

民法演習 I ・ 第10回講義（抵当権と利用権）の補足説明

2017年6月14日

松岡 久和

1 予習課題の補足

法定地上権については、判例の考え方を整理した参考資料を講義中に配布しましたので、そちらをご覧ください。まず、講義で十分触れられなかった予習課題について補足します。番号は予習課題の番号です。

3. 土地または建物の使用貸借は、第三者に対抗しうるか。

対抗要件を欠き第三者効がないため、使用貸借という占有権原は第三者に対抗できない。

7. 法定地上権とは何か。

民法388条等の要件をみたまず場合に法律の効果として（約定によらずに）生じる地上権。民法388条の他に民執81条、立木法5条、国税徴収法127条がある。類似する法定賃借権として、仮登記担保法10条、立木法6条・7条がある。混同の例外の場合を除き、抵当権設定前に対抗力のある自己借地権を設定できず、抵当権設定後には抵当権者や買受人に対抗できる利用権を設定できないため、競売により建物利用ができなくなる。この結果は当事者の予想と期待を害し、利用可能な建物を収去するという社会経済的な損失を生じるので、法が対抗できる利用権の欠如を補うのが法定地上権の制度趣旨である。また、一般的に物権である法定地上権は、賃借権より有利であり（存続期間、譲渡性、独立した担保設定など）、逆に土地所有者（譲受人を含む）や土地の担保権者にとっては負担が重い。以上のことから、抵当権に対抗できる利用権がある限り、当事者の私的自治を尊重して、法の介入による法定地上権の成立を認めるべきではない。

9. 法定地上権の成立が認められた場合、この地上権を第三者に対抗するためには、対抗要件が必要か。

法定地上権の当事者間では対抗要件は不要だが、その後に登場する第三者に対しては対抗要件が必要である（177条。借地借家法が適用される場合には、借地借家法10条）。建物が競売された場合においても、土地が競売された場合においても、建物又は土地の買受人と競売時の土地又は建物の所有者とは法定地上権の当事者となるので、対抗要件なくして法定地上権を対抗できる。

10. 法定地上権の成立が認められた場合、地上権の存続期間、地代はどのようにして決まるか。

法定地上権の内容は、土地と建物の所有者が、借地借家法に反しない限り（同法9条）、合意で定めることができるが、合意ができない場合には、存続期間は268条2項（20年以上50年以下で裁判所が定める）。借地借家法が適用される場合には（一時使用目的の建物の場合は除外）同法3条の30年。地代は裁判所が定める（388条）。

11. 395条の規定は、平成15年担保・執行法制の改正により改正されたものであるが、

改正前の395条の規定はどのようなものであったか。どのような経緯により改正されたものであるか。改正前と改正後ではどのような違いが生ずるか。

詳しくは、松岡『担保物権法』102-104頁、125-129頁。

旧395条は、対抗要件の具備が建物抵当権の設定登記に後れる建物の3年以内の短期賃貸借は、例外的に買受人に対抗できるが（民執59条2項の例外）、抵当権者は詐害的賃貸借を解除請求によって消滅させることができる、としていた。

同条の廃止によって対抗関係の原則に戻り、対抗要件の具備が建物抵当権の設定登記に後れる建物の賃借権は、すべて抵当権の実行によって消滅する（民執59条2項）。しかし、395条の要件をみたせば買受人の所有権取得から6か月間、引渡しが猶予される（民執83条2項括弧書きの引渡命令の延長はこれに対応）。

また、387条が適用されれば、賃借権は例外的に買受人に引き受けられ、敷金返還義務も買受人が負うが、あくまで例外でほとんど利用されていない。

12. 395条の改正前の規定が現在なお適用される場合がある。それはどのような場合か。

下記の2003年民法改正付則5条が適用される場合。すなわち、2004年4月1日以前から存在していた賃借権（対抗要件を備えている必要があるか否かには争いがある）には、その後に契約期間が更新されても旧395条が適用される。

