

研究

共有物分割の訴えに関する近時の裁判例の動向

——全面的価格賠償の方法による分割が問題となった事件を中心に——

秦 公 正

- 一 はじめに
- 二 価格賠償による分割に関する裁判例の概況
- 三 価格賠償による分割を命じる判決と裁判所の裁量の範囲
- 四 おわりに

一 はじめに

最判平成八年一〇月三一日民集五〇巻九号二五六三頁（以下、「最判平成八年」という。）は、共有物分割の訴えが本質非訟事件であることを基礎として、全面的価格賠償の方法による分割（以下、単に「価格賠償による分割」という。）を認めた。かつて奈良次郎教授は、最判平成八年が価格賠償による分割を認めたことに対し「バンドラの箱は開けられた」と述べられたが、これは、遺産分割の場合とは異なり、規定や制度が十分整っていない共有物分割において、何ら手当のないまま最高裁が価格賠償による分割

を許容したが、実務に対する大きな負担になるとの懸念によるものであった。

最判平成八年が現れるまでの共有物の分割方法は、家事審判手続による遺産分割の場合と対照的であった。すなわち、前者における分割方法は、現物分割と競売分割（共有物を競売し、売得金を分配する方法）に限られていたのに対し、後者においては実務上広く代償分割（以下、便宜上、「価格賠償による分割」として扱う。）が認められ（旧家事審判規則一〇九条、現行家事事件手続法一九五条参照）、また、その分割に際し、遺産（共有物）を現物で取得する者（以下、「現物取得者」という。）に対し代償金（賠償金）の支払いを命じること、逆に賠償金取得者に登記の移転を命じることが認められていたからである（旧家事審判規則一一〇条、四九条、現行家事事件手続法一九六条）。とはいえ、共有物分割の訴えにおいても、昭和四〇年代以降、分割方法の柔軟化が進められてきていたことも紛れもない事実であった。最高裁は、まず、同一共有者間に複数の共有物が存在する場合に、それらの共有物を一体と見て分割内容を決定できる、いわゆる一括分割を許容し、次いで、現物分割をする場合に各共有者が取得する部分に持分との過不足が生じる場合に一部の共有者に他の共有者への微調整を目的とした賠償金の支払いを命じることが可能とした⁽³⁾。このような分割方法の柔軟化の流れからすれば、価格賠償による分割は、いずれ認められることを運命づけられていたものであったのかもしれない。

いずれにせよ最判平成八年は、実に多くの検討すべき点をもたらした。これは、価格賠償による分割はどのような場合に認められるのか、との実体要件論から、他の分割方法との関係をどのように理解すべきかとの分割方法の相互関係の問題、さらには、価格賠償による分割を命じるに際し、裁判所はどのような判決をすることが許されるのか、との手続論にまで及ぶ。この中で議論の中心となったのは、価格賠償による分割の結果、賠償金を支払う現物取得者の支払能力をめぐる問題、さらには、その賠償金の支払いの確保をめぐる⁽⁴⁾である。

家事審判（遺産分割）に目を転じると、昭和五〇年頃までは、現物取得者の支払能力自体を明確に問う審判例は少なかった。⁽⁵⁾ それどころか、現物取得者の分割調整金・代償金（以下、便宜上、「賠償金」という。）の支払いの猶予や分割払いを許容する審判例

が多くみられた。⁽⁶⁾平成に入ってから、審判例は明確に現物取得者に支払能力があることを要求し、⁽⁷⁾現在に至っている。これは学説上も異論がないとされる。⁽⁸⁾他方、命じられた賠償金の支払いをどのように確保するかについては、現物取得者が取得する不動産に賠償金債権者のための担保権の設定を命じることができるとされ、⁽⁹⁾実際にそのような分割を命じた審判例も存在している。⁽¹⁰⁾このように遺産分割における価格賠償に関する審判例は実に多様である。

最判平成八年が価格賠償による分割を認めた根拠を共有物分割の訴えが本質非訟事件であることに置くのであれば、裁判所が命じうる判決内容は、同じく非訟事件とされる遺産分割審判における場合と一致するのであろうか。あるいは、そこには限界があり、共有物分割の訴えと遺産分割審判において命じられる内容は完全には一致しないものなのであろうか。さらには、遺産分割審判がむしろ共有物分割の訴えの判決主文に近づく、換言すれば、遺産分割審判において従来許容されていた内容が命じられなくなる方向もありうるのであろうか。⁽¹¹⁾

以上のような問題意識の下、最判平成八年が登場してからほぼ二〇年が経過したこの機に、共有物分割の訴えにおいて価格賠償による分割を命じた裁判例を整理することにした。まず、価格賠償による分割に関する裁判例の概況(一)を確認した上で、次に、価格賠償による分割を命じる場合の裁判所の裁量の範囲に関する裁判例を確認することにする(三)。なお、共有物分割の対象は共有不動産であることが圧倒的に多いため、以下の叙述は共有不動産の分割を対象としたものであることをあらかじめお断りしておく。

二 価格賠償による分割に関する裁判例の概況

1 最判平成八年が共有物分割の訴えの提起に与えた影響

最判平成八年は、共有物分割の訴えの件数を増加させる結果をもたらした。あくまでデータベース上での数字であるが、⁽¹²⁾最判平成八年が共有物分割の訴えに関する近時の裁判例の動向(秦)

成八年より前の平成三年から七年までの五年間で共有物分割請求事件が掲載された件数は、一〇件を超える程度であったが、直近の平成二三年から平成二七年までの五年間では件数が一八〇件を超えている。⁽¹³⁾

通説・判例によれば形式的形成の訴えに分類される共有物分割の訴えは、従来、同じ訴えに分類される境界確定の訴えと比べてその事件数が非常に少ないことが指摘されていた。⁽¹⁴⁾それがどのような理由にもとづくものであったかは明らかではない。ただ、その点を筆者なりに考えると、主に以下二つの理由があるように思われる。まず、紛争当事者の属性である。すなわち、共有者が他人同士ということは例外的であり、多くの場合、親族、友人あるいは取引仲間であつたりするため、そもそも紛争が生じることが少ない。また、仮に紛争に至つたとしても訴えを提起しづらいのではないかという点である。第二の理由として、分割方法が現物分割と競売分割の二つに限られていたことである。さらにこの点を詳しく述べると次のようになる。まず、現実問題として現物分割が肯定されることが極めて少ないため、そのような分割を希望する者は訴えを提起することが難しい。例えば、分割の対象が共有建物や区分所有権の場合、法律上現物分割は不可能であるし、現物分割により共有物の価値を著しく損なう場合も同様である（民法二五八条二項参照）。現物分割が不可能な場合は、裁判所によって競売分割が命じられるが、それでは現物分割希望者の目的は達成されない。次に、競売分割が命じられ、共有物が形式的競売（民事執行法一九五条参照）にかけられた場合、希望通りの金額で売却される保障がない。むしろ、時価よりかなり低い金額で売却されてしまう可能性が高い。そうなると、競売分割を望む者は、金銭の必要に迫られているような場合を除き、合理的に判断して分割を申立てないことが考えられる。とりわけ、先ほど比較対象として挙げた平成三年から平成七年はバブル経済の崩壊直後であり、不動産価格が急落していた時期であつた。それゆえ、潜在的に競売分割を望んでいた共有者も、やむなく共有状態を維持していたものと考えられる。そして、第三に、いうまでもなく、共有物件を自ら単独で所有することを望む共有者は、上記の二つの分割方法のいずれも選択することができない。⁽¹⁵⁾

