

## 共有制度の見直し（2）

## 第1 共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法

## 1 催告をしたが異議を述べない共有者がいる場合

## (1) 対象となる行為等

催告をしたが異議を述べない共有者がいる場合に関し、次の各案のいずれをとるべきか。

【甲案：対象に変更行為全般を含む案】

① 共有者全員の同意を要する共有物の変更について異議があるときは相当の期間内に異議を述べるべき旨を共有者に対して催告した場合において、当該共有者がその期間内に異議を述べなかったときは、異議を述べなかった共有者以外の共有者全員の同意を得て、当該変更行為をすることができる。

② 共有物の管理に関する事項（①の変更を伴うものを除く。）を決することについて異議があるときは相当の期間内に異議を述べるべき旨を共有者に対して催告した場合において、当該共有者がその期間内に異議を述べなかったときは、当該管理に関する事項については、異議を述べなかった共有者の持分以外の持分の価格に従ってその過半数で決することができる。

【乙案：対象を持分の過半数で決することができるものに限る案】

共有物の管理に関する事項（共有者全員の同意を要する変更行為を除く。）を決することについて異議があるときは相当の期間内に異議を述べるべき旨を共有者に対して催告した場合において、当該共有者がその期間内に異議を述べなかったときは、当該管理に関する事項については、異議を述べなかった共有者の持分以外の持分の価格に従ってその過半数で決することができる。

## (2) 他の要件（最低限の同意）

【前記(1)で甲案をとる場合には】持分の価格の過半数を超える者の同意がなければ共有者全員の同意を要する変更行為をすることができないとし、【前記(1)で甲案又は乙案のいずれをとった場合でも】持分の価格の3分の1を超える持分を有する者の同意がなければ管理に関する事項（共有者全員の同意を要する変更行為を除く。）を決することができないとすることについて、どのように考えるか。

## (3) 法的構成等

法的構成等に関し、次の各案のいずれをとるべきか。

【甲案】 裁判所の決定があつて初めて、前記(1)の効果が生ずることとし、その決定の前提として、催告は裁判所が行うこととする。

【乙案】 前記(1)の要件があれば、当然に前記(1)の効果が生ずることとし、催告も共有者が行うこととする。

2 所在等が不明である共有者がいる場合

(1) 所在が不明である共有者がいる場合

所在が不明である共有者がいる場合において、異議があるときは相当の期間内に異議を述べるべき旨を公告したが、当該共有者がその期間内に異議を述べなかつたときは、前記1と同様の仕組みをとることで、どうか。

(2) 知ることができない共有者がいる場合

知ることができない共有者がいる場合において、異議があるときは相当の期間内に異議を述べるべき旨を公告したが、当該共有者がその期間内に異議を述べなかつたときは、前記1と同様の仕組みをとることで、どうか。

○中間試案第1、1(3)「共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法」

(3) 共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法

共有物の管理に関する行為（共有者が共有持分を喪失する行為は含まない。①及び②において同じ。）についての同意取得の方法に関し、次のような規律を設ける。

① 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。

② 共有者は、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、一定の期間を定めて、他の共有者に対し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公告をすることができる。

③ 変更又は処分（共有者が共有持分を喪失する行為は含まない。）につき①の催告又は②の公告がされた場合において、他の共有者が、その期間内に催告又は公告をした共有者に対して確答をしないときは、催告又は公告をした共有者は、確答をしない共有者以外の共有者全員の同意を得て、当該変更又は処分をすることができる。

④ 変更又は処分以外の管理に関する事項につき①の催告又は②の公告がされた場合において、他の共有者が、その期間内に催告又は公告をした共有者に対して確答をしないときは、当該管理に関する事項については、確答をしない共有者の持分以外の持分の価格に従つてその過半数で決することができる。

(注1) 「共有物の管理に関する行為」には、共有物の変更行為及び処分行為（民法第251条参照）並びに管理行為（同法第252条本文参照）のいずれもが含まれる。ただし、本文のとおり、共有者が共有持分を喪失する行為には、①から④までの規律は適用しない。

(注2) ②の「他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき」が認められるためには、必要な調査を尽くしても、共有者の氏名又は名称やその所在を知ることができないときをいう。また、共有者が法人である場合には、その本店及び主たる事務所に判明せず、かつ、代表者が存在しない又はその所在を知ることができないときに、「共有者の所在を知ることができない」ときに該当することを想定している。

(注3) 法的構成については、①から④までの要件を充たせば当然に効果が生ずるとの案と、①から④までの要件を充たした上で、裁判所が③の確答をしない共有者以外の共有者全員の同意を得て当該変更又は処分をすることができる旨の決定、又は④の確答をしない共有者の持分以外の持分の価格に従ってその過半数で決することができる旨の決定をしなければその旨の効果が生じないとの案がある。

なお、①から④までの要件を充たせば当然に効果が生ずるとする案をとる場合において、紛争を防止する観点から、①から④までの要件を充たしたことを公的機関が証明する制度を設けることの是非については、引き続き検討する。

(補足説明)

## 1 基本的な考え方

試案第1の1(3)では、共有者の中に変更行為や管理行為をすることについて無関心である者がある場合や所在等が不明である者がある場合に変更行為及び管理行為をする方法について提案したところ、パブリック・コメントでは、制度を創設すること自体に賛成する意見が多数を占めた。もっとも、その具体的な内容については、種々の意見があったため、本資料では、個々の論点ごとに意見を取り上げて検討している。また、試案では、共有者の所在が不明であるケースと共有者が不特定であるケースとを区別していなかったが、問題となる状況が異なると考えられるため、本資料では区別して検討することとしている。

## 2 催告をしたが異議を述べない共有者がいる場合

### (1) 対象となる行為について

ア 試案第1の1(3)では、共有持分の喪失を伴うものを除き、変更及び処分行為をその対象とすることを提案していた。

パブリック・コメントにおいては、これに賛同する意見も多くあった。他方で、特に、共有物を長期間賃貸することを念頭に、変更及び処分行為まで認めることは共有者に与える影響が大きいこと、変更行為のうち一部については持分の価格の過半数により決することができるとするのであれば(試案第1の1(1)(注5)参照)、その一部についてのみ対象とすれば足りること等を理由に、共有持分の喪失を伴う行為を除く変更及び処分行為の全てを対象とすることに反対する意見も多くあった。

イ 意見が分かれ得る行為としては、前記のとおり、共有物を第三者に賃貸する行為がある。共有物を第三者に賃貸した場合には、その後、共有者間で賃貸借契約を解除するとの決定をしたとしても、第三者に解除事由がない限り、その契約を解除

することはできない。そのため、第三者との間で長期間の賃貸借契約が締結されると、仮に、所在等不明の共有者がその後に現れたとしても、通常、その共有物を利用することはできない。このようなことは、建物所有目的の土地の賃貸等や建物の賃貸等でも生じ得る。

また、例えば、共有権が及ぶ土地の範囲を変動させる効力を有する行為（共有権が及ぶ土地の範囲を確定させるいわゆる所有権の境界の確認行為）のほか、改良行為に該当しない変更行為（部会資料27の1参照）や、物理的変更を伴い多額の負担を負わせることになる変更行為も、共有者に大きな影響を与える可能性があるものであり、意見が分かれ得ると思われる。

ウ 他方で、これらの行為をするために上記の新たな仕組みが必要となるケースが実際にあることは否定できないとも考えられる。

以上を踏まえ、ここでは、これらの行為を含む趣旨で変更行為全般を対象とする【甲案】と、変更行為等が必要となるケースでは持分の集約を図った上でこれを行うべきであるとして、前記の各行為を除く趣旨で、共有者全員の同意を要するものを除く変更行為のみを対象とする【乙案】とを提示している。【乙案】をとる場合には、所在等が判明している共有者が同意しない場合には共有物分割を実施し、所在等が不明である共有者がいる場合には共有物分割や第2で検討している仕組みを利用するなどして持分の集約を先行させた上で、このような賃貸等を行うことになる。

エ なお、試案では、変更行為に加え、「処分」行為も対象とするとしていた。これは、長期間の賃貸借は実質的に処分行為に該当すると説明する学説を念頭に、分かりやすさの観点から記載していたものであるが、民法第251条では処分の用語を用いていないし、処分行為という場合には、通常は、権利の帰属を変更させる行為、共有に即していれば、共有持分権の帰属の変更を意味するため、本資料では用いないこととしている。もっとも、【甲案】は実質において試案と同様であり、その対象となる行為には、長期間の賃貸行為のほか、共有権が及ぶ土地の範囲を変動させる効力を有する行為も含まれる。

オ また、試案では、共有物の変更行為等について同意するかどうかを催告すべき旨の催告をすることとしていたが、催告を受けた者がこれに応じなかった場合の効果を、当該行為について同意したものとみなすこととはしていないこと等を踏まえ、本資料では、変更行為等について異議があればそのことを告げることを催告することとしている。

