

# 「土地と地上建物の別個独立」構成の 貫徹はいかにして生じたか

柴田育子

(民事法専攻・法政専修コース)

はじめに

- 一 「土地・地上建物の別個独立」構成を貫徹する法制の史的背景
  - 二 民法典編纂過程における土地と地上建物
- まとめにかえて

## はじめに

現行民法388条は、「土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為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看做ス」とし、法定地上権制度を規定している。これは、土地と建物とが同一の所有者に帰属している場合にあっても、それぞれに抵当権を設定することを承認し、かつ抵当権実行によって所有者が分離することを認めたことを意味している。土地又は建物のみに設定した抵当権が実行されるとき、建物所有者のためにその敷地上に地上権が成立することとしたものである。法定地上権が成立すると、土地所有者は地上権を負担することになり、建物所有者は地上権付建物を得ることになる。したがって、法定地上権の成否が抵当権の把握する価値を大きく左右することになる。この制度に関しては問題が多く、そのため現在に至るまで多くの裁判例が存することになる。

そもそも現行の法定地上権制度が、抵当権の実行という場面で合理的に機能できるのであろうか。起草者である梅謙次郎博士の「煩シイコトニナル」という懸念が現実のものになっていたし、またいるのではなからうか。

本稿は、法定地上権制度が制定される要因となったと考えられる同一所有者に帰属する土地と建物までも別個独立の権利客体として貫徹させる法制度の形成過程を史的に整理し、ポワソナード草案、旧民法及び現行民法の立法過程を検証し、最後に法定地上権制度再考の手がかりを獲得することを目的としている。

## 一 「土地・地上建物の別個独立」構成を 貫徹する法制の史的背景

わが民法は、権利の客体となる物を有体物に限定し（民法85条）、この有体物をさらに動産と不動産とに区別している。不動産は、土地とその定着物であり（民法86条1項）、その他の物は全て動産である（同条2項）。古くローマ法では「地上物は土地に属する（*Superficies solo cedit*）」としていた<sup>1)</sup>ために、建物やその他の地上物は土地の一部であり、独立の不動産たる取り扱いを受けなかった。また、ドイツやフランス等の諸外国でも建物を土地から独立した不動産として取扱うことはない。しかし、わが国では、長い間に培われた慣習を尊重し、現行法は建物が敷地とは別の「独立の不動産」としている<sup>2)</sup>が、建物が「独立の」不動産であるかどうかは、民法典の規定では直接的に明らかとなっていない<sup>3)</sup>。建物が独立の不動産であるとする直接的な法文上の根拠は、不動産登記法14条・15条に、土地登記簿と建物登記簿が独立かつ並行的に存在する点ではないかと思われる。また、民法370条は、土地上の抵当権の効力が「*抵当地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外*」の付加一体物には及ぶとしていることから、建物が独立した不動産であることを間接的に明らかにしているともいえる。このように、建物が独立して登記の対象とされたことが土地と建物が別個の不動産とされた基本的理由であるから、建物と登記との関係を歴史的に検証する。

## 1. 江戸時代後期の不動産制度

(1) 徳川幕府の時代は、土地は全て将軍の私有に属し、幕府直轄の天領と大名や旗本に将軍から封与された領地である私領等<sup>4)</sup>があった。私領を大別すると、武家地・寺社地・町地の3種類に分けられる。武家地は、売買・譲渡・(町並み屋敷を除く)貸与が禁じられていた。寺社地も売買・譲渡・(門前地を除く)貸与が禁じられていた<sup>5)</sup>。町地は、近世初頭の都市建設にあたり諸侯が人口吸収を図るため、移住してきた町人に一定の土地を与えたものである。したがって、本来の町人とは一定の土地所有者であった。

町地が大部分を占める大阪では、自己の土地を買ってその上に持家を建築して一人前の町人になることが理想とされていた<sup>6)</sup>ことから、土地を所有する意識が高く町地の取引も活発であった。一方、江戸(東京)では、土地の処分制限<sup>7)</sup>のある武家地の割合が圧倒的に高かったため、土地の取引は活発ではなかった。また、武士の中には、その薄給を補うために所有する土地(武家地)を貸与する者が多かったので借地が多く存在した。このように当時の江戸では大阪と異なり、土地を所有しない町人が増加することになる<sup>8)</sup>。

(2) この頃の土地と建物の関係について言うならば、建物をその敷地と切り離して別個の不動産として取扱っていたとは考えられない。なぜなら、建物の存する土地は、通常「家屋敷」と呼ばれ、土地と建物が一体として譲渡・賃貸の対象とされていた<sup>9)</sup>からである。また、家屋の賃貸人は「家主」と呼ばれず「地主」と呼ばれていたことからこのように考えることができる。江戸では土地の処分に制限がある武家地がほとんどであったため借地が多く、建物付借地として賃貸される場合と、土地のみを借り受けた借地人が自ら建物を建てて利用する場合があった。このように借地人が自ら建造した建物は、借地人の所有であったと思われる<sup>10)</sup>。このことから、借地上に建物を所有するといった観念が存在し、認められていたといえるであろう。しかし、この時代に果たして建物が不動産として取扱われてい

たかどうかについては疑問がある。なぜなら、建物の売買には道具屋の介入が必要であるとされており、便宜上、道具屋の介入を省略したとしても、道具屋に一定の手数料（口銭）を支払わなくてはならないといった慣習が存在していた<sup>11)</sup>からである。このことから、借地上に建物を所有していたとしても、その建物は不動産ではなく動産的な取り扱いをされていたと思われる。このように建物を動産として取り扱うことは、わが国の建物が木造であり、引移しや取毀しが容易であって、火事の場合には全て無に帰することからも自然な考え方であるといえる<sup>12)</sup>。

(3) 江戸、大阪、京都といった大都市では、町人達の所有する町地については地子免除といって、土地には税金がかからなかった。一方、農地は、農民が領主から土地を預かって耕作し、年貢を収める義務を負うものと考えられていた。この土地所持を所有権と見るか、永代世襲の耕作権と見るかについては問題があるが、1641年に田畑永代売買が厳禁されてからも、地所賃入書入や親族間の譲渡、あるいは流地による権利移転は許され、農民による農地の支配権はかなり強かったものと思われる。領主と農民との法的義務関係を表す書類が「検地帳」であり、土地取引の権利変動を把握し統制するのが「名主加判ノ制」であった。