このような状況の下、最判平成八年は、一定の要件の下とはいえ、共有物件の単独所有を望む者の期待に応えられる可能性を創り出し、また、共有物の適正な評価及び持分に応じた金銭を得たい共有者の期待にも応えられる可能性をもたらした。⁽¹⁶⁾それは結果

的に潜在的な共有物分割事件を掘り起こすことにつながったように思われる。先に述べた約一八〇件のうち約四〇件が原告によって価格賠償による分割が求められているケースであった。

2 価格賠償による分割と他の分割方法との関係

ところで、最判平成八年が認めた価格賠償による分割は従来認められていた現物分割、競売分割とどのような関係に立つのか。仮にこれが現物分割に次ぐ分割方法であるとすれば、現物分割が不可能な場合にはじめて検討される分割方法ということになる。同様に競売分割との関係も問題になる。競売分割は原則どのような場合にも命じることが可能であるから、それを命じえない場合に初めて全面的価格賠償の方法による分割が許されるとは考えにくい。⁽¹⁷⁾ただ、競売分割と同列に扱うことは考えられる。そして、この考えに従えば、現物分割が不可能な場合、裁判所は即座に競売分割を命じることと許されるし、価格賠償による分割の要件が存在しているならば、その方法を認めることも差し支えないことになる。

判例を中心に見ていくと、まず、現物分割との関係について、最判平成八年は価格賠償による分割の要件として現物分割が不可能であることを挙げていないため、現物分割が可能であつても価格賠償による分割を命じることができると理解されている。⁽¹⁸⁾一方、競売分割との関係では、最判平成八年一〇月三十一日判タ九三一号一四二頁、最判平成九年四月二五日判時一六〇八号九一頁、最判平成一〇年二月二七日判時一六四一号八四頁のいずれもが、価格賠償による分割を認めるに足りる特段の事情があるかどうかを審理判断せずに直ちに競売分割を命じた原判決を破棄した。これにより、競売分割は価格賠償による分割が認められない場合にはじめて許される分割方法であることが明確にされた。⁽¹⁹⁾その結果、現物分割が可能でそのような分割が命じられる場合を除き、すべての事件において特段の事情の存否が審理判断される。これは現物分割が不可能で、原告が競売分割を求めて訴えを提起し、相手方がそれに異議がない場合でも変わらない。⁽²⁰⁾

なお、価格賠償による分割が競売分割に優先することが明確にされた法律状況の下、奈良次郎教授は、競売分割の数は激減する

と予想されていた。⁽²¹⁾しかし、筆者の印象では、現実には競売分割の件数は減少しておらず、むしろ、最判平成八年による潜在的な共有物分割事件の掘り起こしやとくに東京圏を中心とした地価の緩やかな上昇を背景にして、競売分割が命じられるケースは大きく増加したように思われる。前述した約一八〇件では、最終的に競売分割が命じられたケースが一〇〇件を超えており、半数以上のケースで競売分割が命じられていることになる。

3 価格賠償による分割を求める申立ての内容

(1) 共有物を原告（原告ら）の所有とする申立て

次に、原告が価格賠償による分割を求める場合の申立ての内容を確認する。まず最も多いのは、原告（原告ら）が現物取得者となる分割を求めるケースである。訴状には、例えば「別紙物件目録1記載の不動産を原告の所有とする」と記載される。また、これに加えて、自らに義務を課することになるが、被告への賠償金の支払いを原告に命じる判決を求めることも多い。この場合には「原告は、被告に対し、金〇〇万円支払い」と追加することになる。なお、賠償額をはっきりと明示せずに相当額の支払いを命ずる判決を求めるケースもある。さらに、持分登記を移転することを被告に命じる判決を求めるケースがある。例えば、「被告は、原告に対し、本判決が確定したときは、本件不動産の持分三分の一について、共有物分割を原因とする持分移転登記手続をせよ」となる。⁽²²⁾このような共有物件の単独取得、賠償金の支払い、持分の移転登記の三つがセットとして申し立てられることが多く、その上で原告が賠償金の支払いと引換えにと持分登記の移転を命ずる判決を求める形も見られる。なお、判例・通説によれば、共有物分割の訴えにおいては、共有物の分割を求める申立てさえ記載すれば適法であり、仮に分割方法が明示されていたとしても、裁判所はそれに拘束されない。⁽²³⁾稀ではあるが「別紙物件目録1記載の不動産の分割を求める」とだけ記載されている場合もある。

ところで、通常の訴訟手続においては、金銭支払いを命じる判決（債務名義）を得る、持分の移転登記を命じる判決を得るには当事者からの申立てが必要である。例えば、原告が被告に対し、売買で購入した土地の所有権確認を求めた場合に、裁判所が所有

権の確認に加えて被告に対し登記の移転を命じたり、逆に原告に対し、売買代金の支払いを命じることは許されない。そのため、原告は所有権確認を求めるだけでなく、当初から移転登記請求を併合しておくか、あるいは、係属中に訴えの変更を行うといった手続をとる必要がある。また、逆に売主たる被告が代金支払いの債務名義を獲得するためには反訴を提起する必要がある。そこで、価格賠償による分割を命じる場合に、この点をどう考えるべきかが問題となる。原告が共有物件の単独取得だけを申し立てている場合に、裁判所が裁量で被告への賠償金の支払いを命じ、被告に対し原告への持分の移転登記を命じることはできるのか。最判平成八年の登場によって注目されるようになった問題点であるが、この点に関する裁判例については、後述三で確認する。

(2) 共有物を被告（被告ら）の所有とする申立て

件数は少ないが原告が「共有物件を被告が取得し、原告への賠償金の支払いを被告に命じる」判決を求めて訴えを提起するケースがある。⁽²⁴⁾ そのような申立てがされる事情としては、被告が物件を取得することに異存はない（誰が現物を取得するかについては合意ができる）が、賠償金額で折り合いがつかない場合、物件の管理の困難さや資産価値の低さなどからむしろ共有不動産の取得を積極的に望まない、あるいは、適正な価格で現物を引き取ってもらえるならそれでよいと考える場合などがあるものと思われる。ただ、このような「買い取り要求型」あるいは「押しつけ型」とも言うべき申立てがなされた場合の審理はやや注意を必要とするであろう。被告側が自ら現物の取得を審理過程で明確に申し立てている場合はよいとしても、例えば、被告欠席などで現物取得の意思が確認できない場合には、現物を被告の所有とし、原告への賠償金の支払いを命じる判決をすべきではないだろう。⁽²⁵⁾ 希望もしないのに物件を押し付けられた上に、賠償金の支払いの負担も強いられることになるからである。

