

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会
福岡大学法学部

鶴田, 滋
福岡大学法学部

<https://doi.org/10.15017/7610>

出版情報 : 法政研究. 72 (4), pp.323-337, 2006-03-23. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

「不動産の共有者の一人が不実の持分移転登記を了している者に対し同登記の抹消登記手続請求をすることの可否」

最高裁判所平成一五年七月一日第二小法廷判決―破棄差戻し 平成一三年(受)第三二〇号、持分全部移転登記抹消登記手続等請求事件 民集五七卷七号七八七頁

鶴田 滋

一 事案の概要

本件土地を訴外甲が所有していたが、平成五年一月一八日に甲が死亡したことにより、甲の子である、原告 X_1 ・ X_2 、乙および丙の四名が本件土地を共同相続した。その後、被告 Y より多額の債務を負っていた乙は、平成五年一月二五日付けで、相続を原因として、原告 X_1 ・ X_2 、乙および丙の各持分を四分の一とする所有権移転登記を行い、さらに、 Y に対して、代物弁済を原因とする乙持分全部移転登記を

行った。そこで、 X_1 ・ X_2 は Y を被告として、乙と Y の代物弁済契約は通謀虚偽表示または公序良俗違反により無効であることを理由に、「被告 Y は、乙に対し、本件土地の共有持分四分の一につき、名古屋法務局名東出張所平成五年一月二五日受付第一五四〇号の乙持分全部移転登記の抹消手続をせよ」との判決を求めて訴えを提起した。

第一審は、乙 Y 間の代物弁済契約は通謀虚偽表示または公序良俗違反により無効とした上で、「原告らは、本件土地の共有持分権に基づく保存行為として、無効な登記を有する被告 Y に対し、抹消登記請求を行うことができる」と解される」と述べ、原告らの請求を認容する判決を下した(名古屋地裁平成一二年二月一八日判決)。

これに対して、第二審である原審は、被告の控訴を容れ、第一審判決を破棄し、原告らの請求を棄却する判決を下した(名古屋高裁平成一二年一月二九日判決)。その理由は次の通りである。

「被控訴人 X_1 、被控訴人 X_2 は、本件土地につき四分の一の共有持分を有しているところ、その持分に相当する所有権移転登記を有しているといえることができる。

そうとすれば、仮に乙から控訴人への本件土地の共有持分権の譲渡が無効であり、名古屋法務局名東出張所平成五

年一月二五日受付第一五四〇号の乙持分全部移転登記が真実に合致しない登記であるとしても、被控訴人 X_1 、被控訴人 X_2 の共有持分権は何ら侵害されていないといわなければならず、被控訴人 X_1 、被控訴人 X_2 はその共有持分権に基づき保存行為としてその乙持分全部移転登記の抹消登記を請求することはできないというべきである」。

これに対して、 X_1 ・ X_2 は、①最判昭和三十一年五月一〇日と最判昭和三十三年七月二二日の事案と同様に、本件においても、「共有持分権者は、……共有物全体について、共有者が有している権利を妨害している者、例えば不実登記の名義人に対しては、保存行為に属する妨害排除請求権に基づき、その不実登記を抹消すべく、抹消登記手続請求をすることができる」、②本件登記抹消手続請求ができないことによつて、「未了のままである遺産分割手続も思うようにできず、また、相続税の物納申請も、共同相続人全員の共有名義になつていないということと受理がされずに保留状態とされており、種々の重大な支障が生じている」として、上告受理申立てを行った。

二 判旨

原判決破棄、事件を名古屋高等裁判所へ差し戻し。

「しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

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、その登記によつ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（最高裁昭和二十九年（オ）第四号同三十一年五月一〇日第一小法廷判決・民集一〇卷五号四八七頁、最高裁昭和三十一年（オ）第一〇三号同三十三年七月二二日第三小法廷判決・民集一二卷一二号一八〇五頁。なお、最高裁昭和五十六年（オ）第八一七号同五十九年四月二四日第三小法廷判決・裁判集民事一四一六〇三頁は、本件とは事案を異にする。）。

以上によれば、乙から被告人に対する本件土地の持分の譲渡が無効であれば、原告人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

