

法定地上権に関する一考察

相 川 修

I はじめに

II 判例

1 伝統的判例理論

- (1) 最高裁判決昭和36年2月10日（民集15巻2号219頁）
- (2) 最高裁判決昭和47年11月2日（判時690号42頁）
- (3) 最高裁判決昭和51年2月27日（判時809号42頁）
- (4) 最高裁判決昭和52年10月11日（民集31巻6号785頁）
- (5) 最高裁判決平成9年2月14日（民集51巻2号375頁）
- (6) 最高裁判決平成9年6月5日（民集51巻5号2116頁）
- (7) 最高裁判決平成10年7月3日（判時1652号68頁）
- (8) 小括

2 学説

- (1) 全体価値考慮説
- (2) 個別価値考慮説
- (3) その他の学説
 - ① 一体価値考慮説
 - ② 一括競売説
 - ③ その他の諸説（否定説）

III 結びに代えて

I はじめに

わが民法は、土地とその上に存する定着物を不動産とし、また土地と建物とを別個の不動産として扱う旨規定する。こうした不動産の捉え方は、

地上の物は、土地に付合する構成を採用するドイツ法やフランス法等の大陸法典とは異なるものである。土地の所有権と建物の所有権とを別個に構成する法制度を採用した結果、土地及び建物の一方又は双方が抵当権の対象とされ、その抵当権が実行された場合、土地と建物の所有権が別人に帰属することになり、土地の買受人が建物所有者に対し建物収去土地明渡請求をなすことが想定される。こうした場合に法律上の手当てをするのが法定地上権の制度であるといわれている⁽¹⁾。

法定地上権の規定は、民法典制定のなかでも、起草者の当初の草案が斥けられ、短期間に起草されたことが指摘されており、その後の法律要件の解釈では、起草者の主旨に合致するよう、法律要件の緩和がなされてきたことは周知のことである⁽²⁾。すなわち、バブル経済崩壊後の抵当権に対する執行妨害、抵当権実行を妨げる濫用型短期賃貸借との評価が成り立つ事象が頻発した不良債権処理に腐心する時期に至るまでは、担保法上要請される画一的な処理と抵当権者の予測可能性という両者の調和に配慮しながら、判例法も学説も、国民経済上の建物保護の必要性、あるいは抵当権者の合理的な意思解釈等を拠り所にし、法定地上権制度の法律要件を緩和してきたのであった⁽³⁾。本稿は、個人的事情で停滞したままであった、法定地上権の法律要件緩和の問題について、これまでの判例法の推移を整理することにより、この問題について一定の評価を行い、その上で、この要件緩和の問題につき、その再検討の必要性について触れることとする。

注

- (1) 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（東大出版会、2005年）416～417頁等の基本書参照。「土地」と「建物」を別個の不動産とする日本法の沿革について以下のように説明されている。1. 民法典編纂時、当初、「土地」と「建物」は、別個の不動産ではなく、「建物」は、「土地」に付合することを前提としていた（242条）。2. しかし、370条の審議で、「土地」と「建物」は別個の不動産とするのが日本の慣習である」との意見が出され紛糾し、法定地上権制度（388条）が手当てされた。3. この理解の根底には、明治初期の「不動産税制」の理解がある（桃山・江戸時

代（旧くは「太閤検地」が原点）の「石高制（地租）」を前提に、「地券制度（土地＝課税対象は地主）」の導入、その後、地方ごとに、「家券制度（建物＝課税対象は家主）＝公証制度」が採用され、別個の不動産として構成され、建物は減価償却するが徴税対象になった。4. その後、私法上の「不動産登記制度（公示制度）」が導入され、「土地登記簿」と「建物の登記簿」と別個に整備された。5. また、江戸時代から存在した「借地制度」も、「土地」と「建物」とを別個に扱う理解に繋がること。6. 現状は、高度経済成長期以降、「借地」が減少の一途であり、「土地」と「建物」とを別個の不動産と扱う前述の前提（3、5）が崩れつつあることを指摘する。しかし、たとえば東京23区内であっても、足立区の一部の地域では、狭隘な敷地に住宅が密集する地域があり、その土地所有権の多くは、東京メトロ日比谷線の開業による東武伊勢崎線沿線の宅地化がなされる前から存在した神社仏閣が所有しており、土地利用権の設定を受けて建物を築造し、そこに居住する区民も多く、都内でも地域偏差があるのも事実である。パラサイトシングル、地方都市での二世帯、三世帯住宅の普及を考慮すると如何であろうか。統計のマジック、数字の過大評価には留意しなくてはならないであろう。

（2） 民法典制定過程の議論によれば、「建物は土地の付加一体物なのであって、たとえば土地上に建物が存在する場合に土地に抵当権を設定すれば、黙って居れば寧ろ家も付く」との主旨の起草者の発言もあり、その後の「個別価値考慮説」に連なる理解、土地を抵当権の客体とする場合、底地（建物付きの土地）と評価し抵当権設定がなされた」と評価しているといえる。また、更地に抵当権設定がされた後に建物の築造があった場合に不動産競売がなされたときには、土地と建物を一括して競売し、買受人の価額のうち、土地の価額、建物の価額をそれぞれ評価し、土地の分は抵当債権者に、建物の分は他の債権者に与える旨の説明もなされている。こうした評価方法がわが国のそれまでの慣行と異なるとする強固な反対論があつて、起草者の見解は修正され現行規定に落ち着いたといわれている。村田博史「法定地上権」『民法講座3』（有斐閣、1984年）139頁以下等。なお、起草当時、土地と建物が別々の物になるとする慣習法等が存在していたか否か、起草者も明確には把握していなかったようである（同論文）。

（3） これまで、法定地上権制度の存在理由としては以下のことが指摘され検証されてきた。1. 建物だけを競落する競落人が出現なくなり、建物だけに、抵当権を設定する債権者がいなくなり、建物の担保価値が損なわれる。同一人所有であれば、土地は、「更地」で評価されるのだから、それほど不利益はない。2. 「土地」

と「建物」とが同一人に帰属する場合、担保価値との関係で、いずれかに抵当権設定をするときに有用である。3. 約定利用権と法定地上権の効果の相違である。

4. 居住可能な建物を収去し、土地を明け渡すことの不合理さが国民経済的には大きな損失であること。民法典制定から百年の法定地上権に関する到達点を示すものとして、松本恒雄「民法三八八条（法定地上権）」広中俊雄ほか編『民法典の百年Ⅱ』（有斐閣、1998年）645頁以下等参照。

Ⅱ 判例

1 伝統的判例理論

さて、法定地上権の法律要件とその要件緩和に関する判例法の推移を確認しておこう。法定地上権の法律要件は、①土地とその上に存する建物が同一所有者に属すること（以下、「同一人帰属要件」とする。）、②土地または建物の一方のみに抵当権が設定されたこと、③抵当権の実行としての競売がなされたこと、④抵当権設定当時に建物が存在することが要件である。②、③の法律要件に関しては、たとえば共同抵当の場合のように、要件緩和がされている。しかし、①の「同一人帰属要件」に関しては、その時期の問題については、混同の法理の適用の問題、原則、自己借地権が認められないわが民法の立場であるにもかかわらず、要件緩和はさほど進んでいないといえよう。また、④の要件緩和については、消極的な態度が維持されている。本稿は、要件緩和の価値判断の根底に存在する基礎理念との関係で①の法律要件緩和に関する判例も幾分か斟酌しながらも、主に、この④の法律要件の緩和の問題に焦点を当てることにする。

(1) 最高裁判決昭和36年2月10日（民集15巻2号219頁）⁽⁴⁾

（事実の概要及び争点）

訴外Aは、X（原告、被控訴人、被告人）の債務を担保するために、自己所有の土地（以下、「甲土地」とする。）に抵当権を設定し抵当権設定登記を経由した。甲土地に抵当権が設定された当時、甲土地には建物は存在しなかったが、建物（以下、「乙建物」とする。）の基礎コンクリート

