

ドイツ民法における共同関係に関する研究 (一)

- BGB 第 741 条以下の意味を中心に -

金 旼 姝*

I. 序

日本と韓国では、民法上多数人が集まって成立する各団体（組合、共同相続人、夫婦、非法人社団など）の財産帰属形態について、物権編で共同所有の一般的な規定を置いて、物的観点から見るのが全般的な理解である⁽¹⁾。

しかし、ドイツ民法（以下、BGB という。）は、多数人の共同所有について、物権編にその一般的な規定を置くのではなく、各団体の成立から廃止までの過程の中で、その所有財産は、どのようにその団体の構成員と第三者を拘束するか的人的観点からアプローチしていると考えられる⁽²⁾。

まず、BGB 上の団体の形では、Gemeinschaft（共同関係）、Gütergemeinschaft（夫婦共同関係）、Erbengemeinschaft（相続共同関係）、Gesellschaft（組合）、Nicht rechtsfähige Vereine（権利能力なき社団）がある⁽³⁾。このような各団体について、各構成員に財産が帰属する形態及びその関係をみると、

* 広島大学社会科学部研究科外国人客員研究員

(1) 日本民法は、物権編に共有（第 249 条以下）のみを置いているが、学説上、共同所有の三類型である合有と総有の概念も物的観点からアプローチしていると考えられる。韓国民法は、物権編の共同所有の章で、共有（第 262 条以下）、合有（第 271 条以下）、総有（第 275 条以下）の三類型を規定している。

(2) 於保不二雄編『現代外国法典業書：独逸民法Ⅲ－物権法』（有斐閣、1955 年）164 頁参照。

(3) 以外に BGB 第 55 条以下で *Eingetragene Vereine*（登記された社団）の規定があるが、この登記された社団の財産は単独所有であるため、以下の共同所有の議論では除く。

Gemeinschaft (共同関係) の財産は、「Bruchteil」の形で各構成員に帰属し、その Bruchteil が Bruchteilseigentum (共有；あるいは Miteigentum) を成している。しかし、Gütergemeinschaft (夫婦共同関係)、Erbengemeinschaft (相続共同関係)、Gesellschaft (組合) 及び Nicht rechtsfähige Vereine (権利能力なき社団)⁽⁴⁾ の財産は、「Anteil」という形で各構成員に帰属し、この Anteil が集まり、一つの Gesamthandseigentum (合有) を成していると理解することが簡明である⁽⁵⁾。

上記の Bruchteil と Anteil は、Teil、すなわち、「一部、部分」という意味から派生した概念である⁽⁶⁾。Bruchteil というのは、主に財産が Gemeinschaft (共同関係) に属する場合、各構成員に確定的に分かれて個別的に帰属する持分を意味する (すなわち、「個別持分」又は「確定持分」)。これに対して、Anteil というのは、Bruchteil の形で分かれて確定的に帰属される「以前」の状態として、Gemeinschaft の場合が基本であるが、その特性上、変形されて個人の個性よりも団体の拘束性を重視する共同の関係、つまり Gesellschaft (組合)、Gütergemeinschaft (夫婦共同関係)、Erbengemeinschaft (相続共同関係) などの財産を構成する構成員が有する一般的な割合としての持分の形を意味

(4) BGB 第 54 条 Nicht rechtsfähige Vereine (権利能力なき社団) は、第 705 条以下の組合に関する規定を適用する。一般的に Nicht rechtsfähige Vereine は、文言通りに「権利能力なき社団」と呼ばれているが、2001 年に組合の権利能力と当事者能力を認めた判示もあり (BGHZ 146, 341)、すべての権利能力がないのかについて疑問がある。「非法人社団」又は「法人ではない社団」と呼ぶことを提案した韓国の議論と詳しい理由については、拙稿「韓国の非法人社団に関する規律」広島法学第 39 巻第 2 号 (平成 27 年 10 月) 参照。

(5) HrsG-v.Carl Creifelds, Rechts-Wörter-Buch 5.Auflage, C.H.Beck München, 1978, S.472f.

(6) 詳しい意味の差を理解するために、同じ西欧の言語である英語からアプローチして見ると、Bruch という接頭辞は英語では Break、Bruchteil は infraction と対比され、既に離れて出た部分を意味する。一方、Anteil は、allotment (割当量)、contingent (不確定)、portion (分)、quota (割当量) などを意味する。v. Beseler · Jacobs, Deutsch-English Law Dictionary 3.Auflage, Walter de Gruyter Berlin&Newyork, 1971, S.17, 48 を参照。

する(すなわち、「一般持分」又は「割合持分」)。つまり、この Bruchteil という持分の総和と Anteil という持分の総和は、すべてが一つの所有権 (Eigentum) を意味するが、確定的に分離された個別的持分 (Bruchteil) と団体の関係から始まった拘束性によって分離以前の割合的持分 (Anteil) と理解することができる(7)。

この Bruchteil と Anteil は、物権と債権を包括する構成員の「全体に対する一部の持分」の概念であり、これらの各総和は所有権というのが通説である(8)。

(7) そうすると、共有と合有の特性上、Bruchteil は譲渡ができるが Anteil はできないかの疑問がある。まず、先買権に関する第 1095 条を見ると、次のように規定している。

