

第19章 地上権に関する登記

(1) 地上権の設定の登記

質疑応答

- 1 共有の土地について、その共有者の1人の持分を目的とする地上権設定の登記の申請は、他の共有者の同意がある場合でも受理できない。
(登研191号72頁)
- 2 甲、乙及び丙の共有土地について、乙及び丙の共有持分を目的として甲が地上権又は賃借権を設定することはできない。(登研406号93頁)
- 3 地役権設定(承役地)の登記のある不動産について、当該地役権の内容と抵触しない限り、地上権設定の登記の申請はできる。この場合に、地役権者の承諾書の添付は不要である。(登研369号82頁)
- 4 甲乙間において、地上権の設定代金全額の支払完了時に地上権設定の効力が生ずる旨の特約を付した条件付の地上権の設定契約を締結し、その条件の成就前に乙から丙に「地上権者の地位」が譲渡され、その後に条件が成就した場合、丙を地上権者とする地上権の設定の登記を申請することができる。(登研719号197頁)
- 5 存続期間が満了していることが登記上明らかであるが、いまだ地上権の登記が抹消されていない土地に、新たに地上権設定の登記をすることはできない。(登研161号41頁)
- 6 存続期間が満了したが、いまだ地上権の登記が抹消されていない土地に、新たに地上権設定の登記をすることはできない。(登研165号45頁)
- 7 存続期間の満了していない永小作権設定の登記あるものにつき、設定者を異にする竹木の所有を目的とする地上権設定登記の申請は受理できない。(登研162号47頁)

- 8 変更後の内容による地上権の設定の登記手続を命ずる判決による地上権の設定の登記の申請は受理できる。(登研227号75頁)
- 9 分収造林特別措置法に基づく地上権設定契約書中、収益分収の割合が所有者100分の40、地上権者100分の60と記載ある場合に、特約事項としてその旨を記載した地上権設定の登記の申請は受理できない。(登研174号75頁)
- 10 地上権設定登記の申請書に地代の定めとして「壹坪当たり壹月何円」と記載することは、相当でない。(登研397号84頁)
- 11 準共有の地上権につき、各準共有者ごとに異なる地代を登記することはできない。(登研464号116頁)
- 12 存続期間の定めを3年とした建物所有を目的とする地上権設定登記申請は受理できない。(登研182号169頁)
- 13 Xを委託者兼受益者、Yを受託者、甲土地を信託財産とする信託(A信託)、Xを委託者兼受益者、Yを受託者、金銭を信託財産とする信託(B信託)がそれぞれに設定されている場合において、A信託の受託者たるYが、B信託の受託者たるYに対して地上権を設定し、当該地上権をB信託に帰属させることはできない。(登研766号177頁)
- 14 地上権又は永小作権の一部移転後の共有持分権を目的とする抵当権設定の登記は、地上権又は永小作権設定の登記の付記登記によってする。(登研656号279頁)
- 15 財産区所有の土地について地上権設定の登記を申請する場合は知事の許可書の添付を要しない。所有権移転登記も同様である。(登研127号45頁)

a 地上権は、工作物又は竹木の所有を目的として、他人の土地を全面的に使用する権利(民法265条)であり、所有者でない者が、他人の不動産を、直接に支配して、これを使用、収益することができる権利であることから、講学

上、用益物権と称されている。

地上権は、通常、土地を利用しようとする者（地上権者）と当該土地の所有者との設定契約によって成立するが、その他にも、抵当権と土地の利用権との調整のために設けられた法定地上権（同法388条）のように法律の規定によって成立し、また、時効（同法163条）によっても成立する。

上記のとおり、地上権者は、区分地上権（同法269条の2）の場合を除き、目的とする土地を排他的、全面的に使用することができるのであるから、同一の土地を目的とする複数の地上権が併存することは、認められない。したがって、1筆の土地の一部に地上権を設定する旨の契約が成立した場合に地上権の設定の登記をするためには、その前提として、当該土地のうち、地上権の目的となった部分について、分筆の登記（法39条1項）を要することになる。

