

不動産担保と大震災

大阪市立大学法学部教授
生熊長幸

一 はじめに

阪神・淡路大震災は、関西在住の人々にとってまさに衝撃的なものであった。ごく一部の専門家および関係する行政に携わる若干の人々を除く大多数の市民は、関西の大都市部を直下型の巨大地震が襲うなどとは考えてもいなかったからである。したがって、ほとんどの人が（行政さえも）大地震に対する備えを全く欠いていた。このことは、金融に携わる人々にも融資を受ける人々にも受当する（多くの都市銀行の神戸支店の店舗さえ、大きな被害を受けたことにもそれは現れている）。本稿は、このような状況を前提に、大震災と不動産担保に関する問題を簡単に論述しようとするものである。なお、大阪

市立大学法学部無料法律相談所が、三月三日四日の二日にわたり西宮市と神戸市東灘区で行った巡回無料法律相談（法学部名誉教授・教官・卒業生弁護士・学生が担当）の相談内容の大部分は借地借家に関するもので、本稿で論じようとしている問題は、幸いなことに深刻な法律問題とはなっていないように見受けられることを予めお断りしておきたい。

二期限の利益の喪失・増担保請求

(一) 期限の利益の喪失 Aが金融機関Bより融資を受けるにあたり、Aあるいは第三者Cの所有する不動産に抵当権が設定されていた場合、大震災により抵当権の目的である土地に地割れが生じ、あるいは土

地が土砂崩れで流出し、また抵当権の目的である建物が全部倒壊したり一部倒壊したとき、債務者Aは期限の利益（民法一三七条参照）を喪失し、債務の弁済期が到来することになるか。民法一三七条二号は、債務者Aによる担保毀滅・減少を期限の利益の喪失事由としているので、これによつては期限の利益は喪失しない。金融取引においては、債務者の責めに帰すべき事由の有無を問わず、およそ抵当不動産の滅失・毀損が生じたときは、期限の利益を喪失する旨の特約（期限の利益喪失約款）がなされることが多いが（川井健・担保物権法一三四頁、近畿弁護士会連合会編・地震に伴う法律問題Q&A一四四頁）、地震（あるいはそれに伴う火災。以下「地震等」という）による抵当不動産の滅失・毀損の場合に

も、この特約により期限の利益は喪失すると解すべきか。また、銀行取引約定書ひな型（昭和五二年四月一九日）五条二項五号は、債権保全を必要とする相当の事由が生じたときに銀行の請求により期限の利益を喪失するとしているが、地震等による抵当不動産の滅失・毀損もこれに当たるのか。後者については、立案者は、その具体例として、「主力工場が罹災したとか、……会社が清算に入ったとかの事由が生じた場合で、客観的にみて債権保全の客観的必要性がある」ときとしており（全銀協法規小委員会編・新銀行取引約定書ひな型の解説八七頁）、取引先の信用度がかかり低下し、融資債権を弁済期到来まで放置しておくことを銀行に期待することが社会観念上無理であるときに制限的に解釈して、この条

項を有効と認める説が有力である(鈴木祿彌編・新版注釈民法(7)三三八頁(鈴木祿彌「山本豊」)。このような見解を前提とすると、銀行は、地震等による抵当不動産の滅失・毀損の場合、これにより直ちに期限の利益の喪失を求めることができるとは、右のような状況があるときには、期限の利益の喪失を求めることができるといふことになる。

これに対して、前者の期限の利益喪失約款の場合、これをそのまま有効とするのは、返済の意思も弁済期までには返済しうる資力もある債務者にとってあまりに酷であるから、かかる特約も、銀行取引約定書五条二項五号の右解程度状況がある場合に限り、効力を有すると解すべきではないかと考える。なお、今回の大震災の関係では、大手都市銀行は、基本的には繰上弁済を求めない特別措置をとっているようであるから(近畿弁護士会連合会編・前掲書一四四頁)、この点は大きな問題にはなっていないようである。

