

《判例研究》

- 一 一筆の土地の一部分の売買契約においてその対象である土地部分が具体的に特定していないとされた事例
- 二 多数持分権者との間の売買契約に基づいて共有地の一部分の引渡を受けた者に対する少数持分権者からの返還請求ができないとされた事例

辻 伸行

最高裁昭和57年6月17日第一小法廷判決（昭和56年（オ）742号，建物取去土地明渡請求事件）判例時報1054号85頁，金融商事判例656号15頁

〈事実の概要〉

Aは本件土地（北側および西側がそれぞれ市道に接した一辺が約23メートルの正方形の土地）および本件土地の北西部分に木造平屋建居宅と南側部分に納屋（①建物）を所有していたが，昭和22年春ころAの妻の甥にあたるY（被告・被控訴人・被上告人）にそれらの建物を無償で貸与した。昭和36年5月23日Aが死亡し，その後の昭和38年ころYは上記居宅の東側を増築するとともに（増築後の居宅を②建物という），本件土地の北東角部分に店舗兼居宅（③建物）を新築し，Yの子Bが③建物で飲食店を営業するに至った。そこで，Aの共同相続人であるその妻C，子D，E，F，X（原告・控訴人・上告人）の5名は，使用貸借契約が昭和36年ころ終了したとして，YおよびBを相手に建物取去土地明渡等を求めて訴を提起した（前訴）。その後（昭和44年10月21日）Cが死亡したが，昭和46年7月19日，D，E，F，XとY，Bとの間で訴訟上の和解が成立した。その内容は，(i)D，E，F，Xの4名は，Yに対し②建物を賃貸する，(ii)②建物が朽廃したときは，その建物の敷地部分を建物所有の目的で賃貸する，(iii)Y，Bは①および③建物を取去して土地を明渡す，というものであった。

その後，Xを除く3名の相続人（D，E，F）とY，Bとの間で，上記和解で定められた土地の使用条件を変更することになり，昭和50年2月7日Xを除く3名は，Y，Bに対し本件土地の南側部分約60坪を売渡し，Yは①および③建物をすみやかに撤去してその土地の上に建物（本件建物という）を建築して入居すると同時に，和解で定められた賃借権を放棄し，②建物も撤去することなどが約定された。ただ売却部分は，その面

積が60坪となるように本件土地の南端から8メートル余の地点で東西に線を引くと楠の根がかかることになり、またその西側部分については後日東西の市道からの進入路を建築基準法に従って拡幅するため必要部分をYらが提供することが予定されていたので、契約書上では約60坪と表示し、分筆・移転登記の際の正確な測量に基づいてその範囲を確定することとし、また代金は一応坪11万4000円合計684万円とし、売却面積が確定した時点で60坪を前後する分の端数を精算する旨が定められた。そして、Y・Bは、本件売買と同時に手付金100万円、昭和50年3月1日に250万円を支払い、①および③の建物を撤去した後、昭和50年8月ころ本件建物を建築するとともに、②建物を撤去し、本件建物に入居して本件土地の北側部分を明渡した。本件建物については、昭和52年6月9日所有権保存の登記を経由している。また、本件土地北側部分はEが返還を受け管理している。

そこで、Xは、Yに対して、本件土地に対する共有持分権（4分の1）に基づき本件建物を取去して土地を明渡すよう求めるとともに、Yが占有を開始した昭和50年8月10日から土地明渡し済みに至るまで、共有持分権に対する賃料相当損害金として1ヶ月2万円の割合の支払いを求めた。

第一審では、Yは、約60坪の土地の売買契約によって、その買受地についてD、E、Fの各共有持分権（合計4分の3）を取得したにとどまり、Xの共有持分権を取得しえないというべきであるが、共有持分権を有している以上買受地を占有してもそのすべてが違法となるわけではないから、XはYに対して当然には本件建物を取去してその敷地部分の明渡を求めることは許されないと判示した。また、賃料相当額の支払請求も棄却した。

原審では、Yに対する賃料相当額の支払請求について、不当利得を理由に一部請求を認容したが、建物取去土地明渡請求については、買主Y・B（原審ではBも売買契約の当事者であると認定している）の共有持分権（各8分の3）の取得を認めたとうえで、Yの取得した共有持分権につき登記を経由していないことに関して、Xがその欠缺を主張することは信義則に反し許されないと判示し、Xの請求を棄却した。

