

共有・分有土地上に存在する建物に係る土地利用権について（上）



齋藤 理

長島・大野・常松法律事務所
弁護士



宮城 栄司

長島・大野・常松法律事務所
弁護士

1. はじめに

不動産流動化・証券化の対象となる建物が共有又は分有^{注1}土地上に存在していることは少なくない。かかる物件を不動産流動化・証券化の対象とする場合、デューデリジェンスにおいて、土地が共有であるか又は分有であるか、土地所有者と建物所有者が同一であるか又は異なっているかといった点を踏まえて、当事者間の権利関係を十分に整理する必要がある。また、建物又は土地に抵当権が設定されている場合には、当該抵当権が実行された場合の権利関係についても検討しておかなければならない。もっとも、これらの点については法令上必ずしも明確ではない点が多く、特に、建物が共有建物又は区分所有建物である場合には、複雑な法律问题が存するところである。本稿では、共有又は分有土地上に存在する建物に係る土地利用権に関する法的な問題点について、各類型毎に検討を加えることとする。

なお、本稿は筆者らの個人的見解であり、筆者

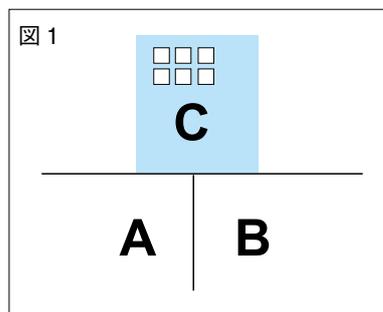
らの所属する法律事務所の見解を述べたものではないことにご留意いただきたい。

2. 建物単独所有の場合における権利関係

(1) 土地が分有されている場合

① 第三者による建物単独所有の場合

これは、図1のように、AとBがそれぞれ隣接する1筆の土地を所有しており、当該2筆の土地に跨



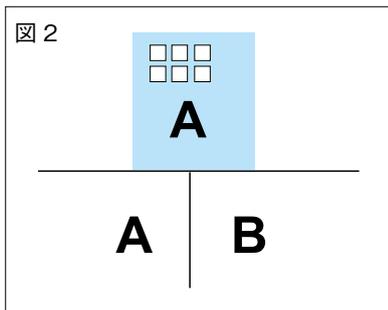
がって第三者Cが単独で建物を所有する場合を想定している。かかる場合、Cは、AとBのそれぞれから借地権の設定を受けることになる^{注2}。かかる借地権の設定にあたっては、A、B及びCの三者間の合意によることとしても、CがAとBのそれぞれと個別に合意することとしてもよい。

注1

分有との用語については必ずしも明確な定義があるものではないが、本稿においては、複数の筆の土地上に建物が存在する場合であって、各土地が複数の者によってそれぞれ単独所有されている状態を指す用語として用いる。

C所有建物に設定された抵当権が実行され、Dが建物の所有権を取得した場合、DはAとBに対するCの借地権を建物の従たる権利として承継する。また、A所有土地に設定された抵当権が実行され、Dが当該土地の所有権を取得した場合、Cの借地権が当該抵当権に対抗できるときは、DはAの地位を承継し、Cは借地権者として引き続き当該土地を利用することが可能である。逆に、Cの借地権が当該抵当権に対抗できないときは、当該土地の所有権を取得したDは、Cに対してD所有土地とその上に存在する建物について建物取去土地明渡しを請求することができる。

②分有土地の所有者の1人による建物単独所有の場合



これは、図2のように、AとBがそれぞれ隣接する1筆の土地を所有しており、当該2筆の土地に跨ってAが単独で建物を所有する場合を想定している。

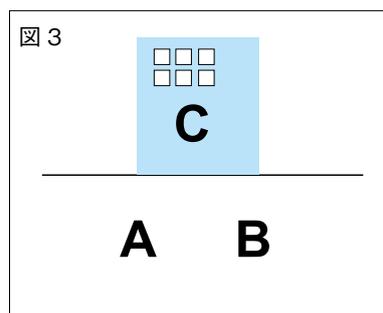
かかる場合、Aは、自己の所有する土地については自己の所有権に基づいて使用し、B所有土地については、Bから借地権の設定を受けて使用することとなる。

A所有建物に設定された抵当権が実行され、Dが建物の所有権を取得した場合、Dによる建物所有のためにA所有土地につき法定地上権(民法第388条)^{注3}が成立する。A所有土地に設定された

