

建物の再築と法定地上権

田中嗣久

目次

第一章 序論（問題の所在）

第二章 判例

第一類型の判例

〔判例1〕 大審院昭和一〇年八月一〇日判決

〔判例2〕 大審院昭和一三年五月二五日判決

〔判例3〕 大阪高裁昭和三年三月三日判決

〔判例4〕 東京地裁昭和五三年三月三一日判決

〔判例5〕 福岡地裁昭和六〇年二月一三日判決

〔判例6〕 京都地裁昭和六〇年二月一六日判決

〔判例7〕 東京高裁昭和六三年二月一九日判決

〔判例8〕 大阪高裁昭和六三年二月二四日判決

第二類型の判例

〔判例9〕 東京地裁平成四年六月八日判決

〔判例10〕 東京地裁平成五年一月一八日判決

第三章 学説の動向

1 第一類型の判例に対する批判

2 第二類型の判例に対する批判

第四章 私見

1 序論

2 大審院昭和一〇年八月一〇日判決〔判例1〕

の分析とその妥当性

3 第一類型の判例は正しくこの大審院判決を援

用しているか

4 まとめ

第一章 序 論 (問題の所在)

民法三八八条は「土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタルトキハ抵当権設定者ハ競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ当事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム」とし、法定地上権 (gesetzliches Erbbaurecht) に関する規定を設けている。そして、本条の文言が「土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタルトキ」とあるのにもかかわらず、土地と建物の両方がともに抵当権 (Hypothek) の目的となった場合においても、同様に法定地上権は成立するものとされている。⁽¹⁾ なぜなら、本条を定めた趣旨は、わが民法上、土地と建物が同一の所有者に属する場合自分の土地の上に自分のための利用権 (自己借地権) を設定することは認められないため、なんら法律上の手当がないと、競売の結果土地と建物の所有者が異なることとなった場合建物を撤去しなくてはならず、国民経済上損失であるところがあるが、そうだとすれば、それは土地と建物の両方がともに抵当権の目的となった場合にも異なるところがないからである。したがって、たとえばAがその所有する土地とその上に存する建物の両方に対してBのために抵当権を設定し、競売が行われた結果土地と建物の所有者が別々になった場合にも、その建物のために法定地上権は成立するのである。

それでは、その建物が途中で滅失し、新しい建物が再築された場合はどうであろうか。

土地だけに抵当権が設定され、その後に建物が滅失し再築 (rebuild) された場合に関しては、法定地上権が成立するものとされているが、土地と建物に共同抵当権 (Gesamthypothek) が設定され、その後に建物が滅失し再築された場合に関しては、考え方が分かれている。⁽²⁾ この点、第二章でとりあげる第一類型の判例は、旧建物と同一性の認

められる限りにおいて法定地上権が成立するという立場をとっていたが、これに対して批判的な論文がいくつかあらわれ、平成四年六月八日東京地裁判決とそれに続く平成五年一月一八日東京地裁判決（この二つの判例を第二章では第二類型とする。）⁴は、原則として法定地上権は成立しないとの立場をとるにいたり、その後はこの判例の結論を支持する論文とそれを批判する論文とが相次いで出されている。第一類型の判例に対してそれを批判する考え方が台頭してきた背景には、次のようなことが考えられる。それは、たとえば、Aがその所有する土地とその上に存在する甲建物の両方に対してBのために第一順位の抵当権を設定した場合、その後Aがその建物を取り壊して乙建物を再築したとすると、乙建物は甲建物とは別個の建物であり、Bは当然に乙建物にも抵当権を取得できるわけではないため、Bは、当初土地と甲建物の両方の抵当権を通じて、その土地とその上の建物の全担保価値を掌握していたつもりが、いつの間にか、その土地の更地としての担保価値から乙建物の法定地上権の価値を差し引いた底価値格の分にか担保価値を掌握していないことになり、抵当権者Bの利益が害されるのではないか、ということである。これは、より具体的にいうと、現在は更地であるのに抵当権設定当時にたまたま旧建物があったことを奇貨として競売直前になってからその地上に簡易建物を建築することによって抵当権の執行を妨害しようとすることから抵当権者の利益を保護してやろう、ということである。

そこで、これらの問題について、大審院昭和一〇年八月一〇日判決から東京地裁平成五年一月一八日判決にいたるまでの判例と、そしてそれらに対する論文を検討し、最後に私見を述べてみることにする。

第二章 判 例

第一類型の判例

「判例1」大審院昭和一〇年八月一〇日判決⁽⁵⁾

事案は、

「Cは土地とその上に建物を所有するが、その土地にDのために抵当権を設定した。その後、Cはその建物を取り壊し新建築物を建築し、Bのため抵当権を設定した。その後、土地と建物の抵当権が実行され、それぞれAとBが競落した。そこでAがBに対し建物の収去土地明渡等を求めたため、この新建築物に法定地上権が成立するかどうか問題となった。」

というもので、これからもわかるように、本事案は土地のみに抵当権を設定したケースであって土地と建物に共同抵当権を設定したケースではない。しかし、この判決理由で示された考え方が次に登場する大審院昭和一三年五月二五日判決その他に援用され、その結果、この判決が第一類型の判例の基本となるのである。本判決は、次のように述べて、法定地上権が成立するものとした。

『：従前ノ建物ト新建築物トハ物理的ニハ同一性ナキモ抵当権設定者ノ改築ノ一事ニ依リ土地抵当権者ハ負担ヲ免レ法律上有利ナル立場トナリ抵当権設定者ハ之レト反対ニ競売ノ場合ニツキ地上ニ建物ノ存在ヲ是認セラレサル結果取毀チ収去ヲ為ササルヘカラサル不利ナル立場ニ立ツ之レ果シテ公平ノ取扱ヒト云フコトヲ得サルトコロナレハ此場合法律上ハ新旧各建物ハ同一ノモノトシ取扱フコトハ立法ノ趣旨ナルト同時ニ公平ヲ維持シ得ルモノナル：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縦合建物カ滅失スルコトアルモ再築ノ上該土地ノ利用ヲ継続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当トスヘク：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ノ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当權設定當時ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ムルヲ相当トス：』

要するに、建物の存在する土地に抵当権を設定した場合、そもそも抵当権者の権利の客体は競売の場合に地上権の負担のある土地の所有権であるのに、かりに法定地上権の成立を認めないとすると、抵当権者はその負担を免れてしまふ一方、抵当権設定者は建物を取り壊して収去しなくてはならないという不公平が生じるので、旧建物が存在した場合における『同一ノモノ』『同一ノ範圍』であるならば、新建物にも法定地上権を認めるべきだ、というわけである。

〔判例2〕大審院昭和十三年五月二十五日判決⁽⁶⁾

事案は、

「Cが、その所有する土地（下関市大字竹崎町字竹崎）とその地上の建物にDのために抵当権を設定したが、その後その建物は火災により昭和七年四月五日に焼失したため、Cの妻Bは、間もなく旧建物とほとんど同位置で同構造の新建物を建築した。その後、土地の抵当権が実行され、Aが競落した。そこで、BがAに対し、約定地上権の確認を

研究判例

求めるにあたり、その予備的主張として、新建物の法定地上権を主張したため、この新建物に法定地上権が成立するかどうか問題となった。」

というもので、これに対し、本判決は「判例1」の大審院判決を援用し、次のように述べて法定地上権が成立するものとした。

『…土地ノミヲ抵当ト為シタルトキ其ノ上ノ建物カ朽廢ニ因ルニ非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ヲ継続スルトキハ土地競売ノ場合ニ付抵当権設定者ハ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看做ス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看做スヘキモノト解スルヲ相当トスヘシ…』

〔判例3〕大阪高裁昭和三五年一月一日判決⁽¹⁾

事案は、

「Cが、その所有する土地とその地上の建物にDのために抵当権を設定したが、その後、Cはその建物を取り壊し、旧建物よりはるかに大規模な建物を建築した。その後、BがCからその建物を買収し、一方、土地の抵当権が実行され、Aが競落した。そこで、AがBに対し建物の収去土地明渡等を求めたため、この新建物に法定地上権が成立するかどうか問題となった。」

