

抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について (4)

足立 清人

Kiyoto ADACHI

目次

1. はじめに(問題意識)
2. 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について-判例・学説の現状(以上, 北星論集57巻1号1頁以下)
3. 判例検討
 - (1) 土地に関わる判例と裁判例
 - (イ) 土地自体
 - (ロ) 土地の付加一体物
 - (a) 土地の工作物のケース
 - (b) 庭木, 庭石, 塀などのケース(以上, 北星論集57巻2号9頁以下)
 - (c) 立木(樹木)(以上, 北星論集58巻1号65頁以下)
 - (2) 建物に関わる判例と裁判例
 - (イ) 建物自体
 - (ロ) 建物の増築・改築のケース(以上, 一部のみ本号)
4. 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲と抵当権設定契約
5. 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について-考察
6. まとめ

[Abstract]

The Scope of Objects and Accessories with Effective Mortgages (4)

Cases and doctrines seem to hold a consistent opinion regarding the scope of objects with effective mortgages. However I think the opinion may not adequately meet the reality of society. In this paper I will reconsider this problem by exhaustively reviewing precedents about the scope of objects with effective mortgages.

In this paper, I disclose my perspective of the issue and confirm current precedents and theories. Subsequently I consider the relationship between mortgage setting agreements and the range of mortgages that are effective. Based on the findings of the study, I organize the theories related to the scope of objects with effective mortgages and provide an overall review. Finally, I summarize this paper.

3. 判例検討

(2) 建物に関わる判例と裁判例

これまで, 土地に関わる判例と裁判例を検討してきた。

抵当権の客体は, 原則, 不動産—土地と建物—である(369条1項)。抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について, 以下, 建物に関わる判例と裁判例の検討をしていく。まず, 建物自体—未完成建物や, 建物の一部への抵当権の設定可能性など—について, 次いで, 建物の増築・改築のケースについて, さらに,

建物の合体・合棟のケースについて, そして, 建物の設備のケースについて, 最後に, 附属建物に関わる判例と裁判例と以上の分類に含まれないその他のケースについて概観する。

(イ) 建物自体

抵当権を設定するためには, 登記可能な, 独立した不動産になっている建物でなければならない(369条1項)。抵当権の目的物が, 独立した不動産である建物といえるのかどうか問題になる(「建物」の要件)。ここでは, ある構造物が建物と認定できて, 抵当権を設定できるのかどうか争われた裁判例, 次の

キーワード：抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲, 付加一体物, 付合物, 従物, 抵当権設定契約
Key words：Article 370 of the Japanese Civil Code, The Scope of Objects whose Mortgages are Effective, Accessory, Mortgage Setting Agreement

で、未完成建物への抵当権設定可能性が問題になった判例、建物の一部への抵当権の設定可能性が争われた裁判例を検討する。

(a) 構造物への抵当権の設定可能性

【17】 渋谷簡判昭和37年12月14日金法330号11頁（所有権確認及び登記確認抹消手続請求事件）⁸⁸⁾

[事実]

本件係争建物が所在する場所は、A株式会社A線の高架電鉄線下高架構造物の一こまの部分であり、構造物は概ね5間をもって一こまとして、区切り毎に、鉄筋コンクリート造の頑丈な高架脚によって支えられた地上約2間にある電鉄路線の床があって屋根をなしている。構造物の一こまのみを抽出してこれを見れば屋根と柱だけの鉄筋造り建物のように見える。Xは右高架線下構造物の東西をトタン板をもって塞ぎ、内部に棚などを設けて、倉庫としていた。Xは、昭和32年10月、Yに内部を改造することを許してこれを工場として使用するために賃貸した。Yはこれを賃借直後、Xが設置した出入口のトタン板を取外して板張りとして硝子戸の出入口を設けて、内部に木材をもって3畳、4畳半の部屋を作り、ガス、水道、排水施設を設置するなど改造をした。Yがその工作物を独立した建物として所有権保存登記をなし、それに基づいて根抵当権設定登記がなされた。

Xが、Yの所有権保存登記と根抵当権設定登記の抹消を求めた。なお、その後、Yのなした造作施設は出入口を除いて、順次撤去されて現存していない。

[判旨]

裁判所は、「Xが高架線下構造物にした出入口を塞ぐためのトタン板の設備内部にした棚の施設は勿論、Yが高架線下に造った部屋も、これを以つて独立した建物とはいえないのであつて、これら施設と高架線下構造物と一体をなして初めて建物ということが出来るものと解する」として、本件建物は高架線構

造物所有者の所有であつて、Xの所有でもYの所有でもないことを確認した。そうして、Xが、本件高架線下構造物の賃借権者であることが確認され、高架線下構造物の所有者がAであることが認められるので、Xが賃借権保全のためにAを代位して、Yの所有権保存登記および根抵当権設定登記の抹消を求める訴えが認められた。

[解説]

高架線下の構造物が独立した建物として、それに対する根抵当権の設定が認められるのかどうか争われた事件である。

裁判所は、高架線下の構造物が独立した建物には当たらない、として、所有権保存登記と、それに基づく根抵当権の設定も認めなかった。構造物が建物として認められるための基準は示されていない。

(b) 未完成建物への抵当権の設定可能性

未だ独立した不動産とはなっていない建設中の建物について、抵当権を設定することはできない。未完成建物への抵当権の設定が問題となったいくつかの裁判例と判例が存在する。

【18】 大判昭和3年7月3日裁判例民事2巻44頁（家屋明渡請求事件）

[事実]

本件建物は、訴外Aが、その大部分を千代松原1119番地上に建築する予定だったが、建築準備中の大正11年10月20日に、建坪24坪2階24坪として千代松原1112番地上の建物として、所有権保存登記をしたうえで、建築に着手し、登記後1ヶ月して建物が完成した。大正12年10月4日に、Yは、福岡区裁判所の競落許可決定によって本件建物を買い受けて、同月22日に、Aの保存登記に基づいて、所有権取得の登記を取得した。

他方で、訴外Aは、訴外Bとともに、大正12年1月31日に、訴外Cから2500円を借り受けて、その債務の担保として、本件建物の所有権をCに移転して、その弁済期である同年

6月25日に、債務者が本件債務を完済したときは本件建物の所有権は、当然Aに復帰するが、本件期限に支払うことができないときには、債権者が本件建物を任意に売却して、その取得金をもって債務の弁済に充当することができる旨の特約が締結された。弁済期を経過しても、債務を弁済することができなかったことから、Cは大正12年7月7日、本件建物の坪数を24坪5合、2階を24坪5合とし、千代松原1119番および1112番両地上の建物として所有権保存登記をした。その後、Cは、同月10日に、本件建物をXに売却し、Xは同月19日に、Cの保存登記に基づいて、所有権取得の登記を取得した。

Xが、Yを相手どって建物の明渡しを請求した。

[判旨]

競落許可決定により本件建物を競落したYは、Aの保存登記に基づいて、本件建物の所有権取得登記を取得したが、その登記は「其ノ基本タル所有権保存登記ノ効力如何ニ関セス所有権取得ノ点ニ於テ事実ニ吻合スルモノナルカ故ニ」有効であるとした原判決に対して、大審院は、「訴外Aノ為シタル保存登記ハ係争建物ノ建築準備中ニ為サレタルモノニシテ従テ全然虚無ノ建物ニ対シテ為サレタルモノニ外ナラス而モ後ニ完成シタル建物ハ大部分1119番地上ニ存在シ僅少部分ノミ1112番地ニ跨リ且其ノ建坪ヲモ異ニスルモノナルヲ以テ前示保存登記ハ係争建物ノ保存登記トシテ全然無効ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ係争建物完成後被告入カ福岡区裁判所ノ競落許可決定ニヨリ之ヲ買受ケ右ノ保存登記ニ基キ所有権取得ノ登記ヲ受ケタリトスルモ其ノ基本タル保存登記カ叙上ノ如ク全然無効ナル場合ニ於テハ所有権取得ノ点ニ於テ事実ニ吻合スルモノナルコトヲ理由トシテ之ヲ有効適法ナリト解スルヲ得サルナリ」とした。

[解説]

原判決は、本件建物の所有権保存登記の効

力にかかわらず、本件建物の所有権取得の点で、事実一致することを理由に、Yの所有権取得を認めた。しかし、大審院は、Aによる本件建物の所有権保存登記が、本件建物の建築準備中になされた登記であるので、「虚無ノ建物ニ対シテ為サレタルモノ」であり、本件建物の地番、建坪ともに現実を反映していないことから、本件建物の所有権保存登記は無効である、と判示した。したがって、本件建物を競落によって取得したYは、Yが基づいた所有権保存登記が無効であるから、本件建物の所有権を取得することはできない、とされた。