の有効性について更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」。

三 検討

1 問題の所在

本判決は、共有者の一人の共有持分について第三者が不実の登記を行っている場合に、他の共有者が第三者に対してその抹消登記手続を請求することができることを、最高裁が初めて判断したものである。この点で、本判決は事例的な意義を有する。

さらに本判決は、理論的な意味でも次の点において重要な意義を有する。一つは、第三者が共有者の一人の持分について不実の登記を了していることにより、共有不動産に対する妨害状態が生じていると見て、最判昭和三十一年五月一〇日や最判昭和三十三年七月二二日を引用して、各共有者が当該持分移転登記の抹消登記手続を請求できるとした点である。もう一つは、本判決が、前述の最高裁判例を引用しているにもかかわらず、各共有者は自己の持分権に基づいて、共有不動産に対して加えられた妨害を排除できるとだけ述べ、その根拠として「保存行為」（民法二五二条但書）を用いていない点である。

したがって、本判決が、従来の最高裁判例とどのような関係に立つのか、そして、多くの本件評釈が述べているように、従来の最高裁判例を実質的に変更したもののなかを検討することは、非常に重要な課題だと思われる。そこで、本稿では、これらの点を検討することを課題とする。

考察の順序は次の通りである。まず、本件に類似する事案における最高裁判例の状況を紹介し、従前の最高裁判例と本判決はどのような関係にあるのかを確認する。次に、なぜ、第三者が共有者の一人の持分について不実の登記を了していることにより、共有不動産に対する妨害状態が生じていると見ることができののかを検討する。そして、なぜ「保存行為」の規定を根拠にしないで、各共有者の持分権に基づく共有物全体に対する妨害排除請求が可能であるのかを検討する。最後に、考察のまとめを行う予定である。

なお、本判決が公表されるまで、従来の学説にも、本件のような事案において各共有者が第三者に対して単独で登記抹消手続を請求できるかどうかについて言及したものは存在しなかった。¹⁾ そのため、本稿では、本判決と従来の最高裁判例との関係を明らかにすることを主たる課題とし、従来の学説の紹介は、この課題を達成するために必要な限りで行うことにしたい。

2 従来の最高裁判例の二つの系譜

前述の通り、本件と同様の事案は、最上級審の公表裁判例にも存在しないし、本件と同様の事案の扱いについて論じた学説も存在しない。しかし、本件と類似の事案については、多数の裁判例が公表されている。その事案とは、共有不動産について実態に合致しない単独所有名義の登記がされている場合に、共有者の一人がその不実登記の抹消または更正を求めることができるかというものである。

しかも、この事案について、最高裁は次の二つの類型に分けて、それぞれの類型について別々の先例を確立させている。一つは、最判昭和五九年四月二四日に代表される類型であり、共有者の一人が単独所有名義の登記をしている場合に関するものである（「共有者名義型」と呼ぶ）。もう一つは、最判昭和三十一年五月一〇日および最判昭和三十三年七月二二日に代表される類型であり、全く無権利の第三者が単独所有名義の登記をしている場合に関するものである（「無権利者名義型」と呼ぶ）。

したがって、本判決や原審における判決は、本件事案がこれらの二つの類型のいずれかに該当することを示したうえで、各共有者による単独提訴の可否を判断している。そこで、以下では、「共有者名義型」と「無権利者名義型」

それぞれの判例の特徴を紹介し、本判決や原判決がこれらの判例とどのように関連づけているのかを確認する。

なお、以下では、議論を単純化させるために、登記抹消手続請求権を主張する共有者をX、他の共有者を乙、第三者をYと表記する。

(1) 「共有者名義型」判例の系譜

「共有者名義型」の事案については、大審院時代の判例は、当初、乙による単独所有名義となっている登記を、Xがいったん全部抹消して、その後さらに共有名義の登記手続をすることもできるし、また、Xが乙に対して共有名義への登記更正の手続を請求することもできると判示していた（大判大正八年一月三日民録二五輯一九四四頁、大判大正八年一月二五日日民録二五輯二三九二頁、大判大正九年一月二七日民録二六輯二〇四三頁）。

しかし、その後、大審院はこの判例を変更し、Xは、乙単独所有名義の登記の全部抹消登記手続を請求することはできず、Xの持分についてのみの一部抹消（更正）登記手続を請求しなければならないとした（大判大正一〇年一月二七日民録二七輯二〇四〇頁）。この判例は、最高裁にも受け継がれている（最判昭和三八年二月二二日民集一七

