

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

柳 沢 雄 二

目次

- 1 はじめに
- 2 本判決の紹介
- 3 判旨
- 4 検討
- 5 おわりに

1 はじめに

民事執行法（以下、「民執法」という）81条所定の法定地上権について、従来はそこまで議論が盛んになされていたとはいえない状況であった¹。その理由としては、民執法81条の法定地上権は土地または建物に抵当権が設定されていない不動産について強制競売が行われた場合に成立する²ものであるが、不動産には抵当権（根抵当権を含む）が設定されているこ

-
- 1 民執法81条の適用が問題となった最高裁判例としては、最判平成6・4・7民集48巻3号889頁があるくらいである。この判例については、水上敏「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成6年度』277頁以下（法曹会・1997年）、上原敏夫ほか編『民事執行・保全判例百選 [第2版]』76頁 [山野目章夫]（有斐閣・2012年）およびそこに引用の文献を参照。
 - 2 この点に関して、上田徹一郎「強制競売と法定地上権」新堂幸司＝竹下守夫編『基本判例から見た民事執行法』196頁（有斐閣・1983年）は、土地または建物に抵当権が設定されているか否かにかかわらず、強制競売によって建物と土

とが多く、この場合には民法 388 条の法定地上権の成否が問題となる（民
執法 188 条かっこ書は、担保不動産競売に関して、同法 81 条の準用を除
外している）から、同条が適用される事案が実務的にあまり多くないとい
うことが指摘されている³。

そのような状況の下で現れたのが、最判平成 28・12・1 民集 70 巻 8 号
1793 頁⁴（以下、「本判決」という）である。これは、地上建物および底地
の一部に対して仮差押えの執行がされたところ、当該仮差押えの時点では
地上建物および底地全部が同一の所有者に属していたが、その後仮差押
えの対象とされていない底地の部分が第三者に譲渡され、さらに仮差押え
が本執行に移行して強制競売手続がされたという事案に関して、民執法
81 条の法定地上権が成立するか否かが争われ、結論としてその成立を肯
定した最高裁判決である。

本件事案は、底地の一部は仮差押えがされたが残部の仮差押えはされて
いないという点で、かなり特殊な事案であるといつてよいであろう。その
ため、本件事案と全く同じ場面について検討ないし議論がされたことは、

地の所有者を異にするに至った場合には、民執法 81 条の法定地上権が成立す
ると解すべきであると主張する。

これに対して、通説は、土地または建物に抵当権が設定されており、抵当権
付きの不動産が競売された場合には、当該抵当権が実行されたか否かにかかわ
らず、民法 388 条の法定地上権が成立し、民執法 81 条は適用されないと解し
ている。田中康久『新民事執行法の解説 [増補改訂版]』159 頁（金融財政事
情研究会・1980 年）、難波孝一「法定地上権」大石忠生ほか編『裁判実務大系
第 7 巻 民事執行訴訟法』237 頁（青林書院・1986 年）、中野貞一郎＝下村正明
『民事執行法』437 頁（注 19）（青林書院・2016 年）等参照。

3 新堂幸司ほか編『民事執行法理論展望 不動産執行篇』57 頁 [佐藤歳二発言]
（有斐閣・1988 年。以下、「理論展望」と引用する）、東京地裁保全研究会『民
事保全実務の諸問題』136 頁（判例時報社・1988 年）（初出は判時 1159 号
（1985 年））等。

4 裁時 1665 号 2 頁、判時 2329 号 37 頁、判夕 1435 号 103 頁、金法 2065 号 50 頁、
金判 1520 号 28 頁。

判例解説として、野村武範・ジュリ 1509 号 91 頁（2017 年）がある。また、
判例評釈として、杉本和土・法教 439 号 126 頁（2017 年）、野村秀敏・金判
1520 号 8 頁（2017 年）、黒田直行・JA 金融法務 561 号 51 頁（2017 年）、中
川敏宏・法セミ 752 号 106 頁（2017 年）、河津博史・銀法 818 号 67 頁（2017
年）等がある。

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

これまではなかったように思われる。

しかしながら、仮差押えがされていない底地が譲渡されたという点に着目すれば、「地上建物に対する仮差押えの時点では建物および土地が同一の所有者に属していたが、仮差押え後に土地が第三者に譲渡され、さらに建物の仮差押えが本執行に移行した事案」の一種として分類することが可能である。そして、こちらの場面に関しては、以前から議論の対象となっており、学説の対立が見られた。そのため、本判決が実務および学説に及ぼす影響は大きいと考えられる。

そこで、本稿では、本判決の紹介を行い、従来の学説状況を踏まえた上で、本判決を検討することを目的とする。

2 本判決の紹介

(1) 事案の概要

A は、平成 14 年 5 月 23 日当時、838 番 6 の土地、その北東側に隣接する 838 番 8 の土地、およびこれらの土地の上にある本件建物を所有していた（なお、A の妻である X は、838 番 8 の土地の北東側に隣接する 838 番 4 の土地を所有している）。本件建物および 838 番 8 の土地につき、平成 14 年 5 月 23 日、仮差押え（以下、「本件仮差押え」という）がされた（なお、838 番 6 の土地については、仮差押えの対象にはなっていなかった）。A は、平成 19 年 3 月 26 日、838 番 6 の土地を X に贈与した。本件建物および 838 番 8 の土地につき、平成 20 年 2 月 20 日、強制競売手続の開始決定による差押えがされた（以下、この強制競売手続を「本件強制競売手続」という）。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った。Y は、本件強制競売手続における売却により、本件建物および 838 番 8 の土地を買い受け、平成 21 年 6 月 9 日に代金を納付して、その所有権を取得した。Y は、平成 21 年 7 月 29 日から、本件建物、838 番 8 の土地および 838 番 6 の土地を占有している。

本件は、次の 2 つの事件から成る。

第 1 事件は、Y の A および X に対する請求である。すなわち、Y は、

Xらが、平成21年7月29日に本件建物等を引き渡す際に、本件建物と一体となっていた物品（付加一体物、附合物または従物）を違法に撤去したとして、不法行為に基づく損害賠償（修復の費用）496万0340円、Yが本件建物等の所有権を取得した日（平成21年6月9日）から引渡しを受けた日（同年7月29日）までの間、Xらは権限なく本件建物等を占有したとして、賃料相当損害金10万円、弁護士費用30万円、を主張して、536万0340円および内金506万0340円に対する平成21年12月16日（訴状送達の日翌日）から支払済みまで年5分の割合による金員の支払いを求めている。第1事件の争点は、Xらの撤去した物がYの所有物であるか、および、明渡しまでのXらの占有が不法であるか、である。

