慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	共有物の裁判上の分割の機能と効果
Sub Title	Zur gerichtlichen Authebung der Gemeinschaft Im Miteigentum
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.12 (1997. 12) ,p.11- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	内池慶四郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19971228-0011

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.

共有物の裁判上の分割の機能と効果

新田　敏

一　はじめに
二　共有物分割に関する最高裁平成四年判決と同平成八年判決
三　両判決の分析と評価
四　裁判上の分割の機能と効果
五　総　括

一　はじめに

裁判による共有物分割の具体的方法については、判例は、最高裁昭和四五年判決[1]を契機として、より多様で弾力的な分割を目指して転回を見せ始める。そして、この方向性を決定的に進めたのが最高裁昭和六二年大法廷判決[2]である。

この判決は、直接には森林法一八六条が、憲法二九条二項に反するかどうかが問題とされた事案において、積極的に民法二五八条の現物分割の方法に言及しつつ、新たに次の三つの方法が現物分割に含まれるものとした。

（イ）　分割により持分の価格を超える現物を取得する共有者に、過不足調整のため、当該超過部分の対価を支払わせる方法、（ロ）　共有不動産が多数でかつ数カ所に別れて存在するときに、これらを一括して分割の対象とし、分割後のそれぞれの不動産を各共有者の単独所有とする方法、（ハ）　多数の者が共有する物を、分割請求者の持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残す方法である。

この判決は、より合理的な裁判上の分割を目指す学説及び下級審判決の一つの到達点と言ってよく、ローマ法以来の硬直した共有論に呻吟していた状況の中で、多様な共有への道を拓いたものとして基本的に評価できるものであり、民法起草者の意思にもかなうことは既に指摘したところである。(3)

しかしながら、本判決については、民法二五八条二項の分割方法は、当該共有物をめぐる物権関係及び債権関係を一挙にかつ同時に清算するものであることの再確認の必要性と、また広範な価格賠償的処理を「現物分割」の一態様とする点についても、共有者間に金銭による事後処理を残す問題性を指摘しておいた。(4)

ところが近時、共有物分割に関する二つの最高裁判決が、右の指摘に係わる注目すべき判断を示した。一つは、最高裁平成四年一月二四日判決(5)であり、他の一つは、最高裁平成八年一〇月三一日判決(6)である。前者は、最高裁昭和六二年判決をさらに前進させるものと位置付けられ、後者は、むしろこれを制限するものと理解できる内容である。

そこで以下に、この二つの判決の検討を通して、共有物の裁判上の分割の法的機能と効果を考察してみたい。

（1）　最判昭和四五年一一月六日民集二四巻一二号一八〇三頁。

（2）　最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁。

（3）　拙稿「森林の共有における分割方法」ジュリスト昭和六二年度重要判例解説七五頁及び同・「共有物の裁判上の分割方法に関する一考察―最高裁昭和六二年大法廷判決を契機として―」慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念

論文集法律学科篇（以下、拙稿・百年記念として引用する）六七頁以下参照。
（4）拙稿・百年記念七三頁以下参照。
（5）判時一四二四号五四頁ほか。
（6）民集五〇巻九号二五六三頁。

二　共有物分割に関する最高裁平成四年判決と同平成八年判決

多様で弾力的な共有物の裁判上の分割を決定的にした、最高裁昭和六二年判決以後の二つの最高裁判決は、その方向性において、対照的なものである。前者の平成四年判決は、多様化・弾力化の方針を踏襲するだけでなく、これをさらに進めて、「分割請求する原告が多数である場合においては、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」として、競売による代金分割を命じた原判決を破棄し、原審に差し戻している。これに対して後者の平成八年判決[1]は、原審が、民法二五八条による共有物分割の方法として、単純に全面的価格賠償の方法をとることも許されるとしたのを受けて、「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、全面的価格賠償の方法によることも許されるものというべきである」として、原審の認定した事実関係等をもってしては、前記特段の事情の存在を認めることはできないとして、破棄差戻している。このことから知られるように、後者は原審の拡大方向に一定の制約を加えている。そこで、この二つの判決について、事案並びに判旨をもう少し詳細に見てみることにする。

［一］ 最高裁平成四年一月二四日判決

〔事実の概要〕 甲・乙・丙・丁の四筆の土地（以下本件土地という）を上告人X_1・亡A・訴外Bの三兄弟で共有していた。甲・乙・丁については、三人が各自三分の一の持分を有し、丙については、X及びAは各自三〇万一九五分の一二万二八七七の持分を、Bは三〇万一九五分の五万四四四一の持分を有していた。本件各土地は、地続きの一団の土地であり、ほぼ長方形の形状をなし、北側が道路に面している。被上告人Yは、昭和六一年一〇月八日、Bから、本件各土地についての持分を譲り受けた。Aは、昭和六二年二月七日に死亡し、相続により、甲・乙・丁について、上告人X_2が六分の一、同X_3・同X_4・同X_5が各一八分の一の持分を、丙について、X_2が六〇万三九〇分の一二万二八七七、X_3・X_4・X_5が各一八〇万一一七〇分の一二万二八七七の持分を取得した。XらはYに対し、本件各土地の分割を求めたが、協議が調わなかった。Xらが、本件各土地を合筆の上、これを、XらとYの持分の面積比により東側と西側に分け、西側二〇一・九九平方メートルをXらの共有とし、東側七七・八四平方メートルをYの単独所有とするよう求めた本件共有物分割請求について、原審は、現物分割は本件各土地を極度に細分化し、これにより著しくその価格を損ずると判断して、民法二五八条二項に基づき本件各土地につき競売を命じ、その売得金を各持分に応じて分割すべきものとし、これと同旨の第一審判決を正当として控訴棄却の判決をした。そこでXらが上告。

判旨（破棄差戻）「多数の共有不動産について、民法二五八条により現物分割をする場合には、これらを一括して分割の対象とすることも許されること、また、共有者が多数である場合には、分割請求者の持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残す方法によることも許されることは、当審の判例（昭和五九年（オ）第八〇五号同六二年四月二二日大法廷判決・民集四一巻三号四〇八頁）の判示するところであり、その趣旨に徴すれば、分割請求をする原告が多数である場合においては、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解するのが相当である。（中略）前示事実関係によれば、本件各土地の現物分割をするについては、本件各土地を一括して分割の対象とし、かつ、Yの持分の限度でこれを分割し、その余はXらの共有として残す方法によることを妨げる事情はうかがわれず、この方法によるならば、本件各土地を極度に細分化することになるとはいえないから、この理由をもって、現物分割によると著しく本件各土地の価格を損ずることとなるとし、競売による代金分割を命じた原判決には民法二五八条の解釈適用を誤った違法があって、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであり、ひいて審理不尽の違法があるといわなければならない。」

〔二〕 最高裁平成八年一〇月三一日判決

〔事実の概要〕 本件不動産は、原告X_1及び被告Y_1の父親であるA及びその先代が所有していたものであるが、一時甲信用組合の所有になっていた。昭和四〇年、X_1、その夫B及びY_1は、それを持分各三分の一の割合で買い戻した。昭和六一年Bの死亡により、その持分は、X_1及びその子X_2、X_3、X_4が法定相続分に従って取得した。その結果、本件不動産の共有持分は、X_1が一八分の九、X_2—X_4が各一八分の一、Y_1（死亡によりY_2—Y_4が訴訟承継）が一八分の六となった。なおこの土地上に構造上一体の建物が立っており、昭和四八年以来、Y_1は、そこに居住し、隣接する建物で薬局を営み生活している。他方Xらはそれぞれ別に居住していて本件不動産を取得する必要はない。XらはY_1を相手に共有物分割等を求めて本件訴えを提起した。

