

土地を目的とする一番抵当権設定当時土地と地上建物の所有者が異なっていたが後順位抵当権設定当時同一人の所有に帰していた場合と法定地上権の成否

花 本 広 志

最高裁判平成二年一月二二日第二小法廷判決 金商八四五号三頁、判時一三四九号五六頁、判タ七二七号二一〇頁

一 事実の概要

Bの父A所有の本件土地、およびその地上建物①（B所有）につき、一番根抵当権が設定された後、Aが死亡してBが本件土地を相続した。Bは、建物①を取り壊し、既存の別の建物を増築して建物②を建築し、本件土地に二・三番根抵当権、四番抵当権を設定した。昭和五三年、本件土地につき一番根抵当権に基づく競売手続が開始されたが、手続中に建物②が一部焼失

したため、Bは、本件土地をY1に賃貸して、建物②を取り壊した。Y1は、本件土地上に本件建物を建築し、Y2及びY3にこれを賃貸している。昭和五七年、本件土地を競落したXは、所有権に基づいて、Y1に対し建物収去土地明渡と地代相当の損害金の支払を、Y2及びY3に対し建物退去土地明渡を求めた。Y1らは、土地とその地上建物が同一人の所有であるときに設定された抵当権が存在すれば、所有者が異なるときに設定された抵当権に基づいて競売が行われたとしても、建物のために法定地上権が成立する、と主張して明渡義務を争った。

第一審は、競売の効果はもっとも強力な一番抵当権の内容によって決せられるべきであり、後順位抵当権設定という偶然の事情によって一番抵当権の価値を害する結果を認めることは相当でない、と判示して法定地上権の成立を否定し、Xの請求を認容した。Y1 Y2控訴。

原審は、これに反し、建物を目的とする一番抵当権設定当時、土地とその地上建物の所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時には、同一人の所有であった場合について、建物のための法定地上権の成立を認めた判例（大判昭和十四年七月二六日民集一八卷七七二頁、最判昭和五三年九月二九日民集三二卷六号一二一〇頁）を引用し、建物の存続を考慮して土地に抵当権が設定されている場合には、法定地上権を放棄したと認められるような特段の事情のない限り、その成立が肯定される、と判示してXの請求を棄却した。

Xは、上告して、原判決は、後順位抵当権と建物所有者の共

謀によって、一番抵当権者を不当に害することを可能にするもので、民法三八八条の解釈適用を誤ったものである、などと主張した。

二 判旨 一部破棄自判 一部破棄差戻

「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていない場合場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後には抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。」その理由は、(右の場合には)「一番抵当権者は、法定地上権の負担のないものとして、土地の担保価値を把握するのであるから、後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとする、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになるからである。」と判示した。

なお、傍論として、原判決が引用する判例は、建物抵当権に関するものであり、建物については、判例のように解したとしても、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることにはならないから、本件の場合と同視しえない、とした。

三 評釈

(一) 本判決の意義 判例は、多くの点で、法定地上権の成立

要件を緩和しているが、⁽¹⁾ 抵当権設定当時に於ける土地とその地上建物の同一人への帰属、という要件については厳格に解している。本判決もこの流れに沿ったものである。ただし、後順位抵当権が設定されている場合、どの抵当権が設定された時点を「同一人への帰属」の基準時とするか、については、本件原判決の引用する判例が、建物抵当権に関して、土地とその地上建物が同一人に帰属している状態で設定された抵当権が存在すればよい、として、法定地上権の成立要件を緩和している。本判決は、それを(傍論ではあるが)是認しながらも、土地抵当権に関しては一歩抵当権設定時が基準となることを示した。本判決がこの点について初めての最上級審判決であり、注目に値しよう。これによって、抵当権の目的が土地である場合は、少なくとも「一番抵当権設定当時において土地とその地上建物が同一人に帰属する」ときでなければ、抵当権の実行に際して法定地上権が成立する余地はない、という判例法理が確立されたことになる。

(二) 検討 判旨賛成。ただし、その理由づけについては若干の補足が必要であろう。また、判旨傍論は、建物抵当権については原判決引用の判例に従うようであるが、評釈者は、この点に関して、後述する理由で反対である。

(1) 本判旨の理由づけについて 本判旨は、法定地上権の成立を認めない理由として、一番抵当権者が、法定地上権の負担のないものとして土地の担保価値を把握したであろうことを挙げるが、抵当権設定当時、土地とその地上建物が別人に帰属し

