

ドイツ民法における共同関係に関する研究 (三・完)

- BGB 第 741 条以下の意味を中心に -

金 暎 妹

Ⅲ. 物権法上の共有 (Miteigentum) との関係⁽¹⁸³⁾

共有 (Bruchteilseigentum、Miteigentum) とは、一個の物の所有権が持分 (Bruchteilen) により多数人に属する場合を意味する。共有に関する第 1008 条ないし第 1011 条の規定は、共同関係 (Gemeinschaft; 第 741 条ないし第 758 条) の客体が「物 (Sache)」である場合にのみ、補充的に適用される⁽¹⁸⁴⁾ため、本稿でともに取り扱う。

§ 1008 [Miteigentum nach Bruchteilen] 持分による共有

Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1009 bis 1011.

物の所有権が持分によって数人に属する場合、第 1009 条ないし第 1011 条の規定を適用する。

共有持分の処分は各自の自由として、所有権譲渡などに関する規定によっ

(183) ドイツ物権法に関する日本の研究として、於保不二雄編 (注 2)、大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳訳『ドイツ物権法』(成文堂、2016 年)、広島民事法研究会のドイツ物権法翻訳プロジェクト田村耕一・堀田親臣編「ドイツ物権法・条文訳 (1) - 抵当権 1」広島法学第 39 卷第 2 号 (2015 年 10 月) 74 頁以下、同「ドイツ物権法・条文訳 (2) - 抵当権 2」広島法学第 40 卷第 1 号 (2016 年 6 月) 132 頁以下、同「ドイツ物権法・条文訳 (3) - 抵当権 3」広島法学第 40 卷第 3 号 (2017 年 1 月) 46 頁以下、同「ドイツ物権法・条文訳 (4) - 抵当権 4」広島法学第 41 卷第 1 号 (2017 年 6 月) 64 頁以下などを参照した。

(184) Hans Schulte-Nölke, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S.1479; 大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳訳 (注 183) 19 頁。

て不動産の場合には登記と合意 (第 873 条⁽¹⁸⁵⁾、第 925 条⁽¹⁸⁶⁾)、動産の場合には共同占有の合意と引渡 (第 929 条⁽¹⁸⁷⁾ 以下) を要する⁽¹⁸⁸⁾。

また、土地を目的とする共有持分は、第 928 条⁽¹⁸⁹⁾ による所有権の放棄ができない⁽¹⁹⁰⁾。

§ 1009 [Belastung zugunsten eines Miteigentümers] 共有者のための負担

(1) Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden.

(2) Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.

(1) 共同関係にある物は、共有者一人のためにも負担を設定することができる。

(2) 他の不動産の各所有者のための共同関係にある不動産への負担設定及び共同関係にある不動産の各所有者のための他の不動産への負担設定は、その他の不動産が共同関係にある不動産の共有者一人に属している場合にも妨げられない。

共有者は、第三者又は他の共有者のために共有物への自己の持分に物的負担を設定することができる⁽¹⁹¹⁾。

BGB は、不動産物権は原則的に混同により消滅しないものと定め (Ausschluss der Konsolidation bei dinglichen Rechten ; 第 889 条)、自己不動産に

(185) 第 873 条 [Erwerb durch Einigung und Eintragung: 物権的合意と登記による取得] 参照。

(186) 第 925 条 [Auflassung : 不動産所有権譲渡の合意] 参照。

(187) 第 929 条 [Einigung und Übergabe : 物権的合意と引渡し] 参照。

(188) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1479.

