

---

種 別： 論説

タイトル： 改正共有法の意義と課題

著 者： 伊藤 栄寿

所 収： 『上智法学論集』第65巻3号（令和4年1月）87-140頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

論 説

---

改正共有法の意義と課題

伊藤 栄寿

---

- I はじめに
  - 1 改正の目的
  - 2 改正内容と本稿の課題
- II 共有物の使用
  - 1 償還義務（新 249 条 2 項）
  - 2 善管注意義務（新 249 条 3 項）
- III 共有物の変更
  - 1 変更概念の限定——軽微変更の除外（新 251 条 1 項）
  - 2 処分行為との関係
- IV 共有物の管理
  - 1 管理の範囲（新 252 条 1 項）
  - 2 特別の影響（新 252 条 3 項）
  - 3 賃借権等の場合（新 252 条 4 項）
  - 4 過半数決定の手續規定
  - 5 裁判所による必要な処分
- V 共有物の管理者
  - 1 選任・解任（新 252 条 1 項）
  - 2 職務内容（新 252 条の 2 第 1 項 3 項）
  - 3 違反行為の効力（新 252 条の 2 第 4 項）
  - 4 裁判所による管理者の選任・解任
  - 5 訴訟権限
- VI 変更・管理の決定の裁判手續
  - 1 変更（新 251 条 2 項）
  - 2 管理（新 252 条 2 項）
- VII 裁判による共有物分割
  - 1 共有物分割の協議（新 258 条 1 項）
  - 2 賠償分割（新 258 条 2 項 2 号）

- 3 分割の順序(新258条2項3項)
  - 4 賠償分割における手続的措置(新258条4項)
  - 5 相続財産に属する共有物分割の特則(新258条の2)
  - 6 任意売却
- VIII 所在等不明共有者の持分の取得・譲渡
- 1 持分の取得(新262条の2)
  - 2 持分の譲渡(新262条の3)
- IX その他の事項
- 1 共有者による共有物の取得時効
  - 2 共有者全員の合意と承継(254条)
- X おわりに
- 1 改正の意義
  - 2 残された課題

## I はじめに

### 1 改正の目的

2021年(令和3年)4月21日、民法改正等が行われた。その目的は、所有者不明土地の増加等の社会経済情勢の変化をふまえ、所有者不明土地の「利用の円滑化」を図るためである<sup>(1)</sup>。民法でもっとも多く手が加えられたのは共有規定である。本稿は、共有規定の改正について検討することを目的とする。

共有規定が改正された理由は、所有者不明土地が共有地であることが少なく、共有制度に起因して問題が生じているため、見直しの必要があったことにある<sup>(2)</sup>。具体的には、①共有物の管理・変更・処分の規律を明確化

---

(1) 本当に民法の改正が必要だったのか、という点について、評価は分かれうる。その必要性に疑問を提示するものとして、たとえば、七戸克彦『新旧対照解説 改正民法・不動産登記法』(ぎょうせい、2021年)11頁以下、また、遺産分割についてはあるが、窪田充見「遺産分割と相続登記に関する法改正」法律時報1166号(2021年)3頁。所有者不明土地問題が大きな問題であるとされていることについては疑問があり、この点については、伊藤栄寿「共有法改正の根拠と限界(上)」法律時報1149号(2020年)87頁以下参照。

(2) 法制審議会民法・不動産登記法部会 部会資料1 4頁以下(以下、単に「部会資料」

すること、②共有者の同意取得方法に関する規律を整備すること、③共有物の管理をする者に関する規律を整備すること、④共有状態の解消を促進する制度を設けることが必要と考えられた。以下、それぞれを確認しよう。

①共有物の変更については、全員の同意が必要とされ（改正前 251 条）<sup>(3)</sup>、共有物の（狭義の）管理は持分価格の過半数により決定できる（同 252 条）。この基本枠組みに大きな問題はない。もっとも、共有物の管理と変更・処分との区別基準は不明確であり、共有者全員の同意が必要な行為と不要な行為との区別が困難となっており、共有地の適切な利用が阻害されていると指摘されていた。そこで、共有物の管理・変更・処分の規律を明確化する必要がある。

②共有者の中に、氏名・所在が判明しない者や、目的物の管理等について態度を明確にしない者がいると、共有物を管理・変更・処分することが困難になる。そこで、一定の要件の下、このような共有者に対して公告等をし、それでも態度を明確にしないときは、当該共有者以外の共有者の同意を得ることによって、共有物の利用を可能にする規律を整備すべきである。

③共有物の利用・取得を望む第三者は、共有者全員を調査・特定し、全員と交渉しなければならず、負担が大きいと指摘されていた。そこで、共有物の管理に関する窓口となる、管理者制度の整備が必要である。

④単独所有においては、1 人の所有者が意思決定をすればよいが、共有においては、複数の者が存在するため、単独所有に比べると迅速な意思決定は困難である。そして、共有者の数が増えるにつれ、困難さは増大する。そこで、一部の共有者が、供託を活用し、所在不明の共有者から持分を取得することなど、共有関係の解消を促進する制度を整備すべきである。

## 2 改正内容と本稿の課題

①の管理・変更の区別の明確化は、新 249 条 2 項 3 項<sup>(4)</sup>、新 251 条 1 項、

---

という)。

- (3) 処分についても同様である。ただ、共有物の処分に全員の同意が必要である根拠については、251 条に求める見解と、持分権を処分することに本人の同意が必要となることは当然であるとする見解が対立していた。この点については、後述する。

新252条1項3項4項、②の所在等不明共有者への対応は、新251条2項、新252条2項、非訟事件手続法85条、新262条の2、新262条の3、③の管理者制度は(第三者の負担が軽減されたといえるか微妙ではあるが)新252条の2、④の共有関係の解消は、新258条、新258条の2などに結実した。

改正された条文については、解釈に委ねられている点がいくつもある。たとえば、新251条1項2項の「変更」に法律上の処分が含まれるのか、新252条3項の「特別の影響」とはどのような場合を指すのか、管理者(新252条の2)と共有者の法律関係、「所在等不明」は実際にどのように判断されるのか、といった点である。

また、改正作業において議論が行われたものの、最終的には法整備が見送られた問題として、管理事項を持分価格の過半数により決定する場合の手続規定の整備、共有者間に対立がある場合における裁判所による必要な処分、共有者による共有物の取得時効、254条の合意と承継の問題などがある。

以下では、基本的に条文の順序に従い、従来の共有規定に大きな変更が加えられた部分、また、改正には至らなかったものの今後の解釈において重要な示唆を与える部分について検討する。そして、最後に、残されている課題を明らかにしたい。

## II 共有物の使用

### 1 償還義務(新249条2項)

#### (1) 制度趣旨

共有者の一部が、共有物を使用していることがある。このとき、共有物を使用する共有者と他の共有者との関係が問題となる。たとえば、共有者の1人が共有物を独占使用し、利用料の対価を他の共有者に支払っていない場合には、他の共有者に損害が生じる。

---

(4) 本稿では、民法については条文番号のみを示し、改正後の新しい条文番号を「新〇条」と示す。

共有物是一個であるため、複数の共有者が同時に利用できないこともある。しかし、収益を得て分配することは可能である。共有者の1人が共有物を使用する場合、その共有者は、その使用によって使用が妨げられた他の共有者の持分との関係では、無償で使用する権利を有しない<sup>(5)</sup>。この場合、共有物を使用していない共有者の損害を補填する必要がある。

最判平成12年4月7日判タ1034号98頁は、事例判決ではあるが、不動産の共有者が、当該不動産について単独での占有権原がないのに単独で占有している他の共有者に対して、自己の持分割合に応じて占有部分に係る賃料相当額の不当利得金ないし損害賠償金の支払を請求することができる旨判示していた。

そこで、共有物を使用する共有者は、他の共有者に対し、自己の持分を超える使用の対価を償還する義務を負うとの規定が新設された(新249条2項)。

共有物を使用する共有者が、他の共有者に償還義務を負うとすると、共有物への使用権設定をすることが管理として過半数で決定できる(新252条1項)としても、実質的には、無償での使用や安い賃料での賃貸はできず、客観的な使用価値を対価とする使用権しか設定できなくなる<sup>(6)</sup>。この点、「別段の合意がある場合」は除かれるため、共有者間に無償とするなどの別段の合意があれば、その合意が優先する。

## (2) 適用場面

前述の最判平成12年は、単独での占有権原がない共有者を問題としていた。他方、新しい規定は、共有物を使用する共有者の占有権原を問わず、償還義務を負わせている。したがって、適用範囲は広い<sup>(7)</sup>。この償還義務は、

---

(5) 悪意の占有者は、果実を返還する義務等を負うとする民法190条参照。

(6) 第11回議事録(PDF版)7頁〔水津太郎発言〕。

(7) なお、共有者間の損害賠償についても規定を置くことが検討されていたが、共有者間の損害賠償の問題は、共有者間の善管注意義務違反の債務不履行に基づく損害賠償請求や、共有持分権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求によって解決されるべきものであるから、規律は設けられないこととなった(部会資料40 7頁)。

不法行為や不当利得の要件に左右されない、法定的な義務と解される<sup>(8)</sup>。

共有物の管理として、持分価格の過半数により、使用する共有者が決定されている(占有権原が認められている)としても、他の共有者との関係で、当然に償還義務を免れることはない。管理として決められる内容は、共有物を実際に誰が使用するかということであり、他の共有者の収益権を否定することはできないからである<sup>(9)</sup>。なお、共有者間で無償使用合意をすることは可能である。

また、「共有物を使用する共有者」には、実際に共有物を使用していないが第三者に賃貸等をする事により収益を得ている者も含まれうる。さらに、第三者に対して無償で使用させている共有者(新 252 条 1 項により第三者への無償使用を過半数決定した者)も含まれうる<sup>(10)</sup>。

## 2 善管注意義務(新 249 条 3 項)

各共有者が共有物を使用する際に、他の共有者に対してどの程度の注意義務を負うかについては、改正前から争いがあった。改正民法は、共有者の一部が共有物を使用する際には、他の共有者に対して、善良な管理者の注意義務(善管注意義務)を負うこととした(新 249 条 3 項)。自己の財産に対するのと同じ注意義務では足りないこととなる。その理由は、共有物を使用している共有者は、他の共有者の持分との関係では、他人の物を管理しているのであり、善良な管理者の注意をもって共有物を保存する必要があると解されるからである<sup>(11)</sup>。ただ、夫婦が家屋を共同購入し同居している場合、各人の注意義務は自己物に対するのと同じ注意義務となり、一方のみが単独で居住している場合、善管注意義務となり、不均衡が生じることになる<sup>(12)</sup>。この点、違和感が残る。

---

(8) 七戸・前掲注(1) 40 頁。

(9) 部会資料 17 8 頁。

(10) 法制審議会民法・不動産登記法部会 第 9 回議事録(PDF 版) 37 頁〔脇村真治(関係官)発言〕(以下、単に「第 9 回議事録」という)。

(11) 部会資料 17 8 頁。

(12) 七戸・前掲注(1) 40 頁

### Ⅲ 共有物の変更

#### 1 変更概念の限定——軽微変更の除外（新 251 条 1 項）

##### (1) 制度趣旨

共有物の物理的な変更を伴う行為であっても、たとえば、共有物を改良することは、各共有者の持分価格の過半数で決することができるとしても問題がないと考えられる<sup>(13)</sup>。共有者に与える影響が小さいからである。そもそも、現行法下でも、このような行為は、変更ではなく管理であるとの考え方もある<sup>(14)</sup>。

そこで、変更行為に該当するものであっても、その形状または効用の著しい変更を伴わないもの（軽微変更）については、新 252 条 1 項に基づき、持分価格の過半数により決定できることとされた。たとえば、砂利道をアスファルト舗装すること、建物の外壁・屋上防水等の大規模修繕工事が、軽微変更となる。

##### (2) 判断基準

具体的に、「形状」または「効用」の「著しい」変更を伴うもの（重大変更）か伴わないもの（軽微変更）かを、どのような基準で判断すべきかが問題となる。立案担当者は、目的や費用の多寡を問わず、客観的に共有者に与える影響が軽微である場合には、持分価格の過半数により決定できるとすべきと説明するのみである<sup>(15)</sup>。

「費用」が決定的な基準ではないことは確かである。法制審議会では、当初、「共有物の改良を目的とし、かつ、著しく多額の費用を要しないもの」が、全員同意を要する変更行為から除かれると提案された。しかしながら、「費用」についての議論が紛糾し<sup>(16)</sup>、費用概念は削除された。この経緯から

(13) 部会資料 17 4 頁。

(14) 七戸・前掲注 (1) 43 頁以下参照。

(15) 部会資料 51 6 頁。

すると、費用は決定的な基準とはなり得ない。ただ、一定の考慮要素とすることも否定されない。他の共有者の負担が小さい場合、多数決が認められてもよいであろう。

結局、個別の場面ごとに検討して判断せざるを得ない<sup>(17)</sup>。法制審議会における部会資料や議事録では言及されていないが、区分所有法の変更の定義(建物区分 17 条)とまったく同じであることから、変更の判断にあたっては、区分所有法での議論が有益な示唆を与える。

### (3) 区分所有法における議論

区分所有における軽微変更の定義には変遷がある。まず、1962 年に区分所有法が制定されたとき、区分所有建物の共用部分の改良を目的とし、かつ、著しく多額の費用を要しない変更(かつての「軽微変更」)は、共有者の持分の 4 分の 3 以上の多数により行うことができるとされていた(1962 年建物区分 12 条)。この規定は、変更には全員の合意を要すると規定する改正前民法 251 条の要件を緩和したものであった。要件緩和の理由は、共用部分が専有部分と不可分の関係にあり、一般の共有物とは異なり分割も持分譲渡も認められないところ、合理的な範囲で特別な配慮を加える必要があると考えられたためである<sup>(18)</sup>。つまり、広義の管理を円滑に行うために、従来の変