抵当権が実行され、Dが当該土地の所有権を取得した場合も、同様に、Aによる建物所有のためにA所有土地につき法定地上権が成立する。B所有土地に設定された抵当権が実行された場合については、上記図1の場合と同様である。

(2)土地が共有されている場合

①第三者による建物単独所有の場合



これは、図3のように、AとBが土地を共有しており、当該土地の上にCが単独で建物を

所有する場合を想定している。

民法上、共有物の変更については共有者全員の同意が必要とされているが(民法第251条)、共有物の管理に関する事項については、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決するものとされている(民法第252条本文)。そこで、図3の場合において、土地に借地権を設定することが共有物の管理に該当し、持分の価格の過半数で決することができるか、それとも共有物の変更に該当し、共有者全員の同意が必要とされるかが問題となる。

この点については、「一般に、共有物について賃貸借契約を締結する行為は、それが民法602条の期間^{注4}を超える場合には、共有者による当該目的物の使用、収益等を長期間にわたって制約することとなり、事実上共有物の処分に近い効果をもたらすから、これを有効に行うには共有者全員の合

注2

親族間等では使用借権を設定する場合も少なくないと思われるが、本稿では基本的に有償の商業取引を前提とする。

注3

抵当権の実行ではなく、強制執行により建物と土地の所有者を異にするに至った場合には、民事執行法第81条に基づき地上権が設定されたものとみなされる。本稿では抵当権が実行された場合を検討するが、法的には同一の効果を有するため、民事執行法第81条に関する裁判例にも言及する。水上敏「判解」最判解説民事編平成6年度281頁参照。

注4

土地の場合は原則として5年である。

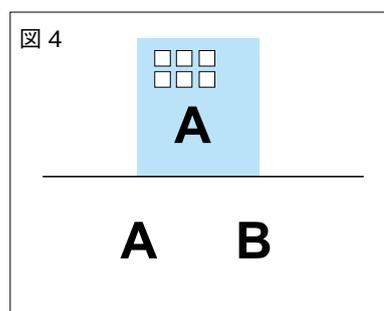
意が必要であると解されるのに対し、同条の期間を超えない場合には、処分の程度に至らず管理行為に該当するものとして、持分価格の過半数をもって決することができるというべきである。しかし、仮に契約上は存続期間が同条の期間を超えないとしても、借地借家法等が適用される賃貸借契約においては、更新が原則とされ事実上契約関係が長期間にわたって継続する蓋然性が高く、したがって、共有者による使用、収益に及ぼす影響は、同条の期間を超える賃貸借契約と同視できるものと考えられる。したがって、借地借家法等の適用がある賃貸借契約の締結も、原則として、共有者全員の合意なくしては有効に行い得ないというべきである。」とする下級審裁判例が存在する^{注5注6}。

かかる裁判例を踏まえると、図3の場合に新たに借地権を設定するときは、Cとしては当該借地権の設定について土地共有者全員の同意が必要とされる可能性を考慮して、AとBの両方との間で借地権設定契約を締結すべきと考えられる。また、既に設定済みの借地権について、土地共有者全員が同意しているか否かが明らかでない場合は、借地権が有効に設定されていない可能性について検討する必要がある。

C所有建物に設定された抵当権が実行され、Dが建物の所有権を取得した場合、前記図1の場合と同様に、DはCの借地権を承継することとなる。Aの土地共有持分に設定された抵当権が実行さ

れ、Dが当該土地共有持分を取得した場合の取扱いについては必ずしも明らかではないが、前述のとおり借地権の設定が処分行為に近い効果を有すると考えるのであれば、借地権に優先する土地共有持分の抵当権者に当該行為の効果を及ぼすべきではないことから、前記図1の場合と同様の取扱いをすべきと考えられる。

②土地共有者の1人による建物単独所有の場合



これは、図4のように、AとBが土地を共有しており、当該土地の上にAが単独で建物を

所有する場合を想定している。

各共有者は、その持分に応じて共有物を使用することができるが(民法第249条)、共有土地上に建物を所有して共有土地を独占的に使用することは自己の持分の割合を超える使用であるから、他の共有者との間で土地の使用に関する何らかの合意をすることとなる^{注7}。かかる合意の法的性質をどのように捉えるかについては議論のあるところであり、①共有者間における共有物利用に関する合意と考える見解、②Aを一方当事者とし、A及びBを他方当事者とする土地利用権の設定契約と考える見解

