

Title	共有の対外的関係についての一考察
Sub Title	Zu den Rechten aus dem Miteigentum gegen Dritte
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.12 (1986. 12) ,p.143- 168
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東乾・林脇トシ子・阿久澤亀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861228-0143

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.

共有の対外的関係についての一考察

新 田 敏

- 一 問題の所在
- 二 共有における共同的制約
- 三 持分権による対外的主張の限界

一 問題の所在

共同所有をめぐる法律関係については明らかでないことが多い。その主要な原因は、講学上の概念といてよい、総有、合有、共有という三つの型態によって、現実の共同所有の形態が把握されているという錯覚が、学界・実務界にあるからではないかと思われる。とりわけ共同所有の形態としては、歴史的にも地域的にも、極めて特殊な存在といてよい総有・合有という型態と、それよりはるかに広範かつ複雑な共有とを、それぞれのいわば理念型として対比することによって、その法的概念構成がなされ、それによって現実の紛争に対応するという楽観主義が、右の錯覚を充分意識させないで来たといえよう。

共有に関する問題で、今日もつとも論議が集中しているのは、その対外的関係、とりわけ共有者が第三者に対して自己の権利を主張する場合の根拠およびその訴訟形態である。

判例は、共有者が第三者に対して共有権（数人が共同して有する一個の所有権）を主張する場合には、全員が共同してしなければならぬ、したがって訴訟は固有必要の共同訴訟によらなければならないとする⁽¹⁾。それ以外の場合、すなわち①自己の持分権を否認する第三者を相手に持分権の確認を求める場合⁽²⁾、②第三者に自己の持分権の登記を請求する場合⁽³⁾、③第三者による不正登記の抹消を請求する場合⁽⁴⁾、④共有物を侵害する第三者に対して妨害排除請求をする場合⁽⁵⁾、⑤共有物を奪って占有する第三者に返還を請求する場合は、各共有者は単独でこれらの請求ができ、訴えも提起できるとしている。判例は、共有権の確認・共有権による移転登記請求について、各共有者が単独で訴えを提起できない理由を、これらの行為は、民法二五二条但書の保存行為に該当しないと⁽⁷⁾しており、その他の場合に単独請求（訴訟）を認める理由を、①②は各共有者の有する持分権によるものとし、③④⑤については、その多くは保存行為であるとし、一部に不可分債権（民法四二八条）とするものがある⁽⁹⁾。このような判例の結論および理由付けは、ほとんど安定したもののよう⁽⁸⁾にみえる。

ところが近時、このような判例の結論あるいはその理由付けに対し、民法学者⁽¹⁰⁾、民事訴訟法学者あるいは実務家⁽¹¹⁾により、実体法上、訴訟法上多くの批判的考察がなされてきている。実体法上のものとしては、共有の対外的主張のうち、単独訴訟が認められる全ての場合を、持分権の効果としてとらえようとする見解であるが、さらには固有必要的共同訴訟とされている共有権にもとづく請求についても、これを持分権の主張と理解しようとする⁽¹⁴⁾。これらは個人主義的な型態とされる共有の性質と持分権の所有権的性質とを前面に出すものであって、持分権統一説とも呼ぶべきものである。他方訴訟法上は、現行法が予想していなかった大規模な公害訴訟、住民訴訟の多発を契機とする共同訴訟の在り方の論議と結合するものである。その意図する方向はかならずしも一致していないが、現在の共同訴訟につ

いての判例および通説の批判的検討に際して、その多くは、共同訴訟の一つの典型として、共有権にもとづく固有必要的共同訴訟を考察の対象としている。

それにもかかわらず、それらの諸研究において言及されている共有論のほとんどは、伝統的共同所有の三型態論を自明のこととして前提としているように思われる。そこで本稿では、わが民法における共有の性質、持分権と共有権の関係および共有にもとづく対外的主張の実体法的意味について、若干の考察を試みたいと思う。⁽¹⁵⁾

伊東乾先生、林脇トシ子先生、阿久沢亀夫先生には、本年三月をもって退職された。この小稿をもって、その限りない学恩に対しての、感謝の微意を表させていただきます。

- (1) 共有権の確認については、大判大正五年六月二三日民録二二輯一二〇〇頁、同大正八年五月三十一日民録二五輯九四六頁、最判昭和四六年一〇月七日民集二五巻七号八八五頁など。所有権移転登記の請求については、大判大正十一年七月一〇日民集一卷三八六頁、前掲最判昭和四六年一〇月七日。
- (2) 大判大正一三年五月一九日民集三巻二二一頁、同昭和三年二月一七日民集七巻一〇九五頁、最判昭和四〇年五月二〇日民集一九巻四号八五九頁など。
- (3) 大判大正八年四月二日民録二五輯六一三頁、最判昭和三八年二月二二日民集一七巻一号二三五頁など。
- (4) 前掲大判大正八年四月二日、同昭和十五年五月一四日民集一九巻八四〇頁、最判昭和三十一年五月一〇日民集一〇巻五号四八七頁など。
- (5) 大判大正七年四月一九日民録二四輯七三一頁、同大正一〇年七月一八日民録二七輯一三九二頁など。
- (6) 大判大正一〇年三月一八日民録二七輯五四七頁、同大正一〇年六月一三日民録二七輯一一五五頁など。
- (7) 前掲大判大正五年六月一三日、同大判大正八年五月三十一日。同大判大正十一年七月一〇日、同最判昭和四六年一〇月七日は、表現は同一でないが、基本的には、これらの行為は、処分行為（民法二五一条）であるから全員による共同訴訟を必要とするとしているものと理解される。
- (8) ③の前掲大判昭和十五年五月一四日、同最判昭和三十一年五月一〇日、④の前掲大判大正一〇年七月一八日、⑤の前掲大判大正一〇年六月一三日は保存行為とする。

