



Title	再建築物と法定地上権：土地建物の共同抵当権の場合
Author(s)	藤巻, 和生
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 8, 1-33
Issue Date	2001-12
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/22323">https://hdl.handle.net/2115/22323</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	8_P1-33.pdf



# 再築建物と法定地上権

## — 土地建物の共同抵当権の場合 —

ふじ まき かず お  
藤 巻 和 生

### 目 次

はじめに .....	3
第一章 裁判例の推移 .....	3
一 従前の裁判例 — 東京地裁執行処分以前の判例 — .....	3
1 建物の再築と法定地上権 .....	3
2 更地に抵当権を設定した後の建物と法定地上権 .....	5
3 再築について抵当権者の承諾がある場合 .....	6
4 再築建物の法定地上権を否定する裁判例 .....	7
二 現在の判例 — 判例理論の成立と展開 — .....	7
1 執行妨害的事例への対応 .....	7
2 平成4年東京地裁民事執行部（民事第21部）執行処分 .....	8
3 全体価値考慮説による裁判例 .....	9
4 全体価値考慮説以外の見解に基づく裁判例 .....	13
三 制度趣旨との関係 .....	
— 抵当権設定当事者の具体的意思と法定地上権 — .....	14
1 起草者の想定した制度趣旨 .....	14
2 共同抵当の場合の制度趣旨と判例理論 .....	15
第二章 学説の検討 .....	16
一 従前の学説 .....	16
二 現在の学説 .....	16
1 個別価値考慮説 .....	16
2 全体価値考慮説 .....	16
3 一体価値考慮説 .....	17
4 個別価値総合説 .....	18
5 対価支払説 .....	18
6 法定地上権全面否定説 .....	18
7 一括処理説 .....	19
三 小括 — 分析の視角 — .....	19

1	学説の観点の検討	19
2	法定地上権の成否を検討する指針	20
第三章	総合的考察	20
一	共同抵当の特殊性	20
1	共同抵当の経済的一体性	20
2	土地建物の物理的一体性と一体的処理	21
二	再築建物と法定地上権	21
1	抵当権が把握する価値	21
2	法定地上権の成否	21
三	一括競売の運用	22
1	一括競売の要件とその緩和	22
2	再築建物と一括競売	23
四	立法論的検討	23
1	自己地上権・自己借地権制度	23
2	権利金制度	24
3	土地建物一体の原則	24
4	抵当権設定時の個別事情の公示	24
おわりに		25

## はじめに

土地建物に共同抵当権を設定した後、設定者が建物を取壊・再築したうえ、新建物を譲渡し、建物所有者が法定地上権を主張するケースがバブル経済崩壊後急増した。これに対し、裁判所は全体価値考慮説と呼ばれる見解を示し、学界で議論を呼んだが、この問題は土地建物を別個の不動産としたわが国独自の法制と土地建物一体の原則との関係、共同抵当下での価値把握、建物の物理的变化による抵当権把握価値の変化等、多くの実務的・理論的な問題を含んでいる。本稿は、結論を言えば、法定地上権の制度趣旨である抵当権設定当事者の意思をこの共同抵当ケースでも重視する。法定地上権の成否は、抵当権設定時及び建物取壊・再築時の当事者の意思に適うことが必要であると考えるのである。

以下では、まず第一章で裁判例を検討する。この問題について画期をなした平成4年東京地裁執行処分以前の裁判例とそれ以降の裁判例を二分して概観し、法定地上権の制度趣旨も併せ検討する。第二章では学説を取り上げ、各説の骨子と問題点を整理し、解釈論の指針を得る。最後に第三章では、判例・学説を土台とし、当事者が土地建物を共同抵当に取ったこと及びその共同抵当の特殊性を重視して、法定地上権の成否、再築建物の一括競売につき検討し、立法論にもふれる。

## 第一章 裁判例の推移

## 一 従前の裁判例 — 東京地裁執行処分以前の判例 —

## 1 建物の再築と法定地上権

初期の裁判例は、抵当地上の再築建物に法定地上権は成立しないとした。

東京控判大正2年3月22日新聞862号25頁

【事実】Aが建付地の抵当権を得た後、建物が焼失。設定者Bが建物再築後、土地競落人Xが建物取得者Yに土地明渡を請求。

【判旨】388条は抵当権設定時に存在した建物に関する規定だが、新旧建物は別個の不動産であるし、旧建物が焼失すると、抵当権者は法定地上権は成立しないと考え、建物のない現状での競売を予期するが、再築建物に法定地上権が成立するなら、この予期に反する、またこの場合に国家経済上の観点から見て法定地上権を認めることは、立法論に属し、解釈論としては採れない（再築建物の法定地上権を否定し、Xの請求を認容）。

本判決は建物焼失という事情変更・抵当権者の意思の変化を考慮して、法定地上権を否定した<sup>1</sup>。しかし、大審院はまず再築建物の法定地上権を認める。

大判昭和10年8月10日民集14巻1549頁<sup>2</sup>

【事実】Aが建付地の抵当権を得た後、設定者Bが建物を取壊・再築。建物競落人Yに対し、土地競落人Xが建物取去を請求。

【判旨】当該建物が朽廃した場合は格別、建物所有者は再築のうえ、土地利用を継続した以上、法定地上権者としての地位にあると解すべき（Xの請求を棄却。成立する法定地上権の内容は旧建物と同一の範囲、とする）。

本判決は、抵当権設定後の事情変更・抵当権者の意思の変化は考慮せず<sup>3</sup>、抵当権設定時の状態を維持したものだが、大審院は土地建物共同抵当の場合も同様の論理で、再築建物に旧建物を基準とする法定地上権を認めるに至る。

大判昭和13年5月25日民集17巻1100頁<sup>4</sup>

【事実】Aは共同抵当権を得たが、建物が焼失したため、設定者Bの代わりに、妻Xが建物を再築してBと同居していたが、土地の抵当権が実行される。Xは土地競落人Yに法定地上権の確認を請求。

【判旨】土地建物を共同抵当としたときにも388条が適用され、また設定者が建物を再築して、土地利用を継続するときは、旧建物と同一内容の地上権が設定されたものとみなすのは判例の

通りである（Xの請求を認容）。

本判決は、第三者が再築した事案だが、それが設定者の妻であり、設定者の土地使用の許諾・設定者との同居をもって、再築者を設定者と同視し、共同抵当下での再築建物の場合も法定地上権が成立するとした<sup>5</sup>。これが踏襲される。

①東京地判昭和46年12月13日判タ276号308頁

【事実】建物取去請求だが、詳細は不明。

【判旨】建物の滅失・再築の場合も、土地利用が継続されている以上、地上権者としての地位を保持する（法定地上権の内容は旧建物が基準となるとし、Xの請求を棄却）。

②東京高判昭和50年6月26日高民集28巻3号250頁

【事実】Aが土地建物の共同根抵当権を得た後、設定者Bが建物を取壊・再築し、Cが新建物と土地を共同抵当とした。Aが土地抵当権を実行し、Yが競落。BY間で土地賃貸借契約を結んだが、Bの賃料不払で同契約が解除され、その後Cが建物抵当権を実行し、Xが競落。XがYに法定地上権の登記手続を請求。

【判旨】新建物のための法定地上権が成立し、Bが地上権を放棄しても、その効果はB本人に限られ、Xに法定地上権を認めないのは388条の趣旨に反する（Xの請求を認容）。

③東京地判昭和53年3月31日判タ369号231頁

【事実】Aは共同根抵当権を得、競売を申し立てたが、設定者Yが建物を取壊・改築したため、土地のみがXに競落された。XがYに建物取去を請求。

【判旨】地上建物が滅失しても、土地上に自己所有の建物を再築したときは、新建物のために旧建物を基準とする法定地上権が発生する（Xの請求を棄却）。

④福岡高判昭和60年2月13日金法1102号43頁

【事実】Aは共同抵当権を得たが、設定者Bが建物の取壊・再築後、新建物がYに譲渡され、土地

もYに賃貸された。土地競落人XがYに土地明渡を請求。

【判旨】共同抵当の場合も、土地建物の一方のみが競売されたときに法定地上権が成立することは、設定時に予見可能ゆえ、特別な不利益を抵当権者に課することにならず、法定地上権が成立しないとするのは法定地上権の趣旨目的を軽視するもので、採用できない（Xの請求を棄却）。

⑤京都地判昭和60年12月26日判時1219号113頁

【事実】Xが共同根抵当権を得た後、設定者Aが旧建物を取壊し、Y（以前Aが経営していた会社の社員）が建物を再築。Xは土地抵当権を実行し、自ら競落し、Yに建物取去を請求。

【判旨】旧建物の存在を前提として設定された抵当権は、第三者が建物を再築しても担保価値が侵害されることはない（法定地上権を認め、Xの請求棄却）。

⑥東京高決昭和61年5月30日東高民37巻4=5号52頁

【事実】Xが共同抵当権を得た後、設定者Aが建物取壊・再築。XはAの再築が抵当地の価格減少行為に当たるとし、保全処分を申立。

【判旨】土地抵当権の把握価値は旧建物の法定地上権により制約を受ける範囲に留まり、法定地上権が生じても、旧建物を基準とする限り、価格減少行為とはいえない（Xの申立を却下）。

⑦東京高決昭和63年2月19日判時1266号25頁<sup>6</sup>

【事実】Aが物上保証人C所有の土地建物の共同根抵当権を得た後、土地建物はBに譲渡され、Bが建物を取壊・再築。土地の競売で執行裁判所は法定地上権が成立しないとして最低競売価格等を決定したが、買受人Xは法定地上権が成立するから、売却許可決定には違法があるとして、決定の取消を求めた。

【判旨】土地抵当権は土地から建物のための地上権を控除した価値を目的とするから、再築建物が法定地上権を認めても、旧建物を基準とする限り抵当権を侵害せず、再築者が設定者である

必要はない（原決定取消）。

⑧大阪高決昭和63年2月24日判時1285号55頁<sup>7</sup>

【事実】Xが共同根抵当権を得た後、設定者Aが建物を取壊し、B（会社だが、実質はA個人）が再築、Yが新建物と土地の共同根抵当権を得た。抵当権実行に至り、執行裁判所は法定地上権を前提に売却代金を算出したので、Xが異議訴訟を提起。

【判旨】抵当権設定時、土地建物の全価値が把握されているが、それは法定地上権付着の建物価値と底地価額の合算であって、建物価値と更地価額の合算額ではない。建物再築時、新建物につき旧建物を基準とした法定地上権が付着していると解するのが、設定時の当事者意思の合理的解釈上も相当であり、新建物は旧建物を基準とした法定地上権が付着したものとして評価し、土地は底地価額として評価するのが合理的である。

以上のように裁判例は新建物に旧建物を基準とする法定地上権を認め、建物維持を図る一方、これは当事者の抵当権設定時の意思にも反しないとする。また旧建物を基準とする地上権が成立する理由として、大審院判決の理由以外には、新建物を基準とする法定地上権を認めると抵当権者の予期に反する(①)、法定地上権が成立しないとの主張は同制度の趣旨目的を軽視するもの(④)と述べ、⑤⑦⑧では、担保価値につき、建物抵当権については建物価格に法定地上権価格を加える一方、土地抵当権は底地価格とし、これは抵当権設定時に予測可能で、建物の取壊・再建によっても土地抵当権の把握する担保価値に変化はないという。しかし、⑦⑧の評釈ではこの把握価値の評価に疑問が提起された。抵当権者は建物取壊を予定せず、抵当権設定時及び建物滅失時に法定地上権など想定していない<sup>8</sup>、抵当権者の意思と無関係に法定地上権を認めるのは不動産全体の価値を把握していた抵当権者の利益が旧建物所有者の行為により害される<sup>9</sup>、土地のみに抵当権が設定された場

合と状況が異なり、再築建物に法定地上権が成立するなら、その価値は土地抵当権者が取得すべき<sup>10</sup>等の問題点が指摘された。このような問題意識が後述の判例理論の基礎となる<sup>11,12</sup>。

## 2 更地に抵当権を設定した後の建物と法定地上権

建物が取壊された場合、再築されるまで土地は更地となる。そこで、関連問題として、更地に関する裁判例を概観する。

更地に抵当権が設定された場合、大審院・最高裁<sup>13</sup>とも、388条と389条の文言対比の他、抵当権者は法定地上権を予期せず、土地を更地として担保評価するから、設定者の行為により地上権が成立すれば、抵当権者・買受人は不測の損害を被ること、また学説<sup>14</sup>は、抵当権設定後の事情は395条の場合以外は全て覆滅されることを理由に、建物の法定地上権は認められないとする<sup>15</sup>。また更地に抵当権設定後、新築建物を追加共同抵当にしても、裁判所<sup>16</sup>は同じ論理で法定地上権を否定した。ただ、追加の事例で法定地上権を認めた裁判例もある。

東京高決昭和53年3月27日判時888号93頁

【事実】抵当権者Aは設定者Xが建てた建物を追加共同抵当としたが、その後、BCDEが土地建物に後順位の共同抵当権を設定。ABが土地建物の競売を申立、建物のみ競売でABは満足を受けられることから、執行裁判所は法定地上権を前提に建物のみ競売を命じ、Dが建物を競落。しかし、Xは建物の競売では後順位抵当権者CDEらの債権は満足されない<sup>17</sup>ので、一括競売をなすよう競落許可決定の取消を求めた。

【判旨】土地抵当権設定時は更地であったから、法定地上権が生ずることはないが、建物に同一抵当権者のために抵当権が設定されたことにより、建物のみ競売の場合、法定地上権が生じることになったものと解すべきである。建物のみ競売により法定地上権が発生する場合、個別競売では土地のみ競売が困難となり、土地

建物の代金の合計額が一括競売の場合に比して低額となりうるので、競売裁判所としては、競売物件を公平にして高価な価額で売却するという競売制度の目的に鑑み、一括競売によるべきで、原決定は違法である。

この事例では少なくともAは満足を得られるから、法定地上権を認めて差しつかえない。だが、これは例外的事例で、常に同じ判断ができるわけではない<sup>17,18</sup>。なお、法定地上権を認めつつ、一括競売によるべきとした点は興味深い<sup>19</sup>。

### 3 再築について抵当権者の承諾がある場合

更地につき、抵当権設定時に建築の承諾があっても、大審院・最高裁<sup>20</sup>は法定地上権は成立しないとする。法定地上権を認めると、設定者の行為により、土地競落人に不測の損害を負わせることになるというのである。学説は、公示方法のない抵当権者の承諾が、画一的処理がされるべき競売に影響を及ぼすべきでないこと<sup>21</sup>、建築の承諾と法定地上権の成立・対抗を受ける合意とは差があること<sup>22</sup>も理由に挙げる。しかし、例外的に法定地上権が成立する場合があることを示唆する判決もある。

最二判昭和36年2月10日民集15巻2号219頁<sup>23</sup>

【事実】Xが抵当権（更地）を得たい、設定者Aの建物築造をXは承認したが、築造がはじまっていたことを知らなかったため、更地評価で抵当権を設定。そして、XA間で、建物完成後に抵当権を設定すること、第三者から建築資金の融通を受けないこと等、土地の担保価値を減少させない旨の合意がされたのに、Aは約定に反し、Yから建築資金を受け、建物完成時、Yのために建物に抵当権を設定。土地を自ら競落したXが建物競落人Yに建物収去を請求。

