

抵当権者は土地と建物の全部の価値を把握する趣旨で共同担保としたのに、一方的な取り壊し及び再築行為によって法定地上権が成立すると解すると、抵当権者に不測の損害を被ることになって不当であり、かかる結果は抵当権設定当事者の合理的意思にも反し、また、かかる場合に設定者側が法定地上権の成立を主張すること自体信義則に反し許されないものと解し、民法第三八九条の法意に照らし、同条の適用を認めたケース。

(へ) 大阪高決平八・一〇・二一金融商事判例一〇一三号二七頁(Xが債務者A会社代表者の実父B所有の土地と地上建物につき、建物の老朽化を理由としてほとんど更地評価をし、右土地の担保価値を保全するため、共同根抵当権の設定を受けた後、Aが権利者をCとして、土地につき地上権設定請求権仮登記、建物につき賃借権設定仮登記を経由した上で、建物をXの承諾なくして取り壊し、新建物が再築され、Cが所有権保存登記を経由した後、Xが土地と新建物につき一括競売を申し立てたところ、原審が、土地につき競売開始決定をしたものの、新建物については、土地抵当権設定者による建築ではないこと、土地と建物の所有者が同一人ではないことを理由として、一括競売の申立てを却下したので、Xが執行抗告したという事案において、Xは土地を更地としての交換価値全部を把握していたにもかかわらず、一方的に建物を取り壊され、新建物が建築されたことにより、新建物に抵当権の設定がないのに、法定地上権が成立するとすれば、法定地上権に相当する担保価値を実現することができなくなり、不測の損害を被らせるばかりか、抵当権設定当事者の合理的意思に反する結果となる旨判示して、法定地上権の成立を否定したケース。

註(17) この考え方は、野村秀敏「建物の再築と法定地上権の成否」金融法務事情二三四〇号(一九九二年)六頁(一〇―一頁)において展開されているものと同様であり、この自己地上権的構成は、野村教授によると、個別価値総合説と称されているが、次段における学説の分類に際しては、自己借地権的構成説の中で論じていくこととする。

註(18) 中島・前掲書(前掲註「4」)一一五九頁、富井・前掲書(前掲註「2」)五八八頁。

註(19) 斯様な学説の分類については、多くの文献の中から、特に、伊藤進「土地建物共同抵当における建物再築と法定地上権(上)」ジュリスト一〇五五号(一九九四年)一四〇頁(同頁以下)、近江幸治「判批(最判平九・六・五)」民商法雑誌一一八巻一号(一九九八年)一一九頁(一二四―一二七頁)などを参考にしつつ、構成したものである。

握しうること、Y₁に新建物の所有権があれば一括競売（売却）を申し立てうることを説明した上で、Y₁には執行妨害目的がないこと、Y₁について、保全処分₁の申立て当時、既に新建物が完成間近であったことを理由として、それぞれ申立てを却下したケース）。

(ハ) 大阪高決平五・六・一一判例タイムズ八二八号二六八頁（XがA所有の土地と地上建物につき、建物老朽化を理由として更地として評価した上で共同抵当権の設定を受けた後、Aが建物を取り壊し、Xの知らないうちに新建物を再築し、これをB・C・Dの三人に売却し、所有権移転登記を経由した後、Xが、土地と新建物の一括競売を申し立てたところ、原審が競売開始決定をしたもの、法定地上権の成立を理由として、一括競売申立てを却下したので、Xが執行抗告したという事案において、本件の事実関係を民法第三八九条の法意に照らした場合には同条を適用しうるとして、一括競売を認めたケース）。

(ニ) 東京地判平六・七・二五金融商事判例九五四号三二頁（AがB所有の土地と地上建物につき共同抵当権の設定を受けた後、建物を取り壊され、Cが、Xに請け負わせて新建物を再築し、所有権保存登記を経由した後、新建物をDらに賃貸し、この賃料債権をYに譲渡した後、Xのために新建物につき抵当権設定仮登記を経由したところ、Xが、新建物に抵当権の設定を受けたもの、東京地裁執行部によると、新建物につき法定地上権は成立しないので、新建物の競売によっては、債権を回収することができない旨を主張し、C・Y間の債権譲渡を詐害行為であるとして、その取消を訴求したという事案において、全体価値考慮説を引用しつつ、例外的に法定地上権の成立が認められる場合の要件についてはなお検討する余地があると解しながらも、法定地上権の成立を否定したケース）。

(ホ) 大阪高決平七・九・一三判例タイムズ八九六号一七四頁（XがA所有の土地と地上建物につき共同根抵当権の設定を受けた後、建物を取り壊されたので、XがAに抗議したところ、Aは再築後にXに対し担保提供することを約束した上で新建物を再築したが、Aは自ら所有権保存登記を経由した後、Bに売買により所有権移転登記をし、行方不明になり、Bが新建物につきCに根抵当権を設定したので、Xが一括競売を申し立てたところ、原審裁判所が競売開始決定はしたもの、一括競売については却下したので、Xが執行抗告したという事案において、建物の敷地である土地につき設定された抵当権によって把握されるのは底地としての価値のみであるのが原則であるとしつつも、共同

註(14) この点を指摘するものとして、東海林邦彦「判批(最判昭五二・一〇・一一)」民商法雑誌七九卷一号(一九七八年)九五頁(一〇五―一〇六頁)、古館清吾「判研(最判昭五二・一〇・一一)」金融法務事情八五三号(一九七八年)二〇頁(二三頁)、菅原胞治「抵当地上の建物再築と法定地上権(中)」手形研究四九五号(一九九四年)三二頁(三三―三四頁)がある。

註(15) 任意競売にも民法第五六八条が適用されるということは、判例の認めているところであるが(大判大八・五・三民録二五輯七二九頁、大判昭一五・一〇・二二民集一九卷一九七八頁)、同条の援用する第五六六条は、地上権等のない土地であると思っていたところが、実は地上権の目的となっていたという場合における売主の担保責任に関する規定であり、地上権等の効力の強弱に関する規定ではないことから、その適用可能性が問題となるが、星野英一博士はこれを認めている(星野・前掲「判研」「前掲註「11」」一九三六頁)。

註(16) 前掲東京地執行処分平四・六・八以後の否定裁判例は数が多いので、本註において左に引用指示する。

(イ) 東京地決平五・一・一八金融商事判例九一四号二七頁(Xが土地二筆と地上建物につき共同抵当権の設定を受けた後、Xと設定者Yとの間において、建物の取り壊しに際し、新建物にXのため一番抵当権を設定する旨を特約した上で、Yが建物を取り壊して新建物を再築したが、Yは新建物につきAのために一番抵当権を設定したところ、Xが土地につき競売を申し立てた後、新建物を一括売却に付するよう申し立てたという事案において、前掲東京地執行処分平四・六・八と同様の文言によって法定地上権の成立を否定し、また、民法第三八九条の適用について、更地に建物を建築した場合のみならず、本件のように、共同抵当地上に建物が再築されて法定地上権が成立しない場合にも適用を認めたケース)。

(ロ) 東京地決平五・三・二六判例時報一四五五号一一七頁(XがY₁所有の土地と地上建物につき共同抵当権の設定を受けた後、Y₁がXの承諾を受けずに建物を取り壊し、新建物(一〇階建てビル)の建築をY₂に請け負わせたので、Xが競売申し立て後、新建物の建築により土地の価格が著しく低減するとして、売却のための保全処分として、新建物の建築禁止、占有移転禁止、使用禁止、処分禁止の各命令を申し立てたという事案において、東京地執行処分平四・六・八を引用しつつ、本件の場合には新建物につき法定地上権は成立せず、Xは土地全体の価値を配当原資として把

慮修正説、新一括競売説、原則否定説である全体価値考慮説、全面否定説である一体価値考慮説、要件嚴格説、その他、自己借地権の構成説などがあり、正に豊富なメニューが用意されているのであるが、次段においては、これら判例及び学説によって提示された理論を分類し整理した上で、その当否について論じ、解釈におけるあるべき方向性を模索してみたいと思う。

註(11) この考え方を当然視する学説として、高木多喜男「判解（最判昭五二・一〇・一一）」『別冊ジュリスト昭和五二年重要判例解説』（有斐閣、一九七八年）六四頁（六五頁）がある。旧借地法の規定を顧慮した場合には、斯様な解釈が必然的に導かれよう。現行借地借家法においては、斯様な朽廃条項は削除されたが、裁判所が法定地上権の存続期間を定める場合には、同様の考え方が採用されるべきであり、一律に三〇年（借地借家法三条）といった決め方は、旧建物と同一の範囲における法定地上権という判例法理に違背する解釈となろう。

註(12) 石田喜久夫「判評（最判昭五二・一〇・一一）」判例時報八九三号（一九七八年）一三二頁（一三四頁）（判例評論二三五号一七頁「二〇頁」）は、「本件建物に一番抵当権の設定を受けることにより、堅固建物の存在による事実上の土地価格の下落をカヴァーしようとした、とみるのが妥当ではあるまいか」と指摘している。

註(13) 因みに、建物が非堅固から堅固に変わると、法定地上権付きの底地価額が、元の価額の六〇から七〇パーセント程度にまで減価するものといわれている（星野英一「判研（最判昭五二・一〇・一一）」法学協会雑誌九五巻一二号（一九七八年）一九三二頁「一九三八頁」、内田貴「判解（最判昭五二・一〇・一一）」星野英一・平井宜雄編『民法判例百選Ⅰ（総則・物権）』（有斐閣、第四版、一九九六年）一八八頁）。更地価額から法定地上権付き価額となった段階で既に底地価額は一〇から四〇パーセント程度（つまり最低六〇パーセント引きの価額）になってしまうのに（星野・前掲「判研」前掲註「11」）一九三八頁参照。法定地上権価額が更地価額の六〇から九〇パーセントであるという点については、前掲東京地執行処分平四・六・八も指摘している）、なおかつ、そこから更に減価するのであるから、昭和五二年最高裁判決においては、もう少し事実関係を良く見極めた上で非堅固か堅固かを定めるべきであったものと思われる。

一頁「同様の事案において、右大阪地判平九・三・三と全く同様に判示したケース」⁽¹⁷⁾。

しかし、最判平九・六・五以降の裁判例は、最判平九・二・一四を引用しつつ、全体価値考慮説を踏襲している（大阪高判平九・六・一三金融法務事情一五〇八号八〇頁「A会社がB会社のために自己所有の土地と地上建物につき共同根抵当権を設定した後、Bとの間において、新建物にも旧建物と同順位の根抵当権を設定することを合意した上で、建物を取り壊し、Yに請け負わせて新建物を再築したが、A会社が請負代金を支払わないので、Yが所有権保存登記を経由したところ、土地が競売に付され、Xがこれを買って受けて、Yに対し、建物収去・土地明渡しを請求したという事案において、最判平九・二・一四を援用して、法定地上権の成立を否定し、抵当権者Bが取り壊しと再築を了解していたとしても、土地の交換価値のうち法定地上権に相当する部分を失うなどということをしてBが覚悟していたとは到底認められないとして、法定地上権の成立する特段の事情があるとはいえないとされたケース」、東京地判平一〇・一〇・九金融法務事情一五五三号四七頁「BがAから共同根抵当権の設定を受けた後、建物根抵当権設定契約を合意解除した上で、Aが建物を取り壊し、新建物を再築したものの、請負代金を支払わないので、請負人Cが所有権保存登記を経由し、Aが請負代金支払いのため、新建物を売り出したので、Yがこれを買って受けた上で土地に借地権の設定を受け、新建物の引渡しを受けて、店舗兼事務所として使用していたところ、土地が競売に付され、Xがこれを買って受けて、Yに対し、建物収去・土地明渡しを請求したという事案において、最判平九・二・一四を援用して、法定地上権の成立を否定し、根抵当権者Bが旧建物の抵当権を合意解除して、取り壊しを承諾していたとしても、法定地上権の成立する特段の事情があるとはいえないとされたケース」）。したがって、現在においては、全体価値考慮説が判例法理の到達点であるといえることができる。

