

共有不動産の法定地上権に関する一考察

山田 希

最高裁判平成六年一二月二〇日第三小法廷判決(平成二年(ホ)第六六三三号、建物取去土地明渡等請求事件)民集四八卷八号一四七〇頁

【事実】

本件土地は、 Y_1 (被告・控訴人・被上诉人)とその妻子の三名が共有していたところ、昭和五八年一二月末、 Y_1 の訴外国民金融公庫に対する債務のため、共有者全員が抵当権を設定し、その数日後登記を完了した。一方、この土地にある本件建物は、 Y_1 の先代である訴外Aが所有していたところ、抵当権設定時の三年ほど前にAが死亡したことにより、 Y_1 及び Y_2 を含むAの子ら九名が相続し共有していた。ただし、本件土地、建物がそれぞれ共有に至った経過として、以下のような事実が認定されている。 Y_1 の先代である訴外Aは、 Y_1 が身体障害者であるた

めに将来の生活を案じ、これを保障する趣旨で、自己の所有であった本件土地上に自らの資金をもって本件建物を建築した。いずれも実質的には Y_1 に贈与する意思であったが、土地については、 Y_1 に贈与税を支払う資力がなかったため、 Y_1 とその妻子三名の共有とし、建物については、 Y_1 が事業に失敗し債権者から差押えを受けるおそれがあったことから、訴外A名義で登記した。

以上のような状況のもとで、訴外国民金融公庫の申立てにより、抵当権実行のため本件土地につき競売手続が開始され、X(原告・被控訴人・上诉人)がこれを競落してその所有権を取得した。そこでXは、 Y_1 、 Y_2 を含む九名の建物所有者に対して、所有権にもとづき建物取去土地明渡を求め本件訴えを提起した。これに対する抗弁として Y_1 、 Y_2 ら九名は、本件土地及び建物は抵当権設定当時、いずれも実質的には Y_1 の所有するもので

あり、抵当権の実行により本件建物のために法定地上権が成立したと主張した¹¹⁾。

第一審は、法定地上権の成立を否定し、競落人Xの請求を認容した(判旨は、最高裁とほぼ同様であるので、紹介を省略する)。被告らのうちY₁、Y₂の二名が控訴。

原審は、Y₁、Y₂の主張を認め、以下のように述べてXの請求を棄却した。「土地の共有者の一人が他の共有者の同意の下にその地上に共有建物を所有する場合において、同人の共有持分のみならず他の共有者の持分全部に抵当権が設定せられ同時に競売せられた場合において、……特段の事情があるときは、土地共有者全員について民法三三八条により地上権を設定したものとみなすべき事由が発生したものであるべきであり、これが、他の共有者の意思に反するといふものではない。……したがって、その抵当権に基づき競売が実行され第三者がこれを買ひ受けたときは、建物の共有者の一人がその敷地を単独で所有する場合……と同じく、右土地につき建物共有者全員のため法定地上権が成立するものと解すべきである」。

これを不服として、Xが上告した。上告理由は次の三点に要約できる。①民法三三八条の立法趣旨は、わが国では土地と建物が各々独立した不動産として把握され、さらに、自己所有の

土地に自己地上権等を設定することが認められていないために、同一所有者に帰属する土地、建物の一方又は双方に抵当権が設定され競売されると、土地と建物の所有者が別異になり、建物が存立の根拠を失って収去を余儀なくされる社会経済上の不利益を避けることにある。このような立法趣旨からすれば、約定地上権を設定することが可能な本件においては、法定地上権を成立させる必要がない。②原審は、本件土地建物をY₁の単独所有にすることが、Y₁及び親族らのねらいであったということとを特段の事情と解し、法定地上権の成立を認めている。しかし、当事者の意思とは関係なく、客観的な要件を具備した場合に成立する法定地上権の成否に関し、抵当権者ならびに法定地上権の負担を受ける土地競落人が、およそそうかがい知ることのできない土地共有者間の主観的事情を考慮することは妥当ではない。さらに、③原審は法定地上権の成立を認める理由として、土地共有者全員が土地全体に抵当権を設定しているのであるから、法定地上権を成立させてもY₁以外の共有者の意思に反するものではないと述べている。しかしながら、本件においては約定地上権の設定が可能であるから、法定地上権を成立させる理由としては不十分である。

【判旨】 破棄自判

最高裁は、以下のような理由を述べて原判決を破棄した。「共有者は、各自、共有物について所有権と性質を同じくする独立の持分を有しているのであり、かつ、共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるのであるから、土地共有者の一人だけについて民法三八八条本文により地上権を設定したものとみなすべき事由が生じたとしても、他の共有者らがその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分によつて民法三八八条本文により法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるとする特段の事情がある場合でない限り、共有土地について法定地上権は成立しないといわなければならない」。そして、本件では、土地共有者がY₁の妻子であり、共同して土地の各持分についてY₁を債務者とする抵当権を設定していることから、法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとも考えられるとしよう。しかしながら、土地共有者間の人的関係のような事情は、登記簿の記載等によつて客観的かつ明確に外部に公示されるものではなく、第三者にはうかがい知ることのできないものであるから、法定地上権発生の有無が、他の土地共有者らのみならず、右土地の競落人ら第三者の利害に影響するところが大きいことにかんがみ