(3) 被告の対応

共有物分割の訴えを提起された被告の対応はどのようなものか。これについては被告が、(a) 訴え却下や請求棄却判決を求める場合
共有物分割の訴えに関する近時の裁判例の動向（案）

合、(b)原告とは異なる分割方法を求める場合、(c)原告の求める分割方法に異議がない（欠席を含む）場合がある。(a)では、分割請求自体が権利の濫用にあたり許されないとの主張がされることが多い。⁽²⁶⁾ つぎに、(b)は三つの類型の中でも最も多く、被告が競売分割を求める場合が多いようであるが、被告が自らを所有者とする価格賠償による分割を求める場合も少なくない。前述した約一八〇件のうち約二〇件がそのような事件であった。そして、そのうち約一〇件は原告・被告それぞれが自らを所有者とする全面的価格賠償の方法による分割を求めているケースである。⁽²⁷⁾ このようなケースでは、裁判官が原告被告双方ともに所有者となる相当性があり、かつ、それぞれ支払能力も認められるとの判断に達することもありうるが、その場合に、どちらへの帰属を認めるか、どのような判決を言い渡すかは一つの問題となろう。最後に(c)は、被告が欠席するケース、原告の主張する分割方法に異議がないケースである。このような場合、裁判上の自白は成立するのか。例えば、原告が競売分割や価格賠償による分割を求め、現物分割が不可能であること（民法二五八条二項）や価格賠償による分割の特段の事情（及びそれにあたる具体的事実）の存在（最判平成八年）を主張したところ、被告が答弁書等を提出することなく、期日に欠席したような場合である。共有物分割の訴えは本質非訟事件であるとの判例・通説の理解によれば、裁判上の自白は成立しないと理解することになるのだろうか。⁽²⁸⁾

4 価格賠償による分割が否定された理由

原告あるいは被告が価格賠償による分割を求めたにもかかわらず、そのような分割が否定される理由について何か特徴はあるのか。最判平成八年は「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つて、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」に価格賠償による分割を認める。

上記要件は、前段部分の共有物を特定の者に取得させる相当性の判断と後段部分にあたる共有物の適正な評価と現物取得者の支払能力の判断の二つに大きく分けられる。価格賠償による分割を否定した裁判例は、このうち前段の判断の一要素として考慮される、①原告あるいは被告が現物の取得を望んでいないこと（共有者の希望）、あるいは、後段を構成する②現物の取得を希望する共有者に支払能力がないことを挙げているものが圧倒的に多い。⁽²⁹⁾ ①は、相当性を判断する一要素に過ぎないはずであるが、現実には要件の一つとして機能しているように思われ、また、その認定も比較的容易であると思われる。これに対し、②の支払能力の有無を判断することはときに難しく、裁判例によってもその判断に違いがあるように感じる。一例として、第三者からの融資可能性を挙げる裁判例のうち、東京地判平成二六年一月一七日LEX／DB文献番号25517191は、賠償金額二八五万円のところ、定期預金六〇〇万円、信用金庫からの融資（二五〇〇万円）が調達可能として支払能力を肯定するのに対し、東京地判平成二七年三月一日LEX／DB文献番号25525298は、賠償金額三三五〇万円のところ、訴外法人が金融機関に対し六五〇〇万円の預金を有し、⁽³⁰⁾ 同法人からの現物取得希望者への融資証明書（上限三三五〇万円）が提出されている事案で支払能力を否定する。

①、②以外の否定理由としては、例えば、転売を目的とした持分取得など持分取得の経緯から相当性がないとするものや、共有物の価格が適正評価されていないとするものなどが見られる。⁽³¹⁾

三 価格賠償による分割を命じる判決と裁判所の裁量の範囲

価格賠償による分割を命じる場合に手続上問題になるのが、裁判所が裁量でどのような判決をすることができるか、という点である。価格賠償による分割の場合、現物取得者からの賠償金の支払いと他の共有物からの持分移転登記の問題が残ることになるが、主として賠償金の支払いをどのように確保するかという観点からの裁判例の展開が見られる。

1 賠償金取得者の訴え（反訴）の提起なしに、賠償金の支払いを命ずる判決の可否

前述のように、通常の訴訟手続において金銭支払いの給付判決を得るためには、そのような判決を求める当事者の訴えあるいは反訴の提起が必要である。しかし、他方、遺産分割審判においては、価額賠償による分割において金銭の給付支払い等を命じることも可能であるとされている（家事事件手続法一九六条）。現物取得者は、分割を命じる判決の確定により現物を取得し、ほぼその目的を達するのに対し、賠償金取得者は判決確定と同時に賠償金を現実に手に入れられるわけではないため、遺産分割審判の場合と同様に、賠償金取得者からの反訴（訴え）の提起なしに、賠償金支払いを命じる判決をして、債務名義を付与することができるが問題となる。

一部異論はあるものの、裁判例の大勢は、賠償金取得者の反訴（訴え）の提起なしに賠償金支払いを命じる判決を肯定している。例えば、「裁判例①」大阪高判平成一一年四月二三日判例時報一七〇九号五四頁は、次のように説示する。

「四 右の次第で、本件不動産の分割については、右のような全面的価額賠償の方法によるべきところ、全面的価額賠償の方法により共有物を分割する裁判の本文において、他の共有者の共有持分を取得する共有者に賠償金の支払義務があることを確認するに止まらず、すすんで、申立てがないにもかかわらず右共有者にその支払を命じて、他の共有者に金員給付の債務名義を反射的に取得させることは、共有物分割が共有関係を解消して新たな権利関係を形成するに過ぎないものとすれば、必ずしもその内容に包含されるものとは言いがたいが、右賠償金は他の共有持分を取得する対価ともいふべきであり、裁判の確定により、共有持分を取得する共有者において、無条件に共有物の所有者となることとの均衡上、賠償金の支払を即時に強制される状態に右共有者が置かれるのも、また、公平に合致するといふべきであり、これが共有物分割の内容となつてゐるものと解することができる。」

このように、「裁判例①」は、賠償金が持分に代わる対価であること、現物を取得する共有者との公平の観点から賠償金の支払いの給付判決をすることも共有物分割の内容となつてゐると理解する。

これに引き続き、「裁判例②」千葉地判平成一五年七月三十一日判タ一一五六号一五九頁も、原告が請求として「1 別紙物件目録記載の土地を次のとおり分割する。(ア) 上記土地を原告の所有とする。(イ) 原告は、被告に対し、金三、二万九、三、四六円を支払う。」(以下、傍点は筆者による。)との判決を求めたのに対し、「1 別紙物件目録記載の土地を次のとおり分割する。(1) 上記土地を原告の所有とする。(2) 原告は、被告に対し、金三、二万九、三、四六円を支払え。」と判決して、申立てなしに賠償金支払いを命じる判決を肯定した。原告の請求1(イ)の記載が「……を支払う」となっているのは、対価支払いの義務を形成するにとどめる意図があったものと思われる。⁽³²⁾ 以上のような裁判例と同様に、学説も申立てなしでの賠償金給付判決を肯定するものが多数を占めている。⁽³³⁾

