

濫用的短期貸借に対する抵当権者保護の問題

—最高裁平成一二年一月二四日大法院判決をみて

田中嗣久

目次

- 一、はじめに
- 二、従来の裁判例
- 三、従来の裁判例に関する問題点
- 四、最高裁平成一二年一月二四日大法院判決による判例変更（抵当権者の明渡請求権の肯定）
- 五、私見

一、はじめに

言うまでもなく、抵当権は、抵当権設定者から目的不動産の使用収益権を奪わないでその経済的交換価値だけを把握する担保物権であるから、抵当権設定者は、その目的不動産を第三者に賃貸することも可能であるが、いったん抵

当権が実行されると、競落人は目的不動産を抵当権設定当時の状態で取得するため、抵当権設定以後に第三者の取得した賃借権は競落人に対抗しえず、抵当不動産の利用が害されることになる。

そこで、民法三九五条本文は、抵当権設定登記に劣後して登記などの対抗要件を具備した賃借権であっても、民法六〇二条の期間を超えないいわゆる短期賃貸借であれば、抵当権者（買受人、競落人）に対抗できるものとし、ある程度の抵当不動産の利用確保を図ろうとしている。

しかし、これを悪用して、抵当権執行妨害の目的ですでに担保価値のなくなった抵当不動産に短期賃貸借を設定すると、抵当不動産が競売にかけられても短期賃貸借の存在を敬遠されて買受け希望者が現れず、その結果、抵当不動産の競売価格の低下を来たし、賃貸借の条件次第では抵当権者の不利益は一層大きくなり、抵当権に対する不当な制約にもなりかねない。

この点に関して、民法三九五条但書は、「裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得」と規定しているため、従来の判例（最高裁平成三年三月二二日第二小法廷判決等）は、抵当権者に解除請求権を認めることで問題の解決を図ろうとしてきた。

一方、下級審の中には、解除請求権にとどまらず抵当権者の明渡請求権肯定に積極的なものも存在していたが、平成十一年一月二七日、最高裁第一小法廷は、土地建物の抵当権者が物件を不法占拠している人に直接明渡しを求めることができかが争われた訴訟の上告審で、審理を大法廷に回付することを決め関係者に通知した旨が新聞に報じられたため、にわかには最高裁判例変更の可能性が高まっていたところ、今般、最高裁大法廷判決が、抵当権者の明渡請求権を認めるに至り、抵当権者の明渡請求権を否定した最高裁平成三年三月二二日第二小法廷判決等は変更されるこ

とが確定した。

解除請求権は、所有者（抵当権設定者）と賃借人間の賃貸借契約を解除させるだけで抵当権者に賃借人等の占有を排除する権限を付与するものではないから、結局、競落人（買受人）が直接明渡ししの訴訟を起さなければならず、それは、最悪の場合転々と入れ替わる濫用的占有者を相手に強制執行の手續を取り続けなければならないことを意味し、競落価格の暴落へとつながる。⁽¹⁾

したがって、解除判決が確定すれば短期賃貸借に基づく抵当不動産の占有者も不法占拠者となる以上、抵当権者に明渡請求権までも認め、不法占拠者を排除した上で競売にかけさせた方が競落価格の暴落を防止することができる。その意味において、今回の最高裁の結論は非常に妥当なものといえよう。

そこで本稿においては、抵当権者による明渡請求権を否定する従来の裁判例がその根拠とするところを整理してその問題点を指摘し、三九五条の解釈論としての今回の大法廷判決の結論の妥当性を確認してみたいと考える。

と同時に、立法論として、廃止をも視野に入れた三九五条再検討の必要性に関する若干の検討を試みることにしたい。なぜなら、抵当権者に明渡請求権を認めるだけでは、濫用的占有者を相手に強制執行の手續を取り続ける負担を競落人から抵当権者に転換させるだけであり、この最高裁の判例変更によっても、三九五条の条文に固執する限り、濫用的短期賃貸借による抵当権の執行妨害の問題が根本的に解決されるとは思えないからである。

さらには、バブル崩壊以後、銀行等金融機関における不良債権問題が現在の日本経済不況の大きな要因になっていることを考えると、不動産競売市場の機能正常化により不良債権問題を解決することが、日本経済の閉塞性打破の鍵を握るといってもよく、濫用的短期賃貸借による抵当権執行妨害の防止は、日本経済再生のために緊急を要する問題

説
とも考えられるからである。

論
二、従来の裁判例

1 抵当権者の明渡請求権否定の裁判例

東京地裁昭和四〇年一月九日判決（判タ一八七号一七八頁：「1」）は、抵当権は「設定者が占有を移さず債権の担保に供した不動産につき他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける一つの価値権（以下、裁判例における傍点は、すべて筆者加筆）」であり「抵当不動産の使用収益は勿論その占有をなす権利をも包含しない」から「目的物を何人が占有するかは抵当権に何らの影響を与える事柄ではなく、仮に何人かが無権限に目的物を占有しその使用収益をなしたとしても、これによって目的物そのものを損壊するなどして目的物の価値を減少しない限り、抵当権は何ら侵害を受けることなく、抵当権者はこれに干渉し得ない」とし、抵当権が価値権であること根拠に抵当権者への引渡否定する（理由①）。

