



Title	民事判例研究
Author(s)	吉田, 邦彦; YOSHIDA, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 44(4), 257-271
Issue Date	1993-12-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15546
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(4)_p257-271.pdf



民事判例研究

吉田邦彦

土地明渡請求事件(民集四四卷一号三一四頁)

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(消極)——土地・建物につき共同一番抵当権設定後、家屋の滅失・再築により土地抵当権のみとなった場合に、法定地上権が否定された事例

民法三八八条

最高裁判平成二年一月二二日第二小法廷判決(昭和六二年

(オ)四五二号、高野繁久対榎本美恵子外一名、建物収去

〔事実〕 X(原告、被控訴人、上告人)は本件土地の一番根抵当権の実行による競落人であり、同土地上の現在建物を所有・利用するY₁Y₂(被告、控訴人、被上告人)に対して、建物収去土地明渡及び損害賠償を求めたという事件であるが、これに対してY側は法定地上権の成立を主張して争い、それには以下のようなや込み入った経緯がある。

すなわち、一番抵当権が設定された当時(昭和四五年四月)、

本件土地及びその上の建物（旧建物）（四四年五月に建築）は各々 A「Bの父」、Bが所有しており、C銀行は、Dに対する債権の物上保証として共同一番抵当権をこの土地・建物に取得した（四五年五月に登記経由）。ところがまもなくAは死亡して（四五年六月）、右土地をBが相続し、土地・建物はともにBに帰属するに至り（相続登記は四五年一〇月に経由）、その後Cの根抵当権の極度額は二度にわたり（四九年三月、五〇年一月）変更された（当初三〇〇万円だったのが、一、五〇〇万円、さらには二、四〇〇万円となった）。

ところがBは、五〇年六月に旧建物を取り壊し、同人所有の別の建物（昭和四五年に建築）を増築して二階建事務所兼倉庫（以下新建物と言う）として使用するに至り、その後本件土地に二番ないし四番（根）抵当権が設定された（五二年四月、五三年四月、五三年九月）。しかしこの新建物は四四年一〇月の火事のため一部焼失し、Bはその後残部も取り壊した（五五年二月）。他方本件土地につき、Cの任意競売申立により五三年一月に競売開始決定が出され、Xが競売して所有権を取得したが（五七年一月）、この間にBはY₁に本件土地を賃貸し（五五年一月以降）、Y₁は五五年六月に現在建物を建築して一部Y₂社に利用させているわけである。

一番判決は、Xの請求を容れ、法定地上権は成立しないとした模様であるが、原判決ではそれは取消され、逆に法定地上権の成立を認めて、Xの請求は棄却された。その理由は、「一番抵当権設定当時には土地と建物とが同一人の所有ではなかったが、二番抵当権設定前に土地と建物とが同一人の所有に帰属するに至り、二番抵当権を標準とすれば法定地上権成立の要件が充足されている場合には、右一番抵当権に基づいて土地又は建物が競売されたときであっても、競売人は法定地上権を取得すると解すべきである」と言うものである（後に紹介する昭和一四年、昭和五三年の最上級審判決を引用するが、本件のXは土地競売人であるため、若干表現が不正確であって、むしろ「法定地上権を負担する」の趣旨であろう）。また競売手続中に前記新建物が滅失し、その後現在建物が再築されたこととの関連では、「土地に抵当権を設定するに当って建物の存続を考慮して評価されている場合には、建物が滅失したまま放置され潜在的に取得した法定地上権を放棄したと認められるような場合など特段の事情の認められない限り、競売開始決定後に建物が再築されたとしても、法定地上権の成立を肯認すべきであるところ、本件においては、右特段の事情の存在についての主張立証がない」とされた。なお、Cの根抵当権の極度額の変更は、権利の内容の

変更であり、新たな抵当権の設定と同視できず、その時点で本件土地と旧建物とが同一人Bに帰属したとして、それを理由に法定地上権が成立したとはいえないとする。

そこでX上告。理由としては、一番抵当権設定時に土地・建物の所有者は同一でなく民法三八八条の要件を欠き、また建物の存続を考慮して評価された主張・立証もない。A—B間の土地利用関係は使用貸借であり、対抗力のない利益関係として評価していたのであり、法定地上権の成立を予測していない。後順位抵当権の設定時を基準に法定地上権の成否を決することは一番抵当権の立場を無視し、法的安定性を害するなど述べている。「混同による使用借権消滅も云々するが、これは不要の議論である。」

