

〔判例研究〕

建物の仮差押えと民事執行法81条の 法定地上権の成否

——最判平成28年12月1日民集70巻8号1793頁——

栗 田 隆*

最高裁判所 平成28年12月1日 第1小法廷 判決（平成27年（受）第477号） 損害賠償等，境界確定等請求事件，民集70巻8号1793頁，判時2329号37頁，判タ1435号103頁，金法2065号50頁

第一審 福岡地方裁判所 直方支部 平成24年11月30日 判決

控訴審 福岡高等裁判所 平成26年11月21日 判決

【事件の概要】

A所有地（甲地）上に存するA所有建物が隣接するA所有地（乙地）に少しはみ出して存在していた。Aの債権者が建物と甲地のみについて仮差押えの執行をした¹⁾。Aが乙地（判旨中の838番6の土地）をその妻Xに贈与した²⁾。その後に仮差押えが本執行

* くりた たかし 関西大学法学部教授（特別契約教授）

- 1) 乙地の仮差押えがなされなかったのは、本件建物が乙地にはみ出している部分が僅少であり、また、境界がはっきりしなかったからであろう。XがAから乙地の贈与を受けた後で、土地家屋調査士に境界調査を依頼し、その段階で土地家屋調査士が本件建物が乙地にはみ出している可能性を認識し、その点を意識しながら、後に境界確定訴訟の証拠として提出されることになる現況平面図を作成したようである（民集1807頁以下参照）。
- 2) この贈与について、Yは、控訴審において、《乙地が仮差押えの対象とされていないことを奇貨として、甲地を袋地にして執行を妨害しようとしたものといえる》と述べ、明渡請求は権利濫用として許されないと主張した（民集1820頁）。しかし、控訴審は、「Yの権利濫用の主張は採用できない」とした（民集1828頁）。その理由は特に示されているわけではないが、土地明渡請求が権利濫用に当たるか否かの点に限って言えば、前注に記載した事実からすると、Xが乙地を夫Aから贈与された時点で、本件建物が乙地にはみ出していることを認識していたようには窺われないことが考慮されたと思われる（おそらくAも同様であろう）。

に移行して、Yが建物と甲地を強制競売により買い受けた。Xが、乙地の所有権に基づいて、Yに対して、建物のうち乙地上に存する部分の収去・土地明渡し及び土地明渡しまでの賃料相当額の損害金を訴求した（他の請求は割愛する）。Yは、民執法81条による法定地上権の成立を主張してこれを争った。

原审は、次の趣旨を説示して、法定地上権の成立を否定し、Xの請求を基本的に認容すべきものとした（損害金について一部棄却）。（ α ）仮差押債務者は、土地の譲渡の際に地上建物につき土地の使用権を設定することが可能である；（ β ）本件の場合に法定地上権の成立を認めることは、土地及び地上建物が同一の所有者に属する段階で差押えがなされ、その売却により所有者を異にするに至ったときに法定地上権の成立を認める民事執行法81条の明文に反する。

Yが上告受理申立てをし、原判決に対する不服を申し立てた。

【判 旨】

上告審は、次のように述べて法定地上権の成立を認め、原判決を破棄し、成立した法定地上権がその後消滅したか否か等について³⁾更に審理を尽くさせるために、事件を差し戻した。

規範の定立 「民事執行法81条の法定地上権の制度は、土地及び地上建物が同一の所有者に属する場合には、土地の使用権を設定することが法律上不可能であるので、強制競売手続により土地と地上建物の所有者を異にするに至ったときに地上建物の所有者のために地上権が設定されたものとみなすことにより、地上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ものである。そして、地上建物の仮差押えの時点で土地及び地上建物が同一の所有者に属していた場合も、当該仮差押えの時点では土地の使用権を設定することができず、その後に土地が第三者に譲渡されたときにも地上建物につき土地の使用権が設定されるとは限らないのであって、この場合に当

3) Xは、仮定的再抗弁として、たとえ法定地上権が成立したとしても、Yが地代を全く払っていないので、訴状により地上権設定契約を解除する旨を主張している（民集1804頁）。そのため、法定地上権が消滅したか否かの判断が必要になる。また、法定地上権が消滅していないとすれば、地代の額について当事者間で合意が成立していないので、裁判所による決定（民執法81条後段）が必要となる。また、競売建物は乙地に少しはみ出しているだけであるので、乙地全体について法定地上権の成立を認める必要は必ずしもないであろう。それゆえ、法定地上権が成立する範囲が不明瞭であり、その確定も必要となろう。

