



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	共有不動産と法定地上権：潜在的借地権と共有理論の観点からの再検討
Author(s)	多田, 真之介
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 13, 37-60
Issue Date	2007-02-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34943
Type	departmental bulletin paper
File Information	No.13_2006_p37-60.pdf



共有不動産と法定地上権

潜在的借地権と共有理論の観点からの再検討

た　だ　しんのすけ
多　田　真之介

目　次

序　　本稿の目的	39
第一章　共有不動産事例の位置づけ	39
1. 法定地上権概略	39
（１）法定地上権の存在理由	39
（２）制定過程	40
（３）制度趣旨および根拠	40
2. 法定地上権制度への批判と共有不動産	41
第二章　学説	41
1. 学説の概要	41
（１）原則として法定地上権の問題ではないとする見解	41
（２）法定地上権の問題とする見解	42
3. 学説の評価	43
（１）法定地上権の問題としないことの妥当性	43
（２）学説における法定地上権成否の判断方法の評価	44
第三章　判例	45
1. 判例の紹介	45
（１）土地共有、建物単独所有のケース	45
（２）土地単独所有、建物共有のケース	46
（３）土地共有、建物共有のケース	47
2. 判例から導かれる基準	49
3. 判例の問題点	49
第四章　私見	50
1. 法定地上権の論理構造	50
（１）法定地上権の趣旨の再確認	50
（２）潜在的借地権と具体的利用権の重層構造	51

(3) 潜在的借地権を前提とする法定地上権の論理構造	52
(4) 同一所有者要件の意味内容	53
2. 共有不動産における法定地上権	54
(1) 基本的方向性	54
(2) 土地共有事例における潜在的借地権の意味	55
(3) 潜在的借地権と法定地上権制度	56
第五章 終わりに	56

序 本稿の目的

法定地上権とは、自己所有建物であるため借地権設定の認められない土地所有者の土地利用権を保護し、建物の存続を図り社会経済上の損失を防止するために設けられた制度であり、民法388条及び民事執行法81条に定めがある。

この法定地上権の制度は土地建物をそれぞれ別個独立の不動産として扱うのが国独自の法制下において出現したものであるが、法定地上権の制度が考案された当時は木造建築が主流であったこと、家制度に基づく一子相続が多かったこと、また経済的にも発展途上であったことから比較的単純な共有形態が多く、それほど複雑な法律関係は予定されていなかった。

しかし近年は相続による分割承継、夫婦による共同取得、差押さえ逃れのための不動産の共有が増加傾向にあるといわれる。また今後も経済の高度化複雑化が進むと考えられるから、従来のような人的関係の密な者同士による共有以外の、独自の利害を有する多数人による共有が増えると思われる。経済の高度化複雑化に伴い、不動産の担保価値の重要性もますます高まると考えられ、共有不動産における法定地上権をめぐるさらなる複雑な法律関係が生じることが予想される。

共有不動産をめぐる法定地上権成否の基準も、本稿で取り上げる判例などを通じて、ある程度明らかになってきているといえるが、未だ空白の部分も存在するのであり、また従来の判例学説は法定地上権を否定又は肯定する論理的根拠については特に言及していないものが多い。そのため建物保護による社会経済上の不利益防止という388条の趣旨との関係で、いかなる要件で建物の存続がどう図られるのか未だ明らかになっていない部分も多い。さらには法定地上権制度そのものに対する制度的欠陥が指摘されるに至っている¹。

しかし法定地上権制度も民法起草者によって検討の末設計された合理的な制度であったはずであり、かかる合理性は不動産をめぐる法律関係が複雑化している現代においてもなお当てはまるもの

ではないだろうか。そのような視点および、具体的利用権と潜在的借地権との重層構造という考え方から、法定地上権の成立要件と意義を再検討し、共有不動産における法定地上権成否の判断基準を再検討することは今後の法定賃借権などの制度の新設を考える上でも意義があるものと考ええる。

以上のように不動産の経済的利用の促進と法定地上権制度の趣旨である土地所有者の土地利用権保護、建物保護の調和という観点から、判例の共有不動産における法定地上権成否の基準の当否を検討し、従来の判例学説とは異なる当事者意思からするアプローチにより、共有不動産をめぐる法定地上権の成否の判断方法やその論理的根拠を考察し、ひいては法定地上権制度の合理性について再確認をするのが本稿の目的である。

第一章 共有不動産事例の位置づけ

1. 法定地上権概略

(1) 法定地上権の存在理由

わが国の民法は土地と建物を別個独立の不動産として扱っており、土地建物はそれぞれ独立して抵当権の目的となりうる。そのため土地とその土地上に存在する建物が一方の抵当権実行による競売もしくは双方の競売によって土地建物の所有者が異なるに至ることがある。この場合、同一人に土地所有権と土地利用権が帰属すると原則として混同（民法179条）が生じるため、その土地につき自己のための土地利用権の設定はできない（例外として借地借家法15条）。そのため民法上特別の手当てがなされなければ建物所有者は土地買受人に対して土地利用権を主張できず、結果として建物の取去が求められてしまうことになる。

しかしこれでは建物の取壊しによる社会経済上の不利益が大きく、抵当権設定者および抵当権者の意思に反することにもなる。そこで388条は土地およびその土地上の建物が同一所有者に属していた場合で土地建物の一方または双方の抵当権の実行により土地建物がそれぞれ別の所有者に属するに至った場合、当該建物のために法律上当然に地

上権が成立するとしたものでありこの地上権を法定地上権という²。

(2) 制定過程

法定地上権制度は法典調査会における起草過程において新設された、わが国特有の制度であり、わが国の民法の母法たるドイツ民法やフランス民法からの継受規定ではない。そのため388条の解釈にあたっては、その制定過程を確認しておくことには相応の意義がある³。

まず、そもそも法定地上権制度の前提とも言うべき土地建物を別個独立の不動産として扱う制度自体が外国法にその沿革を有するものではない。そのため法典調査会において抵当権の分野の起草に携わった梅謙次郎博士も1894年12月4日の第50回法典調査会において、土地建物を一体として扱うことを想定していた⁴。このように土地建物を一体として扱うのであれば、土地建物が各々別の所有者に帰属することはないのであるから法定地上権の制度は必要ないことになろう。

しかし土地建物を一体として扱うことに対しては他の起草委員から、日本では土地建物は別個に扱われる慣習が存在するとの反論や、日本では土地と建物につき別々に登記簿が存在するとの指摘がなされた。そして議論の結果、原案を修正すべきとの意見が過半数を占めたため、それに屈する形で次の1894年12月7日の第51回法典調査会において抵当権の効力の及ぶ範囲を土地建物で別個に考える修正案⁵が提出された。

その後、1894年12月18日の第54回法典調査会において現行388条に相当する修正案384条⁶が提出された。もっとも同案について建物に抵当権が設定された場合が含まれていないことの指摘がなされたことから、急遽その場で建物抵当事例を含める形で修正案⁷が出され、さらにその後も同一所有者要件についての疑問等が出されたことから、結局1894年12月25日の第三回民法整理会においてさらに文面が改められ、その結果現在の形の法定地上権制度となるに至る。

このように法定地上権の制度は抵当権の効力を

巡る紛争のいわば副産物として生じた制度であり極めて短期間（22日間）で起草されたものである。そのため建物の存続を左右するきわめて重要な規定であるにもかかわらず、その文言は簡潔で想定しうる複雑な事案に十分配慮された文言にはなっていない。そのため具体的事案を巡る法定地上権の成否を検討するに当たっては、法定地上権制度の趣旨に遡った検討がなされなければならないといえる。

(3) 制度趣旨及び根拠

前述のように法定地上権の制度の沿革は、土地建物を別個独立の不動産として法律構成することを前提に、抵当権の実行により土地およびその土地にある建物が別の所有者に属するようになった場合への対処という点にある。そのため法定地上権の制度趣旨が、まず、建物の取去が余儀なくされることによる社会経済上の不利益防止にある事は疑いが無い。このことは共有不動産における法定地上権の成否を論じる際にも当然考慮される。

ところで建物の存続を図ることを強調するのならば法定地上権の成立範囲はより広がってしかるべきところ、民法388条（以下、388条とする）はその文言上一定の場合にかぎってのみ法定地上権の成立を認め、しかも判例は388条の要件を厳格に解釈している。このことからすると法定地上権の趣旨、根拠は単に建物の取去による社会経済上の不利益防止に尽きるものと限定的に考えることはできないであろう。一般的にも法定地上権一般の領域では法定地上権の根拠は抵当権設定者および抵当権者の土地利用権存続をめぐる意思と予期にも求められて⁸。

よって法定地上権制度の趣旨は建物取去による社会経済上の不利益回避と当事者の意思と予期の尊重にあるものといえる⁹。

さらに付け加えるならば、法定地上権制度には次のような意義も認められる。

法定地上権が成立するとき、当該法定地上権の地代は当事者の請求によって裁判所が定めることが認められており（388条後段）、この点でも通常

の地上権設定と異なっている。このことは法定地上権の権利内容を決定するにあたって、当事者意思をその基準として採用しないことを意味するのであって、388条は（契約関係の存在しないところから生じる）法定地上権をめぐる権利関係の内容を補充する規定として位置づけることができる。

後述のように、法定地上権制度は契約関係に昇華する以前の、潜在的な土地利用権（潜在的借地権と称する）を具体化するものである。そしてこの潜在的借地権を基礎づけるものは当事者意思であるところ、潜在的借地権のみが存在する場合の当事者意思はその潜在的な性質上、明確性を期待しがたいのであり、また成立すべき地上権の権利内容の全てについて当事者が具体的意思を有しているとは限らない。

そこで法はそのような事態に対応すべく、地上権の重要な要素たる地代については裁判所が決定することができるとしたのであり、388条後段は法定地上権の補充規定として機能するものといえる。このような388条後段の定めを鑑みると、法は法定地上権制度においては、積極的な契約補充による規制を指向する立場を採用するものと言える¹⁰。