（短期賃貸借に関する経過措置）

第5条 この法律の施行の際現に存する抵当不動産の賃貸借（この法律の施行後に更新されたものを含む。）のうち民法第602条に定める期間を超えないものであって当該抵当不動産の抵当権の登記後に対抗要件を備えたものに対する抵当権の効力については、なお従前の例による。

2 本日の講義部分についての補足

(1) 問2 関連：誰と誰との対抗要件の先後が基準なのか

Fらの対抗要件はJの所有権取得の対抗要件より早く、FらはJに対抗できるのではないかと疑問が生まれてもおかしくない。関係当事者の合意により抵当権を放棄（合意解除）して抵当不動産所有者に売却させるという私的実行（これは俗に任意売却《略して「にんばい」》と呼ばれるが、破産管財人や再生債務者が裁判所の許可を得て売却するという企業担保法・破産法・民事再生法で用いられている用語とは異なるので注意）においては、賃借権の消滅について賃借人の同意がなければ、賃借権は新所有者に対抗できる。

これに対して、競売の場合には、売却は抵当権の換価権能に基づくものであり、抵当権の交換価値の把握と賃借権の使用価値の把握の優劣が問題になる。講義で強調したように、抵当権の実行によって、抵当権に対抗できない利用権は消滅する（民執59条2項）ため、抵当権設定登記と利用権の対抗要件の先後が決め手になるのである。

(2) 参考判例①について

換地処分も絡む複雑な事例であるが単純化すると、借地上に賃借人Aが所有していた借

地上の本件建物に複数の抵当権が設定されていたところ、それが実行され、本件建物の二番抵当権者Yが自己競落して所有権を取得し、登記を備えた（その後に賃貸して建物賃借人が複数いる。賃借人も共同被告）。地主Xは、抵当権実行前に賃借人から本件建物を裁判上の和解によって取得し、登記を得ていた。競売時には土地と建物が同一所有者に帰属していたところ、建物のみが競売され抵当不動産の第三取得者Xは競売を止められなかったのである。XがYに対して建物収去土地明渡を請求した。

賃借権設定当時は別の所有者に属していた建物が競売時には同一所有者に属していた場合、法定地上権が成立するかが争点となった。

参考判例①の判旨は、法定地上権を否定した原審と同様に上告を棄却し、請求を認容した。基準時を抵当権設定時（何番の抵当権か明示せず）として388条の要件をみたさない、というだけの形式的理由しか述べていない。講義でまとめたように（最先順位の）抵当権設定登記時を基準とするのは、とりわけ土地抵当権者の担保価値評価を尊重するとともに、客観的で調査・検討が可能な抵当権設定登記時と賃借権の対抗要件具備時の先後を基準として、利害関係者の法律関係の予測可能性を担保し、取引の安全を図り、執行の迅速な進行を確保する意味がある。

実質的には、従来の約定利用権が抵当権より先に対抗要件を備えていれば、賃借人は約定利用権を地主に対抗できるため、法定地上権によって利用権を強化する必要は存在しない。また、建物抵当権は、建物の従たる権利である借地権にも及ぶため、買受人は借地権付建物を取得し、地主に借地権（占有正権原）を対抗でき、建物収去・土地明渡義務を負わない。

もっとも、参考判例①の事案においては、従来の賃借権は、借地人の3か月の賃料債務不履行を理由に解除するとの別訴が提起されていた。和解に終わったとはいえ、債務不履行解除ができた事案であったのかどうか重要である。解除ができなければ賃貸借契約の合意解除は、利害関係人である建物抵当権者には対抗できなかったはずである。

すなわち、参考判例①の解決は、Xの賃貸借契約解除が有効かどうか判断されないとおかしい。水田耕一「法定地上権成立の限界」金法557号20頁や高木多喜男評釈・民商62巻1号57頁は、XとAの別訴が和解によりXが建物を買受けることで終了していることから賃借権の存続の可能性を指摘し、また、3か月の地代不払による契約解除の適法性にも疑念を呈する。多くの判例評釈や解説は、判示事項に囚われて具体的事案への注意を欠いている。