該仮差押えが本執行に移行してされた強制競売手続により買受人が取得した地上建物につき法定地上権を成立させるものとするのは、地上建物の取去による社会経済上の損失を防止しようとする民事執行法81条の趣旨に沿うものである。また、この場合に地上建物に仮差押えをした債権者は、地上建物の存続を前提に仮差押えをしたものであるから、地上建物につき法定地上権が成立しないとすれば、不測の損害を被ることとなり、相当ではないというべきである。」

本件への当てはめ「これを本件についてみると、前記事実関係等によれば、本件強制競売手続は本件仮差押えが本執行に移行してされたものであり、本件仮差押えの時点では本件建物及び838番6の土地の所有権はいずれもAに属していたから、本件強制競売手続により上告人が本件建物の所有権を取得したことによって、本件建物につき法定地上権が成立したというべきである。」

【研 究】 判旨に賛成する。

1 民執法81条の法定地上権

同一人に属する土地と地上建物（以下単に「建物」という）のうちの一方のみを売却すれば執行債権の完全な満足が得られる場合に（民執法61条ただし書）、一方のみを売却した結果、所有者が異なることになると、建物所有者は土地利用権を有せず、土地所有者から建物取去を迫られることになる。このような場合に典型的に生ずる不都合を回避するために、民執法で法定地上権の制度が設けられている。法定地上権の制度は、民法388条が抵当権の設定されている不動産の競売の場合につき規定していたが、その解釈上の適用限界を乗り越えるために、民執法81条がその他の場合のために規定したのである。後者は、土地にも建物にも抵当権が設定されていない場合の強制競売にのみ適用される（正確には下記を参照。土地と建物の双方に抵当権が設定されている場合にも民法388条が適用されることにつき、最判昭和37年9月4日民集16巻9号1854頁参照）。

民執法の法定地上権が成立するためには、次のすべての要件が充足されることが必要である。（ α ）差押えの当時、土地上に建物が存在し、（ β ）両者が同一の所有者に属し（この要件は「所有者要件」と呼ばれる）⁴⁾、（ γ ）競売の結果、両者の所有者が異なる

4) 仮差押えが先行しない場合について、この要件の充足の判定時期を差押時とすべきか売却時とすべきかについて見解の対立がある。多数説は、差押時とする（中ノ

に至ったこと。なお、民執法81条が民法388条の適用ないし準用のない場合に適用される規定であることにより、次の要件が付加される。(δ) 差押えの当時、土地にも建物にも抵当権、先取特権または質権が存在していないこと。

民執法81条が適用される場合の法律効果は、買受人が代金を納付した時に法定地上権が成立することである。地代は、通常の取引の論理からすれば全く異例のことであるが、売却後に当事者間の協議で定められ、協議が調わない場合には、通常の民事訴訟で定められる(81条後段は、民法388条後段と同様に、この趣旨であると理解されている)。存続期間は、協議が調わなければ、借地借家法3条が適用されて30年になる。

2 議論の状況

(a) 本件で問題になっているのは、同一人に帰属していた土地と建物のうち、建物についてののみ仮差押えの執行がなされ、本執行に移行した時点では土地が他者に帰属していた場合に、所有者要件の充足の判断は、仮差押えの執行の時点を基準にするのか、本差押えの時点を基準にするのかである。前者の見解は「仮差押時説」⁵⁾と、後者の見

▼野貞一郎＝下村正明『民事執行法』(青林書院、2016年)425頁、高木多喜男「法定地上権・法定賃借権」『新・実務民事訴訟講座』(日本評論社、1984年)297頁、浦野雄幸『条解民事執行法』(商事法務研究会、昭和60年)362頁、『注釈民事執行法(4)』(金融財政事情研究会、昭和58年)177頁以下[原田和徳]、東京地裁保全研究会「建物とその敷地の一方だけの仮差押え」判時1159号(昭和60年)5頁以下、難波孝一「法定地上権」大石忠生＝岡田潤＝黒田直行＝編『裁判実務体系7・民事執行訴訟法』(青林書院、昭和61年)243頁、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール・民事執行法』(日本評論社、2014年)248頁[藤本利一]など。少数説は、売却時とする(『注解民事執行法(3)』(第一法規、昭和61年)194頁[東孝行])。差押え後の変動を考慮して若干の場合に例外を認める必要はあるにせよ、差押時を基準時にすべきである。法定地上権の成立は、売却基準価額の決定の重要な考慮要素であり、物件明細書の記載事項だからである。

