

【研究ノート】

二棟の抵当建物に渡り廊下が設置された  
ケースについて

足 立 清 人

## 研究ノート

## 二棟の抵当建物に渡り廊下が設置されたケースについて

足立清人

## 目次

1. はじめに(問題の提示)
2. 渡り廊下に抵当権の効力は及ぶのか
3. 建物の付合, 合体(・合棟)に関わる判例・裁判例
4. 渡り廊下の設置は抵当権侵害に当たるのか
5. 渡り廊下の設置を抵当権設定契約から考える
6. まとめ

## 1. はじめに(問題の提示)

本稿では、次のケースの法的な解決方法について考えていく<sup>1</sup>。

## ケースⅠ

C銀行は、Aに融資を行うにあたって、Aの所有地、所有地上の甲建物と乙建物に第一順位の共同根抵当権を設定した。Aは、甲乙両建物の行き来を便利にするために、C銀行に無断で、自らの費用で、甲乙両建物を繋ぐ渡り廊下を築造した(渡り廊下部分について登記はしていない)。C銀行が取ることができる法的な手段を考えなさい。

## ケースⅡ

AとBは親子である。C銀行は、Aに融資を行うにあたって、Aの所有地と所有地上の甲建物に第一順位の共同根抵当権を設定した。D銀行は、Bに融資を行うにあたって、Bの所有地と所有地上の乙建物に第一順位の

共同根抵当権を設定した。Aは、甲乙両建物の行き来を便利にするために、C銀行およびD銀行に無断で、自らの費用で、甲乙両建物を繋ぐ渡り廊下を築造した(渡り廊下部分について登記はしていない)。C銀行およびD銀行が取ることができる法的な手段を考えなさい。

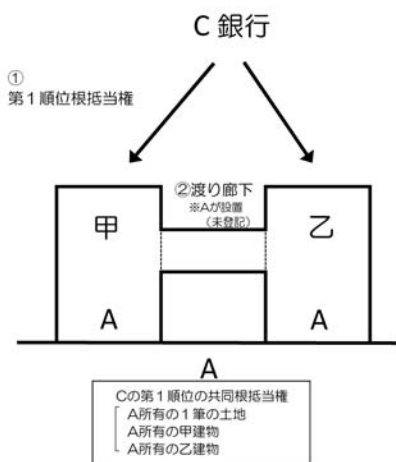
いずれも抵当権が設定された建物に渡り廊下が設置されて、隣接する建物と接続した場合に、それぞれの建物に設定された抵当権の帰趨・効力がどうなるのかについて考えていく問題である。

本ケースを解決するに当たってヒントとなりそうな論点、まず、抵当権の効力の及ぶ範囲-付加一体物、付合物、従物、建物と建物の付合、合体(・合棟)-の学説と判例・裁判例を確認し、建物と建物が合体した場合の不動産登記法上の手続きを紹介する。次いで、渡り廊下の設置が抵当権侵害に当たるのかどうかを検討し、さらに、渡り廊下の設置が抵

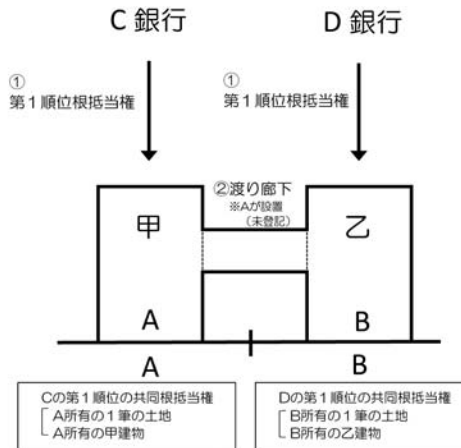
---

キーワード：抵当権の効力の及ぶ範囲、建物の合体、建物への付合、抵当権侵害、抵当権設定契約

図 1 I ケース



II ケース



当権設定契約違反に当たるのかどうかについて考察する。最後に、それまでの検討・考察を踏まえたうえで、本ケースの解決方法について私見をまとめる。

## 2. 渡り廊下に抵当権の効力は及ぶのか

### (1) 抵当権の効力の及ぶ範囲 (370条)

抵当権設定後に設置された渡り廊下に抵当権の効力は及ぶのかが問題となる。370条によれば、抵当権は、抵当不動産に「付加して一体となっている物」(付加(一体)物)に及ぶ。

付加一体物を検討するに当たっては、付合物(242条)、従物(87条1項)と付加一体物との関係が問題となる。付合物、従物について確認する。

付合、すなわち物が「不動産に従として付合した」状態(242条)とは、どのような状態なのかについては、学説の争いがある<sup>2</sup>。すなわち、付合とは、社会的経済的な価値の保存という観点から、分離するのに過分の費用を要するか、毀損しなければ分離できないように、物理的独立性を失った状態であるとする説(「強い付合」と呼ばれる)(通説)<sup>3</sup>と、一物一権主義の原則と取引安全の保護から、

社会通念上、1つの物(取引の対象)と見ることができれば、完全に物理的独立性を失っていることまでは要求しないという説(「弱い付合」と呼ばれる)(有力説)<sup>4</sup>に分かれる。いずれにしても、付合が認められれば、抵当権の効力が及ぶ。

ところで、242条は、不動産と「物」の付合を定めた条文であり、不動産と不動産の付合については、その射程に含まれていない(「法の欠缺(不備)」, 後述84・85頁を参照)。しかし、現実には、本ケースにみられるように(また後述の判例・裁判例にもみられるように)、建物と建物の付合が生じる場合がある。通説的な見解は次のように考えている。すなわち、建物と建物の付合については、一方を主たる建物、他方を従たる建物(附属建物)として付合するケースと、主従の区別なく、建物同士が対等に付合するケース(合体・合棟)が考えられる。同一所有者の二棟の建物が付合する場合は、いずれのケースにおいても、一方の建物が第三者の権利の目的となっていない限り、問題はない(その者の所有物となる)。付合する二棟の建物の所有者が異なる場合、一方が主たる建物で、他方が従たる建物とみなされるのであれば、当事者間に合意がなければ、所有権の帰属につい

ては242条が類推適用されることになる。二つの建物に主従の区別がないと判断されるのであれば、所有権の帰属について当事者間の合意がなければ、242条の類推適用ではなく、動産の付合に関わる244条が類推適用されることになる<sup>5</sup>。

主物と従物に関わる87条は、従物が主物の効用を助けるように結合しているときには、その社会的・経済的な意義と機能を維持するために、同一の法律的運命に従わせるという趣旨を表している<sup>6</sup>。従物と認められるための要件は、①主物の「常用」に供されること、②主物・従物ともに独立の物と認められることである。

「常用」に供せられるとは、主物の効用を経済的に助ける機能を果たすことである。たとえば、レストランの店舗用建物内の厨房設備は、レストランの営業活動を支えるものであるから、建物（主物）に対しての従物となる。したがって、主物と従物とが、必ずしも結合している必要はなく、社会的・経済的効用を助けることができる距離にあれば良いとされる。87条の文言から、主物と従物は同一の所有者の物でなければならないという要件が、かつては立てられていたが、現在の多数説は、他人の物であっても主物・従物の関係は成立すると考えている（経済的効用の面を重視する）<sup>7</sup>。また、主物・従物の関係は、判例・学説ともに、不動産の間でも成立することが認められている。たとえば、ガソリンスタンドの建物と、地下のガソリン貯蔵タンクや洗濯機との間でも成立する（最判平成2年4月19日判時1354号80頁）。

従物が、主物の構成部分と認められるほどに接着したような場合には、主物・従物の関係は生じない。これは付合の問題となる。主物・従物ともに独立性を有していなければならないからである。

判例・通説ともに、付合物には、付合の時期にかかわらず、抵当権の効力が及び、従物

については、抵当権設定時に存在したものには、抵当権の効力が及ぶとする。抵当権設定時以降に附属させられた従物については、判例は確定していないが、通説は、抵当権の効力が及ぶと考えている<sup>8</sup>。

## (2) 渡り廊下に抵当権の効力は及ぶか

不動産登記法上、登記の対象となる建物とは、「屋根及び周壁又はこれらに類するものを有し、土地に定着した建造物であって、その目的とする用途に供しうる状態にあるものでなければならない」とされる（不動産登記規則111条）。建物の概念の外延は、①屋根及び周壁又はこれらに類するものを有すること、②土地に定着した建造物であること、③目的とする用途に供しうる状態にあることが必要とされる<sup>9</sup>。本ケースの渡り廊下は、甲建物と乙建物の間を行き来する用途に供する状態にあると考えられる。また、個人の居宅をつなぐものだから、屋根及び周壁を備えている。空中に設置された渡り廊下であるから、土地への定着性はない。もっとも、これが、マンションのような一棟の建物（区分所有建物）の場合、たとえば、101号室は「区分建物」と呼ばれ、（不動産登記法2条二十二号）、その登記は一個の建物ごとに設けられる（同法2条五号）。

ところで、不動産登記法には、附属建物と呼ばれる概念がある<sup>10</sup>。附属建物とは、「表題登記がある建物に附属する建物であって、表題登記がある建物と一体のものとして一個の建物として登記されるもの」をいう（同法2条二十三号）。たとえば、居宅の敷地内の車庫、物置や便所など、物理的に別の建物として築造されているようなものである。附属建物は、居宅を「主たる建物」と称し、車庫や物置などを「附属建物」として、主たる建物の登記のなかで登記されることになる。「建物に附属する」という状態を判断するには、「効用上一体として利用される状態にあるか

どうか」が問われる(不動産登記事務取扱手続準則78条1項)。すなわち、複数の建物の位置関係などの客観的な関係だけではなく、所有者の意思も考慮されるが、ある建物の効用が、客観的に別の建物と一体となるのであれば発揮されないことが明白な場合には、所有者の意思にかかわらず、附属建物として取扱われる。以上から、渡り廊下を附属建物として、主たる建物(甲建物)の登記記録のなかで登記することもできそうである。

本ケースの渡り廊下は、Aの費用で甲建物に接着するかたちで築造されていることから、甲建物の構成部分となり、他方の端で乙建物とも接着している。考え方として、①「甲建物+渡り廊下(構成部分(付合)または附属建物)・乙建物」として甲建物と乙建物を別棟(二棟)の建物と捉えるか、②甲乙両建物に付合していると考えて、甲乙両建物が、渡り廊下の設置によって合体して、一棟の新建物が成立したという可能性がある。

建物の合体とは、複数の建物が物理的に接続することにより、一棟の建物となったと観念されることである<sup>11,12</sup>。合体する複数の建物の所有者が別人であってもかまわない。その典型例は、甲建物と乙建物の間の隔壁が除去されて建物が接着されるような場合や、多少離れていても、その間に両棟接続のための建て増しがなされた結果一体化したような場合<sup>13</sup>である。したがって、建物の合体は、物理的な変化を伴う。

①の(二棟の建物と捉える)場合、渡り廊下は甲建物の付加一体物として抵当権の効力が及ぶ。②の(一棟の新建物が成立したと捉える)場合、甲乙両建物が同一人(A)の所有に帰属するときには、丙建物はAの単独所有となり、甲乙両建物それぞれに設定されていた抵当権の効力はどうか。また、甲乙建物が別人(それぞれAとB)の所有に帰属するときには、丙建物はAとBの共有となり、甲乙両建物それぞれに設定されていた抵

当権はどうか。抵当権の目的である建物が滅失したことにより、丙建物に新たに抵当権を設定しないかぎり(設定登記をしないかぎり)、それぞれの抵当権も消滅することになりそうである。しかし、この点、建物の合体による登記実務の不法な利用による「抵当権飛ばし」が横行したことから、判例・裁判例による対処、そして最終的には立法(不動産登記法の改正)による手当てがなされている(後述3(3)を参照)。

### 3. 建物の付合、合体(・合棟)に関わる判例・裁判例

抵当権の設定された甲乙両建物への渡り廊下の設置は、抵当建物の増築、または、抵当建物の合体とも捉えることができそうである。付合した増築部分に抵当権の効力が及ぶのか(増築部分は付加一体物となるのか)、また、抵当建物が合体された場合に、旧建物の抵当権はどうかについて、これらの問題に関連すると考えられる判例・裁判例を(網羅的ではないが)概観していく<sup>14</sup>。まずは、増築に関わる判例・裁判例、続いて、合体に関わる判例・裁判例、そして、判例・裁判例の積み重ねがきっかけとなったと考えられる不動産登記法の改正について確認する。

#### (1) 増築に関わる判例・裁判例

【1】最判昭和35年10月4日裁判集民45号23頁(家屋明渡等請求事件)

