

法定地上権と一括競売の関係

——建物所有権の保障と侵奪

水津 太郎

- 一 はじめに
- 二 一括競売の性質・趣旨
- 三 一括競売の適用範囲
- 四 法定地上権と一括競売の関係
- 五 おわりに

一 はじめに

1 議論状況

現行法では、土地と建物は別個の不動産とされ、土地抵当権の効力は建物には及ばない（三七〇条）。しかし

ながら、一括競売の規定（三八九条）によれば、「抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたとき」には、抵当権者は「土地とともにその建物を競売することができる」（同一項本文）。もちろん、優先弁済権は土地のみには及ばない（同一項ただし書）。だが、換価権は、土地とは別個の不動産である建物にまで拡張される。このような例外的な取扱いがなぜ正当化されるのかについては、更地事例における法定地上権の成否（三三八条）と関連して議論がある。

判例は、更地に抵当権が設定された後に建物が築造された場合につき、法定地上権の成立を否定するとともに、一括競売は抵当権者の権利であると解しており、通説も判例を支持している。しかしながら、これに反対する学説も有力である。なかでもよく知られているのは、法定地上権の成立を肯定することから出発し、抵当権者がこれを回避したければ一括競売をなすべきという考え方である。⁽⁴⁾

この見解の提唱者の問題関心は、抵当権は設定者に土地の利用を認める担保権である以上、設定者が抵当地に建物を築造したときに建物の収去を強いるのは矛盾であり、社会経済的観点からも望ましくない、という点にあつた。⁽⁵⁾その後、起草過程・起草者意思の分析や関係当事者の利益衡量によって、この着想を全面的に展開する研究があらわれている。⁽⁶⁾

この見解は古くから現在にいたるまで、判例・通説に対峙する有力説として検討の俎上に載せられてきた。その際にとくに問題とされてきたのは、この見解のもたらす作用や帰結である。すなわち、抵当権者は土地の担保価値を更地として評価しているから、有力説によるとそうした抵当権者の期待が害されてしまう、⁽⁸⁾他方で、抵当権者が土地の担保価値を法定地上権の負担を前提として見積もるなら、債務者が与信を受けることのできる額が少なくなる、⁽⁹⁾土地利用の経済性の観点からみても、有用な建物であればすすんで一括競売が選択されるころ、

そうでない建物の保存を抵当権者に強いるのは適切でない、といった批判が代表的である。これにくわえて、起草過程・起草者意思の考証や学説史の包括的考察など、歴史的ないし基礎的な観点から有力説を分析・検討する研究もあらわれている。

2 課題と方法

本稿もまた、有力説の問題提起を重く受け止めつつも、より望ましい構成を模索するために、この見解を批判的に検討しようとするものである。ここでは、有力説の主張の内在的な首尾一貫性を問題としたい。言い換えれば、有力説のいう法定地上権と一括競売の関係の捉え方が、現行法の解釈として成り立ちうるものなのかを検討の対象とする。あらかじめ、本稿の基本的なモチーフを示しておこう。

主観的権利である建物所有権の保障は、建物保護の要請とは区別されなければならない。

法定地上権は一般に、抵当権と利用権の調整という文脈に位置づけられているが、建物所有者の側からみれば、法上当然に地上権を付与し、かれの所有権を保障するものである。法定地上権の趣旨のひとつは建物保護にあるとされているけれども、その制度的な特徴はむしろその手法、すなわち建物所有権を保障することで、建物の倒壊を防止する点にある。

これに対して、抵当権者によって土地とともに建物も一括競売にふされると、土地と建物が一括して売却される結果、たしかに建物の取壊しは防止される。しかしながら、それは、買受人が土地建物の所有者になるからである。建物所有者は、抵当権は土地にしか効力が及んでいないのに、自己の所有物を競売にかけられ、売得金で

の満足を強いられる。一括競売においては、建物の存続は図られるかもしれないが、建物所有者の権利はないがしろにされるのである。

したがって、建物所有者の立場にたてば、法定地上権と一括競売を、建物保護に役立つ制度として連続的に捉えることは許されない。このように一括競売を、建物所有者の侵害という視点から捉える考え方は、平成一五年改正をめぐる議論の際にひろく共有されていたものである⁽¹³⁾。

本稿は、おもにこの視点を基礎におきつつ、法定地上権の成立をひろく認めることと、一括競売の活用を図ることが両立しうるのかを分析・検討するものである。そのためにまず、一括競売の性質と趣旨をめぐる議論を、更地事例における法定地上権の成否の問題と結びつけて構造化し(二)、次に、一括競売の適用範囲の問題につき、判例・通説との対比において、有力説の内在的な首尾一貫性と正当化可能性を考察した(三)後、最後に、建物所有者の権利に着目しながら、法定地上権と一括競売の関係を整序・定式化する(四)。

結論としては、法定地上権が成立する場合には一括競売は認められない、という伝統的な考え方が支持されるであろう。

二 一括競売の性質・趣旨

1 議論の構図

抵当地上に建物が築造された場合に、土地の抵当権者が土地と建物を一括競売にふすることができるのはなぜなのか。この問題は、一括競売の性質と結びつけて議論されている。性質論については一般に、判例・通説である権利説と、これに対抗する義務説というように整理されているが、問題は、抵当権者の「権利」や「義務」というときの意味である。⁽¹⁴⁾

そこで、以下では、法定地上権の成否を基軸として、各々の立場にたったときに一括競売の性質と趣旨がどのように捉えられるのかを具体的に明らかにしていこう。

2 法定地上権否定説

まず、判例・通説のように、更地に抵当権が設定された後に建物が築造された場合には、法定地上権は成立しないと考えることにしよう。この立場によると、抵当権者が土地のみにつき抵当権を行使したならば、建物所有者は買受人からの建物収去請求に応じなければならない。このように、建物所有者はもともと自己の建物所有権を保持できない地位にある、ということが考え方の出発点となる。

法定地上権否定説は一般に、一括競売がなぜ認められるのかについて、建物倒壊の防止や、抵当権実行の便宜

を引き合いに出している。

(1) 抵当権実行の便宜

もしここで建物保護を強調するならば、抵当権者は土地のみを競売にかけることはできず、土地と建物をおこなわず一括競売しなければならないとすべきであろう。しかしながら、三八九条は、抵当権者は「……できる」というにとどまる。すでにみたように(一1)、判例はこの文言のとおり、一括競売は抵当権者の「権利」⁽¹⁵⁾であると判例を支持するのが通説である。ここでいう「権利」とは、抵当権者は、土地のみの競売を申し立てても、土地と建物を一括競売にふしてもかまわない、つまり両者の任意選択権を有するという意味である。

そうだとすると、一括競売の趣旨は、建物の保護よりもむしろ、抵当権実行の便宜に求められることになる。⁽¹⁶⁾すなわち、抵当権者が土地しか競売できないならば、土地の買受人はあとで建物所有者に建物の取去を求めていかなければならない。しかしながら、これでは時間と手間がかかり、なかなか買手はつかない。このことを避けようとすれば、抵当権者は抵当権の実行を円滑に進めるために、建物所有者と事前に交渉し、どのみち建物は取去せざるをえないのだから取り壊してほしいとお願いしなければならない。こうした負担をなくすために抵当権者に認められたのが、一括競売である。したがって、抵当権者が諸々の不利益を考慮しても土地のみを競売にかけたほうがよいと判断するならば、そうすることはかれの自由である。

(2) 建物の保護

これに対して、建物取壊しの防止を重視する見解によれば、一括競売は次の意味で義務化されることになる。⁽¹⁷⁾
抵当権者が土地のみについて競売申立てをした場合には、執行裁判所は違法であるとしてこれを却下しなければならぬ。もし競売開始の決定がなされたら、建物所有者は執行異議（民執二一条一項）を申し立てることができる。