〔判旨〕 破棄自判（一部差戻）。

「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かった場合には、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。けだし、民法三八八条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地についての建物のための利益権がないことにより建物の維持存続が不可能となることによる社会経済上の損失を防止するため、地上建物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存続を図ろうとするものであるが、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。なお、原判決引用の判例（大審院昭和十三年(オ)第二八七号同一四年七月二六日判決・民集一八卷七七二頁、最高裁昭和五三年(オ)第五三三三号同年九月二九日第二小法廷判決・民集三三卷六号一一一〇頁）は、いずれも建物について設定された抵当権が実行された場合に、建物競落人が法定地上権を取得することを認めたものであり、建物についてはこ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、土地の場合をこれと同視することはできない。

これを本件についてみると、本件根抵当権設定当時においては、本件土地と旧建物は所有者を異にしていたのであるから、いずれにしても本件土地の抵当権の実行によりXが競落した本件土地について法定地上権は成立しないものというべきである。したがって、本件土地に法定地上権が成立するとした原判決には、民法三八八条の解釈適用を誤った違法があり、Y₁ Y₂において他にXに対抗し得る土地の用益権の主張立証をしていない本件において、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、この点に関する論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。

以上によれば、Xの請求のうち、Y₁に対し建物取去土地明渡を求める部分及びY₂社に対し建物退去土地明渡を求める部分はいずれも理由があり、これを認容した一審判決は正当であるから、右部分に関するY₁ Y₂の控訴をいずれも棄却すべきであり、Y₁に対し損害金の支払いを求める部分については、さらに審理をつかさねる必要があるので、これを原審に差し戻すべきである。」

〔評釈〕 一 本判決でとりあげられた法解釈論上の問題は、判例集の「判示事項」「判決要旨」からもうかがえるように、民法三八八条の法定地上権の成立要件の一つである「土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一所有者ニ属スル」こととの関係で、土地に一番抵当権を設定する時点で土地と地上建物の所有者が異なる場合には、後に土地・建物が同一人の所有に帰した後に後順位抵当権が設定された場合に法定地上権が成立するか否かということであり、本件はそれを否定した初めての最上級審判決である。既に多くの評釈・解説等（後掲参照）で説かれていることであるが、これを従来の判例との関係で簡単に位置づけておこう。

(1) まず、後半部分の事情がなく、単に抵当権設定時において土地・建物が別異の所有者に属するときには——競売時に両者が同一人に帰属したとしても——法定地上権は成立しないとされる（これは、土地・建物のいずれに抵当権が設定されるかを問わない）（大判明治三八・六・二六民録一輯一〇二二頁（建物抵当権のケース）。「抵当権設定ノ当時土地ト建物トカ別異ノ所有者ニ属スルトキハ建物ノ為メニ既ニ賃貸借若クハ地上権ノ如キ借地権ノ設定アル可キ」であり、それにより建物は存続するから、民法三八八条の適用はないとする）、大判昭和六・五・一四新聞三二七六号七頁（宅

地抵当権設定当時建物が売渡されていたケース)、最判昭和四四・二・一四民集二三卷二号三五七頁(民商六一卷一号高木、名大法政論集五二号宇佐見、金法五五七号水田、判解九三事件奈良)(土地の賃借人が建築した店舗に一番ないし三番の(根) 抵当権設定(二七年六月、二九年九月、三三年六月)。しかし三番抵当権設定前に賃料不払を理由に土地賃貸借解除が問題となり(三二年六月)、その後賃貸人「土地所有者」が抵当権付建物を買受けている。抵当権設定時に、土地及び建物の所有者が各別である以上、抵当権実行による競落のさい、たまたま土地・建物の所有者が同一の者に帰していたとしても、民法三八八条の規定が適用・準用されるいわれはないとされた)。

(2) しかし他方で、特段の事情、すなわち土地・建物の所有者が同一人に帰してから、後順位抵当権の設定があつた場合には、従来の判例は法定地上権の成立を認めてきた(但し、いずれも建物が抵当権が設定された事例である)。これが初めて問題となつたのは、大判昭和一四・七・二六民集一八卷七七二頁(判民昭和一四年度五四事件四宮、民商一〇卷六号柚木、新報五〇卷一號箕田)(所有者が異なる段階で、建物(木造トタン葺二階建の印刷工場)に、一・二番抵当権が設定された後に、建物所有者が敷地を取得して、さらに三番抵当権が設定されている。なお、土地はさら

