

共有物分割後の持分上の抵当権

梁田, 史郎
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/11005>

出版情報 : 九大法学. 94, pp.117-162, 2007-02-26. Kyudai Hogakka i
バージョン :
権利関係 :

共有物分割後の持分上の抵当権

梁田史郎

- 一 はじめに
- 二 学説概観
- 三 裁判例の検討
- 四 我国における共有物分割に関する条文制定経緯
- 五 小括

一 はじめに

本稿では、数人で不動産を共有しているとき、共有者の一人が持分上に抵当権を設定し、その後共有物が分割された場合における、抵当権の帰趨について考察する。すなわち、分割後に抵当権を負担するのは設定者の取得部分のみなのか、それとも従来の共有不動産全体、つまり他の共有者の取得部分にも割合的に存続するのかという問題である⁽¹⁾。

民法二四九条以下で定められている「共有」は、数人が一つの物を所有する状態の原則的形態である⁽²⁾。我国においては、周知のとおり、その性質について主に二通りの見解がある⁽³⁾。一つは、各共有者は各一個の所有権を有し、各所有権が一定の割合において制限しあつて、その総和が一個の所有権の内容と等しくなっている状態であると解する説⁽⁴⁾であり、もう一つは、一個の所有権が分量的に分割されて数人に属していると解する説である⁽⁵⁾。前説に立つと、持分は同一物の上に成立する他の所有権によって制限された所有権ということになり、後説に立つと、持分は一個の所有権の分量的一部分ということになる。とはいえ前説はもとより後説にたつてもその性質・効果についてはまったく所有権と同様に取り扱うべきであるとされている以上、どちらの説に立つても、通常の共有においては共有者間に何らの結合関係もなく各共有者は単独でその持分を処分することができ、その持分に価値を把握するにすぎない抵当権を設定できることについて争いはない⁽⁶⁾。

本稿の問題は、ローマ法以来歴史的には分割の効力と絡んで論じられてきた問題である。現在我国では共有物分割の効力は移転的とされている。そして、分割後も目的不動産全体に割合的に抵当権が存続することについて、特

に後述する大審院昭和一七年判決出現後は、ほとんど争いは見られない。数少ない裁判例では主に民法二六〇条の「参加」の効力の問題として、抵当権が設定者の取得部分に集中するか否かが主要な争点となった。判例・通説によると、「参加とは、分割につき意見を述べることの意味するにとどまる。従って共有者は参加者の意思に拘束されることはない。参加については唯一の法的効果としては、本条二項により、参加請求があったのに参加を待たないで分割をした場合には分割を参加請求者に対抗しえないとされることである」とされている。それならば、実際上の効力のない同条は、なぜ、どのような経緯で規定されることとなったのか、という疑問が生ずる。

また、持分の性質をどのように解しても、各共有者は、目的不動産につき自己の持分以外の権利を、他の共有者の同意なくして処分できない、ということについては疑いない。しかし、この問題について判例・通説のような解釈をし、分割後に他の共有者の取得部分上に抵当権が存続するということになる、抵当権が実行されれば、結果的に設定者は他の共有者の持分を処分したことになるのではないか、という疑問がある。

最も単純な例を想定して説明すると以下に述べるようになる。⁸⁾ AとBが一筆の土地を二分の一の割合で共有している。Aが持分上に甲のために抵当権を設定し、その後共有地が二筆に現物分割される。Aの分割後の取得地上に存在する従来のAの持分をa、Bの持分をbとし、Bの取得地上に存在する従来のAの持分をa'、Bの持分をbとする。共有物分割の効力を移転的とするときは、分割とは持分権の相互譲渡であり、Aはa'をBに譲渡し、BはbをAに譲渡するという、一種の権利交換なのである。分割の結果としてAは自身の取得地上に従来有していたaとBから譲り受けたbを有することとなり、Bも同様に自身の取得地上にa'とb'を取得することになる。⁹⁾

判例・通説によると、共有物分割後も、甲の抵当権は従来のAの持分aとa'の上に存続するということになり、

抵当権が実行されaとa'が競売されれば、Bは自己の所有に帰したa'を失うこととなる。Bは二六一条によりAに對して担保責任を追及しうるにしても、なぜその意思に関わりなく、共有関係にあったに過ぎないものの物上保証人にならなければならないのだろうか。我国において、裁判上争われた例は少なく、学説上の議論もあまり展開されてこなかった問題であるが、問題の所在を本稿で明らかにしたい。

現在我国における共有物分割の規律は現行民法の解釈によっているが、現行民法は二〇〇四年の改正で現代語化されたものの、少なくとも共有に関する条文に関しては、一八九八年施行の明治民法（明治二九年法律第八九号、明治三一年法律第九号）と異ならない。そして明治民法の立法における旧民法の基底としての意義については多くの先学の指摘するところである。⁽¹⁰⁾

結論を先取りして言えば、本稿の問題は明治民法の起草段階で「修正」された問題であった。しかし、ボワソナーが提起した重要な問題は現在に至るまで合理的な解決を与えられるに至っておらず、また、未だ十分な議論がなされていないようにみえる。

そこで本稿では以下の手順で検討を行うものとする。まず、二において我国における学説を確認し、ついで三では我国における数少ない裁判例を取り上げ、四では我国における共有物分割に関する条文制定の経緯を跡付け、最後に五でまとめと今後の課題を述べる。⁽¹¹⁾

二 学説概観

1 共有の原則的形態に関する学説

持分上の抵当権が共有物分割後どのような影響を受けるかについては、我国において余り活発とはいえないにしても、共有物分割の効力の問題と絡んで議論されてきた。そしてとりわけ後述の昭和一七年大審院判例出現後、大多数の学説は、共有物分割後も従来の持分上の抵当権は影響を受けず全共有者の取得部分上に従来の割合において存続する、と解している。しかし少数ながら、抵当権設定者が分割の結果取得した部分に抵当権が集中する、と解する説も存在する。

両説のそれぞれについて解説する。

① 通説 (客体不変説)

通説⁽¹²⁾は、「分割が持分の上の担保物権に及ぼす影響については疑問が多い。分割が権利の相互的移転であるから、混同の規定 (一七九条) を類推して、次のような結果を認むべきであろう……共有物の一部を受けたときは、この部分についても、他の者の受けた部分についても、それぞれ持分権が消滅せずに存続して、この多数の持分権の上に担保物権が存在すると見るべきであろう⁽¹³⁾」と解する。

本稿の一で挙げた例を使って説明すれば、甲の抵当権は、分割後も、分割前と同じく、もとの土地全域について、二分の一の割合で存続する、ということである。その理由は、分割は持分の売買または交換で、抵当権が設定され

た持分 (a、a') は混同の例外に関する規定 (一七九条) の類推により消滅しないからである。

そして利害関係人の参加についても、判例と同様に、二六〇条二項の文言通りの効力しか認めないのが通説である。⁽¹⁴⁾

② 少数説 (客体集中説)

昭和一七年の大審院判例出現以前には共有物分割の効力について多様な説が存在し、例えば「広く且ツ薄ク及べル支配力ハ分割ニ因リテ一部ニ集中シテ茲ニ单独所有権ヲ生ズルモノトス」⁽¹⁵⁾と説くものがあつた。

また、末弘巖太郎氏は「共有物が『現物ヲ以テ分割』された場合 此場合には担保物権は以後之を設定したる共有者が分割の結果配当を受けた物の部分を目的として存続する。何となれば分割の結果元来の目的物は最早存在せざるに至り、而して各共有者の配当を受ける部分は其価格に於て正に従来の持分に相当すべきもので、権利をして此上に集中せしむることは、元来——物夫れ自身を目的とすと謂はむよりは寧ろ——物の金銭的価値を目的とするものと認むべき担保物権の性質にも適合するものと謂はねばならぬから」⁽¹⁶⁾と解した。

なお民法二六〇条によつて共有物分割に参加した利害関係人に、分割の監督権限を認めるものが見られる。⁽¹⁷⁾しかし利害関係人の監督権限と分割の効力との関わりは明白に論じられていない。

そして大審院判例出現後において、共有物分割の移轉的効力と調和させつつ、持分上の抵当権を設定者の取得部分へ集中させる解釈論を試みるものが見られる。⁽¹⁸⁾

2 遺産共有に関する学説

我国においては遺産分割に関する規律が通常の共有に関する規律と別個に規定されている。遺産共有の場合に、持分上の抵当権が裁判上問題となった例は見られないものの、理論上は通常の共有の場合と同様に問題となり得る。戦後の改正（昭和二十二年法律第二二三号）前の旧法では、遺産分割は遡及効を有するものと規定されていた（二〇一二条）。戦後の改正による但書の追加に伴い（九〇九条但書）、新法では解釈上移転的効力を有するのと異なる扱いがなされている⁽¹⁹⁾。しかし、後述するように本来の立法趣旨は異なるものであった⁽²⁰⁾。

旧法においては、「解釈論として多数学説によれば、宣言主義により第三者の権利が害されることが承認されていたといえる⁽²¹⁾」とされる。ただし、分割に遡及効を認めるときは、共有期間中になされた処分により権利を取得することあるべき第三者は、分割の結果として処分者が取得しない財産についてなされていた処分は権利者以外の者によってなされたことになり、その権利を害されることになる。それゆえ例えば穂積重遠氏は「遺産分割は遡及効を有し、共同相続人に利益あり利害関係人に不利であり得るから、普通の共有物分割の場合よりも一層利害関係人に参加権を与える必要が大きい⁽²²⁾」として、遺産分割にも二六〇条に基づいて利害関係人の参加を肯定していた。

なお同氏は「即ち民法は此〔共同相続人の一人による自己の持分への抵当権設定や持分譲渡の（筆者補足、以下同じ）〕場合に相続人保護主義を採って第三者保護に重きを置かない。ただ第三者は前述分割参加権を行使して自己に不利な分割に反対し得るのみである。相続開始後久しい間遺産の分割が行われぬこともあり得るのであるから、民法が遺産の分割は常に相続開始の時まで遡るべきものとしたのは、相続と云う概念にのみ捉われて法律関係の安定を忘れたもので、時には相続人等の意思にも叶わない。共同相続人が遺産を共同に利用運営する意思で其共有を継続する場合には、其共有は物権編の普通の共有に変質し、其後分割が行われても民法第一〇一二条の適用は

ないものと解することは出来ぬであろうか」と指摘している。⁽²³⁾

戦後の改正により追加された民法九〇九条但書に関しては、「取引の安全を害する点」を「宣言主義の最大の欠陥」として「新法は、但書を新設して、遡及効に重要な制限を加えた」とする見解もある。⁽²⁴⁾ また「取引の安全を重視すべしとする立場もあるが、分割前における第三者の権利取得を認めることは遺産の分割についてはかなり大きな障害になるし、遺産の持分について取引の安全をそれほど強調する必要はないと思われるので、但書の新設が妥当であったかは立法論として疑問であるといわざるをえない」とも説明される。⁽²⁵⁾

