〈論　　説〉

共有物の管理と「協議」

西　脇　秀一郎

龍谷法学　第57巻　第４号（2025年３月）抜刷

論　　説

共有物の管理と「協議」

西　脇　秀一郎

目次

第１．共有物の管理における「協議」への目配り
　１．共有物の管理と意思決定方法に関する法の定め
　２．「協議」への目配り
　３．手続のあり方
第２．2021年改正民法と共有者間の意思決定手続
　１．意思決定の「協議」の要否と「コミュニケーション」
　　（１）「協議」の要否と「コミュニケーション」への着目
　　（２）中間試案の方向性
　２．意思表明の機会保障としての「通知」の意義と規律の創設の見送り
　　（１）規律の創設の見送り
　　（２）多数持分共有者の権利との調整と要件・効果のあり方
　３．解釈に委ねられた「手続」の明確化
第３．協議必要説と協議不要説
　１．協議必要説と協議不要説の対立？
　　（１）起草時の議論と理解
　　（２）持分過半数決の「手続」への関心
　　（３）星野英一による視点設定
　　（４）協議必要説と協議不要説
　２．2021年改正民法以後の理論状況 ――協議必要説の台頭？
　　（１）「団体法的規律」との比較の視点
　　（２）共有物の使用方法の決定・変更の問題から考える視点
　　（３）解釈論と実務に委ねられた「手続」の明確化
第４．共有物の管理と意思決定のための「手続」の規整のあり方
　１．「協議」（または意見表明・情報提供の機会保障）の具体の内容
　２．正当化理由（正当化根拠）
　　（１）理由を基礎づける要因・要素
　　（２）民法第253条と新設された諸規定

（龍法 '25）57-4，227（873）

3．持分過半数決の効力と「手続」
（1）効果のあり方
（2）解釈の方向性
4．「共有観」と団体性、権能と権限
5．多数決と「協議」

第1．共有物の管理における「協議」への目配り

1．共有物の管理と意思決定方法に関する法の定め

民法が、第249条以下に規定する、いわゆる通常の共有（狭義の共有）関係は、さまざまな発生原因によって生じる。

想起が容易な共同購入（共同出資）[1]や共有の合意[2]の場面に加え、共同相続にもとづく遺産共有においても通常の共有の規定がかかわり（民法第898条第1項）[3]、判決例に顕れるものをみれば、周知のように、民法第249条以下の解釈論が遺産共有にも跨がる紛争事例において展開されている場

1　複数人で共同の出資により物を取得した場合には、反証のない限り、出資をした者の「共有ニ屬スルモノト推定」される。大判大正6年4月18日民録23輯799頁。

2　黙示の合意でもよい。川井健「前注（§§249-264）」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）433頁。共同の目的や共同事業性を伴うかで組合契約との区別が問題となるが、「土地を網干場等に使用するために共同で貰い受けた」だけにとどまる場合などでは、通常の共有と解される。最一小判昭和26年4月19日民集5巻5号256頁。

3　分割方法（民法第906条以下）や持分（同法第898条第2項、第900条から第902条など）にかかわる規律の例外はあるものの、同法第898条第1項にいう「共有」は「民法249条以下に規定する「共有」とその性質を異にするものではないと解すべき」ことにつき、最三小判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁、最三小判平成6年3月8日民集48巻3号835頁。もっとも、新たな民法第904条の3の規律を踏まえて、遺産共有を「財産の集合体」の共有状態とみる見方から「共有状態の財産」の集合体とみる見方に変わりうる兆しにつき、山野目章夫＝井上稔＝大谷太＝西希代子＝野澤千絵「（特集）所有者不明土地法制の現状と課題」ジュリスト1606号（2025年）21頁〔西希代子発言部分〕。

合も多い[4]。もちろん、それら以外にも、組合契約[5]（民法第678条）、夫婦財産契約（同法第755条〔当事者の契約内容次第で共有を形成する〕）、遺贈（同法第990条・第898条第１項）、共有物から生じた果実（同法第89条第１項）、境界線上の工作物（同法第229条）、共同の時効取得や無主物の帰属（同法第162条・第192条・第239条第１項）、埋蔵物や付合・混和（同法第241条ただし書・第244条・第245条）、夫婦間の帰属不明財産（同法第762条第２項）などの原因[6]により、当事者の意思（法律行為）、あるいは偶然の事情と法の定めにもとづき[7]、過渡的または継続的な共有関係が成立する。

いずれにせよ、共有は、何らかの客体（共有物）を複数の主体（共有者）が共同で所有する関係を意味するのであるから、その関係が上述の発生原因により生じたのちには、共有者間（あるいはその一部）で共有物を管理する契機が生じる。

民法学において、管理または管理行為の概念がきわめて多義的であることから、その内容の理解に議論[8]はあるものの、民法は、第252条第１項で、

4　共同相続に由来する共有（遺産共有）事例が多いことを含めて、発生原因への留意の重要性が強調されるべきことにつき、小粥太郎「前注（§§249-264）」同編『新注釈民法（５）物権（２）』（有斐閣、2020年）559頁などを参照。

5　当然ながら、そこでの「共有」関係では、組合契約に関する特則があればそれが優先される。最三小判昭和33年７月22日民集12巻12号1805頁。

6　以上のほか、民法上の「共有」の用語法と発生原因のレパートリーについては、七戸克彦『基本講義 物権法Ⅰ』（新世社、2013年）200-202頁、小粥・前掲注（４）542、559頁などを参照。また、特別法上で共有関係を発生させる国家作用について、仲野武志『国家作用の本質と体系Ⅰ』（有斐閣、2014年）280-288頁。

7　分類の視角のひとつとして、たとえば、岡本詔治『イタリア物権法』（信山社、2004年）200頁を参考とすれば、当事者の自由な意思により形成される共有関係としての「任意の共有」、当事者の意思とは無関係に、相続のような偶然の事情にもとづき共同所有者となる場合の「偶然の共有」、さらに、法律によって直接に共有関係が形成され、境界線付近の障壁など、偶然の共有とは異なって当事者の意思により共有関係を解消できないような「法定（強制）共有」のように、通常の共有にもさまざまな理念上のヴァリエーションをみてとることができる。

8　小粥太郎「§252」同編『新注釈民法（５）物権（２）』（有斐閣、2020年）↗

共有物の管理に関する事項の意思決定方法を整え、当該事項と解しうる事柄については各共有者の持分価格に従った過半数で決すること（以下、本稿ではこれを便宜のために持分過半数決[9]と呼称する）ができるとする。そして、同条第２項および第３項が規定する特定の場面を除けば、民法は、そのほかに、持分過半数決の具体的な意思決定の方法や手続について一般的な規整を法定していないようにみえる。

そうすると、共有者間の取り決めや特別の適用法規がない場合（共有についての民法の諸規定がそのまま適用される場合）[10]には、少なくとも法文上、民法は、少数持分権者の意向を踏まえることなく、持分過半数を有する共有者間の合意のみ[11]によって、管理事項を決することを許している、とも解釈することができる。それどころか、このことを突き詰めれば、議決要件が頭数[12]ではなく持分価格による過半数であるために、極端には、

↘572-574頁、川井健「§252」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（７）物権（２）』（有斐閣、2007年）455-457頁などを参照。

9　「過半数決」の用語法につき、最二小判昭和29年３月12日民集８巻３号696頁。

10　富井政章『民法原論 第２巻（物権）上〔訂３版〕』（有斐閣、1910年）160頁、梅謙次郎『民法要義 巻之第２ 物權編〔訂正増補〕』（法政大学・有斐閣、1909年）191頁などを参照。

ただし、取り決めや特別の適用法規が存在せず共有についての民法の諸規定がそのまま適用されるのは、「現実的にはほとんど生じえない」（明示または黙示の取り決めがあるのが通常であり、共有者間の関係は結局は契約によって決まる）と指摘されてきたには留意を要する。鈴木禄弥『物権法講義〔５訂版〕』（創文社、2007年）73頁。共有者間の契約内容や特別の定めの有無に留意して慎重に判断することが必要であることについては、小粥・前掲注（４）559頁も参照。

11　登記上の共有者の合意で足りるとの解釈もありうる。大判大正５年12月27日民録22輯2524頁、最二小判昭和46年６月18日民集25巻４号550頁を参照。なお、不動産の持分は登記事項である（不動産登記法第59条第４号）。

12　これに対して、民法第667条以下の特則の定めがない範囲で、物権法上の共有の規定が適用されうる民法上の組合（組合契約）では、業務の決定および執行の方法の議決要件は、原則として組合員の頭数多数決による（同法第670条第１項）。なお、組合存立事項については全員の一致を要することにつき、西脇秀一郎「民法672条２項における業務執行組合員の解任―組合契約（民法上の組↗

共有者の一人が持分過半数を有していれば、ほかに共有者がどれだけいようとも、その者が単独で管理事項を決することができる、といえそうである[13]。

2.「協議」への目配り

しかしながら、「法文にはいくつかの可能な意味が含まれており」、「解釈はそのうちの１つを選択し確定することである」[14] との解釈方法の視点に倣うならば、法的判断における「形式的な安易さ」[15] に陥ることのないように注意しつつ、体系性や法的論理構成の正当性（正統性）、適切妥当な解決を導く視点、そして、適切な価値判断などを踏まえた解釈[16] が求め

↘合）の本質とのかかわりを踏まえて―」政策創造研究17号（2023年）47、68、77頁など。

13　民法第252条の２の共有物の管理者の選解任や、管理を第三者に委ねること、同法第252条第４項の契約の締結も、持分過半数を有する共有者のみで行いうる。他方で、各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、そのほか共有物に関する負担を負い、当該義務の不履行があれば持分を失いうる（同法第253条）。なお、不動産の共有持分の譲受人については、登記をしなければ持分の譲受けを他の共有者に主張することができない旨を示す前注（11）の判決例を参考とすれば、登記上の共有者での持分割合が問題となるように思われる。

14　南野森「「憲法」の概念 ―それを考えることの意味」長谷部恭男編『岩波講座 憲法６ 憲法と時間』（岩波書店、2007年）37頁。

15　来栖三郎「法の解釈と法律家」同『来栖三郎著作集Ⅰ 法律家・法の解釈・財産法 財産法判例評釈（１）〔総則・物権〕』（信山社、2004年〔初出は1954年〕）79-81頁。

16　「法律解釈には、その性質上、価値判断が必然的に入らざるを得ない」ことを前提に「客観性のある価値判断」が必要であることについては、伊藤滋夫「基礎法学への期待―民事法研究者の立場から―」同編『法曹養成実務入門講座 別巻 基礎法学と実定法学の協働』（信山社、2005年）101、108頁。価値判断による正当化については、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」同＝中川丈久編『法解釈の方法論―その諸相と展望』（有斐閣、2021年）58頁以下が示す留意点も参照。また、「法文の意味を大枠として確定し事件の処理方向を定める作業に関わり、その際に参考にするものの一覧」として、文理、体系、立法者意思、歴史、「法律意思」の観点が重要となることにつき、笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）５頁。これらの従前の議論を踏↗

られる。

民法は、共有者の各自が所有権の性質をもつ共有持分権にもとづき共有物全部に対する（持分に応じた）使用収益権を有することを認めており（民法第249条第１項）[17]、とくに当事者の意思（法律行為）によって意図して共有関係を形成する場面では、共有関係の形成はその時点での当事者間の協議と合意に基づくことが前提になっているとみることもでき、そうすると、その後の共有関係の具体の決定や変更の局面においても、協議の契機を見出すことが志向されているようにも思われる[18]。また、上述のように共有の発生原因は一様ではなく、局面ごとに考慮すべき利益や利害関係は変わりうる。一時的・過渡的・暫定的な共有関係だけでなく、ある程度の継続性が見込まれる共有関係も存在し、共有関係からの離脱の難易の汲み取りや継続が志向される関係の維持への考慮も必要となろう[19]。

↘まえて、解釈方法の重要な視点を示すものとして、山下慎一「法解釈における立法者意思の位置づけ―裁判所と学説の協働に向けた基盤整備の試み―」福岡大学法学論叢66巻３号（2021年）963頁以下も参照。

17　「持分権」と「持分」の用語法につき、小粥・前掲注（４）547頁、同「§249」同編『新注釈民法（５）物権（２）』（有斐閣、2020年）561頁参照。なお、共有の法的性質につき、単一（分量）説および複数（独立所有権）説のいずれの立場であっても、共有（持分権）も所有権の性質を有すると解する点は共通している（大判大正８年11月３日民録25輯1944頁および前者の小粥547頁参照）。

18　使用収益に関連して、石田穣『民法体系（２）物権法』（信山社、2008年）381頁は、使用方法や収益分配の方法の決定は、使用収益の態様を決定するもので、使用収益それ自体を否定することはできないのが管理に関する決定だとする。ただし、実際に使用はできなくとも収益を得る方途が残されていればよい点に注意が必要である（381頁）。

「各共有者の持分に応じた受益（具体的な使用収益の方法は別としてそのような使用収益を通じて何らかの利益の享受）は本人の同意なく奪われてはならないものとして保障されるべき」（甲斐道太郎ほか編『物権法』（青林書院、1993年）95頁〔鈴木龍也担当部分〕）であることからすれば、その保障さえあれば、管理事項が持分過半数決を有する者の決定のみで定まるとの解釈も直ちには否定できない。

19　たとえば、近年、共有私道をめぐる課題も、継続的な共有関係の問題のひとつとして注目を集めている。共有私道の保存・管理等に関する事例研究会『複↗

これらを踏まえると、少なくとも理念的には、持分過半数権者のみによる（単独での）決定よりも、各共有者間での一定の協議や意見表明・情報提供の機会が確保された上での決定が望ましい。

もちろん、望ましいからといって、法的にもそれらの機会の確保を民法第252条第１項前段の持分過半数決の要件とみなすべきことが直ちに導かれるわけではない。そのような解釈を選択する理由づけが必要となり、また、法（法律）が定める「要件」を考察する際には、それが充足された場合に、どのような「効果」が生じるか（いかなる効果を付与すべきか）にも注意を向ける必要がある[20]。

３．手続のあり方

それでは結局、共有物の管理事項の決定に際して、協議を行う契機や意見表明・情報提供の機会の提供（聴聞、議決事項の事前の通知、決定内容の事後の通知など）の確保を顧慮すべきか。共有者全員に法的な拘束力を生じうる共有物の管理の決定（持分過半数決）において、決定に至るまでのプロセスあるいは手続はどのようにあるべきかが問題となる。

ところで、実はそもそも、共有者間の協議に関する問題は商法学（会社法学）において先んじて論じられていた。もっともそれは、あくまで会社法第106条本文の解釈問題として、株式の準共有者が権利行使者をどのような要件のもとで指定することができるかにつき、準共有者の持分の価格の過半数によってその指定ができるとする見解を採った場合に、その指定

↘ 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～（第２版）』（2022年６月）［https://www.moj.go.jp/content/001374239.pdf］16頁以下などを参照（持分過半数決ができるとしても「少数者との協議の機会を設けることが望ましい」ことが指摘されている〔18頁〕）。同ガイドラインについては、大谷太ほか「所有者不明私道への対応ガイドライン（第２版）について（上）（下）」法律のひろば75巻10号（2022年）49-54頁（とくに51-52頁）、同巻11号（2022年）45-49頁参照。

20　山下・前掲注（16）８頁も参照。

をする際に準共有者間での協議を要するか否かについての議論である[21]。

このような権利行使者の指定の議論は、直接に民法第252条の解釈論を考察するものではない。しかしながら、準共有に属する株式の権利の行使方法と適用法条が問題となった最一小判平成27年２月19日民集69巻１号25頁[22] に対する批評では、「民法の共有のルールにおいては管理行為を行う上で協議等は必要とされていない」とみる指摘[23] もみられ、これに対して民法学の側から、「民法上、その点は必ずしも明確ではないといわざるを得ない」[24] とする応答もなされるなど、民法第252条第１項前段の解釈論として、協議の要否が解釈上明らかではないことが少なからず意識され、民法学上での議論の蓄積と深化が要請されていた[25]。

以上のような意識のもとに置かれていた当該論点については、本稿で検討するように、2021年の民法改正の審議の過程で第252条に関する検討事項のひとつとして取り上げられ、共有物の管理に関する意思決定の手続面に光が当てられたものの、最終的に結論は出されず明文化は見送られている。

本稿は、このように解釈問題として（未解明なまま）残されてきた、共有物の管理に関する意思決定の方法・手続の問題、あるいは、共有者間の「協議」をめぐる問題を取り扱う。その問題に対し、本稿では、つぎの順

21　株式の準共有の場合の権利行使者の指定に限定された議論ではあるものの、従前より、民法学に比して活発な議論がある。詳細は、仲卓真『準共有株式についての権利の行使に関する規律 ―事業承継の場面を中心に』（商事法務、2019年）33-35、270-277、402頁を参照。

22　当該判決をめぐる議論や、会社法第106条と民法の共有規定との関係の捉え方については、仲・前掲注（21）55-58、221-227、389-395、398頁以下も参照。

23　岩渕重広「判批」同志社法学67巻７号（2016年）116頁。

24　金子敬明「判批」千葉大学法学論集30巻４号（2016年）６頁。

25　仲卓真「令和三年民法改正が株式の準共有に与える影響〔上〕」商事法務2306号（2022年）８頁、仲・前掲注（21）274頁注（204）、松中学「株式の準共有と権利の行使者の指定・通知」飯田秀総＝白井正和＝松中学『会社法判例の読み方』（有斐閣、2017年）29-37頁なども参照。

序で検討を行い、問題を考察する際に欠かせない視点を探りたい。

まず、以下の第２において、2021年の民法改正の審議の内容を整理・分析し、そこでの議論の本筋を見定める。つづく第３では、そもそも従前の学説がどのようにこの問題を扱っていたのかに立ち返り、それを踏まえて2021年改正後の議論状況の展開を追う。その上で、2021年改正後も解釈問題として残された当該問題は、解釈論だけでなく、実務上においても課題を残していることにも触れて、第４にて、共有物の管理に関する「協議」の問題を考察するために重要となりうる視角を提示したい。

