

## 建替え・再建と抵当権をめぐる諸問題

戎正晴

が建替えか復旧かの復興方針をめぐり、あるいは建替え・再建事業の過程において数々の困難に直面している。建替え・再建が困難である理由として、区分所有法等の解釈論上の問題や多数による合意形成自体の困難性があげられるが、根本的には区分所有者の資力の問題がある。建替え・再建資金の調達は、今まで

の効力も有しないので、抵当権が設定されているマンションの建替え・再建では、建物の解体から再建築物に対する抵当権設定の場面に至るすべての過程で抵当権者との関係が問題となるのである。以下では、建替え・再建と抵当権の取扱いをめぐる諸問題を、実務的な観点からまとめてみたい。

抵当権の侵害にはあたらない。したがつて、この場合には解体についての抵当権者の承諾は不要であり、区分所有者が抵当権登記が抹消されないまま解体工事に着手しても抵当権者から損害賠償等の請求をすることはできない。

ヨンを含む区分所有建物に被害が発生し、「マンションの再建」が他の住宅復興に関する諸問題とは別個の独立した課題として大きくクローズアップされる。神戸市住宅局の発表（平成八年二月二〇日）によれば、神戸市内の分譲マンションのうち、約七〇（約四六〇〇戸）が震災により建替えもしくは大規模修繕が検討が必要とされる状況にある。これらのうち既に三〇地区のマンションについて、優良建築物等整備事業もしくは住宅街地総合整備事業の補助の適用が決定されているが、再建工事に着手しているのは平成八年三月末までにわずか五つのマンションにとどまっており、しかもいずれの例も比較的好条件に恵まれた結果にすぎない。まだまだ多くのマンション

が建替えか復旧かの復興方針をめぐり、あるいは建替え・再建事業の過程において数々の困難に直面している。建替え・再建が困難である理由として、区分所有法等の解釈論上の問題や多数による合意形成自体の困難性があげられるが、より根本的には区分所有者の資力の問題がある。建替え・再建資金の調達はいうまでもないが、建替え・再建を困難にしているのは住宅ローン等の既存負債ならびにそれはを担保している抵当権の処理である。

多くの区分所有者は、専有部分および敷地共有持分権に対して住宅ローン等の抵当権を設定しており、区分所有者が事業者の場合には銀行取引等の根抵当権が設定されていることも少なくない。ところが、マンションの建替え（建物区分所有法六二条一項）もしくは再建（被災区所有建物の再建等に関する特別措置法二条）の決議は、抵当権者に対して何ら

の効力も有しないので、抵当権が設定されているマンションの建替え・再建では、建物の解体から再建築物に対する抵当権が設定される場合に至るすべての過程で抵当権設定の場面との関係が問題となるのである。以下では、建替え・再建と抵当権の取扱いをめぐる諸問題を、実務的な観点からまとめてみたい。

## 二 建物の解体と抵当権

まず、抵当権が設定されたまま建物を解体することが抵当権者との関係で許されるか、抵当権侵害による不法行為を構成しないかが問題となる。

### 1 全部滅失マンションの場合

マンションが建物全体として滅失した場合（再建措置法一条参照）には、抵当権の目的物自体が消滅する。この場合専有部分に対し設定されていた抵当権はまた当然に消滅するから、建物の解体は

被災の程度が区分所有建物全部の滅失にまで至らない場合（区分所有法六一各項・六二条一項等参照）、当該専有部分の被災状況にもよるが、抵当権の目的物が存在しているため専有部分に対し認定されている抵当権がなお存続することがありうる。この場合、抵当権者の承諾は抵当権侵害となる可能性がある。抵当権は目的物の交換価値を把握し、これを利用して優先弁済に充てる権利であるから、目的物たる当該専有部分の被災状況から見て、その交換価値が消失していないと判断される場合には、抵当権者は、物権的抵当権の侵害にはあたらない。したがつて、この場合には解体についての抵当権者の承諾は不要であり、区分所有者が抵当権登記が抹消されないまま解体工事を着手しても抵当権者から損害賠償等の請求をするることはできない。

