

建物の区分所有における専有部分の敷地利用権

新 田 敏

- 一 はじめに
- 二 区分所有法による専有部分と敷地利用権の一体性
- 三 専有部分と敷地利用権の対応関係
- 四 敷地利用権の対応を欠く専有部分と土地の法律関係
- 五 結びに代えて

一 はじめに

わが国においてはローマ法系の多くの国とは異なり、土地と建物とを別個独立の不動産とする独特の法制度をとっており、これがしばしば、複雑で解決困難な法律問題を生起させていることは、広く知られるところである。⁽¹⁾ この問題は、一棟の建物において、複数の建物所有権が成立している建物の区分所有権の場合には、より深刻な事態を生じさせる。そこで昭和五八年の「建物の区分所有等に関する法律」(以下区分所有法という)の大規模改正の際に、わが国の法体系としては画期的な、区分所有権の客体である専有部分と、それを存立させる敷地利用権の一体化の制度が採

用された。すなわち、区分所有者は、その所有する専有部分と、その法的存立基盤である敷地利用権につき、分離して処分することが、原則として、禁止されたのである(同法二二条一項)。この改正により、旧法の時期には起りえた建物の区分所有権と敷地の利用権とが別々に処分(競売)され、専有部分の収去請求や売渡請求がなされるという窮極の法律問題が、原則的に、回避されることになった。

もっともこの区分所有法二二条によって実現しようとする専有部分と敷地利用権の一体化は、「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」(同条一項)、すなわち敷地の利用権が共有あるいは準共有である場合と、「建物の専有部分の全部を所有する者の敷地利用権が単独で有する所有権その他の権利である場合」(同条三項)、すなわち全専有部分の所有者が単独の敷地利用権者である場合の二種類に限定されており、従って、敷地利用権が共同関係とならないいわゆる分有の場合とはもとより、共同の敷地利用権となる場合であっても、「規約に別段の定め」(同条一項但書)がされた場合には、従来通り、専有部分と敷地利用権の分離処分が許容されている。

このことは、区分所有において専有部分と敷地利用権の分離の可能性は、旧法時代と比較して少なくなることは確実に予測しうるとしても、旧七条に規定されていた区分所有権の売渡請求権が、現行一〇条に存続していることにも示されるように、「敷地利用権を有しない区分所有者」が生ずる可能性はなお存在しているといわなければならない。⁽²⁾

このようにして、区分所有法二二条に規定された専有部分と敷地利用権の一体性は、一方ではそれを円滑に推進するための登記法上の諸施策がなされているものの、他方で専有部分と敷地利用権との関係がどのようなものでなければならないか、とりわけ同条二項の場合規約によって、専有部分の床面積の割合と異なる割合を定めうるとしていることとの関係でも、その対応の適法性の根拠・限界という実体法上の問題の検討が不可欠のように思われる。

そこで本稿では、現行法上の専有部分と敷地利用権の一体性の目的・内容、専有部分と敷地利用権の対応関係を検証し、敷地利用権を充足しないあるいは欠如する専有部分についてその敷地の法律関係を考察することとしたい。

(1) その具体的問題の一つとしては、建物の築造開始から、独立の建物たりうる段階に至る法律関係がある。この問題については、拙稿「附合・加工における建物所有者の決定基準」法学研究五三巻七号八七三頁以下参照。

(2) 一体化された敷地利用権であっても、それが賃借権——の準共有持分——である場合に、債務不履行によって解除され、消滅することはありうる。

二 区分所有法による専有部分と敷地利用権の一体性

ここでは、現行区分所有法における一体性の目的、一体性の内容、敷地利用権と民法二五五条との関係、敷地利用権の種類と敷地権（不登九一条二項）について明らかにしておきたい。

一 一体性の目的

区分所有者は、その権利の客体となる専有部分を所有するために、それらの総体である建物の敷地につき、他の区分所有者と共同で所有権、地上権、賃借権などの敷地利用権を有していなければならない。またこの区分所有権の譲渡や、それへの担保権の設定などの処分を行うときには、敷地利用権についても同一の処分がなされるのが通常であるし、またそれぞれ別個に処分して、敷地利用権を伴わない専有部分を生じさせることは好ましくない。また先述したように土地と建物とを別個独立の客体とするのが法制のもとでは、右のような処分がなされればそれを第三者に対抗するためには、建物および土地登記簿のそれぞれに登記をしなければならないことになる。

建物の区分所有法の制定にともない、区分所有建物の登記簿については、一棟の建物の表題部の用紙の次に、各専有部分ごとにその表題部、甲区および乙区用の用紙を編綴するという方式で構成されたので、専有部分の数の多い区分所有建物の場合であっても、当然に、その登記用紙の枚数は膨大となるにしても、各専有部分ごとの権利関係は、そ

それぞれの登記用紙によって容易に認識することができた。

それに対して、土地の登記簿の構成については、区分所有建物の敷地であることによる特別の方策はとられていなかったから、大規模な区分所有建物の敷地の場合には、多数の区分所有者への共有持分の移転の登記、その共有持分の再移転の登記、その共有持分を目的とする抵当権の設定の登記、さらにはそれらの登記の抹消登記などが甲区または乙区用の紙に受付番号順に連綿と記載されることとなり、その記載が膨大複雑なものとなって、著しく一覽性を欠く状況になっていたといわれている。⁽¹⁾

このことはまた、登記簿の閲覧の請求や抄本の交付の請求があった場合に請求の対象である登記事項を索出したり、あるいは各種の登記申請があった場合に、登記権利者、登記義務者または登記上利害関係を有する第三者を確認するために、関係登記事項を索出することが極めて困難であり、登記事務の適正迅速な処理が著しく阻害されていた。⁽²⁾

そこでこのような問題に対処するために、実体法上、専有部分と敷地利用権の処分を一体化する制度を採用することとなった。それによって、実体法的には、区分所有者と敷地利用権者とが分離することを回避し、不動産登記法上も、その一体化を専有部分の登記簿と敷地の登記簿に公示した上で、双方一体的に生ずる権利変動に関する登記は、専有部分の登記用紙にのみ登記し、この登記がなされると、敷地利用権についても同様の登記がされたものとみなして、敷地の登記簿への登記をしないという処理を可能とした。⁽³⁾