- (9) ⑤の前掲大判大正一〇年三月一八日。なお④の前掲大判大正七年四月一九日は、「共有地ノ所有権確認ノ訴ヲ起シタルニラス」としつつ、③の前掲大判大正八年四月二日は理由を示さずに、単独で可能とする。
- (10) 川井健・注釈民法(7)三二〇—一八頁、同「共有の対外的主張」遠藤浩他編演習民法(総則・物権)四四二頁以下、広中俊雄・物権法(二版)四三七—八頁、鈴木祿弥・物権法講義(三訂版)二七—八頁、石田喜久夫・口述物権法二一五頁。他に川島武宜・民法I一三九—一四〇頁、舟橋諱一・物権法三八—二頁、白羽祐三「共有物返還請求」柚木馨他編判例演習(物権法)一五〇頁など。
- (11) 福永有利「共同所有関係と固有必要的共同訴訟—原告側の場合」民訴雑誌二二号一頁以下、兼子一「共有関係の訴訟」民事法研究二巻一四九頁。その他主として共同訴訟の在り方の面からのものとして、小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」ジュリスト五〇〇号三二八頁以下、五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民訴雑誌二二号一五六頁、松浦馨「環境権侵害差止仮処分訴訟における当事者適格と合一確定の必要」山本戸教授還歴記念・実体法と手続法の交錯(二)二八三頁以下、中村英郎「必要的共同訴訟」新実務民事訴訟講座[3]三頁以下、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(3)」法協九二巻一〇号一二五九頁以下、同「必要的共同訴訟について」民訴雑誌二三号三六頁以下など。
- (12) 栗原良扶「判批」判例タイムズ二七八号五三頁以下、岩村弘雄「共有関係訴訟と当事者適格」本井巽他編民事実務ノート第二巻七五頁以下、吉野衛「共有不動産に対する妨害排除」季刊実務民事法五号六頁以下、塩崎勤「共有物の保存・管理をめぐる諸問題」判例タイムズ四〇八号三七頁以下。
- (13) 舟橋・前掲三八—二頁、鈴木・前掲二七—八頁、川井・前掲注釈民法三二—五頁、広中・前掲四三七頁、石田・前掲二—五頁、塩崎・前掲四〇頁。
- (14) 川井・前掲注釈民法三一—七頁、白羽・前掲一五〇頁、岩村・前掲九二頁、栗原・前掲五四頁以下、福永・前掲二八—三〇頁および五—九頁。
- (15) そのような目的から、本稿では、主として権利行使について、訴訟的には共有者が原告側に立つ場合について考察したい。また共有地の境界確定の問題についても、境界確定固有の問題が含まれるので、他の機会に譲りたい。

二 共有における共同的制約

共同所有の形態には、その複数主体における共同所有の必要性に応ずるために、その時代・社会の状況とも関連して、多様なものがありうる。その典型的な型態として、一般に説かれるのは、総有・合有・共有である。その共有は、共同所有のなかでも主体間の結合が微弱なものであって、きわめて個人主義的なものと理解されている^①。そこから共有物をめぐる対外的な訴訟についても、近時は、共有は「組合の場合とは全く異なり……きわめて個人主義的なものであるから、共有に関する法律関係を全共有者について画一的に処理しなければならない」という必要性は存在しない^②。とか、「紛争関係に立つ共有者と相手方との間でのみ個々の紛争を解決するという処理方法が、共有の個人所有性を中心とする近代的所有権法の構造……により適合する^③」と主張されている。

しかしながら注意しなければならないのは、ここで強調される共有の個人的ないし個人主義的性質というのは、まづもって総有・合有という概念との対比においてであるということ、さらに具体的には、共同所有者間に独自の——その物を共同で所有するということ以外の——目的による結合がないことと、各人の持分の処分が自由であり、原則としていつでも分割によって共同所有関係を解消できる(民法二五六条)ということを意味するにすぎないのではないかということである。つまりここでは所有する目的物が同一であるということから、実体法上当然に生ずる諸拘束から目をそむけて、主体間に他の目的による拘束が伴う総有・合有との相対的關係においての個人的性質を強調しすぎているように思われる。共有という関係にある所有者の権利を的確に把握するためにも、それが訴訟の場であらわれた場合の訴訟形態を決定するためにも^④、一方で他の共同所有の種類との比較が必要であると同時に、他方において、所有目的物を共通にするということによって、純然たる個人所有とは異なるどのような実体法上の拘束が、共有者間に生ずるのかを明らかにしておかなければなるまい。

一 共有者が受ける拘束

イ 共有物の変更・処分 共有者間の関係については、目的物に対する各共有者の支配権能は、相互に全く自由・独立であり、ただ目的物が同一であるため、その行使に制約を受けているにすぎないと説かれることが多いが、民法の規定にもとづく共有者間の拘束は多岐にわたっている。まず各共有者は他の共有者の同意がなければ共有物に変更を加えることはできない（民法二五一条）。ここでいう共有物の変更とは、起草者の考えによれば、文字通りに物質の意味での変更であって、法律的処分に他の共有者の同意が必要なものは、本条によらずとも当然のことと考えられていたと指摘されている。⁽⁶⁾しかし今日の学説の多くは、本条の意味を一切の事実上および法律上の処分について共有者全員の意思によらなければならないと解している。⁽⁷⁾民法二五一条によると解するか、本条によらずとも当然と解するかはともかくとして、共有物についての一切の事実上・法律上の処分について、共有者全員の同意がなければならぬとする点では、異論はみられない。

判例も、共有山林の伐採⁽⁸⁾、共有建物の収去⁽⁹⁾、共有墓地の石碑の位置の移動⁽¹⁰⁾について、共有物の変更とみて、他の共有者の同意を要するとしている。同様に共有不動産に抵当権を設定するについて、民法二五一条によって共有者全員の同意を要するとし⁽¹¹⁾、共有地に通行地役権などの用益権を設定するについても、他の共有者全員の同意をえない限り、締結した契約は無効であるとしている。⁽¹²⁾もっともここにみられるような共有物の変更あるいは処分については、他の全ての共有者の同意を要するとされても、それほど拘束とは考えられないかも知れない。問題はしたがって、つぎの管理行為なのであるが、現実には、管理行為と処分行為とは、その法律的性質によって形式的・画一的に區別することは適当でなく、そのいずれに属するとみるべきかは、共有物の性質、その利用状態、それが各共有者の利害に及ぼす影響の程度なども考慮すべきものである。その意味において、形式的にみれば管理行為であっても、共有物の処分ないし変更と同視して、全員の同意を要するとされる場合も生ずるのである。⁽¹³⁾

□ 共有物の管理 共有物の変更・処分を除外した管理については、各共有者の持分の価格の過半数によって決すべきものとされている（民法二五二条本文）。ここには共有物の全体としての利用・改良が含まれるから、共有物たる土地・建物を、共有者でどう使用するか、共有者以外の者に賃貸するのかなどが問題となる。各共有者は共有物の全部についてその持分に応じて使用することができる（民法二四九条）とされているが、目的物は一個であるから種々の調整が必要となる。共有者のみを使用するのか、すべての共有者で使用するのか特定の共有者のみを使用するのか、共有者以外の者に使用させるのが問題となるが、ここではおのずから各共有者の権利は制約を受けざるをえない。

まず目的物の保管もしくは管理を共有者の一人にさせる協議をした場合には、各共有者は他の共有者の意思いかんにかかわらず、自らその持分について保管もしくは管理することは許されないこととなる。⁽¹⁴⁾ある土地について共有者で区画の割り当てをする協議がなされ、個々の区画が多数決で決定されれば、一人で価格の過半数を有する者以外は、意思の自由を貫徹できない。⁽¹⁵⁾共有の建物（たとえ別荘など）を時期を区分して各共有者が利用することになった場合も同様である。賃貸についても、民法六〇二条で定める期間を超えるものであれば、これを処分行為とみて全員の同意を要するとすることもできるが、⁽¹⁶⁾それより短い期間であれば、管理行為として、持分価格による多数決によって、自己の意に反して、賃貸されるということも生じうる。⁽¹⁷⁾漁業権の共有（準共有）の場合についてであるが、入落札を行ない落札者のみに漁業を営む権利を行使させることを決するのは、その管理に関する事項として、各共有者の持分の価格の過半数で決すれば足りるとされている。⁽¹⁸⁾

