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（一）

メタデータ	言語: Japanese 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/20.500.12000/1621

法定地上権制度に関する立法論的検討（一）

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

一　問題提起

今年四月、新担保・執行法制が施行された。この度の法改正を通じて、抵当権と利用権の調整に関する規定も、大幅な手直しを受けた。例えば、短期賃貸借制度（旧三九五条）は、全面的に廃止され、また、法定地上権制度と表裏一体の関係にある一括競売制度（旧三八九条）についても、抵当権者は、抵当地に建築された建物を土地と共に競売し得る、という内容に改正され、同条の活用が期待されている。しかし、法定地上権制度（三八八条）は、右の一括競売制度とは対称的に、改正が見送られた。その原因の一つとして、現段階では、判例が確立しており、執行裁判所が、法定地上権の成否に関する判断に困る、という事態はなく、他方、法定地上権制度は、抜本的な改正が困難である、という認識があったようである。しかし、法定地上権制度の改廃は、実務にお

いては、期待されており、[1] 学説も、法定地上権制度をはじめとした土地と建物の関係は、時間をかけて検討すべき課題である、と評価している。[2]

法定地上権制度を定める民法三八八条は、多様な敷地利用権問題を取り扱う割には、その文言が簡素なものであるため、その成否に関する問題の多くは、民法制定当初から今日に至るまで、拡張解釈を通じて解決され、また、そのような解決が困難な問題のいくつかは、民事執行法八一条、あるいは、国税徴収法一二七条のように、特別法に法定地上権制度を設ける、という形で立法的に解決されてきた。しかし、右のような傾向と同時に、戦後間もない時期より、法定地上権制度は、その妥当性が疑われてきた。このため、今日まで、例えば、借地借家法の改正時において、法定地上権制度は、代替案と共に廃止が提案されてきた。しかし、それらは、いずれも実現に至っていない。このような法定地上権制度の改廃に慎重な姿勢は、多くの特別法においても法定地上権・賃借権制度が存在しており、改廃による影響が計り知れないことを鑑みれば、首肯できよう。

しかし、昨今は、民法制定時と比較して、建物の堅固・高層化という事情より、法定地上権の成立を通じて、建物保護を図る必要が増していると同時に、借地借家法等による借地権強化、借地権価格の高騰、土地抵当権の執行妨害、という事情を通じて、法定地上権制度の存在が、土地抵当権の負担となる危険性も増大している。したがって、今日、適切な法定地上権制度のあり方を探ることは、困難且つ必要となっていると言えよう。

本稿は、右のような問題意識の下で、この度、改正に至らなかった法定地上権制度のあり方を検討する。現時点までに、法定地上権制度については、多様な議論が蓄積している。本稿では、それらを手がかりに、法定地上権制度の改廃に関する議論の到達点及び課題を明らかにすることを試みる。

この目的のため、本稿では、以下のような検討を予定している。まず、二において、民法制定過程における法

定地上権制度に関する議論を概観する。現行の法定地上権制度は、いかなる経緯を経て成立したものかということを明らかにするためである。続いて、三において、民法制定後、法定地上権の成否について構築された判例理論の問題点を分析する。この点が、法定地上権制度に対する懐疑の原点になっている、と考えられるからである。さらに、それを踏まえて、四において、法定地上権制度に関する学説の評価、立法論を整理する。その後、五において、各種立法及び改正過程において提示された法定地上権の改廃に関する意見、及びわが国の土地と建物の関係についての議論を振り返り、最後に、六において、総合的な検討を行う。

（1）堂園昇平「特集＝（根）抵当権制度に関するアンケート結果の分析」金法一六一八号一六頁（二〇〇一年）参照。例えば、共同抵当再築事例に関する最判平九・二・一四（民集五一巻二号三七五頁）の明文化については、七割が賛成している。

（2）内田貴ほか「特別座談会　担保法の改正に向けて（上）」ジュリ一二一三号五八頁（大村）（二〇〇一年）、福永有利ほか「近未来の抵当権とその実行手続―改正のあり方を探る―Ⅳ法定地上権、一括競売、不動産留置権等の諸問題」銀行法務21六〇〇号三一頁（松岡）（二〇〇二年）。

二　民法制定過程における議論

法定地上権制度の沿革については、今日までの諸研究により、相当程度明らかにされている。(3) しかし、法定地上権制度のあり方を考えるにあたり、今一度、民法制定時における法定地上権制度の立法経緯及び立法趣旨を確認する必要があろう。民法三八八条の法定地上権制度が制定されるまでの主要な議論は、明治二七年一二月四日から同年一二月一八日にかけての法典調査会で行われている。ここでは、法定地上権制度の立法経緯及び立法趣

旨を確認する、という趣旨より、立法過程の議論を整理する。

1　抵当制度における土地建物の一体的把握

民法三八八条の立案担当者の梅博士は、当初、現行三七〇条の原案である三六五条について、「抵当権ハ其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フ但設定行為ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四百十九条ノ規定ニ依リ債権者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス」という提案を行い、他の起草委員からの質問に対して、本条は、土地に設定された抵当権の効力は、建物にも及ぶ、という趣旨であることを明らかにした。(4)

