

博士論文

団体と共同所有に関する比較研究

平成30年3月

金叵姝

目次

序章 はじめに	1
第一節 研究の概要.....	1
第二節 研究の方法及び構成	2
第一章 ドイツ・日本・韓国における共同所有の史的展開	8
第一節 概説	8
第二節 ドイツにおける共同所有の史的展開	10
I 学説史	14
II 制定史	24
III 小括	38
第三節 日本における共同所有の史的展開	42
I 制定史	42
II 学説史	47
III 満州民法	52
IV 小括	52
第四節 韓国における共同所有の史的展開	55
I 制定史	56
II 学説史	63
III 小括	70
第二章 ドイツ・日本・韓国民法における共同所有制度	73
第一節 概説	73
第二節 ドイツ民法における共同所有制度	73
I 物権法上の共有	75
II 債務法上の共同関係	79
III 合有的関係	94
IV 小括	116
第三節 日本民法における共同所有制度	117
I 物権法上の共有	117

II 債権法上の組合財産	131
III 小括	140
第四節 韓国民法における共同所有制度	140
I 物権法上の共同所有	141
II 債権法上の組合財産	162
III 小括	166
第三章 ドイツ・日本・韓国における議論事項及び比較法的検討	167
第一節 概説	167
第二節 ドイツにおける議論及び検討	169
I 共同関係及び共有	169
II 組合財産	171
III 権利能力なき社団	178
IV 小括	181
第三節 日本における議論及び検討	184
I 物権法上の共有	184
II 組合財産	193
III 権利能力なき社団	201
IV 小括	208
第四節 韓国における議論及び検討	210
I 共有	210
II 組合財産	214
III 法人でない社団	218
IV 小括	227
結章 まとめ及び今後の課題	230
第一節 まとめ	230
第二節 今後の課題	234
資料編	242
参考文献目録	287

資料編

- [資料-1] ドイツ民法部分草案における共有に関する規定
- [資料-2] ドイツ民法第一草案における共有に関する規定
- [資料-3] ドイツ民法第二草案における共有に関する規定
- [資料-4] ドイツ民法債務関係部分草案における共同関係に関する規定
- [資料-5] ドイツ民法第一草案における共同関係に関する規定
- [資料-6] ドイツ民法第二草案における共同関係に関する規定
- [資料-7] ドイツ民法債務関係部分草案における組合財産に関する規定
- [資料-8] ドイツ民法第一草案における組合財産に関する規定
- [資料-9] ドイツ民法第二草案における組合財産に関する規定
- [資料-10] 日本旧民法における共有及び会社財産に関する規定
- [資料-11] 満州民法における共有、総有及び組合財産に関する規定
- [資料-12] 中華民国民法における合有及び組合財産に関する規定
- [資料-13] 韓国民法草案における共同所有に関する規定
- [資料-14] 韓国民法玄錫虎修正案における共同所有に関する規定
- [資料-15] 現行ドイツ民法における共有に関する規定
- [資料-16] 現行ドイツ民法における共同関係に関する規定
- [資料-17] 現行ドイツ民法における組合財産に関する規定
- [資料-18] 現行ドイツ民法における権利能力なき社団に関する規定
- [資料-19] 現行韓国民法における共同所有に関する規定
- [資料-20] 現行韓国民法における組合財産に関する規定
- [資料-21] 独・日・韓における現行不動産登記法上の共同所有に関する規定

序 章 はじめに

第一節 研究の概要

一つの客体が多数人に属する場合、対内的にはその多数人間の債権債務関係が成立し、対外的には客体の共同所有が成立する。また、その多数人間の人的結合の程度により単なる共有、組合、権利能力なき社団として取り扱われている。

日本民法は、このような場合について、物権編第249条以下で「共有」の名前で通則的な規定を置き、債権編第668条で組合関係を定めている。しかし組合財産の場合、総組合員の「共有」に属すると規定しながら、持分処分の制限、分割請求の禁止、相殺の禁止が定められ、純粹の「共有」とはいえない性質、つまり「合有」の性質を有しているという学説が通説的な地位を占めている。また、権利能力なき社団の財産については、民法上の規定は存在しないが、「総有」の性質を有しているというのが通説・判例の立場である。

ここで、債権編にある組合の財産について「共有」という概念を適用したが、なぜ共有の本質とは異なる制限を加えているのか、なぜ判例は明文の規定がない権利能力なき社団について、組合と区別し、その財産を「総有」として規律しているのかという疑問が生じる。

これに対して近時では、組合及び権利能力なき社団の財産形態を共有の特別な規律として解し、「合有」及び「総有」という概念を使わなくても整合的に説明することができるという見解が増えているところである。このような見解は、「狭義の共有」、「物権法上の共有」、「一般共有」又は「純粹の共有」などの表現をしながら組合と権利能力なき社団の所有形態と区別して説明しているが、これも結局、共有のみで多様な団体に関する規律を説明できないという根本的な問題点を反証していることになるのではないか。

本稿は、共同所有だけではなくその団体をなす構成員間の問題、つまり純粹の財産共同である共有とは異なる、団体的拘束によって構成員の権限が制限される組合、法人格を得なかった社団(権利能力なき社団)の本質及びその対内的・対外的規律について、全般的な再検討が必要ではないかという考えから、ドイツ・日本・韓国における団体と共同所有制度に関する法史的・比較法的考察を行った。

ドイツ法を比較対象とした理由は、日本民法上の団体及び共同所有に関する制度がドイツ民法草案の規定を参考にしながらその原理を受け入れたものであり、民法制定以後に

もドイツのゲルマン法学者らの団体法研究を受け入れ、日本における団体及びその財産所有形態に適用したのが日本の共同所有に関する三類型論(共有、合有、総有)であると解されているからである。したがって、日本における団体と共同所有に関する議論を本質的に理解・解決するためには、ドイツ法との比較研究が必要であると思われた。

また、韓国法を比較対象とした理由は、韓国民法が日本民法の共有に関する規定を基にして、学説の議論、判例の変化、満州民法などを反映したうえに、共同所有の三類型を明文化した唯一の立法例として施行されてきたからである。したがって、日本における団体と共同所有に関する今後の民法改正の際に多様な示唆を与えることができるため、韓国法との比較研究が意味を有すると思われた。

第二節 研究の方法及び構成

本稿は、**第一章**で、まず、ローマ法的な概念である絶対的所有権(dominium)又は厳格な意味の共有(dominium plurium in solidum)から、ゲルマン法的な概念である団体的拘束の原理が適用される共同所有又は総所有(Gesamteigentum)の形態までの展開を概観した。そして、ドイツ民法(以下、BGB)の制定前後のゲルマン法学者であるBeseler、Gierke、Flumeの団体と共同所有に関する理論及び、BGB部分草案から第一草案、第二草案までの変化を分析・検討した。学説史を通じて、共有とは異なる団体的共同所有の特性、合手の原理、組合への合手的拘束、権利能力なき社団の本質などについて理解することができる。制定史を通じて、日本と韓国民法とは異なる共同所有制度の仕組み、つまり、共有的關係について債務関係編の共同関係(Gemeinschaft)を中心に規定しているBGBの構造、この共同関係が組合(Gesellschaft)と並列的に規律されている団体中心的な設計、権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine)の財産に組合に関する規定が適用されるようになった理由が団体設立の統制という政策のためであった点を把握することができる。

次に、日本の旧民法と明治民法における共同所有に関する制定史及び、末弘巖太郎、平野義太郎、石田文次郎、我妻栄により共同所有の三類型(共有、合有、総有)が定立されるまでの学説史、それが一部反映された満州民法上の該当内容を分析・検討した。制定史を通じて、旧民法の制定当時から基本的には共有について所有権の一種として取り扱ったが、明治29年の民法修正において民法全般に散らばっていた共同所有に関連する規定を集め、物権編に通則として定めた経緯を把握することができる。学説史を通じて、上記のド

ドイツのゲルマン法学者の研究が日本の民法学者によって、物的観点から把握され、日本社会における団体の財産所有形態に適用される(組合財産は合有説、権利能力なき社団・入会団体財産は総有説)過程を把握することができる。満州民法上の共有及び総有に関する規定の制定を通じて、1930年代までの共同所有の類型に関する理解状況、つまり、共有と総有の概念は区別し始まったが、共有と合有の区別には消極的であった点、しかし満州民法の起草者(我妻栄)の考えは、1950年代に至って共同所有の三類型を明確に区別している点などを把握することができる。

さらに、韓国の民法草案及び修正案における共同所有に関する規定の制定史、民法修正案に大きな影響を及ぼした金曾漢の共同所有に関する研究を中心とする学説史を分析・検討した。制定史を通じて、1960年に施行された韓国民法上の共同所有に関する規定は、日本民法上の共有規定、中華民国民法上の合有規定、満州民法上の総有規定から各々一連の影響を受けた点を把握することができる。学説史を通じて、金曾漢の共同所有論は、日本の共同所有論に基づいてその源流であるドイツ法学との比較研究を通じてより具体化され、立法まで反映されたことを把握することができる。

このようなドイツ・日本・韓国における団体と共同所有に関する制定史及び学説史を時系列的な流れで分析・検討することによって、第二章で扱う三国の現行民法上の団体と共同所有に関する制度の背景をより明確に理解することができる。

第二章では、現行ドイツ・日本・韓国民法上の共同所有関連規定に関する構造及び概念についての差異などを概観し、三国の共有(及び共同関係)、組合財産、権利能力なき社団に関する学説・判例についての検討を行った。

まず、ドイツ民法の場合、共有的關係として物権法上の共有と債務法上の共同関係を分けて詳しく検討した(物権としての「合有(Gesamthandseigentum)」又は「総有(Gesamteigentum)」という共同所有の類型は明文規定が存在せず、債務関係編の組合契約に関する規定の中でその財産に対する合手的拘束(Gesamthänderische Bindung)が定められているのが特徴的である。むしろ、日本民法の共有に当たる規定も、主に債務関係編の一種類である共同関係(Gemeinschaft)として組合(Gesellschaft)と並列的に規律されており、共有(Miteigentum)に関する物権編の規定は4カ条しか存在していない)。これを通じて、共有関係は、債務法上の共同関係に関する規定の中で、対外的効力が生じるものは物権法上の共有に関する規定で補充されているが、組合の場合、債務法上の規定のみで規律され、物

権法上の規定の不備によって、解釈上、適用上の限界があることを把握することができる。また、合有的関係として債務法上の組合財産と権利能力なき社団を中心に詳しく検討した。これを通じて、組合と共同関係の差異、組合と権利能力なき社団の差異を明確に理解することができ、法人格＝権利能力という公式で設けられたBGB制定当時の法人制度に対する批判、組合及び権利能力なき社団の権利能力の認定、その物的財産に関する規律の欠陥によって様々な議論がなされている点を把握することができる。

一方、日本民法の場合、物権法上の共有と債権法上の組合財産の共有について詳しく検討した(物権としての「合有」及び「総有」の規定は存在せず、物権編で「共有」に関する通則的な規律を定め、共有の性質を有する入会権及び所有権以外の財産権が対象である場合に関する準共有規定を置いている。また、債権編の組合に関する規定で組合財産は総組合員の共有に属すると定めており、権利能力なき社団に関する規定は存在していないのが特徴的である)。これを通じて、物権法上の共有に関する規定の中で持分処分の自由が定められていない点、そのため、組合持分の処分を制限しても物権編と債権編の規定は直接的に衝突するものではないという解釈ができる点、純粹の共有とは異なる入会団体の財産所有形態も含んでいる点から、物権編上の共有を実質上、純粹の共有とはいえない点を把握することができる。また、共有者間の内部的関係から生じる債権債務(特に、共有物についての債権)について、共有物分割の禁止特約以外には公示する方法が存在していないにもかかわらず、物権法上の規定であるという理由で、特定承継人に善意・悪意を問わず行使することができるように規定している点、持分放棄の場合、持分の弾力性を認めている点などから、共有者間の結束及び第三者に対する共有者の利益を強く保護している点を把握することができる。

韓国民法の場合、物権法上の共同所有として共有、合有、総有と債権法上の組合財産の合有について詳しく検討した(物権編第三章第三節「共同所有」で「共有」、「合有」、「総有」に関する規定が置かれており、債権編で組合財産は総組合員の「合有」、権利能力なき社団の財産は総社員の「総有」とすると定められているのが特徴的である)。これを通じて、組合の不動産を合有と登記することができ、権利能力なき社団の不動産を社団自体の名前で登記をすることができるように規律しているため、団体と取引する善意の第三者が保護されるように公示方法を備えている点、物権編の合有に関する規定と債権編の組合に関する規定の優劣関係に関する議論などから、合有制度のメリット及び物権法と債

権法との交錯の部分について補完の必要性がある点を把握することができる。

このような三国の民法上の団体と共同所有に関する規律を分析・検討することを通じて、第三章で扱う三国の議論事項についての基本的な理解及び共通する問題点を把握することができる。

第三章では、団体と共同所有に関する規律について、三国の近時の議論事項、第二章で現れた問題点又は疑問点について比較法的な検討を行った。

まず、ドイツの場合、団体財産に対する対内外的關係を、主に債務関係編で規律している点が指摘されている。これは、債務関係編の共同関係及び組合の財産の物的側面をどのように説明するか、各団体の財産に関する拘束力又は制限をどのように公示するかの問題と繋がる。また、近時の2001年のBGHZ判決によって組合自体の権利能力を認めることになり、それに伴う組合自体の財産能力(Vermögensfähigkeit)及び登記能力の認定の問題とともに、権利能力なき社団の権利能力、登記能力なども議論されている。これについて、BGB上の団体中心的な(債権法的)規律より、物中心の(物権法的)規律として多様な共同所有の類型を定めると、組合及び権利能力なき社団の財産の登記(公示)問題を解決することができるのではないかという点を指摘した。

次に、日本の場合、共有者間の債権は特定承継人に対しても行使することができるという民法第254条について、その債権の範囲及び登記による特定承継人の保護について議論されている。これに対して、立法経緯及び第253条・第254条の意味を分析・検討し、共有者間の対内的関係と第三者との対外的関係における区分及び公示の必要性を指摘した。また、3年後に施行される改正民法の内容と理由を分析・検討し、組合財産の独立性の意味、同じ内容の重複規定などについて指摘した。さらに、不動産登記請求訴訟において、権利能力なき社団の訴訟上の原告適格を認めながら、判決の効力を権利能力なき社団の各構成員に及ぼすと判示した平成26年の最高裁判決について権利能力なき社団の実質的な権利能力、固有の財産能力を認めるのか否かの問題が議論されている。これに対して、権利能力と法人格に関する理解の変化、権利能力なき社団の実質的な権利能力及び総有概念を否定するためには法人制度の設立主義の見直しが必要である点を指摘した。

韓国の場合、共有物に関する債権と特定承継人との関係に関する規定は存在しないため、その債権の範囲及び効力に関する問題、組合以外にも契約により財産を合有で登記した場合などについての合有規定の適用対象に関する問題、総有規定と法人制度との関係

(総有規定に関する存置・廃止論)及び総有財産の登記制度の問題などが議論されている。

これに対して、近時の民法改正案を分析・検討し、共有物に関する債権を特定承継人に行使するためには登記による公示方法も備える必要がある点、合有の定義規定上の適用範囲を拡張する必要がある点、許可主義の緩和及び総有規定の補完を通じて立法空白を防止する必要がある点などを指摘した。

最後に**結章**では、三国の団体と共同所有に関する分析・検討の中で共通している問題点に対する原因を導出し、日本民法への若干の提言を試みた。

第一に、債権法上の団体の構成員間の関係に関する規律と物権法上の共同所有財産に関する交錯の部分から生じる問題を指摘した。ドイツ民法の場合、債務関係編で共同関係に関する基本的な規律を置きながら、対外的効力が必要な部分、例えば共有物の管理・保存のために生じた負担及び共有者間の合意が特定承継人に効力を有するためには登記をしなければならないという規定などを物権編の共有に関する規定及び登記法で定めている。反面、日本民法は共有の本質を所有権の一種として考え、物権編に全般的な規定を置きながらも、その客体が所有権以外の財産である場合に備えて準共有という概念を導入して客体の拡張性を図っている。この点は一步進んだ制度設計であると評価できるが、共有者間の内部的合意又は債権の負担、及び組合関係について公示する手続法上の補完方法を備えていない点で、善意・無過失の第三者の保護のために制度的補完が必要ではないかという指摘をした。組合財産については韓国民法及び韓国不動産登記法を参考にすることができると考えられる。

第二に、共同所有の多様な類型化は、単なる講学上の概念論争でなく、民法制定当時の理解に留まらず学説及び判例によって変えてきた現代社会の実際的な所有形態として認めなければならない点を指摘した。すなわち、日本民法制定で反映されなかった「合有」、「総有」という概念は、単にドイツ民法及び学説上認められていた概念を借用したのではなく、むしろドイツでも明確に定立されなかった「合手」という原理を物権的観点から接近して組合財産への制限を説明し、当時主流ではなかったゲルマン法学者らの団体論及び総有理論を日本社会の重要な議論対象であった入会団体の集团的所有権に組み入れて説明したのである。その成果が一部現われたものが1930年代の満州民法であり、その議論を発展して反映したのが韓国民法であると考えられる。ドイツにおける近時の共同関係の物権的規律、組合財産の物権的規律、登記能力に関する議論もこの時代的变化による新

たな規律の必要性を意味しているのではないかと考えられる。

第三に、3年後に施行される改正民法上の組合に関する規定が組合財産の団体的拘束性を強化しており、新たな法人制度(特に一般社団法人法)の制定以後10年が過ぎた現在においても権利能力なき社団は発生・存続し、それに関する規律欠陥の問題が絶えず提起されている。このような現状は、団体と共同所有制度に関する根本的な仕組みの再定立が必要であるということの意味しているのではないかという点をも指摘した。

本稿は、このように、団体と共同所有をめぐる問題点に対する原因を分析し(第一章・第二章)、その解決のための解釈論・立法論的提案を試みた(第三章・結章)。また、今後の課題として、持分の本質及び関連用語の再定立、任意規定と強行規定の区分、夫婦及び相続共同体の財産における共同所有の法理、区分所有法、一般社団法人法、信託法などの特別法との関係に関する問題について、多様な解釈論的・立法論的課題を残している。

追加的にここで言及して置きたいのは、団体と共同所有に関する歴史的展開、現行の規定、議論事項のすべてを比較法的に検討するのはほぼ不可能に近かったため、本稿では比較対象である国を日本と韓国及び両国の共同所有制度に共通に大きな影響を及ぼしたドイツに限定し、その内容においても財産法を中心に共有、組合、権利能力なき社団の財産関係を中心に限定して取り扱ったことに留まった。また、重要な論点である共同相続財産及び夫婦共同財産については、民法規定上比較検討を行うべき部分があるが、家族法の領域における三国の実態及び法認識に対する理解が先行して研究されなければならないため、本稿の比較検討対象からは除外した。さらに、組合に関する規定を分析する際に、共有との差異に注目するために必要な規定に限定して検討を行った。全般的には、概念の些細な差異によって意味が大きく異なる場合があり、翻訳によってその概念上の混同が生じるのを防止するために、できる限り原語を併せて表記した。

第一章 ドイツ・日本・韓国における共同所有の史的展開

第一節 概説

現在の共同所有制度は、一物一権主義という物権法上の大原則を修正する一つの重要な概念として位置づけられている。共同所有は、国により、その形態を異にして規定されているが、その起源は、ローマ法までさかのぼる。個人主義的思想が強かったローマ法¹は、1804年のフランス民法典に至るまで、共有に関する一般規定 (l'indivision, la propreete indivise, la propriete collective)は存在せず、断片的に夫婦財産共有(la communaute conjugale)、境界共有(la mitoyennete)、共同相続(l'indivision successorale)についてのみを規定していた²。フランス民法典は、単独所有(la propriete individuelle)以外の共有又は共同所有を、例外的又は一時的な法律関係であると想定していた³。

このような共同所有に対する基本的な理解に基づいて、ドイツの民法典(Bürgerliches Gesetzbuch ; 以下、BGB)制定の動きが始まり、1874年にはBGB編纂準備委員会(Vorkommission ; 以下、準備委員会)が発足した。この準備委員会は、1866年の債務関係に関する一般ドイツ法草案(以下、ドレスデン草案)などの各部分草案によって検討した後、第一草案を構成した。1888年に公開されたBGB第一草案は、ローマ法的な共同所有の概念から外れず、夫婦財産においてのみ共有とは異なる性質の共同所有を認めるに留まった。

これに対して、ドイツの民法学者らの中で、ゲルマン法学派(以下、ゲルマニステン)が形成され、ローマ法的・個人主義的共有は、ゲルマン民族で行われてきた各ラント法と合わず、民族固有の情緒とも異質のものという批判を加えた。その代表的な学者がGeorge

¹ ローマ法上の共有(condominium)に関して、吉原達也「千賀鶴太郎博士述一羅馬法講義(5・完)」広島法学33巻3号(2010年)83頁以下を参照。

² 当時のフランス民法典についての翻訳は、前田達明編『史料民法典』(成文堂、2004年)を参照。

³ 南孝淳「フランス民法上の共同所有－共有を中心に－」ソウル大学校法学39巻1号(1998年)135－136頁。フランス民法は、1976年12月31日に始めて、一般的な共同所有ないし共有を規定した(第815－1条～第815条－18条、第1873－1条～第1873－18条)。

Beseler(以下、Beseler)⁴、Otto von Gierke(以下、Gierke)⁵である。

BGB第二草案では、そのような世論及び学者たちの批判の一部が反映され、従来の個人主義的共有の概念を維持しながらも、組合、相続共同体における共同財産について合手の拘束を認めて法文に反映した。このBGB第二草案は、若干の修正を経て1896年に確定され、1900年から施行されるに至った。

このようなドイツの民法典制定の動きとともに、日本でも民法制定の作業がはじまった。1879年にフランスの法学者であるポアソナード博士が民法の原案を作成し、法典調査会の審議を経て1890年から施行予定であったが、多くの反対の世論によって修正され⁶、1898年に現行民法が施行された。しかし共同所有に関する本格的な研究は、大正10年から行われた。日本の学者たちは、ドイツで1800年代後半から発表された共同所有をめぐるゲルマニステンの研究で現れた共有以外の共同所有形態である「合有」、「総有」に関心を持ち、日本社会における団体にも適用することができるのかについて活発な研究を行った。このような研究は、旧民法が共有規定を物権編に置いたことに基づいて、所有権の一種として共同所有の三類型を位置付けていく。しかし、その後、多様な共同所有の類型に対する民法改正は行わず、1930年代に制定された満州民法で、その形が現れる。

一方、ドイツ民法と日本民法が施行された約60年が過ぎ、韓国でも新たな民法典のための制定作業が始まり、1960年に施行された。共同所有制度に関しては、日本民法上の共有に関する仕組みを前提で、当時日本の学説上認められていた「合有」、「総有」の導入が

⁴ Beselerは、ドイツ法学が相続契約の理論を自前で生み出したのではなく、すでにある程度完成された形でイタリアの人々から受容し、彼らの考えが当該制度のその後の更なる発展の礎となったという点、相続契約を普通法上の制度として認知させたのはゲルマン法的な相続契約の理解であったという点を述べた。藤田貴宏訳「ベーゼラーの相続契約学説史（上）」獨協法学98号(2015年)127頁及び「ベーゼラーの相続契約学説史（下）」獨協法学99号(2016年)を参照。

⁵ Gierkeは、BGB第一草案と第二草案について、ローマ法的観点である個人主義的概念と個人間の関係、つまり債権債務関係の一種で見たことを批判して、合手原理を具体化して「Gesamthändseigentum」の概念と「Gesamteigentum」の概念を区別するのに至る。これが、現在の通常に理解されている合有と総有の概念である。

⁶ 詳細なことは、前田達明編(注2)611頁以下を参照。法典調査会は、所有権の章に「共有」を位置させた。当時のフランス民法では、共同所有の一般規定がなかったが、ドイツ民法の部分草案及び第一草案の物権編で、共有(Miteigentum)に関する規定が存在した点、日本旧民法で共有に関する規定がその内容と似ている点などを見ると、日本の旧民法が物権編の所有権の章に「共有」を位置づけたことも、ドイツ法からの影響があったと考えられる。

決められた。つまり、韓国民法における共同所有制度は、共有を物権編に規定した日本民法を基礎とした骨格の上に、ドイツ民法、スイス民法、満州民法などの制定以後の共同所有に関する多様な論議を反映して、共同所有の三類型である「共有」、「合有」、「総有」を規定したものである⁷。

以下では、このような三国の共同所有制度に関する制定史及び学説史の発展過程を検討する。

第二節 ドイツにおける共同所有の史的展開

共有は、ローマ法に由来した概念であり、合有と総有は、ゲルマン法から発展したというのが通説的な説明である。この合有と総有という概念は、個人的な特性が強い共有の概念とは異なり、団体の所有という集団的な特性が強い概念である。

既存のローマ法的共同所有の概念は、「universitas(社団)」の所有としての「dominium(単独所有)」、「comunio(共同)」、「societas(組合)」の所有としての「condominium(共有)」であった⁸。この「condominium」という概念は、観念的な持分による複数人の共同の所有を意味した⁹。つまり、共同所有者各自の所有権的権能(使用・収益・処分権)が持分という形で量的に分割された所有権(dominium pro parte pro indiviso)であった¹⁰。

これに対して、ゲルマニステンであるBeselerは、ゲルマン社会には、ローマ法的な量的に分割される持分を有する共同の所有権とは異なり、「Genossenschaft」という団体が多様

⁷ 鄭鐘休・尹喆洪編「共同所有論-特に総有を中心に-」『韓国民法学の再正立-晴軒金曾漢教授の生涯と学問世界-』(景仁文化社、2015年)254-255頁。

⁸ 石田文次郎『ギールケの団体法論』(ロゴス書院、1929年)66-67頁は、「ローマ法のpersonは、個人singuliを意味したのである。若しも生活の実際において個人以外に何ものかを私法上権利主体として行動する場合に、ローマ法はその何ものかを個人として取扱い、個人人格を有するものとして構成せねばならなかった。」と述べる。また、組合societas組合は、単なる債権関係で、法人universitasは個人と同様に擬制的個人として取り扱ったと説明する。ただし、本稿では「universitas」は「法人」ではなく、「社団」と訳する。

⁹ 大木雅夫訳・H.シュロツサ著『近世私法史要論』(有信堂、1993年)54-55頁を参照。

¹⁰ 石田文次郎(注8)73・146頁を参照。これが、現行BGB第1008条以下のMiteigentumの概念である。

に形成されており、その共同所有の形態は「Gesamteigentum」であると主張した¹¹。この団体的所有権は、質的に分割され、団体にも成員にも属するものとして管理・処分の支配的権能は多数人の全体に帰属させ、使用収益の経済的権能は各人に帰属させ、団体の総体権と成員の個別権を結合させる、個人主義的ローマ法では成立しない社会法的分割を意味した¹²。つまり、この「Gesamteigentum」の概念は、ローマ法上の「単独所有及び共有」に対置するものであった¹³。

Gierkeは、Beselerの理論を発展させ、「Genossenschaft」の中で各特性によって、社団体的団体(körperschaftliche Genossenschaft)と、これに該当しない人法的共同体(personrechtliche Gemeinschaft)に分離した。また、社団体(Körperschaft)の所有形態は総所有(Gesamteigentum)で、人法的共同体の所有形態は合手的所有(Gesamthandseigentum)で発展させていく¹⁴。

BGBは、このようなゲルマニステンの理論的展開とは異なり、ローマ法的法人制度及び共有原理に従って第一草案を構成したが、ゲルマニステン及び世論の批判の一部を反映

¹¹ 「Gesamteigentum」概念に関する研究について詳しくは、岡田康夫「ドイツと日本における共同所有論史」早稲田法学会集45巻(1995年)54-59頁参照。

¹² Gierke, Genossenschaftrecht. 1. Bd., S 40ff; 石田文次郎(注8)73・76・146-147頁。岡田康夫(注11)66-67頁は、「人的結合の権限領域から分離した持分もまた、所有権の性質を持つ。なぜならこれも物を全体として把握し人の結合の権利の消滅の際には完全な所有権となるからである。ここでGenossenschaft的秩序は人の結合と持分的扱いを受ける構成員との間で一つの所有権の共同関係を基礎付ける。所有権の内容は二つに分解される。一方は単一権に集約され、他方は個別権に分割される。それぞれの権能は所有権の一部に相当し、両者が組織的に結合することによって完全な所有権が出現するのである。」と述べる。

¹³ 岡田康夫(注11)49頁。また、「Gesamteigentum」という概念は、日本の学者によって使われる「総有」であるが、もともとはゲルマン的共同所有全体を指す用語であった点が述べられている。

¹⁴ 岡田康夫(注11)49頁。また、「合有は、債権関係における「合手」原理の物権関係における反映であると説明されており、その基となる概念は、「合手」ないし「合手原理」と呼ばれている。ドイツで合有について論じられる際は、この「合手」が対象とされるのが通常である。」と述べられている。

し、第二草案では法人及び共有に関する基本規定を維持しつつ、組合、共同相続、権利能力なき社団の規定で合手的原理を導入した。

ここで、ドイツにおける共同所有に関する学説史及び制定史の理解のために若干用語を整理する必要がある。

まず、「Genossenschaft」とは、地域に限らず、一定の生活上の利益を共同で追求する単婚小家族より広域の集団的な構成員が所属する生活集団、社会関係システムを意味する¹⁵。「Genosse」は、その成員の意味であり、「Genossenschaft」は、20世紀まで存在した様々なゲルマン的団体全体を意味する概念としてドイツの共同所有論の中心になる団体の一般的・包括的・広義的概念であるため、本稿では「団体」という。

この「Genossenschaft」の一種として、代表的に「Gemeinschaft」、「Gesellschaft」、「Körperschaft」、「Gemeinde」などが登場する。「Gemeinschaft」は、狭義としてはBGBの債務編の規定を意味する場合には「共同関係」といい¹⁶、社会科学的概念として扱われる場合には「共同体」という。また、「Gesellschaft」は「組合」といい¹⁷、「Körperschaft」は単一の法的人格が成員の多数性から区別される団体として、「社団体」という¹⁸。

「Gemeinde」は、地域を母体とした組織として「地域自治団体」という。

次に、共同所有に関する概念として、「Miteigentum」は「共有」といい、「Gesamthändseigentum」又は「Eigentum zur gesamten Hand」は「合有」又は「合手的所有」という。「Gesamteigentum」は、18世紀末から19世紀までの「Genossenschaft」のすべての共同所有形態の意味として「総所有」という。

一方、現行BGBでは「Genossenschaft」、「Körperschaft」、「Gesamteigentum」、「Gesamthändseigentum」という用語は用いられていない点に注意しなければならない。

¹⁵ 詳しくは、村上淳一『ゲルマン法史に於ける自由と誠実』（東京大学出版会、1980年）、庄子良男訳・Otto von Gierke著『ドイツ団体法論第1巻(第1分冊～第4分冊)』（信山社、2014・2015年）を参照。

¹⁶ 上谷均執筆・右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）628頁。

¹⁷ 「会社」と解する場合も多いが、本稿では民法上の組合を意味する。

¹⁸ 「Körperschaft」という概念は、公法上の団体(Gemeinde, Gemeindeverbände, Handwerksinnungen, Handwerkskammerなど)と私法上の団体(Verein)も含む概念であった。遠藤泰弘「オットー・フォン・ギールケの政治共同体像(1)―団体人格論と自然法論の内在的理解を中心として―」北大法学論集53巻5号(2003年)190頁参照。本稿では、「Verein(社団)」とは区別するため「社団体」と呼ぶ。

[表一1] 史的展開における主要な訳語の整理

原語	学者別	本稿上の訳語
communio	共有 ¹⁹	共同
societas/societät	組合 ²⁰	組合
universitas	法人、社団、総一体 ²¹	社団
Genossenschaft/ Genossenschaftlich	共同組合、協同組合 ²² 、仲間的共同体 ²³ 、団体、共同体/仲間的	団体/ 仲間的
Gemeinschaft	共同関係 ²⁴ 、共同体、共同、共同態	共同関係、共同体
Gesellschaft	組合	組合
Körperschaft	団体 ²⁵ 、社団 ²⁶	社団体
Gemeinde	地方自治体 ²⁷ 、地方団体 ²⁸ 、地域的共同体 ²⁹	地域自治団体
Miteigentum	共有	共有
Gesamthändseigentum	合有 ³⁰	合手的所有/合有
Gesamteigentum	合有、総有 ³¹	総所有

以下では、このようなドイツの共同所有制度が位置付けてきた学説史及びBGB制定史を検討する。

¹⁹ 平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』(有斐閣、1924年)168頁、岡田康夫(注11)61頁。

²⁰ 岡田康夫(注11)61頁。

²¹ 岡田康夫(注11)61頁。

²² 遠藤泰弘(注18)191頁。

²³ 川島武宜『注釈民法第7巻(物権2)』有斐閣(1974年)549-550頁、岡田康夫(注11)66頁。

²⁴ 庄子良男(注15)、岡田康夫(注11)。

²⁵ 岡田康夫(注11)66頁。

²⁶ 庄子良男(注15)、高田晴仁「会社、組合、社団」法学研究慶應義塾大学法学研究会83巻11号(2010年)40頁など。

²⁷ 遠藤泰弘(注18)191頁。

²⁸ 庄子良男『ドイツ団体法論』駿河台法学23巻1号(2009年)86頁。

²⁹ 川島武宜(注23)511-516頁。

³⁰ 岡田康夫(注11)66頁。

³¹ 平野義太郎(注19)168頁、岡田康夫(注11)

I 学説史

ゲルマン民族は、西ヨーロッパに定着し、国家を立てて中世の初めからローマ卑俗法及びキリスト教会を通じてローマ法の概念を受け入れた³²。15世紀のローマ法の継受とともに、各部族の慣習を法典化し始め、「Sachsenspiegel(ザクセンシュピーゲル)」という成文法典を作った³³。ここで、ローマ法の共有とは性質が異なる共同所有の形態が現れた³⁴。また、中世末の合手的授封(Gesamtbelehnung)及び相続共同体(Ganerbschaft)に関する規律の中でも、ゲルマン固有の共同所有の形態が現れた³⁵。当時の学者たちは、このような新たな共同所有の形態について、当初ローマ法的概念で説明することを試みて論理上存在していない概念として解されたが、ゲルマンの生きている法を探求しようとした「ゲルマニステン」によってゲルマン的共同所有について詳しく研究された³⁶。その代表的なゲルマニステンがBeselerとGierkeであり、その研究が「団体(Genossenschaft)」に関する理論及び「総所有(Gesamteigentum)」の概念である。

³² これに対して石川武訳・Karl Kröschell著『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社、1989年)43頁以下、大木雅夫訳・H.シュロッサ著(注9)50頁以下、勝田有恒「Rezeptionの素描—ドイツ近世法史研究の起点として—」一橋大学法学研究(1962年)115頁以下を参照。

³³ Karl Kröschell(注32)43頁以下。

³⁴ Sachsenspiegel(Landrecht)第12条は、「若し人々が自分達の財産を共同に有するときは、兄弟達又は他の人々が、自分達の財産を共同に所有し、そしてそれを自分達の費用と努力とを以て増加せる場合には、利得は彼等凡てに共同である。損失についても亦同様である。然し夫婦が共同に取得せるものあるとき、彼はそれを彼の兄弟達には分けない。」と定めている。『ザクセンシュピーゲル—ラントレヒト』早稲田法学別冊第八巻(1937年)25-26頁を参照。

³⁵ Annette Ascheuer, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, Berlin: Duncker&Humblot, 1992, S.66ff; 岡田康夫(注11)53-54頁。また、「合手的授封(Gesamtbelehnung)は、封臣が死亡し数人の息子が残されたときに、封主が復帰したレーン息子全部に総手的に授封したことをいう。授封者達はレーンを一つの主体として保有し、他の者の同意がなければ自己の地位を処分したり放棄することができなかつた。持分の観念は存在しなかつた。」と述べる。一方、「共同相続人団体(Ganerbschaft)は、相続人が遺産を分割せず、共同で所有する形態である。この共同所有は、目的財産の世代を超えた維持を内容としている点に特徴があった。」と述べる。その目的財産は、共同で管理され、処分・分割及びその共同体の解消については、全員の同意を得なければならなかつたと解される。

³⁶ 岡田康夫(注11)54頁。また、「17世紀の『パンデクテンの現代的慣用』においても共同所有の説明はほとんどローマ法的概念、すなわち、組合または共有を用いてなされていた。」と述べる。

1. Beseler³⁷

Beselerは、ゲルマンの共同社会ではローマ法的概念とは本質的な意味を異にする形態の団体らが存在していたことを説明した。その団体が「Genossenschaft」³⁸であり、その財産の所有形態が「Gesamteigentum(総所有)」であることを論証した³⁹。

「社団の本質についてのローマ法及びドイツ法による法原則の多様性は、所有権についての学説にも影響を及ぼす⁴⁰。ローマ法は社団(universitas)又は共同(communion)というすでに形成されている所有概念の変化を要さず、この団体を法的機関のように強化し、法人(juristische Person)として独立的に存在する一種の世襲団体及び、各参加者が一定の抽象的又は計算的部分によって完全な所有権を有する共有(condominium)として認識させた⁴¹。し

³⁷ George Beselerの著書として参考にしたのは、Die Lehre von den Erbverträgen(zit: Lehre), 1.Theil, Göttingen, 1835, System des gemeinen deutschen Privatrechts(zit: System), 4. Aufl., 1. Bd.: Allgemeiner Theil, Berlin, 1885.

³⁸ Beseler, Lehre, S. 165ff ; 岡田康夫(注11)62頁。また、Genossenschaftの種類として、「(1)政治目的によるGenossenschaft(関税同盟など)、(2)地域住民によるGenossenschaft(マルク共同体、水利組合など)、(3)教会のGenossenschaft(一定の牧師管区など)、(4)商業的Genossenschaft(鉱山組合など共通の利益保護を目的とするものと、会社など共同して利益追求をするものに分けられる)、(5)コミュニケーション手段助成のためのGenossenschaft(鉄道建設組合など)、(6)共通の危険に対応するGenossenschaft(生命保険会社など)、(7)経済目的など一定の目的のためのGenossenschaft、(8)家Genossenschaftといった多様なGenossenschaftの類型を指摘する。特に、家Genossenschaftとして、夫婦の結合は、独立した権利主体は発生せず、権利共同体として考えられた。ここで、Genossenschaft理論によってゲルマン法の団体を包括的に捉えながらも、共同所有者の全体と各人に所有権を併存させるものとは別のGenossenschaftを認めているのである。ここで、ゲルマン的共同所有を更に理論的に二種に分ける見解を見出すことができる」と述べる。

³⁹ 岡田康夫(注11)62頁以下は、「ローマ法は、複数の人間の結合について統一体(universitas)と共有(communio、契約によって発生した場合は、組合societasと呼ぶ)という二つの概念を持っていた。統一体は、法人の概念がそのまま適用されるので、それぞれの構成員は一体としてみなされて、団体として権利義務が帰属する。これに対して共有は、個々人の意思を基礎に置いて、一般的には各人に割合的に権利義務が帰属し、連帯的な責任は発生しない。そして、このような共同関係には、独立した人格は存在せず、構成員個々人が権利主体になる。したがって、統一体と共有は、共同所有の両極に位置されることができる。よって、ローマ法概念では両者の中間的な所有形態を観念することができず、このような共同所有が存在する場合、どのように説明したらいいかという問題が発生した。ドイツ法には、通常共有とは異なる団体corporationが存在するのである。その特徴は、構成員から独立した人格を形成することであり、地域を母体とした組織であるGemeindeと、地域に限らず、特別な根拠に基づいて構成員が所属するGenossenschaftの二つの形に分けることができる。この団体の所有構造を法的に考えると、Gemeindeにおいては、法人の厳格な概念は修正を必要として、ローマ法によると、生じるのではなく、構成員の全財産に対する個別権が認められる。また、Genossenschaftには、全体の権利と並んで個々の構成員に多様な結合の形で権利が発生して、全体財産に対する関係は、ローマ法の統一体と共有のいわゆる融合体になる。これがBeselerの「Gesamteigentum」であった」と説明する。

⁴⁰ Beseler, System, S. 322.

⁴¹ Beseler, System, S. 323.

かし、ゲルマン法ではこのカテゴリで説明できない共同の所有関係がある。これは、結社(Association)の本質が明白に現れ、その原則に従うようになった。これがドイツの総所有(Gesamteigentum)の基礎である⁴²。」と説明した。

Beselerは、「Gesamteigentum」の概念が適用される団体を、各特性によって二分類した。第一は、団体自体の権利と構成員の個別権が併存し、団体の規約によって構成員の個別権の内容が定まる形態である。これについて「団体(Corporation)の財産の所有は、分割でき、全体の権利は、各参加者の独立的な個別権として存在するが、その範囲及び内容については、各団体(Corporation)の規約(Verfassung)によって定まる場合もある。そのような関係は、主に、マルク団体(Markgenossenschaft)及び後期農業団体(spätere agrarische Genossenschaft)、又は、政治的自治団体(politische Gemeinde)である⁴³。一方、上流貴族の家族財産、労働組合(Gewerkschaft)及び親戚団体(verwandte Genossenschaft)において、物は規約上の制限が存在しない限り、各成員(Genossen)に私的な所有比率(Eigentumsquote)によって自由な処分ができる共同財産への抽象的持分(Anteil)として存在する」⁴⁴と説明した。

第二は、団体が独立の法的人格の形成までには至らず、構成員が合手によって権利共同関係を成す形態である。これについて「他の総所有(Gesamteigentum)の形態は、団体が独立の法的人格(juristische Persönlichkeit)の形成まで達しなかったとき、一つの権利(Einzelrechte)のみが相互に存在し、ローマ的共同(communion)の原則には従わない。密接性(Innigkeit)及び継続性(Dauer)による物質的権利共同体(materielle Rechtsgemeinschaft)である限り、定まっている計算的部分によって必然的又は規則的に分割されるのではなく、各参加者の所有権として合手(Gesammthand)の結合が形成される⁴⁵。このような権利共同体は、一定の組織(Organisation)の団体規約(Corporationsverfassung)によってのみ、その財産に対する各成員(Genossen)の分離されている意思から一つの支配(Herrschaft)的能力を付与する。この種類の社団(Vereine)は、過去及び現代の法(Recht)として現れる。レーンの合手は、昔の死因贈与(Vergabung von Todes)のため、及び生前の財産結合(Gütervereinigung unter Lebenden)、機関(Institute)のように、婚姻財産共同関係(eheliche Gütergemeinschaft)において

⁴² Beseler, System, S. 323.

⁴³ Beseler, System, S. 323.

⁴⁴ Beseler, System, S. 323-324.

⁴⁵ Beseler, System, S. 324.

も初期から認識された。対外的には夫の支配による財産結合が定まると見られたが、中世の法によれば、それは一つの権利共同関係(Rechtsgemeinschaft)として現れる」⁴⁶と説明した。

また、この総所有(Gesamteigentum)の多様な形態は、統一的な法的概念ではなかったため、その法的推定ができるように一般的特徴として、「第一に、物への完全な支配は、多数人が同時に行使することができない。総有の可能性は、権利主体の特別な性質に基づく。第二に、全体と各構成員の間に所有権の分配が行われる結果、一つの統一的な意思を形成することができる。第三に、各構成員の個別権は全体の権利から独立して存在し、結合関係の解散によっても消滅しない。」⁴⁷という原則を作った⁴⁸。

2. Gierke⁴⁹

Gierkeは、Beselerの団体(Genossenschaft)理論及び総所有(Gesamteigentum)の概念を受継いで、ゲルマンの多様な団体別の起源、特徴、現代的形態への転換までの実証を試みた。Gierkeは、団体人実在説を主張して既存の法人擬制説を批判しながら、ゲルマン固有の各団体の種類、本質、成立、終了まで詳しく論証した。これが、『ドイツ団体法、第1・2・3巻(1868年－1913年)』及び『ドイツ団体理論とドイツ判例(1887年)』である。BGB第一草案が発表された1888年の直後には、『民法草案とドイツ法』を出刊し、第一草案がローマ法学的概念に留まる点について強く批判した。また、体系書である『ドイツ私法－総則部分及び人法(1895年)』を出刊して、ローマ法的法人制度への批判及びゲルマン的団体論の展開を続けた。このような過程の中で、BGB第二草案の作業が終わり、1896年にBGBの制定が確定された。これに対してGierkeは、『権利能力なき社団(1900年)』を通じて権利能力なき社団が組合の規定で規律されることを批判しながらも、制定されたBGBに合わせる

⁴⁶ Beseler, System, S. 323-324.

⁴⁷ Beseler, System, S. 325-326.

⁴⁸ Beseler, System, S. 325-326.

⁴⁹ Gierkeの著書として参考したのは、Das deutsches Genossenschaftsrecht[1. Bd.: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft(zit: Genossenschaftsrecht1), Berlin, 1868, 2. Bd.: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs(zit: Genossenschaftsrecht2), Berlin, 1873, 3. Bd.: Die Staats-und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters-und ihre Aufnahme in Deutschlands(zit: Genossenschaftsrecht3), Berlin, 1913], Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung(zit: Genossenschaftstheorie), Berlin, 1887, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht(zit: Entwurf), Leipzig, 1889, Deutsches Privatrecht[1. Bd.: Allgemeiner Theil und Personenrecht(zit: DPR1), Leipzig, 1895, 2. Bd.: Sachenrecht(zit: DPR2), Leipzig, 1905, 3. Bd.: Schuldrecht(zit: DPR3), Leipzig, 1917], Verein ohne Rechtsfähigkeit, Berlin, 1900.

解釈論を出した。そして、『ドイツ私法—物権法(1905年)、債務関係(1917年)』、『ゲルマン的国家観(1919年)』などの著書を通じて研究を完成していった。このような展開は、社会法思想、団体主義、国家論にまで至る。すなわち、膨大なGierkeの研究は、団体論及び共同所有論だけではなく、ドイツ私法の全般に掛かっているものであると解されている。

(1) 団体の本質

当時のドイツの団体の主体性に関する理論は、ローマ法の継受により法人擬制説が通説的な地位を占めていた⁵⁰。法人擬制説は、人の団体又は財産の集団を経験的な個人に還元して個人と擬制し、これに個人的人格を認める⁵¹。これに対して、Gierkeは「人の団体も単一的組織体として、自己自身のための存在であると同時に、成員の結合体として成員全体のための存在である。全体の生活は、それ自体の目的のためと同時に成員の共同目的のためである。法律上の人格の付与を受けた基礎として、団体の単一性を認めるために団体の独立的存在を否定する必要も、成員の多数性を否定する必要もない。団体の単一性と構成員の多数性が組織的に結合し、全体を構成することに人的団体の構造の本質がある。」⁵²と説明した。つまり、ローマ法概念である「法人」は、その構成員の人格を完全に消滅せしめて、第三者のごとく構成員に対立するような個人に擬制された結合体であったが、ゲルマン法の「団体」は個人に還元されるものではなく、「全体における単一性と多数性との組織的結合」であった⁵³。このようなゲルマン法的団体の本質は、土地への権利関係に現れた。ゲルマン地域自治団体(Gemeinde)の土地に対する権利は、部落の団体的な権利及び住民の個別的な権利としてその権能が質的に分かれるものであるを説明した⁵⁴。

⁵⁰ Gierke, DPR1, S.461. BeselerはKorporationとKörperschaftを区別しないが、Gierkeはこれをローマ法的な擬制人格を必要とする団体であると説明する。Gierke, DPR1, S. 479f.

⁵¹ 石田文次郎(注8)60頁。

⁵² Gierke, DPR1, S. 26f; 石田文次郎(注8)26頁。

⁵³ 石田文次郎(注8)55-56頁。

⁵⁴ 石田文次郎(注8) 73-76頁は、「村が持つ団体的な権利は、土地に対する管理権・処分権・監督権を内容として、公法的要素を多く持つ支配的権能であった。住民が持つ個別権は、土地の使用・収益を内容とするものであり、私法的な要素が多い経済的権能であった。村の団体的な権利は、村の総有地から耕作地に与え、また住民の家室賃まで至る。村の住民の個別権は、家室賃から耕作地に達して、再び総有地に至る。村の総有地については、村の団体的な権利が最も強く、住民の個別権は最も弱い。反面、耕地については、村の団体的な権利が弱く、住民の個別権が強い。家室賃については、村の団体的な権利が最も弱く、住民の個別権が最も強いのである。このように一方の強い権能については他の弱い権能が、一方の弱い権能については他の強い権能が、換言すれば、団体の総体権と成員の個別権が相互補充して、相互制約して、両者が不可分の組織的に結合している村地に対する部落団体の所有関係を形

また、「法人(juristische Person)は、内容がなく混乱した用語で、ローマ法的概念である。」と批判しながら⁵⁵、団体人(Verbandsperson)という用語を意識的に用いた。Gierkeの団体観によれば、団体は実在し自然に権利能力を有しているが、法的人格の取得には法的承認が必要であると解される。ここで、法的承認の意味に注意しなければならない⁵⁶。彼は、「団体人(Verbandsperon)として、共同社会(Gemeinwesen)の承認(Anerkennung) が必要であり、その承認は、法規(Rechtssatz)、つまり、慣習法(Gewohnheitsrecht)、制定法(Gesetzesrecht)によって行われる」⁵⁷と説明した。

この法規による承認には、次の三つのケースがある。第一に、団体の存在自体によって(kraft Daseins)人格を取得する場合である。この場合は、散在する地域自治団体(Gemeinde)及び一般的な公共的社団体(öffentliche Körperschaften)⁵⁸に適用される。これらは国家によって又は協議によって創設されるが、自然人のように創設と同時に当然に法的人格が認められる⁵⁹。第二に、特別の公示によって(kraft besonderer Kundmachung)人格を取得する場合である。特別の公示とは、公的帳簿への登録を意味する。株式会社、有限会社、営利協同組合などがこれに該当する⁶⁰。第三に、許可によって(kraft Verleihung)人格を取得する場合である。国家機関の許可によって成されるため、手工業団体及び植民会社がこれに該当する⁶¹。

(2) 団体の種類

Gierkeは、まずゲルマンの団体の種類を仲間的団体(Genossenschaftlich Verband)と支配的団体(Herrschaftlich Verband)に分け⁶²、前者の例として氏族(Sippe)、地域的自治団体

成していたのである。」と述べる。

⁵⁵ Gierke, DPR1, S. 469.

⁵⁶ Gierke, DPR1, S. 487ff. 遠藤泰弘(注18)198頁は、「Gierkeは、まず、法を法規範という客観的意味の法と、権利関係としての主観的意味の法とに大きく区別する。法規範は、制定法(組織された共同体において、しかるべき機関が意識的に宣言した法)と非制定法(組織されていない共同生活からの直接の共同確信の形成と表明、つまり慣行によって生じた法)とに大きく区分される。さらに、制定法は法規(Gesetz)と規約(Satzung)に区分され、非制定法は真の慣習法(eigentliches Gewohnheitsrecht, 民衆法; Volksrecht)と法曹法(Juristenrecht)とに区分される。」と述べる。

⁵⁷ Gierke, DPR1, S. 487.

⁵⁸ Gierke, DPR1, S. 488.

⁵⁹ Gierke, DPR1, S. 488.

⁶⁰ Gierke, DPR1, S. 489.

⁶¹ Gierke, DPR1, S. 490.

⁶² 石田文次郎(注8)50頁は、「ギールケは史的事実の上に現れた人の結合体を二つの相対立する

(Gaugenossenschaft、Volkerschaft、Gemeinde)、ギルド(Gilde)を、後者の例として授封体(Gefolgschaft)、封建地、農家団体(Lehns-、Dienst- und Hofverband)、領土(Territorie)、国家(Reich)を挙げた⁶³。

また、このような各団体は中世に入り組織化及び制度化によって、社団体(Körperschaft)又は営造物(Anstalt)、人法的共同体(personrechtlich Gemeinschaft)の形態に分類された⁶⁴。社団体とは、団体がそれ自体に基づき、内在する共同意思(Gemeinswille)によって支配される共同体(Gemeinschaft)として組織されている団体のことで、営造物とは、外部からの寄付意思によって定められた施設として組織されている団体のことであった⁶⁵。人法的共同体とは、複数人の人格が一つの権利関係によって拘束される団体であり、一つの権利主体ではなく一つの権利共同関係であった⁶⁶。

特に、社団体(Körperschaft)は、外見的にはローマ法の社団(universitas)の概念と同様に見えるかもしれないが、実質は多数人の構成員の合計としての全体の意味である社団(Verein)とは異なる⁶⁷と説明された⁶⁸。さらに、社団体の設立行為(定款作成行為)は、契約

形態に分けて論じている。即ち一つは仲間的な団体Genossenschaftであり、他は支配的なherrschaftlich団体である。而して彼は此対立せる両者の萌芽的形態を家Familieの中に見出している。家族は、通常家と同じくする家族共同関係häusliche Gemeinschaftであるが、然し家族の中にも親子のような縦の親等関係に在る者と、兄弟姉妹のような横の親等関係に在る者とに区別することが出来る。縦の親等に在る家族は支配的の団体であるが、横の親等に在る家族は仲間的の団体である。ギールケはこの家族の中に芽を出している二形態に倣って、大なる支配的団体と、大なる仲間的団体とが生じたと云っている。」と述べる。

⁶³ Gierke, DPR1, S.457.

⁶⁴ この社団体(Körperschaft)は、営造物(Anstalt)的要素を含み、営造物(Anstalt)も社団体(Körperschaft)的要素をも含むが、通常一方が優劣であるため区分ができ、中間形態(Mischformen)も存在し得る。Gierke, DPR1, S.457-458,474.

⁶⁵ 遠藤泰弘(注18)191頁。また、「公法上の団体とは、国家、Gemeinde、協会Gemeindeなど、公共の目的のKörperschaftやAnstaltであり、私法上の団体とは、Verein(社団)、Stiftung(財団)である。」と述べる。ただし、従来のゲルマン法では公法と私法の区別がなかったという。石田文次郎(注8)69頁以下を参照。

⁶⁶ Gierke, DPR1, S.660.

⁶⁷ Gierke, DPR1, S. 479f.

⁶⁸ Gierke, DPR1, S. 483. Gierkeは、社団体の成立において、第一に、独立の存在の発現、第二に、団体人として人格の承認をその要件で挙げる。この点から、社団体(Körperschaft)は、単純に多数の構成員の総合としてのローマ法的社団(Verein)とは異なり、法的承認によって団体人としての人格を得る存在であると考えられる。ローマ法では、国家権力の承認によって擬制された法人という存在があるが、Gierkeは、慣習法、実定法によって広く認められる団体人格を有する存在として、社団体(Körperschaft)の概念を唱えたと見られる。

(Vertrag)ではなく、合同行為(Gesamtakt)であると説明した⁶⁹。

さらに、社団体なのか人法的共同体なのかは、その共同体において、構成員各自の人格の多数性とは区別される全体(Ganzen)としての団体の人格が存在するか否かによって、その法的実体が決定されると説明した⁷⁰。

(3) 団体の所有

このような各団体の所有形態は、総所有(Gesamteigentum)や合手的所有共同体(Eigentumsgemeinschaften zur gesamten Hand)と区別されることになった⁷¹。

まずGierkeは、ローマ法的組合(societas)について「契約による債権関係として構成され、組合活動に伴い発生する債権債務関係をはじめとして組合の財産関係が持分共同の関係として処理される。その結果、各組合員が自由に処分可能な持分を持つことになり、組合が独自の存在を持つものとして登場せず、独立した組合財産も否定するというのは、ローマ法の組合の構成で首尾一貫している」⁷²と説明しながら、BGB第一草案を批判した。

また、純粋な債務関係の組合は債務法上の原則のみが支配するが、身分法上の基礎に立った合手的組合は身分法上の原則と財産法上の原則が共同して支配すると説明し、ローマ法的団体(communio、societas)とゲルマン法的合手的共同体(Gemeinschaft zur gesamten Hand)を区別した⁷³。

この合手(gesamte Hand)について、「一つの弾力的な法原理」であると説明し⁷⁴、「合手的共同体とは、一つの共同体関係として団体的に結合された人的多数の担当体(Trägerin)である。名称は手の結合の表像によって、共同の取得、処分又は債務行為において主体の結合性を作った昔の法的慣習に基づく。実に、散在しているこの概念を独立的な表現で表すことは時期尚早であったが、合手という概念を現代的な用語として使えると思う。」⁷⁵

⁶⁹ Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 133f.

⁷⁰ Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 133f.

⁷¹ Gierke, Genossenschaftrecht2, S.923-5.

⁷² 上谷均「ドイツ民法典の組合契約における合有制」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999年)397頁。

⁷³ Gierke, DPR1, S.668.

⁷⁴ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 342; DPR1, S.669. Gierkeは、「合手はそれ自体が独自の法制度ではなく、多数の共同体に共通的に適用されるゲルマン法上の法原理(Rechtssprinzip)であり、思考要素(Gedankenelement)にすぎない」と説明していた。

⁷⁵ Gierke, DPR1, S.663-664.

と説明した。

さらに、「合手的共同体は、全構成員の共同資産の共同担当体(Mitträgerschaft)として結合された人法的共同体である。この共同体において持分権者の総体(Gesammtheit)が持つ人的単一性によって法的外見が生ずる。内部的には各構成員の全体意思が単一的な共同体の意思となり、外部的にはその外見的総体が単一性によって権利を有し、義務を負い、行為をすることに現れる」⁷⁶、「合手的原理が適用される共同体は、主体の間に緊密な結合関係をもつものであり、一定の範囲で共同所有者は人的単一性の形で結合する。この結合は統合的なもの、持分的なものもなく集合的な結合である。人的単一性は、目的物全体の物的支配の主体となると同時に各人が個々の目的物に対する支配権も取得することを意味する。しかし、この人的団体は統合されて一つの主体になるのではなく、集合的な団体とされるに過ぎない。つまり、法的権利主体はそれぞれの共同所有者である。各人に持分が帰属して、これは共同権から独立した物的支配を持つ個別権になる」と説明した⁷⁷。この合手的共同体として、組合(Gesellschaft)、夫婦共同財産体(Gütergemeinschaft)、相続共同体(Erbengemeinschaft)が挙げられた⁷⁸。

しかし、このような理論はBGB第二草案で組合財産、共同相続財産に関する規定の中で合手的拘束として部分的に導入されることに留まった。その後Gierkeは、1905年の『ドイツ私法—物権法』で、総有(Gesamteigentum)と合有(Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand)を区別し、「団体(Genossenschaft)及び合手(gesamt Hand)は、ローマ法的共有(dominium plurium in solidum)に対する概念として共同所有のドイツ法的な形態として作られたが、結局は法人という単一体に吸収されており、合手的所有共同は共有に吸収されてしまった。」⁷⁹と指摘した。また、「社団体(Körperschaft)の所有は、共同的所有(gemeinschaftliches Eigentum)ではなく法人(juristische Person)の単独所有となってしまった」⁸⁰と批判した。

3. Flume

⁷⁶ Gierke, DPR1, S.664.

⁷⁷ Gierke, DPR1, S.664.

⁷⁸ Gierke, DPR1, S.669f.

⁷⁹ Gierke, DPR2, S.377ff.

⁸⁰ Gierke, DPR2, S.382.

Flumeは、1972年に発表した「組合と合手」⁸¹で、Gierkeの合手理論に基づいて、その理論を発展させたと解される。彼は、ゲルマン法上の合手の理論的モデルをBGB上の人的組合(Personengesellschaft)に導入し、その法的性質及び責任問題について解釈論を提示した。その理論を集団理論(Die Gruppen Theorie)という。

(1) 集団の概念

Gierkeが合手を集団的単一体(kollektive Einheit)と規定したのに対し、Flumeは、合手を「集団」という用語で新たに概念化した。私法には、相続共同関係、人的組合(民法上組合(GbR)、合名会社(OHG)、合資会社(KG))、夫婦財産共同関係のような共同体を、単なる財産共同関係であるだけでなく、合手としての人的共同体(集団)であると解した⁸²。

この合手集団は、合手者らの人格と分離され別途に存在するものではなく、特定の目的のために結合した合手者らの人的結合体それ自体を意味する。そして、この集団の権利帰属の主体性を主張した⁸³。

(2) 合手と法人の関係

概念的な側面から、合手と法人は超個人的活動体(überindividuelle Wirkungseinheiten)であり、単一体として法的取引に参加し、権利義務の帰属者となる点では同一であると説明した⁸⁴。問題は、人的団体(Personenverband)としての組合と団体人(Verbandsperson)としての法人の関係をどのように区別するかであった。

Flumeは、合手は人的共同体として合手者らと結合して存在しているが、法人は組織それ自体であり、人格体として絶対化(Verabsolutierung)されていると説明した。つまり、合手と法人は、集団(Gruppe)と組織(Organisation)として対比されたのである。また両者は、その内部的・構造的側面から機関、責任規約(Haftungsverfassung)、構成員地位(Mitgliedschaft)、構成員の死亡・脱退による団体の存続の可否によって区別されるとした⁸⁵。

(3) BGB第二草案の合手原理の導入についての評価

Flumeは、全くローマ法的観点として持分的所有(共有 ; Bruchteilseigentum)による組合

⁸¹ Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR136, 1972, S. 177ff.

⁸² Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 1. Bd, Erster Teil: Die Personengesellschaft, Springer, 1977[zit: Personengesellschaft], §§2, 4, 5.

⁸³ Flume, Personengesellschaft, S. 56, 61ff.

⁸⁴ Flume, Personengesellschaft, S. 89.

⁸⁵ Flume, Personengesellschaft, S. 89f.

(societas)であった債務法的関係の第一草案の組合に対して、第二草案の組合に関する合手原理(Gesamthands-prinzip)の導入は、本来的概念を変えた(löste die ursprüngliche Konzeption)と評価しながらも、債務関係で規律している組合に関する基本的な仕組みは、ローマ法的残余物(römisch-rechtliche Relikte)であると指摘した(特にBGB第714・718条)⁸⁶。

II 制定史⁸⁷

現行のBGBは、1874年に始まった第一制定委員会(以下、第一委員会)、1890年に設置された第二制定委員会(以下、第二委員会)などを経て、1900年に施行された。BGBは、日本及び韓国とは異なり、多数の規定を債務関係編(以下、債務編)にある共同関係(Gemeinschaft, 第741条ないし758条)に置いており、物権編上の共有(Miteigentum, 第1008条ないし第1011条)に関する規定は4カ条しかない。すなわち、BGBは数人に共同で財産が属する場合、主に団体の構成員間の債務債権的关系として規律しているといえる。

また、BGBの物権編には、「合有(Gesamthandseigentum)」という用語はなく⁸⁸、共有(Miteigentum)しか存在しない。ただし、組合(Gesellschaft, 第705条ないし第740条)、夫婦共同関係(Gütergemeinschaft, 第1414条以下)、相続共同関係(第2032条以下)の箇所で、合手的拘束(Gesamthänderische Bindung ; 第719条)、合手的共同関係(Gesamthandsgemeinschaft ;

⁸⁶ Flume, Personengesellschaft, S. 73ff.

⁸⁷ 制定史の箇所で参照した資料として、Hrsg. Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuammenstellung der unveröffentlichten Quellen[Recht der Schuldverhältnisse III, §§652 bis 853, de Gruyter, 1983(zit: Beratung, SchuldR), Sachenrecht I, §§854-1017, de Gruyter, 1985(zit: Beratung, SachR), Allgemeiner Teil, 1. Teilband, §§1-240, de Gruyter, 1985(zit: Beratung, AllgeT), Familienrecht I, §§1297-1563, de Gruyter, 1987(zit: Beratung, FamR)], Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs[Sachenrecht Teil 1, de Gruyter, 1982(zit: Vor-SachR), Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, de Gruyter, 1982(zit: Vor-SchuldR)], Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich[2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 1896(zit: Motive, SchuldR), 4. Bd.: Familienrecht, 1888(zit: Motive, FamR)], Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs[1. Bd.: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, 1897(zit: Protokolle I), 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 1898(zit: Protokolle II), Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 1899. 日本の先行研究としては、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)」 「共有物の使用管理に関する規定の制定経過(二・完)」 広島法学22巻4号・23巻1号(1999年)、新田敏「民法254条と区分所有法25条」法研47巻12号(1974年)、同「民法二五四条と区分所有法二五一条—管理規約の特定承継人に対する効力」慶應大学法学研究27巻12号(1974年)、中田英幸「組合財産の法的構造に関する史的考察(1)」駒澤法学16巻2号(2017年)などを参照。

⁸⁸ 参考として、評価法(Bewertungsgesetz ; BewG)第168条[Grundbesitzwert des Betriebs der Land- und Forstwirtschaft ; 農業及び山林業の土地所有価値]第4項ないし第6項で合有(Gesamthandseigentum)の場合について規定している。

第1419条)という表現をしている。つまり、「合有」という概念は、BGB上の明文の規定ではなく、合手的共同関係である組合、夫婦共同関係、相続共同関係の財産の客体が「物」である場合に適用される講学上の共同所有の類型として説明されているものである⁸⁹。

以下では、このようなBGBにおける団体と共同所有について、共有、共同関係、組合財産、権利能力なき社団に関する規定の制定過程を検討する。

1. 共有(Miteigentum)に関する規定

(1) 物権編の部分草案(TE-SachR)⁹⁰-[資料-1]

共有(Miteigentum)については、1880年に物権編の担当委員であるJohowによる部分草案の中で、第210条から第221条までの12カ条の規定が準備されていた。

その内容は、共有の定義(第210条)、同等の持分(第211条)、共有者のための負担の設定(第212条)、持分の処分(第213条)、第三者の持分の取得(第214条)、持分の放棄(第215条)、物権的請求権(第216条、第217条)、共有者間の債務(第218条)、廃止請求権(第219条)、分割排除の制限(第220条)、共同関係規定の適用(第221条)であった。

その後、第一制定委員会⁹¹は、共有者間の内部関係に関する規定を、債務編の共同関係(Gemeinschaft)の規定で解決するように決議し⁹²、同等の持分(第211条)、共有者間の債務(第218条)、廃止請求権(第219条)、分割排除の制限(第220条)に関する規定は債務編の部分草案であるドレスデン草案の共同関係に関する規定を適用し⁹³、第三者の持分の取得(第

⁸⁹ Elke Herrmann, Kernstrukturen des Sachenrechts, Mohr Siebeck, 2013, S. 17.

⁹⁰ TE-SachR: Teilentwurf zum Sachenrecht von Johow(1880).

⁹¹ 1.Kommission: Johow, Kurlbaum, Planck, Weber, v. Mandry, v. Weber(Schriftführer von Liebe), 345. Sitzung vom 8.9. 1884, und 346. Sitzung vom 10. 9. 1884, 347. Sitzung vom 12. 9. 1884, 348. Sitzung vom 15. 9. 1884.

⁹² Schubert, Beratung, SachR, S. 876ff.

⁹³ Schubert, Beratung, SachR, S. 876-903.

214条)⁹⁴、持分の放棄(第215条)に関する規定⁹⁵は所有権一般規定を適用するという理由で削除した。

(2) 第一草案(EI)⁹⁶ -[資料-2]

上記のように物権編の共有に関する規定の大部分を削除し、債務編の共同関係に関する規定を適用するようにした理由は、1)共同で所有する財産の客体を権利まで拡張するため、2)偶然に生ずる共同関係(zufälligen Gemeinschaft)は相互間の拘束によって保護されれば十分であるからであった⁹⁷。

その結果、第一草案の共有に関する規定は、定義及び共同関係の適用に関する第946条、共有者のための負担に関する第947条、持分の処分に関する第948条、共有不動産への負担の設定に関する第949条、第855・856・884・885条の適用⁹⁸に関する第950条、物権的請求権に関する第951条及び登記による同等の持分の推定に関する第827条の7カ条が残された。

(3) 第二草案(EII)⁹⁹ -[資料-3]

第二委員会で、持分の処分、第855・856・884・885条の適用、登記による同等の持分の推定¹⁰⁰に関する規定(第一草案第948、第950、第827条)が削除された。最終的に、定義及び共同関係の適用に関する第920条、共有者のための物の負担に関する第921条、共有者間

⁹⁴ 削除理由として、「今まで、共有に関する一般規定がなかったので、第三者が持分権を取得する虞に対して本条を規定した。特に、持分権の譲渡(Veräußerung von Anteilsrechten)の場合、債権譲渡(Abtretung von Forderungsrechten)の要件が必要である。負担の性質によって、持分の負担が不可能な場合の問題は、各自の物的権利による対応が必要である。したがって、先買権(Vorkaufsrecht)の規定の補充を検討する必要がある」と説明する。Schubert, Beratung, SachR, S. 882-883.

⁹⁵ 所有権の放棄(Dereliktion des Eigentum)に関する規定を適用することになった。Schubert, Beratung, SachR, S. 884.

⁹⁶ EI: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, 1888(zit: EntwurfI). 第一草案の批判については、Gierke, Entwurf; 西村稔『知の社会史』(木鐸社、1987年)168頁以下を参照。

⁹⁷ Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 1, S.1184; 上河内千香子(注87)(一)144頁。

⁹⁸ その内容は、境界樹木、相隣関係、占有喪失による時効中断、時効中断の効果である。

⁹⁹ Schubert, SachR, S. 899ff.

¹⁰⁰ 第827条は、93. Sitzung vom 3. 1. 1893. Vorkommission des Reichsjustizamtesで削除された。Schubert, Beratung, SachR, S. 899.

の合意(共同関係の廃止の排除又は告知期間の定め)の対外的効力に関する第922条¹⁰¹、物権的請求権に関する第923条¹⁰²の4カ条のみが残された。

(4) 小括

共有に関する規定は、全般的に構造的変化が見られる。部分草案第210条から第221条までの12カ条の共有に関する規定が第一草案及び第二草案を経て、所有権に関する一般規定及び債務編の共同関係(Gemeinschaft)に関する規定へ多数編入されたからである。結果的に物権編の共有に関する規定は、共有の定義に関する第1008条、共有者の負担に関する第1009条、共有者の特定承継人及び公示に関する第1010条、共有に基づく物的請求権に関する第1011条の4カ条しか残っていない。

上記の部分草案から第一草案、第二草案及び現行BGBまでの条文及び内容の変化を整理すると、以下のようになる。

[表-2] ドイツ民法制定における物権編上の共有に関する規定の重要な変化

TE-SachR	E I	E II	BGB	Inhalt
§210	§946	§920	§1008	持分による共有
§211	§827	-	-	-
§212	§947	§921	§1009	共有者のための負担
§213	§948/§827	-	-	-
§214	-	-	-	-
§215	-	-	-	-
§216	§951	§923	§1011	共有に基づく請求権
§217	-	-	-	-
§218	§946	-	-	-
§219	-	-	-	-
§220(1)	-	-	-	-

¹⁰¹ 第922条[法律行為の規律(Recht-geschäftliche Regelung)]

¹⁰² 第923条[共有の保護(Schutz des Miteigentums)]

§220(2)	§949	§922	§1010	共有者の特定承継人
§221	§946	-	-	-
-	§950	-	-	-

2. 共同関係(Gemeinschaft)に関する規定

(1) 債務編の部分草案(ドレスデン草案)¹⁰³→[資料-4]

1866年のドレスデン草案は、共同関係について、第850条から第861条までの12カ条を置いていた¹⁰⁴。

その内容として、共同関係の定義及び同等の持分に関する第850条、費用の負担に関する第851条、持分の処分に関する第852条、共同の管理に関する第853条、分割請求権に関する第854条、分割の方法に関する第855条、共同債権の分割に関する第856条、書類の保管に関する第857条、分割における担保責任に関する第858条、残余財産の分割請求権に関する第859条、持分権者間の賠償請求権に関する第860条、境界確定請求権に関する第861条がある。

特に、第850条で、共同関係は「観念的部分(gedachte Teilen)」によると定めた点、第851条第1項で、持分権者の費用の負担について、費用の対象を「客体の保存又は利用に関する費用」と定めた点、同条第2項で、自己の責任によって損害が生じた場合、組合員のような責任を負うと定めた点、第853条第2項で、持分権者一人による管理において、組合に関する規定¹⁰⁵を類推適用するように定めた点、第854条第1項で、共同関係の終了において「分割(Theilung)」請求権を定め、第2項で、分割の制限期間を10年に限定した点、第859条で、分割ができなかった残余財産の再度の分割請求権について規定している点が注目される。

(2) 第一草案→[資料-5]

まず、ドレスデン草案の書類の保管に関する第857条、境界確定請求権に関する第861

¹⁰³ Schubert, SchuldR, S. 233ff.

¹⁰⁴ 債務編の共同関係の起草担当者は、当初はFranz b. Kübelであったが、ドレスデン草案が部分草案で採用された。ドイツ民法典の全体的な制定経緯は、大木雅夫訳・H.シュロツサ著(注9)155頁以下を参照。

¹⁰⁵ 第780・783・785・787・790条を類推適用するように定めている。

条及び残余財産の分割請求権に関する第859条¹⁰⁶は削除された。また、ドレスデン草案で、共同関係は組合に関する規定を適用するように定めていたが(第851条第2項、第853条第2項参照¹⁰⁷)、削除されることになった。第一委員会は、組合は契約によって発生する団体(durch den Gesellschaftsvertrag)として、共同関係は偶然に発生する団体(zufälligen Gemeinschaft)として把握したが、「偶然に(zufälligen)」という単語は不明確であり誤解の余地があるという理由で削除した¹⁰⁸。

第一草案の内容として、定義に関する第762条、持分の処分及び変更に関する第763条、同等の持分に関する第764条、共同の管理に関する第765条、管理費用の負担に関する第766条、廃止請求権に関する第767条、廃止請求権の消滅時効に関する第768条、廃止の方法に関する第769条、持分権者間の債務の履行に関する第770条、分割における担保責任に関する第771条、廃止できない場合の管理請求権に関する第772条、組合規定の適用に関する第773条があった。

特に、第762条で共同関係は「具体的持分(Bruchteilen)」によると定義し、第763条で客体全体の処分だけではなく、その本質的変更(thatsächliche Veränderung)にも共同(持分権者の全員一致)で行うことを定め、第766条では持分権者が客体に対して負担する費用に「管理」を加え、その範囲を拡張した。また、共同関係の終了について、第767条で廃止(Aufhebung)という概念を導入しながら廃止請求の排除の期間を30年に制限し¹⁰⁹、第768条でその請求権は消滅時効にかからないことを定めており、既存の分割(Theilung)請求権は廃止の手続きとして考え、第769条でその方法と定められた。さらに第772条で廃止ができない場合において、共同の客体の管理方法について合意を求める管理請求権¹¹⁰を定めた点も特徴的である。

(3) 第二草案-[資料-6]

第二草案の内容としては、定義に関する第677条、同等の持分に関する第678条、果実持分、使用権限に関する第679条、共同の管理に関する第680条、決議による管理及び利用に関する第681条、特定承継人に対する効力に関する第682条、持分及び共同関係の客体に

¹⁰⁶ 第一草案第768条[廃止請求権の非消滅時効]に吸収されたと思われる。

¹⁰⁷ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 369.

¹⁰⁸ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 366.

¹⁰⁹ ドレスデン草案はその期間を10年と、物権編の部分草案は20年と定めていた。

¹¹⁰ これについて詳しいのは、上河内千香子(注87)(二)82-83頁。

ついでに、第683条、負担及び費用に関する第684条、廃止請求権に関する第685条、死亡における廃止の排除に関する第686条、廃止の排除及び特定承継人に関する第687条、現物分割に関する第688条、売却による分割に関する第689条、共同の債権の売却に関する第690条、連帯債務の弁済に関する第691条、持分権者の債務の弁済に関する第692条、持分権者への分配における担保責任に関する第693条、廃止請求権の消滅時効に関する第694条があった。

特に、第二草案では、第680条で各持分権者は他の持分権者の同意なく、客体の保存に必要な措置を行う権利があると定めた点¹¹¹、第682条で持分権者間の共同関係の客体の管理及び利用に関する合意が特定承継人に対して効力があると定めた点、第687条で廃止の排除に関する合意が特定承継人に対して効力があると定めた点が特徴的である。

(4) 小括

ドレスデン草案と第一草案を比べると、物権編の部分草案(TE-SachR)から移ってきた共有者間の内部関係に関する規定が反映されたという特徴があるが、ドレスデン草案から包括的な内容として存在していなかった条文は少ない。一方、共同関係が「Bruchteil」という具体的持分によって成されることを明確にした点、持分権者の負担の範囲に管理によって発生する費用も含まれた点、共同財産の直接的な分割でなく、共同関係自体の廃止(Aufhebung)という概念が導入された点、組合とは区別する前提の規定を置いた点などが特徴的である。

第一草案と第二草案を比べると、特定承継人に対する効力について定めた点に特徴がある。共同関係の構成員間の合意に対外的・物権的効果を付与する結果として、物権編の共有に関する規定との調和が考慮されたためである¹¹²。これは、現行民法第746条、第751条、第755条、第766条であり、物権編第1010条の規定を通じて共同関係の持分権者間の合

¹¹¹ 第一草案は、第766条[管理費用の負担]3文で、「各持分権者は、保存において必須的な措置のために、予め承諾を付与する義務がある」とし、各持分権者の保存行為について間接的に定めていた。持分権者が共同の客体に対する保存行為について、全員一致又は多数決によって行う必要はないと解された。詳しくは、上河内千香子(注87)(二)83頁参照。

¹¹² 上河内千香子(注87)(二)83頁以下は、「債務法上の合意が特定承継人に効力を有するのは奇異であるが、その効力を認めないと共同関係を継続する合意が、第三者への持分の譲渡によって無実化される可能性及び、廃止の排除の合意について負担として設定することができる」と定めている第一草案949条が考慮され(しかし、第一草案949条は、登記を要する内容はないが、廃止の排除について、負担を設定することができる)と定めている)、認められるようになった。議論の主要な対象は、廃止に関する合意であるが、共同の客体の管理有益に関する合意も同様に扱った」と説明している。また、共有者間の合意と特定承継人への効力に関してBGB制定過程について詳しくは、新田敏(注87)29頁以下を参照。

意が対外的な効力を有するように補充する一方、第三者の保護を図っているのであると考
えられる。

以上のようなドレスデン草案から第一草案、第二草案及びBGB制定までの共同関係
(Gemeinschaft)に関する条文の内容と変化を整理すると、以下のようになる。

[表-3] ドイツ民法制定における債務編上の共同関係に関する規定の重要な変化

Dresd.E	E I	E II	BGB	Inhalt
§850(1)	§762	§677	§741	定義
§850(2)	§764	§678	§742	同等の持分
-	§765(2)	§679	§743	果実持分;使用権限
§853	§765(1)	§680	§744	共同の管理
	§766S3	§681	§745	決議による管理及び利用
-	-	§682	§746	特定承継人に対する効力
§852	§763	§683	§747	持分及び共同関係の客体についての処分
§851	§766	§684	§748	負担及び費用
§854	§767	§685	§749	廃止請求権
-		§686	§750	死亡における廃止の排除
-	-	§687	§751	廃止の排除及び特定承継人
§855	§769	§688	§752	現物分割
	§772	§689	§753	売却による分割
§856	-	§690	§754	共同の債権の売却
-	-	§691	§755	連帯債務の弁済
§860	§770	§692	§756	持分権者の債務の弁済
§858	§771	§693	§757	持分権者への分配における担保責任
§859	§768	§694	§758	廃止請求権の非消滅時効
§857	-	-	-	書類の保管

§861	-	-	-	境界確定請求権
-	§773	-	-	組合規定の適用

3. 組合財産に関する規定

(1) 債務編の部分草案(ドレスデン草案)→[資料-7]

ドレスデン草案は、共同の目的の達成及び出資義務に基づく組合契約(第769条)において、出資された客体を金銭、代替物及び不代替物と区別し、組合員らの共同の所有(gemeinschaftlich Eigentum又はEigentum nach gemeinschaftlich)として定めることができる(第771条)。その出資が物である場合は、共有の譲渡(Uebergang des Miteigentums)によって組合員間の共同の所有となり、債権である場合には他の組合員に出資の意思表示(Beitragserklärung)をしなければならなかった(第772条)。また、疑わしいときには、出資された物は、出資の種類とは関係せず同等の持分によって(gleichen Antheilen)組合員の共同の所有となることであった(第773条)。さらに、組合への加入は他の組合員の承諾(Einwilligung)を必要とし、組合員が自己の持分を第三者に譲渡する場合には、組合契約に基づいた組合員の権利(特に、第790条の検査権)は譲渡されないものと定めていた(第791条)¹¹³。

(2) 第一草案¹¹⁴→[資料-8]

第一草案も、共同の目的の達成及び出資義務に基づく組合契約(第629条)において出資された客体を金銭、代替物及び不代替物に区別したが、その権利は共同による(Rechte nach gemeinschaftlich)ものと推定された(第631条第2項)。ある客体が共同に属するためには、必ず客体の譲渡(Uebertragung des Gegenstandes)に関する規定によって行わなければならなかった(第631条第3項)。また、疑わしいときには、組合員は共同の客体に対して同等の持分(gleiche Antheile)を有すると規定していた(第630条第2項、第631条第4項)。さらに、各組合員は組合契約によって、他の組合員に対して有する債権(Forderungen)を譲渡することができず(第644条)、清算のときまで共同に属する客体への持分を処分しない義務を負い、客体の分割を請求することもできないと定められていた(第645条)。

¹¹³ これは、商法第98条の文言に従う形態であると説明されている。Schubert, Beratung, SchuldR, S. 242.

¹¹⁴ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 233ff.

(3) 第二草案→[資料一9]

第二委員会は、組合に関する規定への合手原理の導入を決め、「組合財産は、組合員に持分(Bruchteil)によって属しない」ことを原則として定めた¹¹⁵。組合員相互間に属する請求権(Anspruch)は、譲渡ができない点(第657条前段)、共同に属する債権を含む客体(組合財産 ; Gesellschaftvermögen)への自己の持分は処分することができない点(第658条第1項前段1文)、分割の請求ができない点(同条1項前段2文)、特に、組合財産に属する債権に対して、その債務者がある組合員の債権で相殺することができない点(同条1項後段)が規定された。また、債務者はその債権が組合財産に属することを認識(Kenntniß)したときに初めて、その帰属(Zugehörigkeit)が自己(債務者)に対して適用され(善意の債務者の保護 ; 第658条第2項)、債権譲渡に関する第349条ないし第351条が準用された。さらに、組合財産への強制執行(Zwangsvollstreckung)は、組合員全員に対して執行可能な債務名義(vollstreckbaren Schuldtitels)に基づいてのみ認められた(第658条第3項)。

(4) 小括

ドレスデン草案と第一草案を比べると、まず、ドレスデン草案は、出資された客体が「物」である場合に「共有の譲渡(Uebergang des Miteigentums)」により組合員の共同の所有(gemeinschaftlich Eigentum)になることを定めていたが、第一草案は、「客体の譲渡」により共同に属するものと規定した(第631条)。つまり、第一草案では債務編にある組合の財産について、物に関する表現を排除し、物及び権利を含む「客体(Gegenstand)」という包括的な概念を使うことになったと考えられる。

また、組合員の持分(Antheil)について、ドレスデン草案は、原則として「部分(Theil)又は持分(Antheil)」を処分することができることを前提に、組合契約に基づいた組合員に属する権利はその持分の処分によって移転しないと定めていたが、第一草案は、他の組合員に対して有する「債権(Forderungen)」を譲渡することができず、清算の際まで共同に属する客体への持分を処分しない義務を負い、客体の分割を請求することもできないと定めていた。つまり、持分(Antheil)の概念について、ドレスデン草案は「成員権としての権利」とは分離されている「資本的意味」の持分であったが、第一草案はその資本的・身分的意味を分離せず、清算の際まで譲渡・処分・分割することができないものとして把握していたと考えられる。

¹¹⁵ Planck, Nr 223, 224; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 292ff.

第一草案と第二草案を比べると、合手原理が導入された点が大きな特徴であるといえる¹¹⁶。まず、第一草案での組合は、共同の目的を追求する純粋な債務法的関係であり、一体としての組合財産は存在しないと解され、各組合員が他の組合員に対して有する債権を譲渡したり、共同に属する客体への自己の持分を処分したり、客体の分割を請求しても債務法上の義務違反の意味しか持ってなかった¹¹⁷。したがって、各組合員は出資の割合による持分(Bruchteil又はTheil)を持って、清算の前にもその持分を処分することが事実上可能であった¹¹⁸。

反面、第二草案では、第一草案では見られなかった組合財産(Gesellschaftvermögen)という概念が登場した¹¹⁹。第二委員会は、組合財産に関する合手原理について「規定の文言において、合手の本質に関する学問的な問題の解決を避けて、その原理自体について可能な限り明確な理解ができるように説明することが問題である」¹²⁰と述べたが、原則として「組合員は組合財産について割合によって分離された持分(Bruchteil)を持たず、組合財産に属する請求権については債務関係の規定を適用しない」と定めた¹²¹。

これは、組合員の持分(Anteil)の意味が、第一草案の共有的・具体的・財産的持分(Bruchteil)とは異なる合手的・包括的・身分的(成員権)意味¹²²の持分(Anteil)として再定立されたものと考えられる。

特に、第二草案の第658条第1項は「ある組合員は、組合の出資及び業務執行による取得によって共同に属する債権を含む客体(組合財産)への自己の持分に関して処分することができない；彼(組合員)は分割を請求する権利もない。組合財産に属する債権に対して彼(組合員)の債務者が各組合員に対して有する債権で相殺することができない。」と規定していた¹²³。第1項1文の前段の持分処分の禁止及び1文の後段の分割請求の禁止に関する内

¹¹⁶ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 297.

¹¹⁷ 中田英幸(注87)72頁。

¹¹⁸ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 289ff.

¹¹⁹ Planckは、第一草案でも組合員の財産とは区別される組合の目的の達成のための組合財産(Gesellschaftvermögen)が登場し、すでにドイツ法的思考から備えた点を主張した。Gottlieb Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP, Bg. 75, 1889, S. 341-342.

¹²⁰ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 294.

¹²¹ Planck, Nr 223, 224; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 292-293.

¹²² Schubert, Beratung, SchuldR, S. 295ff.

