

資料

建物共有者の一人がその敷地共有
持分を有する場合の土地抵当権の
実行と法定地上権の成否

村田
裕

最高裁第三小法廷 平成6年12月20日判決
(平成2年(オ)663号、建物収去土地
明渡等請求事件)

民集48巻8号1470頁、
判例時報1519号73頁、
判例タイムズ873号84頁

【事実の概要と経過】

本件土地と、その上にある建物は、もともと先代Pが所有していた。そのうち、本件土地については、Pが生前に、Pの息子Y1とその妻子W1・W2合わせて3名に、共有持分3分の1ずつで贈与していた(贈与による所有権移転登記を経由)。また本件建物は、Y1が占有していたが、Pの死亡により、Y1を含むPの子Y2～Y9の9名が共同相続し、共有している状態であった。

このような状態の下で昭和58年12月23日、Y1

は、Y1を債務者として、本件土地につき妻子W1・W2と共に、訴外M公庫のために抵当権を設定し、同月29日、その旨の登記を経由した。

昭和60年12月7日、M公庫の抵当権実行の申立てにより、本件土地につき競売開始決定がなされ、同月9日には差押登記がなされた。(おそらくこの頃までに、Zが、Y1から本件建物の2階6畳間を賃借し、占有したものと推測される。)

昭和62年7月29日、Xが本件土地を競落し、所有権を取得した。Xは、Y1～Y9の9名に対し、建物収去・土地明渡しを求めて、訴えを提起した(それと共に、Zに対しても、建物退去・土地明渡しを求めて訴えを提起した。)この訴えに対して、被告らは、法定地上権等を抗弁として提出した。

法定地上権が認められるかどうか、本件事案の争点である。

第一審は、法定地上権の成立を否定して、Xの請求を認容した。そこで、被告らのうち、Y1とY2の2名が控訴した。

原審は、逆に法定地上権の成立を肯定して、第一審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。その理由とするところは、まず、本件土地・建物をめぐる権利関係のいきさつを「特段の事情」として捉える点にある。すなわち、「Pは、控訴人Y1が身体障害者であるため将来の生活を案じこれを保障する趣旨で、その所有であった本件土地上に自己の資金をもって本件建物を建築し、いずれも実質的には控訴人Y1に贈与する意思であったが、土地については同人に贈与税を支払う資力がないので同人を含む三名の共有とし、建物について控訴人Y1が商売に失敗しその債権者から差押えをうけるおそれがあったので自己の名義で登記したことが認められ」と述べる。続いて、法定地上権の成否に関して、「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された場合において、前記のような『特段の事情』があるときは、土地共有者全員について民法388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うものではない。…中略…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（最高裁昭和46年12月21日判決）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。」と述べて、前記『特段の事情』があることを前提に、法定地上権の成立を肯定したのであった。

そこでXが上告。

最高裁は、次のように判示して法定地上権の成立を否定し、上告を認容した（原判決を破棄し、Y1らの控訴を棄却）。

【判旨】

「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ものであり、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388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ような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（最高裁昭和26年（オ）第285号同29年12月23日第一小法廷判決・民集8巻12号2235頁、最高裁昭和41年（オ）第529号同44年11月4日第一小法廷判決・民集23巻11号1968頁参照）。

これを本件についてみるのに、/中略/本件土地の共有者らは、共同して、本件土地の各持分について被上告人Y1を債務者とする抵当権を設定しているのであり、Y1以外の本件土地の共有者らは、Y1の妻子であるというのであるから、同人らは、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。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

簿の記載等によっ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って法定地上権の成否を決することは相当ではない。そうすると、本件の客観的事情としては、土地共有者らが共同して本件土地の各持分について本件建物の9名の共有者のうちの1名である被上告人Y1を債務者とする抵当権を設定しているという事実に至るが、このような事実のみから被上告人Y1以外の本件土地の共有者ら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。ただし、本件のように、9名の建物共有者のうちの1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とになり、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的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 いわなければならない。」

なお、以上の趣旨をさらに敷衍する補足意見が付されている。

【評釈】 判旨に疑問である。

一 問題の所在

土地とその上の建物の、一方または双方に抵

当権が設定された場合において、その設定時に、目的物件のいずれもが同一人の所有であった場合（つまり、目的物件のいずれも同一人の単独所有であった場合）に法定地上権が成立することは、民法388条が規定している。

しかし、目的物件が共有されていて、かつその共有者のうちの一人のみが両方の目的物件を所有しているにすぎない場合に法定地上権が成立するのかどうか。

目的物件の共有と法定地上権の成否の問題が現れる場面としては、とりあえず、4類型が考えられる。

- (1) 土地はA・Bの共有であるが、建物はAの単独所有である場合
- (2) 土地はAの単独所有であるが、建物はA・Bの共有である場合
- (3) 土地・建物の両方が、A・Bの共有である場合
- (4) 土地・建物の両方が共有であるが、両方に共通の共有者は1名だけである場合