2. 法定地上権制度への批判と共有不動産

上記のように法定地上権制度は短期間で作られた制度であり、また他国の法制上類を見ない制度である。それに加えて388条の文言の簡略さから、民法制定後には様々な判例が集積され、これら判例理論によって建物保護が図られてきた。

しかしながら、かかる判例法理をもってしても法定地上権制度には以下のような批判がある。法定地上権制度の不備ないし問題点として学説により指摘されるのは主として①法定地上権の成立要件が狭すぎる¹¹、②法定地上権の成否が不明確である¹²、③成立する権利の内容が不明確である¹³、④公示が不十分である¹⁴、⑤388条の予定する地上権は通常土地利用権として用いられる賃借権ではなく実態にそぐわない¹⁵の5点に集約できるとされる¹⁶。

そして、土地建物的一方または双方が共同所有

であり、かつ双方に持分権ないし所有権を有する者（このような者を以下「併有者」と称する）がいる場合の法定地上権の成否をめぐる見解の対立は、これらの批判を受けた上での対立でもあり、共有不動産の法定地上権の問題について検討することは、間接的に上記批判に答えることにもなると考える。

そこで以下では、土地建物の双方あるいは一方が共有で、かつ併有者が存在する場合の、共有不動産の法定地上権の成否についての判断基準について検討する。

第二章 学説

1. 学説の概要

土地建物的一方または双方が共有の事例において、所有権ないし共有持分について抵当権が設定され実行された場合の処理については、共有土地の利用権についての考え方の違いにも関連して学説が分かれている。ここでは代表的な学説を整理する。

（1）原則として法定地上権の問題ではないとする見解

まず、この問題を法定地上権の問題とはせずに、土地建物所有者の中に併有者がいる場合でも約定利用権の設定が可能であることを前提とした上で、共有不動産における法定地上権の成否に関する問題を、土地共有者全員と建物所有者全員との間の約定利用権の存在とその対抗問題として捉え、原則として法定地上権制度の枠外で処理する見解がある¹⁷。

この見解によれば、共有不動産の法定地上権の成否を約定利用権の対抗問題に還元し明快な結論を導くことができるが、併有者について土地所有権（ないし共有持分）に基づく利用権と別個に約定利用権による利用権を認めることは混同法理との関係で問題があり、また一般人の法意識に反するとの批判がなされる¹⁸。

もっともこの説も共有不動産の事例において法

定地上権の成立を一切否定するものではなく、一定の場合には法定地上権の成立の余地を認めている。しかし法定地上権の成立する場合の理解については論者により様々である。

例えば我妻説は共有不動産が絡む事例においても「(約定利用権が) 建物保護法によって抵当権に対抗することのできるものであったかどうかをまず考察すべき」であるとしつつも、「もっとも、わが国の実際では、土地の共有者の一人がその上に単独で建物を所有する場合には、自分を含めた共有者全員との間に土地の利用関係が設定されたとまで合理的には考えず、したがってその利用関係について第三者に対する対抗要件を備えることにも考え及ばないのが普通かも知れない。その意味で法定地上権を問題にすることにあえて反対はしない。」としており、建物保護を理由とした法定地上権の成立の余地を肯定している。

これに対して同様の立場をとる鈴木説では、やはり原則として約定利用権の対抗問題として処理すべきとした上で、土地所有者（共有者）と建物所有者（共有者）との土地利用関係としては「可能性として使用貸借、賃貸借及び法定地上権の三つが考えられる」が、「もし（従前の利用関係が）債権関係である時は、（中略）土地上に法定地上権が成立することはA（土地共有者）に不利なるゆえ、認むべきではな」いが、「（従前の利用関係が）地上権関係であるとすれば、たとえ土地上に法定地上権が成立しても、別段A（土地共有者）に不利となることはないゆえ、（中略）結果は不当ではない」¹⁸と法定地上権を認める余地を肯定しており、約定利用権が法定地上権に転じうるという意味においてのみ法定地上権成立の余地を肯定している。

さらに荒木説は、法定地上権の成立範囲を厳格に解すべきだとの考えのもとに、「土地建物が共有関係にある場合において、（中略）土地建物のそれぞれに共有者（ないし所有者）の一部が重複しているにすぎないときは所有者要件（「同一の所有者」という要件）を満たしていないというべきである」とし、原則として約定利用権の解釈ない

し対抗問題として処理すべきとしつつ、土地建物の共有者の顔ぶれが同一で、かつ土地全体または建物全体が競売された場合に限っては「(理論上、それが可能であるとしても) 約定利用権の設定を期待するのは無理であるし、また土地（全体）または建物（全体）に抵当権を設定した場合には法定地上権の発生を認めても不都合はない」とし（土地建物の共有持分如何にかかわらず）法定地上権の成立を認める²⁰。

我妻説、荒木説はいずれも約定利用権の設定が理論上可能であっても建物保護の見地から、かかる約定利用権設定が期待できない場合には法定地上権の成立を認めるべしとの判断を前提にしているといえ、この点は注目に値するものである。このような約定利用権設定が可能な場合にも法定地上権の成立を問題にしようがあるとの理解に立つならば、これらの説は以下で述べる説と全面的に対立するものではない。

（2）法定地上権の問題とする見解

以上のような原則として約定利用権の問題として対処すべきとの見解に対して、土地建物の双方に所有権（ないし共有持分）を有する者が存在する場合は混同法理との関係で約定利用権の設定には問題があるとの立場を前提とし、この場合も当然に法定地上権の成否が（部分的にせよ）問題となると解する見解も多数ある。

これらの見解は（少なくとも併有者に関する限りは）「同一の所有者」に土地建物が帰属しているといえるとの理解に立つものであり、荒木説に比べると388条の「同一の所有者」との要件について比較的広く解しているものといえる。

しかしそのことは必ずしも結論として法定地上権の成立範囲を広く認めることを意味せず、むしろ建物保護と当事者意思や共有者（特に土地共有者）の利益などの調和を図るという見地から、法定地上権の成立ないし権利内容を相当程度制限するものが多い。

もっともその調和の実現方法は様々であり、例えば岩本説は他の土地共有者の利益を重視し原則

として法定地上権の成立を否定した上で、共有者間で将来にわたり持分に基づく使用収益権を行使しない旨の合意が存在する場合や共有者が将来地上権の設定または法定地上権の発生を承認している場合等、他の共有者に不測の不利益を及ぼさない場合で、かつ抵当権者や差押さえ債権者等の第三者の利害を害さない場合に限って例外的に法定地上権の成立を肯定する²¹。

柚木説、高木説は併有者の関係では「同一の所有者」といえるが、他の共有者の関係では「同一の所有者」とはいえず、理論的には法定地上権と利用権の混在した関係となるとの理解を前提に、土地が共有である事例においては土地共有者の不利益を重視して結果的に「従前からの利用権」に一本化されると解すべきとして法定地上権の成立を否定する。これに対し建物のみが共有である事例においては、土地所有者は自ら法定地上権成立の不利益を受忍すべきとの判断の下、結果的に法定地上権に一本化されると解すべきとして法定地上権の成立を認めている²²。

清水説も基本的にはこの立場と同様であると考えられ²³、共有者の不利益を重視して、併有者以外の土地共有者と建物所有者（共有者）との間において「かつて存在した利用関係が賃借権のときは」「成立する土地利用権は全体として賃借権である」とする。

なお清水説は、法定地上権の代わりに成立する土地利用権について「その一部には実質的には法定地上権に相当するものが含まれている」²⁴とし、法定地上権が否定された場合の土地利用権の性質として通常の賃借権よりは比較的強固なものが成立すると考えているようである。

川井説、半田説などは、法定地上権の成立を肯定した上で具体的妥当性を図るべく法定地上権の内容が制限されるとし、土地共有者の利益保護を図っている²⁵。

3. 学説の評価

（1）法定地上権の問題としないことの妥当性

法定地上権の成否は土地建物の利用関係におい

て非常に重要な関心事であり、また「法定地上権は競売によって生ずるものであるから、その成否の解釈に当たっては競売手続の適正迅速な進行とその結果として形成される法律関係の確実性の確保という観点を見過ぐすことはできない」²⁶ものであるから、土地建物の法律関係を明確かつ確実なものとするために法定地上権の成否の基準はなにより明確であることが要請される。

この点原則として法定地上権の問題ではないとする見解は共有不動産における法定地上権の成否に関する問題をある程度回避しうるものであり、その意味において土地建物をめぐる法律関係を比較的明快に処理しうるものではある。もっともこの説の論者も必ずしも法定地上権の成否を全く問題としないわけではない（我妻説、荒木説）。むしろ鈴木説のように完全に約定利用権のみで当該法律関係を処理し、（約定利用権が法定地上権に転じる余地は認めるにせよ）法定地上権成立の余地を一切否定することには問題がある。

すなわち現実には必ずしも明確な形で約定利用権が存在するわけではなく、共有不動産をめぐってはむしろ約定利用権の設定時期、内容等が不明確な場合が多い。このような約定利用権の存在の立証は非常に困難な場合が多いことに鑑みると、上記見解は立証当事者による約定利用権の存在の立証の失敗による建物収去の危険をはらむ²⁷ものであり、建物保護という法定地上権制度の趣旨を著しく減殺することになる。また土地上の建物が土地共有者らの共有物に関する合意に基づいて存在していた場合や、さらにはかかる合意すら存在せず他の共有者により建物の存在が容認されていたにすぎない場合などには、約定利用権の問題に還元することは難しいのではないか。つまり、確かに共有者間の合意によって約定利用権が設定されることも十分ありうるが、共有者の一人の持分に基づく使用収益を容認しているに過ぎない場合もありうるのであって、これらの場合まで約定利用権の問題として処理することは困難だと思われるのである²⁸。

よって建物収去による社会経済上の不利益防止

という法定地上権制度の目的を達成するためには、我妻説や荒木説のように建物保護の見地から法定地上権の問題とする余地を残すのが妥当である。

このように原則として法定地上権の問題ではないとする見解も共有不動産をめぐる法定地上権の成否の判断基準という問題を完全に回避しようものではないといえる。すなわち混同法理との関係で土地建物双方に持分ないし所有権を有する者が存在する場合に約定利用権の設定が可能かとの議論にかかわらず、共有不動産における法定地上権成否の判断方法ないしその基準が問題になるのである。

