

建物所有者がその敷地を買受け、所有権移転登記しないうちに地上建物に抵当権を設定した場合にも法定地上権が成立する

最高裁昭和五三年九月二十九日第二小法廷判決（昭和五三年（ホ）第五三三三号、建物収去土地明渡請求事件）民集三二一
卷六号一二一〇頁

〔参照条文〕民法一七七条、同三八八条

〔事実〕 本件建物は訴外A（国・大蔵省）所有の土地にあつたところ、建物所有者Bは昭和三三年八月二九日にAとの間にこの土地の売買契約を締結し、昭和三六年一月二六日に至つて所有権移転登記をした。移転登記が遅れたのは売買代金が完済されなかつたためであるが、登記後即日Bはこの土地をCに売却、所有権移転登記している。その後昭和四〇年七月にCはDに売却して登記し、昭和四一年六月にDは譲渡担保の目的でX（原告・控訴人・上诉人）にこの土地の所有権を移転し、六月二二日所有権移転登記した。他方、地上建物については、敷地の所有権がAにあつた昭和三三年三月二二日の時点で、Eのために第一順位の根抵当権が設定、登記されており、そ

の後昭和三年一月一日にFのために第二順位の根抵当権が設定、登記された。更に、昭和四年七月Eのための第三順位の、昭和三年一月一日にGのための第四順位の各根抵当権が設定され、登記された。昭和四年一月一日、Eの申立により第一順位の根抵当権が実行され、Y₁（被告・被控訴人・被上告人）が本件建物を競落した。Y₂（一審のみ被告）はこの建物に居住している。XからY₁、Y₂に対し、建物の収去及び退去と土地明渡を請求。

一、二審共X敗訴。原審は、本件建物について法定地上権の成立を認め、その理由として、Fのための第二順位の根抵当権が設定された時点では、本件建物とその敷地である土地の所有権はいずれもBに帰属しているからこの根抵当権は民法三八八条の要件をみたすとした。また、その後根抵当権実行までに土地の所有者が変更したことは法定地上権の成立に影響しないこと、他の根抵当権者の申立による実行があった場合でも差支えないことにつき、それぞれ大正大正一二年一月四日民集二巻六七六頁、大判昭和四年七月二六日民集一八巻七七二頁という先例を援用し、土地所有権につきBの登記がなされていなかった点については、「法定地上権の成立について、建物根抵当権設定時においては、その負担を受けるべき土地所有者の所有権取得登記はその所有者にとって狭義の對抗要件の問題ではなく、……その後の土地所有権取得者において、取得当時、法定地上権が成立する可能性のあることを登記簿上予め知ることが出来れば足りる」と述べ、昭和三年一月二六日のBの登記以後に土地所有権を取得したC、D、Xは、いずれも第二順位の根抵当権につき法定地上権が成立しうることを登記簿上から知りうるから差支えないとした。上告理由は、専らこの登記との関係の点を争い、根抵当権設定時にもう一方の物件に登記がなければ法定地上権は発生しないとした下級審判決（東京地判昭和四年一月二二日判例時報四七八号六四頁、東京高判昭和四年六月二九日判例時報五九九号三一頁）を援用している。

〔判旨〕 上告棄却。「原審の確定したところによると、訴外Bが本件建物につき訴外Fのために抵当権を設定した当時、右建物及びその敷地である本件土地は、ともにBの所有に属していたが、本件土地については所有権移転登記を経由していなかったというのである。右事実関係のもとにおいて、抵当権の実行により本件建物を競落した被告人が法定地上権を取得するものとした原審の判断は、正当として是認することができ（最高裁昭和四五年（オ）第九八九号同四八年九月一八日第三小法廷判決・民集二七巻八号一〇六六頁参照）、原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。」

〔評釈〕 一 民法三八八条は、法定地上権が成立するための要件として、「土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル」ことを要求しているため、この点につき登記までしていることを要するかが解釈上の一つの論点となってくる。これまでの判例としては、同一の所有者に属する土地建物のうち、土地に対して抵当権が設定されたがこの時点において地上建物に登記がなかったというケースが数例現われており、大審院は古くから一貫して登記を要しないと判断して来た。しかし、近時の下級審判決には、土地建物が同一人に属することを公示しなくてはならないとするものもみられ、上告理由はこれらを援用したわけであるが判旨は反対の見解をとった。というのも、建物所有権につき抵当権設定者名義の登記がなされていなかったという事例に関しては、既に判旨引用の最高裁昭和四八年九月一八日判決が現われており（後出最判昭和四四年四月一八日も同例。判旨はこの点に直接言及していないが、未登記建物について法定地上権が発生することを当然の前提としている）、地上建物の保護を優先させるといふ見解が明らかにされたばかりであって、本判決はこの昭和四八年判決の延長として、土地の方が登記されていなくても差支えないという観点から大審院以来の先例を確認したものとみることが出来る。