妨害予防請求権の行使として建物解体工事の差止めを請求することができる。また、抵当権者は、債務者である区分所有者に対して抵当権設定契約の不履行に基づく損害賠償請求（民法四一五条）や、不法行為に基づく損害賠償の請求（民法七〇九条）が理論上可能である。しかし、後者については被担保債権の弁済を請求すれば足りるので損害賠償請求をなすことの意味に乏しいであろう。

### 3 いわゆる公費解体における取扱い

今般の震災では、神戸市等が公費により建物の解体・撤去をするいわゆる公費解体が実施されており、合わせて市町村がその公費をもって個人所有家屋の解体・撤去を行った場合、その費用の二分の一が国庫補助の対象とされた。実際には、自治体と解体業者、家屋所有者の三者間での契約（いわゆる三者契約）が締結され、解体・撤去が実施される場合が多いが、神戸市はマンションについてこのような方式を用いた公費解体の申請をする場合に、建物解体に対する抵当権者の承諾書の提出を求めていない。また、後述のように、敷地共有持分権に対する抵当権が存続することもあって、実際に抵当権者から建物解体に対して異議が申し出られることはほとんどない。

## 三 解体と期限の利益

区分所有者である債務者が担保物たる建物を解体してしまったことが、被担保債務の期限の利益の喪失事由となるかが問題となる。

1 全部滅失の場合

債務者が担保を毀滅または減少した場合には債務者は被担保債務の期限の利益を債権者に対して主張することはできない（民法一三七条二号）。建物が全部滅失した場合には、抵当権によつて担保されている住宅ローン等の債務は、債務者が故意に滅失を招いたわけではないから、当然に期限の利益を喪失することはない。しかし、一般的には自然力による建物の滅失をも期限の利益喪失事由とする特約が存するから、残債務全額について期限が到来する（住宅金融公庫約款四条一二号等参照）。また、この場合、同時に増担保の特約がなされているのが通常であるから、全部滅失の場合でも債権者からの増担保請求に応じない限り残債務全額について期限が到来することになる（民法一三七条三号）。したがつて、抵当権者は理論上敷地共有持分権への抵当権の実行が可能となる。

### 2 一部滅失の場合

一部滅失の場合、当該専有部分の被災程度および交換価値焼失の程度にもよるが、区分所有者が抵当権者の承諾なく建物を解体すれば、残債務全額について当然に期限の利益を喪失することになる場

合がある（民法一三七条二号）。したがつて、この場合も抵当権者は理論上敷地共有持分権への抵当権の実行が可能となる。

四 解体と敷地利用権の抵当権

1 敷地利用権が所有権の場合

マンションが解体された場合、専有部分に対する抵当権は消滅するが、所有権等の敷地利用権に対する抵当権はなお存続する。敷地利用権が所有権の共有持分であり、それについて敷地権登記がなされている場合には、通常分離処分が禁止される（区分所有法二二条）関係から専有部分と敷地の利用権が一体として抵当権の目的となつており、法律上当然の共同担保関係にある。建物が解体されると、従前建物登記簿によってのみ公示されていた抵当権は職権をもつて敷地たる土地の登記簿へ転写（移記）され、以後敷地共有持分権に対する抵当権として存続することになる（不動産登記法九九条ノ二・九三条ノ一六第三項）。敷地権登記がなされていない場合にも、抵当権設定契約において建物と土地の両者に抵当権が設定されているのが通常であり、両者が共同担保関係にあるから、専有部分に対する抵当権が消滅してもなお敷地共有持分権に対する抵当権は当然に存続す

ることになる。

2 敷地利用権が借地（賃借）権の場合

敷地利用権が賃借権の準共有持分のマンションである場合には、専有部分に対する抵当権の効力はその從たる権利である借地権にも及ぶ（最判昭和四〇・五四民集一九卷四号八一一頁参照）。しかし、建物が解体され主たる権利である専有部分が消滅した場合には、それに伴つて借地権に対して及んでいた抵当権の効力もまた消滅することになる。

