

不動産の共有者の持分権に関する一考察

— 最高裁平成15年7月11日判決を素材として —

Das Anteilsrecht des Miteigentümer an Grundstücken

田 中 淳 子

Atsuko TANAKA

目 次

- 1 はじめに
— 問題の所在 —
- 2 最高裁平成15年7月11日判決を素材として
- 3 判例の立場と学説の対立
- 4 結びにかえて

1 はじめに

1 自己所有の不動産が無権利者に侵害されている場合には、その妨害を排除できることはいうまでもない。これは、物権(所有権)の直接的・排他的な権利を実現するために物権(所有権)者は、その侵害を排除する請求権が与えられているからである(物権的請求権)。しかし、物権的請求権が民法典にその明文の規定を置いていないため、その内容・効力等については解釈上種々の疑問が提示されており、実際の問題解決については判例・学説に委ねられている。この請求権は、単独所有の所有権者だけでなく、共有物の所有権者に対しても、与えられている。なぜなら、各共有者が有する持分権は所有権の本質を有しているため物権的請求権の行使は可能である。さらに、共有者の一人、あるいは一部が共有物の妨害を排除することは、他の共有者に対しても利益となり、各共有者間において利害が対立する場面ではないからである。判例・学説共に、共有物に関する持分権者の持分権が無権利の第三者による不実の登記によって侵害されている状態に対し、各持分権者は、共有物の現状を維持する行為として単独でその登記の抹消を請求できる、と考えてきた¹⁾。理論的には、不実の登記＝共有物の侵害に当たり、共有物の平穏な状態を回復・保持するための行為として単独での

登記抹消請求は共有物の保存行為に該当する、という法律構成に立って結論づけられてきたものといえよう。これに対し、近時、自己の持分権が直接的に侵害されていなくとも、他の共有者の持分権の登記について実体と異なる登記がなされている場合、共有不動産の他の共有持分権者は単独で不実の持分登記の抹消を請求することができる旨の判断が示された。後に考察する最高裁平成15年7月11日判決である（以下、「平成15年判決」という）。

さきにも示したように不実の登記によって共有物全体が侵害されている場合、その物の「保存行為」として妨害を排除することは、共有物全員の利益になる、ということ根拠としてきた。しかし、「平成15年判決」は、不実の登記が、他の持分権者の持分についてのみ登記がなされている事案であり、登記の抹消を請求する持分権者の権利は具体的には侵害されていない、という評価も可能である事案であった。このような場合にも、これまでの判例法理のように「共有者全員の利益になる」として登記の抹消まで求めることができるのであろうか。本稿ではこの点について、「平成15年判決」の事案的・理論的な検討を通じてその結論の妥当性の論証してみたい、と考える。

2 共有者が共有物に対しどのような権利行使ができるのか。これについて民法は、249条以下に規定を置いている。所有権の使用・収益・処分権能について共有者は各持分権に基づいて決することになる（§ 249）。しかし、「各共有者が持分権に基づいていかなる行為を単独でなすことができ、何を共有権者全員の合意でなすべきであるかを、そこから一律に導くことは極めて困難である」²⁾。共有物の変更をしたり処分をしたりする場合には共有者全員の同意が必要であり（民251条）³⁾、共有物の管理に関する事項は各共有者の持分価格の過半数で決する（民252条本文）⁴⁾。ただし、保存行為については、各共有者が単独で行うことができる（民252条ただし書）⁵⁾。もちろん、これらを実現するためには、他の共有者および第三者に対して自己の持分権を主張することができる。所有権を共同で所有している状態が共有であり、各共有者は持分権を有している。したがって、持分権は所有権の本質を有しているため各共有者は物権的請求権の行使やその他の請求権の行使も可能となる。たとえば、共同相続人の一人が自己の持分を超える部分まで登記をしたり、あるいは、それを第三者に譲渡してしまったような場合、すなわち、対内的・対外的に自己の持分権を主張することができる。具体的には、持分権の確認請求や持分権に基づく妨害排除請求⁶⁾、持分権に基づく引渡請求、そして持分権に基づく登記請求権等⁷⁾が可能である。