「Ein Bruchteil eines Grundstücks kann mit dem Vorkaufsrecht nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht: 土地のある Bruchteil は、それがあある共有者らの Anteil として存在する場合にのみ先買権として設定されることができる」。そのとき、土地の一部に存在する先買権というのは、各共有者の Anteil という割合的持分の上に存在するという意味においてのみ許容されるもので、一筆の土地その自体の一部の上には存在しない。つまり、土地その自体の一部 (Realteil; Sachteil) の上に存在するためには、まず、土地の分割を要することを意味するという。三瀧信三『独逸法律類語異同辨』(有斐閣、昭和 54 年) 200 頁参照。これを見ると、Bruchteil は、「共有対象を分割して、各構成員が処分できる状態」に認識されていると考えられる。しかし、共同相続財産に関する第 2033 条を見ると、以下の通りである。「(1) Jeder Miterbe kann über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen: 各共同相続人は、相続財産に対する彼の Anteil に関して処分することができる。(2) über seinen Anteil an den einzelnen Nachlass gegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen: 共同相続人 1 人は、個別的な相続財産の客体への彼の Anteil に関して処分ができない」と規定している。このときの Anteil は、法定の相続分による共同財産の一部として存在する持分を意味することであり、個別的な Sachteil を意味するものではないと言えるだろう。三瀧信三、前掲書、197 頁参照。すなわち、相続分全体としての分又は割合としての Anteil は、処分ができるが、構成員権あるいは身分権の性質が強く、相続財産と分離して個別的な処分ができない性質を有すると理解できると考える。

(8) 於保不二雄編(注 2)164 - 165 頁参照。持分の性質に関する最近の議論までの説明は、Stephan Madaus, Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, Archiv für die civilistische Praxis(AcP), Bd. 212(2012) S.251-295. これを詳しく紹介した論文として、伊藤栄寿「ドイツにおける共有者間の法律関係」法政論集 254 号 (2014 年) 参照。

このような観点で BGB の物権編の Miteigentum は、「Bruchteils」eigentum (共有) と呼ばれる⁽⁹⁾。物権編では共同所有の形態として、その他の所有形態に関する規定は置いていないが、Gütergemeinschaft (夫婦共同関係)、Erbengemeinschaft (相続共同関係)、Gesellschaft (組合) の各ところで財産関係について Gesamthänderische Bindung (合手的拘束)⁽¹⁰⁾、Gesamthåndsgemeinschaft (合手共同関係)⁽¹¹⁾ を定めているため、物権的な観点から Gesamthåndseigentum (合有) に分類するのが一般的である⁽¹²⁾。Gesamtseigentum (総有) の概念は、BGB 制定当時に立法化されなかったもので以下では取り上げない。

また、物権編の Miteigentum が、共同所有全体を含む概念なのか否かという疑問が提起されるかもしれないが、第 1008 条は、その適用を「Sache (物) が Bruchteil として数人に属する場合」にのみ限定しているため、① Gemeinschaft (共同関係、第 741 条以下) での財産であり、かつ、②物である場合にのみ適用されると言える。つまり、物権編の Miteigentum という規定は、第 741 条以下の共同関係の補充規定と解釈されるのが通説である⁽¹³⁾。したがって、一般的に理解している共有に関する規定は、第 741 条以下の共同関係で主に規定しており、合有については、第 705 条、第 1415 条、第 2032 条以下で規定している。

このような理解に基づいて、以下では、BGB 上の第 741 条以下の共同関係について、その関係の成立、対内・外的効果及び廃止に関する規定を整理し、紹介する。

(9) Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Band1, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York, 1990, S.268ff.

(10) 組合財産に関する第 719 条規定及び共同相続財産に関する第 2032 条以下の解釈として、Ingo Saenger, Bürgerliches Gesetzbuch:HK, 8. Auflage, Nomos, 2014, S. 2248ff.

(11) 夫婦共同財産に関する第 1419 条規定及び第 2032 条以下の解釈として、Ingo Saenger, a.a.O., S.2248ff.

(12) Hans Josef Wieling, a.a.O., S.268ff.

(13) Ingo Saenger, a.a.O., S.1479; 於保不二雄編 (注 2) 165 頁。

II. 共同関係 (Gemeinschaft)

1. 成立

§ 741 [Gemeinschaft nach Bruchteilen] 持分による共同関係

Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742 bis 758 Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchteilen).

権利が共同で数人に属する場合、法律に別段の定めがない限り、第 742 条ないし第 758 条の規定を適用する (持分による共同関係)。

第 741 条以下は、権利 (Recht) が共同で数人に属する場合、多数の権利者の関係についての一般規定である⁽¹⁴⁾。この規定は、持分による共同関係 (以下、持分共同関係という。) の存在を特定の発生原因に限定していない。それはむしろ一つの客体が多数の関係者に共同で属する限り、法律の規定⁽¹⁵⁾、事実行為⁽¹⁶⁾ あるいは法律行為⁽¹⁷⁾ によって発生することができる⁽¹⁸⁾。

このような共同関係の成立から、客体の価値保存的管理という一つの共通の利益が発生し、場合によっては清算による利益も生じる。一方、持分共同関係 (Bruchteilsgemeinschaft) は、共同の目的を必要としない。これは、一つの利益共同関係 (Interessengemeinschaft) であり、組合 (第 705 条) のような

(14) 持分共同関係のためには、複数の権利者が存在しなければならない。これは、自然人に限らず法人あるいは合手共同体でもよい。しかし、持分共同関係は持分を分割せずにもつことはできないのだから、他の持分共同関係の権利者にはなれない。右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995 年) 628 頁 [上谷均執筆]。

(15) 例えば、動産への附合 (第 947 条)、混和 (第 948 条)、加工 (第 950 条)、埋蔵物発見 (第 984 条) など。

(16) 例えば、第 947 条第 1 項、第 948 条。Ingo Saenger, a.a. O., s. 1118.

