ノート

法定地上権の成否の判定

柴　谷　　晃

第１　本稿の目的

不動産に対する強制競売及び担保不動産競売（以下、併せて「競売」という[(1)]。）の換価手続の場面における最重要の問題の一つに「法定地上権の成否(ないし、成立する場合における内容)」があるところ、現在では、問題を生ずる様々な事案についての上告審の判例がほぼ出揃った状況にある。これら判例の事案の多くは、その一つ一つが難解な問題を含んでおり、事案毎に一つの論文が書けるといってよい位であるが、もとより、これら一つ一つの事案について詳細に検討することは小職の手に余るところである。本稿は、これらの判例の事案を簡潔に整理したものに過ぎない。

第２　法定地上権の成否の判定についての概説

１　根拠条文

法定地上権の根拠条文には、民法３８８条と民事執行法８１条とがあるところ、更に、民法３４１条、民法３６１条及び工場抵当法１６条１項が民法３８８条を準用しており、鉱業抵当法３条が工場抵当法の規定を準用している。また、民事執行だけではなく、滞納処分の場面でも、既に昭和３５年１日１日施行の改正国税徴収法１２７条が民事執行法８１条と同様の規定を置いている。本稿では、民事執行法８１条と民法３８８条に基づく法定地上権の成立要件を検討する。

民事執行法８１条と民法３８８条の適用関係は、以下のとおりである。

---

(1)　この用語法は、「民事書記官実務の手引（執行手続－不動産編上）」の凡例に倣ったものである。なお、同書の法定地上権の項の記述は全てが極めて有益であり、大いに参考にさせていただいた。

・民事執行法８１条－土地及びその上の建物のいずれにも抵当権の設定がされていない場合において強制競売がされたとき

・民法３８８条－土地又はその上の建物の少なくとも一方に抵当権が設定されている場合において担保不動産競売又は強制競売がされたとき（民法３８８条の文言は「土地又は建物につき抵当権が設定され」となっている（改正前民法においても同旨の文言となっていた）が、後記⑲の判例のとおり、土地と建物に共同抵当権が設定されその一方又は双方が競売された場合にも、同条を根拠として法定地上権の成立が認められる。また、条文の文言は「その実行」とある（文脈上、「抵当権の実行」の意味である）が、大判大正３年４月14日民録20輯290頁は、土地又は建物の少なくとも一方に抵当権の設定がありさえすれば、抵当権が設定されている不動産について強制競売がされたときだけでなく抵当権が設定されていない方の不動産について強制競売がされたときにも、同条に基づく法定地上権の成立を認めた。民事執行法制定前は同法８１条に当たる規定がなかったが、後記の公益的考慮が働き、その要件を緩やかに解したものである。）

以上のとおりの適用関係を区分する要件の違いを除き、民事執行法８１条と民法３８８条の要件及び効果は同じだと捉えておけばよい。競売にかかる大抵の不動産には抵当権が設定されているから、実務上は民法３８８条が適用される事案が圧倒的に多い。

２　成立要件

民事執行法８１条又は民法３８８条に基づく法定地上権の成立要件は、以下のとおりである。

・a) 土地上に建物が存在したこと

・b) 土地と建物が同一所有者に属していたこと

・c) 土地又は建物に、抵当権が設定されたこと（－民法３８８条の場合）又は強制競売による差押えがあったこと（－民事執行法８１条の場合）

・d) 競売によって土地と建物の所有者が異なるに至ったこと

上記 a)、b) の要件の判定時期は、以下のとおりである。

・民事執行法８１条の場合－差押え時。但し、強制競売が仮差押えから移行したものであるときは、仮差押え時 (最判平成 28 年 12 月１日

民集 70 巻 8 号 1793 頁)。仮差押え時には土地建物の所有者は同一であったがその後本差押えまでの間に所有者が異なるに至った場合に法定地上権が成立するか否かという問題について、学説上見解が分かれていたが、上記最高裁判例は肯定説に立ったものである。

・民法３８８条の場合－原則として競売時における最先順位の抵当権の設定時（最判昭和 47 年 11 月 2 日判時 690 号 42 頁、最判平成 2 年 1 月 22 日判時 1349 号 56 頁、最判平成 19 年 7 月 6 日民集 61 巻 5 号 1940 頁)。但し、これには、後記⑬の例外がある。

3　法定地上権の成否の判定手法

(1)　法定地上権の制度の根拠は、ⅰ敷地利用権のない建物の収去による社会経済上の不利益防止という公益的理由と、ⅱ土地利用を巡る抵当権設定者と抵当権者の合理的意思であるとされている。前者に基づく方が後者よりも法定地上権の成立を認めるべき範囲が広くなるので、前者による結論と後者による結論が食い違うときに成否の判定をどうすべきかが問題となる。これについては、最高裁判例中に「抵当権設定当事者の合理的意思に反してまでも公益的要請を重視すべきだとはいえない。」と判示するものがある（最判平成 9 年 2 月 14 日民集 51 巻 2 号 375 頁、最判平成 9 年 6 月 5 日民集 51 巻 5 号 2116 頁)。これは、こういうことである。法定地上権の成立は、建物に対して地上権という強力な土地利用権を付属させ、土地に対してその負担を被らせるから、建物所有者に有利であり、土地所有者に不利である。そこで、法定地上権の成立について建物所有者や建物抵当権者に合理的期待がある場合（反面、土地所有者や土地抵当権者に合理的覚悟がある場合）には法定地上権の成立を認めてよい。他方で、法定地上権の不成立について土地所有者や土地抵当権者に合理的期待がある場合（反面、建物所有者や建物抵当権者に合理的覚悟がある場合）には法定地上権の成立を否定しなければならない（ここに「建物所有者」、「土地所有者」とは競売による買受け前の各不動産所有者を指す。買受けによって土地所有者及び建物所有者となった者の立場を考慮すべきか否かという点については、次の (2) で検討する。)。