## 五 抵当権実行後の建物解体

抵当権が実行され、競売開始決定による差押登記がなされた専有部分を含む建物が解体された場合には、敷地権登記の有無にかかわらず執行裁判所が職権をもつて不動産競売手続を取り消すことになる（民事執行法五三条、同規則一七三条）。神戸地方裁判所の執行実務上、一部取消の決定がなされることはなく、滅失・解体された専有部分の競売手続のみならず敷地利用権についての競売手続もまた取り消されるのである。競売手続が取り消された場合には裁判所書記官の嘱託により差押登記が抹消される（民事執行法五四条）。

## 六 建替え・再建の事業手法と抵当権

区分所有法および再建措置法は、区分についての規定を置いておらず、建替え等の参加者団体がいかなる事業方式で再建事業を実行するのかについて何らの定めもない。そのため、震災後事業方式についての検討がなされ、被災現場ではさまざまな事業手法が考案されている。

現在、大きく分けて再建組合等参加者団体が直接建設業者と請負契約を締結して再建事業を行う方式（自主再建方式）と参加者団体から委託を受けたデベロッパーが再建事業を行う方式（事業代行方式）の二つの事業手法があり、後者はさらにデベロッパーが建設業者と請負契約を締結する方式（建設型事業代行方式）とデベロッパーに参加者全員が敷地持分権を一旦譲渡し、再築後デベロッパーから再度分譲を受ける方式（購入型事業代行方式）とに分けられる。建設型事業代行方式には、デベロッパーが地上権等の権原を取得する場合（権原型）と権原がない場合（窓口型）がある。このように、建替え・再建の事業手法にはさまざまなものがありうるが、再建団体の団体としての脆弱性を補充し、一個人につい

### 1 建替え・再建の事業手法

所有建物の建替え・再建の事業遂行面についての規定を置いておらず、建替え等の参加者団体がいかなる事業方式で再建

事業を実行するのかについて何らの定めもない。そのため、震災後事業方式についての検討がなされ、被災現場ではさまざまなものがありうるが、再建団体の団体としての脆弱性を補充し、一個人につい

### 2 購入型事業代行方式と抵当権

（1）課題としての抵当権抹消

購入型事業代行方式を採用した場合に

記を抹消できない限り、デベロッパー

が、この方式で事業参画することはな

#### ① 合意による抵当権登記抹消

抵当権者との合意による抵当権登記の

一時的な抹消がなされるかどうかは、既

存債務が当該区分所有権等の担保価値を

超えている区分所有者が多数存在する建

替え・再建事例においては、その事業の

成否を決する極めて重要な条件である。

そこで、被災地では早くから銀行等金

融機関に対しても、既存債務全額の弁済が

なされない場合であっても、建替え・再

建期間中に限り、抵当権登記を一時的に

抹消することに応じるよう柔軟な取扱い

を求めてきたところである。しかし、残

債務額が敷地共有持分権等の価格を上回

る場合の抵当権登記抹消について金融機

関がいかなる方針をもって臨むのかにつ

いては、震災から一年を経過するまで正

て生じた相続、破産等の事業への実際的影響を排除しつつ安定した体制のもとでの事業遂行が可能となる購入型事業代行方式が、公団・公社・大手デベロッパー等により採用され被災地では主流となっている。

#### ② 抵当権抹消の方法

抵当権登記抹消といつても、（a）債務全額の返済の場合のほか、（b）一部の返済や保証人の追加等により抵当権者の合意を得て抵当権登記を一時的に抹消する方法、

（c）売渡請求や任意の売買等で区分所有権等の権利が譲渡された後の買受指定者等第三取得者からの代価弁済（民法三七七条）や廃除（同法三七八条）による抹消の方法がある。

