

# 後順位抵当権の設定と法定地上権

——最高裁平成二年判決と平成一九年判決との整合性について——

石<sup>\*</sup>口 修

## 第一節 総説

第一款 はしがき

第二款 問題の所在

第二節 最(二小)判平成一九年七月六日(民集六一卷五号一九四〇頁)の

紹介と分析

第一款 平成一九年判決の紹介

第二款 平成一九年判決の分析

第一項 本判決から導かれる判例規範

第二項 判例規範の検討

\* 福岡大学法科大学院教授

第三節 土地・建物同一所有者帰属要件における従来の判例法理

第一款 平成二年判決以前における状況

第一項 総説

第二項 後順位抵当権のないケース

第三項 後順位抵当権設定ケース

第二款 平成二年判決以後における状況

第四節 土地・建物同一所有者帰属要件における学説の展開

第一款 平成二年判決以前における状況

第一項 学説の整理

第二項 学説の評価・検討

第二款 平成二年判決に対する評価

第一項 研究者からの評価

第二項 実務家からの評価

第三項 小括

第三款 平成一九年判決に対する評価

第一項 研究者からの評価

第二項 実務家からの評価

第三項 小括

第五節 結語

## 第一節 総説

### 第一款 はしがき

民法第三八八条によると、「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について地上権が設定されたものとみなす」と規定されている。この規定から、法定地上権が成立するためには、第一に、抵当権設定時における地上建物の存在、第二に、抵当権設定時における土地・建物の同一所有者への帰属、第三に、土地・建物の一方または双方の上の抵当権の存在、そして第四に、競売後における土地・建物の別異の者への帰属が要件となる。

右第二の要件について争われた最（二小）判平成二年一月二日（民集四四卷一号三一四頁。以下、「平成二年判決」と称する。）は、土地に一番抵当権を設定した当時は土地と地上建物の所有者が異なっていたが、土地の後順位抵当権設定当時において、それらが同一人の所有に帰していた場合でも、法定地上権は成立しないと判示した。この場合には、右第二の要件は、「抵当権設定時における土地と地上建物の同一」であり、「一番抵当権設定時における…」ではないので、従来<sup>(1)</sup>の判例・学説とも争いの生ずる点であった。

しかし、平成二年判決は、「民法三三八条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地について建物のための用

益権がないことにより建物の維持存続が不可能となることによる社会経済上の損失を防止するため、地上建物のために地上権が設定されたものとみなすことにより地上建物の存続を図ろうとするものであるが、土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていない場合には、一番抵当権者は、法定地上権の負担のないものとして、土地の担保価値を把握するのであるから、後に土地と地上建物が同一人に帰属し、後順位抵当権が設定されたことによって法定地上権が成立するものとする、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになる」という理由から、法定地上権の成立を否定したのである。

ところが、平成一九年に至り、平成二年判決と同じ最高裁の第二小法廷において、「土地の後順位抵当権設定時に土地と地上建物が同一人に帰属した」という点において右平成二年判決と前提事実を同じくする事案において、法定地上権の成立を認めるといふ、一見すると新たな方向性を示したかのように見える最（二小）判平成一九年七月六日（民集六一巻五号一九四〇頁。以下、「平成一九年判決」と称する。）が現れた。

そこで、本稿においては、両判決から導かれる判例法理の分析を通じて、両判決における法解釈上の整合性を探り、もって、法定地上権制度における「土地・建物同一所有者帰属要件」に対する最高裁の解釈の方向性と将来の展望について理論上の整理をすることを目的として、問題の所在を再確認することから始め、平成一九年判決の紹介とその分析、従来の判例法理、特に平成二年判決をめぐる判例法理における平成一九年判決の位置づけ（いわば「判例法上の地位」）、従来からの学説との関係、などに関して、以下、論を進めることとする。

## 第二款 問題の所在

民法第三八八条の抵当権実行時における法定地上権制度は、わが国の法制度に特有の制度である。わが民法は、土地と建物とを別個独立の不動産として取り扱う（第八六条一項）。その結果、取引の客体としても各々独立性がある。しかし、建物は土地の利用権を伴わずには存在することができない。それゆえ、建物が取引されるときは、土地の利用権を伴うと見るのが常識に適い、建物の存在する土地が取引されるときは、建物のための利用権の負担を伴うものとみなされる。

また、事案をより根本的に分析すると、抑も、土地に建物が建築されると、土地所有権の内容は、潜在的な関係において、建物利用のための法益と、その利用に対する対価を徴収し、かつ、その利用を妨害しない範囲で利用する法益とに分離される。もちろん、土地と建物の所有者が同一人であれば、この関係は潜在的に存在するままであり、顕在化する必要はない。また、この土地または建物の一方が譲渡されるときは、当事者間において、建物のために賃借権もしくは地上権を設定すればよいので、何ら法律の干渉を要しない。しかし、土地または建物に抵当権が設定され、競売による売却の結果、所有者を異にするに至ったときは、建物の所有者のため、潜在的な土地利用関係を顕在化する必要があるのだが、競売時に土地に約定利用権を設定することは事実上の困難を伴う。

そこで民法は、抵当権の実行による競売・売却時における土地利用関係の顕在化に助力するという意味合いにおいて、法律によって地上権設定を擬制したのである。これが法定地上権制度の理論的根拠である。<sup>(2)</sup>したがって、

土地の所有者が自由に自己の土地に自己借地権（自己利用）もしくは自己転借地権（他人利用）を設定することができるのであれば、法定地上権制度の存在理由はなくなるといつてよい。

法定地上権の成立要件に関しては、抵当権と用益権との調整という観点と、土地利用権を有しない地上建物の存続を国家ないし国民経済上の要請と見る制度趣旨に基づいて、<sup>(3)</sup>長年にわたり、判例法理が積み重ねられてきた。また、判例法理によって条文そのものの要件が若干緩和される傾向にあり、今日においては、法定地上権が成立するためには、第一要件として、抵当権設定当時において土地の上に建物が存在すること、<sup>(4)</sup>第二要件として、その土地及び建物の双方が抵当権設定当時において同一の所有者に属すること、更に、第三要件として、土地と建物の一方または双方の上に抵当権が存在すること、そして、第四要件として、競売が行われて土地と建物の所有が別異の者に帰属するに至ったことと四つの要件を充足していれば足りるものと解されている。

本稿において考察する事案は、これら要件のうち、一番抵当権設定時において第二要件を欠いているケースであるところ、不動産競売手続においては、売却基準価額が定められる時までに、特別売却条件として、買受人が特定の抵当権を引き受ける旨の合意をし、これを届け出たような場合（民執法第五九条五項）を除き、当該不動産に設定されているどの抵当権の実行による競売であっても、当該目的不動産に設定されている全ての抵当権のために一括して清算し、この場合には、一番抵当権のみならず、他の抵当権も含めて全て消滅するという効力がある（民執法第一八八条、第五九条一項）、消滅する抵当権のうち、最先順位の抵当権設定時においては右の要件を充足していなかったが、後順位抵当権設定時においては右の要件を充足していたという場合は、法定地上権は成立するののかという点が従来から問題となつたわけである。<sup>(5)</sup>

次に、平成二年判決と平成一九年判決との共通問題は、土地を目的とする一番抵当権設定当時においては、土地と地上建物の所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時においては、それらが同一人の所有に帰した場  
合における法定地上権の成否であるところ、後述するように、平成一九年判決の事案は、そのように、後順位抵  
当権設定時に土地と地上建物の所有が同一人に帰属した後、最先順位の抵当権が解除によって消滅し、後順位抵  
当権が第一順位に繰り上がった場合における法定地上権の成否が問題になったものである。

右の事案における共通問題について、平成二年判決は、土地について一番抵当権が設定された当時、土地と地  
上建物の所有者が異なり、法定地上権の成立要件が充足されていない場合には、一番抵当権者は、法定地上権の  
負担のないものとして土地の担保価値を把握するのであるから、その後、土地と地上建物の所有が同一人に帰属  
し、後順位抵当権が設定されたことにより、法定地上権が成立するものとすると、一番抵当権者が把握した担保  
価値を損なうことになるとして、法定地上権の成立を認めていない。

他方、平成一九年判決は、平成二年判決について、同判決は「競売により消滅する抵当権が複数存在する場合  
に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうものであ  
り、競売前に消滅した抵当権をこれと同列に考えることはできない」という前提に立ち、「土地を目的とする先  
順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当  
権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物、甲抵当権の設定  
時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定  
地上権が成立する」と判示し、その理由は、「乙抵当権者の抵当権設定時における認識としては、仮に、甲抵当

権が存続したままの状態でも目的土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる（平成二年一月二二日第二小法廷判決参照）ものと予測していたということができる」が、「しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったといふべき」だからであると解している。

この両判決の事案には共通性があり、前提となる事実関係としては両判決は一致しているものと思われるが、その結論について、平成二年判決の基準で考えると、土地の一番抵当権設定時に法定地上権の成立要件を充足していないので、後順位抵当権も、「法定地上権の負担なし」という評価で設定されるところ、平成一九年判決の基準で考えると、同様の場合でも、「法定地上権の負担可能性を考慮して」後順位抵当権を設定することが要求される。

したがって、後順位抵当権の設定を受ける金融機関としては、正反対の評価に基づいて行動することを要求されたわけである。この点が、両判決の問題を考える際に最も重要な問題点となる。以下、この問題点について考察する。



註(1) 筆者は、本稿の問題について、既に一九九一年に、平成二年判決の判例研究を執筆し、約定利用権が認められないケースであることを理由として、限定的に賛成評釈を行ったが(拙稿「判研(最判平成二年一月二二日)」『ビジネスサイエンス第三・四号(一九九一年)六七頁(七三頁)』)、この第二要件の問題点について、いまだに学説において定説を見ない状況にあるので、平成一九年判決が現れたことを契機として、本稿において、この問題点につき総合的に考察しようとするものである。平成一九年判決が現れてから早二年近くが経過しようとしているが、この点については、諸般の事情からご寛恕願えれば幸いである。

註(2) 我妻榮『新訂擔保物權法』(岩波書店、新訂版三刷、一九七一年)三四九―三五〇頁。

註(3) 民法第三八八条の制度趣旨について、民法起草者である梅謙次郎博士は、「若シ本條ノ規定ナクンハ建物ノ所有者ハ土地ノ上ニ如何ナル權利ヲモ有セサルカ故ニ勢ヒ其建物ヲ取崩シテ他に移轉セサルコトヲ得ス此ノ如クンハ建物ハ建物トシテハ全ク消滅ニ歸シ僅ニ木材、石材等ノ價ヲ存スルノミニシテ畜ニ其建物ノ所有者ノ爲メニ莫大ノ損失ヲ醸スノミナラス(間接ニ建物ノ抵當權者ノ爲メニモ損失ヲ醸スヲ常トス)國家ノ經濟上ヨリ之ヲ觀察スルモ頗ル不利益ナル所ナリ故ニ此場合ニ於テハ建物ノ所有者ハ土地ノ上ニ地上權ヲ有スルモノト爲ササルコトヲ得ス」と論じ、本条は、抵當權実行後における土地利用権のない建物の存続を図るといふ制度趣旨を有するものと位置づけている。この点に関しては、梅謙次郎『民法要義卷之二物權編』(和佛法律學校、初版、明治二九年)五一〇―五一頁、同

『訂正増補民法要義卷之二物權編』(有斐閣、明治四四年版復刻、一九八四年)五六七頁を参照。

また、同じく起草者である富井政章博士も、本条について、「建物ノ所有者ハ其土地ノ上ニ如何ナル權利ヲモ有セサルカ故ニ之ヲ崩壞シテ他處ニ移ササルコトヲ得ス果シテ斯ノ如クナルトキハ建物ハ建物トシテハ其存在ヲ失フコトト爲リ其所有者及ヒ抵當權者ノ損害實ニ少シトセス且一般ノ經濟上ヨリ觀察スルモ甚タ不利ト謂フハシ」と説明し、本条の性格として、「是主トシテ當事者ノ意思ヲ推測セルモノナルモ其結果ハ競落人ノ權利及ヒ公益ニ關スルコトナルカ故ニ此推測ニ對シテハ反證ヲ許ササルモノトス」と論じている(富井政章『民法原論第二卷物權』(有斐閣、一九二三年)五八六頁)。

更に、民法修正案理由書は、現行民法第三八八条の立法理由につき、土地または建物のみを抵当とした場合におい

て何らの規定もないときは、これが競売の際にあたり、「建物ヲ其儘ニ存シテ必ス地上權ヲ設定スヘキモノナリヤ或ハ之ヲ破壊シテ土地ノ所有者ノ利益ヲ全ウスヘキモノナルヤ明ナラス無償ニテ建物ノ所有者ニ當然地上權ヲ與フヘキモノトスレハ土地ノ抵當權者ノ利益ヲ害スルコト甚シク又總テノ建物ヲ破壊スヘキモノトスルハ經濟上甚タ害アリ故ニ本條ノ規定ヲ設ケテ此ノ如キ場合ヲ豫定シ抵當權設定者ニ地上權設定ノ意志アリシモノト看做シ而シテ建物ノ所有者ヨリハ相當ノ地代ヲ支拂フヘキコトトシタルナリ」と論じている(『民法修正案理由書・第十章抵當權第三百八十五條』三一頁。廣中俊雄編の同書〔有斐閣、一九八七年〕では、「第三百八十七條」として、三七九頁に記載されている)。

ここでもまた、建物の取り壊しという經濟上の損失を回避するため、抵當權設定者において地上權設定の意思があるものとみなし、いわば地上權の設定を擬制するのだが、無償では均衡を失うるので、有償としたということを読み取ることができる。いづれにせよ、梅博士及び富井博士の見解、そして民法修正案理由書からは、競売手続終結後における土地利用権なき建物の存続を図るといふ国家・國民經濟上の目的の下で、地上權の設定が土地抵當權設定者の意思であると擬制する(当事者意思の推測による擬制)という点が民法第三八八条の制度趣旨であるということを読み取ることができる。

更にまた、古い判例(大判明治三八年六月二六日民録一―輯一〇二二頁)は、右の梅博士や民法修正案理由書の叙述に做つたところもあるが、それよりもやや具体的に、「抵當權設定ノ当時土地ト建物トカ別異ノ所有者ニ属スルトキハ建物ノ爲メニハ既ニ賃貸借若クハ地上權ノ如キ借地權ノ設定アル可キヲ以テ競売ノ場合ニ於テ建物ハ建物トシテ存在スルモノト看做サルレトモ建物ト土地トカ同一ノ所有者ニ属シタル場合ニ於テ土地若クハ建物ノミニ対シテ抵當權ヲ設定シ其目的物力競売セラル、トキハ以上ノ如キ借地權ノ設定ナキヲ以テ建物ハ建物トシテ存在スルヲ得サルコト、爲ルカ故ニ國家經濟ニ鑑ミ主トシテ其競落人ヲ保護スルカ爲メニ設ケタルモノ」であると論じている。なお、本件は、設定者が建物に抵當權を設定した当時においては抵當權の目的たる建物のみを所有し、後日、その敷地の所有權を取得した後に競売申立てがなされたという事案において、法定地上權の成立を否定した本稿の問題点に関する先驅的な判例である。

註(4) この第一要件が法定地上權成立の根本要件であり、更地に抵當權を設定した後、地上建物を建築した場合にお

いて、土地抵当権設定前、抵当権予定者がこの建物建築を承認したという事実があったとしても、更地評価をして土地抵当権を設定したときは、この抵当権者の把握した土地の担保価値評価を損なうことになるとして、法定地上権は成立しないという判例法理がある（最判昭和三六年二月一〇日民集一五卷二号二一九頁）。この更地事案においては法定地上権は成立しないという判例法理は、大判大正四年七月一日（民録二一輯一三三頁）以来、大審院の確定判例であり（大判大正七年一月六日民録二四輯二三〇二頁〔事前に地上権設定の合意があったという事案〕、大判昭和十一年一月二五日民集一五卷二二二二頁〔二番抵当権設定前に建物を築造したという事案〕）、最高裁においても、右昭和三六年判決と同様の事案において、この考え方が踏襲されている（最判昭和四四年二月二七日判例時報五五二号四五頁、最判昭和四七年一月二日判例時報六九〇号四二頁、最判昭和五一年二月二七日判例時報八〇九号四二頁〔抵当権者が予め建物の建築に対して承認を与えていたという事案〕）。

また、関連問題として、土地・建物一体型の共同抵当権設定後、建物が取り壊され、新建物が再築されたが、土地抵当権者は新建物に一番抵当権の設定を受けられなかったという事案において、旧共同抵当権者が、旧建物の取り壊し後、更地評価をして根抵当権の極度額を変更したという点を顧慮しつつ、この抵当権者の期待を裏切るような結果を甘受させることはできないとして、この場合には、法定地上権は成立しないとした判例法理もある（最判平成九年二月一四日民集五一卷二号三七五頁）。これらは、いずれも、土地抵当権者の当初の担保価値算定と異なる効果の発生は認められないという考え方の現れである。したがって、本稿で中心問題とする「同一所有者要件」の事案において、一番抵当権者の把握した土地の担保価値評価を中心と見るといふ解釈問題は、実は、右第一要件及びこれと関連する問題とも共通性を有する問題なのである。なお、右の論点に関する詳細は、拙稿「建物の再築と法定地上権（一）」（二・完）エコノミクス（九州産業大学）第五巻第四号一頁以下（問題提起と判例の展開）、第六巻第四号一頁以下（学説の展開と私見）を参照されたい。

註（5）小田原満知子「判解（最判平成二年一月二二日）」『最高裁判所判例解説民事篇（平成二年度）』（法曹会、一九九二年）三四頁（三八頁）、同・ジュリスト九六〇号（一九九〇年）七〇頁参照。

この不動産競売手続における消除主義の下では、剰余を生ずる見込みがあるとして、後順位抵当権者からの競売申

立てが受理されたときは、申立債権者の担保権より先順位の抵当権者であっても、あたかも自己が換価権を行使した場合と同様、優先配当等を受けるという「弁済」を受けることを強要され、しかも、売却手続の終結により、その先順位抵当権は消滅せしめられることになる（東京地裁民事執行実務研究会編『不動産執行の実務』（民事法情報センター、一九九〇年）一九七頁）。したがって、後順位抵当権者からの競売申立てであっても、先順位抵当権設定当時の事情を顧慮しつつ競売手続を進行させるのは当然の要請となる。なお、民事執行法第五九条五項で規定するところの、売却基準価額の決定時までに利害関係人が同条一項から四項までに規定する消除主義を基本とする法定条件と異なる合意をした旨の届出をしたときはその合意に従うという「特別売却条件」は、実務ではまず見られないといわれている（東京地裁民事執行センター実務研究会『民事執行の実務―不動産執行編（上）』（金融財政事情研究会、第二版、二〇〇七年）三〇一頁）。

## 第二節 最（二小）判平成一九年七月六日（民集六一卷五号一九四〇頁）の紹介と分析

### 第一款 平成一九年判決の紹介

#### 【事実の概要】

本件土地は、Y<sub>1</sub>（上告人・控訴人・被告。後掲Aの妻）が所有し、その地上に存する本件建物はAが所有していたところ、昭和四四年五月二九日、本件土地及び本件建物につき、訴外Aを債務者、訴外B信用金庫を根抵当権者とする共同根抵当権（「本件一番抵当権」）が設定され、同月三〇日、その旨の登記がなされた。Aは昭和五三年九月二六日に死亡し、配偶

