

## 第18回 抵当権(5)：抵当権と利用権の利害調整(1)

2009/12/14

松岡 久和

### 【法定地上権と一括競売権】(229-233, 222-223, E144-147)

#### 1 序論：抵当権と利用権の関係

- ・ 抵当権の交換価値支配と利用権の使用価値支配は対立  
← 利用権の負担により価格が下がる。抵当権設定登記後の価格下落は不測の損害  
利用権がその設定後の抵当権に基づく競売で消滅させられるのは不当  
⇒ 両者は対抗関係：抵当権－177条・373条、利用権－177条・605条、借借10条・31条  
⇒ 抵当権実行後は抵当権に対抗できない利用権は消滅するから、実行以前の利用が事実上困難になるので調整が必要
- ・ 例外としての短期賃貸借制度は2003年改正で廃止⇒明渡猶予制度・同意引受制度

#### 2 法定地上権(388条)

##### (1) 制度趣旨

- ・ **自己借地権の不存在**(179条・520条の混同参照)による不都合を補充  
← 合理的な意思表示・建物保護の国民経済的利益；強行規定で排除合意は無効  
同趣旨の制度 民執81、税徴127条1項、仮登記10条
- ・ 対抗できる約定利用権があれば、利用契約関係の承継で処理し、法定地上権不要

##### (2) 成立要件

Case18-01 次の各場合に、法定地上権が成立するか。

(1) HはSのビルの建築資金を融資し、この貸金債権を担保するためS所有の土地甲に抵当権の設定を受け登記を備えた。甲地上には建物乙が新築されたが、Hが乙に抵当権の追加設定を受ける前にSは事実上倒産してしまったので、Hは甲と乙の一括競売を申し立てた。

(2) HはSの古いビル乙の建替え資金を融資し、この貸金債権を担保するためS所有の土地甲に抵当権の設定を受け登記を備えた。甲地上には乙の建替えによりビル丙が建築されたが、Hが丙に抵当権の設定を受ける前にSは事実上倒産してしまったので、Hは甲と丙の一括競売を申し立てた。

(3) HはSに対する貸金債権を担保するためS所有の土地甲と地上建物乙に共同抵当権の設定を受け登記を備えた。その後、甲地上には乙の建替えにより建物丙が建築されたが、Hが丙に抵当権の追加設定を受ける前にSは税務署から甲と丙を差し押さえを受け、甲と丙が競売に付された。

##### ① 設定時の建物の存在

← 抵当権者の担保評価による期待の確保（担保割れの防止）

a) 更地への抵当権設定後の**建物新築**では原則として不成立

判例 ① 最判昭36・2・10民15-2-219：抵当権者が抵当権設定後の建物の築造を承認していても原則として法定地上権は不成立

②最判昭47・11・2判時690-42：1番抵当権設定後、2番抵当権設定までの間に建物が築造され、2番抵当権が実行されても法定地上権は不成立

b) 抵当権設定後の**建物の再築**では原則として成立←旧建物につき法定地上権成立予想

**判例** ①大判昭10・8・10民14-1549：【原則】旧建物を基準とした法定地上権成立

②最判昭52・10・11民31-6-785：【例外】抵当権者が新建物の建築を予定して土地を担保評価した場合には、新建物を基準とする法定地上権が成立（抵当権者自身が買受人である点にも注意）

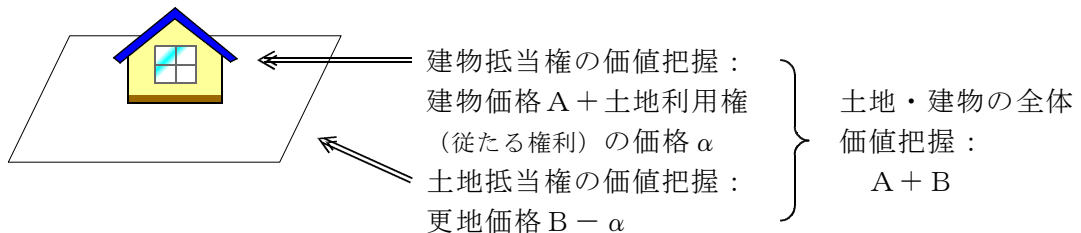
c) 土地とその地上の建物に**共同抵当**を設定した場合の建物再築は原則・例外が逆転

←抵当権者の**全体価値把握**（参考図）←→土地・建物は別財産・担保管理の落度

**判例** ①百91：新築後の建物に土地と同順位の共同抵当権の設定を受けるなど再築前の状態が確保されていないと、法定地上権は原則として不成立

②最判平9・6・5民51-5-2116：抵当権者が新築建物に土地と同順位の共同抵当権の設定を受けたが、新築建物優先する（抵当権設定登記前に法定納期限が到来した）国税債権が成立していたので、法定地上権は不成立

《参考図》



※建物が再築されてその上に従来と同じ状態の抵当権が設定されないと、抵当権者の価値把握は、 $B$ ではなく、 $B - \alpha$ となって非常に小さくなる。

## ②土地・建物の所有者が抵当権設定時に同一であったこと

Case18-02 次の各場合に、法定地上権が成立するか。

(1)  $H_1$ は $S$ に対する貸金債権を担保するため $S$ 所有の土地甲（地上に借地人 $M$ の建物乙があった）に1番抵当権の設定を受け登記を備えた。その後、 $S$ は乙を $M$ から買い取った後、 $H_2$ のために甲に2番抵当権を設定し登記を備えた。 $H_2$ が甲の競売を申し立てた。