なお、共有物の管理に関する事項を決する際の手続の明確化の問題は、民法第251条の全員の同意を要する場面でも（同意に伴い協議の機会などを実際に要するかどうかという意味で）問題になりうるが、本稿ではひとまず、民法第252条第１項前段の持分過半数決の手続上の協議の局面を対象に、検討対象を限定して考察を行う[26]。

第２. 2021年改正民法と共有者間の意思決定手続

１．意思決定の「協議」の要否と「コミュニケーション」

いわゆる「所有者不明土地問題」[27] への対処という政策的な観点をも大いに含ませて改正が企図された民事基本法制の見直しのうち、とくに2021

26　民法第251条の場面も対象に含まれうることについては、法制審議会民法・不動産登記法部会第２回会議議事録（2019年４月23日）42頁［https://www.moj.go.jp/content/001318251.pdf］〔山野目章夫発言部分〕も参照。検討対象の限定という点で、本稿では、会社法第106条本文をめぐる議論の展開についても直接には取り扱わず、また、（会社法第106条本文の論点にかかわる事例および民法上の共有者間の協議の問題にかかわりうる事例に関する）判決例も詳細には取り扱わないこととする。これらの検討は他日を期したい。

27　この問題把握の仕方の意義と課題については、高村学人＝古積健三郎＝山下詠子編『入会林野と所有者不明土地問題―両者の峻別と現代の入会権論』（岩波書店、2023年）11-14頁なども参照。

年（令和３年）４月28日に公布された「民法等の一部を改正する法律」（令和３年法律第24号。以下、本稿では2021年改正民法という）[28] では、共有制度についても規律の明確化や変更が行われた[29]。

その際、改正審議の過程では、共有持分の価格の過半数で決しうる事項（管理行為）の範囲をめぐる議論に伴うかたちで、共有物の管理に関する事項を決する際の「手続」の側面を明確にすることの是非にも目が向けられた[30]。

28　2021年改正民法の立案・審議の経緯と全般的な内容については、立案担当者解説である村松秀樹＝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』（きんざい、2022年）のほか、吉田克己『現代土地所有権論―所有者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題―』（信山社、2019年）とくに３-142頁、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）、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）、生熊長幸『令和３年改正民法 解説＋全条文』（三省堂、2021年）、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』（慶應義塾出版会、2021年）、同『所有者不明地の発生予防・利用管理・解消促進からみる改正民法・不動産登記法』（ぎょうせい、2021年）、日本弁護士連合会所有者不明土地問題等に関するワーキンググループ編『新しい土地所有法制の解説―所有者不明土地関係の民法等改正と実務対応』（有斐閣、2021年）、山野目章夫『土地法制の改革―土地の利用・管理・放棄』（有斐閣、2022年）、山野目章夫＝佐久間毅編著『解説 民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）改正のポイント』（有斐閣、2023年）などを参照。

また、2019年10月５日の日本私法学会第83回大会における「不動産所有権の今日的課題」とするシンポジウム内容を収めた私法82号（2020年）３-53頁、法律のひろば74巻10号（2021年）４-54頁・74巻11号（2021年）４-55頁に収録の「特集：所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直し〈上〉〈下〉」（とくに佐久間毅「所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直し―民法改正関係を中心に」19-22頁）、ジュリスト1562号（2021年）13-55頁に収録の「特集 所有者不明土地と民法・不動産登記法改正」、法律時報92巻５号（2020年）71-94頁の「小特集 民事法改正と不動産登記 日本登記法学会第４回研究大会」、土地総合研究25巻２号（2017年）３-145頁の「特集 所有者不明地等の課題と対応」に収められた各論稿なども参照。

29　さしあたって、山野目＝佐久間・前掲注（28）118-166頁〔藤巻梓担当部分〕参照。

30　2021年改正民法の審議過程における協議の要否をめぐる議論については、↗

（1）「協議」の要否と「コミュニケーション」への着目

そのような論点に対する法制審議会での議論のきっかけは、共有制度の見直しを議論する際の当初の検討事項として、部会資料に「共有物の利用方法の定めの手続」が挙げられたことによる[31]。

そこでは、持分過半数決の意味について、学説の中には、「共有者全員での協議（話合い）を経ることを要するとする意見がある」ものの、他方で、それに従えば、「過半数を有する共有者らの意思が合致していても、他の共有者の中に所在等が不明である者がいれば、結局、共有物の利用方法を定めることなどができなくなり、妥当ではないと思われる」ため、「共有物を円滑に利用することができるようにする観点から、このこと[32]を条文等で明確にすることが考えられる」[33]、といった考え方が示されている。

このように、当初は、円滑な利用を促す観点から、持分の価格の過半数を有する者の意思に合致していれば足り、共有者全員での協議（話合い）を経ることまでを要しない立場を明確にする方向性[34]が示され、その是非

↘ 本文で後述する改正法の解説・論評を行う先行研究に加えて、商法学（会社法学）の問題関心にもとづく仲・前掲注（25）7-8頁および同「令和三年民法改正が株式の準共有に与える影響〔下〕」商事法務2307号（2022年）80-81頁や、山田泰弘「株式の準共有―共有法制の改正を受けて―」立命館法学405・406号（2022年）761頁などがすでに明晰な整理を行っている。本稿ではこれらに多くを拠りながら、改めて議論の内実を整理する。

31　法制審議会民法・不動産登記法部会第２回会議（2019年４月23日）配布部会資料３「共有制度の見直し（１）」８頁［https://www.moj.go.jp/content/001293295.pdf］。

32　共有者全員での協議（話合い）を経ることを要しないことを指しているようにも思われる。

33　部会資料３・前掲注（31）８頁。どのような学説を想定しているかは明らかではないが、たとえば、後注（93）のように、部会長を務める山野目は、民法第251条と第252条とでは共有者が互いに意見を表明しあう契機が論理上前提とされており、少数持分共有者の意見を聴いた上で管理方法の決定を行うことを要するとの立場を以前より示していた。

34　部会資料３・前掲注（31）８頁。

が検討事項とされたようである。

部会での委員による審議をみると、このような（「集会とか会議とかいうようなものを契機として用意するのか、そういうものを要求しなくてよいのかということについて、必ずしも明確でないという現状理解を踏まえ」[35] た）問題提起に対して、いくつか異なる角度から意見が出され、議論が重ねられている。

(a)　意思決定および意思表示の要件としての整理

ひとつは、協議を要しないとする提案の趣旨が、持分過半数の共有者の意思の合致（意思表示）それ自体があればよいのか、それとも、意思の合致が表されていることを要求しているのかが提案内容からはわからず、仮に協議を不要としても、持分過半数の共有者間の意思を結合させる何らかの容態または法律要件の存在を要求するかどうかという問題があるとの指摘である[36]。事務局担当者（脇村真治関係官）からは、あくまでイメージとしては「過半数の人で集まって話をして書類を作るとか、何かの表示行為をイメージはして」いたとの応答[37] がなされている。

(b)　意見表明の機会または情報提供を受ける機会の保障

つぎに、部会審議では、協議あるいは話合いを経ることを求めるだけの利益ないしは権利はないとしたとしても、どのような決定がされるのか、あるいはされたのかでもいいから、少なくともそのことを知る利益ないしは地位は保障すべきなのではないか、として、持分過半数で決めたことを共有者全体に情報として行き渡らせる必要があるか否かという観点からも、

35　第２回会議議事録・前掲注（26）42頁〔山野目章夫発言部分〕。

36　第２回会議議事録・前掲注（26）42-43頁〔佐久間毅発言部分およびそれを受けての山野目章夫発言部分〕。佐久間は、協議を経ることを要しない点には賛成だが、意思の合致は何らかの形で表されていないといけないとする。

37　第２回会議議事録・前掲注（26）42-43頁〔脇村真治発言部分〕。

問題提起がなされた[38]。

協議の要否とは別に問題とすることができるこの点については、他の委員からも、意思表明や情報提供の機会への顧慮をうかがわせる意見が出されている。

たとえば、（事務局が意識する）所在不明の場合に同意（の取得に伴う協議の機会）は取れないではないかという問題に対しては、所在不明の場合の特則を考えればよいとも思われるために、「協議や話合いというのは、同意を取ることまでは要らないけれども、意見表明をする機会であるとか、情報提供を受ける機会だとか、そういう意義があるわけで、そういうものが全くなくして決めるということでいいのか」との意見が挙がり、仮に過半数さえ握れば、もうその者だけで全てを決めていけるという方向で規律を明確化すべきだとすると、他の共有者は分割請求により解消を行うのが望ましいことになろうかと思われるが、「共有の一般の規律として、それでいいのか」と考えると「やはりためらわれる」との指摘[39]もみられる。結局、この点については引き続き慎重な検討を要する事項としてとどめ置かれることとなった。

(c) 頭数多数決と持分価格多数決の異同への留意

また、持分過半数決における協議の問題は、議決要件の規整のあり方の問題にもかかわり、その点への留意が必要であるとの視角も呈示されている。

---

38 第２回会議議事録・前掲注（26）43頁〔佐久間毅発言部分およびそれを受けての山野目章夫発言部分〕。事務局担当者からは、「ここで書きたかったのは、まず、必ず協議が要るということまで言ってしまうと、正に、本当に動かなくなってきますので、そこは外した上で、なお、知る機会をどうするのかについては、効力とは直接関係ない方向で手当てするということも一つある」と応答されている（同頁〔脇村真治発言部分〕）。

39 第２回会議議事録・前掲注（26）43-44頁〔沖野眞已発言部分〕。

すなわち、組合契約における業務執行の過半数決定や組合代理の過半数同意（民法第670条、第670条の２）とは、頭数の過半数であり、通常の共有の過半数とはその点でずれがあるところ、問題は、その「共有について、頭数ということではなくて、価格の過半数ということで、決定ではなくて同意でいい、協議なしでいいのかどうか」というところにあり、上述の議論は、「頭数ではなくて価格の過半数という点にも、検討すべき点があるのではないか」[40] という問題に連なりうる。この点を踏まえてどのような規律を整序すべきかが問題になる[41]。

⑷ 「コミュニケーション」と「手続保障」の意義

加えて、これらの議論を契機に、多数決の場面における（事前または事後、あるいは、事前かつ事後の）手続保障、さらには「コミュニケーション」の意義という観点をどのように考えるか、その点を軽々しく扱ってよいかどうかには慎重さが求められるとの注目すべき視角も示されている。

一般的に、集団的に利益が帰属する、あるいは法的な効果や負担も帰属するという場合に、「少数の反対者が意に沿わない結果になってしまうということは仕方がないとして、多数決でやってよいというルールが各所にある」ものの、「最近そういう議論をするときには、やはり少数の反対者に対しては、ちょっといい言葉があるかどうか分かりませんが、コミュニケーションを取りましょうということが話題」になるように思われ、事前・

40　第２回会議議事録・前掲注（26）44頁〔中田裕康発言部分〕。

41　中田の指摘を受けて、意見を取りまとめる山野目は、「組合の規律と共有の規律は、頭数でいくか、割合的な一種の投票を考えるかという差異があって、そのことに留意する必要があるけれども、人々が討議し合うという契機、議事が行われるという契機も、それとして重要であるというふうに考えて、共有者間で議事と議決が行われるべきだという発想でいくか、持分の大きさによっては議事は要らなくて、議決が行われればそれで足りると考えるかという問題が、なるほど難しい問題」であると整理する。第２回会議議事録・前掲注（26）44頁〔山野目章夫発言部分〕。

事後の双方あるいは一方において求められるこのコミュニケーションについては、「それが別の文脈で語られると、手続保障という話になる」。このことに留意をすれば、検討事項として提案されている内容であると、協議の必要性について「何か二者択一を迫られているような感じがする」が、必ずしも「イエス・オア・ノーでは答えられないのではない」か、工夫が必要ではないかということになる[42]。

これらの指摘を受けて、部会では、所有者不明土地問題との関係における政策的な課題の克服は別に規律を設けることでも対応が可能であることを踏まえ、「手続保障〔という文言―引用者〕は、ちょっと堅い」ことからまさに「コミュニケーションという言葉が良い言葉であろう」とされた、この「軽々しく扱うという感覚で議論をすることはできないという観点」への目配りは、引き続き重く考えていくべき検討事項であるとの認識[43]が示されていた。

(e) 共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法と「通知」

ところで、共有物の管理に関する事項を決する際の「手続」の明確化の問題は、(現在の民法第252条第２項第２号の内容となる）所在等不明共有者、あるいは意思決定しない（賛否を明らかとしない）共有者の同意取得の方法の問題にも関連する。

部会審議でも、その同意取得の方法のあり方を考える際に、上記（b）の点にかかわる、持分過半数決に参加していない共有者にとって「自分の

42　第２回会議議事録・前掲注（26）44-45頁〔山田誠一発言部分〕。山田は、共有者の中に所在等が不明である者がいれば決めることができないという問題への隘路は、乗り越えるべき検討事項ではあるものの、(沖野眞已委員が指摘したように特別に規律を設けることでも対処が可能なこともあってか）それを「乗り越える方策として、協議、話合いを経ることを要しないとし、それを明確にするというのではないんだろうな」という。

43　第２回会議議事録・前掲注（26）45頁〔山野目章夫発言部分〕。

権利が知らないうちに動いてしまっているということはいいんだろうか」という問題について、賛否不明者などに用いる催告制度の活用・連関可能性があることが示された[44]。このことは、持分過半数決がどの時点で効力を有するかという問題にもかかわる。

すなわち、相当な期間を定めて、管理に関する行為について承諾するかどうかを確答すべき旨の催告をすることを必要とするのであれば、返事があれば、あるいは返事がなくとも相当の期間が経過すれば、法的に効力を生ずる決定となるという「使い方」ができるのではないか、との提案である[45]。

この提案に対しては、意見表明の機会保障や「通知」の問題を解決するための「ヒント」になりうる発想である、との評価が部会長（山野目章夫部会長）から出されている。具体には、コミュニケーションを不要とすることへの懸念という「理論的にこう考えられるという側面」と、実務なり事業の現場で「コミュニケーションは必ず要る、なおかつ、そのコミュニケーションは必ず重いものですというふうにされた」のでは重くなりすぎて話が進まないという「政策的な実効性の確保という面」との両方をにらみ、隘路を打開していく際の「ありうるアイデア」あるいは「コミュニケーションを確保するための様々な工夫」のひとつであろうとの評価[46]がなされ、この時点では、それぞれの制度を相互に組み込んでいく可能性が示されていた。

（2）中間試案の方向性

これらの指摘を受けて、その後の中間試案では、「共有物の管理に関する手続」と検討事項の文言が改められ、「共有物の管理に関する事項の定

44　第２回会議議事録・前掲注（26）50頁〔佐久間毅発言部分〕。
45　第２回会議議事録・前掲注（26）50頁〔佐久間毅発言部分〕。
46　第２回会議議事録・前掲注（26）50-51頁〔山野目章夫発言部分〕。

め等につき各共有持分の過半数で決する際の手続を明確にすることについて、共有者に対する意思表明の機会の保障や共有者の負担等を踏まえ、引き続き検討する。」[47] と明記された。

その補足説明は、共有者全員での協議（話合い）を経ることを要する考え方は、所在等不明共有者がいる場合などに備えて妥当ではない旨を示した上で、部会にて「共有者に対する意思表明の機会を保障することにも配慮すべきであるとの意見」があり、「確かに、共有者の意思表明の機会を保障することは望ましく、例えば、共有者の持分の価格の過半数を有する者の間で共有物の利用方法の定めを決定する際には、他の共有者に対してそのことを知らせるべく通知等をすべきとも思われる」との方向性を示す[48]。

他方で、所在等不明共有者がいる場合には、通知等をするために探索等を要するなど、決して小さくない負担が生じ、「通知等を事前にすることを共有物の管理に関する事項等を定めるための要件とすると、その負担は極めて大きくなる」。通知をするとしても対象を絞ることや、通知等のルールを訓示的なものとすること（要件化しない）などが考えられるが、そもそも、意思表明の機会を保障しつつ、その負担を軽減する規定を適切に置くことは難しく、また、合意に参加していない共有者の利益は、一度決した定めを変更するルールを合理化することによっても対応可能である[49]、ともいう。

このように、中間試案では、意見表明の機会の保障に関連して「通知」

47　法務省民事局参事官室・民事第二課「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」（2020年１月）２頁［https://www.moj.go.jp/content/001312343.pdf］。

48　法務省民事局参事官室・民事第二課「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」（2020年１月）10頁［https://www.moj.go.jp/content/001312344.pdf］。

49　補足説明・前掲注（48）10頁。

の意義や要件化が取り上げられることとなった。

ところで、この点については、中間試案のたたき台[50]が検討された部会第９回会議でも、所在等や賛否不明の共有者の同意取得の方法の議論の際に、委員（中村晶子委員）から、「催告ないしは公告を受けて確答しなかった者、又は確答したけれども、少数者になってしまったために、反対なのに進んでしまった者」に対して、結果を知らせる通知が（当初の案では）設けられていないが、部会第２回会議で「このような場面でのコミュニケーションということ」が取り上げられていたことから、「知らないうちに進んでいるということがないように、結果の通知なども入れ込んでいただく方がよろしいのではないか」との認識が改めて示されており[51]、法務省民事局の幹事（大谷太幹事）からも、「コミュニケーションというものをきちんとすべきではないかという」意見と負担面との「両方の観点を踏まえて、引き続き検討」し、パブリック・コメントで意見を集めたい[52]との方向性が示されていた。

もっとも、結局、その負担面を考慮して、共有物の管理に関する事項を決する際の手続を明確にすることについては、意思表明の機会の保障と共有者の負担等の双方を考慮に入れて、引き続き検討する方向性が示される[53]にとどまった。

なお、手続の明確化は、「共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法」（現在の民法第252条第２項第２号）の規律づけにも関連すると

50　法制審議会民法・不動産登記法部会第９回会議（2019年10月29日）配布部会資料17「中間試案のたたき台（共有制度の見直し（１））」５頁［https://www.moj.go.jp/content/001308565.pdf］。

51　法制審議会民法・不動産登記法部会第９回会議議事録（2019年10月29日）９-10頁［https://www.moj.go.jp/content/001318251.pdf］〔中村晶子発言部分〕。

52　第９回会議議事録・前掲注（51）10頁〔大谷太発言部分〕。

53　月刊登記情報編集室編『「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」の解説』（きんざい、2020年）２頁も参照。