そして、表現の差はあるものの、ほとんどの裁判例がこの東京地裁判決と同様に、理由①を第一の根拠とする。たとえば、「抵当権は、本来目的物の交換価値を排他的に支配する権利であって、目的物の占有・使用収益を内容とする権利ではないから、目的物が物理的に毀損されて交換価値そのものが直接に侵害されるような場合であれば格別、単にこれが権限なくして占有されているというだけでは、抵当権自体に基づく妨害排除請求としてその占有の排除を求めるとはできない」（大阪地裁昭和五九年八月二〇日判決：判時一一三九号六八頁：「2」）、「根抵当権は、本

来、目的物の交換価値を優先的に把握する権利であり、目的物の使用収益を支配する権利ではなく、右交換価値を侵害する物理的毀損行為に対してその排除を求めることができるのは格別、根抵当権者は目的物の占有関係について支配、干渉する権能がないし、目的物に関して所有者に対し一定の行為を要求する請求権を有するものではない」（東京地裁平成二年一月二十九日判決：判タ七三六号一八六頁：「3」）、抵当権は「目的物の担保価値を支配する権利」であり「目的物の使用、収益に干渉する権能を有しない」（福岡高裁昭和五七年一月二〇日判決：判時一〇四七号九一頁：「4」）、「抵当権は、目的物の担保価値を支配する権利であつて、その使用、収益に干渉する権能を有しない」（大阪高裁昭和五八年六月二十九日判決：判タ五〇三号七九頁：「5」）、根抵当権は「不動産の担保価値を把握している状態のほかは、目的不動産に関して所有者に対して一定の行為を要求する請求権を有するものではない」（名古屋高裁昭和五九年六月二十七日判決：判時一一三五号五九頁：「6」）、「抵当権は、本来、目的物の交換価値を優先的に把握する権利であつて、目的物の使用収益を支配する権利ではないから、右交換価値を侵害する物理的毀損行為に対してその排除を求めることができるのは格別、単に目的物が権原なく占有されているというだけでは、直ちに抵当権に基づいて右占有の排除を求めることができるものではない」（東京高裁昭和六〇年八月二十七日判決：判時一一六三号六二頁：「7」）、「抵当権は、設定者が占有を移さないで債権の担保に供した不動産につき、他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける担保権であつて、抵当不動産を占有する権原を包含するものではなく、抵当不動産の占有はその所有にゆだねられているのである。そして、その所有者が自ら占有し又は第三者に賃貸するなどして抵当不動産を占有しているのみならず、第三者が何等権原なくして抵当不動産を占有している場合においても、抵当権者は、抵当不動産の占有関係について干渉し得る余地はないのであつて、第三者が抵当不動産を権原により占有し又は不法

に占有しているというだけでは、抵当権が侵害されるわけではない：短期貸借に基づく抵当不動産の占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させ、抵当権者に損害を及ぼすものとして認められているものではなく：抵当不動産の占有関係について干渉する権原を有しない抵当権者に対し、賃借人等の占有を排除し得る権原を付与するものではない」（最高裁平成三年三月二二日第二小法廷判決：民集四五卷三号二六八頁：「8」）等である。

次に、長期貸借あるいは不法占拠の場合との権衡を根拠とするものも多い（理由②）。たとえば、「民法六〇二条の期間を超える長期貸借が設定された場合、さらには、全くの不法占拠者がこれを占拠する場合にも可能であるにもかかわらず、これらの場合には、競売手続において目的物の所有権を取得した買受人のみが占有の排除を求めることができ、抵当権者が予め占有の排除を求めておくことは認められていないのであって、そのこととの権衡上も、短期貸借の場合に限って、その解除を請求する権利を超えてさらに占有者に対する占有の排除を求める権利まで抵当権者に与えることは妥当ではない」（前掲「2」判決）、「短期貸借を解除して占有権原を失った占有者に対しては明渡請求ができるが、根抵当権者に対抗できない長期貸借権者に対しては明渡請求ができないことになるが、その結論は権衡を欠く」（前掲「3」判決）、「短期貸借を解除して占有権原のない占有者となった場合に直ちに抵当権者がその明渡を求め得る」とすると「民法六〇二条の期間をこえる対抗し得ない貸借について抵当権者が売却手続の実現に先立ちその明渡しを求めることが許されないと解されていることとの権衡を失する」（前掲「4」判決）、「賃借人がその後も目的物の占有を継続する場合には、抵当権の実行に事実上の支障をきたし、売却価格の低下により被担保債権の満足を得られなくなるなど抵当権者に不利益をもたらすことが予想されるが、同様の事態は、当初からの不法占拠者や抵当権者に対抗できない長期賃借人などが目的物を占有している場合にも起こりうるのであって、短期貸借

の場合にのみ、抵当権者の右不利益を理由として、あらかじめ占有の排除まで求め得る権利を抵当権者に認めることは、彼此の権衡上も当を得たものとはいいがたい」(前掲「7」判決)、「抵当権者に短期賃貸借の解除により占有排除の権原が認められるのであれば、均衡上抵当権者に本来対抗し得ない賃貸借ないしは不法占有の場合にも同様の権原が認められて然るべきであるが、その認め得ないことはいうまでもない」(前掲「8」判決)等である。