さらに、共同相続人間の担保責任を定める明治民法一〇一三条も改正され「相続開始前ヨリ存スル事由ニ付キ」という文言が民法九一一条では削除された。そのため「移転主義をとれば分割後の共同相続人に担保責任が生ずることは当然であるが、宣言主義をとれば、分割された財産は相続人が被相続人から相続によつて直接取得したものとされるので、担保責任は生じないことになる。しかし、遡及効は法の擬制で、遺産の分割は実質的には持分の相互移転であるから、民法は担保責任に関する規定を設けた」という見解が現れた。⁽²⁷⁾ このように九〇九条但書による第三者の権利の保護と共同相続人間の担保責任という宣言主義に対する「重要な二つの例外をおいているので、形式的には宣言主義を維持しても、実質的には移転主義とはほぼ同様の結果となるに至っている」と解されるに至った。⁽²⁸⁾

三 裁判例の検討

共有物分割後の持分上の抵当権に関しては、すでに大正時代に東京地裁の裁判例がある。判旨は以下のように述

べる。

「共有物分割ノ効力ハ移轉的ナルコト民法第二六一條ノ法意ニ照ラシ疑ナキ所ナルヲ以テ分割前共有者ノ一人カ其持分ニ付キ設定シタル抵当権ハ依然トシテ持分ノ割合ニ於テ共有地全部上ニ存在シ抵当権設定者カ分割ニヨリ取得シタル土地ノ部分ニノミ集中スルモノニアラサレハ分割前設定者カ共有者トシテ有シタル持分ノ割合ニ於テハ分割ニ因ル取得部分ニノミ存在スルモノト謂ハサルヘカラス加之分割前ニ於ケル共有者ノ持分ト分割ニ因ル共有者ノ取得部分トハ全ク別異ノモノナルヲ以テ分割前ノ持分ニ付キ設定シタル抵当権ハ当然分割ニ因ル取得部分ニ追隨スルノ理ナキカ故ニ被告カ右分割ニ因リ取得シタル部分ニ付キ当然原告ノ抵当権カ其効力ヲ及ホスモノト論スルヲ得ス」⁽²⁹⁾

しかし問題の所在を明らかにしたのは、大判(二民)昭和一七年四月二四日(民集二二卷八号四四七頁)であり、その後公表された判決として大阪地判平成四年四月二四日(確定)(判時一四四九号一一五頁)がある。

1 大審院(二民)昭和一七年四月二四日判決⁽³⁰⁾

X1の先代、X2の先代、X3の前主の先代、X4、X5、訴外A、B、Y1の八名は本件土地を共有していた。共有期間中にAが、共有者の一人であるY1と共有者ではないY2のために抵当権を設定した。ついで抵当権者Y1・Y2の参加のもとで、共有土地の現物分割がなされ、その後、それぞれ家督相続が行われた。X等五名がY等二名に対して、それぞれが取得した土地上の抵当権の抹消を請求して訴訟を提起した。

原審は以下に述べるように判示した。すなわち、遺産の分割については特に「其ノ効果ヲ遡及セシムル旨」の規定があることと、民法二六一條が各共有者の担保責任を定めていることから、共有物分割の効力は移轉的であると

解され、分割前に共有者の一人がその持分につき設定した抵当権は依然として持分の割合において共有地全部の上に存在し、抵当権設定者が分割により取得した土地の部分にのみ集中すべきものではない。しかしながら、民法二六〇条二項の解釈上、債権者が現物分割に参加したときは、各共有者はその債権者に対し分割を対抗できることが疑いがないので、分割前に共有者の一人がその持分につき設定した抵当権は抵当権者が分割に参加した場合においては、抵当権設定者の取得部分に集中存続すべきである。そして本件事案では、Y1の代表者とY2がAの債権者として分割に参加しその手続きは主として彼らの手によって行われたことが窺知できるとして、Aの取得部分に抵当権が集中することを認め、Y等の控訴を棄却した。

大審院はY等の上告に対し、以下に述べるように判示し破棄差戻した。

まず、民法二六一条の法意に徴すれば、各共有者は自己の取得したる部分につき他の共有者の持分を譲受けそのときにおいて完全な所有権を取得する。しかも民法一〇一二条（現九〇九条）のような明文がないのであるから、その効果が遡及するものでないことは明らかである。それゆえに、分割前共有者の一人がその持分につき設定した抵当権は依然として持分の割合において共有物全部の上に存在すべく、たとえ抵当権者が共有物の分割に参加したとしても、このため直ちにその抵当権は抵当権設定者が分割によって取得した部分にのみ集中すべきものではない。「蓋シ共有物分割前其ノ持分ニ付設定シタル抵当権カ分割ノ結果抵当権設定者カ分割ニ因リ取得シタル部分ニノミ当然集中スヘキモノトセハ分割力正当ニ行ハレタル場合ニ於テハ他ノ共有者及抵当権者ノ為實際上極メテ便宜ニシテ且ツ公平ヲ欠クモノニ非スト雖凡ソ共有物ノ分割ハ抵当権者カ其ノ分割ニ参加スルコトヲ請求セサル限り其ノ不知ノ間ニ事由ニ為シ得ヘキノミナラス分割力正当ニ行ハレス例ヘハ其ノ持分ニ付抵当権ヲ設定シタル者カ故意ニ持分ノ割合以下ノ現物ヲ取得シ以テ抵当権者ヲ害スルカ如キ行為ヲ為ス虞ナキニ非サレハナリ……民法二百六十条二

項ノ規定ハ同条所定ノ場合共有物ノ分割ヲ以テ参加ヲ請求シタル者ニ對抗シ得サルコトヲ定メタルニ止マリ抵当権カ抵当権設定者ノ取得部分ニ集中スルヤ否ヲ規定シタルモノニ非サルコト法文上明白ナルト同時ニ縦令抵当権者カ共有物ノ分割ニ参加シタリトスルモ其ノ承諾ナキ限り原判示ノ如キ効果ヲ生スルモノト謂フヘカラス⁽³¹⁾。

そして、大審院は事案に即して、本件共有土地の分割が各抵当権をAの取得部分に集中させることを目的とし、Y等においてこれを承諾していたかどうかについての、特別事情の存否に関して、釈明権を行使すべく事件を原審に差戻した。⁽³²⁾

2 平成四年四月二四日大阪地裁判決⁽³³⁾

X等とAを含む一三名が本件土地を共有していたところ、共有期間中に仮換地指定がなされた。その後、共有地について売却問題が生じたことから、共有者間で分割協議をしたがAが反対したため、Aを除く共有者一二名が、Aを被告として共有物分割訴訟を提起した。そしてこの分割訴訟継続中に、Aが甲に対して、Aが有していた共有持分に、甲のAに対する債権を被担保債権とする抵当権を設定し、その登記をした。その後、甲は自身が代表を勤めるY会社に対し同債権を譲渡し抵当権移転の付記登記をなした。Yは分割訴訟に補助参加している。分割訴訟の判決言渡し後に、それぞれが取得した土地に残存する抵当権登記の抹消を求めて、X等はYに対して訴えを提起した。

X等は、Yが分割訴訟に補助参加していたことを理由に、抵当権がAの取得部分に集中し、その他の土地に残存するYの抵当権設定登記は抹消されるべきことを主張した。

これに対して裁判所は、昭和一七年判決の原則を採用ながらも、特別事情を認定しYの承諾があつたものとみな

して、抵当権の集中を認めた。

すなわちまず、「共有は各共有者が共有物の全部について持分権を有している関係にあること、並びに、各共有者は他の共有者が分割によって取得した部分について、その持分に応じ、売主と同じ担保責任を負担するとしている民法二六一条の法意に照らすと、その共有関係を終了させるための現物分割がなされたときは、それが共有者間の協議によるものであれ、共有物分割の裁判によるものであれ、共有物分割の効力としては、各共有者はそれぞれが分割によって取得する部分について、持分譲渡を受け、それにより、各自が分割によって取得した部分につき独立した所有権を取得するものであり、遺産分割による共有関係の終了のように遡及効についての条文（民法九〇九条）がない以上、共有物分割の効果は遡及するものではないと解される。……たとえ担保権者がその分割協議に参加し、分割訴訟に補助参加したとしても、担保権者の承諾がないかぎり、担保権設定者が現物分割により取得した部分に担保権が集中すると解することはできない」と原則を述べた。

しかし以下に述べるような特別事情を認定した。すなわち「本件抵当権の設定にあたっては、甲はもとよりYも、その設定の対象である共有地につき本件共有物分割訴訟が継続し、同訴訟は既に二十数回に及ぶ弁論期日が重ねられ、Aと他の当事者との間の対立が容易に和解で解決できる状態になく、早晚分割の裁判がなされることを承知していたし、また、共有地について仮換地指定があり、当時の共有地及び仮換地の現況についても知悉していたと認められること、並びに右抵当権の設定が本件共有物分割訴訟の判決による分割の効果を実質的に害する目的でなされたものと同様に認めることはできないこと、等からすると、甲もYも、従前地である共有地について有するAの持分権そのものというよりは、右分割訴訟の判決の結果、Aに分割される土地部分に重大な関心があり究極的にはAとともに右分割訴訟の結果に服することを前提として、右判決によりAの分割による取得部分が確定したときには

本件抵当権もその部分に集中することを黙示の条件として本件抵当権設定契約に及んだものと見るのが相当である」。このように、平成四年大阪地裁判決は昭和一七年大審院判決が示した理論を表面上は全面的に踏襲しつつも、共有物分割訴訟確定後には抵当権設定者の取得部分に抵当権が集中することを黙示の条件として持分上に抵当権設定がなされたという事情を認定し、抵当権の集中を認めた。

3 判例理論の分析と考察

まず、昭和一七年大審院判決を分析する。大審院は、まず通常の共有物分割の効力について、二六一条が売主と同じ担保責任を定めていることと、遺産分割が特に遡及効を有する旨の規定を有していることから、特に規定のない通常の共有物分割の効力を移転的と解する。それゆえ共有期間中持分上に設定された抵当権は、分割後もその持分の割合のまま従来の共有地全部の上に存続するとした。そして、たとえ抵当権者が分割に参加してもその承諾がない限り、抵当権が設定者の取得部分に集中するという効果を認めることはできないという。

このことからすると、分割に際して抵当権者の承諾があったときは、分割後設定者の取得部分上に従来の持分上の抵当権が集中するということが、この判例の射程に含まれるものと思われる。これ以外の原則論は法律解釈上首肯しうる。

しかし、仮に持分上に抵当権が設定された後に共有地全体の後順位抵当権者が存在する場合を考えると、分割後どちらの抵当権が優先するのかという問題がある。本稿の一で挙げた例を用いれば、Aの持分a' a'上に甲の抵当権が設定された後に、AとB双方の持分a' a' b'の上に乙の抵当権が設定され、その後分割が行われた場合である。大審院の論理に従えば、Aの持分上に設定された抵当権が、抵当権者の承諾により、設定者Aの取得部分a bに集

中し従来の共有地全体に設定された乙の抵当権に優先するということになると思われる。そうすると乙は分割前b'について第一順位の抵当権、a'について第二順位の抵当権を有していたにもかかわらず、分割後はBの取得部分a'b'について第一順位の抵当権、Aの取得部分a'b'について第二順位の抵当権を有することになる。抵当権の集中を承諾するのは甲であつて乙ではないので、分割が正当に行われなるときは乙の利益を害する、ということになる。

