慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	共有持分権論 : 保存行為の権限からの再検討
Sub Title	Share equity rights : reconsideration rough the analysis on the authority of the acts of preservation
Author	松下, 朋弘(Matsushita, Tomohiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.36 (2016. 12) ,p.409- 486
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20161226-0409

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

リサーチペーパー

共有持分権論

――保存行為の権限からの再検討――

松　下　朋　弘

第 1　はじめに
第 2　保存行為とは
第 3　共有と保存行為
第 4　修正単一説・複数説による共有制度の検討
第 5　まとめ

第 1　はじめに

本稿では、共有における保存行為（民法 251 条ただし書）の理論的位置づけおよび性質を明らかにすることを通じて、権限という観点から共有持分権の性質について再考する。

従来、共有はローマ法由来の共同所有形態であるとされた。ローマ法には共有物を管理し永続させていく発想がほとんどなく、紛争が生じれば共有状態を永続させるよりもむしろ分割をして解決していたことから、共有は単独所有形態への過渡期であるとされた[1)]。また、日本民法の共有においても、持分処分や分割請求が自由であることなどから、主体間の団体的結合は微弱であり、共有者はただ共有物をたまたま持ち合う関係を有するに過ぎず、共有者間相互の関係についてはほとんど論じられることはなかった[2)]。しかし、こと保存行為

1）七戸克彦「共有者の一人による不実登記の抹消登記請求（1）―最（二小）判平成 15. 7. 11 の検討―」『民商法雑誌』〔有斐閣 2004 年〕131 巻 2 号 254 頁。

を問題にすると、共有者間相互の関係を無視することはできなくなる。なぜ各共有者が保存行為として他の共有者の持分に介入できるのかという観念的な問いを突き詰めれば、それは各共有者が共有関係においてどのような結合関係にあるかを問うことにもなる。かかる問いは、共有持分権の法的構成に密接に関連する。持分ないし持分権の理解によっては、共有者間に存在する関係性の法的な扱われ方が変わりうる。

本稿では、まず、新田敏の著した論考を端緒として、民法上「保存行為」がどのように扱われているかを整理することにする。新田は、「共有の対外的主張としての登記請求」の中で、「民法はその物（または権利）の権利者以外の者が行う一定範囲の行為のみを保存行為とするのが原則」であるとしている[3)]。すると、保存行為という概念を整理するには、なぜ権利者でないものが、一定範囲の行為をすることができるのかという点を考えなければならない。保存行為の民法上の位置づけを整理し、共通項をくくり出すことで、保存行為には、対象となる物の価値・現状を維持するといった機能面だけでなく、なぜ保存行為ができるのかという権限面についても論じる必要があることを指摘する。

共有における保存行為の権限における問題を整理することは、共有者が他の共有者の有する持分へ介入できる根拠を探ることになる。保存行為の権限の性質によって、共有者が単独で行うことができるとされる保存行為の要件及び効果は大きく異なりうる。複数説では、単独所有としての性質が強調され、その要件は緩やかに解され、効果も他の共有者を巻き込まないように解釈される。一方、単一説では、むしろ共有物は他人の物であるという性質が強調され、その要件は厳格となる。保存行為が成立すれば、保存行為を行う共有者には一定の注意義務が課され、保存行為を裁判において主張した場合、既判力は他の共有者へ拡張される。また、保存行為の権限を、持分に内在する他の共有者の持分への介入権限と解することで、持分の性質が、従来の単一説の議論に収まり

2）我妻榮＝有泉亨『新訂　物権法』〔岩波書店 1983 年〕316-317 頁。

3）新田敏「共有の対外的主張としての登記請求」『不動産登記をめぐる今日的課題―不動産登記制度 100 周年記念論文集―』〔日本加除出版 1987 年〕191 頁。

きらない要素を持っていることを指摘する。

具体的には、共有物全体に対する使用収益・保存・管理・処分権限は、他の共有者が他人の財産として有する持分領域に介入するための権限として、持分に内在しているはずであり、共有者の行いうる行為は、この権限行使に向けられる制約として理解すべきことを指摘する。なぜ持分に特殊な権限が内在するのかは、共同所有に存在する、単独所有には見られない特殊性から説明される。持分には所有権の分量的な一部という解釈では説明しきれない権限が内在していると解することで、持分は従来の複数説・単一説の原理的対立では捉えきれない新たな概念として説明されるべきである。

また、新田は、前記論稿の中で、日本民法上の共有制度とローマ法における共有の差異を検討し、「わが民法は、一個の物を共同で所有するという目的だけの関係でも――そこに主体的関係としての団体的継続性が特別に意識されていなくとも――その共同主体たる地位に拘束し、かつ事後に持分を譲り受けて共有者になった者にまでその効力を拡張することを可能にしているのであって、理念型としての共有の個人的性質を強調しすぎることは、幅広い機能をはたしうるわが民法上の共有の活用を阻害するおそれがあるのではなかろうか」としている[4)][5)]。

持分の性質として、他者の持分への介入権限を観念することで、共有物が自己の物であり他人の物であるということが権利のレベルで強調される。他の共有者との関係を権利の要素として取り込むことで、理念型としての共有がどのように捉え直されるかについて再検討する。

4）前掲註 3）新田 187 頁。

5）同様の見解が示されているものとして、玉田弘毅「共有類型化論への一つの接近―民法 229 条の共有の検討を通して―」『法曹時報』〔大学図書 1991 年〕43 巻 4 号 848 頁、山田誠一「共有者間の法律関係―共有法再構成の試み（4）―」『法学協会雑誌』〔有斐閣 1985 年〕102 巻 7 号 138-144 頁、吉野衛「共有不動産に対する妨害排除」『実務民事法』〔日本評論社 1984 年〕5 号 13 頁、伊藤栄寿「共同所有理論の現状と課題」『民事研修』〔日本加除出版 2013 年〕674 号 7-8 頁が挙げられる。

第2　保存行為とは

1　日本民法上の保存行為

共有における保存行為（民法252条ただし書）とは、共有物の滅失・毀損を防止して、その現状を維持する行為をいうとされている。また、日本民法は、原則としてその物の権利者以外の者が行う、一定範囲の行為のみを保存行為としていると、新田は説明している[6)]。

一方、持分権の効果として発生する物権的請求は、理論上持分の範囲を超えることができないとされている[7)]。新田によれば、持分権の範囲を超えた部分についての請求の根拠として、保存行為は位置づけられるとされる。

新田が説明したように、保存行為は、本来権利者以外の者が行う一定範囲の行為であるとするならば、持分権と保存行為の効力の範囲のすみ分けがきちんとなされることになる。また、保存行為の本来的性質として、自己の権利外の財産への介入があるとするならば、その権限の根拠も明らかにしなければならない。なお、旧民法財産編37条4項においても「各共有者は其物の保存に必要なる管理其他の行為をすことを得」として現行民法の保存行為にあたる規定があった。旧民法財産編37条4項は、ボアソナード草案538条3項に由来する。ボアソナードの旧民法草案上では、「善良の景状の結果に必要なる管理の所為を為すの権利を有する」[8)]といった説明があり、保存行為をするにしてもその権限が問題になることが一応触れられていたと見ることができる[9)]。そこで、まずは、現行日本民法上の保存行為についてそれぞれ概観し、その性質を検討することで、保存行為を論じる上で重要な共通項を探って行く。

6）前掲註3）新田191頁。

7）前掲註2）我妻＝有泉190頁。

8）原典では、漢字及びカタカナで記述されていたが、本稿では読解の便宜のために、以後このような文を引用する場合にはカタカナを平仮名に直し、適宜読点を加える。

9）星野英一＝ボアソナード民法典研究会（編）『ボアソナード氏寄稿　再閲修正　民法草案註釈　第2編　物権ノ部』（ボアソナード民法典資料集成：後期Ⅰ－Ⅱ）〔雄松堂出版2000年〕195頁102頁。

⑴　民法 103 条 1 号

代理権について授権はされているものの、その権限の範囲が明らかではないときには、民法 103 条に列挙されている行為のみができるとされている。1 号では「保存行為」、2 号では「代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為」が挙げられている。

民法 103 条 1 号における保存行為とは、財産の現状を維持するあらゆる行為をさすとされ[10]、一般に、物の修理、時効の中断、損壊しやすいものの売却、期限の到来した債務の弁済、未登記不動産の登記が念頭に置かれている。

代理権の範囲が明らかではない場合にこれらの行為ができるとする根拠は、本人による代理人への代理権授与行為に求められる。すなわち、民法 103 条は、代理権授与の意思表示の解釈の準則であり[11]、ここで保存行為ができるとするのは、本人の財産に関する保存行為を許す旨の代理権がその根拠としてあるからにほかならない[12]。

なお、同条 1 号及び 2 号で列挙されている行為は一般に「管理行為」と呼ばれている。ここにいう管理行為とは、権利の喪失移転を伴わずして財産の保存・改良・利用を目的とする行為とされ、処分行為との対比で論じられる[13]。保存行為や管理行為、処分行為との関係は重要な問題であるため、後述する。

⑵　民法 298 条 2 項ただし書

民法 298 条 2 項本文では、留置権の対象となる財産を使用、担保提供することが禁じられているが、保存に必要な使用のみが許されている。乗用の馬に毎日乗ることは保存に必要な使用の例とされている[14]。賃貸借契約終了後の借

10）幾代通『現代法律学全集 5　民法総則　第 2 版』〔青林書院 1984 年〕339 頁、我妻榮『新訂　民法総則（民法講義）』〔岩波書店 1965 年〕339 頁。なお、「価値の維持」という表現が取られているものとして後掲註 12）伊藤 416 頁参照。

11）富井政章『民法原論　第一巻　総論　第 17 版』〔有斐閣 1922 年〕502 頁。

12）伊藤進『代理法理の探求「代理」行動様式の現代的深化のために』〔日本評論社 2011 年〕417 頁参照。

13）岡松参太郎『註釈民法理由　上巻　第 3 版』〔有斐閣 1896 年〕162 頁。

14）我妻榮『新訂　担保物権法（民法講義 3）』〔岩波書店 1971 年〕38 頁。

家の事例においては、借家人をして、従前通りの占有使用が許されるのか、それとも空家としての管理しか「使用」として許されないかが古くから議論されてきた。大審院の判例では、借家人が従前の占有状態を継続することは「保存に必要な使用」とされた[15]。しかし、木造船舶を従前通り航行させた事例では、航行に伴う危険性から「保存に必要な使用」とはされなかった[16]。

留置権者の為しうる行為として「使用」まで含められることについて、前記船舶の事例における最高裁調査官解説は、従前通りの使用を認めても権利者を害しないことや、保存方法としてそれが適当であることを述べている。しかし、このような説明も「保存に必要な使用」の機能面を説明しているに過ぎない。

留置権者は、民法 298 条 1 項で、善良な管理者の注意をもって留置物を占有することを要求されており、この限度で留置物に対する占有の権限を与えられているといえる。前記最高裁判例において、船舶の航行が認められなかった理由は、その危険性ゆえに善管注意義務違反を疑われるような使用方法であったからにほかならない。留置権者がなぜ保存に必要な使用ができるのかについては、権限の面では留置権自体を根拠とすべきである。

⑶ 民法 196 条 1 項

物の占有者が、所有権者に占有物を返還する場合においては、その物の保存のために要した費用やその他の必要費の償還を、占有を回復する所有権者から受けることができる。ここでいう必要費とは、他人の犬を飼育したものの飼育料、他人の家屋を占有した者の修繕費等をさし、いわゆる保存行為にあたる行為に要した費用をさす[17]。

占有者と回復者との間に正当な法律関係（賃貸借や寄託等）があれば、占有物に費やした費用の償還請求の有無・範囲はこれらの法律関係によって解決される。しかし、占有の根拠がないとされる場合には、不法行為や不当利得の規

15）大判昭和 10 年 5 月 13 日大審院民事判例集 14 巻 10 号 876 頁。

16）最判昭和 30 年 3 月 4 日最高裁民事判例集（以下「民集」）9 巻 3 号 229 頁。

17）我妻榮＝有泉亨＝清水誠（補）『新版　コンメンタール物権法』〔日本評論社 1997 年〕112 頁。

定が適用されるところ、それだけでは十分な解決をすることができないとして、本条が定められた[18]。保存や改良によって得られる利益は物の所有者たる回復者に帰属するため、実際に保存行為や改良行為をした者との間では不当利得関係が問題となりうるが、この点については本条で特に利害調整がなされることが期待されていた。本権を持たない占有者が、占有物に対して種々の行為をした場合の調整規定であるといえ、保存や改良の権限がない占有者のする行為についても、費用償還という形で救済を与えたものである。

⑷ 民法 423 条 2 項ただし書

債権者代位権においても、保存行為であれば履行期前に、しかも裁判所の許可なく代位権を行使することができる。保存行為とは債務者の財産の現状維持行為とされており、具体的には時効の中断、未登記の権利の登記、第三債務者が破産した場合の債権届出が挙げられる[19]。保存行為をする場合においては事情が単純であるから裁判所の調査は必要ないであるとか[20]、保存行為をすること自体には債権者に不利益はなく、急を要することもあるから、保存行為が認められていると説明されている[21]。

しかし、他の多くの「保存行為」で認められている、腐敗のおそれのある物を処分する行為は、被代位権利の相手方が存在しないことから保存行為としてすることができないとされている。急を要する行為であるといった理由付けが妥当するならば、本来腐敗のおそれのある物の処分についてもできるというべきである。急を要するためという論拠が妥当しないのは、単に保存行為の機能面を説明しているに過ぎないからである[22]。保存行為がなぜ他の代位権行使と違うタイミングでできるかについては、その権限を問題にしなければならない。

18）前掲註 2）我妻＝有泉 496 頁。

19）中田裕康『債権総論　第 1 版』〔岩波書店 2011 年〕206 頁。

20）梅謙次郎『民法要義　巻之三　債権編　第 33 版』〔有斐閣 1912 年〕76-80 頁。

21）潮見佳男『プラクティス民法　債権総論　第 1 版』〔信山社 2004 年〕119 頁参照。

22）我妻榮＝有泉亨＝清水誠（補）『コンメンタール債権総則』〔日本評論社 1997 年〕153 頁。

債権者代位権は、債権者に対して債務者の債権を代位行使させる制度であり、債権の保全に必要な限度で債務者財産の管理処分権限を債権者に移転させるものである。手続としては非訟事件手続法 85 条に基づく代位の許可の申立てをし、同法 88 条 1 項の許可を得ることで、民法 423 条 2 項本文の「裁判上の代位」による債権者代位権の行使ができることになる。要するに、制度上、期限前の債権の行使に関しては、債権者の管理処分権限は制限されていることになっている。では、なぜ保存行為においては、このような制限がかからないのか。

現行民法の制定過程では、法典調査会において保存行為がなぜ弁済期の到来の如何にかかわらずできるのかについて説明している。その理由の一つとして、穂積陳重は「登記を怠って居る者が登記を致す其他之に類する如きものは請求期に関係ないことでありますから」と述べており、保存行為と弁済期にはそもそも関係がないことを指摘している[23)]。ここでは、未登記不動産の登記や抹消登記、破産の際の債権届出等が、念頭に置かれている。債権の時効の起算点は、「権利が行使できるとき（民法 166 条 1 項）」、すなわち弁済期があれば弁済期後となるため、弁済期前の時効の中断はそもそも理論的には問題とならない。被代位権利の弁済期と関係のない行為であれば、債権者に移った管理処分権限を制限する根拠はなくなるため、弁済期前でも裁判上の代位によらず保存行為ができる。

以上のように、債権者代位権の保存行為が弁済期前にできる理由は、機能面だけでは説明しきれてはいない。債権者代位権における保存行為は、その機能面の説明にとどまらず、代位権者としての管理処分権限に保存行為をする権限も含まれること、保存行為にかかる権限と弁済期が本来無関係であるということから説明されるべきである。

⑸　民法 606 条 1 項、同条 2 項、

民法 606 条 1 項では、賃貸人の義務として賃貸物の使用及び収益に必要な修

23）法務大臣官房司法法制調査部（監）『日本近代立法資料叢書 3　法典調査会議事速記録 3』〔商事法務研究会 1984 年〕101 頁　第 58 回穂積陳重発言。

繕をする義務を定めている。同 2 項の「保存に必要な行為」とは、前項の使用及び収益に必要な修繕を言い換えているにすぎない。なお、修繕義務の内容・程度は契約の趣旨やその諸般の事情によって決せられ、住宅難のときのように家賃に対して強い統制が行われている場合には、修繕義務も比例して軽減されるという判例[24]もあり、物の現状維持・価値の維持という観点のみでその程度が決まるわけではない。

本条は、契約当事者間の義務を定めているに過ぎないため、修繕義務があるからといって当然に賃貸人に使用及び収益に必要な修繕をする権限があるということを前提にしていない。他人物賃貸借が良い例である。

なお、使用及び収益に必要な修繕は 607 条においては「保存行為」に置き換えられている[25]。

⑹ 民法 1017 条 2 項

遺言執行者が複数ある場合には、その任務の執行は遺言執行者の過半数で決する。しかし、保存行為に関しては単独で行うことができる。本条の保存行為は、目的物の滅失、毀損を防いで価値を維持する行為であるとされている。具体的には、家屋の修繕、腐敗しやすい物の換価、債権の取立て、第三者に対する抹消登記請求や妨害排除請求[26]が言われている[27]。

その根拠としては、緊急措置の必要性があること、財産の滅失毀損による救うことのできない損害を生ずる恐れがある等と説明されるが、やはりこれも機能面での説明に過ぎない[28]。

遺言執行者の法的地位としては種々の立場が考えられるが、遺言者の遺言によっても保存行為をなす権限については制限をすることができないことを考え

24）最判昭和 38 年 11 月 28 日民集 17 巻 1477 頁。

25）法務大臣官房司法法制調査部（監）『日本近代立法資料叢書 4　法典調査会議事速記録 4』〔商事法務研究会 1984 年〕358 頁、第 97 回梅謙次郎発言。

26）単独での妨害排除請求を認めた判例として、最判昭和 31 年 5 月 10 日民集 10 巻 5 号 487 頁参照。

27）泉久雄＝野田愛子（編）『注釈法律学全集 19　民法X（相続）』〔青林書店 1995 年〕648 頁。

28）中川善之助編『註釈相続法（下）§§960-1044』〔有斐閣 1955 年〕174 頁。

ると[29]、遺言執行制度自体が保存行為をする権限を遺言執行者に与えているというように説明をするべきである。

⑺　組合の「常務」（670 条 3 項本文）

組合の常務は、「保存行為」として民法上位置づけられているわけではない。しかし、業務執行組合員が複数存在する場合に、単独で行うことのできる業務として例外的に民法上規定されているということが、ここまで列挙してきた「保存行為」と類似性があるため、言及する。

業務執行組合員が複数いる場合には、業務執行は過半数で行われる。しかし「常務」は単独でできるとされている。「常務」とは、組合の事業を営むにあたって、日々行うべきこととされる[30]。常務について個々の業務執行組合員でできるとされているのは、組合にあっては組合員の個人性が強くはたらくため、組合員個人に業務執行権限が帰属していることから説明される[31]。

⑻　以上のように、保存行為をするには、保存行為をすることで自己の本来有する権限を超える、あるいは他人の財産権に介入する権限が問題となる。権限の問題については 3 で詳述する。

