区分所有建物が存在する兄妹間の共有 に係る土地につき競売による分割請求 が権利の濫用に当たるとされた事例

—東京地判平成28年10月13日判例時報2359号39頁—

Morifumi YAMAZATO : Atomi University/Meiji Gakuin University

山里 盛文*

I 事実の概要と判旨

i 事実の概要

本件土地は、X(Y1・Y2の妹)及びY1・Y2(ともにXの兄)の祖父であるAが所有しており、Aは昭和39年に死亡し、その後、X及びYらの父であるBが昭和59年に死亡したのを機に、X及びYら並びにその母であるCは、Aの遺産分割協議をし、Bが本件土地の3/4の共有持分を、Cが1/4の共有持分をそれぞれ相続したこととし、Bの死亡により、X及びYらが各1/4の共有持分を相続により取得した。Cは、平成13年に本件土地の1/4の共有持分などをXに相続させる旨の遺言をし、その後、平成15年に死亡し、Xは、Cの1/4の共有持分を相続により取得した。

本件土地上には、二棟の建物が存在していたが、Bの死亡を機に、老朽化したこれらの建物を取り壊しXの夫であるD及びYらは、昭和60年、本件土地上に新たに区分建物が属する一棟の本件建物を建築した。本件建物は、3階建ての区分所有建物であり、各階ごとに一つの区分建物となっており、1階の区分建物(1階部分)をDが、2階の区分建物(2階部分)をY2が、3階の区分建物(3階部分)をY1がそれぞれ取得した。Dは、平成25年に1階部分をXに贈与した。

DおよびYらは、昭和60年9月20日、Dが本件土地につき土地所有権を有する旨、および、本件

各区分建物と本件土地とを分離して処分することができる旨の規約を設定した。

DおよびYらは、平成12年、本件建物の防水工事について紛争が生じ、さらに、平成20年、Dの自動車が傷つけられたため、防犯カメラの設置についての紛争が生じるなどしたため、XおよびDは、平成21年6月12日、Yらを相手として、東京簡易裁判所に生活妨害禁止等請求調停を申し立てたが、不成立となった。また、平成21年、Y1とDとの間で本件建物の屋上防水工事について紛争が生じ、Y1は、平成24年4月3日東京簡易裁判所に対し、Dを相手として、工事中止要請の撤回を求める調停を申し立てたが、不成立となり、その後、Y1は、同年10月Dを被告として同内容の請求訴訟を東京地方裁判所に提起したが、平成25年1月30日請求棄却判決がされ、Y1は、控訴したが、同年4月16日控訴を取り下げた。Xは、平成27年1月13日、Yらを相手として東京簡易裁判所に本件土地についての共有物分割の調停を申し立てたが、同年5月11日、不成立となった。

その後、XがY1・Y2に対し、本件土地につき、競売・代金分割による共有物分割請求をした。

ii 判旨

本件においては、①競売・代金分割(民法258条2項)により分割する場合、本件と地上の建物も併せて売却することができるか、②本件分割請

求が権利の濫用にあたるか、③本件分割請求が、権利の濫用にあたらない場合における相当な分割方法について争われた¹⁾。

争点①については、「本件各区分建物は本件土地とは別個の不動産であり、それぞれがX及びYらの単独所有に係るものであるから、本件土地と同時に共有物分割をすることはできず、仮に、本件土地について代金分割をすべき場合であっても、これと同時に売却することはできない」とした。

争点②について、(1)本件土地の分割請求が本件建物に与える影響、(2)Xが本件土地の分割を求める目的・必要性、(3)本件土地を分割することによるYらの不利益を検討し、(4)権利濫用に該当するかについて判示した。

(1) 本件土地の分割請求が本件建物に与える影響について、「仮に本件土地について代金分割をすると、……本件土地と建物を一括売却することはできず、本件建物は本件土地上に存立する権原を伴わないものとなる。このことは、建物の存立を不安定にするとともに、本件建物の所有者であるX及びYらに対し不利益を課することとなる。また、仮に全面的価額賠償によった場合でも、Yらが所有する区分建物については、本件土地上についての敷地利用権を失う結果となる」とし、

