

## 研究ノート

リノベーションの過程で抵当権の設定された  
建物が取り毀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. 建物の同一性の意義
3. 建物の同一性に関わる判決の検討
4. まとめ—若干の私見の提示

## 1. はじめに—問題の提示

中古建物にリノベーション工事を施すにあたり、金融機関から融資を受けて、その建物(と敷地)に抵当権を設定した。リノベーション工事の過程で抵当建物が取り毀された場合に、その建物に設定された抵当権の法律的な運命はどうなるのか。抵当建物の滅失とともに、抵当権も消滅してしまうのか、消滅してしまうのであれば、抵当権者をいかに保護すべきかを考察することが本稿の問題である<sup>1</sup>。

ところで、そもそもリノベーションとは何か。「一般社団法人 リノベーション住宅協議会」によれば、リノベーションとは、中古住宅に対して、その機能や価値を再生するために、または、その家での暮らしに全体的に対応するために、包括的な改修を行うことであり、リノベーションによって、水・電気・ガスなどのライフラインや構造躯体の性能を

改修したり、ライフスタイルに合わせて間取りや内外装を刷新することで、快適な暮らしを実現することができる、とされる<sup>2</sup>。

リノベーション工事が増改築にとどまる<sup>3</sup>のであれば、370条の付加一体物・付合物・従物の解釈で解決することができる<sup>4</sup>。しかし、リノベーション工事の過程で、屋根、周壁、さらには柱も取り外されて、もはや独立した建物とみなすことができない状態に至ったときに、建物の滅失とみなされるのか、それと同時に抵当権も消滅するのか、その後、リノベーション工事が完成したときに、リノベーション(建物の取毀し)前後の建物は同一の建物であると評価することができるのか、それによって抵当権は消滅するのか存続するのか。これらの問題を検討するに当たってキーとなるのが、「建物の同一性」という概念である。本稿は、この建物の同一性という概念からリノベーション工事の途中で取り毀され

---

キーワード：抵当権、建物の同一性、リノベーション

た建物に設定された抵当権の法的な運命を検討する。

まず、建物の同一性の意義を確認する。続いて、建物の同一性に関わる判決を概観する。そこから、本稿の問題の解決に参考になりそうな、いくつかの判決をピックアップして若干の検討を行う。検討の結果、抽出された判決の法理が本稿の問題の解決に応用できるかどうかを検討する。最後に、それまでの検討を踏まえて、本稿の問題について私見を提示する。

## 2. 建物の同一性の意義

「建物の同一性」とは、権利の客体となっている建物に増改築や再築など、物理的変更が加えられたときに<sup>5</sup>、従前の建物と物理的変更を受けた建物が同一であると評価されれば、その権利が存続し、同一でないと評価されれば、その権利が消滅する、というように、建物に対する権利の消長を判断するための概念として用いられる<sup>6</sup>。登記の効力との関係でいうなら、同一性が認められれば、登記の効力は存続し、認められなければ、登記の効力は失われる。同一性の有無は、物理的に画一的に判断されるわけではなく、それを取り込みつつ規範的に判断される。

平田春二によれば、「建物の同一性」とは二つの内容をもつ<sup>7</sup>。建物に増改築などの物理的変更が生じた場合、i「従前の建物と物理的変更後の建物との同一性」、すなわち、建物の物理的変更前後で、建物の所有権などの客体としての建物の同一性の有無が問題となり、ii「登記簿に表示された建物と物理的変更後の実際の建物との同一性」、すなわち、登記簿に表示された建物の種類、構造、床面積と変更後の実際の建物のそれとの一致の有無が問題となる。この二つは全く関連がないものではなく、iの同一性が認められて、iiの同一性の有無が問題となる。i、ii双方の

同一性が認められるのがレギュラーなケースだが、iの同一性が認められるが、iiの同一性が認められないイレギュラーなケースがまれに生じることもある（反対に、iiの同一性が認められるが、iの同一性が認められないケースはない）。

## 3. 建物の同一性に関わる判決の検討

(1) 判例データベース (LEX/DBインターネット)で、最高裁判所・民事事件に限定して、「建物の同一性」をフリー・キーワード検索すると26件の判決がヒットする。以下、建物の同一性に関わる部分を抽出する。

①最判昭和31年7月20日民集10巻8号1045頁 (建物所有権確認等請求上告事件)

建物の索引移動と、周壁の腰板の一部を外し、屋根上まで突き抜けていた空気穴を抜き取り、内部の階段と便所を移し、一部屋の増築がなされた (改造)。社会通念上、建物の同一性が認められた。

②最判昭和33年10月17日民集12巻14号3124頁 (建物収去土地明渡請求上告事件)

賃借人が建物に修繕を加えた (が、賃貸人が建物の朽廃を理由に土地の明渡しを請求した)。賃借人の修繕工事は通常の修繕の範囲内にあるので、建物の同一性は害されないとされた。

③最判昭和34年2月5日民集13巻1号51頁 (家屋明渡請求上告事件)

賃貸人の承諾を得たうえで賃借人が建物を改造した。改造部分の所有権は242条本文により賃貸人の所有に帰した。(判旨では挙げられていないが、建物の同一性が認められた。)

④最判昭和34年10月8日裁判集民38号267頁 (家屋明渡請求事件)

事実関係はよく分からないが、譲渡担保契約の客体である建物について、その同一性が争われ認められた。

⑤最判昭和38年1月25日裁判集民64号201頁  
(所有権確認等請求事件)

借家人が賃貸人の承諾を得て、本屋と物置の二棟の建物を増改築して、店舗兼居宅一棟にした。「新建物と旧建物とをそれぞれ全体として比較して旧建物がその同一性を失っていない」ことが認められた。

⑥最判昭和38年1月31日裁判集民64号287頁  
(建物収去土地明渡請求事件)

借地上の建物について、通常増改築あるいは修繕、模様替えの範囲を超えた工事がなされた。建物の同一性がない、とされた。

⑦最判昭和39年1月30日民集18巻1号196頁  
(建物所有権移転登記等請求上告事件)

根抵当権設定契約および代物弁済予約の後に、その目的建物に増築がなされた。増築部分が従前の建物と一体になるかどうかは、物理的構造だけではなく、取引または利用の観点も勘案して決めなければならない、とされた。

⑧最判昭和39年5月12日裁判集民73号509頁  
(建物収去土地明渡請求事件)

後述。

⑨最判昭和39年7月10日判時378号18頁  
(家屋明渡請求事件)

借地上の建物について、賃借人が建物を再築した。(上告理由で建物の同一性が挙げられたが、それがダイレクトに問題になっているわけではない。)

⑩最判昭和40年3月17日民集19巻2号453頁  
(借地権確認等請求上告事件)

借地権者が借地上に有する本件建物の登記が、錯誤または遺漏により、建物所在地番の表示を違えていた。登記の表示全体を見れば、本件建物の同一性を認識できる程度の軽微な相違であり、容易に更正登記が可能な場合には、当該借地権は対抗力を有する、とされた。

⑪最判昭和41年4月21日民集20巻4号720頁  
(建物収去土地明渡請求上告事件等)

建物増改築禁止の特約付きの借地契約で、

賃借人が賃貸人の承諾を得ないで増改築を行った。賃借人による本件建物の改造で、住宅用普通建物であることは前後同一であり、建物の同一性は失われぬ、とされた。

⑫最判昭和42年10月31日民集21巻8号1294頁  
(家屋明渡請求上告事件)

土地区画整理法による仮換地の指定で、従前の土地上の建物を仮換地上に曳行移転した。建物の同一性が失われる程度に、建物の一部を切りとったり除去するような方法によらないで、曳行移転可能な場合には、従前の賃借権が継続する、とされた。