者 $Y_1$ 及び子である $Y_2$ ら（上告人・控訴人・被告。以下、両人を指す場合には「 $Y$ ら」と称する。）が $A$ を相続して、本件建物の共有者となった（ $Y_1$ の持分は一分の三、その他の $Y_2$ ら四名の持分は各一分の二である）。

その後、平成四年一〇月一二日に至り、本件土地につき、訴外 $C$ 会社を債務者、訴外 $D$ 信用組合を根抵当権者とする根抵当権（「本件二番抵当権」）が設定され、同月一五日その旨の登記がなされた。その直後、本件一番抵当権の設定契約は、平成四年一〇月三〇日に解除され、同年一月四日に根抵当権設定登記の抹消登記がなされた。

更にその後、訴外 $D$ により本件二番抵当権が実行され、平成一六年七月二日、 $X$ （被上告人・被控訴人・原告）が本件土地を競売により買い受け、本件土地の所有権を取得した。

そこで、 $X$ は、 $Y$ らに対して、本件土地所有権に基づいて、本件土地上に存在する $Y$ ら所有の本件建物を収去し、本件土地を明け渡すよう求め、本訴を提起した。

この $X$ からの請求に対して、 $Y$ らは、抗弁として、本件建物には法定地上権が成立するとして、土地占有権原の存在を主張した。

この $Y$ らの抗弁に対して、 $X$ は、再抗弁として、本件一番抵当権設定当時、本件土地は $Y_1$ 、本件建物は $A$ がそれぞれ所有者であり、同一の所有者ではないから、法定地上権は成立しないと主張した。

この $X$ の再抗弁に対して、 $Y$ らは、再々抗弁として、本件一番抵当権は解除されており、法定地上権の成立の有無には関係がないと主張し、また、本件二番抵当権設定当時、本件土地は $Y_1$ が所有者であり、本件建物は $Y$ らの共有であったので、同一の所有者であったといえるから、法定地上権は成立すると主張した。

【第一審（仙台地判平成一七年一二月二〇日）請求認容】

第一審は、「同一土地上に複数の抵当権が設定された場合において、先順位抵当権設定当時は土地所有者と建物所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時は同一人の所有に帰していた場合、抵当権の実行により先順位抵当権が消滅するときには、法定地上権の成立は認められない」という基準を定立した最判平成二年一月二二日（民集四四卷一 号三一 四頁）を引用しつつ、一番抵当権設定時に土地・建物同一所有者要件を充足していないときは、後順位抵当権設定時にこの要件を充足したとしても、法定地上権は成立しないものと解し、これは一番抵当権が解除されて消滅した場合でも同様である

ものと解し、その理由は、前記平成二年最高裁判決により、本件の場合には法定地上権が成立しない土地と解されており、本件の後順位抵当権者が抵当権の設定を受ける際にも、法定地上権の成立しない土地として土地の担保価値を算定するはずであるところ、この場合に法定地上権を成立させると、後順位抵当権者の斯様な期待を損なう結果となるからであると判示して、Xの請求を認容した。

Yらは控訴し、第一審と同様の主張を行った。

【原審（仙台高判平成一八年五月二六日）】控訴棄却、請求認容

一原審も、前提として、平成二年判決を引用しつつ、本件の場合には、法定地上権は成立しないものと判示し、その理由について、次のように論じた。

「土地について二つの抵当権が設定され、先順位抵当権設定当時は土地と地上建物の所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定当時は同一人の所有に帰していた場合、抵当権の実行により先順位抵当権が消滅するときには、法定地上権の成立は認められないとするのが判例（最高裁昭和六二年（オ）第四五二号平成二年一月二二日第二小法廷判決・民集四四卷一号三一四頁）である。

このことは、後順位抵当権の設定後に先順位抵当権の設定契約が解除された場合においても同様である。なぜなら、この場合に法定地上権の成立を認めると、法定地上権の負担のない土地としての担保余力を把握していた後順位抵当権者の利益を不当に害する結果となるからであり、これを避けるために、将来の法定地上権の成立を仮定して担保余力を評価すべきものとする、担保価値の完全な活用が阻害される不都合が生じる。また、建物所有者としても、もともと先順位抵当権を基準にすれば法定地上権の成立は認められなかったのであり、たまたま先順位抵当権の設定契約が後に解除されたからといって、法定地上権成立の利益を認める必要性はない。」

Yらは、右原審判決を不服として上告し、平成二年判決は、一番抵当権が存在している場合の判例であるが、本件は、一番抵当権が消滅し、二番抵当権が実行されたという事案であるから、平成二年判決をそのまま引用して、法定地上権不成立と判示した原判決は、判例の適用、民法第三八八条の解釈について誤っているなどと主張した。

## 【判旨】 破棄自判

「(1) 土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異に至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するといふべきである。その理由は、次のとおりである。

上記のような場合、乙抵当権者の抵当権設定時における認識としては、仮に、甲抵当権が存続したままの状態での土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる（平成二年一月二日第二小法廷判決参照）ものと予測していたといふことはできる。しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであつて、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであつたといふべきである。したがつて、甲抵当権が消滅した後に行われる競売によつて、法定地上権が成立することを認めても、乙抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない。そして、甲抵当権は競売前に既に消滅しているのであるから、競売による法定地上権の成否を判断するに当たり、甲抵当権者の利益を考慮する必要がないことは明らかである。そうすると、民法三三八条が規定する「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」旨の要件（以下「同一所有者要件」という。）の充足性を、甲抵当権の設定時にさかのぼつて判断すべき理由はない。

民法三三八条は、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その抵当権の実行により所有者を異に至ったときに法定地上権が設定されたものとみなす旨定めており、競売前に消滅していた甲抵当権ではなく、競売により消滅する最先順位の抵当権である乙抵当権の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができる。原判決が引用する前掲平成二年一月二日第二小法廷判決は、競売により消滅する抵当権が複数存在する場合に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいふものであり、競売前に消滅した抵当権をこれと同

列に考えることはできない。

(2) これを本件についてみるに、同一所有者要件の充足性の判断は、本件二番抵当権の設定時を基準とすべきであり、この時点では、本件建物の共有者の一人である上告人Y<sub>1</sub>が本件土地を単独で所有していたのであるから、本件では法定地上権の要件を充足している(最高裁昭和四六年(オ)第八四四号同年二月二日第三小法廷判決・民集二五卷九号一六一〇頁参照)。よって、本件建物のために法定地上権が成立しているというべきである。」

## 第二款 平成一九年判決の分析

### 第一項 本判決から導かれる判例規範

本件は、土地の一番抵当権設定当時は土地と地上建物の所有者が異なっていたが、その後、土地の後順位抵当権設定当時には土地と地上建物が同一人の所有に帰していたところまでは、平成二年判決と同様の事案であるが、その土地の後順位抵当権設定後、土地の一番抵当権設定契約が解除され、抵当権設定登記が抹消された後に、土地の二番抵当権が実行され、競売された結果、土地と地上建物の所有者がそれぞれ別異の者に帰属したという場合において、建物所有者から法定地上権成立の抗弁が提出されたという事案である。

このような事案において、本判決は、法定地上権の成立を認めている。つまり、本判決から導かれる判例規範は、「土地に最先順位の抵当権を設定した当時は土地と地上建物の同一所有者要件を充足していなかったが、後順位抵当権設定当時には当該要件を充足した場合において、最先順位の抵当権が解除により消滅したときは、地



上建物のために法定地上権が成立する」ということである。

本件において法定地上権の成立を認めた理由については、最高裁は、①抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、一番抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、後順位抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであること、②本件の場合において、本来、その利益を考慮すべきは一番抵当権は競売手続前に消滅しており、考慮の対象から外れていること、③民法第三八八条において成立を認めている法定地上権は、本件のような場合には、競売前に消滅していた一番抵当権ではなく、競売によって消滅する最先順位の抵当権である二番抵当権の設定時において同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することができること、④原審において本件の先例として引用された最高裁平成二年一月二二日判決は、競売によって消滅する抵当権が複数存在する場合には、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうものであり、競売前に消滅した抵当権をこれと同列に考えることはできないこと、を掲げている。

## 第二項 判例規範の検討

この平成一九年判決が掲げた理由付けについて検討すると、まず、①の担保余力の予測については、本件のような比較的設定時期の古い抵当権の場合には、既にかんがりの弁済がなされている場合が多いので、後順位抵当権

の設定時には、残債務額と設定者の財産状況とを比較検討すれば、一番抵当権の消滅という予測はなされるべきであるが、未だ設定から日が浅い抵当権が順位一番で設定されている場合には、一番抵当権の消滅を前提とした担保余力の予測は当然には行いがたいのではないだろうか。つまり、この理由付けを論じる場合には、ケースによってこの理由付けが必ずしもあたらな場合もあるので、この理由付けについては、本当に判旨のいうような「当然に考慮すべきこと」なのであろうかという疑問が生ずる。

次に、②及び③の理由付けについては、一番抵当権が後順位抵当権の実行前に既に解除によって消滅しているので、この点については、後順位抵当権を基準として法定地上権の成否を決する理由になる。

更に、④の理由付けについても、平成二年判決は、土地に対する一番抵当権が存続しているという事案であり、この土地抵当権者の担保価値把握という利害関係を基準として判断すべきは当然の事案であるのに対して、平成一九年判決は、この利害関係を考慮すべき土地の一番抵当権が消滅しているという事案であるからこそ、事案が異なると論じているのであって、②及び③の理由づけと同様のことを述べているに過ぎない。

結局、本件平成一九年最高裁判決において、法定地上権が成立すると判断された理由付けについては、後順位抵当権設定時における担保目的物に関する担保余力の調査及び検討、特に一番抵当権が弁済や解除などによって消滅する可能性を検討することの必要性（順位上昇の受益と法定地上権の負担予測）、そして、本件は一番抵当権が解除によって消滅しているという事案であり、実質的に最先順位となった土地の二番抵当権を基準として法定地上権の成立可能性を検討するという事案であって、法定地上権の成立を予期すべき事案であること、を理由として、法定地上権の成立が認められたのである。

右に検討した平成一九年判決の理由付けについては、本項冒頭において指摘したように、土地に後順位抵当権を設定する場合においては、土地の負担を第一に考慮して設定するのが常識である。即ち、「担保余力とは、担保物件の評価額から先順位担保権者の被担保債権額を引いた額、すなわち、その物件からの回収可能予測額をいい、担保設定時には絶対に調査しておくべきもの」であり、「対象物件の評価は不動産鑑定士の鑑定、地価の公示価格、標準価格、路線価格、または固定資産税評価額（納税証明書により確認可能）に基づく評価による」のであり、<sup>(6)</sup>順位二番の抵当権を設定するのであれば、順位一番の抵当権の被担保債権額もさることながら、その設定時における担保価値の把握を考慮して設定するものである。担保として取る土地の価格と比較して、先順位の抵当債権額が低ければ、土地に負担のあることが予想され、この負担が抵当権の実行時における法定地上権であれば、負担を考慮した土地の実勢価格や鑑定評価額と路線価格などの一般評価額との差が大きいので、比較的容易に予測がつくものである。

抵当権の設定にあたっては、競売時における売却基準価額を予測し、これは実勢価格（市場価格）の六割から七割程度を基準として評価を出すので、一番抵当権の設定時には、更地でも七割程度の貸付を上限とすることが望ましい。地上に建物を有する建付地であっても、競売時に法定地上権その他の対抗力ある土地負担がつかない土地であれば、「更地」として評価するので、先順位抵当権者がどのように評価したかは、抵当権設定時の債務者の資力、ローンの目的、抵当債権額を見れば、ある程度は判明する。そして、更地評価であれば、担保余力は比較的残存しているので、後順位抵当権者としても比較的安心して融資した上で抵当権の設定を受けられるのである。反対に、法定地上権を始めとする土地負担がついてくる場合における土地担保評価は低いので、担保余力

はないものという判断がなされ、融資及び後順位抵当権の設定は見送られるか、あるいは、設定されたとしても、極めて消極的な評価となり、融資額は低く抑えられるであろう。<sup>(8)</sup>

後順位抵当権者の意思決定は、本来、斯様な手順でなされるべきものであるが、最終的に融資債権額を決める際には、先順位抵当権の被担保債権についての債務者の弁済状況をも考慮して決定される。この点については、債務者が保有する金融機関発行に係るローン計画書、ローン残高を示す通帳、そして、金融機関の発行する残高証明書などから判断することができるので、ここで返済計画及び残債務額が判明し、一番抵当権の被担保債権額、即ち、融資額が決定されるのである。

後順位抵当権の設定に際しては、右に示したような評価に基づいて慎重に行われるべきものであるところ、平成一九年判決によれば、このように慎重に設定しようとしても、予め、先順位抵当権の消滅を考慮に入れつつ後順位抵当権を設定しなければならないので、先順位抵当権の設定時において明確な約定利用権が存在せず、法定地上権も成立しないような状況であつても、自分が抵当権の設定を受ける際には、土地と地上建物の所有者が同一人になっているなど、法定地上権の成立要件が具備されていさえすれば、もはや積極的に融資するのを断念せざるを得ないこととなり、通常期待される担保余力の有効活用が妨げられる。

確かに、抵当権設定時から相当の年数を経過しており、残債務額が僅少であり、弁済等によつて一番抵当権が消滅することが容易に判断することができるという状況であれば、二番抵当権の設定にあつては、一番抵当権の消滅を考慮に入れつつ設定することは、これまた常識であるところ、抵当権設定時からそれほど年数が経過しておらず、残債務額が多く、一番抵当権の存続が当然予測される場合において、一番抵当権の消滅を考慮に入れ

るということは、従来からの常識で判断すると、殆どありえない話である。<sup>(9)</sup>

したがって、一番抵当権の存続が前提となるか、あるいは当然前提とすべきケースにおいては、一番抵当権設定当初における土地担保価値の把握状況を考慮することが前提とされなければならない。

斯様に解すると、平成一九年判決は、「一定レベルにおける普遍性を有する規範たりうる判例」と評価することが躊躇われるものとなる。即ち、事実関係から明らかのように、一番抵当権の設定は昭和四四（一九六九）年であり、二番抵当権の設定は平成四（一九九二）年一〇月一二日であつて、その直後である同月三〇日に一番抵当権は解除によつて抹消されている。この一番抵当権の解除原因が何かについて、また、残債務額がどれくらいであつたかについては、公表判例集の事実関係からは判明しないが、「抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであつて、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことである」という最高裁の判旨から推察すると、本件においては、慎重に調査すれば、一番抵当権の消滅を予測することができたという事案だつたのではないかと思われる。そして、この推察が実在事実と合致するものであれば、平成一九年判決は、本来的に一番抵当権の消滅を予期すべき事案であつたということになり、斯様に解すると、平成一九年判決が自ら平成二年判決とは事案を異にする点と符合する。この意味において、平成一九年判決は、射程距離の短い「特定レベルにおける限定された規範としての一判決」と解することができる。したがって、平成一九年判決を「同一所有者要件」に関する「原則」として位置付けることは妥当ではない。

しかし、平成一九年判決の意味を、法定地上権成立要件のすべてについて二番抵当権設定時を基準時として判

断するという趣旨の判例としてとらえれば、相当射程範囲の広い判例ということになり、この点はかなり懸念される場所である。そして、この点について、一番抵当権の消滅に関する予測可能性や消滅原因の如何を問わず、一番抵当権消滅事案については、須く二番抵当権設定時における状況のみで判断するということであれば、第一要件を始めとする成立要件のすべてについて二番抵当権設定時の状況で判断するということになり、適用範囲は広きに失する。

また、土地に一番抵当権が設定された当時は土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権の成立要件を充足していないにもかかわらず、後順位抵当権設定時にこれが充足されたからといって、常に一番抵当権の消滅を顧慮しつつ後順位抵当権を設定しなければならないという理論構成を「原則」とすることになれば、最先順位抵当権設定時における状況を判断基準とし、後順位抵当権者もその状況に拘束されるという趣旨を有する平成二年判決の解釈と抵触するであろう。この点は、事案を異にするという一事をもつてして、その理由付けとすることはできない。前提となる事実状況は一致しているからである。

したがって、本稿の問題点に関する限り、平成二年判決を原則と解する必要があるが、平成一九年判決は、同判決が自認するように、「一番抵当権消滅事案」として位置付けるべきであり、射程は短いものと解することが妥当である。そして、この平成一九年判決について、本当に、後順位抵当権設定当事者に対し、常に先順位抵当権の消滅を予期しつつ担保余力を把握すべきことを要求する判例であるのかという点を検証する必要がある。以下、これらの点を検証するため、過去における判例及び学説の状況を振り返り、考察の対象とする。

註(6) 経営法友会法務マニユアル作成委員会編『新債権管理マニユアル(別冊NBL第五八号)』(商事法務研究会、増補第三版、二〇〇〇年) 八七頁。

註(7) 全国競売評価ネットワーク監修『競売不動産評価の理論と実務』(金融財政事情研究会、二〇〇六年) 一三三頁。

本書によると、競売評価は競売物件の特殊性及び不良債権処理に迅速性が要求されることから、初回の期間入札で売却しようとするため、地価公示価格や都道府県地価調査価格レベルの市場価格を六〇〜七〇パーセントに修正した価格を評価額とするが、売れ行きの悪い地域や物件については、確実な売却を期して、競売市場修正率を五〇パーセント前後と低く設定したり、市場性修正を行って、更に低く評価する場合があると説明されている(右・同頁)。また、この修正は、競売費用、建付減価補正、競売物件減価により構成されており、建付減価補正は、耐用年数の経過などによって二〜一〇パーセントで決められるが、近い将来の取り壊しが最有効と予測されるケースにおいては、その解体費用に見合った大きな減価が発生するといわれている(前掲〔本註〕『競売不動産評価の理論と実務』一一二〇―一一二一頁)。

註(8) 法定地上権の成立に係る土地評価額は、地域(都市部、周辺地域、過疎地)によって幅が大きい、「敷地利用権等価格」として算定され、建付地価格の三〇〜八〇パーセント前後が法定地上権価格として建物に吸い上げられ、土地の担保価値は二〇〜七〇パーセント前後しか残らなくなる。この評価額の判定方法については、前掲『競売不動産評価の理論と実務』一一二一―一一二三頁参照。

註(9) 一番抵当権しかないのであれば、他の金融機関からのより有利な借り換えによる急な弁済消滅もありえようが、後順位抵当権が設定されていれば、通常は、先順位抵当権の借り換えもありえない。それゆえ、急に金回りがよくなったとか、資産状況の急激なプラスでもない限り、特に新しい抵当権の場合は消滅することは考えられない。したがって、弁済や解除による先順位抵当権の消滅を予測するのは限りなく不可能に近いものと思われる。

### 第三節 土地・建物同一所有者帰属要件における従来の判例法理

#### 第一款 平成二年判決以前における状況

##### 第一項 総説

平成二年判決以前は、本稿の問題点については建物抵当権の事案が多く、土地抵当権の事案はなかった。しかし、いずれも「近接事案」として従来から処理されており、関連性はあるので、本稿においても冒頭に掲げた上で考察の対象とする。

近接事例一は、建物を目的とする抵当権設定当時は土地と地上建物の所有者が異なっており、後順位抵当権の設定を見ないまま競売申立てがなされるに至ったところ、競売開始時においてはそれらが同一人の所有に帰していたという事案において、法定地上権の成立を否定したという判例（最判昭和四四年二月一四日）である。<sup>(10)</sup>

