

所有者不明土地の利用の円滑化を図る方策について

——所在等不明共有者の不動産の共有関係解消を中心に

牧 亮 太

目次

- 第1 はじめに
- 第2 所有者不明土地の問題と民法改正について——共有制度の見直し
- 第3 共有者不明土地の具体的なケースについての検討——民法改正前における対応
- 第4 共有者不明土地の具体的なケースについて、改正民法での対応
- 第5 最後に

第1 はじめに

「隣の不動産の所有者（共有者）が見当たらないので、困っている。」

近年、このような相談が増えている。

近隣の不動産の所有者がいないことが困る理由は多岐にわたる。隣の家の樹木が覆い茂って自分の敷地まで及んでいて伐採したい、隣の不動産が老朽化して倒壊しそうになっているので補修するか適切に取り壊して欲しい、隣の不動産を買いたいが隣人の所在がわからない等の問題が生じる。

上記の問題が、所有者の問題ではなく、共有者（共有持分を有する人の一部が所在不明）の問題になると、より問題は深刻となる。なぜなら、共有物を、変更、管理、処分するためには共有者の同意を要することに伴う問題が生じるためである。

上記のような相談を受けると、最初に、登記簿謄本（登記事項証明書）を取得し、登記簿上の登記名義人を確認する。登記簿上の最後の登記がされたのが昭和

10年代や昭和20年代だと、登記名義人の住民票・戸籍等を探しても保存期間経過等により廃棄されていることが多く、廃棄されてしまっていると、もう登記名義人を探すことはできなくなる。

そうして、その不動産が「所有者不明土地（建物）」であることが判明する。

所有者不明土地の問題は、人口減少や都市化（人口が都市部に集中してしまうこと）が要因であるが、一般的には、資産価値の高くない土地が長期にわたり相続登記がなされないままに放置され、その結果、所有者が不明になることで生じることが多い。なぜなら、資産価値が高い不動産は、相続が生じた際に一般的に相続人らは、すみやかに当事者間で遺産分割協議を行う。仮に、当事者間での協議がまとまらなかった場合には、時間・費用を要したとしても、専門家へ依頼するなど（時には裁判の процедуруを利用するなど）し、当事者間で遺産分割協議を行う。ゆえに、結果的に所有者が不明の状態になることはなく、所有者が不明になる不動産は、そのような手間・労力に見合うだけの価値がない場合が多いためである。

さらに、所有者不明の土地等の不動産が共有の状態であるケースは、単独所有以上に、管理・処分に共有者間の関係が問題となり、単独所有の不動産よりも、権利義務関係が複雑となり、また、資産価値も低下してしまい遺産分割等がなされないままに放置されてしまう傾向にある。

以下、本稿では、実際に筆者が取り扱った事例を参考にして、土地が共有関係にあり、その共有者の一部の所在が不明となってしまったケースについて、民法改正前の法制度のもとでとりうる対応と実際にとった対応を説明し、その上で、民法改正で定められた所有者不明土地の共有関係の解消に向けた制度の利用の可否や利用するとした場合に現行民法でも対応できる制度との比較を検討する。

第2 所有者不明土地の問題と民法改正について ——共有制度の見直し

1 所有者不明土地問題の解決に向けた法改正

所有者不明土地とは、「不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず又は判明しても連絡がつかない土地」と定義される¹⁾。

このような土地が日本全国に広がり、社会問題化している。平成28年時点の所有者不明土地の面積は、約410 haと推計される（九州本島の面積は約367 ha²⁾）。

所有者不明土地の問題解決に向けて、令和3年4月21日、「民法等の一部を改正する法律」（令和3年法律第24号）及び「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律」（令和3年法律第25号）が成立した（同月28日公布）。両法律は、所有者不明土地の「発生の予防」と「利用の円滑化」の両面から、総合的に民事基本法制の見直しを行うものとされる。

「発生の予防」の観点からは、不動産登記法を改正し、相続登記や住所等変更登記の申請の義務化などが予定されており（令和6年4月1日施行）、また、一定の要件のもとに土地の所有権を国庫に帰属させることができる制度を創設（令和5年4月27日施行）することとなった。

また、「利用の円滑化」の観点からは、財産管理制度の見直し（所有者不明・管理不全の土地・建物管理制度等の創設）、共有制度の見直し（共有者不明の共有物の利用の円滑化）、長期間経過後の遺産分割の見直しなどが民法を改正することで定められた（令和5年4月1日施行）。

1) 法務省民事局「所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直し」<https://www.mlit.go.jp/policy/shingikai/content/001391011.pdf>

2) 所有者不明土地問題研究会「所有者不明土地問題研究会最終報告書概要～眠れる土地を使える地に「土地活用革命」」（平成29年12月13日）10頁

2 共有関係についての民法改正の概要

共有制度についての民法改正は、共有物の変更・管理についてのものと、共有関係の解消についてのものの大きく2つがある。共有物の変更・管理については、共有物を円滑にするために、共有物の管理の範囲の拡大（改正民法251条、252条）、共有物を使用する共有者がいる場合のルールの特明文化・合理化（改正民法249条、252条）等があるが、本稿では、後者の共有関係の解消についての民法改正に焦点をあてて、具体的なケースを設定して制度を利用した場合の検討や問題を検討する。

その前提として、以下の検討に関係する共有関係の解消についての民法改正の概要を示す。

(1) 全面的価格賠償（判例法理）の特明文化（改正民法258条）

まず、共有物分割の分割方法の特明文化である（改正民法258条1項）。改正前民法258条には、裁判所に共有物分割を求めた場合に、共有物分割の方法として現物分割と競売による分割だけが規定されていた（改正前民法258条2項）。

もっとも、改正前は、共有物分割の分割方法として、全面的価格賠償（共有物を共有者のうちの特定の者が取得し、取得した者から他の共有者に対して持分の価格を金銭で賠償する方法）をすることが最高裁判決で認められていた（最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁）。

