

共有物の広義の管理と令和三年度民法改正における共有物の利用規定

—管理権概念からの再考—

一橋大学法学研究科法務専攻修了（2023年3月） 赤木修一郎

- I はじめに
- II 広義の管理に変更を含めることの是非
- III 広義の管理の意義と管理権概念
 - 1 管理権概念
 - (1) 管理権概念の紹介
 - (2) 管理権論に対する反応
 - 2 共有への妥当性
 - 3 共有における管理権
- IV 広義の管理の効果
 - 1 効果帰属の有無
 - (1) 共有物の管理者制度の意義と問題点
 - (2) 広義の管理が共有者全員に効果帰属するか
 - (3) 広義の管理の効果帰属範囲
 - 2 その他の効果
- V 共有者による決定の効果
 - 1 前提の確認
 - 2 決定の効果
- VI 251条2項と252条の効果
 - 1 252条2項に基づく裁判
 - (1) 裁判によって生じる現象の分析
 - (2) 理論的構成
 - 2 251条2項に基づく裁判
- VII 終わりに

I はじめに

民法251条2項（以下民法の条文引用の際は、「民法」を略す。）は、「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。」と規定している。他方、252条2項も2号で「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。」も同じ規律に服すると規定する他は同様の条文となっている。これらの規定は、①共有者が共有物の持分に応じた使用をすることが出来る（249条）にも関わ

らず、変更や管理に関する事項の決定をすることが出来ないことで共有物の使用が阻害されるのを防ぐことや、②不在者財産管理人制度（25 条以下）の利用に関する弊害を防ぐことを目的としている¹。すなわち、同規定は、共有物の利用を促進するために作られたものである。

ただ、共有物の利用に関する規定については、共有物の全部を持分に依じて使用できるとする 249 条 1 項と、変更行為や管理行為、保存行為といった行為（以下、「広義の管理」とする）を規定する 251 条 1 項、252 条 1 項、252 条 5 項の 2 種類がある。そして、令和 3 年度民法改正にて、252 条 1 項第 2 文や 252 条 3 項が追加され、共有物の使用方法の決定が管理行為に含まれることになった結果、条文適用上の棲み分けはなされたともいえる。もっとも、共有は、所有の一形態である²ところ、所有権は物の使用・収益・処分権能を有する物権である（206 条）以上、共有者は、共有物に関する権利についても所有権と同様の権能を有するはずである。249 条 1 項は、所有権の有する諸権能のうち、使用（及び収益³）に関する条文であることを明示している。しかし、広義の管理の各条文は、これらのいずれについて規定したルールなのか不明確である。例えば、広義の管理が共有物の使用及び収益に関するルールならば、なぜ 249 条 1 項と並列して異なるルールが規定されているか、特に 252 条 5 項と 249 条 1 項とがなぜ並列しているのか問題となる。

また、広義の管理を規定する条文も、「～できる」「～できない」「決する」と効果を規定しているが、具体的にどのような効果を意味するのかが不明確である。例えば、民法 94 条 1 項であれば、「無効とする」と規定されていることから、同条文は法律行為の有効性を否定する条文であるといえる。しかし、広義の管理を規定する条文は「できる」「できない」としか規定していないため、その行為が有効・無効になるのか、はたまた異なる効果をもたらすのかが条文から判然としない。

広義の管理に関する条文にはこのような問題があるため、広義の管理を容易にする 251 条 2 項や 252 条 2 項の解釈がより困難なものとなっている。しかし、少子高齢化社会の現代において相続が増加するのは明らかであり、それに伴い同条項の適用場面が増加することは明らかである。

そこで、本稿では、広義の管理の意義と 249 条 1 項との棲み分けをするとともに、広義の管理を規定する条文の効果を明らかにし、251 条 2 項や 252 条 2 項の解釈を試みたい。そして、最終的には、251 条 2 項や 252 条 2 項に基づく手続きをした場合に、議決から省かれた共有者にどのような効果が及ぶかということを検討したい。

¹ 村松秀樹・大谷太編著「Q&A 令和 3 年改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法」67 頁以下（金融財政事情研究会、2022 年）

² 小粥太郎編「新注民法（5）—物権（2）」542 頁 [小粥太郎]（有斐閣、2020 年）、梅謙次郎「民法要義卷之二 物権篇 訂正増補改版第 31 版」191 頁（有斐閣、1911）、富井政章「民法第二卷 物権（合冊）」156 頁（有斐閣、1917）

³ 中島玉吉「民法積義 卷之二（物権法）上（増訂 14 版）」448 頁（金刺芳流堂、1927）、末弘巖太郎「物権法（上巻）」311 頁（一粒社、1960）

II 広義の管理に変更を含めることの是非

さて、変更行為、管理行為、保存行為を「広義の管理」とするとしたが、そもそも、変更行為を他の二つと同様に扱ってよいかは問題となる。狭義の管理行為とは、共有物の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良をする行為（103条2号参照）⁴であり、保存行為とは、財産の現状を維持する行為であるとされる（103条1号と同様）⁵。このうち、管理行為や保存行為は、財産の現状を維持し、又は目的物を利用改良する行為であるから、所有権の権能である使用・収益・処分のうち、使用及び収益に属する行為であるとも言い得る。他方、変更行為は処分の一種であると説明するものも見かけられる⁶。そうすると、変更行為は、使用・収益に関する管理行為や保存行為と同様に考えるべきでないとも思われる。

しかし、起草者は、206条の「処分」を、物を自由に扱うことを意味し、権利を譲渡しあるいは放棄することを意味するのではないとした⁷上で、251条1項が規定する変更行為を物の処分の一種であるとしている⁸。また、近年の学説においても、所有物の法的処分と物の物理的処分とを区別する立場がある⁹。この立場によると、物の法的処分権は権利の内容ではなく、財産一般についてより高次のレベルで捉えるべきであるとしている¹⁰。確かに、今日の通説は、「処分」に物の法的処分が含まれると考えている¹¹。しかし、物を法的に処分する権限も「処分」に含まれると考えると、法的処分の対象である所有権の内容自体に法的処分権も含まれることになり論理的矛盾が生まれる¹²。また、共有に関する学説に限定しても、しばしば変更行為に共有物の処分を含めるかということが議論されていた¹³。このことから、変更行為に処分行為が含まれることが当然でないことがわかる。そのため、所有権の処分とは前述したような物を自由に扱うこと、すなわち物理的処分を意味すると解すべきである。具体的には、たとえば農地を宅地にする等の行為は物理的処分ということになる¹⁴。こうした物理的処分は、結局のところ目的物の利用方法に関するものである。そうすると、所有権の使用・収益・処分とはいずれも目的物の利用に関する行為ということができ、使用と処分はともに同じ目的物の利用という視点で検討することが出来る。

ところで、令和3年度民法改正においては、251条1項（旧251条）の内容が改正されている。具体的には、軽微変更を251条1項の規律する変更行為から除いている。そして、251条1項の対象から外された軽微変更は252条1項が規律する管理行為として扱われる

⁴ 小粥・前掲注2) 572頁〔小粥〕

⁵ 我妻榮「新訂民法総則（民法講義I）」339頁（1965、岩波書店）

⁶ 梅・前掲注2) 194頁・広中俊雄「物権法〔第2版増補〕」374頁（青林書院、1987）

⁷ 梅・前掲注2) 104頁

⁸ 梅・前掲注2) 194頁

⁹ 小粥・前掲注2) 344頁〔小粥〕、森田宏樹「所有権の法的構造について」高翔龍・野村豊弘・加藤雅信・廣瀬久和・瀬川久信・中田博康・河上正二・内田貴・大村敦志編『星野英一追悼・日本民法学の新たな時代』463頁以下（有斐閣、2015）