既存家屋に設定された抵当権の効力が、増設建物に及ぶのかどうか問題となった事件である。

[判旨] 棄却

「不動産の従としてこれに附合した物がその不動産の構成部分となった場合又は付合物が社会通念上その不動産の一部分と認められる状態となったときは民法242条により不動産の所有者は付合物の所有権を取得するので

あって、民法208条〔現行民法では削除、区分所有法へ〕所定の区分所有権はその部分が独立の建物と同一の経済上の効力を全うすることを得る場合に限りて成立し、その部分が他の部分と併合するものでなければ建物としての効力を生ずることができない場合にはこれを認めることができないものであり、その部分が構成部分となった場合にはもちろん附合の効力を生ずるとともに、もはやその部分は独立の建物と同一の経済上の効力を有し得ないものである。そしてその部分が独立の建物と同一の経済上の効力を有するか否かの判断に当たっては社会通念上の経済的利用の独立性と事実上の分割使用の可能性とを混同すべきではない」と一般論を述べたうえで、本件については、X所有にかかる既存家屋1と同人所有の増設建物2との物的関係によれば、増設建物2は既存家屋1に従として付加された結果、既存家屋の構成部分となり、両者が合して一個の建物となり、増設建物2は、既存家屋1と併合するものでなければ、それだけでは独立の建物と同一の経済上の効力を全うすることを得ないものであり、区分所有権の客体となることのできないものといわなければならないとされた。したがって、増設建物2は既存家屋1の所有者であったXの所有に帰するものとして、370条により抵当権の効力が増設建物2に及ぶとされた。

〔解説〕

増設建物が、社会通念上の経済的利用の独立性の観点から、区分所有権の成立する建物ではないとされ、既存家屋に付合したとして、抵当権の効力が及ぶとされた。増設建物に区分所有権が成立するのか、既存家屋に付合するののかは、本判決によれば、事実上の分割使用の可能性ではなく、社会通念上の経済的利用の独立性が基準となる。

【2】東京地判昭和36年7月31日法曹新聞166号8頁（建物抵当権不存在確認事件）

既存建物に設定された抵当権の効力が、接着して建築された増築建物に及ぶのかという問題を解決するに当たって、増築建物に独立した所有権が成立するのか、または増築建物が既存建物の従物とされて、抵当権の効力が及ぶのかが問題となった事件である。

〔判旨〕認容

「本件の争点は既存の建物に接着して建築された建物が既存の建物の構成部分として付加して一体となり増築部分について建物としての独立の所有権の客体と認められず、既存の建物だけの所有権しか存在しないものであるか又は増築部分が従物としての存在価値しか認められないかどうか（建築者を異にするかどうかの点を含み）」であり、これによって「既存建物についてなされた抵当権設定の効力がその設定契約前になされた増築部分に及ぶかどうかの法律的判断」がなされる。そうして「増築部分の建物が所有権の客体としての単位と認められるかどうかの点は一般に物の所有権の認められる社会的経済的基盤に即し、個人の意思の尊重と取引の安全の要請とを参酌して決せられるべきであり、特にその物の経済的効用を重視し合理的客観的に定められる筈であるけれども、建物においてはどの程度のものが経済的効用の単位として認められるべきかどうかの点は社会生活の進歩発展に伴い一定の判定基準を設定することが困難といわねばならず殊に一戸の建物について区分有を認むべき社会的経済的要請の強まりつつある傾向に鑑み、単にその物の客観的性状に止まらず所有者たる個人の意思をも参酌して所有権の単位を決するのが相当と考える」と一般論を述べた。そのうえで、本件については、第一目録記載の建物1が昭和30年7月に建築され、昭和33年12月8日X名義に所有権の登記が経由された。Xはその実兄で養父でもあったAと同人所有の第二目録記載の建物2を使用していることから、Xは建物1（増築建物）の建築について、敷地所

有者であるAの承諾を得ているものと認められる。そうして、増築建物1は階下に廊下と押入付きの4畳半、階上には総二階の板の間があって中以上の建築材料を用いている。したがって、総建坪10坪弱であることから、建築費は数10万円を下らないと推測できる。増築建物1の西側は廊下を隔ててA所有の建物2と接着し、両建物の南側の廊下は相通じ、増築建物の西側の廊下は渡り廊下を経て、建物2の湯殿台所に通じていて、増築建物1には炊事場、便所、洗面所および玄関と目すべき部分はなく、建物2のそれらを利用してると推測される。両建物には構造上、共通部分はなく、増築部分は別個の建物として既存建物を切り離しても、その存在と利用に支障のないものであり、道路からは表または裏の出入口から靴脱石を経て出入りできることが認められ、必要とあれば、炊事場、洗面所、便所などは余地があるので、容易に付置する状況から、増築建物1は既存建物2から別個独立の存在と居住用に利用しえる経済的効用を兼備するから、それ自体、所有権の客体となりうるものと認められた。こうして、増築建物1は既存建物2の一部として、またXもその一部とする意思で建築されたというYの主張は、その証拠がないとされ、また、増築建物1が既存建物2の従物であるというYの主張については、主物と従物は同一の所有者に帰属しなければならない<sup>15</sup>という要件から認められないとされた。こうして、増築建物1と、抵当権の客体とされた既存建物2は、独立した存在であり、その所有権を異にするので、増築建物1に、抵当権の効力が及ぶことはなく、競売の効力も及ぶことはないとされた。

#### [解説]

既存建物に建物が増築された場合に、増築建物に区分所有権が成立するのかどうかは、建物の客観的性状からだけでなく、社会的経済的見地から、所有者の主観的な意思や取

引の安全をも参酌して判断されるべきであるとして、本件については、増築建物に区分所有権が成立するとされた。既存建物に抵当権がいつ設定されたのかは、判旨からは判然としないが(増築建物設置後に抵当権が設定されたのであれば、抵当権者の合理的意思として抵当権の効力が及びそうである)、本件では、増築建物に独立した所有権が成立するとして抵当権の効力が及ばないとされた。

#### [3] 最判昭和37年4月26日裁判集民60号429頁(建物所有権存在確認請求事件)

既存建物よりも坪数が多い増築建物に対して、既存建物に設定された抵当権の効力が及ぶのかが争われた事件である。

#### [判旨] 破棄差戻

「Yは昭和27年9月頃D某から、判示建物(二)と接続していた下屋を買取ったが、右下屋は低く且つ雨漏りなどして住居として使用に耐えなかったので、同年11月Yは右下屋を取り壊し、そのあとに建物(二)に接着して本件建物を建築したこと、然るに本件建物と建物(二)とは通して玄関が一つだけであり、本件建物の西側の一部は建物(二)と連なっていて、両者一個の外観を呈し、本件建物(二)と接着する部分において柱等も共通に使用されており、玄関に連なる中廊下の南側においては4.5畳と寸詰りの3畳がこれらの建物に跨っていて、その間には障壁がなく、また便所は建物(二)にはなく本件建物のみであって、利用上も本件建物と建物(二)とは一個の物であると認められないこともないというのである。思うに右両建物は、原判決の指摘するように、本件建物には大部分新しい材料が使用されており、建物(二)の屋根は方形造であるに反し本件建物の屋根は切妻造りであり、仮に一方を取りこわしても他方に構造上影響なきものと認められるものであろうけれども、そもそも、民法370条本文に基づき抵当権の効力の限界を定めるに当

たつては、二個の建物が全体として一個の経済上の用途に奉仕するように構造されているか否かを基準とすべきものと解すべきであるから、本件の場合二個の建物が原判決のような状態にある以上は、本件建物は民法370条本文にいわゆる建物（二）に付加して一体となっている物と認めるを相当とする。そしてこの場合本件建物の坪数が建物（二）のそれよりも多少多いとか、材料が新しいとか或いは両者の屋根の形式が相違するとかいうが如きことは、右の結論に消長あるべきものと解すべきではない」として、両建物が別個独立の建物であると判断した原判決を破棄した。

#### 【解説】

原判決は、本件建物と建物（二）が別個独立の建物であるとして、建物（二）に設定されていた抵当権の効力が本件建物には及ばないとした。しかし、本判決は、本件建物と建物（二）は、その構造（柱の供用、廊下・便所の供用など）を検討するに、一個の建物であると認められないこともないが、民法370条の抵当権の効力の及ぶ範囲は、「二個の建物が全体として一個の経済上の用途に奉仕するように構造されているか否かを基準とすべきものと解すべきであるから」、本件建物は建物（二）の付加一体物と認められるとする。本判決は、本件建物が、二個の建物をもって経済上の用途に資する状態にあると認定されて、付合物であるにせよ、従物であるにせよ（どちらかと言えば、付合物より）、いずれにしても370条の付加一体物に含まれるとして、本件建物には抵当権の効力が及ばないとした原判決を破棄し、原審に差戻した。

#### 【4】 仙台高判昭和39年11月30日高民17巻7号512頁<sup>16</sup>（家屋明渡請求事件）

既存建物に増築がなされ、既存建物が競売された場合に、増築部分も既存建物と一体をなすのかが争われた事件である。

【判旨】 破棄差戻

「既存の建物に増築が行われた場合に、右増築部分が既存の部分から独立した別個の建物となっているか否かは必ずしも物理的構造のみにより判定すべきではなく、むしろ主として社会通念に従って判定すべきことは勿論であるけれども、この判定はその建物の既存部分と増築部分との全体としての基本的構成、その接着状況等から客観的に観察してそれが取引又は利用の目的物として社会観念上一般に独立した建物としての効用を有するものと認めることができるか否かという点を標準として行うべく、もしこの標準に適していなければこれを別個独立の建物として扱うことは許されず、この場合には仮令増築部分の建設者が何人であっても、又増築が既存部分の所有者の意思に基づいて行われたと否とに拘らず、当該増築部分は既存建物の一部を構成するものとして既存建物の所有権に包含されるものと解すべく（但し、増築部分を以って区分所有権の客体たらしめた場合には、その部分が構造上既存部分と区分されており且つその部分丈で独立して建物としての用途を全うすることができる状態にある限り、増築部分は既存部分と別個の所有権の客体となりこれを他に譲渡することもできるのであるが、この権利関係の変動は建物区分の登記を経ない限り第三者に対抗することができない。）、既存建物及び増築部分を利用する者の主観的な使用状況等は右判定の標準とすべからざるものである。蓋し建物は物権の客体として取引の目的に供せられるものであるから、若しこれを右のような主観的な標準によって判定することとなれば建物の取引の安全は到底保たれないこととなるからである。然るに原判決はその理由に於て、Xが本訴でYに対し明渡を求めている店舗の部分が既存建物に継ぎ足して増築されたものであり、既存建物に接続し、その接続部分において一部既存建物の柱を利用してこれに継ぎ足して建てられ、その二階の外壁が既存建物の屋根に



接着している等の事実を認定しながら、既存建物と右増築部分とが互に壁、ベニヤ板を以て仕切られ内部の交通は全く不能となっていること、既存建物が瓦葺平家建和風の建物であるところ増築部分が木造トタン葺二階建であって外面洋風に塗装してあるという外観上の相違があること、両者の電気、水道、ガスの設備が互に別個独立になっていること等の事実を認定し、このような状態から見て本件店舗（増築部分）は既存建物と相併合しなければ建物としての効用を全うし得ないわけではないとし、右建物が以上のような構造を有するに至った昭和30年5月独立した建物所有権が成立したのであり、既存建物の競落人たるXは右競落によっては右増築部分（本件明渡請求部分）の所有権を取得し得なかったとしているけれども、以上原審が説いているところからは前記のような既存建物と増築部分との全体的構成等の客観的な標準について判定を行ったものと見るべきものを見出し難く、結局原審は専ら増築部分及び既存部分の居住者の主観的な使用状況から見て右判断を行ったものと認める外なく、このような判断は建物の取引の安全を軽視しひいては建物の個数を定める標準を誤るに至った不当のものとせざるを得ない。即ち原判決の認定した本件建物の前記構成から見たところでは、もし何等かの理由によって既存部分を取去し去った場合に前記の通り既存建物の一部の柱を利用してある等の関係上果して増築部分だけで独立して建物としての効用を果し得るか否か、乃至は一般世人が之を独立した建物として取引の目的物たらしめる可能性があるか否かの点につき多大の疑問を抱かざるを得ず、現に甲第二号証（本件建物に対する前記競売事件における不動産鑑定人の評価書）の記載内容から見ても本件増築部分も既存部分と一体をなすものとして競売を申立てられ、その全体につき評価せられ、この評価額を基準として国の執行機関により競売に附せられてい

るのであって、この取引を通じ本件増築部分と既存部分とは終始合せて一個の建物を構成するものとして取扱われて来たものと認定し得る余地が多分に存するのである」として、原審は、既存建物と増築部分との使用状況のみに基づいて判断をしており、建物の個数に関する法の解釈を誤ったか、その判定基準について審理を尽くさなかったとして破棄差戻しされた。

