

民法二五九条に関する一考察

―法典調査会における議論を手がかりにして―

大江 毅

- 一 はじめに
- 二 「共同分割者ノ先取特権」から民法二五九条へ
- 三 民法二五九条一項に規定する権利について
- 四 民法二五九条二項の競売について
- 五 結びに代えて

一 はじめに

民法二五九条一項は、「共有者の一人が他の共有者に対して共有に関する債権を有するときは、分割に際し、債務者に帰属すべき共有物の部分をもつて、その弁済に充てることができる。」と規定し、同二項は、「債権者は、前項の弁済を受けるため債務者に帰属すべき共有物の部分を売却する必要があるときは、その売却を請求することができる

る。」と規定する。民法二五九条に規定する権利の性質、また、この権利の実行方法については、しかし、必ずしも明らかにされているとはいえず、こうした問題を論じた文献、論文も少ないように思われる。¹⁾殊に、民法二五九条の権利が「分割に際し」行使されることに鑑みると、民法二五九条に規定する権利が実現される過程と、共有物の裁判上の分割手続である共有物分割訴訟ないしその判決に基づく競売との関係も問題となるはずであるが、この点も明らかであるとはいえないように思われる。現行破産法（平成一六年法律第七五号）において、共有者の別除権について規定を設けないとされたことと関連して、民法二五九条に規定する権利の性質やその実行方法等について研究することは、重要な課題の一つとして位置づけられよう。本稿は、第三〇回・三一回法典調査会等における、起草者の民法二五九条に関する見解ないし構想を解明し検討すること、これらの問題に接近することを目的とするものである。

二 「共同分割者ノ先取特権」から民法二五九条へ

1 富井政章委員の趣旨説明

明治二七年九月二一日開会の第三〇回法典調査会において示された、現行民法二五九条の原案は、次のようなものである。

「民法二五九条原案 共有者ノ一人力他ノ共有者ニ対シテ共有ニ関スル債権ヲ有スルトキハ分割ニ際シ債務者ニ帰スヘキ共有物ノ部分ヲ以テ其弁済ヲ為サシムルコトヲ得

二項 債権者ハ右ノ弁済ヲ受クル為メ債務者ニ帰スヘキ共有物ノ部分ヲ売却スル必要アルトキハ其売却ヲ請求スルコトヲ得

三項 債権者ハ債務者ノ特定承継人ニ対シテモ前二項ノ權利ヲ主張スルコトヲ得」

右原案は、三項の規定が存在しないことを除き、平成一六年改正前の民法二五九条と同じ文言である。右原案につき、富井政章委員は、次のような趣旨説明をされている。

「本条ノ規定ハ独逸民法草案カラ取ツタノデアリマス共有者ノ一人ガ他ノ共有者ニ対シテ共有ノ關係ニ原因スル所ノ債権ヲ有シマストキハ分割前デアレバ前ノ第二百五十二条第二項^③ニ依テ随分強ヒ保護ヲ受ケテ居ル併シナガラ債権者ハ其權利ヲ行フコトヲ急ガナイカモ知レナイ又強ヒテ奨励スルコトデモナイ或ハ分割ノ間際デアレバ其權利ヲ行フ暇ガナイカモ知レナイカラ分割トナリマシテハ共有ノ關係ノ解ケザル内ニ弁済ヲ受クル確實ノ方法ヲ定メルコトガ必要デアラウト考ヘマス尤モ既成法典ニ依レバ分割者ハ先取特權ヲ持ツテ居ル分割後ト雖モ随分強ク保護セラレテ居リマス併シナガラ先ツ取特權^{マツ}ト云フモノハ恰モ病ガ起ツテカラ癒ス様ナモノデアツテ病ノ起ラナイ内ニ起ラナイ様ニスル方ガ尚ホ宜イデ本条ノ如キハ即チ然ウ云フ利益ガアラウト思フ分割ノ際ニ始末ヲ付ケテ仕舞ウスノ如キ規定ガアレバ共有分割者ノ先取特權ト云フモノハ余程其用ヲ失ナウカモ知レヌ併シ是レハ何モ憂フルコトデハナイ独逸民法草案ニハ共同分割者ノ先取特權ト云フモノヲ認メテ居リマセヌカラ本条ノ規定ハ一層必要^{マツ}デアル而シテ共同分割者ノ先取特權ヲ認メルコトニナツテモ只今申シタ様ナ利益ガアリマスカラスウ云フ規定ヲ設ケタ方ガ一層簡便^{マツ}デ早ク事ガ済ンデ宜カラウト思ヒマス夫故ニ先取特權ノ存廢如何ニ拘ハラズ殊ニ此規定ヲ設ケタ誤^{マツ}デアル先取特權ニ付テノ吾々ノ考ヘハ成ルベク其範圍ヲ狭クシヤウト云フ考ヘガアル併シドレ程ノ範圍ニスルカト云フコトハマダ極マツテハ居ラヌ共同分割者ノ先取特權ノ如キモ存スルカ存シナイカト云フコトニ付テハマダ協議ガ出来テ居ラヌノデアリマス本条ノ如キ規定ガアレバ或ハ設ケナイト云フコトニナルカモ知レナイ夫レハ兎モ角別問題トシテ本条ノ規定ハ極便利デアラウト思ヒマシタカラ此所ニ置イタノデアリマス第三項ハ前ノ第二百五十三條第二項^④ト同ジ理由デ明文ヲ要スルコトトモ思

ヒマシテ置キマシタ」⁽⁵⁾

また、明治二七年九月二五日開会の第三一回法典調査会において、富井政章委員は、次のようにも説かれている。
「…二項ノ必要ナル訳ハ債務者ニ歸スベキ共有物ノ部分ガマダ確定シテ居ラヌノデアリマスカラ債権者ニ此權利ヲ与ヘルニハドウモ条文ガナクテハ分ラヌト思フ又今一ツハ第一項ハ代物弁済ヲ受ケル様ニナツテ居ルガ第二項ハ代価ヲ以テ弁済ヲ受ケルト云フノデアリマス…」⁽⁶⁾

これによると、民法二五九条一項は、現物分割の場合に、共有に関する債権について代物弁済を受ける権利を、また、同一項は、共有に関する債権について競売代金から弁済を受ける権利を、それぞれ認めたものであるといえよう。

2 「共同分割者ノ先取特権」から代物弁済を受ける権利へ

ところで、前述の富井政章委員の民法二五九条原案に関する趣旨説明によると、「既成法典ニ依レバ分割者ハ先取特権ヲ持ツテ居ル分割後ト雖モ随分強ク保護セラレテ居」るが、「分割ノ際ニ始末ヲ付ケテ仕舞ウ…規定ヲ設ケタ方が一層簡便デ早ク事ガ済ンデ宜カラウ」との趣旨で民法二五九条の規定が設けられたというのである。清算の便宜を考慮して、民法二五九条一項は代物弁済を受ける権利を規定したのである。

なるほど、明治二三年民法債権担保編一六五条二号は、「共同分割者ノ先取特権」を認めた規定である。

「明治二三年民法債権担保編一六五条 左ノ債権者ハ下ニ定メタル債権ノ為メ其条件ニ従ヒ不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第一 (省略)

第二 共同分割者ハ分割中ニ包含シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

(以下省略)

このように、共同分割者は「分割中ニ包含シタル不動産」を目的とする先取特権を有する。ここで「分割中ニ包含シタル不動産」とは、「会社又ハ其他ノ共有物ハ社員又ハ共有者ニ因テ分割セラレ其分割ニ因テ各自ノ権利ヲ表示セラルルモノ」をいう。問題は、しかし、この先取特権の被担保債権にある。明治二三年民法債権担保編一七〇条は、共同分割者の先取特権の被担保債権につき、次のように規定している。

「明治二三年民法債権担保編一七〇条 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 分割者ノ一人力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總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」

注目すべきは、明治二三年民法における共同分割者の先取特権の被担保債権は「分割ヨリ生スル」債権であつて、分割前に既に発生していた債権ではないことである。すなわち、一号は、現物分割によつて持分以上の現物を取得した共有者に対して、他の共有者が有する価格賠償請求権を被担保債権とする趣旨である。^⑧次に、二号は、競売により共有者のうちの一人が競売対象とされた目的不動産を取得した場合に、他の共有者に交付されるべき代価を被担保債権とする趣旨である。^⑩最後に、三号は、分割による配当として取得した動産または不動産中に他人の所有物が含まれていたため権利を取得できなかった共有者が、他の共有者に対して有する一種の損害賠償請求権を、被担保債権とする趣旨である。^⑪