【判旨】抵当権設定後の建物に法定地上権は成立せず、築造の承諾があっても、更地評価に基づき抵当権を設定したとき、388条は適用されない（請求認容）。

本判決は法定地上権を否定したが、抵当権者が建築を承諾し、それを前提に担保評価していたなら、例外的に地上権が成立すると読みうる<sup>24</sup>。その後、この両要件を満たす例で地上権を認めた下級審判決もある<sup>25,26</sup>。では、再築はどうか。

最三判昭和52年10月11日民集31巻6号785頁<sup>27</sup>

【事実】土地及び非堅固建物の所有者Aが土地に根抵当権を設定した後、建物を取壊して堅固建物を建築。根抵当権者Bは、抵当権設定時、取壊・再築を承諾し、あえて非堅固建物には抵当権は設定せず、堅固建物を前提に土地の担保評価を行う。再築後、建物にCの抵当権が付されたが、土地の抵当権が実行され、B自らが土地を競落し、Xに譲渡。Xは建物競落人Yに建物収去を請求。

【判旨】法定地上権の内容は、原則として旧建物と同一の範囲にとどまるが、旧建物を基準とするのはそれを予定して土地の担保価値を算定した抵当権者に不測の損害を被らせないためであるから、抵当権者の利益を害しないと認められる特段の事情がある場合、新建物を基準とした法定地上権が成立すると解すべきである（新建物を基準とする法定地上権を認め、Xの請求を棄却）。

本件の争点は法定地上権の成否でなく、地上権の内容である。堅固建物を前提とした土地抵当権者自身が土地を競落しているから、新建物を基準とする地上権を認めても、抵当権者（＝競落人）に不測の損害はない（土地譲受人もこの点を了解している）。しかし、第三者が競落人である場合、地上権の内容は競落人には不分明ゆえ、不測の損害を被る危険性があるから、判決の射程を抵当権者自らが競落した場合に限る見解が多い<sup>28</sup>。

以上のように、建築・再築の承諾があるだけでは法定地上権は成立せず、その承諾に基づいた土地の担保評価が必要とされている。しかし、そうであるなら、更地の事例でも担保評価次第で法定地上権は成立しうることになろうし、現にそのよ

うに指摘する評釈も多い<sup>29</sup>。

#### 4 再築建物の法定地上権を否定する裁判例

再築建物に法定地上権は成立するとされたが、それを否定する裁判例もある。

大阪高判昭和35年12月15日下民集11巻12号  
2654頁

【事実】Aが共同抵当権を得た後、設定者Bが旧建物（個人住宅：10坪2合）を新建物（幼稚園舎：261坪8合3勺）に改築。土地競落人Xが建物買受人Yに建物取去を請求。

【判旨】旧建物の法定地上権の範囲が過小で、再築建物の存立を支えるに足らず、取壊・建直しをする場合、現存建物の効用を維持する意義は失われるから、新建物に法定地上権は認められない（Xの請求を認容）。

【コメント】再築建物でも法定地上権が成立しないことがあるとし、再築建物に旧建物を基準とする法定地上権が認められるとの判例の限界を示した裁判例。

東京地判昭和46年7月20日金法627号37頁

【事実】Yが共同抵当権者になった後、建物が滅失、更地となった状態で抵当権が実行され、Y自ら土地を競落した。旧建物所有者Xが法定地上権を主張。

【判旨】法定地上権は建物を保護するための制度だが、土地建物が共同抵当とされ抵当権設定後に建物が滅失した場合、土地は更地価値を有するものと期待されている。土地を更地として評価・競売したことに違法はなく、抵当権者の利益にも合致し、法定地上権を生ずる建物の存在を予知しえない競落人に不測の損害を与えることも避けられ、設定者も法定地上権が成立しないことによる不利益は補われているから、法定地上権の否定は結果から見ても妥当である。

【コメント】建物が存在しないため、法定地上権を認めても意味はなく、法定地上権は確定的に消滅すると扱っている<sup>30</sup>。抵当権者は建物がない状態で競売に付したのであるから、土地は更地

価値を有すると考えていよう<sup>31</sup>。

名古屋高決昭和60年1月24日金判716号23頁

【事実】共同抵当権者Aは、設定者Bの新建物への抵当権設定の念書に基づき、建物の取壊・再築に同意した。しかし、Bは建築資金の融通が受けられなくなり、Cが注文主になって建物を完成させ、CはBから本件土地を譲受した。Aは一括競売を申し立てたが、執行裁判所が却下したため、抗告。

【判旨】389条は「抵当権設定の後その設定者が抵当地に建物を築造したときは」と規定しており、設定者が建物を築造した場合に限って一括競売を許す趣旨と理解されないではないが、388条と対比すると、抵当権設定後の建物には法定地上権を認めないかわりに、抵当権者に土地と建物の一括競売権を賦与したものと解することができ、一括競売は建物の経済的価値の存続を図れるうえ、土地のみの競売より容易で、抵当権者の利益を守り、建物所有者も取去義務を負うより、売却代金のうちから建物代金を収受できるから、利益に資する。認定事実によれば、建物築造者は土地の所有権を得たことで土地につき抵当権の負担を負うに至ったから、389条にいう設定者と全く同視しうる地位を承継したものである。従って、389条の一括競売権を認めるのが相当である。

【コメント】一括競売が問題となった事例だが、その前提として再築建物に法定地上権が成立しないことが述べられている。共同抵当権設定後、建物が取壊・再築された場合、更地に抵当権設定後、建物を建築した場合と同様の状況であることから、この判決は注目される。現に一括競売を認める新たな考えは後述の学説に影響を与えた<sup>32</sup>。

## 二 現在の判例——判例理論の成立と展開——

### 1 執行妨害的事例への対応

バブル経済の進展による地価高騰とその崩壊による地価下落に伴い、法定地上権を悪用した土地

担保価値への侵害事例が多発した。土地建物を共同抵当とした場合、抵当権者は土地建物全体の価値を把握している。しかし、設定者等が建物を取壊・再築した場合、再築建物の担保提供を受けない限り、従前の裁判例では、抵当権者は底地価格についてしか優先弁済を受けられない。底地価格は、更地価格から地上権価格を控除して算出されるが、大都市の地上権価格は更地価格の6～9割に及び、再築建物の担保提供を受けない抵当権者は設定時把握した担保価値の大半を失う。この点を熟知する設定者等が、①再築建物への第1順位抵当権の設定を約して旧建物を取壊・再築し、再築建物に別の金融機関のための第1順位抵当権を設定する、②土地を第三者へ賃貸・譲渡し、土地賃借人・譲受人が新建物を建築する、③執行を受けそうな時点で建物を取壊してバラックを建て、法定地上権を主張する、等の執行妨害的事例が多発した<sup>33</sup>。裁判所は、当初、法定地上権を前提としつつ、個別的にこれを否定した。

大阪地決平成3年6月11日判時1439号144頁

**【事実】**共同抵当権者Xによる抵当権実行のための差押直後、設定者Aが無断で建物を取壊し、簡易建物を4日で再築、AはBに建物の占有を移転しようとした。再築は執行妨害を企図したもので、建物に第三者が入れば売却は困難となるとし、Xが保全処分を申立。

**【判旨】**建築は執行妨害の意図による可能性が高く、抵当権で把握されていたのが底地に留まるとしてなお、価格減少行為に当たる（保全処分を認める）。

大阪地決平成4年3月10日判時1421号100頁<sup>34</sup>

**【事実】**共同抵当権者Xが抵当権を実行し、競売手続中に建物が焼失し、設定者Aが再築しようとしたので、Xは再築が価格減少行為に当たるとして保全処分を申立。

**【判旨】**再築が差押後の場合、差押の処分禁止効により、法定地上権は発生しないが、更地上に建物が建築されると、法定地上権が発生しなくても、土地価格が大きく下落するのは常識(申

立を認める)。

設定者が抵当権者に無断で建物を取壊すのは、民法上(709条, 137条2号, 特約があれば415条)及び刑法上(262条)の責任を発生させる。民事執行法上の売却のための保全処分(188条, 55条)等も可能である<sup>35</sup>。しかし、問題は法定地上権の成否である。もしも法定地上権が成立しないと仮定するなら、土地抵当権の把握価値は更地価値となるから、その更地価値の回収を困難にする再築行為は価格減少行為に該当することとなるが、そもそも法定地上権が成立すると考えるなら、その結果、土地抵当権の把握価値は底地価値となり、他方、再築行為により底地価値が毀損されることはないから、結局、再築行為は価格減少行為に該当しないこととなる。そして、従来は後者の考え方が採られ、再築は価格減少行為に該当しないとされたため、執行妨害的事例が誘発された<sup>36</sup>。これに対し、個別事案への対応では限界があり、抵当権者に不測の損害を被らせないため、また土地の担保的利用を基礎とする円滑な金融の実現のため<sup>37</sup>、全面的な解決が求められた。

## 2 平成4年東京地裁民事執行部(民事第21部)執行処分

東京地裁平成4年6月8日執行処分判タ785号198頁<sup>38</sup>

**【事実】**Xが共同抵当権を得た後、設定者Aが建物を取壊し、土地をBに賃貸。Bは建物を再築し、Cのための抵当権を設定。Xは競売を申し立てたが、売却条件(法定地上権の成否)が問題となった。

**【判旨】**法定地上権は国民経済上の損害の発生を防止する公益的見地から制定されたものだから、法定地上権が発生する方向での解釈努力が要請されるが、民法制定過程での審議内容及び更地に抵当権が設定された場合の判例の態度を見れば、その制度趣旨は当事者の合理的意思の尊重にあり、当事者が地上権を留保したと考えられない場合には、法定地上権は成立しない。

共同抵当の場合、競売により土地建物の所有者が異なったときには、地上権留保の意思を当事者が有しているのが通常であるが、その意思は建物が競売まで存続することを前提としており、建物が滅失・再築された場合、新建物の地上権を留保する意思があるとは考え難い。仮に設定者にはあっても、抵当権者にあるとは言えない。抵当権設定時の合理的意思の内容は、旧建物滅失の場合、新建物に土地と同順位・内容の抵当権が設定される場合または抵当権者が抵当権の設定を受ける利益を放棄する場合は別として、地上権は留保されないというもので、従って、法定地上権は成立しない。このように解しても、第三者が不測の損害を被ることはない。再築者は、登記簿を見れば更地への抵当権設定を予想でき、担保目録を見れば旧建物との共同担保だったこと、抵当権者が土地の価値全部を把握していることを知りうる。建築請負人も不動産工事の先取特権で保護される。

本処分は詳細なものだが<sup>39,40</sup>、重要なのは当事者の合理的意思の内容である。建物抵当権の担保価値が建物価格に法定地上権価格を加えたものとされる一方、土地抵当権は底地価格とされ、この点は従来の理解と同じである。しかし、共同抵当であることから、抵当権者が全体の価値、特に土地全体の価値を把握していることを重視し、再築の場合、法定地上権が成立すれば、土地抵当権の担保価値は底地価格となって、土地全体の価値から大幅に減少するが、これは当事者の合理的意思に反するから、法定地上権は認められない、というのである。これは全体価値考慮説と呼ばれ<sup>41</sup>(ただし、新建物と土地の所有者が同一人で、かつ、土地抵当権者が新建物について土地抵当権と同順位の共同抵当権を得たとき、または抵当権者が建物の抵当権取得を放棄したときは、例外的に法定地上権が認められる、とする<sup>42</sup>)、後述の通り、その結論においては多くの学説、特に実務家から支持を得たが、反面、理論構成に対する批判は強い。しかし、この説を採る裁判例は続々と現れた。

### 3 全体価値考慮説による裁判例

この理論は多くの裁判所<sup>43</sup>や最高裁で採用され、判例理論となった<sup>44</sup>。

[1] 東京地判平成4年12月14日判タ833号  
261頁(参考裁判例)

【事実】Xが共同抵当権を得た後、設定者が建物を取壊・再築し、またXは再築建物に抵当権を設定し、共同抵当とした。しかし、建物の抵当権登記前に法定納期限に達した国税債権があり、執行裁判所は法定地上権を前提に配当表を作成し、国税債権はXの建物抵当権に優先するとした。Xが配当異議を提起。

【判旨】納付期限と新抵当権設定時期を比較すれば、国税債権が優先するのは明らかであり、再築建物に土地と同順位の共同抵当権を設定したのだから、法定地上権は成立する(Xの請求を棄却。[14]の第1審)。

[2] 東京地決平成5年1月18日判時1451号  
133頁<sup>45</sup>

【事実】共同抵当権者Xは、建物再築時、設定者Yから第1順位抵当権を得ることになっており、Yは建物を取壊・再築したが、Yは約定に反し、Aに第1順位抵当権を与えたため、Xは第2順位抵当権者となった。Xは新建物に法定地上権は成立しないと、一括競売を求める。

【判旨】法定地上権は成立しないが、社会経済的見地からすれば、建物収去は避けるべきで、抵当権者にとっても一括売却の方が高値で売却でき、建物所有者も建物収去より売却代金を受け取る方が有利である(一括競売を認める)。

[3] 東京地決平成5年3月26日判時1455号  
117頁

【事実】Xが共同抵当権を得た後、設定者Aは旧建物を取壊し、建物新築をBに請け負わせた。Xは再築により土地の価格が減少するとし、保全処分を申立。

【判旨】法定地上権は成立しないが、Aは債務履行期の5ヶ月前から旧建物の取壊をはじめ、1ヶ月前から新築を開始しており、再築につき執行

妨害目的はないこと及びXは債務の履行期から1年後に保全処分の申立をしているが、そのころには、新建物はほぼ完成の状態にあった等の事情を考慮し、申立を却下。

〔4〕東京高判平成5年8月25日金判959号9頁〔1〕の控訴審)

【判旨】原処分を支持(抵当権者の期待を常に保護するとすれば、租税債権の滞納の有無やその納期限の時期、交付要求の有無という不明確な要素によって法定地上権の成否が決せられ、取引安全を害する)。

〔5〕東京高判平成6年2月23日金法1408号41頁

【事実】Aの土地への抵当権設定当時、Bの小屋が存在したが、建物は取壊され、Aが8階建ビルを新築、新建物にCの抵当権が設定された。競売により、Xが土地を、Dが建物を競落。XはDからの建物譲受人Yに土地明渡を請求。

【判旨】抵当権設定時、旧建物が土地所有者の所有でなかったこと、旧建物と新建物の規模、面積等が全く異なること、抵当権者が新建物のための法定地上権の成立を予期して土地の担保価値を算定していないことから、法定地上権を否定(Xの請求を認容)。

〔6〕東京地判平成6年7月25日金判954号32頁

【事実】Aが共同抵当権設定後、建物を取壊し、Aの息子の内縁の妻Bが新建物を再築、これにXのため抵当権を設定した。Bが新建物の賃料債権をYに譲渡したところ、Xは債権譲渡行為が詐害行為に当たるとし、取消を請求。Bの資力の有無につき、再築建物の法定地上権の成否が問題となる。

【判旨】法定地上権は認められないから、再築建物の価値はないに等しく、Xが抵当権を実行しても債権回収はできず、賃料債権の譲渡行為を詐害行為に当たる(Xの請求認容)。