## (2) 他の要件（最低限の同意）

試案では、変更行為又は管理行為をすることについて、異論を述べなかつた者以外の持分によりその可否を定めることとしていたが、特に、最低限必要な同意の持分割合は設定していなかった。

もっとも、この案では、異論を述べなかつた者の持分割合によっては、僅少の持分しか有しない者の同意のみにより変更行為や管理行為をすることができることになるが、僅少の持分により決定することができることを認めることは多数決によって共有物の管理を決定することの正当性を疑わせることになりかねない。多数決による意思

決定を導入している会社法等でも、いわゆる定足数を設定し、意思決定の正当性を確保している。パブリック・コメントにおいても、持分価格等による最低賛成条件を設けるべきとの指摘があった。

そこで、ここでは、持分の価格の過半数を超える者の同意がなければ変更行為をすることができないとし、持分の価格の3分の1を超える持分を有する者の同意がなければ変更行為及び管理行為をすることができないとすることを検討することとしている（なお、現行民法は、持分の価格により決することとし、共有者の頭数により決することとしていないので、共有者の頭数は問題とはしていない。）。

（参考）

## ○ 会社法

（株主総会の決議）

第三百九条 株主総会の決議は、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う。

2 前項の規定にかかわらず、次に掲げる株主総会の決議は、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（三分の一以上の割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない。この場合においては、当該決議の要件に加えて、一定の数以上の株主の賛成を要する旨その他の要件を定款で定めることを妨げない。

一～十二 （省略）

3 前二項の規定にかかわらず、次に掲げる株主総会（種類株式発行会社の株主総会を除く。）の決議は、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の半数以上（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）であつて、当該株主の議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない。

一～三 （省略）

4 前三項の規定にかかわらず、第九十九条第二項の規定による定款の定めについての定款の変更（当該定款の定めを廃止するものを除く。）を行う株主総会の決議は、総株主の半数以上（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）であつて、総株主の議決権の四分之三（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない。

5 （省略）

### （3）法的構成等

ア 試案では、一定の要件を充たせば当然に効果が生ずるのか、それとも、最終的には裁判所での決定により効果が生ずるのかについて両論を掲げていたが、パブリック・コメントでは、裁判所の決定により効果が生ずべきとの意見が比較的多くあった。

イ 集团的決定を採用する他の法制をみると、例えば、株主総会による決定では、招集など一定の手續がとられ、一定の定足数を満たした上で、議決権の多数による決議がされれば、裁判所の関与がなくても、それによる効果が生ずることとされている（会社法第296条以下、第309条等）。区分所有法における管理組合の集会

による決定も、招集など一定の手続をとった上で、区分所有者及び議決権の多数による決議がされれば、それによる効果が生ずる（建物の区分所有等に関する法律第34条以下、第39条等）。

また、現行民法では、共有物の管理に関する事項について、招集などの手続を要せず、各共有者の持分の価格の過半数の決定が得られれば、裁判所の関与なく、それによる効果が生ずることとされている。

以上のような法制は、集会や決議の在り方を基本的には当事者間の自治に委ねているものと思われるが、このような考え方を前提とすると、前記(1)の仕組みをとる場合にも、裁判所の関与を必要としないとの意見も考えられる。

ウ もっとも、現行法の規律が基本的な仕組みであると位置付けた上で、意思決定が困難な場合について、例外として、異議を述べなかつた者以外の者の多数決による決定の仕組みを導入し、現行法の規律を緩め（団体的拘束を強める）、異議を述べなかつた者の持分を除外する（失権させる）のであれば、それに見合うだけの手続の適正を確保する必要があるとも考えられる。そして、そのような観点からは、手続の適正を確保するため、公示催告等の手続を参考に、裁判所の決定を要求すべきとも考えられる。

エ また、パブリック・コメントにおいては、取引の相手方から求められた場合など、適式な手続がとられたこと等を立証することが必要となる場面があるとして、公的機関による証明を求める意見が少なくなく、そのような観点から、裁判所の決定を求める意見もあったが、裁判所以外の公的機関による証明を求める意見もあった。

オ 以上を踏まえ、本資料では、裁判所の決定によって効果が生ずるとする【甲案】と、裁判所の決定によらずに効果が生ずるとする【乙案】とを提示している。

なお、【甲案】を採用する場合には、裁判所が本文1(1)等の要件のほかに、変更行為や管理行為の相当性についても判断すべきかが問題となる。パブリック・コメントの中には、手続が適正であること自体のほかに、当該行為が相当なものかどうか裁判所が判断すべきとの指摘があった。

そこで改めて検討すると、【甲案】は、当該行為そのものを許可するものではなく、飽くまでも当該行為の是非を異議を述べない共有者以外の共有者の判断に委ねるものであるとすると、その判断の主眼は異議を述べない共有者を意思決定から除外するかどうかであり、当該行為の是非そのものではないから、その相当性を判断すべきではないと考えられる。また、仮に、裁判所がその相当性を判断するとしても、催告をしても特段の異議を述べなかつた場合に、特定の変更行為や管理行為が相当でないという判断を裁判所がすることが実際にあるのかといった問題があると思われる。

### 3 所在等が不明である共有者がいる場合

#### (1) 所在が不明である共有者（所在不明共有者）がいる場合

所在不明共有者がいる場合にも、公告をした上で、本文1と同じ仕組みをとることに賛成する意見が多数であった。

#### (2) 知ることができない共有者（不特定共有者）がいる場合

不特定共有者がいる場合にも、公告をした上で、本文1と同じ仕組みをとることに

賛成する意見が多数であった。

ただし、共有者を知ることができない場合には、そもそも、不特定共有者の数やその持分も不明であり、その結果、判明している共有者の持分も不明であるケースがあり得る。このようなケースでは、仮に、本文1(1)と同じ仕組みをとっても、同意をした共有者の持分の価格等が判明しないため、不特定共有者以外の共有者の持分の価格の過半数が立証できず、実際の利用は難しいと考えられる（最低限の同意を要求する場合も、同様の問題は生ずる。）。共有物が不動産である場合にこのようなケースが生じたときは、不特定共有者の持分を他の共有者等が取得して共有関係の解消を図るか、不特定共有者の持分に関して所有者不明土地管理人等の選任を受けた上で、共有関係の解消を図るかして対処することになると考えられる（持分取得等に関する問題については、後記第2の2及び第2の3参照）。

(3) 共有者の所在等が不明であること（所在等不明）の意味

ア パブリック・コメントに寄せられた意見では、公告等の対象となる所在等不明について、その具体的な内容や、探索の方法について明確にすべきとの指摘があった。

所在等不明の要件及びその認定の在り方は、法的構成、具体的には裁判所による決定を必要とするかどうかによって左右されると考えられる。例えば、前記本文1(3)における裁判所による決定を要するとする【甲案】は、基本的には、所在等不明かどうかを適切に認定することができるのは裁判所であることを主な理由とするものであるが、現行法において裁判所が認定しているのは、表意者が相手方の所在を知ることができないこと（民法第98条）や当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れないこと（民事訴訟法第110条）であり、これらの要件が認められるための探索方法については明文の規定がなく、裁判所が事案に応じて適切に認定している。これを前提とすると、探索方法等も、裁判所が事案に応じて適切に判断すべきということになると考えられるが、例えば、対象物が不動産であり、所有者が自然人である場合に、所在を知ることができないとの要件を認定するためには、パブリック・コメントでは異論もあったものの、その所有者の権利を不当に害すべきではないとの観点から、少なくとも、登記簿上及び住民票上の住所に居住していないかどうかを調査する（所有者が死亡している場合には、戸籍を調査して、その戸籍の調査で判明した相続人の住民票上の住所を調査する）ことが必要になると考えられる（法人のケースについては、後記イ参照）。

また、今回提案している仕組みは、不動産に限って設けるものではなく、登記制度や登録制度のない共有財産も対象となるため、その探索方法を予め定めることは實際上難しいと言わざるを得ない。

イ なお、試案では、共有者が法人である場合には、その本店及び主たる事務所が判明せず、かつ、代表者が存在しない又はその所在を知ることができないときに、「共有者の所在を知ることができない」ときに該当することを想定しているとしていた。

もっとも、代表者が存在しない場合には、前記1の催告をすることができないとも考えられる（法人に対する意思表示は、一般に、書面等が本店又は主たる事務所に着すれば、その法人に到達したものと扱われるが、本店又は主たる事務所に書

面等が到着しても、その法人に代表者が存在しなければ、到達したものと扱うことができないと考える余地がある。)。この考え方を前提とすると、共有者が法人である場合には、①本店（主たる事務所）が判明せず、かつ、代表者の所在を知ることができないとき（具体的には、代表者が法人の登記簿上及び住民票上の住所に居住していないかどうかを確認することになると考えられる。）と、②本店（主たる事務所）が判明するかどうかにかかわらず、代表者が存在しない（具体的には、法人の登記簿上の代表者が死亡しているケースが考えられる。）ときが、公告等の対象となる所在等不明であるとするのが考えられる。

