

Title	〔下級審民訴事例研究二二〕 共有物分割訴訟における競売による分割をなす旨の和解の効力 (大阪高裁平成二年八月一七日決定)
Sub Title	
Author	笠原, 毅彦(Kasahara, Takehiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.3 (1992. 3) ,p.117- 123
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920328-0117

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔下級審民訴事例研究 二二〕

22 共有物分割訴訟における競売による分割をなす旨の和解の効力

大阪高裁平二・八・一七民事第二部決定（原決定取消差戻、平二（ラ）一五一号）、
原審和歌山地裁平二・三・二二決定（平二（ヌ）五号）不動産競売申立却下決定に対する執行抗告事件
判例時報一三六四号四二頁

〔事実〕

原告Xと被告Y₁（本件抗告人）―Y₇の間で、別訴和歌山地方裁判所昭和五〇年（ワ）第二九五号土地等共有物分割請求事件において、昭和五四年三月二日、裁判上の和解が成立した。

（和解内容）

一 X、Y₁―Y₅は、本件土地建物（三筆の土地とその上に建てられた数個の建物）を昭和五九年四月末日限り売却し、その売得金から一三〇万円をY₅が取得し、その残金から売却に要した諸経費を控除した残額の七分の二をY₁（本件抗告人）に、各七分の一をXおよびY₂―Y₅に配分する。

二 本件各物件について昭和五九年四月末日までに売却処分ができない場合は、原告および各被告は本件和解調書に基づきそれぞれ単独で本件各物件を競売に付し、売得金から

前項の割合の金額を取得することができ、または原告および被告らは直ちに共有物分割の請求をなし得、その場合は原告、被告らは競売による分割をなすことを合意し、各自競売の申立ができるものとする。

その後、Y₁はY₄から本件各物件の持分七分の一の譲渡を受け、訴外AはY₄から持分七分の一の譲渡を受けた。

上記和解条項に基づき本件各物件の任意売却が試みられ、関係者の合意で一年間期間が延長されたが、売却できなかったため、Y₁は、本件和解に基づき民事執行法第一九五条、民法二五八条により共有物分割の換価のための競売を申し立てた。

第一審 和歌山地裁平成二・三・二二決定

「共有物分割請求の訴えは、実質的非訟事件であって形式的形成訴訟と解されており、当事者としては裁判所の判決を取得す

る以外には、価格分割のための競売申立権を取得できず、よって、和解調書による本件申立は理由がない。」

Y, 執行抗告

大阪高裁 原決定を取消、差戻

〔判旨〕

「もともと共有物をいかに分割するかは当事者が自由に協議して決定することができるのであるが、協議が調わないときには共有者が提起する共有物分割の訴（民法第二五八条第一項）は、実質的には非訟事件であつて形式的形成訴訟と解されており、裁判所は当事者の申立や主張に拘束されずに後見的な判断で分割の実施方法を適宜に定めなければならない……。」

分割の方法は、現物分割を原則とするけれども、「現物ヲ以テ分割ヲ為スコト能ハサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其価格ヲ損スル虞アルトキ」には、共有物を換価した上で代金を分割する方法によって共有物を分割するために、「裁判所ハ其競売ヲ命スルコトヲ得」（同条第二項）るものとされているのであつて、同条項が裁判所が競売を命ずることとしているのは、競売手続による換価が、当事者の私的な売却方法ではなく、国家が営為する競売手続を利用する換価方法であるから、換価の許される場合に当たるか否か、共有物分割の方法として適当か否かの点について、当事者の申立や主張に拘束されない裁判所の判断を経させることに重点があるものと解される。

したがつて、裁判所が当事者の申立や主張に拘束されずに上

記諸点について実質的に判断して手続に関与するのであれば、必ずしも判決でなくとも、裁判上の和解により競売手続による換価を合意することも許されるというべきである。

……上記認定事実によれば、本件各物件は、……現物分割する事は不可能であるか又は可能であるとしても現物分割によつて著しく価格が低下する虞があり、換価した上でその代金を分割するのが共有物分割の方法として適当と認められ、前記事件の受訴裁判所も同様の判断の下に、実質上は競売を命じる判決をする代わりに裁判所が関与して上記の通り合理的かつ柔軟な内容の本件和解を成立させて条件付きで競売を命じたものと考えられる。

手続上も、共有物分割の際の換価のための形式競売は、「担保権の実行としての競売の例による。」（民事執行法第一九五条）とされるどころ、担保権の実行としての不動産競売開始のために提出すべき文書には、「担保権の存在を証する確定判決」の他に「これと同一の効力を有するもの謄本」（同法第一八一一条第一項第一号）が含まれており、確定判決と同一の効力を有する（民事訴訟法第二〇三条）和解調書が共有物の換価のための形式的競売開始のために提出すべき文書にあたることは明かである。」