¹⁰ 森田・前掲注9) 508頁

¹¹ 小粥・前掲注2) 352頁

¹² 小粥・前掲注2) 352頁

¹³ 小粥・前掲注2) 570頁参照

¹⁴ 梅・前掲注2) 195頁

としている。そのため、251条1項と252条1項は、以前にもまして連続性を持っているといえる。加えて、251条2項に所在等不明共有者に関する規律が設けられているが、この規律は共有物の法的処分についての規律である262条の3と同様の規律ではなく（特に価相当額の償還義務が申立者について法定されていない）、252条2項1号と同様の規律を施していることが分かる。その他にも、少なくとも、251条2項と262条の2や262条の3との関係で、変更目的物の法的処分を含める解釈が難しくなるような規律がなされた¹⁵。この点からも、251条が規定する変更行為とは、物の物理的処分のみを意味し、管理行為や保存行為と同様に、目的物の利用に関するルールであると考えらるべきである。

そして、変更行為を広い意味の管理と分類するものもある¹⁶。これは、変更という物理的処分も、共有物の利用に関するものであることから、管理行為や保存行為といった目的物の使用・収益に関するものと同列に扱うことができることを理由にするとと思われる。現に、変更行為を広い意味の管理に分類するものの中にも、変更行為を事実上の処分としているものもあり¹⁷、処分と使用を同じように考えていることが分かる。

以上より、変更行為が目的物の物理的処分を意味する「処分」であるとしても、物理的処分があくまで目的物の利用に関する行為であることから、「使用」や「収益」に属する保存行為や管理行為と同一平面上で考えることができる。そのため、以下、変更行為も含めて「広義の管理」について検討していく。なお、変更や管理は共有者間の決定に基づいてなされるが、これ以降本稿において、広義の管理とは決定に基づいてなされる行為を言うこととし、共有者間の決定それ自体と区別する。

III 広義の管理の意義と管理権概念

前章にて、変更を広義の管理に含めることの是非について検討した。その結果、変更を広義の管理に含めることは妥当であるとの結論を導くことが出来た。そこで、本章では、広義の管理とはいかなる概念であるかを検討する。そして、結論のみを述べると、広義の管理とは、広義の管理権—管理権（管理行為を行う権限）と処分権（法的処分権）を合わせた権利—の行使として行われる行為であると定義できる。しかし、ここでいう広義の管理権とは、財産の管理、すなわち財産的事務をなす権利である¹⁸が、他人の財産に干渉する制度（遺言管理者や事務管理、いわゆる授權や代理等）を統一的に理解するために提唱された特殊な概念である。そのため、前提条件の検討もなく、管理権概念を持ち出してよいのかは問題となる。そのため、本章では、①広義の管理権概念について検討し、②広義の管理権概念を共有に持ち込むことの妥当性を検討するとともに、③管理権概念を共有に採用した場合に、広義の管理と249条1項とがどのように位置づけられるかを検討する。なお、以下、広義の管

¹⁵ 伊藤栄寿『改正共有法の意義と課題』上法65巻3号96頁以下

¹⁶ 山野目章夫「民法概論2 物権法」221頁以下（有斐閣、2022）、秋山靖浩・伊藤栄寿・大場浩之・水津太郎『物権法〔第3版〕』163、166頁（日本評論社、2022）

¹⁷ 秋山=伊藤=大場=水津・前掲注16）166頁

¹⁸ 於保不二雄「財産管理権論序説（復刻版）」52頁（有信堂、1995）

理権を「管理権」と表記することにする。

1 管理権概念

(1) 管理権概念の紹介

前述の通り、管理権とは、財産の管理、すなわち財産的事務をなす権利である。そして、財産管理権論を初めて提唱した於保不二雄は、管理権が以下の内容を含むことを示した¹⁹。すなわち、管理は包括的な財産一般についてもなされるし、包括財産を構成する個々の財産や物についてもなされる。また、管理は103条1号や602条のような財産の保存のためや、その他の目的、特に処分のためになされる。さらに、管理は法律行為及び事実行為によってなされる。加えて、管理（すなわち管理権の行使）は、新たに権利を取得し、義務の設定をし、既存の権利の行使、処分、義務の履行、物の占有、及び訴訟行為をなすことによってなされる。そして、財産の管理は、原則として財産主体がこれをなす。しかし、法人や意思無能力者等、財産の主体が管理をなし得ない場合（すなわち財産の主体が管理権を有しない場合）には本人の代わりに財産の管理を為すものがあることに加え、財産主体が管理権を有する場合にも管理を委託した場合には財産主体以外の者でも管理権限を有しうるとしている。なお、上記内容のうち、「処分」には権利の法的処分は含まれない。なぜなら、於保は、管理権を権利の行使に必要な権限であると捉えている²⁰ところ、その直前で権利の法的処分が権利の行使に含まれないことを明示している²¹からである。

上記のような管理権概念は、近代資本主義社会の下、財産の帰属と管理の分離、特に法人における所有と経営の分離という法現象を説明するために生み出されたものである²²。すなわち、他人の財産に影響を及ぼす様々な制度、例えば遺言執行者等の他人の財産を管理する制度が様々あることから、これらの制度を統一的な枠組みで捉えるために管理権概念が提唱されている。その後、このように観念された管理権が、具体的に法律行為の要件及び効果との関係でどのように位置づけられるか検討されている²³。その結果、行為者に管理権が充足されることをもって目的物に法律行為の効果が帰属する、有効要件と位置づけられるに至った²⁴。このように、いわゆる管理権概念は直接共有関係について説明することを目的として生み出された概念ではない。もっとも、管理権概念は広い射程を有する理論体系であると評価するものもある²⁵。

ここで、本稿において確認すべきことは、管理権は原則として財産の帰属主体によって行使されるべきことである。これは、管理権概念を認めたとして誰に共有物の管理権を認めるか検討する上で重要である。

(2) 管理権論に対する反応

¹⁹ 於保・前掲注18) 52頁以下

²⁰ 於保・前掲注18) 52頁

²¹ 於保・前掲注18) 45頁以下

²² 於保・前掲注18) 4頁以下

²³ 於保・前掲注18) 20頁以下

²⁴ 於保・前掲注18) 25頁

²⁵ 磯村哲「書評 於保不二雄著『財産管理権序説』」季刊法律學20号100頁（有斐閣、1956）

いわゆる管理権論は、上記の通りの内容をいうが、この考え方は今日では積極的に採用されていない。これには以下のような根強い批判があるからである²⁶。それは、代理、授権、遺言執行者等の他人の財産に対し第三者が干渉する制度をあえて統一的な原理によって説明する必要がなく、したがって、これを説明するための管理権という概念は必要ないというものである。例えば、代理の場合には、管理権概念を介さず、端的に代理権というだけで完結する。管理権の問題とされた代理や授権等の各概念は、それぞれ独立に発展した以上、それを統一的に把握する必要はないし、却って各概念の違いを不明確にするため導入すべきでないという意見すらある。

他方で、管理権論に好意的な見解も散見される²⁷。例えば、川島武宜は、「従来無関係に分離して考察されていた代理や非権利者の処分等の諸概念を私的自治能力という観点から相互に関係づけを体系化し、これらを財産管理権という構成概念に包摂させた理論的功績を高く評価する」と述べており²⁸、須永醇は、「権利者が自らの名において自己の権利を行使し得ることを私的自治の観点から原則とし、他人の権利を行使する場合を整理し統一的に論理構成するための道具観念として管理権概念を有用なものだ」と評価している²⁹。また、四宮和夫は、管理権に影響を受けつつ、信託制度を出発点に財産管理関係を検討し、排他的管理権論を提起するに至っている³⁰。