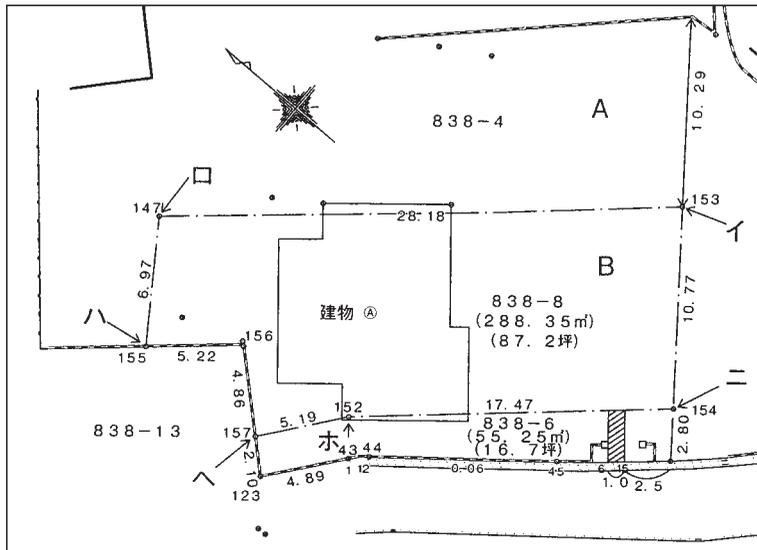
第2事件は、XのYに対する請求である。すなわち、838番4の土地および838番6の土地を所有するXが、838番8の土地を所有するYに対して、838番4の土地と838番8の土地の境界は別紙図面イロハの各点を順次直線で結んだ線であり、838番8の土地と838番6の土地の境界は別紙図面ニホへの各点を順次直線で結んだ線であるとして、その確定を求め⁵（Xの主張どおりに境界が定められた場合、Yが競売によって取得した本件建物は、X所有の838番4の土地および838番6の土地にはみ出すこととなる）、Yが競売によって838番8の土地および本件建物の所有権を取得して占有を開始した平成21年7月29日以降、Yは権限なく838番4の土地および838番6の土地の上にある植栽を伐採したとして、不法行為に基づき、伐採された植栽の時価相当額200万円およびこれに対

5 なお、控訴審においてXが図面を差し替えたため、第1審と控訴審で境界確定の表記が異なっているが、内容的には変更はないといえる。第1審の別紙図面（民集70巻8号1812頁・金法2065号67頁）と控訴審の別紙図面（民集70巻8号1832頁・金法2065号61頁）の対応は、以下のとおりである。

第1審	イ点	ロ点	ハ点	ニ点	ホ点	ヘ点	斜線部分
控訴審	153	147	155	154	152	157	P3・P4・P2・P1・P3の各点を順次直線で結んだ部分

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

<別紙図面>



民集 70 卷 8 号 1812 頁・金法 2065 号 67 頁より図面を一部引用

する平成 21 年 8 月 1 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員の支払いを求め、 838 番 6 の土地を所有する X が、この土地のうち別紙図面の斜線部分 (X が Y に対して市道に通ずるための通行を認めている部分) を除き、Y は権限なくこの土地を占有しているとして、所有権に基づく明渡しおよび平成 21 年 7 月 29 日より明渡しに至るまで毎月 1 万円の賃料相当損害金の支払いを求めている。第 2 事件の争点は、法定地上権の成否である。

(2) 第 1 審の判断

第 1 審 (福岡地直方支判平成 24・11・30⁶) は、第 1 事件に関して、X

6 民集 70 卷 8 号 1800 頁、金法 2065 号 62 頁、金判 1520 号 36 頁。

らが撤去した物のうち本件建物の付加一体物および従物に当たるものを認定して320万円を損害と認め、Yが所有権を取得した不動産をXらが平成21年6月9日から同年7月29日まで占有していたのは無権限であるから使用対価5万円を支払う義務があり、また弁護士費用として30万円が相当であるとして、AおよびXに対して、連帯して355万円および内金325万円に対する平成21年12月16日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払いを命じ、その余のYの請求を棄却した。

第2事件に関して、Xが依拠する土地家屋調査士作成の現況平面図の正確性および信用性を検討し、結論として同図には問題がないとして、Xの主張どおりに境界を定めた。また、植栽の伐採による損害賠償請求については、YがXの了解を受けずに伐採した838番4の土地および838番6の土地の上にある植栽の評価額は計141万6500円であるとして、同額の損害賠償および遅延損害金の限度で請求を認め、その余の請求を棄却した。そして、所有権に基づく土地明渡等請求、とりわけ法定地上権の成否については、以下のように判示して、法定地上権の成立を否定してXの明渡請求を認めたが、賃料相当損害金の支払請求については金額の立証がないとして請求を棄却した。

「差押えの当時、土地及び地上建物が同一所有者に帰属しておらず、この場合、たとえA及びXが夫婦であり、その他Yの主張する事実を前提としても、土地の利用権を設定することが可能なのであるから、民事執行法81条に基づく法定地上権は成立しない（なお、仮差押え時に土地・建物双方の所有者が同一であればよいとするのは、民事執行法81条の明文に反すること、土地譲渡の際に土地利用権を設定することが可能であり、債権者はこの効力を引き受ければ足りること、仮差押えの手続は売却を含まず売却は差押えに基づくものであることから、差押え時に土地・建物が同一所有者でなければならないものと解する。）」

(3) 原審の判断

第1審判決に対して、第1事件についてはAおよびXがそれぞれ控訴

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

し、第2事件についてはXおよびYがそれぞれ控訴した。

原審（福岡高判平成26・11・21⁷）は、第1事件に関して、撤去物の経済的評価につき「本件建物の評価をも斟酌して考察するのが相当である」として、Yが拠出した修復費用465万7107円に、本件建物自体の現価率が0.181とされていること等の諸事情を勘案して、損害額を100万円とする。その他、賃料相当損害金および弁護士費用については第1審の判断を引用する。その結果、AおよびXに対して、連帯して135万円および内金105万円に対する平成21年12月16日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払いを命じ、その余のYの請求を棄却した。

第2事件に関して、境界確定については、838番8の土地の現況平面図の証拠価値には疑問を差し挟む余地があるものの、この図面により境界を確定するのが合理的であるとして、結論的に第1審と同様の境界を確定した。また、伐採された樹木（植栽）の損害については、的確な証拠は存在しないが、諸般の事情を勘案して、50万円とした。そして、土地明渡請求、とりわけ法定地上権の成否については、第1審判決をそのまま引用して、法定地上権の成立を否定してXの明渡請求を認め、かつ賃料相当損害金として1カ月当たり5000円の限度でこれを認め、その余のXの請求を棄却した。

(4) 上告受理の申立て理由

原判決に対して、Yが上告受理の申立てをし、これが受理された。

受理された部分の理由としては、838番6の土地につきAからXに贈与を原因として所有権が移転されているが、これは同土地が仮差押えを免れたことを奇貨として、今後予想される強制執行から免れるため、さらには838番8の土地および本件建物の強制競売手続そのものを困難とするためになされたものであり、その実質は通謀虚偽表示による所有権の移転と

