

## 後順位抵当権と法定地上権

最判平成二年一月二二日民集四四卷一号三二四頁一部破棄自判、一部破棄差戻

宮崎 淳

### 【判決要旨】

土地を目的とする一番抵当権設定当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と建物が同一人の所有に帰した後に後順位抵当権が設定されたとしても、抵当権の実行により一番抵当権が消滅するときは、法定地上権は成立しない。

### 【事実】

訴外A所有の本件土地上に、Aの子である訴外Bが甲建物及び乙建物を所有していた。A並びにBは、昭和四五年四月二八日に訴外Cのため本件土地及び甲建物を共同担保の目的として、元本極度額三〇〇万円の一番根抵当権を設定し、同年五月一三日に登記した。同年六月一四日にAが死亡した為、Bは相続により本件土地の所有権を取得し、同年一〇月二二日にその旨の登記をした。同四九年三月二三日本件根抵当権の被担保債権の範囲を変更すると共に元本極度額を一五〇〇万円に増額し、更に同五〇年一月二四日元本極度額を二四〇〇万円に増額して、各々登記を経由

した。Bは同年六月甲建物を取り壊し、平屋建てであった乙建物を二階建事務所兼倉庫に増築した後、本件土地につき同五年四月二〇日に二番根抵当権を、同五年四月六日に三番根抵当権を、同年九月三〇日に四番根抵当権をそれぞれ設定し登記をした。同年十一月一日Cにより本件土地につき競売申立登記がなされた。右競売手続中の同五年一月二九日乙建物の一部が焼失した為、Bはその建物の残部を取り壊して、同五年一月一〇日本件土地をY<sub>1</sub>に賃貸した。Y<sub>1</sub>は同年六月三〇日本件土地上に丙建物を建築し、更にその建物の一部につきY<sub>2</sub>との間で賃貸借契約を締結した。Xは本件の土地競売手続において、同五年一月一日競売許可決定を得、そして同年十一月一日本件土地の所有権を取得した。

以上のような事実関係のもとにおいて、XからY<sub>1</sub>に対し建物収去土地明渡を、Y<sub>2</sub>に対し建物退去土地明渡を請求したのが本件である。Xの請求に対して、Y<sub>1</sub>等は元本極度額の増額当時において本件土地と乙建物がBに帰属していたのでY<sub>1</sub>のために法定地上権が成立する、また本件土地と乙建物がBに属した後に設定された二番以下の根抵当権が存在する以上、同一人に帰属する以前に設定された一番根抵当権の実行によって競売が行われたとしてもY<sub>1</sub>のために法定地上権が成立する、と主張して争った。

第一番（浦和地熊谷支判昭和六〇年九月六日）は、Xの請求を認容した。その理由は次のとおりであった。すなわち「極度額等の変更は根抵当権の内容の変更であって抵当権の設定と同視することはできないから、極度額の増額変更をもって法定地上権発生の根拠となすことはできない。また、極度額の増額変更により、地上建物につき法定地上権が発生すると解すると、極度額が増加することによって土地に対する根抵当権の効力が減弱する結果を認めることになり、当事者の意思に反すると言わなければならない。」「競売の効果は最も強力な一番根抵当権の内容によって決せられるべきであるうえ、後順位根抵当権設定という偶然の事情により一番根抵当権の価値を害する結果を認めることは相当でないから、後順位根抵当権の設定により地上建物に法定地上権が発生すると解することはできないと言ふべきであ

る。」

そこでYは、大審院昭和一四年七月二六日判決・最高裁昭和五三年九月二九日判決を引用し、「民法三八八条にいわゆる競売は、土地及びその地上の建物が同一所有者に帰属した際において、その土地又は建物に対し設定された抵当権が存在する限り、当該抵当権実行のための競売のみならず、右土地及び建物が未だ同一所有者に属していない当時該土地又は建物に対し設定された他の抵当権者の申立てによる競売をも包含するものと解すべきである」と主張し、控訴した。