この考え方は、一括競売の制度を、建物保護という公益的視点から捉え直すものであるとみることができる。

(3) 建物所有者の投下資本回収

そのほか、少数ではあるものの、一括競売を、抵当権者の便宜や建物保護というよりは、むしろ建物所有者に投下資本を回収させるための手段として位置づけるものがある。

法定地上権否定説を前提とすると、抵当権者が土地のみを競売にかけたときには、建物所有者は自己の費用で建物を取り壊さなければならない。他方で、抵当権者が土地と建物を一括競売にふしたときには、建物所有者は取壊費用を負担するどころか、建物の売得金を手にすることができる。そうすると、建物所有者の投下資本の回収という視点からは、抵当権者に完全な選択権を与えるのは望ましくない。抵当権者が土地のみを競売したときには、建物所有者に建物買取請求権を与えるという見解や、むしろ建物所有者の側が一括競売を抵当権者に請求したときに、抵当権者は建物につき一括競売権を取得し、同時にその義務を負うという見解⁽¹⁸⁾はここに位置づけることができる。

前者の見解は、抵当権者の側から土地のみの競売を申し立てることを認めつつも、そうしたときには建物所有

者から建物買取請求権を行使されるとすることで、「事実上、一括競売を義務づける」⁽²⁰⁾ものであるのに対して、後者は、一括競売制度を、「建物所有者の権利としての一括競売請求権」として再構成することで、抵当権者側に一括競売の「義務」を負担させようとするものである。⁽²¹⁾

(4) 一括競売の正当化

本稿の文脈で重要なことは、これらの見解がみな、法定地上権否定説を前提としていることである。建物所有権の保障という観点からは、このことは決定的な意味をもつ。

すなわち、一括競売は、建物所有者の所有権を侵奪し、売得金での満足を強いるものである。しかしながら、もし原則どおり土地のみにつき抵当権が実行されたなら、建物所有者はそもそもなんらの対価もえることなく、みずから建物を収去せざるをえなかつたはずである。このことと対比すると、抵当権者に一括競売を認めることは、売得金を取得する可能性を開く点で、建物所有者にとってもむしろ有利である。このように、一括競売による建物所有権の侵奪は、建物所有者の収去義務の存在を前提として正当化されている。

見解が分かれるのはそこから先である。抵当権実行の便宜、建物倒壊の防止、建物所有者の投下資本の回収のいずれを強調するかによって、抵当権者は土地のみを競売にかけることも自由に認められるとするもの、そうではなく、土地と建物を一括競売にふさなければならぬとみるもの、土地のみが競売にかけられたときには、建物所有者は建物買取請求権を行使することができるとするもの、発想を転換して、むしろ建物所有者の側が一括競売請求権を有すると構成するものに分かれることになる。

しかしながら、いずれの見解も、建物所有者の収去義務を前提に議論を組み立てている点では変わりがない。

3 法定地上権肯定説

次に、法定地上権の成立を肯定する見解を検討しよう。冒頭でみたように、有力説によれば、抵当権者が土地のみを競売にかけたときには法定地上権が成立する、抵当権者がこれを回避したいのなら一括競売をせよ、と説かれている。⁽²⁾

（1）二面的性質——義務と特権——

この考え方は、一面において、一括競売の「事実上の義務化」を目指すものである。⁽²³⁾ というのは、「一括競売を促進するものとして法定地上権を考え」、抵当権者の「義務違反、すなわち、あえて個別競売を選択した場合には法定地上権が成立する」とみているからである。土地のみを競売にかけた際には法定地上権が成立すると解している点で、さきにもた「事実上の義務化」説が、義務違反の効果として、法定地上権の否定を前提に建物所有者に建物買取請求権を付与しているのとは異なっている。

他面において、この見解によれば、一括競売は抵当権者の「特権」⁽²⁴⁾であるとも解される。更地に抵当権が設定された後に建物が築造された場合でも、建物所有者のために法定地上権が成立する。この視点からみると、一括競売は、法定地上権の成立による不利益を免れるために抵当権者に付与された、特別な権利であると捉えられるからである。

すなわち、抵当権者が土地につき抵当権を実行した場合に法定地上権の成立が認められるとするのなら、建物倒壊の防止という考慮（2（2））は、二八八条によってすでに確保されることになる。建物収去の手間や費用

といった問題（2（1））はそもそもその前提を欠く。建物所有者の保護（2（3））は法定地上権の成立によって図られる。そうすると、三八九条がなぜ土地抵当権者に土地建物の一括競売を認めているのかについては、法定地上権否定説とはまったく逆の出発点から説明することになる。一括競売は、むしろ法定地上権の成立の負担から抵当権者を解放するための特権として捉えられるわけである。

この見解のいう「特権」の意味を、もうすこし具体的にみておこう。抵当権者は本来であれば土地を、法定地上権の負担がついた価格でしか売却できないはずである。これに対して、もし土地と建物を一括競売にかけることができれば、土地と建物は同一人に買い受けられる。ここでは、抵当権者が優先弁済を受けることのできる「土地の代価」（三八九条一項ただし書）は、法定地上権の負担を考慮しないで評価される。⁽²⁵⁾したがって、「賢明な抵当権者」であれば、一括競売の道を選択することになるであろうと説かれている。

だが、問題は、なぜ更地抵当権者にこのような「特権」が与えられるのかである。この問いはさらに次のように分節される。

（2） 建物所有者の地位の不安定

まず、建物所有者の地位の不安定が問題となる。すなわち、抵当権者が土地のみを競売にかけた場合には、建物所有者は法定地上権の成立によって自己の建物を引き続き所有できるのに対して、抵当権者が土地建物の一括競売を選択した場合には、建物所有者は自己の建物を売却され、金銭的満足しか受けることができず、建物倒壊が防止されるという点では同じであるが、建物所有者の立場、建物所有権の保障という観点からみれば、両者の間には大きな相違がある。

有力説は判例・通説の立場を、「**抵当土地上の建物の運命は抵当権者の恣意にまかされる**」⁽²⁷⁾、この意味において**抵当権者に「大なる権限——選択権——」**⁽²⁸⁾を与えるものであると批判している。しかし、ここでいう「建物の運命」を「建物所有者の運命」に置き換えれば、この批判は自説にもそのままあてはまるのではないか。たしかに、**抵当権者は通常は一括競売を選択するかもしれないが、しかし土地のみを競売にふする権利が抵当権者になお残されているからである。**

これに対して、**土地競売と一括競売の併存という「一般原則」**は、当事者間の合意の存在と推定によって、「修正」を受けるとする見解もある⁽²⁹⁾。それによれば、**抵当権者と設定者が、将来建物が築造された際には法定地上権の成立が認められると合意していた場合、明示の合意はないものの、建物が建築途中であったときや土地が住宅ローンの担保に供されたときなど、そうした合意が推定される場合には、抵当権者は土地しか競売できず、かつ法定地上権が成立する。このように解するならば、建物所有者の地位の不安定は、相当程度解消されるかもしれない。**

(3) 建物所有権の侵奪

しかしながら、根本的な問題がなお残されている。それは、そもそもなぜそのような「一般原則」が承認されるのか、言い換えれば、**一括競売による建物所有権の侵奪がいかなる根拠から正当化されるのか、という問いである。**

土地の**抵当権の効力は建物には及ばない**（三七〇条）。**一括売却の制度**（民執六一条、一八八条）は用意されているが、これは、**各不動産につき競売の申し立てがなされた場合に、不動産相互に利用上の牽連性があり、両**

者を同一人に買い受けさせることが相当である場合に、複数の不動産を一括して売却するものである。一括売却をするかどうかの判断は、裁判所の裁量による。本稿の文脈でいえば、建物所有者もまた債務者である場合に、抵当権者が土地の担保競売とともに、債務名義を取得したうえで建物の強制競売を申し立てたとき、あるいは、抵当権者が建物にも抵当権の設定を受けており、土地とともに建物の担保競売を申し立てたときに問題となる。これに対して、一括競売は、土地の抵当権者が、土地のみならず建物をも一括して競売にかけざることを認めるものであり、この場合には裁判所は一括売却を義務づけられると解される。⁽⁸⁾一括売却と一括競売の関係には議論があるが、本稿の視点から重要なのは、一括売却は、強制競売にせよ、担保競売にせよ、債権者が土地と建物の双方を換価しうることを前提としていることである。反対からいえば、「売却単位の話」にすぎない。これに対して、土地抵当権の換価権が土地とともに、本来はその効力が及ばないはずの建物にまで拡張されるというのは、——たとえ優先弁済権は土地にしか及ばない（三八九条一項ただし書）としても——「制度上異例」である。⁽⁹⁾