また、三九五条の文言が解除を認めたにとどまることを理由とするものも多い(理由③)。「民法三九五条が抵当権者に損害を及ぼす短期賃貸借についても抵当権者に訴の方法により右賃貸借契約解除を請求する権利を与えたに止まり、抵当物件の明渡しや損害賠償について何等規定していない」(前掲「1」判決)、「民法三九五条但書が担保権の保全として予定しているものは担保権の価値を阻害する賃貸借契約の解除という効果を宣言するにとどまり、それ以上のことは予定していない」(前掲「3」判決)、「目的物の担保価値が減少する場合には、民法三九五条但書により短期賃貸借の解除が認められ、担保権と利用権の調節を図っている」から「同法が担保権の保全として予定しているものは、担保権の価値を阻害する賃貸借契約の解除という効果の宣言にとどまり、それ以上のことは予定していない」(前掲「4」判決)、「目的物の担保価値が減少する場合には、民法三九五条但書により短期賃貸借の解除が認められ、担保権と利用権の調節を図られているから、右法条が担保権の保全として予定しているものは、担保権の価値を阻害する賃貸借契約の解除という効果の宣言にとどまり、それ以上のものではない」(前掲「5」判決)、「民法三九五条は、短期賃借につき、抵当権設定後に成立したものであっても、競落人に承継されるものとする一方、その短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすときは、抵当権者の請求によりこれを解除し、競落人には承継されないものとするることによって、目的物の担保権と利益権との調和を図った規定であり、右規定から当然に解除された短期賃貸借の賃借人に対して抵

当権者が目的物の明渡をも求めることができるものと解することはできない」(前掲「7」判決)等である。

さらに、占有の排除は民事執行法八三条の引渡命令で行えば足りること(理由④)や担保権と利用権の調和(理由⑤)を理由にするものもある。前掲「4」判決は、「解除された短期賃貸借の借主が依然として目的物件を占有していても、それは抵当権者ひいては執行手続における買受人に対抗することができない」から、これに対しては「執行手続完結の段階で、明渡を訴求する方法によつて排除すれば足りる」こと、あるいは「占有者が担保物の毀損を図るなどの特段の事情のない限り、競売手続における競落人の不動産の所有権取得の効果の発生を始めて開始して占有者に対する明渡が認容されるものとするのが担保権と利用権との調和を計る」ことを理由にあげ、前掲「5」判決は、「解除された短期賃貸借の借主が依然として目的物件を占有していても、それは抵当権者ひいては執行手続における買受人に対抗することができないから、競売手続における引渡命令などの方法によつて容易に排除することができる」こと、あるいは「占有者が担保物の毀損を図るなどの特段の事情のない限り、競売手続における競落人の不動産の所有権取得の効果の発生を始めて始めて開始して占有者に対する明渡が認容されるものとするのが担保権と利用権との調和を計る」ことを根拠とする。

その他、「民法三九五条が抵当権者に損害を及ぼす短期賃貸借についても抵当権者に訴の方法により右賃貸借契約解除を請求する権利を与えたに止まり、抵当物件の明渡しや損害賠償について何等規定していない」こと、「競落人が不法占拠者を退去させるために相当の年月と費用を要したり、又は和解によつて立ち退かせるにしても相当額の立退料の支払を要する場合があること」は認めるが、それは「事実上」のことであり、競落人が蒙った損害の賠償を占有者に求めることも可能であるから、これにより抵当権が侵害されたということではできないことを理由(理由⑥)と

する裁判例も存在する（前掲「1」判決）。

2 抵当権者の所有者への明渡請求権肯定の裁判例

抵当権に基づく物権的請求権をその主な根拠として、抵当権者の明渡請求権には消極であるが、抵当権者の所有者への明渡請求権については肯定する裁判例も見受けられる。

たとえば、大阪地裁昭和五五年四月二五日判決（判夕四二二号一三三頁・〔9〕）は、「抵当権は、本来、担保物に対する使用収益を抵当権設定者に委ね、債務が弁済されない場合にその物の価格によって優先弁済を受けることができる担保物権であるが、これに加えて、抵当権者は、抵当権の目的物に対する侵害（滅失、毀損）行為に対し、これを排除させる物権的請求権を有するものであるところ、右のような抵当権の効力からすると、担保物の上に設定された短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすものとして解除された場合には、右賃貸借の存在自体抵当権に対する侵害行為であったとすることができるのであり、また、右解除によって消滅した賃貸借に基づき占有していた賃借人は、右解除後は何らの占有権原を有することなく占有し、もって抵当権を侵害しているものということができる。所有者又は正当な利益権者に明渡すことができる」とした上で「競売時において、右不法占有者を排除しておくことが抵当権者に競売の実をあげさせる結果となることを考え併せると、抵当権者は、右のような占有者に対し、その占有を排除し、所有権者又は正当な利益権者に明渡すことを求めることができる」と述べて、浦和地裁昭和五九年一月二六日判決（判時一一六八号二四頁・〔10〕）は、「抵当権も、抵当物件の毀損、減価をもたらした担保価値を侵害させるような行為に対しては、その担保価値を維持するため抵当権に基づく物権的請求権の一態様とし