もっとも、共有は本来個人主義的で独立に権利行使できるとの視点を貫徹しようとする立場からは、独立の単独所有者であっても、他の者との債権契約によって自己の物の使用の制約を受けることは生ずるとの反論がありうる。しかし単独所有者の契約による拘束と、共有物について共有者が受ける拘束の間には、質的差異があるように思われる。単独所有の場合には、当然に抽象的にも具体的にもその物についての使用権限を持っているが、共有者の場合には、

抽象的には保有持分の分数的割合における権限を有している（共有だから当然）としても、具体的使用権限は、他の共有者との協議を経由してはじめて現実化するものといえる（次節一持分権の意味参照）。したがって、単独所有者については債務不履行にすぎない行為が、共有者にあつては他の共有者の持分権侵害と評価されることになる。このように民法二四九条によって保障された共有者の権利は、同二五二条にもとづく共有物管理に関する協議に裏付けられて、はじめて共有物を現実に使用収益することができるのであつて、その使用収益ができないときは、現実の使用使用者に対して、その共有持分に応じた価格による代償金を請求できる権利にすぎないといえよう。⁽¹⁹⁾

このような共有者の制約は、契約を終了させる場合にも存在し、共有者の一人が共有家屋の使用借主である場合に、その貸借を解除するのも管理行為とされ、二分の一の持分権者の行った共有物貸借契約の解除は許されないとされている。⁽²⁰⁾

ハ 共有者の負担 各共有者は持分に依じて共有物についての管理費などを負担しなければならない（民法二五三条）。共有物の維持、改良などのための必要費、有益費、租税などがその内容である。これは共有者の内部関係においては、公平の観点からして、当然の規定である。問題はこれらの費用・負担についての第三者との関係である。多くの場合、右の費用・負担は不可分債務として、請求された各共有者は、その全額を支払うべき義務を負うことになる（民法四三〇条）。山林の共有者が他人に山林の監守を委託した事案で、大審院は、平等の割合で支払を命じた原審を破棄し、「内部ノ関係ニ於テハ如何様ニ定メアルトモ 上告人ニ対スル関係ニ於テハ性質上不可分債務ニ属スルモノト謂ハサルヘカラス」としている。⁽²²⁾ また共有家屋の敷地賃借権の賃料支払についても、大審院は「内部関係ハ如何ニモアレ賃貸人トノ関係ニ於テハ……反対ノ事情ノ認メラレサル限り各自其全部ニ付履行ノ責ニ任スヘキモノ」としている。⁽²³⁾

さらに共有物によって第三者に対して不法行為責任を負うに至った場合には、共有者は原則として被害者に連帯債

務を負うことになる。民法七一七条の土地工作物の責任が、その所有者について生じたときが、その代表的なものといえよう。その他共有の自動車によって人身事故が引き起された場合についても、原則として、共有者全員が保有者責任を負うことになる。この共同保有者の共同責任については、民法七一九条の類推により、連帯責任と解すべきこと24)になる。

なお租税については、国税通則法九条は「共有物……に係る国税は、その納税者が連帯して納付する義務を負う」とし、また地方税法一〇条の二は「共有物……に対する地方団体の徴収金は、納税者が連帯して納付する義務を負う(以下略)」とし、いずれも共有者に連帯して納付する義務を負わせている。

さらにこれらの管理費用やその他の共有物の負担の義務を、共有者が一年以内に履行しないときは、他の共有者は相当の償金を払って、その者の持分を取得できるものとされている(民法二五三条二項)。この立替金債権を有する共有者に認められる持分取得権は、一種の形成権であって、「相当ノ償金」の支払の提供があれば、義務不履行共有者に対する一方的な意思表示によって、その持分を取得しうるのである。25)この制度によって、共有者の負うべき義務は、その者の持分によって強力に担保されているのである。

二 共有者間の債権関係の承継

右に述べた共有者に対する諸拘束に加えて、わが民法は、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これを行使できるものとしている(民法二五四条)。この規定は、五年を超えない共有物の不分割契約を承認する民法二五六条一項但書(同条二項はその更新を許容する)と並んで、個人主義的共有(ローマ法的共有)とは相容れない性質のものである。すなわち共有物に関して共有者間に生じた債権は、本来の債権の効力からすれば、当事者間において効力を有するにすぎず、第三者である特定承継人に対しては、行使できないはずのものだからである。

この規定は、民法制定のための法典調査会において、起草者の富井政章委員より、「独逸民法第二読会草案カラ採ツタノテ無論斯クナラナクテハナラヌモノテアリマストウモ明文ノ要ル性質ノ規定テアラウト思ヒマス」とその提案の理由が述べられている。この当該規定はドイツ民法七四六条であつて「持分の所有者が共同関係の目的物の管理および利用に付き定めを為したるときは、その決定事項は、その特定承継人の利益にも不利益にも効力を有す」と定められている。⁽²⁷⁾ローマ法における共有関係は、各共有者が他の共有者の意思を無視して物に対し干渉できない関係であつたから、この共有者間の関係は債権的な結合にすぎなかつたといわれている。⁽²⁸⁾この伝統を受けついだドイツ民法第一草案では、共有者相互の内部関係について、共有物の利用、維持、不分割の特約などはすべて債権的効力しかなく、特定承継人を拘束しないものとされてきた。⁽²⁹⁾このような第一草案に対してはゲルマニステンから強烈な批判がなされ、⁽³⁰⁾第二委員会における論議を経て、はじめて共有関係における共有者間の協定の特定承継人に対する効力の規定が、ドイツ民法に定められることになつたのである。

このような規定がドイツ民法に置かれることになつた主要な理由を挙げると、第一に、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、特定承継人も拘束する必要性が認められ、それによって制度としての共有の機能性の確保と、それを通して——場合によっては永久の不分割まで認めることによつて——共有者を保護しようとしたのである。第二に、伝統に反して共有関係を持続させる具体的必要性を意識させた物が存在していたことであつて、門道と井戸がそれである。⁽³¹⁾

このような目的のもとにドイツ民法第二草案にはじめて採用された条項が、右に述べたようにわが民法の起草者によつて継受されたのが、民法二五四条である。このような経過から明らかなように、わが民法は、この規定によつて、個人主義的といわれるローマ法的共有のもつとも個人法的規律から、離脱していることを確認しておかなければならない。⁽³²⁾

この規定によって、共有持分の特定承継人に対して主張しうる債権としては、共有物の管理・使用および費用分担についての契約から生ずる債権、および管理費用・公租公課の立替にもとづく債権が含まれることについては学説上争いはないが、分割請求を一定期間制限する契約あるいは分割についての契約から生ずる債権については、公示制度の不備とも関連して批判が少なくない。⁽³³⁾

