

# 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（下）



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

## 3. 建物共有の場合における権利関係

(1) は ARES 不動産証券化ジャーナル Vol.10 を参照。

### (2) 土地が共有されている場合

① 建物共有者に土地共有者以外の者が含まれる場合

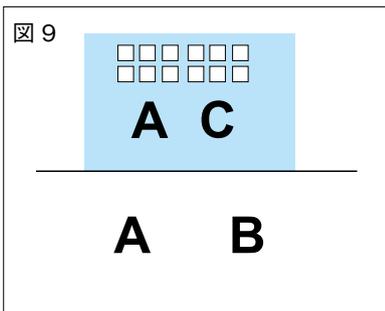


図 9

これは、図 9 のように、A と B が土地を共有し、当該土地上に A と第三者 C が建物を共有する場合を想定している。

かかる場合、A については、土地共有者ではない C と共に借地権を有することになるため、自己借地

権を設定することが可能であると解される<sup>注23</sup>。これを踏まえると、かかる場合における A、B 及び C 間の土地の使用及び対価の支払いに関する合意は、自己借地権設定契約としての性質を有する場面が多いものと考えられる。なお、賃貸借契約に基づく賃料支払義務は不可分債務であると解されていることから<sup>注24</sup>、A、B 及び C 間の契約においても、C が賃料の支払いを怠ったときには、A も賃料支払義務を負担する可能性があることに留意する必要がある。

土地につき A 及び C の自己借地権が設定されている場合において、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ときは、D は借地権者としての A の地位を承継すると考えられる<sup>注25</sup>。また、かかる場合において、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ときは、図

注 23  
寺田逸郎「新借地借家法の解説（4）」NBL494 号 29 頁

注 24  
我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964 年）390 頁

注 25  
なお、自己借地権が賃借権である場合、賃借権の譲渡に関する賃貸人の承諾（民法第 612 条第 1 項）が別途問題となることに留意されたい（借地借家法第 20 条も参照）。

3の場合と同様の分析が妥当するものと考えられる。

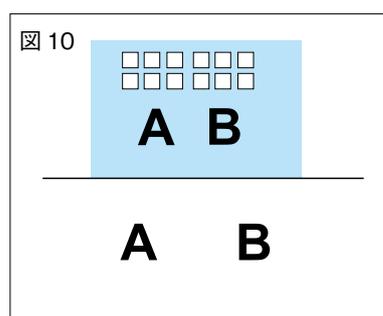
一方、土地につきA及びCの自己借地権が設定されていない場合において<sup>注26</sup>、Aの土地共有持分に設定された抵当権が実行され、Dが当該土地共有持分を取得したときについては、**図4**の場合と同様に法定地上権の成立を原則として否定する判例がある<sup>注27</sup>。Aの建物共有持分に設定された抵当権が実行され、Dが当該建物共有持分を取得した場合についても、同様に、原則として法定地上権は成立しないものと思われる。

自己借地権が設定されているか否かによって、かようにAの土地共有持分又は建物共有持分に設定された抵当権が実行された場合の取扱いが大きく異なり得ることから、A、B及びC間の土地の使用及び対価の支払いに関する契約を作成する際には、かかる点に十分留意する必要がある。

## ②土地共有者による建物共有の場合

これは、**図10**のように、AとBが土地を共有し、当該土地上にAとBが建物を共有する場合を想定している。

自己借地権は、土地の所有者が他の者と共に借



地権を有する場合にのみ設定することができる。土地の共有者以外の第三者が建

物の共有者とならないこの場合には、自己借地権を設定することができないものと解される。かかる場合において、AとBの土地共有割合と建物共有割合が異なるなどの理由により、対価の支払いが生じる場合には、当該支払いについてAB間で合意することとなるが、かかる合意については、土地共有者間の共有物利用に関する合意としての性質を有するものと考えられる<sup>注28</sup>。

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については、**図4**及び**図9**の場合と同様に、法定地上権の成立を原則として否定する判例がある<sup>注29</sup>。

Aの建物共有持分に設定された抵当権が実行され、Dが建物共有持分を取得した場合についても、同様に、原則として法定地上権は成立しないものと思われる<sup>注30</sup>。