原審（東京高判昭和六一年二月二五日）は、原判決を取消し、Xの請求を棄却した。すなわち「一番抵当権設定当時には土地と建物とが同一人の所有ではなかったが、二番抵当権設定前に土地と建物とが同一人の所有に帰属するに至り、二番抵当権を標準とすれば法定地上権成立の要件が充足されている場合には、右一番抵当権に基づいて土地又は建物が競売されたときであっても、競落人は法定地上権を取得するものと解すべきである。」と判断した。

そこでXは、後順位抵当権の設定時を基準に法定地上権の成否を決することは一番抵当権の立場を無視し、法的安定性を損なうことになるとして上告した。

これに対し、最高裁判所は次の如く判示した。すなわち「土地について一番抵当権が設定された当時土地と地上建物の所有者が異なり、法定地上権成立の要件が充足されていなかった場合には、土地と地上建物を同一人が所有するに至った後に後順位抵当権が設定されたとしても、その後には抵当権が実行され、土地が競落されたことにより一番抵当権が消滅するときには、地上建物のための法定地上権は成立しないものと解するのが相当である。けだし、民法三八八条は、同一人の所有に属する土地及びその地上建物のいずれか又は双方に設定された抵当権が実行され、土地と建物の所有者を異にするに至った場合、土地について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つて法定地上権が成立するものとする、一番抵当権者が把握した担保価値を損なわせることになるからである。」

### 【評釈】

本件事案において、一番抵当権が土地に設定された当時すでにB所有の建物がその土地には存在している。したがつて、B所有の建物のための土地利用権の存否が問題とされるべきである。<sup>(1)</sup>これに関して、最高裁判所は一番抵当権設定当時に土地と建物が所有者を異にしていると認定しながら、その建物のための土地利用権が抵当権に對抗できるか否かについては判断していない。故に最高裁判所は、まずこの点について問い、言及する必要があつたのではないかと考える。

しかし、最終的に最高裁判所がXの主張を容認し、法定地上権の成立を否定したことは妥当であるといえよう。その理由として、まず第一に本判決が法定地上権の成立を否定したことにより、建物の維持存続が不可能となり社会経済上の損失を招くことになる。それだからといつて本件において法定地上権の成立を認めるならば、一番抵当権設定当時に建物が存在したという事実だけで、その後再築が前建物の範囲を超えたものであつたとしても、また再築が何人によつてなされようとも地上建物を保護することになる。この考えは、建物の維持存続を一方的に保護する結果をもたらし、価値権と利益権の調整をはかる法定地上権制度において妥当性を欠くものである。第二に法定地上権を認めるとなると、土地競売開始決定により差押の効力が生じているにもかかわらず、競売中に堅固な建物を第三者に建築させたとしても競売人はこの拘束を甘受せざるをえない。この結果は、競売制度の趣旨に反するものといえよう。

以上は具体的事案を考慮し、本判決の妥当性について論及してきたのであるが、次は本判決の意義を民法三八八条の要件論の中で検討していくことにする。法定地上権の成立要件は、一般的に①抵当権設定当時に土地の上に建物が存在すること②抵当権設定当時に土地と建物とが同一の所有者に帰属すること③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④競売の結果、土地と建物が別異の者に帰属するに至ったこと、の四つがあげられる。判例はこれらの要件を緩和し、法定地上権の成立する場合を多く認めているのであるが、今日の社会情勢からみて大体において至当な態度といえるであろう。当該判決は、②の要件に関する判例であるが、これを三つの場合に分け考究していくことにする。

第一に、抵当権設定当時において土地・建物が異なる所有者に属していた場合について考える。土地・建物の所有権が別人に帰属している場合には、建物のために土地利用権を設定することが可能である。抵当権が建物の側に設定されれば、抵当権の効力は土地利用権に及び、競落人はこれを取得する。競落人が土地所有者にこれを主張しうるかは、右土地利用権の譲渡性の問題である。すなわち、この土地利用権が地上権であれば、その地上権をもって土地所有者に對抗することができるけれども、それが賃借権であるときには、土地所有者の承諾がなければ、その賃借権の取得をもって土地所有者に對抗することができない。一方、抵当権が土地の側に設定され、それが実行された場合には、土地の競落人に対して建物所有者が右土地利用権をもって対抗しうるかという同一土地上の抵当権と用益権の間の対抗関係として処理される。したがって、抵当権設定当時において土地・建物が別人に帰属していた場合には、法定地上権は成立しないのである。