〔7〕東京高決平成6年8月9日金判971号20頁

【事実】設定者Y<sub>1</sub>は共同抵当権者Xに新建物を追加担保に入れるとの念書を差し入れ、建物を取

壊・再築し、保存登記を経由しないうちに新建物をY<sub>2</sub>に譲渡、Y<sub>2</sub>が保存登記をした。Xは一括競売を申立。

【判旨】法定地上権は成立しないので、建物譲受人も土地買受人に対抗できる権原を持たず、建物除去義務を負い、そのことは登記簿により譲受人も知りえ、そうであれば建物も一括競売した方が譲受人にも有利である。また土地のみ競売すれば、売却価格は低廉化、買受申出人の範囲も狭め、担保権者にとり著しく不利益となる。とすれば、設定者が建物を建築し、第三者に譲渡した場合、一括競売が許されない合理的理由はない。

〔8〕大分地決平成7年3月15日判タ886号189頁

【事実】Xが土地の抵当権を取得するさい、設定者Aは建物取壊・再築予定で、再築後追加担保にする旨の念書をXに差し出し、Xも旧建物を理由に無価値と評価し、土地のみに抵当権を設定。が、約定は反故にされ、土地はBに抵当権付きで売却され、建物が建築された。土地競売に際し、執行裁判所は法定地上権を前提に売却価格を決定したが、Xが右決定の取消を求める執行異議を申立。

【判旨】抵当権者は土地を更地と評価し、また土地利用は継続していないから、更地に抵当権設定後、その第三取得者が建物を建築した事案と同様に評価すべきで、法定地上権は成立しない(異議申立を認容)。

〔9〕大阪高決平成7年9月13日金判992号28頁

【事実】共同根抵当権者Xに無断で設定者Aが建物を取壊・再築し、Xの抗議に対し担保提供する旨約したが、Aは約定を反故にし、第三者Yに新建物を譲渡。Xは一括競売を申立。

【判旨】抵当権者は土地建物の全部価値を把握する趣旨であったのに、設定者の建物取壊・再築により、新建物に抵当権の設定がないのに、法定地上権が成立すると解すると、抵当権者が不測の損害を被り、抵当権設定契約における双方

の合理的意思に反する（一括競売を認める）。

[10] 大阪高決平成 8 年 10 月 21 日金判 1013 号  
26 頁

【事実】共同根抵当権者 X は、建物は老朽化ゆえ無価値と判断し、土地を更地として担保評価。その後、設定者 B は土地建物の所有権を A に移転した（登記済。ただ、登記原因は信託で、A は受託者である）後、X に無断で建物が取壊され、A 名義の建物が再築される。X は一括競売を申立。

【判旨】X は更地としての交換価値を把握したのに、新建物に法定地上権を認めるなら、X が不測の損害を被り、当事者の合理的意思に反する。また本件では新建物の名義人は土地所有者と同一と見うるから、389 条を適用できる。

[11] 東京地判平成 8 年 6 月 11 日判時 1598 号  
126 頁

【事実】更地への抵当権設定後、建物が新築されて共同抵当とされ、抵当権は実行されたが、両抵当権の設定の中間に法定納期限がある租税債権があり、執行裁判所は法定地上権を前提とした配当表を作成。租税債権が建物抵当権に優先し、抵当権者が受ける配当金額は減少することから、抵当権者が配当異議。

【判旨】土地の価格全部を把握した抵当権者の権利を軽視してはならず、388 条は抵当権者の権利を害する場合にまで拡張されるべきでない。また民法制定時と異なり、建築技術等の著しい進歩、土地価格の高騰等、法定地上権の拡張が社会経済的に推奨される状況にない。

[12] 東京地判平成 8 年 12 月 13 日金法 1472 号  
51 頁（[11] と同様の事例）

【判旨】時を異に共同担保とされた場合、共同担保とした時点で法定地上権の成否を判断すべきでなく、各抵当権設定時を基準に判断すべきである。土地抵当権者が建物に抵当権を設定するのは、一括売却がされることを前提に建物も担保把握する意思又は建物建築による土地減価を補い、土地担保価値の低下を防ぐ意思に基づくのが通常で、債権の満足を意図したに外ならない。

[13] 最三判平成 9 年 2 月 14 日民集 51 卷 2 号  
375 頁<sup>46</sup>

【事実】共同根抵当権者 X の承諾を得て、設定者 Y<sub>1</sub> が建物を取壊。X は土地を更地と再評価し、根抵当権の極度額を 4 度増額。Y<sub>1</sub> は Y<sub>2</sub> に土地を賃貸し（短期賃貸借、賃借権設定仮登記）、Y<sub>2</sub> が新建物を建築。X は Y<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> に短期賃貸借の解除・仮登記の抹消を請求。

【判旨】共同抵当の場合、抵当権者は土地建物の全体価値を把握する。建物が取壊された場合、当事者の合理的意思は更地としての担保価値の把握にある。仮に新建物に法定地上権が成立すれば、地上権価額相当の価値が減少し、土地全体の価値を把握した抵当権者は不測の損害を被る。よって、建物が取壊・再築された場合、新建物の所有者が土地所有者と同一で、再築時の土地抵当権者が新建物につき土地抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた等の特段の事情がない限り、法定地上権は成立しない。建物保護の公益的要請には反するが、当事者の合理的意思に反してまで公益的要請を重視すべきでない。

[14] 最一判平成 9 年 6 月 5 日民集 51 卷 5 号  
2116 頁<sup>47</sup>（[4] の上告審）

【判旨】国税債権が存在するとき、建物に優先する担保権が設定されたのと実質的に変わらず、抵当権者が新建物の抵当権を取得しないときは土地全体の担保価値を把握できるのに、抵当権取得により法定地上権が成立するなら、地上権価額に相当する価値が把握できなくなり、当事者の合理的意思に反し、この合理的意思に反してまで公益的要請を重視すべきでない（原判決を破棄差戻）。

[15] 大阪高判平成 9 年 6 月 13 日金法 1508 号 80  
頁

【事実】共同根抵当権者 A は建物取壊・再築の予定であることを知悉し、それを前提に土地の担保価値を算定し、新建物には土地と同順位の共同根抵当権を設定することになっていた。後日、設定者 B により建物が取壊・再築され、土地競

落人Xが建物所有者Yに建物収去を請求。

【判旨】根抵当権設定の際、新建物の建築が了解されていても、建物について土地と同順位の共同根抵当権が現実に設定されていないため、法定地上権が認められる特段の事情があるとはいえない（Xの請求を認容）。

[16] 最二判平成10年7月3日判時1652号68頁

【事実】YはXのために共同根抵当権を設定した建物を取壊し、再築した。ABが再築建物の第1・第2順位の根抵当権を得、Xは第3順位の根抵当権を得る。Xの競売申立により、執行裁判所は法定地上権を前提に配当表を作成。Xが配当異議を提起。

【判旨】Xの建物根抵当権はABの根抵当権に劣後し、法定地上権が成立すれば、土地全体の価値を把握していたXの権利を害するから、法定地上権が認められる特段の事情がある場合にあらざらず、新建物に法定地上権は成立しない。

[17] 東京地判平成10年10月9日金法1553号47頁

【事実】共同根抵当権者Aの承諾を得て、建物の根抵当権設定契約が解除された。その後、建物が取壊・再築され、Yが新建物を買受け、土地も建物所有目的で賃借した。Aは土地根抵当権を実行し、Xが買受人となる。XはYに建物収去と使用料相当損害金の支払を求めた。

【判旨】根抵当権者の承諾を得て旧建物の根抵当権設定契約が解除され、旧建物の取壊が了解されていたとしても、法定地上権の成立が認められる特段の事情があるとは言えない（Xの請求を認容）。

以上の判決は、[14]の1・2審（[1][4]）を除き、その判旨から全体価値考慮説によったと評しうるものだが、法定地上権は否定するものの、この説によったか否かが不明な裁判例もある。以下がそれである。

[18] 東京地決平成4年11月6日判時1439号142頁

【事実】共同根抵当権者Xが建物再築を了解し、設定

者Aは建築後遅滞なく第1順位の根抵当権を設定する旨の念書を入れ、旧建物を取壊した。が、建築はされず、競売申立の時点でも更地だったが、根抵当権実行のための差押後、Aが建築を開始した。Xが保全処分を申立。

【判旨】建築されると、収去費用や訴訟時間等の負担があり、買受希望者が減少し、土地価格も下落する（執行妨害目的であるとし、保全処分を認める）。

[19] 大阪高決平成5年6月11日金法1367号135頁<sup>48</sup>

【事実】Xが共同根抵当権を得た後（旧建物は老朽で空家のため、担保価値を認めず、更地評価を行ったが、念のため建物にも根抵当権を設定）、設定者Aが建物を取壊・再築し、新建物は共同根抵当権が設定されないまま、Bに譲渡される。Xは新建物に法定地上権が成立しないことを前提に一括競売を求めた。

【判旨】新建物に法定地上権は成立せず、389条の法意から、一括競売を認めた。

[20] 大阪地決平成5年10月18日判時1476号137頁

【事実】共同根抵当権設定後、設定者Aが建物を取壊し、Bが簡易建物を建築（地上権設定仮登記）。その後、別建物の建築が始まったが、施工業者は不明。根抵当権者Xが保全処分を申立。

【判旨】差押後、所有者は通常の用法に従った使用収益以外は許されないから、新たな建築は許されず、法定地上権が発生する余地もない（保全処分を認める）。

以上、全体価値考慮説による（あるいはこれに反しない）裁判例を概観したが、事案を分類すると、建物収去（[5][8][13][15][17]）、一括競売（[2][7][9][10][19]）、配当異議（[1][4][11][12][14][16]）、保全処分<sup>49</sup>（[3][18][20]）、詐害行為取消（[6]）となる。建物収去が基本だが、一括競売や配当異議も多い。同説の根拠としては、東京地裁執行処分（同執行処分を引用するもの[2][3][6]、最高裁[13]）を引用

するもの [14] [15] [16] [17]) が挙げる理由の他、法定地上権が成立すると土地抵当権の把握価値は底地価値となり新たな担保提供を受けない限り債権回収が困難となる ([6]), 388 条は土地の全体価値を把握した抵当権者の権利を害する場合にまで適用されるべきでなく、社会経済的に見て、民法制定当時と異なり、現在では拡張解釈することが推奨される状況にない ([11]), 共同抵当は土地全体の価値を把握するもので、法定地上権は著しく担保価値を減少させるから、当事者の合理的意思に反する ([13]) 等と論じられる。いずれも抵当権者の合理的意思・把握価値を重視するもので、建物維持という公益的要請に優先するとする<sup>50</sup>。

次に例外的に法定地上権が成立する場合として、[13] は「新建物の所有者が土地所有者と同一で、新建物が建築された時点での土地抵当権者が新建物につき土地抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた等の特段の事情」があるとき、とする (上記執行処分の「抵当権の設定を受ける権利を放棄したとき」については明示されていない<sup>51</sup>)。が、例外を認めることの問題点も現れた。優先租税債権が存在する場合である ([1] [4] [11] [12] [14])。この場合、同一順位の建物抵当権の存在を理由に法定地上権を認めると、地上権価値は (建物抵当権に優先する) 租税債権に配当される。そのため、例外を認めることには、その例外が成立する要件が明確でない (特に優先租税債権が存在する場合)<sup>52</sup>、当事者の合理的意思の内容が理解されていない<sup>53</sup>、(租税債権の交付請求がなければ、法定地上権を認めても問題ないが) 交付請求の有無等の不明確な事情を判断に組み込んでよいか<sup>54</sup>、例外を認めることは法律関係を不安定にする<sup>55</sup>、租税債権優先の実質的根拠たる予測可能性原理にも反する<sup>56</sup>、等の批判がなされた。これに対し、[11] [14] は新建物への共同抵当権の設定順位を実質的に判断し、建物抵当権に優先する租税債権があれば、共同抵当権は同順位でないとし、抵当権者の把握した土地の全体価値を保護した。

また一括競売につき、第三者築造 [10]・第三者所有 [7] [9] [19] の場合にも、一括競売は建物維持を図る社会経済的見地から妥当で、抵当権者・建物所有者共に有利となるとして、再築建物の一括競売を認めた<sup>57</sup>。

取壊・再築の承諾や担保評価に関する個別的情があるときにも、この判例理論が適用される (旧建物取壊の承諾があった場合 [13] [17] [19]、新建物に第 1 順位の抵当権設定の約定がある場合 [2] [7] [8] [9] [15] [18]、土地を更地として担保評価した場合 [8] [13] [19])。つまり、[13] [17] [19] は取壊・再築の承諾があっても、それだけでは法定地上権が成立する特段の事情があるとは言えないとし、[15] も建物に土地と同順位の共同根抵当権が現実に設定されていないため法定地上権は成立しないとした。法定地上権が成立するには当事者間の承諾や約定では足りず、土地と同順位の共同抵当の登記が要求される<sup>58</sup>。土地評価の仕方も判断要素とされている ([8] [13] [19])。

以上の判例理論は、当初更地に抵当権が設定され、その後、再築建物が共同抵当とされた事例 ([11] [12]) にも妥当するから、更地に関する従前の裁判例 (前記東京高決昭和 53 年 3 月 27 日) も変更されたと見うる<sup>59</sup>。なお、土地のみに抵当権を設定した [5] では、土地建物の同一所有者帰属という要件を満たさぬとの理由で地上権を否定することもできた。が、再築建物をめぐる議論を踏まえ、実質的理由を挙げ地上権を否定したと解されている<sup>60</sup>。

#### 4 全体価値考慮説以外の見解に基づく裁判例

裁判例のなかには、東京地裁執行処分後も個別価値考慮説、あるいは、新しい考え方である個別価値総合説によるものがある。

[21] 高松高決平成 5 年 10 月 15 日判タ 842 号  
203 頁

【事実】共同抵当権設定後、設定者 Y<sub>1</sub> が建物を取壊し、簡易建物を建築、Y<sub>2</sub> へ譲渡した。その後、

抵当権者Xの申立により競売が開始し、Y<sub>3</sub>が土地建物を駐車場・事務所として使用していることが判明。Xは保全処分を申立。

**【判旨】** 建物が滅失・再築した場合、法定地上権成立の余地があるが、執行妨害を企図し、保護される法律関係が欠如している場合、抵当権者に著しい損害を与え、公正な競売制度に悖るから地上権は成立しない（保全処分を認める）。

[22] 東京地判平成5年10月27日金法1278号137頁

**【事実】** 共同抵当権設定後、建物が何者かによって取壊され、設定者AがYに賃貸期間10年で土地を賃貸し、Yが簡易建物を建築。Xが土地抵当権を実行して自ら競落し、Yに建物収去を求める。

**【判旨】** 旧建物を基準とする法定地上権は認められるはずだが、Yは簡易建物で何ら営業活動していない等、本来の利益を目的とせず、抵当権者に著しい損害を及ぼすことを熟知し、抵当権者の債権回収を困難にしているから、法定地上権の主張は権利濫用に当たる（Xの請求を認容）。