て妨害排除をなすことができ…被告（筆者注、所有者）…に明渡を求めることができる」とし、大阪地裁昭和六三年八月九日判決（判タ六九四号一三五頁…〔11〕）は、「抵当権は目的物の価値を優先的に把握するにとどまって、その占有を支配するものではないが、その価値を侵害する物理的毀損行為に対しては、抵当権者は物理的請求権を行使して担保価値を減少させる第三者の行為を防止することのできることは肯定されている。そして、短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすと認められて解除されても、なおその賃借人が占有を継続すること自体により通常目的不動産の価値が減少させられるが、これは、担保価値それ自体に対する侵害行為に外ならず、抵当権が実行されたのちは、その侵害が現実化するものということができる。したがって、抵当権者は、抵当権の実行に着手したのちは、叙上の物権的請求権行使の一環として、現実化した右侵害を排除するため、右賃借人に対し所有者への明渡しを請求できる」として、物権的請求権の一態様・一環であることを強調する。

大阪高裁昭和六一年二月二六日判決（判時一二〇〇号七五頁…〔12〕）は、「抵当権に基づく物権的請求権たる妨害排除請求権を有すると解される抵当権者が、差押後においても設定者の目的物返還請求権を代位行使できず拱手傍観するほかないとするのでは、権利保護に欠け、担保権実行手続の適正を期する所以ではない」とした上で「抵当権者が、差押後においても設定者の目的物返還請求権を代位行使できず拱手傍観するほかないとするのでは…確定判決に服して任意に退去する者との比較において公平でない」とし、東京高裁昭和六一年八月二八日判決（判タ六四〇号一六一頁…〔13〕）は、「抵当権も物権である以上、それに対する侵害を排除するための物権的請求権を発生させるものである」との原則に立ちつつも、「抵当権はその目的物の使用収益権を設定者のもとに留保しておきながら、その担保価値を把握するという特質を有する担保物権であるから、抵当権に基づく物権的請求権を認めるに当たっては、

この特質に合致するように、その内容を考えなければならない。そうすると、まず、抵当権者自身への明渡しを認めることはできず、所有者など占有権原のある者への明渡しを請求しうるにとどまることになる」とした上で、「しかしながら、占有取得又は占有継続の意図、態様のいかんにかかわらず、抵当権の権利としての前記のような特質があるの一事をもって、すべての無権原の占有者に対して、およそ抵当権に基づく明渡請求をすることができないとすることも、あまりに抵当権者の保護に欠けるものといわなければならない」とし、「本件に即して、抵当権に基づく明渡請求を認めるかについて検討する」と「占有を取得した態様は、何らの権原に基づかない暴力（傍点、筆者）によるものであるということができ、右占有取得の意図も、自己の無権原を顧みず右各建物を他人に使用させて不法な対価を得ようとするものであり、そのために抵当権の実行に支障が出ることを少なくとも容認していたと推認される」から「占有取得の態様、意図において、前述のような強度の違法性のある占有状態の発生まで法が容認しているものと解すべきではない」とする。

大阪高裁判平成元年三月二九日判決（判タ七〇三号一六四頁：「14」）は、「抵当権は（抵当物権）の使用収益を支配する権利ではないけれども、被担保債権を確保、保全するために、抵当物件の交換価値を把握し、これにより優先弁済を受ける権利であるから、抵当物件の価額が不当に減少せしめられ、当初所期した被担保債権の満足が著しく阻害せしめられ、抵当権者が損害を被るおそれが大である場合には、債務者の資力が減少した場合に準ずるものとして、抵当権者であっても、被担保債権保全の必要を生ずるにいたるものというべく、債務者の責任財産に属する抵当物件を保全する措置として、抵当権設定者である債務者に属する権利を代位行使することができると解するのが相当である」とする。

三、従来の裁判例に関する問題点

従来の抵当権者の明渡請求権否定裁判例及び所有者への明渡請求権肯定裁判例については、以下のような問題点を指摘することができる。

1 解除請求しか認めないことは中途半端であること

解除請求のみを認めて明渡請求を認めないというのは、あたかも詐害行為取消権において「取消」のみを認めて「取戻し」を認めないのと同様であり、実務上、権利保全の手段としては中途半端である。⁽²⁾

2 抵当権も物的支配権であること（否定説の理由①に対して）

抵当権設定後も設定者は従来通りの使用収益処分ができる。しかし、それ以上の価値を減ずるような変更を加えることはできなくなり、設定者は大きな制約を受けることも事実であることから、抵当権は、その価値維持の範囲内で消極的にせよ確実に物的支配を行っているものであり、更に、抵当権実行の段階に至っては、より積極的に目的物に対する物的支配を行うことは明白である。このように、抵当権は価値権を本質とするといえども、物権である以上一定の物的支配を行っているから、抵当権が他の物権と異なり価値支配権であり、抵当権が満足を受けうる限り目的物の利益については干渉できないという「抵当権ドグマ」から抵当権者の明渡請求を否定することは妥当ではない。⁽³⁾