というもので、これに対し、本判決は「判例1」の大審院判決を援用し、次のように述べ、ただし結論としては法定地上権は成立しないものとした。

『：抵当権設定当時の地上建物が取毀され再築が行われたときも、場合によっては本条の適用があり、この場合旧建物が存在したとすれば認められるべき範囲において新築建物のために法定地上権が生ずるものと解することができる（大審院判例昭和一〇年八月一〇日民集一四卷一、五四九頁、同昭和一三年五月二五日同一七卷一、一〇〇頁参照）。しかしながら、旧建物が存在した場合に認められるべき法定地上権の範囲は、その建物が存した本件土地の一筆全部に当然に及ぶものでなく、旧建物の利用上必要な部分に限られると解すべきであって、控訴人の主張によれば旧建物は、木造瓦葺二階建居宅建坪一〇坪二合ほか二階坪一〇坪二合であるから、かりにこれが取毀されることなく本件土地の競落以後まで存在したとしても、よって生ずる法定地上権の範囲は旧建物の敷地一〇坪二合のほか右建物の利用上必要な若干部分の土地に限られるといわなければならない。しかるに、控訴人は、ただ本件土地に法定地上権があると主張するにとどまり、本件土地二六一坪八合三勺のどの部分にいかなる範囲で法定地上権があるかを具体的に主張し立証するところがないから、控訴人のこの抗弁は採用するに由ないものといわざるをえない。また、前記のように、再建築後の建物にも法定地上権が及ぶとする解釈は、法定地上権の範囲を旧建物が存在した場合に認められるべき範囲に限定することにより抵当権者の利益を保護しながら、現に存する再建築後の建物の効用を維持しようとする主旨にはかならないから、旧建物の利用上必要な範囲で法定地上権を認めても、その範囲が過少であるため現に存する再建築後の建物の存立を支えるに足らず、結局は取毀し、または建直しを必要とするような場合には、現存建物の効用を維持するという意義は失われるので、再建築後の建物には法定地上権は及ばず、（旧建物）が朽廃により滅失し

研究判例

た場合と同様）前同条の適用はないものと解するのが相当である。しかして本件の場合、前示のとおり旧建物は居宅でありその敷地は一〇坪二合であるから、格別の事情の主張、立証がないかぎり、その利用上必要な面積は、その敷地一〇地二合にその周辺若干坪を加えた面積を超えないと認むべきであるから、この範囲の地上権をもってしては、（かりに、この地上権を認むべき位置がたまたま本件建物の存する場所にあたるとしても）第二目錄記載のとおり規模をもつ本件建物の存間を維持するにはとうてい足りないといわなければならぬ。（本件建物のうち便所及び廊下の坪数は右の面積を超えないけれども、これらは幼稚園舎たる教室二棟の附属設備にすぎないから独立の存立を考慮するに値しないものである。）以上、いずれにしても控訴人の法定地上権に関する抗弁は採用できないのである。』

〔判例4〕東京地裁昭和五三年三月三十一日判決⁽⁷⁾

事案は、

「Bが、その所有する土地とその上の建物にDのため抵当権を設定したが、その後、Bはその建物を改築した（ただし、旧建物と新建物とは同一性がある）。その後、土地の抵当権が実行され、Aが競落した。そこで、AがBに対し建物の収去土地明渡等を求めたため、この新建物に法定地上権が成立するかどうかが問題となった。」
というもので、これに対し、本判決は次のように述べて法定地上権が成立するものとした。

『…地上建物が朽廃によらずして滅失したとしても、抵当権設定者がその土地上に自己所有の建物を再築したときは、右再築建物のために法定地上権が発生するものと解すべきであり、ただ、発生すべき法定地上権の存続期間等の内容は、旧建物がなお存続するものと仮定してその利用に必要な範囲内にとどめるべきであるとの制限に服するに過ぎな

い。従って、旧建物と本件建物との間に同一性があるか否かは、本件建物のため法定地上権が認められるかどうか自体にかかわりのない問題であり、…』

この判決では、「判例1」の大審院判決を明示的に援用しているわけではないが、それを念頭においたものであることは、「…発生すべき法定地上権の存続期間等の内容は、旧建物がなお存続するものと仮定してその利用に必要な範囲内にとどめるべきである…」といった表現からして明白である。

〔判例5〕福岡地裁昭和六〇年二月一三日判決⁽⁹⁾

事案は、

「訴外Cが、その科有する土地とその地上の建物に訴外Dのため抵当権を設定したが、その後、Cはその建物を取り壊し、新建物を建築した。その後、BがCからその建物を買受、一方、土地の抵当権が実行され、Aが競落した。そこで、AがBに対し建物の収去土地明渡等を求めたため、この新建物に法定地上権が成立するかどうか問題となった。」

というもので、これに対し、本判決は「判例2」の大審院判決（これは「判例1」の大審院判決を援用したものである）を援用し、次のように述べて法定地上権が成立するものとした。

『…土地と共に抵当権の目的となった建物が朽廃によらずして滅失し、その後右土地上に建物が再築された場合においても…滅失した建物が存続したのと同じの法定地上権が成立すると解すべきである（大審院昭和一三年五月二五日判決・大審院民事判例集一七卷一一〇〇頁参照。…）…既に抵当権設定時に法定地上権が成立することが予見し得る

限り、抵当権設定時に存在した建物が取り壊され、新建築物が建築された場合であっても、抵当権設定当時の旧建築物を標準とする限り、やはり、右のような特別の不利益を科することになるとも考えられない。』

〔判例6〕京都地裁昭和六〇年一月二六日判決⁽¹⁰⁾

事案は、

「訴外C（高木）が、その所有する土地とその地上の建物にAのために抵当権を設定したが、その後、Cはその建物を取り壊し、新建築物を建築した。その後、BがCからその建物を買ひ受け、一方、土地の抵当権が実行され、Aが競落した。そこで、AがBに対し建物収去土地明渡等を求めたため、この新建築物に法定地上権が成立するかどうかが問題となった（Aは旧建物の取りこわしを承認し新建築物の建築を黙認したとBは主張。ただし、Aはその点を否認する。）。」というもので、これに対し、本判決は「判例2」の大審院判決（これは「判例1」の大審院判決を援用したものである）を援用し、次のように述べて法定地上権が成立するものとした。

『：原告が本件土地につき前記抵当権の設定をうけた当時、本件土地には：建物が存在：していたものであって、原告は、本件土地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うべきであるから、その後右旧建物が取り壊されて、高木が本件土地上に本件建物を建築所有するに至っても、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。そうすると、前記判示の事実関係においては、原告の前記競落と同時に、被告橋本均は、本件土地につき本件建物に関しての民法三八八条所定の法定地上権を取得したものと解するを相当とする（大審院昭和一三年五月二五日判決、民集一七卷一七号一一〇〇頁参照）。』

〔判例7〕東京高裁昭和六三年二月一九日判決⁽¹⁾

事案は、

「訴外Cが、その所有する土地とその地上の建物に訴外Dのため根抵当権を設定した。その後、Cはその土地と建物を訴外Bに譲渡し、Bはその建物を取り壊し、新建築物を建築した。その後、土地の抵当権が実行され、Aが買受人となり売却許可決定がなされた。しかし、Aが物件明細書の作成および最低売却価格の決定において、土地について成立すべき法定地上権価格を減価要因として考慮していない違法がある旨の主張をして、右売却許可決定に対する執行抗告の申立をした。そこで、この新建築物に法定地上権が成立するかどうか問題となった。」

というもので、これに対し、本判決は次のように述べて法定地上権が成立するものとした。

『…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築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って、土地及び建物に共同抵当権が設定された場合であっても、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のであり、したがって、建物が滅失した後再築された建物のために地上権の成立を認めても、その内容を再築前の建物を基準として定める限りなららば抵当権を侵害するものとはいえず、…』