検地帳は、各土地の所在及び面積、上中下の品位、石高及び持主名を記載した公簿である。検地により生まれた公簿は、本来封建領主と農民の間での貢納秩序の確保を目的とするものであったが、農民相互間での土地支配関係を規律する重大な機能を持つことになる。つまり、土地公簿は、土地取引を規律し統制する作用を生み、土地の権利をその上に反映する鏡と化したのである<sup>13)</sup>。名主加判の制は、土地取引を行う際に、名主庄屋といった村役人が取引の証文を審査し、その内容、土地の表示が公簿と相違ないか、さらに幕府の定めた法制に違反しないか等を調査し、証文の末尾に奥書証印する制度である。この制度は、土地取引の証文を確実なものにし紛争を防止することで、取引の安定に重要な役割を果たしていた。

(4) 江戸期においては、地域により多少の差はあるが、土地に対する所

有意識は比較的が高かったといえる。特に大阪では土地を借り受けて家を建てるといった習慣はほとんど存在せず、自己の所有する土地に建物を建てて自己使用するか、あるいは敷地付建物として賃貸するのが通常であった。また、江戸では処分に制限がある借地が多かったが、借地人が自ら建てた建物を所有することはあっても、建物を不動産として取扱ってはいなかった。したがって、江戸期には、土地と建物をそれぞれ独立の不動産として捉える概念が存在していたとはいえないことになる。

また、幕府も農地に対しては貢納制度の基礎になるため、「検地帳」で土地の権利関係を把握し、「名主加判ノ制」で土地の取引の安定をはかっていた。しかし、建物についての公簿等は存在せず、庶民の慣習として建物の取引の際には動産的な取り扱いがされていたにすぎないことから、建物を不動産としては捉えていなかった。このようなことから、江戸期に土地と建物をそれぞれ独立した不動産として取扱うといった慣習ないし制度があったとはいえないことになる。

## 2. 明治前期の不動産制度

(1) 明治維新において行われた本格的な土地制度改革である地租改正は、政治権力の統一集中と、幕末からの農民の反封建的な貢租闘争への対応のために、明治政権がとらざるをえなかった政策である。

地租改正の先駆け的な制度として、「土地永代売買ノ許可」(明治5年2月太政官布告50号)により、徳川時代230年間の田畑永代売買の禁制を解いた。さらに、「地所売買譲渡二付地券発行規則」(同年5年2月大蔵省達第25号)により地券が発行されることになる<sup>14)</sup>。この制度により、政府が地券の所有者に土地の所有権を公認し、土地の売買の権利を保障したのである。ここで生まれた土地所有は、必ずしも自由な近代的な私的土地所有とまではいかなかったが、資本主義の新時代に適応する土地の個人主義化<sup>15)</sup>が実現したことになる。地券は、土地の所在、面積、所有者名、地租及び地価を記載して、各所有者に交付され、土地の売買取引では、この地

券に裏書することで所有権が移転することになった。また、地券を発行することで、貢租形態を廃止して地租に改めたこと。つまり、法定地価に対する定率金納制としたの意義は大きい。この定率金納制の不可欠の条件は、土地が商品として自由に売買され、その交換価値的なものが実現されることであった。地租の土台である地価が作り出されるためには、何よりもこの「土地の商品化」が必要不可欠の条件だったのである。この地券発行を前提として、地租改正法（明治6年7月太政官布告）が公布され、全国の民有地を測量し、その収益を算定して地価が算出されることになる。

(2) 土地の担保化は土地の自由な売買と密接な関係にたつが、土地の自由な流通を建て前とする明治期には、旧幕期下の土地担保制度は適合しない。そこで、「地所質入書入規則」（明治6年1月太政官布告18号）が公布された。地所の質入は、地所を金銭の貸主に引渡すことで、貸主がその土地からの収益を利息にあてるものであるが、その期間は3年とし、旧幕下の長期占有担保制度（10年）を廃止した<sup>16)</sup>。書入は、地所を金銭の貸主に引渡さずに、土地からの収益の一部または全部を、あるいは金銭によって利息として貸主に支払うもので、その期限は当事者間の随意であり、地租・諸益は地主負担である<sup>17)</sup>。質入、書入ともに期限到来においては双方協議の上、その地所を流地とすることができた。書入は、1番書入をして担保物に余力がある場合には、2番、3番書入も許され、担保物権としての効力をもつ抵当権となった。書入は盛んに利用されるようになり、大きな金融的作用を発揮することになる。

土地担保制度の整備と並行して、土地登記制度の整備も必要となる。土地所有権移転は地券の書換によってなされるが、質入・書入の公示方法として公証制度をとることにした。さらに、土地売買譲渡規則（明治13年11月太政官布告52号）が公布され、土地の売買や担保では公証を現在でいう対抗要件とするとされた。これは、土地についての売買担保の自由を認められた改革を、法的に保障し制度上の便宜を与えることを目的とするものであった。ここに、売買も公証制度によることになり、地券の意味はなくな

ることになった。

(3) 建物は、江戸期においてはその売買には道具屋の介入が必要なだけで、土地とは異なって公租公課の対象ではなかった。明治維新の地租改正でも、土地については税の対象であることから地券制度が作られたが、建物については公的監督統制の対象にはならなかった。このために建物についての公示制度がないまま建物のみが売買されることになる。

原則的に建物を敷地と一体として取引をしてきた大阪では、地券制度によって、敷地と建物を別段の方式と価格により取引することを余儀なくされた。その結果、建物の二重売買等の詐欺的行為が増加する一方、今までのように土地と建物を一体として売買・担保に供することが不可能となった。また、取引が円滑に行えない<sup>18)</sup>ことから、取引に対する支障は金融の梗塞を招くことになり、建物価値の下落を生じさせた。東京では関西方面とは異なり、従来から建物を土地から切り離して取引していたことから、地券制度による打撃は少なかったとはいえるものの、建物取引の方式が確立されていないために、建物金融を停滞させることになった。

このように、建物の売買・担保に不安を生ずることから、私的経済活動の円滑のために地方立法が盛んに行われ、地方的制度としての家券が発行されることになる。その後、建物取引の公示手段としての家券が、土地取引の公示手段である地券と同等に取扱われるようになる。家券制度は国家の租税に関するものではないから、国家事務としては考えられず、地方庁も取引の確実性を証する検印を行うのみであった。一部の地方庁では、この取引の際に手数料代わりに課税を行うこともあり、これが後の不動産取得税の先駆けとなった。