⑬最判昭和42年11月30日民集21巻9号2528頁  
(建物収去土地明渡請求上告事件)

和解調書の建物収去の条項の対象とする建物について、上告理由で建物の同一性に対する和解調書の解釈の違法が指摘されたが、認められなかった。

⑭最判昭和43年12月20日民集22巻13号3033頁  
(家屋明渡請求上告事件)

賃借人が賃貸人に無断で、朽廃した建物に修繕工事を施した。当該修繕が建物の同一性を害しない程度のものである、とされた。

⑮最判昭和44年3月25日判時555号41頁  
(家屋明渡請求事件)

後述。

⑯最判昭和44年11月13日判時579号64頁  
(仮処分に対する第三者異議事件)

借地人が、借地上の建物と自己所有隣地の所有建物を合併登記したが、建物所在地番が自己所有隣地として表示された。建物の同一性が認められた。

⑰最判昭和45年3月26日判時591号64頁  
(建物収去土地明渡請求事件)

⑩と同じ。

⑱最判昭和47年2月22日民集26巻1号101頁  
(建物収去土地明渡請求上告事件)

借地権の消滅前に旧建物が滅失して、借地人が新建物を再築し、土地所有者が遅滞なく異議を述べたが、借地契約が更新されて、滅

失建物の朽廃すべき時期が到来した。従前の建物と再築された建物の間には、建物の同一性はない、とされたようだが、正当事由の判断から借地権の存続が認められた。

⑲最判昭和47年6月22日民集26巻5号1051頁(建物収去土地明渡請求上告事件)

借地人が、借地上の本件建物について妻名義で所有権保存登記を経由していた。反対意見で、⑩と⑰が挙げられている。

⑳最判昭和50年7月14日判時791号74頁(家屋明渡請求事件)

賃貸借の目的物である建物について改造が施され、物理的変化が生じた。「建物につき改造が施され、物理的変化が生じた場合、新旧建物の同一性が失われたか否かは、新旧の建物の材料、構造、規模等の異同に基づき社会観念に照らして判断すべきであり、右建物の物理的変化の程度によっては、新旧の建物の同一性が失われることもあり得る」、とされた。

㉑最判昭和50年9月11日民集29巻8号1273頁(建物収去土地明渡請求上告事件)

借地人が、旧建物の改築にあたり、新建物の建築工事に並行して、その進行状況に応じて、旧建物を順次取り毀し、新建物完成の時に全部取り毀した。「建物の滅失とは、…必ずしも、建物を一時的に取り毀し、あるいは、解体して借地の大部分が更地となった状態が現出したときに限るものと解すべきではなく、建物の取毀しと並行してこれとは別個の建物の新築工事を進め、新築建物完成時には旧建物が全部取り毀されたような場合をも含む」、とされた。

㉒最判昭和50年11月28日判時803号63頁(建物収去土地明渡請求事件)

借地人が、借地上の本件建物について子名義で所有権保存登記を経由した(⑲判決が挙げられている)。(原判決では、(おそらく)建物の同一性が認められたが、最高裁判所判決では、認められなかった。)

㉓最判昭和62年7月9日民集41巻5号1145頁(登記申請却下処分取消請求事件)

後述。

㉔最判昭和63年1月26日裁判集民153号323頁(占有妨害排除等請求本訴、建物収去土地明渡請求反訴事件)

隣接する二筆の土地上にまたがって存在する建物の敷地のうち一方の土地についてのみ法定地上権が成立したが、建物の登記が、一方の土地の地番を表示し、その所在地番と構造が実際と相違していた。「登記の表示全体において建物の同一性を認識できる程度の軽微な相違でたやすく更正登記が可能であるとき」には、その登記が対抗力をもつ、とされた。㉕最判平成2年4月19日判時1354号80頁(建物明渡等請求事件)

ガソリンスタンドの地下タンク、ノンスペース型計量機、洗車機などの諸設備(従物)に抵当権の効力が及ぶか否かが問題となった。(それらの諸設備がガソリンスタンドと経済的に一体をなしていることから、それらの諸設備にも抵当権の効力が及ぶ、とされた。)

㉖最判平成18年1月19日判時1925号96頁(建物収去土地明渡等請求事件)

登記官が職権で所在地番を変更するに際して、地番の表示を誤って登記した。「変更の前後における物件の同一性は登記簿上明らかであって、上記の誤りは更正登記によって容易に是正し得る」、とされた。

判決をまとめると、権利の客体として建物の同一性が争われた判決が、①、②、③、④、⑤、⑥、⑦、⑧、⑨、⑩、⑪、⑫、⑬、⑭、⑮、⑯、⑰、⑱、㉑、㉒、㉓、㉔、㉕、㉖)であり、登記簿の表示と実際の建物との同一性が争われたのが、①、④、⑩、⑪、⑯、⑰、⑱、㉒、㉔、㉖)である。前者のうち、賃借権の客体としての建物の同一性が争われたのが、②、③、⑤、⑥、⑨、⑩、⑫、⑬、⑭、⑮、⑰、㉑、㉒、㉓、㉔、㉕)であり、㉖)は、登記簿の表示と実際の建物との同一性が争われたのが、④(讓渡担保契約)、⑦、⑧、㉓)である。

権利の客体としての建物の同一性が問題になった判決では、新旧建物を物理的観点からだけでなく、社会通念上、すなわち、取引または利用の観点からも判断している。他方で、登記簿の表示と実際の建物との同一性が問題になった判決の判断基準は、すべてが賃貸借契約（借地借家法の対抗要件）に関わる判決だが、登記簿の表示全体を見て、登記簿の記載と実際の建物との相違点が建物の同一性を認識できる程度の軽微なものであり、容易に更正登記が可能な場合には、同一性が認められている。

ところで、⑦、⑫について、⑦では、根抵当権設定契約および代物弁済予約の効力が、契約および予約後に増築された部分に及ぶかについて判示され、同様に、⑫でも、ガソリンスタンドの店舗用建物に設定された抵当権の効力が、抵当権設定時から存した地下タンク、ノンスペース型計量機、洗車機などの諸設備に及ぶかについて判示された。従物や増改築部分などに抵当権の効力が及ぶかという問題と、増改築および再築の際に旧建物の抵当権の効力が新建物に及ぶかを判断するに当たって争われる建物の同一性の有無の問題とが一連のものであることが分かる。

(2) 26件の判決を概観したかぎりでは、リノベーション工事の過程で抵当建物が取り壊されたケースと同種の事件の判決は存在しない。本稿の問題を考えるに当たって参考になりそうなのが、抵当権が設定された建物の同一性の有無が争われた判決（④、⑦、⑧、⑬）である。④は、譲渡担保契約に関わるものだが、事実関係がよく分からない。⑦は、抵当建物に増築がなされたケースなので、本稿の問題（抵当建物の取壊し）とは異なる。ここでは、⑧と⑬、そして、権利の客体としての建物が改築（改造）された⑮について、その判決の法理を検討する。

⑧は、詳しい事実関係は分からないが、判決理由から推測するに、本件家屋に抵当権が

設定された後で、本件家屋が取り壊され、新築工事がなされ、従前の家屋と競落した家屋との建物の同一性が争われた事件のようである。裁判所ウェブサイトによれば、「浴場、居宅、物置、便所および廊下を持って構成される建物のうち、ポイラー室全部と居宅の北半分程をとりこわしその跡へ新たな材料を使用して土台から新たに築き直して従来の浴場並びに居宅とは棟の方向を異にする一棟を建てて浴場とする等の改造をした場合であっても、その後完成された建物と従前の建物とを比較して原判示のような事実（一審判決理由参照）が認められるときは、建物の同一性は失われていないものと解するのが相当である」、とされた。建物の半分が取り壊され、新たな材料を使用して建物が築造されたが、建物の同一性は失われていない、とされた。本判決は、物理的観点から建物の同一性を判断している。

