

はじめに

本年 4 月 21 日「民法等の一部を改正する法律」(令和 3 年法律第 24 号)及び「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律」(令和 3 年法律第 25 号)が成立し、同月 28 日公布された。今回の民法等改正は、所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直しの一環として位置づけられたものではあるが、その中身には所有者不明土地問題にとどまらず通常の不動産に係る開発、取引や管理に大きな影響を及ぼす内容も含んでいる。

前回はその中から相隣関係に係る条項を取り上げたが<sup>1</sup>、今回は、同じく不動産の開発・取引・管理に少なからざる影響をもたらす共有に係る条項を取り上げ、その内容や立法趣旨、主な論点、不動産実務への影響について概観する。本稿では第 249 条(共有物の使用)、第 251 条(共有物の変更)及び第 252 条(共有物の管理)を取り上げる。

なお、以下では現行の民法を現行法、今回の改正後の民法を改正法と略称する。条文の新旧対照表において下線を付した部分が改正部分である。新旧対照表には、今回改正対象とならなかった条項についても必要に応じ掲載している。また、論点についてはいずれの改正事項においても非常に多岐にわたっており、ここで取り上げたのは筆者の判断に基づくごく一部であることも付け加えておく。

1. 共有物の使用: 第 249 条

改正法	現行法
(共有物の使用) 第二百四十九条 各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる。 <u>2 共有物を使用する共有者は、別段の合意がある場合を除き、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。</u> <u>3 共有者は、善良な管理者の注意をもって、共有物の使用をしなければならない。</u>	(共有物の使用) 第二百四十九条 各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる。 (新設) (新設)

(1) 改正内容

現行法では、各共有者は共有物の全部につき自らの持分に応じた使用をできると規定するのみであり(現行法第 249 条)、共有物を使用する者が他の共有者に対してどのような義務を負うのかについての具体的規律は設けられていない。

改正法では、共有物を使用する共有者は、その使用によって使用が妨げられた他の共有者に対し、共有持分

<sup>1</sup> 拙稿「令和 3 年民法改正の概要と論点～相隣関係 その 1(隣地使用権、ライフライン設置権)」・「令和 3 年民法改正の概要と論点～相隣関係 その 2(越境した枝の切除、管理不全土地の管理措置)」(土地総研リサーチ・メモ 2019 年 7 月 31 日)([https://www.lij.jp/news/research\\_memo/20210730\\_1.pdf](https://www.lij.jp/news/research_memo/20210730_1.pdf)、[https://www.lij.jp/news/research\\_memo/20210730\\_2.pdf](https://www.lij.jp/news/research_memo/20210730_2.pdf))参照。

の価格の割合に応じて、その使用の対価を償還する義務を負うとともに(改正法第 249 条第 2 項)、善良なる管理者の注意をもって、共有物を保存する義務を負うこととされた(同条第 3 項)。

## (2) 改正の趣旨

現行法では、共有物を使用する共有者と他の共有者の関係が明らかでないが、共有物の円滑な利用の観点からは、この関係に係る規律を明確化することが望ましい。そこで、共有物を使用する者和其他の共有者との関係について、①共有物を使用する対価に関する規律、②共有物の管理に関する義務の規律を設けたものである。

判例上、特段の定めなく共有物を使用する共有者は、他の共有者に対して賃料相当額の不当利得返還義務を負うとされているものの<sup>2</sup>、共有物の利用方法の定めを決定した場合の取扱いについては必ずしも明らかでない。改正法の趣旨は、共有者の一人が共有物を使用するとしても、その共有者は他の共有者の持分との関係では、無償で使用する権利はなく、共有物の管理に関する事項(現行法第 252 条)を決定したとしても、その規律は共有物の実際の使用についてのものであり、他の共有者の収益権を否定することはできないということである(悪意の占有者は果実を返還する義務等を負う(民法第 190 条))。ここでの使用には、共有者が共有物を実際に使用することのほか、共有物を実際には使用せず第三者に賃貸等して収益を得ることも含む。なお、共有者間で無償使用の合意をすることは妨げられない<sup>3</sup>。

また、共有物を使用している共有者は、他の共有者との関連では、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いうことである<sup>4</sup>。

## (3) 改正に当たっての論点

### ① 共有物を使用している共有者が共有物を滅失・損傷させた場合の取扱い

共有物を使用している共有者が、自己の責めに帰すべき事由により共有物を滅失・損傷させた場合には、他の共有者の持分との関係では、他人の物を滅損させたのと同じである。所有の意思のない占有者は、占有物を滅損させたときは、その損害の全部の賠償義務を負うことから(民法第 191 条ただし書)、共有物を使用している共有者も、他の共有者に対し、共有持分の価格の割合に応じて、その損害の賠償をする義務を負うことになる<sup>5</sup>。

## (4) 不動産実務への影響

本条は、不動産実務にそれほど大きな影響は及ぼさないとと思われるが、共有物使用者の償還義務と善管注意義務が明定されたことにより、次のような懸念等が生じることとなる。

まず、遺産分割により法定相続分での共有となった不動産については、一部の相続人が居住等独占的使用を行っている例がみられるが、本条が設けられることにより、今まで平和的に共有物を管理していた共有者間に対価等をめぐって紛争が生じるおそれがある<sup>7</sup>。また、夫婦共有の不動産に関しては、使用の対価については無償とする旨の黙示の合意が認められる場合がほとんどであろうが、注意義務については、夫婦が同居していれば自己物と同一の注意義務となるが、夫婦の一方のみが居住している場合には善管注意義務に高まるという結果に