Xらは競売による分割を希望し、Y_1は本件不動産を単独で取得し、Xらにその持分の価格を賠償する分割方法を希望した。原審での鑑定では本件不動産の評価額は合計八二六万三〇〇〇円である。

原審は、（1）民法二五八条による共有物分割の方法として、全面的価格賠償の方法を採ることも許されると

したうえで、（2）右の事実関係では、全面的価格賠償の方法をとるのが相当であるとし、競売による分割を命じた第一審判決を変更した。これに対してXらは、（1）、（2）の判断には、民法二五八条の解釈適用の誤りがあるとして、上告。

判旨（破棄差戻）　一　「民法二五八条二項は、共有物分割の方法として、現物分割を原則としつつも、共有物を現物で分割することが不可能であるか又は現物で分割することによって著しく価格を損じるおそれがあるときは、競売による分割をすることができる旨を規定している。ところで、この裁判所による共有物の分割は、民事訴訟法上の訴えの手続により審理判断するものとされているが、その本質は非訟事件であって、法は、裁判所の適切な裁量権の行使により、共有者間の公平を保ちつつ、当該共有物の性質や共有状態の実状に合った妥当な分割が実現されることを期したものと考えられる。したがって、右の規定は、すべての場合にその分割方法を現物分割又は競売による分割のみに限定し、他の分割方法を一切否定した趣旨のものとは解されない。

そうとすると、共有物分割の申立てを受けた裁判所としては、現物分割をするに当たって、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることができる（最高裁昭和五九年（オ）第八〇五号同六二年四月二二日大法廷判決・民集四一巻三号四〇八頁参照）のみならず、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認められ、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って、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、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法、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。」

二　「本件について全面的価格賠償の方法により共有物を分割することの許される特段の事情が存するか否かをみるに、本件不動産は、現物分割をすることが不可能であるところ、Y_1にとってはこれが生活の本拠であったものであり、他方、Xらは、それぞれ別に居住していて、必ずしも本件不動産を取得する必要はなく、本件不動産の分割方法として競売による分割を希望しているなど、前記の事実関係等にかんがみると、本件不動産をY_1の取得としたことが相当でないとはいえない。

しかしながら、前記のとおり、全面的価格賠償の方法による共有物分割が許されるのは、これにより共有者間の実質的公平が害されない場合に限られるのであって、そのためには、賠償金の支払義務を負担する者にその支払能力があることを要するところ、原審で実施された鑑定の結果によれば、Xらの持分の価格は合計五五〇万円余であるが、原審は、Y_1にその支払能力があった事実を何ら確定していない。したがって、原審の認定した前記の事実関係等をもってしては、いまだ本件について前記特段の事情の存在を認めることはできない。」

（1）　前掲最高裁平成八年一〇月三一日第一小法廷判決（最高裁平三（オ）一三八〇号原審広島高裁）の他に、同日、全面的価格賠償の方法による共有物分割が許されるとした原審（名古屋高裁）判決を不服とする上告を棄却した判決（最高裁平七（オ）一九六二号）［判時一五九二号五五頁］、および特段の事情の存否について審理判断することなく競売による分割をすべきものとした原審（大阪高裁）の判断に違法があるとした判決（最高裁平八（オ）六七七号）［判時一五九二号五九頁］の二つがある。これらの事実及び原審の判断については、論述に必要な範囲で以下の章で言及していくこととする。

三　両判決の分析と評価

共有物の裁判上の分割についての大転換をはかった最高裁昭和六二年判決は、当然にその後の判決・学説に大きな影響を与えることとなった。そこで本章では、以下にこれらの判決及び学説をみながら、前章で挙げた平成四年と平成八年の二つの最高裁判決の分析と評価を試みたいと思う。

1　昭和六二年以降の下級審判決の傾向

この時期の下級審判決では、それ以前の判決と比較して、相当思い切った弾力的分割方法が試みられている。それらを、イ　現物分割と価格賠償とを組み合わせたもの、ロ　全面的価格賠償を認めたもの、ハ　その他の弾力的分割を行ったものに分けると次のようになる。

イ　現物分割と価格賠償との組み合わせ　①　本件は、亡父所有の不動産について、遺産分割の調停により、三人の兄弟による持分割合の合意がなされていた。土地については三人の持分による登記がなされたが、地上家屋については、長男が単独で所有権保存登記手続をしたため、他の兄弟が家屋及び敷地についての共有物分割請求をしたものである。判決は「もともと本件各不動産の共有持分割合を定めるに際しては、三者の間で、本件各建物の存在を前提にし、これを基準にして将来分割すべきことが想定されていたのであるから、本件土地を各人の共有持分どおりに厳格に三分し、建物を毀損せざるを得ないような結果を容認する分割方法を採用することは適当でなく、あくまで建物を基準にして分割し、その結果生ずる各人の共有持分割合との過不足は、持分を超過して不動産を分割取得すべき者に対し価格賠償を命ずることにより調整するのが相当である」とし、家屋二棟のうち一棟については、区分所有権が成立し得ることからこれを二つに分け、敷地はそれぞれに対応するよう

に三分割し、二人に対し、四〇〇万円と二五〇万円を他の一人に支払うべき旨命じている。[1]

② 本件建物はX及びYらの共有となっており、本件建物を含む一棟の建物は、本件土地及びAの所有する隣接地上に建設されたもので、本件建物は本件土地上に、Aの専有部分はAの所有地上に、それぞれ位置している縦割りの区分所有建物である。Xより共有物分割の請求がなされた。判決は、「本件土地・建物の位置関係及び本件土地建物につき共有物分割の請求がなされ本件建物の三〇一号室及び三〇二号室を分割するのが最も現実的である現状を考慮すると、……本件土地を本件建物の敷地となし、種類を所有権とする敷地権を設定し、これと各室を一体のものとして扱い、その上で、三〇一号室及び三〇二号室並びに右各室に付随する敷地利用権を一体とした区分所有権をXに分割するのが相当である。更に、右各室をXに分割したとしても他の共有者との関係においてXの取得部分が価格にして、七六九万九〇〇〇円不足すると認められるところ、……本件記録上認められる諸事情を総合考慮すれば、Yらにおいて原告に対し、七六九万九〇〇〇円の価格賠償をするのが相当である」としている。[2]

ロ 全面的価格賠償 これに属するのは、前掲最高裁判決の原審である広島高裁平成三年六月二〇日判決[3]及び前掲最高裁判決と同日になされた判決の原審である名古屋高裁平成七年六月三〇日判決である。[4]③ 最高裁平成八年前掲事実を認定したうえで、判決は、「現物を物理的に分割することが不可能であるか又は分割により著しくその価格を損することになる場合であっても、前示のとおり、共有物の種類及び性質、各共有者の年齢、職業、生活の状況その他の事情を考慮するときは、競売による代金分割の方法によることが相当ではなく、かつ、価格賠償によるも、共有者間の公平を害する虞れがないと認められるときは、共有物の分割を求められた裁判所としては、現物分割の一態様として前示のいわゆる価格賠償の方法による分割を命ずることができるものというべきである」としている。