建築途中の建物への所有権保存登記は、そもそも無効であり、本件ではさらに、その登記が地番・建坪ともに現実を反映していなかったことから保存登記の無効が確認された。その無効の登記に基づいてなされた抵当権の設定および抵当権の実行による本件建物の取得も無効であることが確認された。

【19】大判昭和8年3月24日民集12卷490頁（所有権無効抵当権有効確認請求事件）⁸⁹⁾

[事実]

訴外Aは、大正12年3月31日に、訴外Bから借金をして、その担保として、Aの所有する本件家屋に抵当権を設定した。Xは、大正13年6月2日に、Bから、本件抵当附債権の譲渡を受けて、登記手続を終了した。

これよりも先に、大正12年2月28日、Aは、本件家屋が未だ完成していないにもかかわらず完成したように装って別に所有権保存登記をして、同年5月31日に、Yから借金をして、本件未完成家屋に抵当権を設定した。Yは、本件抵当権の実行として競売を申し立てて、同年8月21日に、本件家屋を競落して、所有権取得の登記を取得した。

Xは、真の抵当権者として、抵当権の確認とともに、Yが競落により本件建物の所有権を取得しなかったことの確認を求めた。

[判旨]

大審院は、「係争家屋ハ最初訴外Aカ住家トシテ新築シタルモノナル処大正12年2月28日即チ同人カ該建物ニ付保存登記ヲ為シタル当時ニ於ケル其ノ建築工事ハ単ニ切組ヲ済マシ降雨ヲ凌キ得ル程度ニ土居葺ヲ了リタリト云フニ止マリ荒壁ノ仕事ニ著手シタルヤ否ヤモ的確ナラサ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ナルモノアリシコトヲ窺知スルニ足ルト同時ニ住家ノ建築工事ニシテ叙上ノ如キ程度ニ在ルモノハ未タ以テ不動産タル家屋若ハ建物ト認ムルヲ得スト謂フヲ相当トスルカ故ニ」、原判決がYの主張を排斥したのは正当であると判示した。

[解説]

大審院は、Aが本件建物について所有権保存登記をなした当時、本件建物は建築途中であり、その所有権保存登記に基づいたYの抵当権設定登記も無効であることを確認した。

本判決によれば、「単ニ切組ヲ済マシ降雨ヲ凌キ得ル程度ニ土居葺ヲ了リタリト云フニ止マリ荒壁ノ仕事ニ著手シタルヤ否ヤモ的確ナラサ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ナルモノアリシコトヲ窺知スルニ足ルト同時ニ住家ノ建築工事ニシテ叙上ノ如キ程度ニ在ルモノハ未タ以テ不動産タル家屋若ハ建物ト認ムルヲ得ス」とされた。本判例の基準から考えると、独立した不動産である建物として認定されるためには、雨をしのぐことができるくらいに屋根が葺かれ、空間を区切る壁が設けられ、住家としての効用を果たすことができるくらいに工事が進んでいることが必要とされた⁹⁰⁾。

【20】大判昭和10年1月17日新聞3800号11頁(登記抹消請求事件)

[事実]

判旨から事実関係の詳細は分からないが、

保存登記および抵当権設定登記がなされた昭和6年5月15日当時、被上告人らの第一順位の抵当債権が存在し、本件4棟の建物のうち、第一号から第三号の各建物と、未完成ではあるが建物として認めることができる程度に建築され、同年8月中に完成したが、建物は建築されなかった第四号の建物が認められる。

[判旨]

原判決は、建物完成前の保存登記および抵当権設定登記はいずれも無効であり、被上告人らは抵当権設定行為の請求権を有するに過ぎないと判示したが(もっとも、原判決も、被上告人らの更正登記承諾の請求を認容している)、大審院は、「建物カ實在セサルニ拘ラス實在セルモノトシテ保存登記ノ上抵当権設定登記ヲ為スモ其ノ登記ハ孰レモ無効ノモノニシテ後日之カ更正登記ノ余地ナキコト論ヲ俟タスト雖其ノ登記当時仮令建物カ完成セサルニモセヨ客観的ニ建物トシテ認メ得ヘキ程度ニ建築セラレアル以上右登記ハ有効ノモノトス解スルヲ妥当」とすることを確認して、第一号ないし第三号の建物の本件保存登記および抵当権設定登記は有効であるから、本件建物について第一順位の抵当債権をもつ被上告人らは、本件建物の所有者であり債務者でもあるAに代位して、第二および第三順位の抵当債権者である上告人らに対して、本件建物の更正登記手続をするについて、その承諾を求める権利をもつものと認められる、とした。

[解説]

大審院は、「建物カ實在セサルニ拘ラス實在セルモノトシテ保存登記ノ上抵当権設定登記ヲ為スモ其ノ登記ハ孰レモ無効」であることを確認したが、その登記当時に「建物カ完成セサルニモセヨ客観的ニ建物トシテ認メ得ヘキ程度ニ建築セラレアル以上右登記ハ有効ノモノトス解スルヲ妥当」とすることを示した。

本件では、第一号から第四号の4棟の建物

に所有権保存登記と抵当権設定登記がなされたが、登記の時点で、第四号の建物が建設中であったが（客観的に建物と認めることができる程度には建築されていたようである）、結局、建築されなかったことが確認された。第一号から第三号の建物の本件保存登記および抵当権設定登記は有効であるから、第一順位の本件抵当権者が、債務者に代位して、第二および第三順位の抵当権者に、本件建物の更正登記をするための承諾を求める権利を有することが認められた。

【17】から【20】のまとめ

【17】、【18】から【20】いずれにおいても、独立した不動産に至っていない建物について、所有権保存登記をすることも、それに基づいて抵当権を設定することも、抵当権の設定登記をすることも認められないことが確認された。

【19】によれば、切組を済まし、雨をしのげる程度の土居葺が張られているが、荒壁が設けられていない程度では、独立した不動産である建物としては認められない、とされた⁹¹⁾。したがって、所有権保存登記も、それに基づく抵当権の設定と抵当権設定登記も無効である。もっとも、【20】によれば、登記当時に、建物が完成していなくても、客観的に建物として認めることができる程度に建築されていれば、所有権保存登記と、それに基づく抵当権設定登記をすることが可能であることが確認された。登記実務上、抵当権者は、建物が独立した不動産になった時点で、建物所有者に所有権保存登記をしてもらい、抵当権を設定しなければならない⁹²⁾。

独立した不動産に至っていない建物について、所有権保存登記も、それに基づく抵当権の設定も抵当権設定登記も認められないことは理解できるが、この実務は、金融実務上、問題を生じさせることもある。たとえば、この実務からすると、金融機関は、建物建築の

ための融資をする場合に、融資金回収のための担保として建物に抵当権を設定するに当たり、建物建築の進捗状況をモニターして、客観的に建物と認められる程度に建築が進んだ時点で、債務者に、建物の所有権保存登記、それに基づく抵当権設定登記をさせなければならない⁹³⁾。不誠実な債務者が、金融機関が当該建物に抵当権の設定登記をする前に、他の者のために物的負担を伴う権利（他物権、担保物権）を設定することも考えられるし、また、建物の建築が請負業者に委ねられたが、その代金が支払われなかった場合に、完成したまたは未完成の建物およびその敷地に対して請負業者が留置権を主張するケース（建物または土地に対しての抵当権と留置権の競合のケース）が考えられるからである。建物建築の進捗状況を逐一モニターすることは、金融機関にとっては、負担を強いられる作業である。もっとも、この問題は、抵当権設定契約の法的性質をどのように考えるか、という問題とも関連がある。

(c) 建物の一部への抵当権の設定可能性

【21】福岡高判昭和28年8月19日高民集6巻9号514頁（家屋明渡並びに更正登記手続その他請求事件）⁹⁴⁾

【事実】

Yは、昭和3年12月10日に、本件建物に所有権保存登記をして、Yらの先代のXに対する本件貸金債務の担保のために、本件建物に抵当権を設定した。その後、Yは、昭和5年7月1日に訴外Aに次順位の抵当権を設定した。Xが、本件抵当権を実行して、昭和8年1月20日自らこれを競落して、同年2月8日その旨の移転登記をした。

Yらは、本件抵当権の設定された原判決書添付第一目録記載の本件建物は、同第二目録記載の既設建物に附加して増築せられたものであって、既設建物の一部に過ぎないものであり、独立の建物ではないから、右建物の一

部に設定された本件抵当権設定行為は無効であり、したがって、Xが、本件抵当物件の競落によって、右建物の所有権を取得することはできない、と主張したことから、本件建物、すなわち増築部分が、独立した一個の建物であるのかどうか問題となった。

[判旨]

