

〈論 説〉

法定地上権制度を考える（その2・完）

— 自己借地権制度を視野に入れて —

松 田 佳 久

目 次

- I はじめに
- II 自己借地権制度と借地借家法 15 条創設の経緯
- III 各種立法案の検討と是非（1. (3)②まで創価法学第 51 巻第 1 号、以下本号）
- IV おわりに

③ 抵当権設定時に法定地上権が予測される場合

A. 抵当権設定当時同一人、競売当時別人型

a. 抵当権設定物件の譲渡型

ア. 同一人に属する土地・建物のうち、抵当権が設定された建物が譲渡された場合（C-3-1 類型）

「現行法」：同一人に属する土地および地上建物のうち、地上建物にのみ抵当権が設定された類型であり、その後に地上建物が譲渡されたとしても法定地上権が成立する。

「委員会案」：原則として土地およびその地上建物が同一人に帰属している場合に、地上建物にのみ抵当権が設定されることはない（試案民 370 I 2 文）。例外的に自己借地権の設定登記がなされている場合は、地上建物にのみ抵当権が設定されることはあり得る（試案民 370 I 但書）。その場合、建物抵当権が実行されても競落された建物は約定利用権（当初は自己借地権）付きで存続することになる。

「松岡案③」：地上建物にのみ抵当権を設定するということは自己借地権が設定されているということになる。地上建物はいったんは譲受人の所有となり、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発

生することになり、当該地上建物に従属する。その後、建物抵当権の実行により競落人は当該譲受人に優先して約定利用権（当初は自己借地権）付きの建物所有権を取得する。

「松岡案④」：地上建物にのみ抵当権を設定する直前に自己借地権が法定され、「松岡案③」と同様の効果となる。

イ. 同一人に属する土地・建物のうち、抵当権が設定された土地が譲渡された場合（C-3-2類型）

「現行法」：同一人に属する土地および地上建物のうち、土地にのみ抵当権が設定された類型であり、その後に土地が譲渡されたとしても法定地上権が成立する。

「委員会案」：土地抵当権は地上建物に及んでいる。そして、土地抵当権が設定されている旨が地上建物の登記記録中相当区事項欄に記載されているはずである（この記載がなされていなくても実体法上は地上建物に土地抵当権の効力が及んでいる）。その後に土地が譲渡された場合、地上建物のために何らかの土地利用権が設定されることになるが、当該土地利用権はすでに設定登記されている土地抵当権には対抗できない。また、地上建物にはすでに土地抵当権の効力が及んでいることから、実行にあつては土地および地上建物を競売にかけることができ、土地と地上建物とが別個の者によって競落される可能性は低くなる。

「松岡案③」：土地にのみ抵当権を設定するということは、地上建物のために自己借地権が設定登記されているということになる。土地はいったんその譲受人の所有となり、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生することになる。その後、土地抵当権の実行により競落人は当該譲受人に優先して土地利用権（当初は自己借地権）負担付きの土地所有権を取得する。

「松岡案④」：土地にのみ抵当権を設定する直前に自己借地権が法定され、「松岡案③」と同様の効果となる。自己借地権負担付きの（抵当権も負担する）土地が譲渡された後に、土地抵当権の実行により、土地の所有権は土地競落人に移転する。

b. 抵当権が設定されていない物件の譲渡型

ア. 同一人に属する土地・建物のうち、抵当権が設定されていない土地（建物には抵当権が設定されている）が譲渡された場合（C-3-3類型）

「現行法」：同一人に属する土地および地上建物のうち、建物にのみ抵当権が設定された類型であり、その後に土地が譲渡されたとしても法定地上権が成立する。

「委員会案」：建物にのみ抵当権が設定されているということは、自己借地権が設定登記されていることになる（試案民370 I但書、試案借借15 I）。ということは抵当権の設定されていない土地を譲渡すれば、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生することになる。

「松岡案③」：建物にのみ抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されているということである。土地の譲渡により、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生することになる。その後、建物抵当権の実行により競落人は土地利用権（当初自己借地権）付きの建物所有権を取得する。

「松岡案④」：地上建物にのみ抵当権を設定する直前に自己借地権が法定され、「松岡案③」と同様の効果となる。

イ. 同一人に属する土地・建物のうち、抵当権が設定されていない建物（土地には抵当権が設定されている）が譲渡された場合（C-3-4類型）

「現行法」：同一人に属する土地および地上建物のうち、土地にのみ抵当権が設定された類型であり、その後に建物が譲渡されたとしても法定地上権が成立する。

「委員会案」：土地の抵当権は地上建物に及んでいる（試案民370 I 1文）。その後に約定利用権が設定され、地上建物が譲渡されたとしても、土地抵当権が実行されると、地上建物も競売されることになる。¹⁾

「松岡案③」：土地にのみ抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されているということである。地上建物の譲渡により、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生する。その後、

1) 委員会〔大村=角〕・前掲注（1）200。

土地抵当権の実行により競落人は土地利用権（当初自己借地権）負担付きの土地所有権を取得する。

「松岡案④」：土地抵当権設定直前に自己借地権が法定され、「松岡案③」と同様の効果となる。

B. 登記名義同一人、実質別人型 — 抵当権が設定されていない物件の名義同一人型 —

a. 抵当権の設定されていない土地の登記名義が建物所有者と同一人となっている場合（C-3-5類型）

「現行法」：この類型は、土地および地上建物の登記名義は建物抵当権設定当時において同一人名義であるが、実際には抵当権の設定当時において、すでに（抵当権の設定されていない）土地が譲渡されてしまっており、現行の法定地上権制度における成立要件を欠いており、法定地上権は成立しない類型である。

