

琉球大学学術リポジトリ

法定地上権制度に関する立法論的検討（二・完）

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 上河内, 千香子, Kamigouchi, Chikako メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1611

法定地上権制度に関する立法論的検討(二・完)

上河内 千香子

目次

- 一 問題提起
- 二 民法制定過程における議論
- 三 判例理論の問題点
- 四 法定地上権制度に関する学説の見解 (以上 前号)
- 五 立法及び改正時における法定地上権制度に関する意見
- 六 検討
- 七 まとめと今後の課題

五 立法及び改正時における法定地上権制度に関する意見

民法三八八条については、今日までに、しばしば、拡張解釈の限界が指摘されてきた。しかし、それらのいくつかは、特別法における法定地上権制度の新設を通じて、解決されている。例えば、かつての判例は、土地建物の所有が、強制競売、あるいは、国税滞納処分に基づく公売を機縁として、異なるに至った場合、民法三八八条の類推適用を否定していた。⁽¹⁾しかし、この問題は、国税徴収法一二七条、及び、民事執行法八一条の新設を通じて、解決されている。

しかし、その一方で、土地建物に関する特別法の新設及び改正の際には、法定地上権制度の改廃が提案されたり、さらには、土地と建物の関係そのものが議論されている。例えば、借地借家法における自己借地権制度の導入、あるいは、建物の区分所有等に関する法律における区分所有建物と敷地利用権の一体性を検討する際に、これらの問題が論じられた。また、近時においても、担保・執行法制の改正を機縁として、法定地上権の改廃が議論されている。このため、以下では、今日までの各種立法、改正の際に提示された法定地上権制度の改廃に関する提案、及び、その提案が採用に至らなかった理由等を検討する。

1 自己借地権制度の導入に関する議論

(1) 昭和三五年借地法改正要綱案の検討過程

i 自己借地権制度の提案趣旨

法定地上権制度の改廃が初めて提案されたのは、昭和三五年の借地借家法改正の問題点においてであった。「問題点」では、建物は、敷地利用権を伴う場合においてのみ、経済的効用を有するものであるため、敷地利用権との分離処分を不可能とするべき、という提案があり、この提案の趣旨を貫徹するために、土地建物が同一所有の場合には、自己借地権制度を導入した上で、建物と敷地利用権の一括処分を強制することが提案された。そして、この提案と共に、法定地上権制度は、権利の範囲及び設定の条件が明確でなく、且つ、登記上の公示も不十分、という理由より、廃止が提案されたのである。もつとも、このような、自己借地権制度の導入と法定地上権制度の廃止という方針については、反対意見もあった。例えば、右の「問題点」における提案には、自己借地権制度の創設ではなく、法定地上権制度を整備する方が適当か、という問いが付されている。^③ また、右の提案には、共同抵当の場合に

ついても、自己借地権の設定を土地建物の一方のみの競売の要件とすると、非常に手数がかかるし、自己借地権の設定がなければ、土地建物一方の競売で済む場合も、一括競売を強制されることになる、⁽⁵⁾という問題を指摘する意見が出された。

ii 建物及び敷地利用権の一括処分

しかし、その後作成された改正要綱試案においても、自己借地権制度には、法定地上権制度の代替手段という位置づけがなされている。⁽⁶⁾もつとも、試案段階では、「問題点」で提起されたような、建物と敷地利用権の一括処分を貫徹するために、自己借地権制度を創設する、という視点が消滅した。そして、それと共に、民法三八九条の適用範囲を拡大させ、土地に抵当権が設定された場合において、当該土地上に抵当権設定者が所有する建物があるときには、⁽⁷⁾抵当権者は、当該土地建物を一括競売し得る、とすることが提案された。

建物と敷地利用権の一括処分を貫徹するために自己借地権制度を創設する、という視点が消滅したのは、当該一括処分の強制により、登記所の事務量が增大することが懸念されたためである。⁽⁸⁾具体的には、当該一括処分を強制する場合には、登記所は、その遂行を登記手続き上支援するため、登記申請の際に、一括処分が行われているか否かを審査し、一括処分にならないときには、登記を認めない、という作業を強いられる、⁽⁹⁾という。また、「問題点」の提案には、土地又は建物のみが強制執行された場合の対応という問題があった。⁽¹⁰⁾

iii 自己借地権制度の不採用

更に、借地借家法改正案要綱の検討過程では、自己借地権制度の創設と共に、法定地上権制度の改正が提案され

ていたようであるが、結果的に、実現には至らなかつた。その理由として、自己借地権が設定されていない場合や強制競売の場合のために、自己借地権制度と共に、法定地上権制度を存続させる必要があつたが、両制度の調整が困難であつたこと、当時、競売法・強制執行法の改正が進行中であつたこと、及び自己借地権制度の濫用が懸念されていたこと、が挙げられている。⁽¹¹⁾ なお、改正委員であつた我妻博士は、自己借地権制度と土地建物の一体的差押え・競売の制度の導入を主張したが、このような考え方は、土地と建物の関係についての民法の根本原則を覆して新たな制度を作ることの意味するものであり、借地法の領域に留まるものではない、という理由から見送られた、と述べている。⁽¹²⁾

