琉球大学学術リポジトリ

ドイツ法における共有物の管理に関する理論形成：裁判例及び学説の検討を中心に

メタデータ	言語:
	出版者: 琉球大学法文学部
	公開日: 2007-09-14
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 上河内, 千香子, Kamigouchi, Chikako
	メールアドレス:
	所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1790

ドイツ法における共有物の管理に関する理論形成

――裁判例及び学説の検討を中心に――

上河内　千香子

目　次

一　本稿の目的
二　裁判例及び学説の概観
三　共有物の管理に関する理論形成
四　わが国の議論への示唆
五　結語

一　本稿の目的

共有の内部関係、特に、共有物の管理という側面が着目されたのは、昭和五八年の建物の区分所有等に関する法律（以下、建物区分所有法と略す）の改正が契機であった。すなわち、右改正の主要な論点の一つが、共用部分・敷地における団体的管理の強化であり、同法の改正の結果、多数決原理の適用範囲の拡大[1]、及び特定承継人への拘束力を認める債権の拡大[2]が実現した。このことが、従来、共同所有論の下で個人主義的構成が強調されてきた共有

について、団体的管理の規定への着目を促したのである。同法の改正を契機として、共有物の団体的管理について検討が進められたが、その結果、学説は、共有について、解消に向かう共有物（共同相続財産等）と、存続を前提とする共有物（共通の私道、区分所有建物の敷地・共用部分等）の存在を指摘し、さらに、両者の特質に合致した管理を模索するようになった。[3]

しかし、右の検討には、ドイツ法の議論を確認する作業が必要であろう。なぜならば、まず、「共有物の団体的管理」という問題を考えるにあたり、共同所有論を背景に発展してきた議論を無視し得ないためである。また、ドイツ民法（ＢＧＢ）の共有制度は、わが国と同様に、団体的な管理に関する規定を予定しているためでもある。すなわち、多数決による管理に関する規定（七四五条一項）及び共有物の管理規律の拘束力についての規定（七四六条、一〇一〇条一項）を設置しており、特に、後者は、わが国の民法二五四条と沿革をも共にする。このため、共有物の管理について、その団体性に着目した検討を行うためには、上記の検討が不可欠なはずである。なお、右の視角に基づく検討の一環として、ＢＧＢの立法過程の議論については、拙稿において分析を行った。[4] その結果等は、次のようにまとめることができる。

まず、多数決による管理について。ＢＧＢ制定以前は、多様な形態の管理規定が存在した。[5] ＢＧＢは、その中から、持分割合に基づく多数決による管理を採用した。その際、多数決による管理が、少数者の権利を害することになるのではないか、という問題が指摘される。特に、単独で過半数の割合を有する持分権者が存在するような共有の場合、当該管理方法の採用により、少数持分権者の利益が侵害されるおそれがあり、特に、「分割が不可能な共有物」については、少数持分権者は、分割請求権の行使により、共有関係から脱退し得ないため、一層深刻な問題になる。ＢＧＢは、この問題については、持分権者に裁判所への管理請求権を付与する（七四五条二項）、ある

いは、共有物分割（七四九条一項）という対応を予定した。[6]

次に、共有物に関する規律について。ＢＧＢは、起草当初は、共有物に関する規律が持分の特定承継人を拘束することを否定していた。しかし、共同所有の概念について合有制を採用すると同時に、共有について、右の効力を承認するに至った。一度成立した共有関係の存続を保護する目的である。[7] しかし、この目的を達するためには、もう一つの方法が存在した。共有者による持分処分の際に、各持分権者に法定先買権を付与することである。持分権者に法定先買権を付与することにより、共有者に不都合な第三者の共有関係への介入を防止することが可能であり、共有関係の存続を図ることができるのである。[8] 法定先買権の規定は、立法過程全般を通じて、ゲルマニステンにより強く主張されたが、結局、採用には至らなかった。その理由として、法定先買権の規定の設置は、持分処分の自由への重大な負担となること、先買権廃止という時代の傾向、共有の債権的側面を規律する「共同」の規定は、持分権者の関係について、先買権を付与する程の密接性を予定してない、という点が挙げられている。[9]

以上より、共有物の団体的管理の規定は、立法過程において、次の三つの論点が提起されていたといえる。まず一点目は、多数決による管理と少数者の保護という問題である。二点目は、共有物に関する規律の特定承継人への効力である。三点目は、共有者による持分処分の際における各持分権者の法定先買権行使である。以上の論点は、立法後、判例学説により、いかなる取扱いを受けることとなったのであろうか。また、立法過程を通じて、共同所有の取扱い自体が変動を被ったが、結果的には、共有は、成立原因は限定されたものの、その存続保護と持分処分の自由が保障されるに至った。このような共有制度の取扱いは、判例学説によりどのように変化したのであろうか。本稿は、右の検討を行い、わが国の議論の参考とすることを目的とするものである。

（1）まず、建物区分所有法一七条により、区分所有建物の共用部分の軽微変更は、区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議により可能となった。また、三一条一項により、規約の設定、変更又は廃止も、区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議により可能となった。さらに、六二条により、区分所有者及び議決権の各五分の四以上の多数による建替え決議が可能となった。

（2）現行建物区分所有法八条により、特定承継人への拘束力を認める債権の範囲は、立法当初予定されていた共用部分に関して生じた債権のみならず、建物の敷地や共用部分以外の建物の付属施設についての債権、及び集会の決議に基づく債権に拡大された。

（3）例えば、山田誠一「共有者間の法律関係―共有法再構成の試み―（四・完）」法協一〇二巻七号一四二頁（一九八五年）は、フランス共有理論の考察に基づいて、共有を「分割型共有」と「処分型共有」に分類し、前者については、全員一致による規律形成を原則とする旨を主張する。また、吉野衛「共有不動産に対する妨害排除」（季刊実務民事法5（一九八四年））一三頁では、共有物の非占有持分権者から占有持分権者に対する明渡請求の問題について、明渡しを否定する判例理論は、「共有状態の早期終息が好ましい共有物」を前提とするものであり、したがって、共有の強制される目的物には、分割を回避し、共有物の円滑な利用が行われるような法理論の構築が必要、と述べている。

（4）上河内「共有物の使用管理に関する規定の制定過程―ドイツ法を中心に―（一）（二・完）」広法二二巻四号一三九頁以下、二三巻一号八一頁以下（一九九九年）。

（5）例えば、プロイセン一般ラント法第一編一七章一二条及び二一条では、持分割合に応じた多数決による管理の規定を設置すると同時に、一二条において、少数持分権者の権利が問題となる事項については、頭数による多数決を行うことを定めている。また、チューリッヒ私法典五六二条では、多数決による管理を認めず、過半数持分権者が存在する場合は、管理事項についてのみ、単独で決し得る旨を定めている（Vgl. Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches; Recht der Schuldverhältnisse Teil3 Besonderer Teil II, 1980, S. 235, 241ff.）。

(6) 上河内・前掲論文（一）一四九頁以下、（二・完）八二頁。
(7) 上河内・前掲論文（二・完）八一頁以下参照。
(8) Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II Aeußerungen zum recht der Schuldverhältnisse, Neudr., 1967, S. 436.
(9) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 746.