高等裁判所は、本件増築部分と既設部分との関係について、本件増築部分、すなわち第一目録記載の本件建物は、登記簿上、一個独立の建物として、保存登記がなされており、本件建物は、木造瓦葺2階建本家建坪66坪外、2階54坪、付属建物木造瓦葺2階家座敷建坪12坪、2階9坪であった家屋の一部を取りこわし、その残存部分に附加して増築した部分に該当し、既設部分と増築部分とは別棟であるが、両者は柱、廊下を共通にして、区分する障壁がないのみならず、既設部分に便所、湯殿などの施設もなく、増築部分に階上階下に便所1箇所、物置、湯殿、台所が設置され、その他全体の間取り、ならびに、既設建物の客室と増築部分との連結状態や設備の関係からも、増築部分は全く既設部分に従属し、これと離れては経済上独立した効用を有しないことを確認した。したがって、本件「増築部分は増築と同時に既設部分に附加してこれと一体をなして既設建物の構成部分となったものであって、増築部分だけが独立の建物として別個の所有権の対象となる余地はないのである。従つて所有者が増築部分を独立の建物として登記をしたとしても本来独立の建物としての適格性を有しないものが、右登記だけでその適格性を具備するに至るものではない。(もっとも増築部分が既設物件の構成物でなくして附属建物である場合に、これを独立の建物として登記した場合には、その所有者の意思どおり、これを独立の建物とすることができないでもない)」とする。

本件増築部分が208条の区分所有権の対象となり得るとするXの主張に対して、高等

裁判所は、「或る部分が建物一部が〔評者注:「か」〕、或いは独立した一個の建物であるかどうかの建物の個数を定める標準は、建物の構造、用途その他一切の事情に即して、取引経済上の一般通念に従つて客観的に決定せられるべきところであり、当事者の意思もまたその標準の一として考慮の外におき得ない価値を有するものではあるが、その意思たるや、あくまで補足的標準であるにとどまり、これのみによらしめるべきものでないのはもとより、主体的標準ともなし得ない」とした。

さらに、高等裁判所は、既設部分と増築部分とに「現実の障壁のない限り、一個独立の建物としての登記の記載と現実とが合致せず、従つて登記の実質的要件が具備しない。かような登記の有効要件を具備しない登記を以つて所有者が区分所有権を設定したものは言えない。しからば本件抵当権は一個の建物の主体性並びに独立性のない一部分に設定せられた無効のものであり(一個の建物の一部であっても、その部分がその建物の主たる部分であるときは、結局その建物全部につき有効に抵当権が設定せられたものと解せられるが、本件増築部分は前記認定のように主たる部分でないことは明らかである。)」とされて、本件は、無効な抵当権に基づいて競落がなされたので、Xの所有権取得の実体的効力を生じない、とされたXの抵当権設定および所有権の取得は認められない、とされた。

[解説]

Xは本件建物に抵当権の設定を受けたが、本件建物は既設建物の増築部分だった。この場合に、抵当権を実行して本件建物を競落したXが、本件建物がXの所有であることの確認と、本件建物の更正登記手続を求めた事件である。いわば建物の一部に抵当権が設定されたケースであり、それが認められるのかどうか争われた。

高等裁判所は、既設部分と増築部分(本件建物)との関係について、①その連結状態や

設備の関係など両建物の構造と、②その経済的効用から、増築部分は既設部分に從属する、と解した。増築部分（本件建物）について、独立した所有権保存登記がなされていたが、「本来独立の建物としての適格性を有しないものが、右登記だけでその適格性を具備するに至るものでない」とされた。さらに、建物の数え方（個数）について、「取引経済上の一般通念に從って客観的に決定せられるべき」であり、当事者の意思は、「補足的標準」にとどまる、として、後掲【24】で示された建物の数え方に限定を加えている。

Xによる本件建物に区分所有権が成立する旨の主張について、区分所有権が成立するためには、「少なくとも何等かの隔壁」が存在し、「客観的な独立性」を有していることが必要であり、本件のように増築部分（本件建物）に登記が存したとしても、「現実に隔壁のない限り、一個独立の建物としての登記の記載と現実とが合致せず、從つて登記の実質的要件が具備しない」から、本件建物に区分所有権は成立せず、抵当権の設定は無効である、とした。

本件では、建物の一部に対しての抵当権の設定は、その部分に区分所有権が成立しない限り、無効であることが確認された。ただし、「一個の建物の一部分であつても、その部分はその建物の主たる部分であるときは、結局その建物全部につき有効に抵当権が設定せられたものと解せられる」とされる。

建物の一部に抵当権を設定できるかどうかについて、その一部が独立した所有権の目的となっているのであれば、当然、抵当権の設定は可能である。独立した所有権の目的となるためには、その一部が、構造上も利用上も独立しており、その一部に対して、所有権保存登記を設定することが可能であることが必要である。

一棟の区分所有建物の一室については、区

分所有権が成立し（建物の区分所有等に関する法律（区分所有法）1条）、抵当権を設定することができる。区分所有建物は、一棟の建物として登記されている段階で、抵当権の設定が可能であり、抵当権設定登記は、建物の区分の登記手続後になされる、という⁹⁵⁾。

(ハ) 建物の増築・改築のケース

抵当権が設定された建物が増築または改築された場合に、その増築または改築部分に抵当権の効力が及ぶかどうかについて争われた判例と裁判例を概観していく。なお、実務上、「増築」とは、床面積を増加させること、「改築」とは、建物の種類・構造に変化を加えることであり、従前の建物の全面的な取り壊しを伴わない変更のことである、とされる^{96), 97)}。

【22】大阪控判大正6年12月19日新聞1369号23頁⁹⁸⁾

[事実]

Y1は、Xらから、明治44年4月18日に、金1000円を借り受けて、Y1所有の宅地、劇場用宅地その他の不動産について、抵当権を設定し、当日、不動産登記を経由した。その後、Y1が、第一建坪22坪2合5勺の木造瓦葺平屋を、第二建坪6坪4合8勺の木造亜鉛葺平屋雪隠を、第二（筆者注：三？）建坪3坪2合4勺の木造亜鉛葺平屋雪隠を、第四建坪4坪5合の木造瓦葺平屋建健水場を、第五建坪1坪8合の木造瓦葺平屋雪隠を、Xに対する抵当権の目的とならないことを特約しないで、新築して、各建物について、一個独立の建物として所有権保存登記が経由された。その後、Y2とY3は、第一の建物について順次、抵当権を設定し、その登記を済ませた。

Xは、大正2年、抵当権の実行として、第一から第四の建物をも包含する抵当物件について競売の申し立てをなし、大正3年3月3日、これを競落して、同年4月25日、所有権取得の登記を経由した。ただし、競売手続では、

抵当権の目的である劇場を、抵当権設定当時の表示と同じく、木造瓦葺平屋1棟建坪162坪7合5勺と表示し、Y1が結合させた部分を特に表示することはなかった。

[判旨]

「第一乃至第四ノ建物ハ同抵当権ノ目的タル劇場用住宅ニ就キ接着セルヲ明カニシテ其接着ノ程度ハ第一乃至第四ノ建物ハ之ヲ破壊スルニ非サレハ抵当建物タル劇場ト分離スル能ハス第五ノ建物ハ些細ノ傷ヲ劇場用建物ニ残ス可シト雖モ破壊セスシテ之ヲ分離シ得可キ状態ニ在ルコトハ当審鑑定人Aノ供述ニ照ラシテ明カナルヲ以テ第五ノ建物ハ法律上一個ノ建物ナリト謂フヲ得レトモ第一乃至第四ノ建物ハ法律上各一個ノ建物ナリト謂ウヲ得シテ新築ノ当時主タル建物タル劇場ニ結合シテ其ノ一部ト為リYノ劇場ト所有権ノ其部分ニ拡張セラレタリト謂ハサル可カラス從テXノ抵当権ハ第五ノ建物ニ及ハサルハ勿論ナレトモ第一乃至第四ノ建物ニハ当然其ノ効力ヲ及ホスヲ以テXハ第一乃至第四ノ建物ヲ包含スル劇場ニ付キテモ抵当権ヲ実行スルコトヲ得」。

ところで、抵当権実行の際に、抵当権の目的である劇場について、抵当権設定当時の表示のままに結合部分を表示しなかったことについて、「其ノ表示ハ結合物ヲ包含スル劇場ノ表示トシテハ精密ナリト謂フヲ得サレトモ結合部分ノ坪数ハ主タル建物タル劇場ニ比スレハ少量ナルヲ以テ右表示ハ結合物ヲモ包含スル建物ヲ表示シタルモノト解ス可ク從テ其建物ハ競売ノ目的ト為リXハ競落ニ因リ其所有権ヲ所得シタルモノト解スルヲ相当トス」とされた。