2　保存行為の範囲とその定義

保存行為は、従来、財産の現状を維持する行為であるとか、その価値を維持する行為であるといわれてきた。これは、保存行為の機能面を捉えて、保存行為としてできることの共通認識を探るものである。「財産の現状を維持する」、「財産の価値を維持する」という定義が与えられたとしても、それは各制度上認められた個々の保存行為の限界を画すものではない。各制度に応じて、「財産の現状維持」や「財産の価値維持」といったことの意味は、異なりうる。すなわち、与えられる保存行為の権限は、各制度によって異なりうる。しかし、権限と、権限に基づく行為のできる範囲は相互に関連している。保存行為とし

29）前掲註 27）泉・野田（編）648 頁。
30）我妻榮＝有泉亨（補）『新版　コンメンタール　契約法』〔日本評論社 1998 年〕367 頁。
31）末川博『債権各論　第 2 部』〔岩波書店 1941 年〕375 頁。

て認められる行為の共通認識を探ることは、保存行為ができる権限がどのような場合に与えられうるのかということを考える場合に有益である。したがって、本稿では、保存行為としてできるとされる行為の共通認識をまず確認する。ここでは、現状を維持する行為、価値を維持する行為の意味するところについて検討していく。

現行民法制定時の議論では、103 条での議論で「保存」と「改良」の区別が問題になっている[32) 33)]。ここでは、どこまでが「保存行為」といえるかについて力点が置かれており、当初から「保存行為」が何を指すか、その限界が議論になっていたことが窺える。富井政章は、改良について「修復をせずとも家が潰れはしない、潰れはしないけれども今手当をすれば長く持つ大丈夫になる」としているが、磯部四郎は、この例は保存であるとしている。梅謙次郎は、唐紙を例に出し、「唐紙というものが大変にきたなくなって居る（中略）けれども、（中略）家の保存も出来ぬと言うこともない（中略）けれども其唐紙はきたないに依て張替へをする」といった場合を改良としているが、磯部四郎はこれについても「保存と言うのは唯破われるのを防ぐの許りが保存ではない、相当の位地を保つのが保存であります」として、梅謙次郎の例も保存であるとしている。

経年による価値の摩耗を、財産の購入等の時点まで回復することを保存行為に含むとするのが磯部四郎の考え方である。一方、物の使用収益に問題がない限度においては、その現状を維持することだけが保存行為であるとするのが富井政章、梅謙次郎の立場である。

現在、物を修理してもらおうと思えば、修理業者に依頼をするのが通常である。この場合、修理されれば購入時点、またはそれに近い状態で回復をされる

32）法務大臣官房司法法制調査部（監）『日本近代立法資料叢書 1　法典調査会民法議事速記録 1』〔商事法務研究会 1983 年〕50-66 頁参照。第 2 回。

33）共有における保存行為と管理行為の区別は困難であるため、価値保全のための緊急性の有無によって、その区別を決めるべきであるとする見解もある。於保不二雄「共有」『民法著作集Ⅰ　財産法』〔新青出版 2000 年〕323-324 頁参照。

のが通常であり、保存行為をする時点での経年劣化の程度を考えて保存・改良の線引きをすることは、法律関係を過度に複雑化させることになるため、保存行為の範囲については、磯部四郎のような立場を取るべきである。

ところで、保存行為の定義としては、現状維持行為とするべきという見解と、価値の維持行為とする見解が一応存在する。保存行為の定義を、前述のような考慮の上で行っていたかは不明ではあるが、先の議論を前提にすれば、次のような分け方ができると考える。

保存行為の定義を価値の維持であるとすれば、それは磯部四郎の考えた保存行為の範囲により親和的である。価値の維持が保存行為になるのであれば、使用による摩耗で減少した物の客観的価値を、動産や不動産を購入・建築した時点にまで戻すことまでが保存行為に当たりうる。一方、保存行為の定義を現状の維持であるとすれば、富井政章や梅謙次郎のような考え方に親和的である。経年劣化をしたとしても、その使用収益に問題がない限度においては、その現状を維持することだけが保存行為であり、その客観的価値を動産や不動産を購入・建築した時点にまで戻すことは現状の維持のレベルを超えるため、保存行為ではなく改良行為と言いうる。

したがって、物の価値を維持する行為、物の現状を維持する行為のどちらが定義としてより適当かというと、前者になると一応考えることはできる。

なお、価値の維持ということを過度に重視すれば、腐敗しやすい物の換価にはあたらないような、通常の物の換価処分までその定義に含まれるきらいがないわけではない。また、物の現状の維持を保存行為の定義としたとしても、ただちに磯部四郎のような見解が排斥されるわけではなく、実際の運用は裁判官によって多分に便宜を考えて行われると富井政章も指摘していることから、定義についての指摘はこの程度にする。

3　権限について

保存行為が認められるためには、態様の問題と、権限の問題がそれぞれ別個に存在していることは、第2の1⑻で述べた。しかし本稿では、「権限」概念

について、何らの説明もいまだ与えていない。そこで、本稿で「権限」概念を利用するときに、いかなる意義を念頭に置いているかについて簡単に説明する。

以下、権限が問題となりうるのは他人の財産管理に関する事項であることを確認し、他人の財産に対する介入根拠としての権限行使に際しては、目的拘束性が生じることをフランスにおける権限（pouvoir）の議論を参考に説明し、日本において権限が問題となる諸制度についても言及する。

⑴ 財産管理権について

「財産管理」とは、ある者が所有する財産に対して別の者がコントロールを及ぼすこととされている[34)]。わが国における財産管理権制度の端緒的な研究を行った於保不二雄は、『財産管理権論序説』において、財産管理の観念を確立するに際しては、まず、「他人の財産の管理」という先入観をなくさなければならないとしている[35)]。しかしこれは、自己の財産と他人の財産の区別を超えた財産管理権の確立が研究の目的であることによる一種の注意書きであるため、説明の便宜のために、ここでは他人が所有する財産に対する介入を念頭に置くこととする。

於保は、現実的な資本主義経済社会における財産法においては、財産を中心概念とせざるをえないことと、財産の主体的帰属と財産の管理とが分離し、帰属と管理の分化が普遍化したことによって、財産管理権概念の確立が要請されるようになってきているとした[36)]。特に、後者の点が重要である。本来財産の管理は、財産の所有者（主体）がなすことが原則である。しかし、これに制限をすることや、むしろ所有者でなくとも管理をできるようにすることが、私的自治の拡大として普遍化していることが指摘されている。於保は、ここに、財産管理者の主観的法律上の地位として、財産管理権を観念するに至っている。

於保は、管理権を、「財産の管理、すなわち財産的事務の処理をなす権利で

34）田高寛貴「財産管理権論」北居功＝花本広志＝武川幸嗣＝石田剛＝田高寛貴『コンビネーションで考える民法』〔商事法務 2008 年〕299 頁。

35）於保不二雄『財産管理権論序説』〔有信堂高文社 1995 年〕4 頁。

36）前掲註 35）於保 20−21 頁。

管理の図

<table>
<tr><td colspan="2"></td><td colspan="4">管理の態様・目的</td></tr>
<tr><td rowspan="3">管理の権限</td><td rowspan="2">財産の権利主体である</td><td colspan="4">広義の管理権</td></tr>
<tr><td colspan="3">いわゆる管理行為</td><td rowspan="2">処分行為</td></tr>
<tr><td>財産の権利主体ではないが、権限がある</td><td>保存行為</td><td>利用行為</td><td>改良行為</td></tr>
</table>

ある。管理は、包括的な財産一般について、または財産を構成する個々の物、または財産についてなされる。あるいは保存の目的を持ってあるいはその他の目的を持って、管理行為は、あるいは法律行為によりあるいは事実行為によってなされる。さらに法律関係の方面からみれば、あるいは新たに権利を取得し、義務を設定し、あるいは既存の権利の行使、処分、義務の履行、物の占有をなすことによって、あるいは訴訟行為をなすことによってなされる。このように財産の管理は、様々な行為によってなされるのである。かかる行為をなしうる権限は、いわゆる管理権の範疇に属する」というように説明している[37)]。「管理行為」といわれれば、民法 103 条における保存・利用・改良が念頭に置かれるものの、於保は、財産に対する管理権として、あらゆる法律行為・事実行為を包含し（行為態様の問題）、また管理権はこういった行為をなしうる権限であるとしたのである。図にすれば上の図の通りである。

本稿において着目すべきは、於保の「権限」という言葉の使い方である。「かかる行為をなしうる権限は、いわゆる管理権の範疇に属する」としていることから、本来財産の権利主体でない者（= 財産に対して何らの法律行為・事実行為をすることができない者）が、財産に対して何らかの行為をする根拠として「権限」という語を使用している。上記図を参照すれば、保存行為においても権限の問題が隠れていることがわかる。また、遺言執行の範囲における相続人

37）前掲註 35）於保 52 頁。

（民法 1013 条）や、制限行為能力者は、財産に対する権利を有しているにもかかわらず、かかる権利に基づく法律行為に一定の制限が加えられている。このような場合を指して、財産の管理権限が制限されているというように表現することもあり、自己の権利に基づく権利行使ができない場合にも、「権限」という語は顔を出す。於保は、財産管理に関する各種制度を通観するとき、管理権概念をもって、権利行使の譲渡、権利行使権限を論拠とする財産管理について、統一的に把握する可能性が一応あると考えられるとしている[38]。

財産管理の文脈では、財産に対する主体的権利とは別に、権利に基づく法作用を行使する根拠として別途、権限という概念を置いているように考えられる。原則的には、主体的権利と権限の帰属は一致するが、①私的自治の制限として、権利の帰属主体であるにもかかわらず財産の管理権限が制限される場合と、②私的自治の拡充として、権利の帰属主体ではないにもかかわらず財産の管理権限が与えられる場合がありうる。保存行為の権限が問題となりうるのは、主に②の意味である。

⑵　フランスにおける権限について

権利の内実をどのように理解すべきかという広い文脈での議論において、権利の内実を主観的権利（droit subjectif）と権限（pouvoir）という二元的構造で理解する見解が、本稿においても参考になる。フランス私法における権限の概念は、行政裁判所による公権力への規制手法としての「権限の濫用」が私法に取り入れられる形で形成されてきたものであり、権限について目的的性格を承認している[39]。他人の財産に対して何らかの行為をする根拠となる権限を行使する際の性格として、全く自由な権限の行使は通常認められておらず、一定の拘束が生じることを説明する上で、フランスにおける権限の議論は参考になる。

ア　ダバンの『権利論』[40]

ベルギーの法哲学者ジャン・ダバンは、『権利論』において、権利が「依属

38）前掲註 35）於保 19 頁。

39）高秀成「フランス法における権限（pouvoir）と財産管理制度」『慶應法学』23 号〔慶應大学 2012 年〕98–99 頁。

（appartenance）」と「支配（maîtrise）」からなると説明している。依属は、主体と客体との間に何かを「持つこと（avoir）」を内容とする。支配とは、自己の決定や選択の主人として、「権利の客体たる事実の自由な処分の能力」を有することに基づいているとしている。

ダバンは、権利の下位区分として、「自己中心的目的の権利（droits à la fin égoistes）」・「職分的権利（droits fonctionnels）」・「職分としての権利（droits - fonctions）」を挙げる。本稿において重要なのは、自己中心的目的の権利と、職分としての権利である。この 2 つの権利は、それぞれ主観的権利と権限の萌芽である。自己中心的目的の権利は、主観的権利と呼ばれ、職分としての権利は、権限概念へと変容していく。自己中心的目的の権利とは、自分の財産を、自己のために使う権利である。これに対して職分としての権利とは、他人に仕えるための利他的目的に向けられた権利（droit à la fin altruiste）であり、「法規により職分の遂行へと向けられている以上職分の善益のための権利こそが、制度の本旨に適う」とした。したがって、「職分としての権利の利用のコントロールは、その特有の本性によって要求されること」が重要となり、目的の観点からの統制がなされる。

「職分としての権利」は、「財産の管理（gestions des biens を目的とする職分）」、「私益又は公益を負う経済的性格の事業に捧げられた職分」、「経済外目的に検診する職分」といった分類を用いている。

そしてダバンは、これら職分としての権利に対する規制には権限の濫用（detournement de pouvoir）が対応すると説き、この権限の濫用は、当該権利に設定された目的と異なった目的に利用されるたびごとに成立するものであるとする。この権限の濫用は、行政法にその起源があることを認めつつ、「まったく一般的な意義をもち、行政法の域を超え出て一切の法分野に拡大できるもの」と述べている。

40）以下、高秀成「財産管理と権利論」吉田克己＝片山直也（編）『財の多様化と民法学』〔商事法務 2014 年〕536-540 頁及び、前掲註 39）高 100-103 頁、水波朗訳『権利論』〔創文社 1977 年〕111 頁以下、294 頁、296 頁以下、299 頁を参照する。

イ　ルヴィエの『法的地位と主観的権利』[41)]

ダバンが「職分としての権利」概念を提唱して以降、ポール・ルヴィエは『法的地位と主観的権利』において、権利（droit subjectif）と、権限（pouvoir）の区分を提唱した。ダバンの「職分としての権利」は、財産管理者においても、財産の被管理者の権利を、被管理者の名で、被管理者のために行使するという職分によって生じた権利を有していると説明されており、いまだなお権利のカテゴリに含まれる概念であった。

しかし、ルヴィエは、法が個人に対して設定する地位には、主観的法的地位（situation juridique subjective）と、客観的地位（situation juridique objective）が存し、前者のみが主観的権利（droit subjectif）の名に値するとした。主観的法的地位は、「意思行為あるいは法律行為によって適法に創設され、そこからその受益者にとって利益となる特権が主として生じ、さらに原則として放棄することができる地位」であるとされ、所有権などの物権、債権、工業所有権などが含まれるとされる。客観的法的地位は、一般利益のために設けられた地位であり、特権よりも負担を多く含み、それを放棄したり譲渡することは許されないとする。ルヴィエは、伝統的な主観的権利の枠において捉えきれない、特殊な性質を有する特権として、権限（pouvoir）が存することを説く。

ルヴィエによれば、権限の「他人の法的領域に侵害する特権を行使する要素」と、権限の保持者が「個人的利益のために行使されることはできない」という要素によって、権限と主観的権利とが区別される。ルヴィエは、他の者の利益の充足を目的（but）とした利他的な目的（finalité）が、権限と権利を区別すると述べる。

ルヴィエは、権限に「人に対する権限（pouvoirs sur les personnes）」と「財産に対する権限（pouvoirs sur les biens）」という 2 つのカテゴリを設けた。財産に対する権限として、①資産（patrimoine）の全部または一部を管理するため、他人の財産上に行使される類型と、②他人の事務を管理し、代理する形式で行使

41）以下、前掲註 40）髙 540−542 頁及び、前掲註 39）髙 103−105 頁を参照する。

される類型を認め、前者では営利社団、集合的管理が、後者では子の財産の法定財産管理権、夫婦財産制における財産管理権、委任などが問題となるとされる。

ウ　ガイヤール[42)]

エマニュエル・ガイヤールは、ダバンにおいて「職分としての権利」と呼称されていたカテゴリを、「権限」と呼ぶべきであると明確に主張する。

ガイヤールは、権限と対比されるところの「権利」を、「自らの固有の利益のためにその保持者に認められる特権」と定義する。他方、「権限」について「他人を一方的に拘束する法律行為の発出によって、少なくとも部分的には自らの利益とは区別された利益を表明することをその保持者に可能にする特権」と定義する。「少なくとも部分的には」という留保によって、共有物に法的効力を及ぼす共有者の行為のようにもっぱら他人の利益のために権限が行使される場合でないときにも、権限に基づく行為であると法性決定を行うことが妨げられない。

権限の特権性は、「利益表明権（droit d'exprimer un intérêt）」としての側面と、「利益宣明権（droit d'edicter une norme）」としての側面に分けられる。利益表明権としての側面は、権限とは、「自らのものとは別の利益を表明する権利」であり、「権限の主体は、自らのものとは全く混同されることのない利益を表明し、実現する」という点に現れる。利益宣明権としての側面は、権限の主体による決定は、その「名宛人」に対して強制的価値を持つという点において現れる。権限は、その主体が「法秩序を変更し、他者の法領域を侵す」ことを可能にするものである。そして、権限はその目的的性格から、権限の利用についての法的コントロールが根拠づけられる。

エ　小括

フランスにおける権限の議論は、ダバンの提唱する「職分としての権利」から出発したが、そこには①他者の権利領域に対する介入という側面と、②他者

42）以下、前掲註 40）髙 542−544 頁及び、前掲註 39）髙 105−108 頁を参照する。

のために権限を利用することが要求され、権限の行使に際しては一定の拘束を受けるという側面が見られる。フランスにおける議論がそのまま本邦の私法秩序に妥当すると考えることはできないが、上記2点については、本邦における保存行為の議論に大きな示唆を与える。民法上の保存行為をするにあたっては、他人の権利領域への介入となるため、その権限が問題となることや、保存行為として許される保存態様が問題になることと、フランスにおける権限の議論は親和的である。

⑶　日本民法上の諸制度

最後に、前記⑴⑵を踏まえて、日本民法上、権限が問題となりうる領域について概観する。

ア　財産帰属主体の意思による財産管理

契約に基づく管理権限によって財産管理をするものとしては、委任契約（民法643条以下参照）、寄託契約（民法657条以下参照）、夫婦財産契約（民法755条以下参照）がある。委任については、民法644条で「委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う」とされ、権限の根拠となる意思表示に従って事務を処理するように拘束されるほか、民法645条で報告義務も課される。寄託契約についても、無償寄託の場合には民法659条で注意義務が軽減されるが、有償の場合は民法400条が準用され、善管注意義務を負う。夫婦財産契約においても、民法758条2項が、夫婦の一方による財産管理が失当である場合に、自らが管理をするよう家庭裁判所へ請求することができ、管理態様として不相当な場合があることを前提にしている。

遺言によって、遺言執行者を選任することも（民法1006条1項）、財産帰属主体の意思によって、財産の管理権限を権利者でない者に設定しているといえる。そして、民法1012条2項によって、委任の規定が準用されるため、同条1項で相続財産の管理及び遺言の執行に必要な一切の行為をする権限があるとされている反面、その権限の行使に際しては善管注意義務等が問題となる。

このように、財産帰属主体によって、財産管理権限が与えられた場合には、財産帰属主体の不利益とならないように権限を行使すべきという拘束が与えら

れる。

イ　法の定めによる財産管理

裁判所での手続を経てされる財産管理としては、成年後見（民法 838 条以下）や、不在者財産の管理（民法 25 条以下）などの制度が存在する。成年後見は、民法 838 条 2 号による後見開始の審判があったときから開始され、家庭裁判所は職権で成年後見人を選任する（民法 843 条 1 項）。後見人には、被後見人の財産に対する管理権限及び代表権を与えられる（民法 859 条 1 項）。しかし、民法 869 条が後見人について委任の規定である民法 644 条を準用していることから、後見人はその財産管理について善管注意義務が課され、また民法 860 条によって被後見人との利益相反行為については民法 826 条が準用され、特別代理人の選任が要求され、権限の行使はやはり一定の拘束を受ける。不在者財産の管理について、不在者に対しては、連絡を取ることができないため、その財産の管理権限は法によって与えられる。そして、その権限は、民法 28 条において保存・利用・改良に原則として限定され、これを超えるときには家庭裁判所の許可が必要となる。不在者財産の価値を維持、もしくは上昇させる以外の行為権限を与えないことで、不在者に不利益を及ぼさないようにしている。