ころ、中間試案では意見を述べる機会の保障という視点をも加味[54]して、「共有者は、他の共有者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に共有物の管理に関する行為について同意するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。」とする規律を置くことが提案されていた[55]。

この段階では、管理に関する行為等について同意するかどうかを確答すべき旨の催告をするプロセスを整えることにより、「協議」の必要とはまた違ったかたちで、少なくとも（事前の）「通知」に関わりうる規律の設計への顧慮がみられる。

2．意思表明の機会保障としての「通知」の意義と規律の創設の見送り

以上にみたとおり、共有物の管理に関する事項を決する際の「手続」の明確化の問題は、「協議」の要否（およびそれが意味する内容の是非）の問題から、意思表明・情報提供の機会保障の問題（表現を変えれば「持分の価格に従って過半数で決する際の共有者相互のコミュニケーションのあり方」[56]あるいは「手続保障」の問題）として、とくには「通知」の要否の問題として捉え直されることとなった。

（1）規律の創設の見送り

しかし、その後、持分過半数決の手続面に関する規律の創設は見送られる。

中間試案に対するパブリック・コメントに寄せられた意見では、このような手続の規律を設けることに慎重な意見が多かったこと、そして、他の共有者の意思表明の機会を保障しつつ、共有者の所在等を探索する負担を

54　補足説明・前掲注（48）12頁。なお、部会資料３・前掲注（31）９頁の段階では、「共有者の手続保障を図りながら」という表現が用いられていた。

55　補足説明・前掲注（48）11-14頁。

56　法制審議会民法・不動産登記法部会第17回会議議事録（2020年８月25日）26頁［https://www.moj.go.jp/content/001330785.pdf］〔山野目章夫発言部分〕。

軽減する規定を適切に置くことは難しいことが見送りの理由である[57]。

もっとも、部会審議では、規律創設の見送りの提案に対して、規律を設けず手続要件がない状態となることに懸念を示し、引き続き検討を求める意見もあった[58]。しかし、こうした懸念に対して、事務当局を担う幹事からは、議論の出発点では協議を要しないことを明確化してはどうかと提案していたところからかわって、「コミュニケーションが必要なはずだ」ということで現行法と同じく過半数で決することだけを規律として置くことにしたとの応答があり、また、わざと排除されて権利行使の機会を奪われたような共有者がいたときには（現行法と同様に）権利濫用等によって保護が図られうることから、現行法と同様の「解釈に委ねるということを考えて提案」をしたものとの説明がなされている[59]。

57　法制審議会民法・不動産登記法部会第13回会議（2020年６月２日）配布部会資料27「共有制度の見直し（通常の共有における共有物の管理）」11-12頁［https://www.moj.go.jp/content/001321604.pdf］。第17回会議議事録・前掲注（56）26頁および法制審議会民法・不動産登記法部会第21回会議（2020年11月10日）配布部会資料51「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する要綱案のたたき台（１）」８頁［https://www.moj.go.jp/content/001332765.pdf］も参照。中間試案後の審議の整理については、仲・前掲注（25）７-８頁、山田・前掲注（30）761-762頁も参照。

58　法制審議会民法・不動産登記法部会第13回会議議事録（2020年６月２日）14頁［https://www.moj.go.jp/content/001324562.pdf］〔中村晶子発言部分〕。

中村は、日本弁護士連合会が何らかの手続保障を設けるのであればということで賛成意見を示しており、そこでは「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」との意見もあったこと、また、所有者不明土地問題などのケースに限れば確かに過度な手続保障を求めると負担が大きいかもしれないが、「通常の場面を規定しておいて、必要のある場面はその手続をしなくてもいいという例外的な扱いにするというのが筋ではないか」という点、さらに、手続要件が不明であると、第三者からしても管理者を自称するものに対し、有効な協議があったかもわからず取引等に慎重にならざるを得ず、かえって利用の阻害になりはしないかという点から、規律を設けないことに懸念を示す。

59　第13回会議議事録・前掲注（58）15頁〔大谷太発言部分〕。「何か改めて、特別に重たいものを載せるわけでもなく、特別に軽くするわけでもない、今と↗

（2）多数持分共有者の権利との調整と要件・効果のあり方

ただし、上記の懸念を踏まえてか、改めて（事務局内で）規律の要否について検討が行われたようである。

しかしながら、結局、少数持分を有する共有者の意思表明の機会を保障しつつ、多数持分を有する共有者の権利との調整を図る規律を適切に置くことは難しいことが加味されて、規律を設けないとする提案は維持された[60]。

その際には、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た場合の義務違反の効果の問題も理由のひとつに挙げられている。

つまり、それらを共有物の管理に関する事項の定め等を決するための手続要件とした場合に、仮に当該要件を満たさず決定が無効になれば、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ることから妥当ではなく、反面、それらの規律を訓示的なものとして要件化しないのであれば、結局、共有者による「協議」または「通知」を強制することができないことになるため、規律を設ける意義は乏しいもの[61]とみられた。

ただし、実務上、紛争予防の観点から、管理に関する事項を決する際には、当事者間において協議を行うことが望ましいことから、当事者によるそのような工夫は否定されていない[62]。

3．解釈に委ねられた「手続」の明確化

このように、「手続」の明確化は、意思表明の機会保障（「持分の価格に

↘同様の解釈に委ねるということを考えて提案」をしたという。

60　法制審議会民法・不動産登記法部会第17回会議（2020年8月25日）配布部会資料40「共有制度の見直し（通常の共有における共有物の管理）」6頁［https://www.moj.go.jp/content/001327455.pdf］。

61　部会資料40・前掲注（60）6頁。

62　部会資料40・前掲注（60）6頁。

従って過半数で決する際の共有者相互のコミュニケーションのあり方」または「手続保障」）の問題として重要な検討対象であるとの認識が共有されたものの、結果として（2021年改正前民法と同様に規律を設けず）解釈に委ねられることとなった。

では、この点について、そもそもこれまでにどのような解釈論の蓄積・展開があったかといえば、どうやら「未解明のまま」[63]の問題であったようである。

すなわち、後述するように、少なくとも2021年改正民法の改正審議以前には、共有物の管理に関する事項を共有持分の過半数で決定するための手続について、共有者全員で実際に協議を要するか、そこまで要求しなくとも、意思表明の機会を与えるべきであるか、さらに、共有者の所在がわからない場合も含めてどのように考えるべきか、などの多くの問題が未解明のままであった[64]。むしろ、2021年改正民法の審議を契機に議論が深まることとなったことから、そのような手続面の規整のあり方に関する検討に対しては、中間試案が出された段階ですでに、「適切な視点の設定」であるとの評価がなされ、「一定の提案がなされること」が「期待」[65]されていた。

しかしながら、先にみたとおり、結果として2021年改正民法では、協議の要否や意思表明・情報提供の機会の保障について規定は置かれず、それらの手続のあり方は解釈問題として残された。ただし、規律化は見送られたものの、奇しくも上記のような期待に応じるかたちで、改正後には意思決定手続の機制のあり方について一定の学説の展開がみられる。

以下では節を分け、従前の学説状況がどのようなものであったかを概観

63　吉田克己「第249条～第255条（共有の内部関係）」同編著『物権法の現代的課題と改正提案』（成文堂、2021年）608頁。
64　吉田・前掲注（63）608頁を参照。
65　吉田・前掲注（63）608頁。

した上で、2021年改正民法（の審議）を経て、現在に至るまでの議論状況の展開について検討を行う。

第３．協議必要説と協議不要説

１．協議必要説と協議不要説の対立？

2021年改正民法の審議を契機に関心が注がれた共有物の管理に関する事項についての持分過半数決の「手続」の規整のあり方について、学説上ではこれまでどのようなかたちで取り上げられ、関心が払われてきたか。未解明なまま[66]取り残されていたとされるこの問題について、適切な解釈論を思案するためにも、現在までにいかなる議論が重ねられてきたのかを見定める必要があろう。

（１）起草時の議論と理解

民法起草時の共通理解はどうであったかという点にまで遡れば、民法起草時の法典調査会では、民法第252条の規律内容に関する論議[67]の際に、

66　ただし、本文前述のように、株式の準共有の問題に対して、商法学（会社法学）上では先行して協議の要否をめぐる解釈論が培われてきたことには留意を要する。前注（21）も参照。

67　『法典調査会民法議事速記録』（日本学術振興会）第拾巻17丁裏-19丁裏（国立国会図書館デジタルコレクションhttps://dl.ndl.go.jp/pid/1367537〔参照2024-12-13〕）（以下、こちらを速記録として引用する）。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書２　法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会、1984年）では77-78頁。規定の起草・編纂の経緯および史料に関しては、名古屋大学大学院法学研究科・佐野智也の運営による「法律情報基盤」HP（http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/）上の史料集データベースも参照。本稿におけるURL の最終確認日はすべて2024年12月13日である。

なお、民法第252条の法典調査会提出時の条文番号は原案第251条（甲13）であり、1895年の整理案の段階で第252条として整えられた。また、同条の起草時に参照条文として挙げられている旧民法第37条第４項は、共有物の管理に関しては、「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得」と↗

共有者間の意思決定の手続や協議の要否にかかわる「持分ノ価格ニ従ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス」の具体の内容について、取り立てて言及するような議論はみられない[68]。

ただし、富井政章が同条の規律を置く際に明示して「例ニ依」った[69]という（参照条文[70]として挙げられている1865年民法典としての）イタリア

↘定めるのみであった。

68　法典調査会で起草理由を説明する富井政章によれば、原案第251条（甲13）は、共有物の管理に関連して「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得」と定める旧民法第37条第４項の内容を実質的に変更するものであり、旧民法は（明確には書いていないものの）共有物の管理は共同（全員一致）で行わなければならないという主義を採用していたようであるところ、それでは「甚ダ不便デアラウ」し、多くの場合に管理が妨げられ、共有者一同の不利益になるために、「價格ニ従ヒ過半數ノ意見ヲ以テ決ストスレバ夫レデ十分デアラウト考へ」たという（なお、その際、管理行為を軽微なものと重大なものに分けて規律することも検討したものの「煩ハシイコトデアル」としてそのような区別を採用しなかったという点は、今日において改めて興味深い）。それ以上に持分過半数決の具体の方法についての言及はない。速記録・前掲注（67）17丁裏-18丁表（商事法務研究会版では77頁）を参照。

なお、持分過半数決による意思決定方法については、中村元嘉から、共有山や入会山では「根元」が管理するという慣習があり、必ずしも持分に依らない決定方法がありうることが指摘されているが、富井はそのような慣習は初めて聞いたとした上で、入会については各地の慣習調査の資料を踏まえて、民法第263条により各地の慣習に委ねると応答していた（速記録18丁裏-19丁表〔商事法務研究会版では77-78頁〕）。

69　富井は、第252条の起草の際に依拠した法典として、明示的にはイタリア民法とスペイン民法を挙げている。速記録・前掲注（67）18丁表（商事法務研究会版では77頁）。具体的に規律のどの部分を取り上げて参考としたかは富井の発言からは明らかではないものの、持分過半数決の規律が参照の対象とされたとの評価につき、大島俊之「民法249条～253条の沿革―イタリア法を継受したわが民法規定―」大阪府立大学経済研究35巻４号（1990年）29-33頁、同「イタリア旧民法の規定を継受したわが物権法規定」神戸学院法学24巻３・４号（1994年）196-198頁。

70　列挙されている参照条文は、旧民法財産編第37条第４項、（当時の）オーストリア民法第833条から第838条、イタリア民法第678条、スイス（グラウビュンデン）民法第211条、スイス（チューリヒ）民法第112条、モンテネグロ財産法第104条、第105条、スペイン民法第395条、第398条、ベルギー民法草案第939条、↗

旧民法第678条第１項では、「共有物件ノ管理及ヒ良好ナル使用ニ関シテ共有主ノ過半数ヲ以テセル議決ハ反対意見者ト雖モ必ス之ニ協同セサル可ラス」とされ、また、同条第２項では「過半数ヲ以テスル議決トハ其議場ニ於テ共有物件ニ関スル利益ノ部分ノ過半ナル部分ヲ以テ之ヲ決定スル者ヲ謂フ」というように[71]、共有者間の「議決」とは「其議場」における持分過半数による決定であることが示唆されている[72]。

これに関連して、そのほかにも相応の注意を向けておくべきは、参照条文として列挙のある当時の諸外国の法典には、決定に際して協議のプロセ

↘ ドイツ（帝国法）民法第１草案第765条第１項、同条第３項、第766条、ドイツ（帝国法）民法第２草案第680条、第681条、ドイツ（プロイセン王国）一般ラント法第１部第17章第12条、第19条、第20条（掲載順）となる。

71　条文訳については、ヂョゼフ・ヲルシェ（光妙寺三郎訳）『伊太利王国民法』（司法省、1882年）（国立国会図書館デジタルコレクション https://dl.ndl.go.jp/pid/792178〔参照 2024-12-13〕）592-593頁を参照。また、李毅多＝石田剛＝山田憲一＝金敏圭「＜史料＞共有法（二）」民商法雑誌105巻２号（1991年）255頁〔石田剛担当部分〕も参照。

72　ナポレオン民法典の生き写しとも評される1865年制定の旧民法典後には、ドイツ法の影響を受けたとされる現在の民法典が1942年に施行されている。岡本・前掲注（７）３頁以下（共有物の管理につき202頁）、同『イタリア不動産法の研究』（晃洋書房、2006年）25-30頁、大島俊之「イタリア民法典成立史の素描」大阪府立大学経済研究26巻３・４号（1981年）143頁以下など参照。

共有物の管理に関する現在の規定では、「議場」といった表現が採られていないものの（イタリア民法第1105条第２項）、持分過半数決の有効性については全ての共有者があらかじめ決議の目的を知らされていることが要求されるとの事前通知に関する規律（同条第３項）が加えられている。条文訳として、風間鶴寿＝石田喜久夫「イタリア民法典 第三編（７）」大阪府立大学経済研究26号（1963年）80頁、風間鶴寿『全訳 イタリア民法典―民法・商法・労働法―〔追補版〕』（法律文化社、1977年）178頁を参照。

個人と国家との間に集団秩序をおいている（岡本（不動産法）・はしがきⅰ）、とも評されるイタリア法（私法）において、物権法上の共有においても、団体的な手続的正統性を確保する議決事項の事前通知の規律が整えられていることは興味深いものの、ここでは、物権法上の共有における持分過半数決の手続面の規律にヴァリエーションがありうることを指摘するにとどめておく。

スを要しうることを示唆する規律[73]を用意するものがあったことであろう。しかしながら、意思決定の手続のあり方に対し、各国の法典が意味する内容を含めて起草時の論者がどのように考えていたかについては、いずれにしても法典調査会の議論（および民法修正案理由書[74]）からは明らかではない。

（2）持分過半数決の「手続」への関心

以上のように、「管理に関する事項」を共有者間で意思決定するための手続のあり方は、当初から民法施行後の解釈に委ねられていた[75]。

それでは、その後の学説上において、どのような議論が展開されているかといえば、民法第252条をめぐる重要な論点[76]の影に隠れてしまってい

73　第252条起草の参照条文に挙げられているスイス（グラウビュンデン）民法第211条とモンテネグロ財産法第104条とが、決定に際して協議のプロセスを要しうることを示唆する規律を置いていた。

すなわち、前者は「物の通常の管理及び使用に関して共有者間にいかなる特別の了解もないときは、このことの相談のために全共有者が招集されなければならず、それに関する有効な決議のためには、持分の多数を代表する一人又は複数の共有者の同意が必要である。」と規定し、後者は「共有物の通常の管理及び使用に関しては、各共有者はそれぞれが自らの希望と見解を表明した後に行う、多数の決定に拘束される。多数は頭数ではなく、持分によって計算される。但し、別のことが明示的に定められている場合はこの限りではない。」と規定していた（傍点は引用者による）。条文訳は石田・前掲注（71）255-256頁に拠った。原文は前注（67）の「法律情報基盤」HPの民法第252条部分（https://law-platform.jp/hist/129089d/129089_131009/AQD8AQEB#rev-5af95ea7ea0bef26fd8cb48e）を参照。

74　『未定稿本／民法修正案理由書』212-213頁（参照は廣中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）272-273頁による。管理行為と処分行為の区別に関連する議論については同730頁も参照）。

75　たとえば、梅・前掲注（10）195-196頁、同『民法 第二編 物権 全』（国立国会図書館デジタルコレクション https://dl.ndl.go.jp/pid/2937479〔参照 2024-12-14〕）60、62頁、富井・前掲注（10）168-170頁（頭数ではなく過半数持分権利者の「意見ニ従フヘキモノト」したという）も具体的な持分過半数決の方法や協議の要否には何も触れない。

76　多くの概説書・体系書などで、共有者間の内部（対内的）関係・利用関係↗

たからか、持分過半数決の具体のあり方や決定に至るまでの手続・協議の要否について、（少なくとも民法学においては）これまでは十分には関心が払われてこなかった[77]、と評しうるように思われる[78]。

↘に触れられる際には、（狭義の）管理行為（管理に関する事項）とは何か、保存行為および変更行為または処分行為との区別をどのように整序すべきかをめぐる論点への言及が論述の中心を占める。

77　たとえば、我妻栄（有泉亨補訂）『新訂 物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983年）314頁以下では、（物権法上の）共有について24頁にわたって詳述されているものの、共有物の管理を決する際の協議の要否や手続の具体の内容に関する叙述はない（とくに322頁。「使用方法・収益分配の方法などについて」の「協議」または「取り決め」は「共有物の管理にあたる」から民法第252条本文に従ってなすべきと述べるにとどまる）。