改正法では、上記の最高裁判決で認められていた全面的価格賠償が明文化されることとなった（改正民法258条2項2号）。また、現物分割・全面的価格賠償のいずれもできない場合、又は、分割によって共有物の価格を著しく減少させるおそれがある場合に、裁判所が競売を命じることができるとして、分割の方法の検討順序を明文化した（改正民法258条3項）。

また、全面的価格賠償の判断が下される際に、金銭の支払いと移転登記手続を命じることは認められていたが、明文の規定はなかった。また、その履行の確保の観点から、金銭の支払いと登記手続に関して引換給付判決とする扱いがなされ

ていた。改正法では、遺産分割に関する家事手続法196条の給付命令の規定と同様の規定を設けて、金銭の支払いと移転登記手続ができることを明文化し（改正民法258条の4項）、引換給付判決が認められることも規定はないが、改正前と同様に認められる。

（2）遺産共有と通常共有が併存している場合の特則（改正民法258条の2）

民法改正前は、遺産共有と通常共有が併存している場合の規定はなく、実務では判例により判断された内容で対応していた。すなわち、遺産共有状態にある共有物を分割するには、共有物分割訴訟ではなく、遺産分割手続きによらなければならないとされた（最判昭和62年9月4日民集151号645頁）。また、遺産共有持分と通常の共有持分が併存する場合には、通常の共有物分割訴訟を行い、その上で、遺産共有の共有者に分割された財産は、遺産分割協議によって分割することとされていた（最判平成25年11月29日民集67巻8号1736頁）。

民法改正によって、上記の判例が明文化され、共有物の全部または持分が遺産共有（相続財産）である場合は、遺産分割協議によるべきであり、共有物分割はできないことが明記された（改正民法258条の2・1項）。

その上で、改正民法は、相続開始のときから10年を経過した場合は、共有物の全部または持分が遺産共有（相続財産）である場合でも、共有物分割をすることができるとした（改正民法258条の2・2項）。

上記の改正の理由は、改正民法においては、相続開始から10年を経過すると、特別受益や寄与分に関する規定が適用されなくなり（改正民法904条の3）、相続開始後10年を経過すれば、遺産分割上の権利（共同相続人が特別受益や寄与分を考慮して定まる具体的相続分にしたがって遺産分割を受ける利益）を害することがなくなったためである。

（3）所在等不明共有者の持分の取得（改正民法262条の2）

共有者の中に所在等不明共有者がいる場合、共有関係の解消のためには共有物分割訴訟をする必要があったが、後述するように、共有者に所在等不明共有者がいると非常に手続が煩雑とならざるを得なかった。

しかし、改正により、共有者は、所在等不明共有者がいる場合に、裁判所の決定を得て、その所在等不明共有者の持分を取得することで共有関係を解消することができるようになった。具体的な制度の説明は、後にケースの検討と合わせて行う。

(4) 所在等不明共有者の持分の譲渡（改正民法262条の3）

共有者の中に所在等不明共有者がいる場合、共有者が裁判所にもとめることで、その共有者に所在等不明共有者の持分も含めて持分の全部の譲渡をすることを停止条件に、所在等不明共有者の持分を譲渡する権限を付与する決定ができるようになった。具体的な制度の説明は、後にケースの検討と合わせて行う。

第3 共有者不明土地の具体的なケースについての検討

——民法改正前における対応

1 具体的なケース（共有者が行方不明のケース）

下記は、実際に存在する土地の公図を、事案を理解しやすくするために簡略化（修正）したものであり、下記は実際に問題となったケースである。

一部の共有者が不明となった（所在等不明共有者が生じた）対象土地は、下記「5」である。周囲を他の土地に囲まれており（「5」の土地自体は接道をしていない）、昭和20年頃までは、対象土地を囲んだ土地（1～4及び6～9）の所有者らが対象土地「5」の共有持分を有していた（周囲の土地の8名の所有者が、それぞれ持分8分の1の割合で共有していた）。

対象土地（「5」の土地）には建物は存在せず、かつては、井戸が設置されており、井戸水の利用のために使用されていたが、近年は井戸水の利用はされず、空き地のまま放置されていた。本件の相談を受けた際は、対象土地（「5」の土地）には、不要となった持ち主不明の動産が多数放置されており、雑草が覆い茂っている状態であった。

対象土地の周囲の土地所有者は、それぞれの土地を処分する際に、対象土地の

1	2	3
4	5	6
7	8	9

共有持分も一緒に処分していた（例えば「1」の土地の所有者が、土地を売却する際には、合わせて、「5」の共有持分も売却していた）。

かつては、対象土地は井戸として利用されていたため、対象土地の周囲の土地所有者が、各人の土地を売却等する際には、井戸を利用するための権利の根拠となる対象土地の共有持分も忘れることなく、各人の土地と共に売却等をしていたようである。

しかし、対象土地の井戸が廃止され、対象土地の利用についての関心が薄れると、対象土地の持分の共有持分が移転されることなく、各人の土地の権利だけを売却・名義の移転登記をし、対象土地の共有持分に、その土地を離れてしまった人の共有持分が移転されることなく残る事態が生じるようになった。

本件で問題となった対象土地の共有持分を有していた周囲の土地は、土地「1」と土地「2」であった。昭和20年代前半、土地「1」及び土地「2」をそれぞれ取得した所有者は、土地「1」と土地「2」の購入のタイミングで上記「5」の土地を持分8分の1の割合でそれぞれ取得した。その後、上記土地「1」と土地「2」の所有者は、それぞれの土地を売却する際に、土地「5」の共有持分を合わせて売却することを失念し、そのまま共有持分の名義を保有した状態で放置した。その後、土地「1」と土地「2」の所有者であった両名の共有持分について