平成四年大阪地裁判決は、大審院の理論を全面的に踏襲しつつ、特別事情を認定し、持分上の抵当権が分割後設定者の取得部分に集中することを認めた。この事件は仮換地に関するもので、共有物分割訴訟継続中に共有者の一人によつてなされた抵当権設定は、分割後は抵当権が設定者の取得部分に集中することを黙示の条件としてなされたという事実認定をした。しかし共有物分割に反対する共有者により抵当権設定がなされ、実際に抵当権者が争っているにもかかわらず、このような認定をすることには無理がある。大審院によつて示された判例理論と結果の妥当性を折り合わせた判決といえるだろう。なお、大審院判決によつて示されたのは異なり、分割に際しての抵当権者の承諾ではなく、抵当権設定当時における抵当権者の承諾が認定されていることに注意が必要であろう。しかしこのような内容の抵当権設定がなされていることの公示方法がない以上、共有物について後に更に抵当権設定をなす可能性のある債権者の利益を害することになりうる。

このように法律解釈上原則論としては判例のように解さざるを得ないとしても、結果の妥当性という観点からは、今後も裁判所は難しい判断を迫られることになるだろう。判例・通説は固まっているようであるが、本稿のはじめに述べたような問題点があり検討の余地がありそうである。

なお判例が、分割が正当に行われれば設定者の取得部分への抵当権の集中を認めることが、他の共有者および抵

当権者のため實際上便宜であることを認めていることから、前述のように抵当権を分割後設定者の取得部分に集中させる解釈を試みる見解が主張されている。³⁴⁾

四 我国における共有物分割に関する条文制定経緯

まず旧民法正文の規定とその草案および起草理由を検討し、ついで明治民法についても同様の検討を行うこととする。

1 ボワソナード民法³⁵⁾

(1) 旧民法における共有の通則³⁶⁾である財産編三八条とそれに対応する草案は以下のようなものである。

財産編正文三八条

① 処分権ニ付テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾アルニ非サレハ其物ノ形様ヲ変スルコトヲ得ス又自己ノ持分外ニ物権ヲ付スルコトヲ得ス

② 共有者ノ一人其持分ヲ譲渡シタルトキハ譲受人ハ他ノ共有者ニ対シ譲渡人ニ代ハリ其地位ヲ有ス
草案第五三九条³⁷⁾

① 処分権ニ就テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾ナクシテ其物ノ形状ヲ変更スルコトヲ得ス又自己ノ未分ノ部分

ヲ越テ他人ノ為メ其物ニ物権ヲ設クルコトヲ得ス

②共有者中ノ一人其未分ノ部分ヲ譲渡ストキハ譲受人ハ他ノ共有者ニ対シ譲渡人ノ地位ヲ有スヘシ 但第五百十五條ニ掲ケタル分配ノ効力ヲ妨ケス

旧民法正文財産編三八條に対応する草案の「註釈」においてボワソナードは以下のように述べている。

「各共有者の処分権を支配する原則は、他の共有者を害すべき処分を為すことはまったく出来ないというものである。

さて、物の実質的な状態を変更する事業は、他の共有者の承諾がないときは、各共有者に禁止される。たとえこの変更が物の極めて僅少な部分についてしか影響を及ぼさないとしても、共有の効果として各人の権利は物全体及び物のすべての部分に存するのであるから、常に他の共有者の権利を害するであろう。

しかしながら、各共有者は自分の不分割部分について譲渡または抵当権設定を為すことができる。譲渡は直ちに共有者の主体を変更すべきである。すなわち、譲受人は共有において譲渡人の地位を取得すべきである。抵当債権者は、担保として与えられた不分割部分を売却する権利を有すべきで、そして、このようにしてなされた強制譲渡は、任意の譲渡と同じ効果を有すべきである。しかしながら、抵当および譲渡の有効性は、早晚従来の共有者間で行われる分割の結果に従うことになる。

かくのごときは、少なくとも、分割が所有権の宣言である国において、この原則の一般に承認されている結果であり、既に草案の一五條「五一五條」³⁸⁾において言及したところである。³⁹⁾」

なお、正文では但書が削除されているが、一五條「五一五條」の効力とは、分割により各共有者が取得する物の

性質、すなわち動産あるいは不動産たる性質は、分割の時のその物の性質によるといふものであつて、遡及効のこ
とではない⁽⁴⁰⁾。特に規定しなくても当然に五一五条の効力が妨げられない趣旨であつて、その効力を排除する趣旨で
はないものと推測される。

(2) そこで次に草案五一五条とそれに対応する旧民法正文、財産編一四条を挙げそのボワソナードの「註釈」を
見る。

財産編正文一四条

① 解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産ノ一分ニ付テ有スル権利ノ動産タリ不動産タル性質ハ分割
ニ於テ各利害関係人ノ受クル財産ノ性質ニ因リテ定マル

② 当事者ノ一方ノ選択ニ任スル動産又ハ不動産ヲ目的トスル択一債権ノ性質モ亦其弁済ニ付キ選択シタル物ノ
性質ニ因リテ定マル

草案五一五条

① 発開シタル相続⁽⁴¹⁾、解散シタル会社⁽⁴²⁾、又ハ清算中ニ於ケル合資⁽⁴³⁾ノ一份ニ就テ有スル権利ノ動産タリ又ハ不動産
タル性質ハ配分ノ時ニ其関係人カ各受ル財産ノ性質ニ因テ定マルモノナリ

② 結約者ノ一方ノ選択ニ任スル動産又ハ不動産ヲ目的トスル択一ノ債権ノ性質モ亦弁済ニ就テ選択シタル物ノ
性質ニ因テ定マルモノナリ

ボワソナードは草案の「註釈」において、以下に述べるように述べている。

「共有物分割のもつとも自然なこの理論はローマ法とフランス古法において適用があつたもので、当時、分割は所有権の移転または転与 (translatif ou attributif de propriété) といわれていた。

しかしその理論にはいくつかの不都合がある。すなわち、共有が継続する間は、各共有者は彼自身が有する不分割部分 (la part indivise) のみしか譲渡することができず、このことは他人をしてそのような獲得をするのを嫌忌させるもので、結果として財産の自由な流通の障害となるであろう。なぜなら共有は、共同相続人または旧社員 (anciens associés) の間でも煩わしいものなのに、従来の関係ない人間の間では、よりいっそう煩わしいものになるからである。

それにもかかわらず、第三者がこの不分割部分を獲得したときは、この者は分割に関与せざるをえないのであるから、もう一つの不都合が存する。そもそも分割の作業はすでに当事者間ですでに煩雑であるのに、このことは分割の実行をより難しくし紛争の原因となるだろう。

最後に、もし、共有者の一人が不分割部分に抵当権を設定したときは、その害はなおいっそう大きくなるだろう。なぜならば、抵当権は不可分のものとみなされ、抵当不動産の全部が債務の全部を担保するので、将来、他の共有者は抵当債務を支払わされるか、又は債権者の訴訟の結果によって、追奪の虞があるからである (参看フランス民法二二四条⁽⁴⁴⁾、後述の草案二〇条と比較せよ)。もちろん他の共有者は債務者に対して追求権を有すべきであるが、その追求権は往々にして実効のないことがあるだろう。⁽⁴⁵⁾」

遡及効の理論については以下のように述べている。

「この多くの不都合を避けるため、現代のいくつかの立法は、共有者もしくは共同相続人の権利が、その対象に

関して、分割に至るまで確定せず、そして一度分配が行われたならば「各自は其割当分に含まれる物を単独で相続したものとみなされ、他者が取得した物については、何らの権利も有さなかつたものとみなされる」(参看フランス民法八八三条、イタリア民法一〇三四条)ことを認めている。結果として、第三者に譲渡されえた権利は、分割の結果に服する。すなわち、第三者に譲渡された対象がそれを譲渡した相続人に取得された場合、譲渡は有効となり、他の相続人に取得された場合は無効となる。しかしながら、自分の権利を有する第三者を欺くような方法で分割が行われることを避けるために、第三者が分割に参加することを認めなければならない(フランス民法七六五条⁽⁴⁶⁾、八八二条⁽⁴⁷⁾)。

この理論に従えば、分割はもはや所有権の移転もしくは転与ではなく、所有権の宣言である。すなわち、分割は、各自が共有期間中有していたとみなされる権利が存するところの対象を、確定するものである。」
そしてこの後に脚注が付されており、そこで次のようにフランス古法のデュムーランについて言及している。

「なお、このフィクションの発明をフランス民法の起草者に帰してはならない。すなわち、この発明は、同じくフランスのものであるがより古い時代のものであって、一六世紀の有名な慣習法律家デュムーランと彼と同時にのレジストに起因するものである。」

権利の宣言的分割というフィクションはさらに、本文で説明したものは別の理由を有していた。すなわちとりわけ、封建領主に分割のときさらに所有権の譲渡税を支払うことを避けるためであった。

この利益は、今日なおフランスにおいて登記の問題に関して存在する。そしてここで指摘したのと同じ利益が日本においても、相続及び生存中の行為による所有権の譲渡について払うべき税があるから⁽⁴⁸⁾、ここで指摘したのと同じ利益が存する。すなわち、分割のとき再び税を払うことを義務付けられるべきではない。⁽⁴⁹⁾」

最後に本文において次のように付け加えている。

「日本においても、まさに同じ性質を分割に付与するのが好ましく思われる。なぜならば、ヨーロッパにおけると同様の利益が〔日本においても〕あるであろうことと、さらに、この国の裁判所に事理錯雑の事件において、日本ではほとんど知られておらずまた学ぶことの難しい古代ローマの法律家を援用するよりもむしろ、フランスその他の国の近代の法学を参照することを可能にするからである。⁽⁵⁰⁾」

(3) 次に分割の遡及的効力を規定し、財産取得編四一七条によつて準用されている財産取得編一五五条を取り上げる。

財産取得編正文一五五条

会社資本中ノ物ニシテ分割ニ因リ各社員ニ帰シタルモノニ関スル其社員ノ権利ハ会社解散ノ日ニ遡リテ効力ヲ有シ又清算中他ノ社員ヨリ其物ニ付キ第三者ニ授与シタル権利ハ之ヲ解除ス

草案一三〇五条⁽⁵¹⁾

会社資本ヨリ生シ分配ニ因リテ各社員ニ帰シタル物件ニ付其社員ノ権利ハ会社解散ノ日ニ溯リテ効力ヲ有シ未分中自余ノ社員ヨリ右物件ニ付第三者ニ付与シタル権利ハ解除ス（仏民第八百八十三条）

ボワソナードは、法律はここで一般原則を明言する、と言う。ただ厳格に物事の性質から言えば、分割はむしろ新たに権利を移転または転与することのように思われると述べた後、以下のように続ける。

「しかしながら、実際の便宜のため、すなわち、共同分割者のうちの一人によって共有期間中にその共有物について第三者に付与した権利に基づいて、受けうる追奪の危険を避けるために、「各共同分割者は分割によって自身に帰した物件(objet)について、単独で直接相続したものであって、他の共同分割者に帰した部分の所有権は、かつて一度も有しなかつたものとみなす」という規定にならったフィクションが認められた。これはフランス民法八八三条とほとんど同じ文言である。フランス民法八八三条は相続のために規定されたものであるが、他の分割にも適用可能である(参看仏民第一四七六条および第一八七二条⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾)。」