（1）合意による抵当権登記抹消

抵当権者との合意による抵当権登記の

一時的な抹消がなされるかどうかは、既

存債務が当該区分所有権等の担保価値を

超えている区分所有者が多数存在する建

替え・再建事例においては、その事業の

成否を決する極めて重要な条件である。

そこで、被災地では早くから銀行等金

融機関に対しても、既存債務全額の弁済が

なされない場合であっても、建替え・再

建期間中に限り、抵当権登記を一時的に

抹消することに応じるよう柔軟な取扱い

を求めてきたところである。しかし、残

債務額が敷地共有持分権等の価格を上回

る場合の抵当権登記抹消について金融機

関がいかなる方針をもって臨むのかにつ

いては、震災から一年を経過するまで正

そこで、抵当権登記の抹消問題が、建

替え・再建事業を進めるうえでの大きな課題として指摘されるに至ったのである。

式に発表されたことはなく、被災地のマンション建替え・再建事業の遂行にあつての大きな不安材料であった。ようやく平成八年一月になり、同様のケースを多く抱える都市銀行在阪三行（さくら銀行・住友銀行・三和銀行）が、敷地共有持分権等の譲渡代金（あるいは再建等事業不参加者の場合は買取代金）が住宅ローン等の残債務額に満たない場合であつても、購入型事業代行方式に限り、債務者の債務の状況や返済能力、担保価値、デベロッパーの信用力等を総合的に勘案したうえで個別判断において担保抹消に応ずる意向を示した（平成八年一月二十四日付日本経済新聞朝刊）。そしてこれを契機に、住宅金融公庫も敷地共有持分権等の譲渡代金等を現実に弁済することを条件として（在阪三行の場合と現実の弁済を要件とする点で異なる）、同様に購入型事業代行方式に限り、個別事情を総合勘案して一時的な抵当権登記の抹消に応ずるとの方針を発表した（平成八年二月一日付日本経済新聞大阪版夕刊）。残債務額が敷地共有持分権等の譲渡代金額を超える区分所有者を多く抱えるマンションでの建替え・再建を可能にするこれらの措置は、高く評価されるべきである。

ただ、これらの措置も、あくまで債務者等の個別事情に基づくものであるため、これらの措置によっても抵当権登記

が一時的にさえ抹消できないケースが多く発生している。特に事業用の抵当権などは、単発の住宅ローン債権の担保とは異なり、銀行取引等日常的継続的な資金繰りの基礎となるものであるため、当該事業者たる債務者の営業状態や共同担保の設定状況等をふまえた抵当権登記抹消後の事業継続の可能性等の可信力を検討せざるをえないという問題を含んでい。このような根抵当権が設定されている区分所有者が多数存在するマンションでは、購入型事業代行方式による建替え・再建を選択することは現実問題として極めて困難になっている。

## ② 滌除

土地共有持分権等を売渡請求権の行使あるいは任意の売買により買受指定者等の第三者に譲渡した場合に、第三取得者は、抵当権者に対し滌除の申し出をすることにより、抵当権者から一ヶ月以内に増価競売の申立がない限り滌除の申し出金額を抵当権者に弁済することによって抵当権を抹消することができる（民法三七八条以下）。

滌除については、敷地共有持分権等の第三取得者が敷地全体の滌除を申し出ることができるかという論点も存するが、学説上は消極説が有力のようである。もしこれを認めることになれば所有権の單独性と衝突することになるばかりか、抵当権者が何度も滌除の申し出を受けるこ

とになるので、敷地全体に対する滌除の申し出は許されないと解すべきである。

滌除申し出の方法によれば、抵当権者との合意が困難なケースにおいても抵当権登記の抹消は理論的には可能となる。

しかし、被災地で滌除が実行された例は、ごくわずかのケースにとどまっている。これは、滌除が合意による抹消とは異なり一方的かつ敵対的に抵当権者に抵当権登記の抹消を強制するという攻撃的な手段であること、そのため従来、滌除の申し出が抵当権者に対する脅威と位置づけられてきた経緯があり銀行等金融機関が滌除に対して悪いイメージを持っており、滌除の申し出がなされた場合、抵当権者は、抵当債務者に対し不良債務者との烙印を押すおそれがあること等を理由とする。民間デベロッパーが銀行等金融機関に対し、買受指定者として滌除の申し出をすることがないのもこのことの表われである。

被災地においては、滌除の積極的活用も検討されているところではあるが、滌除の申し出に対する金融機関の前述のような抵抗があまりにも強く、何らかの工夫なくして滌除の申し出を行うことは実際上できない。