このような理論的枠組みの中で、判例は、無権限の第三者が不法な登記名義を有しているような場合には、持分権者は、単独でその抹消登記を請求することができる（最判昭和31年5月10日民集10巻5号487頁。以下「昭和31年判決」とい

う)。このような場合の抹消請求は、妨害排除の請求であり、保存行為に該当するため民法252条ただし書に基づき単独で行使用することができる、という理由である。したがって、判例は共有者全員の必要的共同訴訟による必要はないと考えている。

3 問題は、自己の持分権は実体に即した登記がなされている場合、他の共有者の持分権についてのみ実体に合わない登記がなされていることをもって、共有権者は単独または一部の共有権者だけで抹消登記を請求することができるのか。この点については、これまで判例はその判断を示してこなかった。これに対し、学説の中には、共有といえども所有権の物権たる本質から持分権に強い権利を認める立場も展開されている。この立場に立ったとしても、自己の持分権を侵害されていない場合、いかなる根拠に基づいて、単独で全部の登記の抹消請求を求めることができるのかは一考の余地がある。そこで、本稿では、近時出された最高裁「平成15年判決」を素材に、不動産の共有者の持分権の法的性質について若干の考察をこころみたい。

2 最高裁平成15年7月11日判決⁸⁾を素材として

1. 事案の概要と判旨

〔事実の概要〕

複数の土地（全部で12筆。バブル当時総額100億円にも及ぶ）を所有するAは、平成5年1月18日、実子Bによって殺害された。Bを含むAの子4名がAの死亡によって共同相続した（なお、控訴審口頭弁論終結時においては、いまだBの現住建造物放火罪、殺人罪が確定していなかったため相続欠格者にはなっていなかったが、その後、本件が上告審継続中平成12年12月にBに対し無期懲役刑が確定している）。そのような中、暴力団幹部Yから3,500万円の債務を負っていたBは、あらかじめYに指示されて準備しておいた書類を使用し、同年同月25日にAの相続人である4名の持分を各4分の1とする相続登記をなし、その上で、Bの持分について、同月18日相続を原因とするYのために代物弁済を原因とする持分移転登記をした。その結果、現在本件土地の登記簿上の持分割合は、Bを除く他の共同相続人3名およびYがそれぞれ各4分の1となっている（本件土地の4分の1の持分の時価は9億円である）。

そこで、本件土地の各4分の1の持分の登記を有する共同相続人Xら2名が、Yに対し、BからYに対する代物弁済は、通謀虚偽表示又は公序良俗違反により無効であると主張し、主位的請求としてYが経由した4分の1の持分移転登記の抹消登記手続を請求したのが本件事案である。

一審（名古屋地判平成12年2月18日）は、BからYに対する本件持分の代物弁済は、通謀虚偽表示であるか又は公序良俗違反（暴利行為）であり、無効であるとし、Xらは本件土地の共有持分権に基づく保存行為としてYの経由した本件持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる旨の判決がなされた。そのためYが控訴した。