が打たれ、その上に土台が据付けられ、建築材料の一部が搬入された現況であった。X は、A が将来甲土地上に乙建物を築造すべきことを予め承認し、かつ被担保債権の弁済期までには乙建物が完成するであろう予期してはいたが、抵当権設定当時、すでに A が前記のように乙建物の築造に着手していたことは知らずに、更地としての評価に基づき抵当権の設定を受けたものであった。その際、X は A との間で、(1) 甲土地に X の承認する設計どおりの建物を、被担保債務の連帯保証人である訴外 B 会社を建築請負責任者と定めて建築し、右 B 建築請負責任者を変更しないこと、(2) 被担保債務完済まで、右建物を第三者に売買譲渡貸与しないこと、(3) 建物完成次第保存登記をし、これに抵当権を設定して X から金員を借り受けること、(4) 右建物の建築費用を X 以外の者から融資を受けないこと、等の約定を結び、甲土地の担保価値の低下を防止する手段を講じた。ところが、A は、X の承認する設計どおりのものでない乙建物を築造したのみならず、右築造の費用を Y (被告、控訴人、上告人) から借り受け、Y のため乙建物の上に抵当権を設定し設定登記をなした。その後、X が抵当権の実行としての甲土地及び乙建物の競売の申立てをなした結果、X は、甲土地を競落し、Y が甲土地上の乙建物を競落するに至ったのである。そして、X が Y に対し乙建物を収去し、甲土地の明渡しを求めたのが本事案である。これに対し Y は、「甲土地に抵当権が設定された当時、A は甲土地上に乙建物を築造中であって、X は、これを知りかつ築造を承認して抵当権の設定を受けたのであるから、民法三八八条の適用により、Y は法定地上権に基づき甲土地上に乙建物を所有してこれを占有できる」と反論した。第 1 審、第 2 審ともに、X の請求を認容し、Y の抗弁を斥けたので、Y が上告した。

この事案の争点は、抵当権者が担保目的物の甲土地上に抵当権設定者が乙建物を建てることを知っていて、その承諾を与えていた場合に、法律要件の④との関係で、要件緩和の一判断要素となるかという問題であった。考えるに、従来の個別価値考慮説に基礎をおき、甲土地の評価が底地価格

評価であれば、要件緩和の可能性もあった事案であるといえる。

(判旨)

「民法三八八条により法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時において地上に建物が存在することを要するものであつて、抵当権設定後土地の上に建物を築造した場合は原則として同条の適用がないものと解するを相当とする。然るに本件建物は本件土地に対する抵当権設定当時完成していなかつたことは原審の認定するところであり、また被上告人が本件建物の築造を予め承認した事実があつても、原判決認定の事情に照し本件抵当権は本件土地を更地として評価して設定されたことが明らかであるから、民法三八八条の適用を認むべきではなく、この点に関する原審の判断は正当である。」

争点であつた、抵当権設定時に土地上に建物が存在することとの要件につき、判例は、「…（抵当権者が）建物の築造を予め承諾した事実があつても、（中略）本件抵当権は、本件土地を更地として評価して設定されたことが明らかである」として、要件が充足されていないとして法定地上権の成立を否定したのである。

注

（４） 主だった判例評釈を掲げておこう。川添利起・曹時13巻4号58頁、川添利起・金法271号13頁、福地俊雄・民商45巻3号30頁、長谷部茂吉・金法280号12頁、並木茂・担保法の判例〔1〕（ジュリスト増刊）163～165頁、遠藤浩・民研497号40～42頁。紙数の制限上、雑誌については刊行年を省略する。なお、自己借地権については、借地家15条、179条等に照らし観念することは難しい、内田・前掲書429頁等参照。

（２） 最高裁判決昭和47年11月2日（判時690号42頁）⁽⁵⁾

（事実の概要及び争点）

昭和36年12月18日、訴外Aは、訴外Bに対する債務を担保するために、自己が所有する土地（以下、「甲土地」とする。）に根抵当権を設定

し、抵当権設定登記（順位一番）もなした。昭和37年4月20日、Aは、甲土地上に建物（以下、「乙建物」とする。）を建て、その保存登記をなした。同年6月13日、Aは、Cに対する債務を担保する目的で、乙建物に抵当権を設定しその設定登記もなした。昭和39年8月26日には、Aは、Dに対する債務を担保するために、乙建物に根抵当権を設定し設定登記を経由した。このほか、甲土地については、昭和37年4月25日、Aは、Eに対する債務を担保するために、根抵当権を設定し抵当権設定登記もなした。さらに、昭和39年12月8日、Aは、Dに対する債務を担保するため、甲土地に根抵当権を設定し抵当権設定登記もなした。昭和41年8月24日に、Dが甲土地及び乙建物の任意競売の申立てをなした。この競売手続において、X（原告・被控訴人・被上告人）は甲土地を競落し、Y（被告・控訴人・上告人）は、乙建物を競落した。本事案は、XがYに対して、乙建物の収去と甲土地の明渡しを求めたものである。本件訴訟において、Xの請求に対し、Yが法定地上権の成立を主張し争ったが、原審は、Yの主張を斥けたため、Yが上告した事案である。

本事案は、先順位の抵当権設定時には、甲土地上に乙建物が存在しなかったが、後順位の抵当権設定時には、甲土地上に乙建物が築造されており、法律要件④を充足しているとの評価の余地があった事案である。この後順位の抵当権者が甲土地及び乙建物の任意競売の申立てを行い、甲土地と乙建物とが別人によって買い受けられた結果、甲土地の買受人が乙建物の買受人に対し乙建物の収去並びに甲土地の明渡し等を求めたのに対し、乙建物の買受人が法定地上権の成立を主張したものである。後順位の抵当権者は、先順位の抵当権者の抵当権設定時に、土地上に建物が存在しないとき、建物存在時に抵当権者の申立てによる競売であっても法律要件充足に影響しないのかという論点である。

（判旨）

「土地の抵当権設定当時、その地上に建物が存在しなかつたときは、民

法三八八条の規定の適用はないものと解すべきところ、土地に対する先順位抵当権の設定当時、その地上に建物がなく、後順位抵当権設定当時には建物が建築されていた場合に、後順位抵当権者の申立により土地の競売がなされるときであつても、右土地は先順位抵当権設定当時の状態において競売されるべきものであるから、右建物のため法定地上権が成立するものではないと解される。また、右の場合において、先順位抵当権者が建物の建築を承認した事実があつても、そのような当事者の個別的意思によつて競売の効果をただちに左右しうるものではなく、土地の競売人に対抗しうる土地利用の権原を建物所有者に取得させることはできないというべきであつて、右事実によつて、抵当権設定後に建築された建物のため法定地上権の成立を認めることはできないものと解すべきである。」

本判決は、争点について、第1順位の抵当権設定当時、甲土地上に乙建物がなく、後順位抵当権設定当時には、乙建物が建築されていた場合に、後順位抵当権者の申立てにより、土地の競売がなされたときであっても、甲土地は、先順位抵当権設定当時の状態において競売されるべきであるとし、第1順位の抵当権者の承諾についても、そのような当事者の個別的意思によつて、競売の効果をただちに左右しうるものではなく、土地の競売人に対抗しうる土地利用の権原を乙建物所有者に取得させることはできないとの判断を示した。この判決は、建物の存在は、先順位、本案では第一順位の抵当権設定時を基準とすることを明らかにしているが、見方を変えれば、第一順位の抵当権が弁済等で消滅すれば、順位昇進の原則により、後順位の抵当権が繰り上がるのであり、その抵当権に基づいて任意競売がなされていたと仮定すると、異なった結論になった可能性も否定できないのではないだろうか。⁽⁶⁾

注

- (5) 本稿に直接関係がないので省略するが、訴訟の初期段階において、Xは、Yに対して、賃貸人の地位を承継したとして、地代の支払請求をしていた経緯がある。

(6) たとえば、最高裁判決平成19年7月6日を指摘しておこう。その事実の概要及び争点、判旨は、以下の通りである。

(事実の概要及び争点) Yは、土地(以下、「甲土地」とする。)を所有する。甲土地上の建物(以下、「乙建物」とする。)は、Yの夫であるAが所有していた。昭和44年5月29日、Aは、Bから融資を受け、この債務を担保する目的で、甲土地及び乙建物に共同根抵当権(以下、「甲抵当権」とする。)を設定し、翌日その旨の登記がされた。昭和53年9月26日、Aは死亡し、Y及び子(Y1～Y4)がAを相続し、乙建物はYらの共同所有となった。平成4年10月12日、甲土地に、Cを債務者、Dを根抵当権者とする根抵当権(以下、「乙抵当権」とする。)が設定され、同月15日にその旨の登記が経由された。同年10月30日に、甲抵当権の設定契約が解除され、同年11月4日、根抵当権設定登記の抹消登記がされた。その後、乙抵当権が実行され、平成16年7月2日、X(原告・被控訴人・被被告人)は、甲土地を競売により買い受け、甲土地の所有権を取得するに至った。本件は、Xが競売により取得した甲土地所有権に基づき、乙建物所有であるYらに対し、建物収去土地明渡しを請求した事案であり、Yらは、法定地上権の成立を主張した。第1審、原審ともに、争点となった、法定地上権の法律要件の一つである同一人帰属要件の基準時について、先順位の抵当権設定時を基準とする立場を採ることを明らかにし、法定地上権の成立を否定し、Xの請求を認容した。このためYらが上告受理申立て。