④　本件共有地は登記簿上の地目はため池であるが、現況は草が繁茂している土地である。その持分は、Xが二二八分の二二三であり、Yらが各二二八分の一であり、全面積一四六四平方メートルの内、Yらの持分に相当する土地面積は各六・四二平方メートルである。Xは、Yらとの間の分割協議が整わなかったため、本件土地の共有物分割等を求める本件訴えを提起し、分割方法として、自ら本件土地を単独で取得する全面的価格賠償の方法による分割を希望した。これに対し、Yらは、その持分の合計に相当する部分の土地をYらの共有のままで残し、その余の部分の土地をXの単独所有とする分割を希望した。判決は、Xの提出した不動産鑑定士による土地価格の鑑定書により土地価格を認定し、Xに対し、Yらの持分の価格の賠償を命じた。

ハ　その他の弾力化が見られるもの

⑤　Aは六三四平方メートルの土地を賃借し、これをほぼ二分してそれぞれの部分の地上に建物を所有していたが、これを一括してY_1に相続させる旨の遺言をしたうえ死亡した。Aの相続人は、Y_1、Y_2、X_1、X_2、X_3、X_4の六人である。Y_1を除く相続人は、遺留分減殺請求権を行使し、右の借地権及び建物二棟は、Y_1が一〇分の六、Y_2、X_1、X_2、がそれぞれ一〇分の一、X_3、X_4がそれぞれ二〇分の一の持分割合で共有することとなった。X_1ないしX_4が共有物分割訴訟を提起し、右の借地権及び二棟の建物の競売とその売却代金の持分割合による分配を求めた。判決は、「それぞれの建物の敷地は、独立した利用が可能であり、それぞれの面積は、ほぼ借地を二分する面積で、……このような建物と借地の状況から見るならば、借地を二分してそれぞれ独立した借地関係としても、土地の利用上特段の不利益を関係者に与えることはなく、また一個の借地である場合に比し、その価格が著しく減少すると認めるべき事情も発見できない。そうであれば、本件共有不動産は、建物とその敷地を基準として現物分割をすることが可能であると言わねばならない」として、二つの建物を基準として、Y_1が住宅として使用している建物とその敷地の借地権をY_1に帰属させ、他の空き家の建物とその敷地の借地権は、その他の共有者に帰属させるものとし、この共有不動産は、現物分割が不可能であるから、

競売してその売得金を分配することを命じた。[5]

⑥　本件各土地（一〇筆、鑑定評価によれば、時価合計一〇億四八九四万円余）は、もとXらの祖父の所有であったが、同人の死亡による遺産分割の結果、Xら四名の母A、B、Yら三名がそれぞれ五分の一づつの持分を取得した。Aが死亡し、Xらは、それぞれ本件各土地につき二〇分の一の持分を有するとして、共有物分割の請求をするとともに、Yらに対して共有物分割を原因とする所有権移転登記手続を請求した。Xらは、分割の方法として、本件各土地のうちイ、ロの二筆をXらの各共有持分四分の一の共有とすることを希望し、YらのうちXらが持分を有することを争っていないY_2、Y_3は、本件各土地のうちハをY_2の単独所有、ニ、ホ、への三筆をY_3の単独所有とすることを希望した。判決は「本件のように原告らが分割帰属を求めている土地の価額が共有持分の割合に当たる金額を下回る場合には、原告らは共有持分の一部を放棄しているものとみることができ、被告にとっては何の不利益、不公平を生じないから、原告らの希望を尊重して分割方法を定めることができるものといいうる……被告らにおいても一筆若しくは数筆の土地を自己に帰属させることを希望する意思を表示している場合には、それが他の共有者に不利益、不公平を生じない限り、それを尊重して分割方法を定めるのが相当である。」とし、Xらについては持分の一部放棄を、Y_2とY_3との関係では持分の一部の譲渡あるいは放棄があったとみている。また意思を表明していなかったY_1については、Y_1に帰属することとされる土地の鑑定評価額の合計は、その持分割合の金額を上回るものであるが、これは他の共有者の希望を尊重した結果であって、何ら当事者間の公平を損なうものではない、としている。[6]

⑦　本件不動産（土地・建物）は、遺産分割の際、共同相続人間で共有とされていたものであるが、二〇数年後に、共有物分割の訴えが提起されたものである。原告二名で、被告は一一名である。原告側と被告側から出された分割案を検討した上で、被告案による現物分割を行っている。判決は、「原告案については、Y_1から長年の

間自ら管理し、賃料を収受してきた本件乙の建物を奪うことになり、本件土地の現在の使用状況を前提にする限り、Y_1及びその子供達の共有持分に見合う見返りが償還されることは事実上困難であると認められるところ、若くして夫を失い、女手一つで三人の子供達を養育してきたY_1の境遇に思いを致すとき、Y_1にのみ多くの犠牲を強いることになりかねない分割案は、著しく公平を欠いて相当でないといわざるを得ない。これに対し、被告案については、本件土地のうちXらの共有となる部分は不整形であるから、それなりの不利益があることは否定できないけれども、Xらの共有持分割合を乗じた数値を若干上回っていること……など本件に顯れた諸般の事情を考慮すれば、原告案より相当な分割案であるというを妨げない」としている。(7)

⑧　本件土地は、Xら三人が一一分の一〇、Yが一一分の一の持分をもつ共有地であり、建築基準法四二条一項五号の規定による道路位置指定があったとみなされている土地である。そしてXら及びYはこの土地を囲むようにして隣接土地を所有している。Xらが共有物分割を求めて訴えを提起。一審は現物分割を認容、Yが主張した通行地役権確認の反訴は棄却した。Yが控訴。判決は、「本件土地については、共有者間において、本件土地を互いの通路として使用する旨の合意があったことは明らかである。……他に特段の事情があったことが認められない当時の状況下においては、右共有者の合意は、将来本件土地が分割される場合には、沿接所有地のために互いに利用を必要とする限度で、各自に分割帰属する部分につきいわば潜在的に通行地役権を設定する趣旨をも含んでいたものと認めるのが相当である。……この通行地役権は、本件土地の共有関係が継続している間はいわば潜在化しており分割により共有関係が解消することによって顕在化するに至るものであるが、……本件の分割により、右通行地役権は顕在化し、Yは、本件隣地の利用に必要な限度において、Xらに分割帰属する部分につき通行地役権を取得するものと認めるべきである」とした。(8)

このような下級審判決を先の昭和六二年判決と対比させてみると、判決①は、第一類型である現物分割で持分

を超える現物を取得した者が、超過部分の対価を支払う方法そのものであるが、建物を基準に敷地を分割し、二棟のうちの一棟を二つの区分所有権を成立させて、三人で建物分割が出来ている点で特色がある。判決②は、敷地利用権を一体として、分割を請求した原告に、区分所有権を帰属させ、併せて価格賠償を行わせている点で第一類型に属するが、被告らにその残りの共有を継続させている点で第三類型にも属している。いわば両類型の複合型である。次に③と④の判決は、昭和六二年判決は言及していない全面的価格賠償を認める点で、それを一層進めたものとして注目される。判決⑤は、二つの建物について、一つは単独所有として一人の共有者に帰属させ、他の一つは他の五人の共有者に帰属させ、敷地の借地権はそれに対応させて二つに分けるとしている点と、共有とされた建物については、現物分割不能として競売による売得金の分配を命じている点で、昭和六二年の類型外といえよう。判決⑥は、結論においては、第二類型に属するものであるが、その過程において持分処分の意思を認定している点で興味深い。⑦及び⑧は共有物分割訴訟の処理方法として、ある意味で、両極端に位置するものであるが、前記大法廷判決の類型とは全く異なるものである。