「委員会案」：地上建物における抵当権設定時に土地がすでに譲渡されていることから、地上建物のために約定利用権が設定されていることになる。

「松岡案③」：地上建物のために約定利用権が設定されているはずであり、建物抵当権実行による競落人は約定利用権付きの建物の所有権を取得する。

「松岡案④」：「松岡案③」と同様となる。

b. 抵当権の設定されていない建物の登記名義が土地所有者と同一人となっている場合（C-3-6類型）

「現行法」：この類型は、土地抵当権設定当時、すでに（抵当権の設定されていない）地上建物が譲渡されてしまっているにもかかわらず、地上建物の登記名義が土地の登記名義人と同一だという類型である。したがって、成立要件を欠いており、法定地上権は生じない類型である。このままでは借地借家法10条1項による対抗要件の具備は難しい。

「委員会案」：土地抵当権設定時にすでに地上建物が譲渡されてしまっているから、試案民法370条1項1文には該当せず、土地抵当権の効力は当該地上建物には及ばない。建物は約定利用権を伴うことにより存続保持されることになる。また、当該地上建物のために使用借権が設定されている場合には、地上建物が保護されない事態が生じ得ることになる。使用借権ではない約定利用権に建物譲渡時において対抗要件が具備されていない場合も同様である。こ

の点は現行法も同様である。

「松岡案③」：地上建物のために約定利用権が設定されているはずであり、土地抵当権実行による競落人に対し、建物所有者は対抗要件を具備した約定利用権をもって対抗できる（この場合、対抗要件は、登記によることになる）。

「松岡案④」：「松岡案③」と同様となる。

④ 抵当権実行時に土地と建物が同一所有者に属している場合

A. 抵当権設定当時別人、競売当時同一人型

この類型は、約定利用権の設定されている土地または地上建物に抵当権が設定された後、土地が建物所有者へ譲渡され、あるいは、地上建物が土地所有者へ譲渡されて、土地とその地上建物の所有が同一人に帰属するに至ったものである。

a. 建物に抵当権が設定された場合（C-4-1 類型）

「現行法」：判例（最二小判昭44・2・14民集23・2・357）は、法定地上権の成立を否定する。約定利用権は混同の例外により消滅しない（民179 I 但）から、法定地上権を成立させる必要はない。

「委員会案」：判例と同様、約定利用権は混同の例外により消滅せず（民179 I 但）、地上建物のために存続することになる。

「松岡案③」：混同の例外により約定利用権は消滅せず、地上建物のために存続することになる。

「松岡案④」：「松岡案③」と同様。

b. 土地に抵当権が設定された場合（C-4-2 類型）

「現行法」：約定利用権は混同の例外により消滅しない（民179 I 但）ことから、法定地上権は成立しない。法定地上権が成立するとなった場合、土地抵当権者に著しい不利益が生ずるからである。

「委員会案」：現行法と同様に約定利用権は混同によっては消滅せず、地上建物のために存続することになる。

「松岡案③」：混同の例外により約定利用権は消滅せず、地上建物のために存続することになる。

「松岡案④」：「松岡案③」と同様。

B. 実質同一人、登記名義人別型（前主名義型）—— 抵当権が設定されていない物件の名義前主型 ——

a. 土地および地上建物が同一人に帰属するが、抵当権の設定されていない土地の登記名義が前主のままになっている場合（C-4-3 類型）

「現行法」：この類型は、土地登記名義が前主になっているだけで、実質的には土地および地上建物が同一人所有であり、現行法にあっては、法定地上権成立要件を満たしており、法定地上権の成立する類型である（最二小判昭53・9・29民集32・6・1210）。

「委員会案」：自己借地権の設定登記のないかぎり、地上建物にのみ抵当権を設定することはできないから、事案としてはありえない。

「松岡案③」：自己借地権が設定されている事案ということになる。しかし、土地所有名義が前主名義になっていることから、このままでは自己借地権の設定登記ができない。

「松岡案④」：建物抵当権設定直前に自己借地権が法定されている事案であるが、自己借地権は建物登記により対抗要件を具備している（借借10 I）。

b. 土地および地上建物が同一人に帰属するが、抵当権の設定されない地上建物の登記名義が前主のままになっている場合（C-4-4 類型）

「現行法」：この類型は、建物登記名義が前主になっているだけで、実質的には土地および地上建物は同一人所有であり、法定地上権成立要件を満たしており、法定地上権の成立する類型である。

「委員会案」：地上建物の名義が土地と同一所有者になっていなくても、実際には、土地と地上建物とが同一人の所有であることから、当該地上建物には土地抵当権の効力が及んでいる（試案民370 I 1文）。地上建物が前主の所有名義の場合は、土地抵当権の効力が及んでいる旨の記載が地上建物の登記記録に反映されないことになる。

「松岡案③」：土地に自己借地権が設定登記されている事案ということになる。土地抵当権の実行により、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生することになる。

「松岡案④」：土地抵当権設定直前に自己借地権が法定されるが、建物登記による対抗力は得られない。対抗要件を具備するには土地に設定登記をするか、

地上建物の前主の登記名義を現所有者名義にする必要がある。

(4) 共有不動産

①土地がA・Bの共有で、Aが地上建物を単独所有する場合で、土地持分権に
 抵当権が設定された場合（D-1-1類型）

「現行法」：土地がA・B共有、地上建物はAが単独所有で、Aの土地共有持分に設定された抵当権が実行され、Cが競落した場合につき、判例は、法定地上権が成立するのは、土地の完全な処分権を有する場合であるから、共有者の1人であるAは単独では処分権を有しないとして、法定地上権の成立を否定する（最一小判昭29・12・23民集8・12・2235）。すなわち、法定地上権は成立しないが、Bの土地共有持分上に設定されたAの約定利用権は地上建物のために存続することになる。

「委員会案」：土地共有団（A・B）と建物所有者Aは別個の所有者であり、その間に約定利用権が設定されていることになる。Aの土地共有持分に設定された抵当権は地上建物のために設定された約定利用権負担付の土地の共有持分価値を把握することになる。

「松岡案③」：Aの土地共有持分にのみ抵当権が設定されているということは、地上建物のためにAの土地共有持分上に自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：Aの土地共有持分上に抵当権が設定される直前に当該持分上に地上建物のために自己借地権が法定されていることになる。