このように、管理権説に対しては賛否様々な意見が提起されている。

2 共有への妥当性

ここまででいわゆる管理権論の内容を確認した。いわゆる管理権は、代理や信託、及び授権を中心に議論され、共有について議論が重ねられたものではない。しかし、一般的に管理権概念を採用するかはさておき、少なくとも共有者間の内部関係、特に広義の管理の意義を説明する上で管理権概念は有用であると考ええる。

管理権概念が必要であると考ええる理由は、①管理権概念を採用したほうが 249 条 1 項と広義の管理に関する規定とが併存している理由を説明しやすいことに加え、②共有物の管理という現象を説明しやすいからである。まず①について説明する。管理権を観念しない場合、広義の管理と定義した各行為類型は、所有権の内容たる使用、収益、処分のいずれかに振り分けられなければならない。なぜなら、共有も所有の一形態であり、所有権が上記の内容を有することは 206 条に明記されている上に、管理権を観念しなければ広義の管理も共有権の行使行為と考えざるを得ないからである。広義の管理のうち、変更は処分に該当すると考えたとしても、管理及び保存は処分以外に求める必要があり、必然的に使用及び収益に該当すると考えざるを得ない。そうすると、249 条 1 項と 252 条とが共有権の使用・収益の側面で重なることになる。しかし、249 条 1 項は共有者が単独で共有物の使用及び収益を

²⁶ 伊藤進「授権概念の有用性」法律論叢 39 巻 4・5・6 号 373 頁以下、同「授権・追完・表見代理論」(成文堂、1989)、鈴木禄弥「民法総則講義(2訂版)」120 頁(創文社、2003)

²⁷ 以下、加藤雅信編集代表「民法学説百年史」122 頁以下〔新井誠〕(三省堂、1999)を参照

²⁸ 川島武宜「民法総則(法律学全集)」169-170 頁(有斐閣、1965)

²⁹ 須永醇「民法総則要論(新訂版)」17 頁(勁草書房、1997)

³⁰ 四宮和夫「財産管理制度としての信託について」『四宮和夫民法論集』43 頁以下(弘文堂 1990)

出来る」と規定する一方で、252条1項は管理に該当する場合には共有者全体のうち過半数の同意が必要とされており、使用及び収益につき異なる規律がされていることをどう整合的に説明すべきかという問題が生じる。そして、この矛盾は共有についての単一説に立っても、複数説に立っても解決できない。単一説とは、共有が一個の共有権が数人に分属する状態であるという見解である³¹。他方、複数説とは、各共有者がそれぞれ一個の所有権を有し、各所有権が1個の所有権の内容と等しくなっている状態であるという見解である³²。もっとも、いずれの立場にたっても観念すべき所有権は一種類である。そのため、どちらの立場に立っても、結局一つの所有権が有する使用収益権能に二つの規律があるという事態を回避することは出来ない。したがって、かかる矛盾を回避すべく管理権概念を採用すべきである。また、②を詳述すると以下の通りである。共有者は目的物を自己の持分権の範囲では自己物として支配しうる一方、他の共有者の持分に関しては他人物として支配するという特殊性が認められる。しかし、共有物の管理は、全共有者に影響を与えるものである。ここで、管理権を観念せずに共有者が共有物の管理の影響を受ける理由を説明する場合、広義の管理を行う旨の決定を一種の契約とみて契約の拘束力を根拠とするか、決定の成立をもって広義の管理に関する規定の有する効果を根拠とせざるを得ないと思われる。もっとも、前者の説明では、半数弱が不同意であってもできる狭義の管理や、協議を経ずにできる保存を説明するのに窮するし、後者の説明でもそのような効果を有する規定の法的性質を説明するのに窮する。そのため、管理権概念を採用したほうが、共有物の管理という現象を説明しやすい。

これに対し、管理権概念を採用できる理由は以下の通りである。すなわち、251条や252条を249条と別個に規定していることから、一般的な使用収益と財産管理とを共有において区別する立場であることを示している。以上より、共有について、所有権を内容とする共有権又は持分権以外に管理権行使の根拠となる権利の存在を認めているといえる。現に、於保も、ドイツ法の文献研究から、最広義の授権に際する管理権行使の譲渡ですら使用収益権能は管理権範囲から除かれるとしている³³。そのため、使用収益と管理とを分けた時点で管理権概念を採用していると読むべき土台があるというべきである。また、保存や変更、すなわち物理的処分という用語法自体が管理権概念特有の用語法であると評価できる。さらに、広義の管理を管理権で説明する場合には、管理権概念に向けられた批判が当てはまらない。管理権論に対する批判は管理権概念をもって第三者の権利に干渉する制度を統一的に考えるという部分に集中しており、他人の権利に干渉する行為を行う者の地位・権能の提示という側面では一定の承認は得ていると評価するものもある³⁴。このことから、管理権という概念を、諸制度を統一的に把握するものとしてみるのではなく、共有物の広義の管理という一分野の構造を分析するために用いることは妨げられないと考えられる。

³¹ 富井・前掲注2) 156頁、梅・前掲注2) 191頁

³² 我妻榮・有泉亨補訂「新訂物権法（民法講義Ⅱ）」320頁（岩波書店、1983）、広中・前掲注6) 420頁

³³ 於保・前掲注18) 35頁

³⁴ 堀野出「管理処分権に関する一考察」香川21巻3・4号237頁

以上の理由から、251条や252条といった広義の管理規定を管理権から説明する必要がある上に、管理権から説明することが許容されているといえ、広義の管理は管理権概念を用いて説明されるべきであるといえる。加えて、先行研究の中には、於保の管理権概念を参考に、権利に基づく法作用を行使する根拠が財産に対する主体的に観念できることを示し、共有物の保存行為を行う権限について検討しているものもある³⁵。松下朋弘は、上述した論理を展開する中で、広義の管理権の領域に保存行為、利用行為、改良行為、処分行為が含まれていることを示しているが、このことは、裏を返せば、保存行為から処分行為までの管理に属する行為は全て管理権の行使行為であることを示している。そのため、広義の管理とは管理権行使行為であるといえる。

3 共有における管理権

次に問題になるのは管理権がどのように帰属していて、広義の管理に関する各規定が管理権の観点からどのように評価できるのかである。広義の管理の内容である、変更、管理、保存はそれぞれ共有者全員の同意、共有者の過半数の同意、共有者単独での行使を要件としている。変更は共有者全員の同意が要求されたのは、①意見の衝突があるときに、一方の意見によると他方の処分権を害することになるから³⁶、又は②共有物の価格の低下を招く恐れがあるから³⁷、あるいは③共有物の消滅に等しい結果を生ずることがあるから³⁸であると説明されている。すなわち、全共有者が事実上の処分を行う権限を有する上に、共有物の価値低下等を通じて全共有者に影響を与えることを理由としている。また、管理が共有者過半数の同意でできるとされた理由は、変更が共有者全員の同意を要する理由を前提に、①共有物の管理が必要であること³⁹、②管理が共有者全員に利益をもたらすこと⁴⁰、③全員の同意を要求することが不便であること⁴¹、④共有物の変更ほどには共有物の価値に対して大きな影響を与えないこと⁴²、及び⑤過半数を持分の価格によって算定する点から、共有物についてより大きな利害を有する者の利益を保護すること⁴³を理由にしている。さらに、保存が共有者単独でできるとされた理由は、物の棄損を防ぐために必要であり迅速に行われることを要するからであると説明されている⁴⁴。また、保存行為が管理行為の一分肢であることを述べるものもある⁴⁵。以上のことを踏まえると、広義の管理について以下のように評価できる。すなわち、変更の理由を前提に、変更の要件を緩和する形で管理の要件が設定され、さらに