(17) 数人が法律行為によって客体を持分で取得した場合に持分共同関係が発生する。所有権や債権の共同取得 (共同の目的があるときは、持分共同関係ではない) あるいは合手財産から持分共同関係への転換等があげられる。右近健男編 (注 14) 628 頁参照。

(18) 例えば、取引による請求共同関係及び一つの賃貸借契約における二人の入居。BGH NJW05, 3781.

目的共同関係 (Zweckgemeinschaft) ではないとの意味である⁽¹⁹⁾。そして、契約に基づいて共同関係の関係者になったとき、彼はその契約が追加的に意図した目的があるか否かを立証しなければならない⁽²⁰⁾。ある客体への共同的利益があるときにも、権利の所有者 (Inhaber) である共同関係の関係者 (Beteiligten) がない場合には、第 742 条以下は適用されない⁽²¹⁾。

共同関係の特性は、同一の客体 (Gegenstand) への各関係者 (Beteiligten) が共同 (gemeinsam) の観念的持分 (ideellen-Bruchteil) に対する「権利」を有することなので、関係者間に特定の法律関係が生じる⁽²²⁾。その権利の性質は、相互間に独自の・実質的な「部分権 (Teilrechten)」ではなく、観念的な持分として関係者らに分配されたものであるため、割合による持分権者間の法定債権関係が発生する。共同関係それ自体は法定債権関係ではないが、第 742 条以下によってその前提が発生することである⁽²³⁾。これは、一般的な債務法的義務ではなく、持分権者相互間を損失から保護したり、経済的利益を援助する配慮として存在する。ただし、持分権者間には、他の持分権者らの利害

(19) Ingo Saenger, a.a.O., S.1118; 持分共同関係と組合との違いとして、共同の目的の有無ということがあげられる。しかし、これは持分共同関係が共同の目的を前提としないということの意味するのであって、両者は併存しようと解されている (組合員の間での共有)。例えば、ただ一つの客体についての維持管理 (Halten und Verwalten) も、当事者の意思によって共同の目的として合手関係を形成することができると解されている (判例は反対)。したがって、これは組合契約の要件としての共同の目的の解釈の問題である。右近健男編 (注 14) 627 頁。

(20) Ingo Saenger, a.a.O., S.1118; 夫婦の単独所有の口座の残額に対する持分共同関係については、BGH NJW 02, 3702 を参照。

(21) Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

(22) しかし、定義あるいは権利の帰属に関する説明の仕方には争いがある。通説によると、持分共同関係の客体自体は観念的にも分割されず、権利の帰属が分割されるのであって、各権利者は、このような分割されない客体全体について他の共同権利者の権利によって制限された権利を有するというのである。右近健男編 (注 14) 627 頁、最近の議論については Stephan Madaus, a.a.O., S.251ff を参照。

(23) Ingo Saenger, a.a.O., S.1118; BGHZ 62, 243; 右近健男編 (注 14) 628 頁。

を無視する場合、損害賠償責任を発生させる善管注意義務が存在する⁽²⁴⁾。

持分共同関係は、基本的に、「客体に対する数人の共同の権利」がその要件になる。そして、共同関係の客体には、持分権者の多数が接近可能なすべての種類の権利が該当し得る。例えば、単なる請求共同関係の範囲内の請求⁽²⁵⁾、所有権⁽²⁶⁾、物的用益権、占有⁽²⁷⁾も該当する。持分共同関係は、特定性原則として、個別の権利が成立可能な個々の客体について、それぞれに成立する⁽²⁸⁾。ただし、多数の客体において、すべての客体に対する共同的な権利が同一の発生原因による場合、一つの統一的な共同関係が発生し得る⁽²⁹⁾。しかし、一つの客体への多様な内容の権利は、その問題ではない⁽³⁰⁾。また、多数人の関係という要件であるため、原則的に一人の持分共同関係は成立しない⁽³¹⁾。

2. 対内的効果

§ 742 [Gleiche Anteile] 同等の持分

Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen.

疑わしいときは、等しい持分が持分権者に属するものとする。

(24) OLG Hamburg ZMR 02, 456.