これに対して、学説は、旧一括競売説とでもいうべき否定説に始まり、⁽¹⁸⁾肯定説である個別価値考慮説、個別価値考

いた（大阪地判平九・三・三金融法務事情一四九九号三七頁）「共同根抵当地上の建物が再築された場合において、元の共同根抵当権者が新建物につき二番根抵当権の設定を受けた後、土地と新建物とが競売に付され、一括売却されたが、元の共同根抵当権者が配当異議を訴求したという事案において、土地と地上建物につき抵当権を設定する場合には、土地抵当権は底地価額を把握し、建物抵当権は建物の価額プラス潜在的な自己地上権価額を把握するものであり、この点は個別抵当権の場合も共同抵当権の場合も同じであり、個別売却の場合には土地と建物の個別抵当権実行により各々の把握した価額が配当され、この場合には法定地上権が成立することもあり、一括売却の場合には法定地上権は成立しないが、配当手続においては、やはり、当初把握した各々の価額が配当されることになるという前提に立ち、再築事案の場合には、旧建物の滅失により建物自体の抵当権は消滅するが、潜在的な自己地上権に対する抵当権は存続し、新建物のみにつき抵当権が実行された場合には、新建物と潜在的自己地上権が競売の対象となり、買受人は新建物と旧建物を基準とする法定地上権を取得するが、売却代金のうち潜在的自己地上権価額は元の共同抵当権者に優先的に配当され、また、元の共同抵当権者が、旧建物の閉鎖登記簿謄本と登記簿謄本の双方を提出することにより、土地と潜在的自己地上権の抵当権を実行すれば、買受人は完全な土地所有権を取得し、法定地上権は成立しないので、新建物の撤去を請求しうるものとし、この場合、元の共同抵当権者は底地価額と潜在的自己地上権価額の双方から優先的に配当を受けることになり、更に、一括売却の場合には、旧建物の法定地上権は現実化しないが、配当においては、新建物の価額は新建物の抵当権者に配当され、潜在的自己地上権価額は底地価額とともに元の共同抵当権者に優先的に配当されるものと解した上で、新建物の一番根抵当権者は潜在的自己地上権につき二番根抵当権の設定を受けたことになるものとして、潜在的自己地上権価額の配当につき、元の共同根抵当権者を第一順位、新建物の一番根抵当権者を第二順位として配当すべきものとされたケース。以上のように解しても、最判平九・二・一四とは抵触しないという」、大阪地判平九・三・二一判例タイムズ九四六号二一

を認めたケースである。本件は、一連の判例法理における事案と比較しても、何ら特殊なケースではなく、むしろ、昭和五二年の最高裁判決を適用すれば、再築建物に関する法定地上権が成立するという結論となりうる事案であるが、前掲東京地判昭四六・七・二〇と同様、旧建物の取り壊しにより、更地になったものという取り扱いをした結果、斯様な結論になったものと思われる。斯様な考え方が、その後、東京地執行処分平四・六・八の全体価値考慮説につながったものと思われる。

しかしながら、その後、平成年代に入ると、共同抵当権に基づく競売手続において再築建物につき法定地上権の成立を認めた結果、土地抵当権者にほとんど配当されなくなるという矛盾が漸く東京地裁において確定的に認識された結果、一転して否定裁判例が現れ（東京地決平四・三・一〇判例時報一四二二号一〇〇頁「XがY所有の土地と地上建物につき共同抵当権の設定を受け、競売を申し立てた後、建物が焼失したので、Yが建物を再築しようとしたところ、Xが民事執行法五五条に基づき再築禁止の保全処分を申し立てた」という事案において、差押えによる処分禁止の効力を理由として、再築による法定地上権の成立を否定し、また、差押後の再築に法定地上権の成立を認めたとしても、旧建物が滅失した状況において、土地抵当権者は更地価額を把握していたのに、再築による法定地上権の成立を認めると、抵当権者が法定地上権に相当する価値を失うことになり、その利益が著しく害され、斯様な場合には、再築建物に抵当権の設定を受けることも期待できない関係上、再築自体が民事執行法五五条の価格減少行為に該当するとして、売却のためにする再築禁止の保全処分を認めたケース¹⁶⁾）、そして、前述した平成四年の東京地裁における執行処分¹⁶⁾に結実している。

その後は、否定裁判例の集積があり、前掲平成九年から平成一〇年にかけての三つの最高裁判決につながっているのである。しかし、前掲最判平九・二・一四以降の裁判例であるにもかかわらず、大阪地裁においては、当初、個別価値考慮説と全体価値考慮説との折衷的な意味における自己地上権的構成を採りつつ、法定地上権の成立を否定して

頁「X信用組合がA所有の土地と地上建物につき共同抵当権の設定を受けた後、Aは、建物を取り壊し、土地につき何ら利用権を設定することなく、自己を代表者とするB会社所有名義の新建物を再築した上で、土地とともにYのために共同根抵当権を設定したところ、土地と新建物とが一括売却に付されたという事案において、旧建物を基準とする法定地上権が認定され、更地価額から法定地上権価額が控除され、これが新建物に割り付けられた結果、代金割付最低価額の案分率が土地三二・七三パーセント、新建物六八・二七パーセントとされたケース」、場合によつては、新建物を基準とする法定地上権の成立を認めるという裁判例もあり（京都地判昭六〇・一一・二六判例時報一一一九号一一三頁「XがA所有の土地と地上建物につき共同抵当権の設定を受けた後、AがBに土地の利用を許可し、Bが建物を取り壊して、B所有の新建物を再築し、BがこれをCに売却し、CがYに売却して、登記を経由したところ、Xが土地を競売に付し、これを自ら買い受けて、登記を経由した上で、Yに対し建物収去・土地明渡し等を訴求したという事案において、Xが建物の存在を前提として土地の担保価値を把握しており、旧建物を取り壊され、新建物が存在するに至っても、土地抵当権の担保価値が低減侵害されるおそれはないとして、新建物に関する法定地上権の成立を認めたケース」、法定地上権の成立を否定する裁判例はほとんどないような状況であった（否定事案としては、名古屋高決昭六〇・一・二四判例時報一一五五号二七一頁があるくらいであった。本件は、XがA所有の土地と地上建物につき共同根抵当権の設定を受けた後、建物の老朽化を理由として、XとAとの間において、建物の建て替えならびに新建物につきXの一番抵当権を設定する旨を合意し、旧建物を取り壊されたところ、Aが資金に行き詰まり、Bに地上権を設定し登記を経由した上で、Bが建物を完成させ、所有権保存登記を経由した結果、新建物につき抵当権の設定を受けられなくなったXが、土地抵当権の実行とともに、土地と新建物につき一括競売を申し立てたところ、これが却下されたので、抗告したという事案において、抵当権設定後における建物の建築であるとして、買受人に対抗しえない場合であるものと解し、一括売却

したという点において意義がある。しかし、その点と法定地上権の成立とは別である。共同抵当権設定時に建物が存在していることから、借地権価額を算定した上で土地の担保価値を把握していたという場合において、競売開始決定後に建物が取り壊されたというのであれば、建物の取り壊しとともに更地になったのであり、その時点において借地権価額は消滅するから、当初の担保価値の把握にあまり影響せず、また、新建物にも一番抵当権が設定してあれば、当初の土地と建物の集積的な担保価値把握という点に狂いは生じないが、そうでない限り、担保価値の把握に狂いが生じてしまう関係上、斯様な場合には、原則として、法定地上権の成立を否定することが妥当である。

その後、昭和年代においては、同様の再築事案において、そのほとんどが旧建物に關すると同一の範囲における法定地上権を認めるという裁判例であり（福岡地判昭六〇・二・一三金融法務事情一一〇二号四三頁「A会社がBのために土地と地上建物につき共同抵当権を設定した後、建物を取り壊し、新建物を再築した上で、Yとの間において、土地につき賃貸借契約を締結し、賃借権設定仮登記を経由して、新建物をYに譲渡し登記を経由したところ、土地が競売に付され、Xがこれを買ったので、XがYに対し建物収去・土地明渡し等を訴求したという事案において、抵当権設定時において予見可能であるとして、法定地上権の成立を認めたケース」、東京高決昭六三・二・一九判例時報一二六六号二五頁「物上保証人Aが土地と建物（木造二階建て建床面積七九・三平方メートル）につき共同根抵当権を設定した後、土地・建物を債務者Yに売却し、Yが建物を取り壊し、新建物（鉄骨造三階建て建床面積九八・五九平方メートル）を再築した上で、二階と三階部分を第三者に分譲し登記を経由したところ、土地が競売に付され、Xが買い受けたが、右競売手続において、物件明細書に買受人の負担すべき地上権なしと記載され、これによって最低売却価額が決定されたので、Xが法定地上権の成立を主張して抗告したという事案において、法定地上権の成立を認め、右売却許可決定を取り消したケース」、東京高判昭六三・二・二四金融商事判例八一〇号三八

とになろう。

右昭和五二年最高裁判決以降の下級審裁判例の動向としては、まず、土地と地上建物(木造亜鉛メッキ鋼板葺二階建て工場)につき、共同抵当権が設定された後、建物が取り壊され、新建物(軽量鉄骨造瓦葺陸屋根二階建て居宅。基礎・土台は旧建物のもものを利用し、一部鉄骨の柱や二階の梁も利用している)が再築されたという事案において、旧建物の範囲内で法定地上権が成立するものと解し、その目的を非堅固建物の所有とし、存続期間を一五年と定めた裁判例がある(東京地判昭五三・三・三二判例タイムズ三六九号二二二頁「土地競落人Xが競売申立記入登記による差押えの効力が生じた後の再築であることを理由として、新建物の収去・土地明渡しを訴求したが、差押えの効力発生は必ずしも法定地上権の不成立にはつながらない旨の理由から、法定地上権の成立を認めた」)。右昭和五三年東京地裁判決が旧建物の範囲内という点を具体化していることは、昭和一〇年判決の流れに適合しており、また、法定地上権の範囲という論点における前掲大判九・五・五、福井地判昭二八・七・三一、東京地判昭三五・一二・一九などの他、松山地判昭四〇・二・一一下裁民集一六卷二号二〇五頁(建物の利用のために必要であるとの理由から土地の範囲を庭園までと認定した事案)、函館地判昭四二・三・一〇判例時報五〇二号五五頁(建物の競落後に建築された建物の敷地部分を除く部分に法定地上権が成立するときれた事案)、更に、東京地判昭五〇・一二・一九判例時報八二〇号八六頁(宅地が一〇一・七五平方メートル、木造建物が二五・九二平方メートルであるところ、空き地にプレハブ建物を建て、墓石セットの見本を置いていたという事案において、当初の建物の敷地部分三七・九六平方メートルにのみ法定地上権の成立を認めたケース。存続期間は旧借地法二条一項により三〇年とした)などにおいて、事実関係が詳細に考慮された結果、その範囲が決せられているという裁判例の趨勢に倣ったものといえるが、右昭和五三年東京地裁判決は、存続期間につき、旧建物の推定存続年数である一五年に限定