(2) 学説における法定地上権成否の判断方法の評価

そこで次に代表的な学説の共有不動産における法定地上権成否の判断基準をみると、まず我妻説は約定利用権の對抗要件が存在しないような場合（對抗要件が存在する場合には法定地上権の問題にはならない）には、「建物所有のための利益権は…原則としてすこぶる強力なものであって、法定地上権に顕現しても不当ではない、というのが妥当である」とし、共有不動産関係における法定地上権の成立を相当広く解している²⁹。もっとも共有者である「甲と乙の関係にもよるであろう」との留保があり、例外的に法定地上権を否定すべき場合があることも認めており、そのような例外を認める場合が明らかにされるべきことになるが、かかる例外を認めうる場合については明言されておらず、さらなる検討が必要になる。

そこで、その後の学説は法定地上権を肯定すべき場合と否定すべき場合の区別を明らかにするべく、それぞれ建物の存続と当事者の意思ないし共有者の不利益を考慮した上で具体的に妥当な結論を導くべく、法定地上権の成立範囲を明らかにするため様々な立論を試みたものである。

しかし、各見解は具体的結論においては合理的な結論を導きうるものではあるものの、以下のように解釈上の問題点が指摘され、あるいは基準としての明確性という観点からはなお不十分である

ように思える。また法定地上権制度の理解との関係で十分的を射ているとは言い難いのではないかとと思われるのである。

例えば川井説、半田説のように法定地上権が成立するとしつつその内容を限定していく見解に対しては、物権たる地上権に法律上の根拠なく制限を加えるもので物権法定主義との関係で疑問があるとの批判や、外部的には地上権だが内部関係では賃借権というように構成すると法律関係が錯綜するとの批判、実質的に民法で認めていない法定借地権をみとめることになり解釈論としての枠を超えるなどの批判があり³⁰、これらは至極もっともな批判である。

柚木説、高木説については「全体として…従前からの利用権」が存在すると解すべきとするが、その理論的根拠は明らかではないし、清水説については、法定地上権が否定された場合に成立するとされるところの「実質的には一部法定地上権を含む利用権（賃借権）」というものの内容が不明確であるという欠点がある。また両説とも、やはり法定借地権制度を創設することになるのではないかと疑問が生じる。

このように法定地上権の成立を認めながらその内容を賃借権に近づけたり、法定地上権の成立を結果的に否定しながら実質的に法定地上権が含まれているなどと説明したりすることには問題が多い。これらの見解によって共有不動産における法定地上権の成否の判断基準が明確になったとしても土地利用権の内容が必ずしも明らかではないため、その後の土地建物の利用関係はかえって複雑になる。これはあたかも共有不動産をめぐる法定地上権の成否という問題を土地利用権の解釈問題に転嫁するものにすぎず、共有不動産をめぐる法律関係の明確化という問題の実質的解決にはならない。

結局のところ、学説が目指すところの建物保護と当事者意思や共有者の利益の調和は、法定地上権の成立段階で検討せねばならない事柄であるというべきであろう。

以上の理解からは、荒木説が法定地上権の成立

範囲を限定することで具体的に妥当な結論を模索していることは基本的には正しいといえる。もっとも荒木説も、土地建物の共有者の顔ぶれが同一である場合にはその持分比が異なる場合でも法定地上権の成立を肯定するが、土地建物の共有者の顔ぶれ以外の具体的事情を一切捨象してこのように解することは論理として粗雑であり、また法定地上権制度の根拠が関係当事者の意思にあることを軽視するものであり、なお問題なしとはできない。

第三章 判例

1. 判例の紹介

共有不動産における法定地上権の成否については最高裁判例がいくつか出ている。そこで以下ではそれらの判例を紹介する。

注：便宜上、併有者（土地建物の所有者または土地建物双方に持分を有する者）をA、土地共有者をB、建物共有者をC、買受人をH、その他の者をGと置き換える。

（1）土地共有、建物単独所有のケース

土地が単独所有であり、その土地上の建物が共有である事例における法定地上権の成否を判断した判例としては次の2つのものがある。

①最一小判昭和29年12月23日（民集8巻12号2235頁）³¹

【事案の概要】AB共有の土地にAがBの同意の下で建物を所有していたところ、Aが自己の土地持分について抵当権を設定しこれが実行された結果Hが競落した。その後、HとBとの間で共有物分割協議が整わずHの申し立てにより土地が競売され、Hが競落して土地の単独所有者となり、Aに対して建物収去土地明け渡しを求めた。

【判旨】元来共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているのであり、（中略）共有者中一部のものだけがその共有地につき地上権設定行為をしたとしても、これに同意しなかった他の共有者の持分は、これ

によりその処分に服すべきいわれはないのであり、結局右のごとく他の共有者の同意を欠く場合には、当該共有地についてはなんら地上権を発生するに由なきものといわざるを得ないのである。そして、この理は民法388条のいわゆる法定地上権についても同様であり偶々本件の如く、右法条により地上権を設定したものと看做すべき事由が単に土地共有者の一人だけについて発生したとしても、これがため他の共有者の意思如何にかかわらずそのものの持分までが無視されるべきいわれはないのであって当該共有土地については地上権を設定したと看做すべきではないものといわなければならない。（中略）けだし同条が建物の存在を全うさせようとする国民経済上の必要を多分に顧慮した規定であることは疑いを容れないけれども、しかし同条により地上権を設定したと看做される者は、もともと当該土地について所有者として完全な処分権を有する者に外ならないのであって、他人の共有持分につきなんら処分権を有しない共有者に他人の共有持分につき本人の同意なくして地上権設定等の処分をなし得ることまで認めた趣旨でないことは同条の解釈上明白だからである。

②最一小判昭和44年11月4日（民集23巻11号1968頁）³²

【事案の概要】AがBの仮換地の一部を特定して買い受け、建物を建築した。後にAは右建物にHに対して借財金担保のために抵当権を設定したがこれが実行され、H自らが競落し、さらにAに対して貸金残債務を請求したところ、AがH所有の建物の敷地不法占有による損害賠償債権と相殺される旨を主張、Hが再抗弁として本件建物には法定地上権が成立している旨を主張した。

【判旨】土地が共有である場合に、共有者の一人の所有にかかる地上建物が競落されるに至っても、共有土地の上に法定地上権の発生を認めることが原則として許されないことは所論のとおりであるが（当裁判所昭和……29年12月23日第一小法廷判決……参照）、右は他の共有者の意志に基づかないで該共有者の土地に対する持分に基づく使用収益権を害することを得ないことによるものであるか

ら、他の共有者がかかる事態の生ずることを予め容認していたような場合においては、右の原則は妥当しないものと解すべきである。しかるところ、本件において原審の確定したところによると、AがBから買い受けた21坪6合4勺の土地については、前記のようにその地上にAによって本件建物が建築されたころ、AとBとの間の協議により右の部分Aの所有とする旨の合意が成立していたというのであり、右の合意は、とりもなおさず、BがAに対する関係で従前の土地の共有持分に基づく仮換地上の共同使用収益権を、右買受部分に関するかぎり事実上放棄し、Aの処分によだねた趣旨に解することができるから、Bは法定地上権によって第三者が右土地を使用収益することをも容認していたものというべきである。したがって、本件においては、Hが本件建物を競落したことにより従前の土地についてHのため法定地上権が成立し、Hは右法定地上権に基づいて仮換地としての本件建物の敷地を占有しうべき権原を取得したものと解するのが相当である。

以上が、土地が共有で建物が単独所有の場合における法定地上権の成否についての最高裁の判断であり、①は土地共有の場合にはその共有者の一人について法定地上権の要件が充足されても原則として法定地上権は成立しないとした判例である。

その論拠としては、他の土地共有者の持分保護と、民法388条の法定地上権の根拠が土地所有者の完全な処分権あることにあることが挙げられている。このうち後者のような388条の根拠からする説明は後の判例学説では特に重視されてこなかったものであり、この点で本判決は注目される。

共有地の地上権設定は、地上権の強固性から共有物の「変更」（民法251条）にあたると考えられるため、一部の共有者の意思のみによって共有地上に地上権を設定することはできない。そしてそのこととの均衡からすれば法定地上権の成立についても他の共有者の関与なくこれを認めることはできないというべきであり、本判例の採る結論には異論は少ない。

なお判旨の文言からすると、他の共有者の同意があるときには例外を認めうるようにも思えるが、かかる例外的な同意の存在は土地建物登記からは明らかにならないため公示を欠くという問題点がある。そこでかかる例外的場合を合意の効力を認める結果第三者の利益を害さない場合に限り認めるという見解が主張される。³³

学説は判例の立場に賛成しつつも、法定地上権の成立を否定したとしても直ちに建物の収去が認められるものではなく従前通りの利用関係を存続させようとするものが多い³⁴。

これに対し、②は前記①の判例の立場を踏襲しつつも、法定地上権を例外的に認めうる場合を明らかにした判例である。本件は仮換地という特殊な法律関係を基礎とするものであるが、その実態は事実上分割されていたといえる土地をめぐっての争いであり、結論として法定地上権の成立を肯定したことには賛成できる。もっともかかる仮換地における事実上の分割は第三者から必ずしも明らかではなく、例外的に法定地上権を肯定しうる場合において、公示方法をいかに考えるべきかという点で後々注目されることになる。

同様の事例において法定地上権の成立を否定した下級審裁判例としては、札幌高裁昭和60年2月21日判決（判例タイムズ554号208頁）、東京高裁平成3年9月19日判決（判例時報1410号66頁）がある。前者は、他の共有者が法定地上権の成立するような自体の生ずることを予め容認していたとは認められないとして、法定地上権の成立を否定したものであり、先の最高裁判決を踏襲したものである。後者は民事執行法81条の規定に基づく法定地上権の成否について判断したものであり、判断要素として、他の土地共有者の権利侵害の有無、建物保護の必要性、第三者に不測の損害をあたえないかを挙げている点に特徴があり、結論的には後述の最高裁判例⑤と同様の価値判断を下している。