〔研究〕

判旨の結論には賛成するが、理由付けに疑問がある。

本件決定の先例としては、東京高裁昭和六三年七月二七日がある。事案は、共有関係にある借地権付建物の分割について、⁽¹⁾

当事者間に訴訟上の和解が成立し、その分割の方法として、右建物を競売に付してその代金を分割するとの条項があったところ、その効力を争って裁判を起こしたもので、原審は、当該和解条項では競売の実行はできないものとして、改めて判決による代金分割を命じたものと思われる。

控訴審である東京高裁の判決は、「民法二五八条に基づく共有物分割請求の訴は、形成訴訟であり、実質的非訟事件であると解されているけれども、共有物分割につき代金分割の実施方法として、競売によるべき旨の合意を裁判上の和解によって有効になし得るものとするとは何ら差し支えない。…請求全部につき裁判上の和解が成立したと認められるとして、訴が終了（ママ）したと見ることができるから…控訴の対象となりえるものではない」¹と、不適法却下されるべきものとして控訴を却下した。

さらに理由付けとして、「競売による」とする旨の合意は、当事者の任意に設定し得る法律関係であり、これにより、当事者に競売申立の権能を与える効果を生じるに過ぎない（この点に関する限り抵当権設定契約と何ら異なるない）のであるから、競売の実施は必ず判決によらなければならないものとは解すべき合理的理由はない。そして、当事者は、この和解により、民事執行法一九五条一八一条一項一号に基づく競売の申立をなし得るものというべく、この他に、さらに競売を命ずる旨の判決を要するものではないといわなければならない。（なお、実際の見地からみ

ても、もし、任意売却による代金分割の協議は有効であるが、競売による代金分割の協議は無効であり、競売による代金分割のためには競売を命じる旨の判決を要するならば、後者の協議をした共有者は競売の実現のために馴れ合い訴訟を起こすことになるであろうが、この場合裁判所は事実上競売を命ずる判決をせざるを得ないのであるから、この訴訟は時間と労力の浪費という他はなく、従って競売を命ずる旨の判決は不要であるとするほうがより実質的であり合理的でもある。」とした。

本件評釈の決定は、この判決と、和解調書の有効・無効が、換価要件、分割方法の適否について、裁判所が実質的判断をしていることを要件とした点で異なる。

共有物の分割には、現物分割、代金分割、価格賠償による分割があり、協議分割の場合、その方法に制限はない。共有者の協議が調わないときは、裁判所に分割を請求できる（民法二五八条一項）。この場合、現物をもって分割することができないか、分割によって著しくその価格を損する虞があるときは裁判所が競売を命じることができ（民法二五八条二項）。

本件決定は同条項を、分割の方法に関し現物分割を原則とする規定とし、裁判所が競売を命ずることとしているのは、競売手続による換価が、当事者の私的な売却方法ではなく、国家が営為する競売手続を利用する換価方法であるから、換価の許される場合に当たるか否か、共有物分割の方法として適当か否かの点について、当事者の申立や主張に拘束されない裁判所の判

断を経させることに重点があるものと解される」とした上で、「裁判所が当事者の申立や主張に拘束されずに上記諸点について実質的に判断して手続に関与するのであれば、必ずしも判決でなくとも、裁判上の和解により競売手続による換価を合意することも許されるというべきである。」としている。

通説・判例は、裁判による分割の場合、協議による分割と異なり同条二項で制約を受けるとする。本件判決もこれに含まれるが、代金分割が例外として捉えられ「分割ハ当事者ヨリ申立ツルモ其裁判所ノ参考タルニ止マリ裁判所ヘ適宜ニ其方法ヲ定メ⁽²⁾」ることができるとしている。ただし、「其共有物ノ分割ヲ請求スルニ当リ之ヲ競売ニ付シ其売得金ヲ以テ分割ヲ命セラレ⁽³⁾」ンコトヲ併セテ請求シタルハトテ之ヲ不適法ノ訴ナリト云フヲ競売ニ付シ其売得金ヲ以テ分割ヲ命セラレ⁽⁴⁾ンコトヲ併セテ請求スルコトヲ得ヘク裁判所亦右申立ニ該当スル判決ヲ為シ得ヘキモノト解スルヲ相当トス⁽⁵⁾」としていた。