(判旨) 「土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するというべきである。その理由は、次のとおりである。上記のような場合、乙抵当権者の抵当権設定時における認識としては、仮に、甲抵当権が存続したままの状態で目的土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる(前掲平成2年1月22日第二小法廷判決参照)ものと予測していたということはできる。しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把

握すべきものであったというべきである。したがって、甲抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても、乙抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない。」

この判例法は、後順位抵当権者は、順位が昇進し、自己の抵当権が第一順位になった場合には、法定地上権の法律要件の充足につき、予測し、順位上昇の利益と法定地上権の成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきであることを承認している。仮に、この法律構成を採用すると、本稿の本節で扱った事案の結論には、どのような影響を及ぼす可能性があるのだろうか、非常に興味深いものがある。その評釈には、以下のようなものがあり、その関心の深さが伺えよう（なお前述のように、刊行年は、雑誌媒体については、紙幅の関係で原則省略する）。小沢征行・金法1813号4頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に、後順位の乙抵当権が実行された場合において、甲抵当権設定時には土地、建物が同一の所有権に属しなかったが、乙抵当権設定時は同一の所有権に属していた場合の法定地上権の成否」、浅田隆・NBL865号20頁「法定地上権の「同一所有者要件」をめぐる新たな最高裁判決」、古賀政治・NBL865号14頁「法定地上権の成否をめぐる裁判例と実務への影響」、原田昌和・法セ635号106頁「土地上の複数の抵当権と法定地上権」、吉田邦彦・判例セレクト別冊附録330号17頁「先順位抵当権消滅後の後順位抵当権実行（後順位抵当権設定時には別人所有の土地建物が同一人所有になった場合）と法定地上権の成否」、塩崎勤・民事法情報257号83頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合と法定地上権の成否」、畠山新・金法1827号22頁「1番抵当権が消滅した後に2番抵当権が実行された場合は、同抵当権による法定地上権が成立するとされた事例」、宮坂昌利・ジュリ1355号105頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、生熊長幸・民商137巻4＝5号457頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、渡辺明・立教大学院37号37頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権

の成否」、下村信江・近畿ロー 4 号97頁「土地上の複数の抵当権と法定地上権の成否」、濱崎智江・中京42巻 3 = 4 号55頁「法定地上権の成立要件及びその判断基準時について」、小山泰史・金法1838号36頁「先順位抵当権消滅後の後順位抵当権実行（後順位抵当権設定時には別人所有の土地建物が同一人所有になった場合）と法定地上権の成否」、高橋寿一・判時2005号184頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが、乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、（監修）坂田桂三、根田正樹、堀切忠和・税事40巻 8 号65頁「先順位抵当権設定後、土地と建物の所有者が同一となった場合に、先順位抵当権消滅後、後順位抵当権を実行する場合の法定地上権の成否」、根本尚徳・北法59巻 2 号500頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に、後順位の乙抵当権が実行された場合において、甲抵当権の設定時に土地と地上建物とが同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときには、法定地上権が成立する。」、池田雅則・金法1844号37頁「複数の土地抵当権と法定地上権の成立基準」、島田邦雄、圓道至剛、石川智史、服部真理、木村和也・金法1811号50頁（新商事判例便覧 No. 580 - 2787）「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していないものの乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、清水元・中央ロ 5 巻 3 号93頁「先順位抵当権設定当時において土地と建物が別個の所有者に属していたが、後順位抵当権が設定されたときには同一人に帰属していた場合に、先順位抵当権が消滅したときは、法定地上権が成立するとされた事例」、鈴木紀子・民研621号31頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、伊室亜希子・明治学院ロー 9 号137頁「同一所有者要件に関する法定地上権の成否」、松本恒雄・ジュリスト臨時増刊1354号72頁〔平成19年度重要判例解説〕「法定地上権成立の要件としての土地建物同一所有の時期：先順位抵当権消滅後に後順位抵当権が実行された場合」、松井宏興・リマックス37号18頁「先順位の土地抵当権消滅後における後順位抵当権の実行と法定地上権の成否」、松本恒雄・別冊ジュリスト195号182頁〔民法判例百選 1 第 6 版〕「法定地上権（1）：1 番抵当権設定時に土地と建物の所有者が異なっていた場

合」、青木則幸・登情49巻8号33頁「先順位抵当権の消滅後に土地抵当権の実行がなされた場合における法定地上権の成立基準」、宮坂昌利・曹時61巻12号191頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否〈最高裁判所判例解説／民事関係12〉」、四ッ谷有喜・速報判例解説（法学セミナー増刊）4号77頁「先順位抵当権の消滅と法定地上権の成否」、上條醇・別冊判例タイムズ22号56頁（平成19年度主要民事判例解説）「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、宮坂昌利・ジュリスト増刊〔最高裁時の判例6平成18～20年〕104頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、宮坂昌利・最高裁判所判例解説民事篇平成19年度523頁「土地を目的とする先順位の甲抵当権が消滅した後に後順位の乙抵当権が実行された場合において、土地と地上建物が甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったが乙抵当権の設定時には同一の所有者に属していたときの法定地上権の成否」、松本恒雄・別冊ジュリスト223号178頁〔民法判例百選1総則・物権 第7版〕「法定地上権（1）—1番抵当権設定時に土地と建物の所有者が異なっていた場合」、小林明彦、土肥里香・ジュリスト増刊38頁〔実務に効く担保・債権管理 判例精選〕「抵当権設定後の所有権変動と法定地上権〈不動産担保の取得〉」。

（3） 最高裁判決昭和51年2月27日（判時809号42頁⁽⁷⁾）

（事実の概要及び争点）

Aは、昭和38年1月12日、自己が所有する土地（以下、「甲土地」とする。）につき、Bのため元本極度額500万円の根抵当権を設定し、その設定登記を経由した。その後、Bがこの根抵当権の実行として甲土地の競売の申立てをし、競売の結果X（原告、被控訴人、被上告人）がこれを競落し、昭和45年3月11日、競落代金を完納し、甲土地の所有権を取得し、所

有権移転登記を受けた。A は、前記根抵当権設定後の昭和38年4月頃、甲土地上に建物（以下、「乙建物」とする。）を築造し所有していたが、昭和46年6月10日頃、Y に乙建物を譲渡し、Y が乙建物の所有権を取得した。そこで、X は、Y に対し、乙建物の収去及び甲土地の明渡しを求めたのが本事案である。X の請求に対し、Y は、前記根抵当権が設定されるに際し、B は、A が後日甲土地上に乙建物を築造することをあらかじめ承認していたのであるから、A は、乙建物のため甲土地につき適法に法定地上権を取得した旨主張し争った。第1審、第2審ともに、X の請求を認容したため、Y が上告した。

本事案の争点も、これまで検討した判例法と同じく、抵当権設定当時、甲土地上に乙建物が築造されていない事案であったが、抵当権者が抵当権設定者の後日の乙建物の築造を承認していたことを争ったため、仮にこの承認があった場合、法律要件④の緩和が認められる否かが争点となったのである。

（判旨）

「民法三八八条により法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時において地上に建物が存在することが必要であつて、抵当権設定後地上に建物を築造した場合には原則として同条の適用がないものと解するのが、相当である。したがつて、土地の抵当権設定当時、その地上に建物が存在しなかつたときは、抵当権者が建物の築造をあらかじめ承認した事実があつたとしても、民法三八八条の適用を認めるべきではなく、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、右判断に所論の違法はない。」

本件の原審では、「土地の根抵当権設定当時、その土地に建物が存在しなかつたときは、民法三八八条の規定の適用がないと解すべきであつて、根抵当権設定者による建物の後日における建築を承認したというY主張の事実が仮にあったとしても、根抵当権設定後に建築された建物のため法定地上権の成立を認めることはできない。」との理由でYの抗弁を排斥

し、Xの請求を認容していた。これは、判例法の採用する原則であり、競落人保護の観点から、抵当権者と抵当権設定者が、後に建物が建築されたら、その建物のために、土地が地上権の制限を受けるとの特約をしても、その特約は競落人に対抗できないとするのが大審院時代からの判例法である⁽⁸⁾。明確なルールや画一的な処理が競売手続には求められるのは当然であり、法定地上権の要件④の緩和は認めることは難しいであろう。しかし、証拠上、抵当権者がその目的である土地の評価につき、更地評価ではなく、底地評価していることが明白な場合、また、抵当権者自らが競売手続に参加し、土地の競落人になった場合でも、この法理を貫くことができるのだろうか。次節では、これらが争点の一部になった事案を検討することにする。