これに対して、区分地上権は、土地の地下又は空中の一部に設定される権利であり、1筆の土地の一部に設定する地上権には、該当しない。したがって、区分地上権の設定の登記をする前提として、分筆の登記を要するといった問題は生じない。この場合には、当該区分地上権が及ぶ地下又は空間の上下の範囲を登記することになる（法78条5号）。

b ところで、土地が共有である場合において、ある共有者の持分のみについて地上権を設定し、その登記をすることができるかについては直接に取り扱った先例は存しないが、不動産の共有持分に対する採石権の設定の登記申請は、他の共有者の同意書の添付の有無にかかわらず、旧法49条2号（現行法25条2号）の規定により却下すべきであるとする先例がある（昭和37年3月26日付け民事甲第844号民事局長通達・登記関係先例集追Ⅲ842頁）。

採石権は、設定行為をもって定めるところに従い、他人の土地において岩石及び砂利（砂及び玉石を含む。）を採取する権利であり（採石法（昭和25年法律第291号）4条1項）、その内容が地上権又は永小作権による土地の利用を妨げないものに限り、これらの目的となっている土地にも、地上権者又は永小作権者の承諾を得た場合には、設定することができるのであって（同条2項）、この

ような採石権は、物権として、地上権に関する規定（区分地上権に関する民法268条の2の規定を除く。）が準用される（採石法4条3項）。すなわち、採石権は、他人の土地において岩石及び砂利を採取することを内容とする物権であり、地上権と同様に、用益物権の範疇に属するものであり、したがって、採石権を共有持分について設定することが可能か、可能とすれば他の共有者の同意を要するかという問題は、採石権の設定の場合に限らず、用益物権一般の問題として考えることができる。

共有持分は制限された所有権（民法249条参照）ではあるが、所有権と同一の性質を有するものであるから、所有者が用益物権を設定することができるのと同様に、共有者も、また、その持分上に用益物権を設定することができるのであって、その場合の共有持分に対する用益物権の設定は、処分行為として、他の共有者の同意を要するものと解することもできる。

しかしながら、用益物権は、設定行為によって定められた目的の範囲内において、目的土地を全面的に、かつ、排他的に使用、収益することを内容とする権利であるから、共有持分に用益物権を設定した場合には、他の共有者が、自己の持分権により、目的土地全体を使用、収益する権限と完全に抵触することになる。また、他の共有者の同意は、同意を受ける共有者の持分について用益物権を設定することに対する同意であって、他の共有者が自己の持分に基づく使用収益権を放棄し、又はその制限を受認して、自己の持分にまで用益物権を設定することの同意ではないから、たとえ、他の共有者の同意があったとしても、用益物権を設定することができるとする根拠にはなり得ない。

以上のことから、共有持分に対する採石権の設定の登記申請は、他の共有者の同意書の添付の有無にかかわらず、却下すべきであるとする前掲昭和37年民事局長通達は、用益物権が地上権の場合にも適用があるものと解すべきであるから、共有の土地について、その共有者の一人の持分を目的とする地上権の設定の登記の申請は、他の共有者の同意がある場合でも受理できない（質疑応答1）し、また、甲、乙及び丙の共有土地について、乙及び丙の共有持分を目的

として、甲が、地上権を設定することもできない（質疑応答2）。

c 設定行為で定めた目的に従い、他人の土地を自己の土地の便益に供する権利を地役権という（民法280条）。そして、地役権者の土地であって、便益を受けるものを要役地といい（同法281条1項）、地役権者以外の者の土地であって、要役地の便益に供されるものを承役地という（同法285条1項）。すなわち、地役権とは、自己（地役権者）の所有する要役地の便益に供するために他人の土地（承役地）を利用する権利である。

便益の種類に制限はなく、承役地から水の受給という便益を得る用水地役権、承役地を徒歩等により通行するという便益を得る通行地役権等が代表的なものである。

ところで、承役地についてする地役権の登記については、地役権設定の目的とともに範囲を登記事項とするものとされている（法80条1項2号）ことから、1筆の土地の一部に設定された場合でも登記することができることは明らかであり、その範囲が承役地の一部であるときは、当該地役権の設定の登記申請には、地役権図面を提供するものとされている（令別表35の項添付情報欄口）。そこで、承役地について地役権の設定の登記がある場合でも、当該地役権の内容と抵触しない限り、地上権設定の登記の申請はできるとされている（質疑応答3）。