¹²³ 中田英幸(注87)72頁以下は、相殺禁止規定について第658条第2項で説明しているが、Schubert, Beratung, S. 296は、第二草案第658条の第1項の内容として述べている。

容は第一草案と大きくは異ならないが、2文で相殺禁止に関する規定が新たに導入された点に特徴的である。

この相殺禁止の意味は、組合員の「持分(Anteil)」の本質が単なる財産的持分(Bruchteil)でなく、団体の構成員としての身分的性質をも有する包括的持分(Anteil)である点にあると考えられる(牽連性の問題)¹²⁴。つまり、合手的拘束による組合財産の持分は、組合員の財産的権利だけでなく、その成員の身分的地位をも含んでいるため、一部組合員の単なる債権者がその債権として相殺することができないのである¹²⁵。

このような第二草案での組合財産への合手原理の導入によって、構成員間の債務法的な効果だけでなく物権的な効果が与えられ、共同に属する客体が独立的に組合財産を形成することによって直接的に組合の目的の達成に用いられることになったと解されている¹²⁶。そして、組合自体が全ての組合財産に対する負担と債務の償還義務を負うことになった。組合財産の個別部分の処分は共同でのみ可能であり、組合財産の部分への強制執行も総組合員に対する執行可能な債務名義に基づいてのみ行うことができるようになった¹²⁷。

一方、組合財産への合手的拘束力を認めた結果、対外的効果が生じるため、第三者の保護に関する規定を定めたと考えられる。これは、組合の債務者に対してその債権が組合財産に属することについて認識(Kenntniß)があった場合に限りその効力があるという点(第658条第2項)、各組合員の持分を差し押さえた債権者に対して組合の告知(Kündigung)を認める点(第663条)¹²⁸などが挙げられる。

¹²⁴ この点について、ドレスデン草案及び第一草案でも組合に関する規定で「持分(Anteil)」という単語が用いられていたが、その本質は「定められた持分(bestimmter Bruchteil)又は部分(Theil)」、つまり組合員の共有(Miteigentum)的持分」の意味であったことが確認できる。なぜなら、この持分(Bruchteil)又は部分(Theil)は各組合員が清算の前にも有効に処分できると解されていたからである。Protokolle I 2961; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 289.

¹²⁵ 組合の解散における債権者の権利とは異なることに注意を要する。

¹²⁶ Mugdan, SchuldR, S. 989; 中田英幸(注87)72頁。

¹²⁷ Mugdan, SchuldR, S. 993-994; 中田英幸(注87)72-74頁。また、その理由として、(1)組合の存在及び内部関係は第三者に認識することができない点、(2)組合財産が組合債権者に対して責任を負う独立性を認められない点、(3)組合財産への執行が債務(特に手形債務)の基礎に組合の債務があることの証明に左右されるというのは実務的な困難を生み出す点、(4)組合債務であることを債務名義において認識可能とすることができない点がある。そもそも組合財産は組合員の全員一致の意思により組合目的以外のことに使用できるのであり、その意思は組合員全員への債務名義によって置き換えられうるから、結論的に、組合財産への強制執行は総組合員の債務名義によるようにすることが決議されたと説明する。

¹²⁸ なお、持分を差し押さえた債権者が組合を告知すると、第二草案第671条第1項により組合が解散するか、当該組合員が組合から脱退した扱いになり、持分の返還がなされる。したがって、債権者は組合財産上の権利のみの返還を受けるのではなく、損失を控除した残額の返

このような組合財産の主要な条文について、ドレスデン草案、第一草案、第二草案を整理すると、以下のようになる。

[表-4] ドイツ民法制定における債務編上の組合財産に関する規定の重要な変化

Dresd.E	E I	E II	BGB	Inhalt
§769	§629	§645	§705	組合契約の内容
§771	§631	—	—	組合の客体
§772	§630	§646	§706	組合員の出資
§773	§631	—	—	同等の持分
§§779ff	§§633ff	§648ff	§§709ff	共同の業務執行
§774	§644	§657	§717	組合員権の非譲渡性
§775	§631(4)	§658(1)	§718	組合財産
§791	§645	§658(1)	§719(1)	持分処分の禁止
—	—	§658(1)	§719(2)	合手的拘束
§794		§658(2)	§720	善意の債務者の保護
§776f	§646f	§659f	§721f	利益及び損失の分配及び持分
§804	§658	§673	§738	脱退における清算

4. 権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine)に関する規定

現行BGBは、法人の節の第54条で「権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine)」に関する規定を置いている。この規定は第一草案では存在せず、第二草案の債務編の第676条で規定され、第3草案で総則編の第51条に置かれた¹²⁹。

第一委員会は、民法上の社団(Verein)に財産能力(Vermögensfähigkeit)を有する法的人格(juristischen Persönlichkeit)を認めるかの議論から始まる¹³⁰。法人についての部分草案(TE-

還を受けることになる。すなわち、組合財産は、まず、組合の債権者への引当てとなるということである。Mugdan, SchuldR, S. 989, 993-994; 中田英幸(注87)72頁。

¹²⁹ Protokolle II 1, 553ff; 2. Bd., S. 452ff; 6. Bd., S. 117, 206, 209. Schubert, Beratung, AllgTR, S. 148.

¹³⁰ Sitzung vom 2. 11. 1879, Schriftführer: Neubauer. Schubert, Beratung AllgTR, S. 153.

JP)第1条は「人的社団(Personenvereine)、営造物(Anstalten)及び財産体(Vermögensbegriffe)は、財産的権利及び義務を有する範囲で能力(Fähigkeit)を有する(法的人格 ; Juristische Persönlichkeit)」と規定していた¹³¹。

当時は団体に自然人のもつような財産能力(Vermögensfähigkeit)を付与するために、法的人格(juristischen Persönlichkeit)の認定の必要性が論じられた¹³²。その中で、準備委員会(Vorkommission des Reichsjustizamtes)は、第一草案第41条¹³³を「社団の財産能力の取得及び喪失は、やむを得ない、特別に国法による帝国法律の規定で定める」とした¹³⁴。

また、第57a条では「慈善(wohlthätige)、社交(gesellige)、宗教(religiöse)、学術(wissenschaftliche)、芸術(künstlerische)又はその他の理想的目的(andere ideale Zwecke)を追求する社団(Vereine)は、第57b条ないし第57z条の特別規定による」¹³⁵と定め、第57b条で、「その財産能力を取得するためには、社団登録簿(Vereinsregister)に登録しなければならない」と定めた¹³⁶。

その結果、自然に登録されていない社団が発生し、その社団の管理を譲渡された理事(Vorstande)が対外的に社団を代表するため、社団の構成員は個人的に連帯債務者としての責任があること、法的紛争がある場合には社団の構成員が同等な訴訟能力を有すること、その他の場合については組合に関する規定を適用することを決めることになった¹³⁷。

この準備委員会の第57a条及び第二草案第676条の規定については多様な議論¹³⁸があった

¹³¹ TE-JP§1 「Personenvereine, Anstalten und Vermögensbegriffe können die Fähigkeit besitzen, auf dem Gebiete des Vermögensrechts Rechte und Verbindlichkeiten zu haben. (Juristische Persönlichkeit.)」 Sitzung vom 2. 1. 1884, Schriftführer: Neubauer. Protokolle I 3087; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 154.

¹³² Schubert, Beratung, AllgTR, S. 154ff. 財産能力(Vermögensfähigkeit)と権利能力(Rechtsfähigkeit)を同一視する表現は、第二委員会の序盤まで見られる(64. Sitzung vom 30. 11. 1891. §19.)が、漸く権利能力として整理された。Plank, Nr. 125. Schubert, Beratung, AllgTR, S. 254, 261.

¹³³ 第一草案第41条は、「人的社団及び財団は、その自体の独自の財産権及び財産義務を有する限り、その能力を有することができる(法的人格) : Personenvereine und Stiftungen können die Fähigkeit haben, als solche selbständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben(juristische Persönlichkeit).」と規定していた。Schubert, Beratung, AllgTR, S. 202.

¹³⁴ 原文は、「Der Erwerb und der Verlust der Vermögensfähigkeit eines Vereines bestimmen sich in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Landesgesetzen.」である。結局、この規定は、社団の権利能力の取得について、Konzessionssystemによるようになった。現行BGB第21条、第22条参照。

¹³⁵ 原文は、「Für Vereine, welche wohlthätige, gesellige, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische oder andere ideale Zwecke verfolgen, gelten die besonderen Vorschriften der §§57b bis 57z.」である。Gebhard, Nr. 69; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 229.

¹³⁶ Börner, Nr 68, Gebhard, Nr. 69, Achilles, Nr 71; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 221ff.

¹³⁷ Forsetzung des Antrages Nr. 71. Struckmann Nr. 72; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 235-236.

¹³⁸ Plank, Nr. 125, Jacubezky, Nr. 126; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 291ff.

¹³⁹が、特に第二委員会で、権利能力なき社団に組合に関する規定を適用する理由として、第一に、社団法人の自由設立主義の採用を否定すべきである点¹⁴⁰、第二に、実際に権利能力なき社団に組合に関する規定が合わない場合があるとしても社団の定款又は合意によって解決することができる点¹⁴¹が挙げられた。

しかし、組合に関する規定を「準用(entsprechende Anwendung)」ではなく「適用(Anwendung)」としたのは、前者の場合に組合規定が権利能力なき社団の目的に合致したときのみ適用され組合の強行規定が無視されると、不確実性が増加し事実上自由設立主義を許すのと同様の結果となってしまう、これを避けるためであった¹⁴²ことに注意を要する。

つまり、BGBは、法政策的に権利能力なき社団が法律関係において不完全な主体として組合法理によるようにしたことで、逆に、法人格の取得への誘引を発生させることを目的としたと解されている¹⁴³。

最後に、第二草案の改正のための委員会で¹⁴⁴権利能力なき社団に関する第676条を法人の章の第48条(EII rev第51条)に移動させることになった。その内容は、「権利能力を有しない社団については組合に関する規定を適用する。社団の名前で第三者に対して行った法律行為については行為者が個人的に責任を負い、多数が行った場合は連帯債務者として責任を負う」であった¹⁴⁵。

III 小括

まず、学説史において、団体の所有について、「社団」の財産はその「単独所有」に、「共同」、「組合」の財産はその各構成員の「共有」に画一的に置換して解されていた従来

¹³⁹ 準備委員会は、第659a条として「Auf Vereine, die Rechtsfähigkeit nicht erlangt haben, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Mitglieder des Vorstandes eines solchen Vereinshaften aus einem von ihnen im Namen des Vereins vorgenommenen Rechtsgeschäfte, unbeschadet der Haftung der Vereinsmitglieder, persönlich als Gesamtschuldner.」と提案した。139. Sitzung, Protokolle II 2, 457, Struckmann, Nr. 211, 26; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 303.

¹⁴⁰ Schubert, Beratung, AllgTR, S. 360ff.

¹⁴¹ Schubert, Beratung, AllgTR, S. 303.

¹⁴² Protokolle II 6, 1899, S. 206ff; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 329-330.

¹⁴³ Schubert, Beratung, AllgTR, S. 360ff.

¹⁴⁴ 410. Sitzung. Protokolle II 6, 114; Schubert, Beratung, AllgTR, S. 327ff.

¹⁴⁵ 原文は、「Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.」である。Schubert, Beratung, AllgTR, S. 331, 335.

の学説に対して、BeselerとGierkeの「団体(Genossenschaft)」及び「総所有(Gesamteigentum)」に関する理論は、団体と共同所有に関する新たな展開であると解される¹⁴⁶。

特に、Gierkeは、Beselerの団体論に基づいて、社団体(Körperschaft)と人法的共同体(personrechtlich Gemeinschaft)を区別し、ゲルマン法的共同所有の総称であった「総所有(Gesamteigentum)」から、「合手(Gesamthand)」の原理を分離させた。Gierkeの初期の著作¹⁴⁷で、合手はゲルマン的総所有の一つの法原理で、法制度ではなかったと説明していた点に注意しなければならない。以後のBGB制定第二委員会で組合及び相続共同関係に関する規定に合手の原理が導入されたことによって、一つの法制度として承認されたと考えられる。そして、BGB施行以後のGierkeの著作である『ドイツ私法—物権法』¹⁴⁸、「権利能力なき社団」¹⁴⁹で具体化された。

また、権利能力なき社団という概念とは相衝される概念である社団体(Körperschaft)については、BGBが法人制度を採択し社団(Verein)という概念を用いているため¹⁵⁰、その問題点を指摘しながら¹⁵¹組合との差異を詳しく説明することが確認できる。これはBGB施行以後には、一応妥協点を見つけようとしたと考えられる。そして、総所有(Gesamteigentum)という概念は、BGBの法人制度の採択とともに、国家によって法人格が認められなかった社団は権利能力なき社団として組合のような合手的拘束を受けるように設計したため、自然にBGBの中で登場しなかったと考えられる¹⁵²。

Gierkeは、実存する団体が人格を有するためには法的承認が必要であるが、その承認

¹⁴⁶ Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Holzendorff-Kohler, Enzyklopedie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., 1913, S. 175-302; 石尾賢二訳『ドイツ私法概論』(三一書房、1990年)142頁以下を参照。

¹⁴⁷ Gierke, Genossenschaftstheorie(1887) S. 342; DPR1(1895), S.669.

¹⁴⁸ Gierke, DPR2(1905), S.380ff.

¹⁴⁹ Gierke, Verein ohne Rechtsfähigkeit(1900).

¹⁵⁰ BGBが法人制度を取ったのは、法人格が認められる団体にその単独所有を許し、法人格が認められない団体には「権利能力なき社団」という名称を付与し、その財産関係は組合の規定(合手的拘束)によるように意図したからである。

¹⁵¹ 一方、Gierkeが主張した団体人の概念は、法的人格を得る方法が広範囲(実定法、慣習法を含む)であったので、基本的に社団体(Körperschaft)を成す団体は、当然に権利能力を有するものであり、その所有形態は、総所有(Gesamteigentum)であった。Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1997[zit: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht], S. 197.

¹⁵² そして、法人設立において許可主義をとった日本と韓国の民法は、自然的に法人でない社団の財産関係に関する空白について、このGesamteigentumの概念を研究し導入しようとしたのではないかと考えられる。

は、国家の恣意(*Staatswillkür*)によるのではなく、法規(*Rechtssatz*)によって行われるので、より広い範囲であると述べた。このことから、Gierkeが法人設立については自由主義を取ったと解される¹⁵³。この点について、K. Schmidtは、「Gierkeは、団体が実定法だけではなく慣習法によっても法的人格を取得できるとしたのは、団体を統制しようとした立法者の権限範囲を狭く解釈するためであった。また、慣習法によっても法形成(*Rechtsfortbildung*)ができるような土台を設けた。」と評価する¹⁵⁴。

このようなBeselerとGierkeの理論は、当時のドイツでは支配的な見解ではなかったと解されている¹⁵⁵。しかし、法人の本質がまだ定立していなかった当時の時代的背景を考慮してみると、現代社会において当然に認めなければならない団体の実在性、各種の能力(取引、不法行為、登記、訴訟能力など)及び多様な団体の共同所有による構成員の所有権能の制限について解釈の基礎を備えた点については、非常に重要な意義があると言える¹⁵⁶。

このようなGierkeの理論は、1960年代のFlumeの集団理論(*Gruppentheorie*)によって再登場した。集団理論は組合自体に独自性(*Verselbständigung*)を認め、合手的共同体(*Gesamthandsgemeinschaft*)の権利主体性を主張した。これは、ドイツ私法学で大きく議論され、会社法学では合手原理が適用される合名会社(OHG)の権利能力を認めているドイツ商法第124条第1項の説明のために、この集団理論が通説的地位になった¹⁵⁷。

一方、民法学では財産法的に解する多数性理論(*Vielheitstheorie*)に基づいて、BGB第714条(代理権の推定)及び第718条第1項(構成員への帰属)に合わない点を指摘しながらも、集

¹⁵³ この点について、Gierkeは、団体人格付与システム(*Konzessionssystem*)において司法審査から自由な裁量行為である許可(*Genehmigung*)ではなく、承認(*Anerkennung*)という用語を用いた。「*Genehmigung*」の意味については、Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Bd., zweiter Teil: Die juristische Person, Springer, 1983, S. 135.

¹⁵⁴ K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, S. 203ff. BGB委員会も、権利能力なき社団と組合の性質が異なることは認識していたが、法人制度を取る以上、法人格を付与されていない団体の単独所有を認めることは許せないという立場であった。

¹⁵⁵ Gierkeの合手理論は、「権利が多数人に共同で属するとする一方、一体として集団的単一体に属するとするのは矛盾である」と批判されたという。岡田康夫(注11)70頁。

¹⁵⁶ GierkeがBGB制定委員に採用できなかった経緯についての詳細は、西村稔(注96)179-182頁を参照。

¹⁵⁷ Uwe Hüffer, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., C.H. Beck, 1996, S. 46ff, Peter Ulmer, *Die Gesamthandsgesellschaft-ein noch immer unbekanntes Wesen?*, AcP. 198, 1998, S. 115f.

団理論は歓迎されなかったが¹⁵⁸、Ulmer¹⁵⁹、K. Schmidt¹⁶⁰などの見解及び2001年BGHZ判決によって、現在では通説的地位になったと解される¹⁶¹。

BGBの制定史において、BGB制定第一委員会の物権編の担当者であるJohowの部分草案を見ると、当初は物権編の共有(Miteigentum)の箇所で、第210条から第221条までの12カ条で共有関係の全般について定めていたが、何度かの会議を経て、債務編の共同関係(Gemeinschaft)の規定を適用することになった。一方、部分草案から第一草案までの組合、相続共同関係に関する規定には、共同関係(Gemeinschaft)に適用されている原則が置かれており、共同関係の規定を適用又は準用する規定が多かった。まだ法人制度及び法人格国家付与主義が確立されなかったため、権利能力なき社団に関する規定は存在しなかった。

第一草案の公表の以降、ドイツ固有の共同所有の原理が全く排除されたという強力な批判が行われ¹⁶²、第二委員会では共同関係の規定を基本的な団体の形態で維持しながらも、組合、相続共同関係の財産についてはゲルマン的原理である「合手」が導入されることになった¹⁶³。ただし、このような合手の原理は、物権上の一般概念たる「合有」として規定されたのではなく、各団体に関する規定の中でこの拘束力を定める方式で導入されたにもかかわらず、物的効力が与えられたと解されていた点に注意する必要がある。

要するに、第一草案までは、ローマ法的概念である持分による共同関係(Gemeinschaft nach Bruchteilen)を原則として規律し、夫婦財産共同関係においてのみ例外的に一方的な処分の禁止規定を置いていた。組合も、相続共同関係も、発生原因以外には単なる共同関係と異ならないと解された。第二草案では、第一草案と大きな方針は変わらず、組合(Gesellschaft)、相続共同関係(Erbengemeinschaft)の財産に対して合手原理が導入された。この第二草案の規定は、若干の変更を加えて1900年に現行民法典として施行された。

¹⁵⁸ Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 2. Bd., 12. Aufl., C.H. Beck, 1981, S. 392ff, Wolfgang Zöllner, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 563ff.

¹⁵⁹ Peter Ulmer, MünchKommBGB, Band. 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Auf, 1997, S. 130ff.

¹⁶⁰ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 203ff.

¹⁶¹ Madeleine Tolani, Teilrechtsfähigkeit von Personenvereinigungen, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, S. 29f.

¹⁶² 平田公夫「十九世紀後半のドイツ社会と民法典」『近代ヨーロッパ法社会史』(ミネルヴァ書房、1987年)284頁以下参照。

¹⁶³ Schubert, Beratung, SchulDR, S. 292-297.

第三節 日本における共同所有の史的展開

日本における共同所有に関する史的展開の特徴としては、第一に、制定過程においてドイツ民法の第一草案及び第二草案のような熾烈な議論はなかった点¹⁶⁴、第二に、制定以後の学説によって総有、合有の類型が発展してきたが、その二類型は現行民法典に反映されていない点、第三に、1930年代に制定された満州民法典に短くともその姿が現れた点などが挙げられる。

この特徴を考慮してまず、旧民法及び明治26年の改正に現れた共同所有に関する制定史を検討し、その後から議論された共同所有に関する学説史の流れ、その学問的成果として解される満州民法への反映までの過程を時系列順に検討する。

I 制定史

1. 旧民法¹⁶⁵→[資料-10]

明治23年(1890年3月27日)に公布された旧民法は、共有に関する規定を財産編所有権の章第37条ないし第40条に置いた¹⁶⁶。共有は、対外的関係において通常の所有権と同様の性格を有するが、共有者間の対内的関係においては所有権とは異なる部分があるため、そのような対内的関係を規律するために別途の規定が置かれたと解される¹⁶⁷。

このような共有が成立する主な場合として、第一に、共同相続、第二に、組合を設立せずに数人が共同して一個の物を購入した場合、第三に、組合の解散後にもその財産が残っている場合が挙げられていた¹⁶⁸。共同相続人間の共有、夫婦間の共有及び、組合員間の共有については、第38条ないし第40条の規定が適用されるとともに、それぞれの共有について特別に定められた規定が適用されると解された¹⁶⁹。このような理解は、旧民法において共有に関する規定がすでに通則的規定として理解されていたことを示す¹⁷⁰。

組合については、財産取得編第六章で、「会社」として定義され、第115条ないし第149

¹⁶⁴ 平井一雄＝水本浩編『日本民法学史・通史』(信山社、1997年)212頁。

¹⁶⁵ 前田達明編(注2)942頁以下参照。

¹⁶⁶ 旧民法は、明治23年(1890年)に2回公布されたが、その公布の前に22年(1889年)頃から法典反対の気運が形成され始まった。詳しくは、前田達明編(注2)1116頁を参照。

¹⁶⁷ 山田誠一「共有者間の法律関係(二)」法学協会雑誌102巻1号(1985年)119頁。

¹⁶⁸ Boissonade, op. cit., n°68, p. 95; 山田誠一(注167)119頁。

¹⁶⁹ Boissonade, op. cit., n°71, p. 100; 山田誠一(注167)120頁。

¹⁷⁰ 山田誠一(注167)120頁。

条の規定を置いていた。特に、会社の財産は共有に属するという規定は存在しなかったが、会社財産の債務者の相殺ができること¹⁷¹、会社財産の保存に必要な費用を自己の割合に応じて負担すること¹⁷²、各社員が自己の持分を第三者に質入及び譲渡できること(ただし、会社に対して対抗することはできない)¹⁷³などが財産の帰属に関する内容として含まれていた。

また、財産取得偏第409条ないし第421条は、包括遺贈及び遺贈の不分財産の分割について定めていた。

さらに、財産編第249条ないし第257条では、境界線上の建築物について「互有」という名称を使う、共同所有の一種類とみられる規定を置いていた。これは、フランス法上の規定に従ったものであったが、明治29年の民法修正の審議の際、ほとんどの内容が共有と重複しており、独立な規定を置く必要がないという理由で削除された¹⁷⁴。

入会権に関する規定は、旧民法の中では存在しなかったと解される¹⁷⁵が、ボアソナード講義に関する記録¹⁷⁶を参照されたい。

共同所有に関する部分として、第三章「財産ト之ヲ所有スル者トノ管係」第537条について「(其第二項ニ私ノ所有ニ属セサル財産ハ云々)トノミ有リテ其何人ニ属スルヲ明示

¹⁷¹ 第二百二十九条第1項 第三者カ会社ト業務担当社員ノ一人トニ対シテ同性質ノ債務ヲ負担シタルトキ其第三者カ二箇ノ債務ヲ消滅セシムルニ足ラサル金銭又ハ有価物ヲ此社員ニ弁済スルニ於テハ其社員ハ会社ノ債権額ト自己ノ債権額トノ割合ニ応スルニ非サレハ自己ノ債権ノ弁済ニ之ヲ充当スルコトヲ得ス

¹⁷² 第三百三十三条 各社員ハ会社資本中ニ於テ使用スルコトヲ得ル金額ナキトキハ会社ノ所属物ニ関スル必要及ヒ保持ノ費用ヲ自己ノ権利ノ割合ニ応シテ分担スル責ニ任ス

¹⁷³ 第四百二十二条 各社員ハ自己ノ持分ニ第三者ヲ組合サシムルコトヲ得又其持分ヲ質入シ又ハ之ヲ譲渡スコトヲ得然レトモ此等ノ行為ハ之ヲ以テ会社ニ対抗スルコトヲ得ス

¹⁷⁴ 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛「<史料>共有法(一)」民商法雑誌105巻1号(1991年)127頁。

¹⁷⁵ 中村忠「入会権と入会慣習」高崎経済大学論集45巻4号(2003年)82-83頁は、「旧民法(ボアソナード民法)においては、規定そのものが存在せずそれが編纂委員の一人であるフランス法学者・富井政章の危惧するところでもあった。かつ又それが旧民法典延期派の延期理由の一つともなっていた等が理由として挙げられていた」と説明する。

¹⁷⁶ Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, tome 1(Des droits réels)² éd., 1882, pp.75-76; 司法省『再閣修正民法草案註釈(第二編)物権編全』59・118-126頁。

セスト雖モ此種ノ財産タル即チ政府ノ私有若クハ公領又は或ハ邑ニ属スル者タルを知ル可シ而テ之ニ管スル規則ハ政法ニ制定セリ」と解していた¹⁷⁷。これは、財産が何人に属する場合に関する一般的規定を定めるべきであることを説明していると考えられる。

また、第542条に関する部分で、「本条ニ曰ク(邑ノ財産トハ一邑若クハ数邑ノ住民相共ニ之を所有ト為シ又ハ其産物ヲ所得ト為ス財産ヲ云々)と是亦失當ノ行文有リ、如何トナレハ邑ノ財産ト解す可キ物は即チ其邑ノ所有ナルヲ以テ敢テ其邑ノ住民ニ属スルニ非ス、其住民ハ單其邑ノ財産ヨリ生スル所ノ利益ヲ相共ニ所得ト為スノル權有ノミナル事ハ理ノ當ニ然ル可キ所多辯ヲ要セスシテ明カナレハナリ(中略)」と解していた¹⁷⁸。これは、ドイツの地域自治団体(Gemeinde)のような地域自治団体の所有に関する規定であると考えられるが、ボアソナードが本規定に対して批判的な態度を採っていたのが現れている。

2. 明治29年の民法修正¹⁷⁹

旧民法の公布以後、施行延期派による様々な反対議論があり、政府は、明治26年(1893年)に民法典の修正のために法典調査会を設置し、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎の3人を基礎委員として民法修正を始めた¹⁸⁰。

修正民法の重要な基礎方針として、ローマ式編纂(Institutionenmethode)を廃止し、ドイツ式編纂方法(Pandektenmethode)を採用し、ザックセン民法(1863年制定)の編式に従うようになった。ザックセン式編式とは、「総則、債権、物権、親族、相続」の配列であるBGBのバイエルン方式とは異なり、「総則、物権、債権、親族、相続」の配列を採る編式を意味する。

理論的には、第1編総則編の後に、財産移動関係を規律する債権編を配置し、その後には財産所属関係を規律する物権編を置くべきであると解され、法典調査会では、バイエルン方式が有力であった。

しかし、債権編の規定の中で重要な部分が契約に属するものであり、契約規定の中には所有権その他の各種の物権に関する部分が多いため、債権法の前に物権編を置く方法が債権規定の理解のために便利であるという理由で、ザックセン式の配列方法が採用された

¹⁷⁷ ボアソナード『仏国民法財産篇講義』(博聞社、1880年)27頁。

¹⁷⁸ ボアソナード(注177)29-30頁。

¹⁷⁹ 明治29年4月27日・明治31年6月21日法律第89号第9・11号。以下の民法修正案及び理由書は、主に<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/reason/>から認容した。

¹⁸⁰ 前田達明編(注2)1116-1117頁。

181。

このような編纂方法を採った修正民法において、共有に関する規定は、物権編「共有」節に位置づけられ、組合(会社)に関する規定は債権編に位置づけられた。共同相続に関する規定は相続編に、夫婦に関する規定は親族編に置かれることになった。権利能力なき社団に関する規定は民法典の中で置かれなかった。

共有に関する規定は、旧民法と同様に、所有権の一場合として、所有権の章の共有の節に置くことが決まった¹⁸²。富井委員は、「旧民法は共有について、所有権のところ(旧民法財産編第37条ないし第40条)で規定している。なお、このほかに、旧民法財産取得編の「贈与及び遺贈」と題する第十四章の第五節「包括ノ贈与又ハ遺贈ニ基ク不分財産ノ分割」というところに、分割についての規定(第409条ないし第421条)がある。これらの規定は、包括の贈与及び遺贈の場合における規則であって、その適用範囲が狭くなっているが、やはり共有に関する規則であることに違いはない。本案を起草するにあたって最も参考にした部分である。もっとも、所有権のところにも分割についての原則が旧民法財産編第39条に書かれているが、細かなことは旧民法財産取得編の中で規定されている。本案では、共有に関する通則はすでに所有権の章に上げることにして、別段の規定のない限り、他の場合に適用すべきこととするのが最も至当であると考えた。故に、ここに明文を要する共有の規定を網羅して置いた」と説明した¹⁸³。そして、旧民法で多少散らばっていた共有に関する規定を集め、第二編物権の第三章所有権の第三節で「共有」に関する一般規定として定めた。

当時のフランス民法には、共有に関する一般規定は存在せず、共同相続財産及び夫婦共同財産などに類似する規定があったのみであったことに注意したい¹⁸⁴。また、ドイツ民法第一草案第769条以下及び第二草案第679条以下、プロイセン一般ラント法などが参照条

¹⁸¹ 当時最も進歩的な法理でいわれたドイツ民法第一草案(1888年)、同第二草案(1895年)をはじめ、プロイセン一般ラント法(1791年)、ザクセン民法(1863年)、オーストリア民法(1811年)、オランダ民法(1829年)、イタリア民法(1865年)、ポルトガル民法(1867年)、スイス債務法(1881年)、スペイン民法(1899年)、ベルギー民法及び同草案(1885年)など近代的法理法制が広く参照された。前田達明編(注2)1118頁。

¹⁸² 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注174)127頁。

¹⁸³ 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注174)127頁。

¹⁸⁴ これは、共有に関する理由部分に現れている。

文として考慮されたと述べている¹⁸⁵。

組合については、第667条で、「会社財産は各社員の共有に属する」¹⁸⁶と定め、第675条で「会社財産に対する持分の処分は、会社及び第三者に対抗できず、清算前に会社財産の分割請求はできない」¹⁸⁷という規定を置いた。

しかし、注目したいのは、ドイツ民法が第二草案で合手原理を採択した後から生じた相殺禁止に関する規定と類似する規定として、第676条で「会社の債務者の社員に対する債権で相殺することができない」と¹⁸⁸定めた点である。

ここで使われた「会社」という用語は、「組合」と同意語として解され、衆議院で「組

¹⁸⁵ 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注174)137頁以下を参照。

¹⁸⁶ 現行民法第668条にあたる修正案第667条。その理由として「本条ハ既成法典ト同一ノ主義ニ出ツ外国ノ法典モ亦多クハ共有主義ヲ採レリ蓋シ共有主義ハ能ク当事者ノ意思ニ適スルヲ以テナリ独乙民法草案及ヒ瑞士債務法ニ於テハ会社ノ解散ニ際シ各社員ノ出資ヲ現物ニテ返還ス可キモノトセリ此規定タルヤ一見公平ナルカ如シト雖モ会社財産カ総社員ノ出資ヲ返還スルニ足ラサル場合ニ於テハ頗ル不公平ナル結果ヲ生スルモノト云フ可シ此ノ如ク会社財産ヲ以テ総社員ノ出資ヲ返還スルコト能ハサル場合ニ於テハ出資ノ割合ニ応シ金銭ヲ以テ出資ノ返還ヲ為ストスルヲ以テ最モ当ヲ得タルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ会社財産ハ社員ノ共有ニ属スルモノトシ持分ニ応シテ之ヲ分割スルコト反テ便利ナリト謂ハサル可カラズ但此規定タル一ノ任意的規定ニ過キス固ヨリ特約ヲ以テ別段ノ定ヲ為スコトヲ得ヘク從テ實際当事者ノ不便ヲ来ス事ナカル可シ加之共有物ヲ分割スル方法ハ当事者ノ自由ニ定ムルコトヲ得ルモノナルカ故ニ現物ノ存スルトキハ通常現物ヲ返還スルニ至ル可キナリ」と説明した。

¹⁸⁷ 現行民法第676条にあたる修正案第675条。その理由として、「本条ハ¹⁸⁷財産取得編第四百十二条ノ規定ヲ採用シタルモノナリ同条末文ハ之ヲ置クノ必要ナキヲ以テ削除セリ又本条第二項ハ共有ノ通則ニ反スルカ故ニ之ヲ置クノ必要アリ会社ノ性質上固ヨリ此ノ如クナラサルヘカラサルコトハ敢テ説明ヲ俟タサルナリ」と説明した。

¹⁸⁸ 現行民法第677条にあたる修正案第676条。その理由として、「民事会社ハ法人ニ非サルヲ以テ会社ノ債務者ハ其債務ト社員ニ対スル債権ト相殺スルコトヲ得ルモノト謂ハサル可カラズ然レトモ若シ果シテ此ノ如クンハ会社ノ共同事業ヲ妨クルニ至ルヘキヲ以テ独乙民法第二読草案ニ倣ヒテ本条ノ規定ヲ設ケタリ」と説明した。

合」と改められた¹⁸⁹。明治29年の民法修正の修正理由によると、組合財産の帰属形態については、既成法典と同一の共有主義を採り(ドイツ民法草案及びスイス債務法参照)、相殺禁止に関する規定については、BGB第二草案に倣ったと説明されている。

一方、境界線上の建築物(第229条、第257条)及び共有の性質を有する入会権(第263条)に関する規定が定められた。これらには慣習が優先的に適用されるようになった¹⁹⁰。

II 学説史

日本民法学においては、第1次大戦後から、概念法学的ドイツ民法学一辺倒から離脱する現象が生じ、末弘巖太郎を中心に法社会学的接近として、土俗的なゲルマン法に対する研究が行われた。それは、個人と法人の単独所有以外の概念である「総有」に関するものであった¹⁹¹。日本の共同所有に関する議論は、総有の概念を中心に、1910年代から始まり、Gierke理論に関する研究の他に、日本固有の入会権に関する研究にまで発展することになる。

1. 末弘巖太郎

末弘巖太郎は、当初は組合財産についてドイツ民法に倣った解釈をする見解を批判し、組合財産は、特殊な共有に属すると説明した¹⁹²。しかしその後、共同所有には通常の「共有」以外にも「同有(連有、総有、合有)」があると区別し、「共有とは、一個の物の上に二個以上の完全なる所有権は成立しえない。しかし、たとえ数個の所有権を成立せしめても、もしも其等の所有権が互に相節制して其内容が分量的に制限せられ、その結果権能の総和が実質上の一個の所有権の内容に相当するように工夫出来るならば、一個の物の上に数個の所有権を認めることは決して不可能でない。共有は即ち此法理に基づいて認められた制度である。」とし、「同有とは、共有者の各自は独立して各別の所有権を有することなく、数人が結合し一体として其物を所有スル場合であり、此場合には各権利者は上記の共

¹⁸⁹ 広中俊雄編『第9回帝国議会の民法審議』(有斐閣、1986年)60・84頁、福地俊雄執筆・鈴木祿彌編『新版注釈民法(17)-債権(8)』(有斐閣、1993年)2頁。

¹⁹⁰ 入会権にも様々な種類があり、性質も異なるがこれを概括すれば、共有権、役権の2種であると解された。梅謙次郎『民法要義(卷之二)物権編』(有斐閣、1896年)221頁。

¹⁹¹ 平井一雄＝水本浩編(注164)212頁。

¹⁹² 末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣、1918年)827頁以下。

有の場合の如く、目的物について各自独立の所有権—即ち持分—を有することなく、而も前権利者は別に法人を成すことなく唯一体として不分割的に物を所有する。」と説明しながら、民法第263条の「共有の性質をもつ入会権」がまさにこの同有にあたる¹⁹³。

2. 平野義太郎

平野義太郎は、ドイツのGierkeの理論に基づいて、日本民法への適用を試みた¹⁹⁴。まず、団体的所有権(gemeinschaftliches Eigentum)について、共有及び法人の単独所有と対比される総有(Gesamteigentum)と、合手的所有権共同(Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand)を区別し、後者を「連有」と称した¹⁹⁵。この二つの概念の共通点について「一の物に対する所有権が法律上或る結合関係に立つ多数者に共同的に帰属し多数者は常に身分権を伴う連帯秩序に連繫拘束せしめられている点である。されば此の場合に於ける所有権の内容は、単独所有権に見ることの出来ぬ二箇の権能、即ち一は物に対する共同支配の、個別にするをえない統一的範囲と、他は多数の持分に分かれた個別的支配とを形成する。」と説明した¹⁹⁶。

また、日本民法における組合財産の共有について、「共有の原因を審究すれば、凡て組合財産に対する権利は組合員たる資格に於て取得される。此の身分を取得すると共に組合財産に対する権利を取得し、しかも之を以て足りるので、普通共有の場合に於けるやうな共有者各自に付き法律行為其他の権利取得の原因を必要としない。同様に、権利喪失の場

¹⁹³ 末弘巖太郎『物権法(上)』(有斐閣、1921年)670頁以下。

¹⁹⁴ 平野義太郎(注19)165頁以下。平井一雄＝水本浩編(注164)213頁は、これについて「「ローマ法及びゲルマン法の思想と我民法」、「継続的債権契約の特質と賃貸借及び雇傭」、「売買に於ける危険負担の原則に就て」「ゲルマン法に於ける団体及び総有の観念」の4編から構成されている力作である。全編の基本的趣旨は、家族法を除く民法全般にわたる諸制度にわたって、もっぱらドイツ民法第一草案に対するギールケの批判について撰取・依拠しつつ、個人的・都市的ローマ法理に対するゲルマン法理を対比して論述し、加えて、最もドイツ民法第一草案を参考にして制定された明治民法に対してその欠陥を摘出し批判するという内容となっている。平野は、この中で、「権利の濫用」を明言しての権利の制限に関する論述、団体法に関する分野でのGierkeやSohm等の「総有」や「ゲノッセンシャフト (Genossenschaft)」に関する論述(付随してわが国の「入会」にも言及)、一時的契約中心の民法の構成の批判としての賃貸借・雇傭・信用などの継続的債権関係の特質に関する論述、売買における「危険負担債権者主義」の根拠に関する論述などの諸点において、少なからざる反響を当時の民法学界に与えた。要するに、このような研究が、反響を与えたのは、ゲルマン思想だけでなくその法理を日本の実定法学の解釈理論としても捉えた点に迫力を持つものがあったからだといえよう。」と評価する。

¹⁹⁵ 平野義太郎(注19)171頁以下。

¹⁹⁶ 平野義太郎(注19)171-172頁。

合に於ても、組合に於ては、組合より脱退すればそれだけで組合財産に対する権利は消滅するに反し、普通共有に於ては、各共有者に於て権利の放棄其の他の原因を必要とする。」と説明し、組合財産は共有とは全く異なる点を指摘した¹⁹⁷。

3. 石田文次郎¹⁹⁸

石田文次郎は、Gierkeのゲルマン社会における団体及びその共同所有の形態を分析し¹⁹⁹、当時の日本社会に存在していた入会団体への適用を試みた²⁰⁰。

まず、入会団体に関する研究を通じて、入会権の法的性質を明確にしたことに重点を置くのではなく、その内容を総有という形態で明確にし、入会権の存在を保護して、その制度を維持することに意義があると説明しながら、入会権と総有との関係について集中的に論証した²⁰¹。このような「総有」の本質は、「所有権の内容の一部である使用収益の権能を有してもそれは所有権ではなく、所有権を制限する制限物権であろう。然し、所有権に包装されている権能が質的に分割され、支配的権能を有する者と、経済的権能を有する者とが別の人格者であり得る様々な所有権の形態が入会権であり、総有権である。」と説明した²⁰²。さらに、入会権に適用される総有権に該当する法律関係は「権利能力なき社団」にまで拡張されると主張した²⁰³。

¹⁹⁷ 平野義太郎(注19)181-182頁。

¹⁹⁸ 石田文次郎の共同所有に関する研究として、『土地総有権史論』(岩波書店、1927年)、同『財産法に於ける動的理論』(巖松堂書店、1928年)の「財産の独立と主体性」、『ギールケの団体法論』(ロゴス書院、1929年)、「合有論」『民法研究』法学協会雑誌49巻4号(1931年)、『物権法論』(有斐閣、1933年)、「権利能力なき社団」法学論叢31巻2号(1934年)、「史的発展の過程における土地所有権の諸形態」『民法研究』社会政策時報160号(1934年)、『ギールケの法学』(三省堂、1944年)などがある。

¹⁹⁹ 石田文次郎は、『ギールケの団体法論』で「団体論」、「法人論」、「団体本質論」、「社会法論」、「権利能力なき社団」、「合手的組合論」、「法源論」、「法律と道德との関係論」などを通じて、Gierkeの理論を分析し、日本法への適用を試みた。

²⁰⁰ 石田文次郎は、『土地総有権史論』で「ゲルマン法に於ける土地総有権」、「ローマ法に於ける共有権」、「ローマ法の継受と総有権」、「我国法に於ける土地総有権」及び「土地総有権の社会的意義」と構成され、土地総有権を中心に考察し、日本の林野の入会地についてゲルマン古代村落の総有地(Allmende)と類似のものとして適用している。

²⁰¹ 石田文次郎「我国法に於ける土地総有権」『土地総有権史論』398頁以下を参照。

²⁰² 石田文次郎「我国法に於ける土地総有権」『土地総有権史論』603頁。

²⁰³ 石田文次郎「権利能力なき社団」49頁。

また、「合有」の本質については、「合有権には、総有権におけるが如く所有権の質的分割もなければ、又共有権におけるが如く量的分割も存在しない。主体の合手的結合がそのままに所有関係に反映して何等の分割のない所有権が多数主体の全体に帰属している権利である。つまり、合有権は持分のない、少なくとも持分の潜在的な共有権である。」と説明した²⁰⁴。

合有は、共有と総有の中間的形態であり、これに該当する法律関係は「組合」であると解し、「ドイツ民法上、物権的持分の処分を許さないものが合有であるため、第676条で他の組合員の合意による譲渡を認めている持分がいずれの持分か明らかにしなければならぬ。組合財産の内容が事業遂行によって日々変動することから考えると、この持分は身分的持分と解するのが妥当であり、また、このことから個々の財産に対する物権的持分の処分を認めないことが明らかである。従って、組合財産の所有は合有である。」²⁰⁵と説明した。

さらに、共同所有の類型を「主体間の結合の強弱」によって共有・合有・総有に区別し、その本質について所有権を質的に分割する形態は「総有」と、量的に分割する形態は「共有」と定義し、合有は持分権の自由な処分・分割請求ができない共有の一種類として把握した²⁰⁶。

4. 我妻栄

満州民法の起草者である我妻栄²⁰⁷は、当初は、共有と総有の二つの類型に分類しながら、組合財産及び共同相続財産を合有又は総有に属すると解する石田の三類型論について、良い意見であるがより詳細な検討を要する、という慎重な態度を採っていた²⁰⁸。

しかし、1950年代の著書以降は、共同所有の諸類型について、三つの理想形を区別することができるように説明するようになった²⁰⁹。

²⁰⁴ 石田文次郎「合有論」97頁。

²⁰⁵ 石田文次郎「合有論」98頁。

²⁰⁶ 石田文次郎「史的発展の過程における土地所有権の諸形態」97頁。

²⁰⁷ 20世紀初の南京国民政府時代の中華民国は、不平等条約の撤廃などを目的として近代的法典の整備をし、1930年代に「中華国民法典」も制定する。西欧法を継受した中華国民法典が編纂され、我妻栄は『中華国民法』の注釈書として、ドイツ、フランス、スイス、日本などの各国の立法例と比較し、中国における旧来の慣習・慣行などにも言及しつつ、中華国民法典の各条文を解釈しそれに対する注釈を付けた。

²⁰⁸ 我妻栄『民法講義Ⅱ－物権法』(岩波書店、1932年)182頁。

²⁰⁹ 我妻栄『民法大意－中巻』(岩波書店、1951年)、同『民法大意－下巻』(岩波書店、1953

まず、総有(Gesamteigentum)について、ゲルマンの村落共同体²¹⁰の土地を中心とする所有形態にその典型を見出すものとし²¹¹、村落団体の所有については、管理権能は、もっぱら村落そのものに帰属し、村落共同生活を規律する社会規範によって規律され、収益権能だけが、各村落住民(Genosse)に分属すると説明する²¹²。つまり、総有においては、所有権に含まれる管理権能と収益権能とを全く分離し、各共同所有者は、共有における持分をもたないものと解する²¹³。日本社会での総有の典型的例としては、入会権を挙げた²¹⁴。

共有(Miteigentum nach Bruchteilen)については、共同所有の各員は、管理権能と収益権能を結合した一個の所有権(持分権)を有し、これを自由に処分することができ、いつでも共同所有を終止して単独所有に履行する権限をもっていると解した。ただし、目的物自体についての管理は、多数決によって決する場合又はその他、各共同所有者が目的物の維持について特に重い責任を負う場合もあるため、管理権能と収益権能とを保留すると解した²¹⁵。

合有(Eigentum zur gesamten Hand)については、総手的共有と付言しながら、総有と共有の中間に位し、共有に近いものであると説明する。合有においても共有の場合と同じく、各共同所有者は持分権を有し、目的物に対する管理権能と収益権能とを保留すると解した²¹⁶。

しかし、主体間に共同の目的があり、共同所有がその目的達成の手段であると解する。したがって、各共同所有者の管理権能は、この目的達成のための規則によって拘束され、その目的の存続する限り、各共同所有者は持分権処分の自由もなく、分割請求の権利もないと解する。この持分権は、共同目的の存続する限り、潜在的なものとなり、共同目的が終了したときに始めて現実的なものとなると説明した²¹⁷。

我妻栄は、共同所有における上記の三類型については、理想型として社会現実中存在

年)、同『民法講義II—新訂物権法』(岩波書店、1983年)315頁以下などを参照。

²¹⁰ 我妻栄(注209)315-316頁は、村落共同体は村民がその「個」たる地位を失わずにそのまま「全一体」として結合した団体、すなわちいわゆる「実在的総合人(Genossenschaft)」であると説明する。

²¹¹ 我妻栄(注209)315頁。

²¹² 我妻栄(注209)316頁。

²¹³ 我妻栄(注209)316頁。

²¹⁴ 我妻栄(注209)316頁。

²¹⁵ 我妻栄(注209)316-317頁。

²¹⁶ 我妻栄(注209)317頁。

²¹⁷ 我妻栄(注209)317頁。

する共同所有形態、あるいは実定法の定める共同所有形態がぴったりとこれに当てはまるわけではないと述べた。ただ、ある団体の共同所有形態がどの理想型に入るか、どのような差異があるかを検討することは、講学上及び実務上必要であり、有用であると説明した²¹⁸。

Ⅲ 満州民法→[資料-11]

1934年に制定された満州民法は、「日本民法の条文をそのまま採用するのではなく、日本民法の施行後の30年間の社会事情の変革と法律思想の進歩に応じて、学説及び判例によって作られた最新の理論を採用している」と解された²¹⁹。

共同所有の規定としては、第二物権編第三章第三節「共有及総有」で、共有に関する第240条ないし第251条、総有に関する第252条ないし第254条、準用に関する第255条を置いていた²²⁰。

日本民法には制定されていなかった総有に関する規定を置いた理由としては、「従来の慣習によって規定したものである」とされ²²¹、「総有は、わが民法学界でも比較的にな観念であり、その具体的性質については、依然として討議の余地もあり、特に、各地の慣習におけるその顕現は、今後、慎重な研究を必要とする。したがって、立法としては、大綱を提示することに止まることが賢明である」²²²と述べられた。

また、第三債権編第二章第十三節では、第685条ないし第708条で組合に関する規定を置いていた²²³。この規定について、「本法は日本民法と同様特種の共有とし組合財産の処分及分割などにつき一定の制限を設けたい。」と述べられた²²⁴。

Ⅳ 小括

日本民法上の共同所有に関する制定史において、ボアソナードが起草した旧民法では、財産編第37条ないし第40条に共有に関する規定があった。これは共有に関する通則的

²¹⁸ 我妻栄(注209)318頁を参照。

²¹⁹ 石田文次郎＝村教三『満州民法：物権』(1942年)115頁。

²²⁰ 前田達明編(注2)1733-1734頁。

²²¹ 柚木馨『満洲民法讀本』(満洲有斐閣、1942年)74頁。

²²² 我妻栄『満州国民法典の公布』法学協会雑誌55巻9号(1937年)100頁。

²²³ 前田達明編(注2)1766-1767頁。

²²⁴ 司法省調査部『満州帝国民法典』(1937年)195-196頁。

規定であったが、財産取得編にある包括贈与又は遺贈に関する規定及び会社(組合)に関する定め的一般規定として詳しく規律するものではなかった。起草者も、この部分を考慮して、明治29年の修正の際、旧民法全般に散らかっていた共有に関する規定を物権編に置いたと述べる。日本民法は、意識的に「共有主義」を採って、共有以外の共同所有類型は認めなかった²²⁵。

また、法人制度の採用によって、法人格を有しない団体はすべて組合と解され、権利能力なき社團は組合の一形態として理解された。当時の理解は、組合財産も各構成員の共有に属するというものであったので、その財産に属する債権債務も、各構成員に分割債権債務として帰属されると解された²²⁶。

このような日本民法は徹底な共有主義を採ったと解する基礎者の説明について、明治29年の修正の際の立法過程で参考にしたという外国の立法例を検討すると、若干の疑問が生じる。現行日本民法は、BGB第一草案からの影響を受けたというのが一般的理解であるが、物権編の共有に関する規定、債権編の組合財産に関する規定などでは、ドイツ民法第二草案が反映された規定が多いからである²²⁷。例えば共有者間の債権を特定承継人に行使することができることを定める第254条、共有持分の放棄及び相続人不在の場合、持分の弾力性に関する第255条²²⁸、組合財産の債務者の相殺禁止に関する第766条などがある。

当時の立法者は、意識的に「共有主義」を採ったと述べているが、BGB第二草案の中でも合手の原理が導入された代表的な規定を反映したのは、純粋な意味の共有主義が、すでに立法の段階で失われてしまったことを意味するのではないかと考えられる。

他方、入会権について、旧民法に定められなかった理由は、上記のボアソナード講義記録のように、国家所有の土地に関する入会団体の所有を定めるのは、政策的に排除されたからではないかという疑問が残る。

²²⁵ 山田誠一(注167)298頁以下。

²²⁶ 組合が法人にならない以上、組合の債権は、各組員の債権であり、組合の債務は、各組員の債務であると解された。また、組合の債務に関しては、組員間の連帯がないため、原則的に組合契約によって定められた割合によって組合の債権者に対して義務を負うと解された。梅謙次郎『民法要義(卷之三)債権編』(有斐閣、1901年)802頁。

²²⁷ 第一章第三節及び前田達明＝大久保邦彦＝石田剛「<史料>共有法」(一)、(二)、(三)を参照。

²²⁸ この第254条、第255条については、本章第三章第三節の日本における議論事項及び検討の部分を参照。

日本における共同所有に関する学説史において、1898年の民法制定以来、1910年代からは、ドイツの共同所有に関する学説の継受がはじまる。

末弘巖太郎に続いて、平野義太郎は、ローマ法＝法曹法＝個人主義であり、ゲルマン法＝民衆法＝団体主義という対立図式を作ったと解される。このような理論は、資本主義の発展に伴って発生した矛盾、社会的弱者の出現や農村の没落などの問題を解決するために生じたものであった²²⁹。この対立図式は、個人主義的共有と団体主義的総有の概念を説明しながら、ゲルマンの総所有(Gesamteigentum)を二分化して、狭義の総有は入会団体の所有形態に、合有は組合の所有形態に接目させた²³⁰。

石田文次郎は、この「総有」概念を入会権という日本固有の団体への適用から始め、権利能力なき社団の所有形態として転用したと評価される²³¹。石田文次郎の総有論は、権利能力なき社団の財産は社員の総有となるが、総有持分の存在は否定されるものであった。

このような合有と総有の概念が承認され、普及したのは、1926年から1935年頃である²³²。その一例が、満州民法典に導入された「総有」に関する規定である²³³。満州民法の起草者である我妻栄は、組合財産について共有主義を採っていると明確に述べ、物権編の「共有及び総有」の節で総有に関する規定を置いた。

しかし、満州民法の制定資料によると、組合財産について共有主義を採りながらも、「共同共有」である²³⁴と説明していた。この点は、中華国民民法第827条の組合財産に関する表現に影響を受けたと見られる。また、満州民法第696条第1項が「処分することができない」と規定した点(処分禁止規定)は、日本民法第676条第1項の「対抗することができない」という表現(対抗不可又は制限規定)と若干異なることに注意したい。

我妻栄が組合財産及び共同相続財産はその構成員の合有に属すると解した石田文次郎

²²⁹ 平野義太郎(注19)を参照。

²³⁰ 本格的な入会権研究として、戦前には、中田薫と戒能通孝の研究が、戦後には、川島武宜＝潮見＝渡辺編『入会権の解体Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ』(岩波書店、昭和34-43年)が挙げられる。入会権に関する研究業績については、平井一雄＝水本浩編(注164)を参照。

²³¹ 江渕武彦「共同所有論における学説上の課題」島大法学60巻3・4号(2017年)17頁。

²³² 高島平蔵「共同所有理論の再構成について」早稲田法学57巻3号(1982年)31頁。

²³³ 満州民法は、不動産物権変動において登記を効力発生要件とし(第177条)、登記簿の公信力を認めた(第178条)点で日本民法とは異なる制度を置いていた。

²³⁴ 司法省調査部(注224)55頁。

の類型論に対して、「いい意見であるが、より詳細な検討を要する」²³⁵と述べた1930年代の態度を見ると、満州民法の制定当時には共有と総有の二つの類型に分類し、まだ「合有」を明確に区別していなかったと考えられる。以後、我妻栄は1950年代に至って、共同所有類型を共有、合有、総有と説明し、現在の通説的理解としての類型論を完成させたと評価される²³⁶。

第四節 韓国における共同所有の史的展開

1910年から1945年まで日本の植民地政策下にいた韓国は、独立以後、1948年に法典編纂委員会を設置し、新たな民法典の制定作業に着手した。一方、当時の韓国の民法学は時代的背景上活発になされてはなかったが、日本の教育下で成長した学者らが日本の学説に基づいて研究をしていた。また、ドイツ法学の継受という時代の流れに従って、多くの学者がドイツ留学などを通じて比較検討を行うことになった。

特に、日本民法の施行から約30年後に作られた満州民法、中華国民法典、ドイツ民法学について深く研究した石田文次郎、我妻栄の研究成果は、1950年代の韓国民法学者にとっての重要な研究資料として活用された。

このような流れとともに、1954年に法典編纂委員会による民法典編纂要綱案が調い、金炳魯(キムビョンロ)大法院長を中心とした民法分科委員会で、民法草案が政府案として国会に提出された²³⁷。これに対して、1956年にソウルに所在している各大学の民事法教授

²³⁵ 我妻栄(注208)182頁。

²³⁶ 江渕武彦(注231)18頁、山田誠一(注167)324頁は、我妻栄の共同所有論について、石田と同じ脈絡であるが、一つの基準によって三類型を説明している点において、より整理されたと評価した。また、日本の共同所有論の史的検討及び評価として、高島平蔵「共同所有理論と団体法思想」早稲田法学61巻3・4号(1986年)、同(注231)を参照。

²³⁷ 韓国民法典の制定過程に関する詳細は、梁彰洙「民法案の成立過程に関する小考」ソウル大学校法学30巻3・4号(1989年)186-218頁、同「民法典の制定過程に関する研究—民法案に対する国会本会議の審議—」ソウル大学校法学33巻2号(1992年)143-179頁、同「法典編纂総会議事録」ソウル大学校法学35巻2号(1994年)、同「韓国民法学50年の成果と21世紀的課題」ソウル大学校法学36巻2号(1995年)1-32頁、同「共同所有：民法制定過程での論議とその後の評価を中心に」民法研究6巻(2001年)参照。この草案の中でも、合有に関する部分的な規定があった。草案の特徴として、日本民法上の共有をそのまま受容しながら、当時の学説上明確に認められた部分を草案に追加したと解されている。梁彰洙「共同所有：民法制定過程での論議

たちが組織した民事法研究会²³⁸は、財産法に関する168個の項目に達する意見を作成・発表した。これが『民法案意見書』である。

この民法案意見書の中で、共同所有に関する部分を担当した金曾漢(キムジュンハン)は、民法草案の「共有」に関する節を「共同所有」に関する節に変えて、共有・合有・総有の三類型で規定すること、組合財産は合有に属するものと規定することなどを提案した²³⁹。この提案は、玄錫虎(ヒョンソッコ)他19人の国会委員が提出した「民法案に対する修正案(以下、民法修正案)」の総37項目の中で、共同所有の三類型に関する第14項ないし第18項、組合財産の合有に関する第36項、民法案第706条の削除に関する第37項などで具体化された²⁴⁰。このような修正を経た韓国民法は、1958年に公布、1960年1月1日から施行された。

I 制定史

1. 民法制定以前の法状態

日本民法学の適用下の韓国社会で、共同所有に関する問題は、どのように取り扱われていたのかを見るために、当時の朝鮮高等法院の判決を紹介する。

朝鮮高等法院1927年4月19日判決²⁴¹

[事実関係]

宗教団体(侍天教)の構成員全員が所有する不動産が教主に信託され、その名義で所有権登記がなされたが、その教主の死亡によってその相続人(A ; 被告)が相続登記を行った。一方、その教団の役員たち(C)が総会を開き、宗務長 (B ; 原告)に不動産の管理及び信託を決

とその後の評価を中心に」120頁。

²³⁸ 民事法研究会は、現在韓国民事法学会の前身である。

²³⁹ 韓国法制司法委員会編・金曾漢執筆部分『民法案意見書』(1956年)96-106頁。

²⁴⁰ 韓国民法草案は、第706条で「組合員は組合員全員の同意なしに組合財産に対する持分を処分することができない。組合員は組合の清算前に組合財産の分割を請求することができない」と提案したが、修正案第37項などが共同所有の一般規定を含むことによって第706条は削除することになった。法制司法委員会の民法案審議一般については、梁彰洙「民法案に対する国会の審議(1)」民法研究第3卷(1995年)1頁以下参照。

²⁴¹ 高等法院判決録第14卷122頁。

議した後、A,B,Cは、AがBに直に所有権移転登記を行うことを約定したが、これが行われなかったため、Bはこの約定に基づいて所有権移転登記を請求した。

[判決事項]

従来、一般的に単一の所有権が複数の主体に帰属する状態を共有と呼んでいたが、その中にも、一つの所有権が分数的に数人に属するものと、それが不可分的に数人に属するものがある。前者は、民法第二編第二章第二節で規定する普通の共有に属し、後者は、総有又は合有というものに属し、両者の間には性質上大きな差がある。普通の共有は、共有者各員の利益を重案として、その所有者が持分による利益を享受することができるようにすることが目的であるが、合有は通常、その総員で成される共同団体の利益のために共同事業の経営・遂行ができるようにすることが目的である。したがって、各員固有の持分は存在しない。このように両者はその本質上大きな差があるので、その効力も同様ではない。つまり、普通の共有では共有者各員は独立してその持分を処分することができ、その持分によって目的物を使用する権利を有するが、合有では各員は個々独立の持分を有しないので、その固有の権利を任意的に譲渡又は担保に提供するなどの処分をすることができない。これは、この権利が共同団体の一員として一定の身分を有する者に属することが通常であり、その権利は身分とその運命を共にする不可分の関係にあるからである。また、各員は個々の利益のために目的物を使用する権利を有しない。場合によってはその使用が許容されうるかもしれないが、これは権利主体であるために有する権能ではなく、当該共同団体の一員である資格で享受する利益にすぎない。このように普通の共有と合有は、その性質及び効力において大きな差があるので、その目的である物又は権利の管理及び処分に関しても両者を同一に規律しがたい。民法は、普通の共有に対して目的物に変更を加えるには総員の同意があることを要し、他の共有物の管理に関する事項は各員の持分の価額によってその過半数としてこれを決定する。しかし、合有では、個々の持分が存在しないので、持分の価額によって決議の定足数を定められないことは無論であり、このような種類の共同団体では種々膨大なものもあって、数千又は数万の団員が各地に散在し、変化無限のものがある。したがって、その処分又は権利に関する事項は必ず団員の全員又はその過半数の同意を要するのは妥当ではない。他方、そのような団体はその発達に伴って成立する規約他の団体内で行われる一定の規定をもち、財産の処分及び管理の方法を定めるのが通常であり、その中でも一定の者が団体の機関としてその権限内で一体の事項を処理する

場合がある。したがって、合有の対象である物又は権利の処分及び管理に関する行為に対して、いつも一定の標準によらなければならないとは言えない。個々の場合に当該団体の性質及びその団体内で行われる規約その他の規則を考慮して判定することが相当である²⁴²。

この判例で注目したいのは、共有、合有、総有という三類型の用語を用いながらも、「共有」と「合有又は総有」として対別するに留まっていたことである。

この判例以後、宗中財産に関する判例にも同じ法理が適用された。

朝鮮高等法院連合部1927年9月22日判決²⁴³

[事実関係]

宗中所有の不動産がA(被告)に信託され、その名義で査定及び所有権保存登記が行われたが、宗中決議によって信託契約が解除され、宗員であるBら(原告)が各人に各48分の1の持分に関する持分移転登記を請求した。

[判決事項]

門中又はその一派が先祖の墓地又は祭位土を共同所有する場合には、慣習上いつも所謂合有の法律関係であり、共有の法律関係は存在しないと解すべきである。したがって、本件の原告らが共有関係を主張し、各自の持分による持分権移転登記を請求したことは主張事実自体に理由ない。

この判決は、合有に関する上記の4月19日の判決を引用して、宗中財産が旧民法(当時日本民法)上の共有に属するという趣旨の従来の判決を変更したものと解される²⁴⁴。

その後も、共同所有に関する判例を通じて、「(1)合有は慣習上の制度としてのみ認められる²⁴⁵。(2)合有物に対して、各共同所有者は持分を有しない²⁴⁶。(3)各自は、自己のために合有物を使用することができない²⁴⁷。(4)各自は、合有物に対して処分する権利を有し

²⁴² これは、役員たちの決議ですべての教員の所有に属する不動産を処分することができるのか、又は処分の権利を役員たちに与えることができるのかについて、これを肯定した判例である。梁彰洙「共同所有：民法制定過程での論議とその後の評価を中心に」114-115頁。

²⁴³ 高等法院判決録第14巻321頁。

²⁴⁴ 梁彰洙「共同所有：民法制定過程での論議とその後の評価を中心に」115-116頁。

²⁴⁵ 朝鮮高等法院1931年3月31日判決(高等法院判決録第18巻65頁)。

²⁴⁶ 朝鮮高等法院1927年9月22日判決(高等法院判決録第14巻321頁)。

²⁴⁷ 朝鮮高等法院1927年4月19日判決(高等法院判決録第14巻122頁)。

ない²⁴⁸。(5)各自は、合有物の分割を請求することができない²⁴⁹。」という一連の合有に関する法理が形成された。

2. 中華国民民法典及び満州民法の影響-[資料-12]

1930年代に作られた中華国民民法及び満州民法は、韓国民法草案及び修正案に大きな影響を及ぼしたと評価されている²⁵⁰。

合有についての規定としては、中華国民民法典第827条ないし第830条²⁵¹、組合に関する第667条ないし第699条が挙げられる²⁵²。

中華国民民法第827条

(1)法律の規定又は契約により一つの共同関係となった数人が、その共同関係に基づいて一物を共有している場合は、合有者とする。

(2)各合有者の権利は、合有物の全部に及ぶ。

中華国民民法第828条

(1)合有者の権利義務は、その共同関係を規定した法律又は契約によって定める。

(2)前項の法律又は契約に別段の定めがある場合を除いて、合有物の処分及びその他の権利行使は、合有者全体の同意を得なければならない。

中華国民民法第829条

共同関係存続中においては、各合有者は、その合有物の分割を請求することができない。

中華国民民法第830条

(1)合有は、共同関係の終了又は合有物の譲渡によって消滅する。

(2)合有物分割の方法は、法律に別段の定めがある場合を除いて、共有物分割に関する規定によらなければならない。

中華国民民法第668条

各組合員の出資その他の財産は、総組合員の合有とする。

²⁴⁸ 朝鮮高等法院1927年4月19日判決(高等法院判決録第14卷122頁)。

²⁴⁹ 朝鮮高等法院1929年2月19日判決(高等法院判決録第16卷21頁)。

²⁵⁰ 鄭鐘休『韓国民法典の比較法的研究』(創文社、1989年)参照。

²⁵¹ 前田達明編(注2)1668頁以下。

²⁵² 前田達明編(注2)1656頁以下。

このような中華国民民法典物権編にある「合有」に関する規定は、当時の日本民法及びドイツ民法には存在しておらず、スイス民法の規定²⁵³で見られる。

総有についての規定としては、満州民法第252条ないし第255条が挙げられる²⁵⁴。

満州民法第252条

或地方ノ住民、親族団体其ノ他慣習上綜合体ヲ成ス数人ガ其ノ關係ニ其キ一個ノ物ヲ所有スルトキハ之ヲ總有者トス

總有者ノ權利及義務ニ付テハ慣習ニ従フ外以下二条ノ規定ヲ適用ス

満州民法第253条

總有者ノ權利ハ總有物ノ全部ニ及ブ

總有者ハ總有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ズ

満州民法第254条

總有者ハ其ノ全員ノ同意アルニ非ザレバ總有物ヲ処分シ又ハ之ニ変更ヲ加フルコトヲ得ズ但シ保存行為ハ各總有者之ヲ為スコトヲ得

3. 民法草案²⁵⁵-[資料-13]

1954年に金炳魯(キムビョンロ)大法院長を中心に作られた民法草案は、共同所有に関して旧民法(日本民法を意味する)上の「共有」に関する規定をそのまま受け取りながら²⁵⁶、「合有」に関する規定を加えて置いていた。

法典編纂委員総会議事録第9回4月16日では、「地方の住民、親族団体(宗中)其の他慣習上綜合体を成している数人がその関係において物件を所有するときこれを總有とする。公有物の分割において国家重要産業や其の他公共使用に害するときには適当な制限を加えること。」と法典編纂基準を定めていた²⁵⁷が、反映されず、次のような草案が作成され

²⁵³ ZGB§§651-654. 本稿結章第二節を参照。

²⁵⁴ 前田達明編(注2)1734頁。

²⁵⁵ 梁彰洙「民法案の成立過程に関する小考」186頁以下。

²⁵⁶ 依用民法である日本民法の組合規定をそのまま置いて、ドイツ、スイス、フランス、中華民国、満州国などの民法を参照した。民議院法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録上巻』(1957年)411-425頁参照。

²⁵⁷ 梁彰洙「法典編纂総会議事録」312頁。

た。

韓国民法草案第262条[合有]

(1)ある地域の住民、親族団体、その他の慣習上集合体として数人が物を所有するときには、合有とする。

(2)合有物に対する権利の得失変更及び合有者の権利・義務に関しては、慣習による外に、以下2条の規定による。

韓国民法草案第263条[合有者の権利]

合有者の権利は、合有物全体に及ぼす。合有者は、合有物の分割を請求することができない。

韓国民法草案第264条[合有物の処分、変更、保存]

合有者は、全員の同意がなければ、合有物を処分し又は変更することができない。しかし、保存行為は、各自がすることができる。

また、組合財産について、民法草案第696条で、「(組合財産の共有)組合員の出資及びその他の組合財産は、組合員の共有に属する」と定め、共有主義を採っていた。法人設立についても、民法草案第31条で許可主義を採っていた²⁵⁸。

このような政府の民法草案は、1954年10月に国会に提出され、法制司法委員会で審議された。

4. 玄錫虎修正案(玄錫虎委員外19人の修正案)-[資料-14]

政府案として民法草案が国会の審議を受けている一方、各国会委員も個別的に修正案を提出した。その中で、玄錫虎委員外19人の国会委員は、共同所有に関する重要な修正事項²⁵⁹を取り扱った「民法案に対する修正案(以下、玄錫虎修正案)」を提出した。この玄錫虎修正案は、当時の民法教授たちで構成された民事法研究会の『民法案意見書』の中で、選別した事項を集めたものであった。特に、共同所有に関する事項は金曾漢が執筆したも

²⁵⁸ 法制司法委員会は、公益事業を標榜しながら実は悪質の行為を行う事例が多い現実をみると、許可主義を採択した草案の態度が妥当であると述べる。『民法案審議録上巻』(注256)28頁参照。

²⁵⁹ 第4項、同案第14項ないし第18項、第36項、第37項、第63項。

のである。

玄錫虎修正案の共同所有に関する事項では、大きく4項の提案がなされた。

第一に、民法総則第三章第一節の末で、「法人ではない社団又は財団については本章の規定を準用する」という条文を新設することを提案した[第4項]。この規定を置く理由について、第一に、法人の設立に関して自由設立主義を採らない限り、権利能力なき社団の成立は不可避であり、この存在が事実上無数にあるのでその準拠規定を定める必要がある点、第二に、宗中財産に関する訴訟事件が多いことも、その共同所有関係が不明確であることが原因である点、第三に、民事訴訟法と朝鮮不動産登記令が権利能力なき社団に際する当事者能力及び登記能力を付与しているのに、基本である民法の規定はない点などを挙げた²⁶⁰。

第二に、物権編第3節の表題を「共同所有」と変えて、共有、合有、総有の三類型の規定を置くことを提案した[第14項ないし第18項]。

第三に、物権編の合有の規定とともに、その適用を受ける団体である「組合」の財産を構成員の「合有」に属することを提案し[第36項]²⁶¹、組合財産について構成員の共有とすると定めていた民法案第706条を削除することも提案した[第37項]。

第四に、旧民法第254条と同様の内容である民法草案第257条「共有者が他の共有者に対して共有物に関する債権があるときには、その特別承継人に対しても弁済を請求することができる」を削除することも提案した[第63項]²⁶²。その理由として、「ドイツ民法第1010条のような登記制度がない限り、本条のような規定を置くのは不可能であり、特に民法草案が先取特権制度を廃止したのに本条のような担保物権を認めるのは立法上不均衡であり、草案が現行民法(日本民法)第259条「共有者が他の共有者に対して共有物に関する債権があるときには共有物分割の際に共有物の部分で弁済又はその売却を請求することができる」という条文に対応する規定を設定しない態度とも均衡を失うので、本条全文を削除する」と述べた²⁶³。

このような玄錫虎修正案は、法制司法委員会の民法案審議の中で、[4項]の提案に対して、「法人に関する規定を準用すると、この準用の範囲が漠然である」という理由などが

²⁶⁰ 速記録44号11頁玄錫虎発言部分参照。この発言は、『民法案意見書』の金曾漢執筆部分と同様である。

²⁶¹ 玄勝鍾執筆部分『民法案意見書』189-190頁参照。

²⁶² 「第3代国会第26回国会定期会議速記録(第42号付録)」88頁参照。

²⁶³ 『民法案審議録上巻』(注256)166頁。

ら、表決の際に否決され²⁶⁴、物権編の総有の規定のみが制定された。また、[第14項ないし第18項]の提案については、修正案が正確であると認められ、修正案[第36項]、[第37項]、[第63項]が通過し、現行韓国民法の共同所有に関する規定となった。

II 学説史

韓国の民法制定当時は、比較的早急に法律体系を完成しなければならなかったという状況であったため、民法学界での議論も短くしかできなかった。そして、制定当時の学説上の議論は、ソウルに所在した大学の民事法担当教員によって構成された民事法研究会を中心に行われ、特に共同所有に関する研究は、金曾漢を中心に展開された。

以下では、まず、新民法の制定当時の議論として、金曾漢の共同所有論を中心に取り扱い、その後で新民法制定以後の議論を中心に分析する。

1. 金曾漢²⁶⁵

(1) 共同所有論の展開

金曾漢は、共同所有の類型論を最も詳しく論じた学者として解されている。彼は、ドイツのゲルマニステンの研究に基づいて人的結合の形態を「法人」、「権利能力なき社团」、「合手的組合」及び「組合」の四類型に分けて説明した²⁶⁶。

第一に、共有的組合と合手的組合について、「ローマ法的組合には、現行民法(日本民法)上の組合とは異なり、組合員間の共同の目的がなく、ある組合員は他の組合員的意思によって拘束される場合もない。各組合員には、いつでも組合関係を終了する自由があった。したがって、それは独立の個人の多数にすぎず、団体性ないし単一性がなかったの

で、人的結合とはいえない。そして、現行民法上の組合は、このようなsocietasより、合手的組合とするのが近來の通説である。」²⁶⁷と説明し、共有と合有については、「共有は、一つの所有権を量的に分割して、その分数的一部を各共有者に分属させるのである。各共有者は、その持分に対して完全な所有権を有し、独立しているため、互いに結合して一体をなさない。また、共有と合有は客体においても区別される。共有の客体は、物に限

²⁶⁴ 当時法司委の委員長代理であった張暲根の発言参照。「速記録」11頁。

²⁶⁵ 金曾漢の研究に関しては、尹喆洪編『韓国民法学の再正立—晴軒金曾漢教授の生涯と学問世界—』(京仁文化社、2015年)参照。

²⁶⁶ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』96頁以下。

²⁶⁷ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』96-100頁。

って、財産が一体として共有の客体にならない。合有の客体は、物である場合もあるが、普通にある特別財産である場合が多い。合有は、多数の権利者が人的に結合し、一体として特別財産を有し、それを不分割的に支配する形態である。」と説明した。さらに、合有における持分について、「合有においても、各権利者は、持分を有する。この持分権は、多数権利者全体に属する総体権に対して、各々の権利者に属する個別権である。持分権の客体は直接的には一体としての特別財産であり、間接的にその特別財産に含まれる個々の物に達する。しかし、この持分権は、他の権利者らと結合して一体を成している総体権者としての地位と内部的に結合しているため、その持分権も別々に独立しているものではなく、互いに結合しているものである。したがって、各権利者の持分の処分は、完全に禁止されるのが原則である。したがって、合有関係への存続中には、成員の持分権は、期待のないし潜在的なものである。合有財産の全部又は一部の処分は、もっぱら全員一致のみででき、各成員は、持分や合有物の分割を請求することができない。全員一致で合有物を分割し、合有関係を終了させるときには顕在的になり、そのときには、共有物の分割の場合と同じくなる。」²⁶⁸と説明した。

第二に、権利能力なき社団について、「権利能力なき社団は、実質的には法人である社団と同じ組織を有し、法人である社団と同様に単一体として社会生活上の一単位として活動する団体であり、法が法人の自由設立主義を採用すると、当然に法人として法律上の人格を取得することができるにもかかわらず、法が法人の設立に関して許可主義又は準則主義を採用するため、このような形式上の理由で法人格を取得することができない団体である。独逸民法は、権利能力なき社団にかんして組合に関する規定を適用するものとする。しかし、これは完全に権利能力なき社団の本質とは合わないものである。権利能力なき社団は、組合とその本質が異なるだけでなく、組合と社団法人との中間物でもない。人的結合の諸形態は、団体としての単一性がより強いのか、各個成員の多数性がより強いのかによって、社団と組合の二つの類型に分けられ、社団の中で形式上の法人格を有するものが社団法人、法人格を有しないものが権利能力なき社団である。それなら、ここで問題となるのは、権利能力なき社団の内部的及び外部的法律関係に対して、どのような範囲で社団法人に関する法規が適用されるのかである。」²⁶⁹と説明した。また、「権利能力なき社団は、

²⁶⁸ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』102頁。

²⁶⁹ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』98頁。

その社員に対して出資請求権を有し、その代表者である理事の行為によって債権・物権・無体財産権などを取得し、第三者に対して債務を負担する。このような権利能力なき社団の財産は、社団自体の財産であり、各社員の個人財産から独立した目的財産である。(中略) 権利能力なき社団が社団として組織的単一性を有する限り、その債務に対する責任に関しても社団の財産に止まるべきである。したがって、各社員は、出資を限度とする有限責任を負担するのみである。」と説明した²⁷⁰。さらに、「総有は、法人格のない団体が物を所有する場合における共同所有形態である。総有においては、管理・処分のような支配的権能は団体全体に属し、使用・収益のような経済的権能は各々の成員に属して、この団体の全体的権能と成員の個別的権能が団体の組織的統制によって総合統一され、所有権の全内容を実現する。したがって、目的物の管理又は処分に関しては、成員全体の同意又は団体の規約に基づく多数決によらなければならない。また、各成員は、団体が定めた方法によって使用・収益しなければならない。(中略) 団体成員が有する使用・収益の権能は、その成員たる身分に随伴してその身分の得喪によって取得又は喪失されるため、その身分から離れて相続又は譲渡の目的となることができない。さらに、管理・処分の権能は団体の全体的権能に属するため、各成員は分割請求権を有しない。」²⁷¹と説明した。

第三に、総有と合有概念の意味について、「総有・合有の概念が中世ゲルマン団体法の研究を通じて知れたのは事実である。しかしそれは、総有・合有が中世ゲルマンの社会にのみ又はその類似な発達段階にある社会にのみ存在し得ることを意味するのではなく、現代のある国においても総有又は合有の概念で把握しなければならない共同所有の形態が絶え間なく創造されていることを忘れてはならない。要するに今日においては多数人が集まって団体を結成する趨勢はより増えており、その団体が法人格を取得する場合を除外しては、その財産関係は必然的に総有又は合有の概念で把握しなければならない」²⁷²と説明した。

一方、金曾漢は、共有・合有・総有の本質について、日本の石田文次郎、我妻栄の理論を分析した²⁷³。

²⁷⁰ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』99頁。

²⁷¹ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』101頁。

²⁷² 金曾漢『新物権法-上巻』(法文社、1960年)171頁。

²⁷³ 金曾漢「共同所有形態の類型論」法曹協会雑誌2巻3号(1950年)223頁以下。

[表-5] 金曾漢の日本の主要学説との比較²⁷⁴

総有と共有の区別		金曾漢
石田	一個の所有権の量的分割(共有)、質的分割(総有)	個人主義的法制と団体主義的法制の分岐は、個人が独立的存在を有するのか(共有)、団体の一員としてのみ存在するのか(総有)による。 本質的差異は、共有は個人主義的、総有は団体主義である。
我妻	共有者一人が独立して直接に物に対する所有者としての全権能を有する(共有)。 成員は団体員としての地位によって物に対する権能を有する(総有)。	
合有と共有の区別		金曾漢
石田	合有においては総有のような質的分割もなく、共有のような量的分割もない。	合有においても、総有のように、所有権の内容である諸権能が、総体権の内容である権能と個別権の内容である権能に質的に分割され、各々に分属する。 合有においての持分とは、共有の持分のように団体員としての地位による媒介がない直接支配権ではなく、総有のような団体員としての地位による持分である。このような意味で、総有においても持分があるといえる。
我妻	合有は、総有と異なり成員が持分を有し、この持分は物に対する直接支配者としての地位を有する。	

(2) 民法草案に対する批判

韓国民法上の共同所有に関する規定は、金曾漢の研究の成果物として解されるのが一般的である。特に、彼は民法草案の規定に対して批判を行い、詳しい代案を提示した²⁷⁵。

第一に、権利能力なき社団に関する規定を置くべき理由として、「現行民法が法人をその目的によって営利法人と公益法人と分けたことを草案が営利法人と非営利法人としたため、権利能力なき社団が成立する余地がないと思ったり、草案がそのようにしたのが権利

²⁷⁴ 鄭鐘休(注7)258-261頁を参照。

²⁷⁵ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』104-106頁を参照。

能力なき社団の成立を止める意図である思ったりすると、それは誤りである。独逸民法が草案と同様に法人を営利法人と非営利法人に分けながら権利能力なき社団に関して規定していることを見ればわかるだろう。法人の設立に関して自由設立主義を採っていない限り、権利能力なき社団の設立は不可避なものであり、法が排斥する必要もないものである。(中略) このように権利能力なき社団は、決して例外的存在ではなく、実に無数に存在するものであるため、その標準法規を明かして置くのが良いし、準拠法規がなければもっと紛糾を助長するだろう。従来の宗中ないし宗中財産をめぐる訴訟事件が多かったのも、宗中の性格と宗中が宗中財産を所有する関係がどのようなタイプの共同所有であるかの問題が明確ではなかったところに起因することも少なくなかったと考えられる。また、すでに民事訴訟法と朝鮮不動産登記令が権利能力なき社団に対して各々当事者能力及び登記能力を付与しているにも、最も基本的法典である民法がこれに関して何の規定を置かないのは、不備という非難を免れることができないだろう。」²⁷⁶と説明した。

第二に、総有・合有を区別しないことの不合理性として、「草案第262条第1項は、ある地域の住民、親族団体、その他の慣習上数人が物件を所有するときは、合有とするという。しかし、同規定が例示している地域の住民や親族団体の共同所有は、合有ではなく、総有という形態である。総有・合有の概念は、前述したように、現在においてはほとんど通説として確立されているとしても過言ではない。それにもかかわらず、どのような理由で、従来総有と呼んできたものを合有と呼ぶのか、どのような理由で、総有・合有の区別が明確になった今日、その区別が分明ではなかった時代の用語法に帰ろうとするか。また、草案が慣習上存在する共同所有のみを合有と規定しようとする理由は何か。人為的に成立する共同所有形態として、共有という範疇では把握できないものがいくらかでもあるはずなのに—権利能力なき社団と合手的組合の所有権系はすべてこれに該当する—その場合はどうするつもりなのか。むしろ草案第262条第2項が規定するように、慣習上の共同所有は、第一次的に慣習の規律を受け、その慣習の内容は比較的明確であるため、民法がこれを規定する必要はほとんどないのではないか。民法が規定する必要があるものは、人為的に成立する共同所有関係である。人為的な団体に権利能力なき社団と合手的組合の二つの類型があることに相応して人為的に成立する共同所有形態も総有と合有の二つの類型に分けられることは前述の通りである。草案のようにすると、草案が合有というものは、慣習

²⁷⁶ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』102-103頁以下。

上存在する総有のみを意味することであり、その合有に関しては、第一次的に慣習によるため、草案第263条・264条の両条は、實際上ほとんど必要ないものとなり、もし両条が存在意義を有するとしても、第264条は、合有における合手性の原則を規定したものとして、総有には適用されることができないものである。つまり、総有においては、管理処分は社員総会の決議によるのが原則であるため、全員の同意を要求することはできないのが普通であり、また、総有においては、保存行為も団体の規律によるべきものであって、各自が自由にできるものではない。」²⁷⁷と説明した。

2. 新民法の制定以後の議論

共同所有に関する三類型論に賛同した見解として、黃迪仁は、民法の立法態度に対して、韓国においては総有の所有形態が広範囲に実在するから総有に関する原則的な規定をおくのが妥当であると支持する²⁷⁸。

金容漢は、共同所有の三類型について「共同所有のための人的結合関係が無数に発生している高度に発達された経済社会において、共同所有関係を共有のみで規律することは不当であり、結社の自由が前提になっている社会では、人的結合関係の多様性を予定しており、これに対応してその財産帰属関係を受容する装置として合有と総有の積極的な意味を認めるのが妥当である」と肯定的に評価する²⁷⁹。

李英俊は、「珍しいが、非常に論理的な立法例である。一面では人的結合形態と共同所有形態を繋いで、他面では所有権の管理・私用及び収益・処分権能の分割を分析し、人的結合関係に繋いで、共有・合有・総有の所有形態を類型化し、これを規定したことは理論的に優秀である」と評価する。また、「合有や総有を単純に分割が禁止される特別な共有形態として取り扱うことは、性質が異なるものを一体と取り扱うことであるため、妥当ではない」、「合有及び総有が現代社会で有する機能は疑うものではない。現代においても頻繁に現れる所有形態であることは、判例の集積が見せているし、判例によって権利能力な

²⁷⁷ 金曾漢執筆部分『民法案意見書』103-104頁。

²⁷⁸ 黃迪仁『現代民法論Ⅱ』(博英社、1980年)251頁。

²⁷⁹ 金容漢『物権法論』(博英社、1975年)337頁。ただし、同211頁以下では、「権利能力なき社団の独立した責任財産を承認する限り、その共同所有関係に対する具体的な意味及び内容を「総有」又は「合有」などの概念に合わせて規定する必要性がなくなる」と指摘した。

き社団及び総有の法理が大きく発展・確立した点、これによって共同所有の相当な部分が規律されている点が見られる」と説明する²⁸⁰。

この三類型論に反対する見解として、まず郭潤直は総有規定について、土地の総有的利用関係はゲルマン村落共同体で見つかった前近代的遺物であり、民法典に置く必要がない一つの装飾物であると評価した²⁸¹。また、農村土地に対する総有関係以外に権利能力なき社団の所有関係として規律されることについて、権利能力なき社団の所有関係は非常に多様であるため、民法何カ条のみで十分に規律することができず、民法上の総有規定は不明確な法律構成をしていると批判した²⁸²。

李好珽は、民法修正案について、わが社会での団体の構成や運営の実際に関する言及はほとんどなされていなかったことや、Gierkeの理論がローマ法の「概念強制 (Begriffszwang)」の反発によって得られたゲルマン的研究成果としても、それをわが国の各団体の所有形態の規律に適用することは、また別の「概念強制」であることなどを論じた²⁸³。また、民法第272条と第706条第2項の関係について、前者は、合有物の処分・変更には合有者全員の同意を要しているが、後者は、組合の業務執行は組合員の過半数で決めると定めており、合有に関する第272条が、わが民法が合有で定めている唯一なケースである組合財産の合有には適用できず、本条は適用の機会がない無用な規定であると批判した²⁸⁴。

²⁸⁰ 李英俊『物権法』(博英社、2009年)580頁以下。

²⁸¹ 郭潤直『物権法』(博英社、1963年)247頁以下。

²⁸² このような郭潤直の主張は、詳しく検討する必要がある。なぜなら、郭の『民法総則』教科書で、権利能力なき社団の財産帰属関係を論じる部分で、「民法は、法人ではない社団の社員が集合体として物を所有するときには総有とすると規定することで、人格なき社団に対して総有という共同所有形態を認めている。また、物以外の財産権、つまり債権・債務など各種の財産権は準総有になる(第278条)。他方、社団法人の所有形態が単独所有であることに比べて、その間には大きい差があることになる。」と述べている。さらに、1980年に発刊した『物権法』(博英社)では、宗中財産、教会財産、洞・里財産に対する判例を挙げ、これらの財産は、総有であり、特に、宗中財産について、判例がこれを合有に属すると判示したことに対して、宗中は、権利能力なき社団であり、従って、その財産は総有ではなければならないと述べる。このような叙述をみると、結局、郭も、総有は論理必然的に共有・合有との別途の共同所有の一形態であり、総有は法人ではない社団の所有形態として理解したと考えられる。

²⁸³ 李好珽「韓国の民法上共同所有制度への若干の疑問—特に合有と総有を中心に—」ソウル大学校法学24巻2・3号(1983年)116頁以下を参照。

²⁸⁴ 李好珽(注283)118頁。

金基善²⁸⁵は、合有と総有は、団体主義に基づいている概念として、ドイツ民法の全体主義の思想が含まれている²⁸⁶と批判した。そして総有は法人所有として、合有は共有又は総有として整理することが近代民法を形成することであると²⁸⁷述べた²⁸⁸。

Ⅲ 小括

韓国民法における制定史について、韓国民法上の共有・合有・総有に関する規定は、日本民法学によって研究されたゲルマン的共同所有論を学説継受によって反映したものであると解されている。

まず、共有に関する規定は、日本民法の規定と大きな差はなかった。しかし、現行韓国民法の共有に関する何らかの規定は、日本民法には存在しない中華民国民法の共有の定義に関する第817条、持分の処分自由に関する第817条などと類似している。

合有に関する規定は、民法草案と修正案とで合有の内容が異なる。民法草案の合有とは、現行民法の総有に当たる内容として、その姿は、満州民法から現れる。現行韓国民法上の合有の内容を有する規定は、修正案から登場する。この規定は、中華民国民法典の合有及び組合に関する規定に現れる。

総有に関する規定は、満州民法からその姿が見られる。上記のように韓国民法草案では「合有」という表題で登場したが、修正案によって審議過程で「総有」に変わることになった。草案の態度は、当時の判決例が合有と総有を区別していなかった態度をそのまま反映したと解される。

このように韓国民法は、日本民法、中華民国民法、満州民法の規定から各々共有、合有、総有に関する規定の起草を備えたと見られる。特に、中華民国民法は、第一草案の財産編を日本学者が起草し、第二草案からはドイツ・スイス民法などが反映された産物であると理解するのが一般的である。つまり、中華民国民法典の共同所有に関する規定も、ドイツ、スイス、日本民法の結合体としての一結果物であると考えられる。

一方、共有及び合有の類型を取っていた中華民国民法典を参考にしたと言われる満州

²⁸⁵ 金基善は、初期には合有のみを批判した。金基善『新物権法』(民衆書林、1958年)149頁以下；同『(改訂)新物権法』(民衆書林、1959年)155頁以下を参照。

²⁸⁶ 金基善『韓国物権法』(法文社、1985年)247頁以下。

²⁸⁷ 金基善(注286)248頁。

²⁸⁸ それ以外にも関日榮執筆・郭潤直編『民法注解(V)―物権』(博英社、2009年)545頁参照。

民法で合有の規定は置かれず、総有の規定が導入されたのは、日本の立法者の決断であったと解される。この点は、満州民法の組合財産に関する部分に現れている。

ここで、中華民法の合有に関する規定はスイス民法第652条以下に影響を受けたと解されるが²⁸⁹、このスイス民法の規定は、その表現を「Gesamteigentum」と称している点に注目したい。スイス民法の起草者であるEugen Huberは、ゲルマニステンとして²⁹⁰、同様のゲルマニステンであるBluntschliとBeselerのドイツ学説について言及した²⁹¹。「この法律関係において所有権は、持続的共同体(dauernde Gemeinschaft)に属するが、その共同体は、地域自治団体(Gemeinde)のような人的結合(persönliche Verbindung)、契約的義務(Vertragsobligation)によるあるいは親族関係(familienrechtlichen Verhältnissen)に基づくことも可能である。この共同体の本質上、所有権の分割に関する訴えは認められず、各構成員の権利は、物全体(Gesamtsache)の用益及び管理への参加のみを内容とする。このような形態は、共有(Miteigentum)とは異なる関係であることは明白であり、スイスのカントン(個別州)法も共有規定の適用を排除しながら、Gesamteigentumの存在を認めている」と説明した²⁹²。これは、当時ドイツ民法には部分的に反映された合手原理を、

「Gesamteigentum」という所有権の一種として「Miteigentum」と並んで位置つけたスイス民法の特徴であると考えられる。

一方、韓国民法草案の公表以降、民事法研究会の『民法案意見書』によって、金曾漢が研究した共同所有の三類型論が提案された。民法草案の「共有」の節を「共同所有」の節に変えて、組合財産は「合有」に属するものとし、権利能力なき社団の財産は「総有」に属するものとして、共有、合有、総有の三類型を物権編に置くのが主要な内容であった(提案1)。また、権利能力なき社団に関する規定を法人の章に置くことも提案された(提案2)。

このような金曾漢の提案は、玄錫虎修正案に反映され、現行韓国民法上の共同所有に関する規定を構成するようになった(提案2は、反映されなかった)。

韓国民法草案から修正案までの変化の特徴としては、第一に、共同所有形態として、共有以外に慣習上の団体の所有のみを規定した民法草案の態度から、団体的所有全般を包

²⁸⁹ 我妻栄＝川島武宜『中華民法一物権(上)』(中華民法則研究会、1941年)193・219頁。

²⁹⁰ Hagemann, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Bd., 1971, S. 895.