二　裁判例及び学説の概観

1　多数決による管理

(1)　過半数割合を有する持分権者の存在と多数決による管理

ＢＧＢの起草過程では、単独で過半数割合を有する持分権者が存在する共有物において、多数決による管理（七四五条一項）を採用し得るかが問われていた。当該持分割合の共有においては、右の持分権者は、少数持分権者を無視した共有物の管理を行い、他方、多数決決議の欠席、あるいは、管理事項への反対により、管理機能を麻痺させることが可能である。[10]

この問題の対処としては、少数持分権者による裁判所への管理請求権の行使（七四五条二項）、あるいは、共有物分割（七四九条一項）が考えられていた。しかし、ＢＧＢ制定後も、当該持分割合の共有物に多数決による管理を行うことが疑問視された。例えば、当該共有物に多数決による管理を行うことは、少数持分権者の管理への参加

可能性を完全に奪い、結果的に、少数持分権者の権利を持分割合以上に制限するため、持分権者の平等的取扱いに反する、と主張する見解がある。[11] また、当該持分割合の共有物の管理方法は、多数決ではなく、全員一致の合意（七四四条一項）又は裁判所による判断（七四五条二項）に基づくべき、ともいわれている。[12]

しかし、特に、近年の学説は、当該持分割合の共有物に多数決による管理を用いることを概ね容認する。[13] もっとも、その多くは、少数持分権者を保護する具体的な提案と共に認めている。この提案の内容については、後述する。

(2) 多数決による管理と少数者の保護

また、右のような持分割合以外の共有においても、多数決による管理を通じて、少数者の権利保護の問題は生じ得る。この問題は、実際の争訟では、七四五条一項の多数決を経て第三者との間で締結された賃貸借契約に対する少数者からの異議、という形で現われた。例えば、[1] キール上級地方裁判所一九〇五年二月二五日判決は、土地の持分権者Xが、他の持分権者と第三者Yとの間で締結された共有地の賃貸借契約について、他の持分権者から通知もなく、又賃貸借契約締結に協力もしていない、という理由より、無効を主張した、という事案に対して、七四五条一項は、全員の合意なくして通常の管理・利用を可能にすることを目的としており、管理行為が少数権者の合意を通じて初めて行い得るとすることは、その目的が無になる、と判示している。[14] また、共同相続財産についてであるが、[15] [2] 連邦通常裁判所一九七一年三月二九日判決も、共同相続財産の持分権者の一人であるAが、持分権者Xを除く持分権者の同意を得た上で、共同相続財産の管理行為として、自己が支配人の立場にあり、且つ、共同相続財産の多数者が構成員であるY会社との間で、従来から存在した賃貸借契約について、存続期間及び解除条件に関する特約を締結したため、[16] Xが、当該特約の無効を主張した、という事案について、共同相続財産の多数者

は、遺産の管理を目的とする通常の処置として決定を行った場合、否決した少数者の協力なしに、有効に遺産共同体の決定を実行しうる、と判示した。[17] この理解は、裁判例［1］に依拠するものである。[18]

なお、ドイツ法では、この点と関連して、七四五条一項の多数決により、多数者が、否決した少数者を対外的に代理し得るかが議論されている。この点について、右の裁判例［1］は、多数者に少数者からの黙示の法定代理権付与を認定している。[19] また、裁判例［2］は、多数決により、多数者は、団体を代表する権利を取得するのであり、反面、多数決を経ることなく、第三者と共有物の管理に関する法律行為を行った場合には、一七七条以下の無権代理の責任を負うことを認めている。[20]

支配的見解も、同様に、多数決に基づいて、多数者は、否決した少数者を代理して第三者と共有物の管理に関する契約を締結することが可能であり、契約の締結にあたり、否決した少数者の協力を要しない、という立場を採用している。通常の管理の枠内で、多数決を根拠として、多数者に否決した少数者の代理権を認めることにより、管理が容易になる、という理由である。[21]

しかし、他方で、多数決に基づいて、多数者が、第三者と当該契約を締結するためには、否決した少数者の代理権を要する、と主張する見解も存在する。つまり、当該多数決は、共有者間の対内的な効力のみを付与するものであり、対外的な効力を有するには、一六四条以下の代理一般の規定に従うべきであるという。右の判例や支配的見解では、少数者の利益が、共有物の管理において十分に顧慮されない危険があるという理由である。特に、ユーリヒャー（Julicher）は、管理に関する多数決の効力を対内的なものと限定し、多数決に基づき対外的に法律行為を行った多数者は、多数決を否決した少数者の代理権を当然有しないとしても、当該法律行為の相手方は、無権代理の規定（一七九条）により、損害賠償又は履行を多数者に請求し得るため、相手方保護に欠けることにはならない、

と主張する。[22] また、フルーメ（Flume）も、七四四条二項の行為及び七四五条一項の決定が対外的な効力を有することを認めるが、多数者に否決した少数者を代理する権利は認めない。その理由として、特に、債務法上の法律行為について、多数者に否決した少数者の代理権を付与すると、各持分権者に無限責任を課することとなり、七四八条に反すると述べている。[23]

(3) 少数者保護の方法

以上のように、ドイツの裁判所及び学説は、若干の異論はあるものの、七四五条一項の多数決に基づく対外的な管理行為を肯定しているが、同時に、具体的な少数者保護の方法も考察している。更に言えば、七四五条一項の立法段階においても、多数決に基づく管理と共に、少数者の保護を図る必要性は認識されていた。右の必要性には、持分権者の裁判所への管理請求権（七四五条二項）及び分割請求権の行使（七四九条一項）による対応を予定していた。[24] 学説では、当該多数決を行うにあたり、少数者への聴聞の必要性を主張する見解が多い。[25] つまり、聴聞を経ない多数決により共有財産に損害が生じた場合は、多数者は、少数者に対して損害賠償義務を負う、というのである。なお、聴聞の必要性の根拠としては、七四四条一項の共同管理の規定及び信義誠実の規定（二四二条）が挙げられている。[26] なお、このような少数者保護の方法は、（1）のような共有についても提唱されている。[27]

