

# 合有財産の保存行為

—— 契約的合有財産の管理共同体 ——

野 口 昌 宏

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 民法における共同所有
- 三 契約的合有財産の存在と構造
- 四 契約的合有財産の保存行為
  - 一 共有物の保存行為
  - 二 契約的合有財産の保存行為
    - 保存行為の管理共同体 ——

合有財産の保存行為（野口）

## 一 はじめに

人間生活の社会・経済的生活関係が複雑多岐になり、財産の利用・管理・処分が個人を中心とした生活領域から多数者の共同生活の領域へと拡大しつつある。そして、人間の社会・経済生活活動における財産を中心とした生活関係が個人から共同へと拡大する生活価値の可能性を認識するとき、そこに共同財の管理形態のあり方が観念される。財産の管理に関する法律制度はおの異った沿革をもって歴史的に発展して来たが、近代資本主義経済生活に入ってから、財産に対する所有と管理の分化がますます進み、財産管理についてもそのあり方が変化して来ている。

近代市民法は人間を抽象的人格と観念し、個人こそ法の出発点としてその財産的生活においても所有権の絶対性により共同所有を共有としてとらえ、共同財に対する財産管理関係を規定した。しかし、共同所有の種類としての合有あるいは総有が古くから歴史的に存在していたことは、人間の財産的生活において、より密接な団体的結合をもった財産管理関係が存在することに外ならない。わが民法は共同所有の種類として共有のみを規定したが、それはより密接なる団体的結合関係が成立しているかどうかを抽象しきったところの法律的構造を与えられている。しかし、共有においてもなお管理共同体の内容が存するといえる。また、信託における共同受託者の合有は、契約に基づく人為的、契約的結合によるにもかかわらず、その法律的構造は、利益を受ける者のための受益者本位の所有権構造を有し、潜在的にも持分権を有さないところの「契約的合有」として団体的結合関係が成立している。そこにおける保存行為は共有が管理共同体の例外として単独行為を認めたにもかかわらず、保存行為といえども全員共同してなすことを妥当

とする法律的構造をもつものである。

かつて、ローマ法は「共有を紛争の母」としたが、法律は人間生活から発生し、実在する社会生活関係の秩序であることから、人間の財産的生活においても、財産管理のあり方が個人から共同へと拡大する価値可能性を認識するとき、共同所有に対する法律もまた再考されなければならないであろう。ここに契約的合有財産の保存行為もまた、例外ではなく、管理共同体たる性格を有するものである。

## 二 民法における共同所有

近代法は数人が種々の態様において同一物を共有するとき、その性質をできる限り個人的所有権の性質に近いかいものとして構成しようと考えた。わが民法典においても、その近代市民法としての性格は市民社会の法原理を基本にしてその理念型としての近代民法たる態様を有している。<sup>(1)</sup>近代市民法はローマ法において觀念されたところの公法と私法との分化により、公法に対する、私法としての基本原理をもって、自由、平等を基本とし、主体は抽象的人格であり、近代所有権はその客体的側面として、これら両者を媒介する契機としての自由なる契約が觀念された。しかし、ゲルマン法における財産の諸共同所有については、個人こそ法の出発点であると觀念したところのローマ法の知らなかったところであり、<sup>(2)</sup>ゲルマン法がその習俗と宗教とにより共同体(団体)から出発し、個人が常に共同体とは同時的存在として、団体の個人に対する関係が重要であると考えたことは、<sup>(3)</sup>ローマ法とは対称的な法律観であろう。ゲルマン法はローマ法のように個人から出発せず、団体から出発することにより、個人の性質よりも団体の性質を問題と

した結果、個人の団体に対する関係あるいは団体の個人に対する関係を重要とした<sup>(4)</sup>。したがって、所有権概念もローマ法が人を中心とし、総ての権利関係を人に帰せしめたのに対し、ゲルマン法では財産を中心とし、総ての権利関係を財産に帰属せしめていたといえる。むしろ、そこにおける人は財産の管理人として行動したにすぎないような感<sup>(5)</sup>がある。このことは、ゲルマン法の団体主義的法律観に基づくものであり、その法律観によれば、個人は常に団体の同時的部分であり、同時に団体に奉仕する職務であるとして、それは内容上社会共同生活を重んじたためにはじめから当然に制限されたものであった<sup>(6)</sup>。

ゲルマン法におけるこの団体主義的法律観は財産に対する所有の態様においても団体的結合による制約に基き、共有物に対する利用や処分面に自ずから制約が存した<sup>(7)</sup>。しかし、今日の所有権概念は、近代市民法的基礎をその基本原理とするも、近世の個人主義的な自由ではなく、公共の福祉という理念によって、浄化されることにより、抽象的人格として観念された人は、人間たるに価する生活権能を保証されたところの具体的人格を有する個人として、所有権の絶対性においてもその自由の範囲に合理的制約を受け、また契約の自由に対しても同様に、その近代市民法理論の進展は共同社会の生活活動をより強く認識するところにその実質的平等を求めることとなった。

ここにおけるわが民法の所有権の観念も公共の福祉による浄化と抽象的人格から具体的人間として財産の主体に対する合理的制約を理念するも、なおその基本はローマ法による個人主義的性格によって観念されたところの抽象的絶対的支配権能を有する近代的所有権を基礎として近代市民法体系のうちに位置づけられる<sup>(9)</sup>。このような性格をもった民法が、共同所有の原則的形態としてローマ法における共有をもって、その典型としたことはきわめて自然なことであり、また当然であったかも知れない<sup>(10)</sup>。