に譲渡され、その買主との間に土地賃貸借関係が認定されているが、建物競落以前に解除により終了したとされている)であり、大審院は、民法三八八条の立法趣旨は「建物ヲ建物トシテ其ノ敷地上ニ存置セシメ以テ之ガ所有者並ニ国家經濟上ノ利益ヲ保護スルト共ニ延テ抵当権ノ効力ヲ全フセシメントノ律意ニ他ナラズ」として、この立法目的の貫徹のためには、後順位抵当権設定時に宅地・建物が同一人の所有に属したことで足りると述べた。

そして、最高裁もこの立場を踏襲する判決を下していた(最判昭和五三・九・二九民集三三卷六号二一〇頁(法協九七卷八号河上、判評二四四号瀬川、民商八一卷二号高木、成城法学六号滝沢、判タ三九〇号椿、ジュリ六九三三号(昭和五三重判) 東海林、民事研究二六一号上田、手形研究二八〇号堀内、判解三三三事件牧山、法時五二卷一號員田)。この事件も建物抵当ケースであり、やはり後順位抵当権設定時には建物所有者が土地を取得していた事例だが、直接的論点は、その際移転登記を経由して、いなくとも、抵当権者との関係では民法三八八条の要件を充し法定地上権の負担を受けるとしたものであり、その前提として、最高裁が「正当として是認」した原審では昭和一四年判決の理論が支持されている。ただ、理由づけとしては、建物抵当権が併存する場合にいずれの抵当権者の申立であるかを問わず、競売によりすべ

ての抵当権は消滅するところに求め、一つでも民法三八八条の要件をみたせば競落人は法定地上権を取得するとし、そう解しても、他の抵当権者の利益となり、土地を取得した建物所有者の合理的意思に反せず、不測の結果をもたらさないからと述べている。

(3) そして本件は、事案的には——土地に抵当権が設定されていたという点が異なることを別とすれば——同様の事情が存在する（建物所有者が土地を取得した点も共通である）と見ることができ（そしてこのような場合の最初のケースでもある）、前記判例理論の射程を広く解すれば、法定地上権の成立が肯定されるわけであるが（原判決の立場）、本判決では逆の判断が示されたわけである。そして、法定地上権を否定する理由としては、そうでないと土地の一番抵当権者が把握した担保価値が損われることが強調されている。もっとも、(2)の判例理論も支持されるかの如くで、本件は建物に抵当権が設定された場合と事情は異なり同視できないと述べている。とは言え、本判決には、法定地上権の成立する範囲を狭めていく姿勢もうかがうこともできる。

二 従来の判例と本判決との関係は、一応以上のように整理することができよう。しかし、本件に対する結論「建物収去、

土地明渡の肯定」それ自体はよいとしても、本事案の特殊性に留意するならば、「判旨」に示された解釈論（法律論）に対しては——本件に即して問題が立てられ、適切な法言明が作られているかという観点から——私としては躊躇ないし疑問を感じる。それを以下に述べよう。

(1) 第一に、建物利用権に関する特殊性が問題となろう。本判決が説くように法定地上権が否定されると、関係当事者（建物所有者、土地の抵当権（設定者及び土地の競落人）は、約定利用権に依拠すべきこととなる（これをも否定する趣旨でないことは、小田原・後掲解説四〇頁）。確かに一番抵当権者としては、本件土地に付着する負担として法定地上権ではなくBがAに有していた利用権を予期していたにすぎないのかも知れない（もっとも、本件に即してみれば、C「一番抵当権者」としてはあまりこの点に関心はなかったと推測されることは後述する（二(2)参照）。その利用権とは本件の場合使用借権であり、土地競落人との関係では対抗力はない。それならば、特別法上保護される賃貸借契約を結ばばよいとも言えようが、A—Bは親子という関係の特殊性があり、むしろ使用貸借が通常であり（さらには契約すらなく、単に事実上利用していることもままある）という事情もある（この点を強調するのが、村田・後掲解説一〇九頁。もっとも、

親子間の使用貸借関係の場合、土地が譲渡されるときには賃貸借なしに地上権設定があるとする見解もある（星野・借地借家法（一九七〇）一五—一六頁）。若干無理がある契約解釈のようにも思われるが、もしこの立場が可能ならば、第三者に対して抵当権が設定された（またそれが親子間でも予定されていたと思われる）本件の場合にも類推する余地もあり、そうであれば以下に述べる問題は避けられる。かかる場合に、土地に抵当権が設定されていたならば——その後土地所有権まで得ていても——土地はおろか建物の取去まで余儀なくされるとしてよいかということであり、たまたま親子関係がドライであつて、賃貸借契約を結んでいた息子ならば保護されるというのも妙なようにも思われる。しかし本判決は、そうしてよいとするのであり、ある意味でかなり思い切った判断であると言ふことができる。