法定地上権否定説は、この異例な取扱いを正当化するために、土地のみが競売されたときには建物所有者は建物を取去しなければならない地位にあったことを引き合いにだしていた。これに対して、法定地上権肯定説は、この理由を援用できない。むしろ反対に、建物所有者は土地のみの競売の際には、買受人に対抗しうる土地占有権原（法定地上権）によって自己の建物を従来どおり所有しうる地位にあったといわなければならない。そうすると、「なにゆえに抵当権の目的物でない物、しかも、場合によっては……執行債務者（抵当地所有者）以外の第三者の所有に属する物を、抵当権の実行としての競売に付すことができるのか、という問題」⁽¹⁰⁾に、あらためて応えなければならない。

しかしながら、法定地上権肯定説にはこうした問題意識はあまりうかがわれない。このことは、立法論はもと

より解釈論としても、「関係者の利益をなるべく最大限実現できるような方向が望ましい」としつつ、利益状況の分析の際に、建物所有者は、建物が存続することに第一次的な利害を有するけれども、「投下資本の回収として相当な価格が償還されるなら、建物所有権は喪失しても経済的には問題がない」、⁽³⁴⁾とみる見解に顕著である。

たしかに、建物所有権が失われてもその相当な対価が与えられれば、利益衡量上は問題がないといえるのかもしれない。しかしながら、建物所有者が土地買受人に対抗しうる占有権原を有する場合にも、みずからの建物を競売にふされ、自己に割り当てられた主観的権利を意思に反して換価される、というのは法的にみればきわめて深刻な事態であるように思われる。この見解の「最大の」問題点は、「三八八条によって建物所有者に与えられたいはずの地上権価格が、抵当権者が一括競売を選択しただけで直ちに……、抵当権者側に移転してしまう」⁽³⁵⁾ことにあるといわれるのも、建物所有者のために法定地上権という買受人に対抗しうる占有権原を付与することと、抵当権者に「特権」として一括競売を認めることが両立困難であることを示したものである。三八九条が法定地上の建物築造につき一括競売を認めていることは、更地事例において法定地上権が成立しないことを前提としていると解さなければならないのである。

（4） 法定地上権の成立範囲

また、法定地上権肯定説によると、法定地上権と一括競売の関係は、抵当権者が一括競売の特権を行使せずに、土地のみを競売にかけたときには法定地上権が成立する、と捉えられる。これは、更地に抵当権が設定された後、設定者が建物を築造した場合を考えればまだ理解しやすい。しかしながら、後述するように、平成一五年改正法は明文で、第三者が抵当地に建物を築造した場合でも、抵当権者に対抗できる占有権原を有しない限り、抵当権

者は一括競売をなしうると規定した（三八九条二項参照）。そうすると、この場合であっても、抵当権者が一括競売をなさず、土地のみにつき抵当権を実行したときには法定地上権が成立するのかが問題となる。

もしこのケースでも法定地上権が成立するとしたら、不法占有者が建物を築造したときですら、抵当権者が一括競売を選ばなかったというだけで、不法占拠者が土地占有権原（法定地上権）を取得できることになってしまう。他方で、法定地上権の成立が否定されるというのなら、法定地上権と一括競売の関係は、設定者が築造した場合と、第三者が築造した場合とで、区別して理解しなければならなくなる。

（5） 特権を有する抵当権者

そのほか、法定地上権肯定説には次の疑問も生じうる。すなわち、三八九条はなぜ、「**抵当権設定後に建物が築造された場合に限って**」⁽⁶⁾一括競売の特権を付与しているのか。反対からいえば、**抵当権設定時に土地に設定者所有の建物が存在していた場合にこの「特権」が認められないのはなぜなのか。**

この事例では法定地上権が成立するから、というの理由にならない。更地抵当権者には三八八条が適用されるにもかかわらず、一括競売が認められているからである。

建物所有権の侵奪（3）、法定地上権の成立範囲（4）、特権を有する抵当権者（5）の問題は、いずれも一括競売の適用範囲と関連している。章をあらためて分析と検討をくわえよう。

三 一括競売の適用範囲

1 事案類型

建物の築造		主体	
時期		設定者	第三者
A	土地抵当権設定以前	I	II 1
B	土地抵当権設定後（更地事例）	II 1	II 2
		対抗権原なし	対抗権原あり
		[A I]	[A II 1]
		[B I]	[A II 2]
		[B II 1]	[B II 2]

一括競売の適用範囲を画定する際には、一方で、建物が築造されたのはいつか（アルファベット〔A B〕の列）、他方で、建物を築造したのはだれか（ローマ数字〔I II〕の行）が問題となる。⁽³⁷⁾ここでは問題を単純化するため、土地抵当権の設定から実行までの間に、土地ないし建物の所有者に変動が生じた場合や、建物が再築された場合には立ち入らない。

そうすると、事案類型は、〔A I〕 抵当権設定者が抵当権設定以前に建物を築造した場合、〔A II〕 第三者が同じく抵当権設定以前に建物を築造した場合と、〔B I〕 抵当権設定者が抵当権設定後に建物を築造した場合、〔B II〕 第三者が同じく抵当権設定後に建物を築造した場合に区分され、第三者築造ケースはさらにそれぞれ、第三者が抵当権者に対抗しうる占有権原を有しない場合（〔A II 1〕〔B II 1〕）と、有する場合（〔A II 2〕〔B II 2〕）に細分されることになる。

2 法定地上権否定説

(1) 設定者築造ケース

法定地上権否定説は、抵当地上に設定者が建物を築造した場合（BⅠ）に、法定地上権の成立を否定する考え方である。この場合には、抵当権者は土地建物を一括競売にふることができる（三八九条一項）。すでにみたように（二二（一））、判例・通説によれば、抵当権者は一括競売をしなければならないわけではなく、土地のみを競売にかけることも認められる。

これに対して、抵当権設定時にすでに設定者所有の建物があった場合（AⅠ）には、法定地上権が成立する（三八九条）。この場合には抵当権者は一括競売権を有しない。

要するに、「AⅠ」の類型は法定地上権、「BⅠ」の類型は一括競売によって規律されることになる。

(2) 第三者築造ケース

問題となるのは、第三者築造の事例（Ⅱの行）である。平成一五年改正前の条文は、これらの場合には、法定地上権の成立とともに、一括競売をも否定していた（旧三八九条本文〔設定者カ抵当地ニ建物ヲ築造シタルトキハ……〕）。これに対して、現行法では、一括競売がこの類型にも一定の範囲で拡大されている。具体的には次のとおりである。

一方で、第三者が抵当権設定後に建物を築造した場合（BのⅡ）、抵当権者は、第三者が抵当権者に対抗しうる占有権原を有しないとき（BⅡⅠ）には、一括競売をなすことができる。これに対して、「建物の所有者が

抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができる権利を有する場合」（三八九条二項）（BⅡ二）には、一括競売は認められない。適用除外の例としては、抵当権設定登記よりも前に賃借権・地上権の設定および登記がなされたときや、抵当権者の同意によって賃借権に対抗力が付与されたとき（三八七条）が挙げられている。改正をめぐる議論では、BⅡ類型に対する一括競売の拡張は「現行規定のマイナーチェンジ」であるとみることできるが、「むろん、これは、あくまでも、建物が土地の競落人に対抗できる敷地利用権の裏付けを欠く場合「〔BⅡ一〕」にのみ正当化されることはいうまでもない」と説かれていた。⁽³⁸⁾ 建物所有者が対抗権を有するとき（BⅡ二）には、「一括競売の制度の出番はなくなる」。⁽³⁹⁾