注

(7) 他の節に倣い、主だった判例評釈を掲げておこう。武藤節義・不セ7巻7号「更地の抵当権者が後日土地に建物が築造されることを予め承諾していた場合の法定地上権の成否」

(8) 大判大正7・12・6民録24輯2302頁、最二小判昭和36・2・10民集15巻2号219頁等。

(4) 最高裁判決昭和52年10月11日（民集31巻6号785頁）⁽⁹⁾

（事実の概要及び争点）

抵当権の実行による土地（以下、「甲土地」とする。）の競売手続に参加し、甲土地を買受け所有権を取得したX（原告・控訴人・上告人）が、甲土地の上に建物（以下、「乙建物」とする。）を所有し甲土地を占有している被上告人Y（被告・被控訴人・被上告人）に対し、甲土地所有権に基づき乙建物の収去及び甲土地の明渡しを求めたが、1審2審ともに、Xの請求が棄却された。Xが上告。

本事案の争点は以下の通りである。その上告審において、抵当権設定当時、旧建物が近い将来取壊され再築される予定である場合も法定地上権は成立し、通常は旧建物が存在する場合と同一の範囲内の地上権が成立する

と解されるが、抵当権設定当時、A（脱退原告）は、近い将来旧建物が取壊され、堅固建物である新工場が新築されることを予定して甲土地の担保価値を算定したものであるから、抵当権者の利益を害しない特段の事情があるとして、Yが本件建物すなわち堅固の建物所有を目的とする60年（借地法2条）の地上権を有することの確認を求めたものである。上告審は、Yの主張を確認した原判決を支持して、上告を棄却した事例。

（判旨）

「思うに、同一の所有者に属する土地と地上建物のうち土地のみについて抵当権が設定され、その後右建物が滅失して新建物が再築された場合であっても、抵当権の実行により土地が競売されたときは、法定地上権の成立を妨げないものであり（大審院昭和一〇年（オ）第三七三号同年八月一〇日判決・民集一四卷一五四九頁参照）、右法定地上権の存続期間等の内容は、原則として、取壊し前の旧建物が残存する場合と同一の範囲にとどまるべきものである。しかし、このように、旧建物を基準として法定地上権の内容を決するのは、抵当権設定の際、旧建物の存在を前提とし、旧建物のための法定地上権が成立することを予定して土地の担保価値を算定した抵当権者に不測の損害を被らせないためであるから、右の抵当権者の利益を害しないと認められる特段の事情がある場合には、再築後の新建物を基準として法定地上権の内容を定めても妨げないものと解するのが、相当である。原審認定の前記事実によれば、本件土地の抵当権者であるBは、抵当権設定当時、近い将来旧建物が取り壊され、堅固の建物である新工場が建築されることを予定して本件土地の担保価値を算定したというのであるから、抵当権者の利益を害しない特段の事情があるものというべく、本件建物すなわち堅固の建物の所有を目的とする法定地上権の成立を認めるのが、相当である。」

すでに検討してきたように、抵当権者が建物の建築を承認している場合であっても、原則、法定地上権の成立は認めないとするのが判例法であ

る。しかし、本判決は、例外的に、特段の事情があり、抵当権者の期待を損なわず、競落人の利益を害さないときには、法定地上権の成立が認められることを示したものである。しかも、本事案の場合、再築後の新建物を基準とする法定地上権の成立を肯定するものであるが、その根底には、土地と建物を別個の不動産と構成する民法との関係で、土地と建物とが同一人に帰属していない場合の、建物所有権の基礎である土地利用権の土地所有権との関連での評価について、分析的に、土地所有権の価格を利用権の部分と所有権マイナス利用権の底地価格と評価する個別価値考慮説が存在したのは明らかなことである。⁽¹⁰⁾ バブル経済崩壊後の執行妨害型事案の頻出により、この個別価値考慮説が機能しなくなり判例変更が行われるのであった。その点につき、次節で確認しておこう。

注

- (9) ここでも他の節に倣い、主だった判例評釈を掲げておこう。小川保弘・新潟12巻2号「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、古館清吾・金法853号「土地および地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を再建した場合に再築後の堅固建物の所有を目的とする法定地上権の成立が認められた事例」、石田喜久夫・判時893号「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、鶴井俊吉・法と秩序43号「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、東海林邦彦・民商79巻1号「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、星野英一・法協95巻12号「土地と地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定した後建物を取り壊して堅固な建物を建築した場合に堅固な建物を所有するための法定地上権が成立するとされた事例」、大道友彦・民研260号

「土地及びその地上の非堅固建物と所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、松井宏興・甲法19巻1号「堅固建物の再築と法定地上権の成立」、宇佐見大司・愛学22巻1号「再築後の堅固建物のための法定地上権」、片桐善衛・志林76巻4号「非堅固建物所有者が、自己の土地に抵当権を設定した後、建物を取り壊し、堅固建物を新築した場合に、堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、島田禮介・曹時31巻2号「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、内田貴・別冊ジュリスト104号192頁「再築後の堅固建物と法定地上権」、内田貴・別冊ジュリスト136号188頁「再築後の堅固建物と法定地上権」、高木多喜男・ジュリスト臨時増刊666号64頁「再築後の堅固建物のための法定地上権」、椿寿夫・ジュリスト増刊（民法の判例〔第三版〕）91頁「地上建物の取壊し・再築と法定地上権——非堅固の旧建物の所有者が敷地を抵当に入れた後、堅固建物に建て替えたときは、後者を目的とする法定地上権が成立するか——」、山野目章夫・ジュリスト増刊（担保法の判例1）151頁「建物の再築と法定地上権」、内田貴・別冊ジュリスト77号202頁〔民法判例百選1 第2版〕「再築後の堅固建物と法定地上権」、島田禮介・最高裁判所判例解説民事篇昭和52年度270頁「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例」、同・法時50巻2号149頁「土地及びその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例（最高裁新判例紹介（昭和52・9～10）民事事件）」、同・NBL155号33頁「土地およびその地上の非堅固建物の所有者が土地につき抵当権を設定したのち地上建物を取り壊して堅固建物を建築した場合に堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立するとされた事例（最高裁判所判例解説）（最高裁第三小法廷昭和52・10・11判決）」、岩城謙二・NBL211号26頁「法定地上権の成否（判例民法入門（2））：最高裁第三小法廷昭和52年10月11日判決」、徳本伸一・判タ367号27頁（昭和52年度民事主要判例解説）「〔9〕再築された堅固建物のために法定地上権が成立するとされた事例」、関沢正彦・金法978号21頁「法定地上権（判例に学ぶ実務へのかけ橋 担保編）」、並木茂・金法1433号76頁「判例評釈 第4章 担保（28）建物の再築と法廷地上権（戦後50年特集 戦後

金融判例50戦)』。

(10) 居住権の保護という視点から、賃借権の物権化、借地借家に関する判例法の蓄積、その脈絡で理解できる平成15年の担保執行法改正で廃止された「短期賃貸借保護」の制度があったとされている。そうした多年にわたり先達が集積してきた叡智を放棄するほど執行妨害型事案が多かったのは否めないが、なお一層慎重に方策を検討すべきであったのではないか。また、演繹法に基づく思考過程をおざなりにし、論理の組み立てを帰納法的になしたのでは、論理が定まらないように感じられるのは筆者だけの思い過ごしではないだろう。

(5) 最高裁判決平成9年2月14日(民集51巻2号375頁)⁽¹¹⁾

(事実の概要及び争点)

Y1(被告・控訴人・上诉人)は、昭和50年7月、自己所有の土地(以下、「甲土地」とする。)及び建物(以下、「乙建物」とする。)についてA(信用金庫)のために共同根抵当権を設定した。その後、Aの承諾を得て乙建物を取り壊した(平成元年2月13日付けで滅失登記経由)。Aは、乙建物の取り壊し後、甲土地につき、更地として担保価値を再評価し、4回にわたって根抵当権の極度額を増額した。その後平成4年9月、根抵当権が実行された。同月18日、抵当権実行申立てによる差押えの登記直後に、X信用金庫(原告・被控訴人・被上诉人)は、Aより被担保債権と根抵当権の譲渡を受け、本件の競売事件についても債権者の地位を承継した。他方、Y1は、Y2(被告・控訴人・上诉人)に甲土地を賃貸し(短期賃貸借、仮登記済)、Y2は、同年10月16日、甲土地上に新建物(以下、「新建物」とする。)を建築した。Xは、Y1及びY2に対して、平成15年改正前の民法395条ただし書に基づいて、短期賃貸借の解除請求を行い、Y2に対して、賃借権設定仮登記の抹消を求めた。