---

(16) 部会資料 27 1 頁。この提案に対しては、「著しく多額の費用を要しない」の要件に関し、実際には著しく多額の費用を要するものであっても、変更行為をする共有者自身がこれを負担し、他の共有者に求償しない(負担を免除する)などして、他の共有者に負担を負わせないのであれば、この要件を充たすとすべきとの指摘があり(第 13 回議事録(PDF 版) 4 頁以下〔蓑毛良和発言〕)、これに反対する意見もあった(第 13 回議事録(PDF 版) 5 頁以下〔道垣内弘人発言〕)。ここでは、要件の意義をどのように考えるべきかについての異なる意見が反映されている。すなわち、①この要件は、あくまでも他の共有者が負うことになる負担に着目し、その負担が小さいものを除外するためのものであるとの考え方と、②この要件は、「共有物の改良を目的とする」との要件と相まって、当該共有物の変更が物理的にも大幅な変更を伴うものではないことを担保するものであり、他の共有者の負担が小さいかどうかだけで判断されるものではないとする考え方である(部会資料 40 1 頁以下)。

(17) 共有私道については、共有私道の保存・管理等に関する事例研究会『所有者不明私道への対応ガイドライン—複数の者が所有する私道の工事において必要な所有者の同意に関する研究報告書』(きんざい、2018 年)参照。

更概念の一部が、狭義の管理と同様に扱われることとなった。

かつての軽微変更は、個々の具体的場合に即して判断されるほかなく、比較的小規模の改良で、かつ、あまりぜいたくでないものと説明されていた。他方、軽微変更ではない変更の例として、共用部分である階段室をエレベーター室に改造すること、共用部分である附属の物置や自動車の車庫を増築することがあげられていた<sup>(19)</sup>。

その後、1983年の区分所有法改正により、軽微変更の要件が、共有者の持分価格の4分の3から、区分所有者および議決権の各過半数により行えることとされた。ただ、軽微変更の定義自体に変更はなかった。

2002年の区分所有法改正により、軽微変更の定義が修正された。その理由は、建物の維持・保全のために定期的にすることが予定されている外壁・屋上の大規模修繕工事が、軽微変更ではなく通常の変更と解されていたところ、これを軽微変更とする（要件を緩和する）必要があると考えられたからである。定期的な大規模修繕に特別多数決決議を必要とすると、議決要件が厳しすぎ、建物の適正な管理に支障をきたす場合があるとの指摘がなされていた。

そこで、2002年に改正された区分所有法は、定期的な大規模修繕は、軽微変更であり狭義の管理と同様に扱うべきであるとの考え方に立ち、これを単純多数決決議により行えるとした。狭義の管理と同様の要件で行える軽微変更の定義を、「改良を目的とし、かつ、著しく多額の費用を要しないもの」から、「その形状または効用の著しい変更を伴わないもの」と変更した。この改正により、軽微変更について費用面を考慮する必要性がなくなり、大規模修繕工事を含む共用部分の改良行為については、費用の多寡を問わず、狭義の管理と同様の要件で行うことができることとなった。

このような区分所有法の経緯からすると、改正民法の軽微変更について、費用負担は決定的な基準とならない。ただ、費用を考慮要素に含めることが許されないとまではいえない。

---

(18) 川島武宜編『注釈民法(7)』(有斐閣、1968年)381頁〔川島一郎執筆部分〕。

(19) 川島・前掲注(18)568頁以下。

## 2 処分行為との関係

251条の規定が改められたことにより、「変更」に法律上の処分が含まれるか、という議論への影響を検討する必要がある。従来、共有物全体について売却その他の法律上の処分をする場合について、共有者全員の同意が必要とされていた。その根拠は、①改正前251条の「変更」に含まれるからとする見解と、②「変更」には含まれないが共有物全体を処分することは共有者全員の持分権を処分することであり、当然に共有者全員の同意が必要となるからとする見解に分かれていた<sup>(20)</sup>。

新251条1項について、立案担当者は、括弧書きの「形状又は効用の著しい変更を伴わないもの」とは物理的変更であるとし、ここに法律上の処分は含まれないとするが<sup>(21)</sup>、本文中の「変更」については解釈の余地を認める。また、同2項では、共有者が裁判所に変更を請求できるとされているが、立案担当者は、ここでの変更は法律上の処分は含まれないとする<sup>(22)</sup>。したがって、新251条の「変更」が物理的変更に限られ、法律上の処分が含まれないことが明確になるとの見解がある<sup>(23)</sup>。これに対して、立案担当者は、新251条の「変更」に法律上の処分が含まれるか否かは、引き続き解釈に委ねられるとする<sup>(24)</sup>。

結論からいえば、新251条の「変更」に法律上の処分が含まれると解するのは従来よりも困難になった。立案担当者の考え方によれば、1項の「変更」に法律上の処分が含まれると解することはできるが、2項の「変更」には(とりわけ不動産についての)法律上の処分が含まれると解することは困

---

(20) 従来の学説については、小粥太郎編『新注釈民法(5)』(有斐閣、2020年)570頁〔小粥太郎執筆部分〕など参照。

(21) 部会資料40 1頁。もし、「形状又は効用の著しい変更を伴わないもの」に法律上の処分が含まれるとすると、たとえば、共同相続された預金の準共有の場合の払戻しがここに含まれることになる(第13回議事録(PDF版)9頁〔中田裕康発言〕)。すなわち、持分価格の過半数で、準共有となっている預金の払戻しが認められることになってしまう。そこで、立案担当者は、法律上の処分についての適用を否定している。

(22) 第21回議事録(PDF版)23頁〔脇村真治(関係官)発言〕。

(23) 第13回議事録(PDF版)8頁〔中田裕康発言〕。

(24) 部会資料40 1頁、第21回議事録(PDF版)23頁〔脇村真治(関係官)発言〕。

難であり（この点については、後述のⅥ 1（1）も参照）、1項と2項の変更概念が異なってしまうからである。1項の「変更」にだけ法律上の処分が含まれるとの解釈を正当化することは困難であろう。

## Ⅳ 共有物の管理

### 1 管理の範囲（新 252 条 1 項）

#### （1）意義

従来、持分価格の過半数によって行える管理の範囲は明確ではなかったため、この点を明確にすることが必要と考えられた。そこで、改正法は、管理者の選任・解任、軽微変更、共有物を使用する共有者がいる場合における利用方法の定めを変更することが、管理として持分価格の過半数決定により行えることを明確にした<sup>(25)</sup>（新 252 条 1 項）。

ところで、共有物の利用方法を定めることは、基本的に、過半数決定により行えると考えられてきた<sup>(26)</sup>。他方、利用方法の定めを変更する場合については、見解が分かれていた。

この見解の対立は、判例の読み方に関係する。最判昭和 41 年 5 月 19 日民集 20 巻 5 号 947 頁は、共有物の持分価格の過半数を有する者であっても、共有物を現に占有する他の共有者に対し、当然にその明渡を請求することができないとしていた。すなわち、①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。それゆえ、この場合、②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ためには、その明渡を求める理由を主張し立証しなければならない。

---

(25) 管理者の選任・解任については、以前から、管理事項に含まれると考えられてきたが、管理者に関する規定が定められたこと（新 252 条の 2）に伴い、この点が明確化された。軽微変更については、前述のとおりである。なお、保存行為については、252 条ただし書から、新 252 条 5 項に移動しているが、内容に変更はない。

(26) 部会資料 3 3 頁。

①を重視すると、多数持分権者は、共有物を占有する少数持分権者に明渡を請求することはできないから、共有者全員の同意が必要である、との見解が導かれる<sup>(27)</sup>。他方、②を重視すると、利用方法の定めを変更する決定がなされていないため、明渡請求が認められなかった、言い換えれば、利用方法の定めを変更する過半数決定がなされていれば、明渡請求が認められるとの見解が導かれる。

改正法は、利用方法の定めの変更を持分価格の過半数決定により行うことができるとするが<sup>(28)</sup>、利益を受けている共有者に「特別の影響」を及ぼすべきときは、その者の承諾を必要とし、別途の保護を設けることとした(新252条3項)。利益を受けている者の同意なく利益を奪うことは相当でないとの考え方に基づいている<sup>(29)</sup>。

従来、共有物の保存・管理の枠組みは、権限の定めのない代理人の権限である保存・管理(103条1項、2項)と同様であった。ところが、前述したとおり、共有物の管理(新252条1項)に軽微変更が含まれることになり、両者にはズレが生まれることとなった。権限の定めのない代理人は、利用改良行為は行えるが、軽微変更を行う権限は認められない。

## (2) 「共有物を使用する共有者」の範囲

第三者が共有物を利用している場合にも、利用方法の定めを変更すること

---

(27) 荒井達也『Q&A 令和3年民法・不動産登記法改正の要点と実務への影響』(日本加除出版、2021年)62頁は、実務では、「慎重に対応することが少なくなかったように思います」と指摘している。すなわち、全員の同意を得て明渡を求めることが前提とされていたようである。

(28) 共有物の円滑な利用を図るという観点からは、利用者の固定化による利用方法の硬直化を防ぐため、利用者を変更することも持分の過半数で定めることができることとすることが必要である。最判昭和41年は、利用方法の定めがない場合を想定していると考えられ、利用方法を過半数により決定することを否定しているとは解されない(部会資料3-5頁)。また、共有物を独占的に使用する者を定めた場合には、判例にいう明渡しを求める理由があることになる(部会資料27-5頁)。

(29) 共有者が共有物の使用(占有)をするという利益を受けると、同意なく、その利益を奪われることがないとする理由は、必ずしも明確ではない。持分権を有するにもかかわらず使用(占有)が認められなくなるということであろうか。

が可能であるかは明確ではない。新 249 条 2 項で、第三者に賃貸等している共有者も「共有物を使用する共有者」に含まれると解されていることからすると、新 252 条 1 項後段、3 項でも同様の解釈が可能である。他方、ここでは共有物を実際に使用する共有者に限られ、第三者は含まれないとの解釈もありうる。ただ、後者は正当化が難しい。前者を採用すべきである。

## 2 特別の影響（新 252 条 3 項）

### (1) 意義

改正法は、過半数決定の範囲を広げたことに伴い、共有物を使用する共有者に「特別の影響」を及ぼすべきときは、その者の承諾を必要とする（新 252 条 3 項）。「特別の影響」とは何であるかが問題となる。

法制審議会では、当初、共有物を使用する者がいる場合であっても、利用方法について①特段の定めがないときと、②定めがあるときとに分けて規律を設けることとしていた。①については、特段の定めがないにもかかわらず事実上利用（占有）する者を保護する必要性は高くないため、利用方法の定めを過半数決定するにあたり、その者の同意は不要であるとされた<sup>(30)</sup>。他方、②については、共有物を使用する共有者が思わぬ不利益を被ることが考えられ、その共有者に特別の影響を及ぼすべきときは、その定めを変更することについてその共有者の承諾を得なければならないものとされた<sup>(31)</sup>。

---

(30) 従前の利用者に酷であるとして、②と同様の規律にすべきとの考え方も示されていた。これに対しては、共有物が物理的に一個である以上、その実際の利用方法に偏り等が生じることはやむを得ず、利用することができなくなる者の不利益は利用料相当額を支払うなどの方法で解決すべきであるとの意見や、共有物の利用につき争いがある場合には、共有物分割で対応すべきであり、引き続き共有物を利用したいと考える共有者は、共有物分割請求によって自己が共有物を取得すべきであるとの意見、権利濫用等の一般法理を適用すべきとの意見も示されていた（部会資料 17 3 頁）。

(31) 部会資料 17 3 頁。この考え方に対しては、①と同様、共有物分割で対応すべき、権利濫用等の一般法理を適用すべき、などの意見も示されていた。①②を区別することについて、その後も、共有物の利用方法の合意があるケースにおいては、共有物の使用者を変更することは、共有物を使用する少数持分権者に「酷」である、具体的には、生活の本拠や生計の手段として使用している場合に保護が必要であると説明されている（部会資料 27 5 頁）。ただ、①②を積極的に区別する理由は示されていない。

立案担当者は、当初、「特別の影響」は、「権利の濫用に近い」と説明していた<sup>(32)</sup>。その後、「当該変更の必要性及び合理性とその変更によって共有物を使用する共有者に生ずる共有者の不利益とを比較して、共有物を使用する共有者が受忍すべき程度を超える不利益を受けると認められる場合を想定している」と説明している<sup>(33)</sup>。

## (2) 判断基準と具体例

「特別の影響」という規範的な要件が設けられている趣旨は、共有物の種類および性質が多様であることに鑑みて、共有物の管理に関する事項の定めに従って共有物を使用している共有者の同意を要するかを、「特別の影響」の判断の中で柔軟に対処することができるようにすることにある。したがって、「特別の影響」を及ぼすかについては、対象となる共有物の種類および性質に応じて、共有物の管理に関する事項の定めを変更する必要性・合理性と共有物を使用する共有者に生じる不利益を踏まえて、具体的な事案ごとに判断することになる<sup>(34)</sup>。

