

区分建物の登記

1

司法書士試験を受験する方の中には、区分建物の登記を苦手とする方が多いように思います。確かに私も受験時代、区分建物の登記を理解するのに、えらい苦勞をしたことを覚えています。何しろ、教科書を読んでも、さっぱり頭に入らないのです。

色々と考えた結果、次のような、あまりにも当たり前の原理が、お座なりになっているのではないかと思うようになりました。

それは……

★ 建物を所有するには、その建物の敷地を利用するための権利が必要だ

ということです。

あまりにも当たり前すぎて、区分建物を説明する本や解説には載っていません。

例えば、3階建のビルとか、2階建の家とかを想像しますと、土地の上に建物が立っているということが容易に想像できます。

さらに、法律を勉強した人なら、その建物の所有者は、建物の敷地である土地の所有権とか賃借権とかの何らかの土地利用権を持っているということも、容易に想像できます。

(この土地利用権のことを、教科書では「権原(ケンゲン・ケンバラ)」とっています。)

なぜなら、もしその様な土地利用権がなければ、建物の所有者は、土地の所有者から、建物収去・土地明渡し請求を受けることになるからです。

ところがこのような当たり前の原理が、どういわけか、区分建物の登記を理解する前提として、すっぱり抜け落ちてしまっている気がするのです。

なぜでしょうか？ 区分建物というのは、次のような定義がされています(不動産登記法2条22号)。

一棟の建物の構造上区分された部分で独立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物としての用途に供することができるものであって、建物の区分所有等に関する法律(昭和三十七年法律第六十九号。以下「区分所有法」という。)第二条第三項に規定する専有部分であるもの

平たくいえばマンションの1室ということですが、このマンションの各部屋は、1階であれば土地に接していますが、2階以上の部屋は土地に接していないにもかかわらず、独立して所有権の目的となります。

そうすると、2階より上の階の部屋、つまり区分建物は、土地の利用権とは無関係に存在しているのではないか、という錯覚を起こさせるように思います。

しかしその錯覚は、法律論としては、本当に錯覚です。

マンションの1階だろうが、2階だろうが、10階だろうが、60階だろうが、「建物」という名前がつく以上、法律上は必ず、土地を利用する権利が不可欠なのです。

民法の勉強が終わって、不動産登記というマイナーな法律の、さらに区分建物というマイナーな分野で、突然、わすれかけていた物権法の原理が顔を出してくるのです。

2

前は、
建物を所有するには、その敷地である土地の利用権が必要であり、
区分建物でもそれは同様だと申し上げました。

では、土地の利用権がない区分建物の所有者は、本当に、土地の所有者から建物収去・土地明渡し請求を受けることになるのでしょうか？

結論から言えば、それは「ない」ということになると思います。

例えば、5階建てで各階に10個の区分建物（マンションの部屋）がある一棟の建物を想像してみてください。

このうち、3階の305号室を所有するのXさんが、敷地である土地の利用権を持っていなかったとします。

土地の所有者の一人が、例えばXの隣の部屋304号室である区分建物の所有者Yさんであるとして、YがXに「土地の利用権がないのにその土地の上に建物を所有している」ということで、建物収去・土地明渡し請求訴訟を提起したとしましょう。

もし、この請求が認められるとしたら、その判決はどのように執行するのでしょうか？

まさか、一棟の建物の一部であるXの305号室だけくり抜くように壊してしまうのでしょうか？

その様なことは、あり得ないですね。

その様なことをすれば、一棟の建物の構造を弱め、他の区分建物の所有者はもちろん、Yにも大変な影響を及ぼします。

ですからこの場合、Yの請求は「権利の濫用」（民法1条3項）ということで、認められないのではないかと思います。

では、Yの請求が認められないとすると、Xは何らかの土地の利用権を取得したことになるのでしょうか？

これも、当然には、認められないだろうと思います。

ただしXは、無権原で土地を占有しているので、土地の所有者に対し、土地を利用した分の損害賠償債務を負担するということになります。

従ってYがもし建物収去・土地明渡し請求に併せて損害賠償請求をしているならば、損害賠償請求に限り、認められることになります。

3

前回までに書いたとおり、区分建物（＝マンション）とビルや一戸建ての家などの普通の建物とは、建物の存続に敷地である土地の利用権が必要という点で、全く同じです。

ビルや一戸建ての家を売買する場合、殆どの場合は、敷地である土地も一緒に売買します。

これと同じように、

マンションを売買する場合、殆どの場合は、敷地である土地の持分を一緒に売買します（例1）。

ところで、建物の区分所有等に関する法律（区分所有法）22条1項は、次のように定めています。

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。ただし、規約に別段の定めがあるときは、この限りでない。

※敷地利用権＝専有部分を所有するための建物の敷地に関する権利（区分所有法2条6項）

建物の敷地＝建物が所在する土地及び第五条第一項の規定により建物の敷地とされた土地（区分所有法2条5項）。なお前者を「法定敷地」、後者を「規約敷地」と言っています。

この制限は分離処分の禁止とされています。

つまり例1では、マンションを売買する場合、敷地である土地の持分を一緒に売らないと、そのマンションの売買自体が無効になる、ということです。

本来、マンションと敷地である土地の持分はそれぞれ独立して取引の客体になるので、例えばマンションはAさんに、敷地である土地の持分はBさんにと、別々に売ってしまっても構わないはずですが、

しかし、それでは非常に困ることがあるので、このような制限を設けたのです。

なぜそうなっているのか？を考える前に、区分所有法22条1項とセットになっている不動産登記法の規定を見てみましょう。

4

区分建物について、いよいよ不動産登記法の説明に移ります。

ここで非常に重要なことは「敷地権」という概念を正確に理解することです。

不動産登記法44条9号に出てきます。規定を分解してみると、

- ① 区分所有法第二条第六項に規定する敷地利用権（登記されたものに限る。）であって、
- ② 区分所有法第二十二条第一項本文（同条第三項において準用する場合を含む。）の規定により区分所有者の有する専有部分と分離して処分することができないもの

まず「敷地利用権」という概念が出てきましたが、これについては説明済みです。ただ、不動産登記法でいう「敷地権」は、敷地利用権の中で「登記されたものに限」られます。

例えば、未登記の賃借権が敷地利用権の場合は不動産登記法でいう「敷地権」には含まれません。

次に「敷地利用権」の中でも、区分建物との分離処分が禁止されるものに限られます。通常は問題になりませんが、区分所有法22条1項但書により規約で分離処分が可能とされた敷地利用権は、敷地権ではありません。

ここまでの説明で重要なことは、「敷地利用権」と「敷地権」とは、それぞれの概念が微妙に違うということです。違うから名前も違うともいえるでしょう。

重要なので「敷地利用権」の定義を改めて次に記します。

敷地利用権 = 専有部分を所有するための建物の敷地に関する権利（区分所有法2条6項）

※ 建物の敷地 = 建物が所在する土地及び第五条第一項の規定により建物の敷地とされた土地（区分所有法2条5項）。なお前者を「法定敷地」、後者を「規約敷地」と言っています。

5

前回の説明では、「敷地利用権」と「敷地権」の概念の違いを強調しました。

今回は、敷地権がどのように登記されるかを説明します。

不動産登記法44条は、建物の表示に関する登記の登記事項として、敷地権を挙げています（9号）。

建物の表示に関する登記として敷地権が登記される場合、登記官は、当該敷地権の目的である土地の登記記録について、職権で、当該登記記録中の所有権、地上権その他の権利が敷地権である旨の登記をしなければなりません（不動産登記法46条）。

これにより区分建物と敷地利用権の一体性が登記上明らかになります。

登記記録例は、

平成21年2月20日民二第500号通達の119番・120番をご参照ください。

このような登記は普通の建物にはないため、区分建物の登記の際立った特徴といえるでしょう。

さて、このように区分建物に敷地権が登記され、その敷地である土地に敷地権たる旨の登記がされると、次のような法律効果が生じます。

その1

区分所有法23条但書 建物に敷地権の登記・その敷地である土地に敷地権である旨の登記後の分離処分の無効は、善意の相手方にも対抗できます。

その2（例外あり）

不動産登記法73条1項 敷地権付き区分建物についての所有権又は担保権

（一般の先取特権、質権又は抵当権をいう。）に係る権利に関する登記は、敷地権である旨の登記をした土地の、敷地権についてされた登記としての効力があります。

その3（例外あり）

同条2項 敷地権である旨の登記をした土地には、

敷地権の移転の登記又は敷地権を目的とする担保権に係る権利に関する登記をすることができません。

その4（例外あり）

同条3項 敷地権付き区分建物には、

当該建物のみ所有権の移転を登記原因とする所有権の登記又は当該建物のみを目的とする担保権に係る権利に関する登記をすることができません

受験上も実務上も、ご多聞に洩れず「例外あり」というところが重要なわけですが、それはまた改めて。

6

前回まで、区分建物の登記に関する区分所有法・不動産登記法の規定を説明してきました。

では、なぜこれらの規定が定められているのでしょうか？

立法趣旨と言うことですが、これは「その法律がなかったらどうなるのか」とか

「その法律がなかった頃はどのような事態が生じたのか」ということを考えます。

区分所有法の規定はさておき、これまで説明した不動産登記法の次の規定がなかった頃は、どうなっていたのでしょうか？

- ① 44条9号（区分建物の登記簿に敷地権の登記をすること）
- ② 46条（建物の敷地である土地の登記簿に敷地権たる旨の登記をすること）
- ③ 73条1項（敷地権付き区分建物にされた登記の効力）
- ④ 73条2項（敷地権たる旨の登記がされた土地の登記の制限）
- ⑤ 73条3項（区分建物の登記の制限）

これらの規定が制定されたのは、昭和58年です。

当時、マンションの売買がされる、つまり区分建物と敷地である土地の持分の売買がされると、区分建物に所有権移転の登記、敷地である土地に持分全部移転の登記がされていました。

例えば区分建物が100戸あるとすれば、敷地である土地の持分も100分割することになります。

Aという会社が所有地にマンションを建てて販売し100戸が同時に完売した場合、その土地にはAからの所有権一部移転の登記以降、1つの登記簿に一度に100個も登記がされ、甲区の順位番号はいきなり100番を超えることになります。

当時の登記簿は、現在のようなコンピュータの情報ではなく、紙で作られていました。これらの登記を一気に行うことは、どれだけ大変な作業だったのでしょうか？

これだけでも登記をするのが非常に面倒なわけですが、住宅ローンを借りて買った人は、区分建物や敷地である土地の持分に抵当権を設定するわけです。さらに当時は、今は行われていませんが、所有権移転請求権の仮登記や条件付賃借権設定の仮登記をしていました。しかも、それがローンを借りない人はその様な登記がされません。つまり、買った人たち全員が同じ登記をするとは限らないわけです。