そうすると、三八九条二項のルールは、次の評価を明文にあらわしたものであるといえるであろう。すなわち、一括競売は、建物所有者に抵当権者に対抗しうる土地占有権原が存せず、「建物が収去される運命」⁽⁴⁰⁾にある場合に限って認められるべきである。この評価は建物所有者のために法定地上権が成立する場合にもあてはまるから、適用除外の例には、法定地上権成立のケースも含まれると解される。⁽⁴¹⁾

もっとも、逆は真ではない。第三者が抵当権者に占有権原を対抗できないというだけで、一括競売が正当化されるとは考えられていないのである。すなわち、第三者が抵当権設定以前に建物を築造した場合（AのⅡ）には、第三者が抵当権者に対抗しうる占有権原を有しているとき（AⅡ二）はもちろん、そうした権原を有していないとき（AⅡ一）であつても、一括競売は認められていない。改正の際には、執行妨害対策に資するという観点から、この場合にも一括競売を認めるのが望ましいと説かれたが、この意見は採用されなかった。抵当権設定以前に建物が築造された場合には、抵当権者は抵当権設定時に建物の存在を認識しうる一方、建物を築造した第三者は建築時点において抵当権設定を予測することができない、というのがその理由である。⁽⁴²⁾

ここでは、建物所有者が建物の収去義務を負う場合ですら、一括競売が否定されている。現行法の構想では、一括競売は、占有権原の対抗不能だけでなく、抵当権者と建物所有者の予測可能性まで考慮して、かろうじて正当化できるものであると考えられている。

もちろん、現行法の態度を不十分とし、抵当権設定以前の築造事例であっても、建物所有者が抵当権者に対抗しうる占有権原を有しないのであれば(A II 1)、一括競売を認めてよいとの考え方もありうる。⁽⁴³⁾しかしながら、ここで重要なことは、この見解によっても、建物所有者が土地の競売の際に建物を収去しなければならない地位にあることが、一括競売を認めるための前提を構成していることである。

この見解とは反対に、改正をめぐる議論の際には、そもそも第三者所有の建物(Ⅱの行全般)を競売の対象とすることにつき、「憲法上の疑念が払拭でき」ないというものがあつた。⁽⁴⁴⁾これに対して、三八九条はすでに、当地に建物が築造された場合に、抵当権の効力が及ばない設定者所有の建物について換価権の拡張を認めているのだから、同じ範囲で抵当権者に対抗しうる約定利用権を有しない者が所有する建物につき一括競売を認めても、体系的な矛盾はないとの見方も示された。⁽⁴⁵⁾現行法では後者の考え方が採用されているが、一括競売は建物所有権の侵奪をもたらすために強度の正当化が求められる、という視点は正当かつ重要なものであると思われる。

(3) 定式化

以上を総じて、法定地上権否定説によれば、現行法は次のように理解されることになる。

建物所有者が抵当権者・買受人に対抗しうる土地占有権原を有する場合には、それが法定地上権であるにせよ(A I)、約定利用権であるにせよ(A II 2)(B II 2)、一括競売は認められない。つまり、法定地上権と一

一括競売は、前者が認められれば後者は否定される関係にあるものと捉えられる。

他方で、建物所有者がそうした對抗権原を有しない場合には、一括競売が認められる。しかしながら、それは抵当権設定後（Bの列）に、設定者（BⅠ）ないし第三者（BⅡⅠ）が建物を築造した場合に限られている。反対に、第三者が抵当権設定時に建物を築造していた場合（AのⅡ）には、第三者が對抗権原を有していなくても（AⅡⅠ）、一括競売は認められない。一括競売は、建物所有者の建物収去義務を前提に、プラスアルファの考慮がこれに付け加わることによって、ようやく正当化されるものであると解されている。

3 法定地上権肯定説

（1） 検討の視点

法定地上権肯定説は、更地に抵当権が設定された後、設定者が建物を築造した場合（BⅠ）に、抵当権者が一括競売の特権を行使せず、土地のみを競売にかけたときには法定地上権が成立する、と解するものである。

しかしながら、その他のケースにつきどのような解決が与えられるのかは、かならずしも判然としない。以下では、さきに積み残した問題（二3（3）（4）（5））にどのように応えるか、という観点から分析と検討をくわえていこう。

（2） 法定地上権と約定利用権の均衡

法定地上権肯定説によると、設定者が抵当権設定後に建物を築造した場合（BⅠ）には、建物所有者は土地

の競売の際には引き続き建物を所有しうる地位にあったにもかかわらず、一括競売が認められる。そうであるなら、抵当権者に対抗しうる約定利用権を有する第三者が抵当地に建物を築造した場合（B II 2）にも一括競売を肯定しないと、バランスがとれないのではないか。すでにみたように（三二（二））、現行法は後者を明文で否定しているが、平成一五年改正の前には、この問題は法定地上権と短期賃貸借（旧三九五条）の関係として議論されていた。

議論の起点となったのは、法定地上権否定説による批判である。それによると、抵当権設定後に第三者のために利用権が設定されても、短期賃貸借のほかは抵当権によって覆滅されてしまうのだから、設定者がみずから建物を築造した場合に法定地上権が成立するというのは「彼此権衡を失する」と説かれる。⁽⁴⁶⁾しかしながら、この批判を裏返して考えると、第三者が抵当地を利用したときには旧三九五条により最長五年の保護が与えられているのに、設定者が抵当地を利用したときには法定地上権の否定によっていつさい保護が与えられない、ということになって「やはり権衡を失する」⁽⁴⁷⁾のではないかが問題になった。

この問いに対処するために、法定地上権否定説の側からは、設定者が抵当地に建物を築造した場合にも旧三九五条を類推適用すべきである、との提案（旧三九五条一元説）⁽⁴⁸⁾がなされた。この見解によれば、設定者築造事例は、第三者築造事例を基準として統一的に解決される。

これに対して、法定地上権肯定説の側からは、むしろ後者を前者に合わせ、短期賃貸借にも三八八条と三八九条を適用するというかたちでバランスをとる見解（三八八条・三八九条一元説）⁽⁴⁹⁾が主張された。ここでいう三八八条と三八九条の解釈は、法定地上権肯定説のそれであるから、抵当権者が土地のみを競売にふしたときには短期賃借人に法定地上権が成立し、抵当権者がこれを回避したいのであれば土地と短期賃借人所有の建物を一

一括競売すべき、ということになる。

問題となるのは、「短期賃貸借その他抵当権者に対抗しうる権原を一括競売によって覆すことはできない」⁽⁵⁰⁾ではないか、という点である。たしかに、三八八条・三八九条一元説も、「最も慎重な考慮を要するのは土地賃借人の利益」⁽⁵¹⁾であるとし、短期賃貸借権の保護にも留意している。しかしながら、設定者が建物を築造した場合と同様に（二三（三））、ここでも問題は「利益衡量に基づく法的処理」として把握され、「究極的には、建物の投下資本の回収と短期残存期間の賃借権継続とその後の建物取去のいずれを建物所有者が利益に感じるかという問題」であると規定される。⁽⁵²⁾けれども、問題の所在は、この意味での利益衡量にはないように思われる。短期賃借権の保護期間がもうすこし長期であったのなら、結論に差異がでてくるのであろうか。土地抵当権者が、短期賃借権という短期ではあるけれどもその限度では自己に対抗しうる権原を有する者の所有建物を競売にかけることができるとするのは、「背理」⁽⁵³⁾ではないか。利益衡量が問題の発見のために有用なのは疑いなくけれども、みな利益になるから他人による所有権の侵害も甘受せよ、というのであれば承服しがたい。「ことは、より基本的に法学そのものをどう考えるか、に連なるのかもしれない」⁽⁵⁴⁾。