3 長期貸借あるいは不法占拠の場合も明渡請求権を認められるべきであること（否定説の理由②に対して）

物権者である抵当権者が、自己の権利の対象となっている不動産上の不法占拠者に対して拱手傍観する他はないと

いうのはいかにも不合理であるし、占有を設定者に留めおく不動産譲渡担保において、譲渡担保権者は不法占拠者に対して妨害排除請求をなしえ、不法占拠者は実質が担保権に過ぎないことを理由にこれを拒みえないと解されていることとの権衡を考えるならば、不法占拠者に対しても妨害排除請求をなしうるとともに、六〇二条の範囲を超える賃借人や三九五条本文による解除請求が認められた賃借人についても、抵当権者は明渡しを求めうるとするべきである。⁽⁴⁾

4 民法三九五条但書が解除請求権を認めていることの均衡から（否定説の理由③に対して）

無権限の占有者の存在によって抵当権の目的物の価格が下落する場合の少なからぬことは現実であり、民法三九五条但書によって抵当権者に対抗しうる賃借権の解除すら認められ、右解除によって無効となった賃借権設定登記、その他単に事実上障害となるにすぎない登記の抹消請求すら認められる抵当権者が、せいぜいその消滅請求し無効に帰した賃借権等を主張して占有するにすぎない無権限の第三者の占有を排斥して担保価値を維持保全することができないとするのは均衡を失している。⁽⁵⁾

5 賃借人の占有自体が競売価格を下落させていること

事実として、賃借人が占有していること自体が競売価格を下落させる原因となっていることは無視しえず、買受人は引渡手続をする手間のかかることを計算に入れて買受代金を定めるであろうから、この点に関する配慮が必要である。⁽⁶⁾

6 所有者の協力は期待困難であること（所有者への肯定説に対して）

所有者への明渡請求をたとえ認めたとしても、所有者が協力しなければ執行は困難であるし、みずから抵当権者に損害を与えるような状態をつくり出した所有者にそのような協力を期待することは困難である。また、かりに所有者

への明渡しが実現できたとしても、その所有者がただちに再び抵当権者を害する内容の賃貸借契約をなすことは十分予想できるところである。⁽⁷⁾

四、最高裁判平成一一年一月二四日大法院判決による判例変更（抵当権者の明渡請求権の肯定）

このように、最高裁判平成三年三月二三日第二小法院判決を筆頭に、多くの裁判例が抵当権者の明渡請求権を明確に否定する一方において、被担保債権保全をその理由に抵当権者への引渡までを肯定する下級審裁判例もいくつも見受けられた。

大分地裁平成二年四月二七日判決（判タ七三一号一八三頁…〔15〕）は、「抵当権者は目的物の交換価値を優先的に支配することによって債務者に対する被担保債権の保全を図るものであるところ、第三者が目的物を不法占有することにより、抵当権の実行による目的物の換価に支障を生じたり、目的物の低下により、被担保債権の満足を得ることができない場合には、抵当権者ではあつても債権者代位の方法によって、被担保債権を保全する必要がある」から「本件不動産を直接自己に対して明渡すよう求めることができる」とし、東京高裁昭和六三年七月二八日判決（判時一八九号五六頁…〔16〕）は、「抵当権者は、目的物（抵当物件）の交換価値を支配することによって、債務者に対する被担保債権を保全するものであるところ、被担保債権が抵当権によって常に全額満足されるとは限らないのであるから、右全額の満足が得られない高度の蓋然性が認められる場合には、抵当権者であつても右債権者代位の方法により

被担保債権を保全する必要性があるというべき」であり、また「解除判決の確定によって賃借人の占有は不法占有」となるが「不法占有それ自体が、なお、目的物の売却価格を低下させるなどして債権者に不利益を生じさせる原因ともなりうるのであるから、目的物についての不法占有者を予め排除することは、債務者の一般財産確保に資するところというべき」であるから「債権者代位に基づき…直接自己に対して明渡すことができる」と述べている。

そして、平成十一年一月二七日、最高裁第一小法廷は、土地建物の抵当権者が物件を不法占拠している人に直接明渡しを求めることができるかが争われた訴訟の上告審で、審理を大法廷の回付することを決め関係者に通知した旨が、平成十一年一月二八日各新聞等で報じられ、最高裁判例が変更される可能性が高まってきたところ、今般、最高裁平成十一年一月二四日大法廷判決により、判例変更がなされたわけである。

大法廷判決はまず、抵当権に関し「抵当権は競売手続きにおいて実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、抵当権者は原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用または収益について干渉することができない」との原則を確認した上で「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価格よりも売却価格が下落する恐れがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態」になっている場合には、「抵当権に対する侵害と評価」できると指摘し、「このような状態があるときは抵当権の効力として、抵当権者は抵当不動産の所有者に対し、この状態を是正し抵当不動産を適切に維持または保存するよう求める請求権を有する」から「抵当権者は請求権を保全する必要があるときは、民法四二三条の法意に従い抵当不動産の所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる」との判断を示した。