しかし、従来の事案が土地に対する抵当権の設定と建物の未登記というタイプのものであったのに対し、本件は建物抵当権の設定と土地の未登記という逆のタイプであり（この種の事案は、後述の瀬川評釈も指摘されるように本件はじめてであり、他に類例はみられないようである）、兩者を同一視してよいかという問題は若干検討の余地がある。

二 地上建物に登記を要しないとしたこれまでの判例のうち、大判明治四一年五月一日民録一四輯六七七頁は、同一人の所有に属する土地と数個の地上建物に抵当権が設定されたところ（離座敷、湯殿など）が未登記であったため抵当権設定契約からもれ、抵当権設定者の方から法定地上権の登記を請求した事例であるが、判旨は従物としてこれらに抵当権の効力が及ぶことを否定し、法定地上権は競売時において抵当権設定者と競落人との間で地上権を設定したと看做すものであるから競落人は登記法に謂う第三者ではないとして法定地上権の成立を認めた。大判昭和七年一〇月二一日民集二一七七頁では、抵当権設定後に未登記建物を譲り受けた者が自ら保存登記しているケースであるが、抵当権設定者は新築により建物所有権を取得した者であるから、登記なしにその所有権を第三者に対抗しうるとされた。大判昭和九年一〇月一日新聞三七七三号一七頁もほぼ同様の事案で昭和七年の先例を踏襲している。昭和一四年一月一九日民集一八卷一五八三頁は、抵当権設定後に設定者自身が建物の保存登記をしたケースであるが、競落人からの明渡請求に対し判旨は、抵当権者も競落人も地上建物の存在を知っているのが通常であり、何人かが地上権を取得することを予期すべきであるから、「土地ノ抵当権者又ハ競落人ハ保存登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正当ノ利益ヲ有セサルモノナリ」と述べる。大判昭和一七年四月八日新聞四七七七号一四頁は未登記の地上建物が抵当権設定後贈与された事例であり、登記には言及せず法定地上権が認められている。最判昭和四四年四月一八日判例時報五五六号四三頁は、抵当権実行後に地上建物が贈与され譲受人が保存登記した事例で、判旨はこの保存登記によって競落人に法定地上権を対抗しうると論じている。

右の諸例がいずれも抵当権設定時に建物が全く登記されていなかったという点で共通しているのに対し、上告理由引用の二つの下級審判決のケースは、譲渡後未だ所有権移転登記がなされず前主名義になっているというものである(但し、東京地裁昭和四一年判決では土地の譲渡、東京高裁昭和四五年判決では建物の譲渡)。そこでの判旨が對抗要件を要するとしたのも、第三者名義の登記によって誤認を招くことへの配慮があったといえよう。しかし、東京高裁昭和四五年判決の上告審にあたる前出最高裁昭和四八年判決(破棄差戻)は、これらの場合においても登記を不要とし、その根拠としては、(イ)建物取去による社会経済上の不利益の回避、(ロ)土地利用権の存在に関する抵当権設定者の期待と抵当権者の予期という民法三八八条の立法趣旨(学説もこれらに異論はない。我妻・新訂担保物権法三四九頁以下、柚木上田・注釈民法(9)一七七頁等参照)を先ず援用し、抵当権者は現地をみて地上建物の存在を知った上で抵当物件を評価するのが通常であること、競落人は抵当権者と同視すべきことを指摘し、更に「建物登記の有無を問わず建物が存立している以上これを保護することが社会経済上の要請にそうゆえんで……」と論じた。