近接事例二は、建物を目的とする一番抵当権設定当時は土地と地上建物の所有者が異なっていたが、後順位抵当権設定時にはそれらが同一人の所有に帰していたという事案において、法定地上権の成立を認めたという大審院（大判昭和一四年七月二六日）及び最高裁（最判昭和五三年九月二九日）の判例である。<sup>(11)</sup>

右に掲げた判例は、いずれも、建物に抵当権を設定した事案であるから、土地抵当権の事案と単純に同列に論ずることはできない。しかし、抵当権設定時における土地と地上建物の同一所有者への帰属という問題については、一番抵当権設定時に土地と地上建物とが別の所有者に属していたという点について、いずれも約定利用権を



観念することができるという事案であるから、この意味において共通性を有する。特に、後二件の判例は、平成二年判決の原審においても引用された判例であるので、前者ともども土地抵当事案と対比してみることとする。

## 第二項 後順位抵当権のないケース

まず、前述した競売手続における消除主義との関係において、土地と地上建物の所有者がいつの時点で同一人に帰属していればよいのかということが問題となる。即ち、競売手続との関係だけを考えてみれば、競売手続による売却時までには所有者が同一人となっていれば、法定地上権の成立を認めても差し支えないのではないかという点が問題となる。

この問題について、判例は、古くから法定地上権の成立を否定しており、そこまで法定地上権の成立要件を拡張してはいない。やはり、「**抵当権設定時**」において土地と建物の所有者が同一人に帰属していなければ、法定地上権の成立は認められないというのである。したがって、土地と地上建物の所有者の同一性を判断する基準時は、競売時ではなく、その前提として担保価値を評価する時期である**抵当権設定時**だということになる。<sup>(12)</sup>

## 第三項 後順位抵当権設定ケース

そこで次に、これも前述した消除主義と関係するが、数個の抵当権が設定された場合には、どの抵当権を設定した時点において所有者が同一であればよいのかという点が問題となる。後二件の判例は、この問題につき示唆を与えるものであるから、次に検討を加える。

後二件の判例と土地抵当事案とを比較してみると、事案としては、建物に抵当権が設定されたか（以下「建物抵当型」と称する。）、土地に抵当権が設定されたか（以下「土地抵当型」と称する。）という違いのほかは、細部を除いては、ほぼ一致している。そこで、建物抵当型と土地抵当型とで、法定地上権の成否を決するほどの相違があるのかという点が問題となるので、この点につき論ずることとする。

建物抵当型の場合は、第一に、他人の土地の上に自己所有の建物を建築するということになるのであるから、必然的に、建物の所有を目的とする地上権または土地賃借権（借地権）、もしくは使用借権といった「土地利用権」がなければならぬ。あるいは、第二に、建築当初は同一人の所有であったが、その後、土地と建物の一方ないし双方が各々所有者を異にするに至ったという場合が考えられるが、この承継取得の場合でも、建物所有者には何らかの土地利用権が設定されるはずである。そうでなければ、建物所有者は、他人の土地を不法占有することとなり、地上建物はその存在根拠を失うこととなる。したがって、建物を建築ないし取得した当初においては、建物所有者は、土地所有者との間において何らかの土地利用権設定契約を交わしていたはずである。

ところが、この約定利用権が抵当権設定後、競売時まで存続していれば何ら問題はないのであるが、例えば、契約の解除等により約定利用権が消滅した場合に問題となる（前掲大判昭和一四年七月二六日は、まさにこのケースである）。

この場合には、土地の利用権が存在しないまま、抵当建物が存在するのであり、これでは競売手続によって建物を買い受けても意味がない。したがって、建物抵当型の場合において、本来存在するはずの約定利用権が競売時において存在しない場合は、<sup>(13)</sup>成立要件が備わってさえすれば、積極的に法定地上権の成立を認めるべきだと

いうことになる。そして、この場合においては、どの抵当権であっても、とにかく抵当権設定時に土地と建物の所有者が同一でありさえすれば、競売時に法定地上権の成立を認めたとしても、建物の担保価値評価には何ら変わりはないのであるから、不利益を被る者はいないという理由付けがなされることになる。<sup>(14)</sup>

また、前述した競売手続における消除主義との関係においても、この場合には、積極的に法定地上権の成立を認めて差し支えない、いや、約定利用権がない状況では建物の競売手続に支障が出るので、法定地上権の成立を認めるべきだという構成が採られる。もともと、斯様な場合でも、土地も競売申立てがなされていれば、一括売却（民執法第六一条）にすれば問題はないという構成も考えられる。しかし、建物の競売のみという場合には、引き続き問題となるので、やはり解決策を模索する必要がある。

後二件の判例は、建物抵当型に限定して論じてはいないが、右のような認識の下で後順位抵当権設定時における土地と地上建物の所有者の合致がさえすれば、競売時において法定地上権の成立することを認めたものと思われる。

それでは、次に、土地抵当型の場合はどうであろうか。この場合にも、土地と地上建物の所有が別異の者に帰属していれば、建物抵当型と同様、土地については当初から約定利用権が存在しているのが一般的である。したがって、ここまでは両者に差異はない。しかし、ここでは建物抵当型と大いに異なる点がある。それは、抵当権設定時における土地の担保価値の把握においてである。この場合には、土地に一番抵当権を設定した当初においては土地と地上建物の所有者は別人であるから、たとえ土地に抵当権を設定する際に地上建物が存在していたとしても、将来、法定地上権は成立しないものと評価して、抵当権を設定する。もともと、本来的に存在すべき約

定利用権が土地賃借権か地上権（いわゆる「借地権」）であつて、對抗要件を備えたものであれば、一番抵当権を設定する際において、既に、抵当権に対抗しうる利用権の負担を受ける土地としての担保価値が与えられよう。そして、この場合には、将来、土地と地上建物の所有が同一人に帰属したとしても、建物所有者の有する対抗力ある借地権が土地抵当権の負担として現存しているので、混同の例外として、借地権は消滅しないものと考えられる（民法第一七九条一項ただし書）。

したがつて、右の状況において、土地の約定利用権が競売終結後も存続する場合は、約定利用権ある土地として扱うべきことになる。斯様な取扱いをしても、土地抵当権設定時における一番抵当権者の期待を不当に害することはない。これに対して、この場合にも法定地上権の成立を認めるといふ解釈も考えられるが、そうすると、約定利用権よりも法定地上権のほうが負担が大きくなるので、<sup>(15)</sup>これでは土地抵当権者の当初の期待に反する結果となり、妥当ではない。ただ、約定利用権の存続と解する場合でも、あくまでも、約定利用権が抵当権実行後も残存する場合、つまり、対抗力を有する場合に限られるという点に注意を要する。

そこで、問題は、土地所有者と建物所有者とが親子や夫婦という家族の場合である（平成二年判決の事案は親子、平成一九年判決の事案は夫婦である）。この場合は、家族間で土地賃借や地上権設定契約をすることは殆ど考えられず、使用貸借契約もしくは黙示の使用貸借類似の使用許諾がなされることが多いものと解される。そうであれば、通常、土地に抵当権を設定する際の担保価値の把握は、抵当権の実行時には何ら利用権の負担のない土地になるといふ判断が下される可能性が高い。なぜなら、使用借権には第三者に対する対抗力が認められておらず（対抗力に関する規定がない）、また、そもそも、使用貸借は借主に一身専属的に使用・収益権を認めるに過ぎない

という契約関係だからである。即ち、使用借主は、契約に定めた時期に、借用物の返還をしなければならぬと規定され（民法第五九七条一項）、また、借主の死亡によつてその効力を失つと規定されており（同法第五九八条）、これらの規定は、借主の返還時期ならびに借主の死亡による契約の失効に関するものであるところ、目的物返還の前提として契約の終了が論理必然に導かれ、更に、借主の死亡という事実の発生による権利の失効という意味において、前者の「契約に定めた時期」の経過、ならびに後者の借主の死亡は、そのまま契約の存続期間を意味する。更にまた、返還時期を定めなかつたときは、契約に定めた目的である使用収益の終了時期もしくはその終了に足りる時期に返還となり（同法第五九七条二項）、それらのいずれをも定めなかつたときは、貸主はいつでも返還を請求することができる（同法同条三項）。斯様な趣旨の諸規定から、使用借権及び類似の使用許諾に基づく土地利用権は、競売手続終結後は承継を認められない権利ということになる。

したがつて、この場合において、後順位抵当権設定時における土地と建物の所有者が同一であることをもつて法定地上権の成立を認めるということになる。一番抵当権者の予期ないし期待に反し、競売における売却基準価額の下落を生じてしまい、土地抵当権者中、特に一番抵当権者に不測の損害を被らしめる結果となる。それゆゑ、土地抵当型の場合には、建物抵当型に比して、一番抵当権者における担保価値の把握を問題としなければならぬのである。

平成二年判決においても、右のような理解の下で、法定地上権の成立を否定したのである。

## 第二款 平成二年判決以後における状況

平成二年判決以後、判例・裁判例の状況はどのように変わったかを検証しなければならないが、実は、これ以降、平成一九年判決の原々審まで、同一所有者要件の土地抵当型に関する裁判例は存在しない。ただ、建物抵当型に関して一件だけ下級審の裁判例がある。即ち、建物について第一順位の抵当権が設定され登記された後、土地の所有権移転により土地とその地上建物の所有者が同一人となり、その後、他の債権者のために土地及び建物を共同担保とする抵当権が設定され登記されたという事案において、その抵当権が実行され、売却に至ったときは、法定地上権が成立すると判示したものである<sup>(16)</sup>。

この名古屋高裁判決は、後掲註(16)に引用した事実関係を見れば分かるが、建物抵当型で、建物抵当権者Xが一番抵当権者であり、後順位抵当権者Yが土地・建物共同抵当権者であり、土地についてはYが一番抵当権者であるところ、建物所有者Aの土地所有権取得が建物の建築よりも遅れたという事案である関係上、斯様な事案においては約定利用権の設定される場合が多いのであるが、本件は、土地区画整理事業地内の保留地を買い受けたAが土地区画整理組合から承諾を受けて建物を建築し、建物に抵当権を設定した後に換地が完了して、土地の所有権移転登記を受けたという事案であり、約定利用権の設定は想定外の事案であることから、この点を考慮した結果、法定地上権の成立を認めたものである。

右判決は、建物抵当型であっても、形式的に法定地上権の成立を認めるのではなく、約定利用権があれば、これを活かす形で解釈すべきであるという点を強調している。この解釈は、平成二年判決及びそれ以降の約定利用

権説の普及を意味するものと解されるが、斯様な形で平成二年判決の理念が活かされており、実務上の解釈の進展を垣間見ることができると評価することができよう。

註(10) 最判昭和四四年二月一日民集三三卷二二三三五七頁。本件は、建物に三番抵当権を設定した後、競売前になって、たまたま土地と建物の所有が同一人に帰属したが、後順位抵当権は設定されていないという事案において、競売の際にたまたま土地と建物の所有権が同一人に帰属したとしても、民法第三八八条の規定が適用または準用されるいわけではないと判示したものである。

註(11) 大判昭和一四年七月二六日民集一八卷七七二頁は、抵当建物の競売時には再び土地と建物の所有者が異なっていたという事案において、法定地上権の成立を認め、また、最判昭和五三年九月二九日民集三三卷六号二二一〇頁は、後順位抵当権設定当時、土地と建物の所有が同一人に帰属したが、土地所有権移転登記は具備していなかったという事案において、法定地上権の成立を認めたという判例である。

註(12) 大審院は、前掲大判明治三八年六月二六日が最初の判例であり、以来、最高裁の現在に至るまで、この考え方が踏襲されている(前掲最判昭和四四年二月一日)。しかし、我妻榮博士はこの判例法理に反対しており、この場合に、「建物所有者が土地所有権を取得した後に建物に二番抵当権を設定すれば、一番抵当権者の申立による競売の競落人も法定地上権を取得することは判例も認めるのだから(大判昭和一四年七月二六日)、新たな抵当権の設定のない場合にも同様に解すべきことはむしろ当然であろう」と論じている(我妻・前掲書〔前掲註(2)〕『新訂擔保』三三七頁)。

註(13) 建物の競売手続において、本来存在すべき約定利用権が存在しない場合など、競売目的物に瑕疵があるときは、強制競売における担保責任の問題となり(民法第五六八条参照)、担保不動産競売の場合は、同条の準用ないし

類推適用という問題になる。この問題に関する比較的近時の判例として、最判平成八年一月二六日（民集五〇巻一号一五五頁）がある。

本件は、借地上の建物が強制競売に付され、借地権の存在を前提として評価され、最低売却価額の決定を経て売却され、これが買い受けられたが、買受け許可決定前に借地契約が債務不履行により解除されたので、借地権が不存在となり、建物の競売が全うできなくなつたところ、競売における売主として扱われる債務者が無資力に陥っているので、買受人が裁判所に支払つた代金を配当受領者に返還請求したという事案である。このような事案において、最高裁は、買受人が借地権の不存在により建物買受けの目的を達することができず、かつ、債務者が無資力であるときは、買受人は、民法第五六八条一項、二項及び第五六六条一項、二項の類推適用により、強制競売による建物の売買契約を解除した上、売却代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の返還を請求することができるものと判示した。

本件は、民法第五六六条を類推適用しているが、第五七〇条の適用ではなく、第五六八条の適用により、権利の瑕疵担保ということで処理している。即ち、競売の目的物は建物であり、借地権の不存在は、建物の瑕疵ではなく、建物存続のための土地に対する権利の瑕疵、つまり、借地権は抵当建物の従たる権利であるから、本来存在しているはずの権利が存在していなかつたという意味において、「権利の瑕疵担保」になる。従来判例は、強制競売における担保責任に関する民法第五六八条は競売法による任意競売にも適用されると判示している（大判大正八年五月三日民録二五輯七二九頁、大判昭和十五年一〇月二日民集一九卷一九七八頁）。したがって、この考え方は、強制競売である担保不動産競売であると問わず適用される。なお、この追奪担保責任については、中野貞一郎『民事執行法』（青林書院、増補新訂五版、二〇〇六年）四九二頁、五〇一―五〇二頁において詳説されている。

註(14)もつとも、この場合には、土地所有者の負担が重くなるという懸念が生ずる。約定利用権が土地賃借権であり、これが借地権として最低三〇年という存続期間であることは法定地上権と同じであるところ、土地賃借権であれば、その物権的効力が地上権より弱いにもかかわらず（例えば民法第六一二条による賃借権の譲渡または目的物転賃の承諾規定を参照）、これが法定地上権に転化する、物権であり、地上権の登記請求権が発生し、譲渡・転賃が自由になるなど、その効力が強力になるので、土地所有権の減価要因となり、将来、土地を処分する際にも、価格に影響



響を及ぼす。しかし、この場合でも、予め、約定利用権という土地の負担を引き受けていたのであり、建物抵当権設定後は、この負担は抵当権の効力の及ぶ範囲に含まれるので、本来は約定利用権を存続させるべきであり、建物抵当権設定者の担保価値維持・保存義務が土地所有者にも及んでいるはずである。それにも関わらず、解除によって土地賃借権を消滅させたのであるから、法定地上権の負担に転化したとしても、それは土地所有者に甘受させるべきだという価値判断が優先するであろう。

註(15) 前述したように、地上権は物権であるから、登記請求権を有し、使用、収益、処分が自由であり、この点が土地所有者となる買受人にとって最も過重負担となる点である。また、約定利用権の存続であれば、既に相当年数が経過しているものと解されるが、競売による売却時における法定地上権の設定は、新たな設定であり、競売最終時から起算され、ここから最低三〇年という存続期間が開始するので、この点においても法定地上権のほうが負担が重くなる。その結果、土地競売評価額の減価幅が大きくなる可能性が生ずるのである。

註(16) 名古屋高判平成七年五月三〇日判例時報一五四四号六六頁。本件の事実関係は次のとおりである。

土地区画整理事業の換地計画で保留地とされた土地を買い受けたAは、本件保留地及び本件建物の購入資金をX(被控訴人・原告)から借り受けるに当たり、本件建物に第一順位の抵当権を設定するとともに、本件保留地についても登記が可能となり次第追加担保に供する旨をXに約し、実際に本件建物が新築されると同時に、Xのために第一順位の抵当権が設定され、登記がなされた。その後、本件保留地は、換地処分により整理組合が所有権を取得すると同時にその所有権はAに移転した。その後、本件土地について抵当権等の設定登記が經由され、Y(控訴人・被告)が第一順位の根抵当権者となり(建物につき順位三番の共同根抵当)、Xは第二順位の抵当権者となった。その後、本件土地及び建物につき、不動産競売手続が開始され、当初は、本件土地・建物の最低売却価額(現行法では一売却基準価額)の決定に際して、本件土地につき法定地上権の成立を前提とし、本件土地については一三〇六万円、本件建物については一四三九万円と決定し、本件土地・建物が一括売却に付されたところ、代金三二〇〇万円(手続費用九三万三九五八円)で売却された。しかし、その後、執行裁判所は、本件土地に法定地上権が成立しないことを前提として、本件土地の個別価額を二七一六万円、本件建物の個別価額を一六二万円と変更し、配当期日において、同

裁判所は、本件配当表及び案分計算結果一覧表のとおり、本件個別価額の変更に基づき、本件土地・建物の一括売却代金につき、本件土地の売却代金を二九三一万七三六三元、本件建物の売却代金を一七四万八六七九円と案分し、本件土地につき第一順位の根抵当権者であるY（その債権額は元本五〇〇万円）への配当額を二九三一万七三六三元とし、本件建物の第一順位の根抵当権者であるX（その債権額は費用五万九八二三元、残元本一八七万四五三五円、最後の二年分の損害金三四七万二一四円）への配当額を一七四万八六七九円とする旨の本件配当表を作成した。そこで、Xは、右配当期日において、本件配当表のYへの配当額二九三一万七三六三元のうち、Xが配当を受けるべき一五四〇万六四七二円からXが現に配当を受けた一七四万八六七九円を差し引いた一三六五万七七九三元につき異議を申し出て、本訴を提起した。

右のような事案において、名古屋高裁は、「建物について一番根抵当権が設定された当時、土地と地上建物の所有者が異なるため法定地上権成立の要件が欠けていた場合であっても、土地と地上建物が同一人の所有に帰したのち、更に土地又は地上建物に後順位根抵当権が設定され（以下「二番根抵当権」という）、これについて法定地上権成立の要件が充足されていれば、法定地上権が成立すると解する見解が少なくないが、その理由としては、根抵当権実行の結果すべての根抵当権が消滅すること、二番根抵当権設定時には土地と建物が同一人の所有であって法定地上権の成立要件を充足していること、法定地上権の成立を認めることにより一番根抵当権者に予期した以上の利益を与えることはあっても不利益を与えるものではないことが挙げられている。しかしながら、土地につき一番根抵当権が成立したのちに土地と地上建物が同一人の所有となり、土地建物の一方又は双方に二番根抵当権が設定された場合（いわゆる土地根抵当型）については、法定地上権が成立すると更地としての担保価値を把握していた一番根抵当権者を害するからとの理由で法定地上権の成立が否定されることには異論がない。したがって、建物根抵当型において法定地上権の成立を肯定する見解は、土地建物の所有者同一性の基準時を二番根抵当権成立時に求める点で、土地根抵当型の場合（この場合は一番根抵当権成立時が基準時とされている。以下「一番根抵当基準時説」という。）と異なり、首尾一貫しない。また、この見解は、一番根抵当権者を害さないことを理由とするけれども、法定地上権の成立を認めた場合に土地所有者に不測の不利益を及ぼす危険（建物所有者が借地権を有していたときは、借地権より強力な地上権に転化するし、賃借権承継時に土地