したがって、「第一乃至第四ノ建物ハ法律上独立ノ存在ヲ有セス他ノ建物ノ一部ヲ構成シXノ所有ニ帰シタルヲ以テYカ此等ノ建物ハ法律上独立ノ存在ヲ有スルモノトシテ為シタル所有権保存登記及ヒ第一ノ建物ニ付為シタル抵当権設定登記ハ孰モ其ノ原因タル登

記事項ヲ欠如シXノ所有権ノ行使ニ障害ヲ与フルモノト謂フ可ク」とされた

[解説]

既存建物に抵当権が設定された後で、既存建物に接着して5個の建物が増築され、各建物に所有権保存登記がなされ、5個の建物の1個にY2、Y3のために抵当権設定登記がなされた後で、既存建物の抵当権が実行された。Xが、増築された5個の建物の所有権保存登記、および1個の建物に設定された抵当権設定登記の抹消を求めて争われた事件である。すなわち、既存建物の抵当権の効力が、既存建物に接着して増築された建物にも及ぶかどうか争われた。

大審院は、第一から第四の建物について、抵当建物との接着の程度が、接着部分を破壊するのでなければ、抵当建物から分離することができないことから、それらの建物は、独立した建物と認めることはできず、主たる建物である抵当建物に結合して、その構成部分となり、抵当権の効力が及ぶが、第五の建物については、破壊しなくても、分離することができることから、当該建物は法律上1個の建物と認めることができることから、抵当権の効力を及ぼすことができない、とした。すなわち、第一から第四の建物は抵当建物に付合することから、抵当権の効力が及ぶが、第五の建物には付合が認められないので、抵当権の効力が及ばない、とされた。根拠条文は挙げられていないが、370条に基づくものと考えられる。

もっとも、第五の建物は、建坪1坪8合の木造瓦葺平屋雪隠であり、第一から第四の建物と比べても面積が著しく狭く、その用法も雪隠であることを考えるに、抵当建物への付合が認められてもおかしくなく、それが認められないでも、抵当建物の従物として認定して、抵当権の効力が及ぶと考えることも可能であるように思われる。

また、抵当権実行の際に、従前の表示〔登記〕

のまま競売に付されたことについて、大審院は、結合部分の坪数が抵当建物のそれと比べると少量であり、従来の表示のままで、結合部分を含む建物を表示したものと解することができる、とした。

【23】大決大正10年7月8日民録27輯1313頁（登記官吏ノ処分ニ対スル抗告ノ決定ニ対スル再抗告ノ件）⁹⁹⁾

〔事実〕

判旨から具体的な事実関係は分からないが、主たる建物に抵当権が設定された後で、その主たる建物に茶の間が増築されたと考えられる。

〔判旨〕

大審院は、「抵当権ハ其目的タル不動産ニ付加シテ一体ヲ為セルモノ而已ナラス従物ニモ亦及フモノナルコトハ该院ノ判例トストコロナリ本件係争ノ第五号建物ハ之ヲ原裁判所ノ確定セル事実ニ徴スルニ後日ニ至リ増築セラレタル茶ノ間ニシテ従タル建物即チ第一号建物ノ従物ト目スヘキモノナルカ故ニXノ有スル本件抵当権ハ又当該建物ニモ及フ可キモノトス」、として、増築された茶の間に対して分割登記をするためには、抵当権者Xの承諾か、それに代わる裁判の謄本が必要である、として、原決定を廃棄し、原裁判所に改めて裁判を委任した。

〔解説〕

判旨から具体的な事実関係は分からないが、本件抵当建物に茶の間が増築されて、その増設部分に抵当権の効力が及ぶのかどうか争われた事件である。

大審院は、抵当権は、付加一体物だけではなく、従物にも、その効力が及ぶことが判例である、とする（もっとも、その判例がどの判例かは挙げられていない）。本件では、本件抵当建物に接着して増築された茶の間が従物に当たり、それゆえに抵当権の効力が及ぶ、とされた。従物への言及があることから、87

条2項を根拠とする。もっとも、増築された茶の間が、従物に当たるのかどうかについては、抵当建物に付合したと考えられるのではないかと疑問が呈されている¹⁰⁰⁾。

【24】大判昭和7年6月9日民集11巻1341頁（建物登記更正手続請求事件）¹⁰¹⁾

〔事実〕

Xは、Y1が所有する本件土地建物に根抵当権を設定し、登記を経由した。Y2とY3はともに、Y1の債権者として、本件建物に第2順位の根抵当権を設定し、登記も経由した。根抵当権の目的である建物の登記には、本来、建物の表示建坪85坪6合9勺、2階76坪1合6勺のほか下屋47坪1合1勺とあるべきなのに、建坪67坪7合5勺、2階61坪5合ほか一屋53坪とあって、登記の表示に誤りがあり、その更正登記をなすについて、Yらの同意を求めて、本訴の提起がなされた。

これに対して、Y1は、Xのために根抵当権を設定した建物は、現在、登記がある建物であり、それに隣接する木造2階建土蔵造建物は、Xの抵当権の目的ではなく、数年後に所有権保存登記がなされ、Y2、Y3のために根抵当権設定登記が設定されたものである、と主張した。

〔判旨〕

大審院は、根抵当権の効力が及ぶかどうかを判断する前に、建物の個数について、「建物ノ個数ヲ判断スルカ為ニハ専ラ建物ノ物理的構造如何ニ依リ之ヲ定ム可ク所有者ノ意思ノ如キハ之ヲ参酌スヘキモノニアラスト為シ其ノ構造ヨリシテ本件2階建土蔵造店舗ハ独立ノ建物ニシテ其ノ背後ニ接著シテ建テラレタル瓦葺2階建ト全ク別個ノ建物ナリト判定シXノ本訴請求ヲ排斥シタ」原判決に対して、「建物モ亦物権ノ目的物トシテ取引ノ対象ト為ル以上其ノ個数ヲ定ムルニ当リ取引上ノ性質ヲ無視シ得サルハ勿論ノ次第ニシテ取引或ハ利用ノ目的物トシテ観察シタル建物ノ

状態ノ如キモ亦其ノ個数ヲ定ムルニ付重要ナル資料タルモノト云フヘシ而シテ此等ノ状態ヲ判定スルカ為ニハ或ハ此ヲ建築シ所有スル者ノ意思ノ如キ主観的事情ヲモ考察スルヲ必要トスルモノニシテ単ニ建物ノ物理的構造ノミニ依リテ此ヲ判断スヘキモノニアラス」として、原判決を破棄差戻した。

[解説]

根抵当権の効力が、抵当建物の背後に接着して建築された建物にも及ぶのかどうかの問題となり、根抵当権者が更正登記を求めた事件である。

本判決では、建物の個数はどのように考えるべきかが示された。大審院は、建物の個数について、①建物の物理的構造だけではなく、②取引または利用の目的物としての観点、②建物所有者の主観的事情から、判断すべきである、として、原審の決定は容認できない、として、原判決を破棄、差戻した。

建物の個数の判断基準が示されて、Xの根抵当権の効力が及ぶのかどうかについては判断が下されなかった。

[25] 大判昭和12年3月24日法学6巻910頁(建物登記更正手続請求事件)

[事実]

判旨から具体的な事実関係は分からないが、既存建物に改築が施され、それに隣接して物理的に別個独立の新築建物が建築された。所有者が両建物を取引上1個の建物とする意図で、改築された既存建物の変更登記がなされたが、その表示が建物の現状と著しく相違しているにもかかわらず、本件変更登記に基づいて抵当権が設定された。

[判旨]

大審院は、「其ノ変更登記ノ結果トシテ生シタル建物ノ表示カ建物ノ現状ト甚シク相違シ為ニ右改築建物ノミノ登記ナルカノ如キ観アリ右新築建物ヲモ包含スル建物ノ一団ニ対スル登記ナルコトヲ示スニ足ラサルモノナル

ニ於テハ該登記ヲ更正シテ如上建物ノ一団ニ対スル登記ナルコトヲ示スニ足ルモノト為サル限右新築建物ニ付テハ未タ有効ナル登記無キモノトスヘク從テ一物タル如上一団ノ建物全体ノ上ニ抵当権ノ設定ヲ受ケタル者ニ於テ未タ如上更正登記ナキ登記用紙上ニ其ノ抵当権設定ノ登記ヲ受クルモ右新築建物上ニ抵当権ヲ有スルコトヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルモノトスト解スルヲ相当トス」とした。その理由は、「新築建物ナルモノハ物理的ニハ右改築建物ト一体ヲ為スモノニ非ス又固ヨリ其ノ一部ヲ有スモノニモ非ス全く別個ノ存在ヲ有スルモノナルノミナラス登記簿上ニ於テモ亦右新築建物ト相合シテ取引上ノ一物ヲ為スコトヲ示スニ足ルヘキ登記ノ存スルモノナキカ故ニ該建物カ既ニ設定セラレタル抵当権ノ目的タルコトヲ知ラスシテ之ニ付取引ヲ為ス第三者ノ出現スヘキハ理ノ看易キ所ナリ」とした。