そして各場面それぞれに、土地（あるいはその持分）に抵当権が設定されている場合（土地抵当型）と、建物（あるいはその持分）に抵当権が設定されている場合（建物抵当型）とが存在する。

従来、この問題を扱った判例は極めて少ないが、(1) 類型、(2) 類型、(3) 類型については、先例が存在する。が、(4) 類型〔かつ土地抵当型〕については先例がなかった。本判決は、まさにこの場面に関する最初の最高裁判決である。

二 判例

1 まず、(1) 類型〔かつ土地抵当型〕の事案として、本判決も引用する最判昭和29年12月23日がある。

建物単独所有者が、自己の土地共有持分にのみ抵当権を設定した場合において、最高裁は、次のように判示して、法定地上権の成立を否定した。

「388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

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ものといわなければならない。…同条により地上権を設定したと看做される者は、もともと当該土地について完全な処分権を有する者に外ならないのであって、他人の共有持分につきなんら処分権を有しない共有者に、他人の共有持分につき本人の同意なくして地上権設定等の処分をなし得ることまでも認めた趣旨でないことは同条の解釈上明白だからである。」¹⁾

つまり、土地全体に及ぶ地上権の設定には、他の共有者の同意、もしくは他の共有者の共有持分につき処分権を有していることが必要であるが、この理は当然法定地上権についても同様であると述べて、土地共有者の一人（建物単独所有者）だけについて388条本文の事由が生じた場合について、法定地上権の成立を否定したのである。

2 次に、(1) 類型〔かつ建物抵当型〕の事案として、同じく本判決が引用する最判昭和44年11月4日がある。

この昭和44年判決は、仮換地が絡んでいるためその関係での考察が別に必要とされる点で特殊な事案であるが、建物単独所有者が、自己の土地共有持分に抵当権を設定した場合に関する点で、前掲・昭和29年判決と同じである。最高裁は、次のように判示して、原則として法定地上権の成立を否定しながら、結果的には特別の事情のゆえに、法定地上権の成立を認めた。ここで示された特別の事情の判断が、本稿の主題たる最判平成6年12月20日の「特段の事情」判断に繋がっている。

仮換地の所有者Qから、その土地の一部（宅地）を買い受けて、その宅地上に建物を建築したYが、これに抵当権を設定したが、建物が出来上がった頃にはQ・Y間の合意でYが買い受けた土地部分の範囲が特定されていたという経過の下、Yが、建物を自己競落した債権者Xよ

り貸金の残額の支払請求を受けたのに対して、当該宅地をXが不法占拠していると主張して争ったのが、事案内容である。Xは、抗弁として法定地上権の成立を提出した。

「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っても、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通りであるが、右は、他の所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。」と述べて、昭和29年判決を引用している。そして、「右合意は、とりもなおさず、Qが上告人Yに対する関係で従前の土地の共有持分に基づく仮換地上の共同使用収益権を、右買受部分に関するかぎり事実上放棄し、上告人Yの処分に委ねた趣旨に解することができるから、Qは法定地上権によって第三者が右土地を使用収益することを容認していたものというべきである。」²⁾として、従前の土地について法定地上権の成立を肯定した。

ここに、法定地上権が認められる特別事情が現れる。すなわち、「Q（他の土地共有者）が共有持分に基づく土地上の共同使用収益権を、…事実上放棄し、（建物を所有する土地共有者の一人）Yの処分に委ねた趣旨に解することができるから、Qは、法定地上権〔の発生〕を容認していた」と論じた部分である。

3 第三に、(2) 類型〔かつ土地抵当型〕の事案として、最判昭和46年12月21日がある。

建物共有者の一人であると共に、その敷地の単独所有者が、敷地（土地）に抵当権を設定した場合において、最高裁は、次のように判示して、法定地上権の成立を肯定した。

「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388条の趣旨により、抵当権設定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。」³⁾

ここでは、「他の建物共有者のためにも土地の利用を認めている」ことを理由に、法定地上権が肯定されている。

4 第四に、(3) 類型〔かつ土地抵当型〕の事案として、最判平成6年4月7日がある。

A・Bが、土地とその上の建物の両方をそれぞれ共有しているが、このうち、Aの債務のため、Aの土地共有持分についてのみ（強制）競売がされた場合において、最高裁は、法定地上権の成立を否定した。