このような梅博士の理解については、他の起草委員から、わが国の慣習に反する、という意見が強く主張された。(5)すなわち、多数の委員の理解は、わが国では、土地と建物は別個の不動産という慣習がある、仮に慣習とまでは言えなくとも、ともかく、土地と建物は、別個の不動産として取り扱う慣行がある、というものである。(6)もっとも、これと異なる発言が皆無というわけではない。例えば、審議の過程においても、曖昧な抵当権が土地に設定され、且つ、土地上に多少の建物とか倉があるような場合には、それらにも及ぶと解される場合もあるという意見、(7)あるいは、都会においては、土地建物を別個に取扱う慣行があるが、田舎はそうでもない、という発言も見受けられる。(8)したがって、民法制定当時の土地建物の取扱いについては、土地と建物を別個独立の不動産とする慣習、あるいは、慣習に近い「慣行」とでも称することができる状態はあったが、それと同時に、多少の曖昧さも残されている状況であった、と考えられよう。

そのほか、原案に反対する根拠としては、わが国の不動産登記制度が、土地登記簿、建物登記簿という二本立てになっており、それ故に、土地抵当権の効力が建物にも及ぶ、という原案三六五条の構成になじまない、ということ、(9)及び現行八七条の原案八九条では、「土地建物及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス」とされており、土地も

不動産、建物も不動産、その定着物も不動産とされていること[10]が挙げられた。

土地抵当権の効力は建物に及ぶ、という趣旨の原案三六五条については、以上のような反論が出され、その結果、「抵当地ノ上ニ在スル家屋ヲ除ク外」という文言が加えられることとなった[11]。

2　土地建物の一括競売案

原案三六五条に右のような修正が行われた結果、新たに、「抵当権ノ目的タル土地ノ上ニ抵当権設定者ノ所有ニ係ル家屋アルトキハ抵当権者ハ土地ト共ニ之ヲ競売スルコトヲ得但其優先権ハ土地ノ代価ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得」という修正案が付け加えられた[12]。これは、抵当地に土地所有者が所有する建物が存在する場合には、建物の築造が、抵当権設定の前後を問うことなく、土地と建物を一括して競売する、という趣旨である。梅博士は、この修正案について、抵当制度における土地と建物の別個独立性を前提とすると、抵当地への建物の築造後に土地を競売した場合、建物の取壊しを余儀なくされる、しかし、この場合に、建物のために地上権の設定あり、と構成すると、土地の競売価格が安価となり、抵当権者の不利益となる、それ故に、このような一括競売を行うこととした、と説明している[13]。

右の修正案に対しても、反対意見が相次いだ。それは、一括競売は、わが国における土地と建物の別個独立性になじまない、という理解に起因する。つまり、わが国では、土地のみ、家屋のみの競売が行われているため、一括競売は、国民の意識に合致するものではなく[14]、仮に一括競売されても、競売法の規定次第では、土地と建物を別個に競落することを許容することになる[15]、というのである。そのほか、修正案のような一括競売に対しては、建物の居住者の退去が余儀なくされるとか[16]、抵当権設定者により築造された建物が、第三者名義となった場合に効果がない[17]、という批判が加えられた。後者については、旧三八九条について、同様の問題が生じていたことを

鑑みると興味深い。[18]

3　一括競売案から法定地上権制度の制定へ

以上のような議論を経て、次第に、現行三八八条及び旧三八九条に近い案が提案されるようになってくる。具体的には、①土地への抵当権設定当時に建物が存在するか否かを問わず、抵当権の実行を機縁として、建物のために地上権が設定される、としてはどうか、という提案[19]、さらには、土地への抵当権設定当時に建物が存在するか否かという点に着目して、②土地への抵当権設定当時に建物が存在する場合には、抵当権者は、建物の存在を前提としつつ、土地のみしか競売し得ないことを予測しているため、土地のみを競売することにしても差し支えない、他方、土地への抵当権設定後、土地所有者、あるいは、借地人が、抵当地に建物を築造した場合には、仮に、土地のみの競売しか認められないとすると、抵当権者を害することになるため、この場合には、抵当目的物を増やす、という提案[20]、③土地への抵当権設定当時に建物が存在した場合には、抵当権実行を契機に地上権が設定され、他方、土地への抵当権設定後に建物が築造された場合において、建物の築造が、抵当権者の承諾を得たものであるときには、抵当権実行を契機に、建物のために地上権が設定され、抵当権者の承諾を得ていなかったときには、（建物の所有者を問わず）抵当権の実行を契機に、土地建物を一括競売し得る、としてはどうか、という提案[21]が出された。

これらの案が提示された後、梅博士は、土地への抵当権設定当時に建物が存在した場合とそうでない場合とでは、関係者の利害関係は異なる、という認識を示し、特に、後者の場合には、土地建物の一括競売が望ましい、という理解に至った。その理由は、裁判所は、地代の相場が変動する可能性を考慮すると、地上権の存続期間を決めにくいため、というものである。[22]

右のような議論を経て、新たな修正案は、①③案を基に作成するという方針が決定された。[23] その後、梅博士が、「抵当権設定ノ当時ニ於テ抵当地ニ抵当権設定者ノ所有ニ係ル建物アルトキハ抵当権設定者ハ土地競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ留保シタルモノト看做ス但地代ハ当事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム」「抵当権設定後ニ其設定者カ抵当地ニ建物ヲ築造シタルトキハ抵当権者ハ土地ト共ニ之ヲ競売スルコトヲ得但其優先権ハ土地ノ代価ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得」という新たな修正案を作成した。[24]