所有者が期待できる譲渡承諾料も失う。建物所有者に土地利用権がなかったときや使用貸借権であったときは、不利益は更に大きい。)を考慮していないといわなければならない。そもそも、建物抵当型において一番抵当権者が抵当権を取得するときは、建物所有者がその敷地について有する約定土地利用権の存否及び内容を調査し、土地利用権を伴うものとしての(又は伴わないものとしての)建物の担保価値を信頼して抵当権の設定を受けるはずであり、強いて法定地上権の保護を与える必要はないのである。以上の理由から、建物抵当型で原則的に法定地上権の成立を認める見解によるのは相当ではなく、法定地上権の成否を検討する上においては、自己借地権が原則として認められない法制の下で、建物の存続を図ることの他に、各関係者間の利益の調整及び取引の安全を確保する見地から、第一順位で抵当権を設定する債権者と債務者がどのような担保価値が把握されることを意図していたか及び後順位の権利者や関係者にとって先順位抵当権が把握する担保価値の内容をどのように見込むことができたかの点を考慮して、一番抵当基準時説を形式的に適用することの弊害を個別的に調整する方法によるのが相当である。」と判示し、本件においては、「X及びAにおいては抵当権が実行されて本件建物のみが売却された場合にも土地利用権付の建物として売却されることを予定していたことは明らかであるし、本件土地が保留地であって、Xが本件建物について抵当権設定を受ける時点では換地前のため、Aが本件土地について所有権移転登記を経由してはいなかったものの、その後Aが所有権移転登記を経由した本件土地の登記と現況を一瞥するならば、本件建物が土地区画整理の進行中に整理組合の承諾の下に本件保留地上に新築され、本件建物について住宅ローン貸付を主たる業務とするXの抵当権が設定されていて、本件保留地の換地と同時に本件土地は本件建物のための土地利用権の負担を受けるであろうことは、本件土地について取引関係に立とうとする誰の目にも明らかであったものと推認できる。そして、二番抵当権者であるYも、土地建物を共同担保として根抵当権を取得した事実には照らすと、本件土地の更地としての担保価値を把握しようとしたものではなく、本件建物の土地利用権の負担つきの土地として本件土地の担保価値を把握することを意図したものと推認できる。このような事実関係の下では、本件建物につき法定地上権の成立を認めることは、関係当事者の期待に合致し、取引の安全を損なわず、かつ、建物の存続という社会経済上の要請にも沿うものであるから、本件配当においては、本件建物につき法定地上権が成立するものとして売却代金の割付けをするのが相当である。」と判示した。

## 第四節 土地・建物同一所有者帰属要件における学説の展開

## 第一款 平成二年判決以前における状況

## 第一項 学説の整理

本款においては、本稿の問題である「抵当権設定時における土地・建物所有者の同一」という法定地上権の成立要件について、一番抵当権設定時ではなく、後順位抵当権設定時を基準とすることの可否について、平成二年判決以前における学説の状況について整理し、検討を加える。

まず第一説として、法定地上権制度は、第一に、建物収去による社会経済上の不利益防止という公益的理由に、第二に、抵当権者及び設定者の意思の推測に、その基調を有するものであることは「何人も之を疑はざる處である」と主張し、この法定地上権制度の立法趣旨を重視する立場から、土地抵当型と建物抵当型とを分けて考えることなく、法定地上権の成立を積極的に認めるといふ柚木馨博士の見解があり<sup>(17)</sup>、また、これらを分けて考えなくても、土地抵当権設定時に建物が存在していれば約定利用権の負担を予定することが常態であるとして、これが競売によって法定地上権に置き換えられたとしても、抵当権者に不利益を与えないので、民法第三八八条を類推適用して、法定地上権の成立を積極的に認めるといふ石田文次郎博士の見解がある<sup>(18)</sup>。

次に第二説として、土地抵当型と建物抵当型とに分けて考え、土地抵当型については、借地権者が建物を所有している時に土地に一番抵当権が設定された場合を想定し、この場合において、土地所有者が建物を取得した後

の抵当権実行時に法定地上権の成立を認めると、現実に存在する借地権を考慮して評価した土地の一番抵当権者に不利益をもたらすおそれがあり、また、競売の効果は最強の抵当権である一番抵当権の内容によって定まるものであるとして、たとえ後順位抵当権設定時において土地と建物の所有者が同一人となったとしても、借地権は混同の例外として存続し（民法第一七九条一項ただし書）、法定地上権の成立を認めるべきではないと解するが、建物抵当型については、これを、①借地権者（建物所有者）が建物に抵当権を設定した後に借地の所有権を取得した場合と、②土地所有者（借地権設定者）が借地上の抵当建物（旧所有者が設定した抵当権付きの建物）を取得した場合とに分け、前者①の場合は法定地上権の成立を認める判例（前掲大判昭和十四年七月二六日）を支持し得であるからいささか問題であるが、建物の存続を図る法定地上権の立法趣旨からみれば、建物に伴っていた利用権は混同により消滅し、法定地上権を生ずる状態になるものと解する我妻榮博士の見解（以下、「我妻説」と称する。）がある。<sup>(19)</sup>

次に第三説として、第二説と同様、土地抵当型と建物抵当型とに分け、土地抵当型については、先順位抵当権者が法定地上権の負担のない土地として担保価値を評価した場合には、当該土地抵当権者の利害に影響を与えるという点を考慮して、法定地上権の成立を認めず、建物抵当型については、先順位抵当権者に不利益を与えることはなく、むしろ先順位の建物抵当権者に利益を与えるという点を指摘して、法定地上権の成立を容易に認める見解がある。<sup>(20)</sup>

更に第四説として、抵当権設定時に土地と建物の所有者が異なる場合には、土地に何らかの約定利用権が存在

するはずであり、その約定利用権は、土地抵当型であると建物抵当型であることを問わず、土地と建物の所有が同一人へ帰属したとしても、建物抵当型の場合には抵当権の効力が土地利用権にも及んでおり、土地抵当型の場合には約定利用権の目的たる土地が第三者の抵当権の目的となつてゐるから、混同の例外として権利は消滅することとはなく（民法第一七九条一項ただし書、同法第五二〇条ただし書）、二番抵当権設定時においても存在してゐたはずであるということ（理由として、法定地上権の成否については、一番抵当権設定時を基準時とするのが論理一貫的であり、結局、約定利用権が存在する以上、法定地上権の入り込む余地はないとして、法定地上権の成立を否定する見解（以下、「約定利用権説」と称する。）がある。<sup>(21)</sup>特に、高木多喜男教授は、「法定地上権制度は、約定利用権不存在という空隙をうずめるという制度本来の趣旨（判例理論もこの考えを一つの原則として採用している）から考えると、一番抵当権設定時を基準とすべきではないか」と主張し、約定利用権説を強力に推し進めてゐる。<sup>(22)</sup>

## 第二項 学説の評価・検討

本稿において、これら学説の当否に関して判断することは、そのそれぞれにおける時代背景があり、また、解釈の進展に応じて当然異なつてくるので、あまり意味はない。ただ、今日における解釈との比較において再検討する意味はあるので、若干の評価及び検討を加えておく。

まず、競売手続の終結による建物の取り壊しを国家ないし国民経済上の不利益と見て、これを防止するという法定地上権制度の立法趣旨を十分考慮するとしても、土地抵当型と建物抵当型とはかなり事情を異にするという点は否めない。それゆえ、土地抵当型と建物抵当型とを分けて考察の対象とすることが必要である。もつとも、

第一説に立脚すると、土地抵当型においても、約定利用権が法定地上権に置き換わるだけだという石田（文）博士のような見解にも繋がってくるが、法定地上権に置き換わることによって利益状況にマイナスの変化をもたらすことが多い。この意味において、第一説は妥当性を欠くという評価が下されよう。

次に、土地抵当型と建物抵当型とに分類して考察するとしても、一番抵当権設定時において土地と地上建物の所有が別異の者に帰属していた場合は、平成二年・平成一九年判決の事案のように、土地と建物の所有者がそれぞれ親子もしくは夫婦、またはその他の親族関係にある者という特段の事情のない限り、つまり、それ以外の通常の事案においては、必ず建物所有のための約定利用権（借地権）が存在する。それゆえ、この場合において、当該借地権が対抗力を有し、競売後も存続するときは、法定地上権を考慮する必要はない。しかし、競売手続終結時に覆滅される運命にある対抗力のない借地権の場合には（民執法第五九条二項参照）、法定地上権の成立を認めるべき場合に該当するのではないだろうか。この意味において、第三説にも解釈上の難点がある。そうすると、結局、我妻説か約定利用権説かに落ち着くことになる。しかし、法解釈としては、それはむしろ当然の事柄を確認したものに過ぎない。

我妻説においては、土地抵当型の場合は、対抗力ある借地権が存在する状況で一番抵当権が設定されたという点を考慮し、土地抵当権実行後もそのままの状況が維持されることで、一番抵当権者の土地担保価値の把握を尊重する（平成二年判決はこの解釈を採ったものである）。他方、建物抵当型の場合は、借地権者による借地所有権の取得でも、土地所有者による抵当建物の取得でも、建物に伴っていた土地利用権は混同によって消滅し、競売後は法定地上権に転化する。それゆえ、我妻説によっても、土地抵当型の場合において借地権が混同の例外として

競売後も存続するというのであれば、対抗力なき借地権の場合でも、土地の一番抵当権者の利益保護という観点から、法定地上権は成立しないという構成及び結論も導かれ、この観点は約定利用権説と同様となる。逆に建物抵当型では、借地権が法定地上権に転化する。ただ、借地権は抵当建物の従たる権利として、建物抵当権の効力が及ぶので（民法第三七〇条<sup>(23)</sup>）、混同による約定利用権の消滅、即ち法定地上権への転化という図式が成り立つという理論構成に対しては、約定利用権説の論者から、従前の借地権を存続させればよいのではないかという疑問が寄せられる。

しかし、我妻博士は、建物抵当型において無闇矢鱈と法定地上権の拡張を論じているのではなく、借地権者（建物所有者）による借地所有権取得の場合には、敷地利用権の上に効力を及ぼす建物抵当権の効力が「法定地上権の上に拡張する」というべきであり、それがまた抵当建物の敷地の所有権を取得する者の合理的意思とみるべきだからである」と解し（建物抵当権の効力保全、借地取得者の負担増加）、土地所有者による抵当建物取得の場合には、借地権は混同により消滅し、「法定地上権を生ずる状態となると解することが適切であり、土地所有者の意思にも必ずしも反するものではない」と論じており<sup>(24)</sup>、この意味は必ずしも明らかではないが、我妻博士の『新訂擔保物權法（民法講義Ⅲ）』における当該頁の参照指示先頁によれば、この場合には、土地所有者は建物抵当権に關して滌除（現行法では「抵当権消滅請求」（民法第三七九条以下））をすることができたにもかかわらず、この権利を行使せずに建物抵当権が実行されたのであるから、借地権が混同によつて消滅している以上、土地所有者は法定地上権の負担を受けたとしても仕方がないと解しているように思われる。

前述したように、建物抵当権は抵当建物に從たる権利である敷地利用権にまでその効力が及んでおり（民法第



三七〇条)、建物抵当権者は、建物の物質的価値と借地権価値の両方で債権担保を確保している。しかし、建物所有者自身が土地所有権を取得した場合には、建物抵当権の効力の範囲内にある借地権は所有権に包摂され、潜在的権利に転化する。それゆえ、借地権を顕在化させておく必要はない。したがって、借地権は混同によって消滅するものと解して差し支えない。そして、競売時に法定地上権の要件を充足すれば、法定地上権の成立を認めて差し支えない。この法定地上権の負担は、旧借地権者たる建物抵当権設定者の負担に帰する。この場合に法定地上権の成立を認めると、従前の約定利用権が法定地上権に転化されることになり、土地賃借権ならば、自動的に借地権(土地賃借権)を取得できるわけではなく、土地賃借権承継への借地権設定者(土地所有者)の承諾をめぐる借地借家法第二〇条の問題となることがあるのだが、法定地上権の場合は自動的に借地権(地上権)を取得できるので、建物抵当権者や買受人に反対給付もない状態で、いわば予期せぬ利益を享受させることになり、妥当ではないとして、この場合は混同の例外(民法第一七九条一項ただし書の類推適用)として約定利用権の存続という取扱いを考えるほうが公平だという反論もある<sup>(26)</sup>。

しかし、建物は年々劣化していき、担保価値が漸次償却されていくので、履行遅滞によって債権回収が期待できない建物抵当権を保全する必要がある。建物のみを抵当に取る抵当権者はいないという反論もあるが、ここでは建物抵当権を念頭に置いた議論であることを顧慮して、筆者の見解としては、建物抵当権の効力保全を企図したと思しき我妻説を支持したい<sup>(27)</sup>。

また、土地所有者自身が抵当建物の所有権を取得した場合は、建物抵当権の目的の範囲内にある約定借地権は権利者の不存在という状態になるため、抵当権が実行されずに沈静を保っている状況においては、これまた借地

権を顕在化させておくべき理由は、抵当建物は借地状態を脱しており、土地所有者の所有建物となっているからである。この場合は、我妻博士のいわれるように、土地所有者にとって建物抵当権が邪魔者であれば（もつとも、債務や抵当権を引き受けて買い受けるケースは殆どなく、抵当債務が決済された上で購入するのが普通だが、斯様な想定の下で）、建物を取得した土地所有者は、第三者弁済もしくは弁済または抵当権消滅請求によって建物抵当権を消滅させればよいのであるから、我妻博士は、土地所有者が斯様な措置を執らずに建物抵当権をいわば放置した状況下において、建物抵当権が実行された以上、法定地上権の負担を受けたとしても、致し方はないものと思われるであろう。右の意味において、我妻博士の見解は正当である。

しかし、右の我妻博士の見解は、後順位抵当権設定の有無という局面において、その後の判例法理によって否定された形となっている。即ち、前掲最判昭和四四年二月一四日は、建物抵当権設定後、土地所有者が抵当建物を取得し、後順位抵当権の設定がされないまま推移し、その後、建物抵当権が実行されたという事案において、当初の土地賃借権以上の権利を建物所有者に得させる必要はないという理由から、法定地上権を否定している。この意味において、この昭和四四年判決は、「抵当権の設定時」における「土地と地上建物の所有者の同一要件」という意味において、この要件を厳格に解し、抵当建物所有者による借地所有権の取得の場合も、借地所有者による抵当建物の取得の場合も、その後、建物に後順位の抵当権が設定されない限り、法定地上権は成立しない、即ち、約定利用権が存続するという解釈を採用した。

そこで、次に約定利用権説が台頭してきたわけであるが、この見解は、前述したように、土地と地上建物の所有者が別人であるという形式論理的構成に基づき、抵当権設定当初における約定土地利用権の存在を想定し、土

地と地上建物の所有者が同一人に帰属しても、約定利用権は混同の例外によって消滅しないものと主張して、競売後も約定利用権を存続させようという考え方である。

しかし、競売後も存続することができる土地利用権は、抵当権に対抗することができる土地利用権でなければならない。即ち、借地権であれば、抵当権設定登記前において、地上権または土地賃借権の登記を経由するか(民法第一七七条、第六〇五条)、もしくは、地上建物の借地権者名義の登記が必要であり(借地借家法第一〇条<sup>(28)</sup>)、これらの対抗要件を具備する以外には、抵当権者、ひいては競売による買受人に対抗する方法はない。

しかしながら、ここで問題となるのは、競売時にそのような約定利用権が存在しないか、存在しても競売後に存続することができない場合、即ち、借地権者の債務不履行を原因とする解除により土地賃借権が消滅した場合や、土地の使用借権もしくは類似の権利のように、承継されない土地利用権の場合、あるいは、土地利用権はあっても、抵当権者に対抗することができない場合において、どのような解決策を取るのが妥当かということである。また、一番抵当権設定時における融資に関する設定当事者間の個別事情も併せ考慮すべき問題である。したがって、単純に約定利用権を存続させるべきだという構成は、本稿の問題にとつてあまり意味のある議論ではない。

いずれにしても、以上の学説の中では、我妻説及び約定利用権説を一応既存の解釈として、いわば前提として踏まえつつ、具体的な個別問題に応じて解決策を講じて行くことになるであろう。ただ、この両説に関しては、右に述べたように、いくつかの問題点が指摘されているので、留意する必要がある。

また、建物抵当型においては、法定地上権の成立を広く認める方向に傾いたとしても、抵当権者に不利益を強いる場合は多くないが、土地抵当型においては、その逆となる可能性が大きいということだけは確かである。<sup>(29)</sup>

して、平成二年・平成一九年両判決の事案は、まさに土地抵当型における抵当権者と建物所有者との利害調整という最難関の解釈が問題となっており、土地の一番抵当権者が抵当権の設定を受けるに際して、土地利用権の存在についてどのように担保価値評価をして融資したのか、そして、後順位抵当権者は、その土地の一番抵当権をどのように評価して自己の融資額を決定したのかという問題と、建物存続のための従前の土地利用権の存続か、それとも法定地上権への拡張ないし転化なのかが、まさに最大の問題となって横たわっているのである。

## 第二款 平成二年判決に対する評価

### 第一項 研究者からの評価

次に、平成二年判決に対する研究者からの評価を概観することとした。

まず、小杉茂雄教授は、同一所有者要件において、「抵当権設定当時」という基準時をどのように解するべきかという点に関しては、抵当権の実行にあたっては、いずれの抵当権が実行された場合でも、すべての抵当権が消滅するという共通項を考慮すれば、「より優先的な取扱いが必要とされる一番抵当権の保護、その観点から基準時は、一番抵当権設定時、という思考方法がでこざるをえない」ところ、平成二年判決は、土地抵当型において法定地上権の成立を否定し、建物抵当型においてはその成立を肯定するという「理論的にすっきりしない様相を呈することにもなつて」おり、即ち、「土地抵当権の場合は、土地利用権は、混同の例外によって消滅しな

いが、建物抵当権の場合は、混同によって消滅する、と考えている」ようであるが、この点に関する理論的な説明をしていないとして、平成二年判決を批判している。<sup>(30)</sup>

しかし、右平成二年判決における斯様な理論構成は、我妻説に拠っていることが明らかであることから、前述した我妻説の理論的構成及びその理由付けを顧慮すれば、自ずと明らかとなるので、右の批判は、理論構成上の批判になっていないものと思われる。

また、小杉教授は、既に平成二年判決の評釈において、平成一九年判決と同様、一番抵当権が弁済等によって消滅した場合を想定して考察しており、この場合には、二番抵当権が順位上昇の原則によって最強の抵当権者になるところ、法定地上権の成立を認めると、この抵当権者は、当初は元の一番抵当権設定時の使用借権が存在するという前提でこの土地を評価していたという可能性があるにもかかわらず、結果として、法定地上権という、より不利益な負担がその土地に付くことになるが、「実質論からみても、抵当権設定時に、法定地上権の負担付きか、それとも使用借権の負担付きかが、ペンディングな状態である場合には、抵当権者は、より負担の大きいものが存しうることの予測・前提でもって担保価値を把握するのが通常であろうから、この場合の二番抵当権者に法定地上権の負担を甘受させてもさほど不当なことにはならないであろう」と論じ、この場合は、「土地所有者が後にその建物を取得しても、使用借権は、一番抵当権が設定されていたことによって、混同の例外として存続していたが、その一番抵当権の消滅によって、この使用借権は、一番抵当権の目的からはずれ、その時点で混同消滅させることもできるであろうから、……法定地上権制度は、約定利用権の不存在という空隙をうずめるという制度本来の趣旨……から考えても、右の場合には、法定地上権の成立を認めてよい、ということがで

