

【追記】

本稿が完結するにあたっては、広島大学民法研究会（二〇〇一年二月八日）において研究報告の機会を与えられたことによるところが大きい。特に、研究会の席上、鳥谷部茂教授（広島大学）、三好登教授（松山大学）からは大変貴重なご教示を賜った。この場を借りてお礼を申し述べさせて頂くこととする。

【訂正】

第五巻第四号につき誤った表現がありましたので訂正します。

〔訂正箇所〕 七七（三四）頁一三行目

（誤） 一括競売されていた場合

（正） 競売の結果、異別の所有者に帰属した場合

地上権の成立を認める余地も残しておくというものである。しかし、土地・建物共同抵当の目的物を一体物と解する限り、現実的には、次に述べる一括競売の利用ということになるだろう。

私見によると、法定地上権の成立が認められない場合には、一括競売の利用ということになるが、この場合においても、一括競売を義務付けるといった必要はないものと思量する。即ち、法定地上権が認められない場合には、執行手続上、一括競売へ移行するということにすればよいのである。両制度に相互連関性があるということについては既に述べたが、この両制度は、法定地上権が成立しない場合に一括競売を申し立てるという関係と解すべきであり、一括競売を申し立てない場合に法定地上権を成立させるという図式ではないのである。このあたりは解釈上誤解のないように運用されなければならない。

本稿において考察してきた問題は、建て付け地の担保価値評価に際して、従来の多くの学説が、最初から法定地上権の成立を前提として、その借地権価額を建物に割り付けて担保価値評価するものという「常識」に立脚し、土地・建物共同抵当の場合における再築事案においても同様の理論構成を行ってきた結果、土地抵当権者への配当が底地価額分のみとなるという不当な結論を導いてしまったという理論構成の不備を是正すべきだという要請から出てきたものである。

抵当権と利用権との調整という問題は、不動産担保の問題として避けて通ることはできない難問であるが、今後も、引き続き矛盾なき解釈を目指して研究され続けなければならない問題であろう。そして、この問題については、決して制度の廃止といった安易な方向での解決を志向してはならず、あくまでも解釈による運用が志向されるべきものと信じてやまない。

従前と同様の抵当権設定行為をすることが要求されよう。斯様な行為をさせずにいるというのは、少なくとも、信義に反する執行妨害的な行為に他ならないのである。ましてや、簡易な建物を再築した場合には、完全に執行妨害であるという以外にない。よって、本稿において問題としている再築事案においては、原則として、法定地上権の成立は否定されるということになる。

ここで私が「原則として」というのは、前掲した旧一括競売説や要件厳格説のように、常に更地事案になるというのでは、設定者側が本来的な(簡易ではない)建物を再築し、土地抵当権者が新建物に従前と同様の抵当権の設定を受けたという場合のように、取り壊しは無断でも、建物は新しくなり、これを担保に取ることによって、抵当権者にとっては、増担保という有利な展開となり、当初予定していた一体物に対する価値把握が完全に復活したときにおいても、常に法定地上権が成立しないというのでは、現に存する法定地上権制度が活かされないという結果となり、また、却って、設定者にとって酷な結果を招くことになり、妥当性を欠くからである。この意味において、一体価値考慮説が、法定地上権の成立を完全に否定し、法定地上権の成立する余地を全く認めないという構成を採るものとするれば、これもまた、批判を免れなくなる。

したがって、旧建物が滅失し、更地となった時点において、一旦、更地価額を把握する個別土地抵当権が変わるが、新建物に従前と同様の抵当権の設定を受けた場合には、土地・建物共同抵当と同様の効果を認めても差し支えないものと思量する。結局、土地・建物共同抵当権者が再築された新建物に従前と同様の抵当権の設定を受けない場合には、更地事案として扱えばよく、この場合には、法定地上権など認める実益はないものと思量する。

右に展開してきた私見は、基本的理論構成としては一体価値考慮説を正当であるものと解し、ただ、例外的に法定

るということになる。

次に、一体物を担保に取るのであれば、これを仮に分割しても、土地は更地価額（建て付け地価額）、建物は本体価額という評価になるはずである。そうすると、抵当建物が滅失した場合には、更地価額のみが残るということになるので、土地抵当権者は、更地価額を把握することになる。この場合には、当初の抵当権設定時における抵当権者の期待との相違点は、建物価額の把握がなくなったという程度であり、特に、更地価額の高い都市部においては、抵当権者の期待にあまり影響はないといえることができる。

次に、旧建物の滅失後、新建物が再築された場合には、当初期待していた建物の本体価額が復活することになるが（ただ、本当に新しい建物が建築されたのであれば、新しい分だけ増担保になり、反対に、簡易建物であれば、邪魔になるだけである）、この新建物に従前と同様の抵当権が設定されない場合には、建物本体価額の復活的把握はない。それゆえ、この場合には、土地抵当権者は引き続き更地価額を把握するのみである。

したがって、最終的に土地が競売にかけられる場合には、土地と地上建物の所有者が同一であったとしても、当初の建物とは異なる関係上、更地事案と同様、法定地上権は成立せず、土地抵当権者は更地価額の配当を受けることができるということになる。そして、再築建物は土地買受人からの収去請求の対象になるということになり、一見妥当性を欠くようにも見えるが、しかし、この場合には、設定者が抵当権者に無断で担保目的物を取り壊し、いわば執行妨害的な行為によって再築したものであるから、全く保護に値しない。ただ、抵当権者に承諾を求めたが、理由もなく拒絶されたので、事後承諾を得ようと思つてやむなく取り壊し、再築したという場合のように、若干設定者側に正当事由を加味して考察することも可能であるが、その場合には、設定者側は、土地抵当権者と協議して、再築建物に

か、それとも個別抵当権の実行、あるいは一括競売なのか、旧建物は滅失しており、土地・建物共同抵当関係は確かに消滅しているが、土地抵当権者には、法定地上権価額が割り付けられるのか(全体価値考慮説)、それとも、更地価額が配当されるのか(一体価値考慮説、要件厳格説)、いずれの帰結が正当であるのかという点、第六に、一括競売の意義、即ち、借地権付き建物の売却と構成することは可能かという点、そして最後に、単純に、再築建物に抵当権の設定を受けられなかった場合には、法定地上権の成立しない場合として一括競売することとし、土地抵当権者に更地価額を配当することは可能かという点である。

右に掲げた事前認識にはあまり当たっていない部分もあったが、全体価値考慮説も所詮個別価値考慮説の修正に過ぎないという点や、更地事案とはそれほど遠くない事案であり、最終的には一括競売の利用を考えるべきものという点については当たっているものと思う。

そこで、現在の時点における私見を構成することとする。まず、土地・建物共同抵当という制度の意義から出発すると、この制度は、土地と地上建物を一括して担保価値評価し、一体物として抵当権の目的としているという点を重視しなければならず、この意味において、従来の通説が論じてきた潜在的借地権ないし地上権という建物の存在根拠を土地抵当権設定時における土地の担保価値評価の中に入れるという理論構成は、一般的に考えると、確かに正当性はあるが、この理論をそのままの形で土地・建物共同抵当の事案の中にまで取り込んできたという理論構成は誤っており、そのため、個別価値考慮説は破綻したのである。したがって、土地・建物共同抵当における再築事案につき、斯様な理論構成を前提とする学説は、全て採るを得ないということになる。そうすると、前掲した諸学説のうち、可能性をも含めて、採るを得るのは、この段階において既に一体価値考慮説、要件厳格説、三種の一括競売説に絞られ

法定地上権の取得者に負担させるという考え方に賛意を表明するものとして、須磨美博「法定地上権」ジュリスト一〇五五号（一九九四年）一四五頁（一四八頁）がある。須磨氏は、当該取得者が法定地上権代金を支払わない場合には、当該地上権は解除される運命にあるものと解している。

註(56) 秦・前掲論文（前掲註(55)）手形研究四七〇号二四頁。

註(57) 秦・前掲論文（前掲註(55)）手形研究四七〇号二三頁。

五 結 語

私は、本稿を執筆するにあたり、土地・建物共同抵当の場合における再築事案という問題につき、判例法理及び学説において様々な議論がなされているが、これら群雄割拠する諸説のいずれが有力なのかという点を実証することを念頭に置いてきたものである。そして、執筆前にはいろいろな思いが頭の中を交錯した。

まず第一に、個別価値考慮説から全体価値考慮説への転換で本当に解釈は変わったのだろうか、個別価値考慮説から出発した解釈上の修正に過ぎないのではないかという点、第二に、一体価値考慮説に基づく全体価値考慮説に対する理論的欠陥の指摘は正当か否かという点、第三に、自己借地権概念は理論としては認めうるが、再築事案にとって不可欠といえるかという点、第四に、法定地上権肯定説と否定説といった大分類から、本当に、あるべき解釈論は導かれるのか、いずれも持論を正当化するための形式論理を使った詭弁ではないのか、そうすると、「水掛け論」という近江教授の見解が案外当たっているのではないかという点、第五に、共同抵当権の実行（同時配当、異時配当）

はないのであり、そうであれば、競売の配当にあたっては、建物価額からの配当を認めれば足り、法定地上権の成立を否定する必要もないのであり、そもそも、最判平九・六・五の原審が、国税債権は法定地上権付き建物価額全体から優先弁済を受けうるとした点が不当なのであって、本件国税債権は、本来、法定地上権が成立しないという前提状況において優先権を得ていたものであるから、建物の材木価額からしか優先権を行使しえない筈である旨を主張し、最判平九・六・五の理論構成及び結論に対し、反対を表明している(近江・前掲「判批」〔前掲註(19)〕民商法雑誌一一八巻一号一三三頁)。なお、小林・前掲論文(前掲註(40))金融法務事情一四三九号六〇頁も、菅原氏や近江教授と同様、要件厳格説により、常に再築による新建物の法定地上権を否定すべきものと解している。