(二) 増担保請求 地震等により抵当不動産が滅失・毀損した場合、抵当権者は自動的に債務者に対して増担保(追加担保)を請求でき

るわけではない。しかし、金融取引においては、債務者の責めに帰すべき事由の有無を問わず、およそ抵当不動産の滅失・毀損が生じたときは、抵当権者は増担保を請求できる旨の特約がなされることが多いが(川井・担保物権法一四四頁、近畿弁護士会連合会編・前掲書一一五頁)、地震等による抵当不動産の滅失・毀損の場合にも、増担保請求権が生ずるかが問題となる。また、銀行取引約定書ひな型四条一項は、「債権保全を必要とする相当の事由が生じたときは、請求によって、直ちに貴行の承認する担保もしくは増担保を差し入れ、または保証人をたてもしくはこれを追加します。」としており、地震等による抵当不動産の滅失・毀損の場合にも、銀行は増担保の請求をなしうるかが問題となる。

前者によっても、後者によっても(担保差入後の事情の変化によって、抵当権者の債権保全の確実性が減少した場合に当たる。鈴木編・前掲書三二二頁(鈴木「山本」)、抵当権者は、増担保請求をなしうるかと解してよい。しかし、今回の大震災のような場合、債務者の多くは、増担保に提供しうる不動産等の財産を有してい

ないから、増担保の義務があっても、これを履行しえない状況にある。民法一三七条三号によれば、増担保の義務があるにもかかわらず増担保を提供しえない場合、抵当権者は債務者の期限の利益を喪失させることができることになるが、地震等による抵当不動産の滅失・毀損の場合でかつ債務者に増担保として提供すべき財産がないときに、抵当権者が右条文により期限の利益の喪失を求めるとは、権利濫用に当たり許されないと解すべきであろう。幸い、今回の大震災の関係では、大手都市銀行は、基本的には増担保を求めない特別措置をとっているようであるから(近畿弁護士会連合会編・前掲書一一五頁)、この点も大きな問題にはなっていないようである。

三 保険金請求権に対する物上代位

抵当建物につき火災保険契約が締結されていたり、火災保険契約に地震約款が付けられていたりした場合、建物の滅失・毀損により、建物所有者が保険会社に対して取得する保険金請求権への抵当権者の物上代

位(民三七二条による三〇四条の準用)が問題となる。もっとも、物上代位をする場合にも、被担保債権の弁済期の到来が必要となる。

(一) 火災保険契約しが締結されていない場合 抵当建物につき火災保険契約しが締結されていなかった場合は、地震を原因とする火災により建物が半焼以上の損害を被ったとき、火災保険金額の五パーセントの地震火災費用保険金が支払われる(三〇〇万円が限度)。これは建物の価値代替物ではなく、建物の除去等に要する費用と考えられるから、抵当権者はこれには物上代位しえないものと解すべきではなからうか。

(二) 地震約款が付けられていた場合 これに対して、抵当建物につき火災保険契約が締結されかつ地震約款が付けられていた場合には、建物所有者は、建物の損壊の程度により保険金請求権を取得し、抵当権者は、この保険金請求権に物上代位して、被担保債権の優先弁済を受けうる。物上代位権を行使する抵当権者は、保険金が建物所有者に支払われる前に差押えをしなければならぬ(民三〇四条一項但書)。もっと

も、地震等による建物の損壊より前に停止条件付き保険金請求権に質権の設定を受けて、第三者對抗要件（民三六四条一項）を備えている債権者が存在するときは（抵当権者自身が質権の設定を受けていることが多いが、他の債権者が（先に）質権の設定を受けているとき）、抵当権者のする物上代位と質権との優劣の問題が生ずる。下級審裁判例は、抵当権の登記の時と質権の第三者對抗要件の具備の時との先後によるものとするものと、物上代位による差押えの時と質権の第三者對抗要件の具備の時との先後によるものに分かれており、最高裁判例はまだ存在しない。学説も、同様に分かれているが、後者の立場に立つものが多い。最判昭和六〇年七月一九日（民集三九卷五号一三二六頁）が、民法三〇四条一項但書の差押えの趣旨の一つとして、目的債権の譲受人もしくは転付債権者等が不測の損害を被ることの防止を挙げていることからみると、おそらくは、最高裁も後者の立場を採用するのではないかと思われる。