共有不動産について問題になりうる例として、① ABC が各3分の1の持分で土地(更地)を共有している場合において、A が当該土地上に自己が所有する建物を建築して、当該土地を利用する定めがあるときに、A が建物を建築した後に、BC の賛成によって、当該土地を使用する共有者を B に変更するケース、②①と同様の例において、A による土地の使用期間を相当長期間(たとえば30年間)とすることを定めた上で、A が建物を建築して当該土地を使用しているときに、BC の賛成によって、当該土地の使用期間を短期間(たとえば5年間)とする変更をするケース、③ ABC が各3分の1の持分で建物を共有している場合に、当該建物を店舗営業のために使用する目的で A に使用させることを定めた上で、A が当該建物を使用することで生計

---

(32) 第9回議事録(PDF版)5頁[大谷太幹事(関係官)発言]。

(33) 中間試案の補足説明5頁。その後も、「特別の影響」がどのようなときに認められるかがわかりにくいとの指摘がなされている(第13回議事録(PDF版)13頁[糺毛良和幹事発言])。

(34) 部会資料40 3頁。

を立てているときに、BCの賛成によって、当該建物の使用目的を住居専用とする変更をするケースなどがあげられている<sup>(35)</sup>。

ここでは、利用方法について特段の定めがある場合のみが想定されている。言い換えれば、特段の定めがないにもかかわらず事実上利用（占有）する者について、特別の影響が及ぶことはないと考えられている<sup>(36)</sup>。しかし、特段の定めがある場合にのみ、特別の影響が及ぶとすることを正当化することは困難ではないだろうか。立案担当者は、この点について明確な説明をしていない。

### (3) 共有物を利用する第三者

「特別の影響」については、解釈に委ねられている点が多い。たとえば、新252条3項は、特別の影響が及ぶ者について、「共有物を使用する共有者」としている。一見、第三者に賃貸等している者は含まれないようにもみえる。しかし、新249条2項で、第三者に賃貸等している共有者も含まれるとされていることからすると、ここでも同様の解釈をすることが可能であり、それが望ましい。第三者の事情をも考慮することができると解すべきである。

### (4) 検討——区分所有法の規律との比較

「特別の影響」という文言は、建物の区分所有等に関する法律17条2項、31条1項後段などを参考にしている<sup>(37)</sup>。区分所有法において、「特別の影響」が及ぶ場合は、区分所有者および議決権の各4分の3以上の多数による集会決議により行うことができるとされている場面である。

たとえば、規約の設定・変更・廃止（建物区分31条1項）について、「規約で定めることができる事項の範囲は、極めて広範であり、規約の設定、変

---

(35) 部会資料40 3頁以下。

(36) 法制審議会では、当初から、利用方法についての定めがない場合とある場合とに分けて規律を置くことが考えられており、定めがある場合についてのみ「特別の影響」が及ぶと考えられてきた（部会資料17 3頁）。

(37) 部会資料3 3頁以下、第9回議事録（PDF版）5頁〔大谷太幹事（関係官）発言〕、藤巻梓「共有制度の見直し」ジュリスト1543号（2020年）29頁（注9）。

更又は廃止を多数決で決するものとする、多数者の意思によって少数者の権利を害するおそれが生じる。この弊害を除去し、規約の設定等によって区分所有者全般の受ける利益とこれによって一部の区分所有者が影響を受ける利益との調和を図る」必要があるとされる<sup>(38)</sup>。

つまり、民法の原則からすれば、全員の同意が必要と考えられる事項(規約の設定・変更・廃止、共用部分の変更)について、特別多数決決議を認める代わりに、少数者の保護策として「特別の影響」が用意されている。他方、民法で過半数により行えるとされている管理について、「特別の影響」は用意されていない(建物区分18条1項)。なぜなら、少数者への権利侵害にあたるものは狭義の管理を超えると考えられているからである。

区分所有法上、「特別の影響」が及ぶ場合は、管理を超えるとされている。他方、新252条3項は、管理にも「特別の影響」が及ぶ場合があるとされている。今回の改正により、区分所有法と民法で、文言上は「管理」「変更」の定義が基本的に同一となったにもかかわらず、管理の内容にはズレが生じている。

従来、区分所有法では管理の場合に特別の影響が及ぶ場面はないと考えられてきた。しかし、民法では管理の場合に特別の影響が及ぶ場面があることとなった。この点を総合的に理解し、説明することは容易ではない。

この問題を解決する手段は2つある。第1に、区分所有法についても、管理の場面で「特別の影響」が及ぶ場合があると認める、または、そのような方向での改正を行うことである。第2に、新252条3項の「特別の影響」が及ぶ場面はほとんどないと解することである。第1については、特別の影響が及ぶ場面を想定しがたいため、解釈ないし改正(立法)は難しい。そうすると、第2の考え方により、事実上、新252条3項の適用場面はほとんどないと解するべきであろう。

---

(38) 濱崎恭生『建物区分所有法の改正』(法曹会、1989年)243頁。最判平成10年10月30日民集52巻7号1604頁も同旨。

### 3 賃借権等の場合（新 252 条 4 項）

改正法は、持分価格の過半数の決定により設定できる利用権の内容を明確化した（新 252 条 4 項）。共有物について利用権を設定することは、基本的に持分価格の過半数で決することができる<sup>(39)</sup>。しかし、利用権の存続期間が長期になると、共有者による目的物の使用、収益等が長期間にわたって制約されることになり、共有者が負う負担が大きくなる。そこで、602 条所定の期間を超える賃貸借契約を締結するときは、共有者全員の同意を得なければならないものとする裁判例もある<sup>(40)</sup>。この裁判例を参考に、設定可能な使用権の存続期間は、602 条各号の定める期間を超えることはできないとされている<sup>(41)</sup>。

新 252 条 4 項に定めた期間を超える使用権が設定された場合の法律関係が問題となる<sup>(42)</sup>。持分価格の過半数をもって共有物に関する長期間の賃貸借契約を締結した場合や借地借家法の適用がある建物賃貸借をした場合には、その契約は基本的に無効になる<sup>(43)</sup><sup>(44)</sup>。前者は変更にあたり、後者は事実上

(39) 最判昭和 39 年 1 月 23 日集民 71 号 275 頁。

(40) 東京高判昭和 50 年 9 月 29 日判時 805 号 67 頁

(41) 部会資料 3 5 頁以下。

(42) 一般に地上権や地役権を設定する場面では、長期間の存続期間を定めることが多いが、2 年、3 年というような短期の存続期間を設定することも可能である。したがって、新 252 条 4 項に定める期間内の存続期間内で地上権や地役権を設定することも可能である（部会資料 27 7 頁）。

(43) 前者については、部会資料 51 7 頁以下、後者については、部会資料 40 4 頁。なお、前者について、持分価格の過半数を有する土地の共有者が、存続期間を 30 年と定めて建物の所有を目的とする土地の賃貸借をした場合であっても、5 年間で限度に建物所有目的の土地賃貸借が有効に成立するという事はない（部会資料 40 4 頁）。

(44) また、一部の共有者の同意なく借地権が設定された場合、その法律関係が問題となる。ABC が各 3 分の 1 の持分で土地を共有している場合に、建物を所有する目的で Y に対し当該土地を賃貸することについて、AB は賛成したのに対し、C が異議を述べた場合には、借地権の設定をすることができない。他方で、AB と Y との間では賃貸借契約が有効に成立しているが、C が引渡しを拒絶すれば、当該契約は履行不能（債務不履行）となり、Y は基本的に賃貸借契約を解除することができる。また、借地権を設定することができないことによって Y に損害が生じた場合には、Y は A および B に対して損害賠償を求められることができる（415 条）（部会資料 40 4 頁以下）。

長期間にわたって継続する蓋然性があることから変更と解されるためである<sup>(45)</sup>。持分価格の過半数によって決まることが不相当とはいえない特別の事情がある場合には、変更行為にあたらぬ場合もありうる。

#### 4 過半数決定の手續規定

##### (1) 規定が見送られた理由

法制審議会では、過半数決定にあたって、共有者全員での協議(話し合い)を経ることの要否について、激しい議論が行われたが、規定を置くことは見送られた。管理事項を過半数で決定するにあたって、共有者間での協議または他の共有者への通知を義務づける規律を設けると、この義務を履行しなかった場合の効果の問題となるためである。

協議または通知を、共有物管理の要件とし、これに違反した場合は決定を無効とすると、多数の共有持分を有する共有者の権利を過度に制約することになりかねない。他方、協議または通知を訓示的なものとし、要件としないとする、規律を設ける意義が乏しい。そのため、少数持分権者の意思表明の機会を保障しつつ、多数持分権者の権利を調整する規律を適切に置くことは難しいとされ、規律を設けないこととされた。

なお、実務上、紛争予防の観点から協議を行うことが望ましく、規定が置かれなかったことにより、当事者が協議等を行うことを否定するものではないとされる<sup>(46)</sup>。

---

(45) 後者について、借地借家法の適用のある建物賃貸借は、基本的に、その存続期間を3年以内に制限したとしても、建物の賃貸人は、正当の事由があると認められる場合でなければ契約の更新をしない旨の通知または建物賃貸借の解約の申入れをすることができず(借地借家法28条)、事実上長期間にわたって継続する蓋然性があることから、建物が共有に属する場合に建物を賃貸するのは共有者に与える影響が大きいから、共有者全員の合意が必要とされる。これに対して、契約の更新がないこととする旨の定めを設ける定期建物賃貸借(同法38条第1項)、取壊し予定の建物の賃貸借(同法39条第1項)、一時使用目的の建物の賃貸借(同法40条)については、契約の更新に伴って事実上長期間にわたって継続するおそれがなく、共有者に与える影響が大きいとはいえないことから、その存続期間を3年以内とする限りにおいて、共有持分価格の過半数の決定により設定することが可能である(部会資料40 4頁)。

(46) 部会資料40 6頁。

## (2) 検討

多数決という団体的意思決定手続において、共有者に対する意思表示の機会、情報提供を受ける機会の保障は原則として必要である<sup>(47)</sup>。たとえば、共有者の持分価格の過半数を有する者らの間で合意が可能だとしても、その際には、他の共有者に対して意見表明、情報提供の機会を与えるために通知等をすべきである。複数の者がいる場合の意思決定手続において、手続保障は必須である。

立案担当者は、手続的規定に違反した場合に過半数決定を無効とすることは、多数持分権者の権利を「過度に制約する」ことになりかねないとするが、なぜ過度の制約となるのかの説明がない。

たしかに、所在等不明共有者がいる場合、その通知等をするものの負担は小さくなく、相当長期の時間を要することにもなりかねない。しかしながら、所在等不明共有者については、重い探索を要求せず、通知を免除すればよいだけである。所在等不明共有者がいる場合という例外的な場面を想定して、規定を置くのを避けるというのは、原則と例外が逆転している<sup>(48)</sup>。

また、通知などの手続的規定を置き、その違反があった場合に、多数決決定の内容を当然に無効と解すべきとまではいえない。立案担当者は、無効とならないのであれば訓示の規定であり意味がないとする。しかし、団体法において、手続的規定の違反が常に無効原因とされているわけではない。取消しができるとされる場合もあれば、効果に影響がないとされる場合もある。たとえば、手続の瑕疵が重大である場合に限って無効となるとすれば、規定を置く意味は十分に存在する。団体法的規律との比較が十分に行われていない。

---

(47) 第13回議事録14頁〔中村晶子発言〕は、弁護士会での議論において「少数持分権者の権利をある意味、侵害する事態になることは間違いがないので、全くその手続保障を設けないということはいかがなものかという意見がかなりありました」という。

(48) 第13回議事録14頁〔中村晶子発言〕。

### (3) 補論

共有にどのようなイメージを持つかによって、手続規定の必要性についての結論が変わりうる。多数の共有者がいる場合には、団体的な処理が必要であり、決定に際して手続を要求すべきである。2、3人の共有における過半数決定に際して、手続の遵守を求めることの実質的必要性は低い。また、所在等不明共有者がいる場合に、手続の遵守を求めることは、共有者への負担が大きい。しかしながら、多数持分権者が少数持分権者に意見表明をし、情報提供を受ける機会を与えずによいことを正当化することはできない。

立法担当者は多数持分権者の負担が大きく、過度な制約になるとするが、その想定する共有は不明であり、説得力を欠く。

## 5 裁判所による必要な処分

### (1) 規定が見送られた理由

法制審議会では、共有者間に共有物の利用に関して意見対立がある場合で、共有物分割が難しいとき（不分割契約がある場合を含む）は、裁判所は、共有者の申立てによって、共有物の管理に関し、必要な処分を命じることができるとの規定を置くことが検討された。

私道が共有されている場合などは、共有物分割によって対応することは難しい。共有物の分割請求をしても、権利濫用にあたりと判断される可能性が高い。そうすると、共有関係を維持しなければならないが、多数が望んだとしても、共有物の変更は一切できなくなる。

しかしながら、裁判所の介入を認めることについて、共有者の自治に反すること、介入を正当化する理由もないこと、また、他の制度を利用することで対応できると考えられたことから、規定設置は見送られた<sup>(49)</sup>。

### (2) 検討

たしかに、共有物分割が困難な場合には、裁判所に必要な処分をすることを請求できるとすることが許されるべきであるようにも思える。しかし、こ

---

(49) 部会資料30 28頁以下。

こでの指摘は、多数決により行える範囲が狭い、逆に言えば、全員の同意が必要とされている場面が広いという問題を言っているにすぎない。

共有物分割によって対応することが困難であるからといって、裁判所が多数の共有者の利益を優先させてこれを実現することは私的自治への過剰な介入である。実際に、意見が対立する中で、明確な基準がないにもかかわらず、反対者の承諾に代わる決定を裁判所がすることは困難である。