(2)  $H_1$ は $S$ に対する貸金債権を担保するため $S$ 所有の建物乙（敷地甲は貸貸人 $V$ の所有）に1番抵当権の設定を受け登記を備えた。その後、 $S$ は甲を $V$ から買い取った後、 $H_2$ のために乙に2番抵当権を設定し登記を備えた。 $H_2$ が乙の競売を申し立てた。

(3) (1)のケースで、 $H_2$ の競売申立てが、 $S$ が $H_1$ に対する債務を完済した後に行われたとすると、(1)の結論に何らかの影響がでるか。

(a) 両所有者が異なれば約定利用関係が優先

①最判昭51・10・8判時834-57：夫婦・親子であっても別所有者となり法定地上権は

## 民法第2部（物権・担保物権）

成立しない。もっとも、夫婦や親子などの同居親族間では、黙示の使用貸借契約であることが多く、これは第三者に対抗できないので、考慮の余地有

(b) 所有者の登記名義との関係—対抗問題ではないので登記名義は関係なし

①最判昭48・9・18民27-8-1066：建物購入後未登記状態で土地に抵当権を設定した場合、法定地上権は成立

②最判昭53・9・29民32-6-1210：建物敷地を購入後未登記状態で建物に抵当権を設定した場合も法定地上権は成立

(c) 抵当権設定後の要件充足—土地への抵当権設定では否定、建物の場合は肯定

①最判昭44・2・14民23-2-357、最判平2・1・22民44-1-314：抵当権設定後にこの要件が充たされても法定地上権は不成立←約定利用権は混同の例外で存続(179条1項と520条の各ただし書)

②最判平2・1・22民44-1-314：土地への1番抵当権設定当時は別所有者、2番抵当権設定当時は同一所有者となった場合、法定地上権は不成立←1番抵当権者の担保評価

③大判昭14・7・26民18-772、前掲最判昭53・9・29：建物への1番抵当権設定当時は別所有者、2番抵当権設定当時は同一所有者となった場合、法定地上権は成立

④百90：土地と建物への1番の共同抵当権設定当時は別所有者、土地への2番抵当権設定当時は同一所有者（相続による建物共有者の1人が土地所有者）だったが、1番抵当権が後になくなった場合、法定地上権成立

←文言、共同抵当権での自衛、遡及調査の負担回避

(d) 抵当権設定後に別所有者となった場合—法定地上権成立に影響なし

←文言、抵当権者の担保評価、抵当権設定登記後の利用権は対抗不能

①大連判大12・12・14民2-676：土地への抵当権後の建物のみの譲渡

②大判昭8・3・27新聞3543-11：建物への抵当権設定後の土地のみの譲渡

(e) 共有関係と法定地上権の成否—法定地上権は建物にはプラス、土地にはマイナス

イ 土地が共有になっている場合

最判昭29・12・23民8-12-2235：土地の共有持分への抵当権設定の場合、不成立

百92：土地共有者が各持分に共有者の1人のための抵当権を設定している場合でも原則として不成立（建物も相続により共有されているが抵当権設定なし）

←土地の他の共有者の利益保護、執行手続の安定

学説には利用権保護を理由に肯定説も有力

ロ 建物が共有になっている場合

最判昭46・12・21民25-9-610：単独所有土地への抵当権設定の場合、成立

←抵当権設定者＝土地所有者は他の共有者のためにも土地利用を容認

※共有地の場合には自己借地権が設定できることに注意（借地借家15条）

③土地または建物の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こと

・土地建物双方を同一人が買い受けた場合には法定地上権は不要だが、買受代金を土地・建物にどう配分するかでは法定地上権の成否がなお問題となる

(3) 法定地上権の内容

・民法・借地借家法による。地代は裁判所の裁定（388条後段）

(4) 法定地上権と民法改正

### 3 一括競売権 (389条)

#### (1) 制度趣旨

- ・法定地上権が成立しない場合、土地抵当権者は、地上建物を土地と一緒に競売できるが、優先弁済は（更地評価される）土地の競売代金からしか受けられないという制度  
←買受人の負担回避による競売の円滑化・建物保護の国民経済的利益  
；土地への抵当権設定後の建物築造では法定地上権不成立⇒建物は抵当権目的物でない⇒建物収去請求は引渡命令では不可能で買受人の負担

#### (2) 2003年改正と限界

- ・設定者が築造後に建物を第三者に譲渡した場合も一括競売ができることを明確化
- ・第三者の築造した建物も一括競売の対象とできることに拡張 ← 妨害排除対策
- ・抵当権者の一括競売義務（有力説）は否定 ←
- ・抵当権設定登記前に、抵当権者に対抗できない占有権原に基づいて建物が築造された場合にまで拡張しない←共同抵当設定要求で対応可能
- ・同意引受された賃借権は抵当権実行で消除されない⇒一括競売対象外（389条2項）
- ・建物賃貸借が買受人に引き受けられるか否かについては見解が対立  
：借地借家31条による賃借権の対抗力  
←→取り壊されて仕方ない建物の賃借人の利益は弱く、引受は執行妨害の種になる