[解説]

既存建物について改築がなされ、それに隣接して物理的に全然別個独立の新築建物が建築された。所有者が、両建物を取引上一体の物とする意図で、改築された既存建物の変更登記をしたとしても、その変更登記の建物の表示が、建物の実際の状況と異なり、新築建物を含む建物の一団に対する登記と見ることができないときには、更正登記がなされない限り、その変更登記に基づいて、抵当権を設定したとしても、抵当権者は、本件新築建物に抵当権の効力が及ぶことを第三者に対抗することはできない、とされた。その理由は、本件新築建物は、既存の改築建物と全く別個の存在であり、登記簿上においても、改築建物と新築建物とが取引上一物をなすことを示す登記がなされていないがゆえに(真実の建物の状況を反映していない)、第三者が、抵当権の設定を知らずに取引に入り、その第三者の取引の利益が損なわれる可能性もあるからである、とされた。

本件は、抵当権の客体である建物の同一性が問題となった事件であるとも考えられる。

【26】東京高決昭和32年9月5日東京高裁(民事)判時8巻9号211頁(執行方法に対する異議申し立て棄却決定に対する抗告事件)¹⁰²⁾

[事実]

Xは、抵当権設定前に、木造瓦葺2階建店舗兼居宅1棟建坪12坪2合5勺、2階8坪7合5勺(甲建物)を建築所有し、昭和23年9月8日に、その保存登記を済ませた。昭和25年頃、Xは、階上階下ともに12坪2合5勺(乙建物)に増築したが、登記はそのままにしていた。その後、昭和26年頃、乙建物に密着させて、木造瓦葺2階建居宅一棟建坪10坪5合、2階10坪5合(丙建物)が建築されたが、依然として登記はそのままにされた。昭和28年11月21日、Xは、AがBに対して現在かつ将来負担する一切の債務のために、極度額を700万円として、Yと連帯保証契約と根抵当権設定契約を結び、甲建物について根抵当権を設定して、その登記もなされた。その後、根抵当権者Yは、昭和31年2月1日に根抵当権を実行し、競売手続進行中、昭和31年5月8日に、Yの代位申請により、根抵当権の目的は、増築により木造瓦葺2階建店舗兼居宅一棟建坪22坪7合5勺、2階22坪7合5勺(丁建物)になったとして、変更登記がなされた。競売の結果、丁建物はYに競落されて、その申請に基づき、丁建物について不動産引渡命令がなされた。

その変更登記の前、昭和31年3月27日に、Xに対する別の仮差押債権者Cの代位申請に基づいて、丙建物が、甲・乙建物とは別個の建物であるとして、Xのために新たに保存登記がなされた。

Xは、すでに丙建物について保存登記がなされていることから、Yの代位申請による変更登記は無効であり、Yの根抵当権の効力は、丙建物に及ばないと主張した。

[判旨]

高等裁判所は、「丙の建物は増築後の甲の建物従って乙の既設建物に密着して増築されたもので、その接着部分においては両者は柱を共通にしてこれを区分する何等の障壁がなく、また屋根の部分も増築部分の瓦が既設部分より1枚多くはみ出して葺いてある程度で両差の間に何等境界らしきものも設けられず一様に葺かれており、その他全体の間取り両者の連絡状態や設備の関係からみて、増築部分(丙の建物)は既設建物(甲従って乙の建物)に従属し、これを離れて経済的に独立の効用を有するものでない関係にあることを一応認めることができる。従って、右増築部分(丙の建物)は増築と同時に既設建物に附加してこれと一体をなし既設建物の構成部分となったものであって、増築部分だけが独立の建物として別個の所有権ないし抵当権の対象となる余地は存しないものといわなければならない」として、増築部分に対しても抵当権の効力が及ぶ、とした。

[解説]

既存建物(甲建物、増築後、乙建物)に接着して建築された増築部分(丙建物)に、根抵当権の効力が及ぶのかどうか争われた事件である。

抵当権設定前に、甲建物の増築(乙建物)、さらに乙建物に密着して丙建物が建築されたが、登記は従前のままで、Yのために根抵当権の設定が行われた。根抵当権者Yによる根抵当権の実行、競売手続進行中に、Yの代位申請により、変更登記が行われて(丁建物)、Yが丁建物を競落した。ところが、丙建物については、変更登記の前に、別の差押債権者による代位申請で、Xのために保存登記がなされていたことから、丙建物に抵当権の効力が及ぶのかどうか争われた。

裁判所は、丙建物が、甲・乙建物との関係で、①柱を共有し、区分のための障壁もなく、その他全体の間取り、両建物の連絡状態や設備の点で、構造上、従属しており、②甲・乙

建物を離れて、経済的に独立の効用を有するものではない、と認められるので、丙建物が、既設建物(甲・乙建物)に附加して一体をなし、その構成部分になった、として、丙建物に対しても根抵当権の効力が及ぶことを認めた。

根拠条文は、挙げられていないが、既設建物(甲・乙建物)に附加して一体となり、既設建物の構成部分となった、という言葉から、370条によるものと考えられる。

増築後の乙建物に密着して丁建物が建築されたことにより、根抵当権が設定された時点での保存登記の建坪(甲建物の建坪12坪)から10坪(丁建物の建坪22坪)増加している。本件は、抵当権の客体としての建物の同一性の問題にも関わるケースである。

【27】 最判昭和35年10月4日判時244号48頁(家屋明渡等請求事件)¹⁰³⁾

[事実]

判旨から詳しい事実関係は分からないが、既存建物に増設された建物に抵当権の効力が及ぶのかどうか争われた事件である。

[判旨]

最高裁判所は、「不動産の従としてこれに附した物がその不動産の構成部分となった場合又は附合物が社会通念上その不動産の一部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附合物の所有権を取得するのであつて、民法208条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って成立し、その部分が他の部分と併合する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」、として、増設建物が独立した所有権の客体になるかどうかの基準を示した。

[解説]

既存建物に設定された抵当権の効力が、本件増設建物にも及ぶのかどうかを判断するに当たって、増設建物が既存建物に付合して構成部分となったのか(242条)、増設建物に区分所有権(旧208条)が成立するのかが争われた。

最高裁判所は、旧「民法208条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って成立」するが、「その部分が他の部分と併合する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」とし、「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」と判示した。すなわち、区分所有権が成立するかどうかは、「社会通念上の経済的利用の独立性」が重要である、とした。それが無い場合、たとえ、事実上、分割して使用されていたとしても、区分所有権は成立せず、一体の建物と判断されるのである。

本件では、本件増設部分は、既存建物と併合するのでなければ、独立の建物と同一の経済上の効力を全うすることができない、として、既存建物に付合することが確認され、本件増設部分に、本件抵当権の効力が及ぶことが認められた。370条を根拠条文とする。既存建物への増設建物の付合について242条が根拠とされている。

【28】 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)¹⁰⁴⁾

[事実]

判旨から詳しい事実関係は分からないが、

抵当権設定契約前に、既存建物に接着して建築された増築建物が、既存建物の構成部分として付加して一体となり、独立した建物としての所有権の客体と認められず、既存建物の所有権しか存在しないのか、これにより既存建物に設定された抵当権の効力が増築建物にも及ぶのかが争われた。

[判旨]

地方裁判所は、「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なければならず殊に一個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」として、増築部分の建物が独立した所有権の客体になるかどうかの基準を示す。

本件においては、「増築部分は階下に廊下と押入付の四畳半、階上に総2階の板の間があつて中以上の建築材料を用いていることが窺えるので、総建坪10坪弱であることに照し建築費は数10万円を下らないと推察されること及び右増築部分の西側は廊下を隔ててA所有の第二目録の建物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第二目録の建物の湯殿台所に通じていて増築建物には炊事場、便所、洗面所及び玄関と目すべき部分はなく第二目録の建物のそれを利用しているものと推察されるが、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又は裏の出入口から沓脱石を経て出入できることが認められる。そして必要とあらば炊事場、洗面所、便所などは余地があるので、容易に付置し得る状況であることに鑑みると右増築部分は既存建物からの別個独立の存在と居住に利用し得る状況であることに鑑みると右増築建物は既存建物からの別個独立の存在と居住に利用し得る経済的効用を兼備するものであって、それ自体所有権の客体となり得るものと認めるのが相当である」とされて、既存建物に設定された抵当権の効力が、増築建物には及ばないことが確認された。

[解説]

抵当権設定契約前に、既存建物に接着して建築されていた増築建物に抵当権の効力が及ぶのかが争われた事件である。

地方裁判所は、増築建物が所有権の客体として認められるかどうかは、「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」、前掲【27】と同様に、「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」とする。建物については、「殊に一個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」である、と判示した。