れば、右のような事情の存否によつて法定地上権の成否を決することは相当ではない。……本件のように、九名の建物共有者のうちの一名にすぎない土地共有者の債務を担保するために他の土地共有者らがこれと共同して土地の各持分に抵当権を設定したという場合、なるほど他の土地共有者らは建物所有者らが当該土地を利用することを何らかの形で容認していたといえるとしても、その事実のみから右土地共有者らが法定地上権の発生を容認していたとみるならば、右建物のために許容していた土地利用関係がにわかに地上権という強力な権利に転化するこゝとなり、ひいては、右土地の売却価格を著しく低下させることとなるのであって、そのような結果は、自己の持分の価値を十分に維持、活用しようとする土地共有者らの通常の意味に沿わないとみるべきである。「また、右の結果は、第三者、すなわち土地共有者らの持分の有する価値について利害関係を有する一般債権者や後順位抵当権者、あるいは土地の競落人等の期待や予測に反し、ひいては執行手続の法的安定を損なうものであって、許されないとわなければならない」と述べた。

なお、千種秀夫裁判官は補足意見として、「立法論としていうならば、法定地上権の目指す目的は、必ずしも地上権という用益物権の成立を認めなくとも、賃借権あるいは使用借権その他何

らかの敷地利用権を確保してやれば足りる」と指摘している。

【研究】

一 はじめに

建物の共有者のうちの一人にすぎない土地共有者の債務を担保するために、他の土地共有者全員が、その各持分に共同して抵当権を設定した場合、抵当権の実行によって民法三八八条の法定地上権が成立するのであるか。土地共有者の一人が、その土地にある建物を単独所有し、土地の自己持分に抵当権を設定したという事案に関しては、すでに昭和二九年と昭和四四年に二つの最高裁判決が下されている。これら二つの判決は、一方は法定地上権の成立を否定し、他方はこれを肯定するという結論の点では大きな違いがあるものの、原則と例外を示した⁽³⁾ものとして、いくつかの本件評釈では矛盾なく理解されている。すなわち、持分にとどまらない共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となるから、民法三八八条により「地上権を設定したものと看做すべき事由が単に土地共有者の一人だけについて発生したとしても、これがため他の共有者の意思如何に拘わらずそのもの持分までが無視さるべきいわれはないのであって、当該共有土地については地上権を設定したと看做すべ

きでない」ので、共有土地上に法定地上権の発生を認めることは原則として許されない(昭和二九年判決)。しかしながら、「他の共有者がかかる事態の生ずることを予め容認していたような場合においては、右の原則は妥当しないものと解すべき」であり、特殊事情が存在すれば、法定地上権の成立が例外的に肯定されることが明らかにされた(昭和四四年判決)、という理解である(なお、二つの裁判例の事案の内容については、後に二で検討する)。

本判決を、この二つの判決にそって理解すれば、本件では四四年判決のいう「特殊事情」が存在するとはいえないという判断を下したことになるであろう。ただし、本件は、共有地全体について抵当権が設定された事案であり、先行する二つの最高裁判決が持分のみ抵当権を設定している事例に関する判断であるという点で、異なっている。本判決は、同様の事案が過去の裁判例には存在しないことから、——その理由は後で詳述するものの——一つの事例判断を加えたという点で、重要な意義をもつものと思われる。

もつとも、本判決では、本件の諸事情が特殊事情にあたらなことが判示されており、四四年判決以外に、どのような事情のもとで法定地上権の成立が肯定されるのかについては、いま

だに明らかになっているとはいえない。そこで、本稿では、さらに例外的事情がありうるのか、また、存在するとすれば、それはどのような事情であるのかについて、下級審裁判例も参照しつつ、具体的に示すこととする。

そこで、まず二において、共有不動産の法定地上権に関する裁判例を概観し、判例の傾向を明らかにする。判例は、前述したように、共有地「全体」に対する地上権が共有者全員の負担にすることを理由として、法定地上権の成立を原則否定する立場をとっている。そこで、法定地上権が「持分」の上に成立する場合、この問題にどのような影響があるのか、またそもそも成立する可能性があるのかという点についても、簡単に学説を紹介する。つづく三では、共有不動産の法定地上権に関する学説を紹介し検討したうえで、筆者の立場を明らかにする。そのうえで四では、本判決が呈示した「他の共有者らがその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分にゆだねていたことなどにより法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるとする特段の事情」とは、どのような事案のもとで認められるのかについて、具体的に示すことを試みる。最後に五において、本判決の射程を含め、本稿の結論をまとめることとする。

二 共有不動産の法定地上権に関する裁判例

法定地上権が問題となった判決は、筆者が探しえたかぎりでは、戦後、下級審判決を含めて一七四件存在するが、そのうち共有不動産に関する判決は、本判決のほかわずか七件があるにすぎない。以下、そのうち最高裁判決である四件について、不動産の共有形態と抵当権の設定状況に着目しつつ紹介しよう。

共有不動産に関して法定地上権の成否が最初に問題となったのは、次のような事案についてであった（後掲裁判例「一」事件）。抵当権設定当時、土地は甲乙の共有、建物は甲の単独所有であった。土地の甲の持分に抵当権が設定され、これを競落した丙が、建物を甲から相続した丁に対して、建物取去土地明渡を請求した。最高裁は、法定地上権の成立を認めた原判決を破棄し、丙の主張を認める判決を下した。その理由の骨子は次の二点である。①本来、共有者は、各自共有物について所有権と性質の同じ独立の持分を有しているから、たとえ土地共有者の一人がその土地に地上権を設定したとしても、そのために他の共有者の意思いかんにかかわらず、その者の持分までが無視されるいわれはない。②民法三八八条が、建物の存在を全うさせようとする国民経済上の必要を顧慮した規定であることは疑いないが、同条によって地上権を設定したとみなされる