(2) 平成三年借地借家法改正時

自己借地権制度は、昭和三五年の借地借家法改正案要綱に現れなかつたものの、その後、平成三年の借地借家法の制定時に、部分的に実現するに至つた(借地借家法一五条)。もともと、本条の予定する自己借地権制度は、直接には、借地権付き分譲マンションの分譲の便宜を図ることが目的であつた。⁽¹³⁾ しかし、本条の制定過程においては、自己借地権制度は、法定地上権の代替手段としての機能を担うことも期待されていた。

i 自己借地権制度の担保手段としての意義

借地借家法一五条の自己借地権制度は、借地権付分譲マンションを合理的に分譲する際に便宜を図ることを目的として制定されたが、「改正に関する問題点」では、自己借地権制度が導入された場合、法定地上権制度は不要となる、という理解から、二次的に、法定地上権制度の廃止について、その是非を問つた。⁽¹⁴⁾

まず、自己借地権制度の導入自体については、賛成意見が圧倒的であつた。その理由としては、まず、立法提案と同様、借地権付き区分所有建物の分譲に役立つということが挙げられている。⁽¹⁵⁾しかし、それに加えて、自己借地権制度に資金調達手段としての役割を期待する意見も存在した。ここでは、自己借地権制度の利点として、土地所有者が、予め、借地権の内容を定めておくことにより、抵当権者及び競落人に対して、借地権付きの建物及び借地権負担付きの土地の価格について、予測可能性を付与し得る、ということが主張されている。⁽¹⁶⁾

しかし、一方で、このような自己借地権制度の担保手段としての意義については、懐疑的な意見も多い。その内容は、おおよそ、次の三点に集約することができる。まず、第一は、自己借地権を設定した上で、底地について担保権を設定した上で金融を得る利益は、借地権価格の増大に伴い、わずかであり、実際、需要も乏しい、という意見である。⁽¹⁷⁾第二は、前述の自己借地権制度の利点として挙げられた点について、自己借地権制度を導入しても、不明確性という法定地上権制度の問題点は解消されない、という意見である。その一例として、例えば、自己借地権の設定時に地代を定めていたとしても、相当の年月が経過した後には競売された場合には、地代額は、その時点で新たに定めることになる、と指摘されている。⁽¹⁸⁾第三は、自己借地権は、更地に設定された場合には、執行妨害をもたらずおそれがある、という意見である。つまり、更地への自己借地権の設定を容認した場合、旧短期賃貸借制度が抵当権の実行妨害に利用されたように、⁽¹⁹⁾抵当地に自己借地権を設定し、これを第三者に譲渡するという形で悪用される等の危険がある、というのである。しかし、本改正の要綱試案の段階では、更地への設定を含む、全面的な自己借地権制度の導入を予定していた。それは、自己借地権の設定にあたり、建物の存在を要件としても、簡易建物の建築により、この要件を潜脱することは可能であるし、建物が滅失しても、一度設定された借地権の効力は存続すると考えるべきであるため、設定時の建物の存在を要件とすることにはあまり意味がない、という理解によるも

のであった。⁽²⁰⁾

ii 自己借地権制度と法定地上権制度の関係

a 民法三三八条の存廃

「改正に関する問題点」では、自己借地権制度の導入に伴う民法三三八条の廃止の是非を問いかけていたが、この点については、反対意見が多い。それは、自己借地権の設定なくして、土地建物の一方又は双方に抵当権を設定した場合であっても、当事者は、必ずしも、抵当権実行の際における建物収去を予定しているとは限らない、という理由である。⁽²²⁾しかし、「改正に関する問題点」では、民法三三八条の廃止に伴い、旧三八九条の適用範囲を拡大して、土地を目的とする抵当権を設定、実行した場合は、地上建物を一括して競売し得るとすべき、としてはどうか、という提案が出されており、この提案は、土地建物所有者が、自己借地権の設定なくして土地に抵当権を設定した場合、建物を収去することを容認していた、という理解を前提としている。⁽²⁴⁾そのほか、民法三三八条の廃止による弊害は、自己所有の土地上に建物を建築する際に、抵当権設定等の権利変動に備えて、自己借地権の設定を義務化すれば、防止し得るのではないか、という意見もある。⁽²⁵⁾

b 民事執行法八一条の存廃

自己借地権制度の導入に伴う法定地上権制度の存廃という問題は、民事執行法八一条についても論じられている。この点についても、民法三三八条の法定地上権制度と同様、自己借地権制度の導入後も、民事執行法八一条の法定地上権制度を必要とする意見が多い。その理由は、強制競売の場合、自己借地権制度のみでは、敷地利用権を確保