(189) 第 928 条 [Aufgabe des Eigentums, Aneignung des Fiskus : 所有権の放棄、国庫の先占] 参照。

(190) BGH NJW 2007, 2254 ; 大場浩之・水津太郎・鳥山泰志・根本尚徳訳 (注 183) 19 頁。

(191) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

抵当権 (Eigentümerhypothek; 第 1163 条) 及び土地債務 (Eigentümergrundschuld; 第 1196 条) を設定することができる⁽¹⁹²⁾。

共有物に対する負担の設定においても、所有権との混同 (Zusammentreffen mit dem Eigentum) に関する 1063 条第 1 項、所有者土地債務及び所有者抵当権 (Eigentümergrundschuld, Eigentümerhypothek) に関する第 1177 条、他人土地債務との差異 (Abweichungen von der Fremdgrundschuld) に関する第 1197 条、質権及び所有権の混同 (Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum) に関する第 1256 条第 1 項前段の規定の適用が排除される⁽¹⁹³⁾。

§ 1010 [Sondernachfolger eines Miteigentümers] 共有者の特定承継人

(1) Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist.

(2) Die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind.

(1) 不動産の共有者が管理及び利用を定めた場合、共同関係の廃止を請求する権利を永久に若しくは一時的に排除し、又は告知期間を定めた場合、その決定は、共有者一人の特定承継人に対してそれが持分の負担として土地登記簿に登記されたときのみ効力がある。

(2) 第 755 条、第 756 条で定めた請求権は、それが土地登記簿に登記されたときのみ、共有者一人の特定承継人に対して主張することができる。

共同の客体の管理及び用益について定めがある場合、債権関係編の第 746 条は特定承継人の利益のためにも、不利益においても効力があると定めているが、本条第 1 項によると、その客体が物 (Sache) である場合には、各共有

(192) 第 1168 条 [Verzicht auf die Hypothek: 抵当権の放棄]、第 1170 条 [Ausschluss unbekannter Gläubiger: 不知の債権者の排除]、第 1256 条 [Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum: 質権と所有権の混同] も参照。於保不二雄編 (注 2) 166 頁。

(193) 於保不二雄編 (注 2) 166 頁。

持分 (Miteigentumsanteil) の負担として土地登記簿に登記されたときにのみ特定承継人に対して (gegen) 効力がある。

また、共有物の保存・管理及び利用などによって費用が発生した場合、各共有者は持分の割合によってその費用を支払う義務を負う (第 748 条、第 756 条)。この義務について、ある共有者が連帯債務者として履行した場合、その共有者は共同関係の廃止 (Aufhebung) の際に債務者たる共有者に属する共同の客体から弁済することを請求することができる (第 755 条、第 756 条)。本条第 2 項によると、このような共有者の請求権は、土地登記簿に登記されたときにのみ特定承継人に対して効力がある⁽¹⁹⁴⁾。

さらに、共有者はいつでも共同関係の廃止を請求することができるが (第 749 条第 1 項)、この廃止請求権は共有者間の合意 (Vereinbarung) によって永久的若しくは一時的な排除し又は告知期間を定めることができる (第 749 条第 2 項)。このような定めについて、本条第 1 項によって、各共有持分の負担として土地登記簿に登記されたときにのみ特定承継人に対して効力がある⁽¹⁹⁵⁾。ただし、その定めが登記されたときにも重大な事由がある場合 (第 749 条第 2 項、同条第 3 項)、その定めが疑わしい場合 (第 750 条)、債権者が共有持分を差し押さえた場合 (第 751 条後段) には、その効力を失う可能性があることに注意しなければならない⁽¹⁹⁶⁾。

§ 1011 [Ansprüche aus dem Miteigentum] 共有に基づく請求権

Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 432.

各共有者は、物全体について所有権から生じる請求権を第三者に対して主張することができ、返還請求権は、第 432 条に適合するときのみ主張することができる。

(194) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

(195) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

(196) 於保不二雄編 (注 2) 167 頁。

本条によると、各共有者は、第三者に対して物全体 (ganze Sache) の所有権に基づく請求権を単独で主張することができる。このような物権的請求権は、共有の持分の性質が所有権と同様であるから発生する⁽¹⁹⁷⁾。また、各共有者は、自己の持分に対する返還請求、損害賠償請求 (Schadensersatzpflicht ; 第 823 条)、損失補償請求 (Entschädigung für Rechtsverlust ; 第 951 条) を第三者にだけでなく、他の共有者にも単独で主張することができる⁽¹⁹⁸⁾。