⑮も、詳しい事実関係は分からないが、明渡請求の対象となった家屋が改築（改造）され、建物の同一性が問題となったようであり、最高裁判所は、「旧建物と本件建物とは、ともに木造平屋建一棟の居宅であって、旧建物は、その相当部分が取り壊されたが、その主要部分である八畳間と押入は一部改造されたものの、元の場所に存置され、旧建物を支えていた柱も八畳間の四囲にあった相当数のものが残って本件建物の支柱となっており、旧建物の残存部分は、本件建物の主たる構成部分を形成している」、とする原判決が確定した事実関係からすると、「旧建物とこれに工事が加えられた結果の本件建物とが社会通念上同一性を有するものである」、とする原審の判断を肯認することができる、とした。建物の同一性について、旧建物が相当程度取り壊されたとしても、建物の主要部分が元の場所に存在し、旧建物の柱が新建物の支柱となり、旧建物の残存部分が、新建物の主たる構成部分をなしているときには、社会通念上建

物の同一性が認められる、とされた。⑧と同様、物理的観点から建物の同一性の有無が判断されており、旧建物の主要部分や柱が、新建物の主要な構成部分をなしているのであれば、社会通念上、新旧建物は同一であると判断された(物理的変更についての判断基準が社会通念とされる)。

②③は、土地区画整理事業による建物の解体移転について、旧建物の滅失登記がなされ、移築後の新建物の表示の登記がなされたことについて、両登記の抹消登記が求められたケースだが、その前提として、根抵当権の設定された建物が滅失したのかどうか、新旧建物の間に同一性が認められるのかどうかの問題になった。旧建物が解体されて、旧建物の解体材料の大部分が用いられて、新建物が移築された点で、本稿の問題であるリノベーション工事途中での建物の取壊しケースと類似する。したがって、②③については、事実関係と判旨を挙げて、詳しく紹介・検討する<sup>89</sup>。

#### 【事実】

Xは、第一物件について、昭和38年8月31日、Aを債務者とする元本極度額金2000万円の根抵当権設定登記および代物弁済予約を原因とする所有権移転請求権保全仮登記を経由した。その後、根抵当権に基づいて競売を申し立て、昭和40年1月12日、その旨の記入登記がなされた。(第一物件は、登記簿上、二棟二個の建物として登記されていたが、当時の実態は、一棟一個の建物(木造一部二階建)であって、これを三部分に区分して店舗(一部居宅)として他に貸与していた。)Cは、その後、第一物件の所有権を取得し、右物件のうち家屋番号28番の建物につき、昭和42年3月9日、家屋番号28番の1の建物につき、同月8日、それぞれ所有権移転登記を行った。その後、神戸国際港都建設事業生田地区復興土地区画整理事業の施行者であるBは、第一物件の敷地について、仮換地の指定をして、これに伴い、直接施行の方法により、第一物

件を仮換地上に移築する目的をもって取り壊し、昭和44年11月15日、その大部分の解体材と一部に補足材を使用して借換地上に第二物件を完成し、同月18日に所有者であるCに引き渡した。Cは、同年12月18日、第一物件につき取壊しを原因とする滅失の登記、同年11月18日、第二物件につき新築を原因とする表題部の登記(表示の登記)の各申請をし、Yはこれを受理して、その旨、登記して、第一物件の登記簿は閉鎖され、同年12月24日、第二物件についてCを権利名義人とする所有権保存登記が経由された。これにより抵当権の登記を失ったXは、Cに対して、第一物件と第二物件との間には建物の同一性があるから、右各登記は実体を欠き無効であると主張して、根抵当権に基づく物上請求権の行使として、Cに対して、第一物件の滅失の登記の抹消登記手続を求める訴訟を提起して、勝訴した(神戸地判昭和45年(ワ)第583号)。その控訴審で、Cの控訴およびXの附帯控訴(大阪高等裁判所昭和48年(ネ)第862号、昭和49年(ネ)第1903号)に基づき、昭和50年9月29日、原判決を取り消すとともに、Cが、Xに対して、第一物件の滅失登記ならびに第二物件の表示の登記および所有権保存登記の各抹消登記手続をなすべきことを命じた判決(別件高裁判決)が言い渡され、右判決は同年10月18日確定した。各抹消登記手続を求める訴訟を提起し、Cに対しその旨の登記手続を命ずるX勝訴の判決が確定した。そこで、Xは、昭和51年7月26日、別件高裁判決の判決正本および確定証明書を申請書に添付して、Yに対し、いずれも錯誤を原因として、第一物件につき滅失の登記の抹消、第二物件につき表示の登記の抹消を申請したところ、Yは、昭和53年8月9日付で、これをいずれも却下する旨の本件処分をした。

#### 【判旨】

原判決は、「土地区画整理法77条の規定に基づき、施行者が、いわゆる直接施行の方法

により、従前地上の建物を解体して換地（仮換地を含む。以下同じ）上に移転（移築）した場合において、換地上の建物が旧建物の材料の大部分を使用し旧建物と同一の種類、構造のものであるときは、新旧両建物の間には社会通念上同一性が保持されており、旧建物は取り壊しによって滅失することなく換地上の新建物として存続しているものと評価することができる。…したがって、旧建物の登記簿により新建物の公示作用を果たさせるべきであって、旧建物の登記簿を閉鎖し新建物につき表示の登記をすることは許されない。…本件においては、第一物件と第二物件との間には…同一性が保持されていると認められるから、第一物件についてされた滅失の登記及び第二物件についてされた表示の登記は、いずれも実体のない無効の登記であって、その抹消をなすべきものであり、Xの本件登記申請を却下した本件処分〔一審判決〕は違法である」とした。

最高裁は、原審の判断を是認することができない、とする。すなわち、「建物の表示に関する登記は、その種類、構造等、建物の物理的現況を正確に把握しこれを公示することを目的とするものであり、登記された建物が滅失したときは、その滅失の登記を行い、建物の表示を朱抹して、その登記用紙を閉鎖することを要するとされているが（不動産登記法（昭和58年法律第51号による改正前のもの）93条の6第1項、99条、88条）、ここにいう建物の『滅失』とは、建物が物理的に壊滅して社会通念上建物としての存在を失うことであって、その消滅の原因は自然的であると人為的であるとを問わないし、また建物全部が取り壊され物理的に消滅した事実があれば、その取り壊しが再築のためであろうと、あるいは移築のためであろうと、その目的のいかんを問わず、すべて建物の『滅失』に当たるといふべきである。すなわち、前示のとおり建物の表示の登記は当該建物の物理的な

現況を公示することを目的とするものであるから、社会通念上もはや建物といえない程度にまで取り壊され、登記により公示された物理的な存在を失うに至った場合には、たとえ解体材料を用いてほとんど同じ規模・構造のものを跡地あるいは他の場所に建てたとしても（再築又は移築）、それはもはや登記されたものとは別個の建物といわざるを得ないのであり、その間に物理的な同一性を肯定することはできない。したがって、登記手続上は、旧建物について滅失の登記をし、新しく建築された建物について新規にその表示の登記をしなければならないのであって、滅失した建物の登記を新建物について流用することは許されないのである（最高裁昭和38年（オ）第1112号同40年5月4日第三小法廷判決・民集19巻4号797頁参照）。このことは、その取り壊しが土地区画整理法77条の規定に基づき建物を換地上に移転する過程で生じた場合であっても、何ら異なるところはないといふべきである。けだし、土地区画整理法上、建物については、換地処分に係る土地の場合（同法104条）と異なり、換地上に移転した建物と旧建物との物理的同一性を擬制するような規定は設けられていないのであり、区画整理に伴う場合であっても、移転の過程でいったんこれを取り壊すことにより客観的、物理的に建物としての存在を失うという事実が発生している以上、たとえそれが所有者の自由意思によるものでなく、また移転後の建物が旧建物の解体材料の大部分を用い、規模・構造もほとんど同一であるとしても、不動産登記法上は、これを滅失として取り扱うことが、建物の物理的現況を正確に公示するという表示に関する登記の趣旨、目的にそうことになるからである（実際問題として、取り壊した後、移築までの間には一定の時間的経過を伴うのが通常であるから、その間の公示という観点からみても、これを滅失として扱わざるを得ないといふべきである。）。この点で、同じ換