卷一号二三五頁、最判昭和四四年五月二九日判時五六〇号四四頁、最判昭和五九年四月二四日判時一一二〇号三八頁・判タ五三二一四一頁、最判平成一六年四月二〇日判時一八五九号六一頁・判タ一一五一号二九四頁。

最判昭和三八年二月二二日は、Xの一部抹消登記手続請求権のみを承認する理由として、乙の単独所有名義となっている「登記は乙の持分に関する限り実体関係に符合しており、またXは自己の持分についてのみ妨害排除の請求権を有するに過ぎない」ことを挙げている。つまり、この判決は、【Xは、他の共有者である乙に対しては、自己の持分に対する妨害の排除のみを請求できるに過ぎない】と判示したのである。

本判決の原審は、「共有者名義型」の判例を明示的に引用してはいないものの、「共有者名義型」の判例法理を、本件の事案にも当てはめたものと考えることができる。つまり、原審は、【Xは、第三者であるYに対して、自己の持分に対する妨害の排除のみを請求できるに過ぎない】したがって、Xは、自己の持分を侵害せず乙の持分のみを侵害するYに対しては、その妨害の排除を請求することはできない⁽¹⁾、と判示したと考えられる。原審のこの見解は、持分が所有権すなわち物権であることに鑑みると説得力あ

るものと思われる⁽²⁾。しかしながら、原審の立場は、最高裁では採用されなかった。なお、尾島元最高裁調査官は、最高裁が原審の立場を採用しなかった理由について、「被告の登記が単独名義か共有名義かで抹消登記手続を請求する際に適用される法理が異なることを合理的に説明することは困難であると思われる」と述べられている⁽³⁾。

(2) 「無権利者名義型」判例の系譜

これに対して、「無権利者名義型」の事案については、大審院時代から一貫して、最上級裁判所は、Xが単独で第三者であるYの単独所有名義の登記の全部抹消登記手続を請求できるとしている。しかし、これを承認するための根拠に関しては、若干変遷がある。

大審院時代の初期の判例は、「自己ノ共有権」を主張して第三者Yの行った不実登記の抹消を請求できるとしていた(大判大正八年四月二日民録二五輯六一三頁)。

しかし、当時最も有力な民法学者であった鳩山秀夫博士が、大正九年に、各共有者は、保存行為または不可分債権の規定を根拠に、「全共有者の権利に基づいて」共有物全体の返還を請求できるとする解釈論を提示した直後に、大審院判例も変更されることになる⁽⁴⁾。

大判大正一二年四月一六日民集二卷二四三頁は、「各共有者ハ民法第二百六十四条第二百五十二条ニ依リ単独ニテ鉞業権ノ保存行為トシテ其ノ妨害タル移転登録ノ抹消手続ヲ請求スル權利ヲ有スルモノナリ」と判示している。その後の大判昭和一五年五月一四日民集一九卷八四〇頁も、第二抵当権の共有者の一人が第一抵当権者に対して保存行為として登記の抹消手続を請求できるとしている。

最高裁の時代になっても、各共有者が保存行為として第三者Yの単独所有名義の抹消登記手続を請求できるとする法理は、基本的には維持されている。本判決が引用する最判昭和三十一年五月一〇日は、次のように判示する（最判昭和三十三年七月二二日も同旨）。

「ある不動産の共有権者の一人がその持分に基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、従つて、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（傍点筆者）」。

しかし、この判例は、各共有者の持分に基づき共有物全体の妨害排除を請求できるとする点で、大審院時代の判例

と異なると考えられる。なぜなら、大審院時代の判例は、鳩山博士の見解に影響を受けて形成されたため、各共有者は全共有者の権利に基づいて共有物全体の妨害排除を請求できると解しているからである。したがって、当該最高裁判例を大審院時代の判例と理論的に整合させるには、当該判例は【各共有者の持分に基づいて、共有物の保存のために、共有者全員の持分権に基づく妨害排除請求権、または、共有者全員に共同して帰属する一個の共有権に基づく妨害排除請求権を主張できる】という先例を確立させていると評価せざるを得ないであろう。すなわち、提訴共有者が自己の持分を有していることが、共有者全員の持分権に基づく妨害排除請求権、または、共有者全員に共同して帰属する一個の共有権に基づく妨害排除請求権を、保存行為として単独で主張できるための要件となっていると理解するのである。ただし、この判例を支持する従来の学説は、この判例を以上のように理解することを意図的に避けていた感があることを付言しておきたい⁵⁾。