第二に、抵当権設定当時には土地と建物が別人に属していたが、後に同一人に帰するに至った場合はどうであろうか。問題を建物に抵当権が設定されている場合と土地に抵当権が設定されている場合に分けて考察していくことにする。まず借地権者が借地上の建物に抵当権を設定し、後に土地所有者がその建物を取得した場合には、抵当権の効力

は土地利用権に及ぶから、競落人はこの利用権を取得することになり法定地上権は成立しない<sup>(2)</sup>。ここで問題となるのは、土地または建物所有権の譲渡により土地・建物所有者が同一人となり、一度設定されていた土地利用権が混同によって消滅してしまうのではないかということである<sup>(3)</sup>。しかし、建物抵当権の対象となった借地権が混同によって消滅することは抵当権者を害することになるから、当事者または第三者の利益を害するときには混同を生じないとする法理（民法一七九条）からみて、混同を否定することができるのである<sup>(4)</sup>。これに対して我妻・四宮両博士は混同を肯定し、土地利用権を消滅させた上で法定地上権の成立を認めるべきだと主張する<sup>(5)</sup>。建物の存続をはかる法定地上権の立法趣旨からみて、土地利用権（賃借権）より有利な地上権を建物所有者に与えるべきだと考えるわけである。しかし、土地と建物が同一所有者に属するに至ったという偶然の事情によって有利な地上権にかかわるとすれば、競落人の保護が強化されただけ抵当権の価値が増加するであろうが、他方、土地所有者の土地に対する権利と価値は反対給付もなく減少することになる<sup>(6)</sup>。この結果が妥当性を有するかどうかは疑問に思うところである。次に、借地権者が建物を所有している土地の上に抵当権が設定され、後に土地所有者がその建物を取得した場合には、建物のための土地利用権は混同の例外として存続し法定地上権の成立は認められない。この場合に混同による土地利用権の消滅を肯定した上で法定地上権を認めることは、本来土地利用権の存続が抵当権との対抗関係によって定まり、対抗しうる場合でも、法定地上権に転化せしめることになる。これは土地の上の抵当権の価値を土地・建物の同一人への帰属という偶然的な事情によって害することになるので許されるべきではない<sup>(7)</sup>。

第三に、抵当権設定当時には土地と建物が同一所有者に帰属していたが、後に異別の所有者に属するに至った場合はどうか。土地に抵当権が設定されている場合と建物に抵当権が設定されている場合に分けて説明する。まず土地に抵当権が設定されている場合について、判例は当初本条は土地と建物とが競売に至るまで依然同一の所有者に属する場合にのみ適用されるべきであるとして、この場合に法定地上権を否認した<sup>(8)</sup>。つまり抵当権設定後土地また

は建物の一方が所有者により任意に処分された場合には、「任意処分ノ際建物ノ所有者ト土地ノ所有者トノ間ニハ地上権設定其他建物ノ存在ヲ許スヘキ土地使用ノ関係ヲ定ムルヲ常トスヘキ力故ニ特ニ該条ニ依リ之ヲ保護スル必要ナキ力故」だと判示した。確かに土地所有者は、この建物を譲渡する時に土地の上に地上権または賃借権を設定したに違いない。しかし、この用益権は抵当権の実行によって覆され、建物の譲受人はその建物を存続させることができないのであるから、別に法定地上権を生じさせる必要があるのである。判例も大正一二年一月一四日の連合部判決以来、本条の適用を認めるに至った。<sup>(9)</sup> もともと土地上の抵当権は、建物に法定地上権の存在を前提として担保価値を評価しているのであるから当然の結論であるといえよう。<sup>(10)</sup> 次に、建物に抵当権が設定されている場合については、土地または建物の譲渡により建物所有者は土地利用権を取得し、建物上の抵当権の効力はこの利用権に及ぶため譲受人はかかる利用権を取得すると考えることができるが、これには民法六一二条が適用されるので法定地上権の成立を認めるべきである。本来建物上の抵当権は法定地上権の存在を前提としてその担保価値を評価されているのであり、<sup>(11)</sup> 抵当権者の関知しない土地または建物の譲渡によりこれを奪われることは妥当ではないのである。

