

## 土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度

田中克志

### 一 問題の所在

二 共同抵当と法定地上権・一括競売制度

三 共同抵当物件建物の再築と法定地上権の成否

四 共同抵当物件建物の再築と一括競売の可否

五 むすび

### 一 問題の所在

(1) 土地と地上建物は、物理的には一体をなしている。しかし、これが同一所有者に属する場合であっても、法的には別個独立の不動産として取り扱うのがわが国の法制である。そこで、土地と地上建物が別人に帰属する場合、建物が建

物として機能するには建物のために敷地利用権が備わっていなければならない。

これを抵当取引との関係でいえば、土地と地上建物のいずれか一方のみに抵当権を設定することができるが、抵当権が実行されて土地と地上建物が所有者を異にするに至った場合には、地上建物のために事後的かつ法律上当然に地上権が付与される（民法三八八条）。

もちろん、土地と地上建物は、これを一体として担保の目的とすることもでき、金融実務では、むしろこうした共同抵当が常態であるともいわれている。そして、通常であれば、抵当権者は、土地・地上建物について、一括して競売の申立をし、裁判所もこれを一括売却し（民執六一一条）、買受人が一括して買い受けることとなる。この場合であれば、法定地上権の成否は問題とはならない。ところが、土地とともに共同抵当の目的となっている地上建物が取り壊され、再築されることがある。そこで、抵当権者が再築建物を抵当にとることができないまま土地抵当権を実行せざるを得なくなった場合、再築建物のために法定地上権が成立するのか、もしこれが否定された場合に一括競売（民法三八九条）が認められるのか、争われるに至った。バブル経済の崩壊後、抵当権の実行妨害を狙った法定地上権制度の濫用とおぼしき事例が頻発したこともあって、金融実務上、おおきな問題となり、裁判例においては対応が分かれ、様々な角度からの論稿が公にされた。

(2) 平成九年二月一四日の最高裁判決（民集五一巻二号三七五頁）は、土地の抵当権者が民法三九五条の短期質貸借の解除などを求めた事案であるが、右の問題が争点になっていたところ、「新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権が新建物について土地と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特殊の事情がない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である」と判示し、裁判実務上決着をつけ<sup>(2)</sup>た。

そして、「土地及び建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地として担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であ」と、その理由を説示する。もつとも、「このように解すると、建物を保護するという公益的要請に反する結果となることもあり得るが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきであるとはいえない」とも付言する。

しかし、この法定地上権・一括競売の制度に関する最高裁判決の法理には、その基本的なことから関して、検討すべき余地がある。

第一は、最高裁判決は、右の判示にもみられる通り、「抵当権設定当事者の合理的意思」を根拠に、地上建物のために法定地上権の成立を観念している。これは土地と地上建物のいずれか一方に抵当権が設定された場合と同じように構成するものである。しかし、同一所有者に属するかぎり経済的には一体をなしている土地と地上建物が抵当権の設定にさいしてあえて切り離す場合と同一の法的構成を採ることが果たして妥当なのであろうか。

第二は、地上建物のために法定地上権が成立しないとすると建物は取り壊されなければならない運命にある。一括競売はこれの行使が抵当権者の義務ではないと解するのが判例<sup>(3)</sup>であるし、他方、抵当権設定者が再築した建物はともかく、この最高裁判決の事案のごとく土地の賃借権者が再築した場合、この建物を土地抵当権者は一括競売できないと解するのが一般的であろう。したがって、従来の判例・学説による限り、「建物を保護するという公益的要請に反する結果となることもあり得る」のは、まさに最高裁判決の判示する通りである。しかし、このように解されている一括競売の要件と権利性についても再検討が必要ではあるまいか。

(3) 法定地上権制度は、そもそも、その成立要件や成立した法定地上権の範囲等が必ずしも明確でないこともあり、解釈論上も議論の多いところであつた。<sup>(4)</sup> こうした難点を克服すべく、一九六六（昭和四一）年の借地法改正のさいになされた立法化の試みは頓挫したが、一九九一（平成三）年に成立した借地借家法では非常に限られた範囲において実現したのが（参照、借地借家法一五条）、自己借地権制度である。しかし、自己借地権制度は、土地・地上建物の分離・独立を前提として組み立てられた法制度であるという点では法定地上権制度と基本的に変わるところはないのである。

他方、一九七九（昭和五四）年に制定された民事執行法では、土地・地上建物への強制執行につき法定地上権制度の導入を明文化するとともに（同法八一条）、土地・地上建物の共同抵当権の実行において一定の要件のもと双方の一括売却への途を開いている（同法六一条、一八八条）。また、一九八一（昭和五六）年の根抵当権立法にさいしては、累積式の共同根抵当（民法三九八条の一八）のほか純粋共同根抵当（民法三九八条の一六）が、土地・地上建物の共同根抵当への適用を予定して設けられている。さらに、一九八三（昭和五八）年の改正建物区分所有法は、区分所有建物の敷地につき借地権を認めつつ、専有部分と専有部分に係わる敷地利用権の分離処分を原則として禁止した（同法二二条）。こうした近時の立法は、土地・建物の分離という法制自体には直接触れることを避けながらも、土地・地上建物の一体的取り扱いの方向性を明確に示している。<sup>(5)</sup>

(4) そこで、法定地上権制度について、立法論として、その改廃を考える場合、土地・地上建物の分離を前提としつつ、例えば、自己借地権制度の導入のごとく法定地上権制度がもつ制度上の欠陥を修正するにとどめるのか、あるいはさらに踏み込んで土地・地上建物の分離を制限する方向での制度修正、例えば、土地・地上建物の共同抵当の義務づけなどを検討すべきか、<sup>(6)</sup> 見解の分かれるところであろう。しかし、このように土地と地上建物の法的なあり方という根本のところでの見解の違いは、解釈論として、再築建物に対する法定地上権の成否を論ずるさいにも微妙な影響をもたらす。

再建築物についての法定地上権の成否は、これが法定地上権制度の基本に係わることについてはつとに指摘されることである。それゆえ、本稿では、抵当権の執行妨害を封ずるという実践的な見地ではなく、平成九年の最高裁判決が示した共同抵当に関する法定地上権・一括競売制度に関する法理を、土地・地上建築物の一体化を可及的に図るという立場から、検討するものである。そこで、法定地上権・一括競売制度の起草過程の分析、その後の判例法理・学説の展開を、土地と地上建築物の法的なあり方から整理することを前提作業としつつ論を進める。

(1) 淺井重機・今井隆一「建築物の建替えと法定地上権」金法一三二六号(一九九二年)七頁によれば、再建築物に法定地上権を肯定する裁判例が紹介されるにつれ、抵当権実行が間近に迫ったときの執行妨害として、共同抵当の対象である建物を取り壊し、その後に簡易な建物を建てて、その建物に法定地上権が成立する旨を主張する事例が多数みられるようになった、とのことである。

確かに、法定地上権価格が更地価格の七割から八割に及ぶことも稀でない状況のもとでは、土地抵当権しが残されていない抵当権者、もっぱら金融機関にとつて、再建築物に対する法定地上権の成否は、死活問題である。一九八五(昭和六〇)年頃から、この事案に関する下級審裁判例が数多く出されているが、抵当権者といっても、信用金庫、信用組合など中小の地域金融機関が大半を占めている。このことの意味は別途検討する必要がある。

(2) 同旨、最判平成9・6・5金法一四八五号四三頁。

(3) 大判大15・2・5民集五卷二号八二頁。

(4) 参照、拙稿「法定利益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(金融財政、一九八四年)四八六頁以下。その他、清水誠「抵当権と法定地上権・短期賃貸借」銀行取引法講座(下)(金融財政、一九七六年)、高木多喜男・

土地・建築物の一体化と法定地上権・一括競売制度

金融取引と担保（有斐閣、一九八〇年）二二五頁以下、松本恒雄「法定地上権と法定質借権」金融担保法講座Ⅰ（筑摩書房、一九八五年）二四一頁以下など。

（5）参照、拙稿「法定地上権制度の改廃問題と土地・建物の一体化」法経研究（静岡大学）三五卷一号（一九八六年）九九頁以下。

（6）稲本洋之助・借地制度の再検討（日本評論社、一九八六年）一六四頁。

## 二 共同抵当と法定地上権・一括競売制度

### （一）法定地上権・一括競売制度の多様な理解

民法三八八条によつて法定地上権の成立が認められている根拠を、前掲平成九年二月一四日の最高裁判決は、「土地が競売によつて売却されても、土地の買受人に対して土地の使用権を有しているものとする建物の所有者や土地の使用権があるものとして建物について担保価値を把握しているものとする抵当権者の合理的意思」の推測にもとめ、「その結果、建物を保護するという公益的要請にも合致することになる」と説示し、これを二次的な根拠としている。学説では、同様<sup>①</sup>に考えているのが通説と思われ<sup>②</sup>る。しかし、ふるくは建物保護の公益的要請（あるいは理由）に重点をおく見解もあつたが、現在では、建物保護の公益的要請と抵当権設定当事者の合理的意思（あるいは抵当権設定当事者の意思と予測）<sup>③</sup>とを並列的にあげる見解<sup>④</sup>、もっぱら抵当権設定当事者の合理的意思のみをあげる見解などがある。



「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メアルトキ及ヒ第四百十  
九条ノ規定ニ依リ債権者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス」

この原案三六五条の審議においては、建物が土地に「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」にあたるのかどうか、「大變ナ  
御論」<sup>(10)</sup>があつた。起草委員の梅謙次郎は、「土地ヲ離レテ其家が存在シテ居ルノデアリマセヌ詰リ喰付テ一緒ニ成ツテ居  
ルト云フ意味デア」<sup>(11)</sup>として、土地に抵当権が設定された場合、地上建物にも抵当権の効力が及ぶことを原則とした。<sup>(12)</sup>  
そして、土地抵当権の効力が建物に及ばない旨を「定メ」た場合、建物には、契約の解釈によるが、条件付きで地上権  
が留保されたものとみる。しかし、これは登記しなければ第三者に対抗できない、と考へていたようである。<sup>(13)</sup>

つまり、「黙ツテ居レバ寧ロ家モ附ク方デハナイカ……宅地ヲ抵当ニ入レルト云フトキニハ何ウモ其家モ籠ツテ居ル方  
ガ多クハナイカ」<sup>(14)</sup>、すなわち、「一緒ニ為ル方ガ原則デハアルマイカ」<sup>(15)</sup>、日本の慣習をこのように理解していた。もつと  
も、「私共能ク存ジマセヌカラ此点ニ付テハ迷ヒマシタケレドモ」<sup>(16)</sup>との発言にみられるように、確信をもつていたわけ  
はなかつた。

むしろ、梅起草委員は、「理屈ハ然デナケレバ大變困リハシナイカ」<sup>(17)</sup>と、建物を土地と一体にしない場合の不都合をつ  
ぎのように述べている。すなわち、「抵当権ヲ設定シタ当時ハ土地ノ所有者ト家屋ノ所有者ト同ジ人デアツタカラ宜シイ  
ガ」、土地の抵当権が実行され、「今度売ルト家屋ノ所有者ト土地ノ所有者ト別ニナル然ウ云フ場合ニハ誰ガ設定スルデ  
モナクボンヤリト地上権ガ湧テ来ル」ということになるのか、「就中後カラ勝手ニ建テタ、建テタルトキ土地丈ケ売ルト  
家ハ何ウ為ルノデアリマセウカ……地上権ガナケレバ……自分ノ土地ヲ他人ガ勝手ニ使ツテ居ルト言ハナケレバナラヌ  
……夫レデアリマスカラ私ハ特別ノ契約デ定メテ居ル場合ハ仕方ガナイ其契約ガ不明瞭デアル場合ハ夫レハ裁判官ガ頭  
ヲ悩シテ何ウニカシナケレバナラヌ左モナケレバ土地ト家ト別ニシナイ方が便利デハナイカト思ヒマス」<sup>(18)</sup>と。



しかし、「起草者ノ御議論モ学説トシテ学問上ノ理屈トシテハ……至当ノ事柄デアル又然ウデアアルノガ学理上或ハ本當カトモ考エル」とするも、「日本ノ慣習トシテ何ウモ土地ト家屋ト云フモノヲ一ツニ見テ例ヘバ千円ノ地面ヲ五百円ノ抵当ニ入レテ居ル其上ニ二万円ノ建築ヲシタモノガ当然抵当權ノ目的物ト為ラナケレバナラヌト云フヨウナコトハ日本ノ今ノ状態カラ又土地ト家屋トノ不動産ノ區別ノ仕方ニ付テ何ウモ穩ヤカデアアルマイ<sup>(19)</sup>」というのであつた。土地と建物は別であり、土地を抵当にした場合に建物にはその効力が及ばないと考えるのが委員の大勢であつた。