(2) Xが本件土地の分割を求める目的・必要性について、Yらは、Dに対して不適切な行動に出ていることから、Xらが1階部分で平穏な生活を送ることに困難を感じているが、その原因がYら側にのみ存するとはえないとし、1階部分の補修について、DとYらとの間で協議が調っていないが、「Y1は、本人尋問において、本件建物全体の修繕については、訴訟代理人も間に入っていることから、それぞれ費用を支出してこれを実施していく意向を有している旨供述し、Yらは、……本件建物のメンテナンスを拒否するものではない旨主張しているところ、仮に、Yらが上記供述及び主張に反して本件建物の補修への協力を拒むと

すれば、それは今後の分割請求の可否の判断に当たり考慮される事情となり得ると解されることに照らせば、上記供述及び主張に従ってYらが上記の協力をすることが見込まれるということができる」とし、さらに、X夫婦は、平成26年7月頃に1階部分と本件土地の共有持分を売却して転居する意向を有しているが、1階部分の雨漏りの状況からすると、買受人は生じないと主張するが、雨漏りの補修について、Yらの協力見込まれることから、Xが1階部分と本件土地の共有持分を売却することが不可能となる証拠はないとし、

(3) 本件土地を分割することによるYらの不利益について、本件土地について代金分割が採られた場合には、本件建物は敷地利用権の伴わないものとなり、本件土地を競落するものが現れたとしても、Yらと本件土地の使用に係る契約が締結される可能性は低いこと、また、全面的価額賠償の方法によった場合でも、XがYらに対し、売渡請求をしていることからすると、いずれの分割方法によっても、Yらは、退去を強いられる可能性が高いとし、Yらが本件建物から退去を強いられた場合の不利益については、「Yらは、いずれも70歳を超えた年金生活者であり、預金はY2において400万円程度、Y1において830万円程度であること、Y2においては脳梗塞の後遺症で左半身に麻痺が残り要支援1の認定を受けていること、Yらは生まれてから現在まで、Yらの祖父であるAが大正時代に取得し代々受け継がれてきた本件土地に居住し続けており他所で生活したことはないことが認められ、Yらにとって本件建物から他所に転居すること自体の不利益は大きいということができる」とし、

(4) 権利濫用の該当性について、「以上を総合して検討するに、上記(1)のとおり、本件土地を分割することは、本件建物の存立を不安定なものにし、本件各区分所有者に不利益を与えるものであること、(2)及び(3)で見たところによれば、分割が認められない場合におけるXの不利益に比して、分割

¹⁾ なお、争点③については、争点②において、分割請求が否定された結果、判断されなかった。

を認めることによるY1らの不利益が非常に大きいと評価すべきことに鑑みると、Xの本件土地についての共有物分割請求は、権利濫用として許されないものと解するのが相当である」とした。

Ⅱ 東京地判平成28年10月13日（以下「本判決」という）の意義と問題点

i 本判決の意義

本判決は、「土地は共有で、土地上の建物が区分所有であるという状態（以下土地＝共有・土地上建物＝区分所有）形態という）において、土地の共有物分割請求権の行使が、権利濫用にあたると判断した点に意義がある。もっとも、その判断枠組みなどについて、問題があると思われる。

ii 本判決の問題点

1) はじめに

(1) 共有物の分割

民法256条1項は、「各共有者は、いつでも共有物の分割を請求することができる」と規定する。共有物の分割については、協議により分割をすることができるが、協議が調わないときは、分割を裁判所に請求することができる（民法258条1項）。

また、共有物の現物を分割が不可能とき、または、分割によりその価格が著しく減少するおそれがあるときは、裁判所は、競売を命ずることができるとする代金分割（民法258条2項）という方法もある。これは、競売により、買受人に共有物のすべての所有権が移転し、買受人が、納付した代金を元共有者に配当するというものである。

本件において、Xの代金分割による本件土地の分割がなされた場合、本件土地は競売の結果、その所有権は、本件土地を買い受けた者に帰属することとなり、本件建物は、(形式的には)その敷地利用権を失う結果となり、Y1・Y2は、本件土地を利用する権原を失うこととなる。もっとも、この形式的な結論を貫徹すべきか、また、Y1・Y2