この事件は、強制執行の事案であること、よって法定地上権の根拠法条が民事執行法81条であるところに特徴がある。

「土地及びその上にある建物がいずれも甲、乙両名の共有に属する場合において、土地の甲の持分の差押えがあり、その売却によって第三者が右持分を取得するに至ったとしても、民事執行法81条の規定に基づく地上権が成立することはないと解するのが相当である。けだし、この場合に、甲のために同条の規定に基づく地上権が成立するとすれば、乙は、その意思に基づかず、甲のみの事情によって土地に対する持分に基づく使用収益権を害されることになる…中略…からである。」とする。

ところが、これと並んで、本判決は、法定地上権を否定するもう一つの理由を挙げる。「他方、右の地上権が成立することを認めなくても、直ちに建物の収去を余儀なくされるという関係にはないので、建物所有者が建物の収去を余儀なくされることによる社会経済上の損失を防止しようとする同条の趣旨に反することもないからである。」⁴⁾

この後段の理由は不明瞭であり、しかもこの

部分は、法定地上権否定の根拠としては、前掲の三つの最高裁判例と異なる。

5 これらの判例から何らか一貫した法理を読みとるとすれば、判例は、土地共有の場合には、土地持分抵当型であれ、建物抵当型であれ、法定地上権の成立を否定し、土地単独所有の場合には、土地抵当型であれ、建物持分抵当型であれ、法定地上権の成立を肯定する、ということであろう。

その根拠には、第一に他の土地共有者に地上権を負担する意思のないことが挙げられる。

本稿が主題とする最判平成6年12月20日は、(4) 類型〔かつ土地抵当型〕の事案であるが、この流れに沿った判決である。たとえ他の共有者らが共同して土地に抵当権を設定したとしても、そのことから、ただちに地上権を負担する意思があるとまで考えることはできない。もしその場合に「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とになり、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だ」⁵⁾と述べている部分が、それを明確に表現している。

したがって判例によれば、土地共有の場合に、他の共有者らに地上権を負担する意思が存する場合、あるいは存すると同様に解しうる場合、つまりは「特段の事情」がある場合には、例外的に、法定地上権の成立を肯定することになる。この「特段の事情」について示しているのが、先に見たように最判昭和44年11月4日と、本判決たる最判平成6年12月20日である。

そして、根拠の第二として、他の共有者らに地上権負担の意思が通常存在しないことは、土地共有の場合に当該土地に地上権等を設定する行為が処分行為となるため、共有者中の一人の意思のみによっては行えないこと、また土地持分権の上に利用権（地上権や賃借権）を設定することはできない⁶⁾ ことによって裏付けされる。

注)

1) 最判〔第1小〕昭和29年12月23日民集8巻12号2235頁

2) 最判〔第3小〕昭和44年11月4日民集23巻11号1968頁

3) 最判〔第3小〕昭和46年12月21日民集25巻9号1610頁

4) 最判〔第1小〕平成6年4月7日民集48巻3号889頁

5) 最判〔第3小〕平成6年12月20日民集48巻8号1470頁

6) 通説である。我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』360-361頁、岩波書店（昭和43年11月）、川井健〔執筆〕、『注釈民法（7）物権（2）』308頁、有斐閣（昭和43年12月）など参照。

三 学説など

1 では、学説は、どのような態度をとっているか。

学説などの大勢は、本判決の千種秀夫裁判官の補足意見が、いみじくも「法定地上権の解釈論は、…実体法学者から、なるべく建物所有者の土地利用権を確保する方向で論じられてきたかに思われる。」と指摘したように、従来、法定地上権（あるいはそれに代わる利用権）をなるべく肯定する方向で議論されてきた。否定論もあったが、むしろ少数説といってよい。

本判決の類型（(4) 類型）は、(1) 類型と(2) 類型の複合型である。が、このうち(2) 類型については判例も法定地上権の成立を認めており、学説の志向と一致し、比較的問題は少ないだろう。が、(1) 類型については判例は、学説の主流と対立しており、議論が多い。本判決の類型をいずれかの類型に近付けてみるという考察の仕方も可能だが、その場合でも他の類型についての考慮は欠かせないのであるから、結局はそのような見方でなく、法定地上権制度の目的、趣旨に立ち返ってみるのが妥当な考察方法ということになるだろう。そこで、議論の多い(1) 類型を基本に、肯定論の概略を振り返ってみよう。

2 肯定論は、大別すると、二つの方向性をもつものに分類できる。（なお、諸説紛々としており、各説には微妙な差異がある。また分類の仕方もさまざまである。細部に厳密に拘泥することなく、以下では、大枠での私なりの分類を行った。）

第一は、端的に法定地上権の成立を肯定する説である。この説は、建物を存続させようとする国民経済上の必要性や、建物所有者に敷地への自己利用権の設定が認められていないことから少なくともこの者については法定地上権の成立要件を充足するため、全体として法定地上権の成立を認めようとするのである⁷⁾。また建物所有者と、この者を含む土地所有者（共有者）が一体となって、土地利用権が設定されたものとみなし、この利用権は「頗る強力なもので、法定地上権に顕現しても

