

借地借家法にみる自己借地権について

宇都宮 充 夫

1 借地借家法にみる自己借地権について

序

- 一 自己借地権制度の創設に至る経緯
- 二 自己借地権（借地借家法第十五条）
 - (一) 自己借地権とは
 - (二) 自己借地権設定の要件
- 三 自己借地権の活用と法定地上権
 - (一) 借地権付区分所有建物の場合
 - (二) 自己の所有する土地上の共有建物の場合
- 四 自己借地権の分類

序

借地借家関係をめぐる社会経済情勢の変化に対応するため、平成三年九月三〇日新たに借地借家法（平成三年一月四日法律第九〇号）が制定され、この平成四年八月一日から施行されるに至った（借地借家法の施行期日を定める政

令「平成四年政令第二五号）。新しく制定された借地借家法は、今まで借地借家関係を規律してきた「建物保護ニ関スル法律」（明治四十二年五月一日法律第四〇号）、「借地法」（大正一〇年四月八日法律第四九号）及び「借家法」（大正一〇年四月八日法律第五〇号）の三件の法律を統合して一本化した単行法である。その全条文は、平仮名・口語体の現代語文になっている。

今回の立法は、形式的には新法の制定といえることができるが、実質的には従来の法律の改正法であるといえることができる。その主な内容は、借地契約の当事者の権利を合理的に調整するための借地権の存続期間等の適正化（借家法第三条、第四条、第七条、第八条、第一八条等）、借地借家関係を解消する際における要件としての正当事由の有無を判断する諸要素の内容の明確化（同法第六条、第二八条）、借地借家に対する多様化した需要に応ずるための更新のない定期借地権等（同法第二二条乃至第二四条）及び期限付建物賃貸借（同法第三八条、第三九条）の制度の創設などである。これらの内容は、借地借家関係の安定を指すものであると同時に、借地借家関係の硬直化を回避するためのものでもある。

そんな中でさらに新たに創設された制度が「自己借地権」の制度である。この制度は、土地の所有者が他の者と共に借地権者となる場合に限って、自己を借地権者として借地権を設定することができるものである。従来、自己の所有地上に自己を借地権者として借地権を設定することは、混同の原則（民法第一七九条、第五一〇条）によって認められていなかった。それがなぜ今回の立法において認められるようになったのであろうか。自己借地権が混同の原則の例外として認められるにはそれなりの要請があったものと思われる。そこで、本稿では、借地借家法における自己借地権の制度をテーマとして取り上げて考察することにした。具体的な内容は次の通りである。すなわち、

(i) この自己借地権制度は、どのような経緯を経て、どのような形で借地借家法の中に創設されるようになったであろうか。この点について一の「自己借地権制度の創設に至る経緯」のところを取り扱う。(ii) 新たに創設された自己借地権とは、どのような内容を有する権利であろうか。その意義、設定の要件、対抗力及びその分類等について二の「自己借地権(借地借家法第十五条)」のところでも扱う。(iii) 自己借地権は、区分所有建物とか共有建物等の敷地利用権として活用されるが、それらの場合に、建物の存立を保護する制度としての法定地上権との関係はどうなるであろうか。この点について三の「自己借地権の活用と法定地上権」のところでも取り扱う。

一 自己借地権制度の創設に至る経緯

(一) 借地借家法改正要綱試案(昭和三四年一二月借地借家法改正準備会⁽¹⁾)

借地借家法改正準備会は、法務省我妻栄特別顧問、法制審議会民法部会に関係ある一部の在京の学者及び係官等によって構成されている。ここで借地借家関係の改正案が検討され、それに基づいて「借地借家法改正要綱試案中間案」がまとめられた。目次は、借地借家法改正要綱試案の概要と借地借家法改正要綱試案に大別され、後者は、借地借家法案要綱と借地借家法施行法案要綱からなる。この試案の借地借家法案要綱第一章借地権第二十四は、「土地所有者は、自己のためにも借地権を設定することができるものとする。この場合には、借地権の設定は、その登記によって効力を生ずるものとする。2 同一の土地につき所有権及び既登記の借地権が同一人に帰したときは、その借地権は、民法第七十九条第一項本文の規定にかかわらず、消滅しないものとする。3 土地所有者は、自己の有する借地権が他人の権利の目的である場合を除き、その借地権を消滅させることができるもの

とすること。この場合には、借地権の消滅は、その登記によって効力を生ずるものとする。」と定め、「自己借地権」の制度を認めている。そして、これに伴って借地借家法施行法案要綱第一章民法等の改廃第一は、「民法の一部を次のように改正すること。……第三百八十八条 削除……」と定め、現行民法の法定地上権の制度を廃止するとしている。

この借地借家法改正要綱試案は、広く関係団体や学識経験者などに送付し、その意見を照会して、さらに借地借家法改正準備会で検討されることになった。

(二) 借地借家法改正要綱(昭和三五年七月借地借家法改正準備会)⁽²⁾

借地借家法改正要綱は、昭和三四年一二月の借地借家法改正要綱試案に対する各方面の意見を参考にしながら、借地借家法改正準備会でさらに検討が加えられ、その一部を修正してまとめられた。しかし、その目次構成は、昭和三四年一二月の試案と何ら変わるところがなく、まず、借地借家法案要綱と借地借家法施行法案要綱に大別され、前者は、第一章借地権、第二章建物の賃貸借に関する特則、第三章罹災建物の賃借人の保護、第四章借地借家事件の処理の四つの章からなり、後者は、第一章民法等の改廃、第二章経過規定の二つの章からなっている。なお、借地借家法改正準備会内部における少数意見が各条項に註記された。

「自己借地権」の制度については、この借地借家法改正要綱の借地借家法案要綱第一章借地権第二十四に定められているが、昭和三四年一二月の試案と全く同じ条項であり、何らの修正もなされていない。ただ、「(註) 自己借地権の制度の創設及び法定地上権の制度の廃止に関連して、建物とその敷地又は敷地上の借地権とは、一括してのみ処分することができるものとする案も考えられる。」という意見が付け加えられたにすぎない。また、これに伴っ

て、この借地借家法改正要綱の借地借家法施行法案要綱第一章民法等の改廃第一に昭和三四年一二月の試案と全く同じ条項が定められ、現行民法の法定地上権の制度を廃止するとしている。