このように、土地と建物とを別個の権利の客体とするのが法制のもとで、区分所有という法律関係に限定して、専有部分と敷地利用権との分離処分を原則的に禁止することにしたのは、そのこと自体が目的であったとみるよりは、それはむしろ手段であって、「一体化の直接最大の目的は、両者の権利変動を建物登記簿上で専有部分の登記用紙により一覽性をもって公示させ、敷地の登記簿を簡明化すること」にあったといえよう。⁽⁴⁾ 区分所有者の有する敷地利用権は、ほとんどの場合、共有準共有の関係にならざるをえないが、区分所有法二二条二項で、一体化にともなう各

専有部分に係る敷地利用権割合について、同一区分所有者が数個の専有部分を所有するときの原則的定めをしているとはいえ、既存の区分所有建物はもとより、同項の例外の場合を併せて、専有部分と敷地利用権の対応関係をめぐる困難な法律関係は依然として解釈に残されたままであって、同法の大改正の前後において何らの前進もみられていないといつてよいように思われる。

二 一体性の内容

イ 分離処分の禁止

区分所有法二二条一項本文は、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として、一体性の原則を定めている。すなわち、ここでは区分所有者が建物の敷地について有する所有権の共有持分または地上権、賃借権などの準共有持分が敷地利用権である場合に、その有する専有部分と、その敷地利用権の分離処分を禁止している。このように二二条一項本文が専有部分の敷地利用権が共同関係にある場合としたのは、区分所有建物であっても、棟割長屋的なものや、いわゆるタウンハウス形式のものにみられる敷地を区画して、区画ごとに区分所有者が敷地利用権の分有をしている——単独権利者となっている——場合には、区分所有とされていない一般の建物とその敷地利用権の關係があまり違わないので一体化の原則を適用する必要性に乏しい、と説かれている。⁽⁵⁾このような場合には、実体法的にも登記手続法上も、混乱の可能性は小さいから、土地と建物に関する一般の原則に委ねることであろう。ここでの敷地利用権に含まれるのは、どのような権利か特に使用借権が含まれるかについては、若干の対立がみられるがその点は次項で検討する。

ここで分離してなされる「処分」とは、区分所有者が行う譲渡、抵当権または質権の設定のほか、区分所有者が受

ける差押え、仮差押えのように、専有部分と敷地利用権とを一体として行う処分——法律行為としての処分——であって、事実行為としての処分は含まれない。⁽⁶⁾

□ 敷地権としての公示

不動産登記法は、登記された敷地利用権で、専有部分と分離して処分できないものを「敷地権」と称することとし、建物または附属建物について敷地権があるときは、その表示の登記事項の一として、建物の登記用紙中表題部に登記するものとしている(不登九一条二項四号、同一条二項参照)。このように不動産登記法は、敷地権の表示の登記により、建物が敷地に関する権利と一体化したという客観的事実——建物のみについて処分をしても効力が生じないという法律状態にあるということ——を公示して取引の安全を図ることを目的としている。⁽⁷⁾したがって、敷地権の表示の登記がなされた後、処分の相手方が、善意——敷地権と専有部分との分離処分禁止に違反する処分であることを知らない——であったとしても、すべて無効とされている(二三条但書)。

このように、区分所有においては、建物の登記用紙の表題部に敷地権の表示を登記することとした上で、敷地権の表示を登記した建物の登記用紙には、建物のみ所有権の移転を登記原因とする所有権の登記および建物のみを目的とする質権または抵当権の設定の登記をすることはできないものとしている(不登二一〇条ノ一三二項、同一条ノ二二項)。また敷地権の表示の登記をした建物については、敷地権についても同一の登記原因が存在する場合に限って所有権移転の登記などを行うことができるものとしている(不登一一〇条ノ一四一項、同一条ノ三三項参照)。これらは、登記官がいわゆる形式的審査権しか有していないことを前提に、建物の登記簿に敷地権の表示の登記をすることによって、登記簿上その建物について一体性の原則の適用があることがわかるようにし、それに違反する処分の登記がされないようにしている。⁽⁸⁾

さらに、敷地権の表示を登記した建物についてなされた所有権に関する登記および一般の先取特権・質権または抵

当権に関する登記で、建物のみに関する旨の附記登記がなされていないものは、敷地権について同一の登記原因による相当の登記としての効力を有するものとされている（不登一〇条ノ一五一項、同一四〇条ノ三二項）。このようにして、敷地権の表示の登記は、建物についてされる権利に関する登記の効力が敷地権にも及ぶこと、すなわち、建物の登記用紙中甲区または乙区にされる登記の効力が及ぶ目的物の範囲を明らかにする機能を有する⁽⁹⁾ことができる。

ハ 一体性違反の効力

それでは、この二二条一項の定める専有部分とそれに係わる敷地利用権の分離処分⁽¹⁰⁾の禁止——一体性——に違反する処分がなされた場合の法律効果はどうなるか。この点については、二三条本文は、二三条三項の場合を含めて、そのなされた処分の無効を善意の相手方に主張することはできない、ものとしている。もっとも二二条一項但書は、規約によって分離処分することを可能としているから、ここでは、そのような規約に分離処分を容認する定めがない場合に関する。

旧法時代から継続する専有部分と敷地利用権で一体化による敷地権の登記がなされていないもの⁽¹⁰⁾はもとより、新法のもとでも敷地権の登記未了のものについては、分離処分が可能と信じて建物の専有部分のみを譲り受け、あるいは敷地利用権のみを譲り受ける者が生ずることは否定できない。二三条本文は、そのような場合に、取引の安全のために善意の第三者を保護しようとするものである。