また価額賠償に関し、最高裁昭和三〇年五月三一日判決は、遺産分割に関する事件であるが、民法二五六条に関し、本条二項が価額賠償方式を認めていないことを判示している。しかし、この点に関しては、現在の遺産分割事件が家庭裁判所の審判事項とされ、そこでは債務負担による方法（家審規一〇九条）が是認されていること、共有物分割の訴が、非訟事件かつ形成の訴であり、裁判所の自由裁量が許される点を強調し、これに価額

賠償による分割を含むとする見解も見られる。⁽⁶⁾

このように、裁判による共有物分割が協議による分割と異なり、二五八条二項の要件を厳格に満たさなければならぬとする判例・通説の立場からは、和解による競売を認めることは、二五八条二項の抜け道になる可能性があり、これを防ぐために、何らかの形で、裁判所が実質的に関与していることが必要となってくる。

本件決定は、これらの判例の流れからみて、その論理的な帰結というべきであるが、この理由付によると、執行機関たる執行裁判所が、当該和解調書が執行開始文書としての適格を有するかに関して、換価要件、分割方法の適否に付いての裁判所の実質的判断のあることを審査をしなければならなくなる。

しかし、遡って、そもそも共有物分割訴訟において二五八条二項を厳格に適用しなければならぬものなのか、換言すると、そこまで裁判所が後見的機能を果たさなければならぬものであるのかという点に関して、疑問が残る。

共有物分割の訴が、訴による判決を求め、判決の確定によって法律状態の変動を生ぜしめる形成訴訟の形を取るが、形成の基準となる実体法規を欠くため、要件事実を認定してそれを法に適用するという法的判断がなされず、裁量的に裁判がなされるという実質的な形式的形成訴訟、非訟事件である点に関しては、異論のないところである。⁽⁷⁾

しかし、形式的「形成」訴訟である点に付いて考えると、本

来形成訴訟が権利関係の変動の要件たる事実の発生のみでなくその変動を宣言する判決の確定を待つて初めて変動が生ずることとしているのは、権利関係の変動を訴訟当事者間のみでなく、広く第三者に対しても画一的に確定する必要がある場合、提訴できるものの範囲ないし提訴期間を制限し、権利関係を迅速に確定する必要ある場合等に認められるものであるが、共有物の分割は、本来、共有者間で協議して自由に処分することができ、権利であり、この意味では、形成訴訟の本来の対象とは異なり、判決によらなければならないとする必然性はない。

また、一般に非訟事件に対して与えられる性質としては、形成処分的性質、形成処分をする際に裁量を要する性質、迅速な解決を要する性質、事情により裁判を変更していく必要がある性質、対審構造に親しみにくい性質、プライバシーの尊重が要請される性質等が挙げられている。⁽⁸⁾ 様々な性質の異なる事件が非訟事件とされているため一概にこのどの性質が、重要なメルクマールとなるかはいうことができないが、共有物分割請求が、非訟事件とされる理由は、その形成処分的性質と裁量的性質にあり、紛争が生じた場合にその解決のために、当事者の主張に必ずしも拘束されず何らかの分割がなされる必要性がある点のみに求められる。この意味で、それ自身が公共的性格を有し、所有権の範囲の確定とは異なった独自の意義を有する境界線確定訴訟とその性質を異にする。境界線確定訴訟の場合は、これによって画される一筆の土地が、通常の私的所有の単位である

と同時に、税法上課税の単位であり、場合によっては市町村の境界という公法上の単位でもあり、異論はあるが、当事者に自由な線引きの余地はなく、また一筆の土地の範囲の確定は、必ずしも所有権の範囲を確定するものではない。

以上のことを考えると、共有物分割の訴が形式的形成訴訟であるとしても、そのことから直ちに、その本質的要請として、競売を開始する場合は判決によらなければならないということではできない。むしろ、その非訟性、形式的形成訴訟性に関しても限り、協議上の分割では任意の分割方法で、自由に具体的な分割を定めることができるにも関わらず、当事者間に争いのない場合に関してまで、裁判上の分割では裁判所が後見的役割を果たし、判断しなければならぬ理由は見出し難い。

共有物の分割手続をさらに細かくみると、以下の三つの段階に分けることができる。1 分割割合の確定、2 具体的分割、3 分割ないし売却(換価)方法の決定がそれである。

分割割合の確定は訴訟事件であり、持分の確定は、縮減ないし圧縮された所有権の確認である。形成訴訟とされるのは、二番目の具体的分割の段階である。共有物分割訴訟が形式的非訟事件とされるのは、紛争の解決のためには、当事者の申立に限定されず、何らかの形で分割が形成されなければならない点にあり、そこに裁判所の裁量を認める余地が求められる点のみにある。分割の形成に、当事者の主張にとらわれない裁判所の自由な判断が必要でない場合、換言すれば、この点に関し当事者