地上への建物移転であっても、建物を解体せずにそのままの状態で曳航移動する場合（この場合は、移転前後の建物に物理的な同一性があり、登記手続上建物所在の変更として取り扱われる。）と差異が生ずることになるが、これは、曳航移転と解体移転とでは、移転の過程において建物がいったん物理的に消滅するか否かという決定的な相違があることによる結果であって、やむを得ないというべきであり、右差異が生じることを理由にこれを同一に扱うことは相当でない。なお、原判決が引用する大審院昭和8年（ク）第180号同年3月6日決定（民集12巻4号334頁）は、従前地上の建物の取去を命ずる債務名義の効力が換地上に移築された新建物に及ぶかが問題となった事案に関するものであって、登記手続上、建物の滅失の登記がされるべきか否かの判断を示したのではなく、本件と事案を異にするといわなければならない」として、原判決を破棄した。

法廷意見に対して、佐藤裁判官が反対意見を表明している。それによれば、「本件において第一物件が滅失したかどうかは、要するに、第一物件と第二物件との間に同一性があるかどうかによって決せられるものである。多数意見は、建物がいったん解体され建物でなくなったという物理的状态が生じたか否かの観点のみを基準としてその同一性の有無ひいては滅失の有無を判断しようとするものであり、判断基準の明確性、登記手続の迅速かつ画一的処理という点ではそれなりの合理性を有しているものと思われる。しかし、登記制度の目的は、実体的物権変動を正確に公示することにより不動産取引の安全と円滑に奉仕することにあるのであるから、不動産登記法における建物の滅失の意義も、実体法の解釈を離れてはあり得ないし、また取引上または利用上の観点からの考察を無視することはできないのであって、建物の同一性の有無は、単なる物理的な観点からではなく、取引通念

ないし社会通念を基準としてこれを判断しなければならないと解すべきである。〔改行〕したがって、建物を一度取り壊し、これを再築又は移築した場合のように、旧建物がいったん解体され物理的に消滅した状態が生じた場合においても、なお新旧両建物の材料・種類・構造、場所、解体と建築との時間的近接性などを総合して、取引通念ないし社会通念に従い新旧両建物の同一性を肯認し得る余地があるというべきである。殊に、本件のような土地区画整理事業に伴う建物の換地上への移転は、従前地における使用収益の権利関係がそのまま換地上に移行することに対応して行われるもので、建物所有者の自由な意思によるものではないのであり、その移転の過程で解体により物理的には建物としての存在がいったん失われることがあるとしても、それは建物を換地上へ移転させるための技術的なプロセスにすぎないのであるから、この場合にも、単に解体という物理的状态が生じたとの一事をもって、新旧両建物の間には同一性がなく旧建物は滅失したと解することは、旧建物の抵当権者等に対し不測の損害を与えることになり、土地区画整理制度の趣旨に適合しないというべきである。しかも、同じ換地上への建物移転であっても、曳航移動の場合は建物の同一性が失われぬのに、解体移転の場合には、解体により常にその同一性が否定されるというのは、単なる技術的な工法の相違によって抵当権等の消滅、不消滅という実体法上の法律関係に著しい差異を生じせしめるものであって、その合理性を見いだすことができない。なお、右のような建物の解体移転について、実体法上は両建物の同一性を肯定し抵当権等は消滅しないと解しながら、登記手続上は建物の滅失として取り扱わざるを得ないとする考え方は、不動産取引の安全と円滑に奉仕すべき登記制度本来の趣旨、目的にそわないものであって妥当とはいえない。したがって、土地区画整理事業に伴い従



前の建物が解体移転の方法により換地上に移築された場合でも、その換地上の新建物が旧建物の材料の大部分を使用して建築された同一種類・構造の建物であって、その面積、外観等にもそれほどの変動がなく、移築が解体と時間的に近接して行われたときは、両建物の間には社会通念上同一性が保持されているものとして、旧建物の権利関係はそのまま新建物に移行すると解すべきであるとする。〔改行〕…第一物件と第二物件との間には、その解体材料の使用程度、種類・構造の同一性、面積、外観、解体と移築との時間的近接性などに照らし、社会通念上同一性があるということが出来るから、第一物件は解体によって滅失することなく換地上に第二物件として存続しているというべきであり、したがって、第一物件につき取壊しを原因としてされた滅失の登記及び第二物件につき新築を原因としてされた表示の登記(表題部の登記)は、いずれも実体を欠く無効の登記であって抹消されるべきものであり、その各抹消を求めるXの本件登記申請を却下した本件処分は違法であると言わなければならない、とされた。

#### 【解説】

第1審および控訴審ともに、土地区画整理事業による建物の解体移転の場合に、新旧建物の同一性を認めた。すなわち、第1審は、土地区画整理事業による解体移転の場合、「従前の建物の大部分を使用して仮換地上に同一種類、構造の建物を建築し、その面積及び外観にそれほどの変動がないとき」には、建物の同一性が失われず、として、本件においても、建物の同一性が認められ、第一物件の滅失登記と第二物件の表示登記は実体のない無効な登記であるとして、Xの主張が認められた。本件では、第一物件について、解体移転の前に、合棟の工事が行われており、本来であれば、合棟にもとづいて第一物件の滅失登記と、合棟後の建物の表示登記がなされな

いといけないのだが、Xの抵当権の回復を求めるためにも、Xの主張が容認されるべきである。Xの抵当権復活後、合棟による滅失登記と表示登記がなされたとしても、新建物の表示登記には第三者などの抵当権の登記がなされていないので、Xの主張の利益は失われていない、とされた。控訴審は、建物の同一性が認められるにもかかわらず、当該建物の登記用紙の閉鎖および新設がなされると、抵当権の完全な享受と行使が妨げられることになるので、抵当権者保護のために、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求権を根拠に、登記簿上の所有者に対して、滅失および表示の登記の抹消登記手続を求める登記請求権をもつことを認めた。控訴審は、建物の滅失も、新旧両建物の同一性も、社会通念に照らした法技術上の概念であるとして、解体の目的、建物の種類・構造などの点で一定の要件が充たされる場合には、登記処理上も移築の前後を一体として捉えて、滅失には当たらないとするほうが、表示登記制度の趣旨にも合致し、本件の第一物件の滅失登記と第二物件の表示の登記は、実体を欠く無効の登記であるから、その抹消登記が認められるべきである、とした。

これに対して、最高裁判所は、「建物の表示に関する登記は、その種類、構造等、建物の物理的現況を正確に把握しこれを公示することを目的とするものであり、登記された建物が滅失したときは、その滅失の登記を行い、建物の表示を朱抹して、その登記用紙を閉鎖することを要し、「建物の『滅失』とは、建物が物理的に壊滅して社会通念上建物としての存在を失うことであって、その消滅の原因は自然的であると人為的であるとを問わないし、また建物全部が取り壊され物理的に消滅した事実があれば、その取り壊しが再築のためであろうと、あるいは移築のためであろうと、その目的のいかんを問わず、すべて建物の『滅失』に当たるといふべきである」(前