次に、買った人たち全員が、同時に、他の人たちにマンションを売買するならば、最初買った人たちがした登記を同じように繰り返せば済むわけですが、その様なことが起こるわけがありません。すぐに売ってしまう人もいれば、しばらく持っていて売る人もいるし、ずっと持っている人もいるわけです。

そうすると今度は、土地の登記簿には順不同に持分全部移転の登記や抵当権の抹消登記・設定登記などがされてしまいます。

現在のようなコンピュータの登記情報であれば、検索機能で同じ名義人に関する登記を調べることは簡単でしょう。後でされた付記登記でも、コンピュータの機能で簡単に主登記と一体で見えるようにしてくれます。

しかし当時の紙の登記簿は、順番に登記＝要するに紙に順番に書いていくだけなので、後で見直した場合、誰の登記がどこあるのか、主登記と附記登記の関係などを調べるのが非常に面倒になったわけです。

100戸のマンションならまだいい方かも知れません。200戸、300戸、あるいは1000戸なんていうマンションもあるわけです。そうなれば土地の登記簿は、とてつもなく分厚い登記簿で、どこに何が登記されているかなど、調べる気にもならないでしょう。

こうなるとは、区分建物の登記簿の名義人とその敷地である土地の持分の名義人の権利関係は、区分建物の登記簿はともかく、土地の登記簿で理解しようにも、複雑困難になってしまいます。これでは、登記簿による権利関係の公示という機能は、絵に描いた餅になってしまいます。

そこで、不動産登記法と区分所有法を改めたわけです。

7

つまり、

- ① 区分建物の登記簿に敷地権の登記をする（不動産登記法44条9号）と同時に、
- ② 建物の敷地である土地の登記簿に敷地権たる旨の登記をする（同法46条）ことで、区分建物と敷地利用権との関係性を明らかにした上で、
- ③ 区分建物に登記をすれば、敷地利用権にも同様の登記をしたことになる（同法73条1項）、

- ④ 敷地権たる旨の登記がされた土地に関する登記（同条2項）と、
- ⑤ 敷地権付き区分建物について、建物のみに関する登記をそれぞれ制限することで（同条3項）、

区分建物と敷地利用権との権利関係は、区分建物の登記簿を見ればほぼ一致するというようにして、登記簿による権利関係の公示という機能を十分に果たさせることを目指したわけです。

③～⑤をもう少し詳しく説明すると、次のとおりとなります。

敷地利用権が敷地である土地の共有持分であるとします。

③について

区分建物に所有権移転登記をすれば、敷地利用権、つまり土地の共有持分の移転登記もしたことになります。

区分建物について抵当権設定登記をすれば、敷地利用権、つまり土地の共有持分の抵当権設定登記もしたことになります。

④について

敷地権たる旨の登記がされた土地について、所有権移転登記や共有持分全部移転の登記をすることはできません。

これらの登記は、③があるため、区分建物の登記簿にするべきことだからです。

⑤について

敷地権付き区分建物について、建物のみに関する所有権移転登記や抵当権設定登記をすることは原則としてできません。

これらの登記は③の効果がある登記との区別がつきにくく、登記簿による権利関係の公示の明確性を損なうからです。

そして、区分建物と敷地利用権の登記簿による権利関係の公示の明確性を確保するこれらの登記の効力や制限を徹底するため、

区分所有法22条1項本文では、区分建物と敷地利用権との分離処分を禁止することとしたのです。

8

不動産登記法73条1項本文を、改めて見てみましょう。

「敷地権付き区分建物についての所有権又は担保権（一般の先取特権、質権又は抵当権をいう。以下この条において同じ。）に係る権利に関する登記は、第四十六条の規定により敷地権である旨の登記をした土地の敷地権についてされた登記としての効力を有する。」

この規定は、どのケースに適用されて、どのケースに適用されないのでしょうか？

この規定を、通常の条文の読み方と同じように、要件と効果という観点から読んでみますと……

効果は

「土地の敷地権についてされた登記としての効力を有する。」

ということです。

この効果が発生する要件は

①「敷地権付き区分建物についての」「所有権に係る権利に関する登記」

又は

②「敷地権付き区分建物についての」「担保権に係る権利に関する登記」

です。

※ ②で「担保権」を73条中に限って、「一般の先取特権、質権又は抵当権」だと定義していることも重要です。

まず典型的な例は、前回の③で述べたとおりです。再度確認しますが、区分建物に所有権移転登記をすれば、敷地利用権、つまり土地の共有持分の移転登記もしたことになります。

区分建物について抵当権設定登記をすれば、敷地利用権、つまり土地の共有持分の抵当権設定登記もしたことになります。

この効果が発生しない場合、つまり、上記の①・②のいずれの要件にも該当しない場合というのは、次のとおりとなります。

【区分建物についての賃借権の設定登記】

賃借権の設定登記は、①所有権に係る権利の登記でも、②担保権に係る権利に関する登記でもありません。

また、建物を貸したいなら建物についてだけ賃貸借契約を交わせば済みます。

ですから、条文の上からも、実質的な必要性という観点からも、①・②のいずれの要件にも該当しないとして、「土地の敷地権についてされた登記としての効力」は有しないこととなります。

【区分建物についての特別先取特権の保存登記】

不動産に対する特別先取特権は、次の場合に成立します（民法325条）。

ア 不動産の保存

イ 不動産の工事

ウ 不動産の売買

特別先取特権の保存登記は、①所有権に係る登記ではありませんが、②担保権に係る権利に関する登記のようにも思われます。

しかし※で書いたとおり、担保権というのは「一般の先取特権、質権又は抵当権」だというので、特別先取特権はこれに該当しません。

また、保存と工事については、区分建物だけに修理や工事を行う結果、その区分建物についてのみ成立します（民法326条・327条）。

ですから、条文の上からも、実質的な必要性という観点からも、①・②のいずれの要件にも該当しないとして、「土地の敷地権についてされた登記としての効力」は有しないこととなります。

9

ところで特別先取特権ですが、①保存・②工事・③売買と3種類あるわけですが、その全てが同じ扱いがされるのでしょうか？

①保存と②工事の各先取特権については、請負契約にしても、事実上の修理とか工事というものも、区分建物にされるとか、土地にされるわけですから、区分建物と敷地利用権とを同時に処分するとい

う関係は起こらないでしょう。

ただ一棟の建物全体とその敷地について、修理とか工事をまとめてある業者に発注してやってもらった、ということは、あり得ない話しではありません。

そうするとこの場合、一棟の建物全体とその敷地についての保存費用や工事代金の担保のための特別先取特権は、双方に発生し、区分建物に先取特権の保存登記をすれば、敷地権についても同様の登記をしたことになるとした方が、登記が見やすくなっていいような気がします。

さらに、③売買の先取特権についていえば、前提となる不動産売買は、区分建物と敷地利用権との分離処分が禁止されている以上、それらは一体的に売買されることとなります。そうであれば売買の先取特権は、当然のことながら、区分建物と敷地利用権との両方に成立するはずです。

この場合は、保存や工事の各先取特権にも増して、区分建物に先取特権の保存登記をすれば敷地権についても同様の登記をしたことになるとした方が、登記が見やすくなっていいような気がします。

ただし、残念ながらそうはいきません。

前回述べたとおり不動産登記法73条1項本文で土地の敷地権についてされた登記としての効力を有する区分建物への担保権の登記は「一般の先取特権、質権又は抵当権」です。特別の先取特権はどの種類のものでもこれに該当しません。

実際上も、先取特権の保存登記をすること自体、極めてまれなので、区分建物と敷地利用権のそれぞれの公示の明確性を害する程度ではない、ということになるのでしょうか。

10

不動産登記法73条1項但書ですが、たくさんあって読む気にならないという方も多いのではないのでしょうか。

でも、諦めないでください。この但書を理解するにあたっては、2項と3項から先に理解した方がいいでしょう。

ということで2項です。

本文は、敷地権たる旨の登記がされた土地について

「敷地権の移転の登記又は敷地権を目的とする担保権に係る権利に関する登記をすることができない。」と定めています。

つまり所有権移転登記や共有持分全部移転の登記をすることはできないということです。

また抵当権設定登記・質権設定登記・一般先取特権保存登記も同様です。

逆に「敷地権の移転の登記」及び「敷地権を目的とする担保権にかかる権利に関する登記」と定めていますので、当該土地の地役権設定の登記は、可能です。

(区分) 地上権の設定も同様に解してよいでしょう。

但書は、その反対、つまり登記ができる場合を定めているのですが、驚くほどわかりにくいと思う

のは、私だけでしょうか？

但書で定める例外①

「当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたもの（分離処分禁止の場合を除く。）」

括弧書きの、あたかもついでに書いてあるかのような部分がないと、全く意味をなさない日本語です。なぜなら「当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたもの」は、分離処分が禁止され、本文に該当して土地のみに対する登記は、できないからです。

「(分離処分禁止の場合を除く。）」とありますが、このような書き方をするのは、区分建物と敷地利用権の関係について、分離処分が可能な場合と、禁止される場合以外の場合があるからでしょう。

11

例外①. 1 ?