明治二三年民法においては、分割の結果が公平になることに関心があつたのであり、それゆえ、不公平な分割が行われた場合に、分割の公平を回復することを目的として、同民法債権担保編一七〇条各号に規定する権利を先取特権をもつて保護したのである。明治二三年民法債権担保編一七〇条各号に規定する権利は、そもそも分割前に清算することができない性質のものであり、だからこそ、先取特権によつて保護する必要に迫られるのである。これに対して、現行民法二五九条は、分割前に発生している「共有ノ関係ニ原因スル所ノ債権」を保護する趣旨であり、それ故に、分割の際に清算することが可能になるのである。右の富井政章委員の趣旨説明においては、先取特権について起草者間で協議が十分されていない段階であることも考慮しなければならないものの、明治二三年民法債権担保編一六五条以下と現行民法二五九条のそれぞれにおいて保護しようとしている債権に違いがあることについて、これを重視したことをうかがわせるところが見受けられないように思われる。起草者が、債権担保の方法として先取特権付与から代物弁済権付与の方法に転換するという枠組みの中で民法二五九条を立案したことについては、慎重に評価する必要があるように思われる。

三 民法二五九条一項に規定する権利について

1 「共有に関する債権」(民法二五九条一項)につき他の債権に対する優先権が認められるべき理由

民法二五九条一項に規定する権利の性質をめぐる争点の一つは、現行破産法(平成一六年法律第七五号)において共有者の別除権について規定を設けなかったことと関連して、「共有に関する債権」(民法二五九条一項)に、他の債権に対する優先権が認められるか否かにある。⁽¹²⁾

そもそも、起草者が、共有に関する債権を保護すべきであると考えたのはなぜか。この点、第三〇回法典調査会において、富井政章委員は、次のように説明されている。

「何故ニ斯ウ云フ特權ヲ与ヘルカト云フト共有物ヲ保存シテ共有物ヲ管理シタ即チ他ノ共有者ノ利益トナルコトヲシタ時デアルカラ先ツ夫レ丈ケヲ先ニ償還スルガ公平デアラウト思フ」⁽¹⁴⁾

また、梅謙次郎委員も、次のように説明されている。

「今ノ共有ノ場合ニ何ゼ之ヲ行フカト云フト共有者ガ費用ヲ掛ケタレバコソ其物ノ保存ガ出来タノデ若シモ費用ヲ掛ケナカツタナラバ其物ガ存セヌカモ知レヌ即チ共有者ノ御蔭ヲ蒙ムツテ居ル場合ガ多イト思フノデ夫レデ此權利ヲ与ヘタノデアリマス」⁽¹⁵⁾

つまり、起草者が共有に関する債権を保護すべきであると考えた理由は、共有物が現存し一定の価値を有しているのは、「共有に関する債権」（民法二五九条一項）を有する共有者（以下、「共有債権者」という。）が共有物の保存管理に必要な費用を出捐したからであり、本来他の共有者が負担すべき管理の費用等を共有債権者が出捐したならば、その費用を先に償還させるのが公平であると考えられたことに求められよう。⁽¹⁶⁾ また、前述の富井政章委員による趣旨説明にもあるように、分割前であれば、共有に関する債権が一定期間内に弁済されないとき、共有債権者は、「相当の償金を支払つてその者の持分を取得することができる」（民法二五三条二項）とされていることとの均衡も、考慮されたのであろう。

起草者は、共有に関する債権を保護すべきであるとしたうえで、さらに、共有に関する債権につき他の債権に対する優先権をも認める見解を採用した。富井政章委員は、第三二回法典調査会において、起草の際に参考にしたドイツ民法草案との関係で、次のような発言をされている。

「…独逸民法草案ニ於テ此規定ヲ設ケタ趣意ハ実ニ私ニハ分ラヌ所ガアル優先権迄ヲ与ヘル精神デアアルノカ又ハ只共有者相互ノ關係ノアルモノデ引去ツテ弁済ヲ受ケルト云フ丈ケノ規定デアアルノカ其処迄ノ所ハ書イテナイノデアリマスカラ私ニハ能ク分ラナカツタノデアリマス併シ吾々ノ考ヘハドウモ是レハ優先権ニシテ仕舞ウ方ガ宜カラウト云ウ方ニ傾イテ居ツタノデアリマス」⁽¹⁷⁾。

2 優先権の認められる仕組み

(一) では、共有に関する債権につき他の債権に対する優先権を与えるため、起草者はいかなる方法を採用しようとしたのか。この点、起草者は、前述のように、共有に関する債権を先取特権をもつて保護するのではなく、「分割に際し、債務者に帰属すべき共有物の部分をもつて、その弁済に充てることができる」とすることによって保護しようとしたのである。問題は、「分割に際し、債務者に帰属すべき共有物の部分をもつて、その弁済に充てることができる」とする権利を共有債権者に付与することが、どのような理屈で、共有債権者に他の債権者に対する一種の優先権を認めることになるのかというその仕組みにある。

第三〇回法典調査会においても、共有に関する債権について他の債権に対する優先が認められるか否かについて、問題となった。岸本辰雄委員は、次のような質問をされている。

「他ノ債権者ガ共有物ヲ差押ヘルト云フコトガ出来マセウカラ他ノ共有者ガ予メ共有物ヲ差押ヘテ分割ヲシ様ト云フ時ニ債権者タル共有者ガ彼レニ先立ツテ往クコトガ出来マスカ彼レト云フノハ差押ヘ債権者デスナ其時ニ平等ニ分配シナケレバナラヌガ債権価額ニ応シテ同權利デアアルカドウカ若シ同權利デアルト云フコトナラバ何モ違ガハヌガ優先権ガアルト云フコトデアレバ違フ」⁽¹⁸⁾。

これに対して、富井政章委員は、次のように答弁する。

「其処方違ウ所デス夫レヲ差引イテカラ債務者ノ財産ガ極マルカラ其処デ債権者ガゾロゾロ来テモ構ハヌ」⁽¹⁹⁾

また、富井政章委員は、次のようにも発言されている。

「優先権ノ問題ガ起ラヌ債務者ノ財産ガ確定シテ居ラヌカラ…」⁽²⁰⁾

これらの発言から、共有に関する債権につき他の債権に対する優先権が認められるのは、次のような理由からであると推量できるのではないか。すなわち、債務者の責任財産となるものは確定されたものであることを要するところ、共有物分割に際して、共有に関する債権の債務者である共有者（以下、「共有債務者」という。）の単独所有に属した部分が確定するのは共有物分割後である。この、共有物分割により単独所有に属した部分が、共有債務者の責任財産を構成する。そこで、共有物分割に際して、共有債務者の単独所有に帰属した部分が確定されていない状態であることを利用して、共有債権者が、共有に関する債権に相当する部分を、共有債務者に帰属すべき共有物の部分からあらかじめ差し引いたうえで代物弁済を受けることを認める。民法二五九条において、債務者に帰属した共有物の部分という表現ではなく、「債務者に帰属すべき共有物の部分」との文言が用いられているのは、共有物分割が完了する前に、共有に関する債権に相当する部分を債務者の持分から「差引」くことを意味するためである。⁽²¹⁾ こうしておけば、構造的に、共有に関する債権と他の債権との優先劣後の問題が起らないようになる、と。

(二) では、この、「債務者に帰属すべき共有物の部分」から「共有に関する債権」に相当する部分をあらかじめ差し引くとは、どのような操作ないし過程であるのか。この点、梅謙次郎委員は、第三〇回法典調査会において、甲、乙の二人がそれぞれ二分の一ずつの持分率で評価額一〇〇〇円の物を共有し、乙が甲に対して一〇〇〇円の共有に関する債権を有している場合における共有物分割を採りあげて、次のような説明をされている。