し得ない、というものである。⁽²⁶⁾ 本条の廃止に伴う代替手段として、土地建物の一括売却が考えられるが、土地登記簿と建物登記簿の相互の関連性のない現行制度の下では、それも適正に運用できるとは限らない、という。⁽²⁷⁾

2 土地建物の一体的取扱いに関する議論

(1) 建物の区分所有等に関する法律の立法時

建物の区分所有等に関する法律の立法過程においては、法定地上権制度の前提である土地建物の別個取扱いの是非が検討された。すなわち、わが国の建物の区分所有等に関する法律の範となったドイツ住居所有権法(WEG)は、建物を土地の本質的構成部分とする取扱い(BGB九四条)の当然の帰結として、区分所有建物の専有部分、共用部分、及び敷地持分の分離処分を禁止している。⁽²⁸⁾ これにならって、わが国の区分所有建物、特に、ビルディングの階層的区分所有については、区分所有権、共用部分に対する共有持分権、及び敷地に対する共有持分又は借地権の準共有持分の三者を一体とした権利を認め、この権利の設定なくして、区分所有を認めないとはどうか、という案が存在したのである。⁽²⁹⁾ しかし、当該提案は、土地と建物の別個取扱いを原則としたままで、区分所有の場合について、土地建物の一体化を図ろうとするのは、一般の場合と均衡を失する、という理由より、認められなかった。⁽³⁰⁾

(2) 昭和五八年 建物の区分所有等に関する法律の改正過程

しかし、その後、昭和五八年の同法の改正を契機として、現行二二条が創設され、その結果、区分所有建物については、専有部分、共用部分及び敷地利用権の一体的取扱いが実現した。本条を新設した趣旨としては、区分所有建物の敷地の登記が膨大複雑化したという問題を解消するために、区分所有建物の敷地の登記を建物登記簿でまか

なう必要があり、それ故に、まず、実体法上、敷地利用権と区分所有権の一体性の原則を採用した、ということがいわれている。つまり、右の敷地の登記簿の複雑化の原因は、区分所有建物とその敷地は、通常、一体的に処分されているにもかかわらず、土地登記簿と建物登記簿が分かれており、その結果、土地登記簿に多数の敷地利用に関する権利関係が登記されたこと⁽³¹⁾にあった。このように、二三条により、土地と建物の一体的処分が原則化されたことについては、土地と建物の関係についての考え方に変化が生じていることの現れ、とも評されている⁽³²⁾。

【小括】 民法特別法の立法及び改正過程においては、右のような形で法定地上権制度の是非が論じられてきた。

まず、自己借地権制度の利点については、どのように考えられていたのであろうか。これについては、例えば、土地所有者が、競売に先立ち、予め借地権の内容を定めておくことにより、抵当権者及び競落人に対して、競売不動産の借地権に関する予測可能性を付与することができる、ということが挙げられている。

しかし、本節の分析より、自己借地権制度自体についても、様々な問題があることが伺える。その内容は、大きくは、①自己借地権制度を創設した場合の法定地上権制度の取扱い、及び、仮に、法定地上権制度を廃止する場合には、それにより生じる問題への対応、②更地に対する自己借地権設定の是非、に分けることができよう。

まず、①についてであるが、この問題は、昭和三五年の借地法改正案要綱に自己借地権制度が採用されなかった原因の一つであった。仮に、自己借地権制度の導入と共に法定地上権制度を廃止した場合、自己借地権の設定なくして土地建物の一方を競売したとき、敷地利用権の問題が生じることになる。この問題については、いくつかの対応策が提案されており、その内容は、例えば、建物は、敷地利用権と共にしか処分し得ないという形で、自己借地権の設定を強制する、民法三八九条の適用範囲を拡大して、自己借地権の設定なくして土地抵当権を実行する場合

については、地上建物の一括競売を可能とする、あるいは、土地所有者が、自己所有の土地上に建物を築造する場合に、抵当権設定等の権利変動に備えて、自己借地権の設定を義務づけさせる、といったものである。