<sup>2</sup> 最判 H12.4.7 集民 198-1。

<sup>3</sup> 「民法・不動産登記法(所有者不明土地関係)等の改正に関する中間試案の補足説明」(令和 2 年 1 月 法務省民事局参事官室・民事第二課)(以下「中間試案補足説明」という。)p15。

<sup>4</sup> 中間試案補足説明 p16。

<sup>5</sup> 中間試案補足説明 p16。

<sup>6</sup> なお、この規律は、当初は改正事項として盛り込まれていたが、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として、改正事項からは落とされた(部会資料 40p7)。

<sup>7</sup> 法制審議会民法・不動産登記法部会参考資料(以下「部会参考資料」という。)6-1p19。

なる<sup>8</sup>。

所在等不明共有者がいる不動産については、価値が低い不動産(いわゆる負動産)であることが少なくないが、このような価値の低い共有物をあえて管理しようとする共有者に賃料相当額の償還義務が常に課せられると、共有物の管理への萎縮効果が発生する可能性も考えられる<sup>9</sup>。

## 2. 共有物の変更: 第 251 条

改正法	現行法
(共有物の変更) 第二百五十一条 各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更(その形状又は効用の著しい変更を伴わないものを除く。次項において同じ。)を加えることができない。 2 共有者が他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、裁判所は、共有者の請求により、当該他の共有者以外の他の共有者の同意を得て共有物に変更を加えることができる旨の裁判をすることができる。	(共有物の変更) 第二百五十一条 各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない。  (新設)

### (1) 改正内容

現行法は、共有物の変更はすべての共有者の同意がなければできないと定めるのみである。

改正法は、共有物の形状・効用に著しい変更をもたらさない場合は通常の管理と同様の規律とするとともに(改正法第 251 条第 1 項括弧書き)、一部の共有者又はその所在が不明の場合においては、裁判所の関与の下に共有物の変更を可能とする規律を新たに設けている(同条第 2 項)。

### (2) 改正の趣旨

共有物の変更であっても、客観的に共有者に与える影響が軽微であると考えられる場合には、持分価格の過半数により決定することができるはずとすべきということである。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場合が典型であるが、目的や費用の多寡により限定されるものではない<sup>10</sup>。

また、現行法では所在等不明の共有者がいる場合には、共有物の変更を行うことができず、共有物の利用等に支障が生ずる。この点、所在等不明共有者については、一般的に当該共有物を利用しておらず、その利用行為について利害や関心等がないと考えられ、変更に係る判断を他の共有者の判断に委ねても、当該所在等不明共有者の合理的意思に直ちに反することもない<sup>11</sup>。他方、これは所在等不明共有者に対して催告の通知が実際に到達しないままに共有物の変更行為を行うものであり、当該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。このような観点から裁判所の決定を要することとしたものである<sup>12</sup>。なお、裁判所の決定手続については、非訟事件手続法に規定が設けられた(同法第 85 条)。

<sup>8</sup> 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)(以下「七戸」という。)p40。この点について、夫婦共有建物の使用に関する配偶者双方の注意義務の程度を善管注意義務と解するのは世間の一般認識と乖離していると指摘されている(七戸克彦「配偶者居住権を論じて所有者不明土地問題に係る民法・不動産登記法改正に及ぶ」(法律時報 1150 号 2020 年)p78)。

<sup>9</sup> 部会参考資料 6-1p19。

<sup>10</sup> 法制審議会民法・不動産登記法部会資料(以下「部会資料」という。)51p6。

<sup>11</sup> 中間試案補足説明 p12。

<sup>12</sup> 部会資料 41p4。

### (3) 改正に当たっての論点

#### ① 「他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき」とは

改正法第 251 条第 2 項・第 252 条第 2 項第 1 号の「他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき」とは、公的な記録を確認するなど必要な調査を尽くしてもなお他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができない場合をいう<sup>13</sup>。

この所在等を知ることができないとの要件を認定するためには、所在等不明共有者が個人の場合においては、少なくとも登記簿上及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(共有者名義人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)ことが必要になる。所在等不明共有者が法人である場合には、㊦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及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。)、㊧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とき(法人の登記簿上の代表者が死亡しているケースなど)が該当する<sup>14</sup>。

また、裁判の申立てをする共有者としては、所在等不明共有者以外の共有者から事情を聴くことは可能であるから、その他の共有者に対して所在等不明と目される共有者の所在等を知っているかを確認しても、所在等を知り得なかったことなどを立証する必要がある<sup>15</sup>。

#### ② 共有物自体の処分の取扱い

共有物全体の売却、抵当権設定など共有物の処分行為がここでの変更該当するかどうかについては、見解が分かれている。共有持分を処分することができるのは各共有者本人に限られるため、特段の規律がなくとも全共有者の同意が当然に必要な(変更には当たらない)との見解<sup>16</sup>がある一方、共有物の売却や共有物全部についての用益物権設定などは、大改造や用途の変更などと同じく共有物を変更する行為であるとする見解<sup>17</sup>もある。

この点について、今回の改正はあえて明確にしておらず、従来からの解釈論に委ねている<sup>18</sup>。ただし、今回追加された括弧書きにより、ここでの変更が物質的変更を念頭に置いているように読めるほか<sup>19</sup>、第 2 項の「共有物に変更を加えることができる旨の裁判」については、改正法第 262 条の 2・第 262 条の 3 との対比から、売却、抵当権設定等共有者が持分それ自体を失うこととなる行為は対象に含まれない<sup>20</sup>。