(25) 債権が持分共同関係の目的となることは、第 754 条も前提にしている。これに対して、債務は、持分共同関係の目的とはできず、第 427 条の問題になる。右近健男編 (注 14) 629 頁。

(26) 第 742 条以下と同時に第 1008 条の特別規定が有効な場合、特に、住居所有権 (Wohnungseigentum) については、WEG 第 10 条以下が共同関係を認めているが、BGB の住居権 (Wohnungsrecht; 第 1093 条) には共同関係は認められない。制限物権についても持分共同関係は可能である。右近健男編 (注 14) 628 頁。

(27) 通説、占有が持分共同関係の目的になるかについては、共同占有 (第 866 条) を持分共同関係と説明することに関して問題となり、対立がある。右近健男編 (注 14) 629 頁; BGHZ 62, 245; Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

(28) 右近健男編 (注 14) 628 頁。

(29) BGHZ 140, 67; Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

(30) 例えば、利付き債権に対する用益権に関する第 1077 条の債権者と用益権者の間あるいは債権者と取立権者との間。Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

本条以下は、部分的に持分共同関係について強行規定を含む⁽³²⁾。数人の所有者の持分共同関係に関する優先的な特別規定は、第 1008 条以下（共有）及び住居所有権法（Wohnungseigentumsgesetz、以下 WEG という。）第 10 条以下の結果として生じる⁽³³⁾。一方、合手共同関係のような他の共同関係において規律が欠けている場合、補充的に第 742 条以下が適用される⁽³⁴⁾。

本条は、法律行為による持分共同関係においての各持分の大きさに関する解釈基準と、他の発生原因による持分共同関係においての法的推定としての意味を有する⁽³⁵⁾。しかし、当事者の合意、特別規定⁽³⁶⁾、あるいは場合によって特別な事情の考慮を要する場合⁽³⁷⁾などの他の分配基準がある場合には、適用されない。このような基準が存在しない場合、本条によって持分の割合は平等となる⁽³⁸⁾。また、ある客体の取得において、ある関係者が他の持分権者より費用の多い部分を負担する事情はこの法的推定を排除しない。なお、関係者らの一般的な権利に対する善意の第三者を保護する規定でもない⁽³⁹⁾。本条は、単なる推定規定であり、持分共同関係の存在自体がこの規定によって構成されることではない⁽⁴⁰⁾。

持分共同関係の登記をする場合には⁽⁴¹⁾、持分の記載が必要である。単に「共

(31) Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

(32) 特に、第 749 条第 2 項・第 3 項；その他の場合は、各解釈によって決定する。Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

(33) Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

(34) 第 731 条後段、第 1477 条第 1 項、第 2042 条第 2 項、第 2044 条第 1 項後段及び WEG 第 10 条第 1 項前段で準用される。このような準用は、一つの客体への多様な物的権利の存続も考慮される。例えば、所有権と附随する地役権など。BGH NJW-RR 10, 1585, 1586 を参照。

(35) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 右近健男編（注 14）629 頁。

(36) 第 947 条、第 948 条、第 1109 条、第 1172 条第 2 項など。

(37) 建物の壁の共有持分の割合の決定に関して BGHZ 36, 46 を参照。

(38) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 右近健男編（注 14）629 頁。

(39) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

有者」とのみを記載したり、「同等の権利」とのみを記載したことで不十分であると解されている⁽⁴²⁾。このように持分は正確に記載することが必要であると解されているので、登記官は、本条を基礎として持分を登記することはできないと解されている⁽⁴³⁾。

§ 743 [Früchteanteil; Gebrauchsbefugnis] 果実持分：使用権限

(1) Jedem Teilhaber gebührt ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte. (2) Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird.

(1) 各持分権者は、その持分（Anteil）に応じる果実の持分（Bruchteil）を有する。

(2) 各持分権者は、他の持分権者の共同使用を侵害しない限り、共同関係の客体を使用する権限がある。

本条は、共同関係の客体の用益（Nutzungen; 第 100 条）に関する持分権者の内部関係の規律であり⁽⁴⁴⁾、その適用対象は、持分共同関係と相続共同関係（第 2038 条第 2 項）に限定される⁽⁴⁵⁾。

第 1 項は、果実について自己の持分（Bruchteil）に応じる債務法上の請求権（Anspruch）を各持分権者に付与する。その請求権は、天然果実（第 99 条

(40) BGH NJW 81, 1503; Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 通説は、本条が本来の証明責任規定ではないと解している。したがって、持分の割合の決定に関して他の規定がある場合に当事者が持分について証明しないときは、本条を適用するのではなく、証明責任の分配の一般原則に従って、異なる持分を主張する者が証明責任を負担すべきであると解されている。本条が適用されるのは、他に持分の決定基準が存在しない場合である。右近健男編（注 14）629 頁。

(41) GBO § 47.

(42) 「同等の権利」は、合手関係と区別できないという理由である。右近健男編（注 14）629 頁。

(43) 右近健男編（注 14）629 頁。

(44) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

第1項)と法定果実(第99条第2項)を含む⁽⁴⁶⁾。しかし、持分権者にも自己に独断的に果実を受け取るようにする権利はない。果実の収受は、第744条以下による管理行為であるため、原則的にすべての共同権利者によって行われなければならない⁽⁴⁷⁾。例えば、共同関係の客体への賃貸借契約は、賃借人とある持分権者との最終の合意によって独立的に成立するが、このような合意をした持分権者は、賃貸料の請求について共同でのみ行使しなければならない。また、その持分権者は他の持分権者に総額の所在について説明及び立証する義務を負う⁽⁴⁸⁾。そして、賃借人は、各持分権者に割合的に賃貸料を支払う必要がないことになる⁽⁴⁹⁾。

第2項によれば、各持分権者は、他の持分権者の共同使用を侵害しない限り、客体の使用に対する権限を有する⁽⁵⁰⁾。これは、共同的な権利(Recht)にも適用される⁽⁵¹⁾ので各個人による使用の基準になる。客体の使用については、

(45) 右近健男編(注14)630頁; § 2038 [Gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses] (2) Die Vorschriften der § § 743, 745, 746, 748 finden Anwendung. Die Teilung der Früchte erfolgt erst bei der Auseinandersetzung. Ist die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe am Schluss jedes Jahres die Teilung des Reinertrags verlangen.