#### 4 その他（催告期間等）

- (1) 催告や公告を受けた共有者が異議を述べなければ、対象となった行為との関係ではその持分が除外されるという効果を生ずることからすると、催告や公告を受けた共有者の利益を保護するため、いつまでに異議を述べるべきかを明確にしておく必要がある。パブリック・コメントに寄せられた意見でも、催告期間及び公告期間を法定すべきであるとの指摘があった。

催告期間及び公告期間を法定するとした場合に、あまりに長期間にすると共有物の管理に支障を来すことになる。他方で、催告又は公告に係る行為について疑問等がある場合には差し当たり異議を述べれば足りるのであり、異議を述べること自体にそれほど負担は生じないと考えられることからすると、例えば、催告が到達した時又は公告がされた時から1月とすることが考えられる。

- (2) また、本文1(3)で、甲案（裁判所の決定があつて初めて、効果が生ずるとの案）を採用する場合には、管轄裁判所が問題となるが、土地管轄は、共有物の所在地とすることが考えられる。また、非訟事件では、民事訴訟とは異なり、通常、管轄裁判所は一つであるが、今回の仕組みが利用される主な場面としては不動産が共有である場合が想定されることを踏まえ、事物管轄は、不動産の事件を基本的に取り扱うこととされている地方裁判所（裁判所法第24条第1号）とすることが考えられる。

さらに、認容決定に対する催告や公告を受けた共有者による事後的な取消しを認めるかどうかについて検討することが考えられるが、そのような取消しを認めると法的安定を欠くことになる。事後的な変更は、管理に関する事項の一般的なルールに従って行うことになると解される。

なお、認容決定に対する不服申立て方法としては、決定の効力が生じた時から2週間以内にする即時抗告（非訟事件手続法第66条及び第67条）のほか、再審（同法第83条）が考えられる。

## 第2 不動産の持分の取得

### 1 所在不明共有者がいる場合

#### (1) 法的構成等について

所在不明共有者の不動産の共有持分の取得につき、次の各案のいずれをとるべきか。

【甲案：持分取得の効力が生ずるのに裁判所の決定を要するとの案】

不動産が数人の共有に属する場合において、共有者が他の共有者の所在を

知ることができないときは、その共有者は、当該他の共有者の持分の時価として裁判所が認めた額の金銭を供託した上で、裁判所の決定により、当該他の共有者の持分を取得することができる。

【乙案：持分取得の効力が生ずるのに裁判所の決定を要しないとの案】

不動産が数人の共有に属する場合において、共有者が他の共有者の所在を知ることができないときは、その共有者は、当該他の共有者の持分の時価として相当な額の金銭を供託した上で、当該他の共有者に対し、持分を譲渡すべきことを請求すれば、裁判所の決定を経ることなく、当該他の共有者の持分を取得することができる。

(2) 所在不明共有者以外の共有者が複数いる場合の処理

所在不明共有者以外の共有者が複数いる場合の処理に関し、次の各案のいずれをとるべきか。

【甲案：所在不明共有者以外の共有者全員の同意を要件としない案】

① 持分取得を請求する共有者が複数あるときは、その共有者は、所在不明共有者の持分を按分して取得する（取得する持分の割合は、希望する共有者の持分の価格の割合に応じて所在不明共有者の持分の割合を按分して得た割合とする）。

② 他の共有者が当該他の共有持分の取得を希望する場合には、一定の期間内に申出をすべき旨を公告し、かつ、登記上の共有者に対してその旨を通知しなければならない。

【乙-1案：所在不明共有者以外の共有者全員の同意を要件とする案（取得の対象は所在不明共有者の持分のみとする案）】

所在不明共有者の持分を共有者が取得するためには所在不明共有者以外の共有者の同意を得なければならない。

【乙-2案：所在不明共有者以外の共有者全員の同意を要件とする案（取得の対象は不動産の全部とする案）】

所在不明共有者以外の共有者の同意を得て共有者の1人が不動産の全部を取得することができる（所在不明共有者の持分のみを取得することはできない）。

(3) 公告の手続について

持分取得の効果を発生させるためには、共有者は、所在不明共有者に対して一定の期間までにその権利を主張すべき旨を公告しなければならず、その期間は、3月を下ってはならないものとし、権利が主張されれば持分取得は認められないものとすることで、どうか。

○中間試案第1、2(2)「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」

(2) 所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

(前注)ア及びイの「不動産が数人の共有に属する場合」には、不動産が遺産共有の状態にある場合及び不動産につき通常の共有と遺産共有が併存している場合

は、含まれない。これらの場合については、第4の3(3)で検討している。

ア 所在不明共有者の不動産の共有持分の取得等

所在不明共有者の不動産の共有持分の取得等に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

【甲案】① 不動産が数人の共有に属する場合において、共有者の所在を知ることができないときは、当該共有者（以下「所在不明共有者」という。）以外の共有者の一人は、所在不明共有者の持分の時価（bの請求をする場合にあっては、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額）として相当と認められる金額を供託して、所在不明共有者に対し、次の請求をすることができる。

a 所在不明共有者の持分を自己に譲り渡すべきこと

b 所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得て不動産の所有権を第三者に譲渡することができる権限を自己に付与すべきこと

② ①aの請求により、請求をした共有者が所在不明共有者の持分を取得したときは、所在不明共有者は、請求をした共有者に対し、所在不明共有者の持分の時価相当額の支払を請求することができる。

③ ①bの請求により権限が付与された共有者が不動産の所有権を第三者に譲渡した場合には、所在不明共有者は、権限が付与された共有者に対し、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額の支払を請求することができる。

(注1) 【甲案】は、①及び②の要件並びに（後注）で検討する要件を充たして、共有者が請求をすれば、当然に持分の取得等の効果が生ずるとするものである。

(注2) 【甲案】において、①aによる持分の取得等の効果が生じた場合に、請求をした共有者が所在不明共有者の持分について移転登記を備える方法として、請求をした共有者による単独申請とし、登記官において、添付情報として提供された①の要件及び（後注）で検討する要件を充たすことを証する情報（その内容については、政令等で定めることが考えられる。）を審査して、請求をした共有者への所在不明共有者の持分の移転の登記をすることができるものとするについて、引き続き検討する。

(注3) 【甲案】において、①bによる権限付与等の効果が生じた場合に、第三者に所在不明共有者の持分を含めて共有者全員の持分について移転登記を備えさせる方法として、①及び（後注）で検討する要件を充たす場合には、請求をした共有者が所在不明共有者の持分の移転に係る登記を備えるために必要な行為をする権限を有するものとし、請求をした共有者及び

第三者（他の共有者がある場合にあっては、請求をした共有者及び他の共有者並びに第三者）との共同申請により、登記官において、添付情報として提供された①の要件及び（後注）で検討する要件を充たすことを証する情報（その内容については、政令等で定めることが考えられる。）を審査して、第三者への共有者全員の持分の全部移転の登記をすることができるものとするについて、引き続き検討する。

（注4）【甲案】①の請求権を行使する方法をどのような方式とするのかについては、（注2）及び（注3）において、所有権移転登記手続請求訴訟において請求認容判決を得る方法以外の方法による登記手続を認めることの是非を踏まえながら、引き続き検討する。

【乙案】① 不動産が数人の共有に属する場合において、共有者の所在を知ることができないときであって、当該共有者（以下「所在不明共有者」という。）以外の共有者の一人から請求があるときは、裁判所は、請求をした共有者に所在不明共有者の持分の時価（bの処分をする場合にあっては、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額）として相当と認められる金額を供託させて、次の各処分を命ずることができる。

a 所在不明共有者の持分を請求をした共有者に取得させること

b 所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得て不動産の所有権を第三者に譲渡することができる権限を請求をした共有者に付与すること

② ① a の処分により請求をした共有者が所在不明共有者の持分を取得したときは、所在不明共有者は、請求をした共有者に対し、所在不明共有者の持分の時価相当額の支払を請求することができる。

③ ① b の処分により権限が付与された共有者が不動産の所有権を第三者に移転させたときは、所在不明共有者は、権限が付与された共有者に対し、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額の支払を請求することができる。

（注5）【乙案】は、裁判所による決定があつて初めて持分の取得等の効果が生ずることを前提とし、この裁判所による決定は、性質上、訴訟事件ではなく、非訟事件とするものである。

（注6）【乙案】において、裁判所が① a の決定をした場合に、請求をした共有者が所在不明共有者の持分について移転登記を備える方法として、裁判所が① a の決定をする際に請求をした共有者に所在不明共有者の持分の移転に係る登記を備えるために必要な行為をする権限を付与することとし、その権限が付与されたことを証する情報を添付情報として提供するこ