〔解説〕

本判決によれば、増築部分が既存建物から独立して存在しているのかどうかは、利用者の主観的な使用状況によって判断するのではなく、「建物の既存部分と増築部分との全体としての基本的構成、その接着状況等から客観的に観察してそれが取引又は利用の目的物として社会観念上一般に独立した建物としての効用を有するものと認めることができるか否かという点を標準として行うべ」きとされ、「もしこの標準に適していなければこれを別個独立の建物として扱うことは許されず、この場合には仮令増築部分の建設者が何人であっても、又増築が既存部分の所有者の意思に基づいて行われたと否とに拘らず、当該増築部分は既存建物の一部を構成するものとして既存建物の所有権に包含されるものと解すべ」きとされる。増築部分に独立した所有権が成立しないのであれば、増築部分は既存建物の一部となる、すなわち、付合するのである。本判決は、既存建物と増築建物が独立した存在であると認めた原判決が、建物の取引の安全を軽視し、建物の個数を定める基準を誤ったものであると判断した。差戻審でどう判断されたのかは分からないが、本判決は、既存建物の抵当権の効力が増築建物に及ぶと考えたようである<sup>17</sup>。

増築建物に抵当権の効力が及ぶのかどうかの問題となった四つの判例・裁判例を概観した。増築といっても、いずれも、建具などの

造作を付加するのではなく、既存建物に増築建物が接着された事件であった。抵当権の効力が及ぶのか否かについて、ダイレクトに370条の問題として検討した判例（【1】、【3】）と、その前提として、既存建物と増築建物がいかなる関係に立つのか、すなわち、増築建物が既存建物に付合するのか・付加一体物となるのか、既存建物と増築建物に別個独立した所有権が成立して、区分所有建物となるのかどうかを検討して、抵当権の効力の範囲について判断した判例・裁判例（【1】、【2】、【4】）が見られた（概観した判例・裁判例は僅かであるが、抵当権の効力が及ばないとされたのは、【2】のみである）。

増築建物と既存建物との関係について、増築建物が既存建物に付合するかどうか、または、増築建物に独立した区分所有権が成立するかどうかは、所有者の意思を判断基準とするだけではなく（もっとも、【2】は所有者の意思を重視するようである）、柱や廊下などを共有している物理的構造・接着状況を客観的に観察して、増築部分が取引または利用の目的物として、社会通念上、独立した建物として効用を有すると認めることができるのか否かという基準で判断されるべきであるとされる。

渡り廊下は、独立した所有権の対象とも考えられなくはないが、社会通念・経済的な効用から考えても、既存建物に付合するものと考えられよう。

(2) 合体（・合棟）に関わる判例・裁判例  
【5】最判平成50年5月27日訟月21巻7号1448頁<sup>18</sup>（建物滅失登記申請事件等の受理処分取消請求上告事件）

隣接する二棟の建物間の隔壁を1.8m除去したことにより、建物の独立性が失われたとされ、旧建物の滅失登記がなされて、新たに1棟の建物になったとして新建物の表示登記がなされたことについて、旧建物の根抵当権

者が登記申請の受理処分の取消しを求めた事件である。

〔判旨〕破棄差戻

「職権をもって考えると、原審は、それぞれ、所有権、抵当権に関する登記のある一審判決別紙第一目録記載の（一）建物（以下『甲建物』という。）と同第一目録記載の（二）建物（以下『乙建物』という。）とに対し工事が加えられ、それにより両建物はそれぞれ独立性を失って、1棟の同第二目録記載の区分所有建物（以下『丙建物』という。）になった旨判断し、この場合には、登記手続上は、甲建物及び乙建物のそれぞれにつき滅失登記（不動産登記法93条の6、99条）をし、丙建物につき表示登記（同法91条、93条）をするのが相当であるとして、これを前提に、Y〔登記官〕のした本件各登記申請の受理処分はいずれも適法である旨判示している。〔改行〕しかしながら、甲建物及び乙建物のそれぞれが独立性を失うに至った原因となる工事の内容として原審の確定するところは、相隣接する甲建物及び乙建物のそれぞれの二階部分の隔壁のうちわずか巾1.8メートルの部分除去し、そこに建具をはめ込み、両建物の二階部分の高低差0.95メートルを木造の階段で補い、その部分を通行可能にしたというにすぎない。しかして、右の工事以外に何らの工事も加えられていないとすれば、既に所有権及び抵当権に関する登記がされて取引の対象となるに至った甲建物及び乙建物は、一般取引の通念に照らし、いまだその独立性を失ったものとするとは、相当でないといふべきである。もっとも、原審は、甲建物及び乙建物の右工事後の状況として、乙建物の三階部分はその二階部分に通じているが、右部分には階下に通じる階段はない旨の事実を確定している。しかし、前記工事前には、乙建物の二、三階部分は、階下又は外部路面に出られるようになっていたことが容易に推定され、特段の事情の認められないかぎり、右工

事後においても、乙建物の二、三階部分から、甲建物を通じることなく、階下又は外部路面に出ることが全く不可能となったものとは考え難く、少なくとも、原審は、右の特段の事情につきこれを認定していないのである」として、原審の判断は、建物の独立性に関する法解釈を誤ったとして、破棄差戻しされた。甲建物および乙建物に対し前記の工事以外に工事が加えられているか否か、加えられているとすればその内容はどのようなものであるか、などについて審理すべきであるという。

[解説]

本件は、建物の合体に基づく登記実務を悪用した「抵当権飛ばし」のケースである。原判決は、甲建物と乙建物の隔壁の除去により、両建物が独立性を失って、1棟の新建物（丙建物）となり、甲乙建物の滅失登記、丙建物の表示登記をするのが相当であるとした。これに対して、最高裁は、隔壁が1.8m程度除去されただけでは、一般取引の通念に照らして、所有権および抵当権の登記がされて取引の対象となった甲建物と乙建物の独立性は失われていないとした<sup>19</sup>。最高裁の判断のうらには、抵当権者の保護（建物の合体を認めると、抵当権が消滅してしまう）という考慮があったものと推測できる。

【6】東京地判昭和60年9月25日判時1172号48頁<sup>20</sup>（建物滅失登記申請処理処分等取消請求事件）

甲建物と、それに隣接して建築された乙建物（表示登記および所有権保存登記済）との一体化工事が行われ、登記官が合棟を原因とした滅失登記処分をした処分に対して、根抵当権者Xが登記申請受理処分の取消しを求めた事件である。

[判旨] 却下

「本件甲乙建物は、当初その基礎及び構造を異にし、極めて接近してはいるものの、相互に隔離した建物として建築されているか

ら、物理的にはそれぞれ別個の存在とみることができないものではない。しかし、ある建築物が独立の不動産と言えるかどうかは法律上の判断であって、物理的状态のみならず客観的にみた当該建物の用途、用法（Yが判定基準の一つとする『利用目的上の独立性』と言ってもよい。）及び社会的、経済的に考察した取引上の価値等をも総合して決定すべきものである。〔改行〕これを本件についてみると、乙建物は、人が独立して（甲建物及びそこに設けられている設備に依存しないで）居住するのに必要な水道設備、トイレットを欠くうえ、居宅であれば通常設けられる台所もない単室の構造であって、しかも、甲建物と密着と言ってよいほどに近接し、電灯の配線も甲建物からの延長である。この乙建物の物的状態及び甲建物との位置関係からみれば、乙建物は、甲建物中の右諸設備に依存しないでは、人の居住の用に供することができないものであることは一目瞭然であり、この依存関係が断たれた状態では、社会的、経済的にみて、居宅としては殆ど取引価値を有しないであろうことは容易に理解できる客観的状态にあつたものと言える。右乙建物の甲建物に対する効用、機能上の依存関係と位置関係及び床面積の割合並びに取引価値を総合して考えると、本件乙建物は、甲建物の存在を前提としており、甲建物の附属建物としてのみ存在するものであるから、それ自体を主たる建物として独立に登記することはできないものであり、いわゆる附属建物として、甲建物の登記簿に記載されるべきものであつた（旧法93条の8）と言わなければならない。〔改行〕もつとも、両建物の所有者であるAは、…乙建物の表示登記を申請しているから、附属建物としない意思を表明したものと言えるけれども、かかる意思のみでは右の客観的な依存、従属の関係に変動を来さないから、本件乙建物が独立の登記に親しまないことに変わりはない（即ち、この種の客観的關係は、

いわば一種の物的状態に相当し、右客観的な関係が消滅しないかぎり、所有者の意思の如何には左右されないものである。)。所有者の意思を問題とするYの主張は本件事案については採用できない。〔改行〕そして、…本件甲乙建物が一体化したときは、両者の前記依存、従属関係に鑑みて、本件乙建物が本件甲建物に附合し、乙建物の所有権は主たる不動産である甲建物の所有権に吸収されて消滅するものと解すべきである（民法242条本文）。Yは不動産相互の附合には民法の附合の規定を適用すべきでないかと争うが、不動産相互間にも附合が起こりうる以上、右附合の規定を適用又は類推適用するのが合理的な解釈であり、Yの主張が類推適用をも否定する趣旨であれば失当である。〔改行〕右に判断したとおり、本件甲建物は本件乙建物の附合（いわゆる合棟工事）によっては同一性を失わず、建物の構造及び床面積に若干の変動が生じたに過ぎないものと解すべきであるから、登記手続としては、かかる実体法上の権利関係（本件甲建物所有権の客体の拡張）を登記簿上に表示すれば足りるものである」として、甲建物の滅失登記処分を違法なものであるとした。そうして、本件表示登記処分の取消しを求める訴えについて、「Xは、本件根抵当権の対抗力を確保し、その実行を可能ならしめるために、右表示登記処分の取消しを求める利益があると主張するが、本件滅失登記処分が取り消され、その結果本件甲建物の滅失登記が回復されれば、同時に右根抵当権設定登記も回復されるから、これによって、Xは、右根抵当権の実行のみならず、対抗力を伴う処分も可能になり、右処分や根抵当権の実行に、本件表示登記の存在が、法律上の障害となるものでないことは明らかである。〔改行〕そして、本件表示登記処分は本件滅失登記処分とは別個、独立の処分であることは、当該処分の前提となる登記申請行為の異同、処分の内容（結果）をみれば明らかであり、かつ、

本件表示登記処分の取消しが右滅失登記処分取消しの先決関係として不可欠なものとなっているわけでもない。〔改行〕Xは、合棟の場合の滅失登記と表示登記とは一体の処分であり、両者を切り離して考えることは不動産表示登記制度の趣旨に反すると主張し、また、ある建物の滅失登記が回復されたにもかかわらず同一土地に別個の建物表示登記が存在することは一不動産一登記用紙主義の原則に反するものと主張する。〔改行〕しかし、滅失登記処分と表示登記処分とは、たとえ、合棟に関するものであっても、法律上は別個、独立の処分であって、両者が一体となつて一個の処分手続を組成しているものでないことは前述のとおりである。したがつて、本件表示登記処分によってXの法律上の利益が侵害されないかぎり、同処分が不動産登記法に違反し違法であるかどうかにかかわらず、Xは同処分の取消しを求める利益を有しないものである。〔改行〕Xは、右法律上の利益の侵害として、本件表示登記処分が取り消されないかぎり、本件根抵当権の実行に際し、競売の対象物件を特定、公示できず、競落人の所有権取得範囲について複雑な問題を生じ、ひいては競売手続が不可能となる恐れ及び本件表示登記に基づく所有権保存登記を経て所有権移転登記を得た善意の第三取得者が同建物を取り壊し、重大な変更を加える恐れを挙げる。〔改行〕しかし、本件滅失登記処分が取り消されることによって回復される本件甲建物の登記が本件丙建物の登記と重複することになるとしても、不動産登記法上は前者が優先し、後者が無効とされるべきものであることは、その表示登記、所有権保存登記及び第三者の権利の登記のいずれをとってみても前者が先行していること並びに本件表示登記処分にかかる丙建物の登記原因自体が合棟すなわち本件甲乙建物の合棟による滅失であることに照らして明らかであり、法律上、本件表示登記処分の効力がXの本件根抵当権の実

行もしくは処分に不利益を及ぼすことはありえない。のみならず、Xの主張する競売対象物件の特定及び競落人の所有権取得範囲の問題は、本件根抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲の問題（民法370条参照）であって、関係する実体法規の解釈によって定まり、本件表示登記処分の存否によって左右される性質の事柄ではない。また、Xの主張する『善意の第三取得者』による右建物取り毀しの惧れも、本件丙建物がその所有者から第三者に譲渡されたときは、本件表示登記が抹消（閉鎖）されていたとしても、起こりえないではない事態である。しかも、右のような事態が生じる惧れが顕在化したときは、本件根抵当権に基づいてXが相応の保全の手段を講じ、その発生を防止することができるものである」として、本件表示登記処分取消しの訴えは認められないとされた。