(46) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 請求権の対象は、管理費用等を控除した純益(Nettoertrag)に対する持分である。右近健男編(注14)630頁。

(47) ただし、同等の収益配分に関しては、第748条による費用の考慮が保障される。Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

(48) BGH BB 72, 1245; Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

(49) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

(50) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 利用権の衝突が問題になるのは、行使されている事実上の利用についてであって、行使されていない利用権に基づく法律上の利用可能性については問題にならない。つまり事実上の利用のみが本条の制限の対象となる。事実上行使されている利用にのみ侵害があった場合には、持分権者に忍容請求権が認められる(第866条)。右近健男編(注14)630頁。

(51) BGH NJW-RR05, 1200; Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 責めに帰すべき事由による侵害があった場合には、損害賠償請求権も認められる。右近健男編(注14)630頁。

第 745 条第 1 項によって、持分権者が自由に合意することができる⁽⁵²⁾。なお、共同使用权による個別的な権利が他の持分権者を制限するとき、又はその客体自体の性質が共同使用に適合しないときには適用されないとの一定の内部的な制限がある。これは、各持分権者の使用が他の持分権者の使用を持続的に排除する場合に問題となる⁽⁵³⁾。

§ 744 [Gemeinschaftliche Verwaltung] 共同的な管理

(1) Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Teilhabern gemeinschaftlich zu. (2) Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen; er kann verlangen, daß diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im voraus erteilen.

(1) 共同関係の客体の管理は、持分権者に共同に属する。

(2) 各持分権者は、他の持分権者の同意がなく、客体の保存に必要な措置を行う権利がある；各持分権者は、そのような措置についてあらかじめ他の持分権者に同意することを請求することができる。

共同関係の客体の管理は、第 744 条ないし第 746 条による。すべての持分権者による共同的な (Gemeinschaftlich) 管理は、本条の第 1 項によって、多数決⁽⁵⁴⁾ あるいは裁判上の判決⁽⁵⁵⁾ を補充する法的基本原則である。例外的に、各持分権者は、客体の保存のために不可欠な場合、第 2 項によって、単独で措置 (Maßnahmen) を行うことができる⁽⁵⁶⁾。

管理とは、共同関係の客体の以前の状態を変更する事実上・法律上の措置

(52) Ingo Saenger, a.a.O., S.1119; 本条第 2 項は、任意規定である。第 2 項に基づく権利は、第 1 項とは異なり、多数決によって変更することができる (第 745 条第 1 項)。右近健男編 (注 14) 630 頁。

(53) Staud/Langhein, § 743 Rn38; Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(54) 第 745 条第 1 項；共有による契約上の使用規則として共同制度の効力と同意免除については、BayOBLG NJW-RR 02, 1022 を参照；Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(55) 第 745 条第 2 項；Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(56) Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

をいう⁽⁵⁷⁾。これは、単なる保存に制限されない。例えば、果実の管理や収受のように全ての持分権者の利益のための事務管理の措置を含む⁽⁵⁸⁾。処分も管理の対象とされるのか否かについて、最近の判例は肯定している⁽⁵⁹⁾。その管理の決定は、原則的には、持分権者らにより共同で行われるが、持分権者の一人や第三者に共同関係の財産の管理を委託することもできる⁽⁶⁰⁾。疑いがあるときには、すべての持分権者の名前で、その行為に対する代理権があったと推定される⁽⁶¹⁾。

第2項による不可欠な保存措置とは、共同関係の利益において、元物 (Substanz) や経済的価値の保存のために客観的に必要な事実上・法律上の行為である⁽⁶²⁾。この判断において、一つの尺度は、持分権者のための経済的合理性も考慮したのかである⁽⁶³⁾。もし、経済的価値の下落を防止するための措置である場合には、行なった持分権者の管理権は、客体に対する処分も含む

(57) 右近健男編 (注 14) 631 頁。

(58) Ingo Saenger, a.a.O., S.1120; これは持分権者全員の利益になるものであるから、各権利者個人の権利行使としての使用収益 (第 743 条) とは区別しなければならない。判例にあらわれた管理の例としては、共同関係の客体の修理、建築え、賃貸、債権の取立てや仮設住宅の建設などがある。右近健男編 (注 14) 631 頁。

(59) BGH NZG 10, 938; NJW 11, 61, 63; Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(60) Ingo Saenger, a.a.O., S.1120; この法律関係について、判例は、委任あるいは雇用関係であると解しており、管理の委託は、重大な事由があるときは告知することができる。RGZ 160, 122; BGHZ34, 367; 右近健男編 (注 14) 631 頁。

(61) Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(62) BGHZ 6, 81; 第 536a 条第 2 項参照; Ingo Saenger, a.a.O., S.1120; 保存行為の具体例としては、緊急修理、毀損した物の売却、強制執行を避けるための弁済、登記抹消の許諾の訴え、強制執行に対する異議、取消し、解除、告知の意思表示などがあげられる。しかし、壊れた建物の再築や長期の保険契約の締結などは保存行為の範囲を超えるものとされる。右近健男編 (注 14) 631 頁。