とにより、請求をした共有者の単独申請で所在不明共有者の持分の移転の登記をすることができるとの案について、引き続き検討する。

(注7) 【乙案】において、裁判所が①bの決定をした場合に、請求をした共有者が第三者に所在不明共有者の持分を含めて共有者全員の持分について移転の登記を備えさせる方法として、裁判所が①bの決定をする際に、請求をした共有者に所在不明共有者の持分に係る登記を備えるために必要な行為をする権限も付与することとし、裁判所においてその権限を付与する処分がされたことを証する情報を添付情報として提供することにより、請求をした共有者及び第三者（他の共有者がある場合にあっては、請求をした共有者及び他の共有者並びに第三者）との共同申請で、第三者への共有者全員持分の全部移転の登記をすることができるものとするについて、引き続き検討する。

#### イ (省略)

(後注1) 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、必要な調査を尽くしても、共有者の氏名又は名称やその所在を知ることができないときをいう。また、共有者が法人である場合には、その本店及び主たる事務所が判明せず、かつ、代表者が存在しない又はその所在を知ることができないときに、「所有者の所在を知ることができない」ときに該当することを想定している。

所在を知ることができないかどうかの調査方法については、少なくとも、①所有者が自然人である場合には、登記簿上及び住民票上の住所に居住していないかどうかを調査する（所有者が死亡している場合には、戸籍を調査して、その戸籍の調査で判明した相続人の住民票を調査する）ことや、②所有者が法人である場合には、イ) 法人の登記簿上の所在地に本店又は主たる事務所がないことに加え、ロ) 代表者が法人の登記簿上及び住民票上の住所に居住していないか、法人の登記簿上の代表者が死亡して存在しないことを調査することが想定されるが、その他にどのような調査を行うのかや、その在り方については、その判断をどの機関が行うことになるのかを含め、引き続き検討する。

また、自然人である共有者が死亡しているが、戸籍を調査しても相続人が判明しない場合と戸籍の調査によって判明した相続人が全て相続放棄をした場合について、民法第951条以下の手続（この手続を経れば、特別縁故者がいない限り、他の共有者は持分を無償で取得することができる。民法第255条）を経ずに、ア及びイの制度を利用して有償で他の共有者の持分を取得することが可能とするについては、特別縁故者が存在し得ることを念頭に、慎重に検討する。

(後注2) 供託金の法的性質は、所在不明共有者又は不特定共有者の時価請求権又は按分額請求権についてのものであり、併せて併合供託と位置付ける。時価請求権又は按分額請求権の額につき争いがある場合には、最終的には、訴訟でその額を確定する。所在不明共有者又は不特定共有者は、請求することができる額が供託金額を超えると判断した場合には、訴訟でその差額を請求することができる。

(後注3) 持分の取得等の効果が生ずるためには、その旨の公告をしなければならないものとするとともに、その公告から一定の期間(例えば、3か月)を経ても、異議の申出がないことを、効果が生じるための要件とする方向で検討する。

なお、具体的な公告の手続については、アの【甲案】と【乙案】の採否を踏まえて検討する。

(後注4) 他の共有者が同様に請求権を行使する機会を保障する観点から、他の共有者が公告から一定の期間内に同様に請求権を行使した場合には、請求した共有者らは、その持分の価格に応じて、所在不明共有者又は不特定共有者の持分を按分して取得するものとするについて、引き続き検討する。

また、請求をした共有者以外の共有者の上記の機会を保障する観点から、①請求をした共有者以外の者も所在不明共有者又は不特定共有者の持分の取得を希望する場合には、一定の期間内に申出をすべき旨を公告すること、②登記がされている共有者には、公告とは別に、その登記上の住所に宛てて通知をすることについて、引き続き検討する。

なお、具体的な公告の手続については、アの【甲案】と【乙案】の採否を踏まえて検討する。

(後注5) (省略)

(補足説明)

## 1 制度の創設について

試案第1の2(2)では、共有者の中に所在不明共有者がいる場合に、それ以外の共有者が所在不明共有者の持分に相当する金銭を供託した上で、その持分を取得する制度の創設を提案したところ、パブリック・コメントでは、制度を創設することについては賛成する意見が大勢を占めた。

## 2 法的構成について

(1) 持分取得について事前に裁判所の決定を要するかどうかについて、パブリック・コメントにおいては、所在不明共有者の利益が不当に害されないようにするために、その供託金の額や所在が不明であることを適正に認定した上で、持分の取得を認めるべきであるなどとして、裁判所の決定を要するとの意見が大勢を占めた。他方で、手続の負担が重くなること等を理由に、裁判所の決定は不要であるとの意見もあった。

(2) 不動産の持分の移転を実現し、持分の集約という目的を達するためには、少なくとも移転登記を完了しなければならない。そのため、この制度の仕組みを設ける際には、実体法上の効果の発生とその移転登記手続の両面からの検討が必要となる。

裁判所の手続負担が重いこと等を理由に、裁判所の手続を経ることなく実体法上の効果を生じさせる本文(1)【乙案】は、登記手続の段階では、登記所において審査をし、単独申請による所有権の移転の登記を認めることとするもの(そうでなければ、裁判所の手続を経ることを要しないこととした意味がなくなる。)であるが、所在等が不明であることの判断を登記所が的確に行うことができるのかが問題となる。また、供託金の額が適正であるかどうかの判断を登記所で行うことができるのかという問題が

ある（時価の認定にあたっては、敷地利用権が設定されているかなど当該不動産の状態についての法的判断を要する。）。

そのような観点からすると、パブリック・コメントで多く出された意見のように、公示送達の際に当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れないことといった要件（民事訴訟法第110条）や、公示による意思表示の際に表意者が相手方の所在を知ることができないことといった要件（民法第98条）を判断している裁判所において、そのような認定をした上で、所有権の移転の登記に係る手続をすべきとも思われる。また、供託金の額についても、専門家の判断を経た上で、裁判所においてその前提となる法的判断等をした上で、あらかじめ認定すべきとも思われる（本文(1)【甲案】）。

以上を踏まえて、【甲案】又は【乙案】のいずれを採用すべきか検討する必要がある。

### 3 所在不明の意味について

(1) 所在不明については、パブリック・コメントにおいて、その具体的な内容や、探索の方法について明確に法定すべきとの指摘が複数あった。確かに、当事者の予測可能性を高める観点からは、所在不明の意味をより明確にすべきであるとも思われる。

他方で、この問題は、法的構成、具体的には裁判所による決定を必要とするかどうかによって左右されると考えられる。例えば、本文(1)について裁判所による決定を要するとする【甲案】は、基本的には、所在不明かどうかを適切に認定することができるのは裁判所であることを主な理由とするものであるが、現行法において裁判所が認定しているのは、表意者が相手方の所在を知ることができないこと（民法第98条）や当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れないこと（民事訴訟法第110条）であり、これらの要件が認められるための探索方法については明文の規定がなく、裁判所が事案に応じて適切に認定している。所在不明の所有者の探索方法等について、所在を知ることができないかどうかの調査方法については少なくとも上記1の（補足説明）3(3)アの調査方法と同様のものを行うことが想定されるが、以上を前提とすると、このような調査結果を踏まえて裁判所が事案に応じて適切に判断すべきということになると考えられる（なお、法人のケースについては、後記(3)参照）。

なお、不在者の財産及び相続財産の管理に関する民法の特例を定める所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法は、「所有者不明土地」を「相当な努力が払われたと認められるものとして政令で定める方法により探索を行ってもなおその所有者の全部又は一部を確知することができない一筆の土地をいう。」と定義し（同法第2条第1項）、所有者不明土地について地方公共団体の長等に不在者財産管理人等の申立権を認める（同法第38条）。もっとも、不在者財産管理人等を選任するための要件自体には変更がなく、不在者かどうか等は、裁判所が事案に応じて適切に判断することとされている。

(2) そのほか、パブリック・コメントでは、所在不明期間が一定の期間継続していたことを要件とすべきとの意見があった。

確かに、一時的に連絡が付かない場合にまで持分を喪失させるべきではないが、そのようなケースは、そもそも、所在不明ではないと考えられる。

他方で、共有者は他の共有者に対して共有物分割請求権を有しているのであり、現行法でも、他の共有者の所在が不明である場合には公示送達を利用した上で裁判による共有物分割の審理が進行し、その持分を喪失することは当然にあり得ること、その公示送達の際に所在不明期間が一定の期間継続していたことは要件とされていないことからすると、単に一時的に連絡が付かないケースはそもそも別として、所在不明期間が一定の期間継続していたことを要件とすることは難しいと思われる。

また、後記5のとおり、公告期間を設け、一定の期間は持分の取得を認めないこととすることで、一時的に不在であるケースは除外することも可能であると考えられる。

そのため、所在不明期間が一定の期間継続していたことを要件とはしないことが考えられる。

- (3) なお、試案（後注1）では、共有者が法人である場合には、その本店及び主たる事務所が判明せず、かつ、代表者が存在しない又はその所在を知ることができないときが、「共有者の所在を知ることができない」ときに該当することを想定していたが、前記第1で検討したとおり、代表者が存在しないときの取扱いが問題となる。