この判決では、「判例1」の大審院判決を明示的に援用しているわけではないが、それを念頭においたものであることは、「…その内容を再築前の建物を基準として定める限りなららば抵当権を侵害するものとはいえず…」といった表現からして明白である。

〔判例8〕大阪高裁昭和六三年二月二四日判決⁽¹²⁾

事案は、

「Cが、その所有する土地とその地上の建物にAのため抵当権を設定した。その後、Cはその建物を取り壊し、Bが新築物を建築した。その後、Aの担保権実行の申立を受けた執行裁判所は、新築物の価格を新築物自体の価格と右土地についての法定地上権の価格の合計額として配当表を作成したため、Aは、この配当表に対して異議を申し立てた。そこで、この新築物に法定地上権が成立するかどうかが問題となった。」

というもので、これに対し、本判決は「判例2」の大審院判決（これは「判例1」の大審院判決を援用したものである）を援用し、次のように述べて法定地上権が成立するものとした。

『：新築物について、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そのまま存続附着し、反面、本件土地は従前旧建物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、：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。：（大審院昭和一三年五月二五日判決民集一七卷一一〇〇頁参照）。』

以上の説明からもわかるように、これまでの「判例2」から「判例8」は、すべて「判例1」の考え方を援用したものである。

第二類型の判例

〔判例9〕東京地裁平成四年六月八日判決⁽¹³⁾

事案は、

「訴外Cが、その所有する土地と建物にAのため抵当権を設定した。その後、Cはその建物を取り壊し、Cからその土地を賃借したBが新建物を建築した。その後、土地について競売が開始されたが、物件明細書を作成するにあたり、この新建物に法定地上権が成立するかどうかの問題となった。」
というもので、これに対して、本判決は次のように述べて原則として法定地上権は成立しないという新たな解釈を打ち出した。

『民法三八八条の法定地上権の制度は、土地とその地上の建物れ別個の不動産とするわが国固有の法制のもとにおいて、競売の結果土地と建物の所有者が異なることとなった場合、なんらかの法律上の手当がないと、敷地の利用権を欠くこととなった建物は、収去しなければならず、その結果建物の建築に投じられた資本等を失うこととなっては国民経済上損失を被るので、そのような損失の発生を防止するという公益の見地から制定されたものである。したがって、その規定を解釈するに当たっては、できるかぎり、法定地上権が発生する方向での解釈上の努力が要請されることは、従来指摘されているとおりである。

しかしながら、民法制定の際の審議の内容及び更地に抵当権が設定された場合に関する判例の態度をみれば、この制度の趣旨は、抵当権設定当時の当事者の合理的な意思を尊重して、その意思の内容が、競売の場合に建物のため地上権を留保すべきものとする場合に、その意思の内容を法律の力で実現することにあるが、それを越えて、抵当権設定当時の当事者の合理的意思として、建物のため地上権を留保したとは考えられない場合にまで、建物の価値を維持する必要があるというこのみを強調して、法律上地上権の成立を強制することまで含むものではないと解される。
ところで、土地とその地上建物が同一人ぬ帰属する場合に、所有者がこれらを共同担保として、抵当権を設定する

場合には、将来競売によって土地と建物の所有者が異なることとなったときでも、建物のため地上権を留保する意思を、抵当権設定の当事者双方が有しているのが通常であり、そのような意思が合理的なものであることは改めていうまでもない。しかしながら、そのような当事者の意思は、抵当権の設定された建物が、競売まで存続することを前提としているのであり、競売にいたる前に、旧建物が滅失して、これに設定された抵当権が消滅した場合にまで、その後建築される新建物のため、地上権を留保する意思を有するということは考え難いことである。仮に抵当権設定者がそのような意思を有していても、新建物に土地と同じ順位内容の抵当権の設定を受けず、したがって、土地建物を共同担保にとっている場合とは、担保の内容に明かな格差を生じる抵当権者が、そのような意思を有しているとはいえないし、仮にそのような意思であったとしても、その内容は、合理的なものであるとはいえない。

そうすると、抵当権設定時の合理的な意思の内容は、抵当権が設定された旧建物が滅失した場合には、その後建築された新建物に土地と同一順位同一内容の抵当権が設定される場合、または抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄する場合は別として、新建物には、地上権は留保されないものというほかないものである。

そして、このような当事者の意思を尊重して、共同担保の対象となった旧建物が競売の前に滅失したときは、その後建築された新建物には、原則として法定地上権は成立せず、例外として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、または抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄したときには、新建物についての法定地上権が成立するものと解釈したからといって、第三者に不測の損害を及ぼすという事態は考えられない。

すなわち、旧建物が滅失した後、建物を再築しようとする者は、敷地についてその登記簿を見ることにより、敷地

に抵当権が設定されていることを知る事ができる。そのことは、敷地を買い受けた者が再築する場合や、敷地を借り受けた者が再築する場合など、滅失した旧建物に抵当権を設定した者自身が再築する場合でなくとも、変わりはない。

そして、敷地に抵当権が設定されていることが判明すれば、建物を再築する者は、抵当権者が土地の担保価値の全部を把握していることを容易に予想することができる。そして、その抵当権について付けられている共同担保目録を見れば、敷地上にあった旧建物も、抵当権の共同担保となっていたことを知りうるのであり、そうなれば、敷地の抵当権者が、滅失した旧建物についても抵当権の設定を受けることにより、土地の担保価値の全部を把握していたことを確認できるのである。

したがって、これから再築する新建物の所有者が、土地の所有者と同一の場合に、新建物に土地と同一内容の抵当権を設定するのではなく、新建物のため法定地上権が発生することはないとされたとしても、建物を再築する者は、建物の建築費を支出するだけでは、敷地の土地の価格の六割から九割にも相当する高額な法定地上権を取得することができないという、経済常識として当然の結果を甘受するよう求められるのみで、それ以上不利益を受けるわけではない（新建物の所有者と土地の所有者が異なる場合、土地の所有者が設定した新建物のための土地の利用権は、一定の場合に限り、土地の買受人に対抗することができる。民法三九五条）。

これに反し、新建物に土地と同一内容の抵当権を設定しないまま、法定地上権の保護のみを要求するとすれば、その要求は、抵当権者に法定地上権の価格という土地の価格の六ないし九割に相当する多額の損害を与えたまま、なんらの対価を支払うこともなく、土地価格の六ないし九割という多大の利益を得ようとするものとなって、誰れしもそ

の要求の不当性を認めざるをえないこととなる。

そして、建物の再築につき、その建築資金を融資する立場の者も、建物の敷地利用権がどのような内容となるのかについて、関心を有するのが通常であって、その場合には、敷地及び共同担保の対象となつて建物の登記簿を見ることがより、すでに敷地について抵当権者がその担保価値の全部を把握していることを知りうるのである。そうであれば、建築資金を融資する者も、再築する者と同様の認識を得ることができ、再築建物の建築資金の融資をするのみでは、敷地の土地の価格の六ないし九割という高額の価値のある地上権について、抵当権を取得することができないという、経済常識として当然の結果の甘受を求められるにすぎない。

次に、建物の再築を請け負ったが、代金の支払いを受けられない者について考えてみると、その代金債権は、不動産工事の予算額を建築工事に先立ち登記することにより保護され（民法三三八条）、そのような法律上の保護の結果、再築された新建物について土地と同一順位同一内容の抵当権が設定されても、未払い代金債権を有する請負人は、その代金債権について、登記した不動産先取特権によって、上記の抵当権に優先して、弁済を受けることができる（民法三三九条）。したがって、再築された新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、上記の抵当権を設定した場合のみ、新建物について法定地上権が発生すると解したからといって、未払いの請負代金債権の保護が不十分となることはない。

以上のように、抵当権設定契約の当事者の合理的意を尊重し、その対容にそう法律の解釈をしても、第三者に不測の損害を与えることはなく、むしろそのように解釈しないと、常時抵当物件の監視をすることのできない抵当権者に不測の損害を与えることとなる。

したがって、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上に新たな建物（新建物）が建築された場合、旧建物に法定地上権が成立する要件があっ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釈するのが相当である。』