これに対しXらが最高裁昭和31年5月10日第一小法廷判決（民集10巻5号487頁）最高裁昭和33年7月22日第三小法廷判決（民集12巻12号1805頁）を引用して持分権の登記抹消請求の正当性を主張したところ、原審（名古屋高裁平成12年11月29日）は、①仮にBからYに対する持分の譲渡が無効であり、Yが経由した本件持分移転登記が真実に合致しないものであるとしても、Xらの各4分の1の共有持分権はYの右登記によって何ら侵害されていないから、持分権に基づく保存行為としてYに対し右登記の抹消登記手続を求めることはできない、また、②Xらの引用する最高裁判決は、いずれも当該不動産の共有者が権利を有しないにもかかわらず単独で所有名義を有している者に対してなした登記抹消請求にかかる事案であって本件とは事案を異にするものであり、③相続人以外の第三者の無効な持分登記があるとしても、その抹消登記手続を第三者に請求できるのは、「全相続人及び当該第三者を被告人として、当該遺産につき、相続財産であることの確認請求をして、その認容の判決を得、そのうえで遺産分割の手続を経るほかないというべきである」とし、一審におけるYへの本件持分移転登記の抹消を命じた部分を取り消した。そこで、Xらは、上告した。上告理由は、①控訴理由においてXらが引用した最高裁昭和31年判決、最高裁昭和33年判決を「事案を異にする」という理由で無視したことについて、原審判断が引用判例と相反することを示し、さらに、②すでにXらは、20億円余の相続税について物納申請したところ、共有者全員の物納申請がないことを理由に管理处分不適当財産であるとされ、相続税物納財産変更要求処分がなされた。さらには、Xら以外の共同相続人から分割調停を申し立て、現在分割が禁じられている。したがって、物納申請を認容してもらうため、さらには遺産分割を行うためには、登記名義が実体と合致させなければならないとして、Yの持分登記抹消請求を求めたものである。

〔判旨〕破棄差戻し「不動産の共有者の一人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができるところ、不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということが出来るから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる」（最高裁昭和29年（オ）第4号同31年5月10日第一小法廷判決・民集10巻5号487頁、最高裁昭和31年（オ）第103号同33年7月22日第三小法廷判決・民集12巻12

号1805頁、なお、最高裁昭和56年(オ)第817号同59年4月24日第三小法廷判決・裁判集民事141号603頁は、本件とは事案を異にする)。

以上によれば、BからYに対する本件土地の持分の譲渡が無効であれば、Xらの主位的請求は認容されるべきである。論旨は理由がある。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。そこで、上記持分の譲渡の有効性についてさらに審理判断させるため、本件を原審に差し戻すこととする。よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する、とした。

2. 本判決の問題点⁹⁾

1 本判決は、第三者の不実の登記によって自己の持分権が侵害されている場合に、妨害の排除ができるという立場を説示したものである。本判決は、その根拠として、「昭和31年判決」と「昭和33年判決」¹⁰⁾を引用している。本判決の問題点を指摘するためには、「昭和31年判決」・「昭和33年判決」との事案的、あるいは理論的な距離を整理し、その妥当性を考える必要があろう。なぜなら、本件は、事案が極めて特殊であると評価しているからである(本件訴訟中に相続欠格者となった者からの譲受人と他の共同相続人の一部との争い)。この判例法理の結論について、すでに発表されている『判批』の多くは肯定的な評価である。また、その中には、判例が「新判断」を示したものと評価する¹¹⁾ものもある。そこでの各評価、すなわち本件の結論の妥当性を支えているのは、判例法理の機能が適合的であったのか、あるいは本件の事案的な特色ゆえのものなのか、疑問がある。その評価の可否を検証するために本件と「昭和31年判決」と「昭和33年判決」について整理してみたい。

2 まず、①「平成15年判決」は、相続人欠格者の持分権を譲り受けた者による不実の登記である。他方、「昭和31年判決」・「昭和33年判決」は、自らは正当な共有持分権を有する者から、自己の持分権が不実の登記によって侵害されていることに対する登記抹消請求の事案である。

② さらに、「昭和31年判決」・「昭和33年判決」は、不実の登記の抹消を求めている者は、自己の持分権が不実の登記によって侵害を受けている、という状況にある者である。しかし、「平成15年判決」は、共同相続人の1名が殺人罪等の有罪判決を受け相続欠格者と確定されるまでは自身の持分権は侵害を受けていないものからの請求である(少なくとも、Bの有罪判決の確定した平成12年12月までは)。

③ また、「昭和31年判決」・「昭和33年判決」は、共有者が不実の登記(侵害行為)に加担しており、登記を実体に合致させる等の訴訟に協力を求めることができない事

案であるため、「共有者全員の共同によらなくとも持分権を侵害されているものの妨害状況を排除するためにはこれを保存行為として認めても良かった事案」的特色を有している¹²⁾ものである。これに対して、「平成15年判決」の事実は、実際に自己の持分権が侵害されている状況でないともいえる（ただ、この評価については、「平成15年判決」の中のYが暴力団関係者であり、Aの殺人をBに唆した、とおぼしき者との他の共同相続人との共有であること、それ自体が共有状態の「侵害」、「妨害」に当たる、ともいえなくはない）。そのような場合にも、共同でなく、単独で抹消登記手続きができるとした。