この点について、前記第1の同意取得の場面では、本店（主たる事務所）が判明するかどうかにかかわらず、代表者が存在しないときは公告等の対象となる所在不明とすることが考えられるとした。これに対して、持分取得の場面では、本店（主たる事務所）が判明しているのであれば、法人に活動の実態があると考えられるのであり、法人の共有持分を喪失させるという重大な効果を生じさせることに鑑みると、代表者が存在しないことをもって直ちに所在不明と扱うことは相当ではないとも考えられる。

- (4) また、試案（後注1）では、共有者の1人が死亡し、相続人が不分明である場合についても、現在検討している持分取得の仕組みを適用するのか慎重に検討することとされていた。パブリック・コメントでは、特別縁故者が当該持分を取得することを保障する観点から、この場合にこの仕組みを適用することに否定的な意見があった。

もともと、特別縁故者が当該持分を取得することを希望する場合には、相続財産管理人の選任の申立て（民法第952条）と相続財産分与の申立て（民法第958条の3）をすればよく（相続財産管理人の選任がされれば、持分取得の仕組みの要件を欠くことになる。）、この仕組みを適用すること自体を否定する必要はないように思われる。また、特別縁故者は、相続財産管理人が清算した後の相続財産について分与を求めることができるのであり、この持分取得の仕組みを利用した後に相続財産法人が取得する供託金還付請求権を分与の対象とすれば、その保護は図ることができる。そうすると、この場合にこの仕組みを適用することを直ちに否定する必要はないようにも思われる。

#### 4 所在不明共有者以外の共有者が複数いる場合の処理について

- (1) 所在不明共有者以外の共有者が複数いる場合の処理に関し、試案第1の2(2)では、持分の取得を希望する共有者が複数いる場合には、その共有者は所在不明共有者の持分を按分して取得することができることについて提案したところ、パブリック・コメントにおいては、そのような方策をとることについて反対する意見は特になか

った。また、共有者が持分を希望する機会を保障する観点から、一定の期間内に申出をすべき旨を公告し、かつ、登記上の共有者に対して事前にその旨を通知することについても、特に反対する意見はなかった。

- (2) 他方で、所在不明共有者以外の共有者が複数ある場合に、上記のような方策をとることは、共有者間に共有関係の解消方法に意見の対立がある場合にも、共有者の1人が所在不明共有者の持分を取得することができることを意味している。しかし、共有者間に共有関係の解消方法についての意見の対立がある場合には、持分取得の後に、協議による共有物分割の方法により共有関係を解消することは困難であると考えられ、結局、共有関係を解消するためには、別途、裁判による共有物分割の手続を行うことになる。そうすると、共有物分割の手続をとることに先んじて、持分取得の手続のみをとる必要があるのかとの疑問もある。
- (3) そこで、所在不明共有者の持分を共有者が取得するためには所在不明共有者以外の共有者の同意を得なければならないとする案（【乙一1案】）が考えられる。もっとも、この案では、その後に共有物分割の手続をとる必要が生じることは否定できないため、さらに、所在不明共有者以外の共有者の同意を得て共有者の1人が共有物の全部を取得することができる（所在不明共有者の持分のみを取得することはできない）とする案（【乙一2案】）が考えられる。

【乙一1案】又は【乙一2案】をとった場合には、所在不明共有者以外の共有者全員で合意がある場合には持分取得の方法をとり、共有者間で合意形成ができない場合には裁判による共有物分割の方法をとることになる。

- (4) 仮に、乙案をとった場合において、裁判所の決定により持分取得を認める案をとったときには、共有者の同意を裁判所の手続の中で確認をするのが問題となるが、裁判所の決定によって持分取得の効力を生じるとの案をとるのであれば、その効力を認める要件である共有者の同意は裁判所において確認することになる。

## 5 公告の手続について

- (1) 試案第1の2(2)(後注3)では、所在不明共有者に異議を述べる機会を保障する観点から、持分の取得等の効果を生じさせるためには、公告をしなければならないものとする等提案していたが、パブリック・コメントにおいては、特段の異論はなかった。また、その公告期間については、失踪宣告の際の公告期間(家事事件手続法第148条第3項)を参考に、3か月を下らないものとする考えられる。
- (2) 公告の方法は、裁判所の関与を要するとの案を前提とすると、裁判所の掲示場に掲示し、かつ、官報に掲載する方法によってすることが考えられる（非訟事件手続法第102条第1項参照）。
- (3) パブリック・コメントにおいては、本文1(1)で、甲案（持分取得の効力を生ずるのに裁判所の決定を要するとの案）を採用する場合には、その決定時に改めて公告をすべきとの指摘があったが、当初の公告がされ、異議等がないにもかかわらず、改めてこれを行う必要性は乏しいと考えられる。

## 6 供託金関係

- (1) パブリック・コメントにおいては、供託金の取戻しについて検討すべきとの指摘があった。この仕組みにおける供託は、持分の取得を認めるための要件であり、持分を

有効に取得した者に供託金の取戻しを認めることはできないことになると解される。

なお、パブリック・コメントにおいては、供託金還付請求権等について消滅時効が完成しないものとすべきとの指摘もあった。しかし、裁判による共有物分割において、価格賠償が選択されたケースなどでは消滅時効に関し特段の規定がないのに、今回の仕組みについてのみそのような規定を置くことは難しいように思われる。

- (2) 供託金の額が時価に満たなかった場合の処理については、事後に、その差額を所在不明共有者が請求することを認める必要があると解される。その方法としては、持分取得者に対する実体法上の請求権を有すると構成し、持分取得者が任意で支払わない場合には、訴えの方法で請求することが考えられるが、要件、手続等については引き続き検討する必要がある。

## 7 共有物に不具合があった場合の処理について

共有物分割においては、各共有者は、他の共有者が分割によって取得した物について、売主と同じく、その持分に応じて担保の責任を負うとされている（民法第261条）。このことは、裁判による共有物分割にも適用される。

今回の持分取得の仕組みは、共有物分割と本質において違いはないと解され、所在不明共有者は、担保責任を負うとすることが考えられる（もっとも、担保責任を負うといっても、持分取得者が実際にその責任を追及する際には、所在不明共有者について不在者財産管理人等を選任するなど相応の手続が必要になると解され、実際にその責任を追及することには困難が伴うと思われる。）。

他方で、この仕組みを用いたのであれば、そのリスクは、基本的には持分取得を希望した者がとるべきであり、所在不明共有者は担保責任を負わないとすることも考えられる。

## 8 不服申立て及び管轄について

- (1) 本文1(2)で、甲案（持分取得の効力が生ずるのに裁判所の決定を要するとの案）を採用する場合には、所在不明共有者による認容決定の事後的な取消しの申立て（除権決定の取消しの申立てに関する非訟事件手続法第108条参照）を認めるかどうかの問題となるが、持分取得の効果が生じた後にそのような取消しを認めると法的安定を欠くことになるため、困難であると考えられる。

なお、認容決定に対する所在不明共有者による不服申立てとしては、効力が生じてから2週間以内の即時抗告（非訟事件手続法第66条及び第67条）が考えられるほか、再審（同法第83条）が考えられる。

- (2) また、本文1(2)で、甲案を採用する場合には、管轄裁判所が問題となる。非訟事件では、民事訴訟とは異なり、通常、管轄裁判所は一つであるが、今回の仕組みは、不動産に着目するものであるため、その土地管轄は不動産の所在地とし、事物管轄は、不動産の事件を基本的に取り扱うこととされている地方裁判所（裁判所法第24条第1号）とすることが考えられる。

## 2 知ることができない共有者がいる場合

知ることができない共有者がいる場合に関し、前記1（ただし、1(1)の甲案をとることを前提とする。）と同様の仕組みを設けることについて、どのように考えるか。

○中間試案第1、2(2)「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」

(2) 所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

(前注)ア及びイの「不動産が数人の共有に属する場合」には、不動産が遺産共有の状態にある場合及び不動産につき通常の共有と遺産共有が併存している場合は、含まれない。これらの場合については、第4の3(3)で検討している。

ア (省略)

イ 不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

共有者を知ることができない場合に、アの【乙案】と同様の規律を設けることについては、引き続き検討する。

(後注1)～(後注5) (省略)

(補足説明)

1 制度の創設について

(1) 試案第1の2(2)では、共有者の中に特定することができない者がいる場合に共有者とその持分に相当する金銭を供託した上で、その持分を取得する制度の創設を提案したところ、パブリック・コメントでは、制度を創設すること自体に賛成する意見が多くあった。

他方で、共有者を特定することができないケースの中には、共有持分の割合を算出することが困難であり、供託金を適切に算定することが困難であるとして、そのような制度の創設に慎重な意見もあった。

(2) 共有者を特定することができないケースとしては、例えば、表題部に共有者がAほか何名と記載されており、共有者の一部を特定することはできるが、他の者を特定することができないケースなどが考えられる。この場合にも、共有持分を集約する必要があるのは、共有者の一部の所在を知ることができないケースと同様であると考えられる。