X上告。上告理由は多岐にわたり、しかも不明確であるが、判旨との関連では、要するに、遺産に属する本件土地について、共同相続人全員による分筆・分割の合意なしに、Yはその土地の一部について共同相続人の一部からその共有持分権を取得することはできない、と主張する。

〈判旨〉

上告棄却。「一筆の土地の一部につき売買契約が締結された場合においては、売買

の対象である土地部分が当事者間において具体的に特定されない限り、当該土地部分についての所有権ないし共有持分権が当然に移転することはないと解するのが相当である（最高裁昭和28年（オ）第847号同30て6月24日第二小法廷判決・民集9巻7号919頁参照）。これを本件についてみるのに、原審が確定したところによれば、本件土地について4分の3の共有持分権を有するEら3名は、Y及びその子であるBに対し、本件土地の南側部分約60坪を売り渡すことにしたが、売却部分の面積が60坪となるよう本件土地の南端から8メートル余の地点で東西に線を引くと楠の根がかかることになり、また、その西側部分については、後日、東西の市道からの進入路を建築基準法に従って拡張するため必要部分をYらが提供することが予定されていたので、契約書上では約60坪と表示し、分筆・移転登記の際の正確な測量に基づいて売り渡すべき土地の範囲を確定することにした、というのであって、右事実のみでは、いまだ売買の対象たる土地部分が当事者間において具体的に特定しているものと解することはできないから、Y及びBは、Eら3名との間で前記売買契約を締結したというだけでは、対象たる土地部分を特定してその所有権を移転すべき旨の債権を取得するのは格別、当然に本件土地の特定された一部分についての共有持分権を取得することはできないものといわなければならない。」

「Yは、Bとともに、本件土地について4分の3の持分権を有する共有者から本件土地の南側部分約60坪を買い受ける旨の契約を締結し、具体的な土地の範囲及び代金額の確定を将来に残したまま、おおよその部分の引渡を受け、同部分の地上に本件建物を建築したものであって、本件建物の所有によるYの右敷地占有は、4分の3の持分権を有する共有者との間の売買契約の履行過程における右共有者の承認に基づくそれであるといえる。そうすると、右売買契約が解除等によって消滅したことの主張、立証のない本件においては、たとえ右承認が共有者の協議を経ないものであっても、本件土地について4分の1の共有持分権を有するにすぎないXは、当然には、Yに対し、本件建物を取去してその敷地部分を明渡すことを求めることはできないものといわなければならない。けだし、共有地の多数持分権者が共有者の協議を経ないで共有地を占有使用している場合であっても、少数持分権者は当然には多数持分権者に対して共有地の明渡を請求することはできないところ（最高裁昭和38年（オ）第1021号同41年5月19日第一小法廷判決・民集20巻5号947頁参照）、この理は、多数持分権者から共有者の協議を経ないで共有地を占有使用することを承認された第三者と少数持分権者との関係にも妥当すると解されるのであり、したがって、少数持分権者であるXは、多数持分権者から占有使用を承認されたYに対し、自己の持分権に基づく右持分権侵害に対する排除請求と

して当然には本件建物の敷地部分の明渡を求めることはできないし、また、共有物の純然たる不法占有者に対する場合におけるように、共有物の保存行為としても単独で自己への右敷地部分の明渡を求めることはできないものというべきである。」結論において原審を支持。

〈研究〉

一 本判決は、共同相続財産に属する家屋を相続開始前より占有使用する一部の相続人（少数持分権者）に対する他の共同相続人全員（多数持分権者）からの明渡請求は当然には認められないとした最判昭和41年5月19日の判例理論を前提に、多数持分権者の承認を受けて共同相続財産に属する土地を占有使用する第三者に対して少数持分権者がなした明渡請求にも、この理論が妥当するとして、明渡請求を斥けている。しかし、その判旨（判旨第二点）は必ずしも明快なものでなく、また本件は昭和41年判例の事案との対比において興味ある問題を含んでおり、検討に値する点があるように思われる。また、判旨第一点についても、——若干判旨の検討からはずれる点もあるが——検討しておくべき点を含んでいる。以下、順次検討しよう。