7 民集70巻8号1813頁、金法2065号54頁、金判1520号31頁。

いってもよいこと、また、仮に法定地上権の成立を否定することになれば、競売手続における物件明細書⁸に 838 番 6 の土地に対しては法定地上権が成立するとの表示を信じて本件建物を競落した Y の地位は極めて不安定なものとなるばかりでなく、競売妨害を誘発する結果をもたらすことになること、を挙げて、民執法 81 条が類推適用されるべきであると主張する。

3 判旨

一部破棄差戻し・一部棄却

「(1) 地上建物に仮差押えがされ、その後、当該仮差押えが本執行に移行してされた強制競売手続における売却により買受人がその所有権を取得した場合において、土地及び地上建物が当該仮差押えの時点で同一の所有者に属していたときは、その後に土地が第三者に譲渡された結果、当該強制競売手続における差押えの時点では土地及び地上建物が同一の所有者に属していなかったとしても、法定地上権が成立するというべきである。その理由は次のとおりである。

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こ

8 民集 70 卷 8 号 1800 頁の上告受理の申立て理由では「物件説明書」と記載されているが、「物件明細書」の誤りであろう。

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

とは、地上建物の収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。

(2) 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 Y 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。」

最高裁は、原判決中、X の Y に対する土地明渡請求を認容し、賃料相当損害金の支払請求を一部認容すべきものとした部分を破棄し、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更に審理を尽くさせるため、上記部分につき本件を原審に差し戻した。なお、その余の請求に関する上告については、上告受理申立て理由が上告受理の決定において排除されたとして、棄却した。

4 検討

(1) 問題の所在

冒頭でも述べた通り、本件は、地上建物および底地の一部に対して仮差押えの執行がされたところ、当該仮差押えの時点では地上建物および底地全部が同一の所有者に属していたが、その後に仮差押えの対象とされていない底地の部分が第三者に譲渡され、さらに仮差押えが本執行に移行して強制競売手続がされた場合に、民執法 81 条の法定地上権が成立するか否かが争われた事案である。

ここで、民執法 81 条の法定地上権の成立要件を確認しておくとして、差押えの当時、土地の上に建物が存在すること（物理的要件）、土地およびその上にある建物が債務者の所有に属すること（所有者要件）、土地または建物に差押えがなされたこと、ならびに、売却により土地と建物

の所有者を異にするに至ったこと、である⁹。

もし仮に、本件事案において仮差押えの執行がされた底地の部分が第三者に譲渡されていたとしたら、当該底地の譲渡行為は、仮差押えの処分禁止効に抵触する行為として執行手続上は無視され、仮差押えから本執行に移行した際には、仮差押え後の所有権の移転は売却によってその効力を失う（民執法 59 条 2 項）ことになるであろう。そのため、この場合は所有者要件を満たすといえ、建物につき法定地上権が成立するはずである¹⁰。

- 9 このうち議論が多いのは、物理的要件と所有者要件である。詳細につき『理論展望』26 頁以下、西村宏一＝佐藤歳二編『注解不動産法第 9 巻 不動産執行』397 頁以下 [井上稔] (青林書院・1989 年)、石川明ほか編『注解民事執行法上巻』823 頁以下 [生熊長幸] (青林書院・1991 年)、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)』305 頁以下 (法曹会・1999 年)、中野＝下村・前掲 (注 2) 437 - 440 頁等参照。

もっとも、仮差押えが存在する場合には、仮差押えの効力の暫定性 (仮定性) と関連して、(a) 仮定性肯定説、(b) 仮定性否定説、(c) 有効性推定説 (その中で、(c-1) 一元説と (c-2) 二元説) の対立があるとされる。(a) 仮定性肯定説は、仮差押えの効力の消長によって売却条件が影響される場合には、被保全債権に関する本案訴訟が確定するまで売却条件が定まらず、手続を進行させることができないために、法定地上権の成否の問題は生じないとする説である。(b) 仮定性否定説は、仮差押えの効力が消滅しない限りは差押えの効力と同一に扱えばよく、仮差押え時を基準として法定地上権の成否を判断する説である。(c) 有効性推定説は、仮差押えの効力の暫定性を肯定しつつ、仮差押えが消滅しない限り執行手続では仮差押えの効力をそのまま認める説であり、(c-1) 一元説は、物理的要件と所有者要件の区別なく一元的に判断すべきであるとする説であり、(c-2) 二元説は、物理的要件については差押え時を基準とし、所有者要件については仮差押え時を基準とする説である。

仮差押えの効力の仮定性については、富越和厚『差押え・仮差押えの効力 (4)～(6)』金法 1004 号 14 頁以下・1005 号 17 頁以下・1010 号 6 頁以下 (いずれも 1982 年)、東京地裁保全研究会・前掲 (注 3) 129 - 133 頁、東京地裁民事執行実務研究会・上掲 304 頁、八木一洋＝関述之編著『民事保全の実務 (上) [第 3 版増補版]』200 頁 [谷有恒] (金融財政事情研究会・2015 年) 等参照。

- 10 『民事執行セミナー』132 頁 [浦野雄幸発言]・134 頁 [吉原省三発言] (有斐閣・1981 年。以下、『民事執行セミナー』と引用する)、香川保一監修『注釈民事執行法 第 4 巻』184 頁 [原田和徳] (金融財政事情研究会・1983 年)、浦野雄幸『条解民事執行法』363 頁 (商事法務研究会・1985 年)、東京地裁保全研究会・前掲 (注 3) 129 頁、廣田民生『現況調査と法定地上権』執行官雑誌 20 号 34 - 35 頁 (1989 年)、西村＝佐藤編・前掲 (注 9) 401 頁 [井上稔]、石川ほか編・前掲 (注 9) 830 頁 [生熊長幸]、深沢利一 (園部厚補訂)『民事執行の実務 (上) [補訂版]』216 頁 (新日本法規・2007 年)、八木＝関編著・前掲 (注 9) 200 頁 [谷有恒] 等。

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

これに対して、本件事案では、仮差押えがされていない底地の部分が第三者に譲渡されているから、当該底地の譲渡行為は底地および建物の仮差押えの処分禁止効に抵触する行為ということとはできず、当該底地の譲渡は完全に有効である¹¹。

しかも、不動産に対する仮差押えの執行に関する民事保全法（以下、「民保法」という）47条5項は、仮差押えの登記をする方法による場合に民執法81条を準用していない。その理由は、法定地上権は不動産の売却の効果に関する制度であるところ、不動産に対する仮差押えの執行は、仮差押えの登記をする（民保法47条1項）にとどまり、換価（不動産の売却）および満足（配当）の手続までは進まないからである¹²。

さらに、この問題の背景には、土地の登記事項証明書には地上建物の仮差押えの有無が表示されていないから、土地の譲渡人としては、ただ地上に建物があるというだけで法定地上権の成否を判断しなければならないという側面と、地上に建物が建っている以上は、その地上建物の登記事項ぐらひは調べるべきであるという側面との相反関係があるといえる¹³。