もっとも、前記一(1)の準則に関わる先例の中には、土地・建物の所有者間に親子関係がある場合（最判昭和五一・一〇・八判時八三四号五七頁（事実上不詳）、「親子・夫婦の関係があつても、土地の利用権を設定することが可能」だとする）、また東京高決昭和三一・七・一三下民集七卷七号一八三七頁（養親子関係。土地の使用関係がすでに設定され、あるいは設定される余地があるとする）あるいは法人格否認が適用される個人会社の場合（佐賀地判昭

和五一・三・一九判時八三二号九八頁、東京地判昭和五三・六・二六判時九二二三号九四頁）もあり、そこでも法定地上権は否定されている（もっとも、東京地判昭和五七・五・一〇判時一〇六二号一〇六頁は、一方が個人、他方が個人の事業体の所有になるとき、実質的に同一人に属するとして、法定地上権を肯定する）。従つて、前記判断はその論理的帰結と見れなくもない。

(2) しかし第二に、さらに重要だと思われるのは、本件では共同抵当（一番共同抵当）が設定されていたことであり（角・後掲評釈一九二二頁でも指摘されているが、土地抵当型と同視できるとされている）、この点は本判決の法律論から全く捨象されているが、問題であるように思われる。実際にも土地・建物が共同抵当に供されることが通例なのであるから、むしろ共同抵当の帰趨に焦点を当てた議論がなされるべきであり、実例も相対的には稀な法定地上権の要件について大議論するまでもなかつたのではないかと私は考える。

すなわち、本件で出された問題とは、『土地・建物に一番共同抵当権が設定されたところ、その後建物が滅失しさらに再築された場合に、土地抵当権者となつてしまった右共同抵当権者の保護をいかにしてはかるか』ということではなからうか。このような共同抵当権者は、一括売却を期待しているのであり（民

執一八八条、六一条の下ではとくにそうである)、いわば更地として評価しているのであり、CにとつてはBのAに対する約定利用権のことは眼中にないと考えてよくはないか。ところが、滅失・再築という外在的事情で事実上建物抵当権が消滅し、三八八条的狀況が生じておりこれをどう評価するかが、本件で提起されている問題なのである。

再築後も法定地上権の成立・継続を認める判例理論(大判昭和一〇・八・一〇民集一四卷一五四九頁(判民九八事件我妻、民商三卷三号柚木、志林三八卷二号薬師寺、新報四六卷三号吉田(久))
(土地抵当権ケース。旧建物が存したならば有りうべき法定地上権の成立を肯定する)、最判昭和五二・一〇・一一民集三二卷六号七八五頁(法協九五卷一二号屋野、民商七九卷一号東海林、判評二三三五号石田(喜)、判タ三六七号徳本(伸)、金法八五三三号古館、ジュリ六六号(昭和五二重判)高木、NBL二二一号岩城、判解二四事件岩田、ジュリ六六一号鈴木(正)、民事研修二六〇号大道)(土地抵当権ケース。再築後の堅固建物・新建築物を基準とする法定地上権が成立する場合を認める)は、共同抵当でない事例の下で形成されたものであるが(もつとも、大判昭和一三・五・二五民集一七卷一一〇〇頁(判民六九事件我妻、民商八卷六号石田(文)、法と経済一〇卷五号板木、新報四八卷二二号岡村)は共同抵当のケースで、

しかも、家屋焼失後旧建物の所有者の妻が再築したというものにつき、法定地上権を肯定する(前記昭和一〇年判決を引用する)、それを共同抵当事例にそのまま適用して法定地上権を発生させる(そのような処理をした近時の裁判例として、例えば、京都地判昭和六〇・一二・二六判時二二一九号一一三頁(前掲昭和一三年判決引用)、東京高決昭和六三・一一・一九判時二二六六号二五頁(木造建物が取り壊されて、堅固建物が第三者により再築された事例につき、旧建物を基準とする法定地上権の成立を認める)、大阪高判昭和六三・一二・二四判時二二八五号五五頁(取壊し、再築の期間の短さ、新旧建物の所有者の實質的同一性にも言及しつつ、旧建物を基準とする法定地上権肯定(昭和一三判決を引用する)、共同抵当権者の子期に反することとなる。そこでその後実務界からの反対が出て、最近それを踏まえた執行処分が出されて注目を集めている(東京地裁執行処分平成四・六・八判タ七八五号一九八頁(判タ七九二号吉田(光)、手研四七〇号案、金法一三四〇号野村(秀)、ジュリ一〇一五号長谷川(貞)、金法一三四三三号小林、債権管理六四号須磨)。そこでは、新建築物と土地の所有者が同一であり、かつ、土地抵当権者は新建築物について、土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定登記を受け、または土地抵当権者がこのような抵当権設定を受ける権利を放棄したのでなければ、法定地上