[23] 大阪地判平成9年3月21日判タ946号211頁

**【事実】** 共同根抵当権設定後、設定者Bが建物を取壊・再築し、新建物にYのために根抵当権を設定。これを知った抵当権者Aは新建物につき第2順位の根抵当権を共同担保として取得し、その後、Xに根抵当権付債権を譲渡した。Yが一括競売を申立、執行裁判所は新建物及び地上権価格をYに、底地価格をXに配当するとしたが、Xは地上権価格がYに配当されたことを争う。

**【判旨】** 法定地上権は競売により土地と建物の所有者が別々になった時点で現実化するが、土地建物の所有者が抵当権を設定した時点で、土地抵当権が把握するのは、底地価値に限定され、建物抵当権は建物自体の抵当権の他に土地の潜在的な自己地上権に対する抵当権が附加される。そこで、建物が取壊されると、滅失により旧建物自体の抵当権が滅失することは明らかだ

が、潜在的自己地上権に対する抵当権は存続し、この関係は建物が再築されても変わらず、従って、土地の底地価値も地上権価額ももとの抵当権者が優先して配当を受ける。

以上是最判以前の判決で、また全体価値考慮説によっても同じ結果となる。つまり、[21] [22]は法定地上権が成立しようとしたが、執行妨害的事例であったため、地上権を認めなかった。[23]は潜在的自己地上権を観念することで一貫した説明を与え、理論構成の面で批判の多い全体価値考慮説を再構成しようとした判決である。ただし、最判後、全体価値考慮説以外の判決はなく、しかも、執行妨害的でない場合にも適用されている。全体価値考慮説は、共同抵当下での再築建物一般につき、判例理論として定着したと言えよう。

### 三 制度趣旨との関係 — 抵当権設定当事者の具体的意思と法定地上権 —

法定地上権の成否につき、判例理論が主に考慮したのは当事者の合理的意思である。東京地裁執行処分は、当事者が地上権を留保しない場合、建物維持の公益的要請を強調して法定地上権を強制すべきでないとし、後の判例も、当事者の合理的意思に反する場合、法定地上権は成立しないとした。法定地上権の制度趣旨である建物維持の公益的要請（及び土地使用権に関する当事者の意思の推測）は変容したようにも見える<sup>61</sup>。法定地上権の制度趣旨を検討しよう。

#### 1 起草者の想定した制度趣旨

法定地上権と一括競売は、法典調査会で起草委員の土地建物は一体であるとの見解に対し、調査会委員から、抵当の場面では土地建物が別個に扱われている日本の慣習に反する等と異論が生じ、結局、土地建物は別個の不動産とされることとなったことから、制度化された。そのため、短期間で制定された<sup>62</sup>、独自の制度である。立法の経緯は議事速記録等の研究<sup>63</sup>から明らかとなり、要

件・効果についても検討が進んでいる。

法定地上権は、競売時、抵当権者が一括競売をしない限り、土地と建物が別人に帰属し、自己地上権を認めない法制上、建物に土地所有権はなく、その存立を図れないという不都合を回避するために導入された。従って、建物保護の公益的要請と土地所有権に関する当事者意思の推測が制度趣旨とされた<sup>64</sup>。しかし、当初、起草委員が土地にのみ抵当権が設定された事例を想定していたに過ぎないことはこれまでの研究から明らかで、調査会委員の摘示により、建物にのみ抵当権が設定された場合は後から想定されたが、共同抵当など考えるところでなかった。が、起草者の主観を離れ、上記の制度趣旨から共同抵当はどのように捉えられるのか。

## 2 共同抵当の場合の制度趣旨と判例理論

建物維持の要請は、共同抵当の場合にも法定地上権を認める根拠となる。現にそのような見解は多い<sup>65</sup>。判例も、①土地建物が別人に競落された場合、②土地建物一方のみが競落された場合、③土地建物の一括競売後、建物の競落が取消された場合等に 388 条を適用してきた<sup>66</sup>。

他方、意思の推測からすれば、共同抵当の場合、土地または建物にのみ抵当権を設定した場合と異なり、当事者は土地建物を一体のものと考えて全価値を把握し、一括競売を前提に、一括競売すれば土地建物の買受人は同一人だから、土地所有権など観念する必要がなく、となると、土地所有権に関する意思など存在しないことになる<sup>67</sup>。ただ、一方のみの個別売却の場合、やはり法定地上権が認められる<sup>68</sup>。その時点で土地所有権に関する当事者の意思が認められ、また建物維持にもかうからである<sup>69</sup>。

では、共同抵当権設定後、建物取壊・再築の場合はどうか。更地に抵当権を設定した場合の考え方が参考になる。

判例通説は、更地に抵当権が設定された場合、後の建物に法定地上権は成立しないとする。抵当権者は更地を前提に評価を行い、設定者はそれに

基づく資金提供を受ける。法定地上権は想定されず、むしろそれを否定することで抵当権の把握価値を高めようとし、判例通説もこの意思を建物維持の公益的要請より重視する<sup>70</sup>（把握価値を高めようとするこのような意思は、建物が存在する状況下では、共同抵当という形で具現化することに注意）。しかも、建物維持の要請が今日いかに強調されるべきかは疑問である。[11]は現在と民法制定時とは大きな違いがある、という。確かに民法制定時から戦後に至るまで住宅用建物数は窮乏し<sup>71</sup>、「国民経済上の利益」たる建物の保護は当然といった観念が存在したため、法定地上権はこのような観点から正当化されてきた。が、その実、「国民経済上の利益」なるものの歴史性やその変化について突き詰めた考究はなされず、かかる事情が問題の根本にあるともされている<sup>72</sup>。時代的状況の差異をそのように割り切って考えられるのかという疑問<sup>73</sup>もあるものの、差異の存在自体は否定できない<sup>74</sup>。

となると、より重要なのは当事者の意思であろう。まず取壊にのみ承諾していた場合、抵当権者が土地所有権を観念することはなく、設定者も取壊のみ目的としているのなら、同様である。次に再築の場合、（もし法定地上権を認めるならば）共同担保にとっていた場合と担保内容が明らかに異なる抵当権者が新建物のための土地所有権を観念するとは言い難い（仮にそのような意思であっても、それは合理的でない）<sup>75</sup>。他方、設定者は新建物の土地所有権を観念しようが、そのためには再築建物を共同担保とすればよく、それをせずに土地所有権を求めるのは合理的でなく、執行妨害を意図するものときえ言いうる（そもそも設定者の意思は、共同抵当の場合、重視すべきでないとの指摘もあり<sup>76</sup>、また抵当権者と設定者の心理的要素が対立する場合、法定地上権の負担を負う側、つまり、土地抵当型では抵当権者の意思が、建物抵当型では抵当権設定者の意思が尊重されるべきであるとする見解もある<sup>77</sup>）。従って、共同抵当下での再築の場合、当事者に土地使用に関する意思は認められず、抵当権の把握価値の観点からも、

そのような意思は合理的でない。

以上から、判例理論は法定地上権の制度趣旨にかなうものと評しうる。

## 第二章 学説の検討

### 一 従前の学説

初期の判例では、建付地の再築建物につき、旧建物を基準とする法定地上権が認められた後、それが共同抵当下での再築建物に拡張された<sup>78</sup>。他方、初期の学説には、共同抵当事例で再築建物の法定地上権を認めない見解があったが<sup>79</sup>、多くの学説は判例に追随して法定地上権を認めた。またこれらの学説に、土地建物の一方に抵当権が設定された場合と共同抵当の場合とを区別する姿勢は窺えず<sup>80</sup>、抵当権設定時に建物が存在していたのだから、抵当権者は法定地上権を予期しており、これを認めても、抵当権者に不測の損害はないから<sup>81</sup>、共同抵当下での再築建物も同様である、とされるのみであった<sup>82</sup>。

### 二 現在の学説

バブル経済崩壊後、執行妨害的事例が多発したことから、従前の見解を疑問視する実務家が現れ、共同抵当の場合、土地建物の両抵当権により土地全体の価値を把握している、共同抵当と土地ないし建物のみへの抵当権設定とは当事者の意識の点で差がある、等の指摘<sup>83</sup>がなされた。特に東京地裁執行処分以降、多様な見解が示された<sup>84</sup>。

#### 1 個別価値考慮説

従前の見解である<sup>85</sup>。共同抵当のうち、土地抵当権は底地価値を目的とする以上、建物抵当権が消滅した場合も土地抵当権には底地価値を認めれば足りる、とする。さらに、①取壊の了解により、利用権部分についての担保権の消滅も了解されている、②わが国では木造建物が主流で、通常の建物は短期間での建替えが予想されている一方、再

築建物に抵当権を設定するか否かは当事者の信頼関係の問題であり、法定地上権成否の問題ではない、等との理由も挙げる<sup>86</sup>。

一方、全体価値考慮説には、①共同抵当の場合とそうでない場合との整合性がない<sup>87</sup>、②建物滅失時に建物抵当権で把握していた法定地上権価値が土地抵当権に流入するのは奇妙である<sup>88</sup>、③土地建物を集合財産のように一体的に捉えているが、土地建物一体の原則を採用していない以上、無理な法律構成である、④土地抵当権と建物抵当権がそれぞれ何を把握しているかはつきりしない<sup>89</sup>、と批判し、自説ではこれらの説明が容易であるという。

ただし、近時の個別価値考慮説は、執行妨害的事例を契機に、個別的に法定地上権を否定する。再築を、執行妨害事例、債務不履行事例(約定違反)、一般事例に分類し、前二者では法定地上権を認めず、一般事例でのみ認めるのである。状況に即した判断が可能となり、一般事例では再築建物を保護する必要性が強いことも多いから、全体価値考慮説は妥当でない、という<sup>90</sup>(なお、再築時に第1順位の抵当権設定の合意がある場合、抵当権者は抵当権設定の仮登記仮処分に対応すべしと指摘するものもある<sup>91</sup>)。

他方、個別価値考慮説には、①執行妨害的事例を招来する<sup>92</sup>、②土地担保を経済の基礎とする日本では、土地価格全体の把握が重要なのに、法定地上権を排斥できず、円滑な金融を害する<sup>93</sup>、③共同抵当である点を考えていない<sup>94</sup>、④抵当権者に不利益が生じる<sup>95</sup>、⑤建物保護は法定地上権でなく、一括競売によっても達しうる<sup>96</sup>、等と批判されている。

#### 2 全体価値考慮説

判例理論である。共同抵当権が土地全体の交換価値を把握するものであることを強調し、再築建物に法定地上権を肯定すると、地上権価額の回収ができなくなるとして、地上権を否定する<sup>97</sup>。ただ、再築建物の所有者が土地所有者で、再築建物に土地抵当権と同順位の共同抵当権が設定された

とき、即ち、従前と同一の共同抵当状態を生じたときは、誰にも不利益はないとし、再築建物の法定地上権を認める。

同説の基本的理由は上述の通りだが、その他、①抵当権者の期待を判断するさいは、抵当権設定時の他、設定後の事情も考慮すべきである、②建物保護の要請も土地価格の高い現代では相対的に低くなる<sup>98</sup>、③土地のみに抵当権を設定した場合、抵当権設定時は底地価値、建物滅失時は更地価値、建物再築時は再び底地価値を把握するが、共同抵当の場合も、抵当権設定時は建物抵当権の法定地上権価値と併せて土地全体の更地価値、建物滅失時は同じく更地価値、そして再築時も当初と同じく更地価値を把握すると解すべきである<sup>99</sup>、④共同抵当権設定後、その建物が消滅した以上、法定地上権も消滅し、土地抵当権は更地価値を把握するものとなる<sup>100</sup>、等の理由があげられる。

この説は、結論において多くの賛同を得た<sup>101</sup>。しかし、個別価値考慮説からは勿論、法定地上権を認めない他の学説からも批判を受けた。前述の理論的整合性の他、①抵当権設定時の土地抵当権は底地価値、建物抵当権は建物価値と法定地上権価値を把握するというが、当事者は抵当権設定時、法定地上権価値など観念しないのではない<sup>102</sup>、②地上権価値は建物抵当権を通じて把握され、抵当権者は土地抵当権の把握価値は底地価値と評価し、建物滅失時その把握価値が失われることを覚悟しているはずである、③当事者の意思は、建物が競売時まで存続することを前提として法定地上権を認めることにあるとするが、抵当権者の意思はともかく、それは設定者の意思なのか、④共同抵当に取れば、土地全体の価値を把握できるとの期待は、事実上の期待にすぎない<sup>103</sup>、⑤建物滅失につき設定者に責任がない場合、新建物の法定地上権を否定することは当事者の公平に適しているのか<sup>104</sup>、⑥利益衡量の結果を述べているだけで法律構成が弱い<sup>105</sup>、⑦建物維持を図れず、建物所有者・賃借人の生活や営業が覆される点の考慮がない<sup>106</sup>、また例外を認めることには、⑧優先租税債権事例等、抵当権者にとって不利益になる場

合がある<sup>107</sup>、⑨法定地上権を認める場合の理由が明らかでない<sup>108</sup>、⑩地上権成否の判断基準が不明確である<sup>109</sup>、さらに⑪法定地上権が成立して抵当権者が損害を受けても、それは金融機関の融資先選択の誤りであり、利益追求至上主義が招いた結果である<sup>110</sup>、との批判もある。

### 3 一体価値考慮説

結論は全体価値考慮説と同じだが、同説に対する批判（特に抵当権設定時の土地・建物抵当権が把握する担保価値の内容）を意識する<sup>111</sup>。共同抵当の場合、土地のみに抵当権が設定された場合と異なり、当事者は土地建物の経済的一体性を重視し、土地抵当権は土地の価値を、建物抵当権は建物の価値を担保する。当事者は法定地上権価値など観念せず、建物が滅失すれば建物抵当権は消滅し、土地抵当権が更地価値を把握し、再築後も同様である、とする。その根拠は当事者の意思である<sup>112</sup>。実務の常識も考慮すべし、という<sup>113</sup>。また共同抵当の場合、個別売却もありうるが、基本的には土地建物の交換価値全部を把握しようというのが当事者の合理的意思で、その意思と建物が再築された時の結果が異なる場合、当事者の意思に反する法定地上権は成立しないともいう<sup>114</sup>。起草委員の見解に類似することも理由の一つとされる<sup>115</sup>。起草委員はまず土地建物一体の原則を提案し、その後も法定地上権につき共同抵当事例は想定されていなかったから、というのである。また全体価値考慮説は、新建物に土地抵当権と同順位の共同抵当権が設定された場合、誰の不利益にもならないので<sup>116</sup>、例外的に法定地上権を認めるが、一体価値考慮説は例外を認めない<sup>117</sup>。

他方、この説には、①土地建物を別個の不動産とする現行法との比較検討が必要である<sup>118</sup>、②当事者が土地利用権価値を意識しないのは事実問題であり、当事者の具体的意識はともかく、建物存立のためには土地利用権が必要で、法律関係の中に土地利用権を位置づけなければならない<sup>119</sup>、③土地または建物だけに抵当権が設定された場合との整合性がない<sup>120</sup>、等の批判を受けている。

#### 4 個別価値総合説

「潜在的自己地上権・自己借地権」を想定しつつ、再築建物の法定地上権を否定する。所有地に建物を建築すると、潜在的自己地上権が発生し、ただ、この権利には現行法上独立に抵当権を設定する手段がないので、建物抵当権に仮託して抵当に入れられる。建物が滅失しても、これは消滅せずそのまま抵当権者に帰属し、土地抵当権実行により潜在的自己地上権の抵当権も実行され、その結果、再築建物に法定地上権が成立することはない<sup>121</sup>（再築建物の土地利用権より先順位の利用権に抵当権が付され、それが実行されると考える）、という。