³⁵ 松下朋弘「共有持分権論：保存行為の権限からの再検討」慶応ロー36巻421頁以下

³⁶ 梅・前掲注2)194-195頁、中島・前掲注3)451頁

³⁷ 岡松参太郎「註釈民法理由 中巻」223頁(有斐閣、1897)

³⁸ 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎「帝国民法正解 第2巻(第3版)」645頁(日本法律学校、1903)

³⁹ 梅・前掲注2)195頁、富井・前掲注2)169頁、岡松・前掲注37)225頁

⁴⁰ 末弘・前掲注3)313頁

⁴¹ 富井・前掲注2)169頁、中島・前掲注36)452頁

⁴² 岡松・前掲注37)225頁

⁴³ 松波=仁保=仁井田前掲注38)649頁

⁴⁴ 梅・前掲注2)196頁、富井・前掲注2)168頁、松波=仁保=仁井田・前掲注38)651頁、中島・前掲注3)454頁

⁴⁵ 富井・前掲注2)168頁

保存も管理の一分枝であり管理の中でより簡単な要件でできるものである。そうすると、管理や保存も変更の規律を修正する形で規定されたものである。変更のみが 251 条 1 項に規定されており、次の条文である 252 条に管理と保存が規定されている条文構造からも、広義の管理における原則は変更であるといえる。そうすると、原則として、管理権を有する者が管理を行うべきであるから、広義の管理の原則である 251 条 1 項に従い、共有者全員に共有物の管理権が帰属する。このように考えると、251 条 1 項は、管理権が全員に帰属することを示す規定であり、252 条 1 項や 252 条 5 項は管理権行使の要件を緩和する規定であると評価できる。

IV 広義の管理の効果

前章で、広義の管理とは、管理権に基づいて行われる行為をいうことを確認した。本章では、広義の管理、すなわち管理権の行使行為はいかなる効果を有するかを検討する。この検討においては、管理権の行使行為全てに共通する部分もあるが、以下のような共有特有の問題もある。共有物の管理は、共有者全員に帰属する管理権を行使することでなされることから、各共有者にとって共有物の管理は自己財産を管理する側面と、他人の財産を管理する側面の両方を持っている。このことを管理権の観点からどう扱うべきかが問題となる。特に、令和 3 年度改正で共有物の管理者制度が導入された。そして、共有物の管理者と共有者との間の法律関係をめぐって議論がなされている。この議論は、252 条 1 項前段に基づく管理方法の決定の効力が、その決定に賛成しなかった共有者にどのように及ぶか、252 条 2 項に基づく管理方法の決定が、その意思決定に参加しなかった共有者にどのような効力を及ぼすかという問題にも通じると指摘されている⁴⁶。そのため、本章では主に、共有物の管理者の選任を中心に広義の管理の効果を、広義の管理を決定する決議の効果（次章参照）と区別し、管理権の見地から検討する。

1 効果帰属の有無

まず、広義の管理の法律効果が全共有者に帰属するか検討する。この問題は共有物の管理者制度が新設されたことで顕在化したため、以下、管理者制度を念頭に検討する。

(1) 共有物の管理者制度の意義と問題点

252 条の 2 は共有物の管理者制度について以下のように定めている。すなわち、①共有物の管理者は共有物の管理の行為について行うことができるが、②変更行為は共有者全員の同意を得なければ行うことが出来ない（同条 1 項）、③管理者にとって所在等不明共有者がいる場合について 251 条 2 項と同様の規律が設けられている（2 項）。さらに、④共有者が共有物の管理に関する事項を決した場合にはこれに管理者が従うこと（3 項）、⑤管理者が④に違反して行った場合には共有者に管理行為の効力が生じないが、善意の第三者に対抗できないこと（4 項）も内容としている。立案担当者は、管理者の選任決定は共有者間での内部決定に過ぎず、選任された者が管理者に就任するには管理者の同意が必要であること、

⁴⁶ 松尾弘「物権法改正を読む ―令和 3 年民法・不動産登記法改正等のポイント」33 頁（慶應義塾大学出版会株式会社、2021）

及びその同意にあたり通常であれば共有者と共有物の管理者との間で委任契約を締結するものであるとしている⁴⁷。もっとも、この委任契約について、⑦共有者による管理者の決定と委任契約との関係、及び④委任契約の効力が共有者全員に及ぶかという二つの問題が指摘されている⁴⁸。④は管理者が行った管理行為が共有者全員に帰属するかという問題である。しかし、この問題の解決策は、管理行為の効果が共有者全員に帰属するのかという問題に一般化することが出来ると思われる。なぜなら、共有物の管理者も持分の過半数の同意を得て管理行為を行う者も、権限を持って共有権を行使する点に変わりがないからである。そのため、共有物の管理者制度を通じて管理行為が全共有者に効果帰属するか検討する。ただ、共有物の管理者制度の適用には、共有者の一部が共有物の管理者となる場合と、第三者が共有物の管理者になる場合の二つが考えられる⁴⁹が、ここでは比較的的事案が単純な第三者が管理者となる場合を中心に考える。なお、共有者の一部が管理者となる場合にも、第三者を管理者とした場合と同様の理論構成が考えられるものの、管理者となる共有者に対し 253 条 1 項の適用を排除するのは妥当でない⁵⁰ことや、管理者となる共有者が委任者となることができないことから、委任関係の成立は否定されている⁵¹。

(2) 広義の管理が共有者全員に効果帰属するか

管理者と共有者との委任契約についての見解は大きく分けて、①団体的な関係を認める見解、②委任契約を結んでいない共有者との間に特別な法律関係を認める見解、③その他の見解の三種類があり得ると提示するものがある⁵²。

①は、共有者の関係を法人や一定の結合関係がある団体の構成員と同様に理解する考え方である。これを前提に、Ⓐ管理者を共有者団体の代表者とする考え方と、Ⓑ建物の区分所有等に関する法律（以下「区分所有法」とする）26 条 2 項を参照に、管理者も共有者を代理できるとする考え方の二通りがあり得るとしている。Ⓐの考え方では、管理者が共有者団体を執行する機関であると考えることにより、その結果管理者の行為の効果が共有者団体に帰属することになる。しかし、共有者間の関係について個人主義的な観点から理解されていることに反するとの批判がある⁵³。合有や総有といった共有形態を認めてきた理由が、共有状態が必ずしも個人主義的なものでない実態に照らし、団体主義的な共有状態に沿った法規制を考えたからである⁵⁴ことに照らしても、個人主義的な共有状態にこの考え方は妥当しえないと思える。また、Ⓑの考え方によると、管理者が共有者の代理人になると考えられるため、管理者が行った法律行為の効果が全共有者に帰属することになる。しかし、区分所有法 26 条 2 項のような規定が民法にない以上、管理者に代理権を認めるのは区分所有の場

⁴⁷ 村松＝大谷・前掲注 1) 103 頁

⁴⁸ 潮見佳男＝千葉恵美子＝松尾弘＝山野目章夫編「詳解 改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法」100 頁〔伊藤栄寿〕(2023、商事法務)

⁴⁹ 村松＝大谷・前掲注 1) 103 頁以下、潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 100 頁〔伊藤〕

⁵⁰ 法制審議会民法・不動産登記法部会資料（以下「部会資料」とする）41・12 頁

⁵¹ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 108－109 頁〔伊藤〕

⁵² 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 100 頁以下〔伊藤〕

⁵³ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 101 頁〔伊藤〕

⁵⁴ 高島平蔵「共同所有理論の再構成について」早稲田法学 57 卷 3 号 21 頁（早稲田大学法学会、1982）

合に限定すべきであり、一般の共有にも適用すべきでない。また、立案担当者も共有物の管理者に代理権を与える趣旨でないとして説明している⁵⁵。そのため、この考え方も採りづらい。以上より、①の考え方は採りえない。実際に立案担当者も、管理者の選任に反対した共有者は委任契約の主体とならない考え方を示している⁵⁶。このことから、立法担当者も、少なくとも共有者間の法律関係を団体的に捉えていないものと考えられる。