地方によっては、家券制度を実施したにもかかわらず、建物の紛争は増加の一途をたどり<sup>19)</sup>、ついに司法省を動かすことになる。そして、政府は「諸建物書入質入規則並二売買譲渡規則」(明治8年9月太政官布告148号)をもって、建物取引制度の統一をはかり、建物の「書入質」(抵当権)を定めた。

江戸期においては、建物とその地所をも含めた家屋敷の担保である「家質」を認めていたが、明治期に入っても金銭融通の手段として頻りに利用されたことから、明治政府は、その訴訟における債権者保護のために、従前の家屋敷の形態とは異なり、建物を土地から引き離して独立の目的物とすることを認め、その手続方法を定めたのである。この建物公証制度が旧登記法・現行不動産登記法の建物登記となって、今日に伝わることになり、土地と建物がそれぞれ独立して登記されることになる。土地と建物がそれぞれ独立して公証（後の登記）されたことで、建物金融は土地金融と別個の発展を遂げることになる。

(4) 旧幕時代の担保制度は不動産質（占有担保）である質入が基本であった。しかし明治維新によって行われた地租改正以降、公証制度が確立し、このために書入という非占有担保が法律上公認され、法的保障が与えられた。これにより、土地の担保形態は質から抵当（書入）に急速に移行し、金融が容易化することになる<sup>20)</sup>。資本主義経済の下では、非占有型の不動産担保形態が絶対的に優勢であることは論ずるまでもないが、これは不動産登記制度を基礎とする。いいかえれば、登記制度は抵当制度の前提であり基礎条件なのである。また、地租改正により土地の流通が自由になり、土地の地価が定められたことによって、全国の土地が大体価値的に同質のものとなった。このことがさらに土地の担保的取引を容易にし、拡大させる。そして、土地が収益物権であり投資対象となったことから、「土地の資本化」へと発展していくことになる。

このように、維新後に行われた地租改正が、土地のみを国家の租税の感心事として制度整備を行ったことから、土地と建物が法的に区別して取り扱われることになった。その結果、公証制度も土地と建物が別々に取扱われるようになり、さらに、それぞれ土地抵当、建物抵当として発展していくことになる。

### 3. 登記法の歴史的沿革

(1) 旧幕時代には、封建領主と農民との間の貢納秩序を維持するために、土地関係を「公簿」によって規律した。また、土地取引を行う際には「名主加判ノ制」により、証文を確実なものとし、紛乱を防止し、取引を安定させた。証文に公証をすることで土地の取引を安定させていた名主は、いわば生きた登記簿としての作用を果たしていたといえる。明治維新後は、「地券制度」と「地租改正」によって、封建制から受け継いだ古い公簿の方式を資本主義時代のものへと改編することになる。また、土地取引という私的権利関係を規律するために、地券の書換を所有権移転の効力発生要件とした。地券は土地所有の確証となったのである。

しかし地券は、所有権以外の権利を表象することができなかつたので、担保権である質入書入の場合の方式を制定する必要に迫られた。そこで明治6年の地所質入書入規則を布告し、公証制度を採用することにしたのである。この方式は戸長が証書に奥書証印するとともに、戸長役場に奥書割印帳を備え置き、証書の要旨を記載して証書に割印をするもので、公証と呼ばれた。奥書割印帳という公証簿が制度として設けられたことになる。また、明治13年の土地売買譲渡規則によって、土地の売買譲渡も公証によるものとされた。これが土地登記制度の先駆となったのである。建物については、土地のように取引を規律する制度が整備されなかつたために混乱が生じた。そこで明治8年「諸建物書入質入規則並二売買譲渡規則」が制定され、建物は担保のみではなく所有権移転についても公証によるものとされたのである。

このように、土地と建物はそれぞれ異なる法により公証制度が制定され、別々の公証簿で規律されることになった<sup>21)</sup>。

(2) 公証制度が廃止され登記法が制定されるに至った理由は、急激な土地取引の増加と公証制度の欠陥にある。明治13年頃、西南の役の戦費を捻出するために発行された巨額の不換紙幣は、恐るべきインフレーションを巻き起こし、紙幣価値は暴落、物価は狂騰した。また、その後の政策とし

て紙幣整理が行われたために、激的なデフレーションが日本全国を襲うことになり、深刻な不況を招いた。この結果、不動産を質・抵当にし、あるいは売却するため、土地取引が激増することになる。しかし、維新後制定された公証の方式は、一定量の取引範囲内では支障なく機能を果たしているが、その範囲を越えて取引が行われれば、制度の不備が露呈することになる<sup>22)</sup>。激増する取引で、二重公証などの詐欺的行為が続出し、戸長役場における公証簿の管理保存がずさんであったために紛失や盗難、天災等の事故が頻発した。公証制度は、時代の要求に応える事ができなくなり、新たな登記制度を整備する必要に迫られたのである。

このような事情により、明治19年8月法律第1号により旧登記法が公布された。登記の機関は旧慣通りに戸長役場で、この戸長役場が実際には登記所の大部分を占めることになり、登記事務取扱について始審裁判所長の監督を受けることになる<sup>23)</sup>。これは、登記事務を治安判事に移すか、戸長に移すのかという登記事務の職権をめぐる司法対行政の抗争の結果である<sup>24)</sup>。

土地担保の基本法令として効力をもつ「地所書入質入規則（明治6年）」、建物の抵当権を認める「建物書入質規則（明治8年）」、船舶の「書入質」を認めた明治10年太政官第28号布告の登記手続は、新たに「登記法」で詳細に規定されることになる<sup>25)</sup>。このように、旧登記法の登記簿の編成が地所登記簿・建物登記簿・船舶登記簿の3種類<sup>26)</sup>にわけられ、土地と建物が完全に別登記簿として編成されることになったのである。

しかし、明治政府の新法とはいえ、この制度も旧制度を継承していたために、旧登記法の施行と共に不満が巻き起こった。不満の大きな要因となったのはボワソナード草案・旧民法との関係である。旧民法は14カ条にわたる実体的登記規定を置いているが、それは基本的にフランス法的なものであった。しかし、従来の日本の制度はドイツ法系<sup>27)</sup>であったのが批判材料の一つであった。その後、旧登記法は旧民法の公布に合わせて明治23年に改正されるが、主は登記手続と手数料に関するもので、登記簿の編成

については議論すらなされなかった<sup>28)</sup>。

(3) ポワソナードは、抵当権の登記に関する実体的規定及び手続規定からなる諸条文を起草した。特に、抵当権の登記の手続きに関する諸条文は、法律取調委員会の審議においては大部分存置されたが、公布された旧民法では削除されることになった。この削除は、法律取調委員会でのポワソナード草案議了から旧民法公布までの間に、元老院民法審査委員会審議及び政府の同院通過案に対する修正においてなされたと推測することができる<sup>29)</sup>。