ところで、本判決は、「無権利者名義型」の事案における最高裁判例の到達点である最判昭和三十一年五月一〇日および最判昭和三十三年七月二二日の判例法理を本件にも当てはめて、共有者の一人であるXが、他の共有者乙の持分を

妨害する第三者Yに対して、その妨害の排除を請求できるとした。すなわち、本判決は、従来の最高裁判例との関係を次のように理解していると考えられる。

【無権利者Yが、X乙の共有する不動産につき、単独所有名義の登記を不法に行うことは、共有不動産全体に対する侵害である。無権利者Yが、X乙の共有する不動産につき、乙からYへの共有持分の移転登記を不法に行うことも、共有不動産全体に対する侵害である。したがって、Xは、自己の持分に基づき、乙からYの持分移転登記の抹消登記手続を請求できる】。

しかしなぜ、乙の持分についてだけ不実の登記が行われていることが、X乙の共有物全体に対する侵害であると評価できるのであろうか。本判決は、この点について何も語っていない。そこで、次にこの問題を検討することにした。

3 なぜ共有者の一人の持分についての不実登記が共有物全体に対する妨害となるのか？

共有の法的性質をどのように理解するのかについては、学説や判例において様々な見解が主張されている。⁶⁾しかし、どの見解に立つのであれ、共有持分が共有物全体に及ぶこ

とについては争いがない。したがって、共有物に対する妨害が生じた場合には、当然に、共有者全員の持分が侵害されることになる。

しかし、本件のように、共有者の一人の持分につき不実の登記が行われている場合には、その持分が共有物全体に当然に及んでいるとは考えにくい。なぜなら、持分登記は可分であるからである。そのため、当該妨害行為により、共有者全員の持分が当然に侵害されたいとも考えにくい。なお、本件の原判決がこの考え方を貫徹させていると言える。すなわち、第三者Yは乙の持分のみを侵害しているから、自らの持分を侵害されていないXは、Yの不実登記の抹消手続を請求できない、と。

本件の最高裁判決が、原判決と異なる立場を採用した以上、乙持分についての不実登記が、共有物全体に対する妨害であると説明するための積極的な理由付けが必要である。

このことを説明するためには、まず、本件評釈の多くに見られるような理由付けが考えられる。すなわち、それは、乙持分がYにより侵害されることによつて、同時にX持分もYにより侵害されることになるという理由付けである。

例えば、鎌田教授は、「実問題として、共有者が誰でもあるかという事は持分権の処分の容易さ等に影響を与え

るものと推測されるし、共有物を適正に管理し、将来の紛争を予防するという観点からも、共有者以外の者の名義による無効な持分権移転登記が存在することは、それだけで、各持分権者の円満な権利行使に対する妨害となつていゝと解することが妥当であると考え、と述べられる。⁽⁷⁾

また古積教授も次のように述べられている。すなわち、「共有者の一人が他の共有者の持分に関する登記について全く利害がない、とは言い切れない。というのは、共有者の権利行使としての共有物の使用・管理・変更は他の共有者の協働・合意によつてなされるため、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からである。この点で、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、ある持分権者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も可能である」と。⁽⁸⁾

さらに、尾島元最高裁調査官も、「実体関係と異なる者が権利者として登記されていること自体が、当該不動産の管理や処分に支障を及ぼしかねないことから、これを当該不動産の円満な状態に対する妨害であると見たものである」と評価される。⁽⁹⁾

しかし、他の共有者である乙の持分について第三者Yが不実の登記をしていることによつて、第三者Yが直接Xの持分を侵害していると考えるのは果たして妥当だろうか。たとえば、本件では、Yによる不実の登記により、遺産分割手続が進まないとか、相続税の物納申請ができない等の事情が、本件不動産の管理や処分に支障を及ぼすものと評価されていると思われる。しかしこのような侵害は、乙が無権利者Y名義の登記の抹消（または更正）手続をせずに放置していることによつて間接的に生じていると考えられる。したがつて、本来的には、Xは、乙がYに対して抹消（または更正）登記手続を請求すべきことを、乙に要求しうる地位にあるにすぎず、それが困難な場合に初めて、Xが乙に代わつて（代理または代位して）乙の権利をYに対して主張することができるというのが自然ではないかと考へる。