〔判例10〕東京地裁平成五年一月一八日判決⁽¹⁴⁾

事案は、

「Bがその所有する土地と建物にAのため抵当権を設定した。その後、Bはその建物を取り壊し、新建物を建築した（当初、新建物にはAに第一順位の抵当権を設定すると約束していたが、守られなかった）。そこで、Aは抵当権を実行するにあたり、法定地上権が成立しないことを前提に、一括競売を求める申立をしたため、この新建物に法定地上権が成立するかどうかが問題になった。」

というもので、これに対し、本判決は次のように述べて、「判例9」同様、原則として法定地上権は成立しないものとした。

『…抵当権設定者が、土地との共同担保の対象であった旧建物を競売の前に取り壊し、その後新建物を再築した場合には、新建物に土地と同順位の共同抵当権の設定登記を受けたときを除き、新建物については地上権を留保しないの

判例研究

が抵当権者の合理的意思というべきである。なぜなら、抵当権者は、競売まで旧建物が存続するものとして土地建物の担保価値を把握していると考えるところ、建物が再築された場合に、新建物に法定地上権が成立するとすれば、抵当権者は、地上権価格相当の多大な担保価値を失って、不測の損害を被るからである。そこで、このような建物再築の場合には、抵当権者が土地と同順位の共同抵当権の設定登記を受けたときや、抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄したときを除き、法定地上権は成立しないものというべきである。』

第三章 学説の動向

1 第一類型の判例に対する批判

以上みてきたように、「判例1」は、土地だけに抵当権を設定した事例であるが、ここで示された考え方が「判例2」から「判例8」の土地と建物の共同抵当権設定の事例にそのまま援用されている。ところで、「判例1」が法定地上権を肯定するその理由とするところは、地上建物の存在する土地に抵当権を設定した場合、そもそも抵当権者の権利の客体は競売の場合に地上権の負担のある土地の所有権であるのに、かりに法定地上権の成立を認めないとする、抵当権者はその負担を免れてしまう一方、抵当権設定者は建物を取り壊して収去しなくてはならないという不公平が生じるので、旧建物が存在した場合における『同昭ノモノ』『同一ノ範囲』であるならば、新建物にも法定地上権を認めてさしつかえないというものである。

そして、従来の学説は、共同抵当の場合と土地だけに抵当権を設定された場合とを特に意識して論じることなく、これらの判例を支持してきたように思われる。たとえば、「判例2」に関する前掲判例民事法（昭和十三年度）二七

二頁は、「判例2」の評釈として、本来の所有者ではなくその妻が建物を再築した場合に法定地上権は認められるのか、という点を論じているのみであるし、我妻栄「新訂担保物権法」三五三―三五四頁も、『建物の存在する土地に抵当権を設定した後に建物が滅失して再築された場合、及び建物が朽廃その他の理由で改築された場合にも、法定地上権は成立する。もっとも、この地上権の内容は再築・改築前の建物を標準として決定しなければならない。抵当権はこの建物の存在を担保価値算定の基礎としたものだからである』としたあとで、建物の滅失の後にその土地を第三者に賃貸し第三者が建物を再築した場合と、滅失した建物の再築前に抵当権が実行された場合の問題について論じているのみである。また、柚木馨編「注釈民法9」一八三―一八四頁も、『判例は、土地と建物とが同一の所有者に属する場合に土地のみを抵当としたとき、その上の建物が朽廃によらずして滅失することがあっても、抵当権設定者において再築のうえこの土地の利用を継続するときは、土地競売の場合につき抵当権設定者はなお旧建物が存続したと同一内容の地上権を設定したものとみなすべきものとする。この趣旨はその後、抵当権設定者が自ら再築したのでなく、自己の妻をして家屋を再築せしめて土地の使用を許しかつ自らも妻とともにその家屋に居住してその敷地の利用を継続したという事案について踏襲せられている（つまり、妻の再築した新建物についても法定地上権が成立する。：筆者注）。第三者が使用権を取得して再築した場合も同様に解しうる』としたあとで、朽廃の場合と、再築前に競売が行われた場合を論じているのみであるし、槇梯次「担保物権」二二〇頁も同じく土地に抵当権が設定された場合を論じるのみで共同抵当の場合にふれていない。さらに、川井健「担保物権」八九―九〇頁も、『土地のみに抵当権を設定した当時、建物が存在したが、その建物をとりこわして新に大きい建物を建て、この建物に抵当権を設定（建物の抵当権者は第三者：筆者注）され、建物と土地がそれぞれ競落された場合につき、大判昭和一〇年八月一〇日は、

当該建物が抵当不動産の競売前すでに朽廃した場合は格別だが、そうでないかぎり、その所有者はたとえ建物が滅失しても再築のうえ、土地の利用を継続してきた以上は、競売の場合に地上権者とみなされるべき地位にあると解するのが相当であり、このことは建物使用の都合上、これを改築した場合でも同様である、と判示した。抵当地上の抵当建物が焼失し、抵当権設定者が病弱なためその妻が建物を再築して夫とともに居住していた場合にも、抵当地の競売に際し法定地上権の成立が認められ（大判昭和十三年五月二十五日民集一七卷一一〇〇頁）、抵当地上の建物が、同一土地内において「移転または増改築されても、従前の建物の利用に必要であつたものと認められる範囲にとどまっているかぎり、土地の競売によって右範囲において法定地上権が成立することを妨げない」とされる（最判昭和四四年四月一八日）。抵当権設定当時、地上に建物が存在しているかぎり、抵当権者は法定地上権の発生を予期すべき立場にあるので、以上の判例は正当である。』とするのみである。結局のところ、近年にいたり抵当権設定者側の抵当権執行妨害という事態が生じるまでは、従来の学説はこういった問題を認識していなかったものと思われる。

ところが、近年この「判例1」の考え方を共同抵当の場合に適用すると、再築された新しい建物は旧建物とは別個の建物であり、当然に旧建物とは別個の建物であり、当然に旧建物と同様の抵当権が設定されるわけではなく、もし法定地上権を認めると、抵当権者としては土地と建物の両方の担保価値を掌握していたつもりが、いつの間にか、法定地上権の存在する担保価値の低い土地だけにしか担保価値を掌握していないことになり、⁽¹⁵⁾ 抵当権者の利益が害されることになるではないか、という批判が実務界からなされるようになった。たとえば、堀論文は、次のように述べて

「判例2」～「判例8」の考え方を批判している。

『∴ 抵当権設定後、ひんぱんに抵当物件の現況を調査することは、通常はしていないし、物理的にも常にフォローす

ることは不可能である。抵当権者としては、抵当権設定後知らない内に抵当建物が取り壊されて新しい建物が再築され、これが後日判明したときには、新建物について共同抵当権設定ができない状況にであったり、しかも土地の後順位抵当権者が新建物について共同抵当権を設定する（土地の後順位抵当権者が新建物については第一順位抵当権者となる等）ということになれば、本判例のように新建物に法定地上権が認められてしまうと、多大な損害を被ってしまうことになる。法定地上権については、民法三八八条を素直に解すべきで、同条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のみを抵当となしたときは」とあり、あくまでも抵当権設定時に法定地上権は認識されるべきで、抵当権設定後のアクシデントを契機に法定地上権の問題が生じるような結果になることを認めるべきではないと考える。本判例のように解すると土地についての第一順位抵当権者が非常に不利な状態に追い込まれることになるケースがでてくる。土地についての第一順位抵当権者の地位をゆさぶるために、本判例の考え方が悪用される危険性すらあるといえよう。更地に抵当権を設定した後に土地所有者が同地上に建物を建築した場合に法定地上権を認めないとするのが判例・多数説であり、本件の場合も更地になった以後については同様の考え方をとるべきであると考ええる。抵当権者としては旧建物が取り壊されると更地の状態に一旦なるにもかかわらず、その後新建物について共同抵当権設定がなされず、新建物につき他の担保権者に担保設定された上で、しかも新建物に法定地上権が認められる事態等全く予期していないものであるといわざるを得ない。抵当権者にとっては、新建物の所有者の申出がない限りかかる事態を知らないことも多いことである。だから、むしろこの危険を新建物の所有者に負わせるべきで、新建物建築時には既に敷地に抵当権が設定されていることが分っており、後日敷地に抵当権実行がされれば建物について地上権を主張できないことは十分に認識できる立場にあるのであり、かかる危険を抵当権者