なお、この昭和三五年七月の要綱は、借地・借家関係法を根本的に見直し、多くの点でその基本的構造に変更を加え、借地法、借家法及び罹災都市借地借家臨時処理法を一つにまとめて単行法とする内容のものであったが、特に借地権を物権としてその譲渡を自由にするに對する抵抗が強かった等の事情のため、同要綱の目指した全面的改正に至らなかった。結局、借地法及び借家法の基本的な見直しは、棚上げの状態となつてしまつた。そして、その後二五年間が経過することになる。

(三) 借地・借家法改正に関する問題点(昭和六〇年十一月一日法務省民事局参事官室)⁽³⁾

昭和六〇年六月法務大臣の諮問機関である法制審議会民法部会財産法小委員会、借地・借家関係法の見直しについて調査審議を行うことが決定された。借地法及び借家法は、大正一〇年に制定され、昭和一六年にいわゆる正当事由方式の導入(借地法第四条、第六条、借家法第一条ノ二)という重要な改正がなされた後、昭和四一年に当事者の権利調整のための非訟事件手続の導入を中心とする改正がなされたのに止まり(借地法第八条ノ二乃至第九条ノ四、第十二条、借家法第七条、第七条ノ二)、現在に至つては、その間の土地・住宅事情その他の社会情勢の著しい変化に両法その他の借地・借家関係法についてその見直しを要すると考えられたからである。そこで、同財産法小委員会で本格的な審議に入る前に、どのような点に改正の必要があるか、それらの点についてどのような方向で改正すべきか等について関係各界の意見を聴取し、これを審議の参考にするため、同財産法小委員会の検討のもと当参事官室で昭和六〇年十一月一日「借地・借家法改正に関する問題点」をまとめた。また、それに伴つて同問題点

の趣旨及び内容を理解してもらったため「借地・借家法改正に関する問題点の説明」を添付した。

「借地・借家法改正に関する問題点」

「自己借地権」は、この借地・借家法改正に関する問題点の第一借地法関係二自己借地権制度についての、
 「土地所有者は、自己のためにも借地権を設定することができるとし、この場合には、借地権の設定は、その登記によって効力を生ずるものとする」との考え方があがるが、どうか。(注) (1) この制度を採用するとすれば、民法の法定地上権の制度(民法三八八条)は、廃止するとの考え方があがるが、どうか。(2) (1)に伴い、抵当地上の建物が土地と同一の所有者に属するときは、抵当権者は、土地と共に建物をも競売することができるとする(民法三八九条の拡張)との考え方があがるが、どうか。(3) この制度を採用するとすれば、民事執行法上の法定地上権の制度(民事執行法八一条)についても、その改廃を検討すべきか。(4)と問われている。

「借地・借家法改正に関する問題点」の説明⁽⁵⁾

借地・借家法改正に関する問題点第一借地法関係「二自己借地権制度について」は、土地所有者が自己を借地権者とする借地権、いわゆる自己借地権の制度を創設することについての当否を問うものである。現在、借地権付分譲マンション、すなわち借地権を敷地利用権とする区分所有建物の分譲が増加しつつあるが、一つの実務上の重大な不便がある。それは、区分所有建物の専有部分を分譲すると共にその譲受人に借地権の準共有持分を取得させるためには、その前提として敷地を目的とする借地権が存在しなければならず、そのため土地所有者は、何人かを借地権者としてまず借地権を設定した上(実質のないわら人形)、その借地権者から専有部分の譲受人に対して借地権の持分を譲渡するという手順をとらなければならないということである。この不便を解消するには、土地所有者自ら

が借地権者として借地権を設定することができるものとする必要がある。これは、区分所有建物のためだけでなく、自己借地権を設定した上で底地のみを譲渡するとか、抵当権の目的とするとか等の場合にも役立つものである。なお、自己借地権の設定は相手方のない単独行為であるから、登記を要件とすべきであり、また、その意思を客観的に明確にするため公正証書によることを要件とすべきであることを検討する必要がある。

(四) 借地法・借家法改正要綱試案(平成元年三月一七日法務省民事局参事官室)⁽⁶⁾

法務省民事局参事官室は、昭和六〇年十一月一日「借地・借家法改正に関する問題点」を法制審議会民法部会財産法小委員会の検討のもと取りまとめ、「その説明」とともに公表し、関係各界の意見を求めた。その後、同参事官室は、寄せられた七三の關係諸団体の意見を参考として同財産法小委員会で昭和六一年五月から平成元年二月まで審議された結果により「借地法・借家法改正要綱試案」を作成し、これをその説明とともに再度公表して關係各界の意見を聴取することにした。法制審議会民法部会財産法小委員会は、この試案に対する意見をもとにさらに借地法・借家法の改正のための審議を再開することとしている。

「借地法・借家法改正要綱試案」は、第一部借地法關係(第一借地権の存続期間等、第二正当事由及び借地關係の終了に伴う利害調整、第三定期借地権、第四自己借地権及び借地権の担保化、第五地代、第六建物滅失の場合の借地権の對抗要件)、第二部借家法關係(第一建物賃貸借の終了、第二造作買取請求権、第三家賃、第四建物賃貸借の承継)、第三部その他(短期賃貸借)の三部から構成されている。「自己借地権」の制度は、第一部借地法關係第四自己借地権及び借地権の担保化の中で、「一 自己借地権 1 土地所有者は、自己のために借地権を設定することができるものとする。 2 同一の土地につき所有権及び借地権が同一人に帰した場合においても、その借地権に登記があるときは、その借地

権は、消滅しないものとする。3 土地所有者は、その土地に設定されている自己のための借地権を消滅させることができるものとする。ただし、その借地権が第三者の権利の目的である場合には、この限りでないものとする。