したがって、わが民法における通常の共有は（第二四九条以下）ローマ法と同様に各意思主体者たる法的人格者が、たまたま一個の目的財産上に競合し合つて所有している状態であるにすぎず、目的財産に対する各共有者の支配権能は相互に全く自由独立であると観念した。このことは、同一目的物に対して、共同所有権が相互に人法的団体関係あるいは共同事業維持の団体関係を有することなく、純粹に物権関係の平面においてのみ共同関係に立ち、ただそれが同一目的財産に対してのみ共同であることに基づく結果、各自の所有権行使に制限を受けるにとどまるものである。<sup>(11)</sup>民法が第二四九条以下に共有を規定したことは、共有物たる客体を中心に結合する人法的関係の調整に法的配慮を加えているにせよ、本質的には、やはり、共有者相互間になんら人法的あるいは共同事業的な団体的結合を予定していない法的構造を有することには変わりはない。それは人間の財産的生活における人法的あるいは共同事業的な団体結合関係に基づいて共同所有するという、通常の共有以外の共同所有関係が認識せられる今日においては、その規定からはあまり期待できないという場合も出現する。<sup>(12)</sup>

民法における共有関係は共有者間に人法的結合による共同目的あるいは共同事業維持目的を達成するというような共同関係をまったく抽象しさつて法律的構造を決定しているところに問題がある。今日、財産の共同所有において「所有」と「管理」の機能分化により、各共有者間に人法的あるいは共同事業維持的共同関係の多く存在することが認識され、そのような共同所有の関係においては、通常の共有にみとめられるような各共有者の持分権の諸権能が共同目的の下に何らかの制限を受けるべき必要な場合が出現する。<sup>(13)</sup>このように、共有が、共同事業維持のための共同体の手段たらしめられて、各構成員の共有物に対する所有権に種々の制限が物権的効力をもって規定されるとき、ここに市民社会法上の合有という共同所有の類型があらわれてくる。<sup>(14)</sup>したがって、近時の学説が近代的人間団体の財産関

係について合有の存在を認むべきとしているが、わが民法は共同所有の形態についてこれを規定していない。近代市民法たる民法において合有がどのような場合に認められるかは問題となるとしても、共有の類型としての合有は、目的物に対して共同体的拘束の下に支配する形態であり、その発生においては、債権契約による場合と身分的基礎による場合とが考えられる<sup>(16)</sup>。合有は共有者間にそれを手段として共同事業的共同体を有する場合に共有持分権の諸権能の制限はいろいろな形で行なわれ、合有といってもあらゆる場合につき一様の形式内容を有するものではない。それは合有財産共同体の各構成員の結合が契約的結合であるか、身分的結合であるかにより、合有の態様はその法律的構造において異なるものとなる<sup>(17)</sup>。したがって合有はそれを構成する各構成員の結合のあり方によってその態様は特に持分権に関して法律的構造上明確に区別されるべきものとなる。特に、わが国信託法第二四条に規定する「合有」はイギリス法の joint tenancy に基づくものであり、これをゲルマン法における gesamte Hand に基づく合有と区別して考察しなければならぬ。

(1) 我妻 栄「物権法」(民法講義Ⅱ)二〇八頁。加藤一郎「市民法の現代的意義」(「現代法と市民」所収三頁)。

(2) 石田文次郎「財産法における動的理論」五頁以下。

(3) 石田文次郎、前掲、一〇頁以下。

ゲルマン的法律観によれば、個人は常に全体の同時的部分であり、個人のこの権利は同時に全体に奉仕する職務であり、それは内容上社会の利益のためにはじめから当然制限されている。したがって、ゲルマン法において自由な所有権よりも制限された土地権の方がはるかに多いのはこのためである(ライトブルフ「法学入門」・碧海純一訳、一〇二頁以下)。

(4) ゲルマン法においては Person なる抽象的人格概念がなく、それは国民の一員であることが国法によって認められた権利義務を取得する資格であり、ある団体の構成員であることがその団体の権利義務を取得する資格であった(石田文次郎、前掲、七頁)。同「ギールケの団体法論」六三頁以下参照。

(5) 帰属の観念は所有の観念よりも広く、かつ適応性を包蔵している。ゲルマン法の権利主体の観念は所有 (Haben) の観念ではなく帰属 (Gehören) の観念であった (石田文次郎「財産法における動的理論」三三頁以下)。

(6) ラートブルフ「法学入門」・碧海純一訳、一〇二頁。例えば封地 (Lehngut) の所有者は軍事上の制限や義務に服し、世襲地 (Erbgut) の所有者には家に属する所有権 (Eigentum der Familie) の行使のみが許され、その譲渡には家族の同意が必要であった。個人の権利はすべて全体 (共同社会) に由来し、全体の利益のために享受されうる。

(7) ゲルマンの共同的な土地総有団体の内において、その構成員各自の平等を維持するためには、土地に対する総ての権利を利己的な人間に帰属せしめるよりは家屋敷つまり団体に帰属せしめた方が適切であったからであろう (石田文次郎、前掲、三四頁)。

(8) 我妻 栄「民法総則」(民法講義Ⅰ) 四頁。

(9) 玉田弘毅「共同所有形態論序説」(法律論叢三〇巻四号) 一〇九以下参照。

ローマ法の所有概念は抽象的絶対的な支配権であったのに対し、ゲルマン法の所有概念は、具体的相対的な利用権能であった。そこにローマ法流の所有概念とゲルマン法流の所有概念の対立が存在したのであるが、理論的に見れば近世法の所有概念はローマ法流の所有概念の勝利である。そしてその重要な原因がその概念の近世個人主義思想の要望に適合する点に存した (我妻 栄「所有権」(民法研究Ⅲ) 所収) 二五八頁)。

(10) ローマ法は個人から出発しており、私法は個人の領域であり、個人意思の力が私法の中心であった。従ってローマ法の法の観念は都市団体から出発したものはあるが、その法人格は個人人格に還元され、擬制された人格であってローマ法の person の観念を変更せしめるものではなかった (石田文次郎、前掲、六頁)。

ローマ法におけるこのような法律観はもっぱら、共有は紛争の種と考えられて共有の生ずる場合を出来る限り少なくしようとする態度によるものであるといわれる。

(11) 共有の法的性質に関して、わが国では二つの対立する見解があり、一つは、各共有者は各自一個の所有権を有し、各所有権が一定の割合において相抑制し合っている内容の総和が一個の所有権の内容と等しい状態であるとする説 (舟橋諄一「物権法」三七五頁、我妻 栄「物権法」二二三頁、未弘巖太郎「物権法上巻」四〇八頁など)。他の一つは一個の所有権が各