なお、共有者の一部が他の共有者の権利を不当に侵害しているケースでは、その侵害を是正するため、裁判所が介入することを正当化できそうにも思える。しかし、そのようなケースでは、共有持分に基づく妨害排除請求権等（およびこれを本案とする民事保全）で対応をすればよい。

## V 共有物の管理者

### 1 選任・解任（新 252 条 1 項）

#### (1) 制度趣旨

共有物の適切な管理を実現し、共有者の便宜を図るため、持分価格の過半数決定により、管理者を選任・解任できることが明文化された<sup>(50)</sup>。改正前も、管理者の選任・解任は管理事項として過半数決定できると考えられていた。

共有物の管理者として選任できるのは、共有者に限られず、第三者でもよ

---

(50) 当初は管理者を選任する義務を共有者に課することも検討されたが（部会資料 3 13 頁以下）、反対する意見が多く（第 2 回議事録（PDF 版）57 頁以下〔藁毛良和発言、道垣内弘人発言、佐久間毅発言、山野日章夫発言など〕）不採用となった。選任義務について検討されたのは、これが肯定されると、第三者による管理者選任請求が認められる（部会資料 3 16 頁）可能性があるためと考えられる。その後も、第三者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認めることが検討されたが（部会資料 17 11 頁以下）、物が共有状態にあることのみを理由に、第三者が共有者の判断に介入することを正当化することは私的自治の原則からすると困難である。また、共有者の共有物に対する管理状況等によって権利侵害等の不利益を被っている者がいることを理由に裁判所の介入を認めるべきであるとしても、それは、物が共有状態にあることではなく、その不利益が正当化の根拠となるのであって、共有制度に特有の第三者申立てによる管理者の制度を設けることは難しいと考えられた（部会資料 25 26 頁以下）。

い。また、管理者の人数に制限もない。管理者の選任に反対する共有者は、共有物の分割を請求することが可能である(256条以下)。

## (2) 第三者を管理者に選任した場合の法律関係

共有者と管理者の法律関係は、必ずしも明らかではない<sup>(51)</sup>。まず、第三者を管理者に選任する場合、共有者と第三者との間に委任契約が締結されるのが通例である。共有者全員が第三者と委任契約を締結すれば大きな問題は生じないが<sup>(52)</sup>、一部の共有者が第三者と委任契約を締結した場合に、他の共有者と第三者の間に、いかなる法律関係が生じるかが問題となる。というのも、共有者全員の同意により、第三者を管理者とした場合であっても、一部の共有者のみが委任契約の当事者となることはありうるし、過半数決定により第三者を管理者とした場合には、これに反対した共有者は、委任契約の当事者となることは考えられない<sup>(53)</sup>。そうすると、管理者を解任する場合、持分価格の過半数決定で行えることと、委任契約の解約は契約当事者しかできないこととの関係、言い換えれば、過半数決定により管理者の解任ができることをどのように説明するかが問題となる。

第三者を管理者とすることに同意した共有者はもちろん、持分価格の過半数決定に反対した共有者も、決定の効力に拘束されることから、選任された管理者の行為を否定することはできない。つまり、第三者と委任契約を結んでいない共有者にも、一定の法律関係(管理者選任関係)が生じている。契約を締結していない共有者に、委任契約の効力が直接生じることはないが、一定の法律関係は生じている<sup>(54)</sup>。

---

(51) 当初、委任に関する規定の準用規定を置くことが検討されていたが(部会資料17 9頁以下、部会資料27 18頁以下)、後述するように、全共有者と管理者との間に委任契約があるとみることが難しいと考えられたからである(部会資料41 14頁)。

(52) ただ、当初は全員が第三者と契約を締結していたとしても、共有持分権が別の第三者に譲渡された場合には、問題が生じうる。

(53) 管理者が管理の実施に要した費用については、管理者と選任に賛成した共有者との間で委任契約が締結されていることが通常であるから、その契約に基づき、管理者は、委任契約の当事者である共有者にこれを請求することになる。これを支払った共有者は、253条に基づき、他の共有者に求償することになる(部会資料41 14頁)。

(54) 部会資料41 12頁。

このように、委任契約とは別の法律関係（管理者選任関係）があると見る考え方によれば、解任は管理者選任関係を解消するものであり、仮に、共有者の一部と管理者との間に委任契約があっても、委任契約自体は解消することはない。委任契約が解消されないまま解任がされると、共有者の一部が過半数の同意を得ることなく、第三者との間で委任契約を締結した場合と同じ状態になる<sup>(55)</sup>。

### (3) 共有者の1人を管理者に選任した場合の法律関係

共有者の1人を管理者に選任する場合には、管理者となった共有者と他の共有者との間には、いかなる法律関係が生じるのか、委任関係があるかが問題となる。まず、費用負担について考えてみると、管理者に選任されていない共有者が、過半数決定に基づき管理行為をした場合、253条1項に基づき他の共有者に費用負担を請求できる。他方、管理者に選任された共有者が管理行為をした場合、費用負担の処理は当然に委任に関する規定によることになりそうであるが、これは妥当ではない<sup>(56)</sup>。253条1項に基づき、他の共有者に費用負担を請求できると考えるべきである。また、共有者の1人が持分価格の過半数を有しており、自己を管理者とする場合には、委任契約は締結できない。この場合も、費用負担請求ができるかと解する必要がある。

もっとも、過半数決定により管理者が選任された場合、賛成した選任者が、共有者間のルールとは別に、契約を定めることは可能であるが、その合意は他の共有者を拘束しない。このときの合意は、委任契約なのか、別の異なる契約（無名契約）なのかは、議論の余地がある<sup>(57)</sup>。

## 2 職務内容（新252条の2第1項、3項）

共有者が過半数決定により管理事項を定めている場合、管理者はその定めに従って職務を行わなければならない（新252条の2第3項）。たとえば、共有物が土地である場合に、共有者がその土地を第三者に賃貸することや、駐

---

(55) 部会資料41 13頁。

(56) 部会資料41 12頁。

(57) 部会資料41 13頁。

車場や私道として利用することを定めたとき、管理者は、その定めに従って当該土地を管理すべきであり、その定め反することは許されない。他方、特段の定めがない場合には、管理者は自己の判断で、共有物の管理に関する行為をすることができる(同条1項)。

管理者が行うことのできる行為には、事実行為だけでなく法律行為も含まれる。管理者が共有物の利用方法などに関する法律行為をした場合、共有者は、その利用方法を否定することはできない。たとえば、管理者が共有物の短期賃貸借契約を締結した場合、共有者は、賃借人の使用を妨げることはできない<sup>(58)</sup>。

管理者が法律行為をする際には、自己の名ですることができると解される。たとえば、管理行為の一環として共有物の修繕を修理業者に依頼する際には、自己の名ですることが多いであろう。管理者である第三者等が共有者の代理人として共有者を当事者とする法律行為をすることも考えられるが、そのためには、別途、共有者から代理権の付与を受ける必要がある<sup>(59)</sup>。

### 3 違反行為の効力(新252条の2第4項)

共有者が管理に関する事項を決定した場合、管理者はこれに従わなければならない。もしこれに違反したとき、共有者に対して効力は生じない。すなわち、共有者は、管理者の行為の効力を否定することができる。しかし、取引の安全を確保するため、共有者は善意の第三者に対して管理行為(利用方法等)を否定することができない(新252条の2第4項)。たとえば、管理者が共有者の定め反して、第三者に共有物を賃貸した場合、第三者はその土地を共有者に無断で使用していることになるが、その第三者が善意である場合、使用は適法となり、共有者は第三者に対して共有物の使用差止等を求めることはできない<sup>(60)</sup>。

---

(58) 部会資料41 13頁。

(59) 部会資料41 13頁以下。

(60) 部会資料41 14頁。

## 4 裁判所による管理者の選任・解任

### (1) 選任

法制審議会では、裁判所が第三者・共有者の申し立てにより、管理者を選任できることについて検討がされた<sup>(61)</sup>。

まず、第三者による申し立てを認める必要がある場面として、次の3つが考えられた。第1に、共有者が多数である場合である。この場合、個別の交渉が第三者に特に負担となるため、管理者選任が必要だと考えられた。

第2に、共有者の中に所在等不明な者がいる場面である。共有者の一部が所在不明であり、共有者の持分価格の過半数の同意を得ることができない事態が生じた場合には、第三者は、不明共有者につき不在者財産管理人の選任の申し立てをし、その不在者財産管理人から同意を得ることになる。もっとも、この方法では、不明共有者が複数の場合にはそれぞれの不明共有者に不在者財産管理人を選任しなければならなくなるほか、複数の不明共有者に共通する1人の不在者財産管理人を選任することができるものとしても、交渉の相手方は判明している共有者と不在者財産管理人という複数の者に分かれてしまうなどの不便が生じる。そのため、このような場合には、1人の管理者を選任することが必要だと考えられた。

第3に、共有物が管理されておらず、害悪等が発生している場面である。この場面では、第三者が管理者と交渉等をして、妨害予防請求権など第三者が共有者に対して有する共有物に関する権利を実現するために、管理者の選任を認めることが考えられる<sup>(62)</sup>。

しかし、所在等不明共有者がいる場合や共有地が管理されていないケースでは、土地管理制度により対応が可能である（新264条の2以下）。

次に、共有者による申し立てを認める必要がある場面としては、所在等不明共有者がいたり、賛否を示さない共有者がいたりすることにより、管理者を選任できない場合である。ただ、この場合には、所在等不明共有者に対す

---

(61) 部会資料3 13頁以下。

(62) 部会資料3 16頁。

る管理の裁判手続(新252条2項)により対応可能である。

以上のように、他の制度により問題解決が可能であるため、規定を置くことは見送られた。

## (2) 解任

管理者に不正な行為その他その職務を行うに適しない事情があるときに、各共有者が、管理者の解任を裁判所に請求することができるものとする点についても検討された。この問題は、結局、持分の過半数により共有物の管理に関する事項を定めた場合に裁判所がそのことを否定することを認めるかどうかと密接に関係している。持分価格の過半数を有する共有者が共有物の管理に関する事項を定めた場合、他の共有者は、裁判所に対してその定めを変更することを求めることができないため、共有物分割請求をすることによって対応することになる。また、管理者が共有物を適切に管理していない場合と類似するものとして、たとえば、共有者が共有物を第三者に賃貸した場合に、その第三者が共有物を適切に使用していない事例が考えられる。この事例において、裁判所による賃貸借契約の解除を認めるような手当ては特にない。そうすると、管理者についてのみ裁判所による解任の制度を導入することは難しいとも考えられた<sup>(63)</sup>。

## 5 訴訟権限

共有物の管理者の訴訟権限についても検討された。管理者が共有者全員のために訴訟を提起することを認める場合には、訴訟に勝訴した場合だけでなく、その訴訟に敗訴した場合にも、既判力等の判決の効力は共有者全員に及ぶと考えるほかない(民事訴訟法115条参照)。このときに共有者が受ける不利益を考慮すると、訴訟の提起は、「変更・処分」に該当し、共有者全員の同意を得なければ、することができないと解される。第三者が提起した訴訟に対する応訴についても同様に、共有者全員の同意が必要である<sup>(64)</sup>。敗訴

---

(63) 部会資料27 21頁以下。

(64) 部会資料4 13頁。

のリスクも考えると、共有者全員の同意がないにもかかわらず、管理者が、共有者全員を代表して原告や被告となることは困難であると考えられた<sup>(65)</sup>。そのため、規定を置くことは見送られた。

## VI 変更・管理の決定の裁判手続

### 1 変更（新 251 条 2 項）

#### (1) 制度趣旨

今回の民法等の改正は、所有者不明土地の解消を目的としており、所在等が不明な共有者がいる場合への対応が必要となる。具体的には、所在等不明共有者がいる場合、当該共有者の同意を得ることはできないから、全員の同意が必要となる共有物の変更をすることはできないところ、この問題に対応する必要がある。そこで、改正法は、所在等不明共有者がいる場合、共有者は当該共有者以外の共有者の同意を得て、共有物を変更することを裁判所に請求できる<sup>(66)</sup>こととした（新 251 条 2 項）。

新 251 条 2 項の「変更」に法律上の処分は含まれない。すなわち、共有者が持分それ自体を失うこととなる行為、たとえば、持分の譲渡、抵当権の設定などは含まれない。このことは、後述のする所在等不明共有者の持分の取得（新 262 条の 2）、持分の譲渡（新 262 条の 3）の規定が用意されていることから明らかであると説明される<sup>(67)</sup>。しかしながら、持分の取得・譲渡規定は「不動産」に限定されているのに対し、新 251 条 2 項は目的物の対象が

---

(65) 部会資料 27 16 頁。

(66) 法制審議会においては、当初、催告や一定の要件の下での公告によって（つまり、裁判手続や公的機関の関与によらずとも）、行えることも検討されていた（部会資料 3 8 頁以下、部会資料 17 5 頁以下）。しかし、共有者を不当に害さないためにも、所在等が不明かどうかについては、事前に慎重な認定が必要であると考えられ、実際に、民法においては、不在者財産管理制度や公示による意思表示の制度が設けられているが、事前に裁判所が不在者等の認定をしなければ、実体上の効力は生じない。このような観点からすると、裁判所の決定を要すると考えられた（部会資料 41 4 頁）。

