

判例研究

建物の再築と法定地上権の成立

—平成九・一〇年の三つの最高裁小法廷判決における

考え方の変更にについて—

田 中 嗣 久

目次

- 一、はじめに
- 二、成立肯定説から成立否定説（全体価値考慮説）への最高裁判所判決の考え方の変更について
- 三、全体価値考慮説の問題点と個別価値総合説の提唱
- 四、私見

一、はじめに

私は、先に、本学法学論集第三五号（平成七年一二月発刊、以下、本稿において、「第三五号」という。）において、

土地とその地上建物に共同抵当権が設定された後建物が取り壊されて新建物が建築された場合新建物に法定地上権が成立するかの問題、つまり「建物の再築と法定地上権」の問題に関する判例研究を試みた。そこでは、大審院昭和一年八月一〇日（民集一四卷一五四頁）、同昭和十三年五月二五日（民集一七卷一一〇〇頁）の兩判決により成立肯定説（一般的には「個別価値考慮説」といわれるが、私見は、後述のように、兩大審院判決は現在説かれている個別価値考慮説とは趣を異にするものと考ええる。）が確立されていたが、東京地裁平成四年六月八日の執行処分（判タ七八五号一九八頁）では成立否定説（以下、「全体価値考慮説」という。）による考え方が示されたこと、そして、野村教授により、全体価値考慮説の範疇に属しつつその理論づけを試みた個別価値総合説が提唱される中、基本的に大審院昭和一年八月一〇日判決に賛同し、その内容を独自に分析した私見を展開した。

ところが、その後最高裁において、平成九年二月一四日（第三小法廷）、平成九年六月五日（第一小法廷）、そして平成一〇年七月三日（第二小法廷）と、相次いですべての小法廷において全体価値考慮説に基づいた判決が下され、小法廷判決ではあるが、最高裁判所の考え方として、成立肯定説から、成立否定説たる全体価値考慮説へ変更したと見ざるを得なくなった。

このように最高裁判所の考え方が変更された最大の理由は、土地とその上の建物を共同抵当とした抵当権者の利益擁護にあるものと思われるが、全体価値考慮説に対して従来から提起されている法理論上のいくつかの問題点、たとえば、建物が滅失し再築されるとそれまで建物抵当権に包含されていた土地に対する使用価値がなぜ土地抵当権の方へ移転してしまうのか、あるいは、すでに建物が存在する土地だけに対する抵当権の場合と土地建物への共同抵当の場合とで取扱いを全く異にする全体価値考慮説は、理論面からみた場合不明瞭かつ不合理ではないか、等の問題が解

明されないままでの最高裁の考え方の変更には疑問が存在する（なお、平成九年二月一四日の第三小法廷判決後も、大阪地裁判決平成九年三月二一日は、後に詳細に述べるように、個別価値総合説に基づく判断を下している。）。

そこで、本稿では、第三五号執筆以後のこのような判例の変更ともいえる動向を踏まえ、第三五号における私見の補正をも兼ねて、この問題を再度検討してみたいと考える。

二、成立肯定説から成立否定説（全体価値考慮説）への最高裁判所の考え方の変更について

現在、成立肯定説は個別価値考慮説といわれ、この考え方が、大審院昭和一〇年八月一〇日以来、裁判所の基本的な立場であったとされる。

大審院昭和一〇年八月一〇日の事案は簡単に説明すると次のとおりである。Aは土地とその上に建物を所有するが、その土地にXのために抵当権を設定した後、Aはその建物を取り壊して新建物を建築し、Y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たため、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。

これに対して本判決は、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地上権の負担のある土地の所有権であるのに、仮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「同一のもの」「同一の範囲」であるならば、新建物にも法定地上権を認めるべきである、という考え方を明らかにした。そして、この昭和一〇年の考え方は、大審院昭和十三年五月二五日判決で、土地と建物の共同抵

当の事例（土地建物に共同抵当権が設定された後、旧建物が焼失したため、妻名義で右土地に新建物が建築された事例）においてもそのまま承継されることになる。^{（一）}

しかし、個別価値考慮説は、「土地建物に抵当権が設定された場合、土地抵当権は建物の法定地上権を控除した価値をもつて担保の目的としたものとし、その結果、土地抵当権については法定地上権の価値を控除した交換価値を実現すれば足り、新建物のために法定地上権の成立を認めても、その内容を旧建物を基準とする限り土地抵当権を害しない」とする考え方であるが、大審院昭和一〇年判決当時は、「公平」の観点から、旧建物が存在した場合における「同一のもの」「同一の範囲」であるならば、新建物にも法定地上権を認めるべきである、という考え方を示していたにすぎず、土地抵当権は建物の法定地上権を控除した価値をもつて担保の目的としたものとする個別価値考慮説は、後の判例ならびに学説によって確立されたものであると考えられる。

いずれにしても、成立肯定説（個別価値考慮説）に対しては、昭和五〇年代後半から平成にかけて不動産取引の活発化したいわゆるバブル期において、実務サイドからの批判が集中した。つまり、「土地と建物に共同抵当権の設定を受けた債権者としては、土地の交換価値のうち法定地上権に相当する部分については建物についての抵当権をもつて、底地部分については土地の抵当権をもつて把握しているものであり、いずれにしても土地の交換価値の全部を把握していたものであることを重視する」ものであり、「抵当権の目的であつた旧建物が滅失し再築された場合、再築された建物についてまで法定地上権の成立を認めると、土地・建物を共同担保にして抵当権の設定を受けた債権者としては、土地の交換価値のうち法定地上権の価値相当部分は、再築された建物について底地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けない限り把握できない事態となり不合理である」という点である。^{（二）}