共有者に量的に分属する状態だとする説（石田文次郎「物権法論」四四一頁以下、柚木馨「判例物権法総論」五一六頁）である。両説についてはいずれがより理論的にすぐれているかという争いにすぎず、両説いずれをとっても結果的にあまり差異を生ずるものではない。

- (12) 玉田教授は近代市民法の共有が共有者相互間になんら団体的結合目的を予定しているものではない事について「近代市民社会の経済機構の下においては、少くとも財産法領域に関する限り、実際上は、さして大きな役割を果していないし、むしろ、果すことが困難であるという欠陥のあることを否定することは出来ない」と述べておられる（玉田弘毅「共同所有形態論序説」（法律論叢第三〇巻四号）一二二頁）。この事は共同所有形態において所有権の内容における目的物の管理権能と目的物からの収益権能との分離、及びそれぞれの権能の帰属の態様により、共同所有形態が区別される事による。従って、ここにその理念型として近代法における団体の財産関係を総有（Gesamteigentum）、共有（Miteigentum）、合有（Eigentum zur gesamten Hand）の三つに区別せられるのである。川島武宣「所有権法の理論」二〇〇頁以下参照。

- (13) 共同関係のより強い共同事業維持を目的とした共有関係においては、例えば、通常の共有に比べて、持分の処分の自由は制限されねばならず、共有物の使用収益の権能は共有者各個人にはなく、一次的にしるその共同体に帰属せねばならない場合もあり得る。また共有物の管理においても共同体維持の目的のための管理となり、共同事業目的により、共有物分割請求権もある一定期間は停止せられねばならない等の制限が当然に表われてくる（山中康雄「共同所有論」六七頁）。

- (14) 山中康雄、前掲、六七頁以下

- (15) ドイツ民法において合有は第七一八条（組合財産）、第一四三二条以下、第一四四二条以下（夫婦共同財産）、第二〇三二条以下（共同相続）に規定されており、さらにドイツ商法においても第一〇五条第二項（合名会社）、第一六一一条第二項（合資会社）においてその所有形態が合有の重要な意義として認められている。

Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Band II.1905. S. 388. Amn. 54, 55, 56.

共有の種類としての合有は個人主義的法体系を有する近代市民法の下においては一般にこれを冷遇する。わが民法は合有に関してこれを直接規定しておらず、わずかに信託法第二四条に「合有」を規定した。

- (16) 合有の発生において、契約による場合と身分的基礎による場合との理念型については、拙稿「合有権の二大类型——信託財



産と共同相続財産において——」(不動産権利の諸問題)所収・大成出版社)を参照せられたい。

(17) わが民法上の合有説はゲルマン法の沿革や、ドイツのいわゆるゲルマニステンの合有理論に影響されるところが多い。わが民法上は共同相続財産や組合財産の場合に合有的性格を有するとする学説が多いが、民法の規定はそれを合有とするに異論がないほど明確に規定するものではない。しかし、わが信託法第二四条の合有は、ゲルマン法の合有(いわゆる *gesamte Hand* の理論)に基づくものではなく、イギリス法上の *joint tenancy* の法理に基づくものである(田中 実「信託財産の『合有』性について」(法学研究第二七卷九号)九頁)、尚、信託財産における合有の歴史的存在については、水島広雄「信託法史論」九九頁以下。高柳賢三「英米信託法原理」(法学協会雑誌第四十卷第六号)一三頁以下、宮本英雄「英米信託法における受益権の発達および性質」(法学論叢第一三卷第三号)九頁を参照せられたい。

### 三 契約的合有財産の存在と構造

人間の財産的生活において、共有財産をもって人法的結合あるいは共同事業維持を目的として各構成員に対する種々の制限が物権的効力をもって規定されるところの共同所有形態はこれを合有として認めざるを得ない。しかし、わが民法には合有を明規せず、わずかに信託法第二四条に「合有(共同受託者の合有)」を規定したにとどまる。わが国の財産法領域における合有の概念は、もともとゲルマン法に基づくものであり、それは古代ゲルマン社会の家族共同体における遺産に対する共同相続人の団体的所有をもって合有の起源とし、<sup>(1)</sup>その歴史的存在をもってわが国の合有理論の基礎としている。ここにおける合有は *gesamte Hand* の原則により、身分的結合を基礎とし、その合有形態は共同所有が人法的関係を基礎として、共有財産を全体として共同に所有するが、それは各構成員が単に独立して存在

する個々人の集合ではなく、合手的に (zur gesamten Hand) 一体をなして所有するものである。したがって、共有物に対する各自の所有権たる持分権の行使は共同目的により制限され、潜在的にしか存在しないところの持分権を有するという法的構造をもっている。これが一般的に民法上言われるところの合有理論である。

しかし、わが信託法第二四条における共同受託者の合有はゲルマン法の gesamte Hand の原則に基づくものではなく、イギリス法の joint tenancy の法理に基づくものである<sup>(3)</sup>。イギリス法における信託はその直接原形たる use をその起原として、財産の所有者がある者 (use 受託者) に common law 上の財産権を帰属させつつ、同時にその財産を一定の目的にしたがって他人 (use 受益者) のために管理処分させるといふ法律関係である<sup>(4)</sup>。特にその際 use 受託者に自己の財産 (主に土地) を譲渡する場合 joint tenancy の法理を利用し、受託者を複数となし、財産を受託者の合有とすることにより、封建的付随負担を回避したのである<sup>(5)</sup>。ここに信託における合有が joint tenancy の法理によつた歴史的発生の起因がある。したがって信託財産の合有はゲルマン法における合有のごとく、身分的あるいは、必然的結合関係を有するものではなく、それは信託関係における人間的信頼を基礎とした信託設定契約がその発生要件として存在し、その結合は目的、あるいは人為的要素に基づいて存在する。信託財産における合有は共同受託者間の関係において成立するものであるが、形式的には、ひとつの信託行為における信託契約が複数の受託者との間においてなされるとき共同受託者の合有が発生する。このことは共同受託者における合有はその発生の要件がゲルマン法の gesamte Hand の場合と異なり、常に契約を契機とする信頼による結合関係がその基礎となる。

joint tenancy はイギリス法における共同所有の一形態である<sup>(6)</sup>が各主体者間の関係はきわめて密接であり、権利の共同主体たる関係において、数人の共同権利者は一個の権利を一団として各人全部を所有するというものである。し