ポワソナードが抵当権の章とその註釈とを起草した時点(明治21年7月から9月)においては、すでに明治19年に旧登記法が施行されていたから、「登記法」から離れて起草された草案の削除は、旧登記法と調整するために行われたものであると考えることができる。

ポワソナードによれば、抵当権はすべての不動産物権に設定できるが、若干のものには例外的に設定できない。ポワソナードは、不動産物権の種類が多くないことから、抵当権を設定できるものと、そうでないものとに分類して規定した(草1203条・1204条)。フランス民法では、抵当権を設定できる財産のみを定め、それに該当する財産として「取引される不動産および不動産とみなされたその付属物」とこれらにかかる「不動産と付属物の用益権」の2種類を定めている。ポワソナードは、フランスにおいて、抵当権を設定できるとされている財産にとどまらず、賃借権にも設定できるとするなど、設定されうる財産を拡張した。

ポワソナードが民法草案財産編(第一部物権第三章追加地上権)において地上権への抵当権設定を規定しなかったのは、地上権は他の所有権に属する土地の上の建物・立木の完全な所有権である(草183条)という性質に基づき、これに抵当権を設定することに何ら疑問を挟む余地がなかったからである<sup>30)</sup>(草1203条2項)。しかし、完全な所有権者が地上権を設定して、建物・立木を分離した土地や、分離された建物・立木には抵当権は設定できないとする(草1203条2項。旧民法では削除される)。この趣旨は、

完全な所有権者が所有権を分離した場合の、虚有権と用益権にそれぞれ抵当権の設定が禁止される<sup>31)</sup>場合と同様に、種々の権利承継人の間に紛争を生じさせるからである。要するに、ポワソナードは、土地とそれに定着する建物・立木の所有権者が同一人であるときは、建物・立木は土地と分離してではなく、土地と一体的に抵当権の目的物となとしたのである。

わが国では江戸幕府法において、建物とその地所をも含めた家屋敷の担保形態である「家質」を認め、その設定にあたり、債務者は家屋敷にそのまま居住し、家質証文と沽券状を引渡すこととされていた。「家質」は明治期に入っても金銭融通の方法として頻りに利用されていたことから（前述一、2、(3)参照）、明治政府は建物を地所から引き離して独立の目的物とし、「建物書入質並二建物賣買譲渡規則」を定めた。これをうけて、明治19年の「登記法」は建物書入（抵当権）の登記手続を規定し、建物の「造作ノ有無<sup>32)</sup>」をも登記すべきものとした。このように自己の土地に所有する建物への抵当権設定を認めていたわが国の法制をポワソナードは断固として廃止しようとしていたのであるが、ポワソナード草案の「登記法」と関係する部分が旧民法では削除された。それはすでに登記法が施行されて2年余りを経ており、法令と抵触するという理由からであると思われる<sup>33)</sup>。しかし、法典論争を経て旧民法の施行延期が決定され、旧民法を修正する手続きを踏んで、明治民法の編纂が新たに開始されることになり、「登記法」も明治民法を基礎としたものに改正することが課題となった。

(4) 明治民法の制定に伴って、登記法は民法附属法規であるので均しく改正しなくてはならないとして、現行不動産登記法へ改正されることになる。法案が初めて議会上に提されたのは、民法第4編・第5編が審議採択された明治31年6月で、無修正で原案が可決された。民法は翌月7月に施行され、不動産登記法の制定も急を要し、明治32年2月24日成立した<sup>34)</sup>。

この不動産登記法は、さらにその後何度か改正されたが、その基本的性格に変更はない。土地と建物を別々にする発端となった地券制度、家券制度の明治初期の事情を現在もなお引き摺っているのではないだろうか。明

治41年の法政大学特別講義録『不動産登記法』で岡松参太郎博士が次のように述べている。

「不動産登記カ其目的トスル完全ナル結果ヲ収ムルヲ得ルヤ否ヤハ一ニ登記物体ノ特定ノ完全ナルヤ否ヤニ帰ス如何ニ厳密且精細ナル登記手續並ニ登記ニ関スル実体的規定ヲ設クルモ其登記ノ物体ヲ確定スル能ハサルニ於テハ登記ハ空物ト為リ何等ノ効用ナシ而シテ登記物体ノ特定ヲ完全ナラシムハ一ニ登記物体台帳ノ制ヲ完全ナラシムルニ由ラサル可ラス……我国ニ於テモ土地台帳ノ制ナキニ非ス然レトモ此台帳タルヤ現時ノ情況ニ在リテハ決シテ之ヲ以テ完全ナルモノト云フコト能ハス……建物ニ至リテハ我国ニハ全ク建物台帳ナルモノアルコトナシ独怪シム其台帳ナキニ拘ラス建物ノ登記ヲ許シ之ニ関シテ特別ナル物権ノ設定ヲ許容ス……<sup>35)</sup>」。

このように、建物台帳によって建物の特定性が確保されていないのにもかかわらず、不動産の登記において建物を独立の登記の対象とすることは、不特定の建物に対して特別の物権を認めることになるという批判があった。しかし、現実に登記簿は、土地登記簿と建物登記簿の2種に区別して編成され、建物に独立した権利の目的物たる地位を与えた。しかし、建物は建物台帳をもたず、二重登記が容易にできるという建物登記の不確実性が存在するままである。建物が独立した登記物として相応しいかどうかの議論はなされないまま不動産登記法は施行される。

このように、土地と地上建物が同一所有者に帰属している場合にも土地・建物を別個独立の不動産とした直接的な根拠は、不動産登記法に土地登記と建物登記が独立かつ併存していることにある。そして、建物が独立の登記の対象として扱われるようになったことが、「土地と地上建物の別個独立」構成が成立した背景である。

## 二 民法典編纂過程における土地と地上建物

### 1. 問題の所在

他人所有の土地を利用して、その上に建物を建築して所有するという場合は、土地所有権と建物所有権との関係についての法的構成には二つある。

建物は、原則として敷地に附合するとするもの。

建物は敷地の所有者に帰属するので、他人の建てた建物であっても敷地の所有者の所有となる。（英法のリース）

敷地の使用関係が存する場合には、例外的に建物は敷地所有者に帰属しない。

建物所有者に与えられる権利が、建物が土地に附合することを阻止するので、建物を所有する権利となると考えるもの。（フランス法の地表権）

建物所有者に与えられる権利を、土地表面の所有権のごとく考えて、これに建物が附合するので建物は建物所有者のものであると考える。（ドイツ法の地上権）

建物が、その敷地に附合することを認めないもの。（現行日本法）に大別できる<sup>36)</sup>。そこで、このフランス及びドイツの不動産概念と比較することで「わが国独特の概念」について考える。