右に述べたように、三つの類型の複合タイプはそれぞれの妥当性に支えられている限り、特に問題とする必要もないと言えるが、最高裁平成四年判決は、第三類型に近いとも言えるが、同類型は、分割請求者の持分の限度で持分の分割を受けて、自ら共有関係から離脱することを想定していると考えられるのに対して、これは、共有を継続しようとする多数の者が原告となって、被告の持分の限度で現物を分割し、共有関係から排除する新たな類型（第四類型）と捉えることができるように思われる。そこで次に、本判決以後の学説を中心として、その分析と検討を試みたい。

2　最高裁平成四年判決に対する学説の評価と問題点

前述したように、最高裁平成四年判決は、共有物の裁判上の分割について、「分割請求する原告が多数である場合においては、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」としているが、前掲昭和六二年大法廷判決は、「共有者が多数である場合、その中のただ一人でも分割請求をするときは、当該請求者に対してのみ持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残すことも許されるものと解すべきである」としているのであるから、その判断の方向は、ちょうど逆向きということが出来る。すなわち後者においては、分割請求する者がその意思で、持分の限度で現物の分割を受け、共有関係から離脱するのであって、その意味では、残余の共有者の共同関係までも解消する必要がないといえよう。これに対して、前者は、請求する側が多数であるから、実質的にみれば、被告を共同関係から排除することを認めることになる。それにもかかわらず、多くの学説は、この結論について肯定的であって、六二年判決を踏襲するものと受け止めている。(9)

しかしながら、この判決を契機にして、二つの新たな問題が検討されている。その一つは、イ　このような、共有関係からの一部の者の排除の正当性及び根拠の問題であり、その二つは、ロ　当事者の意思の重視の強調である。そこで以下に、これらの問題について、学説の状況を整理し、最高裁平成八年判決の分析に備えたいと思う。

イ　一部の者の共有関係からの排除の正当性とその根拠　前述の最高裁昭和六二年判決は、「共有者が多数である場合、その中のただ一人でも分割請求をするときは、直ちにその全部の共有関係が解消されるものと解すべきではなく、当該請求者に対してのみ持ち分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残すことも許されるものと解すべきである」として、民法二五八条の定める共有物の分割に、分割請求という方法による

共有関係からの離脱を認めた。[10] これは裁判による共有物分割の請求の実質的意図が、共有関係からの離脱である場合に、他の共有関係の継続を希望する者の意思を無視して、分割すべき必要性はないといえよう。これに対し、共有関係の維持を望む多数の者が、一部の共有者を共有関係から排除する目的の裁判上の分割が、許容されるべきかは、別個の問題を含むかのように思われる。しかしながら、最高裁平成四年判決は、同六二年判決を援用しつつ、「その趣旨に徴すれば、分割請求をする原告が多数である場合においては、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」とした。これにより最高裁は、分割請求の名のもとに離脱型も排除型も同様に許容されるものとした。

そこで、この判決に対しては、多数の原告が一人の被告を共有から排除することになる場合は、一部分割を認めることは、違法ではないとしても妥当性を欠くことが多くはないか、原告多数の場合は共有物の管理は多数決でなしうるのであるから（民法二五二条）、被告の排除が真に必要か否かも慎重に検討されなければならない[11]とか、分割請求者の側に共有を残す類型は、共有関係から相手方を追い出すというトーンが強いものであるから、双方の類型の利益状況を同一とみることに問題はないか[12]、との指摘がなされている。このような疑問に対しては、基本的に平成四年判決を支持する立場から、より掘り下げた考察がなされている。

そこでは、従来検討されて来なかったいくつかの重要な問題点を含んでいる。まず本判決を、現物の一部を被告の単独所有とし、その残部を分割後も原告らの共有とする現物分割を、原告が求めているときに、そのような分割方法を命ずることができるとしたものとする。そして、（一）原告が分割後は共有にとどまることを望まないときは、このような分割方法を命ずることは妥当ではない、（二）本判決が示した現物分割に関する考え方は、組合員の一人を他の組合員の一致によって除名し（民法六八〇条）除名により脱退する組合員にたいして持分の払戻しを行う（同六八一条）ことと一面で共通するとする。[13] つまり、共有では分割として現物の一部を、組合で

は払戻しとして金銭を獲得する違いはあるが、分割の判決又は除名により、自己の意思に基づかずに、排除される点に共通性を認めようとする。そして、現物分割の方法として、共有者にその超過分の金銭を支払わせる分割方法は、超過分がどの程度であれば許されるかという問題にかかわり、正当事由を要するか（民法六八〇条）どうかという点を除き、実質的には、組合の除名と共通するものとなる、と主張する。[14] さらにまた、一部分割の場合において、離脱型と排除型とで、分割によって取得する物について原告被告間に対称性が存在するから、基本的には区別する必要はないとして、次のように論ずる。民法二五八条二項の基準から、全部分割が許される場合に、一部分割が許されるかあるいは適当かという問題と、全部分割が許されない場合に、代金分割ではなく一部分割が許されるかあるいは適当かという問題に、分けて検討する必要があるとし、前者については、（三）他の複数の共有者がそれぞれを単独所有するとしても（全部分割）、その他の部分は分割されず、他の複数の共有者がなお共有にとどまるとしても（一部分割）、その者が共有物分割によって取得する物に実質的に意味のある相違はない、とする。後者については、（四）共有者の一方（複数）に分割後も共有にとどまる意思が現れており、かつ分割により取得する共有物の一部の価額が、代金分割の場合の金額と比較して、その差が著しく価格を損ずる程度でない場合には、一部分割が許されまた適当であるというべきであるとしている。[15]

排除型に対する疑問にたいしては、さらに、結論的にこれを支持して、次のように反論するものがある。「本質的には全体の共有関係からの離脱ということには変わりはない。原告側が多数持分権者であってかつそれらの者の間の共有関係の存続が容認されると、少数持分権者が目的物件の比較的一部しか取得することができないから、その持分は少なければ少ないほどいわば排除された形になるが、多数持分者側としても従来のそのままの維持はできなく、ある種の痛みを伴わざる得なければならない（ママ）のだから、仕方がないことでないか。これは最小である二人の共有関係の解消にも持分数に差があれば常に生じることである」とされる。そして組合関係

との対応について、「組合関係の規定は共同事業の経営という一定の目的をもって組合という契約関係に入り、しかも除名という一種の制裁といえる組合関係からの排除（民六七九④）だからこそ、民法六八〇条のような正当事由と他の組合員の全員一致を要求しているにすぎない」と指摘し、これに対して、多種多様な発生原因をもつ共有関係では、一般的に民法六八〇条を配慮する必要はない、と主張する。[16]

ロ　共有物分割訴訟当事者の意思の問題　平成四年判決を契機にして、特に強調されている問題は、当事者の意思の尊重である。その最初のものは、山田教授の現物の一部を被告の単独所有とし、その残部を分割後も原告らの共有とする現物分割は、原告が分割後は共有にとどまることを望まないときは、そのような分割方法を命ずることは妥当ではない、と指摘したものである。[17] これを補足する形で、共有者の一方（複数）が分割後も共有にとどまる一部分割を望み、他方が競売による代金分割を望む場合に、それを命じうる判断基準の一つとして、分割後も共有にとどまる者のその旨の意思が現れていること、と主張されている。[18] その後の学説は、基本的にそれに従いつつ、現物分割の決定方法は裁判所の裁量であるが、一部分割を命じる場合には、その考慮要素として当事者の意思を重視すべきであり、裁判所の訴訟運営として、当事者の意思が現れていないときは、釈明したうえ、一部分割によることを求める（または一部分割でさしつかえない）という意思を確認することが不可欠といえようとし、[19] さらには、平成八年判決を先取りするような形で、複数の共有者が一人の共有者に補償金を支払って共有関係から排除したり、他の共有者に持分の対価を支払うことによって、単独所有者となる分割方法が、当事者の意思に反して行われるとすれば、それは実質的には持分の私的収用にほかならない[20]と指摘するものもある。