まず、前者の修正案については、さらに、建物に抵当権が設定された場合についても、適用があるのではないか、という点が検討され、その結果、「抵当権設定ノ当時土地ニ建物アル場合ニ於テ土地又ハ建物ノミヲ抵当トシタルトキハ抵当権設定者ハ競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ当事者ノ請求ニ依リ裁判所之ヲ定ム」という修正が行われた。[25] さらに、右の修正後、本条は、「同一の所有者に属する場合」を予定していることを明文化する趣旨の修正が施されることになった。[26]

後者の修正案は、旧三八九条と同様のものとなっているが、この修正案についても、二、三の問題点が指摘されている。その中には、抵当地の利用を危惧する意見も見受けられる。それは、当該修正案によれば、更地抵当権者は、更地を賃借した上で築造された建物の取壊しが可能になるが、このことは、土地抵当権が、土地所有者の土地利用権を非常に制限することにならないか、というものである。[27] 梅博士は、右の意見に対して、比較法的見地からしても、抵当権が物権である以上、何人も抵当権の行使を妨げるような利用ができないのは当然であり、他方、短期賃貸借制度により、一定の期間内の土地賃貸借は抵当権に対抗可能となっており、このような形で抵当権と利用権の調整は図られる、と説明している。[28]

【小括】民法起草時には、まず、立案担当者である梅博士から、抵当権の効力は目的となった不動産の付加一体物に及ぶ、という趣旨の原案が提示され、それと共に、土地抵当権の効力は、建物にも及ぶ、という理解が示された。もっとも、梅博士自身、このような理解の妥当性については、確信を持っていなかった様子である。[29] しかし、この提案は、他の起草委員から、わが国の慣習に反する、という理由より、激しい反論を受けた。立法時の議論より推し量るに、確かに、当時は、土地建物を別個の不動産として取り扱う慣習、あるいは、慣習まではいかなくても、両者を別個の不動産として、売買、競売、競落する、という慣行のようなものが存在した様子である。

その後、土地と建物の関係についての議論が展開された結果、右の原案について、両者を別個の不動産として取り扱う旨の修正が行われ、それを受けて、新たに、土地に設定された抵当権を実行するときには、土地とともに地上建物を競売する、という趣旨の修正案が提示された。抵当権実行を機縁とした地上権の設定を提案しなかった理由は、当初、梅博士は、抵当権設定時に建物が存在したか否かにより、関係当事者の利益状況が異なると認識していなかったため、土地抵当権設定後に建物が築造された場合についても、右のような地上権設定を容認することは、土地抵当権者の利益を害する、と考えていたことと、地上権を設定する方向の案としては、裁判所が、土地に設定される地上権の地代を定めた後に、地上権の負担付きの土地を競売する、というものを考えていたが、それは、裁判所の負担が大きく、そもそも、当事者の意図を無視して、裁判所に地代を決定をさせる事自体、適切でない、と解していたためであった。[30] この趣旨の見解は、本文以外の議論のなかではしばしば現れている。[31] しかし、このような一括競売案は、土地建物の別個取扱いが貫徹されていない、という理由より、削除され、抵当権設定時に建物が存在する場合については、抵当権実行を機縁とした地上権設定、抵当権設定時に建物

が築造されていなかった場合には、土地と共に建物を一括して競売する、という形の法定地上権、一括競売制度が制定されるに至った。このように、立法当時は、土地建物の別個独立性を貫徹することが重視されていたのである。

（3）例えば、松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察（一）ー抵当権設定後の更地への建物建築による土地利用の場合ー」民商八〇巻三号二八三頁（一九八〇年）、田中克志「土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度」静法二巻三＝四号一頁（一九九八年）。

（4）『日本近代立法資料叢書2　法典調査会　民法議事速記録二』七九三頁以下（商事法務研究会　一九八四年）。

（5）例えば、法典調査会民法議事速記録二・七九五頁（横田）、八〇七頁（尾崎）、八〇八頁（長谷川）。

（6）法典調査会民法議事速記録二・七九五頁以下（横田）、七九六頁以下（高木）、八〇二頁（土方）、八〇四頁（高木）等。

（7）法典調査会民法議事速記録二・八〇五頁（磯部）。

（8）法典調査会民法議事速記録二・九二三頁（高木）。

（9）法典調査会民法議事速記録二・八〇三頁以下（田部）。具体的には、土地への抵当権設定後に建物を築造した場合、土地登記簿には、抵当権の登記が記載されているが、建物登記簿には、抵当権の登記は記載されないため、抵当権者は、自己の抵当権の効力が及んでいる建物の存在を知り得ない、とか、土地抵当権の効力が、登記の有無に関係なく、建物にも及ぶとしたとしても、その効力を第三者に対抗するためには、結局、登記が必要ということにならないか、ということが言われている。

（10）法典調査会民法議事速記録二・八〇八頁（長谷川）。

（11）法典調査会民法議事速記録二・八五六頁。しかし、その後、現行八七条の審議においても、起草者グループは、土地建物の一体的取扱いを提案している。この提案に対しては、抵当権の章における土地建物別個取扱いの根拠となった慣習に

背くことになる、あるいは、土地の売却により、建物までも奪われることになる、という反論が出され、その結果、同条においても、土地建物は、別個の不動産と構成されることになった（『日本近代立法資料叢書14　法典調査会民法整理会議事速記録』三六頁以下〈商事法務研究会、一九八八年〉）。

(12) 法典調査会民法議事速記録二・九一八頁。

(13) 法典調査会民法議事速記録二・九一九頁（梅）。

(14) 法典調査会民法議事速記録二・九二三頁（高木）、九二六頁（元田）。

(15) 法典調査会民法議事速記録二・九二六頁（元田）。もっとも、梅博士は、競売法上も、土地建物を一括して競落させることを考えていた様子である（法典調査会民法議事速記録二・九二二頁）。