最高裁において初めて明確に判示されているに過ぎないのである。⁽¹⁴⁾ 右は事実審と異なる事実内容を最高裁が判断したということになるのであり、この点は妥当ではない。

また、本件においては、土地抵当権者が自ら土地を競落しており、当該競落価額が旧建物の存在を前提とした法定地上権価額を控除したものであれば、比較的高価であったのではないかと思われ、新建物の競落価額についても、同様に、旧建物の存在を前提とする法定地上権価額を加算した価額であるすると、比較的廉価であったのではないかと思われる。そうすると、前者は高い買い物をし、後者は安い買い物をしたにもかかわらず、その後、新建物の存在を前提とする法定地上権が認定される結果、前者は損をし、後者は得をすることになる。ましてや、本件の土地競落人は、競落後、土地を転売しているから、地上権の範囲が異なることになる結果、売主の担保責任（民法第五六六条一項）を追及されてしまうのではないかという懸念が生ずることになる。もっとも、土地競落人の側も強制競売における担保責任に関する民法第五六八条の保護を受けるものと解する⁽¹⁵⁾、比較的損はなくなるが、担保責任の追及という、本来ならばされなくとも良い斯様な危険にさらされ、また、本来しなくても良い煩瑣な手続を強いられることになるという点を考慮すると、やはり、本判决の事案においては、最高でも旧建物の範囲における同一の法定地上権が認められるに過ぎないということができであろう。そして、もし、土地と新建物とが一括競売されていた場合であるならば、新建物の法定地上権価額が高額であり、これが土地の更地価額から控除されて、新建物の価額に割り付けられてしまうことになるから、斯様な場合には、土地抵当権者の期待に反する結果となり妥当性を欠くという理由から、法定地上権それ自体を認めるべきではないということになる。結論としては、土地の一番抵当権設定時における土地担保価値の把握という点に焦点を当て、その把握に違うような結果となるべき解釈は、結局、採るを得ないというこ

いて、土地抵当権設定当時において既に所有者が非堅固建物を取り壊して堅固建物を建設することを予定しており、
抵当権者においてもこれを承知した上で土地の担保価値を算定していたという特段の事情があるときには、その後建
設された堅固建物の所有を目的とする法定地上権が成立する旨判示したものである。

本判決における問題点は、土地抵当権設定当時、抵当権者は、果たして本当に新建物の建設を予定しつつ、土地の
担保価値を把握していたのかという点にある。もしそうであるとすれば、それは、土地抵当権者が新建物に一番抵当
権の設定を受けることを予定していたからであり、新建物につき、自己に優先する担保権者が現れるということは予
期していなかったからこそ、斯様な土地担保価値の算定方法となったものと思われる⁽¹²⁾。そうすると、本件における土
地所有者と土地抵当権者との合意内容は、新建物につき、土地抵当権者が一番抵当権の設定を受けるということを停
止条件として認められるということになる。斯様に解さないと、残存耐用年数が残り少ないであろう旧建物の存在を
前提とする法定地上権と、これから何十年もの残存耐用年数のある新建物の存在を前提とする法定地上権とは、自
ずと法定地上権価値にも差が出てくるからである⁽¹³⁾。ちなみに、本判決が下された当時における旧借地法の規定による
と、堅固建物の所有を目的とする借地権の存続期間は六〇年、その他の建物の所有を目的とする借地権の存続期間は
三〇年となっており(二条一項)、本判決の当時においては、この問題はかなり深刻であった。したがって、土地抵当
権者が新建物について予定していた一番抵当権の設定を受けられなかったという本件の場合においては、やはり、旧
建物における同一の範囲における法定地上権の成立程度でなければ、土地抵当権者の期待を裏切る結果になるであ
ろう。しかし、本件における上告理由をみると、土地抵当権者は必ずしも確定的に新建物の再築を前提として土地の
担保価値を把握していたものではなく、原判決をみても、この点は必ずしも明確に判示されてはいない。この点は、

保存登記がなされたが、Cのために一番抵当権が設定され、Bのために二番抵当権が設定された。その後、Bは本件土地を競売に付し、これを自ら競落した後、売買により、Xに所有権移転登記をなした。また、新建築物は一番抵当権者たるCが競売に付し、Yがこれを競落し登記を経由した。そこでXは、Yに対して、建物収去・土地明渡しを訴求し、これに対して、Yは、Xに対して、法定地上権の確認を訴求したので、本件は一括審理された。第一審はYが勝訴したものの、旧建物を基準とする法定地上権が確認されたただけなので、XとYの双方から控訴がなされた。原審は、通常は旧建物が存在する場合と同一の範囲内の地上権が成立すると解したものの、抵当権設定当時、Bは、近い将来旧建物が取り壊され、新工場が建築されることを予期しており、これを度外視して本件土地の担保価値を算定したものと認め難いとの理由から、Yが本件堅固建物の所有を目的とする法定地上権を有することを確認し、XはBから法定地上権の負担を承継したものと判示して、Yの請求を認容し、Xの控訴を棄却した。

Xは、これを不服として、本件土地所有者は旧建物から新建物への土地使用の継続を考えておらず、専ら将来建築する建物のため土地を使用することを考えていたこと、土地抵当権者は旧建物を取り壊される予定であり、更地としての価値が担保提供されるものと予期していたなどと主張して上告したが、最高裁は、「同一の所有者に属する土地と地上建物のうち土地のみについて抵当権が設定され、その後右建物が滅失して新建築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競売されたときは、法定地上権の成立を妨げないものであり（大審院昭和一〇年（オ）第三七三号同年八月一〇日判決・民集一四卷一五四九頁参照）、右法定地上権の存続期間等の内容は、原則として、取壊し前の旧建物が残存する場合と同一の範囲にとどまるべきものである。しかし、このように、旧建物を基準として法定地上権の内容を決するのは、抵当権設定の際、旧建物の存在を前提とし、旧建物のための法定地上権が成立することを予定して土地の担保価値を算定した抵当権者に不測の損害を被らせないためであるから、右の抵当権者の利益を害しないと認められる特段の事情がある場合には、再築後の新建築物を基準として法定地上権の内容を定めて妨げないものと解するのが、相当である。」と判示して、Xの上告を棄却した。

本判決は、第一の土地抵当権設定後、地上の非堅固建物が取り壊され、堅固建物が再築された後、この堅固建物につき、別の債権者が一番抵当権の設定を受け、土地抵当権者は二番抵当権の設定を受けたに過ぎないという事案にお

いう場合において、土地抵当権者の担保価値把握と合わなくなるときには、滅失した建物の土地は更地評価をすべきであるということになる。また、所有者が土地と地上建物につき共同根抵当権を設定した後、当該建物を取り壊し、新建築物を再築した上で、土地と新建築物につき、別の債権者のために共同抵当権を設定した後、第一の共同根抵当権に基づく土地の競売が申し立てられ、これが競落された後、第二の共同抵当権に基づく建物の競売が申し立てられ、新建築物が競落されたという事案において、旧建物の敷地内において、かつ、旧建物の朽廃の程度・耐用年数に応じて法定地上権が成立する旨判示した裁判例が現れており（東京高判昭四九・四・二五下裁民集二五卷一号三八一頁。本件においても、土地の一番抵当権者は新建築物から配当を受けられないのであるから、法定地上権の成立は否定すべきであろう）、従来どおりの判例法理が繰り返された。斯様な状況下において、土地抵当権設定後、建物が再築されたという事案において、再築建物を基準とする法定地上権の成立を認めるといふ最高裁判決が現れた。

⑤最判昭五二・一〇・一一民集三一巻六号七八五頁

Aは、自己所有の土地につき、B銀行のために、順次一番根抵当権、二番根抵当権、三番根抵当権を設定した。Aは、抵当地上の建物が菓子製造工場に適さないため、近い将来これを取り壊し、本件土地に新工場を建設することを当初から予定しており、Bもその点を承知しつつ本件土地の担保価値を算定していたので、旧建物には敢えて抵当権を設定しなかった。しかし、その当時、AはBに対して既に多額の借財をなしており、直ちに新工場建設のための資金をBから借り入れることができなかつたので、しばらく旧建物を材料置き場及び車庫として使用し、Bもその点を了解していた。ところが、Aは建築請負業者から新工場建設の早期施工を求められたので、Aは、Cから融資を受けて旧建物を取り壊し、新工場（鉄筋コンクリート造五階建て）の建設に着手した。新建築物の建設については、着工後AからBに了解を求め、Bとしては従前の了解と異なることから不満を示したものの、結局、新建築物に一番抵当権の設定を受けることを予定して、新建築物の建築に同意し、係員を派遣して当該工事契約書を見たり、工事の進捗状況を視察したりしていた。新建築物は、完成後、A名義に所有権

くとも更地としての価値を有することが期待されており、斯様な場合に法定地上権の成立を否定することが抵当権者の利益に合致し、法定地上権を生ずるような建物の存在を予知しえない競落人に不測の損害を与えることが避けられ、その反面、地上権の保護を受けるべき抵当権設定者にとつても法定地上権が成立しないことによる不利益は補われているとの理由から、法定地上権は成立しない旨判示した裁判例が現れた(東京地判昭四六・七・二〇金融法務事情六二七号三七頁)。右昭和四六年東京地裁判決は、従来の判例法理によると、共同抵当地上の建物が滅失しても、建物が再築され、土地の利用が継続されている場合には、法定地上権が認められてしまうことから、この点を土地抵当権者の当初の意思である土地と建物の担保価値を同時に把握するという観点とは相容れないと判断した結果、建物が滅失した場合には更地とするということが土地抵当権者の意思であると判断したものである。斯様な判断であれば、共同抵当権者が旧建物の上に見積もった借地権価額が滅失によって建物とともに灰燼に帰したとしても、更地価額となった土地から優先的に弁済を受けることによって損失を免れるということになり、極めて妥当な解決となるのである。この点が最も重要な点であり、見過ごされてはならない点なのである。

しかしながら、その後は相変わらず、土地抵当権設定当時、地上に甲・乙・丙と三棟建物が存在していたが、その後、丙建物が滅失し、その跡地に新建物が再築され、その後、土地と甲建物が一括競売されたという事案において、乙建物と滅失した丙建物が存在したとして、これらを利用するため必要な範囲において法定地上権が成立する旨判示した裁判例が現れ(東京地判昭四六・一二・一三判例タイムズ二七六号三〇八頁。もつとも、本件においては、競売手続終了までに地上建物三棟のうち一棟が滅失しただけであり、土地抵当権者の担保価値の把握にあまり狂いは生じていないはずであるから、法定地上権を認めても良い事案となるが、もし、土地の各々が分筆されており、その各々の上に建物が存在していたと