そのほか、代表的なものを挙げれば、つぎの概説書・体系書類などでも、持分過半数決の手続のあり方や協議の要否についてはとくに言及がない。

川名兼四郎『物権法要論』（金刺芳流堂、1915年）120-122頁（例示されている持分過半数決の例は協議を前提とした例）、三潴信三『物権法提要 第一冊〔第７版〕』（有斐閣、1920年）137-139頁、末弘厳太郎『物権法 上巻』（有斐閣書房、1921年）422-426頁（「共有者は相互間の特約を以て具體的の使用収益方法を協定するのが通例であ」りそれが調わなければ分割するほか救済の方法はないとはいう）、鳩山秀夫講述『物権法』（国文社、1928年）176頁、薬師寺志光講述『物権法 第１分冊』（広文社、1933年）83-84頁（昭和７年度法政大学講義案）、田島順『物権法』（弘文堂書房、1935年）189頁、勝本正晃『物権法概説 上巻〔訂５版〕』（巌松堂書店、1949年）179-180頁、末川博『物権法』（日本評論社、1956年）312-313頁、柚木馨『物権法』（青林書院、1959年）179頁、舟橋諄一『物権法（法律学全集18）』（有斐閣、1960年）383-384頁、石田喜久夫『物権法』（日本評論社、1977年）79頁、広中俊雄『物権法〔第２版〕《現代法律学全集６》』（青林書院、1982年）426-428頁（より一般的に「使用の順序その他具体的な使用方法については協議が必要になる」という。また、「「過半数」を制した共有者がその実行について管理権を取得するものと解することが妥当」として「意思決定の問題」と「決定の実行の問題」とを区別する視点が有用となりうることを示す）、林良平『物権法』（青林書院、1986年）119頁、半田正夫『物権法』（有斐閣、1986年）109頁、甲斐道太郎ほか編『物権法』（青林書院、1993年）94-95頁〔鈴木龍也担当部分〕、川井健『民法概論２（物権）〔第２版〕』（有斐閣、2005年）181-182頁、田井義信ほか『新 物権・担保物権法〔第２版〕』（法律文化社、2005年）145頁〔岡本詔治担当部分〕（共有物の維持管理や利用は「団体的な規制に服することもある」とする）、鈴木・前掲注（10）39-40頁（ただし正当な理由にもとづかない持分過半数決の合意は場合により「権利濫用とし↗

なぜこれほどまでに意思決定の手続面に関心が払われてこなかったか、については、（通常の）共有がいわゆる権利者間の団体性（団体的結合）

↘ て無効」となりうる余地を指摘する）、松尾弘＝古積健三郎『物権・担保物権法〔第２版〕』（弘文堂、2008年）199頁〔松尾弘担当部分〕（民法第252条は「共有物の管理方法に関する意思決定権限の問題」となることを示す）、石田・前掲注（18）381-382頁、内田貴『民法Ⅰ 第４版』（東京大学出版会、2008年）397-398頁、石崎泰雄＝渡部達徳編『新民法講義２ 物権・担保物権』（成文堂、2010年）67、70-72頁〔水津太郎担当部分〕（共有物の管理権が個人に帰属する共同所有類型を「共有」とした上で「決定には過半数の同意を要する」と表現する）、田山輝明『物権法』（成文堂、2012年）210-211頁、七戸・前掲注（６）206-208頁、石口修『民法概論２ 物権法』（信山社、2015年）538-539頁、近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第４版〕』（成文堂、2020年）245-246頁、松井宏興『物権法〔第２版〕』（成文堂、2020年）198-199頁など。

また、2021年改正民法の内容を踏まえたものでは、生熊長幸『物権法〔第２版〕』（三省堂、2021年）86-88頁、安永正昭『講義 物権・担保物権法〔第４版〕』（有斐閣、2021年）189-198頁、中舎寛樹『物権法』（日本評論社、2022年）182-184頁、大村敦志『新基本民法２ 物権編〔第３版〕』（有斐閣、2022年）126-135頁、藤原正則『物権法〈物権・担保物権〉』（新世社、2022年）52-53頁、千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦『有斐閣アルマ 民法２ 物権〔第４版〕』（有斐閣、2022年）101-104頁〔七戸克彦担当部分〕、大場浩之『物権法』（成文堂、2023年）52-53頁なども同様。

これに対して、近時の物権法に関する概説書・体系書類のなかには、2021年改正民法より以前のものを含めて、（従前に比して）持分過半数決のあり方や協議の要否に触れるものがいくらか見受けられる。協議の要否の問題を論じる本文後述の見解を参照。なお、協議の要否を直接論じるものではないが、加藤正信『新民法体系Ⅱ 物権法〔第２版〕』（有斐閣、2005年）286頁（288頁も参照）は、共有物全体の管理は「共有者全員の協力が必要となり、共同管理となる側面もあ」り、共有物をいかに使用するかなど、「共同管理として、共有者全員がかかわらざるをえない問題である」ことを示す（「持分価格を基準とした過半数によって決定される協議が成立した場合には、それに従って共有物を使用・収益しなければならない」という理解には、全共有者間での協議の存在が前提視されているようにも思われる）。

78　もっとも、本文後述のように、2021年改正民法の改正審議以前にも協議の要否について一定の評価を示す見解は存在する。ただし、なぜ協議を必要（不要）とすべきかという根拠についても論者ごとに問題把握の視点が異なり、（少なくとも2021年改正民法以前には）一定の共通理解の形成や論争的な討議が行われている状況にはなかったように思われる。

が「極めて微弱」[79]な共同所有形態であると理解されてきたことと無縁ではないようにも思えるものの、はっきりとした理由はわからない[80]。いずれにせよ、通常の共有であっても、単独所有とは異なり、所有者が複数存在することから、共有物の利用などについて、共有者相互間でどのように意思決定をして、その内容をいかに実現（実行）するかという、権利者の「意思決定とその実現」[81]としての共有物の管理が問題となるはずであるが、それへの関心が従前には十分に払われていない。

（3）星野英一による視点設定

もっとも、議論が乏しい学説状況であったにもかかわらず、かねてより、星野英一は、共有物の利用関係（使用方法）における「多数決」と「協議の要否」[82]の問題に少なからず意識を向けていた。

⑷ 近時の注釈書から

この点に関連して、2021年改正民法の審議において取り沙汰されたことを契機に、共有者相互間の意思決定の手続のあり方（「コミュニケーションのあり方」）への目配りがより一層求められることとなったところ、近時の注釈書では、民法第252条第１項前段（2021年改正前民法第252条本文）にいう「決する」につき、多数持分権者といえども協議を経てから結論を

79　我妻・前掲注（77）317頁などを参照。

80　上河内千香子「ドイツ法における共有物の管理に関する理論形成―裁判例及び学説の検討を中心に―」琉大法学66号（2001年）120頁は、日本では、多数決による管理の際における少数者保護の視点に関して、区分所有建物における多数決を対象とした検討の試みは以前よりあるものの、「区分所有建物以外の共有物については、このような多数決による管理と少数者保護の問題は、特段意識されていないようであ」ったとみる。

81　共有物の管理を「意思決定とその実現」の問題と捉えて論じる視点を示すものとして、野村豊弘『民法Ⅱ 物権〔第２版〕』（有斐閣、2009年）112-113頁。

82　星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、1973年）134、136頁。

出すべきなのか、協議を経るまでもなく結論を出してよいのかが問題となりうるとの問題意識が提示されている[83,84]。そこにおいても、かねてより星野英一が、持分過半数決における協議の要否の問題を論じていたことが触れられている。

(b)　共有物の使用方法と協議

それでは、協議の要否への関心が乏しかった当時において、そもそも、星野はいかなる問題意識のもとで共有者の意思決定の手続の問題を捉えていたか。

星野は、２分の１の持分しか有しない共有者が単独で賃貸借契約を解除することができるかなどが（適用法条を含めて）争われた最三小判昭和39年２月25日民集18巻２号329頁に対する判例批評において、「協議」が要請されうる問題を取り上げる。

星野によれば、どの程度の多数が必要かの問題とは別に、共有者の意思決定のために全員の協議の機会をもつ必要があるか否か（「全員の協議を

83　小粥・前掲注（８）574-575頁。小粥は、多数持分権者の意向が決まっている場合に改めて協議せよというのは「無益の要求」ともいえるため、協議を必要とする解釈を採用することが難しいように思われるとの立場を示しつつ、他方で、協議を経ずに他の共有者に無断で共有物の占有が始められた場合には、協議もせずに利用を始めたことを理由として共有物の使用の停止や原状回復請求が認められるべきように思え、そうだとすれば協議は必要だと解すべきことになるとの逡巡をみせる。また、民法第249条に関する小粥・前掲注（17）564頁は、共有者の一部が協議を経ずに無断で占有を開始したことそれ自体が最一小判昭和41年５月19日民集20巻５号947頁のいう（他の〔持分過半数を有する〕共有者が）「明渡を求める理由」になりうる余地に触れる。

84　川井・前掲注（８）455-457頁（川島武宜編『注釈民法（７）物権（２）』（有斐閣、1968年）324-326頁〔川井健担当部分〕も同様）では、（2021年改正前）民法第252条本文の「決する」の文言の意味や持分過半数決の手続の点にはとくに言及はされていない。ほかに、遠藤浩＝鎌田薫編『基本法コンメンタール 物権〔第５版新条文対照補訂版〕（別冊法学セミナー188号）』（日本評論社、2005年）121頁〔中尾英俊［鎌野邦樹補訂］担当部分〕なども同様。

経ること（招集や決議（持ちまわりでも）などの手続をすること）を要するか、多数を占める者の意思が確認できればよいか」）の問題がある[85]。その上で、星野自身は、共有物の使用方法に関する協議がない事案では、無断で使用収益または現実の占有を行う共有者に対し、他の共有者は使用方法の協議をする（協議に応ずる）旨の請求を行うことができるとし、「使用方法の協議がないのに使用する者は、ある意味で合意（つまりその協議によって定まった方法によって使用するという意味での）の違反[86]があるともいえる」として、とにかく協議を通して結果を実現すればよいことを志向する（ただし、実質的考慮のもと協議なしに目的物を使用している共有者に対して使用の停止と原状回復までは請求できないとする）[87]。

(c) 星野英一の視点設定 ―民法第249条とのかかわり

このような考え方は、共有物の利用関係につき、協議を経た共有者相互の意思決定により、具体的な使用方法を取り決め、それにより法律関係が定まることを重視する立場にもみえる。

もっとも、その帰結は、星野の民法第249条（と第251条および第252条

85　星野英一「判批」同『民事判例研究 第３巻 １ 総則・物権』（有斐閣、1990年〔初出は1967年〕）213、218頁。なお、（2021年民法改正前の）民法第252条本文は、意思決定についての規定であり、行為の方式についての規定ではないとして、意思決定の問題と意思表示および方法の問題とを区別する必要を説く（214頁）。また、最一小判昭和41年５月19日民集20巻５号947頁についての同「判批」同書（同じく初出は1967年）208-209頁も参照。

もっとも、星野・前掲注（82）136頁では、「持分の過半数を占める者だけで決めることができるのか、いちおうは会合をもたなければいけない（欠席者はしかたない）のかは、明らかでない」といい、自身の立場を明らかとはしていない。

86　ただし、組合や村落共同体においては協議違反者に対する団体的制裁（除名など）がありうるが、「普通の共有」においては、結局分割請求しか手段がないと説く。星野・前掲注（85）220頁。

87　星野・前掲注（85）218-219頁。小粥・前掲注（８）575頁の整理も参照。

との関係）の理解に拠っているように思われる。

すなわち、星野は、「民法249条に、各共有者は持分に応じた使用収益ができるとあるところから、現実にも使用収益権があると考えられているようだが、厳密にいうと、同条は、共有者の現実の使用収益権の基礎および割合を定めた抽象的な規定であって、現実の使用収益権は協議によって発生するものと解すべきではないか」[88]（傍点は原文ママ）との解釈の工夫を示しており、共有物の利用または使用収益の場面を主に捉えて、各共有者の権利（とくに〔現実の〕使用収益権）と「協議」との関係に眼を向ける必要を説いていたからである。

このような見方を突き詰めれば、（共有物の購入など）各共有者が意図して共有関係を形成した場合には、基本的に、共有関係を形成した時点での協議によってその本質的な事項については決定されているはずであり、むしろ協議が先であってこれに基づいて共有関係が形成されているとみることもでき、このことは民法第249条が各共有者に共有物全部の使用収益権を認めていることとも符合する、といった発想[89]にも連なるように思われる。

このような発想とは異なる立場[90]もありえようが、このような発想に立

88　星野・前掲注（85）220頁。同趣旨の理解のもと、使用収益の「具体化」は「共有者全員の協議の上」で持分過半数決によりそれを定めることを要するとする判決例として、東京地判昭和35年10月18日判タ115号65頁がある。当該判決の理解は前注（85）の昭和41年最判の考え方にも近いと指摘するものとして、奈良次郎「判批」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事編 昭和41年度』（法曹会、1970年）253頁注（４）。

89　このことを志向するものとして、鎌野邦樹＝田邊誠＝森宏司「共有」鎌田薫ほか編著『民事法Ⅰ〔第２版〕―総則・物権』（日本評論社、2010年）338頁〔鎌野邦樹担当部分〕。ただし、当初の協議を前提とした共有関係が継続している場合の共有物の通常の管理については、各共有者の持分の価格の過半数で決するというが、その際の協議の要否には触れられていない。また、この当初の協議が崩れると現実には分割請求を招来するという。

90　最一小判昭和57年６月17日判時1054号85頁に関する石田喜久夫「判批」判↗

てば、だからこそ「協議」は必要[91]となる、とひとまずは導かれうる。

（4）協議必要説と協議不要説[92]

⑷　協議必要説（2021年改正民法以前）

星野の問題提起に連なるものかは定かではないものの、2021年改正民法の審議以前にも、比較的近時の学説のなかには、共有者の内部関係における共有物の具体的な使用方法を決する際の「協議」に一定の意義を見出そうとする立場がある。これらの論者は、少数持分権者（各共有者）の利益の保護や、意見表明の契機・機会そのものを重視して、その意義を導く。

たとえば、山野目章夫は、民法第251条と第252条には、「共有者が互いに意見を表明しあう契機が論理上前提」とされることを顧慮して法文解釈を行う[93]。

↘例タイムズ505号（1983年）39頁は、共有者相互間において共有物の具体的使用が問題となるときは、民法第252条本文（現在の同条第１項）のみが働き、第249条は後景に退くとみるのが現実的であり、明渡請求の場面を対象に、管理方法を改めて協議せよなどというのは「屋上に屋を架すに似た「無益の要求」というべき」であるという。

91　相続などにより共有関係が意図せずに生じた場合にはどう考えるべきかについて、鎌野・前掲注（89）338頁は、意図せずに共有関係が生じた場合には、その時点で始めて共有物を共有者間で現実にどのような形で使用するかを協議しなければならないという。（相続を原因とする共有者間の）協議不調の場合は、遺産分割手続の方に移行するというが、現実には、協議がなされる場合のそれは遺産分割の協議であることが多く、それと切り離されたかたちの協議がなされることは稀であろうとみる。なお、ここでいう協議には黙示の協議を含むようである（339頁）。

92　株式の準共有の問題に引き付けて、民法学における従前の学説を明快に整理するものとして、すでに仲・前掲注（25）7-8頁がある。実務的な観点をも織り込んだ学説整理としては、後注（130）なども参照。

93　山野目章夫『物権法〔第５版〕』（日本評論社、2012年）169頁。ただし、同『民法概論２　物権法』（有斐閣、2022年）221-227頁では、協議の要否に言及はない。清水元＝山野目章夫＝良永和隆『新・民法学２　物権法〔第４版〕』（成文堂、2011年）120頁〔山野目章夫担当部分〕も参照。

すなわち、「そのような契機そのもの、またはそれを介して成立する合意」が「共有者の協議」[94]であり、第252条の「決する」とは、「表決を行うことを意味するから、過半数の持分を有する者が、少数持分共有者に無断で管理方法の決定をすることはできない」[95]。もっとも、少数持分共有者の意見の聴聞の機会の確保が求められればよく[96]、なぜならば、それさえあれば、その意見に反する決定および執行があっても、その者の利益を不当に損なうものとはいえないからである。

また、松岡久和は、「多数決による使用方法の決定」における「一種の手続的保障」[97]の観点から、協議手続への参加と持分過半数決の拘束力とを結びつける。

具体には、共有物の具体的な使用の割当ては、共有物の管理に関する事項であるために「多数決による使用方法の決定」によってなされるが、そこでの「多数決は全員の協議を経ることが前提」であり、「全員で協議する手続を経ずに持分割合の多数者で決めても、協議に参加していない少数持分権者は決議に拘束されない」[98]と説く。

94　この「協議」は、民法第251条と第252条が明示に用いる概念ではないが、「258条１項の用語法などを参考として、ともに共有者の協議とよばれる」という。山野目・前掲注（93）169頁。なお、管理行為は「協議により持分の過半数で決定すべきものとされている」との表現を採るものとしては、河上正二『物権法講義』（日本評論社、2012年）302、304頁も参照。

95　山野目・前掲注（93）171頁。このような視点については、本田純一＝湯川益英＝原田剛＝橋本恭宏『ハイブリッド民法２　物権・担保物権法』（法律文化社、2007年）146-147頁〔本田純一担当部分〕も同旨。

96　聴聞の機会があれば、その意見に反する決定および執行があっても、その者の利益を不当に損なうものとはいえないとする。山野目・前掲注（93）171頁。

97　松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）47頁。また、「多数決の限界」として、持分割合と著しく異なった少ない使用割当てを押し付けるなどの一部の共有者に不合理で不均衡な不利益を与える多数決は、持分権の侵害となり、不利益を受ける共有者の同意がない限りは無効であると説く。共有物の変更とみなすということか、あるいは、2021年改正民法後の「特別の影響」（第252条第３項）による承諾取得の枠組みに似た視点が提示されているように思われる。

98　松岡・前掲注（97）47頁。使用方法の決定以外の共有物の管理に関する事↗

⑹　協議不要説（2021年改正民法以前）

これとは反対に、共有物の管理における「協議」を必須のものとはみない立場も示されていた。論者により、協議（および通知）は要請されないとする論拠は異なる。

実質的考慮を踏まえてその帰結を導く論者として、佐久間毅は、協議を要するとした場合における実質的な難点を含む５点の理由を挙げて、「共有者全員で協議をする必要はない」と解する[99]。