そうして、本件については、両建物に構造上、共通部分はなく、増築建物は、道路から出入りすることが可能で、炊事場、洗面所、便所はないが、必要とあれば、それらを設置する余地があることから、既存建物から独立して存在し、利用可能な経済的効用をもつものであることから、増築建物自体、独立して所有権の客体となることが認められ、既存建物に設定された抵当権の効力は、増築建物には及ばない、とされた。根拠条文は挙げられてい

ないが、370条に基づくものと考えられる。

【29】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)¹⁰⁵⁾

[事実]

判旨から、具体的な事実関係はよく分からないが、既存建物に接着して建築された本件建物に抵当権の効力が及ぶのかが争われた。

[判旨]

最高裁判所は、「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つたが、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つたので、同年11月Yは右下屋を取りこわし、その跡に建物(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)と連つていて、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畳と寸詰まりの3畳がこれらの建物に跨がっていて、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にあつて、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条本文にいわゆる建物(二)に附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、両建物を別

個独立の建物と判断した原判決を破棄差戻した。

[解説]

既存建物に接続していた下屋を取り毀して、既存建物に接着して建築された本件建物に、抵当権の効力が及ぶのかが争われた。

最高裁判所は、既存建物と、それに接着して建築された本件建物とが、外観上、一個の建物と観られ、構造上、柱などを共有しており、両建物の間には障壁はなく、利用上も、一個の物と認められないこともないことから、本件建物が、既存建物の付加一体物(370条)に当たる、と判示した。本件建物の方が坪数が多いとか、その材料が新しいとか、両建物の屋根の形式が相違するということは、その結論に影響を及ぼさない、とした。

【30】前橋地桐生支決昭和38年5月20日金法347号65頁(不動産競売申立事件)¹⁰⁶⁾

[事実]

訴外Aが、債務者Bに対して、昭和32年10月24日に、200万円を貸与するに当たり、訴外C所有の別紙第一目録記載の本件建物に抵当権を設定したが、Bが期限に支払をしなかつたので、XはAとの特約により、弁済期である昭和34年9月23日に、Bらの承諾を得て、元本および利息損害金をAに代位弁済した。Xは、Bに対して弁済を受けるために、抵当権を実行し、昭和34年11月6日に、競売開始決定がなされたが、競売申立の可否が争われた。

[判旨]

競売手続の証拠調べの過程で、別紙第二目録の建物(玄関、6畳、4畳半、条、炊事場、浴場などからなっている)は、訴外Dが建築所有し、これを訴外Eに賃貸していたが、Dが昭和29年10月に死亡して、当該建物は共同相続された(未登記)。Dの死亡後、Eが当該建物に1間2階を造らせてくれと云って、同年末頃、第二目録の当該建物を利用して、こ

れに接続して、階下に4畳半、廊下、便所、洗面所、事務室、2階に6畳2部屋を建て増し（本件建物）、その妻C名義で所有権保存登記を経由した。Dの共同相続人らは、当該増築に承諾を与えなかったが、結局、黙認したかたちとなった。また、本件建物の家屋台帳上の地番には相違があった。

裁判所は、「別紙第一目録の不動産は実は独立の建物ではなく第二目録の不動産に附加して一体をなしているものと解するを相当とする。そうするとXが第一目録の不動産をCの所有に係る独立の建物として抵当権を設定したとしてもこの抵当権は無効である」として、競売手続開始決定を取消した。

[解説]

建物の賃借人・訴外Eが既存建物に接続して増築した本件建物（Eの妻C名義での所有権保存登記が経過されている）に抵当権が設定され、競売開始決定がなされたときに、その競売開始決定が許されるかどうか争われた事件である。

地方裁判所は、本件建物が既存建物に付加して一体をなしている、として、本件建物への抵当権の設定を認めなかった。本件建物が既存建物に付加して一体をなしていることの具体的な認定は行われていない。法律上の根拠は242条か。

【31】 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）¹⁰⁷⁾

[事実]

昭和28年2月11日、Yが訴外会社の間で、同訴外会社を債権者とする期間を定めず負担する債務を担保するために、Y所有の本件建物である家屋番号同町55番の6、当時の登記簿上の表示では木造瓦葺二階建店舗兼居宅一棟建坪28坪1合5勺、2階15坪について、債権極度額120万円として、第一順位の根抵当権を設定し、なお、本件根抵当権の目的たる債務を期限に履行しないときは本件債務の弁済

に代えて、本件根抵当権の目的たる建物の所有権を債権者に移転する旨の代物弁済の予約を締結して、同年同月12日に、本件根抵当権設定登記および本件代物弁済予約による所有権移転請求権保全の仮登記を経由した。

Xは、訴外会社から、昭和29年5月4日に、Yに対する債権と、それに付随する根抵当権と代物弁済予約による所有権移転請求権の譲渡を受けた（Yに対して債権譲渡の通知がなされ、昭和30年5月14日に、根抵当権の移転および所有権移転請求権の譲渡について附記登記が経過された）。

ところで、本件建物はもと建坪10坪5合として登記されていたが、本件根抵当権および本件代物弁済の予約の成立した昭和28年2月11日当時、家屋台帳では、同年2月8日に増築および構造変更の結果、建坪28坪1合5勺、2階15坪と記載されており、根抵当権設定契約書および代物弁済契約証にもこの表示によって目的物件の表示がなされ、これに基づいて本件物件につき増築および構造変更による変更登記がなされた上で、本件根抵当権設定および本件代物弁済による所有権移転請求権保全の仮登記がなされた。もっとも、当時、本件建物が隣接して同地番（55番地の2）上に家屋番号同町73番、木造亜鉛メッキ鋼板葺平家建店舗1棟建坪18坪の別異の建物が存在し、当該建物は昭和29年11月頃、改築のために、取り毀された（原判決では、本件建物の変更登記の申請に当たり、当該建物も同一建物として坪数が加算されて、変更登記がされたのではないか、という疑念もあるが、「いずれにしても本件契約成立当時の目的物件の実測坪数が公簿面と一致しないにしても建物の同一性には影響なく、ただ前示同地番上の右18坪の平家建隣接家屋は当時としては別に登記され現実においても別個の建物と解する外はないから、この建物に関する限り前示契約の目的外のものといわざるを得ない」とされている）。その後、昭和30年3月頃、Yが、その

敷地跡に、本件根抵当権および本件代物弁済予約の目的たる建物とは別個の建物を新築した。当該築造建物は、本件担保の目的たる本件建物の壁に接続し、瓦および一部鋼板葺木造の2階建地下室付のもので、その1階表側はくり戸をもって両建物を通じ、柱を共通にしており、屋階は本件建物の屋根上に入込んでおり、さらに屋根も約3尺5寸本件建物に延してあり、地下室も本件建物の敷地下に築造されている状態であった。

Xが、本件代物弁済予約による所有権移転請求権保全の仮登記の本登記手続と、新たに築造された建物を含む本件建物の明渡を求めた。

[判旨]

原判決は、抵当権設定後に増築された部分が、「改築建物として独自の存在を有するものでなく、却つて従前の建物の増築即ちこれと一体をなす建物部分であると認定する妨げとなるものではない」として、従前の本件建物と同一性を失わないから、新たに築造された部分も本件代物弁済予約の目的物となると判示した。

これに対して、最高裁判所は、原審の認定する事実からは、原判決は受け入れることができない、とした。さらに、「一般に、建物に加えられた築造が従前の建物と一体となって全体として一個の建物を構成するか、あるいは、築造部分が従前の建物とは別個独立の建物となるかは、単に建物の物理的構造のみからこれを決すべきではなく、取引または利用の対象として観察した建物の状況もまた勘案しなければならない。本件において、YとA間の根抵当権設定契約および代物弁済予約の目的物として約定された前示従前の建物に加えられた築造部分についても、その従前の建物との一体性の有無を判断するには、建物の物理的構造の点のみならず、従前の建物と右築造部分のそれぞれの種類・構造・面積、造作、周辺の建物との接着の程度、四辺の状

況等の客観的事情ならびに現在建物が一個の建物として登録・登記されるにいたった所有者側の事情を総合し、もって、右築造部分が従前の建物から独立して取引または利用されるか否かの点をも勘案すべきものである」として、従前建物と築造部分との関係、建物の同一性を判断させるために、本件を破棄差戻した。

[解説]

本件根抵当権および本件代物弁済予約による所有権移転請求権保全の仮登記の目的となる建物について、抵当権設定後に、新たに築造された部分に、本件根抵当権および本件代物弁済による所有権移転請求権保全の仮登記の効力が及ぶのかどうか争われた事件である。