他方、②は、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が生じていると理解する考え方である⁵⁷。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、管理者選任関係は生じていると説明されている。この考え方によると、委任契約の効力が契約を締結していない共有者に直接生じることはないとしていることから、少なくとも広義の管理の効果を全共有者に帰属させることは出来ない。また、この考え方を支える理論的根拠や委任契約と管理者としての地位も明確でないと指摘されている⁵⁸。まず、法的根拠として考えられるのは事務管理（697条）であるが、あくまで管理者は委任契約の相手方のために管理を始めており、少なくとも管理者の選任に同意していない共有者のために管理はしていない。そのため、「他人のために」という要件を充足しない。他方、管理者は委任契約により管理権限を取得するのか、過半数決定により管理権限を取得するのかということが不明確である。

その他に、③は、管理者が管理権限を有することから、管理者の行為を他の共有者が否定できない結果、他の共有者にも管理者の行為の効力が及ぶとする考えである⁵⁹。この考えの中でも④、252条1項に基づく管理行為としての管理者決定を管理権限付与の根拠とする立場と、⑤委任契約を管理権限付与の根拠とする立場の二つがある。④は全共有者全員のために管理すべきことを管理者に要求する立場であるのに対し、⑤は委任者のために管理すべきことを管理者に要求する立場である⁶⁰。そもそも、管理者制度は、共有物が適切に管理されることを実現するとともに、共有者の便宜を図るために置かれた規定である⁶¹。そうすると、同規定は全共有者の便宜を図る規定であり、委任者だけの便宜を図る規定でない。また、管理行為が共有権の行使行為である以上、共有権の帰属する全共有者から管理権限の授権を受ける必要がある。そのため、この立場を取る場合には、④の立場を取るのが妥当であると思われる。③の立場は、①及び②の立場と異なり、管理者選任に同意しない共有者に管理者を選任する契約の効果を及ぼさないことを前提としている。そうすると、③の立場である④が妥当である以上、管理行為として行われる管理者を選任する契約の効果は同意しない共有者に及ばない。そして、この考え方は管理者の選任の場面に限らず、あらゆる管理行為の場面で妥当する。以上より、過半数で決定された管理行為の効果は、反対した共有者に

⁵⁵ 部会資料 41・12 頁

⁵⁶ 村松＝大谷・前掲注 1) 103 頁

⁵⁷ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 102 頁〔伊藤〕、部会資料 41・12 頁

⁵⁸ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 103 頁〔伊藤〕

⁵⁹ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 105 頁以下〔伊藤〕

⁶⁰ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 105 頁以下〔伊藤〕

⁶¹ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 95 頁〔伊藤〕、部会資料 3・14 頁

帰属しないと考えるべきである。

(3) 広義の管理の効果帰属範囲

以上より、全共有者が広義の管理に属する法律行為の主体になるわけではないことを示した。また、立案担当者は、共有物の管理者制度について、管理者の選任に同意した共有者の全部又は一部が委任契約の主体となること、及び誰が当事者になるかは同意した共有者間で協議をして決めることになると解されるとしている⁶²。しかし、管理者の選任に同意した共有者の一部が委任契約の主体になる場合、契約主体にならない者に効果が帰属しないとすると、管理者の選任に同意した共有者間で委任契約上の債務の負担につき不均衡が生じることとなる。もちろん、253条等によって委任契約で負担した債務の償還を他の共有者にも請求することが出来る以上、不利益を補填する手段自体はある。しかし、そもそも、管理者は所在等不明共有者がいる場合にも選任できるところ（252条の2第2項）、所在等不明共有者に費用償還請求をすることは現実的でない。また、このような不均衡を許容すると、委任契約の契約主体になろうとする者がいなくなり管理者制度の利用を滞らせることになる。そのため、管理者の選任に同意した共有者のうち、契約主体となっていない者にも、契約の効果が帰属すると解すべきである。現に、共有者の全員が第三者と委任契約を締結した場合にその効力が全共有者に及ぶと指摘するものもあり⁶³、同意した者に契約の効果が及ぶことを当然の前提としていると考えられる。したがって、広義の管理行為の効果は、その行為に同意した者-変更行為の場合には全共有者、狭義の管理行為の場合には同意した過半数の共有者、保存行為の場合には行為者のみに効果が帰属すると考えるべきである。その結果、例えば共有物の使用方法の決定があった場合、賛成した共有者間に契約が生じると考えることになる。もっとも、このように考えた場合、例えば、管理行為として短期賃貸借契約を締結した場合に、同意していない共有者は賃料を得ることが出来ず、同意しない共有者の負担においてその他の共有者が利益を得ることになり公平の見地から妥当でないとの考えも成り立つ。しかし、これは249条2項で解消できると思われる。そもそも、賃貸借契約とは、目的物を使用させる債務と賃料債務が等価関係にある双務・有償契約であり、賃料債務は目的物使用の対価として支払われる⁶⁴。そして、共有物の賃貸借は、賃借人が特定の共有者（一人であるとは限らない）に代わって共有物を使用している状態であると評価でき、共有者の一部による共有物全部の使用と評価できる。そのため、249条2項が適用でき、共有者の一部が共有物の使用の対価として得ている賃料債権について、他の共有者も自己の有する持分に応じて契約当事者となった共有者に支払いを求めることが出来る。したがって、賃貸借契約に同意しない共有者は、賃借人に対し共有物利用の対価を請求できないにとどまり、賃借人となった共有者に対価を請求することができるため、同意しない共有者の負担において同意した共有者が利益を得ることにはならない。そのため、上記結論で不具合は生じない。

⁶² 村松＝大谷・前掲注1) 104頁

⁶³ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注48) 100頁〔伊藤〕

⁶⁴ 潮見佳男「新契約各論I」350頁（信山社出版、2021）

なお、使用方法の決定に賛成していない共有者が当該契約の影響を受ける理由については次章で詳述する。

2 その他の効果

広義の管理の効果が必ずしも全共有者に帰属しないことを確認した。それにもかかわらず、管理行為は全共有者に効果が生じることを前提としている⁶⁵が、253条の適用もその一部に含まれていると思われる。すなわち、適法な管理行為をした場合、全共有者は253条に基づき共有物の管理費用等を負担することになる。もっとも、253条1項は文言上「管理」となっている。しかし、これは広義の管理を意味し、変更行為や保存行為のための費用も含まれると解すべきである。その根拠に、明治民法制定過程でも保存行為が含まれることが確認されていることが挙げられる⁶⁶。加えて、現在においてこのことを批判する立場は見受けられない。以上より、同条項の「管理」が狭義の管理を意味するものではないと言える。また、保存行為が253条1項の対象とされたのは、保存行為が狭義の管理と同一平面で捉えられるべき事態であると考えられたからであるが、両者は広義の管理ということが共通している。他方、前述の通り、変更行為も広義の管理に含まれる。加えて、変更行為は、共有者全員の同意の下で行われる以上、全共有者に費用負担を強いても問題がないと思われる。そのため、広義の管理により共有者全員に費用負担義務が発生する。これにより、共有者の一部が管理行為のために必要な支出をした場合、当該共有者は他の共有者に対しその費用の償還を請求できることになる。もっとも、前述の通り、広義の管理に同意した共有者に広義の管理の効果が帰属することから、効果帰属の有無により費用償還請求権の実質は変化する。すなわち、通常を立て替え払いの場合と同様に、立て替え払いした共有者は、広義の管理に同意した共有者に対して委任契約に基づく委任事務処理費用償還請求権を有するのに対し、同意していない共有者に対しては事務管理費用償還請求権を有することになる。そして、上記債権は253条2項により、償還請求権の債務者である共有者が有する持分権を担保として履行が実現される。加えて、債務者である共有者が自らの持分権を譲渡した場合にも、254条により譲受人に請求できることとなっている。