5) 仮差押時説という名称が誤解を招きやすいが、この見解に分類される竹下守夫＝上原敏夫＝野村秀敏『ハンディコンメンタール民事執行法』(判例タイムズ社、昭和60年)183頁[竹下]も、仮差押えの執行当時は所有者が異なっている、移執行の時点では所有者が同一であれば、所有者要件は満たされると解している。建物の仮差押えの時点で存在していた敷地利用権は、所有者が同一になった時点で混同により消滅すべきものであるが(民法179条1項本文・520条本文)、約定の敷地利用権が法定地上権よりも有利な場合もあり得るので(例えば、残存期間が30年よりも長い場合)、前記各条項のただし書の適用を肯定しつつ、法定地上権の成立も

解は「差押時説」と呼ばれている。

立法当初の文献は、差押時説を採るものが比較的多い⁶⁾。その理由は、次の点にある。
 (α1) それが81条の文言に忠実である(民事執行法では、「仮差押えの執行」と「差押え」とを意識的に使い分けている)。(α2) 仮差押えの手続は売却を含まず、売却は差押えに基づく⁷⁾。(α3) 土地譲渡の際に土地利用権が約定されれば、仮差押債権者としても、それを拒む理由はない⁸⁾。(α4) 建物の仮差押えの効力は、敷地に及ばない⁹⁾。
 本件控訴審判決(そして第一審判決)は、この見解に従ったものと見てよいであろう。

しかしその後、仮差押時説を採る文献¹⁰⁾が多くなった。この説は、次のことを理由

ゝ肯定し、これにより競合的に存在することになる敷地利用権のうちのいずれを存続させるかは、買受人が選択できると解するのがよいであろう。なお、この場合について、法定地上権の成立を認める必要はないとする見解もある(東京地裁保全研究会・前掲(注4)8頁)。その理由は明瞭ではないが、建物のために約定の敷地利用権が存在し、その敷地利用権にも仮差押えの効力が及んでいることがその理由であるとすれば、敷地利用権が使用借権の場合に、建物の収去による社会経済上の損失を防ぐことができないし、法定地上権付きであれば建物だけの競売で済む場合に、法定地上権の成立が否定されることにより土地も差し押さえて売却する必要が生ずることは妥当でない。また、仮差押債権者が仮差押申請を取り下げて強制競売の申立てをすれば法定地上権が成立することが根拠であるとするれば、建物の仮差押え後に建物に抵当権が設定された場合に妥当な解決が得られない。この問題について、富越和厚「差押え・仮差押えの効力8」金法1016号(昭和58年)26頁以下、石川明=小島武司=佐藤歳二・編『注解民事執行法上巻』(青林書院、1991年)832頁以下[生熊長幸]も参照。

- 6) 中野=下村・前掲(注4)440頁、浦野・前掲(注4)363頁、『注釈民事執行法(4)』・前掲(注4)184頁[原田]、山本ほか編・前掲(注4)248頁[藤本]。
- 7) 以上、中野=下村・前掲(注4)425頁。
- 8) 中野=下村・前掲(注4)440頁。
- 9) 浦野・前掲(注4)363頁、『注釈民事執行法(4)』・前掲(注4)184頁[原田]。仮差押えがなされた建物が譲渡された場合に法定地上権が成立することの根拠(仮差押えの処分禁止効)が土地譲渡の場合には妥当しないから、この場合には法定地上権の成立が否定されるという趣旨である。
- 10) 竹下=上原=野村・前掲(注5)183頁[竹下]、東京地裁保全研究会・前掲(注4)8頁、東京地裁保全研究会『民事保全の実務(新版)上』(金融財政事情、平成15年)199頁(本文次述の理由付けβ1・β2・β3は、これによる)、難波・前掲(注4)244頁以下(β1・β4)、西村宏一=佐藤歳二・編『注解不動産法9・不動産執行』(青林書院、1989年)400頁[井上稔]、石川=小島=佐藤編・前掲(注5)830頁[生熊]、東京地裁民事執行実務研究会『改訂・不動産執行の理論と実務(上)』(法曹会、平成11年)308頁。

とする。(β1) 建物のために強固な敷地利用権(借地権)が設定される保証がない。(β2) 法定地上権の成立を否定することは、責任財産の保全という仮差押えの目的にそぐわない。(β3) 執行手続上、仮差押えの効力は差押えと同一に扱うことができる。(β4) 債務者は、建物について仮差押えがなされた時点で、建物の執行売却により法定地上権の成立を予期するのが通常である。