²⁹¹ Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, 3. Bd., 1889, S. 149f.

²⁹² Eugen Huber, a.a.O., S. 150.

括的に規律しようとする態度への転換が行われた点が挙げられる²⁹³。そのような転換は、人的結合関係を中心とした規律から物的関係を中心とする規律の姿に形を変えたという点で確認することができる。第二に、ドイツ、日本でも議論された慣習上の人的・物的団体又は一律的に規律しがたい各種の団体が、大きく「社団・財団」と「組合」に収斂された点である。このような類型化によって、これまで規律することができなかった多様な団体に対して、具体的事例を通じて判例法理が集積され、新たな立法論の根拠になることができるようになった。

このような制定史、特に修正案に大いに寄与した金曾漢の共同所有論は、学説史にも繋がる²⁹⁴。金曾漢は、日本民法学の代表的な学者である石田文次郎、我妻栄などの共同所有に関する理論に基づいて、その源流であるGierke及びドイツ民法学を詳しく比較・検討した²⁹⁵。金曾漢の共同所有に関する理論のほとんどが韓国民法に反映されて施行された後、この三類型論に賛成する学者と、批判する学者とに二分された。議論になっているのは、総有に関する規定についてである。

²⁹³ 梁彰洙「共同所有：民法制定過程での論議とその後の評価を中心に」149-150頁。

²⁹⁴ 明淳龜「民法制定における民法学者たちの役割－民事法研究会と民法案意見書の寄与」民事法学74号(2016年)17頁以下参照。

²⁹⁵ 金曾漢(注273)220-248頁参照。

第二章 ドイツ・日本・韓国民法における共同所有制度

第一節 序説

日本と韓国の民法は、「一つの物を数人で所有する場合」を共同所有という²⁹⁶。多数人が集まって成立する各団体について、個別編で規定を置く（社団、組合、夫婦、共同相続人など²⁹⁷）一方、その団体の財産帰属については、物権編の「共有(共同所有)」の箇所では定めている²⁹⁸。また、所有権以外の財産については、準共有(準共同所有)²⁹⁹として規定している。この基本的な構造は、「物的アプローチ」であるといえる。

ドイツ民法(以下、BGB)は、多数人が財産を共同で所有する場合、その客体を物に限定せず、各団体の成立から廃止までの過程を規定し、その一部として財産についても一緒に定めている。ただし、その財産が物である場合、特別に物権編に4カ条だけ置かれた担保設定、公示事項、物的請求権の規定が適用される(BGB第1008条-1011条)³⁰⁰。したがって、BGB上の共同所有の基本的な構造は、「団体的アプローチ」であるといえる³⁰¹。

第二節 ドイツ民法における共同所有制度³⁰²

BGBは、債務関係の編で「共同関係(Gemeinschaft)」を団体の基本形として設定し、物権編で「共有(Miteigentum)」に関する規定を定め、共同関係の客体が物である場合に適用するよう規定している。ここで注意すべきであることは、物権編の「共有(Miteigentum)」

²⁹⁶ 韓国民法第262条[物の共有]は、「物が持分によって数人の所有になるときは、共有とする。」と定めている。日本民法上の共有の定義規定はない。

²⁹⁷ 韓国民法第275条[物の総有]第1項は、「法人ではない社団の社員が集合体として物を所有するときには、総有とする。」と規定しているが、法人ではない社団の定義規定はない。

²⁹⁸ 日本では、条文にない合有・総有の概念を使うために、物権編の共有を「狭義の共有」と解していると考えられる。一方、韓国では、「狭義の共有」という表現は使わない。韓国民法は、物権編の所有権の章、共同所有の節で、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ため、狭義・広義の共有概念を使う必要がないと思われる。

²⁹⁹ 韓国民法第278条[準共同所有]は、「本節の規定は、所有権以外の財産権に準用する。しかし、他の法律に特別な規定があればそれによる。」と定めている。

³⁰⁰ 後術するBGB第1008条-1011条参照。

³⁰¹ このように団体中心のドイツの共同所有の概念を物的概念として定立したのが日本の共同所有論史の一成果であると考えられる。学説史について詳しいのは、岡田康夫(注11)、高島平蔵(注232)、同(注236)を参照。

³⁰² 本節で条文に特別な国又は法律の名記がない以上、ドイツ民法をいう。

が、共同所有全体に対する一般規定ではない点である³⁰³。

また、共同関係及び共有とは異なり、持分権者の持分処分が制限される形態として、債務関係の編で「Gesellschaft(組合)」に関する規定を置き、総則の編で「Nicht rechtsfähige Vereine(権利能力なき社団)」に関する規定を定め、組合に関する規定を適用するようにしている³⁰⁴。以外にも「Gütergemeinschaft(夫婦財産共同関係；第1419条以下)」、「Erbengemeinschaft(相続共同関係；第2032条以下)の規定がある。

要するに、BGB上の共同所有制度は、以下のような特徴がある。

第一に、共同所有において重要な概念である「持分」の使い方である。BGBは、「持分」の概念を二つの表現、つまり「Bruchteil」と「Anteil」とに分けて使っている³⁰⁵。

「Bruchteil」とは、ある財産が共同関係に属する場合、確定的に分かれて各構成員に個別に帰属する持分を意味する（「確定持分」又は「具体持分」）³⁰⁶。これは、共同関係(Gemeinschaft)の財産が「物(Sache)」である場合に適用される「共有(Miteigentum)」を構成するときにも登場する³⁰⁷。

一方、「Anteil」とは、割合によって各構成員に帰属する持分であり、この団体の構成員

³⁰³ Staudinger/Karl-Heinz Gursky(2012), BGB§1008, Rn 1.

³⁰⁴ これ以外に第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。また、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ので、本稿では除く。総有について、ドイツの法制史的には、「Gesamteigentum」といわれるが、BGBには制定されなかった。韓国の法人でない社団については、拙稿「韓国の非法人社団に関する規律」広島法学39巻2号(平成27年10月)参照。

³⁰⁵ 両方は、「Teil」という単語、すなわち、「一部、部分」という意味から派生したものである。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-Englisch Law Dictionary, 3. Aufl., 1971, Walter de Gruyter, S.17, 48を参照。

³⁰⁶ 先買権に関するBGB第1095条を見ると、「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。」と規定している。このとき、土地の一部分に存在する先買権というのは、各共有者のAnteil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あって、一筆の土地その自体の一部分の上には存在しない。つまり、土地それ自体の一部(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。

³⁰⁷ 第1008条[Miteigentum nach Bruchteilen] Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§1009 bis 1011. このような観点でBGBの物権編のMiteigentum(共有)は、「Bruchteils」eigentumと呼ばれる。Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 1. Bd., Springer-Verlag, 1990, S. 268ff.

としての身分的性質も含む。これは主に、個人の個性より団体の拘束性を重視する団体、つまり、組合(Gesellschaft)、夫婦共同関係(Gütergemeinschaft)、相続共同関係(Erbengemeinschaft)の場合に登場するが、共同関係(Gemeinschaft)に関する条文の中でも見られる³⁰⁸。

したがって、「Anteil」は、「Bruchteil」の形で分かれて各構成員に確定的に帰属される「以前」の状態の「持分」を意味する(「割合持分」又は「包括持分」)³⁰⁹と理解することができる。

第二に、BGBは「共有関係」に関して、日本と韓国の共有関係に当たる規律を債務編の第741条ないし第758条で(共同関係)主に規律しており、物権編では、第1008条ないし第1010条のみで(共有)規律している。また、「合有関係」に関して、債務編第705条以下(組合)、親族編第1415条(夫婦財産共同関係)以下、相続編第2032条以下(相続共同関係)で各論的に規律しており、物権編には合有に関する規定は存在しない。

このような前提で、以下では、現行BGB上の「共有」、「共同関係」、「組合財産」、「権利能力なき社団」に関する規律を検討する。

I 物権法上の共有(Miteigentum)³¹⁰→[資料-15]

³⁰⁸ BGB上、BruchteilはGemeinschaftの場合に、Anteilは合手的団体の場合に使われるとはいえない。例えば第742条は、Gemeinschaftの箇所で、「疑問がある場合、各持分権者に同等のAnteilが属する」と定めており、第747条は「各持分権者は、自己のAnteilを処分することができる。」と定めている。また、Bruchteilは処分可能な持分であり、Anteilは処分不可能な持分であるともいえない。第2033条は、(1)Jeder Miterbe kann über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen：各共同相続人は、遺産への自己の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：共同相続人の一人は、個別的な遺産客體への自己のAnteilに関して、処分することができない。と規定している。相続共同関係は、相続財産が清算されればなくなる関係であり、その全体のAnteilを処分するのは、共同相続人の地位を承継させることと同じで、このような相続共同関係の特性からAnteilの処分も許容していると考えられる。一方、Gesellschaftにおいては、Anteilの処分は認めないのが原則である(第719条参照)。このような理解は、物的観点からの持分に関する理解ではなく、団体的観点から考えるべきであると思われる。

³⁰⁹ 住居所有権法(Wohnungseigentumsgesetz ; WEG)第1条第2項には、「Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört。」と規定して、共用部分に対する各区分所有者の持分を「Miteigentumsanteil」と表現している。これも、団体性から起因した分離してない又は分離できない持分の意味であると考えられる。

³¹⁰ ドイツ物権法に関する日本の研究として、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)、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39巻2号(2015年10月)74頁以下、同「ドイツ物

1. 共有の成立

共有(Bruchteileigentum、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³¹¹。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³¹²。

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て不動産の場合は登記と合意(第873条、第925条)、動産の場合には共同占有の合意と引渡し(第929条以下)を要する³¹³。

2. 共有物に対する負担の設定

共同の物(gemeinschaftliche Sache)は、第三者又は共有者一人のために(zugunsten)も負担が設定されることができる³¹⁴。第1009条では各共有持分(Miteigentumsanteil)に関する負担の設定については定められていないが、一般的に可能であると解されている³¹⁵。ただし、第747条後文によって共同の客体に対する処分は持分権者が共同でのみ行うことができるため、共有者らは、協力義務及び物的権利の制限に対する定期的な処分契約(Verfügungsvertrag)をしなければならない³¹⁶。

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)³¹⁷、自己不動産に抵当権(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。

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

権法・条文訳(2)－抵当権2」広島法学40巻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40巻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41巻1号(2017年6月)64頁以下などを参照した。

³¹¹ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1008 Rn 1-2.

³¹² Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1008 Rn 1, Hans Schulte-Nölke, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S.1479.

³¹³ Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1479.

³¹⁴ Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

³¹⁵ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1009 Rn 6.

³¹⁶ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1009 Rn 1.

³¹⁷ 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; 質権及び所有権の混同]も参照。

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(Eigentümergrundschild, Eigentümerhypothek)に関する第1177条³¹⁸、他人土地債務との差異(Abweichungen von der Fremgrundschuld)に関する第1197条³¹⁹、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³²⁰。また、第1019条(要役地の便益)によって共有持分に対する地役権(Grunddienstbarkeit)は設定することができない³²¹。

共同の物への負担に関する規律が合手的所有(Gesamthandseigentum)にも準用されるか否かについて見解の対立がある³²²。

3. 共有者間の法律関係及び特定承継人(Sondernachfolger)との関係

共同の客体(Gemeinschaftliche Gegenstand)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、その客体が物(Sache)である場合には、その第三取得者の利益の保護のために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(gegen)効力がある(第1010条第1項)³²³。

共同関係に関する規定によると、共有物の保存・管理及び共同の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給する義務を負う(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 der Gemeinschaft)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)。このような共有者の優先弁済請求権は、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(第1010条第2項)³²⁴。

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)、

³¹⁸ 第1177条[Eigentümergrundschild, Eigentümerhypothek; 所有者土地債務、所有者抵当権]参照。

³¹⁹ 第1197条[Abweichungen von der Fremgrundschuld; 他人土地債務との差異]参照。

³²⁰ 於保不二雄編(注310)166頁。Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1009 Rn 5は、第1063条及び第1256条の制限については疑わしいと述べる。

³²¹ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1009 Rn 8.

³²² Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1009 Rn 9. 於保不二雄編(注310)166頁は肯定する。

³²³ この規定は、特定承継人に有利な場合には登記を要しないため、法制策的に問題があると指摘されている。Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1010 Rn 1-2.

³²⁴ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1010 Rn 7, Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

この廃止請求権は共有者間の合意(Vereinbarung)によって永久的あるい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、各共有持分の負担として土地登記簿に登録されたときにのみ特定承継人に対して効力がある(第1010条第1項)。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³²⁵。

4. 共有者の物権的請求権及び第三者(Dritten)との関係

各共有者は、第三者に対して物全体(ganzen 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(第1011条)。このような考えは、共有の持分の性質も所有権と同様であるということに起因する³²⁶。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³²⁷。

ただし、引渡請求権(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³²⁸。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³²⁹。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³³⁰。

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³³¹、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請求及び不作為請求(Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch;

³²⁵ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1010 Rn 5.

³²⁶ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1011 Rn 1, Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480, 於保不二雄編(注310)167頁。

³²⁷ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1011 Rn 11, Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

³²⁸ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1011 Rn 6, Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

³²⁹ Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480.

³³⁰ BGHZ NJW-RR 02, 213.

³³¹ Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480-1481.

1004条)あるいは共同関係に基づいて請求(第743条、第744条、第745条第2項、第748条)をすることができる³³²。

一方、合手的所有(Gesamthandseigentum)においては、合手の持分権者が個々の合手財産に関する法的に確定されている持分(rechtlich faßbaren Anteile)を持っていないため、この物権的な請求権に関する第1010条は適用されないと解されている³³³。

II 債務法上の共同関係(Gemeinschaft nach Bruchteilen)³³⁴ -[資料-16]

BGBは、債権関係編第741条ないし第758条で共同関係(Gemeinschaft)に関する規定を行い、権利(Recht)が数人に共同で属する場合(第741条)、多数の権利者の関係を規律している³³⁵。以外にも親族編の夫婦財産共同関係(Gütergemeinschaft)、相続編の相続共同関係(Erbengemeinschaft)などがこの共同関係に基づく団体であるが、その財産帰属は合手的原理が適用される特徴がある³³⁶。こ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条以下の規定が適用される³³⁷。

つまり、この「Gemeinschaft」という用語は、広義として団体又はBGB上の共同体全体の意味があり、狭義としてBGB第741条ないし第758条の持分による共同関係(Gemeinschaft nach Bruchteilen)の意味として使われている³³⁸。以下では、狭義の共同関係について取り扱う。

³³² Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1011 Rn 4, Hans Schulte-Nölke, a.a.O., S.1480-1481, 於保不二雄編(注310)167頁。

³³³ Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1011 Rn 12.

³³⁴ 以下の共同関係に関する内容は、拙稿「ドイツ民法における共同関係に関する研究-BGB第741条以下の意味を中心に (一)、(二)、(三・完)」広島法学40巻3号、41巻1号、41巻4号(2017-2018年)を補完・発展させたものである。

³³⁵ 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。上谷均(注16)628頁。

³³⁶ Staudinger/von Proff(2015), BGB§741 Rn 1.

³³⁷ 第731条[Verfahren bei Auseinandersetzung; 清算における手続]後段、第1477条[Durchführung der Teilung; 分割の実行]第1項、第2042条[Auseinandersetzung; 清算]第2項、第2044条[Ausschluss der Auseinandersetzung; 清算の排除]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する。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。

³³⁸ 以下では、別途の表示がない場合、債権関係編第741条以下の共同関係(Gemeinschaft nach Bruchteilen)を意味する。Gemeinschaftの用語について詳しくは、Staudinger/von Proff, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§741-758 Rn3-5を参照。

1. 共同関係の成立

共同関係(Gemeinschaft nach Bruchteilen)は、ある権利が人たちに共同に属する場合、法律によって排除されない限り、第742条ないし第758条が適用される多数人間の権利関係である³³⁹。この共同関係が成立するための事実要件(Tatbestandsmerkmale)として、第一に、ある権利(ein Recht)が存在すること、第二に、二人以上の持分権者(Teilhaber)が必要であること、第三に、第741条以下の適用可能性の法的排除(gesetzlicher Ausschluss)がないことが挙げられる³⁴⁰。

共同関係は、特定の発生原因に限らず法律の規定³⁴¹又は法律行為³⁴²によって成立し³⁴³、組合のような共同の目的は要しないが、利益共同関係(Interessengemeinschaft)であるという見解がある³⁴⁴。共同関係自体は、法定債務関係(gesetzliche Schuldverhältnis)³⁴⁵だけでなく持分権者相互間の損失からの保護、経済的利益の援助、配慮などの責務(Pflichte)も存在する³⁴⁶。また、共同関係に関する規定は、債務関係にもかかわらず部分的に強行規定を含んでいる³⁴⁷。

³³⁹ Staudinger/von Proff, a.a.O., § 741 Rn 2. Ingo Saenger, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S.1118は、共同関係を、同一の客体(Gegenstand)への各権利者(Beteiligten)が共同の観念的持分に対する「権利(Berechtigung)」を有するため、権利者間に特定の法律関係であると定義する。また、この権利は、相互間に独自の・実質的な「部分権(Teilrechten)」ではないため、観念的な持分(ideellen Bruchteilen)として各権利者に分配されなければならないと説明する。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。上谷均(注16)627頁。

³⁴⁰ Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 4.

³⁴¹ 例えば、第947条[Verbindung mit beweglichen Sachen; 動産への附合]、第948条[Vermischung; 混和]、第950条[Verarbeitung; 加工]、第984条[Schatzfund; 埋蔵物発見]など。Ingo Saenger, a.a.O., S.1118. これを「偶然に(zufällig)」発生する共同関係として(communio incidens)解している。Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 21.

³⁴² 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; Ingo Saenger, a.a.O., S.1118. 特に、夫婦の共同的法律行為による取得が重要であると言う。Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 54.

³⁴³ Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 21, Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

³⁴⁴ Ingo Saenger, a.a.O., S.1118. しかし、通説及び判例は否定的である。Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 167.

³⁴⁵ BGHZ 62, 243; 上谷均(注16)628頁。

³⁴⁶ BGHZ 62, 246; Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

³⁴⁷ 特に、持分処分に関する第747条、重大な事由がある場合の廃止請求権に関する第

共同関係の客体(Gegenstand)については、多数が接近可能なすべての種類の権利がその対象となり得る³⁴⁸。例えば、債権³⁴⁹、所有権³⁵⁰、物的用益権(dinglich Nutzungsrecht)³⁵¹、占有³⁵²が挙げられる。共同関係は、契約自由(Vertragsfreiheit)によって、多数の客体においてすべての客体に対する共同の権利が同一の発生原因による場合に、一つの統一的な共同関係が発生し得る³⁵³。ただし、その客体が物である場合には第1008条以下及び特定性原則(Spezialitätsgrundsatz)が適用される³⁵⁴。また、一つの客体への多様な内容の権利は問題とされない³⁵⁵。

2. 共同関係の対内関係

(1) 持分の割合

共同関係の持分権者は等しい割合の持分を有すると定められている(第742条)が、これは、法律行為による共同関係においては意思の解釈基準であり、他の(偶然的)発生原因による共同関係においては単なる推定規定である³⁵⁶と解されている。したがって、当事者間の合意、特別な規定³⁵⁷、あるいは特別な事情がある場合³⁵⁸など他の分配基準がある場合には、適用されない³⁵⁹。

また、ある客体の取得において、ある権利者が他の持分権者より費用の多い部分を負担

749条第2項・第3項、保存行為に関する第744条第2項などが挙げられる。Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 6, Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

³⁴⁸ Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

³⁴⁹ Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 77-126. 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条の問題になるという。上谷均(注16)629頁。

³⁵⁰ Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 77, Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

³⁵¹ Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 133-134, Ingo Saenger, a.a.O., S.1118.

³⁵² BGH ZfR 2005, 357; BGHZ 62, 243; Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 133, Ingo Saenger, a.a.O., S.1118. 占有が持分共同関係の対象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、見解の対立がある。上谷均(注16)629頁。

³⁵³ BGHZ 140, 67; Ingo Saenger, a.a.O., S.1118; Gregor in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., 2017, § 741 BGB Rn 7.

³⁵⁴ Staudinger/von Proff, a.a.O., §741 Rn 8.

³⁵⁵ 例えば、利子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.

³⁵⁶ Staudinger/von Proff, a.a.O., §742 Rn 3, Ingo Saenger, a.a.O., S.1119, 上谷均(注16)629頁。

³⁵⁷ 第947条[Verbindung mit beweglichen Sachen; 動産への附合]、第948条[Vermischung; 混和]、第1109条[Teilung des herrschenden Grundstücks; 権利者の土地の分割]、第1172条[Eigentümergeamthypothek; 所有者共同抵当権]第2項など参照。

³⁵⁸ 建物壁の共有持分の割合など。これについては、BGHZ 36, 46を参照。

³⁵⁹ Staudinger/von Proff, a.a.O., §742 Rn 4, Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

する事情は、この法的推定を排除しない。なお、権利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³⁶⁰。

共同関係の登記の場合³⁶¹、GBO第20条及びBGB第925条による不動産所有権譲渡の合意(Auflassung)及び持分割合の記載が必要であり³⁶²、単に「同等の権利」という文言のみの記載は、不十分であると解されている³⁶³。

(2) 使用・収益

各持分権者は、その割合に応じて果実の持分(Bruchteil)を有し(第743条³⁶⁴第1項)、他の持分権者の共同使用(Mitgebrauch)を侵害しない限り、共同の客体を使用する権限がある(同条第2項)³⁶⁵。この使用・収益(以下、用益; Nutzungen)とは、物又は権利の果実及び、物又は権利の使用が付与する利益(賃貸、免許委託などによる収益)をいう³⁶⁶。

共同使用は、共同の客体への共同占有(Mitbesitz)であり、その使用方法については基本的に持分権者間の合意(Vereinbarung)又は多数決(Mehrheitsbeschluss; 第745条第1項)によって定める³⁶⁷。一方、使用権限が制限される場合として、客体自体の性質が共同使用に適合

³⁶⁰ 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ものではない。BGH NJW 81, 1503; Ingo Saenger, a.a.O., S.1119. 通説は、第742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、第742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。上谷均(注16)629頁。

³⁶¹ 土地登記法(Grundbuchordnung; GBO)第47条第1項「数人のために一つの権利を登記する場合には、具体的持分(Bruchteilen)における権利者(Berechtigten)の割合(Anteil)又は共同関係の基準となる権利関係(Rechtsverhältnis)を詳細に記入しなければならない。」

³⁶² Staudinger/von Proff, a.a.O., §742 Rn 5.

³⁶³ 石川清=小西飛鳥『ドイツ土地登記法』(三省堂、2011年)157頁以下を参照。「同等の権利」のみの記載が不十分である理由は、合手関係と区別ができないからである。また、登記官は第742条を基礎として持分を登記することができないと解されている。上谷均(注16)629頁。

³⁶⁴ 第743条は、共同関係及び相続共同関係(第2038条第2項)にも適用される。上谷均(注16)630頁。第2038条[Gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses; 遺産の共同の管理]参照。

³⁶⁵ 第743条第2項は、任意規定であるため、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)と解されている。上谷均(注16)630頁、Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 2.

³⁶⁶ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1119. 第100条[Nutzungen; 用益]は「用益とは、物又は権利の果実及び、物又は権利の使用が付与する利益をいう。」と規定している。

³⁶⁷ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 33-34.

しないときが挙げられる³⁶⁸。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³⁶⁹。また、そ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³⁷⁰。

果実は、天然果実と法定果実を含んでおり³⁷¹、各持分権者はその持分の割合に応じる果実に対する債務法上の請求権(Anspruch)を有するが、果実の収受は、一つの管理行為であるため、原則としてすべての権利者(Berechtigten)によって行われなければならない(第744条ないし第755条)³⁷²。例えば、共同関係の客体の賃貸借契約は賃借人とある持分権者との合意によって成立するが、賃貸料は持分権者が共同で請求しなければならない³⁷³。そして、賃借人は各持分権者にその割合による賃貸料を支払う必要がないことになる³⁷⁴。

また、各持分権者は、共同関係の廃止に至らず、果実についての分配(Verteilung)を請求することができる³⁷⁵。この場合、分配は第752条以下の分割の規定が適用され、現物分割、売却、強制競売によって収益を分配する。この請求権の排除は、多数決ではなく、関連持分権者の同意を得る合意によらなければならない(第745条第3項)³⁷⁶。さらに、分配の前に、物の管理及び保存のために生じた費用(Kosten)及び負担(Lasten)を控除した純収益

³⁶⁸ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 38, Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

³⁶⁹ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 36, 上谷均(注16)630頁。

³⁷⁰ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 38, Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

³⁷¹ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1119. 第99条[Früchte; 果実]参照。

³⁷² Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 6. 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.

³⁷³ また、この持分権者は、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。BGH BB 72, 1245; Ingo Saenger, a.a.O., S.1119.

³⁷⁴ Ingo Saenger, a.a.O., S.1119. この賃貸料は、性質上可分債権であるため、第420条[Teilbare Leistung; 可分給付]が適用されるが、共同関係の果実である場合には、賃借人が持分権者の持分の比率によって支払うことは実用的ではないため、第432条[Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung; 不可分給付の数人の債権者]が適用されると解するのが通説であった。しかし、この論理については議論がある。Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 5-10.

³⁷⁵ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 13.

³⁷⁶ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 13.

(Nettoerlös)を算定しなければならない³⁷⁷。

(3) 管理及び保存

管理とは、物の直接的な使用(unmittelbaren Gebrauch)及び消費(Verbrauch)が存在しない限り、共同の客体の保存(Erhaltung)又は改善(Verbesserung)、あるいは果実の収受(Ziehung)又は活用(Verwertung)、及び物の他の利益(Vorteile)に供与する法律上・事実上の措置である³⁷⁸。

管理は、非経済的な措置³⁷⁹だけではなく、客体の経済的な用益も含む³⁸⁰。基本的に、事実上の管理措置として、修繕(Reparatur)、撤去(Abbruch)、農耕地の公園への転換(Umwandlung)、仮住いの建設(Errichtung)などが挙げられ、法律上の管理措置として、賃貸(Verpachtung)、免許委託(Lizenzvergabe)、現金投資(Anlage)、共同債権の取立(Einziehung)、形成権の行使(Ausübung von Gestaltungsrechten ; 例えば、告知)、共同の客体から生じた果実の処分(Verfügung)、共同債権の調停、共同土地への抵当の設定、定期反復利用権に関する決定(Time-sharing)、訴訟追行(Prozessführung)も管理措置(Verwaltungsmaßnahmen)が挙げられている³⁸¹。

また、管理は、原則として持分権者らが共同で行うが、持分権者は、多数決で³⁸²客体の管理及び利用を定めることができ(第745条第1項)³⁸³、持分権者の一人又は第三者に委託す

³⁷⁷ Staudinger/von Proff, a.a.O., §743 Rn 14, 上谷均(注16)630頁。

³⁷⁸ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 7, Ingo Saenger, a.a.O., S.1120. 管理の定義については統一されていない。上谷均(注16)631頁は、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・法律上の措置であるという。また、果実の収受は、持分権者全員の利益になるものであるため、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ず、判例に現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であると述べる。

³⁷⁹ OLG Rostock NJW-RR 03, 797, 798; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁸⁰ 例えば、用益賃貸借(Verpachtung)。BGHZ 56, 47; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁸¹ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 9, Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁸² 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(組合とは異なる)。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。上谷均(注16)632頁。同意した持分権者は、協力義務を負うが、第749条による告知権を有する。BGHZ 34, 370. 一方、Miteigentum(共有)による契約上の共同関係の使用規則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.1120f.

³⁸³ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 2-4. 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。Ingo Saenger, a.a.O., S.1121. 書面、口頭、電話いずれの方法でもよい。上谷均(注16)632頁。

することもできる³⁸⁴。この管理の委託は、重大な事由(wichtigem Grund)がある場合、多数決によって告知することができる³⁸⁵。

管理に関する多数決による決定には、第744条第1項による全員一致が必要となる³⁸⁶。多数決によって定められない場合、各持分権者は公平な裁量による管理及び利用を請求することができる(第745条第2項)。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³⁸⁷。特に第745条の類推適用によって、最終的に別居により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の判決を請求することができる³⁸⁸。

共同関係の客体の本質的な変更当たる措置は、多数決で定めることができない(第745条第3項)。本質的な変更とは、客体の形態や目的が徹底した(einschneidender)方法で改められる場合をいう³⁸⁹。例えば、過度に高価な設備、より高格の費用を要する建築、駐車場の建築などの場合に発生し得る³⁹⁰。各持分権者の持分(Bruchteil)に応ずる用益の持分(Anteil)は、持分権者個人が有する請求権であるので³⁹¹、多数決によって侵害することができない(第745条第3項後段)³⁹²。

客体の保存のために不可欠な場合には、例外的に、持分権者一人が単独で措置を行うことができる(第744条第2項)³⁹³。保存行為については、原則的に多数決又は合意により排除

³⁸⁴ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 12, Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

³⁸⁵ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 17, 19, 上谷均(注16)631頁。

³⁸⁶ 各持分権者は、投票への参加請求権とともに、法的聴聞(rechtliches 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というのが通説である。BGHZ 56, 47, 56. Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁸⁷ 具体的な反対主張は、反訴として主張することができる。BGH WM 89, 1753; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁸⁸ 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-RR 10, 1585, 1586; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁸⁹ BGHZ 101, 28; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121.

³⁹⁰ OLG Hamburg OLGZ 90, 144; Ingo Saenger, a.a.O., S.1121. 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ぬとする判例がある。上谷均(注16)633頁。

³⁹¹ 上谷均(注16)633頁。

³⁹² 第745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和共同関係の行為能力(Handlungsfähigkeit)への利益と同等に扱う。Ingo Saenger, a.a.O., S.1121. また、この用益権は、果実及び使用利益に及ぶが、第743条第2項の使用権限は、事実上の利用の場合にのみ適用されるので、第745条によって保護されない。上谷均(注16)630頁参照。

³⁹³ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 21, Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

することができず(強行規定)、BGB上の組合への準用については争いがある³⁹⁴。

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の適切な管理の範囲内で、客観的に必要な事実上・法律上の行為である³⁹⁵。例えば、家の修理、強制執行を避けるための弁済、抹消の許諾(Löschungsbewilligung)の訴え、土地債務(Grundschuld)の利息の主張、強制競売の分配方法の異議(Widerspruch)、特許への不作為請求(Unterlassungsanspruch)の主張、腐敗しやすい物の処分などが挙げられる³⁹⁶。一方、戦争によって破壊された建物の再建(Wiederaufbau)、10年間の保険契約(Versicherungsvertrag)の締結、中央暖房及び上水道システムの最初の設置、共同の権利の廃止などは該当しないと解されている³⁹⁷。

保存措置において、各持分権者は、内部的には他の持分権者に事前同意を求める権利があり、外部的には処分行為(Verfügungsgeschäfte)³⁹⁸及び債務(負担)行為(Verpflichtungsgeschäfte)³⁹⁹に関する代理権を前提として行うことができる(第744条第2項)⁴⁰⁰。

(4) 費用の負担

共同関係の客体の負担並びに保存、管理及び共同の利用の費用は、各持分権者が、他の

³⁹⁴ 詳しくは、Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 31を参照。肯定的見解として、Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

³⁹⁵ 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を考慮したのかである。Ingo Saenger, a.a.O., S.1120. この必要性の概念は、第994条[Notwendige Verwendungen; 必要費]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。上谷均(注16)631頁。第536a条第2項[Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines Mangels; 瑕疵による賃借人の損害賠償請求権及び費用償還請求権]参照。

³⁹⁶ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 24, 上谷均(注16)631頁。経済的価値の下落を防止するための措置である場合、行った持分権者の管理権は、客体に対する処分も含まれるという見解がある。議論が非常に多い。BGH NZG 10, 938; NJW 11, 61, 63; Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

³⁹⁷ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 25, 上谷均(注16)631頁。

³⁹⁸ Staudinger/von Proff, a.a.O., §744 Rn 27, Ingo Saenger, a.a.O., S.1120.

³⁹⁹ 議論が多い。Ingo Saenger, a.a.O., S.1120. 他の意見で、MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O. §744, 745 Rn. 46.

⁴⁰⁰ この同意は、第182条[Zustimmung; 同意]の第三者の事前同意であると解されている。また、ある特別な事情の存在に対して善意の第三者は第744条第2項によって保護されない。Ingo Saenger, a.a.O., S.1120, 上谷均(注16)631頁。

持分権者に対して持分の割合に応じて負担する義務を負う(第748条)⁴⁰¹。

負担(Lasten)とは、客体から弁済し又はその価値を減少させる給付である⁴⁰²。例えば、不動産から弁済すべき抵当権及び土地債務の利息は負担であるが⁴⁰³、将来の弁済に備え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⁴⁰⁴。

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⁴⁰⁵。例えば、共同関係の客体の管理に関する有効な決議(第744条第1項、第745条第1項・第3項)又は緊急業務執行措置(Notgeschäftsführungsmaßnahme；第744条第2項)の場合に発生したものである⁴⁰⁶。

給付の支給又は責任の引受けが自己の持分割合を超えた持分権者は、他の持分権者に対して、持分割合による債務免責(Schuldbefreiung)⁴⁰⁷又は費用償還(Aufwendungsersatz)の請求権を有する⁴⁰⁸。この請求権は、発生の際に履行期が到来し、共同関係の廃止以後も存続する⁴⁰⁹。他の持分権者がこの請求の履行を拒絶する場合、債務関係に関する一般規定による(第280条⁴¹⁰以下、第323条⁴¹¹以下など)⁴¹²。場合によってはこのような不履行は、共同関係の廃止の根拠になり得る⁴¹³。

3. 共同関係の対外関係

(1) 持分及び客体の処分

⁴⁰¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁰² 第103条[Verteilung der Lasten; 負担の分配]参照。Staudinger/Eickelberg(2015) BGB§748 Rn 3, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁰³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §748 Rn 3.

⁴⁰⁴ 上谷均(注16)635頁。

⁴⁰⁵ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §748 Rn 5, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁰⁶ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §748 Rn 5, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁰⁷ 第257条[Befreiungsanspruch; 免責請求権]参照。例えば、共同関係の財産である土地を管理するために費用が発生した場合、ある持分権者がこの債務を先負担する場合がある。この場合、その持分権者(免責債権者)は、まだその費用を負担していない持分権者(免責債務者)に対して、管理費用についての債権者(第三債権者)に対する債務(第三債務)から自分を免責させる請求権を有する。免責請求権について詳しいのは、渡邊力「一般免責請求権論-ドイツ法の紹介と日本法への示唆-」法と政治61巻4号(2011年)103頁以下参照。

⁴⁰⁸ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §748 Rn 23, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁰⁹ 上谷均(注16)634頁。

⁴¹⁰ 第280条[Schadensersatz wegen Pflichtverletzung; 義務違反による損害賠償]参照。

⁴¹¹ 第323条[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除]参照。

⁴¹² Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §748 Rn 24, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴¹³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §748 Rn 23, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

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(第747条前段; 強行規定⁴¹⁴)。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⁴¹⁵。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⁴¹⁶。

処分(Verfügung)とは、ある権利が直接的な効果をもって譲渡、負担、廃止又は内容的に変更される法律行為である⁴¹⁷。そして、所有権譲渡(Eigentumsübertragung)、移転(Abtretung)、負担(Belastung)、相殺(Aufrechnung)、履行としての債務の引受(Annahme einer Leistung als Erfüllung)、免除(Erlass)、支払いの延期(Stundung)、告知(Kündigung)、特許出願(Patentanmeldung)などが該当する⁴¹⁸。また、持分権者間に持分を部分的に譲渡し、持分の割合を変更すること(Quotenänderung)も可能である⁴¹⁹。反面、催告(Mahnung)、使用賃貸借(Vermietung)、用益賃貸借(Verpachtung)の設定は、処分ではないと解されている⁴²⁰。

この処分は、第三者のために(zugunsten)も効力がある⁴²¹。持分の処分の自由は、持分権者間の債務法的な意味の合意によるが、持分の処分行為の実現は、客体の性質により各規定が適用される⁴²²。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で認められなければならない⁴²³。不動産の共有の場合、その持分の譲渡により第892条⁴²⁴による善意取得(gutgläubiger Erwerb)が可能であるかについて議論がある⁴²⁵。

客体全体の処分は、原則的に全ての持分権者が共同でのみすることができる(第747条後段)。また、各持分権者全員が処分を委任又は同意をしたとき、全員の名前で処分しなけ

⁴¹⁴ 第137条[Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot; 法律行為による処分禁止]参照。また、共同相続の場合とは異なり、各持分権者は法定先買権をもたない(第2034条[Vorkaufsrecht gegenüber dem Verkäufer; 売渡人に対する先買権]参照)。Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 4-5, 上谷均(注16)634頁。

⁴¹⁵ Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

⁴¹⁶ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

⁴¹⁷ 第185条[Verfügung eines Nichtberechtigten; 無権利者の処分]参照。Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 10, 上谷均(注16)634頁。

⁴¹⁸ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 10.

⁴¹⁹ この場合、第311b[Verträge über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass; 土地、財産及び相続財産に関する契約]第1項、第873条[Erwerb durch Einigung und Eintragung; 物権的合意及び登記による取得]及び第925条[Auflassung; 不動産所有権譲渡合意]によることを要する。Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 11, 25-26, 29.

⁴²⁰ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 10.

⁴²¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

⁴²² Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 20, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

⁴²³ 第929条[Einigung und Übergabe; 物権的合意及び引渡し]参照。

⁴²⁴ 第892条[Öffentlicher Glaube des Grundbuchs; 不動産登記簿の公信力]参照。

⁴²⁵ BGHZ 173, 71; Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 21-24, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

ればならない⁴²⁶。全員の合意がない処分は無権利者の処分 (Verfügung eines Nichtberechtigten) となり、その処分は有効な追認を得るまで不確定的無効 (schwebend unwirksam) となる⁴²⁷。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)、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⁴²⁸。

(2) 特定承継人に対する効力

共同関係の客体の管理及び利用についての定め⁴²⁹は、特定承継人に対しても効力を有する(第746条)⁴³⁰。これは、持分権者の持分の処分によって、以前の定め効力がなくなること防止するためであり、特定承継人の善意・悪意は問わない⁴³¹。特定承継人とは、持分の取得者、用益権者、持分についての質権者などである⁴³²。

共同関係の客体が不動産である場合、土地登記簿に登録したときにのみ持分権者一人の特定承継人に対して効力がある(第1010条)⁴³³。

4. 共同関係の終了

共同関係の終了は、各持分権者の廃止請求権の行使によって行われる(第749条)。共同関係の廃止 (Aufhebung) が行われると、その実行手続によって共同関係の客体が分割 (Teilung) される(第752条ないし第754条)。また、既存の債務の補正(第755条以下)、瑕疵担保(第757条)、時効(第758条)に関しても規律されている。

(1) 廃止請求権

各持分権者は、原則としていつでも共同関係の廃止を請求することができる(第749条第1項)。共同関係の廃止とは、法律行為による共同関係の終了であり、その行為は、各持分権者の廃止請求権又は全員の合意によって行われる⁴³⁴。この廃止請求権の性質について、

⁴²⁶ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 66, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122.

⁴²⁷ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §747 Rn 72, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122, 上谷均(注16)634頁。

⁴²⁸ 上谷均(注16)634頁。

⁴²⁹ この定めは、第744条及び第745条による決定であり、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。上谷均(注16)632頁。

⁴³⁰ 第746条は、組合(GbR)には適用されない。BGH NJW - RR 2009, 515; Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §746 Rn 11.

⁴³¹ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §746 Rn 1, 上谷均(注16)633頁を参照。

⁴³² Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §746 Rn 11, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122, 上谷均(注16)633頁。

⁴³³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §746 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1122, 上谷均(注16)633頁。

⁴³⁴ 上谷均(注16)636頁。そして、各持分権者は、廃止において必須的な給付及び共同協力行為

請求権(Anspruch)であるか形成権(Gestaltungsrecht)であるかについて議論がある⁴³⁵。

共同関係の客体の分割は、多様な原因と方法があり、構造的に複雑な結果又は実行の困難性があるため、その手続きについて第752条以下で詳細に規律している⁴³⁶。共同関係の廃止の際には、組合の解散(Auflösung)とは異なり、清算という手続きには従わず、共同関係の客体への持分帰属の関係が終了すると解されている⁴³⁷。

また、共同関係の廃止による請求権は、消滅時効にかからない(第758条)。この適用範囲は、共同関係の廃止における分割請求権だけではなく、果実の分割請求権とも関連がある(第743条)⁴³⁸。反面、共同関係から生じた負担・費用請求権(第748条)やそれ以外の請求権(第744条、第757条)には、適用されない⁴³⁹。

(2) 廃止請求の制限

廃止請求権は、持分権者間の合意、法律規定⁴⁴⁰及び信義誠実の原則によって⁴⁴¹制限されることができる⁴⁴²。この制限は、多数決ではなく持分権者全員の合意を要する⁴⁴³。制限の種類は、共同関係の客体全体への廃止請求権の全面的な排除、共同関係の客体の一部や持

を提供する義務を負う。OLG Hambrug NJW-RR 02, 1165, 1166; MünchKomm/K. Schmidt, §749 Rn. 17.

⁴³⁵ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §749 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴³⁶ Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴³⁷ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §749 Rn 3-3a, Münchenerは、廃止合意(Aufhebungsvereinbarungen)と分割合意(Teilungsvereinbarungen)を区別している。前者は、持分共同関係を分割するかどうかにかかわるものであり、後者はどのように分割するにかかわるものであるとすることができるが、通常はこれらの合意は合体していると考えられる。廃止請求権は、持分権者が他の持分権者を相手方として行使する。その場合、請求した持分権者との関係においてだけ廃止することとし、他の持分権者との間ではそれと無関係に持分共同関係を継続させることもできる。上谷均(注16)636頁。一方、組合の場合は、1.解散(Auflösung)の後で、2.清算(Auseinandersetzung)を経て、3.分割(Teilung)が始まる。

⁴³⁸ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §758 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1127.

⁴³⁹ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §758 Rn 4, Ingo Saenger, a.a.O., S.1127, 上谷均(注16)642頁。

⁴⁴⁰ 第922条[Art der Benutzung und Unterhaltung; 利用及び維持の方法]3文、BGB第2047条[Verteilung des Überschusses; 剰余の分配]第2項、WEG第11条[UnAuflöslichkeit der Gemeinschaft; 共同関係の解散不可能性]参照。

⁴⁴¹ 信義誠実の原則についての例として、共同関係の廃止のとき、まだ業務執行者である持分権者の業務が残って求償する場合、持分権者らは各自の持分に応じて弁済しなければならない。BGHZ63, 352; BGH NJW-RR 05, 308, 309; Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁴² Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

⁴⁴³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §749 Rn 60, Ingo Saenger, a.a.O., S.1123.

分権の一部又は分割方法や時期を限定した制限も含む⁴⁴⁴。

しかし、廃止請求の制限に関する合意があるにもかかわらず、重大な事由があるときには、廃止の請求が可能である(第749条第2項)。これは、強行規定であるため、これに反する排除・制限の合意は無効となる(第749条第3項)。重大な事由の例として、シッカーネに該当する場合、通常の管理に継続的に反する場合、客体の勝手な変更、状況の本質的な変更などが挙げられる⁴⁴⁵。廃止は、極端な結果が生じる最後の手段として、重大な事由の解釈には厳格な基準が適用される⁴⁴⁶。

また、持分権者が共同関係の廃止を請求する権利を一時的に排除した場合、疑わしいときには、その合意は持分権者一人の死亡によって効力を失うと推定される(第750条)。この推定は、他の合意があれば適用されず⁴⁴⁷、場合によっては、持分権者の死亡も廃止において重大な事由に該当し得る⁴⁴⁸。

持分権者が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する場合又は告知期間を定めた場合、その合意は、特定承継人のためにも特定承継人に対しても効力が生じる(第751条前段)。つまり、持分権者間の共同関係の廃止を排除する合意は、管理及び利用についての合意(第746条)とともに、特定承継人にも適用される⁴⁴⁹。この合意の存在に対する特定承継人の善意・悪意は問わない⁴⁵⁰。

ただし、持分の差押債権者は排除の合意とは関係なく、いつでも廃止の請求ができる(第751条後段)。債務名義が確定的ではないときには、その廃止の排除の合意は差押債権

⁴⁴⁴ Ingo Saenger, a.a.O., S.1123. 判例では、強制競売の方法による廃止は売却額が一定額に達した場合でなければ請求できないという合意や特定の第三者の同意がなければ廃止を請求できないとする合意も有効であるとされている。上谷均(注16)636頁。

⁴⁴⁵ 持分権者間の不一致や不和は、それによって管理に影響を受けない限りは重大な事由にはあたらないとされる。上谷均(注16)636頁。

⁴⁴⁶ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §749 Rn 60. 持分権者一人が特に重大な理由を誘導した場合には、廃止を請求することはできない。また、廃止が適切な共同関係の用益・管理に当たる場合には、全体的な考慮して特殊な事情として廃止しなければならない。重大な事由についての証明責任は、それを主張する者が負う。Ingo Saenger, a.a.O., S.1124.

⁴⁴⁷ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §750 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., 1124.

⁴⁴⁸ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §750 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1124. ただし、持分権者の死後にも廃止請求の排除が継続することに争いがなければ、死亡は重大な事由ではないという。上谷均(注16)637頁。

⁴⁴⁹ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §751 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1124.

⁴⁵⁰ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §751 Rn 2, 上谷均(注16)637頁。

者を拘束する⁴⁵¹。客体が動産である場合には、債務名義がなくても廃止の請求ができるが⁴⁵²、不動産である場合には、第1010条以下が適用され、その内容が登記されていなければ効力がない⁴⁵³。この場合持分権者は、第268条⁴⁵⁴による第三者の弁済権を有する⁴⁵⁵。

(3) 共同債務の弁済

共同関係の廃止における客体に関する債務の弁済について、第三者に対する債務の弁済(第755条)と他の持分権者に対する債務の弁済(第756条)を分けて規律している。

まず、持分権者が自己の持分の割合に応じて履行しなければならない債務(第748条)又はそのような債務履行の目的のために引き受けた債務について、第三者に対して連帯債務者としての責任を負う場合には、各持分権者は共同関係の廃止とともに、その債務を共同関係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1項)。第三者の各持分権者に対する弁済請求権は、第748条によって債務を負担し又は保証として債務を負担する場合にも発生し得る⁴⁵⁶。この債務の弁済によって、債務者である持分権者の個人的な追加責任は、連帯債務の一般規定(第426条)⁴⁵⁷によって排除される⁴⁵⁸。

また、共同関係内で、債権者たる持分権者は、他の債権者に優先して債務者である持分権者の持分(客体の部分)から弁済を受けることができる(第756条)⁴⁵⁹。これは、第748条への償還請求権(Ausgleichsansprüche)を含む⁴⁶⁰。この請求は、弁済(Zahlung)又は債務免責(Schuldbefreiung)⁴⁶¹を成す⁴⁶²。

一方、特定承継人も同じ義務を負う(第755条第2項、第756条後段)が、不動産の場合に

⁴⁵¹ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §751 Rn 8, Ingo Saenger, a.a.O., S.1124, 上谷均(注16)637頁。

⁴⁵² 第1258条[Pfandrecht am Anteil eines Miteigentümers; 共有者の持分への質権]参照。上谷均(注16)637頁。

⁴⁵³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §751 Rn 8, Ingo Saenger, a.a.O., S.1124.

⁴⁵⁴ 第268条[Ablösungsrecht des Dritten; 第三者の弁済権]参照。

⁴⁵⁵ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §751 Rn 11, Ingo Saenger, a.a.O., S.1124.

⁴⁵⁶ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §755 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1126.

⁴⁵⁷ 第426条[Ausgleichungspflicht, Forderungsübergang; 償還債務、債権譲渡]参照。

⁴⁵⁸ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §755 Rn 1a, Ingo Saenger, a.a.O., S.1126.

⁴⁵⁹ もし連帯債務が履行期になれば、弁済請求権は、弁済に必要なものの留置に向けた請求権になる。上谷均(注16)641頁。第三者は、第755条及び第756条によって、請求権を導き出すことはできない。Ingo Saenger, a.a.O., S.1126f.

⁴⁶⁰ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §756 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1127. 分割費用に基づく債権も含まれる。この点で、この債権は、第755条の債権よりも範囲が広い。上谷均(注16)641頁。

⁴⁶¹ 第257条[Befreiungsanspruch; 免責請求権]参照。

⁴⁶² Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §756 Rn 9, Ingo Saenger, a.a.O., S.1127.

は第1010条第2項によってこの請求権を登記簿への登記されたときのみ、特定承継人に効力がある⁴⁶³。

(4) 分割手続

原則として、共同関係は持分権者間の合意によって廃止されるが、その合意が成立しなかった場合、現物分割(in Natur)、売却(Veräußerung)による分割などによって行われる(第752条ないし第754条)⁴⁶⁴。

現物分割の客体になるためには、持分権者の持分によって同等に分けられるのかが重要である⁴⁶⁵。また、分割によって客体の価値が減少される場合⁴⁶⁶、各部分の合計が客体の総額に達しない場合には、適用できない⁴⁶⁷。現物分割ができる客体の例としては、金銭債権、代替物、有価証券、抵当証券(Briefhypothek)などがあるが⁴⁶⁸、事実上不可分の客体が多いため、売却による分割が普通である⁴⁶⁹。

売却による分割は、客体が動産又は権利⁴⁷⁰である場合は、質物売却に関する規定(第1233条以下⁴⁷¹)により、不動産である場合は、強制競売に関する規定⁴⁷²によるとされる(第753条第1項前段)⁴⁷³。売却により発生した代金については、物上代位物として共同関係が継続され、その代金は競売費用の控除(第748条)及び持分権者間の連帯債務の弁済(第755条)を行った後で各持分権者に分割される⁴⁷⁴。また、第三者への譲渡が許されないとき、例えば、合意、用益権の非譲渡性⁴⁷⁵、遺言⁴⁷⁶によって排除される場合には、持分権者間の

⁴⁶³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §756 Rn 14, Ingo Saenger, a.a.O., S.1126.

⁴⁶⁴ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §752 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1125.

⁴⁶⁵ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §752 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1125. この同等性の判断は、取引観念による。さらに、分割された客体が等価値(gleichwertig)であることが必要であると解されており、したがって、持分が平等であれば同等かつ同価値のものに分ける必要があるとされ、この場合にはくじによって決定することになる。上谷均(注16)638頁。

⁴⁶⁶ その価値の減少は、分けられた部分ごとの評価の総和を客体全体の評価と比較して確定する。上谷均(注16)638頁、Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §752 Rn 11.

⁴⁶⁷ 例えば、耕作中の土地の分割において、一般的にその土地の一部が同等な価値として算定されるのは難しい。OLG Hamm NJW-RR 92, 666; Ingo Saenger, a.a.O., S.1125.

⁴⁶⁸ 上谷均(注16)638頁。

⁴⁶⁹ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §752 Rn 9, Ingo Saenger, a.a.O., S.1125, 上谷均(注16)638頁。

⁴⁷⁰ 第754条が適用される場合は除く。Ingo Saenger, a.a.O., S.1125.

⁴⁷¹ 第1233条[Ausführung des Verkaufs; 売却の履行]参照。

⁴⁷² 強制競売及び強制管理に関する法律(Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung; ZVG)第180条参照。

⁴⁷³ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §753 Rn 4-21, Ingo Saenger, a.a.O., S.1125.

⁴⁷⁴ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §753 Rn 3, Ingo Saenger, a.a.O., S.1125, 上谷均(注16)639頁。

⁴⁷⁵ 第1059条[Unübertragbarkeit; Überlassung der Ausübung; 非譲渡性; 行使の移転]参照。

⁴⁷⁶ 第2048条[Teilungsanordnungen des Erblassers; 遺言者の分割指示]参照。

競売が行われる(第753条第1項後段)⁴⁷⁷。

客体を売却する試みが成功しなかった場合、各持分権者は、その反復を請求することができ、再売却を請求した持分権者がその費用を負担する(第753条第2項)。最初の競売が成立しなかったときに備えて補充的に請求した場合には、これに限らない⁴⁷⁸。

(5) 分配に対する担保責任

共同関係の廃止は、共同関係の客体がある持分権者一人に分配される(zugeteilt)ことによっても完成され得る⁴⁷⁹。例えば、現物分割(第752条)、売却による分割(第753条)及び合意による分割の場合である⁴⁸⁰。このような場合、他の持分権者はその権利又は物の瑕疵についてどのように責任を負うかについて、売主と同一の方法で自己の持分に応じて担保責任を負う(第757条)⁴⁸¹。

III 合有的関係

合有とは、数人が共同の目的を達成するために設立した団体の財産帰属の形態を意味する。一定の目的の遂行を達成するために、団体が存続する間、構成員、対内外的な関係、共同財産の管理及び処分に対して制限を加えて団体財産の瓦解を防止するように起立しているのが特徴的である。これによって、合有関係の終了は、団体の目的の達成又は達成不能、若しくは全員の合意による解散の場合に限られ、合有者の単なる分割請求は認められない。このように、各合有者は合有財産「全体」に対する持分権者であるが、この持分(Anteil)とは、構成員権又は身分権としての性質を有するため、原則として自由に処分することができないものである。

特に、BGBは、財産の帰属を合手的(Gesamthänderische)に規定している団体別にその内

⁴⁷⁷ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §753 Rn 39, Ingo Saenger, a.a.O., S.1125.

⁴⁷⁸ 客体の売却ができないことが立証されれば、一旦、共同関係は継続して存続する。一方、顕著な不公平がある場合や予見不可能な例外的な場合に限り、信義誠実の原則によって、ある持分権者による給付訴訟を通じて、分割し得る。BGHZ 68, 304; Ingo Saenger, a.a.O., S.1125, Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §753 Rn 44.

⁴⁷⁹ 物と権利の瑕疵担保は、すべての持分権者の共同持分(Gemeinschaftsbruchteilen)によって、瑕疵ある同一の共同関係の客体が分割される(verteilt)場合とは区別される。これは、ある持分権者が、瑕疵あることにより損害を被ったときにのみ有効である。Ingo Saenger, a.a.O., S.1127, Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §757 Rn 2.

⁴⁸⁰ 持分権者が自己の持分を第三者又は他の持分権者に譲渡した場合には、適用されない。

Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §757 Rn 3, 上谷均(注16)641頁。

⁴⁸¹ Staudinger/Eickelberg, a.a.O., §757 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1127.

容に若干の差を置いている。組合財産(Gesellschaftvermögen)及び組合財産を構成する各々の客体(einzeln Gegenständen)に対する持分(Anteil)の処分及び分割(Teilung)の請求は原則として認められない⁴⁸²。一方、相続共同関係(Erbengemeinschaft)においては、各遺産客体(einzeln Nachlassgegenständen)に対する持分(Anteil)は処分できないが⁴⁸³、遺産全体(Nachlass)の持分(Anteil)については処分⁴⁸⁴及び清算(Auseinandersetzung)の請求ができるように規定している⁴⁸⁵。これは、相続共同関係が被相続人の死亡により自然に発生する関係であり、最終的には被相続人から受けた相続財産を分割してその財産共同関係を終結させることを目的としているため、合意によって結合し、持続的に共同目的を遂行する組合の財産関係とは異なる領域と理解する必要があるからである⁴⁸⁶。

このような基礎的な理解の下で、以下では組合財産及び権利能力なき社団に関する規定を分析する。

1. 債務法上の組合財産-[資料-17]

組合財産を論じるためには、まず、組合自体の範囲を限定する必要がある。広義の組合(Gesellschaft)とは、法律行為によって創設され、契約で定めた目的を達成するためのすべての人的共同関係(Personengemeinschaft)と定義される⁴⁸⁷。この定義によると、BGB及び商法(HBG)上の合名会社(Offene Handelsgesellschaft; OHG⁴⁸⁸)、合資会社(Kommanditgesellschaft; KG⁴⁸⁹)のみならず、同業会社(Partnerschaft⁴⁹⁰)、ヨーロッパ経済利益協会(Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung⁴⁹¹)、株式会社(Aktiengesellschaft; AG)、有限責任会社(Gesellschaft mit beschränkter Haftung; GmbH)、社団(Verein)及び協同組合

⁴⁸² 第719条、第1419条第1項を参照。

⁴⁸³ 第2033条第2項を参照。

⁴⁸⁴ 第2033条第1項を参照。

⁴⁸⁵ 第2042条、ただし、他の相続人の先買権が認めている。第2034条、第2035条を参照。

⁴⁸⁶ Staudinger/Stefan Habermeier(2003) §705 Rn 31, 岡田康夫(注11)51-52頁を参照。

⁴⁸⁷ Ingo Saenger, a.a.O., S.1077, 上谷均(注16)577頁。

⁴⁸⁸ HGB第105条第3項を参照。

⁴⁸⁹ HGB第161条第3項を参照。

⁴⁹⁰ PartGG第1条第4項を参照。

⁴⁹¹ EWIV-Ausführungsgesetz第1条を参照; BGB I 88, 514; Ingo Saenger, a.a.O., S.1077.

(Genossenschaft)も含まれることになる⁴⁹²。

一方、狭義の組合とは、人的要素が団体の仕組みに決定的な影響を及ぼすBGB上の組合(Gesellschaft bürgerlichen Rechts; GbR)、合名会社、合資会社のみを意味する⁴⁹³。以下では、BGB上の「組合」を取り扱う⁴⁹⁴。

ドイツ民法上の組合は、典型契約の一種として債務関係の編に規定されており、第705条から第740条まで36カ条のうち、第719条などが合手的拘束でこの財産関係を規律している。以下では、組合財産に関する規定を中心に分析する。

(1) 組合の成立

1) 組合契約

組合は、数人が共同の目的の達成のために給付を負担する契約によって成立する(第705条)⁴⁹⁵。特別法で規定する場合を除いて、この契約は特定の方式を要しない⁴⁹⁶。

共同の目的とは、経済的目的及び観念的な目的として学術、文化、政治、宗教的なものでも良い。動産や不動産の維持・管理も目的とすることができる⁴⁹⁷。

組合契約の法的性質について、組合契約が給付の交換のみでなく、共同の目的の増進を目指すものであることやそれに対する給付の合意に従うことを鑑みれば、その法的性質によって、双務契約(gegenseitige Vertrag)といえる⁴⁹⁸。ただし、第320条以下、特に同時履

⁴⁹² Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§705–740 Rn 1-4, Ingo Saenger, a.a.O., S.1077.

⁴⁹³ しかし、組合契約による結合がない場合(例えば、公法上の団体、持分共同関係、親族法又は相続法上の団体)、人的結合がない場合(例えば、一人組合、財団)、目的共同及び達成義務がない場合などは、一般的にGesellschaftには該当しない。上谷均(注16)577頁。

⁴⁹⁴ 以下では、特別な名記がない以上、民法上の組合(GbR)をいう。

⁴⁹⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S.1077.

⁴⁹⁶ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 10, Ingo Saenger, a.a.O., S.1079. しかし、組合契約の内容として、組合員から組合への不動産の譲渡(第313条)や、贈与約束(第518条)の合意がある場合には、それぞれの規定に従った方式が必要である。上谷均(注16)580頁。

⁴⁹⁷ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 18, Ingo Saenger, a.a.O., S.1077. 共同の目的を達成する義務は、組合契約による法律行為上の義務であり、当事者がその義務を負担しない場合、あるいは組合契約とは無関係に当事者がすでにその義務を負担しているような場合は、そもそも組合契約の存在を認めることができないことになる。上谷均(注16)581頁。

⁴⁹⁸ 確定された判決(ständige Rechtsprechung); Ingo Saenger, a.a.O., S.1079. 他方、組合契約は、各組合員に組合目的の達成という相互の義務を発生させる契約であるが、組合員のこの相互義務は、給付交換契約の意味における双務的な相互関係として存在するわけではない。したがって、組合契約は、基本的に第320条以下の双務契約と考えるべきではないという解釈もあ

行の抗弁権などの双務契約に関する規定は、組合契約に非常に制限的に適用される。例えば、二人以上の権利者(Beteiligten)がいる組合が二分された場合又はすべての組合員が遅滞する場合、この第320条による給付拒絶権は、各権利者は独立して存在することができる。そうすると、すべての組合員が特定の組合員の遅滞に対して自己の給付も履行しないので、組合は停止の状態へ向かうことになる⁴⁹⁹。また、組合員は、組合の対外的行為の実施とともに第323条による解除権(Rücktrittsrecht)を有しない⁵⁰⁰。代わりに、第723条によって組合を告知によって解散させることができ⁵⁰¹、組合契約で他の定めがない限り、基礎事情(第313条)の変動によって告知することもできる⁵⁰²。

2) 出資義務

組合の成立の必須的な行為は、出資である。組合員は、組合契約によって、共同の目的の達成、特に定めた方法により負担しようとして合意した出資を行う義務を相互に負う(第705条)。各組合員の出資によって基本的な組合財産、つまり、合手的関係が形成される⁵⁰³。組合員は、他の合意がないときには、同等に出資を負うと推定され、他の出資額を主張する者がその証明責任を負う⁵⁰⁴。

出資(Beiträge)とは、組合員が組合契約で合意した共同目的の達成のためのすべての種類の給付が該当する。代替物又は消費物を出資すべき場合、疑問があるときには、その物は組合員の共同の所有とし、非代替物及び非消費物において、評価によって利益分配を定

る。上谷均(注16)577頁、Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 18.

⁴⁹⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 24, Ingo Saenger, a.a.O., S.1079.

⁵⁰⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 25, Ingo Saenger, a.a.O., S.1079.

⁵⁰¹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §705 Rn 17, Ingo Saenger, a.a.O., S.1079.

⁵⁰² BGH NJW 67, 1082; Ingo Saenger, a.a.O., S.1079.

⁵⁰³ 組合財産の客体を持分共同関係に移行する(又はその逆)には特別の譲渡行為が必要であると解される。判例(RGZ 57, 432, 435)は、相続共同関係(第2032条)に属する不動産を持分共同関係に変えるには、Auflassung(第925条)と契約の方式(第313条)が必要であるとする。また、判例(BGHZ 21, 229, 231)は、未成年者を含む相続共同関係が解散して不動産の合有を持分共同関係に変えるためには未成年者のために保護人を選任しなければならないとしている。上谷均(注16)627頁。

⁵⁰⁴ 上谷均(注16)583頁。

めるだけではない評価によって出資すべき場合にも、同様である(第706条第2項)⁵⁰⁵。また、組合員の出資は、労務によってもすることができる(第706条第3項)。つまり、出資の内容は、一回性・継続性を問わず、譲渡可能な財産的価値や権利、労務、知識、経験など、多様に定めることができる⁵⁰⁶。

3) 組合財産の形成

組合財産は、組合員の個人財産と区別して、共同の目的の達成のために出資した特別財産として形成される⁵⁰⁷。組合財産は、この目的債権の出資(Zweckförderungsbeiträge)以外にも組合員の預金(Einlage)及びその他の出資なども含まれる⁵⁰⁸。また、組合の業務執行によって組合のために取得した客体も、組合員の共同の財産になる(第718条第1項)。組合財産は、一般的に業務執行の結果による追加的な取得(Rechtsgeschäftlicher Erwerb)及び代償(Surrogationserwerb)によって持続的に増加する⁵⁰⁹。業務執行者は、原則として組合の名前で直接に物と権利を取得し、その取得は組合財産に属する。ただし、すべての組合員がその客体を共同で取得することができる場合、必ずしも業務執行者による必要はない⁵¹⁰。さらに、組合財産に属する権利に基づいて、又は、組合財産に属する客体の滅失、毀損若しくは侵奪の賠償として取得したのもも組合財産に属する(第718条第2項)。つまり、業務執行による物と法定果実によるすべての種類と、代償による請求権が含まれることである⁵¹¹。

組合財産の要素は、組合員が補充的(akzessorisch)に負う組合のすべての負債(債務; Passiva)としても存在する⁵¹²。特に、代理権による法律行為の拘束力(第714条)は、各組合員に対して組合の法律上の債務関係(gesetzliche Schuldverhältnisse)及び社会的責務

⁵⁰⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §706 Rn 1.

⁵⁰⁶ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §706 Rn 3, 組合員の出資義務を免除することができるかは、争われてきたが、義務をもたずに組合に関与することは、BGB上の組合の債権契約の性格と一致しないと解されている。上谷均(注16)583頁。

⁵⁰⁷ 上谷均(注16)600頁。

⁵⁰⁸ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §706 Rn 3-8, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

⁵⁰⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §718 Rn 6-9, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

⁵¹⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §718 Rn 6, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

⁵¹¹ 第99条[Früchte; 果実]及び第285条[Herausgabe des Ersatzes; 代償の引渡し]参照。特に、補償請求権又は保険金請求権。Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §718 Rn 8, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

⁵¹² Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §718 Rn 14, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

(Sozialverpflichtung)を生じさせる⁵¹³。

組合財産の登記について、組合には法律上の商号が認められないため、組合財産に属する不動産を登記するためには登記簿に組合員の名前を記載しなければならない⁵¹⁴。一方、組合財産の強制執行(Zwangsvollstreckung)において、ある債権者が当事者として組合員全員に対する債務名義を得ることだけでなく、組合自体に対する債務名義を得ても行うことができる⁵¹⁵。

組合財産に属する物の占有について、合手的共同占有といえるが、誰がその主体なのかについては、組合の権利主体性の問題とともに議論があった⁵¹⁶。従来の判例は直接占有者である組合員によって占有の行使ができると判断し⁵¹⁷、学説は組合員全員の単なる共同占有を認めるのが優勢であった⁵¹⁸。しかし、組合の権利能力を認めた2001年のBGHZ以後

⁵¹³ 個別的な組合員の責任については、Ingo Saenger, a.a.O., S.1096fを参照。第三者との法律行為が組合のために効力があるときには、組合自体の責任となり、組合員が自己の私的な財産で共同の責任を負うことは排除される(→有限責任)。これは、原則的に、ある第三の行為(第705条参照)による特定組合員に対する債務があるときにも共同組合員のために有効である(→内部的にも有限責任)。また、その第三の行為による正当な権利がある組合員は、共同組合員らに彼が負担する損失持分を超える総額のみを請求することができる(BGH NJW 83, 749)。組合員の個人的責任の根拠については、長い間学説上の争いがあり、特に、組合が帰属客体としてどこまで認められるのかについての問題と関連される。Ingo Saenger, a.a.O., S.1101。

⁵¹⁴ GBO第47条第2項を参照。ただし、組合の当事者能力を認めたBGHZ 146, 341判決の後、組合の登記能力についても議論が多い。詳しいのは、Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§705-740, Rn25-27を参照。これは、単に「合有として」という記載だけでは不十分であり、「民法上の組合員」と記載が必要であるという。石川清＝小西飛鳥(注362)158頁を参照。

⁵¹⁵ BGH NJW 04, 3632, 3634; Ingo Saenger, a.a.O., S.1101。

⁵¹⁶ Ingo Saenger, a.a.O., S.1101。上谷均(注16)600頁は、「立法過程において、組合を債権関係として構成する立場(組合員に対立する組合の所有権は存在しない)から、合手関係として構成する立場に移行するが、合手とは何かということについて明確にされてなかった。しかし、HGBにおける人的会社(特にOHG、KG)について、すでに権利主体性が認められていたことを考慮すると、合手関係に移行した第二委員会は、合手としての組合に財産法上の権利主体性を認めようとしていたものと解することができる。このことは第718条の文言から明らかではなく、伝統的な見解は組合の権利主体性を前提としないが、「組合財産」は組合員の個人財産から区別されているかな、組合(=合手)を、組合財産に帰属する客体の独立した唯一の権利帰属主体とみなすことが、首尾一貫するものと考えられる。」と述べる。

⁵¹⁷ BGHZ 86, 340; Ingo Saenger, a.a.O., S.1101, 上谷均(注16)601頁。

⁵¹⁸ しかし、組合の権利主体性を肯定するならば、占有についても、法人と同様に構成することになる。上谷均(注16)601頁。

には、機関占有(Organbesitzes)を通じて組合自体が物の占有者(Besitzer)として存在すると解されている⁵¹⁹。

(2) 組合持分の意味

1) 身分権的性質

組合員権(Gesellschafterrechte)は、特別な人的組合の信頼関係(Vertrauensverhältnisses)と組合財産の独立性に基づき、その団体性(Zusammenhalt)を保証するために、その処分可能性(Verfügungsmöglichkeiten)が制限される(第717条前段)⁵²⁰。これは、組合員身分(Gesellschafterstellung)に直接に関連する組合員の個別的な権利の譲渡性を排除する⁵²¹ことを意味する。組合員の個別的な権利とは、管理権(Verwaltungsrechte)、投票権(Stimmrecht)、業務執行への参与(Beteiligung)についての全般的な権利、すべての情報・検査権(Informations-und Kontrollrechte、第712条、第716条)及び清算(Auseinandersetzung)を誘導する(herbeizuführen)権利(第723条以下)などである⁵²²。このような権利について組合契約上異なる合意をすることは認められない⁵²³。

一方、組合員ではないが、ある組合員からの信託的持分(treuhänderisch Anteil)を有する

⁵¹⁹ BGHZ 57, 166, 167f = NJW 1973, 42; WM 1967, 938; Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§705–740 Rn 20, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

⁵²⁰ Ingo Saenger, a.a.O., S.1100. 第717条は、もともと債権関係として構成されていた組合を前提として、債権関係の当事者としての組合員相互間の強い拘束力を定めたものであろう。しかし、立法過程において、組合が合手財産としての組合財産を有する共同関係として構成されたことにより、本条がそもそも有するはずであった意味がかなり失われることになる。すなわち、合手的に拘束された組合財産を前提とすると、組合関係に基づき組合が組合員に対して有している請求権(いわゆる Sozialansprüche)や組合財産への持分は、はじめから組合財産に含まれており、「組合関係に基づき組合員相互に属する請求権」には含まれないことになるのである。上谷均(注16)598頁。

⁵²¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵²² いわゆる、分裂禁止(Abspaltungsverbot)。したがって、組合持分(Gesellschaftsanteils)の差押え(Verpfändung)の場合、担保債権者(Pfandgläubiger)による投票権の譲渡を許すことは前段とは合わない。Ingo Saenger, a.a.O., S.1100. ただし、一般代理によって第三者が行使することはできる。Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §717 Rn 5.

⁵²³ 組合関係によって組合員相互に存在する請求権は、譲渡することができないと定めている第717条は強行規定である。BGHZ 36, 293; Ingo Saenger, a.a.O., S.1100. しかし、この対象となる請求権や共同管理権は、そもそもその権利の性質から譲渡できないものと解されるから、この強行規定性は、実務上は重要な意味をもつものではない。上谷均(注16)599頁。

受託者(Treugeber)は、すべての組合員らとの合意により、直接的に組合的権利及び請求権を行使することはできる⁵²⁴。ただし、その受託者にHGB第128条及び第130条のような組合債務に対する個人的責任は、類推適用されない⁵²⁵。

2) 財産権的性質

ある組合員が業務執行によって請求権を有する場合、清算前に弁済を請求することができるものは、身分権的性質から分離され、財産権的性質を有するため、譲渡することができる(第717条後段)⁵²⁶。通常 of 金銭の支払を要する請求権は、他の組合員の組合権的地位(gesellschaftsrechtlichen Stellung)と直接的な関係がないため、この請求権を外部者(Außenstehender)が主張することができる⁵²⁷。

また、組合員は、このような請求権の譲渡可能性(Übertragbarkeit)も合意によって排除することができる(第399条)⁵²⁸が、このような合意がない限り、収益持分(第721条・第722条)又は清算による支払請求権(Auszahlungsanspruchs)及び費用賠償請求権(Aufwendungsersatzansprüche)⁵²⁹を譲渡(Abtretung)することもできる⁵³⁰。しかし、このような請求権は、組合の管理権によって独立的に現実化されるため、他の組合員の同意(Zustimmung)を得て行使(Ausübung)に対する権利を譲渡することでなければ、その地位が依然として譲渡した組合員に残る⁵³¹。つまり、単なる譲受人(Zessionar)は、原則として清算又は告知を請求することもできないため⁵³²、清算が行われる前にはこのような請求権を

⁵²⁴ BGH NJW-RR 03, 1392; Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵²⁵ BGHZ 178, 271; Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵²⁶ 第717条2文は、任意規定と解されており、組合員は財産権上の請求権の譲渡可能性を制限ないし排除することができる。上谷均(注16)599頁。

⁵²⁷ Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵²⁸ 第399条[Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung; 内容変更又は合意による譲渡の排除]を参照。BGH WM 78, 514; Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵²⁹ 第713条・第670条。しかし、先給請求権(Vorschussansprüche)ではない。Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵³⁰ Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵³¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵³² BGH WM 83, 1279; Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

行使することができない状態になる⁵³³。

(3) 組合の対内関係

1) 業務執行

組合の業務執行(Durchführung)は、原則として組合員全員の同意が必要である(第709条第1項)。これはHGBとは異なり⁵³⁴、各組合員がすべての行為に参加しなければならない⁵³⁵。通説によると、組合財産である客体及び組合自体を保存・維持するための業務が必要な場合には、例外的に各組合員が個別の業務執行権限を有することができるため、第744条第2項が組合の場合にも準用される⁵³⁶。

組合契約上の合意があれば、多数決によって、ある組合員が共同の業務執行を行うよう定めることができ、その多数は組合員の頭数(Zahl)によって計算する(第709条第2項)⁵³⁷。しかし、組合契約によって異なる計算方法を定めることができる⁵³⁸。これによって業務執行が一人又は数人の組合員に譲渡された(übertragen)場合⁵³⁹、他の組合員は、業務執行から排除される(第710条前段)。数人の組合員に業務執行が譲渡された場合には、第709条が準用される(第710条後段)⁵⁴⁰。例えば、業務執行権限がない組合員は組合の債務者に給付を

⁵³³ Ingo Saenger, a.a.O., S.1100.

⁵³⁴ HGB第115条第1項[単独業務執行権限]参照。

⁵³⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 5, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101. 全員一致の原則は、組合契約で異なる合意がない場合に適用される。したがって、第709条第1項によれば、業務執行者たる地位はすべての組合員に属するのであり、それは、組合員たる地位から出てくるものである。業務執行は、各組合員個人のために行われるのではなく、その合手的結合におけるすべての組合員のために行われる。業務執行に基づいて発生した権利義務は、第718条第1項によって組合財産に属することになる。上谷均(注16)587頁。

⁵³⁶ BGHZ 17, 181; Ingo Saenger, a.a.O., S.1093.

⁵³⁷ 出資金の大きさによらない。Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 48, Ingo Saenger, a.a.O., S.1093.

⁵³⁸ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 51, Ingo Saenger, a.a.O., S.1093.

⁵³⁹ 上谷均(注16)589頁は、この条文を業務執行の「委託」と訳しているが、第712条で業務執行権限の剥奪及び告知に関する規定が置かれている関係性を考慮し、本稿では「Übertragung」を「譲渡」と表記する。

⁵⁴⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 9, Ingo Saenger, a.a.O., S.1093. 判例によると、この譲渡は、黙示でも行うことができ、また、特定の種類の業務(例えば、技術的指導、出納管理など)に限定する部分譲渡も可能である。業務執行が譲渡された一人の組合員は、業務執行権限の範囲内であれば、他の組合員の異議があっても業務を執行することができるが、特別

請求する権限がない⁵⁴¹。組合の業務執行について、外部の第三者への委託(Auftrag)ではなく、組合員への譲渡(Übertragung)の場合のみが規定されている(第710条)。第三者が広範な(umfangreiche)代理権(Bevollmächtigungen)を有する場合、業務執行の措置を回避又はこれに違反しかねないため⁵⁴²、組合では自己経営(Selbstorganshaft)の原則が適用され、非組合員が組合の業務執行者として行為することは原則として排除される⁵⁴³。

業務執行の対象は多様であり、事実行為・法律行為であるか、内部関係に限定される行為であるかどうかは問題ではない⁵⁴⁴。例えば、簿記及び決算、文書のやりとり、業務経過や人員採用の計画案や具体化などの事実行為、人員採用や第三者との契約の締結のような組合の名による法律行為、組合の利益のための訴訟追行、出資の徴収や損害賠償請求権の主張といった組合員に対する組合のための訴権の主張などが業務執行に属する⁵⁴⁵。

このような業務執行は、組合の構成及び機関に関する措置である基礎業務(Grundlagengeschäfte)とは区別される⁵⁴⁶。基礎業務については、組合員全員の合意によって具体化されるため、組合契約で例外的にそれに対する権限を付与しない限り、業務執行者の任意処分(自由裁量)の事項に属さない⁵⁴⁷。例えば、業務執行権限の種類及び範囲、組合目的の変更、新たな組合員の加入、出資の増額(Beitragserhöhungen)、解散とその結果に関する決定並びに年末決算時の利益の分配に関する法的拘束力のある決定などの措置が基礎業務に該当する⁵⁴⁸。

2) 利益及び損失の分配

組合員は、組合の解散によって初めて、決算、利益及び損失の分配を請求することが

の授権がなければ、自己契約・双方代理行為(第181条)はできない。複数の組合員に譲渡された場合は、原則として全員一致の原則による(第709条)。

⁵⁴¹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 44, Ingo Saenger, a.a.O., S.1093.

⁵⁴² BGHZ 36, 294; Ingo Saenger, a.a.O., S.1094.

⁵⁴³ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 9, Ingo Saenger, a.a.O., S.1094.

⁵⁴⁴ 上谷均(注16)586頁。

⁵⁴⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 15, しかし、出資給付は、組合目的の達成のために定められているものであるが、それ自体は組合のための業務執行ではなく、組合に対する出資債務者(=組合員)の個人的な債務の履行である。上谷均(注16)586頁。

⁵⁴⁶ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1093.

⁵⁴⁷ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 2, 上谷均(注16)585頁。

⁵⁴⁸ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 2, 上谷均(注16)585頁。

できる(第721条第1項)。臨時組合(Gelegenheitsgesellschaft)の場合は、利益又は損失は組合関係の終了(Beendigung)によって分配されるが、継続組合(Dauergesellschaft)の場合は、年次で(jährlich)の営業年度(Geschäftsjahres)の末に行われる(第721条第2項)⁵⁴⁹。

利益(Gewinn)とは、出資金(Einlage)及び債務の合計が組合財産を超える総額である⁵⁵⁰。損失(Verlust)とは、出資金及び債務の合計が組合財産を減少させる総額である⁵⁵¹。年利益(Jahresgewinn)とは、以前の営業年度の終了の際の資産状態(Vermögenslage)と、当該営業年度の終了の際の資産状態の対照(Vergleich)により差となる剰余(Überschuss)である⁵⁵²。年次の利益配分(Gewinnausschüttung)は、組合員の処分権限(Dispositionsbefugnis)によって、合意で禁止することができる⁵⁵³。HGB第120条第2項とは異なり、払い戻される(zurückbehaltene)剰余金が組合員の出資金を増加させないため、各組合員の払戻請求権(Ausschüttungsanspruch)は変わらず存続する⁵⁵⁴。これは、清算の際に考慮される(第733条第1項)⁵⁵⁵。損失は、組合の終了又は各組合員の脱退(Ausscheiden)の際にのみ分配されなければならない⁵⁵⁶。

⁵⁴⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 4, Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁵⁰ Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁵¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁵² Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁵³ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §709 Rn 6, Ingo Saenger, a.a.O., S.1104. 第721条と第722条は、任意規定であるにもかかわらず、判例は別段の定め解釈に慎重であったとされているが、経済的活動を行う組合については、投入された財産価値に応じて成果を分割するのが妥当であるという経験則に従うべきであるとする判例も登場している。上谷均(注16)606頁。

⁵⁵⁴ Ingo Saenger, a.a.O. S.1104. 利益請求権(Gewinnanspruch)は、組合財産からの金銭給付を内容とするものであり、別段の合意がなければ、解散又は決算の確定によって発生し、第197条第2項による定期的な給付ではないので、一般消滅時効(3年)ではなく30年の消滅時効に当たる。BGHZ 80, 357, 358. ただし、この判例は組合的な不動産の管理及び収益から生じた利益についての請求の事例であったことに注意を置きたい。

⁵⁵⁵ 第733条[Erstattung der Einlagen; 出資金の償還] 参照。Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁵⁶ 第735条[Nachschusspflicht bei Verlust; 損失についての追加払義務]及び第739条[Haftung für Fehlbetrag; 不足額の責任]参照。Ingo Saenger, a.a.O., S.1104. 損失担保義務は、決算によって損

各組合員は、他の組合員に利益支出(Gewinnauszahlung)に対して、利益評価(Gewinnermittlung)についての決算報告(Rechnungslegung)を請求することができる⁵⁵⁷。このような請求権は、第716条による検査権、第713条による⁵⁵⁸業務執行者に対する通知(Auskunft)及び決算報告(Rechnungslegung)請求権とは区別される⁵⁵⁹。

利益及び損失に関する組合員の持分が定まっていない場合、原則として各組合員は、出資の種類及び額に関わりなく、利益及び損失への同等の持分を有する(第722条第1項)。つまり、組合の利益及び損失は、同等扱い(Gleichbehandlung)の原則によって各組合員に頭割りで分配される⁵⁶⁰。しかし、これは組合契約によって明示的・具体的に他の合意をすることができる⁵⁶¹。頭割りによる分配(Verteilung)に対する強い間接事実(Indiz)の例として、各組合員の出資金(Einlagen)の顕著な差異(erhebliches Abweichen)がある場合が挙げられる⁵⁶²。

また、利益又は損失への持分のみが定まっている場合、疑わしいときには、利益及び損失すべてについて定めたものとする(第722条第2項)。これは、組合契約の特定の部分が不完全な場合に解釈規則(Auslegungsregel)として適用される⁵⁶³。

3) 組合員の脱退

組合の存続を前提に、ある組合員が組合から脱退(Ausscheid)する場合、組合財産に対す

失が算出され、各組合員の負担する持分が確定されていることを前提とする。損失の割合については、第722条に規定されている。上谷均(注16)606頁。

⁵⁵⁷ OLG Saarbrücken NZG 02, 669; Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁵⁸ 第713条は、委任の規定によるので、受任人の通知及び報告義務(Auskunfts- und Rechenschaftspflicht)については第666条を参照。

⁵⁵⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §721 Rn 7, Ingo Saenger, a.a.O., S.1104. 決算請求権は、組合に対する請求権であり、譲渡することはできない。判例によれば、組合員は、業務執行組合員にこの請求権を行使し、決算の作成を請求することができる。上谷均(注16)605頁。

⁵⁶⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §722 Rn 3, Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁶¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁶² BGH NJW-RR 90, 736; Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

⁵⁶³ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §722 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S.1104.