しかしながら、地役権は、上記の用水地役権や通行地役権のほかにも、登記実務においては、電力会社が高压電線を架設した直下の土地を承役地とし、遠方の発電所や変電所が所在する土地を要役地とする地役権の設定の登記がされる事例が多く見受けられ、この場合には、例えば、「送電線路の最下垂時における高さを超える建造物を築造し又は工作物を設置し、若しくは立竹木を植栽する行為をしないこと。」などが目的の一部とされることが、ほとんどであるところ、そのような制限を受ける土地について、目的土地を全面的、排他的に使用、収益する物権である地上権は併存することができないと解すべきであり、したがって、既に地役権の設定の登記がされている土地について、重ねて

地上権の設定の登記をすることはできないと考えられる。

ただし、設定しようとする地上権が区分地上権である場合には、地役権者又は当該地役権を目的とする権利（例えば、抵当権）を有するすべての者の承諾があるときは、当該区分地上権を設定することができる（民法268条の2第2項）から、その設定の登記もすることができる。

d 次に、甲乙間において、「地上権の設定契約に係る代金全額の支払が完了した時に甲所有の不動産を対象とした地上権が乙を地上権者として設定される」旨の特約が付された地上権の設定契約が締結された場合に、乙が、その代金の支払いを完了する前に、甲の承諾を受けた上で同契約における「地上権者の地位」を丙に譲渡し、丙が甲に対して代金全額の支払いを完了したときは、丙を地上権者とする地上権の設定の登記を申請することができる（質疑応答4）。

買主の地位を譲渡した場合における売主から買主の地位の譲受人への直接の所有権の移転の登記申請は、他に却下事由が存在しない限り、受理して差し支えないものとされている（平成19年1月12日付け民二第52号民事局民事第二課長通知・登研708号141頁）。

これは、売主甲と買主乙間の、売買代金完済時に所有権が乙に移転する旨の特約が付された売買契約、及び甲の承諾を得て締結された当該売買契約における買主としての地位を丙に譲渡する旨の乙・丙間の契約を内容とする報告的な登記原因証明情報が提供された所有権の移転の登記が申請された場合には、乙・丙間の買主の地位の譲渡契約により、丙は、乙の有していた甲に対する代金支払債務及び所有権移転請求権を承継しており、丙が甲に対して、売買代金全額を支払った時点で、甲・乙間の売買契約の特約の効果として、甲に留保されていた不動産の所有権が、丙へ直接移転したことが認められるとして、甲から丙への直接の所有権の移転の登記は、受理して差し支えないと考えられたものである（詳細については「不動産登記実務の視点Ⅰ」336頁以下参照）。

そこで、上記の場合と同様に、地上権者乙と土地所有者である設定者甲との

間の、地上権の設定代金完済時に乙が甲所有の不動産に地上権を設定する旨の特約が付された地上権設定契約、及び甲の承諾を得て締結された当該地上権設定契約における地上権者としての地位を丙に譲渡する旨の乙・丙間の契約を内容とする報告的な登記原因証明情報が提供された地上権の設定の登記申請についても、当該報告的な登記原因証明情報の内容から、実体関係において、①乙・丙間の地上権者としての地位の譲渡契約が、甲の承諾により有効に成立していることが認められ、②当該譲渡契約によって、丙は、甲・乙間の地上権設定契約における地上権者となる契約当事者としての地位を承継したものと認めることができ、また、③乙・丙間の当該譲渡契約が、甲・乙間で締結された地上権設定契約による地上権の成立前に完了している場合（乙・丙間の譲渡契約が、丙の甲に対する設定代金完済前に行われている場合）には、丙が甲に対して設定代金全額を支払った時点において、地上権設定契約に基づく地上権が、有効に成立したものと認めることができる。

以上のことから、前掲平成19年民事局民事第二課長通知の事案と同様に、提供された登記原因証明情報から、甲・乙間の地上権設定契約における地上権者となる契約当事者の地位が、乙から丙に譲渡され、丙の地上権として直接設定されていることが認められる場合には、甲と丙の申請による丙への地上権の設定の登記を申請することができるものとされたものと考えられる（「地上権の設定契約における地上権者となる地位を地上権の設定の効力発生前に譲渡した場合の地上権の設定の登記の申請」・カウンター相談Ⅲ166頁）。

一方、甲が所有する土地に乙のための地上権が設定されたが、当該地上権の設定の登記が未登記のまま、当該土地の所有権が丙に移転した場合において、丙が、当該地上権の存在を承認したとしても、乙・丙の共同申請によって、甲・乙間において設定契約のあった日を登記原因の日付とする地上権の設定の登記をすることはできず、また、「地上権発生日何年何月何日甲と乙との契約を継続」とする特約を付した場合であっても、同じく、乙・丙の共同申請による地上権の設定の登記をすることはできないとされている（「未登記地上権