④「昭和31年判決」・「昭和33年判決」は、共有不動産の所有権に係る無効な登記が第三者名義でなされている事案である。他方、「平成15年判決」は、共有持分権者の一名から譲り受けた者の持分権が登記がなされている事案である。Bが相続欠格者として確定されるまでは、他の共有持分権者の権利を侵害していないため、他の共同相続人が単独で訴えることができる関係には当然にはならない事案であった、との評価も可能である。

3 このように、いくつかの点において、判決引用の先例と異なった前提条件が指摘されよう。そのような状況で、本件がこれまでの判例法理の枠組みの中での解決なのか、改めて問われなければならないと考える。さらに、「昭和31年判決」・「昭和33年判決」が根拠として用いた「保存行為」について「平成15年判決」は、直接の説示をしていない（ただ、原審では議論をしている）。「もともと『保存行為』を援用する意義は、共有者の一人が他の共有者に属する持分権に干渉することを正当化する点にある」¹³⁾。したがって、「昭和31年判決」のように自己の持分権を侵害されている場合には、一部の持分権者による妨害排除を「保存行為」とする立場と、訴えの当時、必ずしも自己の持分が侵害されていなかった「平成15年判決」は、「他の共有者による抹消登記請求は、不当な干渉として否定されるべきかにも思われる」¹⁴⁾、という疑問はぬぐえない¹⁵⁾。ただ、「不実の登記を契機に他の共有者が持分権を失うようなことになれば、各共有者の期待・利益に反することになりかねない」し、「各共有者は他の共有者の持分登記に対する法的利害を有しており、ある持分権についての不実の登記を他の持分権に対する妨害状態と捉えること」¹⁶⁾が本判決の結論を支えている根拠であろう。だからといって、「保存行為」ということを問わずに、「昭和31年判決」・「昭和33年判決」を引用し、持分権の侵害が現実でない場合にも当然に妨害排除として登記の全部抹消が認められるのはなぜか、問題が残る。そこで、これまでの判例・学説の理解を整理し、本判決の意義を考えてみたい。

3 判例の立場と学説の対立

1 判例の立場は、先にも示したように、当該問題については、民法252条ただし書の「保存行為」を理由として持分権者の権利行使を肯定する（「昭和31年判決」等）ことでほぼ一致を見ている。

①「昭和31年」の事案は、被相続人であるAが所有していた不動産をAの所有名義にしておいた場合、多額の公租公課が課せられることをおそれ、Aは、実弟である上告人Y名義に仮装の所有権移転登記を行った。その後Aが死亡し、Aの本件不動産は、Aの妻である被上告人XとAの実母Bが共有した。そこで、Xは、Yに対して所有権移転登記の抹消登記手続を求めた事案である。これに対し最高裁は、不動産の共有者の一人はその持分権に基づき、単独で当該不動産につき登記簿上所有名義を有する者に対しその登記の抹消を請求することができる旨の判断を下したものである。すなわち、「Aの死亡によりその不動産は、相続人であるXとBの共有に帰したものである」、「Xは、Yに対し本件不動産につき所有権抹消登記手続を求める権利があるもの」である。「本訴判決の既判力はXらの本件不動産に対する共有権の存否に何ら影響を及ぼすものではない」とし、したがって、「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く、従って、共同相続人の一人が単独で本件不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めうる旨の原判示は正当であると認められるから、論旨は採ることができ」としてYからの上告を棄却したものである。

②「昭和33年判決」は、共同相続財産に関するものではない。組合財産に関するものである。この事案についても、先の「昭和31年判決」を引用して、「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」。そして、「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から、民法における組合財産の性質を前記の如く解するにおいては、その持分権者の一人は単独で右不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めることができる筈である」と