（2）土地単独所有、建物共有のケース

単独所有の土地上に、土地所有者を含む数人が

共有する建物が存在する場合の法定地上権の成否を判断した判例としては次のものがある。

③最三小判昭和46年12月21日（民集25巻9号1610頁）³⁵

【事案の概要】土地がAの所有、建物がA他2名の共有であったところ、Aが土地に根抵当権を設定し、これが実行された。その結果Hがこれを競落し、競落時の建物所有者であったGに対して建物収去土地明け渡しを求めた。

【判旨】建物の共有者の一人がその建物の敷地たる土地を単独で所有する場合においては、同人は、自己のみならず他の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から、同人が右土地に抵当権を設定し、この抵当権の実行により、第三者が右土地を競落したときは、民法388条の趣旨により、抵当権設定時に同人が土地及び建物を単独で所有していた場合と同様、右土地に法定地上権が成立するものと解するのが相当である。

土地単独所有建物共有の場合について、土地所有者の建物のための土地利用の容認を根拠に法定地上権の成立を肯定した判例である。地上権の成立によって不利益を受ける土地所有者自らが抵当権の設定を行った場合であるから土地共有の事例と異なって法定地上権の成立を広く認めうことは当然といえとし、判例の結論に賛成する学説が多い³⁶。その根拠としては他の共有者の不利益にならないという実質的なものの他、建物共有者の一人が自己の所有する土地の上に共有建物の存在を容認するのは共有建物の保存に類する行為であるとするものがある³⁷。

同様に、土地が単独所有でその土地上の建物が共有である事例の法定地上権の成否について判断した下級審裁判例としては、東京高裁平成3年1月17日判決（判例タイムズ768号159頁）があるが、同裁判例は建物につき階層的区分所有権を有する者との関係で法定地上権の成否が問題になったものであり、そもそも階層的区分所有建物については388条の適用はないとされたため、実質的判断は

なされなかった。

（3）土地共有、建物共有のケース

土地およびその土地にある建物がそれぞれ共有であり、かつその共有者の一部が共通する場合の法定地上権の成否について判断した判例としては次のものがある。

④最一小判平成6年4月7日（民集48巻3号889頁）³⁸

【事案の概要】姉妹であるAとBが土地建物を、土地については9対1、建物については5対5で共有していたところ、甲の土地持分が強制競売を受け、これを丙が競落し、土地の単独所有者となった丙が甲に対して法定地上権不存在確認の訴えを、甲が法定地上権確認の反訴を提起した。

【判旨】土地及びその上にある建物がいずれもA、B両名の共有に属する場合において、土地の甲の持分の差押さえがあり、その売却によって第三者が右持分を取得するに至ったとしても、民事執行法81条の規定に基づく地上権が成立することはないと解するのが相当である。けだし、この場合に、Aのために同条の規定に基づく地上権が成立するとすれば、Bは、その意志に基づかず、Aのみの事情によって土地に対する持分に基づく使用収益権を害されることになるし、他方、右の地上権が成立することを認めなくとも、直ちに建物の収去を余儀なくされることによる社会経済上の損失を防止しようとする同条の趣旨に反することもないからである。

⑤最三小判平成6年12月20日（民集48巻8号1470頁）³⁹

【事案の概要】Aが土地を妻子B₁B₂と共有し建物を兄弟姉妹C₁₋₃と共有していたところ、土地共有者全員の持分に抵当権が設定され、これが実行された。結果土地は買受人C₁の所有となり、さらに右土地は売買によりC₂の所有となり、C₂が甲乙に対して建物収去土地明け渡し等を求め、これに対して建物共有者が法定地上権の抗弁を提出した。

【判旨】共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているので

あり、かつ、共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるのであるから、土地共有者の一人だけについて民法388条本文により地上権を設定したものとみなすべき事由が生じたとしても、他の共有者らがその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分にゆだねていたことなどにより法定地上権の発生を予め容認していたとみることができるとする特段の事情がある場合でない限り、共有土地について法定地上権は成立しないといわなければならない（最高裁昭和……29年12月23日第一小法廷判決……、最高裁昭和……44年11月4日第三小法廷判決……参照）

（特段の事情の有無について）本件土地の共有者らは、共同して、本件土地の各持分についてAを債務者とする抵当権を設定しているものであり、A以外の本件土地の共有者らはAの妻子であるというのであるから、同人らは、法定地上権の発生を予め容認していたとも考えられる。しかしながら、土地共有者間の人的関係のような事情は、登記簿の記載等によって客観的かつ明確に外部に公示されるものではなく、第三者にはうかがい知ることのできないものであるから、法定地上権発生の有無が、他の共有者らのみならず、右土地の競落人ら第三者の利害に影響するところが大きいことにかんがみれば、右のような事情の存否によって法定地上権の成否を決することは相当ではない。そうすると、本件の客観的事情としては、土地共有者らが共同して本件土地の各持分について本件建物の共有者9名のうちの一名であるAを債務者とする抵当権を設定しているという事実に至るが、このような事実のみからA以外の本件土地の共有者らが法定地上権の発生を予め容認していたとすることはできない。けだし本件のように、9名の建物共有者のうち一名に過ぎない土地共有者の債務を担保するために他の土地共有者らがこれと共同して土地の各持分に抵当権を設定したという場合、なるほど他の土地共有者らは建物所有者らが当該土地を利用することを何らかの形で容認していたといえるとしても、その事実のみから右

土地共有者らが法定地上権の発生を容認していたとみるならば、右建物のために許容していた土地利用関係がにわかに地上権という強力な権利に転化することになり、ひいては、右土地の売却価格を著しく低下させることとなるのであって、そのような結果は自己の持分の価値を十分に維持、活用しようとする土地共有者らの通常の意味に沿わないとみるべきだからである。また、右の結果は第三者すなわち土地共有者らの持分の有する価値について利害関係を有する一般債権者や後順位抵当権者、あるいは土地の競落人等の期待や予期に反し、ひいては執行手続の法的安定を損なうものであって、許されないといわなければならない。

④は土地建物双方の共有者が同一である場合について民事執行法81条に基づく法定地上権の成立を否定した判例である。

本事例は土地建物の共有者が同一であるものの、その持分比率は土地については9対1、建物については5対5という、土地建物をめぐる各共有者の利益状況は異なる場合である。もっとも最高裁は持分比率について得に言及することなく①の判例を踏襲し法定地上権の成立を否定しているから、土地建物の共有者が同一である場合一般について法定地上権の成立を否定したものと見ることもできる。土地建物の共有者が同一の場合であっても土地共有者の土地に対して有する権利がゆえなく制限されるべきではないことは同様であるといえ、判例の結論は一貫しており法的安定性予測可能性の点からも妥当といえる。

本判決は法定地上権の成立を否定する理由として、他の土地共有者の持分権に基づく使用収益権の保護と、直ちに建物の取去を余儀されることにはならず、建物取去を余儀なくされることによる社会経済上の損失防止という388条の趣旨に反しないことを挙げている。このうち前者は①、②の判例においても触れられてきたものであるが、これに加えて建物保護という388条の趣旨に言及した点、及び①の判例のように法定地上権の根拠にその理由を見出すものではない点に特徴がある。

また本判決は、共有者の持分比率によっては、法定地上権の成立を認めても実質的には他の土地共有者の利益を害さないこともありうるにもかかわらず、各共有者の持分の割合について問題にしていない。このように共有者の持分や経済的損得の有無を問題としない立場は、法定地上権の成否の判断を画一的かつ明確にするものとして評価できるものである。

なお、本判決は法定地上権の成立を否定したとしても直ちに建物の収去を余儀なくされることにはならないと述べているが、その根拠はなんら示されておらず、法定地上権否定後の敷地利用関係の帰趨については明らかにされていないという問題を残している。

⑤は土地建物のそれぞれの共有者が一人を除いて異なる場合について388条の法定地上権の成立を否定した判例である。

本判決は従来の立場を踏襲しつつ、①の判例が示した例外を認める要件であるところの、法定地上権の成立を予め容認していたと認められる特段の事情について、「他の共有者らがその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分にゆだねていたことなどにより法定地上権の発生をあらかじめ容認していたような特段の事情」であることを要するとの判断をし、さらにはかかる事情の有無を客観的に判断するという立場をとったものである。このことは法定地上権が成立する場合について相当厳格な考え方を採るものといえる。

法定地上権の成立が土地の価値を著しく限定することになることに鑑みると、土地共有者が法定地上権の成立を容認していたか否かについても厳格に検討するのが、他の土地共有者を害してはならないという原則から妥当といえ、また不動産執行手続の安定や第三者の利益に配慮することも当然要請されるので、かかる判例の結論も妥当であるといえる。

また先の判例と同じく、法定地上権の根拠からの理由、及びその後の土地の利用関係については言及がなく、この点での問題が残る。

2. 判例から導かれる基準

判例は、まず建物のみが共有で土地が単独所有である事例では法定地上権の成立を肯定している。

これに対し、土地が共有である事案では他の土地共有者の利益保護という観点から原則として法定地上権の成立を否定している。そして土地共有の事例において例外を認める要件は個々の判例で異なった言い回しをしている。すなわち昭和29年12月23日判決、昭和44年11月4日判決、平成6年4月7日判決は、あたかも他の土地共有者が法定地上権の成立を容認していさえすれば法定地上権の成立を認めうると判断しているようにもとれるのに対して、平成6年12月20日判決では他の共有者の容認が「登記簿等によって客観的かつ明確に外部に公示されるもの」であることを要するとして要件を加重しているようにもとれる。