以上より、本件においては、民執法81条の法定地上権の成否が問題となるのである。

(2) 従来学説の対立

民執法81条の法定地上権の成立要件のうち、所有者要件を満たすべき時点について、学説上は、(a) 差押え時説¹⁴、(b) 売却時（換価時）説、

11 『民事執行セミナー』134頁 [吉原省三・竹下守夫各発言]、富越和厚「差押え・仮差押えの効力(8)」金法1016号26頁(1983年)、香川監修・前掲(注10)184頁 [原田和徳]、『理論展望』55頁 [井上稔発言]、八木 = 関編著・前掲(注9)200頁 [谷有恒] 等。

12 瀬木比呂志『民事保全法 [新訂版]』447頁 (日本評論社・2014年)、戸根住夫『民事保全法要論』95頁 (法律文化社・2015年) 等。

13 『理論展望』56頁の佐藤歳二発言参照。

14 石川ほか編・前掲(注9)824頁以下 [生熊長幸] は、この説を、「仮差押えは執行の保全手続にすぎないのだから、法定地上権成立要件の基準時は、基本的には差押え時を中心に考えるべきであるとする説」と解して、「差押手続重視

(c) 仮差押えの執行が先行する場合には仮差押え時を基準とする説¹⁵、の3説が対立している¹⁶。

なお、法定地上権の成否を判断するに当たっては、物理的要件か所有者要件か、また(仮)差押えの目的物が土地か建物かによって、検討すべき事項が異なり得ることから、類型ごとに考察すべきであると指摘されている¹⁷。前述のように、本件は、地上建物に対する仮差押えの時点では建物および土地が同一の所有者に属していたが、仮差押え後に土地が第三者に譲渡され、さらに建物の仮差押えが本執行に移行した事案の一種として分類することが可能であるので、学説の紹介も、この事案の類型に即した理由や批判を摘示することにする。

(a) 差押え時説¹⁸

この説の主な理由は、民執法 81 条の文理に忠実である(民執法は、59 条 2 項・3 項や 87 条 1 項 4 号・2 項のように「差押え」と「仮差押え」

説」と呼ぶ。

- 15 富越・前掲(注 11) 26 頁は、この説を、「本執行への移行により、法定地上権の基準時たる差押え時が仮差押え時へ移動する(仮差押えが差押えへ移行する)」説と解して、「基準時移動説」と呼ぶ。また、石川ほか編・前掲(注 9) 824 頁以下[生熊長幸]は、「仮差押債権者の把握した目的物の交換価値を重視して、仮差押えと差押えとを法定地上権の成立要件との関係では基本的に同様に考えて処理しようとする説」と解して、「把握価値重視説」と呼ぶ。
- 16 この他、あり得る説として、物件明細書の作成時説も指摘されている(『理論展望』27 頁[井上稔発言]、西村=佐藤編・前掲(注 9) 397 頁以下[井上稔]、東京地裁民事執行実務研究会・前掲(注 9) 303 頁等)。しかし、物件明細書の作成という執行裁判所(平成 16 年の民事執行法改正(法律第 152 号)後は裁判所書記官)の内部的な事務処理の時点によって法定地上権の成否が判断されるのは不合理であることもあって、この説を正面から主張した論者はいないと思われる。野村(秀)・前掲(注 4) 11 頁(注 2)、野村(武)・前掲(注 4) 92 頁。
- 17 西村=佐藤編・前掲(注 9) 397-398 頁[井上稔]、野村(武)・前掲(注 4) 92 頁等。
- 18 富越和厚「法定地上権」金法 947 号 26 頁(1981 年)、香川監修・前掲(注 10) 183 頁[原田和徳]、浦野・前掲(注 10) 363 頁、『理論展望』55 頁[中野貞一郎発言]、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法[第 6 版]』294 頁[石川明](日本評論社・2009 年)、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』248 頁[藤本利一](日本評論社・2014 年)、中野=下村・前掲(注 2) 425 頁・440 頁等。

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

を明確に区別しており、仮差押えの執行だけで法定地上権を認める結果となるのは民法81条の明文に反する)、仮差押えの手続は売却を含まず、売却はあくまでも差押えに基づいて行われる、債務者から土地譲受人への土地の譲渡の際に土地利用権が約定されていれば、仮差押債権者としてもその効力を否定する理由はない、この場合に、仮差押債権者が本執行に移行する前に土地譲受人の債権者が土地を差し押さえることがあり得る¹⁹、債務者の土地建物について建物だけに仮差押えの執行をするという変則的事態に対して、例外を認めるまでの必要はない、等である²⁰。

この説に対する批判としては、条文の体裁だけで結論を出すのは早計である、抵当権の場合には、物権的な価値把握という設定時の意思が重視されるが、強制執行の場合にはそのような考慮はさほど必要でなく、差押えの時点に決定的な意味を持たせる必要性はない、本件のような場合、建物の仮差押え後に土地が譲渡される際に土地の約定利用権が設定される保障はないし、約定されない場合も多い、等がある²¹。

(b) 売却時（換価時）説²²

この説は、所有者要件の基準時につき、民法388条のような「抵当権設定に伴う当事者の意思に配慮する必要がない」から、「考えられる時点は

さらに、『民事執行セミナー』133 - 134頁の竹下守夫発言（ただし後に改説）および深沢（園部補訂）・前掲（注10）216頁。

19 この理由の意味につき、野村（秀）・前掲（注4）9頁は、「仮差押え時説によると、土地の競売による買受人は約定利用権の負担を受けるのか（仮差押えの移執行がない場合）、法定地上権の負担を受けるのか（移執行がある場合）が仮差押えの消長によって左右されてしまう。」と解説する。

20 差押え時説の理由は、中野 = 下村・前掲（注2）425頁・440頁による。

21 につき難波・前掲（注2）244頁、につき東京地裁保全研究会・前掲（注3）135頁、につき難波・前掲（注2）244頁、『理論展望』55頁【井上稔発言】、東京地裁保全研究会・前掲（注3）133頁、八木 = 関編著・前掲（注9）200 - 201頁【谷有恒】。

22 鈴木忠一 = 三ヶ月章編『注解民事執行法（3）』194頁【東孝行】（第一法規・1984年）。なお、『民事執行セミナー』132頁の浦野雄幸発言にも、売却時説を思わせる表現がある（もっとも、浦野・前掲（注10）363頁では、差押時説を明示している）。

差押え時点と売却時点である」と述べた上で検討している点に特徴がある。つまり、この説は仮差押えがなされた場合をそもそも念頭に置いていない（と思われる）点に留意する必要がある。そして、差押債権者は差押えの時に、抵当権者が抵当権設定時に抱くような建物敷地利用権に関する法的に保護されるべき意思を有しているとはいえないこと、および、差押え時から売却までの事情変更によって生じる諸問題を回避することは法的解釈を単純化することに役立つこと、を理由として挙げる²³。