右のような状況下において、土地につき抵当権が設定された後、その実行前に、同一敷地内において建物が移転され、若干増改築も施されたという事案において、従前の建物の利用に必要な範囲における法定地上権の成立が認められたケースとして、最初の最高裁判決が現れた。

④最判昭四四・四・一八判例時報五五六号四三頁

事実関係はよく分らないが、債務者Aが自己所有の土地三筆と地上建物一三棟につき、B銀行のために共同抵当権を設定した後、共同抵当権の目的物となっていない未登記建物が同一敷地上で約二メートル移動され、その際若干の増改築も施された後、AがYに右未登記建物を贈与したところ、土地の競落人であるXがYに対して建物収去・土地明渡しを訴求したという事案のようである。原審がY所有の建物のために法定地上権の成立を認めたので、Xはこれを不服として上告したが、最高裁は、「法定地上権は抵当権設定時に存在する建物の利用に必要な範囲の土地に及ぶものであり、土地の抵当権設定後その実行前に同一土地内において地上の建物が移転されまたは増改築されても、前の建物の利用に必要であっ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」と判示して、Xの上告を棄却した。

本判決は、土地抵当権設定後における建物の移動及び増改築の事案であり、建物再築の事案ではないが、再築事案と同様、従前の建物の利用に必要な範囲における法定地上権が成立する旨判示したものであり、大審院時代からの判例法理を踏襲することを明らかにしたものである。

しかし、その後、下級審において、土地と地上建物につき、共同抵当権が設定された後、当該共同抵当権が実行され、双方が同一人によって競落されたが、競売手続終結直前に建物が抵当権設定者によって取り壊されていたので、競売手続がやり直され、更地という評価に基づいて競売手続が遂行されたという事案において、本件の場合には少な

年大阪高裁判決以前の裁判例においては、建物の利用に必要な範囲を認定しつつ、法定地上権の成立を認めていることから（福井地判昭二八・七・三一下裁民集四卷七号一九六七頁「宅地が五一坪、家屋の建坪が二三坪という事案において、若干の空き地があるも、当該空き地は通路や花壇として利用されていることから、土地の全体につき法定地上権の成立が認められたケース」、大分地判昭三三・九・一九金融法務事情一九七号九一頁「建物の競売に基づいて法定地上権の負担を受けるべき土地所有者Y₁が従来から存在した土塀を中心として土地の北側と建物のある南側を分筆し、北側につきY₂のため地上権を設定し登記を経由したところ、法定地上権者Xが当該北側部分は建物の庭であるとして、法定地上権の確認を訴求したという事案において、北側部分には当初から庭木・庭石があり、建物の庭園であつて、右庭園部分は建物の敷地部分と比較して不相当に広大ではないとして、土地の全体につき法定地上権の成立が認められたケース」、新旧両建物の間において、その規模に違いがありすぎた右昭和三五年大阪高裁判決においては、法定地上権の成立それ自体を否定したものである。

次に、所有者が土地と地上建物（木造・店舗・倉庫・居宅「離れ座敷付き」・物置）につき抵当権を設定した後、建物につき抵当権の実行による競売が申し立てられたが、その後、後順位抵当権者によって建物が一部を残して取り壊され、その空き地に新建物が建築されたり、旧建物の一部が移築されたりした上で、勝手に右変更後の建物が順次第三者に売却され、また、変更前の建物の庭園は荒らされ、もはや庭園としての存在を失っていたという状況において、変更後の建物の全部が競落されたという事案において、競売開始決定後の差押登記による処分禁止の効力を理由として、差押登記後における借地権の設定、建物売却などは全て抵当権者や競落人に対抗しえないとして、変更前の建物のための土地利用範囲と同様の範囲について法定地上権の成立を認めた裁判例がある（東京地判昭三五・一二・一九下裁民集一一卷一二号二六七三頁）。

な見地から、再築建物の収去という社会経済上の損失を回避するため、旧建物が存在しているのと同一の範囲における法定地上権程度ならば認めても良いという考え方が大審院によって採用され、この考え方が踏襲されたということであり、当初の抵当権設定が、土地と地上建物の共同抵当権であっても、この点は特に意識されてこなかったということができる。

(二) 最高裁時代

戦後、最高裁の時代になってからしばらくの間は最高裁の判例は現れず、下級審の裁判例が現れたに過ぎなかった。そこで、まず当該下級審の裁判例について概観する。

まず第一に、所有者が土地（二六二坪八合三勺）と地上建物（木造瓦葺総二階建て居宅、建坪二〇坪二合）につき抵当権を設定した後、地上建物を取り壊し、新建物（幼稚園舎、構造・床面積等は不明だが、トイレと廊下の坪数だけで旧建物の建坪を超えない程度である）を再築したという事案において、旧建物の利用上必要な範囲で法定地上権を認めても、その範囲が過少なため、再築後の建物の存立を支えるに足らないとして、再築後の建物につき法定地上権の成立を否定した裁判例がある（大阪高判昭三五・一二・一五下裁民集二一卷二二号二六五四頁）。本判決は、昭和一〇年判決を引用しつつ、基本的には旧建物の範囲における法定地上権が成立すると解するものであるが、旧建物と新建物との間において、建床面積に違いがありすぎたため、新建物のために法定地上権は成立しないものと判示したのである。

法定地上権の及ぶ土地の範囲という問題については、既に、建物の敷地に限定される必要はなく、建物を利用するのに必要な限度においては、敷地以外にも及ぶ旨の判例があり（大判大九・五・五民録二六輯一〇〇五頁）、右昭和三五

トアルモ抵当権設定者ニ於テ再築ノ上該土地ノ利用ヲ繼續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)……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繼續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に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」と判示して、Yの上告を棄却した。

本判決は、共同抵当権設定後における焼失建物の再築という事案において、昭和一〇年判決を引用しつつ、法定地上権の成立を認めたものである。本件の事案は、土地と地上建物を共同抵当権の目的物としたという点において、従来の事案とは異なっている。前述したように、共同抵当権の場合には、土地抵当権者は、担保価値の集積、危険の分散といった観点から、当初から土地と建物の双方の担保価値を把握した上で抵当権の設定を受け、場合によっては、その双方から優先弁済を得ることを予定しているが、土地抵当権設定当時の建物が焼失すると、その瞬間に建物という共同担保の目的物を失うことになる。この場合において、土地抵当権者が再築建物に一番抵当権を受けていないときには、再築建物のために法定地上権が成立すると、土地の競売(売却)価額から法定地上権価額が控除され、その価額は再築建物に割り付けられるので、土地抵当権者は、その控除後の所謂「底地価額」分しか配当を得ることができない。これでは何のために土地と建物を共同抵当権の目的物としたのか分からなくなってしまう、再築建物の収去という不経済な結果を回避するために、却って、土地抵当権者の優先弁済権を害する結果となり、不合理であって、民法の根底に横たわっている公平の原則に悖るということになる。

右に概観してきたように、大審院時代の判例及び裁判例は、抵当権設定後に再築された建物に関する法定地上権の成否という問題について、当初の裁判例においては、物権法の原則どおり、これを否定していたが、その後、公益的

以降である)、同法二条一項但書を考慮に入れ、旧建物が朽廃するまでの存続期間を推定した上で存続期間を決定するというような方法も認められるべきであろう。⁽¹¹⁾

更に、旧建物におけると同一の範囲における法定地上権の成立を認めるといっても、次に掲げる判例のように、土地と地上建物とを共同抵当権の目的物とした場合における再築事案においては、執行手続上、当初の共同抵当権者に対する配当を巡って大きな問題が生ずることとなる。それでは、次に、土地と地上建物につき共同抵当権を設定した後、建物が焼失したが、土地所有者自らは建物を再築せず、第三者が建物を再築したという事案において、法定地上権の成立を認めたケースを分析する。

③大判昭一三・五・二五民集一七卷一一〇〇頁

A所有の宅地及び地上の建物につき、AがB銀行のために共同抵当権を設定したところ、建物は火災によって焼失してしまった。その当時、Aは病弱であったので、Aのために家事(「家業」の意味〔筆者註〕)に精励していたAの妻Xが、Aの黙認の下において、同地上に焼失前の建物とその位置・構造・範囲等においてほとんど同一の新建物を建築し、引き続きA及びその他の家族とともに居住していた。その後、Bによって土地抵当権が実行された結果、Yが右宅地を競落した。そこでXは、Yに対して、法定地上権の確認ならびに地上権設定登記手続を訴求した。原審は、抵当権設定後、建物が再築されても、土地の利用を継続している以上、法定地上権の成立を認める旨判示した。

Yは、これを不服として上告したが、大審院は、「土地及其ノ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地上権ヲ設定シタルモノト看做サルルコト民法第三百八十八条ノ明定スルトコロニシテ右ノ法理ハ土地及建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其ノ土地及建物ヲ併セテ抵当ト為シタルモ後日土地又ハ建物ノミニ付競売アリタル場合並ニ該土地又ハ建物ノ所有者ニ変更ヲ生シタル場合ニ於テモ敢テ異ナルトコロナキモノト解スヘキモノトス……土地ノミヲ抵当ト為シタルトキ其ノ上ノ建物カ朽廃ニ因ルニ非スシテ滅失スルコ

土地の抵当権設定後建物が滅失し改築された以上、法定地上権は成立しないという判断を示していたに過ぎなかった。そして、右下級審裁判例の結論によると、再築建物の取り壊しという不経済な結果を招くことになる。

本判決は、一度法定地上権が成立する可能性のある外観が整った以上、その後建物に変更があつたとしても、その土地の利用権ならびに再築改築建物の保全を目的としているものと思われるが、それにも増して重視すべきであると思われるのは、本判決においても、その根底に横たわっているのは、やはり、土地抵当権設定当時において、土地を如何なる状況でその担保価値を把握していたのかという点や、あるいは、如何なる程度まで、土地所有者及び建物競落人（買受人）の土地利用権を保護するのであれば、土地抵当権者や土地競落人（買受人）の利益を不当に害することにはならないのかという考え方である。斯様な考え方が根底に存在するからこそ、後述する昭和五二年最高裁判決におけるように、新建物の再築を承知しつつ土地の担保価値を算定したという特段の事情がある場合には、再築後の新建物を基準とする法定地上権までもが成立するという結論が出てきたものと思われる。

また、本判決は、法定地上権の範囲という問題について、再築改築建物のための地上権は、旧建物と同一の範囲における法定地上権であり、存続期間については、旧建物の種類、旧建物の存在していた場合に有すべき状況、その他抵当権設定当時の事情を斟酌して、これを定めるべき旨を判示しており、この文言は民法第二六八条二項と類似しており、同条同項を意識しているものと思われるが、本判決における旧建物と同一の範囲という文言から察するに、何も同条同項に規定されているように二〇年以上五〇年以下に限定されるわけではなく、旧建物が存続しうるまでの期間を算定しつつ決定するというような期間の定め方を排除するものではないようにも読み取れる。本判決の当時においては、既に旧借地法が制定され、一部地域で施行されていたのであるから（全国への適用拡大は昭和一六年三月一〇日