ただし、返還請求権 (Anspruch auf Herausgabe ; 第 985 条参照) は、不可分給付の数人の債権者 (Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung) に関する第 432 条に適合するときのみ主張することができる (第 1011 条)。第 432 条によると、共有者一人が単独で自己への給付を請求することができず、共有者全員にのみ給付を請求することができることになる⁽¹⁹⁹⁾。訴訟継続後の用益 (Nutzungen nach Rechtshängigkeit) に関する第 987 条以下及び無権利者の処分 (Verfügung eines Nichtberechtigten) に関する第 816 条第 1 項も適用される⁽²⁰⁰⁾。この場合、各共有者は、訴訟上他の共有者の (任意的) 訴訟担当者となる⁽²⁰¹⁾。

さらに、共同占有の場合、引渡しの代わりに担保の供与を請求することができ、共有物を単独で占有している他の共有者に対して共同占有の請求 (第 866 条、第 985 条) 又はそれ以外の侵害に対して妨害排除及び不作為請求 (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ; 第 1004 条) あるいは共同関係に基づく請求 (第 743 条、第 744 条、第 745 条第 2 項、第 748 条) をすることができる⁽²⁰²⁾。

(197) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480; 於保不二雄編 (注 2) 167 頁。

(198) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

(199) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

(200) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

(201) BGHZ NJW-RR 02, 213.

(202) Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480f; 於保不二雄編 (注 2) 167 頁。

IV. 結

1. 共同関係 (Gemeinschaft) と共有 (Miteigentum) の関係

BGB は、ある客体 (Gegenstand) が数人に属する場合、債務関係編第 741 条ないし第 758 条の共同関係 (Gemeinschaft) が原則的に適用されるように設計されている。物権編第 1008 条ないし第 1011 条の共有 (Miteigentum) に関する規定は、その共同関係の客体が物 (Sache) である場合に適用され、共有物への負担の設定、共有者の特定承継人への効力要件、共有に基づく請求権について定めている。

特に、第 1010 条は、債務債権関係である共同関係から、共同関係の客体の管理及び利用に関する定めがある場合、共同関係の廃止請求権が制限される場合、共同関係により構成員間の債務債権が生じて廃止の際に客体からの弁済を要求する権利がある場合、共有物の負担としてその内容を登記しなければ特定承継人又は第三者に対して主張することができないと規律している。つまり、共同関係は債務債権で規律しているが、その効力を対外的に及ぼす必要がある場合には物権編の規定を通じて補充しているものである。

ここで、一般的な理解とは異なり、物権としての「合有 (Gesamthandseigentum)」に関する規定は BGB の中で存在せず、債務関係編の組合 (Gesellschaft) に関する規定の中で「合手的拘束 (Gesamthänderische Bindung)」として現れている点に注意を置きたい。特に、この組合に関する規定は、第 705 条ないし第 740 条に置かれて、その次が共同関係に関する第 741 条ないし第 758 条であることに注目しなければならない。この規定の順序が有する意味は、契約によって形成される組合と、契約又は法律の規定によって形成される共同関係を並列的に置いて、別個の債務関係の典型例として区別しているのではないかと考えられる。

要するに、BGB は、ある物又は権利を多数人が共同して有する場合、その財産の「帰属」より、団体の構成員間の債務債権的な「関係」を中心に規律しているといえる。

2. 立法当時の考え

このような BGB の仕組みは、最初の部分草案では共有者間の内部関係に關する規定も物権法に多数置かれていたが、第一草案、第二草案の審議を経て、債務関係編で主に規律することになった⁽²⁰³⁾。