そして、前述した平成四年東京地裁の執行処分は、全体価値考慮説に立ち、不動産執行に関して、原則として新建物のために法定地上権は成立しない旨の判断を下した。同判決は、「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を別個の不動産とするのが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つては国民経済上損失を被るので、そのような損失を防止する」という公益の見地から制定されたものである」とし、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」がなされるべきであるが、「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」ということのみを強調して、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」とした上で、「土地とその地上の建物が同一人に帰属する場合に、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、将来競売によつ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」が、「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とは考え難い」として、法定地上権の成立を否定した。

全体価値考慮説は、同一所有者に属する土地建物について共同抵当権の設定を受けた債権者としては、土地交換価値中の法定地上権相当部分に関しては建物抵当権を実行することで法定地上権の付いた建物売却代金から回収し、法

定地上権の負担のある土地価格は土地抵当権実行により回収し、結局土地の全交換価値を把握している点に鑑み、再築建物について法定地上権を肯定すると債権者としては旧建物が滅失している以上建物抵当権を実行することは不可能であり、土地交換価値中の法定地上権相当部分に関しては担保価値の実現を図ることが困難になり合理的妥当性を欠くものとして、そのような場合には法定地上権の成立は否定されるべきものとするが、この東京地裁判決は、裁判所としてはじめてこの考え方を示したものであった。

東京地裁においては、平成五年一月一日決定（金法一三五二号七七頁）、同平成五年三月二六日決定（判時一四五五号一一七頁）、同平成五年一〇月二七日判決（金法一三七八号一三七頁）と、相次いでこの平成四年の考え方と同様の判断が続いた。東京地裁の全体価値考慮説は、実務界から好感をもって受け入れられたが、それは、同説自体の説得力のためというよりは、むしろ抵当地上の再築建物に法定地上権の成立を認める従来の判例・通説理論に対し、大胆に疑問を提起した点を評価したものであり、その意味では、従来の通説理論への批判がこの説への評価となつて現れたものともいえる。⁽³⁾

しかし、他の裁判所では必ずしも全体価値考慮説に好意的であつたわけではなかった。大阪地裁の富川判事は、「今のところ、この東京地裁の新たな取扱いに従わず、基本的には従来の通説によるべきであるという点で一致している」とされた上で、抵当権の執行妨害を図ろうとする者に対しては、「抵当権設定者が建物を抵当権者の承諾なく取り壊した場合には、抵当権を侵害するとともに、法定地上権の利益を放棄したものというべきであるから、それにも拘らず、通説に基づき法定地上権を主張することは権利の濫用として許されないとして処理すべき」旨主張され、その後⁽⁴⁾大阪地裁平成九年三月二一日判決（判時一六三八号一一六頁）では、結論としては法定地上権の成立を否定しつつ、

個別価値総合説に立つ判断を下した点は注目に値する（個別価値総合説については後述する。）。

そのような流れの中において、最高裁は前述のように、平成九年二月一四日（第三小法廷）、同平成九年六月五日（第一小法廷）、同平成一〇年七月三日（第二小法廷）と、すべての小法廷において、相次いで全体価値考慮説に立つ判決を下したのである。

●最高裁判平成九年二月一四日第三小法廷判決

最高裁判平成九年二月一四日第三小法廷判決の事案の概要は次のとおりである。

土地とその地上建物を所有していた Y_1 は、 X のために当該土地建物に共同根抵当権を設定した。その後 Y_1 は X の承諾を得て建物を取り壊したが、その際 X は当該土地を更地として担保価値の再評価を行い、根抵当権の極度額を増額した。一方、 Y_1 は Y_2 に当該土地を賃貸し（仮登記済）、 Y_2 は当該土地上に新建物を建築した。本件は、土地の根抵当権者が民法三九五条に基づいて土地の短期賃貸借の解除等を求めた事案であるが、同一所有者に属する土地建物に共同根抵当権が設定された後、建物が建て替えられた場合、新建物のために法定地上権が成立するか否かが争点になっている。

これに対して最高裁第三小法廷判決は、「所有者が土地及び地上建物に共同根抵当権を設定した後、右建物を取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、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根抵当権者が新建物について土地の根抵当権と同順位の共同根抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である」とし、その理由として、「土

地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物の全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であり、抵当権が設定されない新建物のために法定地上権の成立を認めるとすれば、抵当権者は、当初は土地全体の価値を把握していたのに、その担保価値が法定地上権の価格相当の価値だけ減少した土地の価値に限定されることになって、不測の損害を被る結果になり、抵当権設定当事者合理的意思に反するからである」とする。そして続けて、「このように解すると建物を保護するという公益的要請に反する結果となることもあり得るが、抵当権〔設定当事者の合理的意思に反してまで右公益的要請を重視すべきであるとはいえない〕と述べて、全体価値考慮説によること、その結果前掲大審院昭和一三年判決の考え方を事実上変更するという画期的な判断を明確にした。⁽⁵⁾