(67) 部会資料 51 9 頁。

不動産に限定がなされていない。動産について、当然に処分行為が含まれないとはいえないが、区別する必要性は乏しい。

## (2) 所在等不明共有者

所在等不明共有者には、①所在が不明な共有者と、②知ることができない共有者が含まれる(後述する管理、持分の取得・譲渡の場面でも、同様である)。

①所在不明の意味は、必ずしも明確ではない。当事者の予測可能性を高める観点からは、所在不明の意味をより明確にすべきであるが、これは困難である。基本的に、所在不明かどうかを適切に認定することができるのは裁判所とされる<sup>(68)</sup>。たとえば、対象物が不動産であり、所有者が自然人である場合に<sup>(69)</sup>、所在を知ることができないとの要件を認定するためには、その所有者の権利を不当に害すべきではないとの観点から、少なくとも、登記簿上および住民票上の住所に居住していないかどうかを調査する(所有者が死亡している場合には、戸籍を調査して、その戸籍の調査で判明した相続人の住民票上の住所を調査する)ことが必要となる<sup>(70)</sup>。

②知ることができない共有者(不特定共有者)の意味も、明確ではない。表題部所有者不明土地の場合を除き、共有者の特定が問題となるのは、通常、所有権の登記名義人が死亡し、相続人が不明なケース<sup>(71)</sup>である。この

---

(68) 改正前の段階で、所在不明に関して裁判所が認定しているのは、表意者が相手方の所在を知ることができないこと(98条)や当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れないこと(民事訴訟法110条)である。これらの要件が認められるための探索方法については明文の規定がなく、裁判所が事案に応じて適切に認定しているとされる。この点については、部会資料30 7頁、14頁。

(69) 共有者が法人である場合には、①本店(主たる事務所)が判明せず、かつ、代表者の所在を知ることができないとき(具体的には、代表者が法人の登記簿上および住民票上の住所に居住していないかどうかを確認することになる)と、②本店(主たる事務所)が判明するかどうかにかかわらず、代表者が存在しない(具体的には、法人の登記簿上の代表者が死亡しているケース)ときが、「共有者の所在を知ることができない」ときに該当する(部会資料30 7頁以下)。

(70) 部会資料30 7頁。

(71) 共有に係る所有権の登記名義人の一部の者が死亡し、その相続人が不明なケースも含まれる。

ような相続人の調査は、たとえば、登記移転請求訴訟において、登記名義人が死亡し、その相続人として登記義務者となるべき者（被告）を特定する際の調査と同様であると解され、その中心は戸籍の調査になる<sup>(72)</sup>。

共有者を知ることができない場合には、そもそも、不特定共有者の数やその持分も不明であり、その結果、判明している共有者の持分も不明であるケースがありうる。このようなケースでは、不特定共有者以外の共有者の持分価格の過半数が立証できず、実際にこの制度を利用することは難しい。共有物が不動産である場合にこのような事態が生じたときは、不特定共有者の持分を他の共有者等が取得して共有関係の解消を図るか、不特定共有者の持分に関して所有者不明土地管理人等の選任を受けた上で、共有関係の解消を図るかして対処することになる<sup>(73)</sup>。ただ、この場合において、本制度を一律に否定する理由がないため、不特定共有者についても、所在不明共有者と同様に扱われている<sup>(74)</sup>。

### (3) 決定手続

共有者が、新 251 条 2 項による裁判を求めた場合、裁判所は、①当該共有物について裁判の申立てがあったこと、②裁判所がこの裁判をすることについて異議があるときは、当該他の共有者等は一定の期間（1 か月を下ってはならない）までにその旨の届出をすべきこと、③②の届出がないときは裁判がされること、以上の 3 点を公告し、②の期間が経過しなければ、裁判をすることができない（新非訟事件手続法 85 条 2 項）。

この制度が利用される主な場面としては、不動産が共有である場合が想定されるため、事物管轄は、不動産の事件を基本的に取り扱うこととされている地方裁判所（裁判所法 24 条 1 号）とされている<sup>(75)</sup>。

---

(72) 部会資料 56 10 頁。

(73) 部会資料 30 7 頁。

(74) 部会資料 41 4 頁。

(75) 部会資料 41 5 頁。認容決定に対する不服申立て方法としては、決定の効力が生じた時から 2 週間以内にする即時抗告（非訟事件手続法 66 条および 67 条）のほか、再審（同法 83 条）が考えられている。なお、不服申立てとも関連するが、裁判所の決定がされた後に、その決定が再審によって取り消されないまま、別途、その決定の効力を訴訟で争

裁判所の判断の主眼は所在等不明共有者を意思決定から除外するかどうかであり、共有者の意思決定に係る行為の是非そのものではないから、裁判所は当該行為の相当性を判断すべきではない<sup>(76)</sup>。共有者が3人いる場合、申立人でも相手方でもない第三者は、この手続に加わることはない<sup>(77)</sup>。

## 2 管理(新252条2項)

### (1) 制度趣旨

共有物の管理は持分価格の過半数により決定できるところ、所在等不明共有者がいる場合はもちろん、賛否を明らかにしない共有者がいる場合にも、共有物の管理が阻害されることになりかねない。たとえば、賛否を明らかにしている者の中で過半数の持分を有する者らが同意をしていますが、賛否を明らかにしない者も含めて全共有持分のうち過半数の持分を有する者らが同意をしていない限り、共有物の管理に関する事項を定めることができない。

そこで、改正法は、所在不明等共有者がいる場合だけでなく、賛否を明らかにしない共有者がいる場合にも、当該他の共有者以外の共有者の持分価格

---

えるかが問題となりうる(たとえば、決定が出された後に、所在等不明共有者以外の共有者が合意をして、第三者との間で賃貸借契約を締結した場合に、所在等不明とされていた共有者が賃借人である第三者を被告として、不法行為に基づく損害賠償を請求する訴訟を提起し、その中で、裁判所の決定が不当であるとして、その賃貸借契約の効力を否定することなど)。今回の制度は、非訟事件手続法により処理されるが、非訟事件手続法における決定にはいわゆる既判力はないと解されているものの、通常、形成力があり、その決定を取り消さないまま、訴訟で、その形成力を否定することはできないと解される。そして、今回の制度では、裁判所の決定により、所在等不明共有者以外の共有者全員の同意(後述する管理の場合は、持分価格の過半数)によって共有物の変更等を行うことができるのと法律関係が形成されることになると解されるため、訴訟においても、その効力自体を否定することはできず、その決定があったことと、所在等不明共有者以外の共有者全員の同意(後述する管理の場合は、持分価格の過半数)があったことが主張・立証されれば、共有物の変更等が適法であったことになると解される。申立人が所有者でなかったような場合には、共有者全員の同意がないまたは共有者の持分価格の過半数の同意を得ていないとして、当該定め自体の効力を訴訟で争うことは否定されない(部会資料41 5頁以下)。

(76) 部会資料41 5頁。

(77) 第24回議事録(PDF版)11頁以下〔中田裕康発言に対する脇村真治(関係官)発言〕。

の過半数により<sup>(78)</sup>、共有物の管理を裁判所に請求できるとしている（新 252 条 2 項）。

## (2) 賛否を明らかにしない共有者

所在等不明共有者については、変更の場合と同様であるが、管理の場合は、賛否を明らかにしない共有者がいる場合にも、裁判所への請求ができる。

「賛否を明らかにしない」といえるためには、共有者が当該共有者に催告することが必要である。なお、共有者による裁判所への請求がなされた後、裁判所は当該他の共有者に賛否を明らかにすべきことを催告するが、共有者が賛否を明らかにしたときには、その賛否に従って共有物の管理に関する事項が決せられるべきであり、裁判所としてはこの裁判をすべきではない<sup>(79)</sup>。

また、所在等不明共有者との関係が問題となる。賛否を明らかにしない共有者がいる場合の裁判をするにあたっては、通知等をするため、通常の訴訟における被告の所在調査と同様の調査を要する。もし、賛否を明らかにしない共有者がいる場合の裁判の申立てをしたが、実際には、その共有者の所在が不明であった場合（事前に共有者が他の共有者に催告書を送付していたが、送付先に居住していなかった場合など）には、賛否を明らかにしない共有者がいる場合の裁判の申立てを、所在等不明共有者がいる場合の裁判の申立てに変更した上で、通常の訴訟における公示送達をするかどうかの調査と同様に、その所在が不明であるかどうかを調査することになる<sup>(80)</sup>。

---

(78) 持分価格の過半数決定にあたって、最低限の持分割合を設定することが検討されていた。僅少の持分しか有しない者の賛成のみにより管理行為をすることができることになるとすると、共有物の管理を決定することの正当性を疑わせることになりかねないからである。たとえば、多数決による意思決定を導入している会社法等でも、いわゆる定足数を設定し、意思決定の正当性を確保している。そこで、持分の価格の 3 分の 1 を超える持分を有する者の同意が必要とすることが検討された（部会資料 30 4 頁以下）。しかしながら、管理行為が共有者に与える影響はそれほど大きなものではないため、最低限の同意の要件は設けないこととされた（部会資料 41 3 頁）。

(79) 部会資料 56 9 頁。

(80) 部会資料 56 9 頁以下。

### (3) 1号と2号の関係

共有者の中に、所在等不明共有者と賛否を明らかにしない共有者がいる場合、1つの手続の中で扱えるかが問題となる<sup>(81)</sup>。理論上は別事件になるが、実際に手続が併合されることはありうる。最終的には裁判所の判断となるが、非訟事件手続でも別事件であるからといって必ず分離しないとけないことにはならない<sup>(82)</sup>。

### (4) 決定手続

共有者が、新252条2項1号による裁判を求める場合は、新251条2項の手続と同様となる。

他方、共有者が、新252条2項2号による裁判を求めた場合、裁判所は、①当該共有物について裁判の申立てがあったこと、②当該他の共有者等は裁判所に対し一定の期間(1か月を下ってはならない)内に共有物の管理に関する事項を決することについて賛否を明らかにすべきこと、③②の期間内に賛否を明らかにしないときは裁判がされること、以上の3点を当該他の共有者に通知し、②の期間が経過すれば、裁判をすることができる(新非訟事件手続法85条3項)。また、当該他の共有者が、賛否を明らかにしたときには、裁判所は裁判をすることができない(同条4項)。

## Ⅶ 裁判による共有物分割

### 1 共有物分割の協議(新258条1項)

共有物の分割請求について、各共有者がいつでも分割請求できることは変更されていない(256条1項)。また、協議が調わないときに裁判分割ができることも同様である。この「協議が調わないとき」には、一部の者が協議に応じないために協議をすることができないときも含むと解されていたので、

---

(81) 第24回議事録(PDF版)10頁〔藤野忠発言〕。

(82) 第24回議事録(PDF版)10頁以下〔脇村真治(関係官)発言〕。

改正法は、「協議をすることができない」場合にも、裁判分割ができることを明確にした<sup>(83)</sup>（新258条1項）。

## 2 賠償分割（新258条2項2号）

判例は、価格賠償による分割（賠償分割）を認めている<sup>(84)</sup>。賠償分割については、その判断基準（要件）を明確に定めるべきではないか、という点が議論され、何度か提案がなされた。

具体的には、まず、「共有物を一人又は複数の共有者に取得させることが相当であり、かつ、その者に取得させることとしても共有者間の実質的公平を害するおそれがないとき」に賠償分割ができるとの規定が検討された<sup>(85)</sup>。賠償分割についての定めがない場合、賠償分割を望み、そのための用意もあるものの、それ以外の方法による分割を命じられるのであれば共有状態を維持することを希望する共有者にとっては、分割結果についての予測可能性が低いいため、共有物分割請求をすることを躊躇することになるという指摘があったためである<sup>(86)</sup>。

その後、パブリック・コメントにおいて、上述の枠組みが最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁の明示している判断要素の一部のみを抽出

---

(83) 部会資料25 9頁。ここでは、遺産分割の規律（907条2項）が参考にされている。

(84) 部分的価格賠償（持分の価格以上の現物を取得する共有者に、持分の価格を下回る現物しか取得しない他の共有者に当該超過分の対価を支払わせて過不足を調整する方法）について、最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁、全面的価格賠償（共有物を共有者のうちの1人の単独所有または数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法）について、最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁（以下、「最判平成8年」という）。

(85) 最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁が「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って、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」には賠償分割を行うことができるとされたことを踏まえたものである。

(86) 第7回議事録（PDF版）12頁〔中村晶子発言〕。

していることに対する懸念を示す意見が寄せられた。そこで、これまでの判例の考え方を踏襲することを前提に、同様の枠組みをとっている遺産分割に関する規律を参考に、「特別の事情があると認めるとき」(家事事件手続法195条参照)に賠償分割を認める旨の規律を設けることが提案された<sup>(87)</sup>。

しかしながら、「特別の事情」という要件を設けることによって、賠償分割の検討順序が現物分割に劣後するという疑義が生じうるといった意見や、「特別の事情」の内容を本文から読み取ることができないといった意見が出された<sup>(88)</sup>。

結局、最判平成8年が判示しているような判断要素をすべて明文化しようとしても、明文化すること自体が困難であるのみならず、賠償分割についてのみ判断要素に関する規律を設ける限り、賠償分割の検討順序が現物分割に劣後するかのような疑義が生じることを回避することができないと考えられた。そこで、賠償分割における判断要素については規律を設けず、引き続き判例法理に基づく判断に委ねることとされた<sup>(89)</sup>。

### 3 分割の順序(新258条2項3項)

#### (1) 現物分割と賠償分割の同列化

現物分割と賠償分割の先後関係を決めることも検討されたが、現物を分割することと、賠償分割をすることは、矛盾するものではないと考えられたため、同列に並べられた。たとえば、部分的価格賠償は、現物を共有者の全部または一部に分割した上で、金銭で調整するものである。それゆえ、先後関係をつけることは困難である<sup>(90)</sup>。