の本件土地の利用権確保する可能性の有無については、後（Ⅲ - iii）で検討する。

(2) 権利の行使と濫用

民法は、権利者の権利行使であったとしても、その権利行使が、濫用にあたと評価される場合は、その権利行使は許されないとされている（「権利濫用の禁止」, 民法1条3項）。本件では、Xが、Y1・Y2とともに共有者の一人として有する本件土地の共有物分割請求権の行使が、民法1条3項に規定されている権利の濫用にあたるかが争われた。

2) 問題点①：権利濫用該当性の判断枠組み

(1) 本判決における権利濫用該当性の判断枠組み

本判決は、Xの共有物分割請求権の行使が権利濫用にあたるかにつき、本件建物の存立可能性からの各区分所有者に与える影響、分割請求を認められない場合のXの不利益と、分割請求を認めた場合のY1・Y2の不利益との衡量により判断している。この判断枠組みにつき、その妥当性について検討する必要がある。

(2) 共有物分割請求権の重要性—森林法違憲判決²⁾との関係

本判決は、共有物分割請求権の行使が権利濫用にあたるとして、分割請求を否定した。共有物分割請求権が、いかなる権利（どれほど重要な権利）といえるかについて、森林法（法律）によって、共有物分割請求を否定した場合に憲法29条に違反するとして、違憲無効とした判決との関係で検討する。そして、本判決が採用する権利濫用該当性に関する判断枠組みの妥当性について検討する。

3) 問題点②：Y1・Y2の利用権の確保可能性—本件について権利濫用の法理を使用することの必要性

この点は、本判決の判旨からは少しずれる論点ではあるが、Y1・Y2も本件土地の共有者である

²⁾ 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

こと、本件判決が指摘する事情を考慮すると、共有物分割請求を認めた上で、Y1・Y2の利用権を確保する可能性の有無についても検討する必要があると思われる。

そして、もし、本件土地について、共有物分割請求を認めた上で、Y1・Y2の利用権の確保が可能となるのであれば、権利濫用によることなく、本件や本件に類似する事件について解決を図ることが可能となると考えられる。

Ⅲ 検討

ⅰ 権利濫用該当性の判断枠組み

1) はじめに

ある権利の行使が、権利の濫用に該当するか否かについての判断基準については、権利行使者の主観的目的・態様、また、その権利行使が専ら自己の目的追及のため、他人を害するためになされたもの³⁾であるという「主観的要因」と、権利を主張する者が得る利益と相手方が被る不利益を総合考慮するという「客観的要因」を2つの要因を取り出したうえで、双方の要因を考慮してある権利の行使が権利濫用に当たるか判断すべきか、それとも、一方のみによりある権利の行使が権利濫用に当たるか判断すべきかについて争いがある。

2) 判例

初期の判例においては、山奥の温泉源からふもとの温泉街へ温泉を引くための引湯管が一部他人の土地にかかっていたことから、引湯管の除去、または、その土地の法外な値段での買い取りを要求したにつき、侵害の除去（引湯管の除去）が著しく困難であり、除去するにしても莫大な費

用を要する場合において、侵害の事実があることを奇貨として不当な利得を図る目的であるような場合に権利濫用を認めたもの⁴⁾がある。

しかし、その後の判例は、国が米軍に提供していた土地の返還請求につき、土地所有者の受ける利益と国の被る損害とを比較した上で、国の被る損害の方が重大であるとして、土地所有者の権利濫用に当たるとした事例⁵⁾をはじめとして、客観的要因によって権利濫用該当性を判断している傾向にあるといえたとされている⁶⁾。

3) 学説

(1) 客観的要因と主観的要因の総合判断する見解⁷⁾

学説においては、主観的要因を考慮する必要性（客観的要因のみにより判断することの問題点）につき、次のような点を挙げる。

まず、権利（身体・生命・健康など）侵害が重大であり、妨害請求を認めなければ権利者にとって意味がないような場合、たとえ相手方に重大な被害が生じるとしても妨害請求を認めるべきであること、そして、妨害排除につき、費用がかかるとしても、権利侵害をしなければよかったのだから、侵害者には、妨害排除の負担を課されてもやむを得ず、権利者の妨害排除請求が否定されるためには、権利者の側に妨害請求が否定される事情が必要であり、その事情が、主観的要因であるとするものがある⁸⁾。