この説に対する批判としては、裁判所書記官は「売却により設定されたものとみなされる地上権の概要」を記載した物件明細書を作成しなければならない（民執法 62 条 1 項 3 号）²⁴ ところ、売却時点で土地および建物の所有者が同一であり法定地上権が成立するかを裁判所書記官が物件明細書の作成時点で把握することは困難である、法定地上権の成否は不動産の売却価額に重大な影響を及ぼすが、売却基準価額を定めなければならない執行裁判所（民執法 60 条 1 項）にとって、売却時点での土地および建物の所有者の同一性を判断するのは困難である、法定地上権の成否を判断するために、債務者が売却時まで不動産を譲渡するか否かを常に監視しなければならないことになる、等がある²⁵。

(c) 仮差押えの執行が先行する場合には仮差押え時を基準とする説²⁶

この説の主な理由は、仮差押えは金銭執行を保全するものであるが、

23 東京地裁保全研究会・前掲（注 3）126 頁は、この説の形式的な理由として、「売却により所有者を異にする」という民執法 81 条の文言に即した解釈が可能なのではないかと推測している。

24 現況調査を行う執行官も、現況調査報告書の記載事項として、法定地上権の成立に関連する土地または建物の所有者を調査することが要求される（民執規 29 条 1 項 4 号二・5 号八）。この点につき、最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事執行規則 [第 3 版]』141 頁・143 頁（司法協会・2007 年）参照。

25 難波・前掲（注 2）243 頁、『理論展望』27 頁 [井上稔発言]、東京地裁保全研究会・前掲（注 3）126 頁、西村 = 佐藤編・前掲（注 9）825 頁 [生熊長幸]、浦野編・前掲（注 18）294 [石川明]、中野 = 下村・前掲（注 2）425 頁等。

26 『民事執行セミナー』134 頁 [吉原省三発言]、竹下守夫ほか『ハンディコンメ

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

本執行に移行すれば差押えの効力と何らの差異がないといってよいから、仮差押えが本執行に移行した場合には、仮差押えの時点で土地と建物の所有者が同一であるか否かを判断するのが自然であり、また執行の保全という仮差押えの目的に適合している²⁷、建物を仮差押えした債権者は、法定地上権が成立するという期待を有しているといえる、債務者としても、仮差押えを受けた時点で、執行による売却がなされた場合には法定地上権の負担を受けるものと覚悟しているのが通常である、等である²⁸。

「タートル民事執行法」183頁【竹下守夫】(判例タイムズ社・1985年)、松本恒雄「法定地上権と法定賃借権」米倉明ほか編『金融担保法講座』263頁(筑摩書房・1985年)、難波・前掲(注2)245頁、『理論展望』55-56頁【竹下守夫・鈴木祿弥・新堂幸司・井上稔各発言】、東京地裁保全研究会・前掲(注3)133-134頁、廣田・前掲(注10)34-35頁、西村=佐藤編・前掲(注9)401頁【井上稔】、石川ほか編・前掲(注9)830頁【生熊長幸】、東京地裁民事執行実務研究会・前掲(注9)308頁、八木=関編著・前掲(注9)200-201頁【谷有恒】、園部厚『民事執行の実務(上)』181頁(新日本法規・2017年)等。

ところで、仮差押え時説の中には、(c-1)仮差押えから本執行に移行した場合には法定地上権の成立を認めるが、他の債権者による差押えの場合には法定地上権の成立を認めないことを明示するもの(竹下ほか・上掲183頁【竹下守夫】、難波・前掲(注2)245頁、東京地裁保全研究会・前掲(注3)136頁)と、(c-2)建物の仮差押え後に土地が譲渡されて、建物に対する差押えの時点で土地と建物の所有者を異にするに至った場合には、法定地上権の成立を認めると述べるもの(廣田・前掲(注10)34-35頁、西村=佐藤編・前掲(注9)400頁【井上稔】、石川ほか編・前掲(注9)830頁【生熊長幸】、東京地裁民事執行実務研究会・前掲(注9)308頁、八木=関編著・前掲(注9)200-201頁【谷有恒】、園部・上掲181頁)があるとされる。この点につき、野村(武)・前掲(注4)92-93頁参照。

もっとも、(c-2)で挙げた文献の中で、「法定地上権が成立するのは、仮差押えの執行から本執行に移行した場合に限定されない」と明確に述べているものは、存在しないのではなからうか。とすれば、これらの文献が、建物の仮差押え後に土地が第三者に譲渡され、さらに仮差押債権者以外の債権者が建物の差押えをした場合にも法定地上権を認める趣旨なのかは、不明であると言わなければならないように思われる。

- 27 富越・前掲(注11)26頁は、「基準時移動説(筆者注:仮差押え時説)をとるとすれば、甲(筆者注:仮差押債権者)は仮差押えにより法定地上権が成立すべき建物または土地の価値を把握したとする価値権的理解……に近づくことになりそうである。」と評価する。
- 28 につき難波・前掲(注2)244頁、東京地裁保全研究会・前掲(注3)133-134頁、につき『民事執行セミナー』134頁【吉原省三発言】、西村=佐藤編・前掲(注9)400頁【井上稔】、につき難波・前掲(注2)244-245頁。

この説に対する批判としては、仮差押えには現況調査がないため、仮差押え時の建物の存否を確認する必要がある、仮に土地の譲受人に対して強制執行がされたときは、その手続における法定地上権の成否が、建物に対する仮差押えの消長によって仮定的なものとなる、建物のために賃借権を設定した土地譲受人の保護が問題となる、等がある²⁹。

(3) 本判決の検討

本判決は、結論として法定地上権の成立を認めた。以下、本判決の理由づけを検討する。

(ア) 本判決は、理由づけに当たり、まず民執法 81 条の法定地上権の制度趣旨を説示している。すなわち、「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。」とする。この説示については、特に問題はないであろう³⁰。

(イ) その上で、本判決は、「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

29 につき富越・前掲(注18)26頁、につき富越・前掲(注11)26頁、につき『民事執行セミナー』132頁[竹下守夫発言(ただし旧説)]、富越・前掲(注11)26頁、

これに対して、に対する反論として、東京地裁保全研究会・前掲(注3)134頁は、「例えば、仮差押後に設定された抵当権に基づいて競売申立てがされた場合のように、仮差押えの処分禁止効の仮定性のゆえに手続が影響を受けざるを得ない場合もあるのであるから、このことが決定的理由とまでなるとは思えない。」と述べる。

30 民執法 81 条の法定地上権の制度趣旨につき、田中・前掲(注2)159頁、中野＝下村・前掲(注2)424頁等参照。

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

使用权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权が設定されるとは限らない」ことを指摘している。

(あ) 確かに、差押え時説ならびに本件の第1審判決および原判決が論じるように、土地を譲渡する際に譲渡人である建物所有者が譲受人との間で土地利用権を約定することは、理論的には可能である³¹ばかりか、むしろこのような土地利用権の約定がなされるのが通常であろう。