土地ノ利用ヲ繼續シ得ラルヘキ地位ヲ取得シタルモノト解スヘキモノナレハ当該建物カ抵当不動産ノ競売前既ニ朽廃シタル場合ハ格別ナルモ然ラサル限り其ノ所有者ハ縦令建物カ滅失スルコトアルモ再築ノ上当該土地ノ利用ヲ繼續シ来タリタル以上依然競売ノ場合ニ付地上権者ト看做サルヘキ地位ニアルモノト解スルヲ相当トスヘク且此ノ事ハ建物使用ノ都合上之ヲ改築シタル場合ニ於テモ亦同一ニシテ此ノ場合ニ限り解釈ヲ異ニスヘキ理由アルヲ見ス……土地ノミヲ抵当ト為シタル場合ニ於テ抵当権実行ノ際建物カ依然旧態ノ儘存シタルニ於テハ其所有者ハ競売ノ場合ニ付当該建物其ノモノノ所有ノ為メニスル地上権ヲ取得スルニ過キササルモノナルカ故ニ再築改築等ノ為メ建物ノ状態ニ変更アル場合ニ於テモ其ノ所有者ノ取得スヘキ地上権ハ旧建物ノ存シタル場合ニ於ケルト同一ノモノタルヘク即チ其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状況其ノ他抵当権設定當時ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ムルヲ相当トス」と判示して、原判決を破棄した上で、本件を原審に差し戻した。

本判決は、土地抵当権設定後、建物が取り壊されて改築されても、滅失後の再築の場合と同様、土地の競売時に旧建物が存在していた場合におけると同一の範囲における法定地上権が成立する旨判示したものであり、この種の事案における大審院の判例としては最初のものであり、従来からリーディングケースとして位置付けられてきたものであつて、後掲する大審院や最高裁の判決においても引用されているものである。

本判決における判例規範は、土地の抵当権設定時において建物が存在していた以上、その建物が土地の競売前に既に朽廃していたという場合は別として、たとえ建物が滅失したとしても、建物を再築・改築して土地の利用を継続してきたという事実があれば、土地の競売時における建物の所有者は地上権者と見なされるべき地位にあるものと解しているという点にある。

本判決が現れる以前は、同種事案における大審院の判例は存在しておらず、本件の控訴審を含めた下級審裁判例が、

の協議が調わないときに初めて裁判所に請求してその期間を定めるといふ法意であるものと解されているので(大判明四三・三・二三民録一六輯二三三頁)、旧建物が朽廃したであろう期間までと協議することも可能であるし、裁判所が期間を定める場合であっても、斯様な旧建物の状況等を斟酌して定めるべきだからである。

次に掲げる判例は、右の点に関して詳細に論じている。それでは、右に概観したように、土地抵当権設定後、設定当時の建物を取り壊して改築したという事案において、旧建物が存在する場合における同一の範囲内における法定地上権の成立を認めたケースとして、大審院では最初の判例である昭和一〇年判決を分析する。

②大判昭一〇・八・一〇民集一四卷一五四九頁

Aは、自己の所有する土地につき、債権者Bのために抵当権を設定した。その当時、地上にはA所有の建物が二棟存在していたが(木造平家建)、その後、Aはこれらを取り壊して新建物(木造三階建)を建築し、この新建物の上にYのために抵当権を設定した。その後、最初に建物がYによって競売に付され、Yがこれを自ら競売し、所有権移転登記とともに地上権の設定登記を経由した。また、Yが建物を競売した年に土地がBによって競売に付され、翌年Xがこれを競売した。XからYに対して地上権設定登記の抹消ならびに建物収去及び損害賠償の請求がなされた。これに対して、Yは、法定地上権の成立をもつて抗弁とした。原審は、民法第三八八条の規定は公益上の理由及び抵当権設定当事者の意思を推測し、抵当権設定前より土地の上に存在する建物を保護することをその目的とするものであるから、これによって保護を受けるべき建物であっても、滅失した以上は、たとえこのために土地抵当権者または競落人が利益を受けるに至ることがあるとしても、後に建築された別個の建物については同法条を適用すべき限りではない旨を理由として法定地上権の成立を否定したので、Yは、これを不服として上告した。

このYの上告に対して、大審院は、「民法第三百八十八条ニハ土地及其ノ上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其ノ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地上権ヲ設定シタルモノト看做ストアリテ右所有者ハ土地ノミニ付抵当権ヲ設定シタル以上建物ノ所有者トシテハ其ノ設定ト共ニ後日競売ノ場合ニ付地上権者トシテ

当による過大なる保護を与えることになり、また、せっかく建物を新しく建て直しても、土地競落人(買受人)からの建物収去・土地明渡請求が認められてしまうということになる結果、再築建物を取り壊さざるを得ないこととなってしまい、大変不経済な結果を招くことになる。

そこで、新建物の保護という公益的な見地から、せめて旧建物が存在すると同一の範囲内(土地に占める範囲、存続期間等)における法定地上権の成立くらいは認めても良いのではないかと考える方が登場することになる。次に掲げる昭和一〇年大審院判決は、斯様な考え方から出てきたものといえることができる。ただ、大正二年東京控訴院判決の事実関係からはあまりよく分からないが、旧建物が非常に古く、当初の土地の担保価値算定に際して、更地同様の評価を行っていたという事情があるならば、右の判決理由のように、抵当権者の予期しない新建物が再築された結果、抵当権者が受ける不利益は計り知れないものがあるろう。もし、斯様な場合であるならば、判旨は正当であるように見えるが、右事案からは斯様な法定地上権の成立しない更地事案と同様のケースであるとは読み取れない。そうすると、いくら古くとも、地上に建物が存在していることを前提として土地の担保価値を算定した以上、法定地上権を認める実益があること、また、それが当事者の意思にも適うであろうということ、更に、本件が土地の個別抵当権の事案であることなどを併せ考えると、いくら古くても、旧建物の存在を標準とする限りでの法定地上権ならば認めるといふ考え方を採ったほうが妥当な解決となるのではないかと思われる。特に、存続期間の問題については、本判決当時は借地法制定前であるから、期間の定めのない地上権という取り扱いとなり、民法第二六八条二項が適用され、当事者の請求により二〇年以上五〇年以下の範囲において裁判所がその期間を定めることになるのだが、判例によると、右規定は当事者の協議によってその期間を定めることを禁ずるものではなく、また、民法第三八八条但書の規定は、そ

明らかなられば右二個の新旧家屋は全く別個の不動産にして法律上固より之れを同一視するを得ざるや論なきを以て本件に於て民法第三百八十八条の適用なく……：抵当権設定の当時地上に存せし建物は焼失したるを以て之れと同時に抵当権者は他日抵当地の競売あるときは抵当権設定の当時予期したる法定地上権は最早設定するに至らずと思惟し爾後抵当地は建物の存在せざる現状に於て競売に付すべきことを予期したるものなれば若し其後新たに建物の築造ありたる場合に……：民法第三百八十八条を適用し法定地上権の設定ありたるものと見做すこと（ママ）と、せば抵当権者は全く其予期に反すること、なり其権利を害せらるゝに至るべし」と判示して、Yの上告を棄却した。

本判決において直接問題となっているのは、土地に抵当権を設定した後に建物が火災により焼失したので、土地の所有者（抵当権設定者）が新建物を再築した場合において、土地抵当権実行時に法定地上権が成立するか否かという問題である。右の結論を見ると、抵当権設定当時の建物が焼失した以上、抵当権実行時において抵当権者は法定地上権が成立しないものと予期するから、この予期に反して法定地上権の成立を認める訳には行かないものと判示している。しかし、本件の事案は個別抵当権のケースであり、土地に抵当権を設定した当時においては建物が存在していたのであり、土地の抵当権者は抵当権実行時における法定地上権の成立を予見しうべき地位にあるものといわなければならない。また、土地の担保価値を算定する際にも、抵当権設定時において現存する建物の存在を考慮に入れてその算定が行われたであろうから、尚更、本件土地の抵当権者は競売の際に法定地上権が成立することを容認すべき地位にあるものといわなければならない。

そうであるにもかかわらず、建物が一旦滅失してしまえば、たとえその後土地の所有者において建物を再築して土地の利用を継続していたとしても、本判決の理由付けからすると、物権法の原則どおり、抵当権実行時における法定地上権の成立は否定されることになる。これでは建物の競落人（買受人）に酷であり、土地の抵当権者に更地価額の配

に、従来の学説が議論してきた足跡を辿りつつ、考察してみることとする。

三 従来の判例法理

(二) 大審院時代

建物の再築と法定地上権という問題については、当初、大審院の判例は存在していなかったもので、まず最初に、土地抵当権設定後、設定当時の建物が焼失した後に再築されたという事案において、法定地上権の成立を否定したケースとして、下級審の裁判例を分析してみることとする。

①東京控判大二・三・二二法律新聞八六二号二五頁

A所有の土地にAがXのため抵当権を設定した後に、地上の建物が火災によって焼失したので、Aは建物を再築した。その後、土地抵当権が実行され、競売に付された結果、土地抵当権者たるXが自ら土地を競落した。また、その後、建物も強制競売に付され、Yが建物を競落した。XからYに対し、建物収去・土地明渡請求がなされた。これに対して、Yは法定地上権の成立をもって抗弁とした。原審は、民法第三八九条の適用ケースである旨を理由として、法定地上権の成立を認めなかった。

Yは、これを不服として上告したが、上告審である東京控訴院は、「民法第三百八十八条に……とあり同第三百八十九条に……とあるを以て此兩条を対照するに、前の法条は抵当権設定当時存在したる建物が競売のときに至り依然存在したる場合、後の法条は抵当権設定後築造したる建物が競売の時に於て存在したる場合に干することは文理解釈上疑ひなきところなり……Yの所有せる家屋は其敷地に対する本件抵当権設定当時存在したるものと異なり其後新たに築造したるものに係ること

差し支えない事案であったものといえる。確かに、共同抵当権者は新建物についても同順位の共同抵当権の設定を受けてはいるが、結果として、自己に優先する国税債権が割り込んできていたので、この場合においても、判例法理として全体価値考慮説を採用したことはやむを得ないところであろう。

最後に、事案三は、所有者が土地と地上建物につき共同抵当権を設定した後、旧建物を取り壊し、新建物を再築した場合において、共同抵当権者が新建物につき抵当権の設定を受ける際に、他の抵当権者に遅れて設定を受けたという事案において、やはり全体価値考慮説に立脚しつつ、新建物の抵当権につき、順位上優先する抵当権が存在する以上、新建物につき法定地上権は成立しないものとされたケースである。

この事案三の場合について法定地上権の成立を否定する理由は、右事案一・二において示されたところと同じであり、新建物の価額に法定地上権分の価額が割り付けられる結果、土地抵当権者は底地価格分の配当額しか受けられず、これは共同抵当権者の意思に反する結果となり妥当性を欠くという理由からである。本事案は、全体価値考慮説を適用する事案としては最も分かりやすい典型的事案といえることができる。