掲<sup>⑫</sup>(最判昭和50年9月11日)も参照)。すなわち、「建物の表示の登記は当該建物の物理的な現況を公示することを目的とするものであるから、社会通念上もはや建物といえない程度にまで取り壊され、登記により公示された物理的な存在を失うに至った場合には、たとえ解体材料を用いてほとんど同じ規模・構造のものを跡地あるいは他の場所に建てたとしても(再築又は移築)、それはもはや登記されたものとは別個の建物といわざるを得ないのであり、その間に物理的な同一性を肯定することはできない」とされ、登記手続上、旧建物の登記を新建物の登記として流用することは許されず、旧建物について滅失の登記をし、新建物について新規にその表示の登記をしなければならない、とした。このことは、土地区画整理事業による建物の解体移転の場合にも当てはまる、とする。その理由は、i 土地区画整理法上、換地上に移転した建物と旧建物との物理的同一性を擬制する規定は存在せず(土地の場合は、土地区画整理法104条が存在する)、ii 土地区画整理による移転の過程で、建物が客観的、物理的に建物としての存在を失っている以上、取り壊しが、所有者の自由意思から出たものではなく、移築後の新建物が旧建物の解体材料の大部分を用い、旧建物と規模・構造がほぼ同一であったとしても、不法動産登記法上、滅失として扱うことが、建物の物理的現況を正確に公示する表示に関する登記の趣旨、目的に適うから、とされた。また、iii 同じ換地上への建物の移転であっても、曳行移転による場合、建物の物理的な同一性が認められ、旧建物の登記が建物所在の変更として認められる(⑫は、賃借権の客体としての建物の同一性が問題となったケースだが、曳行移転の場合に建物の同一性が認められた)ことに対して、解体移転では、扱いが異なることになるが、曳行移転と解体移転とは、建物の物理的な消滅という点で決定的な違いがあるのだから、それ

もやむを得ない、とされた。

他方で、佐藤裁判官は、i 登記制度の目的が、実体法上の物権変動を正確に公示すること、不動産取引の安全と円滑さに奉仕することにあることから、不動産取引法における建物の滅失の意義も、実体法の解釈を離れてはありえない、ii 建物の同一性の有無は、単なる物理的な観点からではなく、取引通念ないし社会通念を基準として判断しなければならない、と法廷意見を批判して、「建物を一度取り壊し、これを再築又は移築した場合のように、旧建物がいったん解体され物理的に消滅した状態が生じた場合においても、なお新旧両建物の材料・種類・構造、場所、解体と建築との時間的近接性などを総合して、取引通念ないし社会通念に従い新旧両建物の同一性を肯認し得る余地があるというべきである」、とする。そうして、本件については、「土地区画整理事業に伴い従前の建物が解体移転の方法により換地上に移築された場合でも、その換地上の新建物が旧建物の材料の大部分を使用して建築された同一種類・構造の建物であって、その面積、外観等にもそれほどの変動がなく、移築が解体と時間的に近接して行われたときは、両建物の間には社会通念上同一性が保持されているものとして、旧建物の権利関係はそのまま新建物に移行すると解すべきである」、とした。その理由は、i 土地区画整理事業に伴う建物の換地上への移転は、従前地における使用収益の権利関係がそのまま換地上に移行することに対応して行われるもので、「建物所有者の自由な意思によるものではない」のであり、その移転の過程で解体により物理的には建物としての存在がいったん失われたとしても、それは建物を換地上へ移転させるための「技術的なプロセスにすぎない」ことから、この場合に、法廷意見のように、新旧建物の間に同一性がなく、建物が滅失したと考えることは、「旧建物〔滅失した建物〕の抵当権者等に不測の損害を与

えることになり、土地区画整理制度の趣旨に適合しない」、ii 同じ換地上への建物移転でも、曳航移動の場合は建物の同一性が失われぬのに、解体移転の場合には、解体により常にその同一性が否定されるというのは、単なる技術的な工法の相違によって抵当権などの消滅、不消滅という実体法上の法律関係に著しい差異を生じせしめるものであって、その合理性を見いだすことができない<sup>10</sup>。また、iii 建物の解体移転について、実体法上は両建物の同一性を肯定し、抵当権は消滅しないと解しながら、登記手続上は建物の滅失として取り扱わなければならない、とするのは、不動産取引の安全と円滑さに資する登記制度の趣旨、目的から逸脱することが挙げられた。

法廷意見では、建物の表示登記制度の趣旨は、建物の物理的現況を正確に公示することであり、そのことから、建物が、社会通念上、建物として認められない程度にまで取り壊された、すなわち、建物が滅失した場合には、新旧建物の間に同一性を認めることはできず、不動産登記法上、建物の物理的な変化に従って、滅失の登記と表示の登記がなされなければならない、とされた。したがって、法廷意見では、旧建物の抵当権も消滅せざるを得ない<sup>11</sup>。これに対して、佐藤裁判官の反対意見は、登記制度の趣旨は、実体法上の物権変動を正確に公示することで、不動産取引の安全と円滑さに貢献することにあるから、不動産取引法における建物の滅失の意義も、実体法の解釈と連動すべきであり、建物の同一性の有無は、物理的観点からだけではなく、取引通念ないし社会通念を基準として判断すべきである、として、本件においては、社会通念上、建物の同一性が保持されており、旧建物の滅失登記、新建物の表示の登記は、実体を欠く無効の登記であるゆえに、抹消されるべきだ、とされた<sup>12</sup>。すなわち、佐藤裁判官の反対意見では、旧建物に対しての抵当権も新建物にそのまま移行することになる。法

廷意見は、表示の登記制度の趣旨を論拠としており、佐藤裁判官の反対意見では、登記制度の趣旨が挙げられている。法廷意見と佐藤裁判官の反対意見ともに、「社会通念」という文言を使っているが、法廷意見では、それが物理的な観点から用いられており（建物の滅失が認められるかどうか）、佐藤裁判官の反対意見では、取引上の観点から用いられている（新旧建物の同一性の有無を、実体法上の権利関係の消長という観点から捉える）<sup>13</sup>。建物の同一性の有無（・建物の滅失）について、前者は、物理的な判断（不動産登記法上の視点から）、後者は、規範的な判断（実体法上の視点から）をしているということもできよう。不動産登記法と実体法とで、建物の同一性（・建物の滅失）の捉え方が異なるのも混乱を招くだけなので、双方の考え方の調整・統一的な取扱いが必要である<sup>14</sup>。

(3) 抵当権が設定された建物の同一性の有無が争われた判決の法理をまとめると、新旧建物を、物理的観点からだけではなく、社会通念上、すなわち、取引または利用の観点から評価して判断するか、⑧、⑨によれば、物理的に、建物の半分が残っているか、旧建物の主要部分や柱が新建物の主要な構成部分となっているかが、建物の同一性の有無の判断基準となる。⑬は、土地区画整理事業により建物が取り壊されて（解体）、仮換地に移築されたケースで、法廷意見によれば、旧建物は滅失しており、新旧建物の同一性は認められず、建物の物理的な変化に従って、滅失登記と表示登記がなされなければならない、とされた。他方で、反対意見は、建物の同一性の有無は、物理的観点からだけではなく、取引通念や社会通念から判断されるべきであり、とりわけ建物に対する権利をもつ第三者、抵当権者の保護をはかるために、建物の同一性を認めるべきだ、とされた。（いずれの判決も、その射程距離を確定しなければならないが、それは別の機会に譲り、）これらの判