分離処分が可能な場合とは、言うまでもなく分離処分可能規約がある場合を指すと思いますが、分離処分可能規約があるなら、そもそも敷地権とはいわないので、このような場合は、そもそも73条2項の適用がないと考えてよいでしょう。

例外①. 2

この他、処分の性質上、分離処分とならざるを得ない場合があります。例えば既に設定登記がされた抵当権の担保不動産競売開始決定を登記原因とする差押えもこれに含まれます。

土地のみに設定された抵当権に基づく競売ならば、競売開始決定も当該決定に基づく差押えも、土地のみに対してされるのが原則だからです。

もっとも土地に設定された抵当権の被担保債権と同一の債権を担保するための抵当権が、建築後のマンションにも設定され、登記がされているということもあり得ます。

この場合、土地と同時にその敷地上のマンション＝区分建物も同時に抵当権に基づく競売申立てをするということもあり得ます。

この場合の差押えの登記は、建物に登記をすれば敷地である土地にも登記をしたことになるという効力があつた方が、公示の明確性という観点からは、よいかも知れません。

しかし抵当権者は、土地の抵当権のみを実行するのも、マンション＝区分建物の抵当権を実行するのも、両方を同時に実行するのも自由ですから、土地のみに対する差押えの登記の余地を残しておく必要があります。

また、同じように処分の性質上、分離処分とならざるを得ない場合として、仮処分があります。

例えば、マンション業者XがAから土地を買いマンションを建てたという場合に、YもAから土地を買い受けXによる土地取得無効を主張してXと争うならば、Yは土地に対してのみ仮処分の申立てをするでしょう。

その申立てが認められれば、債権者をYとして土地のみに対する仮処分の登記がされることとなります。この場合、Xが建てたマンションは直接関係はありません。

もっともYはXが建てたマンションの収去を求める前提として、当該マンションにも仮処分を申し立てることも、考えられます。

そうするとYは、土地と建物と両方に仮処分を求めるわけですから、建物に登記をすれば敷地である土地にも登記をしたことになるという効力があつた方が、公示の明確性という観点からは、よいかも知れません。

しかし、Xにとっては、土地のみの仮処分を申し立てることも、土地と建物の両方に仮処分を申し立てることも、建物のみの仮処分を申し立てることも、自由です。

そう考えると結局、分離処分の禁止の場合には該当しない、該当しない以上、土地のみの仮処分の登記を認めざる得ない、ということになると思います。

さて、ここまで書いて、その続きを書こうと思っていたら、気付いたことがありました。

12

例外①. 2について書いてきましたが、これまでの文章で、特に参考にした資料は次のとおりです。

一問一答 新不動産登記法（商事法務平成17年1月刊。以下「一問一答」）

新基本法コンメンタール 不動産登記法（日本評論社平成20年11月刊。以下「新コンメンタール」）

新しい区分建物に関する登記の実務（テイハン昭和57年1月刊。以下「区分実務」）

基本法コンメンタール 不動産登記法 第3版（日本評論社平成3年10月刊。以下「旧コンメンタール」）

一問一答と新コンメンタールは平成16年改正後の不動産登記法の解説です。

区分実務と旧コンメンタールは平成16年改正前の不動産登記法の解説です。

区分実務は30年以上前、旧コンメンタールは20年以上前の本です。

一問一答（197頁）も新コンメンタール（223頁）も、担保不動産競売開始決定に基づく差押えの登記や仮処分の登記について、例外①. 2の中で説明がされていました。

一問一答には、不動産登記法73条2項本文を説明した上で、次のような記述があります。

「分離処分の禁止の場合に該当しない場合において、敷地権についてのみ処分がされたとき（例えば、敷地権が生じる前に当該土地のみについて設定された抵当権の登記に基づく敷地権のみに対する差押えの登記等）には、……（中略）……登記を制限することができないので、これを認めることとしています。」

また新コンメンタールにも、不動産登記法73条2項本文を説明した上で、次のような記述があります。

「当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたものであるが分離処分禁止の場合に該当しないもの（例えば、敷地権が生じる前に当該土地のみについて設定された抵当権の登記に基づく敷地権のみに対する差押えの登記登（筆者注、原文ママ）……（中略）……については、敷地権のみにその登記をすることができることを規定したものである。」

しかし、翻って不動産登記法73条2項本文を読んでみると、敷地である旨の登記をした土地に登記ができないのは

「敷地権の移転の登記」

と

「敷地権を目的とする担保権に係る権利に関する登記」

です。

そうであれば差押えの登記や仮処分の登記は、上記のいずれにも該当せず、敷地である旨の登記をした土地への登記ができるのは、73条2項の本文に該当しないからだ、ということになる気がします。

但書は「本文に該当するけど、但書の場合は除きます、つまり本文の効果は認めない」ということだと思います。

73条2項でいえば、差押えや仮処分の登記はその本文に該当しないので、但書には進む必要がないというのが、素直な条文の読み方ではないでしょうか。

一問一答や新コメントールの解説は、理由が73条2項但書の説明として書いてあるように読めます。その様に読んでるのは、私だけでしょうか？

旧コメントールでは「処分の制限の登記の制限については、本条では直接規定していないので、解釈に委ねられる。」と書かれています(265頁)。

ちなみに平成16年改正後の不動産登記法73条2項に相当する改正前の不動産登記法の規定は、110条ノ13第1項・140条ノ3第1項です。

13

新不動産登記法の規定と、旧不動産登記法の規定をよく見比べてみましょう。

【新法】

(敷地権付き区分建物に関する登記等)

第七十三条

2 第四十六条の規定により敷地権である旨の登記をした土地には、敷地権の移転の登記又は敷地権を目的とする担保権に係る権利に関する登記をすることができない。ただし、当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたもの(分離処分禁止の場合を除く。)又は敷地権についての仮登記若しくは質権若しくは抵当権に係る権利に関する登記であって当該土地が敷地権の目的となる前にその登記原因が生じたものは、この限りでない。

【旧法】

第一百条ノ十三

1 土地ノ所有権ガ敷地権ナル場合ニ於テ敷地権タル旨ノ登記ヲ為シタルトキハ其土地ノ登記用紙ニハ所有権ノ移転ノ登記ハ之ヲ為スコトヲ得ズ但土地ノ所有権ニ関スル仮登記ニシテ其土地ガ敷地権ノ目的ト為ル前ニ其登記原因ガ生ジタルモノハ此限ニ在ラズ

第一百四十条ノ二

1 敷地権タル旨ノ登記ヲ為シタルトキハ敷地権ノ目的タル土地ノ登記用紙ニハ敷地権ヲ目的トスル

一般ノ先取特権、質権又ハ抵当権ノ保存又ハ設定ノ登記ハ之ヲ為スコトヲ得ズ但其土地ガ敷地権ノ目的ト為ル前ニ其登記原因ガ生ジタル質権又ハ抵当権ノ設定ノ登記ハ此限ニ在ラズ

2 (略)

3 第一百条ノ十三第一項ノ規定ハ地上権又ハ土地ノ賃借権ガ敷地権ナル場合ニ之ヲ準用ス

旧法では所有権に関する登記の条文と、所有権以外の権利に関する登記の条文と、位置が分かれています。

新法ではこれを統一し、権利に関する登記の通則の中に納めたので、1つの規定になりました。

新法73条2項但書の「当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたもの（分離処分禁止の場合を除く。）」の部分は、旧法にはこれに相当する部分がありません。

新旧の規定で解釈が異なるかということ、そういうわけでもなさそうです。それにもかかわらず、この文言が加えられているのです。

14

結局、不動産登記法73条2項但書の次の例外①に該当するのは、前述した例外①、1だけではないかと思っています。

例外①「当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたもの（分離処分禁止の場合を除く。）」

例外①、1（前記11もご参照下さい。）

分離処分が可能な場合とは、言うまでもなく分離処分可能規約がある場合を指すと思います……。

では、次に但書で定める例外②です。

例外②「敷地権についての仮登記若しくは質権若しくは抵当権に係る権利に関する登記であって当該土地が敷地権の目的となる前にその登記原因が生じたもの」

土地が敷地権の目的となる前、つまり区分建物とその敷地利用権とが区分所有法22条1項本文の分離処分の禁止に該当する前ならば、当然、土地のみの売買は可能です。また、土地のみに質権や抵当権を設定することも可能です。

しかし、だからといってその登記ができるかどうかは、別問題としていよいよことです。敷地利用権の公示の明確化を図るという要請があるからです。

ところが法律は、係る公示の明確化よりも処分を受けた権利者の登記順位の確保を優先させ、例外的に敷地である土地への登記を認めました。

繰り返しますが、この規定で認められる登記は次の3つです。

①敷地権についての仮登記であって、

当該土地が敷地権の目的となる前にその登記原因が生じたもの

②敷地権についての質権に係る権利に関する登記であって、

当該土地が敷地権の目的となる前にその登記原因が生じたもの

③敷地権についての抵当権に係る権利に関する登記であって、

当該土地が敷地権の目的となる前にその登記原因が生じたもの

ここで一番よくわからないのは、例えば、敷地利用権の移転（本）登記はできないのに、その仮登記がなぜできるのか？ということです。

色々本を読んでも、私にとっては、納得のいく説明がありません。

15

新しい区分建物に関する登記の実務（テイハン昭和57年1月刊。以下「区分実務」）263頁には、次のような記述があります。

「専有部分と敷地利用権が一体化しているということを公示している場合において、その一方について移転の登記をするということは、これは当然一体性を公示していることと矛盾するわけですね。

しかし、敷地権の目的とする前に登記原因が生じた仮登記というのは、それをすることによって一体性の公示と直ちに矛盾するという事にはならない。しかもその仮登記によって順位を保全するという、当事者の必要性というのも認めざるを得ない。だから土地が敷地権の目的とする前に登記原因が生じた仮登記に限ってはその登記を認めざるを得ない。……」

これを読んで、分かったような分からないような、妙な気になるのは、私だけでしょうか。

この文章を理解するには、法律問題を考える上で常に必要な「比較考量」という考え方が基礎になればいけないと思います。

つまり、

あらゆる法律問題は、ある利益と他の利益の対立で成り立っています。民事上の紛争なら原告と被告、刑事事件なら検察官と被告人、法律の解釈に当たってはその法律で擁護される利益と失われる利益です。立法についても同様でしょう。簡単に言えば「どちらを優先させるか」という価値判断です。

この比較考量で区分実務の文章を読むと、次のように理解できるのではないのでしょうか。

すなわち、専有部分（区分建物）の登記とその敷地利用権のそれは、一体性の公示による明確性が擁護される利益です。これに対し失われるのは、分離処分が禁止される前に土地の所有権を取得した人の登記により対抗力を得るといった利益です。

そしてここでは、（本）登記なら前者が優先するけど、仮登記なら順番を確保させておくだけのものだから、一体性の公示による明確性という利益が失われる割合が少ないので、後者を優先させようという比較考量が働いていると。

16

不動産登記法73条2項但書で、例外的に敷地権に関する登記ができるものとして、土地が敷地権の目的となる前に登記原因が生じた「質権」と「抵当権」が挙げられています。

裏返せば、土地が敷地権の目的となった後に登記原因が生じた「質権」と「抵当権」について敷地権のみを目的とする登記は、同項本文に還って、できません。

質権は、原則として、質権者に占有を移さないと成立しない権利で（民法344条）、特に不動産質権は、質権者が目的物を使用収益できるというのが原則です（同356条）。

使用収益ということは、例えば専有部分を賃貸するということでしょうか。そうすると敷地利用権まで質入れする必要はないようにも思われ、分離処分ができて良さそうな気がします。分離処分が可能であれば、その登記も可能ということになりそうです。

しかしどうもそこまで考えてないようで、質権は抵当権と同様に競売にかけられるわけですから（民法361条）、抵当権と同様、分離処分は許されないもの、と理解しなければならないようです。