---

(87) 部会資料37 4頁。

(88) 第16回議事録(PDF版)25頁〔中村晶子発言〕。

(89) 部会資料47 1頁以下。なお、部分的価格賠償の場合に、最判平成8年の判断要素を考慮する必要があるかについては、検討の余地がある。

(90) 部会資料37 5頁。全面的価格賠償と現物分割との間に先後関係をつけるべきか、言い換えると、全面的価格賠償を実施することについて、現物を分割することができないことを必要条件とするのかも問題となりうる。現在の判例では、現物を分割することができないことが全面的価格賠償をするための必要条件として掲げられているわけではないため、法律上先後関係を決める必要はなく、現物分割の困難さは裁判所が判断する際の考慮要素の一つとするにとどめることで足りると考えられた。

## (2) 代金分割の位置づけ

法制審議会では、当初、代金分割（競売分割、換価分割）の補充性要件を見直し、裁判所は、現物分割を否定する事情がない場合であっても、競売による換価分割を命じることができるとするのが検討されていた。なぜなら、代金分割は、売得金を共有持分に従って分配することができる点で公平な分割方法であり、たとえば、各共有者のいずれもが当該共有物を現実に利用する必要がない事案などでは、現物分割を否定する事情がない場合であっても、代金分割がより適切な分割方法であると認めて差支えがない事案もあると考えられ、そのような場合に現物分割優先の規律により裁判所の裁量判断を縛ることは適切でないと考えられたためである<sup>(91)</sup>。しかしながら、これに対しては、各分割方法を順位付けし、当事者の予測可能性を確保すべきであるとの指摘がなされた<sup>(92)</sup>。

分割方法の順序については、代金分割を現物分割・賠償分割と同列にすることも検討されたが、当事者の予測可能性を確保する観点から、改正前の規律が維持されている（新 258 条 3 項）<sup>(93)</sup>。共有者中に共有物の取得を希望する共有者がいる場合、希望者を優先すべきであると考えられ、入札価格で雌雄を決し、共有者を優先するものではない代金分割は、共有者に共有物を取得させることが困難である場合に実施することが適当であると考えられた<sup>(94)</sup>。

## 4 賠償分割における手続的措置（新 258 条 4 項）

裁判所が賠償分割を命じる場合における金銭債務の履行を確保するため、実務上、裁判所の裁量により、判決において、①金銭債務について債務名義を形成し、②持分権の移転に伴う登記手続等につき金員の支払との引換給付を命じることなどが行われている。そこで、遺産分割の規律（家事事件手続法 196 条）を参考に、裁判所は、共有物分割に際して、金銭の支払、物の引

---

(91) 部会資料 10 3 頁。

(92) 第 7 回議事録（PDF 版）8 頁〔佐久間毅発言〕、12 頁以下〔中村晶子発言〕。

(93) 部会資料 25 9 頁。

(94) 部会資料 37 5 頁。

渡し、登記義務の履行その他の給付を命じることができるとされた<sup>(95)</sup>。

ところで、裁判所が分割内容を定めることと、給付命令を発することは別個の問題である。そこで、裁判所が給付命令を発することのできる根拠が必要となる。たとえば、次のような場面において必要である。

共有物の分割の訴えは、その本質において非訟事件であって、裁判所は、その裁量により、原告や被告が求めている内容の分割方法を選択することも可能である。そのため、事案によっては、給付命令を求める訴えを予め提起することが当事者として困難であることもある。また、たとえば、原告が共有物を取得する全面的価格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に、被告から予備的にでも給付命令を求める訴えを提起することは困難である。これらの場合、改めて給付命令を求める訴えを提起しなければならないとしても、審理すべき内容は弁済の有無程度であり、その分割の内容は既判力等によって争うことはできないことからすれば、紛争の一回的解決の見地からそのような別訴提起を求めることは妥当でない<sup>(96)</sup>。

## 5 相続財産に属する共有物分割の特則（新258条の2）

### (1) 共有物分割と遺産分割の関係（新258条の2第1項）

共同相続により生じた共有関係を解消する場合、遺産分割手続と共有物分割手続の関係が問題となる。最判昭和62年9月4日判時1251号101頁は、共同相続人が分割前の遺産を共同所有する法律関係の解消は、共有物分割の手続ではなく、遺産分割の手続により行われるべきものとしている<sup>(97)</sup>。

また、最判平成25年11月29日民集67巻8号1736頁は、共有物について、遺産分割前の遺産共有の状態にある共有持分と他の共有持分とが併存す

---

(95) 部会資料25 9頁以下。

(96) 部会資料37 6頁。

(97) 具体的には、次のように判示している。「遺産相続により相続人の共有となった財産の分割について、共同相続人間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家事審判法の定めるところに従い、家庭裁判所が審判によってこれを定めるべきものであり、通常裁判所が判決手続で判定すべきものではないと解するのが相当である。」

る場合、まずは共有物分割手続により遺産共有者以外との共有関係を解消した上で、遺産共有持分を有する者に分与された財産の共有関係を遺産分割の手続により解消することとしている。

相続財産の共有関係の解消において、特定財産の共有物分割ではなく遺産分割の方法をとることとされている理由は、理論的には、遺産分割手続は、共有物分割手続の特別手続として認められているから、共同相続人は、遺産分割を家裁に請求すべきであり、遺産分割前に共有物分割訴訟を地裁に提起することはできないからである<sup>(98)</sup>。実質的には、遺産分割は、遺産全体の価額に特別受益や寄与分等を加味して算出した具体的相続分に基づいて行うものとされているため、遺産の全体を把握しなければ分割することができないからである。

新 258 条の 2 第 1 項は、上記の判例法理を明確にするため、共有物の全部またはその持分が相続財産に属する場合、共同相続人間で遺産分割をすべきときは、258 条による共有物分割ができないと定めた。

## (2) 相続開始時から 10 年経過後の特則（新 258 条の 2 第 2 項第 3 項）

新 258 条の 2 第 2 項は、共有物の持分が相続財産に属する場合、相続開始時から 10 年が経過したとき、相続財産に属する共有持分について共有物分割ができるとする。ただし、遺産分割請求があり、共有物分割に異議の申出がなされたときは除かれる。この異議申出は、当該相続人が共有物分割請求を受けた裁判所からその旨の通知を受けた日から 2 か月以内に、当該裁判所に行わなければならない（新 258 条の 2 第 3 項）

これらの規定が設けられたのは、遺産共有持分と通常の共有持分が併存する場合の関係性を明確にするためである。たとえば、AB が各 2 分の 1 の持分を有する共有状態の土地について、B が死亡し、CD が各 2 分の 1 の法定相続分で相続したとする。この場合、当該土地の持分は A が 2 分の 1、BC が各 4 分の 1 となる。理論上、CD の共有持分分割を含め、ACD で共有物

---

(98) 吉本俊雄「遺産分割と共有物分割との関係」中川善之助先生追悼『現代家族法大系 5』（有斐閣、1979 年）23 頁。

分割ができるとも考えられる。仮に分割が実施されると、遺産分割前に遺産が処分された場合と同様の法律関係になる(906条の2第1項)。すなわち、共有物分割により、共有物は遺産分割の対象から除外され、遺産分割は残存する他の遺産について行われることになる。

しかし、遺産分割は遺産全体の価値を総合的に把握し、具体的相続分の割合に応じて906条の規定に従って分割を目的とするものである。そうすると、共有物が遺産分割の対象から除外され、他の遺産の価額が特定の相続人について具体的相続分より算出された価額を下回ると、その相続人は、結局、具体的相続分の割合による分割を得られない。また、共有物分割に906条は適用されないから、遺産全体を総合的に把握して分配することもできず、さらに、配偶者居住権の設定もできない。

もちろん、事案によっては、共有物分割の中で、相続人間の分割を実施することにより、共有物に関する帰属が迅速に定まり、相続人にとって便宜である場合もありうる。通常共有と遺産共有が併存している共有物について、協議によらず、相続人の1人がその共有物の全部を取得するには、共有物分割と遺産分割の双方を経なければならないが、共有物分割の中で一回的に解決することができれば便宜である。

そこで、相続開始時から10年間という長期間<sup>(99)</sup>を経過し、かつ、共有物分割請求がされた後も遺産分割の申立てをせず、また、遺産分割の申立てがあっても、共有物分割による処理に異議の申出をせず、遺産分割上の権利を行使しないときは、裁判所は、共有物の分割を命じる判決において、相続人間の分割もできるとする新258条の2第2項が規定された<sup>(100)</sup>。

なお、共有物の「持分」が相続財産に属する場合についての規定であり、

---

(99) 10年の経過が必要とされたのは、無制限の適用を認めると、相続人に認められている遺産分割上の利益が侵害されるおそれがあるからである。すなわち、共同相続人、特別受益(903条、904条)と寄与分(904条の2)を斟酌した具体的相続分に基づく遺産分割を求める利益を有している。この利益は、10年の経過により失われる(904条の3本文)。

(100) 部会資料42 2頁以下。

相続財産一般について共有物分割手続によることができるわけではない点に注意が必要である。

## 6 任意売却

法制審議会では、当初、任意売却を命じる分割も検討されていた。共有物を任意売却すれば、一般に代金分割よりも売却金額が高くなることが多いから、裁判所が任意売却を命じることができるとすれば、当事者にとってより望ましい結果が得られる場合があるからである。たとえば、買受希望者がいて、相当な価額で売却することができる見込みがあるケースでは、有用であると考えられた<sup>(101)</sup>。しかし、任意売却を命じる判決が出たあとに、協力しない共有者がいる場合に問題が生じるため<sup>(102)</sup>、規定を置くことは見送られた<sup>(103)</sup>。

## VIII 所在等不明共有者の持分の取得・譲渡

### 1 持分の取得（新 262 条の 2）

#### (1) 制度趣旨

所在等不明共有者がいることにより、共有者が共有物の管理・変更をできない場合、共有物分割請求の方法により共有関係を解消することが考えられる。このとき、所在等不明共有者と協議をすることができないので、裁判分割の方法をとることになる。ただ、裁判分割の方法は、一定の時間がかかり、また、具体的な分割方法は裁判所の裁量的な判断に委ねられているため、予測が困難な面がある。さらに、共有者の一部が誰であるのかが特定できない場合に、手続を行うことはできない<sup>(104)</sup>。

そこで、改正法は、不動産の共有者は分割の方法によることなく、当該不

---

(101) 部会資料 10 3 頁以下。

(102) 第 7 回議事録（PDF 版）11 頁〔山田誠一発言〕。

(103) 第 11 回議事録（PDF 版）1 頁〔山野目章夫発言〕。

(104) 部会資料 3 23 頁以下。当初は、「売渡請求権」として構想されていた。

明共有者の持分取得を裁判所に請求することを認めた(新262条の2第1項)。

## (2) 対象の限定——不動産の共有

この制度は、適用場面が「不動産」の共有に限定されている。所有者不明土地対策の規定だからである<sup>(105)</sup>。ただし、不動産の地上権・賃借権等の準共有持分にも準用される(262条の2第5項)。

## (3) 請求者が複数いる場合

請求をした共有者が2人以上いるときは、請求をした共有者それぞれに取得させる持分の割合は、請求をした共有者の持分価格の割合に応じて所在等不明共有者の持分の割合を按分して得た割合である(新262条の2第1項後段)。

## (4) 共有物分割請求等との関係

通常の共有において共有物分割の手続が行われている場合、また、遺産分割の手続が行われている場合など、他に分割請求事件が係属しているときに、それら手続の中で、所在等不明共有者の持分も含めて全体について適切な分割を実現することを希望している共有者がいることがある。このとき、基本的には分割請求事件の中で適切な分割をするべきであり、別途、持分取

---

(105) 第9回会議では、対象物を限定しない場合、たとえば、準共有の規定により株式会社などにも規定が適用されることになること、同族会社で支配権争いということで非常に大きな影響が出てくると指摘された(第9回議事録(PDF版)49頁〔中田裕康発言〕)。その後、部会資料25 14頁では、「具体的な手続等を検討する観点から、不動産の所有権又は共有持分を念頭に検討をし、不動産のその他の権利(例えば、賃借権)や、動産その他の財産も対象とするのかについては、不動産の所有権又は共有持分に関する制度の枠組みを踏まえながら、引き続き検討する」とされた。部会資料30 19頁以下では、「不動産の所有権(共有持分権)のほか、不動産の使用権の持分権」が対象となるとされ、その他の権利は対象から外された。その理由は、所有者不明土地対策という観点から、その範囲は土地及び土地と密接に関連する建物とすれば足りることに求められている。なお、不動産を対象とした場合には、その使用権についても認めないと結局当該不動産の利用に支障を来すとのため、その使用権も対象とされている。

得手続を先行させるべきではない<sup>(106)</sup>。そこで、共有物分割・遺産分割請求をし、届出をした場合には、持分取得の裁判はできず、共有物分割・遺産分割手続が優先される（新 262 条の 2 第 2 項）。

#### (5) 時価相当額の供託

所在等不明共有者は、持分取得共有者に対して、「時価相当額」の支払を請求できる（新 262 条の 2 第 4 項）。裁判所は、基本的に、所在不明共有者の持分の時価に相当する額を供託すべき額として定め、供託をさせることになる（手続については、(6) 参照）。持分の時価相当額は、事案に応じて、不動産鑑定士の評価書や、固定資産税評価証明書、不動産業者の査定書などの証拠をもとに判断されるものと考えられる。