註(44) 鎌田薫「判評(大阪高決平五・六・一一)」私法判例リマックス9(一九九四年)二六頁(二八頁)。

註(45) 栗田隆「判評(大阪高決平五・六・一一)」判例時報一四八五号(一九九四年)一八二頁(一八三頁)(判例評論四二二
三三三頁(三七頁))。

註(46) 榎梯次「再築建物と法定地上権(一)」NBL五五〇号(一九九四年)三〇頁(三四―三五頁)。

註(47) 榎梯次「再築建物と法定地上権(二)」NBL五五二号(一九九四年)五五頁(五九頁)。

註(48) 榎・前掲論文(前掲註(47))NBL五五二号五九―六〇頁。

註(49) 榎梯次「再築建物と法定地上権(四・完)」NBL五五五号(一九九四年)三二頁。

註(50) 榎・前掲論文(前掲註(49))NBL五五五号三三頁。

註(51) 榎・前掲論文(前掲註(49))NBL五五五号三三―三四頁。

註(52) 榎・前掲論文(前掲註(49))NBL五五五号三八頁。

註(53) 野村・前掲論文(前掲註(17))金融法務事情一三四〇号一〇―一一頁。

註(54) 野村・前掲論文(前掲註(17))金融法務事情一三四〇号一一頁。この野村説を全面的に支持するものとして、片岡

宏一郎「共同抵当権が設定された土地・建物のうち建物が再築された場合の法定地上権の不成立と一括競売」手形研究
四八三号(一九九三年)二四頁(三二頁)がある。

註(55) 秦光昭「建物の再築と法定地上権」手形研究四七〇号(一九九二年)一六頁(二三頁)。この法定地上権相当額を

考えないということこそ自然な考え方であると主張している（堀龍兒「民法判例レビュー」〔東京高判平五・八・二五〕「判例タイムズ八七八号（一九九五年）三二頁（三五頁）」）。

註(36) 高木・前掲論文（前掲註(34)）金融法務事情一三四九号一三頁。

註(37) 高木・前掲論文（前掲註(34)）金融法務事情一三四九号一五頁。

註(38) 伊藤・前掲論文（前掲註(34)）ジュリスト一〇五六号一四七頁、同「再建築物に対する土地・建物共同抵当権と国税債権との優先関係」NBL五四六号（一九九四年）一五頁（一八頁以下）、同「土地・建物共同抵当における法定地上権と租税債権」金融法務事情一四五九号（一九九六年）六頁以下、同「判評（最判平九・六・五）」私法判例リマックス17（一九九八年）二六頁以下。伊藤教授の見解は、前掲した高木多喜男教授の、この土地利用権価値の移転は一般的にありえないという批判（高木・前掲論文〔前掲註(34)〕金法一三四九号一三頁）を支持するものである。

註(39) 平井一雄「判研（東京地判平六・七・二五）」金融・商事判例九六五号（一九九五年）四三頁（四七頁）。

註(40) 菅原胞治「抵当地上の建物再築と法定地上権（上）」手形研究四九四号（一九九四年）四頁（九頁）。この考え方に賛意を表明するものとして、荒木新五「民法判例レビュー（最判平九・六・五）」判例タイムズ九五七号（一九九八年）七〇頁（七四―七五頁）がある。荒木弁護士は、立法論として法定地上権の廃止を主張し、全て一括競売で処理すべきことを提言している。また、同様に、本稿における再築事案においては、一律に法定地上権の成立を否定すべきものとする見解として、小林明彦「法定地上権の成否と租税債権」金融法務事情一四三九号（一九九六年）五六頁（六〇頁）がある。

註(41) 近江・前掲「判批」（前掲註(19)）民商法雑誌一一八巻二号二一九頁、同「判解（最判平九・二・一四）」ジュリストト臨時増刊平成九年度重要判例解説六四頁（六五―六六頁）。

註(42) 近江・前掲「判批」（前掲註(19)）民商法雑誌一一八巻一号一三三頁。この近江教授の見解は、菅原・前掲論文（前掲註(40)）手形研究四九四号六頁以下に賛意を表明するものである。

註(43) 近江・前註同頁。また、近江教授は、国税債権は単なる優先債権であって、担保権ではないから、新建物の部分にのみ配当上の優先権を有しているだけであって、共同抵当権者の新抵当権に基づく法定地上権の成立を阻害するもので

松井教授は、一体価値考慮説に対しても一定の理解を示しており(同・九八頁)、これを全く批判していないので、一体価値考慮説に立脚しているのかとも思ったが、松井教授は、一括競売を義務付けるといふ考え方を採っているので、松本説と並べて分類した次第である。

註(32) 山野目章夫「判評(東京地決平五・一・一八)」私法判例リマックス8(一九九四年)三三二頁(三四―三五頁)。

註(33) 半田吉信「判評(最判平九・二・一四)」判例時報一六〇九号(一九九七年)一八二頁(一八五頁)(判例評論四六四号二〇頁(二三頁))。半田教授は最高裁判平成九年二月一四日判決の判旨に賛成しつつ、理論構成している。

同様に、山田誠一「判研(最判平九・二・一四)」金融法務事情一四九二号(一九九七年)四〇頁以下も、判例法理を全面的に支持しており、吉田光碩「共同抵当と建物の再築による地上権の成否」判例タイムズ七九二号(一九九二年)七二頁(七五頁)も東京地執行処分平四・六・八の見解に全面的に賛意を表明している。また、佐藤岩昭「共同抵当権の目的である建物の再築と法定地上権の成否」法学教室二三九号(二〇〇〇年)二四頁(二九頁)は、全体価値考慮説が通説化するであろうと述べている。

更に、実務家からの見解として、並木茂「建物の再築と法定地上権」金融法務事情一四三三三号(一九九五年)七六頁(七七頁)は、全体価値考慮説は学説から批判されているということに自覚しつつも、解釈の方法によっては全体価値考慮説の基本的な考え方は理論的に説明がつくものと評価している。

註(34) 高木多喜男「共同抵当における最近の諸問題」金融法務事情一三四九号(一九九三年)六頁(二三頁)、伊藤進「土地建物共同抵当における建物再築と法定地上権(下)」ジュリスト一〇五六号(一九九四年)一四五頁(一四七頁)など。

註(35) 堀龍兒「民法判例レビュー(東京地決平五・一・一八)」判例タイムズ八二四号(一九九三年)四五頁(四九頁)。
堀氏の考え方は、一般的に土地・建物を購入する際には、地価と建物価格を評価(土地は建て付け地として一割程度減価)して売買がなされるのであり、土地を底地価格、建物を法定地上権付き価格とみることはないのに、抵当権設定時にはなぜ評価方法を変えるのか不思議であつて、そもそも不動産売買と不動産競売との間に差異を設ける必要などないという基本的視座からの主張である。また、堀氏は、その後も考え方を変えておらず、当初から法定地上権の存在など

観した場合には、一体価値考慮説が理論的には最も適切であるものと評価することができよう。斯様な理解を前提とすると、前掲した三つの最高裁判決が、東京地執行処分平四・六・八に代表される全体価値考慮説を全く無制約裡に受け入れたものと評価されるときには、斬様な判例法理もまた批判を免れないであろう。

註(20) 中島・前掲書(前掲註(4))一一五九頁。

註(21) 我妻・前掲書(前掲註(5))『新訂担保』三五三―三五四頁参照。

註(22) 生田・前掲論文(前掲註(9))NBL一三四号八―九頁。

註(23) 堀・前掲「判例レビュー」(前掲註(9))判例タイムズ六七一号六七―六八頁。堀氏は、旧建物を取り壊す際にはもちろんのこと、新建築物を再築する際にも、抵当権設定者は抵当権者に斯かる事態を申告すべき立場にあり、この申告義務を履行せずして抵当権者に負担を負わせることは本末転倒であると主張している。

註(24) 三和一博「判研(大阪高判昭六三・二・二四)」法律時報六一卷三号(一九八九年)一〇八頁(一〇九―一一〇頁)。

註(25) 片桐善衛「判研(大阪高判昭六三・二・二四)」金融・商事判例八二六号(一九八九年)三九頁(四四―四五頁)。

註(26) 東京地裁民事執行実務研究会(井上稔)・前掲論文(前掲註(9))「民事執行の実務」法曹時報四三卷三号六六四頁。

註(27) 富川・前掲論文(前掲註(8))判例タイムズ八〇九号九頁。

註(28) 長谷川貞之「判研(東京地執行処分平四・六・八)」ジュリスト一〇一五号(一九九三年)二七八頁(二八二頁)。

註(29) 松本恒雄「土地建物共同抵当と再築建物の法定地上権」金融法務事情一三八七号(一九九四年)九一頁(九四頁)。

註(30) 柚木馨『担保物権法』(有斐閣、一九五八年)三六六頁。

註(31) 松井宏興「判研(大阪高決平五・六・一一)」法律時報六七卷四号(一九九五年)九五頁(九七―九八頁)。ただ、

物として把握しており、つまり、一体物を担保に取っているという認識で締結されるものである。そうすると、更地価額と建物本体価額が担保価値なのである。抵当権者は斯様に認識するのが常識である。したがって、旧建物が取り壊された段階で更地となり、抵当権者が担保に取っていない新建物が再築された場合には、更地に抵当権が設定された後、建物が建築された場合（本稿の表現では「更地事案」と同様、法定地上権は成立させる必要はないのである。この意味において、右に掲げてきた学説の中では、一体価値考慮説が最も優れている。

次に、一括競売説については、法定地上権と一括競売という制度間における整合性という点においては評価しうるものであるが、新一括競売説の箇所では論じたように、一括競売を義務付けるという点において、難点を伴うという批判を免れない。

次に、自己借地権説については、自己借地権の上に独立した抵当権の設定を認めるという点以外は、個別価値考慮説に立脚しており、また、結論は、潜在的利用権価値保護説と同様、土地・建物共同抵当権者が当初把握した自己借地権価額分の配当を土地抵当権者に帰属させるというものであり、この結論だけは正当であるが、一体価値考慮説が全体価値考慮説に対して指摘した理論的な欠陥は個別価値考慮説に対しても当てはまる関係上、この自己借地権説に対しても同じことがいえるのである。また、自己地上権説は、法定地上権否定説ではあるが、その出発点が個別価値考慮説や全体価値考慮説と同様、土地の担保価値を底地価額としている関係上、やはり、一体価値考慮説による批判を免れない。潜在的利用権価値保護説についても、その出発点は個別価値考慮説であるから、同様に、批判を免れない。

結局、土地・建物共同抵当の場合における再築事案という本稿の問題点に関して、判例法理を含む全ての理論を概

のであり、むしろ、反対に、法定地上権を成立させるのは例外的事象に属し、土地抵当権者が再築された新建物にも抵当権の設定を受けた場合くらいでよいのであり、土地・建物共同抵当の場合における再築事案においては、基本的に更地事案と同様、法定地上権の成立しないケースとして取り扱えばよいのである。

次に、旧一括競売説と要件厳格説については、当初の共同抵当権者が再築後の新建物に抵当権の設定を受けたとしても、抵当権実行時における法定地上権の成立を否定するということになり、また、共同抵当の状況が弁済等によって個別抵当事案に変わった場合でも、同様に、法定地上権の成立を否定することになるので、この意味において妥当性を欠く。