注26  
前掲注14参照。

注27  
最判平成6年12月20日民集48巻8号1470頁。同判決は、最判昭和44年11月4日(前掲注10参照)等の従前の判例を踏まえて、他の共有者が「その持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分にはゆだねていることなどにより法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情がある場合でない限り、共有土地について法定地上権は成立しない」とした上で、かかる「あらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情」につき「土地の共有者間の人的関係のような事情は、登記簿の記載等によって客観的かつ明確に外部に公示されるものではなく、第三者にはうかがい知ることのできないものであるから、法定地上権発生の有無が、他の土地共有者らのみならず、右土地の競落人ら第三者の利害に影響するところが大きいことにかんがみれば、右のような事情の存否によって法定地上権の成否を決することは相当でない」としている。

注28  
なお、**図4**の場合における合意の法的性質についての議論を参照。

注29  
強制執行の場合における法定地上権の成否が争点となった事案に関するものであるが、最判平成6年4月7日民集48巻3号889頁。

注30  
なお、Aの土地共有持分とBの土地共有持分に抵当権が設定され、Aの土地共有持分に係る抵当権のみが実行された場合、及びAの建物共有持分とBの建物共有持分に抵当権が設定され、Aの建物共有持分に係る抵当権のみが実行された場合について、いずれも法定地上権が成立し得るとする文献として、東京地裁民事執行実務研究会編著『改訂不動産執行の理論と実務(上)』(法曹会、1999年)283頁参照。

## 4. 区分所有建物の場合における権利関係

### (1) 敷地利用権

区分所有建物において専有部分を所有する者は、当該区分所有建物の敷地についても何らかの利用権を有する必要がある。かかる専有部分を所有するための建物の敷地に関する権利を敷地利用権という(建物の区分所有等に関する法律(以下「区分所有法」という。)第2条第6項)。敷地利用権となり得る権利としては、通常は所有権、賃借権又は地上権が挙げられるが、使用貸借に基づく使用借権や無名契約上の権利であっても土地の所有者との関係で土地上に専有部分を所有することができる権原となり得る権利であれば敷地利用権に該当し得る<sup>注31</sup>。

敷地利用権については、「敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、区分所有者は、その有する専有部分とその専有部分に係る敷地利用権とを分離して処分することができない」(区分所有法第22条第1項)とする、いわゆる分離処分禁止の原則が定められている<sup>注32</sup>。かかる規定により禁止される処分とは法律行為としての処

分であり、専有部分及び敷地利用権のうち一方のみについての譲渡、抵当権の設定、差押・仮差押等にかかる処分に該当する<sup>注33</sup>。

もっとも、①敷地利用権が「数人で有する所有権その他の権利」ではない場合、即ち、敷地利用権が共有又は準共有されていない場合<sup>注34</sup>及び②規約においてかかる規定の適用を除外した場合(区分所有法第22条第1項但書)には、分離処分禁止の原則の適用はなく、専有部分と敷地利用権を分離して処分することが可能である<sup>注35</sup>。

分離処分禁止の原則が適用される場合に、区分所有建物の専有部分又は敷地利用権のみが処分されたときは、当該処分は無効であるが、善意の相手方に対しては当該処分の無効を主張することができないとされている(区分所有法第23条本文)。もっとも、敷地利用権について登記された後の処分については、善意の相手方に対しても当該処分の無効を主張することができる(同条但書)。なお、分離処分禁止の原則の適用を受ける敷地利用権であって登記されているものを敷地権という(不動産登記法第44条第1項第9号)。

#### 注 31

濱崎恭生『建物区分所有法の改正』(法曹会、1989年)102頁。もっとも、敷地利用権が使用貸借契約に基づく使用借権である場合には、以下で述べる分離処分禁止の原則の適用はないとする見解が有力である(同濱崎172頁)。

#### 注 32

共用部分に係る共有者の持分については、区分所有法に別段の定めがある場合以外は、その有する専有部分の処分と分離して持分を処分することができないとされており(区分所有法第15条第2項)、共用部分に係る持分も原則として専有部分と一体として処分されることが想定されている。

#### 注 33

阿部則之『建物の区分所有と敷地利用権』篠田省二編『現代民事裁判の課題⑥〔借地・借家 区分所有〕』(新日本法規出版、1990年)756頁、塩崎勤『民事裁判の実務的課題』(民事法研究会 2005年)183頁

#### 注 34

前掲注31 濱崎171頁。もっとも、「数人で有する所有権その他の権利」を共有又は準共有の場合に限定せず、分有の場合にも分離処分禁止の原則の適用を認める見解も存する(五十嵐徹『マンション登記法 一登記・規約・公正証書一』76頁(日本加除出版、2011年))。

#### 注 35

なお、分離処分禁止の原則の適用がない場合に、規約によって分離処分を禁止することはできないとする見解がある(稲本洋之助・鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法』(日本評論社、2004年)129頁)。