「是レハ一種特別ノ優先權デアツテ留置權見タ様ナ權デアル夫レデ分割ト云フモノハマダ確定シテ居ラヌ仮ニ分割ヲシテ見ルト是レ丈ケガ甲ニ往ツテ是丈ケガ乙ニ往クト云フ見込ガ附ク然ウシテ此内カラシテ若甲ニ義務ヲ負ツテ居ルナラバ其分丈ケ先キニ取ツテカラ後ニ分割ヲ確定スルノデアル夫レヲ實際ノヤリ方ヲ云フテ見ルト斯ウ云フコトニナル是非分割ヲヤルトキハ見積リヲシナケレバナラヌデアリマセウ見積リヲシタ時ニ財産ガ千円アル夫レヲ二ツ分割レバ五百円ト云フコトガ直グ分ル甲ガ乙二百円ヤラナケレバナラヌト云フ時ハ乙ト云フモノハ六百円ノ物ヲ取ツテ甲ハ四百円ノ物ヲ取ラナケレバナラヌ其時ハ共有ト云ウモノガ存シテ居ツテ分割ト云フコトハナイ然ウスルト甲ノ部分四百円乙ノ部分六百円ト云フコトニナル然ウスルト手数ガ掛ラズシテ然ウシテ今ノ例ニ於テハ乙ノ權利ガ保護セラ
ル」⁽²³⁾

右の事例および説明をもとに、とくに現物分割の場合を念頭に置きつつ、共有物分割の際に、「共有に関する債権」に相当する部分を共有債務者の持分から差し引くとの操作ないし過程に分析を加えることとする。

まず、共有物の価額を評価する。共有物の評価額が判明すれば、甲、乙の持分率にしたがつて計算した、各共有者が共有物分割によつて具体的に受くべき共有財産の価額が判明する。この場合、甲、乙の持分率はそれぞれ二分の一ずつであるから、共有債権者である乙が民法二五九条一項に規定する権利を行使しない限り、共有物分割によつて甲、乙が具体的に受くべき共有財産の価額は、いずれも五〇〇円分となるはずである。では、共有債権者が民法二五九条一項に規定する権利を行使すると、いかなる効果が生じるのか。法文上は、「債務者に帰属すべき共有物の部分をもつて、その弁済に充てることができる」との効果が生じることになるが、その意義が問題となろう。この点、梅謙次郎委員の説明によれば、共有債権者である乙が民法二五九条一項に規定する権利を行使すると、乙の甲に対する共有に関する一〇〇円の債権が甲に帰属すべき五〇〇円の部分から差し引かれた結果、甲は四〇〇円の部分を、乙は六〇

○円の部分を得るに至るというのであろう。乙が民法二五九条一項に規定された権利を行使した結果、変動したものは何かというと、各共有者の単独所有に帰属した部分が確定していない状態であることを考えると、各共有者が共有物分割によつて具体的に受くべき共有財産の価額ではなからうか。そこで、民法二五九条一項に規定する権利の行使によつて、各共有者が共有物分割によつて具体的に受くべき共有財産の価額が、共有に関する債権の価額に相当する分だけ増減すると考えることもできよう。これを数式で表すと、次のようになる⁽²⁵⁾。

$$\begin{aligned} & \text{(共有債権者が具体的に受くべき共有財産の価額)} \\ & = \text{(共有物の評価額)} \times \text{(共有債権者の持分率)} + \text{(共有に関する債権の価額)} \cdots \cdots (i) \\ & \text{(共有債務者が具体的に受くべき共有財産の価額)} \end{aligned}$$

$$= \text{(共有物の評価額)} \times \text{(共有債務者の持分率)} - \text{(共有に関する債権の価額)} \cdots \cdots (ii)$$

もつとも、各共有者が共有物分割によつて具体的に受くべき共有財産の価額は、共有者間に別段の合意がない限り、持分率にしたがつて計算されるものである。そこで、民法二五九条一項に規定する権利を行使することによつて変動するのは、各共有者が共有物分割によつて具体的に受くべき共有財産の価額を計算する基礎となるべき持分率である⁽²⁶⁾と考えることもできよう。つまり、民法二五九条一項に規定する権利を行使することによつて、共有債権者の持分率は、共有物の評価額を分母とし共有に関する債権の価額を分子とする割合で増加するとともに、共有債務者の持分率は、共有物の評価額を分母とし共有に関する債権の価額を分子とする割合で減少すると考えることもできよう。これを数式で表すと、次のようになる⁽²⁵⁾。

(共有債権者が具体的に受くべき共有財産の価額)

$$= (\text{共有物の評価額}) \times \left\{ \frac{(\text{共有債権者の持分率})}{(\text{共有に関する債権の価額})} \right\} \dots\dots\dots (i)'$$

(共有債務者が具体的に受くべき共有財産の価額)

$$= (\text{共有物の評価額}) \times \left\{ \frac{(\text{共有債務者の持分率})}{(\text{共有に関する債権の価額})} - \frac{(\text{共有物の評価額})}{(\text{共有物の評価額})} \right\} \dots\dots\dots (ii)'$$

民法二五九条一項に規定する権利を行使した結果、「債務者に帰属すべき共有物の部分をもって、その弁済に充てることができる」との効果が発生するまでの間の操作ないし過程において、共有債権者、共有債務者がそれぞれ具体的に受くべき共有財産の価額が変動すると思われるべきか、または、これを計算する基礎となるべき持分率が変動すると思われるべきかは、一つの問題ではある。しかし、(i)式と(ii)式、(iii)式と(iv)式は、同値であるから、説明の仕方相違にすぎず、そこだわらなくともよいのかもしれない。いずれにせよ、右のような、共有債権者が民法二五九条一項に規定する権利を行使してから共有債権者が具体的に受くべき共有財産の価額が決まるまでの操作ないし過程は、共有物の価額の評価を除けば、観念の世界で行うことができるものである。それゆえに、共有債権者を除く債権者は、共有債務者が具体的に受くべき共有財産の価額または共有債務者の持分率の変動そのものには介入できないと考えられたのではないかと史料⁽²⁶⁾される。

(三) ところで、共有持分は、それ自体として、債務者の責任財産を構成しうる。当然、債権者は、共有債務者の共有持分に対して、強制執行をすることができる。そうすると、共有持分に対する強制執行の局面において民法二五九条に規定された権利が貫徹できなければ、債権者は、共有債務者の共有持分を対象とする強制執行を行うことによって、共有債権者の共有に関する債権についての優先権を失わせることができることになろう。同様の問題は、共

有債務者が、その共有持分を第三者に譲渡した場合にも起こりうる。なるほど、この場合、共有債権者は、「共有物について」の債権をその持分譲受人に対しても行使することができる（民法二五四条）が、このことと、「共有に関する債権」につき民法二五九条に規定された権利を持分譲受人に対しても行使できるのかは区別すべき問題である。そこで、共有持分に対する強制執行や共有持分の譲渡の場面において、共有債権者の有する共有に関する債権についての優先権は、どのように扱われるのが問題となる。

まず、共有持分に対する強制執行の場面における、共有債権者の有する共有に関する債権についての優先権の問題についてはどうか。この問題に関連して、第三〇回法典調査会においては、横田國臣委員から、次のような質問がなされている。

「一寸御尋ねシマスガ此分割ヲセヌ前ニ外ノ債権者ガ訴ヘテサウシテ其債權ト云フモノヲ取ルト云フコトニナル其時分ニ其債權ヲ分テバ宜イケレドモ分タヌデ競売スル場合ハドウデスカ」⁽²⁷⁾

この質問に答えたのは、梅謙次郎委員である。梅謙次郎委員は、次のように答弁する。

「夫レハ二項ノ規定デ無論其共有物ヲ買ツタ者ガ共有ヲ有スルコトガ出来ル」⁽²⁸⁾

ただ、議事速記録上、右の質問および答弁の趣旨については、はっきりしないように思われる。筆者の力不足のため、議事録上の関連しうるか所の指摘にとどめざるを得ない。

これに対して、共有持分の譲渡の場面における、共有債権者の有する共有に関する債権についての優先権の問題についてはどうか。この問題に対処するため、起草者は、法典調査会の段階において、「債権者ハ債務者ノ特定承継人ニ対シテモ前二項ノ權利ヲ主張スルコトヲ得」との明文の規定を設けたといえよう（第三〇回法典調査会に提案された民法二五九条三項原案参照）。この点、梅謙次郎委員は、第三一回法典調査会において、次のように説明をされて