4 1の借地権の設定は、公正証書によってしなければならないものとする。また、1の借地権の設定又は3の借地権の消滅は、登記をすることにより効力を生ずるものとする。5 1ないし4は、改正法の施行後に設定された借地権についてのみ適用するものとする。(注)法定地上権の制度(民法第三八八条、民事施行法第八一条)の廃止及び一括競売の規定(民法第三八九条)の改正は、行わない。」と定められている。そして、その説明は次の通りである。すなわち、(i)登記のある建物存在を要件とすることなく、一般的に土地所有者は、自己のために借地権を設定することができるとしている(同試案第一部第四の一の1)。従って、借地権を敷地利用権とする区分所有建物を分譲する場合だけでなく、自己の所有地上に建物を所有する者がその一方のみを担保にするときに、建物のための敷地利用権の確保を合理的に行う場合にも利用できる。(ii)登記のある借地権の権利者と土地所有者が同一人になっても、自己借地権を認めたこととの均衡上、借地権は消滅しないとしている(同試案第一部第四の一の2)。(iii)土地所有者は、このような自己借地権をいつでも消滅させることができる。但し、その借地権が抵当権など第三者の権利の目的となっている場合には、その借地権を消滅させることはできない(同試案第一部第四の一の3)。(iv)自己借地権の設定は単独行為であり、これを消滅させることも同様である。そこで、自己借地権の設定意思の確認及び借地権の内容の明確性の担保のため、その設定は、公証人が作成する公正証書によらなければ効力を生じないものとし、また、その設定又は消滅は、登記がされることによって効力を生じるとしている(同試案第一部第四の一の4)。(v)この点についての改正内容は、新たに設定される借地権についてのみ適用すべき性質のものであるとし

ている(同試案第一部第四の一の5)。vi)自己借地権制度を創設する場合に、法定地上権制度を維持するかどうか問題である。昭和三五年七月の借地借家法改正要綱では、法定地上権制度が不合理であるとの立場から自己借地権制度を創設するとしていたので、法定地上権制度は当然に廃止するものとしていた。しかし、この試案では、これを廃止することなく見送るとしている(同試案第一部第四の一の5(注)⁽⁸⁾)。「借地・借家法改正に関する問題点」に対する関係各界の意見でも、法定地上権制度の廃止については反対が多かった。その主たる理由は、自己借地権を設定しないまま土地又は建物の一方のみに、又はその双方に抵当権を設定した場合に、すべて抵当権の実行によって建物を取去されてもよいとする意思であると解することができないからである。また、一括競売についての民法第三八九条の規定もそのまま維持するとしている(同試案第一部第四の一の5(注)⁽⁹⁾)。

(五) 借地法等改正要綱(平成三年二月四日法制審議会総会決定)⁽¹⁰⁾

法務省民事局参事官室は、平成元年三月一七日「借地法・借家法改正要綱試案」をその説明とともに公表し、関係各界の意見を求めた。その後、同参事官室に寄せられた七八の關係諸団体の意見⁽¹¹⁾を参考として法制審議会民法部会財産法小委員会は、平成元年一〇月からさらに審議を継続し、翌平成二年一二月までにその原案をほぼ固めた。そして同民法部会は、平成三年一月二日「借地法等改正要綱案」としてまとめた。これを受けた法制審議会は、平成三年二月四日総会を開催して同要綱案を承認・決定し、「借地法等改正要綱」として法務大臣に答申した。

この借地法等改正要綱は、第一部借地法關係第一借地権の存続期間等、第二正当事由、第三更新排除の特例、第四借地条件の変更等の裁判、第五地代、第六転借地権が設定されている場合の關係、第七自己借地権、第二部建物保護法關係、第三部借家法關係(第一建物賃貸借の終了、第一造作買取請求権、第三家賃、第四借地の上に存する建物の賃貸借における

善意の賃借人の保護、第五転賃借がされている場合の関係)、第四部民事調停法関係、第五部経過措置関係の五部から構成されている。「自己借地権」の制度は、第一部借地法関係第七自己借地権の中で、「借地権は、第三者と共にする場合に限り、土地所有者が有することができるものとする。」と定められている。すなわち、自己借地権は、第三者と共に準共有する場合にだけ認められるとするものである。

(六) 借地借家法案(平成三年三月一九日閣議決定)¹²⁾

借地借家法案は、法制審議会が法務大臣に答申した借地法等改正要綱(平成三年二月四日法制審議会総会決定)に基づいて立案されたものである。この法案は、「建物保護ニ関スル法律」、「借地法」及び「借家法」の三つの法律を一本化し、全条文を平仮名・口語体の文に改め、「借地借家法」という単行法にしようとするものであり、平成三年三月一九日閣議決定を経て、同日政府から国会に提出された。

借地借家法案は、第一章総則(第一条、第二条)、第二章借地(第一節借地権の存続期間等(第三条―第九条)、第二節借地権の効力(第十条―第十六条)、第三節借地条件の変更等(第十七条―第二十一条)、第四節定期借地権等(第二十二条―第二十五条)、第三章借家(第一節建物賃貸借契約の更新等(第二十六条―第三十条)、第二節建物賃貸借の効力(第三十一条―第三十七条)、第三節期限付建物賃貸借(第三十八条―第四十条)、第四章借地条件の変更等の裁判手続(第四十一条―第五十四条)の四つの章と附則から構成されている。¹³⁾「自己借地権」の制度は、同法案の第二章借地第二節借地権の効力第十五条で、「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となる場合に限り、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。2 借地権が借地権設定者に帰した場合であっても、他の者と共にその借地権を有するときは、その借地権は、消滅しない。」と定められている。すなわち、借地権設定者が

自分を借地権者として借地権を設定することができる「自己借地権」は、他の者と共にする場合に限ってのみ認められるとするものである。これは、借地権付マンションを建築して分譲する際の手続を簡便にすることなどをその目的としている。従って、自分の所有する土地に他の者と共有のビルを建築する場合にもこの制度を利用することができる。