被災地の実情では、抵当権の一時抹消ができないため購入型事業代行方式の採用が困難なマンションで建設型事業代行方式が採用されることが多い。したがって、この方式による建替え・再建の場合には、多くの場合、敷地の共有持分権に抵当権が設定されたままの状態で建物を再築することになる。前述したとおり金融機関は、建設型事業代行方式による建替え・再建事業の場合に抵当権登記の一站式の定着をはかるとともに、金融機

関の建替え・再建事業への協力を求めるために、滌除の申し出にあたり少なくとも不動産鑑定士による正式の鑑定書を添付するなどの工夫が必要であろうし、公

共的性質を有する申し出であることを強調するために、公団・公社等の公的デベロッパーからの申し出の形式をとる工夫もなされるべきであろう。また、金融機関においても、被災マンションの建替え・再建事業の遂行の際には、滌除の申し出がなされた場合に元の抵当債務者に対するその後の融資を拒否するなどの金融上のペナルティを科すことがないよう十分配慮することが求められるというべきである。

なお、代価弁済（民法三七七条）という方法も存するが、これはむしろ合意による抵当権登記抹消の一態様ともいえるので、ここでは触れない。

## 3 建設型事業代行方式と抵当権

被災地の実情では、抵当権の一時抹消ができないため購入型事業代行方式の採用が困難なマンションで建設型事業代行方式が採用されることが多い。したがって、この方式による建替え・再建の場合には、多くの場合、敷地の共有持分権に抵当権が設定されたままの状態で建物を再築することになる。前述したとおり金融機関は、建設型事業代行方式による建替え・再建事業の場合に抵当権登記の一站式の定着をはかるとともに、金融機

そこで建物の再築行為と抵当権の関係が検討されなければならない。

(1) 再築行為に対する抵当権者の権利

建築の差止め  
抵当権者による建物の再築行為差止めの可否を論ずるにあたっては、まず再築された区分所有建物ないし専有部分に法定地上権（民法三八八条）が成立するかが検討されなければならない。

まず再建築物についての法定地上権の成否については、判例も肯定説（大判昭和一〇・八・一〇民集一四巻一七号一五四九頁、大阪高判昭和六三・二・一四金融法務事情一九〇号三四頁、東京高判平成五・八・二五金融商事判例九五九号九頁など多数）と否定説（東京高判平成六・二・二三金融法務事情一四〇八号一頁、大阪高決平成五・六・一一金融法務事情一三六七号一三五頁、東京地判平成六・七・二五金融法務事情一四一八号六七頁など多数）とに別れており、学説

上も議論のあるところであるが、最近の傾向では判例・学説ともに否定説が有力になりつつあるようである。

また、敷地が共有の場合の法定地上権の成否については、判例は原則として法定地上権の成立を否定している（最一小判昭和二九・一二・二三民集八巻一二号二二三五頁、最三小判平成六・一二・二〇金融法務事情一四一六号四一頁など）。

さらにより直接的には、再建されるマンションの専有部分のための法定地上権の成否も問題となるが、判例はこれを否定している（東京地判昭和五二・一〇・二七判例時報八八二号六三頁、東京地判昭和五三・二・一判例時報九一七号八一頁、東京地判昭和五八・八・二六金融商事判例七〇〇号三一頁、東京高判平成三・一・一七判例タイムズ七六八号一五九頁、東京地判平成三・一・三〇金融法務事情一二九一号三一頁など）。

少なくとも実務上は再建築物についての法定地上権が成立しないと考えておく必要がある。そうすると法定地上権が成立しない以上、抵当権の設定によって債務者が土地を使用収益すること自体は妨げられないとしても、再築行為が抵当権の侵害になると主張される可能性があり、現実に工事着手後にそのような主張を前提とする建築禁止の仮処分の申立てがなされないとも限らない。このような申立てがなされるとすれば、マンションの建替え・再建事業にとつては大きな脅威となる。理論上は、「後にマンションを收回せざるをえなくなることもある」との指摘すらなされているところである（升田純・金融法務事情一四三七号四一頁）。