住所の変更も相続の登記もされることなく、現在まで、70年以上にわたり放置された。

その結果、本件の相談を受けてすぐに、両名の登記簿上の所有名義人の住民票の除票を調査したが、それらは廃棄されており取得することができなくなっており、登記簿上の住所には、郵便物も届かず、周辺の住民に確認をしても誰も所在を知らず、両名の戸籍も確認できないため、相続の有無も不明の状態となった。

今回、ある不動産業者は、対象土地を含む周囲の土地を取得し、新たに分譲しようとしたが、上記の共有者が行方不明であるため、対象土地の共有持分を取得することができず、事業が進まなくなり、対応を迫られた。対象土地の名義だけ取得できなければ、対象土地を含む周囲の土地の利用が著しく制限されることは明らかであり、所在不明となった共有者との共有関係を解消しなければならないこととなった。

通常の土地に付随する形で共有持分の権利・名義を取得し、共有地の利用もするケースは、一般的には、私道が共有持分になっているような場合があり、共有地の共有者の所在が不明になり、所有者不明土地になってしまう事例は通常の所有者不明土地よりも生じやすい。

2 ケースの問題に改正前ではどのような対応が可能であったのか

前提として、共有物（本件で言えば「5」の対象土地）を売却するためには、売却行為は処分行為に該当するため、共有者全員の同意を要する。本件では、一部の共有者が所在不明であり同意を得ることはできない。

それゆえ、「5」の対象土地を含む土地を売却するためには、所在不明の共有者を不在者として不在者財産管理人を選任し同意を得て売却する、共有者に相続人がいない場合であれば相続財産清算人（令和5年4月1日施行の民法改正前では、相続財産管理人）を選任し同意を得て売却をするなどの方法を検討することができ、共有者が行方不明（行方が判明しても連絡がつかない）となってしまうことは、改正前民法でも予定しており、改正前の民法でも対応するための制度が

設けられている。

改正前民法で利用できた制度は、改正後の現在も利用できるため、各制度の検討をすることは、改正により定められた制度の問題点を検討するに資する。

(1) 不在者財産管理人

本件のように共有持分を有する名義人の所在が不明である場合、対象土地の共有者が「不在者」であるとして、不在者財産管理人を選任することで対応することが可能である（民法25条）。

しかし、不在者財産管理人は、不在者の財産全体を管理する管理人としての制度であり、手続が非常に煩雑となり、かつ、高額な費用を要する問題がある。具体的には、不在者財産管理人は、本件のように問題となっている財産が特定の不動産の共有持分であったとしても、不在者の財産全体を対象とした管理人を選任して対応を求める制度ゆえ、不在者財産管理人が選任されると、本件の対象不動産の共有持分だけではなく、不在者の財産の全てについて管理人は調査を行うことになる。ゆえに、期間も長期化し（少なくとも、本件の対象不動産の共有持分の共有物分割訴訟だけでは済まない）、費用も数十万円から100万円程度要することとなる。

また、不在者の共有持分を取得するためには、不在者財産管理人を選任した上で、同管理人と共有物分割の協議をして持分を取得するか、協議ができなければ、同管理人を被告として、共有物分割訴訟を提訴する必要があった。改正前民法258条2項では、現物分割を原則として、規定上は現物分割ができなければ競売分割となっていたため、全面的価格賠償の可否がかつては問題となった。もっとも、最判平成8年10月31日（民集50-9-2563）判決にて、次のような要件が示されて、全面的価格賠償が一定の条件のもとで許容された。

「当該共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用状況及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての共有者の希望及びその合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、当該共有物を共有者のうち特定の者に取得させるのが相当であると認められ、か

つ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があつて、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するとき」

*上記の最高裁が示した全面的価格賠償が可能であることは、既に説明したとおり、改正後民法258条2項で明文化された。また、上記の全面的価格賠償が可能となる考え方は、条文上は明記されていないが、この考えが妥当すると考えられる。

本件で検討するケースのように、所在等不明共有者の持分に大きな価値が認められないような場合、全面的価格賠償は容易に認められる。実際、本ケースでも共有物分割訴訟を提訴し、全面的価格賠償については、問題なく認められた。

(2) 相続財産清算人（令和5年4月1日改正前は、相続財産管理人）

仮に、共有者の住所等より戸籍が判明したが、相続人が存在しないような場合には、相続財産清算人を選任することとなる（民法952条）。

家庭裁判所により相続財産清算人が選任されれば、相続財産清算人と共有物分割の協議をして持分を取得することとなる。本件のように物件の価値が低額であり、かつ、早期に共有持分の取得をしたい場合には、早期に協議をすることが想定される。他方で、相続財産清算人は、選任された後に相続人捜索を行い、その公告期間満了までに相続人が現われず、特別縁故者も現れない場合には、共有持分は、共有者が取得することとなる（民法255条）。

上記のように制度の利用自体は考えることができるが、相続財産清算人を選任する場合も、上記の不在者財産管理人と同じように、所在等不明共有者がいる対象不動産の価値が低額な場合、同制度を利用することは、費用対効果が見込めないこととなる。すなわち、相続財産清算人の制度も、不在者財産管理人の制度と同様に、被相続人の相続財産全体を対象とした手続となり、本件のように問題となっている財産が特定の不動産の共有持分であったとしても、被相続人の相続財産全体を対象として、財産の調査等が行われるため、期間も長期化し（少なくとも、本件の対象不動産の共有持分の共有物分割訴訟だけではすまない）、相続財

産清算人選任の申立費用も数十万円から100万円程度要することとなる。

一般的に、所有者（共有者）が不明となる土地は、資産価値が低い（資産価値が高い土地は、遺産分割協議等をする動機が働くため、一般論として放置されない）。そうした所有者（共有者）不明土地が存在し、その解消に重たい手続（多額の費用）を要するとすると、本件のようなケースで所有者（共有者）不明土地を解消する機会を失うこととなる。

（３） 公示送達

公示送達は、相手方の所在が不明の場合（居所その他送達をすべき場所が知れない場合）に、裁判所に申立てをすることで、法的に意思表示を到達させるための手続である（民事訴訟法110条）。