一定の身分関係から当然に生じる財産管理の関係として、親権者による財産管理（民法 818 条以下）がありうる。親権者は、民法 824 条本文によって、子の財産を管理する権限及び財産の代表権を得る。しかし、子の行為を目的とする債務発生行為については、子の同意がなければすることができず（民法 824 条ただし書）、子と親の利益相反行為については特別代理人の選任が要求され（民法 826 条）、財産の管理についても一定の注意義務が課される（民法 827 条）。

このように、法によって財産管理権限が与えられた場合にも、その権限の行使に際してはやはり一定の拘束が与えられる。

ウ　何らの権限に基づかない財産管理

何らの権限に基づかない財産管理として、事務管理（民法 697 条以下）が挙げられる。何らの権限に基づかないとしても、事務処理の義務を遂行するためには、消極的な違法性阻却ということのみではなく、他人の事務に干渉するこ

とのできる権利が問題となるとされ[43]、事務管理が成立する場合には、これをもって事務管理をする権限が与えられると考えるべきである。事務管理をするにあたっては、本人の利益に最も適合する方法によってする必要があり、管理者が本人の意思を知っているとき、又はこれを推知できるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない（民法 697 条 1 項、2 項）。また、管理継続義務（民法 700 条）、管理開始の通知をする義務（民法 699 条）、報告義務（民法 701 条、645 条）を負う[44]。

⑷ 権限についてのまとめ

本稿で、権限を問題にする場合には、権限が他人の権利領域に介入する場合の法的根拠であるという点、また、権限の行使をする際には、当該他人との関係で少なくとも不利益を被らせないための拘束が認められるべきである点[45]を強調する。後述する共有における保存行為も、他人の持分領域に介入する行為と捉える限り、この 2 点を踏まえた検討が重要である。

4 共同信託法制、信託法判例に見る保存行為の権限論

保存行為をなすためには、保存行為をさせることを許す権限が問題にならなければならないことを示す例として、共同信託における保存行為が挙げられる。特に、以下で参照する大審院判例は、傍論においてではあるが、この点について非常に示唆的な判示をしているため、本題の共有に入る前に確認しておく。

⑴ 共同信託と保存行為

現行信託法 79 条では、信託を共同受託した場合、信託財産は共同受託者間

43）前掲註 35）於保 17-18 頁。

44）小脇一海「事務管理の効果」『谷口知平教授還暦記念　不当利得・事務管理の研究（1）』〔有斐閣 1970 年〕368-374 頁。

45）さらに、1994 年に成立したケベック民法典では、「他人の財産の管理」が一般法として法典化している。ケベック民法典 1309 条 1 項では、他人の財産を管理する者には、他人の財産管理一般の問題として、思慮分別・注意義務（obligation de prudence et de diligence）、計算・報告義務が立法化されている（ケベック民法典 1351 条・1363 条参照）点が参考になる。前掲註 40）髙 552-553 頁参照。

で「合有」関係となることが明記されている。なお、日本法上「合有」という文言が明文で使われているのは本条のみである[46]。

現行信託法 80 条 1 項は、共同受託者の信託事務の処理は受託者の過半数で行うとし、同条 2 項は、保存行為について受託者が単独でできるとされている。したがって、現行信託法においては、受託者が単独で保存行為ができることについて争いがない。

しかし、以下で引用する大判昭和 17 年 7 月 7 日（民集 21 巻 13 号 1345 頁）の時代は、信託法にこのような規定がなかった。当時の旧信託法 24 条 2 項は、「信託行為ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外信託事務ノ処理ハ受託者共同シテ之ヲ為スコトヲ要ス」としており、受託者全員で信託事務をすることとなっていた。信託財産の管理処分は別段の定めがない限り全員一致が原則となっていた（いわゆる合手的行動の義務）[47]。旧信託法 24 条 2 項では、別段の定めがない場合において、共同受託者の一人が単独で信託事務をできる場合が規定されておらず、いわゆる「保存行為」が信託事務として単独でできるかについては争いがあった。

⑵　判例の事案

事案の概要は以下の通りである。第一審で X（原告、控訴人、上告人）と共同原告であった A（A は控訴せず）が、昭和 8 年 5 月 10 日、訴外 B より金 5500 円を借り受け、利息を 100 円につき月 60 銭、弁済期を昭和 10 年 5 月 10 日と定め、担保として土地 26 筆について抵当権を設定した。一方、X は、昭和 9 年 4 月 17 日に、X の母、弟とともに A より財産保管の都合上ならびに X の信用を維持するために、右土地の信託譲渡を受け、受託者として所有権を取得し、同年同月 19 日にその旨の登記をした。他方、訴外 B は、昭和 10 年 12 月 27 日上記の債権および抵当権を Y_1、Y_2（被告、被控訴人、被上告人）に譲渡し、同年同月 30 日にその抵当権移転登記をした。Y_1 は、昭和 15 年 9 月 16 日、

46）松本崇「共同受託者の合手的行動の義務と責任について―第 17 回信託法学会の研究発表のなかから―」『判例タイムズ』787 号（1992 年）48 頁。

47）新井誠『信託法　第 2 版』〔有斐閣 2005 年〕153 頁。

A に対する債権に基づいて、22 筆の土地について抵当権実行による競売申立てをし、同年 10 月 15 日の競落許可決定により、そのうち 15 筆を競落し、Y_2 は、同じく 7 筆を競落した。この競落により、各競落人に所有権取得の登記がされた。しかし、A の負担する本件債務は、その営業たる醤油醸造販売業の資金として借り入れたもので商行為により生じたものであって、弁済期後 5 年である昭和 15 年 5 月 10 日の経過をもって時効により消滅したものである。それゆえ、X は、A の債務が時効消滅した後、Y_1 および Y_2 が実施した競売手続は無効であり、Y_1 および Y_2 は、前記土地について権利を取得するものではないとして、本件債権および抵当権の不存在確認ならびに本件土地における各所有権取得登記の抹消登記手続を請求した。

第一審は、本案について審理し、時効の中断があったとして原告両名の請求を棄却した。原審では、受託者が数人ある信託財産は合有に属し、X は他の共同受託者とともに本訴を提起すべきであるのに単独で訴えを提起したとして、訴えを却下した[48)]。

⑶ 上告理由と判決

原審では、保存行為に関しても固有必要的共同訴訟になるとして訴えを却下した。これに対して、受託者単独での保存行為として、消滅時効の援用をしようとした原告が上告した。原告は上告審で、消滅時効の主張は、民法の解釈上保存行為とされており、保存行為が民法上の例外として単独でできるということを援用して、共同受託においても保存行為は単独でできる旨を主張した。すなわち、上告理由では、①「受託者が保存行為をせずに目的物が毀滅しても受託者には何らの責任が生じない（中略）ことは、専ら委託者及び受益者の利益を擁護することを目的とする信託の本質に反する」、②「共有者各自固有の利害関係を有する共有においてすら保存行為に関しては各共有者に他の共有者の意思如何に関係なく単にこれをなし得る権利が認められるのであるから、数人の受託者間においては、委託者及び受益者の利益を擁護するため共有における

48）中野正俊『信託法判例研究　新訂版』〔酒井書店 2005 年〕207–215 頁。

より一層強い理由をもって保存行為の単独処理に関する例外を認めざるを得ない」として、保存行為の機能面に着目した上で、単独で保存行為をすべきであると主張された。

しかし、上告審では、原告の主張は受け入れられなかった。判決では「民法上の共有に在りては各共有者は何れも共有物の所有権を有し唯之が作用を分量的に制限せられたるものに過ぎざるが故に共有物の保存行為の如きは其の性質上各共有者をして単独に之を為すことを得しむるの理由あり」とし、原告の上告理由に答えて、まず共有における保存行為の権限面について説明をしている。従来から、共有における保存行為も、共有者全員の利益に帰するから単独でできるといったように、もっぱらその機能面から単独でできると説明されてきた[49)]。しかし、前述したように、自己の権限外の財産の管理に介入するような保存行為は、その根拠となる権限が必ず問題となることが、この判決の傍論においても確認されている。

一方、信託の共同受託に話を戻すと、「信託法上の合有に在りては各受託者が信託財産の所有権を有するものに非ずして其の所有権は上述の如く全部として不可分的に受託者全員に帰属するものなるが故に信託財産の保存行為といえども信託行為に別段の定めなき限り単独に各受託者をして之を為さしむることを得ざればなり」としている。信託行為に関する別段の定めという形で権限の設定がなされない限りは、いくら保存行為をする機能的な合理性があろうとも、保存行為をすることはできないとされたのである。

⑷　前記判決の意義

この判決が出て以降、信託法は幾度かの改正を重ね、現行信託法においては受託者が単独で保存行為をすることができるという立法がなされている。したがって、この判決の先例的な意義は、実務上失われているといわざるをえない。

しかし、この判決が傍論において示した保存行為の権限論は非常に重要である。保存行為は財産価値を維持する上で非常に有用な概念ではあるが、そこに

49）舟橋諄一『物権法』〔有斐閣 1960 年〕382−383 頁。

は権限における限界がありうることを示したことは、講学上もあまり意識をされてこなかった保存行為の理論面を考えていく端緒となりうる。

第3　共有と保存行為

以上では、最初に民法上に散らばっている保存行為概念を鳥瞰した。それぞれの保存行為は、機能として行いうる事柄はどれも似通っており、「保存」という概念に込められた共通認識のようなものを確認することができた。一方、その権限に着目すれば、保存行為ができるとする根拠は、各制度において位置づけが大きく異なるため、各制度に応じた個別の検討を必要とする。とりわけ、共有は、自己の物であるという性質と他人の物であるという性質が併存する制度であるため、まずは共有持分（権）[50]の法的構成を整理し、その上で保存行為の権限について論じていく。

共有持分権の性質を整理するにあたっては、現行民法における共有制度の由来であるローマ法の共有権の性質を整理する。その上で、従来議論されてきた単一説・複数説の2説の特色をそれぞれ整理し、各説に応じて想定される保存行為の権限について論じていく。

1　ローマ法における共有権、持分権の性質

本稿の冒頭で述べたように、日本民法における共有制度は、ローマ法の共同所有形態に由来するとされてきた。現行日本民法の共有は、単独所有形態の例外であり、共有関係は暫時的なものに過ぎないとされてきた。これは、ローマ法の共同所有制度の姿を日本民法へ鏡映したことによる[51]。そこで、共有持分権の法的構成を整理する前に、ローマ法における共有権と共有持分権の性質

50）共有持分権の性質として、単一説及び複数説の対立がある。単一説と複数説では、持分権と呼ぶ場合に念頭に置かれる概念が異なる。この点については本稿の第3の2⑶「共有権と持分（権）の関係」にて詳述する。

51）北川善太郎ほか（監）『民法注解　財産法　第2巻　物権法』〔青林書院 1997年〕536頁。

を整理しておきたい。日本民法における共有制度の由来となった制度について概観しておくことで、日本における共有持分権の性質についての議論の沿革を確認し、また、ローマ法における共同所有形態は、どこまで日本民法の説明として妥当するのかを検討することにつなげるためである。

まず、ローマ法においては共有権の性質について直接言及されたことがない[52]。したがって、石田文次郎の行った、共有に関するドイツ普通法時代の学説の整理を適宜参照する。なお、いくつかの説を並べるが、日本民法における共有と直接の関わりがある立場は、⑷で紹介する所有権分割説である。

⑴　完全不分割説

この説は、数人が一つの物を所有するにあたって、当該所有権は完全に不可分的な権利であるとする立場である。ドイツ普通法時代の初期には、所有権は権利、客体、価値についても分割は許されないとする見解が一般的であったことに由来する[53]。完全不分割説の中でも、①各共有者が各自完全な不可分的な所有権を有するという見解（多数所有権説）、②共有者は全体として法人のような擬制的権利主体であり、共有物に対する所有権はこの擬制的権利主体たる共有者団体に属し、各共有者は持分権を有するにとどまるという見解（持分権説）、③共有は一個の所有権の主体が多くの人から成立する場合であるから、共有者の全体は法人のような擬制的権利主体を作っておらず、所有権は共有者の全体に共同的に帰属し、各共有者の権利は各共有者相互間の債権的請求権であって、その主たる内容は分割的請求権であるという見解（債権説）に分かれる。

①の見解である多数所有権説は、奴隷の共有を念頭に置いている。しかし、奴隷の共有の特性から共有の一般的な性質は導けないとされ、一般に否定されてきた[54]。

②の見解である、持分権説のいう擬制的権利主体という概念は、ローマ法源

52）石田文次郎『土地総有権史論』〔岩波書店 1927 年〕272 頁。
53）前掲註 52）石田 272-273 頁。
54）前掲註 52）石田 274 頁。

上なんらの根拠もないとして、一般に否定されてきた[55]。

③の見解である債権説は、所有権が共有者の全体に共同的に帰属するということについて、ローマ法上の根拠を挙げて説明している。しかし、共有財産分割の訴え、遺産分割の訴え、接続地の境界整理の訴え等において、共有物の所有権者は二重の権利を有しているかのように原告・被告になれるということを説明できないことから、否定されている[56]。

⑵ 価値分割説

この説は、共有の場合においては所有権も目的物も分割されておらず、ただ共有物の価値または経済的利用力が分割されているにすぎないとする説である[57]。

ローマ法の原則である一物一権主義からすると、各共有者の持分権を所有権とすることは矛盾であるとして否定されるべきであるから、所有権と目的物も分割することはできないとするのは、前記不分割説と同様である。しかし、物権の構成としては、物の有体的な側面というよりもむしろ、物に対する決定（Bestimmung）が主たるものであり、物に対する決定は物の価値として表出すること、ここにいう価値は分割できるということから、価値分割説が唱えられた[58]。

しかし、価値の分割は、収益が生じたときや、物の分割自体が行われたときに初めて実現する以上、物自体の分割自体を認めていない価値分割説は、結局完全不分割説に立ち戻らなければならないとして、否定されている[59]。

⑶ 物の観念的分割説

この説は、共有の場合において、共有物は有形的に分割されてはいないが、観念的・想像的に分割され、各共有者は、想像上分割されている物の上に所有権を有しているという見解である[60]。物の観念的分割説は前2説と比べても

55）前掲註 52）石田 276 頁。
56）前掲註 52）石田 276–283 頁。
57）前掲註 52）石田 284 頁。
58）前掲註 52）石田 285–289 頁。
59）前掲註 52）石田 290–291 頁。
60）前掲註 52）石田 291 頁。

有力説たる地位を築き上げていたため、多数の論者がいた[61]。物の観念的分割説も、単に物の想像上の分割のみを認める立場と、想像上の分割を認めた結果として権利の分割を認める立場もある。この説は、結局のところ、ローマ法自体が共有権を、物の想像上の一部を目的とする所有権であると理解するか否かによって是非が決せられる。

石田文次郎は、物の観念的分割説の論者が例として挙げるローマ法上の法源について、これらの法源が、共有権を必ずしも物の想像上の一部を目的とする所有権としているとは解釈できず、物の観念的分割説の根拠として決定打とはなっていないことを指摘している。しかし、少なくともローマ法上の共有は何かが分割されているとは考えられるところ、共有権で分割されているものは想像上の物ではなく、直接に所有権であるとするのが、後述する所有権分割説となる[62]。

⑷ 所有権分割説

この説は、共有の場合において、共有物に対する一個の完全な所有権が共有者の数に応じ、その各所有者の持分の範囲に従って分割されているという見解である。持分権は共有権が分量的、分数的に分割されている所有権の一部であるというのが、所有権分割説の趣旨である[63]。

ローマ法の共有では、各共有者は独立に共有物を使用収益し、各自の有する持分権を単独で処分することができた。また、各共有者は、第三者が共有物を侵害した場合には一部の所有権に基づく訴権（vindicatio partis）までも有してい

61）物の観念的分割説の主要な学説については、前掲註 52）石田 292−295 頁を参照。

62）前掲註 52）石田 298 頁。

63）ここでいう分量的な分割とは、分割後の権利の性質が、分割前の権利と同様の性質を有するという趣旨の表現である。詳しくは、前掲註 52）石田 304−317 頁を参照。共有持分の性質を単一説の立場から説明する際にも、「一個の所有権の分量的な一部」とする。しかし、山野目章夫『物権法〈第 5 版〉』〔日本評論社 2012 年〕166 頁など、単一説をとった場合の説明として、元となる一個の所有権と共有持分権の性質が同じであるべき必然性はないとする見解もあることから、所有権分割説の述べる分量的分数的分割が、今日にいう単一説の説明と必ずしも一致するわけではないようである。

た。持分権も所有権の一部として認められ、権利として法的保護に値するとみられていたのである[64]。

石田文次郎は、所有権分割説をもって、我が国の民法学会の通説であり、大審院判例の見解であるともしている。石田文次郎が「通説」として引用しているのは中島玉吉[65]と末弘厳太郎[66]である。中島は共有持分権の法的構成として単一説を取る一方、末弘は複数説を取る点に大きな違いがある。日本民法における共有持分権の性質論については、後述する。

⑸ ローマ法の共有と日本民法の共有

ローマ法における共有は、身分関係に基づく組織的結合ではなく、誰でも共有状態に入り込めるし、各共有者は利益にならないと思えばいつでも分割をすることができるとするものである。ローマ法における共有の本質は分割請求権（actio dividundo）にあった[67]。共有権や持分権の性質も、結局のところ、共有においては何が共有者間で分割されるのかという点に議論が集約された。ローマ法における共有権、持分権の性質の議論が、現行日本民法の持分権の性質の議論に継受されていることは特筆すべき点である。持分権の性質として両者で非常に近い構成が取られる以上、日本民法においてもローマ法と同様に、その団体的性質の微弱さから、共有者間の法律関係を論じる余地は、ないといえるかもしれない。

しかし、共有権の性質が共有者間の規律を全て規律するわけではない。前述

64）前掲註 52）石田 320 頁。

65）中島玉吉『民法釈義巻之二（物権篇）上（第十四版）』〔金刺芳流堂 1917 年〕443 頁は、「持分は所有権の一部なり、其の成分は所有権と異らず、只分量的に完全なる所有権に如かざるのみ、而して所有権全体としては数人に分属するも、其各持分は各共有者に専属す」としている。

66）末弘厳太郎『物権法（上巻）』〔有斐閣 1921 年〕408 頁は、共有持分権の性質論として、単一説と複数説の争いがあるという文脈の中で、「共有とは数人が一個のものに付き各一個づつ所有権を有し、しかしてその各自所有権は一定の割合に応じて互いに相節制相共同するの結果、その内容の総和が独立一個の所有権の内容に相均しき状態を言う」としている。

67）前掲註 52）石田 218 頁。

してきたように、日本民法には保存行為という他者の権利領域に介入することができる行為が規定されている。共有においても保存行為が認められる以上、各共有者間において、各人の権利領域へ介入するための権限が問題とならざるをえない[68）69)]。