### (4) 不動産実務への影響

共有物の変更のうち形状・効用の著しい変更を伴わないものについては、共有者全員の同意を要しない(共有

<sup>13</sup> 中間試案補足説明 p13、第 204 回国会衆議院法務委員会第 6 号会議録 小出法務省民事局長発言。

<sup>14</sup> 部会資料 30p7～8。

<sup>15</sup> 部会資料 59p8。

<sup>16</sup> 中間試案補足説明 p7、我妻栄・有泉亨「新訂 物権法(民法講義Ⅱ)」(岩波書店 1983 年)p323、川島武宜・川井健(編)「新版 注釈民法(7) 物権(2)」(有斐閣 2007 年)p452(川井健)、山野目章夫「物権法[第 5 版]」(日本評論社 2012 年)p170。

<sup>17</sup> 松岡久和「物権法」(成文堂 2017 年)(以下「松岡」という。)p48、近江幸治「民法講義Ⅱ 物権法[第 3 版]」(成文堂 2006 年)p244、内田貴「民法Ⅰ 総則・物権総論[第 4 版]」(東京大学出版会 2008 年)p397。

<sup>18</sup> 法制審議会民法・不動産登記法部会第 21 回会議事録(以下「第○回議事録」という(注:○には会議の回数が入る。))p23 脇村関係官発言。

<sup>19</sup> 第 13 回議事録 p8 中田委員発言。

<sup>20</sup> 部会資料 51p9。

<sup>21</sup> この点については、改正法第 262 条の 2・第 262 条の 3 は対象を不動産に限定していることから、動産については当然に変更の中に処分行為が含まれないとはいえないとする見解もある(伊藤栄寿「新しい共有法」(ジュリスト 1562 号 2021 年)(以下「伊藤」という。))p46。

持分価格の過半数で決定可(改正法第 252 条第 1 項))とされたことは、従来変更に該当するの否かがあいまいで事実上共有者の全員同意が強いられてきた事項の位置づけが明確化し、不動産の維持・管理・改良の円滑化に資するものと考えられる。

例えば、大型の共有建物に係る大規模修繕の円滑化である。改正法第 251 条第 1 項の「その形状又は効用の著しい変更を伴わないものを除く。」の文言は、建物の区分所有等に関する法律(以下「区分所有法」という。)第 17 条第 1 項の文言と同じである。区分所有法の立法担当者によると、この文言は、形状又は効用の著しい変更を伴わない修繕については、工事の規模の大小、費用の多寡を問わず、過半数の決議で決することができるものとし、大規模修繕を円滑に行えるようする趣旨であるという<sup>22</sup>。となると、区分所有建物ではない共有建物についても、共有持分の価格の過半数で大規模修繕が可能と解すべきであり<sup>23</sup>、これにより共有建物の老朽化や機能不全をある程度防ぐ効果があるものと考えられる。さらには、脱炭素化の動きの中で大規模修繕等の一環として外壁・窓の断熱性能を高める改修工事が増えると見込まれ<sup>24</sup>、その着手の円滑化が図られることにより温暖化ガス排出量削減にも資することになると考えられる。

また、共有私道については、経年を経て傷みが目立つといった事態もよくみられる。共有私道の修繕については、新規舗装は共有物の変更に当たるが、全面再舗装については共有物の管理に相当するとされている<sup>25</sup>。したがって、従前より共有持分の価格の過半数で再舗装等を行うことは可能ではあったが、今回の法改正によりこの点が明確になり、修繕着手の円滑化に資するものと考えられる。さらに共有建物の大規模修繕の位置づけと対比すれば、砂利道を新規に舗装する程度であれば、持分価格の過半数での決定を認めてもよいのではないかと<sup>26</sup>。共有地上で新たに道路を整備するのであれば変更にあたるのであろうが、既にある道路を改良する行為であれば、大規模な盛土でもない限りは共有建物の外壁改修と同じく管理行為として位置づけるのが相当と考える。

なお、不動産開発実務への影響については、次章(4)参照。

### 3. 共有物の管理: 第 252 条

改正法	現行法
(共有物の管理) 第二百五十二条 共有物の管理に関する事項(次条第一項に規定する共有物の管理者の選任及び解任を含む、共有物に前条第一項に規定する変更を加えるものを除く。次項において同じ。)は、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。 <u>共有物を使用する共有者があるときも、同様とする。</u>	(共有物の管理) 第二百五十二条 共有物の管理に関する事項は、 <u>前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は各共有者がすることができる。</u>

<sup>22</sup> 稲本洋之助・鎌野邦樹「コンメンタール マンション区分所有法[第 2 版]」(日本評論社 2004 年)p97。

<sup>23</sup> 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)(以下「荒井」という。) p348。

<sup>24</sup> 2022 年度国土交通省概算要求において既存戸建住宅・マンションの外壁・窓の断熱性能を高める改修工事に対する補助制度が盛り込まれている(2021 年 8 月 24 日付け日本経済新聞朝刊 5 面、令和 4 年度住宅局関係予算概算要求概要(令和 3 年 8 月国土交通省住宅局)p1・9・10)。なお、補助金交付等により共有者の負担が解消・軽減されることが、共有物の変更に該当するか否かの判断に影響するかどうか問題となる(第 13 回議事録 p4~7 養毛幹事・大谷幹事・道垣内委員・佐久間幹事発言)。もし共有者の負担が解消又は軽減されることが、変更ではなく管理行為であるとの判断に当たっての要因の一つになり得るのであれば、例えば公的負担による災害復旧工事などにおける共有者の同意要件の緩和に結びつくこともある。

<sup>25</sup> 「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～」(平成 30 年 1 月 共有私道の保存・管理等に関する事例研究会)(以下「共有私道ガイドライン」という。)p37・41。

<sup>26</sup> なお、国会ではこのようなケースも持分価格の過半数で可能とする旨の委員の発言があった(第 204 回国会衆議院法務委員会第 6 号会議録 山下委員発言)。共有私道ガイドラインは、民法の共有制度の見直しを踏まえた改訂を行うこととされており(「所有者不明土地等対策の推進に関する基本方針」(令和 3 年 6 月 所有者不明土地等対策の推進のための関係閣僚会議)p4)、この点についての見直しも期待されるところである。