権は新建物につき生じないとして、共同抵当権者の保護がはかられたわけであり、その後もそれに沿った裁判例も出ており（東京地決平成五・一・一八判時一四五号一三三頁は、同様の要件の下に、原則として法定地上権の成立を否定し、かかる場合にも民法三八九条を適用して、抵当権者による土地・（新）建物の一括競売の申立を認める。また、大阪高決平成五・六・一一判時一四六五号九一頁も参照）、今後の動向を見守りたい。

そして本件でも実は、そのような問題に対する解決が迫られていたと考えられ、この点につき最高裁が判断を示さなかったことは惜しまれる。思うに、本判決が法定地上権を否定して、元来の共同抵当権者の建物収去請求を容れた結論はよいにしても、それに至るための直截な理論構成が試みられるべきであったように思われる。そしてさらに考えると、「判旨」の法律論にはただ迂遠だという以上の問題が含まれているのではない。本判決の調査官によれば、土地抵当権者は法定地上権は否定できるにしても、約定利用権の負担を受けることである（そして、これが賃借権の場合には、法定地上権の負担と大差ない）（前記二(1)参照）。そうすると、前述した東京地裁の処理による結論とは食い違ってくることとなる。このように、結論の相違にも繋がりがかねない判旨の構成を批判的に考察するなら

ば、以下の如くである。すなわち、「判旨」においては、本件が土地抵当権ケースであることがあっさりとは指定され、その抵当権設定時に、土地と建物の所有者が異なっていたところに着眼して法命題が作られているが、本件に即して考えるならば一番共同抵当権のケースであったことにまず留意すべきである。共同抵当権者としては、土地・建物を一体として——いわば「更地」的に——担保にとっているのであるから、土地・建物の所有者が異なるか、同一であるかは、関心事でなくどうでもよいことではなからうか。従って、判旨は、事案との関係では「irrelevant」な事柄を殊更にクローズアップさせて命題化しているように思われ（もつとも、これは原判決がかかる構成をしたことにそもそも起因するようである）、この点で私は疑問を持つ（それゆえ、単純な土地抵当型ケースであれば、判旨の法律論でよいとしても、それを共同抵当の事例にも推し及ぼすことには問題があると考える）。むしろ本件に適合的な法解理論たるためには、共同抵当が、取壊し（再築）により土地抵当となるに至ったという事情こそを——「つば」(point of the law)として——法律構成に反映させるべきであるように思われる（その意味で、東京地裁の法解釈論の方が——なお検討の余地があるにしても——問題に適合的に出されていると言える）。

(3) また第三に、本件では、建物・土地がBの所有に帰してから極度額が大幅に変更されたことの法的意味——すなわち、変更の時点で、約定利用権（使用借権）でなく法定地上権の負担を前提として土地の担保価値の再評価をしたのではないかというところ——が、問題とされている（原判決がこれを否定する）。しかし極度額の変更は、旧建物が滅失する以前のことであり、前述したとおり、Cは一番共同抵当権者として「更地」的に物件を評価しているのであるから、敷地利用権が約定のそれか法定地上権かには利害関係を有しない。従って私としては、共同抵当という本件の特殊性ゆえに、極度額変更を問題としなかったことには支持したい。しかし本件から離れて、仮にどちらか一方の不動産（とくに建物）の抵当権の場合には、事情は異なるのであり、土地・建物が同一人に帰して民法三八八条を踏まえて極度額変更がなされたのであれば、もはやそれは新たな抵当権設定と通ずるところがあり、この事実を法定地上権の成否にかからせる余地もあるように思われる。その意味でやや形式的に極度額変更と新たな抵当権設定とを区別する原審判決の理論それ自体には再考の余地がある（半田・後掲評釈三四頁がこの点を説くが、小田原・後掲評釈四〇頁は否定的である）。