以上により、次のことが結論づけられる。すなわち、抵当権設定当時において土地と建物が同一の所有者に帰属している限り、その後異別の所有者に属するに至ったとしても法定地上権は成立する。またこれとは逆に、抵当権設定当時において土地と建物が別人に帰属しているならば、その後同一の所有者に属するに至った場合であっても法定地上権は成立しない。

土地と建物が同一所有者に属するという②の成立要件の存在時点をいつにするかという観点でこの結論を顧慮するならば、抵当権設定当時を基準時として法定地上権の成否を決するということになる。ここで問題となるのは、基準時を最先順位の抵当権設定時に限るか、それとも後順位の抵当権設定時を含めいずれかの抵当権設定時に存すれば足りるとするかという点である。大審院昭和一四年七月二六日判決は、一番抵当権設定当時には土地と建物とが同一人

の所有ではなかったが、二番抵当権設定前に土地と建物とが同一人の所有に帰属するに至り、二番抵当権を基準とすれば法定地上権成立の要件が充足されている場合には、右一番抵当権に基づいて建物が競売されたときであっても競落人は法定地上権を取得するものと解すべきであるとして、後者の見解を示した<sup>(12)</sup>。しかし、右の場合において土地と建物とが同一人に属しないときに設定されているはずの土地利用権は混同によって消滅せず二番抵当権設定時点にも存在していたはずであるとし、土地利用権の発生の余地があるところに法定地上権の成立を認めるべきでない、また最先順位の抵当権の権利者及び設定者の利益を害することは許されないとの理由で、最先順位の抵当権設定時を基準とすべきであるとの学説が存在する<sup>(13)</sup>。

本判決は、事実関係において前掲昭和一四年判決と共通点が多くみられる事案であるにもかかわらず、結論を異にした。すなわち、昭和一四年判決は法定地上権の成立を認め、本判決は成立を否認したのである。しかし、この判断の相違は、本判決が昭和一四年判決の理論を否定したところからくるものではないと考える。つまり、最高裁判所は建物に抵当権を設定した昭和一四年判決の事案と、土地に抵当権を設定した当該事案を区別する必要性を示し、昭和一四年判決の理論に従いつつも、一定の条件を付加したのである。すなわち、建物に抵当権を設定した場合において、建物の上の抵当権は土地利用権の上に効力を及ぼしているのであるから、二番抵当権設定時を基準として法定地上権を成立させたとしても、建物の担保価値はそれにより影響を受けない。しかし、土地に抵当権を設定した場合には、一番抵当権設定当時において抵当権者は法定地上権の負担がないものとして土地の担保価値を把握しているため、二番抵当権設定時を基準として法定地上権を成立するものとする、前に把握した担保価値を損なわせる結果となると判断したのである<sup>(14)</sup>。

本判決の意義について考究するならば、判例が前述の最先順位抵当権設定時基準説を積極的に解したと捉えるのではなく、後順位抵当権設定当時において法定地上権成立の要件が充足していれば、法定地上権が成立するという昭和



一四年判決を前提理論としながらも、一番抵当権者の利益を考慮した判決であると理解することが正当であろう。その理由として、最先順位抵当権設定時基準説の見解をとるならば、後順位抵当権設定時において成立要件を充足し、かつ最先順位抵当権者の利益を全く害しない場合においてすら、法定地上権の成立を否定してしまう結果となるからである。これは、社会経済上の損失を招くことになり法定地上権制度の趣旨に反することになるのである。故に、本判決は制度趣旨と最先順位抵当権者の利益の調和をはかった判例であると解することができるのである。したがって、本判決は抵当制度における順位確定の原則に照らし、最先順位抵当権者の利益を害しない範囲において、後順位抵当権設定時に要件を充足していたならば、法定地上権の成立を妨げないという判例理論を示したのではないかと考える。