その理由として佐久間は、①文言上（民法第258条第１項と異なり）民法252条第１項については協議が予定されていないこと、②（日常的な管理にも）協議を要すると所在不明者や意思能力を欠く共有者がいた場合には困難が伴い（2021年改正後の同条第２項の裁判を経る必要があり）過剰な制約となること（決定の容易化を図る同条第１項の趣旨にも反すると解する）、③例外的に協議が不可能・困難は場合には協議を不要とする規整では、不可能・困難の判断は容易でなく、事後に争いが生じうると共有物の管理を妨げ、法律関係の安定性に支障が生じること、④協議を必要とすることが少数持分権者の意思または利益の尊重にどの程度つながるかが不確かであること、⑤不満のある共有者は持分権の譲渡または分割請求などにより共有関係からの離脱あるいは共有関係の解消を図ればよいこと、といった細かな顧慮を踏まえた理由を挙げる。

これらの理由のもと、佐久間は、本来、法律関係の安定のためには、共有者全員で協議することや、仮に一部だけで過半数決定をした場合にはその決定を他の共有者に通知することが望ましいとは述べつつも、通知につ

↘項についても協議を要すると考えるかまでは明らかではない。

99　本文以下の理由を含め、佐久間毅『民法の基礎２　物権〔第３版〕』（有斐閣、2023年）213-214頁。2021年民法改正前の第２版（2019年）でも同様の記述がある（第２版・199頁）。ただし、第２版では本文中に記載のあった持分過半数決の方法・手続の記述は、第３版では補論となっている。

いても不要とする[100]。

平野裕之も、管理に関する事項につき、全員で協議した上で決定することまでは必要ではなく、過半数の持分割合を有する者だけで決定することで足りる（共有者全員が自己の意思を表明し協議に参加する機会を与えられていなくてもよい）とする[101]。その理由は、「団体を構成しているわけではないので、団体としての意思決定のプロセスを確保する必要はなく」[102]、また、「不満のある共有者には分割請求権が保障されている」[103]からである。

ただし、通知についても不要と解する佐久間とは異なり、平野は、「共有者は共有物の管理に利害関係を有しているため」に、他の共有者への「決定内容の通知」は必要との立場をとる[104]。

(c)　視点

これまでの議論をみるかぎり、民法第252条１項前段の法文解釈として、そこでの決定に、共有者が（一定のプロセスを経て）意思を表明・聴聞す

100　佐久間・前掲注（99）214頁。少数持分権者はそのままでは決定を覆すことができないのであるから、協議または通知がされなければ決定の効力が認められないとすることは、共有物の適法な管理を「益なく難しくすることにしかならない」とみる。もっとも、共有物の使用方法については、持分過半数決は「共有者の権利の行使の一つであるから」、多数持分権者が共有物の現占有共有者を害するためにした場合など、決定が権利の濫用にあたるときは、その決定に効力は認められないと説く（224頁）。なお、第２版（2019年）では、上記と同様の帰結を導くにあたって、（2021年改正前の）「252条本文は、共有者の持分権を侵害することとなる決定を許容するものではない」という（第２版・209頁）。

101　能見善久＝加藤新太郎編『論点体系 判例民法２ 物権〔第３版〕』（第一法規、2019年）350頁〔平野裕之担当部分〕。ただし、解釈上明確ではないため「疑問は残る」との留保を付する。

102　平野・前掲注（101）350頁。

103　平野裕之『物権法〔第２版〕』（日本評論社、2022年）362頁。

104　平野裕之『コア・テキスト民法Ⅱ 物権法〔第２版〕』（サイエンス社、2018年）212頁。

る契機までを見出すか否かを問う際に、論者によって従来の通常の共有の制度趣旨や「共有観」[105] の理解に隔たりがあるように思われる。団体性の強弱（団体的結合と個人主義的色彩との相互関係）あるいは多数決原理の捉え方[106] にも関わるように思われるが、その理解に応じて、多数決の場面における「一種の手続的保障」の観点への比重の置き方にも違いが生じている。

協議の内容についても、実質的な議論の場が用意されるべきか、事前の聴聞（意見表明）の（個別の）機会の確保でよいか、論者によって想定する内実が異なるように思われる。いずれにしても、実質的な議論の場を形成する協議を要するかとは別に、（議決事項の事前のまたは決定内容の事後の）通知の要否（情報提供の機会の確保など）が問題になると捉えられているようであり、また、協議（および通知）を不要とする立場においても、規定の文言だけに拘泥せず、第252条第１項前段の規定の趣旨（決定の容易化を図るものとの視点）を読み解いたり、単なる共有と団体の意思決定プロセスとの違いなどが強調されているように思われる。

加えて、通常の共有では、持分権の譲渡や共有物分割請求権による共有関係からの離脱またはその解消が強く保護されていることも、「協議」または「通知」を必要とせずに多数決で管理事項を決定できることの正当化根拠になりうる、との視点もみてとることができる[107]。

これらの議論からは、協議（または通知）の要否を検討するに際しては、協議や通知の確保が各共有者（とくに少数持分権者）の意思や利益の尊重

105　この用語法については、第17回会議議事録・前掲注（56）38頁〔山野目章夫発言部分〕を参照。

106　ただし、多数決による法的拘束力を導く際には、団体（法）の存在を前提とされることが多いものの、必ずしも団体（法）の存在のみがその正当化根拠となるわけでもないことには留意を要する。

107　ただし、本文で後述するように、共有物分割請求権の存在をこの問題においてどのように考慮に入れるかは別に問題となる。

にいかなるかたちでつながるかという価値判断が問われることに加え、多数者（過半数持分権者）と少数者（少数持分権者）の双方の利害関係をいかに考慮するかという実利的な視点も重要となり、同時に、共有物の管理の実効性・機能性への顧慮と、協議（または通知）を要件とした場合の（義務不履行の際の）効果面を踏まえた法律関係の安定性への目配りも欠かせないことがわかる。

2．2021年改正民法以後の理論状況 ―協議必要説の台頭？

それでは、結果として解釈問題として残されたものの、法制審議会での検討の契機を経て、2021年改正後には手続面につきどのような議論が展開されているか。管見の限り、その後も、（明文化の見送りが影響してか）表立った議論は展開されていないものの、限られた論者から重要な視点が呈示されている。

（1）「団体法的規律」との比較の視点

たとえば、伊藤栄寿は、民法第252条（第１項）の法文解釈[108]と、多数決においては少数者に手続参加権が認められるべきことは当然であるとの理由から、多数持分権者が少数持分権者の意見を無視して、一方的に管理事項を決めることは許されず、少数者にも「意見形成の場に参加し意見を述べる権利が与えられる」[109]との立場を示す。

より具体には、私的自治の原則のもとでは本人は原則として自己の同意なく権利を制限されたり義務を負うことはなく、共有関係でも本来は全員合意が原則であるべきところ、「共有者全員の不利益になるから」という

108　改正審議中の論稿ではあるが、民法は、「過半数で決する」と規定しており、決して「過半数の持分価値を有する者が決定権を有する」としているわけでないという。伊藤栄寿「共有法改正の根拠と限界（上）―憲法上の財産権保障の観点から」法律時報92巻４号（2020年）92頁。

109　伊藤・前掲注（108）92頁。

理由で「例外ルール」としての多数決が採られているとの理解を示し、少数者への権利保障（手続保障）を必須とみる[110]。

もっとも、伊藤は、「多数決で決定を行う場を用意すること、つまり、全員で協議をして決定することが必要である」[111]という一方で、他方では、過半数持分権者間で合意が可能だとしても「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」[112]とも述べており、必須とする手続の具体の内容については含みがある[113]。情報提供を受ける機会だけでなく、意見表明の機会を求める[114]ことからすると、事後の通知にとどまらず、事前の通知または聴聞（の場の用意）をも要すると解しているようにも思われる[115]。

さらに、伊藤は、2021年改正民法の審議の際に、通知を義務づける規律を設けて手続的規定に違反した場合に過半数決定を無効とすれば、多数持分権者の権利を過度に制約すると指摘されていた点について、義務違反の効果との関係で、「団体法的規律との比較が十分に行われていない」点が課題であるとの視点を提供する[116]。また、「共有にどのようなイメージを

110　伊藤・前掲注（108）92頁。この理解に関連して、同『所有法と団体法の交錯』（成文堂、2011年）136-137頁。

111　秋山靖浩＝伊藤栄寿＝大場浩之＝水津太郎『物権法〔第３版〕』（日本評論社、2022年）164 頁〔伊藤栄寿担当部分〕。

112　伊藤栄寿「改正共有法の意義と課題」上智法學論集65巻３号（2022年）105頁。

113　伊藤栄寿「管理の意義」潮見佳男ほか編著『Before/After 民法・不動産登記法改正』（弘文堂、2023年）33頁では、原則として共有者全員の協議を経る必要があるという。その際、伊藤は民法第252条第１項前段の決定を（多数持分権者のみによる決定ではなく）「全員による過半数決定」と読み込む。

114　伊藤・前掲注（112）105-106頁。

115　ただし、伊藤・前掲注（112）106頁では、「多数持分権者が少数持分権者に意見表明」をする機会の保障が謳われており、そうすると、少数持分権者側の意見表明（聴聞）の機会保障までは要しないと解しているようにも思われる。

116　伊藤・前掲注（112）105頁。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とし、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、規定を置く意味は存在するという。ほかに、所在等不明↗

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ことにも触れる[117]。

（2）共有物の使用方法の決定・変更の問題から考える視点

⑷「「多数決」とは何か」という解釈問題

さらに、前述のように、2021年改正前にすでに協議の必要を説いていた松岡久和も、共有者間での使用方法の決定および決定の変更の問題に引き付けて、改めてこれまでの学説上の議論を整理し、協議の必要を論じる[118]。

松岡は、「多数決」とは何かという解釈問題として、この問題を取り上げ、協議不要説を唱える佐久間の論拠に対応するかたちで、５点に分けて協議が必要であることを説く。

①（裁判所の判断より前に当事者間での話合いによる自治的解決を優先する）共有物分割の規律とは異なり、管理に関する多数決決定の場合には管理そのものを裁判所に委ねる仕組みは採られておらず、協議についての明示の定めはないものの、自治的解決の志向は民法全体を通じてみてとることができ、また、多数決による決定は共有者それぞれの事情や利害関係の変化を踏まえたものであるところ、共有者個々の事情を情報交換により

↘ 共有者がいる場合には、通知を免除すれば、多数持分権者にとっての負担にもならないことを指摘する。

117　団体的処理が必要となりうる多数の共有者がいる場合に比して、乏しい数の共有者間で手続の遵守を求める実質的必要性は低い点にも目を向けた上で、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なくてよいことを正当化することはできない、と解する。その上で、多数持分権者の負担や過大な制約を懸念する立案担当者がどのような「共有」像を想定しているかが不明であるという。伊藤・前掲注（112）106頁。

なお、伊藤栄寿「新しい共有法」ジュリスト1562号（2021年）42-48頁では、明文化が見送られたからか、持分過半数決の方法の論点には触れられていない。

118　松岡久和「共有物を使用する共有者と他の共有者との関係」潮見佳男＝千葉恵美子＝松尾弘＝山野目章夫編著『詳解 改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』（商事法務、2023年）47-71頁、とくに65-66、68-70頁。

了解し合うことが必要であり、協議はそのための手続保障であることに加え、多数持分権者のみで行った第三者との契約が契約に関与していない共有者を拘束しないこととの均衡を図る必要があること、②中間試案前後の議論内容や民法第252条第２項第２号の規律の理解（当事者である共有者がまず他の共有者に意見を尋ねた上で利用すべきという想定）から、意見表明の機会を保障する協議が必要であるとするのが2021年改正民法の趣旨であること、③協議が不可能または困難な場合の判断は民法第252条第２項がすでに想定していること、④協議を経ても結論は変わらないかもしれないが、その可能性を否定しないことも協議の要請の基礎にあり、各共有者には、自己の利害関係とその他の事情の変化[119]を他の共有者に理解してもらい、意見交換の上で納得して新たな決定を行う機会が保障されなければならず、意見を述べる機会が無駄だというのは多数者の独断専行を容認することになりかねないこと、そして、⑤持分権の譲渡や共有物分割請求は「最後の手段」であり、そこに至る前に話し合う機会を確保すべき[120]であること、を理由とする[121]。

松岡によれば、そこでの協議とは、多数決の前提となる「情報交換・意見交流などの機会を保障する協議」であり（ただしその方式としては決議案の書面回覧や電話・メール・メッセージアプリのやりとりなどによる稟議であってもよいという）、それを要件とした場合の効果として、その保

119　松岡が挙げるこのような要素の考慮は、まさに共有の法律関係に対して、これまで裁判所が各共有者の個別の事情や利害関係をもとに総合的な判断を行ってきた紛争処理のあり方と重なるように映る。法が当事者間に委ねた共有物の管理をめぐる自治的解決においても、手続の側面から、それらの要素が加味されうるように手筈を整えることには一定の意義が認められよう。

120　多様な共有のかたちがあり、必ずしも単独所有に至るまでの過渡的なかたちに限られないことが改めて着目されている現在の学説状況を踏まえると、この点には、まさに論者によって「共有観」のヴァリエーションがありうることをみてとることができる。

121　松岡・前掲注（118）68-70頁。

障を欠いた決定は、第252条第１項前段にいう持分過半数決には当たらず、（一部の者が結んだ契約と同様に）関与していない共有者を拘束しないとの帰結が導かれる[122]。

(b)　共有物の使用方法に関する共有者の合意という視角

共有物の使用方法に関しては、そのほかの論者からも、まずは共有者間の協議によってそれが決められるべきであり、協議もせずに単独で共有物の占有を開始した共有者がいる場合には、そのこと自体が他の共有者にとっては「明渡しを求める理由」[123]になるとする解釈も提示されている[124]。

そうすると、これらの考え方からは、共有物の管理事項のうち、少なくとも共有物の使用方法を決する場面では、（全員による）協議がより強く要請され、協議（共有者の関与[125]）の有無が共有物の使用に関する合意[126]

122　松岡・前掲注（118）69、70頁。あらためて全員で協議を行った上で決定する必要があるとする。

123　前注（85）に挙げた昭和41年最判が示した、（共有者間の合意なく）共有物を使用している少数持分権者に対して多数持分権者が共有物の「明渡を求める理由」をさす。

124　松尾弘「共有物の使用・管理・変更・分割をめぐる共有者の権利―共有関係を織りなす合意の糸」澤野順彦編『不動産法論点体系』（民事法研究会、2018年）212-215頁（206-207、232-234頁の視点も参照）。

125　この点については、小粥・前掲注（17）564-565頁の整理も参照。ただし、小粥は、共有物を第三者に譲渡したり、地上権のような強い権利を設定したりなど、共有者間の合意が処分行為に当たるなら、共有者の一部が反対した合意またはその関与なしに行われた合意の効力は認められまい、と解するにとどまる。また、より一般に、共有物の管理における協議の要否の問題に対しては小粥の立場は示されていない（小粥・前掲注（８）574-575頁）。

126　ただし、「合意」という場合に、多数持分権者により足りるものか、全員によるべきものかは問題となる。

民法第249条の条解として、川井健「§249」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（７）物権（２）』（有斐閣、2007年）448-449頁は、共有物の使用方法には共有者間の合意を要し、協議が成立しない場合には共有物の使用は事実上の関係で処理せざるを得なく、不満のある共有者は妨害排除、あるいは不当利得の返還や損害賠償、（裁判所による使用方法を決定するための手続が整えられて↗

の成立や効力の問題に影響を与えると解釈する余地が示唆されている。

なぜその場面において協議が強く要請されるべきか、は別に問題となりうるが、前述の星野がかつて示していたように、共有者は民法第249条にもとづき、個別に共有物の全体について（各自の持分割合に応じて）使用収益する権限を有していることが、その要請が働く理由のひとつとして考えられる。

（3）解釈論と実務に委ねられた「手続」の明確化

以上のほか、2021年改正後において、法文の文言や団体的結合関係の有無を理由[127]として、または、法的安定性を害することを理由[128]として、協議不要の立場を顕す見解もみられる一方で、他方では、通知を欠くことが不法行為責任に結びつく可能性を示す指摘などもあるものの、明文化が見送られた影響もあってか、全般的には、管理事項の決定手続について詳しく論じるものは乏しい[129]。

↘いない当時においては）最終的には共有物分割をするほかないとしていた。

127　千葉恵美子「共有不動産の管理・処分に学ぶ（発展編）―遺産共有されている不動産をめぐる紛争を素材に」法学セミナー818号（2023年）93頁は、共有物の使用方法の決定につき、民法はいわゆる狭義の共有については、変更行為・管理行為の決定に際して手続要件を定めておらず、これは、共有者間に団体的結合関係がないと考えられる場合にも、民法第249条以下の規定が適用されるからであり、共有者全員の協議によらずに持分過半数決で使用方法を決定しても、「それ自体に違法性があるというわけではないことになる」とみる。

128　藤巻・前掲注（29）132頁。とくに第三者のために短期の使用権を設定する決定がある場合に、協議の機会が付与されていなかったことを理由に事後に当該決定の効力が否定できるとすれば、法的安定性を害するおそれがあるとする。

129　七戸克彦『論点解説 改正民法・不動産登記法―法・政令・規則の考え方と対応』（ぎょうせい、2024年）117-118頁は、「通知」は決定の効力発生要件ではないが、それがなされずに少数持分権者が不測の損害を被った場合には、不法行為責任が問題となる可能性があるとの重要な視点を示す。

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』（慶應義塾大学出版会、2021年）35頁注（42）は、共有物の管理に関して、共有ルールに従った共有者間の決定ないしは合意を重視する方向性を示す↗

(a)　実務上の工夫① ―協議の機会確保と紛争リスクの軽減

もっとも、法律実務家からは、解釈論に委ねられたこの問題に対し、共有者間で実際に意思決定を行う際の実務上の場面では、なるべく手続面への配慮が図られるべきだとする見解が示されている。

それによれば、協議を必要とする学説があり、また、改正審議においても、協議を経ること自体は望ましいとされ、意図的に意思決定から排除されたり、権利行使の機会を奪われたような共有者がいた場合には、権利濫用となりうる余地が示されていたことから、実務上の対応として、まずは協議を行う方向を模索することが望ましい[130]とされる。さらに、意思無