に負わせるべきではない。このようなことに共同抵当権者が責任をもって対処すべきというのであれば、担保実務上の影響は非常に大きいものといわざるを得ない。以上、抵当権者の立場からの実務上の考え方を述べたが、抵当権設定者においても、土地と同地上建物に共同抵当権を設定するときに、法定地上権を認識した上で土地および建物の評価額を考へることはしないであろうし、後日同地上建物が取り壊されて新建築物を建築したときに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あると認識していることはないものと考ええる。抵当権設定者としては、旧建築物を取り壊す場合はもちろんのこと新建築物を建築する場合にも、抵当権者にかかる事態を申告すべき立場にあるのであり、この申告義務を履行せずして抵当権者に負担を負わせることは本末転倒であると考ええる。以上のように実務的な側面からみれば、本判例は土地・建物の共同抵当権者にとって苛酷な負担を負わせる結果となっており、上記の理由から裁判所の考え方に賛成できない。』(なお、この論文中に出てくる「本判例」とは、東京高裁昭和六三年二月一九日判決(「判例7」)と大阪高裁昭和六三年二月二四日判決(「判例8」)のことである。)

堀論文がその理由としてあげているものをまとめると、次のようになる。

- ① 再築された新建築物に法定地上権を認めると、共同抵当権者は多大な損害を被る。
- ② 共同抵当権者が損害を被らないようにするためには、たえず抵当物件の現況を調査し、抵当建物が再築されないよう監視する必要があるが、それは実際不可能な話である。
- ③ 三七八条を素直に解釈すれば、法定地上権は抵業権設定時に認識されるべきであり、抵当権設定後のアクシデントは考慮すべきではない。
- ④ 再築された新建築物に法定地上権を認めると、共同抵当権者の地位をゆさぶるために悪用される危険がある。

⑤ 更地に抵当権を設定した後土地所有者が建物を建築しても法定地上権は認められないとするのが判例、多数説であるが、旧建物が滅失し更地になった以上、それと同じではないか。

⑥ 新建物所有者は、新建物建築時にすでに敷地に抵当権が設定されていることを分かっているのだから、その危険を共同抵当権者に負わすべきではない。

⑦ 通常、抵当権設定者は、共同抵当権を設けるときに、法定地上権を認識した上で土地および建物の評価額を考えるわけではない。

⑧ 抵当権設定者は、旧建物を取り壊したり新建物を建築するときには抵当権者に申告するべきなのに、それをしないで置いて抵当権者に負担を負わせるのはおかしい。

以上のように、堀論文では数多くの理由があげられているが、その理由中、基本となるのは①の理由であり、②から⑧の理由は①の理由に要約できる。つまり、再築された新しい建物は旧建物とは別個の建物であり当然に旧建物と同様の抵当権が設定されるわけではなく、もし法定地上権を認めると、抵当権者としては土地と建物の両方の担保価値を掌握していたつもりが、いつの間にか法定地上権の存在する担保価値の低い土地だけにしか担保価値を掌握していないことになり、抵当権者の利益が害されることになるがこれでよいのか、ということである。同じく、野村(重)論文⁽¹⁶⁾も同様の問題を指摘した上で、このような結果を招くことは、金融機関の融資先選択に誤りがあったと指摘されればそれまでのことではあるが、そもそも金融機関が法定地上権付きの土地のみを担保取得するようなことはありえぬこととし、「判例2」～「判例8」の考え方を批判する。

さらに、生田論文⁽¹⁷⁾も、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値価格のみで

あるから旧建物の改築・取壊・再築は自由であるが、土地建物を共同抵当とした場合には全部を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壊したり、その地上に建物を再築したりすることはできないとし、旧建物が滅失して新建物が再築された場合には「土地のみ」の場合と「土地及び建物の両者共同」の場合とで、両者を区別して改めて具体的基準を設定すべきではなからうかとして、同じく「判例2」→「判例8」の考え方を批判する。

そして、これら学説の批判に同調して、東京地裁は、平成四年と五年に、これらの判例とは異なる二つの判決を出すにいたった（第二類型の「判例9」「判例10」⁽¹⁸⁾）。

平成四年判決がその理由とするところをまとめてみると、次のようになる（平成五年判決は平成四年判決とほぼ同じ内容である）。

① 法定地上権の制度趣旨からすれば、できるだけ法定地上権は認めるべきであるが、抵当権設定当時の「当時者の合理的意思」は尊重するべきである。したがって、土地と建物の共同抵当において旧建物が滅失し新建物が建築された場合、新建物にも同一順位同一内容の抵当権が設定されたときまたはそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄したときを除いては、原則として法定地上権は成立しないものと考えるべきである。

② このように解釈しても、新建物を建築しようとする者あるいはその建築資金を融資する者は土地の登記簿を見ることにより、また新建物の請負人は不動産先取特権により不測の損害を受けることはない。

2 第二類型の判例に対する批判

このような東京地裁判決に対しては、次のような批判が加えられている。

まず、②の理由であるが、建物の請負人について、先取特権が再築建物の抵当権に優先することがその保護に欠けない理由に挙げられているが、それが妥当するのは土地の抵当権者が再築建物に抵当権の設定を受けた場合についてのことであり、抵当権の設定を受けられず、法定地上権が成立しない場合については先取特権も収去されるべき建物に対するものとなり、実効のないものとなるのではないか。⁽¹⁹⁾

次に、①の理由であるが、この東京地裁判決は、共同抵当の場合に原則として法定地上権が成立しないことの根拠として、「当事者の合理的意思」をその理由にあげるが、⁽²⁰⁾ 抵当権者の意思としてはともかく、⁽¹⁹⁾ 抵当権設定者の意思としてもそれは合理的といえるであろうか。

また、⁽²¹⁾ 抵当権設定者は設定後といえども土地の用益をなしうるから抵当権者が建物の存続を考慮して担保評価したのであれば再築建物に法定地上権を認めても当事者の合理的意思に反しないのではないか。

さらに、土地だけに抵当権を設定した場合は再築建物に関しても法定地上権が成立するのに、なぜ土地と建物に共同抵当権を設定した場合は法定地上権が認められないのか、その根拠として「当事者の合理的意思」というあいまいな理由をあげるだけでよいものか。ただし、この点に関しては、次のような考え方が示されている。まず、前掲泰論⁽²²⁾文は、

『…建物が滅失しても、⁽²²⁾ 抵当権の効力が引き続き将来発生すべき法定地上権の上に潜在的に存続していることを認めることである。地上権は抵当権の目的となるとはいえ、法定地上権は、売却による所有権の移転により初めて発生す

る権利であり、権利者もそれまでは未定であるから、それ以前に抵当権の設定を認めることはもちろんできないが、建物が再築されて、従前の法定地上権が復活した以上、その交換価値は従前の建物の抵当当事者に復帰するという理論構成の余地もまったくないとはいえないのではなからうか。…』⁽²³⁾

とし、この考え方は野村論文がさらに密化し、次のようにいう。

『…土地と建物を別々の不動産とみるわが民法のもとでは、土地上の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、この建物利用のための法益と、その他の法益に分離されるに至る。つまり、この時点で、潜在的な自己借地権、自己地上権が成立し、競売の結果、土地と建物の所有者を異にするに至れば、右の潜在的な関係が顕在化して法定地上権が成立する。』

