

法定地上権と約定借地権の選択権

——仮差押建物の敷地が移執行前に第三者に譲渡されて
借地権が設定された場合について——

栗 田 隆*

目 次

- 1 はじめに
- 2 浮動的法律関係が許されるかの検討
- 3 買受人選択説の実行可能性と利害関係人の利益状況の検討
- 4 結 論

1 はじめに

(ア) 法定地上権

日本法では土地と建物とは別個の不動産とされ、かつ、土地と地上建物が同一人に属している状態で建物のために借地権（借地借家法2条1号）を設定すること（同一人が借地契約の当事者になること）は認められていない（民法179条1項・520条参照¹⁾）。これを前提にすると、建物又はその敷地の競売により、その所有者が異なることになった場合（いわゆる「泣別れ」の場合）の処理が問題になる²⁾）。もし建物のために何らの敷地利用権が成立しないとすると、競売後に、土地所有者は建物所有者に対して建物の収去を請求することが

* くりた たかし 関西大学法学部教授（特別契約教授）

- 1) ただし、自己借地権は、借地権が共有に属することとなる場合に、例外的に認められている（借地借家法15条）。本稿は、この場合を議論の対象外とする。
- 2) 土地と建物を同時に競売する場合でも、それぞれを個別に売却すると所有者が異なることもあるが、通常は、土地と建物を一括して売却し（民事執行法（昭和54年法律4号。以下「民執法」と略す）61条）、同一人が買受人になるようにする。本稿では、これを前提にする。

できることになり、建物の価値を維持することができなくなるからである。そうすると、土地と建物とが同一人に属している場合に、一方のみを抵当に供することもできなくなり、一方のみに抵当権を設定すれば足りる場合の需要に応ずることができなくなる。

そこで、民法388条は、法定地上権の制度を用意した。すなわち、土地及びその上に存する建物が同一所有者に属する場合に、その土地又は建物に抵当権が設定され、抵当権実行により所有者を異にするに至ったときに、その建物のために地上権が成立するものとした。土地又は建物的一方のみに抵当権が設定された場合が典型例であるが、同一債権のために双方に抵当権が設定されている場合でも、一方のみを競売すれば被担保債権の全部の満足を得ることができることもあり、そのときには一方のみを競売すれば足りるので（民執法188条・61条参照）、この場合にも民法388条の適用が肯定される。また、同条は、担保競売による土地と建物の泣別れの場合のみならず、少なくとも一方に抵当権が設定されている限り、強制競売による泣別れの場合にも適用がある。こうして、例えば、建物のみに抵当権が設定され、その後に強制競売に付された場合に、建物の買受人がその所有権を取得した時点で建物のために法定地上権が成立し、これにより建物の存続が可能になり、その経済的価値が維持される。

しかし、民法388条は、同一人に属する土地と地上建物のいずれか一方又は双方に抵当権が設定されていることを要件とする規定であり、いずれにも抵当権が設定されていない場合には適用されないと解された。そこで、この場合でも、同一債務者に属する土地と地上建物のうち的一方のみを競売すれば債権の回収ができるとき、一方のみを競売することを可能にするために（競売の結果土地と建物の所有者が異なるに至っても建物が存続できるようにするために）、民執法81条がもう一つの法定地上権制度を用意した。本稿の議論の対象となるのは、こちらの法定地上権である。

法定地上権の地代は、競売後に土地の所有者と建物の所有者が協議して定めることができるが、協議が調わなければ当事者の請求により裁判所が定める（民執法81条2文、民法388条2文）。存続期間も当事者の協議により決定する

ことができるが、協議が調わなければ、借地借家法3条により30年になる。

(イ) 建物の仮差押え後に敷地が譲渡された場合

では、土地とその地上建物が同一人に属していて、建物についてのみ仮差押えの執行がなされ、その後に土地が第三者に譲渡され、その後に仮差押債権者が債務名義を取得して建物の強制競売の申立てをし、建物のみが競売される場合はどうか。仮差押債権者は建物所有者に対する債務名義でもって土地を差し押さえることはもはやできないので、建物の存続を可能にするためには、法定地上権の成立を肯定するのが比較的単純明快な解決であるが、その採否については見解は分かれる。(α) 民事執行法の施行当初は、仮差押債権者は建物のみならず敷地についても仮差押えをすればよいこと、建物の仮差押えの執行後に土地が譲渡される際に、建物所有者と土地取得者との間で借地権設定契約が締結されるのが通常であることを前提にして、民執法81条は、その文言上は、本差押えの時点で土地と地上建物が同一債務者に属していることを要求しており、前記の場合にはその要件が満たされているとは言えないので、法定地上権は成立しないとの解釈が有力であった。(β) しかしその後、建物所有者と土地取得者との間で借地権設定契約が締結されるとは限らないことを前提にして、建物の保護のために、法定地上権の成立を肯定する見解が比較的多数となった。そして、最高裁は、法定地上権の成立に必要な土地と建物が同一人に属していなければならないとの要件は仮差押えの時点で充足されていれば足りるとして、法定地上権の成立を肯定した(最判平成28年12月1日民集70巻8号1793頁³⁾)。本稿では、この最高裁の立場を前提にする。