また、仮に判例評釈における多くの見解のように、乙の持分について第三者が不実の登記をすることによりXの持分が直接に侵害されていると解することができるならば、なぜ本判決は「共有不動産に対する妨害」と表記するのであろうか。本判決がX持分に対する直接の侵害と捉えているならば、「Xの持分に対する妨害」と表記すれば十分に

あり、あえて「共有不動産に対する妨害」と表記する必要はないはずである。¹⁰⁾

さらに、判例評釈における多数の見解に従うと、証明責任の分配についても問題が生じる。多数説に立つならば、Xが、乙持分についての第三者Yによる不実登記の抹消手続を請求する場合、Xは自らの持分の存在と、Yの妨害行為の存在についてのみ主張・立証責任を負うことになる。Y持分の存在（すなわち乙持分の不存在）は、Yの抗弁事項にすぎないことになる。これに対して、乙が自ら、Yによる自己の持分に対する妨害の排除を請求する場合、乙は自らの持分の存在を主張・立証しなければならぬ。このように、乙持分についてのYによる不実登記の抹消手続請求という同じ事例であるにもかかわらず、乙持分の存在についての証明責任の分配が異なる。しかも、乙自らが自己の持分に対する侵害の回復を求めるときも、Xが他人である乙の持分に対する侵害の回復を求めるときの方が、乙持分についての主張・立証責任が軽減されることになってしまう。このことは、Xに過大な権能を付与していることにならないだろうか。

以上の理由から、本件評釈における多数説のように、乙持分についての第三者による不実登記を、Xの持分の侵害

と評価することには疑問がある。

これに対して、本判決を、以上の理解とは異なつて解釈することも可能であると考えられる。それは、乙持分について不実の登記が行われたことにより、いわゆる共有権（数人が共同して有する一つの所有権）が侵害されたと理解することである（最判昭和四六年一〇月七日民集二五卷七号八八五頁を参照）。判例は、各共有者が個別に有する持分権と共有権を区別する立場に立っている。持分権確認訴訟においては各共有者の単独提訴が許容されるのに対して、共有権確認訴訟においては共有者全員の共同訴訟が必要となることに鑑みると、共有権は、持分権とは異なり、不可分の権利であると考えられることができる。そうであるならば、乙持分についての不実の登記は、X乙が共同して有する一つの不可分の所有権に対する妨害、つまり共有不動産全体に対する妨害であると解することができる。¹¹⁾

しかし、このような理解にも課題がある。なぜなら、従来の最高裁判例は、いわゆる共有権に基づく請求の場合、共有者全員による共同訴訟を必要とするからである。つまり、本判決は各共有者による単独提訴権を承認しているため、本判決と、共有者全員の共同訴訟を必要とする従来の最高裁判例との関係を説明することが必要となる。

4 なぜ各共有者は自己の持分に基づいて共有物全体に対する妨害の排除を請求できるのか？

ところで、本判決は、「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」と判断している。本判決は、この判断を「無権利者名義型」の事案に関する従来の判例を引用して行っている。しかし、本件に関するすべての判例評釈が述べるように、本判決は、従来の最高裁判例が使っていた「保存行為」という文言を使っていない。そのため、本件の判例評釈の多くは、本判決により、「無権利者名義型」の最高裁判例は変更され、各共有者が自己の持分権に基づき共有物全体に対する妨害の排除を請求できるとする、従来の多数説に従うに至ったと評価する。¹²⁾

たしかに、学説においては、各共有者は自己の持分権に基づいて当然に共有物全体に対する妨害の排除を請求することができるということが、古くから承認されていた。¹³⁾しかし、その根拠は、本判決の理由付けと異なるように思われる。