[解説]

建物の独立性（、裏返すと、甲乙建物の合棟）について、本判決は、「建築物が独立の不動産と言えるかどうかは法律上の判断であって、物理的状态のみならず客観的にみた当該建物の用途、用法（被告が判定基準の一つとする『利用目的上の独立性』と言ってもよい。）及び社会的、経済的に考察した取引上の価値等をも総合して決定すべきものである」として、所有者の意思によって定まるものではないとする（これまで概観してきた判例・裁判例の流れに従うものである）。そうして、本件については、「右乙建物の甲建物に対する効用、機能上の依存関係と位置関係及び床面積の割合並びに取引価値を総合して考えると、本件乙建物は、甲建物の存在を前提としており、甲建物の附属建物としてのみ存在するものであるから、それ自体を主たる建物として独立に登記することはできないものであり、いわゆる附属建物として、甲建物の登記簿に記載されるべき」で、このような甲乙建物の依存・従属関係から、「本件乙建

物が本件甲建物に附合し、乙建物の所有権は主たる不動産である甲建物の所有権に吸収されて消滅するものと解すべきである」として、合棟を原因とする甲建物の滅失登記を違法であるとした。登記実務上、甲乙両建物の一体化により両建物の滅失登記、丙建物（新建物）の表示登記がなされることによって、根抵当権者の根抵当権の登記が消滅してしまうことから、裁判所は、乙建物が附属建物に当たり、甲建物に付合し、甲建物の所有権に吸収されるとして、抵当権の存続を保護した<sup>21</sup>（他方で、根抵当権者は、乙建物の付合が認められることで、不測の利益を受けることになるか）。

根抵当権者Xが求めた丙建物の表示登記処分の取消しは、甲乙建物の「滅失登記処分が取り消されることによって回復される本件甲建物の登記が本件丙建物の登記と重複することになるとしても、不動産登記法上は前者が優先し、後者が無効とされるべきものであることは、その表示登記、所有権保存登記及び第三者の権利の登記のいずれをとってみても前者が先行していること並びに本件表示登記処分にかかる丙建物の登記原因自体が合棟すなわち本件甲乙建物の合棟による滅失であることに照らして明らかであり、法律上、本件表示登記処分の効力がXの本件根抵当権の実行もしくは処分に不利益を及ぼすことはありえない」から、訴えの利益を欠いていると判示された。そうして、Xの根抵当権の範囲の問題は、表示登記の処分によって影響を受けるものではなく、実体法上の問題として処理されるべきであるとされた。

【7】東京地判昭和61年2月24日金法1156号47頁<sup>22</sup>（建物抹消登記処分取消請求事件）

甲乙両建物の合体を原因として、甲乙各建物の区分建物抹消登記、合体後の丙建物の表示登記がなされた場合に、根抵当権者Xが、甲建物についての区分建物抹消登記処分の取

消しを求めた事件である。

【判旨】 一部認容、一部却下

「乙建物は、その構造において一応甲建物とは別個のものとして観念できないではないが、その東側外壁はもっぱら甲建物の外壁に依存して、その上にベニヤ板を貼っただけのものであり、出入りも、サッシュ引戸を利用して外壁との狭い区間からしなければならず、その形状も回廊状のL字型をなし、独立の区分所有建物としてはいかにも奇妙かつ不完全なものであつて、床面積からしても事務所としての使用に耐えるとは考えられないうえに、独立に電気も引かれず、もとよりガス、水道の設置もないものであつて、仮設建物としての域をそれ程出るものとはいえず、区分所有の事務所として取引の対象とするものとは到底いえないものというべきであつて、これをもって区分所有建物成立の要件としての構造上及び利用上の独立性のあるものということではできないといわなければならない。〔改行〕 そうすると、不登記上乙建物は甲建物の附属建物として以上の評価を受けることはないものというべきであるから、甲建物と乙建物との間の隔壁を除去しこれを一体とした場合には、乙建物は甲建物に附合し、その一部となつて、甲建物の床面積が増加することとなるに過ぎなかつたものというべきである。〔改行〕 …そうであるとすれば、乙建物につき区分所有建物としての表示登記をし、甲、乙各建物の合体があつたものとして、甲建物につき本件抹消登記をした手続は違法であるというべきであるから、甲建物についてした本件抹消登記はこれを取り消すべきである」とされた。

〔解説〕

甲乙両建物の合体があつたと主張されたが、乙建物は、区分所有建物<sup>23</sup>としての構造上・利用上の独立性をもたないことから、附属建物としての評価を受けるにすぎない。したがって、甲乙両建物が一体化したと言えど

も、乙建物は甲建物に付合し、甲建物の床面積が増加することになったにすぎないと裁判所は評価し、建物の合体による甲建物の抹消登記手続は取り消されるべきであるとされた。前掲・東京地判昭和60年9月25日と同じ法的構成をとる。甲建物に設定されていた根抵当権の存続が考えられたのだろう。

【8】 京都地判平成元年7月12日判時1339号124頁<sup>24</sup>（建物滅失登記抹消登記手続等請求事件）

根抵当権が設定されていた甲建物について、Yらが、建物区分登記の申請を行い、その後、建物を合体したとして、区分建物滅失登記の申請をして、さらに当該建物を別の乙建物として表示登記および所有権保存登記をしたときに、根抵当権者Xが、A・B両建物の滅失登記および乙建物の表示登記および所有権保存登記の抹消登記を請求した事件である。

【判旨】 認容

「Yは、Xらの請求のうち、建物の表示登記、滅失登記の抹消登記の請求が建物の表示に関するものであることを理由として、Xらには訴えの利益がないと主張する。そこで検討するに、確かに、建物の表示及び滅失登記は、建物の客観的事情に従い登記官の職権で行なわれるものであり（不動産登記法25条の2）、当事者の合意によって行なわれることはない以上、通常、登記権利者、登記義務者の概念を入れる余地がない。しかし、実体の伴わない表示登記あるいは滅失登記が抵当権者の抵当権ないしその対抗力を害することを目的として不法に行なわれ、かつ、これが抵当権の妨害となっている場合には、抵当権者は、その抵当権の妨害排除請求権に基づき、その登記名義人に対し、右登記の抹消請求を求めることができると考える。けだし、右の不法な表示登記ないし滅失登記により、一旦登記されていた抵当権登記の対抗力が失われるもの

ではないからである。登記は物権変動の對抗力の発生要件であって、この對抗力は、適法な消滅事由の発生しない限り消滅するものではなく、一旦適法になされた抵当権設定登記の抵当権者は、その抵当権に基づき、不法になされた妨害となる滅失登記、表示登記、保存登記の抹消を請求することができるといわなければならない(最判昭和43・12・4民集22巻13号2855頁参照)。本件において、Xらの根抵当権設定登記はYらの申請により行なわれたA・B両建物の滅失登記により消滅しているところ、Xらは、Yらの右の各登記はXらの根抵当権設定登記の消滅を目的として不法に行なわれたものと主張して、Yらを相手方として右の滅失登記の抹消の本訴請求をしているのであるから、本件訴えには訴えの利益が認められる。〔改行〕また、Y会社がした第四建物の表示登記及び所有権保存の登記は、A・B両建物の滅失登記とは別個の登記手続で行なわれたものであるが、右の滅失登記の抹消による第一建物の回復登記と相容れないもので、これを放置するならば、一不動産一登記用紙の原則(不動産登記法15条)に照らし、滅失登記の抹消登記は受理されないものであって、この点からみても、右表示登記及び保存登記自体もXらの抵当権ないしその對抗力を妨害するものというべきであるから、右表示登記及び保存登記の抹消を求める本訴請求にも訴えの利益が存在するというべきである。そして「Yらは、Xらの根抵当権設定登記を違法に抹消することを目的として、抵当権者の承諾なしに合体による滅失登記によって抵当権設定登記が消滅してしまう当時の登記実務を利用して、第一建物の区分及びA・B両建物の合体を行なったものであると推認することができる。〔改行〕これに対し、《証拠略》中には、第一建物を区分した理由は、Yが住居部分を利用して事業を始める計画があり、そのために同人名義にする必要があったからであるし、後にA・

B両建物を合体したのは、A・B両建物全体を賃借してくれる者が見付かったからYの事業の計画を取りやめたものであるとの供述部分があるが、これは《証拠略》に照らし、措信することができず、他に右の認定を覆すに足りる証拠がない。〔改行〕…第一建物一階の住居部分と工場部分に簡易な隔壁を設けたからといって、一般社会通念に照らし、未だその独立性を失ったものとはいえず、これが独立のA・B両建物に区分されたものとするのは、相当でないし、したがって、また、その後右隔壁を取り除いて独立したA・B両建物を合体したとすることも、この実体にそぐわないものであって、本件滅失登記、表示登記及び保存登記は不法になされたものというほかになく、これらの各登記がXらの各根抵当権ないしその對抗力の妨害になっていると認められ」として、A・B両建物の滅失登記、乙建物の表示登記および所有権保存登記の抹消登記の請求が認められた。

#### 〔解説〕

本件も、旧建物の合体による滅失登記、新建物の表示登記による抵当権妨害の事件である。当該登記実務が不法に利用されたことについて、「簡易な隔壁を設けたからといって、一般社会通念に照らし、未だその独立性を失ったものとはいえず、これが独立のA・B両建物に区分されたものとするのは、相当でないし、したがって、また、その後右隔壁を取り除いて独立したA・B両建物を合体したとすることも、この実体にそぐわないものであって、本件滅失登記、表示登記及び保存登記は不法になされたものというほかになく、これらの各登記がXらの各根抵当権ないしその對抗力の妨害になっていると認められ」、「抵当権者は、その抵当権の妨害排除請求権に基づき、その登記名義人に対し、〔各〕右登記の抹消請求を求めることができる」とする。その理由は、「不法な表示登記ないし滅失登記により、一旦登記されていた抵当権登記の

対抗力が失われるものではないから」、すなわち、「登記は物権変動の対抗力の発生要件であって、この対抗力は、適法な消滅事由の発生しない限り消滅するものではないから」とされる。適法に設定された抵当権の対抗力が、当時の登記実務が悪用されて不法に妨害されたとして、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使が容認されたのである。従来、建物の合体による登記実務を不法に利用しての抵当権妨害は、建物の合体を否定することで対処されてきたが、本件では、適法に設定された抵当権の対抗力は、それが不法に滅失された限りで、存続し続けるとして、登記処分が悪質性が着目されて、抵当権の対抗力に基づく物権的請求権によって、不法な登記申請処分の抹消登記が認められることになった<sup>25</sup>。

【9】大阪高裁平成3年9月30日民集48巻1号34頁<sup>26</sup>（建物明渡請求控訴事件）

強制競売手続における建物の買受人が、合体前の旧建物に短期賃貸借より先順位の抵当権が存在したことを理由に、短期賃貸借で占有しているYらに対して、競売手続により取得した所有権に基づいて、建物の明渡しと所有権取得日以降の賃料相当損害金の支払いを求めた事件である。後掲・最判平成6年1月25日の控訴審である。

〔判旨〕一部認容

「認定した事実によれば、それぞれ区分所有の目的たる建物部分で、対等の関係にあった旧建物（一）、（二）が合体して本件建物の構成部分となったものと認めるのが相当である。このように、いずれもAの所有していた旧建物（一）、（二）が合体によって本件建物となった場合に、本件建物がAの所有に帰すべきことはいうまでもないところである。ただ、旧建物（一）、（二）にそれぞれ別債権者のため抵当権が設定されている場合の合体によって、それらの抵当権が消滅すると解すべきいわれはなく、本件建物に移行して、少な

くとも構成部分となった旧建物相当分につき存続するものと解するほかない。そのためには、同一所有者の所有物ではあるけれども、抵当権の制約が存する限度で、旧建物相当分につき持分を観念し、その上に存続すると解するのが相当である。もっとも、登記制度として、右を反映する登記手続が予定されていないけれども、そのことが右の実体に消長を及ぼすものではないというべきである。…ところで、X及びBセンターが本件建物について抵当権設定登記を有していないことは、先に認定したとおりである。しかし、先に認定したとおり、X及びBセンターは、対等の関係にある区分所有の目的たる旧建物（一）、（二）が合体して本件建物となったことから、前記登記手続によって、旧建物（一）、（二）について有していた抵当権設定登記を失ったものということができる。一方、Y1は、昭和56年11月26日、当時の所有者であったAから、本件建物を賃借したといっても、賃借当時、旧建物（一）、（二）を本件建物に改造するための工事に関与するなど、旧建物（一）、（二）の合体により本件建物となったことを知っており、さらに、当時、旧建物（一）、（二）の滅失登記と本件建物の表示登記がいずれも未だなされておらず、旧建物（一）、（二）についてX及びBセンターのために各抵当権設定登記のあることを知り得べき状況にあったものということができる。又、証拠（原審におけるY1本人、弁論の全趣旨）によると、Y2は、Y1の経営する個人会社の実体を有するものと認められ、Y1と同視しうる立場にあった。してみれば、X及びBセンターは、先に認定した理由により、本件建物のうち旧建物（一）、（二）に対応する共有持分について抵当権設定登記を失ったからといって、右登記のないことを信頼して新たに取引関係に入ったものとみることのできないYらに対しては、登記なくして対抗しうるものと解するのが相当である。〔改行〕…そこで、Y1の有