3) この判決については、次の判例研究等がある：野村武範・法曹時報70巻3号348頁、野村秀敏・金融・商事判例1520号8頁、杉本和士・法学教室439号126頁、坂田宏・金融法務事情2097号40頁、水元宏典・民商法雑誌154巻2号286頁、松村和徳・私法判例リマックス56号126頁、古積健三郎・平成29年度重要判例解説73頁、野澤正充・民事判例16号82頁、入江泰至・金融法務事情2087号50頁および栗田隆・関西大学法学論集67巻4号95頁以下。論文として、柳沢雄二「地上建物に対する仮差押えと土地の譲渡による民事執行法上の法定地上権の成否」名城法学67巻1号(2017年)269頁以下がある。学説の状況については、栗田・前掲95頁以下等を参照。

建物の仮差押えの執行後に仮差押債務者（土地と地上建物の所有者）が土地を譲渡する際に（以下では、譲渡の典型例として売買を想定する）、彼が土地の買主との間で借地契約を締結していた場合はどうか⁴⁾。この場合にも法定地上権が成立するかについて、最高裁はまだ何も述べていない。学説上の議論も十分にはなされておらず、多数説がどうであるかを語る段階には至っていない。

建物の強制競売に際して、借地権も建物の従たる権利として買受人に取得され得ると考えれば、法定地上権の成立を認める必要性は低いのは確かである。しかし、借地権の内容が（特に賃料及び期間）が法定地上権の場合よりも借地人（建物買受人）に不利に（ひいては仮差押債権者に不利に）合意されている場合もあるので、法定地上権の成立を肯定しておく必要がある。前記の最高裁判例に関する評釈においても、この場合にも法定地上権が成立することを肯定する見解はあるが、否定する見解は見当たらない。本稿では、この場合にも法定地上権が成立することを前提にする。

見解の対立点 次に、法定地上権が成立するのであれば、建物の競売前に仮差押債務者（建物の所有者）と敷地の買主との間で締結された借地契約による借地権はどうなるのかが問題になる。この問題について、私は、「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」と解した⁵⁾。この見解

4) 借地権として地上権が設定されることは實際上少ないので、以下では、借地権は土地賃借権であることを前提にする。また、借地権が土地賃借権である場合に、譲渡の効力が生ずるためには、賃借権譲渡について土地所有者の承諾又はそれに代わる裁判所の許可が必要であるが（建物の競売の場合について借地借家法20条参照）、少なくとも裁判所の許可は得られること（土地賃借権の譲渡が土地所有者の不利になるおそれがないこと）が通常であることを想定する。

5) 栗田・前掲（注3）104頁。坂田・前掲（注3）は、この問題に立ち入っていないわけではないが、次のように述べていることに注目する必要がある：「法定地上権の基準時については、差押え時を標準としながらも、法定地上権の趣旨にかんがみて、仮差押え時の主張をすることができるという類型的判断をしたものと理解すべきであろう」（43頁）。「仮差押え時の主張をすることができる」との記述は「その主張をしないこともできる」ことを含意していると理解する余地があり、その理解を前提にすれば、「法定地上権の成立により約定の敷地利用権は消滅する」との〆

を「買受人選択説」と呼ぶことにする。これに対して、「売却条件は画一的であることが望ましい」との理由を付して、「法定地上権の成立により約定の敷地利用権は消滅する」と説く反対説が主張された⁶⁾。この見解を「約定利用権消滅説」と呼ぶのがよいであろうが、敷地利用権として實際上意味のあるのは借地権であるので、以下では、「約定借地権消滅説」と呼ぶことにする。

(ウ) 本稿の課題

私見（買受人選択説）には、特段の理由が付されていないままである。これに十分な理由を付すことが本稿の課題である。

2 浮動的法律関係が許されるかの検討

浮動的法律関係 法律関係は時の流れの中で変転する。法律関係は一時的に浮動状態になることもあるが、その法律関係もいつしか一つの安定した法律関係に変わり、そしてまた変転していく。「浮動状態」は、様々に定義することができるが、本稿では、法律関係の変転がその一方の当事者の意思ないし行為に依存する場合の処理を取り上げるので、その場合をもって法律関係が浮動状態にあるということにする。例えば、契約の一方の当事者が解除権を有する場合には、彼らの意思により、契約は解除されるかもしれないし、解除されることなく履行されるかもしれないので、法律関係は浮動状態にある。

買受人選択説に従えば、建物買受人と土地所有者との法律関係は、建物買受人の意思に従うことになり、その法律関係は浮動状態にある。それが浮動的法律関係として許容範囲内か否かを検討する必要がある。まずは、法律の規定によって認められている浮動的法律関係を一瞥しておこう。なお、平成29年民法（債権法）改正法（施行期日：平成32年4月1日）は、現時点では未施行であ

↘立場に立っても、買受人がその主張をしない場合には法定地上権の成立が否定されるので、買受人は、「約定借地権は建物の従たる権利として売却対象であり、消滅していない」と主張できることになろう。この結論は、買受人選択説と同じである。