一八〇四年制定当時のフランス民法八八三条には、一九七六年の民法改正後における現在の第一項にあたる条文だけが定められていた。それは「各共同相続人はその割当分に含まれ、または競売によって彼に帰したすべての財産を、単独かつ直接に相続したものとみなされ、相続財産に含まれる他の財産の所有権はかつて一度も有しなかつたものとみなされる⁽⁵⁴⁾」と分割の遡及効を規定している。このようにポワソナードによれば、フランス民法は、遡及的効力を規定するのに「みなされる」(est censé)というようにフィクションを用いている。

これに対し、ポワソナードはフィクションを用いずに、「本条は、フランス民法八八三条が、分割は宣言的であるという効果を直ちに結論づけている点においても、フランス民法八八三条とはさらに異なるものである。すなわち、この効果は会社解散の日つまり共有開始の日への取得の遡及性である。従って、他の組合員によって与えられた権利の解除 (la résolution) すなわち消滅 (l'anéantissement) のある⁽⁵⁵⁾ことである」とする。

(4) さて、分割について宣言的遡及効を規定するときは、共有期間中に共有者の一人がその持分につきなした処分は、分割によって他の共有者に帰属した部分については無効になるのであるから、一見すると、共有者の担保責任

(現行民法二六一條)とは相容れないのではないかと、とも思われる。しかしながら、旧民法においても共有者の追奪担保責任についての規定は存在する(債権担保編一七〇条三号⁽⁵⁶⁾)。正文と草案は以下のとおりである。続いてこの問題に関するボワソナードの説明を記述する。

債権担保編正文一七〇条

社員其他ノ共有者ハ或ハ抽籤ノ方法或ハ合意上ノ指定或ハ不分物競売ニ因レル分割ヨリ生スル左ノ債権ノ為メ其分割ニ於テ各自ノ得タル不動産ニ付キ互ニ先取特権ヲ有ス

第一 補足額ノ為メ即チ配当過分ノ返還ノ為メニハ之ヲ負担セル分割者ニ歸シタル不動産ニ付キ先取特権アリ

第二 不分物競売ノ代価ノ為メニハ其競売シタル不動産ニ付キ先取特権アリ

第三 分割者ノ一人カ其配当部分ノ動産又ハ不動産ニ於テ受ケタル追奪ノ担保ノ為メニハ他ノ分割者ニ歸シタル総不動産ニ付キ先取特権アリ但各分割者ノ債務ノ部分ニ限ル

草案一六七五条⁽⁵⁷⁾

共同相続人、社員又ハ其他不分ノ共有者ハ或ハ抽籤ノ方法ニ因リ或ハ合意上ノ指定ニ因リ或ハ不分物公売ニ因レル派分ヨリ生スル左ノ債権ノ為メニハ其派分ニ於テ各自ノ得タル不動産ニ付キ互ニ先取特権ヲ有ス

第一 補足額又ハ配当部分ノ取戻ノ為メニハ其補足額ヲ負担セル共同派分者ニ歸シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス(第二千百三二条第三号、第三百九条)

第二 不分物ノ公売ノ代価ノ為メニハ其公売シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス(第二千百九条)

第三 共同派分者ノ一人カ其配当部分ノ動産又ハ不動産ニ於テ受ケタル担保追奪ノ担保ノ為メニ他ノ共

同派分者ニ帰シ又ハ他ノ共同派分者ノ為メ指定シタル総テノ不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス 但義務

ニ於ケル各共同派分者ノ部分ニ限ル (同上、第八百八十四条、第八百八十五条)

本稿に関係するのは第三号であるが、「註釈」において、またもやボワソナードは分割の効力について論じている。

「すでに一五条〔五一五条〕 および八〇四条〔一三〇五条〕において、近代法における分割の性質と日本における草案において認められた分割の性格を定めた。それはもはや、ローマおよびフランス古法の第一期におけるような交換の一種、すなわち、各共有者が別の財産の一個または数個に排他的で他と競合しない権利を取得するために、一個または数個の共有財産における自分の権利を他に譲る、所有権の移転または転与の行為でない。それは所有権の宣言であり、すなわち、共有期間中不確定とみなされていた各共有者の権利の、一個または数個の区別された対象を定めるものである。これは、物事の性質から当然に導かれるのではなく、先に引用した条文から導かれる有益な理由に基づくもので、慣習において法律によるフィクションと結び付けられたものである。フランス民法自身も「各共同相続人は分割によって彼が取得したものを単独で相続したものとみなされる」(八三条)と言っている。しかし法律がその有益にして正当であると信じるものを定めるのにフィクションを用いる必要はないので、草案はフィクションには頼らず(八〇四条〔一三〇四条〕参照)、望む結果に達するのは解除条件の概念によってである。すなわち、共有の権利は分割によって解除され、各人の所有権は、以後、遡及的に、以前の原因すなわち共有を生じた原因に基づいて、排他的に彼に帰属することとなる。⁵⁹⁾」

注意しておかなければならないのは、ここでは「共有期間中に共同分割者が第三者に付与していた権利に基づ

く追奪は問題とならない」という点である。なぜなら、共有期間中に持分に担保物権が設定された場合には、「その権利は分割の効力によって解除される」からであるし、「分割を宣言的かつ遡及的なものと為したのはまさに大部分この追奪を予防するため」とする。そして担保責任を生ずべき追奪は、「共有開始以前に第三者に帰属した物権に基づくものである」と述べる⁽⁶⁰⁾。

つまり、ボワソナードによれば、追奪担保責任は分割の遡及効と矛盾するものではない、とされていたということがいえる。

2 日本人委員による旧民法相続法関係草案

ボワソナードが起草を担当せずに法律取調委員会で日本人委員の手によって起草された、第一編人事編と第三編財産取得編第二部（包括名義の取得法）についても、ボワソナードの見解が色濃く反映され、また委員がフランス法の知識を有していたことから、後に『第一草案』と称されることになるその草案の内容は、「かなりヨオロッパ的、進歩的なものであった」とされる⁽⁶¹⁾。

その一つの例として旧民法における相続の規定を挙げることができよう。

旧民法は、財産取得編において、明治民法と同じく家督相続と遺産相続の二種類の相続を認めていた。そして遺産相続の相続人は、家を同じくする卑属、配偶者および戸主の順であったが、卑属については家督相続に関する規定（二九五条）を準用したため（三二四條）、家督相続はもとより遺産相続についても単独相続が予定されていたことになる⁽⁶²⁾。

しかし『第一草案』においては、家督相続と普通相続が予定され⁽⁶³⁾、普通相続については共同相続の場合がありえ

た。⁽⁶⁴⁾

『第一草案』⁽⁶⁵⁾では、遺産分割については次のように立案された。

草案一六九五条

各共同相続人ハ相続財産ノ分派又ハ其未分物糶売ノ落札ニ因リ得タル物ノ所有権ヲ相続開始ノ時ヨリ相続シ他ノ共同分派人ニ帰シタル物ニ付テハ嘗テ何等ノ権利ヲ有セサリシモノト看做ス

家督相続のみならず遺産相続においても単独相続が想定された旧民法正文では、遺産分割に関する定めはなく、「包括ノ贈与又ハ遺贈ニ基ク不分財産ノ分割」に関する財産取得編四一七条(分割ノ効力ニ付テハ第五百五十五条ノ規定ヲ適用ス)があるのみである。しかし、これに対する注解は分割の効力に関する日本人委員の理解を知る上で重要であると思われるので引用する。⁽⁶⁶⁾

「甲乙二名ノ相続人ニテ二箇ノ土地ヲ共同相続シタリト想像センニ其甲乙ハ右二箇ノ土地ノ全部ニ就キ各共有スルモノニシテ其内一ヶ所ツ、ヲ分チテ有スルモノニアラス故ニ其地所ノ一分子ニ就テモ亦各共有スルモノナリ是ヲ以テ其後ノ分派〔分割〕ニ由リ該地所ヲ分割シ各一ヶ所ニ就キ完全ノ所有権ヲ有スルニ至ルトキハ是レ甲者ハ乙者ノ所有ニ帰セシ土地ニ就キ従来有セシ共同権ヲ放棄シ乙者又甲者ノ所有ニ帰セシ土地ニ就キ従来有セシ共同権ヲ放棄シ即チ互ニ其共同権ヲ交換スルニ由リテ各該土地ノ一ヶ所ニ就キ完全ノ所有権ヲ有スルニ至ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ是レ共同未分物ノ分派ノ實際ニ行ハル、所ニシテ若シ法律ニ於テ此實際ニ行ハル、所ヲ認知セシトキハ分派ハ所有権ヲ轉移スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ甲者ノ有ヲ乙者ニ転シ乙者ノ有ヲ甲

者ニ移スヲ以テナリ然レトモ法律ニ於テ此實際ニ行ハル、所ヲ認知セス」

まず、共有物分割において実際に行なわれているところは、各共有者が他の共有者が取得する部分上の持分を放棄しあうことによつて単独所有権を取得するという交換であるが、法律はこの移転的効力を認知しないという。

「只タ分派ハ予テ甲者乙者ノ完全ニ有セシ所有権ヲ世ニ申告スルニ過キササルモノト仮定シタリ斯ノ如ク仮設シテ甲者ニ帰セシトキハ分派ニ由リテ始メテ帰セシニアラス」

分割の効力につき、宣言的効果を探ることを述べ、その理由については以下のように続ける。

「其相続開始ノ時ヨリ斯クアリシモノヲ分派ノ時之ヲ申告シタルニ止マルモノト法律上定メタルハ他ナシ若シ分派ノ時始メテ所有権ヲ互ニ交換シタルモノト為ストキハ其分派以前ニ甲乙ノ中一名ヨリ右二箇ノ土地ノ一二就キ有スル共同所有権ヲ第三者ニ譲リ置キタル等ノ事アルトキハ其譲受人ハ該共同物ニ就キ分派以前ニ権利ヲ得タルモノナルカ故ニ仮令其譲受ケタル土地分派後譲渡人ノ有二帰セスシテ他ノ一方ノ共同者ノ有二帰セシモ譲受人ハ決シテ自己ノ譲受ケタル権利ヲ失ハス即チ其現在ノ所有者ニ対シテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ然ルトキハ其所有者ハ不意ノ損害ヲ被フルニ至ルナリ之ニ反シテ分派ハ従来ノ所有権ヲ申告スルニ過キササルモノトセハ若シ其譲渡シタル土地譲渡人ノ所有トナラスシテ他ノ共同者ノ所有ト為ルトキハ即チ其譲渡人ハ自己ノ所有物タラサルモノヲ譲渡シタルモノト為ルハ理ノ当然ナルカ故ニ其譲渡シハ無効ト為リ随テ共同所有者不意ノ迷惑ヲ受クルコトアラサルナリ」