(b) 仮差押えがなされた建物自体が譲渡され、その後に本執行に移行した場合については、(a)の場合について差押時説を採る文献を含めてほとんどの文献が、仮差押えの処分禁止効を理由に、強制競売手続との関係では建物の譲渡は効力を有せず、したがって、差押時においても所有者要件が満たされ、法定地上権の成立が肯定されるとしている¹¹⁾。理由付けは(a)の場合と異なるが、結論の点から見れば、これも仮差押時説と呼ぶことができる。

3 問題の検討

議論の一般化のために、以下では、本件のような「はみ出し型」ではなく、土地の上に建物の全部が存在する場合を前提にしよう。

3.1 差押時説について

差押時説にも十分な根拠があるが、ただ、現実に建物のみについて仮差押えの執行がなされ、本執行に移行する前の段階で借地権設定の合意なしに土地が他に譲渡され、その結果、差押時説では法定地上権が成立しない事例に直面すると、仮差押時説を採らざるを得ない。

(a) 本件の解決について 差押時説では、敷地の譲渡の際に建物のために何らかの利用権の設定がなされることが期待されているが、本件のような事例では、期待するのは使用借権の設定であろう。しかし、使用借権の効力は弱く、競売建物の存続は保証されない。土地の賃貸借契約であれば、借地権として保護され、競売建物の存続を確保できるが、現実には賃料の支払いがなければ、その設定の認定は困難である¹²⁾。

11) 浦野・前掲(注4)363頁、『注釈民事執行法(4)』・前掲(注4)184頁[原田]、東京地裁保全研究会・前掲(注10)198頁等多数。他方、中野=下村・前掲(注4)440頁には、この場合についての直接の記述はないが、差押え後に被差押不動産を譲渡しても差押えの処分制限効により法定地上権の成立に影響はないとしており(439頁)、仮差押えにも処分制限効があるので(民執法59条2項)、同様な結論になろう。

12) 地上権設定契約において、地代を支払わないことを合意することも可能である。➤

(b) 差押時説が妥当な解決となるための前提条件 土地と建物が同一債務者に帰属する場合には、土地と建物の双方について仮差押えをなすことが好ましいとはいえず、建物のみの仮差押えが異常な例外であるとまでは言えないであろう¹³⁾。仮差押えも金銭債権の保全に必要な範囲でなされることが好ましく、過剰な仮差押えは避けられるべきであるとするならば¹⁴⁾、法定地上権付き建物の換価金で被保全債権の満足を得るこ

ゝから、本件のような場合に、A X間において、地代なしの地上権の設定が期待される。しかし、通常の借地に際して地上権設定契約がなされることが稀であることを考慮すると、黙示的に地上権が設定されたと認定することは難しい。仮に地上権設定の黙示的合意を認定するとすれば、その趣旨の合意がなされるべきであるという規範的視点からの事実認定となろう。

- 13) ただし、中野＝下村・前掲（注4）440頁は、差押時説をとる理由の中で、「債務者の土地付き建物につき建物だけに対し仮差押えの執行をするという変則的事態に、正面から例外を認めるまでの必要はない」とする。実際、土地と建物の双方に対して仮差押えの執行をする方が法律関係が単純になるし、その場合の仮差押えの登記の登録免許税額も課税標準額である債権額の1000分の4であるので（登録免許税法9条別表第1の1（5））、一方のみに対して仮差押えの執行をする場合と変わらない（東京地裁保全研究会『民事保全の実務（新版）下』（金融財政事情、平成15年）274頁参照）。しかし、仮差押債権者が提供すべき担保額は、発令裁判所が目的物価額基準説を採用すれば、目的物価額の一定割合（例えば2割）を基準にして他の要素を考慮して増減されることになるので（東京地裁保全研究会・前掲3頁・5頁参照）、土地と建物の双方を対象とするか、一方のみを対象とするかで違いが出てくよう。
- 14) 東京地裁保全研究会・前掲（注10）198頁は、超過仮差押えの禁止の趣旨を説き、いずれか一方の換価により満足が得られる場合には、「債権者は、そのいずれかに限定して仮差押えの申立てをすべきである」とする（民事保全法制定前の文献であるが、東京地裁保全研究会・前掲（注4）3頁も同趣旨を述べる）。確かに、動産執行については、超過差押えの禁止規定（民執法128条1項）があり、これを民事保全法49条4項が動産に対する仮差押えの執行に準用している。しかし、不動産の強制競売については、民執法に超過差押えの禁止規定はなく、73条が超過売却となる場合の措置を定めているにとどまる（民保法にも超過仮差押えを禁止する明文の規定はない）。差押時点で不動産の売却価額を予想することは困難であるし（『注解民事執行法（3）』・前掲（注4）194頁「東」参照）、債務者が土地と建物の双方の一括売却を希望する場合もあるし（民執法61条参照）、差押え後に他の債権者による二重差押えあるいは配当要求もあり得るからである（動産執行の場合に、一般債権者による配当要求は認められておらず（133条参照）、また二重差押えも禁止されている（125条）のとは異なる）。したがって、「いずれかに限定して仮差押えの申立てをすべきである」とまでは言えないであろう。