また、仮に、共有者を特定することができない場合については持分取得の制度を設けないとすると、その共有持分の集約をするには、現在検討中の土地管理制度（いわゆる表題部所有者不明土地については、表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正化に関する法律所定の管理制度もある。）を利用することになる（なお、建物について同様の管理人を設けなかった場合には、共有者が特定できない建物については共有持分の取得は事実上できないことになる。）。しかし、土地管理制度を利用し、その管理人から共有者が不特定共有者の持分について譲渡を受けることになるとしても、最終的には持分の譲渡には裁判所の許可が必要となるが、裁判所が許可をする際には、その譲渡が適正に行われるか、すなわちその譲渡金額が適正であるかを確認することになる（土地管理人を当事者として、裁判による共有物分割をする際に、全面的価格賠償をする場合にも、裁判所は、適正な金額を判断することになる。）。そのため、共有者を特定することができないケースについて、持分の集約を図る際には、いずれにしても、その持分に見合う金額を裁判所が算出することが不可避であるため、供託

金の算定が困難であることは、この場面で持分取得の制度を設けない理由にはならないと考えられる（仮に、このことを理由にするのであれば、持分の譲渡の場面では土地管理人の制度も事実上利用できないことになるはずであり、共有者を特定することができないケースでは共有持分の集約を断念することになる。）。

また、仮に、共有者を特定することができないケースを別途の扱いとする場合には、共有者の所在不明のケースと不特定のケースとを厳密に区別しなければならないこととなる。もっとも、画一的にその線引きをすることができるかは検討を要する。例えば、共有者の1人が死亡し、その相続人が不分明である場合は、共有者を特定することができないケースと評価することも可能に思えるが、他方で、相続財産法人が成立しているため、共有者が特定されていると評価することも可能である（1(1)の補足説明で相続人不分明のケースについて記述しているが、そこでは、後者の考え方を前提にしている。）。

## 2 供託金の額の算出

前記1（ただし、1(1)の甲案をとることを前提とする。）と同様の仕組みをとる場合には、その供託金の額は、裁判所において適切に認定するほかないが、例えば、共有者の総員を適切に認定した上で（公告をしても届出等がされない場合には、登記上明確に判明している共有者の数をもって共有者の総員とすることが考えられる。）、その人数割りを前提に持分の割合を算出して、供託金を算定することもあり得る。また、この仕組みを利用するリスクは、基本的には請求をする共有者が負うべきであり、共有者の人数を特定することができない場合には、供託金額が結果的に高く認定されることになることはやむを得ないと思われる（極端なケースでは、共有持分の割合が認定できない場合には、共有物全体の額をもって供託金とすることも考えられる。）。いずれにしても、供託金の額の算出方法については、引き続き検討する必要がある。

## 3 対象となる共有物

不動産の所有権（共有持分権）のほか、不動産の使用権の持分権についても、前記1及び2の制度の対象とすることについて、どのように考えるか。

○中間試案第1、2(2)「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」

(2) 所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

(前注)ア及びイの「不動産が数人の共有に属する場合」には、不動産が遺産共有の状態にある場合及び不動産につき通常の共有と遺産共有が併存している場合は、含まれない。これらの場合については、第4の3(3)で検討している。

ア、イ（省略）

(後注1)～(後注4)（省略）

(後注5) この制度の対象を不動産（土地及び建物）の所有権又は共有権以外の権利又は不動産以外の財産にも広げるものとするかどうかについては、アの【甲案】と【乙案】の採否を踏まえて引き続き検討する。

(補足説明)

試案第1の2(2)(後注5)では、持分取得の制度の対象となる共有物について検討することとしていた。パブリック・コメントでは、幅広くこれを認めるべきとの意見もあったが、所有者不明土地対策の観点からは、その範囲は土地及び土地と密接に関連する建物とすれば足りると思われる。また、不動産を対象とした場合には、その使用権についても認めないと結局当該不動産の利用に支障を来すとも思われるので、その使用権も対象とすることが考えられる(なお、民法第264条は、共有に関する規定を所有権以外の財産権にも準用している。)

### 第3 不動産の譲渡

#### 1 所在不明共有者がいる場合

##### (1) 法的構成等について

所在不明共有者がいる場合における不動産の譲渡につき、次の各案のいずれをとるべきか。

【甲案：不動産譲渡の効力が生ずるのに裁判所の決定を要するとの案】

不動産が数人の共有に属する場合において、共有者が他の共有者の所在を知ることができないときは、その共有者は、不動産の時価相当額を当該所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額として裁判所が認めた額の金銭を供託し、かつ、当該所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得た上で、裁判所の決定により、不動産を第三者に譲渡することができる。

【乙案：不動産譲渡の効力が生ずるのに裁判所の決定を要しないとの案】

不動産が数人の共有に属する場合において、共有者が他の共有者の所在を知ることができないときは、その共有者は、不動産の時価相当額を当該所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額として相当額の金銭を供託し、かつ、当該所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得た上で、当該所在不明共有者に対し、持分を第三者に譲渡すべきことを請求すれば、裁判所の決定を経ることなく、不動産を第三者に譲渡することができる。

##### (2) 公告の手續について

持分譲渡の効果を発生させるためには、共有者は、所在不明共有者に対して一定の期間までにその権利を主張すべき旨を公告しなければならず、その期間は、3月を下ってはならないものとし、権利が主張されれば持分譲渡は認められないものとすること、どうか。

○中間試案第1、2(2)「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」

#### (2) 所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

(前注)ア及びイの「不動産が数人の共有に属する場合」には、不動産が遺産共有の状態にある場合及び不動産につき通常の共有と遺産共有が併存している場合は、含まれない。これらの場合については、第4の3(3)で検討している。

#### ア 所在不明共有者の不動産の共有持分の取得等

所在不明共有者の不動産の共有持分の取得等に関し、次のような規律を設けることについて、引き続き検討する。

【甲案】① 不動産が数人の共有に属する場合において、共有者の所在を知ることができないときは、当該共有者（以下「所在不明共有者」という。）以外の共有者の一人は、所在不明共有者の持分の時価（bの請求をする場合にあっては、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額）として相当と認められる金額を供託して、所在不明共有者に対し、次の請求をすることができる。

a 所在不明共有者の持分を自己に譲り渡すべきこと

b 所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得て不動産の所有権を第三者に譲渡することができる権限を自己に付与すべきこと

② ①aの請求により、請求をした共有者が所在不明共有者の持分を取得したときは、所在不明共有者は、請求をした共有者に対し、所在不明共有者の持分の時価相当額の支払を請求することができる。

③ ①bの請求により権限が付与された共有者が不動産の所有権を第三者に譲渡した場合には、所在不明共有者は、権限が付与された共有者に対し、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額の支払を請求することができる。

（注1）【甲案】は、①及び②の要件並びに（後注）で検討する要件を充たして、共有者が請求をすれば、当然に持分の取得等の効果が生ずるとするものである。

（注2）【甲案】において、①aによる持分の取得等の効果が生じた場合に、請求をした共有者が所在不明共有者の持分について移転登記を備える方法として、請求をした共有者による単独申請とし、登記官において、添付情報として提供された①の要件及び（後注）で検討する要件を充たすことを証する情報（その内容については、政令等で定めることが考えられる。）を審査して、請求をした共有者への所在不明共有者の持分の移転の登記をすることができるものとするについて、引き続き検討する。

（注3）【甲案】において、①bによる権限付与等の効果が生じた場合に、第三者に所在不明共有者の持分を含めて共有者全員の持分について移転登記を備えさせる方法として、①及び（後注）で検討する要件を充たす場合には、請求をした共有者が所在不明共有者の持分の移転に係る登記を備えるために必要な行為をする権限を有するものとし、請求をした共有者及び第三者（他の共有者がある場合にあっては、請求をした共有者及び他の共有者並びに第三者）との共同申請により、登記官において、添付情報とし

て提供された①の要件及び（後注）で検討する要件を充たすことを証する情報（その内容については、政令等で定めることが考えられる。）を審査して、第三者への共有者全員の持分の全部移転の登記をすることができるものとするについて、引き続き検討する。

（注4）【甲案】①の請求権を行使する方法をどのような方式とするのかについては、（注2）及び（注3）において、所有権移転登記手続請求訴訟において請求認容判決を得る方法以外の方法による登記手続を認めることの是非を踏まえながら、引き続き検討する。

【乙案】① 不動産が数人の共有に属する場合において、共有者の所在を知ることができないときであって、当該共有者（以下「所在不明共有者」という。）以外の共有者の一人から請求があるときは、裁判所は、請求をした共有者に所在不明共有者の持分の時価（bの処分をする場合にあっては、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額）として相当と認められる金額を供託させて、次の各処分を命ずることができる。

a 所在不明共有者の持分を請求をした共有者に取得させること

b 所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得て不動産の所有権を第三者に譲渡することができる権限を請求をした共有者に付与すること