結局、「先ヅ然ウ云フ趣意デ宜シイカ何ウカト云フ主義丈ケヲ御極メニ為ルコトヲ願ヒタイ」との特別建議<sup>(20)</sup>が採択され、土地と家屋とは別であるという主義で起草し直すこととされた。

## 2 土地・地上建物の分離と第三八四条の追加・一括競売制度

修正を求められた梅起草委員は、一八九四（明治二七）年二月七日の第五一回法典調査会において、原案三六五条に「抵当地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外」との文言を挿入したつぎのような修正案を提示した。

「抵当權ハ抵当地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外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メアルトキ及ヒ第 条ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス」梅起草委員によれば、「抵当地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外」としておけば、土地に抵当權を設定した場合、その効力が土地の上に建てた建物に及ぶという「疑ヒハナカロウ<sup>(21)</sup>」ということであつた。

建物に抵当權を設定する場合については規定がないが、「材木ヲ抵当ニ入レタノデナイカラ……地上權諸共ト云フコトハ含ンデ居ルト思フ夫レデ特ニ設定行為ニ期限ヲ定メナイトキハ本案ノ二百六十九条ニ依テ極メルヨリ仕方ガナイト思

フ又夫レデ實際差支エナイト思フ<sup>(22)</sup>”といふのであつた。

また、右のごとく原案第三六五条が修正されたことにともない、土地の抵当権が実行される場合に、抵当権の効力が及ばない建物の処遇をどうするのか、「必要ガ起ツタ」として第三八四条の追加と趣旨説明がなされた。再度の趣旨説明と内容にわたる審議は四日後の一月一日、第五二回法典調査会において行われている。

第三八四条はこうである。

「抵当権ノ目的タル土地ノ上ニ抵当権設定者ノ所有ニ係ル家屋アルトキハ抵当権者ハ土地ト共ニ之ヲ競売スルコトヲ得但其優先権ハ土地ノ代価ニ付イテノミ之ヲ行フコトヲ得」

追加の第三八四条は、梅起草委員によれば、建物所有者（抵当権設定者）と抵当権者双方の利害を調整する規定である。

「建物ハ抵当権ノ目的デハナイ……或イハ抵当権者ガ……土地ヲ売ル所デ建物ノ所有者ハ建物ヲ土地ノ上ニ有スル権利ヲ失ウ若シ夫レデアツタナラバ土地ノ建物ヲ取毀タナケレバナラヌト云フコトニナツテ公益上頗ル不都合ノコトニナリマセウ左レバト言ツテ後カラ建物ヲ建テタ場合建物ハ其俣ニシテ置カナケレバナラヌ即チ自ラ地上権ノ設定ガアルト云フコトニ見マシタナラバ其建物ヲ毀ハサヌデモ宜イデセウガソノ代リ然ウ云フ土地ハ余程値段ガ安クナケレバ売レマセヌカラ抵当権者ニ取ツテハ大変ナ迷惑デアリマス、夫レデ双方ノ利益ヲ保護スル為ニ本条ノ如ク規定ヲシマシタ売ルコトハ一緒ニ売ルカラ取毀ツニハ及バヌケレドモ其中デ土地ノ価ト建物ノ値トヲ分ケテ然ウシテ土地ノ価ハ抵当権者ニ分テ建物ノ価ハ土地ノ債権者ガ分ツトカ或ハ只所有者ガ受取ルト云フコトニナリマスレバ双方ノ権利ヲ保護スルコトニナリマセウト思フ<sup>(23)</sup>」<sup>(24)</sup>

その後、「家屋」が「建物」と修正されることとなつたが、建物は土地に抵当権が設定される前に建てられたものと後

から建てられたものの両方を含んでいた。「抵当権設定ノ時ト後カラ建テタ家ト事情ハ少シ違ウカラ規定ニ違ヒガアツテモ不道理デハナイト思フ」が「然ウゴタゴタシタコトヲ立テルノハ面倒デアル」<sup>(25)</sup>というのであった。

また、この規定は「命令的ノ規定」ではないから「契約デ以テ如何様ニモ極メルコトガ出来」る。そこで、「土地丈ケヲ抵当ニ入レル併シ土地ヲ売ツタ場合デモ家ハ其假自分ガ所有シテ居ツテ夫レト同時ニ地上権ヲ得タト云ウ場合デアレバ其事ヲ留保シテ置ケバ宜イ其留保ヲ登記シテ置ケバ第三者ニ対抗スルコトガ出来ル」<sup>(26)</sup>。

ところが、第三八四条についても、反対が強かった。

そもそも、「抵当ノ土地ト家屋ヲ一緒ニ売ルト云フコトデハ折角土地ト家屋トヲ別ニシタ甲斐ガナイ……夫レデハ三百六十五条ヲ修正シタ趣意ガ通ラナクナル」<sup>(27)</sup>。また、「登記前後ヲ分タズ一緒ニシタト云フコトガイツノ疑ヒノ点デアリマス以前カラ土地ノ上ニ家ガアツタ然ウシテ土地丈ケ取得シタ此場合ハ家ノ在ルコトヲ承知デ取ツテ居ツタノダカラ其場合ニ家迄売ルト云ウコトハ不都合」<sup>(28)</sup>であるというのであった。

これに対して、梅起草委員は、「其家屋ヲ建ツタトキハ約束ハナイガイツシカ地上権ガ出来ルト云フ夫レガ当事者ノ意思デアルト云フノ可笑シイ」<sup>(29)</sup>、「若シ土地ノ所有ト家屋ノ所有ガ別ニナツテ居ルト其土地ノ上ニ家屋ヲ建ツテ居ル然ウシテ地代モ何モ払ワヌ然ウシテ家屋ノアル間ハ家屋ヲ建テテ塞イテ居ルト云ウ然ウ云フコトデアルト初メニ抵当権設定者ガソソナモノノ上ニ権利ヲ持ツト云フコトデアルト初メニ抵当権ヲ得タ精神ニ違ウト思ウ夫レデアリマスカラ然ウ云フ風ニハ規定ガ出来ヌ」。そして、地上権の成立により「若シ家屋ヲ取毀タヌト云フコトデアアルナラバ相当ノ地代ヲ払ハセナケレバナラヌト云フコトニナリマセウガ契約デ地代ヲ極メテナイカラ裁判所デ地代ヲ極メテ決定ラスルト云フコトニナツテ非常ニ煩ハシイコト」<sup>(30)</sup>になるというのであった。

結局のところ、修正案の削除が多数をしめたが、これに代えて二つの案が出されている。一つは、抵当権の設定前か

ら存する建物であっても、抵当権設定後に建てられた建物であっても、すべて地上権を設定すべきものとし、その期限や地代など内容に関しては裁判所が定めるといふ案<sup>(31)</sup>であつた。他の一つは、抵当権の設定後に建てられた建物については、それが設定者の所有にかかると他人の所有にかかるとを問わず、承諾を得ずして建てた物は土地とともに競売に付するといふ案<sup>(32)</sup>であつた。

これに対して、起草委員から反論があり、前者の案では、「設定後二建テタ物ハ売ルコトガ出来ルト云フコトニシタイト思ヒマス地代ハ取レルト致シテモ如何ニモ抵当権者ニ取ツテハ酷ドイコトデアル<sup>(33)</sup>」。また、後者の案について、「抵当権者ガ特ニ承諾ヲ与ヘタ場合ハ夫レハ言ハヌデモ宜シクハナイカト思フ……抵当権設定後二設ケタ建物ニ付テハ原案ノ如クニシテ置ケバ……同ジ結果ニナリハシナイカト思ヒマス<sup>(34)</sup>」。それに、「若シ土地ヲ借りテ建物ヲ設ケタナラバ抵当権設定後二設ケタナラバ夫レハ抵当権者ニハ對抗シ得ベカラザルモノデアル……夫レマデ保護スル必要ハナイ……夫レデ他人ノ所有物マデ売ル権利ヲ持ツテオルト云フコトハ夫レハ大變ト思ヒマス夫レデ之ハ同一ノ所有者ノ場合デナケレバ不都合ト思ツタノデアリマス<sup>(35)</sup>」。

結局のところ、梅起草委員は、「原案ガ潰レテ仕舞ウタ以上ハ家屋ノミヲ抵当ニ入レタ場合又ハ土地ノミヲ抵当ニ入レタ場合ハ此競売ノ後ハ如何ナル条件ヲ以テ地上権ヲ設定スルカト云フコトハ即チ裁判所ノ認定ヲ以テヤルト云フコトニ為ル<sup>(36)</sup>」として、「抵当権設定前ニ存在シテ居ツタ建物ニツイテハ……競売ノ後ニ裁判所デ以テ年限ト地代トヲ定メテ地上権ヲ設定スル<sup>(37)</sup>」、「抵当権設定後二設ケタル建物ニ付テハ此原案ノ如クスル」といふ趣旨で起草することの委託を提案し、これが受け入れられた。

### 3 第三八四條の修正・法定地上權制度の創設

一八九四（明治二七）年一月二日一八日の第五四回法典調査會に、前回の決議の「精神」にしたがつて立案された修正案が提案されている。

#### 第三百八十四條

「抵當權設定ノ當時ニ於テ抵當地ニ抵當權設定者ノ所有ニ係ル建物アルトキハ抵當權設定者ハ土地競売ノ場合ニ付キ地上權ヲ留保シタルモノト見做但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム」

#### 第三百八十五條

「抵當權設定後ニソノ設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ之ヲ競売スルコトヲ得但其優先權ハ土地ノ代價ニ付イテノミ之ヲ行フコトヲ得」

この案も文言の手直しも含め若干の修正が行われている。

まず、三八四條の規定では建物に抵當權が設定された場合が入らないことが指摘され、「抵當權設定ノ當時土地ニ建物アル場合ニ於イテ土地又ハ建物ノミヲ抵當トシタルトキハ抵當權設定者ハ競売ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト見做ス」と直されている。さらに、建物に抵當權が設定された場合には、「抵當權設定ノ當時」と云ふことが死んでしまふということ<sup>(38)</sup>で、これが削除される。そして、「土地ニ建物アル場合ニ於イテ」を削つて「同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於イ」てとする提案もなされたが、整理會の時までよく考へて文章を直すこととされた<sup>(39)</sup>。

文言上、「地上權ヲ留保シタルモノ」が「地上權ヲ設定シタルモノ」と改められているが、意味の「違ハナイ」<sup>(40)</sup>。

また、梅起草委員が質問を受け幾度となく説明を繰り返したのが、抵當權に劣後する利用權者が建てた建物について

土地・建物の一体化と法定地上權・一括競売制度

は、抵当権者はこれを土地とともに競売することができないことである。かかる利用権は「如何ナル場合ニ於イテモ抵当権者ノ権利ヲ妨グベキモノデハアリマセヌ」<sup>(41)</sup>、「抵当権者ニ対シテ何ノ効力ヲモナイノデアリマスカラ其場合ニ於イテハ土地ノ上ニアル建物ヲ持去ラシメルコトモ出来ル少シモ抵当権者ニ害ヲ及ボサヌカラ他人ノ者迄売ツテ仕舞ウト云フコトハ如何ニモ法律ノカトハ言ヒテラヒドイコト」<sup>(42)</sup>だからという理由である。

### (三) 審議過程から導き出される解釈仮説

(1) 起草委員の梅謙次郎は、土地と地上建物とを一体的に処理すべきとの基本的な立場（主義）でもって、抵当権の効力の及ぶ範囲に関する規定（原案三六五条）を起草している。しかし、この基本的な立場は、「学説トシテ学問上ノ理屈トシテハ……至当ノ事柄デアル又ハ然デアルノガ学理上ハ或ハ本当カトモ考エル」としつつも、「日本ノ慣習」を根拠としながら、まったく反対の立場に変更を余儀なくさせられている。それでは、起草者に「主義」の修正を迫った委員達が「日本ノ慣習」なるものについてどのような実態認識をしていたか、興味深い。