(16) 法典調査会民法議事速記録二・九二四頁（土方）。

(17) 法典調査会民法議事速記録二・九二五頁（元田）。梅博士は、第三者が、抵当地に建物を築造した場合について、当該建物の築造は、土地が競売される事態を前提としたものであるため、建物は、土地抵当権の実行の結果、取り壊されてもよいが、抵当地と共に売却し得るとすることは、穏当ではない、という見解を示している（法典調査会民法議事速記録二・九三〇頁以下）。

(18) 福岡高決昭三八・六・一九日（下民集一六巻一一八〇頁）、東京高決平六・八・九（金法一三九八号一二三頁）。

(19) 法典調査会民法議事速記録二・九二二頁以下（高木）、九二七頁（高木）。

(20) 法典調査会民法議事速記録二・九二四頁（土方）。

(21) 法典調査会民法議事速記録二・九二五頁以下（元田）、九二七頁（元田）。

(22) 法典調査会民法議事速記録二・九二七頁（梅）。

(23) 法典調査会民法議事速記録二・九二八頁以下。

(24) 法典調査会民法議事速記録二・九五〇頁以下。

(25) 法典調査会民法議事速記録二・九五三頁（梅）。

(26) 法典調査会民法議事速記録二・九五四頁以下（梅）。
(27) 法典調査会民法議事速記録二・九五六頁（磯部）。
(28) 法典調査会民法議事速記録二・九五七頁（梅）。
(29) 法典調査会民法議事速記録二・七九五頁（梅）。
(30) 法典調査会民法議事速記録二・九二三頁（梅）。
(31) 法典調査会民法議事速記録二・九五三頁（梅）。

三　判例理論の問題点

民法制定後、法定地上権制度は、判例による拡張解釈を通じて、建物の保護に寄与してきた。このような拡張解釈の傾向、及び、法定地上権の成否に関する判例理論は、概ね支持されている。しかし、右の判例理論には、問題も残されている。その典型は、(1) 更地事例であろう。この問題に妥当な解決を導けないことが、法定地上権制度最大の問題点と考えられている。[32] また、法定地上権の成否に関する判例の中で、残された問題としては、(2) 共有不動産に関する事例がある。この問題については、最高裁の見解が明らかとなり、且つ、平成三年に新設された借地借家法一五条（自己借地権制度）により、紛争の予防が可能となった。しかし、共有形態いかんによっては、問題が残されたままとなっている。そのほか、(2) と同様、近時、最高裁の見解が明らかとなった問題としては、(3) 共同抵当再築事例があるが、当該判決についても、理論的な整合性等について、異論があるところである。したがって、以下では、これら三種類の判例の問題点を明らかにすることを通じて、法定地上権制度自体の問題を考える。

1　更地事例

当該問題のリーディング・ケースは、大判大四・七・一（民録二一輯一三一三頁）である。本件事案は、A所有の更地にXに対する抵当権が設定された後、A所有の建物が建築され、さらに、当該建物にYに対する抵当権が設定されていたところ、Xが抵当権を実行、競落、さらにその後、Yが抵当権を実行、競落したため、Xが、Yに土地の明渡しを請求した、というものである。大審院は、本件事案について、民法三八八条は、三八九条との関係より、抵当権設定時に、建物が土地の上に存在する場合を予定していると考えられること、及び土地への抵当権設定当時、建物が土地の上に存在しなかった場合には、抵当権者は、負担のない土地であることに着目した上で、抵当権を設定したのであり、当該土地が地上権等の負担を受けることになれば、その意に反する、という理由より、法定地上権の成立を否定した。

このような判例の見解に対して、別の価値基準に基づく意見も存在する。例えば、柚木博士は、①抵当権設定後、抵当権設定者の使用収益は禁じられておらず、むしろ、抵当地への建物の建築を通じて抵当地の価値の増大に努めることが望ましく、民法がそれを希望しているのに、競落を機に建物を収去させるのは矛盾である、②土地抵当権者は、後に建築される建物のために、当該土地が地上権の負担を負うことを予期するべきである、[33] ③土地抵当権者は、抵当権設定後に建築された建物のために法定地上権が成立することを回避するために、土地建物の一括競売権（旧三八九条）が認められている、という理由より、法定地上権の成立を主張される。[34]

右の判決の内容と柚木説を比較すると、前者は、先述の法定地上権制度及び一括競売制度の立法経緯を重視した内容になっているのに対し、後者は、抵当地の利用を重視した内容になっていることがわかる。もっとも、立法時においても、更地に設定された抵当権と利用権の調整について、特に、賃借権との関係について、問題が提

起されていた。しかし、梅博士は、物権である抵当権が賃借権に優先するのは当然であり、抵当地の利用権の保護は、短期賃貸借制度（旧三九五条）により図るものと考えていた。[35]

なお、この更地事例については、抵当権設定当事者間に存在した個別具体的事情の取扱いがしばしば問題となっている。すなわち、抵当権者が、建物の築造を承認し、実際に建物の土台が築造されていたような場合、あるいは、抵当権設定当事者が、建物を築造したときは、地上権を設定する旨を合意していた場合、このような個別具体的事情を考慮して、土地の競落を機に法定地上権の設定を認め得るか、という問題が生じたのである。[36] この点について、裁判所は、前者については、上述のような事情があるものの、他方で、抵当権者は、更地と評価しており、且つ、抵当権者自身が競落していた、という事情より、後者については、競落人が、他人の行為（抵当権設定当事者の合意）により、みだりにその所有地に地上権を負担する理由はない、という理由より、法定地上権の成立を否定している。