決の判断基準を参考に、リノベーション工事の途中で抵当建物が取り毀されたケースでの建物の同一性の有無を考えると、建物が取り毀された以上、物理的な観点からも、社会通念からも、取毀し前後の建物に同一性はないと考えられる。取引または利用の観点から考えると、リノベーションの性質上、たとえ取り毀されたとしても、建物が築造されることは予測できるし確実だから、取毀し前後の建物に同一性は認められそうである。しかし、土地区画整理事業による建物の解体移転の場合である②③では、旧建物の解体材料を用いて旧建物と同じ規模・構造の建物を、旧建物の跡地または他の場所に移築としても、建物は滅失したとされ、建物の同一性は認められなかった。土地区画整理事業による解体移転は、所有者の自由意思によるものではなく、再築または移築が（ほぼ）確実であったとしても、そして、実際に移築されたとしても、建物の同一性は認められなかった。したがって、建物の取毀しが所有者の自由意思によるものならば、建物の同一性は認められないと考えられる。リノベーション工事中で抵当建物が取り毀された場合、建物の取毀しは（おそらく）請負業者によるものだが、所有者はリノベーション契約時に建物がどの程度まで改修されるかについて承知しているだろうから、本ケースでの建物の取毀しは、所有者の自由意思によるものと解することができる<sup>15</sup>。したがって、本ケースでは、再築が確実であったとしても、建物の同一性は認められないと考える。②の佐藤裁判官の反対意見を参考にすると（当該反対意見は、土地区画整理事業による解体移築の場合に限らず、建物の滅失後の再築一般のケースをも包含するように読むことができる）、リノベーションでは建物が再築されることが確実であり、リノベーション工事中の建物に対しての抵当権者の保護も考えて、取引通念ないしは社会通念から、取毀し前後の建物の同一性を認める

ことができそうである。

(4) ところで、リノベーション工事中で抵当建物が取り毀された場合に建物の同一性の有無を判断するに当たっては、建物が滅失したかどうかを見極めることが必要である（建物が滅失していなければ、建物の同一性は問題にならない）。どのような状態になったときに建物は滅失したとされるのか（建物の滅失とは何か）。反対に、建物として認められる基準は何か（建物とは何か）。⑧、⑮によれば、旧建物の半分が取り毀されたか、旧建物の主要部分が元の場所にあり、柱もある場合、建物は滅失していない（建物の同一性が認められる）。他方、②③では、「建物の『滅失』とは、建物が物理的に壊滅して社会通念上建物としての存在を失うこと」とされ、消滅の原因が、自然的であろうと人為的であろうと、建物の取毀しの目的が何であろうと、「社会通念上もはや建物といえない程度にまで取り壊され、登記により公示された物理的な存在を失うに至った場合には」、建物は滅失した、とされる<sup>16</sup>。

不動産登記法上、登記の対象となる建物については、「屋根及び周壁又はこれらに類するものを有」すること（外気分断性）、「土地に定着した建造物である」こと（土地への定着性）、「目的とする用途に供し得る状態にある」こと（用途性（人貨滞留性））が必要とされる（不動産登記規則111条）<sup>17</sup>。もっとも、建物の種類、用途などに即して、柔軟な判断がなされているようである。他方で、判例によれば、「単二切組ヲ済マシ降雨ヲ凌ギ得ル程度ニ土居葺ヲ了リタルト云フニ止マリ、荒壁ノ仕事ニ着手シタルヤ否ヤモ的確ナラザル状態ニ在リタルモノニシテ、住家トシテ尚未完成部分ノ存スルコト頗ル大なる」状態では建物と認めることはできないが（大判昭和8年3月24日民集12巻490頁）、「建物トシテ不動産登記法ニ依リ登記ヲ為スヲ得ルニ至ルトキ」に建物となり、登記をすることが可

能な状態とは、「完成シタル建物ノ存在ヲ必要トセズ、工事中ノ建物ト雖已ニ屋根及周壁ヲ有シ土地ニ定着セル一個ノ建造物トシテ存在スルニ至ルヲ以テ足レリトシ、床及天井ノ如キハ未ダ之ヲ具ヘザルモ可ナリ。蓋此等ハ本件ニ於ケルガ如キ住宅用建物ノ完成ニ役立つモノニ外ナラザレバナリ」とする（大判昭和10年10月1日民集14卷1671頁）。すなわち、判例は、屋根を葺き、荒壁を塗りおえた建物は、床や天井が張られていなくても、建物と認定でき、登記可能である、としている。もっとも、判例も、建物と認めるべきかどうかについて、物理的構造だけを基準としているのではなく、建物取引または利用の目的から社会観念上独立した建物としての効用を認めることができるかどうかによって決定しており(⑦)、取引または利用の態様（住宅用建物かどうか、など）に応じて、建物と認めるべきかどうかについて判断している<sup>18</sup>。不動産登記法上の建物の基準は、判例による建物の基準（趣旨）を承継しているものとみることもできる。建物の滅失といえるかどうか（建物かどうか）は、不動産登記法上の基準を、一つの判断基準としつつも、取引または利用の観点から判断していくことになる。

#### 4. まとめ—若干の私見の提示

リノベーション工事中で抵当建物が取り壊されたケースを考えるに当たって参考になりそうな判決を概観した。現在の判決や登記実務の立場から考えるに、本ケースでは、抵当建物は滅失し、建物の同一性は認められない。登記手続上は、旧建物の登記の滅失の登記を申請し、新建物の表示の登記を申請しなければならない。したがって、旧建物に設定された抵当権は消滅する。

そこで、抵当権者の保護をどうはかるか。

抵当建物が、リノベーション工事中で、主要部分が取り壊され、柱も取り外されて、

もはや建物とは認められないような状態になりつつある、または、建物とは認められない状態になっているのを抵当権者が発見した場合、（抵当建物の通常の使用？の範囲を超えているので、）抵当権者は、抵当権自体に基づく物権的請求権（妨害排除または予防請求権）を行使して、旧建物の解体材料の搬出を防止するか、仮処分（建築続行禁止の仮処分）を申し立てることでリノベーション工事の差止めを求めることができる。または、抵当建物の毀滅を理由に、被担保債権の期限の利益を喪失させて（137条二号）、被担保債権の弁済を請求するか、抵当建物に対しての侵害（抵当権侵害）を理由に、リノベーション業者または抵当建物の所有者を相手どって損害賠償を請求することができる（リノベーション業者または所有者の故意・過失を立証することは困難だろう）。しかし、これらは、いずれも現実的ではない。そもそも抵当権者は、リノベーション用の建物に抵当権を設定したのだから、解体材料の搬出、工事の差止め、被担保債権の弁済請求、損害賠償の支払を請求するとは考えられない。途中で、リノベーション工事を差止めたり、期限の利益を喪失させて、被担保債権の弁済を請求したり、損害賠償の支払を請求するよりは、そのまま工事を続行させて建物を完成させたほうが、建物の価値が増加するので、抵当権者にとっても得である。抵当建物の同一性が失われて、旧建物の滅失登記から新建物の表示の登記がなされることに不安を感じる抵当権者は、増担保（追加担保）または追加共同担保<sup>19</sup>の請求をするか、抵当建物の所有者への法的アドバイス—建物完成と同時に、滅失の登記、表示の登記、所有権保存登記、そして抵当権設定登記を申請させるか（連件申請<sup>20</sup>）、または、抵当権設定請求権保全の仮登記を予めしておくか—をすれば良い。

リノベーション工事中で抵当建物が滅失したが、リノベーション工事が終了して新建物

が完成した場合には、新旧建物の同一性は認められないので、抵当権は消滅する。また、判例(最判昭和40年5月4日民集19巻4号797頁)<sup>21</sup>によれば、旧建物の登記の流用は認められないので、旧建物の滅失の登記、新建物の表示の登記が経由されなければならない(所有者自身が行うか、抵当権者による代位)。そこで、旧建物の抵当権者を保護するためには、新建物に抵当権が設定されなければならない。旧建物の抵当権者には、従前の抵当権設定契約によって、または、改めて抵当権設定契約を結ぶことで、抵当権設定登記請求権が認められることになるだろう。抵当権者は、抵当権設定登記請求権を保全するために、新建物について処分禁止の仮処分を申し立てることもできる(民事保全法53条)<sup>22</sup>。