とができると予想される場合に、建物のみに対して仮差押えをすることが不合理であるとは言い切れないからである¹⁵⁾。以下では、このことを前提にする。

差押時説は、建物又は土地の一方の仮差押え後に他方が他に譲渡されるに際しては、建物のために敷地利用権が設定されることを想定している。想定どおりに利用権が設定され、かつ、それが借地権のような強固な権利である場合には、差押時説は妥当な解決をもたらす。しかし、利用権が設定されなかった場合、あるいは設定された利用権が使用借権のような弱い権利である場合は¹⁶⁾、とたんに問題が生じてしまう。例えば、
(α) 土地と建物が同一人に属する段階で、土地のみに仮差押えが執行され、その後に建物が使用借権付きで譲渡されても、本執行移行後の競売における土地の買受人は使用貸借契約に拘束されないで、かつ、差押時説では法定地上権が成立することはないので、土地の買受人は、建物所有者に対して建物取去土地明渡しを求めることができる。
(β) 建物のみに仮差押えがなされ、その後に土地を譲渡する段階で使用借権が設定されても、本執行移行後の建物の執行売却は土地所有者の承諾なしになされるので、彼は使用貸借契約を解除することができる。

それでも、(α) の場合は、不利益を受けるのは仮差押債権者ではなく建物の譲受人であり、かつ、彼は土地が強制競売されると使用借権を失うことを予期できる。したがって、建物の取去による社会経済上の損失という点で問題はあがるが、このような形の建物の譲渡も、所有者の処分の自由の範囲内であると考える余地はある¹⁷⁾。問題は、

15) 仮差押えから換価までに時間がかかり、他の債権者が執行参加する可能性が高いことを考慮すると、被保全債権額を超える価額の財産の仮差押えをすることにも合理性があるので、それほど強い理由というわけではない。

16) 使用貸借の目的物の売買は使用貸借を破るのが原則である。建物のために土地に使用借権が設定されていても、使用借権は土地の買受人には対抗することができず、土地買受人は建物の取去を請求することができる。他方、建物所有者が敷地の使用借権を有する場合に、建物が売却されると土地使用借権の帰属はどうなるかが問題になるが、使用借権の移転を伴わないとすれば転貸になり、土地所有者の承諾なしにそれがなされれば、民法594条2項・3項により土地所有者は使用貸借契約を解除することができる。建物の譲渡に伴って使用借権も移転すると構成することの当否は別として、そのように構成しても、民法612条の類推適用により、土地所有者は使用貸借契約を解除することができよう。

17) 土地のみについて仮差押えの執行がなされた後で建物を任意に売却する際に仮差押債権者が建物の買主との間で締結した借地権設定契約は、土地の買受人との関係で有効かが問題となる。仮差押えの処分禁止効に反するから土地の買受人との関係では無効であるというのが一つの選択肢となる。他方で、建物の譲渡がなされ

不利益を受ける者が仮差押債権者である場合、すなわち（β）の場合である。この場合には、差押時説を前提にして妥当な結論を得ようとすれば、建物について執行された仮差押えの効力として、建物の仮差押債務者である土地所有者は、建物の価値を減損させるような形で土地を譲渡することは許されず、土地の譲渡に際しては建物のために借地権設定の合意をしなければならないとする必要がある。その必要は、建物の競売の場合に生ずるのみならず、土地が第1譲受人により任意に売却される場合にも生ずる。設定された敷地利用権が使用借権である場合には、「売買は使用貸借を破る」との原則により、第2譲受人は土地の使用貸借契約に拘束されないので、建物所有者に対して建物収去土地明渡しを請求することができ、建物の仮差押債権者はこれを傍観するより仕方がないからである。