当然のことであるが、持分の時価相当額を算定するにあたっては、当該持分の割合が定まらなければならない。共有者を知ることができない（特定することができない）場合は、共有持分の割合や、そもそも、共有者の総数が全く分からないケースもありうる。このようなとき、基本的には、申立人に不利益な方向で認定をした上で、供託金の額を定めるべきである。供託の規定が所在等不明共有者の利益を確保するものであるからである。たとえば、請求をした共有者以外の共有者を特定することができないときは、共有者の総数を特定することができない以上、土地全体の額を供託の額としたり、各共有者の持分は相等しいものと推定されることを前提に、少なくとも、共有者は請求をした共有者と不特定共有者の 2 人がおり、特定共有者の持分は 2 分の 1 であるとして金額を算定したりすることもありうる<sup>(107)</sup>。

#### (6) 手続

共有者が新 262 条の 2 第 1 項による裁判を求めた場合、裁判所は、①所在等不明共有者の持分の取得の裁判の申立てがあったこと、②異議があるときは、所在不明等共有者は一定の期間内にその旨の届出をすべきこと、③新

---

(106) 部会資料 51 14 頁。

(107) 部会資料 56 13 頁。

262条の2第2項の異議の届出は、一定期間内にすべきこと、④②③の届出がない場合は持分取得の裁判がされること、⑤申立人以外の共有者が申立てをするときは一定期間内にすべきこと、以上の5点を公告しなければならない(非訟事件手続法87条2項)。また、裁判所は、持分取得の裁判をするには、申立人に対して、一定期間内に、所在等不明共有者のために、裁判所が定める額の金銭を供託し、かつ、その旨を届け出るべきことを命じなければならない(同条5項)。

## 2 持分の譲渡(新262条の3)

改正民法は、持分の取得と並んで、所在等不明共有者がいる場合に、他の共有者全員が同意していれば、共有物である不動産全体を売却することを裁判所に請求できるとした(新262条の3第1項)。所在等不明共有者以外の共有者の全員が、特定の者に対してその有する持分の全部を譲渡することを停止条件として、所在等不明共有者の持分を譲渡する権限を付与している。

ところで、この権限付与の裁判を受けた共有者が、長期間にわたって譲渡をしないといたった事態が生じうる。このような事態を防止するため、権限付与の裁判については、譲渡をすることができる期限(権限付与の効力の終期)を定めることが必要となる。また、通常、裁判の申立てをする際には、譲渡をする第三者が決まっていると考えられるところ、長期間権限の行使を認めることは、相当でない。他方、権限付与の効力の終期を一律に定めると、例外的な事情に対応できない<sup>(108)</sup>。

そこで、原則として、所在等不明共有者の持分を譲渡する権限の付与の裁判により権限を付与された共有者が事件の終了した日から2か月間その権限を行使しないときは、その裁判は、その効力を失う<sup>(109)</sup>(非訟事件手続法88条3項本文)。ただ、この期間は、裁判所において伸長することができる(同

---

(108) 部会資料51 16頁。

(109) 停止条件の成就(他の共有者の持分の譲渡の効力の発生)も、権限行使期間の終期までに完了している必要がある。他方で、持分の移転の登記は、この終期までに行われていない必要はない(部会資料51 16頁)。

項ただし書)。

その他の点については、基本的に、持分の取得の規律と同様である。

## Ⅸ その他の事項

### 1 共有者による共有物の取得時効

#### (1) 想定される事例

法制審議会では、当初、土地が共有され、共有者の1人が長年にわたって当該土地を占有している場合、占有開始時点で当該土地が共有物であると認識し、または認識していないことに過失があるときに、当該共有者の1人が当該土地の所有権全部を時効によって取得することについて検討するとしていた。典型的には、土地が相続され、共同相続人の1人が当該土地を長期間占有して単独所有者のように振る舞っており、他の共有者もそれを是認して自己の権利を主張しないことは珍しくない<sup>(110)</sup>。

---

(110) 部会資料4 1頁以下。たとえば、次のようなケースがあげられている。①他に相続人がいることを占有開始の時点で知らなかったために、共同相続人のうちの1人が、当該土地を単独で占有し、利用しているケース。なお、このケースでは、戸籍等を確認すれば他に相続人がいることを知ることができるケースと、戸籍等を確認しても他に相続人がいることを知ることができないケースがありうる。②戸籍を確認して他に相続人がいることは知っていたが、それまでに交流がなく、連絡先を知らなかったために、連絡をとらないまま、共同相続人のうちの1人が、当該土地を単独で占有し、利用しているケース。③他に相続人がいることは知っており、遺産分割について話し合いをしていたが、遺産分割について合意が成立しないまま、共同相続人のうちの1人が、当該土地を単独で占有し、利用しているケース。また、①～③とは質的に異なるが、④書面等は作成されておらず、登記もされていないが相続人間で相続人のうちの1人が当該土地を取得するとの遺産分割の合意がされており、その合意に従って相続人のうちの1人が当該土地を所有し、占有しているが、その遺産分割の合意があったことを立証することが困難となったケース。さらに、数次相続のケースとして、⑤土地の所有者が死亡した後に、共同相続人のうちの1人であるAが当該土地を単独で占有していたが、その後、Aも死亡し、Aの唯一の相続人であるBが当該土地を占有しているものの、Bは、Aが占有するに至った経緯について立証をすることができないケース。

## (2) 従来判例理論

所有権の取得時効の要件は、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を 20 年間（占有開始時に善意無過失である場合は 10 年間）占有したこととされている（162 条）。このうち、所有の意思をもって占有していること（いわゆる自主占有）に関し、最判昭和 54 年 4 月 17 日判時 929 号 67 頁は、数人の共同相続人の共有に属する相続財産たる不動産につきそのうちの 1 人による単独の自主占有が認められるためには、その 1 人が他に相続持分権を有する共同相続人のいることを知らないため単独で相続権を取得したと信じて当該不動産の占有を始めた場合など、その者に単独の所有権があると信ぜられるべき合理的な事由があることを要するものと解すべきであるとしている<sup>(111)</sup>。

この判例に従えば、占有の開始時点で当該土地が共有物であると認識していると、単独の自主占有は認められないと解される。他に相続人がいることを知らなかった共同相続人については、単独の自主占有が認められる可能性がある。しかし、他に相続人がいることを知っていた共同相続人に単独の自主占有が認められる余地はない。書面等は作成されていないが遺産分割の合意がある場合、合意についての証拠が散逸していると、結局、単独の自主占有であることを立証することが困難になり、取得時効が認められなくなる。また、数次相続で前主の占有に至った経緯を立証できない場合、前主の占有開始時を起算点とする単独所有権の取得時効は認められない。もっとも、現在占有する共有者自身の占有開始時を起算点とする取得時効は可能である。

相続人の 1 人が長期間当該土地を占有している場合に、単独所有権の取得時効が一切認められないとすることは、事実状態を尊重する取得時効の趣旨に反することもありうる。他の相続人が、占有をしている相続人に対して、何らの権利も主張せず、管理費用などの負担もしていないような場合には、

---

(111) 具体的には次のように判示している。「数人の共同相続人の共有に属する相続財産たる不動産につきそのうちの 1 人による単独の自主占有が認められるためには、その 1 人が他に相続持分権を有する共同相続人のいることを知らないため単独で相続権を取得したと信じて当該不動産の占有を始めた場合など、その者に単独の所有権があると信ぜられるべき合理的な事由があることを要するものと解すべきである」。

他の共有者は共有持分権を失ってもやむを得ず、占有している相続人に単独所有権の取得時効を認めるべきとの評価もありうる。また、遺産分割の合意の立証が困難になった場合、証拠方法の散逸による真の権利関係の証明の困難を補う取得時効の趣旨からすると、占有している相続人に単独所有権の取得時効を認めるべきとの評価もありうる。

### (3) 要件・法的構成案

取得時効の具体的な要件として、次のような考え方がありうるとされていた。取得時効を認めるとしても、その範囲は、相続人が、当該土地を管理して、その管理に要する費用を負担し、他の相続人に管理費用を請求していないなどの事情（当該土地の単独所有者であることと矛盾しない行動をとっていたこと）があると認められる場合に限る。当該土地について遺産分割に向けた話をしてきたなどの事情（当該土地の単独所有者であることと矛盾した行動をとっていたこと）があれば取得時効は認められない。

法的構成としては、共有者の1人が共有物を占有している場合には、占有の開始時点で当該土地は共有物であると認識し、または認識していないことに過失があっても、単独の自主占有を認めるための事情があれば、または単独の自主占有を否定する事情がなければ、単独の自主占有を認めるとすることが考えられた。

単独の自主占有を認めるための事情、または単独の自主占有を否定する事情についての立証責任が問題となるが、①取得時効の成立を主張する者が、単独の自主占有を認めるための事情について立証責任を負い、当該事情を主張・立証すれば、単独の自主占有を認めるとの案と、②自主占有の推定についての186条の規律を基礎に、取得時効の成立を争う者が、単独の自主占有を否定する事情について立証責任を負い、当該事情が主張・立証されない限り、自主占有を認めるとの案が考えられた<sup>(112)</sup>。

185条は、自主占有でない者が、①自己に占有をさせた者に対して所有の意思があることを表示し、または②新たな権原により更に所有の意思をもつ

---

(112) 立証責任については、占有開始時の事情等を立証することが困難なケースに特に問題となると指摘されていた（都会資料4 4頁）。

て占有を始めれば、自主占有への転換を認めるが、占有の途中から、単独の自主占有を認めるための事情が生じても、当然には、自主占有への転換は認められない。そこで、共有の場面における同条の規律を改め、共有者の1人が占有を開始した当時は単独の自主占有でない場合でも、その後に単独の自主占有を認めるための事情があると認められれば、前記①または②がなくとも、単独の自主占有への転換を認めることも考えられた<sup>(113)</sup>。

#### (4) 議論

この提案は、所有者不明土地問題を解決するために有効となりうる。しかし、理論的な観点から強い批判がなされた。すなわち、共同相続の場合、土地を占有する共同相続人は、占有開始時点で所有の意思をもっていないとの指摘が相次いだ<sup>(114)</sup>。共有であることを認識している場合、自分の持分を超える部分については、権原の性質上、自主占有とはいえない。時間経過とともに少しずつ客観的な状況、土地を占有する共有者の意識が変わってきて、長年の間に、自分の土地だと思えるようになるのが実態ではないか、との指摘もなされた<sup>(115)</sup>。時効制度そのものを抜本的に見直すことなく、共有についてだけ時効の成立要件を変えることは難しいと考えられた。

また、判例は、共同相続人の1人が遺産に属する不動産を占有している事案においては一定の事情があれば取得時効の成立を認めるが、この判例はあくまでも遺産共有について判断したものであり、通常の共有について判示したものではない。そもそも、相続とは全く関係がなく共有が発生する事案(たとえば、複数の者が共同して当該不動産を購入し、それぞれの共有とした事案)において、共有者の1人が共有物を単独で占有しているときに、所有の意思があると認めるべき事案はおよそ考え難い。

このように、通常の共有のケースにおいては、およそ所有の意思が認められないとすると、他主占有から自主占有への転換についても、他主占有権原とされている賃貸借による占有の場合と同様に扱うべきであり、通常の共有

---

(113) 部会資料4 3頁以下。

(114) 第3回議事録(PDF版)13頁以下〔蓑毛良和発言、松尾弘発言、中村晶子発言〕。

(115) 第3回議事録(PDF版)13頁以下〔蓑毛良和発言〕。

の場面について 185 条とは別の特則を認めるべきではない。通常の共有者が他の共有者の持分を時効により取得することについては、基本的に認められないことを前提に、特段の規定を置かないこととされた<sup>(116)</sup>。

## 2 共有者全員の合意と承継（254 条）

### (1) 従来の議論

254 条は、共有者の 1 人が共有物について他の共有者に対して有する債権は、特定承継人にも行使できるとする<sup>(117)</sup>。共有者間の合意については、共有持分を譲り渡した元共有者に対しては履行を求めることができないことがあるため、他の共有者としては、共有物の円滑な管理を図るために、持分を譲り受けた現共有者に対して履行を求める必要がある。最判昭和 34 年 11 月 26 日民集 13 卷 12 号 1550 頁は、共有物についての共有者間の合意も特定承継人に効力を生じると解している<sup>(118)</sup>。

---

(116) 部会資料 17 27 頁。なお、第 9 回会議、中間試案、第 14 回会議の段階では、共有者の取得時効ではなく、「共同相続人の取得時効」に限っての提案がなされていたが、結局、第 17 回会議の段階において、新たな規律を設けないことが提案された。その理由は、遺産分割や検討中の持分の取得等に関する手続をとらなくても単独所有権を取得することができるとのメッセージを与えることになることや、例外的に取得時効を認めるための要件を明確にすることにはおのずから限界があり、結局は、事案ごとの総合的な判断に委ねるほかないことには変わりがないこと等を理由に、新たな規律を設けることに慎重または反対する意見にも相応の理由があると考えられたからである（部会資料 42 10 頁）。

(117) ただし、共有不動産の不分割契約を特定承継人に対抗するためには登記が必要とされている（不動産登記法 59 条 6 号、65 条）。

(118) 事案および判旨は次のようなものである。本件土地は訴外 ABC の共有であったところ、X がその一部分を分割して買い取ろうとした。しかし、当時本件土地は区画整理施行中で分筆登記ができなかったため、X は共有持分の譲渡を受けて、その旨の登記をし、ABC とともに共有関係に入った。その際、共有者間の内部においては、土地を分割して、当初予定の部分 X の単独所有として独占的に使用し、後に分筆登記が可能となったときは直ちにその登記をすることが約され、X への土地の引渡が完了した。一方、Y は、X より先に右土地を買い受けたと称し、土地上に建物を建築したが、X のため共有持分譲渡の登記がなされているので、BC の各持分の譲渡を受け、登記を済ませた。そこで、X が Y に対して、分割契約上の所有権に基づいて建物取去土地明渡しを求めた。原審（名古屋高判昭和 32 年 5 月 24 日）が、X の請求を認めたため、Y は次のような理由に基づき、上告をした。本件分割契約は登記がなされていないから、この契約は Y に対