本稿で論述の対象としている一つの物の共有とは異なり、包括財産の共有の事例で考えられているが、同様の理論が妥当する。続いて、以下に引用するように、このようにするときには、共有持分を買い受ける者がいなくなる結果、分割を促進するという好結果がもたらされると述べている。

「蓋シ斯ノ如クセハ共同未分物ノ融通ヲ不自由ニ為スノ弊害ヲ免レス然レトモ此弊害アルカ為メ却テ分派ヲ急クノ好結果ヲ見ルニ至ルヘシ何ヲ以テ之ヲ急クノ好結果ト云フヤ曰ク他ナシ共同未分物ノ存在ハ財産ノ改良ヲ害スルコト少カラサルノ点ハ人ノ能ク知ル所ナレハナリ」

3 明治民法立法過程における議論 法典調査会、および、『未定稿本／民法修正案理由書』における説明

旧民法は一八九〇年に公布されたものの「法典論争」の結果、一八九二年に民法商法施行延期法律案が帝国議会で議決され、施行されることなく改正されることになった。そして一八九三年の『法典調査会規則』(勅令第一号)に基づいて、実際に法典調査会委員が任命された。これらの法典調査会委員のうち穂積陳重、梅謙次郎、富井政章の三名の手によって、明治民法が旧民法の改正案という形式をとって編纂されていくことになった。⁽⁶⁷⁾

共有物分割の効力につき、旧民法が遡及的効力を採用したのに対して、明治民法は移転的効力を採用した。その理由として説明されたところを以下に記述する。

『未定稿本／民法修正案理由書』⁽⁶⁸⁾には、旧民法財産編三八条を削除したのは、同条は当然のことを規定したに過ぎないからであると説明されている。ここでは共有物分割の効力に付いては考慮されていない。そして、「包括ノ贈与又ハ遺贈ヲ為シタルニ因リ贈与者又ハ相続人ト受贈者又ハ受遺者トノ間ニ不分財産ヲ生シタルトキ」(旧民法財産取得編四〇六条)の共有物分割の効力は遡及的である、と定めた同四一七条⁽⁶⁹⁾を削除する理由について以下のよう記されている。

「同編(財産取得編)第四百七十七条ハ分割ヲ以テ認定ノ効力ヲ有スルモノト為スノ規定ニシテ素ト一ノ仮想ニ出テタルモノニ過キス若シ仏国民民法ノ如ク遺産相続ニ付キ平分主義ヲ採ルトキハ或ハ此ノ如キ擬制ヲ設クルノ必

要アル可シト雖モ共有ノ通則トシテハ敢テ之ヲ設クルノ必要ナキノミナラス分割者ノ一人ヲ保護セント欲シテ却テ抵当権者其他ノ第三者ヲ害スルノ結果ヲ生スヘク又追奪担保ノ責任ニ関スル次条ノ規定〔財産取得編四一八条〕各所有者ハ分割前ノ原因ニ基ク分割物ノ妨碍及ヒ追奪ニ付キ互ニ担保ノ責ニ任ス但別段ノ合意ヲ以テ担保ヲ免除シタルトキハ此限りニ在ラス〕等トモ抵触スルニ至ルヘシ故ニ本案ニ於テハ反対主義ヲ採用シ原文ヲ削除セリ⁽⁷⁰⁾

この点に関し、法典調査会における起草委員の説明は、以下に引用するとおりである。⁽⁷¹⁾

「次ノ分割ノ効力ニ関スル〔財産取得編〕第四百七条ノ規定ヲ削ツタ是レハ大ニ主義ガ変ハツタノデアアル、原文ニ依レバ分割ノ効力ニ付テハ第五十八条〔「財産取得編一五五条」〕ノ規定ヲ適用ストアル第五十八条ノ規定ハ会社ニ関スル規定デアリマシテ此条文ノ書方ハ甚ダ不十分デアルト思ヒマスケレドモ兎ニ角分割ト云フモノハ権利ヲ移スモノデナク権利ガ前カラアルト云フコトヲ認定スルコトデアアル即チ権利移転ノ行為デナクシテ権利認定ノ行為デアルト云フ主義ヲ取ツタノデ是レハ仏蘭西一般ノ学者ノ唱ヘル所デアリマス仏蘭西民法ニ於テハ共有ノ通則トシテハ何処ニモ書イテアリマセヌケレドモ相続ニ関シテハ御承知ノ通り仏蘭西民法ハ平等分割主義ヲ取ツテ居リマス尤モ大切ナ規則ト見テ居リマス成ル可ク其執行ニ重キヲ置イテ居ル夫故ニ若シ共有者ノ一人ガ例ヘバ第三者ノ利益ノ為メニ抵当権ヲ設定シテ置イタトキハ其利益ガ相続人ノ所有トナラヌ分割ニ依テ第三者ヨリ追奪ヲ受ケルト云フコトニナル、然ルニ相続人ニ対シテ損害要償ヲ得クル資力ガアルカナイカ分ラヌト甚ダ損害ヲ受ケ易イコトデアアル成ルベク此ノ平等分割ト云フ主義ノ破レナイ様ニト云フ精神カラ相続ニ付テ設ケテアル、是レハ仏蘭西計リデナク仏蘭西民法ニ拠ツタ伊太利民法ニモ此規定ガアリマス、仏蘭西民法ハ果シテ共有物ノ通則トシテ此原則ヲ認メタノデアアルカト云フコトニ付テハ甚ダ疑ハシイノデアリマスケレドモ一般ノ学者ハ分割ト

云フモノハ売買交換杯ト全ク違ツテ権利ヲ持ツモノデナイ認定的ノ効力ヲ有スルモノデアルト説イテ居ル併シドウ考ヘテモ元各共有者ハ不分ニテ共有物ノ一部ヲ持ツテ居ツタ其持分ヲ失ナツテ其境界ノ定マツタ一分ヲ得ルノデアル、ドウシテモ一面ニ於テハ権利ヲ失ヒ一面ニ於テハ権利ヲ得ルト云フコトデアル、認定ノ効力ヲ有スルト云フコトハドウ見テモ一ノひくしよん即チ法律ガ拵ヘタ遺贈ト解スルヨリ外ナイ、夫レハ特別ノ必要ガアツテ初メテ其理由ガ立ツ又明文ガ固ヨリ無クテハナラヌコトデアル、相続ニ付テハ蘭西民法ノ如キ主義ヲ取レバ能ク分ル併シナガラ夫レヲ共有ノ通則トスルト云フコトニ付テハ其必要ヲドウシテモ発見スルコトガ出来ナイ、矢張り売買交換ト同ジク権利授受ノ行為ト見ル方ガ正シイト思ヒマス依テ斯ル規定ヲ置カヌコトニシマシタ黙ツテ居レバ無論然ウ云フコトニナラウト思フ、分割ノ効力ヲ有スルモノトスレバ直チニ此担保ノ責任ト衝突スル、担保ノ義務ト云フ様ナコトハ言ヘヌ様ニナリマス然ルニ次ノ条ニ矢張り担保ノ規定ガアル、尤モ此担保ノ規定ニ付テハ然ウ云フ場合ニ適用スルノデナイト云フ少シ窮シタ解釈ハ立チマスケレドモ分割前ノ原因ニ基ク追奪ニ付テ担保ノ責任ガアルト云フコトハ分ラヌ規定ニナル羅馬法ヲ初メトシテ独逸其他多クノ法律ニ於テハ今申シタ様ナひくしよんハ認メテ居ラヌ⁽⁷⁾」

この後他にも分割について遡及効を認めない諸国法を挙げ、持分上の抵当権の問題について、以下のように続ける。

「先刻申シタ抵当権設定ノ例ヲ取ツテ申シマスレバ認定ノ効力ヲ有スルトスレバ其抵当権ノ負担ノアルモノヲ得タ者ハ迷惑デアリマセウガ抵当権者ノ方カラ考ヘテ見レバ尚ホ一層ノ迷惑デアラウト思フ、夫故ニ第三者ノ権利ヲ重ニスルト云フコトハ最モ先キニ考ヘネバナラヌコトト思ヒマス⁽⁸⁾」

結局のところ、起草者の見解は、遡及効はフィクションであり財産取得編四一八条の担保責任と矛盾するといふ

ことと、設定者以外の共有者の利益よりも持分上の抵当権者の利益を優先するということを理由に、分割について遡及効を定めずに、原則どおりに移転的効力を採用するということであろう。

しかし上述のように、少なくともボワソナードの見解では、担保責任と分割の宣言的遡及効は矛盾するものではない。

さて、我国においては、このように共有の通則としては分割の移転的効力が想定されたが、遺産分割については分割の遡及効が規定された。遺産分割の遡及効を規定する現行民法九〇九条に対応するのは、明治民法一〇一二条であり、法典調査会に提出された草案としては一〇一二条である。本稿に関係する限りで起草者の発言を引用する。

明治民法正文一〇一二条

遺産ノ分割ハ相続開始ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ス

草案一〇一三条

遺産ノ分割ハ相続開始ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ス

「旧法典ハ矢張り本案ノ如ク分割ト云フモノハ相続開始ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ズルト云フ所謂認定主義ナルモノヲ採ツテ居ツタヤウニ見ヘマス若シ此認定主義ヲ採リマスルトキニハ其分割者ノ保護ニハ甚ダ厚ウゴザイマスケレドモ債権者其他第三者ノ保護ト云フコトニ付キマシテハ聊カ薄イモノト言ハナケレバナリマセヌ又共有ノ通則ノ如キ説ヲ採リマスト債権者ノ利益ニハ余程ナリマスガ分割者ノ保護ト云フモノハ後ニナルト云フコトガア

リマス……然ルニ本案ニ於テハ常ニ分割相続ノ主義ヲ採用サレマシタサウスルト此場合ノ共有者ト云フモノハ多クノ場合ガ親戚デアアル其親戚ト云フ者ノ間ノ関係ヲ成ルベク保護致シテ其間ニ或ハ追奪等ニ依ル担保デアルトカ或ハ賠償デアルトカ云フ問題ヲ成ル可ク生ゼシメヌヤウニシテ此親族タル共同相続人ノ平和ヲ保ツ為メニハ両立ス可ラザル場合ニハ寧ロ此方ノ便利ヲ謀ルト云フコトハ私ハ既ニ此議場ニ於テ認メラレタモノト存ジマス⁽⁷⁴⁾」

また旧民法と同じく分割の遡及効が規定された遺産分割についても、同じく各共同相続人間の担保責任が規定された。

明治民法正文一〇一三条

各共同相続人ハ相続開始前ヨリ存スル事由ニ付キ他ノ共同相続人ニ対シ売主ト同シク其相続分ニ応シテ担保ノ責ニ任ス

草案一〇一四条

各共同相続人ハ相続開始前ヨリ存スル事由ニ付キ他ノ共同相続人ニ対シ売主ト同シク其相続分ニ応シテ其担保ノ責ニ任ス但被相続人カ遺言ヲ以テ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