そして、以上の限りにおいて、社会公益的観点から、できるだけ法定地上権の成立を認めるということになる。

(2) ところで、建物買受人の法定地上権成立についての期待（土地買受人の覚悟）、土地買受人の法定地上権不成立についての期待（建物買受人の覚悟）は、法定地上権の成否の判断要素として考慮すべきだろうか。

買受人は法定地上権の成否について直接的に利害関係を有するから、法定地上権の成否の判断において買受人の立場を考慮すべきは当然と思えなくもない。例えば、加藤一郎「抵当権と利用権（新民法演習２物権）」（有斐閣）251 頁は、「土地競落人[(2)]は、目的土地の現況を検分し、地上にどのような建物が存在するかを認識したうえ、右建物の建築時期その他建物をめぐる権利関係を抵当権設定契約当事者を含む関係者について調査しなければ法定地上権の成否に関する確実な見通しをつけ難いのが実情であり、その意味において、建物のある土地を競落する者としては、現にある建物の存続のための負担を覚悟するのが合理的である。」と述べており[(3)]、この見解は、法定地上権の成否の判断にあたり買受人の立場を考慮することを前提としているものと思われる。また、最高裁判例の中にも、買受人の予期ないし期待を考慮要素にしているものもある。例えば、後記⑱に掲記した最判平成 6 年 12 月 20 日民集 48 巻 8 号 1470 頁は、「右の結果（筆者注：法定地上権の成立を意味する。）は、第三者、すなわち土地共有者らの持分の有する価値について利害関係を有する一般債権者や後順位抵当権者、あるいは土地の競落人等の期待や予測に反し、ひいては執行手続の法的安定を損なうものであって、許されないといわなければならない。」と述べている。

しかし、他方で、後記⑪に掲記した最判昭和 48 年 9 月 18 日民集 27 巻 8 号 1066 頁は、「土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実に土地をみて地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であり、競落人は抵当権者と同視すべきものである」と判示しているところ、最判昭和 52 年 10 月 11 日民集 31 巻 6 号 785 頁の調査官解説 222 頁は、上

(2) 民事執行法施行前の判例をテーマとする論説なので「競落人」という用語になっているが、「競落」、「競落人」は、民事執行法では、それぞれ、「買受け」、「買受人」という。例えば、同法６５条。

(3) 後記⑤に掲記した最判昭和 52 年 10 月 11 日民集 31 巻 6 号 785 頁の調査官解説の孫引きである。

記最判昭和48年9月18日の判旨を評して「抵当権を前提として土地所有権を取得する競落人の利益状況は抵当権者のそれと同視できるとし、抵当権者の予期とは別個・独立に競落人の立場を考慮していない。」と述べている。前述の法定地上権の制度趣旨からすると、法定地上権の成否の判断にあたって考慮すべきは、理論的には、ⅰ社会経済上の公益的利益とⅱ抵当権設定当事者の合理的意思であって、買受人の立場はここには挙がってこない。買受人は、あくまでも抵当権者が抵当権設定時において把握していた物件の価値を前提として競売物件を買い受けるのであり、買受人が競売により取得する権利は、抵当権者の把握していた価値以上でもそれ以下でもない。したがって、抵当権者の利害とは別個独立の買受人の利害を考慮する必要はないと考えられる。

そして、このような考え方を採っても、法定地上権の成否についての買受人の予測を裏切って同人に不当な損害を与えることにはならない。なぜなら、昭和５５年１０月１日施行の民事執行法においては、法定地上権の概要が物件明細書の記載事項とされているので（同法６２条１項３号）、買受け希望者は、法定地上権の成否及び内容を予期して競売物件を買い受けることができるからである。また、民事執行法施行以前には競売物件の売却に当たり、法定地上権の成否及び内容を直接的に買受け希望者に了知させる制度はなかったが、その時代においても、買受け希望者は、競売事件記録の閲覧が可能であり、事件記録中の評価書には法定地上権が成立する場合にはそれを前提とした評価をしたことが記載されているから、買受人は法定地上権の成否や成立する場合の内容を予測して買い受けることができた。したがって、競売手続上、法定地上権の成否に関する買受人の利益は護られているといえる。もっとも、物件明細書の記載には既判力、公信力その他の通用力はないから、後日、民事訴訟手続の中で法定地上権の成否・内容が争われた場合に、物件明細書の作成時には把握されていなかった事実が訴訟手続中で明らかになり、物件明細書の記載内容とは異なる結果となるという事態が起こりうる。しかし、それは、競売物件の買受けに一般的に内在するリスクの一つであり（例えば、競売物件に占有者がいる場合においてその占有権権原を買受人に対抗できるか否かとか、対抗できる賃借人がいる場合において買受人が承継すべき敷金返還債務の金額に