②土地がA・Bの共有で、Aが地上建物を単独所有する場合で、建物に抵当権
 が設定された場合（D-1-2類型）

「現行法」：上記と同様の所有形態で、地上建物にのみ設定された抵当権が実行された場合、判例は、共有者Bが法定地上権の成立を容認している場合には例外として法定地上権の成立を認めるものとした（最三小判昭44・11・4民集23・11・1968）。したがって、原則的には法定地上権の成立は認められないということになる。

「委員会案」：土地共有団（A・B）と建物所有者Aは別個の所有者であり、その間に約定利用権が設定されていることになる。地上建物に設定された抵当権は約定利用権付きの地上建物の価値を把握することになる。

「松岡案③」：地上建物にのみ抵当権が設定されているということは、地上建物のためにAの土地共有持分上に自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：地上建物にのみ抵当権が設定されているということは、地上建物のためにAの土地共有持分上に自己借地権が法定されているということになる。

③Aの単独所有土地上に、A・B共有の建物が存する場合で、土地に抵当権が設定された場合（D-2-1類型）

「現行法」：土地がA単独所有、地上建物がA・B共有で、土地にのみ設定された抵当権が実行された場合であり、判例は、他の建物共有者のためにも右土地の利用を認めているものというべきであるとして法定地上権の成立を認めている（最三小判昭46・12・21民集25・9・1610）。

「委員会案」：土地所有者Aと地上建物共有団（A・B）は別個の所有者であり、その間に約定利用権が設定されていることになる。土地に設定された抵当権は約定利用権負担付の土地の価値を把握することになる。

「松岡案③」：土地にのみ抵当権が設定されているということは、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：土地抵当権設定時にAの地上建物共有持分のために自己借地権が法定されているということになる。

④Aの単独所有土地上に、A・B共有の建物が存する場合、地上建物の共有持分上に抵当権が設定された場合（D-2-2類型）

「現行法」：上記と同様の所有形態で、地上建物のAの持分に設定された抵当権が実行された場合であり、判例はないが、「D-2-1類型」と同様の理由で法定地上権が成立するものと思われる。

「委員会案」：土地所有者Aと地上建物共有団（A・B）は別個の所有者であり、その間に約定利用権が設定されていることになる。Aの地上建物共有持分に設定された抵当権は約定利用権付の地上建物の共有持分価値を把握することになる。

「松岡案③」：Aの地上建物共有持分にのみ抵当権が設定されているということは、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が設定登記されているという

ことになる。

「松岡案④」：Aの地上建物共有持分にのみ抵当権が設定されているということは、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が法定されているということになる。

⑤土地および地上建物が共有の場合で、土地の共有持分権上に抵当権が設定された場合（D-3-1類型）

「現行法」：土地がA B共有（BはAの家族）で地上建物がA C共有の場合、Aの土地持分のみならず、Bの持分にも抵当権が設定されていたのであるが、法定地上権の成立を否定する（最三小判平6・12・20民集48・8・1470）。理由は、土地共有者Bの持分には、地上建物のために約定利用権（賃借権）が設定されていたにもかかわらず、地上権が成立してしまうと賃借権よりも強力な権利であり、土地の売却価額を著しく低下させることになり、Bの通常の意味に沿わないし、Bの持分の価値につき利害関係を有する一般債権者や後順位抵当権者、土地の競落人等の期待や予測に反し、執行手続きの法的安定を損なうからだとする。

「委員会案」：土地共有団（A B）と地上建物共有団（A C）は別個の所有者であり、その間に約定利用権が設定されていることになる。Aの土地共有持分に設定された抵当権は約定利用権負担付の土地の共有持分価値を把握することになる。

「松岡案③」：Aの土地共有持分上にのみ抵当権が設定されているということは、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：Aの土地共有持分上にのみ抵当権が設定される直前に、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が法定されているということになる。

⑥土地および地上建物が共有の場合で、土地および地上建物の共有者が異なっており、地上建物の共有持分上に抵当権が設定された場合（D-3-2類型）

「現行法」：土地がA B共有、地上建物がA C共有で、Aの建物持分に抵当権が設定された場合であるが、これについて判例はない。しかし、前掲最三小判平6・12・20の判断理由に基づけば、土地共有者たるBが法定地上権の負担を容認し、利害関係人が法定地上権の成立を認識可能であるならば、法定地上権

は成立するが、そうでないかぎり、法定地上権は成立しないという判断になる²⁾。

「委員会案」：土地共有団（A B）と地上建物共有団（A C）は別個の所有者であり、その間に約定利用権が設定されていることになる。Aの地上建物共有持分に設定された抵当権は約定利用権付の地上建物の共有持分価値を把握することになる。

「松岡案③」：Aの地上建物共有持分上にもみ抵当権が設定されているということは、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：Aの地上建物共有持分上にもみ抵当権が設定されているということは、Aの地上建物共有持分のために自己借地権が法定されているということになる。

2. 「委員会案」の検討結果

(1) 特徴

まず、以下のことがいえるであろう。

①自己借地権が設定されている、あるいは約定利用権が設定されている類型では建物保護が図られる。

②建物抵当権は自己借地権あるいは約定利用権付きの建物価値を把握するが、これらが賃借権であるとすれば、現行法の法定地上権付きの建物価値よりも、地上権と賃借権との価値の差相当額の減価となる。

③土地抵当権は自己借地権あるいは約定利用権負担付きの土地の価値を把握するが、これらが賃借権であるとすれば、現行法の法定地上権負担付きの土地価値よりも、地上権と賃借権との価値の差相当額の増価となる。

④この案では、建物にもあえて抵当権の設定を受け、土地抵当権との共同抵当としなくても、土地抵当権の設定を受けただけで抵当権の設定のない地上建物との共同抵当が成立することになる（案民370 I 1文）。