- |  |      |
|--|------|
| <p>2 <u>裁判所は、次の各号に掲げるときは、当該各号に規定する他の共有者以外の共有者の請求により、当該他の共有者以外の共有者の持分の価格に従い、その過半数で共有物の管理に関する事項を決することができる旨の裁判をすることができる。</u></p> <p>一 <u>共有者が他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき。</u></p> <p>二 <u>共有者が他の共有者に対し相当の期間を定めて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旨を催告した場合において、当該他の共有者がその期間内に賛否を明らかにしないとき。</u></p> | (新設) |
| <p>3 <u>前二項の規定による決定が、共有者間の決定に基づいて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、その承諾を得なければならない。</u></p>  | (新設) |
| <p>4 <u>共有者は、前三項の規定により、共有物に、次の各号に掲げる賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利(以下この項において「賃借権等」という。)であつて、当該各号に定める期間を超えないものを設定することができる。</u></p> <p>一 <u>樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃借権等 十年</u></p> <p>二 <u>前号に掲げる賃借権等以外の土地の賃借権等 五年</u></p> <p>三 <u>建物の賃借権等 三年</u></p> <p>四 <u>動産の賃借権等 六箇月</u></p>                                  | (新設) |
| <p>5 <u>各共有者は、前各項の規定にかかわらず、保存行為をすることができる。</u></p>  | (新設) |

### (1) 改正内容

現行法は、共有物の管理に関する事項は、持分価格の過半数で決し、保存行為は各共有者が行うことができる旨規定するのみであり(現行法第 252 条)、管理に関する事項の具体的内容についての規定はない。

改正法は、共有物を事実上使用する共有者がある場合においても、持分の価格の過半数で共有物の管理に関する事項を決定できるとするとともに(改正法第 252 条第 1 項)、賃貸借等の権利のうち共有物の管理として設定できるものを明らかにしている(同条第 4 項)。また、一部の共有者又はその所在が不明の場合及び一部の共有者が共有物の管理に関する事項についての賛否を明らかにしない場合においては、裁判所の関与の下に共有物の管理に関する事項の決定を可能とする規律(同条第 2 項)を新たに設けている。

### (2) 改正の趣旨

現行法上の共有物の管理に関する規律を適用する場面においては、問題となる行為が変更該当するのについて実務上議論が分かれているため、慎重を期して共有者全体の同意を取らざるを得ず、共有者の一部に反対者や所在等不明者がいる場合には当該行為を断念せざるを得ないといった事態が生じている。また、現行の解釈で変更該当すると解されるものであつても、持分の過半数で定めることとすべきかどうかを再点検すべきものも含まれている。そこで、共有者全員の同意が必要かについて解釈が分かれている行為の解釈の明確化や、共有者全員の同意が必要と解されている行為の取扱いの見直しを図つたものである<sup>27</sup>。なお、第 1 項の共有物の管理者の選任・解任については、次稿参照。

<sup>27</sup> 中間試案補足説明 p3。

現行法下では、共有物を使用している共有者がある場合には、共有物を現に使用する者の同意なくその利益を奪うことは相当でないとして、すべての共有者の同意を得なければ共有物の管理に関する事項の定めをすることができないとの見解が有力である。しかしながら、共有者間の定めによって共有物を使用している場合ならともかく、共有者間の定めがないままに事実上共有物を使用する共有者を保護する必要性は高くなく、利用方法の硬直化にもつながることになる。そこで、共有物を使用する共有者がいる場合であっても、その者の同意なしで共有物の管理に関する事項を定めることができる規律を設けるとともに、共有者間の決定に基づき共有物を使用する共有者に特別の影響を及ぼすときはその承諾を要件としたものである<sup>28</sup>。

共有物に使用権を設定することについては、基本的には持分の価格の過半数で決することができることと解されているが、使用権の存続期間が長期であると、使用収益が長期にわたり制約され共有者が負う負担が大きくなることから、下級審判例では賃貸期間が民法第 602 条所定の期間を超える場合には、共有者全員の同意を得なければならないとするものがある。そこで、どのような利用権の設定行為であれば持分の価格の過半数で決することができるかを明らかにしたものである。具体的には、持分の価格の過半数で賃借権等を設定する場合は、民法第 602 条各号の定める期間を超えることはできないとしている<sup>29</sup>。

また、現行法では、所在等不明の共有者や共有物の管理に無関心で賛否を明らかにしない共有者がいる場合、所在等不明共有者や賛否を明らかにしない共有者も含めて全共有持分のうち過半数の持分を有する者が同意していない限り、共有物の管理に関する事項を定めることができない。この点、所在等不明共有者については、一般的に当該共有物を利用しておらず、その利用行為について利害や関心等がないと考えられ、管理行為に係る判断を他の共有者の判断に委ねても、当該所在等不明共有者の合理的意思に直ちに反することもない。また、催告を受けながらその賛否を明らかにしない共有者は、当該共有物の管理に関する行為の当否の判断を他の共有者の判断に委ねていると評価することも可能である<sup>30</sup>。他方、この規律は、実質的には、明確な意思表示がない共有者について他の共有者の過半数の意見に賛同しているものと同様に扱うものであり、その手続は慎重であるべきと考えられる。そこで、裁判所の決定によるものとする<sup>31</sup>。これにより催告を受けた者が意見を述べなかったことも明確になり、より安定的な運用が可能となる。裁判前には、裁判所が意見を明らかにしなかった共有者に対して改めて賛否を明らかにするよう求めることとしている<sup>32</sup>。ちなみに、ここでの裁判所の決定は、当該管理行為自体を行ってよいとの決定ではなく、当該所在等不明共有者・賛否を明らかにしない共有者を外して当該共有物管理に関する事項の決定を行ってよいことの決定である。実際に残りの共有者で当該管理事項を決定するかしないか、どのように決定するかについては裁判所は関与しない<sup>3334</sup>。