たがって、共同所有者間に存在する権利は単一なるものとされ、各共同所有者は合同してひとつの実質的人格を形成することとなる。<sup>(7)</sup>そして、その発生は必ずしも法律の規定により発生することなく、当事者の行為により発生し、それは一団となった複数の者に財産を信託的譲渡した場合、反証なき限り発生する共同所有の状態をいう。さらに joint tenancy の法理における最も重要な性質に「残存者の権利 (the right of survivorship)<sup>(8)</sup>」があり、それは「四同の一原則 (fourfold unity)<sup>(9)</sup>」により目的的に団体的結合する結果生ずる性質である。したがってこの残存者の権利は合有関係における持分権の存在の有無と重大な関係を有することとなる。つまり、残存者の権利により各所有権者が死亡または脱落した場合の合有権は他の残存の合有権者に添増し、このことは joint tenancy における持分権なき合有を意味することとなる。それは、その結合の目的が信託の場合、受益者のためになすところの共同受託者の結合であり、各共同受託者は常に共同して信託事務の執行をなす義務を有し、その事務の執行を第三者に任せてはならず、信託財産の分割は、もちろん、変更を加えたり損害を与えた場合には、それは受益者の利益に反し、また、信託目的違反として信託財産に対する責任が生ずる(信託法第二五条)。ここに共同受託者における合有の構造は、民法上一般に言うところの合有と異なる構造を有するのである。

共同受託者における合有はゲルマン法における合有と共通するものを如程かもつにせよ、それは信託設定契約を発生要件とするところに人為的、理性的な団体的結合としての合有関係が成立することとなる。そして、各合有主体は共同受託者たる地位により、きわめて密接に一個の権利を一団として有するという共同主体者たる関係を有し、しかも、その結合が信託の目的、行為的意思により支配される結果、その結合は身分的結合とは異なるところの交換契約的な要素に基づいて結合するところの合有である。ここに共同受託者の合有は契約により発生するところの根本的

に分離せる人々による関係にもかかわらず、その結合関係は合有信託財産の超個人的性格<sup>(10)</sup>を中心として、「四同一の原則」により同時的、同意思的、同価値的結合関係として存在するのである。このことは各共同受託者がその信託関係継続期間中は相互に共同の領域をもち、各合有主体が個人の集合ではなく、生きた団体として存在することとなる。ここに共同受託者の合有は「契約的合有」ということが出来、それは身分的、必然的結合による合有ではなく、人為的、理性的に結合するところの契約的合有といふことができる。しかも、*gesamte Hand*における合有は潜在的にしる持分権の観念が存在するいわば共有権的要素を有するのに対し、*joint tenancy*に基づく合有は持分権の観念の存在しない総有権的要素を有する合有型といふことができよう。このことは人間の財産的生活における、より密接な共同を目的とした契約的結合団体の生活活動が存在する結果によるものである。

このような契約的合有は信託における合有権者の職務権限の中心が合有信託財産の管理、処分の権限であり、それは信託目的および受益者の利益のために設定された信託契約により発生する。したがって、ここにおける合有財産に対する合有権者の所有権構造は、信託の受益権<sup>(11)</sup>の如く特定の目的あるいは特定者の利益のために財産を所有するといふ所有権構造が存在する。このことから契約的合有権者の合有財産に対する所有権構造は、利益を受ける者のため所<sup>有</sup>として「受益者本位の所有権構造」を有するといえる。しかも、この受益者本位の所有権構造を有する合有権は潜在的にも持分を有さないが、各合有主体者は常に多数者として、手をつないでそのまま同時に一個の団体を形成することには変わりはない。そして、合有者としての共同関係は個人人格としての権利性格と一団としての合有団体たる権利性格との両面を有している。それは、合有団体が個人的要素と団体的要素とを同時に持つことと合有財産の存在目的である受益権の性格とに基づくものである。

- (1) 来栖三郎「共同相続財産に就て——特に合有論の批判を兼ねて——」(法学協会雑誌第五六卷第二号)二七四頁以下。近藤英吉「ゲルマン固有の相続法——特にサクセスピーゲルを通じて——」(法学論叢第二四卷三号)三三三頁以下。石田文次郎「合有論」(民法研究第一卷所収)八九頁以下。Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*. Band I. S. 664f. 又、さらに中世ドイツにおいては、プロシアの農民の土地相続においてヴェストフリア州法の「農地一子相続法」(Gesetz betr. das Anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westfalen und in den Kreisen Rees, Essen (Lend), Essen (Stadt), Duisburg, Ruhrort und Mülheim an der Ruhr vom 2. Juli 1896)」において実質的共同相続の内容を規定した。尚、詳しくはブレターノ著、我妻栄・四宮和夫共訳「プロシアの農民土地相続制度」(農林省農業総合研究所)一二五頁以下参照。
- (2) プロシア一般州法において、一八五七年三月一六日プロシア高等法院は共同相続人の団体が存続している限り、各相続人は遺産の各個の物に対して特別所有権を有せず、分割前に各相続人は遺産を構成する各個の物に対する持分を処分することが出来ない」と判決した(石田文次郎、前掲、一〇四頁以下)。
- 尚、石田文次郎「ギールケの団体法論」二二二頁参照。
- (3) 田中 実「信託財産の『合有』性について」(法学研究第二七卷第九号)九頁。本荘鉄次郎「英法上の合有の觀念につきて」(法学研究第四卷第三号)一三七頁。
- (4) 信託制度はイギリス衡平法(equity)の作り上げた最大の法技術であると言われている。(F. W. Maitland, *Equity*. 2nd. 1936. p. 23.)
- イギリスにおいて一四世紀に至り、当時の封建制度の社会的、経済的生活の種々の困難を回避するため use を利用して土地の譲渡に関する禁止を回避した。イギリスにおいても土地はいうまでもなく封建制度存立の基礎であるためこれを自由に遺贈その他による処分を禁止した。従って人々はこれを回避するため予じめ、数人の第三者(use 受託者)に土地を信託的譲渡してこれらの禁止を回避したのである。
- (5) イギリスにおいて衡平法裁判所が use の救済を始めたのは一四〇二年から一四四六年の間であるとされているが、記録の存在する最初のものとしては一四四六年の Myrtle v. Fallan (2 Cal. Ch. XXI) に対する判決である(水島広雄「信託