↘2021年改正民法のもとでも、なお管理事項の決定の際に協議を要するかは見解が分かれることを指摘する。他方、同「共有物の管理に関する民法改正の意義と特色」RETIO123号（2021年）23頁、同「令和３年民法・不動産登記法改正等の概要とその意義について」用地ジャーナル2022年４月号（2022年）40頁注（１）は改正審議の内容に触れるのみで、同『所有者不明土地の発生予防・利用管理・解消促進からみる改正民法・不動産登記法』（ぎょうせい、2021年）71-74頁や同『土地所有を考える―所有者不明土地立法の理解を深めるために』（日本評論社、2023年）194-196頁では当該論点への言及はない。新たな第252条の規律を解説する七戸・前掲注（28）44-49頁や山野目・前掲注（28）221-232頁でも具体的な言及はない。齋藤哲郎「令和３年民法改正の概要、論点と不動産実務への影響」土地総合研究30巻１号（2022年）77頁も参照。

他方、秋山靖浩「共有物の変更・管理」潮見佳男＝千葉恵美子＝松尾弘＝山野目章夫編著『詳解 改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』（商事法務、2023年）83-84頁は、改正審議や学説の対立の存在に触れて、手続の問題について「引き続き、議論を続けていくべきだろう」という。そのほか、吉田克己『物権法Ⅰ』（信山社、2023年）441頁は改正審議の際に議論になったことに触れる。中間試案公表段階のものであるが、藤巻梓「共有制度の見直し」ジュリスト1543号（2020年）29頁は、協議や話合いの契機を設ける要否が検討事項となっていたことに触れる。

130　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）82頁。荒井は、日弁連の所有者不明土地問題等に関するWG幹事を務め、当該問題に関する実務上の課題などについて、数多くの場で情報を発信している。ほかに、松嶋隆弘編著『民法・不動産登記法改正で変わる相続実務』（ぎょうせい、2021年）37頁〔林康弘担当部分〕は、判例の展開を協議を要する方向で捉える。

能力、所在等不明、協議拒絶の意思を示す共有者がいる場合など、協議が現実的に難しい事案でも、できるだけ協議に参加する機会を与えつつ、また、持分過半数決の内容をあらかじめ通知しておくなどして、他の共有者が不測の損害を被ることがないように配慮していくことが望ましく、そのような手当てを講ずることによって、将来の紛争リスクが軽減される、との工夫が示されている[131]。

⑹ 実務上の工夫② ―協議・通知の方式と記録化のあり方

さらに、（決定が無効となりうる）紛争リスクの回避のために、共有物の使用方法についての意思決定をするにあたっては、少なくとも書面決議を行い、共有者全員による協議をすることが望ましいとする観点から、実務書では、より具体に、通知と協議の実際の方式や工夫を示すものもある[132]。

それによれば、共有者が検討・考慮する機会を確保するという一般的な合意形成の常識的手法として、議決事項や意向を質問・聴取する内容を（事前に）通知した上で（オンラインでの実施を含む）協議を行う際には、通知書の記載事項にも留意が必要となることに注意しつつ、仮に、少数持分権者の事実上の妨害が予想され円滑な協議の実施や合意形成が難しい場合には、書面による意見聴取（聴聞）の方法で足りる、とされる[133]。紛争発

131　荒井・前掲注（130）79-82頁は、2021年改正民法の審議と従前の学説を詳細に検討した上で、このような実務上の対応の工夫を推奨する。

132　三平聡史『共有不動産の紛争解決の実務―使用方法・共有物分割の協議・訴訟から登記・税務まで〔第２版〕』（民事法研究会、2021年）51頁以下。なお、三平は、協議・通知の当事者は登記上の共有者だけで足りるとの解釈を示す（51、66頁）。

133　三平・前掲注（132）53-58頁。協議の実施が難しい場合に決定結果の通知のみを知らせる工夫も紹介されているが、その方法だと決定が無効になるリスクがあるとされている（57頁）。なお、協議までは不要とする見解としては、本文で検討した平野の見解が参照されている（52頁）。この点については、松岡・前掲注（118）66頁の整理も参照。

生の抑制を図る観点から、合意内容を合意書として記録（証拠）化し、通知の際には内容証明郵便を用いることなどの工夫まで示されている[134]。

明文化を見送れば実務において対応に苦慮する場合が生じうる、との懸念が2021年改正民法の審議において示されていたように[135]、「手続」の明確化の問題は、学理上の解釈問題にとどまらず、共有者間で実際に管理を行う際の対応においても実務上の難題として残されたことになる。

第４．共有物の管理と意思決定のための「手続」の規整のあり方

以上までの検討から、共有者全員に法的な拘束力を生じさせる共有物の管理事項の決定（持分過半数決）について、決定に至るまでのプロセスあるいは手続はどのようにあるべきか。協議の実施や意見表明・情報提供の機会（聴聞、議決事項の事前の通知、決定内容の事後の通知など）の保障の是非を考える上で、どのような視点をもつべきであろうか。

１．「協議」（または意見表明・情報提供の機会保障）の具体の内容

前提問題として、以上までの検討によれば、持分過半数決の方法・手続の問題に対して、論者により想定している「協議」の内容や共有者の関与（参加）のあり方の理解に違いがあることがわかる。まずはそれらを整理することが必要となろう。

第一に、「協議」の具体のあり方については、共有者全員での協議（話

134　三平・前掲注（132）58頁。

135　前注（58）のように、この問題は2021年改正民法の審議において法律実務家（弁護士）の委員（中村晶子委員）から提起されていた。佐久間毅＝今川嘉典＝大谷太＝中村晶子＝松尾弘＝村松秀樹「〔座談会〕改正の意義と今後の展望」ジュリスト1562号（2021年）20頁〔中村晶子発言部分〕は、公平な意思決定の実際上の難しさにも触れる。

合い）を経ること、がまずは想定される（2021年改正民法の審議の出発点はこの意味での協議を不要とする明文化の是非であった）。もっとも、手続面を重視する立場においても、実際に相見する会議（集会）を開き、全員で協議をして決定する場を用意すること（第２．１（１）、第３．２（１））のみが常に要請されているわけではなく、通知書の記載事項や合意書の記録化にも工夫を凝らしつつ（事前の議決事項の通知や意見聴取を行った上での）書面決議やオンラインの手段による「協議」を想定するものもあり（第３．２（３）(a)・(b)）、また、「情報交換・意見交流などの機会を保障する協議」もその内容となり得、その具体の方式については、決議案の書面回覧や電話・メール・メッセージアプリの手段によるものも「協議」の具体のあり方に含まれうることが示されていた（第３．２（２））。

第二に、そうすると、決定のために全員で審議をする契機が用意されず、単に意見の表明や聴聞・聴取の機会を（個別に）用意するような共有者の関与（参加）のあり方は、上記でいう「協議」といえるかが問題となる。改正審議では、人々が討議し合うという契機、議事が行われるという契機自体を、共有者の関与（参加）のあり方にとって重要とみるか否かも問題になるとの視点[136]も示され、同様の視角は「協議」の必要を導く従前の学説にもみられた。その意味では、「協議」必要説と括られる見解のなかにも、実質的な「協議」（話合い）を重視する立場もあれば、より一般的に何らかのかたちで共有者の関与（参加）の契機があればよいとみる立場もあったように、本質的には（各権利者の関与を伴う）「手続」の要否・内容が問題となっており、共有物の管理に対する（適法で）有効な意思決定のあり方が問われているといえる。

第三に、以上のとおり、手続の手立てのあり方は実質的な「協議」だけには限られず、共有者の関与（参加）があることが重要であるとの視点も、

136　前注（41）に挙げた改正審議における山野目章夫の発言などを参照。

従前の学説および改正審議において示されていた。それが、改正審議でも取り上げられた「意見表明の機会」または「情報提供の機会」の確保（知る利益ないしは地位の保障）の問題であり、協議や話合いの要請も実際にはそれらの機会（知る機会[137]など）の保障を図ることに意義を見出すことができるとも指摘され（第２．１（１）(b)）、原則として協議を要するとしつつ円滑な協議や合意形成が難しい事情が存する場合には例外的に書面による聴聞の方法で足りるとする解釈なども示されていた（第３．２（３）(b)）。学説の議論も踏まえると、その具体のあり方にもヴァリエーションがありうることがわかる。意見表明の内容としては、議決事項の事前の通知および意向・意見を質問・聴取する事前の通知や聴聞の機会の用意を想定することができ、情報提供の内容としては、（事前の聴聞や議決事項の通知に加え）決定内容・結果の事後の通知を想定することができる。改正審議で論じられた「通知」の有無の問題は、中間試案の段階では前者に重きが置かれているようにも思われるが、これら双方にかかわる。

第四に、一部の学説や改正審議では、以上にいう「協議」から「通知」までに連なる共有者の関与（参加）のあり方が、（事前または事後、あるいは、事前かつ事後の）「コミュニケーション」または「手続保障」として、それ自体が意義をもちうるとも捉えられていた（第２．１（１）(d)、第３．１（４）(a)、第３．２（１））。このようにみると、同じ「協議」（または「手続」）という文言で語られていても、（共有者全員での）実質的な「協議」（話合い）の機会保障の是非、（共有者各自の）聴聞や意見表明の機会保障の是非、情報提供という意味での知る機会の確保の是非、あるいは、それらを包摂した何らかの関与（参加）の機会保障（コミュニケーションまた

137　改正審議の初期段階において円滑な利用を促す観点から共有者全員での協議を不要とする提案を示していた事務局担当官も、持分過半数決の効力の問題とは別に、知る機会の保障の手立てが問題となる旨の認識を示していた。前注（38）を参照。

は手続の保障）自体を共有の法律関係においても重視するか否かなど、論者により、問題把握の観点自体にもグラデーションがあることに注意すべきことがわかる。どの観点で問題を捉えるかによって、共有の一般の規律のあり方としていかなる規整が適当かを判断する際に、考慮すべきとする権利利益や利害関係、論拠や理由づけにもいくらか違いが生じるように思われる。

第五に、「協議」の要否とは別に、持分過半数決がどの時点で効力を有するかという問題も、手続に関連する問題として意識されていた。これまでの議論を参考にすれば、「協議」および「通知」を不要と考える場合でも、持分過半数の共有者間の意思を結合させる容態や要件の検討は別に問題となる余地があり（第２．１（１）(a)）、これに対して、少なくとも「通知」は必要であると考える場合には、共有者全員に対する（賛否不明者などに用いる催告制度などの活用も含めた）「通知」によってはじめて持分過半数決の効力が生じるとする解釈の工夫（第２．１（１）(e)）や、催告によって意見表明を確答する機会を確保する（その上で結果の「通知」を行う）工夫（第２．１（２））などが考えられ、それぞれ、決定の効力がどのように生じるかという問題にかかわる。

なお、改正審議の過程では、「協議」または「通知」などの手続の義務違反の効果内容の問題は、主に効力発生要件としての手続要件の問題として捉えられていたものの、その後の学説での議論を参考とすれば（とくに第３．２（３））、意思決定から排除されるなど、共有者（少数持分権者）の権利行使の機会が奪われたことへの対処は、効力の問題とは切り離して違法性を帯びた行為に対する損害賠償責任（不法行為責任）の問題としても取り上げることができる[138]。さらに、仮に効力発生要件として捉える場

138　千葉・前掲注（127）93頁は違法性を原則として否定するが、七戸・前掲注（129）118頁は「通知」の欠如が不法行為責任を生じさせる可能性を指摘する。ただし、より突き詰めれば、損害の見積もりや損害発生との間の因果関係の↗

合でも、手続の瑕疵の重大性や事情に応じて決議の取消しや無効を判断する枠組みを用意する法人法制などの団体法上の規整を参考とすれば、複眼的に効力（および義務違反）の問題を論じることもでき（第３．２（１））、これらの視点は民法第252条第１項前段の解釈にとっても見逃せない留意点である。

従前はこのような具体の内容の整理が十分になされずに、「協議」の要否の対立として各見解が捉えられてきたように思われる。これらの点についてある程度の整理を可能にする議論が示されていたという点でも、改正審議において「手続」の明確化の論点が検討されたことは重要な意義を有する。

改正審議の前後の学説の展開をみると、どの程度の関与（参加）のあり方を求めるべきか（求めないか）、に応じてグラデーションがあることをみてとることができ、各論者が論拠とする理由が、その（量的あるいは質的な）差に影響を与えているように思われる。

２．正当化理由（正当化根拠）

以上によれば、上記の「協議」から「通知」までのいずれかを必須のものと考える見解は、持分過半数決において共有者全員の関与（参加）の契機を必要とみる立場といえ、そのいずれも不要と解する見解は、その関与（参加）の機会を不要とみる立場といえるが、その中間には段階的な立場がありうることがわかる[139]。いずれにしても、共有者の関与（参加）の要否や程度の判断においては、その根拠となる理由づけが重要となる。

↘ 証明が難しい場合も多いと思われる。

139　第２．１（１）(d)で検討した改正審議の際の「イエス・オア・ノーでは答えられないのではない」かという問題把握の視点は（手続の瑕疵が決定の効力にいかに作用するかという難題を含めて）正鵠を射るものといえる。

（1）理由を基礎づける要因・要素

論者ごとに問題把握の視点や重視する要素が異なることはすでに検討したとおりであるが、「協議」（または共有者全員の関与〔参加〕）の要否を分ける際に考慮される要因・要素については、つぎのように整理できよう。

第一に、民法第252条第1項前段（および共有に関するそのほかの規定）の内容とその趣旨の法文解釈である。同規定は一部の共有者に無断で管理事項を決することを許容しておらず、「共有者が互いに意見を表明しあう契機」や「それを介して成立する合意」が「論理上前提」とされていると読み解くか、あるいは、民法258条第1項の文言と比べてそこまでの意味を読み解くべきではないと考えるか、解釈が分かれる。また、関与（参加）を不要とみる立場では、より踏み込んで（円滑な共有物の利活用の促進等のために）決定の容易化を図ることが同規定の趣旨であるとみるものもあり、規律の趣旨の理解にも左右される。

第二に、手続保障それ自体、あるいは、人々が討議し合うという契機や議事が行われるという契機そのものを重視するかどうかである。それらをどの程度重視するかについては、共有者間の団体的結合関係（の有無）に対する評価[140]や、多数決原理[141]への理解の相違によって、判断が分かれうる。もっとも、後述のように、「協議」や関与（参加）の要請は、共有者の権利利益の保障の観点からも導きうることから、共有者が団体を構成しているか（団体〔法〕的結合関係を見出すことができるか）否かという基準から直ちに「協議」の要否を導くことは妥当ではないだろう。

140　本文でみたとおり、論者によって、共有における団体的結合関係の強弱の見方が異なり、それに応じて、団体法的な規律は共有には馴染まないと考えるか、共有においても多数決の点から団体法的な規律が要請されると考えるか、見方が分かれていた。

141　多数決原理（Majoritätsprinzip）が含意する内容への留意点につき、西脇秀一郎「共同所有論の再検討―入会権理論史とオットー・フォン・ギールケ（Otto von. Gierke）のGesamteigentum（総有）概念を手がかりとして―」龍谷大学大学院法学研究15号（2013年）59-63頁。

なお、手続保障や議事進行の契機自体に価値を見出す姿勢は、すでに商法学（会社法学）において、理念的な意味だけでなく、実利的にも意義をもちうることが指摘されている。すなわち、多数決を認めつつ手続面に配慮することで、共有物の管理についてデッドロックとなることを避けつつ多数者の専横による弊害に対応することができ、共有者間で納得感を醸成したり、議事を経ることで情報の共有・集約がなされて交渉や妥協の余地が生まれ、（相続争いなどで多数派と少数派が固定されている場合であっても）「協議」等を経ない場合と比べて異なる結果がもたらされる可能性も十分に考えられることなど、むしろ効率的な意思決定ができる可能性が高まりうる可能性がある[142]。ただし、多数持分権者にとってどの程度の参加の機会または「協議」を保障することが要求されているのかが不明確である場合には、それらの保障は行為規範として機能せず、意思決定費用を増大させることなどから、その意義に懐疑的な見方もある[143]。

第三に、多数持分権者の権利利益の保護（および制約・負担の大きさへの考慮）と少数持分権者の権利利益の保護への目配りや、それらの利害関係の調整、そして、より客観的な意味での共有者全員にとっての利益や財の効用の観点（共有物の円滑な利活用の促進等）を、それぞれどの程度（正当化根拠として）加味するか、という点にも注意が必要である。これまでの議論をみるかぎり、「協議」（「通知」）の要否を検討するに際しては、それらの機会の保障が各共有者（とくに少数持分権者）の意思や利益の尊重にいかなるかたちでつながるかという価値判断が問われており、それに加

142　松中・前掲注（25）35頁。本文（第３．２（２））でみた松岡の見解はこの視点に共通するものがある。ほかに、仲・前掲注（21）274頁の整理も参照。ただし、仲自身は、具体的な事案で要求される参加の機会または協議の保障の程度が不明確であることからそれらの保障は行為規範としては十分に機能せず、意思決定費用を増加させ、また、共有者間の争いが感情的な場合には合理的な交渉は期待できず、必ずしも少数者の利益を保護する手段として機能しないとの弊害を指摘して、協議不要説を採る。

143　仲・前掲注（21）271-277頁、仲・前掲注（25）８-９頁。

え、多数者（多数持分権者）と少数者（少数持分権者）の双方の利害関係をいかに考慮するか[144]という実利的な視点も重要となり、同時に、共有物の管理の実効性・機能性への顧慮と、それらを要件とした場合の（義務不履行の際の）効果面を踏まえた法律関係の安定性への目配りも欠かせないことがわかる。

第四に、共有関係からの離脱とその解消、すなわち、持分処分・譲渡の自由と共有物分割請求権の存在をどのように汲み取るかという問題も、共有者間の関与（参加）の機会保障を重視するか否かの評価にかかわる。これらの存在は、決定に不満のある共有者はこれらの権利を行使して離脱・解消をすればよいとして、「協議」または共有者全員の関与（参加）の必要性を否定する要因のひとつとしても考慮されていたように思われる。