同様に、法定地上権を自己借地権的に構成する見解もある<sup>122</sup>。借地権の地位向上により、建物取引は「建物+自己借地権」の取引と理解され、共同抵当も「建物+自己借地権」と底地の取引になる。従って、建物が滅失しても自己借地権及びその抵当権は消滅せず、再築がなされても、自己借地権の抵当権は影響を受けないから、結局、再築建物に法定地上権は生じないとする。

このように解する根拠としては、①土地建物を別個の不動産とみる法制下で建物が建築されると、土地所有権は建物利用のための法益とその他の法益とに潜在的に分離され<sup>123</sup>、この時点で潜在的自己地上権が成立するが、競売により、土地建物の所有者を異にすれば、この潜在的関係が顕在化する（それが法定地上権である）<sup>124</sup>、②建物の価値を語るには、建物存立のため土地利用権を想定せざるをえないはずである<sup>125</sup>、等と述べられる。また再築建物に土地抵当権と同順位の共同抵当権が設定された場合、潜在的自己地上権の抵当権が放棄されたと考える<sup>126</sup>（なお、「潜在的自己地上権」の概念を用いつつ、全体価値考慮説に立つ見解もある<sup>127</sup>。建物抵当権で把握された潜在的自己地上権は、建物滅失により土地抵当権の中に流れ込むと考えるのである）。

以上のような個別価値総合説には、①潜在的自己地上権なる権利が実体法上認められるのか<sup>128</sup>、②潜在的自己地上権は独立に対抗要件を具

備できないのだから、建物滅失によりそれに対する抵当権も滅失するのではないか<sup>129</sup>、③当事者はこのような形で担保価値を把握しているのか<sup>130</sup>、④潜在的自己地上権は法定地上権に類するもので、その法定地上権は売却により初めて発生するから、これらに抵当権を設定することはありえないはずである<sup>131</sup>、等の批判がある。

#### 5 対価支払説

法定地上権は認めるが、権利金等を支払わせることで、全体価値考慮説と同様の経済的效果を生じさせる。2つに細分化される。

第1の見解は<sup>132</sup>、土地所有者には、抵当権設定時に地上権設定契約を締結したのと同じ経済的価値が与えられるべきだから、地上権価格を権利金として与えて法定地上権を認めればよいとする（民法上権利金の規定はないが、法定地上権の主眼は建物維持にあり、建物所有者に利得を与える趣旨でなく、地上権取得者に正当な対価を課することで、地上権を認めるのが制度趣旨に沿うという）。

第2の見解は<sup>133</sup>、現在は法定地上権価格の受取人が建物抵当権者となっているが、これは取引慣行に反し、土地抵当権者に不当に不利であるとして、建物取得者が建物の競売代金の他、地上権の対価を土地所有者に支払うことで法定地上権を取得できるとするのが妥当である、とする。

他方、①権利金が地上権価格と同一になるのか<sup>134</sup>、②権利金を受けることは事実上の期待に過ぎず、実際、このような支払がなされているわけでもない<sup>135</sup>、③抵当権の理論として法的構成が可能か<sup>136</sup>、④対価の規定は存しない<sup>137</sup>、との批判がある。

#### 6 法定地上権全面否定説

共同抵当の場合に限らず、全再築建物につき、法定地上権を否定する<sup>138</sup>。法定地上権は、抵当権設定時の現存建物を念頭に規定されたもので、建物が滅失した以上、法定地上権は成立しない、とする。地上権の成否は、最先順位の土地抵当権に

つき、その設定時に同一人所有の建物が存在し、  
 抵当権実行で土地建物の所有者が各別となるとの  
 要件が満たされるか否かで決定されるべきである  
 から、再築建物に法定地上権は成立しないはずで  
 ある、とする<sup>139</sup>。また法定地上権の成否には、当  
 事者の他、買受人、後順位抵当権者等多くの第三  
 者が利害関係を有し、この判断に、実質的同一順  
 位性、抵当権放棄の有無等、第三者が登記簿等の  
 資料から容易に知りえない事情が持ち込まれる  
 と、法的安定性や競売に対する国民の信頼が害さ  
 れる、ともいう<sup>140</sup>。結局、法定地上権は、土地  
 に対する負担でなく、抵当権設定時に存在する建  
 物の保護を図るものと捉え直し、土地のみに抵  
 当権が設定されたケースについても、再築建物の  
 法定地上権を認める判例通説は見直すべきとす  
 る<sup>141</sup>。

しかし、①最低価格決定後に建物が滅失・再築  
 された場合も、法定地上権は成立せず、土地競  
 落人は底地価格で更地を取得できることになる、  
 ②大審院昭和10年判決以来の確固たる判例準則  
 に反する<sup>142</sup>、等の批判がある。

## 7 一括処理説

再築建物の問題を、法定地上権でなく、一括競  
 売によって解決しようとする。

第1の見解は、更地に抵当権が設定された後の  
 建物にも法定地上権が成立し、これによる不利益  
 を回避するため、抵当権者は一括競売できるとの  
 理論<sup>143</sup>を前提に、共同抵当権設定後の再築建物も  
 同様であり（一括競売は、抵当権者にとって、権  
 利であるとともに義務であるとしつつ）、抵当権者  
 が一括競売しなければ、法定地上権を引受けたと  
 考える<sup>144</sup>。

第2の見解は、389条は建物の抵当権を得る機  
 会のなかった土地抵当権者に法定地上権による不  
 利益を回避するためのものとし、再築建物に法定  
 地上権を認めつつ、抵当権者の一括競売権を基本  
 に据えるべき、と考える<sup>145</sup>。

さらに再築建物にまつわる不都合を回避する手  
 段がないなら、それは制度の欠陥であって、解釈

論として、法定地上権を否定し、一括競売を義務  
 づけることで建物存続を図るのが現実的である、  
 との第3の見解もある<sup>146</sup>。

以上の見解には、①一括処理を主眼とするだけ  
 で、共同抵当の特質が視野に入れられているの  
 か<sup>147</sup>、②一括処理というなら、共同抵当とそうで  
 ない場合を別個に扱う必要があるのか<sup>148</sup>、③土地  
 建物抵当権の把握価値を説明していない<sup>149</sup>、④新  
 建物の所有者が第三者のとき、一括競売できるの  
 か<sup>150</sup>、等の批判がある。

ただし、この説とは別に、再築建物の法定地上  
 権を否定する学説において、建物維持のため、一  
 括競売を積極的に認める見解が多い点は注目され  
 る<sup>151</sup>。

## 三 小括 — 分析の視角 —

現在の学説の多くは、再築建物に法定地上権を  
 認めないが、以下では、学説を3つの観点から検  
 討し、問題解決の指針を得る。

### 1 学説の観点の検討

学説を、Ⅰ：把握価値的観点（抵当権設定時の  
 土地・建物抵当権の把握内容）、Ⅱ：経済的観点（抵  
 当権実行による土地抵当権者への実質的価値帰  
 属）、Ⅲ：法的観点（現行法制上との適合性）から、  
 検討する。学説がどのような考え方をしているか、  
 当事者の意思に合致するか、現行法の解釈として  
 妥当か、を分析するためである。

#### Ⅰ：把握価値的観点

土地抵当権の把握内容を底地価値、建物抵当権  
 の把握内容を建物価値に法定地上権価値を加えた  
 価値とする — 実務の取扱に適う — 学説は、個  
 別価値考慮説、全体価値考慮説である。ただし、  
 後説は共同抵当であることから、地上権価値の土  
 地抵当権への流入を認める。

これに変更を迫る学説は、法定地上権価値を観  
 念せずに、土地抵当権は土地の価値、建物抵当権  
 は建物価値を把握すると考える一体価値考慮説  
 と、潜在的自己地上権を想定し、建物、潜在的自  
 己地上権、底地の3つの価値体現物を前提とする

個別価値総合説である<sup>152</sup>。

## II：経済的観点

個別価値考慮説は、再築時の土地抵当権の把握価値は底地価値、建物抵当権の把握価値は建物価値に地上権価値を加えた価値とする。

全体価値考慮説では、再築建物に土地と同順位の共同抵当権が設定されれば、土地抵当権者には底地価値が、共同抵当権がなければ、土地全体の価値が帰属する。一体価値考慮説では、抵当権設定時から土地抵当権で土地の全価値が把握されている。個別価値総合説は、土地抵当権で底地価値を把握し、建物が消滅しても潜在的自己地上権の抵当権が残存するから、土地抵当権者に土地全体の価値が帰属する。対価支払説でも、法定地上権の対価として地上権相当額を建物競落人が支払うから、土地抵当権者に土地全体の価値が帰属する。全面否定説では、再築建物に法定地上権は成立しないので、土地抵当権者に土地の全価値が帰属する。一括処理説では、土地抵当権者が優先弁済を受けられる「土地ノ代価」(389条但書)は法定地上権相当額の減価をしない額とされる<sup>153</sup>から、やはり土地抵当権者に土地全体の価値が帰属する。

## III：法的観点

現行法とおそらく最も整合的なのは個別価値考慮説であろう。これに対し、整合的でないのは、現行法上否定されている<sup>154</sup>自己地上権・借地権を認める個別価値総合説である。全体価値考慮説及び一体価値考慮説も、土地建物を別個の不動産とすることとの関係で問題がある。対価支払説も、法定地上権の成立要件として対価支払が求める規定が存在せず、判例でも否定されている<sup>155</sup>から、問題がある。全面否定説は確固とした判例準則<sup>156</sup>に反する。一括処理説は389条の要件が判例上緩和されていることから、再築建物にこれを適用するのは可能であろうが、一括処理に主眼が置かれ、法定地上権はその前提として位置づけられているに過ぎず、重要な指摘を含むものの、他の説と観点を異にしている。

## 2 法定地上権の成否を検討する指針

I：把握価値的観点からは、抵当権設定時の当事者の意思が検討されねばならない。特に共同抵当とした点が重要で、これをどう解するかで結論が決まる。

II：経済的観点からは、再築により、土地抵当権者が不測の損害を被らないことが重要である。抵当権設定時と再築時で抵当権の把握価値が変化するかも検討すべきである。

III：法的観点からは、現行法を根底から覆す見解は問題が大きい、と言える。しかし、法定地上権の制度趣旨に適う見解は解釈論として可能なはずで、となると、(その一制度趣旨たる)当事者意思にどれだけ合致するかが重要となる。ただ、解釈の限界を超える事項も立法論として検討すべきである(自己地上権制度、権利金授受等)。

## 第三章 総合的考察

### 一 共同抵当の特殊性

#### 1 共同抵当の経済的一体性

企業を対象とした共同抵当の利用状況アンケートによると、土地建物の経済的一体性に注目しての利用が83.3%、被担保債権額に満たないための利用が87%、価値減少・滅失に備えての利用が41.4%である<sup>157</sup>。経済的一体性に注目されていることは明らかであり、抵当権者は、抵当権設定時、土地建物の価値を一体的に考え、法定地上権は格別観念せず、評価のさいも法定地上権を考慮することはないとされる<sup>158</sup>。ところが、実務上、土地抵当権は底地価値、建物抵当権は建物価値に法定地上権価値を加えた価値とされる。建物は土地利用権なくして存在しえず、従って、建付地の取引は建物利用権によって制限された土地の取引とみるべきとの我妻博士の理解<sup>159</sup>の影響である<sup>160</sup>。鑑定や執行裁判所の評価でも<sup>161,162</sup>この取扱が踏襲されている。しかし、この理解が土地・建物の一方のみに抵当権が設定された事例には妥当しても、上述の共同抵当の特殊性に照らすなら、共同

抵当には妥当しないように思われる。我妻博士も共同抵当を意識して、かかる理解をしたとは言い難い<sup>163</sup>。これに対しては、共同抵当の場合と土地・建物の一方のみに抵当権が設定された場合を区別するのは整合性に欠けるとの批判<sup>164</sup>もあるが、上述の当事者意思を勘案するなら、やはり共同抵当であることを意識した検討が必要である。そして、何より強調されるべきは当事者が法定地上権を観念しない点である。

## 2 土地建物の物理的一体性と一体的処理

経済的一体性は土地建物の物理的な一体性由来する。そして、建物保護ニ関スル法律以降、借地家法に至るまでの特別立法により土地利用権の保護・強化、土地建物の一体化が図られてきた<sup>165</sup>。このような傾向は土地建物を一体の不動産と見る民法起草者の見解と同一方向にあるもので、両者を別個の不動産とする民法典に変容を迫っていると言えよう。また立法過程で法定地上権につき共同抵当事例が想定されていなかったことは前述の通りであり、抵当権実行時、土地建物の物理的一体性を無視するのも適切な不動産運用と言ひ難い。現に高値がつくのは一括競売である。法定地上権が成立する場合に個別売却がされたなら、建物は高値で売却できるが、土地には買受人が現れず、売り難くなる。当然、抵当権者は一括競売を望む。逆に法定地上権が成立しない場合、個別売却がされたなら、土地買受人が建物を取去せねばならないとすると、費用がかかり、土地は安値になる。建物所有者が取去するにしても、費用がかかる。よって、抵当権者・建物所有者は一括競売を望む。このことは裁判例<sup>166</sup>も明言する。一括競売を認めることには十分な意義と根拠がある。

## 二 再築建物と法定地上権

### 1 抵当権が把握する価値

共同抵当権設定時、当事者は土地建物を一体として考え、法定地上権は観念しないから、土地・

建物抵当権が把握する担保価値は端的に土地・建物の価値となろう。判例理論では、土地抵当権が底地価値を、建物抵当権が建物の価値に法定地上権価値を加えた価値を把握するとされるが、経済的一体性から考え、法定地上権を想定するのは奇妙で、またこの考え方の下で執行妨害的事例が多発した。他方、法定地上権を観念しない見解には、個別売却の場合の説明ができないとの批判もあるが<sup>167</sup>、個別売却の場合に限り、その時点で例外的に法定地上権を観念することは可能である<sup>168</sup>。また経済的一体性を考えるなら、個別売却が原則で、一括競売が例外とすることにも疑問がある<sup>169</sup>。

以上から、抵当権設定時、土地抵当権は土地の価値を、建物抵当権は建物の価値を把握すると解される。続いて取壊がされたとき、再築の承諾がない場合は、土地抵当権は土地の価値を把握したままであると考える。事前の承諾を受けずに設定者が建物を取壊すのは抵当権者の予期するところでないし、建物が存在しないのに、法定地上権を認めるのも意味がない<sup>170</sup>。再築された場合も、抵当権者に意識の変化はなく、土地抵当権が把握する価値にも変化はない。法定地上権が成立すれば、土地抵当権の把握価値は底地価値にまで低減するが、抵当権者がこのことを認めるとは思えないからである。設定者・再築者もこのことは分かっているはずである<sup>171</sup>。従って、以上の点からは、一体価値考慮説が支持されることになろう。