第1審ではXの解除請求が認められたが、第2審では、Y1及びY2は、本件甲土地について、再築された新建物のための法定地上権が成立するので、Xは、本件甲土地の価値のうち、この法定地上権によって制約された価値しか把握しておらず、Y2が本件甲土地を賃借していることは、Xに損害を及ぼすものではないとの主張を付け加えた。第2審はこのY1

及び Y 2 の主張を斥け、控訴を棄却したので、Y 1 及び Y 2 が上告したのが本事案である。

本事案の争点は、甲土地と乙建物が共同抵当権が設定され、乙建物が滅失した後に新建物が再築された後に、甲土地に設定された抵当権が実行されると、新建物のために法定地上権が成立するかという問題であり、執行妨害型の建物の取壊しと再築事案が増加するなか、従来の判例法の原則と例外法理の適用の有無との関係で注目された事案である。

(判旨)

「これに対し、所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、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解するのが相当である。けだし、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額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からである。」

判例法は、執行妨害型の事案に対処すべく、これまでの「個別価値考慮説」ではなく「全体価値考慮説」という見解を採用することをここに明らかにしたのである。また、従来の居住権の保護や国民的な損失からの批判にもこたえるべく、「なお、このように解すると、建物を保護するという

公益的要請に反する結果となることもあり得るが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきであるとはいえない。」として、法定地上権の成否の判断につき、その優先順位を示したのである。

注

- (11) 本判決は、第三小法廷判決である。本節においても、主だった判例評釈を掲げておこう。角紀代恵・法教206号「土地と地上建物が共同根抵当権の目的になっていた場合における建物再築と法定地上権の成否」、高木多喜男・リマークス16号「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」、中井美雄・奈良産10巻2号「土地及び地上建物が共同抵当権を設定した後に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成否」、滝澤孝臣・金法1548号「所有者が土地および地上建物が共同抵当権を設定した後に当該建物が取り壊されて同土地上に新たな建物が建築された場合における法定地上権の成否」、東海林邦彦・民商120巻3号「所有者が土地及び地上建物が共同抵当権を設定した後に右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成否」、春日通良・曹時52巻4号「所有者が土地及び地上建物が共同抵当権を設定した後に右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成否」、西尾信一・銀法536号「所有者が土地および地上建物が共同抵当権を設定した後に右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成否」、山田誠一・金法1492号「敷地とともに共同抵当の目的である建物取壊し後の再築建物と法定地上権」、半田吉信・判時1609号「所有者が土地及び地上建物が共同抵当権を設定した後に右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成否」、吉田邦彦・別冊ジュリスト159号190頁「法定地上権——土地・建物共同抵当における建物再築の場合——」、近江幸治・ジュリスト臨時増刊1135号64頁「土地及び地上建物の共同抵当権における建物再築と法定地上権」、東海林邦彦・法学教室増刊（民法の基本判例〔第二版〕）88頁「法定地上権の成否——土地・建物共同抵当の場合における再築建物のために法定地上権は原則として発生しない——」、春日通良・最高裁判所判例解説民事篇平成9年度197頁「所有者が土地及び地上建物が共同抵当権を設定した後に右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成否」、吉田邦彦・別冊ジュリスト175号190頁〔民法判例百選1 第5版新法対応補正版〕「法定地上権：土地・建物共同抵当にお

ける建物再築の場合」、廣田民生・判タ978号54頁（平成9年度主要民事判例解説）「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に右建物を取り壊されて新建築物が建築された場合の法定地上権の成否」、金法1476号36頁「再築建物への法定地上権の成否に関する最高裁判決（法務の話題）」、並木茂・金法1581号104頁「(50) 建物の再築と法廷地上権（第4章 担保）」、東京地方裁判所民事執行センター実務研究会・判タ1103号21頁「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に地上建物が取り壊され、土地上に新たに建物が建築された場合の法定地上権の成否」、道垣内弘人・別冊ジュリスト195号184頁〔民法判例百選1 第6版〕「法定地上権（2）：共同抵当建物の再築」、小林明彦、道垣内弘人、山野目章夫、吉田光碩・金法1493号24頁「座談会 再築建物のための法定地上権をめぐる二つの最高裁判決を中心に」、道垣内弘人・別冊ジュリスト223号180頁〔民法判例百選1 総則・物権 第7版〕「法定地上権（2）—共同抵当建物の再築」、北川恵子・ジュリスト増刊30頁〔実務に効く担保・債権管理 判例精選〕「法定地上権と建物の存在〈不動産担保の取得〉」。これらを整理した文献としては、東海林邦彦「法定地上権成否」平井宣雄編『民法の基本判例〔第2版〕』（有斐閣、2000年）88頁以下参照。

(6) 最高裁判決平成9年6月5日（民集51巻5号2116頁）⁽¹²⁾

（事実の概要及び争点）

Aは、X（原告、控訴人、上告人）のために自己が所有する土地（以下、「甲土地」とする。）及び建物（以下、「乙建物」とする。）に共同抵当権を設定し、設定登記も経由した。その後、Aは、乙建物を取り壊し、建物（以下、「新建物」とする。）を新築した。Aは、その新建物の建築後、Xのために甲土地と同順位の共同根抵当権を設定しその登記も経由した。その後、Xの甲土地、新建物の一括競売の申立てにより、競売に付され一括して売却された。執行裁判所が配当期日に作成した配当表は、新建物に設定された抵当権が把握した交換価値は新建物の価額及び新建物のための法定地上権の価額の合計額であり、当該新建物の売却代金の配当について、YのAに対する法定納期限が到来した国税債権がXの前記債権に優先するとし、右国税債権額に相当する額をYに配当することを内容とするものであった。この配当表につき、Xは、右配当期日に配当異議の申

出をした。本事案での争点は、Xの被担保債権に優先する国税債権が存在する場合、新建物に法定地上権がするかに関係して、その成立を認めるための「特段の事情」があるか否か、また、本事案のような共同抵当の場合、建物に設定された抵当権が把握する交換価値は、建物の価額及び新建物のための法定地上権の価額の合計なのか、いわゆる個別価値考慮説にたつのか全体価値考慮説に立脚するのか等が争点となったのである。原审では、新建物の抵当権は、Yの国税債権の法定納期限より後に設定されたから、同抵当権によって担保される債権は、国税徴収法八条、一六条により被上人の国税債権に劣後する。このことは、旧建物が右法定納期限の時に存在していたか否かによって左右されるものではない。そのうえで、同一所有者に属する土地及びその地上建物に共同抵当権が設定された後、右建物が取り壊され、新建物が建築された場合でも、土地所有者が新建物を建築し、かつ、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は、新建物に法定地上権が成立する。右の場合には、旧建物が新建物に変わるだけで、旧建物について共同抵当権が設定された当時と同じ状況になるからである。そして、本件においては、新建物について、旧抵当権と同順位の抵当権が本件土地との共同担保として設定されたから、新建物のために法定地上権の成立が認められる。したがって、本件係争の配当額は、Yに配当すべきものである、と判断を示したため、Xが上告。

(判旨)

「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場合であっても、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在するときは、右の特段の事情がある場合には当たらず、新建物のために法定地上権が成立しないものと解するのが相当である。けだし、新建物に土地と同順位の共同抵当権が設定された場合は、抵当権者は、旧建物に抵当権の設定を受けていたときと同様に

土地全体の価値を把握することができるから、新建物のために法定地上権の成立を認めても不利益を被ることがない。しかし、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在する場合は、新建物に右抵当権に優先する担保権が設定されている場合と実質的に異なるところがなく、抵当権者にとっては、新建物に抵当権の設定を受けないときは土地全体の担保価値を把握することができるのに、新建物に抵当権の設定を受けることによって、かえって法定地上権の価額に相当する価値を把握することができない結果となり、その合理的意思に反するからである。」

本判決は、Xが前記配当表のうちYに対する配当額の変更を求める配当異議の訴えであり、Xは、乙建物が取り壊されて新建物が建築された場合、原則として法定地上権は成立しないから、Yが国税債権として新建物から優先的に弁済を受けられるのは最大限で新建物の材木価額にとどまる等のXの主張を認め、これと異なる原審の判断を破棄し、原審に差し戻したものである。本判決の意義は、前述した最高裁判所判決が採用した全体価値考慮説について、同じく第一小法廷においても採用することを明らかにしたことである。