のは、抵当権設定者が当該土地について所有者として完全な処分権を有するからにはかならず、他人の共有持分について、本人の同意なく地上権設定等の処分をなしうることもでも認めたい趣旨と解することはできない。

これに対して、「一」事件と同様の共有形態でありながら、例外的に法定地上権の成立が認められている裁判例もある(後掲裁判例「三」事件)。この事案の概要は次のとおりである。甲は乙から仮換地の一部を買い受け、その土地上に建物を建築した。その後、甲は丙から金銭を借り受け、この建物に抵当権を設定した。丙は貸金の弁済を得られなかったので、建物につき競売を申し立て、みずから競売してその所有権を取得するとともに、競落代金から貸金の一部の支払いを受けた。丙から甲に対し貸金の残金の支払いを求めたところ、甲は、自己の土地上に丙が建物を所有しているのは不法占拠であり、これによって発生した損害賠償債権を自動債権として貸金残債権と相殺する旨の相殺の抗弁を提出した。丙は、再抗弁として、法定地上権の成立を主張した。最高裁は、まず、甲乙間の仮換地の一部分を目的とする売買契約により、甲と乙が従前の土地について共有関係を生じ、仮換地上の使用収益権についても準共有関係を生じているとした。そのうえで、法定地上権の成否に関して、「仮換地

上の建物が競落された場合においては、法律上は従前の土地について法定地上権が設定されたものと看做され、右法定地上権に基づいて仮換地上の使用収益が許されることになる」と述べた。さらに、共有地の法定地上権に関しては、「土地が共有である場合に、共有者の一人の所有にかかる地上建物が競落されるに至つても、共有土地の上に法定地上権の発生を認めることが原則として許されないことは所論のとおりであるが」として前記「二」事件判決を引用したうえで、「右は他の共有者の意思に基づかないで該共有者の土地に対する持分に基づく使用収益権を害することを得ないことによるものであるから、他の共有者がかかる事態の生ずることを予め容認していたような場合においては、右の原則は妥当しないものと解すべきである」として例外的取扱いがありうることを認め、法定地上権の成立を肯定した。この「三」事件は、仮換地の特定部分の売買により、法律上は甲乙が土地の使用収益権を準共有する形となっているものの、実質は甲が土地を単独所有しているという非常に特殊な事案であった(実際、判決当時には本換地処分がなされて、登記簿上も甲の単独所有となっていた)。

さらに、土地は単独所有であるが、建物が共有という事案もある(後掲裁判例「四」事件)。土地が甲の単独所有、建物が甲乙

丙の共有で、土地に根抵当権が設定され、競落人丁が建物の譲受人に対して、建物取去土地明渡を求めて訴訟を提起した。最高裁は、「建物の共有者の一人がその建物の敷地たる土地を単独で所有する場合においては、同人は、自己のみならず他の建物共有者のためにも右土地の利用を認めているものというべきであるから、同人が右土地に抵当権を設定し、この抵当権の実行により、第三者が右土地を競落したときは、民法三八八条の趣旨により、抵当権設定当時に同人が土地および建物を単独で所有していた場合と同様、右土地に法定地上権が成立するものと解するのが相当である」として、丁の主張を認める判決を下した。学説も、土地が単独所有、建物が共有という事案に関して⁽⁴⁾は、判例とほぼ同様の理由から法定地上権の成立を認めている⁽⁴⁾。

最後は、土地と建物の双方が甲乙の共有で、甲の債権者に差押えられた土地の甲の持分が強制競売され、競落人丙が建物の所有者である甲乙に対して地上権の不存在確認を請求した事件である⁽⁵⁾（後掲裁判例「一〇」事件）。最高裁は法定地上権の成立を否定したが、その理由は「一」事件と同じく、甲のために地上権が成立するとすれば、乙は自己の意思にもとづかず、甲のみの事情によって土地に対する使用収益権を害されることになる

いうものであった（なお、法定地上権が成立することを認めなくても、ただちに建物の取去を余儀なくされるという関係にない）、民事執行法八一一条の趣旨に反することもないと付言している）。

以上、四件の最高裁判決例を概観した結果、判例の立場を次のようにまとめることができるように思われる。まず、土地が単独所有の場合には、建物が共有であっても法定地上権の成立を認める。その理由は、土地の所有者が「自己のみならず他の建物共有者のためにも右土地の利用を認めている」からである。反対に、建物が単独所有で土地が共有の場合には、原則として法定地上権の成立を否定する。土地が共有の場合には、もともと共有持分権者は土地を単独で処分しえず（民法二五一条）、また、かりに法定地上権の成立を認めると土地全体に成立することになり、他の共有者の意思を無視して不利益を与えることになるためである。ただし、例外的に、他の共有者がその不利益をあらかじめ容認していた事情がある場合には、法定地上権の成立を肯定する。このような例外的取扱いはい「三」事件にみられるが、先に述べたとおり非常に特殊な事案であった。したがって、土地が共有である場合に、この例外的取扱いがどの程度まで認められるかについては、必ずしも明らかにっていない

た。本判決は、この点について、地上建物の共有者の一人にすぎない土地共有者甲の債務を担保するために、土地共有者の全員が各持分に共同して抵当権を設定した場合に、法定地上権の成立を否定することを示し、間接的に一つの事例判断を加えたことになった。