三 問題の中心は、抵当権の対象とならなかった方の物件に設定者名義の登記がなされていない点をどう解するかである(抵当物件の方は登記があり抵当権が登記されていることは当然の前提。しかし、東京地裁昭和四一年判決では抵当地が他人名義のため物上保証の形式がとられたもので、やや状況が異なる)。判旨のうちには、これを取得された法定地上権の對抗という観点から論じるものがあり(前出最高裁昭和四四年判決)、最高裁昭和四八年判決の事案も同様の問題点を含んでいるが、この点は一応別個の問題として区別を要する。昭和四八年判決に対する横評釈・民商七一巻一号一七八頁以下が建物保護法に類比する処理を主張されるのは、この法定地上権の對抗という面からの考察によるものとみられ、判旨の論点とはややずれて来るようである(教授の説かれる潜在的地上権の成立自体が問題なのであるから)。東京地判昭和四三年六月七日判例時報五三五号六七頁などは、典型的なこの種の對抗の事例にあたるが、ここでも

對抗問題とみうるかどうかはやはり問題とされている（明石評釈・法律時報四一巻五号一八五頁以下参照）。

次に、当面の問題に登記を要求する場合には、民法一七七条の範疇でこれを把えるべきことは言うまでもなく、所有権の帰属を争う者が民法一七七条の第三者にあたるという判断をすることになる。従って、民法一七七条の適用を狭義の順位優先主義の原則にのみとどめるならば、同一前主から競合的な物権の取得が争われる場合（通常對抗問題と呼ばれるのはこれに該当する）にあたらぬ本件事案におけるような問題が登記による解決から除外されるのは明らかである。しかし、わが国の判例、通説はそれ以外の状況においても広く登記による對抗の問題が生じるところを認めるため、一般論としては判例のいわゆる「登記の欠缺を主張する正当な利益の有無」という基準に従って登記の要否を検討しようということになる。ただ、その場合の判断も最終的にはどの範囲まで登記を要求してゆくかという政策論に帰着することは確かであり、公示の利益とそれに抵触する諸要素とのかね合い（利益衡量）をどうみることが決め手となるはずである（以上のような意味において、先の槇評釈・民商七一巻一号一三四頁が「對抗関係を生ずるか否か」という問題提起をしておられることが妥当となるであろう）。

学説には登記を要すると否と双方の見解がみられ（不要説Ⅱ我妻・新訂担保物権法五三八頁、柚木・担保物権法三二〇頁、必要説Ⅱ鈴木・借地法上二五四頁等参照）、また判例の理由づけにはこの種の事案を当然に對抗問題になるとみただ上新築建物などにつき例外的に登記不要の結論を導いたもの（例えば前出大審院昭和七年判決）と本来對抗問題たりえないと解するもの（前出大審院明治四一年判決など）とがあった（山田・判例評論一八六号一二四頁参照）。そこで、前述のような広義の對抗問題に含めうるかという観点から、関係当事者の登記簿により所有権の所在を確認する利益がいかなる程度のものであるかを検討してみる必要がある。

先ず、昭和四八年判決と同類の紛争タイプである土地への抵当権設定のケースにおいては、一般的にいつて抵当

権者、競落人が法定地上権の成立により不利益を蒙るのに対し、抵当権設定者、建物譲受人は逆に利益を受ける立場にあるとみることが出来る。また本件事案のタイプである建物への抵当権設定というケースでは、抵当権者、競落人は法定地上権の利益を受け、抵当権設定者、土地譲受人（本件事案におけるX）が不利益を蒙るわけである。また後順位担保権者はいずれの場合にも一応抵当権者に準ずるとみることが出来る。そこで、これらのうち法定地上権により不利益を受ける者に抵当権設定時における登記の欠缺を主張せしめるべきかを検討すればよいわけである。然るに、登記義務者である抵当権設定者自身に未登記を援用させることは明らかに不合理であるから、問題は土地抵当型における抵当権者、競落人、建物抵当型における土地譲受人の保護という点に帰着する。もつとも、このうち抵当権者は自ら競落人とならない以上法定地上権の成立を直接争う関係にはないわけでは論じえない。他方、土地競落人と土地譲受人とは、後述するように前者が競売制度によって特別の保護を受けるとはいえない事情の下ではほぼ同一の取扱いが可能とみられ、結論的には、問題解決にあたって土地抵当型と建物抵当型という二つの紛争類型を特に区別して論じる必要はないといえる。

