

# 共有における持分権の独立性

——総論をかねて

古積健三郎

## 1 序説——本企画の趣旨

共同所有における各自の権利の独立性とその限界、また、共有財産をめぐる裁判の形態のあり方は、これまでも活発に議論されてきた。後述のように、狭義の共有に関して、判例は、各共有者は第三者に対し単独で物権的請求権を行使しようと解する一方で、共有関係の確認の訴訟は共有者全員によってなされる必要があるとしているが、このような二面的な取扱いに対しては批判も少なくなく、共有者の権利の独立性に関する実体法的、手続法的議論は未だに収束する様相にはない。

また、共同所有の一形態である総有が本質とされている入会権については、狭義の共有とは異なり、入会集団を構成するすべての入会権者の意思の合致によってしか権利は処分されえず、したがって、これに関する訴訟も特に対外的な関係においては入会権者全員を原告または被告とすべきと理解されてきた<sup>1)</sup>。ところが、入会権をめぐる裁判においてすべての構成員を原告とすることの実際上の困難が問題となり、一部の入会権者が原告となって訴えを提起するための理論が模索されている<sup>2)</sup>。また、かかる訴訟形態との関係で、従来は入会集団と近代的な社団を区別する見解が有力であったにもかかわらず<sup>3)</sup>、近時では、入会集団を権利能力なき社団と位置づけ、構成員から切り

離した団体に裁判の当事者適格を容認する判例が現れている<sup>4)</sup>。このことは、あらためて入会権の法的構造を問い直す必要性を物語っている。

これらはいわば集団の権利の構造の問題といえようが、権利能力なき社団に属する財産をめぐる法律関係もその例である。そもそも、民法上の組合と区別して権利能力なき社団を論ずること自体にも疑問が呈されており<sup>5)</sup>、その財産上の権利・義務関係ははっきりしない。確かに、判例はこれを総有として位置づけているものの<sup>6)</sup>、前近代的な入会権をモデルとした総有概念を現代的な社団に及ぼすことには疑問がある。他方で、訴訟法上は、法人格なき団体であっても当事者能力を有しうることが明示されているが(民訴29条)、しかし、どのような実体が伴っている団体であれば当事者能力が認められるのか、また、具体的な当事者適格に関していかなる法的構成をとるのかは、もっぱら解釈にゆだねられている。

集団の権利の問題としては、さらに、建物区分所有法における区分所有者と管理組合との関係がある。ここでも、各区分所有者の権利の独立性とその限界が焦点となる<sup>7)</sup>。

そこで本特集では、以上のような集団の権利の実体的構造および訴訟との連関を総合的に検討することにした<sup>8)</sup>。本稿ではまず、狭義の共有の実体的な権利構造を検討したい。

## 2 共有をめぐる従来の議論

——外部関係について

### (1) はじめに

共有において、各個人の権利の独立性とその限界は、大きく分ければ、権利者相互間の関係(以下では、これを「内部関係」という)とそれ以外の第三者との関係(以下では、これを「外部関係」という)において問題となる。たとえば、前者は、共有者の一人が他の共有者との関係で目的物をどの程度占有・使用しうるか、という問題であり、後者は、共有者以外の第三者が目的物を不法に占有するなどして共有者の権利を侵害している場合、各共有者は単独でその侵害の排除を請求することができるのか、という問題である。ただ、従来特に議論が活発であったのは外部関係であり、紙幅の限界との関係上、ここでは外部関係における各共有者の権利主張に焦点を当てる。

共有における個人の権利の独立性を論ずるに際しては、まず、各共有者の有する持分権の意義が問われる。周知のように、この問題については、各共有者がそれぞれ所有権を有して相互に制限しあっているのが共有であり、持分とは各自の所有権にほかならないという見解<sup>9)</sup>と、1つの所有権が多数人に分属するのが共有であり、持分はその分属した権利を指すという見解<sup>10)</sup>がある。一応、後者は、各共有者の権利行使は他の共有者の権利にも干渉するものと考えやすく、各自の独立した権利行使の制限につながりやすいのに対し、前者は、もともと各自の権利を別個の存在として捉えるため、権利行使の自由を広く認める方向性につながりやすい、とはいえよう。