ついて、物件明細書の記載内容と後日の訴訟における判決内容とが食い違うことはありうる。)、法定地上権の成否の局面においてのみ殊更問題視する必要はない。

第３　具体的事案の検討

以下では、各成立要件毎に、その要件の充足が問題になった上告審判例の事案を検討する。

1 「a) 土地上に建物が存在したこと」に関する問題

(1) 更地に抵当権が設定された場合

① 更地に抵当権が設定され、その後に建物が建築され、土地抵当権の実行により土地建物の所有者が異なるに至った場合[(4)] －成立しない (最判昭和 44 年 2 月 27 日判時 552 号 45 頁)。

抵当権設定時において a) の要件を充たさないから、当然である。この最高裁判例の事案では、建物所有者は、公益的観点から法定地上権の成立を認めるべきだと主張したのであるが、もし成立を認めると、土地抵当権者の合理的意思に反する結果となるため、判例は否定説に立った。すなわち、この事案において法定地上権が成立すると、競売代金額は法定地上権の負担付の土地としての価額となるから、抵当権者は底地価値（更地価値から法定地上権価値を差し引いた分）に見合う配当しか得ることができない。しかし、土地抵当権者は、更地に抵当権の設定を受けた時点で土地の 100％の価値を把握しているのであり、これに基づく配当期待を保護しなければならない。したがって、法定地上権の成立を認めることはできない。

② 更地に抵当権が設定され、その後にあらかじめ土地抵当権者の承認を得て建物が建築され、土地抵当権の実行により土地建物の所有者が異なるに至った場合－成立しない (最判昭和 36 年 2 月 10 日民集 15 巻 2 号 219 頁、最判昭和 47 年 11 月 2 日判時 690 号 42 頁、最判昭和 51 年 2 月 27 日判時 809 号 42 頁)。

---

(4) ①の事案の冒頭に掲記したもの以外の法定地上権の成立要件は全て充足しているものとする。②以下についても同様。

上記最判昭和36年2月10日の事案は、土地抵当権の設定の時点で建物の土台ができており、抵当権者は建物の築造を承認したが、土地を更地として評価して抵当権の設定を受けたというものであった。土台ができていたとしても、それは、動産又は土地の一部にすぎず、抵当権設定時における土地の状態は更地である。その後、抵当権者が建物の築造を承認したとしても、抵当権設定当時はあくまでも更地として評価しており、その合理的意思は「土地の価値の100％を把握」であった。そして、事後の抵当権設定当事者の合意ないし抵当権者の意思によって法定地上権の成否の結論を変更することはできない。抵当権設定当時の事実関係（土地上に建物があったかどうか）に基づいた抵当権設定者の合理的意思という観点から、成否を判定しなければならない。その結果、法定地上権の成立を認めることはできない。

なお、この事案において法定地上権不成立という結論を採る理由付けとして「買受人には、土地抵当権者が建物の築造を承認したことは分からないから、抵当権者の事後の承認を根拠に法定地上権を成立させると不測の損害を与えるから。」というのは、適切ではない。前述のとおり、買受人の立場は法定地上権の成否の判断要素とはならないからである。

③　更地に1番抵当権が設定され、その後に建物が建築され、更に土地に2番抵当権が設定された場合において、土地2番抵当権の実行により土地建物の所有者が異なるに至ったとき－成立しない(最判昭和47年11月2日判時690号42頁)。

この判例の事案は、1番抵当権の設定時にはa)の要件を充たしていないが、2番抵当権の設定時には充たしており、a)の要件を充たしている方の抵当権が実行されたというものであった。競売申立てをした者が誰であるかにかかわらず、競売により抵当権は全て消滅し(民事執行法59条1項)、その実体法上の優先順位に従って配当を受領する(民事執行法87条1項4号)。1番抵当権者は更地に抵当権を設定したのだから、土地の100％の価値を把握している。そのため、法定地上権不成立（＝建物収去を求めて更地として使える土地だ）という前提で売却代金を設定して競売にかけ、その代金を配当に充てな

ければならない。したがって、競売申立をした者が誰であるかにかかわらず、成立要件の判定は、１番抵当権の設定時を基準として行うべきこととなる。その結果、本事案では、法定地上権の成立は認められない。

(2) 建物が再築された場合

抵当権設定時に土地上に所有者同一の建物が存在していたが、その後旧建物が取り壊されて新建物が再築された場合において、土地抵当権の実行としての競売により所有者が異なるに至ったときが問題になる。（なお、当然のことであるが、再築により旧建物抵当権は消滅するから、従前の建物抵当権が実行されるという事態は生じない。）

④　所有者を同じくする土地とその上の建物のうち土地だけに抵当権が設定され、その後建物が再築された場合－原則として、旧建物を基準とする法定地上権が成立する (大判昭和 10 年 8 月 10 日民集 14 巻 1549 頁)。