他方で、法定地上権肯定説のなかにも、旧三九五条が適用される場合には一括競売は認められないと解するものがあった。その理由として挙げられていたのは、①土地が競売された後も「一定期間この土地利用権は存続する」⁽⁵⁵⁾ことと、②「建物所有者が異なる」⁽⁵⁶⁾ことである。

しかしながら、①の理由は、自己の立論の基礎を破壊するおそれがある。というのは、設定者が建物を築造した場合には、設定者は土地競売後に法定地上権によって従来どおり建物を所有できる地位にあるにもかかわらず、抵当権者に一括競売の特権が付与されているからである。①の視点を突き詰め、建物所有者が土地買受人に対抗

しうる土地利用権原を有する場合には一括競売は許されない、というように定式化するならば、法定地上権が成立するときにも一括競売は認められないことになるはずである。だが、これでは法定地上権否定説の主張にゆきついてしまう。実際、法定地上権肯定説のなかにも、設定者が建物を築造した場合と、短期賃借人が建物を築造した場合の「唯一の違い」⁽⁵⁷⁾は、建物が抵当権設定者の所有物であるか否か、つまり②の点にあると分析するものがある。自説を首尾一貫したものであると評することができよう。

もっとも、②の理由が一括競売の可否の分水嶺になるといえるのは、この点が唯一の違いであると指摘した右の論者が説くように、正当なものとは思われない。一見すると、土地抵当権者が第三者所有の建物まで一括競売にかけられるとするのは問題であるようにも思われる。しかし、この発想を貫徹すると、そもそも一括競売自体が否定されてしまうことになりかねない。現行法においては、土地抵当権の効力は建物には及ばない(三七〇条)。そうだとすると、「たとえ抵当権設定者の所有物であっても、抵当目的物でないものを競売にかけるのは、同じ程度に不都合であろう」⁽⁵⁸⁾。抵当権の効力の及ばない物を競売にふするという点では、設定者所有建物と、第三者所有建物の間に相違はないのである。

したがって、法定地上権肯定説に与するならば、短期賃借権に対しても三八八条と三八九条を適用する見解(三八八条・三八九条一元説)が、首尾一貫性という観点からは優れたものであったといえるべきである。

もっとも、すでに論じてきたように(二二(三)、三)、土地のみが競売されたときには法定地上権が成立する一方、抵当権者には特権として一括競売権が与えられる、という解釈には問題がある。第三者が抵当権者に対抗しうる約定利用権を有しているときにも、一括競売は認められない(三二(二))。一括競売は、法定地上権によるにせよ、約定利用権によるにせよ、建物所有者が土地競売後に建物を引き続き所有しうるときには正当化することが

できない。この命題には、「建物存続という社会経済的な価値を保護するという観点からの一括競売の拡大という大上段の議論に対する反省」⁽⁵⁾が含まれている。さきに述べたように、この考え方は、平成一五年改正法によって明文化されたものとみることができる。重要な点なので、もう一度ここで述べることにしよう。

平成一五年改正法は短期貸借制度を廃止したが、抵当権設定登記に後れる賃借権であっても、抵当権者の同意をえることで対抗力を取得できる制度を新設した（三八七条）。また、抵当権設定登記前に賃借権が設定され、その旨の登記が具備されている場合もある。第三者がこれらの「抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができうる権利」（三八九条二項）に基づき抵当地に建物を築造した場合（B II 2）には、一括競売は否定される。このルールの基礎には、一括競売は、土地が競売されたときには建物所有者は建物を収去しなければならぬ、という事情があるときに限って正当化されるとの考え方をみてとることができる。⁽⁶⁾ そうだとすれば、「抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができる権利」という適用除外には、建物に法定地上権が成立する場合も含まれると解さなければならぬ。建物所有者は法定地上権の成立によって引き続き建物を所有できる地位を有する以上、抵当権者に対抗しうる約定利用権をもつ場合と同じように、土地抵当権によって自己の所有建物を競売にふされ、売得金での満足を強いられる理由はないからである。

この解釈が正しければ、法定地上権肯定説にたち、更地抵当権者が土地のみを競売した際には建物に法定地上権が成立するとみるならば、三八九条一項が念頭におく適用事例（「抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたときは」）⁽⁷⁾が、そのまま二項の適用除外（対抗権原の存在）にあてはまるために、一括競売をなしうる者がだれもいなくなるという結論に到達してしまう。

実際、法定地上権肯定説を支持する論者のなかには、一括競売を「無用の長物」として批判するものがある。⁽⁶⁾ 「建

物保護のためにできる限り法定地上権の成立を認める方向で解釈を展開……「するならば」、民法三八九条一項「一括競売の適用除外（對抗権原の存在）」で明らかにされているように、抵当土地とともに、抵当権の及ばないはずの建物まで抵当権者に売却させる権限を与える必要はないのであり、一括競売の規定は不要である。⁽⁶²⁾ 理論的にも、現行法の明文上も、法定地上権肯定説は、一括競売の否定にゆきつかざるをえない。⁽⁶³⁾

もし法定地上権肯定説と一括競売制度を両立させるとしたら、「抵当地を占有するについて抵当権者に對抗することができる権利」には法定地上権は含まれないと解するか、あるいは、そうした約定利用権がある場合でも一括競売が認められることを容認しなければならぬ。⁽⁶⁴⁾

しかしながら、前者の途については、法定地上権と約定利用権に差異を設ける理由が明らかでない。ほかならぬ論者自身が、——一括競売を拡張する方向ではあるが——設定者が建物を築造した場合と第三者が建物を築造した場合を区別して取り扱うのは合理的でないと説いている。⁽⁶⁵⁾

他方で、後者の途も相当難しい。解釈論の枠を超えるのはもとより、建物所有者に對抗権限を付与することと、土地抵当権者に一括競売を認めることは、法的評価の観点からみて両立しえないと解されるからである。

(3) 設定者築造と第三者築造の均衡

次に問題となるのは、第三者が抵当地上に、抵当権者に対抗しうる占有権原を有さずに建物を築造した場合（BⅡ-1）の処理である。すでにみたように（三二（2））、現行三八九条一項はこの類型にも一括競売を拡張した。そうすると、次の問題が生じる。

法定地上権肯定説によれば、設定者が抵当地上に建物を築造した場合（BⅠ）において、抵当権者が一括競

売を選択せず、土地のみについて抵当権を実行したときには、設定者の建物所有のために法定地上権が成立する。このルールが、同じく一括競売が認められる〔BⅡ-1〕の事例にも適用されるのが問題となる。以下では、無権原占有者が抵当地上に建物を築造した場合を念頭におく。

一方では、第三者は無権原占有者である以上、建物を築造したからといって、抵当権者が土地の競売を選択したときに法定地上権の成立を認めるのは相当でない、という考え方がありうる。法定地上権肯定説の論拠として、⁽⁶⁶⁾ 抵当本質論、すなわち抵当権は設定者に土地の利用権能を保留するものであるという理解を引き合いに出すならば、無権原占有者は土地の利用権能を有しない以上、法定地上権の成立は認められないことになる。

しかし、このように考えると、一括競売の位置づけを一元的に把握できなくなる。すなわち、「抵当権の設定後に抵当地に建物が築造されたとき」（二八九条一項）のうち、①設定者が建物を築造したときには抵当権者が一括競売を選択しなければ法定地上権が成立するが、②第三者が建物を築造したときにはこの限りでない。①の意味での一括競売は、すでにみたように（二三（一））、一面では「事実上の義務」であり、他面では、抵当権者がこれにより法定地上権の成立を回避しようという意味で、「特権」として理解されるのに対して、②の文脈では、判例・通説と同様に、抵当権者は土地の競売と一括競売を選択する「権利」を有することになる。つまり、平成一五年改正法によって、「一括競売を法定地上権の成立を阻む制度として位置づけることは、一括競売ができる場合の一部についてしかできなくなった」⁽⁶⁷⁾ ため、この見方にしたがえば、有力説は「平成一五年改正後は維持するのが相当に困難になった」といわなければならない。