判例によれば、「共有物分割又ハ共有物管理ニ関スル特約等総テ共有ト相分離スヘカラサル共有者間ノ権利関係ヲ当然承継スヘキモノナリ」とし、たとえば、土地の共有持分の一部を譲り受けた者が他の共有者と、その土地の一部を分割し、その部分を右の譲受人の単独所有として独占的に使用できること、およびのちに分筆登記が可能となったときはただちにその登記をすることを契約した場合には、その後この土地について共有持分を譲り受けた者に対して右契約上の債権を行うことができるとするもの⁽³⁵⁾、共有者間で共有地の一部を一人が専用して使用収益することを合意した場合に、当該専用権者は、登記なしに右の合意を他の共有者の特定承継人に対抗することができるとするもの⁽³⁶⁾、仮換地の使用収益権の準共有者間でした各使用収益部分についての合意は、当事者間だけでなく、この準共有持分の特定承継人に対しても、その合意の知・不知のいかんにかかわらずその効力が及ぶとするもの⁽³⁷⁾、温泉の湧出する土地の共有において、土地および源泉の使用収益、管理および費用の分担について共有者間でなされた定めは、その共有者の特定承継人に対しても当然承継されるとするもの⁽³⁸⁾、などがある。

このように共有する目的物を媒介とする共有者間の権利関係は、特定承継人の知・不知にかかわらず、当然に承継されるとする効果は、相互に独立・自由な共有という観念とは相容れないことであり、むしろ事後に持分を取得する承継人の自由を拘束してでも、共有の成立を意欲した者の目的を達成させることに役立っている。したがってそれはまた、ローマ法のように解消に向う共有とは反対に、一定目的のために、継続に向う共有に奉仕しているものである。ここにおいては、個人的共有の徴表とされる持分処分自由さえも、このような拘束をともなう持分として処分され

るものであることを認識しておかなければならない。

さらに民法二五六条一項本文は共有者の共有物分割請求自由の原則を定めつつ、同項但書では五年を超えない期間分割しない契約（これは更新可能とされる―同条二項）を許容している。共有物が不動産の場合には、その旨の登記が必要とされてはいるが（不登法三九条ノ二）、この契約は、前述のように、持分の特定承継人をも拘束する。この点でも民法は、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、かつそれを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としている。

右にみてきたように、わが民法の規定する共有は、一個の物を共同で所有するということにおいて種々の共同的制約を課していることが明らかになったと思う。それだけではなくて、その共同所有が、単に客体を共同しているというにとどまらずに、共同で使用・収益する法律関係として、積極的に長期間機能しうるための拘束をも可能としている。従来、権利能力なき社団、入会集団、さらには組合といった主体的共同のみに注目し、そこから財産の帰属形態が理解されてきているが、共同的制約は決して主体間の関係のみによって決定されるわけではないことは、区分所有権を考えれば明らかである。ここでは物的一体性が、その共有（敷地や共用部分）に関わる人的関係に、他の団体では考えられないほどの制約を課している。⁽³⁹⁾多様な機能をはたせる共有のための理論を用意すべき時期にきているといえるのではなからうか。⁽⁴⁰⁾

(1) 舟橋・前掲三七三頁、我妻「有泉・新訂物権法三一六―七頁など。

(2) 福永・前掲五四―五頁。

(3) 塩崎・前掲四〇頁。

(4) 伊東乾「判批」法研三八巻四号五八六頁は、「固有必要的共同訴訟の要否は実体法がそれを決定づける」とされる。近時訴訟形態決定のための実体法との関連については、訴訟法学者の間に多様な考え方がみられるが、その点については、前節

注(11)の諸文献参照。

- (5) 舟橋・前掲三七三頁。
- (6) 川井・前掲注釈民法三三二頁。
- (7) 末川・物権法三一三頁、舟橋・前掲三八四頁、柚木・判例物権法総論〔補訂版〕五二六頁、鈴木・前掲二七頁など。我妻・有泉・前掲三二三頁は、処分は変更に該当するというよりは、全員の持分権の処分に当るから当然とされる。
- (8) 大判昭和二年六月六日新聞二七一九号一〇頁。
- (9) 東京高判昭和三七年一〇月二三日下級民集一三卷一〇号二一〇八頁。
- (10) 水戸地土浦支判昭和五年一〇月二四日新聞三一八七号六頁。
- (11) 最判昭和四二年二月二三日金融法務事情四七二号三五頁。
- (12) 東京地判昭和四八年八月一六日判例タイムズ三〇一号二一七頁。
- (13) 甲府地都留支判昭和四二年一月二六日判例タイムズ二一九号一六七頁は、共有一般からすればやや特殊な事案であるが、建物敷地が相続によって共有となり、相続人の一人がそこに建物を所有していた場合に、この土地の使用収益の決定などは、管理事項ではなく、共有物の変更に該当する、とする。相続を契機とするこの種の事例は今後多発が予想される。
- (14) 大判明治三七年四月二九日民録一〇輯五八三頁。
- (15) 共有の墓地に関して、大判昭和九年七月二日民集一三卷一三七二頁。
- (16) 東京高判昭和五〇年九月二九日判例時報八〇五号六七頁。
- (17) もっとも於保不二雄「共有」谷口知平他編新民法演習(物権)一三五頁は、共有者の一人または数人に共有物を専用せしめたり、他人に貸与することは処分行為となる、とされている。
- (18) 岡山地判昭和三五五年三月三一日下級民集一一卷三号七〇二頁。
- (19) 神戸地判昭和三七七年七月二五日日下級民集一三卷七号一五六三頁。同旨大判昭和一三年二月八日新聞四二二七号一三三頁。
- (20) 最判昭和二九年三月一二日民集八卷三三三九六頁。
- (21) 最判昭和三九年二月二五日民集一八卷二二三九頁。同旨最判昭和四七年二月一八日金融法務事情六四七号三〇頁。
- (22) 大判昭和七年六月八日裁判例(六)民一七九頁。
- (23) 大判昭和八年七月二九日法律新報三三七号一二頁。同旨大判大正一一年一月二四日民集一卷六七〇頁。