### 2 法定地上権の成否

一体価値考慮説に従えば、法定地上権は否定される。では、例外的に法定地上権が認められる場合はあるだろうか。

判例理論で例外的に法定地上権が認められるのは<sup>172</sup>、新建物所有者が土地所有者と同一で、土地抵当権者が新建物につき土地抵当権と同順位共同抵当権を得たときである（ただ、裁判例でこの特段の事情を実際に認めたのは優先国税債権事例であり、ところが、その上告審<sup>173</sup>では優先国税債権の存在を理由に同順位性が否定され、結局、法定地上権は認められなかった。つまり、上記の例

外を実際に認めた判決はないのである)。他方、一体価値考慮説で例外を認める見解はなく、共同抵当下での再築建物は、更地に抵当権を設定した後の建物と同様<sup>174</sup>、法定地上権は成立しないと考えているものと思われる。しかし、更地に抵当権が設定された場合でも、前記東京高決昭和53年3月27日(東京地裁執行処分以前の裁判例の中で、数少ない全体価値考慮説によったものとされている<sup>175</sup>)は法定地上権を認めている。更地に第1順位抵当権設定後、建築建物に追加共同担保として第1順位の根抵当権が設定されたこの事案では、確かに法定地上権を認めても不都合は生じない。しかし、不都合の有無はともかくとして、判例理論が、共同抵当の場合、抵当権設定時、当事者は法定地上権を觀念するとの考え方を背景にしたものであるのに対して、一体価値考慮説はこれを觀念せず、土地抵当権は更地抵当権と同視されるのだから、再築建物に共同抵当権が設定されてもそれだけで法定地上権は認められまい。例外的に法定地上権が認められる場合とは、更地に抵当権を設定した後に建築された建物にも法定地上権が成立するような場合のことであろう。しかし、このような例外を設けることには疑問が残る。そのような事情は実際にあるのだろうか。判例理論においてすら、例外は極めて稀であろう(優先租税債権事例に関する最高裁[14]はその範囲を一層狭めている<sup>176</sup>。なお、同事例の下級審判決に対する評釈<sup>177</sup>では、実質は同順位の共同抵当権でないのに、法定地上権を認めたのはあまりにも形式的な判断で、当事者の合理的意思にも反する<sup>178</sup>、と指摘されていた)。また上記東京高決は結局一括競売を命じており、法定地上権を認めた部分は傍論である。実際、その後、類似の事例<sup>179</sup>では法定地上権が否定された。

このように考えると、例外を認める必要性は疑わしい。もっとも、これでは再築建物は取去を免れず、批判があろう。しかし、一括競売の拡大によっても建物維持は可能である。そうであるなら、判例理論のように例外を設けることで、無用の争いを生じさせるより、画一的な抵当権の実行・処

理を行う方が関係者にとっても簡明であろう<sup>180</sup>。

### 三 一括競売の運用

建物維持の要請が抵当権設定当事者の意思に劣後すると言っても、建物取去という帰結は、抵当地の適切な運用を阻害し、円滑な金融の障害となる。そこで、一括競売の運用が考えられる。

#### 1 一括競売の要件とその緩和

一括競売の趣旨は、土地に抵当権設定後、建物が建築された場合、一括競売することで、土地建物が同一人に売却され、建物取去を免れ、個別売却による土地買受価額低下等の弊害を防ぐことにある<sup>181</sup>。建物所有者と抵当権者にとって有用である。

条文の文言から、判例通説が一括競売の要件とするのは、①抵当権設定当時土地上に建物がないこと、②抵当権設定者が建物を築造したこと、③抵当権設定者が建物を所有していることである<sup>182</sup>。

従来、いずれかが満たされない場合、一括競売は認められなかった<sup>183</sup>。しかし、裁判所は要件を緩和した。更地に抵当権設定後、設定者が建物を築造し、それを第三者へ譲渡した事例<sup>184</sup>や第三者が建物を築造し、その後土地所有権を取得した事例<sup>185</sup>で、抵当権者・再築者・譲受人にとって一括競売は有利であるとし、「抵当権者の一括競売権は第三者の権利取得によって消長を来たさない」、「第三者は389条にいう設定者と同視しうる地位を承継した」と述べ、一括競売を認めた<sup>186</sup>。学説は、前者の事例で、389条の文言も設定者の所有権保持を要件としていないこと<sup>187</sup>、一括競売の方が譲受人にとっても有利で、建物譲渡は設定者の地位の譲渡を伴うこと<sup>188</sup>を理由に一括競売を認め、またその考えを延長して、後者でも一括競売を肯定する<sup>189</sup>。今日では、②③の要件を統一し、競売申立時、土地建物の所有者が同一であることという要件が示され、支持を得ている<sup>190</sup>。

さらに、更地に抵当権設定後、設定者が建物を

築造し、その建物を第三者に譲渡した場合（土地建物の所有者が別人の場合）にも、一括競売が認められるかが問題となった。裁判所は、譲受人及び土地抵当権者の利益状況を考慮し、一括競売を許さない合理的理由はないとした<sup>191</sup>。一括競売の範囲は一層拡大したと言える。この判決を契機に、一括競売を可能な限り拡張しようとする見解が勢いを増しつつあるとされている<sup>192</sup>。

## 2 再築建物と一括競売

共同抵当下での再築建物に法定地上権は認められないから、これは更地に抵当権を設定した後の建築建物と同じ状況にあり、一括競売が問題となる。

まず前述①の要件は満たさないが、裁判例は一括競売を認め<sup>193</sup>、さらに②③の要件を欠く場合にも一括競売を認めた<sup>194</sup>。法定地上権が成立しない場合、社会経済的見地からすれば、建物取去は避けるべきで、抵当権者・再築者にとっても、一括競売を認めた方が有利であること、建物譲受人は設定者の地位を受け継ぐこと等が理由とされる。かかる扱いは土地建物の物理的一体性を維持し、その一体的処理を図るものとして、適切であろう（従って、一括競売の要件は、法定地上権が成立しないことである<sup>195</sup>。なお、条文が抵当権設定時、「更地」であることを要求しておらず、また起草委員が、抵当権設定時存在した建物には388条、そうでない建物には389条を適用すべしとしていたことにも注意）。

では、一括競売は抵当権者の権利だが、義務でもあるのか<sup>196</sup>。従来は権利とのみされてきた<sup>197</sup>。しかし、抵当権者が一括競売を申し立てない場合、買受人及び買受申出価額が減少した競売となり、抵当権者・設定者にとり不利となる<sup>198</sup>。強制的に一括競売させるのは必要以上の介入となるとの指摘も、当事者（特に建物所有者）の被る不利益や建物維持の要請の前には、抵当権者に特段不利益がない以上、説得力に欠ける。従って、一括競売は抵当権者の義務でもあるとすべきである。これは土地建物の物理的一体性を重視し、建物維持を

意図するものである。また土地建物を共同抵当したのであるから、当事者は基本的には一括競売を想定しており、この意思にも反しないであろう。例外はありうるが<sup>199</sup>、とりわけ共同抵当権設定後の再築建物については、一括競売が抵当権者の義務となると解するべきである<sup>200</sup>。

## 四 立法論的検討

### 1 自己地上権・自己借地権制度

法定地上権は、土地と建物を別個の不動産とする立場から生じた問題であるが、仮に自己地上権・借地権が認められれば、法定地上権はその必要性を失うし、自己地上権制度の方が388条の簡にすぎず明瞭を欠く制度よりも適切な機能を営むとも言われている<sup>201</sup>。さらに個別価値総合説が述べるように、自己地上権・借地権自体に抵当権が設定できれば、自己地上権・借地権価値はそれに対する抵当権によって把握でき、再築建物の問題も解決されよう。

自己地上権・借地権制度は、借地法・借家法の改正論議や借地借家法制定時の議論で度々検討された。特に昭和35年の「借地法・借家法改正要綱試案」<sup>202</sup>では、自己借地権・自己転借地権が提案されたが、結局導入されず、また借地借家法では共有の場合に限り、自己借地権が導入されたものの（15条）、法定地上権自体を廃する全般的な自己地上権・借地権を導入されなかった。

さて、確かに自己地上権・借地権制度は多くの問題の解決に資する。しかし、土地建物の基本的関係を覆す面もあり<sup>203</sup>、容易には導入しえない。法定地上権を廃止し、自己地上権・借地権制度に変えるべきとの意見も実は多くなく<sup>204</sup>、判例学説が確立した今日、法定地上権が肯定的に受け容れている実態も無視できない。ただ、土地建物を共同抵当にする場合に限って、導入することは検討されてよい。担保法の面での不都合はない（もっとも、抵当権設定の場合に限らず、建物は土地利用権と一括でしか処分できないとしなければ、結局、建物存立は図れないが、このような発想は民

法典にも存在する。281条の地役権の附従性がそれで、地役権は要益地の便益のために存在する権利で、土地から分離独立して処分することを許さないと同時に、土地処分の効力は地役権にも当然に及ぶとされる)。また地上権には369条2項で抵当権の設定が可能だが、借地権に明文の規定はなく、学説では借地権への抵当権設定は否定的に解されているが<sup>205</sup>、賃借権の物権化が確立した今日、再考の余地がある。

## 2 権利金制度

学説には、権利金の支払を条件に法定地上権を認める見解があった。これまでは、競売により土地建物の所有者が異なった場合、建物取得者が法定地上権を取得し、法定地上権は土地に対する負担とされていたが、権利金支払を条件とすれば、土地の負担にならない<sup>206</sup>。当事者の利害に合致した処理と言われているが、判例通説は、権利金支払の慣習の存在は明確でなく、金額決定にもはっきりとした基準があるわけではないとし、権利金は法定地上権の要件でないとする<sup>207</sup>。権利金の性質については様々な研究があり<sup>208</sup>、近時はその基本的性質を借地権の対価とする見解が多いものの<sup>209</sup>、理解は多様で<sup>210</sup>、慣習の存否は地域によっても異なるから<sup>211</sup>、権利金支払を法定地上権の要件とすることには確かに困難な面がある。借地借家法制定のさいも、権利金等について法律上の措置を講ずるかが検討されたが、最終的には立法化されなかった<sup>212</sup>。

さて、権利金の基準となる「借地権価格」<sup>213</sup>は、借地権が厚く保護された結果として発生したもので、地価の6～9割にも上る。とすれば、やはり権利金制度の導入は検討されねばなるまい（不動産鑑定評価基準に不動産鑑定評価の手法は定められており、その手法による客観的な借地権価格及び地域慣行や個別事情に応じて、適切な金額を算出することは可能ではなからうか）。権利金を法定地上権の要件とすれば、関係者の利益状況にも合致し、民法上の土地建物の基本的関係も修正せずに済む。なお、そのさいには、権利金（額）の適

正化を図る制度も併せて検討されるべきである<sup>214</sup>（場合によっては、権利金算出の計算割合を低く押さえる、権利金の上限を定める等の措置<sup>215</sup>も必要となろう。また居住用と事業用を区別することも、権利金（額）適正化の一手段といえよう。居住用として法定地上権付建物に定住する場合と営業の一拠点として使用する場合とで格差を設け、居住用借地権価格は認めないことも考えられる<sup>216</sup>）。

## 3 土地建物一体の原則

法定地上権の問題が生じるのは土地建物を別個の不動産とするからである。土地建物一体の原則を採れば、問題は生じない。しかし、これは現行法を根本的に覆すから、実現は困難である。では、共同抵当の場合に限って、土地建物一体の原則を採れないか。

第1に、土地建物の分離処分を禁止し、抵当権実行に関して一括競売を原則とする方策が考えられる（後者については、本稿は解釈論としてこれを採る）。

第2に、財団抵当や企業担保のように土地建物を集合物のように扱って、土地建物全体の価値を一体的に構成し、抵当権で把握する法制も考えられよう。

第3に、旧建物の抵当権が新建物に効力を及ぼす方向<sup>217</sup>もありうる。こう考えれば、抵当権者に不利益は生じない。ただ、旧建物と新建物の規模等が著しく異なる場合、このように解してよいかは問題であろう<sup>218</sup>。

## 4 抵当権設定時の個別事情の公示

抵当権設定時、当事者しか知りえない事情（再築の承諾や担保評価等）については、登記簿等にかかる事情の存在・内容を公示する工夫も考えられてよい。

法定地上権の成否には、多くの者が利害関係を有し、また競売の効果が画一的に判断されるべきことから、判例通説は、個別事情は考慮しないとする<sup>219</sup>。しかし、一定の事情については、これを

積極的に公示することで第三者に認識可能性を与え、法定地上権の成否・内容について判断できるようにすることも考えられる<sup>220,221</sup>。ちなみに、当事者しか知りえない事情として、再築建物の担保提供約定があるが、この約定も公示できるようにすれば<sup>222</sup>、問題解決に役立つ。

## おわりに

共同抵当権設定後の再築建物の法定地上権につき、検討した。従前の裁判例は、共同抵当の場合と土地・建物の一方のみに抵当権が設定された場合を区別せず、法定地上権を認めたと、その後、全体価値考慮説が判例理論として定着し、実務界でも支持された。学説は、同説を支持するもの、結論は支持しつつも法的構成に反対するもの、従前の裁判例を支持するものに分かれた。本稿は、法定地上権の制度趣旨たる抵当権設定当事者の意思に力点を置き、特に共同抵当の経済的一体性及び土地建物の物理的一体性を意識した。つまり、共同抵当の場合、当事者の意思は、土地・建物抵当権で土地と建物の全価値を把握することにある。土地抵当権で底地価値、建物抵当権で土地使用権付建物価値を把握するのではない。抵当権設定時、当事者は法定地上権を観念しないし、原則としてその後も同様である。従って、再築建物の法定地上権は否定される。また例外を認める必要もない。建物維持の観点からは、一括競売を抵当権者の義務とすれば足りる。なお、強調するが、以上は共同抵当に限っての議論であり、共同抵当の特殊性を重視したものである。しかし、触れられなかった問題も多い。共同抵当ではない場合の地上建物の物理的変化、不動産法制(附合制度等)との関係、判例上現れた問題として、建築請負人の商事留置権の主張と建築建物の法定地上権の成否<sup>223</sup>、建物が無価値評価し、土地のみに抵当権が設定された場合の再築建物の法定地上権の成否<sup>224</sup>、実務上の問題として「たすきがけ」と呼ばれる場合<sup>225</sup>の法定地上権の成否等である。今後の課題としたい。

## 注

- 1 ③が再築建物に法定地上権を認めるのは立法論に属するとしている点は注目される。
- 2 評釈として、我妻榮・判民昭和10年度390頁、柚木馨・民商3巻3号512頁。
- 3 我妻・前注も、抵当権設定時の抵当権者の予期のみを問題とすべきで、後の事情は考慮すべきでなく、法定地上権の成否はこの予期が裏切られるか否かで決するとする(柚木・前注は反対)。
- 4 評釈として我妻榮・判民昭和13年度273頁、石田文次郎・民商8巻6号1178頁。
- 5 我妻・前注は、抵当権設定時の抵当権者の予期を害さなければ、問題はないから、第三者による再築の場合も、旧建物を基準とする法定地上権である限り、問題なしとする。
- 6 評釈として、堀龍兒・判タ671号64頁。
- 7 評釈として、畔柳正義・判タ735号48頁、三和一博・法時61巻3号108頁、片桐善衛・金判826号39頁、堀・前注。
- 8 堀・前掲(注6)66頁(第1順位抵当権者の地位を揺さぶるため、⑦⑧判決が悪用される危険性を指摘)。
- 9 畔柳・前掲(注7)49頁。
- 10 三和・前掲(注7)109頁。片桐・前掲(注7)43頁は、共同抵当の場合と土地・建物の一方のみに抵当権が設定された場合とでは「質的な差」があるとする。
- 11 ⑤⑦⑧では、再築者は第三者だが、特段問題とされず、法定地上権が認められている。我妻・前掲(注2)391頁が、再築者は第三者でも問題ないとしたことの影響であろう。我妻博士の法定地上権理論への強い影響については、畑郁夫「法定地上権」(『不動産大系第二巻』青林書院新社、1977年)272頁。
- 12 従前の裁判例につき、当事者の合理的な意思解釈にあたって、実は当事者の意思がほとんど考慮されず、担保価値も半ば観念的・定型的に解釈され、現実の取引と隔絶していたと指摘されている(須磨美博・債権管理64号16頁)。