注

- (12) 前述の最高裁判決平成9年2月14日と同じく、「なお、このように解すると、建物を保護するという公益的要請に反する結果となるが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきであるとはいえない。」と述べて、従来からの居住権の保護や国民的な損失からの批判にもこたえるべく、その採用の理由を示したのである。この最高裁判決（第一小法廷）についても、主だった判例評釈を掲げておこう。村田博史・法教207号「共同抵当権設定後の再築建物に土地と同順位の共同抵当権を設定した場合に法定地上権の成立が認められなかった事例」、近江幸治・民商118巻1号「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に建て替えた新建物に土地の抵当権と同順位の共同抵当権を設定した場合に右抵当権の被担保債権に優先する国税について執行裁判所に対し交付要求がされたときの法定地上権の成否」、山田誠一・金法1524号「土地建物への共同抵当権の設

定後、建物が再築されて国税交付要求があった場合の法定地上権の成否」、伊藤進・リマックス17号「共同抵当に優先する国税の交付要求と法定地上権の成否」、滝澤孝臣・金法1548号「所有者が土地および地上建物に共同抵当権を設定した後に当該建物を取り壊されて同土地上に新たな建物が建築された場合における法定地上権の成否」、春日通良・曹時52巻4号「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に建て替えた新建物に土地の抵当権と同順位の共同抵当権を設定した場合に右抵当権の被担保債権に優先する国税について執行裁判所に対し交付要求がされたときの法定地上権の成否」、春日通良・最高裁判所判例解説民事篇平成9年度697頁「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に建て替えた新建物に土地の抵当権と同順位の共同抵当権を設定した場合に右抵当権の被担保債権に優先する国税について執行裁判所に対し交付要求がされたときの法定地上権の成否」、上田正俊・判タ978号212頁（平成9年度主要民事判例解説）「再築建物のために法定地上権の成立すべき特段の事情がある場合に該当しないとされた事例」、並木茂・金法1581号104頁「(50) 建物の再築と法廷地上権（第4章 担保）」、荒木新五・判タ957号68頁「(1) 今期の主な裁判例 (2) 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 担保（民法判例レビュー59）」、東京地方裁判所民事執行センター実務研究会・判タ1103号23頁「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に建て替えた新建物に土地の抵当権と同順位の共同抵当権を設定した場合に、当該抵当権の被担保債権に優先する国税について執行裁判所に対し交付要求がされたときの法定地上権の成否」、橘素子・国税速6038号8頁「共同抵当に優先する国税の交付要求と法定地上権の成否」、小林明彦、道垣内弘人、山野目章夫、吉田光碩・金法1493号24頁「座談会 再築建物のための法定地上権をめぐる二つの最高裁判決を中心に－」、畠山新・判タ1348号58頁「法定地上権に関する判例の分析と展望〈判例展望民事法52〉」。

(7) 最高裁判決平成10年7月3日（判時1652号68頁）⁽¹³⁾

(事実の概要及び争点)

A（所有者）は、自己所有の土地（以下、「甲土地」とする。）及び建物2棟（以下、再築事案であるので、時系列順の旧建物、新建物についてそれぞれ「乙建物」、「新建物」とする。）に、X（原告、控訴人、上告人）

及び Y ら（被告、被控訴人、被上告人）に対し、甲土地、乙建物及び新建物に共同抵当権を設定し、その旨の登記がされていたところ、乙建物が壊された後に X の申立てにより不動産競売が開始され、執行裁判所により新建物のために乙建物を基準とした内容の法定地上権が成立することを前提にした配当表が作成されたので、X が、新建物につき法定地上権は成立しないとして、本件配当表につき配当異議の申立てを行ったが、原審は、乙建物が取り壊され、新建物が再築された時点において、新建物について乙建物を基準とした内容の法定地上権がそのまま存続付着し、本件土地は右法定地上権を引き続き負担していると解するのが相当である。したがって、新建物のために法定地上権が成立することを前提に作成された本件配当表に誤りはないとして X の請求を棄却した。このため X が上告したのが本事案である。

本事案においては、本件には新建物のために法定地上権が成立する特段の事情が存在するか否か、また本事案のような共同抵当の場合、建物に設定された抵当権が把握する交換価値は、建物の価額及び新建物のための法定地上権の価額の合計なのか、いわゆる個別価値考慮説にたつのか全体価値考慮説に立脚するのか等が争点となったのである。

（判旨）

「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、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などの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解するのが相当である（最高裁平成七年（オ）第二六一号同九年二月一四日第三小法廷判決・民集五一卷二号三七五頁、平成五年（オ）第二一七二号同九年六月五日第一小法廷判決・民集五一卷五号二一六頁参照）。」

本判決（第二小法廷）は、乙建物が取り壊されて新建物が建築された場合、原則として法定地上権は成立しない等のXの主張を認め、これと異なる原審の判断を破棄し、原審に差し戻したものである。本判決の意義は、前述した最高裁判所判決が採用した全体価値考慮説について、同じく第二小法廷においても採用することを明らかにしたことである。

注

(13) ここでも主だった判例評釈を掲げておこう。滝澤孝臣・金法1548号「所有者が土地および地上建物に共同抵当権を設定した後に当該建物が取り壊されて同土地上に新たな建物が建築された場合における法定地上権の成否」、占部洋之・阪学26巻1号「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に右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成否」、名越聡子・判タ1005号68頁（平成10年度主要民事判例解説）「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後に右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成否」。

(8) 小括

ここまで検討してきた法定地上権の法律要件の④抵当権設定時に建物が存在することについての判例法の法形成、蓄積を時系列に従って整理しておこう。第一に、土地に抵当権が設定された後、抵当権設定者が建物を建築し、その後土地に設定された抵当権が実行された場合、この要件を充足しないとして、判例は、法定地上権の成立を認めない⁽¹⁴⁾。その根拠は、民法388条の規定は「土地及びその上に存在する建物が同一の所有者に属する場合においてその土地又は建物のみを抵当となしたときは」としており、更地に抵当権が設定された場合に法定地上権が成立することを予定していないことであり、更地に抵当権が設定された後、抵当権設定者が建物を建築した場合は、抵当権者は土地とともに建物を一括して競売できる(389条)と規定する以上、この場合、建物所有者のための法定地上権が成立することを民法は予定していないとするのである。また、その実質的な理由として、当事者の意思表示により、抵当権者としては、当該土地を更地として担保評価しており、法定地上権の成立を認めるとすると、抵当権

者は意外の損失を被むるおそれがあることがあげられている⁽¹⁵⁾。借地権に基づく建物の事案では、土地の価格の大部分が借地権価格に移行すると評価されることを考慮すれば、更地の場合と地上権の負担付きの土地との間では、その経済的な価格に大きな差が生ずることを前提とすると、判例法が採用した「意外な損失」を等閑視することはできない。なお、更地に抵当権者が抵当権の設定を受ける際に、抵当権者が抵当債務者の建物建築を承認している場合であっても、判例法は、原則として、法定地上権は成立しないとの結論は変わらないとするのがその立場である。⁽¹⁶⁾

判例法の到達点、その原則は前述の通りであるが、例外的に、法定地上権の法律要件の④抵当権設定時に建物が存在することについて、その要件緩和を認める方向性を示してきた。すなわち、土地に抵当権を設定する当時、その土地上に抵当権設定者が所有する建物が存在していた場合であれば、建物が後に滅失し、抵当権設定者が建物を再築ないし改築した場合であっても法定地上権が成立することを認めることである。⁽¹⁷⁾この例外的な処理をする理由としては、抵当権者は、旧建物が存在していることを前提に土地の経済的な価値を算定、評価して、抵当権の設定を受けていることが挙げられていた。こうした理由付けを前提にすれば、この例外的に成立を認められる法定地上権は、旧建物のために成立する地上権と同一の範囲のものが原則となるのは当然のことである。また、建物の再築との関係で法定地上権の成否が争われる事案には、前述の例外処理を認めた典型的な事案である、抵当権設定者自らが旧建物を取り壊し、新建物を再築し所有する事案以外にも、いくつかの場合が存在した。第一に、抵当権設定者が旧建物を取り壊し、新建物を築造し、土地に利用権を設定しこの新建物を譲渡した場合、第二に、土地と新建物の双方を第三取得者に譲渡した場合、第三に、土地に旧建物のための利用権を設定し、旧建物を第三者に譲渡し、この第三者が旧建物を取り壊して新建物を築造し、所有する場合、第四に、土地と旧建物の双方を第三者に譲渡したが、この第三者が旧建物を取り壊し、新建物を築造し、所有する場合等があるとされている。⁽¹⁸⁾こうし