この善意の第三者への処分として取扱われる場合の範囲につき「結局、新築建物の表示の登記の申請の時から申請に係る表示の登記がされるまでの間にされた分離処分禁止に違反する処分のみが、処分の相手方の善意・無過失を条件として有効とされることになる」と説くものがある⁽¹¹⁾。これに対し、この期間の限定は狭きに失するとし、また第三者側の事情として善意の証明だけで足りるとする反対説がある⁽¹²⁾。後者の主張するように、分離処分の禁止Ⅱ一体化は表示の登記の申請以前に生じていると解され、実質的には専有部分については、当該部分に区分所有権が成立したと

みられる時から、敷地利用権については、当該専有部分のために権利設定された時から、当該専有部分に敷地権としての表示の登記がなされるまでの期間と解すべきであり、また無過失を要件とすべきか否かについては、一体化の登記がなされるまでは、第三者は善意の証明のみで、その一方の取得が認められるべきである。

なおこの二三条本文との関係で、たとえば分離処分を可能とする規約の設定が無効であるのに、表示の登記の申請書にその規約が添附されたために、有効な分離処分可能な規約ありと誤認して建物の表示の登記をした場合のように、敷地権があるのに敷地権の表示が登記されていない場合の、敷地権の表示を登記する建物の表示の更生または変更の登記がなされるまでの間の、一体性の原則に違反する処分の効力などの公示との関係については他の研究を参照されたい。⁽¹³⁾

なお敷地権の表示の登記がなされた後においては、処分の相手方が善意であっても、一律に無効とされる(二三条但書)ことについては、前述(ロ)した。

二 民法二五五条との関係

敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利であって、専有部分とそれに係る敷地利用権が一体化されている場合について、区分所有法二四条は、民法二五五条の規定は、敷地利用権には適用しないと規定している。

これは、専有部分の所有者が、その敷地について共有持分または借地権の準共有持分を有する場合に、相続人なくして死亡したり、持分を放棄した場合に、民法二五五条によればその共有持分ないし準共有持分は、敷地利用権について共同関係にある他の共有者ないし準共有者に帰属することになり、当該敷地利用権によって存立していた専有部分は、敷地利用権のない専有部分となり、敷地利用権を分離処分したのと同様の結果となる。そこで民法二五五条の適用を排除することによって、専有部分と敷地利用権の一体性を確保しようとしたものであるとされている。⁽¹⁴⁾

右の趣旨において、二四条はその合理性が認められるものであって、敷地利用権が共同関係にある場合でも、本条

は、その敷地利用権に係る個々の専有部分を単位として適用されるべきものであって、ある専有部分自体が共有とされ、従ってそれに係る敷地利用権の共有持分ないし準共有持分が、共同関係に立っているとみられる場合には、その敷地利用権については、民法二五五条の適用は排除されないと解すべきである。その意味では、二四条は制限的に解釈されなければならない。具体例を挙げると、ある専有部分につき二十分の一の持分の土地所有権が敷地利用権であった場合に、その専有部分と敷地持分権を二人の者で二分の一ずつの割合で共有していたときに、そのうちの一人が相続人なくして死亡したり、持分権を放棄した場合には、民法二五五条によって、専有部分の持分が他の共有者に帰属するだけでなく、敷地利用権の持分も他の共有者に帰属することになるべきものである。

三 敷地利用権の種類と敷地権

土地上に自己の建物を適法に所有・占有するためには、建物の所有を目的とする土地の利用権原がなければならない。区分所有権の成立する専有部分以外の、一般の建物を所有・占有するについては、それを可能とする権原の全て、すなわち、所有権、地上権、賃借権、使用借権——その具体的利用については共同関係者の協議が必要ではあるが、これらの権利の共有持分権ないしは準共有持分権——を上げることができる。

これに対して、専有部分を適法に所有するために必要とされる権原には、一般の建物と同様に、右の全ての権原が含まれるのかどうかの検討が必要となる。もっとも、単にある土地に専有部分を法律上適法に存立させるということであれば、一般の建物と区分所有建物を区別すべき理由はないというべきである。しかしながら前項までみてきたように、区分所有法二二条および二三条は、専有部分とそれに係る敷地利用権の分離処分を原則的に禁止し、それに反する個別の処分は、基本的には無効とし、さらに、それを貫徹するためにその一体化が不動産登記によって公示されることから、今一度これらの区分所有特有の制度と、右に挙げた土地利用権の適合性を検討する必要がある。ただし

専有部分に係る敷地利用権が、権利者に自由な処分権が認められる所有権および地上権であれば——その共同関係については若干吟味の余地はあるにしても（次節参照）——とりたてて検討の必要はあるまい。問題となるのは賃借権と使用借権とりわけ使用借権が、二二条で分離処分の禁止される敷地利用権に含まれるかいなかである。ここでの敷地利用権に使用借権が含まれることに否定的な見解⁽¹⁵⁾もあるので、賃借権と対比させながら検討しておきたい。検討すべき点は二点ある。一つは、使用借権の処分可能性、二つめは、不動産登記簿による公示可能性である。

イ 敷地利用権の処分可能性

二二条で分離処分を禁止される敷地利用権から、使用借権を除外する見解の一つは、使用借権には処分性がないことを指摘する。⁽¹⁶⁾これは二二条が、「区分所有者は、専有部分と敷地利用権とを分離して処分することはできない」としていることから、専有部分と一体化される敷地利用権とは、区分所有者にその権利の処分権能があることを前提とした規定と解することができ、使用借権については一般に、譲渡性がないと理解されていることが、その根拠とされているものと思われる。もっともこの点では、民法上の賃借権についても、賃貸人の承諾がなければ、その譲渡はできない（民法六二二条）ものとされていることとの関係が問題となりうる。この点について立法担当者は、使用貸借においては、右の民法六一二条と比較してその権利の譲渡性についての規定すらなく、使用貸借についての類似の規定である民法五九四条二項の「借主ハ貸主ノ承諾アルニ非サレハ第三者ヲシテ借用物ノ使用又ハ収益ヲ為サシムルコトヲ得ス」という規定も転使用貸借のことと理解しているもの⁽¹⁷⁾のようである。