ていた場合において、法定地上権の成立を認めない判例、およびそれを是認する学説によって、この理由づけを敷衍すれば、次のように言うことができよう。すなわち、抵当権設定当時土地とその地上建物が別人に帰属していた場合、不法占有でない限り当事者間になんらかの敷地利用関係が設定されているはずであるから、抵当権の実行に際してもこの約定利用関係によって問題を処理すれば足り、法定地上権を認める必要はない、ということである。ところが、このように解すると、本件の場合には、第一に、A—B間の敷地利用関係はせいぜい使用貸借であつたと解されるから、Y1がこれを承継していたとしても、Y1はそれをXに対抗できないこと（建物保護法一条）、第二に、Bの敷地利用権がXに対抗できるものであつたとしても、BがAを相続したことで、この敷地利用権は混同により消滅するので、Y1の借地権は一番抵当権設定後に設定されたものとされ、抵当権の実行によって覆滅させられるから、法定地上権の成立を認めてY1を保護する必要があるのではないか、という疑問が生じうる。第三に、右の疑問が解消されたとしても、本件では、二番根抵当権設定当時、土地とその地上建物が同一人（B）に帰属しているから、この時点で、少なくとも形式的には、法定地上権の成立要件が満たされていることになるが（本件原判決はこのことを重視したのである）、この事実をどのように評価するか、が問題とならう。

しかしながら、第一点に関しては、本件と同様に、抵当権設定当時の土地所有者と地上建物の所有者の間に親子・夫婦等の

密接な関係があつた事案について、これらの者の間でも、土地所有者に対抗しうべき敷地利用権を設定することが可能である以上、法定地上権の成立は認められない、とした判例があり、学説にも異論はないようである。右の場合、土地が、抵当権の実行ではなく任意に譲渡されたときは、物権変動の一般理論によって、建物所有者が土地譲受人に対抗できないこととの均衡からみても、右判例・学説の立場は是認されよう。したがって、右第一点は、本件の場合に、法定地上権を成立させる根拠とはならない、と考えられる。

次に、第二点に関しては、抵当建物の所有者がその敷地を取得したり、土地所有者が抵当建物を取得した場合には、抵当権が敷地利用権にも及んでいること、また抵当土地の所有者がその地上建物を取得したり、建物所有者が抵当土地を取得した場合には、土地抵当権の目的が約定利用権つきの土地であることから、敷地利用権は混同の例外として消滅せず（民法一七九条一項但書、五二〇条但書）、したがって、法定地上権の成立を認める必要はない、とする下級審判決および有力説がある。通説は、抵当土地の所有者がその地上建物を取得した場合には、右と同様に解して、建物所有者に法定地上権を認めないが、抵当建物の所有者がその敷地を取得したり、土地所有者が抵当建物を取得した場合には、建物の存続をはかる法定地上権の立法趣旨からみて、敷地利用権は混同によって消滅し、建物買受人にとってより有利な法定地上権が成立するという。本件は、抵当土地を建物所有者が取得した事案であるから、いずれの説に

よっても、Bの敷地利用権は、BがAを相続したことによって消滅せず、それをY1が承継する、とみることもできるから、Y1に法定地上権を認める必要はないことになろう。

第三点に関しては、次のように言うことができよう。すなわち、本件で、もし二番以下の各(根) 抵当権が設定されなかったとすれば、BおよびY1の敷地利用権は、(Bについては使用貸借、Y1については抵当権設定後の賃貸借であるから) Xに対抗しえないものに過ぎなかったのに、土地・建物ともBの所有に属している間に、二番以下の各(根) 抵当権が設定された、という偶然的な事情によって、抵当権の実行に際して、その敷地利用権が、突如として、はるかに強力な法定地上権に転化することを認めるのは、本判旨も述べているように、一番抵当権の価値を害することになり、許されない、と言うことができよう。また、判例は、更地に一番抵当権が設定された後、この土地上に建物が建築され、さらに土地に二番抵当権が設定された場合には、一番抵当権設定時を基準として、法定地上権の成立を認めないから、本件の場合に、二番抵当権設定時を基準として、法定地上権の成立が認められるとすれば、この判例との整合性も問題とならう。