②更地への自己借地権設定の是非、という問題については、消極的な意見が強い。その理由の最も大きなものは、更地への自己借地権を容認した場合、自己借地権の濫用が懸念される、ということである。ここで想定されている自己借地権の濫用とは、具体的には、自己所有の更地に抵当権を設定した後、更に、自己借地権を設定した上で、第三者に譲渡するという形で、旧三九五条を用いた執行妨害が生じないか、あるいは、土地所有者が、土地への差押えを妨害するために、自己借地権を設定する、ということが生じないか、ということである。

他方、建物の区分所有等に関する法律の立法及び改正時には、建物と敷地利用権の一体的取扱いが議論された。これは、同法の立法時には、実現には至らなかったが、その後、専有部分と敷地利用権の一体的処分という実態、及びそれに起因する不動産登記簿の煩雑さを解消する目的のために実現した(二二条)。このことは、不動産登記簿の煩雑性を解消するという目的のためとはいえ、区分所有建物とその敷地の取引の実態に即する形で、土地建物の一体的取扱いが実現した、とも考えることができよう。

3 平成一六年 担保・執行法制の改正過程

右のように、特別法の立法及び改正時に提案された法定地上権制度の改廃は、実現に至っていない。その原因の一つとして、この問題が、わが国の土地と建物の関係に根本的な影響を与えるものであるため、特別法のみでは、対応し得ない、という事情が伺える。しかし、昨年施行された新担保・執行法制においても、法定地上権制度の改廃は実現しなかった。審議会は、当初より、法定地上権制度の改廃については、消極的であった。その理由は、現段

階では、判例法理が確立されているため、裁判官が、法定地上権の成否を判断するにあたり、支障がない、ということ、及び、土地と建物の関係についての抜本的な見直しは困難である、ということにある。⁽³³⁾ もつとも、本改正を契機として、法定地上権制度のあり方が、再び議論されるようになったのも事実である。

法定地上権制度のあり方についての議論は、大きくは、法定地上権制度の存続を前提としたものと法定地上権制度の廃止に伴う代替制度の導入、という二つに分かれる。そして、現時点では、これらのうち、いずれが望ましいか、という点について、見解は一致するに至っていない。

(1) 法定地上権制度を前提とした議論

i 重要判例の明文化

法定地上権制度を改正する一つの方法として、重要判例の明文化が提案されている。これは、法定地上権の成否に関する予測が困難、という問題に対処するものである。当該修正は、改正当初、担保・執行法制部会においても要請されていた。⁽³⁴⁾ 具体的には、近年の主要判例ともいえる、共有不動産における法定地上権成否についての判例理論、及び、共同抵当再築事例の判例理論の明文化が考えられている。⁽³⁵⁾ しかし、この提案については、判例理論の明文化には、技術的に困難が伴う、という問題点が指摘されている。⁽³⁶⁾

ii 共同抵当の場合の適用除外

土地建物の共同抵当の場合には、常に一括売却することとして、文言上、土地建物の一方のみに抵当権を設定した場合を前提とする法定地上権制度の対象としない、という意見である。⁽³⁷⁾ しかし、共同抵当についてのこのような

取扱いについては、右の一括競売が、民執七三条の超過売却の禁止に反する場合、土地建物の一方のみの売却をせざるを得ず、やはり、この時点で、法定地上権の成否が問題となる、という点が指摘されている。この点については、当該一括処分がなされた場合には、超過売却の禁止の規定の適用を除外するべき、という意見が出される傾向にある。⁽³⁸⁾

(2) 法定地上権制度の廃止と代替制度の導入

i 民法三七〇条の改正

本提案は、民法三七〇条を改正して、土地抵当権の効力は、土地所有者が所有する建物にも及ぶこととし、土地建物の一方のみを処分する場合には、自己借地権の設定を条件にこれを認める、というものである。⁽³⁹⁾ この提案は、土地の上に建物が存在していれば、両者に共同抵当が設定されている、という実態を前提としたものである。もつとも、右の提案に対しては、いくつかの問題が指摘されている。その主たるものは、右のような取扱いが、土地建物の二元性というわが国の物権法の根幹に影響を与えることを懸念するものや、⁽⁴⁰⁾ 建付け減価の問題、建物に賃借人が存在する場合の対応である。⁽⁴¹⁾

ii 自己借地権制度の導入

本提案は、法定地上権制度を廃止した上で、代替制度として、自己借地権制度を導入するというものである。自己借地権制度は、法定地上権制度の根本的解決策として期待される傾向がある。⁽⁴²⁾ しかし、それと同時に、この制度についても、いくつかの問題点が指摘されている。その多くは、共同抵当にまつわるものである。例えば、土地建物の共同抵当の場合にも、分離処分に備えて、自己借地権の設定を求めるのは、技巧的すぎる、という意見が出さ