しかし昭和29年判決及び昭和44年判決では他の共有者の容認意思自体がそもそも認めがたかった事例であり、当該事案に対する判断のために他の共有者の容認意思のあり方まで検討する必要がなかったのに対して、平成6年12月20日判決では他の共有者の法定地上権容認意思があったものとも考えられるため容認意思のあり方が法定地上権の成否を判断する上で重要な問題となったことから、あえてその容認意思のあり方についてまで言及したものと考えられる。よって後者の判決は従来の判決の判断基準をより詳細にしめたものに過ぎず最高裁の立場はなお一貫しているといえる⁴⁰。

以上より、判例は共有不動産における法定地上権の成否の判断基準として、まず土地が単独所有で建物が共有である場合においては法定地上権の成立を肯定し、土地共有の場合においては（原則として法定地上権は成立しないが例外的に）他の共有者が法定地上権の成立を容認しており、かつその容認意思が客観的かつ明確な形で公示されている場合に法定地上権を認めているといえることができる。

3. 判例の問題点

判例で問題となった具体的事例に鑑みると、各

事例における判例の結論は妥当であったというべきである。

また、地上権が他の約定利用権と比べ強力な権利であることから、地上権が敷地利用権として利用されることが少なく、必ずしも現実社会に適合しない敷地利用権となってしまうことからすると、判例が法定地上権の成立範囲を一定程度限定的に解していることも評価できる。

もっとも、その限定解釈の方向性は「他の共有者が法定地上権の発生をあらかじめ容認していた」か否かおよびかかる容認意思が客観的に明確であったか否かという基準を持ち出し、かかる視点が導かれる理由として他の共有者の持分利益や一般債権者や後順位抵当権者あるいは土地の買受人等の期待や予期の保護を挙げるのみであり、論理性をもって説明されておらず議論として抽象性が高いという問題点がある。

また土地が単独所有でありその土地上に共有建物が存在する事例についても、判例は土地所有者の建物の土地利用容認意思を理由にあげているが、土地所有者の建物による土地利用容認意思の内容は事案によって様々なはずであり、画一的に土地が単独所有であれば法定地上権が成立するとするのでは土地所有者に酷といえる。そこにかかる場合にも法定地上権の成立範囲は限定されるべきであるといえ、その限界を画する基準が問題となるが、判例はこの点については何も述べていない。

以上、判例の採る立場には一定の合理性が認められるものの、その論理的根拠については、（昭和29年判決においては法定地上権の根拠に触れられてはいるが）十分明らかにされているとは言えず、そのことが共有不動産と法定地上権をめぐる問題について混乱を招いた原因となったものと考ええる。

第四章 私見

1. 法定地上権の論理構造

（1）法定地上権の趣旨の再確認

法定地上権の趣旨は、自己借地権の設定が混同

法理との関係で不可能なことから、土地建物が同一所有者から抵当権の実行により異なる所有者に帰属することになった場合の建物の存続を図り、もって社会経済上の不利益を防止するものとしての側面が強調されて説明されることが多い。そこでは「法定」の名が指すようにその根拠はもっぱら法政策的、法技術的なものと考えられ、法定地上権の成否が問題になるケースにおいても、専ら法政策的、法技術的観点から具体的妥当性を追及するための論述がなされがちである。

しかし第一章で述べたように法定地上権の根拠は建物保護という政策目的に尽きるものではない。土地建物の一方または双方が共有である事例における法定地上権の成否についても、建物保護という政策目的と仮に自己借地権の設定が可能であったならば地上権を設定したであろう当事者の意思という法定地上権制度の根拠両側面を考慮した立場から導かれるべきである。

従来の学説も必ずしも当事者の意思を無視してきたわけではない。しかし当事者の意思について、特にその意思が有する意義や内容については十分に検討が尽くされてきたものとはいえない。私はこの当事者の意思の意義や内容をより分析的に考慮していくことこそが共有不動産における法定地上権成否の判断基準を考えるにあたって有益なのではないかと思いついたものである。

なお、当事者の意思を論じるにあたっては、土地の最大の利用価値は建物所有にあるのが通常であり、また法定地上権が賃借権に比べ強力な物権であることから、法定地上権の成立はその土地の利用価値を現存する建物に賦与する点であたかも本来土地が持っている利用価値が建物（もしくはその所有者）へ移転することを意味するものといえることは確かに重要になる。このような法定地上権の成立による土地の価値の下落ないしそれによる共有持分の価値の下落は、判例学説ともに、法定地上権の成否を論じるにあたって十分注目しているのであって、共有不動産における法定地上権の成否を検討する際の大きなファクターとなってきた。

しかしこの共有持分の価値の下落について強調しすぎたがゆえに、判例学説が法定地上権の根拠からのアプローチを離れてしまい、当事者間の利益衡量からのアプローチが主流になったものと考察する⁴¹。そしてこのような利益衡量からのアプローチをとるときには、その延長上には法定地上権をあたかも純法政策的制度として捉える考え方が存在するのであり、そうなれば仮に法定地上権の成否をめぐる基準が一応確立したとしても、土地の価値及び共有持分の下落もこの考え方からは政策的考慮の一要素にすぎないものなのであるから、具体的状況によってその基準もひいては結論も左右される余地を広く残すことになる。このように共有持分の価値の下落を特別重視する立場から法定地上権の成否を考えていくことには当事者の予見可能性や取引安全の点で問題がある。

このようなことから、法定地上権の根拠に立ち返り「当事者の意思」を重視する立場⁴²から法定地上権制度の理論構造を確認し、その上で共有不動産における法定地上権の成否の基準について再検討を試みる必要があると考える⁴³。

(2) 潜在的借地権と具体的利用権の重層構造

土地所有者とその土地上に存在する建物の所有者が別人であるときは、通常何らかの土地利用権が設定されており、当該土地建物を巡る法律関係はその土地利用権の性質、対抗力などに関する法規により処理される。このような合意に基づく賃借権や地上権、使用借権など客観的に具体的権利としての存在が確認できる利用権を具体的利用権と呼ぶことにする。

これに対し潜在的借地権とは次のようなものである。

土地建物の所有者間の特殊な人的関係（同一人である場合も含む）から具体的利用権が存在しないような場合であっても、建物所有者は平穩にその土地を利用している場合は存在するのであって、その場合にも不法行為が成立しているとみることは妥当ではない。やはり土地建物がともに独立の不動産として認められていることの帰結として、

ある土地上に建物が存在する場合には、その建物の存在が不法占拠にあたるような例外的場合を除いて原則としてその土地の支配を正当化できる敷地利用権が存在するというのが自然である。

そしてその利用権は建物の物理的・経済的性質に適合したものであることが土地建物を独立の不動産として扱う制度からは当然要請されているといえる。このような理解は従来も存在していたのであって、たとえば我妻博士も「土地と建物とを別個の物とみるわが国の法律思想の下においては、土地と建物とは常に別個のものとして取引される。しかし建物は、その性質上、土地の利用権を伴わずには存在しえないものである。（中略）土地に建物が建設されると、それによって、土地所有権の内容は、潜在的な関係において、その建物利用のための法益と、その他の法益すなわち利用に対して対価を徴収しかつその利用を妨げない範囲で利用する法益とに分離されるものと考えることができる。」⁴⁴と述べられており、適法に存在する全ての建物には何らかの利用権が付されているといえることを確認されている。

そしてかかる利用権は、契約や意思表示が存在しない場合にもその存在が否定されないものであるのだから、結局当該土地建物を巡る所有者の意思や人的関係、当該土地建物の関係等の事実状態を基礎として生じるものと解すべきである。通常はここに契約・意思表示などの行為の側面が加わり、具体的利用権が発生するが、常にここにいる行為の側面が加わるわけではない。

この行為が加わる以前の、単なる事実関係のみが存在するにすぎない場合の土地の支配を正当化できる敷地利用権を潜在的借地権と呼ぶことにする。

かかる理解を前提にすると土地建物を別個独立の不動産とした法制度の帰結として平穩に存在する建物には少なくとも具体的事実的外形に基づく潜在的借地権が存在するのであり、それを具体化したのが賃借権や使用借権、地上権などの具体的利用権ということになる。

このように建物は潜在的借地権と具体的利用権

のうち前者のみ若しくは両者の重層構造のもとに存在しているといえることができる。

(3) 潜在的借地権を前提とする法定地上権の論理構造

以上のような潜在的借地権を前提とすると土地及びその土地上の建物を同一人（以下甲とする）が所有する場合であっても、混同（民法179条）との関係で具体的利用権という形での具体化はなされないものの、内在的潜在的な土地利用権はなお存在することになる。

そして民法388条が想定する典型的事例の一つである、ある人が土地とその土地上に存在する建物を単独所有していたが土地に抵当権が設定されその後抵当権の実行により土地建物の所有者が異なるに至ったという事例における法定地上権の意義を考える時、388条により成立する法定地上権はこの潜在的借地権と一致する。

つまり、この場合土地建物所有者の意思としては土地の抵当権が実行された後も自己の所有する建物の存続を希望しているものと考えられ、さらに付け加えるならば建物所有者としての地位からはより確実な建物の存続を望んでいるものといえる（このような所有者の意思は土地建物が同一所有者に属し、その土地に抵当権が設定された場合には一般的にも推認できる）のでこのような場合には安定的で確実な潜在的借地権を基礎付ける事実状態があるといえる。さらに抵当権設定前においては所有者である甲は土地について完全な利用処分権を有しており、土地の利用価値を建物へ移転することは本来的に自由であるから、通常土地建物所有者である者は、土地への抵当権設定時においては、最も安定かつ確実な土地利用権である地上権の設定に類する程度の意思を有していると考えられる。このような事実状態に鑑みると、土地に抵当権が設定された後の土地上の建物は地上権に類似する潜在的借地権の上に成り立っているといえるのであるから、その後の抵当権実行に伴う法定地上権の成立はこの場合の潜在的借地権と一致するといえるのである。

このことからすると、法定地上権の制度は、所有者の意思や人的関係、当該土地建物の関係等の事実状態に基づく潜在的借地権を、通常法理では行為（契約・意思表示等）が介在しない限り外形化具体化の余地はないにもかかわらず、例外的に抵当権の実行による所有権移転を機に外形化し、一般的な外形的具体的借地権の法領域に組み込むものであるといえる⁴⁵。