これに対し、申立てなしで賠償金支払いを命じる判決に消極的な見解も存在する。「裁判例③」最判平成一一年四月二二日判時一六七五号七六頁の遠藤光男・藤井正雄裁判官共同補足意見は次のように述べる。その理由は、要は、債権の履行請求は純然たる訴訟の領域に属する事柄であって、当事者の訴え(反訴)なしに、給付判決を与えることはできないということにある。

「一 家事審判による遺産分割において、共同相続人の一人又は数人に他の共同相続人に対し債務を負担させて現物分割に代えるいわゆる代償分割の方法(家事審判規則一〇九条)を採用した場合には、審判により創設される金銭債務の履行確保のため、(1) 金銭債権についての債務名義を形成すること(同規則一一〇条、四九条)のほか、(2) 利息、遅延損害金を付すること、(3) 担保権を設定することなどが考案され、実行されている。一方、民事訴訟としての共有物分割において全面的価格賠償の方法による分割を行う場合にも、裁判所が当事者間に共有物持分移転の対価としての債権債務関係を非訟的に創設するのである(本件の第一審判決主文第一項の二及び第三項の二がこれに当たる。)が、その債権の履行請求は純然たる訴訟の領域に属する事柄であり、対価取得者の明示の申立て(原告が物件を取得するときは被告による予備的反訴の提起、被告が物件を取得するときは原告の予備的請求の追加)もないのに、右(1)に準じ、対価について給付判決をして債務名義を形成することはできないであろう。また、(3)の担保権の設定も、訴訟に親しむ事項とはいえない。」「(2)の利息、遅延損害金の付加は、対価の額と履行期の決め方に連なる問題

であつて、共有物分割訴訟に應用可能であるが、申立てなくして給付を命じ得ないことは（一）と同断であり、いずれにせよこれだけでは金銭債務の履行確保には必ずしも十分とはいえない。」（なお、判決文中の家事審判規則一〇九条、一一〇条、四九条は現行家事事件手続法一九五条、一九六条にあたる。）。

2 同時履行の抗弁の提出なしに引換給付を命ずる判決の可否

まず賠償金の支払いと持分移転登記が同時履行の關係に立つのかについては、価額賠償が実質的に持分の売買を意味するものであることを理由に一般にこれを肯定する見解が多い⁽³⁴⁾。したがつて、この見解に立てば、当事者から同時履行の抗弁の提出がある場合、裁判所は引換給付判決を命じることになる。賠償金が支払われない限り、賠償金取得者は移転登記に応じる必要はなく、強制執行もできないのであるから、現物取得者に賠償金の支払いを促す効果は期待できる。それでは、さらに進んで当事者からの同時履行の抗弁権を行使する主張がない場合に、裁判所が職権で引換給付判決を命じることができるのか。

まず、〔裁判例③〕最判平成一一年四月二二日判時一六七五号七六頁の遠藤光男・藤井正雄裁判官の共同補足意見は次のように述べ、両者の同時履行關係を肯定した上で、当事者の申立てなしでの引換給付判決を許容する。

「このように同時履行關係があるといつても、当事者が常に同時履行の抗弁を主張するとは限らない。原告が全面的価額賠償の方法による分割を求めたのに対し、被告が現物分割を求めて強く争っている場合（本件がそうである。）に、被告から予備的にでも同時履行の抗弁が提出されることを期待することには限界がある。このような場合においてもなお、現物取得者の金銭債務の履行を確保する方策を講ずる必要があるからには、裁判所は、同時履行の抗弁の有無にかかわらず、その裁量により、登記手続等につき金員支払との引換給付を命じ得るとしなければならない。共有物分割訴訟がその本質において非訟事件であつて、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、妥当な分割の実現を期したものである（最高裁判平成三年（オ）第一三八〇号同八年一〇月三十一日第一小法廷判決・民集五〇巻九号二五六三頁参照）ことからすると、事案に応じてこのような処理をすることも、

裁量権の発動の一内容として許容され得るものと考ええる。現物取得者の信用度が高く、対価の額が比較的少額であって、金銭債務の履行につき全く不安視する要素がない場合を除き、右のように引換給付を命ずることを原則とする運用を考慮すべきであろう。」

さらに、近時の裁判例でも、裁判所の裁量によつて引換給付判決ができることが示されている。すなわち、〔裁判例④〕東京地判平成二五年一月二五日LEX／DB文獻番号3818878は、原告が被告に対し、一二個の共有不動産を原告の所有とすること、賠償金の支払い、持分全部移転登記を求めたところ、被告が答弁書その他準備書面を提出せずに期日に欠席した事案において、次のように述べる。

「なお、原告は、被告に対して無条件の持分全部移転登記手続をすることを求めているが、原告が被告に対して給付すべき金額が多額に及ぶことなどに照らせば、引換給付判決をすることが相当である（共有物分割請求訴訟の本質が非訟事件であることからすると、裁判所は、裁量により、引換給付判決をすることができると解される。最高裁平成一一年四月二二日第一小法廷判決・裁判集民事一九三号一五九頁参照）。」

これらの裁判例は、同時履行の抗弁権を行使することが期待できない場合があること（例えば、当事者が分割自体を争っている場合など）、賠償金の支払いを確保すること、共有物分割訴訟の本質が非訟事件であることを主な理由として申立てなしでの引換給付判決を肯定する。

学説には、これらの裁判例と同様に積極的な見解に立つものがある一方で、申立てをまつて引換給付判決をするとの見解も存在する。⁽³⁶⁾

3 現物取得者の訴え（反訴）の提起なしに、持分移転登記を命ずる判決の可否

価額賠償による分割を命ずる判決の確定により、共有物件は現物取得者の所有となり、賠償金取得者には賠償金債権が帰属する。この場合、先に述べた1において確認した裁判所の裁量による賠償金支払いを命じる判決を肯定すれば、賠償金取得者は即時に強

制執行を申し立てることができる状態に置かれる。他方、分割の結果、現物取得者に共有物件の所有権が帰属することになっても、賠償金取得者からの登記の移転という問題もまた残されることになる。現物取得者が持分移転登記についても申立てていれば特段問題はないが、そのような申立てを行っていない場合に裁判所が裁量で持分移転登記を命じる判決をすることができかねるかがここで問題になる。これは、被告が現物取得を希望する場面でも問題となり、その場合は、原告に対して持分移転登記を求める反訴を必要とするかどうかの問題でもある。この点につき、裁判例は積極、消極に判断が分かれている。