このことが、デベロッパーに建設型事業代行方式での事業参画を躊躇させる大きな理由となっている。建設型事業代行方式によるマンションの建替え・再建では、再建築によって競売の目的物である敷地共用持分権の価値が実質的に減少すると考えるのであれば、競売申立後の建物再築は、「不動産の価格を著しく減少する行

と引き換えて再築に対する抵当権者の承諾を得ておく必要があり、それが可能である限り再築差止めが問題となることは考えられない。しかし、中にはそのような承諾を求めえない抵当権者も存在するため、事業の安定性に対する大きな不安材料となっているのである。

(2) 抵当権実行後の建築差止め

マンションの敷地が更地になつた段階で敷地の共有持分権に対する競売が申し立てられ、その後に建設工事に着手される場合もある。この場合の競売申立債権者たる抵当権者からの建築差止めの可否が問題となる。

前述したように、実務的には再築後の建物について法定地上権は成立しないという前提で考えるべきであるが、建物の再建築によって競売の目的物である敷地共同持分権の価値が実質的に減少すると考えるのであれば、競売申立後の建物再築は、「不動産の価格を著しく減少する行

為をするとき、又はそのおそれがある行為をするとき」に該当し、いわゆる売却のための保全処分（民事執行法五五条）の対象として、競売債権者たる抵当権者は、建物再築の差止めを求める可能性がある。

しかし、一般的に建物の再築によって競売の目的物である一敷地共有持分権の価値が実質的に減少すると考へるのは妥当ではあるまい。この場合も再築に対する抵当権者の合意が得られていきえすれば、一部の特殊な抵当権者との関係以外では実際上問題となることは考えにくいた。

### ③ 再築後の建物に対する抵当権者の権利

再築後の新建物は従前のマンションとは法的な同一性を欠く。したがって、敷地共有持分権に転記されていた抵当権登記が再度転記されることはなく、もちろん従前の共同担保関係も復活しない。昭和五八年の区分所有法改正の際に、従前建物の抵当権を新築建物にも及ぼす制度が検討されたが、結局その採用が見送られたため、右の原則はなお維持されている。

再築後の建物に対する抵当権の設定は、抵当権者と再築後の区分所有者との設定契約による以外にはないが、建替え・再建のための資金を融資した金融機関が従前の抵当権者とは異なる場合に

は、新債権者と従前抵当権者との間で再建築物の抵当権の順位の調整が必要となる。残債務額と再築後の物件の価値によつては、住宅金融公庫のように特別の優先順位を承認せざるをえない場合は別として、順位をめぐつての調整が困難になる場合もある。

## 七 その他の問題

### 1 売渡請求権と抵当権

建替え・再建への不参加者の区分所有権および敷地利用権、土地共有持分権に対し、参加者もしくは買受指定者から売渡請求権（区分所有法六三条四項、特別措置法三条六項）が行使された場合、当該区分所有権等は抵当権の負担付きのまま売渡請求権を行使した者へ移転する」とになる。

この場合、抵当権者は区分所有者等の有する売買代金請求権に対し物上代位による差押さえができる（民法三七二条・三〇四条）。

### 2 損害保険金と抵当権

抵当権設定者が地震特約付の火災保険等の損害保険に入れており、保険契約に基づく保険金請求権を有する場合は、抵当権者はこれに対し物上代位による差押さえをすることができる（民法三七二条・三〇四条）。ただし、同請求権に質権が設定されている場合は、その実行

には差押さえを要しない（民法三六七条）。

## 八 おわりに

本稿で紹介した問題点以外にも、売渡請求権（区分所有法六三条、再建措置法三条六項）と差押手続との関係や買取請求権（区分所有法六一条七項八項）の行使と抵当権の関係等復旧と抵当権をめぐる問題、いわゆる保留床が生ずる建替え・再建において敷地共有持分権に変動を生ずる場合の表示登記上の諸問題などが存在するが、今後の事例の集積を待つてさらに検討を深めていきたいと考えている。

（えびす・まさはる弁護士）  
（いぐち・ひろし弁護士）