(63) Ingo Saenger, a.a.O., S.1120; この必要性の概念は、第 547 条や第 994 条と同じものであり、有益性 (Nutzlichkeit) では不十分であると解されている。右近健男編 (注 14) 631 頁。

ことができる⁽⁶⁴⁾。

第 2 項は、合意により排除することができないし、BGB 上の組合に関しても準用される⁽⁶⁵⁾。この規定は、内部関係において、各持分権者に他の持分権者の同意なしに保存措置を行う個人的な権限を与える。外部関係において、処分行為⁽⁶⁶⁾と債務負担行為⁽⁶⁷⁾のための代理権 (Vertretungsmacht) は、第 2 項の事前同意を前提として付与される。この同意は、第 182 条の第三者の事前同意であると解されている。その同意によって、共同関係の名前で保存措置を行うことになる⁽⁶⁸⁾。一般的に、特別な事情の存在に対して、善意の第三者は第 2 項によって保護されない⁽⁶⁹⁾。

§ 745 [Verwaltung und Benutzung durch Beschluß] 決議による管理及び利用

(1) Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Anteile zu berechnen. (2) Jeder Teilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. (3) Eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes kann nicht beschlossen oder verlangt werden. Das Recht des einzelnen Teilhabers auf eines seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen kann nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden.

(1) 共同関係の客体の性質に応じた適切な管理及び利用は、多数決により決議することができる。この多数決は、持分の大きさによって算定する。

(2) 各持分権者は、管理及び利用が合意又は多数決によって定まっていないう限り、公平な裁量に従いすべての持分権者の利益に応じた管理及び利用を請求することができる。

(3) 客体の本質的な変更は、決議し、又は請求することができない。自己の持分に関する用益の持分に応じた各持分権者の権利は、その同意なしには侵害することができない。

(64) 議論が非常に多い。Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

本条は、強い効力を有する多数決に対して、個別的な持分権者の保護必要性と共同関係の行為能力 (Handlungsfähigkeit) への利益と同等に扱う⁽⁷⁰⁾。

第1項は、持分権者らが簡単に多数決の投票を通じて客体の管理及び利用を定めることができるようにする。第1項による定めがない場合、各持分権者は、第2項によって公平な裁量による管理及び利用権を請求することができる。しかし、第3項の制限は、多数決の投票による各持分権者の基本的な利益への侵害を防止することを定める⁽⁷¹⁾。

第1項による多数決⁽⁷²⁾は、合法的な手続であり、許容された決定の対象である。この決議の方法について、特別な規定がないので、広範囲に持分権者らに委任される。原則的に、書面の持ち回りによる全員一致の決定も可能である⁽⁷³⁾。各持分権者は、投票への参加請求権とともに、法的聴聞 (rechtliches

(65) 通説、第709条の部分を参照。Ingo Saenger, a.a.O., S.1120; この規定は強行規定であり、あらかじめ契約や決議で排除することができない。また、この権利は、管理が第三者に委ねられている場合でも認められる。右近健男編 (注14) 631頁。

(66) 右近健男編 (注14) 631頁。

(67) 通説; Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(68) 議論が多い。他の意見で、MK/K Schmidt § 744,745Rn 46; Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(69) Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

(70) Ingo Saenger, a.a.O., S.1121; 多数決決議によって、少数持分権者の権利を不当に侵害することはできないし、多数決による管理及び利用が合理的なものでなければならぬから、決議の際には、少数持分権者の利益や従来の利用の方法などを考慮しなければならない。右近健男編 (注14) 632頁。

(71) Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(72) 多数決の決議は、持分権者の頭数ではなく、持分の大きさによる。したがって、可分同数であれば決議の対象とした管理は行うことができない。また、持分権者が二人しかいない場合に、持分が平等であれば多数決は存在しえないし、持分が不公平であれば多数持分権者は少数持分権者の意見を聞くべきであるとされる。右近健男編 (注14) 632頁。

(73) Ingo Saenger, a.a.O., S.1121; 書面、口頭、電話いずれの方法でもよい。右近健男編 (注14) 632頁。

Gehör) の権利を有する。これが無視されれば、決定は無効であるだけでなく、損害賠償請求権も生じる⁽⁷⁴⁾。

共同関係の客体に対して、適切な管理及び利用に関する内容は、当時の決議の客観的な状況によって、合理的に行わなければならない。この管理及び利用の内容を多数決で定めるためには、まず、第 744 条第 1 項の範囲内で全員一致として決議しなければならない。これは、第 744 条第 2 項で意味する「保存に必要な措置」からかなり外れている。特に、非経済的な措置⁽⁷⁵⁾だけではなく、客体の経済的な用益⁽⁷⁶⁾も含む。このような範囲内で、共同関係の客体に対する処分も、管理措置になることができ、特に、共同関係の不動産に対する土地賃貸借又は住宅賃貸借の解約も多数決で決定することができる⁽⁷⁷⁾。

第 3 項は、少数者の利益に対する持分権者の決定権限の制限を規定する。用益に対する持分権の範囲は、自己の持分の割合によって独自に定まって、多数決によって制限することができない⁽⁷⁸⁾。共同関係の客体の本質的な変更⁽⁷⁹⁾に該当する措置は、多数決で定められない。本質的な変更は、共同関係の客体の形態や目的が徹底的な (einschneidender) 方法で改まる時に発生する⁽⁷⁹⁾。例えば、過度に高価の設備、より多い出資を要する建築、駐車場の建築などの場合に発生し得る⁽⁸⁰⁾。