⑤「委員会案」は、共有不動産類型については、土地とその地上建物の共有状態が完全に一致しないと土地および地上建物を同一人が所有するものとは捉

2) 松岡・前掲注 (22) 150 頁。

えない。共有の場合には、共有団という考え方を導入する。土地と地上建物とで共有団の構成が異なる場合には、それぞれを別個の者が所有するものと捉え、土地共有団と地上建物共有団の間に約定利用権が設定されることになる。

(2) 抵当権者が有利となる類型

①「A-2類型」「B-2類型」「B-3類型」「B-5類型（この類型では、土地所有者が地上建物を再築した場合）」「C-3-2類型」「C-3-4類型」「C-4-4類型」：土地および地上建物の所有者が同一人の場合、土地抵当権の効力が地上建物に及び、実行にあつては土地とともに地上建物も競売されることになるが、過剰売却禁止の例外（試案民執73但）が準用される³⁾。ここにおいても、土地抵当権の地上建物への拡張的効力が承認されている。そして、土地抵当権の地上建物への拡張的効力により、現行制度に比し、土地抵当権の担保価値の把握の点でかなりの有利性が生ずる。

②「B-4類型」では、土地抵当権は更地価値を把握することとなり、法定地上権の負担となる現行法の場合よりも、配当が多くなる。

③「B-6類型」にあつては、先順位の土地抵当権の建物への拡張的効力により、土地のみならず、建物についても先順位の土地抵当権が租税債権に優先することになる。この点は、現行法よりもかなり有利となる。

(3) 問題点

①土地と地上建物とが同一人に帰属する場合には、土地抵当権の効力が地上建物に及んでしまうことから、現行法のように担保設定のない地上建物に1番順位の抵当権を設定して融資を受けるといった手法が使えない。

②自己借地権の設定は公正証書によってすることになる（試案借借15IV1文）が、その効力は登記をしないと生じない（試案借借15IV2文）。登記が効力要件になっているということであるから、現行借地借家法10条1項による対抗要件（借地人名義による建物登記）を具備したとしても効力を生じないということになる。また、公正証書によって設定されたとしても登記がなされないことはありえることであり、a. 登記がなされなければ、建物のみに抵当権の設定をすることができないとの規定にするのか、b. 公正証書によって設定しさえ

3) 委員会〔山本〕・前掲注(1)252。

すれば、建物のみに抵当権の設定を可能とするか、c. そのような規定を一切設けないとするか、により、地上建物のみの抵当権設定の可能時点が左右される。すなわち、aであれば、地上建物への抵当権の設定は、自己借地権の設定登記時（自己借地権の効力発生時）以降であり、bあるいはcの場合は、自己借地権の効力が生じていないにも関わらず、地上建物に抵当権が設定できてしまうことになる。

③現状では、建物のみに抵当権が設定されている場合も事案としては多いと思われる。そのような事案がなくならないうきり、すべての事案に改正法が適用されるといふ状態は訪れない。全事案への改正法の適用を早期に実現させるためには、そのための法的・実務的な対応が必要となる。

④地上建物に土地抵当権の効力が及んでおり、土地とともに競売されたとしても、かならず土地と地上建物とを同一人が買い受けなければならないとの規定がない以上、可能性としてはかなり低いものの、別個の所有者の所有になることもありえる。その場合には建物が取去されてしまう可能性が出てくることになる。そのような場合にあっては、建物を保護するためとして法定地上権のような制度が必要となろう（「A-2類型」「B-2類型」「B-3類型」「B-5類型（この類型では、土地所有者が地上建物を再築した場合）」「C-3-2類型」「C-3-4類型」「C-4-4類型」）。

⑤「B-4類型」は、現行法では法定地上権の成立を肯定し、地上建物が保護されるのに対し、「委員会案」では、第三者が土地利用権を設定した上で、建物を再築した場合、当該土地利用権は土地抵当権に対抗できない。本来であれば、一括競売の対象となるが、「委員会案」では、第三者所有建物まで競売対象とすることは、憲法上の疑念があり、そのような一括競売は認め得ない⁴⁾としていふ。よって、現行法とは異なり、当該第三者は建物を取去し、土地を明渡すことになってしまう（現行法では、地上建物たる第三者所有建物をも一括競売の対象となしうる（民389 I））。

また、解釈として、土地抵当権に対抗できる利用権の従属のない第三者所有建物に土地抵当権の効力が拡張的に及ぶものとしても、確実にそのようになる

4) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）220。

ためには最終的に最高裁の判断が必要ということになる。条文とせず、解釈に委ねることは、現行の法定地上権制度が解釈に委ねることが多いことを批判する担保法改正委員会の趣旨を逸脱するものといえよう。⁵⁾

⑥「B-5類型」においても、第三者が再築した場合には、当該第三者の有する土地利用権は土地抵当権に対抗できず、当該第三者は建物取去・土地明渡しを余儀なくされることになる。

⑦「C-2-1類型」で、建物のために自己借地権の設定登記がなされている場合は、地上建物に抵当権を設定できる。その後にCが本登記をしたとき、自己借地権がCの仮登記よりも前に設定登記されている場合には、AおよびDは当該自己借地権をCに主張できることになる。自己借地権の設定登記が仮登記に遅れる場合は、当該自己借地権をCに主張できなくなるが、現行法たる仮登記担保法が適用されるところとした場合、Cの仮登記が担保仮登記だとしたら、本登記により、AおよびDには法定賃借権（仮登記10）が帰属し、それをCに主張することになる。しかし、法定地上権の廃止を目指している「委員会案」にあって、法定地上権と同様の制度趣旨を持つ仮登記担保法における法定賃借権も廃止するのが筋だといえよう。そうなると仮登記事案に自己借地権が絡むこの類型にあっては、自己借地権を設定したとしても建物保護が図られない場合がありうることになる。