(七) 借地借家法(平成三年一〇月四日法律第九〇号)⁽¹⁴⁾

借地借家法は、平成三年九月三〇日に成立した。この法案は、平成三年三月一九日閣議決定を経て、同日政府から第一二〇回通常国会に提出された。それを受けて同年四月二三日衆議院本会議において趣旨説明等が行われたが、五月八日の会期終了とともに継続審議の扱いとなった。その後、同年八月五日に招集された第一二一回臨時国会において審議が再開され、九月十一日衆議院本会議において政府原案の一部が修正⁽¹⁵⁾されたうえ賛成多数で可決された。そして、同法案は参議院へ送付され、同年九月三〇日参議院本会議においてそのまま賛成多数で可決し、成立した。この借地借家法は、平成三年一〇月四日の公布から一年を超えない範囲内で別に政令で定めた日から施行されることになり、平成四年八月一日から施行されるに至った(「借地借家法の施行期日を定める政令」平成四年政令第二五号)。今回制定された借地借家法は、形式的には「建物保護ニ関スル法律」、「借地法」及び「借家法」を一つにまとめた新法であるが、実質的にはこれまでの法律の改正であるといえる。その構成は、借地借家法案(平成三年三月一九日閣議決定)と全く同じであり、第一章総則、第二章借地、第三章借家、第四章借地条件の変更等の裁判手続の四つの章(五四箇条)と附則(二八箇条)から成り立っている。「自己借地権」の制度は、同法の第二章借地第二節借地権の効力第十五条に定められているが、借地借家法案の第十五条と全く同じ文言である。土地の所有者が他の者と共

に借地権者となる場合に限ってのみ、自己借地権の設定を認めている(借地借家法第十五条第一項)。また、借地権が後に土地所有者に帰属した場合でも、他の者と共にその借地権を有するときは、混同によって消滅することはないとしている(同法第十五条第二項)。いずれにしても、単独の自己借地権を認めるものではない。

- (1) 法律時報第三二巻第四号一一九頁以下
- (2) 法律時報第三二巻第一〇号一四五頁以下
- (3) 民事月報第四〇巻第十一号九十一頁以下
- (4) 民事月報第四〇巻第十一号九四頁
- (5) 民事月報第四〇巻第十一号一一五頁―一一七頁
- (6) 民事月報第四四巻第四号二〇五頁以下
- (7) 「借地借家法改正に関する問題点第一借地法関係―自己借地権制度について」に対する関係各界の意見の分析については、法務省民事局参事官室編「借地・借家法改正に関する問題点」別冊NBL第一七号八七頁―九一頁にまとめられている。それによると、自己借地権制度の創設に賛成する意見が圧倒的に多く、その主な理由としては、借地権付区分所有建物の分譲に関する合理的な処分が可能となることを挙げている。ただ、この制度を一般的に認めることについては疑問を述べるものもある。
- (8) 法務省民事局参事官室「借地法・借家法改正要綱試案」の説明NBL第四二二号三七頁―三九頁
- (9) 別冊NBL第一七号八九頁
- (10) 金融法務事情第一二七八号二三頁以下
- (11) 「借地法・借家法改正要綱試案第一部借地法関係第四自己借地権および借地権の担保化―自己借地権」に対する関係各界の意見の分析については、法務省民事局参事官室編「借地法・借家法改正要綱試案」別冊NBL第二二二号一二二頁―一二四頁にまとめられている。それによると、自己借地権を認めることについて少数の反対意見があったが、賛成する意見

が圧倒的に多かつた。反対意見の理由は、法定地上権制度との併存は混乱を招くとするもの、区分所有法の問題であつて借地一般につき認めるべきではないとするものなどである。賛成意見の中では、設定要件についても試案に賛成するものが多かつたが、しかし、公正証書を要求することに反対する意見、登記は効力要件ではなく、對抗要件とすべきであるとの意見があつた。

(12) 金融法務事情第一二八三号二四頁以下

(13) 借地借家法案の主な改正事項は、借地法の存続期間の変更、正當自由の内容の明確化、更新のない定期借地権制度及び転勤等の間だけという期限付借家制度の導入などである。なお、同法案では、既存の借地・借家関係については改正内容を採用しないとしている。(寺田逸郎立法担当官に聞く「借地借家法案の概要と基本的視点」金融法務事情第一二八五号四頁以下)

(14) 金融法務事情第一三〇二号四頁～二〇頁

(15) 衆議院における借地借家法案の一部修正は、次の通りである。すなわち、(i)借地借家法案では、借地権の更新後の期間について原則一〇年としていたのに対し、最初の更新後の期間に限り、原則二〇年とするとした(借地借家法第四条)。(ii)借地借家法案では、借家における建物の利用行為について「建物の使用又は収益」と規定していたのに対し、これについて「建物の使用」と規定して、借地における土地の利用行為の規定と同じようにした(借地借家法第二三条第二項、第二六条第二項・第三項、第二八条等)。(永井紀昭稿「借地借家法の制定経緯とその概要」法律のひろば第四五卷第三号七頁)

二 自己借地権 (借地借家法第十五条)

(一) 自己借地権とは

自己借地権とは、自己の所有する土地の上に自ら借地権を有することである。これには、土地所有者が自己のために自ら単独で借地権を有する場合と他の者と共に借地権を有する場合とがあるが、前者は純粹の自己借地権であり、後者は準共有の自己借地権である。借地借家法で認める自己借地権は後者の場合のみである(同法第十五条)。例えば、自己の所有する土地に区分所有建物を建築して、それを借地権付きで順次分譲するような場合である。最初の戸又は数戸を分譲するときに、その区分所有建物の買主に借地権(準共有持分の自己借地権)を設定すると同時に、土地所有者である売主自身についても残りの区分所有建物の借地権(準共有持分の自己借地権)を設定するのである。

自己借地権は、本来「混同の原則(民法第一七九条、第五二〇条)」に抵触するものである。⁽¹⁾混同とは、相對立する二つの法律的地位が同一人に帰属することであり、物権及び債権を通じて權利消滅の原因となる。例えば、同一物の上の所有権と地上権・抵当権等の制限物権が同一人に帰属したときは、その制限物権は消滅し(民法第一七九条)、債権と債務とが同一人に帰属したときは、その債権は消滅する(民法第五二〇条)。混同を權利消滅の原因としたのは、このような場合に權利を存続させることは無意味だからである。それが第三者の權利の目的になっている場合のように、それを特に存続させる意味のある場合には例外的に消滅しない(民法第一七九条第一項但書・第二項但書、第五二〇条但書⁽²⁾)。

借地権の場合においても、この混同の原則が適用になり、土地所有者はその所有する土地の上に自己のために借地権を設定することができず、また、土地所有者が第三者のために設定した借地権を取得すれば、借地権設定者である土地所有者と借地権者が同一人となって、その借地権は消滅することになる。その結果、例えば、自己の所有する土地に区分所有建物を建築して、それを借地権付きで他に順次分譲するということができない。そこで、この