- (24) 於保・前掲一三七頁。
- (25) この詳細は、広中・前掲四二九—三二一頁参照。
- (26) 日本学術振興会版法典調査会議事速記録一〇巻三〇—三二枚目。なお法典調査会における論議については、拙稿「民法二五四条と区分所有法二五五条—管理規約の特定承継人に対する効力」法研四七巻一二号一三〇〇頁以下参照。
- (27) この規定をめぐるドイツ民法起草第二委員会の論議については、拙稿・前掲法研四七巻一二号一三〇二頁以下参照。
- (28) 石田文次郎「ローマ法に於ける共有権(一)」法学論叢一七巻二二—二二頁。
- (29) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Bd. II S. 877. 参照。なお来栖三郎「共同相続財産に就いて—特に合有論の批判を兼ねて—」法協五六巻三三五—三三六頁、玉田弘毅「共同所有形態論序説」法律論叢三〇巻四号一—五頁、三島宣也「組合財産の法的構成(一)」法と政治一五巻一—四二頁参照。
- (30) 来栖・前掲五〇三頁、三島・前掲四二頁。
- (31) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. II S. 754 u. Bd. III S. 278. この他、この共有者の協定の効力と登記との関係など詳細は、拙稿・前掲法研四七巻一二号一三〇三頁以下参照。
- (32) 近時裁判官により、区分所有建物の共有の敷地、共有の私道など、事柄の性質上、共有状態の存続が強制される共有物に目を向けるべきであって、分割を回避し、各共有者の共有物に対する利用が円滑に行われるような法理論を構築しなければならない、との適切な提言がなされている。吉野・前掲一三頁。
- (33) 解釈論として、それらは含まれないとするもの、広中・前掲四三三頁以下、分割契約を排除しようとするもの、川井・前掲注釈民法三三〇頁、立法論的に批判するもの、我妻「有泉・前掲三二四頁、舟橋・前掲三八五頁。私見によれば、解釈論上実質的に問題になるのは分割請求権を行使しえないときであるが、詳細は、拙稿・前掲法研四七巻一二号一三〇八—九頁参照。
- (34) 大判大正八年二月一日民録二五輯二二七—二四頁。
- (35) 最判昭和三四年十一月二六日民集一三巻一二号一五五〇頁。
- (36) 仙台高判昭和四二年二月二〇日下級民集一八巻一・二合併号一四六頁。
- (37) 大阪地判昭和五〇年八月二七日判例時報八〇八号八六頁。
- (38) 東京高判昭和五七年十一月一七日判例タイムズ四九二号六五頁。
- (39) この点については、拙稿・前掲法研四七巻一二号一二八九頁以下参照。

(40) なお広い意味での共同所有の再検討を意図する近時の文献として、槇梯次「共同所有の諸形態」打田古稀記念「現代社会と民事法」所収二九頁以下、高島平蔵「共同所有理論の再構成について」早稲田法学五七卷三号二二頁以下がある。

三 持分権による対外的主張の限界

共有者が、第三者に対して、自己の持分権の確認を求め、あるいは自己の持分権の登記を請求する場合にかぎらずに、判例が保存行為として単独での請求を可能とする、第三者による不正登記の抹消請求、第三者に対する妨害排除請求および返還請求をも、持分権の効果としてとらえようとする見解が有力となるにつれて、それとは区別された共有権という権利を認めることへの疑問が提起され、あるいは共有権の対外的主張を認める訴訟上の必要性がないとの主張がなされている。そこでここでは持分権と共有権についてその意味および関係について考察してみたい。

前提として、共有の法的性質については衆知のように二つの見解が対立しているので、その点を確認しておきたい。一部の学説は共有とは「各共有者は各一個の所有権を有し、各所有権が一定の割合において制限し合って、その内容の総和が一個の所有権の内容と均しくなっている状態だといってよい」とし、その理由として個人的共同所有形態である共有にもっともよく適合するとか、持分の弾力性（民法二五五条参照）とかがあげられている。共有の個人的性質のもつ意味と限界については、前節で述べた通りであるし、民法二五五条がそのような意味をもつものではなく、政策的なものであるとする理解に、今日ほとんど異論をみない。そこで以下は、共有とは「一個の所有権が分量的に分割されて数人に属する」との理解に立って論述する。

一 持分権の意味

持分権とは一つの所有権の分量的に分割された一部である。したがって、持分権は一個の所有権の量的の一部として、

所有権と同様の性質・内容、すなわち物についての使用・収益・処分をなしうる権能である。しかし持分権は、共有物全体との関係では、つねに持分の割合による制約を受けるものであるから、共有物自体の処分については単独ではなしえないし、その使用・収益の具体的内容は、他の共有者との協議によって決定される。民法二四九条が「共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ応シタル使用ヲ為スコトヲ得」とするのは、この意味であって、単独所有者の有する使用・収益権能と同一という意味ではない。したがって持分権は所有権と同じ性質の権利といわれるのは、あくまでも抽象的・観念的な性質においての意味であって、具体的には、まず分量的な、そしてそれを前提として、他の共有者と共同するということによる各種の制約を受けることは、前節でみた通りである。

判例は、したがって、共有者間での協議を経ない場合には、多数持分権者が共有物を占有使用しているときに、少数持分権者は共有地の明渡しを請求できない⁽⁸⁾だけでなく、少数持分権者が共有物を単独で占有するときであっても、多数持分権者は、当然にその明渡しを請求することはできない⁽⁹⁾としている。さらにまた共有者間の協議によって、共有者の一人が共有物の使用もしくは管理のために占有していた場合に、自己の持分の範囲では、その占有は自主占有でありえても、他の共有者の持分に関しては、その者に対し自己に所有の意思あることを表示しない以上、他主占有にとどまることになる⁽¹⁰⁾。持分権がその物についての単独所有権でない以上、当然のことといわなければならない。

二 共有物についての権利行使

ここでは全体としての共有物についての権利行使のみを取り上げることとする。その理由はこれまで述べた意味での量的・質的（民法上および共有者間の協議による）制約は受けるものの、持分権は、それぞれ独立したものであるから自己の持分権を侵害する者があれば、他の共有者であれ、第三者であれ、所有権におけると同様の権利行使が認められるべきだからである。この点では学説・判例とも一致している。

全体としての共有物についての権利行使として具体的に問題となるのは、(a)第三者による不正登記の抹消を請求す

る場合、(b) 共有物を侵害する第三者に対して妨害排除を請求する場合、(c) 共有物を奪つて占有する第三者に返還を請求する場合、(d) 第三者に共有権の確認を求める場合、(e) 第三者に対して共有権にもとづいて移転登記を請求する場合である。

イ 判例の対応 (a) については「共有権即各持分ノ全部ニ付其ノ円満ナル支配状態ヲ回復スルカ為ニ同不動産上ニ存スル上告人名義ノ不法登記ノ抹消手續ヲ請求スルモノナレハ共有者全員ニ対シ合一ニ確定スヘキ所謂必要的共同訴訟ニ属スル案件タルコト論ヲ俟タス」とするものもあるが、共同鉱業権の無効な移転登録の抹消手續を求めた事案において「其ノ登録ノ存在ハ鉱業権ノ行使ニ対スル妨害ニ外ナラサルヲ以テ各共有者ハ民法第二百六十四条第二百五十二条ニ依リ単独ニテ鉱業権ノ保存行為トシテ其ノ妨害タル移転登録ノ抹消手續ヲ請求スル権利ヲ有スルモノナリ」としている。その後も第二抵当権が数人の共有に属する場合に、第一抵当権の消滅確認と第一抵当権の登記抹消を求めるのは保存行為に属するとし、また、不動産共有者の一人はその持分にもとづき当該不動産につき登記簿上所有名義を有する者に対しその抹消を求めるのは、妨害排除の請求で保存行為に属するから、単独で訴えを提起することができる⁽¹⁴⁾としている。このように判例は、第三者による不正登記の抹消請求は、民法二五二条但書の保存行為と認め、各共有者が単独で請求しうるとしている⁽¹⁵⁾とみてよい。