抵当権設定後に新たに築造された部分が、従前の本件担保建物と一体をなして、本件根抵当権および本件代物弁済予約の目的となると判示した原判決に対して、最高裁判所は、①「単に建物の物理的構造のみからこれを決すべきではなく」、②「取引または利用の対象として観察した建物の状況も」勘案しなければならない、とした。②について、具体的には、従前の建物と新たな築造部分の i 「それぞれの種類・構造・面積、造作、周辺の建物との接着の程度、四辺の状況等の客観的事情」、ii 「現在建物が一個の建物として登録・登記されるにいたった所有者側の事情」を総合して、築造部分が従前の建物から独立して取引または利用されるか否かの点をも勘案する必要がある、として、原判決を破棄差戻した。

本判決は、根抵当権および代物弁済による所有権移転請求権保全の仮登記の目的とされた建物の範囲、建物の同一性および建物の個数についての判断基準を示した。抵当建物の増築・改築に対して抵当権の効力が及ぶのかどうか問題となったケースは、抵当建物の同一性、さらには建物の認定の仕方、建物の

個数の問題とも関わることになる。

もっとも、本件では、抵当権設定時の建物の所有権保存登記の表示と、実際の建物の状況との関連（表示と現況が相違する場合の扱い（抵当権の効力がどこまで及ぶか、表示を信頼すべきか、現況に基づくべきか（本件であれば、当該建物、新たに築造された建物部分には抵当権の効力は及ばないことになるか）））を考えるに当たっても参考となる判例である。

【32】 東京地判昭和39年8月29日判タ164号124頁（損害賠償請求事件）

[事実]

Xの父Aは、物件目録（二）の本件建物の従前の建物約8坪の建物を買受け、昭和21、22年頃一部増築した後、さらに昭和30年10月頃に、再度増築して、登記簿表示のとおり1階15坪5合、2階に4坪の建物としたが、その間、本件建物が代物弁済によりBに譲渡されたため、昭和31年5月2日に、これをX名義で買い戻し、同年6月7日に、別紙物件目録（一）の本件土地と本件建物につき債権者Cのために本件共同抵当権を設定した。Aは、本件建物の裏側（西側）に、本件建物と別個独立の建物を従来より所有し、これにAの使用人を居住させていたが、昭和32年2月頃、従来Aらが居住していた物件目録（二）の本件建物階下を全部第三者に賃貸することとなったため、Aらの居住用に当てるため、裏側建物を取り壊して、2階建の建物を建築することとしたが、その際、抵当権者Cの了解を得て、新築建物を抵当物件である物件目録（二）の本件建物に接着して建築するとともに、新築建物に接する本件抵当建物の階下約1坪を新築建物の押入および流し台として使用するよう改造し、本件抵当建物の2階と新築建物の2階を同一廊下で接続し、かつ本件抵当建物の2階の4分の1坪を新築建物の押入に利用できるようにした。新築建物1階6坪7合5勺、2階6

坪7合5勺については、昭和33年2月3日に、X名義で建物保存登記をした上、同日付でAの子D名義に贈与を原因とする所有権移転登記手続を経由し、昭和33年2月22日に、債権者Eのため抵当権を設定した。物件目録（二）の本件建物とD名義の建物は、家屋台帳上もそれぞれ各別に登録され、固定資産税の評価も各別に行なわれている。

本件競売手続当時の各建物の使用状況は、物件目録（二）の本件建物のうち階下は、D名義の建物のため押入および流し台として使用されている部分を除き、Fに賃貸され、同人はそこでクリーニング業を営業し、D名義の新築建物のうち階下は、Xらが居住し、物件目録（二）の本件建物の2階一室およびD名義の新築建物2階三室は、各別に数人に住居として賃貸されていた。なお、D名義の新築建物は、昭和35年5月12日Gに譲渡された。

Cの抵当権に基づく競売申立により、昭和34年4月21日付けで競落許可決定があり、物件目録（一）の本件土地はHに、物件目録（二）の本件建物は、I・Jに競落された。

競売価額より弁済さるべき債権額は、Cの債権の元利金および遅延損害金のほか、固定資産税があったに過ぎず、これに競売手続費用を加えた額は、物件目録（一）の競落代金を上廻るが、物件目録（二）の競落代金で十分にこれを弁済することのできる金額であったから、任意競売に準用される民事訴訟法第675条の規定により、執行裁判所は、物件目録（一）の本件土地については、競落許可決定をすることは許されないものであった。ところが、執行裁判所は、物件目録（二）の本件建物については、Cの本件抵当権のほか、これに優先するKの抵当権が存在すると考え、Kの抵当債権を要配当債権に加えねばならないと考えたため、物件目録（二）の競落代金だけでは要配当債権の全額を満足するに足りないと判断して、物件目録（一）の本件土地についても競落許可決定をし、この決

定は確定し、競落代金が支払われた。しかし、物件目録(二)の本件建物については、Kのため仮登記仮処分に基づく抵当権設定仮登記が経過される前の昭和28年4月12日にBが所有権移転請求権保全の仮登記を経由しており、Bは昭和29年1月22日に、所有権取得の本登記を経由し、Xは、これを昭和31年5月2日に買い受け、同日付で所有権移転登記を経由しているから、Kの抵当権はXに対抗し得ないものであり、従って、これを要配当債権のうちに加えるべきでなかったのに、執行裁判所は、登記簿の記載を十分調査しなかつたため、Kの債権をもって、Xに対抗し得るものと誤認した結果、物件目録(一)の本件土地についても競落を許可した。このため、Xは、本来、競落を免れたはずの物件目録(一)の本件土地についても、執行裁判所の担当裁判官の誤認のために競落が行なわれ、その所有権を喪失する結果となつた。なお、執行裁判所は、(一)の本件土地についての競落代金の支払があつた後、Kの抵当権がXに対抗し得ないものであることを発見し、競落代金をXに還付した。

Xは、Yの公務員である担当裁判官の過失に基づく公権力の行使により、物件目録(一)の本件土地につき違法に競売を実施され、その所有権を喪失させられた、として、Yを相手どって損害賠償の請求をした。

[判旨]

地方裁判所は、本件建物に接着して建築された新築建物に抵当権の効力が及ぶか、について、「D名義の建物のため、物件目録(二)の建物の一部を使用し、また両建物を廊下で接続したため両建物の境が一見して明白でない状況となつていることは否定しえないところではあるが、D名義の建物は、もと物件目録(二)の建物とは別個に存在した建物のあとに代わりとして、建てられたもので、D名義の建物のため使用に供されていた物件目録(二)の建物部分は、前述のとおり、D名義

の建物のための押入、流し台等に改造した極めて少部分であつて、両建物はその大部分は各別に利用されていたものであり、両建物の境界に板や壁を設置することによつて、その境を明白にすることはさして困難とは認められず、しかも両建物は公簿上それぞれ別個独立のものとして取り扱われており、D名義の建物は独立して売買、抵当権の設定などの取引の対象となつていること、両建物の床面積は、物件目録(二)の建物が19坪5合であるのに対し、D名義の建物は13坪5合であることなどを総合勘案すれば、D名義の建物は、物件目録(二)の建物とは別個独立の建物と認むべきであつて、これに附加して一体をなしたものであるといふことはできず、従つて、物件目録の建物についての抵当権の効力は、D名義の建物には及ばず、前者の競売により、後者の建物の所有権の変動を受けるものではないから、その敷地12坪について法定地上権が成立するいわれはないといわねばならない」として、新築建物には抵当権の効力が及ばないことが確認された。

また、違法な競売により、物件目録(一)の土地の所有権を失い、損害を被つたとするXの主張についても詳細な検討が行われて、Xの損害賠償の請求が認容された。

[解説]

本件土地と本件建物に共同抵当権が設定されたが、国の過失で競売された本件土地についての損害賠償請求が審理されるに当たつて、本件土地上の本件建物の増築部分に、本件抵当権の効力が及ぶのかが争われた事件である。

裁判所は、本件建物と新築(改築)部分の来歴を確認して、①両建物の構造が、その境界に壁などを設置することで、その境を明白にすることは困難ではなく、また、②公簿上、別個独立の建物として取り扱われ、増築部分が独立して売買、抵当権の設定など、取引の対象となりうること、そして、③両建物の床

面積の広さなどを総合的に勘案して、両建物は、別個独立の建物であり、本件抵当権設定後に建築された本件増築部分に抵当権の効力は及ばない、とした。建物の個数を考えるうえでも参考となる裁判例である。

なお、事実によれば、Xは、新築（改築）建物を本件建物に接着して建築することについて、抵当権者Cの了解を得ている。その了解に、いかなる内容が含まれていたかによって（新築（改築）建物にも抵当権の効力が及ぶ、との承諾があったら）、本件の判断も変わったかもしれない（判旨に、この点についての言及はない）。