本件のように、共有者の登記簿上の住所等は判明しているが、実際に同所には居住をしておらず、居所等が不明な場合には、まさに公示送達を利用できる場面ともいえる（もっとも、同制度を利用する際の問題点については、下記で検討する）。

（４） 特別代理人

特別代理人とは、未成年者又は成年被後見人に対して訴訟行為をしようとする際に、それらの者に法定代理人がない場合に、遅滞のため損害を受けるおそれがあることを疎明して裁判所に申立てることで選任される者である（民事訴訟法35条）。

特別代理人の制度は、不在者財産管理人や相続財産清算人とは異なり、あくまで対象となる訴訟についてだけの代理人を選任する制度であるため、所在等不明共有者の全ての財産調査をするようなことはなく、長期化することはなく、費用も高額とならない（特別代理人選任は10万円程度で選任を申立てることができる）。

所在等不明共有者の特別代理人が選任されれば、特別代理人を相手とした訴訟をすることができるので、共有者の所在が不明であっても、裁判所が不在者の特別代理人を選任することで、特別代理人を被告として、共有物分割訴訟を提訴す

ることが可能となる。

そこで、「法定代理人がない場合」という規定（民事訴訟法35条）に、どういふ場合が含まれるのかが問題となるが、大審院昭和5年6月28日決定（民集9巻640頁）において、特別代理人の制度は法定代理人等がない場合の規定であるが、その規定は法人の代表者にも準用されており（現在の民事訴訟法37条）、相続財産清算人にも準用できるとし、相続人が不存在で相続財産法人に代表者がいない場合に、相続財産に対して民事訴訟を提起しようとする者は、特別代理人の選任を申立てることができる」と判断された。

それゆえ、上記の大審院の判断に基づき、共有者に相続人が存在しない場合には、訴訟提起をしようとする場合には、遅滞のため損害を受けるおそれがあることを疎明することで、特別代理人の選任申立てをすることができる。

実際、本件のケースでは、特別代理人制度を利用し、所在等不明共有者を被告として共有物分割訴訟を提訴すると共に、所在等不明共有者2名については、特別代理人の選任申立てをした。この制度を活用することで、予納金10万円×各共有者2名分の20万円に対応することができた。また、本件のケースで訴訟提訴から判決までに要した期間は、訴訟提訴5か月程度であった（本件のケースは、年末年始を挟み、特別代理人の選任に通常よりも期間を要したために、実際はもっと短期間で終えることができたはずである）。

3 どのような手続を選択することが適切であったのか

(1) 本ケースでは特別代理人選任申立てより解決をした

上記のように、民法改正前でも、共有者が不明の土地の処分について、いくつかの手続が考えることができた。上記の手続は、民法改正後の新しい制度（共有者が不明の土地の共有関係の解消のための制度）の利用ができるようになっても利用できるものであり、新制度の利用や課題を考える上でも、改正前民法の手続選択を考えることは有益であると考えため、以下、検討する。

本件のケースでは、共有者の一部の所在が不明になっているものの、登記簿上、

共有者の住所氏名は明らかとなっており、戸籍謄本等を取得できないためにその者の生死を確定することはできず（昭和20年前半に名義を取得しており、同時期に成人であったのであれば、現在、生存していれば100歳ほどであり、死亡しているとは言い切れない）、相続人の有無を確認することもできない。

そうした事実関係に即して考えると、登記名義人が不在で確認できないのであるから、費用・期間等の問題を考慮しなければ、不在者財産管理人の選任が適切と言える。

しかし、本件土地の共有持分は、単独ではほとんど価値がない。すなわち、本件土地は接道しておらず、土地上には枯れ果てた井戸と所有者のわからない動産類が放置されている状態であり、共有者が確認できた持分については、数万円程度で売買がなされていた（その意味では共有持分の時価は数万円程度と言える）。また、固定資産税評価額も本件土地全体で数十万円程度であり、持分にすればさらに低額な価値しかない。

上記のほとんど価値がない共有持分を取得するために、数十万円から100万円近くの前納金を納付し（今回は、共有者2名が行方不明であるため、その2倍の前納金を要する）、行方不明の共有者の財産全体を管理するための不在者財産管理人を選任することはあまりに不合理である。

では、登記簿上の共有者の所在が不明であることから、不在者財産管理人ではなく、所在が不明である者を対象とした手続である公示送達が適切だとも考えられる。しかし、公示送達による呼出の場合には、被告が期日に欠席した際の擬制自白は、認められない（民事訴訟法159条3項但書）。例えば、全面的価格賠償が認められるだけの「特段の事情」を立証することができないような場合には困難なことも想定される。また、登記簿上、死亡していることが強く推測されるような場合に、公示送達という制度が適切なのかも疑問である。

以上のような理由により、本件のケースでは、特別代理人選任申立てを行った（民事訴訟法35条）。特別代理人は、不在者財産管理人のように所在等不明共有者の財産全体を対象とする財産管理人ではなく、本件でいえば所在等不明共有者の

共有持分がある対象土地の共有物分割訴訟についてだけ選任されるものである。それゆえ、不在者財産管理人に比して費用は非常に低額となる（予納金10万円×各共有者2名分の20万円）。また、手続としての期間も、不在者財産管理人であれば不在者の財産全体を対象とするために、不在者の財産（本件では共有持分）の処分にも1年程度の期間を要することがあるが、特別代理人は、特別代理人の選任と共有物分割訴訟（本件では1回結審）の期間だけですむため、本件では訴訟提訴から5か月程で共有物分割訴訟を終えることができた（期間は、もっと短縮することも可能だと思われる）。

なお、本件において、特別代理人を選任し、特別代理人を被告とした共有物分割訴訟の判決は、原告が本件土地の共有持分の全てを取得し、その代償金を所在等不明共有者らに支払うという内容であり、全面的価格賠償を認めるものであった。代償金は、固定資産税評価額のうち共有持分に対する額であった（特別代理人から引換給付の抗弁がなかったため、共有名義の変更に際しては、代償金の供託も要しなかった）。