法史論」一四二頁)。

- (6) 現在のイギリス法における共同所有の形態は特殊なものを除いて joint tenancy or ownership v tenancy or ownership in common の二種に分けられる。前者が合有であり、後者が共有であると解せられている。田中 実、前掲一一頁。田中 和夫「英米私法概論」一八一頁以下。
- (7) 田中 実、前掲、一一頁。本荘鉄次郎、前掲、一三九頁以下。
- (8) この権利は合有者間において各主体者は個人として存在すると同時に合同して一個の所有権を有する結果、合有者の一人が死亡した場合に、その権利が彼の相続人に相続される事なく、残存した他の合有者に添増し、残存合有者全員に帰属するものである。この権利についてわが信託法第一五条は「信託財産ハ受託者ノ相続財産ニ属セス」と規定し、又第五〇条二項は「受託者数人アル場合ニ於テ其ノ一人ノ任務終了シタルトキハ信託財産ハ当然他ノ受託者ニ帰ス」と規定した事は joint tenancy の残存者の権利に由来する。
- (9) 「四同一の原則 (fourfold unity)」とは、(1)権利の同一、(2)取得時期の同一、(3)名義の同一、(4)占有の同一であり、それは同一の譲渡行為について合有者すべての権利およびそれを発生させる原因の同一な事、同一時期に発生した事、合有者の名義が同一な事、さらに合有財産の部分あるいは全部につき占有が同一である事の要件をもって財産を不可分に所有する事である。本荘鉄次郎、前掲、一四〇頁以下参照。
- (10) 信託財産それ自体は実質的法主体性を与えられている。信託財産は委託者の受託者に対する人間的信頼により財産が受託者の所有となる個人的要素と、受託者の個人財産から分離した存在との二面性を有している事から、信託財産それ自体が超個人的性格を有する。四宮和夫「信託法」二二頁参照。
- (11) 受益者は委託者が信託の利益を与える事を目的とした者、または委託者の権利を承継する者であり、委託者の意思にしたがい信託行為により当然に利益を享受する立場にある(信託法第七条)。

## 四 契約的合有財産の保存行為

### 一 共有物の保存行為

契約的合有財産の保存行為を考えるに当って民法の共有物における保存行為を概観する必要がある。

財産的生活における共同所有についてわが民法は合有を規定していないことから、すべて民法第二四九条以下の規定を適用、あるいは準用することとなり、学説上合有といわれるところの共同所有においても変わりはない。<sup>(1)</sup>民法は共有物の現状を維持する行為を保存行為としてこれを各共有者単独でなしうるとしている(民法第二五二条但書)。民法上の共有関係は一個の目的物を各自共同して所有するも、これらの共同所有者に何等人的なつながりは必要なく、ただ目的物が同じであることから、止むを得ず所有の関係だけを共同するというものである。したがって、そこにおける各主体者の関係は、より密接なる共同目的的结合関係を抽象しきった、単に各自の所有権の総和が一個の所有権の内容と等しい状態において結合するものである。このことより各共有者は持分権を有し、何時にても共有物の分割を請求することができることとしている(但し民法二五六条の分割禁止の規定を除いて)。

しかし、共有における関係は各持分権がそれぞれ独立の所有権たる性質を有するも、同一目的物たる共有物の上に競合して存在することより、共有物の管理・処分行為は共有者全員の利害に関することから、管理行為は多数決で決し、変更・処分行為は共有者全員の同意を要するとしている。しかし、共有物の保存行為においては、共有物の現状を維持するものであり、共有者全員の利益が共通するとして各共有者はこれを単独でなしうるとしている。したがっ

て、共有における共有者間の共同関係は、共有物の保存行為に関して例外的に単独行為を許し、それ以外の管理・処分行為においてこれを認めていることとなる。

合有財産においても、わが民法に規定が存在しない以上、民法の共有の規定が当然準用されるという、形式論からも、その限りではほとんど差異がないこととされている<sup>(2)</sup>。したがって、民法上の共有は各人の管理処分権能において一応の相互制限が存在し、その限りにおいて管理共同体たる性格を有していることになるが、学説上合有財産といわれる組合財産、共同相続財産において特別の規定がない限り共有の管理関係とほとんど差異がないということになる。このことから民法上の規定により合有財産の保存行為は各自が単独でなし、管理行為は潜在的持分の割合にしたがって多数決で決し、変更・処分行為は全員共同してのみなしうるということになる。

一般に共有物の保存行為は共有物の現状を維持するものとされ、共有者全員の利益に帰するものであることからこれを単独でなすことができる<sup>(3)</sup>。しかし、保存行為においてはその行為の結果が当然に他の共有者にも影響を及ぼすことから何かが保存行為となるかが問題となり、その行為の性質の一般的効果によって他の共有者全員の利益となるか否かを重視すべきであろう<sup>(4)</sup>。