れている。⁽⁴³⁾ また、自己借地権を設定した上で土地と建物に共同抵当を設定したとしても、建物が再築された場合には、かつて、共同抵当再築事例について生じた問題が生じるのではないか、ということが懸念されている。⁽⁴⁴⁾ すなわち、この場合、土地との共同抵当が設定された建物が取り壊された後も、自己借地権のみが存続することになるため、その後、再築された建物に、土地との共同抵当が設定されなかつたときにも、再築建物の敷地利用権は確保されていることになり、土地抵当権者を害する結果となる。そのほか、自己借地権制度を導入することが、建物の賃借人の保護に資するか、という問題も提起されている。⁽⁴⁵⁾

【若干の検討】 以上のように、担保・執行法制の改正を機縁として、法定地上権制度についても、様々な改正案が提示された。それらの特徴として、共同抵当再築事例に関する最高裁判決が、大きな影響を与えている、ということが挙げられよう。例えば、共同抵当再築事例の判例理論を条文化する、あるいは、実務上、共同抵当を設定する場合には、法定地上権が観念されていない、という事情を尊重して、この場合には、法定地上権の問題が生じないように、一括競売を原則とする、ということが提案されている。また、この時期、法定地上権制度の廃止と代替制度の導入というについても、具体的に検討されている。しかし、法定地上権制度については、様々な問題点があるものの、法定地上権の成否に関する判例理論は概ね支持を受けているため、現時点では、法定地上権制度そのものを廃止して、新制度を導入する意義を見い出せない状態にあるといえよう。

(1) 前者については、大判昭二一・四・二二(法学五卷九号一三五七頁)、後者については、最判昭三八・一〇・一(民集一七巻九号一〇八五頁)。

- (2) 法務省民事局「借地・借家法改正の問題点」法時二九卷七号九七頁(一九五七年)、同「借地・借家法改正の問題点」ジュリ一三三号五八頁以下(一九五七年)。
- (3) 「借地借家法改正の問題点(上)」ジュリ一七号三頁(一九五六年)、我妻栄「借地借家関係法改正についての主要問題点」私法一七卷四頁(一九五七年)。
- (4) 加藤一郎ほか「借地借家法改正の動向 第二回」法時二九卷一〇号三七頁(堀内)(一九五七年)。
- (5) 柚木馨「借地法の改正について―借地借家法改正要綱試案を評す」神戸九卷一・二号一五頁以下(一九五九年)。
- (6) 資料「借地借家法改正要綱試案」ジュリ一九六号六一頁以下(一九六〇年)。
- (7) 資料「借地借家法改正要綱試案」前掲注(6)六一頁以下。
- (8) 鈴木重信ほか「借地借家法改正要綱試案をめぐって」ジュリ一九七号二三頁(水田)(一九六〇年)。当時は、台記簿と土地・家屋台帳の一元化が進行している途中であり、その作業の関係からも、建物及び敷地利用権の一括処分強制が困難という事情があったという。
- (9) 鈴木ほか・前掲注(8)二三頁(水田)。
- (10) 鈴木ほか・前掲注(8)二四頁以下。
- (11) 我妻栄ほか「座談会 借地・借家法の改正―借地・借家法改正案要綱から落とされた問題点―」ジュリ二九七号六六頁以下(一九六四年)。なお、ここでいう自己借地権の濫用とは、土地所有者が、債権者による土地の差押えを妨害する目的で、自己の土地に地上権を設定する、という事態を指している。
- (12) 我妻栄『新訂 担保物権法』三五一頁(岩波書店 一九七五年)。
- (13) 岩城謙二「自己借地権」ジュリ一〇〇六号八〇頁(一九九二年)によると、全面的な自己借地権制度の導入とそれに伴う法定地上権制度の取扱いは、土地建物の競売に関する全般的な問題として、将来別途検討するべき、と考えられていた、という。