(b) については、「上告人ニ対シ其不法占有ニ因ル妨害ヲ排除シ之カ明渡ヲ請求スルモノニシテ共有地ノ所有権確認ノ訴ヲ起シタルニアラススル請求ハ各共有者単独ニテ之ヲ為スコトヲ得ル」とするもの、「共有権ニ妨害ヲ加フル者アル場合ニ於テハ各共有者ハ之カ排除ヲ求ムルコトヲ得ヘク……蓋シ其妨害ノ排除ヲ求ムルハ保存行為ニ属スレハナリ」とするものがあるが、その後は「保存行為」とみて⁽¹⁶⁾いる。(c) については、共有財産の引渡請求につき、「数人ノ債権者アル不可分債権ニ在テ各債権者カ単独ニテ債務ノ履行ヲ請求シ得ルカ如ク各共有者ハ総共有者ノ為メニ単独ニテ引渡ヲ請求スルコトヲ得」とするものと、共有地の引渡請求につき「斯カル請求ハ民法二百五十二条但書ニ所謂保

存行為トシテ各共有者単独ニ之ヲ為シ得ル⁽¹⁹⁾とするものがあり、各共有者が単独で請求しうる点では共通であるが、民法上の適用条文を異にしている。ただしこれ以後の下級審判決は「保存行為」として⁽²⁰⁾。

これに対して共有権に関するものについては、判例は各共有者は単独ではなしえず、共有者全員が共同することを要するとしている。すなわち(d)については、「共有物ノ所有権ハ総共有者ニ属スルヲ以テ其確認ノ訴ヲ提起スルニハ共有者全員ニ於テスルコトヲ要シ各共有者ハ単独ニ之ヲ為スコトヲ得サルモノトス……単独ニテ其訴ヲ提起シタル結果時トシテハ其所有権ヲ否定シタル敗訴ノ判決ヲ受ケ事実上他ノ共有者ニ不利益ヲ及ス場合アリ得ヘキヲ以テ右ノ訴ノ提起ヲ以テ保存行為ト云フコトヲ得サルモノトス⁽²¹⁾」とし、最高裁も、第三者を相手方とする共有権確認の訴は、固有必要の共同訴訟と解するのが相当であるとし、その理由を「この場合には共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となっているのであって、共有者全員が共同して訴訟追行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決による解決は、全員に矛盾なくなされることが要請され、かつ、紛争の合理的解決をはかるべき訴訟制度のためまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるとすべきだからである⁽²²⁾」としている。ここでは所有権が総共有者に属することと、紛争解決の結果について共有者全員の利害に関係することなどを理由に固有必要の共同訴訟になるとして一貫している。

(e)については、「其ノ売買ノ目的タル持分全部ニ付キ権利取得ノ登記手続ヲ請求スル訴ヲ提起スルニハ買主カ共同シテ之ヲ為スコトヲ要シ若買主ノ一部カ訴ノ提起ニ共同セサルトキハ其ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス蓋売買ノ目的タル持分全部ハ共同ノ買主全員カ取得シタルモノナレハ持分全部ノ登記手続ヲ目的トスル請求ハ他ニ特別ノ規定ナキ限り権利者全体ノ共同行為ニ依ルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得サルモノニシテ所謂必要の共同訴訟ニ属スルモノト解スルヲ相当トスレハナリ⁽²³⁾」とし、最高裁も「一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となつて、共有権に基づき所有権移転登記手続を求めているときは、その訴訟の形態も固有必要の共同訴訟と解するのが相当であり」とし

て、前出の大審院大正一一年判決を参照判例として挙げている。⁽²⁴⁾このように共有権にもとづく全体としての所有権移転登記請求の訴も、判例は、一貫して固有必要的共同訴訟になるとしている。

□ 学説の傾向 右にみたように共有者による第三者に対する権利主張についての判例は、ほとんど確定しているかにみえるにもかかわらず、学説はかならずしもこれに賛成していない。まず判例が保存行為とする(a)(b)と、保存行為ないし不可分債権とする(c)については、その結果においては支持しながらも、その根拠について、多くの学説は批判的である。他方判例が共有権にもとづくものとして、固有必要的共同訴訟とする(d)(e)については、その結果自体について学説の評価は分かれており、近時共有権的構成に反対する学説が有力である。

妨害排除および不正な登記・登録の抹消については、「持分権は共有物の全部に及ぶものであり、その円満な状態を回復するためには、物の全部の上の妨害の全部を除去すべきだからである。妨害が違法な登記・登録による場合にも同様である」⁽²⁵⁾とするのが多数である。いわばこれらの権利行使は持分権にもとづく物権的請求権とみるわけである。さらにこれに附言して、「保存行為」とすると、勝訴の場合には問題がないにせよ、敗訴の場合には判決の効力が他の共有者に及ぶと解されうる(民訴法二〇一条二項参照)から、疑問であるとか、判例は民法二五二条但書を根拠として、共有物の妨害排除が可能とするが、訴訟ではつねに敗訴の可能性があり、一律に保存行為とみることに疑問がある、とするものがある。⁽²⁶⁾

つきに共有物の返還請求については、学説は分かれている。第一説は、持分権により妨害排除と同様に返還請求もできるが「返還の場合については、目的物が一個不可分であるから、共有者各自の有する返還請求権の行使について、一人だけでやれるか、それとも全員の共同を要するかということが問題となるのであって、まさにこの問題に答えるのが、不可分債権の規定を類推しようとする考え方であり、正当であろう」⁽²⁷⁾とする。第二説は、各共有者が、自己に全部の返還をなすべきことを請求しうるかどうかは多少疑問であるとしつつ、この場合の引渡請求権は、理論的にみ

て一の不可分債権に類するから、不可分債権の規定を類推するのが適當であり、實際上の結果も妥当であろうとし、「けだし、実質的に見れば、右の引渡請求は、なお一つの保存行為と見ることができからである」⁽³⁰⁾とする。第三説は、「端的に、持分権に基づく引渡請求権（物権的返還請求権）が認められるというべきであろう」とし、「共有者の一人による引渡請求が認容されても、このことは、その者が執行によって得た単独占有を共有者の内部関係において維持しうることを必ずしも意味しないが、だからといってその者による引渡請求が許されないと解すべきではない」⁽³¹⁾とする。共有権にもとづく対外的主張については、通説は判例を支持する。その理由としては、判決の既判力を全共有者に及ぼさざる必要性といういわば訴訟法的な面を指摘するものと、特定の多数人が共同で単一の物を所有しているという法律上の地位（共有関係）ないし「共有権」を觀念しうるといふいわば実体法的な面を指摘するものがある。これに対して反対説は、共有訴訟をめぐる大審院以来の判例の傾向から、固有必要的共同訴訟とした大正五年大審院判決は実質的には修正され、判例法上「共有関係の主張」は傍論的地位を占めているにすぎないという認識のもとに、「一部の共有者が共有権を主張した場合に、それが共有関係の主張でなく、持分権の主張だと理解する余地があるのに、なおかつ『共有関係の主張』が別個に残ると解する余地があるか」と主張する⁽³⁴⁾。