する短期賃借権と X 及び B センターの有する各抵当権との効力関係について、検討する。…Y1 は、昭和 56 年 11 月 26 日、A との間で、本件建物に期間を三年とする短期賃借権の設定を受け、Y2 は、昭和 61 年ころ、A の承諾を得て、Y1 から本件建物を転借し、いずれも本件建物を占有していることについては、先に認定したとおりである。…一方、X は、本件建物に Y1 のために短期賃借権の設定がなされる以前の昭和 55 年 9 月 5 日、A から本件建物のうち旧建物 (一) に対応する共有持分に移行したとみるべき旧建物 (一) に抵当権の設定を受けたことについては、先に認定したとおりである。そして、先に認定した事実 (書証番号略) によれば、X は、昭和 62 年 12 月 5 日、B センターから強制競売の申立による差押登記のなされた本件建物を、同競売手続において、平成元年 5 月 23 日に代金を納付してその所有権を取得したというものである。〔改行〕これとは別に、B センターは、A との間で Y1 のために短期賃借権の設定がなされる以前の昭和 56 年 1 月 14 日、本件建物のうち旧建物 (二) に対応する共有持分に移行したとみるべき旧建物 (二) に抵当権の設定を受けたことについては、先に認定したとおりである。〔改行〕…以上の事実によれば、Y1 は、本件建物について差押の効力が生じた後には、もはや、右短期賃借の期間満了による更新をもって、本件建物のうち旧建物 (一) に対応する共有持分についての先順位の抵当権者である X 及び本件建物のうち旧建物 (二) に対応する共有持分についての先順位の抵当権者である B センターに対抗できないという関係にあるとみるべきであるから、Y1 の右短期賃借権は、平成 2 年 12 月 1 日、賃貸期間の満了により、右両者の共有持分を合せた本件建物全部について、抵当権者である右両名に対する関係で終了したものであるといえるのであり、したがって、競売手続における本件建物の買受人である X に

対する関係でも終了したものであるといえる。…そうして、「X は、不動産競売手続において、本件建物を買受け、平成元年 5 月 23 日に代金を納付して、その所有権を取得しているものであるから、買受人である X に対抗できない短期賃借権に基づいて本件建物を占有しているに過ぎない Y らに対し、本件建物の明渡請求権を有」すると判示した。本判決は、さらに、「本件建物の平成元年 5 月 23 日当時の賃料相当損害金が 1 か月 22 万円であることは、先に認定したとおりである。X は、本件建物について、Y1 の短期賃借が期間満了により終了した平成 2 年 12 月 1 日以降、Y らの占有によって右割合による賃料相当の損害を被っていることになるから、Y らに対し、同日以降本件建物の明渡済みまで 1 か月 22 万円の割合による賃料相当損害金の支払請求権を有する」ことを認めた。

〔解説〕

X と B センターは、(一) (二) 建物の合体前はそれぞれの建物について抵当権を設定していたが、対等の関係にあった (一) (二) 建物の合体によって、登記実務上、抵当権が消滅した。合体後の建物に短期賃借を設定した Y らは、従前の抵当権の存在を知りうる立場にあり、しかも合体工事に関与した者であった。本件は、(旧) 建物の合体と短期賃借による抵当権妨害の事件である。本判決は、「旧建物 (一)、(二) にそれぞれ別債権者のため抵当権が設定されている場合の合体によって、それらの抵当権が消滅すると解すべきいわれはなく、本件建物に移行して、少なくとも構成部分となった旧建物相当分につき存続するものと解するほかない。そのためには、同一所有者の所有物ではあるけれども、抵当権の制約が存する限度で、旧建物相当分につき持分を観念し、その上に存続すると解するのが相当である」という (もっとも、本判決は、これを具体化する登記手続が存在しないとする<sup>27)</sup>)。こうした理由から、X が「本

件建物のうち旧建物（一）、（二）に対応する共有持分について抵当権設定登記を失ったからといって、右登記のないことを信頼して新たに取引関係に入ったものとみることでできないYらに対しては、登記なくして対抗」できるとされた。本件は、旧建物（一）（二）の合体に関わる法的構成で、抵当権者かつ競落人X（とBセンター）と、短期賃借人でもあるYらとの関係を対抗関係としてとらえて、従前の抵当権の存在について悪意で、合体工事にも関与したYらの背信性から、Xは（消滅した）抵当権および競売によって取得した所有権に基づいて本件建物の明渡しを請求できるとした<sup>28</sup>。本判決は、従来判例のように、合体による登記実務の取消しを求めるのではなく、たとえ抵当権の登記が消滅したとしても、その効力・対抗力が、旧建物の価値の範囲内で、新建物に継承されるとした（244条、247条2項、179条1項但書の類推適用）<sup>29,30</sup>。つまり、旧建物上の抵当権と新建物上の抵当権との法的同一性（擬制（fiction））を認めるのである。そうして、これを具体化・公示する対抗手段が存在しないので、問題を、（登記が抹消された）抵当権と短期賃貸借の対抗関係に置きかえて、抵当権者の保護を図った（短期賃貸借人の背信的悪意を認めて、抵当権者を優先させた）。

また、本判決は、Yらに対して賃料相当分の損害賠償の請求も認めている<sup>31</sup>。

**【10】** 京都地判平成3年11月27日判タ788号143頁<sup>32</sup>（建物滅失登記受理処分取消等請求事件）

建物の区分、合体により抵当権設定登記が不法に抹消された場合、抵当権者が、その原因となった建物の区分、合体による滅失登記、表示登記、所有権保存登記の無効確認を求めた事件である。

[判旨] 認容

本件不動産の登記処分の重大な瑕疵の存在

について、「本件登記は、根抵当権の負担がついたもともと一個の建物について、形式的で簡易な隔壁を設けて建物区分登記の申請をし、その1か月半後に右隔壁を取り除いて二個の建物を合体したとして区分建物滅失登記の申請をし、その結果、登記実務上滅失したと同一に扱われて滅失登記及び既存の登記簿の閉鎖がなされ、従前の根抵当権設定登記の効力がその権利者の承諾なしに消滅したものである。しかし、その実体は区分も合体も行なわれていない実質上の同一建物であることが明白であって、この一連の登記申請は、建物上の根抵当権設定登記の効力を消滅させることを目的としたものであると認められ、その登記申請は、当時の登記実務を悪用し、Xの権利を侵害する不法なもので、本件各登記処分には各登記要件の根幹に関する内容上の過誤がある（なお、登記実務はその後抵当権者など登記簿上の利害関係人の同意を得ない限り区分、合体登記ができないことになった）。したがって、その登記申請に基づきなされた登記処分には、重大な瑕疵があるといえる」とされた。登記処分の無効について、「行政事件訴訟法14条3項によると、登記処分が法定の処分要件を欠く場合についても、処分の日から1年以内に取消の訴えを提起すべきものとされるのであって、法定期間を徒過した後においては、もはや当該処分の内容上の過誤を理由としてその効力を争うことはできない。しかし、この一般的原則は、いわば通常予測されるような事態を制度上予定したものであって、法は、例外的に出訴期間の遵守を要求しないで、登記処分を争うことができる場合があり得ることを否定するものではなく、処分の無効確認を求め、無効確認訴訟によりこれを争う途も開かれている（行政事件訴訟法36条）。もっとも、登記処分について当然無効の場合を認めるには、登記処分の存在を信頼して新たに登記が経由されることがないか、これがあっても、当該登記を求

めた者、登記権利者の保護を考慮する必要のないこと、又は、これらの者の承諾又はこれに代わる抹消登記の確定判決を得ることができると認められること、登記処分の内容上の過誤が登記要件の根幹に関するものであり、登記行政の安定と円滑な要請を斟酌してもなお、出訴期間の徒過による不可争的効果の発生を理由として、抵当権者など右登記処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的事情が必要であって、これのある場合には、登記処分も当然に無効にさせるものと考える（最判昭和48・4・26民集27巻3号629頁参照）。〔改行〕そして、前示のとおり、本件各登記は登記権利者であるAの代表者B、その妻Cが根抵当権者であるXの根抵当権設定登記の効力を不法に消滅させるためにとった手段であって、その区分、合体の要件を欠き各登記要件の根幹に関する瑕疵があり、Aの代表者B及びその妻Cの保護を考慮する必要がないし、これに対しては後日その承諾又はこれに代わる抹消登記の確定判決を求め得ることが明らかであって、本件全証拠によっても、Xに、右各登記の経由過程について完全に無関係であるとはいえず事後において明示的又は黙示的にこれを容認したとかこれらの登記により何らかの特別の利益を享受していたなど、Xを責めるべき特段の事情を認めることができない。〔改行〕したがって、登記処分に対する通常の救済手段につき定められた不服申立期間の徒過による不可争的効果を理由としてXに本件各処分による不利益を甘受させることが著しく不当と認められるような例外的事情のある場合に該当」するので、本件各登記処分が、過誤による瑕疵によって当然に無効になると判示された。

〔解説〕

建物の区分、合体が行われて、建物の滅失登記が申請され、従前の根抵当権設定登記が、根抵当権者Xの承諾なしに消滅したとする主

張に対して、実体は区分も合体も行われていないことが明白であり、この「一連の登記申請は、建物上の根抵当権設定登記の効力を消滅させることを目的としたものであると認められ、その登記申請は、当時の登記実務を悪用し、Xの権利を侵害する不法なもので、本件各登記処分には各登記要件の根幹に関する内容上の過誤がある」とされて、登記申請に基づいた登記処分に重大な過誤があるとされた。Xは、登記処分の不服申立を認めるにあたって、すでに出訴期間を徒過していた（行政事件訴訟法14条）が、「登記行政の安定と円滑な要請を斟酌してもなお…、抵当権者など右登記処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的事情」がある場合には、登記処分も当然に無効にすることができることとされた。本件は、「合体の要件を欠き各登記要件の根幹に関する瑕疵があり」、「Xを責めるべき特段の事情を認めることができない」ことから、本件登記処分が当然無効になるとされた。本件も、区分、合体による登記実務を悪用した抵当権妨害の事件である。実体的法律関係をともなわない建物の区分、合体による登記が、登記処分の重大な瑕疵に当たるとして、その無効が確認された。こうして、Xの根抵当権の保全が図られた。

〔11〕 最判平成6年1月25日民集48巻1号18頁<sup>33</sup>（建物明渡請求事件）

強制競売手続において建物を買い受けたXが、建物の合体前の旧建物に短期賃貸借より先順位の抵当権が存在していたことを理由に、短期賃貸借権および承諾ある転借権に基づいて建物を占有しているYらに対し、競売手続により取得した所有権に基づいて、建物の明渡しと所有権取得以降の賃料相当損害金の支払いを求めた事件である。前掲・大阪高判平成3年9月30日の上告審である。

〔判旨〕 棄却

「互いに主従の関係にない甲、乙二棟の建物が、その間の隔壁を除去する等の工事により一棟の丙建物となった場合においても、これをもって、甲建物あるいは乙建物を目的として設定されていた抵当権が消滅することはなく、右抵当権は、丙建物のうちの甲建物又は乙建物の価格の割合に応じた持分を目的とするものとして存続すると解するのが相当である。けだし、右のような場合、甲建物又は乙建物の価値は、丙建物の価値の一部として存続しているものとみるべきであるから、不動産の価値を把握することを内容とする抵当権は、当然に消滅するものではなく、丙建物の価値の一部として存続している甲建物又は乙建物の価値に相当する各建物の価格の割合に応じた持分の上に存続するものと考えべきだからである」として、原判決の判断を肯認した。そうして、事実認定について、「Yは、旧建物（一）及び（二）間の隔壁を除去する等の工事によりこれが本件建物となった後に所有者から右建物を賃借してその引渡しを受けたとしても、旧建物（一）及び（二）を目的として設定され登記された抵当権の権利者〔XおよびBセンター〕に対し、自らの本件建物の賃借及びその引渡ししが右各抵当権の設定及び登記に先立つものである旨主張することは信義則上許されない」とした。