法定地上権の制度をこのように解するならば法定地上権における「法定」とは単に法政策的見地から錬金術的に地上権を導くことを意味するものではなく、潜在的借地権が存在する場合にそれを法政策的に当事者の行為なくして具体化外面化することを意味するに過ぎないことになる。

そして以上のような理解に立つならば、法定地上権の成否の基準を検討する際において浮動的抽象的判断基準である法政策的考慮や利益考慮が大きな意味を持つ余地は相当程度限定され、まずは法定地上権を肯定できるだけの根拠、すなわち潜在的借地権の存否が法定地上権の成否をめぐる一次的な基準となる。このように解することが法定地上権成否の判断基準をより明確に説明するのに役立つのではないか。

ところで法定地上権が潜在的借地権の具体化であると考えれば、そのような法によって特別に具体化が予定される潜在的借地権についても取引安全の見地から公示を要求するのが妥当といえよう。この点については、現行法は一般的には法定地上権の成否が抵当権登記及び所有権登記から判別できることから、これをもって潜在的物権設定についての公示手段として予定しているものと考えられる。このように既存の登記制度によって取引安全が図れる以上、抵当権の実行により土地建物が別の所有者に属するに至って初めて対世的効力が問題になるという意味で潜在的かつ不安定な潜在的借地権にまで独自の登記制度を用意する必要はないであろう。

なお、一般に法定地上権の成立可能性を公示すべき要請があることには争いはないが、その理由については従来若干の争いがある。法定地上権が

成立することの公示は対抗関係の処理の一環として要求される⁴⁶のか、対抗関係とは別に取引安全のために公示が要求されるに過ぎない³²のかの争いである。判例が、登記が備わっていない場合にも法定地上権の成立を肯定している⁴⁸ことからすれば対抗関係ではないと解すべきようにも思える。

しかし上記のように法定地上権の制度は潜在的借地権の具体化といえ、潜在的借地権ゆえに法定地上権が成立するのだから、潜在的借地権の存在は潜在的地上権の設定とも評価できるものである。そこで法定地上権者と買受人および抵当権者は対抗関係に立つと解した上で、判例は、対抗関係を生ずるけれども通常「土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実土地を見て地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であ」り、「競落人と抵当権者は同視すべきもの」⁴⁹との観点から買受人は「登記ノ欠缺ヲ主張スルニツキ正当ノ利益ヲ有セザルモノ」⁵⁰にあたるものと考えから登記不要説をとるものと解すべきである⁵¹。

よって、登記簿からは法定地上権を基礎付ける潜在的借地権の存在が伺えない場合、原則的には建物所有者はたとえ潜在的借地権があっても法定地上権の成立を対抗できず法定地上権は成立しないことになる。しかし、その場合であっても法定地上権を主張していく相手方によっては対抗の余地が認められ法定地上権が成立しうることになる。

(4) 同一所有者要件の意味内容

従来法定地上権の成立要件としては①抵当権設定当時、土地の上に建物が存在すること、②抵当権設定当時、土地と建物とが同一の所有者に帰属していたこと、③土地と建物の一方または双方の上に抵当権が設定され、その抵当権の実行により土地と建物の所有者が異なるに至ることが挙げられてきた⁵²。

ここでは②の要件の内容について、明文上法定地上権成立のための消極的要件として約定利用権の不存在、又は存在可能性の欠如、土地利用に関する共有者間における合意の不存在などの、土地利用権の存否に関する要件は挙げられていない意

味と関連づけながら考察してみる。

まず、法定地上権の成立のためには約定利用権が存在しないこと（あるいは存在し得ないこと）が必要かについて検討する。

この点、②の「土地と建物とが同一の所有者に帰属していたこと」（以下同一所有者要件と称する）との要件について、同要件は法定地上権の成立範囲を約定利用権が存在せず、また約定利用権設定が不可能であった場合に限ることを意味するものであるとの理解がありうる。そしてこの理解を前提にすると、約定利用権の不存在及び存在可能性の欠如は②の同一所有者要件に含まれているのであって、解釈上当然求められることになる。

しかし建物保護という法定地上権制度の目的からすると、約定利用権の設定が可能である場合であっても建物保護の必要があるときには可能な限り法定地上権の成立を肯定すべきであり、約定利用権設定が可能であったならば法定地上権成立の余地はないとすることは、あまりに建物の保護を軽視するものであるとのそしりを免れないと考える。このような結論が妥当でないことは昭和35年に借地借家法改正準備会が自己借地権制度を提案した際にも法定地上権との並存が必要であると考えられていた⁵³ことから明らかであろう。

そこで私見のような法定地上権についての理解からは、上記理解とは異なった解釈をすべきだと考える。すなわち、確かに約定利用権が存在する場合には法定地上権は成立しないというべきであるが、それは約定利用権の存在が②の同一所有者要件を満たさないことを意味するからではなく、法定地上権の根拠である土地所有者の意思の欠如によるものであるという解釈である。

法定地上権制度が潜在的借地権を顕在化させるものであり、かかる潜在的借地権は所有者の意思や土地建物をめぐる人的関係、当該土地建物の関係等の事実状態から導かれるものであることはすでに述べた。このことからすると法定地上権が成立するためには、土地所有者が地上権の設定に類似する程度の建物への土地の利用価値の移転を容認しているという事実が必要となるのであるが、

賃借権や使用借権を設定する土地所有者の意思として地上権の設定に類似する程度の建物への土地の利用価値の移転を容認するものではないことは明らかである。

よって約定利用権が存在する場合に法定地上権が成立しない理由は、その場合には法定地上権の根拠となるべき潜在的借地権が存在しないためと説明すべきと考える⁵⁴。

そして、結局そのような理解の方が建物保護の見地からも妥当といえ、また前提問題としての混同法理との関係で併有者が存在する場合に約定利用権を設定することができるかという問題にも直面することなく結論を導くことができ、無用の混乱が避けられるという点でも妥当と考える。

では、土地利用に関する共有者間における合意の不存在は法定地上権成立のための要件と解すべきか。

共有者間における合意に基づいて建物が存在する場合には建物収去による社会経済上の不利益は生じず、法定地上権の成立を認める必要性は乏しいようにも思えるが、やはり法定地上権の成否は土地所有者の意思から解釈すべきであろう。

なお、共有物の利用についての合意のみが存在する場合は、約定利用権が存在する場合と異なり一律には処理できない。共有物の利用についての合意は各共有者の持分の価額に従い、その過半数により決定される（民法252条）ところ、かかる合意は、共有持分についての説明をどうするか⁵⁵の争いにかかわらず、所有者一体としての意思ということになる。そしてここでの意思（＝合意）も法定地上権を基礎付ける潜在的借地権の一構成要素となりうるものであるが、この合意には全員一致のものから過半数ぎりぎりかつ一時的なものまで様々なものがあり、法定地上権を基礎付けるに足りる潜在的借地権を導きうるものかどうかは具体的場合によって異なる。よって合意内容によっては法定地上権を基礎付けるに足りる潜在的借地権を導きうるが、合意の存在から常に法定地上権を基礎付けるに足る潜在的借地権が導かれるものではない。

よって共有物の利用に関する合意が存在する場合は、約定利用権が存在する場合と異なり法定地上権の成立が直ちに否定されるものではなく、具体的状況に応じてかかる合意及びその他の事情から法定地上権を基礎付けるに足りる潜在的借地権が存在するかを検討すべきということになるが、いずれにせよ土地利用に関する共有者間における合意の不存在は法定地上権の成立要件ではないというべきである。

以上のように約定利用権や共有物利用の合意の存在は潜在的借地権の存否・内容を判断する要素となるものであり、約定利用権が存在する場合には法定地上権を基礎付けるだけの潜在的借地権があるとはいえず法定地上権は成立しないが、約定利用権の設定が可能であったが約定利用権の設定がなされなかった場合や、共有物の利用に関する合意があるに過ぎない場合には具体的事情によっては法定地上権を基礎付けるに足りる潜在的借地権が肯定でき、その場合には法定地上権が成立する余地があるというべきである。

以上のことからすると②の同一所有者要件は、約定利用権が存在しないこと（存在し得ないこと）や、共有土地利用に関する合意が存在しないことを意味するものとは解されない。

むしろ388条の同一所有者要件は法定地上権を基礎付けるに足りるだけの潜在的借地権が認められる典型の場合を例示したものであり、同一所有者要件の意味内容としては「法定地上権を基礎付けるに足りる潜在的借地権が存在すること」を要求するものと解すべきであるといえる。

2. 共有不動産における法定地上権

（1）基本的方向性

ではかかる理解を前提にすると土地共有事例における法定地上権の成否はいかなる基準によるべきか。法定地上権制度を先に述べたように潜在的借地権の存在に根拠をおくものとして捉えるならば、土地共有事例における法定地上権の成否の判断基準について、従来の議論に伴っていた抽象的価値判断から脱却し、理論的に法定地上権成否の

判断基準を導くことが可能になる。

法定地上権の根拠のうち重要な一つが潜在的借地権の存在にある以上、法定地上権の成立が認められるためには、まずはかかる潜在的借地権を基礎付けるに足りる外形事実があることが必要になる。そしてここでの外形事実は法定「地上権」を基礎付けるものであるから、単に建物が存在することで土地の利用価値が制限されることを許容しているといえる程度では足りず、地上権という強力な権利の設定に比肩する土地の利用価値の移転をも容認する土地所有者の意思を推認できる程度の事実が必要である。このことは共有不動産における法定地上権の成否を検討する際でも変わりはない。

そしてかかる事実が認められる場合で、かつ登記簿によりかかる土地所有者（全ての共有者）の意思が外部から推認できる場合は登記によって法定地上権の根拠事由の対抗要件とすることができるということになるが、土地建物の共有者の顔ぶれが同一で、かつ土地における各共有者の持分比と建物における各共有者の持分比が同一である場合⁵⁶を除いては、登記簿から土地所有者（共有者）の上記のような法定地上権の基礎足りうる意思を推認することはできないというべきであろう。