6) 水元・前掲（注3）293頁。

るが、本稿では、同改正後の条文を用いる。

(ア) 浮動的法律関係の発生と解消（１）——形成権

法律関係の帰趨がその一方の当事者の意思に依存するという状況は、まず、一方当事者が形成権を取得した場合に生ずる。

解除権 その代表例として、民法541条の解除権を取り上げてみよう。解除権の発生要件として、「当事者の一方が債務を履行しない」こと、及び「相手方が相当の期間を定めて履行の催告」をしたことが挙げられている。契約の解除自体が契約当事者の一方にとって不利益であるので、その不利益を科す根拠としてこれらの要件が定められているのであるが、同時に、これらの事由は、これだけの事由があれば、契約が解除されるかもしれないという浮動状態に置かれることを解除権者の相手方は甘受すべきであるという意味での帰責事由ととらえることができる。浮動状態からの脱出のために、相手方には、解除する可否かの確答催告権が与えられていて、確答がない場合には解除権は消滅する（民法547条）。

解除権は、解除権者の相手方に帰責事由がなくても生ずることがある。破産法53条１項の解除権がそうである。ここでは、破産管財人が解除権を取得することを相手方が受忍すべき根拠が問題になる。破産財団の迅速な整理のために、破産手続開始前に破産者が相手方と締結した双務契約が開始時に双方未履行の状態にあれば、破産管財人は、その契約を解除することができるとされているのであるから、その基礎にある利益衡量は、次のように言うことができる：破産財団の迅速な整理を可能にして多数の利害関係人の利益を保護するという目的が、破産手続開始前に締結され双方未履行の状態にある双務契約の当事者（破産者の相手方）の利益に優先する。同時に、この事由（破産手続開始時に双務契約が双方未履行状態にあること）は、破産者と相手方との法律関係が浮動的になることについて相手方に帰責事由がなくても、相手方はそれを受忍しなければならないという意味での受忍事由とみることができる。

取消権 民法第１編では、様々な原因による取消権が規定されている（民法

5条2項・13条4項・17条4項・95条・96条・115条)。取消権が行使される可能性があるという不安定な状態に相手方を長期間さらすのは適切ではないので、取消権者が追認をすることができるようになった時から5年を経過すると取消権は時効により消滅し、取り消されるべき行為の時から20年を経過したときも同様とされている（民法126条）。さらに、行為能力の制限に由来する取消権については（民法5条2項・13条4項・17条4項）、相手方に確答催告権が与えられている（民法20条）。しかし、意思表示の瑕疵を理由とする取消権については確答催告権は認められていない。詐欺及び強迫を理由とする取消権については、相手方に大きな帰責事由があるのであるから、確答催告権を与える必要はない⁷⁾。

(イ) 浮動的法律関係の発生と解消（2）——その他

時効の援用 時効が完成しても、当事者からの援用がなければ、裁判所はこれによって裁判することができない（民法145条）。時効援用権の法的性質については、種々の議論があるが、現在では、時効の利益を享受する意思が表明されて初めて時効の効果が確定的に生ずるとする停止条件説が多数説である。これを前提にした場合に、時効の利益を受ける者が時効を援用すれば時効による権利変動が確定し、援用しなければ権利変動は生じないのであるから、援用権者の相手方は不安定な地位に置かれる。時効完成後におけるこの不安定さは、消滅時効についていえば、援用権者による援用により権利が消滅するという形で解消され、他方において、援用権者による援用権の放棄や権利承認による援用権の喪失により権利が存続するという形で解消される。こうした時効の援用や援用権放棄・喪失は、通常は、権利者からの履行請求に対応してなされるので、彼も浮動状態の解消を促進することができる立場にある。

7) 平成29年民法改正により、錯誤は無効事由から取消事由に変更された。錯誤による取消権については、相手方に帰責事由があるとは限らず、相手方に確答催告権を与えてよいようにも思えるが、改正民法の規定の文言上、相手方に確答催告権は与えられていない。

対抗要件不具備の主張 不動産の二重売買の場合に、第1買主であっても、売主から所有権移転登記を得ていなければ、第2買主に対して所有権の取得を対抗することができない（民法177条）。しかし、第2買主は、第1買主が所有権移転登記を得ていなくても、その所有権を認めることもできる。したがって、第1買主が対抗要件を具備していない段階では、第1買主が第2買主に対して所有権を主張することができるか否かは、第2買主の意思に依存するのであるから、そこに浮動状態を見出すことができる。売主が登記名義人にとどまっている段階では、第2買主が第1買主に対して所有権を主張する場合についても、同様である。この段階では、双方の所有権が浮動状態にあるという、幾分複雑な浮動状態が生ずる。