ところで民法上の賃貸借および使用貸借において、貸主の承諾なしに、賃借権あるいは使用借権の譲渡がなされた場合について、学説には、当事者間ではその譲渡契約は有効であって、貸主に対抗できないだけと解するものがある。⁽¹⁸⁾しかしその場合であっても、譲渡人は、原貸主から、この譲渡について承諾をうる義務が発生する、譲受人に対して、当然にはこの契約の無効を主張しえないということであって、地上権の譲渡とは異なり、この承諾をえない権利の譲

渡によって、当然に譲受人に使用・収益権が発生（帰属）するわけではない。この効力においては、民法上、賃借権の無断譲渡と、使用借権の無断譲渡との間に差異はない。区分所有法二三条の敷地利用権に、実体法上賃借権は含まれるが、使用借権は含まれないと解釈されるのは、六一二条が承諾を要件としているにもかかわらず、判例がいわゆる背信性の理論によって解除権を制限し、さらには旧借地法九条ノ二（現行借地借家法一九条）が、地主の承諾をえられないときでも、裁判所の許可によって、譲渡が適法とされるという、借地人保護によって、賃貸人の権利が大きく制約され、その反面、借地人の敷地賃借権の処分権能が拡大された結果といつてよい。

□ 公示可能性

区分所有法二三条の敷地利用権には、使用借権は含まれないとする理由として、右の実体法上の処分可能性の問題としてではなく、不動産登記法上使用借権には登記能力がないから（不登一条参照）、具体的には、所有権、地上権または賃借権のいずれかに限られるとする見解がある⁽¹⁹⁾。仮りに、区分所有法二三条によって、分離処分が禁止される敷地利用権に、使用借権が含まれると解したとしても、専有部分と一体として登記することができないことは、この見解の指摘する通りである。しかしそのことは不動産登記法九一条二項の登記が不可能であり、同項四号という、不動産登記法上専有部分と一体として処理される「敷地権」たりえないということであって、区分所有法二三条で分離処分が禁止される敷地利用権に含まれるかどうかは、イで述べたように、基本的には、実体法上専有部分と同程度に、敷地利用権者がその利用権について自由な処分権を有するかどうかによって、決定されるべきである。

もっとも、区分所有法二三条但書は、同法二三条の処分の一体性に附加して、不動産登記法上の処理を超える実体法上の効力を、登記された二三条の敷地利用権である「敷地権」に与えているけれども、そのことは、直ちに「敷地権」たる効力を持ちえない敷地利用権は、分離処分禁止の原則の例外として、分離処分が一般的に可能となるわけではないというべきである。したがって一体性の登記がなされれば、区分所有法二三条本文が定める分離処分禁止の原

則に反してなされた専有部分ないしは敷地利用権のみの処分の無効は、善意の相手方に主張することができないとする効果を排斥するに過ぎない——すなわち、一体化の登記がなされた後に行われた分離処分禁止の原則に違反する処分は、常に無効とされることを意味するにすぎない。このことは一体化の登記ができない場合には、一体化によって実現しようとする狙いが、右に述べた範囲で不徹底となることは否定できないけれども、分離処分禁止そのものは、善意の相手方には主張できないということであって、それ以外の場合には、無効とすることによって、一体化の実現に寄与しうるものである。

このような理由によって、分離処分が禁止される敷地利用権に敷地の使用借権が含まれないとされるのは、それが登記能力を欠くからではなく、イで述べたように、実体法上、その権利者に処分権が附与されていないことに基づくと解すべきである。

- (1) 濱崎恭生「建物の区分所有等に関する法律及び不動産登記法の一部を改正する法律の概要」(別冊NBL一二号) 一九—二〇頁、青山正明「区分所有関係登記制度の改正について」ジュリスト七九五号二一頁。
- (2) 青山・前掲ジュリスト二二頁、濱崎・前掲二〇頁。
- (3) 濱崎・前掲二〇頁。
- (4) 稲本洋之助「区分所有の法理——法構造の変化」法律時報五五卷九号一三頁。
- (5) 濱崎・前掲二〇—一頁。
- (6) この点の詳細は、濱崎・前掲二〇—一頁、青山・前掲ジュリスト二二頁参照。
- (7) 青山正明「一体性の公示とそれに伴う登記の制限」登記先例解説集二六八号一四頁。
- (8) 青山・前掲登記先例一四頁参照。
- (9) 青山・前掲登記先例一四—五頁。
- (10) 既存専有部分についての旧法から新法への経過措置については、建物の区分所有等に関する法律の附則第五条から第八条参照。この点の解説については、濱崎・前掲二三—四頁、同・基本法コンメンタール住宅関係法(別冊法学セミナー)三八二

一六頁参照。

- (11) 高柳輝雄「建物区分所有法の主要改正点」金融法務事情一〇二七号二二頁、同旨濱崎・前掲二二頁。
- (12) 石田喜久夫・基本法コンメンタル住宅関係法二九二一三頁。
- (13) 石田(喜)・前掲二九三頁、青山・前掲登記先例一七頁以下。
- (14) 高柳・前掲金法一二頁、濱崎・前掲二一三頁、石田(喜)・前掲二九三―四頁。
- (15) 高柳・前掲金法一一頁、同・手形研究三四二九頁、石田(喜)・前掲二八八頁。なお濱崎・前掲別冊NBL一〇頁は、敷地利用権として使用借権を挙げ、二二条の解説でも所有権、地上権、賃借権等としており、積極的に使用借権を排除していない。

(16) 高柳・前掲金法一一頁、同・前掲手形研究九頁。

(17) この点については、改正案作成時期の関係者の発言「区分所有関係登記の現状と改正の方向」(座談会)金法九六六号三一―二頁参照。

(18) 使用貸借につき、山中康夫・注釈民法(15)八六頁、賃貸借について広中俊雄・注釈民法(15)二〇八頁。

(19) 幾代通・不動産登記法(三版)四〇七頁なお四〇六頁注(3)参照。

三 専有部分と敷地利用権の対応関係

建物をその敷地上に適法に所有するためには、その敷地に利用権を有していなければならないが、その敷地が共有(ないし準共有)である場合に、その地上建物の共有割合が敷地の共有割合と一致しなければならないわけではない。極端な場合には、数人で共有する土地上に、共有者の協議により、そのうちの一人が単独所有の建物を建てることも、さらには共有者以外の者が建物を建てることすら法的には可能である。ただしこのような場合の法律関係は、事情によってはかなり複雑なものとならざるをえない。右の例で後者の場合には共有者全員と建物所有者との間の、単純な敷地利用権の設定がなされていることになるが、前者の場合には、建物を所有する一人の共有者は、その持分の範