さらに、既成事実が優先されることから、経済的強者（国や企業）の利益を保護する手段となり不当であるとするものがある⁹⁾。

以上のような理由から、客観的要因のみで判断するのではなく、主観的要因をも考慮すべきであるとするものがある。

³⁾「主観的害意」とか「シカーネ」と呼ばれることもある。

⁴⁾大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁（宇奈月温泉事件）。

⁵⁾最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁（板付軍事基地事件）。この判決は、「なお、……加害の意思について判断されていないことは、格段の障害となるものではない」ともしている。

⁶⁾四宮和夫＝能見善久『民法総則（第9版）』（弘文堂・2018年）30頁。

⁷⁾山本敬三『民法講義Ⅰ 総則（第3版）』（有斐閣・2011年）628頁、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ 総則（第4版）』（有斐閣・2018年）449～450頁など。

⁸⁾山本・前掲注7)『民法講義Ⅰ 総則（第3版）』629頁。

(2) 客観的要因のみで判断（重視）する見解

また、権利者の主観に拘泥することなく、客観的な立場から判断すべきとするものもあり、ここでの、権利者の主観とは、もっぱら自分の必要からやっていたり、他人に損害を与えることを少しも意図しない場合であり、客観的要因とは、権利者が得ようとする利益と、他人に与える損害とを比較考量することであるとする¹⁰⁾。

4) 本判決との比較

本判決の判断枠組みは、本件建物の存立可能性からの各区分所有者に与える影響と、分割請求が認められない場合のXの不利益と、分割請求を認めた場合のY1・Y2の不利益との衡量することによりXの共有物分割請求権の行使が権利濫用に該当するかを検討している。すなわち、客観的要因により判断をしているといえる。

先にも述べたように、判例は、客観的要因により判断する傾向にあるともされていることからすると、本判決の判断枠組みは、判例の流れの沿うものといえよう。

5) 評価

本判決は、本件土地が、代金分割がなされることによって、敷地利用権が喪失し、Y1・Y2には、転居の可能性が生じるが、Y1・Y2の年齢などから、転居は不可能であるのに対し、Xは、転居することも考えていることから、転居が可能であるとし、Y1・Y2の保護に重点を置いたために客観的要因のみにより判断したのではないかと思われる。

しかし、私見においては、共有物の分割自由が原則とされていることからすると、共有物分割請求権は、その原則を具体化する権利であり、また、後で検討するように憲法上の基本権の内容を形成する権利であることからすると、権利濫用の法

理の適用については、慎重に、すなわち、客観的要因のみではなく、主観的要因をも考慮したうえで、権利濫用に該当するか判断すべきであると考ええる。さらに、適法に成立した権利の行使は、原則として、その行使を認めるべきであり、その行使を制限するにはそれなりの理由が必要であろう。その理由は、客観的要因のような単なる利益衡量ではなく、その権利を行使する者の主観的態様も含めて判断すべきであると考ええる。この点において、本判決の判断枠組みには賛成できない。

また、共有物分割請求権について、権利濫用に該当するとしても、その適用は、分割自由の原則から慎重であるべきとの見解もある¹¹⁾。

そして、本件のような、「土地＝共有・土地上建物＝区分所有」形態において、土地の共有物分割請求権の権利濫用に該当性につき、客観的要因のみにより判断することは、本件のような「土地＝共有・土地上建物＝区分所有」形態においては、土地の共有物分割請求権の行使は、おおよそ、権利濫用に該当するとされることとなると思われる。そうすると、「土地＝共有・土地上建物＝区分所有」形態においては、土地の共有物分割請求権の行使がすべて認められないという重大な結果が生じることとなると思われる¹²⁾。

ii 共有物分割請求権の重要性

1) 森林法違憲判決における共有物分割請求権

旧森林法186条は、共有森林につき、持分価額1/2以下の共有者（持分価額の合計が1/2以下の複数の共有者を含む）については、民法256条1項の分割請求を否定するという規定が設けられていた。森林法違憲判決は、この規定が憲法29条に違反するかにつき争われた¹³⁾。