(74) 通説、BGHZ56, 47, 56; 反対意見として、MK/K Schmidt §§ 744, 745 Rn 19; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(75) OLG Rostock NJW-RR 03, 797, 798; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(76) 例えば、用益賃貸借 (Verpachtung)。BGHZ 56, 47 ff; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(77) 争いがあったが、最近 BGH NZG 10, 938; NJW 11, 61, 63 を参照 ; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(78) 第 3 項後段 ; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121. 各持分権者の収益持分は、持分権者個人が有する請求権であるから、多数決の決議によってこの権利を奪うことはできない。この収益持分は、果実及び使用収益に及ぶが、第 743 条第 2 項の利用権がこの規定によって多数決による決議によって保護されるわけではない。右近健男編 (注 14) 633 頁。

(79) BGHZ 101, 28; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

多数決の結果は、決定についての持分権者間の内部的な拘束である⁽⁸¹⁾。同意した持分権者は、決議の実現について協力する義務を負う。ただし、第749条による告知権のみを有する⁽⁸²⁾。多数決の対外的な効果については議論がある。債務負担行為について、通説は、多数 (Mehrheit) は少数 (Minderheit) から代表権を与えられたので、多数の決定は対外効をもって行われることができるという⁽⁸³⁾。

客体の管理及び使用収益についての合意や決議がない場合、各持分権者は、第2項によって、他の持分権者らにその具体的な規則の提案に対する同意を要求する権利がある⁽⁸⁴⁾。以前に提案が拒否されたり、欠陥があったり、その提案に許されない拘束がある場合にも、同様に適用される。その提案は、第1項と第3項の制限に従わなければならない、公平な裁量によってすべての持分権者の利益に応じなければならない。この請求権は、同意を求める裁判上の給付訴訟で主張することができる⁽⁸⁵⁾。その提案が反復的な金額の支払を伴う場合、持分権者は、直接的にその支払に対して訴えることもできる。特に、第745条第2項の請求権について、最終的に別居によって夫婦に属した不動産の所有権が分割される場合、夫婦は、その不動産の管理利用に関する新しい方法について判決を請求することができる⁽⁸⁶⁾。一方、ある持分権者が客体

(80) OLG Hamburg OLGZ 90, 144; ただし、一戸の大きな住宅 (Wohnung) の内部を数戸の小さな住宅に変更することは本質的な変更にあたらないとする判例がある。右近健男編 (注14) 633頁。

(81) Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(82) BGHZ 34, 370; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(83) BGHZ 56, 47, 52; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(84) 重なり利益に対して同意する請求権について、OLG Hamm NZG 02, 864を参照。

(85) BGH WM89, 104; 具体的な反対主張は、反訴として主張することができる。Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(86) BGHZ NJW82, 1753; 物的共同利用権の存在に対する類推適用については、BGH NJW-RR10, 1585, 1586; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

の単独的な用益を他の持分権者に譲渡して、第 2 項による使用もできない場合、その持分権者は自己のための補償請求権を有しない⁽⁸⁷⁾。

§ 748 [Lasten- und Kostentragung] 負担及び費用

Jeder Teilhaber ist den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Anteils zu tragen.

各持分権者は、他の持分権者に対して共同関係の客体の負担並びに保存、管理及び共同利用の費用を自己の持分の割合によって負う義務がある。

本条は、任意規定として、第 743 条と対比される⁽⁸⁸⁾。各持分権者の持分の割合によって発生する負担及び費用を負う場合の内部関係を定める。負担 (Lasten) とは、客体から弁済したり、その価値を減少させる給付である⁽⁸⁹⁾。例えば、不動産から弁済しなければならない抵当権の利息⁽⁹⁰⁾ は負担であるが、将来の弁済に対比する積立金や道路掃除などの事実行為のための給付は負担には該当しない⁽⁹¹⁾。費用 (Kosten) とは、客体を保存、管理及び利用するための支出である⁽⁹²⁾。ただし、その費用は、第 744 条第 1 項、第 745 条第 1 項・第 3 項の有効な決議や第 744 条第 2 項の緊急事務管理措置の結果である場合に限り、本条によって、持分権者らの負担とされる⁽⁹³⁾。

外部関係における負担者は、債権関係の発生原因によって定まる⁽⁹⁴⁾。ある持分権者の給付の支給又は責任の引受けにおいて自己の持分費用を超した場合、第 748 条によって他の持分権者らに対して持分による債務免除⁽⁹⁵⁾ 又は費

(87) Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

(88) Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

(89) 第 103 条参照：Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

(90) 第 1118 条参照；右近健男編（注 14）634 頁。

(91) 右近健男編（注 14）635 頁。

(92) Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

(93) Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

用償還の請求権を有する⁽⁹⁶⁾。この請求権は、共同関係の廃止より優先して発生の際に履行期に到来し、共同関係の廃止以後にも存在する⁽⁹⁷⁾。他の持分権者らがこの請求の履行を拒絶する場合、第 280 条⁽⁹⁸⁾ 以下、第 323 条⁽⁹⁹⁾ 以下などの一般規定による⁽¹⁰⁰⁾。場合によって、このような不履行は、第 749 条による廃止の根拠を形成し得る⁽¹⁰¹⁾。

3. 対外的効果

§ 746 [Wirkung gegen Sondernachfolger] 特定承継人に対する効力

Haben die Teilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger.