二 判旨第一点について

(1) 一筆の土地の一部分の売買契約においてその部分が特定していない限り、その所有権ないし共有持分権が当然には買主に移転しないという一般論は、あらためて論ずるまでもなく、異論のないところであろう。しかし、このコロラリーとして、——遺産共有においてであれ、通常の共有においてであれ——共有物である一筆の土地の一部分について共有持分の売買がなされた場合、その一部分が特定していれば、その共有持分権は買主に移転することになる、といえるかという点、必ずしもそのような帰結にはならないように思う。この点は本件では直接問題になっていないところであるが、簡単に触れておくことにする。すなわち、もしこの問題を肯定したとするならば、買主は土地の一部分についての共有持分権を取得することになるが、その対抗要件を具備するためには分筆したうえで共有の登記をしなければならないであろう。だが、分筆をす

るには共有者全員の合意が必要であると解すべきであろうから¹⁾、売主以外の共有者が分筆に同意しない場合には、買主は共有持分権について登記できない。そうだとすれば、対抗要件を具備することが不可能な物権変動は認める必要はないから、他の共有者の意思に反して共有物である土地の一部を特定し、その共有持分権を第三者に譲渡することは不可能であるといつてよいのではなからうか（もっとも、いうまでもなく債権契約としては有効である）。したがって、本件においてYの買受地が特定していると解したとしても、Yは共有持分権を取得することができなかった事案ではなからうか。

(2) ところで、Yの買受地（約60坪）は特定していないという本判決における判断についてはどうであろうか。かなり微妙な事実認定の問題であろうが、とくにこの判断に異論を唱えるべき理由もないように思う。原判決において、Yは買受地につき8分の3の共有持分権を取得したと判示しながら、他方では、買受地約60坪の範囲を特定するに足る証拠はないとの判示も判文中みられ、本判決はこの矛盾ないし不明確さを正したものと評価することができよう。

では、どの程度のことが確定している場合に買受地は特定しているというべきであろうか。従来、この点が問題とされた裁判例はほとんどないようであるし、またこの点について詳しく扱っている教科書もみられない。本判決は、この問題に関し土地の一部分が特定しているとはいえない一事例を示した点で、

1) 他の共有者の意思に反して分筆および共有持分権の登記ができると解した場合を考えると分筆・共有持分の登記によって、——たしかに、他の共有者の持分の割合が変わるものではないが——複数になった土地について別々の共有関係として処理されることになり、少なからず、共有物の管理や分割の際に他の共有者が不利益を被むることにならう。たとえば、A、B、Cの3名がそれぞれ3分の1の持分で共有している一筆の土地aについて、Cがa地の利用にとって最も重要な一部分a'地を勝手に特定し、a地を分筆したうえでa'地の共有持分権の登記をすることができる。すると、Cよりなされたa'地についての分割請求によって、事実上a地の有効な利用が妨げられることになり、A、Bにとってきわめて不利な結果とならう。とくに、協議によって決まった共有地の使用方法に反対の少数持分権者が、それに従った共有地の使用を阻止する手段としてないしいやがらせとして、共有地を複数の土地に分筆した上で細分化された各土地について分割請求するということも行なわれかねないであろう。そうだとすれば、共有地の分筆は共有者全員の合意がなければできないというべきであり、民法251条の「変更」にあたり解してよいのではなからうか。以上のことは、通常の共有の場合だけでなく、遺産共有の場合にもいえよう。

注目すべき判決であるといえる。ただ、従来この問題があまり論じられてこなかったのは、おそらくは一筆の土地の一部分の売買において目的物が特定しているか否かを問題にすることは、具体的紛争の処理という観点ではあまり重要性がなかったからではなかろうか。すなわち、まず第一に、売買契約の当事者間における争いでは、目的物が特定しているか、特定して所有権ないし共有持分権が買主に移転しているかということは、あまり問題にならない。どの範囲の土地の引渡を受けるかが当事者間で問題になる場合に関しては、目的物の範囲が確定していれば（つまり目的物が特定していれば）、その範囲の土地の引渡がなされればよいし、また、その範囲が確定していなければ、確定して（つまり特定して）引渡がなされればよく、特定していたか否かはあまり問題にならない。売買の目的物が土地であるから、危険負担の問題もあまり起らず、したがって、危険負担との関連で特定物売買であるか否かを問題にしなければならない場合は少ないであろう。また、目的物に欠陥があった場合の売主の責任についても——瑕疵担保責任によるか不完全履行によるかの違いはあるとしても——特定物売買であったか否かはそれほど大きな差異を生ずることはないであろう。