なお、広義の管理による拘束が認められている事項として、適法に決定された広義の管理の効果を他の共有者が否定することができないということが挙げられる⁶⁷。しかし、この効果は広義の管理の効果でなく、広義の管理を規定する251条1項等に基づく決定の効果としてみるべきである。そのため、同効果については次章で検討する。

V 共有者による決定の効果

前章では、共有者間の決定に基づいて行われる行為を決定と区別し、前者の効果について検討した。続いて、251条1項や252条1項に基づく決定の効果を本章にて検討する。前

⁶⁵ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注48) 108頁〔伊藤〕

⁶⁶ 小粥・前掲注2) 573頁〔小粥〕、富井・前掲注2) 168頁

⁶⁷ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注48) 108頁〔伊藤〕、山城一真「共有法の基礎理論とその課題・補遺」吉田克己編『物権法の現代的課題と改正提言』136頁、155頁（成文堂、2021）

述した通りの法的効果を発生させること、特に全共有者に一定の効果を及ぼすことが認められるのは、広義の管理（うち狭義の管理と変更）が共有者間の協議を経て決定されたからである。すなわち、共有者による決定が全共有者に一定の効果を及ぼす効果を有することになる。それでは、上記決定が及ぼす効果とはいかなるものであるかを、①その前提として決定がなされていない場合の法律関係を簡単に確認した上で、②広義の管理を行う共有者にいかなる効果が生じるかと、③広義の管理を行わない共有者を含めた全共有者にいかなる効果が生じるかを検討する。

1 前提の確認

まず、広義の管理が共有権の行使行為である以上、原則として共有者全員の同意を得て行うべき行為であり、各共有者が持分権に基づいて、使用収益として行うことは出来ない。251条1項等は持分権に基づいて広義の管理に当たる行為を行うことが出来ないこと、及び、広義の管理に属する行為は管理権の行使としてのみ行うことができることを規定しているといえる。判例が251条1項の手続きを経ずに行った変更の差止請求⁶⁸や、変更によって生じた結果に対し原状回復請求⁶⁹が出来るとしていることからも、使用収益権の行使として広義の管理に属する事項を行うことが出来ないとしていると考えることが出来る。

2 決定の効果

それでは、上記の法律関係が、共有者間において251条1項や252条1項に基づく決定を為した場合、どのように変化するか。まず、広義の管理を行う共有者に生じる効果を検討する。251条1項は、「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」と規定しているが、これを反対解釈すると、他の共有者の同意を得ることが出来れば、共有物に変更を加えることができると読める。また、252条1項は、「共有物の管理に関する事項…は、各共有者の持分の価格に従いその過半数で決する」としている。このことから、各条所定の要件を充足した場合、共有者が行った変更や管理は有効、あるいは適法であるといえる。共有者が行った変更や管理は有効、あるいは適法であるということはすなわち、管理権の行使が有効、あるいは適法であるといえることになる。しかし、IIIで詳述した通り、共有物の管理権は共有者全員に帰属している。そのため、共有者全員に同意を求めている251条1項の場合はまだしも、共有者の過半数の同意を得たに過ぎない252条1項の要件を充足した場合にも管理権の行使が有効、適法となるためには一定の説明が必要である。

考えられる構成は、全共有者が広義の管理を行う者に管理権を譲渡したと考える構成か、全共有者が広義の管理を行う者に管理権の行使権限を譲渡したと考える構成、及び広義の管理を行う者には何も起きず、全共有者が管理権行使の結果を否定できないと考える構成の三つである。広義の管理を行う決定がなされると、行為者が管理を行いそれが適法であると扱われる。他方で、一度管理に属する行為が行われても、これに反する管理に属する行為も共有者の過半数の同意をもって行うことが出来る。例えば、共有物に関する賃貸借契約の締結も広義の管理である（短期賃貸借契約につき252条4項）のに対し、賃貸借契約の解

⁶⁸ 大判大正8年9月27日民録25輯1664頁

⁶⁹ 最判平成10年3月24日判タ974号92頁

除も判例上管理行為であると扱われている⁷⁰。その他にも、本改正にて共有物の使用方法の決定が管理行為であることが明示された（252条1項第2文、252条3項）が、決定された使用方法を変更することも管理行為である⁷¹。そうすると、一度管理を決定したとしてもこれに反する行為を行うことが出来る、しかも管理の手続きを採る必要があるとするならば、一度管理に関する決定がなされたことをもって全共有者に管理権が帰属するという状態に変更を生じさせるということは出来ないというべきである。したがって、管理権が譲渡されたと考えることは出来ない。また、管理権の行使権限が譲渡されたと考える場合、管理権を行使する権限たる権利を新たに観念する必要がある。しかし、これは非常に迂遠であるし、そもそも、管理権を財産上の事務を処理する権限であるとして財産権から分離した以上、新たな権利を観念せず管理権に基づいて管理が行われると解すべきである。したがって、管理権行使の譲渡という構成も採りえない。よって、少なくとも252条1項に基づく決定により行われた管理が適法又は有効であるのは、行為者に管理権又はその行使権が移転すると考えるのではなく、管理権には何らの変化も生じず、ただ全共有者が行為者の行った行為を否定できないだけであると解すべきである。

加えて、この考え方に立てば、広義の管理として管理と同様に扱われるべき変更及び保存、特に保存も同じ構成で考えることが出来る。まず、変更は管理権の帰属主体である共有者全員の同意を得る必要がある以上、上記のいずれの構成に立ったとしても行為者が変更を行うことが有効、又は適法である理由は説明できる。他方、保存は、各共有者が単独でできるとされており、決定の手続きも不要である。そうすると、仮に広義の管理ごとに管理権やその行使権が移転すると考えると、なぜ管理権やその行使権が移転するのか、具体的には管理権や行使権を移転させる手続きがないのに管理権やその行使権を移転させることを正当化できるのかという点が説明できない。他方、全共有者が広義の管理及びその結果を否定できないだけであると考えると、この点の説明なくして共有者が単独で保存行為を行うことを正当化することが出来る。したがって、変更や保存との比較からしても、上記構成が妥当である。

そして、全共有者が行為者の行った行為を否定できないということを法律的に分析すると、全共有者は行為者の行う行為及びその結果に対し物権的請求（特に妨害予防及び妨害排除請求）をしないという不作為義務を負うことを意味すると考えられる。そのため、251条1項や252条1項に基づく決定は、行為者に対し一定の効果を生じさせるものではなく、全共有者に上記のような不作為義務を課す効果を有するものであると解すべきである。

VI 251条2項と252条2項に基づく裁判の効果

前章にて、共有者間の決定が、行為者の行う行為及びその結果に対し物権的請求を行使しない不作為義務を全共有者に負わせる効果を有することを示した。本章では、かかる共有者

⁷⁰ 最判昭和39年2月25日民集18巻2号329頁

⁷¹ 村松＝大谷・前掲注1) 65頁。なお、過半数決定とは別に特別の影響を受ける共有者の承諾を得る必要はある（252条3項）

間の決定のルールを変更する 251 条 2 項や 252 条 2 項に基づく裁判の効果がいかなるものか検討する。これらの規定に基づく裁判がなされると、所在等不明共有者の同意を得なくても、それ以外の者から所定の同意を得ることが出来れば、変更や管理を行うことが出来るようになる。もっとも、管理については賛否を明らかにしない共有者がいる場合にも、252 条 2 項に基づく裁判を経ることで、所在等不明共有者がいる場合と同様に扱うことが出来る。