いる。

「…是レハ分割シテ後ノ特定承継人ヲ言フノデナク分割前ノ特定承継人ヲ言フノデアリマス例ヘバ甲ト云フ者ガ管理ノ費用ヲ払ウベキモノガアツタ然ルニ夫レヲマダ払ハヌ内ニ乙ト云フ者ニ譲ツテ自分ハ退イタノデアリマス然ウスルト今ノ共有者ハ乙デアリマシテ費用ノ債務者ハ誰デアルカト言ヘバ甲デアル然ルニ二項ニ於テハ債務者ニ歸スベキ部分トアル然ルニ今ノ場合ハ債務者デナイ昔共有者デアルト云フノダカラドモウ一項ノ適用デ当然然ウ云フ場合ニ乙ガ此箇条ノ適用ヲ受ケルト云フコトハ少シ解釈ガ六ケシイト思ヒマス書カズニ済ムコトナラバ削リタイガ止ムヲ得ズ置イタノデアリマス」⁽²⁹⁾

すなわち、共有債務者が「共有に関する」債務を共有債権者に弁済しないうちにその共有持分を第三者に譲渡した場合、「共有に関する債権」の債務者は誰かと問われれば、厳密には、持分譲受人ではなく、自己の持分を譲り渡した共有債務者であると考えられよう。それゆえ、分割の際には、持分譲受人に帰属すべき共有物の部分は観念できようが、「債務者に帰属すべき」(民法二五九条一項)共有物の部分は存在しないはずである。そこで、起草者は、共有債権者が、共有債務者の共有持分を譲り受けた特定承継人に対して、民法二五九条一項二項に定める権利を行使することができ、との規定を設けようとしたのである。かくして、共有債務者は、自己の共有持分を第三者に譲渡することによつて、共有債権者の民法二五九条一項二項に規定された権利を無に帰することはできなくなる。他方、共有債権者は、共有債務者の共有持分が第三者に譲渡されたとしても、これを譲り受けた第三者に対して民法二五九条一項二項に定められた権利を行使することができるから、共有に関する債権については、共有物分割の際に回収できることになろう。

「債権者ハ債務者ノ特定承継人ニ対シテモ前二項ノ權利ヲ主張スルコトヲ得」との規定を設けることの意味は、少

なくとも共有債務者による共有持分の第三者への譲渡の場面に関する限り、共有に関する債権の優先的処理の問題を共有物分割の場面に限定することを可能にすることにあるのではないか。この意味で、共有債権者が共有債務者からの持分譲受人に対しても民法二五九条に規定する権利を行使できるとすることは、共有に関する債権について優先権が認められるとの解釈を裏から支える論理であると指摘できよう。

3 民法二五九条一項の権利の性質

「共有に関する債権」の優先的処理については共有物分割の場面でのみ扱えばよいとすることの裏返しとして、逆に、民法二五九条に定める権利は、共有物分割の際に、確実に行使できることが要請される。そこで、梅謙次郎委員は、民法二五九条に定める権利について、前述のように、「留置権見タ様ナ権デアル」と構成されたであろう。その趣旨は、富井政章委員の説明を借りれば、次のようなところにあるう。

「優先権ヲ持ツテ居ル者ノ特権ニハ違ヒナイガ併シ先取特権デハナイ物ヲ売ツテ其代価ヲ他ノ債権者ニ先立テ取ルト云フ權利デハナイ分割ヲ差止メテ分割前ニ償還ヲサシテ仕舞ウト云フ權利デアル」⁽⁴⁰⁾

ともあれ、梅謙次郎委員は、民法二五九条に定める権利を留置権という担保物権に比せられている。なるほど、起草者は、「共有に関する債権」につき「債務者に帰属すべき共有物の部分」からの代物による優先弁済を認める見解を採用している。民法二五九条二項は、とくにその換価権を認めた規定であるとも読めなくはない―もつとも、前述の富井政章委員の説明と整合性がないかもしれないが―。また、明治二三年民法においては先取特権による保護が与えられていたとの沿革もある。さらに、起草者は、共有債権者が、共有債務者からの持分譲受人に対しても、「共有物について」の債権を追及でき（民法二五四条）、かつ、「共有に関する債権」につき民法二五九条に規定された権利

を、その特定承継人に対しても行使できるとした(第三〇回法典調査会に提案された民法二五九条三項原案参照)。換言すれば、持分譲受人は、譲り受けた共有持分につき、民法二五九条に規定された権利を行使されうるとの負担付で、共有債務者の共有持分を譲り受けることになる。こうしてみると、民法二五九条に定められた権利は、担保物権としての側面を有するとみることでもできないように思われる。

他方で、梅謙次郎委員は、磯部四郎委員からの「∴先程御答ニナリマシタ所ハ全ク共有ニ関スル債權ト云フコトデナクテ全ク純然タル対人ノ債權ノ様ニ御述べニナリマシタガ私ノ考ヘデハ先取特權ト云フ性質ヲ持ツテ居リマスカラ純然タル物上債權デアリマシテ物上債權ノ執行ハ特定承継人ニ及ブト云フコトハ普通ノ規則デ往ケルト思ヒマスカラ第三項ハ無用ニ属シハシマセヌカ⁽³¹⁾」との質問に対しては、次のように答弁されている。

「∴是レハ固ヨリ共有ニ関スル債權ニハ違ヒナイ優先權ヲ与ヘルノデアリマスカラ其優先權ハ先取特權ニナツテ物權ニナルト云フコトハ既成法典ノ如クト仮定シマシテモ動産ニ付テ丈ケデアリマス夫レハ分割ノ済ンダ後ニ此分ハ誰ノ所有此分ハ誰ノ所有ト云フコトニ極マツテカラ甲ノ所有ノ動産ガ乙ノ所有ノ債權ノ先取特權ニナル此処ノ場合ハマダ分割ノ済マヌ内デアリマスカラ有形ニ財産ガ是レガ乙ノ物⁽³²⁾是レガ甲ノ物ト極マツテ居ルノデハナイ只無形上何分ハ誰ノ物何分ハ誰ノ物ト極マツテ居ルノデ夫故先取特權ガ極マツテ居ルノデナイ夫レデアルカラ一種ノ優先權デアル先取特權デハナイ是迄民法デ認めテ居ル權利デ言ヘバ留置權ト能ク似テ居ル通常ノ留置權トモ違フ即チ共有ニ関スル債權ト云フモノハ固ヨリ共有ニ関スル債權デ外ノ債權ヲ含ムノデハナイカラ此規定ガ出来マスレバ特權又ハ特權ニ類シタ一種ノ權利ヲ是レデ認メルト云フコトニナル此規定ガナケレバ学理上ハ特定承継人ニ効力ガ及ブコトハ出来ヌト思ヒマス⁽³²⁾」

共有債務者に帰属すべき部分は、「有形」ではなく、確定ないし特定されていないものである。そこで、梅謙次郎

委員は、確定ないし特定されていない共有債務者に帰属すべき部分を、担保物権の目的物とすることはできないと考えたのではなからうか。梅謙次郎委員は、民法二五九条に規定された権利について、留置権との類似性に言及されつつも、あくまで、「特権又ハ特権二類シタ一種ノ権利」であると指摘されているのである。

4 若干の考察

(一) 「共有に関する債権」につき他の債権に対する優先権を認めるため、起草者が作り出した仕組みは、次の二点に要約できよう。第一に、共有物分割に際して、共有債務者の単独所有に帰属した部分が確定していない状態であることを利用して、共有債権者が、共有に関する債権に相当する部分を、共有債務者に帰属すべき共有物の部分からあらかじめ差し引いたうえで代物弁済を受けることを認めることである。共有債務者に帰属すべき共有物の部分は確定ないし特定されていないから、共有物分割に際して、他の一般債権者と共有債権者との間で優先劣後の問題が起ることはない起草者は考えたのであろう。第二に、共有債務者の共有持分が第三者に譲渡された場合、共有債権者は、持分譲受人に対しても民法二五九に規定された権利を行使できることである。これにより、共有債務者が第三者に自己の共有持分を譲渡することによって、共有債権者の有する民法二五九条一項二項の権利を失わせることはできなくなる。このような仕組みは、ある債権について他の債権に対する優先権を認めるための立法技術としては、極めて巧妙なものであると評価できる一方で、梅謙次郎委員の言葉を借りれば、「特権又ハ特権二類シタ一種ノ権利」なるものを生み出さざるを得なくなり、結果的に、民法二五九条に規定された権利の性質把握を困難なものにしたところがあったのではなからうか。

(二) ともあれ、「共有に関する債権」につき他の債権に対する優先を認めるべきとの起草者の考えを是とするこ

とを前提とするならば、「共有に関する債権」につき他の債権に対する優先権を認めるためには、民法二五九条一項に定められた権利をいかなる性質のものとして理解するのが妥当であるのかである。