しかしながら、この点については、（分割請求が封じられて自己の意思に基づかない規律に拘束され、持分処分・譲渡の自由のみが残された共有関係の場合とは異なり）そもそも共有物分割請求が認められるような共有関係では、共有者間の紛争は最終的には当該分割請求により解消されることから、共有者間の多数決によって共有者（および持分承継人）を拘束する必要は小さく、民法第252条第１項前段の制限的な解釈が志向される、と解されてきた[145]ことに改めて注意を向ける必要がある。共有物分割請求権の存在は、むしろ、持分過半数決が機能しない場合に、共有関係を解消するために作用すると考えられていたことからすれば、「協議」または関与（参加）の機会を欠く多数決（による法的拘束力）の妥当性を導く理由としてその存在を挙げることは背理であるようにも思われる[146]。

144　管理行為について持分過半数決を認める規定を起草した当時から、（共有物の管理がなされなくなる事態を避けることと）決定に賛成する多数者の利益が重視されていたことを指摘するものとして、伊藤・前掲注（110）137頁。

145　小粥・前掲注（４）545-546頁。

146　2021年改正民法で全面的価格賠償が明文化された（民法第258条第２項第２号・同第４項）こともあわせて考えると、むしろ、分割請求権の存在は、意↗

第五に、この点は各論者においても意識的な整理がなされていないように思われるが、管理行為には、共有物をあるべき使用収益に適した状態に維持し、改良を中心とする軽微変更を行うことだけでなく、管理者の選任・解任もそれに含まれ（民法第252条の２）、さらには、共有物の使用収益（利用）の態様を決定することもそれに含まれる[147]。従前の議論をみるかぎり、「協議」（ないしは関与〔参加〕）の必要性を説いていた論者は、上記のうち、とくに使用収益（利用）の態様を決定する場面での管理事項の決定方法・手続を問題視していたように思われる。管理事項には事実行為もあれば、法律行為もあり、問題となる管理行為（議決事項となる管理事項）の内容に応じて、考慮すべき要素や利益または利害の調整の仕方にも違いが生じうることに留意を要する[148]。

（２）民法第253条と新設された諸規定

従来の議論をみるかぎりでは、「協議」または関与（参加）の要否の判断するための理由を基礎づける考慮要素・要因は、ひとまず上記のように整理することができよう。もっとも、従前の議論には言及がみられないものの、この問題を考える上で欠かせないと思われる考慮すべき点がほかにもある。

それは、民法第253条の存在である。同条第１項により共有者は持分に

↘思決定の手続の負担が過大な制約であると感じる多数持分権者は分割請求権を行使して共有関係の解消できるだけでなく、その集約を図ることもできるのだからという点で、手続要件を課すための正当化理由にも傾きうる。なお、分割が不能・困難な共有の中には、共有私道など、持分の処分・譲渡も実際上困難である共有関係もあることを踏まえると、離脱・解消が難しい場面においても、関与（参加）の機会を保障する枠組みが要請されるように思われる。

147　管理行為（管理事項）の整理の仕方につき、吉田・前掲注（129）433、439-440頁。

148　管理行為の内容だけでなく、共有の問題場面や共同関係の規模、目的物である共有物の種類・性質などの想定が論者によって異なる場合には、それらの要素をどこまで汲み取るべきかも問題となる。

応じて共有物の管理の費用を支払い、負担を負うことになるが、管理に関する事項の決定はこの費用や負担（共有者全員の義務の負担の程度）にも影響を及ぼす。当該費用または負担の義務を履行しない共有者は、他の共有者による「一種の買取請求権」あるいは「特殊な権利」[149]の行使（同条第２項）により、（所有権の性質を有する）共有持分を失う場合もある。そうすると、共有者はこの意味でも共有物の管理に利害関係を有している[150]ことから、管理に関する事項を決する際、持分過半数を有する共有者以外の共有者に一切関与（参加）の契機（および情報提供の機会）を保障しないでよいかについては、民法第253条の存在をも踏まえて、その適否を問う必要があろう。

より視野を広げれば、2021年改正民法によって新たに整えられた共有に関する諸規定を相互に考慮した検討も求められる。たとえば、改正後の民法では、共有物に変更を加える行為であっても、その形状または効用の著しい変更を伴わない軽微変更については管理行為として持分過半数決によること（民法第251条第１項）、共有物を使用（利用）する（現占有）共有者がいる場合でも持分過半数決により共有物を使用（利用）する者を変更することができること（同法第252条第１項）など、管理行為の明確化・

149　前者の表現につき川井健「§253」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（７）物権（２）』（有斐閣、2007年）439頁、後者につき小粥太郎「§253」同編『新注釈民法（５）物権（２）』（有斐閣、2020年）577頁を参照。なお、第253条第１項の「管理の費用」は必要費・有益費を、「負担」は租税等を意味する（小粥576頁）。

150　自らが望まない管理措置にもとづき、決定に賛成しない共有者までもがその費用・義務を負担させられること（それが権利侵害としての側面をもつこと）に対する懸念のもとで、ボアソナードおよび旧民法は管理行為を全員一致によるべきものとしていたと評するものとして、伊藤・前掲注（110）136-138頁。伊藤は、共有物の管理につき、現行民法典はボアソナードの懸念した問題（決定に反対する少数者の権利への顧慮の問題）を抱えたままであるという（138頁）。山田誠一「共有者間の法律関係―共有法再構成の試み（２）―」法学協会雑誌102巻１号（1985年）120頁以下も参照。

充実化が図られている[151]。「特別の影響」の判断枠組みにもとづく個別の「承諾」を要件化（民法第252条第３項）することで、決定により不利益を受ける共有者の保護も図られてはいるが、持分過半数決の手続面でも各共有者の権利利益への目配りが以前にも増して要請されているともいえる。また、共有物の管理・変更に関する非訟手続が創設され、裁判所の関与のもと、所在等不明共有者または賛否不明者がいる場合の意思決定の困難を緩和する方策が整えられている（同条第251条第２項、第252条第２項第１号・第２号）。これらは改正審議の場面でも持分過半数決の手続の問題とも絡めた視点が提示されていたものであるが、賛否を明らかにすべき旨の事前の催告の要請は、管理事項への関与（参加）の契機を示唆するものでもある[152]。さらに、新設された共有物の管理者（民法第252条の２）の選任・解任も、（持分過半数決で定まる）共有物の管理に関する事項とされたことから、管理権限を（一部の共有者または第三者〔自然人か法人かは問われない〕に）集約することを決する場面でも手続上で共有者全員の関与（参加）を不要と解してよいか、（他の共同所有関係との異同[153]にも注意して）

151　規定内容については、村松＝大谷・前掲注（28）59-66頁、藤巻・前掲注（29）114頁以下など参照。

152　規定内容につき、村松＝大谷・前掲注（28）67-95頁。賛否不明者がいる場合の手続は慎重であるべきことを理由に裁判所の関与を要するものとされ、改正審議の過程では、多数決の正当性を疑わせることがないように、最低限の同意（上限）要件を設けることも検討されていたことにつき、藤巻・前掲注（29）144-145頁の整理を参照。なお、裁判所を介した意思決定方法が整えられていなかった改正前の法状況（川井健「§249」川島武宜＝川井健編『新版注釈民法（７）物権（２）』（有斐閣、2007年）449頁）と比べると、2021年改正民法はより多数持分権者の利益に配慮した規整を整えているともいえ、それとの均衡を図るという意味では、決定の手続面で少数持分権者への配慮が要請されてもよいようには思われる。

153　たとえば、民法上の組合では、（本来は各自に帰属する業務執行権限の集約を意味する）業務執行者の選任と解任は、組合契約の変更に関する事柄（組合自体の存立に関する事項）であるために、そもそも全員一致が要請されていること（民法第670条第２項および第672条第１項・第２項）などにも注意を向け↗

その是非も問題となり、このことは管理者の権限や管理者と共有者との間の法律関係をどのように考えるべきかという問題[154]にも関連しうる。このように、意思決定の方法・手続の問題に対しては、個々の規律[155]の相互の関係にも注意を向ける必要がある。

3．持分過半数決の効力と「手続」

もっとも、仮に「協議」（または「通知」を含めた共有者全員の関与〔参加〕の機会確保）を要すると解した場合でも、持分過半数決の効力との関係が問題となり、その問題への対処が難しいことが明文化が見送られた理由のひとつでもあった。これは冒頭で示したように、「要件」の設定にかかわる「効果」の付与の問題であり、「協議」または何らかの関与を要すると考える場合でも、効果との関係で妥当な解釈を備える必要がある。

（1）効果のあり方

上記1で整理した点を考慮に入れると、意思決定の手続に関する要件と効果については、①「協議」または「通知」等の有無を意思決定の成立・効力発生の要件と捉え、それらを欠く決定の効力が（原則的または例外的に）否定されうる（ただし手続の瑕疵の軽重等に応じた柔軟な判断がありうる）、② 効力発生要件とは切り離して、正当な理由なく「協議」または

↘つつ、通常の共有における規範の妥当性を検証する必要がある。業務執行者の（選）解任の規律の意義については、西脇・前掲注（12）77頁以下。

154　藤巻・前掲注（29）144-150頁など参照。

155　本文で後述するように、新設された善管注意義務の規定（民法第249条第3項）の意義にも注意を要する。ほかに、そもそも民法第252条は強行法規であるか、共有物の管理に関して民法と異なる内容の合意が可能か否か（末弘・前掲注（77）426頁は民法第252条は強行法規ではないと説いていた）、また、持分過半数決に賛成しなかった共有者への（第三者との契約の効力などの）効果の帰属をどう考えるべきかなどの問題にも、意思決定の手続の問題を考える際には留意を要する。改正審議の整理につき、藤巻・前掲注（29）129-130頁。

「通知」等を欠いたことで、権利行使の機会が奪われた共有者（少数持分権者）が不測の損害を被るような意思決定については、それが違法性を帯び得、（多数持分権者の）損害賠償責任が問題となりうる[156]、③「協議」または「通知」等の有無は、（改正審議の際に立案担当者から示されていたように）権利濫用の枠組みのもとで持分過半数権者の（共有持分権あるいは管理権限の）権利行使の効果を画するための一要素として考慮される、などの構成が考えられる。

また、前述した決定の効力発生の時期との関係では、④ 持分過半数決により民法第252条第１項前段の決定は成立するものの、（決定に関与していない他の共有者との関係では）「通知」（催告）をすることによって（確定的に）効力を有する（あるいは対抗できる）[157]、といった理解も一応は想定しうる。

以上のうち、「協議」および「通知」を不要とみる立場においても、少なくとも上記③の権利濫用が問題となると解されており、明文化が見送られた際にも少数持分権者の保護は権利濫用によっても図られうることが示されていた。共有関係の種々の紛争において、裁判所はこれまでにも共有者間の個別の事情や利害関係をもとに総合的に判断を行う紛争処理を志向

156 「協議」または「通知」を欠いた持分過半数決において損害賠償責任が生じうることについては、前注（138）を参照。

157 このような理解にどのような意味があるかが問われるように思うが、前注（85）に挙げた昭和41年最判に対する谷田貝三郎「判批」民商法雑誌56巻１号（1967年）112頁では、持分価格の過半数を有する共有者が規定に従い自らが占有使用するなどの共有物の使用方法につき持分過半数決を行い、その旨を現占有共有者に「通告」したことによって、全面的に占有使用する権利を有するに至ったことに、判例がいう「明渡を求める理由」を見出すことができるとの解釈が示されており、局面に応じた理論的根拠を提供しうる。使用方法の決定を訴状送達の方法で現占有共有者に通知した事案のもとで同旨の理解に立つ裁判例として、神戸地判昭和37年７月25日下民13巻７号1563頁（民法第249条と第252条の関係について本文でみた星野の見解と相似した理解を示す）、その上告審である大阪高判昭和38年２月１日下民14巻２号153頁も参照。

しており[158]、これと足並みをそろえるように、法が当事者間に委ねた共有物の管理をめぐる自治的解決においても、権利濫用（民法第１条第３項）の枠組みを用いれば、たしかに、共有者の利害関係を調整し、柔軟な解決を導くことに資するようには思われる[159]。

しかしながら、本稿で検討したとおり、議決対象となる管理事項（管理行為）の内容に応じて考慮すべき要素も異なり、いかなる考慮要素のもとで誰のどのような権利行使が権利濫用となるかの判断は容易ではない[160]。多数持分権者の権利行使を画する規範の検討は、共有持分権（とくに使用収益権能）と管理権限とをめぐる民法第249条（と第252条との関係）の解釈論にも左右され、また、権利の濫用のような抽象的な規定の処理に委ねると、「ともするとその場その場の近視眼的な判断によって恣意的に解釈され、私権の存立を脅かし、ひいては私法秩序をみだすおそれ」[161]も生じうることから、将来の紛争リスクの予防のために結局は客観的な判断基準の確立が求められる。そもそも、権利濫用の枠組みでは、原則として意見

158　明渡請求の場面のほか、共有物分割の場面でも裁判所はさまざまな考慮要素を汲み取る工夫をみせていたことについて、吉田・前掲注（129）475-486、535-540頁。

159　権利濫用の効果として、他人の形式的な侵害行為を排斥する力がない（請求ができない）ことを導く以外にも、不法行為として損害賠償責任を生じさせる、あるいは、権利の行使として新たな法律関係を発生させるものである場合にはその法律関係が発生しないことを導くこともあると指摘されてきたことを踏まえると（我妻栄『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）35-36頁）、たしかに、持分過半数決の問題場面に適合的な処理が期待できる。

160　前注（100）のように、協議・通知を不要とする立場をとる佐久間でも、第２版では他の共有者の持分権の侵害することとなる決定（使用だけでなく収益までも排するような決定）が権利濫用になりうるとされていたものが、第３版では他の（現占有）共有者を害する目的でした決定が権利濫用になりうると改訂されている。そうすると、使用収益権能まで否定するような権利行使、害意のある権利行使、あるいは共有者の一部に権利行使の機会が確保されていなかったことでその者が不測の損害を被るような権利行使などが権利濫用と評価されうるが、その判断基準自体にも整理を要する。

161　我妻・前掲注（159）40頁。

表明や情報提供の機会の保障は不要であり、例外的にそれらの機会の確保が図られることにも注意を要する。

（2）解釈の方向性

そうすると、これまで検討してきた考慮要素・要因を踏まえると、やはり原則的に、少なくとも対象となる管理事項が共有物の使用（収益）方法にかかわりのあるものである場合には、各共有者には意見表明の機会の保障が図られるべきである。これには情報提供の機会の保障が含意され、実質的な「協議」がなされた場合には、それが意見表明（および情報提供）の機会の確保に当たる。「協議」が難しい特段の事情がある場合には、（民法第252条第２項第２号が想定する催告を参考に）少数持分権者を含めた審議・議決事項の通知と意向の聴聞・聴聞の機会の確保が要請される（その方式については簡便な方法によるものなど多様な方式が肯定されうる）。ただし、機会を設けたにもかかわらず、少数持分権者側の事情により（「協議」を含む）意見表明の機会の確保が困難となった場合などは、例外としてそれらは不要となるとの手立てがありうる[162]。

このように解した場合の効果面については、意見表明の機会が確保されなかった場合、持分過半数決は原則として効力を有しないと解した上で、硬直的な法解釈との非難を免れるために、決定の手続から排除された共有者が仮に意向を示していたとしても決定の結果に影響を及ぼさないと認めるべき事情があれば、手続の瑕疵は効力には影響がないものとして取り扱う（決定は有効になる）といった解釈の工夫が考えられる[163]。ただし、効力に影響がなくとも、上記の瑕疵は、関与（参加）の機会が確保されなかった共有者との関係では違法性を帯びる場合があり、（瑕疵を作出した多数

162　松中・前掲注（25）35頁によれば、会社法第106条本文をめぐる裁判例の傾向に同旨の視点がみられる。

163　このような判断枠組みについては、後注（178）も参照。

持分権者の）損害賠償責任が問題となる[164]。いずれにせよ、決定に関与（参加）できなかった共有者に対しては、（民法第253条第１項の義務をも生じさせる）その決定の効力は（事後の）「通知」（情報提供の機会の保障）をもって及ぶものと解してもよいように思われる[165]。

ただし、以上のように解すると、持分過半数権者（多数者）に少なからず負担と制約を課し、共同関係の規模が大きな場面や、所有者等不明の不動産をめぐる場面を想定すると、意思決定費用[166]が増大することで、適切な共有物の管理（円滑な利用等）が滞ることにもつながりかねない。

これらを考慮に入れると上述した解釈の方向性に躊躇を覚えるものの、少数持分権者には拒否権や異議権が与えられるわけでなく、あくまで同じ共有者として（管理権限の行使の態様について）意見表明の機会が確保されることを求めるものであるから、所在等不明・賛否不明共有者への規律も整えられた以上、多数持分権者にとっての負担は一定程度緩和されている（その反面、共有物の円滑な利活用や多数者の利益に対する配慮によって管理行為で行うことができる事項が明確化または充実化されている）。また、分割が許される共有では、（価格賠償を含めた）共有物分割による対処の途も残されている。加えて、新たに整えられた民法第249条第３項の善管注意義務との関係も今後議論を要するように思われる。共有物を使用する共有者は、他の共有者の持分（権）との関係では他人の物を管理していると考えることができることから、当該義務が導かれると解されてお

164　意見表明の機会が保障されなかったことによって何らかの不測の損害が生じた場合に不法行為責任が生じうると解した場合でも、前述したように、損害の見積もりや因果関係の立証は難しく、実際には害意のある場合や意図的な排除が問題となることから、殊更に多数持分権者に過度な負担やリスクを負わせるものとまではいえないように思われる。

165　もっとも、このような解釈の妥当性はなお検討を要するようには思われる。現占有共有者に対する持分過半数決の内容の通知が「明渡を求める理由」に当たりうることを示す前注（157）の視点も参照。

166　前注（143）の仲による「協議」を要するとした場合の問題点の指摘を参照。

り[167]、他の共有者の持分（権）の侵害にならないかたちで各自の権利を行使する（使用方法等の管理事項について決定し執行する）ことも善管注意義務の内容として捉えることができるかが問題となろう（情報提供の機会保障は民法第645条の報告義務との関係も問題となりうる）[168]。

もっとも、以上の理解は、主に共有物の使用方法の場面を念頭においたものであり、共有物の管理といってもさまざまな事項がそれに含まれうることから、その内容に応じて異なる考慮が必要になることも少なくないように思われる。