まず、申立てなしでの持分移転登記に対し積極的な裁判例として、〔裁判例③〕最判平成一年四月二二日判時一六七五号七六頁、〔裁判例①〕大阪高判平成一年四月二三日判例時報一七〇九号五四頁、〔裁判例⑤〕東京地判平成二七年五月一四日LEX/D B 文献番号 26330125 がある。

このうち、〔裁判例③〕の法廷意見は、賠償金取得者に対して持分移転登記を命じた原審の判断を是認した。また、〔裁判例①〕は、この点について詳細に述べているので、以下、そのまま引用する。

「共有物分割の結果に伴う登記などの對抗要件の具備については、右にみた共有物分割の目的を考えると、共有物分割の内容ではなく、分割の結果の履行の問題に過ぎず、将来の請求としての申立てがないのに、これを命ずることは家事審判規則四九条と同様の規定をもたない共有物分割の手続にあっては、処分権主義に反するという考えも成り立ち得ないではない。しかしながら共有物分割の内容として、裁判の主文において、賠償金の支払を命ずることができるという考えも成り立ち得ないではない。しかしながら共有物となるべき對抗要件の具備の手続について、できるだけ履行を確保する手段を講ずることも、また許されるものと思料される（裁判により共有物の分割が形成されるものである以上、賠償金の支払がない時には、当該共有物を改めて競売に付して、その売得金の分配を命じることは、理論上は困難であると思料される）。」

即時に強制執行可能な状態に置かれる賠償金取得者との公平の観点から、〔裁判例③〕は現物取得者に対しても裁量による持分移転登記判決の付与を肯定するものであるが、移転登記と賠償金債権の強制執行とを比べた場合、実質的にその負担は大きく異なる

ため、別に扱うこともありうるようにも思われる。

さらに、近時の裁判例である〔裁判例⑤〕も、非常に簡潔ではあるが「なお、原告の被告に対する本件各土地の持分全部移転登記手続については必要と判断し、当裁判所の裁量により命じることにした」と判示して、やはり積極的な見解に立つことを明らかにする。

以上の積極的な裁判例に対し、消極的な見解に立つものとして、〔裁判例⑥〕東京地判平成二五年一月二八日LEX/DB文献番号2551084がある。〔裁判例⑥〕は、原告が一月以内に三七二七万余円を支払ったときは不動産を原告の所有とする、被告は原告に対し、持分移転登記手続をせよ、との判決を求めたのに対し、被告も不動産の単独所有を希望したが、原告に対し持分移転登記を求める反訴を提起しなかった事案である。裁判所は、次のように判示して、裁量での持分移転登記を命じる判決を否定した。

「以上によれば、本件土地建物の共有物分割請求については、これを被告の単独取得とし、原告に対し、価額賠償金として五九九一万八八〇〇円を支払わせる方法により分割することが相当である（なお被告は、本件の原告の請求に対する答弁として、原告から被告に対する所有権移転登記を求めるようにも述べているが、分割の結果に応じた持分の移転登記手続を求めるには、原告が本件においてこれを併合請求しているように、別個の給付訴訟が必要であると解され、被告からの訴え提起がなされているわけではない本件においては、原告から被告に対する所有権移転登記を命じることはできないと解される。）」

消極説の理解では、価額賠償による分割を命ずる判決は、現物取得者に共有物の所有権を帰属させるという権利関係を形成するにとどまり、移転登記を命じる判決を得るためには、別途その旨の給付の訴えが必要とするものである。

文献上も見解が分かれており、訴え（反訴）の提起なしで移転登記を命ずる給付判決ができるとするものと当事者からの別訴の提起をまつて移転登記を命ずることができると解するものがある⁽³⁸⁾。

4 一定期間内の賠償金の支払いを条件に現物取得（法律関係の形成）を認める判決の可否

1および2で見たように、裁判例の多数は、現物取得者の賠償金の支払いを確保する観点から、裁量による賠償金支払いの給付判決および賠償金の支払いと持分移転登記との引換給付判決に積極的な立場に立っている。しかし、これらの方策は、支払いの確保の可能性を高めるものであるが、支払いを保証するものではない。現実には支払いがなされなければ、賠償金取得者はいつまでも最終的な分割の実現がなされない不安定な状態に置かれ、また、賠償金の支払いの不履行が続いてもすでに分割の効果が生じている以上、それを原状に戻すには理論的に大きな課題があるように思われる。そうであるならば、むしろ、賠償金の支払いを条件として分割の効果を生じさせた方が賠償金支払いの不履行による問題を回避することができるとも考えられる。そこで、このような条件付きの判決を裁判所が命じることが許されるかが検討される。この点に関し、共有物分割の訴えは形成訴訟であると解されており、形成判決に条件を付けることができるかとの理論的な課題があるとされる⁽³⁹⁾。また、仮にこのような条件付き判決を認めるのであれば、それはどのような場合に許容され、さらに、賠償金の支払いにどのくらいの期間を設定すべきか、という問題が残されている。

裁判例では、件数が多いものの、賠償金の支払いを条件として共有物分割の効果を認めたものが存在する。おそらく、公判された裁判例としては、〔裁判例⑦〕札幌地判平成一二年七月二九日判タ一〇五三号一三二頁が最初ではないかと思われる。〔裁判例⑦〕は、「1 原告が、本判決確定後六か月以内に、被告Aに対し三二七万三四一四円及びこれに対する本判決確定の日から支払済みまで年五分の割合による金員、被告B及びCに対し各自一五八万六七〇七円及びこれに対する本判決確定の日から支払済みまで年五分の割合による金員、被告D、被告E、被告F、被告G、被告H及び被告Iに対し各自六三万四六八二八円及びこれに対する本判決確定の日から支払済みまで年五分の割合による金員をそれぞれ支払ったときは、別紙物件目録（一）記載の各土地を原告の単独所有とする」と判示した。

次に〔裁判例⑧〕 広島高判平成一五年六月四日LEX／DB文献番号28091179は、無条件の現物取得を認めた原判決を変更して条件付きの判決を言い渡す。「1 原判決主文一項を次のとおり変更する。(1) 別紙物件目録記載の土地についての被控訴人の持分二分の一を、本判決確定後三か月以内に控訴人aが、被控訴人に対して金二四七五万円の支払をしたときに、被控訴人aに取得させる。」その上で〔裁判例⑧〕は、現物取得者の支払能力を肯定しながらも、条件付き判決とする理由を次のように説明する。

「(ウ) もっとも、控訴人aの上記の資力が将来においても確実に継続すると認めるに足りる確な証拠はなく、将来においてその資力が低下する危険性があることは否定できない。これを無視して価格賠償の方法による分割を命ずることは他方に資力不足の危険を負担させることになり、当事者間の実質的公平を害することとなるが、他方、その危険性のみを理由に価格賠償の方法による分割を否定するとすれば、現に支払能力が継続し、支払が可能な場合であるのに妥当な分割が実現できない結果ともなる。これらの事情を考慮すると、支払がされないのに分割の効果を発生させるのは妥当ではなく、本判決確定後一定期間内に控訴人aにおいて上記金員の支払をすることを条件に被控訴人の持分を取得させ、これがされない場合には競売の方法による分割を命ずるのが相当である。」