きる」ともと論じていた。<sup>(31)</sup>

実際、平成一九年判決においては、右の小杉教授の予測どおりに、二番抵当権設定時を基準として法定地上権の成否が検討され、成立要件に該当するとして、法定地上権が成立するものと判示されたので、小杉教授の見解が追認されたような結論となっている。しかし、小杉教授の理由付けと平成一九年判決の理由付けには若干の温度差があるように思われる。即ち、小杉教授の分析は、「順位上昇の受益と法定地上権の不利益」を勘案しつつ、「抵当権設定時の土地負担がペンディングな状態である場合は、抵当権者は大きい負担を予測しつつ担保価値を把握するのが通常」であると解するのに対して、平成一九年判決は、「二番抵当権者は一番抵当権消滅を予測し、その消滅に伴う順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべき」であると解しており、「権利関係の不明なときは大きい負担の予測」というのと、「設定当初から先順位抵当権消滅を予測」するというのでは、「予測」の観点を異にする。したがって、両者が一致するのは、①一番抵当権の消滅、②二番抵当権の順位上昇による受益、③法定地上権の負担、というプロセスだけという印象を受ける。もともと、小杉教授は銀行実務の現状から事例の一般論として論じているのに対して、判例は抵当権の性質論に基づいて「銀行実務もかくあるべし」という観点から、個別事案における結論の理由付けとして論じているので、相違点があっても然るべきものではある。

次に、角紀代恵教授は、建物抵当型・土地抵当型を問わず最先順位抵当権を基準時とする約定利用権説に与しており、平成二年判決の事案が約定利用権であったならば、約定利用権の存続という解釈となったであろうが、本件事案は使用貸借と思しき関係なので、斯様な場合でも約定利用権が設定されうる関係であるとして法定地上

権の成立を認めない判例法理（最判昭和五一年一〇月八日判例時報八三四号五七頁）に従って処理されたのであろうと論じている。<sup>(32)</sup>

また、角教授は、小杉教授と同様、一番抵当権が消滅した場合についても想定しているが、「法定地上権の成否を一番抵当権者の担保価値の把握状況から判断するという考えに立つと、はなはだ、その結果は予測し難いことになる」として、結論は保留していた。<sup>(33)</sup>

次に、村田博史教授も、約定利用権説に立脚し、平成二年判決の事案でも、抵当権者は建物の存在を知るところか、当初は土地と建物を共同抵当に取っていたのであるから、抵当権者は約定利用権の設定を考慮していたと見るべき事案であると分析し、また、この利用権が使用借権であり、抵当権者に対抗しえないとしても、土地抵当権者は、土地の利用権を当初から認識していたのであるから、土地所有者が買受人に変わっても、土地利用権の確保を考えるべきであると主張し、本件の場合には使用貸借もしくは類似の関係であり、親子などでの設定であるからこそ、請求の放棄または支払の免除という無償での使用関係であるに過ぎないが、これが他人との関係になれば、免除されていた支払義務が顕在化し、即ち、賃貸借関係に変わるべきものであり、土地利用権は約定利用関係として存続するものと解すべきであって、斯様に法定地上権の規定を類推しても当事者が不利益を蒙ることにはならないと主張している。<sup>(34)</sup>

更に、副田隆重教授も、法定地上権肯定説に対して、第一に、法定地上権は内容が不明確で、建物の競売に際して敷地利用権の評価や競売価格の決定が困難になること、第二に、法定地上権は約定利用権よりも譲渡性では有利であるが、対抗力や更新という面では両者に大差はないこと、第三に、約定利用権では建物競落人は民法第

六一二条の制限を受け、裁判所の許可を必要とするが、それは経済上の給付との引き換えで認められるに過ぎないのに、法定地上権を認めることにより、抵当権者は何らの反対給付なくして思わぬ利益を手に入れることになり、均衡を失うこと、などの疑問点を掲げ、結局、混同の例外規定を無視してまで約定利用権に代えて法定地上権の成立を認める必要はなく、抵当権設定時に土地と地上建物の所有者が異なる場合は、土地抵当型・建物抵当型のいずれにおいても、約定利用権の問題として処理すべきであり、法定地上権を否定するのが理論的にも一貫しており、実質的判断としても適切であると主張している。<sup>(35)</sup>

右の副田教授の見解は、第一の点を除いて、どれも一理ある指摘であるが、筆者の理解とは若干異なる点がある。第一の指摘については、元々、法定地上権の内容は後から決めるべきものであり、地代については当事者の協議が整わないことを最初から顧慮して、裁判所が定めることとしているのであるから（第三八八条後段）、この点は制度上当然の事柄に属するという反論を許すであろう。また、第二の指摘については、地上権は物権であり、登記を予定している権利であることから、処分が自由であること、この点が、何よりも債権としての土地賃借権に優るところ大の性質であり、だからこそ、建物所有者には有利になる反面、土地所有者の負担は大きくなるという欠点を有するのであり、土地抵当権者にも不利益を及ぼす点なのである。したがって、両者に大差はないという指摘には大変疑問を覚える。<sup>(36)</sup>更に、混同の例外規定を無視してまで法定地上権を認める必要はないという点は、建物抵当型においては、果たして、混同の例外規定の目的の範囲に含めて考えるべき問題なのかどうか、つまり、第三者の権利の目的という意味は、元々、第三者の権利を害するおそれがあることから出てくる保護規定であり、建物抵当権者に不利にならないときは、混同による権利の消滅でもよいわけである。したがって、建物



抵当型においては、この見解はあたらない。では、土地抵当型はどうかというと、この場合には、混同の例外として約定利用権を残さないと、土地抵当権者の権利を害することにつながるので、約定利用権説を主張する意味がある。したがって、平成二年判決も、この線で考えていたはずである。しかし、約定利用権が使用貸借関係だったので、法定地上権成否の判断に移行したに過ぎない。

右に示したように、平成二年判決当時の学説の状況としては、約定利用権説を支持するものが多く、昭和四四年二月一四日の最高裁判決を始めとして、当時の判例、多数説であるとされていた。<sup>(37)</sup>しかし、当時の学説においても、約定利用権説をそのまま支持する学説ばかりではなかった。

まず、伊藤進教授は、建物所有のため土地に借地権が設定されている限りにおいては、建物の存続という点に限ってみれば、實際上、法定地上権説も約定利用権説もそれほど差異は生じないと解しつつ、ただ、平成二年判決の事案のように、使用借権に基づく過ぎない場合は、約定利用権説によると、競売による買受人はこの使用借権を土地所有者が承認しない限り対抗する余地はないことになるのに対して、法定地上権を認める見解に立てば、建物を存続し、土地を利用することが可能になるという重要な差異が生ずるものと主張している。<sup>(38)</sup>

また伊藤教授は、約定利用権が土地と建物が同一人に帰したことににより混同により消滅するか、混同の例外規定により消滅しないものと考えるかは、論理構成上の問題であって、事の本質はそこにはないことを意味するものと解し、このため、ここでの判断要素は、法定地上権は設定当時において約定利用権設定の可能性のない場合にのみ成立するに過ぎないかどうか、それとも抵当権の実行の時点で同一人に帰属する場合は、約定利用権によることなく、建物の存続のために法定地上権の成立が認められるかどうかにあると見ることができると主張し

ている。<sup>(39)</sup>

また、近江幸治教授も、伊藤教授と同様、約定利用権が親子や親族間での使用借権であったり、賃借権が消滅していたような場合は、約定利用権説はその取扱いについてどのように考えているのかという疑問を提起しつつ、約定利用権説は、建物抵当・土地抵当を区別せずに、法定地上権は約定利用権の不存在という間隙を埋めるものという理由から、従来存在した約定利用権は二番抵当権設定時にも混同によって消滅せず、法定地上権の成否は一番抵当権を基準として決すべきだと解しているが、法定地上権とは、約定利用権が不存在のための規定か否かはなお検討する必要があるとし、その理由は、約定利用権が使用借権であったり、土地・建物を親子で所有しているという場合において、斯様に解すると、建物の存続が殆ど図られなくなるからだと解しており、そもそも、学説が「混同」云々を持ち出すのは、法定地上権を成立させるのか、それとも約定利用権の存続のみを認めるのかという判断についての法テクニクであって、それ自体は法理論的に何の意味もないことを注意すべきであると主張している。<sup>(40)</sup>

## 第二項 実務家からの評価

次に、平成二年判決に対する実務家からの評価について概観する。

まず、小田原満知子調査官(当時)は、法定地上権の成否に関して学説上において議論が分かれている点について、平成二年判決は、「建物を目的とする抵当権の場合と土地を目的とする抵当権の場合における利害関係の相違に着目し、土地を目的とする抵当権については、競売によって消滅する最先順位の抵当権設定時に法定地上

権成立の要件が充足されていなかった場合には、後順位抵当権設定時において法定地上権成立の要件が充足されていたとしても、法定地上権は成立しないとする説を採ることを明らかにしたものである」として、「この判断は、通説及び前記昭和四四年最判、昭和四七年最判の流れに沿うものと」解している。<sup>(41)</sup>

また、小田原調査官は、平成二年判決につき、一番抵当権設定時に建物が建っていた場合は、法定地上権のみならず、競売により約定利用権も消滅するものとして土地利用権を一般的に否定しているかのような指摘をする向きもあるが、「本判決が一般的に約定土地利用権の存続を否定していると解するのは相当ではない」と反論している。<sup>(42)</sup><sup>(43)</sup>

次に、秦光昭教授（当時は日本長期信用銀行）は、約定利用権説が、土地抵当型と建物抵当型との関係において、理論上の一貫性に重点を置き、建物抵当型の判例法理（昭和一四年大審院、昭和五三年最高裁の両判決）を否定して、法定地上権の成立を否定している理論構成に一応配慮しつつも、法定地上権制度の趣旨から、利害関係人の保護に欠けない範囲で可能な限り法定地上権の成立を認め、法定地上権の成否は各抵当権ごとに決定するが、後順位抵当権について成立する法定地上権は、先順位抵当権者その他の利害関係人に対しては対抗することができないこととし、後順位抵当権に基づく法定地上権が利害関係人に不利とならない場合、または利害関係人がその法定地上権の成立を承認する場合は、やはり法定地上権の成立を認めるというように、判例法理を統一的に理解する考え方もありうると主張している。<sup>(44)</sup>ただ、秦教授は、斯様に統一的に解したとしても、「従前から土地の利用権があるときは、その利用権を法定地上権に置き換えることが常に第一順位抵当権者に有利と言えるかという問題が残る」ので、<sup>(45)</sup>従前の土地利用権のほうが法定地上権よりも有利なものであるときは、第一順位の抵当権者ない

し競落人は、その利用権を主張することもできるといふ解釈を提言している。<sup>(46)</sup>

この秦教授の見解は、約定利用権説と法定地上権説とのバランスを考慮した見解として注目されるべきものであった。そして、筆者の理解によると、この見解によれば、前述した約定利用権説の瑕疵も治癒されるのでないかという印象を従来から抱いていた次第である。

### 第三項 小括

右に示したように、平成二年判決の判例評釈等を概観すると、従来からの学説の趨勢から、約定利用権説を声高に主張するものが多いという反面、この解釈に疑問を提起し、従来判例及び学説を統一的に理解し、各局面に応じた柔軟な解釈を展開しようというものもあつたように思われる。

従前の学説に対する批判的考察は既に述べてきたので再説は避けるが、状況の法的評価からは、最先順位の土地抵当権が設定された当時、土地と地上建物の所有者が別異の者に帰属していた場合は、既に約定利用権等、何らかの土地利用権は存在しているはずであり、この最先順位の抵当権が存続しているときは、後順位抵当権もその影響下にあるということは当然の前提である。この意味において、約定利用権説は正当な評価を受ける。そして、状況は、建物抵当型の場合も同様であるように見えるが、前述したように、建物抵当型は借地権者が抵当権設定者であり、建物の後順位抵当権設定時に借地権者自身が借地所有権を取得しているから、もはや借地権は不要となり、これが法定地上権に転化しても、土地所有者となった借地権者の負担が増えるだけであるから、この場合に混同の例外規定を引き合いに出して約定利用権の存続を声高に主張する必要もないわけである。

したがって、約定利用権説が機能するのは、土地抵当型に限られるのである。

しかし、事案が土地抵当型の場合において、約定利用権と思しき権利が競売による売却手続終結の折りに消滅する権利であるとしたら、約定利用権説はどのように説明するのであろうか。星野教授や村田教授の提唱されるように、その権利関係は須く「土地賃借権」に格上げされるといふ理論構成も考えられよう。

しかしながら、土地賃借権でも、抵当権に対抗することができないものは、やはり、売却手続終結時には消滅する権利である。したがって、この場合には、平成二年判決の採った解釈が正当なのであり、そこまで約定利用権説に固執する意味はない。右に小田原調査官が説明していたように、平成二年判決も当初の約定利用権を否定するものではなく、ただ、土地利用権が使用貸借もしくは類似の土地利用権に過ぎず、抵当権の実行により覆滅される運命にある権利関係であるからこそ、法定地上権の成否に関する構成に変わっただけの話であり、最終的には、一番抵当権者の土地担保価値評価を損なうという結果を避けて、結局、法定地上権も認めなかったという話に過ぎない。

したがって、約定利用権説は、右に論じてきた限りにおいて存在意義を有するに過ぎず、法定地上権説をも顧慮した上で、バランスのよい法律構えないし解釈が求められるのである。

それでは、次に、本稿における解釈上の必要から、引き続き、平成一九年判決に対する各界からの評価について掲げ、考察の対象とした後に、結論へと向かうこととする。

### 第三款 平成一九年判決に対する評価

#### 第一項 研究者からの評価

それでは、次に、平成一九年判決に関する研究者からの評価について概観する。

まず、松本恒雄教授は、平成一九年判決は、「二番抵当権設定時基準説を採用するに際して、形式的理由として、「抵当権が設定され、その実行により」という民法第三八八条の表現から、存続している最先順位の抵当権を基準として考えるべきであると解した上で法定地上権の成立を認めたが、重要なのは、形式的理由よりも実質的理由であるとして、原審が、実質的理由として、法定地上権割合が高く、先順位抵当権の被担保債権額が少額るときは、法定地上権減価が先順位抵当権の消滅に伴う後順位抵当権の把握する価値の増加を上回り、後順位抵当権への配分額が減少し、法定地上権の負担なしとして担保余力を把握していた後順位抵当権者の利益を不当に害するので、法定地上権の成立を否定したという点、また、これを避けるために、土地に後順位抵当権を設定する際には先順位抵当権の消滅と法定地上権の成立を仮定して担保余力を評価すべきものという解釈は、その設定時点において、当該土地の有する法定地上権の負担のない担保価値の完全な活用が阻害されるという不都合が生ずるので許されないと解している点を肯定的に評価している。<sup>(47)</sup>

そして、その上で、「一般に法定地上権の成否についてのルールが明確であれば、抵当権者に不測の損害を与えるものではないから、二番抵当権設定時基準説をとれば、抵当権者は、①法定地上権の負担なしの土地の第二順位としての配当可能額と、②法定地上権負担付き土地の第一順位としての配当可能額のどちらか小さい方を上

限とする与信を行うことに」なるものと指摘し、調査官解説では、「一番抵当権設定時基準説では、乙抵当権者は法定地上権不成立の利益と第一順位で配当を受ける利益をとにも収受しようという過大な保護を受けることを批判する」が、「この場合であれば、抵当権者は①を上限とする与信を行うだけであるから、両方の利益を収受できるわけではない」として、調査官解説を批判し、「したがって、一番抵当権設定時基準説と二番抵当権設定時基準説の相違は、担保余力の活用による債務者と抵当権者の利益を重視するかどうかにある」と主張する<sup>(48)</sup>。

また、松本教授は、ご自身が従来から唱えていた約定利用権説については、やはり、この考え方を原則と解しており、平成一九年判決の第一審が、元々先順位抵当権を基準にすれば法定地上権は成立しないので、土地と地上建物の所有者となった者は、せいぜい建物については従前設定されていた土地利用権しか存在しないことを甘受すべき地位にあるにもかかわらず、先順位抵当権の解除により、法定地上権の負担なしという後順位抵当権者の期待を害してまで、その所有者に法定地上権の成立という利益を与える必然性はないと解していたという箇所を引用しつつ、斯様な「実質論に惹かれるが、過去に消滅している抵当権の設定時にまで遡って調査しなければならぬ」という上記（実務からの〔筆者註〕）批判は、この場合にも妥当しよう」と解して、<sup>(49)</sup>実務からの賛成評判に遠慮した形で、いわば一歩引いた形の論述となっている。

次に、生熊長幸教授は、本判決の妥当性について、①一番抵当権設定当時は法定地上権の成立要件を満たさなくとも、二番抵当権設定時にはこれを満たしていた場合と、②一番抵当権に遅れるが、二番抵当権には優先する約定土地賃借権の場合とを掲げ、いずれの場合でも、一番抵当権が弁済等によって消滅すれば、その後に行われた二番抵当権の実行による競売により、前者①では法定地上権が成立し、後者②では約定利用権が存続

するので、本判決が論じていることは、斯様な別のケースにおいても妥当すると述べ、要するに、後順位抵当権の設定を受ける債権者は、「抵当不動産の利用権との優劣については、自らが抵当権の設定を受けた時を基準に判断されることを予定していなければならない」と主張する。<sup>(50)</sup>

しかし、これらの観点のうち、前者(①)のケースにおける法定地上権の成立という効果発生は、最先順位の土地抵当権が消滅した結果を受けての特別措置であり、この観点は、平成一九年判決から導かれる効果であるが、前述したように、この点は必ずしもそのように解する必然性はない。また、後者(②)のケースにおける約定利用権の存続という効果発生は、現存する土地抵当権と約定土地賃借権との対抗関係という問題に帰するものであり、格別に平成一九年判決から導かれる効果ではない。

また、生熊教授は、斯様な考え方は、土地抵当権設定者の立場を考へても妥当であるとし、本件のように、妻が土地所有者で、夫がその地上建物の所有者であり、一番抵当権設定時には法定地上権の成立要件が充足されず、二番抵当権設定時にはこれが充足される場合は、土地抵当権設定者としては、一番抵当権の被担保債権の弁済に努めることになり、これは果たされたが、後順位抵当権の被担保債権の弁済までできず、抵当権が実行されたときは、後順位抵当権設定時に法定地上権の成立要件が充足されていたのであれば、建物所有者のために法定地上権の成立が認められたとしても、これは妥当な判断であると主張する。<sup>(51)</sup>

しかし、債務者が債権者に弁済できなかったという事実は、個別事象ごとのまさに個人的事情に過ぎず、また、抵当権の設定及び弁済開始時期にもよるが、一番抵当権も二番抵当権もともに金銭消費貸借に起因するのであれば、同時に弁済が進行しているはずであり、たまたま一番抵当権者に完済することができたが、二番抵当権者に



は弁済することができなかつたという事情のみで、二番抵当権を基準として法定地上権の成否を考えるという立論には賛成することができない。

更に、生熊教授は、二番抵当権の設定を受ける債権者は、その設定時に法定地上権の成立要件が充足されている以上、自らが最先順位の抵当権者として担保不動産競売の申立てをすることが想定されているので、法定地上権の成立を認めても、二番抵当権者に不測の損害を与えることはなく、反対に、この場合に法定地上権の成立を認めなければ、夫婦間や親子間においては借地権が設定されないというわが国の実情を考慮すると、建物の存続を図りえなくなるという大きな不利益をもたらすことになる<sup>(52)</sup>と主張する。