各買主は、対抗要件を具備して初めて相手に対して所有権を対抗することができるのであるから、対抗要件の具備・不具備については所有権を主張する者が主張・立証責任を負うと解される⁸⁾。したがって、二重売買の買主間での所有権確認訴訟において、被告は、自分が民法177条にいう第三者に該当することを主張立証する責任を負うが、原告が対抗要件を得ていないことを主張立証する責任を負わない。それを前提にして、原告が所有権を対抗することができるか否かが被告の意思に依存していることを考慮して、被告は177条の定める利益（原告は被告に所有権を対抗することができないという利益）を享受する意思を表示すべきか否かが問題になる。見解は分かれる。その意思表示が必要であるとの見解によれば、民法177条の第三者に該当することを基礎付ける事実が当事者のいずれかから主張されるだけでは足りず、被告から、民法177条の第三者に該当するので同条所定の利益を享受したいとの主張がなされることが必要となる（ただし、被告からの「自分は民法177条の第三者に該当する」との主張には、「同条所定の利益を享受したい」との主張も含まれていると解釈する余地はあろう）。

8) 見解の対立がある点である。松本博之『証明責任の分配〔新版〕』（1996年、信山社）269頁以下、司法研修所・編『新問題研究 要件事実』（法曹会、平成28年）74頁以下など参照。

(ウ) 本稿の問題——仮差押建物の買受人の選択権

「1 はじめに」で述べた問題を検討しよう。同一人に帰属する建物と敷地のうち建物のみに仮差押えの執行がなされ、その後 土地が第三者に売却され、それから建物の仮差押えが本差押えに移行して、競売により買受人が建物の所有権を取得すると、建物のために法定地上権が成立する。この法定地上権は、敷地の売却に際して売主と買主との間で借地契約が締結されていた場合でも成立する（1 (イ)参照）。そして、借地上の建物が差し押さえられた場合に、その借地権は建物の従たる権利として差押えの効力が及び、建物の買受人は、建物所有権とともに、借地権譲渡の承諾又は許可（借地借家法20条1項）があれば、その借地権を取得することも一般に肯定されていることである。このことは、借地権設定前に建物のみについて仮差押えの執行がなされていた場合でも、妥当するはずである。したがって、法定地上権と約定借地権とが一時的に併存することは、肯定される。

しかし、同一の土地について複数の敷地利用権の存続を認める必要はないし、複数の敷地利用権がいつまでも併存するのでは混乱が生ずるので、いつかの時点で一本化する必要がある。**約定借地権消滅説**をとれば、当初から法定地上権に一本化される。同説を採用しない場合は、どうか。両当事者の合意に委ねると、合意できない場合に問題が生ずるので、結局いずれか一方の当事者の意思に委ねることになる。選択肢としては、土地所有者の選択に委ねる方法と建物買受人の選択に委ねる方法の2つが考えられるが、仮差押債権者の利益保護の必要性を考慮すると、前者の選択肢を採ることはできず、後者の選択肢を採ることになる。それが**買受人選択説**である。

買受人選択説を採ると、存続すべき土地利用権の選択が建物買受人の意思に依存するという浮動状態が生ずる。そのような浮動状態を生じさせることが許されるかを検討する必要がある。一般に法律制度の当否ないし合理性の有無は、その必要性の点と許容性の点から判定される。

（a）必要性の視点　まずは、許容性の視点から検討しよう。前述のように、相手方に帰責事由がある場合のみならず、それがない場合であっても、合

理的必要性があるときは浮動状態を発生させることができる（例えば、破産法53条1項）。そのことは、本稿の問題についても妥当する。その必要性は、まず、(a1) 法定地上権の内容の未確定性により根拠付けられる。すなわち、法定地上権は、当事者間でその内容を協議する必要がある。地代について協議が調わない場合には、当事者の請求により裁判所が定めることになる⁹⁾。他方、約定借地権の内容は確定している¹⁰⁾。確定している権利関係の方が予見可能性が高いから、これを選択する余地を建物買受人に認める方がよい。さらに、(a2) 後で検討するように(3(ウ)参照)、建物買受人に約定賃借権を選択する余地を認めておかないと、建物の仮差押えの執行後に、賃料を低く設定するのと引換えに敷地を安く購入した者に棚ぼた利益が生ずる可能性があり、それを防止する必要がある。これらのことを考慮すると、仮差押債務者と敷地買主との間で締結された借地契約に基づく借地権を敷地利用権として選択できる道を残す必要がある。ただ、その借地契約の内容が借地人に不利な場合には、建物の売却価格を低下させることで仮差押債権者に損害を生じさせるおそれがあるので、建物買受人は、法定地上権を選択することもできるとする必要がある。

(b) 許容性の視点 次に、許容性の視点から検討しよう。(b1) 敷地買主は、登記簿の記載から法定地上権の成立の可能性を予見することができ、ま

9) さらに、法定地上権が成立する土地の範囲も、必ずしも明瞭ではない。民法388条の法定地上権について、この地上権は建物の利用に必要な範囲で成立するとされているが（大判大正9年5月5日民録26輯1005頁）、個々の事件においてどの範囲で成立するかは明瞭ではない（物件明細書等で予め明示されるわけではなく、代金納付後の訴訟により最終的に解決される。福井地判昭和28年7月31日下民集4巻7号1067頁や大阪地判平成9年12月4日金商1038号25頁の事案を参照）。ただ、この問題は、建物の競売に伴って借地権が移転する場合にも生じよう。すなわち、土地所有者が建物買受人への借地権移転範囲をできるだけ狭くすることを望んでいる場合に、裁判所が承諾に代わる許可を与える際に、借地権譲渡の範囲を建物の利用に必要な範囲に限定することは可能であると思われる。そこで、本稿では、法定地上権の成立範囲の不明確性の論点は、議論に取り込まないことにする。