他方で、無権原占有者が抵当地に建物を築造した場合でも、抵当権者が土地を競売したときには法定地上権の成立が認められる、⁽⁶⁸⁾ という見方がある。論者は平成一五年改正の際に次のような改正提案をだしていた。「抵当

権設定の後抵当地に築造された建物が存するとき、抵当権設定時において対抗力ある借地権に基づき第三者がこれを所有する場合を除き、抵当権者は土地とともにこれを競売することを得」「前項の場合において、抵当権者が土地のみを競売したときは、前条の規定「法定地上権」を準用す」。これによって関係者の利益が最大限実現されるという。

たしかに、このように捉えれば、三八八条と三八九条の関係は一元的に捉えられることになる。その結論は利益衡量上望ましいものなのかもしれない。しかし、無権原占有者が抵当地に建物を築造した場合に、土地の競売を選択したというだけで、抵当権者が法定地上権の負担を強いられなければならないのはなぜなのか。論者には「とにかく抵当地上の建物は抵当権が実行されても取り毀されるべきではない」との「ドグマ」がある⁽⁶⁹⁾と評されても、仕方がないように思われる。

(4) 更地抵当権者と底地抵当権者の均衡

以上とは逆方向の疑問も生じる。すなわち、法定地上権肯定説は、一括競売を、法定地上権成立の負担を免れるために抵当権者に与えられた「特権」として捉え、そうした特権を行使せず、土地のみを競売にかけたときには法定地上権が成立すると考える。しかし、問題はこの特権付与の範囲である。現行法は、更地抵当権者(BI)にしかこれを認めていない。そして、論者の改正提案においても、「抵当権設定の後抵当地に築造された建物が存するとき」に限定されている⁽⁷⁰⁾。抵当権設定時に設定者所有の地上建物が存する場合(AI)には、抵当権者は一括競売の特権をもたず、土地だけを競売して法定地上権の負担を甘受するしか途はない。この区別はどのようにして正当化されるのか。

法定地上権否定説によれば、この問題は容易に応えられる。「B I」に一括競売が認められているのは、「A I」とは異なり、法定地上権が成立しないからである。これに対して、法定地上権肯定説にたつと、「B I」においても法定地上権が成立するため、「A I」との区別の合理性が問題となる。

一方では、抵当権者の予期に着目した理由づけが考えられよう。抵当権設定時に土地上に設定者所有の建物が存在した場合、抵当権者は法定地上権の成立を前提に土地の担保価値を評価すべきである。これに対して、更地に抵当権を設定した者は、土地の担保価値を更地価格で評価するのが通常であるため、法定地上権が成立すると解すると不測の損害が生じうる。だから、更地抵当権者にのみ、一括競売の特権が認められているとみるわけがある。

しかしながら、抵当権者の予期によって当面の問題を基礎づけることはできない。すなわち、法定地上権肯定説の側からは、土地の利用を設定者に委ねるといふ抵当権の本質から、「土地抵当権者は後に建設せられることあるべき建物に与えられる地上権によつてその抵当権が制限されることを予期すべき」とも説かれている。実際、法定地上権肯定説が通説となつたら、実務上も法定地上権の成立を前提に土地の担保価値を評価することになる。そうだとすれば、「利益衡量上」「も」……どちらかに決まればよいだけのこと⁽⁷¹⁾である。一般論として、実務による評価基準は変動してきたし、これからも変動するであろうから、「ある一時期の認識をもつて、制度運用の持続的な裏付けとすることはできない。重要なのは、現状ではなく、あるべき姿である」⁽⁷²⁾。そうすると、抵当権者の予期という視点からは、更地抵当権者だけに特権を付与することを正当化するのは、困難であるように思われる。

他方でとくに重要なのは、建物所有者の立場である。しかし、この視点からも合理的な説明を与えることはで

きない。設定者が抵当権設定後に建物を築造した場合と、抵当権設定時に建物を所有していた場合とで、設定者が一括競売を甘受すべきかどうか異なるとするれば、その理由は、前者では法定地上権が成立せず、土地のみが競売されたら設定者は建物収去義務を負うのに対して、後者では法定地上権が成立し、設定者は依然として建物保持しうる地位にある、という建物所有権の帰趨の相違に求めるほかはない。設定者はみずから抵当権を設定している以上、抵当権設定の予測可能性は問題とならない。もし更地事例でも法定地上権が成立するとみ、それにもかかわらず一括競売が認められると解するならば、抵当権設定時にすでに建物を築造している場合にも同じように、設定者は建物が一括競売にふされることを覚悟すべきということになるように思われる。

四 法定地上権と一括競売の関係

1 法定地上権否定説

法定地上権否定説によると、三三八条と三三九条の関係は次のように捉えられる。

両条はともに建物保護に役立つが、その手法は異なる。三三八条では、建物所有者は法定地上権を付与され、引き続き建物を保持しうるのに対して、三三九条は、土地抵当権の換価権を建物にまで拡張し、土地建物の所有権を買受人に承継させることで、建物の保存を図るものである。建物所有者の視点からみると、三三八条は建物所有権を保障するが、三三九条は、売得金での満足を強制するかたちで、これを侵奪する。このように、一括競

売は建物所有権を侵奪するものである以上、土地競売の際に建物所有者が建物収去義務を負う場合でなければ、これを正当化することはできない。

したがって、三三八条が適用される場合には三八九条は適用されない。反対からいうと、三八九条が適用されるには、三三八条の適用がないことが前提とされなければならない。要するに――

〈建物所有者に、法定地上権が発生する場合には、一括競売権はない〉⁽⁷⁴⁾

2 法定地上権肯定説

これに対して、法定地上権肯定説によると、三三八条と三八九条の関係は次のように理解される。法定地上権の不成立が一括競売の成立要件であると考えする必要はない。三八九条にはそのような文言はない。そうではなくむしろ、以下のように定式化されるべきである。

〈民法三八九条の権利を行使しない場合には、民法三三八条が適用され、法定地上権が成立する〉⁽⁷⁵⁾

この見解が引いているのは、三三八条は国家経済上の利益を保護するための公益規定であるのに対し、三八九条は抵当権者の利益を保護するための授權規定である、という指摘⁽⁷⁶⁾である。これによれば、両者は「立法政策上ノ立脚地」を異にするから、三八九条の存在をもって三三八条の適用範囲を制限すべきではないとされる。

3 態度決定

法定地上権肯定説の考え方は支持できない。ここで「一括競売の活用」⁽⁷⁾が説かれるときには、法定地上権が建物所有者に占有権原を付与してその所有権を保障するのに対して、一括競売によれば建物所有者は売得金による満足を強いられる、という構造上の差異が後景に退いている(二三(3)・三三(2))。だが、この問題は、私的所有権の保障にかかわる重要なものである。この問いに関する「立法政策上ノ立脚地」の違いに着目すれば、三八九条の存在は三八八条の適用範囲を限定づけると解さなければならぬ。大審院が、抵当権設定後に建物が築造された場合には法定地上権は成立しない、三八八条の「明文」と三八九条を「対照考察」すれば「毫毛疑イ容ルベキ余地ナシ」⁽⁷⁸⁾、としているのはこの意味で理解することができる。

法定地上権否定説の基礎にあるのは、建物所有者が土地買受人に対抗しうる占有権原を有し、引き続き建物を所有しうる地位にあるならば、一括競売は認められないという評価である(二二(4))。反対からいえば、一括競売は、建物が収去される運命にある場合に限って正当化される。この評価は、平成一五年改正後は、「建物の所有者が抵当地を占有するについて抵当権者に対抗することができる権利」を有する場合(三八九条二項)には一括競売は認められない、というかたちで明確に表現されているとみることができ(三二(2)・三(2))。もし反対説のように解すると、法定地上権の成立範囲が広くなりすぎるか、あるいは一括競売の性質を統一的に捉えられなくなってしまうこと(第三者築造事例に対する拡張の問題(二三(3)(3))、一括競売の適用範囲が「抵当地上の建物」に限定されており、抵当権設定時に地上建物が存する場合には適用されないことをうまく説明しにくいこと(二三(4))も、この見解が三八八条と三八九条の関係を適切に捉えきれないことを示しているといえよう。