しかし、既に述べたように、この場合の二番抵当権者は、たまたま最先順位の抵当権者になつただけという場合もあり、一概に生熊教授のいわれるような状況とは言えないと思われる。平成一九年判決や生熊教授のいわれるように、この観点を一般化した場合には、同一所有者要件を充足していない時期に土地に一番抵当権を十数年前に設定し、着々と弁済してきたところ、新規融資の必要があり、二番抵当権を設定した時期にはたまたま同一所有者要件を充足していたという事実と、一番抵当権と二番抵当権とがそれほど年数を経ないで設定された場合において、二番抵当権設定時に同一所有者要件を充足していたという事実を同一に論ずることになり、確かに、前者の事実であれば、平成一九年判決や生熊教授のいわれるところが妥当するのであるが、後者の事実において、宝くじに当たつたとか、遠い縁者から財産を遺贈されたなどの事由により、たまたま大金が転がり込んで、金額の大きい一番抵当権者のみ完済したが、その後、資金繰りが悪化して、二番抵当権者から競売申立てがなされたときでも、二番抵当権設定当事者の設定当時の思惑とは無関係に法定地上権を成立させるという措置に、果た

して公平かつ妥当な解決という評価が与えられるであろうか。はなはだ疑問である。

次に、小山泰史教授は、まず、同一所有者帰属要件の基準時を最先順位抵当権設定時とするか、それとも後順位抵当権設定時を基準時とするかという従来の理論構成について、「土地抵当・建物抵当を問わず、常に例外なく一番抵当権設定時を同一所有者要件の充足の基準時とする解釈は、本判決によって明確に否定されたといえる」と指摘する。<sup>(33)</sup>この点は、建物抵当の場合は既に従来の判例法理から後順位抵当権基準時説を採用しているので、本判決は土地抵当類型における例外(最先順位抵当権消滅型)として位置付けられたと見るべきではないだろうか。

また、小山教授は、平成一九年判決の示すところは、「同一所有者要件の充足については、後順位抵当権者は常に法定地上権が成立することを前提として控えめに担保評価をせよ」という点に尽きるのではないかと主張し、法定地上権の成立・不成立の予測について、保護に値するのは一番抵当権者の期待のみであり、それ以外の後順位抵当権者や転抵当権者等の予測可能性は、重視するに値しないといひ、他方、本判決の採用する競売時最先順位抵当権基準説は、競売手続の売却条件の定め方と基本的に同様の考え方に立つものであり、執行実務にとつては、簡明な処理を可能にすることから、歓迎されるものであり、また、過去に消滅した抵当権を必ず閉鎖登記簿謄本により確認し、その設定当時の所有権の所在を確認することは実務上の負担であること等から、平成一九年判決は、一番抵当権者の予測可能性を最大限に保護するというある種の割り切りをすることによって、同時に、後順位抵当権者の予測可能性よりも執行実務のスムーズでかつ画一的な処理を優先させたものと評価している。<sup>(34)</sup>

次に、下村信江教授は、平成一九年判決の示した基準のうち、抵当権の消滅可能性と競売における法定地上権の成否について既に消滅した抵当権者の利益を考慮する必要のないことについては首肯することができるが、後

順位抵当権設定時における担保余力の把握、ひいては競売評価という点と、後順位抵当権を基準として法定地上権の成立を認めても後順位抵当権者に不測の不利益を与えないという点については、次のような疑問を提起している。即ち、下村教授は、平成一九年判決の原審判決理由が述べたところを踏まえつつ、平成二年判決のケースを前提とすると、土地の一番抵当権が存続すれば法定地上権は成立しないので、二番抵当権者は、法定地上権の不成立を予測しつつ担保価値を把握していたものと考えられ、また、法定地上権が成立するものと仮定して担保余力を評価すべきであるという解釈は、その時点において、当該土地の有する法定地上権の負担のない担保価値の完全な活用が阻害されるという不都合が生ずることを理由として、原判決は法定地上権の成立を否定したので、競売による買受人は、法定地上権が成立しないものという評価の下で買い受けた可能性がないとはいえないと指摘し、また、二番抵当権の設定時に、一番抵当権が将来消滅することを予測し、その消滅による順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益を考慮して担保余力を把握するのは実際上は困難ではないかと指摘している。<sup>(55)</sup>

右の解釈は、二番抵当権設定当事者の意思及び土地担保評価と売却基準価額を決める際の評価、ひいては買受人の立場を総合的に考慮し、また、法定地上権の成立しないケースにおける後順位抵当権者と抵当権設定者たる土地所有者の担保余力の有効利用という観点から、公平かつ妥当な解決を導くものであり、正当である。

もっとも、前述したように(前掲註(13))、競売不動産の買受人は、物件明細書の記載と異なる権利関係によって当初の期待と異なる結果となった場合は、強制競売における担保責任(解除または代金減額)を債務者に対して追及することができ(民法第五六八条一項)、債務者が無資力であるときは、代金の配当を受けた債権者に対してこれを追及することができるので(同条二項)、買受人のことは事前考慮に入れなくともよいかのように見える。

しかし、この場合には、当該買受人は、本来、巻き込まれなくともよい紛争に巻き込まれることになるので、やはり、法定地上権の成否に関しては、慎重に考えるべきである。<sup>(56)</sup>

次に、原田昌和准教授は、平成一九年判決について、本件のようなケースにおいては約定利用権が存在し、土地に抵当権が設定された場合は、その後、土地・建物が同一所有となっても混同の例外として消滅せず、二番抵当権設定時にも存続していたはずであるから、一番抵当権の消滅後も、その約定利用権の対抗問題と解すべきであると指摘し、また、法定地上権の負担を仮定した担保評価が常に要求されると、担保価値の有効活用が害されると指摘し、更に、使用貸借には対抗力がないという問題もあるが、その解決のために土地利用権を一般的に法定地上権とするのは一貫しないと指摘する。<sup>(57)</sup>

この指摘については、前述したように、単純に約定利用権説によると、本来的に混同で借地権が消滅すべきケースの説明がつかないという点、また、そもそも約定利用権が対抗力のない場合及び債務不履行により解除された場合にも説明がつかなくなるという点において、妥当性を欠く場合があるという評価がなされる。<sup>(58)</sup>

## 第二項 実務家からの評価

次に、平成一九年判決に関する実務家からの評価について概観する。

実務家においては、まず、小沢征行弁護士は、後順位抵当権者により競売申立てがされた時点で既に抹消されている先順位抵当権を法定地上権成立の判断要素として用いることは、担保関係が固定されず自由に設定や抹消がされるという社会的事実を考えれば、具体的妥当性に欠け、また、そもそも、土地に後順位抵当権を設定する

際に建物を共同担保としないことは通常は考えられないという理由から、平成一九年判決に賛意を表明している。<sup>(59)</sup>

しかし、その一方で、古賀政治弁護士は、「売却条件として物件明細書に明らかにするとしても、後順位抵当権設定時には、先順位抵当権が競売までに消滅するかを予測できるわけではない」ので、「土地に後順位抵当権の設定を受けて融資をしようとする場合には、先順位抵当権の残債務額や弁済条件について十分注意する必要がある」として、今後は、被担保債権の弁済・時効消滅や抵当権設定契約の解除などによって、土地の先順位抵当権が消滅しそうな場合には、「同一所有者要件の判断基準が後順位抵当権設定時になる可能性があることと、法定地上権が成立する可能性があることを念頭に置き、……当該土地の担保余力を調査・評価し、それに見合った融資額を設定することになる」が、先順位抵当権が競売までに消滅するか否かの見極めは難しいことが多いので、後順位抵当権設定時にはなるべく土地・建物共同抵当権の設定を受けることが望ましいとして、融資担当者に対して注意を喚起している。<sup>(60)</sup>

しかしまた他方、亀井洋一弁護士は、古賀弁護士の懸念と同様、「後順位抵当権者に対して、抵当権の設定を受ける時点で、先順位抵当権の消滅による『順位上昇の利益』と『法定地上権成立』を予測したうえで、担保価値を判断することを求めるのは酷なように思われる」と解しつつも、「後順位抵当権者は、かかる事情を認識しながら、あえて抵当権の設定を受け、自ら法律関係に入るのであるから、不確定な事情についてもすべて総合したうえで、判断すべきとされてもやむを得ない」として、結局、「本件の事例における法定地上権の成立は、後順位抵当権者または競落人が、法解釈上のリスクとして認識しておくべき事項であった」と論じている。<sup>(61)</sup>

また、進んで、平成一九年判決に対し、明確にこれを批判する実務家もある。即ち、浅田隆氏（三井住友銀行）は、

平成一九年判決によると、後順位抵当権者にとって、法定地上権の成否は先順位抵当権が消滅するか否かによって決まるところ、これは「後順位抵当権者にとっては、予見可能性がなく、逆に不測の損害を与えるもの」になる可能性があり、「また、実質論として、本判決により後順位抵当権者は、より負担の大きいものが存しうることとの予測・前提でもって、担保価値を把握するのが通常となろうが、後順位抵当権者は、かかる負担を甘受する合理的理由はない」と主張する<sup>(62)</sup>。また、実務上、後順位抵当権を設定する際には法定地上権減価を前提とする評価をすることにつながり、そうすると、最終的には、負担は、担保評価減による資金調達困難という形で土地所有者に帰せられることになるとして、平成一九年判決を批判する<sup>(63)</sup>。更に、浅田氏は、同判決の理由部分中、後順位抵当権者の順位上昇の期待と法定地上権の不利益とが、あたかも前者のプラス効果を得るために後者の負担を引き受けるかのような表現が取られている箇所についても批判し、この両者は別個のもので、関連づけられる必要はなく、実際上も先順位抵当権の被担保債権額は様々であるから、両者が量的に均衡していることもないので、平成一九年判決における理由は、「後順位抵当権者が『法定地上権成立を……把握すべきもの』であるから、『不測の損害を与えるものではない』というロジックとなろうが、考えるに、これは単に同内容を言い換えたにすぎず、本判決には実質的・説得的な理由は言及がないことになる<sup>(64)</sup>。そして、浅田氏は、最後に、解釈としては、関係当事者の予測・期待は、すべて一番抵当権の設定時点でなされるとい認識で各人が取引に入るルールとするのが合理的であり、斯様な意味において、設定時基準説が妥当であると主張している<sup>(65)</sup>。

しかしながら、斯様な批判者に対しては、後順位抵当権者の期待は先順位抵当権者と同程度に常に保護されるべきだという考え方は実質的な価値判断としては必ずしも賛同することはできないとして、浅田氏の見解に反対

する畠山新判事の見解がある。<sup>(66)</sup>

畠山判事は、第一に、順位上昇の原則と競売手続における消除主義の不合理性を考慮した場合には、後順位抵当権者の期待はこれらの制度との兼ね合いで法的に劣位に評価することが健全な政策的判断であるとして、後順位抵当権が先順位に昇進した後は最強の抵当権となり、対象物件の担保価値を最優先に把握する反面、消滅した先順位抵当権を保護する必要が消失した結果、法定地上権成否の基準は後順位抵当権の設定時に移行して然るべきであると主張する。<sup>(67)</sup> また、第二に、本件は、後順位抵当権者の注意義務の範囲を画する貴重なリーディングケースになるという見地から、抵当権者は対象土地を現地検分すれば、土地利用権を生ずべき建物の存在を容易に把握することができ、所有者からその所有関係を聴取し、これを担保に加えさせるのは比較的容易であるとして、土地と建物を同時に担保に取つていれば、斯様な紛争は生じ得ないのであり、むしろ、安易な見通しや調査不足によって債権保全を怠った抵当権者側の落ち度を問わなければならないと主張する。<sup>(68)</sup> また、第三に、金融実務の大勢は、地上に建物がある場合の土地・建物の担保価値の把握について、法定地上権の成否に関する見通しが立てにくいので、法定地上権を考慮せずに、「単純に土地については、更地としての土地、建物については、地上権のつかない建物、との評価をするが、他方で、土地・建物双方を担保に取れる場合には、まさに本件のような不測の事態を避けるためにも、双方を担保に取るのを鉄則とする」とし、先順位抵当権の把握する担保価値については、「登記簿記載の債権額や極度額を検討はするものの、それ以上には現実の債権額や今後の取引の見込みなどは、他の債権者に対する情報の不足から調査していない」のが現状であり、これを前提とすると、「金融実務が、後順位抵当権の設定を受ける際に、土地及び建物について、先順位抵当権による法定地上権の成否を含め

て、同抵当権が把握している担保価値を厳密かつ分析的に把握し、回収可能性を検討しているとは到底考えられないし、それが可能とも思われない」と主張し、結局、斯様な金融実務の状況下では、土地・建物双方を担保にとつて安全を期すべきであるのに、これを怠った担保権者には応分の自己責任を負わせるというルールが、あるべき途だと主張する<sup>(66)</sup>。更に、最先順位の抵当権設定時を基準とするという考え方に立つと、過去に消滅した抵当権の設定時を基準とすることになり、そうすると、法定地上権の成否を把握する場合に、閉鎖登記簿謄本によって過去に消滅した抵当権をすべて点検し、その設定当時の土地・建物の帰属と照合して、法定地上権の消長を確認すべきことになるが、実際の裁判実務では斯様なことは行われておらず、また、斯様な処理のあり方自体、煩に耐えず、実際的ではないので、「法定地上権の成否は担保設定時と競売時とを問わず、現存する最先の抵当権で決するのが妥当である」ともと解し、平成一九年判決の「結論は、価値判断として妥当な線引きとすべきであり、現実の銀行実務や裁判実務とも整合している」と主張する<sup>(70)</sup>。

また、同じく裁判所サイドの見解として、宮坂昌利(元)調査官の解説においても、第一に、最先順位抵当権基準説を貫くと、すべての後順位抵当権者について、「法定地上権不成立の期待」がそのまま無限に引き継がれ、法定地上権成否の判断を徒に複雑にすること、第二に、抹消された抵当権を基準にすることは閉鎖登記記録を取り寄せて調査することになるが、膨大な作業となる上、閉鎖登記簿の保存期間等を考慮すると、現実的ではないこと、第三に、最先順位抵当権基準説に立つと、後順位抵当権設定時に先順位抵当権が本当に実在していたのか、それとも実体を失った登記が残存しているに過ぎないのかが決定的に重要になるが、先順位抵当権が既に利害関係から離脱している中で、競売手続においてこれを確定することは困難であること、第四に、最先順位抵当権基



準説は担保余力の有効利用を唱えるが、斯様な要請は、後順位抵当権の実行によって法定地上権が成立することを期待する建物所有者の利益に無条件かつ当然に優先するかのような議論には疑問があること、第五に、實質的に、後順位抵当権者が正当に期待できる利益は、せいぜい「法定地上権の負担のない価額での売却代金を原資に第二順位の配当を得る利益」にとどまるにもかかわらず、最先順位抵当権基準説によると、後順位抵当権者は、法定地上権不成立の利益と第一順位による配当を受ける利益をともに享受するという過大な保護を付与することになってしまい、疑問であることが主張されている。<sup>(七)</sup>

### 第三項 小括

#### 一. 評価のまとめ

右に概観してきたように、研究者・実務家ともに、平成一九年判決は、端的に言うると、後順位抵当権者は、最先順位の抵当権設定当時の状況如何に関わらず、常に先順位抵当権の消滅を視野に入れつつ融資額を決定し、抵当権の設定を受けなければならないと判示したものと解しているようであるが、この点について、研究者であると実務家であるとを問わず、賛成論者がいれば反対論者もいるという状況である。

まず、賛成論者の理論構成は、①抵当権は設定と消滅を繰り返すものであること、②土地に後順位抵当権の設定を受ける際は、法定地上権の成否について確定的な予測が困難なので、地上建物を共同抵当とすることが注意義務として当然要求され、この措置を執らない後順位抵当権者は自己責任を負担すべきであること、③後順位抵当権者は、法定地上権の負担を引き受ける代わりに、順位上昇の利益を獲得するので、何ら不測の不利を受けない

ないこと、④競売実務上、法定地上権の成否は、現存する最先順位の抵当権に関して検討していること、⑤先順位抵当権が消滅した場合でも、常に消滅した先順位抵当権を基準として法定地上権の成否を検討することとなると、過去に消滅した抵当権に関する閉鎖登記記録をすべて調査して、その設定当時の所有関係を調査することになるが、これは現実的ではなく、実際に行われることはないこと、⑥消滅した先順位抵当権を基準として法定地上権が成立しないことになると、後順位抵当権者は、法定地上権不成立の利益と順位上昇の利益とともに獲得し、これでは過大な保護を与えることになり、妥当ではないこと、などとなっている。

他方、反対論者の理論構成は、研究者からのものは、①後順位抵当権設定時における担保価値把握状況を保護すべきこと、②後順位抵当権設定時に法定地上権が成立しないという予測が立てられる土地に関する担保余力の有効利用を阻害すること、③約定利用権設定事案であることから、約定利用権の存続で処理すべきであり、法定地上権の成立で処理すべきではないこと、となっており、実務家からのものは、①競売開始後の物件明細書では売却条件として権利関係が明らかになるが、後順位抵当権設定時には先順位抵当権が消滅するか否かは予測できないこと、②後順位抵当権設定時には法定地上権減価が当然要求されることになるが、この評価減による不利益は結局抵当権設定者に融資額の減少として転嫁されること（ただ、この点は担保余力の有効活用をいう学説と同じことを言い換えたに過ぎない）、③順位上昇の利益と法定地上権成立の負担とは、被担保債権額が区々であるという実情を踏まえれば、必ずしもプラス効果とマイナス効果として均衡の取れるものではないこと（むしろ関連性はない）、などとなっている。

## 二. 評価に関する批判的検討

まず、賛成論者の理論構成について批判を加えると、抵当権は設定と消滅を繰り返すというが、この点は、筆者の認識とは大いに異なる。一般に、抵当権を設定するような大きい融資の場合は、弁済期間は最低でも一〇年、通常は二〇年から三〇年という長いスパンで融資されるものであり、また、金融取引が頻繁な企業金融の場合は、手形・小切手関連債権（当座貸越）を担保するための根抵当権の設定が一般的であり、同一不動産について抵当権が設定と消滅を繰り返すことは、土地転がしでもない限りありえない。

次に、法定地上権の成立に関する不安を払拭するために土地・建物一体型の共同抵当とすることについては、確かに融資者側の防衛策ではあるが、しかし、古い建物の場合は更地評価をして土地だけを抵当に取ることも比較的多いという従来の金融実務もあるので、必ず共同抵当にするとという金融実務がそのまま平成一九年判決事件の事案にも該当するのだろうか、この点は一概には言えないように思われる。<sup>(72)</sup>

確かに、建物抵当型の事案（最判昭和五三年九月二九日）に関する先行研究によると、「金融機関（銀行）の実務では、同一所有者に属する土地建物のうち、いずれか一方のみを担保に取るとは（いかに融資額が低くとも）まづ無く、まして敷地利用権原不明のまま建物に抵当権をつけることは考えられないようである。借地上の建物の場合は原則として借地権の担保力は認めず、……後日競落後の紛争がないよう予め地主の承諾書を取り付けたりしている」といわれている。<sup>(74)</sup>

しかし、平成一九年判決の事案は、土地抵当事案であり、一番抵当権設定当時は使用貸借レベルの土地利用権が存在していたに過ぎず、また、これが約定利用権であるとしても、抵当権には対抗することができない権利関