フランス民法は、『地上物は土地に属す』というローマ法の原則に従い、通常、建物はその敷地に附合する。ただし、建物を建造したものがその敷地上に地表権を有しているときのみ、その建物の所有権を保持することが可能となる。これは建物所有者が、地表権を有することで、建物が土地に附合することを阻止するために、建物が敷地に附合しないと考えるものである。フランスでは、他人の所有地上に建物を所有することは稀であるためにフランス民法には、地表権に関する規定は存在しない。

ドイツ民法においても、『地上物は土地に属す』というローマ法の原則

に従い<sup>37)</sup>、建物は土地の構成部分として取扱われる(BGB 94条)。地上物は土地に属するのであるから、土地に設定された抵当権の効力は、当然に建物にも及ぶことになる。ただし、建物が用益権や賃借権等の権限によって、第三者が建造したものである場合には例外として、土地に設定された抵当権はその土地上の建物には及ばないとしている(BGB 95条1項後段)。これは、建物所有者に与えられる権利である地上権等を土地表面の所有権のように考えることで、この権利に建物が附合し、土地の構成部分とはならないから、建物は建物所有者のものとなるのである。

しかし、地上権者が建物の所有権を有するとしても、建物が独立して処分の対象となることはない。また、建物が仮の目的で建てられた時は、その土地の構成部分とはならない。それでは、例外として抵当権の効力が及ばない建物は、法的にどのような位置づけになるのかといえ、それは、不動産法の適用を受けないのであるから、動産であるということになる。わが国も江戸時代には建物は全て動産的な取り扱いを受けていたので、この頃の建物についての概念と共通するものがある。建物を所有するために有する地上権は、一般の物権と同じく、土地所有者との合意と登記によって成立する。また、地上権者はその地上権を自由に譲渡することができ、抵当権を設定することもできる。このように、ドイツにおける地上権は、建物所有の基礎となり保護されるとはいっても、あくまでも他の財産権と同じものとして考えられている。

## 2. ボアソナード草案・旧民法

現行民法86条が「土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス」とし、また、民法370条が「抵当権ハ抵当地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加して一体ヲ成シタル物ニ及フ」としていることから、土地と建物が別個の不動産であるという観念が示されている。それでは、どのような経緯でこれらの条文が制定されたのか、ボワソナード草案・旧民法、そして法典調査会における議論から明らかにする。

近代的私法の形成は、明治初期の民法典編纂にはじまり、旧民法典編纂を経て、明治29年の明治民法で実現したといわれている。日本では封建制下において法学の伝統をもたなかったため、維新後の統治体制の変革に際して、西欧の法制度を急激に摂取しようとした。旧民法は、フランス民法（Code civil）を母法としたポワソナードが起草したものである。ポワソナードが、どのような方針で日本民法の起草に着手し、各条文をどのような趣旨に基づいて規定しようとしたかを考察することは日本民法史の重要な課題でもある。それは、日本近代法形成期における西欧法継受の過程を見ることができるからである<sup>38)</sup>。

旧民法財産編8条が、建物を性質による不動産としていることから、建物が不動産であることは明らかである。しかし、「性質ニヨル不動産」として、土地・建物のほか、土手・棧橋・樹木竹林・果実・鉱物等が列挙されており、独立の不動産でないものも含まれていることから、独立した不動産であるかどうかは現民法と同じく明らかではない。ただ、旧登記法が地所の他建物も登記の独立の対象としていることから、建物が独立した不動産として取扱われていた、と見られるに過ぎないのである。

抵当権の目的物に関する規定に「用方ニ因ル不動産」の規定（財産編9条）がある。また、ポワソナード草案（1203条）では、建物は原則として土地と一体をなして抵当目的物となるものとしている。その例外として母国フランスにはない規定の「地上権」（草171条以下）の規定を設けた。フランスでは他人の所有地上に建物を所有することは稀であるが、日本においては借地が多く存在するために、借地上の建物を保護する目的で、フランス法の地表権を範としたようである。このように、現行370条は、ポワソナード草案並びに旧民法には存していない。ポワソナードは、「地上物は土地に属す」の原則を貫こうとしていたのである。そこで、土地を借り受けてその土地上に建物を所有するには、フランスの地表権にあたる「地上権」が必要であるために、その規定も設けた。しかし、ポワソナードの「建物は原則として土地と一体をなし抵当目的物となる」という基本的な

概念は、法典実施反対派の「国民的伝統、慣行に反する」という理由から黙殺されてしまうことになる。

### 3. 現行民法86条の立法過程と242条

現行民法86条の前身は、富井政章博士の起草による原案87条である。このときの原案は、「土地、建物及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス 此他ノ物ハ総テ之ヲ動産トス」としており、現行86条と同様に土地と建物を別個の不動産としているように思われるが、「建物ハ土地ニ定着シテ之ト一体ヲ成ス物ナルヲ以テ之ヲ不動産トセリ」という理由が付されており<sup>39)</sup>、原案87条は単に建物の不動産性を規定しているにすぎず、建物に独立性までも付与した規定ではないことがわかる。この点については、議論されることもなく明治27年3月16日の第13回民法総会を通過した。

しかし、同年12月、第2回民法整理委員会において、富井博士が、「建物ガ土地ノ定着物デアルト云ウコトハ言ハズトモ分り切ツタコト」という理由で、原案から建物という言葉を削除して「土地及ビ其定着物ハ之ヲ不動産トス」との提案を行った。次に同じく富井博士が、新たに整理会原案89条として「土地ノ定着物ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外其土地ノ一部ヲ成スモノトス」との提案を行った。提案理由は「唯ダ土地ト言エバ其土地ノ上ニ在ル建物モ含ムト云ウコトハ疑ヘニナイコトデアルトハ思ヒマスケレドモ過日抵当権ノ所ノ条ヲ議スルトキニ当ツテ日本ニ於テハ大ニ疑ヒガアルト云ウコトデアリマシタ吾々モ成程多少疑ヒガアラウト思ツテ此条ヲ置キマシタ・・・少ナクモ抵当権ニ付テハ建物ガ土地ノ一部ヲ成スト云フ主義ヲ離シテ居ル併シ他ノ一般ノ場合ニ付テハ少ナクモ我邦ニ於テハ疑ヒノアルコトデアリマス夫故ニ此条ヲ置イタノデアリマス<sup>40)</sup>」と述べている。これは、抵当権に関する議論（現行民法370条）で、「抵当地ニ存スル建物ヲ除ク外」について譲歩したので、あくまで土地建物是一体として一物を成すという原則を守ろうとしたためであろう。