三 諸学説の批判と私見

ここでは、右にみてきた学説・判例の検討を通して、可能なかぎり、共有にもとづく対外的主張の実体法的意味について論じてみたい。

イ 共有物返還請求権と不可分債権　まず最初に、各共有者が単独で共有物を占有する第三者に返還請求できるのは、不可分債権の類推適用によるとする判例・学説についてであるが、これはなんらその実質的理由を明らかにしていないと思われる。なぜならばこの場合の占有者と共有者との間には、そもそも不可分債権関係ないしはそれに準ずる法律関係が契約によって生じているわけではないからである。つまりここで判例・学説が不可分債権といってい

るのは、法律上・實際上分割不能な給付が問題となっているから、各共有者はそれぞれが独立して請求しようという不可分債権における技術の転用をいつているだけであって、なぜ各共有者が単独で返還請求できるのかという実質的根拠をなにも明らかにしていない。したがって、ここは抹消登記・妨害排除請求が持分権によって可能であるとするのと同じ前提に立って、本来の権利内容を超える請求が容認されてしまうのは、権利実現の形態が不可分債権と同様であるということを用意にすぎない。⁽³⁵⁾

□ 持分権ないしそれにもとづく物権的請求権 妨害排除および不正登記の抹消の請求を各共有者が単独でなしうる理由としては、学説は、民法二四九条が「共有物ノ全部ニ付キ」使用できると規定していることを根拠にして、持分権は共有物の全部に及ぶものであり、その円満な状態を回復するためであるから、明言しているかどうかは別にして、結局これは持分権にもとづく物権的請求権によるものということになる。しかし物権的請求権とは、「法律上物を直接に支配して利益を享受する権利の対外的効果」⁽³⁶⁾であるから、物権的請求権の成立する範囲——その行使によって保護されるべき範囲——は、原則として、その物権の効力を有する範囲と一致すべきものである。ところが先に論じたように、各共有者の有する持分権は、その物の上の単独所有権とは異なり、量的にも質的（民法および共有者間の協議によるもの）にも制約されているものであるから、そのような持分権の対外的効果として発生する物権的請求権は、その範囲を超えられないはずである。仮に広い共有地を数人の共有者が協議により区分して使用しているときに、共有者には自分が使用していない区分の妨害排除の請求が許されているけれども、それはその者の持分権にもとづく物権的請求権によるものは無理ではなからうか。その妨害されている区域を協議により専用する共有者が妨害排除請求するのは、まさに持分権にもとづく物権的請求権によるといえよう。一部の学説が返還請求について疑問を留保しつつ不可分債権の行使によらざるをえないとするのは、ある意味では正しい認識であって、そこでは全部的返還請求の可能性に対する疑問——協議により二人で半年交代で使用している共有者が、自分の使用

期でない時に、自分の持分権により自分に引き渡せといえるのか——が明瞭に自覚されているからである。しかしそのことは、登記の抹消請求でも、妨害排除請求でも、単独共有者の持分権の範囲を超えている点では、同様なのではないか。ただこれらの場合は、第三者との関係でも、共有者間の関係でも、實際上弊害がないだけである。前述したように民法二四九条が「全部ニ付キ」といつているのはあくまでも共有者の抽象的権能をいうに過ぎない。⁽³⁷⁾ ここでもし、他の共有者に対する義務ないし責任ということを採用しようとするのであれば、それは特定の共有者に対するものではないのだから、持分権の範囲を超えた全体としての共有物が問題となっているということではなからうか。

ハ 民法二五二条但書の保存行為　ここで各共有者が単独でなしうる保存行為とは、本来は共有物の滅失・毀損を防止してその現状を維持する行為をいう。建物の修理というような事実行為だけでなく、そのための請負契約の締結といった法律行為や、時効を中断するというような行為も含まれる。

学説のなかには、判例が妨害排除などを保存行為とすることを批判して、訴訟ではつねに敗訴の可能性があり、一律に保存行為とみることに疑問ありとするものがある。⁽³⁸⁾ 民法は訴訟行為の影響の重要性を考慮して特別の意味を認めていることは否定できないが（民法二二条参照）、しかし訴訟行為における敗訴の可能性ということは、保存行為かいなかの当然の判断要素にはならないのではなからうか。たとえば典型的保存行為とされている時効中断であっても相手の対応次第では訴を提起しなければならず、その場合敗訴の可能性が全くないとはいえないからである。

それでは、各共有者が単独に行う妨害排除請求や返還請求などは、保存行為といえるだろうか。民法は、その物（または権利）の権利者以外の方が行う、一定範囲の行為のみを保存行為とするのが原則である（民法一〇三条、三三三条、四三三条、一〇一七条など）。したがって、他人が行えば保存行為となる行為を権利者自ら行っても保存行為とはいわない。共有の場合に共有物を保全するために、共有物自体についての妨害排除請求・返還請求、不法登記の抹消請求は、本来は共有者全員一致して行うべきものである。それはまさに共有権自体の主張であり共有権にもとづく物権

的請求権の行使である。右のような行為を各共有者が単独で行うことは立法者は考えていなかったと思われる⁽⁴⁰⁾。先に述べたように、右のような行為を、持分権による当然の権利行使とするには、明らかにその範囲を逸脱しているからである。

しかしながらこの自己の権利の範囲を超えた部分の共有物における他人物的性質と、その者の権利の客体でもある共有物を媒介とする利益保護の必要性とがあいまって、判例は、右の行為を、民法が単独で行うことを許す保存行為の延長線上に位置づけているといえよう⁽⁴¹⁾。これに関連して、訴訟法的側面からは、共同所有関係において、多くの判例が固有の必要的共同訴訟を否定するのは、共同提訴を拒む者を訴訟に引き入れる手段をもたないわが国の法制度のもとで、原告の権利救済を拒むべきでない以上、単独提訴を認めざるをえず、保存行為などの判例の理論構成の機能はここにあるとする注目すべき指摘がなされている⁽⁴²⁾。

二 その他の問題 判例のとる保存行為説は、右に述べたような内容のものと理解されるから、本来の権利行使の形である共有者全員による共有権にもとづく右の諸行為を排斥するものではない。同一内容の行為を本来の権利者が行うのと、民法上許された保存行為として権利者以外の者が行うという違いがあるだけである。保存行為として共有者の一人が単独で妨害排除請求などの訴を提起した場合には、共同原告とならなかつた他の共有者に既判力が及ぶことはありえないであろう。単に実体法上共有の関係があるというだけで、判決が当事者間でのみ拘束力をもつという大原則の適用を排除される理由はないと思われるからである⁽⁴³⁾。