四 滅失建物の再築と抵当権

土地とその上の建物の一方または双方に抵当権が設定されていたが、建物が地震等により滅失し、その後建物が再築される場合の主要な法律問題を検討する。抵当権の目的建物が滅失すると、抵当権は消滅し、建物が再築されても、旧建物の抵当権者は再築建物の上に当然には抵当権を取得しない。

(一) 借地上の建物の再築の場合
A所有の土地の借地人Bが、その土地の上に建物を所有しており、その建物にCのために抵当権の設定がなされていた（借地権設定後、Dのために土地抵当権の設定がなされていたケースも含む）ところ、抵当建物が地震等により滅失した場合、建物上の抵当権は消滅するが、借地権自体はなお存続する（借地借家七条・同法付則七条参照）。したがって、借地人Bは建物を再築し、C以外の債権者のために建物に抵当権を設定することができる。建物担保競売の際に再築建物は借地権付き建物として売却される（借地権が賃借権であるときは、建物買受人は、土地所有者の

承諾または承諾に代わる許可の裁判（借地借家二〇条）を受ける必要がある。Cは、建物の滅失により担保を失うが、建物のみを抵当権にとっていたのであるから、やむをえない。Cは、保険金請求権への物上代位や質権取得により、債権の保全をはかることになる（三参照）。

(二) 自己所有の土地上の建物の再築の場合
A所有の土地とその上の建物の一方または双方に抵当権が設定されていたが、建物が地震等により滅失し、その後建物が再築される場合の主要なケースにつき、簡単に検討する。

(1) 土地所有者Aが更地にBのために抵当権を設定し、次いで建物を建築してCのために建物抵当権を設定していた場合
この建物は、土地抵当権設定後に建築された建物であるから、土地担保競売が行われたとき、この建物のために法定地上権（民三八八条）は認められない（通説・判例）。この建物が滅失すると、Cの建物抵当権は消滅する。Aが再築しても、再築建物は法定地上権を伴わないものとなり、土地担保競売の際に法定地上権の負担のない土地として売却される。土地担保競

売開始決定がなされるまでは、Aが再築することは可能であるが、競売開始決定以降は、抵当権者は、売却のための保全処分（民執五五条）により建物再築の禁止を求めることができると解される。他方、建物滅失後、Aが土地をDに貸してDが建物を建築したときは、土地の貸借が短期賃貸借（民三九五条）である場合に限り、土地担保競売後もDは土地買受人（土地競落人）に対して一定期間借地権を對抗できることになるが、建物所有を目的とする土地の短期賃貸借は、通常濫用的（許害的）短期賃貸借とみることができから、この賃貸借は、民法三九五条の保護を受けず、土地担保競売により消滅するものと解される。また、土地担保競売開始決定以降は、抵当権者は、売却のための保全処分により建物再築の禁止を求めることができると解する。

(2) 土地所有者Aが更地にBのために抵当権を設定し、次いで建物を建築して同じBのために建物抵当権を設定し、土地・建物共同抵当としていた場合
更地への抵当権設定によりBが法定地上権の負担のない土地を担保として把握したと考える

と、その後建物建物が建てられ、その建物と土地とが共同抵当権の目的となつたとしても、その建物は法定地上権を伴わない建物ということになる(仙台高決平成元・一〇・六判時一三三六号一〇六頁)。したがって、建物が滅失して再築される場合の法律関係は、(1)の場合と同じになる。