旧建物の抵当権者が恐れるのは、新建物に、新たな利害関係人が現れることである。旧建物の抵当権者よりも前に、新たな抵当権者が新建物に抵当権を設定した場合、旧建物の抵当権者は新建物の新たな抵当権者を背信的悪意者として排除する(177条)か<sup>23</sup>、いったん後順位で抵当権設定登記を経たうえで、新たな先順位抵当権者に対して、順位変更手続をもちかけるか<sup>24</sup>、または、自己の第1順位の抵当権設定登記請求権を保全するために、詐害行為取消権を行使して、先順位の抵当権の設定を取り消す(424条)かすることができる(詐害行為取消権が成立するのであれば、抵当権侵害を理由に、所有者または先順位の抵当権設定者に対して損害賠償を請求することも可能だろう)。あるいは、㊸の佐藤裁判官の反対意見のように、抵当建物が滅失したとしても、移築された新建物に旧建物との同一性を認めて、従前の抵当権の存続と旧建物の登記の流用を認めるか<sup>25</sup>、または、旧建物の滅失の登記、新建物の表示の登記を経由しつつ、建物の同一性を認めて、旧建物に対しての抵当権が存続するとし、従前の抵当権者に新建物に対しての抵当権設定登記請求権を保障するか<sup>26,27</sup>である。前者は、いずれにし

ても、旧建物の登記の表題部を変更しなければならぬが、判例(前掲・最判昭和40年5月4日)によれば、その変更登記の効力は認められない。後者については、㊸の佐藤裁判官の反対意見が指摘するように、不動産登記法上の取扱いと実体法上の取扱いを違えることとなり(二重構造)、登記制度の趣旨、目的を損なうことになる。あるいは、建物の存続・滅失(建物の同一性)の判断基準となる建物の概念は、取引や利用にも配慮した幅のある概念と考えられるので、リノベーションによる建物の物理的変化については、たとえ主要部分が取り毀され、柱が取り外されるようなことがあっても、建物が滅失したとはせずに、建物として存続し続けたと評価することもできないだろうか(建物の変化は変更登記で対応する)。

以上が、本問題に対しての拙い私見である。

ところで、本稿で問題としたリノベーション工事中での建物の取毀し(滅失)と再築のケースや、先に検討した建物の解体移築のケース(㊸)や、または、建物の増改築のケース、さらには、建物の合体のケース<sup>28</sup>は、抵当権の客体の問題として扱う<sup>29</sup>よりも、抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲の問題として扱われるものである<sup>30</sup>ように思われる。これらのケースを含めて、抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲についての説明を再構成していく必要があるのではないかと考えている。

了

<sup>1</sup> 本問題も、筆者のゼミが毎年取り組んでいる「担保物権法講演会」で、講演会の講師を務めてくださっている銀行実務家の先生から、筆者のゼミの学生(2015年度3年ゼミ生)に与えられた課題である(拙稿「二棟の抵当建物の渡り廊下が設置されたケースについて」北星学園大学経済学部 北星論集54巻2号88頁注1を参照)。「リノベーションを扱う某テレビ番組があるが、リノベーションの途中で建物が

取り壊されてしまった場合、建物に設定されていた抵当権はどうなるのか」と。銀行実務家の先生には毎年、有益なご教示を受けている。また、ゼミの学生に対しても懇切な対応をしていただいている。この場を借りて、お礼を申し上げたい（同時に、課題に対しての拙い回答をお詫びする）。

2015年度「担保物権法講演会」企画に取り組んだ学生たちも、約5ヶ月間、担保物権法の難題に真摯に取り組んでいた。よく頑張ったと褒めてあげたい。

<sup>2</sup> 一般社団法人 リノベーション住宅協議会 HP「リノベーションとは」(URL: <http://www.renovation.or.jp/renovationabout/about.html>) (2015年11月4日現在)を参照。

<sup>3</sup> 建物の登記の表題部の変更が必要になる。

<sup>4</sup> さしあたり鶴巻暁「抵当権の効力の及ぶ範囲」(小林明彦・道垣内弘人編ジュリ増刊『実務に効く 担保・債権管理判例精選』(2015年)) 21頁以下を参照。中古住宅の機能や価値を再生するために包括的な改修で設置された増改築部分(元になった中古住宅に比して、著しく高価な増改築分)に抵当権の効力が及ぶかどうかについては検討を要する(28頁。東京高判昭和53年12月26日判タ383号109頁:本文後述・最判平成2年4月19日判時1354号80頁も参照)。もっとも、この点、常識的に考えれば、リノベーションのための融資契約や抵当権設定契約の際に考慮されるだろう(抵当権者・抵当権設定者の意思表示の内容の解釈で、抵当権の効力が及ぶことになるか)。また、拙稿「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」68頁以下も参照。

<sup>5</sup> 平田春二「建物の増改築等と登記 建物の増改築、再築と建物の同一性」(幾代通他編『不動産登記講座Ⅱ』(日本評論社、1977年))によれば、「増築」とは床面積を増加させること(345頁)、「改築」とは建物の種類・構造に変化を加えること(345頁)、従前の建物の全面的な取壊しを伴わない変更であり、「改造」と呼ばれることもある。また、「改築」は、従前の建物に代えて同一場所に新たに建築すること、という意味で、「再築」や「移築」に対する文言として用いられることもある(355頁)。「再築」とは、従前の建物全部を取り壊し、その材料を用いて同一場所に建築することであり、再築の前後においては、所有権の目的物としての建物の同一性は維持されない。実務

上、「再築」は、従前の建物が滅失し、新たな建物が建築されたものとして取り扱うものとされている(不動産登記事務取扱手続準則83条)(351頁)。また、「再築」は、従前の建物の全面的な取壊しを伴う変更である点で、「改築」と異なり、同一場所に建築される点で、「移築」と異なる(356頁)。「移築」とは、建物の「移動」の一つの方法であり(もう一つは、「曳家」)、他の場所での再築である。移築の前後においては、再築の場合と同様に、建物の同一性は失われる。実務上も、「移築」は、建物の滅失および新築として取り扱うものとされている(不動産登記事務取扱手続準則85条1項)(351頁)。

<sup>6</sup> 建物の同一性を扱った論文として、平田春二「建物の同一性—判例を中心として—」愛知大学法経論集 法律編51・52号(1966年)29頁;同「建物の増改築等と登記 建物の増改築、再築と建物の同一性」343頁;角張昭治郎「建物の同一性」(香川保一編『不動産登記の諸問題:登記研究300号記念』(帝国判例法規出版社、1976年))141頁;平田耕二「評価人からみた建物の同一性および有益費、必要費の各認定基準およびこれらに伴う実務上の諸問題」新民事執行実務12号(2014年)103頁がある。教科書類では、舟橋醇一編『注釈民法(6)』(有斐閣、1997年)161頁以下〔山田晟〕:林良平・前田達明編『新版 注釈民法(2)』(有斐閣、1991年)620・621頁〔田中整爾〕:幾代通著・徳本伸一補訂『不動産登記法〔第4版〕』(有斐閣、1994年)48・49頁が、独立した項を設けて解説している。

<sup>7</sup> 平田「建物の増改築等と登記 建物の増改築、再築と建物の同一性」343頁-345頁を参照。

<sup>8</sup> 内田貴「判批」法協106巻7号199頁:大西武士「抵当建物の解体移転と曳行移転」金法1173号4頁:佐藤久夫「判解」最判解民事篇昭和62年度410頁:鈴木正和「建物の移築と抵当権の帰趨」判タ654号64頁:都築弘「判批」判タ706号42頁:好美清光「判批」別冊ジュリ103号104頁。控訴審(大阪高判昭和56年5月8日民集41巻5号1182頁)については、平田春二「判批」判評285号182頁:中島尚志「判批」民研297号25頁:向英洋「判批」法律のひろば35巻5号70頁。