ところで、登記簿に公信力を認めないという建前のわが国では、不動産取引に際して登記簿を閲覧するのみでは不十分であり、少なくとも現地調査が不可欠であることがほとんど常識とされている。従って、この常識を前提とする以上、問題の当事者も地上建物が存立すること自体は容易に知りうるわけであり、何らかの利用権の負担は当然予想しなければならぬ。法定地上権でなければ約定利用権ということになるが、借地権の物権化に基づき借地法が土地賃借権と地上権の区別を極めてわずかなものとしている現在、登記名義が異なるため賃借権を予期したところ偶々法定地上権が認められたとしても、抵当権者ないし土地取得者に不測の損害を与えるとは余り言い難いようである。この意味で、抵当権設定時における登記の有無をさ程重視しなくてもよいと解することは十分可能であ

る（瀨川評釈はこの点を強調される）。

しかし、法定地上権と賃借権の差異をこのように割り切つて無視しうるかには疑問も残り、むしろ賃借権が予想されるような場合にはこれを認めるべきであつて、その後の期間満了、解約の可能性、譲渡転貸の原則的禁止等に関する期待の利益を奪うべきではないとみる方が論理的かとも考えられる。その場合には登記簿による所有権所在についての予想が重要な意味を持つであろう。もつとも、賃借権か法定地上権かの違いが担保価値の評価をどの程度左右するかについては当面具体的に知りえない。また、判例の事案では法定地上権を争う者は全て建物収去土地明渡を主張しているが、賃借権であつた場合に果してこれらの主張が容れられるのかを検討する余地はあり、利用が継続される場合には賃借権によつていかなる利益を得るのかを具体的に明らかにしてみることがある。例えば本件では、当初B A間には当然賃貸借契約が存在したはずであるが、この時点で既にEの第一順位の建物抵当権が設定されているために、Bの土地買受け後も賃借権は第三者の権利の目的であるから混同の例外（民法五〇条但書）をなすと解することが必ずしも不可能ではない。しかし、この賃貸借契約の内容については全く言及されていないので議論の余地はない。

ところで、登記簿を重視し、「登記がなければ所有権を対抗しえない」との前提をとると別の面からの問題が生じる。即ち、建物所有者が土地所有権を取得した後登記を経るまでは法定地上権を取得しえない状況にあるにもかかわらず、その場合にも所有権取得と同時に従前の賃借権が混同によつて消滅するという事態が生じることは避けられない。第三者の権利が介在しない場合混同消滅の例外という理論構成は困難であるから、この時点で抵当権が設定されると地上建物の保護手段にブランクを生じるわけである。即ち土地建物が同一人に帰属するため抵当権設定に際しても予め利用権を確保しえないという状態は、現行のような意思主義の前提がある以上登記と無関係に生

るのであるから（代金を完済しえなければ登記を取得できないのが通常であり、その場合でも所有権は移転している）、結局法定地上権の要件として登記を要求することには理論的に無理があるというべきではなからうか。実質的にも、抵当権設定者に対し金融の道を閉ざすことになると考えられる。

従って、関係当事者は賃借権か法定地上権かの調査にあたって登記簿という重要な手段に多くを期待しえないのであるが、その場合にも抵当権設定後に至って登記がなされている事実が貴重な情報となりうる。しかし、これもはや対抗の次元をこえた問題であり、登記簿はその意義において他の一般的な情報手段と何ら変わらないのであるから、抵当権設定後に設定者名義の登記がなされていることを法定地上権の本来の成立要件と解することは出来ない（従って、本件原審判決がこの点を強調したのはあくまでも単なる理由づけの補強にすぎず、そうでない場合には対抗要件主義の理論に反するという上告理由の批判があてはまる）。

四 本判決及び最高裁昭和四八年判決の理由づけをみると、判旨は約定利用権については全く顧慮することなく、建物保護という社会経済的要請からストレートに法定地上権を結論づけているとしか解しえないようである。この点は、民法三八八条の要件を一貫して緩和する方向をとり、法定地上権の成立を広く認めて来た判例の一般的傾向についてもいえるであろう。

これに対し、法定地上権の存在意義を建物存立の保護という点にのみ求めることはやや粗雑な議論であるとして、学説は前述のように抵当権者と抵当権設定者の意思という観点を補って解釈して来た。判例のうちにも当事者が法定地上権の成立を予想しえたことを理由づけの中に援用する例はみられる（例えば、地上建物が堅固の建物に改築された場合に堅固な建物についての法定地上権を認めた最判昭和五二年一〇月一日民集三二巻六号七八五頁など）。しかし、関係当事者に不測の損害を与えないという意味であれば、抵当権設定契約の当事者の意思を個別具体的に検討する