要するに、現行民法は、確かにローマ法を継受してきたものではあるが、ローマ法の共同所有形態が日本においてあるべき共同所有形態の解釈をそのまま映しだすわけではなく、共有者間の関係については日本民法固有の考察が別途必要になるのである。

2　共有持分権の性質（単一説と複数説）

共有において各共有者は持分権を有するとされる。各共有者は、この持分に応じて共有物を使用することができる（民法 249 条）。この持分権の法的性質をどのように解するかは、大きく 2 つの説に分かれている。

持分権の法的性質の説明として、各共有者は、各自一個の所有権（持分権）を有し、各持分権が一定の割合で相抑制し合って、その内容の総和が一個の所有権の内容と等しい状態だとする立場（複数説）と、各共有者が有している持分権は、一個の所有権が各共有者に量的に分属する状態だと解する立場（単一

68）なお、ローマ法においても共有者間の規律が問題にならなかったわけではない。共有者間の関係は、準契約という債権の発生原因を根拠に、禁止権（jus prohibendi）と共有関係廃止請求権という形で法的な規律が与えられるとされた。禁止権は、管理利用処分について共有者に対し制限をする請求権である。ただし、共有者相互間での所有権に基づく妨害排除請求自体はできなかったようであり、禁止権の違反は主に共有財産分割の訴権（actio communion dividundo）による損害の賠償で処理された。その他、共有者間で収益や管理費用の分配が問題になる場合は事務管理の訴権（actio negotiorum gestorum）が利用されていた。これらの点について、前掲註 52）石田 229–237 頁。

69）ローマ法においても、保存行為類似の行為ができなかったわけではない。例えば、共有物の修繕は、共有者の反対がない限り自由にすることができ、その費用の償還もすることができた。しかし、反対がある場合にできないということは、各共有者の権利及び権限はあくまで自己の持分に限定されていることになる。共有者の反対があっても一応は保存行為ができるとされる現行日本民法とはこの点が大きく違う。この点については、前掲註 52）石田 240–242 頁。

説）がある[70]。

なお、岡松参太郎は単一説と複数説を、ローマ法における共有権の法的構成として説明される所有権分割説の分派として著述している[71]。石田文次郎が、前述のように所有権分割説と同じ見解をとっている日本の民法学者として、複数説に立つ末弘と、単一説に立つ中島をそれぞれ引用したことも同趣旨のことであると思われる。

⑴ 単一説の説明

現行民法起草者は、単一説を前提にしていたといえる。富井政章は、「一物の上に数個の所有権あるものとも解すべからず（中略）共有は一個の所有権が数人に分属する状態なり」とする。その理由として「所有権は（中略）物に付き一般の支配を為す権利なるが故に同一物の上に数個の所有権あることを許さず」としている[72]。要するに、複数説を取り一個の物に複数の所有権が成立するとなれば、一物一権主義に反するというのである。

富井政章は共有を「一個の所有権が数人に分属する状態」としているが、各共有者へ分量的に帰属する持分の内実については「所有権が一人に専属する場合に於けると毫も相異ことなし即ち一般の関係に於いて物を支配するに在ること言を俟たず唯其支配権を他の共有者の同一なる権利に余因りて制限を受け一定の範囲内に於いて行はるるものとす」としている[73]。ここでいう分量的な帰属の意味するところは、註 63）で示した、「分割後の権利の性質が、分割前の権利と同様の性質を有する」と同じである。すなわち、共有者は、それぞれ

70）前掲註 49）舟橋 375 頁。

71）岡松参太郎『註釈民法理由　物権編　第 9 版』〔有斐閣 1899 年〕218 頁を参照。「権利分割主義是れ所有権を所有者が分割して所有すと主張するものなり是れに二派あり」としている。第一の立場を「共有者は所有権の内容を分割して所有するものなり」としている。第二の立場を「共有者は所有権の外包（範囲）を分割するものなり」としている。前者の立場は、共有権とその支分権たる権利が存在すると説明し、後者の立場は一つの所有権が存在するに過ぎないとしているので、前者がいわゆる複数説、後者がいわゆる単一説を示していると読める。

72）富井政章『民法原論　第二巻 物権上（明治 39 年版）』〔有斐閣 1906 年〕156 頁。

73）前掲註 72）富井 157 頁。

が共有物に対して所有権を有しているのと同内容の権利を享有するとし、その権利は他の共有者との関係で一定の範囲で制限を受けるとしている[74]。ただし、ここで有しているとされる権利は、あくまで共有権の一部である。個々の持分を一個の所有権として捉えているわけではない。持分に基づく権利（持分権）は、単一説においては共有権と同義になる。

七戸克彦は、「単一説に立った場合、共有物の所有権（共有権）とその量的一部である各人の持分権は同一となり、したがって、各人が持分権を主張することは、すなわち共有者全員で有しているところの所有権（共有権）を主張するのと同じ事柄である」とし、共有物に関する主張は全て共有権に基づく請求になるとしている。そうすると、共有者の一人が単独で行う請求は全て共有物全体に関わるために、常に共有物全体に対する管理処分権が必要であると説明する[75]。なお、七戸は、共有者が単独で共有物に関する請求を行うために必要な管理処分権を、保存行為概念によって説明しており、持分権に基づく単独請求を理論的に許容しない[76]。

一個の物に対して成立している一個の所有権（= 共有権）が複数人の共有者へ持分の割合に応じて帰属しているということは、一つの所有権を複数人で持ち合うことを意味している。この点が、複数説との最も大きな違いであり、後述するように共有関係の法的性質を解釈していく際に根本的な違いを生む原因となる。

単一説は、古くから多くの学者に支持されている。岡松参太郎は、富井政章と同様に、一物一権主義に反するから複数説ではなく単一説を取るべきである

74）ただし、分量的に分割されている所有権の内実については、別の考え方をする立場もある。山野目章夫は「各共有者の持分権は、所有権そのものではなく、所有権に準ずる権利であるとして捉えるならば、持分権の効力内容は、所有権のそれを範例としながら解釈によって構成される。その際に所有権の効力内容は十分に参酌されなければならないが、それと完全に同じであるとするべき必然性は、ない」としている。前掲註 63）山野目参照。

75）前掲注 1）七戸 252 頁以下を参照。

76）七戸克彦「共有者の一人による不実登記の抹消登記請求（2・完）―最（二小）判平成 15. 7. 11 日の検討―」『民商法雑誌』131 巻 3 号 438 頁。

としており、また単一説における分量的に分割された所有権の内実についても、富井政章と同趣旨のことを述べている[77]。末川博[78]、石田文次郎[79]、横田秀夫[80]、中島玉吉[81]らも同様であり、従来、単一説が通説的地位にあったことを窺わせる。また、最高裁判例においても、「数人が共同して有する一個の所有権」[82]という表現がなされたことがある。

⑵ 複数説の説明

単一説に対して、一個の共有物に対して複数の所有権が成立するというのが複数説の立場である。日本においては、末弘厳太郎の『物権法』以来、有力説となっていた。末弘は、「共有とは数人が一個のものに付き各一個づつ所有権を有し、しかしてその各自所有権は一定の割合に応じて互いに相節制相共同するの結果、その内容の総和が独立一個の所有権の内容に相均しき状態を言う」[83]とした。各共有者が一つの所有権を有するという説明は、まぎれもなく複数説である。また、複数説における持分権の内容については、「各所有者の有する所有権は性質上通常の単独所有権と何等異なる所がない。何故ならばこれまた物に付き一般的支配を為すことを目的とするものなるが故に、ただこれと同時に他の共有者も同じく所有権を有するが故に、一定の割合に応じて互いに制限せられ、その結果何れもその完全なる効力を発揮し得ないのである」とし、各共有者に一個の所有権として成立する共有持分権の内容は、一個の完全な所有権と変わるところはなく、ただ共有者間で制限を受けるのみとしている。複数説は前提として各自が共有物について完全な所有権を有しているとするため、本来は各共有者の持分権は「完全な効力」を持っているが、共有物について完

77）前掲註 71）岡松 218 頁。
78）末川博『物権法』〔日本評論社 1956 年〕308-309 頁。
79）石田文次郎『物権法論（オンデマンド版）』〔有斐閣 2000 年、初版 1932 年、全改訂版 1947 年〕485 頁。
80）横田秀夫『物権法〈第 28 版〉』〔清水書店 1929 年〕376-382 頁。
81）中島玉吉『民法釈義巻二ノ上〔増訂 14 版〕』〔金刺芳流堂 1972 年〕442 頁。
82）最判昭和 46 年 10 月 7 日民集 25 巻 7 号 885 頁。
83）前掲註 66）末弘 408 頁。

全な効力を有する持分権が複数存在するとすれば、その効力は衝突し合ってしまうため、持分権の効力が衝突する限度（持分の範囲）でその効力が制限されるとするものである。

また、「各共有者の有する所有権は性質上通常の単独所有権と何等異なるところがないから、所有権の内容たる各種の作用は凡て各所有者の所有権中にも具備せること勿論にして、ただその作用の分類が制限されているに過ぎない。ところで所有権の作用中にはこれを数量的に分割し得べきもの（例えば使用収益権）と然らざるもの（例えば共有物の変更処分等）とある。前者は持分の割合に応じて各共有者任意にこれを行使得るに反し、後者は共有者全部の共力をもってこれを行使せねばならぬ。何故ならば、この種の作用その性質上一人のみが単独にこれを行使するときは、当然他の共有者にも影響を及ぼすからである。決してこれがため各共有者の所有権たる性質を害するものではない」としている[84)]。共有持分権の内容として所有権と同様に認められる種々の権利の中にも、その行使が他の共有者に影響を及ぼすものについては各共有者に分割して帰属しないとされる。このように、末弘の説明からすれば、持分権の内容としては、その質的範囲についても権利の帰属態様から一定限度の制限を受けるとしている。

しかし、持分権を一個の完全な所有権とするのであれば、管理・変更権能を数量的に分割しえない所有権の作用というように説明するよりも、他の共有者の管理・変更権能と衝突し合っていると説明した方がよい。要するに、一個の持分権が有する権能に、潜在的に共有物全体へ及ぶ可能性が秘められているのである。持分権の有する権能が共有物全体に及ぶ結果として、他の共有者の持分権の効力と衝突し合わない関係にある持分権の作用については当然に共有物全体に及び、他の共有者の持分権の効力と衝突し、制限しあう関係にあるものについては、持分権の範囲にその効力が制限されることになる。民法 249 条は、このような関係を確認したものであるということになる。

84）前掲註 66）末弘 413 頁。

その後、我妻榮が複数説と単一説の対立に対して複数説を取ったことで、複数説が通説的地位を築くに至る[85]。複数説の利点としては、個人主義的民法の趣旨にかなうこと[86][87][88]、持分権の独立性、弾力性を説明するのに適することがあげられる[89]。単一説に対する批判としては、一個の所有権が分量的に数人へ帰属するという説明が技巧的に過ぎ、複数説の説明の方が簡明であることがあげられる[90][91]。

⑶ 共有権と持分（権）の関係

単一説においては、各共有者が有する持分は、一個の共有権の量的一部とされる。「持分」は、各共有者が共有権に有する割合を指す。単一説では、一つの財産に共有権という単一の所有権のみが存在するという建前であるので、個々の持分に応じた所有権（持分権）は観念できない。持分に基づく権利行使は、すなわち共有権全体の行使といわなければならない。

しかし、持分を有していることで、各共有者は、持分の限度で登記保持や占有を正当化することができる。これは、持分に基づいて一定の権能・権限が与えられているというべきである。前述の通り、持分とは所有権を量的に分割するものである。そのため、持分に基づく権能は、単独で、所有権としての行使ができないことは別にして、所有権と同様の権能が持分の限度で、潜在してい

85）我妻榮『物権法（現代法律学全集）』〔日本評論社 1930 年〕229 頁を参照すると、当初は複数説を取っていたことがわかる。しかし、我妻榮『物権法（民法講義Ⅱ）（第 1 版）』〔岩波書店 1932 年〕183 頁では、単一説に改説している。その後、同『物権法（民法講義Ⅱ）』〔岩波書店 1952 年〕183 頁では、複数説に改説し直している。

86）前掲註 49）舟橋 375 頁。

87）前掲註 2）我妻＝有泉亨 320 頁。

88）松坂佐一『民法提要　物権法（第 4 版・増訂）』〔有斐閣 1994 年〕176 ノ 6 頁。

89）白羽祐三＝山田創一『物権法講義（第 2 版）』〔駿河台出版 2009 年〕163-164 頁。なお、単一説に立ったとしても、民法 255 条が立法政策的な規定であるとすれば説明はつくとしている。

90）前掲註 66）末弘 413 頁。

91）なお、前掲註 85）我妻『物権法（民法講義Ⅱ）（第 1 版）』183 頁では、複数説に対して「その説明は少しく技巧に過ぎる癖がある」と批判している。ここであげたような両説への批判は水掛け論であり、特に意味のあるものではない。

る。登記保持・占有権原は、所有権を行使せずとも、所有権を有しているだけで効果を発揮するものであるから、所有権としての権利行使が許されない持分にあっても、持分に応じて発揮される。なお、持分に基づく請求が単独で許されないのは、所有権としての権能は自己の持分の限度にしか及ばず、他の共有者が支配する持分に対して自己の持分に基づく権能をもって介入できないことが理由である。したがって、他の共有者の持分に介入・利用する権限があれば、持分であっても所有権と同じように振る舞うことができるはずである。この点については、保存行為の権限を考えるにあたって非常に重要な点であるので、後述する。

このように、持分を一つの所有権というには心もとないため、単一説を説明する文脈において、本稿で持分権と呼称する場合は、共有権と同義とする。持分に基づいて共有物に対する一定の権能が与えられているということを指す場合には、持分（権能や権限を強調する場合には、「持分に基づく権能」・「持分に基づく権限」）と呼称する。

一方複数説では、各共有者が完全な所有権を有する。持分権は共有物に対する一つの所有権であり、共有権との関係が問題となる。この点、持分権とは別個の実体法上における権利として共有権を構成する立場（共有権・持分権二元説）[92]と、共有権は各持分権の束に過ぎないとする立場（持分権一元説）[93]が考えられる。以上の2説どちらを取るかによって、共有の解釈に大きな違いが生じるわけではないが、本稿では、後者の立場を念頭に置く。したがって、「持分権」、「共有持分権」と呼称するときは、各共有者の有する所有権を指す。各共有者の有している持分権を総称する際には、「共有権」と呼称する。

⑷　複数説と単一説の差異

現行民法立案担当者である梅謙次郎は、この説明の違いが具体的な差異をもたらしうると考えていた。例えば、組合財産につき単独名義の登記をしていた

92）前掲註49）舟橋385頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法（第3版）』〔弘文堂2004年〕708頁以下参照。

93）兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』〔酒井書店1965年〕384頁。

ところ、この者が組合から脱退した場合に、残りの組合員の一部が行う登記請求の内容は、登記全部に関する抹消登記請求ではなく、所有権の一部移転登記であるとする根拠として、単一説をあげている[94]。単一説では、自己の持分の限度でしか所有権としての効力を有しないため、自己の持分の限度でしか移転登記請求ができない結果、所有権の一部移転登記請求しか許容されないということである。ほかには、「共同相続人の一人がほしいままに単独登記をして当該不動産を第三者に譲渡した場合に、他の共同相続人は登記なくして自己の持分権を第三者に対抗しうるかという問題」について、単一説の立場に立たないと登記なくして第三者に自己の持分を対抗することができないという見解もある[95]。

また、近藤英吉は「共有には、数多の所有権の集合にして、単にその物体を同じうするに過ぎざるものと、数多の主体は単に共益者たるに止り、本来一個

94）梅謙次郎『最近判例批評（全）』〔法政大学・有斐閣 1907 年〕続 134 頁（参照したのは、〔新青出版 1995 年〕の復刻版 620 頁）。問題となっている判例は、大判明治 38 年 6 月 23 日民録 11 巻 1009 頁である。貸座敷営業者の組合財産である本件不動産につき、組合構成員である Y が、組合員全員と協議の上で単独所有登記をしておいたところ、この Y が組合から脱退した場合に、残りの組合員 X らが行う登記請求として所有権全部の移転登記をするべきとした大審院判例である。

「従来登記簿上本件の不動産が、Y 及び X 等の共有名義なるに於ては、Y が共有権を喪失したる今日に在りては、唯だ共有名義を抹消すれば足るべしと雖も、本件の不動産は実質上本件当事者及び其他の貸座敷営業者の共有なりしを共有者の協議を以て Y の所有名義に登記しあるものなれば、Y 所論の如く登記簿上 Y の所有名義を抹消するを得ずして Y より X らに所有権移転登記を為すより外途あらざるなり。而して此の如き請求は法律上禁ぜられたるものにあらざれば裁判所が原告たる X の請求を是認し所有名義書換の登記手続を為す可きことを命ずるに於ては X は其判決に基き所有権移転の登記を申請するは是即ち登記法に所謂登記原因に該当するものなるが故に原院が本件不動産の所有権移転登記の請求を是認したるは相当にして本論旨も採用するを得ず」とし、Y への移転登記抹消登記手続ではなく、Y から X らへの一部の移転登記手続をするように判示した。

本件の原告 X は 43 名であるが、貸座敷営業者組合の構成員全員ではなく、本件不動産の共有者全員が原告ではないという事案であったため、原告となった者の持分の限度で移転登記を認めたものである。

95）前掲註 89）白羽 = 山田 163 頁。

の所有権のみ存在する場合とがある。後者は、之を総有又は合有と謂ふ」[96]と述べ、さらに合有の説明として「合有は単一の所有権であるから、各合有者は共同にのみその目的物を利用し又は処分することを得る」としている。近藤は複数説の論者であり、共有が合有とその性質を異にする理由を共有物に複数の所有権が成立するか否かに求めている。そのため、近藤からすれば単一説を取るか複数説を取るか否かで共有の本質的な性格（個人主義的な結合形態なのか、団体的な結合形態なのか）が左右されると説明しているようにも取れる。

しかし、現在では、複数説と単一説の違いは、説明の仕方に過ぎないとされるのが一般的である[97]。この点について、保存行為の権限という観点から、果たしてそれを単なる説明の仕方に過ぎないとしてよいのか、詳述していく。そして、保存行為の権限、すなわち他の共有者の権利への介入権限を明らかにし、単一説・複数説それぞれの立場から、個々の持分（権）が有している性質と共有物・他の共有者との関わりにどのような差異が生じていくかについて詳述する。

3　複数説における保存行為の権限の説明

⑴　持分権と保存行為

共有における保存行為としては、①第三者が共有物に対して妨害をしているときにする妨害排除請求、②第三者が共有物を侵奪した場合の返還請求、③時効の中断、④修繕等の事実行為等、があげられる。

複数説の立場の重視するところは、各自一個の所有権を完全に有していることにある。完全な所有権を有している以上、持分権の及ぶ範囲に対しては持分権に基づいてあらゆる行為が許されると考えるのが自然である。

複数説に立てば、各自の持分権は完全に区分されるため、自己の持分部分に対する保存行為と他人の持分部分に対する保存行為に分けることができる。自

96）近藤英吉『物権法論』〔弘文堂 1934 年〕77-78 頁。

97）前掲註 78）末川 308-309 頁。前掲註 2）我妻 = 有泉 320 頁。前掲註 49）舟橋 375 頁。林良平『物権法〔第一版〕』〔有斐閣 1951 年〕132 頁。前掲註 88）松坂 176 ノ 6 頁等を参照。