不当でない」として、結論として法定地上権の成立を認める見解⁸⁾も、この中に含まれる。

しかし、この説は他の土地共有者の意思や利益を考慮していない、と強く批判されている。

そこで第二に、建物所有者は、それ以外の土地共有者との関係では何らかの敷地利用権限を有するはずだという前提の下に、その敷地利用権限に注目して、この権限が競落後も存続する、との考え方が出てくる。法定地上権成立の問題でなく、もともと存する土地利用権限の問題としてとらえる説である。

この説は、さらに幾つかの見解に分かれる。

(a) 説。建物所有者と、他の土地共有者との間では、個別的な約定利用権の設定があり、建物所有者かつ土地共有者との関係では法定地上権が成立し、モザイク状態となる。ただし利用権限が区々に分かれることは法律関係を複雑にするのでこれを避けるため、政策的にすべてを約定利用権に一本化する説。⁹⁾

しかし、「政策的」であれば一本化を行えるというのでは、根拠としては弱さを否めない。

(b) 説。敷地の利用権限は、敷地を利用するための約定利用権が「個別に」設定されたとみるのではなく、当初から全体的な約定利用権の設定がある（すなわち「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、競落後の建物の存続は、〔土地（持分）抵当型〕においてはこの約定利用権と抵当権との間の対抗の問題となり、〔建物抵当型〕においては約定利用権の譲渡性の問題となる¹⁰⁾、と捉える説。

この説から派生した見解の中には、土地利用権の「設定」というよりはもともと共有物の「利用に関する合意」が存し、この合意が競落後も引き継がれる¹¹⁾、とする説もある。

これらの説は、敷地利用権限のそのままの継続を唱えるため、簡明で、当事者の意識上からも抵抗感が少ないという特徴をもつ。

しかし、前者の説では、敷地利用権限が対抗力のないものであった場合、建物を収去して土地を明け渡さなければならないという問題が起こる。例えば親族間で土地を共有しその親族の

一人が建物を所有している場合などでは、通常賃料支払いの事実などはなく、また当事者の意識としても賃借権が設定されているとは思っていないため、土地利用権限は使用借権となる。使用借権では抵当権に対抗できない。これが、この説の難点である。

そこで、このような場合には対抗力のある賃借権もしくは地上権が、譲渡または競売されることを停止条件として設定されている（もしくは、将来一定の事由を生じたとき合理的な内容を盛込むことを予定した利用権の設定がある）とし¹²⁾、あるいは賃料支払いが競落までは免除ないし猶予されているとみるべきだと主張する見解もある。¹³⁾

後者の説（派生した説）については、(1) 類

型すなわち土地共有で建物単独所有型については、そのように説明できたとしても、(2) 類型すなわち土地単独所有で建物共有型については、説明が困難である¹⁴⁾ほか、敷地利用の合意という債権的契約の効力がなぜ第三者（競落人）にも及ぶことになるのか（物権的な対外的効力をどうして有するのか）、という根本的な難点をもつ。

しかし、(a) 説、(b) 説のいずれであれ、実質的には法定借地権（賃借権）の成立を志向し、もしくは自己借地権の設定容認を先取りするのであって、そこがこれらの説の魅力であると共に、解釈論として限界を超えているのではないかとの批判にさらされる点でもある。

注)

7) 川井健『担保物権法〔現代法律学全集7〕』92頁、青林書院新社（昭和50年1月）。

8) 我妻栄・前掲書『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』360-362頁〔註6〕。

9) 代表的な学説として、高木多喜男『担保物権法〔4版〕』197-198頁、有斐閣（平成17年7月）。

この説のうちには、清水誠〔執筆〕、我妻栄（編）『判例コンメンタールⅢ担保物権法』442-443頁、日本評論社（昭和43年8月）なども含まれる。

10) 鈴木禄弥『借地法（上巻）〔改訂版〕』（現代法律学全集17）261頁、青林書院新社（昭和55年6月）。

11) 道垣内弘人『担保物権法〔3版〕』218-219頁、有斐閣（平成20年1月）。

12) 星野英一『民法概論Ⅳ』179頁、良書普及会（昭和51年4月）、横梯次『担保物権法』224頁、有斐閣（昭和56年9月）など。

13) 村田博文・本件判批、法学教室178号85頁（平成7年7月）。

14) 同旨、関武志・本件判批、ジュリスト1082号177頁（平成8年1月）。

四 共有土地に全体として抵当権が設定された場合の考え方

1 (1) 類型を中心に、学説等の諸見解を見てきたが、この(1)類型はいわば基本型である。

これに対して、同じく土地共有、建物単独所有の場合であっても、他の土地共有者も共同して土地持分に抵当権を設定している場合、すなわち共有土地に全体として抵当権が設定された場合はその変形型といえるが、この場合については、法定地上権の成立を肯定する見解がほとんどである。¹⁵⁾