4．「共有観」と団体性、権限と権能

結局は、論者によって「共有観」[169]の理解に隔たりがあることが、「手続」をめぐる議論をより複雑にしている。分割が事実上難しい共有私道のような場合を念頭に置くか、所有者不明土地のような円滑な管理が望ましい共有地を念頭に置くか、あるいは相続に起因する共有関係を想定するかなど、共有の具体的な実態の理解にも隔たりがあるとともに、理念的にも、通常の共有における団体性の強弱（団体的結合関係と個人主義的色彩との相互関係）の理解などにも左右されるように思われる[170]。その理解に応じて、

167　村松＝大谷・前掲注（28）57頁。

168　本文でみた星野のように、現実の使用の割当ては管理事項の決定により具体化されると解する場合には、民法第252条第１項前段の意思決定の態様も、（他人の物の）使用収益態様の取り決めに関する善管注意義務の議論の俎上で捉えることができないかが問題となる。決議に向けた事前の招集通知の欠如が善管注意義務との関係で問題となりうる視点については、後注（178）も参照。ただし、民法第249条第３項にいう保存・使用に対する善管注意義務がどのような場面に適用されるものであるかは「よく分からない」との指摘もある。七戸・前掲注（129）111-112頁。大阪弁護士協同組合編『Ｑ＆Ａ所有者不明土地関連法』（ぎょうせい2022年）35頁〔余田博史担当部分〕も参照。

169　前注（105）を参照。また、本文（第３．２（１））で示した伊藤による指摘も参照。

170　たとえば、鎌田薫「共同所有―共有物の利用関係を中心に」法学教室171号↗

多数決の場面における「一種の手続的保障」の観点への比重の置き方にも違いが生じうる[171]。

「共有観」との関係では、より一般的に、「共有関係において各共有者が共有物の使用または管理についてどのような権利または権限を有しているのか」[172]という根本的な理解が改めて問題となることにはとくに注意を向けるべきであろう[173]。この点について、近時、共有（共同所有）に関する

↘（1994年）79頁のように、共有者集団をこえた団体を観念し、多数決によって団体意思の決定があるような理解がはたして可能であるのかといった批判が古くから立言されていた。花本広志「財産隔離論」北居功ほか『コンビネーションで考える民法』（商事法務、2008年）277頁なども参照。その一方で、吉田・前掲注（129）427頁は、共有を「分割を前提として過渡的・一時的な存在として捉える場合には、共有物の管理に関心が注がれることはない」ものの、「日本民法は、この領域における規律をある程度備えているという点で、共有の共同性・団体性にある程度配慮した立法」となっており、「日本民法のこの性格は、2021年民法（物権法）改正によって強化された」とみる。その理由は「この改正によって、管理に関する規定の詳細化・充実化が図られたからである」。「その内容は、共有状態の長期化を事実として認め、その合理化を図るために管理制度を充実するというところにある」との見方を示す。この点については、山田誠一「共有者間の法律関係―共有法再構成の試み（４）―」法学協会雑誌102巻７号（1985年）1353頁以下が指摘する日本民法の共有規定の二層構造（個人主義的な第一層と団体主義的な第二層）にも留意を要する。小粥・前掲注（４）545頁、同・前掲注（149）578頁も参照。

171　共有の一般的な規律をどのように捉えるかについては本文第２．１（１）(b)を参照。共有法理・団体法理・契約法理の相互の関係性も問題となる。この点につき、松本恒雄「団体法理・共有法理・契約法理」池田真朗＝吉村良一＝松本恒雄＝高橋眞『マルチラテラル民法』（有斐閣、2002年）56-77頁なども参照。

172　仲・前掲注（21）409頁は、会社法第106条本文の解釈論にも、民法の共有物の管理一般に通ずるこの視点が重要であることを示す。

173　この点について、佐藤康紀「『共有』物の使用及び管理に関する規律とその多元性―フランス法の展開を素材として（５・完）」法学協会雑誌138巻９号（2021年）1771～1775頁以下は、重要な視点を提供する。すなわち、日本民法では、使用収益方法についての協議が、管理の一種とされて、共有物の管理の問題に先送りされる「飛躍する」ことの問題点を示し、「使用」の問題と「管理」の問題を連続的に捉える日本民法の規律をフランス法の文脈から相対化して捉え直そうとする。この視角を踏まえれば、意思決定方法や手続の問題は、共有の法的性質や共同所有の類型論における共有の切り分け方の問題にも接合しうる。

基本問題として、「使用収益権能」と「管理権限」とを区別して共同所有における権利の帰属と行使の関係を捉えるという示唆的な視点が示されている。

すなわち、吉田克己は、管理概念を「使用・収益・処分（利用）の前提となる財産に関する事務処理であって、利用それ自体とは区別」し、「使用・収益・処分（利用）は、財産の諸効用の全部または一部の帰属に基づいて認められる。これに対して、管理は、帰属に基づく支配権能行使の前提条件を整えるためのものであって、帰属に直接に関係する観念ではない」として、両者を「異なる次元に属する観念と捉え」る[174]。この視点に倣えば、意思決定方法や手続の問題も、共有者各自に帰属する支配権能行使の前提条件を整えるための管理権限行使のあり方としてみたときにどのようなあり方が妥当であるか[175]、という問題（民法第249条と第252条の相互関係をいかに構成するかという問題[176]）として置き換えることができる[177]。

174　吉田・前掲注（129）143、403-404頁。ただし、この理解は、吉田が同書で提唱する所有権を帰属関係と支配の両面で捉える「《帰属＝支配》説」の構想のもとであることに注意を要する（135、422頁）。この視点がもつ意味については、吉田克己「リプライ」法律時報97巻1号（2025年）79-80頁、同「§1」山野目章夫編『新注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣、2018年）114-115頁も参照。

175　ただし、このように捉えたとしても、管理権限は、誰のいかなる利益に結びつき、何を根拠に生じ（発生原因は何か）、誰にどのようなかたちで属すると解すべきか、その機制のあり方について精査が必要となる。西脇秀一郎「共同所有の「階層的法構造」と権限および権能」法律時報97巻1号（2025年）67-68頁。

176　なお、協議（通知）不要説の立場をとる佐久間も、民法第252条（第1項前段）は「共有者の持分権を侵害することとなる決定を許容するものではない」としており、民法第249条との関係を意識した視点をみてとることができる。前注（100）を参照。「使用」と「管理」をめぐる問題に対しては、松尾・前掲注（124）209頁以下、佐藤・前掲注（173）1771-1775頁なども参照。

177　そもそも、広中俊雄『新版民法綱要 第1巻』（創文社、2006年）131-134頁は、権利の種別を説示する部分において、「管理権能」の項目を設けて、財産管理権を含む管理権能という上位概念を構成する意義を説いていた。広中によれば、「人は自己の権利を行使する権能ないし一般に自己の事務を処理する権能」を有し、これが「自主管理権能」であるところ、共有物の管理の問題でも、その基礎↗

敷衍すれば、この見方を参考に、《具体の問題状況において、（持分過半数権者以外の）共有者の関与を否定する（または情報提供の機会を欠く）管理権限の行使の（各々の場面での具体の）態様が、支配権能の前提条件を整えるものとして許されるか否か》が、民法第252条第１項前段の持分過半数決の適否において問題とされるべきである、として問題を捉えることができるとすれば、意見表明の機会の保障は、結局、各共有者に帰属する使用収益権能をもとに使用・収益を現実に割り当てるために（管理権限に基づく決定によって使用収益権能の内容を形成するために）、各共有者が管理権限を行使する機会を保障することと読み替えることもできる。

共有物の使用[178]方法の「協議」に対して星野にもみられた発想にも、これと相似する視角を見出すことができ、このような視点は、共有物の管

↘にあるのは「全体として共働的な自主管理権能」であり、「自主管理権能の一つの変形としての共有者の共働的管理権能」の帰属と行使が問題となる。なお、広中はここでの管理権能をいわゆる共益権とは別のものとみる。共益権はあくまで、共働的自主管理権能ないしはその基盤をなす共同所有に対する侵害または侵害の危険に対処するための手段としての「道具的権利」であるとし、管理機能をより本質的なものとみる（133頁注（４））。

178　なお、共有物の「使用」の用語法については、「各共有者の個人的需要のみを目的とする」ものを「使用行為」とし、これに対して、「共有物を全体として如何に利用すべきかの問題に関する」ものは「利用行為」である（「他人に賃貸すべきや又共有者自ら之に居住すること↘すべきや等の利用問題を決するのは利用行為である」）とする見解もあるが（末弘・前掲注（77）425頁〔この理解に依拠する七戸・前掲注（129）108頁も参照〕）、所有権の客体である物の諸効用を引き出すことを「利用」と捉えて、当該効用の帰属にかかわる使用・収益（事実的収益および法律的収益）・処分は「利用」に括ることができ、それを帰属にもとづく支配権能行使の前提条件を整える（帰属と直接に関係する観念ではない）「管理」（管理権限）と区別する見解もある（吉田・前掲注（129）140-144、403-404頁）。後者の考え方は、使用（利用）の現実の割当てを整えるものとして管理権限を捉えるという意味で、本文でみた星野の民法第249条第１項を「使用収益権の基礎および割合を定めた抽象的な規定」とみて、民法第252条第１項前段の協議・決定を介して「現実の使用収益権」が生じるとみる見方にも通底するように思われる。本稿では、管理権限の行使を介して現実の使用（・収益）の割当てをするという意味で、共有物の「使用方法」の語を用いている。

理をめぐる意思決定の方法・手続において、「協議」や意見表明または情報提供の機会の保障の要否を考える際にも、管理権限の行使の保障を図るという視角を提供し、看過してはならない問題把握の視点であろう。

5．多数決と「協議」

「協議」（または「通知」などの「関与」）の要否の問題は、意思決定方法として、多数決が認められることに対する少数者（権利者）の権利利益の保護をめぐる問題としても意識されることがある[179]。その際、共同所有者間の意思決定の局面において「コミュニケーション」という観点がどのような意義をもつと考えるべきかはなお検討を要する問題である。その機制の仕方や整序のあり方を考える際に、一見、非合理にみえるものであっても、改めて合理的なルールとして機能する可能性を示唆する視点として、共同所有一般をめぐる従来の議論では、とくに資源の共同の管理の場面等について、意思決定過程における「熟議」（による「合議」）[180] の意義が指

179　会社法第106条本文をめぐる議論は主にこの視点のもとで論争が展開されている。ただし、関与（参加）の機会保障の意義は、少数者の権利の保護だけに限られない。多数者の利益、共同関係全体（総権利者）の利益、客体（財）の効用的価値の増大、公共（公益）性の観点などを踏まえて、組織体としてのあるべき機制上あるいは他者との間で要請される義務（善管注意義務等）から導かれるものとして、手続保障の積極的意義を語ることも可能ではある。

180　「熟議」（「合議」）という用語は民法学上の解釈論においては馴染みが薄いようにも思われるが、（比較対象としての妥当性には留意を要するものの）「熟議合議」による決定プロセスの確保それ自体の法的意義を捉える東京高判平成30年10月17日金商1557号42頁は、株式会社（取締役会設置会社）の取締役が会社および総株主に対して「善管注意義務を負うべき地位」にあることを理由に、「複数の取締役の熟慮合議により経営上の重要事項を決定していくというプロセスを経ること」も善管注意義務の内容となり、「取締役の一部の者に対する取締役会の招集通知を欠くこと」が「複数の取締役による熟慮合議というプロセスを怠るという意味」において「善管注意義務のうちの基本的な義務の違反を構成する」と説く。当該判決は、上記の違反は原則として決議の無効を導くものの、通知を欠く取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき「特段の事情」があるときには、通知の欠如という瑕疵は決議の効力に影↗

摘されてきた[181]。共有の多様性を考慮に入れると、共有の一般的規律がどうあるべきか[182]は、翻って結局、（共有関係をめぐる争訟の実態にも注意しつつ）「共有観」をどのように見定めるべきかという問題に回帰しうるように思われる。

ところで、比較法的にみても、持分過半数決の際に意見表明の機会を要すると解することは特異なものとまではいえない[183]。たとえばドイツ法では、多数決における共有者の権利の保護のために、各共有者には議決権とは別に「聴聞を受ける権利」（“rechtliches Gehör”）があると解されてい

↘ 響がない（決議は有効になる）との判例（最二小判昭和39年８月28日民集18巻７号1366頁〔中小企業等協同組合〕、最三小判昭和44年12月２日民集23巻12号2396頁〔株式会社〕）の枠組みに則った上で、取締役の過半数による賛成があったものの一人株主の配偶者である支配株主取締役への通知を欠いた決議を無効としている。小菅成一「判批」嘉悦大学研究論集62巻２号（2020年）77頁注（14）なども参照。

181　棚澤能生＝名和田是彦「地域中間集団の法社会学―都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基盤」利谷信義＝吉井蒼生夫＝水林彪編『法における近代と現代』（日本評論社、1993年）442頁は「多数決という意思決定プロセスは現実には一体いかなる現象として確認されうるのか」という問いに対し、「さまざまな説得活動をつうじて「合意」を得ていくプロセスは、一種の多数決ではないか」ともいう。名和田是彦『コミュニティの法理論』（創文社、1998年）126-130頁も参照。岡田康夫「入会権の現代的活用」浦川道太郎先生＝内田勝一先生＝鎌田薫先生古稀記念論文集『早稲田民法学の現在』（成文堂、2017年）158頁も「少数者の意見を織り込みながら全体の利益を推進するアイディア」として「熟議」の意義に触れる。また、鈴木龍也「環境保全と入会訴訟―山口県上関町原発推進建設予定地入会訴訟を素材として」丸山徳次＝宮浦富保編『里山学のまなざし―＜森のある大学から＞』（昭和堂、2009年）172-173頁、同「入会の環境保全機能に関する一考察」牛尾洋也ほか編『琵琶湖水域圏の可能性』（晃洋書房、2018年）257-258頁、同「コモンズとしての入会」同ほか編著『コモンズ論再考』（晃洋書房、2006年）252頁注（17）なども参照。

182　改正審議の場における沖野眞已委員による問題提起が改めて重要となる。前注（39）参照。

183　民法起草時にも手続要件を定める諸外国の立法がみられたことについては、本文の第３．１（１）を参照。

る[184]。そのもとで保障される公正かつ客観的な聴聞の機会の確保は、適切な情報を得る機会の確保をも含意する一方で、単なる事後的な情報提供だけではその権利保障として十分ではないとも解されている[185]。ただし、それが確保されなかったとしても、常に決定の無効が導かれるわけではなく、通常は損害賠償請求の対象になるとされる[186]。

このように、日本民法第252条第１項前段の解釈論は、決定に反対した（あるいは関与していない）者にも法的拘束力を導く多数決の前提条件となる適切な「手続」とは何かを問うものとして、共有（持分権）の法的性質に関する総論的な問題にかかわるだけでなく、共同所有や団体・法人の多数決における（少数者の）権利保障の問題とも接合する広い射程をもつものとして、引き続き議論を続けていくべき[187]ものである。

なお、本稿ではくわしく検討できなかったが、（民法上の組合のような）頭数ではなく、持分価格に応じた議決要件が、手続の機制のあり方を考える際にどのような影響を有しうるか[188]にも留意を要する。また、共有物

184　Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar zum BGB,9. Aufl., 2024., §§744,745 Rn. 19, Rn. 33., Markus Gehrlein, in: BeckOK BGB, Wolfgang Hau/Roman Poseck,71. Ed., 2024., §745 Rn. 5., Ingo Saenger,in: HK-BGB, Reiner Schulze, 12. Aufl., 2024., §745 Rn. 2. 聴聞を受ける権利に言及する先行研究として、上河内・前掲注（80）102-103、119頁、同「改正共有法の検討―持分を超えた共有物の使用を中心に」鳥谷部茂先生＝伊藤浩先生古稀記念『民事法改革の現代的課題』（信山社、2023年）46-47頁、伊藤・前掲注（110）131、135頁。

185　K.Schmidt, a. a. O.（N.184）§§744, 745 Rn.19, Rn. 33.

186　Gehrlein, a. a. O.（N.184）§745 Rn. 5., Saenger, a. a. O.（N.184）§745 Rn. 2. 第三者の保護のため、聴聞を受ける権利の侵害が直ちに決定の瑕疵をもたらすものではないと解されているようであるが、K. Schmidt, a. a. O.（N.184）§§744, 745 Rn. 19, Rn. 33. は決議の無効を導く解釈を志向する。上河内・前掲注（80）102頁によれば、分割請求権が排除されている場合に少数者に分割請求権を付与する処理も認められている。上河内・前掲注（184）47頁も参照。

187　2021年改正民法の第252条第１項前段のもとでも、協議の要否をめぐる解釈論については、引き続き議論を続けていくべきことを指摘するものとして、秋山・前掲注（129）84頁も参照。

188　2021年改正民法の審議におけるその点の指摘につき、本文の第２.１（１）(c)。

の管理の規律は、準共有にも準用される（民法第264条）。冒頭で示した株式の準共有に加え[189]、債権、信託受益権、担保物権などの財産権の準共有も実際上は珍しくないことからすれば[190]、この問題の考察は、より一層広い射程をもったものとなることを付記しておきたい。

【付記】

本稿はJSPS科研費（JP21K13214〔若手研究〕）、龍谷大学社会科学研究所共同研究プロジェクト（2021年度-2023年度「地域特性に基づく地域・森林資源管理の法理論研究」〔研究代表者：牛尾洋也〕）、龍谷大学社会科学研究所共同研究プロジェクト（2024年度-2026年度「生物多様性保全の実効性を高めるための新たな学術的アプローチに関する研究」〔研究代表者：谷垣岳人〕）の助成を受けた研究成果にもとづく。

189　前注（26）で示したとおり、本稿では検討対象を限定したが、より多角的な視点から考察するためには、商法学（会社法学）上の株式の準共有の場面での「協議」をめぐる議論を踏まえた検討も必要となる。また、共有（準共有）における意思決定の問題に関連する裁判例についても詳細な検討はできておらず、これらについては他日を期したい。

190　第一東京弁護士会家事法制委員会・司法制度調査委員会編『Q＆A・事例解説 令和５年４月施行対応 民法等改正の実務ポイント』（新日本法規、2022年）33頁。