10) ただし、借地借家法20条1項2文により借地条件の変更あるいは財産給付が命じられると、借地権の内容の確定性が低下する。本稿では、本稿で問題にしている場合については同項2文が適用されることは少ないと想定している。

た、自己が設定した借地権が建物の譲渡に伴い建物買受人に移転することも予見できる。したがって、建物買受人は法定地上権と約定借地権のうちのいずれか有利な方を選択することができるとしても、敷地買主に予見不能の不利益が生ずることにはならない。

(b2) 浮動状態が比較的短期間に終了する道筋があることも重要である。土地所有者（敷地買主）は、建物所有者（建物買受人）に敷地利用料を請求する必要がある、建物所有者は敷地利用権を早期に確定したいという希望を持つから、建物買受人が所有権を取得した後、両者が速やかに接触する機会があり、早期確定の道筋を付けるのは容易である。そして、建物買受人に既存の借地権と法定地上権を選択する権利が与えられていることにより不安定な立場に立たされる土地所有者には、建物買受人に対していずれを選択するかを相当な期間内に確答することを求める権利（確答催告権）を与えれば十分であろう。建物買受人が確答しない場合は、どうすべきであろうか。(α) 敷地買主の地位に変動が生じないようにするという視点からは、既存の借地権が選択されたものとみなすのがよいとも思われる。しかし、(β) 土地所有者が借地権の譲渡を望んでいない場合に、万一にも裁判所が承諾に代わる許可の要件が充足されていないと判断して許可しないこともあろうし、そもそも、建物買受人が代金納付の時から2月以内に許可の申立てをすること（借地借家法20条3項参照）を失念することもあろう；そうしたことを考慮すると、確答がない場合には、法定地上権が選択されたとみなすのが安全である。

では、建物買受人が約定借地権を選択する旨を確答したが、裁判所は借地借家法20条1項の許可の要件を充足しないと判断した場合はどうか。この場合には、建物買受人に法定地上権を与えるよりしかたない。したがって、建物買受人の約定借地権を選択する旨の意思表示は、土地所有者が借地権譲渡を承諾するか又は裁判所が譲渡の許可をすることを条件とする意思表示と解しなければならない。その条件は解除条件であるとしなければ、建物買受人が借地借家法20条1項の許可の申立てをする要件がそろわない。したがって、その約定借地権選択の意思表示は、「土地所有者が借地権譲渡を承諾せずかつ裁判所も譲渡

の許可をしないことを解除条件とする意思表示」と構成すべきである。解除条件が成就した場合には、法定地上権が選択されたことになる。

このように、建物買受人に選択権を与えた上で、一方の選択（約定借地権の選択）を解除条件付きとすることは、相手方の地位を不安定にするという意味で好ましくないのは確かである。ただ、許可の申立てについての裁判の確定にそれほど時間がかかるとは思えない。解除条件の成否は、建物買受人が代金を納付した時から2月以内に申立てをし、それから数ヶ月内に明らかになることである。

その期間は、解除権が成立することにより生ずる浮動状態が確答催告により解消されるまでの期間と比較すると格段に長い。しかし、次のことを考慮すると、敷地所有者の法的地位が長期にわたって著しく不安定になると評価するのは行き過ぎであろう：(α) 土地所有者は、法定地上権によるか約定賃借権によるかは別として、いずれにせよ、建物買受人による土地利用を認めなければならないことには変わりはないこと（浮動状態の幅が広くない）；(β) 借地人が資力の乏しい仮差押債務者から競売で建物を買うことができる程度に資力のある買受人に代わるのであるから、通常は、建物の競売に伴う借地権の譲渡は「借地権設定者の不利になるおそれがない」と判断されるであろうから、解除条件が成就する見込みは低い（約定借地権が選択された時点で法律関係はほぼ確定する）。とは言え、土地所有者の法的地位を大なり小なり不安定にしてみても建物買受人に選択権を与える必要があるのかという問題は残る。

3 買受人選択説の実行可能性と利害関係人の利益状況の検討

民事執行制度は、経済社会を信用秩序の面から支える法的基盤であり、金銭執行は、債権者ができるだけ多くの債権を回収することができるようにすることを重要な目的とする。もちろん、債権者以外の利害関係人の利益を不当に害することがないように配慮した上でのことである。不動産の強制競売にあっては、債権者以外の利害関係人として債務者と買受人がいる。また、今問題にしている事例では、敷地買主も利害関係人である（敷地利用権が法定地上権にな

るか約定借地権のままであるかによって、彼が受け取る対価及び利用権の存続期間が異なる可能性があるからである)。そして、買受人選択説による処理が執行機関において実行可能であること（実行困難でない）ことも必要である。