るその組合員の持分(Anteil)は、他の組合員に属する(第738条第1項1文; 強行規定)⁵⁶⁴。

脱退した組合員は、構成員権(Mitgliedschaftsrecht)として物的共同権利(Mitberechtigung)に関する組合財産への持分(Anteil)がなくなり、残された組合員の具体的な資本持分(verkörperte Kapitalanteil)が増加することになる⁵⁶⁵。脱退した組合員の持分に対する部分的な清算(partielle Auseinandersetzung)は、組合持分の譲渡(Veräußerung)又は死亡による承継(Nachfolge)の場合などによって残された組合員に属しない場合にのみ排除される⁵⁶⁶。

組合員の脱退の法的効果は、脱退した組合員の組合持分の残された組合員への即時移転(unmittelbare Übergang)及び増加(Anwachsung)である⁵⁶⁷。個々の財産客体(Vermögensgegenstände)と分離した譲渡(isolierte Übertragung)は認められない⁵⁶⁸。したがって、物的権利変動(dinglich Rechtsänderung)は発生しない。組合財産は、権利能力ある組合(rechtsfähige Gesellschaft)に帰属するため、その組合員の加入又は脱退は、組合財産に関する物的法状態(Rechtslage)に影響(Einfluss)を及ぼさない⁵⁶⁹と解される。

組合は脱退した組合員に第732条⁵⁷⁰による利用のために供与された客体を返還しなければならず、組合の債務から免責させるが(第738条第1項2文)⁵⁷¹、組合債務における不足額に対する追加責任(Nachschusspflicht)に対する請求権があるときには⁵⁷²、利用に供与された客体に対して留置権(Zurückbehaltungsrecht)を有する⁵⁷³。

⁵⁶⁴ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1115. 第738条第1項1文が強行規定である理由は、持分の自由な処分ができない合手の原理が適用されたためであると解される。上谷均(注16)623頁。

⁵⁶⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §738 Rn 4, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1115, 上谷均(注16)624頁。

⁵⁶⁶ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1115-1116.

⁵⁶⁷ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §738 Rn 4, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1115.

⁵⁶⁸ BGHZ 32, 317; Ingo Saenger, a.a.O., S. 1116.

⁵⁶⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §738 Rn 4, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1116.

⁵⁷⁰ §732[Rückgabe von Gegenständen; 客体の返還]を参照。

⁵⁷¹ HGB第128条に該当しない限り、BGH NZG 10, 383. この免責請求権(Befreiungsanspruch)について詳細は、渡邊力(注390)を参照。

⁵⁷² 第739条[Haftung für Fehlbetrag; 不足額に対する責任]参照。

⁵⁷³ 第273条[Zurückbehaltungsrecht; 留置権]参照。Ingo Saenger, a.a.O., S. 1116.

一方、組合員らが存続条項(Fortsetzungsklausel)について協議した場合、脱退した組合員の法的地位は、包括的に組合の解散の場合と同様のものになる⁵⁷⁴。つまり、脱退した組合員は、解散の際に取得できるはずであった部分に対する補償請求権(Abfindungsanspruch)も有する⁵⁷⁵。これに対して、契約自由の原則によってその内容を排除又は制限することもできるが、この契約によって告知権の制限又は反社会的方法(sittenwidrige Weise)による制限を加えることはできない⁵⁷⁶。

(4) 組合の対外関係

1) 合手的拘束

各組合員は、組合財産(Gesellschaftsvermögen)及び各々の客体(Gegenständen)への自己の持分(Anteil)に関して、自由に処分することができず、分割(Teilung)を請求する権利もない(第719条第1項)。また、組合財産に属する債権に対し、その債務者は、個々の組合員に対して有する請求権で相殺することができない(第719条第2項)。

これを組合財産の合手的拘束(Gesamthänderische Bindung)と呼ぶ。従来には、このような合手的拘束が各組合員の組合財産への物的共同権利(dingliche Mitberechtigung)及び組合の不足な権利能力(fehlende Rechtsfähigkeit)の証拠として考えられてきた⁵⁷⁷。しかし、合手理論の発展とともに、2001年のBGHZは、民法上の(外的)組合は、法的取引への参加を通じて、組合自体の権利と義務に基づく権利能力を有する点、この範囲内で、民事訴訟上の能動・受動的当事者能力も有する点、その組合員は、組合の債務と組合員の責任の関係で、OHGのように補充的な責任を負う点を判示した⁵⁷⁸。

この処分権限の排除にもかかわらず、ある組合員が組合財産への持分(Anteil)を処分した場合には、その法律行為は他の組合員による追認があるまで不確定的無効(schwebend unwirksam)の状態になる⁵⁷⁹。また、ある組合員が組合財産の個別的な客体(einzelnem Vermögensgegenstand)を処分した場合には、その処分は無効(nichtig)の状態になる⁵⁸⁰。通説

⁵⁷⁴ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1115.

⁵⁷⁵ OLG Hamm NZG 02, 196. この補償請求権は、各組合員の個人財産(Pribatvermögen)の維持のための組合の社会的責務(Sozialverpflichtung)である。Ingo Saenger, a.a.O., S. 1116.

⁵⁷⁶ BGHZ 116, 359; Ingo Saenger, a.a.O., S. 1116.

⁵⁷⁷ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§705–740, Rn 6, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101.

⁵⁷⁸ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§705–740, Rn 6.

⁵⁷⁹ 追認がなければ、無効である。MünchKomm/Schäfer §719 Rn 5; Ingo Saenger, a.a.O., S.1102.

⁵⁸⁰ それにもかかわらず、個別的な財産客体の処分において、第932条以下(無権利者からの善

によると、第719条第1項の処分禁止とは関係なく、各組合員が独立的・主観的な権利として成員権(Migliedschaftsrecht)及び全体としての持分(Gesellschaftsanteil im Ganzen)を譲渡することも可能である⁵⁸¹。ただしこの譲渡が効力を有するためには、組合の構成員の変動が可能であること、かつ、組合契約によって承認されることが必要である。組合契約上、その同意について定めがない場合には、組合の基礎的な事項との関連があれば、原則として組合員全員が同意しなければならない。一方、組合契約上、その同意が疑問なしに推定される場合には、多数決で十分である⁵⁸²。その譲渡と同時に取得者は、原則的に従来の組合員の法的地位に同様に進入する⁵⁸³。また各組合員は、自己の特定承継人に特定の条件を付けて成員権を処分することもできる⁵⁸⁴。

また、第三者が一部の組合員に対して有する債権で相殺を請求することはできない理由として、債権(Forderungen)の相互関連性(Gegenseitigkeitsverhältnis)がない点が挙げられる⁵⁸⁵。

2) 善意の債務者の保護

債務者は、取得した債権が組合財産に属することを知ったときには、自己に対してもその効力を認めなければならない(第720条前段)。つまり、組合員一人に給付した債務者が、この債権の帰属が組合財産であることを知らなかった場合、その債務者は組合による再請求(Inanspruchnahme)に対して対抗することができる。転得(späterer Übertragung)及び最初の間接取得(erst mittelbaren Erwerbs)、また通説によると、第718条第2項による代位取得(Surrogationserwerb)の場合にも適用される⁵⁸⁶。ただし、不法行為による債権については、

意取得)又は第185条(無権利者の処分)規定によって取引相対方の所有権取得が発生することができる。Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103.

⁵⁸¹ この譲渡の形式は定まっていない。Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103, 上谷均(注16)602頁。

⁵⁸² BGH WM 61, 303; Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103.

⁵⁸³ BGH NZG 03, 435; Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103.

⁵⁸⁴ BGHZ 44, 229; Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103.

⁵⁸⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§705–740, Rn 15, BGH WM 61, 303; OLG Düsseldorf ZIP 96, 1749; Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103. これ以外にも、BGBでは、合手的共同関係において相殺の制限に関する規定をおいている。例えば、夫婦財産共同関係に関する第1419条2項「債務者は、共同財産に属する債権に対して、それを共同財産に請求することができる債権でのみ相殺することができる(Gegen eine Forderung, die zum Gesamtgut gehört, kann der Schuldner nur mit einer Forderung aufrechnen, deren Berichtigung er aus dem Gesamtgut verlangen kann)」、相続共同関係に関する第2040条第2項「遺産に属する債権に対して、債務者は、各共同相続人に対して有する債権で相殺することができない(Gegen eine zum Nachlass gehörende Forderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen)」がある。

⁵⁸⁶ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §720 Rn 2-3, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103, 上谷均(注16)604

特別規定としての第851条(無権利者への賠償; *lex specialis*)⁵⁸⁷が適用され、重大な過失があった場合には対抗することができない⁵⁸⁸。

しかし、このような善意の債務者の保護は、第718条第1項による債権の本来的取得(*originär Erwerb*)の場合にのみ該当し、原則として組合の名前で行った行為を前提とするため、この適用範囲が非常に狭い⁵⁸⁹。派生した取得(*derivativ Erwerb*)、例えば、組合員が自己の出資義務(*Beitragspflicht*)の一部として債権を持参(*Einbringung*)する場合には、第406-408条が直接的に適用される⁵⁹⁰。

(5) 組合の終了

1) 解散手続

合手関係である組合の財産は、組合の終了の際に一定の段階を経ることになる。ただの共同関係(*Gemeinschaft*)が共同の財産の分割(*Teilung*)によって団体を廃止(*Aufhebung*)するのに比べて、組合(*Gesellschaft*)は、清算という手続きから始まって解散(*Auflösung*)する。

清算(*Auseinandersetzung*)とは、団体の構成員間の身分的地位及び財産も含め、関係を整理するより広範な意味として、ただの財産の分割(*Teilung*)とは区別されるものである。

各組合員は分割を請求することができず、解散の原因である告知(第723条、第724条)、差押債権者による告知(第725条)、目的達成の成就の可否(第726条)、死亡(第727条)、倒産(第728条)、脱退(第736条)、除名(第727条)によって、清算が始まる。

2) 差押債権者による告知による解散

組合員の債権者(*Privatgläubiger*)が組合財産に対する組合員の持分を差押した場合、債務

頁。

⁵⁸⁷ 第851条[*Ersatzleistung an Nichtberechtigten*; 無権利者への賠償] 動産の侵奪又は毀損によって損害賠償義務を負う者が、侵奪又は毀損の当時に物を占有していた者に賠償したときには、第三者が物の所有者であった場合又はその物に他の権利を有していたときにも、その給付によって免責される。しかし、損害賠償義務者が第三者の権利を知っていた場合又は重大な過失でこれを知らなかったときには、この限りでない。

⁵⁸⁸ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103. つまり、不法行為損害賠償債権において、善意の債務者であるとしても、不法行為の加害者に当たるため、重大な過失という要件が追加される。

⁵⁸⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §720 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103.

⁵⁹⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §720 Rn 2, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103, 上谷均(注16)604頁。

名義が仮の執行力に過ぎない限り、債権者は告知期間の定めにかかわらず組合を告知(Kündigung)することができる(第725条第1項)。ただし、組合が存続する限り、債権者は利益持分への請求権以外の組合関係から発生した組合員の権利を主張することができない(第725条第2項)。

その債権者は、即時組合財産に対する接近禁止(Zugriff)を行うことができ、ZPO第859条により組合財産への組合員の持分(Anteil)は、全体として差し押さえられる⁵⁹¹。組合財産への個人組合員の独立的な物的権利は存在しないため、組合持分の差押の客体は組合員の成員権(Mitgliedschaftsrecht)を含んでおり、個別的な財産要素(Vermögensbestandteilen)への質権(Pfandrecht)は成立しない⁵⁹²。組合持分の差押えは、組合財産の客体に関する組合員らの処分権限(Verfügungsbefugnis)には影響を及ぼさない⁵⁹³。

この差押債権者(Pfändungspfandgläubiger)は、差し押えた持分から直接に弁済を受けることができないため、この差押債権者に組合を即時に告知し、又はその債務者の利益持分を請求するすることができる。しかしすべての管理権は、組合員相互間の個人的な信頼であるという組合法的原則(第715条)によって、組合員らに存続する⁵⁹⁴。組合への持分(Anteil)は、組合が解散することによって初めて現実化されるため、差押債権者の告知は、組合員らの清算財産(Auseinandersetzungsguthaben)から接近禁止を引き出す必須的な最初の段階である⁵⁹⁵。しかし、仮の執行力の債務名義のみによる告知は、存続する組合員らの継続的利益(Fortsetzungsinteresse)と合わないため⁵⁹⁶、認められない。

告知の意思表示によって組合は解散し、組合財産の持分への担保権は、分割財産への請

⁵⁹¹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §725 Rn 1, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107.

⁵⁹² Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107. 差押えの対象は、組合員に帰属する財産権の総体であって、組合財産に属する個々の目的物ではない。上谷均(注16)610頁。

⁵⁹³ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §725 Rn 8, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107.

⁵⁹⁴ BGHZ 116, 222; Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §725 Rn 16, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107. 上谷均(注16)610頁。

⁵⁹⁵ Ingo Saenger, a.a.O., 1107. 第725条は、債権者を保護するための規定であるから強行規定であり、組合契約で排除することはできない。上谷均(注16)610頁。

⁵⁹⁶ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107.

求権に転換することになる⁵⁹⁷。告知は、すべての組合員が認識すると効力を生じる⁵⁹⁸。組合契約上、このような告知があれば、債務者である組合員は脱退し、他の組合員間の組合は変動なく存続すると定められた場合には、債権者は自己の債務者の利益持分を請求することに留まる⁵⁹⁹。そして、持分の移転(Überweisung; ZPO第857条)又は利益請求による弁済(ZPO第829条)を請求することができる⁶⁰⁰。

3) 組合員の死亡による解散

組合は、組合契約で別段の定めがない限り、組合員の一人の死亡によって解散し(第727条第1項)、この原則によって組合が解散する場合、死亡した組合員の地位は相続人に承継されないが、清算組合(Liquidationsgesellschaft, Abwicklungsgesellschaft)としての組合員の位置(Stellung)に立つ⁶⁰¹。組合員一人の死亡を解散の事由とした理由は、組合が組合員の人的要素を重視するためであり、この趣旨は組合員権(第719条)の非譲渡性の原則と一致するものである⁶⁰²。

組合契約(Gesellschaftsvertrag)で組合員の死亡と関係なく組合の存続を定めることも可能であるため、組合員の死亡が組合解散の不可避な結果(zwingende Folge)ではない⁶⁰³。この場合、組合は残された組合員間で存続され、相続人は脱退の場合の補償を受ける(第738条以下)⁶⁰⁴。一方、一般的な承継条項(einfachen Nachfolgeklause)がある場合には、組合員の死亡によってその相続人が組合持分(Gesellschaftsanteil)を承継し、加入条項(Eintrittsklauseln)

⁵⁹⁷ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §725 Rn 6, 上谷均(注16)610頁。

⁵⁹⁸ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §725 Rn 12, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107. 差押の決定は、全組合員に送達されなければならない、業務執行組合員に送達されただけでは不十分である。上谷均(注16)610頁。

⁵⁹⁹ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107. また、共同管理権が債権者に移転するわけでもない。上谷均(注16)611頁。

⁶⁰⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §725 Rn 9, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1107.

⁶⁰¹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 7, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶⁰² Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶⁰³ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 13, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108, 上谷均(注16)612頁。

⁶⁰⁴ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 22, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

がある場合には、組合員交替(Gesellschafterwechsel)は被相続人の死亡と同時に自動的に行わない⁶⁰⁵。相続人は、その組合に加入するか(第736条)又は賠償を受けるか(第738条)の選択権(Wahlrecht)を有し、組合員の地位(Gesellschafterstellung)に進入したくないときには⁶⁰⁶承継を拒絶することができる⁶⁰⁷。

また、相続人が多数である場合、すべての共同相続人は自己の分(Quote)によって組合員になる⁶⁰⁸。相続共同関係は、その解散(Auflösung)によって分離され、共同して相続共同関係(Miterbengemeinschaft)になると、共同権利承継(Gesamtrechtsnachfolge)の原則が壊れて、組合員にはならない⁶⁰⁹。共同相続において多数人の承継によって生じ得る困難を避けるために用する「資格ある承継条項(qualifizierte Nachfolgeklausel)」は、組合契約で、どの共同相続人がGbRの組合員になるのかを定める⁶¹⁰。ただし、組合契約上定められた相続人が実際に(共同)相続人になることが前提条件(Voraussetzung)である。その特定された相続人は、被相続人(Erblassers)のすべての組合持分(gesamten Gesellschaftsanteil)を受けが、それが自己の相続分(Erbchaftsquote)を超える場合には、残された共同相続人は相続法上の原則によって補償を受けるようになる⁶¹¹。

死亡した組合員の相続人は、遅滞なく死亡の事実を他の組合員に通知しなければならず(通知義務 ; Informationspflicht) ⁶¹²、遅延によって危険が発生する恐れがあれば、その相続人は他の組合員が自己と共同で他の措置を取ることができるときまで組合契約によって被相続人に譲渡されていた業務を被相続人の変わりに継続しなければならない(緊急業務

⁶⁰⁵ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 24, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶⁰⁶ 承継 (Nachfolge) 及び 存続条項 (Fortsetzungsklauseln) は、特に人的商社会社 (Personenhandelsgesellschaften) でみられる。 Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶⁰⁷ 第1942条以下を参照。 Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 16, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶⁰⁸ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 10, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶⁰⁹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 15, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶¹⁰ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 19, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶¹¹ Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §727 Rn 20, Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

⁶¹² この通知義務は、死亡が他の組合員にも知られている場合には消滅する。上谷均(注16)612頁。

執行義務；第727条第2項前段)。他の組合員は、同様に自己に譲渡された業務を仮に継続する義務を負い、組合はその限度で存続することとみなす(第727条第2項後段)。

2. 権利能力なき社団-[資料-18]

権利能力なき社団については、組合に関する規定を適用する(第54条前段)。社団の名前で第三者に対して行った法律行為について、行為者は個人的に責任を負い、多数が行った場合には、連帯債務者として責任を負う(第54条後段)。

(1) 組合規定の適用の不適切性

権利能力がない(nicht rechtsfähig)、又は法人格なく(ohne eigene Rechtspersönlichkeit)存在する社団は、組合法の規定によって規律されているが⁶¹³、実際には適切ではないと解されている⁶¹⁴。なぜなら、法人格なき社団は、一般的に社団体として(körperschaftlich)組織され、その構成員に対して団体の独自性を持って存続するが⁶¹⁵、組合は原則として組合員の告知(第723条)や死亡(第727条)による脱退の場合に存続せず、業務執行も基本的に全員の同意を要する⁶¹⁶からである。また、社団代表者(Vereinsvertreter)の予見責任は、外部利益における一定の行為(ein typisches Handeln in Fremdinteresse)が相当な個人的リスクとして負担される⁶¹⁷。このような論理的構造の軽視は、(結合した法的主体の利益において)私的な結合(Vereinigung)をより強く統制するための過去の立法者らの法政策的認識の説明に見出すことができる⁶¹⁸。特に、政治的又は社会的な目的を有する登録団体や未登録団体には、代表者の高い行為リスクを負担させることを意図していたが、現在の判例及び学説はそのような立法的誤謬を修正している⁶¹⁹。

(2) 権利能力なき社団の成立

社団は、社団登記簿に登記されなければ法人格(Rechtspersönlichkeit)を得ることができないが、司法的な登記協力に関わらず、設立への参加者らの社団目的(Vereinszweck)及び定

⁶¹³ 社団については、第21条-89条を参照。Dörner, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S.62.

⁶¹⁴ Dörner, a.a.O., S.62.

⁶¹⁵ 社員変化による存続、構成員の死亡と脱退の場合に解散しないこと、機関の存在、多数決原則による決定など。Dörner, a.a.O., S.62.

⁶¹⁶ 第709条及び第714条を参照。Dörner, a.a.O., S.62.

⁶¹⁷ Dörner, a.a.O., S.62.

⁶¹⁸ Dörner, a.a.O., S.62.

⁶¹⁹ Dörner, a.a.O., S.62.

款の内容(Inhalt der Satzung)⁶²⁰を含む非公式的な設立の合意(Einigung der Gründungsmitglieder)によって発生する⁶²¹。ここで、社団として設立されたのか、組合として設立されたのかを判断するには、社団設立の合意の解釈を考慮しなければならず、必須的な定款の内容又は構成員の最小人員の規律はない⁶²²。

定款変更は決議があれば有効であり⁶²³、定款の欠陥は、第21条以下(第708条ではなく)の規定の準用によって補充することができる⁶²⁴。社団登記簿の法的外観効果は、設立中の社団⁶²⁵に影響を及ぼさない⁶²⁶。

(3) 法人規定の類推適用

法人格ない公益(又は、非営利)社団(Idealvereine ohne eigene Rechtspersönlichkeit)⁶²⁷には、すでに組合(第708条以下)に関する規定ではなく、法人に関する規定が類推適用されている⁶²⁸。また、社団定款(Vereinsatzung)で、組合法の規定を間接的に放棄する(stillschweigenden Abdingung)ことができ、これは、ドイツ基本法第9条⁶²⁹の憲法合致的解釈(verfkonformen Auslegung)に基づく⁶³⁰。特に、社団代表者(Vereinsrepräsentante)の行為は(契約的なものか否かにかかわらず)、第714条、第164条第1項、第421条、第427条の規定にか

⁶²⁰ これと関連する第25条の本文「権利能力ある社団の基本規約(Verfassung)は、以下の規定によらない限り、社団定款(Vereinsatzung)によって定められる」とは若干異なる。

⁶²¹ この観点から見ると、「法人設立主義」という用語は不適切ではないかという指摘も可能であると思われる。

⁶²² 他方、登記社団(Eingetragene Vereine)の場合(第56条：Mindestmitgliederzahl des Vereins)には、7人以上の場合にのみ行わなければならないと定めていることに注意を要する

⁶²³ 第71条第1項「定款の変更を有効に行うためには、社団登記簿への登記を要する」こととは異なる。

⁶²⁴ BGHZ50, 329.

⁶²⁵ 第55条-第79条を参照。

⁶²⁶ Dörner, a.a.O., S.62.

⁶²⁷ 第21条の非営利社団の場合、営利社団を準用する。

⁶²⁸ Dörner, a.a.O., S.62.

⁶²⁹ ドイツ基本法(Grundgesetz; GG)第9条は、「(1)すべてのドイツ人は、社団及び組合を創設する権利を有する(Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.)。(2)刑法又は憲法的・国際理解に直接に反する目的や活動をする結社は、禁じられる(Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten.)。」と結社の自由と制限について規定している。

⁶³⁰ Dörner, a.a.O., S.62.

かわらず、社団財産に限定される⁶³¹。機関や代表者が引き起こした損害に対して、責任の帰属(Zurechnung)については第31条⁶³²が類推される。構成員の相互間の関係には第708条(自己財産と同一の責任)は適用されない。理事や特定代表者の個人的な責任は、団体と構成員に対して第31条aIを類推適用し、構成員は、社団に対して第31条bIを類推適用することに限定される⁶³³。

(4) 代表者の責任

全権委任者又は代理権のない代理者⁶³⁴は、機関(Organ)又は規約上の代理人(verfmäßiger Vertreter)として⁶³⁵社団の名前で第三者に対して積極的に法律行為を行った場合、その個人的な責任を負う⁶³⁶。社団構成員(Vereinsmitglieder)は、この規定の第三者には該当せず⁶³⁷、債権者の保護のために適用される⁶³⁸。法律上の債務関係は、行為者と第三者の間で締結した契約の方式・内容によって生じるが⁶³⁹、責任については場合によっては社団の責任もともに発生し得る。また、第三者に対しては社団と行為者は連帯債務者として責任を負う⁶⁴⁰。ただし、理事、特別代理人又はある構成員が第31条a第2項⁶⁴¹、第31条b第2項⁶⁴²で類推された免責(Befreiung)を請求することできるのか否かによって変更の余地がある⁶⁴³。

(5) 権利能力及び登記能力

ドイツ連邦最高裁判所は、2001年のBGHZで民法上の外的組合に権利能力及び当事者能力を付与した以降、これを原則として法人格ない社団にも適用しなければならないとした⁶⁴⁴。また、このような社団は、ZPO第50条第2項によって受動的(passiv)のみではなく、能動的な当事者能力(aktiv parteifähig; ZPO第50条第1項)⁶⁴⁵、執行能力(vollstreckungsfähig; ZPO

⁶³¹ BGH NJW7S, 2306; NJW-RR03, 1265; OLG Hamm WM85, 645.

⁶³² §31[Haftung des Vereins für Organe; 機関に対する社団の責任]

⁶³³ Dörner, a.a.O., S.63.

⁶³⁴ これに対する特別規律に関しては第179条[Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht; 無権代理人の責任]参照。

⁶³⁵ Dörner, a.a.O., S.63.

⁶³⁶ 一般的に行為責任である。Beuthien GmbH13,1; Dörner, a.a.O., S.63.

⁶³⁷ BGH NJW=RR03, 1265. その法律行為が社団の目的に従う場合には該当しない。Dörner, a.a.O., S.63.

⁶³⁸ Dörner, a.a.O., S.63.

⁶³⁹ 又は契約締結前の債務関係に関する判例として、BGH NJW 57, 1186.

⁶⁴⁰ 第421条以下参照。Dörner, a.a.O., S.63.

⁶⁴¹ 第31条a第2項参照。

⁶⁴² 第31条b第2項参照。

⁶⁴³ Dörner, a.a.O., S.63.

⁶⁴⁴ Dörner, a.a.O., S.63.

⁶⁴⁵ BGH NJW 08, 69 Rn55; 反対として、BGHZ 109, 16を参照。

第735条)、破産能力(insolvenzfähig; InsO第11条第1項2文)を有し、権利及び義務の担当者(Träger von Rechten und Pflichten)になり得る。

さらに、GbRのように、権利能力なき社団(ein nicht rechtsfähiger Verein)も土地登記簿に登記することができるか否かに関する議論がある⁶⁴⁶。ただし、土地登記のためのGBO第47条第2項の類推適用によるすべての社団構成員の登記が要請されるのは、継続的に社員変更がある大きな規模の社団においては実用的ではないという問題がある。この解決策として、受託者(Treuhänders)を登記し⁶⁴⁷又は特別に設立された資本組合(Kapitalgesellschaft ; AG、GmbH)の持分(Anteile)を社団が有する方法がある。

最近のBGH判決で、「権利能力なき社団の権利能力を肯定し、一つの法的主体として分類しているにもかかわらず、その名前のみで登記簿に登記することはできない(Aber auch wenn man die Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins bejahte und damit sein Vermögen dem Verein selbst als eigenem Rechtssubjekt zuordnete, kann er nicht allein unter seinem Namen in das Grundbuch eingetragen werden.)」と判示され、権利能力なき社団の法的主体性と権利能力が肯定されることも確認されたが、第54条前段が組合の規定の適用を定める以上、組合のようにGBO第47条第2項によってすべての構成員の名前とともに登記しなければならないとした⁶⁴⁸。

IV 小括

ドイツ民法は、多数人が財産を共同で所有する場合、その客体を物に限定せず、各団体の成立から廃止までの過程を規定し、その一部として、財産に関する規定を置いている⁶⁴⁹。すなわち、物権編で一般的な共有又は合有に関する規定を置くのではなく、各論的に各共同所有団体の内部関係を中心に定めている。

「共有関係」については、基本的な規定として、債務編の第741条以下の共同関係(Gemeinschaft)があり、その財産が物である場合に特別に物権編で共有(Miteigentum)に関する4カ条(第1008条-1011条)が適用され、所有権の一種類として物への負担の設定、公示事項、物権的請求権などを定めている⁶⁵⁰。

⁶⁴⁶ OLG Koblenz NJW 04, 1743参照。Dörner, a.a.O., S.63.

⁶⁴⁷ BGHZ 43, 320; Dörner, a.a.O., S.63.

⁶⁴⁸ BGH v. 21.01.2016 - V ZB 19/15 - ZIP 2016, 1163-1166.

⁶⁴⁹ 於保不二雄編(注310)164頁参照。

⁶⁵⁰ 上記の第1008条-1011条参照。

物権編の共有(Miteigentum)に関する第1008条ないし第1011条の規定は共同所有全体を含む概念ではないかという疑問について、第1008条が「物(Sache)がBruchteilとして数人に属する場合」に限定して規定しているため、(1)Bruchteilによる共同関係の財産であり、かつ、(2)客体が物(Sache)である場合にのみ適用されることが明確になる。

つまり、ドイツ民法上物権編の共有(Miteigentum)に関する規定は、債権関係の共同関係に関する規定を補充するものであると解される⁶⁵¹。

「合有関係」については、各論的に多様な団体が含まれるが、その代表として債務編の第705条以下の組合(Gesellschaft)、総則編の第54条の権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine)について規定している。物権編で「合有(Gesamthandseigentum)」という一般規定は存在しないが、組合又は権利能力なき社団に属する財産が「物」である場合、合手的拘束(Gesamthänderische Bindung)が適用され、共同所有の一種類として「合有」になると解される。

第三節 日本民法における共同所有制度⁶⁵²

日本民法においては、共同所有に関する規定は「共有」についてのものしか置いていない。物権編所有権の章の共有の節で、共有に関する第249条ないし第264条を置いて、債権編で組合財産を「共有」で定めており、親族編で夫婦帰属不明財産を「共有」で推定し、相続編で共同相続財産を「共有」で定めている。

しかし、組合財産、共同相続財産、入会団体の財産について、純粹の意味の「共有」であるのかに関する議論は少なくない。判例は、組合財産について「合有」、入会団体の財産について「総有」の概念を使っている。

以下では、日本民法上物権編の「共有」に関する規定及び債権編の組合財産の「共有」について分析する。

I 物権法上の共有

1. 共有の成立

日本民法の中では、共有に関する定義規定は存在していないが、判例は、「共有は、数

⁶⁵¹ Ingo Saenger, a.a.O., S.1479, 於保不二雄編(注310)165頁。

⁶⁵² 本節で条文に特別な国又は法律の名記がない以上、日本民法をいう。

人が共同して一個の所有権を有する状態であって、共有者は物を分割してその一部を所有するのではなく、物の全部について所有権を有し、他の共有者と同一の権利によって減縮されるにすぎず、したがって共有者の有する権利は単独所有の権利と性質および内容を同じくし、ただ分量および範囲に広狭の差異があるだけである」と⁶⁵³判示している。つまり、共有は、数人が共同して一個の所有権を有する場合に成立する各持分権者の物に対する支配状態を意味するといえる。

基本的に共有は、きわめて個人的な概念であり、各共有者は目的物の上に個人的な一種の所有権すなわち「持分権」を有して、この目的物をいつでも分割請求して単独所有の状態に変更することができる⁶⁵⁴性質を有している。

このような共有は、法律行為及び法律の規定によって発生し得る。法律行為によって生じる場合は、一個の物を共同で所有する合意をした場合又は共同の事業を営むために組合契約を行った場合が該当しうる。法律の規定によって生じる場合は、境界線上の設置物(第229条)、無主物先占(第239条)、遺失物の拾得(第240条)、埋蔵物の発見(第241条)、附合(第244条)、混和(第245条)、共同相続財産(第898条)、区分所有建物の共用部分(区分所有法第11条)が挙げられる。

2. 共有持分

(1) 持分の割合

各共有者の持分は、相等しいものと推定する(第250条)。この推定は、法律の規定又は当事者間の合意で持分の割合を定めてなかった場合に補充的に適用される⁶⁵⁵。この場合、各共有者は共有物の使用、管理、負担、分割の場合の担保責任などに対しても相等の持分を有すると推定される⁶⁵⁶。不動産共有の場合、その共有持分を登記しなければ、第三者に

⁶⁵³ 大判大正8年11月3日民録25集1945頁。

⁶⁵⁴ 我妻栄=有泉亨『コンメンタール物権法(新版)』(日本評論社、1997年)175頁。

⁶⁵⁵ 我妻栄=有泉亨(注654)178頁。

⁶⁵⁶ 第250条の特則として第241条ただし書、第244条、第245条、第900条・第901条・第902条が挙げられる。川井健執筆・川島武宜=川井健編『新版注釈民法(7)一物権(2)』(有斐閣、2007年)449・451頁。組合において、組合員の損益分配の割合は第674条によって出資の価額に応ずるが、その場合も第250条が適用されるのかについては疑問がある。ただ、BGB第722条第1項は、定めがない場合には、組合員は出資の種類及び額を問わず利益と損失に対して同等の持分を有すると規定している。

対抗することができない(不動産登記法第27条3号)⁶⁵⁷。

(2) 持分の放棄及び共有者の死亡

原則として所有者がない動産は先占の対象であり、所有者がない不動産は国の所有に属する(第239条第2項)ことになる。しかし、共有者の一人が、その持分を放棄したとき又は死亡して相続人がないときは、その持分は他の共有者に帰属する(第255条)。

共有は、数人の持分権が互いに圧縮し合って存在するものであるため、持分の一つについて主体がなくなった場合、他の持分が拡張する性質を有する(持分の弾力性)⁶⁵⁸。

日本民法上、物権の放棄に関する一般規定はないが、第206条での「処分」に物権の放棄が含まれると解されている⁶⁵⁹。物権の放棄とは、物権を消滅させるという物権者の物権的意思表示を要素とする単独行為であるが⁶⁶⁰、共有持分の放棄も所有権の放棄と同等に相手方のない単独行為として解することができるのか疑問が残る⁶⁶¹。他の共有者への放棄の意思表示を要し、意思表示に関する一般規定を類推適用するべきであると思われる⁶⁶²。

物権の放棄によって生じる効果については、共有持分の放棄によってその持分は絶対的に消滅し、他の共有者は第255条によってその持分を原始取得することから絶対的放棄であるとする絶対説⁶⁶³と、放棄された持分自体が他の共有者に属することを定めているのは相対的放棄であるとする相対説⁶⁶⁴が対立している⁶⁶⁵。不動産の共有における持分の放棄の場合、他の共有者持分の取得を登記しなければ第三者に対抗することができないが⁶⁶⁶、

⁶⁵⁷ 不動産登記法第27条[表示に関する登記の登記事項]「土地及び建物の表示に関する登記の登記事項は、次のとおりとする。三. 所有権の登記がない不動産である旨の登記又は団地共用部分については、所有者の氏名又は名称及び住所並びに所有者が二人以上であるときはその所有者ごとの持分」

⁶⁵⁸ 我妻栄＝有泉亨(注654)182頁。

⁶⁵⁹ 登記研究編集室(法務省民事局第3課)『実務からみた不動産登記の要点Ⅰ』(テイハン、1994年)374頁。

⁶⁶⁰ 川井健(注656)463頁、登記研究編集室(注659)375頁。

⁶⁶¹ 船越隆司『物権法』(尚學社、2004年)448頁。

⁶⁶² 通謀による虚偽の意思表示の場合、民法第94条が類推適用されると判示した最判昭和42年6月22日民集21巻6号1479頁を参照。

⁶⁶³ 宗宮信次＝池田浩一『物権法論(新版)』(有斐閣、2013年)12頁。

⁶⁶⁴ 広中俊雄『物権法』(青林書院、1994年)133頁。

⁶⁶⁵ 登記研究編集室(注659)372-373頁。

⁶⁶⁶ 第177条を参照。

絶対説は、この場合持分抹消登記をすべきであるというが⁶⁶⁷、相対説は、共有持分移転登記をすべきであるという⁶⁶⁸。判例は、権利の消滅と同時に他人が原始取得する場合には、権利の承継取得がある場合と類似し、また、登記の目的は不動産に関する権利の状態を明確にすることであるため、移転的承継取得の場合のように一定の原因による権利取得を登記すべきであると判示した⁶⁶⁹。

なお、担保物権が設定されている場合にも、担保物権により制約されたままの持分を取得すると解される⁶⁷⁰。

相続人不存在の場合、相続法との優劣関係が問題になる。まず、第959条[残余財産の国庫への帰属]との関係においては、第255条が特別規定として優先する⁶⁷¹。

また、昭和37年の民法一部改正によって追加された第958条の3[特別縁故者に対する相続財産の分与]との関係においては、特別縁故者は第255条に適用される相続人であるのかという問題⁶⁷²と、登記実務上の問題⁶⁷³とが議論されている。学説は、特別縁故者への財産分与は、広い意味での相続であり、第958条の3の規定が優先されるべきである⁶⁷⁴⁶⁷⁵という。判例は、「共有者の一人が死亡し、相続人の不存在が確定し、相続債権者や受遺者に

⁶⁶⁷ 我妻栄(注209)248-249頁。

⁶⁶⁸ 登記研究編集室(注659)373-375頁。

⁶⁶⁹ 大決大正3年11月3日民録20集881頁; 最判昭和44年3月27日民集23巻3号619頁。

⁶⁷⁰ 川井健(注656)464頁。

⁶⁷¹ 判例は、「第255条は、第959条の特別規定であると解すべきであり、第255条の相続人ナクシテ死亡シタルトキとは、相続人が存在しないこと、並びに、当該共有持分が前記清算後なお承継すべき者のないまま相続財産として残存することが確定したときと解するのが相当である。」と判示する。最判平成元年11月24日民集43巻10号1220頁。

⁶⁷² しかし、第958条の3の立案担当局である法務省民事局の局議においては、民法255条優先説に全員異議なく賛成したと解されている。吉野衛『判例からみた不動産登記の諸問題』(新日本法規出版、1977年)432頁。

⁶⁷³ 共有者の一人が相続人なくして死亡した場合には、その持分については民法255条の規定が適用されるので、第958条の3の規定に基づく相続財産処分の審判による登記の申請があっても、受理ができない。却下事由は、不動産登記法第49条2号(現行第25条)によるとする。つまり、第958条の3の規定による家庭裁判所の審判がなされていたとしてもそれは無効であって、それに基づく登記申請は不動産登記法第49条2号に該当するということになる。勿論、他の共有者に帰属する時期は、死亡と同時ではなく、第952条以下958条の2までの手続に基づいて最終広告がなされ、相続人の不存在が確定した時点であると解されている。登記研究編集室(注659)400-404頁。

⁶⁷⁴ 立法当時に立法者の意思が第255条優先説であったとしても、それが合理的なものでなければ、反対解釈も可能であることも一般に承認された解釈方法であるとする。前田達明「相続人不存在の共有持分について」判例タイムズ546号(1989年)19頁、執行秀幸「法規範対立ケースにおける民法規範の衝突(1)」中央ロージャーナル11巻3号(2014年)47-48頁。

⁶⁷⁵ 川井健(注656)465頁、久貴忠彦執筆・谷口知平=久貴忠彦編『新版注釈民法(27)-相続(2)』(有斐閣、2013年)759頁。

対する清算手続が終了したときは、その共有持分は、他の相続財産とともに、第958条の3の規定に基づく特別縁故者に対する財産分与の対象となり、右財産分与がされず、当該共有持分が承継すべき者のないまま相続財産として残存することが確定した時にはじめて、第255条により他の共有者に帰属することになると解すべきである」と判示した⁶⁷⁶。

3. 共有物に関する規律

(1) 共有物の使用

各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる(第249条)。つまり、共有者が共有物の全部を使用できるが、その使用は持分に応じてすることになり、具体的な使用方法については共有者間の合意による⁶⁷⁷。その合意が成立しておらず、一部の共有者が事実上共有物を使用している場合には、使用していない共有者は妨害排除を求めることができる⁶⁷⁸。

ただし不動産の場合、一部の共有者の単独占有により持分に応じた使用を妨げられている共有者は、持分の割合による占有部分に関する地代相当額の不当利得金ないし損害賠償金の支払を請求することができる⁶⁷⁹。

使用方法についての合意がなされない場合、裁判所に求める手続きが定められていないので、結局、共有物分割を請求することになる⁶⁸⁰。

第249条は共有物から生ずる収益の帰属についての直接の規定はないが、学説はこれについてこれを類推して、持分に応じて各共有者に帰属するという。この収益は、天然果実・法定果実を問わないが、賃料などの可分債権に対しては第249条の類推適用ではなく第427条が適用され、各共有者は分割債権を取得すると解されている⁶⁸¹。

(2) 共有物の変更

⁶⁷⁶ 最判平元年11月24日民集43巻10号1220頁。この判例についての詳しいのは、執行秀幸(注674)42頁以下を参照。

⁶⁷⁷ 川井健(注656)448頁。

⁶⁷⁸ 川井健(注656)449頁。最判昭和41年5月19日民集20巻947頁は、持分の過半数を超える共有権者であるからといって、少数持分権者が目的物を単独で占有しているのに対して、当然には明渡を求めることはできないと判示した。また、最判昭和63年5月20日判時1277号116頁は、一部の共有者から占有しようを承認された第三者についてその共有者の持分に基づく認められる限度で占有使用の権限があると判示した。

⁶⁷⁹ 最判平成12年4月7日判例時報1713巻50頁。

⁶⁸⁰ 川井健(注656)449頁。

⁶⁸¹ 川井健(注656)449頁。

各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない(第251条)。「共有物の変更」とは、目的物の事実的変更だけではなく、法律的变化である「処分」も含まれると解するのが一般的である⁶⁸²。

各共有者の持分権は一種の所有権であるため、各共有者は自己の持分を自由に処分することができるが、その権限は共有物全部に及ぶため、共有物の処分・変更には、共有者全員の同意が必要である。また、共有者一人の利益のみを追求することで、他の共有者の処分権限を害することを防止する必要性があるからである⁶⁸³。

(3) 共有物の管理

共有物の管理に関する事項は、前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は、各共有者がすることができる(第252条)。

「管理」とは、物の性質を変えることなく物を利用・改良する行為であり⁶⁸⁴、第251条の「変更」には至らない行為である⁶⁸⁵。例えば、共有物の利用方法の定め、建物の模様替えなどである⁶⁸⁶。特に、第三者との使用借権・賃借権・用益物権などの利用設定契約の締結⁶⁸⁷及び解除⁶⁸⁸も管理に関する事項になり得る。

「保存」とは、現状を維持する行為であり⁶⁸⁹、各共有者が単独ですることができる。例えば、共有持分権に基づく登記請求⁶⁹⁰、妨害排除請求⁶⁹¹などがある⁶⁹²。

⁶⁸² 我妻栄=有泉亨(注654)179頁。川井健(注656)452頁は、第251条の変更は文字通りの物質的変更を意味すると見て、法律的变化としての共有物の全部の処分は各共有者がその持分につきそれぞれ権利を設定する行為であるため、各自の意思によるのが必要であり、それは持分の性質上当然であると解する。

⁶⁸³ 梅謙次郎(注190)171頁。

⁶⁸⁴ 石田剛編『民法Ⅱ-物権』(有斐閣、2012年)157頁。

⁶⁸⁵ 川井健(注656)455頁。

⁶⁸⁶ 石田剛(注684)157頁。

⁶⁸⁷ 最判昭和38年4月19日民集17巻3号518頁。

⁶⁸⁸ 最判昭和29年3月12日民集8巻696頁；最判昭和39年2月25日民集18巻329頁。

⁶⁸⁹ 川井健(注656)457頁。

⁶⁹⁰ 大判昭和15年7月11日民集19巻840頁。一方、実体上の権利なしに持分移転登記を経由した者に対して、単独でその登記の抹消を請求できると判示した最判平成15年7月11日民集57巻7号787頁で、「保存行為」を理由としていないことに注目して、共有物の利用関係を「保存行為」に無理に当てはめる必要はないという見解がある。川井健(注656)457頁。

⁶⁹¹ 松下朋弘「共有持分権論—保存行為の権限からの再検討—」慶應法学36号(2016年)409頁以下。

⁶⁹² 第252条のただし書は、組合の場合には適用されない。川井健(注656)457頁。

なお、保存行為が管理行為に含まれる概念であるかについて、起草者の中でも包含するという見解と包含しないという見解が対立したが⁶⁹³、保存行為は単独で、管理行為は過半数で、変更行為は全員一致で行えるという違いにより区分するのが訴訟実務上では簡明であると思われる⁶⁹⁴。ただし、第253条の管理費用においては、保存費用も含まれる点に注意を置きたい。

また、「管理」に関する事項を持分の過半数によって決することは問題になり得る。持分の過半数で決定した管理について費用が生じるとき、少数持分権者がその管理事項について同意しなくても、生じる費用を自己の持分にに応じて負担しなければならない結果になるからである⁶⁹⁵。これに対して、その管理方法に反対する共有者は、第256条以下の分割請求を通じて共有関係から離れるほかない⁶⁹⁶。管理は共有者共同の利益のために行われ、すべての共有者は、その共有物の管理によって利益を受けるため、この規定は当然であると解されている⁶⁹⁷。

(4) 共有物に関する負担

各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、その他共有物に関する負担を負う(第253条第1項)。この管理の費用とは、共有物の維持、改良などのための必要費・有益費

⁶⁹³ 第252条で、「保存」と「管理」という二つの言葉を使っているので、第253条でも保存について言及しないと疑いが生ずるとする土方寧委員の意見に対して、梅謙次郎委員は、「保存行為が管理行為の中に含まれているということは、これまでの解釈で疑いない。管理の中に管理行為及び保存行為が入っているからこそ、前条本文で双方書くのを省いたのである。」と説明した。続いて、土方寧委員は、本条によると保存費用のことが分からないので、それも書くことを主張し、案として成立したが、票決の結果、賛成少数で否決された。前田達明＝大久保邦彦＝石田剛「<史料>共有法(二)」民商法雑誌105巻2号(1991年)263頁。

⁶⁹⁴ 保存行為として、各共有者が単独で行使することができるものとして、登記抹消請求(最判昭和31年5月10日民集10巻5号487頁；最判平成15年7月11日民集57巻7号787頁)、共有持分権の確認(最判昭和40年5月20日民集19巻4号859頁)、商標登録の無効審決に対する取消訴訟(最判平成14年2月22日民集56巻2号348頁)、特許権の取消決定に対する取消訴訟(最判平成14年3月25日民集56巻3号574頁)など参照。

⁶⁹⁵ 第253条[共有物に関する負担]を参照。

⁶⁹⁶ 我妻栄＝有泉亨(注654)180頁。

⁶⁹⁷ 山田誠一「共有者間の法律関係(一)－共有法再構成の試み－」法学協会雑誌101巻12号(1984年)1865頁。

又は租税⁶⁹⁸などの負担を意味する⁶⁹⁹。そして各共有者は、その管理の費用の負担を持分に
応じて負うことになる。

また、共有者が一年以内にその義務を履行しないときは、他の共有者は、相当の償金を
支払ってその者の持分を取得することができる(第253条第2項)。この共有者間の持分買受
請求権の性質は形成権であり、共有の弾力性を表現していると解されている⁷⁰⁰。また、こ
の権利を行使するには、償還の催告をした時点から起算して⁷⁰¹、償金全額を払い、意思表
示をすることが必要である。

これは共有者間の内部関係についての規律であり、第三者との関係についてはその法
律関係によって異なり得ると解される⁷⁰²が、この負担が持分の特定承継人に承継される点
(第254条)に注意する必要がある。また、共有者間の持分買受請求権も承継の対象になる
のかについて検討する必要がある⁷⁰³。

(5) 共有物についての債権

共有物の持分権者である債権者・債務者とその特定承継人間の利害が対立する場合⁷⁰⁴、
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
ても行使することができる(第254条)。これは、共有者間の管理費用請求権などの債権を
担保するためであり⁷⁰⁵、債務者である共有者が自己の持分を譲渡し、譲受人にその債権を

⁶⁹⁸ 共有物の負担に地税などが入るのがについて、富井政章委員は、「国に対して誰が払うの
かということは公法上の問題であり、税法によって決まるが、共有者において誰がどれほど
払うのかということは、純粋に民法上の問題であって、民法で定めるべきことである」と2段
階で分けて考えた。前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注693)261頁。

⁶⁹⁹ 第253条の特則として、商法第693条及び694条の船舶の共有者の義務、税法上の共有物に
対する義務などがある。川井健(注656)458頁。

⁷⁰⁰ 川井健(注656)460頁。この請求権の性質及び効果については、第三章第三節で詳細に取り
扱う。

⁷⁰¹ ただし、特許権の場合、その催告を待つまでもなく、納付期限の到来した時から起算すべ
きとすることが立法趣旨に合致するという。池田良兼「民法第253条第2項の二つの問題」判
例タイムズ209号(1967年)46頁。

⁷⁰² 川井健(注656)459頁。

⁷⁰³ これに対しては、第三章第三節で詳細に取り扱う。

⁷⁰⁴ 川井健(注656)459頁。

⁷⁰⁵ 第254条は、BGB第746条及び第1010条からの影響を受けたものである。しかし、物権と債
権を峻別するBGBとは異なる日本民法に対して、当時の学者は、共有者間の債権を持分の特
定承継人に対しても行使することができる例外的なこの規定をどのように理解したのか。債
権としての管理費用請求権を中心に共有者間の債権の担保性及び管理・利用の便宜性のた
めのものとして理解したと解されている。新田敏(注87)1305頁を参照。

主張することができなくなるのを防止するためであると解されている⁷⁰⁶。また、債権者である共有者は、共有物の分割の際に債務者である共有者に共有物の部分から債権の弁済を請求することもできる(第259条)。

これに対して、この債権の範囲を広く解するのか、狭く解するのかについての議論がある。まず、広い範囲で解する見解は、(1)物の使用又は管理の方法に関する契約より生ずるもの、(2)管理の費用その他共有物の負担に関し分担の割合を定めた契約より生ずるもの⁷⁰⁷、(3)他の共有者が立て替えた費用その他の負担、(4)ある期間分割しない契約より生ずるもの、(5)分割に関する契約より生ずるものなどを含む⁷⁰⁸という。一方、第254条が特定承継人に予期しない損害を与える可能性があることを考慮し、この債権の範囲を限定的に解しなければならないとする見解がある⁷⁰⁹。判例は、共有者間で、土地の一部を分割し、その部分を譲受人の単独所有として独占的に使用しうること及び分筆登記をできるようにすることを合意した場合、譲受人にその効力が及ぶとするもの⁷¹⁰、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、登記なしにその合意を他の共有者の特定承継人に対抗できるとするもの⁷¹¹などがある。これに対しては、この債権について登記する必要性についての議論がある⁷¹²。

(6) 共有物の分割

1) 分割請求権

⁷⁰⁶ 我妻栄=有泉亨(注654)181頁。

⁷⁰⁷ 大判大正8年12月11日民録25集2274頁。しかし、この債権の範囲を限定的に解する見解も、この判例自体は、同じ根拠として正当であるという。品川孝次執筆・鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)-債権(8)』(注189)32頁、川井健(注656)461頁。

⁷⁰⁸ 梅謙次郎(注190)176頁。これに対する他の見解及び詳細な評価については、新田敏(注87)1306頁以下参照。

⁷⁰⁹ 品川孝次(注707)32頁、川井健(注656)461頁。

⁷¹⁰ 最判昭和34年11月26日民集13巻12号1550頁。この判例に対して第254条の債権は、分割についての物件的合意も含まれるという立場とその特約は登記なくしては、特定承継人に対抗できないという立場に分けている。詳しいのは、川井健(注656)462頁を参照。

⁷¹¹ 最判昭和42年2月20日民集18巻1・2合併号146頁以下。ただ、都市区画整理中という特殊事情で分筆登記ができなかったことを考慮すべきであろう。

⁷¹² これに対しては、第三章第三節で詳細に取り扱う。

持分処分の自由について明文の規定は存在しないが、共有の特徴であることは一般的見解である。それとともに、各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる(第256条第1項前段)。

この分割請求権の性質については、共有状態の存在から当然に生ずるため消滅時効にかからず⁷¹³、一種の物権的請求権であると解される⁷¹⁴。

2) 分割請求の制限

共有財産の分割請求権は、契約によって五年を超えない期間内に不分割の制限を加えることができる(第256条第1項後段)。また、五年を超えない期間に限り更新することができる(第256条第2項)。

五年という期間を定めているのは、分割自由の原則を保障し、これに対する長期の拘束は認めないという趣旨である⁷¹⁵。この不分割特約は、登記をしなければ第三者に対抗することができない⁷¹⁶。一方、組合関係にあたる場合には分割の自由は認められない⁷¹⁷。

一方、境界線上に設けた境界標、圍障、障壁、溝及び堀は、相隣者の共有に属するものと推定されるが(第229条)、このような共有物については分割請求ができない(第257条)⁷¹⁸。

3) 共同債務の弁済

共有者の一人が他の共有者に対して共有に関する債権を有するときは、分割に際し、債務者に帰属すべき共有物の部分をもって、その弁済に充てることができ(第259条第1項)、必要である場合には共有物の売却をも請求することもできる(第259条第2項)。このように日本民法は、共有者の一人が共有に関する債権を有する場合、分割前に適用される第253条第2項及び第254条とともに、分割の際まで多様な方法によってその債権を保護している。旧民法債権担保編第170条以下では、共同分割者の先取特権が認められていた

⁷¹³ 我妻栄＝有泉亨(注654)183頁。

⁷¹⁴ 川井健(注656)468頁。

⁷¹⁵ 我妻栄＝有泉亨(注654)184頁。

⁷¹⁶ 不動産登記法第59条6を参照。

⁷¹⁷ 我妻栄＝有泉亨(注654)183頁。この点について、江渕武彦(注231)7頁は、「共有者の間に組合契約が存在する場合、他の共有者(組合員)は、持分登記を取得していなくても、非組合員たる持分登記取得者に対し、当該不動産資産が組合財産であるからその持分取得を組合に対抗できない主張できることとなる。」と指摘する。これに対しては、第三章第三節で詳細に取り扱う。

⁷¹⁸ 一方、管理などについては通常の共有の規定が適用される。川井健(注656)473頁。

が、先取特権を実行するには多少の時日と費用などを要するので、まだ分割が終了しないうちに償還を受けることが簡便にできるようにこのような規律を設けたと述べられている⁷¹⁹。しかし、これに対して、果たして共有者の一人のためにこのようなじゅう重複的保護をする必要があるのかについて疑問が残る⁷²⁰。

4) 分割手続

原則として、共有者全員の協議によって自由に分割することができるが、その協議が調わないときに各共有者は裁判賞に分割を請求することができる(第258条第1項)。

協議による分割方法として、(1)共有物を現実的に分割して各共有者がそれぞれの単独の所有権を取得する現物分割⁷²¹、(2)共有物を売却してその代金を分割する代金分割、(3)共有者一人がその対価を支払って他の共有者の持分を全部取得する価格賠償⁷²²の三つの類型があると解されている。

裁判による分割は、まず協議が調わないことを要する。判例は、「協議が調わないとき」について、「共有者の一部に共有物分割の協議に応ずる意思がないため共有者全員において協議をなし得ない場合を含み、現実には協議をした上で不調に終わった場合に限られるものではない」と判示し、広く解している⁷²³。

また、裁判による分割方法として、現物分割を原則として、それができない場合またはそれによってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、その競売によって代金分割をすることができる(第258条第2項)。しかし判例は、具体的事例において一部分割に

⁷¹⁹ 法典調査会民法議事録10巻102頁。

⁷²⁰ これに対しは、第三章第三節で詳細に取り扱う。

⁷²¹ 分筆、区分所有として各共有者に帰属することもこれに属する。川井健(注656)474頁。

⁷²² 不動産につき価格賠償による分割が行われる場合、価格賠償を受ける者は持分権移転の登記義務を負う。大判大正8年10月20日民録25集1828頁。また、共有物が土地収用などによって可分債権に化体した場合、これを価格賠償の一種類と見るかどうかについて議論がある。判例と通説は、共有物の分割問題ではないと解している。詳しくは、川井健(注656)475-476頁を参照。

⁷²³ 最判昭和46年6月18日民集25巻4号550頁。学説も分割の内容が重要で、事前の協議に集中する必要はないという理由でこれに賛同する。川井健(注656)477頁。

よる一部価額賠償⁷²⁴、全面的価額賠償⁷²⁵など⁷²⁶をも認め、その分割方法を多様化している。

共有物分割の訴えの性質は、形成の訴えと解されている⁷²⁷。また、固有必要的共同訴訟であるため、分割請求をする共有者以外の共有者全員が被告にならない⁷²⁸。

5) 分割の効果

共有財産の分割によって持分が具体化され、各持分権者に単独所有権、代金請求権、価格賠償請求権が生じ得る。

分割の効力の発生時期について、協議による分割の場合は協議の成立の時点から、裁判による分割の場合は裁判の確定の時点から分割の効力が生じる⁷²⁹。判例は、「共有物の分割は、共有者相互間において、共有物の各部分につき、その有する持分の交換又は売買が行われることであって、各共有者がその取得部分について単独所有権を原始的に取得するものではない。」と判示し、分筆及び移転登記をすべきであるとした⁷³⁰。

6) 分割に対する担保責任

⁷²⁴ 最判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁及び最判平成4年1月24日家月44巻7号51頁は、「共有不動産について、分割請求する原告が多数である場合には、被告の持分の限度で現物を分割し、その余は原告らの共有として残す方法によることも許される。」と判示した。

⁷²⁵ 最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁。この判決は、「当該共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用状況及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての共有者の希望及びその合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、当該共有物を共有者のうちの特定の者に取得させるのが相当であるとみとめられ、かつ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があつて、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらのものから他の共有者に対して持分の価額を賠償させる方法、すなわち全面的価格賠償の方法による分割をすることも許されるものというべきである。」と判示した。

⁷²⁶ 最判昭和45年11月6日民集24巻12号1803頁は、「本来は各個の共有物についての分割方法をいうものであるが、数個の物であっても、たとえば、数個の建物が一筆の土地の上に建てられており外形上一団の建物と見られるときは、それらを一括して、共有物各自が各個の物の単独所有権を取得する方法により分割することも許される。」と判示した。

⁷²⁷ 判例、通説。ただ、形式的形成訴訟であるので、裁判所は要件事実の確定よりも、合目的な裁量判断を行い、実質的には非訟事件に近いが、当事者の利害の対立性が強いので、伝統的に訴訟手続によるものとされている。上原敏夫編『民事訴訟法』(有斐閣、2014年)34頁。そして、判決が確定すれば原則として当然に分割の効果が生じる。

⁷²⁸ これに対して議論がある。川井健(注656)477-479頁を参照。

⁷²⁹ 第909条によって、遺産分割の場合は遡及効があることとは異なる。

⁷³⁰ 最判昭和42年8月25日民集21巻7号1729頁。

各共有者は、他の共有者が分割によって取得した物について瑕疵がある場合に売主と同じくその持分に応じて担保責任を負う(第261条)⁷³¹。

協議による分割の場合は、一種の有償契約に該当し第559条が準用されるため、損害賠償、代金減額、解除なども認められる。裁判による分割の場合は、第261条によって担保責任を負うため、解除はできず、損害賠償、代金減額のみが認められると解されている⁷³²。また、共有物の分割において担保責任を負わないという共有者間の特約は有効であると解されている⁷³³。

4. 入会権及び権利能力なき社団

(1) 共有の性質を有する入会権⁷³⁴

共有の性質を有する入会権については、各地方の慣習に従うほか、共有に関する規定を適用する(第263条)。

まず、入会団体の入会権が共有の性質を有するか否かについては、どのような基準で判断するのか。従来の判例は、地盤所有に関わらず、入会権者の共同収益の可否によって判断した⁷³⁵。しかし、このような判例に対しては批判が多く、その後は入会地の地盤が入会権者の所有に属するのかが判断の基準となった⁷³⁶。

入会権の性質について当初判例は、「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴は、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有必要的共同訴訟というべきである」と判示したが⁷³⁷、共有との差については言及し

⁷³¹ 遺産分割に関する第911条以下の規定と同趣旨である。川井健(注656)486頁。

⁷³² 川井健(注656)486頁。

⁷³³ 川井健(注656)486頁。また、第572条「担保責任を負わない旨の特約」との関係も検討する必要がある。

⁷³⁴ 入会団体に関する詳細は、中田薫＝石井良助『日本法制史講義』(創文社、1983年)、川島武宜『川島武宜著作集第八巻—慣習法上の権利1』(岩波書店、1983年)、中尾英俊『入会林野の法律問題(新装版)』(勁草書房、2003年)、同『戦後入会判決集』第1・2・3巻(信山社、2004年)、同、『入会権—その本質と現代的課題』(勁草書房、2009年)、江渕武彦「入会権の近代性と前近代性」『社会と法—法社会学への接近』(法律文化社、1995年)、同「共同所有論における学説上の課題」島大法学60巻3・4号(2017年)、牧洋一郎「入会権の現在」論序説Law&PracticeNo.06(2012年)などを参照。

⁷³⁵ 大判明治40年12月20日民録13集1217頁；大判明治41年1月24日新聞481集8頁；中尾英俊執筆部分『新版注釈民法(7)―物権(2)』(有斐閣、2007年)502頁。

⁷³⁶ 大判昭和10年8月1日新聞3879集10頁；大判昭和14年1月24日新聞4380集14頁；中尾英俊(注735)503頁。

⁷³⁷ 最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁；中尾英俊(注735)508頁。

なかった。その後、「入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習などの規律に服する団体的色彩の濃い共同所有」と判示した⁷³⁸。

そこで、この入会団体は、純粹の共有関係にあるのかについての疑問が生じる。判例は、入会団体は訴訟において、民事訴訟法第29条の「法人でない社団」に当たり、訴訟当事者能力及び適格を有すると判示しているが、入会団体が権利能力なき社団であると判示したのではない点に注意を要する⁷³⁹。その理由として、入会団体は、原則として各地方の慣習に従うことが優先されるため、民法一般の組合又は権利能力なき社団としては一般化しがたいと考えられる⁷⁴⁰。特に、現在のドイツ及び韓国社会にも入会団体にぴったり当たる団体が存在しておらず、日本特有の団体であるといえるため⁷⁴¹、以下では比較対象になり得る権利能力なき社団に関する一般論を取り扱う。

(2) 権利能力なき社団⁷⁴²

日本民法は、権利能力なき社団に関する規定は置いていないが、具体例として、住民団体、マンション管理組合⁷⁴³などが挙げられている⁷⁴⁴。

権利能力なき社団とその財産帰属形態について、権利能力なき社団の目的が「非営利」であれば「総有」、「営利」であれば「合有」と分類する見解⁷⁴⁵がある。しかしながら、判

⁷³⁸ 最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁；中尾英俊(注735)509頁。

⁷³⁹ 中尾英俊(注735)562頁。

⁷⁴⁰ 我妻栄及び川島武宣は、入会権について、民法上の共有規定の適用はないと解したが、中尾英俊は、民法上の権利として、民法規定の適用を受けると解している。これに対する詳細は、牧洋一郎(注734)152頁を参照。

⁷⁴¹ 入会権に基づいた研究を、権利能力なき社団及び総有論に転用・発展させた日本の研究は、韓国民法上の総有及び権利能力なき社団に関する規定の制定に多くの影響を及ぼした。江渕武彦(注231)2頁以下は、この観点から日本・韓国における比較研究の必要性を強調する。

⁷⁴² 権利能力なき社団の名称は、学者によって「権利能力なき社団」、「法人格なき社団」、「法人ではない社団」、「法人でない社団」、「非法人社団」など多様であるが、本節では、日本での一般的な認識に基づいて、法文以外の場合には「権利能力なき社団」という。

⁷⁴³ これに対して、伊藤栄寿「マンションにおける区分所有法の権利の独立性とその限界」法律時報85巻9号(2013年)46頁は、法律上、管理組合に区分所有における何らかの権利が帰属するとされているわけではなく、管理に関する一定の権限が認められるという。

⁷⁴⁴ 山下純司「権利能力なき社団と非営利活動」NBL1104号(2017.8.15)日本私法学会シンポジウム資料22頁。

⁷⁴⁵ 後藤元伸「権利能力なき社団の法理と民法上の組合」法律時報85巻9号(2013年)32頁。また、これに関連する論文として、福地俊雄「法人に非ざる社団について」『法人法の法理』(信山社、1998年)、加藤雅信「総有論、合有論のミニ法人論的構造」『日本民法学の形成と課題(上)』(有斐閣、1996年)を参照。

例は団体性の強弱によって組合と権利能力なき社団を区分しており⁷⁴⁶、社団は非営利であることを前提で設計されたが、組合は営利又は非営利を問わず存在し得るため、非営利を目的とする組合、つまり非営利を目的とする合有の形態も存在し得ると考えられる。

また、判例は、権利能力なき社団の帰属形態について、「構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属し、社団の総有財産だけがその責任財産となり」、「構成員各自は、取引の相手方に対し、個人的債務ないし責任を負わない」と判示した⁷⁴⁷。

さらに、権利能力なき社団の各構成員に持分があるのか(総有に持分があるのか)という点について、各構成員の持分はないと解する見解が通説であったが、制限が加えられているが持分はあると解する見解⁷⁴⁸もある。判例は、「権利能力なき社団が解散するまで、構成員に総体財産に対する請求権はない。解散請求権もない。払戻しなく脱退しうるのみである」⁷⁴⁹と判示した⁷⁵⁰。

要するに、判例は、(1)組合と権利能力なき社団を区別し、(2)権利能力なき社団の財産帰属は「総有」であり、(3)その構成員は財産権的持分を持たず個人責任も負わない(有限責任)ことを明確にしていると考えられる。

5. 準共有

所有権以外の財産権を数人で有する場合、共有の節の規定が準用される(第264条前段)。ただし、法令に特別の定めがあるときは、この限りでない(第264条後段)。

II 債権法上の組合財産

日本民法は、組合に関する規定を債権編の第667条ないし第688条に置いている。特に、組合財産に関しては、組合財産の共有に関する第668条、組合の債権者の権利の行使に関する第675条第1項、組合員の持分の処分及び組合財産の分割に関する第676条、組合の債務者による相殺禁止に関する第677条で定められている。

⁷⁴⁶ 最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁など。

⁷⁴⁷ 最裁昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁。

⁷⁴⁸ 中尾英俊(注735)506頁以下参照。

⁷⁴⁹ 最裁平成17年4月26日判時1897号10頁。

⁷⁵⁰ 後藤元伸(注745)32頁は、この判決に対して、一般法人法第268条(少数社員権としての解散の訴え)の類推適用を検討する余地があると述べている。

組合と社団の区別について、制定当時には両者の相違を明白に意識されていなかったが、20世紀以後、ドイツ法学の影響によってその概念が区別されるようになった。社団が法人格を取得するか否かは、その団体の意思の問題として別枠で取り扱い、構成員の個人的な色彩の強い組合と、構成員から離れた社団は、実体的に区別されるようになった。これが「権利能力なき社団」の問題である⁷⁵¹。しかし、組合と社団は、連続的存在であるため、その区別の基準をどこに置くのかが議論されてきた。

したがって、「組合」の名称を使っても、社団の実体を有する団体は「特別法上の組合」として扱われており⁷⁵²、ここでは「民法上の組合」のみを取り扱う⁷⁵³。

1. 組合の成立

1) 組合契約

組合は、二人以上の当事者が出資して共同の事業を営むことを約束する契約である⁷⁵⁴。

⁷⁵¹ 近江幸治『民法総則』(成文堂、2012年)100頁参照。

⁷⁵² ドイツの会社法(HGB)上、合名会社(OHG)、合資会社(KG)は法人ではないが、日本では、会社法上、この会社らを法人として規律している。ドイツと日本の会社・組合・社団の区別に関する詳細は、高田晴仁(注26)を参照。組合関連特別法は、労働組合法、農業協同組合法、消費生活協同組合法、水産業協同組合法、中小企業等協同組合法、船主相互保険組合法、技術研究組合法、森林組合法などがある。しかし、この特別な組合の本質は社団である場合が多い。日本の法人・組合に関する法律と内容について詳しい文献として鈴木龍介編『法人・組合と法定公告』(全国官報販売協同組合、2014年)参照。一方、鉱業法では、第23条第5項と第43条第5項で、共同鉱業出願人又は共同鉱業権者は、組合契約をしたものとみなす旨を定めている。我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店、1962年)776頁は、原則的に組合関係が成立し、当該鉱業権及び鉱業施設一切が合有となると説明した。

⁷⁵³ 一方、2005年4月に「有限責任事業組合契約に関する法律」が制定され、営利を目的とする事業と営むための組合一般について登記するように規定し、組合員の責任を出資額の限度にとどめると規定している(LLP; Limited Liability Partnership)。制定趣旨の詳細は、新川達也「有限責任事業組合制度(日本版LLP制度)の創設への向けて」金融法務事情1731号(2005年)22頁、石井芳明「LLP制度の創設—『有限責任事業組合契約に関する法律』の概要」金融法務事情1746号(2005年)95頁などを参照。

⁷⁵⁴ 梅謙次郎(注226)758頁、清水元『プロGRESS民法—債権各論I』(成文堂、2012年)255・257頁は、組合契約の本質について、共同事業という共通の目的に向けて合意を形成することは契約の概念と矛盾するものではないし、合同行為との差は別の観点から検討されるべき問題であると説明する。また、福地俊雄(注189)26頁は、合同行為も広い意味の契約に属するが、給付交換型契約とは色彩を異にする「団体設立型契約」の別名として理解すれば足るのではないかと述べる。また、石外克喜編・上谷均執筆『現代民法講義5—契約法』(法律文化社、1991年)299頁は、組合契約の目的が一定の団体の形成にあることは否定できない以上、他の給付交換型の契約と同列に扱うことは妥当ではないが、合同行為という概念を導入しなくても、双務契約を前提として説明することで足りるであると説明する。

この組合契約の法的性質について、「双務契約説」⁷⁵⁵と「合同行為説」⁷⁵⁶が対立している⁷⁵⁷。これが問題になるのは、契約の一般規定が適用されると、生じる効果が異なるからである。すなわち、同時履行の抗弁権(未出資者から出資の請求があった場合に、同時履行の抗弁ができるか否か)、危険負担(出資の目的となっている権利・金銭・労務が、出資者の責めに帰することができない事由で消滅した場合に、他の者の出資義務が消滅するか否か)、担保責任(出資した建物又は権利に瑕疵があった場合、損害賠償又は解除ができるのか否か)、契約解除(出資の不履行がある場合、脱退・除名・解散請求以外に、組合契約の解除ができるか否か)に関する問題である⁷⁵⁸。

また、多数人が構成員となる場合においては、社団となる可能性があるため、この場合には契約ではなく合同行為と解すことが可能である⁷⁵⁹。これは、構成員の一部の瑕疵ある意思表示がある場合、その団体の成立が有効であるか否かの問題となる⁷⁶⁰。

2) 組合財産の形成

各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する(第668条)。しかし組合財産を共有としながら持分の処分が**制限**され、清算前の分割請求は**禁止**される(第676条)。この組合財産の共有の本質に対しては、明文の通り共有で解すべきであり合有という概念で説明する必要はなく、第249条以下の典型としての共有とは異なった点のある共有と解すれば足りるという共有説⁷⁶¹と、共有の本質的要素である持分処分及び分割請求の

⁷⁵⁵ 梅謙次郎(注226)785頁、石田文次郎『債権各論』(早稲田大学出版部、1947年)385頁。

⁷⁵⁶ 我妻栄(注752)758頁。ただし、ある程度類推適用ができる場合はあると述べる。近江幸治『民法講義V契約法』第3版(成文堂、2006年)276頁も合同行為であると解している。

⁷⁵⁷ 我妻栄(注752)758頁。

⁷⁵⁸ 近江幸治(注756)276頁。

⁷⁵⁹ 清水元(注754)257頁を参照。

⁷⁶⁰ 清水元(注754)257頁。これに対しては、第三章第三節で詳細に取り扱う。

⁷⁶¹ 三島宣也「組合財産の法的構成(一)」法と政治15巻1号(1964年)34頁、上河内千香子「共有規定をどう見直すかー合有、総有の明文化をどう考えるかー」『法律時報刊行ー民法改正を考える』(日本評論社、2008年)131頁など。一方、共同所有を三類型として解釈することに疑問を有する見解で、星野英一「いわゆる権利能力なき社団について」法協84巻9号(1967年)79頁、槇梯次「共同所有の諸形態」『現代社会と民事法ー打田峻位一先生古希記念』(第一法規出版、1981年)31頁以下、近江幸治(注756)281頁、千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦『民法2ー物権』第2版補訂版(有斐閣アルマ、2008年)86-87頁、伊藤栄寿「共同所有理論の現状と課題」民

自由の制限は、組合員間の共同の目的の対目の人的結合に基づく拘束であるとして、組合共有の法的性質を「合有」と解する合有説⁷⁶²が対立している。

判例は、「組合財産が理論上合有であるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかはない。従って解釈論としては、民法の組合財産の合有は、共有持分について民法の定めるような制限を伴うものであり、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産共有の内容だと見るべきである。そうだとすれば、組合財産については、民法667条以下において特別の規定のなされていない限り、民法249条以下の共有の規定が適用されることになる。」⁷⁶³と判示している。

組合財産とは、組合の事業遂行の用に供される財産であって、団体財産としての(ある程度の)独立性を有する財産の総体である⁷⁶⁴。そして、組合が業務執行によって負担する

事研修674号(2013年)6頁、同「組合財産の共有—物権編の共有との比較検討—」法政論集270号(名古屋大学、2017年)199頁以下、武川幸嗣「共同所有論」吉田克己=片山直也編『財産の多様化と民法学』(商事法務、2014年)718頁などがある。

⁷⁶² 石田文次郎『物権法論』(有斐閣書房、1932年)511頁、玉田弘毅「共同所有形態論序説」法論30巻1号(1957年)136頁、我妻栄(注752)798頁以下、品川孝次(注707)63頁以下、加藤雅信『新民法大系Ⅱ-物権法』第2版(有斐閣、2005年)294頁、後藤元伸「法人、組合などの団体に関する規律の体系化とその内容的整備についてどう考えるか」『法律時報刊行—民法改正を考える』(日本評論社、2008年)67頁、清水元『プロGRESSIVE民法—物権編』第2版(成文堂、2010年)164頁、河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012年)298頁、大江忠『要件事実民法(5)-2—契約Ⅱ』第4版(第一法規、2017年)700頁など。

⁷⁶³ 最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。この判例に対して「合有説」であると解する見解として、遠藤浩編『民法(6)—債権各論(第4版)』(有斐閣、1997年)268頁、大江忠(注762)701頁などがあり、合有説と解しない見解として、上谷均(注754)306頁は、この判例の立場について、組合財産の共有の性質を「理論上合有」と説明することは必ずしも積極的な意味を有するものではないと述べる。

⁷⁶⁴ 品川孝次(注707)56頁。同58-59頁では、組合財産の独立性について、第676条・第677条及び「組合ハ...一つノ契約関係ニ外ナラザルガ...民法ガ契約関係タル組合ニ一種ノ団体性ヲ認メ組合財産ノ性質ニ付テモ普通ノ共有ト異ニシ...一種ノ団体財産タル性質ヲ帶有セシメタルモノ」という判例(大判昭和7年12月10日民集11巻2313頁)、「組合員個人ノ他ノ財産ト離レ別ニ一団ヲ為シテ存スル特別財産(目的財産)である」という(大判昭和11年2月25日民集15巻281頁)判

債務や組合財産から生じた債務も、組合財産の消極的な財産として、組合員の個人的債務から区別される⁷⁶⁵。組合の業務執行者がその業務執行によって他人に損害を与えた場合の損害賠償債務も組合債務と解される⁷⁶⁶。組合財産である不動産の公示方法について、判例は共有登記をするほかないという⁷⁶⁷。

2. 組合の対内関係

(1) 業務執行

法人でない団体である組合においては、各組合員が業務執行権を有するのが原則である。全組合員が業務を執行する場合には、組合業務が常務ではない限り、組合員の過半数で決めることになる(第670条)。この業務執行について、組合員の一部又は外部の者に委託することができる。

訴訟は、訴訟代理や選定当事者又は任意的訴訟担当によって行うことはできるが、組合自体が当事者になりうるのかについて議論がある。これは、民事訴訟法第29条及び判例が「法人にあらざる社団」について当事者能力を認めたことに対して、組合にも適用できるのかという「権利能力なき社団との峻別論」と関係がある⁷⁶⁸。社団については当事者能力を認めるべきであるが、組合には適用できないという見解⁷⁶⁹、社団及び組合にも当事者能力を認めるべきであるという見解⁷⁷⁰がある。判例は、「組合は、民事訴訟法46条(現行29条)所定の権利能力なき社団にして代表者の定めあるものとして訴訟上の当事者能力がある」⁷⁷¹と判示して、代表者の定めがあることを要件として、実体上権利能力なき社団にのみ認めている。

例を挙げている。しかし、これについては、争いがある。

⁷⁶⁵ 大判昭和11年2月25日民集15巻281頁；品川孝次(注707)58頁。

⁷⁶⁶ 品川孝次(注707)58頁。

⁷⁶⁷ 最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁；清水元(注754)266頁。

⁷⁶⁸ これに対する批判として、名津井吉裕「法人格のない社団・組合をめぐる訴訟と当事者能力・当事者適格」法律時報85巻9号(2013年)36頁参照。

⁷⁶⁹ これに対して、我妻栄(注752)767頁、上田徹一郎「組合と訴訟・執行」『契約法大系V—特殊の契約(1)』(有斐閣、1963年)136頁、兼子一『新修民事訴訟法体系』(酒井書店、1965年)111頁以下、松本博之「法人でない社団の当事者能力と実体関係」民商93巻(1986年)73頁以下、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第7版)』(弘文堂、2012年)230頁。

⁷⁷⁰ 名津井吉裕「民法上組合の当事者能力について」『現代民事司法の諸相』(2005年)77頁以下、同(注819)36頁以下、高田裕成「民法上の組合の当事者能力」『企業紛争と民事手続き法理論』(商事法務、2005年)1頁以下。

⁷⁷¹ 大判昭和10年5月28日民集14巻1191頁；大判昭和15年7月20日民集19巻1210頁。

常務とは、組合にとって日常的に反復して行われるような軽微な業務⁷⁷²を意味する。また、組合財産に属する物権が侵害された場合、各組合員が妨害の排除を請求することができるのかについて、保存行為説⁷⁷³と業務行為説⁷⁷⁴に見解が分かれる。保存行為説によると、各組合員は、持分権者としていつでも単独でその妨害の排除を請求することができるが、業務執行説によると、業務執行者が選任されている場合には、業務執行者の名前において請求することができるにとどまる。判例は、「民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかはない。(中略)ある不動産の共有権者の一人が、その持分に基づき、当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対して、その登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならず、いわゆる保存行為に属するものというべきである」⁷⁷⁵と判示した。

(2) 利益及び損失の分配

組合員間に損益分配の割合を定めなかったときは、その割合は各組合員の出資の価額に応じて定める(第674条第1項)。利益又は損失についてのみ分配の割合を定めたときは、その割合は、利益及び損失に共通であるものと推定する(第674条第2項)。

(3) 組合員の脱退

組合からの脱退は、非任意脱退と任意脱退がある。非任意脱退(第679条・第680条)は、死亡、破産手続開始の決定、後見開始の審判、除名がある場合である。任意脱退は(第678条)、組合契約で組合の存続期間を定めなかったとき、又はある組合員の終身の間組合が存続すべきことを定めたときは、各組合員は、いつでも脱退することができる。ただし、やむを得ない事由がある場合を除き、組合に不利な時期に脱退することができない。組合の存続期間を定めた場合であっても、各組合員は、やむを得ない事由があるときは、脱退することができる。

やむを得ない事由に当たる場合、組合の存続期間に関する定め、組合に不利な時期であるか否かに関係せず、組合員の脱退が正当化される。例えば、事業の運営について意見が対立し、脱退しなければ重大な損失を被る場合などが挙げられる⁷⁷⁶。これに反する組合

⁷⁷² 山本敬三『民法講義IV-1契約』(有斐閣、2005年)762頁。

⁷⁷³ 大判大正12年4月16日民集2巻243頁；最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁など。

⁷⁷⁴ 我妻栄(注752)806頁、星野英一『民法講座—債権各論』(有斐閣、2012年)307頁、石田文次郎(注755)395頁、品川孝次(注707)77頁。

⁷⁷⁵ 最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。

⁷⁷⁶ 星野英一(注774)318頁、石田文次郎(注755)399頁、山本敬三(注772)794頁。

員間の特約は、組合員の事由を著しく制限するため、無効となる⁷⁷⁷。

(4) 持分の払戻請求権

脱退した組合員は、出資した資本持分に応ずる金銭の払戻いを請求することができる。ただし、これに対する計算は、脱退のときにおける組合財産の状況に従ってしなければならない(第681条第1項)。払戻額は、まず、脱退時を基準として計算されるため、当時の組合財産が赤字である場合には、損失分担に関する第674条によって自己の分担部分を支払わなければならない⁷⁷⁸、黒字である場合には、出資した割合によって計算され、金銭で受けることになる。

また、脱退した組合員の持分は、その出資の種類を問わず、金銭で払い戻すことができる(第681条第2項)。脱退の時にまだ完了していない事項については、その完了後にまだ完了していない事項については、その完了後に計算をすることができる(第681条第3項)。

しかし、組合財産が共有である以上、組合員の脱退によってその持分は残存組合員の持分を拡張させると解される⁷⁷⁹。この点は、上記の第676条で取り扱った組合員の持分の本質に関連する。通説のように組合員の持分を組合財産を構成する個々の財産への個別的持分として理解すると、財産が債権である場合、債権譲渡の対抗要件を備えてなければ組合の債務者に債権全部の履行を請求することができない問題が生じる。

つまり、組合員の脱退によって残存組合員の持分を拡張すると解するためには、組合員が有する持分は、組合財産全体に対する持分として理解される必要がある。組合財産について「共有」と定めている以上、所有権の一種類であり、組合財産への持分の意味を組合財産に属する個々の財産への持分として解すると理論的に説明できない問題が多い。したがって、組合財産への組合員の持分の本質は、組合財産全体に対する包括的持分として解するのが正しいと考えられる⁷⁸⁰。

3. 組合の対外関係

⁷⁷⁷ この部分の強行規定性については、我妻栄(注752)829頁、星野英一(注774)318頁、石田文次郎(注755)399頁、山本敬三(注772)794-795頁、最裁平成11年2月23日民集53巻2号193頁を参照。

⁷⁷⁸ 我妻栄(注752)836頁、星野英一(注774)320頁、石田文次郎(注755)401頁、菅原菊志執筆・鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)-債権(8)』(注189)180頁、山本敬三(注772)797頁。

⁷⁷⁹ 山本敬三(注772)797頁。持分の弾力性に関する第255条参照。「持分の払戻し」という表現については、疑問がある。これに対しては、第三章第三節で詳細に取り扱う。

⁷⁸⁰ これに対しては、第三章第三節で詳細に取り扱う。

(1) 持分の処分及び分割請求の制限

組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない(第676条第1項)。また、清算前に組合財産の分割を求めることができない(第676条第2項)。このように組合員の持分の処分を制限し及び分割請求を禁止する理由は、これを認めると組合財産が減少し、組合の活動に支障が生じる恐れがあるためである⁷⁸¹。

組合員の持分の本質について、組合財産を構成する個々の財産への個別的持分として理解するのが一般的であるが、組合財産全体に対する包括的持分の存在について、この持分は、包括的持分であるという見解⁷⁸²と、包括的持分は組合員たる地位の問題であり、その問題は、構成員の地位の変動の問題であるという見解⁷⁸³がある。

持分の処分は、持分の譲渡のみならず、持分に対する担保権の設定、相殺などを含む⁷⁸⁴。したがって、第677条の相殺ができないのは当然であり、組合員の固有債権者による差押えもできない⁷⁸⁵。ただし、第681条によって組合員の脱退の場合、払戻請求権に対して差し押さえることができる⁷⁸⁶。

また、分割請求の禁止は、組合財産が物権である場合及び債権である場合のどちらにも適用される。したがって、債権の内容が可分であっても、清算前にその分割を請求することができない。ただし、組合員全員の合意があれば、組合財産を分割することができる⁷⁸⁷が、組合財産全体を特別財産と見る限り、厳密に言えば「分割」ではなく、「分配」に該当すると思われる。

(2) 組合の債権者の権利行使

組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる(第675条)。

組合の債務は、共同の事業を遂行するために生じた債務であるため、各組合員に分割

⁷⁸¹ 山本敬三(注772)786頁。

⁷⁸² 石田文次郎(注755)394頁。

⁷⁸³ 星野英一(注774)305頁。我妻栄(注752)805頁は、この立場であるが、『民法講義II—新訂物権法』(注208)321頁以下では、「持分の割合」と「持分権」を区別して取り扱っている。

⁷⁸⁴ 山本敬三(注772)787頁。

⁷⁸⁵ 星野英一(注774)306頁、石田文次郎(注755)395頁、品川孝次(注707)148頁。

⁷⁸⁶ 山本敬三(注772)787頁。

⁷⁸⁷ 我妻栄(注752)802頁、山本敬三(注772)787頁など。

帰属するのではなく、1個の債務として全組合員に帰属する⁷⁸⁸。

組合債務について、各組合員は自己の固有財産を引当てとする責任のみを負うという責任説⁷⁸⁹と各組合員は分割された債務を負い、自己の固有財産を引当てとする責任もあるという債務説⁷⁹⁰が対立している。これは、組合員の個人財産に対する執行ができるのかの問題であり、組合の債権者が強制執行を行う場合、全組合員に対する債務名義に基づく執行を行うと、各組合員個人に対しても債務の履行を求めることができ、組合に対する債務名義に基づく執行の場合にも、民事執行法第27条第2項の執行文の補完によって全組合員の共有名義が付与されることになる。

実務上、組合財務が認められる判決があると、各組合員は組合債務自体を争えなくなると解されるため、債権者が各組合員に対する分割責任を迫及する場合、民事執行法第27条第2項によって全組合員又は1個の債務全額に対する債務名義を付与するため⁷⁹¹、組合員個人財産に対する執行が可能になると考えられる。

(3) 組合の債務者の相殺禁止

組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない(第677条)。

4. 組合の終了

組合の終了については、法定解散事由として、事業の成功又は不成功による当然解散(第682条)、各組合員の請求による解散(第683条)があり、その他の解散事由として、組合契約で定めた解散事由の発生、存続期間の満了、組合員全員による解散の合意などがある。解散の効力は将来に向かってのみ発生する(第684条、第620条参照)。

問題になるのは、組合の存続中に組合員の一部が脱退し又は加入する場合の財産関係である。民法は、組合員の加入に関する規定を置いてなかったが、新たに施行される改正案は、加入に関する規定⁷⁹²を置いている。これによると加入者は、組合財産につき、出資に

⁷⁸⁸ 我妻栄(注752)809頁、星野英一(注774)308頁、石田文次郎(注755)396頁、品川孝次(注707)83頁。

⁷⁸⁹ 我妻栄(注752)809頁以下。

⁷⁹⁰ 上田徹一郎(注769)145頁、星野英一(注774)309頁、品川孝次(注707)132頁。

⁷⁹¹ 星野英一(注774)309頁、品川孝次(注707)135頁参照。

⁷⁹² 改正案第677条の2[組合員の加入]「(1)組合員は、その全員の同意によって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができる。(2)前項の規定により組合

応じて持分を取得し、既存の組合員の持分は、その限度で当然に縮小する⁷⁹³。また、組合債務については、加入後に発生した債務のみ負担し、加入前に発生した債務については負担しない⁷⁹⁴。

Ⅲ 小括

日本民法における共同所有に関しては、一般規定として、物権編第三章「所有権」第三節「共有」における第249条ないし第264条の16ヵ条が規律している。一方、債権編第二章「契約」第十二節第668条で「組合財産」を「共有」とすると定め、親族編第二章「婚姻」第三節第762条第2項で「夫婦帰属不明財産」を「共有」と推定し、相続編第三章「相続の効力」第1節第898条で「共同相続財産」を「共有」に属すると定めている。合有又は総有に関する規定は存在していない。

共同所有の類型に関する議論で主に対立がみられるのは、組合財産の性質、共同相続財産の性質についてである。特に、組合財産については、持分処分の自由、分割請求の自由を制限する規定を置いているため、「合有」と解する学説が多いが、判例は一貫して物権編にある「共有」と異なることではないという立場を採っている。

また、判例は、権利能力なき社団及び入会団体の財産について「総有」とであると判示している。

第四節 韓国民法における共同所有制度⁷⁹⁵

韓国民法は、物権編第三章第三節で、「共同所有」と節名を置き、共有(第262条ないし第270条)、合有(第271条ないし第274条)、総有(第275条ないし第277条)の三類型を規定している。

この類型を区分する基準として、第一に、共同所有を共同所有者相互間の人的結合形態が物権編に反映された結果として、共同所有者らが一つの団体として結合されている

の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合の債務については、これを弁済する責任を負わない。」詳しくは、第三章第三節を参照。

⁷⁹³ 山本敬三(注772)793頁。

⁷⁹⁴ 我妻栄(注752)840頁、星野英一(注774)321頁、石田文次郎(注755)402頁、菅原菊志(注778)157頁。

⁷⁹⁵ 本節で条文に特別な国又は法律の名記がない以上、韓国民法をいう。

(法人でない社団)と総有、その中で何の心的結合関係もないと共有、その中間的形態として組合体を成していると合有であると解する見解⁷⁹⁶、第二に、共同所有の目的物に対する使用収益の権能と管理処分権能が共同所有者間にどのように帰属するのかによって、両者すべてが各共同所有者に属すると共有、管理処分権能は共同所有者全員に属し、各共同所有者は一定の範囲内で使用収益の権能を有すると総有、その中間であると合有であると解する見解⁷⁹⁷、第三に、所有権が共同所有者に量的に分割すると共有、質的に分割すると総有であると解する見解⁷⁹⁸がある⁷⁹⁹。

以下では、韓国民法上の共同所有に関する規定及び各論として適用がある規定を分析する。

I 物権法上の共同所有-[資料-19]

1. 共有

(1) 共有の成立

共有関係は、法律行為又は法律規定によって成立する。まず、法律行為による共有は、数人が一つの物を共同で所有すると合意することによって成立する⁸⁰⁰。例えば、数人が一つの物を譲り受ける又は贈与される場合が挙げられる。この共有の合意は黙示的でも良いが、共有の対象が不動産である場合は、共有登記をしなければ共有関係が成立しない

⁷⁹⁶ 郭潤直『物権法』(博英社、2000年)207-208頁、金曾漢『物権法』(博英社、1998年)216-217頁、朴三奉執筆・金龍潭編『注釈民法—物権法(2)』(韓国司法行政学会、2011年)34頁。

⁷⁹⁷ 金曾漢(注796)216-7頁。

⁷⁹⁸ 金基善(注286)247頁、金容漢(注279)315頁。

⁷⁹⁹ 李英俊『韓国民法論—物権編』(博英社、2004年)533頁、朴三奉(注796)34頁は、このような方法論について、各々共同所有の形態という同一の対象をどの側面から考察するのかによって差があるにすぎず、むしろ、共有・合有・総有の特性をより性格に把握するためにはすべての側面を考察するのが妥当であるという。

⁸⁰⁰ 大判1981. 2. 24. 79ダ14. 判例は、二人が不動産を共同で譲り受けた場合について、その関係が共有関係として単なる共同譲受人にあたるのか、若しくは組合関係として譲り受けたのかについては個別的に審理・判断すべきであると判示した。大判2006. 4. 13. 2003ダ25256. 他方、大判2007. 6. 14. 2005ダ5140は、不動産の共同譲受人が転売差益を得るための「共同の目的」が「共同事業を経営する目的」でない限り、民法上の組合ではなく、共有関係にすぎないと判示した。

⁸⁰¹。韓国民法は、物権変動において登記が効力要件であるため、不動産の場合は、物権的行為と登記(第186条)、動産の場合は、物権的合意と共同占有(第188条)を要する⁸⁰²。持分の譲渡についても同様である⁸⁰³。

共有者は、共有登記及び共有持分の登記をしなければならない。共有登記をしなければ、共有者になることはできず、持分権の主張もできない⁸⁰⁴。また、共有登記とともにその持分の登記もしなければならない(不動産登記法第44条第1項、第89条)⁸⁰⁵。

一方、法律規定によって成立する場合としては、(1)無主の動産の共同占有(第252条第1項・3項)及び遺失物の拾得(第253条)、埋蔵物の発見(第254条)、附合又は混和物(第257条、第258条)、(2)区分所有の構造上共用部分(第215条第1項、集合建物の所有及び管理に関する法律(以下、集合建物法)第3条第1項、第10条第1項)、(3)相隣関係の境界標・塀・溝など(第239条)⁸⁰⁶、(4)共同相続財産(第1006条)⁸⁰⁷及び共同包括的受贈者(第1078条)、(5)夫婦帰属不明の財産(第830条第2項)、(6)土地が合同で換地処分された場合⁸⁰⁸ (7)共同耕作者の農作物⁸⁰⁹などがある⁸¹⁰。

(2) 共有持分

共有の本質について、「共有は一つの所有権が分量的に分割され、数人に属する状

⁸⁰¹ また、数人が一筆の土地をその一部ずつ譲り受けて、便宜上その所有権移転登記のみを共有持分移転登記としてした場合には、相互名義信託として、この土地に対する外部的関係は共有関係になる。尹喆洪『物権法』(法元社、2009年)271頁。

⁸⁰² 動産である場合にも、公示が必要な物(船舶、航空機、建設機械自動車など)に対しては、所定の登記又は登録をしなければならない。朴三奉(注796)40頁。

⁸⁰³ 尹喆洪(注801)271頁。

⁸⁰⁴ 共有登記がなされた土地の一部を分筆すると、分筆された土地についても従来の登記簿上の共有関係をそのまま転写しなければならない(不動産登記法第94条第1項)、この場合、分筆された土地について一人の単独所有で登記すると、その持分を超える範囲内でその登記は原因無効である。大判1987. 2. 24. 85ダカ1485。また、共有登記が転写される過程で共有者の一人の持分が従来より多く記載された場合も、その登記記載は従前の登記簿上の持分割合を越える範囲では原因無効の登記である。大判1990. 6. 26. 89ダカ24629。

⁸⁰⁵ 共有関係の設定のための登記の際には、申請書にその持分を記載することが要求され、この記載をしなかったことを理由として登記公務員が補正を要求したにもかかわらず、行わないとその登記申請は却下される(不動産登記法第55条4号)。

⁸⁰⁶ 土地の境界線上にその中心を置いて成長する木は、特段の事情がない限り、各所有者間の同一の割合で共有するものと見るのが相当であるとする。大判1979. 3. 27. 78ダ2529。

⁸⁰⁷ 明文の規定は、共有と定めているが、合有説と対立している。

⁸⁰⁸ 大判1989. 9. 12. 88ダカ26871; 大判1991. 5. 28. 91ダ5983。

⁸⁰⁹ 大判1967. 7. 11. 67ダ893。

⁸¹⁰ 朴三奉(注796)41-43頁。

態」と解する量的分割説(通説)⁸¹¹と、「各共有者は各々一つの所有権を有し、各所有権が一定の割合で互いに制限され、その内容の総和が一つの所有権の内容と同一になる状態」と解する多数所有権競合説⁸¹²が対立している。判例も「共有は、一つの不動産を区分して所有する場合とは異なり、一つの所有権が分量的に分割され数人に属するものであり、各共有者は共有物全部を持分の割合で使用・収益することができる」⁸¹³と判示したもの(量的分割説)と、「共有においては、各共有者がそれぞれ一つの所有権を有し、ただ各共有者が有する各所有権が一定の割合によって制限されることのみである」⁸¹⁴と判示したものの(多数所有権競合説)に分かれている。

1) 持分の割合

持分の割合は、共有者の意思で定めるのが原則であるが、第254条ただし書、第257条後段、第258条、第1009条以下、集合建物法第12条など法律が定めている場合もある。

共有者の持分の割合が不明な場合には、均等であると推定する(第262条第2項)ため⁸¹⁵、不動産の共有持分の割合を登記せず単に共有の登記のみをした場合に共有者は実際の割合で第三者に対抗することができるのかについて、通説は、第262条第2項を根拠として対抗することができないと解する⁸¹⁶。一方文言上、これは単なる推定規定にすぎないという見解もある⁸¹⁷。

2) 持分の処分

共有者は、その持分を処分することができる(第263条前段)⁸¹⁸。この処分とは、持分の

⁸¹¹ 郭潤直(注796)209-10頁、金相容『物権法』(法文社、2003年)422頁、金曾漢(注796)222頁、李英俊(注799)537頁。

⁸¹² 高翔龍『物権法』(法文社、2002年)364頁。

⁸¹³ 大判1964. 12. 15. 64ダ824.