以上の結論は、新建物の所有者が誰であるかによって変わるところはない。

本事案では、旧建物と再築後の新建物とで成立すべき法定地上権の内容（範囲）が食い違っている場合が問題となるところ、土地抵当権者は、更地価値（土地の 100％の価値）から旧建物についての法定地上権価値を除いた底地価値を把握しているのであるから、旧建物を基準とした内容（範囲）の法定地上権が成立する。ここに「内容（範囲）」とは、主に、法定地上権の対象となる敷地の位置面積と権利の存続期間である。新建物の敷地が旧建物を基準として成立する法定地上権の位置面積を超える場合には、超える部分について、新建物の収去請求が認められることになる。存続期間については、旧借地法下では堅固建物所有目的地上権と非堅固建物所有目的地上権とで区別されていたものが（旧借地法２条参照）、借地借家法ではその区別がなくなったので、「旧建物を基準として存続期間を考える」と言ったところで、大した意味はないようにも思われる。しかし、借地借家法８条１項の適用上、同項の「滅失」の原因として「朽廃」が考えられる事案にお

いて、旧建物基準でその「朽廃」の時期を考えるというような形で、なおも旧建物基準の法定地上権と新建物基準の法定地上権を区別する意味は残っているのではないか。

但し、特段の事情のある場合には、以上とは結論を異にする。それが次の判例の事案である。

⑤　所有者を同じくする土地とその上の建物のうち土地だけに抵当権が設定され、その後建物が再築された場合において、土地抵当権者が再築を予定して土地の担保価値を把握していたとき－新建物を基準とする法定地上権が成立する（最判昭和52年10月11日民集31巻6号785頁）。

本最高裁判例の事案は、土地抵当権者が抵当権設定当時に再築を予定して担保価値を把握しており、かつ、抵当権者自身が買い受けた（いわゆる「自己競落」の）事案であった。本事案において新建物基準での法定地上権が成立する根拠として、この自己競落という事情を重視する見解がみられる。例えば、内田貴「民法Ⅲ　債権総論・担保物権」［初版］（東京大学出版会）380頁は、「新建物を基準に担保価値を評価した土地の抵当権者自らが競落した事案であり、むしろ、例外的な事案として位置づける方がよいだろう。」と述べる[(5)]。しかしながら、法定地上権の成否・内容の判断において、自己競落という事情を考慮する点には疑問がある。執行裁判所は、競売物件を売却するに際し、法定地上権が成立する場合には、「物件明細書」にその概要を明示する（民事執行法62条1項3号）。また、執行裁判所が売却基準価額を決定する際（民事執行法60条1項）、法定地上権の成否・内容によって、競売物件の評価額に違いを生じる。したがって、法定地上権の成否・内容は売却の前に判断しておかなくてはならないから、買受人が誰であるかという点を法定地上権の成否・内容の判断要素として考慮することはできない。もし、これを考慮すべきだということになると、買受人が抵当権者自身であるかそれ以外の者であるかによって場合分けをして、物件明細書を記載したり売却基準価額を決定するという扱い

(5) ただし、第2版以降、この記述は削除されている。

をする必要がある。そのような扱いをすることも論理的には不可能ではないが、民事執行法６０条１項が同一の物件について買受申出人が抵当権者自身であるか否かによって場合分けをし、各場合に応じて２つの売却基準価額を決定するというような扱いを許容しているとは思えない。したがって、自己競落という事情は、法定地上権の成否・内容の判断材料には使えない。実際、上記最高裁判例の事案において、自己競落という事情は原審の認定事実として出てくるだけであり、最高裁の判旨は、新建物基準を採る根拠として自己競落を挙げていない。また、本最高裁判例の調査官解説においても同様である。

そうすると、本最高裁判例の事案において、新建物基準の法定地上権が成立するという結論を採る根拠は、「抵当権設定時において抵当権者が新建物基準で担保価値を把握していたこと」だけだということになる。ところが、これはこれで問題を生じる。というのは、法定地上権の成否・内容が抵当権者の内心の事情で決まるということになるからである。しかも、本最高裁判例の原審の認定事実中には、この内心的事情を裏付ける外形的・客観的事実は出てこず、純粋に内心的事情としてその存在を認定しているだけなのである。しかし、法定地上権の成否について直接的な利害関係を有する者の一人である買受人の立場からすると、同人の事情を考慮せずに抵当権者だけの、かつ、その内心的事情によって法定地上権の成否・内容が決まるというのは、抵抗感がある。例えば、②の事案に関するものであるが、内田・前掲［第４版］520 頁は、上記事案において判例が法定地上権の成立を否定する点に関して、「担保法のルールは、何よりも、明確であることが必要とされるので、法定地上権が成立するかどうかの判断に抵当権者の主観的な評価を斟酌すべきではない。」と述べる。また、⑱の事案に関するものであるが、最判平成 19 年７月６日民集 61 巻５号における千種秀夫判事の補足意見は、「通常、競売不動産については、執行裁判所の執行官が不動産の現況を調査し、土地利用関係を確認し、この報告を基礎として評価人が右不動産の評価をし、しかる後裁判所により物件明細書が作成され、最低売却価額が決定されるのであるが、もしこの段階で複雑な事実認定と困難な法律判断を要することになる