次に、全体価値考慮説については、一体価値考慮説からの批判がもっとも適切である。即ち、全体価値考慮説は、土地抵当権の担保価値を更地価値 a マイナス土地利用権価値 b とし、建物抵当権の担保価値を b プラス建物の本体価値 c (トータルでは $a + c$) であるが、建物が滅失し再築された場合には、土地抵当権の価値が a となり、旧建物が存在していたときに建物抵当権の担保価値に含まれていた b が土地抵当権の側に吸収されてしまうものと解し、また、土地抵当権者のために新建物に抵当権が設定され、再び共同抵当となったときには、担保価値 b は再び建物抵当権のほうに吸収されると解しているが、一般的に考えると、甲抵当権と乙抵当権の共同抵当の場合において、乙抵当権が消滅しても、乙抵当権が把握していた担保価値が、その一部であれ、甲抵当権の側に移転するということは論理的にありえず、全体価値考慮説は、結果的には斯様な理論を主張しているわけであり、この点において十分な説得力を持っているとは思えないという高木教授の見解が最も秀逸であると思われる。

前述したように、土地・建物共同抵当は、通常共同抵当とは異なり、当初から土地と地上建物とを一括して目的

と、余計な紛糾を招くことになりかねないのである。

また、秦教授の提示する後半の解決策は、そうしておけば大丈夫というものであるが、本稿において問題となっている再築事案は、無断再築の場合が殆どであり、斯様な対策では無力である。更に、今後も個別価値考慮説に立脚して差し支えないといった議論は、現在においてはもはや妥当性を欠くものであろう。

(四) 小括

ここで、これまで紹介し分析してきた学説における欠陥について整理しておく。

まず、個別価値考慮説の帰結によると、法定地上権価額が新建物に割り付けられる結果、土地抵当権者が底地分の価額しか配当を受けられなくなり、当初予定していた土地と建物全体の担保価値の把握からはほど遠いという結果になり、そもそも本稿における問題は、この不当な結論を是正するためには如何なる解釈が必要なのかという点において存するものであり、議論の出発点であった。

次に、個別価値考慮修正説については、この理論は、融資先選択を誤った銀行など保護に値しないとの立場から、法定地上権を認めても差し支えないということであるが、この点に普遍性はなく、むしろ妥当性を欠き、また、執行妨害事案においては、全体価値考慮説に従えばよいという立論であり、論理的一貫性を欠く。

次に、新一括競売説については、この理論には一括競売を義務付けるという点に難点があった。また、旧建物の取り壊しによって更地事案に思いを馳せた上で立論したのならば、原則として、法定地上権など成立させる必要はない

不利益を是正するために、旧建物の把握していた法定地上権価額を新建物の所有者や抵当権者ではなく、土地抵当権者に復帰的に配当するという点において、三説はほぼ一致している。ただ、秦教授は、一步を進め、借地権価額の支払いを条件として法定地上権の成立を認めるものと解し、更に、抵当権設定当事者における予めの再築建物抵当権設定の合意、仮処分・保全処分の活用といった解決策を提示している。

しかし、右の借地権価額分の権利金を一体誰に支払わせるというのであろうか。秦教授は、法定地上権の取得者、即ち、建物の所有者または買受人に支払わせるというのであり、法定地上権が成立する場合には、法定地上権価額が新建物に割り付けられ、土地抵当権者には底地価額分のみが割り付けられるので、その損失補填分として、建物所有者に権利金を負担させるという点においては、確かに合理性がある。しかし、建物も競売され、買受人が現れた場合には、当該買受人は、借地権付きの建物として買い受けるのではないのであろうか。もし、そうであるとすれば、建物の買受人は二重の負担を強いられることになる。また、その時点においては借地権抜きの価額で最低売却価額を決定し、売却時に権利金を支払わせるというのであろうか。そうすれば、二重の負担はないということになる。しかし、この場合には、法定地上権価額分の配当はどこに行ってしまうのであろうか。もし、この配当が土地抵当権者に帰属している場合には、権利金を受領することによって、却って土地抵当権者が二重の利得を受けるということになるし、建物抵当権者に帰属するとすれば、再築者側を保護することになってしまうので、妥当性を欠くことになる。

結局、秦教授の提示された見解は、右に述べたような批判の余地があるという点において、採るを得ない。そもそも、この問題は、抵当権の設定された不動産の価額の範囲内において解決すべき問題であり、新たな負担を入れる

議論の状況」のところで紹介し、分析済みでもある三和・片桐説がある。この両説については再説しないが、その後、平成四年執行処分以後の議論においても、この考え方に一定の理解を示した上で独自の見解を展開する秦光昭教授の説があるので、ここで紹介し、分析する。

秦教授は、土地・建物共同抵当の場合における再築事案においては、建物が滅失しても、抵当権の効力が引き続き将来発生すべき法定地上権の上に潜在的に存続していることを認めるという前提に立脚し、建物が再築され、従前の法定地上権が復活した以上、その交換価値は、従前の建物の抵当権者に復帰するという理論構成も全くないとはいえないものと解し、また、法定地上権の価値が建物に帰属するのではなく、土地に帰属すべきものとし、法定地上権が競売によって初めて発生するものであることから、その時点において、地上権設定契約を締結するのと同様の経済的価値が土地所有者に与えられてしかるべきであると主張し、そして、地上権価格が発生するならば、権利金として、その対価を得た上で、法定地上権の成立を認めればよいのであり、つまり、借地権価格の支払いを条件として、法定地上権の成立を認めることとすれば、法定地上権が土地の負担となることはない⁽⁵⁵⁾と主張するものである。

しかし、秦教授は、当面の実務は個別価値考慮説に立ち、建物の滅失・再築に備えて、設定者に再築建物につき第一順位での追加抵当権の設定を約定させておき、再築後は直ちに抵当権設定登記を受けるものとし、再築建物所有者がこれに応じないときには、処分禁止の仮処分を申し立て、⁽⁵⁶⁾ 抵当権設定契約及びその登記申請を訴求すべきものとし、更に、競売開始決定後の再築に対しては、民執法五五条の売却のための保全処分としての再築禁止の申し立てをすべきであると主張しており、⁽⁵⁶⁾ 従来の議論からの脱却はなされていない。

前述した三和・片桐説と、右の秦説とを比較してみると、個別価値考慮説に立脚した場合における土地抵当権者の

保目録を登記所に提出し、実質的に登記されるのと同じであるという点に着目し、この目録によって抵当地上に建物が存在するということが一目瞭然であることから、右の自己地上権は公示されているものと解すべきであるとして、対抗力を認めているという点において、その特徴がある。そして、旧建物の抵当権設定により、自己地上権にも抵当権が設定されたことになり、旧建物が滅失し、再築された場合には、旧建物の抵当権は消滅するが、自己地上権上の抵当権はそのまま存続し、土地抵当権の実行により、自己地上権の抵当権も実行されたということになり、この意味において法定地上権は成立しないものと解しているのである。また、第三者による再築の場合には、第三者の有する土地利用権原は潜在的自己地上権に当然劣後するものであり、潜在的自己地上権抵当権の実行によって当然消滅するものであるから、結局、法定地上権は成立しないものと解しているのである。

野村教授は、個別価値考慮説から出発し、全体価値考慮説を意識しつつ、法定地上権の否定という結論を導いており、野村教授ご自身は、「個別価値総合説」と命名しているのであるが、理論構成としては、槇説とほぼ同様であることから、本段において論評させていただいた次第である。また、野村説に対しては、やはりその出発点において、土地を底地価額評価としてしまうという点において、槇説と同様、一体価値考慮説からの批判を免れえない。

(c) 潜在的利用権価値保護説

次に、構成はかなり異なるが、潜在的な土地利用権を觀念し、土地・建物共同抵当における抵当権者の期待を保護するために、土地抵当権実行時における法定地上権価額分を土地抵当権者に配当すべきであるという潜在的利用権価値保護説とでもいうべき考え方がある。この考え方については、既に、「(二) 東京地執行処分平四・六・八以前の

意されていないので、それは建物に仮託して抵当に入れられているだけであるとして、そこで、地上建物が滅失し、その上の抵当権が消滅しても、本来、それとは別個の存在である潜在的自己地上権上の抵当権は消滅しないこととなるものと解し、また、この潜在的自己地上権上の抵当権は、土地登記簿及び土地に付されている抵当権の共同担保目録によって公示されているものと解している⁽⁵³⁾。

次に、野村教授は、再築された新建物は潜在的自己地上権を基礎とするが、これが旧建物とともに抵当に入れられた後の再築であるから、更地に抵当権を設定した後に建築された建物と同様、土地抵当権の実行は潜在的自己地上権の実行を伴い、その抵当権設定後に再築された新建物のためには法定地上権は成立しないものと解し、更に、第三者が土地利用権原を得て再築したときには、この第三者の権原は、潜在的自己地上権に劣後するものであるから、土地抵当権の実行に伴う潜在的自己地上権上の抵当権の実行とともに消滅し、潜在的自己地上権を基礎とする建物が存在しないのであるから、この場合にも法定地上権は成立しないものと解している⁽⁵⁴⁾。

右の野村説は、個別価値考慮説の出発点において、土地と地上建物の抵当権設定時における担保価値評価に際して、建物が存在しているということにより、抵当権実行時に成立することあるべき法定地上権を予測した上で、土地を底地で評価し、建物を法定地上権付きで評価することが行われているという前提を採っているが、野村説は、この場合における法定地上権額は、抵当権設定前において、建物が存在したときから、土地・建物の所有者が潜在的に有していた自己地上権が、抵当権設定行為によって顕在化する可能性が出てきて、その実行によって顕在化するものであり、そもそも、潜在的自己地上権額というものが存在するのだということを強調するという考え方である。

この考え方は、ここまではほぼ槇説と同様であるが、野村説は、土地・建物共同抵当権設定登記の申請時に共同担

た一体価値考慮説からの批判を浴びるということになってしまい、ここに理論的な欠陥を露見することになる。

また、右の考え方の基本として、再築事案においては、旧建物を基準とした法定地上権が成立するという理解があり、この場合における土地抵当権者の保護を唱える関係上、無理な構成となってしまったのであろう。つまり、槓説は、個別価値考慮説を基本理解としており、その理解の上に立って、そこからの脱却を試みているのであり、この点において、一体価値考慮説が個別価値考慮説と全体価値考慮説を批判している点と符合してしまっただということができる。