共有者が第三者に共有権を主張する場合として従来いわれてきた、共有権の確認を請求するときおよび所有権移転登記の請求のときは、その共有物の全一団としての所有権（共有権）にもとづく請求であるから、その所有者つまり共有者全員で権利主張をすべきことになる。近時一部に強力に主張されている持分権によるべき法律関係でないことは、本節で明らかにした持分権の性質からおのずから明らかであろう。もし単独で許すとすれば、保存行為の枠をも

う一段拡大することになろう。その現実の必要があるのか、登記請求に限っても、実体法上・手続法上それが可能な
 のか、それを認めてよいのかなど論ずべき点が少くない。共有権の対外的債権の行使などにも言及する予定であつた
 が、すでに与えられた紙数を超えている。機会をえて更めて、それらの問題を論じてみたい。

本問の考察のため、訴訟法学者の手になる意欲に溢れた多くの論稿に接することができた。民法上の共有の研究不
 足が無用の混乱をもたらしているのではないかと内心慮れている。この小稿が新しい共有論に向けての一つの問題提
 起にでもなりうれば幸いである。

- (1) 第一節注(13)参照。
- (2) 白羽・前掲一五〇頁、川井・前掲注釈民法三一七頁、栗原・前掲五三頁、福永・前掲三三四頁。
- (3) 兼子・前掲一五一頁、岩村・前掲九二頁、栗原・前掲五四頁。
- (4) 我妻「有泉」前掲三二〇頁、舟橋・前掲三七五頁。
- (5) 川井・前掲注釈民法三三〇頁、星野・民法概論Ⅱ一三三頁、宮崎俊行・私の物権法講義(五一―二頁、広中・前掲四二三―四四頁。なおこの点については、原島他・民法講義2物権二五三―四頁(新田執筆部分)参照。
- (6) 末川・物権法三〇八頁、柚木「高木」前掲五一六頁など。
- (7) 末川・前掲三〇九頁、柚木「高木」前掲五一七頁など。
- (8) 最判昭和五七年六月一七日判例時報一〇五四号八五頁。
- (9) 最判昭和四一年五月一九日民集二〇巻五号九四七頁。
- (10) 広島高松江支判昭和三〇年三月一八日高裁民集八巻二号一六八頁。
- (11) 大判昭和五年一月一三日新聞三二二一三三―三三頁。
- (12) 大判大正一二年四月一六日民集二巻二四三頁。
- (13) 前掲大判昭和一五年五月一四日。
- (14) 前掲最判昭和三年五月一〇日、組合財産につき、同旨最判昭和三年七月二二日民集二二巻二二号一八〇五頁。
- (15) 前掲大判大正七年四月一九日。

- (16) 前掲大判大正一〇年七月一日。
- (17) 大判大正一二年四月一七日評論一二卷民法三〇三頁。仮処分の執行を受け、その取消を求めるのを保存行為とするもの、大判昭和十五年一月二六日新聞四六四二号一五頁。
- (18) 前掲大判大正一〇年三月一八日。立木の引渡請求につき、同旨大判大正一二年二月二三日民集二卷一二七頁。
- (19) 前掲大判大正一〇年六月一三日。
- (20) 共有物である「かんでん」の返還請求について、長野地松本支判昭和八年二月一七日新聞三五三二号八頁、共有物である「たんす」の返還請求につき、広島高松江支判昭和七年一月七日高裁民集五卷一三三六四五頁。
- (21) 前掲大判大正五年六月一三日、同旨前掲大判大正八年五月三十一日。
- (22) 前掲最判昭和四六年一〇月七日。
- (23) 前掲大判大正一一年七月一〇日。
- (24) 前掲最判昭和四六年一〇月七日。
- (25) 我妻「有泉」前掲三二七頁、同旨末川・前掲三二二頁、舟橋・前掲三八一―二頁、柚木「高木」五二〇頁、鈴木・前掲二七頁、川井・前掲注釈民法三一三四頁、広中・前掲四三七―八頁、石田・前掲二一五頁、兼子・前掲一五五―六頁、塩崎・前掲四〇頁。
- (26) 物権的請求権であることを明言するのは、末川・前掲三二二頁、鈴木・前掲二七頁、川井・前掲注釈民法三一三頁、広中・前掲四三七―八頁。
- (27) 広中・前掲四三七頁。
- (28) 福永・前掲一頁。同旨塩崎・前掲四〇頁。
- (29) 舟橋・前掲三八一頁。同旨末川・前掲三二二頁、柚木「高木」前掲五二〇―二二頁。
- (30) 我妻「有泉」三二八頁。同旨白羽・前掲一四七頁。
- (31) 広中・前掲四三七頁。同旨川井・前掲注釈民法三一四―五頁。
- (32) 我妻「有泉」前掲三二九頁、末川・前掲三一五頁、舟橋・前掲三八六頁、柚木「高木」前掲五三〇頁、石田・前掲二一九頁。
- (33) 広中・前掲四三八頁、榎・物権法概論二〇二頁、小山・「判批」判例評論一六〇号(判例時報六六四号)一三二―五頁、

中村(英)・前掲一七頁。

(34) 川井・前掲注釈民法三一七頁、同前掲「共有の対外的主張」四四二頁以下。同様に持分権のみで解決できるとするもの、兼子・前掲一五一―二頁、福永・前掲二三―四頁、岩村・前掲九二頁、栗原・前掲五三―四頁。同旨白羽・前掲一五〇頁。なお「保存行為」たる占有回復と、移転登記請求を同様のものと主張するものとして、川島・前掲一三九―四〇頁。

(35) 我妻「有泉・前掲三二八頁、白羽・前掲一四七頁は、「保存行為」という実体法上の根拠を提示している。

(36) 拙稿「賃借権に基づく妨害排除請求権に関する一考察」法研三九巻九号一〇三二頁以下参照。石田・前掲一一頁が「物権の動的顕現形態」というのも同様の意味か？

(37) 星野・前掲一三五頁が、本条は共有者の使用収益権の基礎と割合を定めた規定とされる。

(38) 福永・前掲一一頁、塩崎・前掲四〇頁。

(39) 例外として、賃貸人が賃貸物について行う保存行為(六〇六条・六〇七条)と、相続未確定中の相続人の保存行為(九二一条)がある。

(40) 星野・前掲一三五頁、広中・前掲四二八頁。

(41) 我妻「有泉・前掲三二三頁は、持分権で全部についての妨害排除や返還請求をした場合、その費用は当該の共有者が負担することにならう」とされる。持分権説の一つの問題点であろうか。

(42) 五十部・前掲一七六頁および高橋・前掲法協九二巻一〇号一二九五頁。

(43) 谷口安平「共同訴訟」小室直人編・判例演習講座民事訴訟法五三頁、五十部・前掲一七六頁、高橋「共有の対外的主張」民法の争点I一四五頁。