己の物に対する保存行為が、その持分権自体を根拠とすることは論を待たないであろう。

一方、他人の持分権の範囲について介入する保存行為をなす場合に、どのような根拠が必要か。まず、民法 249 条によって各共有者は共有物全体に対して使用収益権を有していることを確認する必要がある。持分権の効力として、共有物全体に対する使用収益権を有しているのであれば、かかる使用収益権を確保するために、他者の持分権が支配する領域についても、持分権が完全な所有権と同様の効力を有していることの結果として、自己の持分権の効力が及んでいるというべきである。現実に各共有者が共有物を占有している状態において、持分の振り分け自体は、観念的な概念に過ぎないものの、これを民法 251 条本文に基づく管理を通すと、場所的（土地の面積を持分に応じて振り分ける）、時間的（共有権の対象となる物の使用期間を、持分に応じて振り分ける）に、現実の現象として持分を振り分けることができる。民法 249 条が確認するように、使用収益権が共有物全体に及んでいる以上、たとえ現実に支配している場所の範囲ではなくとも、管理の多数決があれば将来的に他の部分について使用収益をする可能性があるといえる。また、現実に支配が認められている使用期間外であっても、自分の使用期間がくれば当然に使用収益をする可能性がある。例を挙げると、ある建物を 3 人の共有者が部屋を 3 つに分けて利用する決定を 3 人の一致でしたとする。この場合、ある共有者が利用していない部屋であっても、将来部屋替え等の決定によって利用する可能性があるから、ある一部屋に対して妨害状態が生じれば、将来の使用収益に備えて保存行為に基づく妨害排除請求ができるとすべきである。また、ある別荘を 2 人の共有者が 1 年の半分ずつ利用する決定を 2 人の一致でしたとする。この場合、一方の共有者が利用していない時期であるとしても、この別荘に対して妨害状態が生じれば、次に備える自分の使用時期に備えて保存行為に基づく妨害排除ができるとするべきである。

また、具体的な使用収益権能だけではなく、持分権の性質として、そのあらゆる作用が潜在的に共有物全体へ及ぶ可能性を秘めている。持分権が現実の使

用収益といった形ではなく、観念的な形で端的に現れるのは共有持分の登記である。最判平成 15 年 7 月 11 日民集 57 巻 7 号 787 頁は、他の共有者の持分について不実の登記がなされていた事案において、自己の持分権に基づく妨害排除請求権の行使として、かかる登記を抹消することが認容された。不実登記に対する妨害排除請求ができる根拠は、具体的な使用収益そのものへの妨害というよりも、共有物全体を円満な状態で使用する権能に対して妨害があったことに求めるべきである。

このように、持分権の作用は共有物全体に対して及んでいることから、各共有者間でその使用収益が衝突しない限り共有者は持分権を行使することができる。妨害排除請求の例を整理すると、①使用収益権は共有物全体に及んでいること、②妨害排除請求は他の持分権者の使用収益を妨害しないこと（持分権が互いに制限し合う関係にない）、③持分権が所有権と同様の効力を有しているとするのであれば、使用収益権の確保のために妨害排除請求が認められるべきであること（末弘説から説明するとなれば、妨害排除請求を行う権限は、変更・管理のように他の共有者に影響を与えないから、各共有者に分割的に帰属するというように説明することになる）から、持分権を根拠に保存行為として妨害排除請求ができると説明できる。

また、妨害排除請求ができるのであれば返還請求についても否定する根拠はない[98]。時効の中断についても同様である。修繕などといった事実行為としての保存行為も、自己の持分権に基づいて共有物全体の使用収益ができるのであれば、自己の持分権に基づいて当然にできるというべきである。

よって、複数説における保存行為の権限は、各共有者が有する持分権を根拠としているといえる。

⑵　共有における保存行為と、他の保存行為との違い

自己の持分権を根拠にすると考えた場合、共有における保存行為は、他の制度に認められている保存行為とは大きく性質を異にする。保存行為は、その共

98）前掲註 49）舟橋 381-382 頁。ただし、返還請求の場合には、一人の共有者が目的物全体の返還を受けるため、不可分債務の規定を類推すべきとしている。

通項として、他者の権利・財産への介入を要素としているからである。これは、共有において保存行為をするに際しては、自己の権利を離れた「権限」が不要であることを示している。他の共有者が有する持分に介入するというような発想は後退し、他人の財産の管理というよりはむしろ、自己の財産であるから当然に維持・管理ができるという発想がその根底にある。権限が問題とならないのであれば、権限行使の際に問題となる拘束性は問題とならず、単独所有的な色彩が強くなる。

⑶ 保存行為の要件

保存行為ができる根拠を持分権とすれば、保存行為をするための要件は持分権の行使と異ならない。返還請求をするのであれば、①自己の持分権及び②他者の占有が要件となる。妨害排除請求をするのであれば、①自己の持分権及び②共有物への妨害状態が要件となる。

⑷ 保存行為の効果

保存行為に基づいて裁判上の請求をすることは、自己の持分権に基づく請求であるのと同じである。そうであるならば既判力は当事者間にしか及ばないと解するべきである[99)][100)]。自己の所有物として保存行為をする以上、他の共有者に既判力の拡張を許せば、保存行為をするにあたってなんらの注意義務も課されることがない一人の共有者によるいい加減な訴訟の結果を別訴で覆すことができなくなるため、実際的にもこのように解することが相当である。

4 単一説による保存行為の権限の説明

単一説の重視するところは、一個の所有権が共有者に量的に分属しているということにある。持分に基づく権利行使は、常に他の共有者の持分との関わり合いが問題となる。すなわち、複数説のように、自己の持分の範囲での請求と、他者の持分の範囲での請求といった分け方はできない。持分権に基づく請求は

99）七戸克彦『物権法―基本講義 1（総論・占有権・所有権・用益物権）―』（ライブラリ法学基本講座：4-1）〔新世社・サイエンス社 2013 年〕210 頁。

100）前掲註 76）七戸 431 頁。

共有権に基づく請求と同一視される以上、持分権の行使は、いうなれば、自己の持分と他の共有者の持分をひっくるめて行使する状態といえる。

単一説における持分も、所有権と同様の内実を潜在させていることは前述した。しかし、複数説のように個人が一つの所有権を有しているわけではない。自己の持分の限度で所有権と同様の法的ふるまいができると擬制されているに過ぎない。単一説でも複数説でも、その持分（権）の効力は、他の共有者との関係で一定の制限を受けると説明されるが、その内実は法的構成によって大きく姿を変える。単一説では一個の完全な所有権の有する効力が共有者間で分割されるのであり、共有者間ではその効力は最初から持分の範囲で分割して帰属するため、他者の持分に対して持分に基づく権能が及び衝突し合うようなことは想定されていない。民法 249 条は、この点についての例外的な規定である。複数説のように、個々の共有者が有する持分権の効力は可能な限り共有物全体に対して及ぶため、持分権の効力が衝突し、互いに制限し合うような関係があるとはいえないのである。そうすると、たとえ使用収益権が共有物の全体に及んでいたとしても、他者の持分の範囲に関しては、所有権の完全性をもって他人の持分に対する介入ができるとは当然にいいがたいことから、自己の持分の範囲で行う保存行為にしても、他者の持分の範囲にかかわる保存行為をするにしても、複数説のように自己の持分権自体の物権的効力をその根拠とすることははばかられる。

この点について七戸は、共有における保存行為について、一種の法定訴訟担当であるとする[101)]。しかし、単に法定訴訟担当であるから単独で保存行為に当たる行為ができるとするのは唐突であり、実体法上の権限がどのような形で共有者の保存行為について与えられているか、精査する必要がある。

保存行為としてできる行為については、岡松参太郎が『註釈民法理由　物権編』において、共有の保存行為を、「事務管理の如し」と表現している[102)]。ここで、日本民法における共有の保存行為規定の立法上の沿革を確認し、この

101）前掲註 99）七戸 211 頁。
102）前掲註 71）岡松 224 頁。

規定が何を念頭に置かれて立法されていたかを一度確認しておきたい。

(1) 19 世紀から 20 世紀におけるフランス法の学説

1804 年に成立したフランス民法典[103]では、共有を規律する規定がわずかしか定められておらず、学説による理論の埋め合わせが必要となっていた[104]。これは、ローマ法の立場をそのまま継受したものである。単独所有を原則とし、共同所有を例外的な所有形態と位置づける個人主義的なローマ法の共有においては、共有物につき管理を行いながら共有状態を維持・継続させようという発想がなかったためである[105]。このような体裁の条文に対する素直な解釈として、19 世紀後半に成立した学説は、共有物に関する法律関係に関しては、共有物の一部であっても、共有者は単独では自由に法律行為や事実行為もできないとしていた[106]。しかし、これでは保存に当たる行為までもが単独でできないことになるため、20 世紀においてはこの不都合を回避するために 2 つの理論構成が考えられた。

第一が、黙示の委任（mandate tacite）である。これは、共有者の一人が行った行為を他の共有者が知っていたことを条件にし、当該行為について黙示の委任があったとする構成である。黙示の委任が認められる範囲は、共有物の保存のために限られるとされ、共有物の修理、毀損しやすい果実の収取、時効の中断、抵当権の登記などがあげられていた。第二は、事務管理（gestion d'affaires）である。共有者の一人の行った行為を事務管理とすることで、他の共有者はかかる行為に基づく債務を履行する義務を負い、また、事務管理として行われている作業を妨害してはならないと解したのである。共同の目的である不動産の賃貸や、共同の利益のために共有不動産上に構築物を設けることなどが例としてあげられている[107]。

103）ナポレオンによる民法典編纂の経緯については、滝沢正『フランス法　第 3 版』〔三省堂 2008 年〕77-85 頁を参照。

104）山田誠一「共有者間の法律関係―共有法再構成の試み(3)―」『法学協会雑誌』〔1985 年〕102 巻 3 号 494 頁。

105）前掲註 1）七戸 254 頁。

106）前掲註 104）山田 505 頁。

現行の日本民法とは状況設定が異なるものの、本来は共有者が単独でできないはずである保存や改良をするための権限として、事務管理を利用していることは参考になる。そして、フランスにおけるこのような判例・学説上の議論は、日本民法の制定に際してもおそらく参考にされたことを次で確認する。

⑵　立法上の沿革

現行日本民法の共有における保存行為は、旧民法財産編 37 条 4 項「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコト得」を明確化したものである[108)]。そして、この条項は、ボアソナード草案 538 条 3 項「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理ノ所為ヲ行ウコトヲ得」に由来するものである[109)]。前述のように、当時のフランス民法典には保存行為ができる旨の規定が存在していなかったにもかかわらず、ボアソナードの民法草案で保存行為という概念が出現したのは、黙示の委任や事務管理といった法的構成を利用して、保存行為を許容してきたフランスの判例・学説を参照したものであると推測される[110)]。

⑶　日本民法における保存行為

ローマ法における共有も、フランスにおける共有も、共有物の価値を維持するための行為をする権限が法律上当然に現れないことを前提としている。フランスでは、そのような状況の下で、事務管理や黙示の委任を利用して具体的解決を図ってきた。

一方、日本においては、わざわざ事務管理を援用せずに保存行為については法律によって単独で当然にできるという建前をとった。ここで、日本民法における保存行為の権限も、その背後に事務管理が控えているのではないかとも思える。そこで、保存行為の権限の解釈として、事務管理を利用することがどこまで妥当するかを考える。結論を先に述べると、共有の保存行為は、事務管理

107）前掲註 104）山田 530 頁。

108）法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書 2　法典調査会民法議事速記録 2』〔商事法務研究会 1983 年〕77 頁参照。第二十九回富井政章発言。

109）前掲註 9）星野＝ボアソナード民法典研究会 191 頁（100 頁）。

110）前掲註 1）253 頁。

によって吸収解消することのできない要素を有しており、保存行為の権限を事務管理に求めることはできない。

ア　事務管理と保存行為の対比

事務管理が成立すれば、事務管理としてした行為は適法なものとされる。民法は、事務管理の効果としてこのことを明記してはいないが、事務管理を債権発生の一原因として認めたことは、当然、事務管理を適法な行為と認めたことを意味すると解すべきである[111]。では、保存行為をする場合に、事務管理の成立要件を満たされるのか。

事務管理はその成立の要件として、①「義務なく」、②「他人のために」、③「事務の」、④「管理」をしなければならないとされている（民法 697 条 1 項）。また、民法 700 条ただし書は、⑤「事務管理の継続が本人の意思に反し、又は本人に不利であることが明らかであるときは、この限り」ではないとされているが、これも事務管理成立の要件とすることが通説であるとされる[112]。前述したように、単一説においては行使する持分（権）と共有権が同一になるため、保存行為をするにしても、共有者全員との関係で事務管理が成立しなければならない。

①「義務なくして」他人の事務を管理することが事務管理であるから、他人の事務を管理することが法律上の原因関係に基いていないことが必要である。なお、遺産共有の場合には民法 918 条本文が「相続人は、その固有財産におけるのと同一の注意をもって、相続財産を管理しなければならない」としていることから、「義務なくして」という要件を常に満たさないのではないかとも思える。しかし、同条の義務は「共同相続人の各々に観念的に帰属した相続分についての管理の観念的な義務」とされ[113]、相続人が複数いる場合には別途共

111）我妻榮（編）『判例コンメンタールⅥ　事務管理・不当利得・不法行為』〔コンメンタール刊行会 1963 年〕5 頁。

112）平田春二「事務管理の成立と不法干渉の限界」『谷口知平教授還暦記念　不当利得・事務管理の研究（2）』〔有斐閣 1971 年〕234 頁。

113）谷口知平「寡婦の相続権と相続思想の発展」『家族法の研究（下）　相続法』〔信山社 1991 年〕40 頁。

有財産管理の問題になるとされる[114)][115)]。すなわち、他人の持分全体に対する管理権・管理義務が認められるわけではなく、他人の持分部分に関してはなお「義務なくして」他人の事務を管理する関係にあるといえるのである[116)]。

したがって、特別の約定等がない限り、①の要件については充足されそうである。

②「他人のために」事務を管理しなければ事務管理は成立しない。ここでいう「他人のために」とは、管理行為によって生ずる利益を本人に帰属せしめる主観的意思を必要とする要件[117)]なのか、または管理行為によって他人に利益を与え、もしくは損失を免れさせたといえる場合には、かような主観的意思は不要とする要件[118)]なのかについて学説上争いがある。判例は、他人のためにする意思を要するとしている[119)]。ただし、純粋に自己のために他人の事務を管理した場合であっても、他の要件が充足されていれば準事務管理が成立するとされる。

③「事務」について管理をしなければ、事務管理は成立しない。例えば、共有物に対して妨害状態が生じた場合にこれを排除することや、共有物について

114）中川善之助『註釈　相続法（上）』〔有斐閣 1954 年〕165 頁。

115）我妻榮『判例コンメンタールⅧ　相続法』〔日本評論社 1966 年〕234 頁。

116）なお、現行民法制定時の議論では、相続財産の管理について事務管理の規定を準用するとしているドイツ民法の規定が参照されている。法務大臣官房司法法制調査部（監）『日本近代立法資料叢書 7　法典調査会民法議事速記録 7』〔商事法務研究会 1984 年〕420 頁参照。第 180 回富井政章発言。

117）三宅正男「事務管理の行為の本人に対する効力」『谷口知平教授還暦記念　不当利得・事務管理の研究（1）』〔有斐閣 1970 年〕340 頁は、「他人の利益のため他人の計算において」と表現している。

118）小池隆一『準契約及事務管理の研究』〔慶応義塾大学法学研究会 1962 年〕287 頁以下参照。

119）大判大正 5 年 2 月 29 日民録 22 巻 172 頁。次順位の扶養義務者が、先順位の扶養義務者に代わって子の扶養をした事案である。「離婚に因り家を去りたる者が子を養育したる場合と雖も前記配偶者の為めにする意思表示を以て其扶養義務を履行したるに非ずして唯子に対する愛情により之を其膝下に置きたるに過ぎざるときは前配偶者に対し養育費の償還又は事務管理の償還を請求するの権利を有せざるものとす。」とした。

修繕することは、他者の持分部分については当然他人の「事務」といえる。

④他人の事務に対してなすことが「管理」といえなければならない。管理の方法としては、本人の事務の実現のための事実行為または法律行為をなすことであるとされる[120)]。この点についても、特に問題となる要素はない。

⑤また、前述のように通説では、事務管理をすることが本人の意思に反しないことが事務管理の要件とされている。そして、保存行為と事務管理の関係を述べるにあたって、最も重要な要件である。例えば、最判平成15年7月11日民集57巻7号787頁のように、共有物に対する妨害状態を是認している共有者の持分について妨害排除請求をするような場合には、本人の意思に反しているため事務管理が成立しないかが問題となる。上記判例だけを念頭に置けば、本人の意思が公序良俗に反するような場合には、かかる意思に従う必要はないということから説明をすることもできる[121)]。しかし、共有者間で個人的な諍いが生じている場合、本人の意思が公序良俗に反していないとしても、各共有者の行為について反対の意思を持っている場合は想定できる。このような場合には、明確に本人の意思に反した事務の管理をすることになるため、事務管理は成立しない。

もし、保存行為の権限を事務管理で説明しようとすれば、このような場合に保存行為ができない結果となる[122)]。

イ　事務管理で吸収できない保存行為の要素

事務管理は、その発想としては「人」のためにすることを前提にした制度である一方、共有の保存行為は「物」を対象にその価値を維持することを前提にした制度である。この違いによって、共有物の価値を維持する行為であるにもかかわらず、「本人のために」という要件を満たさず事務管理が成立しない場

120）金山正信「事務管理の要件」『谷口知平教授還暦記念　不当利得・事務管理の研究(2)』〔有斐閣1971年〕270頁。

121）前掲註112）平田237頁。

122）さらに、このような場合に「黙示の委任」が成立するかは甚だ疑問であるため、黙示の委任によっても保存行為の権限を説明しきることはできない。

合が生じる。

18 世紀から 19 世紀のフランスにおいて、事務管理によって共有物に対する保存行為の権限を説明していたのは、やむをえずこのような法律構成を取ったからに過ぎない。

ウ　単一説における保存行為の権限

では、単一説における保存行為の権限は、一体何であるべきか。保存行為の権限は、民法 251 条ただし書によって与えられた法定の権限であると説明することがこの点を説明するのに最も簡明ではある。しかし、民法上の保存行為の権限を俯瞰すれば、保存行為ができると規定する条文によって特別に保存行為の権限が与えられているというよりは、元来保存行為ができる権限が存在しているため、保存行為をすることができるものばかりである。

単一説においては、持分権の行使がそのまま共有権全体の行使と意味を同じくするため、持分権の行使のために実体法上の管理処分権が問題になることは前述した。しかし、およそ持分権を利用するために各共有者との関係で管理処分権が必要であるとするのであれば、共有物の使用収益すら困難を極める。共有権は観念的に分割されてはいるものの、対応する物との関係では、持分と物は不可分の関係になるからである。共有者は、持分を有してさえいれば、その持分によって共有物全体に対する占有権原が基礎づけられ、共有物全体を利用した使用収益ができる [123)]。持分は、共有権の分量的な一部であるはずであるのに、共有物全体との関係でその権能を発揮する。民法 249 条は、共有物全体に対して使用収益ができることを規定した条文であるとされるが、これは法によって使用収益権が与えられているというよりは、共有物と共有者の持分が不可分の関係にあることから、共有権自体がそのような扱いを許容する性質を有していると解するべきである [124)]。