(4) さらに第四に、本件のY₁の利用権は、競売開始決定後に

設定されており、詐害的なものだとも見る余地がある。競売開始決定には、差押の効力（関係的処分禁止効）があると解されており（旧競売法下では、強制競売のように差押宣言がなされる（旧民法六四四一条一項）ことはなかったが、開始決定に差押の効力があるとされるのが判例・通説であったことにつき、さしあたり、我妻・新訂担保物権法（一九六八）「四九五—四九七」、柚木・高木・担保物権法（第三版）（一九八二）三三九—三四〇頁、柚木・上田・注釈民法（9）（増補再訂版）（一九八二）八八—八九頁参照。民執法下では、開始決定で差押の宣言をすることとなり（一八八条、四五一条一項）、差押の効力は手続相対的に生ずることとなった（一八八条、八七条二項三項参照）、そうであるならば、Y₁は賃借権を抵当権者に對抗できない。Bならばともかく、Yは利用権を主張できないという構成であり（角・後掲評釈一九一—三頁が主張する）、そうならば、Bに法定地上権があるか否かを議論するまでもなかつたとも言える。

三 本判決には、以上のような留保を付して臨むべきだというのが、私の意見であるが、とは言っても、判旨の解釈論がかくの如く示された以上、それが「一人歩き」することは否定できないところであり（現に、本判決に関するほとんどの評釈は、それを正面から扱い論じている）、ここでもそれにコメントを加

えないわけにはいかないであろう。以下では、判旨で採りあげられた解釈問題につき、学説の動向を俯瞰して留意すべきことを述べておく。

(1) 第一は、「土地及び其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル」という一見些細な要件をめぐる本問題については、実に多様な立場・基準が示されていることである。法定地上権を広く認める説から列挙すると、以下の如くである。

すなわち——まず、(a) 設定時に建物が存在するという要件を重く見て、そうであれば法定地上権を予期すべしとして、競売までに同一人に帰属すれば足りるといふ説(石田(文)「法定地上権」新報四〇巻三三三号(一九三〇) 民法研究一三五九頁、同・担保物権法論上巻(一九三五) 二九五頁(混同)(民一七九条、五一〇条)することに疑問視していない)、四宮・前掲評釈。なお、強制執行の場合には、執行までに土地・建物が同一所有者に帰していればよい(民執八一一条参照)。さらには、建物の存在という要件すら疑問視して、更地に抵当権設定後に建物が築造されたとしても、法定地上権が成立するとの説も、かつては有力に出されていた(柚木・前掲批評民商三巻三号(一九三二)、同・判例物権法各論(一九三二) 三七七頁以下、同・担保物権法(法律学全集(初版)(一九五八) 三二三頁、山中・判民昭和一一年度一五三事件評釈。我妻・前掲書「四三九

もこれに好意的であり、否定説を採りつつも、限界は「欠点」だとした。なお近時では、小林資郎「法定地上権の成立要件に関する一考察」北海学園大学法学研究一六巻一号(一九八〇) 一六頁がこの立場である)。次に、(b) 後順位抵当権設定時に同一に帰しているならば、その者の法定地上権の予期からして成立させるべきだとの考え方がある(前掲昭和一四四年判決を一般化させた立場である。近時は、後述するとおり(e)参照)、一番抵当権設定時に同一人に帰属することを法定地上権の事件として求める見解が有力であるが、後順位抵当権者として独立に担保評価していることは確かであり、また一番抵当権が弁済により消滅(順位昇進)する場合を考慮してみても、かかる後順位者の期待を一概に無視できるわけではない(このことは、角・後掲評釈一九一四頁、小杉・後掲批評六四九―六五〇頁も触れている)。さらに、(c) として(b) をモディファイさせて、土地抵当と建物抵当の両場合を分け、後者について(b)の立場を維持して建物抵当権者の保護をはかる立場があり(早くは、箕田・前掲研究、我妻・前掲書「五三六」、畑郁夫「法定地上権」不動産法大系Ⅱ担保(一九七二) 二七九―二八〇頁)、通説的地位を占めており(建物抵当ケースに関しては、約定利用権を法定地上権にふくませることについて、さしたる異論は出されていない) ことについては、前掲昭和五三年判決についての各評釈・批評等参