なお、賛否を明らかにしない共有者がいる場合における裁判所の決定は、共有物の変更行為には認められていない(改正法第 252 条第 2 項)。これは、共有物の変更行為は、その重大性から共有者全員の同意が要求されているのであり、共有者の一部が同意していなくても実施できる管理行為とは、利益状況が異なる。また、同意可能な状況にあるのにあえて意思表示しなかった者を同意した者と同様に扱うのは、全員の同意を変更行為の要件としていることと矛盾していることによるものである<sup>35</sup>。

<sup>28</sup> 中間試案補足説明 p4・5。

<sup>29</sup> 中間試案補足説明 p6。

<sup>30</sup> 中間試案補足説明 p12。

<sup>31</sup> 部会資料 56p7。

<sup>32</sup> 今回の改正後の非訟事件手続法第 85 条第 3 項本文・第 2 号。

<sup>33</sup> 第 24 回議事録 p12 脇村関係官発言。

<sup>34</sup> なお、改正法第 251 条第 2 項の文言は「共有物に変更を加えることができる旨の裁判」となっているため、変更行為については当該変更行為自体を行ってよいとの裁判所の決定であるとも読める。

<sup>35</sup> 部会資料 41p2。

### (3) 改正に当たっての論点

#### ① 共有物を使用している共有者に対する引渡請求について

改正法第 252 条第 1 項によると、共有者は、共有者間の決定に基づいて共有物を使用する共有者に特別の影響を及ぼす場合(同条第 3 項)を除き、実際に共有物を使用している共有者の同意を得ることなく、各共有持分の価格の過半数により、当該共有者とは別の者が共有物を独占的に使用することを定めることもでき、その者は、従前共有物を使用していた共有者に対し、引渡しを求めることができることになる<sup>36</sup>。

他方、最高裁判例は、共有物の持分の価格が過半数を超える者であっても、共有物を単独で占有する他の共有者に対し、当然には共有物の引渡しを請求することができない(明渡を求める理由を主張し立証しなければならない)としている<sup>37</sup>。この判例を、共有物の使用方法について全共有者での協議を経た多数決に基づく必要があるが、少数持分権者に手続的な保障を与えるものと解せば<sup>38</sup>、本規律はこの判例と必ずしも矛盾していないことになるが、多数持分権者であってもそれだけでは共有物全部の使用収益を独占する権限は有せず、共有物全部の返還を命ずることは、少数持分権者の持分権を侵害することになるゆえ認められないと解せば<sup>39</sup>、最高裁判例の内容を変更する法改正であることになる。

いずれにしても、本改正は、従前から共有物を利用する者に配慮すると、結局他の共有者に無断で共有物を利用している者が保護されて、特段の定めもなしに共有物利用を開始した者の「早い者勝ち」を許す結果となり、妥当ではない<sup>40</sup>との判断が基本にある。

他方、この点については、多数持分権者の方が、自分が多数なのだから何でも決めて動かすことができるはずだという対応をすることにより、少数持分権者にとって公平な意思決定が害されるとの懸念も呈されている<sup>41</sup>。

#### ② 共有持分が不明である場合の取扱い

##### a) 共有者の人数は判明しているが持分が不明の場合

例えば、共有者が A、B、C、D 及び E であることは判明しているが、それぞれの持分が不明である場合については、A～E それぞれの持分は 5 分の 1 ずつであると推定される(民法第 250 条)。したがって、ある共有物の管理に関する事項について、D・E が反対あるいは所在不明であるケースでは、A・B・C の合意により当該管理事項を決定することができる。それでは、D・E が所在不明で C が反対しているケースにおいて、A・B が共有物の管理に関する事項を決することができる旨の裁判を申し立てた場合、その決定は認められるか。部会資料等においてこの点についての言及は見当たらないが、この場合も民法第 250 条の適用を排除する理由はなく、決定は可能と考える。なお、これは一部の共有者以外は氏名も不明な場合(例えば、変則型登記の一種である記名共有地<sup>42</sup>)においても活用できると考えられる。

##### b) 共有者を知ることができない場合であって、不特定共有者の数や持分も不明である場合

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

<sup>36</sup> 中間試案補足説明 p4。

<sup>37</sup> 最判 S41.5.19 民集 20-5-947、潮見佳男・道垣内弘人(編)「民法判例百選 I 総則・物権(第 8 版)」(有斐閣 2018 年)(以下「民法判例百選 I」という。)p150[片山直也]。

<sup>38</sup> 松岡 p52。

<sup>39</sup> 佐久間毅「民法の基礎 2 物権[第 2 版]」(有斐閣 2019 年)(以下「佐久間」という。)p208。

<sup>40</sup> 部会資料 27p4～5。

<sup>41</sup> 佐久間毅・今川嘉典・大谷太・中村晶子・松尾弘・村松秀樹「(対談)改正の意義と今後の展望」(ジュリスト 1562 号 2021 年) p20 中村発言。

<sup>42</sup> 登記記録の表題部の所有者欄に、「A外七名」などと記録され、「A」の住所並びに他の共有者の氏名及び住所が登記記録上記録されていない土地。



している共有者の持分も不明であるケースがあり得る。このようなケースでは、同意をした共有者の持分の価格等が判明しないため、不特定共有者以外の共有者の持分の価格の過半数が立証できず、改正法第 252 条第 2 項の利用は難しいと考えられるとされる<sup>43</sup>。