判例は一般に共有物の保存行為に関してその概念をかなり広く解しているようである。例えば、第三者の不法登記抹消請求<sup>(5)</sup>や妨害排除請求<sup>(6)</sup>や引渡請求<sup>(7)</sup>などについてこれを保存行為としている。これらは主に持分権に基づいて単独になすことができるとし、それが結果的に共有者全員の利益になることからこれを保存行為と認める結果となつてい<sup>(8)</sup>る。したがって、持分権は共有物全体に及ぶことから自己の持分権による主張が結果的に共有物全体に対する主張と同じ結果となり、それが共有者全体の利益に合致するところに保存行為を認める結果となる観がある。保存行為を行



為の結果からして社会通念上、共有者全員の利益となるか否かを重視する見方からすると、判例の示す通りその概念は広いものとなるであろう。そうすると保存行為の概念はますます拡大する可能性がでてくることとなる。本来、保存行為の概念においては、共同所有関係の持分権行使の相互制限による管理共同関係が存在するという場合には、むしろ単独になしうる場合を狭く解すべきであろうと思う<sup>(8)</sup>。したがって、共有物の保存行為を自己の持分権に基づいて単独でなしうるか否かの面から考えることは必ずしも好ましい結果といい得ないと思われる。そして、特に各共有者がその持分権に基づいて単独になす妨害排除請求権や共有物引渡請求権を保存行為の理によって説明することはこれを必ずしも保存行為という必要があるかどうか疑問がある<sup>(9)</sup>。

そこである行為が保存行為となるか否かの判断の基準が問題となろう。ある行為が保存行為として単独になしうるか否かについて、判例はこれを広く解し、持分権に基づいてなした行為を保存行為に属するから単独でなしうるとするものまでである<sup>(10)</sup>。そこで、保存行為となるか否かを判断する場合に、単に持分権に基づき単独でなしうるから保存行為に当たるといふ形で議論すべきではなく、それが保存行為とされるか否かにより、どのような効果の違いが生ずるかという見地から判断されるべきである<sup>(11)</sup>。そして、ある行為が保存行為となるか否かは、行為の実際の結果によるものではなく、行為の性質ないしは一般的効果によって判断されるべきである。

ここに民法における共有財産の保存行為は共同所有関係をすべて共有と規定することにより、自己の持分権に基づいて行う行為も含めて単独になしうる保存行為を規定した。このことは一般にいうところの合有財産の保存行為においても、その共同所有の關係が共有のそれよりもより団体的結合が強いとしても、保存行為においては、民法第二五二条但書を適用せざるを得ないこととなる。しかし、保存行為の判断基準が単独でなしうることが妥当であるから「保

存」ということであると、その行為の結果によっては奇妙な結果が出現するであろうし、単に共有者間の利益較量に基づき直ちに結論を導く判断のし方は説得に必要な論理をみたさないこととなろう。したがって、ある行為が保存行為となるか否かは、保存行為の一般的効果により「保存」か否かを問題にすべきであらう。そうすると、単独行為は即、保存行為という形引論はより密接なる団体的結合、特に持分権なき共同所有つまり契約的合有の場合には必らずしも妥当するとはいえない場合も出現してくる。したがって、持分権を有さず受益権に基づいて利益を受ける者のために合有財産を所有し、管理共同体を目的とした契約的合有財産の保存行為において、保存行為が同じく単独即、保存行為と考えるべきか、保存行為の概念を再考する必要があるらう。

(1) 品川孝次「遺産『共有』の法律関係」(判例タイムズ二二二号)一一頁。我妻栄・立石芳枝「親族法・相続法」四一七頁。

(2) 品川孝次、前掲、一一頁。

(3) ここに保存行為とは財産の滅失、毀損を防ぎ、その現状を維持するための事実的および法律的行為をいい、かかる行為は他の共有者の利益をもたらすという事が通例となる。その他、保存行為は緊急を要することが多いため各共有者は単独でなすことが出来るとされている(柚木馨「判例物権法総論」五二六頁)。尚、柚木教授は「したがって、他の共有者に不利益を与えるおそれがありまたは緊急を要しないような行為はここにいわゆる保存行為より除外すべきである」(柚木馨、前五二六頁)として、保存行為の概念の基準に緊急性を要件としておられる。

(4) 舟橋諄一「物権法」三八三頁。品川孝次、前掲、一一頁は「行為の実際の結果によるのではなく、行為の性質ないし一般的效果によって判断される」としている。もし共有物に関する訴の提起が保存行為としてなされる場合があると、その訴の提起が保存行為なるかどうかはその既判力が他の共有者にも及ぶ事となる。従って、単独で訴の提起がなされた場合、その行為の結果が敗訴した場合を考慮して、保存行為となるか否かを決すべき事となる。

(5) 大判大正一二年四月一六日民集二卷二四三頁、大判昭和一五年五月一五日民集一九卷八四〇頁、最高判昭和三一年五月一

○日民集一〇卷五号四八七頁、最高判昭和三三年七月二日民集一二卷一八〇五頁。尚、前掲、最高判昭和三一年五月一〇日は「共有権者の一人がその持分に基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ざいいわゆる保存行為に属するものという」とする。

(6) 大判大正七年四月一九日民録二四輯七三二頁、大判大正八年九月二七日民録二五輯一六六四頁、大判大正一〇年七月一八日民録二七輯一三九二頁、大判大正一一年二月二〇日民集一卷五六頁。持分権は共有物の全部に及ぶものである事から、持分権に対する妨害排除をなすためには共有物全体について、その妨害を排除せざるを得ないとして、判例はこの理を保存行為なる点に求めようとしている。

(7) 大判大正一〇年六月一三日民録二七輯一一五五頁、広島高判昭和二七年一月七日高民集五卷一〇号六四五頁。判例は引渡請求を単状でなす事を肯定するが、これを保存行為と見る場合(前掲判例)と不可分債権の理による場合(大判大正一〇年三月一八日民録二七輯五四七頁)とが有る。学説は引渡請求は必ずしも常に保存行為とは目し難たく、むしろ不可分債権の規定を額推すべきとしている(柚木 馨、前掲、五二二頁。同説、舟橋諄一、前掲、三八一頁、我妻 栄「物権法」二一八頁、未川 博「物権法」三一二頁)。