係であることから、法定地上権は成立しないという予測が立てられるべき事案であり、一番抵当権者として、一番抵当権者と同様の予測を立てるべき事案であるから、この先行研究のおそらくは金融実務に関する実態調査に基づくであろう指摘も必ずしもあたるものではないと思われる。

また、この場合において、土地・建物一体型共同抵当という措置を執らない金融機関に対しては自己責任で片付けるという構成は、公平の原則を旨とすべき法律論として適切さを欠くのではないだろうか。

次に、順位上昇による受益と法定地上権の成立という負担による利益・不利益調整の妥当性については、先順位抵当権と後順位抵当権との間における設定時間隔の空き具合や融資額など、個別事情によってかなり異なるので、必ずしも妥当な調整にはならない。<sup>(76)</sup>

更に、競売実務上の取り扱いについては、現存する最先順位の抵当権の実行に基づいて、建物存続のために土地利用権の成立を図るのであるから、法定地上権の成否について、現存する最先順位の抵当権に関して検討するということは当然の話であるが、ここで過去に消滅したすべての抵当権に関して閉鎖登記簿ないし記録を確認する作業が煩瑣であることを引き合いに出しているという点については、それは全くおかしな議論である。後順位抵当権設定時に法定地上権の成立要件を充足したのであれば、その当時に現存する先順位抵当権設定時における土地と地上建物の所有権の帰属状況と抵当債権額等を確認し、法定地上権の成否に関する「参考資料」にすればよいだけの話であり、過去に消滅した当該土地のすべての抵当権を調査するというのは的外れな見解である。また、たとえ過去に設定された抵当権が数件あったとしても、後順位抵当権設定時に現存する抵当権の件数は、その後順位抵当権が二番抵当権なら一件、三番抵当権なら二件に過ぎず、大した件数ではないはずである。更に、

たかだか登記簿を調査する程度で「煩瑣な作業で非現実的」だという姿勢が執行実務を掌る裁判所の全体像であるとするれば、この姿勢は改めるべきものであらう。

右の批判に対しては、後順位抵当権設定時基準説の賛成論者から、基準とする一番抵当権が「消滅した後、場合によっては確たる資料もない状態の中で吟味し、確定しなければならぬ」と解し、これでは「抵当権の設定を受けようとする者や執行裁判所に過度の負担が生じ、それゆえにまた、右土地の担保価値の有効利用及びその円滑な実現を阻害する」ことにもなりうるといった反論が予想されるが、既に論じてきたように、登記簿の調査は大した負担にはならず、また、土地担保価値の有効利用及びその円滑な実現を阻害する解釈になるのは、平成一九年判決の解釈を一般化した場合に生ずる懸念であり、むしろ逆である。

次に、反対論者の理論構成については、これまで論じてきた内容から、もはやいまでもないと思うが、単純に約定利用権の存続を主張する見解を除き、極めて妥当な見解として評価することができる。特に、後順位抵当権者の法定地上権不成立の予測と担保余力の有効活用という観点が最も重要なものであり、この観点を重視することによって、不動産の担保価値利用者全体の法的安全・安定に資する解釈につながるものであり、平成一九年判決の観点を貫くと、これに反する結果となり、是認することはできない。<sup>(77)</sup>

註 (17) 柚木馨「判批(大判昭和一四年七月二六日)」(民商法雜誌第一〇卷第六号(一九三九年)一一四頁(一一八頁))。

柚木博士は、判例も法定地上権の成立要件を頗る緩やかに解し、①「同一所有者要件」と、②競売の結果として建物とその地上に存立する法上の基礎を失うこと、の二点をもって、その成立要件としてきたのであり、この点は、学説の賛同を得ているものと主張している。また、柚木博士は、更にその成立要件を拡張すべきであるとして、別の要件である抵当権設定当時における地上建物の存立さえ要件から削除すべきであると主張している(同・一一九頁)。もっともこの第一要件を充足していない場合にも法定地上権の成立を認めよという主張は、抵当土地の利用促進という意味においては一理あり、柚木博士が、法が一方において抵当地の自由な利用を許しておきながら、他方では法定地上権の成立を否定し、競売後の取り壊しを命ずるのは矛盾の甚だしいものである(柚木馨「担保物権法」〔有斐閣、一九五八年〕三二三頁)と主張するところも、その限りにおいては理解することができる。柚木博士は、この場合に法定地上権の成立を認めると、土地抵当権者に不測の損害を及ぼすことになるので、土地抵当権者にとって負担の最も軽い内容にすべきであると解して、その内容で調整するという解釈を展開している(柚木「担保物権法」同頁)。しかし、いくら内容において調整しようとしても、土地抵当権設定時に建物が存在しない状況で、土地抵当権者に法定地上権を予期しつつ抵当権の設定を受けるといふのは、逆に、不動産所有者において金融の途を狭める結果を招来することになるので、やはり、この法定地上権の成立をできるだけ拡張せよという見解は妥当性を欠く。

註(18) 石田文次郎『擔保物権法論上巻』(有斐閣、一九三六年)二九五頁。石田博士の見解は、柚木博士ほど極端ではないが、積極的に法定地上権の成立を認めるという意味において共通性を有するものである。石田博士によると、「土地を抵當に供する時に既に建物が存在してゐるのであるから、抵當権者は建物の存在する土地として評價するのが常態である」と解し、「故に地上権の存在する土地として競賣せしめても、敢て抵當権者に不利益を與へない」として、この場合は、民法第三八八条を類推して、建物のために法定地上権の成立を認めたいとしている。

また、構成は若干異なるものの、中島玉吉博士も、「本條ノ根據ハ抵當權設定者ノ推定的意思ニ在リ」という前提に立ち、「抵當權設定當時ニ於テハ地上權設定ノ意思アリ能ハストスルモ土地所有者力建物ノ所有權ヲ取得スル時ニ當リテハ競賣ニ付キ地上權ヲ設定スルノ意思アルモノト見ルヲ得サルニアラス、故ニ此場合ニハ本條ノ適用ナキハ明

カナリト雖モ……本條ノ準用ハ敢テ不可ナラス、何トナレハ抵當權ノ物體タル建物ヲ取得スル土地所有者ハ早晚抵當權カ實行セラレ建物ハ競賣ニ附セラルルヲ覺悟スルモノナルヘケレハナリ」と論じて、法定地上權の成立を積極的に認めている（中島玉吉『民法釋義卷之二下物權篇下』〔金刺芳流堂、一九一六年〕一一五八頁）。

註(19) 我妻・前掲書（前掲註〔2〕）『新訂擔保』三三五頁。我妻博士は、借地権者（建物所有者）が建物に抵當權を設定した後に借地の所有權を取得した場合には建物抵當權の効力が約定利用權に及んでおり、これが更に法定地上權に拡張するといふべきであるという自説について、「新たな抵當權の設定のない場合にも同様に解すべきことはむしろ当然であろう」と主張していた。しかし、この最後の主張は、前掲最判昭和四四年二月一日によって否定された形となっている。

註(20) 箕田正一「判研（大判昭和一四年七月二六日）」法学新報第五〇卷第一号（一九四〇年）一三九頁（一四四頁）、四宮和夫「判評（大判昭和一四年七月二六日）」『判例民事法第十九卷（昭和十四年度）』（有斐閣、一九四一年）一九九頁（二〇一頁）、我妻榮編『判例コンメンタールⅢ担保物權法（清水誠）』（日本評論社、一九六八年）四三九—四四〇頁。

註(21) 松本恒雄「法定地上權と法定質借權」『金融担保法講座Ⅰ卷』（筑摩書房、一九八五年）二四七頁、東孝行「土地・建物の担保取得と法定地上權の成否」『判例・先例金融取引法』（金融財政事情研究会、新訂版、一九八八年）二六二頁（二六三頁）、田中克志「法定利益權の効力とその内容」『担保法大系第1卷』（金融財政事情研究会、一九八四年）四八六頁（四九八—四九九頁）。また、約定利用權は混同により消滅することはないという論拠をもつて法定地上權の成立を否定するという点において、檜梯次「担保物權法」（有斐閣、一九八六年）二二三頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男「担保物權法」（有斐閣、第三版、一九八二年）三五二—三五三頁、高木多喜男「担保物權法」（有斐閣、第三版、二〇〇二年）一九八—一九九頁も同旨の見解である。

註(22) 高木多喜男「法定地上權の法理」『金融取引と担保』（有斐閣、一九八〇年）一二五頁（一八六頁、一八八頁）。

この高木教授の主張と類似したものとして、それ以前にも、奈良次郎調査官の見解がある。奈良調査官は、前掲最

判昭和四四年二月一四日の判例解説において、最判昭和三七年九月四日(民集一六卷九号一八五四頁)を引用しつつ、「結局、法定地上権の法意は、当事者間で利用権の設定が法的に不可能なときの最後の調整機能という面は、一民法第三八八条の規定の解釈上かなりゆるめられつつあるけれども一崩さないというのであるうか。建物の利用存続という国家経済上の要請も、右をこえることは許されないとするのであろう。」と論じている。

因みに、奈良調査官の引用に係る最判昭和三七年九月四日は、「民法三八八条の規定を設けた趣旨は、土地とその上に存する建物が同一の所有者に属し、その土地またはその建物のみを抵当の目的とした場合において、土地建物の一方のみの競売があつたときは、土地建物は各別にその所有者を異にするに至り、建物の所有者は建物所有のため土地使用の権利を有しないこととなり、この結果は建物所有者ひいては抵当権者に損失を及ぼすことがあるばかりでなく、社会経済上も不利益である、というにあるものと」解されると判示したものであり、意味合いとしては奈良調査官のいうところと符合しているものと思われるが、直接的には、奈良調査官のいう「当事者間で利用権の設定が法的に不可能なときの最後の調整機能」という件は出てこない。したがって、この件は、奈良調査官の創作に係るものと思われる。この点については、奈良次郎「判解(最判昭和四四年二月一四日)」「最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度」(一九六九年)九五六頁(九五九—九六〇頁)参照。

註(23) この点は通説といつてよい。判例は、大審院においては、大判大正一一年一月二四日民集一卷七三八頁が、地上権付きの建物に抵当権が設定された場合は、抵当権の効力が地上権に及ぶので、地上権の放棄は許されないと判示し、また最高裁においては、最判昭和五二年三月一日民集三一巻二号一七一頁が、土地賃借権付き建物に抵当権が設定された後、この建物の譲渡に伴い、土地所有者が賃借権の譲渡を承諾した後、建物が競売されたので、土地所有者が競落人に対しても賃借権の承継に対して承諾を与えたという事案において、抵当権の効力に基づき、競落人に対する承諾が優先するものと判示している。ただ、競売における建物の買受人は、約定利用権が土地賃借権である場合は、賃貸人に対抗することができないので(大判昭和七年三月七日民集一一巻二八五頁、前掲最判昭和五二年三月一日〔本註〕参照)、賃貸人から承諾を受けなければならぬ。そして、その場合において、土地所有者が承諾により不利益を受けないにもかかわらず、承諾しないときは、買受人が代金支払後二カ月以内に裁判所に申し立てるこ



とにより、裁判所が承諾に代わる許可を与えることができる（借地借家法第二〇条）。

因みに、約定利用権説を唱える高木多喜男教授は、右のように抵当建物の競売により建物を買い受ける者は約定利用権たる賃借権を直ちに取得できるのではなく、借地借家法第二〇条一項によって、経済上の給付により借地権を取得することができる性質のものであるにもかかわらず、この場合に法定地上権の成立を認めると、何らの反対給付もなくして地上権を手に入れるということになるので、妥当な解釈ではないとして、この点を自説の論拠としている（高木・前掲書〔前註『担保物権法』〕一九九頁、同『金融取引と担保』一四三—一四四頁）。

註(24) 我妻・前掲書〔前掲註(2)〕『新訂擔保』三三七—三五八頁。

註(25) 我妻・前掲書〔前掲註(2)〕『新訂擔保』三七四頁。

註(26) 前掲最判昭和四四年二月一四日〔前掲註(9)〕は、「抵当権設定当時において土地および建物の所有者が各別である以上、その土地または建物に対する抵当権の履行による競落のさい、たまたま、右土地および建物の所有権が同一の者に帰していたとしても、民法三八八条の規定が適用または準用されるいわれは」ないと判示している。この判示に関する理由は、その引用に係る原審（第一審を引用）が、民法第三八八条の要件について、「抵当権設立当時に土地及び建物が同一の所有者に属する場合のみを法定地上権の要件とするものであり、従つて本件のような場合にも同条を適用して法定地上権の成立を認めるべきでないことは同条の規定上極めて明白である。若し本件のような場合にも同条の適用を認めれば、抵当権設定当時存在した土地賃貸借契約以上の土地利用権を競落人に与えることになりその不当なことは明らかである」と論じているので、抵当権設定時における要件充足だけは厳守されており、この件から、約定利用権説が脚光を浴びることになる。

ただ、建物の競売手続において、物件明細書に記載される土地利用権が「法定地上権」と明記されているときは、競売評価も法定地上権価額を算定し、その分を上乗せして売却基準価額を算定するので、建物の買受人は対価を支払つて購入することになる。したがって、この場合には、あながち不当ではない。むしろ、この場合に法定地上権の成立を認めないと、この買受人の期待に反することになり、担保責任の追及という問題になる（民法第五六八条）。

しかし、近時の学説も、本文に述べたような理由付けをもって、この判例法理に賛意を表明している。例えば、高

本前掲書(前掲註〔21〕「担保物権法」一九八一—一九九頁、近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権』(成文堂、第二版補訂、二〇〇七年)一九六頁(近江教授は旧版「担保物権法」(弘文堂、新版補正版、一九九八年)一九二頁では我妻博士の見解に与っていたが、本書により改説された)を参照。

註(27) 同旨の見解として、四宮和夫「判評(大判昭和四四年七月二六日)」民事法判例研究會編『判例民事法第十九卷』(有斐閣、一九四一年)一九九頁(二〇一頁)がある。四宮博士は、建物抵当型の場合は約定利用権が存在するので、後順位抵当権設定時に同一所有者となったとしても、約定利用権を存続させばよいという学説に思いを寄せつつ、「しかし、土地と建物とが同一人に帰属する以上、強き法定地上権の規定をして混同の例外規定に優先せしめるべきであらう」と論じている。四宮博士の見解は、法定地上権の効力が約定利用権の効力を上回るという点を重視し、建物抵当権の強化という観点から、斯様な結論を取られているものと思量する。また、もう一步深読みすれば、第三八八条の強行規定的存在にも配慮した見解とも読み取れる。

註(28) 判例は、借地権の対抗力に関して、地上建物の名義が借地権者でないときは、一貫して厳格な態度を取っており、家族の一員である長男名義の事案(最大判昭和四一年四月二七日民集二〇卷四号八七〇頁)、同じく妻名義の事案(最判昭和四七年六月二二日民集二六卷五号一〇五一頁、最判昭和四七年七月一三日判例時報六八二号二三頁)のいずれにおいても、借地権の対抗力を否定しており、その後も、養母名義の事案(最判昭和五八年四月一四日判例時報一〇七七号六二頁)、そして、譲渡担保権者名義の事案(最判平成元年二月七日判例時報一三一九号一〇二頁)において、同様に借地権の対抗力を否定している。この最後の譲渡担保権者の事案はその他の事案とは状況を異にするが、譲渡担保権者が親族の場合は、類似の問題となろう。

この厳格な判例の態度に対して学説は批判的であり、例えば、我妻榮<sup>II</sup>有泉亨博士は、建物の登記に建物所有の基盤である地上権もしくは土地賃借権の公示方法としての効力を認め、「借地権登記の代用をさせるということ自体に、わが登記制度の性格からみて無理がある」と主張し、取引の対象となっている土地の上に現に土地所有者以外の者が所有する建物がありうるところ、「実際の取引においては、建物の登記簿から借地権の存否を調べるのではなく、取引の対象として示された土地の同一性と建物等の存否が確かめられ、建物があれば、建物登記簿に及ぶのが普通であ

る」から、「このような現実をどの程度重視するかによって、結論を異にする」ものと論じており、結論として、「判例は厳格に過ぎる」と批判している（我妻榮『有泉亭』新訂物權法（岩波書店、一九八三年）三六五頁）。

また、廣中俊雄博士は、まず解積面において、建物保護法第一条には「賃借人カ……登記シタル建物ヲ有スルトキ」と規定され、借地借家法第一〇条一項には「借地権者が登記されている建物を所有するとき」と規定されているところから、登記名義はともかく、借地権者が実際の所有者であれば、対抗力を認めるといふ解釈が採りやすくなっている」と解している。更に、廣中博士は、妥当性の面においても、土地の買受予定者が現地検分によって建物の存在を知り、登記簿で確認した建物所有者と土地所有者への照会によって確認した借地権者とが異なる場合において、土地買受人が借地権者に建物収去土地明渡しを訴求して勝訴しうるといふ解釈は、「権利濫用法理あるいは背信的悪意者準則による借地権者の救済の余地があるにせよ、解積それ自体として不当なものといわざるをえない」と主張している（幾代通『廣中俊雄編』新版注釈民法（15）債権（6）（廣中俊雄）一八五一—一八五二頁）。

註(29)もつとも、土地抵当型においても、土地の担保価値を評価する際には、現地を検分することが当然要求され、現地を見れば、地上建物が存在していることは明白であるから、ここから、まずは建物の居住者に所有者に関する質問をするなどして、土地と地上建物の所有者が別であるか否かを調査して、土地の担保価値を評価するといふ考えに立つて行動すれば、余程の見込み違いがない限り、競売手続においても概ね同様の線で利用権の負担付きか否かを物件明細書に明記するなどして、評価をした上で売却基準価額が算定されるので、問題は簡単に解決しそうである。だが、権利関係の種類にもよるが、土地利用権という負担付きで抵当権を設定すると、一般的に、融資金額は低くなる。これが土地所有者の意思により、融資金額を高額にするために、土地利用権の存否が曖昧な場合は、利用権の不存在を前提として金銭消費貸借と抵当権設定契約をいたすれば、約定利用権の存在を前提とする解釈は、必ずしも「当事者の合理的意思」とはいえなくなるのではないか。本稿における解釈上の難問というのは、斯様な意味も有るのである。

註(30) 小杉茂雄「判批（最判平成二年一月二二日）」民商法雑誌第一〇三巻第四号（一九九一年）六三五頁（六四三

頁、六五〇頁)。

註(31) 小杉・前掲判批(前註) 民商法雜誌第一〇三卷第四号六四九―六五〇頁。「法定地上権は約定利用権不存在という空隙をうづめるためにあるというのがこの制度本来の趣旨である」という件は、前述したように(前掲註(21))、高木多喜男教授が主張していたところである。

註(32) 角紀代恵「判研(最判平成二年一月二二日)」法学協会雜誌第一〇八卷第一号(一九九一年)一九〇四頁(一九一二頁)。

註(33) 角・前掲判研(前註) 法学協会雜誌第一〇八卷第一号一九一四頁。

註(34) 村田博史「判解(最判平成二年一月二二日)」法学教室一九九〇年一〇八頁(一九九一年)九六頁(九七頁)も、約定利用権説に立脚しつつ、この村田教授の見解を支持していた。更に、この見解については、吉田邦彦「判研(最判平成二年一月二二日)」北大法学論集第四卷第四号(一九九三年)九三五頁(九四〇―九四一頁)も言及しており、この考え方には「若干無理がある契約解釈のようににも思われるが、もしこの立場が可能ならば、第三者に対して抵当権が設定された(またそれが親子間でも予定されていたと思われる)本件の場合にも類推する余地もあり」、斯様に解することが許されるなら、平成二年判決のような事案における法定地上権の成否という解釈問題は避けられると論じている。