質権も抵当権も、前述した敷地権移転の仮登記と同様に扱われるわけですが、その理由は仮登記とほぼ同様です。

敷地権移転の仮登記は順位を確保させておくだけの登記であり、（本）登記のように対抗力が与えられ敷地権の移転を明確に公示するわけではありません。

他方、質権や抵当権の（本）登記は、確かに実体上の質権設定や抵当権設定という物権変動を明確に公示しています。

しかし、敷地権移転の仮登記と同様、敷地権移転を公示するわけではありません。

したがって、敷地権移転の仮登記と同様、土地が敷地権の目的となった後に登記原因が生じたものなら、その権利者の順位確保の利益保護のため、（本）登記を認めるのです。

17

次に不動産登記法73条3項です。

同条2項が敷地権の目的である土地に関する敷地権に関する登記を原則として禁止する規定であるのに対し、同条3項は、敷地権付き区分建物の、建物のみを登記を原則として禁止する規定です。

3項の立法趣旨は、2項のそれと同じです。だから、条文を並べて見れば、殆ど同じことが書いてあることが分かります。

（赤いところが同じところ。）

2項本文

第四十六条の規定により敷地権である旨の登記をした土地には、敷地権の移転の登記又は敷地権を目的とする担保権に係る権利に関する登記をすることができない。

3項本文

敷地権付き区分建物には、当該建物のみを所有権の移転を登記原因とする所有権の登記又は当該建物のみを目的とする担保権に係る権利に関する登記をすることができない。

2項但書

ただし、

当該土地が敷地権の目的となった後にその登記原因が生じたもの（分離処分禁止の場合を除く。）又は

敷地権についての仮登記若しくは質権若しくは抵当権に係る権利に関する登記であって当該土地が敷地権の目的となる前にその登記原因が生じたものは、この限りでない。

3項但書

ただし、

当該建物の敷地権が生じた後にその登記原因が生じたもの（分離処分禁止の場合を除く。）又は当該建物のみの所有権についての仮登記若しくは当該建物のみを目的とする質権若しくは抵当権に係る権利に関する登記であって当該建物の敷地権が生ずる前にその登記原因が生じたものは、この限りでない。

18

不動産登記法73条2項と同3項の違うところは、言うまでもないのですが、あえて言うなら「建物への登記」か「土地への登記」かです。

2項と3項をつなぐのは、1項本文の「建物の登記が敷地権の登記にも及ぶ」という敷地権付き区分建物への登記の特殊な効力です。

そもそも、土地と建物は別々に権利の客体となるというのが、民法の原理です（民法86条1項参照）。

そして不動産登記法は、土地「又は」建物を「不動産」と定義して（2条1号）手続の対象とし、登記記録も土地と建物は別々に編成されます（不動産登記規則4条）。

例えば、AがBから土地と建物を買ってする登記は、「土地」の所有権移転登記と「建物」の所有権移転登記であって、土地の所有権移転登記をすれば建物にも所有権移転登記をしたことになるということはないし、建物の所有権移転登記をすれば土地にも所有権移転登記をしたことになるということはありません。

当たり前すぎますね。

ところが敷地権付き区分建物の登記については、この当たり前の原理が修正されているわけです。その理由は既に述べました（前記6とその前後をご参照下さい）。

2項が規制の対象としている不動産は「第四十六条の規定により敷地権である旨の登記をした」土地です。

3項が規制の対象としている不動産は「敷地権付き」区分建物です。

また、2項が規制の対象としている登記は「敷地権の移転」の登記と「敷地権を目的とする担保権に係る権利に関する」登記です。

3項が規制の対象としている登記は「当該建物『のみ』の所有権の移転を登記原因とする所有権」の登記と「当該建物『のみ』を目的とする担保権に係る権利に関する」登記です。

2項には『のみ』という文言は入っていないのに対し、3項には『のみ』という文言が入っています。

この違いがどこから来るかというと、1項本文の敷地権付き区分建物への登記の特殊な効力からです。

敷地権付き区分建物への登記は原則として敷地権についても1項で同様の登記をしたことになるので、建物「のみ」の登記だけ規制するのです。

これに対し敷地権たる旨の登記がされた土地については、その登記についてこのような特殊な効力がないので、

あえて土地「のみ」などという必要はありません。
それぞれの但書についても、同様のことがいえるでしょう。

19

不動産登記法73条2項と3項は、これで十分理解できたでしょうか？
ではいよいよ、73条1項但書の説明に入ります。
73条1項と同2項・3項は、表裏の関係にあります。

73条1項

本文 敷地権付き区分建物への登記は原則として敷地権についても同様の登記をしたことになる
但書 本文の例外として、敷地権については同様の登記をしたことにはならない

同2項

本文 敷地権たる旨の登記をした土地への登記の制限
但書 本文の例外として、登記の制限の解除

同3項

本文 敷地権付き区分建物への建物のみでの登記の制限
但書 本文の例外として、登記の制限の解除

以上73条の全3項の本文と但書毎に整理しましょう。

- 1項本文 敷地権付き区分建物への登記は原則として敷地権についても同様の登記をしたことになる
- 2項本文 敷地権たる旨の登記をした土地への登記の制限
- 3項本文 敷地権付き区分建物への建物のみでの登記の制限

- 1項但書 本文の例外として、敷地権については同様の登記をしたことにはならない
- 2項但書 本文の例外として、登記の制限の解除
- 3項但書 本文の例外として、登記の制限の解除

つまり、次のようなことが言えます。

73条1項本文による建物の登記が敷地権についても及ぶという効力がありますが、その趣旨は、土地の登記の複雑化を防止して区分建物とその敷地権の権利関係の公示を明確にするということです。

そのために、2項本文で敷地権たる旨の登記がされた土地について登記を制限し、3項本文で敷地権付き区分建物について建物のみでの登記を制限します。

他方、2項但書や3項但書で、例外的に当該土地への登記や当該区分建物の建物のみでの登記が許容される場合があるので、その場合、1項但書により、その本文で定められた建物の登記が敷地権についても及ぶという効力が例外的に否定されるのです。

20

73条の1項と2項・3項は、表裏の関係にあると申し上げましたが、条文を細かく見ると、微妙

に違います。

2項は認められない登記の1つとして「敷地権の移転の登記」と定めていますが、

1項は敷地権付き区分建物の所有権に係る権利に関する登記は

「敷地権についてされた登記」としての効力を有すると定めています。

これは既に述べたことですが、1項は、

建物の所有権移転登記は敷地権の移転登記の効力がある、

建物の所有権の差押えの登記は敷地権の差押えの登記の効力がある、という意味です。

しかし2項で土地の登記として認められないのは敷地権の「移転」の登記だけです。

表裏の関係と言っても、条文上は、いわば、表面（1項）よりも裏面（2項）の方が狭い感じがします。

ただ、実体法である区分所有法22条1項本文では、区分建物と敷地利用権の分離処分を禁止しています。

従いまして実際には、表面と裏面は同じ広さであると言えます。

21

不動産登記法73条について長々と説明してきましたが、3項に関連して、不動産登記規則156条という規定があります。

（敷地権の登記がある建物の権利に関する登記）

第一百五十六条

登記官は、法第七十三条第三項ただし書に規定する登記をしたときは、当該登記に付記する方法により、当該登記が建物のみに関する旨及び登記の年月日を記録しなければならない。

建物のみの登記を認めない3項本文の例外として、建物のみの登記を認める場合、

「建物のみに関する」という付記登記がされます。

「3項ただし書に規定する登記をしたとき」と限定していますから、この付記登記がされるのは次の場合だけです。

- ① 当該建物の敷地権が生じた後にその登記原因が生じたもの（分離処分禁止の場合を除く。）
- ② 当該建物のみ所有権についての仮登記であって当該建物の敷地権が生ずる前にその登記原因が生じたもの
- ③ 当該建物のみを目的とする質権に係る権利に関する登記であって当該建物の敷地権が生ずる前にその登記原因が生じたもの
- ④ 当該建物のみを目的とする抵当権に係る権利に関する登記であって当該建物の敷地権が生ずる前にその登記原因が生じたもの

ただ、①の登記をする場合は、既に敷地権の登記が抹消されているはずですから、建物のみに関する旨の付記登記はされないはずですが……

とは言うものの、立法担当者やコンメンタールの解説等では、①に該当する登記として次のものが挙げられていますから、これらの登記についてはこの規定によって建物のみに関する旨の付記登記が

されます（前記12をご参照下さい）。

○建物のみを目的とする登記済抵当権に基づく、担保不動産競売開始決定を登記原因とする差押えの登記

○建物のみを目的とする所有権の仮処分の登記

規則156条の定め方から分かるとおり、この①から④の登記以外の登記が区分建物にされても、「建物のみに関する」という付記登記はされません。例えば次の場合は、当該付記登記はされません。

ア 建物への賃借権設定登記

イ 建物への特別先取特権保存登記

ウ 敷地権が賃借権の場合の、建物への抵当権設定登記

いずれも、権利の性質上、敷地権にはその権利が及ばないというのが理由です。子細を検討すると次のとおりです。

ア 区分建物を貸すと言うことは、当該建物を利用させれば十分で、分離処分が禁止されるからと言って、敷地利用権まで一緒に貸す必要はないでしょう。これに対し、敷地権だけ貸すと言うことは通常はあり得ないでしょう。

なお、共有持分に対する賃借権設定の仮登記は認められないという先例があります（昭和48年10月13日民三第7694回答）。

イ 特別先取特権については、前記9をご参照下さい。法定担保物権ですので、分離「処分」とは言えません。従いまして権利の性質上、「建物のみに関する」という付記登記がなくても、建物のみを対象にしている登記だと理解することになります。

ウ 抵当権の目的は民法369条で不動産（土地と建物）、地上権、永小作権と決まっています。ですから、賃借権に抵当権を設定することができないのです。

なお建物所有者が有する敷地の賃借権には抵当権の効力が及ぶと理解するのが判例の立場です（最判昭和40年5月4日民集19巻4号811頁）。

しかしだからといって、賃借権に抵当権が設定できるわけではありません。そうである以上、権利の性質上、当然に分離処分が許される場合なので「建物のみに関する」という付記登記がなくても、建物のみを対象にしている登記だと理解することになります。

22

建物のみに関する付記登記の特殊な適用場面があります。

不動産登記規則123条です。

表題登記に関する規定ですが、権利に関する登記にも関係してくるので、意外と重要です。

（建物の表題部の変更の登記等により敷地権の登記をする場合の登記）

第二百三十三条 登記官は、建物の表題部の登記事項に関する変更の登記又は更正の登記により新たに敷地権の登記をした場合において、建物についての所有権又は特定担保権（一般の先取特権、質権又は抵当権をいう。以下この条において同じ。）に係る権利に関する登記があるときは、所有権の登記を除き、当該権利に関する登記についてする付記登記によって建物のみに関する旨を記録しなければならない。ただし、特定担保権に係る権利に関する登記であって、当該登記の目的等（登記の