(3) 土地・建物の所有者Aが、Bのために土地のみに抵当権を設定していた場合、またはCのために建物にのみ抵当権を設定していた場合、あるいはこれらの抵当権が併存していた場合、これらの場合、土地抵当権者Bは、法定地上権の負担のある土地を担保として把握し、他方、建物抵当権者Cは、法定地上権の付いた建物を担保として把握していたことになる。したがって、地震等により建物が滅失したとき、Cの建物抵当権は消滅するが、土地所有者A(第三者でもよい)は建物を再築し、C以外の債権者のために再築建物に抵当権を設定することができる。建物担保競売の際に再築建物は法定地上権付き建物として売却され、土地担保競売がなされたときは、土地は法定地上権の負担のある土地として売却される。建物抵当権者Cは、建

物の滅失により担保を失い大きな損失を受けるが、建物のみを担保にとつていたのだからやむをえない。せいぜい、保険金請求権への物上代位あるいは質権の設定を受ける方法(二)で、被担保債権の優先弁済を受けることになるが、地上権の部分までは保険金でカバーされないという問題がある。法定地上権成立のためには土地担保競売開始決定の時点で再築がなされている必要があるとする裁判例(4)の事案であるが、東京地決平成四・三・一〇判時一四二一号一〇〇頁)や学説(廣田民生「再築建物のための法定地上権の成否一金法一四一―一七頁)があるが、再築中に土地担保競売が行われた場合も、その建物が完成することを条件に法定地上権の成立を認めてよいと解されるし(注釈民法(9)増補再訂版一八四頁(柚木上田)、罹災都市借地借家臨時処理法一〇条や借地借家法一〇条二項の精神からすると、地震等による建物滅失の時から五年以内であれば、土地担保競売の差押えの登記後であっても、少なくとも売却期日までに借地借家法一〇条二項の揭示が再築着手がなされていれば、法定地上権の成立は認められる

と解してよいのではなからうか(東京高判昭和六一・一二・二五金法一一六六号三一頁は、土地担保競売の差押えの登記後に建物が一部焼失したため、これを取り壊し、再築された建物のために法定地上権を認める)。

(4) 土地・建物の所有者Aが、土地・建物にBのために共同抵当権を設定していた場合、共同抵当権の目的である建物が地震等により滅失すると、建物上のBの抵当権は消滅する。Aあるいはその土地に借地権の設定を受けた者(罹災都市借地借家臨時処理法二条により借地権を取得したA所有の建物の従来借家人も含まれる)が建物を再築し、再築建物にBのために第一順位の抵当権を設定しないときも(第三者Cのために第一順位の抵当権の設定がなされることも多い)、土地担保競売の際に再築建物に法定地上権の成立が認められ、Bは土地の底地部分の代金からしか優先弁済を受けられなくなる。これは、現在、個別価値考慮説と全体価値考慮説との対決を軸に激しく論争されている問題である。従来学説は、個別価値考慮説と呼ばれ、次のように考える。土地と建物は別個の不動産であるので、こ

の共同抵当権は、土地抵当権により法定地上権の負担のある土地(底地部分)を、また建物抵当権により法定地上権の付いた建物を、抵当権の目的物としてそれぞれ個別に把握している。その後、建物が滅失し再築された場合には、滅失した建物上の抵当権は消滅するが、再築建物のために土地担保競売の際に法定地上権の成立が認められる(3参照)の原則である。抵当権者Bは、土地については、土地抵当権により底地部分の価値しか把握していなかったのであるから、このように解しても都合はない。抵当権実行直前に建物を取り壊し、簡易建物で再築するといった執行妨害再築型の場合には、権利濫用の理論により法定地上権の成立を認めなければよいし、再築建物に土地と同一順位の共同抵当権を設定する旨の約定を履行しない債務不履行再築型の場合も、信義則違反あるいは権利濫用にあたれば法定地上権の成立を認めなければよい(これらの型については、廣田・前掲論文金法一四一―一頁参照)。この個別価値考慮説に立つ裁判例(福岡地判昭和六〇・二・一三金法一一〇二号四三頁、京都地判昭和六〇・一二・二