2　共有不動産の事例

この問題は、例えば、ＡＢが共有している土地にＡが建物を所有していたところ、Ａの土地持分権について、抵当権が設定され、更に、これが実行を受けた場合、共有地に法定地上権の成立を容認し得るか、というものである。同様の問題は、昭和五八年の建物の区分所有等に関する法律の改正により、二一条において、専有部分と土地利用権の分離処分が禁止される以前には、区分所有建物においても生じていた。[37]

この問題は、多様な土地建物の共有形態において生じ得るものであり、今日までに、各共有形態において生じた問題について、最高裁の見解が明らかとなっている。[38] それらを総合すると、判例は、土地の共有持分に抵当権が設定され、これが実行を受けた場合については、法定地上権の成立を否定している。共有地に法定地上権とい

う負担を課すことは、共有地の処分行為に該当し、共有者全員の同意が必要であること、及び共有地への法定地上権の成立は、他の土地持分権者の利益を侵害するおそれがあるため、という理由である。更に、判例は、抵当権設定者以外の土地共有者が、法定地上権の成立を容認していたとしても、土地持分権の競落人を保護するため、それが客観的に明らかとなっていない限り、法定地上権の成立を認めない。(39)

しかし、平成三年の借地借家法制定時に新設された自己借地権制度（借地借家法一五条）を利用することにより、当該敷地利用権問題は、回避し得ることになった。もっとも、持分への抵当権の設定に先立ち、自己借地権の設定がなされていなかった場合には、従来通り、この問題が生じる。また、そもそも、冒頭の例のように、土地の持分権者の一人が共有地上に建物を所有している場合については、同条の自己借地権制度は利用し得ない。このため、現時点では、このような共有形態の土地建物の所有者（持分権者）は、自己の不動産の担保価値を利用することが困難な状態にある。

3　共同抵当再築事例

共同抵当再築事例の問題とは、同一所有者に帰属する土地建物に共同抵当を設定したものの、建物が取壊され、再築された場合、土地抵当権の実行を契機に、法定地上権の成立を容認し得るか否か、というものである。この問題に関する最上級審判決としては、古くは、大判昭一三・五・二五（民集一七巻一一〇〇頁）がある。本件事案は、YがAに対して、自己所有の土地建物に共同抵当を設定していたところ、建物が火災により消失したため、Yの妻であるY′が、右建物と位置構造範囲が同様の新建物を建築していたが、その後、土地抵当権の実行の結果、Xが当該土地を競落したため、Y′所有の新建物のために法定地上権が成立するか否かが問題となった、というものである。右の大審院判決は、本件事案について、民法三八八条の法理は、土地建物の一方のみに抵当権が設定

された場合と土地建物の共同抵当の場合で異なるものではなく、大判昭一〇・八・一〇（民集一四巻一五四九頁）では、土地建物の一方のみに抵当権が設定された後に、建物が滅失、再築された場合について法定地上権の成立を容認しており、それ故に、新建物について、法定地上権を容認し得る、と判示した。

右判決の理解は、個別価値考慮説と呼ばれ、[40] 近時まで支持されて来たが、再築建物のために法定地上権の成立を容認するこの判例理論は、バブル崩壊期に、土地抵当権の実行妨害に利用されることとなった。このような事情もあり、東京地裁執行処分平成四・六・八（金法一三二四号三六頁）は、全体価値考慮説による新たな解釈を打ち出し、さらにその後、最判平九・二・一四（民集五一巻二号三七五頁）が、同説を採用した。

本判決の事案は、Y_1が、Xに対して、自己所有の土地建物に共同抵当を設定したが、Xの承諾を得た上で、建物を取壊し、その結果、Xが本件土地を更地として評価していたところ、他方で、Y_2が、Y_1より本件土地を賃借し、さらに、賃借権の仮登記をした上で、新建物を建築したため、Xが旧三九五条但書に基づき本件賃貸借の解除を求め、これに対して、Yらは、新建物のための法定地上権が成立する、と主張した、というものである。本判決は、本件事案について、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であり、抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は、当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価格相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不測の損害を被る結果になり、抵当権設定当事者の合理的な意思に反する」という理由より、「新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、

新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない」と判示した。

右判決の見解は、その後、最判平九・六・五（民集五一巻五号二一一六頁）においても、踏襲されており、原則的に法定地上権の成立を否定する同判決の結論は、支持されている。[41] しかし、それと同時に、本判決の採用している全体価値考慮説については、理論的な整合性を疑問視する見解も存在する。例えば、高木教授は、共同抵当の設定当初について、土地抵当権が把握している価値が底地価値なのか、更地価値なのかが明らかにされておらず、仮に底地価値とすると、法定地上権を否定する論理が危うくなり、更地価値とすると、利用権なくして存続し得ない建物に独立の不動産としての地位を認めるわが国の物権法体系の基礎に抵触する、[42] とか、建物の滅失を通じて、建物抵当権に把握されていた土地の利用権の価格が土地抵当権に吸収されることになっている、[43] と指摘される。