ある委員は、地上建物との一括競売を批判するなかで、つぎのように述べている。「日本デハ土地ト家屋ト分レテ居ルノハ田舎杯デハ少ナフ御座イマセウガ都会ノ地ニハ随分多イ土地ヲ借りテ家ヲ建テ居ルノガ多イ……家丈ケヲ売ル若シクハ地面丈ケヲ売ルト云フコトハ今日日々行ワレテ居リマス……私ハ家ヲ売ツタ場合ハ当然地上権ヲ設定スベシト云フコトニシテ置イタラ少シモ差支エナイト思フ……然ウデナク是非トモ家ヲ売ツテ仕舞フト云フコトニナツテハ不都合デアラウト思フ少ナクモ日本ノ多数ノ人民ノ感触ニハ衝突スルコトト思フ」<sup>(43)</sup>。

この委員の発言にみられるように、民法の編纂作業が行われていた明治中期には、とりわけ都市部に大量の借地が存

在していた。<sup>(44)</sup> こうした当時の土地と地上建物をめぐる社会的実態が土地と地上建物を法律上別個とした理由の一つとなつたと考えられる。<sup>(45)</sup> ところが、今日、借地そのものが大きく減少し、例外的な土地利用のあり方となりつつある状況のなかでは、<sup>(46)</sup> 土地と地上建物が法的に別個であることが原則であるとする社会的実態が喪失しつつあるともいえる。そうすると、「或ル一部ノ人ノ考ヘルヤウニ我民法ハ常ニ土地ト建物トヲ無関係ノモノト見テ」いるのではなく「原則ニ於テハ我民法ハ土地モ建物モ一体ヲ成シテ居ル」ことになる。すなわち、土地と地上建物は、これが同一所有者に属する場合、一体的に取り扱うのが原則であつて、例外的に、これを別個に取り扱うこともできるもの、と考えるほうが妥当であらう。

(2) そこで、土地と地上建物を別個に取り扱い「土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタルトキ」には、抵当権が実行されれば土地と地上建物の所有者が別々になるから、そのさいに建物のために地上権を事後的かつ法律上確保させるのが法定地上権の制度である。かように建物に法定地上権を成立させるのは、建物に抵当権を設定した場合には「材木ヲ抵当ニ入レタノデナイカラ……地上権諸共ト云フコトハ含ンデ居ル」との発言にみられるように、他方、土地に抵当権を設定した場合には「土地丈取得シタ此場合ハ家ノ在ルコトヲ承知デ取ツテ居ッタノダカラ」との発言にみられるように、それぞれ抵当権設定当事者の意思を推測したことに基づく。そして、法定地上権の成立によつて結果的に建物の取去が防がれたわけで社会経済上の利益（公益的要請）にも合致する。

土地と地上建物を一体的に取り扱つて抵当とする共同抵当の場合について民法三三八条が規定していないのは、むしろ当然のこととも解される。したがつて、抵当権者が土地と地上建物を分離して競売に付し、所有者を異にするに至つた場合には、民法三三八条の適用がなく、建物に法定地上権は成立しない、と解される。

(3) ところが、抵当権設定後に建物を築造した抵当権設定者は、土地抵当権が実行された場合に法定地上権が成立しな

いため、「建物ヲ土地ノ上ニ有スル權利ヲ失ウ若シ夫レデアツタナラバ土地ノ建物ヲ取毀タナケレバナラヌト云フコトニナ」る。かといつて、「自ら地上権ノ設定ガアルト云フコトニ見マシタナラバ其建物ヲ毀ハサヌデモ宜イデセウガソノ代リ然ウ云フ土地ハ余程値段ガ安クナケレバ売レマセヌカラ抵当権者ニ取ツテハ大變ナ迷惑」となる。そこで、土地の抵当権設定者と抵当権者「双方ノ利益ヲ保護スル為ニ」置かれたのが現行の民法三八九条である。

したがって、土地抵当権者が土地のみを競売に付すことは、抵当権設定者の「利益」を害し、抵当権設定当事者「双方ノ利益ヲ保護スル」ことにはならないから許されない。民法三八九条には「競売スルコトヲ得」と規定されているが、その意味するところは、抵当権は地上建物にその効力を及ぼさないが、抵当権設定当事者「双方ノ利益ヲ保護」するという見地から、抵当権者は地上建物を競売することができるということである。この限りで、一括競売は抵当権者にとくに認められた権利ではあるが、土地のみを競売に付すことは認められないということでは義務である。このように解することができる。

このような解釈上の仮説を民法三八八条及び三八九条の審議過程から導き出すことができるが、以下、この解釈上の仮説をもって問題の検討を行う。

- (1) 高木多喜男・担保物権法「新版」（有斐閣、一九九三年）一八四頁。
- (2) 石田文次郎・担保物権法論 上巻（有斐閣、一九三五年）二九〇頁。
- (3) 柚木馨・担保物権法（有斐閣、一九五八年）三〇七頁、鈴木祿弥・物権法講義「四訂版」（創文社、一九九四年）二二七頁。
- (4) 我妻栄・新訂担保物権法（岩波書店、一九六八年）三五〇頁は、法定地上権制度の理論的根拠を土地に建物が建築されると生じる潜在的な利用関係の現実化として説明するが、これは抵当権設定当事者の合理的意思を客観的に表現するものといえ



る(柚木馨―上田徹一郎・注釈民法(9)増補再訂版(有斐閣、一九八二年)一七七頁)。

(5) 高木・前掲担保物権法二〇五頁。

(6) 我妻・前掲書三三三頁。

(7) 我妻榮―清水誠・判例コメンタールIII担保物権法(日本評論社、一九六八年)四七頁、川井健・担保物権法(青林書院新社、一九七五年)九八頁。

(8) 梅謙次郎「土地と建物との関係」法学志林八卷八号(一九〇六年)九頁。

(9) 法典調査会の議事速記録は、法務大臣官房司法制度調査部監修・法典調査会民法議事速記録二・日本近代立法資料叢書2(商事務研究会、一九八四年)を利用した。

(10) 法典調査会・民法議事速記録二・八〇五頁(磯部四郎)。

(11) 法典調査会・民法議事速記録二・七九五頁。

(12) そして、このように抵当権の効力が建物にも及ぶとなると、土地と建物について別の登記簿が編成されていた旧登記法上の登記制度とのすり合わせが問題となる。

梅起草委員は、「今ノ登記法ハ不完全ヲ今度出来ル登記法ハ完全シタモノヲ望ムノデアリマス」としながら、「為ウ云フ場合ニ為ツタトキハ土地ノ番地其番地ニ家ガ建ツ其家ガ特別ノ權利ノ目的物ト為ツテ居ルトキハ特ニ其家丈ケニ付テ是丈ケノ權利ガアルト云フコトヲ登記スル、黙ツテ居レバ土地ト喰付イテ居ルト云フコトハ別段ノ規定ヲ要セヌト云フ方ガ便利ダラウト思ヒマス為ウ云フコトニスレバ土地ト云フ物ニ家ト云フ不動産ガ喰付イテモ其為メニ特ニ登記ヲスルト云フ必要ハナイ」。これに対して、「登記簿ガ別ニ為ツテ居ツテ其方ガ便利デアルト云フコトデアレバ……登記官吏ノ職權ヲ以ツテ登記ヲシナケレバナラヌ」ものと考えていた(法典調査会・民法議事速記録二・八〇五頁)。

土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度

- (13) 法典調査会・民法議事速記録二・七九八頁。
- (14) 法典調査会・民法議事速記録二・七九五頁。
- (15) 法典調査会・民法議事速記録二・七九七頁。
- (16) 法典調査会・民法議事速記録二・七九五頁。
- (17) 法典調査会・民法議事速記録二・七九七頁。
- (18) 法典調査会・民法議事速記録二・七九七―七九八頁。
- (19) 法典調査会・民法議事速記録二・八〇四頁（高木豊三）。
- (20) 法典調査会・民法議事速記録二・八〇四頁（高木豊三）。
- (21) 法典調査会・民法議事速記録二・八五六頁。
- (22) 法典調査会・民法議事速記録二・九二四頁、八五八頁。
- (23) 法典調査会・民法議事速記録二・九一九頁、八五九頁。
- (24) また、審議の過程で、「東京ノ如キハ家が粗末デアルマスカラ直グ家ヲ取毀ツテモ宜シイガ是カラ段々堅固ナ家が出来テ段々土地ト家屋ヲ離スコトニナルト却ツテ此方が便利」（法典調査会・民法議事速記録二・九二三頁）といった興味あることも述べられている。
- (25) 法典調査会・民法議事速記録二・九二七頁。
- (26) 法典調査会・民法議事速記録二・九一九頁。
- (27) 法典調査会・民法議事速記録二・九二四頁（土方寧）。
- (28) 法典調査会・民法議事速記録二・九二〇頁（横田国臣）。

(29) 梅起草委員は、土地だけを「競売スル場合ニ於イテハ裁判所デ相当ノ地代ヲ極メテ然ウシテ此地代デ地上権ヲ設定シテ其後トデ売ルコトガ出来ルト云フコトニシテモ宜イ」という「稍々穩当ナル案」を考えていた。しかし、これを採らなかつたのは、「裁判所デ然ウ云フコトニ立入ルコトハドウカ地代ト云フモノハ日本ノ様ナ段々進ンデ往ク国デハ段々變ハツテ往ク其相場ヲ……裁判所デ極メルト云フコトハ初メ当事者ガ抵当権ヲ設定シタトキニハ夫レ丈ケノコトヲ思ツテ居ラヌノニ然ウスルノニ穩ヤカデナイト思ツ」(法典調査会・民法議事速記録二・九二三頁)だからであるという。

- (30) 法典調査会・民法議事速記録二・九三〇頁。  
(31) 法典調査会・民法議事速記録二・九二六頁(高木豊三)。  
(32) 法典調査会・民法議事速記録二・九二五頁(元田肇)。  
(33) 法典調査会・民法議事速記録二・九二九頁(富井政章)。  
(34) 法典調査会・民法議事速記録二・九三〇頁(梅謙次郎)。  
(35) 法典調査会・民法議事速記録二・九三二頁(梅謙次郎)。  
(36) 法典調査会・民法議事速記録二・九三〇頁。  
(37) 法典調査会・民法議事速記録二・九三〇頁。  
(38) 法典調査会・民法議事速記録二・九五四頁。  
(39) 法典調査会・民法議事速記録二・九五五頁。  
(40) 法典調査会・民法議事速記録二・九五二頁。  
(41) 法典調査会・民法議事速記録二・九二一頁。  
(42) 法典調査会・民法議事速記録二・九五五頁。

(43) 法典調査会・民法議事速記録二・九二三頁（高木豊三）。

(44) 参照、瀬川信久・日本の借地（有斐閣、一九九五年）一一〇頁以下。

(45) 瀬川・前掲書二二二頁。

(46) 瀬川・前掲書一九一頁以下。借地の激減のなか、借地方式による宅地供給を意図したのが定期借地権の導入など一九九一年の借地借家法改正であった。

### 三 共同抵当物件建物の再築と法定地上権の成否

土地とともに共同抵当の目的となっている地上建物が取り壊し・再築された場合に、この再築建物が法定地上権が成立するかの問題に関しては、民法三八八条が規定する法定地上権の成立要件との関係で、つぎのごとき前提となる問題がある。

第一は、土地及び地上建物が共同抵当とされた場合に、「土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタル」との成立要件を充たすのかである。

第二は、抵当権設定時の建物が取り壊されて再築された場合、この新建物は、「土地及ヒ其上ニ存スル建物」との成立要件を充たすのかである。

(一) 土地・建物の共同抵当と法定地上権

土地と地上建物の双方が抵当権の目的となり、競売の結果、双方の所有者を異にするに至った場合（土地・建物共同抵当型）について、法定地上権の成立を認め、リーディングケースとなったのが、大判明治38・9・22民録一輯一九七頁である。

右の大判明治三十八年九月二二日は、個別競売の結果土地・地上建物が別々の者に競落され、土地の競落人が建物の競落人に家屋取払を請求した事案について、つぎのように判示している。「若シ此ノ如キ場合ニ於テ建物ノ競落人ノ為メ地上権ナキモノトスルトキハ其競落人ハ之ヲ競売スルヤ直チニ取毀タル可カラサルニ至ル可シ……抵当権ノ目的タル建物ヲ競売スル場合ニ於テ其建物ハ……特ニ取毀ノ為メ競売スル場合ノ外ハ不動産トシテ競売スルモノナレハ之カ存立ヲ認メ其競落人ノ為メ地上権ノ設定セラレタルモノトスルハ当然ナリ否ラサレハ建物ノ競落人ハ莫大ノ損失ヲ被フルノミナラス国家経済モ不利益ヲ受ケ亦間接ニ抵当権者モ損失ヲ被フルニ至ル」。