(b) 自己地上権説

次に、槓教授とその意味においては殆ど符合しているが、法定地上権の成立を否定している野村秀敏教授の考え方を分析する。

野村教授は、全体価値考慮説に対する批判として、同説は利益衡量の結果を正当化するための法律構成が弱く、必ずしも説得的ではなく、同説の問題点は、利益衡量の結果を正当化するための法律構成に弱いという点にあるということを出発点とし、まず、土地所有権の内容は、地上建物の建築とともに、潜在的な関係において、建物利用のための法益と、その他の法益とに分離され、潜在的な自己借地権ないし自己地上権が成立し、競売の結果、土地と建物の所有者を異にするに至れば、右の潜在的な関係が顕在化して法定地上権が成立するという前提に立脚し、土地・建物共同抵当権者は、土地から潜在的自己地上権を除いた価値部分（底地価額〔筆者註〕）、潜在的自己地上権、建物本体という三つの価値を把握しているが、現行法上は、潜在的な自己地上権には独立に抵当権を設定する手段が用

三種の独立した権利の価値を把握しており(但し、自己借地権は建物所有権と結合体を形成する)、土地抵当権は土地のみを把握し、建物抵当権は、建物と自己借地権を一体として把握しているものと解し、旧建物を取り壊されたり、滅失したりして、再築された場合でも、自己借地権上の抵当権は存続するが、この場合には、自己借地権抵当権の効力は、再築建物には及ばないので、再築建物につき抵当権を新たに設定する必要に迫られるものと解している。この槓説によると、土地抵当権者が再築された新建物につき抵当権の設定を受けられなかった場合でも、自己借地権上の抵当権は存続するが、新建物の抵当権との関係は、公示方法の有無により、新建物の抵当権者には対抗しえないということになる。

それでは、槓説によって本稿における問題を解決しうるのかというと、執行妨害的な再築事案においては、権利濫用法理により新建物上の抵当権設定行為は無効という取扱いをすることとし、また、この状況に至らない場合でも、抵当権者に無断で旧建物を取り壊し、再築したときには、自己借地権抵当権を先順位とし、新建物上の転借地権を後順位とすることによって解決を図り、更に、土地抵当権者が新建物に抵当権の設定を受けられなかったときには、設定者側が恣意的に自己借地権と建物抵当権との結合を破壊しておきながら、これを抵当権者に対抗させることは妥当ではない以上、設定者側は土地抵当権と従来の自己借地権抵当権との結合を承認しているものとして取り扱われ、結局、土地抵当権者は、土地価額と自己借地権価額とを把握することができるものとして、その解決を図っている。

しかし、槓教授も伝統的な考え方に従い、土地・建物共同抵当権設定に際しては、土地抵当権は更地から自己借地権価額を控除した価値を把握し、その控除額は建物抵当権が把握すべきものという点から出発しているが、結論に至っては、当初建物抵当権が把握していた価値を最終的には土地抵当権が把握するということになっており、前述し

し、そこで、再建築物に対し、自己借地権が負担すると同様の抵当権を設定して不調和を解消し、これによって同時に不安定な自己借地権抵当権を再建築物と統合して、全体を物的結合体上の統一的な抵当権に再構築し、これは外面的には、再建築物上に従前と同様の抵当権を設定し、自己借地権抵当権をそれに包摂させて、従前と同様の担保関係を再構築する形を取る必要が出てくるものと解し、そのため、土地抵当権者は再建築物につき新たに抵当権設定契約を要するのであり、借地権の地位が高まり、建物部分の地位が相対的に低下してきているとはいえず、自己借地権上の抵当権が当然に再建築物に及ぶわけではなく、また、無断取り壊しの場合には、抵当権侵害の問題にはなるが、その回復を再建築物上の抵当権の実現に物権的に直結することも無理であると述べている。⁽⁵¹⁾

更にまた、槇教授は、共同抵当に服する建物の解体・再築において、執行妨害をねらった濫用的な不正常敷地利用の場合には、抵当権実行に際する利用権成立の主張が否定されることは当然であるが、その域に達しない場合でも、自己借地権抵当権の視点からすれば、再建築物上の転借地権の創設・留保に土地抵当権者の承諾のない限り、内面的には、自己借地権に対する先順位抵当権と後順位転借地権との関係になり、抵当権の実行によって覆されない利用権の主張はできないものと解しており、また、再建築物に共同抵当権を設定できなかった場合には、設定者側が恣意的に自己借地権抵当権と建物抵当権との結合を破壊し、再建築物抵当権との結合を阻止したものであり、この意味において、逆に、設定者側は、土地抵当権を代表者とする従来の自己借地権抵当権との一種の物的結合体を事実上承認したともいえるものと解し、土地抵当権の実行に同乗して、その効果を実現する道を自己借地権抵当権者に与えてもよいものという結論を取っている。⁽⁵²⁾

右の槇説は、土地・建物共同抵当の場合には、抵当権者は、設定者の土地所有権・建物所有権・自己借地権という

例外の類推適用により、建物の滅失により單純に消滅するものではなく、また、再築建物の自己借地権は、再築が予定されており、公示されていた場合には、借地借家法一〇条二項の類推ないし拡張解釈により、相当の猶予的存続が認められるべきであると主張している。⁽⁴⁷⁾

また、槇教授は、再築建物が第三者の所有であるときには、土地所有者との間における外面的敷地利用権によるが、土地抵当権との関係では、所有者から承継した自己借地権により、複合的に支えられるものと解し、再築建物の自己借地権は、旧建物を基準とするものと解している。⁽⁴⁸⁾

次に、槇教授は、土地・建物共同抵当における自己借地権と各抵当権との関係について、同一所有者に属する土地・建物は、内面的には建築当時より自己借地権が設定されており、土地抵当権はこれに劣後するので、土地抵当権の効力は自己借地権には及ばず、これを控除した形で右の土地を担保的に支配し、他方、建物抵当権は、自己借地権にも効力を及ぼし、建物とともにこれを担保的に支配するという構成を採り、自己借地権は、抵当権の実行による個別売却時に土地・建物の所有者を異にする結果、法定地上権として現実化するものと解している。⁽⁴⁹⁾

また、槇教授は、建物抵当権は、物的結合体に対する抵当権を示す外面的な形態として、内面的には、建物抵当権と自己借地権抵当権との複合体を形成するものであり、それゆえ、建物が滅失して結合体が崩壊しても、残された自己借地権に対する抵当権は直ちに無条件で消滅するものではないと解している。⁽⁵⁰⁾

更に、槇教授は、自己借地権は、従前の順位で再築建物の敷地利用権になり、第三者による再築でも同様であるが、自己借地権が従前の建物抵当権を負担しており、再築建物がこれを負担していない場合には、その間に不調和が発生し、自己借地権を強調すると、これらは自己借地権と転借地権付き建物とに分裂する契機をかかえるものと解

(八) 自己借地権的構成説

最後に、建物の建築に伴う潜在的な土地利用権を独立した権利（自己借地権ないし地上権）として観念し、本稿における問題点につき、その解決へのアプローチをこの潜在的な自己借地権ないし地上権から行うという考え方がある。この考え方は、最初から、再築事案につき法定地上権を成立させるべきか、それともその成立を否定すべきかという議論から出発せず、結果として、その成否を論じているという点において、その特徴がある。

それでは、まず最初に、槇梯次教授の自己借地権説につき、少し詳しく紹介しつつ、分析を試みることにする。

(a) 自己借地権説

まず、槇教授は、自己借地権はその高い交換価値ゆえに時として建物を超えた存在となるが（自己借地権の建物以前の存在という意味になろう〔筆者註〕）、通常は建物の建築とともに取引界に登場するものであり、建物と自己借地権とは物的に結合し、統一的運命に服すべきものであり、それゆえ、分離処分が禁止されるべきものであり、この意味において、分離処分が自由な、しかも、地代徴収権を本体とする土地所有権とは結び付かないものであるという前提に立脚している。⁽⁴⁶⁾

槇教授は、自己借地権は、建物の滅失と同時に消滅し、再築とともに新たに発生するかのように見えるが、その成立が抵当権よりも早いという意味において、当該土地に当初の自己借地権に劣後する抵当権が設定されていた場合には、目的物上に第三者の後順位権が存在するときの所有権と他の物権との同一人への帰属という場面における混同の

次の栗田説を一括競売説と称しているのである。

次に、栗田隆教授は、まず、自己地上権の存在する場合における合理的な解決に近くなるように解釈する必要性があり、また、個別価値考慮説は抵当権によって把握されない潜在的法定地上権という不確実な概念を法定地上権に与えるので、抵当権者が建て付け地を担保評価するに際して、法定地上権の負担ないしそれに建物滅失・再築の危険割合を乗じた負担のある不動産とせざるを得ないこと、更に、法定地上権を否定する場合において土地抵当権者に一括競売を義務付ければ、建物所有者に酷な結果とはならないことなどを理由として、全体価値考慮説を支持するが、全体価値考慮説も潜在的な法定地上権を想定し、ここから出発しているので、栗田教授の個別価値考慮説に対する批判は当を得ない。同様の批判は、まさに全体価値考慮説にも向けられるべきものだからである。そうすると、栗田説は、法定地上権原則否定説に立脚しつつ、一括競売を「義務付ける」という点において、新一括競売説とも全体価値考慮説とも異なる（新一括競売説は法定地上権の成立可能性を認めており、全体価値考慮説の帰結は一括競売に向かうものではあるが、これを義務付けてはいない）ということになるから、この考え方も一括競売説と称する以外にはない。

右に掲げた一括競売説は、法定地上権否定説に立脚しつつ、一括競売を義務付けるという考え方であり、法定地上権不成立の場合には一括競売に移行するという民法第三八八条と第三八九条との相互連関性から解する限り、理論的な整合性はある。しかし、新一括競売説のところでも述べたのと同様、ここでもまた、一括競売を「義務付ける」という点において、批判を免れない。

的な結果を招き、却って妥当性を欠く場合も出てくるのである。したがって、この考え方も、旧一括競売説と同様、採るを得ない。

(e) 一括競売説

再築事案において、法定地上権の成立を認めないという見解の最後として、一括競売説がある。ただ、ここで分類する一括競売説は、完全否定説を前提とするものと、原則否定説を採るものに分かれている。

まず、鎌田薫教授は、立法論として、建物は土地に附合するという法律制度（仏民第二一三三条一項）を紹介しつつ、斯様な法律制度であれば、土地抵当権の効力が再築建物にも及ぶことになるものと解し、また、自己借地権を認める場合にも不都合は回避できるものと認めた上で、当面の解釈論としては、一体価値考慮説や要件厳格説といった法定地上権不成立説に与しつつ、また、一括競売について、(i)更地の抵当権であること、(ii)土地抵当権設定者の所有建物であることという要件を緩和して、抵当権の実行時において土地と地上建物の所有者が同一であればよいものと解し、共同抵当の場合において法定地上権が成立しないものと解するときには、更地の抵当権という要件も不要になるものと解した上で、「一括競売を義務づけることによって建物の存続を図るのが現実的かと思う」と解しつつも、土地・建物の関係、法定地上権及び一括競売制度の趣旨等に関する根元的な見直しをする必要もあり、現在のところ結論は留保するという考え方を採っている⁽⁴⁴⁾。この鎌田説は、一括競売を義務付けるといふ考え方であるが、法定地上権完全否定説を前提としているという点において、新一括競売説とは異なる。この意味において、本稿においては、松本・松井説及び山野目説と鎌田説とを分けて論じているのであり、前者を新一括競売説と称し、この鎌田説と