ことは、必ずしも競落人や本件事案における土地譲受人などの利益にはつながらず、むしろ実地調査の困難を大きくする危険がある（抵当権者の意思まで確認しなければならないことを、前出最高裁昭和五二年判決に対する星野評釈・法協九五卷一二号八六頁が指摘される）。また、競落人は抵当権者と同視すべきであるという議論もしばしば見られるが、利用権の内容が当然に競買人に明らかにされるといふ前提がない以上（このことは競売制度自体の課題といえようが、現在のところ十分な保障はなく、競買申立人は土地及び建物登記簿の閲覧、現地調査、最低競売価格等の全てによって自らの負担による調査を要求されるようである。星野・前掲評釈法協九五卷一二号八五頁参照）、このような一般論には無理がある。民法三八八条における当事者の意思とは、法定地上権制度の中に客観化されたものであって、判例が将来の建物のために法定地上権を成立させるといふ特約の効力を否定していること（最判昭和三六年二月一〇日民集一五卷二号二一九頁）に端的に示されているように、この点を実質的利益衡量の根拠とする考え方には方法論として基本的な問題があるともみうけられる。

結局、従来の判例が当事者の予想を理由としたのは法定地上権を認めるという判断の補強としてのみであって、逆にこれを否定すべきであるとの予想があったとしてもこれを無視して法定地上権を認めるものと解さざるをえないようであり、登記の有無が全く顧慮されないのもその一例にあたる。従って、建物ないし建物付土地の競売があった場合には、最大限に法定地上権を認めるというかたちで民法三八八条はストレートに建物保護の規定となりつつあるといえるのではなからうか（前出最高裁昭和五二年判決は、成立要件の最後の枠の一つをなす「抵当権設定時における建物の存在」をも緩和する方向に踏み出している）。

建物保護とそれに基づく居住の保護が重要な政策的課題であることは明らかであるが、法定地上権の適用範囲のこのような拡大は、建物利用権の中心が専ら賃借権にあるという一般のすう勢に逆行する現象ではある。法定地上

権の成立にもつてゆける場合には賃借権よりもこれを認める方が訴訟自体も容易になるであろうが、それだけだとすれば容易に過ぎる。民法三八八条本来の制限的立法趣旨に立ち戻り、判例の拡大的傾向を見直すために、これらのうち賃借権におきかえるべきケースがないかどうかを再検討してみることは今後の課題といえるであろう（黙示的約定利用権の認定などが考えられる。高木多喜男「法定地上権に関する最近の裁判例について」神戸法学雑誌一六卷一・二号三二五頁以下参照）。

もちろん、法定地上権を認めるにせよ賃借権とするにせよ建物の存立の保護という結論には変りないのであるから、建物付土地の取得は、特別の事情がある場合を除き自己使用のためではなく賃料収取の目的でなされるという原則論を確認してゆくことも必要である。わが国では使用目的の土地取引が中心とされるため、法定地上権の成立は常に土地取得者に不利益という前提をとることもなるようであるが（星野・民法概論Ⅱ第二分冊担保物権二七三頁以下参照）、理論的には必ずしもそうではないわけで、無用あるいは効果の少ない明渡の争いを回避する方向が目ざされなければならない。

五 以上のように、本判決によって、法定地上権の成立要件たる土地建物の同一人への帰属という点について登記を不要とする判例理論は、建物登記、土地登記の両面から確認されたことになり、その点やはり本判決は先例を一步進めたものと評価しうるであろう。また実質的にみてこの判断は、公示の要請以上に建物保護を優先させたものとなるが、同様の流れは建物の占有自体が土地利用権の登記に代わる公示手段となりつつあるといわれるような一般的な現象（槇・前掲評釈七一巻一号二二七頁参照）の中に既に顕著となっているわけである。従って、公示主義を後退させることの当否といった問題提起以前に、わが国固有の社会経済的要請ないしは住宅政策の一端としても本判決の実質的判断を肯定せざるを得ないことになる。

なお、本判決に含まれるその他の法律上の問題点、即ち抵当権設定後の譲渡の介在と他の抵当権者からの競売申立があった場合をどう解するかについては判例も固まっているため当面議論の余地はないとみておきたい。

本件については、上田勇夫氏の紹介（民事研修二六一号三三頁以下）、堀内仁氏の紹介（手形研究二八〇号三八頁）、瀬川信久助教授の評釈（判例評論二四四号一四四頁以下）がみられる。

付 記

本稿は民事法関係スタッフによる研究会での報告に基づく。