民法起草者の注釈書では後者の見解がとられて

いたが<sup>11)</sup>、共有における個人主義が強調されるとともに、前者の構成が有力になり、また、共有者の一人による目的物全体への物権的請求権の行使をその持分権に基づくものとする見解が支配的になった。以下では、その経過を簡単に見てみる。

### (2) 通説・判例の形成過程

民法制定段階において、起草者が各共有者の第三者に対する物権的請求権についていかなる立場をとっていたのかはわからない。法典調査会における起草者の説明は、基本的に共有者の相互関係を定める民法規定に関するものにすぎない<sup>12)</sup>。ただ、旧民法を起草したポワソナードは、共同所有者と他人との関係は通常の所有者の場合と同様であるが、共同所有者相互間の関係はこれとは異なるので法律で規定することにした、と述べており<sup>13)</sup>、現行民法がこの旧民法を基礎にしていた点からは、起草者は第三者との関係についてはポワソナードの見解を承継していたともいえよう<sup>14)</sup>。

その後、大正期には、共有を1つの所有権が多数人に分属する状態と捉えつつ、各共有者は目的物を占有する第三者に対し目的物全体の返還を請求しうるとする学説が有力となった<sup>15)</sup>。これらの学説は、その根拠として目的物の不可分性をあげる等の点で、同じ問題に関して不可分債権の規定を準用するドイツ民法(1011条)の影響を受けたものと思われる。同時期の判例も、共有者の一人が目的不動産を不法に占有する者に対して明渡しを請求した事案、さらには、共有者の一人が目的不動産についての不実の地上権設定登記の抹消を請求した事案において、それぞれその請求を容認していた<sup>16)</sup>。

ところが、その一方で、判例は、共有者の一部が第三者に対して目的物を共有していることの確

8) 鷹巣信孝『企業と団体の基礎法理』(成文堂、1989年)、同『財産法における権利の構造』(成文堂、1996年)は、この問題に関する数少ない本格的研究の一つであろう。

9) 末弘敬太郎『物権法上巻』(有斐閣、1921年)408頁、我妻栄『物権法』(岩波書店、1952年)213頁、舟橋諄一『物権法』(有斐閣、1960年)375頁。

10) 柚木馨『判例物権法総論』(有斐閣、1955年)470頁、末川博『物権法』(日本評論社、1956年)308-309頁。

11) 梅謙次郎『民法要義巻之二』(和弘法律学校、1896年)167頁、富井政章『民法原論第二巻物権上』(訂正三版)〔有斐閣、1910年〕156頁。

12) 法典調査会における共有規定の議論については、前田達明ほか「(史料)共有法(一)～(六・完)」民商法雑誌105巻1号126頁以下、2号249頁以下、5号715頁以下、107巻2号285頁以下、3号454頁以下、108巻1号149頁以下(1991～1993年)参照。

13) ポワソナード氏起稿『民法草案財産篇講義物権ノ部』(1880年)186頁。

14) 富井博士は、法典調査会における共有に関する冒頭の説明では、共有は所有権の集まりにほかならないと述べていた(法務省大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録二』(商事法務研究会、1984年)70頁〔富井政章〕)。

15) 中島玉吉『民法釈義巻ノ二物権上』(訂正五版)〔金刺芳流堂、1917年〕438-439頁、川名兼四郎『物権法要論』(訂正四版)〔金刺芳流堂、1919年〕113-115頁参照。

16) 大判大7・4・19民録24輯731頁、大判大8・4・2民録25輯613頁。

1) 最一小判昭41・11・25民集20巻9号1921頁。

2) 判例は、一部の入会権者が提訴に同調しない残りの入会権者を被告として訴えることを認めた(最一小判平20・7・17民集62巻7号1994頁)。

3) 川島武宜「入会権の基礎理論」(初出、1968年)『川島武宜著作集第八巻』(岩波書店、1983年)64頁以下、70-71頁参照。

4) 最一小判平6・5・31民集48巻4号1065頁。

5) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」(初出、1967年)『民法論集第一巻』(有斐閣、1970年)227頁以下参照。

6) 最一小判昭32・11・14民集11巻12号1943頁。

7) 近時の研究として、伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯——区分所有者に対する団体的拘束の根拠と限界』(成文堂、2011年)がある。