目的、申請の受付の年月日及び受付番号並びに登記原因及びその日付をいう。以下この項において同じ。)が当該敷地権についてされた特定担保権に係る権利に関する登記の目的等と同一であるものは、この限りでない。

2 登記官は、前項ただし書の場合には、職権で、当該敷地権についてされた特定担保権に係る権利に関する登記の抹消をしなければならない。この場合には、敷地権の目的である土地の登記記録の権利部の相当区に本項の規定により抹消をする旨及びその年月日を記録しなければならない。

「特定担保権」という、今まで聞いたこともない言葉が出てきました。ただ、後にも先にも、この規定にしか出てきません。

この規定によれば「特定担保権」というのは、一般の先取特権、質権又は抵当権ということです。規定が長くて読みにくいので、少し分解してみます。

(建物の表題部の変更の登記等により敷地権の登記をする場合の登記)

第二百三十三条

登記官は、建物の表題部の登記事項に関する変更の登記又は更正の登記により新たに敷地権の登記をした場合において、

建物についての所有権 又は

特定担保権(※1)に係る権利に関する登記があるときは、

所有権の登記を除き、当該権利に関する登記についてする付記登記によって建物のみに関する旨を記録しなければならない。

ただし、特定担保権に係る権利に関する登記であって、当該登記の目的等(※2)が当該敷地権についてされた特定担保権に係る権利に関する登記の目的等と同一であるものは、この限りでない。

2 登記官は、前項ただし書の場合には、職権で、当該敷地権についてされた特定担保権に係る権利に関する登記の抹消をしなければならない。

この場合には、敷地権の目的である土地の登記記録の権利部の相当区に本項の規定により抹消をする旨及びその年月日を記録しなければならない。

※1 一般の先取特権、質権又は抵当権をいう。以下この条において同じ。

※2 登記の目的、申請の受付の年月日及び受付番号並びに登記原因及びその日付をいう。以下この項において同じ。

「意外と重要」と申しましたが、実際の適用場面は、ちょっと想像できません。強いて言えば次のような場合が考えられます。

23

例えば、

区分建物甲1～10と

その敷地(法定敷地)乙土地、

法定敷地以外でかつ規約敷地でもない土地丙

があるとします。

区分建物甲1～10には乙土地の持分を敷地権とする登記がされ、乙土地の所有権に敷地権である旨の登記がされたとします。

いずれもAが所有していましたが、区分建物甲1～10と乙土地、丙土地の持分を各区分建物の専有部分の割合に応じて譲渡することにしました。

Xが、Yから融資を受け、Aから甲1建物と乙、丙各土地の所有権の一部を取得し、甲1建物について不動産登記法74条2項によるX名義の所有権保存登記が、丙土地について所有権の一部移転によりX名義の登記がそれぞれされ、これらの登記の後にYを抵当権者とする抵当権設定登記が同時に、同一の登記原因でされたとします。

その後、丙土地が区分建物甲1～10の規約敷地となったことにより、各区分建物の表題部について変更登記を申請したとします。

この場合、

甲1建物のY名義の抵当権設定登記には、不動産登記規則123条1項本文により、「建物のみに関する」旨の付記登記がされるのが原則です。

しかし、丙土地のX持分に係るY名義の抵当権設定登記は、甲1建物と「同時に、同一の登記原因でされた」というのですから、同条1項ただし書きの適用により「建物のみに関する」旨の付記登記がされないこととなります。

かえって同条2項の適用により、丙土地のX持分に係るY名義の抵当権設定登記は職権で抹消されることとなります。

このようなことをしてしまっているのでしょうか？ 抵当権の登記がなくなるYに不利益にならないのでしょうか？

もちろんいいのですが、続きは次に。

24

不動産登記規則123条1項ただし書き・同2項の趣旨は

「同一内容の敷地権付き区分建物の登記は、敷地権についてされた登記としての効力を認めてしまう」というところにあります。

本来、分離処分が認められていた時の登記、例えば前回の例でいうと丙土地のX持分に設定されたY名義の抵当権設定登記は、そのまま残しておいていいはずですが。

しかしその登記が、

区分建物と同一の登記原因と日付でありかつ同一の受付年月日番号であるという前提で、その登記に係る土地に当該区分建物の敷地権たる旨の登記がされたなら、区分建物の登記に「建物のみに関する」旨の付記登記をせずに、不動産登記法73条1項本文により、その登記は「土地の敷地権についてされた登記としての効力を有する。」とした方が、かえって、建物と敷地利用権の登記関係の明確性を図るという区分建物の登記の趣旨に合致すると考えられます。

そこで、不動産登記規則123条1項ただし書きは、
区分建物の特定担保権の登記のうち、敷地権たる旨の登記がされた土地の登記簿に同一の登記原因日付と同一の受付年月日番号でされたものがあるときは、建物のみに関する旨の付記登記をせず、土地にされた当該登記を抹消することとして、不動産登記法73条1項本文により区分建物の登記を敷地権についてされた登記としての効力を認めることとしたのです。

ですから前回の例で、
Y名義の丙土地に関する抵当権設定登記が抹消されたとしても、甲1の同人名義の抵当権設定登記は丙土地の敷地権についての抵当権設定登記の効力を有するので、Yには不利益はないのです。

25

不動産登記規則123条1項ただし書きにより「建物のみに関する」旨の付記登記がされないのは、敷地権たる旨の登記がされた土地の特定担保権、すなわち一般の先取特権、質権、抵当権の登記のうち、区分建物にされた登記と同一の登記原因日付と同一の受付年月日番号でされたものがある場合です。

ですから、区分建物にされた所有権移転登記と敷地権たる旨の登記がされた土地にされた持分全部移転登記が同一の登記原因日付と同一の受付年月日番号でされていたとしても、同ただし書きの適用はありません。

つまりこの場合、区分建物にされた所有権移転登記には同項本文により「建物のみに関する」旨の付記登記がされ、敷地権たる旨の登記がされた土地にされた持分全部移転登記は、抹消されることなく残ります。

そしてこの場合、不動産登記法73条1項ただし書き1号の適用により、区分建物にされた所有権移転登記には敷地権についてされた持分全部移転登記としての効力はないことになります。

また同様に、区分建物にされた買戻特約の登記と敷地権たる旨の登記がされた土地にされた買戻特約の登記が同一の登記原因日付と同一の受付年月日番号でされていたとしても、同ただし書きの適用はありません。

そしてこの場合も、不動産登記法73条1項ただし書き1号の適用により、区分建物にされた買戻特約の登記には敷地権についてされた買戻特約の登記としての効力はないことになります。

特に、買戻特約については、実務上、重要な場面があるのですが、それは次回に説明します。

26

買戻特約について、実務上、重要な場面の説明は、とても長くなります。

現在の区分所有法22条等が改正されたのは昭和58年で（昭和58年5月21日法律第51号）、

施行されたのは翌年昭和59年1月1日です。

その時点で既に存在した区分建物は、もちろんたくさんありました。

この区分建物のの中には、かつての日本住宅公団、住宅・都市整備公団（現在の独立行政法人都市再生機構）が分譲したマンションには、買戻特約が付いていたのです。

買戻特約は最長でも10年と民法で決まっていますから（580条1項）、今となってはとっくに消滅している権利です。しかし、色々な理由から、その登記が残っているのです。

「なぜ買戻特約を付けるのか」「なぜ未だに買戻特約の登記が残っているのか」など興味は尽きません。

なぜ買戻特約を付けたのかというと、おそらく次のようなことであったと思います。

そもそも日本住宅公団や住宅・都市整備公団の存在意義が、経済成長と共に昭和30年代から始まった都市への人口集中に伴い、住宅整備が喫緊の課題であったことから、良質で安価な住宅を庶民に提供するところにあったと思います。

そのため、かかる公団がマンションを建築し庶民にマンションを提供するのは、庶民が生活の場を与えるところにありました。

ところが、ここで一儲けしようという人たちも当然いるわけで、居住用と称して公団からマンションを買いながら、すぐに転売して利益を得ようという人たちも存在したであろうということは、想像に難くありません。

そこで公団がマンションを売買する契約書には、転売や購入者の用途を制限し、その制限実現を担保するため、一定期間内は買戻権を留保したのです。

このため、公団が分譲したマンション（主に団地といわれる規模）には、買戻特約の登記がされたのです。

普通、教科書に書いてある説明では、買戻特約は、売買代金の担保として利用するとか、広義の譲渡担保の一種として金融に利用するとか書いてあると思います。

しかし、そうではなく政策実現のための売買では、その目的から逸脱する売買を防止する観点から、買戻特約を利用するのです。

ちなみに、このような目的で買戻特約を利用することは、現在でもあります。例えば、産業振興目的で市町村が海上を埋め立てたり、山林を造成した工場用地にして、事業者売却することがあります。

この場合も工場用地と称して購入し、すぐに転売したり、カラオケボックスやホテルを建てられたら困るので、転売や購入者の用途を制限し、その制限実現を担保するため、一定期間内は買戻権を留保し、買戻特約の登記をしています。

27

「なぜ未だに買戻特約の登記が残っているのか」

これにはおそらく色々な理由があり、はっきりしません。

買戻期間満了後に、買戻権者が各マンション所有者に抹消登記の案内をしたのに、それに応じなかったのかも知れません。

あるいは、買戻権者が抹消登記の案内をしなかったのかも知れませんが、したとしても1回だけで継続的な案内をしなかったのかも知れません。

いずれにしても抹消していない買戻特約の登記が、一定程度存在するようです。

買戻特約の登記があっても、実生活には何の影響もありません。

しかし公団が分譲したマンションを売買するとか、相続が起こり、登記事項証明書を取ってみると、買戻特約の登記が残っていた、ということがあります。

取得する登記事項証明書は、通常はマンション＝区分建物のものだけでしょう。敷地である土地の登記事項証明書を取得するということは、希だと思います。

区分建物登記事項証明書を見たときに、買戻特約の登記があるとします。その登記には、「建物のみに関する旨」の付記登記がされているかも知れません。

これを見て「建物にしか買戻特約が付いてない」と思っは、いけないのです。

28

なぜ「建物にしか登記がない」と思っはいけないのでしょうか？

これまでのお話しの中で、ご理解を頂けるかも知れません。

さらに、実際に昭和58年に既に登記されていたマンションの登記が、改正法によりどうなったかを知ることも必要かも知れません。

昭和58年の区分所有法・不動産登記法等の改正法には附則があります。マンションの登記に関連して重要な部分は次のとおりです。

附 則 （昭和五八年五月二一日法律第五一号）

（施行期日）

第一条 この法律は、昭和五十九年一月一日から施行する。

（建物の区分所有等に関する法律の一部改正に伴う経過措置の原則）

第二条 第一条の規定による改正後の建物の区分所有等に関する法律（以下「新法」という。）の規定は、特別の定めがある場合を除いて、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、同条の規定による改正前の建物の区分所有等に関する法律（以下「旧法」という。）の規定により生じた効力を妨げない。