ところで、判例は、他の共有者が不利益を被ることを回避するために、原則として、法定地上権の成立を否定しているが、持分の上に用益権を設定し、他の共有者の負担にならない法定地上権を観念しうるであろうか。判例・通説⁶⁾は、持分権に対する用益権設定を否定しているが、一部の学説にはその可能性を探るものもある。かりに持分上の用益権設定が可能であるとすれば、法定地上権についても土地の共有持分の上に成立することが認められるであろう。そうなると他の共有者の意思を無視して不当に利益を侵害するという本判決の理由は説得力を失うことになる。そこで、以下では、この議論について簡単に紹介し、検討することとしよう。

土地の共有持分の上に、地上権や賃借権といった用益権を設定できないことは通説である。本判決においても、「一」事件と同様に、「共有地全体に対する地上権は共有者全員の負担となる」と述べられている。通説が説明する理由は、「用益物権は、

設定行為によって定められた目的の範囲内において目的土地を全面、排他的に使用・収益しうる物権なのであるから、持分の上にこれらの権利を設定することは、他の持分権者の同意があっても、他の持分権に基づく使用・収益権……と抵触せざるをえ「ない」というものである。⁷⁾この理由に対して、他の共有持分権によって制限された地上権を観念しうるとする以下のような反論がある。「共有者は——その1人1人が自由勝手にというわけにはいかないが——全員として目的物の使用収益をなしうる……」。地上権や賃借権の準共有者たちも同様である。だとしたら、共有者のうちの1人がその持分権に基づいて設定した地上権や賃借権の権利者が、他の共有者(または、その1人から地上権や賃借権の設定を受けた者)と並んで、皆で(共有者たちがする場合と同様に)目的物の使用収益をする、ということも、論理的には十分成り立ちうることではあるまいか。⁸⁾

共有持分権に対して用益権を設定することが、理論上不可能であるとする別の理由として、共有持分権は、所有権と同じ性質の一つの「権利」であり、「物」ではないから、賃借権の客体とはなりえないという説明が用いられる。すなわち、民法六〇一条には、「或物ノ使用及ヒ収益ヲ為サシムル……」とあり、賃借権は「物」を対象とした権利であるが、共有持分は「権利」であつ

て「物」ではないから、用益権の対象とはならないという。地上権についても民法二六五条が、「他人ノ土地ニ於テ……其土地ヲ使用スル……」と規定していることから同様の理屈が当てはまると思われる。しかしながら、これに対しても、次のような反論がある。「奇妙な議論である。何故なら土地に地上権や賃借権を有効に設定するには、その土地についてそのような権限を有する者の同意が必要である。典型的には、所有者であろう。この場合、所有権の上に地上権や賃借権を設定するとはいわないであらう。地上権者や永小作権者も賃借権を設定しうるが（民法二七二条）、これも、土地を賃貸するのである。とすれば、共有持分についても同様といわねばならないだろう」。

ここまで述べてきたように、持分権に対する用益権の設定を不可能とする理由に対してはそれぞれ反論がある。しかしながら、持分権上の賃借権を肯定する論者も、地上権に関しては意見を留保している。なぜなら、「当該用益権者以外の他者（他の共有者など）の意思とか、これらとの妥協の成立など、外在的な条件が整って始めて所期のような（登記簿上に記載されたとおり）（土地使用収益が現実になるような、そのような用益権を地上権と呼ぶことが、物権法定主義などと抵触しない）かという、疑問の余地があるからである。物権法定主義に抵触するか

否かは別として、現在のところ筆者には、持分権に対する用益権、あるいは法定地上権という技巧的な手法を肯定しなければならぬほどの、積極的な理由は思い当たらない。したがって、以下では通説にしたがい、法定地上権が持分ではなく共有地全体に成立することを前提に検討を進めていく。

三 共有不動産の法定地上権に関する学説

二では、かりに当事者が土地の持分に抵当権を設定した場合であっても、持分の上に法定地上権が成立することは認められず、したがって、法定地上権が成立するとすれば土地全体に成立することになり、他の共有者にも影響が及ぶことが明らかとなった。そこで三では、共有不動産の法定地上権に関する学説の状況について紹介する。学説は、共有不動産に抵当権が設定された場合について、法定地上権の問題ではないとする見解¹²⁾と、法定地上権の問題としてとらえる見解¹³⁾とに大きく分かれる。これら二つの見解は、不動産が共有である場合の土地利用関係を、前者は、土地共有者全員による建物共有者全員のための約定土地利用権の設定があるとし、後者は、土地及び建物の各共有者相互の關係に分解して考えるという点で異なっている。前者の見解に立つ学説は、その理由として、土地及び建物

の各共有者相互の關係に分解して考えたとすると、「部分的には、既存の約定土地利用關係の承継が問題となり、また、部分的には、法定地上權關係が成立することになるかもしれない。しかし、このように考えることは、約定土地利用關係の内容と法定地上權の内容が異なる場合……に、收拾しがたい錯雜した法律關係を現出させることになる」と述べて、後説を批判する。前説によれば、「土地共有者側……が交代した場合に建物共有者側がその土地使用權を持統できるかは、この土地使用權の對抗力の問題であり、また、建物所有者側……が交代した場合に新しい建物所有者側がその土地使用權を土地所有者側に主張する場合は、この土地使用權の讓渡性の問題として解決される」ことになり、法定地上權の問題は生じないことになる。しかしながら、この見解に対しては、自己借地權を設定しうることが前提とされなければならない点に解釈論として難点があり、そのうえ、固有の使用權を有しながら利用權を設定することが、一般社会の法意識に沿うのかという疑問が生じるとする批判がなされている。¹⁵⁾