ただし、不特定共有者以外の共有者の持分がすべて不明であったとしても、民法第 250 条に基づき不特定共有者以外の共有者の持分は均等と推定すれば(a 参照。)、改正法第 252 条第 2 項の利用は可能ではないかと考える。不特定共有者以外の共有者の持分の価格の過半数が立証できない場合とは、判明している共有者が A(持分 5 分の 1)、B(持分 10 分の 1)、C(持分不明)、その他の共有者は人数も持分も不明といったケースに限られるのではないかと<sup>44</sup>。

このようなケースにおいては、共有物が不動産である場合においては、不特定共有者の持分を他の共有者が取得して共有関係の解消を図るか(改正法第 262 条の 2)、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(改正法第 264 条の 2・第 264 条の 8)、共有関係の解消を図るかして対処することになると考えられる<sup>45</sup>。

### ③ 第 3 項「特別の影響」の意味

「特別の影響」という要件の趣旨は、共有物の種類・性格が多種多様であることにかんがみて、共有物間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性質・種類に応じて、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ずる不利益を踏まえて、具体的事案ごとに判断することになる。

具体的に問題になり得る例としては、A・B・C が各 3 分の 1 の持分で土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・利用する定めがあるときに、当該建物建築後に B・C の賛成により当該土地を使用する共有者を B に変更するケースなどが挙げられる。A が当該変更を争う場合には、その変更によって A に特別な影響を及ぼすとして当該変更の効力がないことを前提に差止め等を求めるほか、当該変更に係る定めを再度変更することや、共有物分割請求によって対応することが考えられる<sup>46</sup>。

なお、ここでの共有物の使用には、共有者の一人が共有物を第三者に賃貸して収益を得ることも含まれることから(1. (2))、特別の影響に係る判断に当たっては、当該第三者の事情についても考慮できると考えられる<sup>48</sup>。

結局、共有者間の定めにより共有物を使用する共有者であっても、特別な影響がなければ、自らの同意なしに使用の中止を強いられることになるため、改正法は、現行法や判例と比較して共有物の柔軟な活用により重きを置いたものと考えられる。

<sup>43</sup> 部会資料 30p7。

<sup>44</sup> 例えばある共有地について、判明している共有者が A(持分 5 分の 1)、B(持分 10 分の 1)、C(持分不明)、その他の共有者は人数も持分も不明といったケースの場合、A、B 及び C の持分の合計も不明であり、A と B の持分が異なることから、民法第 250 条に基づき各共有者の持分が相等しいと推定することもできないことになる。ただし、この場合も、判明している共有者全員の同意が要件である改正法第 251 条第 2 項の適用は可能であると考えられる。

<sup>45</sup> 部会資料 30p7。

<sup>46</sup> 部会資料 40p3～4。

<sup>47</sup> なお、共有物を使用する共有者が固定資産税等を負担していた場合には、他の共有者に対する求償権を被担保債権として、留置権を主張することも可能とする見解もある(荒井 p57)。

<sup>48</sup> 伊藤 p44。

#### ④ 借地権、借家権等の取扱い

##### a) 第 4 項各号の期間を超える期間を定めた場合の取扱い、借地権設定の可否、地上権・地役権設定の可否

契約で改正法第 252 条第 4 項各号に定める期間を超える使用収益権を設定した場合、例えば借地借家法上の借地権を設定した場合、同号に定める期間に限り有効なのか、あるいはそもそも無効なのか問題となる。

借地権の存続期間は原則として 30 年である(借地借家法第 3 条)。そして、仮に存続期間を上記所定の期間に制限したとしても、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について異議を述べる事ができない(同法第 6 条)。したがって、借地権については事実上長期にわたって継続せざるを得ないことになり、所定の期間に限って存続を認めるような例外的な規律を設けることは難しい<sup>49</sup>。多数持分権者が第三者と建物所有目的での土地の賃貸借契約を締結した場合、少数持分権者が土地の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、当該第三者は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当該第三者に損害が生じた場合には、当該第三者は多数持分権者に対して損害賠償を求めることができることになる(民法第 415 条)<sup>50</sup>。したがって、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には、その契約は基本的に無効となると解される。

地上権(建物所有目的のものを除く。)や地役権については、短期の存続期間を設定することも可能ではあるが、一般に地上権・地役権は長期間の存続期間を定めることが多く、実益に乏しい。なお、永小作権については、存続期間 20 年以上とされている(民法第 278 条第 1 項)ことから、その設定は不可能である<sup>51</sup>。

なお、建物所有を目的としない土地の賃貸借についても、改正法第 252 条第 4 項各号に定める期間を超える場合には無効と解すべきであろう。この場合は正当事由の問題は生じないが、同条には民法第 602 条後段のような契約でこれより長い期間を定めたときに係る規定がない以上、借地権設定の場合と取扱いを異にする理由はないものと考えられる。

##### b) 建物賃貸の可否、借地借家法との関係

借地借家法の適用のある建物賃貸借(普通借家権)は、その存続期間を改正法第 252 条第 4 項各号に定める期間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又は建物賃貸借の解約の申入れをすることができず(借地借家法第 28 条)、事実上長期にわたって継続する蓋然性がある。ゆえに、共有物たる建物の賃貸には共有者全員の合意が必要であり、持分価格の過半数をもって借地借家法の適用の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となる。

他方、契約更新がないことを定める定期建物賃貸借(同法第 38 条第 1 項)、取壊し予定の建物の賃貸借(同法第 39 条第 1 項)、一時使用目的の建物の賃貸借(同法第 40 条)については、その存続期間を所定の期間(3 年)以内とする限りにおいて、共有持分の価格の過半数の決定により設定することが可能である<sup>52</sup>。