ような場合にどうするかというと、予め形式的な第三者を立てて、その第三者に借地権を設定し、その第三者が区分所有建物を建築して借地権付きで他に分譲するという方法をとるのである。しかし、これでは非常に煩雑なので、より簡便な方法が求められた。それが自己借地権の制度であり、他の者と共に借地権者となる場合に限り、自己の所有する土地に自己借地権の設定が認められるに至った。このように借地権が他の者と準共有されている場合には、相互に一種の負担が付されているものとみられるから、混同の原則の例外を認めてもよいと考えられたのである。この自己借地権は、自己と他の者との共同借地権であるが、その性格は準共有ではなく、準共有である。なぜなら、各共有者は、いつでもその分割請求権を行使することができないからである。これは、建物と敷地の一体性、すなわち建築的物理的要請に基因する。言うなれば、この借地権の共同所有は、建築構造に基づく合有的な性格を有するものであるといえよう。

(二) 自己借地権設定の要件

自己借地権は、他の者と借地権を共に有する場合に限って設定することができる(借地借家法第十五条第一項)。従って、自己借地権の設定は、土地所有者である借地権設定者と借地権設定者でない借地権者との間の合意によることになる。いわゆる自己借地権設定契約の締結ということである。その設定契約は、通常他の者に土地を賃貸する場合にそれと同時にすることになるから、土地の賃貸借契約書と自己借地権設定契約書が併存する形になるといえる。⁽⁴⁾ 例えば、土地所有者である賃貸人Aがその土地の賃借人Bと土地賃貸借契約を締結し、Aにおいて自己借地権の設定をすることになるが、その契約書の中で「Aは自己の所有する本件土地を建物の所有を目的として自己に賃貸し、これを借り受けるものとする。」という自己借地権設定条項を設けることになる。

この自己借地権の設定が認められるのは、土地所有者である借地権設定者Aが自己と借地権設定者でないBとを借地権者とする場合である。土地所有者がAとCの二人である場合には、AとCを借地権設定者とし、AとCとBを借地権者とすることもできる。もちろん、借地権設定者であるAとCが共に借地権者となる必要はなく、AだけがBと共に借地権者となることもできる。ただ、借地権者の中に借地権設定者でない者が存在しないような場合には、借地権の設定は認められない。例えば、AとCの二人が共同で所有する土地をAだけが使用する場合である。

この場合、AとCの二人の共有者間の土地利用の合意ということになる。⁽⁵⁾なお、自己借地権の設定は、建物が借地上に存在することを要件としていないので、更地のまま建物の所有を目的として自己借地権を設定することができる。自己借地権の設定後、いつまでも建物が建築されない場合には、自己借地権の効力がどうなるか問題であるが、借地権者は元来いつまでに建物を建築しなければならないという制約はないから、建物を建築しないからといって自己借地権の効力には何ら影響がないといえよう。なお、自己借地権の設定が認められるのは、あくまでもそれが建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権たる借地権の場合に限られるものであって、そうでない地上権又は土地の賃借権の場合には認められない。

(三) 自己借地権の登記と對抗要件

自己借地権の設定については、それが地上権の場合であろうと土地賃借権の場合であろうと、借地権であることには変わりがないので登記することができる(民法第一七七条、第六〇五条⁽⁶⁾)。借地権の登記は、一般に土地所有者である借地権設定者の協力がなければできない。借地権が物権である地上権の場合には、借地権設定者はその登記について協力する義務があるので拒むことができず、借地権が債権である土地賃借権の場合には、借地権設定者はそ

の登記について協力する義務がないので拒むことができる。しかし、自己借地権の登記では、それが地上権の場合であろうと土地賃借権の場合であろうと、借地権設定者と借地権者が同一人であるので何等障碍となることはないであろう。ただ、その借地権が準共有であることから、自己借地権者が自己の持分についてのみ登記することができるかどうかは問題であるといえる。登記先例では、共有の土地についてであるが、共有者のうちの数人の者だけで各別にその共有持分を登記することができないとしている。^(?)自己借地権の場合についても同様に、借地権設定者である自己借地権者が自己の持分だけを登記することは許されないことになるであろう。いずれにしても、借地権である地上権の場合には、民法上目的が定められていて、これに基づいて不動産登記法でもその目的の記載がなされ(不動産登記法第一一条第一項)、借地権である土地賃借権の場合には、その賃借権の登記に「建物所有ノ目的」と記載されることになる(不動産登記法第二三条第一項)。

このように自己借地権を登記すると、これを第三者に対抗することができるから(民法第一七七条、第六〇五条)、仮に土地を第三者に譲渡しても、自己借地権者は、登記していた借地権の内容(地代、存続期間等)に従って借地の利用を継続することができることになる。自己借地権の對抗要件としては、借地権自体を登記することだけでなく、借地権者が借地上に建築した建物を登記することによっても認められる(借地借家法第十条第一項)。この借地上の建物の登記は、借地権者自身の名義で行わなければならない(妻とか子供などの名義で行われた建物の登記は對抗要件としての効力が認められない。⁽⁸⁾なお、登記された建物が滅失した場合には對抗要件としての効力が失われることになるが、この場合でも、借地権者がその建物を特定するために必要な事項(所在地番、家屋番号、構造、種類、床面積等)、その滅失があった日及び建物を新たに築造する旨を借地上の見やすい場所に掲示したときは、第三者に二年間

だけ借地権を對抗することができる。但し、この間に建物を再築して登記しなければならない(借地借家法第十条第二項)。これは、建物の再築掲示書を一種の明認方法として對抗要件の効力を認めるものである。

(四) 自己借地権の分類

(1) 原始的自己借地権と後発的自己借地権

これは、自己借地権が設定契約に基づくものであるか否かによる分類である。原始的自己借地権は、土地所有者である借地権設定者と借地権設定者でない借地権者との間の自己借地権設定契約に基づいて成立するものである(借地借家法第十五条第一項)。例えば、土地所有者である貸借人Aがその土地の賃借人Bと土地賃貸借契約を締結し、Aにおいて自己借地権の設定をすることになるが、この自己借地権の設定が認められるのは、Aが自己とBとを借地権者とする場合である。後発的自己借地権は、このような設定契約に基づくのではなく、後発的に借地権の準共有持分が土地所有者である借地権設定者に帰属する場合である。例えば、自己の所有する土地に区分所有建物を建築して、その全戸を借地権付きで他に分譲した後に、土地所有者がその一戸又は数戸を買い戻したとか、その一戸又は数戸を相続によって取得したというような場合である。この場合、土地所有者である借地権設定者は、他の者と共にその借地権を有することになるから、その借地権は消滅することはない(借地借家法第十五条第二項)。しかし、土地所有者がその区分所有建物の全戸を買い戻したというような場合には、他の者と借地権を共に有することにならないので、混同の原則によって自己借地権は消滅することになる。ただ、一時的にその区分所有建物の全戸が土地所有者に帰属した場合とか、後日その区分所有建物を再び分譲しようとする場合などには問題であろう。