しかし、本判决は理論的根拠が希薄であり、法定地上権の成立を認めると土地抵当権者の利益を害するということに尽きる。そこには土地だけに抵当権を設定した場合と土地建物共同抵当の場合を区別すべき論理的な説明が欠落し、「当事者の合理的意思」ですべてを片づけようとしている。「認めるべきでないから認めない」と述べているに過ぎないといえるのである。

●最高裁判平成九年六月五日第一小法廷判決

そして、この結論は、最高裁判平成九年六月五日第一小法廷判決にも引き継がれる。事案の概要は、土地とその地上建物を所有していたAは、Xのために当該土地建物に共同抵当権を設定し、その後Aは建物を取り壊して新建物を再

築し、Xのために順位一、三番の共同抵当権を設定したが、当初の抵当権設定後から新建物に抵当権が設定されるまでの間にAに国税の滞納があり、この新建物に法定地上権が成立するかが問題となったというもので、新建物に優先する担保権が設定されている場合ではなく、新建物に対する抵当権の設定前に、法定納期限が到来し、法律上優先する国税債権が存在する特異のケースであつた。

これに關して最高裁第一小法廷判決は、平成九年二月一四日第三小法廷判決と同様、法定地上権の成立を認めると土地全体の担保価値を把握していた抵当権者の不利益になり当事者の合理的意思に反することと、当事者の合理的意思に反してまで建物保護の公益的要請を重視するべきではないことを理由に「新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在する場合には、新建物に右抵当権に優先する担保権が設定されている場合と実質上異なるところがなく、抵当権者としては、新建物に抵当権の設定を受けないときは土地全体の担保価値を把握することができるのに、新建物に抵当権の設定を受けることによって、かえつて法定地上権の価格に相当する価格を把握することができない結果となり、その合理的意思に反する」とし、続けて「なお、このように解すると、建物を保護するという公益的要請に反する結果となるが、抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきであるとはいえない」と述べて、全体価値考慮説によることを再確認した。

●最高裁平成一〇年七月三日第二小法廷判決

以上、やや特異な事例であつた第一・三小法廷判決に対して、最高裁平成一〇年七月三日第二小法廷判決は典型的な事例である。

事案の概要は、土地とその地上建物を所有していたAは、Xのために当該土地建物に共同抵当権を設定し、その後AはXの承諾を得て建物を取り壊したが、その際新建物にYXの順で抵当権を設定したため、この新建物に法定地上権が成立するかが争点となった配当異議事件である。

これに対して、最高裁判第二小法廷判決は、先の第一・三小法廷判決同様の根拠で、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、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を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である」とし、全体価値考慮説によることを明確にした。

そして、この第二小法廷判決により、最高裁判所の考え方として、前掲大審院昭和一三年五月二五日は事実上変更されたと考えられ、全体価値考慮説によることが確定的になったともいえる。

三、全体価値考慮説の問題点と個別価値総合説の提唱

二でみてきたように、前掲の平成九年以降の三最高裁判決は、すべて全体価値考慮説に基づく結論を導いた。すなわち、法定地上権の成立を認めると土地全体の担保価値を把握していた抵当権者の不利益になり当事者の合理的意思に反することと、当事者の合理的意思に反してまで建物保護の公益的要請を重視するべきではないことを理由に法定地上権の成立を否定した。しかし、それは理論的根拠づけが不十分であり、当事者の合理的意思を根拠にしているが、

何が合理的なのか、当事者とは誰のことなのかに関しては明らかされていない。そして、全体価値考慮説に対する批判の核心は正にこの点にあるといえる。

たとえば、高木教授は、次のように全体価値考慮説の説得力に疑問を投げかけられる。すなわち、「更地価格を a 、土地利用権(法定地上権)価値を b 、建物価値(土地利用権を差し引いた)を c とすると、全体価値考慮説によれば、土地抵当権の担保価値は $a + b$ であり、建物抵当権の担保価値は $b + c$ となりトータルは $a + c$ となる。そうすると、建物が滅失し、再築された場合に、土地抵当権の価値が a となり、旧建物が存在していたときに建物抵当権の担保価値に含まれていた b が土地抵当権側に吸収されてしまうことになるが、一般的に考えると、甲抵当権と乙抵当権の共同抵当で、乙抵当権が消滅すると乙抵当権が把握していた担保価値が、その一部であれ甲抵当権の側に移転するということとは論理的にありえない」とされる⁽⁶⁾。

ただ、高木教授のように、建物が消滅しているにもかかわらず土地利用価値 b を土地抵当権者側に吸収させないと考えると、かりに建物が再築されないうまま土地抵当権が実行された場合、 b に関しては土地所有者に返還することになるが、果たしてそのような結果が公平の観点から許されるものか。そうでないなら、どのような理論構成になるのが不明確である。

また、秦氏は、「土地・建物に共同担保として抵当権が設定される場合の当事者の意思としては、その建物が競売時まで存続することを前提として法定地上権の成立を認めることにあるとするが、これは抵当権者の意思でもあると断定できるか。法定地上権の制度、さらには民法三八九条の一括競売の制度の趣旨からすると、法定地上権の成立を認めるのが当事者の合理的な意思であると解するのと、どちらが自然かは必ずしも一概にいえないのではないか」と

の点を指摘される。⁽⁷⁾

ところが、先の最高裁判決は、「当事者の合理的意思」を根拠にするのみで、これらの問題点に解答を与えていない。それに対し、一連の最高裁判決と同じ結論を導きながらも、以下で述べる平成九年の大阪地裁判決が、成立肯定説（個別価値考慮説）・全体価値考慮説のいずれにもよらず、野村教授の提唱にかかる個別価値総合説に基づく結論を下したことは、注目に値する。