（既存専有部分等に関する経過措置）

第五条 新法第二十二条から第二十四条までの規定は、この法律の施行の際現に存する専有部分及びその専有部分に係る敷地利用権（以下「既存専有部分等」という。）については、この法律の施行の日から起算して五年を超えない範囲内において政令で定める日から適用する。ただし、次条第一項の指定に係る建物の既存専有部分等については、同項に規定する適用開始日から適用する。

第六条 法務大臣は、専有部分の数、専有部分及び建物の敷地に関する権利の状況等を考慮して、前条本文の政令で定める日前に同条本文に規定する規定を適用する既存専有部分等に係る建物及びこ

これらの規定の適用を開始すべき日（以下「適用開始日」という。）を指定することができる。

- 2 法務大臣は、前項の指定をするときは、あらかじめ、その旨を各区分所有者又は管理者若しくは管理組合法人の理事に通知しなければならない。
- 3 前項の規定による通知を発した日から一月内に四分の一を超える区分所有者又は四分の一を超える議決権を有する区分所有者が法務省令の定めるところにより異議の申出をしたときは、法務大臣は、第一項の指定をすることができない。
- 4 第一項の指定は、建物の表示及び適用開始日を告示して行う。
- 5 適用開始日は、前項の規定による告示の日から一月以上を経過した日でなければならない。
- 6 法務大臣は、区分所有者の四分の三以上で議決権の四分の三以上を有するものの請求があつたときは、第一項の指定をしなければならない。この場合には、第二項及び第三項の規定は、適用しない。

第八条 附則第六条第一項の指定に係る建物以外の建物の既存専有部分等は、附則第五条本文の政令で定める日に、新法第二十二条第一項ただし書の規定により規約で分離して処分することができることと定められたものとみなす。

29

前回は条文を並べただけでしたので、少し説明したいと思います。

昭和59年1月1日当時、既存のマンション＝区分建物については、改正法附則2条で「特別の定めがある場合を除いて」改正後の区分所有法を適用するとしつつ、同5条で専有部分と敷地利用権の分離処分を禁止する改正後の区分所有法22条は、次のいずれかの日（適用開始日）から適用するとされました。

- ① 改正法の施行の日（昭和59年1月1日）から起算して五年を超えない範囲内において政令で定める日
- ② 法務大臣が指定するなる日

この趣旨は次のとおりです。

当時の既存のマンションの権利関係を把握しようとする場合、前記6で述べたとおり、区分建物の登記簿と土地の登記簿を調べなければなりません。

なぜなら新法のように「分離処分の禁止」も「建物の登記による敷地権の登記の効力」もないからです。

また、既存の区分建物の登記簿には当然、「敷地権の表示」は登記されていませんし、そのことを記入する欄も、設けられていませんでした。

これに対し新法は「分離処分の禁止」と「建物の登記による敷地権の登記の効力」が定められ、区分建物の登記簿には一棟の建物の表示に「敷地権の目的たる土地の表示」、専有部分の建物の表示に「敷地権の表示」をする欄が新設されました。

このような違いがあるにもかかわらず、日本中にあるマンションについて、昭和59年1月1日にいきなり登記簿を書き替えるというのは、到底不可能です。

ちなみに「新しい区分所有に関する登記の実務」（テイハン刊）記載の法務省がしたらしい実態調査

によると、一棟の区分建物の戸数が40戸以上のものを調べただけでも、全国で約2万2千棟、区分建物の戸数にすると約120万戸もあったそうです（同書302・303頁）。

そこで「分離処分の禁止」を定める改正後の区分所有法22条の適用を遅らせ、その間に附則6条で、既存の区分建物の登記簿を敷地権の表示ができる新式のものに移行する作業をするようにしたのです。

もっとも、マンションの戸数は前述のとおりで、限られた期間と限られた予算では、全てのマンションについて登記簿を移行させることは最初から不可能と見込んだようです。

移行できなかったマンションについては、附則8条で適用開始日に規約に分離処分を可能とする定めを置いたものとみなすとなりました。

要するに建物と敷地利用権の分離処分を法律上禁止せず、従来の登記簿をそのまま使うことにするということです。

30

昭和58年の改正により、かなりの数のマンションが新法に適合するように、新しい登記簿に切り替わりました。

その作業は改正附則6条によると、次のように行われたようです。

① 新法を適用する対象となるマンションを選別する。

↓

その選別は「専有部分の数、専有部分及び建物の敷地に関する権利の状況等を考慮して」（同条1項）されました。

↓

② 法務大臣が、新法を適用することを、予め当該マンションの「各区分所有者又は管理者若しくは管理組合法人の理事に通知」（同条2項）する。

↓

③ 法務大臣が、新法を適用するマンション名と適用開始日を告示する（同条4項）。

↓

④ 適用開始日に、新法を適用する。つまり……

建物と敷地利用権の分離処分が禁止される（現行区分所有法22条1項本文）。

↓

その結果敷地権（旧不動産登記法91条2項4号、現行不動産登記法44条1項9号）が生じる。

↓

建物の表示に関する登記に変更が生じるので、申請または職権により、建物の表題部の変更の登記を行う

（旧不動産登記法25条ノ2・93条ノ5第1項、現行不動産登記法28条・51条1項）。

つまり一棟の建物については「敷地権の目的たる土地の表示」・

専有部分の建物については「敷地権の表示」が登記され

(旧不動産登記法施行細則49条ノ4第1項・現行不動産登記規則118条)、
敷地権の目的たる土地の登記簿には「敷地権たる旨」の登記がされます
(旧不動産登記法93条ノ4・現行不動産登記法46条)。

31

前回述べたとおり、昭和58年の改正により、現行区分所有法22条1項本文の分離処分の禁止が適用され、敷地権が生じるので、不動産登記法の規定により建物の表題部の変更登記がされました。

その際、旧不動産登記法93条ノ15第2項本文(現行不動産登記規則123条1項本文)により、区分建物の登記のうち、次の登記を除いたものについては「建物のみに関する旨」の付記登記がされました。

① 所有権の登記

② 一般先取特権・質権・抵当権に関する登記であって、敷地権たる旨の登記がされた土地の登記簿に同一の登記原因と同一の受付年月日番号でされたものがあるもの

そして、この②に該当する登記がある場合は、敷地権たる旨の登記がされた土地の当該登記は、旧不動産登記法93条ノ15第3項(現行不動産登記規則123条2項)により抹消されました。

この意味を次の事例で説明してみましょう。

一棟の建物(ウルトラマンション)

専有部分の建物 家屋番号1番の101

敷地権の目的たる土地 1番

家屋番号1番の101の登記簿

甲区

2番 所有権移転 所有者 A

2番付記1号 買戻特約 買戻権者 B

3番 所有権移転請求権仮登記 権利者 B

乙区

1番 抵当権設定

昭和50年1月31日受付第100号

原因 昭和50年1月31日金銭消費貸借同日設定

抵当権者 C

1番の土地の登記簿(一部のみ)

甲区

10番 B持分全部移転

持分○分の○ 共有者 A

10番付記1号 買戻特約 買戻権者 B

11番 所有権移転請求権仮登記 権利者 B

乙区

10番 A持分抵当権設定

昭和50年1月31日受付第100号

原因 昭和50年1月31日金銭消費貸借同日設定

抵当権者 C

32

前回の例で、1番の土地のB持分を含めた所有権全部が、昭和58年の法改正によりウルトラマンションに属する区分建物の敷地権となり、その旨の登記をした場合、

家屋番号1番の101の建物の甲区・乙区の登記はどうなるのでしょうか？

旧不動産登記法93条ノ15第2項（現行不動産登記規則123条1項）の適用・不適用の結果、どうなるのでしょうか？

甲区2番の所有権移転登記には「建物のみに関する旨」の付記登記はされません。その登記をする例外として除外されているからです（例外①）。

甲区2番付記1号の買戻特約の登記には「建物のみに関する旨」の付記登記がされます。その登記をする例外として除外されていないからです。

甲区3番の仮登記も同様の理由で「建物のみに関する旨」の付記登記がされます。

乙区1番の抵当権設定登記には「建物のみに関する旨」の付記登記はされません。その登記をする例外として除外されているからです（例外②）。

その結果、乙区1番の抵当権設定登記は「敷地権ニ付テ同一ノ登記原因ニ因ル相当ノ登記タル効力ヲ有ス」（旧不動産登記法140条ノ3第2項が準用する同法110条ノ15第1項・現行不動産登記法73条1項）るものとされました。

1番の土地の甲区・乙区の登記はどうなるのでしょうか？

旧不動産登記法93条ノ15第3項（現行不動産登記規則123条2項）の適用・不適用の結果、どうなるのでしょうか？

甲区の各登記には何の影響もありません。旧不動産登記法93条ノ15第3項の適用がないからです。

しかし乙区10番の登記は抹消されます。

家屋番号1番の101の建物の乙区1番の登記と同一の登記原因と同一の受付年月日番号でされたものなので、旧不動産登記法93条ノ15第3項の適用があるからです。

その結果、前回説明した登記簿は次のようになります。

家屋番号1番の101の登記簿

甲区

2番 所有権移転 所有者 A

2番付記1号 買戻特約 買戻権者 B

2番付記1号の付記1号 2番付記1号登記は建物のみに関する

3番 所有権移転請求権仮登記 権利者 B

3番付記1号 3番登記は建物のみに関する

乙区

1番 抵当権設定

昭和50年1月31日受付第100号

原因 昭和50年1月31日金銭消費貸借同日設定

抵当権者 C

1番の土地の登記簿

甲区 (一部のみ)