た事案につき、画一的な処理の要請と抵当権者の期待との調和を前提にしつつも、抵当権者の期待や利益、すなわち抵当目的物の担保価値算定ないし予測を根拠とする以上、新建物に旧建物を基準とする法定地上権の成立を認めても、その地上権の範囲が旧建物について成立していた法定地上権の範囲を超えない限りは、抵当権者に不測の損害はないとの結論が導き出されるのである。ここまではバブル経済崩壊前の、居住権の保護や国民的経済の損失を利益衡量の際に優先させることができた時代の判例法の流れである。

しかし、バブル経済の崩壊後、こうした判例法理の隙を突くかのように、執行妨害型の事案が頻出するに至り、判例法は、個別価値考慮説から全体価値考慮説への大転換を行ったのである。紙幅の関係で詳論はしないが、全体価値考慮説について、個別価値考慮説からの批判に堪えられるべく、主に実務家からさまざまな見地からの理由が摘示⁽¹⁹⁾され、また担保執行法改正も相まって、その当否の判断は脇に置くとして、その議論も収束していったのである。

注

- (14) 大判大正4・7・1民録21輯1313頁。この判決以降、判例法は一貫しており、通説もこれを支持する。
- (15) 判例法に対峙する見解には、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣法律学全集、1982年）365頁以下、加藤一郎「抵当権と利用権」谷口知平＝加藤一郎編著『新民法演習2物権』（有斐閣、1967年）247頁以下、篠塚昭次「抵当権と法定地上権」金法689号126頁以下。
- (16) 最判昭和36・2・10民集15巻2号219頁、最判昭和52・10・11民集31巻6号785頁参照。
- (17) 大判昭和10・8・10民集14巻1549頁、大判昭和13・5・25民集17巻1100頁、最判昭和52・10・11民集31巻6号785頁等参照。
- (18) 滝澤孝臣「判批」金法1548号17頁以下の指摘を参照。
- (19) 土地と建物に共同抵当権が設定された事案については、実務上、抵当権者は土地と建物を担保評価するにあたり、土地と建物を一体として、あるいは土地の価値

を中心として考えているのであり、他方、抵当権設定者も更地価格以上の担保を提供する意思を有していることなどを理由として、法定地上権の成立を否定ないし限定的に解釈すべきだとの見解（井上稔「担保価値の実現と法定地上権の成否」金法1209号27頁以下、吉田光「判批」判タ792号72頁以下、同「判批」判タ842号41頁以下。）が主張されるにいたった。建物再築の類型には、通常再築型の他、執行妨害型、債務不履行再築型などがあるとされ（廣田民夫「再築建物のための法定地上権の成否」金法1411号7頁以下参照）、再築要因によって結論が変わる可能性もあるが、バブル崩壊に伴うこのような「病理的現象」をどこまで一般理論に反映させるべきかについては意見の分かれるところであろう。

2 学説

（1）全体価値考慮説

本稿の検討対象である、土地と建物に共同抵当権を設定する場合、抵当権者は、土地と建物の全体の経済的価値（担保価値）を把握するとして法定地上権成否を判断する立場である。この見解によれば、抵当権の目的物である建物が建て替えなどで消滅したときは、建物に付着していた土地利用権分の価値（借地権価格）は土地に帰属するとし、こうした解釈は抵当権者の合理的意思に合致するという。なお、この見解でも、建物が再築後に、土地に設定された抵当権と同一順位の抵当権が建物に設定されたときは例外的に、従前と同様に土地と建物両者の経済的な担保価値をすべて捕捉することができることを理由に、建物再築前の法定地上権の成立を認めたとしても、⁽²⁰⁾ 抵当権者は不測の損害を被ることがないとするのである。こうした理論的根拠から、全体価値考慮説は、個別価値考慮説に対して、以下のような批判を展開するのである。ここまで検討したような当事者の意思、特に抵当権者の意思、期待権、土地と建物とは経済的な一体性あること等を論拠とする全体価値考慮説は、個別価値考慮説では、抵当権者は底地部分しか評価把握できないことになり、堅実な担保価値がある不動産のその担保価値を有効活用することができないおそれがあることを第一に指摘し、加えて、個別価値考慮説が主張する、執行妨害的型事案における

権利濫用等の一般条項の適用は、執行裁判所に判断を委ねることになり過ぎること、さらに第三者に不測の損害を惹起せしめるおそれがあること等を主張することで、その妥当性を強調するのである。⁽²¹⁾

注

(20) 個別価値考慮説と全体価値考慮説では当事者の認識が異なるとし、全体価値考慮説の利点を詳細に論証する論稿として、栗田隆「判批」判評423号〔判時1485号〕36頁以下参照。

(21) その他、手続き的な問題など、詳細については、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（9）』（有斐閣、1998年）513頁以下〔生熊長幸〕参照。

（２） 個別価値考慮説

前節で検討した平成9年最高裁判決以前の判例理論であり、通説的見解である。この立場は、土地と建物に共同抵当権が設定された場合、土地と建物に個別に抵当権を設定したときと基本的には異なることなく、建物には、建物を客体とする抵当権が設定され、土地には、土地を客体とする抵当権が設定されていると構成するものである。そして、建物に設定された抵当権は、建物の経済的価値及び土地利用権に相当する価値を把握しており、土地の抵当権は、建物のために設定された土地利用権を控除した価値（底地価格）を把握するものであると構成するのである。この構成によれば、旧建物が再築された場合、再築された建物について、その敷地利用の根拠となる土地利用権を認めても、その土地利用権を再築前の建物を基準とする従前の土地利用権と評価するかぎり、何ら抵当権を侵害するものではないという論理的帰結に至るのである。⁽²²⁾ 学説理論の整理として、個別価値考慮説から全体価値考慮説への批判点を以下に整理しておこう。第一に、理論的な問題として最高裁判例の立場を疑問視するものとして、判例法は、共同抵当の場合、抵当権者は、土地と建物の全体の価値を把握しているとするが、理論的に検討すれば、土地に設定された抵当権及び建物に設定された抵当権のそれぞれは、共同抵当の客体となっている土地及び建物のどの部分を把握しているか明確でないと指摘するのである。第二に、

全体価値考慮説を根拠に法定地上権の成立を否定するには、財団抵当や企業担保の場合のように、土地と土地上の建物とを集合物（集合財産）的に評価し一体とみて、この集合物に抵当権が設定されていると構成することが前提となるが、この構成は、土地と建物とをそれぞれ別個の、独立した不動産とみるわが民法の考え方と矛盾する法律構成ではないかという指摘である。⁽²³⁾ 第三に、土地だけに設定された抵当権の場合と、土地と建物とに設定された共同抵当権の場合とで法律上異なった取り扱いをするのは理論上問題ではないかとの指摘である。

注

(22) この見解に属するものとして、高木多喜男「共同抵当における最近の諸問題」金法1349号12頁以下、同『『金融取引の法理 第2巻』(成文堂、1996年) 326頁以下所収]、同「判批」リマークス16号18頁以下、富川・前掲注13) 論文、福永有利「判批」リマークス7号143頁以下、松井宏興「判批」法時67巻4号95頁以下、生熊・前掲注(21)『新版注釈民法(9)』531頁以下等。なお、この立場では、平成9年の最高裁判決のような執行妨害型の事案にみられるような執行妨害を防止することが困難である。このため、個別価値考慮説のなかにも、債務者が抵当権者の抵当権実行を妨害する目的で建物を取り壊し、新たな建物を建築するような、例外的な執行妨害類型に属する事案では、法定地上権の成立を否定すべきだとする見解もある。その一例として、正義・公平の理念から法定地上権の成立を否定し、抵当権者の負担のもとに、新建物の所有者などが不当な利益を得るという異常な事態を回避すべきであるとする見解（長谷川貞之「土地・建物の共同担保において建物が滅失し再築された場合と法定地上権の成否」ジュリ1015号278頁以下、富川・前掲注13) 論文。）である。

また、全体価値考慮説の問題点を指摘しつつ、法定地上権の価値の帰属に関する考え方を逆にできないかとの問題提起がある。つまり、地上権部分の価値は土地に帰属すると考えた上で、建物の所有者が借地権価格（権利金）を支払うことを条件として法定地上権の成立を認める見解（秦光昭「建物の再築等と法定地上権」手形研究470号16頁以下、須磨美博「法定地上権」ジュリ1055号145頁以下。）である。