しかし、本判決も述べるように、土地を譲渡する際に当事者間で土地利用権の約定が常になされるわけではない³²。例えば、土地の譲渡が家族間でなされる場合、譲渡原因が贈与であり、かつ土地利用権の約定をしないことも想定されるのである。このような譲渡が執行妨害の目的でなされることは十分に考えられるけれども、かといってすべての事案が通謀虚偽表示であるということもできないように思われる³³。そして、土地の譲渡の際に土地利用権の約定がなされなかった場合、建物は不法占有状態になって常に保護されないとすれば、建物の収去による社会経済的な損失は大きいと言わざるを得ないのではなかろうか。

(い) 他方で、差押え時説によった場合に、土地の利用権が約定されなかったときでも建物の存続を維持させようとするならば、法定地上権を成立させるために仮差押債権者が採るべき措置を考えなければならないことになる。その方策として、仮差押債権者は常に建物のみならず底地全体をも仮差押えしなければならないという見解³⁴が考えられよう。

31 『民事執行セミナー』133頁 [竹下守夫発言]、山本ほか編・前掲(注18)248頁 [藤本利一]、中野=下村・前掲(注2)440頁等。

32 『理論展望』55頁 [井上稔発言]等。

33 本件では、AからXに贈与された838番6の土地のうち、建物の敷地となっている部分のごくわずかであり、Yもこの贈与は執行妨害の目的であったと主張している。確かに執行妨害の可能性は高いように感じられるが(中川・前掲(注4)106頁も同旨)、民集に掲載された事情からはAX間の贈与の意図までは窺い知ることができないので、この点は留保しておきたい。

34 中野=下村・前掲(注2)440頁は、「債務者の土地付建物につき建物だけに対し仮差押えの執行をする」場合を「変則的事態」と考えており(『理論展望』55

しかし、この見解に対しては、超過仮差押えの禁止または保全の必要性（民法 20 条 1 項）との関係がまず問題となると思われる³⁵。また、仮に超過仮差押えの禁止や保全の必要性の問題はクリアーして、建物と底地全体に対する仮差押えが認められたとしても、超過売却となる場合の措置（民執法 73 条）が採られる可能性があることも考慮に入れなければならないであろう³⁶。ただ、このように考えてくると、法定地上権を成立させるために仮差押債権者は常に土地と建物の双方に対して仮差押えをしなければならないと解するのは、必ずしも合理的ではない可能性がある³⁷。

（う）それでは、差押え時説によった場合に、地上建物に対しては仮差

頁 [中野貞一郎発言] も同じ)、その半面として、仮差押えをする場合は常に土地と建物の双方に対して行うべきだと解しているといえよう。

- 35 井出正弘「不動産仮差押え」菅野博之・田代雅彦編『民事保全の実務』37 頁（商事法務・2012 年）は、建物または土地のいずれかの不動産に対する将来の強制執行によって請求債権全額の満足を得ることができると解される場合には、建物と土地の双方を対象とする仮差押えは保全の必要性を欠く（超過仮差押えの禁止）とする。東京地裁保全研究会・前掲（注 3）118 頁、須藤典明ほか『民事保全 [三訂版]』114 頁（青林書院・2013 年）等もほぼ同旨。

この点、差押え時説によれば、たとえ土地または建物のいずれかの不動産に対する強制執行によって請求債権全額の満足を得ることができるとしても、仮差押債権者が法定地上権を成立させるために土地と建物の双方の仮差押えを行う場合には、保全の必要性を認めなければならないということになるのではなかろうか。

- 36 野村（秀）・前掲（注 4）12 頁（注 18）は、この場面で超過売却となる場合の措置（民執法 73 条）のことを持ち出すのは、一括売却（同法 61 条）がなされ得ることに鑑みれば、的を射ていないと批判する。

しかし、ここでの考察は、「仮差押債権者は、法定地上権を成立させるために、土地と建物の双方を常に必ず仮差押えしなければならないか」という問題意識からなされたものであって、超過売却になるかそれとも一括売却がなされるかを検討することが主題だったわけではない。もっとも、この問題意識からするならば、超過売却の問題よりは保全の必要性（超過仮差押えの禁止）の問題をより詳細に検討すべきであったと思う。

- 37 なお、野村（秀）・前掲（注 4）10 頁が指摘するように、本件で境界確定訴訟も併合されている点に鑑みれば、838 番 8 の土地を仮差押えした債権者は、本件建物は 838 番 8 の土地に収まっているから 838 番 6 の土地を仮差押えする必要はないと考えたが、実際には本件建物は 838 番 6 の土地にもはみ出していた、ということなのかもしれない。仮にそうであるとすれば、838 番 6 の土地をも仮差押えしておかなかったがゆえに法定地上権の成立を否定するというのは、仮差押債権者および建物の買受人にとって酷な結果といえよう。

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

押えを行い、底地に対しては処分禁止の仮処分（民保法 23 条 1 項）を申し立てて、底地の所有者の変動を制限し（当事者恒定効）、本執行による差押えの時点では土地と建物の所有者を一致させるようにして、最終的には法定地上権を成立させる、という方法はどうか。

しかし、この方法はあまりにも回りくどいように思われるし、最大の難点は、底地に対する処分禁止の仮処分の被保全権利³⁸が存在するのかが不明であることであろう。すなわち、建物の仮差押えをした債権者が、仮差押えの対象になっていない底地に対して何らかの権利を有しているとは考えにくいから、処分禁止の仮処分の被保全権利が存在するとはいえず、よって底地に対する処分禁止の仮処分を申し立てることは極めて困難である（おそらく不可能である）と言わなければならない。

（え）さて、ここまでは、土地の譲渡の際に土地利用権の約定がなされなかった場合を検討してきたが、逆に土地利用権の約定がなされた場合はどうなるのであろうか。

この点、差押え時説は、「土地利用権が約定された場合には、仮差押債権者としてもその効力を否定する理由はない」と論じており、これは当該土地利用権が建物の買受人にも承継されることを前提としていると思われる。しかし、この土地利用権が借地権であれば、対抗力が認められる（借地借家法 10 条 1 項）から問題はないとしても、使用借権だった場合には対抗力が認められない³⁹ことになる。また、土地利用権の約定の内容は様々であり得るが、差押債権者または建物の買受人にとって、約定された土地利用権が有利な場合には土地利用権を承継させ、不利な場合には法定地上

38 処分禁止の仮処分の被保全権利については、須藤ほか・前掲（注 35）139 頁以下、瀬木・前掲（注 12）487 頁以下、梶村太一ほか編『プラクティス民事保全法』29 頁以下 [井出良彦]（青林書院・2014 年）等参照。

39 よって、使用貸主から土地を譲り受けた者が使用借主に対して当該土地の明渡しを請求した場合には、原則として当該明渡請求は認められることになる。幾代通 = 広中俊雄編『新版注釈民法（15）[増補版]』97 頁 [山中康夫]（有斐閣・1996 年）等参照。