（2）不在者を対象とする特別代理人の制度の利用の可否

上記のケースでは、登記簿上の共有者が行方不明の場合（死亡の事実は確認できない場合）に、特別代理人の選任申立てをして、問題なく選任され解決をした。

しかし、本件とは別件で、行方不明者（登記簿上は、昭和初期の年代で共有者の名義が存在するが、その所在は不明であり、死亡の事実も確認することができない場合）の案件で、同様に特別代理人選任の申立てをしたところ、担当の裁判官より、同制度は、相続人不明の場合には利用できるが、所有名義人が死亡したことを確認できない（戸籍謄本を確認することができず、死亡の事実を確認することができない）以上は、「不在者」として扱うほかなく、公示送達の方法で対応をすべきとの見解が示されたケースがある。

裁判官の考えは、共有者の死亡の事実が確認できない以上は、単なる所在不明者であり、単なる所在不明者である以上は、不在者財産管理人を選任するか公示送達をすべきであり、特別代理人の選任はできないというものであった。

確かに、裁判所が指摘するように、本件では、登記簿上の最後の登記から70年以上が経過しているとはいえ、名義人が死亡しているとは言い切れず、戸籍等で死亡の事実を確認することができない以上、相続人が不在の場合に特別代理人の選任を認めた大審院昭和5年6月28日決定（民集9巻640頁）とは事案が異なり、同判例の射程は及ばないということになるのだろう。しかし、不在者（しかも名義人は昭和初期に所有名義を取得しており、100歳を超える年齢であり、生存している可能性も高いとは言えない）でも、生死不明であり、相続人がいることが不明であれば、不在者に対しても特別代理人の制度の活用を認めることに問題はないはずである。

また、特別代理人が選任されれば、同代理人は訴訟手続の中で、不在者のために訴訟活動を行うことができ、少なくとも、公示送達の手続で被告とされる者が出廷して反論することなどおおよそ考えられないことを考えれば、特別代理人が選任されたほうが不在者の手続保証にも資する。

そして、公示送達では、擬制自白は認められず（民事訴訟法159条3項但書）全面的価格賠償の要件を満たさない（原告の立場にあるものの資力、物件の価格などから）場合には、名義変更・処分ができないということも生じる。この場合も特別代理人が選任されれば、共有物分割訴訟の中で合理的な解決（例えば、原告が訴訟提訴の時点で共有物を適切な価格で購入する買主を見つけておき、原告・被告が物件を売却して、それぞれが代金を受領する）も考えられる。

（3）小括

以上より、民法改正前でも、所在等不明共有者がいる不動産について、特別代理人や他の制度を活用することで解決することが可能であった。

その理解を前提として、次に述べる改正民法により設けられた制度（所在等不明共有者の持分取得制度（改正民法262条の2）と所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3））が、民法改正によって、現在は、利用可能であり、それらの制度を利用することは、改正前の制度を利用するに比して、どの程度、メリットがあるのか次に検討する。

第4 共有者不明土地の具体的なケースについて、改正民法での対応

1 改正民法で設けられた制度による対応

改正前民法下では、共有者の中に所在等不明共有者がいる場合、共有関係を解消するためには上記で述べたような所在等不明共有者に対して、なんらかの制度を利用し、共有物分割訴訟を行うことが必要だった。

しかし、民法改正では、共有物分割訴訟を経ないで所在等不明共有者³⁾の不動産の共有持分を取得・処分する制度として、下記の2つの制度が創設された。

①所在等不明共有者の持分取得制度（改正民法262条の2）

②所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3）

2 ①所在等不明共有者の持分取得制度について

(1) 所在等不明共有者の持分取得制度の概要

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を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、裁判所は、共有者の請求により、その共有者に、当該他の共有者（所在等不明共有者）の持分を取得させる決定を下すことができる（改正民法262条の2）。

この制度により、所在等不明共有者がいる場合でも、不在者財産管理人等の制度を使うことなく、共有物分割訴訟を提訴することなく、所在等不明共有者の持分を取得することができる。

(2) 不動産が数人の共有に属する場合（遺産共有持分の取得）

通常共有の場合に限らず、遺産共有の場合も含む。但し、遺産共有持分を取得する場合、相続開始時から10年を経過していないときは、裁判所は、持分取得決

3) 「所在等不明共有者」とは、共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができない場合における当該共有者をさす（民法262条の2第1項）。

定をすることはできない（改正民法262条の2第3項）。

（3）分割請求事件が他に係属している場合

所在等不明共有者の持分に関する分割請求事件が他に係属している場合は、共有者の不在を前提とする所在等不明共有者の持分取得制度ではなく、共有者全員が関与する手続が優先する。すなわち、対象不動産について、共有物分割請求若しくは遺産分割請求があり、かつ、所在等不明共有者以外の共有者が持分取得の裁判の請求を受けた裁判所に異議を出した場合には、裁判所は持分取得の裁判をすることはできない（改正民法262条の2第1項・第5項）。

（4）持分取得決定について

裁判所の決定により、申立共有者は、所在等不明共有者の持分を取得することができる（改正民法262条の2第1項前段）。

他方で、所在等不明共有者は、申立共有者が取得した持分の時価相当額の支払いを請求することができる（改正民法262条の2第4項）。

（5）具体的な手続と要する期間について

具体的な手続は、次のとおりである。

ア 共有者が、管轄裁判所に対し、所在等不明共有者の持分取得決定の申立を行う（改正民法262条の2第1項前段）。

管轄裁判所は、対象不動産の所在地を管轄する裁判所となる（改正非訟事件手続法87条1項）。

イ 申立の際の費用

印紙代1,000円×対象となる持分の数×申立人の数

予納金（官報公告費用）7,134円

郵券6,000円⁴⁾

4) 東京地方裁判所 WEB サイト https://www.courts.go.jp/tokyo/vc-files/tokyo/2023/00-3-setumei_shozaihumeikyoyusha-motibunshutoku.pdf