<sup>9</sup> 大審院時代の類似した判例に、大判昭和7年5月17日民集11巻975頁:大決昭和8年3月6日民集12巻334頁がある。大判昭和7年5月17日は

㉓と同種の事件であり、㉓では登記手続が争われたが、本判決では建物の同一性の有無と抵当権の法律的な運命がダイレクトに問題になった。建物の同一性について、「土地区画整理施行ノ為従前ノ建物ヲ取毀チ其ノ材料ヲ用フル等ノ方法ニ依リ新築シ」た場合が、それに当たり、土地区画整理「施行ニ際シ従前ノ土地ニ在リシ建物ノ所有者ガ其ノ換地上ニ之ト全然異レル建物ヲ任意新築シタルガ如キ場合」には、建物の同一性は認められない、とした。大決昭和8年3月6日は、旧建物に対しての土地明渡家屋取去の請求が新建物に及ぶかどうか争われた事件で、「旧土地ニ在ル建物ノ所有者カ之ヲ換地上ニ移築スル目的ヲ以テ之カ取毀ヲ為シ其ノ材料ノ大部分ヲ用イテ新タナル土地ノ上ニ同一種類構造ノ建物ヲ築造シタルトキハ其ノ建物ハ従前ノ建物ト同一性ヲ失ハサルモノト謂ウヘク尤モ新旧土地ノ形状坪数ノ異動ニヨリ外観及建坪ニ多少ノ変動ヲ生スルコトナキアラサルモ特別ノ事情ナキ限り其ノ同一ヲ害スルナキモノ」、として、旧建物と換地上の新建物との同一性を認めた。

<sup>10</sup> 土地区画整理事業による建物の移転について、解体移築にせよ、曳行移転にせよ、建物の権利関係についての手当てがなされていないのは、土地区画整理法上の不備である。

<sup>11</sup> 幾代『不動産登記法 [第4版]』49頁は、同一性が失われることに賛成している。

<sup>12</sup> 山田晟「建物の修繕・増改築および移動と登記」(中川善之助・兼子一『不動産法大系Ⅳ』(青林書院新社, 1971年)) 426頁は、建物の同一性の有無が、建物の「利害関係人との関係を考えて決めなければならぬ」として、建物の同一性を認める場合があることを認める。

<sup>13</sup> 佐藤・最判解民事篇昭和62年度418頁を参照。

<sup>14</sup> 佐藤・最判解民事篇昭和62年度419頁は、不動産登記の効力の側面と、実体法上の権利関係の側面を区別して、一方では、同一性を否定し、他方では、同一性を肯定するように、その効力を別にすることも可能ではないか、とし、例として、佐藤・420頁(注14)では、遠隔地への曳行移転のケースを挙げる。

<sup>15</sup> もっとも、この場合、建物の所有者は、建物の取毀しを、建物の所有権を放棄するという意思ではなく、建物の再築の意思で行っている。平田・判評285号186頁; 同「建物の同一性」50・51頁は、建物の滅失・建物の同一性の有無の判断基準を所有者の意思に求める。

㉓の控訴審(大阪高判昭和56年5月8日民集41巻5号1182頁)の「判批」で、平田は、建物所有者による建物の取毀しを、建物の滅失という物理的な事実としてではなく、所有者の意思行為として評価すべきである、とする。所有者の取毀しによって建物所有権が失われるのは、建物が滅失したからではなく、それが一般に建物所有権の放棄と評価されるからである、として、建物所有者が建物に移転した場合に、移転後の前後における建物の同一性の有無の判断にとって、取毀しのみが判断基準になると解すべきではなく、建物を取り毀しても移転(移築)するという所有者の意思があるのであれば、移築後の建物と従前の建物との間に所有権の目的物としての同一性を認める余地がある、という。そして、同一性の認否は、天下万人に対する問題であるので、同一性が認められるのは、所有者の移転の意思が明確かつ客観的に誰からも認識されうる場合に限られ、土地区画整理事業による解体移築の場合は、これに当たる、とする。

<sup>16</sup> 佐藤哲治「阪神・淡路大震災と被災建物をめぐる諸問題 建物の滅失の意義と担保権」金法1423号44頁によれば、震災復興の文脈で、建物の滅失が問題となり、その判断基準について、裁判例では、「(1) 屋根, 柱, 土台, 内壁等家屋構造上主要な部分が破損・剥落・腐食しているか, (2) 風雨をしのげるか(雨漏りがあるか, すきま風はあるか), 不同沈下はないか, 倒壊の危険があるか, (3) 柱, 桁, 屋根の小屋組などに基づき自らの力で屋根を指させて独立に地上に存立しているか, 内部への出入りに危険が感じられるか, (4) 支障なく居住(日常生活)に使用しているか, (5) 通常の維持管理・修繕を加えていけば相当期間の使用に耐えうるか, (6) 修理するとしても新築に近い大改造を要し, 経済的には新築するほうが有利であるか, 等が重要な判断要素となっている」とされる。

<sup>17</sup> 山野目章夫『不動産登記法』(商事法務, 2009年) 201頁以下。

<sup>18</sup> 林良平・前田達明編『新版 注釈民法(2)』(有斐閣, 1991年) 618頁以下〔田中整爾〕。建物とは何か、について、教科書等で挙げられている判例も古いものであり、建物の概念のブラッシュ・アップが必要である。鎌田薫ほか「不動産法セミナー 不動産とは何か(1), (2), (3), (4)」ジュリ1331号126頁以下, ジュ



リ1333号86頁以下，ジュリ1334号196頁以下，  
ジュリ1336号82頁以下を参照。

- <sup>19</sup> 銀行実務家の教示による。山野目『不動産登記法』451・452頁を参照。
- <sup>20</sup> 齋藤隆夫『不動産登記の仕組みと使い方』（成文堂，2012年）214頁以下を参照。
- <sup>21</sup> 最判昭和40年5月4日では，仮登記担保が設定される前に，目的建物が滅失し再築されたが，従前の（滅失した）建物の登記の流用が問題になった。本判決によれば，登記の流用は，真実に符号しないだけでなく，登記簿上の権利関係の錯雑・不明確さをもたらすなど不動産登記の公示性を乱すおそれがあり，制度の本質に反し無効である，とされた。
- <sup>22</sup> 浅生重機「民事保全法の制定と仮登記仮処分」金判892号2頁；生熊長幸『わかりやすい民事執行法・民事保全法〔第2版〕』（成文堂，2012年）343・344頁を参照。
- <sup>23</sup> 佐藤・最判解民事篇昭和62年度422・423頁（（注）13）を参照。
- <sup>24</sup> 向・法律のひろば35巻5号74頁を参照。
- <sup>25</sup> 前掲・注（15）：平田・判評285号186頁；同「建物の同一性」50・51頁を参照。
- <sup>26</sup> 鈴木・判タ654号66頁を参照。内田・法協106巻7号1333頁；佐藤・最判解民事篇昭和62年度419頁もその可能性を示唆する。
- <sup>27</sup> もっとも，このように考えると，旧建物の抵当権は，登記面上は滅失するが，抵当権の効力は潜在していることとなり（隠れた第一順位の抵当権），取引の安全を損なう可能性もある。
- <sup>28</sup> 拙稿「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」65頁以下。
- <sup>29</sup> 松井宏興『担保物権法〔補訂第2版〕』（成文堂，2011年）17頁以下；七戸克彦『基本講義 物権法Ⅱ 担保物権』（新世社，2014年）126・127頁。
- <sup>30</sup> 高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣，2005年）133頁以下。