しかし、裁判例［1］［2］は、右の聴聞の必要性を否定する。その理由として、多数者と取引をした第三者は、多数者による少数者への聴聞の有無について知り得ないことを挙げている。[28] しかし、同時に、裁判例［1］［2］は、学説と同様、聴聞のない多数決は、場合によっては多数者に損害賠償義務を負わせること、及び分割請求権が排除されている共有物についても、七四九条二項の事由を認定し、少数者に分割請求権を付与することを認めている。[29]

【分析】

多数決による管理と少数者の保護という問題は、立法後も、裁判例及び学説により、引続き議論されてきた。この問題は、実際の争訟では、多数決に基づき多数者と第三者との間で締結された共有物の賃貸借契約への少数者からの異議、という形で現われたが、裁判例は、このような管理行為を肯定している。しかし、他方で、裁判例及び学説は、少数者保護の方法として、少数者への聴聞のない多数決により、少数者が損害を被った場合について、少数者への損害賠償、あるいは、共有物の分割による対応[30]を予定している。ドイツ法は、多数決による管理について、右のような形で少数者の保護を重視しているのである。

2　共有物に関する規律の拘束力

ＢＧＢは、七四六条により、共有物の管理規律が持分の特定承継人を拘束する旨を定めている。但し、共有不動産における右の拘束力は、一〇一〇条一項により、登記を要件としている。ＢＧＢ制定後に生じた特定承継人の権利内容に関する争訟は、次のように整理し得る。まず、七四六条により、特定承継人を拘束し得る規律の内容である。実際の争訟では、(1)共有物の分割に関する規律の拘束力が争われた。また、共有不動産に関する規律を特定承継人に及ぼすために必要な一〇一〇条一項の登記事項が問われたこともある。この問題は、(2)管理費用に関する規律、(3)多数決による管理の規律及び判決による調整は、一〇一〇条一項の登記が可能か、という形で現われた。さらに、(4)七四六条の拘束力を及ぼすために一〇一〇条一項の登記を要する特定承継人の範囲も問題となっている。

(1) 共有物の分割に関する規律の拘束力

共有物の分割に関する規律は、七四六条の適用により、持分の特定承継人をも拘束するのであろうか。裁判所は、この問題に否定的な見解を示している。例えば、[3] ケルン上級地方裁判所一九七〇年二月二七日決定は、七四六条は、物権法定主義の例外的規定という性質を有するため、厳格な適用を要するものであるところ、共有物の分割に関する規律は、共有関係の存続保護という同条の目的に該当しない、という見解を示している。[31] なお、本件で問題となった共有不動産の分割に関する規律とは、分割方法として現物分割を採用すること、及び分割の際に取得する箇所の取決めに関するものであった。[32]

原告は、分割に関する規律の特定承継人への拘束力を主張する理由として、まず第一に、共有関係の存続中に行った当該取決めは、共有物の管理事項に該当すること、第二に、裁判所は、「共有不動産の競売による収益が一定額を上回る場合にのみ、競売による分割を通じて、共同関係を解消する」という内容の規律について、特定承継人への拘束力を容認している裁判例[33]を挙げた。

裁判所は、まず、第一点目の主張に対して、七四六条は、七四七条による持分処分の自由を容認すると同時に、従来の共有関係を保護する趣旨の規定であり、この趣旨は、分割段階についての当該規律には該当しないと判断した。さらに、第二点目については、原告が引合いに出した裁判例の規律は、共有物の分割開始時点についてのものであり、本件のような分割方法に関する規律ではない、と述べた。

他方、この分割に関する規律は、共有物の不分割に関する規律に特定承継人への拘束力を付与した七五一条を根拠に、特定承継人に及ぶことを認め得るか、という問題について、[4] フランクフルト上級地方裁判所一九七六年八月三日判決は、否定している。分割に関する規律は、七五一条が予定しているところではない、という理由で

ある。[34]

この問題について、学説は、上記のような共有不動産の分割契約は当事者間においてのみ有効であると解し、裁判所の結論を支持している。[35]

(2) 管理費用に関する規律の拘束力

共有物の管理に要した費用は、本来、七四八条により、各持分権が持分割合に応じて負担することが予定されている。しかし、同条は任意規定であるため、持分権者間において、共有物の管理費用の負担に関する規律を形成することが可能である。当該規律は、一〇一〇条一項の登記が可能であろうか。

当初、[5] ハム上級地方裁判所一九七三年一一月一九日決定は、持分権者の一人が共有地の公課等維持費用を負担する旨の取決めについて、一〇一〇条一項の登記が可能か、という問題に対して、同条は、文言上七四八条を対象としておらず、物権法定主義の例外的規定であるため、拡張して解釈するべきでない、という理由より否定した。[36] 裁判例 [5] は、共有地に関する費用負担の規律については、一〇一〇条一項の登記を認めず、したがって、特定承継人への拘束力を否定しているのである。[37]

しかし、その後、[6] バイエルン上級地方裁判所一九九二年一一月三〇日決定は、「持分権者、持分権者の家族、あるいはその来客による不適切な行動により、共有不動産に損害が生じた場合には、その除去費用は、当該持分権者が負担する」という内容の取決めについて、一〇一〇条一項の登記の可否が問われた事案について、裁判例 [5] とは反対に、七四八条と異なる共有地の負担及び費用償還に関する取決めは、一〇一〇条一項の登記可能という見解を示した。[38] 目的物の利用あるいは管理と費用負担の密接な関係を考慮すると、前者のみ、登記により、特定承継人への拘束力を認めることは、法律上の趣旨や目的に反する、という理由である。[39] もっとも、裁判例 [6] は、上

記のような一般論を示す一方で、当該事案の取決めは、七四八条が前提とする費用負担の取決めではなく、人的責任の取決めであり、一〇一〇条一項の登記の枠を超えると判断している。

この問題について一〇一〇条一項の登記を否定する学説は、専ら裁判例［5］に依拠するものである。[40] なお、裁判例［6］が出された後も、裁判例［5］を支持する見解が多い。[41] また、裁判例［6］の理由に加えて、費用負担の取決めを一〇一〇条一項の登記事項としないとしても、共有物の管理や使用の配分と共に登記し得るとすれば足りる、という主張もある。[42] 他方、裁判例［6］に基づいて、登記を肯定する見解も有力である。さらに、肯定説は、登記を容認する理由として、管理調整は、費用の負担関係が明白にならなければ、実際には、決定した収益権に費用負担の面で異議が出されるため、共有関係の解消に向かうだけであると主張している。[43] また、当該取決めの登記が不可能とすると、素人は、登記状況からこの点を推測するという困難を強いられるとも指摘されている。[44]