因みに、右の親族間における使用貸借関係が崩れて他人が土地を利用することになった場合は賃貸借関係を擬制すべきであるという考え方は、夙に、星野英一教授が主張されていたところである(星野英一「借地借家法」〔有斐閣、一九六九年〕一五一―一六頁)。しかし、この考え方に対しては、擬制的に過ぎ、また、賃貸借と捉えたとしても、その具体的内容は明確ではないから、結局、最終的には裁判所の判断に委ねられることになり、結論において法定地上権と大差はないことになるという批判が寄せられている(清水元「判研(最判平成二年一月二二日)」法学第五七巻第一号(一九九三年)一〇八頁(一一四頁))。

註(35) 副田隆重「民法判例レビュー(担保)」判例タイムズ七四三号(一九九一年)三四頁(三九頁)。この平成二

年判決に対する副田教授の解釈論と概ね同旨の見解として、花本広志「判評（最判平成二年一月二二日）」一橋論叢第一〇五巻第一号（一九九一年）九三頁（九五―九六頁）がある。

註(36) この約定利用権と法定地上権とは実際上の効果面において殆ど差がないという見解は、従来から存在しているところ（例えば、瀬川信久「判評（最判昭和五三年九月二九日）」判例評論二四四号（一九七九年）一四頁）、このような考え方に対しては、筆者が本文において論じた物権と債権との相違点に基づく効力の違いを指摘するとともに、この理由以外にも、金融機関においては、借地権付きの建物よりも、地上権付きの建物のほうが遙かに担保価値あるものとして扱われているなどの理由により、約定利用権と法定地上権とを同一視することはできないとして、これを批判する河上正二教授の見解がある。この点については、河上正二「判研（最判昭和五三年九月二九日）」法学協会雑誌第九七巻第八号（一九八〇年）一二〇〇頁（一二〇七―一二〇八頁）参照。

註(37) 半田吉信「判評（最判平成二年一月二二日）」判例評論三八二号（一九九〇年）三〇頁（二六頁）。

註(38) 伊藤進「抵当権設定後に土地・建物が同一人に帰属した場合と法定地上権の成否」金融法務事情二二六七号（一九九〇年）六頁（八頁）。

註(39) 伊藤・前掲論文（前註）金融法務事情二二六七号八一頁。

註(40) 近江幸治「判解（最判平成二年一月二二日）」ジュリスト臨時増刊平成二年度重要判例解説（一九九一年）七二頁（七三―七四頁）。

註(41) 小田原満知子・前掲判解（前掲註（5））三八―三九頁参照。因みに、小田原調査官の指摘する「通説」とは我妻説のことを指しており、昭和四四年及び昭和四七年最判とは、「更地事案」において法定地上権の成立を否定する一連の判例法理、即ち、前掲最判昭和四四年二月二七日及び前掲最判昭和四七年一月二日（前掲註（4））を指しており、前掲最判昭和四四年二月一四日ではない。

註(42) この小田原調査官の指摘（小田原・前掲判解（前掲註（5））四〇頁、四二頁）は、半田・前掲判評（前掲註（37））判例評論三八二号三〇頁（三六頁）が、平成二年判決の判旨からは、「一番抵当権設定時に土地に借地権付き建物が建っていた場合でも法定地上権なし土地利用権が一般的に否定されるように読める」と解していた点を指

して批判するものである。

註(43) 小田原・前掲判解(前掲註〔5〕)四〇頁。

註(44) 秦光昭「判解(最判平成二年一月二二日)」ジュリスト増刊担保法の判例Ⅰ(一九九四年)一五四頁(一五六頁)。

註(45) 秦・前掲判解(前註)担保法の判例Ⅰ一五六頁。

註(46) 秦光昭「判解(最判平成二年一月二二日)」金融法務事情二二六二号(一九九〇年)二頁(三頁)。

註(47) 松本恒雄「判解(最判平成一九年七月六日)」ジュリスト臨時増刊平成一九年度重要判例解説(二〇〇八年)七二頁(七三頁)。

註(48) 松本・前掲判解(前註)平成一九年度重要判例解説七三頁。松本教授は、しかし、この場合において、法定地上権が成立するものとされても、土地・建物を共同抵当とすれば、土地の担保余力を把握することができるとして、半ば納得されている。しかしながら、この考え方を貫くと、後掲する畠山判事の見解のように、「共同抵当としない場合は、自己責任」という考え方につながりかねないという懸念が生ずる。

註(49) 松本・前掲判解(前掲註〔47〕)平成一九年度重要判例解説七三頁。

註(50) 生熊長幸「判批(最判平成一九年七月六日)」民商法雑誌第一三七卷第四・五号(二〇〇八年)四五七頁(四七四―四七五頁)。この生熊教授と同様、本判決の趣旨によれば、その他の成立要件が後順位抵当権設定時に充足されたという各種事案にも適用されると解する向きは多い。明確なところでも、松本・前掲判解(前掲註〔47〕)平成一九年度重要判例解説七三頁、池田雅則「判研(最判平成一九年七月六日)」金融法務事情一八四四号(二〇〇八年)三七頁(四〇頁)、高橋寿一「判評(最判平成一九年七月六日)」判例評論五九四号(二〇〇八年)二二頁(二六頁)、畠山新・後掲「判研(最判平成一九年七月六日)」金融法務事情一八二七号三四頁、などがある。

註(51) 生熊・前掲判批(前註)民商法雑誌第一三七卷第四・五号四七五頁。

註(52) 生熊・前掲判批(前掲註〔50〕)民商法雑誌第一三七卷第四・五号四七六頁。

註(53) 小山泰史「判研(最判平成一九年七月六日)」金融法務事情一八三八号(二〇〇八年)三六頁(四一頁)。

註(54) 小山・前掲判研(前註)金融法務事情一八三八号四三―四四頁。なお、小山教授と同様の指摘をしつつ、平成一九年判決の理論構成に賛意を表明するものとして、根本尚徳「判研(最判平成一九年七月六日)」北大法学論集第五九卷第二号(二〇〇八年)九一頁(一〇六頁以下)がある。

註(55) 下村信江「判研(最判平成一九年七月六日)」近畿大学法科大学院論集第四号(二〇〇八年)九七頁(一〇八―一〇九頁)。同様の指摘をするものとして、上河内千香子「法定地上権における同一所有者要件とその判断基準時の検討」NBL八九〇号(二〇〇八年)九〇頁(九五頁)がある。

註(56) 事実として、平成一九年判決における土地の競売手続において、執行裁判所は、法定地上権不成立という前提で物件明細書を作成し、これを前提として土地を評価し、売却基準価額を算定した上で売却しているので、買受人Xは、おそらく更地を買い受けたという意識で、しかも比較的高額で本件土地を買い受けたものと思われる。この事実関係は、後掲する宮坂昌利「時の判例」ジュリスト一三五五号一〇六頁が明らかにしているのであるが、宮坂(元)調査官は、「これを信頼したXは不測の損害を被ることになるが、民法第五六八条による保護を受けることができ」と述べ、この事後処理があるから問題はないとでもいうかのようである。しかし、本文で述べたように、この姿勢は妥当ではない。

註(57) 原田昌和「判解(最判平成一九年七月六日)」法学セミナー一六三三五号(二〇〇七年)一〇六頁。

註(58) この点について、松井宏興教授は、平成一九年判決の事案に約定利用権説を適用すると、一番抵当権設定時の土地・建物の権利関係を基準とすることから、一番抵当権設定時基準説の適用となり、そうすると、本件においては過去に消滅した抵当権の権利関係を調査することになるという批判に浴することになり、また、約定土地利用権が使用借権であるときは買受人に対抗しえないので、親族間に限定して法定地上権として認めるといふ解釈をすることになるが、明確な理由付けは困難であり、斯様な場合には法定地上権を認めないという判例(最判昭和五一年一〇月八日判例時報八三四号五七頁)もあることから、解釈上の難点があるとして、本件の場合には、二番抵当権設定時基準説を採って、法定地上権の成立を肯定するのが妥当であると主張している。松井宏興「判評(最判平成一九年七月六

日)「私法判例リマークス三七号(二〇〇八年)一八頁(二一頁)参照。

註(59) 小沢征行「判評(最判平成一九年七月六日)」金融法務事情一八二三号(二〇〇七年)四頁(五頁)。

註(60) 古賀政治「法定地上権の成否をめぐる裁判例と実務への影響」NBL八六五号(二〇〇七年)一四頁(二八一―一九頁)。

註(61) 亀井洋一「判解(最判平成一九年七月六日)」銀行法務21第六八〇号(二〇〇七年)四〇頁(四三―四四頁)。

註(62) 浅田隆「法定地上権の『同一所有者要件』をめぐる新たな最高裁判決」NBL八六五号(二〇〇七年)二〇頁(二三頁)。

註(63) 浅田・前掲論文(前註)NBL八六五号二三頁。

註(64) 浅田・前掲論文(前掲註(62))NBL八六五号二三頁。

註(65) 浅田・前掲論文(前掲註(62))NBL八六五号二三頁。

註(66) 畠山新「判研(最判平成一九年七月六日)」金融法務事情一八二七号(二〇〇八年)二三頁(二九頁)。

註(67) 畠山・前掲判研(前註)金融法務事情一八二七号三一頁。

註(68) 畠山・前掲判研(前掲註(66))金融法務事情一八二七号三一頁。

註(69) 畠山・前掲判研(前掲註(66))金融法務事情一八二七号三一頁。

註(70) 畠山・前掲判研(前掲註(66))金融法務事情一八二七号三一―三三頁。

註(71) 宮坂昌利「時の判例(最判平成一九年七月六日)」ジュリスト一三五五号(二〇〇八年)一〇五頁(一〇六頁)。

また、無署名ではあるが、判例タイムズ一二五一号(二〇〇七年)一四一頁、金融法務事情一八二〇号(二〇〇七年)四三頁掲載の「コメント」も内容が全く同一であることから、宮坂(元)調査官の筆によるものと思われる。この宮坂(元)調査官の主張を全面的に支持するものとして、四ッ谷有喜「判解(最判平成一九年七月六日)」速報判例解説―TKCローライブラリー「民法財産法No.20」(二〇〇九年)がある。

註(72) 堀龍児「民法判例レビュー」判例タイムズ六七一号(一九八八年)六四頁(六七―六八頁)は、土地・建物共



同抵当権を設定しようとする場合でも、原則として、土地を中心に考えて評価し、建物については建物だけの価格をベースにして評価し、古い木造建物であれば、建物の評価を全くせず、土地の更地価格をベースに評価額を算出することが多い旨を論じている。

註(73) 崑山判事の指摘するような、土地は土地のみの更地評価とし、建物は法定地上権の成立しない建物のみの評価をするという評価方法は、共同抵当建物の滅失・再築事案において最高裁が全体価値考慮説を採用することを宣言した最判平成九年二月一日(民集五一巻二号三七五頁)以後の金融実務においては顕著であると思われる。

註(74) 河上・前掲判研(前掲註(36)) 法学協会雑誌第九七巻第八号一二〇九―一二一〇頁参照。

註(75) 例えば、A所有の時価二〇〇〇万円の土地につき、一番抵当権者Bが更地評価で一四〇〇万円融資し、その一〇年後に時価が二五〇〇万円となった同じ土地につき、二番抵当権者Cがやはり更地評価でAのBへの弁済状況を考慮しつつ、担保余力を計算し、一〇〇〇万円を融資したが、その際には、同一所有者要件が充足されていたので、法定地上権が成立するとなれば、法定地上権価額五〇パーセント、競売減価一〇パーセント、競売諸費用一〇パーセントとした場合は、単純計算でも土地の売却基準価額(底地価格)は七五〇万円で、残債務額にもよるが、少なくとも、順位上昇の恩恵はあまり受けないことになり、地域によって法定地上権価額が高額であれば、殆ど恩恵は受けないことになるのである。この意味において、銀行実務の実際について論じた浅田氏の見解は正当として評価すべきものである。

註(76) 根本・前掲判研(前掲註(54)) 北大法学論集第五九巻第二号一〇七頁。

註(77) 道垣内弘人教授は、その著書『担保物権法』(有斐閣、第三版、二〇〇八年)二二二頁において、平成一九年判決に対してただ一言だけ、「担保の安定性を害するものであり、賛成できない」と評している。この観点は、筆者が本文において論じた点と同旨の見解として評価することができよう。

## 第五節 結語

これまで論じてきた内容から、法定地上権の「土地・建物同一所有者帰属要件」に関する従来から今日までの議論について、鳥瞰することができたように思われる。本稿において取り上げてきた判例及び学説に対する法解釈上の問題点の指摘やそれらへの批判については既に論じてきたので再説しないが、いくつか重要な問題点を指摘し、それらに関する私見をまとめて、結語としたい。

本稿において、最大の問題と思われる点は、平成一九年判決に限っていえば、「抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、一番抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、後順位抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利とを考慮して担保余力を把握すべきもの」であるという理由付け部分中、後順位抵当権設定時における一番抵当権消滅の予測、そして、ここから順位上昇の利益と法定地上権成立の不利とを考慮して担保余力を把握しなければならないという点に尽きる。

右の規範を一般規範化すると、平成二年判決や平成一九年判決の事案のように、抵当権者に対抗しえない約定利用権が観念されるに過ぎない場合は、抵当権設定時に、「法定地上権の成立しないケース」と認定し、担保余力を算定して、融資額を多めにした上で、抵当権の設定を受けるという「常識」が「非常識」として認められないという結果を招くおそれがある。

確かに、一番抵当権が存続する限り（まさにその限りにおいては）、一番抵当権だけはそのような担保余力の有効利用が認められ、法定地上権の成否が問題となる際には、「法定地上権の不成立という担保価値把握の保護」が図られるが、二番抵当権以下の後順位抵当権者には、斯様な担保余力の有効利用が許されず、その設定時において、一番抵当権の消滅に基づく順位上昇の受益と法定地上権成立の負担を前提として融資額を決定し、抵当権の設定を受けることを強制されることになる。しかし、土地の担保価値とその余力を評価した上で融資額を決定し、抵当権の設定を受けるといふプロセスは、一番抵当権者であろうと、後順位抵当権者であろうと、同様であり、契約締結のプロセスとしては同等の権利として認められて然るべきであり、ただ、順位の優劣という点において、その地位に応じた「弁済」に関する優先劣後関係が存在するに過ぎないはずである。

この点に関しては、確かに、土地及び建物に共同抵当権の設定を受け、双方を一体的に把握していれば、法定地上権の成否という問題は起こらないので、右の判例規範を一般規範化したとしても、右のような懸念は杞憂に終わるのかも知れない。しかし、斯様な防衛策を常に講じるべきだという議論は、法解釈としては、別問題に解決策を求めることになり、妥当性を欠く。

したがって、右の判例規範は、平成一九年判決のような一番抵当権の設定から相当の年数を経ている「古い抵当権」、即ち、弁済や解除等による消滅が予測可能な事案に限定して適用されるべきものであり、決して一般化して適用されてはならないものと思量する。

平成二年判決と平成一九年判決との整合性については、ともに明確な約定利用権は観念することができず、使用貸借類似の黙示の土地利用権が観念されるという事実上の整合性から、法定地上権の成否に関する解釈におい

ては、抵当権者に対抗しえない約定利用権の存在ということで、「土地利用権なし」という評価が与えられ、ここから、本来的には法定地上権の成否が論ぜられ、最終的には、両事案ともに法定地上権の不成立という結論が導かれるべき事案である。それゆえ、本稿において論じてきたように、一番抵当権が消滅していなければ、平成一九年判決においても、平成二年判決と同じ結論が示されたのである（判旨末尾の叙述から斯様に解される）。しかし、平成一九年判決においては、後順位抵当権者は須く法定地上権不成立という観点から担保余力を算定し融資することを許されない、つまり、一番抵当権の消滅に伴う順位上昇の受益と法定地上権成立の負担を顧慮した上での与信という判例法理を導いてしまっており、この点は、おそらく平成二年判決当時の最高裁にはなかつた観点であろうと思われる。

したがって、両者の整合性は、右に述べてきたように、競売時における一番抵当権の存続を要件としての法定地上権不成立という箇所においてのみ観念できるのであり、平成一九年判決は、土地担保価値の有効活用という重要な観点の欠落した判例法理を導いているといわざるをえない。

次に、「土地・建物同一所有者帰属要件」に適用すべき理論について述べておく。前述したように、本稿の問題について適用すべき理論は、最終的には、法定地上権説ともいべき我妻説と、これを批判的に捉える約定利用権説とが、いわば双壁として残るといふ結論に達した。そして、両説ともに一長一短あるという点についても既に論じたので、ここでは再説しない。ここでは、本稿の問題に関する解釈におけるこれら学説と判例法理との融合について、確認的考察を行う。

前掲最判昭和四四年二月一四日を始めとして、近時の判例が基本的に採用したと思しき約定利用権説は、一番

抵当権設定に際して、土地と地上建物の所有者が異なっている場合は、建物の所有を目的とする約定利用権が存在し、その後、後順位抵当権設定時には土地と地上建物の所有者が同一人であるとしても、抵当不動産が競売手続に基づく売却に付されたときは、競売時には存続していないとしても、従来から存在していた約定利用権を存続しているものとみなして、建物所有者には法定地上権ではなく、約定利用権を付与すれば十分であると解する説である。この考え方の背景には、①法定地上権の負担は約定利用権よりも重いこと、②この重い負担、換言すると効力の強力な物権としての地上権を法律上当然に付与するという制度は、約定利用権の多くが土地賃借権または使用借権であり、場合によっては、借地借家法第二〇条の土地所有者の承諾に代わる裁判所の許可といった手続の必要性及び対価の支払による取得であることと比較すると、実に安易な取得方法であること、③土地抵当型の場合でも、土地抵当権者は約定利用権の負担を覚悟して抵当権の設定を受けていること、という理由がある。

しかし、右の約定利用権説を建物抵当型にも適用するという点において、筆者は抵抗を覚え、建物抵当型においては、原則としての約定利用権の混同による消滅を主張する我妻説を正当と再評価すべきことを主張したのである。

更に、約定利用権説は、抵当権者に対抗しえない約定利用権でも、競売後にそのまま存続させるという意味において、妥当性を欠くものと判断し、批判を加えてきた。この点については、土地を抵当権の目的とする際に現地検分をして建物が存在していれば、それだけで約定利用権の負担を覚悟していたものとみなすべきだという見解があるが、斯様な観点を法解釈に適用することはできない。なぜなら、法解釈上は、土地抵当権に対抗することができない約定利用権は、競売手続終結後は、すべて覆滅されることを原則とするからである（民執法第五九条）。

したがって、現在においては、おそらくは通説化していると言っても差し支えない約定利用権説といえども、その適用範囲は無限ではなく、原則として、土地抵当型で抵当権者に対抗しうる約定利用権のケースに限定的に適用されるに過ぎないということを理解すべきである。

結局、本稿の問題における理論構成においては、我妻説と約定利用権説とを折衷的に選択適用するという態度が正しい方向を示すものと思量する。これが本稿における結論である。

平成一九年判決において新たな方向性が示された「土地・建物同一所有者帰属要件」に関わる諸問題に関する考察は、これをもって一応の終結とするが、土地の担保価値を把握するという仕事は、この狭い国土しか有しないわが国の限られた原資をいかに有効に利用して金融資本に資するかという目的に直結する問題であるから、法解釈においても、より慎重な姿勢が求められるという意見を述べて、結語とさせていただけにとする。