その後、大審院は、①土地・建物の双方について抵当権が実行され同一人が競落したが、建物の競落が取り消された事案について（大判明治39・2・16民録一輯二二〇頁）、②土地・建物の抵当権のうち建物の抵当権のみが実行された事案について（大判明治43・3・23民録一輯二二三三頁）、③土地・建物の双方に抵当権実行の申立がなされたが、土地についてのみ競売許可決定がなされた事案について（大判昭和6・10・29民集一〇卷九三二頁）、法定地上権の成立を認めた。最高裁は、④抵当権の設定されている土地・建物のうち建物だけが国税滞納処分による公売がなされた事案について、右の明治三十八年及び昭和六年の大審院判決を引用し、法定地上権の成立を認めた（最判昭和37・9・4民集一六卷九号一八五四頁）。

これら大審院の判例法理は、多くの学説により、建物の保護あるいは<sup>(1)</sup>抵当権者の<sup>(2)</sup>予測などを理由に、支持された。しかし、これに反対し、民法三八八条は「公益上ノ理由ニ成レルモノナリト雖モ一方ニ於テハ当事者ノ意思ヲモ推測シタル規定ナリ然ルニ……土地及ビ建物ノ両者ヲ抵当ト為シタル場合ニ抵当権設定者ハ果タシテ地上権設定ノ意思ヲ有シタリヤハ疑ハシキノミナラス土地ノ競落人ノ如キハ相代金ヲ以テ土地ヲ取得シタルニ地上権ナル負担ヲ受クルコトト為リテ其損害甚ダシキモノアリ」として、「土地及ヒ建物ヲ抵当ト為シタル場合ヲモ包含スハ此特別規定ヲ不当ニ拡張シタルモノナリ」とする有力な見解もあつた。<sup>(5)</sup>

前掲平成九年二月一四日の最高裁判決は、右の昭和三七七年九月四日の最高裁判決を引用し、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した場合、抵当権者はこれにより土地及び建物の全体の価値を把握することになるが、右建物が存在する限りにおいては、右建物のために法定地上権の成立を認めることは、<sup>(3)</sup>抵当権設定当事者の意思に反するものでない」と判示する。法定地上権が成立するとしても<sup>(4)</sup>抵当権者が土地及び建物の両抵当権を通じて把握している担保価値に変動がないからである。もつとも、右有力説とおなじく<sup>(5)</sup>抵当権設定当事者の合理的な意思に依拠しながら、これと反対の結論を導き出している。

## (二) 建物の再築と法定地上権

### 1 建物の再築・改築

土地に抵当権が設定された当時存在していた地上建物が取り壊されあるいは滅失した場合（土地抵当・建物再築型）、

その後、再築された新建物については旧建物を基準とする内容の法定地上権が成立する、と解するのが大審院以来の判例であり、通説<sup>6)</sup>でもある。

大判昭和10・8・10民集一四卷一五四九頁は、新建物のために法定地上権の成立が認められるべき理由を説いて、「右所有者ハ土地ノミニ付抵当權ヲ設定シタル以上建物ノ所有者トシテハ其ノ設定ト共ニ後日競売ノ場合ニ付地上権者トシテ土地ノ利用ヲ繼續シ得ラルヘキ地位ヲ取得シタルモノト解スヘキモノナレハ当該建物カ抵当不動産ノ競売前既ニ朽廢シタル場合ハ格別ナルモ然ラサル限り其ノ所有者ハ縱令建物ガ滅失スルコトアルモ再築ノ上當該土地ノ利用ヲ繼續シ来タリタル以上依然競売ノ場合ニ付地上権者ト看做サルヘキ地位ニアルモノト解スルヲ相當トスヘク且此ノ事ハ建物使用ノ都合上之ヲ改築シタル場合ニ於テモ亦同一ニシテ此ノ場合ニ限り解釈ヲ異ニスヘキ理由アルヲ見ス」とする。

そして、法定地上権の成否を抵当權設定當時の設定当事者の意思の推測にもとめたことから、成立する法定地上権の内容に關しても、「然レトモ上記ノ如ク土地ノミヲ抵當為シタル場合ニ於テ抵當權実行ノ際建物ガ依然旧態ノ保存シタルニ於テハ其ノ所有者ハ競売ノ場合ニ付當該建物其ノモノノ所有ノ為ニスル地上権ヲ取得スルニ過キサレモノナルカ故ニ再築改築等ノ為メ建物ノ状態ニ変更アル場合ニ於テモ其ノ所有者ノ取得スヘキ地上権ハ旧建物ノ存シタル場合ニ於ケルト同一ノモノタルヘク即チ其所有者ハ競売ノ場合ニ付旧建物ノ存シタルナラムニハ有シ得ヘカリシト同一ノ範圍ニ於テノミ地上権者トシテ當該土地ヲ利用シ得ヘキモノト云フヘク其ノ權利ノ存続期間ノ如キモ亦旧建物ノ種類其ノ存在ノ場合ニ有スヘカリシ狀況其ノ他抵當權設定當時ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ムルヲ相當トス」。

もつとも、原審は、法定地上権の成立を否定しており、その理由を次のように判示する。「新旧ノ建物ガ別個ノ建物ナルコトハ當事者間ニ争ナキトコロニシテ民法第三八八条ノ規定ハ公益上ノ理由及抵當權設定當事者ノ意思ヲ推測シ抵當權設定前ヨリ土地ノ上ニ存在スル建物ヲ保護スルコトヲ其ノ目的トスルナルヲモツテ之ニ依リ保護ヲ受クヘキ建物ニシ

テ滅失シタル以上タトエ之カ為ニ土地抵当権者又ハ競落人カ利益ヲ受クルニ至ルコトアリトスルモ後ニ建設セラレタル別個ノ建物ニ付テハ同法条ヲ適用スヘキ限リニ非サルコト勿論ナリ」。

すなわち、「公益上ノ理由」や「抵当権設定者當事者ノ意思ノ推測」をもつて法定地上権成否の判断基準とするものの、それは抵当権の設定時に存在した建物の保護にあると限定している。これに対して、右大審院判決は、土地抵当権設定者（建物所有者）の「後日競売ノ場合ニ付地上権者トシテノ土地ノ利用ヲ繼續シ得ラルヘキ地位」というものを法定地上権成立の根拠としているため、建物の取り壊し・再築は、法定地上権の成立を否定する理由にはならない。これを土地抵当権者の側からみると、旧建物のための地上権が負担として付いた土地として担保評価していることから、旧建物を基準とする内容の法定地上権が成立する限り予測どおりの結果ということになる。同旨の下級審裁判例が、最高裁判代においても、数多く出されている。<sup>(1)</sup>

いづれにしても、右の見地を押し進めれば、抵当権者が旧建物から新建物への建て替えを予定して土地の担保価値を算定したという事情がある場合には、新建物を基準とする内容の法定地上権の成立が認められることになる。

最判昭和52・10・11民集三一巻六号七八五頁は、土地抵当権者自身が不動産競売において買受人となつた事案であるが、昭和一〇年の大審院判決を引用しながら法定地上権の成立を認めつつ、つぎのように判示する。

「右法定地上権の存続期間等の内容は、原則として、取壊し前の旧建物が残存する場合と同一の範囲にとどまるべきものである。しかし、このように、旧建物を基準として法定地上権の内容を決するのは、抵当権設定の際、旧建物の存在を前提とし、旧建物のための法定地上権が成立すること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、右の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には、再築後の新建物を基準として法定地上権の内容を定めて妨げないものと解するのが、相当である」。



## 2 建物の新築

以上のごとき再築建物ではなく土地抵当権の設定後に新築された建物については（更地抵当・建物新築型）、抵当権設定における抵当権設定当事者の意思の推測が法定地上権の成否の基準となるのであれば、法定地上権の成立は否定されることになる。

大判大4・7・1民録二二輯一三三三頁は、次のように判示する。「按ズルニ民法第三百八十八条ハ抵当権設定前ニ於テ建物カ土地ノ上ニ存スル場合ニ対スル規定ニシテ抵当権設定後建物ヲ建設シタル場合ニ対スル規定ニ非サルコト該条ノ明文上ヨリスルモ又同第三百八十九条ノ規定ト対照考察スルモ毫モ疑ヲ容ルヘキ余地ナキノミナラス若シ上告論旨ノ如ク抵当権設定後ニ於テ所有者カ抵当ト為シタル土地ノ上ニ建物ヲ建設シタル場合ニモ適用アリト解スルトキハ土地ノ抵当権者ハ抵当権取得ノ際何等地上権ノ負担アルヘキ事由ヲ有セサル完全ナル土地所有権ナリト為シ之ヲ以テ抵当権ノ目的ト為スコトヲ甘諾シタルモノナルニ拘ハラス其ノ後ニ至リ其意ニ反シテ所有者一己ノ行為ニ因リ抵当権ノ目的物ガ物権ノ負担ヲ受クルノ結果ヲ来シ遂ニ意外ノ損失ヲ被ルニ至ルヘシ」。

この結論は、土地抵当権者が将来建設される建物について法定地上権の成立を承認している場合であっても変わりはない。大判大7・12・6民録二四輯二三〇二頁は、かかる「合意ヲ為スハ他日抵当地ガ競売セラルルコトアリテ競売者ノ所有ニ帰シタル場合ニ其土地ニ地上権ノ負担セシメントスルモノニシテ競売者ハ他人ノ行為ニ因リ濫リニ其所有権ニ地上権ヲ負担セシメラルルノ理由ナキヲ以テ斯ル合意ノ競売者ニ対シ効ナキヤモチロンナレハ建物ヲ建設シタル抵当権設定者又ハ建物ノ転得者カ之ニ因リテ地上権ヲ取得スヘキノ理ナキハ明白ナリト謂ヘ可シ」。

もちろん合意の効力は土地の競売人のごとき第三者に及ばないのは当然であるが、土地の抵当権者は土地の担保評価

にあたり地上権の負担を考慮するはずである。したがって、土地の抵当権者が抵当権の実行によりみずから競落人になつた場合には、法定地上権の成立を認めても差し支えないことになる。このような解釈の余地を残したものと評価しうるのが最判昭和36・2・10民集一五卷二号二一九頁である。抵当権設定時に建物の土台までできあがっていた事案について、つぎのように判示する。

「民法三八八条により法定地上権が成立するためには、抵当権設定当時において地上に建物が存在することを要するものであつて、抵当権設定後土地の上に建物を築造した場合は原則として同条の適用がないことと解するのを相当とする。然るに本件建物は本件土地に対する抵当権設定当時完成していなかったことは原審の確定するところであり、また被告人が本件建物の築造を予め承認した事実があつても、原判決認定の事実に照し本件抵当権は本件土地を更地として評価して設定されたことが明らかであるから、民法三八八条適用を認むべきではなく、この点に関する原審の判断は正当である」。

前掲平成九年二月一四日の最高裁判決は、共同抵当の目的たる「建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思である」とする。そうすると、再築された建物は、これに法定地上権の成立が認められないから、抵当権の実行によつて敷地の利用権原を失い、取去を余儀なくされる。この場合、抵当権者が土地・地上建物を一括して競売（民法三八九条）すれば右の事態は回避できるが、一括競売は抵当権者の義務とは解されていない。この点に関しては、四で取り上げることとする。

### (三) 土地・建物の共同抵当と建物の再築

土地とともに共同抵当の目的となつてゐる地上建物が再築された場合（土地建物共同抵当・再築型）の法定地上権の成否に關し、これを肯定しリーディングケースとなつたのは大判昭和13・5・25民集一七卷一一〇〇頁である。その後、一九八〇年半ば頃（昭和六〇年代）に、右大審院判例に従つた下級審裁判例（いわゆる個別価値考慮説）が続いたものの、抵当実務からの批判を受けるかたちで東京地裁（執行部）が平成四年にそれまでの解釈を見直したこと（いわゆる全体的価値考慮説）が転換点となり、以後、法定地上権を原則として否定する見解が下級審裁判例の大勢を占めることとなつた。

## 1 転換前の判例・学説

### （1）判例・通説の形成

前掲大判昭和一三年五月二五日の事案は、共同抵当物件であつた建物が取り壊されのち土地所有者の妻名義で再築がなされ、土地の抵当権が実行されたために妻が土地の競落人に対して法定地上権の確認等を求めたものである。