伝統的な学説、たとえば我妻説は、持分権の円満な状態の回復のためには物全部に対する妨害を除去しなければならぬことが、各共有者による共有物全体に対する妨害排

除請求を承認する根拠となっている。¹⁴⁾したがって、伝統的な学説は、提訴した共有者の自己の持分権が侵害されてさえいけば、当該共有者は共有物全体に対する妨害の排除を請求できるとする。このことは、提訴した共有者は、訴訟上、自己の持分権の存在さえ証明すれば、第三者に対して共有物全体に対する妨害排除を請求できることを意味する。

これに対して、本判決は、「無権利者名義型」の事案である最判昭和三十一年五月一〇日と最判三十三年七月二二日を引用している。このことは、本判決が、最高裁昭和三十一年および三三年判決と同様に、Xが自己の持分権に基づいて単独で共有物全体に対する妨害排除を請求するためには、自己の持分権のみならず、他の共有者である乙の持分権の存在をも証明しなければならぬと述べていることを意味すると思われる。また、3において述べたように、本件のような不実登記は共有権に対する妨害行為と捉える方が妥当であると考えられるから、共有権の侵害を回復するためには、共有者全員の権利である共有権の存在が証明されなければならぬだろう。したがって、本判決が、従来の最高裁判例を変更して、伝統的な民法学説に従うに至った、と評価するのは早計であると考ええる。

それでは、なぜ本判決は、従来の最高裁判例と同様に、

共有者全員の権利である共有権の存在を証明しなければ共有物全体に対する妨害排除請求をすることができないとしたにもかかわらず、従来の最高裁判例とは異なつて、「保存行為」の文言を削除したのであるうか。

もともと、いわゆる「保存行為」論に対する批判は、兼子博士の見解に始まる。兼子博士は、次のように述べている。すなわち、「民法二五二条但書に、保存行為は各共有者ができるとあることから、全員のためにする妨害排除の請求は当然に保存行為であるとして、その訴訟追行権を認めれば、その共有者は他人のために原告となつたものとして、訴訟の判決は、全員がやつたのと同様勝訴敗訴に拘らず、全員に対して効力を及ぼすことになる（旧民事訴訟法二〇一条二項〔現行法一一五条一項二号・筆者〕）。そうすると敗訴した場合に、他の共有者も自ら妨害排除を請求することができなくなつてしまい、保存行為の目的を逸脱し、却つて処分行為をしたの¹⁵に帰することになつて矛盾ではないか」と。

この見解の趣旨は、①保存行為を根拠とすると、各共有者は共有物の保存のために共有者全員の請求権を主張することになる、②そうすると、提訴する共有者は、訴訟担当者として他の共有者のために単独で訴訟追行することにな

る、③それでは、提訴した共有者が敗訴した場合、他の共有者に既判力が及ぶため、提訴した共有者は、保存行為として単独提訴したはずにもかかわらず、共有物を単独で処分したことになり、矛盾が生じる、ということにある。すなわち、兼子博士の批判の骨子は、提訴する共有者が訴訟担当者として共有者全員の権利（または共有権）を主張できるとすることの根拠に、保存行為の規定を挙げることにあつた。

そこで、兼子博士は、保存行為の規定を使わずに各共有者の単独提訴権を承認するために、各共有者は、共有物全体が侵害された場合、共有者全員の持分権（または共有権）が侵害されているといわなくても、持分権または持分に応じた使用権（民法二四九条）が侵害されているから、自己の持分権に基づいて共有物全体に対する妨害の排除を請求できる、と主張したのである。

このように、兼子博士の見解は、各共有者が、共有物全体に対する妨害を排除するために共有者全員の持分権（または共有権）を主張できるようにするためには、保存行為の規定を根拠とするしかないということが前提となつていた。これに対して、本判決は、各共有者による共有者全員の権利である共有権の主張を根拠づけるために、保存行為

の規定を用いなかった。それにもかかわらず、本判決は、保存行為に代わる根拠付けを用意していない。したがって、本判決は、従来の判例が保存行為の規定を必要とした実質的な理由を十分に理解しないまま、従来の学説による「保存行為」論批判をかわすためだけに、各共有者による共有者全員の権利である共有権に基づく妨害排除請求権の主張の根拠としての「保存行為」の文言を削除したと考えられる。⁽¹⁶⁾ 結局のところ、本判決が「保存行為」の文言をはずしても、「無権利者名義型」の判例法理の問題点は解消されていないことになる。この点に、本判決の理論的な問題がある。⁽¹⁷⁾