五 おわりに

本稿では、抵当地に建物が築造された場合にも、抵当権者が土地のみを競売にふしたときには法定地上権が成立する、と解する有力説について批判的な検討を試みた。しかしながら、本稿の視点は、法定地上権と一括競売の関係に限定されている。言い換えれば、有力説が法定地上権の否定説と一括競売の権利説を組み合わせる判例・通説に対して投げかけた、更地信仰に対する批判や「上物重視の担保法学」の提言⁽⁷⁹⁾については、十分には検討していない。この問題に関しては別稿で考察しなければならない。

もつとも、かりに有力説の基礎にある評価を是認したときに、これをどのように構成するのが相当であるかを示しておくことは、本稿の主題との関係でも有益であろう。そこで、最後に、実現可能性が高いとみられるものからごく簡単に、三つの途を指摘しておく。⁽⁸⁰⁾

第一に、法定地上権否定説を前提としつつ、一括競売の義務化を図る方法が考えられる。なかでも、抵当権者が土地のみにつき競売を申し立てた場合には、執行裁判所はこれを違法として却下すべきであるという見解は、有力説と親和的であろう。⁽⁸¹⁾

第二は、これと反対に、法定地上権肯定説から出発して、一括競売制度を廃止する方向である。法定地上権が成立するのなら、土地抵当権者に、土地とともに建物まで換価する権限を与える理由はない。⁽⁸²⁾ そうするときには、土地建物を一括して売却する必要性には、一括売却制度（民執六一一条）の合理化によって対応すべきことになろう。

第三は、現行三七〇条を改正し、土地抵当権の効力は土地の所有者が所有する地上建物にも及ぶ、とする方法である。これによると、法定地上権制度が廃止されるとともに、土地と建物の一方のみを競売にかけることはで

きないと解されるから、土地抵当権の効力が建物にも及ぶ限りでは、一括競売制度も必要ないことになる。⁽⁸⁴⁾ 問題となるのは、第三者所有の建物である。現行法の評価にしたがえば、第三者が抵当権設定後に建物を築造した場合で、抵当権者に対抗しうる占有権原を有していないときには、一括競売を認めることになろう。

注

- (1) 大判大正四年七月一日民録二二輯一三三三頁、大判大正七年二月六日民録二四輯二三〇二頁、最判昭和三六年二月一〇日民集一五卷二号二一九頁、最判昭和五一年二月二七日判時八〇九号四二頁。各判例の意義や射程については、松本・後掲注(6)民法典の百年などを参照。
- (2) 大判大正一五年二月五日民集五卷八二頁。
- (3) 我妻榮『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』三三三頁（岩波書店、一九六八年）。
- (4) 柚木馨『判例物権法各論』三七七―三七八、三八三―三八四頁（巖松堂書店、一九三六年）、同『担保物権法（法律学全集一九）』三二一―三二四、三一九頁（有斐閣、一九五八年）、柚木馨・高木多喜男『担保物権法（法律学全集一九）（第三版）』三六五―三六六、三七二―三七三頁（有斐閣、一九八二年）（柚木説）。見解に変更はないため、以下では法律学全集の第三版の引用に代表させる。
- (5) 柚木・高木・前掲注(4)法律学全集三六五頁（柚木説）。
- (6) 松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察（一）（二・完）―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―」民商八〇卷三号二八三―三一九頁、八一卷一号―三四頁（一九七九年）、同「法定地上権と法定賃借権」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅱ担保制度一般・抵当権』二四一―二七九頁（筑摩書房、一九八五年）、同「民法三三八条（法定地上権）―広中俊

- 雄Ⅱ星野英一編『民法典の百年（2） 個別的観察Ⅰ総則編・物権編』六四五―六八九頁（有斐閣、一九九八年）、同「法定地上権制度の改正提案」ジュリ二二八号一―二二―一四頁（二〇〇二年）、同「法定地上権と一括競売」鎌田薫ほか編『民法法Ⅱ担保物権・債権総論（第二版）』九二―一〇七頁（日本評論社、二〇一〇年）。
- (7) 古くはたとえば、加藤一郎「抵当権と利用権」谷口知平Ⅱ加藤一郎編『新民法演習2物権』二四七頁（有斐閣、一九六七年）、近時では、柚木馨Ⅱ高木多喜男編『新版注釈民法（9）物権（4） 抵当権・譲渡担保・仮登記担保・他』四九三、六〇一頁（有斐閣、一九九八年）（生熊長幸）「松本説を支持」、平野裕之『民法総合3担保物権法（第二版）』一四〇、一五二頁（信山社、二〇〇九年）、清水元『プログレッシブ民法：担保物権法（第二版）』七〇、七七頁（成文堂、二〇一三年）などがこの見解を支持している。
- (8) 道垣内弘人『担保物権法（現代民法Ⅲ）（第三版）』二二―二二三頁（有斐閣、二〇〇八年）。
- (9) 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）（合本再訂版）』二七三、二七九頁（良書普及会、一九八〇年）。
- (10) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権（第二版）』四二五―四二六頁（東京大学出版会、二〇〇四年）。
- (11) 松本・前掲注(6)金融担保法講座二四三頁が、起草者は「更地の場合でも法定地上権を認める趣旨」であったとみる（なお、同・前掲注(6)民商（二）三〇六頁、同・前掲注(6)民法典の百年六五三頁も参照）のに対して、我妻榮編『判例コンメンタールⅢ担保物権法』四五―六頁（日本評論社、一九六八年）（清水誠）は、抵当権設定時に地上建物が存在する場合は法定地上権、設定後に建物が築造された場合は一括競売というすみわけがなされ、後者の際には建物の存在を拒否してもよいと考えられていたとする。高木・後掲注(8)建物競売権二三四―二三五頁もこれと同旨。他方で、田中・後掲注(7)土地・建物の一体化四〇二頁は「土地のみを競売に付すことは認められないということでは義務」とみており、松本の読み方と親和的である（松本・前掲注(6)民法典の百年六五五頁注五は、同評価とする）。
- (12) 村田博史「法定地上権」星野英一編代『民法講座3物権（2）』（有斐閣、一九八四年）一三九―一七四頁、鳥山泰志「法定地上

- 権に関する準備的考察―抵当本質論の再考断章」松本恒雄先生還暦記念『民事法の現代的課題』九一―一九四七頁（商事法務、二〇一二年）。
- (13) 山野目章夫「小粥太郎」平成一五年法による改正担保物権法・逐条研究（5）一括競売」NBL七九二号三五頁（二〇〇四年）。
- (14) 山野目章夫『物権法（第五版）』三三〇頁（日本評論社、二〇一二年）。
- (15) 前掲大判大正一五年二月五日。
- (16) 我妻・前掲注(3)新訂担保物権法三三三頁、道垣内・前掲注(8)担保物権法一五六頁。
- (17) 高木多喜男『担保物権法（有斐閣法学叢書）（第四版）』二二四―二二五頁（有斐閣、二〇〇五年）のほか、田中克志「土地・建物物の一体化と法定地上権・一括競売制度」同『抵当権効力論（学術選書）』四二一、四三四頁（信山社、二〇〇二年）〔初出、一九九八年〕。このような発想はすでに、石田文次郎『全訂担保物権法論上巻』二七六頁（有斐閣、一九四七年）、勝本正晃『担保物権法上巻（改訂新版）』四七六頁（有斐閣、一九四九年）。この意味での義務化の方法を考慮に値するものとみるのは、山野目・前掲注(14)物権法三三二頁、松岡・後掲注(4)物権法講義七四頁。
- (18) 高木多喜男「土地抵当権者の建物競売権」同『金融取引と担保』二二八頁（有斐閣、一九八〇年）〔初出、一九七九年〕〔旧説〕。
- (19) 横俣次「担保物権法」二二七―二二八頁（有斐閣、一九八一年）、同「抵当土地と地上建物をめぐる一括競売制度の展開（一）（四・完）―借地権制度との対応の構成―」金法一四三二号五―一〇頁、一四三三二号一六―二二頁、一四三四号二九―三三頁、一四三五号三五―四一頁（一九九五年）。
- (20) 高木・前掲注(18)建物競売権二二八頁。
- (21) 横・前掲注(19)一括競売制度（四・完）三五、三九頁。
- (22) 以下の論述は、法定地上権肯定説にたつと、現行の一括競売制度がどのように捉えられるかを考察するものである。これに対し