土地・建物とが共同抵当とされた場合に民法三八八条の適用があることは前掲大判明治三八年九月二二日などが肯定してゐる。また、建物が取り壊され、その後再築された場合については、建物所有者である土地抵当権設定者がこれを行つた事案について、前掲大判昭和一〇年八月一〇日が、法定地上権の成立を認め、建物の所有者（土地抵当権設定者）が抵当権「設定ト共ニ後日競売ノ場合ニ付地上権者トシテ土地ノ利用ヲ継続シ得ラルヘキ地位」を取得したことを根拠としてゐる。したがつて、法定地上権の成立を認めることによつて保護されるのは、旧建物の所有者（土地抵当権設定者）の土地利用権に限られてゐる。

そこで、再築建物に法定地上権の成立を認めたる右大判昭和十三年五月二五日は、この点を非常に意識し、つぎのように判示する。「而モ冒頭ノ場合ニ於テ土地ノミヲ抵当ト為シタルトキ其ノ上ノ建物ガ朽廃ニ因ルニ非スシテ滅失スルコトアルモ抵当権設定者ニ於テ再築ノ上該土地ノ利用ノ継続スルトキハ土地競売ノ場合ニ付抵当権設定者ガ猶旧建物カ存続シタルト同一内容ノ地上権ヲ設定シタルモノト見做ヘキコト当院判例ノ示ストコロナリ（昭和十年（オ）第三七三号同年八月十日言渡判決参照）果タシテ然ラハ右ノ場合ニ抵当権設定者ニ於テ自ラ再築ヲ為スコトナク自己ノ妻ヲシテ家屋ヲ再築セシメテ土地ノ使用ヲ許諾シ且自ラモ妻ト共ニ該家屋ニ居住シテ其ノ敷地ノ利用ヲ継続スルカ如キ場合ニ於テモ猶且土地競売ノ場合ニ付前同様地上権ヲ設定シタルモノト見做スヘキモノト解スルヲ相当トスヘシ」。

しかし、抵当権者が把握する担保価値の観点からみる限り、だれが再築したかは問題とはならない。代表的な見解によれば、「再築家屋の爲にも法定地上権を認めて妨なしという理論の根拠は既に建物の存在することを前提として設定せられた土地抵当権は土地から特定の地上権を控除した価値をもつてその目的とするものだとしたことである。然らば滅失後に建物を再築する者が本来の所有者であることを必要とする理由は少しもないはずである」。

この見解がその後の通説となる。

また、近時の下級審裁判例も同様の傾向を示す。旧建物及び土地の購入代金を支払ってきた「経済的、内面的」には所有者といふべき者が再築した事例について、京都地判昭和60・12・26金法一一三一号四五頁は、右大判昭和十三年五月二五日を引用して、再築建物に法定地上権の成立を認め、「原告は、本件の担保価値をその地上に建物が存在しているものとして把握していたといふべきであるから、その後右建物が取り毀されて、高木が本件土地上に本件建物を建築所有するに至つても、原告の右抵当権の担保価値が低減侵害されるおそれはないものと考えられる」と判示する。

また、再築建物が抵当権設定者たる土地所有者が代表者を務める同族会社、すなわち「実質上」土地所有者によつて

再築された事例について、大阪高判昭和63・2・24金法一一九〇号三四頁も、右大判昭和一三年五月二五日を引用し、つぎのように判示する。「新建物について、旧建物が存続していると仮定した限度での法定地上権が存在したときと同様の法定地上権を引き続き負担していると解するのが、右取壊しと再築の時期が僅か二カ月であることや当初の抵当権設定当時の当事者の意思の合理的解釈上も、相当である。……新建物の所有者は旧建物所有者竹内ではなく、カチコとなり、その限りにおいて、土地と建物の所有者の同一性は一応失われたのであるが、……新建物の所有者は実質上竹内個人と解しても妨げないと解しようところであって、前記のような形式的な地上建物所有者変更の事実だけで前示法定地上権の成立を否定することは相当でない」。

結局、抵当権設定者と特別の関係のない抵当地の第三取得者が再築した建物のために法定地上権の成立を認めた東京高決昭和63・2・19金法一一九七号二三頁が判示するように、「その内容を再築前の建物を基準として定める限りならんら抵当権を侵害するものとはいえず、また、そうである限り、再築する者が抵当権設定者である必要は少しもない」のである。

## (2) 判例・通説批判

ところが、おなじく建物が取り壊され・再築された場合ではあるが、土地のみに抵当権が設定された場合（土地抵当型）と土地と地上建物の双方に抵当権が設定された場合（土地建物共同抵当型）とが、区別されることなく論じられてきた。<sup>(9)</sup>

土地に設定された抵当権の側に視点をおくと、前掲東京高決昭和六三年二月一九日が判示するように、「既に建物が存在することを前提にして設定された土地抵当権は土地から右建物のための地上権を控除した価値をもってその目的とす

るものであつて、土地及び建物に共同抵当権が設定された場合であつても、土地又は建物の一方のみが競売に付される  
 ことがあり得る以上、土地に対する抵当権が法定地上権を控除した価値のみを把握していることに変わりはない」。

しかし、共同抵当の場合、再築建物について法定地上権が成立するとなると、旧建物抵当権が把握していた法定地上  
 権価格の行方が問題になる。前掲大阪高判昭和六三年二月二四日では、土地抵当権者の側は、その法定地上権価格は土  
 地抵当権者に帰属するものとして配当すべしとか、これに物上代位の法理の類推適用を主張しているが、いずれも認め  
 られていない。<sup>(10)</sup>

こうした状況の中で、土地・地上建物共同抵当の特殊性が認識されてくる。

ある実務家によれば、たとへば土地のみに抵当権を設定した場合、抵当権者の把握した交換価値はいわゆる底地価格  
 のみであり、更地価格の三割程度である。そうして建物所有者は右の価値権を侵害しないかぎり土地をどのように利用  
 してもよいから、旧建物の改築・取り壊し・再築は自由である。これに対し土地建物を共同抵当とした場合には全部提  
 供してしまうのであるから、抵当権設定者は更地価格以上の担保を提供する意思とみるべきであり、抵当権設定者は旧  
 建物を自由に取り壊したり、その地上に再築したりすることはできない。このように、抵当物件が土地のみあるいは建  
 物のみの場合と土地建物の共同抵当の場合とでは抵当権設定者の意思において大きな質的な差があるために、建物が滅  
 失せずに競売された場合はともかく滅失して再築された場合には、右建物の収去・土地明渡の裁判の審理にあつては、  
 旧建物滅失の理由なども十分考慮してその成否を決すべきである。民法三八八条は「土地又ハ建物ノミラ」とわざわざ  
 規定しているのであつて判例が拡張解釈してきたからといつて漫然同一視すべきではないとする。

また、ほかの実務家は、<sup>(12)</sup> 抵当権者の立場からとことつた上で、つぎのように指摘する。抵当権を設定するときに、  
 抵当権対象物件として同一所有者に属する土地と地上建物が有つた場合には、土地・建物の両方に抵当権を設定するの

が通常である。そのさい、抵当権者としては、その時点では法定地上権のことは念頭にはなく、法定地上権をふまえて土地と建物を別に担保評価するのではなく、土地と建物を一体として、むしろ多くは土地を中心に考えて担保評価し、建物については建物だけの価格をベースに評価する。建物が取り壊され再築されても、建物の法定地上権価額を想定することはないと。

## 2 転換後の判例・学説

### (1) 東京地裁執行部の新たな解釈

東京地裁執行部は、平成四年六月より、全体価値考慮説の影響を受けた新しい解釈でもって取り扱いを開始した。東京地裁平成4・6・8執行処分(判タ七八五号一九八頁)<sup>(13)</sup>によると、「<sup>(14)</sup>抵当権設定契約の当事者の合理的意図を尊重し、その内容にそう法律の解釈」をした結果として、

「民法三八八条の解釈としては、土地及びその上に存在する建物(旧建物)について、共同抵当権の設定を受けた者がいる場合に、その後旧建物が滅失して同じ土地に新たな建物(新建物)が建築された場合、旧建物の法定地上権が成立する要件があつたときでも、その法定地上権は新建物には成立せず、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建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たとき、または土地の抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける権利を放棄したようなときには、新建物についての法定地上権が成立するものと解するのが相当である」。

それでは、前掲平成九年二月一四日の最高裁判決は抵当権設定当事者の合理的意図をどのようなものと解したか。「土

地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思である。というのは、「抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は、当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価額相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不測の損害を被る結果になり、抵当権当事者の合理的な意思に反するからである。

(2) 法的構成をめぐる学説状況

(a) 東京地裁執行部がこのように解釈変更を行ったのは、個別価値考慮説による対応では「日本のように、土地価格が高く、その担保的な利用を基礎として、経済が運営されているところでは、土地価格の全体に対する担保的な把握が円滑に実現されることに、金融機関はもちろん融資を受ける者も大きな利害を有しているのであるが」、個別価値考慮説の裁判例は、「このような円滑な金融の実現するうえで、問題を含むものであった」からである。すなわち、「土地と建物を共同担保として金融を得た者は、抵当権設定契約において抵当権者に対し、将来建物を再築する場合には、再築建物を共同担保にしている旨の約束をするのが通常であり、その約束が実現するものでなければ、融資に見合う担保が不足する事態が予想される」。「しかし、前記の裁判例の事案のように、抵当権設定者以外の者が建物を再築する場合には、このような再築建物の担保差入れがスムーズに運ぶとは限らず、融資に見合う担保が差し入れられるという保障は、いよいよ少なくなるであろう」からである。<sup>(15)</sup>

右の東京地裁の執行処分については、当然のことながら、「きわめて画期的であり、最近の執行裁判所における競売手



続の合理化、とくに執行妨害の排除に対する強い決意と努力の現れ」とする見解に代表されるように、<sup>(16)</sup> 抵当実務には、「歓迎されるべきもの」であった。しかし、学説においては、再築建物について法定地上権を否定することの理論的根拠をめぐって、従来の判例理論や土地と地上建物についての法理論と整合性があるのか、あるいは十分な論拠となっているのかなど批判がみられるところであった。

(b) まず、伝統的な個別価値考慮説の立場からである。<sup>(17)</sup>

土地抵当権の担保価値と建物抵当権の担保価値を分離して観念した以上、土地の利用権は建物抵当権の担保価値に吸収されると考えるのが現実的であるから、建物抵当権を失えば、その対象となつている土地利用価値も失うと考えるのが「論理的」である。そこで、建物が再築されると、旧建物が存在していたときに建物抵当権の担保価値に含まれていた土地利用権（法定地上権）価値が、土地抵当権の側に吸収されてしまうことは、「論理的にありえない」。

建物の保護が法定地上権制度の目的の一つであるがゆえに、建物が存在しない場合まで法定地上権を認めることには賛成しえないが、建物が建築されれば事情は異なつてくるとみるべきである。いったん建物が滅失することにより、土地抵当権は更地価格を支配することになるが、更地について、抵当権が設定された場合とは異なり、それはあくまで一時的に建物が存在せず、更地となつたという事情の反射的效果にすぎず、新建築物が建築されまでの暫定的な状態であり、新建築物が建築されれば、土地抵当権の支配する担保価値は元の状態で復元すると考えるのが「論理的ではないか」と。<sup>(c)</sup> 全体価値考慮説には右のごとき批判が妥当することを認め、これとは別の法的構成を構想し、全体価値考慮説とおなじ結果を導きだそうとする見解もある。

<sup>(18)</sup> その一つ、これが従来より法定地上権制度の法的構成として有力に主張されてきた潜在的な自己地上権の考え方である。この見解によれば、土地の上に建物が建築されると、潜在的な自己地上権を除いた土地の価値部分、潜在的な自

己地上権及び建物それ自体という三つの価値体現物が発生し、土地建物を共同抵当にとつた債権者は、この三つのすべての価値を把握する。そこで、潜在的な自己地上権は建物抵当権に仮託して抵当に入れられてにすぎないので、建物が滅失しても潜在的な地上権上の抵当権は消滅しない。

土地所有者が建物を再築した場合には、その建物は先に成立した潜在的な自己地上権を基礎とはしているが、それが旧建物とともに抵当に入れた後に建築されたことになる。そこで、この場合、更地に抵当権が設定された後に建築された建物のためには法定地上権が成立しないのと同様、土地抵当権が実行されれば、それとともに潜在的な法定地上権に対する抵当権が実行されたということになり、その抵当権設定後に再築された新建物のためには法定地上権は成立しない。