囲では、その敷地利用権は所有権ということができるとしても、それを越えた部分は、他の共有者の持分に依存していることは明らかであるから、その範囲については、何らかの敷地利用権が設定されているとみななければならない。そしてこの建物が区分所有建物であるときには、より複雑な法律関係が生ずる可能性がある。

さらに区分所有建物の敷地の場合には、その「建物が所在する土地」(二条五項)——法定敷地と呼ばれる——、それと一体として管理される庭・通路など「規約によって建物の敷地とされる土地」(五条一項)——規約敷地と呼ばれる——、さらには建物の一部滅失により建物が所在する土地以外の土地となったときなどに「規約で建物の敷地と定められたものとみなされる土地」(五条二項)——みなし規約敷地ないし法定規約敷地と呼ばれる——という、特有の土地利用関係が存在し、その専有部分との法律的对応関係はますます複雑な問題を含むことになる。ここでは、その基本的法律関係である「建物が所在する土地」に限定して、以下の考察を進めていくことにしたい。⁽¹⁾

一 区分所有法二二条二項本文の定める対応関係

区分所有者が複数の場合には、建物の敷地全体を目的とする所有権、地上権、賃借権などを、区分所有者全員が共有または準共有するのが通常であって、その場合には、区分所有者間に、本来その敷地を当該建物の敷地として利用するという共有物(ないし準共有物)の利用に関する合意があるはずであるが、区分所有法という敷地利用権とは、この具体的合意にもとづく権利をいうのではなく、その基礎たる共有持分(ないし準共有持分)を意味する。⁽²⁾

そして分離処分⁽³⁾の禁止される敷地利用権について、区分所有者が数個の専有部分を所有するときは、各専有部分に係る敷地利用権の割合は、一四条一項から三項までに定める割合——いわゆる内法計算による専有部分の床面積の割合——によることを、原則としている(二三条二項本文)。区分所有法がこのような規定を置いているのは、敷地の分離処分が禁止される場合に、区分所有者が数個の専有部分を所有しているときには、あらかじめ各専有部分に対応す

る敷地利用権の割合が定まっていな⁽³⁾いと、そのうちの一個の専有部分を処分した場合に、どれだけの割合の敷地利用権が一体的に処分されたのか、わからないからであると説かれている。

複数の専有部分を所有する者が、その有する敷地利用権の持分の割付けを恣意的に行うことを許さずに内法計算による専有部分の床面積の割合によるとするのは、一般には大きな専有部分ほど敷地利用面積が広いという対応関係からして合理的であり、⁽⁴⁾敷地の持分につき建物の専有部分の床面積を基準にするものが圧倒的に多いという取引の実態とも合致する⁽⁵⁾ということができる。

二 規約の定めによる対応関係

二二条二項但書は、右に述べた原則の例外として「ただし規約でこの割合と異なる割合が定められたときは、その割合による」ことを許容している。先にも述べたように、共有地上にその共有者が、どのような利用関係を形成しようとも、他の共有者との合意にもとづくかぎり、適法になしうところである。二二条二項本文が、いわば物理的な合理性を基準としているのに対し、こちらは、共有者の合意——ここでは区分所有者団体の合意である規約——に根拠を置いているものといえよう。そして実際の取引においても、敷地利用権割合が、専有部分の価格あるいは階層などの要素を考慮して決定される場合があるといわれており、それにも適合可能である。またこのような基準それ自体を床面積割合と異なるものを選択するのではなく、基準は床面積によりつつも、厳密に床面積を測定した分母・分子によつた場合に生ずる、非常に複雑な数字になることを回避して——四捨五入などによる——端数を整理したり、さらには敷地持分割合を、平等にしてしまうということも可能となる⁽⁶⁾。したがってここでは、規約に定めればどのような対応関係も適法とされるのが問題とされなければならないが、本項但書は、専有部分と敷地利用権が一体として処分されることが前提であるから、それを実質的に否定する内容でなければ、適法としてよい。

三 公正証書によって設定される規約の対応関係

規約は、本来複数の区分所有者相互間の事項を定めるものであるから(三〇条一項)、区分所有者団体生成によって自らの意思で定められるべきものである。しかし三二条は、「最初に建物の専有部分の全部を所有する者」——分譲マンションを新築して、その専有部分を一つも分譲していない状態における分譲業者など——は、同条に定める事項については、公正証書によって、規約を設定することができるものとし、そのなかに各専有部分に対応する敷地利用権の割合を定める規約が含まれている。そしてその理由としては、「各専有部分にどのような割合で敷地利用権が割り当てられるのかは、分譲後に分譲を受けた区分所有者が規約で定めるよりも、分譲前に確定してこれを前提に分譲されることの方が望ましい。分譲業者が定めたこれらの規約が被分譲者を拘束するとしても、被分譲者の利益に反するという心配もない」と説明されている。そして、公正証書の形で分譲業者などによって定められる二二条二項本文とは異なる内容として、右の区分所有者によって設定される規約の内容と同様のものが挙げられている⁽⁸⁾。

公正証書による規約設定の場合に、その区分所有建物の表示の登記の申請と連続して登記申請ができるなどの利点があることは認められる⁽⁹⁾としても、分譲業者などによるいわば一方的な規約設定は、たとい公正証書によるべきものとされていたとしても、その規約によって拘束される被分譲者の利益に反することはないとするのは、樂觀的に過ぎるのではなからうか。分譲業者などによっては、自らの利益や分譲後の管理の容易さを意図して、被分譲者の利益を軽視したり、成立後の管理組合の運営の障害の原因を作出したりする可能性は否定できない⁽¹⁰⁾。

