

## 第2回ミニテストの補充課題の解説

メール等でお送りいただいたものは、おおむね正しく解答できていたと思います。

(1) Hが甲土地に抵当権を設定した当時には甲地上には乙建物は存在しておらず、388条の法定地上権の要件を充たさない。そうすると、甲土地のみが競売された本件では、乙建物はSの所有にとどまるが、Eの所有に帰した甲土地を利用する権限はSにはないから（また予め抵当権者や買受人に対抗できる自己借地権を設定しておくことも、混同の原則との関係で不可能であるから）、特段の事情がない限り、EはSに対して乙建物の収去と甲土地の明渡しを求めることができる。

たしかに、Hは、建物建築資金としてSに融資し、乙建物の建築を承知していたのであるから、甲土地を底地として評価したとも考えられる。このようなHの担保評価を基準に法定地上権の成立を拡大的に認めようとする考え方もありうる。また、法定地上権の成立は否定しつつも、たとえばEではなくH自身が甲土地の買受人となっていたとすれば、Sに対する建物収去・土地明渡請求は、権利濫用あるいは信義則違反で否定されることになるかもしれない。

しかし、買受人Eが、甲土地の担保評価というHの主観的事情まで考慮に入れて、法定地上権の成否を判断しなければならないとすれば、競売制度に求められる安全性・画一性・安定性を欠くことになり妥当でない。むしろ、Eは、抵当権設定登記時に、388条の要件を充たす建物が存在していたか否かを建物登記や現地の調査によって、外形的・客観的な資料から判断すれば良いと考えるべきである。判例・通説もこのように考えて、法定地上権の成立を否定する。例外的にEがHの担保評価を熟知していたとか、Hと実質的に同一人であると評価されるなど特段の事情があれば、H自身が買受人となった場合と同様に、建物収去・土地明渡請求を権利濫用・信義則違反などの一般条項で否定すれば足りよう。

したがって、Hの担保評価がどうであれ、最初に述べた結論に影響はない、

(2) 389条1項本文により、Hは、甲土地と乙建物を一括競売すればよい。一括競売ができれば、甲土地と乙建物は原則として同一人に買い受けられるため、土地と建物が別人に帰属することを前提にした法定地上権の成否や建物収去・土地明渡請求の可否を論じる必要がなくなる。一括競売は、底地のみを競売するのに比べて、売却が容易になり、更地ないしはそれ以上の価格で売却することが可能となる点で抵当権者Hにとって有利であるばかりか、建物収去の負担を負うSにとっても、建物に投下した費用を幾分か回収できることになる点で有利であり、十分に利用できる地上建物を取り壊すという社会経済的な無駄を回避できる利点もある。

なお、Hが抵当権を有しているのは甲土地についてだけであるから、Hが優先弁済権を行使できるのは、甲・乙の競売代金のうち、甲土地の売却代金についてのみである（389条1項ただし書）。もっとも、法定地上権は成立しないので、甲土地には利用権の負担はなく、その売却代金は更地に近いものと評価されることになる。

(3) Hが乙建物について抵当権設定登記を行った時点と、Mが乙建物を賃借してその引渡しを受けた時点のいずれが早いかで、EとMの法律関係は、下記(a)(b)のように変わる。

(a) Hの抵当権設定登記の方が早ければ、Mの賃借権は、競売によって効力が失われ、Eは賃借権の負担を引き継がない。したがって、Eは、Mに対して、建物退去・土地明渡しの請求ができ、Mに対する敷金返還債務なども承継しない。これは、旧395条の短期賃貸借の保護制度が2003年の担保・執行法改正によって廃止されたために原則に回帰したためであり、Mが建物利用権をEに対抗できるのは、387条の同意引受制度が用いられた場合に限られる（本件ではそのような事情は見られない）。

もともと、買受人Eから明渡し等の請求を受ける賃借人Mの衝撃を緩和するため、Eの所有権取得から6か月間、競売手続の開始前から乙建物を使用していたMは、明渡しを猶予される（395条1項1号）。もともと、Mには積極的な利用権原はないから、建物使用の対価（従前の賃料相当額になろう）を不当利得としてEに支払わなければならない（同条2項）。

(b) これに対して、乙建物のMへの引渡しの方が早ければ、賃借権は抵当権に優先し、抵当権の実行としての競売においても、買受人Eに負担として引き受けられる。Eは、乙建物の所有権の取得に伴い、賃貸人の地位をも承継するから、Mに対して、所有権移転登記を経た2005年12月某日（問題では不明）以降は賃料を請求できるが、賃料不払いや用法違反等を理由に契約の解除ができなければ、2008年3月までMに乙建物の明渡しを求めることはできない。また、Eは、敷金返還債務もSから引き継ぐため、賃貸借契約が終了してMが乙建物を明け渡せば、未払い賃料や損害金を控除した敷金をMに返還しなければならない。