(2) 普通自己借地権と定期自己借地権

これは、自己借地権がどんな種類の借地権に基づくものであるかによる分類である。普通自己借地権は、更新できる普通借地権による自己借地権である。普通借地権の存続期間は、建物の種類を問うことなく三〇年以上である（借地借家法第三条）。すなわち、契約当事者間で存続期間を定めなければ、三〇年となり（同法第三条本文）、契約当事者間でそれ以上の存続期間を定めれば、その期間となる（同法第三条但書）。しかし、契約当事者間で二五年というように三〇年未満の期間を定めたとすれば、この期間は借地権者に不利なものとして無効となり（同法第九条）、存続期間を定めなかったものとしてその期間は三〇年となると解される。普通借地権の更新は、建物の種類を問うことなく契約当事者間で更新後の期間を定めなければ、その期間は最初の更新に限って二〇年であり、その後の更新については一〇年である（借地借家法第四条本文）。但し、契約当事者間でこれより長い更新後の期間を定めれば、その期間ということになる（同法第四条但書）。定期自己借地権は、更新のない定期借地権による自己借地権である。定期借地権には、存続期間を五〇年以上と定めることを要件とする長期型の一般定期借地権（借地借家法第二条）、借地権の設定後三〇年以上を経過した日に借地上の建物を借地権設定者に相当な対価で譲渡する旨を予約する中期型の建物譲渡特約借地権（同法二三条）、専ら事業の用に供する建物の所有を目的とし、一〇年以上二〇年以下の存続期間を定めることを要件とする短期型の事業用借地権（同法二四条）の三つの型がある。⁽¹⁰⁾ いずれの型も、一定の要件の下で更新されることなく、契約で定められた期間をもって借地関係が確定的に終了するものである。

(1) 昭和三八年一月二二日付三三一六八二号日本住宅公団副総裁照会に対する同年六月一八日付民事甲第一七三二号民事局長回答は、土地所有者を共同賃借人とする土地の賃借権の設定については、消極に解すべきものと考えられている。本件照会は、賃貸借の目的土地の所有者自身が他人と共に準共有の、いわゆる共同賃借権を当該土地の上に設定する

ことが可能ではなからうかと考えてなされたものである。民法第六〇一条では、他人の物を使用収益する場合の相対立する当事者は同一人でないことを予想しており、その賃金を払うことを約することをもって賃貸借の成立要件としているが、土地所有者が自己の土地の共同賃借人とならうとする場合には、他人の物を使用収益する関係に立つものでもないし、対価(賃料)を支払うということは起り得ないのではなからうか。そうだとすれば、賃貸借の成立要件を欠くことになるので、賃貸借は成立せず、賃借権も生じないことになる。(民事月報第一八卷第八号一四四頁、一四五頁)

他方、昭和三八年六月一八日付民事第一七三三号法務局長、地方法務局長あて民事局長通達(同年一月二日付三三一六八三号日本住宅公団副総裁照会、民事局長回答)では、土地所有者に既に成立している当該土地の賃借権の一部を譲渡することについては、その賃借権は混同によって消滅しないものと考えている。本件照会は、昭和三八年六月一八日付民事第一七三三号法務省民事局長回答に関連してなされたもので、賃借地上に建築した一棟の建物を階層区(分)し、その一つを借地の賃料(対価)として賃貸人に譲渡する結果、賃借権の目的土地を賃借人と賃貸人である土地所有者が共同して使用収益することとなるので、当該賃借権の一部を賃貸人である土地所有者に譲渡する場合には、譲渡を受けた賃借権の持分は混同によって消滅するのではなからうかと考えてなされたものである。仮に賃借権の一部の譲渡を受けた賃貸人である土地所有者の賃借権持分が混同によって消滅するとすれば、当該賃借権は、賃借人がその権利の一部を譲渡して、いったん準共有になると同時に譲受人の持分は混同によって消滅し、一個の賃借権として賃借人、すなわち譲渡人のために存続することになり、賃借権の一部の譲渡をしなかったと同一の結果となる。それでは当事者の意思に反するばかりでなく、賃貸人である土地所有者は不当な不利益を被ることになる。(民事月報第一八卷第八号一四五頁―一四七頁)

(2) 借地権と混同について

借地権及びその目的たる土地の所有権が同一人に帰属したときでも、他に借地権の共有者が存する場合には、その借地権は消滅を免るべきものと解するを相当とする。このことは、民法第一七九条第一項但書、第五二〇条但書等の規定の精

神に照らし疑いを入れる余地がないといえる。(東京高裁判決昭和三〇年一月二四日高等裁判所民集第八卷第一〇号七三九頁)

(3) 借地権設定者は、必ずしも土地所有者でなくてもよい。借地権者が自己と他の者を転借地権者とする転借地権を設定することもできる。この場合、土地所有者から借地している借地権者がさらに転貸借をなすのであるが、この転貸借においては、借地権者が借地権設定者ということになるからである。

(4) ビジネスガイド第四〇〇号三六頁―三九頁

(5) Cの共有持分の上にAのために借地権を設定することができるだろうか。借地権が地上権である場合と土地賃借権である場合と異なる。前者の地上権については、これを共有持分の上に設定することができないといえよう。なぜなら、地上権は、目的である土地を設定契約によって定められた範囲内で全面的排他的に使用収益することができる内容とする物権であり、共有持分の上に地上権を設定した場合には、地上権者がその土地を使用収益することができるかどうかは他の共有者の意思にかかわることになり、物権法定主義に反するものだからである。それに対して後者の土地賃借権については、これを共有持分の上に設定することができるといえよう。なぜなら、土地賃借権は、目的である土地を賃借借契約によって定められた範囲内で使用収益することを内容とする債権であり、賃借人がその土地を使用収益することができるかどうかは、賃借人以外の他の共有者の意思にかかわるものであるが、債権である以上契約自由の原則により問題はないからである。ただ、登記先例では、仮登記申請に関する事案であるが、共有持分に対する賃借権設定の仮登記申請は受理できないとしている(昭和四八年二月八日付・登九四東京法務局長照会同年一月一日付民三・七六九四民事局長回答)。

