

## 第10回講義(抵当権と利用権)の補足説明

2017/06/16

講義で省略した部分を中心に掲載しますが、1以外は本来の意味での補足説明なので、興味と関心のある方のみお読み下さい。難しい論点にも立ち入っているので、必ずしも全部理解できなくてもかまいません。

### 1 短期賃貸借保護制度の意義と廃止の理由

短期賃貸借保護制度はすでに廃止されているが、経過措置である付則5条(後述2)との関係で諸君が実務法曹になった後にも遭遇する可能性があるので、以下の概要程度は知っておいていただきたい。

#### (1) 制度の概要

抵当権設定登記に後れる賃借権も、602条の短期賃貸借の範囲では、例外的に買受人に引き受けられた(旧395条本文)。602条の短期賃貸借には、土地の短期賃貸借も含まれたが、建物所有目的の賃貸借契約は、借地借家法により最短でも30年間の長期賃貸借となったため、判例は、土地の短期賃貸借の成立を認めなかった。学説には土地の賃貸借を5年の範囲で保護すべきだとの反対説も多かったが、その程度の保護では建物へ投下した費用は回収できないので、土地の短期賃借権にはあまり大きな意味はなかった。結局、旧395条で保護された短期賃貸借は、事実上、3年以内の建物賃貸借(期間の定めのないものも3年間は保護されるというのが判例・通説だった)に限られた。

ただし、その短期賃貸借が抵当権者を害するものである場合には、抵当権者は、そのような詐害的短期賃貸借契約の解除を裁判所に請求することができた(旧395条ただし書)。これは、貸與人・賃借人を共同被告として、その間の賃貸借契約の解除を求める形成訴訟であった。抵当権者は、賃貸借契約の当事者ではないので、解除権が直接与えられていたのではなく、他人間の賃貸借契約を消滅させる**解除請求権**を与えられていた(解除するのは裁判所)。解除権と解除請求権を混同しないように注意していただきたい。

#### (2) 短期賃貸借保護制度の目的(立法趣旨)

短期賃貸借保護制度がなければ、抵当権設定登記後に抵当目的不動産を賃借した者は、抵当権の実行による競売によって所有権を取得した買受人からの即時の引渡請求に服することになる。いつ抵当権が実行されるかはわからないので、そのような危険のある不動産には借主が現れにくくなり、抵当不動産所有者が、抵当権設定後も抵当目的不動産を収益できるとの原則が十分保障されない。そこで、民法は、**管理行為**に当たる短期賃貸借設定の範囲内では、抵当不動産所有者の収益の自由を確保して抵当権に一定の制限を加える一方、抵当権者が甘受すべき範囲を超える損害が発生する場合には、原因となる短期賃貸借を消滅させる権利を抵当権者に与え、抵当権と利用権の調整を図った。

#### (3) 短期賃貸借保護制度の廃止の理由(道垣内172-173頁、松岡125-126頁)

①執行妨害の口実としての濫用が目立ち、対抗策である解除請求訴訟は、抵当権者に不当な負担となっていた。②抵当権の迅速な実行が妨げられ、短期賃貸借契約があるだけで買受人が登場しにくくなるなど、競売制度の信頼性や実効性が損なわれていた。また、①②に共通する問題として、異常な詐害的賃借人と正常な賃借人の区別は、裁判所や執行官

には可能だが、抵当権者や買受人にとっては容易ではない、との指摘があった。③賃借人の保護の観点からみても短期賃貸借保護制度は十分なものではなかった。つまり、差押え後の賃貸借契約の更新は買受人に対抗できず（最判昭38・8・27民集17巻6号871頁<LEX/DB 27002012>）、短期賃貸借保護制度によって賃借人が保護されるか否かは、差押えと賃貸借契約更新の時期の先後という偶然の要素に左右された。また、引き受けられる短期賃貸借契約であっても、買受人の解約申入れの「正当事由」には短期賃貸借契約であることが考慮され、普通の場合よりも解約が認められやすいとされていた（最判昭39・6・19民集18巻5号795頁<LEX/DB 27001906>）。