権の成立を認めるとする見解の余地が仮にあるとしても、ここでの有利・不利の判断を容易になし得るのか、またその判断基準は何かが問題となるといえる⁴⁰。

(お) 以上のように考えてくると、差押え時説が主張するような、土地の譲渡の際に土地利用権が約定され得るという点は、根拠としてそこまで重視することはできないと言わざるを得ない⁴¹。むしろ、「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(ない)」⁴² という点を根拠として重視するのが、本判決の立場であると解される。

(ウ) さらに、本判決は、「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」と判示する。

ただ、この説示は、やや舌足らずな印象が否めない。

まず、「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」と判示するが、本件でも地上建物の存続の根拠としては法定地上権の成立が想定されていたと解される⁴³のであるから、「地上建物

40 『理論展望』55頁 [鈴木祿弥発言]、野村(秀)・前掲(注4)10頁。

41 なお、中川・前掲(注4)106頁は、「約定利用権設定の難易は相対的なものである」から、この点は本判決にとっても決定的な論拠とはいえないとする。

42 借地借家法15条には自己借地権の制度が設けられているが、「一般的に自己借地権の設定が認められるのではなく、借地権を借地権設定者と借地権設定者以外の者が準共有する場合にのみ、自己借地権の設定が認められる」(広中俊雄編『注釈借地借家法 - 新版注釈民法(15)別冊』880頁 [生熊長幸] (有斐閣・1993年)とされる。そのため、本件のような事案では、自己借地権の設定は認められないと解される。

43 実務家向けの文献である東京地裁保全研究会・前掲(注3)133 - 134頁、東京地裁民事執行実務研究会・前掲(注9)308頁、八木=関編著・前掲(注9)200 - 201頁等がいずれも仮差押え時説を採っていることからして、実務では従前からこの説による取扱いが有力であり、本件の第1審および原審の判断のほうがむしろ珍しかったとも推測される。この点につき、野村(秀)・前掲(注4)10頁、野村(武)・前掲(注4)93頁。

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

に仮差押えをした債権者は、『法定地上権の成立による』地上建物の存続を前提に仮差押えをした」と明言してもよかつたのではなからうか。

また、「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」と判示しているが、ここでいう「不測の損害」が具体的に何を意味するかを直ちに読み取ることは難しいように思われる。この点、法定地上権の不成立が建物の収去と結びつくことに鑑みれば、「不測の損害」とは、「地上建物に法定地上権が成立しないことによって、建物の存続を図ることができず、結果的に建物の収去を余儀なくされるとするならば、建物の価値は瓦礫程度の価値しかなく、売却価額が極端に低くなってしまし、最悪な場合には建物の売却ができないことになってしまうが、それでは仮差押えの実効性⁴⁴が潜脱されることになってしまう」という内容であるといつてよいであろう⁴⁵。

さらに、「不測の損害を被ることとなり、相当ではない」と判示するが、文章の構造からして「不測の損害を被る」のは「仮差押債権者」であり、「相当ではない」というのも「地上建物に法定地上権が成立しないことによって仮差押えの実効性が潜脱されるとすれば、それは仮差押債権者にとって酷だから」という趣旨であろう。ただし、本件では地上建物がすでに売却されており、売却価額もそこまで極端に低いわけではなさそうであるため、実際のところ仮差押債権者には特段の損害は生じていないのではないかと考えられる。そうだとすれば、本判決が仮差押債権者の観点から「不測の損害」を論じている点は、本件事案に限ってみれば疑問の余地がなくはない⁴⁶。もっとも、この点は、あくまでも一般論として、仮差押えをす

44 この点につき、杉本・前掲（注4）126頁は、「本判決の論法は『保全の実効性確保』という補助線を引くことでよりよく理解できると思われる。」と指摘する。また、中川・前掲（注4）106頁も、「仮差押えで把握した交換価値が、建物仮差押え後の土地の譲渡により損なわれるのは妥当でないこと」が、本判決の決定的な論拠であると述べる。

45 杉本・前掲（注4）126頁。

46 むしろ、本件は、地上建物を競売で買い受けたYにとって、建物に法定地上権が成立しないとすれば建物を収去しなければならなくなるという意味で、

る段階における仮差押債権者の利益に焦点を当てるのが、本判決の意図なのであろうと解される⁴⁷。

(工) なお、別紙図面(民集70巻8号1812頁・金法2065号67頁)を見る限り、本件建物が838番6の土地にはみ出している部分は、ほんのわずかなようである。もっとも、法定地上権の効力が及ぶ土地の範囲は、建物が建っている部分に限定されず、その建物を利用するのに必要な限度で建物が建っている部分以外の部分にも及ぶが、他方で必ずしも一筆の土地全部に及ぶわけではないと解されている⁴⁸。よって、本件において、838番6の土地につきどの範囲で法定地上権が認められるかは、当該土地のうち本件建物を利用するのに必要な限度がどこまでかの判断に依存することになる。この判断は、裁判所によってなされることになっているから、本件でも差戻審がその具体的な範囲を決定することになるであろう。また、地代については、当事者間の協議で決まらなければ、当事者の請求によって、裁判所が定める(民執法81条後段)ことになる⁴⁹。

(オ) ところで、本判決の特徴として、前述の学説の対立のところで争点とされていた民執法81条の「差押え」の文言解釈、すなわち「差押え」に「仮差押え」も含むか否かという問題については、特に何も言及していないという点を挙げるができる。その理由およびこれが何を意味するかを推測するのは容易ではないが、差押え時説が主張するように、民執法

「不測の損害」が発生するといえる事案である。

47 野村(秀)・前掲(注4)11頁(注16)。

48 香川監修・前掲(注10)185頁[原田和徳]、西村=佐藤編・前掲(注9)405頁[井上稔]、石川ほか編・前掲(注9)837頁[生熊長幸]、浦野編・前掲(注18)296頁[石川明]、山本ほか編・前掲(注18)249頁[藤本利一]等。

49 香川監修・前掲(注10)185頁[原田和徳]、鈴木=三ヶ月編・前掲(注22)202頁[東孝行]、浦野・前掲(注10)365頁、西村=佐藤編・前掲(注9)405頁[井上稔]、石川ほか編・前掲(注9)837頁[生熊長幸]、中野=下村・前掲(注2)426頁等。

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

81条の「差押え」に「仮差押え」も含むと解するのは条文の文言解釈としては難しいということ、本判決は暗に認めているのかもしれない。だからこそ、本判決は、法定地上権の成立を認めるに当たり、民執行法81条の制度趣旨から説き起こす必要があったのであろうと思われる。

(カ) 最後に、本判決の射程について、若干の検討をしておきたい⁵⁰。

(あ) 本件は、仮差押えの執行から本執行に移行した事案である。それでは、仮差押債権者以外の債権者が建物の差押えを行った場合にも、法定地上権は成立するのであろうか。この問題につき仮差押え時説の中でも学説の対立があるように見えることについては、前述した(注26参照)とおりである。