##### c) 長期の土地賃貸借や普通借家権の設定であっても共有物の管理行為として認められる場合

上記 a)、b)にかかわらず、普通借家権や長期の土地賃貸借の設定であっても、持分価格の過半数によって決することが不相当とはいえない特別な事情がある場合、賃貸借契約が有効となることもあり得る<sup>53</sup>。

まず、普通借家権の設定については、例えば元々賃貸用物件として造られた共有建物について賃借人が替

<sup>49</sup> 部会資料 27p7。

<sup>50</sup> 部会資料 40p5。

<sup>51</sup> 部会資料 27p7。

<sup>52</sup> 部会資料 40p4。

<sup>53</sup> 部会資料 51p7。

わるケースは、共有持分の価格の過半数の決定により設定することが可能であろう<sup>54</sup>。このような場合は、共有者間で当該共有物を第三者に使用させることについて、既に明示又は黙示の合意がなされているものと考えられる<sup>55</sup>。

長期の土地賃貸借については、共有私道にガス管や電柱を設置するため、インフラ事業者との間で数十年にわたる土地の賃貸借契約を結ぶ場合などが想定される<sup>56</sup>。共有物の機能に変更を生じさせず、共有者による使用収益に支障を来さないような使用であれば、期間の長さにかかわらず管理に関する事項に該当すると考えられる<sup>57</sup>。

#### ⑤ 共有物について第三者に使用権を設定している場合、配偶者居住権が成立した場合

本条項は、共有者間の規律を定めたものであるから、第三者に使用権を設定している場合において、本条に基づいて当該使用権を消滅させることはできない。また、本条は遺産共有にも適用されることを前提としているが、共有建物に配偶者居住権が成立した場合には、他の共有者は配偶者居住権者の使用収益を受忍すべき立場になるため、別途配偶者居住権消滅の要件(民法第1032条第4項)を満たさない限り、配偶者居住権は存続し、本条に基づき配偶者居住権を消滅させることはできない<sup>58</sup>。配偶者居住権者が共有建物の共有者であった場合でも同様である(民法第1028条第2項)。

### (4) 不動産実務への影響

#### ① 少数持分権者による共有物使用

共有者は、持分の価格の過半数により、従前共有不動産を使用していた共有者に対し、特別な事情がない限り当該共有者の同意なしで、共有不動産の引渡しを求めることができる。これは、判例上は、共有持分を有してさえいれば、それをもって不動産の引渡しを拒むことができ<sup>59</sup>、共有者間の合意等の認定はもっぱら共有物の使用収益に係る償還義務の有無を判断するために争われていること<sup>60</sup>とは様相が異なるように見える。すなわち、改正法では、占有権原と償還義務のいずれもが共有者間の合意等の認定に左右される建付けとなったことにより、占有権原を前提に償還義務を肯定するという折衷的解決が難しくなったという<sup>61</sup>。

なお、共有物を使用する少数持分権者の意思に反して、持分価格の過半数により他の共有者に共有物を使用させる旨の定めをすることが酷とされるケースは、通常は明示又は黙示の合意があるケースであり、当該少数持分権者が共有物を生活の本拠等として使用している場合には、特別な影響を及ぼすものとして、その保護が図られる<sup>62</sup>。また、被相続人所有の居住建物に相続人の一人が被相続人と同居していたような場合であれば、被相続人と相続人との間で使用貸借の合意が推認され<sup>63</sup>、被相続人の死後共有持分価格の過半数で使用者を替える決定をしたとしても、使用貸借契約自体を解約しない限りは結局使用貸借の借主たる被相続人と同居していた相続人が使用し続けることになる<sup>64</sup>。

<sup>54</sup> 第21回議事録 p21 大谷幹事発言。

<sup>55</sup> 部会資料 17p4。

<sup>56</sup> 共有私道ガイドライン p95・99。

<sup>57</sup> 第2回議事録 p39 藤野委員発言。

<sup>58</sup> 部会資料 51p7。

<sup>59</sup> 最判 S41.5.19 民集 20-5-947。なお、この判例については(3)①参照。

<sup>60</sup> 最判 H10.2.26 民集 52-1-255。

<sup>61</sup> 荒井 p294。

<sup>62</sup> 部会資料 27p5。

<sup>63</sup> 最判 H8.12.17 民集 50-10-2778。

<sup>64</sup> 第13回議事録 p15 大谷幹事発言。

したがって、共有不動産を使用する共有者が共有持分価格の過半数で当該不動産を引き渡さなければならぬかは、特別な影響を及ぼすか否かのほか、黙示のものも含めた従前からの権利関係により決まることになろう。

## ② 不動産開発との関連

不動産開発を進めるに当たっては、所在等不明共有者の存在が事業の支障要因の一つとなってきた。今回裁判所の決定を経ることで所在等不明共有者の同意を得ずとも事業を進めることが可能となったことで、不動産開発の迅速化・円滑化に資することになると考えられる。

また、不動産開発においては、土地の区画形質の変更に行政の許可等が必要な場合も多いが、その区画形質の変更の対象となる土地に共有地が含まれるケースでは、(所在等不明共有者を含めた)共有者全員の同意が求められることが少なくない。これは、土地の区画形質の変更が共有物の変更に該当するという考え方によるものと考えられる。改正法では、形状・効用の著しい変更を伴わない変更については持分の過半数で決することができるようになったのだから、土地の形状・効用に著しい変更が生じない場合には、行政も持分の過半数の同意で足りることとすべきであり、所在等不明共有者がいる場合であっても、裁判所の決定により共有物の変更等が認められた場合には、行政も所在等不明共有者の同意までは求めないこととすべきであろう<sup>65</sup>。