(8) 特に合有においてこの概念を無原則に拡張すれば、民法第二五二条本文適用の意味がなくなり、従って管理共同体または合有の実質が失なわれる結果となる(品川孝次、前掲、一一頁)。

(9) 例えば判例は被担保債権の消滅により一番抵当権が消滅した場合に、二番抵当権の共有者の一人が一番抵当の登記の抹消を請求すること(大判昭和一五年五月一四日民集一九卷一〇号八四〇頁)や不動産の共同相続人の一人がその不動産についての仮装の所有権移転登記の全部の抹消を求めること(最高判昭和三四年七月三日民集一三卷七号八九八頁)などもこれを保存行為とし、特に前者は保存行為の典型として学説上しばしば引用され支持されて来たが、むしろ、これらの行為は共有物自体の保存というより、持分権から派生する抵当権あるいは所有権の保全のための措置として、各共有者単独でなしうると思われれば足り、あえてこれを保存行為と言う必要ないと思われる。柚木 馨、前掲、五二六頁。品川孝次、前掲、一一頁。川井 健「注釈民法(7)」(物権(2)) 川島武宣編集 三三二六。

(10) 最高判昭和三二年五月一〇前掲、最高判昭和三三年七月二二日前掲。

合有財産の保存行為(野口)

(11) 川井 健、前掲、三二五頁以下。

(12) 行為の実際の結果により共有者全員の利益になるから保存行為とするという判断の基準をもってくると、単独にて訴の提起をした場合、それが勝訴した時は保存行為、敗訴した時は保存行為とならないという誠に奇妙な事になる。

## 二 契約的合有財産の保存行為——保存行為の管理共同体——

共有は各共有者の結合関係がその成立において、合有のように共同目的あるいは共同事業達成のため結合するといふ、より密接な共同関係ではない。その限りにおいて、共有と合有とは対称的な共同所有の類型であり合有に比べて密接な共同的体結合関係が存在しないが、しかし、共有者らが特定の目的達成のために共有する関係にたっている場合には、各共有者の共有持分の行使はその共同目的達成のために共有物利用や処分を甘受すべき制限を受けねばならないこともある。<sup>(1)</sup> このことは各共有者が民法上独立の存在であるが、各自の持分が一定の割合で制限し合い、その内容の総和が一個の所有権の内容に等しい状態において共有関係を維持することから、自己の持分権の主張や処分に<sup>(2)</sup> ついて何等かの制限を受ける場合もある。持分権の主張や処分は所有権の主張および処分と同一の原則にしたがうものであるが、しかし、共有物に対して各共有者の持分はその総和が一個の所有権として機能するため、共有者間の共同が要求せられ、共有者共同してのみ一個の所有権として物上支配権の行使をなしうることとなる。しかし、本来、これらの共同関係においては、各自の持分に関しては、それが所有権として、譲渡性を有することからこれを制限される理由はなく、また、自己の持分を第三者に対して主張することについても共同関係は存在しない。

しかし、ここに共有関係が民法第二五一条および第二五二条において共有物の変更行為および管理行為について、共有関係を維持しながら共有物に対してこれらの行為を行うことは、これを広い意味の管理行為として、そこに管理

共同体が存在すると解することができる。<sup>(3)</sup>つまり共有物に関する変更および管理に関する行為が、常に共有者全員の利害に影響を及ぼす結果、管理関係における共同関係によって権能の相互制限が存在するからである。<sup>(4)</sup>いずれにしても共有関係においては共有物分割禁止の特約（民法第二五六条但書）をまつまでもなく、その限りにおいて、一個の共有物を中心に広い意味の管理共同体を認めることができよう。そして、この管理共同体はあくまでも、純粹に共有物に関する管理行為（広義）として、物を中心とした共同関係であり、人的結合関係に基づくような共同関係であるかどうかということからは抽象された法律的構造を与えられているところのものである。<sup>(5)</sup>このように持分に基づく共有関係においてはその共同関係が合有の場合のように、より密接な共同関係としては、存在せず、そこにおける保存行為は、それが所有者全員の利益になることから、原則として共有が管理共同体の關係に立つにもかかわらず、例外的に単独行為を認めている。つまり、保存行為の如きは通常は他の共有者とその利益が一致することとなり、また、迅速な処理を必要とする性質のものが多いことより、持分権の觀念を超越して単独でなさしめることが妥当であろうという政策的見地からこれを認めるものである。<sup>(6)</sup>

このように共有財産の保存行為はその行為の性質から単独行使をなすことができるが、契約的合有財産の保存行為に関して、単独でなしうる行為のみが保存行為と言えるかが問題となる。民法上に言うところのいわゆる合有財産の持分権は潜在的にしか存在しないと見ても、その保存行為については共有の規定が準用されることとなる。しかし、合有財産はその共同目的あるいは共同事業目的に基づいて管理共同体として存在することから、保存行為について民法二五二条但書がそのまま適用されるのではなく、合有という目的物の性質に応じて準用されるべきであろう。つまり、それは保存行為の単独行使の概念を無原則に拡張することは、合有の実質が失なわれる結果となるからである。