第三者が土地所有者から土地利用権原を得て建物を再築した場合には、この利用権原は潜在的な土地利用権に後れる土地利用権原であるから、その潜在的な地上権に対する抵当権が土地抵当権とともに実行されれば消滅するのは当然であり、また、右の地上権を基礎とした建物も存在しないので法定地上権は成立しない。

新建物に抵当権が設定されるとともに潜在的な自己地上権にも抵当権が設定されたことになるが、この抵当権は、旧建物に抵当権が設定されるとともに設定されたとみなされる抵当権に後れる順位二番のそれということになる。しかし、右自己借地権上の一番抵当権は当事者の合理的意図から放棄するものと見なされ、それを基礎に新建物のために法定地上権が成立することになる。

(d) 以上の見解では、建物抵当権が把握するか、独立の抵当権の対象とするか、の別はあるが、いずれも潜在的な法定地上権を一つの価値物として位置付けている。土地・建物の共同抵当の場合には、こうした構成を否定する見解からの批判がある。<sup>(19)</sup>

土地・建物の共同抵当の場合、土地抵当あるいは建物抵当の場合と異なり、土地抵当権は土地自体の価値を、建物抵当権は建物自体の価値を支配し、共同抵当であることから、両者の合計額を支配することになる。建物利用権（地上権）は、抵当権設定当時において、独立の担保価値対象としては観念しない。抵当権設定者は土地所有者であるが故に、土地所有権の効力として自己の建物を土地上に存置させるにすぎない。そこで、建物の滅失により、建物抵当権は消滅するが、土地抵当権が残る。この時点で、この土地抵当権は、土地自体の価値を支配しており、その後、建物が再築されても、その状態には変動はない。それはあたかも、更地に抵当権が設定された後に、建物を築造したのと同様に考える。このため、土地・建物共同抵当の場合の再築建物には、原則として、法定地上権は成立しない。

(e) 私見では、二で示した解釈仮説から考えると、土地・地上建物の共同抵当は、土地または建物の抵当とは別の法的構成を試みる事が望ましい。したがって、(d)の見解が基本とされるべきものと考ええる。

しかし、再築建物に法定地上権の成立が認められないことになると、一括競売の可否の問題が残ることになる。

(1) 中島玉吉・民法釈義卷ノ二下（金刺芳流堂、一九一九年）一一五八頁。

(2) 石田文次郎・前掲書二九六頁。

(3) 横田秀雄・増補改訂物権法（日本大学、一九〇九年）八四九頁、勝本正晃・担保物権法（日本評論社、一九四〇年）五〇九頁。

(4) 現在の通説も民法三八八条の適用を認める。参照、高木・前掲担保物権法二〇二頁。

(5) 三濱信三・増訂担保物権法（有斐閣、一九二二年）五二三頁以下。同旨、富井政章・民法原論 第二卷（有斐閣、一九二二年）五八八頁、田島順・担保物権法（弘文堂書房、一九三四年）二五九頁。

- (6) 我妻・前掲書三六三頁、柚木馨―高木・前掲書三六四頁。
  - (7) 大阪高判昭和35・12・15下民集一一卷二二二六五四頁、東京地判昭和44・10・28訴月一六卷二二一五二頁、同昭和46・12・13判夕二七六号三〇六頁、東京高判昭和51・12・6判夕三五〇号二七〇頁、東京地判昭和53・3・31判夕三六九号三二二頁、東京高判昭和59・12・3金法一〇九三号四六頁、同昭和61・12・25金法一一六六号三一頁など。
  - (8) 我妻榮・民法判例評釈1（昭和13年度二七五事件）四三一頁。
  - (9) 例えば、我妻・前掲書三五四頁。拙稿・前掲担保法大系四九三頁も同じ。
  - (10) 三和一博「判批」法時六一卷三号一一〇頁は、抵当権者に法定地上権価額を取得させるべきであり、これを配当表作成の評価において考慮すべきとする。
  - (11) 生田治郎「建物の再築と法定地上権の成否」NBL一三四号（一九七〇年）一〇頁。
  - (12) 堀龍児「民法判例レビュー22」判夕六七二号（一九八八年）六六頁以下。
  - (13) 土地と建物を共同担保とした所有者が、建物を取り壊し、土地を賃貸したが、その土地賃借人が建物を再築して、これに抵当権を設定した。土地のみを競売する場合の売却条件を定めるについて、新建物のために法定地上権が成立するかどうかが問題となった。なお、右の土地賃借権は「正常なものとは認められない」と判断されている。
  - (14) 同旨の下級審裁判例として、東京地決平成5・1・18判時一四五一号一三三頁、大阪高決平成5・6・11判時一四六五号九一頁、東京地判平成6・7・25判夕八七九号二〇七頁、大阪高決平成7・9・13判夕八九六号一七四頁、同平成8・10・21金商一〇一三号二七頁など。
- ただ、大阪地裁執行部では、この東京地裁の新たな取扱に従わず、基本的には従来通説によるべきであるという見解で一致しているという。参照、宮川照雄「民事執行における保全処分の運用」判夕八〇九号（一九九三年）九頁。島田清次郎

「大阪地裁における民事執行の実務」NBL六一三号（一九九七年）一一頁。

(15) 淺生・今井・前掲論文七頁。

(16) 秦光昭「建物の再築等と法定地上権」手形研究四七〇号（一九九二年）二二頁。

(17) 高木多喜男「共同抵当における最近の問題」金法一三四九号（一九九三年）一三頁以下。

(18) 野村秀敏「建物の再築と法定地上権の成否」金法一三四〇号（一九九二年）一〇頁以下。

(19) 伊藤進「土地建物共同抵当における建物再築と法定地上権（上）（下）」ジュリ一〇五五号（一九九四年）一四〇頁以下、一〇五六号一四五頁以下。

#### 四 共同抵当物件建物の再築と一括競売の可否

建物との一括競売について、民法三八九条は、その要件として、①建物が抵当権設定後に建築されたものであること、②建物が抵当権設定者によって建築されたこと、を規定する。ところが、平成九年二月一四日の前掲最高裁判決の事案では、建物は抵当権設定当時存した建物を取り壊された後に建築されたものであること、抵当権設定者は建物を取り壊しはしたが、新しい建物を建築したのはその後抵当地を賃借した者である。そこで、この賃借権について民法三九五条の適用が論じられるのは別として、新建物との一括競売は右の要件を欠くことになり、認められないことになる。したがって、新建物の所有者はこれを収去しなければならない憂き目にあう。

また、よしんば、抵当権設定者が再築したとしても、抵当権者は「土地ト共ニ之ヲ競売スルコトヲ要ス」と規定して

土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度

いないことから、一括競売をするかどうかは抵当権者の任意であると解するのが判例・通説であるから、もし、抵当権者が一括競売の途を選択しなければ、同じ結果となろう。とはいえ、右の一括競売をどのような場合に認めるべきかは、一括競売の事例が少ないうえ、裁判例も乏しく、実務上困難な問題である。<sup>(1)</sup>

## (一) 一括競売の要件の検討

### 1 建物が抵当権設定後に建築されたこと

建物との一括競売の要件の第一は、建物が抵当権設定後に建築されたことである。問題は、同一所有者に属する土地及び地上建物に共同抵当権が設定された後に地上建物が取り壊されて新建物が建築された場合である。

前掲最判平成九年二月一四日は、「建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定者の合理的意思である」と解する。新建物について、右の要件は充たすことになる。

### 2 建物が抵当権設定者によって建築されたこと

建物との一括競売の要件の第二は、建物が抵当権設定者（土地所有者）によって建築されたこととされる。

(1) 共同抵当の対象である土地・建物の所有者が、建物を取り壊して再築した場合にも、再築建物が法定地上権が成立

しなければ、抵当権者は、土地と新建物の一括競売の申し立てが認められる。<sup>(2)</sup>

土地の所有者と新(再築)建物の所有者が異なっていると右の要件を充たさないことになるが、「実質的にはこれと同一とみることができる」場合には、一括競売をすることができるものと解される。<sup>(3)</sup>

(2) それでは、新建物が第三者に譲渡された場合はどうか。

建物は土地利用権の設定を受けて譲渡される。しかし、この利用権は土地抵当権に対抗できないため、土地抵当権が実行されると、短期賃貸借の場合には若干の猶予があるとはいえ、建物の譲受人は建物を収去する義務を負う。

下級審裁判例においては見解の対立がある。一括競売を否定するのが、福岡高決昭和38・6・19下民集一六卷六号一八〇頁と横浜地決平成5・11・17金法一三九八号一二七頁である。

右福岡高決は、敷地である土地とともに共同抵当の目的となつていた建物が滅失したために土地所有者が再築した建物について、所有権移転仮登記がなされ、競売開始決定時には本登記も経由していたという事案について、右建物との一括競売を認めず、つぎのように説示する。「土地の抵当権設定者はその土地の使用、収益、処分<sup>(4)</sup>の権利を失うものではないので、その地上に建物を築造することは何等妨げないのであるが、反面建物の存在しない土地に抵当権を取得した抵当権者は設定者のその後の建物築造により抵当権の実行を困難ならしめ、或いは損害を蒙る場合も有り得るので、民法第三八九条は特に土地抵当権設定者が<sup>(5)</sup>抵当地に建物を築造した場合に限り、土地と共に抵当権の効力の及ばない建物をも競売に付する権利を認め、<sup>(6)</sup>抵当権の実行を容易ならしめ、或いは損害を防止しようとしたのである。従つて同条が適用されるためには、<sup>(7)</sup>抵当権設定者の所有にあることを要するものと解するのを相当とする」。

また、右横浜地決も、<sup>(8)</sup>抵当権設定後に築造された建物が譲渡された事案について、「本条の規定の文言及びかかる競売権の拡張を第三者の所有物にまで及ぼすのは行き過ぎであることからすると、その要件としては、当該建物を<sup>(9)</sup>抵当権設

定者が築造し、かつ所有していることを要するものと解される」として、建物との一括競売の申立てを却下している。

これに対して、右横浜地決の控訴審である東京高決平成6・8・9金法一三九八号一二三頁は、一括競売を認めて、つぎのように説示する。「民法三八九条の文理上、土地について抵当権が設定された後、その土地に築造された建物の所有権が競売までの間に第三者に譲渡された場合に一括競売が妨げられる旨の例外は定められていないから、そのように解すべき合理的な理由があるかどうかによつて決するほかはない」。そこで、建物の譲受人の立場については、短期賃借権など対抗できる権限を有しない限り、直ちに建物の取去義務を負うことから、一括競売の対象として建物についての配当金を交付することとしたほうが有利であることなど、他方、担保権者の立場については、一括競売が認められなければ、建物取去が任意になされない限り買受人に建物取去の負担を与え、抵当権実行による債権回収が困難となり、著しく不利益になる。「以上によれば、元来一括競売の対象となり得る建物の所有権が第三者に譲渡されたからといって一括競売が許されなくなると解すべき合理的な理由はなく、民法三八九条の文理上も、また、担保権、執行における関係法規、実務の運用上も、右につき一括競売を許さないとすべき合理的な根拠も見当たらないから、土地の抵当権者は、土地の抵当権設定者がその設定後に築造した建物について、当該建物が第三者に譲渡された場合においても、当該建物について一括競売をすることができると解するのが相当である」<sup>(4)</sup>。

右東京高決は、一括競売の要件として、建物を抵当権設定者が築造すれば足り、引き続き「所有していること」<sup>(5)</sup>までも要しないものと、要件を緩和した。従前より、同様に解する学説もあり、支持される。

(3) 土地と再築建物が譲渡された場合

「元来一括競売の対象となり得る建物」は、この「所有権が第三者に譲渡されたからといって一括競売が許されなくなると解すべき合理的な理由はな」いのであれば、建物が敷地である土地とともに譲渡された場合にも同様に解すべき