本条の起草理由は、本条は旧民法財産取得編四一八条に修正を加えたものであるとして、穂積陳重により以下のように説明されている。ここでも本稿に関する限りで引用する。

「遺産ノ分割ト云フコトハ相続開始ノ時ニ遡ツテ効ヲ生ズト云フコトニナツテ居リマス既ニ分割ガ相続開始ノ時ニ遡ボルト相成リマスレバ相続開始後ニ其共同財産ノ上ニ抵当権ヲ設定スルトカ其他ノ負担ヲ加ヘマシタ場合ニ於テハ其前ノ規定ニ依ツテ斯ノ如キモノハ無効ニナルノデアリマスカラ相続開始後ノ原因ニ依テ共同相続人が負担ノ責ニ任ズルト言フコトハ出テ来ナイ訳デアリマスソレ故ニ此旧法典ノ四百十八条ト云フ規定ハ幾部カ四百七条ノ規定ト抵触スルガ如キ有様ヲ免カレナイノデアリマス分割前ノ原因ト致シマシテモ開始後分割前ノ原因ニ付テ斯ノ如ク担保ノ問題ガ生ジテ来ベキ場合ガナイ訳デアリマス……ソレ故ニ矢張り是ハ分割ノ効力ガ開始ノ時ニ遡ボルト云フ規定ガアル以上ハ相続開始以前ニ既ニ設定致シマシタ抵当権デアルトカ或ハ其他開始以前ニ生ジマシタ原因ニ基ヅイタ追奪妨碍瑕疵等ノコトデナケレバドウモ理屈ガ分ラヌ様デアリマスソレ故ニ本案ニ於キマシテ斯ク共同相続人ハ相続開始前ニ生ズル事由ト改メマシタノデアリマス其原因ニ付テ担保ノ責ガ生ジマスニ付テハ売主ト同ジ程度ニ於テ担保ノ責ニ任ズト云フコトハ共有ノ通則ト同ジコトデアリマス再ビ此ニ説明ヲ致シマセヌ」⁽⁷⁶⁾

共有物分割への利害関係人の参加を規定した条文についても見ておこう。

明治民法正文二六〇条

- ① 共有物ニ付キ権利ヲ有スル者及ヒ各共有者ノ債権者ハ自己ノ費用ヲ以テ分割ニ参加スルコトヲ得
- ② 前項ノ規定ニ依リテ参加ノ請求アリタルニ拘ハラス其参加ヲ待タスシテ分割ヲ為シタルトキハ其分割ハ之ヲ以テ参加ヲ請求シタル者ニ対抗スルコトヲ得ス

草案二六一條

①各共有者ノ債権者ハ自己ノ費用ヲ以テ分割ニ参加スルコトヲ得

②前項ノ規定ニ依リテ参加ノ請求アリタルニ拘ハラズ分割ヲ為シタルトキハ其分割ハ債務者ニ対シテ其効ナシ

富井政章により、草案段階では「各共有者ノ債権者」のみが予定され、債権者は詐害的な分割に対しては廃罷訴権（債権者取消権）を有するが、分割終了後に取り消すよりも前に予防したほうが良いだろうということで、ドイツ民法、スペイン民法に倣つて置いた、と起草理由が説明されているが、この条文の参照法文中にドイツ民法（草案）は見当たらない。なお、参加した債権者の分割に対する権限についての議論は見られない。⁽⁷⁶⁾

五 小括

以上の検討から次のようなことが言えよう。まず、共有物分割後の持分上の抵当権に関する我国の判例・通説は、原則論としては、通常の共有に関する明治民法起草者の見解と一致していると言える。次いで、共有物分割に関する条文制定経緯として以下に述べることが明らかとなった。

旧民法正文において、共有の通則として分割の遡及効を明言した条文はなく、「包括ノ贈与又ハ遺贈ヲ為シタルニ因リ贈与者又ハ相続人ト受贈者又ハ受遺者トノ間ニ不分財産ヲ生シタルトキ」（旧民法財産取得編四〇六条）と、「会社ノ清算後」における「不分ニテ存スル財産」（同一五三条）の分割について、遡及効を有する旨の条文（同

四一七、一五五條)があるのみである。遺産分割に関する規律がないのは、旧民法正文では財産取得編において、家督相続はもとより家族死亡の場合の遺産相続についても単独相続が採用されたことにより(財産取得編三二三、三三四條)、遺産分割の問題は生じえなかったためである。しかしながら、日本人委員が作成した相続法関係の草案においては、草案段階では共同相続となる場合が想定され、その分割の規律が起草されていた。そこにもボワソナードの強い影響が見られ、分割の遡及効が考えられていたことを本稿において確認した。

旧民法財産法部分の草案を立案したボワソナードは、共有が継続する間、各共有者は各自が有する持分を自由に処分することができるが、その処分によって他の共有者を害することはできないという原則に基づき、持分上の抵当権の問題を解消すべく、草案を作成していた。共有物分割につき、ボワソナードの意図としては、一般的に遡及効を定めようとしたことが「註釈」から判明した。なおボワソナードによれば、フランス民法八八三條がフィクションによって遡及効を認めているのに対して、草案ではフィクションによらず、共有期間中に第三者に付与された権利を分割によって解除することによりフランス民法と同様の効果に達した、ということである(財産取得編一五五條参照)。

これに対して一八九八年に施行された明治民法(明治二九年法律第八九号、明治三二年法律第九号)においては、共有の通則と遺産分割が別個に起草され、共有物分割の効力については、起草者によって旧民法と「大二主義が変ハツタ」と説明された。すなわち、共有の通則としては、分割は移轉的効力を有するものとされ、原則通りのものとして特に規定されなかった。そして持分上の抵当権設定の例で、分割後に設定者以外の共有者の取得部分にも抵当権が存続するという不都合はあるけれども、分割の遡及効によって抵当権者が設定者以外の取得部分について抵当権を失うという不利益を避けなければならないという趣旨の説明がなされた。しかし遺産分割については、債権者の利益

よりも、共同相続人間の平和を重視するという趣旨で、分割が遡及的効力を有する旨の条文が規定された。なお遺産分割についての担保責任は、分割の遡及効と矛盾のないよう相続開始前の原因に基づくものに限ると規定された。

ところが学説においてはこの立法趣旨とは異なり、遺産分割について常に通常の共有物分割の効力と異なる効力を認めることを疑問視する見解が見られた⁷⁷⁾。そして戦後の民法改正において、遺産分割の遡及的効力を定めた規定に但書が加えられ、実質的に移転的効力と同様の扱いがなされることとなった。

他方で、共同相続人間の担保責任に付いて、通常の共有物分割と異なり、相続開始後遺産分割前に生じた事由については担保責任の問題を生じないとされたことについて(民一〇一三条)も批判する見解が見られた⁷⁸⁾。戦後の改正(昭和三二年法律第二二三号)で、共同相続人間の担保責任を定める明治民法一〇一三条⁷⁹⁾も改正され「相続開始前ヨリ存スル事由ニ付キ」という文言が改正民法九一条では削除された。

本稿の冒頭に述べたように、持分上の抵当権の問題は、ボワソナードが提起した重大な問題である。それは、明治民法起草過程において修正されたものであるけれども、わずかに現れた裁判例において顕在化したごとく、現在まで合理的な解決が与えられないままになっている問題であるといえよう。

我国において現行の共有物分割の規律における問題点は、共有物分割への抵当権者等の利害関係人の参加を規定した二六〇条が機能していないという点にもあると思われる。その理由について、当該条文に基づいて参加した利害関係人の権限についてまで法典調査会において議論されなかったからであると単純に論ずることはできない⁸⁰⁾。というのも、分割の効力として遡及効を採用するときは、分割によって権利を害されうる持分上の利害関係人を分割に参加させる要請が強いものに対して、移転効を採用するときは、利害関係人の権利は分割後も従来どおり存続することになるので、利害関係人を分割に参加させる必要はない、とも言いうるからである。

最後に、ボワソナードが言及したフランス古法時代の法律家デュムーランについてはすでに来栖三郎氏が指摘し、原田慶吉氏もその『日本民法典の史的素描』において引用している⁽⁸¹⁾ことに言及しておく。それらにおいて伝えられることによれば、共有物分割の遡及効は税法上の理由の他まさに、共有物分割後の持分上の抵当権と類似の、具体的事件の解決のために発明されたものようである。

これらの問題のためには、デュムーランが関与した「四人兄弟事件」をはじめ更に仏独の法制の検討が必要であり、今後を期したい。

注

- (1) 本論点に関しては、以下の諸論考がある。幾代通「共有持分権の上の担保物権と共有物分割」『民法研究ノート』(有斐閣、一九八六年)九九頁(初出・法学教室五〇号(一九八四年)三六頁)、川邊常雄「共有持分権の上の抵当権と共有物分割(上)(下)——とくに仮換地の場合について——」手形研究三九八号(一九八七年)一八頁以下・三九九号(一九八七年)四二頁以下、鎌田薫「共有物分割と持分上の抵当権の帰趨(民法判例レビュー(大阪地判平成四年四月二四日))」判タ八二四号(一九九三年)五四頁以下、他に昭和一七年四月二四日大審院判決の「判批」として『判例民事法』昭和一七年度二三事件(来栖三郎)、梶田年・法学新報五三卷二号(一九四三年)九七頁以下、高梨公之・日本法学八卷一〇号(一九四二年)五六頁以下、長野潔・民商法雑誌一六卷四号(一九四二年)九七頁以下、前田直之助・法律新報五二卷一一号(一九四二年)四六頁以下等。

なお川邊氏はこのような問題は、共有持分の売買として扱われる仮換地の一部売買と関連して実際上かなり生じうる問題であると指摘している。すなわち、従前の土地の分筆登記をしないで、仮換地を分割した面積の割合で、従前の土地を共有している旨の登記をした場合、仮換地の一部に抵当権を設定することを欲しても、登記上は従前の土地の共有持分に抵当権を設定したこととなり、共有物分割によって各自単独所有になったとき、抵当権が抵当権設定者の取得した土地に集中することなく、分割した土地すべてに持分の割合で抵当権の記載が行われるとする。川邊・前掲手形研究三九八号二〇頁。

- (2) 本稿では共有の原則的事例を扱う。各種財産権の共有、共有者間に多様な人的関係のある場合がありうる。原則的規律が

特殊な場合における特殊な規律によってその都度修正されるものと考え。例外事例の一つとして、特許権の共有の場合につき、拙稿「判批(最判平成一四年三月二五日(二小))」九大法学八九号三九七頁。

(3) 七戸克彦「共有者の一人による不実登記の抹消登記請求(一)」民商二三二卷二二〇四年一二五二頁に詳しい。

(4) 末弘巖太郎『物権法(上巻)』(有斐閣、一九二一年)四〇八頁(一粒社、一九六〇年)三〇〇頁)、我妻栄『物権法』(岩波書店、一九五二年)二二三頁、我妻栄Ⅱ有泉亨『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、一九八三年)三二〇頁、舟橋諄一『物権法』(有斐閣、一九六〇年)三七五頁、勝本正晃『訂正版物権法』(創文社、一九五二年)一四五頁等。もつとも我妻Ⅱ有泉・前掲は「一個の物権の目的物は一個の物であることを必要とする。一個の物の上に一個の所有権が、一個の所有権は一個の物の上に成立するのが原則である(一物一権主義)。共有は一個の所有権の分属である」とも記述する。共有の本質論は本稿では割愛するが、再考が必要な問題である。