一方、後者の法定地上權の問題としてとらえる見解には、大きく分けて三つの学説——①全面肯定説、②従来の土地利用關係存続説、③原則的否定説——がある。

全面肯定説(①)は、国民經濟上の必要という民法三三八条の立法趣旨を根拠として、法定地上權の成立を肯定する。この見解をとる論者は、「わが国の実際では、土地の共有者の一人がその上に単独で建物を所有する場合には、自分を含めた共有者全員との間に土地の利用關係が設定されるとまで合理的には考えず、従ってその利用關係について第三者に対する對抗要件を備えることにも考え及ばないのが普通かもしれない。その意味で法定地上權を問題にすることにあえて反対はしない」と述べ、さらに、「それなら、甲の建物所有のための用益權は、甲と乙の關係にもよるのであるが、原則として、すこぶる強力なものであって、法定地上權に顕現しても不当ではない」という。¹⁶⁾ しながら、最高裁(後掲裁判例「一」事件)も指摘するように、建物所有者以外の土地共有者の意思を無視することになり、あまりにも建物の保護にかたよりすぎた結果となってしまう点に問題があるように思われる。

従来の土地利用關係存続説(②)は、建物の保護と土地共有者の利益とのバランスをはかった折衷的な見解である。この見解に立つ学説は、それぞれニュアンスに多少の相違があるものの、乙が甲に対して負担していた利用權が、乙との關係では從來どおり存続し、甲の持分の關係では改めて民法三三八条を根

拠として発生するという。¹⁷⁾そして、「民法三八八条の意味は、地上権を設定することにあるのではなく、土地利用の継続を保障する点にあるとみるべきであり、それ故に、法定地上権の内容および効力が当事者の意思ないし予期に副うよう賃借権の範囲内に縮減されても、それは決して同条の立法趣旨に反するものではなく、必要があれば許されうるとの解釈が可能である」ことを根拠としている。この説に対して、なぜ従来の土地利用関係が存続するのか論理的な根拠が示されていないこと、賃借権が成立するとすれば、法定賃借権という条文にない権利を認めることになるので、解釈論としては限界があるとの批判がなされている。¹⁸⁾

原則的否定説^③は、土地が共有の場合には、もともと特定の共有者は土地を単独に処分しえないこと、かりに法定地上権を認めるとすると、他の共有者が自己の意思とは無関係な事情で不利益を被ることになるという理由で、原則的にはこれを否定するが、例外的に、他の共有者がその不利益をあらかじめ容認しているときには法定地上権の成立を肯定する。判例は、この原則的否定説に立っている。なお、「第三者の利益を害さない限りにおいて」という一定の要件をもうけて、例外が許容される範囲を制限する学説も存在する。²⁰⁾

以上の学説を検討すると、次のことが明らかとなるように思われる。共有不動産の土地利用関係について、土地共有者全員による建物共有者全員のための約定土地利用権の設定があると、この見解に立たないかぎり、土地と建物の双方を共有する者は、建物のために土地利用権を設定することができない。したがって、共有不動産についても、既存建物を存続させるという国民経済上の必要からすれば、単独所有の場合と同様に法定地上権制度が必要である。しかしながら、単独所有の場合と異なると、共有不動産に抵当権が設定された場合には、法定地上権の成否に関して共有者の意思を考慮せざるをえない。このような事情から、全面肯定説^①は、民法三八八条の立法趣旨にはかなっていないが、共有者の意思を度外視しているために妥当ではない。また、従来の土地利用関係存続説^②は、立法趣旨と共有者の利益の調整をはかっている点で優れているが、法定賃借権を認めることになるなど、解釈論の枠を越えることになるであろう。そこで筆者は、判例と同じく、原則的否定説^③を採用したいと考える。すなわち、共有者があらかじめ法定地上権の発生を容認しているなどの特段の事情が存在する場合を除いて、法定地上権の成立を原則として否定するという説である。ただし、この第三説を採用する場合、昭和四四年判決の事

案のように、事実上、土地が単独所有であるような場合以外に例外的取扱いをどのような基準で認めるのかについて、明確化する必要がある。そこで、次に四において、この特段の事情が認められる範囲を具体化するために、共有者や利害関係者の立場から法定地上権の成否に関して検討する。

四 特段の事情に関する検討

三において、土地が共有である場合には、共有者の意思を無視しえないという理由から、原則として法定地上権の成立を否定すべきであるという態度を選択した。しかしながら、土地が共有である場合に常に法定地上権の成立が否定されるとすれば、かえって、当事者の合理的な意思にそぐわない場合もあろう。本判決もそのような場合に配慮し、「他の共有者らがその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、右土地共有者の処分しゆだねていたことなどにより法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情がある場合」という定義を掲げて、法定地上権が例外的に成立する余地を示唆している。そこでこの四では、どのような場合に法定地上権の発生をあらかじめ容認していたと認めることができるのかについて、具体例を提示したい。

まず、本件のように、共有者が親族関係にあるような場合に、法定地上権の発生をあらかじめ容認しているといえるであろうか。本判決ではこの点に関して以下のように述べられている。「土地共有者間の人的関係のような事情は、登記簿の記載等によつて客観的かつ明確に外部に公示されるものではなく、第三者にはうかがい知ることのできないものであるから、法定地上権発生の有無が、他の土地共有者らのみならず、右土地の競落人ら第三者の利害に影響するところが大きいことにかんがみれば、右のような事情の存否によつて法定地上権の成否を決することは相当ではない」。