照(例外は、高木・前掲批評)、本判決にも影響を与えているものと推測される(近江・後掲解説はこの立場である)。そして、(d)原則として一番抵当権設定時を基準とし爾後のな土地・建物の同一人帰属について配慮しないとしても、約定利用権設定当事者に特殊な関係があつて、利用権が使用貸借あるいはその設定もなされていないという場合には、例外的に法定地上権を認めてもよいとする立場がある(村田・後掲解説一〇九頁。また、小林資郎「所有権の変動と法定地上権の成否」半田還暦・民法と著作権法の諸問題(一九九三)二四三頁も同旨だが、同教授のこの論文からうかがえる立場は、むしろ(b)説か(二五〇―二五二頁参照)。さらに、(e)最初の抵当権設定の時点で同一人に帰属していない限り、約定利用権によるべしとの立場を徹底させる説であり、近年支持者を集めている(高木・前掲批評民商六二巻一号(一九七〇)、同・金融取引と担保(一九八〇)一四二―一四四頁、一八六頁、同・担保物権法(一九八四)一七八―一七九頁、鈴木・借地法上巻(一九七一―一九八〇)二六四―二六五頁、横・担保物権法(一九八二)二二五頁、加藤二郎「法定地上権をめぐって」民法ノート(上)(一九八四)二二九―二三〇頁、田中克志「法定利益権の効力とその内容」担保法大系一巻(一九八四)四九八―四九九頁、松本恒雄「法定地上権と法定賃借権」金融担保法講座Ⅰ(一九八五)二四七頁、

道垣内・担保物権法(一九九〇)一七五頁、角・後掲評釈一九一〇―一九一頁、花本・後掲評釈九五―九六頁)。ところで、このように厳格に、抵当権設定時における同一人帰属を要求するとすると、他方で判例では、抵当権者との関係で法定地上権の要件として登記経由まで要求されていないから(最判昭和四八・九・一八民集二七巻八号一〇六六頁(土地抵当のケース)(判評一八六号山田(卓)、民商七一巻一号横、判解二七事件川口)、前掲昭和五三年判決(建物抵当のケース)。四八年判決では、地上建物の存在を知する現況調査主義にのみ触れられ、ここでの(e)説は念頭に置かれていない)、抵当権者としては、単なる現地検分のみならず真の所有者の確認、さらには先順位の抵当権がある場合にはその設定当時の土地・建物の所有関係まで調査する必要がある(そうでなければ、法定地上権の存否は明らかにならない)、かなり負担が重くなるという副次的帰結が生ずることは、論者自ら認めるところである(松本・前掲論文二四五頁)。

そして、以上の諸説において、どれが絶対的かとの決め手もないように思われる(伊藤(進)・後掲論文一―一二頁でも、「判断基準を浮き彫りにすることは難しい」とされる)。例えば、(a)説が説く混同するか否かということだけでは充分な論拠にはならない(混同を否定する論者は、民法一七九条一項但書、五二〇条

但書の問題だとする。また、我妻説(○説)で、何故土地抵当と建物抵当とで立場を変えるのかにつき、論理的に説明することは難しい。一応、生産者信用重視の観点から抵当権保護の原理が背後にあると推測もできるが、土地・建物の双方に各々抵当権者がいる場合にはどうなるのかには、窮してしまふ。さらに、(e)説に関しては、しばしばこの立場が論理的(論理一貫的)だと説かれる(松本・前掲論文二四七頁、角・後掲評釈一九一〇—一九二一頁等)が、自足的にそうだとしても、他の基準よりすぐれているとは必ずしも言えないことは後述する。

(2) 次にアプローチの仕方を見よう。まず史的に分析すると、昭和一〇年代頃に、法定地上権はとりわけ昇揚されていたようであるが、建物存続の強調もさることながら、ここには、ドイツ的な抵当権の把握の仕方とも関係しているようである。すなわち、抵当権イコール価値権とする見方であり、それによって利用権は破壊されず、むしろ利益は促進されるべきで、「利用」の確保という現代的理想が強調されている(我妻・担保物権法(旧版)(一九三六)「七二」とくに二六二頁、同・前掲書「四三九」、石田(文・前掲書(一九三五)二二〇頁、また、我妻・福島「抵当権判例法(一)」法時七巻一号(一九三五)民法研究Ⅳ—二八頁)。これに対して、法定地上権に限定的な立場が優勢な近時では、

「利益較量」(高木前掲批評)及び「実質論」(角評釈)にウェイトが置かれ、関係当事者——すなわち、抵当権者(第一順位、後順位)、競落人、抵当権設定者等)——の緻密な利益調整が志向され(角・後掲評釈の他、河上・前掲評釈も、この種のすぐれた考察を行っている)、関係当事者の意思ないし「期待」「予期」によるリーズニングに傾くという帰結を生み(例えば、菅野佳夫・判タ六七四号七四頁は、「市民間の利益調整はあくまで私法レベルで解決すべきであつて、安易に『国民経済的損失』概念を持ち込むべきではない」とする。松本・前掲論文二六九頁でも、「合理的意思の補完」にせよを定めている)、その自然な結果として合意ないし約定利用権を志向することとなる。