(3) 七四五条一項及び二項の規律の拘束力

裁判例は存在しないものの、学説は、共有不動産の管理に関する多数決（七四五条一項）、あるいは、持分権者からの請求に基づき裁判所が定めた共有物の管理規律（七四五条二項）は、特定承継人に効力を及ぼすために、一〇一〇条一項の登記を要するか、という点について、問題提起を行っている。この問題について、肯定説が有力であるものの、[45] 学説の見解は一致していない。肯定説は、実務上の必要性や不動産登記制度との調和を図るという一〇一〇条一項の規範目的をその根拠として挙げている。[46] 他方、否定説は、当該規律は、通常の共同権の内容であり、従って、特定承認人は、共有関係に入った後に、多数決や別の裁判上の決定を請求することが可能、[47] とか、当該規律は、持分権の物権的な権利内容を全く変化させるものではなく、持分の負担と同様に取扱うことは不適切、と主張している。[48]

(4) 特定承継人の範囲

なお、一〇一〇条一項の登記を要する特定承継人の範囲についても、裁判例が存在する。それは、持分権の特定承継人ではなく、持分権者の債権者に七四六条の効力を及ぼすために、一〇一〇条一項の登記を要するかという問題である。当初、［7］ライヒ最高裁判所一九一六年一一月一日判決は、ＡＢにより共有されている住宅の賃料債権が、Ｘの強制管理下にあるものの、一〇一〇条一項の登記を備えていない場合において、Ａの債権者Ｙが、当該賃料債権を差押えることの可否について、原審が、同条の登記の欠如を理由として、Ｘによる賃料債権の強制管理にＹへの対抗力を否定したのとは反対に、同条の登記は、持分権の特定承継人を拘束するための要件であり、共有者の債権者や共有者の賃料債権への仮担保の設定を通じてこれを獲得しようとする者を拘束するために要するものではない、という理由より、同条の登記のないＸによる賃料の強制管理をＹに主張し得ると判断した。[49]

しかし、その後、［8］フランクフルト上級地方裁判所一九五七年六月二八日判決は、ＡＹ夫婦が、Ａが賃料を全額取得する合意の下で、共有不動産を賃貸していたところ、Ｙが、第三者Ｘに対して、当該賃料債権の二分の一を被担保債権とする担保契約を設定したが、これが実行を受けたため、Ｘが、賃料債権の取得を主張した、という事案について、一〇一〇条一項の目的は、管理規律への対外的な明確性付与と第三取得者の保護にあり、当該保護の必要性は、共有物の賃料請求権の取得者も同様、という理由より、持分権者による共有地の賃料に関する取決めを持分権者の担保権者に対抗するために、同条の登記が必要と解した。[50]なお、裁判例［8］は、裁判例［7］の見解に対して、七四六条の「特定承継人」は、共有持分権の特定承継人のみならず、持分権者の請求権に担保を付している担保権者及び差押質権者も包含されるのであり、又一〇一〇条一項の表現からも、反対の解釈を導くことはできず、同条の不当な制限である、と批判している。

学説においても、この問題に関する見解が一致していない。[31] なお、［7］判決と同様、一〇一〇条一項の登記の必要性を否定する見解の中には、共有物に関する規律は、持分権者の債権者に対して、七四六条ではなく四〇四条により主張しうる、と指摘するものもある。[32]

【分析】

以上の裁判例では、七四六条の適用を制限することにより、共有関係の存続を否定することは行われていない。例えば、共有物に関する費用負担の規律についても、管理に関する規律が特定承継人を拘束する点を考慮した上で、適用を認めている。また、持分権者の債権者に対しても、七四六条の拘束力を肯定している。しかし、それと同時に、裁判所は、共有物の分割に関する規律については、七四六条の適用を否定している。七四六条は、共有関係存続のための規定であり、共有物の分割契約は、この趣旨に合致しない、という理由である。以上の裁判例をまとめると、裁判所は、七四六条及び一〇一〇条一項の運用により、共有関係の存続保護を図るものの、同時に、共有物の分割を困難とするような適用は認めていない、ということになる。

3　約定先買権の取扱い

冒頭で言及したように、ＢＧＢの制定過程では、共有関係の存続保護を図るために、共有者の一人による持分処分の際に、他の共有者に法定先買権を付与するか否かが議論された。結果的に、共有者の法定先買権は否定されたが、他方、起草段階では、共有者による持分権への約定先買権の設定を容認している。そこで、共有不動産の約定先買権に関する争訟に目を向けると、(1)共有地の先買権者である第三者と共有地を取得した持分権者、(2)持分権の先買権者である第三者と共有地を取得した持分権者、(3)共有者相互間において約定先買権の設定をした持分権者

と共有地の第三取得者の間で問題が生じている。

(1)　共有地の先買権者である第三者と共有地を取得した持分権者

共有者全員が自己の持分権について第三者Xに先買権を設定した後に、一部の持分権者Y[1,2]が土地全体を取得した場合、Xは、先買権の行使により、当該土地を取得し得るか。この問題について判断した裁判例が、［9］連邦通常裁判所一九五四年四月二三日判決である。[53] 本件事案は、共有地の持分権者であるY夫婦とA（各々持分三分の一）が、自己の持分権について、Xに対して、物権的先買権（一〇九四条）を設定していたところ、共有関係解消の目的で当該共有地が強制競売に付されたため、Y夫婦が、先買権を維持するという条件の下で、各二分の一の持分割合で競落し、さらに、Xが、先買権を根拠に、土地の返還及び不動産登記簿への移転登記を請求した、というものである。[54]

本件第一審は、当該先買権行使を容認したものの、裁判例［9］は、先買権行使についての規定である五〇四条は、第三者への目的物の売却を前提としており、土地の共同関係を廃止する目的で一部の共有者が競落した場合を予定していないため、当事者間に先買権の取扱いに関する特約が存在し、且つ、それが登記により公示されている場合を除いて、先買権を有する第三者からの権利行使は認められない、という判断を示している。

この判断は、先買権に関する立法者意思を根拠としている。すなわち、BGBは、七四七条により、持分処分の自由を認めると共に、各持分権者の法定先買権を予定していないが、これは、持分権者相互を第三者とすることを意図したものではないという。裁判例［9］は、以上のような理解に基づき、共有地を一部の共有者に売却する場合には、当該共有者は五〇四条以下の予定する第三者とは解されてないため、先買権者の権利行使は認められず、このことは、本件のような共有関係廃止のための競売の場合も同様である、と述べている。もっとも、裁判例［9］