(6) 借地借家法の施行に伴う不動産登記事務の取扱いについて(通達)(法務省民三第三九三〇号平成四年七月七日)第2 自己借地権 新法第一五条の規定により、他の者と共に借地権を有することとなるときに限り、自らを借地権者とする借地権を設定することができることとなったので、新法施行後に設定された借地権の設定については、登記義務者が同

時に登記権利者となる場合でも、他に登記権利者があるときは、その申請を受理することができる（NBL第五〇二号二頁）。このことから、AとBが登記義務者であり、AとBとCが登記権利者である借地権の登記申請は受理されることになり、また、AとBが登記義務者であり、AとCが登記権利者であるというような借地権設定者全員が借地権者でない借地権の登記申請も受理されることになる。なお、Aが登記義務者であり、Aが登記権利者であるというような借地権者に借地権設定者以外の者がいない場合には、その借地権の登記申請は受理されないことになる（不動産登記法第四九条第二号）。（小野瀬厚・渡辺秀喜稿「借地借家法の施行に伴う不動産登記事務の取扱いについての解説」登記研究第五三五号一九頁、二〇頁）

(7) 昭和四〇年五月四日付登発第七八号山口地方務局長照会、同年九月二日付民事甲一九三九号民事局長回答（民事月報第二〇巻第一〇号一三九頁）

(8) 最大判昭和四一年四月二七日最高裁民集第二〇巻第四号八七〇頁、最判昭和四七年六月二二日最高裁民集第二六巻第五号一〇五一頁

(9) 岩城讓二稿「自己借地権」ジュリスト第一〇〇六号八二頁、上原由起夫稿「自己借地権」法律時報第六四巻六号四二頁

(10) 三つの型の定期借地権 (i)長期型の一般定期借地権（借地借家法第二二条） この定期借地権は、五〇年以上の存続期間を定めることを要件とするものであるが、その設定に際しては、契約の更新がないこと、建物の再築による存続期間の延長がないこと及び借地権者の建物買取請求権がないことを特約することができる。その特約は、公正証書などの書面によってしなければならない。この型の定期借地権は、借地の目的に制限されることがないが、住宅用の賃貸マンションの敷地のように比較的長期間に渡って投下資本を回収する場合に活用することができる。(ii)中期型の建物譲渡特約付借地権（借地借家法第二三条） この定期借地権は、借地権の設定後三〇年以上を経過した日に借地権を消滅させるため、借地上の建物を借地権設定者に相当な対価で譲渡する旨を特約することができるものである（同法第二三条第一項）。そ

の特約は、必ずしも公正証書などの書面によることを必要としない。この型の定期借地権は、借地の目的に制限されることがないが、業務用の賃貸ビルとか住宅用の賃貸マンションの建築などに活用することができる。(iii)短期型の事業用借地権(借地借家法第二四条) この定期借地権は、専ら事業の用に供する建物の所有を目的するものであり、一〇年以上一〇年以下の存続期間を定めることを要件とするもので、期間満了後の契約の更新、建物の再築による借地期間の延長及び借地権者の建物買取請求権等の規定が全く適用されない(同法第二四条第一項)。この型の定期借地権は、ファミリーレストランとかスーパーマーケットなどのように比較的短期間に投下資本を回収できる場合に活用することができる。借地契約は、必ず公正証書によってしなければならない(同法第二四条第二項)。

三 自己借地権の活用と法定地上権

(一) 借地権付区分所有建物の場合

Aが自己の所有する土地に区分所有建物を建築して、それを借地権付きで順次他に分譲する場合である。土地所有者Aは、区分所有建物の買主Bが最初に現れたときに、その者と自己とを借地権者とする借地権を設定し、Bに専有部分の床面積に相当する借地権を帰属させ、残りの専有部分の床面積に相当する借地権を自ら取得して(自己借地権)、その後、区分所有建物の買主C、D、E等が現れるとともに順次その専有部分とそれに伴う自己の準共有持分を譲渡するのである。このように自己借地権は、区分所有建物の敷地利用権として活用することができる。⁽¹⁾この場合、区分所有者は、その有する専有部分とその専有部分に係わる敷地利用権である借地権とを分離して処分することができないから(建物の区分所有等に関する法律第二二条)⁽²⁾、例えば、区分所有建物だけを目的とする抵当権を設定することはできない。仮に、土地所有者である自己借地権者が自己の区分所有建物に抵当権を設定したとしても、

抵当権の実行により法定地上権が生じることはない。法定地上権とは、土地とその土地に存する建物が同一の所有者に帰属する場合、その土地か建物かどちらか一方又は双方に抵当権が設定され、その抵当権の実行によって土地と建物の所有者が別の人になったとき、建物の存立を保護するために法律上当然に地上権が設定されたものと看做す(民法第三八八条)とする制度である。⁽⁴⁾区分所有建物に伴う自己借地権の場合、形式的にはこの制度に当てはまるようにみえるが、前述のように専有部分とそれに係わる敷地利用権である借地権とを分離処分することが禁止されているので適用されることはない。なお、自己借地権の設定されている土地を目的とする抵当権の設定は当然に認められるが、抵当権の実行によって法定地上権が生じることではない。なぜなら、その土地上の区分所有建物に係わる敷地利用権としての借地権が既に存しているからである。