(1) 類型において法定地上権の成立を排斥する主根拠は、他の共有者の意思・利益を無視しているとする点にあったが、この変形型では、その根拠が他の共有者も持分に抵当権を設定したことにより失われ、法定地上権の成立について同意・承認したとみることができることをその理由としている。

他の共有者も持分に抵当権を設定している点では、いわば(4)類型の変形型である本判決も同じである。しかし、本判決は、少数反対説¹⁶⁾の説くところと同様、そのように見ること、すなわち他の共有者による法定地上権成立への同意・承認があったと解することを厳しく批判している。他の共有者による持分への抵当権設定は、その事柄限りの意思すなわち抵当権設定のみの意思を表現しているのであって、それ以上に利用権負担の意思とりわけ(法定)地上権負担の意思まで表現しているとみることにはできない、そうでないとすると、他の共有者の有する、土地持分の担保価値を十分に有利に利用する利益が損なわれることになるからだというのである。

本最高裁判決の問題点は、ここに顕れる。

そして、この点では、実は本事案に対する原審の判断と、最高裁の判断とは同じである。すなわち、共有土地の1名の共有者の負う債務のために、他の共有者らがその持分について共同して抵当権を設定しているという事実だけでは、地上権発生を容認するまでの意思を見出すことはできない、という部分である。しかし、

そうなのだろうか、地上権発生容認の意思を見出してもよいのではないか。ここに第一の論点がある。

2 そして、本事案の原審と最高裁の判断が違ってくるのは、ここから先である。

原審は、そのような客観的事情に加えて、当事者の人的関係や土地・建物を共有するに至ったいきさつなどを「特段の事情」と解し、この事情を加えると、地上権発生の容認の意思を見出すことができるとする。

これに対して、最高裁は、「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っ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」、特段の事情には該当せず、「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ような」事情こそが「特段の事情」であるとして、特段の事情というためには二つの事項が必要であるとする。一つは、それが「登記簿の記載等によって客観的かつ明確に外部に公示されるもの」(＝客観性・公示性をもつ)であること、二つは、「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」(＝持分の事実上の放棄)である。この二つを充たす事情が「特段の事情」であり、そのような事情があれば、地上権発生の容認の意思を見出すことができるという。

それでは具体的にどのような場合であれば、この「特段の事情」に該当するとされるのか。批評者によって、このような条件を充たす場合として挙げられているのは、次の二つである。

その一は、抵当権を設定した土地共有者らと建物共有者らとが全員共通している場合¹⁷⁾、である。

しかし、この場合であっても、前記二つの要件のうち、第一の要件は充たすが(登記により知ることができるから)、第二の要件をも充たすとはいえない。「持分の事実上の放棄」がな

されているか否か判然としないからである。

その二は、「競売にあたって執行官が〔法定地上権成立に対する〕共有者の同意の有無を個別に確認し、同意がある場合には物件明細書に法定地上権成立と記載する」¹⁸⁾ 場合である。この場合であれば、「持分の事実上の放棄」があると客観的に判断されるだろうという。

しかし物件明細書のその記載部分は絶対的な拘束力、すなわち事後に関係者が同意の有無や内容についてもはや争うことのできない性質を

もつものなのだろうか。そうではあるまい。そこで、この場合でも、「特段の事情」の二要件を充たすとは必ずしもいえないことになる。

では、「特段の事情」に該当するのは、果たしてどんな場合なのか。「極めて局限された」場合といわれているが、最高裁によれば、そのような場合でしか法定地上権は発生しないことになる。このような結論は、どの程度の妥当性をもつのだろうか。これが第二の論点である。

注)

- 15) 松本恒雄「法定地上権と法定賃借権」、米倉明＝清水湛＝岩城謙二＝米津稜威雄＝谷口安平（編）『金融担保法講座Ⅰ』250頁、筑摩書房（昭和60年11月）、我妻栄・前掲書『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』360頁〔註6〕、畑郁夫「法定地上権」、中川善之助＝兼子一（監修）『不動産法大系Ⅱ担保〔改訂版〕』285頁、青林書院新社（昭和52年2月）、など。

また実務家の肯定論として、難波孝一「法定地上権」大石忠生＝岡田潤＝黒田直行（編）『裁判実務大系第7巻民事執行訴訟法』241-242頁、青林書院（昭和61年12月）、廣田民生「現況調査と法定地上権」執行官雑誌20号22頁（平成元年6月）、村上久一「法定地上権について」判例タイムズ772号21頁（平成4年2月）、東京地裁民事執行実務研究会『不動産執行の理論と実務』266頁、法曹会（平成6年6月）（ただし、同書〔改訂版〕は、その後、本判決を受けて法定地上権成立否定論に転じている。『〔改訂〕不動産執行の理論と実務（上）』270-271頁（平成11年5月））など。