このような考え方によっても、土地と建物のいずれにも抵当権が設定されないうまま建物が滅失すれば、潜在的な自己地上権は潜在的なままに終わって消滅し、所有権の弾力性によって、土地所有権は土地の全体を把握するに至る。しかし、たとえば、土地に抵当権が設定された場合、抵当権は潜在的な自己地上権を除いた土地の価値しか把握しておらず、その効力は、地上建物が滅失しても土地全体には及ばない。この場合、潜在的な自己地上権が消滅してしまうとしたのでは滅失後に建物が再築された場合に、旧建物を基準とした法定地上権が新建物のために成立するという判例理論は理解しえない。ただし、法定地上権は建物の存立を図ることを趣旨としているので、抵当権実行時まで建物が再築されないときは、潜在的な自己地上権は顕在化せずに消滅する。

右のことから、土地上に建物が建築されると、そこには、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および建物それ自体という三つの価値体現物があることになる。そして、土地建物を共同抵当にとった債

権者は、この三つすべての価値を把握したことになる（したがって、ここでの見解は「個別価値総合説」とでも呼ぶことができよう）。ただ、現行法上は、潜在的な自己地上権には、独立に抵当権を設定する手段が用意されていないので、それは、建物抵当権に仮託して抵当にいれられているだけである。そこで、地上建物が滅失して、その上の抵当権が消滅しても、本来、それとは別個の存在である潜在的な自己地上権上の抵当権は消滅しないことになる。また、この潜在的な自己地上権に対する抵当権も、土地登記簿および土地に付されている抵当権の共同担保目録によって公示されているといえる。

ただし、このようにいっても、この自己地上権は潜在的なものであるので、現行法上は、それ自体に独立して抵当権を設定することができないのみならず、その上の抵当権をそれ自体として実行する手段も用意されていない。そこで、この抵当権の把握した価値をとともに実現させうる建物が存在する場合、すなわち、潜在的な自己地上権を基礎とし、それに抵当権が設定される前に建築された建物がある場合には、それに対する抵当権が実行される際に、自己地上権上の抵当権もそれとともに実行される。それに反し、そのような建物がない場合には、自己地上権を除いた土地の価値部分に対する抵当権の実行とともに、自己地上権上の抵当権も実行される。

右のような考え方を、ここで問題としている場合に即して：以下のようになる。すなわち、土地と建物が共同抵当に供された後に建物が滅失し、その土地上に土地所有者自身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ら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。』

この野村論文はまとめてみると次のようになる。

① 土地の上に土地の所有者が建物を建築すると、潜在的な自己地上権が成立する。
② したがって、そこには、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、および建物それ自体という三つの価値体現物が存在することになる。

③ そこで、土地と建物を共同抵当にとった債権者は、この三つのすべての価値を把握したことになる。

④ そのため、その後建物が滅失し再築されたとしても、債権者の抵当権の効力は、再築された建物以外の部分、つまり潜在的な自己地上権を除いた土地の価値部分と潜在的な自己地上権に対して及んでいいる。

⑤ その結果、土地抵当権が実行されれば、それとともに潜在的な自己地上権に対する抵当権も実行されたことになり、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。

この考え方は、そもそも民法上の法定地上権制度の構造について、建物が建築されるとその時点において潜在的自己借地権が創設され、それが抵当権の実行や強制執行等による土地と建物の所有の分離によって顕在化したものそれが法定地上権である、という理解に基づいている。しかし、法定地上権制度の構造についてのこのように潜在的自己借地権を認めることが果たして妥当であろうか。⁽²⁴⁾ また、かりにこれを認めたとしても、ここにいる潜在的自己借地権は建物の建築により創設されるものである以上、それは建物の滅失によって消滅してしまうものではないのか。それがなげゆえ、建物は消滅しているのに潜在的自己借地権だけが独立して存在し、それに対する抵当権を観念しうるの⁽²⁵⁾であろうか。

第四章 私 見

1 序 論

以上この問題に関するこれまでの経過を簡単にまとめると次のようになる。

- ① 大審院昭和一〇年八月一〇日判決（「判例1」）を基本とする第一類型の判例は、原則として法定地上権を肯定した。
 - ② 従来の学説は、共同抵当の場合と土地だけに抵当権が設定された場合とを特に意識して論じることなく、第一類型の判例を支持してきた。
 - ③ それに対し、近年、抵当権者の保護という見地から、第一類型の判例に批判的な論文が現れるようになった。
 - ④ 東京地裁平成四年六月八日判決（「判例9」）とそれに続いて東京地裁平成五年一月一八日判決（「判例10」）は、原則として法定地上権を否定した。
 - ⑤ それに対し、その後の論文は、この東京地裁判決を評価するものと批判するものとに分かれている。
- これまで説明してきたところからも明らかなように、第一類型の判例を批判する論者は、大審院昭和一〇年八月一〇日判決の考え方に従えば、再築された新しい建物は旧建物とは別個の建物であり、当然に旧建物と同様の抵当権が設定されるわけではなく、もし法定地上権を認めると、抵当権者としては土地と建物の両方の担保価値を掌握しているつもりが、いつの間にか、法定地上権の存在する担保価値の低い土地だけにしか担保価値を掌握していないことになり、抵当権者の利益が害されると主張する。しかし、果たしてそうであろうか。

私は、このように考えるのは、大審院昭和一〇年八月一〇日判決（「判例一」）を正確に分析していないからであると思う。そこで、以下、大審院昭和一〇年八月一〇日判決（「判例一」）の正確な分析を試みることにする。

2 大審院昭和一〇年八月一〇日判決（「判決一」）の分析とその妥当性

大審院昭和一〇年八月一〇日判決は、第二章の「判例一」で説明したように、

「…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ノ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当該土地ヲ利用シ得ヘキ」として、旧建物が存在した場合における「同一ノモノ」「同一ノ範圍」と認められる限りに於いて、再築された新建物に法定地上権の成立を認めている。それでは、このように「同一ノモノ」「同一ノ範圍」であることを要求した趣旨は一体何であらうか。

それは次のように考えられる。かりに再築された新建物に法定地上権が成立するものとした場合に一番影響を受けるのは誰であるかと考えると、それは土地抵当権者であり、何の理由もなく土地抵当権者に損害を与えるべきではない。したがって、ここで「同一ノモノ」「同一ノ範圍」であることを要求した趣旨は、新建物に法定地上権を認めることによって旧建物におけるそれと比べ「土地抵当権者の利益を害すべきではない」ということではなからうか（前掲判例民事法（昭和十年度）三九二頁も、再築建物に法定地上権を認めるときは抵当権者が土地の担保価値を算定するときの予期を顧慮するべきであり、その予期が裏切られないときに限り法定地上権は認められるとする）。そうであるならば、新建物に成立する法定地上権が旧建物が存在した場合における「同一ノモノ」「同一ノ範圍」で

あるかどうかは、結局のところ新建物に法定地上権を成立させた場合、旧建物におけるそれと比べて土地抵当権者の利益を害するかどうかという観点から判断するべきものではないか。つまり、新建物に法定地上権を成立させても、旧建物が滅失しないで存在していた場合以上に土地抵当権者にとって不利益にならないならばそれは旧建物が存在した場合における「同一ノモノ」「同一ノ範囲」といえるし、逆に不利益になるならばそれは「同一ノモノ」「同一ノ範囲」とはいえないということになる。そして、その場合の判断（土地抵当権者にとって、旧建物が存在していた場合より不利益となるかならないかの判断）は、決して形式的なものであってはならず、より実質の見地から行われるべきである。たとえば、建物の存在する土地とその建物に共同抵当権が設定された場合、その土地だけを別個にとらえて判断してみれば、もともとその土地は法定地上権の存在を覚悟して評価された土地であるから、滅失後再築の場合に法定地上権を認めても土地抵当権者の利益を害していないといえるかもしれないが、この場合は土地だけに抵当権を設定したわけではなく、同時にその地上の建物にも抵当権を設定しているのであり、土地だけを別個にとらえて形式的な判断をするわけにはいかない。抵当権者の利益を害するかどうかという判断をする場合には、土地の上の旧建物にも抵当権を有していたということも考慮に入れてより実質的に判断する必要がある。つまり、旧建物の抵当権が消滅したことに對し、土地抵当権者は一体どのような代償（Schadensersatz・みかえり）を得たかということを実質的に考慮しなくてはならない。そして、土地抵当権者が旧建物の抵当権が消滅したことにより失った担保価値に匹敵する代償を得ているならば新建物に法定地上権を認めてよいはずである。その場合の代償として普通常識的に考えられるのは、新建物にも旧建物に設定していた抵当権と同一内容同一順位の抵当権を設定することであろうが、何もそれだけに限られるわけではない。要するに、旧建物とその敷地に対して有していた抵当権の担保価値の合計から、