然に「承継されるということは、理論的にもありえないと主張している。⁽⁴²⁾

更に、近江教授は、従来の通説が一定の限度において法定地上権の承継を認めてきた解釈については、不都合のない限り認められてよいが、その限度とは、新建物につき追加担保として新抵当権が設定され、旧共同抵当権と同一の共同抵当状態が作出された場合であると主張し、このことは、当事者の意思の推測からも理解されるものと述べている。⁽⁴³⁾

右に掲げた要件厳格説は、抵当権設定後に共同抵当の目的物である旧建物が滅失した場合には、土地は一旦は更地となる関係上、物権法の原則どおり、旧建物に成立することあるべき法定地上権は、ついに成立を見ることはなく、その後、再築された建物については、更地事案と同様、法定地上権の成立する余地はないものと解する考え方である。

確かに、この考え方を採れば、当初の共同抵当権者に無断で抵当建物を取り壊し、再築したという場合のような、執行妨害的な行為はすべて無駄になり、共同抵当権者の保護に直結することになるのであって、この一面においては妥当性を有するものということができよう。しかし、旧一括競売説のところでも論じたように、この考え方を採ると、再築事案の場合には、常に法定地上権は成立しないということになり、当初の共同抵当権者が再築後の新建物にも抵当権の設定を受け、従前の状況が復活した場合においても、常に更地事案と同様、法定地上権は成立しないということになるから、設定者にとっては、生活や営業活動の本拠たる建物を手放さざるを得なくなるという不合理な結果を招くことになる。

結局、要件厳格説のように、旧建物が滅失した以上、更地事案と同様になるという理論を徹底すると、斯様な硬直

新建築物が再築されても、更地抵当権設定後に建築物が建築された場合と何ら違いはなく、新建築物に当然に法定地上権は成立しないものと解し、その再築後に土地または建築物に新たに抵当権が設定された場合には、設定当事者の意思からすれば、それにより、新建築物を基準とする法定地上権が成立するとの期待を生ずるが、その法定地上権は、その再築前から存在する土地抵当権には対抗しえず、当該土地抵当権の実行に際しては不成立として取り扱われるべきものと主張し、このように解しても、再築建築物の所有者は、抵当債務を弁済し、または、借り換えによって、抵当権設定をやり直して、当該土地抵当権を消滅させれば、その不利益は自ら回避可能であるし、また、その建築物を自ら追加担保に差し入れて一括競売の機会を増やせば、経済的損失を回避する可能性を高めうるのであるから、必ずしも均衡を失するものとはいえないはずであると主張している⁽⁴⁰⁾。

次に、近江幸治教授は、土地・建物共同抵当の場合における再築事案においては、土地利用権の「価値」が土地に吸収されるのか、建物に付着するのかは、法定地上権の成否いかんでどのようにでも考えられるのであるから、個別価値考慮説、全体価値考慮説、一体価値考慮説は、法定地上権の成否を決定づける理論ではなく、法定地上権を成立させようとする場合、または、それを否定しようとする場合における説明理論に過ぎないものと解し、それゆえ、このレベルでの議論は水掛け論に終始するものと解している⁽⁴¹⁾。

また、近江教授は、旧建築物に認められる共同抵当権による法定地上権は、建物が消滅して建物抵当権が消滅した以上、消滅するものと解さなければならず、そして、この物権法の原則は、解釈理論の根幹をなすものであると主張し、したがって、旧共同抵当権は更地抵当権となるのであるから、その後に再築された新建築物について、旧法定地上権がそのまま存続することはなく、あるとすれば、解釈による「容認」であって、旧法定地上権が新建築物につき「当

るということは常識であり、この場合には、建物には潜在的に土地利用権が付着しており、法定地上権はその顕在化であるということもまた当然である。しかし、土地・建物共同抵当は、土地と同一地上の建物を同時に抵当権の目的とするのであり、いわば一体物として担保価値を算定・把握し、競売手続も一体物として行われることを予定しているものである。この意味において、同時売却と個別売却とを選択する余地のある通常共同抵当とも本質的に異なっているものといえることができる。

従来の個別価値考慮説はもちろんのこと、全体価値考慮説も、土地は土地、建物は建物といったわが国における不動産概念から出発し、抵当権の目的物も各々別々であるという原理・原則から出発し、これら種概念を硬直的に捉えた結果、誤った方向に舵を取ってしまった、その方向を修正する機能を果たすべきであった全体価値考慮説でさえも、結局、従来の理論と同一の出発点から発してしまったため、結論はともかくとして、その理論構成の面において、修正機能を果たすことができなくなってしまうのである。この全体価値考慮説の理論的な欠陥をいち早く発見し、その軌道修正を果たしたという意味において、一体価値考慮説の果たした功績は大きいものといえることができる。

(d) 要件厳格説

次に、一体価値考慮説と同様、再築事案において法定地上権の成立を完全に否定する学説として、要件厳格説がある。この考え方をいち早く提唱したのは、菅原胞治氏である。

菅原氏は、建物滅失により法定地上権の保護対象が絶対的に消滅した以上、当該建物のための法定地上権はもはや成立の余地がないという前提に立脚し、建物滅失により法定地上権が成立しえない状況になっている以上、その後、

状況に変化はなく、ただ、共同抵当権設定後、競売時に土地と建物の所有者が異別となり、法定地上権が成立する条件が整った場合に初めて、法定地上権価額が現れるものという理論構成を採っている。つまり、この構成は、土地・建物共同抵当の事案においては、法定地上権の成立する局面こそ例外的であるものと解しているということが出来る。したがって、再築事案については、ある意味では、更地事案にその理論的根拠を見いだしているものということができよう。

全体価値考慮説は、従来からの通説が、土地に建物が建築されると、建物には潜在的な土地利用権が存在するものと解してきたことから、抵当権設定時においても、実行時のことを予め考慮し、土地・建物共同抵当権者が把握する担保価値は、土地利用権付き建物価額と、土地からその利用権価額を差し引いた底地価額であるものという前提に立脚してしまっていたのである。つまり、従来からの通説から脱却し切れていない理論構成によって従来の通説から脱却しようとしていたという点において、その理論的な弱点があつたのである。この意味において、一体価値考慮説は、まさにこの弱点を見事に衝いているものといえることができる。

確かに、所有権の効力から抵当権の本質論について考察する限り、従来の通説の考え方に欠陥はない。しかしながら、土地・建物共同抵当の事案においては、通常の個別抵当の事案とは別個に考える必要がある。いや、厳密に言えば、土地・建物共同抵当と、独立した不動産相互間における共同抵当についても別個に考える必要があるのであるが、本稿においては、そこまで立ち入って論ずることは目的の範囲外であると思われるので、ここでは詳細には論じない。ただ、簡単に述べておくと、個別抵当の場合、即ち、土地と地上建物があり、土地のみに抵当権が設定されたという場合には、確かに、将来発生することあるべき法定地上権を前提として、土地の担保価値を底地価額で評価す

により建物抵当権は消滅するものと解しながら、建物抵当権により把握していた(B)が土地抵当権により把握することになる(つまり移転する)ものと解する点において問題が残る考え方であるとして、高木教授と同様、全体価値考慮説に対する批判を展開している。

更に、平井一雄教授も同様に、「土地建物ともに抵当の対象とした場合には、aとcにつき共同抵当権が成立したとみるよりも、「(a マイナス b)、b、c」総体につき、あたかも集合物について抵当権が設立されたものとみることとはできないものであろうか」として理論構成を提起し、「しかるときは、建物が滅失し、bの存在意義がなくなれば抵当権者はaを把握しているのであり(あるいは、(a マイナス b)とbとを把握しているとしてもよい)、再築建物のためにbが抵当権者の価値把握から逸出しないことの説明が可能となるのではないかとも思われる」と主張している。⁽³⁹⁾

右に示した一体価値考慮説は、全体価値考慮説が、その出発点において、土地・建物共同抵当においては、設定当初から、土地の担保価値から法定地上権価値を控除し、この控除価値を建物に加算して評価するものという前提に立ちながら、旧建物が滅失し、新建物が再築されると、この新建物に対する法定地上権を否定するために、法定地上権価値は土地の担保価値に復帰するものとし、ただ、抵当権者が新建物にも抵当権の設定を受けると、新建物につき旧建物が存在していたと同様の法定地上権が成立する(つまり、法定地上権価値が建物に割り付けられる)ものとして、法定地上権価値が行ったり来たりするという理論構成に異論を唱えることから出発しているものということができ。即ち、一体価値考慮説は、土地・建物共同抵当を設定した当初は更地価値と建物本体価値の合計額を担保に取ったものと解し、抵当権設定後の再築においても、当初の共同抵当権者が新建物にも抵当権の設定を受ける限り、この

い)、利用権原のない者が築造した建物を別とすれば、土地の利用権原は建物所有権と一体となっているのであるから、建物抵当権を失えば、その対象となっている土地利用権価値をも失うと考えるのが論理的であり、これが従来の法定地上権肯定説の根拠となっているとして、従来の個別価値考慮説に言及した上で、法定地上権否定説を採るには、土地と建物とを一体と考え、その上に抵当権が設定されているとみる必要がある、単純な甲財産と乙財産との共同抵当の関係とは異なり、財団抵当や企業担保のような、土地と地上建物とを集合財産的に一体とみて、この上に抵当権が成立していると考えないと構成し、このように考えると、建物が滅失しても、建物抵当権が消滅するのではなく、建物それ自体だけの価値を失うに過ぎないと考えることができるものと主張しているが、しかし、土地と建物をそれぞれ独立の不動産とみるこれまでの考え方に立つと無理な法律構成かも知れないという危惧を表明し、結局、この問題は、土地と地上建物との特殊な関係を法的にどのように捉えるかという、まさに両者の関係の根本に触れる問題であると指摘している。³⁷⁾

次に、伊藤進教授は、右に示した高木教授の考え方に沿いつつ、理論構成を分かり易く説明している。即ち、土地・建物共同抵当の場合には、土地抵当権は土地自体の価値(A)を、建物抵当権は建物自体の価値(C)を支配し、共同抵当であることから、両者の合計額(A+C)を支配するものということ、また、建物利用権(B)は設定当時においては独立の担保価値としては観念しないものということを前提とし、建物の滅失により、建物抵当権の消滅という損失が生ずるが、土地抵当権は残り、危険の分散という機能を発揮するので、建物が再築されても、更地に抵当権を設定した後の建物建築と同様、法定地上権は成立せず、右に述べた状況に変化はないものと主張し、全体価値考慮説は、土地抵当権は(AマイナスB)を、建物抵当権は(C+B)を把握するものと解しつつ、建物の滅失