- (14) 法務省民事局参事官室「借地・借家法改正に関する問題点」NBL三三四一号三三頁(一九八五年)、同「借地・借家法改正に関する問題点」の説明」NBL三三四一号一八頁(一九八五年)。
- (15) 法務省民事局参事官室編「借地・借家法改正の問題点―「問題点」の説明、各界意見の分析を中心に―」別冊NBL一七号八七頁(一九八七年)。
- (16) 法務省民事局参事官室編・前掲注(15)八七頁以下。
- (17) 稲葉威雄『借地・借家法改正の方向―新しい法秩序を求めて―』別冊NBL二〇号九〇頁(一九八八年)。
- (18) 稲葉・前掲注(17)九二頁。
- (19) 法務省民事局参事官室・前掲注(15)八八頁。もつとも、本文が指摘するような、自己借地権の悪用については、自己借地権である限り、旧三九五条の適用を否定することで対処し得る、という意見もある。
- (20) 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四二二号三八頁(一九八九年)。
- (21) 法務省民事局参事官室・前掲注(14)一八頁。
- (22) 法務省民事局参事官室・前掲注(15)八九頁。
- (23) 法務省民事局参事官室・前掲注(14)三三頁、法務省民事局参事官室・前掲注(14)一九頁。この提案については、自己借地権制度と法定地上権制度を併存させる場合にも採用するべき、という意見も多いという。
- (24) 稲葉・前掲注(17)九二頁以下では、本文のような意思推定は困難であり、また、わが国の建物保護の思想にも合致しないと評している。
- (25) 村田博史「自己借地権制度の創設」ジュリ九三九号一〇九頁(一九八九年)。なお、このような理解については、鈴木祿彌『借地法(上)』二四九頁以下(青林書院新社一九七一年)において、法定地上権制度は、建物の建築を通じて設定された、潜在的自己借地権が、土地建物の別個処分を通じて、顕在化したもの、と説明されていることが想起されよう。

- (26) 例えば、稲葉・前掲注(17) 九二頁、法務省民事局参事官室・前掲注(15) 九〇頁によれば、強制競売の場合における自己借地権制度の利用方法として、執行手続き中に、債務者が、自己借地権を設定する、という方法が考えられているが、このような方法についても、債務者が所在不明の場合の取扱いや、自己借地権の内容をどうするか、という問題がある、という。
- (27) 法務省民事局参事官室・前掲注(15) 九〇頁。
- (28) WEG六条一項では、わが国の区分所有権にあたる特別所有権(Sondergrund)は、それに属する共有持分なくして、譲渡又は負担を設定し得ない、と規定している。
- (29) 川島一郎「建物の区分所有等に関する法律の解説(上)」曹時一四卷六号八頁(一九六二年)。
- (30) 川島・前掲注(29) 八頁以下、我妻栄/有泉亨補訂『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』五二四頁(岩波書店、一九八四年)。しかし、本文のような理由で、区分所有建物と敷地の一体性を定める規定が設置されなかった点については、強い批判が存在したようである。例えば、石田喜久夫「区分所有における敷地の利用権」(ジュリ六二七号四四頁八一九七六年)では、区分所有においては、従来の木造家屋と土地との関係を規律する制度では、対処し得ない問題が生じ得る、という理由より、敷地利用権と区分所有権の一体化を希求している。
- (31) 法務省民事局参事官室「区分所有法改正要綱草案の説明」ジュリ七七四号四五頁(一九八二年)、青山正明・大内俊身編『新しい区分所有に関する登記の実務』四八頁以下(テイハン 一九八四年)。
- (32) 稲本洋之助「区分所有法改正―建物と土地の一体性―」法時五五卷五号六頁(一九八三年)、同旨、丸山英氣「区分所有法の理論と動態」一六六頁(三省堂 一九八五年)、同「改正区分所有法の性格」ジュリ七九五号三一頁(一九八三年)。
- (33) 「法制審議会担保・執行法制部会第一回議事録、第四回議事録」<http://www.mof.go.jp/SHINGI/010529-1.html>。
- (34) 「法制審議会担保・執行法制部会第一回議事録、第四回議事録」前掲注(33)。
- (35) 内田貫ほか「特別座談会 担保法の改正に向けて(下)」ジュリ二二四号三八頁(二〇〇一年)(山本)、松田佳久「銀行実

務に基づく法定地上権制度の改正提案」ジュリ二二一八号一一七頁(二〇〇二年)。

(36) 内田ほか・前掲注(35) 三八頁(山本)、福永有利ほか「近未来の抵当権とその実行手続」銀行法務21六〇〇号三三頁(二〇〇二年)(松岡)。

(37) 鎌田薫ほか「座談会 抵当権についてとくに解決すべき課題」金法一五四号六七頁(小林)。(一九九九年)

(38) 鎌田ほか・前掲注(37) 八七頁(小林)、吉田光碩「法定地上権に関する立法提言」ジュリ二二一八号一一九頁(二〇〇二年)、松本恒雄「法定地上権制度の改正提案」ジュリ二二一八号一一四頁(二〇〇二年)。