⁸¹⁴ 大判1965. 11. 9. 65ダ1646.

⁸¹⁵ 大判1983. 2. 22. 80ダ1280等.

⁸¹⁶ 郭潤直(注796)211、尹喆洪(注801)273頁。

⁸¹⁷ 関日榮(注288)558頁、朴三奉(注796)54頁は、登記実務では、不動産の共有持分の割合が実体関係と異なる場合には、これを証明する書面によって更正登記をすることができるという説明をする。

⁸¹⁸ 大判1980. 5. 27. 80ダ535.

譲渡、他の共有者の持分との交換⁸¹⁹、担保の提供及び放棄も含まれる⁸²⁰。持分の処分・取得には、所有権取得の際と同じように公示方法が必要であるため、不動産登記法第67条の登記を要する⁸²¹。一方、持分の譲渡や担保の設定の場合とは異なり、持分に地上権・伝賃権などの用益物権や賃借権を設定することはできない⁸²²。

3) 持分の放棄及び共有者の死亡

共有者がその持分を放棄し又は相続人なしに死亡したときは、その持分は、他の共有者に各持分の割合で帰属する(第267条)。

共有持分の放棄の性質について、通説は、相手方のない単独行為説⁸²³があったが、判例は「民法第267条による共有者の持分放棄は、法律行為として相手方ある単独行為にあたるため、不動産共有者の共有持分の放棄の意思表示が他の共有者に到達しても、これによって共有持分の放棄による物権変動の効力が発生することはない、他の共有者は、自己の帰属される共有持分に対して所有権移転登記請求権を取得し、以後民法第186条によって登記しなければ共有持分の放棄による物権変動の効力が発生しない。また、不動産共有者の共有持分の放棄による登記は、該当持分に関して他の共有者の前に所有権移転登記をする形態にならなければならない。」⁸²⁴と判示した。

放棄の効果について、ある共有者の持分の放棄によって、他の共有者は、その持分を割合によって原始取得することになる⁸²⁵。共有物が不動産である場合、放棄した持分は、

⁸¹⁹ 大判1972. 5. 23. 71ダ2760.

⁸²⁰ 朴三奉(注796)63頁。

⁸²¹ 不動産登記法第67条[所有権の一部移転]「(1)登記官が所有権の一部に関する移転登記をするときには移転される持分を記録しなければならない。この場合、登記原因に民法第268条第1項ただし書きの約定があるときにはその約定に関する事項も記録しなければならない」

⁸²² 朴三奉(注796)63頁は、これを許容すると、地上権などが二重成立して、一物一権主義に反すると述べる。これに対して、李英俊(注799)649頁は、一律的に否定することではなく、共有土地上の建物を所有する者の持分が過半数以上である場合には、第265条を類推適用して慣習上の法定地上権の成立を認めることを主張する。大判1997. 12. 26. 96ダ34665参照。

⁸²³ 朴三奉(注796)80頁。

⁸²⁴ 大判2016. 10. 27. 2015ダ52978.

⁸²⁵ ただし、放棄された持分に担保物権が設定されている場合には、他の共有者はその担保物権がある持分を取得することになる。李英俊(注799)582頁。反対見解として、関日榮(注288)583頁。

登記しなければ他の共有者に移転しない⁸²⁶。

共有者の一人が相続人なしに死亡した場合、相続法の原則によれば、無主の財産として国家に帰属されるが(第1058条)⁸²⁷、第267条によって他の共有者に帰属することになる。

持分帰属の時点について、所有権の帰属は断絶されないため、相続の一般原則によって被相続人の死亡時が基準になるという見解⁸²⁸、国家に帰属する場合と同様に、相続人の不存在が確定される時点⁸²⁹が基準になるという見解⁸³⁰がある。

また、特別縁故者の分与請求権について⁸³¹、第267条による共有持分の移転は相続人の不存在が確定したときに法律上発生するため、特別縁故者に対する分与の対象にはならないという見解⁸³²、第1057条の2は特別縁故者の保護のために定められたもので、これを共有財産に対しても適用すべきであるという見解⁸³³がある。

(3) 共有物に関する規律

1) 共有物の使用・収益

共有者は、共有物全部を持分の割合で使用、収益することができる(第263条後段)。これは、共有物の特定部分を排他的に使用・収益することができるという意味ではなく、具体的な使用・収益の方法についての合意があることを要する⁸³⁴。この合意は、共有物の管理に関する事項についてのものであるため、共有持分の過半数によって定められる⁸³⁵。過

⁸²⁶ 実務上、放棄を原因として他の共有者に持分移転登記をする方法を採用している。大判2016.10.27.2015ダ52978。

⁸²⁷ 第1058条を参照。

⁸²⁸ 関日榮(注288)584頁。

⁸²⁹ 金容漢(注279)326頁、朴三奉(注796)82頁。

⁸³⁰ 第1053-1058条参照。

⁸³¹ 第1057条の2[特別縁故者に対する分与]「(1)第1056条の期間内に相続権を主張する者がいないときには、家庭法院は、被相続人と生計を共にしていた者、被相続人の扶養看護をした者その他被相続人と特別な縁故があった者の請求によって相続財産の全部又は一部を分与することができる。(2)第1項の請求は第1057条の期間の満了後2ヶ月以内になしなければならない。」

⁸³² 高翔龍(注812)370-371頁。

⁸³³ 郭潤直『相続法』(博英社、1997年)354頁、金鎮雨「共有者の一人が相続人なしに死亡した場合の持分帰属について—特別縁故者の相続財産分与請求がある場合を中心に—」法曹(2007年)36頁。

⁸³⁴ このような使用・収益の方法に関する合意が成立しなければ、共有物の共同の使用・収益が事実上できなくなるので共有関係を解消することしかできないことになる。郭潤直(注796)211頁。

⁸³⁵ 大判1971.7.20.71ダ1040等、第265条参照。

半数の共有持分権者が、その管理行為として引渡しを求める場合、他の共有者は、共有物の使用・収益権を理由としてこれを拒絶することはできないが⁸³⁶、その排他的使用・収益に対して自己の持分割合にあたる不当利得の返還を請求することができる⁸³⁷。

また、収益の対象が天然果実である場合、持分によって果実を共有し、可分債権が賃貸料のような法定果実である場合も、持分の割合によって賃料の権利を行使することができる⁸³⁸。

2) 共有物の処分・変更

共有者は、他の共有者の同意なしに共有物を処分又は変更することができない(第264条)。

共有物の処分は、共有物の譲渡又は物権の設定⁸³⁹などの行為を意味する。共有者一人による共有物の処分について、無効であるという見解⁸⁴⁰と、無効ではなく他人の権利の売買であるという見解⁸⁴¹がある。判例は、その処分は共有者の持分の範囲内では有効であって、その範囲を超える部分のみが無効になると判示した⁸⁴²。一方、共有物が動産である場合には、第三者は善意取得することができる⁸⁴³。

変更は、共有物に対して事実上の物理的変化を加える行為を意味する。事実上の変更以外の法律上の変更は、処分に当たる⁸⁴⁴。共有者の一人が他の共有者の同意なしに共有物を変更する場合、他の共有者はその変更の禁止を請求することができるが、保存行為としての変更に対しては、他の持分者の同意を要しない⁸⁴⁵。

3) 共有物の管理・保存

共有物の管理に関する事項は共有者の持分の過半数で決定するが、保存行為は各自がで

⁸³⁶ 大判1981. 10. 13. 81ダ653.

⁸³⁷ 大判1991. 9. 24. 88ダカ33855. ただし、過半数持分を有する共有者によって特定部分の使用・収益の許諾を受けた第三者の占有は、適法な占有であるため、少数持分権者に対して法律上の原因ない利得を得ているとはいえない。大判2002. 5. 14. 2002ダ9738.

⁸³⁸ 大判1977. 9. 13. 77ダ1366; 大判 1979. 1. 30. 78ダ2088等. 一方、共有建物に対する賃貸借保証金の返還債務は、性質上不可分債務に当たる。大判1998. 12. 8. 98ダ43137.

⁸³⁹ 大判1993.4.13.92ダ55756は、地上権の設定は共有物の処分に該当すると判示した。

⁸⁴⁰ 尹喆洪(注801)277頁、池元林『民法講義』(弘文社、2009年)613頁。

⁸⁴¹ 第569条[他人の権利の売買]を参照。朴三奉(注796)66頁。

⁸⁴² 大判2008. 4. 24. 2008ダ5073.

⁸⁴³ 金基善(注286)253頁、池元林(注840)613頁。

⁸⁴⁴ 朴三奉(注796)67頁。

⁸⁴⁵ 第265条ただし書き参照。

きる(第265条)。しかし、第265条は任意規定であり、共有者間でこれと異なる管理方法を定めた場合にはそれによる⁸⁴⁶。

共有物の管理とは、共有物の処分又は変更には至らない程度に共有物を利用・改良する行為である⁸⁴⁷。共有物の利用は、共有物をその自体の経済的用途によって活用することであるため、各共有者の個人的な必要による使用・収益とは異なる⁸⁴⁸。共有物の改良は、その使用価値又は交換価値を増大させることを意味する⁸⁴⁹。

管理行為の例として、共有物の使用・収益に関する具体的な方法の決定、共有物の賃貸行為⁸⁵⁰、契約の解除・告知、共有土地の整地工事などが挙げられる⁸⁵¹。ただし、共有物の管理に関する事項は、共有者の持分の過半数で決めるため、共有者一人が過半数の持分を有している場合には、別途の決定を経ず、独自に管理行為をすることができる。

共有物の保存とは、共有物の滅失・毀損を防止し、その現状を維持するための事実的・法律的行為である⁸⁵²。例えば、共有物の修理、共有不動産への原因無効の登記に対する所有権移転登記請求⁸⁵³などが挙げられる。各共有者が単独で共有物の保存行為をする場合は、その保存行為は他の共有者にとっても利益となることが普通であり、緊急を要する場合が多いからである⁸⁵⁴。したがって、ある共有者の保存行為が他の共有者の利害と衝突

⁸⁴⁶ 朴三奉(注796)69頁。

⁸⁴⁷ 大判2001. 11. 27. 2000ダ33638, 33645.

⁸⁴⁸ 共有者間で共有物を使用・収益する具体的方法を定める場合は、共有物の管理に関する事項であるため、共有者の持分の過半数によるべきである。したがって、土地の共有者は、その土地の一部に対して、共有持分の過半数の決議によらず、排他的に使用することができない。大判1971. 7. 20. 71ダ1040; 大判1978. 7. 11. 78ダ695.

⁸⁴⁹ 朴三奉(注796)68-69頁。

⁸⁵⁰ 大判2002. 5. 14. 2002ダ9738.

⁸⁵¹ 大判1991. 4. 12. 90ダ20220; 大判1991. 9. 24. 88ダカ33855; 大判2001. 11. 27. 2000ダ33638, 33645.

⁸⁵² 金曾漢(注796)244頁、李英俊(注799)555頁、大判1993. 5. 11. 92ダ52870; 大判1995. 4. 7. 93ダ54736.

⁸⁵³ 大判2005. 9. 29. 2003ダ40651.

⁸⁵⁴ 高翔龍(注812)366頁、郭潤直(注796)214頁、金相容(注811)426-7頁、李英俊(注799)556頁。判例は、不動産の共有者の一人が共有物に行われた原因無効の登記に対して、各共有者が持分

する場合には認められない⁸⁵⁵。

4) 共有物に関する負担

共有者は、その持分の割合で共有物の管理費用その他の義務を負担する(第266条第1項)。共有物の管理費用とは、共有物の維持・改良のために支出する必要費又は有益費であり、その他の義務とは、共有物に関する租税などの公課金を意味する。

この費用は、公平の原則上、各共有者に持分の割合で負担されるが、第266条第1項は任意規定である⁸⁵⁶ため、共有者間の別途の約定がある場合にはそれによる。判例は、共有財産に関する取得税と財産税を共有者一人が支払った場合、特別な事情がない限り、他の共有者にその分担部分に対して求償権を有すると判示した⁸⁵⁷。

対外的関係においては、不可分債務として共有者各自が負担の全部を行う義務を負う⁸⁵⁸。

共有者が1年以上、この義務履行を遅滞したときには、他の共有者は、相当な価額で持分を買受けることができる(第266条第2項)。この持分買受請求権は、その性質上形成権であると解されており⁸⁵⁹、これを行行使するためには買受対象になる持分すべてに対する売買代金を支払わなければならない⁸⁶⁰。

1年の期間の起算点について、法文の文言から共有物に関する管理費用その他の義務の履行期であるという見解⁸⁶¹、第2項の規定趣旨は共有者相互間の費用分担を督促すること

に应ずる真正名義回復のための所有権移転登記を行うことを単独で請求することができると判示した。大判2005. 9. 29. 2003ダ40651. そして、保存行為として提起する妨害排除請求又は共有物返還請求訴訟は、必須的共同訴訟ではない。

⁸⁵⁵ 大判[全員合議体]1994. 3. 22. 93ダ9392, 9408; 大判1996. 12. 23. 95ダ48308; 大判2003. 11. 13. 2002ダ57935.

⁸⁵⁶ 李英俊(注799)558頁、関日榮(注288)577頁、朴三奉(注796)77頁。

⁸⁵⁷ 大判1984. 11. 27. 84ダカ317; 大判1991. 4. 12. 90ダ20220.

⁸⁵⁸ 大判1985. 4. 9. 83ダカ1775. 負担の全部を行った共有者は、他の共有者に対して求償権を有する。

⁸⁵⁹ 持分買受請求権は、義務を履行しなかった共有者を除くすべての共有者に認められ、義務を履行しなかった共有者の代わりに行った共有者にのみ認められることではない。李英俊(注799)559頁。

⁸⁶⁰ 大判1992. 10. 9. 92ダ25656.

⁸⁶¹ 関日榮(注288)579頁。

であるため、その起算点を履行遅滞の一般原則によって費用を立替した者が償還の催告をした時であるという見解⁸⁶²がある。

5) 共有物の分割

ア. 分割請求権

共有者は、共有物の分割を請求することができる(第268条第1項)。この分割請求権は、性質上形成権である⁸⁶³ため、共有者一人の意思表示によって各共有者の中で分割を具体的に実現する法律関係が生じ、各共有者は分割に関する協議をする義務を負う。この協議が成立しないときには、法院に分割を求めることができる。このような共有物分割請求権は、消滅時効にかからない⁸⁶⁴。

イ. 分割請求の制限

共有者は、5年以内の期間で共有物の分割を制限することができる(第268条第1項後段)。また、分割禁止の約定を更新することもできるが、更新された分割禁止期間は5年を超えない(第268条第2項)。不動産に関する分割禁止の約定については、これを登記しなければならない(不動産登記法第67条)⁸⁶⁵。

分割禁止の期間を5年以上と定める約定は、5年以上の範囲で無効になり、不分割期間中にも共有者全員の合意があれば、分割することができる⁸⁶⁶。

一方、一軒の建物を区分所有する場合の共用部分⁸⁶⁷及び境界に設置された共用の境界標など⁸⁶⁸に対する共有者一人の分割請求は認められない(第268条第3項)。また、被相続人

⁸⁶² 李英俊(注799)559頁、朴三奉(注796)79-80頁。

⁸⁶³ 郭潤直(注796)216頁、金曾漢(注796)229頁、金相容(注811)433頁、大判1991. 11. 12. 91ダ27228等。

⁸⁶⁴ 大判1981. 3. 24. 80ダ1888。

⁸⁶⁵ 不動産登記法第67条[所有権の一部移転]「(1)登記官が所有権の一部に関する移転登記をするときには、移転される持分を記録しなければならない。この場合、登記原因に「民法」第268条第1項ただし書きの約定があるときには、その約定に関する事項も記録しなければならない。(2)第1項後段の約定の変更登記は、共有者全員が共同で申請しなければならない。」

⁸⁶⁶ 高翔龍(注812)375-6頁、金基善(注286)256頁。

⁸⁶⁷ 第215条[建物の区分所有]「(1)数人が一軒の建物を区分して各々その一部分を所有するときには、建物とその付属物の中で共用する部分はその共有と推定する。(2)共用部分の保存に関する費用その他の負担は、各自の所有部分の価額に比例して分担する。」

⁸⁶⁸ 第239条[境界標などの共有推定]「境界に設置された共用の境界標、垣、溝などは、相隣者の共有と推定する。しかし、境界標、垣、溝などが相隣者一方の単独費用で設置された場合

は、遺言で相続開始の日から5年を経過しない期間内の相続財産の分割を禁止することができる(第1012条)⁸⁶⁹。

ウ. 分割手続

共有物の分割は、原則として協議による。協議による分割において、その請求は共有者各自ができるが、分割執行には共有者全員が参加しなければならない⁸⁷⁰。

この協議が成立しなかったときは⁸⁷¹、共有物分割の訴えを提起することができる(第269条第1項)。また、不動産の持分を譲り受けたが、持分移転登記をしなかった者⁸⁷²、実際には目的物の特定部分を所有しながらも登記簿には共有持分登記をした者⁸⁷³は、共有物分割の訴えを提起することができない。この共有物分割の訴えの性質は、「形成の訴え」であり、特に、「形式的形成の訴え」に該当する⁸⁷⁴。また、必須的共同訴訟であるため⁸⁷⁵、共有者全員が当事者とならなければならない⁸⁷⁶。

現物分割ができない又は分割によって顕著にその価額が減損されるおそれがあるときには、法院がその共有物の競売を命じてその代金を分割する(第269条第2項)⁸⁷⁷。原告・被

又は垣が建物の一部である場合にはそうでない。」

⁸⁶⁹ ただし、第268条のような更新に関する規定はない。

⁸⁷⁰ 高翔龍(注812)376頁、郭潤直(注796)217頁、金曾漢(注796)229頁。

⁸⁷¹ 共有者間で分割方法に関する合意ができなかった場合、共有者の一人が協議に応ずる意思がないことを明確にした場合又は行方不明の場合なども含まれる。郭潤直(注796)217頁、金相容(注811)435頁、李英俊(注799)567頁。

⁸⁷² 関日榮(注288)591頁。

⁸⁷³ 大判1996. 2. 23. 95ダ8430.

⁸⁷⁴ 当事者が分割の方法を具体的に主張しても法院はそれに拘束されず、裁量で分割の方法を定めることができるため、共有物分割訴訟は、非訟事件に近い。姜珉中『民事訴訟法』(1995年)324頁、高翔龍(注812)377頁、宋相現『民事訴訟法』(1995年)288頁、李英俊(注799)568頁。

⁸⁷⁵ 民事訴訟法第67条[必須的共同訴訟に関する特別規定]「(1)訴訟目的が共同訴訟人すべてに合一的に確定されなければならない共同訴訟の場合に、共同訴訟人中の一人の訴訟行為は、すべての利益のためにのみ効力を有する。(2)第1項の共同訴訟で共同訴訟人中の一人に対する相手方の訴訟行為は、共同訴訟人すべてに効力が及ぶ。(3)第1項の共同訴訟で共同訴訟人中の一人に訴訟手続きを中断又は中止すべき理由がある場合、その中断又は中止はすべてに効力が及ぶ。」

⁸⁷⁶ 大判2003. 12. 12. 2003ダ44615等。

⁸⁷⁷ 大判1991. 11. 12. 91ダ27228. 法院は、現物分割の方法を裁量によって定めることができるが、共有物の位置、面積、使用価値、利用状況、周囲環境などを考慮して、公平に定めなけ

告いずれも共有物の競売を申請することができ⁸⁷⁸、共有物持分競売申請通知⁸⁷⁹及び優先買受権⁸⁸⁰を規定する民事執行法第139・140条は適用されない⁸⁸¹。学説においては、裁判による分割の場合は第269条第2項の解釈上、価額賠償による分割は認められないという見解⁸⁸²があるが、判例は、共有持分の価額以上の現物を取得する共有者は、その超過部分の対価を支払って過不足を調整するように分割することも現物分割の一形態として許容されると判示し⁸⁸³、場合によっては、分割請求者の持分による現物分割をして、分割をしたくない共有者たちは共有者として残ることも現物分割の方法として許容するなど価額賠償の余地を広く認めている⁸⁸⁴。

ればならない。大判1980.9.9.79ダ1131等。

⁸⁷⁸ 大決1979.3.8.79マ5.

⁸⁷⁹ 民事執行法第139条[共有物持分に対する競売]「(1)共有物持分を競売する場合には、債権者の債権のために債務者の持分に対する競売開始決定があることを登記簿に記入して他の共有者にその競売開始決定があることを通知しなければならない。ただし、相当な理由があるときには通知しないことができる。(2)最低売却価額は共有物全部の評価額を基本で債務者の持分に関して定めなければならない。ただし、そのような方法で正確な価値の評価が難しい又はその評価に不当に多い費用がかかるなどの特別な事情がある場合にはそうでない。」

⁸⁸⁰ 民事執行法第140条[共有者の優先買受権]「(1)共有者は売却期日まで第113条による保証を提供して最高買受申告価額と同じ価額で債務者の持分を優先買受けると申告をすることができる。(2)第1項の場合に法院は最高買受申告があっても其の共有者に売却を許可しなければならない。(3)数人の共有者が優先買受すると申告をして第2項の手続きを終わったときには特別な協議がなければ共有持分の比率によって債務者の持分を買受けるようにする。(4)第1項の規定によって共有者が優先買受申告をした場合には最高買受申告人を第114条の次順位買受申告人とみなす。」

⁸⁸¹ 大決1991.12.16.91マ239.

⁸⁸² 李英俊(注799)570頁。

⁸⁸³ 大判1990.8.28.90ダカ7620；大判1991.11.12.91ダ27228；大判1999.6.11.99ダ6746等。

⁸⁸⁴ 大判2004.7.22.2004ダ10183；大判2004.10.14.2004ダ30583。価額賠償を広く認めなければ、建物の少数の持分権者が分割を請求する場合、競売による代金分割をするしか手立てがなく、非効率的であろう。

エ. 分割の効果

分割の効果について、協議分割の場合には、協議が成立し物権変動の要件(第186条⁸⁸⁵又は第188条⁸⁸⁶)を備えた時、裁判上分割の場合には、判決確定時に分割の効力が生じる⁸⁸⁷。共同相続財産の分割の場合には被相続人の死亡時に遡及して効力が生じるが(第1015条)、一般的共有物の分割は遡及しない⁸⁸⁸。

オ. 分割に対する担保責任

共有物分割の実質は、交換又は売買であるため、各共有者は分割によって他の共有者が取得した物に対して持分の比率で譲渡人と同様の担保責任を負う(第270条)。ただし、協議分割には一種の有償契約として第569条⁸⁸⁹の規定が準用されるため、第270条は裁判上の分割に適用される⁸⁹⁰。

この担保責任は、共有物分割によって取得した物又は権利の瑕疵の存在が要件である。権利の瑕疵の場合は第569条以下、物の瑕疵の場合は第580条が準用される⁸⁹¹。ただし、共有物のすべての部分に共通の原因による瑕疵がある場合は、誰も担保責任を負わない⁸⁹²。また、第570条以下の規定によって損害賠償、代金減額、解除などを請求することができる。ただし、裁判上の分割は法律行為ではないため、解除をすることはできない⁸⁹³。

共有物に設定された用益物権は、分割された各部分に存続する⁸⁹⁴。現物分割において共

⁸⁸⁵ 第186条[不動産物権変動の効力]「不動産に関する法律行為による物権の得失変更は登記しなければその効力が生じない。」

⁸⁸⁶ 第188条[動産物権譲渡の効力、簡易引渡]「(1)動産に関する物権の譲渡は、その動産を引き渡さなければ、効力が生じない。(2)譲受人がすでにその動産を占有するときには、当事者の意思表示のみでその効力が生じる。」

⁸⁸⁷ 大判1969. 12. 29. 68ダ2425.

⁸⁸⁸ 郭潤直(注796)218頁、金曾漢(注796)231頁、李英俊(注799)572頁、大判1993. 7. 13. 92ダ17501.

⁸⁸⁹ 第569条参照。一方、共同相続財産の分割においては、第1016-1018条の特別規定がある。

⁸⁹⁰ 朴三奉(注796)101頁。

⁸⁹¹ 朴三奉(注796)101頁。

⁸⁹² 関日榮(注288)599頁は、担保責任は、各共有者がその持分の割合によって負担するため、全共有者に対して訴えを提起する必要はないと解する。反対見解として、李英俊(注799)574頁。

⁸⁹³ 郭潤直(注796)218頁、金曾漢(注796)231頁、金相容(注811)436頁、李英俊(注799)574頁。

⁸⁹⁴ 第293条参照。

有物上の担保物権が存在する場合、その担保物権を設定した共有者の取得部分上に存続するという見解⁸⁹⁵、担保物権の不可分性によって分割された個々の物上にその持分の割合によって存続するという見解がある⁸⁹⁶。判例は、特別の合意がない限り、共有物が分割された後も従来の持分の割合に応じて共有物すべての上にそのまま存続し、設定者に分割された部分に当然に集中されることではないと判示した⁸⁹⁷。

2. 合有

(1) 合有の成立

合有は、合手的組合の所有形態であり、共同所有者相互間に人的結合関係がある点において、共有とは区別され、その団体性の強弱によって総有とは区別される。

韓国民法は合有に関する一般規定として、物権編で第271条ないし第274条を明文に規定し、債権編の第704条では組合の財産は組合員の合有に属することを定めている。

法律の規定又は契約により数人が組合体として物を所有するときには、合有とする。合有者の権利は合有物の全部に及ぼす(第271条)。つまり、合有は、組合体が物を所有する場合、契約又は法律の規定によって成立する。契約による成立の代表例は、民法第703条以下の組合である。

また、「契」という人的結合体として、数人が相互間の金融・貯蓄のために定期的に金銭を各出して、一定の基準によって(順番などの定め)契員に交付することを約定して成立する場合もある⁸⁹⁸。契は、その組織の目的・運用方法などによってその形態が多様であるため、その本質を一概には表すことはできないが、特別な約定がない限り、組合体としてその財産は全契員の合有に属する⁸⁹⁹と解する。

⁸⁹⁵ 金基善(注286)245頁、金相容(注811)436頁。

⁸⁹⁶ 郭潤直(注796)218-9頁、金曾漢(注796)231頁、李英俊(注799)573頁。

⁸⁹⁷ 大判1989. 8. 8. 88ダカ24868.

⁸⁹⁸ 郭潤直『債権各論』(博英社、2003年)325頁。

⁸⁹⁹ 大判1962. 7. 26. 62ダ265; 大判1967. 7. 18. 67ダ1052.

法律による成立の場合は、信託法上共同信託⁹⁰⁰、鉱業法上共同鉱業⁹⁰¹などがある。判例は、酒類共同製造免許に対する共同免許名義者間⁹⁰²、共有水面埋立免許を有する共同名義者間⁹⁰³、共同履行方式の共同受給体⁹⁰⁴を民法上の組合(合有)であると判示した。また、組合契約がなくても当事者の合有約定によって行った合有登記の効力が認められる⁹⁰⁵。

8このような合有の目的物が動産である場合には、占有(第188条)、不動産である場合には、合有登記が必要である(第186条)⁹⁰⁶。合有登記においては、合有者全員の名義を登記しなければならない⁹⁰⁷。また、船舶、航空機、建設機械、自動車などにも登記又は登録が必要である。

⁹⁰⁰ 信託法第50条[共同受託者]「(1)受託者が数人である場合、信託財産は受託者らの合有とする。(2)第1項の場合、受託者の中の一人の任務が終了すると、信託財産は当然に他の受託者に帰属される。(3)第1項の場合、信託行為で他の定めがなければ、信託事務の処理は受託者が共同で行わなければならない。ただし、保存行為は各自ができる。(4)受託者が数人である場合、受託者一人に対する意思表示は、他の受託者に対しても効力がある。(5)受託者が数人である場合、信託行為で他の受託者の業務執行を代理する業務執行受託者を定めることができる。」しかし、信託法による信託ではなく、法律行為による信託、つまり名義信託の場合、名義信託者が数人である場合にも、名義信託者相互権の所有関係は合有ではなく共有であると解される。朴三奉(注796)107頁。

⁹⁰¹ 鉱業法第17条[共同鉱業出願人]「(5)共同鉱業出願人は、組合契約をしたとみなす。」共同鉱業出願人は、民法第704条によって「合有」となる。

⁹⁰² 大判1993.7.13.93ダ12060。

⁹⁰³ 大判1991.6.25.90ヌ5184; 大判1997.4.8.95ダ34521; 大判2002.3.29.2000ヅ6084。

⁹⁰⁴ 大判2000.12.12.99ダ49620; 大判2006.8.25.2005ダ16959; 大判[全員合議体]2012.5.17.2009ダ105406等。

⁹⁰⁵ 大判1994.2.25.93ダ39225; 大判2009.5.28.2009ダ3661; 大判2011.2.10.2010ダ83199,83205。

実務上、合有登記をする場合、組合であることを証明する書面の添付を要求する規定がないため、登記申請及び修理が可能である。大法院法院行政処『不動産登記実務』(法院行政処、2007年)339頁。

⁹⁰⁶ 第186条を参照。

⁹⁰⁷ 不動産登記法第44条第2項。合有登記においては、合有者全員の名義で登記しなければならない。したがって、合有財産を合有者全員ではなく、合有者一人の名義で登記した場合、原因無効の登記となる。大判1970.12.29.69ダ22。

また、合有に関して契約による場合以外には、第272条ないし第274条が適用される(第271条第2項)。ここで、「契約による場合」に対する定めがあるため、第272条ないし第274条は任意規定であると解される⁹⁰⁸。また、信託法又は鉱業法の適用を受ける場合にはそれによる。

(2) 合有持分

合有持分について、各合有持分の総和は所有権であるが、合有関係の終了の前には、各合有者の持分の処分及び分割の請求が制限され、合有物の処分及び合有関係の終了の際は原則として合有者全員の合意がなければならない⁹⁰⁹。共有持分が所有権の量的一部分であることと異なり、合有持分は各合有者の権利・義務の総体として、構成員としての地位も含むため、質的一部分であると解される。

そして、合有者は、全員の同意なしに合有物に対する持分を処分できない(第273条第1項)。合有持分は、共有持分とは異なり、団体的拘束を受け、これによって合有財産を有する団体の構成員の資格と分離することができないため、個別的な合有物に対する持分のみを処分することはできない⁹¹⁰。

合有持分の割合は、合有の基礎となる団体を結成する契約で定められる。別途の約定がない場合には、出資価額に応じて定められる⁹¹¹。新たな構成員の加入によって、合有持分の割合も変更され得る⁹¹²。

一方、合有者全員の同意があれば合有持分の処分も可能である。学説においては、合有持分の処分は合有制度の性質に反するため、これを否定すべきとする見解⁹¹³があったが、判例は、全員の同意があれば合有持分の処分もできる⁹¹⁴と判示し、個々の合有物に対する持分の処分についても、これを認めるような判決⁹¹⁵もある。

(3) 合有物に関する規律

⁹⁰⁸ 郭潤直(注796)219頁、李英俊(注799)579頁、朴三奉(注796)107頁。

⁹⁰⁹ 金曾漢(注786)272頁。

⁹¹⁰ 大判1960. 11. 10. 4292民上837. 学説の対立がある。尹喆洪「民法上合有に関する小考」土地法学32巻2号(2016年)参照。

⁹¹¹ 第711条第1項参照。金曾漢(注796)235頁、李英俊(注799)581頁。

⁹¹² 大判1959. 2. 5. 4290民上641; 大判1966. 10. 4. 66ダ1071.

⁹¹³ 郭潤直(注898)309頁。

⁹¹⁴ 大判1957. 2. 23. 4289民上654; 大判1970. 12. 29. 69ダ22等。

⁹¹⁵ 大判1961. 7. 20. 4293民上669. このような解釈する見解として、朴三奉(注796)111頁。

1) 合有物の処分、変更及び保存

合有物を処分又は変更するには、合有者全員の同意がなければならない。しかし、保存行為は、各自がすることができる(第272条)。

合有物の処分とは、合有物の譲渡又は物権の設定などを意味し、合有物の変更は合有物に対して事実上の物理的変化を加えることを意味する。

合有物の処分は全員の同意を得て、全員の共同名義でしなければならない⁹¹⁶。合有者の一人が他の合有者の同意なしに合有物を第三者に譲渡した場合には、無権利者による処分行為として無効となる⁹¹⁷。一方、合有者の一人が他の合有者の同意なしに合有物を変更する場合には、保存行為を除いてその変更行為の中止を請求することができる⁹¹⁸。

合有物の処分・変更の合有者全員の同意を要することについては、第706条第2項の「組合の業務執行は、組合員の過半数で決定する」という規定との優劣関係が議論されている⁹¹⁹。

合有物の保存行為とは、合有物の滅失・毀損を防止し、その現状を維持するためにする事実上・法律上の行為を意味する。例えば、合有建物の倒壊の防止のための修理、原因無効の所有権移転登記抹消訴訟の提起⁹²⁰、共同名義の公有水面埋立免許の取消処分に対する取消請求⁹²¹などが挙げられる。

2) 合有物の分割禁止

合有者は、合有物の分割を請求することができない(第273条第2項)。合有者は原則として合有の終了の前に合有物の分割を請求することができない⁹²²が、第271条第2項によって、特約があれば合有関係の終了の前にも分割を請求することができると解される⁹²³。

⁹¹⁶ 合有者一人が他の合有者全員の同意を得て合有物を処分する場合でも同様である。ただし、特約で合有者一人に処分権を委任することができる。金曾漢(注796)236-7頁、李英俊(注799)579頁。

⁹¹⁷ 大判1991. 5. 15. 91マ186、金曾漢(注796)237頁、李英俊(注799)579頁。

⁹¹⁸ 朴三奉(注796)108頁。

⁹¹⁹ 関日榮(注288)607-609頁。これに対しては、第三章第四節で詳細に取り扱う。

⁹²⁰ 大判1997. 9. 9. 96ダ16896。

⁹²¹ 大判1972. 5. 23. 72ヌ9。

⁹²² 李英俊(注799)583頁、関日榮(注288)613頁。

⁹²³ 郭潤直(注796)220頁、李銀榮『物権法』(博英社、2006年)524頁。反対見解として、金相容(注811)440頁、李英俊(注799)583頁。

(4) 合有の終了

合有は、組合体の解散又は合有物の譲渡によって終了する(第274条第1項)。

韓国民法上の合有関係は、組合体の存在が前提になっているため、組合体の解散によって合有関係は終了することになる。組合は、組合の目的の達成又は達成不能、存続期間の満了などの契約で定めた解散事由の発生、組合員全員の合意⁹²⁴、その他やむを得ない事由による解散請求⁹²⁵によって解散する。

合有物の譲渡による合有関係の終了を定めるのは、合有物すべてが第三者に譲渡された場合は、組合体の存続にもかかわらず、財産上合有関係が残っていないからである。ただし、合有物すべてではなく、組合財産を構成する個々の物の処分の場合には、残余の財産に対して合有関係が存続する⁹²⁶。したがって、組合の解散の場合、解散事由の発生時ではなく、組合の解散手続を通じて合有財産すべての分割が開始されるときに合有関係が終了し⁹²⁷、共有物分割に関する規定が準用されることになる(第274条第2項)。分割の方法に関する特約がある場合にはそれにより、ない場合には、合有持分の割合(通常、出資割合)による⁹²⁸。

3. 総有

(1) 総有の成立

韓国民法は、物権編第275条ないし第277条で「総有」に関する規定を置いている。定義として、法人でない社団の社員が集合体として、物を所有するときには、総有とする(第275条)⁹²⁹。

法人でない社団とは、構成員の交替に関係なく存続し、長期的目的をもってその社団

⁹²⁴ 大判1960. 5. 5. 4292民上390.

⁹²⁵ 第720条[やむを得ない事由による解散請求]「不可避な事由があるときには、各組合員は組合の解散を請求することができる。」、大判 1999. 3. 12. 98ダ54458は、同業者中一人が約定による出資金を出資した後、同業関係が決裂され、業務において全面的に排除された場合には、やむを得ない事由による組合解散請求ができると判示した。

⁹²⁶ 金曾漢(注796)237頁、李英俊(注799)583頁。

⁹²⁷ 金曾漢(注796)238頁、李英俊(注799)584頁。

⁹²⁸ 大判1964. 12. 22. 63ダ831; 大判1964. 12. 22. 64ダ220等。

⁹²⁹ 朴三奉(注796)115頁。

のために行為する特別な機関を有する人的結合体として⁹³⁰、法律の定めによって法人格を取得しない状態の団体である。判例は、法人でない社団と組合の区別について、「民法上の組合と法人格はないが社団性が認められる法人でない社団を区別するには、一般的にその団体性の強弱を基準として判断すべきである。法人でない社団は、構成員の個人性とは関係なく、権利・義務の主体になり得る独自の存在としての団体的組織を有する特性がある。ある団体が固有の目的をもって社団的性格を有する規約を作ってこれに基づいて意思決定機関及び執行機関である代表者を置くなどの組織を備えており、機関の議決や業務執行方法が多数決の原則によって行われ、構成員の加入、脱退などによる変更に関係せず団体その自体が存続され、その組織によって代表の方法、総会や理事会の運営、資本の構成、財産の管理その他団体としての主要事項が確定されている場合には、法人でない社団としての実体を有するといえる」と⁹³¹判示している。その法的性質は、組合の名称を用いていることとは関係がない。

判例で認められている法人ではない社団には、宗中⁹³²、教会⁹³³、漁村契⁹³⁴、アパート入居者代表会議⁹³⁵、連合住宅組合⁹³⁶、自然部落⁹³⁷、寺⁹³⁸、再建築組合⁹³⁹などがある。

特に、教会の教人の一部が集团的に脱退する場合、つまり一部教人たちは従来の教団に残っており、残りの教人は所属教団の変更を決議し、新たな教団に加入した場合について、「一つの教会が二つの教会に分裂する場合、教会の章程(規約)その他一般的に承認された規定で教会が分裂する場合に備えて財産の帰属に関する定めがなければ、教会の法律的性質は法人でない社団であるため、従来の教会の財産は、分裂当時の教人たちの総有に属し、教人たちは各教会活動の目的の範囲内で、総有権の対象である教会の財産を使用収

⁹³⁰ 池元林(注840)102頁。

⁹³¹ 大判1999. 4. 23. 99ダ4504

⁹³² 大判1994. 9. 30. 93ダ27703; 大判2000. 10. 27. 2000ダ22881.

⁹³³ 大判2001. 6. 15. 99ヅ5566等.

⁹³⁴ 大判2000. 5. 12. 99ダ71931; 大判2003. 6. 27. 2002ダ68034.

⁹³⁵ 大判1991. 4. 23. 91ダ4478; 大判2000. 5. 12. 99ダ71931.

⁹³⁶ 大判2002. 9. 10. 2000ダ96; 大判2003. 5. 13. 2000ダ50688; 大判2006. 12. 21. 2006ダ52723.

⁹³⁷ 大判1990. 12. 17. 90ダカ25895; 大判1994. 2. 8. 93ダ173; 大判1995. 9. 29. 95ダ32051; 大判2007. 7. 26. 2006ダ64573.

⁹³⁸ 大判1997. 12. 9. 94ダ41249. 寺は、その実体によって法人でない社団又は非法人財団(大判1994. 12. 13. 93ダ43545)あるいは個人の所有である場合もある(大判1997. 4. 25. 96ダ46484).

⁹³⁹ 大判2001. 5. 29. 2000ダ10246等は従来の住宅建設促進法によって法人でない社団と取り扱ったが、2015年から施行した「都市及び住居環境整備法」第18条によって法人格が付与されることになった。

益することができるといえるため、教会財産の総有権者一部である残留の教人たちで成される教会が、他の総有権者たちで成される教会に対して教会の建物の明け渡しを求めることはできない⁹⁴⁰と判例は示したが、教会(総有団体)の内部的分裂を認めたという点に対して、実質的な紛争解決を放棄したという批判を受けた。この後判例は、「わが民法は、社団法人において構成員の脱退や解散は認めるが、社団法人の構成員たちが二つの法人に分かれ、各々の独立した法人として存続しながら従来の社団法人に帰属された財産を所有する方式の社団法人の分裂は認められない。このような法理は、法人ではない社団に対しても同様に適用されるため、法人ではない社団の構成員たちの集团的脱退によって社団が二つに分裂し、分裂する前の社団の財産が分裂した各社団の構成員たちにそれぞれ総有的に帰属される結果をもたら形態の法人ではない社団の分裂は、許されない⁹⁴¹と判示して、立場を変更した。

また、総有も共同所有の一種であるため、所有権としての性質をどのように把握するのかが問題となるが、これについては所有権の内容である処分・管理の権能は団体に属し、使用・収益の権能は構成員に属すると解されている。なお、韓国では法人でない社団に訴訟上当事者能力(民事訴訟法第52条⁹⁴²)、不動産登記能力(不動産登記法第30条⁹⁴³)が付与されていることに注意したい。一方、総有にも構成員の持分があるのかについて、総有にも持分があるという見解⁹⁴⁴、総有の持分は存在しないという見解⁹⁴⁵がある。

(2) 総有物に関する規律

1) 総有物の使用・収益

各社員は、定款その他の規約によって総有物を使用、収益することができる(第276条第2項)。総有物の使用・収益の権能は各社員に属するが、その具体的な方法は、定款その他の規約によらなければならない。その方法によらない使用・収益に対して、法人でない社団又は各社員は、その行為の中止及び損害賠償を請求することができる⁹⁴⁶。

2) 総有物の管理・処分

⁹⁴⁰ 大判[全員合議体]1993. 1. 19. 91ダ1226.

⁹⁴¹ 大判[全員合議体]2006. 4. 20. 2004ダ27775.

⁹⁴² 民事訴訟法第52条を参照。

⁹⁴³ 不動産登記法第30条を参照。

⁹⁴⁴ 金曾漢(注786)282頁。

⁹⁴⁵ 郭潤直(注898)325頁、朴三奉(注796)115頁。

⁹⁴⁶ 金基善(注286)267頁。

総有物の管理及び処分は、社員総会の決議による(第276条第1項)。総有においては、所有権の内容である管理・処分の権能は法人でない社団に、使用・収益の権能は各社員に属すると解するのが一般的である。法人でない社団に所有権がなく、各社員が第三者の土地を使用・収益するときには、総有ではなく、特殊地役権に該当する⁹⁴⁷。

社員総会の決議なしに行われた管理・処分は無効となり⁹⁴⁸、相手方の善意・悪意は問わない⁹⁴⁹。ただし、第275条第2項によって社団の定款その他の契約に定めがある場合にはそれにより⁹⁵⁰、定めがない場合には、社団法人の社員総会の決議に関する規定を準用する⁹⁵¹。判例は、法人でない社団の財産について、代議員会議の決議によると定めた場合、社員が代議員会議を経ず直接的に法人でない社団に自己の権利の確認を求めることができないと判示した⁹⁵²。

管理・処分であるか使用・収益であるかの基準は、具体的事情によって決めるしかない。また、総有物の保存に関する内容は定められていない。判例は、総有物の保存においては、共有物の保存に関する民法第265条の規定は適用されず、総有財産に関する訴訟は、社員総会の決議を通じて法人ではない社団の名義又は全社員の必須的共同訴訟の形態のみで行うことができるため、社団の構成員が代表者又は社員総会の決議を経てもその訴訟の当事者となれないと判示した⁹⁵³。

3) 総有物に関する権利義務

総有において、社員が総有物に対して有する権利・義務は、社団の構成員として認められる資格であるため、構成員としての資格を喪失すると、その権利・義務も喪失する(第277条)。例えば、教会の教人が教会を脱退した場合⁹⁵⁴、漁村契の漁業権の消滅による補償

⁹⁴⁷ 第302条を参照。

⁹⁴⁸ 金基善(注286)267頁。大判[全員合議体]2007. 4. 19. 2004ダ60072, 60089は、法人でない社団が他人間の金銭債務を保証する行為は、総有物その自体の管理・処分ではなく、単なる債務負担行為に過ぎないため、これを総有物の管理・処分行為とは言えないと判示した。

⁹⁴⁹ 池元林(注840)106頁。

⁹⁵⁰ 大判1992. 4. 24. 91ダ18965; 大判1994. 9. 30. 93ダ27703.

⁹⁵¹ 金曾漢(注796)240頁、李英俊(注799)591頁。

⁹⁵² 大判1992. 7. 14. 92ダ534; 大判1995. 8. 22. 94ダ31020; 大判1996. 3. 26. 95ダ35579,35586.

⁹⁵³ 大判[全員合議体]2005. 9. 15. 2004ダ44971; 大判2007. 7. 26. 2006ダ64573.

⁹⁵⁴ 大判1968. 11. 19. 67ダ2125; 大判 1988. 3. 22. 86ダカ1197.

金に対して分配決議の時には漁村契から脱退した場合⁹⁵⁵、構成員としての権利・義務は認められない。

4. 準共同所有

所有権以外の財産権が数人に帰属する場合、準共同所有関係となる(第278条)。主体によって準共有、準合有、準総有関係になる。準共同所有もその権利者が数人である点で共同所有と同様であり、ただその権利が所有権であるかその他の財産権であるかの差があるため、本節において準用するように規定している⁹⁵⁶。ただし、第278条ただし書によって他の法律に特別な規定がある場合は、それによる。

「所有権以外の財産権」については、地上権、地役権⁹⁵⁷、伝貫権、留置権、質権、抵当権などの民法上の物権と、水利権、温泉権などの慣習上の物権がある。

問題になるのは、債権に対しても準共同所有の規定が適用されるのかということである。学説は、「他の法律に特別な規定」の債権の性質によって異なるが、大きく分類すると、債権債務関係に関する規定が優先適用されるという見解⁹⁵⁸、物権法優先の原則によって準共同所有の規定が優先適用されるという見解⁹⁵⁹に分かれている。判例は、共同名義の預金債権について「銀行に共同名義で預金をして銀行に対してその権利を共に行使するとした場合に、同業資金を共同名義で預金した場合には、債権の準合有関係であると見るが、共同名義の預金債権者各自が分担して出捐した金銭を同業以外の特定の目的を向けて共同名義で預金して置くことで、その目的が達成される前には共同名義の預金債権者が単独で預金を引き出すことができないように防止・監視する目的で共同名義の預金を開設した場合には、一つの預金債権が分量的に分割され、各共同名義の預金債権者らに共同で帰属され、各共同名義の預金債権者が預金債権に対して有する各自の持分に対する管理処分権は、各自に帰属される。」⁹⁶⁰と判示した。

⁹⁵⁵ 大判1996. 12. 10. 95ダ57159.

⁹⁵⁶ 金容漢(注279)344頁、金曾漢(注796)242頁。

⁹⁵⁷ 第302条を参照。

⁹⁵⁸ 高翔龍(注812)387頁、金曾漢(注796)242頁。

⁹⁵⁹ 郭潤直(注796)222頁、金相容(注969)443頁、金容漢(注279)344頁。

⁹⁶⁰ 大判1994. 4. 26. 93ダ31825; 大判2004. 10. 14. 2002ダ55908; 大判2005. 9. 9. 2003ダ7319.

特別法で準共同所有の対象になるのは、著作権、特許権⁹⁶¹、実用新案権、意匠権、商標権⁹⁶²、株式、社債、漁業権、鉱業権などである。判例で認められた権利として、公有水面埋立権の準合有⁹⁶³、抵当権の準合有⁹⁶⁴、漁業権の準共有⁹⁶⁵、鉱業権の侵害による損害賠償請求権の準合有⁹⁶⁶、河川敷地専用権の準総有⁹⁶⁷などがある。

II 債権法上の組合財産-[資料-20]

韓国民法は、組合に関する規定を債権編の第703条ないし第724条で規定している。特に、組合財産の帰属については、第704条及び第715条で定めているが、組合財産の「合有」に関しては、物権編の合有に関する規定による(第272条ないし第274条)。

1. 組合の成立

(1) 組合契約

民法上の組合契約は、組合は、2人以上が相互出資して共同事業を経営することを約定することによってその効力が生じる(第703条)⁹⁶⁸。この組合契約の法的性質について、合同行為及び契約的性質を有する特殊な法律行為説であるとする⁹⁶⁹、契約であるとする説⁹⁷⁰

⁹⁶¹ 特許権を共有する場合に、各共有者は他の共有者の同意を得なければ、その持分を譲渡し又はその持分を目的とする質権を設定することはできず、特許権について専用実施権を設定し又は通常実施権を許諾することもできないなど(特許法第99条2項・4項参照)特許権の共有関係は合有に準ずる性質を有する。大判1987. 12. 8. 87フ111; 大判1999. 3.26. 97ダ41295.

⁹⁶² 大判2004. 12.9. 2002フ567は、「商標権が共有である場合に各共有者は他の共有者の同意を得なければその持分を譲渡し又は其の持分を目的とする質権を設定することができず、その商標権に対して専用使用権又は通常使用権を設定することもできないなど、一定の制約を受け其の範囲内で合有と類似の性質を有するが、このような制約は商標権が無体財産権である特殊性に由来するものであり、商標権の共有者たちが必ず共同目的又は同業関係に基づいて組合体を形成して商標権を所有するとは見えないだけでなく、商標法に商標権の共有を合有関係とみなすという明文の規定もない以上、商標権の共有においても商標法の他の規定やその本質に反しない範囲では民法上の共有の規定が適用されることができる」と判示した。

⁹⁶³ 大判 1970. 5. 26. 69ヌ125.

⁹⁶⁴ 大判 1982. 6. 22. 81フ43.

⁹⁶⁵ 大判 1953. 2. 21. 4285民上118.

⁹⁶⁶ 大判 1997. 2. 11. 96ダ1733.

⁹⁶⁷ 大判 1977. 5. 24. 76ダ512.

⁹⁶⁸ 大判2007. 6. 14. 2005ダ5140.

⁹⁶⁹ 郭潤直(注898)296頁、金相容『債権各論』(法文社、2003年)437頁、池元林(注840)1509頁、宋徳洙『新民法講義(第3版)』(博英社、2010年)1435頁。

⁹⁷⁰

が対立している。また、組合契約に対しては、双務契約に関する第536条以下(同時履行の抗弁、危険負担、解止・解除)及び有償契約に関する第567条以下(売買に関する規定の準用)の規定は適用されないと解される。

(2) 組合財産の形成

組合は、団体固有の組合財産を有し、この組合財産に属する権利と義務は、組合員の固有財産に混入されず、各組合員の個人的な権利及び義務関係から区別される別個の法律関係を成す(組合財産の特別財産性)⁹⁷¹。

組合員の出資その他の組合財産は、組合員の合有とする(第704条)と定めているため、組合財産については物権編第271条以下の「合有」に関する規定による。

2. 組合の対内関係

(1) 業務執行

組合契約で業務執行者を定めてなかった場合には、組合員の3分の2以上の賛成で選任する(第706条第1項)。当事者間の約定で業務執行者の選任又は業務執行の方法についてこのような組合員の人数によるのではなく、その出資価額又は持分の割合によるように定めることも可能である⁹⁷²。

組合の業務執行は、業務執行者がいない場合には組合員の過半数で決定する。業務執行者がある場合には業務執行者により、業務執行者が数人であるときにはその過半数で決定する(第706条第2項)。業務執行者は、組合員又は第三者を選任することができる⁹⁷³。

組合の通常事務は、前項にもかかわらず、各組合員又は各業務執行者が全行することができる。しかし、その事務の完了前に他の組合員又は他の業務執行者の異議があるときには、即時中止しなければならない(第706条第3項)。

組合業務の対外的効果について、第709条によって業務執行者は組合のためにその業務執行に必要な法律行為を行う代理権を有すると推定されるため、組合員全員の同意を要すると約定した場合、組合がこの約定の存在を証明しなければならない⁹⁷⁴。

尹喆洪『債権各論(全訂2版)』(法元社、2015年)361頁、金亨培『債権各論—契約法』(博英社、2001年)736頁、李銀榮『債権各論(第5版)』(博英社、2007年)599頁。

⁹⁷¹ 尹喆洪(注970)365頁。

⁹⁷² 大判2009.4.23.2008ダ4247.

⁹⁷³ 郭潤直(注898)302頁、尹喆洪(注970)363頁。

⁹⁷⁴ 大判2002.1.25.99ダ62838.尹喆洪(注970)364頁。

また、組合の訴訟上当事者能力について、代表者が定められた組合は民事訴訟法第52条でいう法人でない社団と実質的に差異がないため、組合の当事者能力を肯定すべきとする見解⁹⁷⁵と、組合の場合は社団とは異なり、選定当事者制度があるため、当事者能力を否定すべきとする見解⁹⁷⁶が対立している。

(2) 利益及び損失の分配

当事者が損益分配の比率を定めてなかったときには、各組合員の出資価額に比例してこれを定める(第711条第1項)。利益又は損失に対して分配の比率を定めたときには、その比率は、利益と損失に共通するものと推定する(第711条第2項)。

(3) 組合員の脱退

組合契約で組合の存続期間を定めてなかったとき又は組合員の終身まで存続することを定めたときには、各組合員はいつでも脱退することができる(任意脱退；第716条第1項)。組合の存続期間を定めたときにも、組合員はやむを得ない事由があれば脱退することができる(第716条第2項)。

また、組合員の死亡、破産、成年後見の開始、除名に当たる事由があれば脱退される(非任意脱退；第717条)。

(4) 持分の計算

組合員が脱退する場合の計算は、特別な事情がない限り、「脱退当時の組合財産状態」を基準とする(第719条第1項)。また、脱退した組合員の持分は、その出資の種類に関係せず、金銭で返還することができる(第719条第2項)。

通常、組合員一人の脱退がある場合にも事業は継続されるため、組合財産の価額は単なる売買価額ではなく、「営業権の価値を含む営業価額」によって評価し、脱退する組合員の持分の割合は、組合清算の場合に実際に出資した資産価額の割合によることとは異なり、組合内部の損益分配の割合を基準として計算することが原則である⁹⁷⁷。

2人組合で組合員一人が脱退した場合、組合の脱退者に対する債権は、残存者に帰属するため、残存者はこれを自動債権として脱退者に対する持分相当の組合財産からの返還債務と相殺することができる⁹⁷⁸。

⁹⁷⁵ 金基善(注286)309頁、金疇洙『債権各論』(三英社、1997年)473頁。

⁹⁷⁶ 尹喆洪(注970)365頁、郭潤直(注898)305頁、金相容(注969)448頁、李銀榮(注970)606頁。

⁹⁷⁷ 大判2006. 3. 9. 2004ダ49693, 49709.

⁹⁷⁸ 大判2006. 3. 9. 2004ダ49693, 49709.

3. 組合の対外関係

(1) 組合の債権者の権利行使

組合は、団体として組合財産について債務を負うが、各組合員も組合の債務について個人的責任を負う。この責任は、組合との関係で補充的・2次的なものではなく、併存的債務である⁹⁷⁹。

組合債権者は、その債権の発生当時に組合員の損失負担の比率を知らなかったときには、各組合員に均分してその権利を行使することができる(第712条)。また、組合員の中で弁済する資力ない者がある場合には、その弁済できない部分は他の組合員が均分して弁済する責任がある(第713条)。判例は、「組合の債務が性質上不可分である、又は連帯の特約がない限り、組合債権者は各組合員に対して、その持分の割合によって又は同等の割合によって請求することができるが、その金額全部又は連帯の支給を求めることができない」⁹⁸⁰と判示し、「組合員の損失負担の割合の定めにおいて、内部事情である組合員間の約定又は出資価額は、組合債権者がよく知ることではないため、組合員に対して均分して権利を行使する組合債権者に対して損失負担の割合がそれと異なる組合員がある場合には、その組合員が損失負担の割合が異なる点を主張・証明する責任がある」⁹⁸¹と判示した。

組合債権者は、債権全額をすべての組合員に対して執行することができ、各組合員が分担する金額を各組合員の個人財産に対して執行することもできる⁹⁸²。

(2) 組合員の持分に対する差押え

組合員の持分に対する差押えは、その組合員の将来の利益配当及び持分の返還を受ける権利に対して効力がある(第714条)。これは、組合財産の合有性の当然の結果として⁹⁸³、潜在的持分に対する効力は認めておらず、将来の利益分配及び持分による返還請求権のよ

⁹⁷⁹ 大判1957. 10. 31. 4290民上459は、組合の債務は、各組合員の債務であるため、組合債権者は、まず組合財産によって弁済されなければならないことではなく、各組合員に対して各持分の割合によって又は同一の割合によって請求することができる。

⁹⁸⁰ 大判1985. 11. 12. 85ダカ1499; 大判1992. 11. 27. 92ダ30405. ただし、組合債務を商行為によって負う場合には、商法第57条第1項を適用して、組合員の連帯責任を認めることが相当である。大判1988. 3. 13. 97ダ6919; 大判1991. 11. 22. 91ダ30705.

⁹⁸¹ 大判1975. 5. 27. 75ダ169.

⁹⁸² 池元林(注840)1516頁。

⁹⁸³ 池元林(注840)1515-1516頁。

うに具体的な持分に対してのみ差し押さえることができる旨を定めている。

(3) 組合の債務者の相殺禁止

組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権で相計することができない(第715条)。

4. 組合の終了

組合の解散事由及び組合員の脱退に関しては、第716条ないし第724条で定められている。日本の場合と同様であるため、ここでは省略する。

III 小括

韓国民法における共同所有に関しては、一般規定として、物権編第三章「所有権」第三節「共同所有」で、共有(第262条ないし第270条)、合有(第271条ないし第274条)、総有(第275条ないし第277条)の三類型を規定している⁹⁸⁴。一方、債権編第二章「契約」第十三節第704条で「組合財産」を「合有」とすると定め、親族編第三章「婚姻」第四節第830条第2項で「夫婦帰属不明財産」を共有と推定し、相続編第一章「相続の効力」第3節第1006条で「共同相続財産」を「共有」とすると定めている。

共同所有の類型に関して議論があるのは、共同相続財産の帰属形態の性質及び総有制度の存廃論である。まず、共同相続財産について、第1006条で共有とすることを定めながらも、第1015条で分割の遡及効に関する規定を置いているため、持分の処分及び分割請求の自由が制限される共同所有の形態である「合有」と解する学説と、第1006条と第1015条前段の遡及効は、「第三者の権利を害することができない」と定めている後段を根拠とする共有説が対立している。判例は、共有説を採っている。

一方、総有規定の存廃論については、熾烈な議論があり、総則編の社団法人の規定を準用しながら物権編の総有は廃止すべきとする廃止論と、物権編の3カ条を補充して具体的に規律しようとする存置論が対立している。

⁹⁸⁴ この三類型の規定の制定後、批判があり(第一章第四節韓国における史的展開の学説史の部分参照)、特に、総有については現在まで廃止論が唱えられてきている。詳しくは第三章第四節を参照)。

第三章 ドイツ・日本・韓国における議論事項及び比較法的検討

第一節 概説

ドイツ民法における共同所有制度は、日本と韓国の民法の共同所有制度の母体であり、今日でもその解釈基準及び議論事項が参考とされている。一方、日本民法における共同所有制度及び学説は、韓国民法における共同所有の類型化に大きな役割をした。

第一章三国の共同所有制度の史的展開で分析したように、ドイツでは、17世紀以降個人的・絶対的所有関係を意味するローマ法的共有(condominium)から、団体的・社会的共同所有関係を意味するゲルマン的総所有(Gesamteigentum)までの概念が区別され始めた。この区別は、1900年に施行されたドイツ民法の中で、共同関係(Gemeinschaft)と合手的共同体(Gesamthandsgemeinschaft)、例えば組合、相続共同関係、夫婦財産共同関係、権利能力なき社団として団体を中心に位置づけた。

一方、1898年に施行された日本民法は、数人が一つの物を所有する共有関係を一種の所有権であると理解し、各団体の共同所有に関する一般的規定を物権編に位置づけた。民法制定後、学者らによって共有以外の団体的共同所有形態(合有、総有)に関する研究が始まったが、改正までは至らなかった。

1960年に施行された韓国民法は、このようなドイツ及び日本の共同所有理論を受け、共有、合有、総有という三類型の共同所有形態を民法典に規定した。制定以後、この三類型の共同所有規定の整備について議論されている。

[表-6] ドイツ・日本・韓国民法典の制定時期の比較

年度	ドイツ民法	日本民法	韓国民法
1866年	ドレスデン草案	ボアソナード原案着手	
1881年	BGB制定着手		
1888年	BGB第一草案発表		
	法典論争		
1890年	BGB第二草案発表	旧民法公布 法典論争・施行延期	
1896年	BGB帝国議会通過		

1898年		日本民法施行	
1900年	BGB施行		
1910年			日本民法の適用
1920年			
1932年			
1935年		満州民法施行	
1948年			民法草案・修正案作成
1960年			韓国民法施行

では、2000年代に入り、三国の民法における共同所有制度は、どのように運用されているのか。上記の第二章の三国民法における共同所有制度で分析したように、三国の共同所有に関する規定を適用するにあたっては、何らかの部分で解釈論によっては解決できない問題が議論されている。

ドイツの場合、共同所有制度を団体的にアプローチするため、団体の権利能力及び主体性などの問題が台頭してきた。この問題は、2001年BGHZの組合の権利能力・当事者能力を認めた判決によって一段落されたが、その後問題になったのは、団体の財産能力及び登記能力を認めるか、どのように認めるかの議論である。

日本の場合、共同所有制度を物権的にアプローチするため、団体財産の帰属形態が共有であるのか、合有であるのかなどの問題が主に議論されてきた。これに対して、民法制定以降組合財産の合有説、入会団体の総有説などが通説的な立場になっている一方、民法債権関係に関する最近の改正で、組合に関する規定が修正され、施行を待っている。問題は、各論的共有関係に関する民法改正とともに、物権編にある共有に関する一般規定をどのように解釈又は修正すべきか、合有及び総有に関する規定を導入すべきであるのか否かということであろう。

韓国の場合、共同所有制度を物権的にアプローチする点は日本と類似するが、すでに物権編に共同所有に関する三類型が立法され、組合、法人でない社団の財産帰属形態に関する議論はあまり成されていない⁹⁸⁵。ただし、その共同所有の規定間の衝突の問題、内容

⁹⁸⁵ ただし、法人でない社団の財産帰属について、現行の総有規定自体を廃止して法人の章で規律しようという改正論がある。一方、第1006条で共同相続財産について「共有」と定めて

及び概念の不明確性などの問題が活発に論じられている。

以下では、本稿第一章及び第二章の分析を前提として、第二節でドイツ民法、第三節で日本民法、第四節で韓国民法において議論されている事項を分析し、比較法的検討を行う。

第二節 ドイツ民法における議論及び検討-[資料-21]

I 共同関係及び共有

1. 問題の所在

ドイツ民法においては、日本と韓国の民法が物権編に一般規定を置いているのとは異なり、債務編で共同関係(Gemeinschaft)を基本形として規定し、物権編には4カ条しか規定していない。これについて、従来の学説は所有権の制限に関する通説である「分離理論(Trennungsthese)」を採って、共有関係は、物的権利としての持分権(Bruchteilsberechtigung als dingliches Recht)を有し、債権関係としての共同関係(Gemeinschaft als Schuldverhältnis)を成すと解してきた⁹⁸⁶。すなわち、各共有者は、物権である持分権を有しながらも、債務関係として共同関係にあると分離して理解されたのである⁹⁸⁷。

これに対して、近時、共同関係(Gemeinschaft)を物的な側面から把握する方がより明確であるという「物的一体モデル(dingliche Einheitsmodell)」⁹⁸⁸が登場した。その主張者であるRandolf Schnorrは、物的構成を主張したGierke、Cosack、Engländerなどの見解及びBGB制定過程を検討したうえで、持分権(Anteilsrechte)の本質は物的性質を有し⁹⁸⁹、特に、持分の自由な処分を規定している第747条第1項、廃止請求権が消滅時効にかからない性質を規定している第749条、持分権者間の合意が特定承継人に対して効力を有すると規定してい

いるため、その財産帰属形態については日本のように「共有説」と「合有説」が依然として対立している。

⁹⁸⁶ Randolf Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§741-758BGB), 1. Aufl., Mohr Siebeck, 2004, S. 6f.

⁹⁸⁷ 持分権の性質について、「物の観念的分割理論(Theorie von der intellektuellen Teilung der Sache)」と「権利の実質的分割理論(Theorie von der realen Teilung des Rechts)」、「一体理論(Einheitstheorie)」及び「完全権の複製理論(Theorie von der Vielfältigkeit des Vollrechts)」などがある。これについての詳しい学説の紹介は、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(名古屋大学、2014年)参照。

⁹⁸⁸ Randolf Schnorr, a.a.O., S. 1-428. これに対する評価については、Christian Baldus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Band.123., 2006, S. 832.

⁹⁸⁹ Randolf Schnorr, a.a.O., S. 38ff.

る第746条及び第751条に関する内容などの規定を物権法的側面から説明すべきであると指摘した⁹⁹⁰。

特に、この物的一体モデル理論によると、共同関係の各客体が特定されるため(特定原則; *Spezialitätsprinzip*)、持分権者は一つの客体を共有する段階に留まることが可能になる⁹⁹¹。従来の債務法的原則によると、共同関係のすべての客体が全体的な管理の対象になり、組合との境界がなくなる場合がある。なぜなら、裁判例によると、当事者が組合を結成するという意思がなかった場合にも、組合の一定の要件(共同事業を営むなど)を満たせば、組合であるとみなされ⁹⁹²、共同の財産すべてに合手的原理が適用されるからである。

これに対して、ドイツ物権法の改正のみならず、ヨーロッパ共通物権法にも反映することができるほどの体系的な内容を含んでいるという評価があり⁹⁹³、債務法的要素を看過することはできないという反対の評価もある⁹⁹⁴。

2. 検討

制定史において、このようなBGBの態度に対して、当時の学者であるOtto von Gierkeは「持分共同関係(*Bruchteilsgemeinschaft*)を債務関係で取り扱ったのは、ローマ法的「*actio communi dividundo*(共同の分割訴権)」の概念から採用した考えであり、これは「*Pandektensystem*」ではなく、「*Aktionensystem*」で通用されているものである」と批判し、体系上の欠陥を指摘した⁹⁹⁵。

また、Konrad Engländerは、持分権者の共同利用、果実の収受、共同の客体の管理に対する権限及び廃止請求権は、債務的ではなく物的な性質を有するものであると批判し、1896年に制定された日本民法では共有に関する規定が物権編に置かれており、所有権以外の財産は準共有として規律している点を挙げながら、持分権者の権限は、準一絶対性(*quasi-absoluten*)、制限的絶対性(*beschränkt absoluten*)、相対的絶対性(*relative absoluten*)、相対的物権性(*relative dinglichen*)を有すると指摘し、当時の所有権絶対主義に対する修正を主

⁹⁹⁰ Randolph Schnorr, a.a.O., S. 215ff. Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1010 Rn 6. これについて詳細な紹介として、伊藤栄寿(注987)198頁以下を参照。

⁹⁹¹ Randolph Schnorr, a.a.O., S. 113-114.

⁹⁹² Randolph Schnorr, a.a.O., S. 114.

⁹⁹³ Baldus, a.a.O., S. 831, 835, ferner die Rezensionen bei Rapp, DNotZ, 2005, S. 157; Krafka, MitBayNot, 2005, S. 14f.

⁹⁹⁴ Stephan Madaus, Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, AcP, 212, 2012, S. 287-294, Staudinger/von Proff, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 741-758, Rn 24, Staudinger/Karl-Heinz Gursky, a.a.O., §1010 Rn 6.

⁹⁹⁵ Gierke, DPR3, S.1025-1026.

張した⁹⁹⁶。

このような議論を検討すると、債務編の共同関係を共有に関する基本規定としたBGBの制定当時の立法態度は、(1)徹底した「Pandektensystem」の採択により物権編の適用対象を厳格に区別・限定していた点⁹⁹⁷、(2)個人主義及び所有権絶対性の原則が支配していた時代であったため、「所有権の制限」という概念が一般的に通用されていなかった点⁹⁹⁸から理解する余地があると考えられる。

近時の議論において、Schnorrの物的一体モデル理論は上記の理解のうへ、債務法的には説明できない規定について批判する。たしかに、物的アプローチによると、学説・判例によって債務法上の強行規定として解釈されてきた⁹⁹⁹各共有者が保存行為をする権限、持分処分自由、廃止請求の自由及びその請求権は消滅時効にかからないという性質、持分権者間の合意が特定承継人に対して効力を有する内容などについて明確に説明できることになる。また、特定原則によって個々の客体に対する帰属形態を決定することができるのは、(他の法律の定めがない限り)当事者の意思によって財産の共同所有の類型を定めることが可能になり、その実体的所有関係を公示すればその財産について取引した第三者の保護にも有用であると考えられる。なぜなら、取引の相手方の立場では、取引の対象になる客体にどのような制限があるのかが重要であるからである。

II 組合財産

1. 問題の所在

BGBにおいては組合に関する規定が債務編にのみ置かれているため、その所有権の帰属形態に関する議論より、団体的観点から組合の権利主体性が認められるかの問題が先に提起されてきた¹⁰⁰⁰。また、2000年の民法改正によって総則編第14条に「権利能力のある

⁹⁹⁶ Konrad Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Berlin, 1914, S. 209ff; Randolph Schnorr, a.a.O., S. 22f.

⁹⁹⁷ 水津太郎「物概念論の構造パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究12巻(2011年)326頁以下参照。

⁹⁹⁸ 尹喆洪『所有権の歴史』(法元社、1995年)70頁以下及び、同『土地所有権に対する新たな理解』(景仁文化社、2015年)5頁以下。

⁹⁹⁹ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1117ff.

¹⁰⁰⁰ Flume, Personengesellschaft, S. 3f. Flumeは、Gierkeの団体論に従って論じた。1800年代後半のドイツの法学者であるBeseler及びGierkeがこの「合手」の概念を使い始めたときから現代に至るまで、その本質についての見解は絶えず対立してきた。Gierkeの理論の初期(『ドイツ私

人的組合(rechtsfähige Personengesellschaft)」の概念が明文化されており¹⁰⁰¹、2001年にはドイツ連邦通常裁判所民事部(以下、BGHZ)の判決で民法上の組合の権利能力及び当事者能力が認められた。

【参照】BGHZ146, 341(BGH, 29. 01. 2001-11 ZR331/00)判決¹⁰⁰²

本裁判部は、今までの判例の態度を変えて、民法上組合は、法的取引に参加して権利と義務の主体となることができ、その範囲内で、民事訴訟での当事者能力(ZPO§50)があると見なければならぬと判断する。

I. BGHZの最近の判決によると、民法上組合は、組合員の合手的共同体として、法的取引で、特別な事情がない限り、上記のような法的地位を有することができる¹⁰⁰³。このような範囲内で、その自身の権利と義務を発生させる限り、民法上組合には、(法人ではないけれども)権利能力がある(BGB§14Abs. 2参照)。

民法上組合の法的性格に関して、法律では、包括的・完結的な規定は見られない。民法第一草案では、ローマ法を模範として、組合が組合員らの財産と区別される組合自身の財産がない、全体的に組合員間の債権的法律関係で規律された¹⁰⁰⁴。これに対して、第二委員会も、組合の財産を合手的財産として解したが、合手的原則から導出される結果を具体的に規律してはいなかった。むしろ、組合関係を規律するには、全般的に、債権債務関係に残り、合手的原則は、不完全な方式でその上に適用されたのであった¹⁰⁰⁵。(中略) 法的規律が不完全であり、歴史上の立法者が認識可能な程度で具体

法—総則部分及び人法(1895年)』)では、「合手(Gesamthand)」は、一つの法原理であり、法制度ではないと説明し、その合手原理は、ゲルマン団体(Genossenschaft)の総所有(Gesamteigentum)の一要素であると説明したことに注意を置きたい。Gierke, DPR1, S.669f.

¹⁰⁰¹ BGB§14[Unternehmer] (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

¹⁰⁰² 以下の(注1003)から(注1016)までは、この判例の注をそのまま引用したものである。

¹⁰⁰³ BGHZ 116, 86, 88; 136, 254, 257; im Ansatz auch bereits BGHZ 79, 374, 378f.

¹⁰⁰⁴ s. Mot. II 591=Mugdan II 330.

¹⁰⁰⁵ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, 1977, S. 3f; Fs Robert Fischer, 1979, S. 785, 788f.

的な確定を避けるために努力したので、実際的必要性によって民法上の組合の法的性格に対する判断が登場する余地がある。この点について、民法上の組合が外的に制限的権利主体性を有するという見解が優位を占めている。このような見解は、19世紀ドイツの合手理論に回帰することである¹⁰⁰⁶。これは、Flumeによって現代的議論の訴状に乗って¹⁰⁰⁷、最近の文献で広範囲で取り扱われた。(中略) a) BGB第718条ないし第720条が意図する、組合員の個人財産から組合財産を法的に分離する問題に対して実用的であり、広く矛盾ないモデルを提供している。(中略) b) 民法上組合が対外的に権利主体性を有する見解の実務上のメリットは、構成員の変動が組合に対して成された法律関係の持続にいかなる影響も及ぼさない点である¹⁰⁰⁸。伝統的見解を厳しく適用すると、組合との継続的な債権債務関係においては、組合構成員の変動があるごとにその債権債務関係が新しく結ばれることが要求されるが、それには正当性がないし、法的取引において組合の取引能力を顕著に妨げるだろう。その他にも、新たに組合に加入した組合員が一種の包括承継の方式で現存するすべての権利及び契約上の地位に入るという論拠¹⁰⁰⁹は、組合を純粋な債権債務関係とする立場とは根本的に合わない¹⁰¹⁰。(中略) c) また、民法上の組合が、同一性を維持しながら他の法的形態に変わったり、他の法的形態から民法上の組合に変わることを説明することができる。民法上の組合が営業をする場合、法的公示がなくても、その事業の種類と範囲によって商事(営利的)方法で組織的な営業活動を要する段階に至るとすぐに法律上当然に人的及び物的同一の合名会社になる¹⁰¹¹。合名会社は、権利主体性を有するので¹⁰¹²、伝統的見解によると、合名会社が変わる同時に組合財産に属する客体に対する所有関係も変更されるだろう。これは、実務において、重大な問題を発生させる¹⁰¹³。(中略) d) 最後に、立法者が今まで民法上の組合の破産能力を認めており¹⁰¹⁴、それによって組合が破産財団の帰属者として解されることも権利主体性の承認の根拠になるだろう。(以下省略)。

ここで取り扱いたいのは、組合関係の債務法的構成に関する指摘である。その判決の

¹⁰⁰⁶ Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, 1895, S. 663f, 682.

¹⁰⁰⁷ Flume, a.a.O., S. 50ff ; ZHR 136, 1972, S. 177ff.

¹⁰⁰⁸ s. Senat, BGHZ 79, 374, 378f.

¹⁰⁰⁹ Zöllner, FS Kraft, S. 715.

¹⁰¹⁰ dazu auch Ulmer, AcP 198, 1998, 113, 142.

¹⁰¹¹ §105Abs. 1 in Verbindung mit §1 HGB.

¹⁰¹² §124Abs. 1 HGB.

¹⁰¹³ s. Reiff, ZIP 1999, 517, 518f.

¹⁰¹⁴ §11Abs. 2 Nr. 1 InsO wie auch schon §1 Abs. 1 GesO.

理由の中では、「民法上の組合の法的性質に関して、法律では包括的・完結的な規定が見られない。BGB第一草案では、ローマ法を模範として組合が組合員らの財産と区別される組合自体の財産がなく、全体的に組合員間の債権債務的な法律関係として規律された¹⁰¹⁵。これに対して、第二制定委員会は、組合の財産を合手的財産として解したが、合手的原則から導出される結果を具体的に規律してはいなかった。むしろ、組合関係の規律は全般的に債権債務関係に残り、合手的原則は不完全な方式でその上に適用されたのであった¹⁰¹⁶。」と指摘し、「伝統的見解を厳しく適用すると、組合との継続的な債権債務関係においては、組合構成員の変動があるごとにその債権債務関係が新しく結ばれることが要求されるが、それには正当性がなく、法的取引において組合の取引能力を顕著に妨げるだろう。」と述べている。この判決の以降、組合の占有能力¹⁰¹⁷、相続能力¹⁰¹⁸、構成員能力¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁵ s. Mot. II 591=Mugdan II 330.

¹⁰¹⁶ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, 1977, S. 3f; Fs Robert Fischer, 1979, S. 785, 788f.

¹⁰¹⁷ 組合財産に属する物の占有について、これは合手的共同占有といえるが、誰がその主体なのかについての問題である。従来判例は、直接占有者である組合員によって占有の行使ができると判断し(BGHZ86, 340)、学説上は組合員全員に単なる共同占有を認める見解が優勢であった。しかし、最近の学説は、組合の権利能力の認定(Anerkennung)によって、機関占有(Organbesitzes)を通じて組合自体が物の占有者(Besitzer)として存在し得るとする見解が多い。BGHZ 57, 166, 167f= NJW 1973, 42; WM 1967, 938; Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O.,

Vorbemerkungen zu §§705–740 Rn 20; Ingo Saenger, a.a.O., S.1101. 組合の権利主体性を肯定するならば、占有についても、法人と同様に構成することになる。上谷均(注16)601頁。

¹⁰¹⁸ 相続能力に関しては、通説によると、OHGとKGは、相続人として指定されることが可能である(HGB第124条)が、組合には相続能力がなく、受贈者にのみなることができるという。しかし、組合の権利主体性を前提とすると、相続法上の規定によって組合の相続能力は否定されないと解されている。Staudinger/Stefan Habermeier, a.a.O., §§705–740 Rn21, Ingo Saenger, a.a.O., S.1101, 上谷均(注16)601頁。

¹⁰¹⁹ 組合が他の組合や法人の構成員になることができるかという構成員能力の問題についても議論がある。通説によると、組合は、OHGとKGの構成員になることはできず、他の組合の構成員として参加することができるのみである。しかし、これも組合の権利主体性を認めると、組合がOHGやKGの構成員にもなり得ると解されている。判例は、組合は、GmbHの設立

とともに、組合の財産能力、登記能力に関する議論が活発に展開されている¹⁰²⁰。

この判決に従って、民法上の組合に関する措置としてBGB第899a条及びGBO第47条第2項が以下のように新設された。

BGB§899a [Maßgaben für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts]

Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach §47 Absatz 2 Satz 1 der Grundbuchordnung im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Die §§892 bis 899 gelten bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend.

民法上の組合が土地登記簿に登記された場合、土地登記法第47条第2項1文によって土地登記簿に登記された人が組合員であること及び、その他の組合員は存在しないことがその登記された権利に関連して推定される。第892条ないし第899条は、組合員の登記に関して準用される。

GBO§47

(1) Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird.