⑧「C-2-2類型」で、地上建物につき所有権移転請求権保全の仮登記をするにあたり、自己借地権の設定ではなく、停止条件付約定利用権を設定する場合（「委員会案」においてもこのような約定利用権の設定を否定するものではないであろう）についてであるが、停止条件が成就するまでは土地抵当権の効力は地上建物にも及ぶ。そして、抵当権が実行されると土地および地上建物が競売され、買受人Dは両者を取得することになる（土地と地上建物とで別々の買受人になることもありえる）。さらに地上建物の仮登記が本登記になると、仮登記の順位保全効により、Cが土地買受人D（あるいはそれ以外の者）に優先することになり、本登記と同時に停止条件が成就して生じた約定利用権（この停止条件付約定利用権は土地登記記録に仮登記されていることになろう）をもつ

5) 委員会〔内田〕・前掲注（1）184。

てCは土地買受人Dに対抗し得ることになる。先に本登記がなされた場合でも、同様である。この類型では、土地抵当権の効力が地上建物にも及んでいるにもかかわらず、土地と地上建物とが別個の所有者の所有になる場合があり得ることになる。これを防ぐためには、地上建物の上に所有権移転請求権保全等のための仮登記の設定を不可とする立法が必要となろう。

また、「委員会案」にあっても、停止条件付約定利用権の設定をすることなく、地上建物の上に仮登記を設定することができるであろう。その場合は、仮登記を本登記にした地上建物所有者Cには何らの土地利用権もないことになる。よって、Cは土地買受人Dからの建物取去および土地明渡しに応じなければならない。先に本登記がなされた場合でも、同様である。このような結果を回避するには停止条件付約定利用権の設定なしに地上建物の上に所有権移転請求権保全等のための仮登記の設定を不可とする立法が必要となろう。

⑨「C-4-3類型」は、自己借地権の設定登記のないかぎり、地上建物にのみ抵当権を設定することはできないから、事案としてはありえない。しかし、建物所有者が前主から土地を取得した後、いまだ土地の所有権移転登記がなされていないことをいいことに建物に抵当権の設定登記ができるとなると、自己借地権等の土地利用権の設定がないかぎり、建物競落人は建物取去・土地明渡しを余儀なくされてしまう。この類型においても、地上建物にのみ抵当権の設定登記がなされてしまうことを防ぐ立法が必要になろう。

⑩「C-4-4類型」では、土地に抵当権が設定されていることから、たとえ名義が土地と同一所有者になっていなくても、土地と地上建物とが同一人の所有であることから、当該地上建物には土地抵当権の効力が及んでいることになる（試案民370 I 1文）。しかし、地上建物が前主の所有名義の場合は、土地抵当権の効力が及んでいる旨の記載が地上建物の登記記録になされないことになる。

(4) まとめ

「委員会案」は、「我妻案」を土台にするものであり、法定地上権制度は廃止できるが、「我妻案」とは異なり、条文においてさまざまな特異性があるために現行法の場合に比し、以下のとおり、齟齬が生じることになる。

①改正法への移行問題

改正法を適用するにあたり、制度設計や実施のためかなりの時間と費用を要することになろう（(3)問題点③）。

②過剰担保と処分の強要

試案370条1項1文ゆえに過剰担保となりうる可能性がある。すなわち、前述「(2) 抵当権者が有利となる類型」①のとおり、たしかに土地抵当権者にとっては有利となるが、土地の価値だけで十分に担保しうる被担保債権額であっても、土地抵当権の実行により地上建物を競売されることになり、過剰売却禁止の例外（試案民執73但）とされていても、過剰担保のそしりは免れないであろうし、その実行は所有者意思を十分に勘案していないものといえよう。

③自己借地権設定にあたっての公正証書と登記の関係

自己借地権を設定した上で地上建物だけに抵当権を設定する場合に、自己借地権の設定過程のいつ時点で可能となるかの規定が必要となる（(3)問題点②）。

④第三者所有建物と一括競売

土地抵当権に対抗できる土地利用権の従属のない第三者所有建物については、現行法であれば一括競売の対象になるが、「委員会案」では憲法上の疑念から一括競売の対象とはならないとする。一括競売の対象にならない場合は、第三者の所有する当該建物は建物取去、土地明渡しを余儀なくされる可能性があり、建物保護が図られない。ゆえに現行法と同様、一括競売の対象とすべきである（(3)問題点⑤）。ただし、この点につき、民法389条は、これまで土地抵当権設定者が建築した建物について土地抵当権者が土地とその地上建物とを一括競売にかけることができる旨規定されていたのを、平成15年法律134号により、土地抵当権設定者以外の第三者の建築した建物も、土地抵当権者が一括競売にかけられるように改正されている⁶⁾。「委員会案」はこの改正前の案であり、改正後に「委員会案」が出されたとするならば、土地抵当権設定者以外の第三者の建築した建物も一括競売の対象とした可能性はあり得たものと思われる。

6) 柚木=高木〔生熊長幸〕・前掲注(43)407頁。

⑤仮登記担保法における法定賃借権の帰趨

法定地上権制度と同様の趣旨を有する仮登記担保法における法定賃借権であるが、法定地上権制度をなくすことを目的としている「委員会案」であるから、当然にこの法定賃借権もなくすべきだと思われる（(3)問題点⑦）が、「C-2-1類型」にあつては、地上建物存続のためにこの法定賃借権が必要になる。

⑥所有者移転請求権保全等のための仮登記設定の可否

「C-2-2類型」では、土地抵当権の効力が地上建物に及んでいながら、仮登記が本登記になると土地と地上建物とで別個の者による所有となってしまう。また、この類型で、停止条件付約定利用権の設定のない場合に仮登記を本登記にしても建物取去および土地明渡しを余儀なくされる可能性がある。このような結果とならないようにするためにも、所有者移転請求権保全等のための仮登記設定を不可とする必要があるかどうか、検討する必要がある。

3. 「松岡案③」の検討結果

(1) 検討結果

①自己借地権が設定されている、あるいは約定利用権が設定されている類型では建物保護が図られる。「松岡案③」は、自己借地権の設定につき、その後に現れる第三者に当該借地権を対抗できるようにすることと、その内容を公示することにより利害関係者による予測可能性を高めるべく、登記までなされることを要求している。なお、単に対抗力を得るためだけであれば、地上建物の所有名義は自己借地権者名義（＝土地所有者）になっていることから、借地借家法10条1項によりすでに有しているともいえるが、「松岡案③」は、建物登記による対抗力の拡張を許さない。