(5) 富井政章『訂正民法原論第二巻物権(大正一二年合冊版完全復刻版)』(有斐閣、一九八五年)一五六―一五七頁、岡松参太郎『註釈民法理由中巻』(有斐閣書房、一九九六年)二二七頁、末川博『物権法』(日本評論社、一九五六年)三〇八頁等。

(6) 広中俊雄『物権法第二版増補』(青林書院、一九八七年)四二二頁は、持分権上の抵当権設定が可能なのは抵当権が価値を把握するに止まるものであることによるとし、これに反し、持分権の上に地上権を設定するというような持分権の処分はそもそもありえない、とする。なお我国における初期の解釈学説の整理として、山田誠一「共有者間の法律関係(一)」法協一〇一卷一二号(一九八四年)二二―二二頁。

(7) 川島武宜編『注釈民法(7)』(有斐閣、一九六八年)三四八頁(川井健)。

(8) 幾代・前掲注(1)一〇一頁、川邊・前掲注(1)手形研究三九八号二二頁を参考にした。もつとも「移転的」という語の意味を、A取得地上のBの持分bがB取得地上に移動し、B取得地上のAの持分aがA取得地上に移動することによって分割が行われると解していると思われるのが見られる。例えば、末川博『民法Ⅱ物権法』(日本評論社、一九三七年)三五九頁(旧説)、梶田・前掲注(1)九七頁、川邊・前掲注(1)手形研究三九八号二三―二四頁。

なお、幾代・前掲注(1)一二二頁は試みとして、「共有物分割というのは、共有持分権の通常の意味での譲渡や交換(つまり、権利の担い手の入れ替わり)にすぎないとみるべきものではなくて、共有持分権という一種の(ミニ)所有権そのものが、従来の客体から離れて他の客体へ移ることである、と捉えられるべきものではなからうか」と「所有権(ないしは共有持分権)が物から離れる」ことが通常の物権法理論と相容れないことを認識しつつ、共有物分割には「権利関係の合理的な整理

という面においては、土地区画整理等と類似する点があるもの」として、公法上の土地区画整理の手續である換地処分において「従前の宅地の所有権はもちろん、用益物権や抵当権なども、同一の内容をもつて、すべて換地の上に移行し存続するものと構成されている」という「法律構成を類推」する解釈を提示している。

(9) 幾代・前掲注(1)一〇三頁。

(10) 福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」『我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究・上』(有斐閣、一九五七年)二八頁は次のように述べる。「形式的にも実質的にも、明治民法は全然新規の制定ではなく、旧民法の実施前修正として、その諸規定を材料として作られ、先人の苦心創作を継承したものであった。これは当然の事柄ながら、人は往々民法編別の大きな変革に目をうばわれ、明治民法の胴体は旧民法であることをなおざりにする。この点を反省するならば、明治民法の全立法過程は、当然に旧民法の制定を第一読会とする第二読会としてつかまなければならない。よかれあしかれ既成法典の影響が全編におよび、それをまぬかれることができないのみならず、事修正に関しない限り、ボアソナードの提起した多くの重大な問題は、再議されず省略に附せられたのである」。大久保泰甫『日本近代法の父ボアソナード』(岩波書店、一九七七年)一九四頁もこれを引用する。

(11) なお、本稿で引用するフランス民法の条文に関してはボワソナードが参照したであろう当時、一八〇四年から改正されたものではなく、一八〇四年当時のものを引用する。

(12) 本文で挙げるもののほか代表的見解として例えば、以下のものが見られる。

末川・前掲注(5)三一九頁〔新説〕。「担保物権設定者の持分は、現物分割によりその者が取得した部分に集中して単独所有となるのだから、担保物権もその部分に集中すると解してもよいようであるが(私は以前にこの見解をとっていた)、共有であった物自体は存続するのだから、判例のように解するほうがよいと思う。」

舟橋・前掲注(4)三九三頁。「共有者の一人の持分の上に成立している抵当権や質権のような担保物権が、分割によって、いかなる影響を受けるかについては、民法に規定がない。」「その持分権者が共有物の一部を取得した場合、この部分の上にも、また他の者の取得した部分の上にも、つまり、共有物の全部の上に、担保物権の目的となつてゐる範囲では持分権はそのまま存続し(混同に関する一七九条一項但書を類推)、担保物権は、この持分権の上に存続する。これに対し、担保物権設定者の持分は、現物分割によりその者が取得した部分に集中して単独所有となるのだから、担保物権も、その部分に集中するという見解がある。しかし、分割は担保物権者不知の間に行われることがあり、たとい知って参加しても単に意見を述べただけで

あるから、この説によると、不当に分割が行われて、抵当権者を害するおそれがある。」

(13) 我妻・前掲注(4) 二二四頁。

(14) 前掲注(7) 『注釈民法(7)』三三六、三四八頁〔川井健〕、勝本・前掲注(4) 一五〇頁、舟橋・前掲注(4) 三九一、三九三頁、我妻・前掲注(4) 二二二、二二四頁、我妻Ⅱ有泉・前掲注(4) 三三三、三三五頁、末川・前掲注(5) 三一九頁〔新説〕、広中・前掲注(6) 四四七頁等多数。

(15) 遊佐慶夫『民法概論物権篇』(有斐閣、一九二〇年) 一三三頁。

(16) 末弘・前掲注(4) 四四三頁。他に、末川・前掲注(8) 三五七頁〔旧説〕。

(17) 末川博「共有物分割の訴えについて」民商七卷六号(一九三八年) 一〇二頁(『物権・親族・相続』(岩波書店、一九七〇年) 所収二九九頁) は、参加した利害関係人は「監督的な立場から意見を述べ得るといふ程度に止まり」とし、末弘・前掲注(4) 四四二頁は、「必要ありと認むるときは参加して分割に関する自己の意見を述べ且其實行を監督することが出来る」とするが、権限の具体的内容を記述していない。

(18) 来栖・前掲注(1) 九四頁。幾代・前掲注(8) は同注において既述。

(19) 谷口知平編『注釈民法(25)』九〇九条〔川井健〕三〇一頁は「旧法の下では家督相続が相続の原則の場合を構成し、遺産相続は例外的場合を占めるにすぎなかった。そこで遺産相続につき宣言主義を貫いて一般的取引の安全を犠牲にしても、その害はそれほど大きいとはいえなかったと考えられる。しかし現行法のように家督相続が認められない法制の下では、一般的取引の安全がはかられねばならない。かくて本条但書は取引の安全のために宣言主義の行きすぎを是正したのであるが、こうした立場の下での宣言主義は移転主義と実際上ほとんど違いがないことになる」とする。

(20) 仁井田益太郎『改定親族法相続法論』(有斐閣、一九二五年) 四七三―四七四頁は、「各共同相続人ハ遺産ニ属スル権利ノ目的ノ全部ニ付キ一部ノ権利ヲ有スルニ過キササルカ故ニ遺産ノ分割ニ因リ或財産ヲ取得シタル共同相続人ハ一面ニ於テハ他ノ共同相続人ノ持分ヲ承継シタルモノト謂ハサルヘカラス從テ遺産ノ分割ハ其性質上移轉的効力ヲ有スルモノニシテ認定的効力ヲ有スルモノニ非ス而シテ遺産ノ分割力認定的効力ヲ有セサル限ハ或共同相続人カ遺産ニ属スル財産ニ付キ遺産ノ分割前ニ制限物権(例ヘハ地上権又ハ質権若クハ抵当権)ヲ設定シタル場合ニハ其設定行為ハ権利者ノ行為トシテ遺産力分割セラルモ効力ヲ失ハサルナリ故ニ其制限物権ハ遺産分割後ニ於テモ設定者タル共同相続人ノ有セシ持分ニ応シ遺産ノ分割ニ因リ他ノ共同相続人ノ取得セル財産ニシテ其制限物権ノ目的タルモノニ付キ仍ホ存在セサルヲ得ス而シテ其制限物権カ質権又ハ抵当権ナ

ルトキハ質権者又ハ抵当権者カ其権利ヲ実行シテ分割ニ因リ他ノ共同相続人ノ取得シタル前述ノ財産ヲ競売セハ競落人ハ設定者タル共同相続人ノ有セシ持分ニ応シテ其財産ノ共有者ト為リ一旦遺産ヲ分割セルニ拘ラス更ニ共有ヲ生スルニ至ルヘシ此等ノ結果ノ不便ナルヤ言フヲ待タサルナリ而シテ此等ノ結果ハ遺産ノ分割ニ認定的効力ヲ附スル限ハ決シテ生セサルモノトス」と説明している。この見解は後述する明治民法起草者の見解と一致するものと言えよう。

(21) 前掲注(19)『注釈民法(25)』(川井健) 同頁。

(22) 穂積重遠『相続法大意』(岩波書店、一九二六年) 八四頁。

(23) 穂積・前掲注(22) 八五―八六頁。

(24) 中川善之助『註釈相続法(上)』(有斐閣、一九五四年) 九〇九条〔加藤一郎〕二〇六頁。

(25) 中川・前掲注(24) 二〇四頁〔加藤〕。なお脚注において、この点で立法者の一人である我妻栄氏の「相続の理想に反するものであるから、第三者保護の制度は別に考えることを条件として、この但書を削除すべきものである」という見解を引用している。

(26) 明治民法一〇一三条 各共同相続人ハ相続開始前ヨリ存スル事由ニ付キ他ノ共同相続人ニ対シ売主ト同シク其相続分ニ応シテ担保ノ責ニ任ス

(27) 中川・前掲注(24) 二〇五頁〔加藤〕。

(28) 右同。

(29) 裁判年月日不明、東京地判大正四年(ワ)第一四七号、『日本学説判例評論全集四卷』(法律評論社、一九二六年) 商法二六五頁。

(30) 民集二一巻八号四四七頁。

(31) 前掲注(30) 四五三頁。

(32) この事件では差戻後にX等による再上告がなされた(大審院昭和十七年二月一九日判決法律新聞四八二五号一四頁)。再上告審でもY等が分割において抵当権の集中を承諾していたという事実認定はなされておらず、上告棄却判決がなされている。

(33) 判時一四四九頁一一五頁。

(34) 前掲注(18)。

(35) 以下の記述には、大久保・前掲注(10)、大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、一九九九年)、