(ア) 執行機関における実行可能性

現況調査 現況調査（民執法57条）を行う執行官にとっては、法定地上権が成立する事案であるのに約定借地権についても調査しなければならないということが負担になるが、現況調査の時点において不動産登記簿において敷地所有者と建物所有者とが異なれば、双方に土地の利用関係について照会することは通常なされることであり、大きな負担とはいえない。執行官が調査しても約定借地権が不明であればその旨を報告書に記載せざるを得ない。その場合に、買受希望者は内容不明な約定借地権をモはや当てにすることはできず、法定地上権が成立することにより敷地を利用することができることを前提にして、買受申出額を決定すればよい。

評価額と売却基準価額一原則 民執法58条の評価については、買受人によって法定地上権が選択される場合の評価額と約定借地権が選択される場合の評価額を評価人に算出させ、売却不動産の売却基準価額は、いずれか高い方に基づいて定めるのが最善であり、これを原則とすべきである。

評価額と売却基準価額一例外 しかし、もしも評価額の二重算出が大きな負担になるのであれば、どちらか一方で済ますことも例外的に許されるとしてよいであろう。なぜなら、もともと執行売却においては、不動産の適正価格の形成は買受申出人の競争に委ねられており、売却基準価額は、買受希望者への参考情報の意味合いが大きい；もちろん、不当に低額で売却されることにより執行債務者が不利益を受けることがないようにする必要はあり、また買受申出額は売却基準価額の8割以上の額でなければならないとされているが（民執法60条3項）、法定地上権付きの建物としての評価に基づいて売却基準価額を定めても、約定借地権付き建物としての評価に基づいて売却基準価額を定めても、執行債務者の利益を害するような価格形成に至ることにはならないであろう。

そして、執行実務では、土地と地上建物とが一括して競売される場合でさえも、建物を法定地上権付きで評価し、土地を法定地上権の負担付きで評価しているのである¹¹⁾。その実務慣行を前提にすれば、法定地上権付きの建物として評価するのが通常となり、その評価額を基にして売却基準価額が決定されるのが通常になると思われる。ただ、約定借地権の残余の存続期間が30年程度以上あり、かつ、賃料が周辺の土地の賃料よりも低く設定されているため、執行裁判所が約定借地権付き建物として評価するのが適切と判断すれば、評価人はそれを前提にして評価額を算出し、執行裁判所はそれを基にして売却基準価額を定めるのがよいであろう。

(イ) 利害関係人の利益——建物の買受人

競売不動産の買受人は、売却条件を考慮して買受申出額を決定して買受申出をするのであるから、彼にとっては、売却条件が明確であることが必要である。「建物買受人は、競売建物の敷地利用権として、約定借地権と法定地上権のうちのいずれか一つを選択することができる」という売却条件が彼にとって明確性を欠くものか否かが問題になる。借地条件は、執行官による現況調査により把握されるのが通常である。このことは、法定地上権の成立要件が充足される場合であっても変わらず、この場合に執行官によって把握される借地権の内容が不明確ということはないであろう。むしろ、法定地上権の方が、地代について協議が調わなかった場合に裁判所によってどのように算定されるのか不明確である。したがって、建物買受人にとっては、約定借地権と法定地上権のうちのいずれか一つを選択することができるということは、少なくとも約定借地権によって敷地を利用することができることを意味するのであるから、法定地上権が成立すれば約定借地権は消滅するとされる場合よりも、買受け後の自分の

11) 土地と建物に設定されている担保権が共通している場合には、そのように評価する必要性は乏しいが、それでもそのような評価がなされているのである。そのような評価は、超過売却となる場合の措置（民執法73条）をとる必要が有るか無いかを確認しておく点で意味がある。

法的地位をより明確に予測できると考えてよいと思われる。

(ウ) 利害関係人の利益——敷地の買主と売主¹²⁾

建物の所有者である執行債務者は、建物ができるだけ高価に売却されることに利益をもつ。建物が高価に売却されるためには、本件の問題との関係では、建物買受人に認められる敷地利用権が高価格であること（権利内容が彼に有利なものであること）が必要である。敷地利用権の価格は、敷地として利用できる土地の面積、利用権の存続期間そして借地料等の要因に左右され、それらの要因を基に算出されるであろう。その正確な算出は、相応の困難が伴うものと思われるが、本稿の問題との関係では、敷地利用権の価格を観念することができることでも足りる。そして、同一土地の敷地利用権については、その価格は概ね借地料により左右されという状況を想定することにしよう。仮差押債務者が敷地を売却するときに、借地料額が高く合意されると、敷地利用権の価格は低くなり、借地料額が低く合意されると敷地利用権の価格は高くなるものとする。土地の更地価格を a 円とし、合意された賃料額から算出される敷地利用権の適正価格が b 円であるとし、敷地利用権の負担のついた土地の価格は $[a - b]$ 円になると期待できるものとする¹³⁾。

建物の仮差押債務者が本執行開始前に敷地を第三者に売却する場合に、第三

12) ここで敷地の売主は、仮差押えの執行がなされた建物の所有者であり、仮差押債務者であり、建物競売時の執行債務者である。文脈に応じて呼称を変えることは混乱を招くおそれがあるが、ご容赦いただきたい。