ウ 裁判所による公告（3か月を下回ることはできない）

申立を受けた裁判所は、所在等不明共有者等に対し、申立があったこと・持分取得決定に異議があるときは一定期間の間に異議の届出をすること・所在等不明共有者以外の共有者が、共有物分割や遺産分割を優先的に行うべき旨の異議があるときは一定期間の間に異議の届出をすること・異議の届出がなければ、裁判所が持分取得の決定をすること・申立人以外の共有者で取得を希望する者は一定期間内に届出をすることを公告しなければ、取得の決定をすることはできない（改正非訟事件訴訟法87条2項各号）。

そして、上記の公告の期間は、3か月を下回ることはできない（改正非訟事件訴訟法87条2項後段）。

エ 登記簿上の共有者に対する個別の通知

裁判所は、上記ウの公告をした後、遅滞なく、登記簿上の氏名・住所等が判明している共有者に対して、上記の公告すべき事項を通知する（改正非訟事件訴訟法87条3項前段）。この通知は登記簿上の住所や事務所宛に発送すれば足りる（改正非訟事件手続法第87条3項後段）。

オ 時価相当額の決定と供託

（ア）時価相当額の考え方

上記ウの3か月を下回ることはない異議の期間内に異議の届出がなく（改正非訟事件手続法第87条2項4号）、供託がされれば、裁判所は、申立人に対して、所在等不明共有者の持分の取得の裁判をする。

申立人である共有者が所在等不明共有者の持分を取得すると、所在等不明共有者は、持分に代えて持分の時価相当額の支払い請求権を取得する（改正民法262条の2第4項）。

裁判所は、申立人である共有者が所在等不明共有者の持分を取得する決定をするに際しては、申立人に対し一定の期間内に、裁判所の定める額の金銭を供託所に供託するように命じ（改正非訟事件手続法第87条5項）、所在等不明共有者の支払い請求権を確保した（供託をしなければ、申立は却下される）。

上記の供託金は、時価相当額とされており、その額は、裁判所が不動産鑑定士の鑑定書や固定資産税評価証明書、不動産業者の査定書などをもとに決定する。もともと、この裁判所が命じた供託金額は、裁判所が決定する金額に過ぎないため、改正民法262条の2第4項で定められる時価（請求権の金額）と一致するわけではない。それゆえ、所在等不明共有者は、上記の裁判所が決定した供託金の還付を受けた上で、時価相当額と供託金の額との間に差額がある場合には、その差額を通常の訴訟にて請求することができる。

なお、上記のように、時価相当額と供託金の額との間に差額がある場合でも、供託の効力は否定されることはなく、所在等不明共有者の持分譲渡の有効性には影響はない。

（イ） 共有減価の考え方

「共有減価」とは、対象財産が共有持分であることによって、共有不動産の維持管理面での拘束や分割が適正にされないリスクが生じ、需要が限定され、単独所有権の価額の持分割合に応じた単純な按分額よりも市場価格が減価されて評価されることをいう⁵⁾。所在等不明共有者の持分取得によって、申立人が単独所有になって共有状態が解消される場合には、共有減価はされないことになる。

なお、原価率は一般的に2割程度と言われている。

所在等不明共有者の持分を他の共有者に取得させる場合（改正民法262条の2第4項）は、「当該共有者が取得した持分の時価相当額」と規定されているため、単独所有にならない場合には、共有減価を検討する余地があることとなる。

* 他方で、所在等不明共有者の持分の譲渡権限の付与制度の場合（改正民法262条の3第3項）には、「不動産の時価相当額を所在等不明共有者の持分に応じて案分した得た額」とされており、共有減価が考慮されない。これは、譲渡権限付与の場合には、共有物全体が譲渡されるために、共有減価を考慮せずに金額を決定できるという考えによる。

5) 黒澤泰「共有不動産の鑑定評価〔新版〕」（プロGRESS2022・115頁）

(6) 検討

本件のケースでは、所在等不明共有者2名以外の共有者（行方不明の共有者の持分以外の持分を取得した不動産業者）が、所在等不明共有者の持分取得を裁判所に求め、裁判所の決定により、持分を取得することができる（所在等不明共有者の持分を取得する決定に基づき、共有持分の移転登記を単独で申請することになる）。

時間的な問題としては、申立をした後の裁判所による公告（3か月を下回ることはできない期間）があるとしても、3か月程度で決定が下されるのであれば、不在者財産管理人等を利用することよりはるかに短い期間で手続きが可能である。

また、費用については、印紙代数千円、予納金（官報公告費用）7,134円、郵券6,000円と非常に低額に抑えることができ、現状の不在者財産管理人制度や特別代理人の制度の利用よりも有効である。

実務上、問題となると思われるのは、時価相当額の決定と思われる。例えば、時価相当額の決定をするに際して、低額な価値しかない不動産の時価相当額の決定に際して、裁判所が不動産鑑定士の評価を求めるようなことになれば、費用も非常に高額となり、時間も長期化することは間違いない。

時価相当額の判断に時間と費用を要することとなれば、結局は、時間・費用の問題で所在等不明共有者の持分が生じてしまう社会の実情（価値の低い遺産持分・共有持分は、遺産分割や共有物分割をされないままに放置されてしまう社会の実情）からして、新しい所在等不明共有者の持分取得制度も利用されないことになってしまう。

また、上記で記載したとおり、本申立てを受けた裁判所が命じた供託金額は、改正民法262条の2第4項で定められる時価（請求権の金額）と一致するわけではなく、時価相当額と供託金の額との間に差額がある場合には、所在等不明共有者は、事後的に、その差額を通常の訴訟にて請求することができる。それゆえ、裁判所は、時価相当額の判断をするに際しては、できるだけ簡易な資料（不動産