(2) Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen. Die für den Berechtigten geltenden Vorschriften gelten entsprechend für die Gesellschafter.¹⁰²¹

(1) 数人のために一つの権利を登記する場合には、具体的割合による権利者の持分又は共同関係の基準となる権利関係を詳細に記入しなければならない。

(2) 民法上の組合の権利を登記する場合には、登記簿にその組合員も登記しなければならない。権利者のために適用される規定は、組合員のためにも適用される。

構成員になることができると判示している。BGHZ78, 311; 上谷均(注16)601頁。

¹⁰²⁰ これについて、部分権利能力として解する見解が多い。また、組合の規定を適用している「権利能力なき社団」についても、果たして権利能力がないのかに対する議論が進んでいる。Dörner, a.a.O., S. 41-44.

¹⁰²¹ Fassung aufgrund des Gesetzes zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften(ERVGBG) vom 11.08.2009(BGBl. I S. 2713), in Kraft getreten am 18.08.2009.

つまり、BGBが共同所有について、債務法的・団体中心的観点から規律しているため、土地登記においても共同関係(Gemeinschaft)と組合(Gesellschaft)と二分化して規律しているのである。

これについて、従来の通説は、組合の権利能力が否定されるとの前提でその登記能力も明確に否定してきたが、組合の権利能力が認められた以上組合の登記能力を排除する根拠は存在せず、実体法と手続法を一致させるのが望ましいという点¹⁰²²、GBO第47条第2項によって組合員すべての名前で登記するのではなく、組合自体の名前で設立日付や所在地などを記入すれば、登記実務上の問題になっている組合員変動による不確定性の問題を解決できるという点¹⁰²³などを挙げる登記能力認定説が有力に提起されている。これに対して、GBO第47条の適用の困難性、商業登記簿に登録する会社とは異なり土地登記簿に登録される組合の名称の不明確性、権利者の不一致などを挙げて反対する見解・下級審判決も多い¹⁰²⁴。

2. 検討

団体の権利能力に関する問題は、法的主体性の認定の問題から団体の構成員の責任の範囲の問題、法人制度との関係性の問題までもに検討しなければならないため、本稿では取り扱わない。ただし、組合の土地登記能力に関する議論の本質は、2001年BGHZの判決が指摘したように組合財産に関する規律が単なる債務債権関係で取り扱われていることに起因すると考えられる。したがって、共同関係についての物的アプローチとともに、組合財産についても物権的規律が必要であると考えられる。なぜなら、BGB上の組合に関する規定の中でも、債務法的原則によっては説明できない組合員間の請求権の譲渡の禁止(第717条前段)、組合財産の持分及び個々の客体への持分の処分の禁止、分割請求の禁止、相殺の禁止(第719条)、組合存続中の差押債権者の権利行使の禁止(第725条第2項)、ある組合員が脱退した場合の持分の弾力性(第738条第1項1文)などについて、学説・判例により強行規定として規律されているからである¹⁰²⁵。

¹⁰²² Dieter Eickmann, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZfIR, 2001, S. 433ff, Gerhard Wagner, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP, 2005, S. 637ff.

¹⁰²³ Michael Dümig, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts infolge Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit, Rpfleger, 2002, S. 53ff. und Anmerkung(zu BayObLG, 2Z BR 70/02), Rpfleger, 2003, S.80f.

¹⁰²⁴ Palant/Sprau(2007), §705, Rn 24a; OLG München, DnotZ 2005, 923-934; LG Dresden, NotBz 2002, 384-385.

¹⁰²⁵ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1077ff.

また、民法上の規定を土地登記法の規定に詳しく適用してみると、持分共同関係(Gemeinschaft nach Bruchteilen)、相続共同関係(Erbengemeinschaft)などは、第 47 条第 1 項の規定により、組合(Gesellschaft)、権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine ; 第 54 条前段により)は、第 2 項の規定による。これは、BGB 上、共同関係が物を所有するときには「共有」、相続共同関係及び組合、社団が物を所有するときには「合有」として物権的観点から定めておらず、各団体によってその合手的拘束の内容を異にし、土地登記法においても各団体の特性を中心に構成したことを表していると考えられる。

しかし、上記の共同関係に対する「物権的一体モデル」の議論とともに、現行 BGB が物権法に共有(Miteigentum)に関する規定のみを規律していることに対しては、対外的関係で更なる問題が生じ得る組合、法人でない社団などの合手的団体が物を所有している場合への立法的補完が必要ではないかと考えられる。なぜなら、現行 BGB は、共同関係(Gemeinschaft)の客体が物である場合のみを物権編に定めており、物権編第 1010 条は、(A)「共有者間の管理と利用に関する合意(第 745 条)」又は (B)「共同関係の廃止を制限する合意(第 749 条第 2 項)」、(C)「共同関係の廃止の際、相互間の債権がある場合に持分売却権(第 755 条、第 756 条)」は、土地登記簿に登記されたときにのみ特定承継人に主張することができるように定めているからである¹⁰²⁶。

特に、GBO 第 47 条第 1 項は、具体的持分における権利者の持分(die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen)又は、共同関係の基準となる権利関係(die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis)と定めているが、合手的団体は清算の前までは具体的持分が存在せず、共同関係(Gemeinschaft)を基礎としない団体(組合、権利能力なき社団)についての規律ではない点に注意を置きたい。この第 1 項が想定していない団体(組合及び権利能力なき社団)においても上記の (A)、(B)、(C)のような合意が生じる場合があると考えられる。例えば、第 709 条の組合の共同の業務執行に関する合意がある場合、業務執行は物の処分なども含むことができるため、物の処分の禁止又は共同の占有・利用に関する合意

¹⁰²⁶ また、相続共同関係においても、(遺産の共同的管理に関する第 2038 条第 2 項で、第 743・745・746・748 条を、清算に関する第 2042 条第 2 項で、第 749 条第 2・3 項を適用することを定めており)清算の排除に関する第 2044 条第 1 項で、第 749 条 2・3 項、第 750・751 条及び第 1010 条第 1 項を準用すると定めているため、不動産登記においても、GBO 第 47 条第 1 項によることになる。

がある場合に、その公示の方法がないことになる。権利能力なき社団の場合についても、社団法人の規定を準用するのが判例の流れであるが、明文の規定がないことに対して、規律欠陥の状態に対する補完の必要性があると思われる¹⁰²⁷。

このような法律欠陥の原因は、史的展開の部分で検討したように、BGB第一草案では、共同関係、相続共同関係、組合すべてが具体的な持分(Bruchteil)による共同関係、つまり、共有(Miteigentum)の法律関係であると想定し、権利能力なき社団の姿も議論されなかった点、BGB制定当時には、法人格＝権利能力＝財産能力を同一視しながら、法人格を得ない組合、非法人団体への権利能力、財産能力又は登記能力は当然に認められなかった点が主要な原因であると思われる。一方、ドイツ裁判部は、社団が権利能力を有するか否かにかかわらず、社団登記簿(Vereinsregister)に登記しない社団は、土地登記簿(Grundbuch)にも登記することができないと説明している¹⁰²⁸。

III 権利能力なき社団

1. 問題の所在

ドイツ民法では、第二草案から「権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine)」という規定が作られ、法人の節(Titel 2. Juristische Personen)に基本規定を置いて(§54)、その規律については、債務編にある組合(Gesellschaft, §§705-740)に関する規定を適用(Anwendung)するようになっている。

権利能力なき社団を組合に関する規定の適用下に置いたことに対して、制定当時から批判が少なくなかった¹⁰²⁹。組合とは異なり、社団の1)構成員の死亡・破産・脱退などの理由によって解散しない存続の独立性、2)財産の独立性、3)組織の独立性などを有する継続的・人的結合としての特性は、法人格の取得の可否とは関係がなく、設立者の意思が重要である¹⁰³⁰。それにもかかわらず、法人ではない社団を組合の法理下に置いた立法者の

¹⁰²⁷ 法律欠陥については、Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, C.H.Beck, 2013を参照。

¹⁰²⁸ BGH v. 21.01.2016 - V ZB 19/15 - ZIP 2016, 1163-1166. 「Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass der nicht im Vereinsregister eingetragene Verein, gleichviel ob man ihn als rechtsfähig oder als nicht rechtsfähig qualifiziert, nicht allein unter seinem Vereinsnamen in das Grundbuch eingetragen werden kann.」

¹⁰²⁹ Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig, 1889.

¹⁰³⁰ Uwe Hüffer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., C.H. Beck, 1996, S.25f.

意図は、法人ではない社団が巨大な財産を形成・取得することを遮って、共同社会に及ぶ影響力を減らすものであった¹⁰³¹。特に、政治的・社会的・宗教的目的を有する社団に対しては、行政官庁がその登録を管理・監督することによってコントロールするという目的があった。

しかし、そのような法政策的な目標は、ドイツ基本法第9条第1項・第2項による団体結社の自由に違反するため、組合法の適用の強制はできなくなった¹⁰³²。通説及び判例も、法人ではない社団は社団法人と本質的に同一であると解された¹⁰³³。そして、社団に適当な規定を定款で備え、任意規定である組合契約に関する規定の適用を排除することもできるため、法人ではない社団への組合法の適用の意味は、ほとんど退色したと解されていた¹⁰³⁴。

その後、2001年の判決¹⁰³⁵が、組合の権利能力¹⁰³⁶と積極的訴訟当事者能力を認めて以降、組合法の適用を受ける「権利能力なき社団」についてもすべての当事者能力及び権利能力を有するのではないという議論がなされた¹⁰³⁷。

また、社団の登記能力についても、BGB 第 54 条前段及び GBO 第 47 条第 2 項を理由に社団自体の登記能力を否定する見解¹⁰³⁸、社団自体の権利能力の認定には登記能力も伴い、

¹⁰³¹ Helmut Köhler/Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, 17. Aufl., C.H. Beck, 1980.

¹⁰³² Helmut Köhler/Heinrich Lange, a.a.O., S. 187.

¹⁰³³ 今日の通説・判決は、行為者の責任に関するBGB第54条後段及び法人格と背馳しない限り、法的取引において、社団法人と登記されていない社団を「同一取扱の原則(Grundsatz der Gleichbehandlung)」によって取り扱わなければならないと解する。K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S.558.

¹⁰³⁴ Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., C.H. Beck, 1975, S.142.

¹⁰³⁵ BGHZ 146, 341.

¹⁰³⁶ これはすべての権利能力という意味ではなく、部分的な権利能力(Teil-rechtfähigkeit)を認めたものと解する見解が多かったが、現行BGBが法人法定主義及び法人格(権利能力)国家付与主義を採っている以上、十分に可能な解釈であった。

¹⁰³⁷ Palandt/Heinrichs, 64. Aufl., Rn 10; K. Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts-und

parteifähig, NJW 2001, 993, S. 1003; Jauernig NJW 2001, 2231, S. 2232; Kempfler NZG 2002, 411, S.

413f; Staudinger/Günter Weick(2005) BGB §54, Rn 14. また、K. Schmidtは、民事訴訟法(ZPO)第50

条第2項は無意味であると解する。この議論に対する日本の研究は、藤巻梓「区分所有者とそ

の団体の法的関係に関する一考察—ドイツ住居所有権法における最近の議論の展開を中心に

—(一)」早稲田法学83巻4号(2008年)、後藤元伸「権利能力なき社団論の現在—ドイツ民法典

制定過程における議論の再評価—」阪大法学55巻3・4号(2005年)を参照。

¹⁰³⁸ Demharter, Grundbuchordnung 29. Aufl., §19 Rn 101; Bergmann in juris Praxiskomm. zum BGB

社員の流動的な社団では、構成員の変動をすべて登記することは現実的ではないことを理由として権利能力なき社団自体の登記能力を肯定する見解¹⁰³⁹が対立し始めた。2016年BGHは、土地に対する登記能力について、「権利能力なき社団の権利能力を肯定し、一つの法的主体として分類しているにもかかわらず、その名前のみで登記簿に登記することはできない」と判示した¹⁰⁴⁰。

この判決によって、権利能力なき社団の法的主体性及び権利能力が肯定されることは確認されたが、BGB第54条前段が組合の規定の適用を定めている以上、組合のようにGBO第47条第2項によってすべての構成員の名前とともに登記すべきであることも明確になった。

一方、2004年8月25日に連邦司法省草案(Bundesjustizministerium、以下、BMJ草案という)が提出され、2006年3月2日には、Baden-Württemberg州が連邦参議院に提出した草案(Landesregierung Baden Württemberg、以下、LBW草案という)が公表されるなど¹⁰⁴¹、権利能力なき社団に関する議論を含む社団法改正の動きがある¹⁰⁴²。その主要論点として、「権利能力なき社団(Nicht rechtsfähige Vereine)」の名称を「登記なき社団(Nicht eingetragene Vereine)」に変更することが挙げられた¹⁰⁴³。

2. 検討

7. Aufl., §54 Rn 54f.; Kral in BeckOK zur GBO Gesellschaftsrecht – Stand 1. 4. 2015 – Rn 48; Ellenberger in Palandt, BGB 75. Aufl., §54 Rn. 8; Westermann in Erman, BGB 14. Aufl., §54 Rn 7; Waldner NotBZ 2015, 263.

¹⁰³⁹ Arnold in Münch. Komm. zum BGB 7. Aufl., §54 Rn 21; Hadding in Soergel, BGB 13. Aufl., §54 Rn 18; Bauer in Bauer/v. Oefele, Grundbuchordnung 3. Aufl., §13 Rn 37; Prütting in Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag 2011 S. 585, 588 f.; Terner ZNotP 2009, 132; wohl auch Weick in Staudinger, BGB 2005 §54 Rn 79; Keller in Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht 7. Aufl., §2 Rn 64; so auch schon in der älteren Literatur Stoltenberg MDR 1989, 494; Habscheid AcP 155, 375; Morlok/Schulte-Trux NJW 1992, 2058.

¹⁰⁴⁰ 「Aber auch wenn man die Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins bejahte und damit sein Vermögen dem Verein selbst als eigenem Rechtssubjekt zuordnete, kann er nicht allein unter seinem Namen in das Grundbuch eingetragen werden.」BGH v. 21.01.2016 - V ZB 19/15 - ZIP 2016, 1163-1166.

¹⁰⁴¹ 藤巻梓(注1037)163頁。

¹⁰⁴² 社団法の改正については、Reuter, Die Reform des Vereinsrechts, NZG, 2005, S. 738ff.; Beuthin, Künftig alles klar beim nichteingetragenen Verein?, NZG, 2005, S. 493ff.; Heermann, Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, ZHR, 2006, S. 247ffなどが詳細である。

¹⁰⁴³ ドイツ連邦司法省も、BGB第54条の権利能力なき社団について、非営利法人(Idealvereine)を「eingetragenen Verein」と「nichteingetragenen Verein」又は「nichtrechtsfähigen Idealverein」と表現しており、BGH及び下級裁判例でも、権利能力なき社団の積極的当事者能力(aktiv parteifähig)を認めながら、「nichteingetragenen Verein」という表現を用いている。BGH, 02.07.2007 - II ZR 111/05, KG, 06.01.2015 - 1 W 250/14, KG, 14.04.2003 - 26 W 44/03, OLG Nürnberg, 31.01.2011 - 4 U 1639/10.

ドイツ民法がローマ法的法人制度(法人法定主義、法人格及び権利能力国家付与主義)を採った以上、権利能力なき社団の発生は当然の結果である。しかし、ドイツ基本法上の結社の自由及び2001年BGHZの組合の権利能力を認めた判決などによって、ドイツ民法が制定時に採択した団体の「法人格＝権利能力」という公式が瓦解された。

これに対して、学者らは、裁判官の法形成(Rechtsfortbildung)であると解しており、2016年のBGHによって権利能力なき社団の権利能力が認められたと解する限り、同じく評価すべきである。

しかし、権利能力なき社団に対しては、法律に定めがない以上、組合と同様に取り扱うべきことを理由として、権利能力なき社団の名前のみの登記能力は認められないという立場が採られている。

この2016年の判決を見ると、実体法上の権利能力が手続法上のすべての権利能力を伴うということではなく、手続法上の権利能力が実体法上の権利能力を類推しているということでもない点を知ることができる。

つまり、実体法上の権利能力の認定の問題は、現代社会の団体の役割と機能に照らし、法的取引において権利能力を有する単一体として参加する主体であるのか否かの団体の本質に関する問題である。

今日、団体は、国家が与える法人格を取得するのか否かによってその設立又は存続などが決まるものではないことは、否定できないだろう。

一方、手続法上の権利能力は、実に、実務上経済的効用のために法政策的に決定する技術的問題であり、団体の本質とは無関係であるとも言えるだろう。しかし、逆に、訴訟業務の効率性のために認めた個別的な能力(当事者能力)に関する数多い議論が生じ、その能力が実現又は論理的に理解されるためには、結局、本質に関する誤りが修正されなければならないものであったと考えられる。

VI 小括

ドイツ民法は、団体を構成員間の債権的關係として把握し、共同関係(Gemeinschaft)を基本的な団体として規定し、組合(Gesellschaft)の後の節に置いている。

特に、日本と韓国が物権編に共有(共同所有)の基本規定を置いて、所有権以外の財産については準共有(準共同所有)を定めて規律していることに比べると、ドイツ民法は、基本

的に債権編に共同関係を置いて、物については物権編で補充的規定を設置し低流転で特徴的である。

これまでのドイツ共同所有に関する研究においては、なぜドイツ民法上「総有」の規定が存在しないのかについての疑問をもって答えを探した。これは、第一章第二節で分析したように、団体人(Verbandsperson)である社団体(Körperschaft)概念の放棄とともに法人(juristische person)概念の導入に起因する。

しかし、なぜドイツ民法上「合有」の規定が存在しないのかについての疑問がなく、「合有」が存在していると理解されるのが一般的である。実は、ドイツ民法において「合有(Gesamthandseigentum)」は、学説及び判例で認められる概念として、物権編の所有権(Eigentum)の箇所及び民法規定すべてにおいても、「合手的拘束(Gesamthänderische Bindung)」、「合手的共同関係(Gesamthandsgemeinschaft)」のみが存在している。つまり、ドイツ民法には、「合有」という所有権の一種類としての規定はなく、狭義の共有にあたる「Miteigentum」のみが物権編に存在している。

このような前提で、組合の権利能力を認めた2001年の判決を見ると、二つの特徴がある。第一に、ドイツ民法起草者ら及び従来の学説は、「合手」の意味を「債権関係」における「強行性ある拘束力」として理解した点、第2は、その結果、合手的財産の帰属形態より合手的団体の権利能力が優先的に考慮された点である。

Gesamteigentumという所有権的観点から出発したBeselerの理論が、団体主義思想とBGBの厳格なパンデクテン体系の採択、Flumeの「Die Gruppen Theorie」などを経て、団体の権利主体性の問題となったのである。しかし、権利主体性がある団体は、独立財産を有し、その財産を取引する第三者を保護しなければならないという問題が生じる。権利主体性の問題は、財産能力の問題であり、登記能力の問題にまで自然的に繋がることになる。

ここで、必要な理論がGierkeの「实际的総合人」に関するものである。この説明によると、人的団体の場合、自然に団体として一つの権利能力を有し、その財産は、構成員の総所有(Gesamteigentum)になる。この総所有には、合手的原理があつて、相互間に拘束力が生じる。

要するに、組合は、人的団体として、権利能力を有する法的取引の主体になり、その所有形態は、総組合員の合有になる。従来の権利能力＝法人格の図式が適用されないと、組合は、権利能力を有しても単独所有ではなく合有として財産を有することが可能にな

る。

現在議論されている組合の財産能力及び登記能力の問題は、このような理論的理解を前提に、立法論的に物権的一体モデルのような観点から接近する必要がある。

債務編にある共同関係(Gemeinschaft)の財産関係を物権編にある共有(Miteigentum)として説明し、合手的拘束を受ける組合(Gesellschaft)、相続共同関係(Erbengemeinschaft)などの財産関係を物権編に合有(Gesamthandseigentum)の規定を新設して説明すると、組合の所有関係が簡明になる。このような問題が先決されると、組合財産の登記においても、実務上組合員の全部を登記しなければならないという現実的複雑性に対して、ドイツ土地登記簿が物的編成主義を採っている以上、組合財産として「合有」である点を公示することで、第三者保護のための問題も解決されると考えられる。

権利能力なき社団についても同様の取り扱いが可能であろう。

参考として、フランスにおいても、公認されない非営利社団(association non déclarée)について、訴訟当事者能力(被告適格)を認める裁判例が多いという。また、実体法上の権利義務の帰属に関する説明はないが、紛争の適切な解決を図るという観点から法人格というものを「有するか否か」ではなく、部分的・割合的に不要とすることが可能なものとして理解し、「法的能力(capacité juridique)」と「法人格(personnalité morale, personnalité juridique)」という2種の用語を用いている。すなわち、フランスにおいても、「能力」と「人格」は分離して考えられているのである¹⁰⁴⁴。

従来のドイツの学説は、法人擬制説によると法人の行為能力・不法行為能力が否定される反面、法人実在説によると法人にもそのような能力が肯定されると対立図式化していた。しかし、今日法人が実際に存在し、自然人より広範囲で経済的・法的活動を行っていることに対しては疑問がないから、法人が現実として存在する実在体なのか法律家によって加工された虚構体なのかという論争は意味がないと思われる。

また、Gierkeの法人に関する実在説は、事実上、団体人実在説である。Gierkeは、法人の本質ではなく、団体の本質を論じ、法人格という言葉より団体人格という言葉を意識的に使って、法人という概念自体を批判した点に注目したい。

つまり、法人設立自由主義ではなく、団体設立自由主義を採り、団体が法的人格を有

¹⁰⁴⁴ 詳細は、納屋雅城「フランス法における無届非営利社団の法的能力と部分的法人格」獨協法学96号(2015年)を参照。

することに、より寛大であった。しかし、ドイツ民法制定による法人制度(juristischen Person)及び社団(vereine)制度の採択¹⁰⁴⁵、共同関係に関する債務編への定めなどの実現されたローマ法的継受と、ゲルマン的合手原理の導入によって複雑な構造になったと思われる。このようなドイツ民法上団体に関する二重的構造を、単にローマ法的団体の所有概念である法人の単独所有で理解したり、ゲルマン的総所有の原理であった合手の原理を分離・適用したことが、権利能力なき社団の所有も単独所有であるという見解が登場した原因ではないかと考えられる。

第三節 日本における議論及び検討

I 物権法上の共有

1. 問題の所在

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上述の通りであろう。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。

この債務編から物権編への転換によって、共有者間の対内的合意又は債権が第三者に効力を及ぼすかの問題が生じる。上記のBGBでは、債務編の共同関係で持分権者間の合意又は債権が生じる場合にそれを第三者に効力を及ぼすために物権編に共有物への負担の設定として登記しなければならないという規律を定めているが、日本民法では、その債権を公示する場合に関する規定を置いていない。これが第253条、第254条の問題である。

日本民法第253条は、「(1)各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、その他共有物に関する負担を負う。(2)共有者が一年以内に前項の義務を履行しないときは、他の共有者は、相当の償金を支払ってその者の持分を取得することができる。」と規定して

¹⁰⁴⁵ BGBにおいて社団(Verein)の基礎モデルになった社団体(Körperschaft)の構造は、法人の本質的なメルクマールとは異なった。Madeleine Tolani, a.a.O, S. 37.

いる。続いて、第254条は、「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行使することができる。」と規定している。この第253条は、管理費用の負担義務の履行を遅滞している共有者に対して、他の共有者一人が行使できる権利についての共有者間の対内的関係を定めており、第254条は、もし、その債務者である共有者が自己の持分を譲渡した場合、譲受人にもその債権を行使することができるという対外的関係を定めている。

ここで議論されているのは、第254条における、**a)**債権の範囲、**b)**特定承継人の保護方法である。この問題が共有者間の対内的関係(債権債務関係)と、第三者との対外的関係(物権関係)が競合する典型例であると考えられる。

a)について、学説においては、この債権の範囲を広げると、特定承継人に不測の損害を与える可能性があるため、制限的に解すべきであるという狭義説¹⁰⁴⁶と、物の使用又は管理の方法に関する契約より生ずるもの、管理の費用その他共有物の負担に関し分担の割合を定めた契約より生ずるもの、他の共有者が立て替えた費用その他の負担、ある期間分割しない契約より生ずるもの、分割に関する契約より生ずるものなどを含むべきとする広義説¹⁰⁴⁷がある。判例は、共有者間で、土地の一部を分割し、その部分を譲受人の単独所有として独占的に使用しうること及び分筆登記もできるように合意した場合、譲受人にその効力を及ぼすと判示している¹⁰⁴⁸。

b)について、第254条で定められている債権は、登記しなければ特定承継人に對抗することができないとする見解と、登記なくても對抗することができるとする見解がある。判例は、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、登記なしにその合意を他の共有者の特定承継人に對抗できると判示している¹⁰⁴⁹。

また、日本民法上の共有に関する規定がBGBの共同関係(Gemeinschaft)に関する規定を参照にしながらも、他の共同所有関係に当たる内容も含んでいるのではないかという疑問が生じる。

¹⁰⁴⁶ 品川孝次(注707)32頁、川井健(注656)461頁。

¹⁰⁴⁷ 梅謙次郎(注190)176頁。これに対する他の見解及び詳細な評価については、新田敏(注87)1306頁以下参照。

¹⁰⁴⁸ 最判昭和34年11月26日民集13巻12号1550頁。この判例に対してこの債権は、分割についての物権的合意も含まれるという立場とその特約は登記なくしては、特定承継人に對抗できないという立場に分けている。詳しくは、川井健(注656)462頁を参照。

¹⁰⁴⁹ 最判昭和42年2月20日民集18巻1号2合併号146頁以下。ただ、都市区画整理中という特殊事情で分筆登記ができなかったことを考慮すべきであろう。

以下では、第一に、共有者間の対内的関係と第三者との対外的関係の問題(第253条、第254条)、第二に、共有関係の団体的拘束(第255条)について、比較法的に分析・検討していく。

2. 検討

(1) 共有者間の対内的関係と第三者との対外的関係

1) 第254条の債権の意味

第254条に関する民法修正案理由は、「本条ハ財産編第三十七条第六項ニ修正ヲ加ヘタルモノニシテ原文ニ於テハ前数項ニ掲クル事項ニ付キ別段ノ合意ヲ為スヲ得ヘキコトヲ示シタルニ過キス然レトモ此点ニ付テハ敢テ明文ヲ設クルノ必要ヲ見ス唯規定スヘキハ其契約カ各共有者ノ特定承継人ニ対シテ効力ヲ生スル事ナリトス」¹⁰⁵⁰と述べた。ここで前数項にあげる事項についての別段の合意は、広義説及び判例によると、共有物の変更に關する第251条、共有物の管理に關する第252条及び共有物に關する負担に關する第253条についてのものを示すことになる。

ただし、第253条について、第1項は管理の費用に対する債権として当然に特定承継人に効力を及ぼすものであるが、第2項の持分買受請求権は、その本質が形成権であり¹⁰⁵¹、第254条が意味する債権に含まれるかという疑問が生じる。ここで第253条第2項は、ドイツ民法ではなく、チューリヒ民法の規定から受け継いだ点に注意したい¹⁰⁵²。つまり、ドイツ民法の特定承継人への効力に關する規定は、第253条第2項の持分買受請求権は予定してなかったと解することができる。そうでないと、この持分買受請求権の除斥期間に關する規定もないため、特定承継人は、共有者間に生じた共有物に關する管理の費用の負担のみではなく、その費用が発生した1年以降いつでも共有者一人によって共有者としての地位を剝がれる可能性が残る¹⁰⁵³。

また、立法理由として、「本条ハ即チ此目的ヲ以テ原文ヲ修正シ獨逸民法第二讀会草案¹⁰⁵⁴ニ於テ各種ノ場合ニ付キ規定スル所ヲ一括シテ汎ク共有者ノ一人カ本節ノ規定ニ依

¹⁰⁵⁰ <http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/reason/>を参照。

¹⁰⁵¹ この第2項の持分取得請求権の性質は、形成権であると解されている。川井健(注656)459頁。

¹⁰⁵² 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注693)261頁。

¹⁰⁵³ 買渡人の担保責任を問うこととは別途の問題であろう。

¹⁰⁵⁴ EII§922 [Rechts-geschäftliche Regelung; 法律行為の規則]「共同関係の廃止を請求する権利

リテ共有物ニ付キ他ノ共有者ニ対シテ有スル債権ハ其特定承継人ニ対シテモ之ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ明ニセリ今若シ本条ノ規定ナキトキハ他ノ共有者ニ対シテ債務ヲ負担スル共有者ハ持分ノ譲渡ヲ為スニ依リテ相手方ノ債権ヲ有名無実ニ帰セシムルコトヲ得ヘキナリ」と述べた。これは、ドイツ民法第二草案の各種の場合に関する共有者間の債権を、日本民法では共有者間の債権として一括して定め、特定承継人に対して行使することを明確にしているものである。

2) 特定承継人の地位

また、第254条の立法理由で、「但登記法ニ於テ此等ノ契約ト雖モ之ヲ登記スヘキモノトスルコト必要ナルヘシ」と説明している。これは、特定承継人に対して行使することができる債権を登記すべきとする規定を置く必要性について述べているものである。

ドイツ民法第1010条第1項で、共有物に対する共有者間の管理及び利用に関する定め、共有関係の終了を請求する権利を排除又は告知期間の定めについては、持分に対する負担として登記されたときにのみ共有者一人の特定承継人に対して効力を有すると規定されており、第2項で、共有者間に共有物に関する保存、管理及び利用の費用などに関して生じた債権¹⁰⁵⁵¹⁰⁵⁶については、共同関係の廃止の際にその債務を共有物から弁済又は売却する

を一時的に又は永久に排除し又は告知期間を定めた土地の共有者間の合意は、特定承継人に対しても、土地登記簿に登記した場合にのみ効力がある。第685条ないし第687条は、影響を受けない(Eine Vereinbarung der Miteigentümer eines Grundstücks, durch die das Recht derselben, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf bestimmte Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt ist, wirkt gegen die Sondernachfolger nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. Die Vorschriften der §§685-687 bleiben unberührt.)。]

¹⁰⁵⁵ BGB第755条[連帯債務の弁済]「(1)持分権者が、第748条により自己の持分の割合に応じて履行しなければならない債務又はそのような債務履行の目的のために引き受けた債務について、連帯債務者としての責任を負う場合には、各持分権者は、共同関係の廃止とともに、その債務を共同関係の客体から弁済することを請求することができる。(2)この請求権は、特定承継人に対しても主張することができる。(3)共同関係の客体の売却は、債務の弁済に必要な限り、第753条によって行わなければならない。」

¹⁰⁵⁶ BGB第756条[持分権者の債務の弁済]「持分権者は、他の持分権者に対して、共同関係に

ことを請求する権利は¹⁰⁵⁷、不動産登記簿に登記されたときにのみ共有者一人の特定承継人に対して効力を有すると定めている。

つまり、ドイツ民法は、共有者間に生じ得るすべての合意及び請求権は、登記しなければ特定承継人に効力を及ぼさないように定めている。

日本の現行不動産登記法は、第59条で民法第256条の5年内の共有物分割禁止に関する合意のみを登記事項として定めているが、他の共有者間に生じ得る合意又は請求権に関する規定は定められないため、民法第254条によって登記がなくても特定承継人にその効力を行使することができる。特に、第253条第2項による持分買受請求権について、これを特定承継人に対しても行使することができるのか否かの解釈の余地が残っている以上、特定承継人としてはその善意・悪意を問わずに¹⁰⁵⁸持分譲渡者の債務を弁済しなければ、共有持分を失う可能性がある。したがって、第253条第2項を第253条から分離すること、又は第254条にあたる債権の範囲を明確に定めることが望ましいと思われる。

3) 第 253 条及び第 254 条の担保権的性質

一方、考えてみたいのは、第253条及び第254条の担保権的性質である。日本民法は、第303条以下で「先取特権」について定めている。第253条第1項「管理の費用として生じた債権」を第306条の「一般先取特権の公益の費用」として解することが可能であろうか。もしこのように解することができるのであれば、この債権は、別途の登記がなくても債権者である共有者に、債務者である共有者の総財産について先取特権を与えることになる。これと関連して、区分所有法第7条第1項¹⁰⁵⁹は、共用部分など(共有)の共同の管理のた

基づく債権を有する場合、共同関係の廃止とともに債務者に属する共同関係の客体の部分から、その債権の弁済を請求することができる。この規定には、第755条第2項・第3項の規定が適用される。」

¹⁰⁵⁷ 持分の買受けではないことにも注意を要する。

¹⁰⁵⁸ 競売による場合もこの特定承継人に該当する。これに対して、以前所有者に求償することができるが(東京高判平成17年3月30日・平成16年(ネ)第5667号求償金請求控訴事件参照)、これは求償の問題と別途に取り扱う必要があると考えられる。

¹⁰⁵⁹ 区分所有法第7条[先取特権]「(1)区分所有者は、共用部分、建物の敷地若しくは共用部分以外の建物の附属施設につき他の区分所有者に対して有する債権又は規約若しくは集会の決議に基づき他の区分所有者に対して有する債権について、債務者の区分所有権（共用部分に関する権利及び敷地利用権を含む。）及び建物に備え付けた動産の上に先取特権を有する。管

めに支出した費用に関する債権について、区分所有者及び管理者又は管理者(又は管理組合法人)に先取特権を認めている¹⁰⁶⁰。また、同条第2項は、「前項の先取特権は、優先権の順位及び効力については、共益費用の先取特権とみなす。」と規定している。つまり、区分所有建物の管理の費用として生じた債権¹⁰⁶¹は、民法第306条で定める公益費用に当たる一般先取特権の対象となる。そしてこの債権は、民法第253条第1項の債権と同様の性質を有すると思われる。

要するに、民法第253条第1項の管理の費用に関する債権が区分所有法第7条の先取特権の対象になる債権との性質が異ならないとすれば、これは特定承継人に効力を及ぼす以上、担保物権的効力を発生させることができる規定になる。

他方、第253条第1項の債権が、不動産である共有物の管理に関する債権である場合、不動産の保存によって生じた債権を有する者に、債務者の特定の不動産からの先取特権を認めている第325条を適用することができるのか。管理行為は、保存行為を含む概念であるため¹⁰⁶²、共有物の管理によって生じた債権は、その共有物が不動産である場合、不動産保存のために生じた費用として解釈することも可能であるとも考えられる。ただし、上述したように、区分所有不動産の管理によって生じた債権を一般先取特権の規定によるように定めている区分所有法と調和しがたくなる問題が残る。なぜなら、その効果におい

理者又は管理組合法人がその職務又は業務を行うにつき区分所有者に対して有する債権についても、同様とする。(2)前項の先取特権は、優先権の順位及び効力については、共益費用の先取特権とみなす。(3)民法(明治二十九年法律第八十九号)第397条の規定は、第一項の先取特権に準用する。」、区分所有法第8条「前条第一項に規定する債権は、債務者たる区分所有者の特定承継人に対しても行うことができる。」この規定の立法理由とは、区分所有者及び管理者又は管理組合法人に一般の債権以上の強い保護をする必要があるからという。稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法』(日本評論社、2015年)58頁以下を参照。

¹⁰⁶⁰ 民法第254条と区分所有法の関係に関する研究として、新田敏(注87)参照。

¹⁰⁶¹ この債権は、他の区分所有者らが共同して(又は管理組合が)、管理費・修繕積立金・違約金等の債権を立替えたものであろう。

¹⁰⁶² 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注693)262-263頁以下の富井委員の発言を参照。また、第252条で、「保存」と「管理」という二つの言葉を使っているので、第253条でも保存について言及しないと疑いが生ずるという土方寧委員の意見について、梅謙次郎委員は、「保存行為が管理行為の中に含まれているということは、これまでの解釈で疑いない。管理の中に管理行為及び保存行為が入っているからこそ、前条本文で双方権能を省いたのである。」と説明した。

て、一般先取特権の場合は登記を不要とするが、不動産の保存のための先取特権の場合は、債権者が保存行為の完了後直ちに登記しなければならない(第337条)からである。

効力においても、区分所有権第7条の実行に当たって、まず、1)建物に備え付けた債務者の動産について弁済を受け、2)債権の満足を得られないときは、債務者の不動産すなわち区分所有権から弁済を受けることになる(民法第335条第1項)と解されており¹⁰⁶³、この先取特権はいずれも、登記を要しない¹⁰⁶⁴ことも民法第253条と同様である。

要するに、現行民法及び区分所有法の規定を比較すると、民法第253条第1項は、区分所有法第7条「先取特権」の規定と同じ性質の内容を規定していると思われる¹⁰⁶⁵。

(2) 共有関係の団体的拘束¹⁰⁶⁶

共有関係は合有関係のような共同の目的のために団体を維持する必要がない財産的共同体であるから、共有関係の廃止又は共有物の分割で解決されることが一般的である。しかし、共有物の分割には時間的・経済的費用がかかるため、それを簡明にするために、日本民法第259条は、「(1)共有者の一人が他の共有者に対して共有に関する債権を有するときは、分割に際し、債務者に帰属すべき共有物の部分をもって、その弁済に充てることができる。(2)債権者は、前項の弁済を受けるため債務者に帰属すべき共有物の部分を売却する必要があるときは、その売却を請求することができる。」と定めている。

しかし、日本民法は、分割に至っていない共有関係のために¹⁰⁶⁷第253条第2項のような規

¹⁰⁶³ 稲本洋之助＝鎌野邦樹(注1059)64頁。

¹⁰⁶⁴ 稲本洋之助＝鎌野邦樹(注1059)64頁。

¹⁰⁶⁵ 区分所有法第8条[特定承継人の責任]については、民法第254条の規定を区分所有建物の共用部分に応用したと解しているが、第7条について民法の規定は先取特権と関連する第319条以外に、第253条に関する言及はされていない。稲本洋之助＝鎌野邦樹(注1059)58-65頁参照。

¹⁰⁶⁶ このように区分所有法上の特定承継人に責任を課すことから出発して、日本民法における共有関係の団体的性を再検討した研究として、山田誠一(注697)1855頁以下、同(注196)74頁以下、同「共有者間の法律関係(三)－共有法再構成の試み－」法学協会雑誌102巻3号(1985年)492頁以下、同「共有者間の法律関係(四・完)－共有法再構成の試み－」法学協会雑誌102巻7号(1985年)1292頁以下を参照。

¹⁰⁶⁷ 新田敏(注87)49頁は、このように分割請求権を行使しえない共有の場合、その特定承継人の利益は全く考慮されていないという。その解決の方法として、二つを提示している。第一に、このような場合、その内部権として生じた債権が、善意の特定承継人の利益を実質的に侵害する内容のものであるときには、民法第254条の規定にもかかわらず、その善意の特定承継人に対しては行使しえないとする方法、第二に、その分割請求が否定される共有が、それでもなお其の内部関係たる債権の承継を合理的とする実質的理由がある場合には、やはりその特定承継人に対して、その債権を行使し得るとする方法を述べた。この二つの方法は、判例の法理として使われることができると思う。

定を加えて、既存の共有者間の利益を重疊的に保護しているのか疑問が生じる¹⁰⁶⁸。

起草者によると、日本物権法上の共有規定については、すべての共同所有関係を「共有」一つで説明しようとする方針を採っていたが、何らかの物権編の中の共有に関する規定を分析すると、単なる(又は、狭義の)共有の範疇ではなく、構成員間の拘束性がある共同所有形態の機能も含んでいるのではないかと考えられる¹⁰⁶⁹。

これと関連して考えてみたいのは、民法第255条[持分の放棄及び共有者の死亡]に関する規定である。第255条は、「共有者の一人が、その持分を放棄したとき、又は死亡して相続人がないときは、その持分は、他の共有者に帰属する。」と定めて、持分の弾力性について定めている。これに対しては、立法ときに、外国の由来ない条文として反対があったが、その必要性について起草者たちの間で積極的な賛成意見がなされて、規定されるに至った¹⁰⁷⁰。立法理由については、「本条ノ規定ハ諸国ノ法典ニ其例ヲ見サル所ナリト雖モ若シ之ナキトキハ持分ヲ放棄シタル共有者又ハ相続人ナクシテ死亡シタル共有者ノ持分ハ何人ニ帰属スヘキヤニ付キ疑ヲ生ス可キヲ以テ之ヲ置ケリ殊ニ不動産共有ノ場合ニ於テ若シ本条ノ如キ規定ナキトキハ本案第二百三十九条第二項ノ規定アルカ為メ国ヲシテ共有者タラシムルノ結果ヲ生シ甚不便ナルヘシ」¹⁰⁷¹と述べている。

しかし、このような持分の弾力性に関する規定は、ドイツ民法の組合財産に関する規定にも見られる。BGB第738条[Auseinandersetzung beim Ausscheiden]の「組合員の脱退における清算」に関する規定である。この規定の第1項第1文は、「ある組合員が組合から脱退する場合には、組合財産に対するその組合員の持分は、他の組合員に属する」と定めており、これは強行規定であると解されている¹⁰⁷²。では、この規定は、いつから導入されていたのか¹⁰⁷³。

¹⁰⁶⁸ 第253条の立法理由は、「本条第一項ハ財産編第三十七条第五項ニ同シ第二項以下ハ債権者タル共有者ノ権利ヲ確保スルニ付キ必要ト信シタルヲ以テ或二三ノ立法例ニ倣ヒテ之ヲ置ケリ」と述べている。

¹⁰⁶⁹ 山田誠一(注697)1882頁は、共有に関する規律のうち、各共有者の自由な権利行使を許す規律が強調され、各共有者が有する権能を制約する規律に対する関心が低いことを指摘する。

¹⁰⁷⁰ 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛「<史料>共有法(三)」民商法雑誌105巻5号(1992年)716頁以下。

¹⁰⁷¹ <http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/reason/>から参照。

¹⁰⁷² Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108, 上谷均(注16)612頁。

¹⁰⁷³ Struckmann, Nr. 211, 24; Protokolle II, 2. Bd., S. 444; Mugdan, 2. Bd., S. 1000f; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 351-352.

BGB第一草案第658条第4項で、「脱退する組合員は、共同の客体への自己の持分を他の組合員たちに譲渡する義務がある(Der ausscheidende Gesellschafter ist verpflichtet, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen.¹⁰⁷⁴)。」と定められている。BGB第一草案が組合の関係についても契約による共有関係で解していた点を考慮すると、持分は、脱退によって自動的に他の組合員に属するものではなく、譲渡によることが要件になる。

一方、合手の原理が導入されたBGB第二草案では、第673条第1項1文で、「ある組合員が組合から脱退する場合、組合財産への脱退者の持分は、他の組合員たちに増える(Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu.¹⁰⁷⁵)。」と定めており、第一草案のような持分の譲渡行為は要しない。

では、この規定は、組合員の死亡の場合にも適用されるのか。BGB第727条は、組合員一人が死亡する場合、組合は解散することを定めているが、組合契約(Gesellschaftsvertrag)で、組合員の死亡と関係なく組合の存続を定めることも可能である¹⁰⁷⁶。そして、組合の解散が不可欠な結果(zwingende Folge)ではないため¹⁰⁷⁷、存続を前提にすると第736条(組合員の脱退)の規定が準用されることになる。この場合、組合は、残された組合員間で存続し(fortgeführt)、その相続人に第738条以下によって補償して(abgefunden)¹⁰⁷⁸、持分を取り戻すことになる。ただし、組合契約で、組合員の死亡の際の一般的な承継条項(einfachen Nachfolgeklausel)を定めている場合には、組合員の死亡によってその相続人が組合持分(Gesellschaftsanteil)を承継する¹⁰⁷⁹。他方、加入条項(Eintrittsklauseln)がある場合、組合員交替(Gesellschafterwechsel)は、被相続人の死亡と同時に自動的にはされないが(ohne weiteres)¹⁰⁸⁰、その相続人はその組合に加入するか又は賠償を受けるか(第736条、第738条)

¹⁰⁷⁴ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 350.

¹⁰⁷⁵ Schubert, Beratung, SchuldR, S. 363.

¹⁰⁷⁶ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108, 上谷均(注16)612頁。

¹⁰⁷⁷ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

¹⁰⁷⁸ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

¹⁰⁷⁹ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

¹⁰⁸⁰ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

に対する選択権(Wahlrecht)を有することになる¹⁰⁸¹。

結果的にその相続人が組合員地位(Gesellschafterstellung)を承継しない場合又は組合員の相続人がない場合には、死亡した組合員の持分は、他の組合員に帰属することになる。

BGB第738条第1項1文を強行規定と解する理由は、持分の自由な処分ができない合手の原理が適用されたことから説明することができる¹⁰⁸²。BGB第一草案では、このような持分増大原理は否定され、脱退者は残余組合員に持分を譲渡する義務を負うということであったが、第二草案からは、登記の更正の問題になった¹⁰⁸³。日本民法第255条に関して主に議論されているのも、この登記の問題である¹⁰⁸⁴。

要するに、日本民法第253条第2項の持分買受請求権、第255条の持分放棄及び相続人不存在の場合の他の共有者への持分帰属など、物権編の共有に関する規律で持分の弾力性が認められているのは、ドイツ民法に比べると共有者間の関係において、より強い(合手的団体のような)団体性を含んでいるからであると考えられる¹⁰⁸⁵。

II 組合財産

1. 問題の所在

現行の日本民法は、第668条で、「各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属する」と規定しながら、第676条で、「(1)組合員は、組合財産についてその持分を

¹⁰⁸¹ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1108.

¹⁰⁸² Ingo Saenger, a.a.O., S. 1115, 上谷均(注16)623頁。

¹⁰⁸³ この増加原理の規定について、債務法改正鑑定意見(1983年)は、BGB第一草案では、増加原理は否定され、脱退者は残余組合員に持分を譲渡しなければならないものとしていたが、第738条の増加原理の規定は、組合財産が組合という合手団体に帰属していることを前提とする当然のこと定めた注意規定にすぎないのか、それとも、組合財産が合手関係の構成員(各組合員)に属することを前提として、脱退者から残余組合員への法定の権利移転を定めた規定であるのかが不明確であるという。上谷均(注16)624頁。

¹⁰⁸⁴ 持分移転登記をするか抹消登記をするかの問題で、判例は、権利が消滅することと同時に他人が原始取得する場合、権利の承継取得と類似し、登記の目的とは不動産に関する権利の状態を明確にすることであるため、共有者の一人がその持分を放棄して他の共有者に帰属する場合、共有者の持分抹消登記ではなく持分移転登記をするべきであると判示している。大決大正3年11月3日民録20集881頁；最判昭和44年3月27日民集23巻3号619頁。

¹⁰⁸⁵ 山田誠一(注697)1882頁は、特に、共有者の交替に関する規律も、共有の終了に関する規律と一括して理解されていることを指摘した。すなわち、共有者の交替(例えば、組合員の脱退又は共有持分の譲渡)と共有の終了(組合の清算、分割)は別の問題として、その持分の帰属も、脱退の場合には組合に戻り(持分の弾力性)、他の共有者への譲渡の場合には持分の移転によってその総和は一つの所有権になるのである。しかし、共同所有関係の清算においては、このような持分の弾力性の意味がなくなると考えられる。

処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引した第三者に対抗することができない。(2)組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない」と規定し、第677条で、「組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない」と規定している。その適用を受ける例として、共同企業体¹⁰⁸⁶(ジョイント・ベンチャー)など共同の事業を営みながら登記又は登録しない状態の団体がある¹⁰⁸⁷。

このような組合財産について、日本での議論は、まず、債権編で定められる組合の財産帰属は、文言上は「共有」となっているが、実質としては物権編で定めている純粋な「共有」とはいえないという場面からはじまる。これに対して、組合財産の共有の性質について、共有説と合有説が対立している¹⁰⁸⁸。

判例は、「組合財産が理論上合有であるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかはない。従って解釈論としては、民法の組合財産の合有は、共有持分について民法の定めるような制限を伴うものであり、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産合有の内容だと見るべきである。そうだとすれば、組合財産については、民法667条以下において特別の規定のなされていない限り、民法249条以下の共有の規定が適用されることになる。」と判示しているが、これに対しても評価が分けられている¹⁰⁸⁹。

このように組合財産の本質に関する学説が絶えず対立している中で、平成27年に「民法の一部を改正する法律案(以下、改正民法)」が国会に提出され、3年以内の施行を予定している。その中で、「組合財産の団体性の考慮及びその特殊な規律の明確化」を基本方針

¹⁰⁸⁶ 最高裁判所判決平成10年4月14日民集52巻3号813頁は、「共同企業体は、基本的には民法上の組合の性質を有するもの」と判示した。

¹⁰⁸⁷ 共同企業体は、民法上の組合として大規模の資本・不動産などを出資・保有しながら一定の目的の仕事を果たして解散する。また、組合員の責任を出資価額に限定する(有限責任)必要性によって制定された有限責任事業組合契約に関する法律(LLP法)第56条が民法上組合に関する規定を準用している。準用する規定は、民法第668条、669条、671条、673条、674条第2項、676条、677条、681条、683条、684条、688条である。

¹⁰⁸⁸ 第二章第三節を参照。

¹⁰⁸⁹ 最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。この判例に対して「合有説」であると解する見解として、遠藤浩編(注753)268頁、大江忠(注762)701頁などがあり、合有説と解しない見解として、上谷均(注754)306頁は、この判例の立場について組合財産の共有の性質を「理論上合有」と説明することは必ずしも積極的な意味を有するものではないと述べる。

として組合財産に関する規定が検討された¹⁰⁹⁰。

現行民法第675条(組合員に対する組合の債権者の権利の行使)

組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる。

改正民法第675条(組合の債権者の権利の行使)

(1) 組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができる。

(2) 組合の債権者は、その選択に従い、各組合員に対して損失分担の割合又は等しい割合でその権利を行使することができる。ただし、組合の債権者がその債権の発生の際に各組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合による。

現行民法第676条(組合員の持分の処分及び組合財産の分割)

(1) 組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない。

(2) 組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない。

改正民法第676条(組合員の持分の処分及び組合財産の分割)

(1) 組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない。

(2) 組合員は、組合財産である債権について、その持分についての権利を単独で行使することができない。

(3) 組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない。

現行民法第677条(組合の債務者による相殺の禁止)

組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない。

改正民法第677条(組合財産に対する組合員の債権者の権利の行使の禁止)

組合員の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができない。

改正民法【新設】第677条の2(組合員の加入)

(1) 組合員は、その全員の同意によって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができる。

¹⁰⁹⁰ 法務省民法(債権関係)部会資料18-2「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(13)」10頁以下。

(2) 前項の規定により組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合の債務については、これを弁済する責任を負わない。

以下では、第一に、組合財産に関する改正民法第675条、第676条、第677条を中心に検討し、第二に、組合財産の合有的性質について検討を行う。

2. 検討

(1) 改正民法について

1) 組合財産の独立性

改正民法は、組合財産の独立性についてどのように考えたのか。部会資料によると、「民法は、組合財産に属する個々の財産と総体としての組合財産とを明確に区別していないため、民法第676条の「組合財産」についても、組合財産に属する個々の財産を指すのか、それとも総体としての組合財産を指すのかをめぐる議論がある。この点については、組合財産に属する個々の財産を指すものと理解する見解が近時の多数説となっており、また、判例(最裁昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁)もこうした多数説の理解をその判断の前提としているものと解されていることから、例えば、「組合財産に属する財産」という文言を用いるなどして、持分の処分や分割請求の禁止の対象が組合財産に属する個々の財産であることを条文上も明らかにするということが検討の対象となり得る。」¹⁰⁹¹と述べられた。また、「もともと、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律や有限責任事業組合契約に関する法律などの団体法理に関する制度の整備が進んだ現在において、公示機能なしに組合財産の独立性を強調する規律を明文化することには慎重であるべきであるとする考え方があり、これについて、このような規定を設けるべきではない(解釈にゆだねる)という考え方がある。」¹⁰⁹²と説明した。最終的に、改正民法では、「組合財産」という表現が用いられたが、その理由については、「「組合財産に属する財産」との用語に改めることを提案していたが、「組合財産」という用語が総体的な財産を意味すると解する見解は少なく、他の法律の用語例を見ても、このような用語を用いて一定の総体的な財産に属する個々の財産を意味する例が多いことから、現行法の「組合財産」の用語を維持することとしている。」¹⁰⁹³と説明されている。

¹⁰⁹¹ 法務省民法(債権関係)部会資料47「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(19)」88頁。

¹⁰⁹² 法務省民法(債権関係)部会資料57「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたつき台(5)(概要付き)」44-45頁。

¹⁰⁹³ このことは、部会資料81-1第14、3(1)についても同様である。法務省民法(債権関係)部会資

組合財産は、組合に属する個々の物又は権利を包括する財産の意味なのか組合財産の総体なのかの疑問に対して、支配的見解は、組合財産の総体性を否定するが¹⁰⁹⁴、有力説は、これを認めており、その根拠として1)組合財産を主体者間の組合的結合が反映された合有と見るべきことの当然の帰結であり、2)組合員の個人債務者が組合員の持分を差押え、これを脱退させてその払戻請求権によって弁済を受け得るとする制度は包括的な組合財産全体の上の持分の存在を前提とするものであるということ述べる¹⁰⁹⁵。

このような論理は、持分の意味にも関連がある。つまり、組合財産を個々の物又は権利を包括する財産の意味で把握する見解から見ると、組合員が有する持分も、個々の目的物についての持分(個別的持分)の処分制限の規定として理解することになる¹⁰⁹⁶。これに対して、組合財産を総体として把握する立場から見ると、その持分は組合員資格を含んでいる包括的持分であり、その処分は、組合からの脱退を意味することになる¹⁰⁹⁷。

改正民法の理由によると、組合財産は総体としての意味ではなく、組合財産に属する個々の財産を指す意味であり、第676条第1項は、個々の財産の持分の処分を禁止せず、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができないと定めている。

これによると、改正民法は、持分の意味を個別的持分又は包括的持分と区別せずに、組合財産に属する個々の財産への持分の処分は組合員全員の同意があれば財産一部の処分になり、組合財産全体に対する組合員の持分の処分は、組合員全員の同意があれば、改正民法第677条2の新たな組合員の加入になるように定めていると考えられる。

また、組合財産への持分の処分は一応有効であり、禁止されているのではないことに注意を置きたい。一方、改正民法第676条第2項は、「組合員は、組合財産である債権について、その持分についての権利を単独で行使することができない。」という条文を新設している。これに対して、「組合財産に属する債権は総組合員が共同してのみ行使すること

料81-3「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その3)補充説明」28-29頁。

¹⁰⁹⁴ 末弘巖太郎(注192)826頁、末川博『債権各論(第2部)』(岩波書店、1941年)398頁、品川孝次(注707)67頁。

¹⁰⁹⁵ 我妻栄(注4)814頁。また、組合財産の共有及び共同相続財産の共有を合有と解すべきであるという川島武宜(注218)156頁以下。この見解は、主に相続財産が包括的な一つの財団として相続人の共同の所有の客体となることと同様に把握する。同『民法I(総則・物権)(1961年)137頁; 品川孝次(注707)67頁。

¹⁰⁹⁶ 清水元(注754)267頁。

¹⁰⁹⁷ 清水元(注754)267頁。

ができ、個々の組合員が組合財産に属する債権を自己の持分に応じて分割して行使することはできないとする判例法理(組合債権の合有的帰属)¹⁰⁹⁸を洗練させて明文化するものである」と解されている¹⁰⁹⁹。つまり、第2項で債権の場合に持分の行使は禁止している反面、債権ではない組合財産(例えば、不動産)の持分の処分は禁止していないが、その理由について若干疑問が残る。

2) 同じ内容の重複規定

改正民法第675条第1項は、「組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができる。」と定め、組合財産について権利を行使することができる債権者を「組合の債権者」とはっきり定めている。この理由については、「組合の債務は、各組合員に分割されて帰属するのではなく、1個の債務として総組合員に合有的に帰属し、組合財産がその引当てとなるとする現在の支配的考え方を明文化したものである。組合の債権者が組合財産に対して権利を行使するにあたっては、権利行使の対象となる個別の財産が組合財産に属することの証明が必要である」¹¹⁰⁰と説明されている。また、改正民法第677条は、従来の「組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない。」との内容を「組合員の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができない。」と改めている。この理由については、「組合員の債権者がその債権と組合に対する債務とを相殺することができないことは、本条にいう組合財産についてその権利を行使することができないとすることの中に含まれている」と解されている¹¹⁰¹。

しかし、第675条第1項の「組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができる。」という内容と改正民法第677条の「組合員の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができない。」という内容は、一つの規定のみを置いて、その反対解釈によっても十分ではないかと考えられる。

3) 新たな組合員の責任

改正民法第677条の2で、組合員の加入規定を新設し、第2項で「前項の規定により組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合の債務については、これを弁済する責任を負わない。」と定められている。この理由として、「組合の成立後であっても新た

¹⁰⁹⁸ 大判昭和13年2月12日民集17卷132頁。

¹⁰⁹⁹ 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017年)339頁。

¹¹⁰⁰ 潮見佳男(注1099)338頁。

¹¹⁰¹ 潮見佳男(注1099)340頁。

な組合員の加入が可能であることを前提に、その要件について、一般的な理解を明文化するものである。第2項は、組合の債権者は各組合員の固有財産に対してもその権利を行使することができるとする民法第675条との関係で、新たに加入した組合員がその加入前に生じた組合債務についても自己の固有財産を引当てとする責任を負うかどうか明らかでないことから、これを否定する一般的な理解を明文化するものである¹¹⁰²と説明されている。

しかし、第676条第1項によって持分の処分が禁止されていない以上、組合への加入は、持分の譲渡によっても行われることができる。その場合、改正民法第677条の2と物権編第254条との関係を考える必要があると思われる。なぜなら、新たな組合員に加入前の債務について責任を負わないように定める点は、物権編の共有者の特定承継人(新たな共有者)の場合に以前共有者の債務が承継されることに比べて、新たな組合員により有利な地位を付与していると考えられるからである¹¹⁰³。ただ、この規定は任意規定である¹¹⁰⁴と解されるため、組合員間に別段の定めがある場合にはそれによる。

一方、この規定について、組合員の変動は組合持分の処分又は譲渡によることはできず、もっぱら加入又は脱退によってのみ可能であることを定めていると解釈すれば、第676条第1項は対抗不可規定ではなく、禁止規定に変えるのが整合的ではないかと考えられる。

(2) 組合財産の合有的性質

日本民法上の組合財産の帰属関係に関して比較法的に見ると、債権編で組合の基本関係を定めている点、組合財産の持分処分の制限、分割請求及び相殺の禁止を定めている点は、ドイツ・韓国民法と類似しているが、その財産の帰属について「共有」と定めている点で、ドイツ・韓国民法とは大きな差がある。そして、日本においては、組合財産の帰属形態が共有であるのか、合有であるのかについて、長い間見解が対立している。学説においては、合有説が多数説であるという分析が多いが、最近、共同所有の類型論自体に反対し、組合財産の規定も共有の特則として解すべきとする見解(以下、有力説)も多い。これ

¹¹⁰² 法務省民法(債権関係)部会資料57「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたゞき台(5)(概要付き)」44-47頁。

¹¹⁰³ この点は、区分所有建物から生じた管理費用についてその区分所有者に対して先取特権を有し、その特定承継人に対しても行うことができると規定している区分所有法第7条・第8条とも比較して考える必要がある。

¹¹⁰⁴ 潮見佳男(注1099)340頁。

らの学説上の対立に関する詳しい説明は、多くの先行研究によってなされているため、ここでは、まず、新たな解釈論的なアプローチとして、次の3点を取り扱う。

1) 狭義の共有と組合共有

近時の多数の学説によると、物権編の共有は、「狭義」の共有又は、「純粹」な共有と呼ばれている¹¹⁰⁵。特に、合有説に反対する見解も、物権編の共有に対して、「狭義」の共有という表現を用いている¹¹⁰⁶。一方、組合財産に適用される「共有」については、狭義の共有という表現ではなく、「共有」又は「組合共有」という表現を用いている点で、若干の疑問が生じる。なぜなら、「狭義の共有」という表現を用いている以上、「狭義ではない共有」があるはずであり(広義の共有)、広義の共有とは、合有及び総有を含んでいる「共同所有」の意味であろう。これは、狭義の共有以外の共同所有の種類が存在している点を前提に、日本民法の明文上の「共有」のみで説明しようとする努力ではないかと思われるが、判例及び社会一般的に認識されて使われている¹¹⁰⁷合有又は総有という概念を否定しながら、もっと範囲が不明確な「狭義の共有」、「純粹な共有」及び「組合共有」などの表現を使用するのは代案として良いとはいいがたいではないかと思われる。比較法的な参照として、共同所有の三類型を規定している韓国民法では、狭義の共有という用語などはほとんど用いられていない点を挙げたい。

2) 持分処分の自由

物権編上の共有規定の中に、「持分処分の自由」に関する明文の定めがないことである。むしろ、立法者は、共有関係において自己の持分の処分は、これについて定めてられていなくても当然認められると解していた¹¹⁰⁸。しかし、このような解釈によらず、明文

¹¹⁰⁵ 千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦(注761)83頁では、「近代市民法の原則形態であるところの自由な(1)持分処分権及び(2)分割請求権を認めるタイプの共同所有は、狭義の共有だが、民法典においては、この部分以外にも「共有」の用語を用いる条文が多数存在し、さらに、これに特別法や慣習法の定める「共有」が加わる。それら共同所有関係の全体を指して、広義の共有ないし共同所有という。」と説明している。また、野村豊弘『民法Ⅱ－物権』(有斐閣、2004年)105頁では、物権編の共有を、「単純共有」と説明する。

¹¹⁰⁶ 伊藤栄寿「組合財産の共有－物権編の共有との比較検討－」(注761)204頁。

¹¹⁰⁷ 以外にも、物権編の共有の原理では説明ができない共同相続財産、法人でない団体の財産、入会権などの問題からも立法的要請があるのではないかと考えられる。

¹¹⁰⁸ 前田達明＝大久保邦彦＝石田剛(注174)127-128頁参照。

上持分処分の自由が定まっていない点に着目すると、組合財産の共有において、持分処分の自由が制限されても、この部分に限っては、物権編の規定に反するものではないという解釈が可能なことになる。さらに、現行民法及び改正案も、第676条第1項で、組合財産の持分の処分については、それ自体が禁止されるのではなく、組合及び第三者に対抗することができないことのみを規定しているため、規定間の衝突もないと見える。

しかし、このような解釈論を採ると、日本民法の物権編の共有に関する規定は、事実上、共有・合有・総有の概念を包括する広義の共有(共同所有)として解される結果になり得ると考えられる。

3) 合有制度のメリット

有力説は、合有という概念を用いるべき理由として、共有との違いの明確化のみを求め、実際的理由は説明していないという。これに対して、2001年のBGHZ判示が示唆を提供すると思われる。この判示によると、ドイツ民法上の組合においては、組合財産が独立性を有し、組合自体が取引の相手方として登場する。そのメリットとして1)構成員の変更によって法的取引の相手への影響が変わらない点、2)新たに加入した組合員が包括的承継人的な地位に入る根拠になる点(共有関係と同じ)¹¹⁰⁹、3)商法上の合名会社への転換の際、客体の所有関係の同一性を維持することができる点(実務上の簡易性)、4)組合自体の破産能力を認める根拠になる点などが挙げられている。

III 権利能力なき社団

1. 問題の所在

日本民法では、権利能力なき社団に関する明確な規定は存在しないが、昔から学説・判例によって、入会団体が権利能力なき社団の典型例として、共有の性質を有する入会団体の所有形態は、その構成員らの総有であると解されてきた¹¹¹⁰。

¹¹⁰⁹ このメリットに関連して、改正案第677条の2の第2項で、「新たに加入した組合員は、加入以前に成立した組合の債務について責任を負わない」と新設されたことに注意したい。この規定は一見、ただの契約関係の特性に関するものではないかと評価し得るが、共有説の根拠にはなり得ない。なぜなら、共有持分を取得した場合、新たな共有者(共有持分の特定承継人)は、他の共有者が以前の共有者に対して有する債権の負担を負わなければならない(第254条)からである。この点も、逆に、日本民法上の組合関係が共有とは異なる点の根拠になりうると思われる。

¹¹¹⁰ 1926年に改正された民事訴訟法第46条に、「法人ニ非サル社団」に訴訟上の当事者能力を認める手続的な規定が置かれた。これ以降、権利能力なき社団に関する実体法的議論が行なわれたようになった。江渕武彦(注231)2頁。

一方、非営利法人に関する改正の動きによって、2006年から、民法上法人に関する第38条から84条までの47ヵ条が削除され、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律(以下、一般法人法)」及び「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律(以下、公益認定法)」が制定・施行された(新法人法)¹¹¹¹。この一般法人法を通じて、非営利法人設立の簡素化(準則主義)が¹¹¹²、公益認定法を通じて、公益社団法人の明確化及び具体的な規律の備えなどが可能になったと解される。しかし、依然として権利能力なき社団に関する規律に対する議論はなくなり、むしろ新たな法制定による既存の解釈及び判例¹¹¹³の変化に注目しなければならない状況である¹¹¹⁴。

従来、主に議論されたのは、伝統的な社団の一種である入会団体の財産帰属についてであった。これについては、構成員の合有説¹¹¹⁵、権利能力なき社団の単独所有説¹¹¹⁶などが展開されたが¹¹¹⁷、現代社会において入会団体は次第にその姿を失っており、権利能力なき社団の一般例へと収斂され、その財産帰属について、全構成員の総有に属するという総有説が通説・判例であると解されている¹¹¹⁸。

¹¹¹¹ 「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」及び「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する施行による関係法律の整備等に関する法律」は、2006年5月26日に成立し、同年6月2日に公布され、2008年12月1日から施行されている。

¹¹¹² 法人設立について、民法第34条での許可主義を放棄したと解される。

¹¹¹³ 一般法人法の施行以降も、権利能力なき社団の債権者による社団構成員の総有に属する不動産に対する強制執行に関する最裁判平成22年6月29日第三小法廷判決民集64巻4号1235頁、総有不動産に対する仮差押に関する最裁判平成23年2月9日第二小法廷決定民集65巻2号665頁、総有不動産に対する当事者適格に関する最裁判平成26年2月27日第一小法廷判決民集68巻2号192頁など、重要な判決が行われている。

¹¹¹⁴ 民法改正及びこの法律の制定後の評価について、納屋雅城「裁判例における権利能力なき社団概念の機能」獨協法学97号(2015年)95頁以下は、「一般法人法の施行によって営利を目的としない団体にも等しく法人格を取得する途が開かれたからといって、権利能力なき社団概念を不要なものとして一概に否定することは影響が大きいのではないか。また、団体債権者など、団体の相手側が当該団体を権利能力なき社団であると主張する可能性があることを考慮すると、法人格取得の可能性を持ち出して、当該団体を権利能力なき社団として認めないことは適切でない。むしろ、多くの裁判例と同様に、昭和39年判決に基づいてもつばら当該団体の実体に着目し、権利能力なき社団として認めるか否かを決定すべきである」と述べる。

¹¹¹⁵ 川島武宜『民法総則』(有斐閣、1965年)139頁。

¹¹¹⁶ 中尾英俊『物権法』(青甲社、1978年)131頁。

¹¹¹⁷ これに対して、江渕武彦(注231)18頁は、入会権を熟知した学者は、社団財産総有説を避けたと評価する。

¹¹¹⁸ 江渕武彦(注231)17頁以下を参照。最判昭和32年11月13日民集11巻12号1943頁、最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁、最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁など。

判例は、権利能力なき社団に当たる入会団体の財産は、構成員全員の総有に属し¹¹¹⁹、共有の性質を有しない入会団体の場合は、地役権の規定を適用すべきである¹¹²⁰と判示している。

近時の議論の中で注目したいのは、権利能力なき社団の当事者適格及び登記能力に関する問題である。日本では、民事訴訟法第29条で、「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる。」と定めているが、実際に権利能力なき社団が積極的な訴訟追行能力を有するののかについて議論されている¹¹²¹。これに対して、社団固有の原告適格(又は事件限りの権利能力)を肯定する固有適格構成説(通説)¹¹²²と、社団に訴訟担当としての原告適格を認める訴訟担当構成説¹¹²³が対立した。前者によると、社団固有の原告適格を肯定して社団の各構成員には判決の効力が及ばない結果になり、後者によると、社団は構成員の訴訟担当として、判決の効力が各構成員に及ぶ結果になると解された。

従来の最高裁は、権利能力なき社団の登記請求訴訟において、「権利能力なき社団自体は、所有権の主体となることができないため、権利能力なき社団の代表者又は登記名義人とされた者にのみ当事者適格(原告適格)がある」とし、その判決の効力は、各構成員に及

¹¹¹⁹ 最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁。

¹¹²⁰ 大判明治36年11月27日民録9集1313頁。

¹¹²¹ 通説的な見解としては、兼子一原著・松浦馨ほか編『条解民事訴訟法(第2版)』(弘文堂、2011年)173-174頁、菊井維大＝村松俊夫原著・秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法(第2版)』(日本評論社、2007年)309-310頁など。近時の有力説として、坂田宏「当事者能力に関する一考察－非法人の当事者能力に関する議論を中心に－」東北大学法学68巻1号(2004年)15頁、下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法学教室363号(2010年)12頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)第2版』(有斐閣、2011年)185頁などを参照。この学説に関する詳細な検討については、額田洋一「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」山梨学院ロー・ジャーナル(2014年)を参照。

¹¹²² 兼子一(注769)111頁。

¹¹²³ 堀野出「マンションをめぐる訴訟と当事者適格の規律」法律時報85巻9号(2013年)54頁は、区分所有法上の管理組合が権利能力なき社団として訴えを提起する場合には、任意的担当者であると説明する。

ぶという立場を採っていた¹¹²⁴。しかし、近時(平成6年¹¹²⁵・平成26年¹¹²⁶)には、権利能力なき社団の訴訟上の原告適格を認めながら¹¹²⁷、判決の効力を権利能力なき社団自体ではなく、各構成員に及ぼすと示した¹¹²⁸。

2. 検討

日本の場合、1950年代から1970年代における法人論・団体論は、財産独立を導く法技術としての法人¹¹²⁹及び非営利目的の団体に注目した。しかし、近來の法人論・団体論は、団体の内部的関係、つまり、構成員間の利害の調整及び権利の保護などを問題として取り扱っている¹¹³⁰。

権利能力なき社団に関する一般的な規定は、存在しないが、判例は、古くから、権利能力なき社団の財産帰属形態について、構成員全員の総有であると判示している¹¹³¹。これに対して、学説においては「判例は、社団財産総有説を道具として、社団に権利主体性を認めることと同様の結論に至る」と評価する見解がある¹¹³²。「もとより総有持分には、

¹¹²⁴ 最二小判昭55年2月8日民集34巻2号138頁。一方、最判昭和32年11月14日民集22巻12号1943頁、最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁、最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁などは、権利能力なき社団の財産が実質的に社団を構成する総社員の総有に属すると認めてきた。つまり、このような最判は、総構成員の共同所有としての総有を認めたのであり、権利能力なき社団自体に所有権の帰属主体性を認めたのではない。

¹¹²⁵ 最三小判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁。

¹¹²⁶ 最一小判平成26年2月27日民集68巻2号192頁。

¹¹²⁷ これに対する詳細は、中本香織「権利能力なき社団の不動産に関する訴訟における社団の当事者適格と判決の効力」早稲田法学92巻1号(2016年)、柳勝司「権利能力なき社団の財産の帰属といわゆる総有理論について」名城法学64巻4号(2015年)などを参照。

¹¹²⁸ 一方、訴訟担当者構成説は、権利能力なき社団を担当者とし、構成員全員を権利主体としての被担当者として、権利能力なき社団に当事者適格を肯定したと解する。特に、民事訴訟法第29条は、権利能力なき社団に当事者能力を与えたのみではなく、社団構成員全員の代わりに訴訟を進行する権限を付与した規定として、法定訴訟担当構成であると解する見解が多い。坂田宏(注1121)15頁、山本克己「入会地管理団体の当事者能力・原告適格—最三小判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁」法学教室305号(2006年)111頁。

¹¹²⁹ その時代の法人の技術的な性格を重視したと評価する見解として、相本宏「法人論」『民法講座I』(有斐閣、1984年)166頁以下、窪田充見執筆・林良平=前田達明編『新版注釈民法(2)総則(2)』(有斐閣、1991年)285頁以下、大村敦志『民法読解—総則編』(有斐閣、2009年)147頁など。

¹¹³⁰ 山口敬介「非営利団体財産に対する離脱者の権利(1)」法学協会雑誌131巻5号(2014年)915頁。この論文もこのような流れの一種として位置つけることができると説明されている。

¹¹³¹ 最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁など。

¹¹³² 江渕武彦(注231)24頁。

個人的共有における譲渡自由な持分又はこれにもとづく分割請求権は存しないのであるから、総有に持分ありと解したとしても、この判決の表現は正当である」とする¹¹³³。すなわち、最高裁は、判決文言の上で、通説的総有理論（持分否定説）に賛成しているとまではいえないのである¹¹³⁴。

最近の権利能力なき社団に訴訟追行権を認めた平成26年の最高裁判決¹¹³⁵が、「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を追行し、又、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄である。そして、実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているとみるのが事の実態に即していることに鑑みると、当該社団が当事者として当該不動産の登記に関する訴訟を追行し、本案判決を受けることを認めるのが簡明であり、かつ、関係者の意識にも合致していると考えられる。また、権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、当該社団の代表者が自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟を提起することが認められているが(最高裁昭和45年(オ)第232号同47年6月2日第二小法廷判決・民集26巻5号957頁参照)、このような訴訟が許容されるからといって、当該社団自身が原告となって訴訟を追行することを認める実益がないとはいえない。」と述べた点に注目したい。

この判例について武藤貴明調査官は、「(A)実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有している」とみるのが事の実態に即している」との部分について、社団と構成員とを隔絶した存在ではなく、不即不離ないし表裏一体の存在とみて、構成員の財産は、社団の財産でもあるという理解に立つて、(B)固有適格を認めたと解説している¹¹³⁶。

ここで注目したいのは、まず、(A)の説明が、本稿第一章で取り扱ったドイツの学者Gierkeの有機体説と非常に類似しており、この解説を批判する学説¹¹³⁷も、当時のGierkeの有機体説に対する批判と非常に似ていることである。つまり、平成26年の判決が述べている権利能力なき社団の所有形態は、構成員全体のものでありながら、社団自体のものである

¹¹³³ 江渕武彦(注231)24頁。

¹¹³⁴ 江渕武彦(注231)24頁。

¹¹³⁵ 最一小判平成26年2月27日民集68巻2号192頁。

¹¹³⁶ 武藤貴明「判解」曹時67巻12号278頁以下。

¹¹³⁷ 中本香織(注1127)202-203頁。

という論理は、Gierke¹¹³⁸の「人の団体も単一的組織体として、自己自身のための存在であると同時に、構成員の結合体として構成員全体のための存在である。全体の生活は、それ自体の目的のためと同時に成員の共同目的のためである。法律上の人格の付与を受けた基礎として、団体の単一性を認めるためには、団体の独立的存在を否定する必要も、成員の多数性を否定する必要もない。団体の単一性と構成員の多数性が組織的に結合し、全体を構成することに人的団体の構造の本質がある。」¹¹³⁹という説明と同じ脈絡ではないかと考えられる。

また、(B)の点で、この解説が述べている固有適格の意味は、学説上の固有適格構成と一致するのか。判決の効果が構成員全員に及ぶと判示された点からみると、社団自体に効力が及ぶと解する固有適格説とは異なることは簡単に理解することができる。さらに、固有適格構成説は、権利能力なき社団に訴訟法上の権利能力、つまり、事件限りの権利能力を認め¹¹⁴⁰、そのような権利帰属主体と訴訟追行権者が一致し、権利能力なき社団自体の当事者適格を問題なく肯定できる¹¹⁴¹と説明する¹¹⁴²。

しかし、この判例は、事件限りの権利能力に限定するような説明はせず、(A)のように説明している点から、権利能力なき社団に実質的な不動産所有能力があることを確認したのではないかと考えられる。

Gierkeの理論は、その効果を社団自体に及ぼすという固有適格構成説と結論の側面からは似ていると見えるかもしれない。第一章史的展開の箇所及びGierkeの理論部分で検討したように、Gierkeの総有理論は、現在に至って解されている共同所有の一類型としての狭義の総有ではなく、ゲルマン法的社団体(Körperschaft)の総所有(Gesamteigentum)についてのものであり、これは、ローマ法的法人(juristische Person)又は社団(Verein)の単独所有を代替する新たな概念(団体自体と構成員がともに存続する実在的総合人；Genossenschaft)であった点が参考になろう。また、団体が法的人格を有するか否かは、法的規範(Rechtssatz)によるが¹¹⁴³、人的団体の権利能力は、法人制度上の非法人・法人概念とは関係せず、団体

¹¹³⁸ 第一章第二節のGierke理論に関する部分を参照。

¹¹³⁹ Gierke, DPR1, S. 26f; 石田文次郎(注8)26頁。

¹¹⁴⁰ 中本香織(注1127)201頁。

¹¹⁴¹ 中本香織(注1127)201頁。

¹¹⁴² 中本香織(注1127)201頁。

¹¹⁴³ この法規の意味は実定法と慣習法を含む。第一章第二節のGierke理論に関する部分を参照。

規約(Körperschaftsverfassung)の成立から生じ、その財産は、社団とその構成員の総所有(Gesamteigentum)になる¹¹⁴⁴。つまり、権利能力なき社団が権利能力を有することと、権利能力なき社団の財産の帰属が団体及びその構成員の総所有となることは、矛盾するものではなかったのである。

この点について、第一章第三節の日本における共同所有の学説史の部分で述べたように、日本民法上の総有概念が、Gierkeの理論から発展してきたことを考えると、おそらく平成26年の判決の判旨及びその解説は、Gierke論理とその構成を同じくしている部分があるのではないかと考えられる。そして、この判決が権利能力なき社団への権利帰属を肯定したものと解するのは完全に誤り¹¹⁴⁵ではないと考えられる。

ただし、この点と、この判決の結論として、「その判決の効果は構成員全員に属する」と判断されたことは、日本においては、民法上共有に関する規定のみ存在している点、そして、登記法上権利能力なき社団の登記能力が認められない以上、代表者又は第三者の名前の登記、若しくは共有登記によるしかない点、「権利能力＝法人格」という既存の理解が一般的であるため¹¹⁴⁶、権利能力なき社団の権利能力を認めると、法人自由設立主義を採ったと解される誤解の余地がある点¹¹⁴⁷などの現在の状況を考慮すれば、一応妥当ではないかと思われる。

そこで、日本で法人自由設立主義を採ることができるのかについて疑問が残る。これに対して、起草者たちは自由設立主義を否定していたとする見解¹¹⁴⁸もあるが、民法33条1項が憲法的価値を持つとすれば別であるが、そうでないとすれば、仮に起草者が自由設立主義を否定していたとしても、これを肯定する立法は不可能ではないはずであるとする見解もある¹¹⁴⁹。この問題に対して、法人制度において民法に基本法的地位を認める以上、自由設立主義の採用にあたっては、多様な特別法との関係を考慮する必要があるだろう。

¹¹⁴⁴ Gierke, DPR2, S.382.

¹¹⁴⁵ 中本香織(注1127)221頁。

¹¹⁴⁶ これに対して、名津井吉裕(注819)35頁も、設立費用その他様々な理由から、あえて法人格を取得しない途を選択する団体が存在する一方で、団体の内外の関係者が、法人格のない社団を取引その他の面において独立の主体として取り扱うこと自体は、特段禁止されないという現実があると指摘する。

¹¹⁴⁷ 大村敦志(注1129)131頁は、起草者たちは自由設立主義を否定していたのではないかとする見解(新版注釈(2)182頁)を指摘し、仮に起草者が自由設立主義を否定していたとしても、民法第33条1項が憲法的価値を持つことでない限り、これを肯定する立法は不可能ではないはずであると説明している。

¹¹⁴⁸ 窪田充見(注1129)182頁。

¹¹⁴⁹ 大村敦志(注1129)131-132頁。

VI 小括

日本民法における共同所有について、幾つの特徴が見られる。

第一に、大部分の学者は、物権編上の共有を意味する場合、「狭義の共有」又は「物権法上の共有」あるいは「一般共有」と表現している。この点は、合有又は総有の概念の適用に対して否定的な学者も同様である。

このような現状は、組合、共同相続などの団体の財産に加える合手的な制限を説明するには、物権編上の共有の性質とは説明できない点に起因すると考えられる。つまり、実際には異なるものを一つの概念として説明するため、「狭義」、「一般」などの名称を付記するのではないか。

なぜ、1900年代から無数の学者によって研究・区別され、確立されたい概念である合有、総有の概念を活用せず、「狭義」、「一般」などのより不明確な概念を用いるのかという疑問が残る。これは、結局、多様な団体の発生及び共同所有の関係を説明するには根本的な代案ではならず、現行民法に合わせる解釈論的努力であると考えられる。

第二に、物権編に定められている共有に関する一般規定において、持分処分の自由は定められていない点に注目したい。共有と合有の本質的な差異は、持分処分の自由があるのか否かによって生じる。日本民法の起草者は、持分の処分の自由は所有権の一般原則上当然であるため、別途規定しなくても良いと考えたが、民法全般の規定において、実際に共有と定められた場合、持分処分の自由が実現されているのか。この規定の不備によって共有持分について広い解釈の可能性が開けてしまっていることになる。

要するに、ドイツ民法が一般的な共有関係を債務関係で定めていることに対して物権法的アプローチが議論されていることと、日本民法が一般的な共有関係を物権法で定めていることに対して各論的にその性質について絶えず議論されているのは、民法体系上の転換から生じた問題ではないかと考えられる。

日本において組合財産の本質及びその帰属形態についての議論は、民法制定以後から今まで継続している。この問題に着目した民法改正による新たな規定は、社会的議論を整理し、法的安定性を確保するためのものであろう。もっとも、今回の改正の際、組合に関する規定について、「規定の合理化より、従前立法の不備を補充した意味」であり¹¹⁵⁰、

¹¹⁵⁰ 山本(敬)幹事は、「特に組合に関する規定については、今回、たくさん見直しをするのです

「合有という文言を条文で用いるかどうかはともかく、組合の財産関係をめぐる個々のルールを具体的に条文に書き下すことは望ましい」とされた¹¹⁵¹点に大きな意義があると思われる。このように、組合財産に関する具体的なルールを補った今回の債権法改正の考え方ともに、共有とは異なる性質・効果・メリットを有している組合財産の合有的帰属が次の物権編の改正の際に反映されることを期待したい。また、物権編に共同所有の一般規定を置いて、各団体の財産に適用するのが日本と韓国のパンデクテン体系の特徴であると考えられる。契約によって発生する組合の場合にも、共有又は共同所有の法理が適用される以上、特殊な規律の明確化も必要であるが、財産関係においては、物権編の基本原則と大きく外れない基準が必要であると考えられる。このような側面からも、組合財産の総体としての独立性、持分処分の禁止規定の明確化とともに物権編の合有規定の導入についての考慮が必要ではないかと考える。

一方、組合に関する改正案を検討すると、一応合有的構成を採っていると思われる。しかし、このような拘束性を規定しても、実質的な効果を生じさせるためには、物権法及び不動産登記法の改正もともに行わなければならないと考えられる。

また、信託法第79条は、「受託者が二人以上ある信託においては、信託財産は、その合有とする。」と定めているが、この合有財産を登記する方法が備えられていない。

さらに、2006年から施行されたLLP法による有限責任組合の場合、その組合財産が不動産であるときは、共有登記及び共有物分割禁止の登記(不動産登記法第59条6号)をして、第三者に対抗できるように定めている(LLP法第74条参照)¹¹⁵²。

けれども、多くは従前の不備を補ったものであって、合理化したというのがむしろ適切なのかもしれません。」と発言した。法制審議会民法(債権関係)部会第97回会議議事録(平成26年12月16日)参照。

¹¹⁵¹ 法務省民法(債権関係)部会資料47「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(19)」88頁。

¹¹⁵² 有限責任事業組合契約に関する法律第74条「(1)組合財産が不動産に関する権利(不動産登記法第三条各号に掲げる権利をいう。次項において同じ)であるときは、第五十六条において準用する民法第六百七十六条第二項の規定にかかわらず、次項の規定により読み替えて適用される不動産登記法第五十九条第六号に規定する共有物分割禁止の定めを登記をしなければ、清算前に当該組合財産について分割を求めることができないことを第三者に対抗することができない。(2)組合財産が不動産に関する権利である場合における不動産登記法の適用に

日本民法においては、法人主義と共有主義を基本に、部分的には合手原理が適用された組合と共同相続に関する規定が導入された。しかし、この規定のみで、昔から存在してきた入会団体の所有関係を説明することができなかった。そして日本の学者は、ドイツの団体法理論からドイツの地域自治団体(Gemeinde)と、その所有形態である「総有」の類似性を見出した。また、入会団体に適用された総有の概念は、一般概念化され、権利能力なき社団という概念で定型化された。

このように、日本民法学で権利能力なき社団及び総有理論が発展した原因は、ドイツ民法の影響によって法人制度を採り、法人格を権利能力と同一示した結果であり、権利能力なき社団の実質的な権利能力及び総有概念を否定するためには法人制度の設立主義の見直しが必要であると考えられる。

第四節 韓国における議論及び検討

I 共有

1. 問題の所在

韓国民法において共有に関する規定は日本民法と同じく物権編に位置づけられている。そして、共有者間の関係を債権債務関係として見るか、物権的關係で見ると見るかに関する議論はほとんどされていない。共有の本質については、一物一権主義の原則上、共有者らは一つの物に対する抽象的な持分を量的に分割して有するというのが一般的な理解である。これに対して、共有者が有する抽象的割合を「持分」とし、その持分に基づいて各共有者が有する権利が「持分権」と解されている¹¹⁵³。

については、同法第五十九条第六号中「又は同法第九百七条第三項の規定により家庭裁判所が遺産である共有物若しくは所有権以外の財産権についてした分割を禁止する審判」とあるのは、「同法第九百七条第三項の規定により家庭裁判所が遺産である共有物若しくは所有権以外の財産権についてした分割を禁止する審判又は共有物若しくは所有権以外の財産権が有限責任事業組合の組合財産である場合における当該有限責任事業組合についての有限責任事業組合契約」とする。」

¹¹⁵³ 李英俊(注799)550頁、李銀榮(注923)508頁、大判1991. 11. 12. 91ダ27228は、共有は、物に対する一つの所有権が分量的に分割されて多数人に属する共同所有の一形態であると定義す

議論されているのは、そのような共有者間の合意が共有者一人の特定承継人に承継されるのかの問題である。韓国民法には、日本民法第254条のような共有物に関する債権を特定承継人に対して行使することができるという規定が存在しない¹¹⁵⁴。

韓国民法草案には、このような規定があったが、審議中削除された理由として、「本条は、ドイツ民法第1010条のような登記制度があれば加えるが、そのような制度なしに本条のような規定を置くのは不可能であり、特に、草案が先取特権制度を廃止しながら、本条のような担保物権を認めるのは、立法上不均衡であるのみならず、草案が現行民法(当時の日本民法を称する)第259条(共有に関する債権の弁済)に対応する規定を創設しなかった態度ともその均衡を失うことになる」¹¹⁵⁵と説明されている。

つまり、韓国民法の制定当時は、共有者に対する債権が登記を通じて第三者に公示することができない限り、民法上この条文を規定することができないと解されたのである。これに対して、学説上は、共有持分が譲渡されると、従来の共有関係がそのまま移転し、使用・収益の方法に関する特約なども譲受人が承継するという肯定説が通説となっており、ただ不動産に関する分割禁止の特約は登記されていなければ承継されないと解された。判例は、「共有者間の共有物に対する使用・収益・管理に関する特約は共有者の特定承継人に対しても当然に承継される」と基本的な原則を判示し、同じ態度を採っている¹¹⁵⁶。ただし、「共有物に関する特約が持分者としての使用収益権を事実上放棄するなどの共有持分権の本質的部分を侵害すると見える場合には、特定承継人がそのような事実を知っても共有持分権を取得したなどの特別な事情がない限り、特定承継人に当然承継されるとは言えない」¹¹⁵⁷、「共有者一人が自己の持分の一部を他の共有者に譲渡するとした共有者間の持分の処分に関する約定は、共有者の特定承継人に当然承継されることではない」¹¹⁵⁸という判示がある。

る。

¹¹⁵⁴ ただし、韓国の集合建物の所有及び管理に関する法律第18条は、「共有者が共有部分に関し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行使することができる」と規定している。

¹¹⁵⁵ 『民法案審議録上巻』(注256)166頁。

¹¹⁵⁶ 大判2005. 5. 12. 2005ダ1827; 大判2007.11.29. 2007ダ64167; 大判2009. 12. 10. 2009ダ54294; 大判2013. 3. 14. 2011ダ58701.