間に争いが無い場合にまで、それ以上裁判所が当該事件に介入しなければならぬ理由は見い出せない。

さらに、二番目の具体的分割と三番目の分割ないし売却方法の決定は、必ずしも論理的に関連性があるわけではなく、法文上競売が規定されていても、それは、国家機関の売却方法として他に換価手続を知らないためである。また、逆に最低売却価額、実際の競落価格が、通常の取引価格から見たときは、必ずしも十分な手段というわけでもないため、破産法上の換価（破産法二〇二条、一九七条一号二号）に際しての任意売却等、規定が置かれている場合であっても、常に競売がなされているわけではない。

以上のように、共有物分割のこの特質を考えると、民法二五八条の規定は限定的に解釈されるべきである。共有者の意思により現物分割をしないとした場合は、同条二項の「分割ヲ為スコト能ハサルトキ」に該当する、すなわち、主観的不能の場合も競売が可能であるとする解釈が可能であるように思われる。

さらに、問題は、形式競売の規定である民事執行法一九五条が、実体法上の法律の根拠規定を求め、共有分割に関する民法二五八条の規定が、その根拠規定として、裁判所の命令を要件としている点にある。

一般論として、個々の執行の要件を緩和したり、執行の方法・程度を拡大する執行拡張契約が認められないことは当然である。執行法上債権者の利益保護のために最低限必要であると

して規定されている執行の要件・執行の程度・方法の制限を不当に侵害することになるからである。しかし、実体法上換価の必要がある場合に、換価のためだけに担保権の実行としての競売の規定を準用する形式的競売に關してまで、常に判決を要する、あるいは、裁判所の実質的な判断を要すると解する必要はなく、上述した通り、共有物分割における利益状況では、判決によらずに競売を認めたとしても、当事者の利益保護に欠ける点はない。むしろ、民事執行法一九五条によって準用される同法一八一条は、公正証書、登記簿謄本を競売開始の要件として認めているのであるから、広くこれらを形式競売の要件として認めることが出来るとする解釈がなされるべきであると考えられる。逆に、このように解することによってのみ、執行裁判所に和解内容に関する実体的判断を回避することができるとは、¹⁰⁾

また、こう解したとしても、現行法の解釈として、共有物上の担保権に關しては引受主義が取られ、また、先行する形式競売と強制競売ないし担保権の実行としての競売との競合の場合に、先着主義を取らず、形式的競売の手続は当然に停止され、後行の手続によるべきであると理解すべき以上、担保権者等の¹¹⁾第三者に対する不測の損害も考えにくい。

以上の理由から、民法二五八条は、裁判上の共有物の分割に關し、必要である場合、裁判所が当事者の主張に關わらず、裁量により分割をなす事が出来ることを規定したに過ぎない規定と解し、共有物分割の際の換価のための形式的競売自体は、一

八一条所定の文書により開始できるものと解する。⁽¹²⁾
事案に關してみれば、すでに分割割合も明瞭であり、分割方法も代金分割によることが合意されており、単に、任意売却ができなかったため、公平を期するために形式的競売を利用したものであり、和解に基づいて競売を開始することには何らの問題がないと考へる。

- (1) 判例事報一二八四・六八。
- (2) 大判明治三六・一〇・一九日民録九・一一三一。
- (3) 大半明治三七年二月二日民録一〇・一五四〇。
- (4) 大判昭和十三年四月三〇日新聞四二七六・八。
- (5) 民集九・五・七九三。
- (6) 川井・注釈民法二五八条二項、東京高裁昭和四一年三月二三日頁、石川明・民事執行法四〇二頁他。
- (7) 大判大正三年三月一〇日民録二〇・一四七頁、大判大正二・一二・一七民録六八四頁等。
- (8) 新堂幸司「訴訟と非訟」ジュリスト増刊民事訴訟法の争点〔新版〕一八。
- (9) 石川明・強制執行法(総論)概論、二二四頁。
- (10) 明文の規定でこれを認める法制度として、ドイツの Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (強制競売) 及び強制管理に關する法律) 一八一條がある。
- (11) 浦野雄幸・条解民事執行法八九四頁以下。反対、三ヶ月明四六七頁。

(12) 本稿で述べたことが、共有物分割の際の換価のための形式的競売以外の形式的競売にも当てはまるのか否か等の射程距離の問題に

關しては、形式的競売の本質論(仮に、統一的に捉へることができるとして)から考へる必要があるので、別稿で改めて論じようと思ふ。

笠原 毅彦