(23) 換言すれば、執行妨害目的での建物再築という病理的事案を基本的な事案として担保法理論を構築することには疑問があり、あくまでも基礎理論は維持しつつ、

執行妨害型の事案への現実的な対処、その理論を構築することこそがこの時期の担保法学の使命であるというのである。高木・前掲注（22）論文。

（３） その他の学説

① 一体価値考慮説

土地に設定された抵当権は、土地そのものの価値を、建物に設定された抵当権は、建物自体の価値を把握し、土地の抵当権と建物の抵当権が共同抵当であることで土地と建物の価値の合計額を把握することになるとし、建物所有権に土地利用権を独立の担保価値対象として観念しない見解である。この立場では、建物が滅失して建物の抵当権が付従性により消滅すると、土地に設定された抵当権は、土地の価値を支配することになり土地利用権の負担のない状態になると構成するのである。⁽²⁴⁾

注

(24) この立場によれば、共同抵当では債権回収の危険分散の機能が作用していると評価するので、土地抵当権者は、この土地に設定された抵当権に基づき被担保債権全額の優先弁済を受けることができると結論づける。したがって、本稿で検討している再築建物を対象とする事案においては、法定地上権は原則として成立しないとするのである。こうした理解の根拠は、土地と建物に設定された共同抵当の場合、これらの抵当権は、経済的一体型共同抵当であり、法定地上権の立法趣旨は、こうした土地と建物に設定された共同抵当の事案、その再築の場合に適用されることを想定したものではないことである。この立法過程に注目した解釈的検討が必要であるとする見解（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）（下）」ジュリ1055号140頁以下、1056号145頁以下）である。

② 一括競売説

更地である土地所有権に抵当権が設定された後、土地所有権者がこの土地上に建物を建築し、所有している場合には、民法389条所定の「一括競売」を抵当権者に義務づけ、抵当権者が一括競売の申立てをなさない場合には、抵当権者は法定地上権の負担に甘んじなければならないとする見解である。また、この見解は、更地の事案のみなら

ず、建物再築の事案であっても一括競売の規定を適用すべきであると主張する。その理由について、旧建物が取り壊された段階において、更地にいったん抵当権が成立すると構成し、このことを前提に、再築された建物が土地の効率利用を著しく損ねている場合を除けば、土地の抵当権者にとっては、一括競売の方が有益であり、賢明な抵当権者⁽²⁵⁾であれば、一括競売を選択するはずだからとこの見解は説明する。

注

(25) 松本恒雄「土地建物共同抵当と再築建物の法定地上権」金法1387号91頁以下。一括競売説に対する疑問と回答につき、私法58号80-81頁等。なお、一括競売説のなかには、土地と建物を一体的に利用し、処分することの確保を重視し、本稿で対象とするような事案を含め、一括競売への誘導での問題解決を求めて、抵当権者にとって一括競売が十分な動機づけを伴うものとなるような法律構成を主張する見解(山野目章夫「判批」リマークス8号32頁以下、松井・前掲注(22)「判批」等。)も存在する。

③ その他の諸説(否定説)

本稿が対象のひとつとする建物再築における法定地上権の成否が争われ事案について、法定地上権の成立を原則否定する見解がある。その第一は、抵当権設定者である建物所有者が旧建物を取り壊し、建物を再築した場合には法定地上権の成立を否定し、建物が滅失等で失われた場合には、法定地上権の成立を認める余地の可能性を指摘する見解⁽²⁶⁾がある。第二に、立法過程の検証を根拠に、法定地上権の成立には、土地に抵当権が設定されるときに建物が存在すること、及び土地の所有権と建物の所有権とが同一人に帰属することが必要であるとする見解であり、この立場によれば、単独に設定された抵当権と共同抵当権とを区別する意義もないことになる。そして、この見解の帰結として、建物再築の事案では、法定地上権成立の余地はないことになるのである。そして第三に、土地所有権の経済的価値(交換価値)を三つの価値に析出しながらも、共同抵当権者は、すべての価値を把握す

ることを理由に、法定地上権の成立を否定する見解も存在する。⁽²⁸⁾

注

(26) 生田治郎「建物の再築と法定地上権の成否」NBL134号 6 頁以下。

(27) 菅原胞治「抵当地上の建物再築と法定地上権（上）（中）（下）」手形研究494号 4 頁以下、495号32頁以下、496号34頁以下。

(28) 野村秀敏「建物の再築と法定地上権の成否」金法1340号 6 頁以下。この個別価値総合説は、自己地上権的構成によって理論構成する。すなわち、この説によると、土地所有者が建物を建築すると、そこには潜在的自己地上権を除いた土地の価値部分（底地価格部分）、潜在的自己地上権、建物それ自体という 3 つの価値があり、土地と建物の共同抵当権者はこれらすべてを把握すると構成した上で、結論的には新建物についての法定地上権を否定するという結論に至る。

Ⅲ 結びに代えて

本稿が対象とする、法定地上権の法律要件の④について、これまで、執行妨害型の事案についての対応の必要性があることに限って言えば、判例、学説上の異論はおそらくなく、また判例法が採用した全体価値考慮説に賛意を示す学説も多くなっているのも事実である。しかし個別価値考慮説を前提とした法律的構成もなお主張されている。これは、法定地上権に関する争点の性質に由来するものであろう。⁽²⁹⁾ 法律要件の解釈以前の問題として、その成否の価値判断があり、その価値判断を理論的に正当化するための論理が演繹法によって析出されてきたと言えるのではないだろうか。そして、火急の課題であったバブル崩壊後の執行妨害型事案を解決すべく、価値判断としての結論を急遽指定し、今回は、帰納法で論理を調べてきたと評価されても否めないのが実情ではないだろうか。そろそろ来た道をふり返し、今一度この問題を整理し、その論理を再構成しても良い時期に至ったのではないだろうか⁽³⁰⁾と考えるのは筆者だけであろうか。⁽³¹⁾

注

- (29) すなわち、法定地上権の法律要件の緩和との関係で、肯定するか否定するか、まずその価値判断があり、その理由付けとしてさまざまな法律構成が練られているのであるからである。表現が妥当かどうか不明であるが、後付けの理由とも表現できるかもしれない。そもそも論として、抵当権実行時に、フランス民法やドイツ民法とは異なる不動産概念から生ずるひずみを緩和するために規定された法定地上権であり、性急な立法過程から判断しても、判例法が法形成してきた法的紛争の個々を想定したうえで、法律要件と法律効果を規定したとは言い切れないからである。「まず、注意すべきは、個別価値考慮説ないし全体価値考慮説は、法定地上権の成否を決定づける理論ではなく、法定地上権を成立させようとする場合の、またはそれを否定しようとする場合の説明理論であったことである。土地利用権の「価値」が建物に付着するか土地に吸収されるのかは、法定地上権の成否いかんでどのようにも考えられるからである。それゆえ、重要なことは、法定地上の成否をその要件から再検討する必要があるとともに、判例が培ってきた適用場面の拡大理論の意義がどこにあるかを考察しなければならない。」との指摘は至言であろう。近江幸治「バブルの爪あと（法定地上権）」銀法547号1頁。近江孝治『民法講義Ⅲ担保物権法〔第2版補訂〕』189～190頁、（成文堂、2007年）。
- (30) 戦後の住宅問題を契機に、賃借権の物権化をめぐる民法理論の形成が行われたことは、周知の事実である。この土地所有権や借地法・借家法（現在の借地借家法の前身）に関する研究の根底には、法学研究者自身の裏付け、言い換えれば、まさにこうした問題の実体験に基づく学問的関心と使命感のようなものが存在したのではないか、という主旨の発言が示唆的である。水本浩「自分史――青・壮年期における天の配剤」書斎の窓435号13～14頁（有斐閣、1994年）。この指摘で敷衍すれば、法定地上権、しかも執行妨害型ではないケースを実体験をする研究者は存在せず、この問題について、研究者自身の裏付け、この問題の実体験に基づく学問的関心と使命感のようなものが明確には存在しないということだろうか。
- (31) 本稿は、身近の家族を長きにわたる闘病の末に相次いで看取るという筆者の個人的事情で、資料を収集したが草稿段階に留まり公刊できずに温めていた研究成果を整理し、公にすることを第一義にしているので、この問題への寄与、貢献という観点からは、些か時機を失していることをご寛恕願いたい。