この点、起草者は、民法二五九条に定める権利につき、留置権に比しつても、それとも異なる特殊な優先権であると解したと思料される。もつとも、起草者が民法二五九条に定める権利につき留置権に比した趣旨は、富井政章委員の言葉を借りれば、この権利の機能が「分割ヲ差止メテ分割前ニ償還ヲサシテ仕舞ウ」ことにある。他方で、起草者は、前述のように、この権利が先取特権ではないことを強調しているようにも思われる。ただ、先取特権ではないことを強調したのは、この権利が、共有物分割後の共有債務者の単独所有に帰属した部分を目的物としているのではなく、共有物分割が完了する前の、有形ではない「債務者に帰属すべき部分」を目的物としていることを説明するためではなかろうか。有形ではなく、確定ないし特定されていない「債務者に帰属すべき部分」なるものを目的物としているため、担保物権の目的物たりうるかの問題はあろう。しかし、この権利は、実質的には「債務者に帰属すべき部分」から優先弁済を受けることを認めている点で、むしろ先取特権に類似するものではないか。旧破産法（大正一一年法律第七一号）九四条において共有債権者に「共有ニ関スル債権」につき別除権が認められたのは、「この場合の共有債権者の権利は、実質上担保権、特に先取特権に類似するものである」⁽³³⁾とところにその根拠が求められていたのである。そこで、民法二五九条の定める権利の性質について、担保権—とりわけ先取特権—に類似したものと構成することが考えられるのではないか。特に、「共有に関する債権」につき他の債権に対する優先を認めるためには、民法二五九条に定める権利につき、担保物権としてのまたは担保物権に類似した性質を見いだす方が、直裁的であるとも考えられる。現行破産法上も、旧破産法九四条と同様に、共有者の別除権を認めるのであれば、性質論から直ちに演繹的に論じることが疑問なしとはいえないが、この権利に担保物権としての性質を見いだす方が、その説明を容易に

することができるように考える。

(三) ところで、民法二五九条一項に定める権利の性質についての先行研究としては、惣脇春雄判事の論文がある。惣脇判事の論文によると、民法二五九条に定められた権利の性質および実行方法については、従来、自助権説、申出説があるとされる。

「自助権説」 民法二五九条は特別の弁済方法を定めたものであつて、請求権を規定したものではない。そして一項は債権の目的と債務者に帰すべき共有物の部分とが同種類の物であることを前提とし、債権者はみずから本条の自助権を実行(但し前提について争いがあれば裁判上の決定を要する)して直ちに債権額に当る分量を控除し、残余を債務者に与えればよい。債権の目的と債務者に帰すべき共有部分とが異種類の物であることを前提とし、債権者は債務者をして売却せしむべく請求するのではなく、みずからこれを売却することを債務者をして承認せしめることで、実際上は売却の旨を通知してこれを売却すればよいと解する⁽³⁴⁾。

「申出説」 請求の相手方は、協議分割のときはその事務担当者、裁判所が分割するときには裁判所であると解する。ただしこの説は民法二五九条二項の請求について述べているにすぎない⁽³⁵⁾。

しかし、惣脇判事は、「本条の弁済請求は代物弁済的な効果をもたらすことを目的とする一種の形成権」であり、「本条の法律的性質は共有物分割請求権と同じような法律的性質であるということが出来る。すなわち分割によつて債務者に帰すべき部分をもつて弁済すべきことを求めるといふ請求(意思表示)によつて『債権者、債務者間に具体的に分割により債務者に帰すべき部分をもつて弁済を実現すべき法律関係』を生ずる。換言すれば『分割が協議分割ならば、共有に関する債権は協議に基づいて債務者に帰すべき共有物部分から弁済充当さるべく、分割が裁判所上の分割ならば、共有に関する債権は裁判所によつて債務者に帰すべき共有物部分から弁済充当さるべき法律関係』の形成を

内容とする一種の形成権であることができる。その行使の効果として債務者に帰すべき部分をもって弁済する協議が行なわれ、訴訟において裁判所が債務者に帰すべき部分からしかるべく分与する裁判（法律関係の形成）をすることになると解すべきである⁽³⁶⁾とされる。

「共有に関する債権」につき他の債権に対する優先権を認めることを前提とした場合、私は、この、民法二五九条一項の性質を「代物弁済的な効果をもたらすことを目的とする一種の形成権」であると理解する惣協判事の見解に、強い魅力を感じる。代物弁済的な効果が共有債権者の一方的意思表示のみによってもたらされるとの構成は、「共有に関する債権」に相当する部分を債務者に帰属すべき部分から差し引くとの民法二五九条一項の法意に親和的であるように思われるし、また、このような権利の行使が共有物分割の際にあらかじめなされることによって、「共有に関する債権」の他の債権に対する優先が比較的容易に認められると思われるからである。この点、自助権説によれば、共有債権者が共有物を占有している場合にのみ優先弁済が認められるのであるが、ここに自助権説の難点がある⁽³⁷⁾。これに対して、惣協判事の見解は、共有物の占有が共有債権者にあるか否かを問わない。

もつとも、この形成権の行使により形成される法律関係について、「債権者、債務者間に具体的に分割により債務者に帰すべき部分をもって弁済を実現すべき法律関係」であるとされる点については、なおよく考えてみたい。この点、民法二五九条一項に規定する権利を行使することによって、共有債権者、共有債務者がそれぞれ具体的に受くべき共有財産の価額、または、これを計算する基礎となるべき持分率が変動すると考えることができれば、形成権の内容は明確になるであろう。しかし、共有債権者、共有債務者がそれぞれ具体的に受くべき共有財産の価額、または、これを計算する基礎となるべき持分率は、共有物分割手続における分割の前提となるべき計算上の価額、または、その価額の共有物の価額に対する割合を意味するもので、それ自体実体法上の権利関係であるとはいえないともいえず

う。⁽³⁸⁾ そうすると、惣協判事のように、「債権者、債務者間に具体的に分割により債務者に帰すべき部分をもつて弁済を実現すべき法律関係」を生ずる」と考えるのが妥当であろうか。今後さらに考察を深めたい。

四 民法二五九条二項の競売について

1. 法典調査会における議論

前述のように、民法二五九条に規定された権利が、「分割に際し」行使されることに鑑みれば、民法二五九条に規定する権利の実現過程と、共有物の裁判上の分割手続である共有物分割訴訟ないしその判決に基づく競売との関係が問題になるはずである。ところで、起草者は、民法二五八条に規定された共有物分割手続が、非訟手続であることを前提としていたのではないか。⁽³⁹⁾ 民法二五九条に規定する権利実行の手続についての起草者の意図を探る際には、この点について、留意を要する。ともあれ、法典調査会における議論で、民法二五九条に規定する権利の実現過程と共有物分割手続との関係で注目されるのは、民法二五九条二項に定める競売に関するものである。

法典調査会においては、まず、そもそも、民法二五九条二項の規定を設ける必要があるのか否かについて、議論がなされた。例えば、土方寧委員は、第三〇回法典調査会において、次のような質問をされている。

「夫レカラムウ一ツハ二項ノ方デスハ一項ニ『弁済ヲ為サシムルコトヲ得』トアルカラ自然執行ノ方デ出来ハシナイカト思フ詰リ競売ノ方デ往クカラ二項ハ要ラヌト思ヒマスガ如何デセウカ」⁽⁴⁰⁾

これに対して、富井政章委員は、次のように答弁をされている。

「…第二項ハ或ハナクテモ宜イカモシレマセヌ併シ疑ガ起ラウト思ツテ書イタ其疑ガ起ラウト云フ理由ハ只今申シ

タ通りマダ債務者ノ共有物ト確定シテ居ラヌノデアリマスカラ売却スルコトマデ出来ルカドウカ少シ疑ハシイト思ツテ置イタノデアリマス⁽⁴¹⁾

なるほど、民法二五八条二項の競売が共有物そのものを対象とする競売であるのに対して、民法二五九条二項の競売は、条文中、「債務者に帰属すべき共有物の部分」の売却のための競売である。「債務者に帰属すべき共有物の部分」なるものが、共有債務者の持分でもなく、共有債務者の単独所有に帰属した部分でもないとなれば、競売対象たりうるのが問題となろう。そこで、起草者は、民法二五九条二項の規定を設けたというのである。しかし、その前提問題として、民法二五九条二項の競売の対象である、共有債務者の持分でもなく、共有債務者の単独所有に帰属した部分でもない「債務者に帰属すべき共有物の部分」なるものの意義が、問題となるはずではなからうか。だが、この点、起草者の見解は、明快ではないように思われる。