は、本件共有地が第三者に売却された場合には、Xによる先買権の行使を容認する見解も併せて示している。

学説は、この裁判例［9］を概ね支持している。[55] しかし、裁判例［9］における五〇四条の「第三者」の解釈について、若干の異論も提示されている。例えば、五〇四条以下の先買権の規定が予定している第三者とは、七四一条以下の「共同」の規定における第三者が持分権者以外の者であるように、先買権者と先買義務者以外の者を指すのであり、したがって、それ故に共同関係にある者であっても、他の権利関係においては第三者となり得る、という主張がある。[56] この見解によると、裁判例［9］のように先買権を設定した共有地を持分権者の一人が取得した場合にも先買権行使が認められることとなろう。そのほか、学説のなかには、後述する(3)の先買権行使を認めない理由が、当該事案には該当しないという理由により、持分権者Yを五〇四条の第三者と見なす見解も存在する。[57]

(2)　持分権の先買権者である第三者と共有地を取得した持分権者

共有者の一人であるAが、自己の土地持分権に第三者Xのために先買権を設定したところ、Aの持分権を含む土地全体が、他の持分権者Yに移転した場合には、Xによる先買権行使は可能か。［10］連邦通常裁判所一九六七年四月二八日判決は、この問題に判断を示している。[58] この事案は、Y及び合資会社F（XA夫婦のみを構成員とする）が道路を共有していたところ、共有者間で意見の相違が生じたため、F会社がXに自己の持分権について先買権設定したが、その後、共有関係解消の目的で当該道路について競売が行われ、その結果、Yが競落したため、Xが先買権を行使した、というものである。原審は、本件事案のように、かつての持分権者Yが、共有関係解消を目的とした競売を通じて土地の所有者となった場合に、Xが先買権を行使することを特に否定しなかった。

裁判例［10］は、本件事案において、Xの先買権行使を否定した。その理由として、まず、本件事案は、持分権者の一人が共有地を競落した点では、裁判例［9］の事案と共通しており、したがって、本件におけるYが、五〇

四条の第三者に該当するとは考えられないことを挙げている。また、裁判例［10］は、本件のように、持分権者の一人が、先買権が付与された持分権を含む共有地を競落した際に、第三者からの先買権行使を認めた場合、従来の持分権者であった競落人は、再び新たな共有関係に入ることを強要され、さらに、先買権行使を通じて共有関係に入った持分権者が、再度先買権を設定することにより、永久に共有関係の廃止が不可能となることを挙げている。そして、このことは、共有者全員の合意を通じてのみ、分割請求権の永久排除を認める七四九条二項、及び共有関係廃止のための競売を通じて持分権者に単独所有者となる機会を付与したＺＶＧ一八〇条の趣旨に明らかに反すると指摘するのである。[59]

学説は、裁判例［10］の見解も支持している。[60] さらに、学説は、先買権行使により共有関係を維持する利益が持分権者にある場合には、当該先買権者は、二四二条を通じて保護されると付言する。[61]

(3)　共有者相互間に約定先買権の設定をした持分権者と共有地の第三取得者

持分権者ＸＡが各々自己の土地持分権に相互に先買権を設定したところ、土地全体が第三者Ｙに移転した場合、持分権者Ｘは、Ａの持分に設定した先買権を行使し得るか否か。［11］連邦通常裁判所一九六四年七月三日判決は、この問題に判断を示している。[62] 本件事案は、土地の持分権者間において、持分権が第三者に売却された場合に備えて、相互に自己の持分権に物権的先買権を設定するという内容の契約を締結していたところ、共有不動産の管理人的立場にある持分権者Ａが第三者Ｙとの間で共有不動産の売買契約を締結し、持分権者Ｘを除く他の持分権者はこの売買契約を承認したため、Ｘが、右の共有者間の契約を根拠として、先買権を行使した、というものである。裁判例［11］は、この事案に対して、共有者が相互に先買権を設定している場合は、（持分権ではなく）土地全体が第三者に譲渡された場合の先買権行使を予定しているという経験則は存在しないという理由より、先買権行使を否

定した。これは、持分権者相互間における先買権の設定は、持分処分により共有者が交代する場合には、可能な限り信用できる第三者を共有関係に入れることを目的とするものであり、共有地全体が売却された場合にまで先買権行使を認めるものと解し得ない、という原審の見解を支持するものである。さらに、従来の判例学説が、共有地全体の売却を個々の持分権の売却と解している点について、裁判例［11］は、このような解釈によっても、共有者間の契約から先買権行使を容認する意図を推認し得ない、と述べている。なお、学説は、裁判例［11］の結論を支持している。(63)

【分析】

立法者により、持分権への約定先買権の設定は否定されなかったものの、裁判所は、約定先買権をめぐる争訟では、約定先買権の設定目的や行使効果を分析した上で、その行使の可否を慎重に判断している。例えば、まず、裁判例［10］では、先買権行使は、自由な共有物分割を妨げる結果となる、という理由より、認めない。また、裁判例［11］は、共有者相互間の先買権設定の意図を分析した上で、共有不動産を取得した第三者への先買権行使を否定している。なお、実際の争訟では、裁判例［9］［10］のように、共有関係廃止を目的とした競売が行われた際に約定先買権の行使が争われる場合があり、裁判所は、一部の共有者により共有物が競落されたときには、五〇四条の定める約定先買権行使を否定している点にも注意が必要である。

(10)　Huber, in Staudingers Komm.zum BGB, Zweites Buch:Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl., 1982, Rz.16zu § 745 (S.97) ; Jülicher, Mehrheitsgrundsats und Minderheitenschutz bei der Erbengemeinschaft, AcP175, 143, 156.

(11) Sohm, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Verbandsrecht, AcP125, 129ff. (1930). Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, 1914, S. 121ff. (Fn.227). Larenz, Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, JhJb. 47, 108, 144.

(12) Engländer, a. a. O., S. 144.

(13) ただし、Staudinger／Huber,Rz. 16zu §745 (S.97) は、このような持分割合の共有では、持分権者間において、予め管理事項の決定方法について、一定の手続き又は全員一致を取り決めることを主張する。

(14) Seuffert61, 230f.

(15) 周知の通り、BGBは、共同相続財産の所有形態を合有と解している（二〇三二条一項）。しかし、共同相続財産の管理は、二〇三八条により、共有物の管理と同様、七四一条以下の「共同」の規定に依拠している。

(16) Xは、賃貸借契約の締結については同意していた。

(17) BGHZ56, 47.

(18) BGHZ56, 50f.

(19) Seuffert61, 231.

(20) BGHZ56, 51.

(21) Vgl. Jülicher, a. a.O., S.144 ; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd.1 Erster Teil Die Personengesellschaft, 1977, S.117;Kürzel, Verwaltung des Grundstücks bei Miteigentum, BIGBW. Heft 22, 1957, S. 356.

(22) Jülicher, a. a. O.,S.144, 154.

(23) Flume, a. a. O., S. 116f.