もつとも、以上のような弊害があるとしても、短期賃貸借保護制度の一律廃止は、圧倒的多数の正常な賃借人に大きな不利益を与えると見て、相当強い反対があり、様々な改良提案が行われた。しかし、経済戦略会議、規制改革委員会、総合規制改革会議等の基本方針に押し切られる形で、短期賃貸借保護制度は廃止された。

## 2 2003年担保・執行法改正付則5条と本問への適用（難問！）

2003（平成15）年8月1日法律第134号による改正の施行日（2004年4月1日）前にすでに存在する602条の期間を超えない短期賃貸借には、同法付則5条「この法律の施行の際現に存在する抵当不動産の賃貸借（この法律の施行後に更新されたものを含む。）のうち民法第602条に定める期間を超えないものであって当該抵当不動産の抵当権の登記後に対抗要件を備えたものに対する抵当権の効力については、なお従前の例による。」により、旧395条による短期賃貸借の保護が与えられている。施行日以前に新東棟の部屋の賃貸借への変更をSと合意したと思われる本件のM<sub>2</sub>・M<sub>3</sub>の賃貸借契約がこれに該当しないかが問題になる。

上記付則5条の「現に存在する」の意味には3とおりの解釈があり、専門家の間でも意見が一致しない（鎌田ほか「座談会」不動産法セミナー第18回 平成15年担保法・執行法改正の検証(1)」ジュリ1321号（2006年）156-159頁）。すなわち、①賃貸借契約の存在で足りるとする説、②賃貸借契約の期限や条件が到来して現に使用収益可能になっている必要があるとする説、③対抗要件まで備えている必要があるとする説の3説である。2004年2月・3月あたりに賃貸借契約を結んで4月1日から実際に使用した学生の賃貸借契約のような事例で敷金返還請求権を保護しようとする、文理的には無理の少ない①説が妥当だと思われる。この説によれば、Gの抵当権設定前に西棟への引っ越しを合意していたM<sub>2</sub>・M<sub>3</sub>らはその時点で西棟の賃貸借契約を結んでいたと解される。そうすると、旧規定の適用により、3年間の短期賃貸借の範囲で占有・使用を継続でき、Rに対して敷金返還請求をすることができることになりそうである。

しかし、他方で、旧395条が適用されるということは、短期賃貸借保護制度の問題点をも引き継ぐことになる（上記1(3)。とりわけ③の賃借人の保護の不十分さが問題）。例えば、賃貸借契約が2年契約の場合、新入生の時に賃借人になった法科大学院生が3年次になる直前に抵当権実行の差押えがされれば、差押え後の契約更新となって、買受人にただちに引渡しを求められ猶予もないなど、賃借人の保護が弱い。また、本件でも抵当権の実行としての差押えの時期が契約更新の直前だと、M<sub>2</sub>・M<sub>3</sub>に不利になる。

このような問題を考慮すると、対抗要件具備を必要とする③説が妥当であろう。契約締

結だけで要件が充たされるとすると、抵当権設定者と賃借人が口裏を合わせれば契約書の日付遡及が可能で執行妨害目的の賃貸借契約を防ぎにくく、詐害的な短期賃貸借に対してGは旧規定による解除請求をしなければならない。この結果は、上記の弊害を除去するため短期賃貸借保護制度を廃止した2003年改正全体の趣旨と合致しない。また、賃借人保護の方策としても2003年改正法の方が相対的に合理性が高い。こうしたことから、③説に従い、本件では付則5条・旧395条は適用されないと解する。

### 3 引渡猶予期間中の法律関係

#### (1) 「建物を使用したことの対価」(395条2項)

この規定は抵当権の設定登記に後れて引渡しを受けた賃借権が、抵当権の実行によって効力を失うこと(民執59条2項)を前提にしている。そのため、従来の賃貸人SとM<sub>2</sub>~M<sub>4</sub>らの賃貸借契約は買受人Rに引き継がれることなく終了し、MらはSに対してその時点で敷金の返還を請求することができるだろう。