次に、売主と取引関係に立つ第三者との関係であるが、この場合にも特定したか否かが決め手になるわけではなく、——有効な登記であるためには目的物が特定していることが前提であるが——登記を基準にして問題を処理することになる。

さらに、取引関係に立たない第三者との関係については、第三者の侵害に対する妨害排除請求や損害賠償請求が問題になるが、いずれについても、本件のように、目的物の正確な範囲は確定していないとはいえ、おおよその範囲の引渡を買主が受けている場合には、占有訴権によって妨害を排除しうるし——買主の占有は無権限というわけではないから——占有権限の侵害として損害賠償を請求することができよう²⁾。また、おおよその範囲が決まっている場合には、

2) この場合、占有権の侵害を理由に損害賠償を請求できそうにも考えられるが、疑問がある。拙稿「占有権侵害に関する一考察」(1・2完)上智法学論集23巻2号、3号参照。

引渡を受けていないときでも債権者代位権や債権侵害に基づいて妨害排除や損害賠償を請求する余地はあるのではなからうか。

おそらく、以上のような理由から、土地の取引において目的物が特定しているか否かはあまり問題にされなかったのではないかと思う。本件においても、目的物が特定していると判断するか否かによって結論は変わってこないように思われる。すなわち、特定していると解しても、上述(1)のように買主Yは買受地の共有持分権を取得できないというのであれば、本判決と同様の結論になるであろうし、また、共有持分権を取得したというのであれば、なおさらXからの明渡請求は認められないであろう³⁾。そうだとすれば、売買の目的物が特定しているか否かは、本件の結論にとって決定的意味を有するものではなく、判旨の第一点は、厳密には傍論以上の意味をもたないということにならう。

三 判旨第二点について

本判決は、少数持分権者であるXは当然にはYに対し建物取去敷地部分明渡を求めることはできない、と判示しているが、その理由づけとして、最判昭和41年5月19日を引用し、「共有地の多数持分権者が共有者の協議を経ないで共有地を占有使用している場合であっても、少数持分権者は当然には多数持分権

3) この場合、買主Yにおいて共有持分権の取得をXに主張して明渡を拒むためには、共有持分権の登記が必要であるか、一つの問題である。原判決は、「不動産が共有に属する場合にその共有者の一員が自己の共有持分権を譲渡したとき、他の共有者は民法177条という第三者に該当するから、右譲渡につき登記が存しないときには、譲受人は、右持分の取得をもって他の共有者に対抗することができない」と判示し、原則として共有持分権の譲受人に登記が必要であるとしている。しかし、譲受人(Yに対応する)と他の共有者(Xに対応する)とは、本来的な対抗関係には立たないし、譲受人は未登記でも、他の共有者の明渡請求に対し、共有持分権を主張して明渡を拒みうると解しても、他の共有者になんら不利益を与えることはない(もともと他の共有者は譲渡人との関係で明渡請求しえない立場にあった——この点で共有物の分割が問題になっている場合〔最判昭和46年6月18日民集25巻4号550頁参照〕と異なる)のであるから、譲受人は明渡を拒むにつき自己の共有持分権の登記は不要であると解すべきである。この問題については、品川孝次・民商70巻5号130頁以下が詳しい。なお最判昭和39年2月25日民集18巻2号329頁は共同相続人の一人と他の共同相続人から持分を譲受けた第三者との間の明渡をめぐる争いであるが、登記の要否は全く問題にされなかった。

者に対して共有地の明渡を請求することはできないところ、この理は、多数持分権者から共有者の協議を経ないで共有地を占有使用することを承認された第三者と少数持分権者との関係にも妥当する」からである、と述べている。

では、なぜ少数持分権者は、当然には共有地を占有使用している多数持分権者に対してその明渡を請求できないのであろうか。本判決の引用する昭和41年判例は、父親Aが死亡し、その遺産に属する土地・建物を占有する共同相続人の一人Y（相続分12分の1）に対して父親Aが提起した明渡請求訴訟を承認した他の共同相続人Xら（合計8名、相続分12分の11）が明渡を請求した事案において、少数持分権者は、「他の共有者の協議を経ないで当然に共有物（本件建物）を単独で占有する権限を有するものでないことは、原判決の説示しておりであるが、他方、他のすべての相続人らがその共有持分を合計すると、その価格が共有物の価格の過半数をこえるからといって（以下このような共有持分権者を多数持分権者という）、共有物を現に占有する前記少数持分権者に対し、当然にその明渡を請求することができるものではない。ただし、このような場合、右の少数持分権者は自己の持分によって、共有物を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるからである。したがって、この場合、多数持分権者が少数持分権者に対して共有物の明渡を求めることができるためには、その明渡を求める理由を主張立証しなければならない」が、Xらはこの理由についてなんら主張立証していない、と判示して、Xらの明渡請求を斥けた。この判旨の意味は必ずしも明快ではないが、およそ次のような考えがその基礎にあるといわれている⁴⁾。すなわち、