し、先の「昭和31年判決」を引用して、民法第667条以下において特別の規定のなされていない限り、民法第249条以下の共有の規定が適用され、組合員の一人は、単独で、組合財産である不動産につき登記簿上の所有名義者たる者に対して登記の抹消を求めることができる、とした。

両裁判例は、いわば、共有者（あるいは、合有関係）の一人から不実の登記名義を有する第三者に対する請求であり、その場合には、単独で、持分を超える権利行使が可能である、ということになる。

さらに、「平成15年判決」は、「昭和59年判決」（最判昭和59年4月24日裁判集民事141号603頁）を引用している。これは、先の二つの判決とは「事案が異なる」とされるものである。なぜなら、「昭和59年判決」は、共有者の一人から登記名義を有する他の共有者に対する請求である。この場合には、「共有者の一人がその共有持分に対する妨害排除として登記を実体的権利に合致させるため右の名義人に対し請求することができるのは、自己の持分についてのみの一部抹消（更正）登記手続であると解するのが相当である」、としている。

すなわち、共有持分権者は、自己の持分の範囲内において権利行使ができるにすぎない、ということである。

2 学説は、多数説とも言うべき見解が、共有の一人（一部）が自己の共有持分を超えて登記の抹消登記ができる根拠を「共有物の保存行為」に求めている。この立場は、持分権の本質である所有権（206条）の効力から当然に導かれる、とする保存行為説¹⁷⁾である、ということになる。共有不動産の所有権に無効な登記がなされていた場合、それは、共有物全体に対する妨害であるとして、各共有持分権は共有物全体に影響を持つものであり、単独であっても抹消登記請求が可能である、とする。

持分権に基づく不正登記の抹消請求は性質上、不可分であるとし、民法428条の不可分債権の類推による、いわゆる不可分債権説も説かれている¹⁸⁾。これらいずれの学説も、単独での行使を肯定している。この説に対しては、その法的根拠が不明確である旨の批判もある。

近時、有力に説かれているのは、所有権に準じる性質を有する共有持分権そのものの当然の効力として妨害排除請求権を行使できると考える立場である。持分権説的構成である。しかし、これについても持分権の範囲を超えた部分に妨害排除請求を認めることについては理論的な矛盾があるとの指摘がある。

判例は、先の保存行為説に立つもの（「昭和31年判決」はこの立場）、不可分債権説に立つものがある。

その他、共有とは、共有権を持つ者が共同して所有する形態をいい、そのような場面で第三者に対して登記の抹消請求をする場合には、単独で行使することができず、

固有必要的共同訴訟によらなければならないとする立場もある¹⁹⁾。この立場からも理解できるように「共有者が単独で不実の登記の抹消手続を請求できるかどうかの問題は、共有者が必要的共同訴訟の形態をとらなければならないかどうか、という手続上の議論と絡まって展開してきた」という²⁰⁾ こともあいまって、議論は錯綜している。

3 「平成15年判決」は、「昭和31年判決」、「昭和33年判決」を引用していながら、そこで展開された「保存行為」にあたるか否かの基準に直接説示することなく、共有持分権者が抹消登記手続を求めることが他の共有者の利益になる、ということを直接的な根拠しているように考えられる。その点から、「平成15年判決」は、保存行為説に立ちながら、持分権説的構成に近いものといえよう。