また、法典調査会においては、民法二五九条二項の競売における差押えの要否について、議論がなされている。第三〇回法典調査会において、田部芳委員は、次のような質問をされている。

「第二項二『債権者ハ右ノ弁済ヲ受クル為メ債務者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ヲ売却スル必要アルトキハ其売却ヲ請求スルコトヲ得』ト云フコトガアリマスガ是レハ債権者ガ共有物ヲ売ラセルコトガ出来ルト云フノデアリマスガ何カ前二差押デモ出来ルト見テ斯ウ云ウ規定ヲシタノデアリマスカドウモ意味ガ能ク分リマセヌ⁽⁴²⁾

右の質問に答えたのは、梅謙次郎委員である。梅謙次郎委員は、次のように答弁された。

「債権者ト云フノハ此処デハ共有者ノ一人デアルカラ實際其物ヲ持ツテ居ルカラ別ニ差押モ何モ要ラヌ⁽⁴³⁾

民法二五八条二項の共有物分割のための競売については、差押えをもって手続が開始される⁽⁴⁴⁾が、梅謙次郎委員は、民法二五九条二項の競売につき差押え不要と説いたのである。

2. 民法二五九条二項の競売に関する若干の検討

前述のように、民法二五八条二項の競売と民法二五九条二項の競売では、まず、競売の対象につき相違がある。すなわち、民法二五八条二項の競売が共有物そのものを対象とするのに対して、民法二五九条二項の競売は、条文中、「債務者に帰属すべき共有物の部分」を対象とする。また、民法二五九条二項の競売は、共有物分割が完了するまでに行われるべきものである。それゆえ、民法二五九条二項の競売は、民法二五八条二項の競売よりも前になされるか、少なくとも同時になされることを要するはずである。そこで、民法二五九条二項の競売とはいかなるものであるのか、が問われるはずである。しかし、民法二五九条二項の競売に関する法典調査会の議論は、前述の、その規定の要否および差押えの要否の点にとどまる。

では、民法二五九条二項の競売は、いかなるものであると考えるべきか。この点、富井政章博士は、後に、その著書『民法原論第二巻物権』において、次のように指摘されている。

「共有者ノ一人力他ノ共有者ニ対シテ共有ニ関スル債権（例ハ管理費用ノ償還ヲ受クル）ヲ有スルトキハ分割ニ際シ債務者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ヲ以テ直ニ弁済ニ充ツルコトヲ得又其部分ヲ売却スル必要アルトキハ之ヲ売却シ其代金ヲ以テ弁済ヲ受クルコトヲ得例ハ土地ノ如キハ債務者ニ歸属スヘキ部分中ヨリ債権額ニ相当スル坪数ヲ分配セシムルコトヲ得ヘク之ニ反シテ物ノ性質上直ニ債権額ニ相当スル部分ヲ受クルコト能ハサルトキハ其売却ヲ請求スルコトヲ得ヘシ（二五九条）⁽⁴⁵⁾」

右の記述によると、民法二五九条二項の趣旨は、現物分割が不能である等の理由により共有物の一部分による代物弁済ができない場合に、共有物を競売することを認めるところにあると読むのであろうか。そうすると、民法二五九

条二項の競売と民法二五八条二項の競売をとくに区別する必要はないことになろうか。

ところで、右の富井博士の記述においては、民法二五九条二項の競売がなされた場合に、共有債権者は共有債務者に交付されるべき競売代金から「共有に関する債権」に相当する額を他の債権者に優先して配当を受けることができる旨まで、記載されているわけではない。しかし、現物分割の場合、共有債権者は「共有に関する債権」に相当する部分を他の債権者に優先して代物弁済を受けることができるにもかかわらず、代金分割の場合、共有債権者は「共有に関する債権」に相当する額を他の債権者に優先して配当を受けることはできないとするのは、均衡を欠くであろう。

そこで、民法二五九条二項の競売がなされた場合、共有債権者は共有債務者に交付されるべき競売代金から「共有に関する債権」に相当する額を他の債権者に優先して配当を受けることができると解すべきではないか。この点、民法二五九条二項においても「債務者に帰属すべき共有物の部分」との文言が用いられているが、これは、共有物分割が完了する前に「共有に関する債権」に相当する部分を共有債務者の持分からあらかじめ差し引くことを意味するためであるから、条文の文言上も、このような解釈が成り立たないとはいえないであろう。そして、このように解釈すれば、民法二五九条二項の趣旨は、単に代物弁済によることができない場合に共有物の売却を認めることにあるだけでなく、競売における売却代金につき、共有債権者は、「共有に関する債権」につき、他の債権者に対する配当に優先して、共有債務者に交付されるべき競売代金から弁済を受けられることを認めるところにあるといえようから、民法二五八条二項の規定のほかに民法二五九条二項の規定が存在する意義がでてこよう。

もつとも、このような考え方は、民法二五八条二項の競売と民法二五九条の競売をとくに区別するものでなく、それゆえ、民法二五九条二項の競売そのものの独自性をとくに認めない点で、批判を受けるかもしれない。

これに対して、梅謙次郎博士は、民法二五九条二項の競売につき、その著書『民法要義卷之二物権編』において、

次のように指摘されている。

「共有物数個アル場合ニ於テ乙力受クヘキ其一個ヲ売却シ其価ノ中ヨリ甲力受クヘキ金額ヲ控除スルコトヲ得ルカ如キ是ナリ」⁽⁴⁶⁾

右の梅博士の記述によると、複数の共有物について分割がなされる場合に、「共有に関する債権」の弁済のために、その一部の競売を認めるのが、民法二五九条二項の競売であると解することになるか。これは、家事審判法一五条の四に規定する、中間処分としての競売に類するものであるともいえようか。この見解によれば、競売の目的に鑑みれば、共有債権者が「共有に関する債権」につき、他の債権者に優先して弁済を受けることができることを、容易に説明することができるのではなからうか。しかし、このように民法二五九条二項の競売を位置づけることは、複数の物についての共有物分割を前提としている点で難があるとの批判を受けるかもしれない。

民法二五九条二項の競売については、なおよく考えてみたい。

五 結びに代えて

1 第三〇回・三二回法典調査会における議論からみることできる、起草者の民法二五九条に関する見解ないし構想は、次のように要約することができるのではないか。

(一) 民法二五九条一項は、現物分割の場合に、共有に関する債権について代物弁済を受ける権利を、また、同二項は、共有に関する債権について競売代金から弁済を受ける権利を、それぞれ認めたものである。

(二) 明治二三年民法においては、「共同分割者ノ先取特権」が認められていたが、「共有に関する債権」の清算の

便宜を考慮して、民法二五九条一項は代物弁済を受ける権利を規定した。

(三) 「共有に関する債権」(民法二五九条) については、他の債権に対する優先権が認められるべきである。

(四) 「共有に関する債権」につき他の債権に対する優先権を認めるため、起草者は、次のような仕組みを作り出した。すなわち、共有物分割に際して、共有債務者の単独所有に帰属した部分が確定していない状態であることを利用して、共有債権者が、共有に関する債権に相当する部分を、共有債務者に帰属すべき共有物の部分からあらかじめ差し引いたうえで代物弁済を受けることを認めることである。

(五) 民法二五九条の権利は、留置権に類似した「特権又ハ特権二類シタ一種ノ権利」である。起草者が民法二五九条に定める権利につき留置権に比した趣旨は、富井政章委員の言葉を借りれば、この権利の機能が「分割ヲ差止メテ分割前ニ償還ヲサセテ仕舞ウ」ことにある。

なお、法典調査会後の起草者の著書においてであるが、民法二五九条二項の競売の意義ないし趣旨について、富井政章博士は、現物分割が不能である等の理由により共有物の一部分による代物弁済ができない場合に、共有物を競売することを認めるところにあるとみられるのであろうか。これに対し、梅謙次郎博士は、複数の共有物について分割がなされる場合に、「共有に関する債権」の弁済のために、その一部の競売を認めるのが、民法二五九条二項の競売であると解されるのであろうか。