②建物抵当権は自己借地権あるいは約定利用権付きの建物価値を把握するが、これらが賃借権であるとすれば、現行法の法定地上権付きの建物価値よりも、地上権と賃借権との価値の差相当額の減価となる。

③土地抵当権は自己借地権あるいは約定利用権負担付きの土地の価値を把握するが、これらが賃借権であるとすれば、現行法の法定地上権負担付きの土地価値よりも、地上権と賃借権との価値の差相当額の増価となる。

④「B-1類型」は、地上建物のために自己借地権が設定されても、土地の1番抵当権には対抗できず、地上建物が一括競売となりうる類型である。一括

競売は義務ではないから、一括競売が選択されない場合は、地上建物が取去されてしまう可能性もある。

⑤「B-2類型」は、自己借地権を設定することができずに地上建物が一括競売となりうる類型である。土地抵当権は現行法における場合以上の価値を把握することになる。

⑥「B-3類型」は、地上建物が取り壊される前は、土地のみに抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されている事案であり、現行法の場合とは異なり、地上建物が取壊され、再築されても土地抵当権の実行においては自己借地権負担付として底地価格での配当になる。

⑦「B-4類型」においては、地上建物が取り壊される前は、土地のみに抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されている類型である。その後さらに第三者のために土地賃借権を設定する必要はないし、設定したとしても土地抵当権者には対抗できない。したがって、第三者は土地抵当権者に対抗できる当初自己借地権であった借地権を土地抵当権者に主張することになるであろう。

⑧「B-5類型」では、土地と地上建物が共同抵当が設定されていたことから、自己借地権の設定はない。その後、地上建物が取壊され、再築された新建築物は一括競売の対象となるが、一括競売が選択されない場合は地上建物が取去されてしまう可能性がある。

⑨「C-4-3類型」は、自己借地権が設定されている事案ということになる。しかし、土地所有名義が前主名義になっていることから、このままでは自己借地権の設定登記ができない。借地権者が登記された建物を所有することによる対抗力（借借10I）も許容するのであれば、この方法により対抗力を得ることができる。

⑩土地の単独所有者が地上建物の共有持分を有する場合、土地の共有持分所有者が地上建物の単独所有者である場合または土地の共有持分所有者が地上建物の共有持分を有する場合は、土地および地上建物の同一人の所有する部分については、同一所有者が所有する土地および地上建物と同様に扱うことになる。

(2) まとめ

「松岡案③」は、「我妻案」①および②の実現において、抵当権設定の場面

につき、一つの具体案を示したものである⁷⁾（「松岡案④」は別の具体案ということになる）。したがって、抵当権設定の場面にあつては「我妻栄案」と同様の効果を示すことになる。

この案は、地上建物とその敷地の両方を同一人が所有する場合に、一方のみ抵当権を設定する場合に自己借地権を設定する必要が生ずるが、土地と地上建物の両方に抵当権が設定されている場合、いずれか一方の抵当権のみが実行されたときには、自己借地権の設定はないことから、建物保護を図ることができないことになる。

また、この案では、土地と地上建物とに同時に抵当権が設定されていて、地上建物が取り壊され再建築された場合（共同抵当の場合もありえる）には、自己借地権が設定される場面でないことから、地上建物は一括競売の対象となる。一括競売の対象となる場合（「B-1 類型」「B-2 類型」「B-5 類型」）、現行法も同じ問題を有するが、一括競売が選択されない場合は、地上建物は取去・土地明渡しを余儀なくされることになるから、建物保護を図るためにも一括競売の義務化を図るべきと思われる（もちろん、一括競売にあつては、かならず同一人が競落するとの規定は必要になる）。

自己借地権の設定されている類型で土地所有名義が前主名義になっている場合（「C-4-3 類型」）は、当該自己借地権の設定登記ができない。そのような場合に対抗力を得るには、借地権者が登記された建物を所有すること（借借 10 I）が必要になる。「松岡案③」にあつて、本稿で示したいくつかの類型で自己借地権の対抗力を得るには、設定登記と借地借家法 10 条 1 項による対抗力の両者が許容されていることが必要となる。

4. 「松岡案④」の検討結果

(1) 検討結果

① 土地抵当権設定時において地上建物が存する場合には、常に自己借地権が直前に法定されることから、土地抵当権の把握する価値は底地価値となる。自己借地権の法定時における対抗要件の具備は、借地借家法 10 条 1 項によることになる。

7) 脚注 20 参照。

②自己借地権が法定されている、あるいは約定利用権が設定されている類型では建物保護が図られる（「松岡案③」と同様）。

③建物抵当権は自己借地権あるいは約定利用権付きの建物価値を把握するが、これらが賃借権であるとすれば、現行法の法定地上権付きの建物価値よりも、地上権と賃借権との価値の差相当額の減価となる（「松岡案③」と同様）。

④土地抵当権は自己借地権あるいは約定利用権負担付きの土地の価値を把握するが、これらが賃借権であるとすれば、現行法の法定地上権負担付きの土地価値よりも、地上権と賃借権との価値の差相当額の増価となる（「松岡案③」と同様）。

⑤「B-1類型」は、地上建物のために自己借地権が法定されても、土地の1番抵当権には対抗できず、地上建物が一括競売となりうる類型である。一括競売は義務ではないから、一括競売が選択されない場合は、地上建物が取去されてしまう可能性もある（「松岡案③」と同様）。

⑥「B-2類型」は、自己借地権が法定されず、地上建物が一括競売となりうる類型である。土地抵当権は現行法以上の価値を把握することになる（「松岡案③」と同様）。

⑦「B-5類型」および「B-6類型」は、当初、土地抵当権設定時に地上建物が存したことから、自己借地権が法定されていることになる。したがって、再築建物は自己借地権付となって、「松岡案③」とは結論が異なることとなる。土地抵当権は現行法の場合よりも把握価値が低くなる。