このように共有物の裁判上の分割において、当事者の意思を重視すべしという、ほぼ一致した見解に対しては、次のような批判もなされていることを注意する必要がある。「もともと、共有関係の存続に関連しての当事者の意向を確認すべきであること自体は賛成であるが、その意向は多くは請求の趣旨（申立て）の記載から明白な場

合が多いが、その点はともかくとして、この意思確認をどのようにするのか、確認の結果をどう残すのかの問題はあるが、仮にこの意思確認がされないままでされた分割処分（共有関係存続部分）の効力はどうなのか、違法なのか、取り消されるべきなのかを明確に説明する必要があろう。[21]」

3　最高裁平成八年判決の構成と判断要素

最高裁平成八年判決は、最高裁昭和六二年判決の、持分の価格以上の現物を取得する共有者に、持分の超過分の対価を支払わせることができるとする判断を援用しつつ、①分割をめぐる諸事情を総合的に判断して、②特段の事情があるときは、③「全面的価格賠償の方法」による分割も許される、という構成をとっている。そこで以下で、六二年判決以後の判例・学説と照合しながら①および②を中心に、その判断要素を分析してみたい。

一　①の総合的判断の要素として、本判決によって新たに付加されたと思われる要素としては、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分割合、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、の四つがある。これらはいずれも、六二年判決以後に研究者によって指摘されたものである。発生原因については、六二年判決の示す解決方法の多様化は、文理上の根拠との関係で、当面原因において遺産分割と同視できる範囲で支持しうるという指摘がなされている。[22] 共有者の持分割合については、平成四年判決について、被告の単独所有とする分割方法は、被告に苛酷な結果となる場合には許されないとし、被告の持分が僅少であるため極度に細分化したものしか与えられない場合がその典型例であるとするものがある。[23] 分割された場合の経済価値については、裁判所等による評価が必ずしも的確なものとは限らない可能性の指摘がなされてきた。[24] 分割方法をめぐる共有者の希望及びその合理性については、前項で紹介したように、当事者意思考慮説とでも呼ぶべき平成四年判決以後の中心論点の一つとなっており、多くの論者によって指摘されている。もっとも、この当事者の

意思を尊重すべしとする見解は、当事者及び意思の意味が、必ずしも充分明らかとはいえないように思われ、また論者によって内容が異なるようにも思われる。本判決ではこの点を考慮したものか、「共有者の希望」というやや曖昧な文言を使用しているように思われる。したがってこの点については、章を改めて充分に検討してみたい。

②の特段の事情についてはどうであろうか。基本的には、六二年判決の方向性を支持しつつも、民法二五八条二項の趣旨が、その分割の時点で、物権関係も債権関係も一挙にかつ同時に、公正に行おうとするものであるから、広範な価格賠償的処理を行うとすれば、その趣旨をどのように確保するのかという指摘をしておいた。[25] そのほかにも、裁判所が持分権の売却を命じうる根拠規定がないことと、持分権の全部の売却・譲渡は、法の予定する共有関係の分割・解消の概念と異なることを強調するもの、[26] あるいは、現実の共有物分割訴訟の実務としては、遺産分割手続におけるような多様・自由な分割にふさわしい態勢が整っているとはいえないので、公平を保ちながら、分割の裁判をすることは至難であり迅速な裁判もできにくいので、競売、代金分割をかなり活用すべきであって、それが、むしろ、公平で迅速な裁判の実現となることが多いと思う、[27] と文理上あるいは実務の運用の実態を根拠に、価格賠償的方法に反対のないしは消極的な見解が見られた。他方で、最近の判例は共有物の単純な分割というよりも、共有関係の再構成をもたらしているとしつつ、競売による代金分割の不都合を考えるとき、安易な価格賠償は避けるべきではあるが、当事者への釈明等を十分に利用し可能な限り情報を収集した上での柔軟な現物分割の方法を求めるのが裁判所のとるべき立場であろう、[28] との提案もなされている。

③の全面的価格賠償の方法については、最高裁は、この判決によって、それも許されるとの立場をとったという。[29] ここでは、裁判上の共有物分割における、このような全面的価格賠償を認めることの六二年判決との関係が、まずもって問題となろう。

判旨では、「現物分割するに当たって」の過不足調整の部分を援用しつつ、のみならず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、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法（全面的価格賠償）による分割も許される、とするのであるから、過不足調整としての対価の支払いを極限まで拡大したもの、と理解しているように思われる。[30] そしてこの判決によれば、全面的価格賠償による方法が許されるのは、この方法によっても、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時でなければならないとしている。この意味では、あくまでも、現物分割としては例外的なものとしていることを注意しなければならない。そこで検討されるべきことは、共有物・共有関係分割をめぐる諸事情（①）を総合的に判断して、Ⅰその物を特定の者に取得させるのが相当と認められること、Ⅱかつその価格が適正に評価されること、Ⅲ当該共有物を取得する者に支払能力があることの三点を挙げている。このうちⅠは当然のことであり、ⅡおよびⅢについては、本項②ですでにその点を指摘する学説に言及しているので、ここでは繰り返さない。

したがって、ここでの問題は、たとい例外的にもせよ、共有という形の所有権者が、その持分権（所有権）を失うことが、過不足調整としての価格賠償の延長線上のものとして認め得るのか、裁判による共有物分割の限界を超えることはないのか、ということである、[31] またその正当性の検討においては、前述の組合からの除名との比較の問題も含まれていよう。

二　なお、本事案において、一般論としてにせよ、全面的価格賠償を認め得るとした事案そのものの特色を挙げると、次の点を指摘できる。まず共有関係の原因については、原告・被告の父親及びその先代が所有していた不動産を、買戻したところから始まっており、相続そのものではないにしてもいわば家産的性格の共有といえよう。この不動産の性質・形状については、この土地上に分割不能の構造上一体の建物が存在している。Y_1は、そこに居住しつつ、隣接する建物で薬局を営み生計を維持しているのに対し、Xらは、それぞれ別に居住していて、

本件不動産を取得する必要はない。そのことを反映して、Xらは、競売による分割を主張し、Y_1は本件不動産の単独取得と、他の共有者にそれぞれの持分に応じた価格賠償による分割を希望している。Yは本件不動産の価格を四二〇万円と主張したが、原審での鑑定によれば、八二六万三〇〇〇円と評価されている。

(1) 神戸地判平成元年六月二日判時一三四六号一二九頁。
(2) 東京地判平成四年五月六日判時一四五三号一三七頁。
(3) 広島高判平成三年六月二〇日民集五〇巻九号二五八六頁以下参照。
(4) 名古屋高判平成七年六月三〇日判時一五九二号五七頁参照。
(5) 東京高判平成六年二月二二日判タ八六八号二一〇頁。
(6) 札幌地判昭和六二年五月一一日判タ六五七号一〇三頁。
(7) 神戸地判昭和六二年九月二五日判タ六六八号一六三頁。
(8) 東京高判平成四年一二月一〇日判時一四五〇号八一頁。
(9) 山田誠一「判批」法教一四三号一一一頁、同「判批」判例評論四一一号一八頁［判時一四四九号一八〇頁］、加藤新太郎「判批」NBL五一二号五七頁、田尾桃二「判批」金商九〇八号三八頁、鎌田薫「判批」私法判例リマークス一九九三（下）二七頁、佐藤岩夫「判批」判タ八〇一号六三頁、川角由和「判批」民商一〇八巻四・五号七四六頁、三浦潤「判批」判タ八二一号二五頁、山野目章夫「判批」法セ四五九号一一四頁。
(10) このような方法による離脱の限界については、拙稿・前掲百年記念七二頁参照。
(11) 田尾・前掲「判批」三八頁。
(12) 加藤・前掲「判批」五九頁。
(13) 山田・前掲「判批」法教一一一頁。
(14) 山田・前掲「判批」法教一一一頁。田尾・前掲「判批」三八頁は、この見解を支持される。
(15) 山田・前掲「判批」判例評論一八頁。
(16) 奈良次郎「共有物分割の訴えについての若干の考察―最近の裁判例を中心として―」判タ八一五号二四―五頁。同旨、佐藤・前掲「判批」六四頁。