RとMらの間には契約関係はない。Mらは引渡しを猶予されているにすぎず、Rとの関係で建物を賃借人のように積極的に使用する権原をもたず、Rの損失により使用利益を得ている。引渡猶予制度は、この財産的利益の移動を正当化する法律上の原因とはならないので、395条2項の「対価」は、侵害利得の性質をもつ賃料相当額を指すと解される。ただ、請求権の根拠は、不当利得の一般規定である703条というより、その特則としての395条2項そのものである(講義中に法定の請求権と言ったのはこの意味)。

#### (2) 引渡猶予期間中の費用支出

引渡猶予期間中に、たとえば、建物の雨漏りの修理のため緊急に工事が必要になっても、MらとRには契約関係がないので、MらはRに修補を求めることはできない。Mらは自ら必要な工事を行って必要費や有益費の償還請求をRに対して行うことになる(196条)。この費用償還請求権と上記(1)の賃料相当額の「対価」請求権とは、要件をみだす限り、いずれからも相殺を主張することができる。

支出した費用の方が「対価」より大きい場合に、Mらが残額について建物の留置権を主張できるかが問題となる。この主張が認められると、Mらは、引渡猶予期間の経過後も、留置権によって建物の占有を継続できることになる。不法行為によって占有を取得した者に対してまで留置権を認めては、被害者に酷となって公平でないので、民法は、その場合には留置権の成立を否定している(295条2項)。この規律との関係でMらの占有をどう解するかが問題となる。

判例は、同項の類推適用に積極的で、契約解除後に賃借人(最判昭46・7・16民集25巻5号749頁<LEX/DB 27000622>)や買主(最判昭41・3・3民集20巻3号386頁<LEX/DB 27001220>)が必要費や有益費を支出した場合のみならず、農地買収処分が無効を知ることができたのに善意で有益費を投じた場合(最判昭51・6・17民集30巻6号616頁<LEX/DB 27000319>)にも、留置権の成立を否定している。留置権により返還請求が困難になることが公平でなく、留置権が濫用されやすいという理由である。この判例に照らすと、Mらの留置権の主張は認められないかもしれない。

これに対して、学説には、判例に賛成するものもあるが、無権原占有者に広く本項の類

推を認めるもの、悪意占有者にのみ類推を認めるもの、著しい不信行為を要件とするものなど多様な見解がある。判例によると、占有権原のないことを知りえたというだけで、費用支出者に無資力危険を負わせることになる。しかし、この結論は、悪意者や他主占有者にも直ちに償還請求を認め、留置権の取得を認めると考えられる諸規定（196条2項・299条2項など）と整合しない。また少額の債権を口実にする引渡拒絶に対しては、代担保提供による留置権消滅請求（301条）という対抗策もある。したがって、295条2項の類推適用は、占有者の悪意や過失だけを基準とするのではなく、債権取得の態様が取引通念から見て許されない不法行為と評価される場合（実質的に違法な場合）に限定するべきである。必要費の支出であることが明らかであれば、無権原で引渡しを猶予されていることを知っているMらの占有継続は不法行為による占有には相当せず、留置権を認めて差し支えない（道垣内に対する批判を含め、松岡248-249頁）。

#### 4 敷金返還請求権確保のための賃料不払の難点

賃借人に敷金を充当する権利があるわけではなく、賃料不払は買受人登場時の当然充当を期待した契約違反の違法な行為である。それを正当化するためには、正面から不安の抗弁権を認めるか、賃貸目的不動産につき抵当権の実行の申立てがあれば敷金返還請求権が現実化して賃借人は以後の賃料債権と相殺できる、との特約を結ぶことが考えられる。しかし、そのような形の不安の抗弁権が裁判所に認められるか疑わしい。また、相殺合意や相殺予約は当事者間では有効だが、GやLが物上代位権を行使してくると、物上代位には対抗できない（最判平13・3・13民集55巻2号363頁<LEX/DB 28060499>）。さらに、何より賃借人に対して対等の交渉力と知識を持たない一般の建物賃借人に、そのような特約の利用を期待することは現実的ではない（松岡127頁）。