(24) 上河内・前掲論文（一）一四九頁以下、（二・完）八二頁以下参照。

(25) K-Schmidt, in Münchener Komm. zum BGB, Bd.5 Schuldrecht Besonderer Teil Ⅲ, 3. Aufl., 1997, Rz.

16zu §§744 745 (S.667). Lübtow, Erbrecht, 2Halbband, 1971, S.795ff., S.803, 806. Staudinger／Huber, Rz.17zu §745 (S.97) も、少数持分権者への連絡が取れない場合や時間的余裕のない場合を除いて、聴聞の必要性を肯定する。また、Jülicher, a. a. O., S.145も、少数者への聴聞を経ていない多数決による管理に絶対的効力を付与することは危険である、と主張する。

(26) Staudinger／Huber, Rz.17zu §745 (S.97).

(27) Münchener／K-Schmidt, Rz.16zu §§744 745 (S.668).

(28) Seuffert, 61, 231.; BGHZ, 56, 56.

(29) Seuffert, 61, 231.; BGHZ, 56, 56.

(30) 共有者間の合意により、分割請求権が排除されている場合にも、七四九条二項の分割請求権の行使事由となると考えられている。

(31) OLGZ1970, 276; DNotZ1971, 373.

(32) OLGZ1970, 277; DNotZ1971, 373.

(33) KGJ33, 224.

(34) Rechtspfleger1976, 397.

(35) Döbler, Vereinbarungen nach §1010Abs. 1 BGB in der notariellen Praxis, MittRhNotK, 1983, S.188.

(36) DNotZ1973, 546.

(37) DNotZ1973, 549.

(38) DNotZ1993. 393.

(39) DNotZ1993, 393f. また、裁判例［6］は、費用負担の登記を否定する場合に生じる不都合の例として、占有持分権者及び非占有持分権者が存在する共有不動産において、持分の特定承継人が現れた場合を挙げる。すなわち、このような共有物の利用関係では、通常は、共有物の占有持分権者による費用負担が持分権者間で取決められているが、非占有持

分権者の特定承継人は、登記により公示された従来の利用規律に拘束されることになるものの、占有持分権者の特定承継人は、従来の取決めによる利用権を取得すると同時に、登記により公示されていない従来の費用負担の取決めに拘束されないことになる、と指摘する。

(40) 多数説とも評されている（Vgl. DNotZ1993. 391.）。

(41) K-Schmidt, in Münchener Komm. zum BGB, Bd.6 Sachenrecht, 3. Aufl., 1997, Rz. 9zu §1010 (S.1125). Gursky, in Staudingers Komm. zum BGB, Drittes Buch : Sachenrecht, 13. Aufl., 1993, Rz. 9zu §1011 (S.132) ; Bassenge, in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 56. Aufl., 1997. Rz. 3zu §1010 (S.1186).

(42) Döbler, a. a. O., S.185.

(43) Langhein, in Staudingers Komm. zum BGB, Zweites Buch : Schuldverhältnisse, 13. Aufl., 1996, Rz. 23zu §746 (S.185).

(44) Staudinger／Langhein, Rz. 23zu §746 (S.185).

(45) Staudinger／Langhein, Rz. 9zu §746 (S.181).

(46) なお、Döbler, a. a. O., S. 186. は、多数決により、共有不動産の利用に関する規律を形成した場合、多数者は、多数決を否決した少数者に対して、七四六条及び一〇一〇条一項の従たる義務として、持分の負担を登記することについて同意請求権を有する、と主張する。さらに、Döbler は、ドイツの判例や一般の学説は、右の登記請求権について本格的論じていないため、今後、この点を検討する必要性がある、と付言する。

(47) Staudinger／Gursky, Rz.8zu §1010 (S.520).

(48) Staudinger／Huber, Rz. 4zu §746 (S.519). ただし、Staudinger／Gursky, Rz. 8zu §1010 (S.520) は、同様に否定説の立場を採用しつつ、七四五条一項の多数決や同条二項の判決による規律は、一度形成されてしまうと、再び多数決や判決による変更が不可能であり、その結果、持分の物権的内容も変容を受けることとなっている点を看過していると指摘する。

(49) RGZ39, 176.

(50) NJW1958. 65.

(51) この問題について、肯定する立場として、Palandt／Bassenge, Rz. 1zu §1010 (S.1186)。否定する立場として、Staudinger／Gursky, Rz. 3zu §1010 (S.517f.), Münchener／K-Schmidt, Rz .3zu §1010 (S.1124)。

(52) Staudinger／Gursky, Rz. 3zu §1010 (S.518).

(53) BGHZ13, 133.; NJW1954, 1035.

(54) 他の持分権者は、先買権行使に同意していた。

(55) Michael J. Schmid, Das Vorkaufsrecht des Miteigentümers bei Teilungsversteigerung, MDR 1975, 191.

(56) Michael J. Schmid, a. a. O., S. 192.

(57) Theo Mayer-Maly, in Staudingers Komm. zum BGB 12. Aufl., 1980, Rz. 6zu §1095 (S.388).

(58) BGHZ48, 1; NJW1967, 1607.

(59) なお、本件事案では、Xは合資会社Fと同視可能であり、且つ、Yの単独所有に対するXの害意も認定されている。

(60) ただし、Michael J. Schmidt, a. a. O., S. 192f. は、裁判例［10］の結論を支持しながらも、共有不動産の競落は、共有者が単独所有者となる機会の一つに過ぎず、したがって、共有者は、他方共有者の先買権行使を覚悟するべきである、と付言する。

(61) Michael J. Schmid, a. a. O., S. 193.

(62) WM1964, 913.

(63) Münchener／K-Schmidt, Rz. 25zu §747 (S.694); Staudinger／Langhein, Rz. 78zu §747 (S.209).