(二) 自己の所有する土地上の共有建物の場合

(1) Aが単独で所有する土地の上にAとBの共有建物が建てられ、その土地に抵当権が設定され、後に抵当権が実行されるとどうなるであろうか。この場合、Aは自己のためだけでなく、Bのためにもその土地利用を認めていることになるから、Aがその土地に設定した抵当権の実行によりCがこれを競落したときは、抵当権設定当時にAが土地と建物を単独で所有していた場合と同様、その土地について建物共有者であるAとBのために法定地上権が成立することになる。⁽⁵⁾その法定地上権の内容は、通常の地上権と何ら変わるものでないが、地代は、当事者の協議が調わなければ、当事者の請求によって裁判所がこれを定める(民法第三八八条但書)⁽⁶⁾。また、存続期間は、その定めがないものとして民法第二六八条第二項に従い、当事者の請求により裁判所がその期間を定めるものであるが、当事者の協議をもってこれを定めることを禁ずるものではない。⁽⁷⁾しかし、この場合には借地借家法の適用があるので、

当事者の協議が調わなければ、同法第三条の規定によつて存続期間が定まる。すなわち、その期間は三〇年である。このようにして成立した法定地上権では、その具体的な内容は予め決められておらず、抵当権が実行されてから後にはじめてその内容が決められることになる。これでは、共有建物の存立のためにどのような内容の敷地利用権が生じるのかわからず、当事者にとつて非常に不安であるとともに不便でもある。そこで、自己借地権の制度を活用して、Aの土地に抵当権を設定する前に、予めAとBとで共有建物の存立を保護するための借地権を設定しておけば、その抵当権が設定され、実行された後の敷地利用権の内容も明確であり、当事者の不安も解消されることになり、非常に便利であるといえよう。

(2) Aが単独で所有する土地の上にAとBの共有建物が建てられ、その共有持分に抵当権が設定され、後に抵当権が実行されるとどうなるであろうか。この場合、Aの共有持分をCが競落したときは、そのAの土地について建物共有者であるBとCのために法定地上権が成立すると解される。なぜなら、その共有建物のAの共有持分に抵当権が設定されることは、その敷地の上に潜在的な地上権を設定することを含むものであり、Aが他の共有者Bの利益のためにもこれをしたことになるからである。⁸⁾この法定地上権の内容は、前に述べたように予め決められておらず、抵当権が実行された後に決められるものであるから、どのような敷地利用権の内容になるのかわからず、当事者にとつて非常に不安であり、また不便でもある。そこで、自己借地権の制度を活用して、Aの共有持分に抵当権を設定する前に、予めAとBとで共有建物の存立を保護するために借地権を設定しておけば、その抵当権が設定され、実行された後の敷地利用権の内容も明確であり、法定地上権が当然に成立することもなくなる。なぜなら、自己借地権付共有建物の共有持分に抵当権が設定されると、その抵当権の効力は、通常の借地権付建物

の場合と同様に、その自己借地権にも及ぶと解されるからである。判例でも、土地賃借人の所有する地上建物について抵当権を設定した場合には、原則としてその抵当権の効力はその土地の賃借権に及び、その建物の競落人と賃借人との関係においては、その建物の所有権とともに土地の賃借権も競落人に移転するものと解するのが相当であると、その理由としては、建物を所有するために必要な敷地の賃借権は建物所有権に付随し、これと一体となつて一つの財産的価値を形成しており、建物に抵当権が設定されたときは、敷地の賃借権も原則としてその効力の及ぶ目的物に含まれるものと解すべきだからであるとしている。⁽⁹⁾従つて、共有建物の存立を保護するための敷地利用権である自己借地権が認められる以上、そこに法定地上権の生ずる余地がないことになる。

(1) 等価交換方式による区分所有建物の場合も同様である。土地所有者と開発業者とが協力して建物を建築する場合に、等価交換方式という形をとることが多い。土地所有者が土地を提供し、開発業者がその土地に建築する建物の建設資金を提供する。例えば、土地所有者Aと開発業者Bとが協力してAの土地上に区分所有建物を建築する際に、Aが土地所有権を留保しつつ、Bの資金のもとに建築する区分所有建物の敷地利用権としての借地権の設定を認めるのである。このとき、Aが土地を区分所有建物の敷地として提供することによってBにもたらした便益に見合う(出資割合)区分所有建物の所有権をAは取得するが、その区分所有建物の敷地利用権としての借地権は、土地所有者であるAとBとが共に有することになる。すなわち、借地権の準共有ということであり、ここに自己借地権が成立するのである。

(2) 専有部分を所有するためには、必ず敷地利用権を有しなければならない。その敷地利用権のうち数人で有する所有権その他の権利については分離処分が禁止されている(建物の区分所有等に関する法律第22条)。その他の権利とは、地上権又は賃借権のことであり、使用借権は処分性がないので、これには該当しない。分離して処分することができないとは、専有部分とその専有部分に係る敷地利用権との一体的な処分ができるのに、その一方だけを分離して処分することができないということである。従つて、その一方だけを目的とする抵当権を設定することはできないことになる。

- (3) 大判明治三八年九月二二日大審院民録第十一輯一一九七頁、大判昭和六年一〇月二九日大審院民録第一〇卷第十一号九三一頁、最判昭和三七年九月四日最高裁判集第一六卷第九号一八五四頁四六
- (4) 民法第三八八条にいう競売は、抵当権の実行のための競売の場合だけでなく、抵当権者でない他の債権者の申立による強制競売の場合をも包含する趣旨であると解されている(大判大正三年四月一四日大審院民録第二〇輯二九二頁)。また、国税徴収法に基づく滞納処分による公売についても同様に、民法第三八八条を類推適用すべきであると解されている(最判昭和三七年九月四日最高裁判集第一六卷第九号一八五四頁)。
- (5) 最判昭和四六年十二月二二日最高裁判集第二五卷第九号一六一〇頁
- (6) 大判明治四三年三月二三日大審院民録第一六輯二二三三頁。なお、裁判所が決定したこの地代の数額は、地上権設定当時の地代を確定するものであるから、裁判所がその数額についてなした確定の効力は、ただ単に判決後に生ずる地代に対するものであるというだけでなく、地上権設定以後の地代にも及ぶ。すなわち、その法定地上権が成立した時に遡って効力を生ずるとしている(大判大正五年九月二〇日大審院民録第二二輯一八二三頁)。
- (7) 大判明治四三年三月二三日大審院民録第一六輯二二三三頁
- (8) 我妻栄著「新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)」岩波書店三六一頁、三六二頁
- (9) 最判昭和四〇年五月四日最高裁判集第一九卷第四号八一頁

(一九九二年一〇月二九日稿了)