#### [解説]

原判決（大阪高判平成3年9月30日）の判旨を認容した。抵当権を価値権ととらえて、旧建物に設定されていた抵当権は、合体後の新建物における旧建物の価値相当分に存続し続けると考える。旧建物と新建物の抵当権の法的同一性（擬制（fiction））を認めることで、建物の合体による登記実務を悪用した抵当権妨害への対応、従前の抵当権の実質的な保護が図られたのである。（いずれにしても、抵当権は存続するのである、と）。

建物の合体と抵当権の帰趨に関わる判例・

裁判例を七つ概観した。判決を分類すると、合体を否定して、旧建物の独立性が存続されるとして、抵当権の存続が認められた判例（【5】）、両建物が依存・従属関係にあり、一方の建物が建物としての独立性を否定されて、他方の建物の附属建物として他方の建物に付合し、その所有権に吸収されたとして、抵当権の存続が認められた裁判例（【6】、【7】）、建物の区分、合体による登記実務が不法に利用されて、旧建物の抵当権が消滅したとしても、抵当権の登記の対抗力は失われることはないとして、抵当権の対抗力に基づく妨害排除請求権を行使して、不法な滅失登記、表示登記、所有権保存登記の抹消を請求することができるとされた裁判例（【8】）、【8】裁判例の考え方を継承しつつ、旧建物の抵当権と新建物の抵当権の法的同一性を認めて、（登記が抹消された）抵当権の対抗力と新建物の短期賃借人の賃借権との関係を対抗関係と理解して、抵当権の保護を図った裁判例（【9】、【11】）、実体的法律関係をともなわない建物の区分、合体による登記処分が重大な瑕疵に当たるとして、その無効が確認されることで、抵当権の保全が図られた裁判例（【10】）である。法的構成は異なるにせよ、いずれの裁判例でも、抵当権の保護が図られている。現在、建物の合体による登記実務を不法に利用した抵当権妨害については、不動産登記法の改正により、【9】、【11】で示された実体的権利変動を登記で公示する手続きが整備されたことによって、旧建物の抵当権の登記が新建物の登記用紙に移記されることになって、立法による解決が図られた。次に、不動産登記法による手続を確認しておく。

#### (3) 建物の合体による抵当権の消滅に対する不動産登記法による対応

建物の合体に関わる登記実務については、不動産登記法の改正によって手当てがなされた。建物の合体による実体的権利変動と登記

実務の関係については、山野目章夫「不動産登記法」215頁以下が詳しい。それによれば、甲建物と乙建物（登記済、非区分建物）が、その間にある隔壁が除去されて丙建物となった典型例に、次のような整理がなされている。

**説例 1** 甲乙の両建物を A が所有し、いずれにも A 名義の登記がなされている場合に合体が生ずると、丙建物は A の所有であり、A は丙建物の表題登記および甲乙両建物の表題部の登記の抹消を申請しなければならない（不動産登記法 49 条 1 項五号）。登記官は、この申請を受けて、職権で所有権保存の登記をしなければならない。その際、登記官は、ただちに「合体による所有権の登記」（不動産登記規則 120 条 2 項一号）をしなければならないので、表題部所有者の記録をする必要はない（同規則 120 条 1 項前段）。

**説例 2** 甲建物は A が所有し、A 名義の登記がなされていて、乙建物は B が所有し、B 名義の登記がなされている場合に合体が生ずると、丙建物は A と B の共有となる（民法 244 条の類推解釈）。丙建物の登記は、A・B の共有の登記がなされ、その手続は、説例 1 と同じとされる。

**説例 3** 説例 2 の事例で、甲建物について X のために抵当権が設定されていて、その旨の登記がなされている場合に合体が生ずると、丙建物は A と B の共有で、X の抵当権は、A が丙建物について有する持分の上に存続する（前掲・最判平成 6 年 1 月 25 日）（民法 247 条 2 項の類推解釈）。丙建物の登記は、所有権については、A と B の共有である旨の登記となる。抵当権については、従来、甲建物の登記記録に存した X のための抵当権登記と同一内容とし、かつ丙建物上の A の持分が目的となることを明瞭にして丙建物の登記記録に存続させることが必要となる。丙建物になされる抵当権の登記は、「存続登記」という名称（不動産登記令別表 13 申請情報欄ハ、不動産登記規則 120 条 4 項括弧書）で呼ばれ、

登記官は、「合体による登記」をなす際に、職権で、甲建物の抵当権の登記に関わる登記事項を丙建物の登記記録に移記する（同規則 120 条 4 項）。

**説例 4** 説例 1 の事例で、甲建物について X のための抵当権が設定されていて、その旨の登記がなされている場合に合体が生ずると、丙建物は A の所有であり、X の抵当権は、A が甲建物について有していた所有権に相当するものとして、丙建物について有するものと擬制される持分の上に存続する（民法 179 条 1 項但書の法意の推及）。この擬制持分は、「〔甲建物の所有者である A と乙建物の所有者である A とが〕同一の者でないものとみなした場合における持分」と表される（不動産登記令別表 13 申請情報欄ニ柱書）。この場合の「存続登記」に関する移記は、説例 3 と同じである。

**説例 5** 説例 1 の事例で、甲乙の両建物に X のための同一内容の抵当権が設定されていて、その旨の登記がなされている場合に合体が生ずると、丙建物は A の所有であり、X の抵当権はその全体に及ぶ。X のための二つの「存続登記」は、丙建物（の全体）に及び、登記面上、「登記の目的、申請の受付の年月日及び受付番号、登記原因及びその日付並びに登記名義人がいずれも同一である」ことが要求される（同令別表 13 申請情報欄ニ柱書の括弧書）。

これにより、建物の合体により抵当権が消滅してしまう抵当権妨害（「抵当権飛ばし」）に対しての不動産登記法上の手続が整備された<sup>34,35</sup>。

(4) 建物と建物の付合についての「法の欠缺（不備）」（再）

民法に、建物と建物の付合について規律した条文は存在しない（前述 66・67 頁を参照）。242 条は「不動産（へ）の付合」を定めた条文であり、「不動産に従として付合した『物』」

に不動産を含める解釈も可能だが、通説は、不動産を含まず、動産に限るとする。もっとも、裁判例は、建物と建物の付合を認めている（たとえば、【6】、【7】）が、それは動産の付合を定めた244条（247条2項、248条など）を類推適用しているものと考えられる（たとえば、建物増築の判例・裁判例【1】、【4】は242条の類推適用）。したがって、建物と建物の付合、そして合体の実体的な権利変動をどう規律するかについては、「法の欠缺（不備）」が存在する<sup>36</sup>。そもそも建物と建物の付合と、建物と建物の合体はどのような場合に認められるのか、合体する二つの建物が別人に帰属する場合の実体的な権利変動はどのようなのか、さらには、付合、合体する建物に第三者の権利、たとえば抵当権が設定されていた場合に、その第三者の権利の帰趨、効力はどのようなのか、などの問題が考えられる。

#### 4. 渡り廊下の設置は抵当権侵害に当たるとか

抵当権は価値権であると説明される<sup>37</sup>。この立場では、抵当権が把握する抵当不動産の価値が損なわれることが抵当権侵害に当たる。抵当不動産に対しての物理的な損傷は、まさに抵当権侵害に当たる。また、抵当権者の抵当権と、抵当権設定者の所有権（使用・収益・処分）に基づく抵当不動産の利用権を調整するための短期賃貸借制度が、抵当権侵害（競売の妨害）に利用されたため、民法から削除されたが（2003年）、抵当不動産の不法占有による抵当権侵害は、後を絶たないようである<sup>38</sup>。

抵当不動産の増築や合体による抵当権侵害も、ダイレクトに抵当権不動産の価値に関わる。増築により抵当不動産が拡大すれば、かえって抵当不動産の価値・抵当権の効力の及ぶ範囲は増加する（抵当権者は、不測の利益を得ることになる？）。改正前の不動産登記

法のもとでの建物の合体による登記実務を不法に利用した「抵当権飛ばし」は、抵当不動産の価値を損なうものではなく、抵当権自体をとばしてしまう、消滅させるものであった。「抵当権飛ばし」は、抵当権という権利（タイトル（title））に対しての侵害行為である。抵当不動産に対しての物理的侵害・抵当不動産の不法占有による侵害とは、異なった抵当権侵害の類型であると考えられる。

抵当不動産の物理的侵害に対しては当然に、占有による侵害に対しては最大判平成11年11月24日と最判平成17年3月10日によって、抵当権に基づく妨害排除請求権が容認された。「抵当権飛ばし」の裁判例（【8】）においては、たとえ抵当権登記が不法な手段で抹消されたとしても抵当権の登記の対抗力は存続するとして、抵当権の対抗力に基づく妨害排除請求権を行使して、不法な滅失登記、表示登記、所有権保存登記の抹消を請求することが認められた<sup>39</sup>。

建物の合体後の抵当権の効力について、不動産登記法により手当てがなされたと言えども、抵当建物に増築工事や合体工事が行われんとしているとき、または、その工事の最中に、抵当権に基づく物権的請求権として、妨害予防または妨害排除、すなわち増築・合体工事の差し止めを求める・認めることも考えられて良い<sup>40</sup>。さらに、増築・合体工事完成後も、復旧が可能であれば、抵当権者は、復旧・合体の解消を求めること<sup>41</sup>や、抵当権者は、建物への増築・合体工事を企てた者に対して、抵当権侵害を理由に、損害賠償を請求していくことも考えられる<sup>42</sup>。

本ケースの渡り廊下の設置について、抵当権侵害を認めることができるか。渡り廊下の設置が、甲乙両建物に対しての物理的侵害に当たるとして、抵当権に基づく妨害排除請求権を行使して、渡り廊下設置工事の差し止めや、完成後は復旧（渡り廊下の取り外し・取り壊し）を請求することが考えられる。また、

甲乙両建物が同一人 (A) に帰属するにせよ (ケース I), 別人 (A と B) に帰属するにせよ (ケース II), 建物と建物の合体による抵当不動産の価値の減少も予測できる<sup>43</sup>。この価値の減少を、どう埋め合わせるか。抵当権侵害に基づく損害賠償を渡り廊下設置者 A に請求することも考えられる (もっとも、後述の抵当権設定契約違反で、期限の利益を喪失させて、本来の債務全額の回収を図っても良い)。

## 5. 渡り廊下の設置を抵当権設定契約から考える

今ここで、抵当権設定契約について詳細に論じる用意はない。ここでは、今後、抵当権設定契約を本格的に検討していくための準備作業を行う<sup>44</sup>。池田真朗編著「民法 visual materials」(2009年) 47頁に掲げてある「金銭消費貸借抵当権設定契約書」の書式例では、次のような事項が定められている。

**第 1 条**で、「金銭消費貸借の内容」として、貸付額、返済期日、利息、損害金が定められ、この内容 (返済期日を除く) が抵当権設定登記に記載される。

**第 2 条**では、「抵当権の設定」として、「1 乙 (債務者 兼 抵当権設定者) は、前条による債務を担保するため、その所有する後記不動産に、甲 (債権者 兼 抵当権者) のために順位第 1 番、債権額金〇〇円の抵当権を設定した。2 乙は、ただちに前項による抵当権設定の登記申請手続をするものとし、その費用は乙が負担する」。

**第 3 条**に、「抵当物件の保全」として、「1 乙は、本契約による乙の債務が完済されるまでは、本件不動産につき、甲の承諾を得ないで、売却、担保権・賃借権の設定、その他いっさいの処分行為をしないものとする<sup>45</sup>。2 乙は、本件不動産の価格減少などの事由により甲から増担保<sup>46</sup>の請求を受けたとき<sup>47</sup>は、

ただちにこれに応じなければならない」<sup>48</sup>。

**第 4 条**では、「期限の利益喪失事由」が定められる。「(1) 乙による本件不動産の滅失・損傷、または価値減少行為があったとき、(2) 乙が、他の債務で仮差押・仮処分・強制執行・競売の申立を受けたか、公租公課の滞納性分を受けたとき、(3) 乙が、破産、民事再生開始、会社整理開始もしくは会社更生手続開始の申立をうけたときに、(4) その他、乙が、本契約に違反したときには、第 1 条の債務についてただちに期限の利益をうしない、一時に債務全額を完済しなければならない」<sup>49</sup>。