10番 B持分全部移転

持分〇分の〇 共有者 A

10番付記1号 買戻特約 買戻権者 B

11番 所有権移転請求権仮登記 権利者 B

〇番 共有者全員持分敷地権

乙区

10番 A持分抵当権設定

昭和50年1月31日受付第100号

原因 昭和50年1月31日金銭消費貸借同日設定

抵当権者 C

〇番 10番抵当権抹消

※下線は抹消を表わします。

33

買戻特約の登記に話を戻しましょう。

これまで述べてきたとおり、昭和58年の区分所有法等の改正以前に建てられたマンションには、建物にも土地の共有持分にも買戻特約の登記や抵当権の登記がされていました。

ところが、昭和58年の法改正により、新法が適用された結果、登記簿が改められ、土地の抵当権の多くは抹消されました。

抹消された抵当権と同一の登記原因・同一の受付年月日番号の建物の登記には「建物のみに関する旨」の付記登記はされませんでした。

これにより区分建物の抵当権の登記は敷地権にされた登記とみなされました。

これに対し買戻特約の登記は「建物のみに関する旨」の付記登記がされ、土地の共有持分の買戻特約の登記も残ることになったのです。

現行法では、区分建物にされた所有権移転登記は、敷地権が土地所有権の共有持分であれば、その持分全部移転登記としての効力があり、

同様に区分建物にされた抵当権設定登記は、敷地権が土地所有権の共有持分であれば、その持分に対する抵当権設定登記としての効力があると考えられるでしょう。

これは、土地の登記簿を見なくても分かることです。そのための昭和58年の法改正だったのです。

しかし、その改正以前に建てられたマンションでは、この常識が通用しないのです。

区分建物の買戻特約の登記を見て、建物のみに関する旨の付記登記がされているからといって、

「土地の登記簿を見なくてもいいんだ。建物のみに関する旨の付記登記があるから、敷地権には買戻特約の登記はないんだ」

などと、簡単に思っただけではいけません。

34

結局マンションの登記については、どこまで行っても「建物には土地を利用する権利が必要」という原理を踏まえて考えるということでしょう。

そうすれば、区分建物の登記簿に「建物のみに関する旨」の付記登記があったとしても「なら土地はどうなんだろうか？」と考えられるかも知れません。

このような区分建物と敷地利用権との関係を見落としてしまうと、次のようなことが起こります。

区分建物の登記簿と敷地権の目的たる土地の登記簿とに買戻期間が満了した買戻特約の登記がされている場合に、なぜか区分建物の買戻特約の登記は抹消され、敷地権の目的たる土地の買戻特約の登記は抹消されていない、ということが起こるのです。

これは、申請人の側で敷地権の目的たる土地の買戻特約の登記を見落とししたか、申請人はきちんと申請したのに、登記所側で敷地権の目的たる土地の買戻特約の登記を見落とししたかが原因だと推測できます。

売買契約書には通常、目的物件の抵当権等の所有権の負担は所有権移転登記までかそれと同時に抹消するという定めがあります。

区分建物の買戻特約の登記を抹消しても、その敷地権の目的たる土地の買戻特約の登記が残っていれば、売主はこの条項に違反しその責任を問われかねません。

ですからこのようなマンションの登記をしようという場合は、事前に区分建物の登記簿の他、敷地権の目的たる土地の登記簿も確認する必要があると思います。

35

前回のお話のついでに、敷地権付き区分建物への登記の申請情報の内容について説明します。

不動産登記令3条11号へ では、敷地権付き区分建物についての所有権、一般先取特権、質権又は抵当権に関する登記を申請するときは、原則として、次の事項を定めなければならないとされています。

(1) 敷地権の目的となる土地の所在する市、区、郡、町、村及び字並びに当該土地の地番、地目及び地積

(2) 敷地権の種類及び割合

それにしてもこの条文は本当に驚くほど懇切丁寧に申請情報の内容について定めていますね。

その延長で11号へ が定められているわけですが、一体、なぜ敷地権に関する事項が申請情報の内容となるのでしょうか。

これはつまり次のような理由からです。

例えば、マンション（敷地権付き区分建物）を売買する場合、区分所有法22条1項本文により、建物と敷地利用権の分離処分が禁止されていますので、区分建物と敷地利用権とを一体的として売却します。

具体的には、売買契約書に、目的物件として、区分建物だけでなく、敷地利用権の内容も書くことになります。

その結果、契約書どおりに売主から買主に所有権が移転する目的物は、区分建物と敷地利用権ということになります。

そして登記をする場合に移りますが、普通の土地と建物の売買があり、所有権移転登記を申請するならば、当然、目的不動産として当該土地と建物の表示を、申請情報の内容とするわけです。

敷地利用権が敷地権の場合、つまり所有権の共有持分、あるいは登記された地上権・賃借権の準共有持分である場合も、これと同様です。

区分建物と敷地利用権の売買があって、区分建物の所有権移転登記と敷地権の移転登記をするのだから、目的不動産として、当該区分建物と敷地権の表示を、申請情報の内容とするわけです。

36

さて、所有権移転登記の申請情報である目的不動産として、当該区分建物と敷地権の表示を申請情報の内容とした場合、登記官としては、却下事由がない限り、登記を実行します。どの登記簿に登記を実行するのでしょうか？

これまで説明してきましたが、改めて説明します。

申請情報の内容である目的不動産が土地と建物であれば、登記はその土地と建物にそれぞれ実行すればよいですね。

ところがこれまで見てきたように、敷地権付き区分建物に登記をする場合は、敷地権の目的たる土地の登記簿には原則として登記ができません(不動産登記法73条2項)。

その結果、区分建物の登記簿にのみ、所有権移転登記をすることになります。

そして、その登記は「敷地権である旨の登記をした土地の敷地権についてされた登記としての効力を有する」(同条1項本文)ことになります。

では逆に、対抗要件が建物のみにはしか必要がない賃借権の登記の場合は、どうなるのでしょうか。

区分建物の賃貸借契約をしてその登記をしましょうということにします。

この場合、賃貸借契約の目的物は区分建物のみです（前記21をご参照下さい）。

この賃貸借契約に基づき、賃借権設定登記を申請する場合、申請情報の内容とすべき目的不動産は当該区分建物の表示のみで、敷地権の表示は申請情報の内容とすべきではありません。

権利の性質上、建物のみ登記が許されるからです。つまり不動産登記法73条3項本文の適用範囲外のことだからです。

この申請情報を受理した登記官は、却下事由のない限り、登記を実行しますが、言うまでもなく当

該区分建物の登記簿に登記を実行します。

この登記の効力は、不動産登記法73条1項本文の適用範囲外であるため「敷地権である旨の登記をした土地の敷地権についてされた登記としての効力を有」さないことになります。

37

敷地権付き区分建物について所有権移転登記を申請する場合の登録免許税は、当該区分建物の所有権移転登記の分と、敷地権の移転登記の分の合計額となります（昭和58年11月10日民三第6400号通達第十五・二・1）。

その理由を同通達では

「その登記が法第一百十条ノ十五第一項又は第一百四十条ノ三第二項（筆者注：現行不動産登記法73条1項本文）の規定により敷地権について同一の登記原因による相当の登記たる効力を有するものであるときは、申請人が敷地権についても相当の登記を受けるものであるから」としています。

一体、これはどういうことでしょうか？実際に登記をするのは、建物だけなのに、なぜ、登記をしない敷地権に関する登記の分も登録免許税を納めなければならないのでしょうか。

そもそも登録免許税を課税する理由は「不動産・商業等の登記に関するQ & A登録免許税の実務」3頁（日本加除出版刊）によれば次のとおりです。

すなわち次の「登記等によって受ける利益に着目して、これらの行為の背後に予想される流通取引と担税力（税源）を考慮して課税される」そうで、その利益というのは、

「不動産等の財産権その他の権利の創設、移転、変更又は消滅等の登記等により第三者に対する対抗要件を備える等その権利が保護される利益」です。

これを敷地権付き区分建物の所有権移転登記についてみれば、所有権移転登記がされるのは当該区分建物の登記簿だけであったとしても、その登記により権利移転の対抗要件を備えることにより保護されるのは、当該区分建物の所有権移転と敷地権の移転です。

このため、敷地権の移転の登記の分の登録免許税も必要となるわけです。

38

前回は敷地権付き区分建物の所有権移転登記の登録免許税について述べましたが、抵当権抹消登記や登記名義人住所変更登記など、不動産の個数が課税標準となる登録免許税はどうなるのでしょうか？

昭和58年11月10日民三第6400号通達（実はこの通達は区分建物の登記を理解する上では重要です。）第十五・二・3では「不動産の個数を課税標準とするものであるときは、敷地権の表示を登記した建物の個数及び敷地権の目的たる土地の個数による」とされています。

例えば、区分建物が1個でその敷地権の目的たる土地が1筆なら、抵当権抹消登記や登記名義人住所変更登記の登録免許税は、2,000円です（平成26年6月現在。以下同じ）。

区分建物が1個でその敷地権の目的たる土地が3筆なら、4,000円です。

区分建物が1個でその敷地権の目的たる土地が20筆なら、21,000円……というのは、登記名義人住所変更登記なら正解ですが、抵当権抹消登記なら誤りです。

不動産の個数が20個以上の抹消登記の登録免許税は、登録免許税法別表第一・二・(十五)では20,000円です。

従いましてこの場合の抵当権抹消登記の登録免許税も20,000円です。

では、敷地権の目的たる土地が一筆である同一の一棟の建物に属する2個の区分建物の抵当権抹消登記はどうでしょうか？

思わず4,000円（建物2個×敷地権2個）と言いたくなりそうですが、実は3,000円です。

なぜかというと、区分建物は2個ですが、同一の一棟の建物に属しますので、敷地権の目的たる土地は1筆です。ですから不動産の個数は合計3個なのです。

39

区分建物の登記の説明の締めくくりとして、その所有権保存登記の申請について見てみます。

（所有権の保存の登記）

第七十四条 所有権の保存の登記は、次に掲げる者以外の者は、申請することができない。

- 一 表題部所有者又はその相続人その他の一般承継人
- 二 所有権を有することが確定判決によって確認された者
- 三 収用（※）によって所有権を取得した者

2 区分建物にあっては、表題部所有者から所有権を取得した者も、前項の登記を申請することができる。この場合において、当該建物が敷地権付き区分建物であるときは、当該敷地権の登記名義人の承諾を得なければならない。

※ 括弧内は省略しました。

区分建物の登記について特に重要なのは、この2項でしょう。

一体、なぜこのような規定があるのでしょうか？

このことを考えるに当たって、そもそも、所有権保存登記の原則的な申請人は、74条1項1号で定める表題部所有者です。

同条2項は、この例外として表題部所有者以外の者から、所有権保存登記の申請が許されます。

なぜ、原則に対する例外なのでしょう。

まず、所有権保存登記の特質から考えるべきでしょう。

すなわち、所有権保存登記というのは、目的不動産の登記簿に、はじめてする権利の登記です。

この登記が起点となって、当該不動産について、所有権移転登記や抵当権設定登記など様々な登記がされます。

それ故に、所有権保存登記の登記名義人に誤りがあれば、後の登記は全て間違い、という可能性が有り、それほどに重要な登記です。

その様な重要な登記について、誰が申請人となるのがふさわしいかと考えた場合、登記申請の真偽を判定する登記官としては、表題部所有者からの申請なら真正な所有者として認定していいわけです。