② ① a の処分により請求をした共有者が所在不明共有者の持分を取得したときは、所在不明共有者は、請求をした共有者に対し、所在不明共有者の持分の時価相当額の支払を請求することができる。

③ ① b の処分により権限が付与された共有者が不動産の所有権を第三者に移転させたときは、所在不明共有者は、権限が付与された共有者に対し、不動産の時価相当額を所在不明共有者の持分に応じて按分して得た額の支払を請求することができる。

（注5）【乙案】は、裁判所による決定があつて初めて持分の取得等の効果が生ずることを前提とし、この裁判所による決定は、性質上、訴訟事件ではなく、非訟事件とするものである。

（注6）【乙案】において、裁判所が① a の決定をした場合に、請求をした共有者が所在不明共有者の持分について移転登記を備える方法として、裁判所が① a の決定をする際に請求をした共有者に所在不明共有者の持分の移転に係る登記を備えるために必要な行為をする権限を付与することとし、その権限が付与されたことを証する情報を添付情報として提供することにより、請求をした共有者の単独申請で所在不明共有者の持分の移転の登記をすることができるとの案について、引き続き検討する。

(注7) 【乙案】において、裁判所が①bの決定をした場合に、請求をした共有者が第三者に所在不明共有者の持分を含めて共有者全員の持分について移転の登記を備えさせる方法として、裁判所が①bの決定をする際に、請求をした共有者に所在不明共有者の持分に係る登記を備えるために必要な行為をする権限も付与することとし、裁判所においてその権限を付与する処分がされたことを証する情報を添付情報として提供することにより、請求をした共有者及び第三者（他の共有者がある場合にあっては、請求をした共有者及び他の共有者並びに第三者）との共同申請で、第三者への共有者全員持分の全部移転の登記をすることができるものとするについて、引き続き検討する。

#### イ (省略)

(後注1) 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、必要な調査を尽くしても、共有者の氏名又は名称やその所在を知ることができないときをいう。また、共有者が法人である場合には、その本店及び主たる事務所が判明せず、かつ、代表者が存在しない又はその所在を知ることができないときに、「所有者の所在を知ることができない」ときに該当することを想定している。

所在を知ることができないかどうかの調査方法については、少なくとも、①所有者が自然人である場合には、登記簿上及び住民票上の住所に居住していないかどうかを調査する（所有者が死亡している場合には、戸籍を調査して、その戸籍の調査で判明した相続人の住民票を調査する）ことや、②所有者が法人である場合には、イ) 法人の登記簿上の所在地に本店又は主たる事務所がないことに加え、ロ) 代表者が法人の登記簿上及び住民票上の住所に居住していないか、法人の登記簿上の代表者が死亡して存在しないことを調査することが想定されるが、その他にどのような調査を行うのかや、その在り方については、その判断をどの機関が行うことになるのかを含め、引き続き検討する。

また、自然人である共有者が死亡しているが、戸籍を調査しても相続人が判明しない場合と戸籍の調査によって判明した相続人が全て相続放棄をした場合について、民法第951条以下の手続（この手続を経れば、特別縁故者がいない限り、他の共有者は持分を無償で取得することができる。民法第255条）を経ずに、ア及びイの制度を利用して有償で他の共有者の持分を取得することが可能とすることについては、特別縁故者が存在し得ることを念頭に、慎重に検討する。

(後注2) 供託金の法的性質は、所在不明共有者又は不特定共有者の時価請求権又は按分額請求権についてのものである。時価請求権又は按分額請求権の額につき争いがある場合には、最終的には、訴訟でその額を確定する。所在不明共有者又は不特定共有者は、請求することができる額が供託金額を超えると判断した場合には、訴訟でその差額を請求することができる。

(後注3) 持分の取得等の効果が生ずるためには、その旨の公告をしなければならないものとするとともに、その公告から一定の期間（例えば、3か月）を経ても、

異議の申出がないことを、効果が生じるための要件とする方向で検討する。

なお、具体的な公告の手続については、アの【甲案】と【乙案】の採否を踏まえて検討する。

(後注4) 他の共有者が同様に請求権を行使する機会を保障する観点から、他の共有者が公告から一定の期間内に同様に請求権を行使した場合には、請求した共有者らは、その持分の価格に応じて、所在不明共有者又は不特定共有者の持分を按分して取得するものとするについて、引き続き検討する。

また、請求をした共有者以外の共有者の上記の機会を保障する観点から、①請求をした共有者以外の者も所在不明共有者又は不特定共有者の持分の取得を希望する場合には、一定の期間内に申出をすべき旨を公告すること、②登記がされている共有者には、公告とは別に、その登記上の住所に宛てて通知をすることについて、引き続き検討する。

なお、具体的な公告の手続については、アの【甲案】と【乙案】の採否を踏まえて検討する。

(後注5) (省略)

(補足説明)

#### 1 制度の創設について

試案第1の2(2)では、共有者の中に所在等が不明である場合に共有者はその持分に相当する金銭を供託し、かつ、所在不明共有者以外の共有者全員の同意を得て、不動産を第三者に譲渡することができるようにする制度の創設を提案したところ、パブリック・コメントでは、制度を創設すること自体に賛成する意見が大勢を占めた。

なお、検討すべき論点等は、基本的に、前記第2の1の補足説明と同様である(以下では、特に異なる点を中心として検討している。)

#### 2 共有者の同意の確認主体

試案第1の2(2)では、不動産譲渡の効力が生ずるのに裁判所の決定を要するとの案(試案第1の2(2)の【乙案】。本資料第3の1(1)【甲案】に相当)をとった場合に、全員の同意があるかどうかについては、裁判所で確認することを想定していなかった。他方で、前記第2の1〔不動産の持分の取得〕の(補足説明)に記載したとおり、共有者全員の同意がなければ持分の取得を認めない案(本資料第2の1(2)【乙一1案】、【乙一2案】)をとり、かつ、裁判所の決定によって持分取得自体の効力を生じるとの案(本資料第2の1(1)【甲案】)をとるのであれば、その効力を認める要件である共有者の同意は裁判所において確認することになるとも考えられるが、それと同様に、第三者に譲渡する場合にも、裁判所が同意の有無を確認した上で、不動産の譲渡を認める決定をするとの構成をとることが考えられる。

#### 3 所有権移転の時期及び供託金

前記第2の1の持分取得の仕組みでは、持分の移転の効力は直ちに生ずる(裁判所の決定を要するとの【甲案】をとった場合には、その決定が効力を生じた時点に生ずる)が、第三者への譲渡の仕組みでは、持分の移転の時期は、共有者と第三者との間の契約内容によって定まることになる(裁判所の決定を要するとの【甲案】をとった場合には、

その決定により処分権限が共有者に付与されるにすぎず、譲渡自体の効力が生じるものではない。)ことを想定している(試案第1の2(2)参照)。

また、供託については、持分の移転の効力が生じた後に、供託した者が供託金の取戻しをすることは認められないことになることと解される。

なお、以上を前提とすると、権限を得た共有者が直ちに第三者に売却せずに放置し、長期間が経過してから持分を売却するといった事態が生じることも制度上あり得る。このような事態の発生を認めることが妥当ではないとすると、決定自体の効力に期間制限を設けることも考えられるが、他方で、そうした事態は例外であり、そこまで手当てをする必要はないとも考えられる。

## 2 知ることができない共有者がいる場合

知ることができない共有者がいる場合に関し、前記1(ただし、第3の1(1)の甲案をとることを前提とする)と同様の仕組みを設けることについて、どのように考えるか。

○中間試案第1、2(2)「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」

(2) 所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

(前注)ア及びイの「不動産が数人の共有に属する場合」には、不動産が遺産共有の状態にある場合及び不動産につき通常の共有と遺産共有が併存している場合は、含まれない。これらの場合については、第4の3(3)で検討している。

ア (省略)

イ 不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

共有者を知ることができない場合に、アの【乙案】と同様の規律を設けることについては、引き続き検討する。

(後注1)～(後注5) (省略)

(補足説明)

検討すべき内容は、第2の2と同じである。

## 3 対象となる共有物

不動産の所有権(共有持分権)のほか、不動産の使用権の持分権についても、前記1及び2の制度の対象とすることについて、どのように考えるか。

○中間試案第1、2(2)「所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等」

(2) 所在不明共有者又は不特定共有者の不動産の共有持分の取得等

(前注)ア及びイの「不動産が数人の共有に属する場合」には、不動産が遺産共有の状態にある場合及び不動産につき通常の共有と遺産共有が併存している場合

は、含まれない。これらの場合については、第4の3(3)で検討している。  
ア、イ (省略)  
(後注1)～(後注4) (省略)  
(後注5) この制度の対象を不動産(土地及び建物)の所有権又は共有権以外の権利又は不動産以外の財産にも広げるものとするかどうかについては、アの【甲案】と【乙案】の採否を踏まえて引き続き検討する。

(補足説明)