持分権者が共同関係の客体の管理及び利用を定めたときは、その定めは、特定承継人に対しても効力を有する。

共同関係の客体の管理及び利益についての定め⁽¹⁰²⁾は、持分権者らが確実に予見できなければならない⁽¹⁰³⁾。すなわち、その定めが持分の譲渡によってな

(94) 例えば第 427 条。しかし、本条は、任意規定であるため、使用貸賃借のような特別な債権関係が持分権者間に存在する場合にはそれによる。また、管理に関する多数決によって自己負担となることもできる。右近健男編 (注 14) 634 頁。

(95) 第 257 条参照。

(96) BGH NJW 00, 1944, 1945; Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

(97) 右近健男編 (注 14) 634 頁。

(98) § 280 [Schadensersatz wegen Pflichtverletzung] 義務違反による損害賠償

(99) § 323 [Rücktritt wegen nicht oder vertragsgemäß erbrachter Leistung] 給付の不履行又は契約によらない履行による解約

(100) Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

(101) Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

(102) この定めは、全員一致によるもの、多数決によるものの他に判例によるものも含むと解されている (第 745 条参照)。右近健男編 (注 14) 633 頁。

(103) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

くなることを防止するために本条を置くのである⁽¹⁰⁴⁾。したがって、第 746 条は、ある持分権者が特定承継人を認識することができなかつたときにも、第 744 条及び第 745 条による定めについて特定承継人を拘束する⁽¹⁰⁵⁾。特定承継人とは、持分の取得者、持分への用益権者、担保権者などである⁽¹⁰⁶⁾。特定承継人の善意・悪意は問わないが、不動産に対するこのような拘束力（定め）は、第 1010 条によって不動産登記簿に登記した場合のみ効力がある⁽¹⁰⁷⁾。

§ 747 [Verfügung über Anteil und gemeinschaftliche Gegenstände] 持分及び共同関係の客体についての処分

Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen. Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen.

各持分権者は、自己の持分について処分することができる。共同関係の客体全体について、持分権者は、共同でのみ処分することができる。

本条によれば、各持分権者は、自己の持分について自由に処分することができる。持分共同関係において、持分権者の持分は排他的に各自の財産に属するためである。これは目的がある組合の合手関係と本質的に区別される部分である⁽¹⁰⁸⁾。

処分とは、持分権の譲渡や負担の設定などの法律行為である。持分を分割することも処分であるため、持分権者が自由にできるが、持分権者相互の持分の割合を変更するのは影響がある持分権者の同意がなければならない⁽¹⁰⁹⁾。

(104) 右近健男編（注 14）632 頁。

(105) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

(106) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122; 右近健男編（注 14）633 頁。

(107) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122; 右近健男編（注 14）633 頁。

(108) 持分共同関係は、組合と異なり、持分権者の財産と分離される特別財産は発生せず、合手的な拘束もない。Ingo Saenger, a.a.O., S.1122; 本条は強行規定であり、持分処分の自由を物権的な効力を伴って制限することはできない（第 137 条）。また、他の持分権者は、共同相続の場合と異なり、持分について先買権をもたない（第 2034 条参照）。右近健男編（注 14）634 頁。

催告 (Mahnung)、使用賃貸借 (Vermietung)、用益賃貸借 (Verpachtung) は、処分ではないと解釈されている⁽¹⁰⁹⁾。制限の人役権、地上権による負担の設定も、共同関係の客体全体に及ぶ権利であるため処分ではない⁽¹¹⁰⁾。

本条は、第三者のために (zugunsten) も効力がある⁽¹¹²⁾。前段の持分の自由な処分可能性に関する定めは、持分権者間の債権法的効力についての合意のみを意味する。しかし、持分の処分行為の実現は、客体の性質によって各規定が適用される⁽¹¹³⁾。例えば、占有の処分の場合、取得者に共同占有の確保が十分にできる程度の占有が認められなければならない⁽¹¹⁴⁾。不動産の共有の場合、その持分の譲渡は一つの取引行為なので、第 892 条⁽¹¹⁵⁾ による善意取得が可能である⁽¹¹⁶⁾。

客体全体の処分について、一般的に全ての持分権者が共同でのみ処分することができる (後段)。その場合、多数決では十分でなく、各持分権者全員が処分を委任又は同意をしたとき、全員の名前で一人 (ein Einzelner) として処分しなければならない⁽¹¹⁷⁾。全員の合意がない処分は無権利者の処分となり⁽¹¹⁸⁾、その処分は、有効な追認を得るまで不確定的無効である⁽¹¹⁹⁾。客体全体について、裁判で権利を主張するためにも全員で行わなければならない、必要的共同訴訟であり、その強制執行には持分権者全員に対する債務名義が必要である⁽¹²⁰⁾。

(109) 右近健男編 (注 14) 634 頁。

(110) Staud/Eickelberg, § 747 Rn10.

(111) 右近健男編 (注 14) 634 頁。

(112) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

(113) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

(114) § 929 [Einigung und Übergabe] 物権的合意と引渡

(115) § 892 [Öffentlicher Glaube des Grundbuchs] 不動産登記簿の公信力

(116) BGHZ 173, 71; Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

(117) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

(118) 第 185 条参照。右近健男編 (注 14) 634 頁。

(119) Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

(120) 右近健男編 (注 14) 634 頁。