そのため、共有不動産における法定地上権の対抗力の有無を判断するに際しては、多くの場合、現地調査によって土地所有者の意思が公示されているとみることができるか否かが重要となる。

この点、単独所有の事例では抵当権者が現地調査をすることで容易に法定地上権の成立を知りえたため177条の第三者にあたらないとの価値判断が容易であったといえる⁵⁷が、土地共有事例においては一般的に現地調査によって法定地上権を基礎付ける潜在的借地権を導く事情を発見することは困難である⁵⁸。よって共有不動産に抵当権が付された場合には買受人が「第三者」にあたるかについてより慎重な判断が必要になるであろう。

（2）土地共有事例における潜在的借地権の意味では現地調査により明らかにされるべき「事実」

とは何か。

建物のみが共有で土地は単独所有の事例では、調査により明らかにされるべき事実とは、土地所有者がどのような意思の下、当該建物による土地利用を認めているかである。土地所有者が建物による土地利用を長期かつ全面的に認め、当該土地利用権譲渡まで容認しているような場合など、実質的に地上権設定と変わらない意思を有している場合には法定地上権を基礎付けるに足る潜在的借地権の存在が肯定できる。逆に一時的な使用や現在の利用関係に限り土地の使用を認めていたに過ぎない場合には法定地上権を基礎付けるだけの潜在的借地権は認められない。

土地共有の場合にもやはり地上権設定と同視しうる潜在的借地権の設定の存否を問題にすべきであるが、土地共有の場合には潜在的借地権の意味について次のようなことが言える。

まず、共有土地上に地上権を設定する行為は、地上権が「全面的支配権である所有権を制限して、土地を一面的に支配する権利」⁵⁹であり、共有物全体としての所有権（各共有権の集合としての所有権）そのものを制限するものであることから、共有物の「変更」にあたり共有者全員の合意が必要であると解される。このことからすると潜在的地上権の設定についても共有者全員の合意が必要と解すべきであろう。潜在的借地権の設定が認められれば法定「地上権」が成立することからもこう解すべきといえる。

とすると、共有土地において法定地上権を基礎付けるに足る潜在的借地権が認められるためには、共有者間における共有物の「変更」の合意、すなわち共有者全員による当該建物による土地利用の容認があり、かつそこでの容認が実質的に地上権設定と変わらないものであることが必要ということになる。そして調査により明らかにされるべき事実もこのような意味での合意の有無ということになる。

すなわち土地共有事例においては、法定地上権を基礎付ける潜在的借地権は共有者間における共有物の変更の合意と一致するということになる。

このことから判例が土地共有事例において、土地共有者全員の法定地上権が成立することへの容認の有無を問題とすることは論理的にも正当ということができよう。

(3) 潜在的借地権と法定地上権制度

土地共有事例において法定地上権の成立が認められるためには共有物の変更の合意が必要であるということからは、さらに次のようなことがいえる。

まず一般に、たとえ土地共有者が全員で地上権の設定を決定したとしても、地上権者となるべき者との間で契約が成立するまでは地上権は成立しない。しかし私見によれば、その場合、法定地上権を基礎付けるに足る潜在的借地権は既に存在するのであって、地上権が有効に成立する前に土地または建物の競売がなされたとしても法定地上権は成立する。つまり、この場合は土地上の建物は抵当権の実行までは単なる共有物の利用に関する合意によって存在していたものであるが、かかる利用権は抵当権の実行を契機に法定地上権へと変化することになるのである。

このことから、法定地上権制度は、通常共有者間内部の問題に過ぎない共有物利用に関する合意を、抵当権の実行を機に土地利用権という建物側の権利に取り込むものとしての機能も有すると言えるのである。

このような法定地上権制度の機能に鑑みると、法定地上権制度は自己借地権設定が不能であることへの対処としての意義のみならず、共有土地における共有物の利用に関する合意が存在する場合も含め、なんらかの事情により外部的行為（契約、意思表示や登記の具備など）がなされない場合でも、土地所有者の意思によっては、建物保護のため例外的に当事者の行為によらず地上権を発生させ、その対抗を許すものとしての意義をも有すると考えられる。

第五章 終わりに

以上、共有不動産における法定地上権の成否について、土地所有者の意思からするアプローチからその判断基準について検討し、同一所有者要件の解釈を通じて法定地上権成否の判断基準を導いた。私見のような基準によっても、結局従来の判例学説とほぼ同一の結論を導くことにはなるが、従来の判例学説が十分に説明できなかった共有不動産における法定地上権成否の判断基準の論理的説明を可能としたことには、ささやかながらも意味があるものと考ええる。

なお自説のように、潜在的借地権の発生を物権設定行為に近づけて考えることは、法律行為の分類や、法律行為概念の捉え方にも関連を有するものである。

すなわち法律行為の種類としては従来「単独行為」、「契約」、「合同行為」という分類がなされているが、潜在的借地権設定行為が「契約」や「合同行為」に当たらないことは明らかであろう。そこで潜在的借地権設定行為の性質を検討するにあたっては、これを「単独行為」に含めて解する余地を検討すべきこととなる。この点、「単独行為」とは、一般的に「1 権利主体のなす 1 個の意思表示のみによって成立する法律行為」と定義され⁶⁰、既に述べたとおり潜在的借地権設定は必ずしも意思表示を伴うものではないためこの定義に当てはまらないのである。

このような、潜在的借地権の発生を物権設定行為に近づけて考えることの是非、及びその場合の法律行為概念やその分類については、今後の検討を要するものである。

従来法定地上権制度には批判も多く、今後改正の対象となることも予測される⁶¹が、自己借地権の容認や法定賃借権制度の整備など一般に考えられる対策案は法技術上の困難を伴う。法定地上権制度に関連して抜本的改正が現在までなされていないこともこのような立法の困難さを示すものであろう。また法定利用権の制度そのものの廃止は土地建物を別個独立の不動産として扱う以上は困難

であるともいわれている⁶²。

本文中で述べたように法定地上権制度には批判が多いが、私見のように法定地上権をとらえるのであれば共有不動産事例においても法定地上権制度の合理性は肯定できるものではないだろうか。従来の学説がともすれば陥りがちな当事者の不利益の比較衡量からくる法定地上権制度の合理性への疑問や、法定地上権成否の判断基準の不明確性という問題は私見のように当事者意思という制度趣旨に軸を置くことで回避しうるものであり、法改正にあたってもこの点は考慮されるべきだと考える。

もっとも建物の存続という社会経済上の目的達成のための制度として、現在の法定地上権制度が唯一のものではないことは確かなのであり、今後、経済の迅速柔軟な発展のためには様々な制度が創設されることも当然考えられる。特に建物保護の見地からは、法定地上権を基礎付けるに足りないものの一定の潜在的借地権が認められる場合に対応すべく、法定賃借権制度を創設することも必要であろう。もっともその場合も法定地上権制度を存続させる意味はあるといえ、本稿におけるような法定地上権制度の意義の確認や成立要件の明確化や明文化や内容の合理化は、なお今後も課題になるものと考えている。

1 上河内千香子「法定地上権制度に関する立法論的検討（一）」*琉大法学*72号（2004）127頁以下

2 柚木馨＝高木多喜男『新版注釈民法（9）物権（4）』（有斐閣、1998）480頁

3 起草過程の議論を取り上げたものとしては上河内・前掲（注1）、松本恒雄「民法388条（法定地上権）」『*民法典の百年Ⅱ*』（有斐閣、1998）、松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察（一）」*民商法雑誌*80巻3号283頁（1979）、高木多喜男「金融取引と担保」（1980）220頁以下、田中克志「土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度」*静岡大学法政研究*2巻3＝4号1頁（1998）などがある。

4 梅博士の提案としては現行370条の原案に当たる365条について「抵当権ハ其目的タル不動産ニ付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」とし、土地抵当権の効力は建物にも及ぶと考えられていた（『*法典調査会民法議事速記録Ⅱ*』（商事法務研究会、1984）793頁）。そのため梅博士が第50回法典調査会に提出した原案には現行法の388条に相当する規定は含まれていなかった。

5 「抵当権ハ其目的タル不動産ニ付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比限ニ在ラス」との原案に「抵当地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外」（*法典調査会前掲書*（注4）856頁）との文言が挿入された。

6 「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見做ス但地代ハ当事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム」（*法典調査会前掲書*（注4）950頁）

7 「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見做ス但地代ハ当事者ノ請求ニ依リ裁判所之ヲ定ム」（*法典調査会前掲書*（注4）953頁）

8 柚木馨＝上田徹一郎『*注釈民法（9）*』（有斐閣、1965）177頁、我妻栄『*新訂担保物権*』（岩波書店、1968）350頁など

9 吉田邦彦教授は土地建物共同抵当における建物再築の事例においては、法定地上権制度を担保設定者に対する制裁的（罰則的）補充規定（penalty default）として位置づけることの可能性を指摘されている。別冊ジュリスト民法判例百選。[第5版新法対応補正版]（有斐閣、2005）191頁

10 積極的契約補充については吉田邦彦『*契約法・医事法の関係の展開*』（有斐閣、2003）142頁参照

11 藪重夫「法定地上権」*法学教室* 第一期（2）

(1961) 114頁

12 柚木馨『担保物権法』(有斐閣、1964) 307頁、水田耕一「法定地上権成立の限界」金融法務事情557号(1969) 19頁、鈴木正和「共有土地建物の競売と法定地上権」判例タイムズ791号(1992) 70頁など

13 柚木・前掲書(注12) 307頁、柚木=高木・前掲書(注2) 486頁など

14 柚木・前掲書(注12) 307頁、柚木=上田・前掲書(注8) 178頁、荒木新五「土地と地上建物に共同抵当権が設定された跡に建て替えられた新建物に土地の抵当権と同順位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」判例タイムズ957号(1998) 74頁など