注5

東京地判平成14年11月25日判時1816号82頁。もっとも、同判決は、「持分権の過半数によって決することが不当とはいえない事情がある場合には、長期間の賃貸借契約の締結も管理行為にあたる」として当該事案の解決としては借地借家法の適用される建物賃借権の設定を管理行為に該当するとした。なお、東京地判平成18年1月26日金判1237号47頁も参照。

注6

かように、かかる裁判例では、管理に該当するか変更しに該当するかではなく、管理に該当するか処分に該当するかが問題とされている。共有物の処分行為については、これを民法第251条の「変更」に含まれると解する見解と、含まれないと解する見解が存在するが、結論として共有者全員の同意を必要とする点では特段異なるものではない。

注7

かかる独占的な使用を認めるかどうかを共有土地の管理に関する事項と考えれば、当該事項は持分の価格の過半数で決することとなり(民法第252条)、図4の場合においてAが土地共有持分の価格の過半数を有している場合には、AはBの同意を得ずに共有土地を独占的に使用することができることとなる。もっとも、以下で述べるAとBの間の合意の法的性質の議論とも関係するが、Aの土地利用権に強い拘束力を認める場合には、上記図3についての議論と同様に、当該土地利用権の設定は処分行為に近い効果を有するとして土地共有者全員の同意が必要とされる可能性があるものと考えられる。

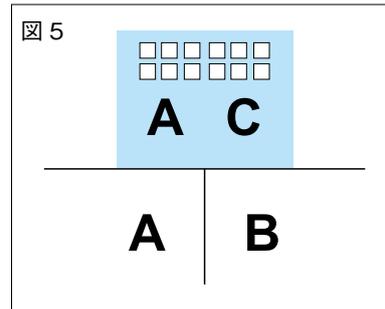
及び③Bの土地共有持分についてAに利用権を設定する合意と考える見解が存するところである^{注8}。AとBの間の契約を作成する場合、かかる議論に留意する必要がある。

Aの土地共有持分に設定された抵当権が実行され、Dが当該土地共有持分を取得した場合、Aによる建物所有のために法定地上権が成立するかが問題となるが、判例は、法定地上権の成立を認めるべき事由が「単に土地共有者の一人だけについて発生したとしても、これがために他の共有者の意思如何に拘わらずそのものの持分までが無視されるべきいわれはない」ことを理由に、法定地上権は成立しないとする^{注9}。また、A所有建物に設定された抵当権が実行され、Dが建物の所有権を取得した場合についても、判例上、原則として法定地上権は成立しないものとされている^{注10}。もっとも、判例は、建物所有者以外の土地共有者がいる場合において、法定地上権の成立を否定する趣旨は、「他の共有者の意志に基づかないで該共有者の土地に対する持分に基づく使用収益権を害することを得ないことによるものである」ことから、「他の共有者がかかる事態の生ずることを予め容認していたような場合」には法定地上権の成立を認める余地があるとしている^{注11}。

3. 建物共有の場合における権利関係

(1) 土地が分有されている場合

①建物共有者に土地所有者以外の者が含まれる場合



これは、図5のように、AとBがそれぞれ隣接する1筆の土地を所有しており、当該2筆の土地

に跨がってA及び第三者Cが建物を共有する場合を想定している。かかる場合、B所有土地については、Bを借地権設定者、A及びCを借地権者とする借地権設定契約を締結することになる。A所有土地については、Aを借地権設定者、A及びCを借地権者として借地権設定契約を締結することが混同の原則(民法第179条、第520条参照)との関係で認められるかが問題となるが、借地借家法は「借地権を設定する場合においては、他の者と共に有することになるときに限り、借地権設定者が自らその借地権を有することを妨げない。」(同法第15条第1項)と規定し、かかる自己借地権の成立を認めている。

Aの建物共有持分に設定された抵当権が実行され、Dが当該建物共有持分を取得した場合、A所

注8

学説の状況につき、松本恒雄「判批」判タ794号(1992年)31頁、横梯次「共有土地・建物における帰属の変動と敷地利用権の運命」民商115号1号(1996年)6頁参照。

注9

最判昭和29年12月23日民集8巻12号2235頁。

注10

最判昭和44年11月4日民集23巻11号1968頁。

注11

前掲注10。なお、当該事案は、仮換地の所有者からその一部を特定して買い受けた者がその土地上に建物を建築して抵当権を設定したという特殊な事案である。どういった事情があれば、他の土地共有者が法定地上権の成立を容認しているといえるかという点については今後の判例の集積を待つ必要がある。