加えて、改正法では、共有持分価格の過半数により短期賃貸借権の設定が可能であることが明定された。したがって、この短期賃貸借権を用いて、通路、資材置場、駐車場、工事監理用施設等を設置することが可能となり<sup>66</sup>、不動産開発事業の運営に役立つことになると考えられる。

なお、現行法では山間部での道路整備や津波被災地の嵩上げ工事のように、公共目的で事業者が全面的に費用を負担するということであっても共有者全員の同意を取らなければならないが、このような場合を共有物の管理行為として位置づけられないかとの意見もあった<sup>67</sup>。しかし、土地の形状・効用の著しい変更を伴う以上は、これを共有物の管理行為として位置づけるのは通常は困難であろう(なお、この点については脚注 24 も参照。)

## ③ 短期賃貸借による共有不動産の有効利用

共有持分価格の過半数による短期賃貸借が可能であることが明らかとなったことは、共有不動産の有効活用にも資するものと考えられる。例えば、共有建物の活用手法について共有者全員の合意が得られない場合であっても、持分価格の過半数による決定で3年以下の定期借家権を設定するケースも増える可能性がある。ただし、実際は過半数の持分価格が得られていなかった場合には賃貸借契約自体が無効となる(普通借家権となるわけではない)ため、借主としては慎重な確認が必要となる<sup>68</sup>。

また、持分価格の過半数による決定で5年以下の土地の賃貸借として、駐車場、資材置場、公園・広場、市民農園などを設置することも考えられる。一般に所在等不明共有者がいる場合などにおいては共有地の活用が進まないといわれるが、第2項の非訟手続も適宜利用して遊休地の有効活用を図ることができるのではないかと。ただし、建物所有を目的としない5年以下の土地の賃貸借であっても、これに伴い土地の形状に著しい変更が生じる場合には、共有者全員の同意が要件となる点には留意する必要がある。

なお、このような不動産の有効利用が共有不動産の効用の著しい変更に関連しないのかとの疑問もあり得る。共有不動産の従前からの利用態様によるが、少なくとも遊休地を駐車場や広場としたりすることは効用の著しい変更には当たらないと考える。もしこれが変更行為に当たるとすれば、そもそものような利用形態であっても変

<sup>65</sup> 荒井 p327～329。

<sup>66</sup> 荒井 p330。

<sup>67</sup> 第13回議事録 p5 藤野委員発言・p6 藪毛幹事発言。

<sup>68</sup> 荒井 p345～346。

更行為に該当することになりかねないからである。

#### ④ 所有者不明土地法の運用への影響

所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法(所有者不明土地法)において地域福利増進事業(同法第2条第3項)の対象とされる所有者不明土地には、所有者の一部を確知することができない一筆の土地も含まれる(同条第1項)。共有者の一部を確知できない共有地を含む事業区域で地域福利増進事業を行おうとする事業者は、同法に基づき都道府県知事の裁定を申請することになる(同法第10条)。

今般、民法上に共有者の中に所在等不明の者が含まれる場合における共有物の管理・変更行為に係る手続が定められたことにより、共有者の一部を確知できない共有地については所有者不明土地法を利用するメリットが乏しくなったのではないかと考えられる。すなわち、所有者不明土地法の裁定手続と改正法第251条第2項・第252条第2項の非訟手続とを比べると、後者の方が手続上の負担がかなり小さい。また、土地の形質・効用の著しい変更を伴わない場合であれば、判明している共有者の共有持分価格の過半数で手続が可能である(所有者不明土地法による場合は、必ず判明共有者の同意が必要である(同法第12条第2項)。)。さらに、事業内容について所有者不明土地法に定める地域福利増進事業のような縛りがない。公示面でも、所有者不明土地法に基づく土地使用権(同法第10条第1項第1号)は不動産登記の対象外であるが、共有物の管理・変更行為として共有地に賃借権を設定した場合には登記が可能であり<sup>69</sup>、取引の安全上においても優れている。事業者は共有持分の一部を取得するなり、共有者による共有物の変更・管理行為に係る決定手続を補佐・援助するなりして、事業への同意を得ればよいことになる。

結局、共有地で所有者不明土地法が用いられるのは、共有者全員が所在等不明である場合か、判明している共有者が事業自体には賛成だが改正法第251条第2項・第252条第2項の手続を望まない場合に限られるのではないかと考える<sup>70</sup>。

以下、次稿に続く。

(齋藤 哲郎)

<sup>69</sup> ただし、短期の賃貸借については、賛成した過半数の共有者のみで不動産登記を申請し、権利部乙区にその登記をすることは、現状の不動産登記手続では困難であり、何らかの規律整備等が必要であるという(第13回議事録 p20 山野目部会長発言)。

<sup>70</sup> なお、共有者の一部が所在等不明である場合のほか、共有者全員が所在等不明である場合、単独所有の土地であるが所有者が所在等不明である場合においては、改正法で新たに設けられた所有者不明土地管理制度(改正法第264条の2～第264条の7)を利用することも想定される。裁判所による所有者不明土地管理人の選任が前提であり(改正法第264条の2第4項)、保存・利用・改良行為の他は、逐次裁判所の許可が必要となる点で(改正法第264条の3第2項)、改正法第251条第2項・第252条第2項の手続に比べやや使い勝手が悪い。裁判所の決定には予見可能性を期待できないことから継続的な営利事業などには向いていないが、例えば公園の整備した上でその後はその維持管理のみといったケースであれば、所有者不明土地法によるよりも簡易な手続で済むと考えられる。なお、所有者不明土地管理制度の詳細については、別の機会に取り上げることとしたい。