

第5問	民法	法定地上権	司法試験 H30-14
-----	----	-------	-------------

〔第5問〕

法定地上権に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

ア. Aが所有する甲土地及びその上の乙建物にBのために共同抵当権が設定された後、乙建物が取り壊され、甲土地上に新たにAが所有する丙建物が建築されて、丙建物につきCのために抵当権が設定された場合において、甲土地に対するBの抵当権の実行によりDが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

イ. Aが所有する更地の甲土地に第一順位の抵当権が設定された後、甲土地上にAが所有する乙建物が建築され、甲土地に第二順位の抵当権が設定された場合において、第二順位の抵当権の実行によりBが甲土地を取得したときは、法定地上権は成立しない。

ウ. Aが所有する甲土地にBが所有する乙建物があるところ、甲土地にCのために第一順位の抵当権が設定された後、Bが甲土地の所有権を取得し、甲土地にDのために第二順位の抵当権を設定した場合において、Cの抵当権が弁済により消滅し、その後、Dの抵当権の実行によりEが甲土地を取得したときは、法定地上権が成立する。

エ. Aが甲土地及びその上の乙建物を所有しているが、甲土地の所有権移転登記をしていなかったところ、乙建物に抵当権が設定され、抵当権の実行によりBが乙建物を取得したときは、法定地上権は成立しない。

オ. AとBが共有する甲土地にAが所有する乙建物があるところ、Aが甲土地の共有持分について抵当権を設定した場合において、抵当権の実行によりCがその共有持分を取得したときは、法定地上権が成立する。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

第5問	民法	法定地上権	正解 3
-----	----	-------	------

ア誤り。最判平9. 2. 14は、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、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での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しない」としている。その理由として、判例は、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思であ」ということを挙げている。本記述において、Cは丙建物が建築された時点での甲土地の抵当権者ではなく、特段の事情は認められないため、原則通り、法定地上権は成立しない。したがって、本記述は誤っている。

イ正しい。最判昭47. 11. 2は、「土地に対する先順位抵当権の設定当時、その地上に建物がなく、後順位抵当権設定当時には建物が建築されていた場合に、後順位抵当権者の申立により土地の競売がなされるときであっても、右土地は先順位抵当権設定当時の状態において競売されるべきものであるから、右建物のため法定地上権が成立するものではない」としている。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、先順位抵当権者は土地の担保価値を更地として高く評価しているので、法定地上権の成立が認められれば土地の売却価額が下がり先順位抵当権者が損害を受けるということを挙げている。したがって、本記述は正しい。

ウ正しい。最判平19. 7. 6は、「土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立する」としている。その理由として、判例は、「抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって」、先順位「抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから」、後順位「抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきであ」とり、先順位「抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても」、後順位「抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない」ということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。

エ誤り。最判昭53. 9. 29は、本記述と同様の事案において、「抵当権の実行により本件建物を競落した被上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」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、建物抵当権を取得しようとする者は、土地の所有関係や利用関係を調べ、これによって真実の権利関係を知り、法定地上権の成立を期待又は予測しているのが通常である一方で、設定者自身が法定地上権の成立を否定することを認めるのは妥当でないということを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。

オ誤り。最判昭29. 12. 23は、本記述と同様の事案において、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1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の持分までが無視さるべきいわれはないのであつて、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」とし、法定地上権は発生しないとしている。

その理由として、判例は、「元来共有者は、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、しかも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、共有地全体に対する地上権の設定には共有者全員の同意を必要と」し、「共有者中一部の者だけがその共有地につき地上権設定行為をしたとしても、これに同意しなかつた他の共有者の持分は、これによりその処分服すべきいわれはない」こと、また、388条は「建物の存在を全うさせようとする国民経済上の必要を多分に顧慮した規定である」ものの、「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所有者として完全な処分権を有する者に外ならないのであつて、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」ということを挙げている。

したがって、本記述は誤っている。

以上により、正しい記述はイとウであり、したがって、正解は肢3となる。

【MEMO】