## (2) 土地が分有されている場合

### ① 縦割りの区分所有のとき

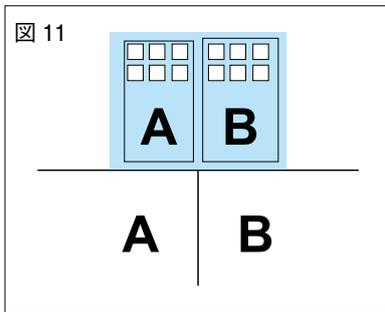


図11

縦割りの区分所有とは、一棟の建物を縦に割った各戸を専有部分とするもので、棟割長屋

やタウンハウスの区分所有がその典型である<sup>注36</sup>。

図11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、A所有土地上にAの所有する専有部分が存在し、B所有土地上にBの所有する専有部分が存在する場合については、Aの専有部分に係る敷地利用権はA所有土地に係るAの所有権とし、Bの専有部分に係る敷地利用権はB所有土地に係るBの所有権とすることができるものと一般的には理解されている<sup>注37</sup>。もっとも、かかる場合、A所有土地とB所有土地のそれぞれについてA及びBの自己借地権を設定することも可能である。

各専有部分の存在する土地の所有権を当該専有部分に係る敷地利用権と考えた場合、A所有土地上にA所有建物が存在し、B所有土地上にB所有建物が存在する場合に類する状況となることから、Aの専有部分に係る抵当権が実行され、Dが当該

専有部分の所有権を取得した場合には、A所有土地についてDのために法定地上権が成立し、同様に、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は、当該土地について、Aの専有部分の所有のために法定地上権が成立するものと考えられる。

一方、各土地に自己借地権を設定した場合は、各専有部分に係る敷地利用権はかかる自己借地権の準共有持分となる。かかる場合において、Aの専有部分に設定された抵当権が実行され、Dが当該専有部分の所有権を取得したときには、かかる自己借地権の準共有持分は、当該専有部分の従たる権利として、当該専有部分と共にDに移転するものと考えられる<sup>注38</sup>。また、かかる場合において、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Bの自己借地権が当該抵当権に対抗できるときは<sup>注39</sup>、A及びB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となる。

### ② 横割りの区分所有のとき

横割りの区分所有とは、一棟の建物を横に割った各階層を専有部分とするものを意味する<sup>注40</sup>。図12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区分所

#### 注36

前掲注19 中川ほか109頁

#### 注37

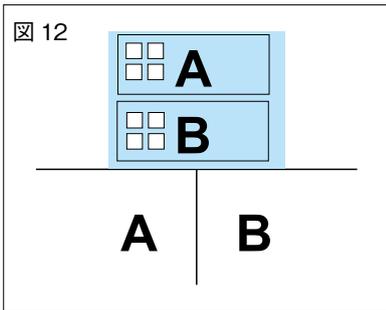
前掲注31 濱崎104頁。もっとも、この場合にも、建物の外壁、土台、支柱などの躯体部分が全ての区分所有者が共有する共用部分とされる場合には（区分所有法第11条第2項本文参照）、当該共用部分の共有持分を保有するために各区分所有者について全ての敷地について利用権が必要ではないかとも考えられるところである。かかる点については、各区分所有者は、単に各筆について単独の所有権等を有するだけでなく、その敷地全体を一棟の区分所有建物の敷地として利用しようという明示又は黙示の合意があるはずであり、この合意に基づく権利こそが敷地利用権であると解する余地もあるが、一般的には、このような権利が土地の所有権等から独立した権利として存在するものとは観念されないので普通であり、かかる合意の存在は、敷地利用権の完全性の問題として捉えるべきと説明されている（前掲注31 濱崎104頁）。なお、敷地利用権の概念が導入された昭和58年当時においては、自己借地権制度が存在しなかったため、A所有土地上に、A及びBのための借地権を設定することに理論上の問題があったことにも留意する必要がある。

#### 注38

かかる場合も、自己借地権が賃借権であるときには、前掲注25と同様に賃借権の譲渡に関する賃貸人の承諾が別途問題となる。

#### 注39

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、区分所有建物の場合にも、前掲注12において指摘したのと同様の問題が存在する。



有建物が存在し、その上層部分をAが、下層部分をBがそれぞれ所有する場合の敷地

利用権については、①A所有土地とB所有土地のそれぞれについてA及びBの自己借地権を設定する方法と、②AとBのそれぞれが、自己の所有土地については所有権をもって敷地利用権とし、他方当事者の所有土地については、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の無償相互利用合意をする方法があり得るところである。