1 三九五条の「解除ヲ命スコトヲ得」の解釈について

前述のように、否定判例である「1」は、抵当権が価値権であること、つまり、抵当権は設定者が占有を移さず
に債権の担保に供した不動産につき他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける一つの価値権であり、抵当不動
産の使用収益は勿論その占有をなす権利をも包含しないことを根拠に、「目的物を何人が占有するかは抵当権に何ら
の影響を与える事柄ではなく、仮に何人かが無権限に目的物を占有しその使用収益をなしたとしても、これによつて
目的物そのものを損壊するなどして目的物の価値を減少しない限り、抵当権は何ら侵害を受けることなく、抵当権者
はこれに干渉し得ない」と結論する(否定説理由①)。そして、この点は、「2」、「3」、「4」、「5」、「6」、「7」、「8」
等の判例においても同様であり、否定説最大の根拠を形成する。

しかし、目的物の価値減少原因を物理的損壊に限定し、目的物の占有それ自体を除外する考え方は、濫用的短期貸
借による抵当権の執行妨害が常態化している実態と乖離した認識であるといわざるを得ない。⁽⁸⁾

たしかに、抵当権を設定した後も設定者は従来通りの使用収益処分が許されるが、その一方で、設定者は、担保目
的物の価値を減少させるような変更を加えることが認められていないことも事実であるから、抵当権はその価値を維
持する範囲内で消極的にはあるが確実に物的支配を行つてゐる。更に、抵当権実行の段階に至つては、より積極的
に目的物に対する物的支配を行うことは明白である。このように、抵当権は価値権を本質とするといえども、物権で
ある以上一定の物的支配を現実化しているから、抵当権が他の物権と異なり価値支配権であり抵当権が満足を受けう

る限り目的物の用益については干渉できない、という「抵当権ドグマ」に基づき、抵当権者の明渡請求を否定することは、抵当権の本質を見誤った考え方である。⁽⁹⁾

否定説理由②③⑥についても、引渡を否定する根拠にはなりえない。

長期賃貸借あるいは不法占拠の場合との権衡を理由とする点(否定説理由②)に関しては、長期賃貸借あるいは不法占拠の場合についても明渡請求を肯定するべきであるし、三九五条の文言を理由とする点(否定説理由③)については、三九五条は明渡請求を明確に禁じている訳ではない。

また、占有の排除は民事執行法上の引渡命令で行えば足りるとする点(否定説理由④)に関しては、明渡しを受けて執行手続上すでにきれいになった物件を引き渡せるということは決して意義が小さいとはいえないし、抵当権者の被る損害が「事実上」のものであるとする点(否定説理由⑥)については、抵当権執行妨害の現状をみると、「事実上」という理由はあまりに説得力に欠ける。

さらに、担保権と利用権との調和、つまり占有者が担保物の毀損を図るなどの特段の事情のない限り、競売手続における競落人の不動産の所有権取得の効果の発生をまって始めて占有者に対する明渡しが認容されるものとするのが担保権と利用権との調和を計ることになるとの理由(否定説理由⑤)についても、現実に明渡請求の対象となるのは濫用的短期賃貸借権者であるため、担保権と利用権との調和云々の問題を考慮する必要性はないからである。

明渡請求権否定説は、三九五条但書が「解除ヲ命スルコトヲ得」と規定している点を文字どおりとらえ、解除請求しか認められないものと解するが、このような解釈は、濫用的短期賃貸借からの抵当権保護の視点からすれば中途半端な解釈といえよう。なぜなら、抵当権者が賃貸借契約を解除しても、賃借人が占有を続けるのでは、買受人に不法

占有者を排除する負担を強いることになるが、「占有屋」が居座る物件をわざわざ好き好んで買い受ける者は通常では考えられず、その結果、抵当不動産の担保価値は下落したままの状態になるからである。

その点からすれば、抵当権者への明渡しではなく、所有者へ明渡しで十分だとする所有者への明渡請求権肯定の裁判例にも説得力があるかのようにも思える。しかし、所有者への明渡しについては、所有者の協力が不可欠となるが、みずから抵当権者に損害を与えるような状態を作出した所有者にそのような協力を期待することは困難であるし、たとえ明渡しが実現されても、その所有者が、再度抵当権者を害する内容の賃貸借契約を行わない保証はなく、抵当権の妨害排除もしくは被担保債権保全の効果はあまり期待しえない。

三七一条但書が、「抵当不動産ノ差押アリタル後」は、同項本文の例外として、抵当権の効力が天然果実に及ぶとしていることから、抵当権実行がすでに開始されている点に着眼するならば、抵当権者が目的物の占有状態に干渉すること、つまり、賃借人に対して明渡し求めることも不当とはいえないし、債権者取消訴訟においては、必要な場合には取消権者自身への目的物の引渡が求められうることが承認されているから、解除訴訟を債権者取消権の一亜種と考えれば、解除請求訴訟にともなう抵当権者自身への明渡しも、認容されうる余地が生じ、三九五条但書の解除権を債権者取消権の一種ととらえることにより、理論的根拠を導き得る考え方も成り立ち得る以上、三九五条⁽¹⁰⁾に関して、賃貸借の解除命令にとどまることなく、抵当権者への明渡命令をも認めているものと解釈することが可能である。