4 結びにかえて

まず、本件について、結論については賛成するものの、その判決法理については若干の問題が残されているものと評価したい。その理由を以下において、簡単に指摘したい。

① まず、「2. 本判決の問題点」においても指摘したように、「平成15年判決」がその根拠として引用している「昭和31年判決」・「昭和33年判決」の理論構成と同じであろうか、という点について考えてみたい。「平成15年判決」では、共有者による他の持分権者からの譲受人に対する登記抹消請求が「共有物の保存行為」にあたるか否かの検討がなされていない。それにもかかわらず、本判決の結論を肯定的に評価できるのは事案的特殊性に起因するものである。したがって、本判決の法理が本問題を争う他の事案の解決に機能するか否かは検討を要するものと考えられるからである²¹⁾。「平成15年判決」は、Bが、被相続人を死に至らしめたことで有罪判決を受けている以上、民法891条1号によって相続人の資格はなくなる。そのBからの持分の譲受人がその旨の登記を備えていたとしても、それは、無権利者からの譲り受けである。それを登記したからといってもそれは実体を有しない不実の登記である。「本件は極めて特異な事件であり、申立人の請求が認められるべき性質は極めて高く、これが認められないような事態は、著しく正義に反する不当な結果を招来する」とした上告理由が、まさに最高裁において抹消登記手続を認めさせた実質的な根拠となったものといえよう。「昭和31年判決」も、節税のため(?)に被相続人が生前に仮装登記をしたのであって、本来は何らの権利も取得できない立場である、旨の指摘がある。共同相続人が被相続人の妻と、死亡した夫の実母（これは、仮装登記をしている者の実母でもある、ということである）。このような関係において、妻は、他の共有者である実母の協

力は得られない。実母としても実の息子を訴える嫁に協力することはできない、という状況である。しかし、判決は、被相続人が死亡したことによって、共同相続が開始され、実体の伴わない仮装登記があったとしてもそれをもって、相続人に対し「抹消登記に協力しない」と反論する立場にはないことを認めている。「平成15年判決」の事案が、相続欠格者からの譲受人（持分登記名義人）であり、「昭和31年判決」が、権利取得の実体がない仮装登記名義人である。いずれも権利を有することを主張することができないものであり、実体と登記を合致させることを求める共有者の一名（一部）からの訴えを認めることの合理性は認められるものといえよう。

② それでは、判決法理に残された理論的な問題とはなにか。それは、「平成15年判決」が引用している「昭和31年判決」「昭和33年判決」は、いずれも持分権者の持分が不実の登記によって侵害されている事案であることにある。そこに理論構成の上で重要な問題点があると考ええる。従来判例は、持分権はその共有物全体を利用できる権利を有しており、不実な登記がなされているのであれば、「共有物の管理・維持」の観点から、保存行為として単独で妨害排除ができる、としてきた。しかし、「平成15年判決」では、「保存行為」たる要件には触れず「不実の登記」そのものが共有不動産に妨害状態を生み出している、とするものである。すなわち、本件は、持分権の妨害ではなく、共有不動産への妨害の問題である。したがって、たとえ自己の持分が侵害を受けていなくとも、Xらの請求を認めることが可能となる論理構成をしているものとも思われる。共有不動産全体に関わる不実の登記を単独で抹消請求をすることは他の持分権者にも利益になる、と考えられるからである。

「平成15年判決」が、保存行為の要件から離れ、共有物自体の侵害（不実の登記）があったとして共有者の一部が単独で妨害を排除できる可能性はあろう。なぜならそれは、相続人欠格事由によって、無権利者が第三者に譲渡をした事案であるからである。しかし、「平成15年判決」の事案が例えば、Aが遺言でBに9億円分の持分を相続させることを真に意図している場合、Xらは、当然にはYの持分権（この場合Yが例えば銀行等の金融機関で手続を踏み、実際に9億円分近くの債務があるような場合と仮定しよう）の登記の全部を妨害排除として抹消することはできるのであろうか²²⁾。持分権たる権利は持分権者が自由に譲渡・処分できることが前提である。それに干渉するための根拠である「保存行為」の概念は持分権の独立を保障してきた。今回の判決の法理が本件事例的特色を離れて「新判断を示した」と評価することは、いまだ研究を要するものと考えられる。「平成15年判決」とは、特異な事案に対し、原審を覆しXらを保護する結論を導くことが最高裁の判断の背後にあったものと推測できる。確かに、持分権の侵害がなくとも、無効な登記自体が妨害行為だから、保存行為について言及する必要はないかもしれない²³⁾。だからといって、原審判断の「持分権が侵害されて」おらず「保存行為」の必要性がないためにXらの請求が否定されているこ