の存する土地を取得した者がこの地上権の存在を承認した場合における地上権設定の登記・カウンター相談 I 185頁)。

甲・乙間において、地上権設定の意思表示（設定契約）の合致があれば、その登記をしなくても、地上権は、有効に設定される（民法176条）。すなわち、対抗要件である登記（同法177条）の有無は、当事者間で物権変動の効果を主張する際は、問題とはならない。また、第三者との関係においても、「民法第七十七条ニ所謂第三者トハ必スシモ既ニ登記ヲ為シタル第三者ノミヲ指称シタルモノニ非サルヲ以テ不動産ニ関スル物権ノ得喪ハ其登記ヲ為スニ非サレハ其不動産ニ付キ未タ登記ヲ為ササル第三者ニ対シテモ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス」（明治43年1月24日大審院判決・民録16輯1頁）として、双方に登記がなければ、相互に物権変動の効果を主張することはできないとされている。

したがって、地上権者乙と土地所有者甲との間で有効に成立した地上権の設定契約については、乙は、甲に対して、その設定の登記なくして対抗することができることは、明らかである。しかし、その設定の登記が未了のまま、当該土地の所有権が、甲から丙に移転し、その登記が経由された場合、当該地上権の設定について、丙は、第三者に該当することになり、乙は、丙に対して、地上権の設定を対抗することはできないことになる。

そこで、このような場合に、丙が、甲・乙間の地上権の設定を積極的に承認したときは、甲・乙間の地上権の設定の登記を、乙と丙で申請することが可能であるかが問題となる。

ところで、対抗要件である登記がない場合であっても、第三者の側から物権変動があったことを積極的に承認することは可能であると解されているが、第三者が承認をした以後は、物権変動の主張者は、登記なくして当該第三者に当該物権変動の効果を対抗することができるものとされており、判例は、承認の事例を、単なる物権変動の事実の承認（昭和29年9月25日東京高裁判決・下民集5巻9号1598頁）と、対抗要件である登記の欠缺を主張する利益を放棄することを意味する承認（明治39年10月10日大審院判決・民録12輯1219頁）とに分けてお

り、第三者の側において物権変動の効果の発生（対抗力）を認めたものと見るべき場合を、後者の場合に限っている。したがって、上記事案における丙の承認が、対抗要件である登記の欠缺を主張する利益を放棄する承認と解することができる、乙は、丙に対して、登記なくして地上権の設定を対抗することができることから、甲・乙間の地上権の設定契約に基づき、乙と丙が共同して、地上権の設定の登記を申請することができるとも考えられる。

しかしながら、上記事案においては、第三者丙が、甲・乙間の地上権の設定契約を承認したとしても、当該地上権の設定については、乙は、丙に対して、登記なくして地上権の設定を対抗することができるというに止まり、例えば、相続開始前に、被相続人甲から売買により所有権を取得した乙と甲の相続人丙間の関係のように、丙が、乙との関係において、当事者の関係に立つというものではない。また、仮に承認により、丙が、乙と当事者の関係に立つものと解しても、当該承認によって、地上権の物権的效果（当事者である甲、乙、丙以外の第三者に対する対抗力）を遡及することはできないものと考えられる。あくまでも、その承認は、乙・丙間における債権的效果を発生させるものに過ぎず、未だ丙が、土地の所有権を取得していない時点登記原因の日付（甲・乙間の地上権の設定契約のあった日）とすることによって、地上権の物権的效果を遡及的に認めることは相当ではなく、当事者である甲、乙、丙以外の第三者に物権的效果を及ぼすためには、乙・丙間において、新たな地上権の設定契約を締結して登記する必要があるものと考えられる。

なお、上記事案における地上権は、甲・乙間において設定契約がされたものであるから、地上権者乙は、甲に対しては登記請求権を有するが、当該土地の所有権が既に丙に移転し、その登記を経由している以上、甲は、登記義務を履行することはできず、結局、甲の債務不履行になるものと考えられる。また、第三者丙が承認したとしても、上記のとおり、丙は、当事者の地位に立つものではないことから、乙は、丙に対して、登記請求権を有するものではないと解される。