の評価証明書、路線価、不動産業者からの複数の査定書等の容易に準備をすることが可能なもの)に基づく、可能な限り、迅速に時価相当額を判断すべきである。

仮に、所在等不明共有者の持分取得を裁判所に求めてから、3か月程度で決定が下されるのであれば、特別代理人の制度を利用するよりも期間・費用(特別代理人の選任に一人当たり10万円ほど要し、共有物分割訴訟を提訴するにも印紙代・郵券を要する)の点で有益であり、同制度の利用が望ましいという結論となる。

3 ②所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度について

(1) 所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度の概要

改正法では、上記のように、所在等不明共有者の持分を、他の共有者が取得する制度だけでなく、共有者が、所在等不明共有者の持分を特定の者に譲渡する権限を付与する決定をすることが可能となった(改正民法262条の3)。

(2) 持分取得決定について

裁判所の決定により、申立共有者は、所在等不明共有者の持分を譲渡する権限を付与することができる(改正民法262条の3第1項前段)。裁判所の決定は、所在等不明共有者以外の持分の全部が特定の者に持分の全部を譲渡することを停止条件として生じるとされており、決定により共有物の譲渡の効力が生じるわけではない。

(3) 具体的な手続と要する期間について

具体的な手続は、次のとおりである。

ア 共有者が、管轄裁判所に対し、所在等不明共有者の持分を特定の者に譲渡する権限を付与する旨の申立を行う(改正民法262条の3第1項前段)。

管轄裁判所は、対象不動産の所在地を管轄する裁判所となる(改正非訟事件手続法88条1項)。

イ 申立の際の費用

印紙代1,000円×対象となる持分の数×申立人の数

予納金(官報公告費用)7,134円

郵券6,000円

ウ 裁判所による公告（3か月を下回ることはできない）

申立を受けた裁判所は、所在等不明共有者の持分譲渡権限付与の裁判の申立があったこと・持分譲渡権限付与の申立に異議があるときは一定期間の間（3か月を下回らない期間）に異議の届出をすること・所在等不明共有者以外の共有者が、共有物分割や遺産分割を優先的に行うべき旨の異議があるときは一定期間の間に異議の届出をすること・異議の届出がなければ、裁判所が持分の権限譲渡付与の決定をすること・申立人以外の共有者で取得を希望する者は一定期間内に届出をすることを公告しなければ、取得の決定をすることはできない（改正非訟事件訴訟法88条2項、同法87条2項各号）。

そして、上記の公告の期間は、3か月を下回ることはできない。

エ 時価相当額の決定と供託

（ア）時価相当額の考え方

上記ウの3か月を下回ることはない異議の期間内に異議の届出がなく、供託がされれば、裁判所は、申立人に対して、所在等不明共有者の持分譲渡権限付与の裁判をする（改正非訟事件手続法第88条2項）。

申立人である共有者が所在等不明共有者の持分譲渡権限を取得すると、所在等不明共有者は、当該譲渡をした共有者に対し、不動産の時価相当額を所在等不明共有者の持分に応じて案分して得た額の支払いを請求することができる（改正民法262条の3第3項）。

所在等不明共有者の持分譲渡権限付与決定は、申立権者が、裁判の効力が生じた後2か月以内に、その権限を行使（持分の譲渡）しない場合は、その効力を失う。それゆえ、申立権者は、上記の2か月以内の期間に、他の共有者の持分の譲渡も含めて、譲渡をする必要がある（改正非訟事件訴訟法88条3項）。

但し、この期間は、裁判所に申立てをすることで伸長することができる（同法同項但書）。

裁判所は、所在等不明共有者の持分譲渡権限の付与決定をするに際しては、持

分取得制度と同様に、申立人に対し一定の期間内に、裁判所の定める額の金銭を供託所に供託するように命じ（改正非訟事件手続法第88条2項、同法87条5項）、所在等不明共有者の支払い請求権を確保した（供託をしなければ、申立は却下される）。

上記の供託金は、持分取得制度と同様に時価相当額とされており、その額は、裁判所が不動産鑑定士の鑑定書や固定資産税評価証明書、不動産業者の査定書などをもとに決定するのも同様である（裁判所が命じた供託金額と時価との差額が生じた場合、所在等不明共有者は、上記の裁判所が決定した供託金の還付を受けた上で、時価相当額と供託金の額との間に差額を通常の訴訟にて請求することができるのも同じである）。

なお、上記のように、時価相当額と供託金の額との間に差額がある場合でも、供託の効力は否定されることはなく、所在等不明共有者の持分譲渡の有効性には影響はない。

（イ） 共有減価の考え方

上記第4・2（5）オ（イ）で指摘したとおり、所在等不明共有者の持分取得制度を利用し、かつ、持分取得後に単独所有にならない場合には、対象財産が共有持分であることによって生じるリスクを勘案し、共有減価を検討する余地がある。

しかし、所在等不明共有者の持分の譲渡権限の付与制度の場合（改正民法262条の3第3項）には、持分を含めて共有物全体が譲渡されることを前提としているため（不動産の一部の共有持分のみを取得することで、共有不動産の維持管理・分割が適正になされないリスクがないため、市場価格から減価される要因がないため）、共有減価が考慮される余地はない。

（4） 検討

本件のケースでは、所在等不明共有者2名以外の共有者（行方不明の共有者の持分以外の持分を取得した不動産業者）が、所在等不明共有者の持分の譲渡権限付与を裁判所に求め、裁判所の決定により、持分の譲渡権限を取得することがで

きる（所在等不明共有者の持分を特定の者に対して、持分全部を譲渡することを停止条件として譲渡する権限を付与する）。

本件では、上記の決定を得て、2か月以内に譲渡先を決めて（2か月以内に決まらない場合には、期間の延長を求めて）、譲渡することとなる。

時間的な問題と費用の問題は、上記第4・2（6）で検討したことと同様となる。

所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度を利用するに際して、持分取得制度とは異なる検討を要する必要があるのは、共有減価である。本件で例としたようなケース（対象の不動産の価値が大きくないケース）では、対象不動産の持分を処分する際の共有減価はさほど議論せずともよいかもしれないが、不動産の価値が大きい場合には、次のような問題が考えられる。