(17) 山田・前掲「判批」法教一一一頁。
(18) 山田・前掲「判批」判例評論一八頁。これを支持するものとして、川角・「判批」七四五―六頁、荒川重勝「共有分割の方法」民法判例百選Ⅰ［四版］一六一頁。
(19) 加藤・前掲「判批」五九頁。同旨、三浦・前掲「判批」二五頁。
(20) 鎌田・前掲「判批」二七頁。
(21) 奈良次郎「共有物分割訴訟の分割方式の多様化と審理への影響」判タ九一一号五一頁。
(22) 拙稿・前掲百年記念六九頁以下。
(23) 山野目・前掲「判批」一一四頁。持分に著しい差がある場合についての判決として、山口地判昭和四五年七月一三日下民集二一巻七―八合併号一〇四五頁参照。
(24) 奈良教授は、しばしばこの点を指摘されているが、ここでは最新のものとして前掲論文判タ九一一号五三頁、同旨、菅原郁夫「判批」判例評論四二五号三七頁［判時一四九一号一八三頁］。
(25) 拙稿・前掲百年記念七三頁以下。
(26) 奈良・前掲判タ九一一号五四頁。
(27) 田尾・前掲「判批」三九頁。
(28) 菅原・前掲「判批」三八頁。
(29) 拙稿「判批」法教一九九号一四五頁。山田誠一「裁判による共有物分割における『全面的価格賠償の方法』の許否」ジュリスト平成八年度重要判例解説六三頁以下。
(30) 拙稿・前掲「判批」一四五頁。
(31) 鎌田・前掲「判批」二七頁のいう「実質的な持分権の私的収用」というのも、この趣旨と思われる。

四　裁判上の分割の機能と効果

1　共有物の裁判上の分割の機能

わが民法では、共有者間で合意による分割ができず、共有者のうちの少なくとも一人が、どうしてもその共有からの離脱を欲する場合には、裁判上の分割を請求することになる。

そして、我が民法上共有物の裁判上の分割の請求がなされるのは、①　実質的に共有関係が破綻していて、共有関係を維持できない場合―分割が適当と思われる場合―もあれば、②　請求している者のみが、その共有関係からの離脱を欲している場合、あるいは、③　特定の者を除外して、それ以外の者によって共有を維持・継続することを欲する場合もある。民法二五六条を前提とする民法二五八条の文理――伝統的裁判上の分割――によれば、右の場合の①のみを考慮するものであって、②あるいは③の場合に対応しきれないことは明らかである。[1] しかしながら、同条一項は、当事者間で協議が整わないときは、「裁判所に分割を請求する権利」を保障するものであるから、この請求があれば必ず共有物の分割をしてやらなければならない。

他方同条二項によれば、分割の方法は、現物分割が原則であり、これは各人の所有権（共有持分権）を、最大限尊重しつつ、争訟の実質である共同関係――すなわち共有物をめぐる人的拘束――を解消しようとするものである。そしてそれが、物理的ないし経済的にみて分割不能なときは、競売を通しての代金分割によるものとし、そこでは、持分を経済的な価値に転化させることによって、それまで継続していた共同支配関係を基準として公平を計ると同時に、それまでの共有関係を一挙に解消する方法をとっている。そして同条二項は、この二つのいずれかの方法によって、分割申立人の分割請求権の実現を確保しようとしているものと考えられる。しかし、同条二項の定める分割のみに限定されるものとすれば、①の原因ないし動機に基づく分割請求には応える解決とい

えるが、②あるいは③の意図による分割請求に応える解決とはいえず、これでは、ローマ法以来の「共有は紛争の元、できるだけ解消させるべし」という発想のみが、制度的保障を得ることになる。

もっとも、②または③についての解決のための選択の余地を残すことは、そのような分割請求の、社会的・客観的に妥当な解決を可能とするものといえようが、それは本来民法二五八条二項の予定しない分割方法といえるから、それを選択することによる弊害が全くないのかどうかは、別途検討すべき問題である。

イ　離脱請求としての分割請求　共有物の分割請求がなされた場合であっても、この請求者のみが、共有関係からの離脱を欲しており、その他の者は、その請求者を除外した共有関係の存続を欲しているのであれば、その請求者の持分のみの分割――ないし価格賠償――による離脱を認めても、分割それ自体については、弊害はないといえるかもしれない。現物分割であれば、それが全共有者の意思にかなうものであり、公平の観点からしても問題はない。これに対し価格賠償による場合に、現物分割の可否の判断が妥当であるかどうかが問題となる場合が有り得る。この場合には、全体としての共有物の分割の場合――二五八条二項の文理そのまま――のように、形式的形成訴訟であるということでもって、裁判官の自由裁量としてよいかは、疑問がないわけではない。この場合には、最高裁判例によって進められた、多様化・弾力化により、二五八条の解釈の実体法的・手続法的再検討を考慮しなくてよいのかということを含んでいる。ただし請求者が、価格賠償でもよい旨を示している場合は、実質的不当性が――仮にあっても――除去されるといえようか。

問題は、共有者間に存在した――ないしは請求者と他の共有者との間にあった――債権関係である。それが金銭債権であれば、民法二五九条一・二項によって保全されよう。それに対して、共有を継続する側の有する債権が、金銭債権以外の債権であるとき（二五四条参照）、右のような、裁判上の分割による離脱は、既存の債権関係にどのような影響を及ぼすのであろうか。とりあえずここでは二つの性格を異にする債権関係が考えられる。

一つは、共有者間で、将来分割する場合の分割方法について何らかの定め――例えば、共有不動産のある部分を特定の共有者に帰属させる定め――がなされていた場合に、その離脱請求自体がそれに反し、あるいはその定めの実現を困難にする場合であるが、この場合には、分割についての共有者の私的自治が優先されるべきであるから、それに反しない離脱請求のみが許されることになる。

他の一つは、分割以外の債権関係である。例えば、その物の管理につき、ある者が他の共有者よりも多くの負担をするという合意がなされているような場合、この債権はどうなるか。共有関係が一括清算される裁判上の分割の場合には、その債権存立の基盤である共有関係が消滅すれば、その債権も消滅すると考えられるが、離脱請求の場合には、離脱請求に対応して、存続を主張する共有者において、それ以後の共有関係の負担をする意思を認めることになろうか。仮にそのように考えるものとすれば、ここでの共有物の裁判上の分割は、実質的には、既存の共有物の分割と離脱部分を除外した新たな共有が形成されたということになろう。したがってこのような場合には、この点についての残存共有者の明確な意思確認を必要としよう。