また、同説は、土地抵当権により底地価格、建物抵当権により法定地上権付き建物の価値を把握している、という理解を前提とした考え方であるが、土地建物の共同抵当についてのこのような理解は、担保実務の常識から乖離している、とも言われている。すなわち、堀氏は、土地建物に共同抵当を設定する場合には、抵当権者は、法定地上権のことは念頭になく、土地建物の一体的な担保評価、さらにその多くは、土地を中心とした担保評価をしている、と述べられている。[44]

このように、共同抵当再築事例については、判例上、全体価値考慮説を採用して、原則的に法定地上権の成立を否定する取り扱いが定着しているが、それと共に、右のような理論上の問題点、及び担保実務上の取り扱いからの乖離が指摘されているのである。

【若干の検討】民法制定後、法定地上権の成否については、複雑な判例理論が構築されたが、それらについては、全く異論がないわけではない。そして、この問題を考えるにあたり、法定地上権制度自体の問題も浮き彫りにならざるを得なかった一面がある。本節で言及した個々の法定地上権の成否に関する問題点は、以下のような法定地上権制度の本質的な問題に起因していると考えられよう。

一つは、更地事例については、抵当権者の意思と予測、及び法定地上権制度の立法経緯を尊重した場合、抵当地の利用を保護する結論を導き出すことが困難、ということである。柚木説によれば、それは可能であるが、これまで構築されてきた法定地上権の判例理論との整合性が問題となろう。

もう一つは、法定地上権制度は、更地事例や、共有不動産の事例に現れたような、抵当権設定当事者及び利害関係者間の個別具体的な事情を斟酌して、柔軟に地上権の成立を容認し、建物保護を図ることが困難、ということである。もっとも、最判昭五二・一〇・一一（民集三一巻六号七八五頁）は、抵当地上の非堅固建物が堅固建物に再築されたが、抵当権者が、当該再築を承認していたという事情が存在した事案について、再築建物を基準とした法定地上権の成立を容認している。つまり、この場合については、個別具体的な事情を斟酌して、法定地上権の成立を容認したのであるが、当該事案は、抵当権者が、建物の再築を前提に担保評価を行い、且つ、抵当権者自身が競落したものであった。

個別具体的な事情を考慮して、法定地上権の成立を容認することが困難な理由は、抵当権者及び競落人の利益保護を図ることにある。特に、第三者による競落を想定した場合、第三者が予測困難な個別具体的事情を斟酌して、法定地上権の成否を決することはできない。現在では、民事執行法上に物件明細書制度（六二条）が置かれ、法定地上権の成否に関する裁判所の判断が示されるため、この点から、競落希望者は、法定地上権の成否を予測

可能とも考えられる。しかし、この物件明細書の記載は、法的拘束力を持たないため、[45] 競落人保護には十分とは言えない。

(32) 我妻栄『新訂　担保物権法』三五二頁以下（岩波書店　一九七五年）は、解釈論として、判例に賛成するものの、このような結果は、抵当地の利用を妨げる一大障害であり、立法上再考を要する価値権と用益権の不調和、と評している。

(33) もっとも、柚木馨『担保物権法』三一三頁以下（法律学全集19　有斐閣　一九六四年）では、この場合の地上権の内容は、当初より建物が存在した場合の権衡上、土地抵当権者にとって負担のもっとも軽いものであるべきである、と考えられている点に注意を要する。

(34) 柚木・前掲注（33）三一三頁以下。なお、松本・前掲注（3）六二頁以下も、関係当事者の利益及び不動産鑑定評価を検討した結果、柚木説と同様の立場に立つ。

(35) 本稿一一五頁参照。

(36) 前者について、最判昭三六・二・一〇（民集一五巻二号二一九頁）、後者について、大判大七・一二・六（民録二四輯二三〇二頁）。

(37) 東京地決昭五二・一〇・二七（判時八八二号六三頁）、東京地判昭五三・二・一（判時九一七号八六頁）、東京地判昭五八・八・二六（金判七〇〇号三一頁）、東京高判平二・三・二七（判時一三五五号五九頁）、東京高判平三・一・一七（判タ七六八号一五九頁）、東京地判平三・一・三〇（金法一二九一号三一頁）。

(38) 最判昭二九・一二・二三（民集八巻一二号二二三五頁）、最判昭四四・一一・四（民集二三巻一一号一九六八頁）、最判昭四六・一二・二一（民集二五巻九号一六一〇頁）、最判平六・四・七（民集四八巻三号八八九頁）、最判平六・一二・二〇（民集四八巻八号一四七〇頁）。なお、この問題の詳細については、上河内「共有不動産における法定地上権の成否に関する判断基準」広法二一巻三号一三五頁以下（一九九八年）参照。

(39) 最判昭四四・一一・四（民集二三巻一一号一九六八頁）。
(40) 共同抵当再築事例に関する学説の詳細については、伊藤進「土地建物共同抵当における建物再築と法定地上権（上）」ジュリ一〇五五号一四〇頁以下（一九九四年）参照。
(41) ただし、大阪地判平九・三・二一（判時一六三八号一一六頁）は、別の構成を採用している。
(42) 高木多喜男「共同抵当権設定後における建物の取壊し・新築と法定地上権」リマークス一九九八年（上）二〇頁以下。
(43) 高木多喜男「共同抵当における最近の諸問題」金法一三四九号一三頁（一九九三年）。
(44) 堀龍兒「共同抵当の対象となっている土地・建物の内建物が取り壊されて新建物が建築された場合の法定地上権の存否」判タ六七一号六九頁（一九九八年）。
(45) 松山地判平六・六・二二（判時一五三一号一二五頁）。