小柳春一郎「民法典の誕生」『民法典の百年Ⅰ』(有斐閣、一九九八年)、他にボワソナード民法典研究会による『ボワソナード民法典資料集成』の各解題等を参照した。

旧民法財産法部分(財産編、財産取得編(一〜二二章)、債権担保編、証拠編)の正文は、明治政府の御雇外国人法学者ボワソナードがフランス語で起草した草案を出発点とする。民法編纂局・法律取調委員会における一〇年以上の断続的審議の後、元老院・枢密院を経て、ようやく完成をみたものであった。ボワソナードの草案には詳しい「註釈」が付されており、ボワソナードが意図したところを知ることができる。旧民法の草案には数種類が存在し近時その復刻が進んでいる。その中から『プロジェクト第二版』(G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. 2e éd. Tome 1-4. Tokio, 1882 [宗文館書店、一九八三年復刻版を使用])、『再閱修正草案註釈』(ボワソナード民法典研究会復刻版(雄松堂出版、二〇〇〇年復刻)を使用)、旧民法正文公布後に出版された『プロジェクト新版』(G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. Nouvelle édition. Tome 1-4. Tokio, 1890-1891 [ボワソナード民法典研究会復刻版(雄松堂出版、二〇〇〇年復刻)を使用])を参照することとする。『プロジェクト第二版』は旧民法正文成立前におけるボワソナードの起草にかかる仏文史料の最終稿である。また従来、『再閱修正民法草案註釈』はもっぱら『プロジェクト第二版』に従属・劣後する二次資料と評価され、『プロジェクト第二版』の代用物あるいはその仏文読解のための補助的文献としてしか利用されてこなかったが、旧民法立法過程、現行民法立法過程において、さらには明治二〇年代に裁判官が判決を下す際の参考書として用いられた可能性があると、司法においても独自の意義を有してきたことが指摘されている。そこでこの三者を比較検討しつつ、草案条文に限り『再閱修正民法草案註釈』からそのまま引用することとし、「註釈」は原則として『プロジェクト第二版』から引用し、共有物分割の効力についてのボワソナードの見解を記述する。引用は原則として条文章号のみを示すことにする。

- (36) ボワソナードが旧民法財産編三七―三九条を共有の通則的規定と考えていたことにつき、山田誠一「共有者間の法律関係(二)」法協一〇二巻一号(一九八五年)一一〇頁。
- (37) 『プロジェクト第二版』『プロジェクト新版』では三九条。
- (38) 『プロジェクト第二版』『プロジェクト新版』では一五五条、『再閱修正民法草案註釈』では五一五五条。
- (39) BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Tome 1 (Des droits réels) 2e éd., 1882, p.97.

- (40) 山田・前掲 (36) 一二二頁の記述とは異なる。
- (41) 'succession ouverte' が「開発シタル相続」と訳されている。これに関しては財産編正文一四条では削除されている。
- (42) 'les sociétés' が「会社」と訳され、旧民法正文でもこの用語が使われている。
- (43) 'communauté de biens en liquidation' が「清算中ニ於ケル合資」と訳されている。
- (44) 仏民二一四条 ① 抵当権は、債務履行のために引き当てられた不動産の上の物権である。② 抵当権はその性質上不可分であり、すべての抵当不動産について、その各個並びに各部分について、全部にわたり存在する。③ 抵当権はその抵当不動産が何人に譲渡されてもこれに従う。
- (45) BOISSONNADE, op. cit., n° 25, pp. 53-54.
- (46) 仏民七六五条 子孫なく死亡した自然子の相続財産は、これを認知した父または母に帰属し、または、もし一方と他方により認知されたときは、両者に半分ずつ帰属する。
- (47) 仏民八八二条 共同分割者の債権者らは、自分達の権利を害して分割が行われることを防ぐために、その参加なくして分割が行われることに対して異議を述べることができ、自分達の費用をもって分割に参加する権利を有する。しかし債権者らは自分達を除き、かつ自分達の述べた異議を退けて、分割がなされた場合を除き、既に完了した分割を攻撃することはできない。
- (48) 『プロジェ第二版』と『再閣修正民法草案註釈』ではこのようになっていたが、『プロジェ新版』では「払うべき税の創設の問題 (question d'établir) が存するからである」となっている。
- (49) BOISSONNADE, op. cit., n° 26, p. 54-55.
- (50) BOISSONNADE, op. cit., n° 26, p. 55.
- (51) 『プロジェ第二版』『プロジェ新版』では八〇四条。
- (52) 仏民一四七六条 さらに、夫婦共通財産の分割は、分割の方式、不動産の競売を為すべきときはその競売、分割の効果、分割によって生ずる担保責任および補足金に関して、「相続」の章において共同相続人間の分割について定められた規定に従う。
 仏民一八七二条 相続財産の分割、分割の方法、分割から生じる共同相続人間の義務に関する規定は、社員間の分割に準用される。
- (53) BOISSONNADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. 2e éd. Tome 3. n°.

487. p.594.

(54) Art. 883 Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.

(55) BOISSONNADE, op. cit., n.°488, p.595.

(56) 仏民八八四条参照。

①共同相続人は分割前の原因によって生じた侵害および追奪についてのみ相互に担保の責に任ずる。
 ②受けた追奪の種類が分割証書の特に明示された約款によって除外されたものであるときは前項の担保は生じない。また共同相続人が追奪を受けたのが自己の過失による場合、担保は止む。

(57) 『プロジェ第二版』『プロジェ新版』では一一七五条。

(58) 'le partage' が「派分」と訳されている。

(59) BOISSONNADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. 2e éd. Tome 4. n.° 339. pp.317-318.

(60) BOISSONNADE, op. cit., n.°341, p.320.

(61) 大久保・前掲注(10)一五七頁。

(62) 右近健男「民法八九八条・八九九条(遺産共有)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅳ』(有斐閣、一九九八年)二三七頁。

(63) 一五二七条 普通相続ハ戸主ニアラサル被相続人ノ財産ヲ繼承スル相続ナリ

相続財産中家督相続ニ帰ス可キ部分ヲ除キ其他ノ部分ヲ家督外ノ相続人間ニ平分スルモノモ亦普通相続トス

(64) このことは以下の草案によって知ることができる。

一五一五条 法律上相続ノ順位ヲ定ムルコト左ノ如シ

第一 卑属親

第二 特別傍系親即チ兄弟姉妹又ハ其卑属親

第三 尊属親

第四 普通傍系親即チ兄弟姉妹及ヒコノ卑属親外ノ傍系親

一五一六条 前条ノ順位中先位ニ在ル相続人ハ後位ニ在ル相続人ヲ排除ス但シ兄弟姉妹ト父母ト共立シ并ニ父系及ヒ母系ノ親屬相続ヲ二分スル場合ハ此例ニ在ラス

一五一七条 同位若クハ同系ニ在ル相続人間ニ於テハ親等ノ最モ近キ者其遠キ者ヲ排除ス

同等ノ相続人間ニ於テハ相続ノ働方及ヒ受方ヲ平分ス但シ家督相続ニ付後ニ規定スルモノハ此例ニアラス

- (65) 『民法草案獲得編第二部理由書(相続)』(石井良助編『明治文化資料叢書第三卷法律編下』(風間書房、一九六〇年) 九五—九六頁。

- (66) 前掲注(65) 同所。

- (67) 宮川澄『旧民法と明治民法』(青木書店、一九六五年) 二四三頁。

- (68) 広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、一九八七年) 二六九頁以下。

- (69) 旧民法財産取得編四一七条 分割ノ効力ニ付テハ第五百五十五条ノ規定ヲ適用ス

同一五五五条 会社資本中ノ物ニシテ分割ニ因リ各社員ニ帰シタルモノニ関スル其社員ノ権利ハ会社解散ノ日ニ遡リテ効力ヲ有シ又清算中他ノ社員ヨリ其物ニ付キ第三者ニ授与シタル権利ハ之ヲ解除ス

- (70) 前掲注(68) 二七〇—二七一頁。

- (71) 共有部分の起草は富井政章が担当したとされている。福島正夫編・民法成立過程研究会『明治民法の制定と穂積文書』(有斐閣、一九五六年)、山田・前掲注(36) 一二五頁以下参照。

- (72) 『第二十九回法典調査会議事速記録』(富井発言)『日本近代立法資料叢書2』(商事法務研究会、一九八四年) 七一—七二頁。

- (73) 前掲注(73) 七二頁。

- (74) 『第百八十八回法典調査会議事速記録』(穂積陳重発言)『日本近代立法資料叢書7』(商事法務研究会、一九八四年) 五八四—五八五頁。

- (75) 『第百八十九回法典調査会議事速記録』(穂積陳重発言)『日本近代立法資料叢書7』(商事法務研究会、一九八四年) 五八七—五八八頁。

- (76) 『第三〇回法典調査会議事速記録』『日本近代立法資料叢書2』(商事法務研究会、一九八四年) 一二九—一三〇頁。

- (77) 穂積・前掲注(22) 同所。

(78) 穂積・前掲注(22) 八七頁。「これも宣言主義と云う論理に捉われ過ぎて、相続人間の公平を徹底し得なかつたものと非難され得る」。

(79) 明治民法一〇一三条 各共同相続人ハ相続開始前ヨリ存スル事由ニ付キ他ノ共同相続人ニ対シ売主ト同シク其相続分ニ応シテ担保ノ責ニ任ス

(80) 前掲注(76) 同所。

(81) 来栖三郎「共同相続財産について(3)」法協五六巻五号(一九三八年) 九二七―九三四頁、原田慶吉『日本民法典の史的素描』(創文社、一九五四年) 一三〇―一三二頁。他に、丸山・前掲注(54) 一九八―一九九頁。以下に述べるような事情が伝えられる。すなわち、フランス古法における一五三八年のいわゆる「四人兄弟事件」である。事案は、四人の兄弟がパリにある封土を共有していたところ、領主が長子以外の一人の持分について封建的差押えを行い、その後分割が行われた結果、封土はすべて長子に帰属して差押えを受けた者には別の領主に属する他の土地が振り当てられた、というものである。問題は、差押えが依然存続して差押えを受けた者以外に損害を加えるべきか、結果的に差押えが債務者以外の者になされたことを理由に無効とされるべきかであった。事件は弁護士会の審議にかけられ、会の一人であったデムーランはローマ法的な移転的効力を主張したが、他の多数意見はまさしくその反対であつて、宣言的効力が採用され領主の差押えが否定された。その他に財政的問題についての遡及効の発生原因として、以下のような事情が伝えられている。封建法では、封土のあらゆる譲渡、移転に際して、領主に定額の税(尊敬料)を支払うことを要求していた。遺産分割を、ローマ法のように、交換の範疇に入り権利の移転的効力を持つものと構成するならば、分割に際しても尊敬料の支払が要求される。デムーランは、当事者が分割の意思を持ち、たとえ交換が想定されたとしても、持分に応じて取得した部分について税は課せられるべきではないと主張した。一五八〇年のパリ慣習法はデムーランの主張を容れ、換価処分の際の競落人となつた相続人に対して税の支払を免除した。これ以後、相続人間の分割には税が課せられないこととなつて、財政面における宣言的効力が完成したと伝えられる。

そして原田氏は遡及効の効果について「この民法的領域における分割の遡及的効力は、ゲルマン法的な総手的共有と比較するならば、その意義は明瞭である。総手的共有においては、法律上共有者の一人は単独では処分はできない。分割の遡及効理論では、処分は不可能ではないが、処分の相手方は後日処分が効力を失うことあるべきことを覚悟しなければならないから、事実上単独処分は困難を伴い、勢ひ他の同意が必要となる。他の同意があれば、その同意の効果として、遡及効があつても処分は無効とはならない。各自が単独で処分できるローマ法的な共有における不当な結果を事実上消滅せしめて、ゲルマン法の

総手的共有に近づくというのが、この原則の発生的意義であつた。総手的共有に「継らんとして尚且つローマ法の共有を完全に排斥し得なかつた当時の事情」〔来栖・同所〕の産物なのである」〔原田・同所〕と記述している。