①共有者は本来その持分の割合の限度で共有物を使用収益をすることができるにすぎないから、他の共有者との協議を経ないで、当然に単独で共有物の全部を使用収益することはできない。しかし、適法に持分に応じて使用収益ができる以上、単独で共有物の全部を使用収益していても全面的に違法になるわけではない。

②共有物を使用収益していない他の共有者は多数持分権者であっても、使用

4) 奈良次郎・最高裁判所判例解説（民事編）昭和41年度250頁以下。

収益を持分の割合の限度でできるにすぎないから、共有物を単独で使用収益する少数持分権者に対し、共有物の引渡＝全面的使用収益（完全な占有移転）を求めることはできない。

③したがって、共有物を占有している共有者に対して、他の共有者が請求できるのは、持分の割合の限度における使用収益を妨害してはならないという不作為義務の履行だけである。

④しかし、持分の割合の限度での使用収益は共有物の全部に及ぶから、実際には、使用収益の方法について協議を求めるか、または共有物の分割を求めるほかはない。

⑤そして、共有物の使用収益についての協議が成立するか、または分割がなされるまでの他の共有者の救済は、共有物を単独で使用収益している共有者に対する不当利得または不法行為を理由とする金銭賠償をもって満足をはかるよりほかはない。

そうだとすれば、判旨にいう明渡を求めるために主張・立証しなければならない「明渡を求める理由」は、判文では明らかにされていないが、使用収益方法の協議における過半数決議を指すと解しえなくもない⁵⁾。すなわち、遺産分割前の相続財産の管理については、民法に直接の規定がないので、物権編の共有の規定が適用ないし類推適用されると解さざるを得ないが（通説）、そうすると、相続財産の使用収益の方法は共有物の通常に関する事項として、民法252条本文により相続分の過半数決議で決することになると解することもできる。このように解するならば、過半数の相続分を有する相続人は、過半数決議に基づいて、現に使用収益している少数持分権者に対し明渡を請求することになる。しかし、かかる処理は共同相続財産に関する限り使用収益している少数持分権者にとって酷な結果となり、不都合である。そこで、過半数の持分を有する共同相続人だけの意思で、一部の共同相続人の使用収益を奪うことは

5) 星野英一・民事判例研究第2巻1総則・物権209頁。

6) 我妻栄＝唄孝一・相続法（判例コンメンタルⅧ）82頁以下，星野・前掲書207頁，品川孝次・家族法の理論と実務（別冊判例タイムズ8号）337頁以下，同・上智法学論集10巻3号95頁以下等。反対：於保不二雄「共同相続における遺産の管理」家族法大系Ⅷ98頁。

許されず、全員の協議を経て全員一致で決めるべきである、と解するのが今日では有力である⁶⁾。すなわち、共同相続人間における相続財産の使用収益をめぐる争いは、遺産分割の問題としてのみ処理すべきであり、したがって、民法906条に即して遺産分割の協議、そのととのわなないときなどは家庭裁判所によって決め、それまでは従来の使用収益方法を過半数決議で変えることはできない、と解するのである。このように解することは、きわめて妥当である。

さて、そこで本件において、昭和41年判例およびこれに関して展開された理論が妥当するであろうか。まず、本件と昭和41年判例との事案の相違をみてみよう。第一に、昭和41年判例では、相続財産の使用収益が共同相続人の一人によってなされているのに対し、本件では、共同相続人の承認を得た第三者によってなされている。第二に、昭和41年判例では、明渡請求を受けている者は相続開始前から何らかの権限に基づいて使用収益していたのに対し、本件では相続開始後に使用収益を始めている。第三に、昭和41年判例では、明渡を請求したのが多数持分権者であるのに対し、本件では少数持分権者である。