右のことから、本判旨は、正当であり、賛成されるべきものと考へる。

(2) 判旨傍論について 本判決は、その傍論で、建物を目的とする一番抵当権設定当時、土地・建物が別人に帰属していたが、後順位抵当権設定当時には、同一人に帰属していた場合に

は、法定地上権の成立を認めても、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせないから、建物買受人は法定地上権を取得する、という。

しかしながら、既に(1)で述べたように、後順位抵当権設定当時において、土地・建物が同一人に帰属したとしても、敷地利用権は混同の例外として消滅せず、建物買受人はこれを取得するのであるから、法定地上権によって保護する必要はない、と言えるのではなからうか。借地上的建物に抵当権が設定されている場合には、建物買受人は、そもそも、賃貸人(土地所有者)の承諾を得るか、承諾に代わる裁判所の許可を得るのでなければ、借地権を賃貸人に対抗できないのに(民法六一二条、借地法九条の三)、土地・建物が同一人に帰属しているときに、たまたま後順位抵当権が設定された、という一事をもって、賃貸人の承諾も、借地法九条の三で予定されている「財産上の給付」すらも不要な法定地上権が、突如として、買受人に成立するのである、抵当権者にその予測以上の過剰な利益を与えることになる、と思われる。また、建物抵当権設定当時、土地・建物は別人に帰属していたが、抵当権実行時には、同一人に帰属していた事案について、建物買受人に法定地上権を認めない判例(前注10)との整合性からみて、本判旨傍論、および原判決引用の二判例の正当性は疑問視されよう。

(1) 例えば、抵当権設定当時、土地・建物の所有者が同一であれば、後にそれらの一方または双方が譲渡され、抵当権の実行時には所有者を異にしていた場合でも、建物のた

- めに法定地上権は成立し(大連判大正一二年一月四日民集二卷六七六頁)よって確立され、最判昭和四四年四月一八日判時五五六号四三頁もこれを踏襲する)、また、土地に抵当権を設定した時に存在した建物が、滅失または取り壊され、再築された後に抵当権が実行された場合にも、旧建物を基準として法定地上権の成立が認められる(大判昭和一〇年八月一〇日民集一四卷一五四〇頁、最判昭和五二年一〇月一日民集三一卷六号七八五頁など)。その他、判例が法定地上権の成立要件を援和してきたことについては、林千衛「法定地上権」総合判例研究叢書民法(5)五八頁以下、柚木馨Ⅱ上田徹一郎・注民(9)物権(4)(一九七三年)一七八頁以下、村田博史「法定地上権」星野英一編・民法講座3物権(2)(一九八四年)一四三頁以下など参照。
- (2) 大判明治三八年六月二六日民録一輯一〇二二頁、大判昭和六年五月一四日新聞三二七六号七頁。起草者もこのように考えていたようである(法典調査会民法議事速記録七(法務図書館資料七)一一頁下段以下梅発言)。
- (3) 三藤邦彦・清水誠・四宮和夫・判例コンメンタールⅢ(清永)(一九六八年)四三五頁。
- (4) せいぜい、短期賃貸借として保護されるに過ぎない(民法三九五条)。
- (5) 最判昭和五一年一〇月八日判時八三四号五七頁(詳細な事案は不明)。その他下級審判決ではあるが、抵当土地が競売された事案につき、東京高決昭和三年七月一三日
- 下民集七卷七号一八三七頁(養親子)、佐賀地判昭和五一年三月一九日判時八三二号九八頁(個人会社とその代表取締役)参照。
- (6) 柚木Ⅱ上田・前掲替(注(1))一七八、九頁、吉成修「法定地上権・法定賃借権の成立要件」幾代通ほか編・不動産登記講座Ⅲ各論(1)(一九七八年)一一九頁、田中克志「抵当権の効力とその内容」加藤一郎・林良平編・担保法大系第一卷(一九八四年)四九八頁など。
- (7) 約定利用権が、賃料不払い等によって解約されて、消滅した場合にも、同じことが言えよう。
- なお、親子・夫婦等の間の敷地利用関係を、当事者間では使用貸借とするが、土地が譲渡されるときは、これを賃借とする契約であると解して、土地が譲渡された後の建物所有者に、建物保護法・借地法の保護を与えようとする見解があるが(星野・借地・借家法(一九六九年)一五頁)、この見解に従えば、抵当権が実行される場合でも、既存の敷地利用権によって、建物所有者の保護をはかることができるから、なおいっそう法定地上権を認める必要がないことになろう。
- (8) 地上権について、大判明治三七年二月五日民録一〇輯七九頁、賃借権について、最判昭和四〇年五月四日民集一九卷四号八一頁。柚木Ⅱ上田・前掲替(注(1))四〇、四一頁、柚木Ⅱ高木多喜男・担保物権法(第三版)(一九八二年)二五八頁など)。