(3) 問3 関連：土地の賃借権と建物の賃借権

問3は、土地の賃借権と建物の賃借権が重なっているため、両者を分けて考えないと混乱する。他人A₁の土地甲に建てたCの建物丙は、丙の所有物であり、所有物の賃貸は土地の転貸借ではなく、A₁の承諾を要しない（今年の司法試験の問題ではこの点が問われている）。Fらの建物利用は、たしかにA₁の土地の利用を伴っているが、あくまでCが丙を所有するために得ている土地賃借権が土地利用の中核であり、Fらは建物利用に必要な範囲でCの土地賃借権の反射的利益を得ているものにすぎない、と考えられる。

(4) 問3 関連：混同の根拠規定

多くの教科書等は179条の類推適用としているが、それは、賃借権が制限物権ではない

ものの、不動産賃借権については借地借家法により物権化しているからであろう。しかし、講義で述べたように、端的に520条を適用すればよいように思う。520条は、例外の場合も含めて179条1項と同趣旨であり、結論には影響しない。

(5) 借地上の建物への抵当権設定と法定地上権の成否

土地に抵当権者がいなければ、抵当権を設定した土地所有者は法定地上権の成立を甘受すべきであるとして、法定地上権を認める余地もある。実際に法定地上権の成否につき、古い判例の意見は分かれ（大判明38・6・26民録11輯1022頁<LEX/DB 27520835>は否定、大判昭14・7・26民集18巻772頁<LEX/DB 27500312>は肯定。もっとも、二番抵当権設定当時は要件をみたしていた）、土地の利用権を強化するため法定地上権が成立するとする有力説もあった（我妻357頁）。しかし、第三者に対抗できる賃借権がある以上、法定地上権を与える必要はない。

(6) Bに対するCの弁済者代位の可能性

甲についてCの土地賃借権に先んじる後順位抵当権があると、Bの第1順位の抵当権に対するCの弁済者代位も問題となって話がさらにややこしくなる。しかし、本問ではおそらくそこまで考える必要はないだろう。CのAに対する求償権があり、CがBに代位してBの被担保債権と抵当権を取得する（500条）。しかし、A₁とCの売買契約の代金額は、CのAに対する求償権が考慮されて減額され、求償問題をも清算する形で決められるのが普通であろう。そうなれば、求償権は発生せず、弁済者代位も必要ない。

3 発展課題についてのヒント

参考判例②は、先順位抵当権の設定登記時点では別異であった土地と建物の所有者が、後順位抵当権が設定された時点で同一となり、法定地上権の要件をみたく場合であっても、競売によって消滅する（民執59条1項）最先順位の（土地の）担保権を基準として判断し、法定地上権の成立を否定した。最先順位の（土地の）担保権者は、その設定登記時に法定地上権の要件をみたさないことから、それを前提とした担保価値把握をするので、より重い負担である法定地上権を成立させると、その担保評価を損なう、という理由である。判決理由では明示されていないが、最先順位の抵当権設定登記時には約定利用権があり、それによって処理ができたのであるから法定地上権は必要ない、という理由も加えうる。

これに対して、参考判例③は、さらにこの例外を認める。事案は、土地と建物が1番の共同抵当権設定当時は別所有者だったが（土地は妻所有、建物は夫所有）、土地への2番抵当権設定当時には夫の死亡によって建物が妻子の共有相続財産となっていたところ、1番抵当権が合意解除で消滅した後で土地の2番抵当権が実行されたというものである。388条は競売時に現存する抵当権を基準にしているという文言の解釈のほか、後順位抵当権者は先順位抵当権が消滅することを予測して担保評価をするべきであり、競売時にすでに消滅していた先順位抵当権の権利者の利益を考慮する必要はないなどの理由が挙げられている。

この参考判例③に対する評価は分かれる（たとえば道垣内212頁は反対、百選I 179頁〔松本恒雄〕は賛成）。将来の予測より過去の事実の調査の方が確実であって安定した担保評価を前提に行動ができるうえ、約定利用権による処理の優先という考え方との整合性を考えると、この判決は疑問である。