この点、本判決は、理由づけの中で、「当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とは、地上建物の収去により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」と説示している。本判決がいう「地上建物の収去により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」に合致させるためであれば、仮差押債権者以外の債権者が建物の差押えを行って買受人が地上建物を取得した場合にも、法定地上権の成立を認めるほうが妥当なようにも感じられる。他方で、本判決が「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」と述べている点を重視するならば、本判決は仮差押えから本執行に移行した場合にのみ法定地上権の成立を認める趣旨であると解するのが適切であるようにも思われる。もっとも、本判決はあくまでも本件事案が仮差押えから本執行に移行して強制競売手続がなされた事案であることを前提として説示しているにすぎず、この問題の解決まで想定しているわけではないとも考えられる。そこ

50 本判決の射程に関して、本稿で検討したもの以外については、野村(秀)・前掲(注4)11頁を参照されたい。

で、この問題は本判決の射程外であると解しておくのが、本判決の理解としては無難であろう⁵¹。

むしろ、この問題を考えるに当たっては、仮差押債権者以外の債権者が建物の差押えをした場合にも法定地上権の成立を認める必要性があるか否かという観点から検討することが重要であると思われる。ここで、債権者が建物の差押えをする時点では土地はすでに譲渡されており、建物の所有者と土地の所有者は異なっているから、「差押え時」を基準とすれば民法 81 条の法定地上権は成立しないことになる。また、差押債権者よりも前に他の債権者が建物の仮差押えを行っており、「仮差押え時」を基準とすれば土地と建物の所有者が同一であったとしても、その後の本案訴訟で仮差押債権者の被保全権利が存在しない等の理由で事情の変更による保全取消し（民法 38 条）がなされて仮差押えの効力が消滅した場合には、結局のところ差押債権者は差押え時に土地と建物の所有者が異なる建物を差し押えたことになるのであって、やはり法定地上権は成立しないことになる。ということは、この場合に法定地上権が成立するか否かは、仮差押債権者の仮差押えの効力が継続するか否かにかかっており、差押債権者が法定地上権の成否に対して直接的な影響を及ぼすことができるわけではないと解される。さらに、債権者が建物の差押えをする際に、その敷地の所有者が誰か、土地と建物の所有者が異なる場合には土地利用権の約定がなされているか否かくらいは、通常は調べるであろうし、またこのような調査の義務を差押債権者に課しても不当とはいえないであろうと思われる（前掲注 13 に対応する本文参照）。この調査の結果、土地と建物の所有者が異なることが判明すれば、差押債権者としては法定地上権の成立は困難であると覚悟するのが普通であって、仮差押債権者の動向によって法定地上権が成立するかもしれないと期待することは、実際にはあまりないのではなからうか。そうだとすれば、法定地上権の成立を認めなくても、差押

51 野村（武）・前掲（注 4）93 頁も、この問題は「仮差押えの仮定性等の問題にも関わりを有するところであって、残された問題といえる。」と述べている。

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

債権者にとってそこまで不都合とはいえないのではないかと考えられる。

以上より、民執法 81 条の法定地上権が成立するのは仮差押えから本執行に移行した場合に限られ、仮差押債権者以外の債権者が建物の差押えを行った場合には法定地上権は成立しないというべきである⁵²。

(い) では、本件とは逆に、土地および地上建物が同一の所有者に属しており、土地のみに仮差押えがなされた後に、建物が第三者に譲渡され、さらに土地の仮差押えが本執行に移行した場合には、法定地上権は成立するであろうか。

まず、土地の仮差押えの時点で、土地の利用権を設定することができないという点、および、建物の譲渡の際に土地の利用権を約定することは可能であるが、常になされるとは限らないという点は、本件と同じである。他方で、建物の譲渡の際に土地の利用権を約定しても、それ自体が土地の仮差押えの処分禁止効に抵触する行為であるから、土地の仮差押えが本執行に移行した場合には、土地利用権の約定の効力は否定されることになる(民執法 59 条 2 項)。よって、仮に建物につき法定地上権が成立しないとすると、建物譲受人の地位は著しく不利になり、また建物所有者は仮差押えの対象となっていない建物の処分をすることが困難になってしまうと考えられる。

したがって、反対説⁵³も有力ではあるが、本判決がいう「地上建物の収去により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」に鑑みて、この場合にも法定地上権の成立を認めるべきであると解する⁵⁴。

52 難波・前掲(注 2) 245 頁および東京地裁保全研究会・前掲(注 9) 136 頁も、結論として同旨を説く。

53 香川監修・前掲(注 10) 184 頁 [原田和徳]、山本ほか編・前掲(注 18) 248 頁 [藤本利一]、中野 = 下村・前掲(注 2) 440 頁等。

54 東京地裁保全研究会・前掲(注 3) 134 頁、西村 = 佐藤編・前掲(注 9) 402 頁 [井上稔]、石川ほか編・前掲(注 9) 831 頁 [生熊長幸]、東京地裁民事執行実務研究会・前掲(注 9) 308 頁、野村(秀)・前掲(注 4) 10 - 11 頁等。

(う) さらに、本件を発展させて、土地および地上建物が同一の所有者に属しており、建物のみ仮差押えがなされた後に、土地および建物が第三者に譲渡され、さらに建物の仮差押えが本執行に移行した場合には、法定地上権は成立するであろうか。

まず、建物の譲渡行為は、建物の仮差押えの処分禁止効に抵触する行為であるから、仮差押えから本執行に移行すれば、当該譲渡行為の効力は否定されることになる(前掲注10に対応する本文参照)。他方で、土地に対しては仮差押えはなされていないから、土地の譲渡は当然に有効である。そのため、現象的には本件事案と同様の場面であるといえることができる。

とすれば、この場合は本判決の射程に含まれると解してよく、法定地上権の成立を認めることができるというべきである⁵⁵。

5 おわりに

本判決は、地上建物および底地の一部に対して仮差押えの執行がされたところ、当該仮差押えの時点では地上建物および底地全部が同一の所有者に属していたが、その後に仮差押えの対象とされていない底地の部分が第三者に譲渡され、さらに仮差押えが本執行に移行して強制競売手続がされた場合に、民執法81条の法定地上権の成立を認めた、初めての最高裁判決であり、実務上のみならず学説上も非常に重要である。

また、本判決の理由づけは、基本的に従来の仮差押え時説が主張していたものと同様であるといえるため、本判決も仮差押え時説に依拠していると解してよいであろう⁵⁶。そして、その理由づけについても、一部物足りない感じがしないわけではないが、私見も基本的に賛成である。

55 野村(秀)・前掲(注4)11頁。

56 杉本・前掲(注4)126頁、野村(秀)・前掲(注4)10頁、野村(武)・前掲(注4)93頁、中川・前掲(注4)106頁。