ことになる。<sup>(6)</sup>

根抵当権が設定されている土地の共有者の一人がその土地上に建物を築造したが、その後この建物が土地とともに第三者に譲渡された事案であるが、名古屋高決昭和53・2・17判時八九〇号九五頁は、「土地の根抵当権設定者の一人とその後建物を築造した建物所有者とは同一であつても、他に共同の根抵当権設定者がある点で全く同一とはいえず、同条の要件に即該当するとはいえない」としながらも、民法三八九条の趣旨に照らし、同条を拡張解釈して、つぎのように説く。「その土地の抵当権者に建物の競売権を認めることは、当該建物所有者(土地共有者の一人)にとつて何ら支障がないばかりでなく、寧ろ利益であるのが一般的であり、また、他の共有者にとつても、同様その土地の競売を甘受しなければならぬ立場にある(仮に、後に築造された建物のために敷地利用の契約を結び、対価を得ている関係があつたとしても、右契約関係は競売によつて覆滅されることになる。)のであるから、これまた不利益を蒙ることもないといふべきである」。

#### (4) 土地が譲渡された場合

土地が譲渡される場合、土地の抵当権設定者が再築した地上建物には土地利用権が留保されるが、この土地利用権は土地の抵当権に対抗できない。その意味では、(3)の場合と同じであるから、建物について一括競売が認められる。

### 3 抵当地の第三取得者によつて再築された場合

抵当地の第三取得者は、前の抵当地所有者の地位を受け継ぐ者であるから、建物を再築した場合、その建物が一括競売に付されることは甘受すべきである。もつとも、第三取得者は、とき除権を行使することができるが(民法三七八条、

これを行使しない場合には、建物取去の結果に至るよりも、建物との一括競売の余地を認めた方がよい。<sup>(7)</sup>

土地の根抵当権者が抵当目的物件である土地の譲受人に対してその地上に建物を建築することの禁止を求める仮処分を申請した事案についてであるが、札幌高決昭和52・8・28判タ三五九号二七三頁は、これを却下した理由の一つを下記のように説く。「仮に、前記根抵当権の担保物件としての本件(一)の土地につき所有権第三取得者たる相手方が右抵当権に本件建物を建築したとしても、抗告人は、民法三八九条の準用ないし類推適用によって、本件(一)の土地とともに建物を競売に付し、本件(一)の土地の代価から優先して弁済を受け得る余地もあり得るものといわざるを得ないから、本件(一)の土地上に建物が建築されることによって本件(一)の土地の価格が著しく低下するとか換価が著しく困難になるとか即断することはできないものと考えられる」。

#### 4 抵当地の利用権者によって再築された場合

抵当地の利用権は抵当権に対抗できないため、抵当権が実行されると、土地の買受人の請求により建物を取去しなければならぬ。利用権が短期賃貸借の場合であっても、若干の猶予があるだけで(民法三九五条)、その期間が満了すると同じことである。この点については2(2)及び(4)の場合と変わるところはない。しかし、建物は、2(2)及び(4)の場合、もともと土地の抵当権に基づく競売の対象であった。

そこで、建物を再築した利用権者がその後右土地の所有権を取得した場合には土地の抵当権者が建物を再築した場合と同様の形になる。名古屋高決昭和60・1・24判時一一五五号二七一頁は、こうした事案について建物に対し抵当権者に競売権を認めてつぎのように説示する。「本件建物を築造した大江正男は、その後土地の所有権の譲渡を受けたことに

より本件土地について従前の抵当権の負担を負うに至ったから、民法三八九条にいう「設定者」と全く同視しうる地位を承継したものであることができ、しかも、本件土地に地上権の設定を受けているとはいえず、本件土地のみが競売された場合には、これをもって買受人に対抗できないから、やがては本件建物を取去せざるを得ず、それよりは一括競売が実施され、本件土地の売却代金を收受した方が同人の利益にも合致し競売も容易になると思われる<sup>(8)</sup>。

しかし、右名古屋高決の「しかも」以下の判示は、抵当地に利用権を取得した者が建物を再築したにとどまる場合においても同じことがい得る。ところが、前掲東京高決平成六年八月九日は、2(2)の事案について、「このような場合に一括競売しないとすれば、建物譲受人と買受人との法律関係は第三者が自ら建物を築造した場合と同一の法律関係となると解されるが、第三者が自ら建物を建築した場合は元来民法三八九条の規定するところではないのであるから、この場合に一括競売が許されないからといって前記の場合にも一括競売が許されないと解することは相当でないというべきである」と説示していることに注意すべきである。確かに、右決定が指摘するように、元来民法三八九条の規定するところではないが、土地の利用権者には建物に投下した資本の回収を可能とする途が用意されていないことは、土地の抵当権設定者がみずから建物を建築した場合と比して、おおきな不均衡である。

## (二) 一括売却は自由裁量か

土地の抵当権者は、土地とともに地上建物をも競売申立をしなければならぬが、執行裁判所は、土地と地上建物は一括売却(民執六一条)する。

もつとも、一括売却は執行裁判所の自由裁量とされているが、一括競売においては、その制度の趣旨から、個別執行

は違法であり、土地を売却する以上建物をつねに売却しなければならぬと解される<sup>(9)</sup>。したがって、一括売却における超過売却の規定（民執六一一条但書）の適用はないと解される<sup>(10)</sup>。旧法時代のものであるが、広島高決昭和50・11・17判時八〇五号七七頁は、民法三八九条は、「建物を建物としてその敷地内に存続せしめてその所有者および社会経済上の利益を保護する趣旨をも含むものと解されるから、右趣旨に徴すると、たとえ抵当土地とともに建物を競売すれば過剰競売となる場合といえども、同条の適用があるものと解するのが相当である」とする。

また、建物に関する限り剰余を生ずる見込みのない換価を禁止する規定（民執六三条）も同様に適用はないと解される<sup>(11)</sup>。

### (三) 一括競売の義務性

#### 1 従前の判例・学説状況

一括競売は、抵当権者の権利であつて義務ではないとするのが、大審院以来の判例である。大判大正15・2・5民集五卷二号八二頁は、抵当権設定後に建設された建物のために、これを土地抵当権者が一括競売をしないかぎり法定地上権の成立が認められるべきであるとして、土地の競落人による建物撤去土地明渡請求を争つた事案について、右請求を認めてつぎのように判示する。「民法第三百八十八条ハ抵当権設定前ヨリ建物ガ土地ノ上ニ存在シタル場合ニ対スル規定ニシテ抵当権設定後建物ヲ建設シタル場合ニ対スル規定ニ非サルコトハ当院判例ノ夙ニ存スル所ニシテ（大正三年（オ）第五六九号大正四年七月一日第二民事部判決参照）土地抵当権設定後土地所有者カ建設シタル建物ニ抵当権ヲ設定シタル場合ヲ除キテハ右判例ハ今之ヲ変更スルノ必要ヲ見ス……民法第三百八十九条カ土地抵当権者ニ土地ト共ニ建物ノ競

売ヲ為スコトヲ許容スル所以ノモノモ畢竟之カ損害防止ノ一便宜手段ニ外ナラス從テ土地ト共ニ建物ノ競売ヲ為スコトハ固ヨリ土地抵当権者ノ權利ニシテ義務ニアラサルヲ以テ抵当権者ハ土地ト共ニ建物ノ競売ヲ為サリシカ為ニ其ノ損害ヲ甘受セサルヘカサル筋合ナシ。

このように地上建物との一括競売が抵当権者の「損害防止ノ一便宜手段」であることから、これが抵当権者の権利であるとする考えは、民法起草者の一人、富井政章が説いていた。「建物ノ存在セサル土地ヲ抵当ト為シ後ニ抵当権設定者カ其土地ニ建物ヲ築造シタル場合……ニ於テ若シ土地ノミヲ競売シ建物ノ為メニ地上権ノ設定アルモノトセハ其土地ノ價格低落シ高価ヲ以テ之ヲ買取ラントスル者ナク抵当権者ハ之カ為メニ意外ノ損失ヲ被ルニ至ルヘシ而モ競売後其建物ヲ除去セサルヘカラストセハ抵当権設定者ノ損害ハ自業自得ナリトスルモ抵当権者ニ於テハ建物ノ現存スル為メ当初期シタル代価ニテ其土地ヲ売却スル能ハサルコト多カルヘシ此ノ如キハ甚タ不当ナ結果ト謂ハサルヘカラス又建物ノ収去ヲ強制スル如キハ經濟上ヨリ言フモ甚タ不利トスル所ナリ故ニ此場合ニ於テハ抵当権者ハ土地ト建物トヲ合ワセテ競売スルコトヲ得」<sup>(12)</sup>。

このように富井は建物の除去による損害は抵当権設定者の自業自得とするが、民法三八八条及び三八九条の起草者である梅謙次郎は、富井とは違つて抵当権設定者の損害防止をも考慮し、つぎのように解説している。もし法定地上権の成立を認めるならば、「抵当権者ノ損害ヲ被ムルコト実ニ鮮少ナラサルカ故ニ本条ノ場合ニ於テハ抵当権設定者ハ其建物ノ為ニ地上権ヲ有セサルモノトス然リト雖モ若シ抵当権者又ハ土地ノ競落人ニシテ建物ノ除去ヲ命スルコトヲ得ルモノトセハ當ニ抵当権設定者ノ為メニ損害ヲ生スルノミナラス是実ニ國家ノ經濟上頗ル不利益ナル所ナルカ故ニ本条ニ於テハ抵当権者ヲシテ土地ト共ニ建物ヲ競売セシメ唯其建物ニ付テハ抵当権ヲ有セサルカ故ニ単ニ土地ノ代価ニ付テノミ其優先権ヲ行フヘキモノトセリ」<sup>(13)</sup>。

おなじく、建物の保護という公益を強調し、**抵当権者に一括競売の選択権を認めない見解が少なからず存在していた。**<sup>(14)</sup>しかし、民法三八九条が「競売スルコトヲ要スル」ではなく「得」と規定していることもあつて、**一括競売は抵当権者の権利であるとする見解が通説となり、現在に至っている。**<sup>(15)</sup>

## 2 近時の学説状況

しかし、結果的に建物収去という事態を招く見解に解釈論上まいったく問題がないというわけではない。右の結果は建物の保護という社会経済上の観点からいえば問題が残るばかりでなく、**抵当地の利用をも阻害しかねない。**抵当権の設定は、その後の<sup>(16)</sup>抵当地の利用を禁ずるものでもないのに、**抵当権の実行によつて建物が収去されねばならない**というのは制度的矛盾である。また、**抵当地に利用権の設定を受けて建物が築造された場合にも、その利用権が抵当権に対抗できないため、おなじ事態が生じる。**そこで、**近時、双方の場合をあわせ、建物維持の観点から、判例・通説とは別異に解し、事実上、一括競売を義務づけようとする見解が主張されている。**

一つは、**法定地上権の成立を認める方向で解決を試みる見解である。**抵当権者が**抵当権を実行して土地のみを競売する場合**には建物について**法定地上権の成立を認め、抵当権者が法定地上権の制限を受けることを欲しなければ土地と建物を一括して競売することができるものと解する。**その意味で、**一括競売は抵当権者の特権である（一括競売特権説）。**<sup>(16)</sup>

他は、**法定地上権の成立を認めないで解決を試みる見解である。**抵当権の実行により土地だけが競売された場合、**建物所有者は土地の買受人に対して建物の買取請求をなすことができ、これを抵当権者が好まないのであれば一括競売をすればよいと解する見解（建物買取請求権付与説）**<sup>(17)</sup>、あるいは、**抵当権者の一括競売権に対応するかたちで建物所有者**

に抵当権者に対する一括競売請求権を認め、抵当権者に一括競売を促すべきことを考える見解(一括競売請求権付与説)<sup>(18)</sup>がある。

土地抵当権者には建物競売権が与えられているにとどまり、一括競売は土地抵当権者の自由に委ねられていると解するならば、民法三八九条が狙いとする建物の存続という国民経済的利益とそれを実現する一括競売権の法的技術の間には齟齬がある。したがって、その意図を生かすには、一括競売が当然に行われるという制度にするか、あるいは、土地抵当権者が一括競売の途を選ばないとんらかの不利益が彼に生ずるといふ法的措置を講ずることにより、事実上、一括競売を義務づけるというようにするか、いずれかの方策をとるべきであったことになる。建物買取請求権付与説は、右のごとき問題意識から、建物に法定地上権を与える解釈の余地を認めつつも、これが判例・通説に抵触<sup>(19)</sup>することを理由に採用せず、土地の買受人に対する建物買取請求権を建物所有者に与えるとの解釈を採っている。そして、建物買取請求権が行使された場合、土地の買受けと建物の買取りは、建物の買取価格について配慮すれば一括競売による土地・建物の取得と比して大きいものではないから、土地の買受人にとって不利益を課さないとの判断がある。こうした解釈が、土地の買受人に対して對抗し得ない賃借権者にとつても望ましいのはいうまでもない。