この〔裁判例⑧〕は、条件付き判決の必要性を将来にわたって現物取得者の支払能力が維持されるとの確証がないことに求めており、理解の仕方によってはかなり広く条件付き判決の余地を認めるように思われる。この考えを推し進めれば、すべての場合に条件付き判決をしておくことが望ましいことにもなりそうである。

条件付き判決をすることの理論的な課題はあるにしても、このような判決を肯定することはより柔軟な判決の可能性をもたらすことにつながる。その例として〔裁判例⑨〕東京地判平成一九年四月二六日LEX／DB文献番号2833208がある。この事件では、原告A、原告B、被告の三名が共有する土地の分割が問題となったが、原告A及びBはA・Bの共有による現物取得を、被告も自らが現物を取得する価格賠償による分割を求めた。すでに述べたように、このように原告・被告双方が現物取得を希望するケースはそれなりの数が存在しており、このような場合、裁判所としてもどちらに現物を帰属させるべきかにつき、悩む場面もあるので

はないかと思われる。結論として〔裁判例⑨〕は、原告被告双方に現物を取得させる相当性があると判断し、次のような判決を言い渡した。

「1 被告が、本判決確定の日から一か月以内に、原告Aに対し三〇二八万四五六円を、原告Bに対し一一三五万六七〇八円をそれぞれ支払ったときは、

(1) 別紙物件目録記載の土地を被告の単独所有とする。

(2) 各原告は、被告に対し、同土地について、共有物分割を原因とする各原告持分全部移転の登記手続をせよ。

2 被告が第一項の期間内に同項の金員の支払をせず、本判決確定の日から二か月以内に、原告Aが一九二七万一九九〇円を、原告Bが七二万六九六円をそれぞれ被告に対し支払ったときは、

(1) 別紙物件目録記載の土地を原告らの共有（原告Aの持分一分の八、原告Bの持分一分の三）とする。

(2) 被告は、同土地について、原告Aに対し持分一九八分の五六につき、原告Bに対し持分一九八分の二一につき、それぞれ共有物分割を原因とする持分移転登記手続をせよ。」

このように〔裁判例⑨〕は、被告を第一順位、原告A・Bを第二順位として現物取得の可能性を認め、賠償金の一定期間内の支払いを条件として現物の帰属を認めた点に特徴がある。双方が現物を取得する相当性ならびに適正に評価された賠償金の支払能力を有することが前提となるものの、現物取得を希望する当事者の意思および当事者間の公平に配慮した判決と評価することができ(40)るだろう。さらに、このような順位付けを許容しなければ、被告の申立てだけが認められ、仮に被告が期限内に賠償金を支払わなかった場合は分割の効果が生じない。その場合、再度原告A・Bは共有地をA・Bの共有とする共有物分割の訴えを提起する必要があることになり、訴訟経済の観点からも望ましくない。

これ以降も条件付き判決を肯定する下級審裁判例が少ないながら存在する。〔裁判例⑩〕東京地判平成二四年七月一八日LEX／DB文献番号25495926は、一か月以内の支払いを条件に原告と共同被告のうち一名の共有とすることを認めた。この事案の特殊な

部分は、原告自ら条件付きの判決を求めていた点ならびに裁判所が原告と被告のうち一名による共有を命じた点である。⁽⁴¹⁾ 裁判所はそのような条件を付した分割方法を採用しても不都合はないと述べる。〔裁判例⑪〕東京地判平成二五年二月八日LEX/D B文獻番号25510801は債権者代位訴訟の形で共有物分割の訴えが提起されたためらしい事案であり、六か月以内の賠償金(八億一五〇〇万円)の支払いを条件として被告による現物取得を肯定した。賠償金の支払いが遅れた場合の原告(代位債権者)及び被告の被る不利益を考慮して、六か月以内の支払いを条件としたと説示する。裁判所は現物取得者となる被告の支払能力を肯定しているものの、その大部分が金融機関からの未実行の融資に依存していることを考慮するものである。そして、最も直近の裁判例として〔裁判例⑫〕東京地判平成二六年一〇月六日LEX/D B文獻番号26522106がある。三か月以内の支払条件とし、原告による取得を認めた。裁判所は原告に明確に支払能力があるとは認められないとしつつ(預金債権として一一〇〇万円が存在を肯定するが、その他の資産状況については主張・立証がないとし、他方、賠償金額は一五四三万余円のため、約四四〇万円不足する旨を述べる)、不足額が比較的少額であること、単独取得する土地上に収益物件(共同住宅)を所有するなどの事情から、賠償金の調達が全く不可能と断ずることもできないとした。

文献では、民事訴訟についての伝統的理解からの疑問や理論的な課題があることは認識しながらも、賠償金の支払いを条件として価格賠償による分割の効果を発生させる判決をすることに積極的な見解が多いように思われる。⁽⁴²⁾ 例えば、〔裁判例⑬〕最判平成一〇年二月二七日判時一六四一号八四頁河合伸一裁判官補足意見は、一例として、原告が競売分割、被告が価格賠償による分割を求め、被告が現物を取得する相当性は認められるが、支払能力が確実にあるとまでは断定できない場合に、被告が判決確定後一定の期間内に裁判所の定める一定の額の金員を支払うことを条件として当該共有物を被告の単独所有とすることを肯定する。その理由として、共有物分割訴訟が非訟事件であることから、不都合のない限り、彈力的、合目的な方法が工夫されてよいことを挙げた。また、〔裁判例⑭〕最高裁平成一一一年四月二二日判時一六七五号七六頁遠藤光男裁判官補足意見も、この河合裁判官の補足意見に同調し、(a)共有物分割訴訟が非訟事件であることから、裁判所の裁量権の範囲内にあること、(b)判決の確定により従来の共有関

係に変更を加えるという点で他の形成判決と異なることなどからこのような判決も許容されるとする。そしてその上で、賠償金が支払われる期間については、判決確定後せいぜい半年程度が適当であると述べる。

このような積極説に対し、少数ながら否定説も存在する⁽⁴³⁾。

5 現物取得者が取得する現物に担保権を設定することの可否

賠償金の支払いを条件として価格賠償による分割を認める場合は別として、賠償金の支払いを命ずる給付判決や賠償金の支払いと移転登記との引換給付を命ずる判決では、賠償金の不払いによつて賠償金取得者の最終目的が実現されないという事態も否定できない。そこで、さらなる支払確保の手段として、遺産分割で認められているような裁量による担保権の設定ということも問題になりうる。しかし、これまでのところ、賠償金の支払確保を目的として取得した物件あるいは現物取得者の固有財産への担保権の設定を命じた判決は存在しないようである。学説の一部では、これを肯定する見解がある⁽⁴⁴⁾一方で、消極的な見解をとるものもある⁽⁴⁵⁾。