したがって、差押時説は、次のような内容の理論を伴って初めて妥当な結果をもたらす見解となり得る：建物の仮差押え後に建物所有者兼土地所有者が土地を譲渡する場合には、建物の交換価値を保全するために適切な借地権の設定契約をしなければならない、その設定契約が実際になされていない場合には、その範囲で土地の譲受人の権利取得は制限されるべきである；土地の譲渡契約を全部無効にする必要はないから、適切な借地権の負担付譲渡がなされたとすれば足りる；借地権の具体的内容は、現在の建物所有者と土地所有者との間の借地権の存否・内容に関する紛争を解決する際に、最終的には裁判所が定めることになる（現在の建物の所有者は、建物の仮差押えの執行がなされた当時の建物所有者の場合もあるし、移執行後の強制競売による買受人の場合もあろう。いずれの場合であっても、仮差押債権者はその訴訟に補助参加することができるとすべきである）。以下ではこの考えを仮に「借地権設定義務論」と呼ぶことにする。しかし、差押時説は、こうした理論を明示しているわけではなく、単に、〈土地譲渡の際に土地利用権が約定される〉ことを期待しているだけのように見える。

「差押時説と仮差押時説とどちらをとるべきか」と問われれば、「建物のみの仮差押債権者の保護の観点からすれば、借地権設定義務論を伴う差押時説がより良い解決であ

ゝなかった場合には、差押時説に従っても仮差押時説に従っても、本執行移行後の土地の売却により建物のために法定地上権が発生するのであるから、土地の仮差押債権者は、法定地上権の負担付の土地の交換価値しか把握していないと考えることもでき、そのように考えれば、差押時説の下でも、建物売却時の借地権設定は、法定地上権が成立する場合以上に土地の交換価値を低減しない限り、土地の買受人との関係で有効と解する余地があろう。他方、仮差押時説の下では、法定地上権の成立が認められるべきである（後述3.2(b)参照）。

る」と答えるべきであろう¹⁸⁾。しかし、「民事保全法は、借地権設定義務論を採用するほどに建物の仮差押債権者を保護することを望んでいるのか」と問われれば、疑問なしとしない。なぜなら、借地上の建物が差し押さえられた場合について、民執法56条は、執行債務者の借賃等の不払により借地権が解除されることを防ぐために、差押債権者による借賃等の代払の許可の制度を設けている；ところが、民事保全法47条は、この規定を不動産の仮差押えの執行（仮差押えの登記をする方法による執行）に準用していないからである¹⁹⁾。もっとも、民執法56条自体は、代払金を共益費用にすることに意味のある規定であり、同条がなくても差押債権者あるいは仮差押債権者は民法474条1項本文の規定により代払をして、賃借権の解除を阻止することができる（同条2項の反面解釈により、債務者の意思に反しても代払をすることができる）。

3.2 仮差押時説について

本判決は、法定地上権の成立の要件の一つである「土地と建物が同一人に帰属すること」の基準時を仮差押えの時とし、次のことをその実質的理由とした：(α) 土地が第三者に譲渡される際に建物につき土地の利用権が設定されるとは限らないこと；(β) 建物の収去による社会経済上の損失を防止すること；(γ) 建物の仮差押えをした債権者が有した建物の存続の期待を保護すること。問題は、この考えを本件とは異なる類型

18) 建物の強制競売による買受人と土地の譲受人との間の紛争の解決の場面に限って言えば、借地権設定義務論付き差押時説と仮差押時説との解決は似たようなものである。仮差押時説では、強制競売による買受人が取得する敷地利用権は法定地上権に限られるが、差押時説では、地上権でも賃借権でもよい、という点に差異が生ずるにすぎない。

19) 類推適用は考えられるが、類推適用を主張する文献は目にしていない。次の文献でも、類推適用は主張されていない：原井龍一郎＝河合伸一・編『実務民事保全法』（商事法務，平成3年）218頁，東京地裁保全研究会・前掲（注13）208頁。

仮に類推適用を肯定するならば、代払を許可をする裁判所は仮差押えの執行裁判所とせざるを得ず，許可を得て代払をしたことを仮差押債権者は移執行後に執行裁判所に届け出ることになろう（不動産の仮差押えの登記の方法による仮差押えの執行については，発令裁判所が執行裁判所になり，仮差押命令の発令については，本案の管轄裁判所も管轄権を有する場合があるので，本執行の管轄裁判所と異なる場合がある）。この点は，それほど問題にならないと思われる。しかし，仮差押えから本執行に移行するまでの期間が長期にわたる場合に，代払金額が高額になることもあり得ることを考慮すると，仮差押え段階での代払金を共益費用とするのがよいかが問題となろう。