この提案に関しては議論が紛糾し、この提案は日本の慣習に反するとい

う意見が出され「抵当地ニ付テ土地ト建物トガ離レテ居ルニ何故ニ所有ガ離レテ居ラヌカ」と批判された。富井博士は、抵当権に関する規定は特別規定であるから、その反対解釈として一般原則においては、建物は土地の一部をなすものであると述べて抵抗したが、この新提案は多数決によって削除されることになった<sup>41)</sup>。

土地と建物との関係について、現行242条は「不動産ノ所有者ハ其不動産ノ従トシテ之ニ附合シタル物ノ所有権ヲ取得ス但権原ニ因リテ其物ヲ附属セシメタル他人ノ権利ヲ妨ケス」として、不動産の附合について規定している。原案242条は富井博士が、明治27年9月14日第28回法典調査会に提出したものであるが、特別な議論がされることもなく調査会を通過して、現行法となったのである<sup>42)</sup>。建物が土地に附合するかどうかについては、本原案が通過した後の同年12月に入ってから、抵当権及び所有権の対象についての議論がなされて、土地と建物をそれぞれ別個に取り扱うという原則に転換したので、富井博士は、原案を提出した時においては、当然、建物は土地に附合して一物になるものであると考えていたと思われる<sup>43)</sup>。したがって、原案242条が通過した時には、土地の所有者は、土地に附合する建物の所有権を取得することができるが、その建物が、地上権等の権原により建造されたものである時は、建物の所有権を取得できないという意味が含まれていた、ということができる。

#### 4. 現行民法370条の立法過程

現行民法370条本文は「抵当権ハ抵当地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ一体ヲ成シタル物ニ及フ」として、建物が土地の附加物ではないとしている。この点についての立法理由は、「吾国ノ慣習ニ於テ土地ト建物トヲ全く區別シ登記法ニ於テモ之ヲ全く別物視セリ故ニ本条ハ此習慣ヲ採用シテ土地ト建物ニ付テ添付ノ規則ヲ適用セストスルノ主義ヲ採レハナリ」と、土地に建物が附合しないのは、慣習によることと登記法においても土地登記と建物登記とが併存しているからだとしている。

現行370条の原案は365条で、この原案は梅謙次郎博士が明治27年12月4日の第50回法典調査会に提出したものである。抵当権の及ぶ範囲として、「抵当権ハ其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一体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力債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス<sup>44)</sup>」(419条は現行の424条)としており、この時点では現行370条の「建物ヲ除ク外」という文言は含まれていなかった。

これについて梅博士自身は、「土地ヲ離レテ其家ガ存在シテ居ルノデハアリマセヌ詰リ喰付テ一緒ニ成ツテ居ルト云ウ意味デアリマス<sup>45)</sup>」と述べているように、建物は土地の附加一体物にあたると考えていたことが明らかである。ただし、土地を借りている人が建物を建築した場合は、当然別であるとされていた<sup>46)</sup>。

このような梅博士の発言からも明らかのように、土地の抵当権設定時に、抵当権設定者自身が所有する建物が土地に存在する場合には、「設定行為ニ別段ノ定」をしない限りは「黙ツテ居レバ寧ろ口モ附ク」と梅博士も発言<sup>47)</sup>しているように、原則的には土地の抵当は「建物付きの土地」として抵当に入れられたことになる。また、抵当権設定後に設定者が建物を建てた場合には、「土地ト建物ト同時ニ売ル売ツテ其内デ土地ノ価ガ幾ラ家ノ価ガ幾ラト云フコトヲ競売ノ場合ニ極メル然ウシテ土地ノ価ハ抵当債権者ニ与ヘ家ノ価ハ他ノ債権者ニ与ヘル...<sup>48)</sup>」と梅博士は考えていた。

以上のような梅博士の説明によれば、原案365条には、抵当権設定の際の目的物についての意思解釈の補充規定と、抵当権設定後に建築された建物についても及ぶことになる抵当権の効力は競売権にのみ及ぼすとの規定という異なる2つの機能が含まれていたことになる。の機能については現行389条の規定となっていく。

それでは、この原案365条に対する議論はどのようにされたのであろうか。

批判は本条の機能である前記の、「土地の抵当は原則的に建物付きの

「土地と地上建物の別個独立」構成の貫徹はいかにして生じたか（柴田）

土地」に集中することになった。第一の批判は、日本の慣習では土地と建物は別々であるから土地を抵当に入れた場合には建物は含まれない<sup>49)</sup>、とするものであった。第二の批判は、日本では土地と建物については別々に登記簿が存在する<sup>50)</sup>、というものであった。しかし、梅博士はこの土地と建物の登記簿は将来一元化にすることを念頭においていた<sup>51)</sup>ことがうかがわれる。

このような理由から原案の修正が求められ、議論の結果、修正意見が過半数を占めたため、次の51回法典調査会（明治27年12月7日）で、原案に「抵当地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外」という言葉が加えられた修正案を梅博士が提出し<sup>52)</sup>、これが採択された。ここに土地と建物を一体のものとして取扱おうとする起草者グループの基本的立場は転換を余儀なくされ、修正案の中の「家屋」が「建物」に改められて現行の370条となった。また、「建物ヲ除ク」としたことから抵当権実行による土地と建物の関係を調整することが必要となり、現行388条、法定地上権の規定へと進展していくことになる。

## まとめにかえて

江戸時代後期における建物は、原則的にその敷地と一緒に一体の物として取扱われていた。建物だけを売買する場合には、道具屋の介入が必要なかただけである。これは建物が土地とは異なって公租公課の対象ではなかったため、公的監督統制の対象とならなかつたからである。建物が「独立の不動産」とされたのは、明治期に創設された家券制度に由来する。

地租回収を目的とする政府が、土地のみを把握するため、その土地上に存する建物を切り離してこれを視界の外に追いやったことが、建物が独立の登記の対象として扱われるようになり、土地と地上・建物を完全に別個独立の権利を客体とした背景である。このような日本近代化プロセスでの特殊な事情の中で国家事務の都合上、土地と建物が別々に取扱われるに