#### 5 滌除と抵当権消滅請求の異同

##### (1) 抵当権者の不合理な負担を解消するための改正点

一言でまとめると、滌除制度は、抵当権者に過度の負担を強いる制度で、まともな利用は少なく、制度の欠陥を悪用する例が目立っていたので、これらの弊害を除去し、合理的な制度とするため改正が行われた。

##### ① 増価競売義務・自己買受義務・保証金予納制度の廃止

滌除制度では、抵当権者が競売を申し立てる場合、滌除の申出額の1割増以上の額で競売を申し立てる必要があり（増価競売）、しかも、買受人が現れないときは、抵当権者自らが買い取らなければならなかった（自己買受義務）。かつ、自己買受義務を担保するため、増価金額を予め保証金として執行裁判所に提供しなければならず（民執旧185条・186条）、債権回収を望む抵当権者が資金を用意するという大きな負担を負った（青木雄二『ナニワ金融道3』（講談社漫画文庫版、1999年）に滌除や短期賃貸借の濫用が生々しく描かれている）。

担保執行法の改正は、これらを廃止し、抵当権者の対抗措置は、通常の競売の申立てとなった（民384条）。しかも、この場合、売却見込みなし・不動産競売手続停止や執行処分取消の裁判があったことによって競売手続が取り消されても、承諾擬制は働かず（384条4号括弧書き）、抵当権は消滅しない。消滅請求前の状態に戻るにすぎない。これに対して、

Lの競売申立のような無剰余競売を理由とする取消しでは承諾擬制が働く。

## ② 抵当権実行通知の廃止

滌除制度では、抵当権者は、第三取得者の滌除権行使の機会を保障するため、競売するときは第三取得者に通知をし、通知から1か月経過しないと抵当権の実行の申立てができなかった。しかし、誰に通知しなければならないかについて疑念があり、通知は、迅速な抵当権の実行の妨げとなっていたばかりでなく、債務者等に執行妨害策を講じる時間的余裕を与えるものであると批判されていた。そこで、改正では、抵当権消滅請求が抵当権の実行としての競売による差押えの効力発生前まで可能と改めるとともに（382条）、通知制度を廃止した（旧381条の削除。通知を前提とした旧371条1項但書と同条2項も併せて削除）。

これに伴い、消滅請求が可能な時期は、前述のように、抵当権の実行としての競売による差押えが効力を発生する前までに行わなければならなくなった。このように通知制度を廃止しても、第三取得者には、登記によって抵当権の負担が付いていることがわかっているので、とくに不利益は生じないと考えられた。

## ③ 熟慮期間の延長

滌除制度では、抵当権者は、滌除の通知後1か月以内に承諾か増価競売かの選択を迫られた。この期間があまりに短いとの批判があったので、改正では、この期間が2か月に延長された（383条3号、384条1号）。

### (2) その他の改正点

上記以外にも次のような改正がされた。

#### ④ 競売申立取下げの容易化

滌除制度とは異なり、抵当権消滅請求が行われても、必ずしも抵当権が消滅するとは限らない。対抗措置が通常の競売になったことから、一度競売を申し立てた抵当権者も、他の債権者の承諾なしに、申立てを取り下げることができることとなった（旧386条の廃止）。

#### ⑤ 抵当権の消滅時期が明確化

全登記債権者が第三取得者の申出代価等に承諾をし、第三取得者が代価等を支払うか供託した時点で抵当権が消滅するとして、抵当権の消滅時期が明確化された（386条）。

#### ⑥ 制度目的の純化

従来は、滌除権者として地上権・永小作権を取得した者も含まれていたが、これらの者の滌除権行使の例はなく、その必要性も乏しいうえ、賃借人が除外されていることと不均衡だと考えられた。そこで、改正法は、所有権の第三取得者にのみ抵当権の消滅請求を認めることとした（378条。実害はないが理論的な問題があることについて、松岡121頁及び119頁のコラムを参照）。