- 13 大判大正4年7月1日民録21輯1313頁, 大判大正15年2月5日民集5巻82頁, 大判昭和11年12月15日民集15巻2212頁, 最二判昭和36年2月10日民集15巻2号219頁, 最一判昭和44年2月27日判時552号45頁。
- 14 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店, 1968年) 352頁。
- 15 これに反対するものとして, 山中康雄・判民昭和11年度583頁, 柚木馨=高木多喜男『担保物権法(第3版)』(有斐閣, 1982年) 365頁。なお, 松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察(一)」(民商80巻3号313頁)も参照。
- 16 東京高決裁昭和53年12月6日判時919号70頁, 仙台高決平成元年10月6日判時1336号106頁。
- 17 なお, 前注の裁判例の事案では, 競落人は抵当権者以外の第三者であった。
- 18 前掲(注16)の仙台高決に対する判時のコメントでは, 抵当権者は共同担保としたことで, それらから債権の満足を受ければよく, 建物にも抵当権を設定したことで法定地上権を受忍していると解される, としている。
- 19 この判決は後述の全体価値考慮説による。この点につき, 井上稔・曹時43巻3号62頁。
- 20 大判大正7年12月6日民録24輯2303頁, 最一判昭和47年11月2日判時690号42頁, 最三判昭和51年2月27日判時809号42頁。
- 21 並木茂・別冊ジュリ『担保法の判例I』164頁。
- 22 福地俊雄・民商45巻3号31頁。
- 23 評釈として, 川添利起・曹時13巻4号58頁, 福地・前注, 並木・前掲(注21)163頁。
- 24 川添・前掲(注23)60頁。
- 25 松山地判昭和40年2月1日下民集16巻2号205頁, 高松高判昭和44年7月15日下民集20巻7=8号490頁(控訴審), 東京高判昭和47年5月24日下民集23巻5=8号268頁。
- 26 我妻・前掲(注14)352頁は, 抵当権者が自ら競落人となったときは, 地上権設定の義務を負うと解する余地がある, とする。
- 27 評釈として, 徳本伸一・判タ367号27頁, 高木多喜男・ジュリ666号64頁, 石田喜久夫・判時893号131頁, 東海林邦彦・民商79巻1号95頁, 星野英一・法協95巻12号79頁, 大道友彦・民研260号24頁, 山野目章夫・別冊ジュリ『担保法の判例I』151頁, 島田禮介・曹時31巻2号154頁, 内田貴・別冊ジュリ『民法判例百選I(第4版)』188頁, 片桐善衛・志林76巻4号117頁。
- 28 石田・前注133頁, 東海林・前注, 高木・前注, 星野・前注81頁。ただし, 内田・前注189頁は反対。
- 29 徳本・前掲(注27)29頁, 高木・前掲(注27), 大道・前掲(注27)31頁, 山野目・前掲(注27)153頁。なお, 島田・前掲(注27)165頁は反対。
- 30 廣田民生・執行官雑誌20号11頁, 清水誠教授(『判例コンメンタール担保物権法』(有斐閣, 1968年)433頁), 高木多喜男教授(『担保物権法(新版)』(有斐閣, 1993年)201頁)も同旨。我妻・前掲(注14)354頁は, 潜在的に取得した法定地上権を放棄したと認むべき場合ないし権利失効の原則を適用すべき場合だけ法定地上権を否定すべきとし, 建物滅失の状況でも, 法定地上権は成立すると考え, 内田貴教授は, 土地または建物が第三者に譲渡された場合は建物が滅失しても法定地上権は成立する, とする(『民法III』(東大出版会, 1997年)378頁)。
- 31 この判決も全体価値考慮説による。この点は, 井上・前掲(注19)60頁。
- 32 この判決は全体価値考慮説によるものとされている(井上稔・金法1209号27頁)。
- 33 吉田光碩・判タ792号73頁, 山本和彦・民研403号12頁, 長谷川貞之・ジュリ1015号277頁, 片岡宏一郎・手研483号24頁, 須磨美博・ジュリ1055号145頁, 廣田民生・金法1411号6頁, 山田正人・債権管理65号20頁, 高木新二郎監修『執行妨害対策の実務』(きんざい, 1997年)7頁, 23頁, 75頁, 382頁。
- 34 評釈として, 松本恒雄・判タ794号27頁, 福永有利・リマークス1993<下>143頁, 富川照

- 雄・判タ 809号 4頁。
- 35 鈴木正和・金法 1327号 11頁, 栗田隆・金法 1329号 6頁, 1330号 14頁, 東京地裁民事執行実務研究会編『民事執行法上の保全処分』(きんざい, 1993年)16頁, 62頁, 高木・前掲(注 33) 12頁, 68頁, 266頁, 355頁。
- 36 須磨・前掲(注 12) 12頁, 小林明彦・金法 1343号 24頁, 堀・前掲(注 6) 68頁, 菅原胞治・手研 495号 37頁。
- 37 浅生重機=今井隆一・金法 1326号 7頁, 松本恒雄・金法 1387号 91頁。
- 38 評釈として, 吉田・前掲(注 33), 同・金法 1336号 43頁, 同・判タ 842号 41頁, 長谷川・前掲(注 33) 278頁, 浅生=今井・前注 6頁, 松本・前注, 秦光昭・手研 470号 16頁, 野村秀俊・金法 1340号 6頁, 栗田・前掲(注 35) 13頁, 須磨・前掲(注 12) 18頁, 小林・前掲(注 36) 23頁, 堀龍兒・別冊ジュリ『担保法の判例 I』145頁, 西尾信一・手研 470号 66頁。
- 39 本執行処分を担当した判事・書記官による解説の他と, 各種事例の検討がされている(浅生=今井・前掲(注 37) 8頁以下)。
- 40 本執行処分は, 当事者の合理的意思という用語を用いる。この用語は, 従来の裁判例にはないものである。なお, 当事者の意思の推測には, 判例理論に言う合理的という規範的要素は含まれない, との指摘もある(佐藤岩昭・法教 239号 24頁)。
- 41 井上・前掲(注 19) 60頁及び同・前掲(注 32) 27頁参照。
- 42 更地に抵当権を設定した後の建物につき, 例外的に法定地上権を認めた事例(東京高決昭和 53年 3月 27日判時 888号 93頁)と平仄をあわせていると考えられる。
- 43 大阪地裁執行部は全体価値考慮説に同調していないとの指摘もある(富川・前掲(注 34) 4頁, 山田正人・債権管理 66号 60頁)。
- 44 生熊長幸『新版注釈民法・物権(4)』(有斐閣, 1998年) 507頁の分類に従った。
- 45 評釈として, 堀龍兒・判タ 824号 45頁, 山野目章夫・リマークス 1994〈上〉 32頁, 同・金法 1398号 44頁, 片岡・前掲(注 33) 24頁, 並木茂・金法 1433号 76頁。
- 46 評釈として, 高木多喜男・リマークス 1998〈上〉 18頁, 角紀代恵・法教 206号 98頁, 近江幸治・平成 9年度重判解 64頁, 春日通良・曹時 52巻 4号 67頁, 半田吉信・判時 1609号 182頁, 東海林邦彦・民商 120巻 3号 469頁, 廣田民生・判タ 978号 54頁, 西尾信一・銀法 536号 64頁。
- 47 評釈として, 伊藤進・リマークス 1998〈下〉 26頁, 近江幸治・民商 118巻 1号 119頁, 村田博史・法教 207号 70頁, 荒木新吾・判タ 957号 70頁, 春日通良・曹時 52巻 4号 140頁, 井上邦夫・訟務 44巻 5号 849頁, 秦光昭・バンキング 1997年 11月号 94頁。
- 48 評釈として, 廣田民生・判タ 852号 256頁, 鎌田薫・リマークス 1994〈下〉 26頁, 松井宏興・法時 67巻 4号 95頁, 副田重信・判タ 838号 38頁, 栗田隆・判時 1485号 182頁, 西尾信一・手研 487号 56頁。
- 49 佐藤鉄男「抵当権と民事執行法上の保全処分」(高木・前掲(注 33)) 68頁。
- 50 [13]は, 共同抵当下での再築建物の法定地上権に関する大審院判決を変更したが, 競売時まで建物が現存した場合や土地のみに抵当権が設定された後の再築建物に関する判例は変更していない。
- 51 [6]は例外について疑問を呈する。
- 52 伊藤進・NBL 546号 18頁, 井上・前掲(注 47) 849頁。
- 53 上田正俊・判タ 852号 244頁。
- 54 荒木・前掲(注 47) 73頁, 堀龍兒・判タ 878号 33頁。
- 55 秦・前掲(注 47) 94頁, 上田正俊・判タ 978号 212頁, 春日・前掲(注 47) 140頁, 荒木・前注, 滝澤孝臣・金法 1548号 17頁。
- 56 菅原・前掲(注 36) 41頁。
- 57 山野目・前掲(注 46(金法)) 46頁は法定地上権を認めても一括競売できるとする。松本・

- 前掲(注37)95頁も同旨。
- 58 判例理論は、新建物に共同抵当権が設定されても、土地抵当権と同順位でなければ、法定地上権を認めない([2][16][17])。
- 59 [11]の説示は、租税債権の交付請求がなければ、法定地上権を認めるようにも読める。
- 60 中山弘幸・判タ913号47頁。
- 61 東海林・前掲(注46)469頁。
- 62 388条は生じうるすべての場合にまで配慮した文面になっていない(松本・前掲(注15)305頁)との指摘は的確で、起草者意思の検討が必要である。
- 63 立法の経緯については、清水・前掲(注30)429頁、松本・前掲(注15)301頁、村田博史「法定地上権」(『民法講座3』有斐閣、1984年)139頁参照。
- 64 我妻・前掲(注14)349頁、鈴木祿弥『借地法・上(改訂版)』(青林書院新社、1980年)217頁、川井健『担保物権法』(青林書院新社、1975年)87頁。
- 65 我妻・前掲(注14)363頁、鈴木・前注265頁、高木・前掲(注30)202頁。
- 66 ①につき大判明治38年9月22日民録11輯1197頁、②につき大判明治43年3月22日民録16輯233頁、大判昭和6年10月29日民集10巻931頁、最判昭和37年9月4日民集16巻9号1854頁、③につき大判明治39年2月16日民録62輯220頁。
- 67 堀・前掲(注6)67頁。
- 68 満足を受けられない場合、抵当権者は一方の担保物を競売でき、当事者の意思は、土地建物が個別売却されようとも最終的にはその双方の価値を得ようとし、得させようとする点にある(小林・前掲(注36)28頁)。
- 69 柚木=高木・前掲(注15)362頁も参照。
- 70 法定地上権を否定する判例法理は確定しており、この法理の下で担保取引がなされている以上、解釈論として認めざるをえない(川井・前掲(注64)89頁、高木・前掲(注30)198頁)。
- 71 近江・前掲(注47)30頁。
- 72 道垣内弘人発言・金法1493号26頁。
- 73 秦・前掲(注47)99頁。
- 74 学説では、抵当権設定時に存在した建物は既に存在していない(生熊・前掲(注44)521頁)、建物維持の要請は、私人間の利益調整を任務とする民法で考慮されるべきでない(山本・前掲(注33)12頁)等の理由も挙げられる。しかし、土地のみに抵当権が設定された後の再築建物には法定地上権が成立すること、また民法には1条や90条等公益的見地を考慮した規定が存在することから、いずれも理由として不十分である。
- 75 堀・前掲(注6)67頁、小林・前掲(注36)29頁。
- 76 高木多喜男『金融取引と担保』(有斐閣、1980年)213頁。
- 77 野村・前掲(注38)9頁。
- 78 大判昭和10年8月10日民集14巻1549頁、大判昭和13年5月25日民集17巻1100頁。
- 79 富井政章『民法原論第二巻物権』(有斐閣、1922年)588頁、三瀧信三『担保物権法』(有斐閣、1916年)513頁。
- 80 吉田・前掲(注38(判タ842号))43頁、高木・前掲(注46)19頁、小林・前掲(注36)26頁、長谷川・前掲(注33)281頁。
- 81 我妻・前掲(注14)273頁。
- 82 従来の理解に立つものとして、我妻・前掲(注14)353頁、高木・前掲(注30)200頁、柚木=高木・前掲(注15)364頁、川井・前掲(注64)89頁、鈴木・前掲(注64)253頁。
- 83 生田治郎・NBL134号6頁、堀・前掲(注6)64頁、畔柳・前掲(注7)49頁、野村・前掲(注38)2頁、片岡宏一郎・手研375号14頁、黒田直行・手研375号22頁、三和・前掲(注7)108頁、片桐・前掲(注7)39頁。
- 84 学説の分類は、福永・前掲(注34)144頁、鎌田・前掲(注48)27頁、伊藤進・銀法511号12頁を参照した。
- 85 井上・前掲(注19)60頁及び同・前掲(注32)27頁。共同抵当の場合、土地・建物抵当権の把