これらの点をどのように考えたらよいであろうか。まず最後の点、すなわち明渡請求した者が多数持分権者であるか少数持分権者であるかという点は、——相続開始後からの使用収益の場合であれ、相続開始前からの使用収益の場合であれ——問題にする必要がないであろう。すでに述べたように、一部の共有者が他の共有者の意思に反して単独で共有物の全部を使用収益していても全面的に違法になるわけではないから、使用収益している共有者に対し共有物の全部の占有移転を意味する他の共有者からの明渡請求は認められない。そして、このことは、明渡を請求する共有者が多数持分権者であるか否かによって変わってこないからである。

次に、第一の相違点について。本判決は、売買契約の履行過程におけるDEF（多数持分権者）の承認に基づいて第三者＝買主Yが行っている土地の占有使用をDEF自身による占有使用と同視しうるとして、昭和41年判例と同様の処理をしようとしている。Yの占有は「売買契約の履行過程における」DEFの承認に基づく占有である旨の判示は、たしかに不明確であり、若干疑義の生ずるところであろうが、結論的にはYの占有使用はDEF自身の占有使用と同

視してよいのではないかと思う。けだし、遺産分割前の遺産の管理は共同相続人自身が直接行うこともあろうが、第三者を通じて行うことも当然できるはずであり、したがって、本件も昭和41年判例も、ともに協議（過半数決議で足りるか全員一致を要するかはともかくとして）を経ないで遺産の管理行為にあたる行為がなされた場合の処理が問題になっている、と捉えるべきだからである。

最後に、第二の相違点について。本件のように、相続開始後に協議を経ないで勝手に相続人の一部（ないしその承認を得た第三者）が相続財産を独占的に使用収益している場合を、昭和41年判例の場合と同様に論じてよいかは、かなり難しい微妙な問題をはらんでいる。たしかに、本件のような事案においても、すでに述べた理由から明渡請求（YからXへの全面的な占有移転の請求）は斥けられねばならないであろう。したがって、本判決の判断・結論は正当といえる。問題は、相続人の一部が相続開始後協議を経ないで勝手に相続財産を使用収益した場合に他の相続人はこの者に対し——明渡請求は認められないとしても——使用収益の停止と原状回復を請求することができるか否かである。これを認めておかないと、協議においても結局事実状態を先に作ってしまった者が有利になり、早い者勝ちにはしないか、との疑念を生ずるからである⁷⁾。本件ではXの明渡請求が問題になっているだけであるから、使用収益の停止と原状回復について問題にする必要がなかったのかもしれないが、使用収益の停止と原状回復を明渡請求の一部認容として認めうるか否かとの関連で、問題になりえなかったのであろうか。この点、昭和41年判例との事案の相違を踏まえて、詳細な理由づけがなされてもよかったように思う。それはともかくとして、考え方としては、遺産分割の問題として協議を求めていく前にYの使用収益を排除し原状回復を請求できると解するか、相続開始前から使用収益している場合と同様に、分割の協議を求め、それがととのわないときは家庭裁判所で決めてもらうことだけしか請求できないと解するか、そのいずれかということになる。星野教授は、「審判前の仮処分として追い出すことは実際よく行なわれているようであり、それが妥当であろうか。」と述べておられる⁸⁾。しかし、

7) 星野・前掲書219頁。

8) 星野・前掲書209頁

相続財産の使用方法をめぐる相続人間の争いは、遺産分割の問題として、「遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して」処理するのであるから（906条）、その際に、一部の相続人が協議を経ないで勝手に相続財産を使用収益しているという点をも考慮して使用方法を決め、それを実現すればたり、あえて、勝手に使用収益している者をまえもって追い出す必要はないのではないかとも考えられる。しかも、いくら勝手に使用収益していたとしても、協議ないし家庭裁判所でその者に使用収益が許されることになる場合もないことはないのであり、そうたとすれば、勝手に使用収益している者は、一応はとにかく使用収益を停止して原状回復をしなければならないというのは、その者にとってかなり酷な結果となりかねない。いずれに解すべきか微妙な問題である。一般論としては、星野教授のいうように、仮処分で、勝手に使用収益する者を追い出す（使用収益の停止と原状回復の）可能性があるとしても、本件のように、実際にすでに建物を完成させそこに入居しているという場合には、分割の協議の前に、とにかく一応建物を撤去して敷地の占有を停止せよとまで求めることはできない、と解するあたりが妥当といえようか。

（昭和58年4月3日稿）