新建物の法定地上権という負担がついた後の土地に対する抵当権の担保価値を差し引いた分に匹敵するものが、抵当権者に対し提供されていけばよいのである。それには次のようなものが考えられる。

- ① 新建物に対する抵当権、不動産質権の設定
- ② 他の不動産に対する抵当権、不動産質権の設定
- ③ 動産担保権の設定
- ④ 保証人の擁立
- ⑤ 金銭その他代償（物）の提供

ただし、この考え方に対しては、①の「新建物に対する抵当権の設定」以外の場合（つまり、①の不動産質権の設定と②から⑤の場合）については、結局、「新建物に対する抵当権をうける権利の放棄」と表現するのと同じではないかとの指摘があるかもしれない。しかし、そうではない。ここでは新建物に対し抵当権をうける権利を放棄していない場合も広く含め、たとえば、抵当権設定者が旧建物に設定されていた抵当権と同等の担保価値のある動産を抵当権者に質入れしたときは、抵当権者が新建物への抵当権の設定に執着していても法定地上権は認められると考える。

また、法定地上権の成否に関しては客観的になされるべきであり、このように実質的な考慮を加えるべきではないとの指摘があるかもしれない。しかし、法定地上権の成否は客観的になされるべきだというのは、新建物を再築した第三者あるいはその建築資金を融資した金融機関といった第三者に不測の損害を与えるべきではないという考慮からであろう。とするならば、こういった第三者に不測の損害を与えないならば実質的考慮を加えてもかまわない。ところで、「判例9」の東京地裁判決もその理由中で示すように、敷地の登記簿を見れば敷地に抵当権が設定されている

ことがわかり、またその抵当権に付けられている共同担保目録を見れば敷地上にあった旧建物も抵当権の共同担保となっていたことを知りうるから、敷地の抵当権者が旧建物についても抵当権の設定をうけることにより土地の担保価値の全部を把握していたことは確認できるはずである。したがって、第三者が不測の損害をうけることはない。⁽²⁶⁾

以上のような観点から、大審院昭和一〇年八月一〇日判決中に示された「同一ノモノ」「同一ノ範囲」という表現に注目して再築された新建物に関する法定地上権の成否を考えてみると、大審院昭和一〇年八月一〇日判決を基本として法定地上権を肯定する考え方に立っても、決して反対論者が主張するように土地抵当権者の利益を害することはないのである。ただし、第一類型の判例がすべて大審院のこの考え方を正確に理解して結論を下しているかといえはそうではなく、そこが反対論者から批判を受ける原因となっているように思われる。

3 第一類型の判例はすべて正しくこの大審院判決を援用しているか

そこで最後に、「判例2」から「判例8」が正しく大審院昭和一〇年八月一〇日判決を援用しているかどうか検討してみることとする。

「判例2」について

大審院昭和一三年五月二五日判決（「判例2」）に関しては、旧建物は火災により滅失したのであるから抵当権者はその火災保険金に物上代位権を行使している可能性が強く、また昭和初期（旧建物が滅失したのは昭和七年である）という時代背景、ならびに土地の所在地が下関市大字竹崎町字竹崎であったという点などを考えると、建物の価格の

判例研究

方が土地の価値よりもはるかに高価であった可能性もあり、火災保険金への物上代位あるいはその他の賠償金が与えられることで抵当権者の損害はほとんど填補されているとも考えられる。そうだとすれば、抵当権者は、旧建物に有していた抵当権が消滅したことに對し代償を得ていたことになり、法定地上権を認めた本判決は妥当だといえよう。

「判例3」について

大阪高裁判決（「判例3」）に関しては、旧建物に比べて新建築物が非常に大きく（旧建物は建坪が一〇坪二合であるのに対し、新建築物は、具体的な面積は不明であるが幼稚園舎であり、便所と廊下の面積だけでそれぐらいはある）、建物の大きさから「同一ノモノ」「同一ノ範圍」の法定地上権を認めることはできないと判断されたものである。したがって、法定地上権を否定した本判決は妥当だといえよう。

「判例4」から「判例8」について

これらの判決は法定地上権の成立を肯定しているが、私が2で述べた①から⑤のいずれの代償も抵当権者に提供された形跡はない。とすると、これらの判決は抵当権者の掌握する担保価値が何らの代償なくして法定地上権の負担のついた土地だけになることを認めたことになり、妥当なものとはいえない。ただし、民法は法定地上権についても地代を予定しており（民法三八八条）、土地の競落人が建物所有者に対し、地代のほかにそれ相当の権利金でも請求できるといふのならそれを代償と考えることも可能であろう。この点、前掲秦論文二三頁は、『法定地上権が競売によって初めて成立することを考えると、土地の所有者としては、その時点で地上権設定契約を締結する場合と同様の経済

的価値が与えられてしかるべきである。すなわち、地上権価格というのが発生するのであれば、権利金としてその対価を得たうえで法定地上権の成立を認めればよいこととなる。法定地上権が土地の負担となるというのは、建物の所有者が無償で借地権を取得することができるからであるが、これを借地権価格の支払を条件に法定地上権の成立を認めることとすれば、法定地上権が土地の負担となることはない。この点、民法上は、法定地上権について地代が支払われることを予定する規定はあるものの、権利金等の支払を予定した規定はなく、裁判所は権利金に相当するような一時金の給付を法定地上権者に命じることはできないと解されている（東京地裁昭和四四年一月二四日判決）。しかし、もともと借地権価格なるものは、借地法によって地上権が保護された結果、発生してきたもので、民法の原則上は予定されていないものであることからすると、民法に明文の規定がないというだけで、権利金等の支払を認めない根拠とはならないように考えられる。むしろ、法定地上権の制度の主眼は、建物の維持という公益にあり、建物の所有者に利得を与える趣旨まで含むものではないと考えられることからすると、法定地上権の取得者に正当な対価を課すことにより、広く（民法三八九条の場合も含めて）法定地上権の成立を認める方向で考えるのが制度の趣旨に沿うのではなからうか。すなわち、借地権価格というものも、あくまでも民法の枠の外で生じた特殊な現象であって、民法上は、正当な対価という意味での地代の支払を条件に法定地上権の成立を認めているのであるから、正当な対価として権利金等が必要であるのであれば、その支払も条件とするのが制度の趣旨に合致するのではなからうか。…』

（同旨、堀龍兒「共同担当土地・建物の再築による新建物に関する法定地上権」判例タイムズ八二四号四五頁）としている。つまり、民法上は法定地上権について権利金等の支払いを予定した規定はないが、もともと借地権価格というものは、借地法によって発生してきたものであるから、民法に規定がないというだけでは権利金等の支払いを認めな

判例研究

い根拠にはならず、むしろ法定地上権の制度の主眼は建物の維持にあるのだから、法定地上権の取得者に正当な対価を課すことにより広く法定地上権の成立を認めるべきであり、その結果正当な対価として権利金等が必要であるなら裁判所はその支払いを条件とすべきだとする。抵当権者に代償が与えられていないときは、裁判所が権利金等の支払いを命じることにより法定地上権を認めようというものであるならば、権利金等の支払いが代償にあたるわけで、それは、私の考えとも符合する。