それでは、共有者全員が土地全体に抵当権を設定しているという客観的事実をもって、他の共有者が法定地上権の成立をあらかじめ容認しているとみることができないであろうか。この点に関しても、本判決は以下のような理由を述べて、否定的に解している。共有者全員が土地全体に抵当権を設定しているという事実をもって、他の土地共有者が法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみるとすれば、「右建物のために許容していた土地利用関係がにわかに地上権という強力な権利に転化する事となり、ひいては、右土地の売却価格を著しく低下させることとなるのであって、そのような結果は、自己の持分の価

値を十分に維持、活用しようとする土地共有者らの通常の意思に沿わないとみるべきだからである。また、右の結果は、第三者、すなわち土地共有者らの持分の有する価値について利害関係を有する一般債権者や後順位抵当権者、あるいは土地の競落人等の期待や予測に反し、ひいては執行手続の法的安定を損なうものであって、許されないとわなければならない。つまり、①従来の土地利用権が地上権という強力な権利となる、②土地の売却価格を著しく低下させる、という二つの理由から、共有者全員が土地全体に抵当権を設定しているからといって、法定地上権の発生をあらかじめ容認しているとはいえないというのである。

そこで、まず第一点の従来の土地利用権が地上権という強力な権利になることによる不利益について、検討してみよう。従来の土地利用権が地上権であった場合には、法定地上権を成立させても利益状況に変化はないであろうが、賃借権や使用貸借権であった場合はどうかであろうか。もちろん、特別法によって不動産賃借権の内容は強化されているが、賃借権の譲渡、転貸には賃貸人の承諾が必要であるなど、やはり地上権と賃借権という土地利用権の差は大きい。ましてや、使用貸借権と地上権を比較した場合、両土地利用権の差はなおさらである。した

がって、賃借権や使用貸借権が法定地上権に転化することは、土地共有者に不利益を与えることになるであろう。しかしながら、他の土地共有者自身が建物をも共有する場合には、賃借権や使用貸借権が地上権に転化したとしても、それほど問題はないように思われる。なぜなら、一方で、他の共有者に地上権を許す不利益があるものの、他方で、自己も他の共有者に対して、地上権という強力な利用権を取得することができるからである。

次に、第二点の土地の売却価格の著しい低下という点について検討してみることとする。土地の価格は、種々の要因によって決定されるが、その土地に他者の利用権が付着しているか否かによって大きく異なる。地上権の価格は、通常、商業地では更地価格の六〇ないし八〇パーセントであるから、法定地上権の負担がついた底地価格は、更地価格の二〇ないし四〇パーセントにすぎない²¹⁾。土地の共有者は、自己の持分を自由に処分することができるのであるから、土地の売却価格の低下は、当然ながら、土地共有者にとって不利益になる。しかしながら、この点に關しても、他の土地共有者自身が建物をも共有する場合には、問題は生じないように思われる。なぜなら、地上権の成立によって土地の価格は低下するが、その分、借地権の価格が

付加されて建物の価格が上昇するからである。ただし、土地共有者の土地の持分割合が建物の持分割合より大きいときには、この理屈は当てはまらない。しかし、たとえそのような場合であっても、国民経済という民法三八八条の立法趣旨を考慮すると、土地と建物の持分割合の差によって生じる土地共有者の損害は、地上建物を取り壊さなければならぬほど大きな問題ではないと筆者は考える。

以上の検討の結果として、次のことがいえるであろう。土地共有者全員が土地全体に抵当権を設定したとしても、法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることはできない。なぜなら、法定地上権の発生によって二つの弊害——①従来の土地利用権の地上権への転化と、②土地の売却価格の著しい低下——が生じるために、通常、自己の持分の価値を十分に維持、活用することができないからである。しかしながら、他の共有者自身が建物と共有している場合、すなわち、土地と建物を同一人が共有している場合には、法定地上権の成立を認めても、持分の大小で多少の損害が生じる可能性はあるものの、弊害はそれほど大きくないため、他の共有者が法定地上権の発生をあらかじめ容認していると擬制することが可能であると思われる。そして、土地と建物の共有者が同一のメンバーで構成されていると

いうことは、登記簿から明らかとなる客観的事実といえるので、法定地上権の発生を容認しているという共有者の意思を予測することが可能であることから、第三者についても、不測の損害を被ることはないであろう。したがって、土地と建物の共有者が同一であり、かつ、土地全体に抵当権が設定された場合には、法定地上権を成立させてもよいと考える。

以上の解釈は、民法三八八条にいう「土地及び其上ニ存スル建物方同一ノ所有者ニ属スル」(傍点筆者)という文言からも、十分に読み取ることができるであろう。下級審裁判例である「二事件は、土地と建物を甲乙が共有しており(持分割合は、土地も建物も甲が三分の二、乙が三分の一である)、土地全体に抵当権が設定された事案であるが、裁判所は法定地上権の成立を肯定している。²²⁾なお、以上の見解は、土地全体について抵当権が設定された場合に関するものであるが、土地と建物の共有者が同一であつて、建物全体に抵当権が設定された場合にも、法定地上権の成立を認めてよいと思われる。自分で抵当権を設定しておきながら、地上権の成立を否定することは正当性を欠くからである。

五 結語

最後に、本判決の射程も含め、本稿の結論をまとめておくこととする。

本稿では、判例が、土地が共有の場合には、原則として法定地上権の成立を否定する立場をとっていることを明らかにした。土地が共有の場合には、もともと共有持分権者は土地を単独で処分しえず（民法二五一条）、また、かりに法定地上権の成立を認めると土地全体に成立することになり、他の共有者の意思を無視して不利益を与えることになるためである。