右に述べてきたように、最高裁は、共同抵当権設定後の建物再築事案について、全体価値考慮説に立脚し、原則として法定地上権は成立せず、共同抵当権者が新建物についても旧建物の抵当権と同順位の抵当権の設定を受けるなど、特段の事情がある場合に限り、法定地上権の成立を認めるという立場を採用するに至ったのである。この立場は、従来の判例が、所謂「個別価値考慮説」に立脚し、再築建物の収去という不経済な結果を回避するという意味において、いわば公益的見地から、再築建物の存続を重視していたこととは好対照を成している。この全く正反対の結果を招く考え方の変遷は一体何に起因しているのだろうか。以下において、まず、従来の判例が印してきた足跡を辿り、次

本判決は、右に示したように、最高裁として初めて全体価値考慮説を採用したものであるが、事案としては、共同根抵当権の事案であり、旧建物の取り壊しについて根抵当権者の承諾があり、旧建物の取り壊し後、当事者の協議によって、土地を更地として再評価した上で極度額を増額変更した後における再築事案であるから、土地を更地として評価した上で抵当権を設定した後に建物を建築した事案（前掲大判大四・七・一、最判昭三六・二・一〇等）と同様の事案になるといえることができるので、本判決においては、敢えて全体価値考慮説を持ち出すまでもなく、法定地上権の成立しない典型的なケースとして取り扱っても良かったのではないかと思われる。

次に、事案二は、所有者が土地と地上建物につき共同抵当権を設定した後、旧建物を取り壊し、新建築物を再築した場合において、抵当権者が新建築物につき共同抵当権の設定を受けたものの、新建築物の抵当権に法律上優先する国税債権が存在していたという事案において、全体価値考慮説に立脚しつつ、新建築物の抵当権に法律上優先する債権が存在する以上、当該債権は担保権と同視しうる関係から、右共同抵当権者は新建築物につき旧建物と同順位の抵当権の設定を受けたとはいえないとして、新建築物につき法定地上権は成立しないものとされたケースである。

この場合において、新建築物につき法定地上権が成立するものと解すると、土地の担保価値から法定地上権分の価額が控除され、これが新建築物に割り付けられる結果、新建築物の抵当権に優先する国税債権が土地価額のほとんどを配当として持つて行ってしまい、当初の共同抵当権者は底地価格分の配当額しか受けられないのである。したがって、本判決においても、結論としては事案一と同様、法定地上権は成立しないものと解するのが妥当であると判断されたのである。ただ、前述したように、事案一と本事案とは内容において差異があり、事案一は更地事案と同様の解決で足りるのに対して、本事案においては、前述した東京地執行処分平四・六・八と同様、全体価値考慮説を適用しても

れないと判示して、本件を原審に差し戻した。

(四) 分析

まず、事案一は、所有者が土地と地上建物につき共同根抵当権を設定した後、建物が所有者によって取り壊され、所有者と抵当権者との協議によって土地を更地として再評価した上、根抵当権の極度額を増額変更した後、所有者が土地を第三者に短期賃貸し、第三者が新建物を再築したという事案において、前掲東京地執行処分平四・六・八の打ち出した全体価値考慮説を採用し、斯かる場合には、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ものとされたケースである。その理由は、斯様な場合において、法定地上権の成立を認めるとすると、共同抵当権者は、当初は土地建物全体の担保価値を把握していたにもかかわらず、法定地上権が成立することにより、土地の担保価値(更地価額)から法定地上権分の価値(借地権価額)が控除され、その価額が新建物に割り付けられる結果、共同抵当権者は底地価格分の配当額しか得られなくなるといふ不測の損害を被るからである。特に本件の場合には、旧建物の取り壊し後、当事者の協議により、土地を更地として再評価した上で極度額を増額変更しているのであるから、当事者において、地上権の負担のない土地という合意が成立しているのである。それにもかかわらず、土地に譲渡転貸自由という特約付きの短期賃貸借を設定した上で土地賃借人に再築行為をさせ、法定地上権の成立を主張するなどということは、執行妨害に類する行為であるということもできる。

(三) 事案三(最一小判平一〇・七・三判例時報一六五二号六八頁)

X銀行は、Aとの間において、A所有の土地と地上建物を共同担保とする順位一番の共同抵当権の設定を受け、その旨の登記を経由し、次いで、Aは、本件土地につき、 Y_1 と Y_2 のためにそれぞれ順位二番の根抵当権、順位三番の抵当権を設定し、それぞれその旨の登記を経由していたところ、Aは本件旧建物を取り壊し、本件土地に新建物を再築して、右新建物につき、 Y_2 のために順位一番の抵当権を設定し(土地との共同抵当権)、次いで、 Y_1 のために順位二番の根抵当権を設定し(土地との共同根抵当権)、更に、Xのために順位三番の共同抵当権を設定した。その後、Yらは本件土地の抵当権につき順位変更の合意を行い、その旨の登記を経由した。その後、Xは、本件土地及び新建物につき、競売を申し立てたところ、執行裁判所はこれらを一括売却に付し、新建物のために旧建物を基準とした法定地上権が成立することを前提として、本件土地の価額は更地価額から右法定地上権価額を控除した価額とし、また、新建物の価額は新建物自体の価額に右法定地上権価額を加算した価額であるとして算出した額に基づいて配当表を作成した。

そこでXは、本件のような場合には新建物のために法定地上権は成立しない旨を主張して、配当異議の訴えを提起した。第一審はXの主張を採用し、Xの請求を認めたが、原審は、旧建物が取り壊され、新建物が再築された時点において、新建物について旧建物を基準とした内容の法定地上権がそのまま存続付着し、本件土地は右法定地上権を引き続き負担している旨を理由として、本件配当表に誤りはないものと判示した。

Xはこれを不服として、原審は個別価値考慮説に基づいているが、斯かる考え方は現在の金融実務及び担保制度の実体に合わず、第三八八条の解釈適用を誤っているなどと主張して上告した。

このXの上告に対して、最高裁は、前掲最判平九・二・一四及び最判平九・六・五の冒頭部分を引用掲記した上で、「Xは、本件土地及び旧建物に順位一番の共同抵当権の設定を受けることよって本件土地及び旧建物の価値全体を把握していたが、新建物に設定を受けたXの抵当権は、Yらの根抵当権に劣後する順位三番であって、新建物のために法定地上権が成立するとすれば、本件土地全体の価値を把握していたXの権利を害することになるから、右の特段の事情がある場合には当然らず、新建物のために法定地上権は成立しないというべきである。」と述べ、Yらは新建物自体の価値についてXに優先して配当を受けることができるに過ぎないとして、原審の判断には法令の解釈適用を誤った違法があり、原判決は破棄を免

権の設定を受けている旨を理由として、法定地上権の成立を認め、また、新建物の共同抵当権につき、これに優先する国税債権の有無は、この結論を左右する要因にはならない旨判示して、Xの請求及び控訴を棄却した。

Xは、これを不服として、第一審、原審と同様、法定地上権不成立の主張をし、原判決は第三八八条の解釈適用を誤った違法があるなどと主張して上告した。

このXの上告に対して、最高裁は、前掲最判平九・二・一四の冒頭部分を引用掲記した上で、「そして、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を受けた場合であっても、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ときは、右の特段の事情がある場合には当たらず、新建物のために法定地上権が成立しないものと解するのが相当である。ただし、新建物に土地と同順位の共同抵当権が設定された場合は、抵当権者は、旧建物に抵当権の設定を受けていたときと同様に土地全体の価値を把握することができるから、新建物のために法定地上権の成立を認めても不利益を被ることがない。しかし、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在する場合は、新建物に右抵当権に優先する担保権が設定されている場合と実質的に異なるところがなく、抵当権者にとっては、新建物に抵当権の設定を受ける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、かえって法定地上権の価額に相当する価値を把握することができない結果となり、その合理的意思に反するからである。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、Yの国税債権は国税徴収法八条、一六条によりXの新抵当権に優先する旨を理由として、最判平九・二・一四の掲げた特段の事情がある場合には該当せず、新建物のために法定地上権が成立しないこととなる結果、本件土地全体の担保価値は本件土地に設定された抵当権によって把握されており、本件配当においてYの国税債権がXの債権に優先するのは新建物自体の価値についてのみであるとして、原審の判断には法令の解釈適用を誤った違法があり、原判決は破棄を免れないと判示して、本件を原審に差し戻した。

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な意思であり、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値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、抵当権設定当事者の合理的な意思に反するからである。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こともあり得るが、抵当権設定当事者の合理的な意思に反してまでも右公益的要請を重視すべきではない。大審院昭和十三年（オ）第六二号同年五月二五日判決・民集一七卷一二号一一〇〇頁は、右と抵触する限度で変更すべきものである。」

(二) 事案二（最一小判平九・六・五民集五一卷五号二一一六頁）

Xは、A会社との間において、A会社の所有する土地及びその地上建物につき、共同担保として、根抵当権及び抵当権（旧抵当権）の設定を受け、その登記を経由していたところ、その後、Aが右建物を取り壊し、本件土地に新建物を再築したので、Xは、右新建物につき、共同担保として、本件土地と同順位の根抵当権及び抵当権（新抵当権）の設定を受け、その旨の登記を経由した。その後、本件土地及び新建物はXの申立てによって競売に付され、一括売却された。そして、執行裁判所が配当期日に作成した配当表によると、Xの新抵当権設定登記よりも前に法定納期限の到来するYの国税債権が存在することから、新建物分の売却代金相当額はYに優先弁済権があり、また、本件競売事件においては、新建物のために法定地上権が成立するという取扱いがなされた結果、新抵当権の把握する交換価値は新建物の価値及び新建物のための法定地上権額の合計額とされ、右国税債権額に相当する一億八八九万円をYに配当する旨の内容であった。

そこでXは、旧建物が取り壊されて新建物が建築された場合には原則として法定地上権は成立しないから、Yが国税債権として新建物から優先弁済を受けるのは最大限で新建物の材木価値にとどまる旨を主張して、配当異議の訴えを提起した。第一審、原審ともに、所謂「全体価値考慮説」を適用し、Xが新建物につき旧建物の存在していたときと同順位の共同抵当

X信用金庫は、Y₁との間において、Y₁の所有する本件土地及びその地上建物（軽量鉄骨造平屋建）につき、極度額を六〇〇万円とする共同根抵当権設定契約を締結し、その登記を経由していたところ、その後、Y₁がXの了解を得て右建物を取り壊し、滅失登記を経由するとともに、右建物を共同担保目録から抹消する手続を取ったので、Xは、本件土地を更地として再評価し、本件根抵当権の極度額を随時変更して、最終的には二億一〇〇〇万円にまで増額変更した。その後、Y₁は、Y₂会社との間において、本件土地につき、賃料月額五七万二〇〇〇円、毎月末払、存続期間五年、譲渡・転貸できる旨の特約付で賃貸借契約を締結し、賃借権設定仮登記を経由した。Y₂は、右賃貸借契約に基づき、Xの承諾を得ずに本件土地に建物（鉄骨造三階建）を再築した。Xは、右新建物の再築前に本件土地につき根抵当権に基づく競売手続を申し立て、差押登記を得た。本件競売事件における鑑定評価書によると、本件土地の価格は、更地価格一億七六六〇万五〇〇〇円、建付地価格一億五〇一五万円、底地価格六七二一万円であった。