検討すべき内容は、第2の3と同じである。

#### 第4 裁判所が選任する共有物の管理者

##### 1 第三者の申立てによる選任

第三者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める規律は、設けないとすることで、どうか。

○中間試案第1、1(6)「裁判所が選任する共有物の管理者」

##### (6) 裁判所が選任する共有物の管理者

###### ア 第三者の申立てによる選任

第三者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認めることについては、所有者不明土地管理制度等(第2の1)及び管理不全土地管理制度等(第2の2)の検討を踏まえながら、所有者不明土地管理制度及び管理不全土地管理制度とは別に制度を設ける必要性の有無の観点から、引き続き検討する。

###### イ (省略)

(補足説明)

試案第1の1(6)アでは、第三者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める制度を取り上げていた。

パブリック・コメントにおいては、これを肯定すべきとの意見もあったが、私的自治の原則に反すること等を理由にこれに反対する意見や慎重な意見が比較的多くあった。

部会におけるこれまでの議論でも指摘があったが、物が共有状態にあることのみを理由に、第三者が共有者の判断に介入することを正当化することは困難であると考えられる。また、共有者の共有物に対する管理状況等によって権利侵害等の不利益を被っている者がいることを理由に裁判所の介入を認めるべきであるとしても、それは、物が共有状態にあることではなく、その不利益が正当化の根拠となるのであって、共有制度に特有の第三者申立てによる管理者の制度を設けることは難しいように思われる。

そのため、共有制度において第三者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める規律を設けるのではなく、何らかの不利益を被る者がいる場合には、既存の制度として存在する所有権に基づく妨害排除請求権等や、現在検討中の所有者不明土地管理制度等を活用すべきであると考えられる。

以上から、本文では、第三者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める規律は設けないとすることを提案している。

## 2 共有者の申立てによる選任

共有者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める規律は、設けないとすることで、どうか。

○中間試案第1、1(6)「裁判所が選任する共有物の管理者」

(6) 裁判所が選任する共有物の管理者

ア (省略)

イ 共有者の申立てによる選任

共有者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認めるかどうかについては、共有者間で意見の対立があり、共有者の合意等によって管理者を選任することができないケースを念頭に、共有物の管理について裁判所が必要な処分をすることを認めるかどうか(後記(7))と併せて慎重に検討する。

(補足説明)

試案第1の1(6)イでは、共有者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める制度を取り上げていた。

パブリック・コメントにおいては、共有者間の調整を行うこと等を理由に、これを肯定すべきとの意見もあったが、共有者間の意見対立がある場合には、共有物分割の方法によってこれに対応すべきであること等を理由に、これに反対する意見や慎重な意見もあった。

例えば、共有者間に意見の対立があり、過半数の合意を得ることができないケースにおいて、第三者が管理者に選任されたとすると、その意見の対立の中で、管理者がどのように活動すべきであるのかを判断することは困難であると考えられる。また、共有者の1人を管理者に選ぶとすると、共有物の管理をその者の判断に委ね、他の共有者の意見を排除することになるが、どのような基準でそのような判断を行うのかを定めることは実際上難しく、判断が困難であると考えられる。

また、共有者間に意見の対立があり、共有者の1人が他の共有者の利用を妨げているケースもあると思われるが、管理者の選任ではなく、共有持分に基づく妨害排除請求権等を行わせることすることで対応すべき問題であると考えられる。

なお、共有者に所在等が不明な者がいる場合には、検討中の同意取得の方法を活用することで対応できるし、緊急を要する事態においては、共有者は1人で保存行為を行うことができるから対応が可能であると思われる。

以上から、本文では、共有者の申立てにより裁判所が管理者を選任することを認める規律は設けないとすることを提案している。

## 第5 裁判所による必要な処分

共有者間に共有物の利用に関し意見の対立がある場合において、共有物分割をすることが難しいとき(共有物の分割をしない旨の契約がある場合を含む。)は、裁判所は、共有者の申立てによって、共有物の管理に関し、必要な処分を命ずることができるものとする規律は、設けないとすることで、どうか。

○中間試案第1、1(7)「裁判所による必要な処分」

(7) 裁判所による必要な処分

共有者間に共有物の利用に関し意見の対立がある場合において、共有物分割をすることが難しいとき(共有物の分割をしない旨の契約がある場合を含む。)は、裁判所は、共有者の申立てによって、共有物の管理に関し、必要な処分を命ずることができるものとするものについては、慎重に検討する。

(注) 共有物分割を行うまでの間に共有者間に共有物の利用に関し意見の対立があり共有物を維持・管理することができないときは、裁判所は、共有物の管理に関し必要な処分を命ずることができるものとするものについては、私的自治との関係を踏まえながら、共有者間に意見の対立がある中で、裁判所が介入することが正当化されるかという観点、共有物分割請求を本案とする民事保全としてどのようなことが可能かを踏まえながら、民事保全とは別に制度を設ける必要性の有無の観点等から、慎重に検討する。

(補足説明)

1 必要な処分について

試案第1の1(7)では、共有者間に共有物の利用に関し意見の対立がある場合に裁判所による必要な処分を認めることについて取り上げていた。

パブリック・コメントにおいては、共有者間に意見の対立がある場合には、当事者間では解決が困難であること等を理由に、裁判所による必要な処分を認めることに賛成する意見も複数あった。

他方で、そのようにして裁判所の介入を認めることは、共有者の自治に反するし、正当化する理由もないことや、他の制度を利用することで対応することが考えられる等を理由に、これに反対する意見や慎重な意見が多数あった。

共有者間に意見の対立がある場合に、裁判所が共有者の一部の意見を採用し、他方で明確に述べられている他の共有者の意見を排除することは、当該他の共有者の意思に反し、その権利を制約することになるため、それを正当化することは当然にはできないと考えられる。

共有者の一部が他の共有者の権利を不当に侵害しているケースには、その侵害を是正するために、裁判所が介入することを正当化することが考えられるが、そのようなケースは、共有持分に基づく妨害排除請求権等(及びこれを本案とする民事保全)で対応することができ、それによって対応すべきと解される。

また、実際の問題としても、共有物の使い方の適否を第三者である裁判所が決めることは困難であると考えられるし、共有物の利用に関する意見の対立が生じたケースで裁

判所の処分がされたとしても、共有物分割がされない限り、共有者間の意見対立状態自体は解消しないため、長期間にわたって裁判所が介入する事態が生じ得ることとなり、そのようなことが妥当であるのかも問題となる。

以上を踏まえ、本文では、共有者間に共有物の利用に関し意見の対立がある場合に裁判所による必要な処分を認める規律は設けないとすることを提案している。

## 2 共有物分割を行うまでの間の裁判所による必要な処分

試案第1の1(7)(注)では、共有物分割を行うまでの間の裁判所による必要な処分を取り上げていたが、少なくとも、共有者の一部が他の共有者の権利を不当に侵害しているケースでは、共有持分に基づく妨害排除請求権等（及びこれを本案とする民事保全）で対応することができると解されるため、本文では取り上げていない（注）。

（注）共有持分に基づく妨害排除請求権を本案とするものではなく、共有物分割請求権を本案とする民事保全（仮処分）に関しては、後述の「登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分」については議論があるものの、そのほかのものについてはあまり議論がされていない。

もっとも、現行の民事保全法は、係争物に関する仮処分（同法第23条第1項）につき、処分禁止の仮処分など一定の類型についての規定を置いているが、そのほかの係争物に関する仮処分を排除するものではないと解されている。また、現行法は、係争物に関する仮処分のほかに仮の地位に関する仮処分（同法第23条第2項）を認めているが、その具体的な内容は、最終的には裁判所の判断に委ねられている。

このように、現行法は、個別の事案における必要性に応じて、適宜の仮処分が認めることとしているのであって、共有物分割請求権を本案とする仮処分についても、事案ごとに適切な内容の仮処分を認めることは可能であると解される。パブリック・コメントにおいては、共有物分割請求を本案とする保全処分として、財産管理人の選任、財産の封印、換価その他処分の禁止、占有移転禁止などは認められるとの指摘があった。

なお、共有物分割請求権を被保全債権として、「登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分」をすることができるのかについては、議論がある。もっとも、この議論は、共有物分割訴訟は形式的形成訴訟であり、登記移転請求権の有無そのものについて判断されるものではないため、共有物分割請求を本案としては、登記移転請求を保全するための処分禁止の仮処分は認められないのではないかとの問題意識を踏まえたものであり、共有物分割請求を本案とする保全処分全般について議論するものではない。この問題は、共有物分割請求の内容として登記移転請求をすることができるのか、それとも共有物分割請求の内容として登記移転請求をすることはできず、登記移転請求は所有権に基づくものと理解する（共有物分割の際に登記移転についても判断しているのは、共有物分割訴訟に登記移転請求訴訟が併合されているとみる。）のかによって結論が異なり得るが、後者の見解によっても、所有権に基づく登記移転請求権を本案とする処分禁止の仮処分は認められる余地がある。