このうち②の無償相互利用合意をする場合における、無償相互利用合意の法的性質については、図6及び図7について述べたところと同様に、相互に賃借権を設定する合意と解すべきと考える<sup>注41注42</sup>。

上記①の自己借地権を設定する方法をとる場合、Aの専有部分又はA所有土地に設定された抵当権が実行された場合の取扱いについては、図11の場合において自己借地権が設定されたときと同様の分析が妥当する。

これに対し、上記②の無償相互利用合意をする場合において、Aの専有部分又はA所有土地に設定された抵当権が実行されたときについては、法定地上権は成立しないとする見解が有力であり、東京地方裁判所民事第21部(民事執行センター)においても法定地上権は成立しない取扱いとされている<sup>注43</sup>。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、法定地上権が成立しないとすれば、Aは当該土地について利用権限を有しないこととなり得る<sup>注44</sup>。

### (3) 土地が共有されている場合

これは、図13のように、AとBが土地を共有し、当該土地上にAとBが区分所有する建物が存在す

#### 注 40

実際の区分所有建物は縦割りと横割りが複合した縦横割りのものが多いところであるが、かかる縦横割りの場合においても、横割りの区分所有に関する以下の議論が基本的に妥当する。

#### 注 41

なお、大判昭和10年3月28日大審院裁判例9巻民84頁は、甲乙が各自その所有する土地を相手方に対して交換的に無償の使用収益権を設定する場合には、甲乙それぞれの使用は互いに対価たる関係にあり、全般的に見て無償契約となすことはできず使用貸借ではない旨判示している。

#### 注 42

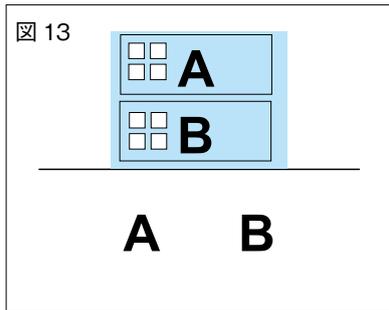
無償相互利用合意の法的性質を賃借権の設定と考える場合、具体的な法律構成としては、(ア)各土地について、A及びBの自己借地権を設定する(即ち、上記①と実質的には同様の結論とする)構成と、(イ)A所有土地についてはBの賃借権を、B所有土地についてはAの賃借権を設定するとの構成があり得るところである。このうち(イ)の構成とした場合、A所有土地について、Aは自己の所有権に基づいてこれを利用し、Bは賃借権に基づいてこれを利用することとなるため、賃借権について通常排他的利用が認められていることと矛盾しないかが問題となるところである。

#### 注 43

前掲注30東京地裁民事執行実務研究会288頁。法定地上権の成立を否定する裁判例として、東京高判平成3年1月17日判タ768号159頁、東京地判53年2月1日判時917号86頁等。もっとも、第一順位の抵当権設定時に一棟の区分所有建物の全ての専有部分とその敷地の所有者が同一であり、かつ、一部の専有部分のみが売却されて、敷地所有者と別の所有に帰することになった後、当該区分所有建物の一部の専有部分につき抵当権が実行された事案において、当該区分所有建物の存立のために必要な限度で法定地上権が成立するものと解するのが相当とした裁判例がある(東京高決平成14年11月8日判タ1109号109頁)。なお、かかる場合における法定地上権の成立を否定する場合、図5の場合において、自己借地権が設定されていないときについては、判例上法定地上権の成立が認められていることとの整合性が問題となり得るものと思われる。

#### 注 44

かかる場合、Dは、Aの専有部分の収去を請求し、又はAに対して区分所有権を時価で売り渡すよう請求することができる(区分所有法第10条)。なお、Bについては、A所有土地に係るBの無償相互利用合意に基づく権利を賃借権と考える場合、当該賃借権が抵当権に対抗できるときには、Bが当該土地に係る自己の賃借権をDに対して対抗する余地があり得る。



共有持分とすることとなろう。AとBの土地共有割合

る場合を想定している。

かかる場合、各専有部分に係る敷地利用権は所有権の共有持分とする

と専有部分の割合が異なるなどの理由により、対価の支払いが生じる場合には、図10の場合と同様に、土地共有者間の共有物利用に関する合意をすることとなる。

かかる場合、敷地利用権が所有権の共有持分であるため、分離処分禁止の原則が適用され、原則として、A及びBはそれぞれの専有部分と土地の共有持分を分離して処分することはできない。

#### 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、M&A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。