2 本稿において筆者が加えた検討は、全体として迷いが多く、歯切れの悪いものであるが、最後に、裁判上の共有物分割手続について、雑駁に述べることをもって、結びに代えることとしたい。

民法二五八条に定める共有物の裁判上の分割手続においては、共有関係を解消し単独所有を作り出すことが目的で

あるとされる。他方、民法二五九条一項は「共有に関する債権」について代物による弁済を受ける権利を規定し、同二項は、競売代金から「共有に関する債権」について弁済を受ける権利を規定しているが、起草者の意図を尊重するならば、この規定は、共有物分割に際して、共有者間に存する「共有に関する債権」を優先的に清算することを定めたものであるといえよう。民法二五九条の規定もまた、裁判上の共有物分割手続において適用されるべき規範であるから、民法二五九条は、裁判上の共有物分割手続においても、共有者間に存する「共有に関する債権」についての優先的清算のプロセスが含まれることを要求するとともに、その清算の方法として、代物弁済の方法と競売代金からの弁済の二つの方法を認めるとみることができるのではなからうか。そうであるとすれば、「共有に関する債権」についての優先的清算およびそのプロセスを視野に入れたとしても、裁判上の共有物分割手続に関するこれまでの判例・学説が理論的に耐えうるかを検証することが必要になるのではなからうか。いずれにせよ、今後の課題である。

(1) この問題に関する先駆的研究としては、惣脇春雄「共有に関する債権」宮川種一郎・中野貞一郎編集代表『民事法の諸問題Ⅴ』（一九七二年・判例タイムズ社）がある。この論文によると、民法二五九条による弁済請求の権利の性質は、共有物分割請求権と同じような法的性質の「代物弁済的な効果をもたらすことを目的とする一種の形成権」であると考えられている。前掲惣脇・七一頁参照。

(2) 旧破産法（大正一一年法律第七一号）において、「共有に関する債権」は、別除権として扱われていた（旧破産法九四条）。しかし、現行破産法（平成一六年法律第七五号）においては、旧法九四条において規定されていた共有者の別除権について規定を設けないこととされた。その大きな理由は、民法二五九条は他の債権者との関係で共有に関する債権を有する共有者に優先的な弁済を受ける地位まで保障するものであるのか否かが民法の解釈として明瞭ではないため、共有に関する債権を有する共有者の処遇につき民法における解釈を反映させることができるようにすることを選択するた

めであるとされる。『別冊NBL』No.4破産法等の見直しに関する中間とりまとめと解説』（二〇〇二年・商事法務）一五六頁、小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（二〇〇四年・商事法務）一一一頁参照。

- (3) 現行民法二五三条二項に相当する。第二九回法典調査会（明治二七年九月一八日開会）に提案された民法二五二条二項原案は、次のようなものである。

「共有者力三箇月内二前項ノ義務ヲ履行セサルトキハ他ノ共有者ハ相当ノ償金ヲ払ヒテ其者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得」この規定について、第二九回法典調査会において、富井政章委員は、次のように説明をされている。

「第二項ハ既成法典ニハアリマセヌツヨリヒ民法ニハアリマス、甚ダ公平ノ規定デアルト思ヒマシタカラ採用シマシタ、グラウプウンデンノ民法ニモ殆ド同一ノ規定ガアリマス」

以上につき、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会民法議事速記録二』（一九八四年・商事法務研究会）七八頁参照。

現行民法二五三条二項は、ドイツ民法草案でもなく、フランス民法でもなく、「ツヨリヒ民法」や「グラウプウンデン」民法から採用されているのであるが、ここに、起草者の「公平」へのこだわりをみることができないのではないか。

- (4) 第二九回法典調査会に提案された民法二五三条原案は、次のような規定である。

「民法二五三条原案 前四条ノ規定ニ異ナリタル契約アルトキハ其契約ニ従フ

二項 此契約ハ各共有者ノ特定承継人ニ対シテモ其効力ヲ有ス」

前掲注(3)・八四頁参照。

- (5) 第三〇回法典調査会（明治二七年九月二一日開会）における富井政章委員の説明。前掲注(3)・一二二頁参照。

- (6) 第三一回法典調査会（明治二七年九月二五日開会）における富井政章委員の発言。前掲注(3)・一四五頁参照。

- (7) 宮城浩蔵『民法（明治23年）正義 債権担保編 第壹巻』（一九九五年・信山社）八〇三頁参照。

- (8) もっとも、明治二三年民法においては、共有物分割につき認定主義が採用されている。

- (9) 宮城・前掲注(7)八〇六頁は、「不分物ノ分割ハ現物ノミヲ以テ平等ニ為スコトヲ得ス……此場合ニ於テ共同分割者中ニテ最モ大ナル配当部分ヲ受取りシ者ハ他ノ者ニ対シ此不平均ヲ補フ可キ金額ヲ払ハサルヲ得ス此金額ハ即チ補足額

ト称スルモノニテ之ヲ要求スルノ權利ハ先取特權ヲ以テ担保セラルルナリ即チ大ナル配当部分ヲ得タル分割者ノ不動産上ニ先取特權ヲ有スルナリ」と説く。

- (10) 宮城・前掲注(7) 八〇八頁は、「本条第二号ノ想像スル所ハ競落ノ共同分割者ノ一人ニ歸シタル場合ニシテ此場合ニハ其競落ノ所為ハ一種ノ分割方法トナリ其代価ヲ受クヘキ分割者ハ競落者ノ得タル不動産ノ上ニ先取特權ヲ有ス」、「不分割ノ分割者ノ一人ニ競落シタル場合ニ代価ノ債權者ノ有スル先取特權ノ範圍ハ如何、之ヲ反言スレハ分割者中ノ競落人ノ負担スル先取特權ノ範圍ハ何程ナリヤ、曰ク競落人カ分割ニヨリテ得ヘキ權利ト競売代価ヲ払フヘキ義務ト混同シ即チ競落人ノ部分ヲ代価ノ中ヨリ引去リ殘額ニ付キ其競落シタル不動産ヲ以テ担保スルナリ」と説く。

- (11) 宮城・前掲注(7) 八一〇頁は、「共同分割者ハ其分割ニヨリテ配当ヲ得タル動産又ハ不動産中ニ他人ノ所有物アリテ追奪セラレタル時ハ他ノ分割者ニ対シテ担保ノ訴ヲ為シ以テ其被ムリタル損害ヲ分担セシムルノ權利アリ此担保ノ債權ハ先取特權ヲ以テ担保セラル、モノトス」と説く。

- (12) 前掲注(2)『別冊NBL No.74破産法等の見直しに関する中間とりまとめと解説』156頁参照。

- (13) 第三〇回法典調査会における富井政章委員の答弁。前掲注(3)・一二四頁参照。

- (14) 第三〇回法典調査会における梅謙次郎委員の発言。前掲注(3)・一二六頁参照。

- (15) なお、わが国の現行民法二五九条一項は、ドイツ民法第一草案七七〇条、第二草案六九二条第一文にその範を得たものである。前掲注(3)・一二二頁参照。これは、現行ドイツ民法七五六条第一文に相應する規定である。

ドイツ民法第一草案七七〇条は、次のような規定であつた。

「ドイツ民法第一草案七七〇条 持分權者が、他の持分權者に対して、その相互間に存する共同(Gemeinschaft)に基づく債權を有するときは、その債權を共同の廃止の際に債務者に属する共同の物の持分(Anteile)から弁済するよう請求することができる。」

Art. 770 Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, welche in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft sich gründet, so kann er verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Antheile des Schuldners an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde.

ドイツ民法第一草案の立法理由書においてもまた、「外部との関係では、持分 (Bruchtheile) をもつて共有者の権利が決定されることを要する (ドイツ民法第一草案七六三条、七六四条) のに対して、共有者相互の関係においては公平を要求されるので、共同においてそれに起因するすべての債務関係が分割に際して顧慮され、かつ、各共有者は共同に基づく債権を相互に考慮して自己に帰せられるべき以上に取得してはならない。」と指摘されている。

Berno Mugdan, Die gesanten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben und bearbeitet, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979, S.495.