区分所有者の意識が充分成熟しているとはいえない今日⁽¹¹⁾の状況において、ある程度以上の規模の区分所有建物では、分譲会社あるいは実質的にそれと一体の管理会社により管理されることが多いから、問題が顕在化することは少ないと思われるが、分譲によって建物および敷地利用権が移転した後の、これらの権利の実質に直接関係する問題に、分譲業者(ないしその他の単一所有者)は、本来決定権を有しておらず、それを決定しうる当該区分所有者団体が発足する

まで、いわばその事務管理として行っているにすぎず、その内容が区分所有者の権利の処分に係わる場合には、その法律的性格は、無権代理とみるべきものである。したがってそれが団体的意思決定を要するものであれば、本来集会の決議による追認をまっぴらして、はじめて効力を生ずべきものではないだろうか。その意味では、三二条が許容する規約の設定の内容は、十分に合理的な内容を有するものでなければならず、単に登記処理ないし登記による公示の便宜にのみ奉仕するものであってはならない。

- (1) 規約敷地およびみなし規約敷地固有の問題については、石田(喜)・前掲二六五頁以下および松尾英夫「建築と表示の登記」マンスション「現代実務法律講座」二〇五頁以下参照。
- (2) 濱崎・前掲概要一〇頁。
- (3) 高柳・前掲金法一一頁・同・前掲手形研究九頁。石田(喜)・前掲二九〇―一頁参照。
- (4) 石田(喜)・前掲二九一頁。
- (5) 清水勲「公正証書による規約の設定と公証実務」登記先例二六八号二八二頁。
- (6) 松尾・前掲マンスション一一三頁、清水勲・前掲二八三頁。
- (7) 濱崎・前掲概要三〇頁。同旨高柳・前掲手形研究九一〇頁、石田(喜)・前掲二九一頁。
- (8) 清水勲・前掲二八三頁、石田(喜)・前掲二九一頁。そして公正証書による規約設定の場合には、共用部分とすべき専有部分には、敷地利用権を割り当てないように定めるのが適当と思われる(濱崎・前掲概要三二頁)、これを支持する見解もある(原田純孝・前掲住宅関係法三二九頁)。登記表示上の効率性を意図しているものと思われるが、事後に規約改正により共用部分でなくしたときに、当該部分に敷地利用権が割り当てられていないことから、別の複雑な問題が生ずるのではなかろうか。

(9) 濱崎・前掲概要三〇―一頁。

(10) 事案の性質はやや異なるが、分譲会社が当初から駐車場などの専用使用権を設定し、一部の区分所有者に分譲することが、広く行われているといわれる。その専用使用権が駐車場であって、管理を委託されたマンスション分譲会社がその対価を取得していたため、管理組合から不当利得としてその返還請求訴訟が提起されている。平成六年二月一日福岡地裁小倉支部判決判時一五二一〇七頁。なおこの種の紛争の事例については、同誌同号の解説参照。

四 敷地利用権の対応を欠く専有部分と土地の法律関係

区分所有者がその専有部分とそれに係る敷地利用権との分離処分を禁止される現行法のもとでは、両者は一体のものとして処分されるのが原則であるから、二二条本文の適用の範囲内にあるかぎり、一部の例外を除いて、専有部分の収去請求や一〇条の売渡請求の問題が生じることはない。しかし現行法のもとでも二二条但書の規約で両者の分離処分を許容している場合、および二三条本文で定めるように「敷地権」として登記される以前に処分がなされ、相手方が善意であれば、分離処分の無効を主張しえないから、これらの場合には、専有部分とその敷地利用権が別の者に帰属する事態が生じうる。さらには二二条本文の適用範囲内においても、敷地利用権が賃借権である場合に、債務不履行を原因として消滅することがありうる。

それに加えて、改正法の施行以前に存在していた区分所有権のなかで、移行措置（附則五条から八条による）によっても、未だ一体化が実現していないものについては分離処分が可能であり、また改正法施行以前のもので、区分所有権が敷地利用権のいずれかのみに抵当権が設定されていて、その実行によって、両者が別の権利者に帰属する可能性も存在する。

そしてこれらの場合には、敷地利用権を有しない区分所有者に対して、専有部分の収去請求権を有する者は、時価でその区分所有権の売り渡しを請求できるものとされている（二〇条⁽¹⁾）。

ところで、この一〇条の売渡請求権を生じさせる「敷地利用権を有しない区分所有者」とは、どのような者をいうのか。あるいは二条六項という専有部分を所有するための「敷地利用権」とはどの程度の権利でなければならないのか。さらには専有部分の割合と敷地利用権の割合とが、それぞれの全体との比較で、大きく異なるとき、その専有部分と敷地利用権の法律関係をどう解することになるのか。これらの問題については、従来ほとんど論じられていない。

そこで以下にこれらの一つの典型的といってよい事例を手掛りに、若干の考察を行ってみたい。

一 建物売渡請求控訴事件（東京高判平成二年三月二七日判時一三五五号五九頁）

〔事実の概要〕 Zは本件マンションおよびその敷地である本件土地の全体を所有していたが、その専有部分を敷地持分とともに順次売却し、最後に一〇二号室、一〇三号室、一〇四号室および残存敷地持分である本件持分について、Aに所有権移転登記した。その後、右各室および本件持分に設定されていた根抵当権にもとづく競売あるいは売買などにより、Y（被告・控訴人）が一〇二号室および一〇三号室を、X（原告・被控訴人）が一〇四号室および本件持分を、それぞれ取得して所有している。なおその後Yは二〇三号室と同時にそれに相応する敷地持分（Y持分）を取得している。Xは、Yの一〇二号室および一〇三号室の敷地利用権は、自己の取得した本件持分に含まれており、右の二室についてYは敷地利用権を有しないとして、一〇条にもとづき両室の売渡しを請求した。これに対してYは、後に取得したY持分により、右二室の敷地利用権をも有することになったと主張して争った。

第一審判決は、区分所有権においては、権利関係の錯雑さを避けるため、通常の場合よりも、専有部分および敷地の権利の処分における一体性・不可分性を重視すべきであり、Y持分は専有部分である二〇三号室の敷地利用権を確保するという目的を有するにすぎないから、他の専有部分である一〇二号室および一〇三号室の敷地利用権をも有しているとはいえないとして、Xの請求を認容、そこでYが控訴。