両規定のうち、252 条 2 項に基づく裁判の存在が管理の構造上大きな問題にならないとしても、251 条 2 項に基づく裁判の存在は変更の構造上大きな問題になると思われる。それは以下の理由からである。まず、管理は、共有者の過半数の同意を得ることであることが出来る以上、管理に反対する者がいてもそれが過半数に満たなければ管理を行う支障にならない。そのため、所在等不明共有者を除いて管理に関する意思決定を行うことに大きな抵抗はない。他方、変更は共有者全員の同意を得なければなすことが出来ない。すなわち、改正前の民法において、一部の共有者が少なくとも明示的には欲していない変更を行うことが想定されていなかった。そのため、251 条 2 項に基づく裁判は、変更という行為類型に大きな影響を与え得るといえる。そこで、本章では、251 条 2 項に基づく裁判という制度の妥当性及び 251 条 2 項を承認しうる条件を分析することを目的とする。そのために、①問題の少ない 252 条 2 項に基づく裁判の制度がいかなるものか検討し、②251 条 2 項に基づく裁判でも①の検討内容を貫徹できるかを検討する。

1 252 条 2 項に基づく裁判

(1) 裁判によって生じる現象の分析

立案担当者は、裁判の効果が以下のようなものであるとしている⁷²。すなわち、252 条 2 項に基づく裁判がされた場合には、所在等不明共有者以外の共有者の持分価格の過半数により管理に関する事項を決することが出来るようになる。裁判が以上の効果のみを有することから、実際に管理に関する事項を決定するには所在等不明共有者以外の共有者の持分の価格の過半数により決定する必要がある。他方で、裁判がなされた後、所在等不明とされた共有者の所在等が判明したにも関わらず所在等不明とされた共有者の同意を得ることなく管理行為を実施することは信義則違反又は権利濫用として違法であると解されるとしている。なお、裁判を経た後に所在等不明共有者以外の共有者のうち過半数の同意を得て管理がなされた場合、その後に所在等不明とされた共有者の所在等が判明した場合であっても、既になされた管理は適法であるとされている⁷³。

以上より、252 条 2 項に基づく裁判により以下の現象が生じることが分かる。まず、①裁判により管理を行う権限が付与されるのではなく、別途所在等不明共有者以外の過半数の同意によって管理に関する決定がなされることから、裁判は管理権行使をする要件の緩和をする効果しか持たないといえる。次に②裁判の確定から管理行為までに所在等不明とされた共有者が見つかった場合にはその者を加えて過半数の同意を得る必要があることから、管理行為までに現れた所在等が不明とされた共有者の意向を裁判で排除することが出来な

⁷² 村松=大谷・前掲注 1) 74 頁

⁷³ 村松=大谷・前掲注 1) 81 頁

い。さらに、③裁判が確定した場合に所在等不明共有者以外の共有者の過半数の同意が得られれば管理に関する事項を決定できる以上、所在等不明共有者以外の共有者間での議決の賛成数のみならず定足数からも所在等不明とされた共有者が省かれている。④管理行為がなされた後に所在等不明とされた共有者の所在等が判明しても、管理行為の適法性には影響を与えないことから、管理行為がなされた後に所在等が判明した共有者も管理行為及びその結果に対し物権的請求権を行使することが出来ない。

これらのうち特殊なのは③である。共有を一定の法人類似の関係であるとみるならば、定足数への不算入という現象は、会社法でも頻繁に見受けられる現象であるため説明がさほど難しくないとと思われる。しかし、IVで述べた通り、通説は一定の人的関係がある場合を除き、共有を法人類似の関係として捉えるのではなく、個人主義的な所有関係で捉えている。また、後見の裁判を受けた等一定の場合を除き管理権は財産の帰属主体が有し、かつ所在等不明共有者も共有者であり共有権又は共有持分権の帰属主体であることから、所在等不明共有者にも共有物の管理権が帰属している。そうすると、管理に関する事項の決定に定足数が加算されないという現象を説明する方法は限られてくる。この点を軸に次節では裁判で生じる現象を引き起こす構造を検討する。

(2) 理論的構成

前節で確認した現象を説明する方法としては以下の二つが考えられる。一つは、裁判が所在等不明共有者の持分に相当する部分の管理権を喪失させると構成することである。この考え方は、所在等不明共有者は所在等が不明であることをもって管理能力を有しないとすものである。この考え方は不在者の財産管理制度（25条以下）でも採られており、理論上可能であると思える。しかし、この考え方は以下の理由から妥当でない。まず、この考え方を取ると、所在等不明共有者の所在等が判明した場合にその管理者を含めて過半数の同意を得なければ管理ができないとする③を説明できない。不在者の財産管理制度の場合、不在者本人が財産管理を出来るようになった後、それだけでは管理権が消滅しないとされており⁷⁴、管理者が管理権限を失うのは家庭裁判所の処分を取り消されてからであると考えられている。このように、所在等が不明であることを理由に裁判で管理権を喪失させる場合には、管理権を復活させる場合にもまた裁判が必要だと解すべきである。しかし、③の考えによると、そのような裁判手続きを経なくても所在等不明共有者に管理権が回復すると解されることになる。③の考え方が誤っており、裁判を経なければ所在等不明とされた共有者の意見を聞くことなく管理が出来ると解するにしても、そのような裁判手続きを規定した条文がない以上、この仮説は成り立たない。次に、立案担当者は、裁判を利用する場合、所在等不明共有者を意思決定から排除したい行為を具体的に特定しなければならないとしており⁷⁵、同制度をあくまで所在等不明共有者を特定の行為に関する意思決定から排除するものに過ぎないとしている⁷⁶。仮に裁判により所在等不明共有者の管理権喪失を認めた場合、一

⁷⁴ 大判昭和15年7月16日民集19巻1185頁

⁷⁵ 村松=大谷・前掲注1) 73頁

⁷⁶ 村松=大谷・前掲注1) 75頁

定の事情が発生するまで所在等不明共有者の管理権喪失は継続するはずであり、所在等不明共有者の所在等が判明しないうちに二度目の管理行為を行う場合にも裁判が必要となる理由が説明できない。不在者の財産管理制度は財産管理人という不在者に対し善管注意義務を負う者⁷⁷に財産を管理させることから、裁判以降自由に管理行為や保存行為を行うことができると考えられることからすると、所在等不明共有者の持分にも利害関係を持ちうる他の共有者に共有物の管理を全面的に任せるべき理由もないため、前述した立案担当者の見解が誤っていると解するのは難しいと思われる。加えて、不在を理由として財産の帰属主体の管理権を喪失させる制度として前述した不在者の財産管理制度が存在する。確かに、252条2項を追加した目的の一つは不在者財産管理人の利用上の不便である⁷⁸。すなわち、財産管理人の報酬を、選任を求めた他の共有者が負担しなければならないことや、共有者が不特定であるときに不在者が特定できないことが問題となっている。しかし、ある程度継続して管理の手続きを簡便にする恩恵を受けることを欲するのならば、その対価として財産管理人に対する報酬を支払うべきである。また、不在者が特定できない場合であつてもとりあえず252条2項により管理を行う手段がないわけでない以上、わざわざ所在等不明共有者の管理権を喪失させる必要はない。