最高裁は、民法256条の趣旨・目的を検討したうえで、民法256条が、共有者間で生じる様々な

⁹⁾ 近江幸治『民法講義Ⅰ 民法総則（第7版）』（成文堂・2018年）24頁。

¹⁰⁾ 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店・1965年）35頁。

¹¹⁾ 川島武宣＝川井健『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣・2007年）[川井健] 469頁。

¹²⁾ この点については、本判例評釈について、研究会において報告させていただいた際に、宮本健蔵教授よりご指摘をいただいた。

「弊害を除去し、共有者に目的物を自由に支配させ、その経済的効用を十分に発揮させるために」共有者がいつでも共有物の分割請求できるものとし、さらに、不分割契約について制限（民法256条1項ただし書、2項）を設けることにより、共有者の共有物分割請求を保障しているとし、「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益的目的をも果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められ」たものであるとする。

そして、共有物が、性質上分割できない場合以外に「分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当」するとした。

2) 本判決との関係—共有物分割請求権の権利濫用該当性の判断枠組みとの関係

この森林法違憲判決からすると、共有物を自由に分割できるとする民法256条は、憲法上の財産権の内容を形成するものであり、それに反する法律の効力を否定するものであり、重要な権利といえることができよう。そうすると、このような重要な権利の行使を制限するのであれば、権利濫用の判断基準についても、客観的要因のみではなく主観的要件も含めて判断すべきであるといえよう。

iii Y1・Y2の利用権の確保可能性

1) はじめに

本判決は、Xの代金分割による共有物分割請求権の行使が権利濫用に当たるとした理由の一つとして、競売の結果、本件土地の所有権が買受人に帰属し、Y1・Y2の敷地利用権が喪失することから、Y1・Y2が転居しなければならないことを挙げる。

Y1・Y2と買受人との間で敷地利用に関する契

約締結について、本判決は、その可能性は低いと指摘するが、不可能とまではいえないであろう。

もっとも、敷地利用に関する契約締結については、あくまで可能性にすぎないので、法律上の権利や制度による利用権確保の可能性について考える。

2) 採り得る方法・解釈

(1) 法定地上権（民法388条）の類推適用

民法には、土地または建物が、同一の所有者に属する場合において、土地または建物の一方のみに抵当権が設定され、その後抵当権が実行された結果、土地と建物の所有者が異なることになった場合、建物につき地上権が設定されたものとみなされるという「法定地上権」という制度が存する（民法388条）。

この制度は、抵当権の実行による競売の結果、土地と建物の所有者が異なることとなったことにより、建物所有者は、土地の所有者からの建物収去土地明渡請求に応じなければならず、建物を取り壊さなければならないが、これは、社会経済上不利益となること、そして、土地または建物の一方に抵当権が設定された場合、抵当権者も抵当権設定者も抵当権実行後も建物利用を継続する、つまり、敷地利用の継続を念頭に置いているという抵当権設定契約当事者の合理的意思表示解釈に基づくとされている¹⁴⁾。

本件においても、代金分割の結果として、本件土地の所有権が買受人に帰属する結果として、法定地上権制度の背景と同様の状況が生じることとなる。すなわち、本件土地の買受人から建物収去土地明渡請求をされた場合、Y1・Y2は、本件建物を取り壊さなければならないこと、そして、本件土地の競売において、買受人となろうとする者も、本件土地上に本件建物が存在しており（しかも、高齢者が長く住んでいる）、その利用を継続することを念頭に置いて、競売に参加することが予想される。そ

¹³⁾ この森林法違憲判決については、様々な議論があるところではあるが、紙幅の都合上割愛せざるを得ない。さしあたり、安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味——森林法違憲判決の再検討」長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』（日本評論社・1995年）137-153頁などを参照。