13) ただし、これも一種の仮定である。(α) 建物に敷地利用権を付してある者に売却し、利用権の負担を付して敷地を他の者に売却する場合の合計売却額と、(β) 土地と地上建物を一括して同一人に売却するときの価額とが一致することの保証はどこにもない。前者が後者よりも高いか否かは、社会経済状況に依存しよう。例えば、多くの土地を有していて賃料という現金収入を望む者が多い一方で、土地を購入するだけの資金を得ることができない者も多いという社会状況では、前者の方が高くなる可能性がある。しかし、日本の現下の社会状況では、多くの場合は、土地と地上建物を一体的に処分できることが便宜に叶うので、それが可能である後の方が高くなろう。問題は、前者と後者の差の大きさである。本稿では、両者の差は小さくなく、無視しうる程度であろうことを前提にした。

者が法定地上権の成立余地を考慮することなく借地契約に応ずるものと仮定しよう（さしあたりの仮定である）。この仮定の下では、土地の売買代金額は、 $[a - b]$ 円になると期待される。土地の売却後 間もなくして（つまり、借地権の残存期間の減少が借地権価格にあまり影響を与えない時期に）、建物の強制競売がなされ、法定地上権が成立したとする。法定地上権の価格が c 円であるとする。法定地上権の価格を左右する地代については、周辺の類似の土地の借地料に相応する額が定められることを前提にし、仮差押債務者と敷地買主との間の借地契約で合意された賃料額には直接には依存しないことを前提にする（借地権の設定に際して権利金が支払われている場合については、法定地上権は約定借地権とは別個に成立するのであるから、仮差押債務者が敷地買主に支払った権利金の額を考慮することなく地代が裁判所により定められることを前提にする）。これを前提にすると、 c の値は、 b の値と同一とは限らない。

場合分けをして仮差押債務者（敷地売主）と敷地買主の利害対立状況を検討してみよう。

・ $b > c$ の場合 これは、約定借地権の賃料額が法定地上権の地代額より低い場合に生じやすい（いわゆる権利金が支払われることにより賃料額が低く設定され、権利金支払請求権と敷地の代金債権とが対当額で相殺されることにより敷地買主の支払額が実質的に低くなる場合については、更に別途の検討が必要となるが、ここでは省略する）。約定借地権消滅説を前提にすると、この場合には、建物競売後の敷地価格は $[a - c]$ 円になり、敷地買主は、これと $[a - b]$ 円との差額、すなわち、 $[a - c] - [a - b] = [b - c]$ 円の利得を得る（この利得の基礎となるのは、約定賃料よりも高い地代を得ることができることである）。それは、本来、敷地買主に帰属させるべきものではなく、棚からぼた餅の利得である（以下この利得を「棚ぼた利得」と呼ぶことにする¹⁴⁾）。他方、買受人選択説をとると、買受人は、借地権の存続を選択することを前提にして、相対的に高い価格での買受申出をするであろうことを期待す

14) 「不当利得」と呼ぶこともできないわけではないが、民法703条の意味での「不当利得」とは異なるので、この呼称は避けた。

ることができ、かつ、敷地買主に棚ばた利得が生ずることはない。また、売却価格が高くなることにより、仮差押債務者ひいては仮差押債権者の利益が守られる。

・ $c > b$ の場合 これは、約定借地権の借地料額が法定地上権の地代額よりも高い場合に生じやすい。この場合に、借地権消滅説をとると、建物競売後の敷地価格は $[a - c]$ 円になり、敷地買主は、これと $[a - b]$ 円との差額、すなわち、 $[a - b] - [a - c] = [c - b]$ 円の損失を受ける。他方、買受人選択説を前提にしても、買受人は、法定地上権を選択するのが合理的であり、その選択がなされると、借地権消滅説の場合と同様に、敷地買主は $[c - b]$ 円の損失を受ける。

・ $b = c$ の場合 この場合には、敷地買主に利得も損失も生じない。
 上記のうちで、 $c > b$ の場合には、敷地買主はいずれの説に従っても損失を受ける。彼は、それを回避するために、仮差押債務者と借地権設定契約を締結する際に、将来 法定地上権の成立の余地があることを考慮することになる。約定借地権消滅説を前提にすると、彼は、 $b \geq c$ になるような条件で借地契約を締結し、それを前提にして土地の売買契約を締結する方向に動機付けられる。すなわち、賃料を低く設定した借地契約を締結し、そして、売買代金額を低く設定する方向に動機付けられる。他方、買受人選択説を前提にしても、彼は、 $b \geq c$ になるような条件で契約を締結する方向に動機付けられる。

ただ、いずれの説を採るかで、敷地買主に生ずる動機付けの強さは異なる。すなわち、約定借地権消滅説を前提にすると、敷地買主は、敷地の売買価格を低く設定すればするほど棚ばた利得が大きくなるので、 b を c よりも大きくする（つまり、賃料を低く設定して敷地を安く買う）方向の動機付けが強く働く。

他方、買受人選択説を前提にすると、そのような利得は生じないので、その動機付けはそれほど強くない。 $b \geq c$ の条件の範囲内で、仮差押債務者と敷地買主の経済状況を勘案して、双方の利害が合致するように敷地の売買契約と借地契約を締結することになろう。単純化して言えば、仮差押債務者がまとまった現金を必要としているのであれば、借地料を高く設定して売買価格を高くす