至った。これを「我国の慣習」だとして、あるいは担保制度・登記制度の跛行的編成によって絶対化する根拠も、そして実践的理由もないと言わなければならない。

また、法定地上権制度は土地と建物にそれぞれ独立した、権利の客体としての地位を与えたゆえに必要となった制度である。しかし、370条の立法過程で、立法者の梅博士は競売手続きにおいて法定地上権が成立するか否かは、実際面倒であり、抵当権の実行の際は競売者を土地家屋同一の所有者にしなければならない等、特別法(競売法)や民事執行法で規定すべき、と語っていた。このように、土地と地上建物を別個独立の不動産とする法制度の極端な貫徹は多くの問題を生む恐れがあり、実際、法定地上権制度は競売妨害との戦いと化している。

通常、担保権者が土地と建物を共同抵当とするのは、不動産の全体価値を把握するためであり、土地建物を一体として売却するほうが有利であり、これはまた常識でもある。389条の一括競売権を利用することもなく、土地のみを競売し法定地上権を否定する判例は更地信仰の反映であるといえる。債権者が抵当権の設定に際し、共同抵当とするのは経済的一体性を重視するからで、土地のみ、建物だけに抵当権が設定される場合とは異なる。担保評価でも、法定地上権を念頭に置いて土地と建物を別評価などすることはない。このように、土地・地上建物独立不動産というドグマの修正は、今後の日本経済のためにも必要であり、不動産が証券化されて世界的な市場で取引される現在においては修正される必要があるのではないだろうか。日本民法に特有の土地・地上建物の別個独立性をかくも極端に貫徹する必要性は、もはやどこにも見当たらないように思うのである。筆者は、まだ固めきってはいないが、このように考えている。このような構想の可能性を法定地上権に関する判例・学説の検討を通じて具体的に吟味する課題を設定することをもって、本稿を閉じることにしたい。

1) 元来、『建物が土地に附合して一体をなし独立の不動産とされない』とする法律概念で

「土地と地上建物の別個独立」構成の貫徹はいかにして生じたか（柴田）

ある。従って、建物は土地と一体をなし、他人の土地に建物を建造したものはその建物を所有することができないことになる。これに対して、地上権は、他人の土地に建物を建造してこれを所有する権利ではなく、所有者のように使用収益する権利である。

- 2) 水元信夫・土地建物の諸問題（大同書院 1958年）11頁参照。
- 3) 民法370条が間接的に建物が独立の不動産であると示していると解釈されている。
- 4) 皇室も若干の土地を領していた。
- 5) 武藤運十郎・日本不動産利用権史論（巖松堂 1948年）330頁参照。
- 6) 宮元又次・大阪町人論（ミネルヴァ書房 1960年）
- 7) 明治前期大審院民事判決録6 明治13年11月30日 415頁以下参照。「本訴ノ論地八賣買ノ當時即チ安政年度二在テ八賣買ヲ禁セラレタルヲ以テ當時ニ於テ八賣買ノ効ナキモ既ニ地所ノ賣買ヲ公訴セラシタル上八其賣買ハ有効ノモノナリトス……」という。土地の譲渡は旧幕時代には有効ではなかったが、地所の売買が公許された今日では有効であるとしていることから推察される。
- 8) 鈴木祿弥・借地借家法の研究（創文社 1984年）7頁参照。当時の江戸では総家数の約70%が貸家で、はるか後の昭和10年頃の東京における割合と大差がない。
- 9) 石井良助・日本法政史概要（創文社 1977年）431頁以下参照。今日概念からすると地主は土地所有者、家持は建物所有者のように考えられるが、当時は「地主」も「家持」も建物付土地所有者を意味していた。
- 10) 司法省調査課編・徳川民事慣例集第2巻（橘書院 1986年）217頁参照。破産者の場合「地借ニテ家作自分ニ仕候ハ、家財家作共ニ取上ケ可申付候」とあるので、建物は土地に符合するとは考えられておらず家作人の所有であったと思われる。
- 11) 法務省大臣官房司法法制調査部・全国民事慣例類集（商事法務研究会 1989年明治13年複製）参照。
- 12) 鈴木祿弥・前掲8 60頁以下参照。
- 13) 福島正夫著作集・第4巻民法（土地・登記）『旧登記法の制定とその意義』（勤草書房 1993年）336頁以下参照。
- 14) 福島正夫著作集・第4巻民法（土地・登記）『土地制度』（勤草書房 1993年）139頁参照。
- 15) 同上 134頁参照。旧幕時代の土地所有の関係は領主であっても「家」の土地であり個人の権利には属さなかった。
- 16) 藤原明久・ボワソナード抵当法の研究（神戸大学研究双書刊行会 1995年）4頁以下参照。江戸幕府は土地（田畑）担保として質入（占有質）と書入（無占有質）の二形態を認めた。質入では、裁判上、質取主の債権を流地によって保護するのに対して、書入では、金銭貸借と同様、債務者の一般財産から債務を弁済させるにすぎなかった。土地担保の主要な形態であった質入は、土地の交換価値ではなく用益を目的とするものであった。
- 17) 明治政府は地所書入をフランス民法に従って新たに抵当権として構成し、書入地の交換価値からの優先弁済を定めた。交換価値から弁済を得られない場合は、債権者として債務者の財産に対する強制執行として「身代限」によっても満足を受けられるようにした。
- 18) 福島正夫著作集・第4巻民法（土地・登記）『明治初年の建物取引と家券』（勤草書房