四　法定地上権制度に関する学説の見解

1　法定地上権制度の問題点

学説は、特に、上述の三つの判例を検討するにあたり、民法三八八条の拡張解釈の限界[46]、ひいては、法定地上権制度の不備を指摘するようになった。法定地上権制度への懐疑的な意見のうち、特に、法定地上権制度の不備、あるいは、問題点、という形で、明白に指摘されている内容は、以下の五点に集約できる。

まず第一は、建物の存続を図るという制度趣旨からすると、民法三八八条の成立要件は、狭すぎる、ということである[47]。これは、民法三八八条は、法定地上権を成立させて建物の存続を保護する要件を「土地及ヒ其ノ上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタル」場合に限定していることを批判するものである。第二は、法定地上権の成否が不明確、ということである[48]。このことは、抵当権者や競落

人が、抵当権設定時、あるいは、競落時に、法定地上権の成否を予測することが困難、という事態を惹起する。[49] 第三は、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、ということである。[50] つまり、競落後に、土地所有者と地上権者との間でこの点を決しなければならないため、その間、両者間の関係が不安定になる。[51] 第四は、公示が不十分、ということである。[52] 第五は、民法三八八条の予定している借地権が、通常、借地権として用いられている賃借権ではない、ということである。[53] 民法三八八条が、地上権を予定している理由は、民法制定当時、長期の建物維持のためには地上権が用いられるものと考えられていたため、といわれている。[54] しかし、その結果、一般に利用されていない借地権を設定するものとなっている、というのである。

2　法定地上権制度の見直し及び立法論

学説は、法定地上権制度について、右のような問題意識を持ちながら、法定地上権の成否に関する問題を考えるにあたり、以下のような提言を行うようになった。

（1）　法定賃借権

前述の通り、民法三八八条が、敷地利用権として地上権を予定している点を批判する見解も多い。このことは、近時、前述三2の共有不動産における法定地上権の成否を検討する際にも主張された。例えば、半田教授は、当該問題を考えるにあたり、「民法三八八条の真のねらいは建物の収去・崩壊を防ぐという点にあり、法定地上権の設定はその手段として利用されたにすぎないものであって、設定せらるべき利用権が地上権である必然性はなく、法定賃借権であっても差支えなかったはずであ」り、賃借権の物権化の傾向が著しい今日では、建物保護という民法三八八条の目的のためには、当事者の意図に合致するように、法定地上権の内容及び効力を賃借権に縮減しても、同条の立法趣旨に反しない、と述べられている。[55]

しかし、この点については、別の意見も存在する。例えば、槇教授は、民法三八八条等が、賃借権ではなく、地上権を予定しているのは、建物所有のための土地利用権の合理的形態を地上権と解したためであり、他方、借地法は、賃借権と地上権の内容を接近させていること、さらに、解釈上も両者の内容の格差を除去する方向にあることより、民法三八八条の敷地利用権は、地上権であるべき、と主張される。[56] また、民法三八八条が地上権を予定したのは、譲渡性を有する物権を成立させることにより、建物に関するその後の取引を可能にし、建物の利用をより完全にするためである、という見方もある。[57] このように、民法三八八条の内容を賃借権に改正することが妥当か否か、という点については、意見が一致していない。

（2）一括売却における売却代金の割付けと法定地上権

他方、法定地上権の取り扱いに関する実務についても、見直しが行われている。まず、一括売却に付された土地建物の売却代金の割付けをめぐり、必ず、法定地上権価格を前提としている執行実務について、その是非を問う意見が出されている。[58] これは、共同抵当を設定した土地建物が一括売却され、その売却代金の配当を決する際に、必要がないにもかかわらず、法定地上権価格を観念した上で配当が算定されている取り扱いを非難するものである。そして、このような考えは、共同抵当再築事例の問題を考える際にも影響を及ぼしている。すなわち、共同抵当再築事例の一つである前述最判平九・六・五は、土地と再築建物の一括売却がおこなわれ、その売却代金の割付をめぐって、法定地上権の成否が問題となった事案であったが、最判平九・二・一四と同様の理由より、法定地上権の成立を否定している。しかし、この裁判例を前提にしつつ、法定地上権制度は、そもそも、土地所有者と建物所有者が分離した場合に、建物の適法な存続を保護を図ることを目的としているのであり、したがって、一括競売がなされて、右のような事情がないにもかかわらず、配当の割付をめぐって、その成否を論じる必

要はないのではないか、という意見も出されているのである。[59]

（3）売却代金授受の当事者の変更

また、法定地上権制度に関する執行実務について、競売時における法定地上権価格の授受の当事者を変更することにより、法定地上権制度を合理的に運用することも主張されている。これは、法定地上権問題の根元は、不動産競売の際、法定地上権価格が、建物の側に加えて評価されている点にある、という理解に基づく。すなわち、土地の評価は、土地自体の価格であり、建物の評価は、建物自体の価格であるため、①建物抵当権が実行された場合、建物競落人は、競落した建物の敷地利用権として、法定地上権を取得するが、その対価分を建物抵当権者ではなく、土地所有者に交付するべきであり、右対価の支払いがない場合には、土地所有者は、地上権の解除を請求することができ、②土地抵当権が実行された場合には、土地競落人は、土地自体の価格を買受代金として納付し、さらに、競売を機縁として設定することになった法定地上権について、建物所有者から法定地上権設定価格を受け取るべきであり、これがない場合には、地上権を解除できる、と考えるべき、という。[60] このような取扱いは、抵当権者の利益保護と法定地上権の成立を両立させることを試みているのであるが、これにより、理論的には、共同抵当再築事例及び更地事例についても、建物のために法定地上権の成立を容認しつつ、抵当権者の利益保護を図ることが可能である。