3 まとめ

以上述べてきたところをまとめてみると次のようになる。土地とその地上の建物に共同抵当権を設定した場合にその建物が滅失し新建物が再築されたときに法定地上権が成立するかの問題に関し、大審院昭和一〇年八月一〇日判決は、土地だけに抵当権が設定された事例について、旧建物が存在した場合における「同一ノモノ」「同一ノ範囲」で新建物にも法定地上権が成立するとの判断を示し、これが大審院昭和一三年五月二五日判決以降、共同抵当の場合にも援用されてきた。それに対し、これを共同抵当の場合に適用すると、再築された新しい建物は旧建物とは別個の建物であり、当然に旧建物と同様の抵当権が設定されるわけではなく、もし法定地上権を認めると、抵当権者としては土地と建物の両方の担保価値を掌握していたつもりが、いつの間にか、法定地上権の存在する担保価値の低い土地だけにしか担保価値を掌握していないことになり、抵当権者の利益が害されることになるではないか、という批判が実務界からなされ、東京地裁平成四年六月八日判決は、共同抵当の場合においては、新建物にも同一順位同一内容の抵当権が設定されたときまたはそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄したときを除いては、原則として法定地

上権は成立しないとの判断を示すにいたり、その後、これに賛成する論文と批判する論文とが相次いで出されている。しかし、土地だけに抵当権が設定された場合との理論的整合性という見地からすれば、共同抵当権の場合をとくに區別すべきでなく、原則として法定地上権は成立するものと考ええる。その場合、抵当権者の利益をいかに保護すべきかが問題となるが、大審院昭和一〇年八月一〇日判決で示された「同一ノモノ」「同一ノ範囲」の意味を広く解釈することによりこの問題は解決される。つまり、この大審院判例が「同一ノモノ」「同一ノ趣旨」を要求したのは、新建物に法定地上権を認めることによって旧建物におけるそれと比べ土地の抵当権者の利益を害すべきではないという理由からと考え、したがって、旧建物の抵当権が消滅したことに對し抵当権者にそれに見合う代償（つまり、①新建物に對する抵当権、不動産質権の設定、②他の不動産に對する抵当権、不動産質権の設定、③動産担保権の設定、④保証人の擁立、⑤金銭その他代償（物）の提供）が与えられたかどうかにより同一性の判断をすべきものとし、そうすることにより、抵当権者の利益は保護されるということになる。

(1) 大審院明治三十八年九月二日（民録一一輯一一九七頁）、最高裁昭和三十七年九月四日（民集一六卷九号一八五四頁）

(2) 大審院昭和一〇年八月一〇日（民集一四卷一五四九頁）、最高裁昭和五二年一〇月二日（民集三二卷六号七八五頁）

ただし、土地だけに抵当権が設定された場合についても法定地上権の成立を否定する考え方（菅原胞治「抵当地上の建物再築と法定地上権」手形研究四九四号九、一三頁）もあるが、国民経済という観点からして、到底賛同しえない。

(3) 第一類型の判例とは、(2) であげた大審院昭和一〇年八月一〇日判決を援用する「判例2」から「判例8」（第二章で説明）をさす。

(4) この立場は、「全体価値考慮説」ともいわれ、それに対し第一類型の判例の立場は、「個別価値考慮説」ともいわれる。

- (5) 民集一四卷一五四九頁。判例民事法(昭和十年度)三九二頁(再築建物に法定地上権を認めるには抵当権者が土地の担保価値を算定するときの予期を顧慮するべきでありこの予期が裏切られなかったときに限り法定地上権を認むべしという本判決は、正に理論に適した態度であるとする。)
- (6) 民集一七卷一一〇〇頁。判例民事田(昭和十三年度)二七三頁(なお、ここでは共同抵当の場合を特に意識して論じることなく、第三者たる妻が再築したという点を論じるのみである。)
- (7) 下民集一二号二六五四頁
- (8) 判例タイムズ三六九号二二二頁
- (9) 金融法務事情一一〇二号四三頁
- (10) 金融法務事情一一三一号四五頁。判例時報一二一九号一一三頁。金融商事判例七四一号三六頁
- (11) 判例時報一二六号二五頁。判例タイムズ六八一号二二二頁。金融法務事情一九七号二三頁
- (12) 判例時報一二八号五五頁。判例タイムズ六七四号二二二頁。金融法務事情一一九〇号三四頁
- (13) 判例タイムズ七八五号一九八頁。金融法務事情一三二四号三六頁
- (14) 判例タイムズ八二四号四五頁
- (15) 堀籠兒「共同抵当の対象となっている土地・建物の内建物が取り壊されて新建物が建築された場合の法定地上権の存否」判例タイムズ六七一号六四頁
- (16) 野村重信「問題のある法定地上権」金融商事判例八八七号二頁
- (17) 生田治郎「建物の再築と法定地上権の成否」NBL一二三四号六頁。同頁、片岡宏一郎「土地・建物の一括競売権」手形研究三七五号二〇頁
- (18) この判決に対しては、まず、淺生・今井論文(淺生重機・今井隆一「建物の建替えと法定地上権」金融法務事情一三二六号六頁)は、法定地上権制度の根拠に関する考え方および判例の態度をみるならば、民法三八八条は、当事者の合理的な意思を無視してまで、建物の存続を図るものでないとする本件物件明細書の考え方は、法定地上権制度の基本に忠実な解釈であるとし、また吉田論文(吉諸光碩「共同抵当と建物の再築による地上権の成否」判例タイムズ七九二号七二頁)も、この法定地上権の制度は執行妨害のために悪用される機会も多いが、今回の東京地裁執行部の措置は従来の考え方に對する実務

界の批判及び目立ちはじめた執行妨害のための悪用に対して逸早く対応したものと見え、その対応は高く評価すべきであり、この東京地裁執行部の新基準が全国の裁判所で採用されることを強く望むとし、また小林論文（小林明彦「再築建物ための法定地上権」金融法務事情一三四三号二三頁）も、法定地上権の成否を考える際に唯一基準たりうるのは、抵当権者・抵当権設定者の合理的意思の推測であり、土地建物を共同抵当に供した当事者の合理的意思としては、仮に土地建物が個別競売されたとしても最終的にはその双方の換価価値を得ようとし、また得させようとする点にあるから、共同抵当の場合の再築建物につき法定地上権を認めることはできないとして、この判例を支持する。

(19) 長谷川貞之「土地建物の共同担保において建物が滅失し再築された場合と法定地上権の成否」ジュリスト一〇一五号二八二頁

(20) 秦光昭「建物の再築等と法定地上権」手形研究四七〇号一六頁

(21) 長谷川・前掲（8）

(22) 秦・前掲（9）二三頁

(23) 野村秀敏「建物の再築と法定地上権の成否」金融法務事情一三四〇号六頁

(24) 民法上の法定地上権制度の構造を基本的にどう理解するかについては、幾つかの考え方が存在する。まず第一は、抵当権実行の結果に視点を置き、建物所有者と土地所有者との間に立って、民法自身が建物保護という国民経済上の理由から直接・無媒介に地上権を創設しようとするものである。第一類型の判例の見解。そして第二は抵当権設定の段階に視点を置き、この時点においてすでに当事者間に潜在的な土地利用権留保の取引（土地抵当の場合）、または、潜在的な土地利用権設定の取引（建物抵当の場合）があったものと想定するものである。そして第三は、建物建築の段階に視点を置き、その時点においてすでに潜在的自己借地権が創設され、それが抵当権の実行や強制執行等による土地と建物の所有者の分離によって顕在化すると理解するものである（槇・前掲（4）二一四～二一五頁）

(25) 高木多喜男「建物の再築法定地上権」金融法務事情一三四九号一四頁

(26) 最高裁昭和三十六年二月一〇日判決（民集一五卷二一九頁）も、こういった共同抵当の事例ではないが、更地に抵当権の設定を受けた抵当権者があらかじめその土地での建物建築を承認している場合について、更地として評価し設定したことが明らかであるとして、担保評価の内容についての実質的な判断に立入った上で、法定地上権の成立を否定している。また「判

例9」「判例10」の東京地裁判決も、原則として法定地上権は成立しないとしながら、例外として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、または抵当権者がそのような抵当権の設定を受ける利益を放棄したときは法定地上権は成立するとして実質的判断に立入っている。