判旨「YはXによる右売渡し請求がされた当時本件土地についてY持分を有していたのであるから、Yは、二〇三号室についてはもちろん、一〇二号室及び一〇三号室についても敷地利用権を有しない区分所有者に該当しないものというべきである。もっとも、前述のように、①Yは、二〇三号室とともにY持分を取得したのであって、一〇二号室及び一〇三号室を取得した際には本件土地に関する利用権は何も取得しなかったけれども、このような場合に……

Yは、二〇三号室、一〇二号室及び一〇三号室の三つの専有部分を有するとともに、それらについての敷地利用権としてY持分を有するものと解するのが相当である。②もともと、敷地利用権を有しない区分所有者は、本来その有する専有部分の収去を免れないものであるが、特定の専有部分のみの収去が物理的に不可能であることから、同法一〇条により、いわばこれに代わる措置として、明渡請求権者は、当該専有部分の売渡しを請求することができることとされたものと考えられる。そうとすれば、③いやすくも敷地利用権を有する以上、区分所有者は、(a)その敷地利用権を取得した経緯、(b)もともとその敷地利用権が当該専有部分に係るものとして分離処分が禁止されるものであったかどうか、(c)敷地利用権である共有持分の持分割合の多寡等の事情に係わらず、その専有部分を保持するための土地の利用権を有するものというべきであるから、その専有部分は、売渡請求の対象とされる余地がないものと解すべきである」(なお判文中①(a)などは、以後の論述の便宜のため筆者が挿入したものである。)

イ 本判決は、①の部分で、二〇三号室と同時に取得したY持分により、一〇二号室および一〇三号室の敷地利用権ともなるから、一〇条という敷地利用権を有しない区分所有者に該当しないとす。そして②の部分では、この一〇条の趣旨を述べて、専有部分とそれを存立させる権利とが、何らかの事情によって分離したような場合に、その専有部分の収去が物理的に不可能であることが理由である、とする点には異論の余地はない。しかしながら、この規定自体は、敷地利用権がどのようなものでなければならぬか、あるいはどのようなもので足りるかを明らかにするものではなく、階層的区分所有権特有の法的取り扱いを定めているに過ぎない。つまり収去請求の実体的要件を充たす場合に、ここでは売渡し請求に変わることであって、実体的要件の存否は、当該専有部分と敷地利用権との関係で決せられるべき問題である。したがって「そうとすれば」として、③と論理的に結合するものではない。

ロ そこで①の結論を導く理由としては、③に述べる(a)、(b)、(c)を検討する必要がある。まず(a)については、一〇条の権利行使が認容されるためには、その権利行使の時点で敷地利用権が欠けていることが必要であるから、どのよ

うな経緯であれその時点で敷地利用権が取得されていれば、一〇条の権利は生じない。したがってこれは正当といえよう。(b)については、区分所有権と敷地利用権の分離処分が禁止されているかどうかに係わらないとしており、この点も首肯しうところである。改正前の区分所有法を考えれば明らかである。問題は、いやしくも敷地利用権を有する以上、敷地利用権である共有持分の持分割合の多寡等に係わらない、とする(c)である。ここでの問題は、一個の専有部分に対応するに過ぎない敷地利用権によって、三個の専有部分を保有しうるのかということである。裏返して言えば、一〇二号室、一〇三号室に対応すると考えられるXの超過持分は法的にどのような意味を持つのかということである。例えばXはYに地代請求権を持つこともないのか。もっともこの当該専有部分に対応する敷地利用権という観念すら充分明らかとはいえないように思われる。いずれにせよ民法上の共有地(ないし準共有地)上の建物の問題と、共有地(ないし準共有地)上の区分所有建物の問題とでどの点が同じで、どの点が異なるのか十分な検討が必要と思われる。

二 専有部分と敷地利用権割合の対応が欠ける場合の法律関係

イ 一般の土地共有(利用権準共有)との比較

土地の共有の場合には、その土地をどのように利用するかは、一般には管理行為と解されているから、共有者の協議により持分の過半数によって決定されることになる。したがって、協議の結果、共有者の一人ないし数人、さらに共有者以外の者に敷地利用権を認めることが可能である。注意すべきは、共有者はその持分権そのものによって当然に敷地利用権を有するわけではなく、具体的にその土地に自己の建物を所有するためには共有者の協議を経なければならぬということである。

ロ 専有部分と敷地利用権の関係

共有地上に階層的区分所有建物が建設されている場合に、その敷地と専有部分との対応関係について、一般にはその床面積割合と土地の共有持分は同一割合とされるものと考えられている。つまり五〇個の専有部分をもつ区分所有建物において、全て床面積が等しいとすると、通常その敷地の共有持分は各自五〇分の一である。この場合に、ある区分所有者が、その専有部分の譲渡に際し、土地共有持分の半分を譲渡し、手元に残りの持分(二〇〇分の一の持分)を留保していたとしても、それを権原としてその地上に建物を建てることは不可能である。仮に敷地とされているその一筆の土地が、その建物敷地の数倍の面積を有していれば抽象的には不可能とはいえないが、それを実現するために過半数の共有者(ここでは持分割合は全員同じと仮定している)の同意が必要になる。そしてほとんどの区分所有建物の敷地に関しては、その建物の存立を前提とする限り、事後的に共有者(区分所有者)間で協議する余地はなく、各人の敷地持分権は当初から一定内容のもの——当該区分所有建物を存立させるための全一体としての敷地利用権の観念的割合部分——として確定しているものと取り扱わざるをえないのである。

したがってまた、敷地の持分のみの譲渡は、それに対応する専有部分を存立させるという権能でしかない以上、独立の財産的価値は乏しいといわざるをえない。このような持分権のもつ法的効力としては、それに対応する専有部分の地代請求権と二〇条によるその敷地利用権を持たない区分所有者に対する売渡請求権に限られてしまうのではないだろうか。