そこでXは、本件競売事件が現状のまままで進行すると、本件土地の最低売却価額が底地価格を基準として決定され、建付地価格との差額八二九四万円相当の債権が回収不能となるおそれがある旨を理由として、本件短期賃貸借の解除、ならびに、本件解除判決の確定を停止条件として、Y₁に代位して、Y₂に対し本件仮登記の抹消登記手続を訴求した。第一審がXの請求を全て認めたので、Y₁は控訴して、法定地上権の成立を主張したが、原審は、Xが更地として再評価した上で極度額の増額変更をしたこと、本件根抵当権設定当時新建物の建築を予測していないこと、新建物の建築につき承諾していないこと、新建物のために法定地上権を認めることは抵当権者に不測の損害を被らせることになること、を理由として、法定地上権の成立を認めなかった。

Y₁は、これを不服として、本件のような場合には少なくとも旧建物が存在すると同様の法定地上権が成立するはずであるなどと主張して上告した。

棄却。「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、新建築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。けだし、土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の

ただ、この全体価値考慮説が発表されるかなり以前から、既に、生田治郎「建物の再築と法定地上権の成否」NBL一三四号（一九七七年）六頁（八一―九頁）、堀龍児「民法判例レビュー」判例タイムズ六七一号（二九八八年）六四頁（六七―六八頁）は、再築事案について法定地上権の成立を認めている従来の判例法理に異議を唱えており、特に堀氏が、共同抵当権は個別抵当権の場合とは異なり、当事者の意識として、土地を中心に考えて評価し、土地抵当は土地のみの価値を、建物抵当は建物のみ価値を把握するものであり、建物が古い場合には更地として評価することもあるものであり、建物が取り壊された場合には、むしろ、更地として評価すべきであり、法定地上権を認めた場合の弊害を考えると、再築事案においては法定地上権を認めるべきではない旨を主張していたということを併せ考えると、東京地裁執行部において全体価値考慮説が現れる素地は十分にあつたということが出来る。

なお、東京地裁執行部によって全体価値考慮説を採用することが宣言された当時、大阪地裁執行部においては、基本的に従来の通説によるべきであるという見解で一致していることであつたが（富川・前掲論文「前掲註〔7〕」九頁）、その後、大阪高裁において、基本的に全体価値考慮説に立脚するかのような考え方を示した裁判例が現れている（大阪高決平七・九・一三判例タイムズ八九六号一七四頁。同頁における本判決のコメントも斯様に分析している）。

註(10) 本稿における問題点を取り扱った論稿は非常に多く、本稿は、正に屋上屋を架す、いや屋下に屋を架すに過ぎないものかも知れないが、自身におけるこのテーマに関する知識の把握及び整理のために敢えて論じさせていただく次第である。些か遅きに失する感はあるが、ご寛恕をお願いしたい。

二 事案の概要

(一) 事案一（最三小判平九・二・一四民集五一卷二号三七五頁）

と思われる。例えば、我妻栄博士は、昭和一三年判決の評釈において、昭和一〇年判決と同様、「再築家屋のためにも法定地上権を認めて妨げなしという理論の根柢は、すでに建物の存在することを前提として設定せられた土地抵当権は土地から特定の地上権を控除した価値をもってその目的とするものだという事である」と論じて、判旨に賛成しており、土地と再築建物の抵当権実行という点には全く触れていないからである（我妻・前掲書「前掲註」〔5〕「評釈I」四三頁）。あるいは、斯様な場合には、新建物にも代担保ないし増担保として当然に土地と同順位の共同抵当権の設定を受けるべきものという常識的な判断があつたのであろう。

註(8) 富川照雄「民事執行における保全処分」判例タイムズ八〇九号（一九九三年）四頁（九一〇頁）は、斯様な場合には、抵当権侵害であるとともに、法定地上権の利益を放棄したものであるべきであるとし、斯様な場合における法定地上権の主張は権利の濫用として許されないものと解している。

註(9) 全体価値考慮説は、当初、東京地裁民事執行実務研究会「民事執行の実務（一八・完）」「井上稔」法曹時報四三巻三号（一九九一年）六二九頁（六六四頁）において、後掲東京地判昭四六・七・二〇を引き合いに出しつつ、次のように提示されている。即ち、

「同一所有者に対する土地・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、建物抵当権を実行して法定地上権付建物の売却代金から回収し、また、法定地上権の負担付土地価額は土地抵当権実行により回収し、いずれにしても土地・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、土地の交換価値の全体を把握していることを重視する。そして、建物が滅失し再築された場合にもこの点を強調し、法定地上権の成立を肯定した場合には、土地の交換価値のうち法定地上権に相当する担保価値については、建物が滅失したため建物抵当権を実行して実現することができず不合理であるとして、かかる場合には法定地上権の成立は否定されるべきであるとする。」という内容である。その後、この考え方は、若干文言上の修正を経て、前掲東京地執行処分平四・六・八として公表されたものであり、その解説として、浅生重機「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（一九九二年）六頁がある（浅生判事は前掲東京地執行処分平四・六・八の担当判事である）。

林千衛「法定地上権」『総合判例研究叢書民法(5)』(有斐閣、一九五七年)五七頁(六五頁)、村田博史「法定地上権」星野英一編『民法講座3物権(2)』(有斐閣、一九八四年)一三九頁(一四九—一五〇頁、一六七頁)等、多数が判例に賛意を示し、何等異議を述べていなかった(以上の諸文献については、最近改訂されたものもあるが、敢えて当時の文献を引用している)。

しかし、建物が抵当権実行までに朽廃した場合には、法定地上権は成立しないものと解する有力学説として、柚木馨編『注釈民法(9)物権(4)』(柚木馨・上田徹一郎)『(有斐閣、増補再訂版、一九八二年)一八四頁、道垣内弘人『担保物権法』(三省堂、一九九〇年)一七四頁がある(道垣内教授は、法定地上権制度が建物保護を目的としていること、斯様な場合には抵当権者も法定地上権の消滅を期待していることを理由として挙げている)。

確かに、旧借地法においても、借地期間満了前に建物が朽廃したときには、借地権は消滅する旨規定されており(二条一項但書)、建物朽廃の時には法定地上権は成立しないとの考え方も有力であったが、現行借地借家法においては、朽廃時期を特定することの困難さから、斯様な朽廃条項は削除され、建物が滅失した場合(借地権者または転借地権者による取り壊しを含む)でも借地権は存続する旨の考え方に変更されているので(七条一項)、滅失と朽廃とを分けて考える必要はなく、再築された場合には、原則として、法定地上権の成立を認めるべきものと解されている(柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4)』(生熊長幸)『(有斐閣、一九九八年)五〇〇頁参照)。

ただ、土地抵当権設定時に古い建物があったものの、居住には適さず、ほとんど朽廃建物であるとの判断の下、更地評価額によって土地の担保価値を算定したという場合には、抵当権設定後、設定者や設定者からの譲受人、賃借人等が再築しても、法定地上権の成立を認めるべきではないものと思量する。

註(6) 我妻・前掲書(前掲註「5」『新訂担保』)同頁、川井・前掲書(前掲註「5」)同頁、星野・前掲書(前掲註「5」)同頁、柚木・高木・前掲書(前掲註「5」)同頁、高木・前掲書(前掲註「5」)同頁、近江・前掲書(前掲註「5」)『新版』同頁。

註(7) ただ、従来の通説は、共同抵当地上の建物の再築という事案における土地と新建物の抵当権の実行という局面において、法定地上権の成立を認めることにより、土地抵当権者に不測の損害を及ぼすという点は考慮していなかったもの

付与することで差し支えない旨を論じており、意見は分かれていた（前掲『速記録二』九二二―九二三頁、九二七頁）。しかし、元田肇委員から、抵当権設定後に抵当権者の承諾を得ずして建築された建物は土地と共に競売に付するということにしたいとの意見が出され、富井政章委員もこれに同調した結果（前掲『速記録二』九二八―九二九頁）、結局、梅委員が高木委員と元田委員の意見を折衷した形で、現行第三八八条の草案である修正案第三八四条と現行第三八九条の草案である修正案第三八五条が起草されたのである（前掲『速記録二』九五〇頁参照）。その結果、一括競売は更地に抵当権が設定された場合に限られることになったのである。

ここでは、民法第三八八条と第三八九条との関連を明らかにするために、敢えて起草時の議論を参照した次第である。なお、右起草過程に関する詳細な研究としては、既に、松本恒雄「抵当権と利用権との調整についての一考察（一）」『民商法雑誌八〇巻三号（一九七九年）二八三頁（二九九頁以下）』、同「民法三八八条（法定地上権）」『広中俊雄・星野英一編『民法典の百年II』（有斐閣、一九九八年）六四五頁（六四五―六五五頁）』があるので、詳細はそちらを参照されたい。

註(4) 例えば、中島玉吉博士は、民法第三八八条は抵当権設定當時に存在していた建物が競売時に存在する場合にのみ適用され、抵当権設定後において滅失し再築された場合には本条は適用されず、第三八九条が適用されるべきものと主張しており（中島玉吉『民法釋義卷之二下物権編下』「金刺芳流堂、大正五年」一一五九頁）、富井政章博士も、後掲東京控判大二・三・二二を引用しつつ、斯様な場合には民法第三八八条の適用はないものと解している（富井・前掲書「前掲註」〔2〕五八八頁）。

註(5) 石田文次郎『担保物権法論』（有斐閣、第三版、昭和十一年）二九七―二九八頁、勝本正晃『担保物権法論』（日本評論社、昭和十五年）五〇八頁、我妻栄「判評（大判昭一〇・八・一〇）」「判評（大判昭一三・五・二五）」『民法判例評釈I』（一粒社、一九六五年）四二五頁以下、同『新訂担保物権法』（岩波書店、新訂三刷、一九七一年）三三三頁、川井健『担保物権法』（青林書院新社、一九七五年）九〇頁、星野英一『民法概論II（物権・担保物権）』（良書普及会、一九七六年）二七六頁、柚木馨∥高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第三版、一九八二年）三六四頁、高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、初版、一九八四年）一九一頁、近江幸治『担保物権法』（弘文堂、新版、一九九二年）一八七頁、

註(1) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、新訂三刷、一九七一年)三五二頁。

註(2) ただ、この要件に関しては、土地と建物の両方を抵当権の目的物とした場合、抵当権設定者が地上権設定の意思を有していたか否かが疑わしいのみならず、土地の競落人にあつては、相当な代金を支払つて土地を取得したにもかかわらず、地上権という負担を受けることとなつて、その損害は甚だしいものであり、本条のような公益を目的とする特別規定は拡張的に解釈しないことが妥当であるとして(三瀧信三『全訂担保物権法』「有斐閣、第一五版、大正一五年」五九七―五九八頁、富井政章『民法原論第二巻物権』「有斐閣、大正二二年復刻版、一九八五年」五八七―五八八頁)、要件の拡張に反対する学説もあつた。

註(3) 起草者である梅謙次郎博士は、斯様な場合にも法定地上権を認めると、競売において土地を買う者は自己の欲しない地上権者を認めざるを得ないこととなり、そうすると、土地の代価が低廉となり、抵当権者が損害を被るので、法定地上権を認めず、一括競売権を規定した旨を述べている(梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』「有斐閣、明治四四年復刻版、一九八四年」五六九―五七〇頁)。