2 三九五条の再検討の必要性

しかし、さらに考察を進めると、短期賃貸借保護制度を悪用して抵当権執行妨害を図る者は、一見善良な占有者を装うのが通常であるから、裁判所が「濫用的」と認定することが困難な事例も数多く存在し、そのような場合は、そ

そもそも民法三九五条但書の使用自体が困難であるため、抵当権執行妨害の目的での濫用的短期賃貸借が常態化している現状のもと、抵当権者に明渡請求権を認めるという小手先だけの対応では対処しきれるものではないように思われる。つまり、三九五条但書では、「抵当権者二損害ヲ及ボス」と認められなければ、いくら抵当権者の明渡請求権が肯定されても抵当権保護としての機能を果たし得ないが、抵当権の執行妨害を企む者は、少なくとも形式上は善良な弱者を装うため、現実問題として、裁判所が三九五条但書の適用に到達するには大変な手間暇を要し、結果として、「占有屋」が居座つたままの競売になる公算が少なくない。

とするならば、効果的に抵当権執行妨害に対処するには、短期賃貸借保護制度（三九五条）そのものの廃止を視野に入れた検討が必要なのではないか。濫用的短期賃貸借の現状を踏まえ、三九五条但書の解釈というような小手先の対応ではなく、本質的に問題を抱えた三九五条自体を廃止すべきであるとの考え方が、最近、特に主張されるようになってきた。

資産評価政策学会、都市住宅学会、日本不動産学会が共同で組織する短期賃貸借研究会（主査、上原由起夫国土館大学教授）は、「抵当権設定後の賃借権は抵当権実行により買い受け人に対抗できないことにすべきだ」と主張し、現行三九五条の廃止とともに、賃借権設定前の抵当権者が全員合意する場合には個別に賃借権の存続を認めるという「賃借権審査型抵当権」と、現行制度同様の抵当権設定後の賃借権を一定期間買い受け人に対抗できるという「賃借権無条件承認型抵当権」の２種類の抵当権の追加的創設を提案する。

そこでは、短期賃貸借悪用の例として、①借家人が買い受け人に実際には預けていない何カ月分もの敷金返還を請求する、②住宅弱者を演じて高額な立退き料を要求する、③短賃を前提に入札をためらわせ、一味が結託して安く買

説

論

い受け転売する、④買い受け人から安く買ったとき転売する、⑤弁済を受ける可能性がない後順位の抵当権者が短賃を悪用し、先順位の抵当権者を害する、などをあげ、これらに対しては、解除請求権は無論のこと、明渡請求権も「焼け石に水」とされる。⁽¹²⁾

その理由として、短期賃貸借研究会のメンバーである阿部教授や上原教授は、解除請求権については、「抵当不動産の売却価格が十分なため抵当権者が被担保債権をすべて回収できるような場合には、これを解除することはできない」し、「解除の要件は依然として不明確である」、あるいは、「解除訴訟を提起してから確定判決を得るまでに相当の期間と費用」を要するため「実効性がない」等の理由から、また、明渡請求については、「善良な市民を装いながら短期賃貸借の保護の制度を悪用して執行妨害を行なう占有屋に対して、抵当権者が短賃の詐害性を立証することも容易ではなく、こうした者を相手にさらに明渡請求訴訟を進行するには、精神的・時間的・費用的にも多大の負担を要し、活用できるのは例外的な場合にかぎられる」といった理由を挙げられる。⁽¹³⁾

三九五条廃止論に対しては、濫用者は短期の賃貸借に固執すべき理由はなく、抵当権実行時までの賃貸借であろうが逆にたとえ長期賃貸借であろうが、所有者とつるみ合法的な占有を当初に存在させることで執行妨害目的の達成は可能であるから、仮に三九五条が廃止されたとしても賃借権を利用した執行妨害が減少するとは考えにくいという指摘⁽¹⁴⁾、あるいは、明治この方わが国の社会に根づいている短期賃貸借保護制度の廃止により正常な短期賃借人に及ぼす影響を考へるとき、廃止というような衝撃的な手段によることなく、民事執行法等のより効果的な改正を模索する方が現実的であるという指摘も存在する。⁽¹⁵⁾

しかし、三九五条の束縛から解放された賃貸借あるいは不法占拠者に関しては、抵当権の執行により直ちに不法占

扱者として民事執行法⁽¹⁶⁾上の手続も可能であるのに対し、濫用的短期貸借人に対しては、合法性の衣をおっているだけに一度民法三九五条但書の吟味にかけなければならず、運良く濫用性が認められた場合に限り民事執行法上の手続に進めることが許され、執行の手間暇に雲泥の差が存在する。

また、抵当権設定後の濫用的賃借権により抵当不動産の担保価値が大幅に下落させられるという問題（したがって三九五条の存在が抵当権執行妨害の温床になっている問題）と弱者とされる正常な賃借権者保護の問題とを勘案した場合、バブル期ならいざ知らず、地価が下落し借手市場となっている現状では、正常な賃借権に関しては、競落人・買受人に歓迎されるはずであり、利用と担保の調和の問題が生じることは予想し難い。