三　共有物の管理に関する理論形成

1　裁判例及び学説による理論形成

ＢＧＢの起草当初、共有は、存続が意図された所有形態ではなかった。例えば、当時は、共有物の使用管理に関する規律について、特定承継人への拘束力を否定していた。しかし、第二草案起草時には、共有についても、存続保護を図る趣旨の立法が行われるに至った。[64] もっとも、それと同時に、立法者は、第三者への持分処分の際における各共有者の法定先買権を否定する形で、持分処分の自由を貫徹したのである。

では、上記で検討した共有物の管理に関する裁判例及び学説からは、共有制度について、いかなる理解が伺えるであろうか。まず、学説は、概ね裁判所の判断を基調とするものである。そして、裁判所の判断は、基本的に、立法時における共有制度の理解に依拠したものとなっている。例えば、裁判例［3］は、七四六条の拘束力を判断する際に、「持分権者が自己の持分を譲渡することにより、自己の義務を逃れ、他方で、従来の持分権者が新たな持分権者との間で共有物に関する新たな取決めを行う事態となることを防止する」ものであり、共有関係の存続保護を意図した、という、同条の立法趣旨を引用している。[65] また、裁判例［9］は、共有関係解消を目的とした競売の結果、共有不動産の単独所有権を取得するに至った従来の持分権者に対して、五〇四条の先買権行使を否定したが、その理由として、ＢＧＢは、持分権者に、持分処分の自由（七四七条）を保障すると同時に法定先買権を付与しないが、それは、持分権者間の関係を第三者と解しているためではない、と指摘する。これらは、持分権者間における一定の関係を前提とする立法時の見解と一致する。

しかし、同時に、本稿で検討した裁判例からは、共有物の管理に関する争訟において、共有関係の解消の妨げと

なるような権利行使を否定する傾向が伺える。例えば、裁判例［3］は、共有物の分割契約には、七四六条の拘束力を認めない。七四六条は、共有関係の存続保護を目的とするものであるところ、共有物の分割契約には、この趣旨が該当しない、という理由である。また、裁判例［10］では、実質的に共有関係の廃止を不可能とする事態を導く、という理由より、先買権行使を否定する。以上より、ドイツの裁判例及び学説は、立法時の見解を基調として、共有物の管理という側面において、共有関係の存続保護及び持分処分の自由を尊重すると同時に、共有物分割による共有関係の解消を妨げるような権利行使を認めない傾向にあるといえよう。

2　裁判例及び学説が前提としている共有

次に、右の理解が前提としてる共有の性質を分析してみよう。まず、本稿で検討を行った裁判例の共有物は、いかなる成立経緯を背景とするものなのであろうか。ドイツ学説においても、わが国と同様、共有について、その成立原因による類型化が認識されている。[66] 本稿で検討した裁判例は、少なくとも、法律上の原因に基づく共有は存在しないようである。[67] したがって、当事者間の合意により成立した共有と考えられそうである。もっとも、共有の成立経緯については、これ以上の詳細は不明である。

他方、上記の理解は、いかなる争訟の客体を前提としているのであろうか。ＢＧＢにおける共有物の管理規定は、わが国のものと異なり、「分割不可能な共有物」の管理を前提として形成されている。[68] さらに、本稿で検討した裁判例の目的物は、建物敷地と通路（［4］）、建物敷地とその中庭（［9］）、土地建物とその通路（［10］）のように、分割可能性という観点からは、分割が望ましくない共有物も含まれている。したがって、上記の理解は、「分割不可能、あるは困難な共有物」をも前提として形成されていることになる。

（64）上河内・前掲論文（二・完）八一頁以下参照。
（65）DNotZ1971, 373, 375.
（66）Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 10. Aufl., 1972, S. 320 ; Westermann, Sachenrecht, 6. Aufl., 1990, S. 181.; Baur／Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, S.19. なお、法律上の原因に基づく成立とは、九四七条一項（動産と動産の附合）、九四八条（混和）、九六三条（ミツバチ群に関する取決め）、九八四条（埋蔵物発見）を指し、当事者の合意による取得とは共同取得を指す。
（67）裁判例［2］の共同関係は、相続により生じている。しかし、BGBの下では共同相続財産は合有と構成されている。
（68）この点については、上河内・前掲論文（二）九一頁以下参照。

四　わが国の議論への示唆

本稿で検討したドイツの裁判例及び学説とわが国の議論を比較してみよう。まず、多数決による管理についてであるが、ドイツ法の下では、BGBの起草当初より今日まで、民法上の共有物の多数決による管理において、少数者の保護が重視されてきたという特徴がある。特に極端な持分割合の共有及び分割による共有関係解消が不可能な共有における多数決による管理が、少数者の権利を侵害することを危惧しているのである。学説は、少数者保護の手段として、少数者への聴聞、あるいは、対外的な管理行為については、多数者が少数者の代理権を取得する必要性を主張している。裁判所は、右の学説の主張を否定するものの、少数者への聴聞なき多数決が少数者に損害を与えた場合、多数者の責任を肯定する。以上のように、ドイツの裁判所及び学説は、多数決による管理について、少数者の権利を保全する方策を常に考えているとまとめることができよう。

これに対して、わが国においても、多数決による管理の際における少数者保護の主張がないわけではない。しかし、それは、主として、区分所有建物における多数決を対象としたものであった[69]。つまり、区分所有建物以外の共有物については、このような多数決による管理と少数者保護の問題は、特段意識されていないようである。しかし、わが国の民法上の共有制度は、ＢＧＢと同様、多数決による共有物の管理を予定しているため、ドイツ法の下で提起されたこの問題を内在していると考えられよう。

他方、共有物に関する規律の拘束力の問題については、ドイツとわが国では、発生している争訟の内容及び裁判所の判断も対照的である。まず、争訟の内容を比較すると、わが国の争訟は、将来の共有物の分割債権について、二五四条の適用が問われるものが多いという特徴を備えている[70]。この問題に対しては、最高裁は、二五四条は共有物の管理費用、立替金のみならず、共有物の分割債権をも対象としている、と判断している[71]。

右の判決以前のわが国の学説は、一般に、共有物の分割債権への二五四条の適用について、積極的な考察を行ってこなかった[72]。しかし、上記の最高裁判決を契機に、学説は、右の分割債権を二五四条の債権の対象とすることを疑問視するようになる。

例えば、村上教授は、共有物分割契約により、持分権の交換・譲渡という物権変動が生じることを根拠として、第三者との関係は一七七条により決するため、二五四条は適用されない、と述べられる[73]。また、広中教授は、二五四条の適用を否定するにあたり、その根拠として、同条の立法過程では、条文の設置箇所について、「共有物分割の規定の後あたり」という意見が存在したにもかかわらず、共有物分割の規定の前に設置されるに至っていることを指摘される[74]。さらに、新田教授は、分割に関する債権を二五四条に含めると、持分の特定承継人は、分割による共有関係の解消という終局的な保護を失う、と主張される[75]。以上のように、共有物の分割債権に二五四条の拘束力

を付与することについて、学説の批判は強い。それは、持分の特定承継人が不測の損害を被ることを危惧するためである。[76]

では、この問題については、かねてより学説で主張されているように、ＢＧＢ一〇一〇条一項を範とする規定を設置すれば、二五四条の適用を否定する理由はなくなるのであろうか。[77] この点については、裁判例〔3〕は、共有物の分割契約について、一〇一〇条一項の登記の有無ではなく、共同関係の存続保護という七四六条の趣旨を根拠に、特定承継人への拘束力を否定していることに留意すべきである。したがって、ＢＧＢ七四六条と沿革を共通にするわが国の民法二五四条についても、共有物の分割債権にその効力を付与することには慎重であるべきであろう。