15 荒木・前掲(注14) 74頁、鈴木・前掲(注12) 70頁など

16 上河内・前掲(注1) 127頁

17 我妻・前掲書(注8) 360頁、鈴木祿彌『借地法(上)』(青林書院新社、1971) 250頁、横俤次『担保物権法』(有斐閣、1981) 223頁、畑郁夫「法定地上権」『不動産法大系Ⅱ担保〔改訂版〕』(青林書院新社、1977) 286頁、荒木新五・前掲(注14) 187頁も基本的にはこの立場に立つと思われる

18 岩本信行「共有不動産をめぐる法定地上権の成否—区分所有建物にも関連して—」判例タイムズ386号(1979) 32頁

19 鈴木祿彌「判批」民商法雑誌32巻5号(1959) 682頁

20 荒木・前掲(注14) 186頁

21 岩本・前掲(注18) 35頁

22 柚木=高木・前掲書(注2) 355頁、高木多喜男『担保物権法(第三版)』(有斐閣、2002) 203頁

23 半田正夫「不動産の共有と法定地上権」近大法学17巻1,2号(1969) 127頁は、清水説をこのようには捉えておらず、清水説も法定地上権を肯定した上でそれが賃借権に縮減したものとして説明している。

24 清水誠『判例コンメンタール担保物権法Ⅲ』

(コンメンタール刊行会、1978) 442頁

25 川井健『担保物権法』(青林書院新社、1975) 92頁以下、半田・前掲(注23) 129頁以下

26 最判平成6年12月20日の千種秀夫裁判官補足意見

27 最判昭和46年12月21日の下級審においても賃借権の抗弁は提出されたが、賃借の事実は認定されなかった

28 この場合約定利用権の設定を怠った以上建物収去はやむをえない(そのような建物は保護に値しない)との反論がありうるが、かかる指摘は、法定地上権に代わる自己借地制度が検討される際においても自己借地制度の利用の強制が必要であろうと考えられていることからすると建物保護の要請を軽視しすぎるものであり、妥当でないことは明らかといえよう

29 我妻・前掲書(注8) 361頁

30 岩本・前掲(注18) 34頁

31 判例時報41号(1955) 9頁、判例タイムズ46号(1955) 29頁、ジュリスト76号(1955) 78頁

32 判例タイムズ243号(1970) 184頁、判例時報578号(1970) 41頁

33 岸本「共有不動産をめぐる法定地上権の成否」判例タイムズ386号(1979) 35頁

34 我妻栄編『判例コンメンタール担保物権法』(日本評論新社、1968)、半田正夫・前掲(注23)、高木・前掲(注22)等

35 判例タイムズ272号(1972) 230頁、判例時報655号(1972) 27頁

36 我妻・前掲書(注8) 362頁

37 我妻編・前掲書(注34) 442頁

38 判例タイムズ905号(1996) 129頁、判例時報1562号(1996) 45頁

39 判例時報1519号(1995) 73頁、金融法務事情1416号(1995) 41頁

40 上河内千香子「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」広島法学21巻3号(1998) 148頁

41 吉田邦彦教授も、「民事判例研究」北大法学論集44巻4号(1993) 269頁において「法定地上権

に限定的な立場が優勢な近時では、「利益衡量」及び「実質論」にウエイトが置かれ、関係当事者—すなわち、抵当権者（第一順位、後順位）、競落人、抵当権設定者等—の緻密な利益調整が指向され」ていることを指摘されている。

42 ここでの「当事者の意思」における「当事者」とは、土地建物所有者や抵当権者（第一順位、後順位含む）競落人等を含む広い意味での「当事者」ではなく、仮に約定利用権設定をなすのであれば当事者となるべき者である土地所有者（共有者を含む）と建物所有者（共有者を含む）を意味する。法定地上権の成立にあたって考慮すべき「当事者の意思」に抵当権者や競落人を含める立場はむしろ利益衡量や実質論を重視する立場につながることになる。吉田・前掲（注41）269頁参照

43 このような当事者意思尊重の考え方は、最判平成9年2月14日判決民集51巻2号375頁（土地建物の共同抵当事例における建物再築の場合の法定地上権の成否が問題となった事案）の判旨でも述べられており、同判決の判旨では「（当事者意思を重視すると）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、法定地上権の制度根拠が一時的には当事者の意思に依拠するものであることを確認している。その後の最判平成9年6月5日民集51巻5号2116頁でもこの立場が採られている。

なお従来の議論には当事者志向と、社会全体的観点からの法政策的志向があり、これらは相互に異質であり意識的に分化して論じられるべきであること、および「政策」の是非についての社会学的検討の重要性については吉田・前掲（注41）270頁参照

44 我妻・前掲書（注8）350頁

45 建物のみに抵当権が付された場合はどうか。この場合、土地のみに抵当権が付された場合と違い、この場合、甲は自己の利益を最大限確保したいと考えるであろうから抵当権設定時にはむしろ土地から建物への利用価値の移転を望まず、仮に

移転していたとしてもその復帰を意図するはずである。よってこの場合には法定地上権の機能は土地のみに抵当権が設定された場合と同様の説明をするのは難しい。もっとも、前述のように土地建物を別個独立の不動産として扱う以上、なんら敷地利用権のない建物は不法占有など特殊な場合を除いて存在しないはずであるという観点、及び土地利用権のない建物には担保価値はほとんどないことから当事者は建物に抵当権を設定するにあたってなんらかの敷地利用権つき建物として担保価値を定めるはずであるという観点からはこの場合も内面的には何らかの敷地利用権が存在するはずである。つまり建物のみへの抵当権設定時にも所有者は土地利用価値の移転を認識認容しているといえ、かかる外形的事実から潜在的借地権は導かれうる。

よってこの場合も、具体的事実関係を度外視して一律に地上権というかたちを採っているものの、法定地上権の成立によって土地所有者の意思に反して土地の利用価値移転が生じているわけではなく、そのような意思が推測できるという外形的事実から潜在的借地権が導かれ、民法388条はその潜在的借地権を抵当権の実行と所有者の変更を機に外形化具体化しているものといえる。しかし土地抵当の場合と異なりその潜在的借地権は地上権に類するものとは必ずしも言えないため、この場合の法定地上権制度は土地抵当の場合に比べその根拠に乏しい。このように土地抵当の場合と建物抵当の場合では法定地上権制度の持つ意味は異なるのであって借地借家法15条が建物共有の場合にのみ自己借地権を容認しているのもこのことと無関係ではないと考える。（法定地上権につき土地抵当型と建物抵当型とでは問題状況を異にすることは従来から指摘されている。柚木＝高木・前掲書（注2）368頁、瀬川信久「判批」判例時報922号（1979）144頁等）

46 槇梯次・民商法雑誌71巻1号（1974）139頁、我妻栄・判例民事法昭和7年594頁、内田力蔵・『判例民事法』昭和14年374頁、柚木・前掲書（注8）311頁など

47 畑郁夫・前掲書（注17）282頁、鈴木祿彌・前掲書（注17）2063頁など

48 大判昭和7年10月21日、大判昭和14年7月26日、最判昭和48年9月18日第三小法廷判決、最判昭和53年9月29日第二小法廷判決

49 前掲昭和48年判決

50 前掲昭和14年判決

51 我妻・前掲（注46）597頁も「土地の上に抵当権を設定する者はその上の建物が土地所有者の所有であればそれによって法定地上権の－あたかも潜在的に地上権の設定せられたるが如き－制限を受ける」としている。

52 柚木＝高木・前掲書（注2）479頁以下

53 我妻栄他「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－」ジュリスト297号（1964）66頁以下参照

54 土地所有者が既に地上権を設定している場合については、地上権が設定された以上潜在的借地権の具体化の余地なくなり、法定地上権制度の出番もないといえる。

55 共有持分権なるものは、同一物の上に有する他者の所有権（持分権）によって制約を受ける一個の所有権であるというか、一個の所有権の分量の一部であるというかの争い

56 この場合は単独所有の場合と同様の利益状況にあるといえ、単独所有の場合同様、登記によって法定地上権を基礎付けるに足る潜在的借地権の公示があると考えられる

57 現地へ赴き、建物があるかを確認し、建物が存在する場合にはその建物の所有者が土地所有者と同一かを調査することで足りる

58 単独所有事例同様の建物の存否及びその所有者の調査に加え、土地共有者らの意思の調査まで必要となるため

59 我妻栄・前掲書（注8）344頁

60 平井宜雄＝川島武宜編『新版注釈民法（3）』

（有斐閣、2003）49頁等参照

61 法務省は2006年1月4日、物品の売買や契約、相続など国民生活に関する基本的な取り決めに定めた民法を、約60年ぶりに抜本的に改正する方針を発表した

62 柚木＝高木・前掲書（注2）487頁

本文中に掲げたものの他に次の文献を参考にした。

- ・伊藤進「建物共有者の一人がその土地共有持分を有する場合の土地抵当権の実行と法定地上権」金融法務事情1428号（1995）40頁
- ・加藤朋寛「土地の共有持分の競売と法定地上権の成否」民事法情報120号（1996）46頁
- ・関武志「共有地に設定された抵当権の実行と法定地上権の成否」ジュリスト1082号（1996）176頁
- ・高木多喜男「土地または建物が共有の場合と法定地上権の成否」ジュリスト増刊（担保法の判例。）（1994）、「共有土地上建物と法定地上権」金融法務事情1439号（1996）51頁
- ・椿寿夫「敷地の所有権移転登記なく建物に抵当権を設定した場合と法定地上権」判例タイムズ390号（1979）58頁
- ・野村重信「不動産共有と法定地上権の成否」金融法務事情1422号（1995）4頁
- ・廣谷章雄「法定地上権の成否に関する諸問題－共有物を中心として－」『現代裁判法体系④担保・保証』（新日本法規出版、1998）84頁
- ・槇悌次「共有土地・建物における帰属の変動と敷地利用権の運命」民商法雑誌115巻1号（1996）
- ・松本恒雄「甲乙の共有に属する土地建物のうちの土地の甲の持分の強制競売と法定地上権」ジュリスト1068号（1995）75頁

（ただ しんのすけ 北海道大学法学研究科修士課程修了）