最高裁の大法廷が抵当権者による明渡請求を認めたことは、抵当権に対する執行妨害排除問題解決に一步前進したことに間違いはなく、大いにその決断は評価されるべきであるが、近い将来、立法論として短期貸借保護制度（民法三九五条）を再検討する必要性が差し迫っているように思われる。

- (1) 「抵当権実行に伴う競売物件には、裁判所の公告に明記されているか否かを問わず形式的な意味での短賃はすべてに付着している」とまでいわれる（福井秀夫・久米良昭「競売市場における司法の失敗（上）短期貸借保護廃止立法の提案」NBL六七一号三四頁）
- (2) 荒木新五「担保」判タ六九〇号一九頁
- (3) 近江幸治「短期貸借の解除と明渡請求」法時五七卷九号九二頁
- (4) 平井一雄「詐欺短期貸借人に対する明渡請求」法時五八卷七号一一八頁。井口博弁護士も、「長期貸借借者に対しても、要件が満たされれば明渡請求は可能である」から権衡を失しないとされ（「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判タ七〇五号四頁）、また、三和教授も「物権者である抵当権者がその権利の対象となっている不動産上の不法占拠者に対して拱手傍観するほかないというのは、権利保護に欠け不合理である。抵当権者がそこまで甘受すべき社会的経済

的必要はない。少なくとも無権限者の占有により担保価値の減少がある場合には、その担保価値を維持するために抵当権に基づくと妨害排除請求を認めるべきである（なお、長期貸借借人に対しても同様に解されよう）とされる（三和一博「解除された短期貸借人に対する明渡請求」法時五九卷二号一〇〇頁）。

(5) 前掲三和一〇〇頁参照

(6) 前掲平井一一八頁参照

(7) 前掲荒木一九頁参照

(8) 吉田光碩「詐欺的短期貸借への対応」（法タ七五六号九七頁）は、「抵当権に後れて、長期貸借契約を結ぶような貸借人は、最初から抵当権が実行されれば仕方がないと思って契約するか、それとも、法の規定を全く知らずに契約するか、何れかであろうと思われ、したがっていわゆる「占有屋」のようなプロではないであろうが、詐欺的な短期貸借人は、民法三九五条の規定を悪用して、抵当不動産の価格を引き下げることによって、何らかの利益を得ようとする、いわば「プロ」である。そのようなプロが占有している不動産は、競売を実施しても、どうしても競売価格が下がってしまう。そのような場合にも、担保価値自体は下落するものではないとするのは、一種の詭弁に近い理屈ではないだろうか」とされる。

(9) 近江幸治「短期貸借の解除と明渡請求」法時五七卷九号九二頁。なお、内田貴「抵当権と短期貸借」（NBL七四一号六七頁）は、「抵当権は利用価値から切り離された担保価値のみを把握するという理解自体、必ずしも普遍的ではなく、固有の要因により特異な発展をみたドイツ抵当法から抽出されたものである」とされる。

(10) 鈴木録弥「最近担保法判例雑考（6）」判タ五〇六号四〇頁

(11) これは鈴木教授の提唱による（前掲鈴木四〇頁参照）。ただし、鈴木教授自身も述べられているが、このように解すると、(一)この解除権行使についても、一方で、目的物所有者が「債権者ヲ害スルコトヲ知リテ」賃貸したこと、かつ、短期貸借人が「債権ヲ害スヘキ事実ヲ知ラ」なかつたわけではないことを要するか、(二)所有者が無資力であることを

要するか、(三) 解除請求の相手方としては、短期貸借人のみで足り、所有者つまり短期貸借人は、これを相手方とする必要はないか、四、いったん訴訟によって短期貸借人に対する明渡請求を貫徹することのできた抵当権者が、のちに競売申立を取り下げた場合にも、なお、明渡訴訟の結果取得した目的不動産占有を維持しようと解してよいか等、解決を要するいくつかの問題が生じよう。

(12) 平成一年七月一六日住宅新報、日経新聞平成一年四月二日「担保占有者排除へ立法を」福井秀夫、久米良昭

(13) 阿部泰隆・上原由起夫「短期貸借保護廃止の提案」NBL六六七号四九頁

(14) 升田参事官は「なぜ長期の賃借権ではなくて、短期の賃借権であるのか、長期の賃借権も短期の賃借権も占有とか明渡請求の問題では實際上、そう違わないわけです。ですから、仮に短期貸借を全廃して、それでいま議論になっている執行妨害がなくなるかというところ、かつしてそんなことはないだろう」と述べられる(「座談会・不動産執行妨害の現状と対応策」金法一三三六号七五頁)。

(15) 平成九年と一〇年に民事執行法の改正が行われ、保全処分相手方は従来債務者に限られていたのが不動産の占有者にも拡大され(同法五五條、七七條、八三條)、また、不動産競売開始決定前の保全処分の制度が新しく設けられ(同法一八七條の二)、さらに、裁判所執行官や評価人の権限が拡充されるようになった(同法一八條、五七條、五八條等)。

(16) さらに、たとえ短期貸借保護制度を廃止しても、抵当権設定後の通常の貸借が許される以上は抵当権執行妨害の可能性はなくなるとの指摘もある(生熊長幸ほか「不動産執行妨害の現状と対策」金法一三三六号七五頁)。