四 おわりに

以上のとおり、最判平成八年の登場から約二〇年が経過するにあたり、共有物分割の訴えの現況がどのようになっているのか、裁判所が価格賠償による分割を命じるにあたつて裁量でどのような判決をすることができるかにつき、近時の裁判例を中心に確認した。今回の研究の主眼が、共有物分割の訴えの近時の裁判例を確認することであり、また、時間の制約もあつたため、内容は非常に雑駁なものとなり、裁判例と学説を簡単に整理するにとどまつたことは大いに反省している。

この二〇年間に価格賠償による分割を命じた裁判例を見てきたところ、裁判所が裁量で命じることができる判決のバリエーションが増えてきたことを確認できた。その背景には、賠償金の支払確保を図ろうとする裁判所の姿勢が見受けられる。ただ、他方で、

賠償金の支払期限を猶予したり、賠償金の分割払いを命じた裁判例は見当たらず、また、賠償金の支払確保のために現物取得者が所有することになった不動産（あるいは固有財産）に抵当権を設定するなどの内容を認めた裁判例もないようであり、その点で、現時点ではなお共有物分割の訴えにおける判決主文は、遺産分割審判における審判内容とは完全には一致していないことも確認できた。

引き続き価格賠償による分割を認める判決主文がどのような展開を見せるのかに注意を払いつつ、共有物分割の訴えに関して十分解明されていない手続上の問題を中心に研究を進めていくことにしたい。

- (1) 奈良次郎「共有物分割訴訟と全面的価格賠償について」判タ九五三三六〇頁（一九九七）。
- (2) 最判昭和四五年一月六日民集二四卷二二号一八〇三頁。
- (3) 最判昭和六二年四月二日民集四一卷三三九四〇八頁。
- (4) 対価の確保を検討する文献として、上田誠一郎「全面的価格賠償の方法による共有物の分割と対価の確保の問題について」同志社法学五五巻六号一四三三頁以下（二〇〇四）がある。
- (5) この点については、拙稿「全面的価格賠償による分割を命じる判決の主文について——現物取得者の資力の判断基準と賠償金の支払猶予判決の可否——伊藤眞・上野泰男ほか編『民事手続における法と実践』（成文堂、二〇一四）五六九頁以下を参照。
- (6) 現在でもそのような例は散見される。例えば、千葉家松戸支部審平成二六年一月一日LEX/DB文献番号2560034、大阪家審平成二一年九月一四日金商一三九三三四四頁など。
- (7) 大阪高決平成三年一月一四日家月四四卷七十七頁、高松高決平成七年一月二日判時一五六六号五二頁など。
- (8) 生島恭子「遺産分割の方法（その1）」梶村太一・雨宮則夫『現代裁判法体系11 遺産分割』（新日本法規、一九九八）二九八頁。
- (9) 糟谷忠男「遺産分割の審判における分割の方法」『家事事件の研究（一）』（一九七〇）二三五頁ほか多数。さらに賠償金の支払いに期限の利益を与える場合に、現物取得者の固有財産に抵当権設定を認める見解もある（田中恒朗「遺産分割の方法——現物分割・債務負担・換価分割」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法3』（日本評論社、一九八九）三四七頁）。
- (10) 松江家審平成三年五月二〇日家月四四卷七六六四頁、松江家審平成二年六月八日家月四三卷三三九二頁など複数あるが、最近の公判審判例は見当たらないようである。
- (11) 例えば、注(10)で述べたように、賠償金支払確保のために抵当権の設定が命じられたケースや賠償金の分割払いを命じたケースが最近見当

たらないこと、あるいは、賠償金の支払いを猶予する審判例も近時はその期間を短めに設定しているケースが多いことも、見方によってはそのような流れを裏付けるものとも言えなくはない。

- (12) 以下の数字は、法律情報データベースLEX／DBインターネット(<https://lexlawlibrary.jp/>)における検索結果による(二〇一六年四月三〇日アクセス)。

- (13) この数字の大きな変化については、比較対象とした時期の経済状況を見逃すことはできないであろう。最判平成八年の直前はバブル崩壊によって不動産価格が急落し、競売分割をするのは非常に困難な状況であった。とくに近年掲載件数が急増しているのは、経済の好転、都市部における不動産価格の回復傾向により、競売分割を求め訴えの件数の大幅な増加が背景にあるものと思われる(筆者が確認した一八〇件のうち、競売分割が求められた件数は一〇〇件を超える)。

- (14) 奈良次郎「共有物分割の訴えについて(一)」判タ五七九号三頁(一九八六) 参照。

- (15) もちろん、共有物件の単独所有を望むものは、形式的競売に付された共有物件を自ら入札により買い受けることでその目的を達する可能性は残されているが、第三者が競売してしまう可能性も否定できない。

- (16) 原告が競売分割ではなく、被告に対して現物の取得ならびに賠償金の支払いを求めて訴えを提起するケースが散見される(東京地判平成二三年一月二七日LEX／DB文献番号2549657、同平成二四年一月二五日LEX／DB文献番号2549111、同平成二七年五月一日LEX／DB文献番号2550125ほか)のは、そのような期待にもとづくものと考えられる。

- (17) ただし、競売分割が命じられたが、買受申出がないため競売が事実上できない場合にはじめて全面的価格賠償の方法による分割が可能となる、という理解もありえなくはない。

- (18) 河邊義典『最高裁判所判例解説民事編平成八年度版』(法曹会、一九九九) 八八八頁。

- (19) 河邊・前掲注(18) 八八九頁。

- (20) 例えば、東京地判平成二五年一月六日LEX／DB文献番号2551637は、当事者双方が競売分割に異議がないにもかかわらず、特段の事情の存否を審理している。

- (21) 奈良次郎「共有物分割訴訟の金銭代価分割請求と競売手続実行を巡る若干の問題(上)」判タ九一号六〇頁(一九九九)。

- (22) 塚原朋一編『事例と解説 民事裁判の正文』(新日本法規、二〇〇六) 二〇六頁以下(瀬木比呂志「近藤裕之執筆部分」)に全面的価格賠償の方法による分割を命じる場合の本文の例があり参考になる。

- (23) 最判昭和五七年三月九日判時一〇四〇号五三頁。

- (24) 平成二三年から二七年までの五年間で、少なくとも五件確認できた。東京地判平成二三年二月二七日LEX／DB文献番号2549657、東京地判平成二四年一月二五日LEX／DB文献番号2549111、東京地判平成二四年九月六日LEX／DB文献番号2549673、東京地判平成

二七年二月二六日LEX／DB文献番号25534107、東京地判平成二七年五月一四日LEX／DB文献番号25530125。また、東京地判平成二四年五月三一日LEX／DB文献番号25594123は、対象不動産が二つあり、そのうち一つについて原告が被告による取得を希望するものである。やや特殊な申立てとして、原告と被告のうち一名による取得を申し立てているケースもあった（東京地判平成二六年二月二六日LEX／DB文献番号25523153）。