(16) 前掲注 (3) 参照。

(17) 第三一回法典調査会における富井政章委員の発言。前掲注 (3)・一三九頁参照。

なお、ドイツ民法七五五条についてであるが、柚木馨―上村明廣『現代外國法典叢書 (2) 獨逸民法 (II) 債務法 (復刻版)』(一九八八年・有斐閣) 七二四頁には、「債権者は共同の目的より優先的に満足を受ける権利を有しない」とある。

(18) 第三〇回法典調査会における岸本辰雄委員の質問。前掲注 (3)・一二五頁参照。

(19) 第三〇回法典調査会における富井政章委員の答弁。前掲注 (3)・一二五頁参照。

(20) 第三〇回法典調査会における富井政章委員の発言。前掲注 (3)・一二五頁参照。

(21) この点、梅謙次郎委員も、第三一回法典調査会において、次のような発言をされている。

「…此処ノ場合ハマダ分割ノ済マヌ内デアリマスカラ有形ニ財産ガ是レガ乙ノ物モ是レガ甲ノ物ト極マツテ居ルノデハナ
イ只無形上何分ハ誰ノ物何分ハ誰ノ物ト極マツテ居ル…」

前掲注 (3)・一四三頁参照。

(22) ここで、持分率とは、共有者が共有物に対して有する権利の割合を指す概念として用いる。大村敦志『基本民法Ⅰ総則・物権総論 (第二版)』(二〇〇五年・有斐閣) 三〇〇頁参照。

(23) 第三〇回法典調査会における梅謙次郎委員の答弁。前掲注 (3)・一二七頁参照。

(24) 厳密には、本文中の (一) 式 (二) 式は、(共有に関する債権の価額) が (共有物の評価額) に (共有債務者の持分率) を乗じた値を超えない場合に成立する。(共有に関する債権の価額) が (共有物の評価額) に (共有債務者の持分率) を乗

じた値を超えるときは、

(共有債権者が具体的に受へべき共有財産の価額)

$$= (\text{共有物の評価額}) \times ((\text{共有債権者の持分率}) + (\text{共有債務者の持分率})) \dots\dots (\text{iii})$$

となり、他方、

(共有債務者が具体的に受へべき共有財産の価額) $= 0 \dots\dots (\text{iv})$

となる。しかし、ここでは、(共有に関する債権の価額) が (共有物の評価額) に (共有債務者の持分率) を乗じた値を超えないものとして、議論を進める。

(25) 厳密には、本文中の (一) 式、(二) 式が成り立つのは、(共有物の評価額) を分母とし (共有に関する債権の価額) を分子とする値が (共有債務者の持分率) を超えない範囲に限られる。(共有物の評価額) を分母とし (共有に関する債権の価額) を分子とする値が (共有債務者の持分率) を超えるときは、前掲注 (24) の (三) 式、(二) 式のようになる。

(26) なお、債権者は、共有物分割に参加することができる (民法二六〇条一項)。民法二六〇条については、奈良次郎「共有物分割手続と『利害関係人』に関する若干の問題について—民法二六〇条についての検討—」日大法學六五巻一号一頁参照。

(27) 第三〇回法典調査会における横田國臣委員の質問。前掲注 (3) ・一二八頁参照。

(28) 第三〇回法典調査会における梅謙次郎委員の答弁。前掲注 (3) ・一二八頁参照。

(29) 第三回法典調査会における梅謙次郎委員の発言。前掲注 (3) ・一四二頁参照。

なお、明治二七年九月二一日開会の第三〇回法典調査会において示された民法二五九条三項原案は、その後、民法整理會において削除されることとなった。その理由につき、富井政章委員は、次のように説明をされている。

「此条ハ唯四箇条ニ分レテ居ルモノヨ一箇条ニ纏メタノデアリマス即チ二百五十三条第三項、第二百五十二条ソレカラ第二百五十六條第三項、第二百五十九條第三項、此四箇条ニ分レテ居リマシタガソレハ如何ニモ體裁ガ悪ルイ土方君カラ頻リニ纏メテ呉レト云フ注文ガアツテ整理ノ時マデニ考ヘテ置テ呉レト云フコトデアリマシタカラ斯ウ云フ風ニ書イタナラバ旨ク纏マルト思フテ此通りニ替ヘマシタ」

以上につき、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査会民法整理會議事速記録』(一九八八年・商事法務研究会) 一九四頁参照。

(30) 第三〇回法典調査会における富井政章委員の発言。前掲注(3)・一二四頁参照。

なお、Mugdan, a. a. O. S. 495によると、共有債権者の留置権に消極的評価のようである。また、共同廃止請求権(Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft) に対する留置権は、認められていない。Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Besonderer Teil 2, Halbband (§§652-853), 2. Auflage, 1986, S. 943, 右近健男編『註釈ドイツ契約法』(一九九五年・三省堂) 六四一頁(上谷均) 参照。

(31) 第三一回法典調査会における磯部四郎委員の発言。前掲注(3)・一四三頁参照。

(32) 第三一回法典調査会における梅謙次郎委員の答弁。前掲注(3)・一四三頁参照。

(33) 斎藤秀夫Ⅱ麻上正信Ⅱ林屋礼二編『註解破産法(第三版)上巻』(一九九八年・青林書院) 六六五頁(斎藤秀夫) 参照。

(34) 惣脇・前掲注(1) 六九頁参照。

(35) 惣脇・前掲注(1) 七〇頁参照。

(36) 惣脇・前掲注(1) 七一頁参照。

(37) 惣脇・前掲注(1) 七〇頁参照。

(38) 最小判平成一二年二月二四日民集五四卷二五三頁は、遺産分割における具体的相続分についてであるが、「具体的相続分は、…遺産分割手続における分配の前提となるべき計算上の価額又はその価額の遺産の総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはでき」ないとする。

(39) 明治二九年三月六日の第九回帝国議會衆議院民法中修正案委員会の審議において、富井政章政府委員は、民法二五八条一項削除の提案に対して、次のように発言をされている。

「第一項ノ書方ハ、或ハ少シ惡イト思ヒマスニ依ツテ、書方ガ改マルコトニ就イテハ、異議ハアリマセヌガ、之ヲ全ク削除スルコトニナツテハ少シ困ルカト思ヒマス、其訳ハ裁判所ト云フモノハ、權利ノ争ヲ判決スルコトガ、其職務デアリマスニ依ツテ、夫レニハ明文ヲ要シマセヌガ、併シナガラ当事者ニ代ツテ分割ヲ行フ如キコトハ、争ヲ判断スルコト

デハナイ、本条ノ規定ハ分割ニ就イテ当事者ノ協議ガ整ハナカツタトキハ、裁判所ガ分割ヲ行フ即チ通常裁判所ノ行フベキ性質ノ仕事デハナイケレドモ、此場合ニ於テハ誰力ガ分割ヲ為サネバナラヌ、而シテ裁判所ガ最モ適當デアルニ依ツテ、裁判所ガ行フコトヲ極メタノデアリマス、如何ニ裁判所ガ適當デアルト申シテモ、規定ガナケレバ出来ナイ事柄ト思ヒマス、尤モ非訟事件法ニデモ、斯様ナコトガ出来ルコトニ定マルナレバ、ソレデモ宜シイカ知リマセヌケレドモ、ソレハ未ダ極ツテ居リマセヌ事デアルニ依ツテ、甚ダ疑ヲ生ズルト思ヒマス。

廣中俊雄編著『第九回帝國議會の民法審議』（一九八六年・有斐閣）一七四頁参照。

なお、拙稿「共有物分割訴訟に関する史的考察―民法二五八条制定過程を中心にして―」阪大法學五三卷二号四七六頁参照。

(40) 第三〇回法典調査会における土方寧委員の質問。前掲注(3)・一二三頁参照。

(41) 第三〇回法典調査会における富井政章委員の答弁。前掲注(3)・一二三頁参照。

(42) 第三〇回法典調査会における田部芳委員の質問。前掲注(3)・一二四頁参照。

(43) 第三〇回法典調査会における梅謙次郎委員の答弁。前掲注(3)・一二四頁参照。

(44) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂五版）』（二〇〇六年・青林書院）七四〇頁、阪本勁夫著・東京地裁民事執行実務研究会補訂『不動産競売申立ての実務と記載例（全訂三版）』（二〇〇五年・金融財政事情研究会）三五六頁参照。

(45) 富井政章『民法原論第二巻物権（大正一二年合冊版復刻版）』（一九八五年・有斐閣）一七九頁参照。

(46) 梅謙次郎『訂正増補民法要義義卷之二物権編（明治四四年版復刻版）』（一二三頁参照）。