と、競売手続を適正迅速に処理することは困難とならざるを得ない。したがって、この段階において判断の資料に供しうるのは、登記簿の記載等公示されだれにでも分かる客観的資料のみに限る必要がある。」と述べている。このような発想からすると、抵当権者の内心的事情によって法定地上権の成否・内容を決めてよいのかという疑問が生じる訳である。

以上の問題についてはどのように考えるべきか。まず、買受人の事情を無視して抵当権者だけの事情を考慮するという点については、前述のとおり、むしろ、抵当権者の立場とは別個独立に買受人の立場を考慮する必要はない。この事情は、通常は、買受後に初めて明らかになるわけではなく、執行官の現況調査によって把握され、その報告内容を基にして、新建物基準の法定地上権が成立することが物件明細書に記載されるので、買受人に不測の損害を与える可能性は小さいといえる。次に、この事情を考慮することによって新建物基準の法定地上権の成立が認められる結果何人かが不利益を受けるとしても、その不利益を受けるのは土地の抵当権者である。すなわち、当人の内心的事情が考慮されることにより、当人自身が不利益を受けるだけである。したがって、この場合には、内心的事情（しかも、外形的・客観的事実の裏付けもない。）を考慮しても何らの問題もない。昭和 55 年 10 月 1 日施行の民事執行法により物件明細書の備置が制度化されて以降は、以上のような理由によって、本事案において新建物基準の法定地上権が成立することが正当化されるのではないだろうか。

⑥　所有者を同じくする土地とその上の建物の双方に抵当権が設定され（ただし、共同抵当権ではない。）、その後建物が再築された場合－旧建物を基準とする法定地上権が成立する (大判昭和 13 年 5 月 25 日民集 17 巻 1100 頁)。

例えば、先に建物に抵当権が設定された後、土地に抵当権が設定され、その後に建物が再築されたとする。建物抵当権者は旧建物の法定地上権価値を把握している。反面、土地抵当権者は、更地価値（土地の 100％の価値）から旧建物の法定地上権価値を控除した底地価値を把握している。その後再築により旧建物抵当権は消滅するが、土地抵

当権者が把握している担保価値はそのまま維持してやらねばならない。したがって、新建物が築造されても、土地抵当権者が被る負担は旧建物についての法定地上権だけなのである。

⑦　所有者を同じくする土地とその上の建物に共同抵当権が設定され、その後建物が再築された場合－原則として、成立しない (最判平成 9 年 2 月 14 日民集 51 巻 2 号 375 頁)。

上記の場合において、新建物に再度共同抵当権が設定されたとしても、旧建物の抵当権の順位よりも劣後するときは、同様に、成立しない（最判平成 10 年 7 月 3 日判時 1652 号 68 頁）。

大判昭和 13 年 5 月 25 日民集 17 巻 1100 頁を判例変更し、いわゆる全体価値考慮説に立った判例である。土地とその上の旧建物に共同抵当権が設定された場合、建物抵当権は旧建物の価値と法定地上権価値を把握しており、土地抵当権は更地価値から旧建物の法定地上権価値を控除した底地価値を把握しているから、結局、共同抵当権によって、土地の 100％の価値と旧建物の 100％の価値を把握していたものである。その後の建物の再築によって、旧建物に対する抵当権は当然消滅する。問題は、土地の担保価値の部分である。この場合にもし法定地上権の成立を認めると、土地の抵当権者は、底地価値のみから配当を受けることになる。しかし、抵当権者は、元は土地の 100％の価値を把握していた。この抵当権者の利益は建物が再築された場合であっても維持されなければならない。すなわち、土地の買受人は新建物を収去して更地として利用できることとし、その結果、当該土地は更地価格での売却が可能となってその代金が抵当権者の配当原資とされなければならない。このような理由から、本事案においては、新建物基準の法定地上権はもちろんのこと、旧建物基準の法定地上権の成立も認めることはできないのである。

しかし、これには次のとおりの例外がある。

⑧　所有者を同じくする土地とその上の建物に共同抵当権が設定され、その後建物が再築された場合において、新建物所有者が土地所有者と同一であり、かつ、当該土地抵当権者が新建物について同順位の共同抵当権の設定を受けたとき－新建物のために法定地上権が成立する (

最判平成９年２月14日民集51巻２号375頁や最判平成10年７月３日判時1652号68頁が言及。なお、上記平成９年２月14日最高裁判例の調査官解説によると、「同順位」とは「順位１番」の意味であり、また、「新建物のための法定地上権」の内容は旧建物基準で決められることに注意すべきである。)。