ロ　排除請求としての分割請求　この場合は、請求者側が一体として、共有の存続を欲し、他の一人ないし一部の者の、共有関係からの離脱を求める分割方法、ということになる。ここでは、被告とされる共有者が、自らも離脱を欲していれば、右の**イ**と同じ問題といえるから、この共有者が、離脱を欲していない場合だけが問題となる。そして排除請求がなされても、その相手方の持分の分割が現物の一部分割の方法でなされれば、ことさらその共有者の所有権（持分権）侵害という問題を考慮する必要はない。そもそも伝統的裁判上の分割においても、分割請求がなされれば、それに異議ある者についても、分割される――それによって持分に見合う現物を取得する――ことになるのであるから、それは、二五八条二項によって適法とされる範囲内の問題である。そこで近時特定の共有者の排除が、価格賠償による場合に、それが適法とされる根拠が論じられていることは前述

したところである（三章2参照）。

共有者の一部排除の法理を、組合の除名と同視しようとする見解については、その共有が実質的に組合的な人的結合（ないし団体的目的）を有する場合であれば類推の可能性を認める意味があるかもしれない。しかし前提として多様な人間関係が有り得る共有一般についてそのように言えるかは疑問である。少なくとも団体的目的を有し、それに対して出資された財産についての共有（手段的共有）と、まさに共同で所有することを目的とする共有（自己目的的共有）とを同様に扱うことは、共有の多様性に対応しようとする出発点と矛盾することにならないか。この見解は、組合の場合に正当事由を要する（六八〇条）ことはあるにしても、一部共有者の排除の問題を、自己の意思に基づかない点に、組合員の除名・払戻との共通性を認めようとする。価格賠償による共有関係からの排除に限って言えば、組合の場合には、正当事由を要するとすることは、共同の事業を目的とする契約であることに根拠を求め得るにしても、共有の場合には、共有物の負担である義務の不履行がある場合に、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しているのである（二五三条二項）。この場合は、共有それ自体を自己目的とする、単純な共有についての規定であるが、共有物の管理費用その他の負担の義務不履行を要件としているのは、共有物ないし共有関係を危険に陥れる行為であると評価していることによると考えられる。これに対し、まずもって協議することを要件とはするものの、その他の実質的要件を必要としない裁判上の分割請求において、特定の共有者を価格賠償によって――その者の持分を取り上げ――共有関係から排除できるものとすれば、民法二五三条二項の存在意味はなくなるのではないか。組合の除名の場合にも、その財産関係の清算は、金銭による払戻しになることから、正当な理由の存在を要求していると考えられる。とすれば、いずれもその共同関係を阻害する場合にのみ認められる一種の制裁の意味をもつものである。この理解が正しいとすれば、二五八条の分割の場合でも、現物分割が不能であれば、競売による金銭分割になると言うだけでは、それら

の規範の前提とする権利保護のための利益状況に違いがあり過ぎると言わなければならない

2　共有物の裁判上の分割の効果

民法二五八条による共有物の裁判上の分割は、形式的形成訴訟とされ、現物分割の場合には、判決の確定によりその形成的効力とし、その物について、当然に分割の効果が発生する。競売による金銭分割とされた場合には、売得金を持分に応じて分割すべきことが命じられる。

イ　分割による物権的効果　分割の効果として、共有関係は終了し、各共有者はそれぞれに配当された部分に所有権を取得する。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、実質的には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（二六一条参照）、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。したがって一個の不動産について分割の結果各人がその一部について単独所有者となる場合には、まず分筆の登記手続をしたうえで、権利の一部移転の登記手続をなすべきことになる。[2] このように裁判上の分割がなされたとしても、実体法上観念的・抽象的に従来の共有者のそれぞれが単独所有者に変わるだけであって、この判決によって、直ちに登記が可能なわけではない。[3] 所有権（または持分）移転登記請求の訴えが併合されている場合に、将来の給付の訴えとして認容されたときに、それによって初めて単独登記が可能となる。[4] この点は、明渡請求にも当てはまり、その訴え提起者の分割部分が確定して初めて、単独所有者としての権利行使の適否が判断可能となるというべきである。

さらにまた、複数の共有不動産が裁判上一括分割される場合についても、分割を命ずる判決によって形成される効果は、それぞれを単独所有者とするところまでである。例えば、甲、乙、丙の三筆の共有不動産を、A、B、Cの三人の共有者のそれぞれに分割する判決の効力は、A、B、Cをそれぞれの単独所有者とするだけであって、

登記の問題は残り、三者間に相互に登記請求権が発生する。分割前においては、A、B、Cは甲、乙、丙のそれぞれに――持分は等しいとして――三分の一づつの持分権を有し、通常は、それに対応する持分の登記がなされているから、それぞれの交換的登記請求（実体法的には持分の相互交換を原因とする）によって、それぞれが、単独所有の登記に到達する。この場合には、その請求の同時履行的処理によって、実質的な公平が確保されることになる。一部の学説のように、分割を命ずる判決そのものによって単独の登記申請を可能と解すると、この機会を失する可能性がある。さらにまた、かなり限定された条件の下にもせよ、全面的価格賠償による分割が認められた場合に、現物を取得する者がその判決そのものによって、登記可能とすると著しい不公平が生じよう。その法的根拠についてはなお検討の必要はあろうが、合意による分割の場合の価格賠償と同様に、同時履行による権利保護がなされなければならないし、訴訟経済的には、引き換え給付判決によって、価格賠償を受ける者の保護が計られるべきである。もっとも、意に反して価格賠償の判決を受けることとなった共有者に、そのことを予期して引き換え給付の申し立てをせよとするのは、酷のように思われる。当事者の申し立てなしに引き換え給付判決が、裁判官の自由裁量で可能とする根拠はあるのだろうか。共有物分割訴訟の性格の再検討が迫られている。

ロ　分割による債権的効果　持分割合からみて、現物分割によって取得した不動産に過不足が生じ、その調整のために、一部の共有者に債務を負担させる判決の場合に、その債権発生の根拠は何か。この判決の判断が妥当なものであれば、本来の持分を超えて所有権を取得した者の、実質的な不当利得ということになろう。しかし単純な現物分割の判決が確定した後に、その分割を前提にして、特定の共有者を相手に、分割の不均衡を理由に不当利得の返還請求が認められるはずはない。しかし共有物分割については、遺産分割におけるように家事審判規則一一〇条・四九条のような規定は存在しないから、二五八条の分割に伴ってなされた判決そのものが根拠というしかない。これを可能とする論拠について、共有物分割訴訟の本質が非訟事件であり、その点では家事審

判と異ならないとしつつ、分割の公平と競売価格の実情を指摘するものがあるが[5]、この問題については、既に論じているのでここでは繰り返さない[6]。しかし、共有物分割訴訟が実質的に非訟事件の性質をもつとされるのは、同条二項の限定された選択の範囲内の意味においてのみ正当とされるのではないか。この分割訴訟の性格の再検討が迫られる所以である。

右のように債権発生の根拠が判決そのものであるとすれば、債権発生の時期は、判決確定のときである。債権者は、持分の移転登記請求に対し、イ で論じたと同様に、同時履行の抗弁権によってこの債権を確保できる。この債権による調整部分の法的性格が、実質的に判決による強制的持分の部分的譲渡の性格を有する以上当然のことである。

全面的価格賠償による分割が選択された場合においても、その債権・債務の発生時期、その法的性質等は右に述べたことと異ならない。

3　共有物分割訴訟の法的性格といわゆる当事者の意思

最高裁平成四年判決を契機として、学説の多くが民法二五八条の分割の裁判においては、当事者の意思を重視すべきことを主張するようになったことは、三章の2・3において既に指摘したところである。しかしこのことは、従来共有物の裁判上の分割は、実質的に非訟事件の性質を有し、裁判所に広い裁量権が認められていると言われてきたことと、どのような関係を有するのか、なお検討を要する問題であろう。