¹¹⁵⁷ 大判2009. 12. 10. 2009ダ54294.

¹¹⁵⁸ 大判2007.11.29. 2007ダ64167.

また、共有者間の「特約」の範囲が(1)民法第265条の管理・保存に関する決定のみを意味するのか、(2)民法第264条の共有物の処分・変更に関する決定も含むのかについても議論がある。また、管理に関する行為が処分に当たる場合についても論じられている。実務上、問題になっているのは、集合建物法上¹¹⁵⁹共用部分に関して発生した債権を特定承継人に承継させる点である。

2. 検討

共有物に関する負担について、三つの類型として分類することができる。第1は、使用・収益・管理に関する合意(又は債権)、第2は、その債務が履行されなかった場合の債権者である共有者の持分買受請求権、第3は、分割禁止に関する合意である。第三に該当する分割禁止に関する合意は、民法第268条及び不動産登記法第67条第1項後段で定めるため、大きな問題にはならない。

議論されている問題は、韓国民法が第1・2に関する合意(又は債権)・請求権がある共有持分が譲渡された場合、その特定承継人に対する効力に関する規定を置かず、判例によって「共有者間の特約は特定承継人に承継される」という原則を採っている点から生じると思われる。

まず、特定承継人に効力を及ぼす特約については、共有者間の合意、決定、約定、債権など多様な用語で混用されている。

しかし、これに関する規定を置くには、その特約の該当する範囲が明確であること、その特約を公示する方法が備えられていることが必ず前提とされなければならないと考えられる。

また、(1)第266条第2項の必要性和、(2)それを特定承継人に承継させる必要性について、考えてみたい。(1)について、共有物の管理・保存において費用が発生し、一定期間その費用負担の義務を履行していない場合、その共有者に対して、直ちに分割を実行するには多少の日数と費用などを要するという問題がある。そして、共有者一人がその債務を除いた償金を払って債務者の持分を取得するように規定したことは、理解することができる。

しかし、(2)について、(1)の趣旨の第266条第2項の持分買受請求権を判例の法理によっ

¹¹⁵⁹ 集合建物法第18条(共用部分に関して発生した債権の効力)「共有者が共用部分に関して他の共有者に対して有する債権は、その特別承継人に対しても行使することができる。」

て、その特定承継人にも承継される特約であると解することが適切なのか。まず、この請求権は、形成権であり、共有者相互間の特約とは解しがたい。また、その除斥期間について何の定めもない形成権を、善意の第三者に行使することは、取引の安全及び公平の見地に合わない。

要するに、第266条第1項で定めている管理に関する負担の費用は、債務者である共有者の持分処分の自由と債権者である共有者の利益の保護との関係の公平な解決のために特定承継人にも行使することができるのと解するのが妥当であると思われる。韓国法務部の民法改正委員会で、共有物の管理に関する第264条第2項¹¹⁶⁰、第265条第2項¹¹⁶¹を新設して、前項の合意が共有持分の特定承継人にも承継されると規定を置くという議論がある。

しかし、そのような債権に関する公示方法が備えられない以上、共有者の特定承継人に不測の損害を与える可能性があるため、再検討が必要であると思われる。韓国民法の起草者は、日本民法の先取特権のような担保物権を認めない方針を採っていたので、共有物に関する管理費用などの義務に関する公示方法を備えず特定承継人にその義務を承継させ

¹¹⁶⁰ 現行韓国民法第264条(共有物の処分、変更)「共有者は他の共有者の同意なしに共有物を処分し又は変更することができない。」に対して、民法改正分科委員会は、第264条第2項として、「第1項による処分又は変更は共有持分の特定承継人にも効力がある」という規定を追加することを提案したが、実務委員会・委員長団会議で受け入れられなかった。所有権と同様に、共有者が約定によって共有土地に地上権を設定し、その上に建物を建てるとしたら、これは共有持分の譲受人も受け取らなければならないことは当然であると解した。尹眞秀「共同所有に関する民法改正案」民事法学68号(2014年)127頁。

¹¹⁶¹ 現行韓国民法第265条(共有物の管理、保存)「共有物の管理に関する事項は共有者の持分の過半数として決定する。しかし、保存行為は各自ができる」に対して、民法改正委員会は第2項として「第1項による決定は、共有持分を取得した者にも効力がある。しかし、その決定がその共有持分権の本質的内容を侵害する場合にはそうでない。」とし、新設することを確定した。この第2項は、大法院の判例(2005. 5. 12. 2005ダ1827、2009. 12. 10. 2009ダ54294)を明文化するものである。ただ、この決定について登記をした場合にのみ対抗力を認めるように検討する必要があるという指摘があった。これに対して、管理に関する事項は多様であり得るのにすべてを登記するようにする必要があるのか疑わしく、承継人の利益は、第2項ただし書によって保護されることができると解された。尹眞秀(注1160)128-131頁。

る規定を削除した点に注目したい。つまり、特定承継人への効力を認めるという判例又は学説の態度は、韓国民法において意図的に法定してなかった担保物権を、仮に認める結果になり得ると考えられる¹¹⁶²。

参考として、スイス民法第649条aは、第1項で「共有者が約定した収益・管理規定及び、管理の決議及び法院の裁判と処分は、共有者の権利承継人と共有持分に対する物権の取得者にも拘束力がある。」と規定していたが、2012年から第2項を新設し、第1項の事項は不動産登記簿に共有持分とともに登記することができるように規定している¹¹⁶³。

II 組合財産

1. 問題の所在

韓国民法上、共同所有の三類型及び組合財産の合有に関する規定に対して、制定当時にはこれに反対する見解があったが、現在では議論されていない。ただ、(1)第272条と第706条の関係、(2)合有の定義に関する問題については議論がある。

まず、第272条と第706条の関係について、第272条では、「合有物を処分又は変更するには、合有者全員の同意を要する。」と規定し、第706条は、「(1)組合契約で、業務執行者を定めなかった場合には、組合員の3分の2以上の賛成で、これを選任する。(2)組合の業務執行は、組合員の過半数で決める。業務執行者が数人であるときには、その過半数で決める。」と規定するため、第706条の業務執行の行為が合有物の処分又は変更該当する場

¹¹⁶² 第185条(物権の種類)物権は法律又は慣習法による以外には任意で創設することができない。

¹¹⁶³ ZGB Art. 649a (Verbindlichkeit von Regelungen und Anmerkung im Grundbuch) (1) Die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung und die von ihnen gefassten Verwaltungsbeschlüsse sowie die gerichtlichen Urteile und Verfügungen sind auch für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechtes an einem Miteigentumsanteil verbindlich. (2) Sie können bei Miteigentumsanteilen an Grundstücken im Grundbuch angemerkt werden [Eingefügt durch Ziff. I 1 des BG vom 11. Dez. 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS 2011 4637; BBl 2007 5283)].

合、どの規定が適用されるべきかということが問題になる¹¹⁶⁴。

学説上は、第272条適用説¹¹⁶⁵、組合に関する第706条は合有に関する規定の特別規定であるという第706条特別規定説¹¹⁶⁶、業務執行者の有無によって業務執行者がある場合には第706条第2項により、ない場合には第272条によるという業務執行者有無基準説¹¹⁶⁷、組合財産の処分が業務執行として認められる場合には第706条第2項を適用し、組合の存立と不可分関係にある組合の基本財産を処分する場合には第272条を適用するという業務執行範囲説¹¹⁶⁸、第272条は対外的効果に関する規定であり、第706条は、組合の業務の体的代理権の授与関係に過ぎないため、両規定はその適用基準自体が異なるという対外内効力基準説¹¹⁶⁹が対立している。

判例は、従来、第272条を適用していたが¹¹⁷⁰、「組合財産の処分、変更に関する行為は、他の特別な事情がない限り、組合の特別事務に該当する業務執行であり、特別事務に関する業務執行は、第706条第2項によって原則的に組合員の過半数で決定し、ただ、この規定は任意規定であるため、当事者の約定によって組合の業務執行に組合員全員の同意を得るようにその内容を定めることができる」と判示し¹¹⁷¹、第706条を優先適用している。

また、このような規定の衝突について、民法制定の当時に物権編で合有に関する一般規定を新設することを考慮せず、旧民法(日本民法)第670条の規定をそのまま立法したことに起因するという見解がある¹¹⁷²。

¹¹⁶⁴ 南孝淳「わが民法上合有と準合有の強制」JUSTICE159号(韓国法学院、2017年)163頁以下参照。

¹¹⁶⁵ 李容勳「組合財産と民法第272条、第273条」『法学論集』(博英社、1993年)557頁。

¹¹⁶⁶ 金曾漢『債権各論』(博英社、1988年)361頁、尹喆洪「合有制度に関する法史的考察」法史学研究18巻(1997年)128頁、関日榮(注288)608頁など。

¹¹⁶⁷ 郭潤直(注898)503頁、金疇洙(注975)461頁、金相容(注969)440頁。

¹¹⁶⁸ 金曾漢＝安二濬『新債権各論(下)』(博英社、1965年)601頁。

¹¹⁶⁹ 李銀榮(注923)451頁。

¹¹⁷⁰ 大判1990. 2. 27. 88ダカ11534; 大判1991. 5. 15. 91マ186; 大判1992. 10. 9. 92ダ28075.

¹¹⁷¹ 大判1998. 3. 13. 95ダ30345; 大判2000. 10. 10. 2000ダ28506; 大判2010. 4. 29. 2007ダ18911.

¹¹⁷² 尹喆洪(注910)84-85頁。

2014年の民法改正委員会では、次のような改正案が採択された¹¹⁷³。

現行韓国民法第706条[事務執行の方法]

(2)組合の業務執行は、組合員の過半数で決定する。業務執行者が数人であるときにはその過半数で決定する。

2014年民法改正委員会改正案第706条[事務執行の方法]

(2)組合の業務執行は、組合員の共同で決めなければならない。しかし、組合契約で、組合員の過半数で決めるように定めることができる。業務執行者が数人であるときにも、同様である。

第二に、第271条の合有の定義について、「組合体」という概念が不明確であり、これを組合ないしそれに類似な実体であると解する場合、現実的に合有が生じる類型すべてを含むことができない点の指摘がある¹¹⁷⁴。特に、組合契約によらず、当事者の合意によって合有登記をする場合、これを禁止しなければならない実質的根拠がない¹¹⁷⁵と述べる。なぜなら、合有物は、合有者全員の同意がない限り合有持分の処分及び分割が不可能であるため、合有登記は、特定の不動産の維持・存続において強力な手段として、当事者の実質的な必要によって行われるからである¹¹⁷⁶。

2. 検討

(1) 第272条と第706条の関係

¹¹⁷³ その理由として、第272条によって合有者全員の同意を要する場合、組合財産の処分・変更などに困り、負担を加重させて組合の業務が麻痺し得ることが挙げられた。したがって組合の業務の場合には、原則的に組合員全員の同意を要するが、契約によって多数決であることができるように規定することによって解決を試みた。尹眞秀(注1160)140-141頁。

¹¹⁷⁴ 崔秀貞「組合財産に関する民法改正方向」民事法学第62号(2013年)6頁以下は、改正試案として、第271条は、「(1)法律の規定又は契約によって数人が合手的に物を所有するときには、合有とする。合有者の権利は、合有物全部に及ぼす。(2)削除」、第272条[合有物の処分、変更、管理及び保存]「合有物を処分又は変更するには、合有者全員の同意がなければならない。合有物の管理に関する事項は、合有者の過半数で決める。しかし、保存行為は各自ができる。」とすることなどを提案している。

¹¹⁷⁵ 崔秀貞(注1174)7頁。

¹¹⁷⁶ 崔秀貞(注1174)6頁。

これに対して、まず、ドイツ民法上の組合に関する規定と比べてみたい。ドイツ民法には、組合財産の保存・管理に関する規定が存在せず¹¹⁷⁷、業務執行に関する規定のみがある点について、ドイツの通説が、業務執行は、組合員間の内部的な関係に関する規定であり、代理権は、第三者との対外的関係に関する規定であると解している点に注目したい¹¹⁷⁸。つまり、ドイツでは、組合財産の「客体(Gegenstand¹¹⁷⁹)」の保存・管理と、共同の目的のための業務執行者の「行為」の概念を区分していると思われる。

このような点を考えると、物権編の共有物の処分・変更及び保存に関する規定と債権編の組合の業務執行に関する規定は、その対象を異にしていることを理解し、より整合的な解釈ができると思われる。立法論としては、韓国民法は、ドイツ民法とは異なり、物権編に共有に関する一般規定を置いているため、共有物の管理に関する規定があるように、共有物の管理に関する規定(共有者の過半数による)を置く必要があると思われる。

(2) 共有の定義及び成立

これに対して、学説の議論は少ないが、確かに共有の定義について、「組合体」という表現は不明確であり、組合ないし組合契約によらずして共有に属する共同所有関係が成立し得る場合に適用が困難であるという問題が生じ得る。また、韓国民法上、第271条第1項の規定(法律規定又は契約)の解釈上、及び共有が物権編の一般規定として位置づけられている以上、数人が物を所有するとき、構成員の意思によって、共有、合有、総有関係へ進入する方法が多様に備えられているといえる。現代社会において、偶然によって共同所有関係に進入する団体は、共同相続団体などで、限定的である。ただし、法律規定又は契約によって拡張されるとしても、共有が成立した以上、その内容は強行規定として¹¹⁸⁰、厳格に適用されなければならないと思われる。

また、韓国の不動産登記法は、合有登記ができる旨を定めているため、当事者間の合有の拘束性が強い物権関係を設定しても、善意の第三者を害する恐れも少ない¹¹⁸¹。した

¹¹⁷⁷ 共同関係(Gemeinschaft)に関する規定である。

¹¹⁷⁸ Ingo Saenger, a.a.O., S. 1103.

¹¹⁷⁹ Gegenstand(客体)は、権利(Recht)、物(Sach)を含む意味である。Creifelds, Rechts-Wörter Buch, 21. Aufl., C.H. Beck, 2014, S. 506.

¹¹⁸⁰ 崔秀貞(注1174)9・13頁以下も、第271条第2項の削除を提案して、その必要性について述べている。

¹¹⁸¹ 合有が債権者を害する手段として使われる場合には、債権者取消権などの救済手段によることができる。崔秀貞(注1174)7頁参照。

がって、そのように一般規定である合有の定義として、その主体を「組合体」と限定する表現は、妥当ではなく、合有の本質がよく現れる表現である「合手的に(Gesamthänderische)」に修正することが望ましいと思われる。

III 法人でない社団

1. 問題の所在¹¹⁸²

韓国民法では、ドイツのような法人の節の定義に関する規定は、置かれていないが、物権編の共同所有の節で、「法人ではない社団の社員が集合体として物を所有するとき、総社員の総有とする」と定め(第275条)、法人ではない社団の所有形態が構成員の総有であることなどを明確にしている。しかし、このような総有規定に対して、由来のない規定であり、第275条ないし第277条の3カ条のみでは、様々な法人ではない社団を規律するに不十分であるという議論が行われている。これに対して、法人設立のために主務官庁の許可を得るべきであるとする現行民法の改正案とともに、総有規定の廃止論及び存置・補完論が対立している。

要するに、法人ではない社団に関する議論は、基本的に法人設立に関してどのような諸主義を採っているのか(法人設立主義)、その法人格を与えられていない社団は、私法上権利能力を有していないのか(権利能力認定)、社団の財産は構成員から独立性を持っているのか(財産帰属形態)の疑問から生ずるものであるといえる。

韓国における法人でない社団について議論されているのは、法人設立の諸主義の改正論、法人でない社団の財産帰属形態である総有規定の存廃論、法人でない社団の権利能力の認定可否などである。

まず、法人設立の諸主義について、韓国民法第32条で非営利法人の設立主義を許可主義¹¹⁸³で定めていることに対して、これを認可主義又は準則主義に改正しようとする議論があった。その理由として、主務官庁の自由裁量的許可によって法人設立を決めるのは、

¹¹⁸² 日本及び韓国の権利能力なき社団の種類による詳しい分類及び検討については、高翔龍「韓・日両国における権利能力なき社団について」北大法学論集51巻6号(2001年)153-166頁以下参照。

¹¹⁸³ 非営利法人の設立の困難性を説明する例として、尹喆洪「公益法人制度の意義」『公益法人研究』(景仁文化社、2015年)25頁以下は、宗教に関する非営利団体は、国税庁の統計資料によると、2013年に17,629個が存在したが、実際に宗教団体の主務官庁である文体部の許可を受けて設立した非営利法人の数は、2015年2月基準852個程度しかなかったことを指摘している。

憲法上結社の自由(第21条)及び基本権の本質的侵害禁止条項に違反することであり、許可主義は、団体統制の目的があったドイツ民法の制定当時の態度に起因したもので、現代社会ではその必要性及び妥当性が退色した¹¹⁸⁴ということが主張された。このような改正論に対して、時期尚早であり、法人の設立が乱立しかねないという反対の見解もあったが¹¹⁸⁵、韓国法務部民法改正委員会は、認可主義への改正案を提出し、2014年に国会審議に上程されたが¹¹⁸⁶、任期満了によって廃棄された。

第二に、法人でない社団の財産帰属形態で定められている総有規定について、(A)法人の章の末尾に法人でない社団に関する第39条の2を新設し、物権編第275条以下にある総有に関する規定は削除すべきとする総有規定廃止論と、(B)物権編の総有規定を存置しつつ足りない部分を補完すべきとする総有規定存置論が対立している。総有廃止論は、(A-1)法人でない社団の代表者が社員総会の決議を経ず総有である不動産を処分した場合(第276条；強行規定)、第三者の善・悪意を問わず無効となり、第三者又は転得者は、不測の損

¹¹⁸⁴ 尹喆洪「非営利法人の設立要件に関する立法論的検討」民事法学50号(2010年)6頁、南孝淳「設立登記ない社団・財団の法的規律」法務部研究課題報告書(2009年)34頁など。これに対して、諸哲雄「民法の改正法律案の評価—民法総則の中、法人法を中心に」財産法研究(2005年)6頁以下は、法律が「許可」と表現していると言っても、私法上、法律行為の効力を補填することで、一般的禁止を解除することがない限り、これを認可と理解するのが実務や行政法学界の統一された立場なので、どんな「主義」を変更したのではなく、用語を整備することであるという。

¹¹⁸⁵ 黄迪仁『現代民法論 I』(博英社、1985年)107頁、洪日杓執筆『民法注解 I』(博英社、1992年)546頁、金曾漢＝金學東『民法総則』(博英社、2006年)179頁。

¹¹⁸⁶ http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_04/ShowData.do?strNbodCd=foru0002&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_40203000&strOrgGbnCd=100000&strThisPage=1&strThmWrtNo=712&strThmAnsNo=A&strType=参照。民法改正案第39条の2の第1項も「法人ではない社団と財団については、主務官庁の認可又は登記を前提にした規定を除いては、本章の規定を準用する」と規定し、認可主義の採用が反映された。

害を被る点¹¹⁸⁷、(A-2)総有はゲルマンの前近代的制度であった点¹¹⁸⁸、(A-3)外国の立法例が存在しない点¹¹⁸⁹、(A-4)法人でない社団の代表的な形態である宗中と教会の場合、総有物によって発生した利益の分配(宗中の場合)、団体の分裂(教会の場合)などが実際に行われているにもかかわらず、3カ条の総有に関する規定のみでは解決できないため、裁判規範としての機能を失った点¹¹⁹⁰、(A-5)多様な法人でない社団の存在に対して総有に関する3カ条の規定は、簡単すぎる点¹¹⁹¹、(A-6)共同所有規定すべてを考慮すると不整合的である点¹¹⁹²などが主張されている。このような議論が反映され、2013年法務部改正委員会から次のような改正試案が提示された。

改正試案第39条の2 [新設]

(1)法人ではない社団と財団については、主務官庁の認可又は登記を前提にした規定を除いては、本章の規定を準用する。

(2)不動産に関する代表者の処分権の制限は、登記しない場合、第三者に対抗しない。

(3)法人ではない社団の財産は、相当な理由があるときは、定款又は社員総会の決議によって社員に分配することができる。

(4)法人ではない社団が解散する場合、定款で残余財産の帰属権利者を指定せず、又はこれ

¹¹⁸⁷ 大判2009. 2. 12. 2006ダ23312を通じて教会の代表者が権限なしに行った教会財産の処分行為について民法126条の表見代理に関する規定が準用されないと判示し、取引の相手は法人でない社団に準用される35条を援用し、法人に対する不法行為による損害賠償を請求できるが、過失相殺が適用される場合、十分な賠償を受けられないと言う。鄭炳浩「法人ではない社団の財産関係の規律改善に関する研究」法務部研究課題報告書(2012年)56頁参照。

¹¹⁸⁸ 郭潤直『物権法』(博英社、2000年)289頁、金大貞「総有関連規定の改正に関する研究」法務部研究課題報告書(2011年)71-72頁。

¹¹⁸⁹ 金基善『韓国物権法』(法元社、1990年)248-249頁。

¹¹⁹⁰ 全京暲「韓国の民法上、総有に関する一考察」土地法学26-1号(2010年)164頁以下は、教会分裂の際の財産紛争に関する従来の大判[全員合議体]2006. 4. 20.2004ダ37775をみると、総有規定は裁判規範としての機能を喪失したという。

¹¹⁹¹ 金容漢『物権法論』(博英社、1993年)321頁。

¹¹⁹² 金相容『民法総則』(HwaSan-media、2009年)397頁、全京暲(注1190)167頁。

を指定する方法を定めないときは、理事または清算人は社員総会の決議によって社団の目的に類似した目的のためにその財産を処分できる。第3項は解散の場合にも準用する。

(5)営利を目的とする法人ではない社団の財産と社団の債務を完済できないときは、各社員は、連帯して弁済する責任がある。

(6)第5項の財産に対する強制執行が効を奏しなかったときにも各社員は、連帯して弁済する責任がある。

(7)第6項の規定は、社員が法人ではない社団に弁済の資力があり、執行が容易なことを証明したときには適用しない。

第275条以下の総有に関する規定

[廃止]

これに対して、総有規定存置論は、(B-1)総有制度自体は近代的産物である点¹¹⁹³、(B-2)総有に関する規定の削除及び第39条の2の新設は、法人でない社団の単独所有を認める結果になり、これも由来のない立法である点¹¹⁹⁴、(B-3)法人と非法人の差がなくなるため、法人の自由設立主義を正面から認める結果、社団があえて法人設立をする必要がなくなり、法人制度が衰退して設立登記を前提として法人に課せられる各種の義務を回避しようとする現象が発生しかねない点¹¹⁹⁵、(B-4)共同所有の三類型化は立法的に優秀な産物であ

¹¹⁹³ 任相赫「法人ではない社団の民事法上の地位に関する考察-総有規定をめぐった民法改正論議と関連して-」ソウル大学校法学54巻3号(2013年)198頁は、社会的基底が大きく変化したことにも欧米の生活関係を規律していたことに由来する多くの法学の概念が現在まで流用した法律的な道具に利用されるのはそれらが普遍妥当性を獲得したためであり、見直すべきものは、今日、韓国法体系に合理的な規律の根拠を持っているのかにあることで、法人でない社団がドイツの前近代的団体と類似性を持つためではないと批判した。鄭鐘休「ドイツと日本の総有理論史」法史学研究14号韓国法史学会(1993年)参照。

¹¹⁹⁴ 「2011年民法改正委員会第2分科2011.12.28.会議」で総有制度を廃止すべきかについては、総有に関する規定がある状況でその規定が完全に死文化されているのではない状況で敢えてその規定を削除していき、構成員らの意思に反して単独で所有を強要するというのは行き過ぎだという意見が表明された。鄭炳浩(注1187)45-46頁を参照。

¹¹⁹⁵ 任相赫「法人ではない社団の当事者能力と権利能力」民事法学39-1号(2007年)432頁、全

り¹¹⁹⁶、その規定に基づいて具体的な判例が集まって判例法理が形成されたとと言えるほど発展している点¹¹⁹⁷、(B-5)体系的に整合的な制度である点¹¹⁹⁸などが主張されている。

第三に、法人でない社団の権利能力の認定可否について、従来は、法人法定主義及び許可主義を採っている以上、法人でない社団の権利能力は否定すべきであるという見解¹¹⁹⁹が通説であり、(1)登記能力を認めている不動産登記法第26条について、韓国民法は、

京量(注1190)169-170頁。

¹¹⁹⁶ 金容漢(注1191)320頁以下は、「さらに高次元的な観点から見るとそれは結社の自由を前提とする経済社会における人的結合関係の多様性を予定したという意味で、むしろ近代的感覚を感じなければならない。」と主張し、人的結合関係の多様性に応じてその財産の帰属関係を合有や総有の概念で区分することに積極的に賛成する見解を取っている。

¹¹⁹⁷ 李英峻『物権法』(博英社、1996年)571頁。梁彰洙「共同所有:民法制定過程での議論とその後の評価を中心に」149頁は、果たして実務が、具体的な事件を解決したことにおける実質的に総有の法理を「大きく発展させて」いるかについては検証が必要だが、合有・総有の概念を認めたことが、理論的に優秀で実際の紛争の解決に有用であるとすれば、これを法律で規定したのは妥当だという。

¹¹⁹⁸ 任相燮(注1193)199-200頁は、民事訴訟法51条が当事者能力を民法の権利能力の規定に基づいてするようにし、特に法人でない社団に対して52条の例外規定を設けたのはそれが権利能力を持っていないことを前提とすると解釈するのが妥当なので民事法上体系整合的であるという。また、諸哲雄(注1184)14-15頁は、組合の場合、業務執行の方法で合有財産の処分は、民法272条にもかかわらず、第706条2項をまず適用するので、業務執行組合員が数人である場合、その過半数の決定で、合有財産を有効に処分でき、業務執行組合員が1人の場合には1人単独で業務執行をするので1人単独で合有財産を有効に処分できるために総有財産の場合、代表者による総有財産の処分も社員総会の決議がないという理由で無効となるものがその強い団体性を意味するという見解で共同所有に関する規定自体で矛盾を持ったことがないという。

¹¹⁹⁹ 郭潤直＝金載亨『民法講義 I』(博英社、2013年)127頁は、法人ではない社団に権利能力を認めることは、法律解釈の限界を超え、実定法規を無視することとして許されないという。同旨として、李英峻『韓国民法論』(博英社、2005年)801頁、金曾漢＝金學東(注1185)165-166頁。また、金相容(注1192)267-269頁は、法人でない社団は「権利能力を有しないもの」と定義しながらも「場合によっては法人でない社団に権利能力が認められる場合がある。」とし、不動産登記法上の登記能力、訴訟法上、当事者能力、特別法上の権利主体性の認定について叙

不動産物権変動において登記を効力要件として定めている以上、法人でない団体の不動産をその団体の名義で登記する必要がある点¹²⁰⁰、(2)民事訴訟法第52条で、法人でない団体の当事者能力を認めるのは、構成員の加入と脱退と関係なく維持される団体に対して、その構成員を一人一人記載して訴訟を遂行させ、彼らの増減がある度に変更の手続きを踏ませる場合、非常に面倒なだけでなく、それによって訴訟自体が不可能になりかねないためであり、当事者能力とは、訴訟遂行のための訴訟法上の資格である点¹²⁰¹、税法上収税対象になるのは(国税基本法第13条など)、利便性のために租税能力を認めた点¹²⁰²などが主張されていた。

近時は、不動産登記能力を認めた規定(不動産登記法第26条)、訴訟及び執行当事者能力を認めた規定(民事訴訟法第52条)、その他の租税能力を認めた税法上の規定(国税基本法第13条)などの実定法に基づいて法人でない団体の権利能力を肯定する見解¹²⁰³が有力説である。判例は、法人でない団体の当事者能力を認める民事訴訟法第52条の趣旨について、「民事訴訟法52条が法人でない団体の当事者能力を認めるのは、法人でなくても団体としての実体を備えて、その代表者又は管理人を通じて社会的な活動や取引を行うとき解決するようにするためである」と¹²⁰⁴判示している。

法人でない団体の名称についても、従来は、主に「権利能力なき団体」¹²⁰⁵と呼ばれたが、近時は、権利能力の認定可否に関する議論とともに、学者によって「法人でない団体

述する。

¹²⁰⁰ 法制処「不動産登記法の制定/改正の理由」、任相赫(注1195)423-425頁。しかし、現在韓国では不動産に関する所有権とその他の物権を実体的権利関係と一致するように実権利者の名義で登記することで、不動産登記制度を悪用した投機、脱税、違法行為など反社会的行為を防止しようと『不動産実権利者名義の登記に関する法律』を制定して施行している。この法律によると、名義信託は原則的に禁止されるが、例外規定によって法人でない団体に該当する主要団体である宗中、宗教団体の場合、団体の名義ではなく、名義信託によっても登記することができる。

¹²⁰¹ 任相赫(注1195)434頁。

¹²⁰² 任相赫(注1195)435頁。

¹²⁰³ 洪日杓(注1185)513-515頁、南基潤「私法上法人概念の新たな構成-新しい法人理論の提案-」JUSTICE70号(2002年)201頁、姜台星「いわゆる総有に対する批判的検討」民事法研究15巻1号(2007年)83-85頁、南孝淳(注1184)16-21頁参照。

¹²⁰⁴ 大判1999. 4. 23. 99ダ4504; 大判2007. 11. 16. 2006ダ41297; 大判2009. 1. 30. 2006ダ6090 8等。

¹²⁰⁵ 李英峻(注1197)801頁、金曾漢=金學東(注1185)165頁、金相容(注1192)267頁、郭潤直=金載亨(注1199)162頁を参照。

又は、法人ではない社団¹²⁰⁶、「非登記社団又は設立登記なき社団」¹²⁰⁷などと呼ばれている。一方、実定法は、「法人ではない社団(民法第275条、民事訴訟法第52条、不動産登記法第26条など)」、又は、「法人格なき社団(国税基本法第13条1項、法人税法第1条2号、所得税法第2条3項、地方税法第75条など)」と規定している。判例は、「法人ではない社団については、社団法人に関する民法規定のうち法人格を前提とするのを除いて、それを類推適用すべきである」と判示しながら¹²⁰⁸、概ね「法人ではない社団¹²⁰⁹」又は「法人でない社団¹²¹⁰」と使用している。

2. 検討

まず、認可主義への改正について、法人設立について国家付与主義について再検討すべき部分があると考えられる。現代の民主主義的社会では団体設立の自由は当然に保障されるべきであり、それを制限する政策的目的及びそれを目標とした制度について全面的な修

¹²⁰⁶ この用語を使う学説においても、権利能力を認めず、「権利能力と法人格は同じ意味で用い、権利能力とは、権利義務の帰属主体となることができる完全かつ混一された能力を意味するのであって、部分的又は制限的な能力を意味するものではないが、そのような権利能力の概念を区別して説明するのは容易ではないため、非法人社団又は法人でない社団と命名する見解として宋鎬洪「民法上の法人ではない団体に関する立法論研究」法学研究39巻全北大学校法学研究所(2013年)16頁がある。一方、最も主要な民事法の民法と民事訴訟法で、法人ではない社団と規律するため、この用語を使うのが無難という見解として、任相燮(注1194)190頁及び朴燦柱「法人ではない社団及び財団に対する新たな理解」法学研究48巻1号釜山大学校法学研究所(2007年)819-820頁などがある。

¹²⁰⁷ K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, S. 561は、立法者は、すでに当事者能力・強制執行能力・破産能力などを通じて制限された権利主体性を承認したのであり、法人格ではない社団の概念としてさらに適合するのは「設立登記ない社団」という。また、南孝淳(注1184)26-27頁は、法人ではない社団についても、不動産の所有などの権利能力が付与されるので、このような範囲で法人格が認められるために法人設立登記を備えていない社団という表現がより正確とし、設立登記ない社団と称する。さらに、金教昌「非登記社団法人は法人でない社団がない」ジャスティス通巻140号(2014年)91-110頁は、最初から法人でない社団を非登記社団法人・登記社団法人と分けて他のカテゴリに分類している。任相燮(注1193)190頁、朴燦柱(注1206)819-820頁も参照。

¹²⁰⁸ 大判1996. 9. 6. 94ダ18522; 大判1997. 1. 24. 96ダ39721; 大判2011. 4. 28. 2008ダ15438等。

¹²⁰⁹ 大判2012. 10. 25. 2010ダ75723等。

¹²¹⁰ 大判2012. 10. 25. 2010ダ75723等。

正が行われてきた。その一環として、法人設立に関する諸主義の緩和も必要であると考えられる。認可主義を採るにも、一定の法定要件を定めるのが望ましい。

また、総有規定の廃止と存置の議論について、韓国民法の制定以後、総有規定に基づいた法人でない社団に関する学説の議論及び、判例によって集積された法理は、3カ条しかない総有規定を補完してきた。宗中、教会、寺などの多くの団体は、法人でない社団の典型例になっており、それが総有規定の適用を受けることも確立された法理である。

さらに、外国の立法例については、上記の史的展開で見たように、日本で明文の規定はないが、総有の概念は日本の学説から発展したものであり¹²¹¹、最高裁も権利能力なき社団の財産について構成員の総有であると判示している¹²¹²。

これに対する総有規定の存置論と廃止論の共通点を導出すれば、第一に、法人でない社団と取引した第三者も法人と取引した第三者と同様に保護しようとする点が挙げられる。第二に、現行の総有に関する3カ条の規定のみでは、現実社会の多くの法人でない社団を規律するには足りないという点が挙げられる。特に、法人でない社団に関する実務において、処分権限のない法人でない社団の代表者の総有財産の処分問題、総有財産の分配問題、教会の分裂問題などが問題になっていることに対して、追加的な規律が必要である。これに対して、民法の制定当時の立法者たちも、この規定のみで全ての問題を解決しようとする意図ではなかった¹²¹³と思われる。

¹²¹¹ 法人でない社団の総有説、合有説、信託説などの理論が展開されている。齊藤和夫『民法I』(中央経済社、2007年)163頁、佐久間毅『民法の基礎1』(有斐閣、2008年)379頁、末弘巖太郎、石田文次郎、近藤英吉、來栖三郎などの議論を経て、我妻栄の共同所有に関する人的結合形態による三類型論に展開された。山田誠一「団体、共同所有および共同債権関係」星野英一編『民法講座別巻I』(有斐閣、1990年)304頁以下参照。

¹²¹² 法人でない社団の社員の共有持分権と分割請求権の当然の成立を否定して、社団の財産に対する持分権、分割請求権、解散時の残余財産分配請求権も持っていないという判決を下したものがあつた。最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁、最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁、最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁など。対外的に形成された法律関係について、代表者が団体の名前で法律行為をした場合、社員全員が総有的な権利・義務を持つようになるという判例として最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁参照。

¹²¹³ 尹喆洪(注801)287頁。一方、梁彰洙「共同所有:民法制定過程での議論とその後の評価を中

韓国民法における共同所有に関する三類型の規定は、人的結合の強度によって分けている点、法人自由設立主義を採らない以上、単独所有ではない法人でない社団及び総有にあたる団体は絶えず生じる点、このような法人でない社団とその所有形態について基本的な根拠を提供する例示的规定としての機能を担当している点¹²¹⁴などを考えると、総有規定を一括して削除し、社団法人の規定を準用することよりも、総有規定を補完しながら¹²¹⁵独自の法制度を維持することが妥当であると考えられる。

また、法人でない社団に関する定義規定を民法総則の編に定めて、取引の主体性としての地位を認めるのが望ましいと考えられる。このような構成は、従来に解されてきた総有は法人でない社団自体の権利能力を否定し、各構成員の共同所有に過ぎないという理解に起因していると考えられる。しかし、本来総有の理論的母体であるGierkeの理論を検討すると、人的団体(personrechtlich Gemeinschaft)の権利能力は、法的人格の取得とは関係なく認められていた¹²¹⁶ことに注目する必要がある。この人的団体が一定の組織と法的規範によって法的人格の承認があれば、社団体(Körperschaft)になると同時に団体人(Verbandsperson)として理解したのは、法人格国家付与主義(Konzessionssystem)を前提とする法人(juristische Person)制度下では、理解しがたい構成であるが、法人制度に根本的に異質な「総有」という制度を採っている以上、この構成の理解が行わなければならない。

すなわち、法人でない社団に権利能力を認めることが、法人格を認めることとは異なる点、ドイツの場合、組合の権利能力を認めながらも合手原理が排除されなかった点を考

心に」142頁は、総有規定に対して、単なる「民法の装飾物」と批判しながらも法人でない社団の所有形態を総有と規定する根拠条文を民法275条以下の規定とする感情自体が、総有規定の存在を民法の理解と解釈・適用に意味があると考えかねないだけでなく、たとえその規定が不十分で、不明確だとしても、これを十分かつ明確な内容を備えるように展開またはずつと形成(Fortbildung)して行くことができる実定法上の基礎を築いたものであると評価する。

¹²¹⁴ 尹喆洪(注801)287頁。

¹²¹⁵ 諸哲雄の改正試案は、現行民法275条を維持しながら第3項を追加し、「代表が定款その他の総会の議決なしに集合体を代表して総有物を管理及び処分した場合、第59条2項を準用する」と規定して、追加的に第276条の2を新設して「法人でない社団の分裂」について規定を置くことを提案する。鄭炳浩(注1187)41-44頁参照。

¹²¹⁶ Gierke, DPR1, S. 678ff; Madeleine Tolani, a.a.O., S. 46f.

慮すると、法人でない社団の権利主体性を認めながらも、法人ではないことによって起因する空白を規律するための総有規定を設けることは両立することも可能であると考えられる。

この問題とともに、名称についても、権利能力と法人格を同一視することを意味する「権利能力なき社団」よりは、判例と法律規定によって呼ばれる「法人でない社団」あるいは「非法人社団」と表記するのが簡明であると考えられる。

VI 小括

韓国民法において、共有規定に関する議論は、合有及び総有規定のそれより少なかった。規定の大部分が日本民法と同様で、解釈においても、改正においても非常に大きな影響を受けていた。ただし、その中で、共有者間の債権に関する日本民法第254条、第259条及び入会権に関する規定は制定当時から削除された。その理由は、基本的に物権法に共有者間の債権関係に関する規定を置かない方針で、特定承継人に効力が及ぶ第254条は韓国民法には認められない担保物権のように理解されたからである。第259条の削除理由は述べていないが、共有関係の団体的保護の程度の問題であると思われる。

つまり、韓国民法は、共同所有の三類型を規定していたので、共有は個人性が強い所有権に近い取り扱いをし、合有には持分処分の禁止、分割請求の禁止などの拘束を、総有には、より強い団体性を付与して、より厳格に区分するためであったと思われる。

合有については、組合がその適用対象になるため、物権編の規定と債権編の規定の現状として衝突していることが議論された。しかし、この衝突は、規定の問題ではなく、物権的關係と組合員の内部的関係を混同したことに起因すると思われる。

韓国不動産登記法には、組合自体の登記に関する規定自体はないが、合有を登記することが可能である。したがって、組合契約によらず、不動産の合有登記による合有関係も生じ得る。このような合有の登記によって、組合は日本のような共有物分割禁止の特約の登記ではなく、合意によって無制限的に合有物の分割を禁止することができる。

韓国民法において、制定当時から総有に関する議論があり、物権編第275条以下で法人でない社団の財産を全構成員の総有に属することを明文で定めた。そして、制定後から総有規定の廃止が論じられているが、法人制度を採っている以上生じる法人でない社団に関する規律は必要であり、総有に関する判例法理も多数集積されている。ただ、3カ条のみ

で規律が足りないことについては廃止論も存置論も同意するため、現行規定を維持しつつ、問題になる規律不備は補完することが望ましいと考えられる。また、ドイツ・日本では、法人でない社団の登記能力については、明文の規定がなく、韓国では、法人でない社団の名前で登記することができる(不動産登記法第26条)と規定している¹²¹⁷。

しかし、不動産実権利者名義の登記に関する法律(以下、不動産実名法)が施行され、同法第8条¹²¹⁸の例外規定によって、法人でない社団である宗中及び宗教団体¹²¹⁹は名義信託が許容されている。これは、紛争が多い団体についてのみ特例を認めているものと思われ、総有に関する規定の整備後、削除すべきであると考えられる。

要するに、ドイツと日本の場合、社団法人設立について、準則主義を採っている一方、韓国はまだ認可主義への改正もとどまっているのである。法人設立主義として準則主義を採っている国は、非法人と法人の境界が漸次に弱くなり、許可主義又は認可主義を採っている国は、まだ法人格を有しない団体のための規律が必要であろう。

Gierkeの団体人の概念は採らず、総有の概念のみを採用している日本と韓国の状況は、確かに法人制度の中では異質的なものであると解することもできる。しかし、ローマ法的法人及び共有制度のみでは規律できない様々な団体とその所有形態について、総有という概念を借用して立法的な空白を補完してきたことも民法学の一成果であると評価すべきであると考えられる。

時代の変化による団体の形態及び特徴の変化は、ゲルマン社会の団体であった

¹²¹⁷ 制定理由は、民法上共同所有形態の一つとして総有を認めているため、宗中・門中その他の法人でない社団又は財団の不動産をその団体の名義で登記することができる」と述べている。

¹²¹⁸ 不動産実名法第8条[宗中、配偶者及び宗教団体に対する特例]によって、(1)宗中が保有した不動産に関する物権を宗中(宗中とその代表者を一緒に表示して登記した場合を含む)外の者の名義で登記した場合、(2)配偶者の名義で不動産に関する物権を登記した場合、(3)宗教団体の名義でその傘下組織が保有した不動産に関する物権を登記した場合の一つに該当する場合には、租税捕脱、強制執行の免脱又は法令上制限の回避を目的としてない場合には、その名義信託は、無効とならず、義務違反による効力を受けないことになる。

¹²¹⁹ 2013年7月12日に施行された不動産実名法第8条3号の制定理由は、「宗教団体の場合、所属宗教団体の名義で登記がなされることが一般であり、各宗教団体の傘下組織が取得した不動産も所属宗教団体の名義で登記をしている現実を考慮して、宗教団体の傘下組織が所属宗教団体の名義でその財産を登記することができるように特例を認めることである」と述べられている。

Genossenschaftの様々な類型が消えて、多様な組合、会社、共同体が生成されたように、いつも収斂・拡張していると思われる。これに対して今日できるのは、一つの概念が変容されて使われている原因を把握すること、それが社会一般的な概念になった場合にはそれを認め、制度として法的安定性を付与することであると考えられる。そして、総有について旧時代的概念の借用であるという批判よりも、団体について統制の目的を持って法人格国家付与主義を採っていた本質的な構造を修正することが優先されるべきであると思われる。

結章 まとめ及び今後の課題

第一節 まとめ

ドイツ民法における共同所有制度の意義は、大きく以下の三点で説明することができる。第一は、ローマ法上認められてきた「共同(*comunio*)」と「法人(*universitas*)」という個人主義的所有の概念を、「団体(*Genossenschaft*)」という合手的共同体の総体的共同所有の概念に拡張した点である。第二は、ローマ式編纂(*Institutionenmethode*)を廃止し、ドイツ式編纂方法(*Pandektenmethode*)の導入を通じて、団体財産の共同所有の客体を「権利」と「物」に区分しようと試みた点である。第三は、法人制度の導入を通じて、「法人」という団体を法的権利義務の主体として認めた点である。

しかし、第一点について、民法上の団体の概念として、「合手的共同体(*Gesamthandsgemeinschaft*)」の存在は認めたが、その前提になる「総体的所有(*Gesamteigentum*)」の概念は反映されなかった。つまり、ドイツのパンデクテン体系上、合手的共同体の概念は各団体の規定中に導入されたが、物権法上、共同所有の概念は依然としてローマ法的な共有概念である「共有(*Miteigentum*)」という単一の種類にとどまったのである。これは、合手の本質が団体の総所有(*Gesamteigentum*)から始まったという理解が不足していたため、合手的原理の適用を受ける団体の財産を物権法に置くべき必要性が認識されなかったからであると考えられる。この理由は、第二点で見つけることができる。

制定当時のドイツ民法の起草者はパンデクテン体系によって、厳格な客体の区分をしようと思っていた。そして、共同所有の客体も、物である場合と権利である場合が厳格に分けられるため¹²²⁰、その客体を「権利」と設定して適用範囲を拡張したと考えられる。

第三点に対して、法人理論の導入を通じて、法人という団体を権利主体として認めたことの裏側には、法人格に対する国家付与システムを通じて登録しない団体の権利主体性は否定してきた。特に、民法上営利を目的としない社団の活動を統制しようとした政策的目的があったことは周知の事実である。このような社団は、組合に関する規定の適用を受けられるようにして、営利を目的とする商社組合に対しては特別法上その権利主体性を認めて

¹²²⁰ Gierkeもこのような区分の厳格性について批判した。Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, 3. Aufl. 1951, Mohr Siebeck, S. 695.

きた。このような政策的目的は、ドイツ基本法に基づいて批判され、実質的に社団に対する「権利能力」は国家によって与えられる「法人格」とは、別個の問題として理解され始める。このような脈絡で、商社組合でなく、民法上の組合に対する権利能力も否定されてきたが、2001年の判例及び民法第21条の導入によって、組合も権利能力の主体として理解されるようになった。

実は、このような「権利能力」は、「財産能力」と同一視されるものであった。これはドイツ民法の制定過程で明らかになっている。独自の権利能力を有する団体は、独自の財産能力を有する。つまり、合手的共同体の権利能力が認められた場合に、その共同体の財産能力も付与する法律的補完が必要である。現在、組合及び法人でない社団の権利能力に関する理解については通説・判例共に一致しているが、その権利能力の認定に伴う後継的な問題として、独自の財産能力又は不動産登記能力について活発に議論されている。

日本民法における共同所有制度の意義を大きく以下の二点で説明することができる。

第一に、民法制定当時に導入されたドイツ式パンデクテン体系と似ているが、編別構成が異なるザクセン式編纂方式を採択した点である。このパンデクテン体系の導入過程で、起草者は、共同所有が所有権の一類型である点に着眼し、所有権の章に民法の全般に散在していた共同所有の一般的な特徴を集めて物権編に一般規定化したのである。

第二に、ドイツ式パンデクテン体系の批判的要素であった債権と物権の区別の厳格性が緩和された点である。この点は、起草者が財産権においては、当事者間の合意による任意規定的性質を考慮していた点で特徴的である。そのような考慮の結果として、物権編に共有者間の内部関係に関する一般的な規律を置いて、章の最後には準共有に関する規定を設けて、「所有権以外の財産権」でその客体を拡張した。

しかし、第一点に対して、共同相続団体及び入会団体における共同所有(合有的・総有的)要素も全て物権編の共有規定に含まれることによって、この物権編の共有規定は、厳格な意味での個人主義的共有の要素のみを有しないことになったと考えられる。当時の起草者は、徹底的に共有主義を貫徹したと理解していたが、立法の理由書で明らかになっている参考立法例としてドイツ民法第二草案があり、その核心的内容である合手原理が導入された内容も日本民法の共有規定で発見することができる。このような点は、財産の帰属関係を共有と規定している各論的な団体、特に組合と共同相続団体、入会団体の財産問題において、例外規定又は例外的な判例が適用されて、物権法上の一般共有規定は統一

的又は原則的な基準として適用されない結果につながる。

第二点に対して、物と債権の区別の緩和を規定している準共有規定は、活用されているのかという疑問が生じる。物権編であえて所有権ではない財産の場合まで適用対象を拡張して規定を置いているのは、客体が物ではない場合にもこの物権編の共有規定を準用することを前提にしているからである。

しかし、組合財産及び共同相続財産は「共有」であると定められているにもかかわらず、組合に関する債権編の規定、共同相続に関する相続編の規定が特別規定として優先適用されるという考え方が一般的で、従来の判決又は学説は、組合財産及び共同相続財産が債権である場合、債権編の多数当事者の債権債務関係を適用してきた。

その原因の一つは、準共有に関する第264条が、「法令に特別の定めがあるとき」を予定しているためであると考えられる。ただし、この「法令に特別の定めがあるとき」とは、特別法優先適用の原則を意味するものであり、民法内部での債権法優先適用の原則を意味することではないと考えられる。民法内部での優劣関係には、物権法優先適用の原則が適用されるのではないか。最近、日本の最高裁判所は、共同相続された預金債権の帰属形態を「準共有」と判示した。この準共有である預金債権を、共有物で見るとか、共有持分で見るとかによって異なる結果の問題は別として、物権法優先適用の原則によって準共有規定を適用するように判示したことは妥当であると考えられる。

韓国民法における共同所有制度の意義を大きく以下の二点で説明することができる。

第一に、ドイツと日本で、学説として議論された共同所有の形態を物権編で合有と総有として立法化したことである。

第二に、その実体法に合わせて、合有登記及び法人でない社団の登記ができるように不動産登記方法を備えたことである。これは、多様な共同所有形態を認め、それに対する取引相手方も保護するための立法であると解される。

第一点に対して、絶えず総有制度の廃止論が提起されている。しかし、韓国民法が団体の法人格を国家機関の許可によるように規定している以上、単独所有ではない法人でない社団の財産の帰属形態はどのように規律するかを考える必要があると思われる。

第二点に対して、法人でない社団の名前で登記が可能であることにもかかわらず、従来から代表者1人の名義で登記されていることに起因して、その不動産を譲渡した場合において、その効力に対する争いが多かった。韓国では、「不動産実権利者名義登記に関す

る法律」が施行され、不動産名義信託を基本的に禁止しているが、夫婦財産、宗中財産、宗教団体財産に対しては例外を適用して、名義信託を許容している。これは、法人でない社団名義の不動産登記ができるとした立法趣旨を没却させることであり、総有団体を他の団体及び自然人より優遇する結果になるため、不動産実名法の例外規定は、削除されるべきであると考えられる。

このような三国の団体と共同所有制度の比較・検討を通じて、日本民法への若干の提言を試みたい。

第一に、債権法上の団体の構成員間に関する規律と物権法上の共同所有財産に関する交錯の部分から問題生じる。ドイツ民法の場合、債務関係編で共同関係に関する基本的な規律を置きながら、対外的効力が必要な部分、例えば共有物の管理・保存のために生じた負担及び共有者間の合意が特定承継人に効力を有するためには登記をしなければならないという規定などを物権編の共有に関する規定及び登記法で定めている。反面、日本民法は共有の本質を所有権の一種として考え、物権編に全般的な規定を置きながらも、その客体が所有権以外の財産である場合に備えて準共有という概念を導入して客体の拡張性を図っている。この点は一步進んだ制度設計であると評価できるが、共有者間の内部的合意又は債権の負担、及び組合関係について公示する手続法上の補完方法を備えていない点で、善意・無過失の第三者の保護のために制度的補完が必要ではないかと考えられる。組合財産については韓国民法及び不動産登記法が参照になると考えられる。

第二に、共同所有の多様な類型化は、単なる講学上の概念論争でなく、民法制定当時の理解に留まらず学説及び判例によって変えてきた現代社会の実際的な所有形態として認めなければならないと考えられる。すなわち、日本民法制定で反映されなかった「合有」、「総有」という概念は、単にドイツ民法及び学説上認められていた概念を借用したのではなく、むしろドイツでも明確に定立されなかった「合手」という原理を物権的観点から接近して組合財産への制限を説明し、当時主流ではなかったゲルマン法学者らの総有理論を日本社会の重要な議論対象であった入会団体の集团的所有権に組み入れて説明したのである。その成果が一部現われたものが1930年代の満州民法であり、その議論を発展して反映したのが1960年代の韓国民法であると考えられる。ドイツにおける近時の共同関係の物権的規律、組合財産の物権的規律、登記能力に関する議論もこの時代的变化による新たな規律の必要性を意味すると考えられる。

第三に、3年後に施行される改正民法上の組合に関する規定が組合財産の団体的拘束性を強化しており、新たな法人制度(特に一般社団法人法)の制定以後10年が過ぎた現在においても権利能力なき社団の発生・存続し、それに関する規律欠陥の問題が絶えず提起されている。このような現状は、団体と共同所有制度に関する根本的な仕組みの再定立が必要であるという点に現れているのではないかと考えられる。

第二節 今後の課題

I 夫婦共同財産

ドイツにおける夫婦財産は、法定夫婦財産制としてBGB第1363条ないし1390条で附加利得共同関係(Zugewinngemeinschaft)¹²²¹を定めているが、この夫婦財産制の決定は、原則として夫婦間の契約により、別途の契約がない場合に法定財産制である附加利益共同制が補充的に適用される¹²²²。そして、BGB第1414条以下では夫婦契約(Ehevertrag)による夫婦別産制(Gütertrennung)及び財産共同関係(Gütergemeinschaft)に関する規定が置かれており、附加利得共同関係の修正された形態での契約も可能である¹²²³。

特に、ドイツにおいて合手的共同関係(Gesamthandsgemeinschaft)として、第1415条以下の財産共同関係(Gütergemeinschaft)が挙げられているが、実際的な活用は少ないと解されている¹²²⁴。この点は、財産共同関係(Gütergemeinschaft)の選択に伴う合手的拘束の必要性が減少したからであるのか、又は夫婦財産関係において契約の類型自体が融合化・多様化されたからであるのかという疑問が生じる。

一方、法定財産制である附加利得共同関係に関する規定においても、夫婦財産(Vermögen)の処分は他の配偶者の同意が必要であること(第1365条第1項)、その同意なしに

¹²²¹ 「Zugewinngemeinschaft」は、「剰余共同制」とも呼ばれる。鈴木禄弥訳・D. シュヴァーブ著『ドイツ家族法』(創文社、1986年)参照。

¹²²² 大法院司法政策研究院『財産分割の基準定立のための方案研究』(2016年)139頁。

¹²²³ 夫婦財産制の各制度及び融合形について詳しくは、有地亨「夫婦財産制に関する一考察」九州大学法政学会法政研究32巻(1966年)を参照。

¹²²⁴ 神谷遊訳・オリバー・フランツ・ケストラー著「ドイツにおける離婚の効果に関する合意」広島法科大学院論集3号(2007年)281頁は、その比率を1%未満で、今日ほとんど選択されることはないとする。

処分した場合、他の配偶者は第三者に対してその処分の無効を主張することができること(第1368条)などの特徴がある。財産(Vermögen)とは、物及び債権も含むため、債権の処分にも相手の同意を要するとする制限が加えられるのは、持分処分の自由がある一般的な共有及び共同関係(Miteigentum、Gemeinschaft nach Bruchteil)とは異なると考えられる。

日本の場合は、民法第755条以下で夫婦財産に関する別段の契約をしなかったときに法定財産制によると定めている。しかし、夫婦財産契約はほとんど締結されず法定財産制を中心に議論されていると言える¹²²⁵。特に、第762条第1項で夫婦別産主義を採り、同条第2項で「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定する」と規定している。これは純粋な別産制ではなく、いわゆる「潜在的共有制」と称されるべきものと解されている¹²²⁶。

韓国の場合も、民法第829条以下で夫婦が婚姻の成立前にその財産に関する別途の約定をしなかったときには法定財産制によることを定めており、第830条第1項で夫婦別産主義を採りながら同条第2項「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、夫婦の共有であると推定する」と規定している。これに対して、2001年から始めて行われた夫婦財産契約の登記内容を分析しながら、その契約の内容に関する法的規律の必要性などが論じられている¹²²⁷。

したがって、各国の夫婦共同財産に関する史的展開、現行規定及び具体的な裁判例・登記例などを分析し、法定財産制及び夫婦財産契約における共通の共同所有的原理及び特徴を導出することによって各々の示唆を提供することができると思われる。

II 相続共同財産

ドイツにおける相続共同財産は、相続共同関係(Erbengemeinschaft)に関するBGB第2032条ないし第2063条で定めている。この共同関係は、遺産客体及びそれへの持分の処分の制

¹²²⁵ 松久和彦「ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)―剰余共同制の限界と改正の動向―」立命館法学309号(2006年)263頁。

¹²²⁶ 山野目章夫「日本の法定夫婦財産制―別産制神話の検証―」西海真樹＝山野目章夫編『今日の家族をめぐる日仏の法的諸問題』(中央大学出版部、2000年)141頁以下、大村敦志「日本における家族財産法―配偶者と家族企業の地位について―」日仏法学会編『日本とフランスの家族観』(有斐閣、2003年)180頁以下を参照。

¹²²⁷ 全恵貞「登記例に現れた夫婦財産契約の内容」家族法研究20巻1号(2006年)249頁以下、朴賢晶「夫婦財産契約上の契約自由の原則」財産法研究32巻4号(2016年)179頁以下。

限(第2033条第2項)、共同相続人への先買権の付与(第2034条・第2035条)、債権の共同的履行請求(第2039条)、遺産債務者の相殺禁止(第2040条第2項)などの一般的な共同関係(Gemeinschaft)とは異なる合手的特性を有し、合手的共同関係(Gesamthandsgemeinschaft)の一類型として取り扱われている¹²²⁸。

ドイツ民法が共同相続財産を相続共同関係(Erbengemeinschaft)として団体的に規定していることに比べて、日本及び韓国民法は、相続編相続の効力の節で共同相続財産の帰属形態を「共有」と定めている(日本民法第898条、韓国民法第1006条)。これは、財産法的構成を採っているといえる。

日本民法は、昭和22年までは、第909条で「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる」と規定していた。これは、相続人一人が自己の相続分を譲渡した後でも共同相続人全員によって遺産分割が行われると、相続人一人の自己の相続分の譲渡は、本条によって相続開始の時に遡及して無権利者の処分になる結果になるため、構成員全員の同意がなければその財産を処分することができないことで、合有説の重要な根拠であった。ところが、昭和22年の改正によって、第909条但し書きで、「ただし、第三者の権利を害することはできない」という第三者の保護に関する内容が追加され、持分処分の自由が認められたと解する共有説の立場と、あくまで取引安全のための規定であり、但し書きに当たる第三者は善意でなければならないという合有説の立場が対立している¹²²⁹。

韓国民法も共同相続財産の帰属について共有と定めているため、日本のような共有説と合有説が対立している。一方、共有・合有・総有という三類型の共同所有形態を物権編に置いているにもかかわらず、組合財産の所有形態は合有に定めたことに比べ、共同相続財産は共有に定めた特別な理由を提示しがたいという問題意識¹²³⁰も挙げられている。

また、共同相続された財産が可分債権である場合、その債権の帰属について当然分割債権説が通説で、不可分債権説、準共有説、(準)合有説などが対立しているが、最近の日本最高裁判所は、従来の当然分割債権説の立場を変更し、「準共有」に属する旨を判示し

¹²²⁸ Hoeren, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S. 2250.

¹²²⁹ 合有説のような第三者の善意を要すると、通常の場合、第三者は登記簿を見て悪意となり、ただし書きが事実上死文化されてしまう点、条文の文理にも反する点などの問題が挙げられている。米倉明「銀行預金債権を中心としてみた可分債権の共同相続—当然分割帰属なのか」法学雑誌タートンヌマン6号(2002年)22頁、道垣内弘人「遺産分割の対象」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)356頁、前田陽一=本山敦=浦野由紀子『民法VI—親族・相続』第2版(有斐閣、2012年)296頁参照。

¹²³⁰ 尹喆洪(注910)84-85頁。

た¹²³¹。韓国においても、この場合当然分割債権説が通説・判例の態度であったが、近時には個々の共同所有財産が債権である場合、物権編の準共同所有に関する規定が適用されていない問題点を指摘する見解が登場した¹²³²。

このような議論について、各国の相続共同財産に関する史的展開、現行規定及び具体的な裁判例などを分析し、相続共同財産における共同所有に関する共通の原理及び特徴を導出することによって各々の示唆を提供することができると思われる。

III スイス民法との比較

本稿の史的展開で叙述したように、満州民法及び韓国民法の共同所有に関する規定に影響を及ぼしたスイス民法(Schweizerisches Zivilgesetzbuch；以下、ZGB)は、その編式はドイツ・日本・韓国民法とは異なる¹²³³が、基本的にドイツ民法の規定及び学説からの影響を受けたと解されている¹²³⁴。

ZGBは、物権編第一章所有権の一般規定として、共同的所有権(Gemeinschaftliche Eigentum)を置いて、その中で I . 共有(Miteigentum；Art.646ff)、II . 総有(Gesamteigentum；Art.652ff)を規定していることが特徴的である。特に、第652条以下の総有(Gesamteigentum)に関する規定は、次のようである。

ZGB Art. 652[1. Voraussetzung]

Haben mehrere Personen, die durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum, so sind sie Gesamteigentümer, und es geht das Recht eines jeden auf die ganze Sache.

多数人が法律の規定又は共同関係を成立する契約によって物の所有権を共同関係に属させる場合、各自は、その総有者になり、全ての物への権利を有する。

ZGB Art. 653[2. Wirkung]

1 Die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer richten sich nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsmäßige Gemeinschaft steht.

2 Besteht keine andere Vorschrift, so bedarf es zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur

¹²³¹ 最高裁大法廷平成28年12月19日決定。また、最判平成22年10月8日民集64巻7号1719頁も、定額郵便貯金債権が共同相続された場合、この債権は当然分割されない債権であることを確認すると同時にその債権の帰属を「準共有」と判示した。これについて詳しくは、拙稿「共同相続された定額郵便貯金債権の帰属に関する考察—最高裁判所平成22・10・8判決を中心に—」広島法学40巻1号(2016年)246頁以下を参照。

¹²³² 南孝淳(注1164)194頁以下を参照。

¹²³³ スイス民法(ZGB)は、人法(Das Personenrecht)、家族法(Das Familienrecht)、相続法(Das Erbrecht)、物権法(Das Sachenrecht)の総4編を置いて、債務関係については、第5編として民法統一原則による債務法(Obligationenrecht)という別途の規律を置いている。

¹²³⁴ その制定過程に関する詳しいのは、金相容「民法典制定の過程と特徴—ドイツ・フランス・スイス及び日本」漢陽大学校法学論集6巻(1989年)176頁以下を参照。また、スイス民法の構造に関する資料として、法務省民法(債権関係)部会資料49「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(21)」44頁以下を参照。

Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer.
3 Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen.

- (1)総有者の権利及び義務は、法律又は契約による共同関係下の規律によって定められる。
(2)他の規定がない限り、所有権の行使及び物に関する処分のためには、全ての総有者の全員一致の決議によることを要する。
(3)共同関係が存続する限り、分割の権利又は物の持分に関する処分は排除される。

ZGB Art. 654[3. Aufhebung]

- 1 Die Aufhebung erfolgt mit der Veräußerung der Sache oder dem Ende der Gemeinschaft.
2 Die Teilung geschieht, wo es nicht anders bestimmt ist, nach den Vorschriften über das Miteigentum.
(1)廃止は、物の譲渡又は共同関係の終了によって発生する。
(2)分割は、他の定めがない限り、共有に関する規定によって行われる。

このようなスイス民法の総有に関する規定及び登記法などを分析し、比較法的検討を行うことによってドイツ・日本・韓国民法のパンデクテン体系下で発生する構造上の不整合性などを問題について示唆を提供することができると思われる。

IV 区分所有法との関係

区分所有権は、共同所有の現代的形態として実質的に多くの問題が発生している領域として、民法上の共同所有規定とは密接な関係があるといえる。

本稿の第三章第三・四節に取り扱った共有者間の管理費債権についての議論以外にも、区分所有建物の共用部分の「共有」の性質、区分所有者団体及び管理団体の本質及びその財産帰属形態についても民法上の規定との比較・検討が必要であると思われる。

特に、主体間の結合の強弱によって共有、合有、総有に分類してきた従来通説は、区分所有における「共有」には適用しがたいという見解がある¹²³⁵。その根拠として、団体を形成する「意思」が存在する場合には、その団体的結合関係が財産帰属関係を規律するといえるが、その意思が存在しない場合であっても一定の目的をもっている狭義の共有関係があり得る点を挙げている¹²³⁶。

このような見解に対して、現代社会における無数に存在する団体の人的結合性の強弱によってその共同所有の類型を決めるには、団体結成の自由、団体構成員間の合意などを無視する結果になる可能性があるため、新たな基準の提示が必要であることには賛同する。

ただし、共同所有団体の形成において、果たして団体を形成する「意思」がなく(偶然によって)成立される団体として、共有物の管理共同体(例え、区分所有建物の共有部分の

¹²³⁵ 伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯』(成文堂、2011年)250頁以下を参照。

¹²³⁶ 伊藤栄寿(注1235)251頁を参照。

管理団体)を擬制することができるのかについては再検討が必要ではないかと思われる。なぜなら、区分所有関係が形成される一般的な場合、区分所有建物の建築の段階から各持分権を取得することを予定した建築組合が形成され、その組合によって新築された区分所有建物は、区分所有法の適用を受けることになる。そして、その一部を分譲された区分所有権者は、区分所有建物に予定されている団体的関係に入るという事実を十分に認識しているからである。すなわち、各区分所有者がその区分所有建物の共用部分(共有)に対する管理共同体を形成する「意思」を有していたか否かの問題ではなく、既に法律の規定によって成立されている区分所有関係及び共有関係に進入するか否かの問題ではないかと考えられる。

したがって、区分所有に伴う多様な関係の法律的構成¹²³⁷を団体的に解するか又は物的に解するかの問題について、本研究とともに詳しく比較・検討したい。

V 持分の本質及び用語の問題

ドイツ民法では、「Anteil」と「Bruchteil」という二つの概念が各共同所有の特徴によって使われている¹²³⁸。しかし日本・韓国民法では、その概念が「持分」という単一の概念と収斂され、持分の本質について絶えず議論されている。

その用語については、共有の場合は「持分」、合有の場合は「持分権」に区別する見解¹²³⁹、共有の場合にも「持分権」という見解¹²⁴⁰、後者の見解を前提に組合財産の場合、組合員は「包括的持分権」を有すると解する見解¹²⁴¹などがある。

¹²³⁷ 日本区分所有の法律構成及び区分所有法について詳しくは、稲本洋之助＝鎌野邦樹(注1059)4頁以下を参照。

¹²³⁸ 本稿第一章第二節制定史及び第二章二節を参照。

¹²³⁹ 我妻栄編『判例コンメンタールⅡ－物権法』285頁は、「結局、判例の立場を断ずることはできないというべきであり、いずれの立場をとっても、判例の導き出した結論には影響がないように思われる」と説明する。また、「共有持分とは、同一物の上に成立する他の所有権によって制限された所有権だと解するが、一個の所有権の分量的一部分だと解することになる。なを、「持分」という語で、書く共有者の制限された所有権、ないし部分的所有権の互に制限し合う、ないしは分属した割合を意味することもあることを注意すべきであろう」と述べている。我妻栄『民法講義Ⅱ－新訂物権法』(注208)317頁以下は、共同相続財産及び合有物について「持分権」という表現を使っている。

¹²⁴⁰ 千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦(注761)79頁以下を参照。

¹²⁴¹ さらに、伊藤栄寿「組合財産の共有」(注761)200頁は、「共有者の有する権利を「持分」とよぶか「持分権」と呼ぶかは、いわゆる単一説(分量説)をとるか、複数説(独立所有権説)をとるかによって変わってくるといわれる」と説明しながら「持分権」という用語で合有の持分を説明し、204頁では、組合財産全体に対する持分権について「包括的持分権」という表現を使っている。

上記及び本稿の各箇所でも取り扱ったように、「持分」の定義、表現、及び範囲は、各団体の特性、法律、国、学者によって異なる概念として解釈されている。このような解釈の不一致が共同所有の本質及び各類型(共有、合有、総有)の区分を不明確にする原因となると思われる。

したがって、各国の民・商法及び区分所有法などの各法律で使っている持分の意味及び範囲、その本質に関する議論を詳しく分析・検討し、合理的な基準の提示を試みたい。

VI 任意規定と強行規定の区分の問題

本稿第二章で検討したように、共同所有に関する規定の中で任意規定であるのか又は強行規定であるのかの問題が重要である。単に必要性を基準として分類すると、所有法的観点から対外的効果を有する規定は強行性を、団体的・契約的観点から対内的効果を有する規定は任意性を有するべきではないかと思われる。

ドイツ民法の場合、共同関係(Gemeinschaft)においては、共同の管理に関する第744条第2項(各共有者の保存行為)、持分及び共同関係の客体についての処分に関する第747条、廃止請求権に関する第749条、組合(Gesellschaft)においては、組合員権の非譲渡性に関する第717条前段、合手的拘束に関する第719条、差押債権者による告知に関する第725条、脱退における清算に関する第738条第1項1文(持分の弾力性)などが強行規定として解されている。

反面、日本民法及び韓国民法における共同所有に関する規定の中で、組合員の脱退に関する日本民法第678条、共有物の負担に関する韓国民法第266条第1項など、強行規定として解される場合は多くない。

この差異の理由として(1)ドイツ民法の共同所有関係は基本的に債権関係として取り扱われているため、債権関係の規定の中でも第三者に効力を及ぼす規定は強行規定として解されるのではないかという点、(2)日本民法の起草者は、ドイツ民法上のパンデクテン体系が債権と物権の区別の厳格にすることに対する批判を考慮してその厳格性を緩和し、財産権については基本的に当事者間の合意によるという任意規定的性格を前提にして制定したため、物権編の共有に関する規定の中でも任意規定的性格の条文として解されてきたのではないかという点を挙げたい。

しかし、法制史的な解釈以外に現行規定の解釈及び適用のためには、それぞれの規定の

趣旨及び判例・学説の分析・検討を行う必要があると思われる¹²⁴²。

¹²⁴² 最近、民法全般の強行法と任意法の区別及び体系との関係性に関する研究として椿寿夫編『民法における強行法・任意法』(日本評論社、2015年)参照。または、(区分所有建物における)共有関係についての強行規定的性質に関する問題意識が現れている研究として野田和裕「マンションの修繕積立金の一部を居住年数に応じて各区分所有者に返金する管理組合総会の決議の効力」私法判例リマークス55(2017年)10頁以下を参照。

資料編

[資料一] ドイツ民法部分草案における共有に関する規定

§210(TE-SachR)

Das Eigentum einer Sache kann mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen(Miteigentum). Das zufällig und nicht durch Erbgang entstandene Miteigentum regelt sich nach den Bestimmungen der §§211-220.

物の所有権は、多数人に共同に属することができる(共有)。偶然的及び相続によらず発生する共有は、第211条ないし220条の定めによって規律される。

§211(TE-SachR)

Die gemeinschaftliche Sache gehört den Miteigentümern nach Antheilen. Der Anteil des einzelnen bestimmt das Maß seiner Betheiligung an dem Werthe, dem Nutzen und den Lasten der gemeinschaftlichen Sache gegenüber den Genossen.

In Zweifel gilt Gleichheit der Antheile.

共同の物は、持分によって共有者らに属する。各自の持分は、構成員に対して共同の物の価値、用益及び負担へのその関与の程度を定める。

疑わしいときは、持分は同等とする。

§212(TE-SachR)

Zu der Uebertragung des Eigenthumsrechts an der gemeinschaftlichen Sache und zu der Begründung eines anderen Rechts an derselben ist die Einwilligung aller Miteigentümer erforderlich.

Ein solches Recht kann auch für einen Miteigentümer begründet werden; derselbe ist durch seine Eigenschaft als Erwerber des Rechts nicht behindert, bei dessen Einräumung oder Aufhebung mitzuwirken.

共同の物への所有権の譲渡及び共同の物への他の権利の設定に対して、すべての共有者の承諾が必須的である。

このような権利は、ある共有者のために設定されることができる；その共有者は、権利の取得者として、その移転又は廃止の協力において自己の身分によって妨害されない。

§213(TE-SachR)

Jeder Miteigentümer ist zu der Uebertragung seines Antheils und zu der Bestellung solch

er Rechte an demselben, deren Gegenstand ein Eigenthumsantheil nach dem Gesetze sein kann, selbständig befugt.

Ueber den Antheil an einem Grundstücke kann bei dem Grundbuche nur verfügt werden, wenn die Größe des Antheils in dem Grundbuche eingetragen ist. Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn einem der Miteigenthümer der Antheil eines Anderen übertragen wird.

各共有者は、法律によって客体が所有持分として存在し得る場合、自己の持分の譲渡及びある権利の委託をする当然の権限がある。

土地への持分について、土地登記簿に持分の大きさが記載されている場合にのみ、土地登記簿において処分することができる。この定めは、他の共有者の持分が共有者らに譲渡されるときには適用されない。

§214(TE-SachR)

Die Erwerbung des Antheil seines Miteigenthümers durch eine andere Person bestimmt sich nach den Vorschriften, welche für die Erwerbung des Eigenthums an der gemeinschaftlichen Sache maßgebend sind.

他の人による共有者の持分の取得は、共同の物への所有権の取得に関する規定によって定まる。

§215(TE-SachR)

Seines Antheils an einem Grundstücke kann ein Miteigenthümer sich nicht entäußern, ohne denselben einem Anderen zu übertragen.

共有者は、土地への自己の持分を他の共有者に譲渡せず、放棄することができない。

§216(TE-SachR)

Jeder Miteigenthümer hat den Anspruch auf Zulassung zum Mitbesitze und auf Anerkennung seines Antheilsrechts gegen jeden Inhaber und gegen jeden Mitbesitzer der Sache, welcher ihm das eine oder das andere streitig macht.

各共有者は、争いがあるとき、物の各所有者及び各共同占有者に対して、占有の許可及び自己の持分権の認諾のための請求権を有する。

§217(TE-SachR)

Jeder Miteigenthümer kann ohne Zuziehung der übrigen den Anspruch auf Herausgabe der

vorenthaltenen gemeinschaftlichen Sache an sämtliche Miteigentümer, die Freiheit der Sache von einem an derselben von Seiten eines Anderen beanspruchten Rechte, sowie die Ansprüche aus der Verletzung von Berechtigungen, welche mit dem Eigentumsrechte an dieser Sache verbunden sind-Nachbarrechte, Grunddienstbarkeiten, Realgewerbeberechtigungen und dergl. – durch Erhebung von Klagen und Einreden gelten machen.

Auf die ergehende Entscheidung kann jeder der übrigen Miteigentümer sich berufen. Um die Entscheidung auch gegen die übrigen Miteigentümer wirksam zu machen, ist der Gegner befugt, widerklagen auch gegen sie die Feststellung des ihm durch die Klage bestrittenen Rechts zu betreiben.

各共有者は、他の介入なしに、すべての共有者に属する共同の物の引渡しについての請求権を他人の側面から請求された権利に対して物の自由として、及び用益権、土地地役権、実営業権などに関連されている物への所有権として、権利の侵害に対する請求権を訴訟及び反訴によって主張することができる。

宣告された決定によって、各共有者は、他の共有者を証人に呼ぶことができる。他の共有者に対する決定も、効力が生じるため、相手は、争っている権利を履行する訴訟によってその確定に対しても反訴する権限がある。

§218(TE-SachR)

Die Ansprüche und Verbindlichkeiten der Miteigentümer untereinander sind auf der Grundlage des §211 Abs. 2 nach den Bestimmungen über die Schuldverhältnisses aus zufälliger Gemeinschaft zu beurtheilen.

共有者相互間の債務及び請求権は、偶然の共同関係に関する債務関係に関する定めである第211第2項の基準によって判断する。

§219(TE-SachR)

Jeder Miteigentümer kann behufs Aufhebung des Miteigentums durch Theilung verlangen, daß die gemeinschaftliche Sache öffentlich verkauft werde.

各共有者は、共同の物が共売される場合、共有の廃止のために分割により請求することができる。

§220(TE-SachR)

Die vertragsmäßige Ausschließung der Theilung ist weder bei, noch nach der Begründung

der Gemeinschaft auf länger als zwanzig Jahre zulässig. Eine hierüber hinausgehende Ausschließung verliert mit dem Ablauf von zwanzig Jahren die verbindliche Kraft.

Ein Theilungsausschluß ist auf die Dauer seiner Geltung auch für denjenigen verbindlich, welcher den Antheil eines Miteigenthümers oder ein Recht an demselben erwirbt. Bei Antheilen an Grundstücken findet jedoch der §25 auch auf diesen Fall Anwendung.

分割の協議排除は、共同関係の成立から20年以上は許されない。これに関する排除は、20年に達するとき、拘束力を喪失する。

分割排除は、ある者に対して有効の期間中、共有者の持分又は権利を取得することに対して拘束力がある。また、土地への持分においてもこの場合のための第25条を適用する。

§221(TE-SachR)

Die Bestimmungen der §§211-220 finden bei jeder Art der Eigenthumsgemeinschaft Anwendung, soweit nicht für die besondere Art der Gemeinschaft durch das Gesetz etwas anderes bestimmt, insbesondere der Umfang der Rechte und der Pflichten der Theilhaber nicht nach Antheilen an der einzelnen Sache bemessen, sondern von der inneren Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses abhängig gemacht ist.

第211条ないし第220条の定めは、別に定めた法律による共同関係の特別規定がない限り、所有共同関係の各規定にも適用する。特に、持分権者の権利及び義務の範囲は、共同関係の内部的規律がある限り、各物への持分によって分けない。

[資料-2] ドイツ民法第一草案における共有に関する規定

§946(EI)

Das Eigenthum kann mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen (Miteigenthum).

Gehört die Sache den Miteigenthümern nach Bruchtheilen, so gelten für das Miteigenthum neben den Vorschriften der §§756 bis 764a die Vorschriften der §§924 bis 928.

所有権は、多数人に共同で属することができる(共有)。

共有者の物は、持分によって属し、共有に関する第924条ないし第928条の規定は、第756条ないし第764a条とともに行われる。

§947(EI)

Ein Recht, durch welches die gemeinschaftliche Sache belastet wird, kann auch für einen Miteigentümer begründet werden.

共同の物に負担された権利は、共有者一人のためにも設定されることができる。

§948(EI)

Die Uebertragung und die Belastung des Antheiles eines Miteigentümers bestimmen sich nach den die Uebertragung des Eigenthums und die Belastung der gemeinschaftlichen Sache regelnden Vorschriften.

共有者の持分の負担及び譲渡は、共同の物の負担及び所有権の譲渡に関する規定を適用する。

§949(EI)

Bei einem im Miteigenthum stehenden Grundstücke kann der Antheil eines Miteigentümers zu Gunsten des Antheiles eines anderen Miteigentümers.

土地の共有において、ある共有者の持分は、他の共有者の持分のために存在し得る。

§950(EI)

Die Vorschriften der §§855, 856, 884, 885 in der Weise belastet werden, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen wird, jedoch unbeschadet der Bestimmungen des §760 Abs.2, 3.

不動産の共有において、ある共有者の持分は、他の共有者の持分のために、第760条第2・3項の定めと関係せず、その共同関係の廃止を請求する権利を排除する方法で、負担を設定することができる。

§951(EI)

Ein Miteigentümer hat gegen jeden Mitbesitzer sowie gegen den Besitzer und gegen den Inhaber der Sache den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes. Die Vorschriften der § 909 bis 922 finden auf den Eigenthumsanspruch des Miteigentümers entsprechende Anwendung.

共有者は、各共同占有者及び占有者並びに物の所有者に対して、共同占有の明渡しの請求権を有する。共有者の所有権的請求の場合には第909条ないし第922条の規定が準用される。

§827(EI)

Ist ein Recht als mehreren Personen gemeinschaftlich und ungetheilt zustehend in das Grundbuch eingetragen, so ist für dieselben Gemeinschaft nach Bruchtheilen, sowie Gleichheit der Bruchtheile als eingetragen anzusehen, sofern nicht aus dem Inhalte der Eintragung ein Anderes sich ergibt.

権利が多数人に共同で及び分割されず、不動産登記簿に属する場合、他の登記の内容がない限り、持分による共同関係及び持分の同等性をもって登記されたとみなす。

[資料一3] ドイツ民法第二草案における共有に関する規定

§920(EII) Miteigenthum 共有

Steht das Eigenthum an einer Sache mehreren Personen nach Bruchtheilen zu (Miteigenthum), so finden die §§678 bis 693 des Entw.

物への所有権が多数人に持分によって属する場合(共有)は、草案第678条ないし693条を適用する。

§921(EII) Belastung der Sache für einen Miteigenthümer 共有者のための物の負担

Eine gemeinschaftliche Sache kann auch zu Gunsten eines Miteigenthümers belastet werden.

Ist der Miteigenthümer eines Grundstücks zugleich Eigenthümer eines anderen Grundstücks, so kann das gemeinschaftliche Grundstück auch zu Gunsten des anderen Grundstücks, das andere Grundstücks auch zu Gunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks belastet werden.

共同の物は、共有者のために負担を設定することができる。

土地の共有者が、他の土地の所有者である場合、共同の土地は、他の土地のためにも、共同の土地のためにも負担を設定することができる。

§922(EII) Rechts-geschäftliche Regelung 法律行為の規律

Eine Vereinbarung der Miteigenthümer eines Grundstücks, durch die das Recht derselben, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf bestimmte Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt ist, wirkt gegen die Sondernachfolger nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. Die Vorschriften der §§685-687 bleiben unberührt.

共同関係の廃止を請求する権利を一時的に又は永久に排除し又は告知期間を定めた土地の共有者間の合意は、特定承継人に対しても、土地登記簿に登録した場合にのみ効力が

ある。第685条ないし第687条は、影響を受けない。

§923(EII) Schutz des Miteigentums 共有者の保護

Jeder Miteigentümer kann die dem Eigentümer zustehenden Ansprüche auf Herausgabe der Sache sowie auf Unterlassung oder Beseitigung einer Beeinträchtigung des Eigentums Dritten gegenüber in Ansehung der der ganzen Sache geltend machen, (den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des §374 des Entw. II).

各共有者は、第三者に対して、物の引渡し及び所有権の妨害の除去又は中止の所有者に属する請求権を主張することができる(引渡請求権は、第374条に適合するときのみ)。

[資料-4] ドイツ民法債務関係部分草案における共同関係に関する規定

§850(Dresd.E)

Stehen Vermögensgegenstände mehreren Personen gemeinschaftlich nach gedachten Theilen zu, ohne daß diese Gemeinschaft auf einem unter ihnen bestehenden Vertragsverhältnisse beruht, so hat jeder Theilhaber im Zweifel einen gleich Antheiles gebühren ihm die Früchte dieser Gegenstände; auch steht ihm der Gebrauch insoweit zu, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt wird.

多数の人が他の契約関係に基づいた共同関係でなければ、観念的な部分による財産客体を共同で有する場合、疑わしいときには、各持分権者はその客体の果実に対する同等の持分を有する；また、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、客体を使用する権利がある。

§851(Dresd.E)

Jeder Theilhaber ist verpflichtet, nach den Verhältnissen seines Antheiles an den gemeinschaftlichen Gegenständen die auf denselben haftenden Lasten, ingleichen die Kosten zu tragen, welche zur Erhaltung oder zur regelmäßigen Benutzung jener Gegenstände aufzuwenden sind.

Für den durch seine Verschuldung entstandenen Schaden haftet jeder Theilhaber wie ein Gesellschafter.

各持分権者は、共同の客体への自己の持分の関係によって、共同の客体の保存又は規則的利用の費用を同等に負う義務がある。

自己の責任によって生じた損害のために、各持分権者は、組合のように責任を負う。

§852(Dresd.E)

Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil an den gemeinschaftlichen Gegenständen frei verfügen. Zu einer Verfügung über einen gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen ist die Einwilligung aller Theilhaber erforderlich.

各持分権者は、共同の客体への自己の持分に関して、自由に処分することができる。共同の客体全体に関する処分は、持分権者全員の(事前)承諾が必須的である。

§853(Dresd.E)

Die Verwaltung der gemeinschaftlichen Gegenstände steht, wenn dieselbe nicht einem oder mehreren Theilhabern übertragen worden ist, allen Theilhabern gemeinschaftlich zu. Beschlüsse über die Art der Verwaltung können, insofern die letztere nur einem oder einzelnen Theilhabern anvertraut oder die Zweckbestimmung einzelner gemeinschaftlicher Gegenstände geändert werden soll, nur mit Einwilligung aller Theilhaber gefaßt werden. In anderen Fällen entscheidet die nach der Größe der Antheile der Abstimmenden zu bemessende Stimmenmehrheit und im Falle der Stimmgleichheit das Gericht.

Im Uebrigen finden die Vorschriften der Artikel 780, 783, 785, 787, 790 auf die Theilhaber einer Gemeinschaft analoge Anwendung.

共同の客体の管理は、一人又は多数の持分権者に譲渡されなかったとき、持分権者全員に共同で属する。管理の方法に関する決議は、一人又は持分権者へ委託されたとき、又は各共同の客体の目的指定が変更されなければならないときのみに関し、持分権者全員の承諾によってのみ行うことができる。他の場合に、持分の大きさによって投票の過半数得票を算定し、可否同数の場合には、裁判による。

以外には、共同関係の持分権者についての第780条、783条、785条、787条、790条の規定を類推適用する。

§854(Dresd.E)

Jeder Theilhaber kann die Theilung der gemeinschaftlichen Gegenstände verlangen, soweit nicht deren nothwendige Bestimmung der Theilung entgegensteht.

Eine Uebereinkunft, nach welcher dieses Recht ausgeschlossen sein soll, ist nur bis zu einer Dauer von zehn Jahren gültig, und verpflichtet die Erben nicht.