- 握価値を、判例理論のように一体的に把握せず、個別的に捉える見解で、特に土地の把握価値のうち、底地価値と法定地上権価値を個別的に観念する。個別価値考慮説を支持する見解として、福永・前掲（注34）143頁、長谷川・前掲（注33）278頁、富川・前掲（注34）4頁、廣田・前掲（注33）6頁、高木多喜男・金法1439号6頁、生熊・前掲（注44）503頁。なお、長谷川説は、正義公平の観点から全体価値考慮説に従い法定地上権を否定すべきとし、自説を修正的全体価値考慮説と称されるが、むしろ個別価値考慮説を修正したもので、分類上、個別価値考慮説とした。
- 86 富川・前掲（注34）8頁、廣田・前掲（注33）15頁。
- 87 福永・前掲（注34）146頁、長谷川・前掲（注33）282頁。
- 88 福永・前掲（注34）146頁。
- 89 高木・前掲（注85）8頁、高木・前掲（注46）20頁。
- 90 福永・前掲（注34）146頁。
- 91 福永・前掲（注34）146頁、富川・前掲（注34）8頁。
- 92 半田・前掲（注46）184頁、春日・前掲（注47）141頁。
- 93 片岡・前掲（注33）32頁、栗田・前掲（注48）183頁。
- 94 伊藤・前掲（注52）14頁。
- 95 伊藤・前掲（注52）17頁。
- 96 半田・前掲（注46）186頁、松本・前掲（注37）94頁、山野目章夫・金法1396号46頁。
- 97 井上・前掲（注32）参照。全体価値考慮説・判例を支持する学説として、淺生=今井・前掲（注37）6頁、半田・前掲（注46）82頁、山田誠一・金法1492号40頁、春日・前掲（注47）131頁、近江・前掲（注46）64頁、並木茂・金法1433号76頁、佐藤米生・手研469号80頁。
- 98 半田・前掲（注46）185頁。
- 99 山田・前掲（注97）43頁。
- 100 近江・前掲（注46）66頁。
- 101 片岡・前掲（注33）30頁、野村・前掲（注38）15頁。
- 102 吉田・前掲（注38（判タ842号））44頁。
- 103 秦光昭・手研470号22頁、野村・前掲（注38）10頁。
- 104 福永・前掲（注34）146頁。
- 105 野村・前掲（注38）15頁。
- 106 秦・前掲（注103）22頁。
- 107 野村・前掲（注38）12頁。
- 108 堀・前掲（注45）48頁、野村・前掲（注38）10頁。
- 109 伊藤・前掲（注52）18頁。
- 110 長谷川・前掲（注33）282頁。
- 111 伊藤進・ジュリ1055号140頁、1056号145頁。一体価値考慮説を支持する見解は、堀・前掲（注45）42頁、小林・前掲（注36）29頁、伊藤・前掲（注52）19頁、松井宏興・法時67巻4号95頁、山本・前掲（注33）17頁。
- 112 堀・前掲（注6）64頁、同・前掲（注45）42頁、畔柳・前掲（注7）49頁、小林・前掲（注36）29頁、須磨美博・ジュリ1055号147頁、吉田・前掲（注38（判タ842号））43頁、松井・前掲（注111）98頁。
- 113 堀・前掲（注45）42頁。
- 114 小林・前掲（注36）28頁。合理的意思を、土地利用権の発生に関する問題とその利用権の担保提供に関する問題とに分け、そのいずれからも合理的意思を説明できる場合にのみ法定地上権が肯定される、とする。
- 115 伊藤・前掲（注52）19頁。
- 116 全体価値考慮説の法定地上権成立の例外は、東京高決昭和53年3月27日判時888号93頁と平仄を合せたものといえる。
- 117 小林昭彦・金法1439号60頁。伊藤・前掲（注111（1056号））148頁は、例外的に法定地上権が成立する場合があるとする。
- 118 福永・前掲（注34）146頁、高木・前掲（注85）15頁。
- 119 高木・前掲（注46）21頁。
- 120 鎌田・前掲（注48）28頁、長谷川・前掲（注

- 33) 282 頁。
- 121 野村・前掲(注 38) 6 頁。個別価値総合説を支持する見解は、野村・前掲(注 38) 6 頁、栗田・前掲(注 48) 182 頁、片岡・前掲(注 33) 24 頁、槇悌次・NBL 550 号 30 頁、552 号 55 頁、553 号 53 頁、555 号 32 頁、平井一雄・金判 965 号 43 頁。
- 122 槇・前注。
- 123 我妻・前掲(注 14) 350 頁。
- 124 野村・前掲(注 38) 10 頁。
- 125 平井・前掲(注 121) 47 頁。
- 126 野村・前掲(注 38) 12 頁。
- 127 栗田・前掲(注 121) 183 頁。
- 128 吉田・前掲(注 38 (判タ 842 号)) 43 頁。
- 129 半田・前掲(注 46) 186 頁、須磨・前掲(注 12) 20 頁。
- 130 菅原胞治・手研 496 号 42 頁。
- 131 秦・前掲(注 103) 23 頁。
- 132 秦・前掲(注 103) 16 頁。
- 133 須磨・前掲(注 12) 12 頁。
- 134 吉田・前掲(注 38 (判タ 842 号)) 43 頁。
- 135 吉田・前掲(注 38 (判タ 842 号)) 43 頁。
- 136 伊藤・前掲(注 111) 144 頁。
- 137 秦・前掲(注 103) 23 頁。
- 138 法定地上権全面否定説を支持するものは、菅原胞治・手研 494 号 4 頁、495 号 32 頁、496 号 34 頁、荒木・前掲(注 47) 70 頁、角・前掲(注 46) 98 頁。
- 139 菅原・前注 7 頁。
- 140 荒木・前掲(注 47) 72 頁。
- 141 角・前掲(注 46) 98 頁。
- 142 生田・前掲(注 83) 頁。
- 143 前掲(注 16) 参照。
- 144 松本・前掲(注 37) 91 頁。建物が取壊された場合、更地抵当権が成立したと解する。
- 145 山野目・前掲(注 96) 34 頁。389 条の要件は、①実行時に建物が存在すること、②その建物が抵当権設定時に存在しなかったこと、③実行時に土地と建物の所有者が同一であること、とする。また②の要件につき、設定時に別の建物が存在したことは一括競売を妨げる理由にならず、土地が更地であったことを要求する趣旨も読みとれないとし、再築建物でも一括競売の要件を満たす、とする。
- 146 鎌田・前掲(注 48) 28 頁。
- 147 伊藤・前掲(注 111) 143 頁。
- 148 鎌田・前掲(注 48) 28 頁。
- 149 伊藤・前掲(注 111) 143 頁。
- 150 松本・前掲(注 37) 94 頁。
- 151 半田・前掲(注 46) 184 頁、堀・前掲(注 6) 69 頁、松井・前掲(注 111) 98 頁、伊藤・前掲(注 111) 147 頁、片岡・前掲(注 33) 31 頁、栗田・前掲(注 48) 184 頁、荒木・前掲(注 47) 75 頁。
- 152 法定地上権全面否定説、対価支払説、一括処理説はこの点に言及しない。全面否定説は再築建物の法定地上権を否定することに重点がおかれており、抵当権の把握価値については従来を取扱に従うもののように思われる。対価支払説は、地上権価値は「金銭の支払によって」土地所有者に帰属するとするので、土地抵当権は地上権価値も把握するものと捉えているのであろう。一括処理説は言及を欠くが、従来を取扱に従うものようである。
- 153 山野目・前掲(注 45 (リマークス)) 35 頁。
- 154 菅原・前掲(注 130) 42 頁。
- 155 鈴木・前掲(注 64) 374 頁、東京地判昭和 44 年 12 月 24 日判タ 246 号 301 頁。
- 156 大判昭和 10 年 8 月 10 日民集 14 卷 1549 頁、最三判昭和 52 年 10 月 11 日民集 31 卷 6 号 785 頁。
- 157 NBL・抵当権研究会「わが国企業の抵当権利用に関する実態調査」、伊藤進『共同抵当制度』土地問題叢書 30 (有斐閣、1993 年) 107 頁。
- 158 堀・前掲(注 6) 69 頁。
- 159 我妻・前掲(注 14) 349 頁。
- 160 畑・前掲(注 11) 272 頁。
- 161 不動産鑑定評価基準各論第 2 「価格に関する鑑定評価一(一) 1」は、宅地を更地、建付地、底地及び借地権に分けている。

- 162 東京高決昭和34年2月24日下民集10巻2号396頁,東京高決昭和52年10月31日判時874号47頁,東京高決昭和53年5月18日東高民29巻5号102頁は,建物は法定地上権の利益を伴うとし,土地は法定地上権の負担を負うものと評価する。
- 163 従来の判例・学説が共同抵当の場合とそうでない場合を区別していないとの指摘も多い。
- 164 長谷川・前掲(注33)278頁。
- 165 鈴木・前掲(注64)101頁,東海林・前掲(注46)502頁。
- 166 [2][7]。
- 167 生熊・前掲(注44)523頁。
- 168 堀・前掲(注6)68頁。
- 169 前掲(注63)参照。
- 170 東京高判昭和46年7月20日金法627号37頁も,法定地上権を認めない。
- 171 一体価値考慮説は,建物に物理的変化があっても土地抵当権の把握価値に変化はないとする点に特徴がある。
- 172 [13]。
- 173 優先国税債権の事案のうち,[1][4]は地上権を肯定したが,[14]は破棄差戻した。
- 174 伊藤・前掲(注111)142頁。
- 175 井上・前掲(注19)62頁。
- 176 判例では,国税債権と抵当権につき順位という概念は用いられていないが,法律の規定から,国税債権は土地抵当権に劣後するが,建物抵当権には優先するから,実質的に土地・建物の抵当権の順位は同順位と言えない。
- 177 上田・前掲(注53)244頁。
- 178 伊藤・前掲(注52)15頁。
- 179 東京高決昭和53年12月6日判時919号70頁,仙台高決平成元年10月6日判時1336号106頁。
- 180 一体価値考慮説を採る伊藤・前掲(注111)148頁は,土地抵当権者が再築を承認しておきながら再築建物の抵当権取得を拒む場合,法定地上権を認めないと再築者が不測の損害を被るから,信義則を理由に法定地上権を認めるべきである,とする。この場合,建物維持は重要であり,信義則等により法定地上権を認めてもよいようにも思われるが,法定地上権を持ち出さねばならないかは疑問である。この場合,直接の利害関係人は建物競落人であろうが,かかる承諾に公示手段はないから,建物買受人にこの点の期待はなく,不測の損害もない。他方,設定者は事前に仮登記等の手段を取ることが可能で,また一括競売によっても再築建物の維持は図られる。法定地上権を認める必要はない。
- 181 生熊・前掲(注44)593頁・601頁,東京地裁民事執行実務研究会編著『不動産執行の実務』(きんぎい,1993年)82頁。柚木=高木・前掲(注15)372頁も参照。
- 182 生熊・前掲(注44)595頁。第三者の所有物にまで対象を拡げるのは行き過ぎ,とする。
- 183 要件①を満たさない事例は大阪地決昭和9年9月10日新聞3805号15頁,要件③を満たさない事例は福岡高決昭和38年6月19日下民集14巻6号1180頁。
- 184 名古屋高決昭和53年2月17日判時890号95頁。
- 185 名古屋高決昭和60年1月24日判時1155号271頁。
- 186 札幌高決昭和52年6月28日判タ359号273頁は,更地に抵当権設定後,土地が第三者に譲渡され,第三者が建物築造をした事例だが,第三者は「389条の準用ないし類推適用によって土地とともに建物を競売に付し,土地の代価から優先して弁済を受けうる余地もあり得る」としている。
- 187 清水・前掲(注30)457頁。
- 188 高木・前掲(注76)213頁。
- 189 片岡・前掲(注83)18頁。
- 190 傳田喜久・金法1378号61頁。
- 191 [7]。
- 192 吉田眞澄・リマークス1995<下>47頁,上田正俊・金法1411号13頁。
- 193 名古屋高決昭和60年1月24日金法1088号80頁,[2],[19]。

- 194 [9] [10]。
- 195 吉田光碩・判タ 865 号 29 頁。
- 196 共同抵当の事例で、東京高決昭和 34 年 2 月 24 日下民集 10 卷 2 号 396 頁は、建物の取壊がない場合、執行裁判所は一括競売を不当・不便とする理由のない限り、申立に基づき一括競売によるべき、とする。
- 197 大判大正 15 年 2 月 5 日民集 5 卷 82 頁、川井・前掲 (注 64) 99 頁、高木・前掲 (注 76) 221 頁。
- 198 再築者は法定地上権が成立しないことを認識しうるから、抵当権者が一括競売を申立てず、収去義務を負うこととなっても、再築者に不測の損害はないと言える。
- 199 たとえば建物が老朽化、あるいは特殊な目的にのみ利用可能であるときは、土地だけを競売できるとすべきである。また不法占拠者等の建物である場合、一括競売を義務とする必要はない。
- 200 一括競売の要件の緩和により、法定地上権と一括競売の適用範囲は再考を要しよう (高木・前掲 (注 76) 227 頁)。
- 201 我妻・前掲 (注 14) 351 頁。
- 202 借地借家法改正準備会「借地法・借家法改正要綱試案」第 24 (別冊 NBL 21 号 18 頁)。
- 203 我妻・前掲 (注 14) 351 頁、岩城謙二・ジュリ 1006 号 80 頁。
- 204 前掲 (注 157) のアンケートによれば、法定地上権を不都合と考える会社が約 3 割、そうでない会社が約 7 割であった (松井・前掲 (注 111) 96 頁も参照)。
- 205 村田博史・ジュリ 1087 号 148 頁。
- 206 秦・前掲 (注 103) 23 頁。建物競落人の法定地上権取得を「無償」と表現するが、実際には地代を土地所有者に支払うから、表現として問題がある。ただ、地代には新規地代と継続地代があり、新規地代の方が高い。上記の表現はこの点を考慮したものかもしれない (浅香紀久雄「賃料(地代)」(『新借地借家法講座①』(日本評論社, 1998 年) 259 頁参照)。
- 207 東京地判昭和 44 年 12 月 24 日判タ 246 号 301 頁、鈴木・前掲 (注 64) 374 頁。
- 208 大西泰博「借地関係と権利金」(前掲書 (注 206)) 162 頁参照。
- 209 稲本洋之助「権利金」(『現代借地借家法講座 (1)』日本評論社, 1985 年) 125 頁、澤野順彦『借地借家法の経済的基礎』(日本評論社, 1988 年) 403 頁。
- 210 大西・前掲 (注 208) 154 頁。
- 211 瀬川信久『日本の借地』(有斐閣, 1995 年) 181 頁。
- 212 大西・前掲 (注 208) 150 頁、篠津昭次他著『借地借家法一条文と解説』(有斐閣, 1992 年) 272 頁以下。
- 213 鈴木・前掲 (注 64) 96 頁, 175 頁。
- 214 大西・前掲 (注 208) 160 頁。
- 215 近時の「借地権価格」理論については、瀬川・前掲 (注 211) 185 頁。
- 216 瀬川・前掲 (注 211) 229 頁以下は、居住用借地と事業用借地とを明確に区別する。
- 217 鎌田・前掲 (注 84) 28 頁、仏民法典 2133 条参照。
- 218 大阪高判昭和 35 年 12 月 15 日下民集 11 卷 12 号 2654 頁。
- 219 最判昭和 47 年 11 月 2 日判時 690 号 42 頁、我妻・前掲 (注 14) 353 頁、高木・前掲 (注 30) 185 頁。
- 220 このような事情があり、抵当権者自身が物件を競落した場合に、法定地上権を認めた判決もある。最三判昭和 52 年 10 月 11 日民集 31 卷 6 号 785 頁。
- 221 法定地上権の成否についての第三者の認識可能性という観点から、民事執行法 62 条は物件明細書の作成を定めているが、物件明細書中の判断に既判力や形成力はないとされる。簡易迅速に行うべき執行手続の性質上、実体法上の効力が生じるのは妥当でなく、やむを得ないが、これに基づき買受代金等を判断する第三者がいるのだから、この点の整備も必要であろう。
- 222 法定地上権は当事者の意思を重要な要素とし

- ているのだから（片岡・前掲（注33）32頁）、  
抵当権者の担保価値評価を一定の方法で公示す  
ることはむしろ必要ではなかろうか。
- 223 大阪高決平成9年6月13日金法1508号80  
頁，東京高決平成10年12月11日判タ1004号  
265頁。
- 224 福岡高決平成9年6月11日判タ947号291  
頁。
- 225 永田義博・銀法539号45頁。  
(2001年1月31日脱稿)
- (ふじまき かずお 札幌国税局)