●大阪地裁判決と個別価値総合説

個別価値総合説は、「土地上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、この建物利用のための法益とその他の法益に分離され、この時点で、潜在的な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いたれば、右の潜在的な関係が顕在化して法定地上権が成立するが、地上建物が滅失してその上の地上権が消滅しても、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せず、また、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から、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自己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」とし、理論づけの不十分な成立肯定説（個別価値考慮説）ないしは全体価値考慮説に対し、理論的根拠を明確にしようとした野村教授提唱にかかる考え方である。⁽⁸⁾

そして、大阪地裁判決平成九年三月二一日（判時一六三八号一一六頁）は、結論としては新建物のための法定地上権を否定したが、あえて全体価値考慮説によらず、個別価値総合説による処理を行った。

事案の概要は、土地とその地上建物を所有していたAがXのために当該土地建物に共同抵当権を設定し、その後AはXの承諾を得て建物を取り壊したが、その際新建物にYXの順で抵当権を設定したため、この新建物に法定地上権が成立するかが問題となったというものであったが、大阪地裁は、まず、「土地と地上建物の所有者が、右の土地又は建物に抵当権を設定した場合には、すでにその時点で、民法三八八条による実体法上の効果として、土地に設定された抵当権が把握するのは底地価格に限定され、建物に設定された抵当権には建物自体の抵当権のほかに土地の潜在的な自己地上権に対する抵当権が附加される効果が発生する」という考え方を基礎として、「土地と地上の旧建物に共同抵当権を設定した後に、共同抵当権に無断で旧建物を取り壊し、地上に新建物を再築した場合」について、「旧建物の滅失により旧建物自体の抵当権が消滅することは明らかである」が、「旧建物の抵当権の設定時に発生した潜在的自己地上権に対する抵当権は、旧建物が消滅しても存続する」とし、その上で、「以上の関係は、その後、新建物が建築されても変わらない。旧建物を基準とする潜在的自己地上権の抵当権は依然として存続している」との理論を展開し、結論として、「所有者が新建物に新たに別の債権者のために抵当権を設定したとしても、ここで新たに民法三八八条による実体法上の効果は発生」せず「新建物に設定された抵当権の効力は、潜在的自己地上権部分にも及ぶことになるが、それはもの共同抵当権者の抵当権に劣後することになる」とした。

個別価値総合説に対しては、潜在的な自己地上権を実体法上の権利であると構成し、その潜在的な自己地上権に対する抵当権も実定法上の権利であることを前提とするが、『潜在的な自己地上権』上の抵当権なるものはそもそも独

立した存在ではなく、建物が消滅するとともに独立の存在となるとされる点が理解しにくい」との批判があり、本判決に対しても、「本判決事例は、平成九年二月判決の考え方からも、法定地上権は成立する余地のないものだから、法定地上権価格などはまったく考える余地はないといえる。したがって、建物本体価格は建物所有者側に優先的に、土地の更地価格は土地抵当権者側に優先的に配当するべきもので、個別価値総合説を持ち出すまでもない」との批判も存在するが、理論的根拠を不十分にしたまま、「認めるべきではないから認められない」式の結論に終始することなく、あえて個別価値総合説を持ち出すことにより理論面を明瞭にしようとした本判決の姿勢は、結論として前記最高裁判決と同じながら、全体価値考慮説に依る最高裁の態度に対して一つの考え方を提起したものとして評価に値するものといえはしまいか。

四、私見

私は、以前から、土地上に建物が存在している場合に、土地だけに対する抵当権と、土地と建物との共同抵当とで取扱いを全く異にする全体価値考慮説は理論的根拠が薄弱であると考え、第三五号において、以下のような私見を展開させていただいた。すなわち、大審院昭和一〇年八月一〇日判決は、建物が存在した場合における「同一のもの」「同一の範囲」と認められる限りにおいて、再築された新建物に法定地上権の成立を認めているが、ここで「同一のもの」「同一の範囲」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に比し、土地抵当権者の利益を害するべきではないという理由に基づく。とするならば、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「同一のもの」「同一の範囲」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して土地抵当権者の利益を害するか否かという観点から判断するべきことになる。

そして、土地抵当権者の利益を害するか否かの判断においては、土地所有権者が土地上の旧建物にも抵当権を有していたという点も考慮に入れてより実質的な判断をする必要があり、旧建物の抵当権が消滅したことに對して土地抵当権者はどのような代償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が、その代償として、

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

等を想定することで、大審院昭和一〇年判決によっても、十分に合理的に對処し得るものとした。

しかし、旧建物が消滅し、その後新建物が建築される過程において、法定地上権の成立を肯定するせよ否定するせよ、何故そうなるのか、言いかえるならば、更地・建物建築・建物滅失・建物再築の過程における法定地上権の成立もしくは消滅に関しての理論的な説明が、そこでは十分になされていなかったように思われる。

理論的説明の不十分さについては、個別価値考慮説、全体価値考慮説とも共通である。個別価値考慮説は、「建物価格には土地利用権価格が含まれる反面、土地価格は、更地価格から土地利用権価格を控除した価格であり、この