(2) まとめ

この案は、抵当権設定時に土地上に建物が存在していれば、必ず抵当権に対抗しえる自己借地権が存在することになる。

自己借地権として地上権と賃借権を想定しているようであるが、法定される権利は賃借権に統一すべきである。抵当権者による予測可能性と賃借権の一般化がその理由である。

「松岡案③」とほぼ同様の特徴と問題点を有するが、「B-5類型」および「B-6類型」では、「松岡案③」とは結果が異なるだけでなく、現行法の場合とも異なっていて、土地抵当権の把握する担保価値が自己借地権負担付ゆえに低くなってしまふ（地上建物は、自己借地権付となり保護が十分となる）。

また、地上建物の所有名義は自己借地権者名義（＝土地所有者）になっていることから、借地借家法10条1項による対抗力は自己借地権が法定された時点ですでに有することになる（この案では借地借家法10条1項による建物登記による対抗力の拡張を許容する⁸⁾が、自己借地権が法定されるだけではなく、同時に設定登記による対抗要件具備も法定される規定を用意する方がよいのではないだろうか。

なお、この案における自己借地権の法定は、単に法定地上権を自己借地権に代えただけではないだろうか。⁹⁾

5. 検討結果の総括

(1) 法定地上権制度は不要となるが、現行法とほぼ同様の効果しか得られない 立法案

法定地上権制度を廃止するにあつては、それに向けての立法案は抵当権者にとってより有利となり、かつ、地上建物の存続保護がより図られることが必要となろう。そのためには、土地抵当権にあつては更地価格での配当を期待でき、地上建物をも一括して競売できる旨の規定が妥当であろう。もちろん、一括競売にあつては土地および地上建物をかみならず同一人が競落することを規定する必要がある。建物抵当権にあつては約定利用権付きでの配当が期待できることが必要となる。これにより地上建物の存続保護が同時に図られる。

これまで複数の立法案を見てきたが、いずれの案も法定地上権は不要となる。そして、「松岡案③」および「松岡案④」は、現行法における場合に比し、多少の有利不利はあつてもほぼ同様の効果を導くことになる。現行法とほぼ同様の効果を得られたのは、自己借地権の設定（法定）のないかぎり土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定できないという規定の存在が大きい。

(2) 法定地上権制度をなくすには制限のない自己借地権制度の創設だけでは難しい

検討した3つの案からいえることは、法定地上権制度を廃止するには、自由

8) 松岡・前掲注(22)155頁。

9) 自己借地権が法定されるということは、地上建物は土地所有者の所有だということになる。これは法定地上権の成立要件の二つを具備している（抵当権設定時に建物が存在し、土地と当該建物とを同一人が所有すること）。

な自己借地権制度を創設するだけではだめであり、そのほかにさまざまな条文中の工夫が必要になることを示している。つまり、土地にのみ抵当権を設定する場合は自己借地権等の利用権の設定が必要となるわけであるが、そうなると、地上建物の保護は図られるものの、土地抵当権者はかならず借地権等の負担付きでの配当となってしまう、その点で不利益を被る可能性があることになる。

また、自己借地権には地上権を含ませず、一般的に設定されることの多い賃借権のみとすべきである。

(3) 所有者意思の勘案が不十分

「委員会案」は現行法の場合との齟齬が多く、問題点もある。特に、土地と建物とを別個の不動産であるとしながら、土地抵当権の効力が当然に地上建物にも及ぶ点は過剰担保のそしりは免れないであろうし、その実行は所有者意思を十分に勘案していないものといえよう（地上建物の所有者は処分するつもりもないのに処分されてしまうことになり、一種の所有権侵害といってもよいであろう）。また、一括競売の対象に第三者所有建物が対象にならない点も問題である（土地抵当権に対抗できない第三者所有建物は取去・土地明渡しを余儀なくされる可能性がある）。

(4) 共有不動産と自己借地権

共有不動産については、制限のない自己借地権を利用できない現行法が自用と利用権の混在という複雑な権利関係（たとえば、土地A B共有、地上建物A単有の場合、Aの土地共有持分上には何らの利用権の設定もないが、Bの持分上には地上建物を所有するAのための約定利用権が設定されていることになる）になっているのに対し、各立法案は、共有者ごとに自己借地権や約定利用権が存することになり、そのような複雑な権利関係を回避できている。

共有者間で合意された約定利用権は建物存立の基礎となっているのであるから、抵当権の効力はこの合意に及び、競落人たる持分取得者はこの合意に拘束されるとの見解も¹⁰⁾主張されているが、土地共有持分権者が地上建物の共有持分をも有する場合、地上建物の共有持分にのみ設定された抵当権が実行された場合の競落人は、設定者の土地共有持分に対する利用権を有していないことか

10) 道垣内弘人『担保物権法（現代民法Ⅲ）』222頁（有斐閣、第四版、2017）。

ら当該土地共有持分権の利用につき支障が生ずる。この点は、「松岡案③」であれば、自己借地権の設定が事実上強制され、「松岡案④」であれば、法定されることから、問題はなくなる。

しかし、共有不動産の類型で地上建物の利用に支障が生ずるのは、地上建物やその共有持分にのみ抵当権が設定されている類型（「D-1-2類型」「D-2-2類型」「D-3-2類型」）であり、そのうち、「D-2-2類型」は法定地上権が成立する類型であるから問題はない。他の類型も、そもそも共有土地上の地上建物やその持分にのみ抵当権を設定する場合には、停止条件付約定利用権を設定するはずであり、そうでなくても黙示の設定を認めるべきである。そうであるならば、共有不動産の一部の類型の便宜のために「松岡案③」もしくは「松岡案④」を適用する必要はない。