六判時一二一九号一三三頁、東京高決昭和三三・二・一九判時一二六六号二五頁、大阪高判昭和六三・二・二四判時一二八五号五五頁。個別価値考慮説に立ちつつ、法定地上権の成立を否定したものととして、東京地決平成四・三・一〇判時一四二二号一〇〇頁、高松高決平成五・一〇・一五判時一四八五号三五頁、東京地決平成五・一〇・二七金法一三七八号一三七頁）・学説（秦光昭「建物の再築等と法定地上権」手研四七〇号一六頁、高木多喜男「共同抵当における最近の諸問題」金法一三三九号一二頁以下、富川照雄「民事執行における保全処分の運用」判タ八〇九号四頁、福永有利「判例批評」私法判例リマックス七号一四六頁など）が、現在もなお多い。（大阪地裁執行部は、この考えに立つ）

これに対して、近時、全体価値考慮説と呼ばれる考え方が有力に主張され、東京地裁執行部により採用されている（井上稔「担保価値の実現と法定地上権の成否」金法一二〇九号二七頁、淺生重機・今井隆一「建物の立替えと法定地上権」金法一三二六号六頁、東京地裁民事執行実務研究会編著・不動産執行の理論と実務二八三頁以下。堀龍児「判例批評」判タ八二四

号四二頁などは、これに近い）。この説は、次のように考える。共同抵当権者Bは、土地の交換価値のうち法定地上権に相当する部分については建物抵当権をもって、底地部分については土地抵当権をもって把握して

いるのであり、いずれにしても土地の交換価値の全部を把握していたものであるから、再築建物のために土地担保競争の際に法定地上権の成立が認められるとすると、Bは土地の底地部分の代金からしか優先弁済を受けることができるにすぎず、問題である。法定地上権の制度の趣旨は、抵当権設定当時の当事者の合理的な意思を尊重することにあり、競売に至る前に旧建物が滅失した場合には、再築建物が法定地上権を留保しないものとするのが、合理的な意思の内容である。したがって、再築建物の所有者が土地の所有者と同一であり、再築時点での土地抵当権者が再築建物が土地抵当権と同順位の共同抵当権の設定登記を受けたとき、または、Bがそのような抵当権の設定を受ける権利を放棄したときを除いて、かかる再築建物のために法定地上権の成立は否定されるべきである。このような全体価値考慮

説に立つ裁判所の判断が少しずつ現れてきている（東京地裁執行処分平成四・六・八判タ七八五号一九八頁、東京地決平成五年一月一八日判時一四五一号一三三頁）。

個別価値考慮説によれば、建物滅失後の再築の法律関係は、(3)の場合と同様になる。抵当権者Bは、土地の底地部分の代金からしか被担保債権の優先弁済を受けることができな

い。それに対して、全体価値考慮説によれば、建物滅失後の再築の法律関係は、(1)の場合と同様になる。抵当権者Bは土地担保競争において法定地上権の負担のない土地の代金から優先弁済を受けることができる。地震等により所有建物が滅失してしまつた土地所有者に再築資金の融資を得やすくするためには、個別価値考慮説をとつた方がよいが、共同抵当権者の期待からすると、全体価値考慮説の方が妥当であるともいえる。しかし、借地上的建物と土地を共同抵当にとり（建物と土地の一方または双方が物上保証人所有）抵当権者が土地の交換価値の全部を把握したと思つていたとしても、借地上的建物が滅失したときは、建物抵当権は消滅し（一）、抵当権者は、土

地の底地部分の価値からしか優先弁済を受けえないのである。要するに、建物抵当権の効力は万全ではないのであり、抵当権者にとって不満はあろうけれど、地震等による建物の滅失・再築については、個別価値考慮説による処理が妥当というべきではなからうか（ダブル期に発生した不良債権の処理からすれば、はるかに社会正義にかなう。なお、土地・建物共同抵当に関する学説の詳細については、伊藤進「土地建物共同抵当における建物再築と法定地上権（上）」（下）ジュリー一〇五五号一四〇頁、一〇五六号一四五頁を参照されたい）。

（いくま・ながゆき）