ような認識を基礎として、抵当権者は共同抵当権を取得したのであるから、建物が消滅しても、土地利用権価格は土地価格に吸収されることはなく、再築されうる新建物に付着することが予定されている⁽¹²⁾。また、全体価値考慮説は「土地及び建物の『共同抵当』の場合、土地・建物の価格を個別的に評価するのではなく、その価値を全一体として把握・評価し、建物が消滅すれば、土地利用権価格は当然に土地に吸収され、建物が再築された場合でも復活させず、その理由として、新建物を追加担保に取れなかった場合には、本来自分が全体的に把握していたはずの土地利用権価格が新建物に移ってしまうからだ」とすることからも明らかのように、⁽¹³⁾両説とも、土地利用権価格の帰属すなわち、土地利用権価格を土地・建物のいずれに帰属させるか⁽¹⁴⁾について、土地抵当権者と新建物所有者のいずれを保護すべきかという観点からそれぞれ結論を導いているが、そこには、当事者の合理的意思というものの以外に土地利用権価格が土地なり建物なりに帰属するか⁽¹⁵⁾の理論的根拠が希薄であつて、いわゆる、「水掛け論に」終始していると批判を免れない（この点の理論的説明を試みているのが、前述した野村教授による個別価値総合説（前掲注（8）参照）であつた）。

そこで、旧建物が消滅し、その後新建物が建築される過程において、法定地上権の成立を肯定するせよ否定するせよ、何故そうなるのか、言いかえるならば、更地・建物建築・建物滅失・建物再築の過程において、法定地上権の成立もしくは消滅を理論的にどのようにとらえればよいのかを、

①土地所有権とは、土地所有者がその土地を法令の制限内においてどのようにでも自由に利用できる権利である。したがつて、土地所有権の内容には土地処分権等とともに、当然土地利用権も含まれる。

②抵当権の法律的な性質は、目的物の交換価値を優先的に支配して債権の弁済に充てる約定担保物権である。そし⁽¹⁶⁾

て、不動産の交換価値は、当然不動産の利用価値も含めて算定される。

という二つの内容を前提として、以下、述べてみることにする。

(1) 更地に抵当権を設定した場合

まず、土地所有者が更地に抵当権を設定した場合、抵当権は土地利用価格をも包含した土地の全交換価値に及んでいる。したがって、土地所有者がその後建物を建築して第三者に譲渡もしくは競売した場合、土地利用価格部分に抵当権の効力が及んでいるため、その価格部分の代償を抵当権者に付与しない限り、建物譲受人は土地利用権を土地抵当権者に対抗できない。つまり、代償が与えられたときは、土地利用価格部分について実質上抵当権は放棄されたことになるから法定地上権は成立するが、そうでない限り、法定地上権は成立しない。

(2) 土地と地上建物に共同抵当権を設定した場合

次に、土地所有者が土地と地上建物に共同抵当権を設定した場合であるが、土地所有者がその地上に建物を建築するということは、土地所有者がその所有権の内容である土地利用権に基づいて建物を建築することである。したがって、土地所有者が土地と地上建物に共同抵当権を設定した場合は、その両不動産に抵当権を設定しただけのこととなる(この場合、建物が第三者に譲渡されると、抵当権のついた建物が譲渡される。)

この点、個別価値総合説では、「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のための法益とその他の法益に分離され、潜在的な自己地上権が成立する。そして、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ある」と考えるが、共同抵当においては、土地所有者が土地所有権の内容の一部をなす土地利用権を行使して建物を建築しただけのこと

で、潜在的な自己地上権なるものを想定する必要性は存在しない。

そもそも、民法成立過程における法定地上権制度導入の経緯をみるならば、法定地上権制度は「自己地上権」を否定したために立法されたものであり、今さら「潜在的な自己地上権」という価値体現物を考えることには問題が存在する。⁽¹⁷⁾そこには土地と建物それ自体という二つの価値体現物があるにすぎず、土地建物を共同抵当にとつた債権者は、この土地と建物の二つの価値を把握することになるのであって、個別価値総合説のように別個に第三の価値体現物を定するべきではない。⁽¹⁸⁾

一方、個別価値考慮説は、土地建物に抵当権が設定された場合、土地抵当権は建物の法定地上権を控除した価値をもつて担保の目的としたものとするが、共同抵当権を設定した段階で、土地に対する抵当権を、建物の法定地上権部分を控除した価値をもつて担保の目的としたものと捉えるとき複雑な考え方をする必要はないものと考ええる。

(3) 共同抵当権が設定された後に建物が滅失した場合

土地と地上建物に共同抵当権が設定された後に地上建物が滅失した場合、個別価値総合説では、「建物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」との理論を展開されるが、建物が消滅すると共同抵当権のうち土地利用価格をも包含した土地の全交換価値に対しての抵当権が残存するのであり、潜在的な自己地上権上に抵当権が存在するわけではない。⁽¹⁹⁾

また、個別価値考慮説のように、土地の抵当権者は、底地のみを支配しているという考え方に立つと、土地抵当権者は法定地上権付きの土地に抵当権を取得していることになり、その結果、土地所有権の買受人は法定地上権付きの土地所有権を取得しているにすぎないことになる。たとえば我妻博士は、「滅失のまま放置され、潜在的に取得した

法定地上権を放棄したと認めるべき場合、ないしは、いわゆる失効の原則を適用すべき場合にだけ法定地上権の成立を否定すべきであるとされ、原則的には、法定地上権付きの抵当権を取得する」とされる²⁰⁾。しかし、建物保護が法定地上権制度の目的の一つであることからするなら、地上建物が滅失した場合にまで、法定地上権の負担を土地買受人が負うと考えるのは疑問であらう。