旧建物と土地に順位１番の共同抵当権を有していた時には、抵当権者は、土地については、旧建物についての法定地上権価値と底地価値（＝更地価値から旧建物についての法定地上権価値を控除した分）を把握、すなわち、旧建物に対する抵当権と土地に対する抵当権の合計で土地の100％の価値を把握していた。その後、旧建物が取り壊された段階で、更地に対する抵当権を有している状態になり、土地に対する抵当権だけで土地の100％の価値を把握することとなる。更にその後、建物が再築されて新建物に順位１番の共同抵当権が設定された場合、法定地上権の成立を認めたとしても、抵当権者は、新建物についての法定地上権価値と底地価値（＝更地価値から新建物についての法定地上権価値を控除した分）を併せて土地の100％の価値を把握していたこととなり、何らの不利益も受けない。そうであれば、社会経済上の公益的観点からして新建物について法定地上権の成立を認めるべきなのである。

しかし、次のとおり、この例外には更に例外がある。

⑨　所有者を同じくする土地とその上の建物に共同抵当権が設定され、その後建物が再築された場合において、新建物所有者が土地所有者と同一であり、かつ、土地抵当権者が新建物について土地抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたときであって、新建物に設定された抵当権の被担保債権に優先する債権が存在するとき－成立しない(最判平成９年６月５日民集51巻５号2116頁)。

ここに「抵当権の被担保債権に優先する債権」とは租税債権のことである。抵当権と租税債権の優先関係は、抵当権設定登記手続の受付時と租税債権の法定納期限との先後関係で決まるから（国税徴収法１６条、地方税法１４条の１０）、租税債権は不動産登記面上に現れていないのに抵当権に優先することがある。抵当権者は、再築前は、

旧建物についての法定地上権価値と底地の価値とを併せて、土地の100％の価値を把握していた。ところが、本事案において新建物につき法定地上権の成立を認めると、法定地上権価値のうちから租税債権が優先的に弁済を受けてしまい、抵当権者への配当が目減りする。この結果は、抵当権者の合理的期待を裏切ることになるので、法定地上権の成立を認めることはできない。

結論は以上のとおりでよいとして、この結論を採った場合、以下のような問題が生ずることに注意すべきである（上記平成９年６月５日最高裁判例の調査官解説参照）。租税債権の交付要求は、物件明細書の作成後にされることもある。執行裁判所が⑧の事案であると考えて「法定地上権成立」との物件明細書を作成したところ、その後に新建物の抵当権に優先する租税債権の交付要求があった場合には、⑨の事案として処理すべきであったことになる。したがって、その場合には、売却実施命令の取消しや売却不許可決定をすることで対応する必要がある。

2　「b) 土地建物が同一所有者に属していたこと」に関する問題

(1) 実体と登記名義が一致しない場合

⑩　土地建物が同一所有者に属しているが、土地に対する抵当権設定当時、建物が未登記であった場合－成立する (大判昭和 14 年 12 月 19 日民集 18 巻 1549 頁)。

建物所有者と土地に対する抵当権者とは対抗関係にはなく、また、土地に対する抵当権の設定を受けようとする債権者は、予め現地調査をするのが通例であり、それによって建物の存在とその所有者を認識できるため、このケースにおいて登記を転用する必要性もないからである。

⑪　土地建物が同一所有者に属しているが、土地に対する抵当権設定当時、建物の所有権移転登記がされておらず前主の名義のままであった場合や、建物に対する抵当権設定当時、土地の所有権移転登記がされておらず前主の名義のままであった場合－成立する (最判昭和 48 年 9 月 18 日民集 27 巻 8 号 1066 頁、最判昭和 53 年 9 月 29 日民集 32 巻 6 号 1210 頁)。

⑩の事案に関する上記昭和14年12月19日大審院判例は、「該地上に建物の存在したる事実は之を了知せることを通常の事案とするが故に競売の場合に於て建物を所有する何人かが其の土地に付き地上権を取得すべきことは当然予期すべきところにして斯る土地を競落したるものも亦同様なり」と述べている。つまり、抵当権者も買受人も現地検分によって土地所有者と同一人の所有に属する建物の存在を認識し、法定地上権の成立を予測できるという点を根拠としている。

法定地上権は、d) の要件が満たされた時点で発生する。その時の法定地上権者と土地所有者とは当事者の関係にあるから、法定地上権者が土地所有者に対して法定地上権を主張するためには対抗要件としての登記は不要である。また、条文上、法定地上権の成立要件としての建物の所有権取得登記も要求されていない。したがって、⑩及び⑪の判例の結論は至極当然のことである。敢えて「現地検分をするのが通常」という理由付けを持ち出す必要があるのか、疑問がある。

なお、既述のとおり、買受人については、自ら現地検分して法定地上権の成否を判断するまでもなく、物件明細書の記載によってその成否を把握することができる。この点に照らして、上記の理由付けのうち買受人について言及する部分は、ますます不要であると考える。

(2) 所有者に変動があった場合

⑫　土地に対する1番抵当権設定当時土地建物が別人の所有に属していたが、その後同一人の所有になった後、土地に2番抵当権が設定された場合－成立しない (最判平成2年1月22日判時1349号56頁)。

上記平成2年1月22日最高裁判例の事案は、土地2番抵当権者が担保権の実行を申し立てた場合であったが、そうであっても成立を否定した。

当初は、土地建物の所有者が別人であった。この場合、建物所有者の敷地利用権は、賃借権若しくは使用借権又は無権原等があり得るが、いずれにせよ、地上権よりは価値が低い（建物所有目的の土地賃借権は、借地借家法により、地上権と殆ど同様に扱われているが、民法６１２条により、それを譲渡するには賃貸人たる土地所有者の承諾が必要となるという点で、なおも地上権よりは若干価値が低い。）。土