そうすると、合有財産の保存のための行為が管理行為の概念に入ってくることを承認せざるを得ないであろう。

そこで契約的合有財産の保存行為を考えると、契約的合有財産は前述の如く持分権が潜在的にも存在しないという法的構造を有し、より密接なる管理共同体として存在する。したがって、それは各合有権者が財産を特定の目的にしたがって管理・処分する管理共同体として存在するが、それは常に人法的結合によらず、契約的結合による合有関係として存在する。ことに信託における共同受託者の合有（信託法第二四条）は委託者あるいは受益者のために信託財産を合有することから、「受益者本位の所有権構造」を有する。したがって、共同受託者の信託財産に対する管理は委託者の意思による信託目的に拘束され、受託者に対する信頼を基礎とすることより、財産管理に対して常に共同行為が要求される<sup>(7)</sup>。このことは、共同受託者は委託者が受託者を複数にした意思および信託財産に対して信義誠実なる共同行為が要求せられ<sup>(8)</sup>、より密接なる団体的行為を要求せられる。そこで問題は、このように潜在的にも持分権を有さず、合有目的が常に利益を受ける者のために財産を管理する契約的合有において保存行為が同じく単独行為として認めることが妥当であるかということである。保存行為としての単独行為を無原則に拡大することは管理共同体たる合有の實質、特に契約的合有の結合目的を無意味にしてしまう可能性がでてくる。むしろ、共有の場合に管理共同体たる性格を有するにもかかわらず保存行為を例外として単独行為を認めることは持分権に基づく所有権の行使という共有の本質からではなく、あくまでも管理共同体の例外として政策的見地からこれを認めるものである。しかし、目的物が不可分的に数人の合有者に帰属してその管理・処分が合有者全員の共同行為をもって為されなければならないという原則論と、ある事情の下におけるその例外としての単独処理を認める政策的な扱いとは必ずしも矛盾するものではない。そこで、契約的合有財産において一般的にそのような例外的単独行為が許されるかが問題となる。信託に

おいては、本来、受託者を複数とすることは数人の受託者の総合的な能力の發揮を期待するという委託者の期待に基づくものである。したがって、保存行為といえども、一人の判断よりは数人の判断の方がより良い結果を期待しうることは当然といえよう。保存行為が管理共同体たる財産管理の例外として単独行為を認めるものであることから、より密接な団体的結合を有し、財産管理において常に共同行為が要求せられる契約的合有においては保存行為、即単独行為という形式は必ずしも妥当するとはいえない。契約的合有においては合有権者が潜在的にも持分権を有さず、財産所有の内容が受益者本位の所有権構造を有する結果、それは契約に基づく人為的結合にもかかわらずより密接な管理共同体として存在する。このことから、契約的合有財産はその法的構造からして、保存行為、即単独行為という形式は妥当せず、さし迫った緊急の場合とか、その他単独処理を行なわなければならないような特別な事情のない限り合有者共同して行うことが契約的合有財産管理に最も適合するものといえる。そこに契約的合有財産における保存行為の管理共同体たる存在と実質があるのである。<sup>(10)</sup>

(1) 共有における各共有者の所有権の行使の義務づけや制限については共有者に対する債権的効力においての債権法的義務づけというかたちでなされることは可能である。この場合には、物権的効力をもつものとして共有が成立しているのであり、共有は共同目的や事業共同体が存在しない場合にばかり、存在するものではない(山中康雄「共同所有論」二九頁)。

(2) 共有者間に一定の目的をもって財産を共有する場合、この目的を達成するために持分の譲渡を一定期間制限するという譲渡禁止の特約により拘束する事はありうる。

(3) 山中教授は保存行為の管理概念について「保存行為についても、それは広義の管理行為とみうるであろう。二五二条が二五一条の『共有物ニ変更ヲ加フル行為』と二五二条但書の保存行為とを、除外することを明言しつつ、『共有物ノ管理ニ関スル事項』といっているのは、ある意味では、右全部をふくめて広い意義の管理という概念の成立しうることを、前提して

いるともいいうる。」と述べておられる(山中康雄、前掲、五三頁)。

(4) ドイツ民法は共有に関して第一〇〇八条ないし第一〇一〇条に規定をもうけているが、それ以外に権利が数人に共同に属する場合を *Gemeinschaft* として、債務法の第七四一条ないし第七五八条に規定をもうけた。ドイツ民法における共有の重要な特色は共有者間の共同関係が *Gemeinschaft* として把握せられていることである。この事について山中教授は「ドイツ民法上の共有における共有者間の共同体は、わが民法のそれと同じく、管理共同体にはかならぬ」(山中康雄、前掲、六五頁)と述べておられる。

(5) 山中康雄、前掲、六二頁。

(6) 富井政章「民法原論(物権)」一六八頁。岡松参太郎「民法理由物権編」二二四頁。

(7) 信託法第二四条二項参照。

(8) 信託財産における受託者の地位は常に委託者の設定する信託目的に拘束される。受託者を複数とする事は、委託者が信託財産の管理につき単独の受託者に不安をいだく結果である(四宮和夫「信託法」一一〇頁)。従って、本来、受託者の忠実義務は所有と管理が分化されたギャップを埋めようとするものであり、信託関係の本質に根ざす義務である(四宮和夫「受託者の忠実義務」(「英米私法論集」未延還曆記念)一三〇頁以下)。

(9) 保存行為の概念と緊急の観念とは、観念的には全然別個なものである。従って、信託の場合などは保存行為といえども、数人の受託者が共同して為すべきであると解する方が、信託設定者の意思によく合致するところであろう(大阪谷公雄「数人の受託者と信託財産に関する保存行為」(「民商法雑誌第一七卷二号)一八四頁)。

(10) 数人の受託者が信託財産を合有する場合における信託財産の保存行為について、共同合有者は共同してこれをなすものとして、大判昭和一七年七月七日民集二二卷一三三号七四〇頁は「合有トハ民法所定ノ共有ト其ノ性質ヲ異ニシ各受託者ハ持分ヲ有セス従テ分割請求権ヲ有スルコトナク信託財産ハ不可分的ニ受託者全員ニ帰属スル」として、保存行為については「信託法上ノ合有ニ在リテハ各受託者カ信託財産ノ所有権ヲ有スルモノニ非スシテ其ノ所有権ハ上叙ノ如ク全部トシテ不可分的ニ受託者全員ニ帰属スルモノナルカ故ニ信託財産ノ保存行為ト雖モ信託行為ニ別段ノ定ナキ限り単独ニ各受託者ヨシテ之ヲ為サシムルコトヲ得サレバナリ」と判決している。



尚、本判決の判例研究は大阪谷公雄「数人の受託者と信託財産に関する保存行為」(民商法雑誌第一七卷二号) および四宮和夫「共同受託者と保存行為」(法学協会雑誌第六一卷一号)が有る。

(一九七三年二月一〇日稿了)