- 16) 岩本信行「共有不動産めぐる法定地上権の成否---区分所有建物にも関連して---」判例タイムズ386号36-37頁（昭和54年7月）、原田和徳〔執筆〕、香川保一（監修）『注釈民事執行法4（不動産執行・下）』180-181頁、金融財政事情研究会（昭和58年9月）。
- 17) 野村重信「本件判批」金融法務事情1422号5頁（平成7年6月）、三和一博「本件判批」『私法判例リマックス1996〈上〉』28頁（1996年2月）。
- 18) 松本恒雄・判批「最判〔第1小〕平成6年4月7日」『平成6年度重要判例解説』76頁（1995年6月）。

五 結語

1 上記第一の論点、すなわち共有土地の1名の共有者の負う債務のために、他の共有者らがその持分について共同して抵当権を設定しているという事実だけでは、地上権発生を容認するまでの意思を見出すことはできない、という部分について。

本事案に対する原審と最高裁が共通して下したこの判断の有力な論拠は、自己の持分の担保価値を十分に発揮させようとするのが他の土地共有者らの通常の意味だから、ということである。なるほど(1)類型(＝土地共有、建物単独所有)において抵当権が他の共有者の持分について設定されることなく競売された場合に、(法定)地上権を発生させることは、他の共有者の意思に沿うことでもなく、また他の共有者の所有権(共有持分権)に対する大きな制約となり持分の担保価値を相当に減じることになるということではできよう。ゆえに、本判決の千種秀夫裁判官の補足意見の指摘も、このような場面であれば十分な説得力をもつ。

しかし、本事案では、他の共有者らがその持分について共同して抵当権を設定しているのである。場面が明らかに異なる。抵当権設定という事実から、競売されれば自己の所有権(共有持分権)が失われることの容認の意思を見出しうるのは当然であるが、本判決の千種補足意見がまさに次のように説示しているように(ただし反対の主張をするためだが)、「共有者全員を束ねて一人とみること」が可能なのではなかろうか。

「甲外数名が敷地を共有するとともに地上建物をも共有する場合に、全員が全員の債務を担保するため同一債務者に対して共同で各持分について抵当権を設定した場合を想定すると、他に特段の事情のない限りは共有者全員を束ねて一人とみることでも可能であり、その結果は民法388条をそのまま適用することもできることになるのではないか、それならば、さらに一步を進めて、土地共有者全員が、そのうちの一人の債務を担保するため、共同で各自の共有持分に

抵当権を設定した場合にも同様なことがいえるのではないか。そうした疑問が起こるのも当然である。」¹⁹⁾

確かに、同じく土地持分に抵当権を設定するとしても、法定地上権が成立するか否かでは、その担保価値に大きな差が生ずる。したがって各持分権の財産権としての独立性を強調するならば、物上保証はするものの、法定地上権発生などの制約のない担保として価値を把握されるべきだとの主張が導かれることになる。しかし、そのような独立財産権でありながら、他の共有者兼債務者のために物上保証をしたという事実を強調するならば、法定地上権発生を受け入れる意思をも示したという評価をすることもできる。抵当権設定という事実から地上権発生の容認の意思までを見出すことができるかどうかは、どの要素に重点を置いて評価するかという見方の違いによるのであって、何か理論的に絶対的な根拠によると考えるべきではないだろう。したがって本判決とは逆に、原則として法定地上権発生の容認の意思を見出すことができるが、例外的にそのような意思を見出しえない(もしくは見出すべきでない)場合には、法定地上権の成立を否定すべきではないかと思われる。そのような例外的な場合の一例として、被担保債務額が他の土地共有者の持分の担保価値に比べて著しく僅少な場合などが挙げられよう。

よってこの点でまず、本判決と別の見方をとりたい。

2 次に本判決において問題なのは、第二の論点、すなわち法定地上権の成立のためにはさらに「特段の事情」が必要である、とする点に関連して存在する。

本最高裁判決の述べる「特段の事情」(二要件の存在)は、既に見たように先例たる最判昭和44年11月4日を承けたものである。最高裁は、第一の論点について法定地上権発生容認の意思を見出しえないとした点では原審と共通の判断をしたが、原審はそれに続けて、本件では「特段の事情」があるため法定地上権が発生すると

結論したのに対し、最高裁としては法定地上権の成立を否定するために、その「特段の事情」の中味について原審と異なる判断を示す必要があった。その点で、客観的公示性や持分の事実上放棄の必要性をうたう昭和44年判決の見解が、本件を審理する最高裁の考え方と符合したのである。