## 註

- (1) 村田博史「土地の一番抵当権設定後に土地と建物が同一所有に帰し二番抵当権が設定された場合と法定地上権の成否」法学教室一一九号一〇九頁。
- (2) 最判昭和四四年二月一四日民集二三卷二号三五七頁。柚木Ⅱ高木『担保物権法(第三版)』三五二頁、松坂佐一『民法提要物権法(第四版)』三四五頁、川井健『担保物権法』九〇頁。
- (3) 石田文次郎「法定地上権」民法研究Ⅰ三五九頁は、このことを前提として法定地上権の成立を肯定する。
- (4) 札幌地判昭和四〇年七月二三日判例タイムズ一八一号一七五頁は、類似の事案で法定地上権の成立を否定するが、この理論を明示している。前掲註1で引用のものは、この理論を積極的に解している。
- (5) 我妻栄『新訂担保物権法』三五七頁、四宮和夫『判例民事法昭和一四年度』二〇二頁。
- (6) 柚木Ⅱ高木・前掲三五二頁、松坂・前掲三四六頁、高島平蔵「抵当権と用益権」民法総合判例研究⑩五八頁。我妻・四宮両博士の見解に対して詳細に反論を加えているものとして、水田耕一「法定地上権の限界」金融法務事情五五七号一八頁以下、高木多喜男「金融取引と担保」一四二頁以下がある。
- (7) 我妻・前掲三五七頁も、この場合には法定地上権を否定する。高木・前掲一四五頁、柚木Ⅱ高木・前掲三五三頁、松坂・前掲三四六頁。
- (8) 大判明治四〇年三月一日民録一三輯二五八頁、大判大正五年四月一三日民録二二輯七〇三頁。

- (9) 大連判大正一二年二月一四日民集二卷六七六頁。その他、大判昭和七年一〇月二二日民集一一卷二一七七頁、大判昭和八年一〇月二七日民集一二卷二六五六頁、最判昭和四四年四月一八日判例時報五五六号四三頁などがある。
- (10) 我妻・前掲三五五頁、柚木Ⅱ高木・前掲三五八頁、松坂・前掲三四五頁、川井・前掲九一頁、高木・前掲一七〇頁以下。
- (11) 大判昭和八年三月二七日法律新聞三五四三号一一頁。我妻・前掲三五六頁、柚木Ⅱ高木・前掲三五九頁、松坂・前掲三四五頁、川井・前掲九一頁、高木・前掲一七六頁以下。
- (12) 大判昭和一四年七月二六日民集一八卷七七二頁。最判昭和五三年九月二九日民集三三卷六号二二一〇頁は、土地の所有権移転登記の要否に関する判例であるが、この昭和一四年判決の見解が前提となっている。
- (13) 東孝行「土地・建物の担保取得と法定地上権の成否」判例・先例金融取引法〔新訂版〕二六三頁、松本恒雄「法定地上権と法定賃借権」金融担保法講座Ⅰ二四七頁。
- (14) 建物抵当権の事案と土地抵当権の事案を区別して考えるか否について、学説は分かれている。すなわち、第一に法定地上権制度の根拠とする社会的損失防止の趣旨を重視する立場から、土地抵当権と建物抵当権を区別することなく法定地上権の成立を認める説（柚木Ⅱ高木・前掲三六九頁）、第二に建物抵当権については法定地上権の成立を認めることは相当であるが、土地抵当権について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した一番抵当権者に不利益を与える、また競売の効果は競売によって消滅する最強の抵当権の内容により決すべきであるなどの理由で、土地抵当権の場合は法定地上権の成立を否定する説（我妻・前掲三五七頁、四宮・前掲二〇二頁）、第三に一番抵当権の利益を後順位抵当権の設定によって害することは許されず、一番抵当権設定当時において土地と建物が別人に帰属していた場合には、土地と建物が同一人の所有に属していても土地利用権は消滅しないとする判例の立場（最判昭和四四年二月一四日民集二三卷二号三五七頁）に反するとして、土地建物を問わず反対する説（東・前掲二六三頁）、などがある。本判決は、第二説の見解を示したものである。

# 〔付記〕

本稿は、第八回判例研究会における研究発表をもとに、検討を加え執筆をしたものである。その研究会の席上、諸先生方から数々の御指導を賜った。この場をお借りして心より感謝申し上げる次第である。