なぜなら、表題登記申請の際に「表題部所有者となる者が所有権を有することを証する情報」の添付が求められ（不動産登記令7条1項6号・別表十二・ハ）、なおかつ、表題登記は実質的審査の対象となることから（不動産登記法29条）、表題部所有者であることは慎重に認定されているからです。

40

表題登記の申請について、当該不動産の所有者であることは慎重に認定されるので、その結果、所有権保存登記の申請人として最もふさわしいのは、表題部所有者です。

そこで、所有権保存登記の申請人は、原則として、表題部所有者になるわけです。

そうすると、不動産の権利の登記において起点となる重要な登記である所有権保存登記の申請人は、次のような事情があれば、認めるのもやむを得ない、ということで、不動産登記法74条1項で例外が定められています。

すなわちそれは、表題部所有者と同等の信用性があり、それが故に「権利変動の過程を忠実に反映させる」という不動産登記の理想を修正することを許容してもよい場合です。

ところが、同条2項に定める「区分建物の表題部所有者から所有権を取得した者」は、典型的には、マンションの建築主から当該マンションを買った消費者の方々です。

これは飽くまでも通常の売買ですから、形式的審査しかできない権利の登記においては、当然、本来なら建築主名義で所有権保存登記をした上で、消費者の方々には所有権移転登記をするべきです。

にもかかわらず、本来の原則を修正して、マンションを買った消費者の方々からの所有権保存登記が認められているのですが、それは、昭和58年の区分所有法・不動産登記法改正前からの実務と関わりがあるのです。

41

建物の表題登記の申請義務があるのは、原則として次の者です（不動産登記法47条1項）。

- ①新築した建物の所有権を取得した者
- ②区分建物以外の表題登記がない建物の所有権を取得した者

特に②ですが、昭和58年の法改正以前は、どうやら「区分建物以外の」という文言がなかったようです。

また区分建物の表題登記は、現行法では一棟の建物に属する区分建物全部について、同時に申請しなければならないのですが（同法48条1項）、昭和58年の法改正以前は、こちらもどうやら一棟の建物に属する区分建物毎に、各別に申請することも許されていたようです。

現在でも、建売住宅の売買による建物の表題登記は、建築主である不動産業者ではなく、その不動産業者から購入した人が申請することが普通です。

本来であれば、建築主名義で表題登記をし、同時名義の所有権保存登記をした上で、買主名義で所

有権移転登記をするべきです。

しかしこの場合、買主名義で表題登記をし、同人名義で所有権保存登記をするのが普通です。

なぜかという、後者の場合、所有権移転登記を申請する分の登録免許税等の登記費用が不要となるからです。

これと同じように、昭和58年の法改正以前は、マンションの建築主が当該マンションを売った場合、建築主名義で表題登記と所有権保存登記をするのではなく、買主名義で表題登記と所有権保存登記をしていたようです。

その動機は建売住宅の場合と変わらないでしょう。

42

昭和58年の法改正以前は、マンションの建築主が当該マンションを売った場合、建築主名義で表題登記と所有権保存登記をするのではなく、買主名義で表題登記と所有権保存登記をしていました。

ところが昭和58年の法改正により、区分建物の表題登記はマンションの建築主が申請しなければならないことになりました（現行不動産登記法47条1項。旧不動産登記法93条1項・3項）。

また同じ改正により、区分建物の表題登記は一棟の建物に属する区分建物全部について同時に申請しなければならないことになりました（現行不動産登記法48条1項。旧不動産登記法93条ノ2第1項）。

このような改正がされた理由は、これまで述べてきた区分建物と敷地利用権の分離処分の禁止と関係があります。

例えば、マンション建築業者Aからマンションを購入したBとCがいるとします。敷地利用権は土地の共有持分です。

この法改正以前のように、BとCが区分建物の表題登記を個々に行うことができるとすると、次のような問題が起こります。

① その時点で敷地である土地の登記簿に共有持分の移転登記をしていないと、区分建物の所有名義はBやCとなっても、敷地権の登記ができません。

そうすると区分建物と敷地利用権の権利関係が、区分建物の登記簿だけでは分からず、区分建物と敷地利用権の公示の明確性が損なわれます。

② ならば先に土地の登記簿にBやC名義に共有持分の移転登記をしておいて、区分建物の表題登記をし、敷地権の登記をすればいいじゃないかと思えます。

しかしそうすると、BやCが購入した区分建物以外の区分建物はどうなるでしょうか？

上手い具合に全部屋が完売になればいいのですが、そうはいかないこともあるでしょう。そうなれば、買主毎に時間をおいて表題登記を申請することにするか、完売するまで登記をしないか、どちらかの方法を選択することになります。

そうすると、前者であれば①と同じ問題が起こります。

後者であれば、区分建物と敷地利用権の公示の明確性を損なうことなく、BやCなど購入者のために迅速に所有名義を付与することができなくなり、取引の安全を損なうことにもなりかねません。

このような問題を解消するには、まず建築主に一棟の建物に属する区分建物全部について表題登記をしてもらい、敷地権の登記もしてもらい、土地には登記をすることなく、後は区分建物の登記簿だけを見ればよい、区分建物だけに登記をすればよい、ということにした方が、区分建物と敷地利用権の公示は明確になるのです。

43

昭和58年の法改正により、区分建物の表題登記はマンションの建築主が申請しなければならないことになり（現行不動産登記法47条1項。旧不動産登記法93条1項・3項）、

区分建物の表題登記は一棟の建物に属する区分建物全部について同時に申請しなければならないことになりました（現行不動産登記法48条1項。旧不動産登記法93条ノ2第1項）。

そうすると、マンション建築業者からマンションを購入した人が所有名義を得るには、次のとおり2回の登記を申請しなければならなくなってしまいそうです。

①建築業者の所有権保存登記

②建築業者から購入者への所有権移転登記

このようなことになれば法改正は、マンション建築業者にも、マンション購入者にも登記費用の負担増で、国民の理解を得られないと考えたのでしょう。

そこで昭和58年の法改正では、このような区分建物の表題登記の改正と併せて、現行不動産登記法74条2項（旧不動産登記法100条2項）を設け、表題登記をマンション建築業者がするにもかかわらず、建築業者からのマンション購入者が所有権保存登記を申請できることとし、法改正以前より登記費用の負担を増やさないようにしました。

44

不動産登記法74条2項で所有権保存登記を申請する建物は、次の2種類あります。

① 敷地権付き区分建物

② 敷地権付きでない区分建物

①の場合、所有権保存登記であるにもかかわらず、された登記には、敷地権の移転登記の効力が認められます。

「保存」登記なのに「移転」登記の効力を認めるというのは、ずいぶん思い切ったことを考えたものです。

このことを定めた現行不動産登記法73条1項本文は次のように定めています。

「敷地権付き区分建物についての所有権……に係る権利に関する登記は、……敷地権についてされた登記としての効力を有する」

この文言で建物の「保存」登記が敷地権の「移転」登記の効力があると読むのは、かなり無茶な話しとも思いますが、その様に読むしかありません。

旧不動産登記法110条ノ15第1項は、次のような表現でした。

「敷地権ノ表示ヲ登記シタル後ニ建物ニ付キ為シタル所有権ニ関スル登記……ハ敷地権ニ付テ同一ノ登記原因ニ因ル相当ノ登記タル効力ヲ有ス」

「相当ノ登記」という文言が、「保存」登記でも「移転」登記の効力があると読む余地を残していたように思いますが、新不動産登記法になって単に「登記」となっていました。

この文言の変更には意味がないと理解せざるを得ません。

建物の所有権「保存」登記が、敷地権についても「保存」登記の効力があるとは読めないからです。

そして、敷地権付き区分建物の所有権保存登記の申請情報には、その内容として「登記原因」が含まれます（不動産登記令3条6号）。

ですから、建物の所有権「保存」登記が、その登記原因のとおり敷地権についての「移転」登記の効力があると解釈することになります。

45

他方、②の敷地権付きでない区分建物の所有権保存登記には、言うまでもなく敷地権の移転登記の効力はありません。

そもそも、敷地権付きでない区分建物の登記ですから、敷地権などあろうはずもなく、敷地権の移転登記の効力など、考える余地もないということになります。

敷地権付き区分建物の所有権保存登記と異なり、

敷地権付きでない区分建物の所有権保存登記の申請情報には、その内容として「登記原因」は含まれません。

不動産登記令3条6号は申請情報の内容である登記原因について、次のように定めています。

六 登記原因及びその日付（所有権の保存の登記を申請する場合にあっては、法第七十四条第二項の規定により敷地権付き区分建物について申請するときに限る。）

かっこ書きで登記原因を所有権保存登記の申請情報とするのは敷地権付き区分建物の場合に限定されているのです。

その理由は次のとおりでしょう。

すなわち、一般的に所有権保存登記は権利の登記の起点となる登記で、その登記自体は権利変動を公示するものとは予定されていません。

このことは、区分建物の表題部所有者から権利を取得した者が所有権保存登記を申請する場合も同様です。

しかし、敷地権付き区分建物の所有権保存登記には、前回述べたとおり、敷地権の移転の登記の効力もあります。

その限りにおいて、敷地である土地に持分全部移転登記等をするものと変わりません。

つまり、敷地権付き区分建物の所有権保存登記には、

- ① 建物について権利の登記の起点となる所有権保存登記の意味と、
- ② 敷地権の移転、つまり敷地である土地の持分全部移転登記等の意味の、
2つの意味があるのです。

そして②の登記は取引に入ろうとする者が権利変動の正確性を確認するため、登記原因の登記が必要になります。

これに対し敷地権付きでない区分建物の所有権保存登記には、前述のとおり敷地権の移転の登記の効力はないので、登記原因を申請情報の内容とする必要がないのです。

何となく登記原因を申請情報の内容であると考えてしまいそうですが、そうではないのです。

46（終わり）

区分建物の所有権保存登記の登録免許税ですが、これも次の2つの場合に分けて理解する必要があります。

- ① 敷地権付き区分建物
- ② 敷地権付きでない区分建物

①敷地権付き区分建物の所有権保存登記の申請の場合

これまで述べたとおり、建物についての所有権保存登記と、敷地権の移転の登記と2つの登記をしたのと同じになりますから、登録免許税もこの2つの登記分の登録免許税を納付する必要があります。

これに対し②敷地権付きでない区分建物の所有権保存登記の申請の場合、建物についての所有権保存登記の分の登録免許税のみを納付することになります。

以上で区分建物の登記の説明は、一応終わりにします。

本当は、絵とか図が入った方が分かりやすいのですが、時間がある時に加えます。

もしかしたら、説明の趣旨が十分に伝わっていないかも知れません。その点はご了承下さい。

2024/02/21

佐々木大介