八 そこで右の判決について評価するならば、その事案の背景などが不明であるが、Yを勝訴させようとの価値判断が先行して、Xの売渡請求権が否定されたような印象を拭い難い。しかしながら、仮にそのような事情があったにしても、この約三分の一の敷地持分権が、当然に、その三倍に相当する三つの専有部分の敷地利用権になるとの判断には無理がある。それを可能とする規約なり集会の決議が存在するのであれば別論であるが、そのような主張・立証がなされた形跡のない本事案において、それを適法なものとするためには、民法の原則にもどって、Xの同意をえる

かあるいは他の敷地共有者の合意が必要となるのではなからうか。二二条一項但書が、同条本文において専有部分と敷地利用権の一体化を図りつつも、規約による別段の定めを認め、二二条二項但書では、その対応すべき敷地利用権割合につき、規約による別段の定めを肯定しているのも、このような敷地共有者の合意のいわば団体法的な処理とみられる。

さらに附言すれば、Yの持分によって三つの専有部分の当該敷地上への存立が適法とされるのであれば、先に指摘したようなXへの地代支払いの必要もないことになるのではないか。仮に地代支払い義務は存在するというのであれば、それが不払いとなった場合の、最終的強制手段とみられる一〇条の売渡請求権は、Xに認められるのであろうか。認められるとすれば、その根拠はどこに求められることになるのであろうか。

(一) この収去請求権と売渡請求権の関係については、別稿で取り上げたい。判例としては、本節で取り上げた平成二年の東京高判の他に、東京地判昭和四七年六月一〇日下民集三三卷五二八号三〇三頁および奈良地判昭和四〇年一〇月四日下民集一六卷一〇号一五四三頁参照。

五 結びに代えて

前節で取上げた事案の場合においては、各専有部分の面積も、それに対応すべき敷地利用権の面積割合も、大差なく、かつ各専有部分と敷地利用権の対応関係も明瞭のようであるから、X・Y間の単純な法律関係に集約できる問題といえよう。

しかしながら、数多くの区分所有建物——とりわけ改正法施行以前のもの——のなかには、種々雑多なものがあり、区分所有権成立の時点から、当該専有部分に対応する敷地利用権が不明瞭であったり、その専有部分の面積に比較し

て、敷地利利用権割合が著しく小さいものが存在し、それがそのまま継続しているものもあるやに聞いている。

Ⅰ 現行二二条二項但書が、専有部分とそれに係る敷地利利用権の割合につき、規約によって、本文とは異なる割合を定めることを許容していることから知られるように、共有地上に建設されている区分所有建物について、その個々の専有部分と敷地利利用権とが、常に割合的に厳密に対応していなければならないわけではない。規約なり集会の決議などによって容認されている限り、いわばそれは土地共有者間の私的自治の問題であるといえるからである。かつまたそのような場合の、各共有者の関係や敷地利利用権の内容は、それが設定された時の当事者の意思を中心として具体的に分析されるべきものであるから、一般的な考察にはふさわしくない。

そこでここでは、結びに代えて、区分所有建物の敷地が共有であるときに、最初の区分所有権取得の時点から、その敷地利利用権の内容が不明であったり、あるいは当初からとりたてて区分所有者間で異論はでないが敷地利利用権の存否すら明らかでないままに、今日まで継続しているものがある場合に、その敷地利利用権をどのように解釈すべきかの基本的方向を探るための、試論をここで述べておきたい。

□ 右のような場合には、その敷地利利用権につき賃料が支払われていないであろうから——支払われていれば賃借権として扱えば足りる——専有部分に係る地上権が設定されているものとして扱うべきである。そのように認定するには、つぎの三つの条件が充足されていなければならない。第一に、その者以外の土地利用権が所有権(の共有持分)であること。⁽¹⁾ 第二に、その建物が中高層の区分所有建物であって、当該区分所有者が当初から土地所有権の持分権を全く持っていないか、その割合が専有部分の面積の割合に比較して著しく小さいにもかかわらず、他の土地共有者から異議がでないこと。第三に、使用貸借であることが明らかでないこと——仮に使用貸借であることが明らかであれば、それに従えばよい——。

ここでの法理論的問題は、当該専有部分のためだけの——当該建物全体のためではない——地上権設定が可能かど

うかである。しかしこの点については、一定の土地持分権の上に一個の建物所有のために土地利用権を設定するもの⁽²⁾ではなく、既に建設されている建物内の一専有部分を存立させる敷地利用権であるから可能と考える。⁽³⁾ちなみに一体化されていない区分所有権について、その敷地利用権が所有権(共有持分権)であるときに、その区分所有権を譲渡し、土地持分権は保有したままで、譲受人のために地上権を設定すること——あるいは賃借権・使用借権を設定すること——を不可能とする法理論上の根拠は見出し難いのではないだろうか。⁽⁴⁾

このように考えると、右の三つの前提条件があれば、土地共有者と当該区分所有者の間で、その専有部分のための地上権設定の合理的意思の存在を認めうるのではなからうか。⁽⁵⁾

(1) もし地上権を敷地利用権とする区分所有建物であれば、当該区分所有者に対する地上権の準共有持分の一部譲渡とみることもできよう。

(2) そうであるとすれば、学説はこれを否定する。我妻栄・新訂担保物権法三六〇頁、広中俊雄・物権法(二版)四二二頁など。

(3) 区分所有建物の敷地利用権が賃借権である場合の各区分所有者と賃貸人の関係については、新田敏「区分所有建物の存立を目的とする土地賃借権——その法的構造と賃料債務の性質を中心として——」慶應義塾創立二二五年記念論文集(法学部法律学関係)一四五頁以下参照。

(4) 地上権について、あるいは一物一権主義に反するのではとの疑問がありえないではないが、同一内容の地上権が複数成立するわけではないし、その成立の範囲も建物の区分所有権と対応しているのだから、問題はないと思われる。

(5) 中高層のマンションの建設に当り、当事者はその専有部分について譲渡あることを当然に意図しているであらうし、その敷地利用権が民法五九九条によって終了することなど考えているとは思われないから、使用賃借とするのは不合理である。