前段落の内容をまとめる。持分権自体は共有権を分量的に分けているものであり、他の共有者の持分が支配する領域に、持分自体の所有権としての権能は

123）参考となる判例として、最判昭和 41 年 5 月 19 日民集 20 巻 5 号 947 頁。

及ばない。しかし、これでは、各持分について分量的に制限された所有権しか持たない共有者は、およそ共有物に対して単独で、持分に基づく行動ができなくなる。共有者が共有物を使用収益したり、その価値を最低限維持したりするためには、そのための権限が必要となる。共有物は、自己の持分との関係では自己の財産であり、他者の持分との関係では他人の財産であるためである。そこで、各共有者の持分に基づく権限には、他の共有者の持分領域についても介入する権限が与えられていると考えるべきである。共有物と個々の分量的な持分が不可分の関係にあることは、単独所有には見られない特殊な構造である。この点を捉えれば、共有物と持分の関係から、他の共有者の持分への介入を許す、持分が潜在させる所有権としての性質では説明できない権限が存在するというべきである。他人の財産領域へ介入する権限は、本稿で一度まとめたように、その権限行使は他人のためになされなければならないという側面を有する。このような権限が、持分に基づく権限に内在する結果、共有物に対する保存行為が単独でできるというべきである。

複数説では、保存行為は各持分権の有する物権的効力が共有物に対してそのまま及び、他の共有者とも衝突する関係にはないから、権限の問題にはならないとした。一方、単一説では、持分に基づく権能が及ぶ範囲を、持分の限度に限定しているため、持分権の行使のためには各共有者の持分をも利用することになる。したがって、各共有者の持分に介入する権限が必要である。そして、そのような権限は、持分に潜在する所有権としての性質では説明することができない。共有物と各持分の関わり合い方が不可分であるという性質から、持分に基づく権限が共有物全体に対しても及んでいるというように説明される。複数説とはこの点で差異がある。複数説も単一説も持分（権）を保存行為ができる根拠にはしているが、問題となるあり方が大きく異なっている。なお、単一

124）例えば、不可分債権の規定（民法 428 条）は、各債権者がすべての債権者のために履行を請求できるとしている。民法 427 条は、原則として各債権者は等しい割合で権利を有すると規定している。しかし、債権の対象が不可分である場合には、他の債権者の有する権利の分についても、他の債権者のために履行を請求する権限があると解釈できる。

説における保存行為の権限をこのように捉えれば、持分は所有権の分量的な一部に過ぎないという従来の単一説に収まりきらない持分の性質が存在することになる。以下、このような新しい単一説を「修正単一説」と呼称する。

修正単一説と、従来の単一説の違いに簡単に触れる。1つ目として、修正単一説では持分に基づく権限が共有物全体に及ぶ点が挙げられる。2つ目として、その権限行使にあたっては他人のためにするという側面を有することから、単なる所有権の行使よりもその要件は加重され、権限行使の態様に対する拘束、権限行使に付随する義務等が生じる。他人の財産領域への介入という要素を内在させる修正単一説によって、共有制度をどこまで説明できるのかについては、本稿の核心部分であるため章を改めて詳述する。

エ　保存行為の要件

保存行為をする権限が持分自体から与えられているからといって、複数説と同様の緩やかな要件をクリアすることで保存行為ができると解すべきではない。他人の財産に介入する権限には、当該他人のために権限を行使すべきことが一般的に要求されるため、かかる観点から権限行使のための要件は厳格化される。また、保存行為は、従来事務管理としても説明されていたのであるから、その行使は事務管理同様慎重になされるべきである。七戸は、「保存行為の認定については、従来以上に厳格かつ実質的な判断をすべき」[125]としており、その内容としては「①他の共有者あるいは共有者全員の利益になる行為であり、②他の共有者あるいは第三者に不利益を及ぼさない行為であり、③緊急性その他の理由から他の共有者の同意を省略しても差し支えないと解される行為」であることを保存行為の行使の要件として要求している[126]。共有者全体の利益を考慮はすれども、共有者各個人の主観的な意図との合致は要求していないところに、事務管理との違いが見える。また、他の共有者に生じる利益や不利益の認定については、共有物全体の管理方法や、共有に至った経緯[127]や目的等から、物の客観的価値を維持する方法として最適な方法を取っているか否かで決

125）前掲註 76）七戸 438 頁。

126）前掲註 76）七戸 430 頁。

せられる。同一の物に対して同一の権利を有し合っているという関係は、決して消極的にのみ解すべきではない。

なお、共有に至る経緯や目的から、早期の分割に適さない共有状態が存在することは従来から指摘されている[128]。このような、従来理念型として示されてきた共有とは趣を異にする共有については、保存行為をするに際しても様々な考慮が働くべきである。

この点について、山田誠一は、①共有物の用途・性質・目的から、その共有物を分割することが共有物の効用を害するもの、②分割禁止の合意があるもの、③現物分割によると共有物の効用が害され、共有物が共有者から第三者へ移転することを拒否すべき事情がある共有を「持分処分型共有」とし、そうでない共有を「分割型共有」とに分類する。前者は、共有状態の存続を想定すべき共有の形態であり、常に共有状態の解消が許されるべきではないとする[129]。前者のような場合には、共有状態の長期継続が予定されており、共有者も共有状態の離脱を志向しなくなるため、かかる点を踏まえた価値の維持が要求される。

岡田康夫は、共同所有成立の根拠によって、共有を①意思（契約）に基づいて成立するものと、②事実ないし法律によって成立するものとに分け、①による場合は、共同所有を形成する目的が存在するのであるから、組合の発想など

127）なお、共有の発生原因としては、①共同出資による財産取得や単独所有者の持分譲渡等、財産法上の法律行為による場合、②民法 755 条の夫婦財産契約というように親族法上の法律行為による場合、③数人の受贈者への遺贈といった相続法上の法律行為による場合、④共有から生じた果実や、境界線上の工作物（民法 229 条で共有の推定）、共同での時効・即時取得、埋蔵物発見者と包蔵物所有者（民法 241 条ただし書）、主従を区別できない動産の付合・混和（民法 244 条・245 条）といった、財産法上の非法律行為による場合、⑤夫婦間の帰属不分明財産（民法 762 条 2 項で共有の推定）など、親族法上の非法律行為による場合、⑥共同相続財産というように相続法上の非法律行為による場合、⑦建物区分所有における共用部分（区分所有法 11 条）の共有などがあげられる。前掲註 99）七戸 202 頁参照。

128）武川幸嗣「共同所有論」吉田克己＝片山直也（編）『財の多様化と民法学』〔商事法務 2014 年〕720−721 頁。

129）前掲註 5）山田 138−144 頁。

をもとに共同所有を考察することが可能であるとする[130]。①による場合は、通常、契約等によって共有物の維持管理方法が明示されていると思われる。明示のない場合であっても、共有状態を作り出すに至った一定の目的や、当事者の黙示の意思等を参酌して、共有物の価値を維持することが要求される。

鈴木禄弥も、共同所有関係が偶然的に成立するような場合は現実にはほとんど存在せず、物を共同で購入したような場合には、共同所有状態の持続期間等が明示ないし黙示に合意されているものであり、共同所有関係が成立する場合には、おおむね、共同所有者相互間に広義の団体関係が存在するとしている[131]。このように、共有において少なくともその目的や経緯から様々な共同所有の形態が考えられるため、なされるべき保存行為の態様として、かかる観点から一定の拘束が求められるべきである。

オ　保存行為が成立する場合に課されるべき義務

さらに、単一説における保存行為は他人の有している物への介入となり、保存行為をすることは、他人の財産管理としての側面が強調される。複数説の立場から説明する保存行為において、自己の財産を管理するという面が強調されていることと対照的である。したがって、他人の権利・財産関係に介入し、管理するのであるから、保存行為をするにあたっては善管注意義務が課されるべきである。他人の権利領域に介入する権限が問題となるときには、その権限行使には一定の拘束性が認められるべきであると前述したが、共有の保存行為においてもそのような拘束性は認めるべきである。また、事務管理が成立した場合には、管理継続義務（民法 700 条）、管理開始の通知をする義務（民法 699 条）、報告義務（民法 701 条、645 条）を負うところ、保存行為についても、事務管理との類似性は多く残っているため、これらの義務については事務管理の規定を準用する形で、保存行為をする共有者についても認めるべきである。また、事務管理の規定を準用せずとも、権限自体の有する性質から、このような義務は

130）岡田康夫「ドイツと日本における共同所有論史」『早稲田法学会誌』45 号〔1995 年〕92-93 頁。

131）鈴木禄弥『物権法講義　5 訂版』〔創文社 2007 年〕73-75 頁。

一般的に認められるべきである。

カ　保存行為の効果

複数説では、保存行為としてなされた訴訟の既判力は、他の当事者には及ばない。しかし、修正単一説においては、権限に基づいて他の共有者のために保存行為をすることになるため、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号を根拠として、他の共有者についても既判力を及ぼすべきである。修正単一説では、保存行為をするにあたり、厳格な要件や善管注意義務など、他の共有者のために保存行為をすべき拘束が生じる。そのため、既判力を他の共有者へ及ぼしたとしても、複数説の場合で生じるような実質的な不都合はないといえる。

⑷　単一説に関する小括

単一説においては、持分に潜在する所有権としての性質から、保存行為をする権限を当然には説明することができない。しかし、共有物と、各共有者の持分がそれぞれ不可分の状態で結びつきあっているということを考慮すれば、持分に潜在する所有権としての性質からではなく、共有物に対する権利であるという単独所有にはない特殊な観点から、共有物全体に対しての権限が持分に内在しているというべきである。

このような権限を観念すれば、本来の単一説の範疇を超えることになる。したがって、持分に内在する権限を観念する単一説を、修正単一説と呼称し、従来の単一説と区別して説明する。そして、持分に内在する権限を保存行為の権限としたが、保存行為をするための要件や、生じる法効果については、権限による他人の権利への介入ということを念頭に置いた解釈をするべきである。そして、保存行為を為すための要件を検討していく中で、共有においても共有者間の関係や、共有に至った経緯や目的等を加味して保存行為の権限を行使すべきであることを明らかにした。

第 4　修正単一説・複数説による共有制度の検討

従来、共有における各共有者間の関係が複数説及び単一説それぞれの立場に

基づいて説明されることは少なかった。また、単一説と複数説は理論的な差異であり、実質的な運用に差異はないとされてきた[132)]。

他方、保存行為論は、権限という観点から各共有者間の関係を見つめ直すことにほかならない。そこで、このような観点から、狭義の共有について再検討し、特に修正単一説と複数説によって説明されうる事項の違いについて詳述していきたい。

1　複数説

複数説では、持分権として、各自が一個の完全な所有権を有しているため、その行使に関して各自が単独で特に要件が加重されることなく管理・変更以外の対外的・対内的行為をすることができる。民法 249 条は、複数説から導きうる帰結を確認したに過ぎないこととなる。複数説における共有者間の内部関係は、個人主義的に規律されることになる。他の共有者が収益できるはずの分を一部の共有者が多めに収益したような場合には、不当利得返還請求による清算がなされるに過ぎない。

そうすると、共有関係の離脱は、かかる不当利得による調整関係を離脱するという意味を有するにとどまることになる。

対外関係においては、各共有者が単独で自己の持分権に基づく請求をすることができるとする建前が基本にある。持分権の侵害に対する単独請求において、共有物全体に対する配慮や他の共有者との関係は、善管注意義務等によって生じることはない。保存行為も、持分権に基づくことが前提に置かれているため、持分権を有する以上当然に可能であり、このような形での持分権の効力は、他の共有者の持分権と衝突しないからである。単一説のように、他の共有者と持分権自体を持ち合っているわけではなく、ただそれぞれの有する権利の効力が同一の物に生じているだけであるから、他の持分権者の持分権を利用するための権限は問題とならない。

132）前掲註 2）我妻 = 有泉 319–320 頁。

このように、持分権の行使は単独所有権と同様の要件で行うことが可能であり、単独所有に近い形の共有制度が見えてくる。少なくとも、持分権の性質としては、個人主義的な色彩が見て取れる。

そうなると、民法で規定されている共有者への拘束を、個人主義的な色彩の中でどのように折り合いをつけていくかが問題となりうる。民法 252 条本文の管理に関する事項の決定、民法 253 条 2 項の持分取得、民法 254 条、256 条 1 項ただし書の不分割同意などは、後述するように、共有者間に一定の拘束関係を作り出す規定である。持分権の持つ個人主義的な色彩からは、これらの諸規定は、本来単独所有に近づけて解釈すべき共有制度の例外として理解することになる。

2　修正単一説

単一説に立てば、各共有者の持つ持分は、一つの所有権の量的一部となるため、各共有者は互いに一個の所有権（共有権）を有する。各共有者が共有権に対して有する割合的な観念は、持分として表現される。ある財産の共有者となれば、民法 249 条が確認するように、各共有者に持分の全部についての使用収益が認められるし、持分処分は本来自由であるとされる。しかし、各共有者が共有物全体に対する使用収益権限を有するのは、共有物とそれに対応する各持分との関係が不可分になっているからである。共有物全体と持分の関係が不可分であるということから、他の共有者が持分によって支配する領域についても介入する使用収益権限が生じるのであれば、各共有者が有する持分とは別に、分量的に分割された持分と共有物全体をつなぐ権限が存在するというべきである。持分は共有権の分量的な一部ではあるものの、共有物全体と不可分の関係にあり、これは単独所有権には見られない特殊な性質である。そうすると、このような性質から、所有権としての性質からは導きえない、共有に特有の権限が、持分に内在しているというべきである。複数説では、持分権が単独で行使できる完全な所有権となるため、このように個々の権利と共有物をつなぐ権限は全く問題とならなかった。ここが、単一説と複数説の最も大きな違いである。

持分に内在する権限は各共有者個人にとって万能ではなく、権限一般が、他者の権利領域に対する介入という側面と、他者のために権限を利用するという側面を性質として有していることから、当然一定の拘束を受ける。共有者が行いうる行為は、おしなべて自己のためにする行為であると同時に、他人の財産を利用する行為であるから、権限に基づく行為の性質に応じて、権限行使にあたり一定の要件・方法・態様・義務が要求される。共有者に対する規律を、かかる観点から再構築するのが修正単一説の意義である。

そうすると、各共有者に認められている、共有物全体に対する使用収益権限も、他の共有者の使用収益を妨げない限度において正当性を有する[133)]。すなわち共有物の使用収益をするにしても、他者の権利領域に介入する権限が問題となっているため、その使用には一定の注意義務が課されると解すべきである。また、持分に対応する以上の収益も、正当化されない（民法 249 条参照）。

共有関係の離脱は、共有者間を結ぶ権限による拘束からの離脱を意味することになる。共有関係からの離脱は、共有物分割請求（民法 256 条参照）や持分処分、持分の放棄によって行われ、これらは持分に基づいて当然にできるとされてきた。しかし、成立していた共有関係が、前述したような「持分処分型共有」のように、長期継続を前提とする共有である場合や、一定の目的が共有の背後に控えることで共有者に拘束関係を生じさせるような場合には、共有物分割請求や持分処分が常に許容されると考えるのは不合理であるとも思える。共有においても、自由な持分処分を阻止すべき法的構成が問題になる局面があるとすれば、他の共有者との関係を調整する機能を持つ権限としての性質が、示唆を与えうるかもしれない。ただし、持分処分は、持分が所有権としての性質を潜在させている以上、自由になされるべきであり、これを否定するための理論構成を持分自体の性質から論証するのは難しい。

133）最判昭和 41 年 5 月 19 日民集 20 巻 5 号 947 頁は、「明渡しの理由」を立証できれば、共有者による共有物の占有を排除することもできるとしている。ここでいう「明渡しの理由」として、共有物の経済的価値を毀損するような、前記注意義務違反を構成する態様での占有・使用収益を位置づけることができるのではないだろうか。

保存行為については、前述したように要件や注意義務による拘束を受ける。共有物の管理・変更・処分行為は、行為の性質上、権限の行使に強力な制約がかかり、他の共有者の合意が権限行使の要件になっていると説明することができる。

このように、持分に内在する権限は、他の共有者との関係を常に念頭に置いて存在するものである。学説上も、共有に至る経緯を考慮すれば広義の意味での団体的関係が存在し、存続を前提とする共有もまた存在するという問題提起がなされている。権限の行使の一例として、保存行為をする際には、前述のように共有物の客観的な価値の維持以外の関係性も参照される。これらを総合すれば、日本民法における狭義の共有においても、権限の行使にあたって参照されるべき一定の拘束関係を見出すことができる。

3　権限によって説明される修正単一説と、従来の単一説との違い

前述の説明は、従来説明されてきた単一説の範疇を超えるものである。従来、各共有者には持分に応じて量的に分割された、所有権と同性質の権利が帰属するだけであるとされてきた。しかし、各共有者の持分に応じて帰属する権能は、所有権の量的一部といった要素だけでは説明できないことを指摘した。この欠缺を埋めるのが、持分に内在する権限である。なお、各共有者に共有物全体に対する権限が存在するのであれば、複各共有者の権限が「衝突し合う」とも思える。しかし、複数説のように所有権の効力が衝突し合うわけではない。他人の財産に対する権限が成立したとしても、当該他人の権能が制限されない場合も存在する[134)]。各共有者の持分に内在する権限が重層的に存在することは、否定されるわけではない。

そして、持分にかかる権限が内在するということは、持分が所有権の分量的

134）例えば、任意代理人を選任し、財産に対して一定の権限を与えたとしても、本人の財産に対する管理処分権能が当然に制限されるわけではない。また、任意代理人を複数選任した場合も、各代理人の権限が衝突し合うことで当然に権限の行使が制限されるわけでもない。

一部であるといった説明は妥当しないことを意味する[135)]。持分は、単独所有にはない共同所有関係特有の性質を説明しきるために、所有権としての権能を超えた性質を有することになる。

従来の単一説では、持分自体の性質として所有権を参照するに過ぎなかったため、持分の性質から共有者と共有物・他の共有者との関係を論じることが難しい。しかし、修正単一説のように、所有権としての性質を超えた要素を持分に内在させることで、各共有者の有する持分から、共有制度自体の見え方を筋の通ったものとして見ることができる。

なお、共有の内部関係における訴訟では、お互いに共有物全体（すなわち、共有者全員）に対する権限を利用することで訴訟追行をすることになる。原告は、被告の代わりに権限を利用する関係となるし、被告は原告の代わりに権限を利用する関係となる。原告となった共有者の請求が認容されれば相手方当事者となる共有者にとって不利益となりうることから、このような権限の行使が許容されないとも思える。しかし、共有の内部関係訴訟は、請求が認容されたとしても、被告となる共有者が有していると認定された持分や、管理方法の合意による受益・支配の分を超えて判決が下されることはない。各共有者の利益として法的保護に値するのは、持分や管理方法で合意された内容の限度であるから、かかる一線を訴訟によっても超えられない以上、共有の内部関係における訴訟追行も、権限によって原告被告ともに行うことができる。