(4) 土地所有者が建物を再築した場合

問題となるのは、土地所有者が建物を再築した場合である。この点、個別価値総合説は、「新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ので、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」とする。

しかし、私見は、新建物は土地所有権に包含されるところの土地利用権を基礎とはしているが、土地が旧建物とともに抵当に入れられた後に建築されたものであつて、土地利用価格部分も含めて、土地の全交換価格に抵当権は効力を及ぼしているため、土地利用価格の支払いがない限り、つまり、土地抵当権者が前述した代償(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等)を得ていない限り、建物所有者は土地利用権を抵当権者に対抗し得ない、すなわち、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ものと考ええる。

伊藤教授は、「普通共同抵当の利用状況を見ると、土地と建物の経済的一体性に注目しての利用が二六五社中二二

二社（八三・八％）、被担保債権額みないための利用が二六五社中二一九社（八七％）、価値減少・滅失に備えての利用が二六五社中一〇九社（四一・四％）であるとされている」から「土地・建物共同抵当にあつては、経済的一体性に注目して利用している点に特徴がみられる」と統計で示して説明された上で、「土地・建物共同抵当の場合は、土地抵当権者は土地自体の価値（Ａ）、建物抵当権者は建物自体の価値（Ｃ）を支配し、共同抵当であることから、両者の合計額（Ａ＋Ｃ）を支配することになる。建物利用権（地上権）（Ｂ）は、設定当時においては、独立の担保価値対象としては観念しない。設定者は土地所有者であるが故に、土地所有権の効力として自己の建物を土地上に存置させることができるにすぎない。建物滅失により、建物抵当権は消滅するが、土地抵当権が残る。この時点で、この土地所有権は、土地自体の価値（Ａ）を支配しており、敷地利用権（地上権）（Ｂ）の負担は負っていない状態になる」とされた上で、「その後、建物が再築されても、以上の状態には変動はない。それはあたかも、更地に抵当権が設定された後に、建物を築造したと同様に考えてよい」との見解を示される⁽²¹⁾。

私見は、その理論構成において、伊藤教授の考え方と基本的方向性を同じくするものといえる。ただし、伊藤教授は、再築費用の融資をめぐるトラブルなどの事情により土地抵当権者が再築を承認しながら再築建物への抵当権設定を拒否する場合に関して、「再築建物に法定地上権が原則として成立しないとすると、建物を再築した者に不測の損害が生じるので、正当拒否の場合には法定地上権を否定し、不当拒否の場合は土地のみに抵当権設定の場合と同視して法定地上権を肯定すべき」旨主張され、このような例外を認める理論的根拠について、「再築を承認したということは、法定地上権の負担を覚悟」しているとの理由で、「信義則ないし禁反言」に求められるが、その点には関しては賛同しえない⁽²²⁾。

なぜなら、何が「正当拒否」であつて何が「不当拒否」かは必ずしも明瞭なものとは言えないし、また、土地抵当権は必ず実行されるわけではないから、土地抵当権実行までの建物承認という土地抵当権者の意思も想定される以上、再築を承認したということが直ちに法定地上権の負担を覚悟しているとまではいえないからである。

土地抵当権者が再築を承認する場合についても、前述の代償の有無により法定地上権の成否を決定するべきもの、すなわち、代償を得て土地抵当権者が再築を承認する場合は、抵当権放棄であるから、法定地上権の成立を肯定してもさしつかえないと考える（ただし、代償を得ていないとしても、承認が抵当権者の真意に基づくときは、土地利用権部分に対する抵当権の権利放棄の意思が推測されるから、法定地上権の成立は肯定されるものとする。）。

（5）共同抵当において建物抵当権が解除された場合

最後に、土地と地上建物に共同抵当権が設定された後、地上建物の抵当権だけが解除され、登記も抹消された場合について考えてみる。

東京高裁平成五年五月二一日決定（金法一三六六号三九頁）は、土地と地上建物に共同根抵当権が設定された後、根抵当権者が建物取壊しを事前承諾し根抵当権を抹消したが、その後債務者（根抵当権設定者）が債務の弁済を延滞し始め、根抵当権者に頼んで抵当権の実行を待ってもらっている間に、第三者に地上権を設定してプレハブの新建物を再築させ、新建物には別の者に抵当権を設定したという事案で、「相手方が旧建物につき根抵当権を抹消し、旧建物の取壊しを承諾しても、それは本件土地につき更地としての担保価値を把握できることを前提にした行為」であるとした。

これに関しては、いかなる『前提』であれ、初めから旧建物に抵当権設定がなかった場合と、いったん設定後建物

抵当権を抹消した場合とで、法定地上権成否の結論があまりに違いすぎるのではないかとの批判も存在するが、当初より建物が存在しているにもかかわらず建物にあえて抵当権を設定しなかった場合と、共同抵当たる建物の取壊しを前提として建物抵当権を抹消した場合とは、根本的意味合いが異なり、その批判は当たらない。

共同抵当において建物抵当権が解除された場合も、これまでと考え方は同様である。共同抵当権が設定された後に地上建物の抵当権だけを解除するにあたり、抵当権者が何がしかの代償を得ているのであれば、「土地につき更地としての担保価値を把握できることを前提にした行為」とは考えにくく、法定地上権は否定されるべきであるが、代償を得ておらず、しかも土地利用権部分に対する抵当権の権利放棄の意思が推測されない場合は、法定地上権は肯定されるものと考ええる。