次に、共有不動産の法定地上権に関する学説が、全面肯定説、従来の土地利用関係存続説、原則的否定説に分かれていることを紹介した。全面肯定説は、他の土地共有者の意思を無視することになる点に、従来の土地利用関係存続説は、法定賃借権という条文にない権利を認めることになるという点にそれぞれ欠点があり、結局、筆者が判例と同じ原則的否定説を採用することを示した。この説では、共有者があらかじめ法定地上権の発生を容認していたなどの特段の事情がないかぎり、法定地上権の成立は否定されることになる。

そこで、この特段の事情が、どのような事案のもとで認められるのかということを具体的に示すために、共有者や第三者の

利益状況に着目して法定地上権の与える影響について考察を加えた。法定地上権の成立は、土地利用関係を地上権という強力な権利に転化させ、土地の売却価格を著しく低下させるため、大きな弊害をもたらす。しかし、土地と建物の共有者が同一人であり、かつ、土地全体、あるいは建物全体に抵当権が設定された場合には、共有者に大きな損害はなく、第三者にも不測の損害を与えることはない。したがって、このような事案のもとでは、法定地上権の成立を肯定してもよいという私見を示した。

このような本稿の立場からすると、本判決はきわめて妥当な判断を下したものと評価することができる。本件は、地上建物の共有者の一人にすぎない土地共有者の債務を担保するために、土地共有者の全員が共同して抵当権を設定したという事案であり、法定地上権の成立を否定する判断が下された。本件のように、土地全体に抵当権が設定されているとしても、土地と建物の共有者が一人を除いて異なっているときには、他の共有者が法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることはできない。なぜなら、他の共有者は建物を所有していないために、法定地上権の設定によって土地の売却価格の低下という不利益のみを受けることになり、このような結果を、自己の持分

を自由に処分することができる共有者が、通常、望んでいると考えることはできないからである。したがって、繰り返しをおそれずにいえば、法定地上権の成立を否定したことは、従来の判例にそうものであり、妥当な判断であったということができるのであろう。

本件の事案と関連して、土地は甲乙の共有、建物は甲の単独所有で、土地全体に抵当権が設定された場合に、法定地上権が成立するか否かが問題となる。本判決からは、このような事例に対する判断が必ずしも明らかではないものの、法定地上権の成立を肯定する見解が存在する。²³しかし、本稿で述べた理由から、乙の損害を回避することができないこのような場合には、法定地上権の成立は否定されるべきであると考ええる。

なお、現行の借地借家法(平成三年一〇月四日成立、翌平成四年八月一日施行)は、その一五条で「他の者と共に有することとなることに限り」、自己借地権を設定することを認めている。²⁴したがって、現在では、建物が共有の場合には、抵当権設定時に自己借地権を設定することも可能であり、従来、法定地上権の問題とせざるをえなかつた事例の多くが、約定利用権の存続の問題として把握されることになるであろう。したがって、今後は、この制度と法定地上権の関係についての議論が活発になる

ものと予想される。

注

- (1) このほか、①Y₁とその妻子三名との間には、約定地上権が設定されていた、②Xは金融業を営んでおり、土地の権利関係については熟知しているところ、本件は、原告がY₁ら九名が遺産分割の協議中であることを知りながら、家族間では第三者間において締結するような地上権、賃借権の設定がありえないことを熟知して本件土地を競落し、法律関係を不安定にして利益を得ようとするもので、本件建物収去土地明渡を求めるのは権利の濫用である、という抗弁も提出されたが、本件全証拠によっても認めるに足りないとして斥けられた。
- (2) 後掲裁判例「一」、「三」事件。
- (3) 「原則と例外を」示すものとして、瀬木・後掲評釈七一頁、伊藤・後掲評釈四二頁。
- (4) 我妻栄「新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)」(一九六八年)三六一頁以下、我妻栄編「判例コンメンタールⅢ担保物権法」(清水誠執筆)(一九六八年)四四二頁、川井健「担保物権法(現代法律学全集7)」(一九七五年)九三頁、岩本信行「共有不動産をめぐる法定地上権の成否——区分所有建物にも関連して——」判例夕