イ　いわゆる当事者の意思　多様で弾力的な分割方法を現物分割に含まれるとした昭和六二年最高裁判決の方向性を、本来裁判官の自由裁量を基本とする二五八条のもとで生かすとすれば、その選択の範囲を拡大するものとして、共有者の意向が重要な要素となり得ることは、自然の成り行きと言えるように思われる。しかしな

がら、これまでのところこの点についての諸学説を見る限り、「当事者の意思」と言われるものの内容は必ずしも明らかではない。合意分割が不能であるから訴訟にならざるを得なかったのであって、この対立意思のなかには、分割すべきかいなかの対立もあれば、分割方法についての対立もある。いずれにせよ当事者の意思が一致していれば、裁判上の分割にはならない。ただ分割訴訟ということになれば、分割それ自体は不可避であるから、対立は分割方法の問題ということになる。しかしながら従来は、分割方法については、裁判官は、公平を旨として、当事者の主張に拘束されずに判断できるとされてきた。

したがって「当事者の意思」が問題とされざるを得ないのは、民法の規定する現物分割か代金分割かという、単純で極めて限定された分割方法が、現物分割の名の下の多様な分割が可能とされたことによるものである。いわば公平で合理的な分割方法の具体的選択の範囲を、当事者の主張を重要な手掛かりとして確定すべきであるということを意味する。したがってこの意思は、法律行為の要素たる意思とは必ずしも同一ではないだけでなく、裁判官の判断をその範囲に拘束する意味ももっていない。対立当事者のいずれも望んでいない分割をしてはならないと言う意味を持つものとすれば、共有物分割訴訟の性質に反することになる。ちなみに、三章の1でみた共有者の意向を考慮した判決を見ると次のようになる。法律行為的意思そのものと見られるのは、判決⑥であって、ここでは、一〇筆の共有地の内の特定の土地の取得を希望する共有者の分割割合がその持分を下回る主張を、持分の一部放棄あるいは譲渡と構成している。判決①および⑧については、共有成立時の共有者間の想定・合意を分割の判断基準としており、契約的意思をそこに見ることもできよう。全面的価格賠償を認めた③、及び共有者の一人に借地権を二分してその上の建物と一体とする帰属を認めた⑤は、共有者の内の現に居住する一人の希望を認めたものである。最高裁平成八年判決と同様に、居住権保護的判断が見てとれる。

このように一般に言われる「当事者の意思」のなかには、一部共有者による、現物のある部分の獲得を目的と

した、持分の一部放棄・贈与と見られる意思表示もあるが――裁判官はその持分の移転を前提とする分割が可能――、その中心は、民法二五八条の文理を超えた分割方法についての提言に留まると言えるのではないか。例えば三人の共有者が、全て自らの単独所有を主張し何人も代金分割を主張していない場合に、三人のうちの一人に全部取得を認め、他の者への価格賠償を選択することもできるし、もし現物分割が不能であれば、競売による代金分割を選ぶことも可能である。しかしながら、民法二五八条の分割方法が、十分に明確な基準なしに、多様化された以上、上級審は、その実質的正当性の判断に立ち入らざるを得ないように思われる。

ロ　共有物分割訴訟の法的性格　これまで論じてきたところから、共有物分割訴訟の法的性質についても、再検討が迫られている。この訴訟が、伝統的にいわゆる形式的形成訴訟とされてきたのは、民法二五八条二項が、現物分割を原則とし、それが不能の場合には、競売による代金分割によるべきことを定め、その何れによっても分割の基準は、持分割合によることになる。したがって裁判官の判断の選択範囲は、著しく限定されており、かつ分割により実質上共有関係は全面的に解消されることになる。しかしながら、本節の2で論じたように、価格賠償や過不足調整のための債権関係の形成、あるいは、分割後の新しい共有関係の形成・存続をもたらす多様で弾力的分割は、民法二五八条の目的とする分割と同時に、共有物分割請求訴訟の名のもとに、分割以外の新たな法律関係を形成する結果となった。しかも分離・脱退後の共有関係については、決して既存の共有関係がそのまま存続するわけではなく、主体を異にする新たな共有の成立と見るべきものである。したがって、ここでは実質的には二つの性質を異にする法律関係（複合的法律関係）が、訴訟の対象とされていると言わなければならない。そうであれば、後者の訴訟までも大幅な自由裁量が認められる形式的形成訴訟ということで、判決が適法とされてよいのか、疑問の残るところである。この複合的訴訟という点からも、上級審の介入できる範囲を広くとる必要があるのではなかろうか。紙数が尽きているのでこの点は機会を得て論じたい。

（1）前掲昭和六二年最高裁大法廷判決は、複数の物を共有している者の共有関係の解消に言及しているが、これは単一物の共有関係の解消の問題と言うよりは、複数の物の上に成立している人的団体の解消の面を持っている。
（2）最判昭和四二年八月二五日民集二一巻七号一七二九頁。
（3）反対、広中俊雄・物権法［第二版］四四六―七頁。
（4）奈良次郎「共有物分割の訴について（三）」判タ五八二号一五頁。反対、荒川重勝「共有分割の方法」ジュリスト別冊民法判例百選Ⅰ［第三版］一六三頁。
（5）柴田保幸・最高裁判所判例解説（民事篇）昭和六二年度（12）二四四頁以下。
（6）拙稿・前掲百年記念七三頁以下参照。

五　総　括

共有物の裁判上の分割について、民法が現物分割か競売による代金分割に限定しているのは、多様な原因・実態の共有を前提として、共有の継続を望まない共有者が生じたときに、裁判を通じてそれを解消するについて、最も公平かつ中立的で、裁判所の負担の少ない方法であるからであると言えよう。

しかしそのことは、共有物の性質、共有関係の発生原因、共有者個々の具体的事情などを考慮して、それに最も相応しい解決――合理的解決――の選択を否定するものではあるまい。遺産分割については、裁判所が現実にその役割を担って、より適切な分割を行ってきたことは、広く知られるところである。そこで民法二五八条のもとでも、持分を基準として実質的に公平な共有関係の解消を実現できるならば、それを否定すべき理由はないのではなかろうか。それぞれの時代・社会において、複数の主体の具体的関係が所有の場に反映されたときに、それが単独所有でない限り、共有の形態をとらざるを得ないのであって、その解決のためには今日の共有理論が貧

困すぎることは、既にしばしば指摘してきたところである。[1] しかしその共有関係は、具体的な生活関係のなかで形成されてくるものである以上、裁判の場で――さらには紛争の終局としての分割という問題で――顕在化することも当然のことと言えよう。

したがって今日の解釈学の任務としては、それを率直に受け止め、できるだけ今日の民法体系と整合させる努力を続けることではないかと思う。その意味では、裁判上の分割の機能も、実質的公平性と紛争解決の確実性を保持しつつ、合意分割であれば可能な諸方策を視野に入れながら、その解決に相応しい方法を選択することではなかろうか。本稿では、不十分ながら、今日の裁判上の分割の機能と生ずる法律効果、さらにはそれを踏まえての分割訴訟の複合的性格について論じてみた。今後の論議の深まりを期待したい。

（1） 拙稿「共有の対外的関係についての一考察」法学研究五九巻一二号一四三頁以下、同・前掲百年記念六五頁以下など参照。