有土地にA及びCの自己借地権が設定されているときには、Dは借地権者としてのAの地位を承継し、Cと共にA所有土地を利用することが可能と考えられる。A所有土地に設定された抵当権が実行され、Dが当該土地の所有権を取得した場合にも、A及びCの自己借地権が当該抵当権に対抗できるときは^{注12}、A及びCは借地権者として引き続き当該土地を利用することが可能である^{注13}。

A所有土地につきA及びCの自己借地権が設定されていない場合^{注14}、A所有土地に設定された抵当権が実行され、Dが当該土地の所有権を取得したときは、A及びCによる建物所有のために法定地上権が成立し得る^{注15}。自己借地権制度の創設前における判例ではあるが、かかる事案につき「建物の共有者の一人がその建物の敷地たる土地を単独で所有する場合においては、同人は、自己のみならず他の共有者のためにも右土地の利用を認めているというべきであるから…民法388条の趣旨により、抵当権設定時に同人が土地及び建物を単独で所有していた場合と同様、右土地に法定地上権

が成立する」との判示がなされている^{注16}。同様に、Aの建物共有持分に設定された抵当権が実行され、Dが当該建物共有持分を取得した場合にも、C及びDによる建物所有のためにA所有土地につき法定地上権が成立し得るものと考えられる^{注17}。

②分有土地所有者による建物共有の場合

AとBがそれぞれ隣接する1筆の土地を所有しており、当該2筆の土地に跨がってA及びBが建物を共有する場合、基本的には、上記図5の場合と同様の分析が妥当し、AとBは、A所有土地とB所有土地のそれぞれについて共有建物の所有を目的とする土地利用権を設定することとなる。もっとも、かかる場合については、AとBの間で、借地権（自己借地権）を設定する旨を明示することなく、相互に土地を利用することを認め、かつ相互に対価の支払いを行わない旨が合意されることが少なくない。以下では、かかる合意（以下「無償相互利用合意」という。）がなされた場合の土地利用権の性質について検討する。

注 12

自己借地権について、借地権の登記をすることにより対抗要件を具備することに争いはないが、借地上の建物の登記によって自己借地権の対抗要件を具備することができるかについては必ずしも明らかではない（村田博史「自己借地権の要件」塩崎勤ほか編『裁判実務体系 23 借地借家訴訟法』（青林書院、1995年）197頁）。また、そもそも、借地権を準共有する場合において借地上の建物の登記によって借地権の対抗要件を具備することができるかについては、借地権の準共有割合と建物の共有割合が一致しない場合の取扱いを含め、不明確な点が多い。

注 13

AとCの間の借地権設定契約においては、CのAに対する地代の支払いについて規定されることとなるが、抵当権の実行により第三者たるDが借地権者としてのAの地位を承継した場合、Dから土地所有者としてのAに対する地代の支払いについては規定がないため、かかる地代について別途合意する必要が生じる。Dが借地権設定者としてのAの地位を承継した場合も同様である。

注 14

いかなる場合に自己借地権が設定されていることとなり、いかなる場合に自己借地権が設定されていないこととなるかは必ずしも明らかではない。CがAに対して何らの対価も支払っていない無償使用の場合には、借地権（すなわち地上権又は賃借権）を設定する意図はないといえるものと考えられるが、CがAに対して何らかの対価を支払っている有償使用の場合には、自己借地権が設定されているものと認められる余地があるように思われる。

注 15

もっとも、かかる場合については、自己借地権を設定することができることを理由として、法定地上権の成立は認められないとする解釈もあり得るところである（内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』429頁（東京大学出版会、2007年）、生熊長幸「土地共有・建物共有と法定地上権」法雑 53 巻 4号（2007年）826頁参照）。

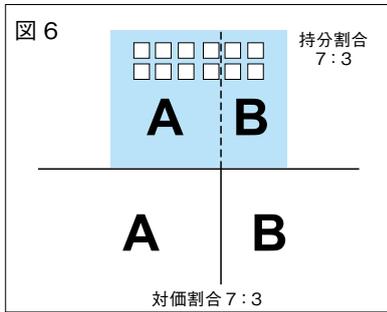
注 16

最判昭和46年12月21日民集25巻9号1610頁。

注 17

前掲水上286頁参照。

a 建物の共有持分割合と土地利用権の対価の割合が同一であるとき



無償相互利用合意の法的性質については、これを相互に賃借権を設定する合意と解する

見解と、相互に使用借権を設定する合意と解する見解があり得るところである^{注18}。この点、図6のように、AとBの建物共有持分の割合が7:3であり、A所有土地とB所有土地の地代相当額の割合も7:3である場合(例えばA所有土地の地代相当額が700万円、B所有土地の地代相当額が300万円である場合)については、実質的にはAとBの間でそれぞれが負担すべき地代を対当額で相殺しているものと見ることができるところから、当事者が反対の意思を表明していない限り、無償相互利用合意を相互に賃借権を設定する合意と解することができるものと考えられる^{注19}。