本設定契約書の書式例で、渡り廊下の設置に関連があるのが、第 3 条と 4 条 (1) である。つまり、抵当権設定者は、抵当権者の承諾を受けないで、抵当不動産について、いっさいの処分行為をすることはできない。抵当不動産の価格減少などの事由が生じたため、抵当権者から増担保の請求をうけたときには、応じなければならない、それに応じない場合には、直ちに期限の利益を喪失し、債務全額 (利息を含めて) を弁済しなければならない。法理論上、抵当権は非占有担保であり、抵当権設定者は抵当不動産を自由に使用・収益・処分することが許されているが、実際には、本特約により、抵当不動産の所有権の自由な享有について制約を受ける (抵当権設定者の首には鈴が付けられているのである。と言っても、実際に鈴を付け鳴らすことはできないので、抵当権者による定期的なチェックが必要となる)。抵当権設定契約により、その本質的な義務として、抵当権設定者には、抵当不動産の売却、担保権・賃借権の設定などの処分行為を行う際の抵当権者への報告義務、抵当不動産の滅失や損傷、その他の価格減少行為が行われない (価格減少事由が生じない) ように抵当不動産を管理・保管する義務 (担保価値維持義務<sup>50</sup>) が課されていると考えられる<sup>51</sup>。これらの義務に違反した場合には、直ちに期限の利益が奪われ、債務全額を弁済しなけれ

ばならない。債務の弁済が不可能な場合には、抵当権の実行を受ける。また、契約違反（債務不履行）として損害賠償責任も負担することになる。

他方、抵当権設定契約から、抵当権者は、いかなる義務を負担するのか。定期的に抵当不動産を現況調査・モニターする義務を負うと考えるか<sup>52</sup>。もっとも、これを厳密に要求することは、抵当権者にとって酷である<sup>53</sup>。その義務懈怠の効果をどう構成するかという問題もある。

抵当権設定契約書の書式例によれば、渡り廊下の設置は、当然に、抵当権者の承諾を得なければならない。抵当不動産の価格減少があれば、抵当権者から増担保を請求され、それに応じなければ、期限の利益が奪われて、即座に債務全額の弁済を請求される（もっとも、これは、法理論上・契約上の話しであって、それが実際に行われるかは別問題である）。

## 6. まとめ

二棟の抵当建物に設置された渡り廊下を法的にどう考えていくかについて、ヒントとなりそうな論点を、網羅的とはいかなかったが、概観してきた。最後に私見を記す。

ケースⅠについて、A所有の甲乙両建物の間に渡り廊下が設置された。甲乙両建物とその敷地にはC銀行の共同根抵当権が設定されていた。渡り廊下の設置により、甲乙両建物は合体したと考えられる。（渡り廊下を甲の付合物と考えて、甲+渡り廊下と乙の二個の建物があると考えerことは迂遠だろう。）甲乙建物ともにA所有であることから、合体後の新建物（丙とする）もA所有である。実体的法律関係として、甲乙両建物に設定されていた抵当権は、丙建物における甲建物の価値相当分、丙建物における乙建物の価値相当分に限定すると考えるのは合理的ではなく、Xの抵当権は丙建物全体に及ぶと考えられる。

3(3)(84頁)説例5のように考えられる。

ケースⅡについては、A所有の甲建物、B所有の乙建物の間に、Aによって渡り廊下が設置された。甲建物とその敷地には、C銀行が第一順位で共同根抵当権を、乙建物とその敷地には、D銀行が第一順位の共同根抵当権を設定していた。甲乙建物がA・B別人に帰属し、それぞれの建物に別銀行の抵当権が設定されていることから、ケースⅡについては、甲+渡り廊下と乙建物と二棟の建物を観念することもありえないことではない。しかし、そう考えると、いざ抵当権実行の段階になって、現実問題として、渡り廊下で繋がった、それぞれの建物を購入する買受人が現れるかという問題が生ずる（おそらく現れないだろう。自ら難しい法律関係に飛び込むようなものである）。渡り廊下が接着されたD銀行（乙建物の抵当権者）から見ると、乙建物の物理的侵害であると見なすこともでき、抵当権実行前にせよ後にせよ、抵当権に基づく妨害排除請求権を行使して、渡り廊下の取り外しを求めることもできるだろう（さらに、損害があれば、損害賠償請求も可能である）。また、C銀行にしても、甲建物に渡り廊下が付合したとはいえ、乙建物と接着した状態では、買受人が現れないだろうから、抵当権に基づく妨害排除請求権により、Aに対して渡り廊下の取り外しを請求することもできるだろう。

また、ケースⅡについて、渡り廊下の設置により、甲建物と乙建物が合体したと考えると、合体でできた新建物（丙建物）はAとBの共有となる。実体的法律関係として、甲乙それぞれの建物に設定されていたCの抵当権とDの抵当権の帰趨について、Cの抵当権は、A・B共有の丙建物における甲建物の価値相当分に対して、Dの抵当権は、丙建物における乙建物の価値相当分に対して存続することになる（179条1項但書の法意の推及）。3(3)(84頁)説例4のように考えられる（おそらくこれが一番穏当な考え方である）。丙建物



に対する抵当権が実行されて買受人Eが現れた場合、法定地上権の問題がもち上がってくる。敷地がAの所有地、Bの所有地にまたがるからである(丙建物とAとBの所有地を一括して購入してくれる買受人が現れば問題はないが)<sup>54</sup>。

ケースI、IIいずれのケースも、A・Bが渡り廊下の設置について、それぞれの抵当権者に承諾を得ていない場合、抵当権設定契約書の書式例によれば、増担保を請求されるか、期限の利益が奪われて、債務全額の弁済を請求されることになる。

以上が、本ケースの法的な解決となろう。ところで、抵当権者が、本ケースのような事態に実際に直面した場合に、どうしたら良いか<sup>55</sup>。合体工事中の差し止め、妨害排除請求権による取り外し・取り毀しのような乱暴な手段を取ることは、法的な手段が用意されているとはいえ、実際には難しいだろう。また、担保価値維持義務違反を理由に、債務者の期限の利益を喪失させて、債務の弁済を請求するのも、渡り廊下設置の意図について、抵当権侵害・妨害の意図がないのであれば、債務者にとっては酷な仕打ちである(ケースIIのように、A・Bが親子関係にある場合、なおさら、その感は強い。しかも、本ケースのような場合、抵当権設定者Aに、抵当権設定契約違反や抵当権侵害の認識がないことが多いだろう)。もっとも、建物の合体における実体的な法律関係を公示する登記制度が準備されているから、債務者からの弁済がなければ、抵当権の実行をすれば良いとするのも芸がない<sup>56</sup>。実務上は、抵当物件のモニタリングを定期的に行い、渡り廊下設置工事を察知し、設置の前に、抵当権設定契約による義務を説明するか、あるいは、そもそも抵当権設定時、抵当権設定契約の説明の際に、抵当不動産の保全について重要事項として丁寧な説明をするか、あるいは、渡り廊下が設置されてしまった以上、抵当不動産が競売に付されたとして

も価値低下が避けられないのであれば、できるかぎり、抵当権の実行に至らないよう、債務者の財務状況を調査し、返済計画について交渉に応じていくことになるだろう。

以上

- 
- 1 本稿のケースは、筆者のゼミが毎年取り組んでいる「担保物権法講演会」の企画で、講演会の講師を務めていただいている銀行実務家の先生から、企画を運営した学生たち(2014年度3年ゼミ生)に発せられた問題である(拙稿「抵当権者の『管理占有』につて」北星論集54巻1号53・54頁(補注)を参照)。本稿は、銀行実務家の先生、そして企画を運営した学生たちに対しての回答の意味をもつ。力不足により、はなはだ拙い回答となったことを、銀行実務家の先生と学生たちにお詫びしたい。
  - 2 「付合」問題全般については、瀬川信久「不動産附合法の研究」(1981年)を参照。
  - 3 我妻栄著・有泉亨補訂「新訂 物権法(民法講義II)」(1983年)306・307頁。
  - 4 星野英一「民法概論II(物権・担保物権)」(1976年)124-126頁。
  - 5 さしあたり、生熊長幸「物権法」(2013年)68頁以下、特に75頁を参照。
  - 6 我妻栄「新訂 民法総則(民法講義I)」(1965年)222頁以下を参照。
  - 7 我妻「民法総則」223頁は、「物の経済的効用における客観的結合は、所有者を異にする物についても成立する」から、所有者が異なるとしても、主物・従物の関係が認められるとする(四宮和夫・能見善久「民法総則 第八版」(2010年)170頁も参照)。ただし、抵当権の効力については、主物・従物の所有者が同一人であることを要するとする。
  - 8 さしあたり、我妻栄「新訂 担保物権法(民法講義III)」(1968年)258頁以下：道垣内弘人「担保物権法[第3版]」(2008年)136頁以下：生熊長幸「担保物権法」(2013年)33頁以下を参照。争点は、従物に抵当権の効力が及ぶことについて、87条2項の適用を考るか、あるいは、370条の問題と捉えるかという点にあると考えられる。付合物、従物に抵当

権の効力が及ぶことについては争いがない。

- <sup>9</sup> それぞれの要件について議論がある。山野目章夫「不動産登記法」(2009年)201頁以下を参照。後掲・注(19)も参照。
- <sup>10</sup> 山野目「不動産登記法」297頁以下を参照。附属建物について、倉田卓次[判批]金法1122号25・26頁；松尾英夫[判批]NBL347号10・11頁も参照。
- <sup>11</sup> 山野目「不動産登記法」215頁以下を参照。合体的実体的な権利変動については、本文83・84頁を参照。
- <sup>12</sup> かつては、合体と並んで、合棟という文言も使われていた。生熊長幸[判批]判評328号42・43頁によれば、「合棟とは、別棟をなして二個の建物として表示の登記がなされているものにつき、両者の間を埋めるような建築がなされ、従来の各棟とこの増築部分の接続面の隔壁が除去された結果として、旧二棟それぞれはいずれも一個の建物たりうるだけの独立性を失い、連続した全体を一個の建物としてしか観念できないような状態になった場合をいう」とする。生熊・43頁は、これを「狭義の合棟」と呼び、合棟工事といった広い意味で使われているような場合を「広義の合棟」と呼ぶとする。現在の不動産登記法では、合棟は合体に含まれている(山下・判タ821号32頁を参照)。

ところで、合体に似た文言に、合併がある。合併とは、山野目章夫「不動産登記法」213・214頁によれば、「独立の建物として扱われてきた建物を別の建物と同一の登記記録で扱うこととすること」であり、「現地には何らの変化もおこなならない」。したがって、建物の合併が生じるか否かは、「建物を所有する者の意向により定まる」とされる(不動産登記法54条)。

- <sup>13</sup> 倉田・金法1122号27頁。
- <sup>14</sup> 平田健治「不動産附合の判例解説」(2009年)、特に35頁以下からピックアップした。
- <sup>15</sup> 現在、この要件は必要ないと主張されている。本文67頁を参照。
- <sup>16</sup> 風間鶴寿[判批]法時37巻5号81頁；田中整爾[判批]民商53巻2号151頁。
- <sup>17</sup> 本判決の論拠は、既存建物と増築建物が一体をなすものと競売され(抵当権者の合理的意思?)、両部分が一個の建物を構成するものとして、不動産鑑定士に評価されているという点にあるようだが、本判決の評価には、些かの疑問を感じる。

<sup>18</sup> 中野昌治[判批]民研224号12頁。

<sup>19</sup> 建物の独立性(一個性)に関して、中野・民研224号16・17頁によれば、「従来の登記実務は、『外気分断性』と『用途性』の有無を判断の基準にしてきた」とされる(山野目「不動産登記法」201頁以下によれば、これに「土地定着性」が加えられる。本文67頁を参照)。「外気分断性」は客観的基準、「用途性」は主観的基準とされる。そうして、「建物の一個性は、人為的な区画線によって区切られる土地と違って、一般的には客観的な基準によって定まるはずのもの」だが、「建物が人間の使用を前提としている限り、使用の面を無視して客観的基準のみによってその一個性を決することは不可能といわざるをえない」とされる。こうした「二つの面から建物の一個性を決定せざるを得ないところに、建物表示の登記の困難さがある」とされる。この基準と問題点は、前述の増築建物ケースの場合にも言えることである。

<sup>20</sup> 生熊・判評328号42頁；倉田・金法1122号23頁；松尾・NBL347号6頁；村田博史[判批]法時58巻10号115頁；中山弘幸[判批]民研356号42頁。

<sup>21</sup> 生熊・判評328号44・45頁は、本判決の結論には賛成するが、同一人の所有権に帰属する建物の付合という解決・論理構成に対して反対している。

<sup>22</sup> 松尾英夫[判批]NBL352号15頁。

<sup>23</sup> 区分所有建物の成立要件については、本判決もいうように、「構造上の独立性」と「利用上の独立性」が要求される(松尾・NBL352号18・19頁)。稲本洋之助・鎌野邦樹「コンメンタールマンション区分所有法[第2版]」(2004年)3頁以下を参照。