ることができる。敷地買主の手持資金が少なく、金融機関の融資も得られにくい（あるいは、それを避けたい）のであれば、借地料を低く設定して売買価格を低くすることもできる。どのように約定されようとも、 $b \geq c$ の条件が満たされる範囲では、建物買受人は、約定借地権を選択することになり、買受申出の際には、 b の値を考慮して買受申出額を決定することになる。すなわち、約定賃料が低く設定されていれば、買受申出額を高くするし、約定賃料が高く設定されていれば、買受申出額を低くするのである。

これを仮差押債務者の視点からみれば、敷地の売買契約の際に、 (α) 賃料を低く定めるか、 (β) 高く定めるかは、 (α') 敷地を低価格で売却した後、建物の競売において建物を高価格の敷地利用権付きで高く売ってもらうか、それとも、 (β') 敷地を高価格で売却した後で、建物の競売において建物を低価格の敷地利用権付きで安く売ってもらうかの違いに過ぎない。彼が受け取る総額に大きな差は生じない。すなわち、仮差押えの執行後に土地を「更地価格－ b 」円で売り、建物の強制競売において建物が敷地利用権付きで売却されるのであるから、その代金額の理論的な期待値は「建物価格＋ b 」円になり、両者の合計額の理論的な期待値は、「建物価格＋更地価格」円になり、 b の値に依存しない。

実際には、この分析の通りにはならないであろうが、ただ、それでも可能性の高さの点から言えば、上記の分析が成立しない可能性よりも、成立する可能性の方が高いであろう。したがって、仮差押債務者（建物所有者）と敷地買主との間の利害対立の調整の視点から見れば、建物買受人に約定借地権を選択する権利を与えておく方がよく、買受人選択説の方が優れていると主張してよいであろう。

なお、買受人選択説を採ると、敷地買主が敷地に抵当権を設定する場合に、その担保財産としての評価額は、 $[a - b]$ 円と $[a - c]$ 円のうちで低い方の価額を基準にして算定されることになろう。そのことは、敷地の担保的利用の効率性を低下させる要因となるが、その回避は難しくないであろう。敷地買主は、敷地の賃貸借契約に際して、 $b = c$ となるように賃貸借契約を定めれば、

それを回避できるからである。裁判所が法定地上権の地代額を定める場合に、裁判所が近隣土地の地代額を標準にして定めることを前提にするならば、 $b = c$ となるようにするためには、敷地の賃貸借契約に際して、賃料額を近隣土地の賃料額を標準にして定めることが望ましく、それは難しいことではない。

(エ) 利害関係人の利益——執行債権者

執行債権者、すなわち建物の仮差押債権者は、建物の執行売却価格が高くなることに利益を有する。その利益は、約定借地権消滅説の下では、 c の値に依存することになる。

買受人選択説の下では、土地の売主と買主の合意で定まる b の値に依存する。その値が小さくなるに従い、仮差押債権者の債権回収額は小さくなる。しかし、 $b \geq c$ の条件があるので（前述(ウ)参照）、 b の値の最小値には一定の制限があり、これによって仮差押債権者の利益が不当に害されることは防がれる。他方、 b の値が大きくなるに従って仮差押債権者の債権回収額は大きくなり、彼の得る利益も大きくなる。賃料をゼロにすると借地契約の範疇を逸脱することになるので一定の制限はあるが、約定借地料がゼロに近いほど借地権価格が上昇し、仮差押債権者の債権回収額が大きくなる。約定借地料がゼロに近い借地権を建物の従たる権利にして建物を売却することは、比喩的に言えば、建物の従たる権利として「期限付きの敷地所有権」を付して建物を売却することに近い。建物がそのような敷地利用権付きで売却されるようにすることも、仮差押えの執行当時に建物と敷地の双方の所有者であった仮差押債務者の財産処分の自由の範囲内のことと考えてよいであろう。

したがって、買受人選択説は、仮差押債権者の利益を不当に害するものではないと言えることができる。

4 結 論

3(ウ)で述べた理由により、仮差押えが執行された建物の敷地の買受人が棚ばた利得を得ることを防ぎ、建物所有者（仮差押債務者）が敷地を売却するに際

して買主とどのような内容の敷地利用権を設定するかを選択の自由度を大きくするために、買受人選択説を採る必要性が高い。その必要性は、買受人選択説をとることから生ずる難点（2および3(ア)(イ)で検討した難点）を乗り越えて買受人選択説をとることを正当化するほどに大きいかが問題となるが、それを正当化するほどに十分に大きいと思われる¹⁵⁾。したがって、買受人に法定地上権と約定借地権を選択する権限を認める見解（買受人選択説）を採用すべきである。敷地所有者には確答催告権を与えれば足り、確答がなされない場合には法定地上権が選択されたものとみなすべきである。

15) もっとも、この結論は、幾つかの前提ないし仮定を置いた上で導かれたものであることに注意する必要がある。その前提・仮定が現実と合致しないのであれば、再検討が必要になる。