敷地利用権が地上権である場合は問題となることは少ないが、賃借権である場合には多少問題が生じる。というのが、賃貸人の承諾がない限り、建物買受人は、賃貸人に對抗することはできず(六一二条一項およびこれに関する大判昭和七年三月七日民集一巻八五頁参照)、賃貸人の承諾が得られない場合は、借地法九条の三の要件を満たすときに限り(中心となるのは「財産上ノ給付」であらう)、承諾に代わる裁判所の許可を得ることができるに過ぎないからである(柚木||高木・前掲書(本注)三五二頁、高木・金融取引と担保(一九八〇年)一四四頁、一七八頁参照)。もっとも、後述するように、このことは法定地上権の成立を否定する根拠になりこそすれ、これを肯定する根拠にはならない。

(9) 抵当権つきの土地の所有権と地上建物の對抗要件ある賃借権が同一人に帰属した場合について、最判昭和四六年一〇月一四日民集二五巻七号九三三頁は、混同によって賃貸借権は消滅しないとす。

(10) 札幌地判昭和四〇年七月二三日判タ一八一号一七三三頁(土地所有者が抵当建物を取得した後、それが競落された事案)。また、最判昭和四四年二月一四日民集二三巻二号三五七頁(土地所有者が抵当建物を取得した後、それが競落された事案であるが、判旨は、抵当土地の所有者と地上建物の所有者が同一となった場合をも包含する趣旨のようである)、東京高決昭和三一年七月一三日(前注(5))。抵

当土地所有者がその養母から抵当建物を取得した後、双方の抵当権の実行により、土地・建物が別人の所有に帰した(事案)は、本文のような解釈を明示するものではないが、既存の敷地利用関係が存続することを前提としているように思われる(これらの判例の評価については、水田耕一「法定地上権の限界」金法五五七号一八頁以下、高木・民商六二巻一号五二頁以下、同・前掲書(注(8))一三八頁以下参照)。

(11) 水田・前掲論文(注(10))一八頁、柚木||高木・前掲書(注(8))三五二頁以下、高木・前掲書(注(8))一三八―一四五頁、同・民商六二巻一号五六頁、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I(一九八五年)二四七頁、東孝行「土地・建物の担保取得と法定地上権の成否」藤林益三・石井真司編・判例・先例金融取引法(一九八八年)二六三頁、田中・前掲論文(注(6))四九八頁以下。

(12) 我妻・新訂担保物権法(一九六八年)三五六頁以下、四宮和夫・判民昭和一四年度五四事件二〇一頁、箕田正一「民法第三八八条に所謂競売の場合の意義」法学新報五〇巻一四一頁以下。

(13) 抵当権設定時から実行時までのいずれかの時点において、土地・建物が同一の所有者に帰属すれば、法定地上権の成立が認められる、と解する説もある(清水誠「抵当権と法定地上権・短期賃貸借」加藤ほか編・銀行取引法講座

下巻〔一九七六年〕一〇一頁)。

(14) 大判昭和十一年一月五日民集一五卷二二二頁
(実際の事案は、本文に加えて、土地の二番抵当権設定後、建物につき抵当権が設定され、まず、建物抵当権が、次いで土地抵当権が実行されたため、建物競落人が土地競落人に対して法定地上権を主張したものである。大審院は、土地所有者に対する関係では、法定地上権の成立を認めつつも、一番抵当権者の予測を根拠として、土地抵当権者および土地競落人にはそれを対抗できないとした)。

(15) この点につき、松本・前掲論文(注(11))二四七頁、および二七二頁注(46)参照。

(16) 同旨の学説については、注(12)の文献参照。

(17) 注(11)の文献参照。

(18) 柚木||高木・前掲書(注(8))三五二頁以下、高木・前掲書(注(8))一四二~一四四頁、同・民商六二卷一五五六頁。

(一橋大学助手)