うすると、本件においても法定地上権制度の背景と同様の状況が生じる結果、法定地上権（民法388条）の類推適用（抵当権ではないため）が取り得る一つの方法・解釈といえるであろう。

（2）自己借地権（借地借家法15条）の類推適用

民法においては、自身が所有する土地上に、借地権（自己借地権）を設定することはできないが、借地借家法においては、「他の者と共に」するのであれば、自己借地権を設定することができるとされている（借地借家法15条）¹⁵⁾。

本件では、本件土地はX・Y1・Y2の共有であり、本件建物はX・Y1・Y2の区分所有である。すなわち、借地権設定者がX・Y1・Y2であり、借地権者もX・Y1・Y2であるので、「他の者」が存在しない。従って自己借地権の設定は不可能（設定可能性がない）であるとも考えられる。

しかし、本件建物につき、Xが区分所有者となる前は、Xの夫であるDが区分所有者であった。すなわち、本件建物が建築され、平成25年にDからXへ1階部分が贈与されるまでは、本件土地はX・Y1・Y2の共有、本件建物はY1・Y2・Dの区分所有という状態であり、本件建物については、借地権設定者ではない「他の者」としてDが存在していたこととなる。つまり、自己借地権の設定は、可能な（設定可能な）状態であったということができる。

もっとも、ここで問題となるのは、本件建物が、平成25年にXに贈与された結果として、上記の通り、借地権設定者以外の「他の者」が存在しなくなってしまっており、この場合に、一度設定した（設定可能性のあった）自己借地権の帰趨が問題となる。借地権設定者に自己借地権が帰属した場合、借地借家法15条2項によれば、混同により消

滅する結果となるが、その後、敷地利用権を借地権とする建物の譲渡がなされる可能性は残っているのであるから、自己借地権は消滅しないとの考え方があり¹⁶⁾。この見解によれば、本件建物の1階部分が、DからXに贈与されたとしても、Y1・Y2の自己借地権は存続することとなり、Y1・Y2の敷地利用権は確保される結果となる。

ただし、このように解したとしても、自己借地権設定について当事者（Y1・Y2とD）との合意がなければならないが、本件においては、この合意を見出すことができない。従って、自己借地権の成立を認めるとしても、類推適用によることになる。

Ⅳ おわりに

以上、本判決について、検討をしてきた。本判決のような、「土地＝共有・土地上建物＝区分所有」形態という利用形態は少なくないと思われることに加え、Y1・Y2のような高齢者がその建物に居住しているということも、いまや珍しいことではないと思われる。そうすると、土地の共有物分割請求を望む者（本件ではX）と、その土地を利用し続けることを望む者（本件ではY1・Y2）との間の利害調整が必要となる。

その利害調整の方法として、本判決のように、権利濫用という一般条項を（容易に）用いるのではなく、権利行使を認めた上で、その他の方法（本稿においては、法定地上権や自己借地権の類推適用）により、調整すべきものとする。もっとも、中には、共有物分割請求権を濫用的に用いる者もいるかもしれない。そのときは、権利濫用の法理を適用すればよいと思われるが、その際には、本判決のような判断枠組みではなく、権利行使者の主観的態様、すなわち、主観的要因をも考慮して、権利濫用に該当するか判断すべきものとする。

¹⁴⁾ 柚木馨＝高木多喜男編著『新版 注釈民法（9） 物権（4）（改訂版）』（有斐閣・2015）269頁〔生熊長幸〕など。

¹⁵⁾ 紙幅の都合上、趣旨・目的などについては、割愛せざるを得ないが、趣旨・目的などについては、広中俊雄編『注釈借地借家法——新版注釈民法（15）別冊』（有斐閣・1993年）878～882頁〔生熊長幸〕、稲本洋之助＝澤野順彦編『コンメンタール 借地借家法（第3版）』（日本評論社・2010年）109～115頁〔上原由紀夫・宮崎淳〕などを参照。

¹⁶⁾ 上原由紀夫「自己借地権」法律時報64巻6号（1992年）41～42頁、岩城謙二「自己借地権」ジュリスト1006号（1992年）82頁、広中編前掲注15『注釈借地借家法』882頁。