の場合にどこまで貫徹することができるかである。すでに多数の類型が検討されているが、ここではそのうちのいくつかを検討してみよう。

(a) 土地と建物の所有者Aが土地のみを使用借権の負担付きでBに譲渡し、Bの債権者Cが土地を差し押さえ、強制競売によりDが買受人になったとする。差し押えの時点では土地と建物の所有者が異なるので、土地の競売により法定地上権が成立することはない。使用貸借契約は売買により破られるので、Dは、建物収去土地明渡しをAに請求することができる²⁰⁾。

(a1) 上記の事例において、土地がBに譲渡される前にAの債権者Eにより建物の仮差し押えがなされていた場合はどうか。これは、本件と事案が異なり、本判決の射程範囲に入るといえることはできない。したがって、本件の事案について法定地上権の成立を肯定しつつも、この場合については否定する見解もある²¹⁾。しかし、この場合にも本判決が挙げた実質的理由は当てはまり、かつ、土地の譲受人Bおよび差し押え債権者Cは、土地上に仮差し押えの執行がなされている建物が存在することを認識することができ、法定地上権を成立させても彼らに不測の損害を及ぼすことにはならない。したがって、仮差し押え時説の趣旨を貫徹すれば、法定地上権の成立を肯定すべきであろう。

20) 本件判旨は、法定地上権の制度の目的を「地上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」することに求めているので、この結果は法定地上権制度の目的の一つに反することになる。この結果を回避するためには、(α)土地の譲渡の時点で建物のための敷地利用権（第三者に対抗することができる利用権）の成立を強制するか、または、(β)民法389条の建物競売権の制度に類似する制度を創設し、かつ、一定の場合に土地の差し押え債権者に建物競売義務を負わせるしかないであろう。いずれも、財産処分自由の視点も考慮して採否を検討する必要がある。

21) 西村＝佐藤編・前掲（注10）401頁〔井上〕。ただし、建物の仮差し押えの移執行により建物が競売されると、その段階で建物のために法定地上権が成立するとする。しかし、移執行前に土地の買受人により建物収去土地明渡しが請求されると、建物の仮差し押え債権者は建物収去を傍観せざるを得ない。また、建物収去前に建物が移執行により売却される場合があり得ることを前提にすると、先行する土地の競売手続において法定地上権の成否が不確定になるという問題も生ずる。なお、否定説をとりつつ仮差し押え時説の趣旨を貫徹させるために、建物のために将来法定地上権が成立する余地があることを根拠に、被保全債権の存否が確定するまでは建物収去請求ができず、被保全債権の不存在が確定した場合にのみ収去請求をなし得るとすることも、一つの解決方法として考えられるが、法定地上権の成否という重要な問題が先送りされるという難点は、依然として解消されない。

建物の仮差押えと民事執行法81条の法定地上権の成否

土地の競売後に建物の仮差押えの被保全債権の不存在が確定した場合には、仮差押債権者の期待を保護する必要はなかったことになるが、それでも建物の保護の必要性はなおあり、もともとAがBに土地を譲渡する際に建物のために賃借権を設定するのが通常であることを考慮すると、いったん成立した法定地上権は影響を受けないとしてよいであろう。

(a2) 上記(a1)の場合に、BからDへの土地所有権の移転が強制競売ではなく、通常の売買である場合に、DはAに対して、建物収去土地明渡請求権を有するであろうか。法定地上権はまだ成立していないし、BD間の売買によりAB間の使用貸借契約は破られるのであるから、「有する」というのが一応の答えになる。しかし、それでは、(a1)の場合とのバランスは悪い。バランスを回復しようとするれば、建物に対して仮差押執行をしたEの利益保護のために、AB間の譲渡に際して法定地上権に相当する借地権の設定があったとする必要があり、前述の借地権設定義務論を持ち出すことになる。そこまでして、建物のみの仮差押債権者を保護する必要があるのかという迷いはあるが、肯定してよいであろう。

(a3) 上記(a2)の場合に、仮差押えの被保全債権が小さければ、土地の買主Dが土地を担保に供して融資を得ようとするとき、彼は被保全債権を代位弁済して将来の法定地上権（あるいは借地権設定義務論に基づき仮差押債権者の保護のために生ずる借地権）を消滅させることができよう。例えば、法定地上権により土地の交換価値が500万円減少する場合に、仮差押えの被保全債権額が50万円であるときは、Dは、50万円を代位弁済して将来の法定地上権を消滅させることができ、それも一つの合理的行動である。Dが直ちに建物の収去を求めるときも同様である。