建物買取請求権付与説が排斥した解釈論を展開したのが一括競売特権説である。民法三八九条の起草過程では、土地の抵当権者は土地のみを競売に付して、建物を除去させることができるとの考え方は示されておらず、土地建物の一括競売は、地上権成立との関係では抵当権者の権利であるが、建物除去との関係では義務であると考えられていた、との認識が根底にある。そこで、一括競売が抵当権者に事実上強制されることの根拠がここにみいだされる。他方、金融実務においては、更地に対しても建付地以上の融資をしないとされていることから、一括競売にせよ、法定地上権の成立にせよ、抵当権者にとってそれほど不利益とはならないとの判断もある。そして、抵当地にその賃借権者が建物を築造

した場合、本来、民法三九五条の適用が予定されているが、借地法の制定により、建物所有を目的とした土地賃貸借については、適用の前提を欠くに至つていともいえるため、民法三八九条を類推適用し、抵当権者に建物の競売権を認めるべきとする。それでも、短期賃借権付きの土地として競売するよりも抵当権者にとつて有利であるとする。しかし、この解釈は、利用権と抵当権との関係を順位と対抗の関係として捉える現行民法の基本的な枠組みをはずす構成へと繋がっていく。

他方、建物買取請求権付与説の構想を徹底したのが一括競売請求権付与説である。抵当地の所有者がみずから建物を築造する場合、建物に自己借地権の成立を構成することによつて、土地の賃借権者が建物を築造した場合とともに、借地関係終了における建物をめぐる問題として統一的に構成する。ここでは、自己借地権者及び借地権者には、建物買取請求権の法理を類推しつつ、抵当権者に対する一括競売を促す請求権が与えられるものと解する。

結局、関係当事者の利益衡量という観点からみれば、いずれの見解もあり得るのであつて、したがつて、問題となるのは、建物の維持を図るとしても、土地と建物との一体化なのか、あるいは土地・建物が分離する余地を残すのか、ではないかと思う。私見としては、いうまでもなく前者の途をとるべきと考える。そこで、一括競売請求権付与説は、法定地上権制度を自己借地権でもつて組み立てることが前提とされており、この構想の是非が問われ、借地との統一的構成としての一貫性は優れてはいるが、消極的にならざるを得ない。建物買取請求権付与説がいみじくも認めているように、この構想が「形を変えた一括競売」<sup>(20)</sup>というものであるならば、直截的に、一括競売を抵当権者の義務であると解しても差し支えないし、むしろ簡明である。<sup>(21)</sup>

(1) 東京地裁民事執行実務研究会編・不動産執行の理論と実務（法曹会、一九九四年）六六〇頁。



- (2) 東京地決平成5・1・18判時一四五一号一三三頁。
- (3) 大阪高決平成8・10・21金商一〇一三号二七頁。
- (4) 同旨、大阪高決平成5・6・11判夕八二八号二六八頁、同平成7・9・13判夕八九六号一七四頁。学説では、吉田光碩「判批」判夕八六五号二九頁。
- (5) 我妻∥清水・前掲書四五七頁、堀内仁・「民法三八九条の適用範囲」幾代通他編・不動産登記講座Ⅲ（日本評論社、一九七八年）一五二頁、高木・前掲金融取引と担保二三二頁、岩城・前掲論文二八頁。
- (6) 高木・前掲金融取引と担保二三二頁、岩城・前掲論文二八頁。
- (7) 我妻∥清水・前掲書四五七頁、高木・前掲金融取引と担保二三二頁。
- (8) 同旨、我妻∥清水・前掲書四五七頁。
- (9) 高木・前掲金融取引と担保二三五頁。
- (10) 高木・前掲金融取引と担保二三六頁、東京地裁民事執行実務研究会編・前掲書六六四頁。
- (11) 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲書六六四頁。東京高決平成9・3・14金法一四八七号五四頁。
- (12) 富井政章・前掲書五八九頁。
- (13) 梅謙次郎・前掲書五七〇頁。
- (14) 石田文次郎・前掲書三〇七頁。
- (15) 我妻・前掲書三三三頁。
- (16) 柚木・前掲書三一九頁、松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察（一）（二）」民商八〇卷三号（一九七九年）二八三頁以下、八一巻一号一頁以下。

(17) 高木・前掲金融取引と担保二二八頁。

(18) 榎梯次「抵当土地と地上建物をめぐる一括競売制度の展開(1)(4)」金法一四三二号（一九九五年）六頁以下、一四三三二号一六頁以下、一四三四号二九頁以下、一四三五号三五頁以下。

(19) 本稿三(一)2参照。

(20) 高木・前掲金融取引と担保二二六頁。

(21) 拙稿・前掲担保法大系四九六頁、高木・前掲担保物権法二〇六頁、片岡宏一郎・「判批」手形研究四八三号（一九九三年）三一頁、吉田真澄「判批」私法判例リマックス一九九五年（下）四七頁、広田民生「再築建物のための法定地上権の成否」金法二四二二号（一九九五年）一二頁。

## 五　むすび

本稿の直接的な課題でもある再築建物についての法定地上権の成否といった実際の事案では、前掲平成九年二月一四日の最高裁判決が採用した全体価値考慮説と従来の判例・通説の流れをくむ個別価値考慮説とでは、その処理に「さほどの差はない」ともいわれている。というのは、個別価値考慮説に依拠する大阪地裁では、「執行妨害的な事案はもとよりのこと、建物所有者が抵当権者の承諾を得ないで建物を取り壊して新建築物を建築したり、抵当権者の同意を得て建物を取り壊したが、約束に反して新建築物に抵当権を設定しない場合には、新建築物について法定地上権は成立しない扱いであるから」である。もつとも、個別価値考慮説では、法定地上権の成立が原則とされるが、全体価値考慮説では、それ

が例外となる。それは、土地と地上建物が共同抵当に入れられた場合に、前者では、潜在的な法定地上権が土地側の負担として捉えられ、後者では建物側の付価として捉えられているからである。

しかし、いずれの見解においても、土地・地上建物の共同抵当にさいして法定地上権の存在が観念されている。こうした構成は、「土地と建物とを別個の物とみるわが国の法律思想の下においては、土地と建物とは常に別個のものとして取引される」が、「土地の利用権を伴わずには存在しえないものである」<sup>(2)</sup>ということが出発点になっている。ところが、土地と建物は常に別個のものとして取引されているわけではない。土地・地上建物の売買取引ではむろんのこと、抵当取引の場合も、土地・地上建物の共同抵当が常態である。こうした土地・地上建物を一体として取引をする場合、建物の土地利用権を潜在的にも観念する必要がある。このことから、土地・地上建物の共同抵当においては、両者を一体として取り扱った抵当権者がいずれか一方の抵当権のみを履行したとしても建物について法定地上権は成立しないし、<sup>(3)</sup>建物が取り壊され、再築された場合にも、再築建物について法定地上権は成立しないと解する<sup>(4)</sup>ほうが自然である。

そして、建物の取り壊し後に土地利用権の設定を受けた者が再築した場合、この再築建物について、民法三八九条の類推適用により、<sup>(5)</sup>これを抵当権者が一括競売を義務づけられる方向で解釈すべきもの<sup>(6)</sup>と考える。確かに、起草委員の梅謙次郎は、右の場合には、民法三九五条の適用問題であることを繰り返して明言している。しかし、建物所有を目的とする賃借権については、もはや、民法三九五条の保護を受けられない以上、<sup>(6)</sup>抵当権に賃借権を対抗し得ない建物所有者たる賃借権者は抵当権の履行によつて所有建物の収去義務を負う。このことは、土地抵当権設定者みずからが再築（建築）した建物が、<sup>(6)</sup>抵当権が実行されると法定地上権の成立がなく存続できなくなるのと同じである。ただ、後者の場合には、建物が一括競売の対象とされている。これは、がんらい土地抵当権の効力が及ばない建物をも競売の対象とされるのは、<sup>(6)</sup>抵当取引において土地から分離・独立した建物を再度一体化することにあると考えることができる。そうであれば、建

物の再築（建築）による建物の土地からの分離・独立が土地利用権の設定によってなされた場合にも、一括競売を通じて土地と地上建物の一体化が実現することは一括競売制度に対する梅謙次郎起草委員の期待を逸脱するものではあるまい。

高木多喜男教授は、全体価値考慮説（法定地上権否定説）を検討されるなかで、「たしかに、土地と建物は独立の不動産ではあるが、物理的には一体性を持っており、法的にも単に独立の不動産といった関係ではなく、なんらかの特殊な関係を認めるべきではないかと思われるし、このように考えると別な見方もできるように感じる」とされながら、「そこで、否定説を採るには、土地と建物を一体と考え、その上に抵当権が設定されていると見る必要がある。単純な甲財産と乙財産の共同抵当の関係とは異なり、財団抵当や企業担保のような土地と地上建物を集合財産的に一体とみて、この上に抵当権が成立していると考えられる必要がある。このように考えると、建物が滅失しても、建物抵当権が消滅するのではなく、建物それ自体だけの価値を失うにすぎないと考えることができよう。」と新しい構想を示されたが、「しかし、土地と建物をそれぞれ独立の不動産とみるこれまでの考え方に立つと無理な法律構成かもしれない」と慎重な対応をとられ、「土地と地上建物の特殊な関係を、法的にどのように捉えるかという、両者の関係の根本に触れる問題である」と結んでおられる。

わたくしは、「土地と建物をそれぞれ独立の不動産とみるこれまでの考え方」について、法定地上権・一括競売制度の起草過程を再検討するなかで、原則と例外とを転換させることにより、土地と地上建物の一体化である共同抵当を原則形態と位置づけ、また、一括競売を土地と地上建物の一体化を図る手段とし、その義務性を説くものである。

(1) 島田・前掲論文一一頁。確かに、平成九年二月一四日の前掲最高裁判決の事案におけることく、根抵当権設定当事者が、「旧建物が取り壊された後、……本件土地を更地として四度にわたって再評価をして被担保債権の極度額を変更してきた」場合には、新建物のために法定地上権を主張することは権利の濫用として許されないことになる。もつとも、山垣清正「土地と共同抵当に供された建物の立替と法定地上権」判タ八六七号（一九九五年）二四頁は、個別的に権利濫用の法理によつて対処するといったような対症療法ではなく、抜本的な対応策によつて問題の解決を図ることが要請されている、とする。

右の最高裁判決の評釈として、山田誠一・金法一四九二号（一九九七年）四〇頁、半田吉信・判例評論四六四号（一九九七年）一八二頁がある。

(2) 我妻・前掲書三五〇頁。

(3) 山本和彦「法定地上権の濫用について」民事研修四〇三号（一九九〇年）二四頁以下。拙稿・前掲担保法大系五〇七頁では、民法三八八条の適用を認めたが、これを変更する。

(4) 平成九年二月一四日の前掲最高裁判決は、再築建物の土地と同順位の共同抵当権が設定された場合には、再築建物の法定地上権の成立を認める。ところが、土地・旧建物の共同抵当と土地・再築建物の共同抵当の中間に、法定納付期限等の到来する租税債権が存在する場合、前掲最判平成九年六月五日は、再築建物のために法定地上権は成立しないと、つぎのように判示する。「新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在する場合は、新建物に右抵当権に優先する担保権が設定されている場合と実質的に異なるところがなく、抵当権者にとっては、新建物に抵当権の設定を受けなければ土地全体の担保価値を把握することができるのに、新建物に抵当権の設定を受けることによつて、かえつて法定地上権の価額に相当する価値を把握することができない結果となり、その合理的意思に反するからである」。

(5) 松本・前掲論文（二）二二頁。

(6) 最判昭和三八年九月一七日民集一七卷八号九五五頁。参照、拙稿「抵当権と短期貸借の保護」藤林益三・石井真司編・判例・先例金融取引法（金融財政事情研究会、一九八八年）二七〇頁以下。

(7) 高木・前掲論文一四頁。

(8) 高木・前掲論文一五頁。

〔追記〕 吉原節夫先生は一九九八年三月、富山大学経済学部を停年のため去られる。先生はわたくしが大学院を経て助手として採用されたさいの主任教授であつた。先生に、この拙い一文ではあるが、学恩に対してここから感謝するとともに、ますますのご健勝とご活躍を祈念し、捧げたい。