この規定については、2つの問題を検討する必要がある。第1に、共有者全員の合意により、どのような定めを許すことができるか、という問題(合意問題)である。従来、持分価格の過半数決定により行うことができるとする管理行為について、どのような合意が許されるのかについて、ほとんど議論がなされてこなかった<sup>(119)</sup>。すなわち、過半数決定により行えるとされている管理行為を、全員の同意なくしてすることができない、という定めが許されるか。また、全員の同意が必要とされている変更行為について、全員の合意により、過半数ないし特別多数決によって行うことができる、とすることは可能なか。民法の共有物管理、変更規定の要件が、強行規定であるのか否かという問題、と言い換えることができる。

第2に、共有者全員の合意は、その内容を問わず、特定承継人に対して効力を生じるのか、という問題(承継問題)である。254条の「債権」に共有者間の合意が含まれることについては、次のように反対する見解も有力に主張されている。判例は、分割契約に関する債権が特定承継人に効力を生じるとしたが、これは管理費用の立て替え債権などと同視すべきものではなく、むしろ、不分割の特約の場合と同様に、分割登記がなければ第三者に対抗し得ないとみるべきだとされる。なぜなら、このような場合だけをとくに通常の所有権譲渡の場合と区別して177条の適用場面から排除することは、合理

---

抗できない。なぜなら、不分割契約については登記が必要とされており、分割に関する契約についてもこれと区別すべき理由がないからである。254条の規定は、他の共有者の負担すべき管理費用、公租公課等を共有者の1人が立て替えたような場合をいうのであって、共有物の分割についての債権的契約の承継を意味するものではない。分割に関する契約の登記がなくても第三者たる持分買受人に対抗することができるとするならば、持分の取得者は不測の損害を蒙ることがあり取引の安全を害すること甚だしい。最高裁は、次のように判示し、Yの上告を棄却した。「Yは民法254条にいわゆる特定承継人に該当するものであることは明らかであり、前示共有地分割契約により前主たる共有者の負担した義務を承継したものであるから、Xがその主張の土地につき他の共有者に対して有する前記分割契約上の債権は、Yに対してもこれを行うことができ、Yはこれが行使を妨害してはならないものである。このことは、分割契約につき登記を経たものであると否にかかわらずないと解すべきである。(なお、民法254条は所論のような場合にのみ関する規定と解すべき何らの根拠もない。)」

(119) 伊藤栄寿「ドイツにおける共有者間の法律関係」名古屋大学法政論集254号(2014年)205頁。

的な根拠を欠き、不動産の公示制度を著しく害するからである。このように解することは、共有不動産の分割契約については254条の適用がないというのと同じことになるが、そもそも立法論的に批判のある規定であることから、決して不当な結論になるとはいえない<sup>(120)</sup>。

## (2) 議論

第1の合意問題については、意見が分かれた。パブリック・コメントでは、民法の規律に合意が優先するという見解が多数であった。理論的には、契約自由の原則から共有者全員の合意により民法が定める共有に関する規律を変更することができるとしても問題はないとの考えによる。実務上も、オフィスビルや商業施設などの不動産等を複数の企業が共有する場合に、共有者全員の合意により民法が定める共有に関する規律を変更することがあり、民法上の共有に関する規律が常に合意に優先するとすれば、共有者間の柔軟な利害調整が著しく阻害されるといわれる<sup>(121)</sup>。

たしかに、合意をした共有者間において、その効力を認めることは問題ないとも考えられる。しかしながら、①共有物の変更に全員の同意が得られない場合には共有物分割(256条)により関係を解消することが想定されていること、②共有者間の合意を特定承継人に認めると取引の安全を害する恐れがあること、③区分所有法が民法の要件を緩和し、共用部分の変更について区分所有者および議決権の各4分の3以上の多数により決する<sup>(122)</sup>と規定しており、この多数決要件は強行規定であると考えられていることなどから、民法の管理行為に関する規律は強行規定であると考えべきである<sup>(123)</sup>。

第2の承継問題については、共有者間の合意を知らない特定承継人を保護する観点から、共有物が不動産である場合には共有者間の合意を登記事項と

---

(120) 村上淳一「判批」法学協会雑誌78巻1号(1961年)133頁。

(121) 法制審議会民法・不動産登記法部会 参考資料6-1 10頁以下。

(122) ただし、この区分所有者の定数は、規約でその過半数まで減じることができる(建物区分17条1項)。

(123) 伊藤栄寿「組合財産の共有」名古屋大学法政論集270号(2017年)208頁。これを批判する見解として、山城一真「共有法の基礎理論とその課題・補遺」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』(成文堂、2021年)158頁以下。

すべきであるという意見があった。前述の有力な見解と同様である。

しかしながら、共有者間の合意は、不動産だけではなく、動産や所有権以外の財産権についてもされる。不動産について、共有者間の合意の登記がされなければ、共有持分を譲り受けた共有者にその合意を対抗することができないという形で特定承継人を保護するのであれば、動産等についても、同様に、持分の特定承継人を保護する必要が生じるが、その合意を公示する方法がないという問題がある。この問題を回避するため、不動産か動産等かを問わず、善意の譲受人には共有者間の合意を対抗することができないとすることも考えられるが、持分の譲渡人が譲受人に対して共有者間の合意の存在をあえて知らせないまま持分を譲り渡せば、その合意を容易に反故にすることが可能になるため、共有物の管理等に支障を来すおそれがある。

また、共有不動産の不分割契約に関する共有物分割禁止の定めを登記を参考に、不動産についてのみ、共有者間の合意の登記がされなければ譲受共有者にその合意を対抗することができないとしたとしても、共有者は合意の効力を安定的に確保するために登記手続をしなければならないことになるため、現行法と比べて共有者の負担が相当重くなる。

さらに、共有者間の合意は多種多様であるが、法制上または技術的な観点から、どのようにしてその合意を登記事項とすることができるかについても慎重な検討が必要となる。加えて、登記がなければ承継されない「合意」と、登記がなくとも承継されるべき「債権」（たとえば、共有物の管理費用に関する金銭債権を登記事項とするのは実務への影響が極めて大きい）を必ずしも明確に区別することができないといった問題もある。

以上のように、考えるべき問題が多岐にわたることから、共有者全員の合意とその承継については、規定の新設が見送られることとなった<sup>(124)</sup>。

### (3) 検討

254条は、基本的に共有関係の存続を保護するため、または、共有者を政策的に保護するための規定である。特定承継人は、被承継人に対して、求償

---

(124) 部会資料40 5頁。

権を行使すること、担保責任を追及すること、または、分割請求権を行使することにより、害されることはほとんどない。したがって、共有者間の債権は特定承継人に行使しうが、不分割契約については登記がなければ特定承継人に債権を行使できないという現在の規律は正当化可能である<sup>(125)</sup>。この点についての改正は不要であろう。

他方、持分価格による過半数決定、変更の全員同意を強行規定とし、合意が不可能であるとの規定は置かれてもよかった。これらの規定は強行規定であると解する必要がある。共有者間において、管理・変更の規律を修正するような契約自由の原則を認める必要性は大きくないからである。その理由として、第1に、共有物の管理・変更に関する合意が必要であるならば、組合契約や各種団体に関する制度を利用することが可能であり、それらにより実現できることがあげられる。また、①管理・変更について紛争が生じるならば共有関係を解消することができること、②特定承継人に不測の損害を与える可能性があること、③共有者間の合意を知らない第三者にも不測の損害を与えてしまう可能性があることなどがあげられる。この場面において、契約自由の原則をあてはめる必要性は乏しい。

## X おわりに

### 1 改正の意義

今回の改正は、所有者不明土地問題に端を発しているが、所有者不明土地問題に直接関係しないような、共有の基本的ルールについても見直しが行われた。本稿のまとめとして、①所有者不明土地問題の解決に資する改正規定、②所有者不明土地問題と直接関係がない改正規定、③改正が行われなかったが改正すべきであった規定の3つに整理しておこう。

①所有者不明土地問題の解決に資する改正規定は、所在等不明共有者の持

---

(125) 伊藤栄寿「共有物についての債権の特定承継人に対する効力」愛知学院大学法学部同窓会編『法学論集第4巻（愛知学院大学法学部同窓会創立50周年記念）』（成文堂、2011年）205頁。

分取得(262条の2)、譲渡(262条の3)のみである。これらの規定により、所在等不明の不動産共有者の持分は金銭に換価されるため、所有者不明土地問題の解決に役立つ。

②所有者不明土地問題と直接関係がない改正規定としては、まず、共有物の使用についての償還義務(新249条2項)、善管注意義務(同条3項)があげられる。また、共有物の変更(新251条1項2項)も同様である。新251条2項は、所在等不明共有者がいる場合に、共有物の変更を裁判所に請求できるとするが、単に変更ができるだけであり、所在等不明共有者の持分に何らの変化も生じないから、所有者不明土地問題は直接的には解決しない。共有物の管理(新252条1項~5項)、共有物の管理者(252条の2)、裁判による共有物の分割(新258条、新258条の2)も同様である。

③改正が行われなかったが改正すべきであった事項としては、過半数決定の手續規定、共有者全員の合意と承継の問題があげられる。共有物の管理事項について過半数決定できることに、何らかの手續も必要としないことは、他の制度と比較しても、正当化が難しい。また、共有者の合意について、管理の過半数決定、変更の全員同意が強行規定であることを明確にすべきであった。

## 2 残された課題

改正部分については、新251条の「変更」に法律上の処分が含まれるか、新252条3項の「特別の影響」とは何か、共有者と管理者の法律関係、「所在等不明」とは何かということが問題として残っている。改正議論から脱落した問題として、管理の決定手續の整備、共有者間に対立がある場合における裁判所による必要な処分、共有者による共有物の取得時効、合意と承継(254条)については、今後も検討が続けられるべきである。

また、実務的に、変更・管理決定の裁判手續(新251条2項、新252条2項)や、所在等不明共有者の持分の取得・譲渡(新262条の2、新262条の3)制度が、実際にどの程度利用されるのか、注視していく必要がある。

さらにいえば、「共有」をどのように見るか、民法上の共有規定が①どのような場面、②どの程度の人数を想定しているのか、明らかにしていく必要

がある<sup>(126)</sup>。

①共有規定が適用される場面は、実は不明確である。教科書では、複数人が別荘や自動車を共同で購入した場合などがあげられる。しかし、このとき、共有者間には一定の合意（目的）があると考えられる。合意が認められるならば、組合の規定が適用される可能性もあり、共有規定の典型的適用場面といえるかは微妙である。そうすると、共有規定が適用される典型的場面は、付合・混和による共有（244条、245条）となりそうである。いうまでもなく、組合、遺産共有については、特別な定めがあるが、実際に適用される場面の圧倒的多数は、遺産共有の場合である。

今回の改正においては、どのような「共有」を想定しているのかは必ずしも明らかではないままである<sup>(127)</sup>。時効取得の規定の検討にあたって、当初は共有者間に適用される規律を考えられ、その後、共同相続人間に適用される規律が考えられた。

また、共有の対象についても、明確ではないところがある。所在等不明共有者の持分取得、譲渡（262条の2）の適用対象は「不動産」である。共有の対象が、ここだけ限定されている。なお、その他の規定については、数人で所有権以外の財産権を有する場合に準用されることに変わりはなく（264条）、共有規定の適用される権利は広い。

②どの程度の人数による共有を想定するのも問題となる。法制審議会で当初、実務的な感覚では、単に2人や3人の共有と、数百人という非常に多数の共有（「メガ共有」ともよばれる）では、全く違うものであると指摘されていた<sup>(128)</sup>。所在等不明共有者についての規定が共有に導入されたことに

(126) そもそも共有法の基礎理論も問題となる。基礎理論を明らかにする試みとして、山城一真「共有法の基礎理論とその課題」NBL1152号（2019年）38頁以下、山城一真「共有法の基礎理論とその課題・補遺」『物権法の現代的課題と改正提案』（成文堂、2021年）136頁以下。

(127) 民法上の共有観が変容した可能性があることについて、荒井・前掲注（27）53頁以下参照。なお、改正法の適用に関して、共有私道の保存・管理等に関する事例研究会（法務省）では、「複数の者が所有する私道の工事において必要な所有者の同意に関する研究報告書－所有者不明私道への対応ガイドライン－」を改正法に対応させるため、改訂作業が行われている。

(128) 第1回議事録（PDF版）30頁〔糞毛良和発言〕。荒井・前掲注（27）はしがきv頁

より、共有は必ずしも少人数の場合のみを想定しているとはいえなくなった。

改正後も、多くの問題が山積している。

[付記] 本稿は、伊藤栄寿「新しい共有法」ジュリスト 1562 号 (2021 年) 42 頁以下に、大幅な加筆・修正をしたものである。執筆にあたっては、JSPS 科研費 19K01401 の助成を受けた。

(本学法学部教授)

---

は、「所有者不明土地問題における困難事例の一つとして挙げられる相続人や共有者が多数の土地に関して、今回の改正では決め手となる対策がありません」と指摘する。