(c) 一体価値考慮説

土地・建物共同抵当の場合における再築事案について、完全に法定地上権の成立を否定する学説として、まず最初に一体価値考慮説を掲げる。この学説は、全体価値考慮説の理論的な欠陥を指摘することから成立したものである。

まず、高木多喜男教授は、全体価値考慮説によると、土地抵当権の担保価値は更地価値 a マイナス土地利用権価値 b であり、建物抵当権の担保価値は b プラス建物のみ価値 c である (トータルでは $a + c$) と分析し、この理論の特徴は、建物が滅失し再築された場合には、土地抵当権の価値が a となり、旧建物が存在していたときに建物抵当権の担保価値に含まれていた b が土地抵当権の側に吸収されてしまう点にあると指摘し、東京地裁の見解によると、新建物に抵当権が土地抵当権者のために設定され、再び共同抵当となったときには、担保価値 b は再び建物抵当権のほうに吸収されるというが、一般的に考えると、甲抵当権と乙抵当権の共同抵当で、乙抵当権が消滅すると、乙抵当権が把握していた担保価値が、その一部であれ、甲抵当権の側に移転するということは論理的にありえず、全体価値考慮説は、結果的にはこのようなことを主張しているわけであり、この点において十分な説得力を持つているとは思えないと批判している。⁽³⁶⁾

また、高木教授は、そもそも、共同抵当の担保価値を総合評価すると、更地価値 + 建物価値となり、建物が滅失すると、担保価値は更地価値となり、再築されても、それに抵当権が設定されれば、担保価値の増加要因となるが、そうでなければ変動要因とはならないはずである旨を指摘し、伝統的な考え方に立つと、土地抵当権の担保価値と建物抵当権の担保価値を分離して観念しなければならず、この場合には、土地の利用権は建物抵当権の担保価値に吸収されると考えるのが現実的であるとして、土地利用権の付着しない建物は建物として存在しえず (担保価値は零に近

も特に旧建物が当事者の責に帰すべからざる事由により滅失したようなときには、建物所有者ないし建物居住者の建物所有ないし利用、即ち建物所有または利用目的の敷地利用権の存続を認めるべき場合もあるものと解しつつ、この場合でも、抵当権者が新建物につき抵当権設定登記を経なかったため、旧建物所有目的の敷地利用権であれ、それが存続することによつて、当初共同抵当を得たときに把握していた担保価値またはその後において評価し直した担保価値を抵当権者が維持しえないときには、原則として、建物のための法定地上権の成立を認めるべきではないと主張しており、ただ、底地価格が共同担保の被担保債権額または極度額を上回るような事態となれば、抵当権者の期待ないし把握していた担保価値が損なわれる事態にはならないので、例外的に新建物に土地利用権を認めても差し支えないものと解している。⁽³³⁾

しかし、全体価値考慮説に対しては、次に掲げる一体価値考慮説を主張する学説から、共同抵当権設定時における担保価値の把握、再築時における担保価値の把握、そして、再築建物に抵当権の設定を受けた場合における担保価値の把握の仕方に矛盾のあることが指摘されており、⁽³⁴⁾ また、実務家サイドからも、土地・建物共同抵当の事案において、なぜ、抵当権設定時に建物につき地上権付き評価、土地につき底地評価をするというのか疑問であり、法定地上権の発生を設定当事者が意識しているとは思えないと主張され、更に、斯様に解するのであれば、更地事案においても基本的に土地所有者に敷地利用権があり、将来的に地上に建物を建築してもおかしくない筈であるが、その場合には全く法定地上権は認識されず、土地と同一所有者の建物であれば、抵当権者に一括競売権があることと矛盾するのではないかという主張があり、⁽³⁵⁾ 全体価値考慮説に対しては、各方面からかなり厳しい批判が投げ掛けられている。そこで、この全体価値考慮説に対する論評は、次に示す一体価値考慮説以下の説明の中で論じていくこととする。

この説については、幾度か説明したので、ここでは割愛するが(註〔4〕及び註〔20〕参照)、抵当権設定後、建物が滅失した場合には、更地事案と同様、法定地上権は全く成立することはなく、一括競売手続となるという考え方自体は簡単明瞭であり、しかも、本稿において問題となっている再築事案において、土地抵当権者に不利益をもたらさないというメリットがある反面、当初の共同抵当権者が再築後の新建物に抵当権の設定を受けたとしても、抵当権実行時における法定地上権の成立を否定することになるので、却って、抵当権設定者たる建物所有者にとって、自己の居住あるいは営業の本拠たる建物を奪われる結果になるといった不利益さえ生じてしまう。斯様な欠点を内在する理論構成を妥当と解することはできない。

したがって、この旧一括競売説は、一面では妥当性があるように見えるが、実は妥当性を欠く考え方ということになるので、採るを得ない。この批判は、後掲する要件厳格説にも当てはまる。

(b) 全体価値考慮説

この説は、前述した東京地裁執行部の発表した考え方に代表され、前掲した最高裁の判例によって確認されているが、この考え方は、学説においても若干支持されている。

例えば、半田吉信教授は、土地・建物共同抵当の場合には、抵当権者は、個別的にみると、敷地利用権付きの建物と、その敷地利用権によって制限された土地所有権とを担保に取っているが、抵当権者の通常の意味としては、建物と敷地の全体を担保に取っているものであり、建物がその後で取り壊された場合には、抵当権者としては、担保価値の高い更地のための抵当権者として存続することを期待するのが一般的であるものという考え方を前提とし、この場合で

ただ、山野目教授の後半の見解、即ち、著しく簡易な建物の場合における土地抵当権者の建物収去請求の認容、再築建物の抵当権者が悪意の場合における債権者取消権の認容による再築建物抵当権者の有する優先弁済権の対抗力喪失という理論構成は、極めて傾聴に値する。

(d) 小括

右に述べてきたように、土地・建物共同抵当の場合における再築事案において、法定地上権の成立を基本的視座とする学説の中では、新一括競売だけが土地抵当権者の救済を図りうる考え方であった。しかし、その理論構成、即ち、法定地上権の成立を防ぐために一括競売を利用するという理論構成において、若干無理があるというか、むしろ妥当性を欠くという批判を免れえない。そもそも、民法第三八九条の一括競売制度は、法定地上権が成立しない場合に適用されるべきものだからである。

そうすると、畢竟、法定地上権否定説を概観する必要に迫られる。それでは、次に、様々な理論構成の違いはあるが、再築事案においては法定地上権は成立しないという基本的視座に立脚する諸学説について紹介しつつ、考察を加えることとする。

(ロ) 法定地上権否定説

(a) 旧一括競売説

井説が原則と解している場合にのみ可能であり、個別競売の場合には法定地上権を負担させるというのでは、土地抵当権者に法定地上権の負担を義務付けるということになり、この解釈では、抵当権者にとって不利となるばかりである。この意味において、個別競売の場合に例外的に法定地上権を土地抵当権者に負担させるという理論構成は妥当性を欠く。個別競売の場合に法定地上権の成立を認めるというケースは、土地抵当権者（従前の土地・建物共同抵当権者）が再築された新建物にも従前と同様の抵当権の設定を受けた場合などにおいて有効な手当てなのであり、土地抵当権者が再築建物に抵当権の設定を受けられなかった場合には、法定地上権の成立など認める必要はないのである。

そうすると、松本・松井説は、再築事案において法定地上権の成立を防ぐために一括競売手続を利用させるという意味になり、畢竟、この場合における土地抵当権者を救済するための方法論に過ぎず、また、要件に関しても、更地事案を拡張してはいるが、徹底していないという点において、妥当性を欠くものと思われる。

次に、山野目教授の法定地上権と一括競売の相互運用という点についてであるが、前述した（註〔3〕参照）民法第三八八条と第三八九条の立法過程における議論、また、前者が成立しない場合における後者の運用という両者の制度趣旨から解する限り、両者の「選択的適用」という構成には無理があり、また、土地・建物共同抵当の場合における再築事案においては、当初担保価値を把握していた建物を取り壊されて新建物が再築され、土地抵当権者が新建物に抵当権の設定を受けられなかった結果として、底地価額分のみ配当となってしまうというケースであるから、この場合における第三八八条と第三八九条の選択的適用という構成は妥当性を欠く。このケースにおいて、原則として法定地上権が成立するものと解するときにおいて、土地抵当権者を救済するためには、法定地上権の成立を回避するた

めに一括競売を利用する他はないからである。

いるようにもみえるが、実は、両者は、法定地上権の成立を回避する目的で一括競売を利用するという点において共通しているのである。

土地・建物共同抵当の事案、特に建物が居住用や商業用で、比較的新しい場合においては、土地と建物とを一体として、競売手続において売却することが合理的であるし、買受人も比較的容易に現れ、売却手続がスムーズに行われる可能性が高いものと思われるので、松本・松井両教授の説には一理ある。また、再築事案以外の場合において、特に建物が木造の工場や作業場などであり、耐用年数が比較的短く、古くなっているときには、土地の潜在的利用価値に着目すれば、一括競売で殆ど土地のみの価額で、しかも建て付け地であるということと若干廉価で売却手続が進められる関係上、立地条件によっては買受人が殺到することも考えられるので、益々、両教授の見解には合理性・妥当性があるように感じられる。

しかし、再築事案において、一律に一括競売を「義務付ける」という理論構成には少し無理があるのではないかと思う。民法第三八九条において、「競売スルコトヲ得」と規定されているという点はひとまずおいておくとしても、せめて、原則として一括競売、例外として個別競売というような弾力的な姿勢が必要なのではないだろうか。特に、再築事案においても、建物が古くなっている場合には、抵当権者サイドから見ると、法定地上権の成立が否定され、これが成立しないのであれば、個別競売によるほうが土地が高額で売却されるのであり、また、手続自体も、土地抵当権者の任意競売手続であるということと併せ考えると、一括競売手続それ自体を義務付けるという構成には、やはり無理があるというか、むしろ妥当性を欠く場合も出てくるものと思われる。更に、右に述べたように、個別競売の場合のほうが高額に売却される可能性があるというのは、更地事案と同様、法定地上権が成立しないという松本・松