4　保存行為と持分（権）に基づく請求の関係

持分権の性質を複数説によって説明する立場からすると、保存行為の権限も持分権を前提にすることとなるため、持分権に基づく請求と保存行為としての請求は、その要件に差異はほとんど見当たらなくなる。

持分権の性質を単一説によって説明する立場からすれば、持分権に基づく請求は、当然にすることはできない。各共有者の持分権に基づく請求と、共有権

135）前掲註 63）でも指摘したように、山野目は、単一説をとった場合の説明として、元となる一個の所有権と共有持分権の性質が同じであるべき必然性はないとする。

に基づく請求が同一視されるため、共有物全体に対する管理処分権限が問題になるからである。

従来の単一説に立つのであれば、持分権を所有権の量的一部として説明するため、かかる管理処分権限が内在していない以上、共有物全体に対して持分権に基づく請求はできない。しかし、保存行為に基づく請求は伝統的にできるとされてきたため、保存行為に基づく請求をすることはできる。

一方、修正単一説では、保存行為の権限が持分に内在していると考えるのであれば、保存行為を為すための要件を満たしさえすれば、持分権に基づく請求も保存行為と同様に単独でできると考えられる。

5　複数説・修正単一説の両説から見る共有制度

日本における共有制度全体を考える前に、日本の共有制度の沿革を確認しておきたい。現行共有法は、ローマ法の影響を強く受けていたフランス民法典を基層として形作られたものではある。しかし、民法 252 条本文における管理方法の決定や、民法 254 条、民法 256 条 1 項ただし書の不分割特約等は、共有者間に一定の拘束を与える規定であり、イタリア法・スペイン法・ドイツ民法第二草案から影響を受けた部分である[136)][137)]。これらの諸規定は、ローマ法由来の個人主義的な要素だけでは説明しつくせない部分であるため、持分（権）の有する性質に応じて、これらの規定がどのように説明されるかを考える必要がある。

⑴　変更・管理権限の帰属

ア　複数説

共有持分権を完全な一つの所有権として見ると、共有物の変更・管理が、他

136）水津太郎「憲法学のゆくえ④-1［基調報告］憲法上の財産権保障と民法―所有権を対象として―」『法律時報』〔日本評論社 2015 年〕87 巻 1 号 101 頁。

137）前掲註 3）新田 186 頁。民法 254 条のような、他の共有者に対して有する債権をその特定承継人に対しても行使できるとする規定は、ドイツ民法第一草案では認められていなかった。しかし、第二草案では、ゲルマニステンの強い主張を入れて、原始的共有者の保護を図るべくこのような規定が置かれたとされる。

の持分権者全員の同意・持分の過半数の同意がなければできないことをどのように説明するかが問題となる。前述のように、末弘厳太郎は変更・管理権限については数量的に分割することはできないため、共有者全員に共同的に帰属し、これがために所有権たる性質を失うことはないと説明していた。しかし、完全な所有権として見るのであれば、本来、変更・管理の権利も各共有者が個別的に有しているとみるのが自然であるし、共有物に対する変更・管理権能が持分権の内容として個別的に帰属していないにもかかわらず、なぜ持分権が所有権たる性質を失わないのか説明がされていない。このように見ると、各共有者が単独で変更・管理をすることができないのは、他の持分権者の管理・変更権能と衝突をする場面であるから例外的に行使が制限されていると説明すべきである。

では、民法上他者の権利と衝突し、権利の行使が制限されるという説明が妥当する局面があるか。債権者代位権を行使される債務者と債権者の関係や、成年後見人と成年被後見人の関係は、権利が衝突しているのではなく、片方の権利・権限がそもそも剝奪・制限されている状態である。

一つ考えられるのは、債権の二重譲渡がされた際に、双方の譲受人が確定日付のある証書による通知をし、債務者に同時に到達した場合の問題である。確定日付のある証書による通知は、債権譲渡における第三者対抗要件であり（民法 467 条 2 項）、その先後は債務者への到達日時を基準とするのが判例の判示するところである[138)]。そして、債権の二重譲渡の事案において、第三者対抗要件たる通知が債務者に対して同時に到達した場合、「各譲受人は、互いに他の譲受人に対して自己のみが唯一の優先的譲受債権者であると主張することは許されず、したがって債務者に対しても同様の主張をすることはできない」と最高裁判所は判示している[139)]。このことから、最判昭和 55 年 1 月 11 日民集 34 巻 1 号 42 頁は①各譲受人は、債務者に対して、それぞれの譲受債権についてその全額を請求でき、②譲受人の一人から請求を受けた債務者は、同順位の譲

138）最判昭和 49 年 3 月 7 日民集 28 巻 2 号 174 頁。
139）最判昭和 53 年 7 月 18 日判時 905 号 61 頁。

受人が他に存在することを理由として弁済を拒絶できず、③債務者は、譲受人の一人に弁済をすれば、免責され、④各譲受人は、債務者に対して自分が唯一の優先的債権者であると主張することができないという準則を立てたとされる[140]。各譲受人は、互いに第三者へ対抗できる譲受人であると主張することができず、債務者においてはどちらの弁済も拒むこともできないという事態は、対抗要件を備えた譲受人たる地位が衝突し合った結果、権利の行使が制限されている状態であるといえる。しかし、このような事態は「混迷が危惧されている」という表現をされているように、不健全な状態である[141]。権利が衝突し合っている結果、その行使について制限がされているというような説明をしなければいけない法的構成は、説明方法として不適切である。

なお、管理方法の決定が過半数でなされた場合には、各共有者はかかる決定に基づいて管理をなす必要があるため、複数説においても、このような決定をする場合には共有者間に一定の拘束関係が生まれる。

イ　修正単一説

複数説においては、共有物に対する変更・管理権能は各共有者に帰属し、共有者同士でかかる権限が衝突し合うことから、その行使について制限がされていると説明した。

一方、修正単一説では、共有物に対する変更・管理権限が各持分に内在している。しかし、管理・変更行為は共有物に対する影響が非常に大きく、また権限を行使する際には目的との関係で常に拘束が生じることから、その行使は大きく制限される。共有物の管理をするためには持分の過半数が必要であり、変更・処分には共有者全員の同意が要件として必要であるとするのは、権限行使に対する制限として説明される。

複数説の立場では、前述のように権限の衝突でかかる拘束を説明したが、このような説明は技巧的であり、単一説による説明の方が簡便である。

140）潮見佳男『債権総論（第3版）Ⅱ―債権保全・回収・保証・帰属変更―』〔信山社 2005年〕663頁。

141）前掲註22）我妻＝有泉＝清水（補）255頁。

⑵　民法 253 条 2 項　共有者による持分の取得

なお、民法 253 条 2 項による持分の取得については、法典調査会で「所有権を強奪する様なことを奨励させるようなものだ」という批判もあったが[142]、富井政章は「外の者に持分が往くよりは矢張り共有者に往った方が其物の改良其他の点に於て好結果を得るであろうと云う考えであった」としている[143]。どうやら、共有者のうちの一人が管理の費用を負担しない場合には、強制執行手続きによって当該共有者の持分を競売にかけてしまうことを念頭に置いていたようである。管理の費用を払わないときには、強制執行をして見知らぬ相手に持分を売却するよりは、他の共有者が取り上げてしまった方が共有状態にとって良い結果となることを想定していたということである。

同条 2 項は、共有物を維持していく関係で、特定の共有者に持分を譲った方がよいということを趣旨として観念している規定であり、共有物と共有者に一定の結合関係を見出しうる規定である。この規定の存在によって、複数説・単一説という理論対立とは関係することなく、日本民法上の共有では、一個の物を共同で所有するという目的との関係で、共有者の間で忌むべき者が新たに共有者となることを防ぐことを手段とする、共有関係の一定の継続性が存在することが看取できる。

複数説では、持分権の性質を一個の単独所有権と解する以上、他の共有者との関係を持分権から考えることはできない。民法 253 条 2 項は、特定の物に対して所有権を持つ者同士に、一定の関係を法によって与える条文といえる。持分権の性質からはこのような条文の出現が予定されるとはいえないものの、立法者が実際上の便宜を図るために創設した、裁量的な条文というような位置づけをすることができる。

修正単一説では、持分自体に他の共有者との関係性を考慮する機能が備わっているため、このような条文の存在と親和性がある。民法 253 条 2 項は、一定

142）法務大臣官房司法法制調査部（監）『日本近代立法資料叢書 2　法典調査会民法議事速記録 2』〔商事法務研究会 1983 年〕81 頁。第 29 回岸本辰雄発言。

143）前掲註 142）法務大臣官房司法法制調査部（監）81−82 頁。第 29 回富井政章発言。

の場合に共有者から持分を取り上げるという権限を与えるという点では創設的な規定であるともいえる。しかし、持分の性質上、共有関係存続のための強力な権限を共有者に与えることは、ある程度予定されているというべきであり、このような条文の存在は、複数説よりも、必然的である。

⑶　民法 254 条　共有物についての債権

民法 254 条により、共有者の一人が共有物について他の共有者に対して有する債権は、その特定承継人に対しても行使することができるとされている。本来、共有者間に生じた債権は、当事者間において効力を有するにすぎず、特定承継人には行使できないはずである。民法 254 条はドイツ民法 746 条を継受したものであり、このような規定がドイツ民法において置かれるようになった趣旨は、本来の共有関係の発生を欲した所有者の目的を達成させるために、特定承継人をも拘束する必要が認められ、それによって制度としての共有の機能性を確保しようとしたことにあったとされる[144]。そうであるとすると、民法 254 条は、共有も、共有関係を生ずるに至った経緯や目的との関係で、共有者間に一定の拘束が生まれることを予定していた条文であるといえる。

複数説では、持分権は単なる所有権である。所有権の特定承継人に対して前所有者の有していた債務は通常承継せず、民法 254 条は持分権の性質からは説明することのできない創設規定と説明される。

修正単一説でも、持分の性質から当然に民法 254 条を説明することはできない。ただし、持分に基づく権限は、その性質として、共有物の経済的価値を維持・発揮するために、共有に至った経緯や目的を参照することができるのであるから、持分の性質と民法 254 条の立法目的である「共有関係の発生を欲した所有者の目的を達成させる」ことの間には親和性がある。

⑷　民法 255 条　持分の放棄と弾力性

民法 255 条は、共有者の一人が持分を放棄した場合や、共有者が死亡して相続人がないときには、その持分は他の共有者に帰属するとしている。このよう

144）新田敏「共有の対外的関係についての一考察」『法學研究』59 巻 12 号〔慶應義塾大学 1986 年〕152-153 頁。

な場合、通常は国庫に帰属するのが原則ではあるが（民法 959 条参照）[145]、これを修正したのが本条である。

民法 255 条を指して、共有には弾力性があると説明されることがある[146]。そして、このような弾力性は、複数説においては持分権の性質自体から導かれると説明される[147]。複数説においては、本来完全な効力を有すべき所有権が共有者間で衝突し合うことで持分の範囲が確定していることから、せめぎあう持分権を取り払えば、その分だけ持分権がゴム鞠のように拡大することをイメージしているようである。

しかし、そもそも民法 255 条の規定は、起草者いわく「何処の国の法律にもない」ものであり、参照された外国法は確かに存在しない。参照すべき外国法はないものの、起草者が、「どうもなくても妙な結果になるだろうと思って置いた」ものである。妙な結果とは、不動産の場合を念頭に置いていたようで、「不動産であれば国が共有者になる、相続人なくして死亡した場合にも同じことで、夫れでは終始煩はしい関係を生じて甚だ困るであろうと思う」としている。このような不都合を解消するために、「法律の規定に因て直ちに共有者に其持分が移るとした方が簡便だらうと思って此規定を置いた」ようである[148]。

とにかく、立法者がこの規定を置いた趣旨は、共有関係に国家が突然入り込むことで生じる不都合を回避するための政策的配慮にあることになる。

そして、共有の弾力性が、複数説的な持分権の性質からどこまで演繹されて導かれているかは定かではない。なぜ所有権が一つの物に複数成立する場合と、一つの物には所有権が一つしか成立しないがこれを分量的に持ち合っている状態とで、持分が放棄された場合に性質上違いがあるとするのかは不明瞭である。

したがって、民法 255 条に関しては、複数説の立場に立つとしても政策規定と考えるのが自然であり、複数説の方が民法 255 条の規定を説明しやすいとは

145）前掲註 89）白羽 = 山田 171 頁。
146）前掲註 17）我妻 = 有泉 = 清水（補）182 頁。
147）石口修『民法講論 2　物権法』〔信山社 2015 年〕536 頁。
148）前掲註 142）法務大臣官房司法法制調査部（監）92 頁。第 29 回富井政章発言。

必ずしもいえない。

⑸ 民法 256 条ただし書　不分割契約

共有物の分割を禁止する契約が民法 256 条で許容されている。共有を極めて個人主義的な立場で解釈する立場からは、「共有は、総有や合有と違って共有者相互間に団体的関係が存在しない共同所有形態であり、各共有者の所有権の客体が同一物であるから生じている関係にすぎない。（中略）民法は、ローマ法以来の個人主義の立場から単独所有を大原則とし、共有関係を暫時的なものとみて、できる限りすみやかにこれを解消させて単独所有に還元させようとし、いつでも各共有者は共有関係そのものの解消を請求できるものとした。共有物分割請求の自由は、持分権の自由と並ぶ共有の本質的属性である。しかし、共有において分割による不利益が大きいという共通の認識がある場合などには、一定期間の不分割の特約を認め」[149] ているというように、分割を自由に認めた場合に生じる不利益が大きい場合に対応するための例外的な規定であるとされている。

「分割による不利益が大きいという共通の認識がある場合」が共有においても存在するということは、理念型としての個人主義的な共有制度を強調しすぎることで説明仕切れない局面が存在するのではないかと思料する。一個の物を共同で所有するという目的だけの関係にあったとしても、共有関係を継続することで不利益を避けることができる一定の関係性を見出しうる。また、そうした目的を超えて、共有においても主体間にある種の団体的継続性を読み込むこともできるのではないかとも考えられる。いずれにせよ、個人主義という概念だけでは説明のつかない関係性を見出しうる規定なのではないかと考える。

⑹ 小活

民法上の共有規定には、共有者に対して、共有物の維持との関係で一定の拘束・結合関係を見出すことのできる規定が存在している。これらの規定の解釈に、複数説・単一説という理論対立はどのように影響するか。

149）北川善太郎ら（監）『民法注解　財産法　第 2 巻　物権法』〔青林書院 1997 年〕535-536 頁。

複数説では、持分権の性質について、単独所有権を念頭に置いた解釈がなされる。しかし、持分権の性質としては個人主義的な色彩が濃いにもかかわらず、民法上の共有の諸規定は、共有物と共有者の関係に一定の拘束を加える規定が多い。この点について、共有は、持分権の性質に忠実な、非常に個人主義的な実体を持つ形態も取りうるものであり、また共有の諸規定を利用することによって、一定の拘束関係も生じさせることまでもできる、懐の広い共同所有関係であると説明しうる。しかし、あくまで基本は個人主義的であり、拘束関係が生じるのはその例外的な場合であると説明するべきである。

一方、修正単一説に立てば、共有は各共有者が有する持分を、一つの共有権として持ち合うという考えが基本にある。保存行為をするにしても、共有権を他の共有者と持ち合っているため、その行使に関しては権限が問題となる。そして、権限が問題となる以上、保存行為は他人の権利について介入する行為であることが強調されるため、共有物の価値の維持という目的を通じて、共有者全体の利益を指向することが必要になり、善管注意義務まで課されるなど、共有者と物との関係を通じて、共有者にも一定の関係を見出すことができそうである。

このように、持分の性質として、共有者間の関係に単独所有形態を超える一定の関係が生じることが前提となっているのであれば、共有者に一定の拘束を与える共有の諸規定の解釈は、複数説よりも単一説による方が容易である。すなわち、民法上の共有は、確かに個人主義的な要素を完全に否定することはできないが、共有物の保存等、持分に基づく権限行使にあたっては共有物・共有者間の関係を前提にした拘束が生じることを前提にしているため、共有の諸規定によって共有者間に一定の拘束を生じさせることも持分の性質に鑑みれば当然であると考えることができる。民法 253 条 2 項や民法 254 条といった規定は、持分がその性質として与えうる以上の権限を設定することで、持分に内在する共有者間の利害調整機能をより実効的にするための規定であるともいえる。修正単一説からすれば、持分自体の機能及び、持分の機能として還元しきれない共有の諸規定という 2 方向から、共有者間の関係性を空洞化しないよう努めて

いると説明することができる。

6　判例

ここまで、複数説と単一説の差異を検討してきた。以下では、判例における具体的な事案を通じて、それぞれの立場から判例における判断は妥当か、また各立場によればどのような判断を下すことが妥当であるか検討していく。以下、原告をXとし、被告をYと表記し、訴訟外の人物はA以下のアルファベットで表記する。

⑴　共有者の一人もしくは一部が、共有不動産全部につき不実の登記を有している第三者に対して請求をする事案類型

ア　最判昭和31年5月10日民集10巻5号487頁

Xらの有する共有不動産（Xらの先代が訴外Aから買い取ったものである）について、第三者であるYがAから所有権移転登記をしており、これに対して、XがYに所有権移転登記抹消登記手続請求をした事案である。最高裁は、「ある不動産の共有権者の一人がその持分に基き当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対してその登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならずいわゆる保存行為に属するものというべき」として、X単独での抹消登記手続請求を認めた。

複数説では、自己の使用収益権が共有物全部に及んでいることを、自己の持分権に基づいて対外的に主張することができるのであるから、判例のように保存行為として抹消登記手続請求をすることができる。また、自己の持分権に基づく請求によっても同じ帰結を導くことができる。

従来説明されてきた単一説に立てば、持分の範囲でしか所有権と同様の法的効力を有しないため、この事案のように共有物全体の侵害が問題となっている場合は、本来その侵害の全部を単独で排除できないとするのが原則である。また、持分の行使は共有権の行使と同一視されるため、共有物全体についての権限がそもそも必要である。この点、共有物全体に対する妨害を、保存行為を利用して解決したことは、単一説的な発想の下で判決を下したということも考え

られる。保存行為が成立すれば、他の共有者との間で保存行為をする権限が与えられるため、判例のように、共有物全体に対する妨害排除をすることができる。

また、修正単一説では、前述した保存行為の要件を満たした場合には、持分権の行使として、妨害排除請求をすることができると考えるべきである。

イ　最判昭和 39 年 1 月 30 日裁判集民事 71 号 499 頁

X と訴外 A が共同相続した不動産について、A が単独で所有権移転登記をし、第三者である Y へさらに所有権移転登記をした。そこで、X が単独で所有権抹消登記手続請求をした事案である。最高裁は、「X、A 両名が共同相続した不動産につき A が勝手に自己名義で所有権移転登記を経由し、さらに A から第三取得者 Y に対する所有権移転登記がなされた場合に、X がその共有持分に対する妨害排除として登記を実体的権利に合致させるため A、Y に対し請求できるのは、各所有権移転登記の全部の抹消登記手続ではなくして、甲（筆者註：本件不動産）の持分についてのみの一部抹消（更正）登記手続であると解するのを相当とする」と判示した。