1993年)37頁以下参照。

- 19) 「建物書入質規則並ニ建物売買譲渡規則」の立法理由(司法省明8・7・9)によると、「今夫家屋等建造物八他ノ動産トハ異ニシテ、其用法自ラ地所ニ類似セル者アリ、然リ而シテ今日尚ホ建造物典売等ノ方法設ナキニ因リ、契約上周密ヲ尽サス……人民将ニ建造物典売ノ正確ナラサルヲ危疑シ、終ニ金穀融通の妨礙ヲ生スルニ至ラン……」建物の買等は「金穀融通」の手段として頻繁に用いられたが、その法的規制がなかったために紛争が絶えなかったのである。
- 20) 福島正夫著作集・第3巻民法(土地制度)『地租改正』(勁草書房 1993年)196頁参照。
- 21) 福島正夫著作集・第4巻民法(土地・登記)『旧登記法の制定とその意義』(勁草書房 1993年)334頁以下参照。
- 22) 同上・342頁以下参照。明治13,4年頃、西南の役の戦費支出のため発行された巨額の不換紙幣は恐るべきインフレーションを惹起して紙幣公債の価値は暴落し、その半面特に穀価は狂騰して、農村は一時異常の好景気により生活は向上した。しかし、その後健全財政事業の強行により、松方デフレーションが日本全国を襲うことになる。
- 23) 同上・375頁参照。
- 24) 同上・371頁参照。
- 25) 藤原明久・ボワソナード抵当法の研究(神戸大学研究双書刊行会 1995年)5頁参照。
- 26) 福島正夫著作集・第4巻(土地・登記)『旧登記法制定とその意義』(勁草書房 1993年)376頁参照。
- 27) 福島正夫著作集・第4巻(土地・登記)『旧登記法制定とその意義』(勁草書房 1993年)376頁参照。わが国最初の登記簿は物的編成の台帳式で、その内部構造はプロイセンの方式を範とするものであった。プロイセン法は四分法をとっていたので、甲乙丙区とし第2区に該当するものがいないために、執行上の抵当を登記することとした。
- 28) 同上 369頁参照。
- 29) 藤原明久・ボワソナード抵当法の研究(神戸大学研究双書刊行会 1995年)72頁以下参照。
- 30) Boissonade, Projet, t. 4, n° 400. による。
- 31) 所有権者は完全な所有権を支分して、虚有権と用益権とを生じさせそれぞれに抵当権は設定できないとする。これは、フランスで争われていた問題で、事物の性質から所有権を支分して抵当権を設定することは理論上可能であるが、ボワソナードは、権利者間に争論をひきおこす恐れがあるという理由で、これらの抵当権を設定することを許さないのである。所有権の支分が抵当権設定のためではなく、以前に支分されていた場合には、両権への抵当権の設定を認める。
- 32) 内務省は「書入質」の及ぶ範囲について、「証文面ニ明文ノナキハ書道具(畳、建具ノ類ヲ云フ)ヲ除クノ外、津テ書入質中ノモノト心得ヘシ」とし、さらに「証書面ニ造作(造作トハ庇、天井、敷居、鴨居、縁板、床ノ間、押入等ヲ云フ)ノ有無記載可致」とした。
- 33) 藤原明久・ボワソナード抵当法の研究(神戸大学研究双書刊行会 1995年)132頁参照。
- 34) 福島正夫著作集 第4巻(土地・登記)『わが国における登記制度の変遷』(勁草書房

「土地と地上建物の別個独立」構成の貫徹はいかにして生じたか（柴田）

1993年）456頁以下参照。

- 35) 岡松参太郎先生講述・不動産登記法（法政大学 1908年）21頁以下参照。
- 36) 鈴木禄弥・借地借家法の研究（創文社 1984年）58頁参照。
- 37) ドイツは「神聖ローマ帝国」理念と実際上の必要性から、1495年に帝室裁判所条令を公布し、ローマ法を原則的に適用することにした。その後の1871年に成立したドイツの民法典（BGB）は、普遍法の理論及びゲルマン法的観念並びに法技術を導入した。このため、不動産取引に関してはローマ法よりもはるかに資本主義の発展に寄与する要素を含んでいる。
- 38) 藤原明久・『ポワソナード抵当法の研究』（神戸大学研究双書 1995年）2頁以下参照。ポワソナードの基本方針については、フランス民法を基礎とし曖昧な部分についてはローマ法やフランスの昔時の慣習法が与える知識により補完し、イタリア民法にも従うとしている。これらと相異なる規定を置く場合は理由を明示し、ベルギー民法の不動産譲渡登記と1854年抵当法も参考にしている。ドイツ民法も参照しようとしたがポワソナードが起草作業中にドイツ民法は公布（1896年）されなかったので実現しなかった。日本の「良き有益な慣習」も保存して取り入れるとするものであった。
- 39) 日本近代立法資料叢書13第一編 法典調査会主査会議事速記録—法務大臣官房司法法制調査部（商事法務研究会 1984年）594頁参照。
- 40) 日本近代立法資料叢書14 法典調査委員整理会議事速記録（商事法務研究会 1988年）32頁参照。
- 41) 同上 42頁参照。
- 42) 日本近代立法資料叢書2・法典調査会民法議事速記録二 法務大臣官房司法法制調査部（商事法務研究会 1984年）38頁参照。
- 43) 広中俊雄＝星野英一編・民法典の100年（有斐閣 1998年）649頁参照。
- 44) 前掲注42） 793頁参照。
- 45) 前掲注42） 795頁参照。
- 46) 前掲注42） 797頁参照。「土地ヲ借りテ居ル人ガ建テ家デアレバ無論別デアリマス所有者ガ建テマシタ場合ニハ私杯ハ一緒ニ為ルガ方原則デアアルマイカ知ラント思ツタノデアリマス」という梅謙次郎博士発言である。
- 47) 前掲注42） 795頁参照。「吾々ノ至ツテナイ所ノ知識ヲ以テスレバ黙ツテ居レバ寧ロ家モ附ク方デハナイカ」という梅謙次郎博士発言である。
- 48) 前掲注42） 800頁参照。
- 49) 前掲注42） 796頁参照。「土地ノ抵当ノトキ八家屋ト云ホモノハ此限ニ在ラズノ意味デ御修正ヲ願ヒタイ」（横田國臣発言）。797頁参照、「實際ニ於テ抵当ニ入レルトキハ必ず土地ナラバ土地、家ナラバ家ト云フコトニ分ケレルト思ヒマス」（高木豊三発言）。802頁参照、「日本ノ慣習ハ何ウモ家ト土地トハ別ノヤウデアリマス……」（土方寧発言）。807頁参照、「恐ラク世上ノ人ハ土地許リヲ抵当ニシタトキニハ家マデ這入ルト云フコトニハ解釈シナイト思ヒマス……」（尾崎三良発言）などであった。
- 50) 前掲注42） 804頁参照。「御承知ノ通り今日デア建物ノ登記簿ト地所ノ登記簿トハ分レテ居リマス其処デア妙ナコトガ生ジハシマシマイカ」という田部発言である。

- 51) 前掲注42) 805頁参照。「今ノ登記法ハ不完全デ……家屋丈ケヲ丸デ土地カラ離シテ置  
クト云フノハ却テ不便デハナイカト思ヒマス」という梅博士の発言である。
- 52) 前掲注42) 856頁参照。(梅博士発言)