そのため、252条2項に基づく裁判により、所在等不明共有者は当該行為に限り管理権の行使を放棄したと推定する構成を採るべきである。このように解することで、喪失した管理権を復活させるに足りる手続きが用意されていないことや、一行為ごとに裁判が要求されていること、不在者管理制度が既に存在していることと矛盾なく説明できる。すなわち、管理権の喪失がない以上、管理権喪失に足りる手続きがないことは当然である。また、当該行為に限り管理権の行使を放棄させる以上、違う行為を行う場合にまた裁判が必要となるのも当然である。さらに、不在者管理制度が長期的に所在等不明共有者の財産を管理させる制度であると観念されうる一方、252条2項に基づく裁判はある行為のみを行いたい場合に限り利用する制度と観念できるため、両者は目的を異にした規定であると観念することが出来るようになる。上記の立場を採る場合、所在等が不明であることにより管理権を行使することが出来ないことを管理権行使の放棄を推定する根拠として考えることになる。そのため、管理行為を行う前に所在等が不明とされた共有者が現れた場合、その推定が覆され、その共有者の意思を確認する必要があると考えることになる。他方、管理行為が行われた後に所在等不明とされた共有者の所在等が判明した場合には、推定が覆されず、管理行為を適法なものと考えられることになる。ここにいう適法とは、前章で述べた通り、全共有者が管理行為及び行為による結果に対し物権的請求権を行使しないという不作為義務が遵守されていることを意味する。

2 251条2項に基づく裁判

以上より、252条2項に基づく裁判の有する効果が、目的とする行為に限り所在等不明共有者の有する持分に対応する管理権行使の放棄を推定するものであるとわかった。そして、

⁷⁷ 山野目章夫編「新注釈民法（1）総則（1）」592頁〔岡孝〕（有斐閣2018年）

⁷⁸ 村松・＝大谷・前掲注1）68頁

251 条 2 項に基づく裁判がなされた場合に所在等不明共有者以外の共有者全員の同意により共有物に変更を加えることができるようになること、及び 251 条 2 項に基づく裁判から変更が行われるまでの間に所在等不明共有者の所在等が判明した場合の法律効果も 252 条 2 項と同様に解していることなどから、251 条 2 項に基づく裁判と 252 条 2 項に基づく裁判は同じ規律をするものであると考えることになる⁷⁹。もっとも、両者は前述した点、すなわち管理の場合には共有者全員の同意がない場合が想定されていたのに対し、変更の場合には共有者全員の同意がない場合が想定されていなかったことが異なる。

前述した通り、変更には共有者全員の同意が要求されたのは、全共有者が事実上の処分を行う権限を有する上に、共有物の価値低下等を通じて全共有者に影響を与えるからである。ここまで検討してきたことを前提とすると、事実上の処分を行う権限は管理権と言い換えることが出来る。すなわち、共有者全員の有する管理権を適切に行使する必要がある、かつそうしなければ共有者全員に変更による共有物の価値低下等を共有者全員の自己責任とすることが許されないということである。他方、管理行為は、共有者の過半数の同意があればでき、全共有者に管理行為及びその結果に対し物権的請求をしない不作為義務を課すということは、不完全な管理権の行使であるが誰も反対できなくなる結果適法であると認められるにすぎず、不完全な管理権の行使に変わりない。そして、251 条 2 項に基づく裁判を、252 条 2 項に基づく裁判と同様の法的効果を有するものと仮定すると、251 条 2 項に基づく裁判により行われる変更もまた、所在等不明共有者の持分に対応する管理権を行使しない不完全な管理権の行使であると言わざるを得ない。そうすると、前述した変更には共有者全員の同意を要求する理由が害されることになる。そのため、本来であれば、251 条 2 項という規定を設けることは変更が共有者全員の同意を要求した趣旨に反し妥当でないと評価すべきことになる。

しかし、現実に 251 条 2 項という条文は令和 3 年度民法改正で新設されている。そのため、この条文を正当化するべく解釈される必要がある。そして、これは、変更によって共有物の有する価値が減少した場合、所在等不明とされた共有者による、所在等不明共有者以外の共有者に対する、価値減少額の損害賠償請求を、所在等不明共有者の有する持分の範囲で認めれば解消できると考える。変更を共有者全員の同意で行うべきとした理由は、つまるところ変更の結果起きた不利益を共有者全員の自己責任とさせたいことにあると思われる。そもそも、所有物の処分により生じた結果は所有者に負わせるべきである。共有について単一説に立っても複数説に立っても、共有者全員が共有物を所有しているという現実に異論はないと思われる。そうすると、共有者全員に変更の結果を帰責させることを正当化できるよう、共有者全員の同意を要求したとみるのが妥当であると思われる。そうすると、251 条 2 項に基づく裁判によって決定された変更の場合、所在等不明共有者の持分に対応する管理権を害するため、仮に変更により共有物の価値低下等が発生し、共有者に損害が出た場合に、所在等不明共有者がそれ以外の共有者に対し、価値低下分を持分に応じて損害賠償請求で

⁷⁹ 村松=大谷・前掲注 1) 74 頁

きるとすれば、所在等不明共有者の受けた損害を回復する手段が確保されるため、上記変更が共有者全員の同意を要求した理由を害することなく 251 条 2 項を承認することが出来る。

Ⅶ 終わりに

ここまでで、簡潔に言えば以下のことを明らかにした。すなわち、変更、管理、保存がいわゆる管理権に基づいて行われる広義の管理であること、広義の管理に属する行為の効果が全共有者に帰属せず、広義の管理が全共有者に影響を与えることの意味とは、全共有者に広義の管理及びその結果に対し物権的請求をしないという不作為義務を課すことであること、及び 251 条 2 項に基づく裁判によって変更が行われ、共有物の価値が低下した場合に所在等不明共有者がそれ以外の共有者に価値低下相当の損害賠償請求を行うことができることを示した。これらの検討により、共有者の内部関係、特に広義の管理の構造を明らかにすることはできたと思われる。

しかし、本稿では共有物の管理者について深く検討をしなかった。すなわち、共有物の管理者の立場がいかなる立場であるかという問題である。共有物の管理者制度はいわゆる授権の制度である。そのため、管理権論によると、授権の本質は管理権行使の譲渡であるとされている⁸⁰ことから、共有者に帰属する管理権行使が管理者に譲渡されていると考えることになる。もっとも、どの範囲で管理権の行使が譲渡されているか、選任に同意した共有者の有する管理権のみか、はたまた管理権全体に及ぶのかという点が問題になる。IV章で示した③の①説と②説との対立は、管理権の観点で分析すると、管理権の行使が譲渡される範囲はどの範囲かという問題に言い換えることが出来る。②の立場を採る場合、同意の範囲でのみ管理権が移転すると考えることになり、他の授権制度と平仄がそろえられる。しかし、前述した管理者制度の趣旨から①が妥当であると考えれば、管理権全部が管理者に移転すると解さざるを得ない。そうすると、252 条の 2 第 1 項但書が問題となる。完全な管理権を管理者が有するならば、管理者は自由に変更を行うことが出来るはずである。しかし、同条によると変更行為を行う場合には別途共有者全員の同意を要求するものとしている。この条文と①説とが矛盾しないか、矛盾しないとしたらどう説明するのが問題となる。この条文が問題になると、連鎖的に同条 2 項も問題となる。同条 2 項は管理者による変更行為を 251 条 2 項の手続きにのせる条文であるが、すでに問題がある 251 条 2 項に、管理権から複雑な構成が要求され得る共有物の管理制度をのせることになるため、管理権の観点から非常に多くの問題をはらんでいると考えられる。本稿においてこの問題は広義の管理が共有者全員に効果帰属するかという観点でのみ取り上げたが、この問題はもっと深く検討されるべきである。

本稿は 251 条 2 項の構造を解明することに重点を置き、共有物の広義の管理の仕組みを解明することを目指したが、この成果が、管理者制度をも含め、広義の管理の仕組みが完全に解明されたときに、本稿がその一助を担うことを願っている。

⁸⁰ 於保・前掲注 18) 52 頁