(69) 例えば、玉田弘毅『建物区分所有法の現代的課題』一七頁注（4）（商事法務研究会　一九八一年）。

(70) わが国において、二五四条の適用が争われた裁判例として、【1】大判大八・一二・一一（民録二五輯二二七四頁）【2】台湾高等法院上告部判昭一五・八・二一（新聞四六二六号一一頁）【3】台湾高等法院上告部判昭一八・一〇・一三（新聞四八九〇号七頁）【4】最判昭三四・一一・二六（民集一三巻一二号一五五〇頁）【5】仙台高判昭四二・二・二〇（下民集一八巻一・二号一四六頁）【6】大阪地判昭五〇・八・二七（判時八〇八号八六頁、金判四八七号三八頁）【7】東京高判昭五七・一一・一七（判タ四九二号六五頁）【8】名古屋地判昭六〇・二・二七（判タ五五五号二四四頁）【9】東京地判平三・一〇・二五（判時一四三二号八四頁）。

以上の裁判例で争われた債権の種類は、共有不動産の使用・管理方法に関する契約に基づく債権（【5】【7】）、共有物の管理費用の償権（【9】）、共有物取得の際の借入金に基づく債権（【1】）、共有物の分割契約に基づく債権（【2】【3】【4】【6】【8】）、共有物の不分割契約に基づく債権（【9】）である。なお、旧建物区分所有法一

五条の適用が争われた裁判例としては、最判昭六二・六・二三（判時一二五八号一〇二頁）がある。この裁判例では、管理費用が滞納された区分所有権が転々譲渡された場合に、中間取得者が支払い義務を負うかが争われた。つまり、共有物に関する規律に拘束される第三者の範囲の問題である。

(71) 前掲【4】判決。【4】判決の上告理由では、民法二五四条の債権は、共有者の負担する管理費用、公租公課の立替分等のことであり、共有物の分割についての債権的契約は含まない、なぜならば、分割に関する契約の登記なくして第三者たる持分買受人に対抗可能とすると、持分の取得者は不測の損害を被ることがあり、取引の安全を害するからである、と主張された。この点について、【4】判決は、二五四条を所論のような場合にのみ関する規定と解する理由はない、と判示している。

(72) 一般に、二五四条の債権としては、主として、共有物の管理費用に関する債権が考えられてきた。例えば、横田・富井両博士は、共有物の管理方法や不分割の契約による債権が、共有者の地位を承継した持分の特定承継人に当然に効力が生じるのと異なり、共有物の管理費用の債権は、本来は、効力が及ぶものではないが、債権者である共有者の保護や二五九条の効用を確保するために、二五四条により、特定承継人に効力が及ぶことを定めている、と説明する（横田秀雄『改版増補　物権法』四〇〇頁以下〈清水書店　一九〇九年〉、富井政章『民法原論　第二巻　物権』一六二頁以下〈有斐閣　一九二三年〉）。ここでは、分割に関する債権への二五四条の適用については、言及されていない。もっとも、梅博士は、当時より、共有物の管理費用及び共有物の不分割契約による債権と共に、共有物の分割債権を二五四条の債権として挙げている（梅謙次郎『訂正増補　民法要義　巻之二　物権編』二〇〇頁〈有斐閣書房　一九一一年〉）。

(73) 村上淳一「共有不動産分割契約上の債権は分割登記前でも共有持分の特定承継人に対してこれをおこなうことができる」法協七八巻一号一三三頁以下（一九六一年）。

(74) 広中俊雄『物権法　下巻』四三一頁以下（青林書院新社　一九八一年）。

(75) 新田敏「区分所有権が転々移転した場合、中間取得者は、前者が共用部分・敷地に関し負担滞納していた管理費の支払

義務を負わないとした事例」判評三五三号四五頁以下（一九八八年）。

(76) 広中・前掲四三五頁、村上・前掲一三四頁、新田・前掲一九二頁参照。

(77) この見解は、立法当時から今日まで提唱されている（梅・前掲二〇〇頁、富井・前掲一六三頁以下、山中康雄『共同所有論』五七頁〈日本評論新社　一九五三年〉、我妻栄・有泉亨補訂『新訂　物権法（民法講義Ⅱ）』三二六頁〈岩波書店　一九八五年〉）。もっとも、本文の主張に肯定的な見解ばかりではない。例えば、江渕武彦「共有者間の共有物に関する使用収益、管理又は費用の分担についての定めは、その共有者の特定承継人に対しても当然に承継されるとした事例」（西南一九巻一号二六四頁〈一九八六年〉）は、共同財産の規律の公示方法が登記法上欠けているという問題は、共有のみならず、共同所有全体に内在するものであり、他方、共同財産の規律は、実地検分により調査可能、という理由より、本文の主張に反対している。また、新田・前掲一九一頁は、BGB一〇一〇条一項を範とした規定を設置することにより、わが国の民法が予定している共有の性質が変容する、という理由より、本文の主張の対象を分割契約に基づく債権に限定するべき旨を述べている。なお、【7】判決は、この問題に対して、わが国の現行の法制度の下では、譲渡人の瑕疵担保責任、あるいは、新たに共有者となった譲受人からの共有物分割により対処する見解を示している。

五　結　語

本稿では、ドイツの裁判例及び学説の分析に基づき、共有物の管理に関する理論形成を考察した。その結果、右の裁判例及び学説について、共有物の団体的管理に関する争訟を処理するにあたり、共有関係の存続保護と共に持分処分の自由を貫徹するという立法者意思を尊重すると同時に、分割請求権の行使による共有関係の解消を保障している、という特徴を指摘することができた。

このような特徴は、共有物の分割方法の理解にも見受けられる。すなわち、ドイツ法は、裁判上の共有物の分割方法として部分分割を否定する。[78] この点からも、持分権者間において、共有物について合意が形成されない場合には、分割請求権の行使による共有関係の完全な解消を保障していることが伺える。なお、右のような共有物の管理と分割の関係は、わが国の判例が、既存の共有物の利用関係を重視し、それ故に、共有物分割の多様化を容認してきた[79]ことと対照的である。今後、わが国とドイツの共有制度について、共有物の分割についての理解を踏まえた比較検討の余地が残されていると考えられよう。

（78）　Münchener／K-Schmidt, Rz.26zu §749 (S. 712).

（79）　佐藤岩夫「分割請求者が多数でである場合における民法二五八条による現物分割といわゆる一部分割」民法判例レビュー（不動産）判タ八〇一号六三頁以下（一九九三年）、奈良次郎「共有物分割訴訟と全面的価格賠償について」判タ九五三号五九頁（一九九七年）参照。