- (1) 前掲大判昭和十三年五月二十五日、大阪高判昭和三十五年二月一日(下民集二二号二六五四頁)、東京地判昭和五三年三月三十一日(判タ三六九号二二二頁)、福岡地判昭和六〇年二月一日(金法一一〇二号四三頁)、京都地判昭和六〇年二月二十六日(金法一一三二号四五頁、判時一一一九号一一三頁、金商七四二号三六頁)、東京高決昭和六三年二月一日(金法一一九七号二三頁、判時二二六号二五頁、判タ六八一号二二二頁)、大阪高判昭和六三年二月二十四日(金法一一九〇号三四頁、判時一二八五号五五頁、判タ六七四号二二二頁)、このうち、特に東京高決昭和六三年二月一日は、「同一の所有者に属する土地と建物に抵当権が設定され、その後右建物が再築された場合であっても、抵当権の実行により土地が売却されたときは、右土地につき再築後の建物のための法定地上権の成立を妨げないものであり、この理は再築した者がまったくの第三者であっても変らないものと解すべきである。蓋し、既に建物が存在することを前提にし

て設定された土地抵当権は土地から右建物のための地上権を控除した価値をもってその目的とするものであって、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たことに变りはないのであり、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何ら抵当権を侵害するものとはいえず、また、そうである限り、再築する者が抵当権設定者である必要は少しもないからである」という理由で、土地と建物に抵当権が設定された後に、同土地・建物が第三者に譲渡され、譲請人が建物を取り壊して新たに建物を建築した場合について、旧建物を基準とした法定地上権の成立を認めた。

- (2) 堀龍兄「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た場合の法定地上権の存否」(判タ六七一号六四頁)

- (3) 菅原胞治「抵当地上の建物再築と法定地上権(下)」(手研四九六号三四頁)

- (4) 富川照雄「民事執行における保全処分の運用」(判タ八〇九号四頁)。ただし、権利の濫用として処理すべきという点については、「真に『執行妨害』を企図する者にとつては、抵当建物を第三者(身元不明者等)が滅失させたように装い、また設定者自身あるいは設定者から適法に土地利用権を取得した者が正当に再築したように装うのは容易なことである(要するに、裁判所に見破られるような『下手な芝居』さえしなければよい)が、抵当権者にとつては、それを設定者の意図的な仕業と立証するのは容易なことではなく、結局、土地抵当権者の不当な損害の防止策としては不十分な機能しか期待できない」と批判される。菅原・前掲注(3)論文三九頁

- (5) もっとも、最高裁判平成九年二月一四日第三小法廷判決事案は、建物が取壊され抵当土地が更地となった後四回にわたって極度額が増額されており、それに基づいて新規貸し出しがなされたということは認定されていないが、新たな貸し出しのために極度額が増額されたものと推測されるので、実質的には増額枠を極度額とする新たな根抵当権の設定と考えられ、それは実質的に更地に抵当権が設定された場合と異ならないから、たとえ個別価値考慮説によっても、法定地上

権は否定されるケースともいえる。高木多喜男「共同抵当権設定後における建物の取壊し・新築と法定地上権」(私法リマークス一九九八(上)二〇頁)参照。

- (6) 高木多喜男「共同抵当における最近の諸問題」(金法一三四九号一三頁)。高木教授は、さらに、「全体価値考慮説は、結果的には、土地と建物の共同抵当においてこのようなことを主張しているわけである。この結論を正当化するためには、一般的な共同抵当とは異なった性格を持っていることを指摘しなければならない。しかし、全体価値考慮説は、この点で十分な説得力を持っているとは思えない」とした上で、平成四年の東京地裁決に対して、「当事者の意思を問題とし、合理的な意思は新建物には地上権は留保されないとするところにあるとする。しかし、甲抵当権と乙抵当権の共同抵当で、乙抵当権が消滅すると、乙抵当権が把握していた担保価値が、その一部であれ、甲抵当権側に移転するということを、ただ曖昧な『合理的意思』ということと説明できるであろうか」とされる。

- (7) 秦光昭「建物の再築等と法定地上権」(手研四七〇号二二頁)

- (8) 野村秀敏「建物の再築と法定地上権の成否」(金法一三四〇号六頁)

- (9) 高木・前掲注(6)論文一四頁。ただし、土地と地上建物の共同抵当であるという特殊性を踏まえた法律構成である点は評価されている。

- (10) 吉田光碩「土地建物共同抵当で再築建物に法定地上権が成立しない場合の考え方」(判タ九八三号一〇〇頁)

- (11) 菅原胞治「抵当地上の建物再築と法定地上権(中)」(手研四九五号三九頁)、福永有利「批判」(私法リマークス一九九三(下)一四六頁)参照

- (12) 近江幸治「土地及び地上建物の共同抵当権における建物再築と法定地上権」(ジュリスト一一〇四号六五頁)

- (13) 井上稔「担保価値の実現と法定地上権の成否」(金法一一〇九号一八頁)は、全体価値考慮説に関して、「土地・建物に共同抵当権の設定を受けた債権者としては、土地の交換価値のうち法定地上権に相当する部分については建物についての抵当権をもって把握しているものであり、いずれにしても土地の交換価値の全部を把握していることを重