- イムズ三八六号（一九七九年）三七頁、柚木馨、高木多喜男「担保物権法」第三版（一九八二年）三五五頁。
- (5) したがって、ここでいう法定地上権は民事執行法八一条に基づくものであるが、民法上の法定地上権と民事執行法上の法定地上権とは、立法趣旨も成立要件もほぼパラレルに考えよう。
- (6) 勝本正晃「物権法」(一九五〇年)一五二頁、鈴木祿弥「土地共有者の一人だけについて民法第三八八条本文の事由が生じた場合と法定地上権の成否」民商法雑誌三二巻五号（一九五六年）九四頁、川島武宜編「注釈民法」(川井健執筆)（一九六八年）三〇八頁、宇野栄一郎「判批」別冊ジュリスト不動産登記先例百選第二版（一九八二年）八〇頁以下（ただし、賃借権設定については肯定）、林良平「物権法」(一九八六年)一一七頁、広中俊雄「物権法」第二版増補（現代法律学全集6）（一九八七年）四二二頁など。
- (7) 宇野・前掲注(6)八〇頁以下。
- (8) 幾代通「共有持分権に対する用益権の設定と登記」民事研修三二七号（一九八四年）一一二頁。
- (9) 昭和四八年一〇月二三日民三第七六九四号民事局長回答（登記研究三二〇号六三頁）。
- (10) 前田達明「共有持分への用益権の登記」判例タイムズ五〇一号（一九八三年）八頁。
- (11) 幾代・前掲注(8)一一頁。
- (12) 我妻・前掲注(4)三六〇頁以下、鈴木祿弥「借地法上巻」(改訂版)（現代法律学全集14）（一九八〇年）二六一頁。
- (13) 例えば、岩本・前掲注(4)三三二頁。
- (14) 鈴木・前掲注(12)二六一頁。このほか、ほぼ同様の見解に立つ学説として、我妻・前掲注(4)三六二頁以下、槇梯次「担保物権法」(一九八一年)二三三頁以下がある。
- (15) 岩本・前掲注(4)三三二頁。
- (16) 我妻・前掲注(4)三六〇頁以下。このほか、この見解に立つ学説として、川井・前掲注(4)九二頁。
- (17) 清水・前掲注(4)四四二頁以下。このほか、この見解に立つ学説としては、次のようなものがある。
- 半田説は、土地全体に法定地上権が成立するが、「対外的には地上権として現われ地上権としての効果をもつが、対内的には……賃借権的な内容および効果しかもちえないものとして取扱うべき」であるとする（半田正夫「不動産の共有と法定地上権」(「近代法学」一七巻一・二号)（一九六九年）二一九頁）。
- また、高木説は、「乙に対する関係では、従前の約定利用権

が存続し、丙に対する関係では、民法三八八条の要件の具備により、発生すべき法定地上権が、法律関係の複雑化の回避、持分権上の地上権の不成立といった政策的理由から、甲・乙間の約定利用権に同化、変質して成立し、甲には、乙・丙間に一体としての約定利用権が存在するという事となる」としている(高木多喜男「金融取引と担保」(一九八〇年)一五九頁)。

なお、柚木Ⅱ高木・前掲注(4)三五四頁以下も同趣旨である。

(18) 半田・前掲注(7)二二二頁。

(19) 岩本・前掲注(4)三四頁。

(20) 岩本・前掲注(4)三五頁。

(21) 底地とは、「宅地について借地権の付着している場合における当該宅地の所有権をいう」と定義されている(岡本茂延「不動産鑑定評価実務体系」(一九八四年)五一頁参照)。なお、法定地上権の成立による土地の売却価格の低下については、田原睦夫「実践 担保のとり方・活かし方」(一九九四年)六四頁以下を参考にした。なお、古曳正夫「条文にない債権回収のはなし」⑦『担保物件の調査』という大変な仕事」NBL三九二号(一九八八年)四四頁以下も参照されたい。

(22) ただし、この事案は、土地の持分権者ではなく訴外Aの債務のために土地全体に抵当権が設定されているので、参考例としてはかならずしも適当ではない。

(23) 難波孝二「法定地上権」大石忠生Ⅱ岡田潤Ⅱ黒田直行編「裁判実務大系7」(一九八六年)二四二頁以下、廣田民生「現況調査と法定地上権」執行官雜誌二〇号(一九八九年)二二頁、村上久一「法定地上権について」判例タイムズ七七二号(一九九二年)二二頁は、法定地上権の成立を肯定する。

(24) 自己借地権制度は、昭和三五年七月に公表された「借地借家法改正要綱案」においては、法定地上権に代わる制度として位置づけられている。自己借地権の立法経過については、村田博史「自己借地権制度の創設」ジュリスト九三九号(一九八九年)一〇六頁以下、上原由起夫「自己借地権」法律時報六四卷六号(一九九二年)四〇頁以下、岩城謙二「自己借地権」ジュリスト一〇〇六号(一九九二年)八〇頁以下、小川幸士「自己借地権」判例タイムズ七八三号(一九九二年)五二頁以下に詳しく紹介されている。

本判決のおもな評釈としては以下のものがある。

瀬木比呂志 ジュリスト一〇六五号（一九九五年）七一頁
東高民三二卷七号一五七頁。

伊藤 進 金融法務事情一四二八号（一九九五年）四〇頁

同 判例セレクト'95（法学教室一八六号別冊付録二

〇頁

三和 一博 私法判例リマックス二二二号（一九九六年）二五頁

村田 博史 法学教室一七八号（一九九五年）八四頁

良永 和隆 法学セミナー四九五号（一九九六年）五〇頁

判例一覧

〔一〕最判昭和二九年二月二三日 民集八卷二二二号二三三五

頁。

〔二〕東京地判昭和四二年二月二六日 下民集一七卷一一・一

二号一三三五頁。

〔三〕最判昭和四四年一月四日 民集二三卷一一号一九六八

頁。

〔四〕最判昭和四六年二月二二日 民集二五卷九号一六一〇

頁。

〔五〕東京地判昭和五二年一〇月二七日 判時八八二号六三三頁。

〔六〕東京地判昭和五三年二月一日 下民集二九卷一〇四号五三

頁。

〔七〕東京高判昭和五六年七月六日 東高民三二卷七号一五七

頁。

〔八〕札幌高判昭和六〇年二月二二日 判タ五五四号二〇八頁。

〔九〕東京高判平成三年一月二七日 判タ七六八号一五九頁。

〔一〇〕最判平成六年四月七日 民集四八卷三三〇号八八九頁。

【付記】

本稿は、平成八年六月一五日に名古屋大学法学部において開催された民事判例研究会での報告原稿を加筆・修正したものである。