地の１番抵当権者は更地価値からこの価値の低い敷地利用権価値を差し引いた担保価値を把握している。この場合に、もし法定地上権を成立させると、土地１番抵当権者は、更地価値から法定地上権価値を差し引いた分からしか配当を受けられないこととなり、予想外の不利益を受ける。したがって、法定地上権の成立を認めることはできない。

⑬　土地に対する１番抵当権設定当時土地建物が別人の所有に属していたが、その後同一人の所有になった後、土地に２番抵当権が設定された場合において、２番抵当権の実行時に１番抵当権が消滅していたとき－成立する (最判平成 19 年 7 月 6 日民集 61 巻 5 号 1940 頁)。

⑫の事案と異なり、１番抵当権は消滅し、１番抵当権者は既に利害関係を失っているから、当然、その利益を考慮する必要はない。法定地上権の成立要件の判定は、競売時における最先順位の抵当権の設定時を基準とするのが原則である。⑬の最高裁判例の原審は、「この場合に法定地上権の成立を認めると、法定地上権の負担のない土地としての担保余力を把握していた後順位抵当権者の利益を不当に害する結果となる･･･これを避けるために、将来の法定地上権の成立を仮定して担保余力を評価すべきものとすると、担保価値の完全な活用が阻害される不都合が生じる。また、建物所有者としても、もともと先順位抵当権を基準にすれば法定地上権の成立は認められなかったのであり､たまたま先順位抵当権の設定契約が後に解除されたからといって、法定地上権成立の利益を認める必要性はない。」と判示したのであるが、最高裁は、「甲抵当権（筆者注：土地の１番抵当権）が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者（筆者注：土地の２番抵当権者かつ建物の１番抵当権者）としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきである。」と判示して、原審判決を破棄したものである。

⑭　建物に対する１番抵当権設定当時土地建物が別人の所有に属していたが、その後同一人の所有になった後、建物に２番抵当権が設定された場合－成立する (大判昭和 14 年 7 月 26 日民集 18 巻 772 頁。なお、

最判昭和53年9月29日民集32巻6号1210頁も争点は別のところにあったが、事案はこれである。)。

建物の2番抵当権設定時にしかb)の要件を充たしていないにもかかわらず法定地上権が成立するというのは、「法定地上権の成否の判定は、競売時における最先順位の抵当権の設定時を基準とする」という原則からすると意外な結論である。そのため、原則どおり、1番抵当権の設定時を基準として法定地上権の成否を判定すべきであるとし、その結果、法定地上権の成立を否定する見解がある（内田・前掲［第4版］522頁)。

しかし、小職は、⑭の事案では、社会経済上の公益的観点から、法定地上権の成立を認めてよいと考える。建物の1番抵当権者は予定外の利益を受けることになるが、反面、これによる不利益を受けるのは土地所有者であり、同人は、自ら建物に2番抵当権を設定した者である。自ら所有する土地建物の一方に進んで抵当権を設定したのであるから、法定地上権の負担を甘受すべきであるといえるからである。

本事案において法定地上権の成立を認める理由はこのような点にあるから、この結論は、土地に抵当権が設定されていない（＝土地の権利者は所有者しかいない）という限られた事案だけに当てはまるものである。

(3) 共有の場合

抵当目的不動産が共有の場合には、共有持分権に対する抵当権の設定当事者（設定者及び抵当権者）以外に、抵当権の目的外である共有持分権の権利者も利害関係を有する。同人は、抵当権の設定や競売による買受けとは全く無関係の者であるところ、そのような立場の者の利害が他の共有者の共有持分権に対する抵当権設定やその競売によって影響を受けることは容認できないから、その者の立場を考慮する必要がある。

⑮　AとBの共有土地上にA所有の建物が存在する場合において、A所有の建物若しくはAの土地共有持分又はその双方に抵当権が設定されたとき－原則として、成立しない(最判昭和29年12月23日民集8巻12号2235頁)。但し、Bが法定地上権の成立を容認していたとき

は成立する（最判昭和 44 年 11 月 4 日民集 23 巻 11 号 1968 頁)。

上記昭和 29 年 12 月 23 日最高裁判例の原審は、公益的観点から土地全体について法定地上権の成立を認めたが、もし法定地上権を成立させると、Ｂの与り知らぬＡの抵当権設定や競売によってＢが負担を被ることになる。したがって、原則として法定地上権の成立を認めることはできない。しかし、Ｂが法定地上権の成立を容認していたときは、Ｂの利害を考慮する必要はないので、公益的観点から、成立が認められる。

なお、この「Ｂが法定地上権の成立を容認していたとき」という要件について、最高裁判例は、ここでは、外形的・客観的事実によって判断すべきであるとの立場を採っている（平成 6 年 12 月 20 日民集 48 巻 8 号 1470 頁の調査官解説参照)。