視する。そして、抵当権の目的であつた旧建物が滅失し再築された場合、再築された建物についてまで法定地上権の成立を認めると、土地・建物を共同担保にして抵当権の設定を受けた債権者としては、土地の交換価値のうち法定地上権の価値相当部分は、再築された建物について底地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けえない限り把握できない事態となり不合理であるとして、法定地上権の成立を否定する」とされる。

- (14) 菅原・前掲注(11)論文三九頁は、全体価値考慮説は、その名のとおり「抵当権の目的は価値である」という理解を前提に、その「価値を考慮」して法定地上権の成否を決するといふのであるが、およそ抵当権の目的は「権利」自体であつて、その「価値」といふような「権利の反射的映像」に過ぎないものを法定地上権成否の決定的基準にしようといふ発想自体に問題がある旨述べられる。

- (15) 近江・前掲(12)論文六四頁も、個別価値考慮説・全体価値考慮説等の学説は、再築建物についての法定地上権の成否を決定づけようとする理論というのではなく、法定地上権を成立させようとする場合またはそれを否定しようとする場合の説明理論であつたといふ。といふのは、土地利用権の『価値』が土地に吸収されるのか建物に付着するのかは、法定地上権の成否いかんでどのようにでも考えられるからである。したがつて、このレベルでの議論は水掛け論に終始するのである」とされる。

- (16) 我妻栄「新訂担保物権法」二二三頁

- (17) 法定地上権制度導入の経緯をみると次のようである。梅謙次郎らの民法起草委員は、もともと抵当権は土地と建物を一体として目的とするべきものと考えていたが、法典調査会で土地抵当権の効力は建物に及ばないことになつたため、起草委員から、「抵当権ノ目的タル土地ノ上ニ抵当権設定者ノ所有ニ係ル家屋アルトキハ抵当権者ハ土地ト共ニ之ヲ競売スルコトヲ得但優先権ハ土地ノ代価ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得」といふ案が提案された。しかし、それでは土地と建物とを区別した意味がないという理由から、建物がある場合は「抵当権設定ノ当時ニ於イテ抵当地ニ抵当権設定者ノ所有ニ係ル建物アルトキハ抵当権設定者ハ土地競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ留保シタルモノト看ナス但地代ハ当事者ノ請求ニ

因り裁判所之ヲ定ム」という修正案が出された。しかし、この修正案には建物にのみ抵当権が設定された場合が欠落している等の理由から、さらに修正がなされ、現行民法三八八条となった。

- (18) 吉田光碩「共同抵当における建物の滅失・再築と法定地上権」(判タ八四二号四三頁)は、「共同抵当権の場合にのみ『潜在的自己地上権』を想定し、しかもその想定した『自己地上権』上に独立した抵当権というものを想定するという、二重の想定が入り込んでおり、実体法からややかけ離れた考えになってしまふ」とされるし、高木・前掲注(6)論文四頁は、『潜在的自己地上権』上の抵当権なるものはそもそも独立した存在ではなく、建物が消滅するとともに独立の存在となるとされる点が理解しにくい」とされる。

- (19) 菅原・前掲注(11)論文四二頁は、全体価値考慮説に対する反対説が「甲抵当権と乙抵当権の共同抵当で、乙抵当権が消滅すると、乙抵当権が把握していた担保価値がその一部であれ甲抵当権の側に移転するということは論理的にありえない」とすることに対する意見として、建物滅失により当該建物のための法定地上権の成立の余地がなくなった場合、土地抵当権は、負担可能性の消滅により更地と同様の配当を受け得るようになるのはむしろ当然のことであり、それが価値の移転や拡大のようにみえても、なんら本質的な問題ではない旨述べられる。

- (20) 我妻前掲注(16)三五四頁。

- (21) 伊藤進「土地建物共同抵当における建物再築と法定地上権(下)」(ジュリスト一〇五六号一四七頁)。なお、吉田・前掲注(18)論文四三頁は、伊藤教授の考え方をさらに進め、「土地建物のうち、底地だけを担保にとる場合と、土地建物を共同抵当として担保にとる場合とは、やはり状況は全く異なる」とした上で、「共同抵当の場合は、建物の抵当権と底地の抵当権との合算ではなく、土地建物を一塊のものとして一括して抵当権の対象としていって考えるべき」とし、「建物が滅失すれば、担保物の一部が滅失したものととらえ、結局、更地上の抵当権と同じ物と考えることができる」とする。しかし、法律的に別個の不動産について、法律的に一括して抵当権の対象とすることには疑問がある。

- (22) 伊藤・前掲注(21)論文一四八頁。なお、伊藤教授は、さらに、「法定地上権の認められない場合の対応としては、土地

建物を一体処理するため、一括競売の大幅な活用が考えられる。この場合一括競売の要件に関して、設定当時更地であることとの関係では、建物滅失により更地となり、この更地上に抵当権が設定されている状態にある再築と解して、これをクリヤーすることができるし、設定者が築造・所有することとの関係では、判例は、第三取得者再築の場合、土地と築造建物同時に第三者に譲渡した場合なども肯定していることから特に障害はないであろう。しかし、一括競売の場合の競売対象価値は、 $(A+C)$ で (B) は対象ではない。この結果、建物所有者には、敷地利用権の存在しない建物価値 (C) のみが配当されるにすぎないこととなる」とされる。

(23) 菅原・前掲注(11) 論文四一頁