各持分権者は、分割の不可欠な決定に反しない限り、共同の客体の分割を請求すること

ができる。

このような権利が制限されなければならない決議は、10年間の持続までのみ効力があり、相続人は、義務を負わない。

§855(Dresd.E)

Läßt ein gemeinschaftlicher Gegenstand nach seiner Beschaffenheit ohne erhebliche Minderung seines Werthes eine Theilung in Natur nicht zu, oder kann aus mehreren gemeinschaftlichen Gegenständen nicht die erforderliche Anzahl gleich werthvoller Theile gebildet werden, so kann jeder Theilhaber verlangen, daß der gemeinschaftliche Gegenstand öffentlich versteigert und der Erlös daraus vertheilt werde.

共同の客体がその性質によって、価値の顕著な減少がなく、現物分割をすることができない、又は多数の共同の客体から同等の価値がある部分の必須的な数値が形成されることができない場合、各持分権者は、共同の客体の競売及び売却額を分配することを請求することができる。

Hat ein gemeinschaftlicher Gegenstand nur für die Theilhaber einen Werth oder ist dessen Veräußerung an Fremde verboten, so ist derselbe nur unter den Theilhaber zu versteigern. 持分権者のための共同の客体は、ある価値を有するとき又は他人への譲渡が禁止されるときには、持分権者の下でのみ競売することができる。

Verlangt kein Theilhaber die Versteigerung oder bleibt sie erfolglos, so ist die Theilung in der für sämtliche Theilhaber angemessensten Weise vorzunehmen, insbesondere kann der Gegenstand einem Theilhaber ausschließlich gegen Uebernahme der Verpflichtung, die übrigen Theilhaber zu entschädigen, zugetheilt werden. Diese Entschädigung kann auch in der Bestellung von Rechten an dem Theilungsgegenstande bestehen.

持分権者が、競売を請求しない又はその競売が失敗した場合、分割は、すべての持分権者のために適当な方法によって行われる。特に、客体は、ある持分権者に他の持分権者の損失を負う債務引受に対して排除されることができる。この損害賠償は、客体部分へ権利の要請にも存在することができる。

§856(Dresd.E)

Gemeinschaftliche Forderungen sind nach Verhältniß der Antheile der Theilhaber ohne Weiteres als getheilt zu betrachten; doch können zum Zwecke der Ausgleichung einem einzeln

en Theilhaber die Antheile der Uebrigen überwiesen werden.

共同の債権は、持分権者の持分の関係によって分割されたこととされる；また、ある持分権者に同等の目的のために他の持分権者の持分が移転されることができる。

§857(Dresd.E)

Gemeinschaftliche Urkunden, welche sich auf einen Gegenstand allein beziehen, sind, wenn der letztere einem Theilhaber ausschließlich oder zum größten Theile zugewiesen worden ist, diesem Theilhaber, im ersteren Falle ohne Weiteres, im letzteren Fall mit der Verpflichtung einzuhändigen, den übrigen Theilhabern auf ihre Kosten die Einsicht dieser Urkunden, sowie die Fertigung von Abschriften und Auszügen zu gestatten.

客体に関連する共同の書類が、ある持分権者に独店的に又は大部分が配布されたとき、その持分権者は、直ちに他の持分権者に、その書類の閲覧、写本及び概要の作成を許諾し、引き渡す義務を負う。

Gemeinschaftliche Urkunden anderer Art sind von dem Theilhaber aufzubewahren, welcher dazu nach dem Einverständniß der übrigen Theilhaber oder, in Ermangelung eines solchen, von der das Theilungsverfahren leitenden Behörde berufen ist.

他の種類の共同の書類は、持分権者が他の持分権者の承諾によって又はそれができない場合、主務官庁の分割手続によって保管する。

§858(Dresd.E)

Die Theilhaber haften sich gegenseitig für den Schaden, welcher einem von ihnen daraus entsteht, daß ein ihm zugetheilte Gegenstand aus einem schon vor der Theilung vorhandenen Grunde entwährt worden oder eine ihm zugetheilte Forderung darum uneinbringlich ist, weil sie rechtlich nicht begründet oder der Schuldner bereits zur Zeit der Ueberweisung zahlungsunfähig war.

持分権者は、分割する客体が事前に存在する原因によって分割できない場合、又は分割した債権が移転できない場合に生じた損害に対しては、法律上根拠がない場合又は債務者の支払い能力がない場合として、相互間に責任を負う。

Der Schaden trifft nach Verhältniß der Größe ihres Gemeinschaftsantheiles, alle Theilhaber mit Einschluß Desjenigen, welchem der entwährte Gegenstand oder die uneinbringliche Forderung zugetheilt worden ist. Ist ein Theilhaber zahlungsunfähig, so ist der hieraus entsteh

ende Verlust in demselben Verhältnisse von den Uebrigen zu tragen.

損害は、すべての持分権者が、分割された保存する客体又は分割できない債権を含めて、共同持分の大きさの割合によって算定する。ある持分権者が破産した場合、それによる損失は、他の持分権者の割合によって負担する。

§859(Dresd.E)

Ist bei der Theilung einer Gemeinschaft ein zu derselben gehöriger Gegenstand ungetheilt geblieben, so kann nur dessen nachträgliche Theilung noch verlangt werden. Ist aber bei der Theilung einer der Theilhaber unberücksichtigt geblieben, so kann dieser eine neue Theilung verlangen.

共同関係の分割において、分割に当たらない客体が残される場合、後で分割を請求することができる。ただし、この分割において、顧慮されなかった持分権者は、新たに分割を請求することができる。

§860(Dresd.E)

Ersatzansprüche, welche einem Theilhaber gegen die Uebrigen wegen von ihm auf die Gemeinschaft gemachter Verwendungen oder wegen erlittener Beschädigungen zustehen, können, sofern sie bei der Theilung nicht zur Ausgleichung gekommen sind, auch nach derselben gelten gemacht werden.

ある持分権者が共同の利用又は毀損によって他の持分権者に対して有する賠償請求権は、分割によって補償されなかった場合にも、それを主張することができる。

§861(Dresd.E)

Im Falle einer Grenzverwirrung kann jeder Betheiligte Ermittlung und Feststellung der Grenzen verlangen.

Können die alten Grenzen nicht ausgemittelt werden, so hat der Richter, wenn kein Betheiligter die von ihm behauptete Grenze zu beweisen vermag, das im Zweifel liegende Stück als einen gemeinschaftlichen Gegenstand zu behandeln und nach gleichen Theilen unter die Betheiligten zu vertheilen.

境界不確定の場合、各権利者は、その境界の調査及び確定を請求することができる。

裁判所が、権利者が主張した境界を証明しないとき、共同の客体として存在する部分を扱うこと及び権利者間に同等の部分によって分割することが疑わしい場合は、旧境界

は、平均化しないことができる。

[資料-5] ドイツ民法第一草案における共同関係に関する規定

§762(EI)

Steht ein Recht ungetheilt mehreren Personen gemeinschaftlich zu, so ist Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzunehmen, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt.

Gesteht Gemeinschaft nach Bruchtheilen, so finden die Vorschriften der §§763 bis 773 Anwendung.

一つの権利が多数人に共同で分割される場合、他の法律による定めがない限り、持分による共同関係とする。

§763(EI)

Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen kann nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Das letztere gilt auch von einer thatsächlichen Veränderung des Gegenstandes.

各持分権者は、共同の客体への自己の持分に関して処分することができる。共同の客体全体に関しては、すべての持分権者が共同でのみ処分することができる。後者は、客体の実際の変更にも適用する。

§764(EI)

In Zweifel ist anzunehmen, daß den Theilhabern an dem gemeinschaftlichen Gegenstande ein gleicher Antheil zusteht.

疑わしいときには、共同の客体への持分権者に同等の持分が属するとする。

§765(EI)

Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht allen Theilhabern nur gemeinschaftlich zu.

Jeder Theilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als dadurch der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt wird; von den Früchten des Gegenstandes gebührt ihm ein seinem Antheile an dem letzteren entsprechender Bruchtheil.

Es kann jedoch eine der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechende und das Recht eines Theilhabers auf den ihm gebührenden Antheil an den Nutzungen nicht verletzende Verwaltung und

Benutzung durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. Bei der Entscheidung, ob Stimmenmehrheit vorhanden sei, werden die Stimmen nach der Größe der Antheile gezählt.

共同の客体の管理は、すべての持分権者に共同でのみ属する。

各持分権者は、共同の客体の使用に対する権限があり、他の持分権者の共同使用によって侵害されない；客体の果実から、後者の応ずる持分への果実の持分を有する。

正式の家長に当たる注意及び用益への持分による持分権者の権利は、過半数得票に反する管理及び利用は、定められない。その定めにおいて、その投票が過半数得票であるか否かは、持分の大きさによって算定される。

§766(EI)

Jeder Theilhaber ist den übrigen Theilhabern gegenüber verpflichtet, nach Verhältniß seines Bruchtheils die auf dem gemeinschaftlichen Gegenstande ruhenden Lasten, die zur Erhaltung desselben nöthigen Kosten sowie die Kosten der Verwaltung und Benutzung des Gegenstandes zu tragen. Er hat, wenn der ihm hiernach zur Last fallende Theil der Lasten und Kosten von einem anderen Theilhaber berichtet worden ist, dem letzteren Ersatz zu leisten. Er ist verpflichtet, zu einer behufs Erhaltung des Gegenstandes erforderlichen Maßregel im Voraus seine Einwilligung zu ertheilen.

各持分権者は、他の持分権者に対して、客体を扱うための管理及び利用の費用及び保存のための強制される費用である共同の客体からの潜在的な負担に対する自己の持分の関係による義務を負う。それは、他の持分権者によって減少した負担及び費用の部分が弁済されるとき、その補償を履行しなければならない。客体の保存において必須的な措置は、すでに自己の承諾を付与する義務がある。

§767(EI)

Jeder Theilhaber kann zu jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, soweit nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für alle Zeit oder für eine längere Zeit als dreißigjährige Zeit ausgeschlossen ist, tritt nach Ablauf von 30 Jahren außer Kraft. Eine solche Vereinbarung, so wie jede Vereinbarung, durch welche jenes Recht auf Zeit ausgeschlossen ist, tritt mit dem Tode eines Theilhabers außer Kraft, sofern nicht e in Anderes vereinbart ist. Wird über das Vermögen eines Theilhabers der Konkurs eröffne

t, so ist eine Vereinbarung, welche die Aufhebung der Gemeinschaft auf immer oder auf Zeit ausschließt, für den Konkursverwalter nicht bindend.

各持分権者は、他の法律又は法律行為による定めがない限り、いつでも共同の廃止を請求することができる。

共同の廃止を請求する権利に関する合意は、永久に又は30年の長い間を排除するとき、30年の経過によって無効になる。その合意は、他の合意がない限り、持分権者の死亡によって無効になる。破産の持分権者の財産に関して公表された場合、永久的に又は一時的に共同関係の廃止を排除した合意は、破産管理人を拘束しない。

§768(EI)

Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung.

共同関係の廃止請求権は、消滅時効にかからない。

§769(EI)

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt, sofern der gemeinschaftliche Gegenstand sich ohne Verminderung seines Werthes in so viele gleichartige Theile zerlegen läßt, daß jeder Theilhaber einen seinem Antheile nach Größe und Werth entsprechenden Theil erhalten kann, durch Theilung in Natur. Die vorstehende Vorschrift findet entsprechende Anwendung, wenn mehrere gleichartige und gleichwertige Gegenstände gemeinschaftlich sind.

共同関係の廃止は、共同の客体がその価値を減少せず、同等の部分として分配される限り、各持分権者は、応ずる部分の大きさ及び価値による自己の持分を現物分割によって行われる。前項の規定は、多数の同種及び同価値の客体が共同的に属するときに準用される。

Ist eine solche Theilung in Natur nicht möglich, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch den Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und durch Theilung des Erlöses. Der Verkauf eines Grundstückes geschieht nach den Vorschriften über die Zwangsversteigerung von Grundstücken, der Verkauf eines anderen Gegenstandes nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung über den Verkauf der im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten Gegenstände.

現物分割ができない場合、共同関係の廃止は、共同の客体の売却及び収益の分割によって行ふ。不動産の売却は、不動産の強制競売に関する規定によって行われ、他の客

体の売却は、強制執行を妨害する売却に関する民事訴訟規則の規定によって、客体が差し押さえる。

Der Verkauf einer ungetheilten Forderung ist nur dann zulässig, wenn dieselbe noch nicht geltend gemacht werden kann. Ist das Gegenteil der Fall, so kann jeder Theilhaber die gemeinschaftliche Einziehung der Forderung verlangen. Nach der Einziehung erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung des Gegenstandes der Leistung nach den Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes.

不可分債権の売却は、それが主張されることができないときにのみ許される。その反対の場合、各持分権者は、共同関係の債権の取立を請求することができる。その取立てによって、共同関係の廃止は、1、2段落の規定によって給付の客体を考慮して、行われる。

Ist die Veräußerung eines nach den Vorschriften des ersten Absatzes in Natur nicht theilbaren Gegenstandes an Dritte unstatthaft, so ist derselbe unter den Theilhabern zu versteigern.

1段落の規定によって現物分割されない客体の譲渡は、第三者にはできず、持分権者中に競売される。

§770(EI)

Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, welche in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft sich gründet, so kann er verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Antheile des Schuldners an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde.

持分権者が他の持分権者に既存の共同関係の下で基づいた債権を有する場合、共同関係の廃止において、その債権が共同関係の客体への債務者の持分から弁済されることを請求することができる。

§771(EI)

Ist bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand oder ein Theil desselben einem oder mehreren Theilhabern zugetheilt, so hat jeder der übrigen Theilhaber für seinen früheren Antheil nach Maßgabe der §§298, 370 bis 397 Gewähr zu leisten.

共同関係の廃止において、共同の客体又はその部分が、一人又は多数の持分権者に分割される場合、各自は、他の持分権者に、自己の本来の持分に関して第298条、370条

ないし397条の比率によって、担保責任を負う。

§772(EI)

Solange ein Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft zu fordern nicht berechtigt ist, oder solange er die Aufhebung wegen Unzulässigkeit der Theilung in Natur und wegen Unmöglichkeit des Verkaufes nicht herbeizuführen vermag, kann er in Ermangelung einer die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes in verbindlicher Weise regelnden Bestimmung verlangen, daß die übrigen Theilhaber in eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung einwilligen. Dasselbe gilt, wenn ein versuchter Verkauf erfolglos geblieben ist; in einem solchen Falle ist jeder Theilhaber die Wiederholung des Versuches zu verlangen berechtigt, er hat jedoch die Kosten eines erfolglosen wiederholten Versuches zu tragen.

持分権者が共同関係の廃止を請求する権利がない限り、又は現物分割の不許容性及び売却の不可能性のため廃止を誘導しない限り、彼は、共同の客体の管理及び利用に不可欠な場合に、他の持分権者は、すべての持分権者の利益において、適切な意見による管理の方法について同意する合意(Bestimmung)を、拘束力ある方法で、決めることを請求することができる。行った売却が失敗した場合；各持分権者が試みの反復を請求する権利がある場合、彼はその反復した試みの失敗の費用を負担する。

§773(EI)

Beruhet die Gemeinschaft auf einem unter den Theilhabern bestehenden Gesellschaftsverhältnisse, so finden die Vorschriften der §§762 bis 772 nur insoweit Anwendung, als nicht aus den §§629 bis 659 ein Anderes sich ergibt. 21

共同関係が持分権者の間に組合関係に基づいている場合、別に、第629条ないし第659条に該当しない限り、第762条ないし第772条の規定のみを適用する。

[資料-6] ドイツ民法第二草案における共同関係に関する規定

§677(EII)

Steht ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zu, so ist Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzunehmen, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.

Aus eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen finden die Vorschriften der §§678 bis 694 Anwendung.

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、持分による共同関係と仮定する。

持分による共同関係において、第678条ないし第694条の規定を適用する。

§678(EII)

Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Antheile 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。

§679(EII)

Jedem Theilhaber gebührt ein seinem Antheil entsprechender Bruchtheil der Früchte.

Jeder Theilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als dadurch nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird.

各持分権者は、その持分に応じる果実の持分を有する。

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。

§680(EII)

Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Theilhabern gemeinschaftlich zu.

Jeder Theilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes nothwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Theilhaber zu treffen; er kann verlangen, daß diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im Voraus ertheilen.

共同関係の客体の管理は、持分権者に共同に属する。

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。

§694(EII)

Haben die Theilhaber die Verwaltung durch Vereinbarung geregelt, so wirkt die Vereinbarung 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の合意を定めた場合、その合意は、特定承継人に対しても、そのためにも効力がある。

§769(Dresd.E)

Durch den Gesellschaftsvertrag werden die Gesellschafter gegenseitig verpflichtet, zur Erreichung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks insbesondere durch Leistung von Beiträgen zu wirken, so daß eine vermögensrechtliche Gemeinschaft entsteht.

組合契約によって、組合員は、相互間に合意した共同の目的を達成する義務を負う。特に、出資義務の履行によって財産権的共同関係が発生する。

§771(Dresd.E)

Die beizutragenden Gegenstände können zum gemeinschaftlichen Eigenthum der Gesellschafter oder nur zu deren Gebrauch oder Benutzung bestimmt sein.

Wenn Geld oder andere vertretbare Sachen, oder wenn unvertretbare Sachen nach einer nicht blos zum Zwecke der Gewinntheilung erfolgten Schätzung eingebracht werden, so werden sie dem Eigenthum nach gemeinschaftlich.

出資された客体は、組合の共同の所有又はその使用や利用のために定めることができる。

金銭や他の代替物の場合、又は収益の分割が目的だけではなく評価によって出資すべき非代替物である場合は、共同の所有となる。

§772(Dresd.E)

Sind die beizutragenden Sachen zum gemeinschaftlichen Eigenthum der Gesellschafter bestimmt, so hat der Beitragspflichtige Alles zu thun, was seinerseits erforderlich ist, um den Uebergang des Miteigenthums auf die Mitgesellschafter zu bewirken. Bestehen die Beiträge in Forderungen, so gehen diese mit der von dem Beitragspflichtigen abgegebenen Beitragserklärung verhältnißmäßig auf die übrigen Gesellschafter über.

出資された物が組合の共同の所有と定められる場合、すべての組合員は、必須的に、他の共同組合員に共有の譲渡を通じて出資義務を行わなければならない。出資が債権である場合、他の組合員にその出資に対する適切な意思表示を行わなければならない。

§773(Dresd.E)

An den dem Eigenthum nach eingebrachten Sachen steht allen Gesellschaftern, ohne Rücksicht auf die Art ihrer Beiträge gemeinschaftliches Eigenthum im Zweifel nach gleichen Antheilen zu.

出資された物による所有権は、すべての組合員に属する場合、その共同の所有は、出資の種類とは関係せず、疑わしいときには、同等の持分による。

§790(Dresd.E)

Jeder Gesellschafter hat als solcher, auch wenn er von der Führung der Gesellschaftsangelegenheiten ausgeschlossen ist, das Recht, sich persönlich von dem Gange dieser Angelegenheiten zu unterrichten, von den Geschäftsbüchern und Papieren Einsicht zu nehmen und sich auf Grund derselben eine Uebersicht über den Stand des gemeinschaftlichen Vermögens zu fertigen. Eine diesem Rechte entgegenstehende Vereinbarung verliert ihre Wirkung, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird.

各組合員は、組合業務の執行から排除されたとき、個人的にその業務の進行については業務集及び文書で、土地においては共同の財産の状態に関する一覧表を提供、報告される権利を有する。不正直な業務執行が証明されたときに、このような権利に反する協議は、効力を失う。

§791(Dresd.E)

Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter nicht einen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. Wenn ein Gesellschafter einseitig an seinem Antheile einem Dritten Theil giebt oder seinen Antheil veräußert, so gehen die Rechte des Ersteren aus dem Gesellschaftsvertrage, insbesondere das ihm nach Vorschrift des Art. 790 zustehende Recht, nicht auf den Dritten über.

組合員は、他の組合員の承諾なしに、第三者を組合に加入させることができない。組合員が一方的に第三者に自己の持分への部分又は自己の持分を譲渡するとき、前者の権利、特に、第790条の規定によって組合員に属する権利は、組合契約によって第三者に移転しない。

[資料－8] ドイツ民法第一草案における組合に関する規定

§629(EI)

Durch den Gesellschaftsvertrag werden die Gesellschafter sich gegenseitig verpflichtet, zur Erreichung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks die vereinbarten Leistungen beizutragen. Ist der Zweck unmöglich, so ist der Vertrag nichtig.

組合契約によって、組合員は、相互間に、合意した共同の目的の達成のために合意した給付を出資する義務を負う。

その目的が不可能であれば、その契約は無効である。

§631(EI)

Die beizutragenden Gegenstände können dazu bestimmt sein, entweder dem Rechte oder dem Gebrauche oder der Nutzung nach gemeinschaftlich zu werden.

Wenn Geld oder andere vertretbare Sachen, oder wenn unvertretbare Sachen nach einer nicht bloß zum Zwecke der Gewinntheilung erfolgten Schätzung beizutragen sind, so ist anzunehmen, daß dieselben dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen.

Was erforderlich ist, damit ein Gegenstand gemeinschaftlich werde, bestimmt sich nach den für die Uebertragung des Gegenstandes geltenden Vorschriften.

Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Gesellschaftern an den gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen gleiche Antheile zustehen.

出資された客体は、権利や利用又は収益が共同によると定めることができる。

金銭や他の代替物の場合、又は収益の分割の目的だけでなく評価によって出資すべき非代替物の場合は、これらは、その権利が共同によると推定される。

ある客体が共同になるときに必要なのは、客体の譲渡に適用される規定によって定める。

疑わしいときには、共同に成されている客体への同等の持分が組合員に属すると推定する。

§632(EI)

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf die einem Gesellschafter aus der Führung der Geschäfte der Gesellschaft zustehenden Forderungen, sofern deren Berichtigung noch vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie auf Forderungen, welche einen Gewinnantheil oder dasjenige zum Gegenstande haben, was einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

組合契約によって、ある組合員が他の組合員に対して有する債権を譲渡することはできない。この規定は、清算前に請求することができる修正である限り、ある組合員が組合の業務の執行によって有する債権には、適用せず、収益持分又はその客体に対して有す

る債権には清算において、ある組合員に履行される。

§644(EI)

Die aus dem Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter gegen die übrigen Gesellschafter z
ustehenden Forderungen sind nicht übertragbar.

組合契約によって、組合員は、他の組合員に対して有する債権を譲渡することができな
い。

§645(EI)

Ein Gesellschafter ist gegenüber den übrigen Gesellschaftern verpflichtet, sich bis zur Aus
einandersetzung der Verfügung über den ihm zustehenden Antheil an den in Folge des Ge
sellschaftsvertrages gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen zu enthalten.

Ein Gesellschafter ist nicht berechtigt, vor der Auseinandersetzung die Theilung solcher G
egenstände zu fordern.

ある組合員は、他の組合員に対して清算のときまで、組合契約の結果、共同になった客
体に対して有する持分を処分しない義務を負う。各組合員は、清算のときまで、この客
体の分割を請求することができない。

[資料一9] ドイツ民法第二草案における組合に関する規定

§645(EII)

Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung
eines vereinbarten gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern,
insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

組合契約によって、組合員は相互間に、合意した共同の目的の達成を契約で定めた方法
によって、特に、合意した出資の給付を履行する義務を負う。

§657(EII)

Die Ansprüche, welche den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander
zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner
Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der
Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnantheil oder
auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

組合関係のための組合員相互間に属する請求権は、譲渡することができない。例外的に、ある組合員が自己の業務執行によって有する請求権、清算における支払いを請求することができる限り、及び収益持分に対する請求権又はその収益は、清算において組合員に履行される。

§658(EII)

Ein Gesellschafter kann über seinen Antheil an den durch die Beiträge der Gesellschaft und durch den Erwerb aus der Geschäftsführung gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen, mit Einschluß der Forderungen, (Gesellschaftsvermögen) nicht verfügen; er ist nicht berechtigt, Theilung zu verlangen. Gegen eine Forderung, welche zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung nicht aufrechnen.

ある組合員は、組合の出資及び業務執行による取得によって、共同に属する債権を含む客体(組合財産)への自己の持分に関して処分することができない；彼(組合員)は、分割を請求する権利もない。組合財産に属する債権に対して、彼(組合員)の債務者が各組合員に対して有する債権で相殺することができない。

[資料-10] 日本旧民法における共有及び会社財産に関する規定

財産編第 37 条

数人一物ヲ共有スルトキハ持分ノ均不均ニ拘ハラズ各共有者其物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得 但其用方ニ従ヒ且他ノ共有者ノ使用ヲ妨ケサルコトヲ要ス

各共有者ノ持分ハ之ヲ相均シキモノト推定ス 但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

天然又ハ法定ノ果実及ヒ産出物ハ各共有者ノ権利ノ限度ニ応シ定期ニ於テ之ヲ分割ス

各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得

各共有者ハ其持分ニ応シテ諸般ノ負担ニ任ス

右規定ハ使用、収益又ハ管理ヲ格別ニ定ムル合意ヲ妨ケス

財産編第 38 条

処分権ニ付テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾アルニ非サレハ其物ノ形様ヲ変スルコトヲ得ス又自己ノ持分外ニ物権ヲ付スルコトヲ得ス

共有者ノ一人其持分ヲ譲渡シタルトキハ譲受人ハ他ノ共有者ニ対シ譲渡人ニ代ハリ其地位ヲ有ス

財産編第39条

各共有者ハ如何ナル合意アルモ常ニ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得
然レトモ共有者ハ五ヶ年ヲ超エサル定期ノ時間分割セサルヲ約スルコトヲ得
此合意ハ何時ニテモ之ヲ更新スルコトヲ得 但其時間ハ亦五ヶ年ヲ超ユルコトヲ得ス
右規定ハ数箇ノ所有地ニ共通ナル通路、井戸、籬壁、溝渠ノ互有ヨリ生スル共有権ニ之ヲ適用セス

財産編第40条

数人ニテ一家屋ヲ区分シ各其一部分ヲ所有スルトキハ相互ノ権利及ヒ義務ハ左ノ如ク之ヲ規定ス
各所有者ハ離隔セル所有物ノ如クニ自己ノ持分ヲ処分スルコトヲ得
諸般ノ租税及ヒ建物並ニ其附属物ノ共用ノ部分ニ係ル大小修繕ハ各自ノ持分ノ価格ニ応シテ之ヲ負担ス
各自ハ己レニ属スル部分ニ係ル費用ヲ一人ニテ負担ス

財産取得編第115条

会社ハ数人カ各自ニ配当ス可キ利益ヲ収ムル目的ニテ或ル物ヲ共通シテ利用スル為メ又ハ或ル事業ヲ成シ若クハ或ル職業ヲ営ム為メ各社員カ定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾約スル契約ナリ

財産取得編第153条

会社ノ清算後ハ不分ニテ存スル財産ノ分割ハ社員ノ各自又ハ其承継人ヨリ之ヲ請求スルコトヲ得 但当事者カ財産編第三十九条ニ従ヒ不分ニテ存スルコトヲ会社ノ解散後ニ合意シタルトキハ此限ニ在ラス

財産取得編第154条

分割部分ノ定方又ハ其配付ニ付キ当事者ノ一致セサルトキハ財産共通ノ分割ノ為メ別ニ定メタル規則ニ従フ

財産取得編第155条

会社資本中ノ物ニシテ分割ニ因リ各社員ニ帰シタルモノニ関スル其社員ノ権利ハ会社解散ノ日ニ遡リテ効力ヲ有シ又清算中他ノ社員ヨリ其物ニ付キ第三者ニ授与シタル権利ハ之ヲ解除ス

財産取得編第156条

分割者ハ分割ニ因リテ取得ス可キ権利ノ上ニ受クルコト有ル可キ妨碍及ヒ追奪ニ付キ其各自ノ部分ニ応シテ相互ニ担保ヲ為ス

分割者ノ一人カ無資力ナルトキハ其一人ノ負担シタル賠償ノ部分ハ被担保人ヲ併セテ他ノ共同分割者ノ間ニ之ヲ分ツ

[資料一11] 満州民法における共有、総有及び組合財産に関する規定

満州民法第240条

数人ガ其ノ持分ニ応ジ一個ノ物ニ付所有権ヲ有スルトキハ之ヲ共有者トス
共有者ノ持分ハ相均シキモノト推定ス

満州民法第241条

共有者ハ其ノ持分を処分スルコトヲ得

満州民法第242条

共有者ハ共有物ノ全部ニ付其ノ持分ニ応ジ使用及収益を為スコトヲ得

満州民法第243条

共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非ザレバ共有物ヲ処分シ又ハ之ニ変更ヲ加フルコトヲ得ズ

満州民法第244条

共有物ノ管理ニ関スル事項ハ共有者ノ持分ニ応ジテ其ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス但シ保存行為ハ各共有者之ヲ為スコトヲ得

満州民法第245条

共有者ハ其ノ持分ニ応ジテ管理ノ費用ヲ支払ヒ其ノ他共有物ノ負担ニ任ズ
共有者ガ一年以内ニ前項ノ義務ヲ履行セザルトキハ他ノ共有者ハ相当の価額を以テ其ノ持分ヲ買取ルコトヲ得

満州民法第246条

<p>共有者ガ共有物ニ付他ノ共有者ニ対シ債権ヲ有スルトキハ其ノ特定承継人ニ対シテモ亦 弁済ヲ請求スルコトヲ得</p>
<p>満州民法第247条</p> <p>共有者ガ其ノ持分ヲ放棄シタルトキ又ハ相続人ナクシテ死亡シタルトキハ其ノ持分ハ他 ノ共有者ニ帰属ス</p>
<p>満州民法第248条</p> <p>共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但シ五年ヲ超エザル期間内分割を 為サザル契約ヲ為スコトヲ妨ゲズ</p> <p>前項ノ契約ハ之ヲ更新スルコトヲ得但シ其ノ期間ハ更新ノ時ヨリ五年ヲ超ユルコトヲ得 ズ</p>
<p>満州民法第249条</p> <p>前条ノ規定ハ第207条及第220条ニ掲グル共有物ニハ之ヲ適用セズ</p>
<p>満州民法第250条</p> <p>共有物ノ分割ノ方法ニ付協議調ハザルトキハ共有者ハ法院ニ其ノ分割ノ請求ヲ為スコト ヲ得</p> <p>法院ハ現物ヲ以テ分割ヲ為シ若之ヲ為スコト能ハズ又ハ之ニ因リテ著シク其ノ価額ヲ減 損スル虞アルトキハ其ノ競売ヲ命ズルコトヲ得</p>
<p>満州民法第251条</p> <p>共有者ハ他ノ共有者ガ分割ニ因リテ得タル物ニ付其ノ持分ニ応ジ売主ト同一ノ担保責任 ヲ負フ</p>
<p>満州民法第252条</p> <p>或地方ノ住民、親族団体其ノ他慣習上綜合体ヲ成ス数人ガ其ノ關係ニ其キ一個ノ物ヲ所 有スルトキハ之ヲ總有者トス</p> <p>總有者ノ權利及義務ニ付テハ慣習ニ従フ外以下二条ノ規定ヲ適用ス</p>
<p>満州民法第253条</p> <p>總有者ノ權利ハ總有物ノ全部ニ及ブ</p> <p>總有者ハ總有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ズ</p>

<p>満州民法第254条</p> <p>総有者ハ其ノ全員ノ同意アルニ非ザレバ総有物ヲ処分シ又ハ之ニ変更ヲ加フルコトヲ得ズ但シ保存行為ハ各総有者之ヲ為スコトヲ得</p>
<p>満州民法第255条</p> <p>本節ノ規定ハ数人ガ所有権以外ノ財産権ヲ有スル場合ニ之ヲ準用ス</p>
<p>満州民法第686条</p> <p>組合員ノ出資其ノ他ノ組合財産ハ総組合員ノ共有ニ属ス</p>
<p>満州民法第696条</p> <p>組合員ガ組合財産ニ付有スル持分ハ之ヲ処分スルコトヲ得ズ</p> <p>組合員ハ清算前ニ組合財産ノ分割ヲ求ムルコトヲ得ズ</p>
<p>満州民法第697条</p> <p>組合ノ債務者ハ其ノ債務ト組合員ニ対スル債権トヲ相殺スルコトヲ得ズ</p>

[資料－12] 中華国民民法における合有及び組合財産に関する規定

<p>中華国民民法第827条</p> <p>(1)法律の規定又は契約により一つの共同関係となった数人が、その共同関係に基づいて一物を共有している場合は、合有者とする。</p> <p>(2)各合有者の権利は、合有物の全部に及ぶ。</p>
<p>中華国民民法第828条</p> <p>(1)合有者の権利義務は、その共同関係を規定した法律又は契約によって定める。</p> <p>(2)前項の法律又は契約に別段の定めがある場合を除いて、合有物の処分及びその他の権利行使は、合有者全体の同意を得なければならない。</p>
<p>中華国民民法第829条</p> <p>共同関係存続中においては、各合有者は、その合有物の分割を請求することができない。</p>
<p>中華国民民法第830条</p> <p>(1)合有は、共同関係の終了又は合有物の譲渡によって消滅する。</p> <p>(2)合有物分割の方法は、法律に別段の定めがある場合を除いて、共有物分割に関する</p>

規定によらなければならない。
<p>中華民國民法第668条</p> <p>各組合員の出資その他の財産は、総組合員の合有とする。</p>

[資料-13] 韓国民法草案における共同所有に関する規定

<p>第253条(共有持分の処分と共有物の使用収益)</p> <p>共有者は、その持分を処分することができ、共有物全部を持分の比例で使用・収益することができる。</p>
<p>第254条(共有物の処分及び変更)</p> <p>共有者は、他の共有者の同意なしに共有物を処分又は変更することができない。共有者が他の共有者に対して共有物に関する債権があるときには、その特別承継人にも弁済を請求することができる。</p>
<p>第262条(合有)</p> <p>(1) ある地域の住民、親族団体、その他の慣習上集合体として数人が物を所有するときには、合有とする。</p> <p>(2) 合有物に対する権利の得失変更及び合有者の権利・義務に関しては、慣習による外に、以下2条の規定による。</p>
<p>第263条(合有者の権利)</p> <p>合有者の権利は、合有物全体に及ぼす。合有者は、合有物の分割を請求することができない。</p>
<p>第264条(合有物の処分、変更、保存)</p> <p>合有者は、全員の同意がなければ、合有物を処分し又は変更することができない。しかし、保存行為は、各自がすることができる。</p>

[資料-14] 韓国民法玄錫虎修正案における共同所有に関する規定

<p>第262条</p> <p>法律の規定又は契約によって数人が組合体として物を所有するときには、合有とする。</p> <p>合有者の権利は、合有物全部に及ぶ。</p>
<p>第263条</p>

<p>合有物を処分又は変更するには、合有者全員の合意を要する。しかし、保存行為は、各自がすることができる。</p>
<p>第264条</p> <p>合有者は、合有者全員の同意なしに、合有物に対する持分を処分することができない。</p>
<p>第264条の2</p> <p>合有は、合有体の解散又は、合有物の譲渡によって終了する。合有物の分割に関しては、共有物の分割に関する規定を準用する。</p>
<p>第264条の3</p> <p>法人ではない社団の団員が集合体として物を所有するときには、総有とする。総有に関しては、社団の定款その他の規約による外に、以下の2条による。</p>
<p>第264条の4</p> <p>総有物の管理及び処分は、社員総会の決議による。各団員は、定款その他の規約によって総有物を使用・収益することができる。</p>
<p>第264条の5</p> <p>総有物に対する団員の権利・義務は、団員の資格を取得・喪失することによって取得・喪失される。</p>

[資料-15] 現行ドイツ民法における共有に関する規定

<p>§1008 [Miteigentum nach Bruchteilen] 持分による共有</p> <p>Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§1009 bis 1011.</p> <p>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。</p>
<p>§1009 [Belastung zugunsten eines Miteigentümers] 共有者のための負担</p> <p>(1) Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden.</p> <p>(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,</p>

dass das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.

(1)共同関係の物は、共有者らのためにも負担を設定することができる。

(2)他の不動産の特定所有者らのための共同関係の不動産への負担設定及び共同関係の不動産の特定所有者ら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の不動産の共有者らに属している場合にもできる。

§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り、共同関係の廃止を請求する権利を永久にあるいは一時的に排除したり、告知期間を定めた場合、その決定は、共有者の特定承継人に対してそれが持分の負担として登記簿に登記されたときにのみ効力がある。

(2)第755条、第756条で定めた請求権は、それが登記簿に登記されたときにのみ、ある共有者の特定承継人に対して主張することができる。

§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に基づく請求権を第三者に対して主張することができるが、引渡請求権は、第432条に適合するときのみ主張することができる。

[資料－16] 現行ドイツ民法における共同関係に関する規定

§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)。

§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。

§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)に応じて果実の持分(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。

§744 [Gemeinschaftliche Verwaltung] 共同の管理

(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 verlanger, 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なしで、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。

§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。

§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。

§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。

§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、管理及び共同の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。

§749 [Aufhebungsanspruch] 廃止請求権

(1) Jeder Teilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen.

(2) Wird das Techt, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung für immer oder auf Zeit

ausgeschlossen, so kann die Aufhebung gleichwohl verlangt werden, wenn eine wichtiger Grund vorliegt. Unter der gleichen Voraussetzung kann, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt wird, die Aufhebung ohne Einhaltung der Frist verlangt werden.

(3) Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, diesen Vorschriften zuwider ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

(1)各持分権者は、いつでも共同関係の廃止を請求することができる。

(2)廃止を請求する権利が、合意によって永久的又は一時的に排除された場合にも重大な事由があるときには、廃止を請求することができる。同一の前提のもとで、告知期間が決まっている場合にも期間を遵守せずに廃止を請求することができる。

(3)このような規定に反して廃止を請求する権利を排除又は制限する合意は、無効である。

§750 [Ausschluß der Aufhebung im Todesfall] 死亡における廃止の排除

Haben die Teilhaber das Recht, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweigkel mit dem Tode eines Teilhabers außer Kraft.

持分権者が共同関係の廃止を請求する権利を一時的に排除した場合、疑わしいときには、その合意は、持分権者一人の死亡によって効力を失う。

§751 [Ausschluß der Aufhebung und Sondernachfolger] 廃止の排除及び特定承継人

Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger. Hat ein Gläubiger die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

持分権者が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する場合又は告知期間を定めた場合、その合意は、特定承継人のためにも(特定承継人に)対しても効力が生ずる。債権者が持分権者の持分への差押えを得た場合、その債務名義が仮の執行力のみがあるのではない限り、合意による考慮なく共同関係の廃止を請求することができる。

§752 [Teilung in Natur] 現物分割

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegen lassen. Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los.

共同関係の廃止は、共同関係の客体又は多数の客体が共同に属する場合、その価値が減少せずに、持分権者の持分に応じて同種の部分に分けられるときは、現物分割によって行われる。持分権者間の同等な部分の分配は、抽選によって行われる。

§753 [Teilung durch Verkauf] 売却による分割

(1) Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Teilung des Erlöses. Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Teilhabern zu versteigern.

(2) Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Teilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt.

(1)現物分割ができない場合、共同関係の客体の売却による共同関係の廃止は、担保物売却に関する規定により、不動産については、強制競売又は代金の分割によって行う。第三者への売却が許容されない場合、客体は、持分権者間で競売する。

(2)客体を売却する試みが成功しなかった場合、各持分権者は、その反復を請求することができる；しかし、反復された試みが失敗した場合、請求した者がその費用を負担しなければならない。

§754 [Verkauf gemeinschaftlicher Forderungen] 共同の債権の売却

Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist nur zulässig, wenn sie noch nicht einbezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Teilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen.

共同関係の債権の売却は、それがまだ取り立てることができないときにのみ認められる。取立てができる場合には、各持分権者が共同の取立てを請求することができる。

§755 [Berichtigung einer Gesamtschuld] 連帯債務の弁済

(1) Haften die Teilhaber als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemäßheit des §748 nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird.

(2) Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden.

(3) Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach §753 zu erfolgen.

(1)持分権者が、第748条により自己の持分の割合に応じて履行しなければならない債務又はそのような債務履行の目的のために引き受けた債務について、連帯債務者としての責任を負う場合には、各持分権者は、共同関係の廃止とともに、その債務を共同関係の客体から弁済することを請求することができる。

(2)この請求権は、特定承継人に対しても主張することができる。

(3)共同関係の客体の売却は、債務の弁済に必要な限り、第753条によって行わなければならない。

§756 [Berichtigung einer Teilhaberschuld] 持分権者の債務の弁済

Hat ein Teilhaber gegen einen anderen Teilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Die Vorschriften des §755 Abs. 2, 3 finden Anwendung.

持分権者は、他の持分権者に対して、共同関係に基づく債権を有する場合、共同関係の廃止とともに債務者に属する共同関係の客体の部分から、その債権の弁済を請求することができる。この規定は、第755条第2項・第3項の規定が適用される。

§757 [Gewährleistung bei Zuteilung an einen Teilhaber] 持分権者への分配における担保責任

Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Teilhaber zugeteilt, so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Teilhaber zu seinem Anteil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

共同関係の廃止において、共同関係の客体が持分権者一人に分配された場合、権利又は物の瑕疵について、他の持分権者各自は、売主と同一の方法で自己の持分に応じて担保

責任を負う。

§758 [Unverjährbarkeit des Aufhebungsanspruchs] 廃止請求権の消滅時効

Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung.

共同関係の廃止による請求権は、消滅時効にかからない。

[資料一17] 現行ドイツ民法における組合財産に関する規定

§705 [Inhalt des Gesellschaftsvertrages] 組合契約の内容

Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

組合員は、組合契約によって、共同の目的の達成、特に定めた方法により負担しようと合意した出資を行う義務を相互に負う。

§706 [Beiträge der Gesellschafter] 組合員の出資

(1) Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

(2) Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist.

(3) Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen.

(1)組合員は、他の合意がないときには、同等に出資を負う。

(2)代替物又は消費物を出資すべき場合、疑問があるときには、その物は、組合員の共同の所有とする。非代替物及び非消費物において、評価によって利益分配を定めるだけではない評価によって出資すべき場合にも、同様である。

(3)組合員の出資は、労務によってもすることができる。

§709 [Gemeinschaftliche Geschäftsführung] 共同の業務執行

(1) Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

(2) Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die

Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

(1) 組合の業務の執行は、組合員らに共同に属する；各業務において組合員全員の同意が必要である。

(2) 組合契約によって、投票の多数が決定する場合、疑わしいときに、その多数は、組合員の数(Zahl)によって計算する。

§710 [Übertragung der Geschäftsführung] 業務執行の譲渡

Ist in dem Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so findet die Vorschrift des § 709 entsprechende Anwendung.

組合契約で業務執行が一人又は数人の組合員に譲渡された場合、他の組合員は、業務執行から排除される。数人の組合員に業務執行が譲渡された場合には、第709条が準用される。

§ 717 [Nichtübertragbarkeit der Gesellschafterrechte] 組合員権の非譲渡性

Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

組合関係によって組合員相互に存在する請求権は、譲渡することができない。ある組合員が業務執行によって請求権を有する場合、清算前に弁済を請求することができるもの及び利益持分、又は清算によって組合員に属する請求権は除外される。

§718 [Gesellschaftsvermögen] 組合財産

(1) Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter.

(2) Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands erworben wird.

(1) 組合員の出資及び業務執行によって組合のために取得した客体は、組合員の共同の財産になる。

(2) 組合財産に属する権利に基づいて、又は、組合財産に属する客体の滅失、毀損若しくは侵奪の賠償として取得したのもも組合財産に属する。

§719 [Gesamthänderische Bindung] 合手的拘束

(1) Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

(2) Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.

(1)各組合員は、組合財産及び各々の客体への自己の持分に関して、自由に処分することができない；各組合員は、分割を請求する権利がない。

(2)債務者は、組合財産に属する債権に対し、個々の組合員に対して有する請求権で相殺することができない。

§720 [Schutz des gutgläubigen Schuldners] 善意の債務者の保護

Die Zugehörigkeit einer nach §718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

債務者は、第718条第1項によって取得した債権が組合財産に属することを知ったときには、自己に対してもその効力を認めなければならない；第406条から第408条までの規定が準用される。

§721 [Gewinn- und Verlustverteilung] 利益及び損失の分配

(1) Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluss und die Verteilung des Gewinns und Verlusts erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen.

(2) Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluss und die Gewinnverteilung im Zweifel am Schluss jedes Geschäftsjahrs zu erfolgen.

(1)組合員は、組合の解散によって、初めて決算、利益及び損失の分配を請求すること

ができる。

(2)組合が長期に存続する場合、疑わしいときは、決算及び利益分配は、各業務年度の末に行うものとする。

§722 [Anteile am Gewinn und Verlust] 利益及び損失への持分

(1) Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust.

(2) Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verlust bestimmt, so gilt die Bestimmung um Zweifel für Gewinn und Verlust.

(1)利益及び損失への組合員の持分が定まっていない場合、各組合員は、出資の種類及び額に関わりなく、利益及び損失への同等の持分を有する。

(2)利益又は損失への持分のみが定まっている場合、疑わしいときには、利益及び損失すべてについて定めたものとする。

§725 [Kündigung durch Pfändungspfandgläubiger] 差押債権者による告知

(1) Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

(2) Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen.

(1)組合員の債権者が組合財産に対する組合員の持分を差押した場合には、債務名義が仮の執行力に過ぎない限り、債権者は、告知期間の定めにかかわらず組合を告知することができる。

(2)組合が存続する限り、債権者は、利益持分への請求権以外の組合関係から発生した組合員の権利を主張することができない。

§727 [Auflösung durch Tod eines Gesellschafters] 組合員の死亡による解散

(1) Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt.

(2) Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

(1) 組合は、組合契約で別段の定めがない限り、組合員の一人の死亡によって解散する。

(2) 第1項の解散の場合に、死亡した組合員の相続人は、遅滞なく死亡の事実を他の組合員に通知しなければならず、遅延によって危険が発生する恐れがあれば、彼は他の組合員が自己と共同で他の措置を取ることができるときまで、組合契約によって被相続人に譲渡されていた業務を継続しなければならない。他の組合員は、同様に、自己に譲渡された業務を仮に継続する義務を負う。組合は、その限度で存続することとみなす。

§738 [Auseinandersetzung beim Ausscheiden] 脱退における清算

(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des §732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

(2) Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.

(1) ある組合員が組合から脱退する場合には、組合財産に対するその組合員の持分は、他の組合員に属する。他の組合員は、脱退組合員が利用のため組合に委ねたものを第732条の定めによって返還し、脱退者を共同債務から免責し、その脱退の時点で組合が解散すると、その組合員が分割の際に受け取るものを支払わなければならない。共同債務

がまだ履行期に達していないときには、他の組合員は脱退者の免責に代えて担保を提供することができる。

(2) 組合財産の価額は、必要な限度で、評価の方法によって定める。

[資料－18] 現行ドイツ民法における権利能力なき社団に関する規定

§54 [Nicht rechtsfähige Vereine] 権利能力なき社団

Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.

権利能力なき社団については、組合に関する規定を適用する。社団の名前で第三者に対して行った法律行為について、行為者は個人的に責任を負う；多数が行った場合には、連帯債務者として責任を負う。

[資料－19] 現行韓国民法における共同所有に関する規定

第262条[物の共有]¹²⁴³

(1)物が持分によって数人の所有となったときは、共有とする。

(2)共有者の持分は、均等なものと推定する。

第263条[共有持分の処分及び共有物の使用、収益]

共有者は、その持分を処分することができ、共有物全部を持分の割合で使用、収益することができる。

第264条[共有物の処分、変更]

共有者は、他の共有者の同意なしに共有物を処分又は変更することができない。

第265条[共有物の管理、保存]

共有物の管理に関する事項は、共有者の持分の過半数で決定する。しかし、保存行為は、各自ができる。

第266条[共有物の負担]

(1)共有者は、その持分の割合で共有物の管理費用その他の義務を負担する。

¹²⁴³ 原文によると「物件の共有」である。韓国では、「物」ではなく、「物件」と表記される。

(2)共有者が1年以上、前項の義務履行を遅滞したときには、他の共有者は、相当な価額で持分を買受けることができる。

第267条[持分放棄等の場合の帰属]

共有者がその持分を放棄し又は相続人なしに死亡したときは、その持分は、他の共有者に各持分の割合で帰属する。

第268条[共有物の分割請求]

(1)共有者は、共有物の分割を請求することができる。しかし、5年以内の期間で分割しないことを約定することができる。

(2)前項の契約を更新したときには、その期間は、更新した日から5年を越えない。

(3)前2項の規定は、第215条、第239条の共有物には適用しない。

第269条[分割の方法]

(1)分割の方法に関して協議が成立しなかったときには、共有者は、法院にその分割を請求することができる。

(2)現物で分割できない又は分割によって顕著にその価額が減損されるおそれがあるときには、法院は物の競売を命じることができる。

第270条[分割による担保責任]

共有者は、他の共有者が分割によって取得した物に対して、その持分の比率で売渡人と同一の担保責任がある。

第271条[物の合有]

(1)法律の規定又は契約により数人が組合体として物を所有するときには、合有とする。合有者の権利は合有物の全部に及ぼす。

(2)合有に関しては、前項の規定又は契約による以外に次の3条の規定による。

第272条[合有物の処分、変更及び保存]

合有物を処分又は変更するには、合有者全員の同意がなければならない。しかし、保存行為は、各自がすることができる。

第273条[合有持分の処分及び合有物の分割禁止]

(1)合有者は、全員の同意なしに合有物に対する持分を処分できない。

(2)合有者は、合有物の分割を請求することができない。

第274条[合有の終了]

- (1)合有は、組合体の解散又は合有物の譲渡によって終了する。
- (2)前項の場合、合有物の分割に関しては、共有物の分割に関する規定を準用する。

第275条[物の総有]

- (1)法人ではない社団の社員が集合体として、物を所有するときには、総有とする。
- (2)総有に関しては、社団の定款その他の契約による以外に次の2条の規定による。

第276条[総有物の管理、処分及び使用、収益]

- (1)総有物の管理及び処分は、社員総会の決議による。
- (2)各社員は、定款その他の規約によって総有物を使用、収益することができる。

第277条[総有物に関する権利義務の得喪]

総有物に関する社員の権利義務は、社員の地位を取得喪失することによって取得喪失される。

第278条[準共同所有]

本節の規定は、所有権以外の財産権に準用する。しかし、他の法律に特別な規定があれば、それによる。

[資料－20] 現行韓国民法における組合財産に関する規定**第703条[組合の意義]**

- (1)組合は、2人以上が相互出資して共同事業を經營することを約定することによってその効力が生じる。
- (2)前項の出資は、金銭その他財産又は労務であることができる。

第704条[組合財産の合有]

組合員の出資その他の組合財産は、組合員の合有とする。

第705条**第706条[事務執行の方法]**

- (1)組合契約で業務執行者を定めてなかった場合には、組合員の3分の2以上の賛成で選任する。
- (2)組合の業務執行は、組合員の過半数で決定する。業務執行者が数人であるときにはその過半数で決定する。

(3)組合の通常事務は、前項にもかかわらず、各組合員又は各業務執行者が全行することができる。しかし、その事務の完了前に他の組合員又は他の業務執行者の異議があるときには、即時中止しなければならない。

第711条[損益分配の比率]

(1)当事者が損益分配の比率を定めてなかったときには、各組合員の出資価額に比例してこれを定める。

(2)利益又は損失に対して分配の比率を定めたときには、その比率は、利益と損失に共通するものと推定する。

第712条[組合員に対する債権者の権利行使]

組合債権者は、その債権の発生当時に組合員の損失負担の比率を知らなかったときには、各組合員に均分してその権利を行使することができる。

第713条[無資力の組合員の債務と他の組合員の弁済責任]

組合員の中で弁済する資力ない者がある場合には、その弁済できない部分は他の組合員が均分して弁済する責任がある。

第714条[持分に対する差押えの効力]

組合員の持分に対する差押えは、その組合員の将来の利益配当及び持分の返還を受ける権利に対して効力がある。

第715条[組合債務者の相計の禁止]

組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権で相計することができない。

第719条[脱退組合員の持分の計算]

(1)脱退した組合員と他の組合員間の計算は、脱退当時の組合財産状態によってする。

(2)脱退した組合員の持分は、その出資の種類に関係せず、金銭で返還することができる。

(3)脱退当時に完結されなかった事項については、完結後に計算することができる。

[資料一21] 独・日・韓における現行不動産登記法の共同所有に関する規定

ドイツ不動産登記法第47条

(1)Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird.

(2) Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen. Die für den Berechtigten geltenden Vorschriften gelten entsprechend für die Gesellschafter.¹²⁴⁴

(1) 数人のために一つの権利を登記する場合には、具体的持分における権利者の持分又は共同関係の基準となる権利関係を詳細に記入しなければならない。

(2) 民法上の組合の権利を登記する場合には、登記簿にその組合員も登記しなければならない。権利者のために適用される規定は、組合員のためにも適用される。

日本不動産登記法第27条[表示に関する登記の登記事項]

土地及び建物の表示に関する登記の登記事項は、次のとおりとする。

三. 所有権の登記がない不動産(共用部分(区分所有法第4条第2項に規定する共用部分をいう。以下同じ)である旨の登記又は団地共用部分(区分所有法第67条第1項に規定する団地共用部分をいう。以下同じ)である旨の登記がある建物を除く)については、所有者の氏名又は名称及び住所並びに所有者が二人以上であるときはその所有者ごとの持分

日本不動産登記法第33条[表題部所有者の更正の登記等]

(3) 不動産の表題部所有者である共有者の持分についての更正の登記は、当該共有者以外の者は、申請することができない。

(4) 前項の更正の登記をする共有者は、当該更正の登記によってその持分を更正することとなる他の共有者の承諾があるときでなければ、申請することができない。

日本不動産登記法第59条[権利に関する登記の登記事項]

権利に関する登記の登記事項は、次のとおりとする。

六. 共有物分割禁止の定め(共有物若しくは所有権以外の財産権について民法第256条第1項ただし書(同法第264条において準用する場合を含む)の規定により分割をしない旨の契約をした場合若しくは同法第908条の規定により被相続人が遺言で共有物若しくは所有権以外の財産権について分割を禁止した場合における共有物若しくは所有権以外の財産権の分割を禁止する定め又は同法第907条第3項の規定により家庭裁判所が遺産である共有物若しくは所有権以外の財産権についてした分割を禁止する審判をいう。第

¹²⁴⁴ Fassung aufgrund des Gesetzes zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11.08.2009 (BGBl. I S. 2713), in Kraft getreten am 18.08.2009.

65条において同じ)があるときは、その定め

日本不動産登記法第65条[共有物分割禁止の定め

共有物分割禁止の定めに係る権利の変更の登記の申請は、当該権利の共有者であるすべての登記名義人が共同してしなければならない。

韓国不動産登記法第26条[法人でない社団などの登記申請]

(1)宗中、門中、その他に代表者又は管理人がある法人でない社団又は財団に属する不動産に関する登記については、その社団又は財団を登記権利者又は登記義務者とする。

(2)第1項の登記は、その社団又は財団の名義でその代表者又は管理人が申請する。

韓国不動産登記法第48条[登記事項]

(3)第26条によって**法人でない社団**又は財団名義の登記をするときには、その代表者又は管理人の姓名、住所及び住民登録番号を共に記録しなければならない。

(4)第1項第5号の権利者が**2人以上である場合**には、各権利者の**持分**を記録しなければならない。登記する権利が**合有**であるときには、その旨を記録しなければならない。

韓国不動産登記法第67条[所有権の一部移転]

(1)登記官が**所有権の一部**に関する移転登記をするときには、**移転される持分**を記録しなければならない。この場合、登記原因に**民法第268条第1項**ただし書の約定があるときには、その約定に関する事項も記録しなければならない。

(2)第1項後段の約定の変更登記は、共有者全員が共同で申請しなければならない。

韓国不動産登記法第84条[受託者が数人である場合]

(1)受託者が数人である場合、登記官は、信託財産が**合有**である旨を記録しなければならない。

参考文献目録

日本

単行本

- 相本宏「法人論」『民法講座Ⅰ』(有斐閣、1984年)
- 石川武訳・Karl Kröschell著『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社、1989年)
- 石川清・小西飛鳥『ドイツ土地登記法』(三省堂、2011年)
- 石尾賢二訳『ドイツ私法概論』(三一書房、1990年)
- 石外克喜編『現代民法講義5—契約法』(法律文化社、1991年)
- 石田文次郎『土地総有権史論』(岩波書店、1927年)
- 石田文次郎『財産法に於ける動的理論』(巖松堂書店、1928年)
- 石田文次郎『ギールケの団体法論』(ロゴス書院、1929年)
- 石田文次郎『物権法論』(有斐閣書房、1932年)
- 石田文次郎『物権法論』(有斐閣、1933年)
- 石田文次郎・村教三『満州民法：物権』(1942年)
- 石田文次郎『ギールケの法学』(三省堂、1944年)
- 石田文次郎『債権各論』(早稲田大学出版部、1947年)
- 石田剛編『民法Ⅱ-物権』(有斐閣、2012年)
- 稲本洋之助・鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法』(日本評論社、2015年)
- 伊藤栄寿『所有法と団体法の交錯』(成文堂、2011年)
- 上原敏夫編『民事訴訟法』(有斐閣、2014年)
- 上田徹一郎「組合と訴訟・執行」『契約法大系V—特殊の契約(1)』(有斐閣、1963年)
- 上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』(ミネルヴァ書房、1987年)
- 右近健男編・上谷均執筆『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)
- 内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)
- 梅謙次郎『民法要義(卷之二)物権編』(有斐閣、1896年)
- 梅謙次郎『民法要義(卷之三)債権編』(有斐閣、1901年)
- 江渕武彦「入会権の近代性と前近代性」『社会と法—法社会学への接近』(法律文化社、1995年)

遠藤浩編『民法(6)－債権各論(第4版)』(有斐閣、1997年)

大木雅夫訳・H.シュロッサ著『近世私法史要論』(有信堂、1993年)

大江忠『要件事実民法(5)-2－契約Ⅱ(第4版)』(第一法規、2017年)

大村敦志「日本における家族財産法—配偶者と家族企業の地位について—」日仏法学会編『日本とフランスの家族観』(有斐閣、2003年)

大村敦志『民法読解－総則編』(有斐閣、2009年)

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)

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)

近江幸治『民法講義V契約法(第3版)』(成文堂、2006年)

近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則』(成文堂、2012年)

川島武宜『民法Ⅰ(総則・物権)(1961年)』

川島武宜『民法総則』(1965年、有斐閣)

川島武宜『注釈民法(7)－物権(2)』(有斐閣、1974年)

川島武宜『川島武宜著作集第八巻—慣習法上の権利1』(岩波書店、1983年)

川島武宜＝潮見俊隆＝渡辺洋三編『入会権の解体Ⅰ』(岩波書店、1959年)

川島武宜＝潮見俊隆＝渡辺洋三編『入会権の解体Ⅱ』(岩波書店、1961年)

川島武宜＝潮見俊隆＝渡辺洋三編『入会権の解体Ⅲ』(岩波書店、1968年)

加藤雅信『新民法大系Ⅱ-物権法(第2版)』(有斐閣、2005年)

石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999年)

川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)－物権(2)』(有斐閣、2007年)

金澤理康訳『ザクセンシュピーゲル-ラントレヒト』早稲田法學別冊第8巻(巖松堂書店、1937年)

兼子一『新修民事訴訟法体系』(酒井書店、1965年)

兼子一原著・松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成編『条解民事訴訟法(第2版)』(弘文堂、2011年)

河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012年)

菊井維大＝村松俊夫原著・秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦編『コンメンタール民事訴訟法(第2版)』(日本評論社、2007年)

齊藤和夫『民法Ⅰ』(中央経済社、2007年)

斎藤秀夫編『現代社会と民事法—打田峻位—先生古希記念』(第一法規、1981年)

佐久間毅『民法の基礎1』(有斐閣、2008年)

潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017年)

司法省調査部『満州帝国民法典』(1937年)

清水元『プログレッシブ民法—物権編(第2版)』(成文堂、2010年)

清水元『プログレッシブ民法—債権各論I』(成文堂、2012年)

庄子良男訳・Otto von Gierke著『ドイツ団体法論第1巻(第1分冊)』(信山社、2014年)

庄子良男訳・Otto von Gierke著『ドイツ団体法論第1巻(第2分冊)』(信山社、2014年)

庄子良男訳・Otto von Gierke著『ドイツ団体法論第1巻(第3分冊)』(信山社、2014年)

庄子良男訳・Otto von Gierke著『ドイツ団体法論第1巻(第4分冊)』(信山社、2015年)

末川博『債権各論(第2部)』(岩波書店、1941年)

鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)—債権(8)』(有斐閣、1993年)

鈴木龍介編『法人・組合と法定公告』(全国官報販売協同組合、2014年)

鈴木禄弥訳・D. シュヴァーブ著『ドイツ家族法』(創文社、1986年)

高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第2版)』(有斐閣、2011年)

高田裕成＝田原睦夫＝中島弘雅＝高橋宏志＝徳田和幸『企業紛争と民事手続き法理論—福永有利先生古希記念』(商事法務、2005年)

千葉恵美子・藤原正則・七戸克彦『民法2—物権(第2版補訂版)』(有斐閣アルマ、2008年)

椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『(法律時報刊行)民法改正を考える』(日本評論社、2008年)

鄭鐘休『韓国民法典の比較法的研究』(創文社、1989年)

椿寿夫編『民法における強行法・任意法』(日本評論社、2015年)

登記研究編集室(法務省民事局第3課)『実務からみた不動産登記の要点I』(テイハン、1994年)

中尾英俊『物権法』(1978年、青甲社)

中尾英俊『入会林野の法律問題(新装版)』(勁草書房、2003年)

中尾英俊『戦後入会判決集』第1・2・3巻(信山社、2004年)

中尾英俊『入会権—その本質と現代的課題』(勁草書房、2009年)

中川良延＝野村豊弘＝瀬川信久＝内田貴＝平井宜雄＝加藤雅信＝広瀬久和編『日本民法学の形成と課題—星野英一先生古希祝賀〈上〉』(有斐閣、1996年)

中田薫・石井良助『日本法制史講義』(創文社、1983年)

徳田和幸＝田辺誠＝山本克己＝田原睦夫＝中西正編『現代民事司法の諸相－谷口安平先生古稀祝賀』(成文堂、2005年)

西海真樹＝山野目章夫編『今日の家族をめぐる日仏の法的諸問題』(中央大学出版部、2000年)

西村稔『知の社会史』(木鐸社、1987年)

二宮周平＝大村敦志編『新注釈民法(17)－親族(1)』(有斐閣、2017年)

野村豊弘『民法Ⅱ－物権』(有斐閣、2004年)

林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)－総則(2)』(有斐閣、1991年)

広中俊雄編『第9回帝国議会の民法審議』(有斐閣、1986年)

谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27)－相続(2)』(有斐閣、2013年)

広中俊雄『物権法』(青林書院、1994年)

福地俊雄『法人法の理論』(信山社、1998年)

平井一雄＝水本浩編『日本民法学史・通史』(信山社、1997年)

平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』(有斐閣、1924年)

船越隆司『物権法』(尚學社、2004年)

ボアソナード『仏国民法財産篇講義』(博聞社、1880年)

星野英一編『民法講座別巻I』(有斐閣、1990年)

星野英一『民法講座－債権各論』(有斐閣、2012年)

末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣、1918年)

末弘巖太郎『物権法(上)』(有斐閣、1921年)

前田達明編『史料民法典』(成文堂、2004年)

前田陽一＝本山敦＝浦野由紀子『民法Ⅵ－親族・相続(第2版)』(有斐閣、2012年)

松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第7版)』(弘文堂、2012年)

三瀆信三『独逸法律類語異同辨』(有斐閣、1979年)

宗宮信次＝池田浩一『(新版)物権法論』(有斐閣、2013年)

村上淳一『ゲルマン法史に於ける自由と誠実』(東京大学出版会、1980年)

山本敬三『民法講義Ⅳ-1契約』(有斐閣、2005年)

柚木馨『滿洲民法讀本』(滿洲有斐閣、1942年)

吉田克己＝片山直也編『財産の多様化と民法学』(商事法務、2014年)

吉野衛『判例からみた不動産登記の諸問題』(新日本法規出版、1977年)
我妻栄『民法講義Ⅱ－物権法』(岩波書店、1932年)
我妻栄＝川島武宜『中華民国民法－物権(上)』(中華民法則研究会、1941年)
我妻栄『民法大意－中巻』(岩波書店、1951年)
我妻栄『民法大意－下巻』(岩波書店、1953年)
我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店、1962年)
我妻栄『民法講義Ⅱ－新訂物権法』(岩波書店、1983年)
我妻栄＝有泉亨『コンメンタール物権法(新版)』(日本評論社、1997年)

論文

新川達也「有限責任事業組合制度(日本版LLP制度)の創設への向けて」金融法務事情1731号(2005年)
有地亨「夫婦財産制に関する一考察」九州大学法政学会法政研究32巻(1966年)
池田良兼「民法第253条第2項の二つの問題」判例タイムズ209号(1967年)
石井芳明「LLP制度の創設－『有限責任事業組合契約に関する法律』の概要」金融法務事情1746号(2005年)
石田文次郎「合有論」『民法研究』法学協会雑誌49巻4号(1931年)
石田文次郎「権利能力なき社団」法学論叢31巻2号(1934年)
石田文次郎「史的発展の過程における土地所有権の諸形態」『民法研究』社会政策時報160号(1934年)
伊藤栄寿「マンションにおける区分所有法の権利の独立性とその限界」法律時報85巻9号(2013年)
伊藤栄寿「ドイツにおける共有者間の法律関係」名古屋大学法政論集254号(2014年)
伊藤栄寿「共同所有理論の現状と課題」民事研修674号(2013年)
伊藤栄寿「組合財産の共有－物権編の共有との比較検討－」名古屋大学法政論集270号(2017年)
江渕武彦「共同所有論における学説上の課題」島大法学60巻3・4号(2017年)
遠藤泰弘「オットー・フォン・ギールケの政治共同体像(1)－団体人格論と自然法論の内在的理解を中心として－」北大法学論集53巻5号(2003年)

岡田康夫「ドイツと日本における共同所有論史」早稲田法学会集45巻(1995年)

勝田有恒「Rezeptionの素描ードイツ近世法史研究の起点としてー」一橋大学法学研究(1962年)

加藤雅信「総有論、合有論のミニ法人論的構造」『日本民法学の形成と課題ー星野英一先生古稀祝賀〈上〉』(有斐閣、1996年)

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)

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(二・完)」広島法学23巻1号(1999年)

上河内千香子「共有規定をどう見直すかー合有、総有の明文化をどう考えるかー」『法律時報刊行ー民法改正を考える』(日本評論社、2008年)

上谷均「ドイツ民法典の組合契約における合有制」『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999年)

神谷遊訳・オリバー・フランツ・ケストラー著「ドイツにおける離婚の効果に関する合意」広島法科大学院論集3号(2007年)

金叟姝「韓国の非法人社団に関する規律」広島法学39巻2号(2015年)

金叟姝「共同相続された定額郵便貯金債権の帰属に関する考察ー最高裁判所平成22・10・8判決を中心にー」広島法学40巻1号(2016年)

後藤元伸「権利能力なき社団論の現在ードイツ民法典制定過程における議論の再評価ー」阪大法学55巻3・4号(2005年)

後藤元伸「法人、組合などの団体に関する規律の体系化とその内容的整備についてどう考えるか」『法律時報刊行ー民法改正を考える』(日本評論社、2008年)

後藤元伸「権利能力なき社団の法理と民法上の組合」法律時報85巻9号(2013年)

坂田宏「当事者能力に関する一考察ー非法人の当事者能力に関する議論を中心にー」東北大学法学68巻1号(2004年)

執行秀幸「法規範対立ケースにおける民法規範の衝突(1)」中央ロージャーナル11巻3号(2014年)

下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法学教室363号(2010年)

庄子良男「オットー・フォン・ギールケ「ドイツ団体法論」第一巻(1)」駿河台法学23巻1号(2009年)

庄子良男「オットー・フォン・ギールケ「ドイツ団体法論」第一巻(2)」駿河台法学23巻2号(2010年)

庄子良男「オットー・フォン・ギールケ「ドイツ団体法論」第一卷(3)」駿河台法学24巻1・2号(2010年)

庄子良男「オットー・フォン・ギールケ「ドイツ団体法論」第一卷(4)」駿河台法学25巻1号(2011年)

庄子良男「オットー・フォン・ギールケ「ドイツ団体法論」第一卷(5)」駿河台法学25巻2号(2012年)

庄子良男「オットー・フォン・ギールケ「ドイツ団体法論」第一卷(6)」駿河台法学26巻1号(2012年)

高島平蔵「共同所有理論の再構成について」早稲田法学57巻3号(1982年)

高島平蔵「共同所有理論と団体法思想」早稲田法学61巻3・4号(1986年)

高田晴仁「会社、組合、社団」法学研究慶應義塾大学法学研究会83巻11号(2010年)

高田裕成「民法上の組合の当事者能力」『企業紛争と民事手続き法理論－福永有利先生古稀記念』(商事法務、2005年)

武川幸嗣「共同所有論」吉田克己＝片山直也編『財産の多様化と民法学』(商事法務、2014年)

玉田弘毅「共同所有形態論序説」法論30巻1号(1957年)

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39巻2号(2015年)

田村耕一＝堀田親臣編「ドイツ物権法・条文訳(2)－抵当権2」広島法学40巻1号(2016年)

田村耕一＝堀田親臣編「ドイツ物権法・条文訳(3)－抵当権3」広島法学40巻3号(2017年)

田村耕一＝堀田親臣編「ドイツ物権法・条文訳(4)－抵当権4」広島法学41巻1号(2017年)

道垣内弘人「遺産分割の対象」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)

中田英幸「組合財産の法的構造に関する史的考察(1)」駒澤法学16巻2号(2017年)

中本香織「権利能力なき社団の不動産に関する訴訟における社団の当事者適格と判決の効力」早稲田法学92巻1号(2016年)

中村忠「入会権と入会慣習」高崎経済大学論集45巻4号(2003年)

名津井吉裕「民法上組合の当事者能力について」『現代民事司法の諸相－谷口安平先生古稀祝賀』(成文堂、2005年)

納屋雅城「フランス法における無届非営利社団の法的能力と部分的法人格」獨協法学96号(2015年)

納屋雅城「裁判例における権利能力なき社団概念の機能」獨協法学97号(2015年)

新田敏「民法254条と区分所有法25条」法研47巻12号(1974年)

新田敏「民法二五四条と区分所有法二五条—管理規約の特定承継人に対する効力」慶應大学
法学研究27巻12号(1974年)

額田洋一「権利能力なき社団の当事者能力と当事者適格」山梨学院ロー・ジャーナル9号(2014
年)

野田和裕「マンションの修繕積立金の一部を居住年数に応じて各区分所有者に返金する管理
組合総会の決議の効力」私法判例リマークス55号(2017年)

藤巻梓「区分所有者とその団体の法的関係に関する一考察—ドイツ住居所有権法における最
近の議論の展開を中心に—(一)」早稲田法学83巻4号(2008年)

藤田貴宏訳「ベーゼラーの相続契約学説史(上)」獨協法学98号(2015年)

藤田貴宏訳「ベーゼラーの相続契約学説史(下)」獨協法学99号(2016年)

平田公夫「十九世紀後半のドイツ社会と民法典」『近代ヨーロッパ法社会史』(ミネルヴァ書
房、1987年)

星野英一「いわゆる権利能力なき社団について」法協84巻9号(1967年)

堀野出「マンションをめぐる訴訟と当事者適格の規律」法律時報85巻9号(2013年)

前田達明「相続人不存在の共有持分について」判例タイムス546号(1989年)

前田達明・大久保邦彦・石田剛「<史料>共有法(一)」民商法雑誌105巻1号(1991年)

前田達明・大久保邦彦・石田剛「<史料>共有法(二)」民商法雑誌105巻2号(1991年)

前田達明・大久保邦彦・石田剛「<史料>共有法(三)」民商法雑誌105巻5号(1992年)

榎梯次「共同所有の諸形態」『現代社会と民事法—打田峻位—先生古希記念』(第一法規出
版、1981年)

牧洋一郎「「入会権の現在」論序説」Law&Practice6号(2012年)

松下朋弘「共有持分権論—保存行為の権限からの再検討—」慶應法学36号(2016年)

松久和彦「ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)—剰余共同制の限界と改正の動向—」立命館
法学309号(2006年)

松本博之「非法人社団の当事者能力と実体関係」民商法雑誌93巻(1986年)

三島宣也「組合財産の法的構成(一)」法と政治15巻1号(1964年)

水津太郎「物概念論の構造パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究12巻
(2011年)

柳勝司「権利能力なき社団の財産の帰属といわゆる総有理論について」名城法学64巻4号(2015年)

山口敬介「非営利団体財産に対する離脱者の権利(1)」法学協会雑誌131巻5号(2014年)

武藤貴明「判解」法曹時報67巻12号

山田誠一「共有者間の法律関係(一)―共有法再構成の試み―」法学協会雑誌101巻12号(1984年)

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102巻1号(1985年)

山田誠一「共有者間の法律関係(三)―共有法再構成の試み―」法学協会雑誌102巻3号(1985年)

山田誠一「共有者間の法律関係(四・完)―共有法再構成の試み―」法学協会雑誌102巻7号(1985年)

山下純司「権利能力なき社団と非営利活動」NBL1104号(2017年)

山田誠一「団体、共同所有および共同債権関係」星野英一編『民法講座別巻I』(有斐閣、1990年)

山野目章夫「日本の法定夫婦財産制―別産制神話の検証―」西海真樹・山野目章夫編『今日の家族をめぐる日仏の法的諸問題』(中央大学出版部、2000年)

山本克己「入会地管理団体の当事者能力・原告適格―最三小判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁」法学教室305号(2006年)

吉原達也「千賀鶴太郎博士述―羅馬法講義(5・完)」広島法学33巻3号(2010年)

米倉明「銀行預金債権を中心としてみた可分債権の共同相続―当然分割帰属なのか」法学雑誌タートンヌマン6号(2002年)

我妻栄「満州国民法典の公布」法学協会雑誌55巻9号(1937年)

渡邊力「一般免責請求権論-ドイツ法の紹介と日本法への示唆-」法と政治61巻4号(2011年)

その他

法典調査会民法議事録10巻(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367547>)

<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/reason/> :

ボアソナード「再閣修正民法草案註釈(第二編)財産編」

http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html :

法務省民法(債権関係)部会資料18-2「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(13)」

法務省民法(債権関係)部会資料47「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(19)」

法務省民法(債権関係)部会資料49「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(21)」

法務省民法(債権関係)部会資料57「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたつき台(5)(概要付き)」

法務省民法(債権関係)部会資料81-3「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その3)補充説明」

法制審議会民法(債権関係)部会第97回会議議事録(平成26年12月16日)

韓国

単行本

姜玟中『民事訴訟法』(1995年)

郭潤直『物権法』(博英社、1963年)

郭潤直『相続法』(博英社、1997年)

郭潤直『物権法』(博英社、2000年)

郭潤直『債権各論』(博英社、2003年)

郭潤直・金載亨『民法講義 I』(博英社、2013年)

郭潤直編『民法注解(I)―総則』(博英社、1992年)

郭潤直編『民法注解(V)―物権』(博英社、2009年)

金基善『新物権法』(1958年)

金基善『改訂新物権法』(1959年)

金基善『改訂増補版―物権法』(1985年)

金基善『韓国物権法』(法元社、1990年)

金龍潭編『注釈民法―物権法(2)』(韓国司法行政学会、2011年)

金相容『物権法』(法文社、2003年)

金相容『債権各論』(法文社、2003年)

金相容『民法総則』(HwaSan-media、2009年)

金疇洙『債権各論』(三英社、1997年)

金曾漢『新物権法-上巻』(法文社、1960年)

金曾漢・安二濬『新債権各論(下)』(博英社、1965年)

金容漢『物権法論』(博英社、1975年)

金曾漢『債權各論』(博英社、1988年)
金容漢『物權法論』(博英社、1993年)
金曾漢『物權法』(博英社、1998年)
金曾漢・金學東『民法総則』(博英社、2006年)
金亨培『債權各論－契約法』(博英社、2001年)
高翔龍『物權法』(法文社、2002年)
大法院法院行政処『不動産登記実務』(法院行政処、2007年)
大法院司法政策研究院『財産分割の基準定立のための方案研究』(2016年)
民議院法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録上巻』(1957年)
宋徳洙『新民法講義(第3版)』(博英社、2010年)
宋相現『民事訴訟法』(1995年)
尹喆洪『所有権の歴史』(法元社、1995年)
尹喆洪『物權法』(法元社、2009年)
尹喆洪『債權各論(全訂2版)』(法元社、2015年)
尹喆洪『土地所有権に対する新たな理解』(景仁文化社、2015年)
尹喆洪編『韓国民法学の再正立－晴軒金曾漢教授の生涯と学問世界－』(景仁文化社、2015年)
李英峻『物權法』(博英社、1996年)
李英俊『韓国民法論－物權編』(博英社、2004年)
李英峻『韓国民法論』(博英社、2005年)
李英俊『物權法』(博英社、2009年)
李容勳『法学論集』(博英社、1993年)
李銀榮『物權法』(博英社、2006年)
李銀榮『債權各論(第5版)』(博英社、2007年)
池元林『民法講義』(弘文社、2009年)
韓国法制司法委員会編『民法案意見書』(1956年)
黄迪仁『現代民法論Ⅱ』(博英社、1980年)
黄迪仁『現代民法論Ⅰ』(博英社、1985年)

論文

姜台星「いわゆる総有に対する批判的検討」民事法研究15巻1号(2007年)

高翔龍「韓・日両国における権利能力なき社団について」北大法学論集51巻6号(2001年)

金教昌「非登記社団法人は法人でない社団がない」ジャスティス通巻140号(2014年)

金相容「民法典制定の過程と特徴—ドイツ・フランス・スイス及び日本」漢陽大学校法学論集6巻(1989年)

金曾漢「共同所有形態の類型論」法曹協会雑誌2巻3号(1950年)

金鎮雨「共有者の一人が相続人なしに死亡した場合の持分帰属について—特別縁故者の相続財産分与請求がある場合を中心に—」法曹(2007年)

全惠貞「登記例に現れた夫婦財産契約の内容」家族法研究20巻1号(2006年)

南基潤「私法上法人概念の新たな構成-新しい法人理論の提案-」JUSTICE70号(2002年)

南孝淳「フランス民法上の共同所有—共有を中心に—」ソウル大学校法学39巻1号(1998年)

南孝淳「わが民法上合有と準合有の強制」JUSTICE159号(2017年)

明淳龜「民法制定における民法学者たちの役割—民事法研究会と民法案意見書の寄与」民事法学74号(2016年)

朴燦柱「法人ではない社団及び財団に対する新たな理解」釜山大学校法学研究所法学研究48巻1号(2007年)

朴賢晶「夫婦財産契約上の契約自由の原則」財産法研究32巻4号(2016年)

宋鎬漢「民法上の法人ではない団体に関する立法論研究」全北大学校法学研究所法学研究39巻(2013年)

梁彰洙「民法案の成立過程に関する小考」ソウル大学校法学30巻3・4号(1989年)

梁彰洙「民法典の制定過程に関する研究—民法案に対する国会本会議の審議—」ソウル大学校法学33巻2号(1992年)

梁彰洙「法典編纂総会議事録」ソウル大学校法学35巻2号(1994年)

梁彰洙「民法案に対する国会の審議(1)」民法研究3巻(1995年)

梁彰洙「韓国民法学50年の成果と21世紀的課題」ソウル大学校法学36巻2号(1995年)

梁彰洙「共同所有：民法制定過程での論議とその後の評価を中心に」民法研究6巻(2001年)

李好珽「韓国の民法上共同所有制度への若干の疑問—特に合有と総有を中心に—」ソウル大学校法学24巻2・3号(1983年)

尹喆洪「合有制度に関する法史的考察」法史学研究18巻(1997年)

- 尹喆洪「非営利法人の設立要件に関する立法論的検討」民事法学50号(2010年)
- 尹喆洪「公益法人制度の意義」『公益法人研究』(景仁文化社、2015年)
- 尹喆洪「民法上合有に関する小考」土地法学32巻2号(2016年)
- 尹眞秀「共同所有に関する民法改正案」民事法学68号(2014年)
- 李容勳「組合財産と民法第272条、第273条」『法学論集』(博英社、1993年)
- 任相赫「法人ではない社団の当事者能力と権利能力」民事法学39-1号(2007年)
- 任相赫「法人ではない社団の民法上の地位に関する考察—総有規定をめぐった民法改正論議と関連して—」ソウル大学校法学54巻3号(2013年)
- 諸哲雄「政府の民法中の改正法律案の評価—民法総則中、法人法を中心に—」財産法研究21巻2号(2005年)
- 全京暲「韓国の民法上、総有に関する一考察」土地法学26巻1号(2010年)
- 鄭鐘休「ドイツと日本の総有理論史」法史学研究14号 (1993年)
- 鄭鐘休「共同所有論-特に総有を中心に-」尹喆洪編『韓国民法学の再正立—晴軒金曾漢教授の生涯と学問世界—』(景仁文化社、2015年)
- 崔秀貞「組合財産に関する民法改正方向」民事法学62号(2013年)

その他

- 南孝淳『設立登記ない社団・財団の法的規律』法務部研究課題報告書(2009年)
- 鄭炳浩『法人ではない社団の財産関係の規律改善に関する研究』法務部研究課題報告書(2012年)
- 金大貞『総有関連規定の改正に関する研究』法務部研究課題報告書(2011年)
- 法務部民法一部改正法律案立法予告ページ :

http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_04/ShowData.do?strNbodCd=foru0002&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_40203000&strOrgGbnCd=100000&strThisPage=1&strThmWrtNo=712&strThmAnsNo=A&strType=

ドイツ

単行本

Annette Ascheuer, Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen, Berlin: Duncker&Humblot,

1992.

Bauer/von Oefele, GBO Kommentar, 3. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2013.

Creifelds, Rechts-Wörter Buch, 21. Aufl., C.H. Beck, 2014.

Demharter, GBO Kommentar, 29. Aufl., C.H. Beck, 2014.

Dora von Beseler/Barbara Jacobs-Wüstefeld, Deutsch-Englisch Law Dictionary, 3. Aufl., Walter de Gruyter, 1971.

Elke Herrmann, Kernstrukturen des Sachenrechts, Mohr Siebeck, 2013.

Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 1951.

Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, C.H.Beck, 2013.

Erman, BGB Kommentar, 14. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014.

Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 3. Bd., Basel, C. Detloff's Buchhandlung, 1889.

Georg Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1.Theil, Dieterichschen Buchhandlung, 1835.

Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 4. Aufl., 1. Bd.: Allgemeiner Theil, Weidmann, 1885.

Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert(Hrsg), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuasammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, §§652 bis 853, de Gruyter, 1983.

Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert(Hrsg), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuasammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I, §§854-1017, de Gruyter, 1985.

Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert(Hrsg), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuasammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, §§1-240, de Gruyter, 1985.

Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert(Hrsg), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuasammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht I, §§1297-1563, de Gruyter, 1987.

Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 1. Bd., Springer, 1990.

Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 17. Aufl., C.H. Beck, 1980.

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, Juris Praxis BGB Kommentar 7. Aufl., 2014.

Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., C.H. Beck, 1975.

Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., 12. Aufl., C.H. Beck, 1981.

Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1997.

Konrad Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Guttentag, 1914.

Madeleine Tolani, Teilrechtsfähigkeit von Personenvereinigungen, Duncker & Humblot, 2009.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1896.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 4. Bd.: Familienrecht, 1888.

Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 1899.

Münchener BGB Kommentar, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., C.H. Beck, 2015.

Münchener BGB Kommentar, Bd. 3: Schuldrecht-Besonderer Teil, 3. Aufl., C.H. Beck, 1997.

Otto von Gierke, Das deutsches Genossenschaftrecht, 1. Bd.: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Weidmann, 1868.

Otto von Gierke, Das deutsches Genossenschaftrecht, 2. Bd.: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Weidmann, 1873.

Otto von Gierke, Das deutsches Genossenschaftrecht, 3. Bd.: Die Staats-und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters-und ihre Aufnahme in Deutschlands, Weidmann, 1913.

Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Weidmann, 1887.

Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Dunker & Humblot, 1889.

Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Theil und Personenrecht, Dunker & Humblot, 1895.

Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd.: Sachenrecht, Dunker & Humblot, 1905.

Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd.: Schuldrecht, Dunker & Humblot, 1917.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Aufl. 66, C.H. Beck, 2007.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Aufl. 75, C.H. Beck, 2016.

Protokolle der Kommission für die wzeite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Bd.:

Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, 1897.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Bd.:
Recht der Schuldverhältnisse, 1898.

Randolf Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741-758 BGB), 1. Aufl., Mohr Siebeck, 2004.

Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger, BGB
Handkommentar, 8. Aufl., Nomos, 2014.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1-103, 13. Aufl., Kohlhammer, 2000.

Staudinger (Hrsg), BGB Kommentar, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 705-740, de Gruyter, 2003.

Staudinger (Hrsg), BGB Kommentar, Buch 1: Allgemeiner Teil §§ 21-79, de Gruyter, 2005.

Staudinger (Hrsg), BGB Kommentar, Buch 3: Sachenrecht §§ 985-1011, de Gruyter, 2012.

Staudinger (Hrsg), BGB Kommentar, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741-764, de Gruyter, 2015.

Uwe Hüffer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., C.H. Beck, 1996.

Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 1. Bd, Erster Teil: Die Personengesellschaft,
Springer, 1977.

Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., zweiter Teil: Die juristische Person,
Springer, 1983.

Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs
eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 1, de Gruyter, 1982.

Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs
eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, de Gruyter, 1982.

論文

Beuthin, Künftig alles klar bei nicht eingetragenen Verein?, NZG 2005, 493-495.

Christian Baldus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung,
Bd. 123, 2006.

Dieter Eickmann, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZfIR 2001, 433.

Gerhard Wagner, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2005, 637-646.

Gottlieb Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP,
75, 1889.

Heermann, Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, ZHR 2006, 170.

Jauernig, NJW 2001, 2231.

Karsten Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts-und parteifähig, NJW 2001, 1056.

Kempfer, NZG 2002, 411.

Michael Dümig, Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts infolge Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit, Rpfleger 2002.

Michael Dümig, Anmerkung zu BayObLG, Beschluss v. 31.10.2002 - 2 Z BR 70/02 -, Rpfleger 2003.

Otto von Gierke, Verein ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, in: Festgabe für Heinrich Dernburg zum 50. jährigen Doktorjubiläum, 1900.

Peter Ulmer, Die Gesamthandsgesellschaft-ein noch immer unbekanntes Wese?, AcP 1998, 198.

Reuter, Die Reform des Vereinsrechts, NZG 2005, 738.

Stephan Madaus, Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, AcP 2012, 212.

Terner, ZNotP 2009, 132, 137.

Waldner, NotBZ 2015, Heft 7.

Werner Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 1972, 136.

Wolfgang Zöllner, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr, 1993.