(b) Aの債権者Gが土地のみの仮差押えをした後で、建物がHに譲渡され、その後に移執行により土地が強制競売された場合はどうか。この場合に法定地上権の成立を認めるべきか否かについて、見解は分かれる。差押時説は否定する²²⁾。仮差押時説によれば肯定される²³⁾。

22) 中野＝下村・前掲(注4)440頁、浦野・前掲(注4)363頁、『注釈民事執行法(4)』・前掲(注4)184頁[原田]、山本ほか編・前掲(注4)248頁[藤本]。

23) 東京地裁保全研究会・前掲(注4)8頁、西村＝佐藤編・前掲(注10)401頁[井上]、石川＝小島＝佐藤編・前掲(注5)831頁[生熊]、東京地裁民事執行実務研究会・前掲(注10)308頁以下。なお、竹下＝上原＝野村・前掲(注5)183頁[竹下]の記述は包括的であるので、これに従えば法定地上権の成立が肯定される。他方、東京地裁保全研究会・前掲(注10)198頁は、建物に対して仮差押執行が

次のように考えたい。法定地上権の成立を肯定することは、仮差押債権者の不利になる。また、Aが建物をHに譲渡するに際して、建物のために借地権を設定しても、それは土地の仮差押えの処分制限効に違反する行為であり、土地の買受人には対抗できないのが本来である。したがって、仮差押時説に従って法定地上権の成立を認めるとしたら、その根拠は次の点に求めることになる。(α) 建物の存続の保護のため。(β) 債務者の財産処分の自由を尊重するため；すなわち、仮差押債務者Aは、仮差押えがなされていない建物を適切な土地利用権を付して処分することができるとすべきであるが、敷地の仮差押債権者の利益との調整のために、土地の競売がなされた場合には建物のための土地利用権は合理的な内容の地上権に置き換えられることを条件にして、Aの建物処分の自由を尊重すべきである。これらの政策論自体は、肯定的に評価してよいであろう。そして、(γ) 土地の仮差押債権者は、土地と建物の登記簿を通じて法定地上権が将来成立すること予期していたはずであり、たまたまAが建物を譲渡すれば法定地上権は成立しないという利益を彼に与える必要はない；換言すれば、土地のみの仮差押債権者は、法定地上権の負担付きの土地の交換価値を把握したと考えるべきである。したがって、この場合にも仮差押時説に従い法定地上権の成立を認めるべきである。

4 まとめ

本判決の事案類型について、仮差押時説が支持されるべきである。なお、土地の譲渡に際して建物のために借地権が設定されている場合の取扱いが問題になる。判決理由中の「土地が第三者に譲渡されたときにも地上建物につき土地の使用権が設定されるとは限らない」の部分の解釈の問題にもなるが、本判決は土地使用権が設定されていない場合についての先例であると理解し、土地使用権が設定されている場合は、本判決の射程範囲外であり、この場合には法定地上権は成立しないと考える余地もある。しかし、土地使用権が使用借権の場合はもちろんのこと、借地権の場合であっても、賃料が近隣の土地に比して著しく高いときもあり得、そのときに法定地上権の成立を否定すると建物の仮差押債権者の利益が害されよう。したがって、土地の譲渡に際して借地権の設定が約定されている場合でも、法定地上権の成立を肯定すべきである。そして、建物の買受人は、建物の従たる権利である約定借地権を取得するとともに法定地上権も取得し、いずれを存続させるかを選択することができるものと解したい。

↘なされた場合を対象としており、土地に対して仮差押執行がなされた場合についての言及はない。

建物の仮差押えと民事執行法81条の法定地上権の成否

民執法81条の文言から一段と離れることになり、また、法律関係が複雑になりやすいとの批判もありえようが、上記3.2（a1）及び（b）の場合にも仮差押時説に従い法定地上権の成立を肯定してよいと思われる。もちろん、本判決は、これらの場合を対象としておらず、これらの場合を射程範囲内とする説示もしていない。それらの取扱い、今後の判例に委ねられている。

【附記】 本件の解説・研究として、野村武範・ジュリスト1509号（2017年）91頁、野村秀敏・金融・商事判例1520号（2017年）8頁、杉本和士・法学教室439号（2017年）126頁がある。