更に、山野目章夫教授は、民法第三八八条と第三八九条が土地と建物の一体的な利用を慮る規定であるとするならば、両条は互いに有機的な関連を伴って運用されるべきであり、かかる見地からは、法定地上権の成立可能性を広く認めつつ、それによる減価を嫌う土地抵当権者に一括競売の途を開いておくことを問題の基本に据えるのが適当であるという考え方を前提とし、再築事案における法定地上権を広く肯定すべきとの立場に立脚しつつ、執行妨害型の場合には権利濫用法理の適用により、法定地上権の成立を否定し、客観的に著しく簡易な建物の再築の場合には、借地借家法二五条の精神に鑑み、土地抵当権者は建物収去請求をなしうるものと解し、更に、再築建物の抵当権者が悪意の場合には、土地抵当権者は民法第四二四条を類推適用し、当該建物抵当権者の優先弁済権を自身に対抗しえないものとする判決を請求しうるものと主張し、更にまた、一括競売の要件は、競売される当該建物が抵当権設定時に存在していなかったことと解すべきであり、再築建物は土地抵当権設定時には存在していないので、一括競売を認めるべきものと解した上で、一括競売においては法定地上権が成立しないのであるから、土地抵当権者は、法定地上権相当の減価をしない金額を請求しうべきものと主張している⁽³²⁾。

これらの見解は、後述するように、従来から一括競売説といえは、法定地上権の成立を認めないという立場からの議論であったが、この新一括競売説のうち、前者(松本・松井説)は、一括競売を土地抵当権者に義務付けた上で、土地のみの競売を望む抵当権者には法定地上権の負担を引き受けさせるといふものであり、後者(山野目説)は、法定地上権制度と一括競売制度とを有機的の一体として捉えた上で、これらを相互適用可能な制度としており、両者ともに法定地上権の成立可能性を認めるといふ点において、その特徴がある。また、松本教授と松井教授が一括競売を基本と解しているのに対して、山野目教授は法定地上権の成立を基本と解しているという点において、両者は異なつて

に賛成していれば済むのであり、何ら新たな理論を構成する必要などないのである。斯様な意味において、この説は採るを得ない。

(C) 新一括競売説

更に、新一括競売説がある。ただ、この説は、論者によつて構成を異にする。

まず、松本恒雄教授は、土地・建物共同抵当の場合における再築事案については、一括競売を抵当権者の権利であるとともに義務であるものと解し、あえて土地のみの抵当権の実行を望む場合には、建物について法定地上権が成立するといふ負担を引き受けたものと考えるべきであると主張している。⁽²⁹⁾ 松本教授は、その昔、柚木馨博士が、更地に抵当権を設定した後に建物を建築したという事案においては、抵当権者に一括競売を義務付けるとともに、一括競売を申し立てない場合には、法定地上権の負担に甘んじるべきものと解していた⁽³⁰⁾ところを範とするものである。

次に、松井宏興教授は、土地・建物共同抵当の場合には、原則として法定地上権の成立を否定し、異時配当（民法第三九二条二項）によつて土地と旧建物の所有者が異なるに至つた場合にのみ、例外的に法定地上権の成立を認めるべきものと主張する一方で、法定地上権を否定する場合には、土地抵当権者に要件が緩和された一括競売を義務付け、再築建物の存続を図るべきものと解している。⁽³¹⁾ 松井教授の考え方は、法定地上権否定説に立脚するものではあるが、松本説と同様、更地事案と同様に解すべきものとして扱っており、また、一括競売を義務付けるといふ点において、松本説と極めて類似するものである関係上、ここに掲げた次第である。そこで、以下においては、松本・松井説と表記する。

必要はないという前提に立脚した上で、法定地上権の成否は、土地・建物に抵当権が設定された当時を基準とし、土地抵当権は、建物のための法定地上権を控除した価値をもって担保の目的としたものであるから、法定地上権の価値を控除した交換価値を実現すれば足り、再築された建物のために一般に法定地上権の成立を認めても、その地上権の内容を再築前の建物を基準として定める限り、土地抵当権の侵害はないものと解する長谷川貞之教授の考え方であるが、ただ、長谷川教授も、抵当債務者による執行妨害的な建物の取り壊し・再築の場合には、正義・公平の理念から、全体価値考慮説に従い、法定地上権の成立を否定すべきであり、抵当権者の負担の下に再築建物の所有者などが不当な利益を得るといった異常な事態を招くことは回避すべきであると述べている⁽²⁸⁾。

この考え方は、個別抵当の事案においては妥当性を有する場合もあろうかと思われるが、土地・建物共同抵当の事案においては妥当ではない。当初の共同抵当権者が把握していたのは土地と建物の全体の価値であり、もし、個別にみるならば、更地価額と建物価額の双方を把握していたのである。それは、債権回収の危険の分散と担保価値の集積による債権の保全、ならびに、土地と地上建物の価値の一括把握という土地・建物共同抵当の目的からして明らかである。この抵当権者の立場を一般的に「融資先選択の誤り」と決めつけ、底地価額の配当だけで我慢せよとして理論構成することは、共同抵当権者における担保価値の把握とその期待を軽視するものであり、また、一般的な理論構成という面からも評価することはできない。つまり、融資先選択の誤りという理論構成は、個々の局面における議論であり、普遍性・必然性がないということである。また、抵当権設定者または設定者からの譲受人などが旧建物を抵当権者に無断で取り壊して再築するという判例・裁判例に現れた典型事案については、執行妨害という見地から、全体価値考慮説にその解決を委ねているという点において、一貫性を欠いている。それならば、初めから全体価値考慮説

(イ) 法定地上権肯定説

(a) 個別価値考慮説

再築建物に法定地上権の成立を認める見解として、まず、個別価値考慮説がある。この説については既に検討してきたので、もはや多くを語る必要はないが、次に示す個別価値考慮修正説との比較のために一応掲げておくと、この説は、土地抵当権は法定地上権という負担付きの土地の交換価値を把握し、建物抵当権は建物と潜在的な法定地上権の交換価値を把握するものという前提に立脚し、旧建物を基準とする法定地上権による再築建物の存続を国民経済的見地から容認し、土地抵当権者は当初から把握していた法定地上権価額を控除した価値分（底地価額）のみを把握するに過ぎないものと解する考え方であり、従来の判例及び通説であった。しかし、最近ではこの学説にのみ固執するものは殆ど見あたらず、東京地執行処分平四・六・八が出た直後において、大阪地裁執行部においては基本的には従来の通説によるべきであるという見解で一致しているという見解を公表した富川照雄判事の論稿が存在する程度である。⁽²⁷⁾

(b) 個別価値考慮修正説

同様に、法定地上権の成立を認める見解として、個別価値考慮修正説がある。この説は、土地抵当権者が底地価額分しか把握しえない事態となったのは、ある意味では、金融機関の融資先選択の誤りであり、利益追求を至上主義とする経営方針が招いた結果であって、法は、このような場合にまで民法第三八八条の解釈の下に金融機関を救済する

それでは、次に、平成四年の東京地裁執行処分以後の学説における議論の状況をまとめておく。

(三) 東京地裁執行処分平四・六・八以後の議論の状況

前述したように、東京地裁執行部は、土地・建物共同抵当の場合には、抵当権者は土地と建物の全体の価値を把握していたにもかかわらず、建物が再築され、この建物に従前と同一順位以上の抵当権の設定を受けないことにより、法定地上権価額が新建物に割り付けられる結果、抵当権者は底地価額分の配当しか受けられないという状況に陥るため、斯様な場合には、原則として、法定地上権の成立を否定した上で、土地と建物を一括競売(売却)(民法第三八九条)に付することとし、ただ、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点における土地の所有者が、新建物につき、土地抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合、あるいは、土地抵当権者が斯様な抵当権の設定を受ける権利を放棄したというような特段の事情のある場合に限り、例外的に新建物についての法定地上権が成立するという解釈を打ち出すに至った訳であり、これが全体価値考慮説と称せられ、前掲した三件の最高裁判決において支持され、学説においても支持する者が現れているという状況にある。

しかし、この理論は、抵当権の本質に照らし、本当に本来「あるべき解釈」であるのかどうかということが、学説において検討されている。以下においては、諸学説を整理した上で、個々の学説について検討してみようと思う。まずは、法定地上権を基本的に肯定する立場と、否定する立場とに分けて検討し、これらに分類することが難しい自己借地権的構成については、別分類で検討することとする。

あるが、そうすると、当初の共同抵当権者の損失において、新建物の所有者が利得するという不当な結果を招来するとの理由から、法定地上権価額は新建物に割り付けず、土地抵当権者に配当すべきものと解するのである。

この考え方は、我妻説と同様、建物の存する土地に抵当権を設定する場合には、建物には潜在的に法定地上権が存するという出発点に立つものの、個別価値考慮説から導かれる配当の局面における不公平感を是正しようとするものであり、従来の個別価値考慮説を一步前進させるという意味において、画期的な考え方であった。ただ、理論構成として、当初の共同抵当権者が把握していた価値をその期待通りに配当するという結果はもちろん正当であるが、結論として、その根拠を公平の原則という一般原則に求めることにつながるものであるという点、また、法定地上権が成立する場合において、新建物の所有者や抵当権者が把握すべき法定地上権価額の価値を、担保法上、如何なる根拠において土地抵当権者に配当するのかという点において、今一つ具体的な理論的根拠に欠けるように思われる。このあたりの理論構成は、まだ、旧来の通説から脱却することができない時期における理解に基づくものであるということができる。

右に概観したように、東京地執行処分平四・六・八以前においても、実務家の間では、土地・建物共同抵当の場合における抵当建物の滅失・再築事案において、法定地上権の成立を認めることによる当初の共同抵当権者の損害が明確に認識されており、その後、遅ればせながら、学説においても、この点が認識され始めていた。その後、平成三年に至り、東京地裁判事執行実務研究会において、井上稔判事が、前掲東京地判昭四六・七・二〇を前提とした全体価値考慮説を公表し⁽²⁶⁾、この基本的な考え方が前掲東京地決平四・三・一〇や東京地執行処分平四・六・八において実践された結果、今日における議論の状況につながっているものということができる。