現行民法第三八八条は、当初の原案にも修正案にも存在しなかつたものであるが、法典調査会において、抵当権の及ぶ目的物の範囲につき、修正案第三六五条(現行第三七〇条)においては土地と建物とが分けて規定されておらず(梅委員は建物は土地の附加一体物と解していた)、この点が批判された結果、土地と建物とが別々に抵当権の目的物として規定されることになった関係上(詳細は、『法典調査会民法議事速記録二』「商事法務研究会、一九八四年」七九三頁以下八九三頁までの議論を参照されたい)、修正案第三八四条本文として、抵当権の目的たる土地の上に抵当権設定者の所有に係る家屋あるときは抵当権者は土地と共にこれを競売することができる旨の規定が提出されたという出来事に端を発している。しかし、この規定では、抵当権設定当時の建物と抵当権設定後に建築された建物とが区別されず、いずれも一括競売で処理されることになり、また、建物のみに抵当権が設定された場合において、競売後の土地利用権はどうなるのかということが明らかにならない。梅委員は、家と言つて抵当に入れた以上は材木を抵当に入れたのではないから「家ヲ抵當ニ入レタ時ハ地上権諸共ト云フコトハ含ンデ居ルト思フ」という考え方を有していたものの、一括競売で差し支えない旨を論じ、他方、高木豊三委員は、抵当権設定後に建築された建物であつても、建物売却の際に地上権を

れたという事案において、抵当権設定当事者の意思は抵当建物が競売まで存続するということを前提とし、競売前に建物が滅失し、建物抵当権が消滅した場合にまで、再築された新建物のために地上権を留保する意思であるということは考え難く、設定者が斯様な意思を有していたとしても、新建物に土地と同順位の抵当権の設定を受けず、土地と建物とを共同担保に取っている場合とは担保の内容に明らかに格差を生ずる抵当権者が、斯様な意思を有しているとはいえないものと解した上で、右本文において示したように法定地上権の成立を否定したケースである⁽⁹⁾。この解釈は、従前の通説を個別価値考慮説と称した上で、これと対峙され、全体価値考慮説と称されている⁽⁹⁾。

このように、従来の通説及び判例法理と対峙する形で新たな解釈が生じたことから、それでは、最高裁においては如何なる判断が下されるのかという点がにわかにならないうところ、平成九年に二件、平成一〇年に一件の最高裁判決が現れ（最判平九・二・一四民集五一巻二号三七五頁、最判平九・六・五民集五一巻五号二一一六頁、最判平一〇・七・三判例時報一六五二号六八頁）、いずれも従来の判例法理（前掲大判昭一三・五・二五）を改め、右全体価値考慮説を採用することを明言した。したがって、今後、執行実務は全体価値考慮説で一本化されることになったものといえることができる。

本稿は、右三件の最高裁判決を端緒として、再築建物と法定地上権の成否という問題について、その全体構造を鳥瞰し、右に紹介した二つの考え方を始めとする従来からの様々な考え方について、その理論的な分析を行い、あるべき法解釈を導くことを目的とするものである⁽¹⁰⁾。まずは、右三つの最高裁判決の概要から見ていくこととし、若干の分析を行うこととする。

発生し、従来の通説及び判例によると、この場合にも旧建物を標準とする法定地上権が成立するものという取扱いがなされる結果（従来の通説が賛意を表明する前掲大判昭一三・五・二五は、共同抵当権設定後における建物の焼失による再築という事案である）、⁽⁷⁾第一の共同抵当権者は、一括売却手続における代金割付額の決定に際して、新建物からは当然に配当を得られず、更地の担保価値から法定地上権価額分を控除した底地価額分として三割程度の配当しか得られないという弊害が生ずるようになり（前掲大阪高判昭六三・二・二四）、右の解釈は、⁽⁸⁾抵当建物の取り壊しという抵当権侵害があつた場合でも維持されるという判断であつたことから（前掲大阪高判昭六三・二・二四）、更に、この点に目をつけて、第一の共同抵当権設定後、地上建物を取り壊し、プレハブ等の新建物を再築して執行妨害を図るといふ悪質な輩までもが現れるようになってきた（大阪地決平三・六・一一判例時報一四三九号一四四頁）。

そこで、東京地裁執行部は、斯様な場合については、原則として、法定地上権の成立を否定した上で、土地と建物を一括競売（売却）（民法第三八九条）に付することとし、ただ、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における土地の所有者が、新建物につき、土地抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合、あるいは、土地抵当権者が斯様な抵当権の設定を受ける権利を放棄したというような特段の事情のある場合に限り、例外的に新建物についての法定地上権が成立するという解釈を打ち出すに至つた（東京地執行処分平四・六・八判例タイムズ七八五号一九八頁「事案は複雑であるので要約すると、YがAのために土地と地上建物につき一番共同抵当権を設定し、Xのために二番共同根抵当権を設定した後、Yが建物を取り壊し、また、YがBとの間において土地につき短期賃借権を設定し、Bが新建物を再築したところ、Xが本件共同根抵当権による競売を申し立て、競売開始決定がなされたが、既に建物が滅失していたので、旧建物を手続から除外し、土地の最低売却価額を決定するに際して、新建物につき法定地上権の成否が検討さ

権は成立しないという、土地の担保価値算定基準を中心に考えているのである。そのため、更地に抵当権設定後、建物が建築された場合には、土地抵当権者には、土地と地上建物を一括して競売申立ての対象とするという権利が与えられているのである(民法第三八九条⁽³⁾)。

また、右の第一の要件については、更に、抵当権設定時に存在していた建物が滅失して再築された場合、あるいは、建物が朽廃その他の理由で取り壊され、改築された場合でも、当該要件が充足されるかという問題がある(このように、滅失による建築を再築といい、朽廃や古家、あるいは、利用目的の変更という事情に起因する取り壊しによる建築を改築というが、従来の判例・学説においては必ずしも厳密には使い分けられていないので、以下においては、その時々における用例によることとする)。

この問題については、古くは否定説が有力であったが⁽⁴⁾、その後は、大審院及び最高裁の判例法理(大判昭一〇・八一〇民集一四卷一五四九頁、大判昭一三・五・二五民集一七卷一一〇〇頁、最判昭五二・一〇・一二民集三一卷六号七八五頁)に従い、再築・改築前の旧建物を標準として法定地上権が成立するものと解する学説が通説化し⁽⁵⁾、また、右の多数説は、その再築・改築が第三者によってなされた場合にも法定地上権は成立する旨の判例法理(前掲大判昭一三・五・二五「抵当権設定者の妻が再築した事案」)にも同様に賛成してきた⁽⁶⁾。

ところが、近時、土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、土地及び建物が第三者に譲渡され、この譲受人が建物を取り壊し、新建物を再築してしまうというケースや(東京高決昭六三・二・一九判例時報一二六六号二五頁)、同じく共同抵当権設定後、建物が取り壊され、抵当権設定者が自己を代表者とする会社名義で新建物を建築し、他の債権者に土地と新建物を共同抵当に付してしまうというケース(大阪高判昭六三・二・二四金融商事判例八一〇号三八頁)が

いということになる。これが法定地上権制度であり、短期賃貸借の保護制度（民法第三九五条）とともに、抵当権と用益権との調整を目的とするわが国独自の制度となっている。

法定地上権の成立要件は、①抵当権設定時に地上に建物が存在すること、②土地及び建物の所有者が同一人であること、③土地と建物の一方または双方に抵当権が設定されていること、④競売が行われて土地と建物の所有者が別々になったこと、である。⁽¹⁾これらの成立要件は、民法第三八八条の文理から導かれるものもあるが、従来の判例法理から明確になり、これが通説によって支持されて要件化したものもある（例えば、民法第三八八条は「土地又ハ建物ヲ抵当ト為シタルトキ」と規定しているが、判例は、古くから、土地と地上建物の双方に抵当権が設定されたという事案において法定地上権の成立を認めている〔大判明三九・二・一六民録一二輯二二〇頁、大判明四三・三・二三民録一六輯二三三頁等多数⁽²⁾〕。

右の第一の要件に関していえば、建物の存在しない更地に抵当権を設定した後に建物を建築しても、土地抵当権実行時に地上建物のために法定地上権が成立しないことは、大審院時代から今日に至るまで、一貫した判例法理として確立されている（大判大四・七・一民録一二輯一三三頁、最判昭三六・二・一〇民集一五卷二号二一九頁等）。また、右の判例法理に関しては、抵当権設定時に土地所有者と抵当権者との間において事前に地上権設定を合意していた場合でも、法定地上権は成立せず（大判大七・一二・六民録二四輯二三〇二頁）、あるいは、土地抵当権者が予め土地所有者に対して建物の建築を承認していたという事情があった場合でも、同様に、法定地上権は成立しないものと判示されてきた（前掲最判昭三六・二・一〇、最判昭五一・二・二七判例時報八〇九号四二頁）という点において徹底されている。つまり、右の判例法理は、土地に抵当権を設定する際に、抵当権者が更地という評価に基づいて土地の担保価値を算定したという事情がある限り、その後、地上に建物を建築したとしても、競売時に建物所有者のために法定地上

一 問題の所在

土地や建物に抵当権が設定され、その後、抵当権が実行される場合において、これらが一括競売（売却）されれば（民法第三八九条、民執法六一条）、土地と地上建物の所有者が同一のままであるから、あまり問題は生じないが、抵当権が土地や建物の一方に設定された場合には、抵当権が実行された結果、必然的に土地と地上建物の所有者が異なってしまうので、建物の所有者は何らかの土地利用権（地上権、土地賃借権、使用借権など）を必要とする。この場合、土地というものは抵当権の目的物とすることが多いことから、所有者が予め自らの土地利用権を留保するという意味において、自己借地権が制度として存在していれば、土地が競売されて建物だけが残る場合でも、自己借地権があるから、建物の存在根拠は保持されるが、これが制度として存在していないので（現行借地借家法一五条には自己借地権ともいふべき規定があるが、この規定は、自己所有の土地に借地権付分譲マンションが建築される場合のように、他人とともに借地権を享有する場合に限られているので、ここで話題として掲げた意味における自己借地権制度は存在していないのである）、競売の結果、土地が他人の所有になった場合には、建物の所有を目的とする土地利用権が必要になるのである。しかし、土地の新所有者が斯様な土地利用権の設定に協力することは期待できないので、民法は、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、その土地又は建物のみを抵当となした場合には、抵当権設定者は競売の場合につき地上権を設定したものとみなす旨規定しているのである（第三八八条）。したがって、斯様な場合には、土地所有者は、建物の利用権の不存在を理由として、建物の所有者に対して、建物収去・土地明渡しを請求することはできない

〈論 説〉

建物の再築と法定地上権 (一)

—三つの最高裁判決を契機として—

- 一 問題の所在
- 二 事案の概要
- 三 従来の判例法理 (以上、本号)
- 四 従来の学説の展開 (以下、次号)
- 五 結 語

石 口 修

エコノミクス
第五卷第四号
二〇〇一年三月