(3) これを、私が理論的関心を寄せる思考様式論から問いただすならば、次のようになる。利益考量論は一見中立的ではあるが、そこには一種の市場主義的——担保取引という契約志向的な——アプローチという一つの政策的立場が示されていると見ることができ、その理論枠組は、建物存続保護を第一義的に考える四宮評釈のそれとは明らかに異なっている。法定地上権の場合、立法当初から「国家経済上の公益性」は、意思推測と併せて唱われているのであり(梅・民法要義卷之二(一九一〇)五二五—五二六頁)、その適用のあり方を考えるに際して——前述

の当事者志向的アプローチとは別の異質の考量が関わってくることを、意識的に分化させるべきではないが（なお、滝沢・前掲評釈一三九—一四一頁も、実質的利益衡量に批判的立場を述べていて興味深い）、その根拠は必ずしも明らかではない。それは、当事者志向的な考量とは別の社会全体の観点からの建物利用保護のあり方という法政策的思考である。

もつとも、これは裁判官が正面から、「判決文」として出していく性質のものであり（それは負担過重である）、結局、何らかの所定の「政策」を前提とした諸々の「先例」（判例）への依拠という形でリーズニングしなければならぬ宿命があるが、しかし絶えず表裏をなす形で——とくに本問題では——政策的思考が背後に控えていることには充分意識すべきものである。そしてそれゆえにここでの解釈論は、前述したとおり一筋縄ではいかないわけである（「意思」「予期」と言っても、打ち出される政策に依存するという面があり、必ずしも一義的でないことは、伊藤・後掲研究一—二二頁の判断要素の検討において、「当事者意思」が積極・消極の双方の論拠として登場していることからもうかがえよう）。

そして学問的研究としては、「政策」の是非についての社会的学的検討は重要であろう（この点で、最近、手塚宣夫「法定地上

権の再評価」（半田還暦）前掲書（一九九三）二五三頁以下が、資源節約・環境保護の政策的観点からここでの問題を論じており、その採否はともかく、アプローチの仕方は興味深い）。この検討は、もはや本評釈のよくなしうるところではなく、さしあたり考えているところを、簡単に結びとして述べておく。すなわち、何故近時は(e)説の政策的立場が——無意識的にであれ——求められ、反面パターナリスティックな法定地上権による規制が好まれなくなつたか、ということである。

まず、社会的に見て建物保護の要請のウエイトは低まつているのではなからうか。歴史的に見ても、地価との対比で建物価格の占めるウエイトは低下することがこれと関連するであろうし（瀬川教授の指摘）、また、住宅事情の好転も指摘できよう。また第二に、戦前の共同体的規制の昂揚期に比するならば、今日は個人主義的（市場主義的）な社会秩序観が浸透してきているとも言えようが、これに対しては、別の立場を社会理念として出すこともできるであろう。もつとも、法定地上権の問題をあまりに過大視することもできない。約定利用権によると言っても、賃借権の場合には特別法により物権化させられていて、あまり大差なく、ここには大いに社会的な後見的規制が投影していると思えるからである。そうであれば、法定地上権が機能

する場面は、補充的・限定的であれ——例えば利用権設定当事者間に特殊性がある場合など（本件もこのケースである）——賃借権におけるバターンリズムとのバランスから言っても、後見的に法定地上権を登場させることは不自然ではないであろう。なお第三に、司法的現象として近年は法定地上権の濫用ということが心配されており（これについては、山本和彦「法定地上権の濫用について」民事研修四〇三号（一九九〇）の他、共同抵当事例の規制に関する前掲文献参照）、これに対する懸念もあるのであろうか（恰度、借地借家権の存続期間、正当事由の硬直さに対する批判と同様に）。しかし、この点に関しては、濫用問題に適合的に、共同抵当における建物の再築問題という形で特定して対処していけばよいとも言えるであろう。

本判決の評釈・解説・批評は以下のとおりである。小田原満知子・ジュリ九六〇号、判解三事件、角紀代恵・法協一〇八卷一一号、村田博史・法教一一九号、小杉茂雄・民商一〇三卷四号、稲田龍樹・判タ七六二号、伊藤進・金法一二六七号、半田吉信・判評三八二号、近江幸治・ジュリ九八〇号（平成二年重判）民法五事件、小見山進・民事研修四〇三号、花本広志・一橋論叢一〇五卷一号、高畑順子・法時六三卷一号、荒川重勝・私法判例リマークス一九九一（上）民法一〇事件、本田純一・法セミ四三一号、不動産研究三三卷一号、