このように解する限り、新建物の担保権は、常に旧建物の担保権に劣後することになり、この関係を手続的にどう反映させ整合的に扱うかは、確かに検討を要するが、旧建物がなくなると、その抵当権は無担保になってしまうので、その抵当権(価値権)を保護するために、再築建物に(旧建物を基準とした)法定地上権を成立させるのであれば、より直截にその価値に相当する価額を確保する方法こそ考えられるべきであつて、建物存続(土地利用権確保)のため設けられている法定地上権の中に、その要請を直ちに持ち込むべきではないと主張し、結論として、現行実務上は、売却にあたり、土地と建物に価額を割り付ける方法をとるので、旧建物が存在しない以上、土地と新建物で割り付ける以外にはないが、その算定にあたり、法定地上権価額 \parallel 土地利用権価額を観念しているのであるから、その価額の帰属を土地抵当権者にするという法定地上権の成否に直結させない処理との距離はそう遠くないものと解した上で、割付価額によつて売却した後に配当するのであるから、その配当の段階で、裁判所において旧建物に抵当権がつけられていたことが判明する限りで、その価値権(土地抵当権)への配当を優先すべきであると主張している⁽²⁵⁾。この片桐説は、基本的には、右の三和説と同様であるが、法定地上権の成否に関係なく、法定地上権価額分までの配当が土地抵当権者に帰属すべきものと解する考え方である。

右の二つの説(三和説・片桐説)は、基本的には同一方向の考え方であるものと思われ、潜在的利用権価値保護説と称することができるものと思われる。即ち、土地・建物を共同抵当とした抵当権者は、土地と建物の価値全体を把握しており、簡単にいうと、更地価額と建物本体の価額とを把握しているのであるが、建物の存続は土地利用権を抜きにしては考えられないので、建物には潜在的に土地利用権が内在しているものと解し、再築事案においては、旧建物に内在していた法定地上権が新建物において顕在化し、旧建物の法定地上権価額が新建物に割り付けられるはずで

得するものであるが、新建築物が再築された場合には、新建築物につき法定地上権が成立するとしても、それは旧建築物の潜在的法定地上権が移行するものであるから、その価値はそれを把握していた土地抵当権者が取得すべきものであり、そうでなければ土地抵当権者の損失において、新建築物の所有者が不当に利得する結果になると主張し、新建築物の抵当権者が旧建築物を基準とする内容の法定地上権が成立するものとして新建築物に抵当権を設定したとしても、旧建築物の存在及びその上の土地・建物共同抵当権者の存在を知りうる以上、旧建築物の法定地上権価額については土地抵当権者に劣後すべきものと解している。⁽²⁴⁾この三和説は、土地・建物共同抵当の場合において、たとえ法定地上権の成立を肯定したとしても、配当は、当初の共同抵当権者の予定していたように、土地抵当権者が法定地上権価額分までをも受けるべきものと解する考え方である。

次に、片桐善衛教授は、共同抵当において、土地抵当権者が把握していた価値権の受け皿たる建物がなくなれば、価値権が宙に浮いてしまい、建物自体による担保権は、建物が無い以上その保護を図るのは困難かもしれないが、建物存立の基礎となっていた土地利用権価額は保護されてしかるべきものであり、また、元来土地には潜在的にその利用を図る権能が含まれていると考えるべきであり、建物はその権能が具体化した結果とみることができるから、旧建物の価値に具体化していた価値は、利用権を通じて一旦は更地に移るのであり、建物がなくなった時点での抵当権実行の場合には、土地利用権価額を底地価額にプラスして、更地価額全体が土地抵当権者に帰属するという一般論を述べた上で、再築の場合には、土地利用権に付着していた利用権価額が顕在化したと考えられ、新建築物の形を借りて、旧建物で把握されていた価値権がその実現の場（手段）を与えられたといえるのであるから、建物がある以上、たとえそれが新建物であっても、その建物から土地利用権価額と旧建物自体の価額の回収が図られてよいのであり、

抵当権者の知らないうちに抵当建物が取り壊されて新建物が再築され、後日、これが判明したときには、新建物につき共同抵当権を設定しえない状況にいたり、土地の後順位抵当権者が新建物につき共同抵当権の設定を受けていたということになれば、新建物に法定地上権が認められてしまうと、当初の共同抵当権者は多大な損害を被ることになるので、更地に抵当権を設定した後の建物建築の場合には法定地上権は成立しないという判例法理に倣い、土地・建物共同抵当の事案においても、更地となった以後については同様の考え方を採るべきであり、また、当初の共同抵当権者は、建物の取り壊し・再築や、新建物に他の担保権者に抵当権が設定され、新建物に法定地上権が成立することなど、全く予期していないのであるから、斯かる危険を抵当権者に負わせるべきではないものと解している。⁽²³⁾つまり、堀氏は、土地・建物共同抵当においては、土地と建物の価値を一括して抵当権者が把握するものであり、原則として、一括して売却される関係上(例えば、土地付き戸建て住宅の売却など)、抵当権設定当初においては、法定地上権が成立する場合であるところの、競売時に土地と建物の所有者が異別になる場合など想定するはずがないという考え方に基づいているのである。特に戸建て住宅のケースのように、土地と建物とが一体を成していることを予定している場合には、この考え方は実務界における処理としては常識であろう。

右の堀氏の論評と時期を同じくして、学説の側からも、前掲大阪高判昭六三・二・二四を契機として、従来の個別価値考慮説に対する疑問が提起され始めた。

まず、三和一博教授は、抵当権設定者は少なくとも旧建物についての潜在的法定地上権を把握しており、再築の場合にも、それが再築後の新建物に移行すると把えることができるとの前提に立ち、旧建物が滅失し再築されることなく土地抵当権が実行された場合においては、法定地上権は成立せず、更地として売却され、その価値は抵当権者が取

建物の存続を国民経済的見地から容認し、土地抵当権者は当初から把握していた法定地上権価額を控除した価値分（底地価額）のみを把握するに過ぎないものと解しているだけであり、土地・建物共同抵当の場合において、土地抵当権者の把握する担保価値の変動、即ち、潜在的な法定地上権価額を含む旧建物の滅失に起因する担保価値の減少を全く意識していないのである。この点は、前掲した諸学説（註〔5〕参照）に共通していえることである。これが従来から提唱されてきた個別価値考慮説が有する欠陥である。

ところが、実務家においては、学説において全く意識されてこなかった土地抵当権者の損失が明確に意識されていた。例えば、生田治郎判事補（当時）は、建物の存在する土地のみに抵当権を設定した場合には、抵当権者の把握した交換価値は所謂底地価格のみであり、更地価格の三割程度である一方で、建物所有者は右の交換価値を侵害しない限り、土地を自由に利用しうるものであるから、旧建物の改築・取り壊し・再築は自由であるが、土地・建物を共同抵当とした場合には、全部を提供してしまうのであるから、抵当権設定者は更地価格以上の担保を提供する意思とみるべきであり、また、旧建物を取り壊せば、建物に設定された抵当権は消滅し、抵当権者の把握した全体としての交換価値を侵害することになるから、⁽²²⁾ 抵当権設定者は旧建物を自由に取り壊したり、その地上に建物を再築したりすることはできないものと解している。

また、前述したように（註〔9〕参照）、堀龍兒氏は、土地・建物共同抵当の場合には、原則として土地を中心に考えて評価し、建物については建物だけの価格をベースに評価し、古い木造建物であれば建物の評価を全くせず土地の更地価格をベースに評価額とすることが多いという前提に立ち、そもそも、共同抵当権を設定する際には、建物の取り壊しは予定されておらず、取り壊しの際には、抵当権者の承諾を要するはずであり、その承諾なくして、つまり、

の所有者が、土地のみに抵当権を設定した後、建物が再築されたという事案においては、抵当権設定当初から建物が存在している関係上、土地抵当権者は最初から底地価格によって担保評価するはずであり、再築された新建物に法定地上権の成立を認めても、現行の借地借家法の下では、将来的に建物の存続による更新請求が若干問題になる程度であり(同法五条)、格別に土地抵当権者の利益を損なうということはないからである。この点は、既に論じてきた内容から明らかであるが、誤解を避けるため、一言しておく。

それでは、まずは、東京地執行処分平四・六・八までの議論を概観する。

(二) 東京地執行処分平四・六・八以前の議論の状況

まず、前述したように、比較的近時の学説は、大審院及び最高裁の判例法理に賛意を表明し、再築事案においては、再築・改築前の旧建物を標準として法定地上権が成立するものと解しており、例えば、我妻栄博士は、土地に抵当権を設定するにあたって建物の存続を考慮して評価したことが法定地上権を認める要件であるならば、旧建物の存在を担保価値算定の基礎としている限り、建物の滅失後、そのまま放置され、潜在的に取得した法定地上権を放棄したと認める場合、あるいは、所謂「失効の原則」を適用すべき場合にのみ、法定地上権の成立を否定すれば足り、誰が再築したとしても、また、競売手続の開始後に再築されたとしても、法定地上権は成立するものと解している。⁽²¹⁾

この考え方は、詰まるところ、土地抵当権は法定地上権という負担付きの土地の交換価値を把握し、建物抵当権は建物と潜在的な法定地上権の交換価値を把握するものという前提に立ち、旧建物を基準とする法定地上権による再築

四 従来の学説の展開

(一) はじめに

建物の再築と法定地上権という問題について、前述したように、古い学説は、民法第三八八条は抵当権設定時に存在した建物が競売時に存在する場合にのみ適用され、抵当権設定後の再築の場合には第三八九条が適用されるべきものと解していたが⁽²⁰⁾、その後の学説は、土地・建物共同抵当の事案であると否とを問わず、所謂「個別価値考慮説」に立脚した上で、前掲した判例（前掲大判昭一〇・八・一〇、前掲大判昭一三・五・二五、前掲最判昭五二・一〇・一一）に賛意を表明し、旧建物が存在した場合を想定した範囲内における法定地上権が新建物に成立するものとして、再築建物に関する法定地上権の成立を認めてきた（前掲註〔5〕の諸文献参照）。そして、この問題については、その後暫くの間は、学説サイドでは、判例研究が散見された程度であり、殆ど議論されてこなかったといっても過言ではない。そして、前掲した東京地裁平四・六・八の執行処分が現れてからというもの、東京地裁執行部が打ち出した「全体価値考慮説」の理論構成の当否をめぐって、瞬く間に議論が沸騰したというわけである。本段においては、この議論の状況に関する整理と検討を行う。

なお、いうまでもないことと思うが、本稿における問題は、土地・建物共同抵当の事案において検討されるべきものであり、個別抵当の事案においては、法定地上権の成否を問題にする必要はない。なぜなら、例えば、土地・建物

(八) 自己借地権の構成説

(四) 小括

五
結
語

建物の再築と法定地上権（二・完）

―三つの最高裁判決を契機として―

石 口 修

エコノミクス
第六巻第四号
二〇〇二年三月

- 一 問題の所在
- 二 事案の概要
- 三 従来の判例法理（以上、第五巻第四号）
- 四 従来の学説の展開（以下、本号）
 - （一） はじめに
 - （二） 東京地執行処分平四・六・八以前の議論の状況
 - （三） 東京地執行処分平四・六・八以後の議論の状況
 - （イ） 法定地上権肯定説
 - （ロ） 法定地上権否定説