(5) 共有不動産と共有団

「委員会案」では、土地と地上建物とで共有持分の状況が異なる共有不動産類型については、同一所有者が土地とその地上建物を所有しているものとは捉えずに、共有団として捉える考え方が適用される。この場合、土地と地上建物の共有持分を有する者の土地共有持分上に自己借地権が設定されるとはせずに、地上建物共有団と土地共有団との間に約定利用権が設定されると捉えることになる。共有団に対しては、法人や組合ではない共有団は独自の権利能力を有しないことから有意義ではないとの反対意見が示されており、道垣内弘人教授の見解、すなわち、共有者間で合意された約定利用権は建物存立の基礎となっているのであるから、¹¹⁾ 抵当権の効力はこの合意に及び、競落人たる持分取得者はこの合意に拘束されるとの見解を支持すべきものとしている。¹²⁾ 13) しかし、共有団という団体に権利能力がなくても、その中の構成員である共有者が共有の規定に基づき、¹⁴⁾ 処分等を決めることができるわけであるから、共有団そのものに権利能力がなくとも何ら問題はない。

「我妻栄案」も共有団とほぼ同様の理論を提唱していることからしても、共有

11) 松岡・前掲注 (22) 151 頁。

12) 道垣内・前掲注 (55) 222 頁。

13) 松岡・前掲注 (22) 151 頁。

14) 脚注 20 参照。

不動産においては共有団の考え方は有用だと思われる。これにより法定地上権を持ち出すことなく、共有持分に設定された抵当権実行後においても安定的に土地利用の権利関係が競落人に承継される。また、この理論の実務での普及につき、時間や費用はそれほどかからないのではないだろうか。

(6) 法定地上権制度の存続と制限のない自己借地権制度の創設

「松岡案③」「松岡案④」は、現行法における場合よりも、より抵当権者にとって利益となり、建物存続保護がより図られるというのではなく、ほぼ同様の効果しか得られておらず、「委員会案」にあつては、問題点が多い。また、立法案を実務的に適用可能な状態にさせるためには、相当程度の時間と費用がかかることになろう。そうであるならば、現在では、判例によって比較的安定した¹⁵⁾解釈論が確立されており、問題が減少している現行法たる法定地上権制度をこのまま存続させても良いのではないだろうか。

法定地上権制度の存続は、「委員会案」が将来において志向する欧米と同様の土地建物の一体化を阻むことになる。土地と建物は別個の不動産であることは実務の多方面において浸透しており、わが国独自の不動産制度として確立され長年にわたって存続し続けているのであるから、いまさら欧米の制度を理想とする必要もなく、それを目指すことも必要ないのではないだろうか。

欧米のように建物を土地の一部とすることは法律実務の諸制度からはかなり難しい。そうであればあえてそのようにしなくても、土地と地上建物とは別個の不動産であることを基盤として、法定地上権制度を捉えるべきである。

また、自己借地権を法定地上権の代わりに活用するということは、建物は土地の一部であり、処分にあつては一体として処分されるべきであり、借地権等を設定して建物のみを分離譲渡させるべきではないし、借地を一般化すべきではないとの理想に反することになる。

ただし、自己借地権制度が、他者と共にする場合にのみ設定できるとする制限（借借 15 I）をなくし、制限のない設定を許す制度であれば、便利であろう（たとえば、土地所有者に土地所有権を残す形としながら、借地部分を使って有効な都市開発することが可能となる）。特に、建物抵当権者にとっては利益とな

15) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）215。

り得る。これに対し、土地抵当権者にとっては、不利益となり得るが、土地抵当権者がそれを許容すればよい（土地抵当権者が許容する場面としては、地上建物にも土地と同一順位の抵当権の設定を受けている、あるいは今後そのような抵当権の設定を地上建物に受けることになっている場合などであろう）。制限のない自己借地権の創設だけであれば、条文改正や施行までに要する期間、実務を改正法に適用させるために必要な手続きや費用等はそれほどかからないのではないだろうか。

自己借地権の条文案としては「委員会案」を参考にし、自己借地権を賃借権のみとすべく、以下のとおり、借地借家法 15 条を改正する。

（自己借地権）

借地借家法第 15 条①土地所有者は、自己のために賃借権たる借地権を設定することができる。

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、その賃借権たる借地権は、消滅しない。

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。ただし、その借地権が第三者の権利の目的である場合は、この限りでない。

④第 1 項の借地権の設定は、公正証書によってしなければ、その効力を生じない。また、第 1 項の借地権の設定又は第 3 項の借地権の消滅は、登記をすることによりその効力を生ずる。

IV おわりに

本稿では、法定地上権制度が抱える問題点を解決するものとして、制限のない自己借地権制度の導入、土地建物の一体的処分原則の導入、あるいはその両者である立法案を検討してきたが、現行法における場合との効果に大きな差異は見られないし、抵当権者にとってより有利になる、あるいは建物の存続保護がより図られるといったものでもないことから、本稿では、それら立法案導入の必要はないとの結論に至った。しかし、そうであるならば、法定地上権制度が抱える問題点は何ら解決されないことになる。その問題とは、すなわち、競落人等の当事者が地代の額や法定地上権がどの範囲に成立するかなど、法定

地上権に関する重要で基本的内容が事前に得られないという点である¹⁶⁾。この点については、前述したものではあるが、競売裁判所がその範囲・地代額等を明確に決めたうえで競売する¹⁷⁾という方法が妥当な解決策なのではないだろうか。

なお、法定地上権制度にかわる立法案の検討にあたって露呈した問題点として、法定地上権が成立しない場合は、土地抵当権者は一括競売を選択できることになり、その選択がなされないと地上建物は取去・土地明渡しを余儀なくされ、法定地上権制度における建物存続保護の趣旨が図れないということである。この問題については、一括競売の義務化も視野に入れて別稿に譲るものとする。

以 上

（本学法学部教授）

16) 我妻ほか〔川島一郎発言〕・前掲注（12）66、田山ほか〔小賀野〕・前掲注（13）92頁、内田・前掲注（13）514頁。

17) 我妻ほか〔川島〕・前掲注（12）67。