⑯　Ａ所有の土地上にＡとＢの共有建物が存在する場合において、Ａの建物共有持分若しくはＡの土地又はその双方に抵当権が設定されたとき－成立する (最判昭和 46 年 12 月 21 日民集 25 巻 9 号 1610 頁)。

Ａは自ら抵当権を設定したのであるから、土地所有者として法定地上権の負担を甘受すべきである。もう一人の建物共有者Ｂにとって、法定地上権が成立することは有利に働く。したがって、Ｂとの関係においても法定地上権の成立を認めてよい。

⑰　ＡとＢの共有土地上にＡとＢの共有建物が存在する場合において、Ａの建物共有持分若しくはＡの土地共有持分又はその双方に抵当権が設定されたとき－成立しない (最判平成 6 年 4 月 7 日民集 48 巻 3 号 889 頁。但し、この最高裁判例の事案の適用法条は、民事執行法８１条である。)。

もし建物共有者Ａないしその共有持分の買受人が法定地上権を取得すると、土地共有者Ｂは、自身が関与しないＡの共有持分に対する抵当権設定とその後の競売によって不利益を被ることになる。例えば、土地建物ともＡＢの共有で、ＣがＡの建物共有持分を競売により買い受けた結果、ＡＢの共有土地上にＢＣの共有建物が存在する状態になったとする。（Ｂは自分の土地共有持分に基づいて土地を占有使用する権限があるので、Ｂが共有者になっている建物をＡの意思だけで収

去することはできないが、）Ａの共有持分に対する抵当権設定がなければ、ＡとＢが共に建物を収去する意思を有した場合には、収去が可能であった。それにもかかわらず、Ａが自身の建物共有持分に抵当権を設定し、競売によりＣがこれを買い受けた場合に、もし法定地上権の成立を認めると、ＡとＢが共に建物を収去する意思を有したときでも、収去が実現できないことになり、Ｂは不利益を被る。したがって、法定地上権の成立を認めるべきではない。

⑱　ＡとＢの共有土地上にＡとＣの共有建物が存在する場合において、Ａの建物共有持分若しくはＡの土地共有持分又はその双方に抵当権が設定されたとき－原則として、成立しない。但し、他の土地共有者Ｂが法定地上権の発生をあらかじめ容認していたと見ることができる特段の事情があるときは成立する。（最判平成６年12月20日民集48巻８号1470頁）

この事案はＡＢの共有土地上にＡが共有持分を有する建物が存在している場合において抵当権が設定されたというものであり、法定地上権を成立させると、土地のもう一人の共有者であるＢが不利益を被る。そのため、本質的には⑮と同様の事案だとみることができるので、上記平成６年12月20日最高裁判例は、判文中で⑮に掲記した２つの最高裁判例を引用したうえ、⑮の事例と同様の結論を採ったものである。

３「c) 土地又は建物に抵当権が設定されたこと（民法３８８条の場合）」に関する問題

⑲　土地及び建物に同時に抵当権が設定された場合－成立する（大判明治38年９月22日民録11輯1197頁、大判明治43年３月23日民録16輯233頁、大判昭和６年10月29日民集10巻931頁、最判昭和37年９月４日民集16巻９号1854頁）。

条文上は「土地又は建物」となっているが、一般に法律用語としての「又は」は英文の「and or」の意味である。ここでの用語法も例外ではなく、抵当権の目的物が「土地及び建物」の場合でも成立する。

なお、「土地又は建物の差押えがあったこと」（民事執行法８１条）の解釈も同様であるので、土地及び建物の双方に差押えあった場合にも法定地上権が成立しうるが、実務上、土地及びその土地上の建物の

双方に差押えがあったときは、殆どの場合、一括売却（民事執行法６１条）となって同時に同一人が買い受けることになるので、「d) 競売によって土地と建物の所有者が異なるに至ったこと」という要件を充たさず、法定地上権の成否の問題にならない。

4 「d) 競売によって土地と建物の所有者が異なるに至ったこと」に関する問題

⑳ 抵当権設定時には同一所有者に属していたが、その後、土地又は建物の一方が譲渡されて所有者が異なるに至り、更にその後、競売となった場合－成立する (大判大正 12 年 12 月 14 日民集 2 巻 676 頁、大判昭和 8 年 10 月 27 日民集 12 巻 2656 頁)。

競売によって初めて土地と建物の所有者が異なるに至る必要はない。所有者が異なるに至った段階で何らかの土地利用権が設定されているはずであるが、その利用権は通常は賃借権や使用借権であり法定地上権よりも価値は低い。抵当権設定時において、建物抵当権者は法定地上権が成立するものと期待して建物価値を把握し、土地抵当権者は法定地上権が成立するものと覚悟して土地の価値を把握している。この意思を尊重すべきであるから、法定地上権の成立は認められる。

第４　終わりに

以上、上告審で問題となった事案を整理したが、特に⑤と⑭の事案における判例の結論に対しては、学説上、批判がある。しかし、判例は、「抵当権設定当事者の合理的意思に適合する限りにおいて社会公益的観点からできるだけ法定地上権の成立を認める。」という姿勢が一貫しているといえる。さすがは最高裁。いずれも、なかなかよく考えられている結論だと思う。

了