

## 主 文

原判決中上告人ら敗訴部分を破棄する。

前項の部分につき本件を東京高等裁判所に差し戻す。

## 理 由

上告代理人松島政義の上告理由第一点について。

原判決は、被上告人は、訴外Dに対し合計二万四三〇〇円の貸金債権を有していたところ、昭和二九年六月一八日右貸金合計額を元本とし、弁済期を同年一月三日と定めてこれを被担保債権とし、上告人A1所有の原判決添付別紙目録(二)記載の土地(以下「本件土地」という。)につき抵当権を取得して同年六月二九日その設定登記を経由したが、弁済期に債務の弁済がなかつたので、抵当権の実行を申し立てて自らこれを競落し、昭和三〇年一月一日その所有権移転登記を経由したこと、本件土地上に前記目録(一)記載の建物(以下「本件建物」という。)が存するところ、上告人A1は、昭和二六年一月三〇日所有者たる訴外財団法人東京都住宅貸付金整理協会からこれを買ってその所有権を取得したが、その所有権移転登記は経由せず、前記抵当権設定当時登記簿上の所有者名義は右訴外協会となっていたこと、すなわち、本件土地についての抵当権設定当時、本件土地およびその地上建物たる本件建物は、抵当権設定者たる上告人A1の所有に属していたが、建物についてはその前所有者の所有名義になつていて、上告人A1は取得登記を経由していなかつたことを認定したうえ、右の場合、上告人A1は、土地に抵当権を設定した当時地上建物を所有していてもその取得登記を経していないから、土地につき法定地上権を取得しえないと解すべきであるとし、上告人A1が被上告人に対して法定地上権設定登記手続および相当地代の確定を求める請求を排斥し、かつ、被上告人が土地所有権にもとづき本件建物に居住して本件土地を占有している上告人A2に対して建物退去土地明渡を求める請求につき、右法定地上権を援用する上告人

A 2 の主張を排斥して被上告人の請求を認容したものである。

しかしながら、土地とその地上建物が同一所有者に属する場合において、土地のみにつき抵当権が設定されてその抵当権が実行されたときは、たとえ建物所有権の取得原因が譲渡であり、建物につき前主その他の者の所有名義の登記がされているままで、土地抵当権設定当時建物についての所有権移転登記が経由されていなくとも、土地競落人は、これを理由として法定地上権の成立を否定することはできないものと解するのが相当である。その理由は、つぎのとおりである。

民法三八八条本文は、「土地及ヒ其上ニ在スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタルトキハ抵当権設定者ハ競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ設定シタルモノト看做ス」と規定するが、その根拠は、土地と建物が同一所有者に属している場合には、その一方につき抵当権を設定し将来土地と建物の所有者を異にすることが予想される場合でも、これにそなえて抵当権設定時において建物につき土地利用権を設定しておくことが現行法制のもとにおいては許されないとことから、競売により土地と建物が別人の所有に帰した場合は建物の収去を余儀なくされるが、それは社会経済上不利益であるから、これを防止する必要があるとともに、このような場合には、抵当権設定者としては、建物のために土地利用を存続する意思を有し、抵当権者もこれを予期すべきものであることに求めることができる。してみると、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、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あつて、もとよりこれは抵当権設定者の意思に反するものではなく、他方、土地につき抵当権を取得しようとする者は、現実に土地をみて地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であり、競落人は抵当権者と同視すべきものであるから、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、法定地上権の成立を認めるのが法の趣旨

に合致するのである。このように、法定地上権制度は、要するに存立している建物を保護するところにその意義を有するのであるから、建物所有者は、法定地上権を取得するに当たり、対抗力ある所有権を有している必要はないというべきである。

したがって、これと異なる見解にたつ原判決の前示判断には法令違背があり、この違法は判決に影響を及ぼすこと明らかである。それゆえ、この点に関する論旨は理由があるから、その余の論旨について判断を示すまでもなく、原判決中上告人ら敗訴部分は破棄を免れない。そして、本件はなお審理の必要があるから、右の部分を原審に差し戻すのが相当である。

よつて、民訴法四〇七条一項に従い、裁判官全員の一致で主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	江	里	口	清	雄
裁判官	関	根	小	郷	
裁判官	天	野	武	一	
裁判官	坂	本	吉	勝	
裁判官	高	辻	正	己	