(39) 内田貴ほか「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリ二二一八号一九七頁以下(二〇〇二年)。

(40) 内田貴ほか「特別座談会 担保法の改正に向けて(上)」ジュリ二二一三号五三頁(大村)(二〇〇一年)。

(41) 内田ほか・前掲注(35) 三九頁以下。

(42) 福永ほか・前掲注(36) 三二頁(松岡)、鎌田薫ほか「抵当権制度の現状と将来像(8) 法定地上権制度は見直されるべきか」NBL七二二号五〇頁以下(菅原)。

(43) 松本・前掲注(38) 一一四頁、同様の意見は、昭和三五年の借地借家法改正の際にも主張されていた。

(44) 内田ほか・前掲注(35) 四二頁以下(角)、鎌田ほか・前掲注(42) 五一頁以下(道垣内)。

(45) 内田ほか・前掲注(35) 三九頁以下。

六 検討

四で述べたように、学説は、法定地上権制度の問題点として、①民法三八八条の成立要件が狭いため、建物の存続が十分図り得ない、②法定地上権の成否に関する予測が困難、③競売時において、成立する法定地上権の範囲、存続期間等、内容が不明確、④登記上の公示が不十分、⑤予定されている敷地利用権が、地上権であり、通常利用さ

れている賃借権ではない、という点を挙げている。また、法定地上権の成否に関する判例理論の問題点としては、⑥更地事例についての判例理論は、土地の利用に資する結論になっていない、⑦抵当権設定当事者をはじめとした利害関係人の個別具体的な事情を斟酌して、柔軟に法定地上権の成立を容認し得ない、というものが考えられそうである。

他方、法定地上権制度の不備に対しては、今日まで、様々な対応が提案されている。その内容は、次の三つの段階に分類し得る。第一段階は、従来通りの法定地上権制度を前提として、解決を模索するものである。例えば、共同抵当の場合には、民事執行法七三条の超過売却の禁止についての規定の適用を排除した上で、常に、一括競売が可能として、民法三八八条の対象外とする意見が、ここに該当しよう。また、従来の法定地上権制度を前提とした上で、競売代金授受の当事者を変更することで、建物のための法定地上権の成立と土地抵当権者の利益保護を両立させる、という方法もここに該当しよう。第二段階は、法定地上権制度の改正を求める立場である。例えば、借地権の内容を地上権から賃借権に変える、法定地上権の成否に関する重要判例を明文化する、という方法がここに該当する。さらに、第三段階は、法定地上権制度の廃止を前提とした立法である。土地抵当権の効力を建物にも及ぼすという形での三七〇条の改正、あるいは、自己借地権制度の創設が、ここに該当しよう。以下では、本稿の課題である法定地上権制度の改廃に焦点をあてて、その是非を考えてみることにする。

1 法定地上権制度の改正

(一) 法定地上権から法定賃借権への変更

借地権の内容を地上権から賃借権に変更することにより、法定地上権の成立が認められた場合の土地抵当権者、及

び、土地競落人の負担を軽減し得る。また、この変更は、法定地上権制度の基本的な仕組みを変えるものではないため、混乱が少なく、という利点があろう。しかし、物権化が進んだとはいえ、譲渡性などの点で弱い賃借権を敷地利用権の内容とした場合、特に、建物の存続保護という思想を後退させることにつながる。また、制度の基本的仕組みは、法定地上権と同様であるため、根本的な問題解決には至らない。

(2) 重要判例の明文化

法定地上権制度の問題点のなかでも、近年、特に主張される傾向にあるのが、法定地上権制度の不明確性についてである。重要判例の明文化という形での法定地上権制度の改正は、②法定地上権の成否に関する予測が困難、という不明確性の解消に役立つであろう。しかし、当該明文化では、他の限界事例、あるいは、もう一つの予測可能性の問題である、③競売時において、成立する法定地上権の範囲、存続期間等の内容が不明確、という問題には、対処し得ない。

2 法定地上権制度の廃止と代替制度の導入

土地建物の一体的取扱いを貫徹するとすれば、例えば、建物の区分所有等に関する法律二二条のように、土地建物の分離処分を原則として禁止する、という方法があろう。⁽⁴⁶⁾しかし、当面、抵当制度においてのみ、土地建物の一体的取扱いを実現するのであれば、土地抵当権の効力が建物にも及ぶという構成(二七〇条の改正)、あるいは、自借地権制度の導入、という方法が考えられる。