しかしながら、昭和44年判決と本判決とは、事情が異なる。最判昭和44年11月4日の事案は、まさにこの「特段の事情」を、そこから抽出できるような内容を有していた。そこでこの内容をとらえて、次のような批評がなされてもいる。

「昭和44年判例については、仮換地の一部が売買されたという特殊な事案についての判断であるところ、この事案については、もしもこれが通常の土地についての売買であったとすれば、土地分筆の上で売買契約がなされた後に建物が建築されてこれに抵当権が設定され、したがって法定地上権は問題なく成立したであろうと考えられるにもかかわらず、たまたま仮換地の一部について売買がなされたがゆえに土地が共有のままとなっていた点をとらえて法定地上権を否定することはいかにもバランスを欠く、という面があった。」²⁰⁾

「特段の事情」は、昭和44年判決の事案においてこそ生まれた要件であった。そのため、この部分の判断は、まさに「事例判断」といってよいものであったのである。本最高裁判決（最判平成6年12月20日）は、事案が異なるにもかかわらず、この事例判断を継承してしまっている。ここに本判決のもつ問題点、無理がある。つまり、最高裁は、事案の違いを無視して、本件でもこの「事例判断」部分（＝「特段の事情」要件）を継承したが、本事案ではこの事例判断部分を打ち出すべきではなかったのである。

すると、第一の論点において法定地上権容認の意思を見出しえないために、第二の論点としてその意思を見出しうるような「特段の事情」があるかを探る本判決の判示は、そもそも第一

の論点において法定地上権容認の意思を見出しうるとする私見のような立場からすれば全く無意味なものになるかといえ、そうではない。たとえ法定地上権容認の意思を見出しえたとしても、例外的に法定地上権の成立を阻止すべき場合があり、何がこの阻止すべき場合に該当するかを考察するにあたって、逆に、第一の論点について原則として法定地上権容認の意思を見出しえないとの慎重な態度をとった本判決が有益な示唆をもたらす部分が存在するからである。

第一の論点において法定地上権容認の意思を見出しえないとした最高裁の明示的な理由については、既に検討した。しかし、法定地上権成立について慎重な態度をとるに至らせた理由は、実は他にもあると思われる。本件の最高裁の判断枠組みの中に実際にその部分の考慮があったかどうかは必ずしも明確ではないが、この部分の考慮は、とても重要である。意図的になされるときは執行妨害となり、意図的でない場合でも、理論的解決の困難な事柄である。それは、共有持分の割合という要素である。

本事案において、建物・敷地の双方所有者の、土地共有持分は3分の1であるが、建物共有持分は9分の1にすぎない。そのような建物持分しかもたない者でも、敷地の所有者を兼ねているため388条の要件を充足するとしてただちに法定地上権が認められるとなると、そのような状態の意図的な作出による執行妨害を容易なものとしてしまうのではないか、という虞れは拭えない²¹⁾。抵当権設定時点において建物所有者が誰かを確実に把握できるのであれば問題はまだ少ないかもしれないが、本事案でもそうであったように建物所有権が登記に明確に反映されているとは限らないし、また執行官調査による「物件明細書」の法的効力も確たるものではないとなると、例えば土地抵当権設定の時点で388条の要件を充足していないものと思い安心して融資したところ、後になって実は土地共有者のうちの一人が僅かではあるが建物共有持分権を有していたことが判明した場合や、あるいは当初より建物共有者であることは判っていた

が、その持分が少ない場合、例えば15分の1にすぎない場合などは問題となる。執行妨害の意図があったときはもちろんだが、広くそれ以外の場合も含めて、持分権の有無が明確でなく、または持分割合が僅少であった場合に、果たして法定地上権の成立を認めてよいのかどうか。

そのため、先に引用した同じ批評者（調査官）は、次のように本判決の射程範囲を慎重に定めようとしている。この見方に反対の見解もあるが²²⁾、妥当でない。本判決は、このような意味での「事例判決」であったと解すべきである。

「法定地上権の成立を否定した本判決の判断は、あくまで、地上建物の9名の共有者のうちの1名にすぎない土地共有者の債務を担保するために右土地共有者とその妻子である3名の土地共有者の全員がその各持分に共同して抵当権を設定したという事実関係の下においてのものであるという点が重要である。すなわち、本件は、地上建物の共有者が9名であるという事実が加わっている点で、…中略…建物の単独所有者の債務を担保するために土地全体に抵当権が設定された場合とは事案を異にしており、そのような場合についての判断は、なお将来に残されているといえる。…中略…本判決の射程距離が建物が単独所有である…場合に及ばないことは明らかといえる。そして、…中略…右のような場合の法定地上権の成否については、なお、肯定、否定いずれの考え方も成り立ちうるところと思われる。右のような事案についての最高裁判所の判断を本判決から輕輕に予測することは慎まなければならないであろう。」²³⁾