<sup>24</sup> 荒木新五[判批]判タ727号21頁。

<sup>25</sup> 【6】(東京地判昭和60年9月25日)では、新建物の表示登記処分の取消しが否定され、【8】(京都地判平成元年7月12日)では、抵当権の対抗力に基づいて、旧建物の滅失登記および新建物の表示登記と所有権保存登記の各抹消登記の請求が認められたが、最判平成6年5月12日民集48巻4号1005頁が、【11】(最判平成6年1月25日)を前提として、抵当権に基づく妨害排除請求としての旧建物の滅失登記および新建物の表示登記と所有権保存登記の各抹消登記手続を認めた。

<sup>26</sup> 岩城謙二[判批]法令ニュース28巻5号45頁：

- 竹内俊夫 [判批] 判評405号30頁:田山輝明 [判批] ジュリ増刊(担保法の判例I) 22頁:塚原朋一 [判批] 金法1341号17頁:道垣内弘人 [判批] リマークス7号28頁:中務嗣治郎 [判批] 金法1340号18頁:西尾信一 [判批] 金法1329号4頁:山下郁夫 [判批] 判タ821号32頁。
- <sup>27</sup> それゆえ,【8】(京都地判平成元年7月12日)も, 抵当権登記消滅後も抵当権の対抗力は存続するという構成を取った。
- <sup>28</sup> Yの背信的悪意について, 道垣内・リマークス7号31・32頁は(上告審について, 石田喜久夫 [判批] 判評431号51頁も) 疑問を呈している。
- <sup>29</sup> 塚原・金法1341号21頁以下は, 本判決の構成について, 消極的な姿勢を示している。
- <sup>30</sup> 幾代通「建物の合棟・合体と登記」(同「不動産物権変動と登記」(1986年)所収)186頁以下を参照(建物合体後の旧建物の持分の存続と, 旧建物に対しての抵当権の効力がその持分の上のみ移行し存続する状態を, 本来の混同(所有権と制限物権が同一人に帰属するにいたったことによる混同。「縦の混同」と対比して, 「横の混同」と表現するできるという)。建物の合体・合棟と既存建物の抵当権の関係については, 幾代説の10年以上前に, 山田晟「建物の合棟・隔壁の除去とその登記方法(一)・(二)」法協84巻8号1頁・84巻11号1頁が, この問題について論じている。山田説は, 継承(移転)した抵当権の効力が, 新建物全体に及ぶと考え, 幾代説は, 新建物における旧建物価値(持分)相当分のみ及ぶと考える。両説の批判的な紹介については, 瀬川信久 [判批] 別冊ジュリ175号158・159頁:高木多喜男・リマークス10号23頁以下:道垣内・リマークス7号32頁を参照。
- <sup>31</sup> 適法占有による抵当権侵害について判決を下した最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁は, 賃料相当額の賠償請求を認めなかった。
- <sup>32</sup> 貝田守 [判批] 判評422号27頁:中務嗣治郎 [判批] 金法1340号20頁。
- <sup>33</sup> 石田喜久夫 [判批] 判評431号49頁:伊藤進 [判批] 金法1433号114頁:大西武士 [判批] NBL563号48頁:岡島芳伸 [判批] 経理情報784号16頁:岡林伸幸 [判批] 名城法学44巻2号93頁:角紀代恵 [判批] 法教274号別冊付録23頁:片桐善衛 [判批] 金判968号47頁:小林久起 [判批] 登記研究558号1頁:佐藤卓 [判批] 法学(東北大学)60巻1号245頁:瀬川・別冊ジュリ175号158頁:高木・リマークス10号22頁:高林龍 [判解] 曹時47巻9号289頁:同 [判解] ジュリ1048号72頁:鳥谷部茂 [判批] 法教168号146頁:中務嗣治郎 [判批] 金法1396号52頁:松山恒昭・高木陽一 [判批] 判タ882号48頁:村田博史 [判批] ジュリ1068号73頁。
- <sup>34</sup> かつては, 建物の合体・合棟が生じた場合に, どのような登記をするかについて, 不動産登記法上, 規定がなかった。登記先例によれば, 旧建物が同一所有者名義に登記されているか否かにかかわらず, 旧建物については「合棟」または「区分所有建物の消滅」を原因として滅失登記がなされ(登記用紙は閉鎖される), 合棟または合体後の建物については, 「合棟」又は「区分所有建物の合体」を原因として表示登記がなされる(登記用紙の新設)。この背後にある実体法上の解釈はつぎのようなものであった。すなわち, 旧建物の登記は, 合体後は同一の新建物を表示するものにほかならず, 一不動産一登記用紙の原則に反するから, どちらか一方の表示登記を抹消すべきであるが, 合体の場合には, 二重登記が同時かつ相互に生じるので, 両方の登記用紙を閉鎖せざるをえない。また, 登記用紙を閉鎖できるのは, 建物の滅失の場合に限られる。したがって, 旧建物については滅失登記をしなければならず, 新建物の工事のため新しく登記用紙を起こして表示登記をしなければならないと考えられた。中務嗣治郎「建物の合棟・合体と旧建物上の抵当権の効力」金法1148号7頁以下を参照。
- <sup>35</sup> もっとも, これで全面的な解決がなされたわけではない。鈴木祿弥「建物合体に関する法律案をめぐっての実体民法学的考察」ジュリ1021号104頁以下:槇梯次「建物の合体をめぐる物権的法律関係-合体問題の一応の決着点に立って-(1)・(2)・(3)・(4)」判時1493号3頁以下・判時1495号25頁以下・判時1496号22頁以下・判時1498号11頁以下:森宏司「建物の合体と不動産競売手続」判タ880号8頁を参照。
- <sup>36</sup> 平田「不動産附合の判例総合解説」67頁。建物と建物の付合, 合体についての実体的な法律関係の整備については, 松尾・NBL347号13頁を参照。
- <sup>37</sup> 我妻「担保物権法」231・232頁。
- <sup>38</sup> 抵当権侵害の表題のもと, 抵当不動産に対し

ての物理的な侵害と、抵当不動産の占有による侵害（担保価値に対しての侵害）が一緒に論じられることが多い（道垣内「担保物権法」180頁：生熊「担保物権法」145頁など）。この整理の仕方については違和感を感じている。

<sup>39</sup> 前掲・注（25）を参照。

<sup>40</sup> 中務・金法1148号10頁；同・金法1340号24頁；中野・民研224号18頁を参照。

<sup>41</sup> 瀬川・別冊ジュリ175号158頁。中務・金法1148号11頁を参照。

<sup>42</sup> 平田「不動産附合の判例総合解説」68頁を参照。

<sup>43</sup> 道垣内・NBL7号32頁；山野目「不動産登記法」215頁を参照。

<sup>44</sup> 抵当権設定契約の効力と、抵当権の物権としての効力の関係について整理が必要であると考えている。

<sup>45</sup> 田山・ジュリ増刊（担保法の判例Ⅰ）24頁によれば、抵当不動産に変更を加えるときに、抵当権者の承諾を要する旨定めている場合には、抵当権者に「担保割れ」の危険について十分に注意させる必要があるとする。

<sup>46</sup> 抵当不動産が滅失・毀損した場合に、抵当権者のために新たな担保を設定することである。民法上、要求されるものではなく、本書式例のように特約で定められる。生熊「担保物権法」161頁；道垣内「担保物権法」187・188頁を参照。増担保は、概説書では、追加担保と記されることもある。また、代担保が要求されることもある。増担保、代担保は、抵当権侵害の文脈で論じられるが、その意味内容は必ずしも定まっていないように思える（論者によって、意味内容が微妙に異なるように感じる。さしあたり、加藤雅信「担保権侵害とその救済-代担保提供請求権説構築のために-」（同「現代民法学の展開」（1993年））215頁以下；田高寛喜「担保権侵害による損害賠償請求権に関する一考察-所有権侵害に対する救済との調整の見地から」法政論集227号341頁以下）。

<sup>47</sup> 佐藤孝幸「実務 契約法講義 [第2版]」（2004年）438・439頁によれば、抵当物件である土地に建物を新築した場合や、抵当物件である建物に増築・改築を行った場合、それらの部分が独立性を有していると、既存の抵当権の効力が及ばない可能性もあるので（確かに、本文68頁以下で見てきたところである）、抵当権設定者が、新築、増築・改築などを行うときには、事前に抵当権者の承諾を受け、新築、増築・改築後、直ちに増担保として、それら

に抵当権設定登記手続を行うよう義務づけることが必要であるとする。

<sup>48</sup> 佐藤「実務 契約法講義」439頁によれば、さらに、契約書によっては、通知・報告・調査義務や、損害保険の付保を定めるものもある。前者は、抵当物件について変更、毀損、滅失その他の重大な事態が生じるか、そのおそれがある場合には、抵当権者にその旨を通知するよう、抵当権設定者に義務づけ、他方で、抵当権者は、債権の保全上、必要な場合には、抵当権設定者に対して、抵当物件の現況について報告させ、場合によっては自ら調査する義務を負うものである。後者については、抵当物件が滅失、毀損しても、債権を回収することができるよう、抵当物件に損害保険を付し、事故が発生した場合には、保険金から優先弁済を受けることを定める。抵当権者は、抵当権設定者に対して、抵当権者の同意する保険会社との間で、抵当権者の指定する金額以上の損害保険契約を締結し、債務が完済されるまで継続することを求める。保険金請求権には、抵当権者のために質権が設定されることが多い。質権を設定する場合、抵当権者は、たとえば火災保険金請求権の証書、すなわち火災保険証書を保管しておかなければならない。

<sup>49</sup> 佐藤「実務 契約法講義」440・441頁によれば、その他、抵当権設定契約書には、競売を回避するために、抵当物件を任意に処分し、その代金を被担保債権の弁済に充当することができる「任意売却（任意処分）」を定めるものもある。

<sup>50</sup> 最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁の奥田裁判官の補足意見では、「抵当権設定者または抵当不動産の譲受人は、担保権（抵当権）の目的物を実際に管理する立場にある者として、第三者の行為等によりその交換価値が減少し、又は交換価値の実現が困難となることのないように、これを適切に維持又は保存することが、法の要請するところである」とされる。これに対応して、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対して、抵当不動産の担保価値を維持または保存するよう求める請求権（「担保価値維持請求権」）をもつとする。抵当権者の担保価値維持請求権、それに対応する抵当不動産の所有者の管理義務（担保価値維持義務）は、抵当権設定時から、その実行（換価）に至るまで恒常的に存続するとさ

れる。法廷意見では、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対して抵当不動産の交換価値の実現を妨げ、抵当権者の優先弁済権の行使を困難とさせている状態を是正するよう求める権利（「侵害是正請求権」と呼ばれる）をもつとされる。この担保価値維持義務また侵害是正義務が何を根拠に認められるものかは、判旨からは明確ではない（抵当権自体?に基づく物権的請求権）（最大判平成11年11月24日については、さしあたり、拙稿「抵当権者の『管理占有』について」北星論集54巻1号38頁以下を参照。担保価値維持請求権および侵害是正請求権については、高橋眞「抵当権に基づく妨害排除請求と抵当権の性質論」法時74巻2号87頁以下：道垣内弘人「『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』について」ジュリ1261号66頁以下を参照）。抵当権設定契約から、抵当権設定者に、抵当不動産保全義務（担保価値維持義務、侵害是正義務も含む）を課すほうが明確であるように思われる。

かもしれない。

- <sup>51</sup> 前掲・注(48)の指摘におけるように、これらの事項を抵当権設定契約に規定した方が確実である。
- <sup>52</sup> 前掲・注(48)を参照。金融機関の実務家によれば、金融機関によって異なるが、3年に一度くらい抵当不動産の現況調査が義務づけられているようである。
- <sup>53</sup> たとえば、抵当不動産が遠方にある場合、現況調査を定期的に課すことは、費用対効果の点で、抵当権者にとって大きな負担となる可能性がある。拙稿「再度の時効取得による抵当権の消滅について」北星論集53巻1号116頁を参照。
- <sup>54</sup> さしあたり、道垣内「担保物権法」210頁以下、とくに218・219頁を参照。
- <sup>55</sup> 抵当権設定者が、抵当権設定契約違反や抵当権侵害の意思なく、抵当物件の増改築を行ってしまうケースは、実務界では多いようである。そのような現実への応答も本稿執筆の動機の一つである。
- <sup>56</sup> 抵当権を実行したところで、抵当建物の価値が減少しており、抵当権者は、渡り廊下が設置される前よりも、少ない金額しか回収できないだろう（田山、ジュリ増刊（担保の判例1）24頁を参照）。後順位抵当権者がいた場合、後順位抵当権者への配当額はさらに少なくなる（抵当権設定時の合理的な期待がさらに損なわれることになる）。そもそも買受人が現れない