その理由として「偶然の共同関係では、共同関係の存続を強制する根拠はなく、各共有者は、自己の仲間 (Genosse) より共同関係の廃止、すなわち分割を請求され得る。しかし、分割が請求されない、又は請求された分割が実行されない限り、共有者全員の対等な権利は、相互の拘束を通じて保護されなければならない、－中略－この権利の内容は、持分権者全員の利益に服する。つまり、この権利の内容は、物を良好な状態に保存し、各持分権者に自己の持分に応じて有益であるように行使されるものである。ここで問題としている法律上の観点は、共同所有権だけでなくすべての共同の財産客体に拡張されるため、債務法の領域に置く。」⁽²⁰⁴⁾と述べられている。

このような立法態度は、当時の徹底したパンデクテン体系の採択により、物権編の適用対象を厳格に区別・限定していた結果であると考えられる⁽²⁰⁵⁾。

3. 日本民法との関係

日本民法の中でも共同所有に関する規定は、BGB 草案から大きく参照されたのは週知の通りであろう⁽²⁰⁶⁾。日本民法上の共同所有に関する規定は、基本的に、物権編「共有」の章の第 249 条ないし第 264 条で通則的な内容が置かれ、組合、夫婦、共同相続の財産についても「共有」の規定が適用されるように

(203) Hrsg. Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen[Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 bis 853, de Gruyter, 1983, Sachenrecht I, §§ 854-1017, de Gruyter, 1985].

(204) 上河内千香子「共有物の使用管理に関する規定の制定経過 (一)」広島法学 22 巻 4 号 (1999 年) 144 頁。

(205) 詳しくは、拙稿「ドイツにおける共同所有に関する研究－共有と組合の関係を中心に－」広島法学 41 巻 3 号 (2018 年) を参照。

規律している。

しかし、上記の BGB 上の共同関係及び共有に関する規定を綿密にみると、物権編の共有 (Miteigentum) に関する規定ではなく、債務関係編の共同関係 (Gemeinschaft) に関する規定がほとんど日本民法に反映されているという事実を把握することができる。なぜ、BGB では債務関係編にある共同関係に関する規定が、日本民法では物権編に位置づけられたのか。

これについて、明治民法の起草者である富井博士の発言によると、「共有に関する規定は、共有の所有権としての性質及び旧民法上の取扱いを考慮して所有権の章に設置した」と説明されている⁽²⁰⁷⁾。つまり、現行民法上の共有に関する規定は、旧民法から所有権の一種として取り扱われていた「共有」の概念及び位置付けのうえに、明治 29 年の修正民法の際に BGB 草案などを参考して具体化したものであると考えられる。

しかし、ボアソナード博士が考えた「共有が成立する例」として挙げられている主な場合は、(1) 共同相続、(2) 組合を設立せずに数人が共同して一個のものを購入した場合、(3) 解散後の組合財産であった⁽²⁰⁸⁾点に注意しなければならない。この例を通じて、「組合」と「共有」は、元々別個の制度として想定されていたことを把握することができる。また、この例は、BGB 第一草案の審議中に現れている組合と共同関係の重要な区別基準であった点をも強調したい⁽²⁰⁹⁾。

要するに、日本民法の共有に関する規定の母体である BGB の共同関係は、

(206) 前田達明・大久保邦彦・石田剛「<史料>共有法 (一)」民商法雑誌第 105 巻第 1 号 (1991 年)、同「<史料>共有法 (二)」民商法雑誌第 105 巻第 2 号 (1991 年)、同「<史料>共有法 (三)」民商法雑誌第 105 巻第 5 号 (1992 年)などを参照。

(207) 山田誠一「共有者間の法律関係 (二) - 共有法再構成の試み」法学協会雑誌第 102 巻 1 号 (1985 年) 119 頁。

(208) 山田誠一 (注 207) 119 頁。

(209) 拙稿 (注 205) を参照。

組合を含む一般規定ではなく、むしろ組合契約によらず、又は組合関係が解散され、単なる財産共同関係が形成される場合として機能してきたと考えられる。

このような理解を前提とするならば、日本民法上絶えず議論されている組合と共有との関係の出発点を思い直してみる必要があるのではないかと考えられる。