すなわち、不動産の価値が非常に大きく共有減価によって大幅な減価が見込まれるような場合である。例えば、本件では2名の所在等不明共有者がいるため、最初に1名分の所在等不明共有者の持分取得の申立てをすれば、共有減価を前提とした価格で持分を取得することができ、その取得をした後に、もう1名の所在等不明共有者の持分取得（若しくは譲渡権限付与）の申立てをすれば、申立人が負担する供託金の額は、最初から所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度を利用するのではなく、最初に1名分の所在等不明共有者の持分取得の申立てを先行させた方が、結果的に費用が低額となることが考えられる。

本稿での問題意識は、一般的に所在等不明共有者が生じやすい利用価値の低い不動産を対象として、どのような制度が時間的・費用的に適しているのか、ということであり、上記の問題にはこれ以上、立ち入らない。もっとも、こうした制度の利用の仕方や費用の負担は、今後、実務家が、所在等不明共有者の持分の共有解消の問題に直面した際、依頼者が優先する事情（時間なのか、費用なのか等）を適切に把握し、その事情をふまえて、どの制度を利用するのが適切かを検討することが大切となる。

第5 最後に

1 所在等不明共有者の持分取得制度（改正民法262条の2）及び所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3）を利用しやすくするために

民法改正後は、本件のようなケースは、上記第3で述べた①所在等不明共有者の持分取得制度（改正民法262条の2）若しくは②所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3）を利用することが可能となる。

上記で両制度の具体的な内容を検討したが、現行法における対応としての不在者財産管理人や相続財産清算人等の制度では、費用と時間が支障となり、所在等不明共有者が含まれる共有物の利用がすまないとという問題の解消に向けた改正と言える。

但し、現行法で問題となっている費用と時間という視点は、改正後の制度運用に際しても持ち続けなければならない。なぜなら、仮に、改正後に、持分取得制度（改正民法262条の2）若しくは持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3）を利用するとしても、上記で述べたように、例えば、裁判所の決定（供託金の判断）に際して、持分の価値の評価のために、不動産鑑定を実施するなどによって、多額の費用や決定までに長期の期間を要する⁶⁾となれば、同制度を設けた理由が失われてしまうからである。

本件で検討したケースについては、民法改正前のことであったため、民法改正で定められた制度の検討をする余地はなく、特別代理人の申立てを行うことで対応した（民事訴訟法第35条、第37条）。具体的な手続きとしては、裁判所が選任した特別代理人を被告として、共有物分割訴訟を提訴し、第1回の期日で結審し

6) 改正後非訟事件手続法は、所在等不明共有者の持分取得・持分譲渡する権限付与の制度のいづれも、所在等不明共有者等に異議の機会を与えるための公告手続を設けており、その期間は3か月を下ってはいけなくとされている（同法87条2項、同法88条2項）。

た。不動産の評価は、不動産の評価証明書で判断し、評価額の持分相当額を所在等不明共有者に支払うことで共有持分を取得する内容の判決を得て、最終的に依頼者は、持分を取得する目的を達した。費用は、特別代理人の選任のための予納金10万円（今回は、二人の特別代理人を選任する必要があったため、20万円）で足りた。期間は、訴訟提訴から判決までに5か月程度であった（年末年始を挟んだため、実際はもっと短期間で終えることができた）。

上記の民法改正前での対応をふまえて、今後は、民法改正によって定められた所在等不明共有者の持分取得制度（改正民法262条の2）と所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3）の利用も選択肢として、どの制度を利用することが、問題の解決に最適であるかを考える必要がある。

また、所在等不明共有者の持分取得制度（改正民法262条の2）と所在等不明共有者の持分譲渡権限付与制度（改正民法262条の3）が、活発に利用されるよう、他の制度との比較をしつつ、両制度を利用するに際して生じる問題点について、今後、検討を深めて、利用しやすい制度としなければならない。

2 最後に

本稿では所在等不明共有者がいる場合の不動産が問題となった例について検討を加えた。検討を加えたケースでは、不動産業者が、所在等不明共有者が名義人である不動産の周囲の不動産を含めて再開発しようとしたことで、所在等不明共有者の土地の解消につながった。

しかし、仮に、検討を加えたケースの個々の土地の1筆だけの所有者が、対象土地の共有持分の問題に気が付いたとしても、それを解消するための費用・時間を考えると、解消に向けて動くことは、一般的には考え難い（本ケースで、土地「1」の土地だけを購入した人が、対象土地（土地「5」）の共有持分の名義変更がなされていないことを気が付いたとしても、本稿で検討したような複雑な手続と費用をかけて、権利関係を整理しようとは普通、考えない）。

今後、日本は、人口減少と高齢化がさらに進み、都市部に人口が集中し、人口

が減少する地域の利用見込みや資産価値が低い土地は、さらに生じることが見込まれる。本稿で検討をしたように、所在等不明共有者（広くは所有者不明土地）の問題を私人の所有権（財産権）という視点で捉えようと、最終的には、問題の解消に要する費用対効果が問題とならざるを得ない。そうなると今後も、利用見込みや資産価値が低い土地が増え続けることが予想される中で、所在等不明共有者の共有持分を取得したり処分したりする制度ができたとしても、それらの制度を利用してでも活用できる土地は限られており、結果的に利用されない不動産は不可避免的に生じると思われる。

それゆえ、所在等不明共有者（広くは所有者不明土地）の問題は、所有権（財産権）という側面で私人間の問題として解決する方策を整備するだけでなく、所在等不明共有者（広くは所有者不明土地）が生じやすい地域の人口流出の阻止など社会全体の問題（人口が都市部に集中する問題と表裏の関係にあると思われる）として考えなければ、根本的な解決は困難だと思われる。