【若干の検討】従来、学説においては、法定地上権制度の問題点及びその改善策として、右のようなものが考えられてきた。法定地上権制度については、様々な問題点が指摘されるようになってきているものの、その中でも、近時は、特に、法定地上権制度の不明確性が指摘される傾向にある。また、法定地上権制度の改善策もいくつか

挙げられているが、それらは、法定地上権制度に関する問題意識と対応しているものもあれば、そうでないものもある。そのうち、上述の2（2）（3）は、法定地上権に関する執行実務に対する提案である。つまり、これらは、法定地上権制度の改廃以外にも、現行の法定地上権制度を前提として、実務上の取り扱いを変えていく、という改善策がある、ということを示唆している。そして、これらは、共に、共同抵当再築事例を検討する際に提示された考えである、という特徴を有している。

（46）例えば、高木多喜男「法定地上権に関する最近の裁判例について」神戸一六巻一・二号三五四頁（一九六六年）では、当時の判決のほとんどが否定判決となっている、と述べている。また、林千衛「法定地上権」五八頁（総合判例研究叢書民法（5）、一粒社、一九七七年）においても、同様の指摘がなされている。

（47）藪重夫「法定地上権」法学教室（第一期）（2）一一四頁（一九六一年）。

（48）柚木・前掲注（33）三〇七頁、柚木馨編『注釈民法（9）』一七八頁〔柚木馨・上田徹一郎執筆〕（有斐閣　一九六五年）、水田耕一「法定地上権成立の限界」金法五五七号一九頁（一九六九年）、鈴木正和「共有土地・建物の競売と法定地上権」判タ七九一号七〇頁（一九九二年）、柚木馨・高木多喜男編『新版　注釈民法（9）』四八六頁〔生熊長幸執筆〕（有斐閣　一九九八年）。

（49）田中克志「法定用益権の効力とその内容」加藤一郎・林良平編『担保法大系第一巻』四九〇頁（金融財政事情研究会　一九八四年）。

（50）柚木・前掲注（33）三〇七頁、柚木編・前掲注（48）一七八頁〔柚木・上田執筆〕、柚木＝高木編・前掲注（48）四八六頁〔生熊執筆〕、田中・前掲注（49）四九〇頁。水田・前掲注（48）一八頁以下では、法定地上権の成立時期が明確に予測し難いことが、その原因であると考えている。

（51）鈴木禄彌『借地法（上）』二五〇頁（青林書院新社　一九七一年）。

(52) 柚木編・前掲注（48）一七八頁〔柚木・上田執筆〕、柚木・前掲注（32）三〇七頁、柚木＝高木編・注（48）四八六頁〔生熊執筆〕、荒木新五「土地と地上建物に共同抵当権が設定された後に建て替えられた新建物に土地の抵当権と同順位の共同抵当権が設定された場合において右建物抵当権の被担保債権に優先する租税債権がある場合の法定地上権の成否」判タ九五七号七四頁以下（一九九八年）。

(53) 加藤一郎「担保法の展開―実体法の視点から」加藤一郎・林良平編『担保法大系第一巻』一四頁（金融財政事情研究会一九八四年）、荒木・前掲注（52）七四頁以下、鈴木・前掲注（48）七〇頁。

(54) 加藤・前掲注（53）一四頁。

(55) 半田正夫「不動産の共有と法定地上権（一）」近法一七巻一・二号一三〇頁以下（一九六九年）。立法の分野においても、例えば、仮登記担保契約に関する法律一〇条では、法定賃借権が予定されているが、その理由は、通常、建物所有のための土地の利用権として、賃借権が用いられていることにある（法務省民事局参事室官編『仮登記担保法と実務』一〇二頁以下〈金融財政事情研究会　一九七九年〉参照）。

(56) 槇悌次『担保物権法』二一五頁以下（有斐閣、一九八一年）。同旨、松井宏興「法定地上権制度の基礎的検討」『伊藤進教授還暦記念論文集　民法における「責任」の横断的考察』一四九頁（第一法規、一九九七年）。

(57) 正木勝彦「代物弁済予約と法定地上権」判タ二六〇号八〇頁（一九七一年）。

(58) 小林明彦ほか「座談会　再築建物のための法定地上権をめぐって―二つの最高裁判決を中心に―」金法一四九三号四一頁以下（一九九七年）。

(59) 松本恒雄「民法三八八条（法定地上権）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年　Ⅱ』（有斐閣　一九九八年）六七五頁以下。松本教授は、一括売却代金の配当方法として、土地建物を一括して評価して、その内訳として、法定地上権の制約を受けない土地の評価額と建物本体の評価額を算出した上で、通常の土地建物共同抵当の一括競売の場合よりも、土地抵当権者を若干優遇するために、一括売却代金の配分について、建付減価額を土地ではなく、建物の価格から減価させる、という計算をすればよい、と述べられている。

(60) 須磨美博「法定地上権―実務からみた運用上の問題点とその対策―」ジュリ一〇五五号一四八頁以下（一九九四年）。同旨、秦光昭「建物の再築等と法定地上権―借地権価格は誰に帰属するか―」手研四七〇号二三頁以下（一九九二年）。