なお、無償相互利用合意の法的性質を相互に使用借権を設定する合意と解する見解については、(i)上記のような対価性の存在に合致していないこと、(ii)使用貸借については使用借権設定者による一方的な終了が認められていることから、土地利用権が不安定になること、(iii)使用借権については借地借家法の適用がなく、同法第10条に基づく対抗要件を具備することができないことから、土地利用権が不安定になること、及び(iv)借地借家法

第15条の規定により認められる自己借地権は「借地権」、すなわち土地賃借権又は地上権である必要があることから、各土地に関する自己使用借権は混同の原則により成立しない可能性があることに鑑み、妥当でないと考えられる。

b 建物の共有持分の割合と土地利用権の対価の割合が異なる場合

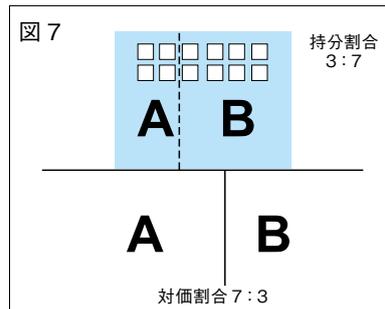


図7のように、AとBの建物共有持分の割合は3:7であるが、A所有土地とB所有土

地の市場地代相当額の割合が7:3である場合、無償相互利用合意の法的性質をどのように考えるべきであろうか。かかる場合においても、AとBが、その合意により、(市場地代相場にかかわらず)地代相当額の割合を建物共有持分の割合と同様の3:7であると定めることは妨げられないはずであるから^{注20}、上記図6の場合と同様に、無償相互利用合意を相互に賃借権を設定する合意と解することは可能と考えられるところであり、前述した無償相互利用合意を使用借権の設定と考えた場合の不都合を勘案すると、図7の場合についても、これを相互に賃借権を設定する合意と解することが当事者の合理的な意思に合致すると考えられる。

もっとも、上記図6の場合に比して、相互に対価の支払いを行わないとするものの合理性に疑問の

注 18

なお、無償相互利用合意を無名の実務契約と解する見解も存在する。

注 19

賃貸借の対価は金銭ではなく現物供与でもよいとされていることから、AとBの間では、それぞれA所有土地及びB所有土地を使用収益させていること又は土地利用を受忍していることを賃料とする賃貸借契約が成立しているものとも考えよう(浜田稔「6 建物の区分所有と借地権の関係」中川善之助ほか監修『借地・借家[改訂版] 不動産法大系第3巻』116頁(青林書院新社1975年)参照)。

注 20

但し、税務上の問題については別途検討する必要がある。

余地があり得ることは否定し難いところであり、使用借権を設定する合意に過ぎないと認定される可

能性は上記図6の場合に比して高いといえよう^{注21}
^{注22}。

注 21

使用貸借契約と賃貸借契約の区別は、貸借が対価を伴うか否かによってなされる。当事者が賃貸借契約であると合意している場合であっても、使用収益の対価としての賃料が非常に低廉な場合には、低廉な賃料を定めた特別の事情がない限り、使用借とされる可能性がある。幾代通ほか編『新版注釈民法（15）』（望月礼二郎・水本浩）（有斐閣、2010年）164頁。

注 22

なお、図7の場合において、無償相互利用合意を相互に賃借権を設定する合意と解した場合、地代等減額請求権（借地借家法第11条）を行使する余地があることに留意する必要がある。

さいとう まこと

1999年東京大学法学部卒業、2000年長島・大野・常松法律事務所入所、2006年University of Michigan Law School卒業。不動産取引、不動産ファイナンス、MSA及びジョイントベンチャーを中心として、企業法務全般にわたりリーガルサービスを提供している。

みやぎ えいじ

2009年京都大学法科大学院卒業、2010年長島・大野・常松法律事務所入所。J-Reit、不動産流動化取引をはじめとする不動産取引を中心として、訴訟、紛争等に至るまで企業法務に関する幅広い分野を取り扱っている。