5 まとめ

以上の考察から、次のことが明らかになった。

まず、本判決の理論的な特徴は、①「無権利者名義型」の判例を本件の事案に当てはめて、共有者の一部の持分についての不実登記は、共有物全体に対する妨害行為であるとしたこと、②「無権利者名義型」の判例が引用されているにもかかわらず、保存行為の規定を用いずに、各共有者は自己の持分に基づいて、共有物全体に対する妨害の排除を単独で請求できるとしたことにある。

これに対して、筆者は、第一の特徴について本判決を従来の判例と理論的に整合させるには、共有者の一人の持分についての不実登記は、共有物全体に対する妨害、すなわち共有者全員に共同して帰属する一個の共有権の侵害を生じさせると理解せざるを得ないことを明らかにした。他の共有者(乙)の持分についての不実登記によって自己(X)の持分が侵害されるとする一部の見解には問題があることを指摘した。第二の特徴については、本判決は、各共有者が自己の持分に基づいて共有物全体に対する妨害の排除、すなわち、共有権の侵害の回復を請求できるとしている。共有物全体に対する妨害を各共有者の持分の侵害と見る、伝統的な学説に従ったわけではないことを明らかにした。さらに、本判決が「無権利者名義型」の最高裁判例を踏襲しているにもかかわらず、保存行為の規定を根拠としなくなったことは問題であることを指摘した。

(1) ただし、本判決の判例評釈は多数公表されている。それは次の通りである。塩崎勤・登記インターネット五〇号(二〇〇四年)八四頁、関武志・判例評論五四五号(二〇〇四年)一九七頁、橋本恭宏・金融・商事判例一一八八号(二〇〇四年)六一頁、古積健三郎・法学セミナー四八巻一二

号(二〇〇三年)一一九頁、山田誠一・法学教室二八三号(二〇〇四年)九八頁、滝沢幸代・判例セレクト二〇〇三〔月刊法学教室二八二号別冊付録〕一五頁、尾島明・ジュリスト一二六一号(二〇〇四年)一六五頁、七戸克彦・ジュリスト一二六九号(二〇〇四年)七一頁、七戸克彦・民商法雑誌一三二卷二号二二五頁、三号四一八頁(二〇〇四年)、小西飛鳥・市民と法三〇号(二〇〇四年)七四頁、川崎聡子・判例タイムズ一一五四号(二〇〇四年)三八頁、鎌田薫・私法判例リマックス二〇〇四年(下)一四頁、安達栄司・NBL七八九号(二〇〇四年)八七頁、星野景子・法学六九卷二号(二〇〇五年)八七頁、赤松秀岳・岡山大学法学会雑誌五四卷三号(二〇〇五年)二四八頁、尾島明・法曹時報五七卷九号(二〇〇五年)二九七頁。

(2) 本件が外部関係の事案であり、「共有者名義型」は内部関係の事案であるため、両者は異なると評価する見解もあるが(安達・前掲注(1)八九頁以下、関・前掲注(1)二〇一頁)、なぜ両者を区別すべきかについては言及がない。

(3) 尾島・前掲注(1)ジュリスト一六七頁。さらに、尾島・前掲注(1)法曹時報三一頁は、原判決を是認すると、「無権利者名義型」判例の変更を要するとする。

(4) 鳩山秀夫「所有権より生ずる物上請求権」『民法研究第二卷(物権)』(一九三〇年、岩波書店)〔初出一九二〇年〜一九二一年〕一二五頁以下。鳩山博士は、ドイツ法の強い影響を受けて、各共有者による単独提訴権を承認する

ドイツ民法一〇一一条の代わりに、保存行為に基づく各共有者の単独提訴権を承認している。この点についての詳細は、鶴田滋「共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程(三)」福岡大学法学論叢五一巻一号に掲載する予定である。なお、ドイツにおける共同訴訟の必要性の判断基準およびドイツ民法一〇一一条の沿革と現状については、鶴田滋「一九世紀ドイツにおける共有者の共同訴訟の必要性(二)〜(三・完)」大阪市立大学法学雑誌五一巻二号(二〇〇四年)六三頁、三号(二〇〇五年)九一頁、四号(二〇〇五年)一〇六頁、同「共有者の共同訴訟の必要性に関する現行ドイツ法の沿革と現状」松本博之・徳田和幸編『民事手続法研究創刊第一号』(二〇〇五年、信山社)一二五頁を参照。