て、法定地上権肯定説のなかには、一括競売の規定を不要とみる見解もある。この立法論的提言については、後掲注(61)(62)および対応本文を参照。

- (23) 松本・前掲注(6)民法典の百年六八三頁。以下の引用も同所。
- (24) 松本・前掲注(6)民商(一)三三三頁「強調原文」。
- (25) とくに強調するのは、生熊・前掲注(7)新版注釈民法四九三、五九四、六〇二頁。建付減価はなされる（松本・前掲注(6)民商(一)三二二―三三三頁）。建付減価をめぐる問題については、鎌田薫ほか「平成一五年担保法・執行法改正の検証(3)（不動産法セミナー第二〇回）」ジュリ一三二七号八四―八六頁（二〇〇七年）。
- (26) 松本・前掲注(6)民法典の百年六八一頁。
- (27) 松本・前掲注(6)金融担保法講座二四三頁。
- (28) 柚木⇨高木・前掲注(4)法律学全集三七三頁〔柚木説〕。
- (29) 松本・前掲注(6)民商(一)三二四―三二五頁。この規律を支持するものとして、生熊・前掲注(7)新版注釈民法四九三、六〇二頁。
- (30) 高木・前掲注(7)担保物権法二二五頁、内田・前掲注(10)民法Ⅲ四二六頁、松岡・後掲注(41)物権法講義七五頁。
- (31) 鎌田ほか・前掲注(25)不動産法セミナー一八七頁〔谷口園恵〕。
- (32) 山野目⇨小粥・前掲注(13)逐条研究三五頁。
- (33) 山本克己「一括競売」銀法六〇一―五五六頁（二〇〇二年）。「一括競売の拡張をめぐる議論のなかで述べられたもの」。
- (34) 松本・前掲注(6)民事法九六頁、そのほか、松本・前掲注(6)民商(一)三二二頁も参照。
- (35) 鎌田薫「抵当権（その二）」椿寿夫編『担保法理の現状と課題（別冊NBL三二号）』三七頁（商事法務、一九九五年）。
- (36) 鎌田・前掲注(35)抵当権三七頁。

- (37) 図表の作成にあたっては、山野目『小粥・前掲注(13)逐条研究三四頁を参照した。
- (38) 山本・前掲注(33)一括競売五七頁。
- (39) 安永正昭「一括競売制度の過去・現在・未来」みんけん五四八号一四頁(二〇〇二年)。
- (40) 高木・前掲注(17)担保物権法二一五頁。
- (41) 松岡久和「抵当権(七・二)・抵当権と利用権の調整(三)——法定地上権と一括競売権(続)(物権法講義二八)」法七六九八号七五頁(二〇一三年)。
- (42) 谷口園恵『筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』三一頁注一七(商事法務、二〇〇四年)。
- (43) 荒木新五「一括競売」銀法六二四号四四頁(二〇〇三年)、小林明彦「一括競売・土地の短期質貸借」道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度(補訂版)』七七―七八頁(有斐閣、二〇〇四年)、さらに、松岡・前掲注(41)物権法講義七五頁。
- (44) 担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリ一二二八号二二〇頁(二〇〇二年)(道垣内弘人)。
- (45) 山本・前掲注(33)一括競売五七頁。
- (46) 我妻・前掲注(3)新訂担保物権法三五二―三五三頁。
- (47) 松本・前掲注(6)民商(二・完)一八頁。
- (48) 星野・前掲注(9)民法概論二七三、二七九頁。
- (49) 松本・前掲注(6)民商(二・完)一八一―一九頁。
- (50) 鎌田・前掲注(35)抵当権三九頁。
- (51) 松本・前掲注(6)民商(二・完)一九頁。
- (52) 松本・前掲注(6)民商(二・完)二〇頁、同・前掲注(6)民事法二〇〇頁。

- (53) 石田喜久夫「松本論文書評（民法学のあゆみ）」同『民法文献批評（民法研究第十卷）』二二五頁（成文堂、一九九六年）〔初出、一九八〇年〕。第三者が「自己」に関係のない抵当権」によって自己所有の建物を競売されてしまう点を、とくに問題視している。
- (54) 石田・前掲注(53)松本論文書評二二五頁。
- (55) 生熊・前掲注(7)新版注釈民法五一六頁。
- (56) 加藤・前掲注(7)抵当権と利用権二四七頁。
- (57) 松本・前掲注(6)民商（二・完）二二二頁。
- (58) 松本・前掲注(6)民法一〇〇頁。同旨、同・前掲注(6)民商（二・完）二二二頁。
- (59) 安永・前掲注(39)一括競売一〇一―一二頁。
- (60) これは必要条件にすぎず、十分条件ではないと考えられていることにつき、三二（二）を参照。
- (61) 加賀山茂『現代民法担保法（現代民法シリーズ四）』五五六頁（信山社、二〇〇九年）。
- (62) 加賀山・前掲注(61)現代民法五五八頁「強調は水津」。
- (63) 加賀山・前掲注(61)現代民法五五八頁は、三八九条を残すかたちでの私案も提示している。しかし、本文引用部分の論旨との整合性がとれていないようにもみえる。
- (64) 清水・前掲注(7)プロGRESS七六頁は、この問題を意識している。
- (65) 前掲注(58)引用箇所を参照。
- (66) 柚木⇨高木・前掲注(4)法律学全集三六五頁〔柚木説〕。
- (67) 山本克己「一括競売」西口元⇨小賀野晶一編『担保法の最前線（金判増一一八六号）』五九頁（経済法令研究会、二〇〇四年）。
- 同旨、松井宏興『担保物権法（民法講義三）〔補訂第二版〕』八八頁（成文堂、二〇一一年）。

- (68) 松本・前掲注(6)ジュリ一四頁。
- (69) 石田・前掲注(53)松本論文書評二四頁。
- (70) 松本・前掲注(6)ジュリ一四頁。
- (71) 柚木Ⅱ高木・前掲注(4)法律学全集三六五―三六六頁〔強調は水津〕。
- (72) 星野・前掲注(9)民法概論二七三頁。論者は問題をこのように把握したうえで、信用の需要の充足という観点から判例・通説を支持している(前掲注(9)引用箇所を参照)。
- (73) 鳥山・前掲注(12)法定地上権九三八頁。
- (74) 高木・前掲注(18)建物競売権二二七頁。
- (75) 松本・前掲注(6)民法典の百年六八三頁。
- (76) 暁道文芸「判批」同『最近大審院民法判例批評』一三五頁(弘文堂書房 一九二三年)(初出、一九一六年)。
- (77) 松本・前掲注(6)民法典の百年六八〇頁。
- (78) 前掲大判大正四年七月一日。我妻・前掲注(3)新訂担保物権法三五三頁が、判例を支持する際に、「三八九条もこの解釈の一助とならうか」と述べているのも、同趣旨と思われる。
- (79) 松本・前掲注(6)民法典の百年六八七―六八九頁。
- (80) そのほか、自己借地権制度の導入も考えられるが、論者はこれを高く評価していない(松本・前掲注(6)ジュリ一四頁)。
- (81) 前掲注(17)文献を参照。
- (82) 鳥山・前掲注(12)法定地上権九三〇頁注六四の学説史的分析を参照。
- (83) 前掲注(61)(62)文献を参照。
- (84) 担保法改正委員会・前掲注(44)抵当権法改正中間試案二二六、二二〇頁(道垣内弘人)。