本件事案は、「地上建物の9名の共有者のうちの1名にすぎない土地共有者の債務を担保するために右土地共有者とその妻子である3名の土地共有者の全員がその各持分に共同して抵当権を設定したという事実関係の下においてのもの」であるため、「特段の事情」が加重要件として最高裁によって必要とされたのであった。ただし、そのような事案としての特殊性をもつ

という点と、本件において、指摘されたような内容の「特段の事情」を法定地上権成立の加重要件とすることが適切であったか否かということとは、別のことである。本判決は、この両者を結び付けて、結論として法定地上権の成立を否定したのであるが、先に述べたように本件では、この加重要件たる「特段の事情」（昭和44年判決の「事例判断部分」）をあてはめるべきではなかったのである。

では本件のような特殊性をもつ事案では、何を考慮すべきなのか、もしくは考慮しないのか。何を加重要件とすべきか、もしくは加重要件としないのか。その有力要素としては建物・土地の共有持分割合（絶対的分量）およびその相互の関係（相対的比較）、あるいは既に述べたような被担保債務額と持分の担保価値との比較などが考えられる。が、それらがどの程度であれば、法定地上権の成否が左右されるのか。これは別個に検討を要する困難な問題であり²⁴⁾、ここでは深く立ち入らない。

しかし、建物9分の1の共有持分（これに対し、土地共有持分は3分の1）では法定地上権を成立させるには少ないと仮に一般論的に言えたとしても、本件事案では、その持分が相続により生じたものであること、建物共有者は相続人どうしであること、実際に土地を占有しているのは相続人兼債務者一人であること、などは抵当権の設定時点ではほぼ明らかにしうる客観的事実である。したがってまた、執行妨害の動機が薄いことも、想定しうる事情である。とすれば、事案の特殊性から通常は加重要件が求められる場合であるとしても、少なくとも本件ではそのような加重要件の適用を必要としない事案であったということができよう。

3 したがって第一の論点に関して、他の土地共有者らがその持分について共同して抵当権を設定している事実から、原則として他の土地共有者の地上権発生の容認の意思を見出すことができる。しかしながら第二の論点に関して、建物・敷地双方の共有者の建物共有持分が9分の1であるため、388条の要件を充足していると単純に言い切るには不安な要素があり（建物

9分の1の持分割合と土地3分の1の持分割合との比較)、法定地上権の成立を阻止すべき場合に該当するかどうかの検討が必要となるが、執行妨害等の動機は薄いことがうかがわれる事案であることからすれば、このような「事実関

係の下では」、むしろ本判決と逆に、法定地上権の成立を認めてよかったと思われる。

下されるべき判決は、法定地上権成立を肯定する「事例判決」だったのではないだろうか。

注)

19) 本判決の千種秀夫裁判官(裁判長)の補足意見、民集48巻8号1476頁

20) 瀬木比呂志「本件・調査官解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成6年度』628-629頁(平成9年3月)。

21) 本判決が出された平成6年を含む前後20年間ほどは、バブル崩壊後の不良債権問題が大規模に発生し、短期賃貸借を足掛かりとしたり、あるいは法定地上権成立の形をとるなどして、さまざまな執行妨害が構造的にも頻発し、大きな社会問題となった時期であった。

最高裁判所は、このうち短期賃貸借を濫用する等の執行妨害については、平成11年11月24日の大法廷判決をもって平成3年判決を覆し、初めて抵当権の占有排除効(妨害排除請求権の代位行使)を敢然として認め、執行妨害を許さない強い態度を示した。この間の経緯と大法廷判決の内容・方向については、拙稿「抵当権の変容---その占有排除効を端緒として---」三重中京大学研究フォーラム4号1頁(平成20年3月)参照。

また法定地上権については、共同抵当建物の再築について、最判〔第三小〕平成9年2月14日民集51巻2号375頁で全体価値考慮説を採った。

このような諸判決や時代背景などを考えると、最高裁には、あるいは、本事案のような場合にただちに法定地上権の成立を認めてしまうことは執行妨害を容易に引き起こしかねないとの警戒感が存在したのではないかとも思われる。

22) 伊藤進「本件判批」金融法務事情1428号(『金融判例研究』5号)43頁(平成7年9月)、三和一博・前掲「本件判批」28頁〔註17〕。

23) 瀬木比呂志・前掲「調査官解説」637-638頁〔註20〕。

24) この点に若干触れた批評として、井上稔=平野哲郎「本件判批」、『平成7年度主要民事判例解説』253頁(平成8年9月)。