とも無視できない。この部分を覆すための最高裁の対応にはもの足りなさを感じる。むしろ最高裁は「あえて」詳細に触れず、「昭和31年判決」、「昭和33年判決」の結論だけを用いたものともいえる。最高裁自身が、Xらが現実には自己の持分権が侵害されていないことを強く意識し、それでもXらを保護すべきほどの事例的特徴が「平成15年判決」の結論を支えているものといえる。本判決の重要な特徴は、共有物に対し共有者全員が共有物全部の所有権を有し、それぞれ「量的」ではなく、質的な3分の1を有する、という「共有の法的性質」について、「共有は目的物の量的分有ではない」ことを説示したものとして理解することにある。その意味では、本判決が、「昭和31年判決」＝「保存行為説」をそのまま採用したものではなく、むしろ、近時有力に説かれている持分権説的構成に近い立場を採用したものと評価できる。これらの学説の影響を受けた判例の近時の一つの方向性を指し示したものとして評価したい。

注

- 1) 持分権が現実には侵害されている場合、共有不動産の「保存行為」として妨害排除請求を単独で行使用することができる、とするのが昭和31年5月10日民集10巻5号487頁、昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。また、自己の持分権の範囲内において一部抹消(更正)登記を請求することが可能である、という点については、最判昭和59年4月24日裁判集民事141号603頁、判例時報1120号38頁。本稿の2で検討を加える最高裁平成15年7月11日判決において引用されている判決でもある。なお、本稿においては紙枚の関係上で、物権的請求権に関する種々の問題点にふれることはできないが、物権的請求権をめぐる議論の現況については、『註釈民法(6)物権(1)』[好美清光](1997年、有斐閣)103頁以下、佐賀徹哉「物権的請求権」『民法講座第2巻 物権(1)』(1984年、有斐閣)15頁以下参照。
- 2) 滝澤幸代『判批』判例セレクト2003(法学教室323号)15頁(2003年)。
- 3) 共有物の変更にあたる行為とは、共有山林の伐採(大判昭和2年6月6日新聞2719号10頁)のように、物理的に共有物を変化させることだけでなく、共有物を法律的に処分すること(他の共有者の持分権を処分することを意味する)も含むものと解されている。
- 4) 共有物の管理に関する行為とは、管理とは、目的物の利用・改良行為をいう(民103条2号)。たとえば、共有物を目的とする賃貸借契約を解除したり(最判昭和39年2月25日民集18巻2号329頁)、共同相続人の一人が相続財産である家屋の使用借主である場合に他の共同相

続人が使用貸借の解除をすること（最判昭和29年3月12日民集8巻3号696号）等である。

- 5) 共有物の保存行為にあたる行為とは、保存行為とは、共有物の現状を維持する行為をいう。それは共有物にとって必要な行為であるだけでなく、共有者全員の利益となり、共有者間で利害が対立しない、ということから単独で行うことができるとされる。そのため、持分権に基づく共有物全部についての妨害排除請求や引渡請求の根拠として民法251条ただし書が用いられる。
- 6) 共有者の一人が共有物を妨害する第三者に対して共有物全部の妨害排除請求をすることの法的根拠について学説の対立がある。この点については、本文中でふれることにする。
- 7) 持分権に基づく登記請求として、具体的には、自己の名義に登記を改める請求や、持分権に基く移転登記請求、そして、第三者が不法な登記名義を有しているような場合には、その抹消登記を請求することができる。なお、その他、持分権に基づく時効の中断請求や持分権に基づく損害賠償請求も可能である。
- 8) 民集57巻7号787頁、裁判所時報1354号4頁、判例時報1833号114頁、判例タイムズ1133号116頁、金融・商事判例1177号56頁、金融法務時報1697号46頁。
- 9) 本件判決については、すでにいくつかの判例研究が発表されている。