(5) この原因は、後述の兼子博士による「保存行為」論批判にあると思われる。福永教授は、判例は、①保存行為の規定を共有物返還または妨害排除の方法の根拠としてのみ用いている、あるいは、②持分権に基づく請求権と共有権に基づく請求権を十分に区別していない、と分析する。福永有利「共同所有関係と固有の共同訴訟―原告側の場合―」民事訴訟雑誌二二号(一九七五年)一九頁以下。

なお、本文と同様の理解をするものとして、七戸・前掲注(1)民商法雑誌一三二巻三号四二〇頁がある。ただし、七戸教授は、この判決はいわゆる共有権に基づく請求の意味で「持分に基づき」と用いていると分析する。

- (6) 学説においては、分量説（または単一説）と所有権説（または複数説）の対立がある。判例は持分権と共有権の二元的構成を採る。七戸・前掲注(1)民商法雑誌一三一巻二五二頁以下を参照。
- (7) 鎌田・前掲注(1)一六頁。
- (8) 古積・前掲注(1)一一九頁。
- (9) 尾島・前掲注(1)ジュリスト一六七頁。なお、尾島・前掲注(1)法曹時報三一頁も参照。
- (10) 関教授は、本判決が本件不実登記をXの持分に対する妨害と位置づけていると評価され、さらにこのことを前提に、本判決が、「共有持分」に対する妨害と「共有不動産」に対する妨害を区別しているとは言い難いと述べている。
- 関・前掲注(1)二〇〇頁。
- (11) もつとも、判例がなぜ持分権と共有権を区別するのか（両者の区別の根拠）、また、どのような場合に持分権または共有権の主張が可能か（両者の区別の基準）については、さらに検討を要する。
- (12) 古積・前掲注(1)一一九頁、七戸・前掲注(1)ジュリスト一七二頁、同・前掲注(1)民商法雑誌一三一巻三号四二二頁、鎌田・前掲注(1)一七頁、尾島・前掲注(1)ジュリスト一六七頁、同・前掲注(1)法曹時報三一頁。ただし、滝沢・前掲注(1)一五頁、星野・前掲注(1)九三頁は反対。
- (13) 保存行為説や不可分債権説などが激しく対立したのは、主に、共有物の返還請求の場合であった。たとえば、我妻

- 博士は、共有物返還請求については保存行為説または不可分債権説を採るが（我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義II）』（一九八三年、岩波書店）三三八頁）、後述の通り、共有物の妨害排除請求については持分権説を採る。しかし最近の教科書では、共有物に対する妨害排除請求についても、判例に従い、保存行為説を採るものが多くなっている。たとえば、加藤雅信『新民法体系2物権法（第二版）』（二〇〇五年、有斐閣）二八八頁、内田貴『民法I（第三版）』（二〇〇五年、有斐閣）三九三頁。
- (14) 我妻・前掲注(13)三二七頁。
- (15) 兼子一「共有関係の訴訟」『民事法研究II』（一九五四年、酒井書店）〔初出一九五二年〕一五三頁。
- (16) なお、判例が「保存行為」の文言を用いなかったのは、物納や遺産分割という処分行為のために、「保存行為」として抹消請求できるということに躊躇したためだと評価するものとして、関・前掲注(1)一九九頁以下。
- (17) もつとも、本判決が、乙持分についての不実登記を共有権の侵害と捉え、その回復のために各共有者が保存行為として当該登記の抹消手続を請求できると判断していれば、本判決が、従来の「無権利者名義型」の判例法理と矛盾することはなかったと考えられる。しかし、この立場に立っても、依然として、前述の兼子博士による「保存行為」論批判を克服することが必要となる。なお、「保存行為」論批判克服の試みとして、七戸・前掲注(1)民商法雑誌

誌一三一巻三号四二九頁以下がある。この見解は、日本民法の起草者および継受国ドイツの民法が、保存行為に基づく各共有者による共有物全体の物権的請求権の主張を承認していたことを強調する。しかし、少なくともドイツにおいてはそのような立場はそれほど有力ではなかった。この点については、鶴田・前掲注(4)『民事手続法研究創刊第一号』二〇九頁以下を参照。