(1) 土地抵当権の効力が建物にも及ぶという構成(二七〇条の改正)

近年主張されているこの主張は、遑れば、民法制定過程当初、立案担当者により提唱されていた考えでもあった。

しかし、この見解は、二で言及したように、民法制定時には、①わが国においては、土地建物を別個に取扱う慣習がある、②わが国の不動産登記簿は、土地登記簿、建物登記簿の二本立てになっている、③原案八九条(現行八六条)は、土地建物を別個の不動産という前提となっている、という理由より、採用されなかつた。法定地上権制度の制定過程における議論からは、当時は、土地建物を別個の不動産として、売買、担保権の設定、競売する、という意識が強かつたことが伺える。しかし、現在のわが国における土地建物への抵当権の設定方法は、共同抵当が主流であり、土地建物の一方、特に、建物のみに抵当権を設定することは考えにくい、といわれている。⁽⁴⁷⁾このことから、民法制定時と現在では、土地建物の取扱いに関する意識が異なつてきていると考えられる。このような変化を考慮すれば、右のような方法により、抵当制度における土地建物の一体化を図ることも正当化し得よう。しかし、この構成については、今日においても、②③の問題があてはまるのであり、したがつて、わが国の不動産登記制度が、土地建物の二元性を採用していることと不都合が生じないか、という問題、及び、民法八六条が、土地建物を別個の不動産と構成していることと整合性を保てるか、という問題を検討する必要がある。

(2) 自己借地権制度の導入

自己借地権制度は、借地借家法一五条に規定が置かれているものの、借地権付き分譲マンションの分譲の便宜を目的とした限定的な内容に留まつている。しかし、自己借地権制度は、今日まで、法定地上権制度の代替手段として有力視されている。自己借地権制度については、競売に先立ち、抵当権設定当事者間で、利用権の種類、成立範囲、地代等、敷地利用権の内容を柔軟且つ詳細に決し得る、という利点がある。しかし、他方で、自己借地権制度は、単独では、敷地利用権を確保しえない場合があるため、他の制度、例えば、適用範囲を拡張した三八九条、土

地抵当権の効力が建物にも及ぶという形に改正した三七〇条、あるいは、法定地上権制度、を併存させることが必要、という問題点がある。また、自己借地権自体にも、更地への設定を認める弊害を更に検討する必要があるように思われる。

七 まとめと今後の課題

本稿では、法定地上権制度の改廃に関する議論の到達点、及び法定地上権制度の改廃の際に解決すべき課題を明らかにする、という目的の下、法定地上権制度の問題点、及び法定地上権制度の改廃に関する議論を整理した。法定地上権制度の不備については、近時は、特に、法定地上権の成否、及び法定地上権が成立した場合の権利内容の不明確性が挙げられる傾向にある。この問題の解決には、法定地上権制度の改正だけでは不十分であり、抜本的な解決には、新しい制度の導入が必要と思われる。しかし、新たな制度を導入した場合には、別の意味での不明確性が生じないか、ということが懸念される。すなわち、従来の立法提案では、例えば、自己借地権制度については、法定地上権制度の存続、土地抵当権の効力を建物にも及ぼす構成については、土地のみに抵当権の効力を及ぼすときのための自己借地権制度の導入、という形で、複数の制度の併存が予定されている。このことにより、さらに、競売後の敷地利用関係について、不明確性が強まるのではないかと考えられる。他方、法定地上権制度の不備については、別の側面からの解決策もあるように思われる。例えば、本稿で言及したように、共同抵当の場合には、民事執行法七三条の適用を除外する等の方法により、一括競売の活用を促進し、問題の多いと評される法定地上権制度の適用場面を縮小することも考えられる。

本稿では、従来の法定地上権制度についての議論を手がかりに、法定地上権制度の改廃を検討した。しかし、こ

の問題については、多面的に検討する必要がある。さしあたり、この度の担保・執行制度の改正により、短期賃貸借制度の廃止、及び民法三八九条の一括競売権の拡張が実現したという事情は、今後、法定地上権制度の意義に影響を与えるはずである。したがって、この点を踏まえて検討する必要があるだろう。

(46) 三好登『土地・建物間の法的構成』一七五頁以下(成文堂、二〇〇二年)では、建物区分所有法二三条の制度を一般の建物にも適用し、担保制度について法定地上権制度の廃止と共に自己借地権制度を導入することを検討している。

(47) 鎌田ほか・前掲注(42)五二頁(小林)。

※本稿は、平成一六年度全国銀行学術研究振興財団研究助成・平成一六年度科学研究費補助金による研究成果である。