- (25) 筆者は全面的価格賠償の方法による分割を命じるためには、現物取得者の取得の申立てが必要であると考えている（拙稿「共有物分割訴訟の非訟性の再検討―共有物分割訴訟における当事者の申立ての拘束力を中心に―（五・完）」法学新報二〇卷三四号三〇頁以下（二〇一三）参照）。最判平成八年は、全面的価格賠償の方法による分割が認められる特段の事情の判断基準として、現物を取得する意思の存在を必要不可欠な要件としていない。当事者の意思なしに現物取得を命じられることは考えにくいのが、理論上は、当事者の意向にかかわらず現物を押し付けられる可能性がある。原告が被告による現物取得を申立て（被告欠席）、裁判所が現物を被告の所有とした裁判例として、東京地判平成二三年一月二七日LEX／DB文献番号25490597がある（ただし、被告の取得の意思は確認されていた事案である）。

- (26) 被告が権利濫用を主張した最近の裁判例として、東京地判平成二五年六月二五日LEX／DB文献番号25513629、東京地判平成二五年一月二八日LEX／DB文献番号25516078、東京地判平成二六年一〇月六日LEX／DB文献番号25522233などがあり、実際に権利濫用を認めた裁判例として、東京地判平成二五年十二月二五日LEX／DB文献番号25516887（訴え却下）、東京地判平成二七年五月二七日LEX／DB文献番号25530387（請求棄却）がある。

- (27) 東京地判平成二五年一月二八日LEX／DB文献番号25510484、東京地判平成二五年一〇月二四日LEX／DB文献番号25515734、東京地判平成二六年五月二二日LEX／DB文献番号25519521ほか。

- (28) どのような要件の下、どのような分割が認められるかを定めた規定はないため訴訟物は観念できないと考えるならば、自白の対象となる主要事実がそもそも存在しないため、裁判上の自白は成立しないことになる。また、非訟事件ゆえに弁論主義の適用がない（非訟事件手続法四九条、家事事件手続法五六条参照）と考えられる場合も、結論は同じになる。

- (29) すべてを紹介することはできないが、最近の裁判例において①を挙げるものとして、東京地判平成二七年六月三日LEX／DB文献番号25530452、東京地判平成二五年一月六日LEX／DB文献番号25516337など②については、東京地判平成二七年二月二二日LEX／DB文献番号25532459、東京地判平成二七年三月一日LEX／DB文献番号25535228、東京地判平成二五年一〇月二四日LEX／DB文献番号25515734など。

- (30) 裁判所は「しかし、被告が提出する融資に関する書証は、本件において、第三者に相当する一般の会社がある時点において、ある金融機関に対しては預金を有していて、被告に融資する意向を示したというに止まり、被告自身の支払能力を裏付けるには足りない」と述べる。また、第三者には親族や友人からの援助も含まれるが、平成二四年五月二五日LEX／DB文献番号25594381は、賠償金額約二六三二万円のこと、

友人が二八〇〇万円を貸し付ける陳述書を提出したケースでは支払能力を否定し、逆に、東京地判平成二六年一月二七日LEX／DB文献番号352301は、被告二名への賠償金額の合計が約一九二七万円のところ、現物取得希望者の預金は約一六二六万円しかないが、不足する約三二〇万円については共同原告となっている親からの援助が期待できるとして支払能力を肯定している。

(31) 東京地判平成二四年三月二六日LEX／DB文献番号3523831、東京地判平成二七年三月五日LEX／DB文献番号3523010など。

(32) 塚原編・前掲注(22)二〇三頁(瀬木＝近藤執筆部分) 参照。

(33) 河邊・前掲注(18)八九五頁以下、塚原編・前掲注(22)二〇三頁(瀬木＝近藤執筆部分)。

(34) 田山輝明「16 共有物分割と価格賠償」平井宜雄編『民法の基本判例』(有斐閣、第二版、一九九九)七五頁、新田敏・法学教室一九九号一四五頁ほか。

(35) 河邊・前掲注(18)八九八頁、塚原編・前掲注(22)二一〇頁(瀬木＝近藤執筆部分)。

(36) 川井健・私法判例リマックス一九九八上・一七頁。また、最判平成一〇年二月二七日判時一六四一号八四頁の河合伸一裁判官補足意見は、「当事者からの申立てに応じて、原告に対し右支払と引き換えに持分移転登記手続を命ずるなどする」と述べるが、これが移転登記の申立てを指すのか、同時履行の抗弁を指すのかははっきりしない。

(37) 田山・前掲注(34)七四頁、河邊・前掲注(18)八九七頁。

(38) 奈良次郎「共有物分割の訴えについて(二)」判タ五八〇号一九頁、(裁判例13) 最判平成一〇年二月二七日判時一六四一号八四頁河合伸一裁判官補足意見。同意見は「また、共有物分割訴訟は形成訴訟であるとされているから、右の場合を含め、全面的価格賠償の方法による共有物分割を命ずる場合において、対価取得者に対して持分移転登記手続を命ずるためには、当事者からの別訴の提起を待ってこれを併合することが穏当であろう。」と述べる。

(39) 河邊・前掲注(18)八九三頁以下、塚原編・前掲注(22)二一〇頁以下。

(40) なお、被告を第一順位としたことについて、「裁判例⑨」は、「被告の単独所有とする全面的価格賠償の方法による分割を優先するのは、本件土地がいわゆる先代の遺産であるところ、原告らがこれを第三者に売却して換金することを考えているのに対し、被告はその地上に建物建てて居住したいと考えていることから、後者を優先させるのが相当と認めるからである。また、被告の単独所有とする全面的価格賠償の方法による分割のみならず、第二次的に原告らのみの共有とする全面的価格賠償の方法による分割をも相当とするのは、賠償金についての被告の支払能力に「一抹の不安が残らないではなく、被告が賠償金を支払えない場合には、直ちに競売を命じるより、原告らにも本件土地を取得する機会を与えることが公平にかなうからである」と示す。

(41) 東京地判平成二五年一月二八日LEX／DB文献番号3520384も原告が一月以内の支払いを条件とした価格賠償による分割を求めた事実である(裁判所は被告による取得を命じた)。

- (42) 塚原・前掲注(22)二一〇頁(瀬木「近藤執筆部分」)以下。ただし、このような判決をとりうるのは例外的、限定的な場合にとどまるとする。河邊・前掲注(18)八九三頁以下は、形成判決の効力の発生を条件にからしめることができるのかがまず問題であるとしつつも、共有物分割訴訟が非訟事件であることを強調すれば、履行確保の要請が強い場合にこのような判決の余地があるとする。
- (43) 新田敏「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院判決を契機として——」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百周年記念論文集 法律学科編』七四頁(一九九〇)。
- (44) 川井・前掲注(36)一七頁、上田・前掲注(4)一四四八頁以下。
- (45) 河邊・前掲注(18)八九三頁、「裁判例③ 最判平成二年四月二三日判時一六七五号七六頁遠藤光男「藤井正雄裁判官共同補足意見」(本文三一の記述参照)。

(本学法学部教授)