（※紙幅の関係で、残りの判例と裁判例は次号に掲載する。）

（続）

ニ適当ナル構成部分ヲ具備スル程度ニ達セサル限り末タ完成シタル建物ト称スル能ハスト雖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ハ当該有体物ハ已ニ動産ノ領域ヲ脱シテ不動産ノ部類ニ入りタリト云ハサルヘカラス而シテ如上登記ヲ為スヲ得ルニハ右ニ所謂完成シタル建物ノ存在ヲ必要トセス工事中ノ建物ト雖已ニ屋根及周壁ヲ有シ土地ニ定著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末タ之ヲ具ヘサルモ可ナリ蓋シ等ハ本件ニ於ケルカ如キ住宅用建物ノ完成ニ役立ツモノニ外ナラサレハナリ」とされる。すなわち、不動産たる建物として認められるためには、①土地に定着し、②風雨をしのげ、③人の出入りが可能な工作物であれば足り、不動産登記法上、登記が可能な建物として認められるためには、①建物使用の目的を鑑み、②たとえ建築途中の建物であっても、屋根と周壁が設けられ（床や天井がまだ備えられていなくても）、③土地に定着して一個の建造物として存在すれば良いとされる。もっとも、本判例の基準が、現在でも通用するかどうかは、別個に検討しなければならない問題である。本判決については、野間・若狭「抵当権の設定可能性」（小林・道垣内編『担保・債権管理 判例精選』ジュリ増刊）4頁、田高寛貴「判批」別冊ジュリ237号24頁を参照。

不動産登記法上、建物の要件は、「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得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）。先述の判例の基準に従うものであるといえる。①外気分断性（屋根および周壁）、②定着性（土地に定着）③用途性（目的とする用途に供し得る状態）とまとめられる。この要件に、人が居住したり、荷物を置くことができる人貨滞留性や、取引の対象となる取引性を必要とする説もある。建物の認定基準の具体的な例を、不動産登記事務取扱手続準則77条が定めている。それによれば、「建物の認定に当たっては、次の例示から類推し、その利用状況等を勘案して判定するものとする。

一 建物として取り扱うもの

ア 駐車場の乗降場又は荷物積卸場。ただし、上屋を有する部分に限る。

イ 野球場又は競馬場の観覧席。ただし、屋

⁸⁸⁾ 瀬川信久『不動産附合法の研究』（有斐閣、1981年）262頁。

⁸⁹⁾ 法時5巻9号52頁、安永正昭「判批」別冊ジュリ192号8頁、野間敬和・若狭一行「1 抵当権の設定可能性」（小林明彦・道垣内弘人編『実務に効く担保・債権管理 判例精選』ジュリ増刊）7頁。

⁹⁰⁾ 建物の原始取得が問題になった大判大正15年2月22日民集5巻99頁も同旨である。

⁹¹⁾ 独立した不動産として、登記可能な建物の認定については、大判昭和10年10月1日民集14巻1671号によれば、建物とは、「土地ニ定著シ風雨ヲ蔽ヒ人ノ出入ニ適スル工作物ナルヲ以テ（明治45年3月23日法曹会決議法曹記事22巻5号68頁）此要件ヲ具備スル以上ハ不動産タル建物ナリト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ本件ニ於ケルカ如ク屋根瓦ヲ葺キ上ケ荒壁モ塗リ了シ天井モ床モ張りカカリタル程度ニ達シタル建物ハ不動産ニシテ雑然タル木材瓦壁土土台石等ノ動産物集合ニハ非サルモノト云ハサルヘカラス」とし、不動産登記が可能な建物であるためには、「凡ソ建物ハ其ノ使用ノ目的ニ応シテ構造ヲ異ニスルモノニシテ之ヲ新築スル場合ニハ建物カ其ノ目的トスル使用

根を有する部分に限る。

ウ ガード下を利用して築造した店舗、倉庫等の建造物

エ 地下停車場、地下駐車場又は地下街の建造物

オ 園芸又は農耕用の温床施設。ただし、半永久的な建造物と認められるものに限る。

二 建物として取り扱わないもの

ア ガスタンク、石油タンク又は給水タンク

イ 機械上に建設した建造物。ただし、地上に基脚を有し、又は支柱を施したものを除く。

ウ 浮船を利用したもの。ただし、固定しているものを除く。

エ アーケード付街路（公衆用道路上に屋根覆いを施した部分）

オ 容易に運搬することができる切符売場又は入場券売場等」とされる。

月刊登記情報編集室編『逐条解説 不動産登記事務取扱手続準則』（金融財政事情研究会、2016年）221-224頁も参照。

建物の意義については、横梯次「建物の意義と集合建物における物的結合体の形成（一）一建物と、それを組成し、拡充し、存立させる財貨との集合体〈その一〉一」民商102巻1号3頁以下を参照。また、建物の具体的な認定例は、民事法務協会編『表示登記教材 建物認定 3訂版』（民事法務協会、2008年）が詳しい。また、拙稿「リノベーションの過程で抵当権の設定された建物を取り毀されたケースについて」北星論集55巻2号106・107頁も参照。

⁹²⁾ 昭和37年12月28日民事甲3727号民事局長回答。

⁹³⁾ 債務者が第三者から不動産を購入するに際し、その不動産に抵当権を設定することができるかどうか争われた大決大正4年10月23日民録21輯1755頁は、「不動産ノ所有権ヲ有セサル債務者カ其不動産ノ上ニ抵当権ヲ設定スルコトハ法律上不可能ナルカ如シト雖モ債務者カ不動産ヲ他ヨリ買得セントスルニ際シ其所有権ヲ取得スルニ先タチ債権者ニ対シテ予メ其不動産ノ上ニ抵当権ヲ設定スヘキ物権的意思表示ヲ為シ金員消費貸借契約ヲ締結スルコトヲ妨ケサルハ勿論之ヲ無効ト為ス必要」はないと判示した。その理由は、この場合、「抵当権ハ債務者カ他日不動産ノ所有権ヲ取得スルト同時ニ設定セラルヘキヲ以テ債務者カ既ニ所有権ヲ有スル不動産ノ上ニ抵当権ヲ設定スルト当事者ノ利害ニ於テ何等扱フ所ナケレハ

ナリ」とされた。本判例によれば、停止条件付き抵当権設定契約の締結が認められることになる。

未完成建物について停止条件付きの抵当権設定契約の締結を認めるものとして、満田忠彦「抵当権の設定をめぐる判例上の問題点」（加藤一郎・林良平編『担保法大系〈第1巻〉』（金融財政事情研究会、1984年）214・215頁、横「建物の意義と集合建物における物的結合体の形成（一）」民商102巻1号18・19頁、高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣、2005年）109・110頁、野間・若狭「1 抵当権の設定可能性」（小林・道垣内編『実務に効く 担保・債権管理 判例精選』ジュリ増刊）9頁、松岡久和『担保物権法』（日本評論社、2017年）28頁を参照。

抵当権設定契約の法的性質については、後述する。

⁹⁴⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』273頁。

⁹⁵⁾ 道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）122・123頁を参照。

⁹⁶⁾ 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『不動産登記法講座Ⅱ』（日本評論社、1977年）所収）345頁、柚木馨・高木多喜男編『新版 注釈民法（9）』（有斐閣、1998年）95頁〔山崎寛〕、拙稿「リノベーションの過程で抵当権の設定された建物を取り毀されたケースについて」北星論集55巻2号109頁 注5を参照。

⁹⁷⁾ 不動産登記事務取扱手続準則83条と84条。月刊登記情報編集室編『不動産登記事務取扱手続準則』245・246頁を参照。

⁹⁸⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』269頁。

⁹⁹⁾ 我妻榮「判批」法協40巻2号346頁、瀬川『不動産附合法の研究』269頁、柚木・高木編『新版 注釈民法（9）』104頁以下〔山崎〕、野間・若狭「1 抵当権の設定可能性」（小林・道垣内編『担保・債権管理 判例精選』ジュリ増刊）28頁。

¹⁰⁰⁾ 我妻・法協40巻2号350頁。

¹⁰¹⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』270頁。

¹⁰²⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』271頁。

¹⁰³⁾ 平田健治『不動産附合の判例総合解説』（信山社、2009年）40頁。平田によれば、本事件は、家屋に無断で増築した賃借人が、抵当権実行による競落人の明渡請求に対して、増築部分の区分所有を主張した事件である。

¹⁰⁴⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』265頁、平田『判例総合解説』41頁

- ¹⁰⁵⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』271頁, 平田『判例総合解説』42頁。
- ¹⁰⁶⁾ 瀬川『不動産附合法の研究』269頁。
- ¹⁰⁷⁾ 燕山巖「判解」最高裁判所判例解説民事編昭和39年度24頁, 伊藤乾「判批」法研39巻1号, 燕山巖「判解」金法373号18頁, 瀬川『不動産附合法の研究』271頁, 平田『判例総合解説』45頁。