複数説に立った場合、全部抹消登記手続ができるようにも思える。しかし、A から Y への所有権移転登記を全部抹消した場合、残るのは A 単独での所有権移転登記であり、X と A が共有しているという実体にそぐわない登記となるため、一部の更正登記しか認められなかった事案である。

⑵　共有不動産について、一部不実の登記を有する共有者の一人に対する請求をした事案類型

ア　大判大正 10 年 10 月 27 日民録 27 巻下 2040 頁

共有者の一人である Y が、共有不動産について単独で移転登記をしているところ、共有者の一人である X が、実体にそぐわない登記であるとして所有権移転登記の抹消登記手続請求をした事案である。大審院では、「一個の不動産上に共有持分権を有する者が、其不動産に付き単独所有権取得の登記を為したる第三取得者（筆者註：Y を指す）に対し其持分権を対抗し得る場合に於て、所有権取得登記の抹消に因りて第三取得者の正当に取得したる権利を喪失せし

むる虞れあるときは、登記の抹消を許容すべきものに非ずして、登記更正の手続に依り共有名義の登記に改めしむるを相当とす」と判示した[150]。

複数説においても、他者の持分権の及ぶ範囲ではその効力が制限されるとするため、判決と同様に更正登記ができるに過ぎない。本稿で説明した単一説においても、権限による妨害排除請求が許容されるのは、他の共有者の利益を毀損しない限りであり、他の共有者の登記までも抹消させてしまうことは、当然に許容されることではない。

イ　東京地判平成 5 年 3 月 25 日判タ 844 号 255 頁

X と Y が亡き訴外 A の有していた本件不動産を他の相続人とともに共同相続した。しかし、Y は、A が死ぬ前に本件不動産について所有権移転登記をしていた。そこで、X が、A から Y への所有権移転登記抹消登記手続請求をした事案である。東京地裁は、「Y の登記は無効であるものの、右持分の限度においては現在の権利関係に合致しており、右の理解を前提とすれば、この限度において右登記を存続させることも許されるものと解される。そして、残りの部分（すなわち被告の持分を超える部分）については、抹消されたうえ原告の持分の登記がなされるべきであり、これらの登記は一部の抹消として本来更正登記によりなされることとなるが、（中略）本訴請求のように真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記請求である限り、手続き上格別の不都合もなく、右更正登記の便法としてこのような登記請求（筆者註：X 持分の範囲での一部移転登記）も許されてしかるべきである」と判示した。

上記アとは、Y による単独登記のタイミングが、被相続人死亡の前か後かという点において事案を異にする。結論としては、上記アと同様である。しかし、本件と同様の事案で、結論を異にする裁判例が現れ始めている。ウの裁判例がそのような裁判例である。

150）同様の事案として、最判昭和 37 年 5 月 24 日裁判集民事 60 号 767 頁、最判昭和 38 年 2 月 22 日民集 17 巻 1 号 235 頁、最判昭和 39 年 1 月 30 日裁判集民事 71 号 499 頁、最判昭和 44 年 5 月 29 日裁判集民事 95 号 421 頁、最判昭和 59 年 4 月 24 日裁判集民事 141 号 643 頁があげられる。

ウ　東京高判平成 7 年 5 月 31 日判タ 903 号 134 頁

事案は、上記イとほぼ同様である。東京高裁は、「一般に、数名の者の共有に属する不動産につき共有者のうちの一部の者がその者の単有名義で所有権取得登記を経由した場合においては、右の登記はその者の持分に関しては実体的権利関係に符合するものであり、他の共有者は自己の持分についてのみ妨害排除請求権を有するにすぎないのであるから、共有者の一人がその共有持分についての登記を実現させるために右の名義人に対して請求することができるのは、自己の持分についてのみの一部抹消（更正）登記手続であると解される。しかしながら、本件におけるように、数名の者が共同相続した不動産につき、相続開始前に被相続人から相続人のうちの一部の者 Y のために相続以外の事由（例えば譲渡）を原因とする所有権移転登記がされている場合において、共同相続人の一人である X が相続による登記の実現を求める場合においても同様に解すべきであるかどうかは問題である。けだし、このような場合において X が Y に対する所有権移転登記についてその持分につき一部抹消（更正）登記手続をすべきものとすると、Y（中略）が相続開始以前に被相続人から当該不動産を取得した旨の、実体的権利変動の過程及び態様と異なる登記をすべきものとする結果になるからである。またこのような場合には、第三者の権利に関する登記がある場合と同様に、抹消に代えて一部移転の登記を求めるほかなく、X は、Y に対し、自己の持分につき真正な登記名義の回復を原因とする持分移転登記手続を求める方法によるべきものと解する余地があるが、このような方法にのみよるべきものとする合理的理由を見出し難い。むしろ、権利変動の過程と態様を正しく登記簿に反映するためには、Y の登記を一旦抹消し、改めて Y を含めての共同相続登記をすべきものと解するのが相当である。そして、共同相続人の一人である X は、他の共同相続人全員のために相続財産を保全するため、単独で甲に対しその登記の抹消を請求することができるものと解すべきであり、このように解しても Y に何らの不利益を与えるものではないというべきである」と判示した。共同相続人である Y にも本件不動産につき持分がある以上全部の抹消登記はできないとも思えるが、「権利変動の過程と態様

を正しく登記簿に反映するためには、Yの登記を一旦抹消し、改めてYを含めての共同相続登記をすべきもの」であること、「他の共同相続人全員のために相続財産を保全するため」といった観点から、XによるYへの移転登記の全部抹消を認めた判例である。

複数説の立場に立ったとしても、Yも持分権を有している以上、全部抹消登記はYの権利を無視してなされることになるため、このような抹消登記は不当であるとも思える。

本件判決のような、Xの全部抹消登記手続請求の認容を支える根拠としては、「権利変動の過程と態様を正しく登記簿に反映する」という、持分権の性質とは違う、外在的な要請が働いたことを重視すべきである。もう一つの理由づけとして、相続財産を保全するためといったことが判示されているが、他の共同相続人全員のためであっても、他の共有者との関係で共有財産を保全するといった要請は複数説においては当然には出てこない。独自の所有権を持分権として持ち合う者同士が、他の持分権者との間で法的な連携関係に立つ根拠は明確ではない。

単一説による場合、Xの全部抹消登記手続請求の認容を支える根拠はどう説明することになるか。従来の単一説では、保存行為の効果として全部抹消登記手続請求ができる理由を考えなければならない。保存行為は、共有物の価値を維持する行為のみが許容されるため、Yによる登記自体によって共有物の価値が毀損されているといえるような状況にあると立証できなければならない。

修正単一説においては、各共有者に他の共有者の持分に介入しうる権限が与えられており、かかる権限が他者の持分の支配する領域にどこまでの介入を許すのかを検討しなければならない。その一方で、本来は登記保持権原を有するYとの関係で、なぜかかる権限がYの登記保持権原に優越するのかという点にも触れなければならない。本件の共有は相続を原因としていることから、他の共同相続人全員のために相続財産を保全するという要請が、権限の行使者であるXに要請されているといえる。相続財産流出を阻止することで相続財産の経済的価値を維持することは、まさに保存行為であるため、Xは他の共有者

のために、共有物の価値を維持するための権限を行使できる。では、Y の登記保持権原との関係はどうか。本件紛争の原因になったのは Y が持分を譲渡したことにあるから、Y に対して登記を保持させない必要性が存在する。Y としては、相続人として相続財産の管理義務（民法 918 条 1 項本文）がある以上、相続財産の流出となるような行為をすべきではなかった。それにもかかわらず本件のような紛争を引き起こしたのであるから、Y においては相続財産について適切な維持管理を期待することはできない事情がある。そうすると、共有物全体の保存についての権限が与えられている他の共有者との関係では、共有物を相続財産として維持管理していく上で障害となる共有者の共有物に対する権限・権能（本判決では、Y の登記保持権原）はその限度で制限されうると考えられる。その結果、X としては、いわゆる管理占有（抵当権に基づく妨害排除請求をした場合に、抵当目的物について占有をさせ続けることが適当でないと認められた抵当権設定者の立場に似ているといえる）[151] と同様に、保存のために必要最低限度の期間、持分に基づく登記保持権原を無視して、その登記を取り上げることもできると解するべきである。

エ　最判平成 15 年 7 月 11 日民集 57 巻 7 号 787 頁

X が、他の相続人 3 人とともに、亡 A の有していた本件不動産を共同相続した。本件不動産は、相続を原因として、各自持分を 4 分の 1 とする所有権移転登記がなされた。共同相続人の一人である訴外 B は、自己の持分について、第三者である Y に対して所有権移転登記を行った。その後、Y の債権者である訴外 C が、Y 持分について処分禁止仮処分登記をし、D 県の県税事務所が差押登記を経由した。そこで、X は、B から D への持分移転登記の抹消登記手続を求めた事案である。最高裁は、「不動産の共有者の 1 人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができるところ、不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということができるから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる」と判示した。

複数説に立てば、判決の理屈を受け入れることができる。使用収益権をはじめとする持分権の効力は共有物の全体に及んでいるから、他の共有者の持分部分について不実の登記が存在している場合も、自己の持分権に基づいて共有物全体を円満に使用することについて妨害状態が生じているといえる。また妨害排除請求権としての抹消登記手続請求権は、各共有者が単独で行使しうるものであるし、かかる請求権の行使が他の持分権者の権利行使を妨げることもないため、他の持分権によって妨害排除請求権の行使を制限される状況にはないといえるからである。

151）なお、このような帰結を取る場合、最判昭和 41 年 5 月 19 日民集 20 巻 5 号 947 頁（以下「昭和 41 年」判決とする）との抵触関係が問題となる。事案としては、桑樹匠を業として営む A（訴訟承継前の原告）の次男 Y は、A の下で仕事をしている。A は、本件宅地を所有しており、本件宅地の上に本件建物を建築し、Y 及びその家族を居住させ（使用貸借が成立していた）、A とその妻 X は他に居住した。A と Y は、「① Y は父である A に対して毎月仕送りを二万円送ること、② A は本件宅地建物を Y に譲渡する」旨の契約をしたが、Y が仕送り債務を履行しないために、X は適法な催告をして前記契約を解除し、A と X がともに本件宅地及び建物の明渡しを請求した。第一審係属中に A が死亡し、その妻及び子である XY らが本件宅地及び建物を共同相続している。

最高裁は、「共同相続に基づく共有者の一人であって、その持分の価格が共有物の価格の過半数に満たない者（以下単に少数持分権者という）は、他の共有者の協議を経ないで当然に共有物（本件建物）な（ママ）単独で占有する権限を有するものでないことは、原判決の説示するとおりであるが、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価格が共有物の価格の過半数をこえるからといって、（以下このような共有持分権者を多数持分権者という）、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡しを請求することができるものではない。けだし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によって、共有物を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。従って、この場合、多数持分権者が少数持分権者に対して共有物の明渡しを求めることができるためには、その明渡しを求める理由を主張し立証しなければならないのである」として、共有者の一部が共有物について全部を占有していたとしても、当然にはその占有を排除することができないとされた（判決では、「明渡しを求める理由」についての主張立証がないため、請求が棄却されている。）東京高判平成 7 年 5 月 31 日判タ 903 号 134 頁は、昭和 41 年判決の示した「明渡しを求める理由」（東京高裁判決の事例に即していうのであれば、「抹消登記を求める理由」）について裁判官が心証を得られた事案であるとして、昭和 41 年判決と整合的に理解することができる。

従来の単一説に立つとすれば、このような事案は保存行為で処理をするのが素直であるといえる。自己の持分に侵害がなくとも保存行為に基づく妨害排除請求ができるのかは問題となりうるが、保存行為が共有物全体の価値を維持するための制度であるならば、他の持分に侵害がある状態は、共有物の価値を維持する上ではかかる侵害状態を是正する必要が認められるため、各共有者はそれぞれ保存行為ができると解するべきである。また、共同相続の事案であるため、他の共同相続人に真正な登記を回復させることが共有物の価値を維持し、相続人である共有者全体の利益となるといえる。また、登記を失ったAは、失ったというよりは意図的に登記を第三者に移したような事例であるため、Aの同意を得ることは難しく、Aの同意を得ずに保存行為をする緊急性・必要性が認められる事案であるともいえる。

一方、修正単一説によって説明をするのであれば、保存行為の要件さえ満たせば、他の共有者の持分についても権限によって行使することができる。このように考えれば、持分権に基づく妨害排除請求を本事案においても行使することができるため、判例と法律構成を変えることなく他の持分権者の登記を取り戻すことができる。

第5　まとめ

保存行為は、従来、財産価値の維持をするという機能的な側面ばかりが重視されてきた。しかし、民法上の保存行為を俯瞰すれば、そこには、なぜ保存行為ができるのかという権限の問題が隠れている。共有における保存行為についても、なぜ他人の持分に基づく権利を無視して保存行為ができるのかという権限を明らかにする必要がある。そして、共有持分権の性質として、大きく分けて複数説・単一説両説の対立が存在しており、それぞれの立場から保存行為の権限を明らかにしていく必要も存在している。

1　権限論から見る、複数説と単一説の違い

複数説では、持分権を、各共有者が共有物に対して有する一個の所有権とすることから、共有持分権者は共有物全体に対して完全な権利を有しているという建前から説明がなされる。そうすると、保存行為のような、各共有者が有する使用収益権を確保するための行為は、各共有者が有する持分権をその根拠として説明することになる。

単一説では、共有物には全体として一個の所有権が存在するにとどまり、各共有者にはその分量的な一部が帰属するという建前から説明がなされる。一個の所有権を各共有者が持ち合いしているという持分の性格から、持分の行使は共有権の行使と同一視されるため、その行使のためには管理処分権限が必要となる。

そして、自己の持分を行使するために必要な実体法上の管理処分権限は、共有の特殊性から、単独所有権には内在しない特殊な権限が、持分に内在していると説明する。本稿では、持分の内実をこのように捉える立場を修正単一説と呼称した。以下では、修正単一説を前提にして説明する。このような説明をするとなれば、複数説において各共有者が有する権利と、単一説において各共有者が有する権利・権限には、質的な違いが生じることになる。

修正単一説における持分を有する者には、共有物全体に対する使用・収益・管理・処分権限が内在している。しかし、権限には他者の権利領域に対する介入という側面と、他者のために権限を利用すべきという側面が存在するため（共有においては、自己のためでもあって他者のためでもあるという側面）、その権限行使は様々な点で制約される。共有者が、どういった場合にどのような行為ができるのかということは、このような観点から規律される。例えば、共有物の使用収益権限の行使も、完全に自由な態様での使用収益は許されるべきではない。他人の財産でもある以上、共有物の価値を毀損しないように使用収益をすべき注意義務が課され、時には共有者の占有権原や登記保持権原が一時的に否定される場合もありうる。また共有物全体の利用が可能であっても、持分に対応する分以上の収益は許されない。管理・処分権限は、その行使の結果の重

大性から、他の共有者と共同で行うべきとする強力な制約がかかるために、自由な行使が制限される。保存行為も、他者の持分について共有物の価値の維持のために介入を許す、他人の財産を管理するための制度であるならば、保存行為と見られる行為は当然にできるわけではなく、共有物の価値の維持との関係で、共有者全体の利益になるような手段・方法を取ることが要求される。また、他人の権利への介入をしているのであるから、善管注意義務等も生じてくる。そして、保存行為として共有物の妨害状態等を排除するために裁判上の請求をした場合には、他の共有者に対して既判力が拡張される。共有者全体の利益の解釈や、善管注意義務の認定に際しては、客観的な価値の維持という観点だけではなく、共有に至った経緯や、物を共有する目的等、共有物と共有者間の関係についても参照されるため、保存行為として権利の行使をする際には、自由な権利行使のできる単独所有の場合と異なり、様々な制約が課される。

一方、複数説では、持分の使用収益に、持分割合や管理の合意を超えた制約はなく、保存行為も自己の所有物に対する場合と同様に、これといった制約なく行える。保存行為を裁判上請求した場合の既判力も、他の共有者に及ぶことはない。

2　複数説・単一説それぞれから見える共有像

複数説では、保存行為を為すことは自己の財産の価値を維持し管理するという側面が強調され、単一説では、他人の財産の価値を維持し管理するという側面が強調される。以下で、複数説・単一説それぞれの立場に立った場合に、共有制度の本質をどのように理解すべきかについて、複数説から順に説明していく。

複数説は、持分権に基づく行為は、自己の財産に対する行為としての面が強調され、持分権に基づく請求や保存行為は、単独所有権を有しているときと同様に認められることから、共同所有形態の支分権としては、極めて個人主義的な色彩が濃いといえる。一方、共有物全体に対する管理行為や変更行為は、本来的には各共有者の有している持分権の中にその行使権限が含まれているとい

うべきであるが、その権限が衝突する局面であるから例外的に行為が制限されており、民法 251 条や 252 条でその衝突が整理されているものであると説明することになる。また、民法 253 条 2 項、254 条、256 条 1 項ただし書といった共有の諸規定は、個人主義的というよりも、共有者と共有物の関係に一定の拘束関係を見出すことのできる規定であり、複数説的な持分権の性質との関係は問題となる。

結局、複数説に立つ場合、原則として共有は、その持分権の性質から個人主義的な共同所有の形態を取るが、民法上の諸規定を利用することで、例外的に一定の拘束関係を作出することもできるというような共有像が見えてくる。

修正単一説では、結局のところ、共有物に対する持分の行使に際しては常に権限が問題となる。前述のように、共有には長期継続を前提とし、物を持ち合うという関係や、個人主義という建前だけでは共有へ還元しきれない要素があるという指摘があることから、このような要素を共有の本質として、どのように受け止めるべきかが問題となっていた。従来は、各共有者の有する権利は、所有権の分量的な一部としての性質を持つ持分権だけであると説明されてきた。しかし、持分の所有権としての性質だけでは、共有の持つ諸要素を説明しきることはできない。共有物は、自己の物でありながら、他者の物でもある。持分を所有権の分量的一部として観念するだけでは、他者の物でもあるという側面は見えづらくなる。しかし、共有物、共有権と各共有者を結ぶ権限を観念することで、共有物が他者の物でもあるということを、法的に意識できるようになるのではないか。すなわち、共有者は、所有権と同様の性質を有する分量的な持分と、他の共有者の持分が支配する領域に介入する権限を有する。持分の所有権としての機能は前者によって説明され、通常の単独所有関係に還元しきることができない諸要素は、権限の性質によって説明される。共有状態が長期にわたって継続されるべきことを観念したり、共有においても一定の達成されるべき目的を観念したりすることは、権限自体がその性質として有する他者との関係での拘束性を根拠に、共有像の中へ受け入れることができる。そうすると、民法 251 条や 252 条は、他人の財産の管理・処分は単独でなされるべきではな

いという当然のことを規定した条文であると解される。民法 253 条 1 項や 254 条、256 条も、持分が共有者に与える権限を超えて、特定の共有関係維持の手段を共有者に与えた規定であり、その関係は相互補完的である。

ただし、権限の概念をもってしても、共有者間で生ずべき拘束性を全て説明できるわけではない。権限を行使する際に一定の拘束が生ずることを説明できるにせよ、権限の行使が観念できない局面における拘束は説明することはできない。持分処分や共有物分割請求が制限されるべき場合があるとしても、これらは持分の所有権たる性質によって観念されるため、権限行使の拘束では、その制限を根拠づけることはできない。