前掲・滝沢『判批』のほか、古積健三郎『判批』法学セミナー588号（2003年11月）119頁、尾島明『判批』ジュリスト1261号（2004年2月）165頁、関武志『判批』判例評論545号19頁（判例時報1855号197頁）、橋本恭宏『判批』金融・商事判例1188号（2004年4月）61頁、山田誠一『判批』法学教室283号（2004年4月）98頁、なお判例の紹介については、原田純孝「主な裁判例〔不動産〕判例レビュー84」判例タイムズ1144号（2004年5月）62頁、野村豊弘「今期の主な裁判例〔不動産〕判例レビュー85」判例タイムズ1150号（2004年8月）66頁。

なお、本稿校正中に七戸論文が発表された〔七戸克彦『共有者の一人による不実登記の抹消登記請求』（1-2・完）（民商131巻2号225頁以下、同131巻3号418頁以下）〕。七戸論文は、本件事案を素材とする判例研究にとどまらず、共有者による不実の登記抹消請求の法律構成一般について総合的に検討を加えたものである。本件事案に対する結論については、判旨結論に賛成し、理由付けに反対される。その上で、「保存行為」の認定については、個別具体的な事案に応じて厳格に判断すべきであるとしている。その意味では、当該平成15年判決についても事案的な特徴から原告らの請求が基本的に認められない、とも指摘している（131巻3号84頁）。この点について、七戸論文は、共有者全員の利益は、「保存行為概念を通じて考慮されているのであって、この概念を取り去った本判決こそ、まさに『他の共有者全員の利益を顧慮しない』判決」と平成15年判決を評している（131巻3号85頁）。

- 10) その他、大判大正8年4月2日民録25輯613頁、大判大正12年4月16日民集2巻243頁等。
- 11) 原田・前掲『判批』62頁。
- 12) 滝沢・前掲『判批』。

不動産の共有者の持分権に関する一考察

- 13) 古積・前掲『判批』。
- 14) 古積・前掲『判批』119頁。
- 15) 本件事案と類似のケースとしてあげられるのは、最判昭和59年4月24日判時1120号38頁。
この事案については、第3章でふれることにする。
- 16) 古積・前掲『判批』119頁。
- 17) 我妻＝有泉『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（1983年、岩波書店）327頁、広中俊雄『物権法（第2版増補）』（1987年、青林書院）438頁、川井健『民法概論2物権法』（1997年、有斐閣）201頁など。
- 18) 舟橋諄一『物権法』（1960年、有斐閣）380頁、柚木＝高木『判例物権法総論（改訂版）』（1972年、有斐閣）520頁など。
- 19) 新田敏「共有の対外的関係についての一考察」法研59巻12号164頁（1986年）164頁。
- 20) 関・前掲『判批』198頁。
- 21) 当該事案は、多額の資産を有する者（Aの死亡後、相続税が20億円余であったこと、パブル当時Aの資産は、100億円にも及んだ等も一審において確認されている）の共同相続人の一名が、暴力団と関係を持ち（Bが当初運送業を営んでいたとき、Bの姉の夫の友人である暴力団の副会長と知り合いとなったことに始まる）、その者らの企みに陥れられた、ということが理解できる。ついには、共同相続人Bが被相続人である実父Aを殺害しなければならないところまで追いつめられた、ということも第一審から何うことができる。YのBに対する3,500万円あまりの貸付金に9億円分のBの持分権を代物弁済の担保としてYに提供させている。さらに、B本人にはさしたる資産がないことも理解していたYはBの父Aが資産家であることを知って、以前から何度もBに接触をしている（Bをギャンブルに誘い、借金をさせたり、Bがフィリピン人の人材派遣業などを営んでいた際、借金をさせたり等）。実際に、Yによる代物弁済の登記手続は、AがBによって殺害された後、一週間以内には全て完了している。
- 22) 大判大正15年5月14日民集19巻840頁は、第一順位の抵当権が被担保債権の消滅により消滅した場合、第二順位抵当権者が第一順位の抵当権登記の抹消を求めるのは民法252条ただし書の保存行為にあたるため、各共有者が単独で権利行使をすることができる旨の判決がある。
- 23) 山田・前掲『判批』99頁。