## 6 抵当権消滅請求権者の登記の要否

意外なことにこの問題の答えは不明確である。すなわち、抵当権消滅請求制度の前身である滌除制度において、判例は、仮登記のみを備えた者であっても所有権を取得していれば滌除権の行使は可能としていた（大決昭4・8・31新聞3042号16頁<LEX/DB 27551506>、大決昭8・3・3裁判例7巻民37頁<LEX/DB 27542109>）。いずれも簡素な結論だけの決定であるため理由は推測するしかないが、おそらく、登記を必要とする明文の規定がないことが最大の

根拠となっていたのであろう。

これに対して、通説は、滌除の時代から登記必要説である（柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4)〔改訂版〕』（有斐閣、2015年）223-225頁〔生熊長幸〕）。現在の抵当権消滅請求制度において、登記を必要とする理由を詳しく述べる者は、「権利取得を第三者に対抗するためには本登記が必要であるという一般原則のほか、抵当権消滅請求の効果の重大性に照らして権利者は外形的にも確実な者に限定すべきであること、さらに、仮登記のみの第三取得者が複数ある場合に抵当権消滅請求を認めると、法律関係が錯綜するおそれがあることがその理由である」とする（高橋眞『担保物権法〔第2版〕』（成文堂、2010年）187頁）。しかし、この見解にも問題がある。登記済の抵当権者は所有権移転登記があろうがなかろうが影響されず、抵当権の実行ができるから、この場合の所有権移転登記は本来的な意味での対抗要件ではない。登記が必要だと解するとしても、権利保護資格要件としての登記であろう。より問題なのは、登記を要求すると抵当権消滅請求制度は実際にはほとんど使えなくなりそうだからである（登記先履行特約は期待できないのである）。

いずれにしても、現在の裁判所が第三取得者に登記を要しないとする大審院の見解を維持するかどうかは不明である。

## 7 抵当権を消滅させる他の2つの方法

他に抵当権を消滅させる方法となりうる代価弁済や第三者弁済につき、簡単に説明する。

### (1) 代価弁済 (378条)

代価弁済は、抵当権消滅請求が第三者の側に主導権があるのに対して、合意ベースであるうえ、抵当権者に側の主導権がある。すなわち、担保割れ不動産につき、売れなかったり非常に価格が低くなる競売を避けて、転売代金で我慢しようという抵当権者がこの権利を行使するかどうかを判断する。本件では、Gはともかく、Lが代価弁済請求を行うことは考えられない。L単独の代価弁済請求ではGの抵当権が消滅しないためにRが応じてくれないし、LがGとともに代価弁済請求をしても、先順位のGに代価を持って行かれてLにメリットがないからである。

### (2) 第三者弁済 (474条)

本件のLの第二順位の抵当権の被担保債権は金銭債権であり、第三者弁済を禁じる特約があるという事情もうかがえないので、GやRは、Sの意思に反しなければ第三者弁済が可能である（474条）。SはG・Rと協議して(3)の計画を進めているので、第三者弁済はSの意思には反しない。Lも第三者弁済を喜んで受けるだろう。

第三者弁済をした者は、Sに対して弁済額+利息分の求償債権を取得し、さらに、GやLに代位して抵当権を行使することもできる。しかし、Sが経済的に破綻し、本件不動産も第一順位の抵当権者Gの被担保債権の満足を得させる程度の価値しかないという状況なので、Rの求償権は抵当権者に代位しても完全には満足できない。このように、第三者弁済は、そのためにした出捐を回収することが困難であるため、経済合理性の乏しい選択肢である。言い換えると、第三者弁済が経済的に無意味な選択肢になるからこそ、担保割れ不動産について、抵当権消滅請求制度に存在意義がある、と言える。