慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一五四〕競売手続が完結した場合と抵当権と同時に設定された抵当権者自身を権利者とする賃借権の帰すう(昭和五二年二月一七日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	本田, 耕一(Honda, Koichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.4 (1978. 4) ,p.86- 91
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780415-0086

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究　一五四〕

昭五二1（最高民集三一巻一号六六頁）

競売手続が完結した場合と抵当権と同時に設定された抵当権者自身を権利者とする賃借権の帰すう

賃借権設定仮登記抹消登記手続請求事件（昭和五二年二月一七日第一小法廷判決）

昭和四一年一二月二〇日、訴外Aは、第三者から競売の申立を受けたときはY（被告・控訴人・上告人）に対する債務を一時に弁済するとの約旨で、自己の所有する本件土地家屋につき、Yのために(1)元本極度額一〇〇万円の根抵当権、(2)いわゆる仮登記担保権および(3)抵当債務の不履行を停止条件とする存続期間三年の賃借権を各設定し、同四二年二月一日、根抵当権設定登記、所有権移転請求権仮登記および賃借権設定仮登記を了した。しかし、その後Yより先順位の抵当権者である訴外Bが本件土地家屋につき抵当権を実行した結果、同四三年一一月二九日X（原告・被控訴人・被上告人）がこれらを競落し、各所有権取得登記を経た。ところで、右競売申立当時、訴外AはYに対して少なくとも六五万九二四〇円の債務を負っており、前記約旨にもとづき右債務額を一時に支払う義務を生じたが、これが履行されなかったため、Yは本件土地家屋につき存続期間三年の賃借権を取得した。その後Yが賃借権設定仮登記を本登記に変えることなく放置しておいたところ、Xが各所有権に基づき右各賃借権設定仮登記の抹消登記手続を求めて提訴したのが本件である。第一審裁判所（神戸地裁尼崎支部判昭和五〇年六月三〇日）はXの請求を認容。Yが控訴。第二審裁判所（大阪高判昭和五一年六月一六日）は次の通り判示してYの控訴を棄却した。すなわち、抵当権者を賃借人として、抵当権と同時に設定登記される抵当債務の不履行を停止条件とする短期賃借権は、「特段の事情がない限り担保不動産の利用を目的とするものではなくて、抵当権の担保価値の確保（ひいては債権の担保）のためのものと解せられ」、従つて「抵当権実行による差押の効力発生時に」他に「対抗要件を備えた短期賃借権者が存在しないときには、競売手続の完結により当然に消滅すると解すべきであり、このことは他の抵当権者による競売申立の場合にも」同様である、と。これに対して、Yは判決に影響を及ぼす法令および法律行為の誤解があるとして上告した。最高裁は、次の通り判示してYの上告を棄却した。すなわち、「抵当不動産につき、抵当権者自身を賃借人とする賃貸借契約又は抵当債務の不履行を停止条件として抵当権者が賃借権を取得することができるとの停止条件付賃貸借契約が締結され、これを登記原因とする賃借権設定の登記又は仮登記が抵当権設定登記とその順位を相前後して経由されることは、抵当権設定に際してしばしば行なわれるところであるが、このような賃貸借契約及び賃借権設定の登記又は仮登記の目的は、特段の事情のない限り、専ら、抵当権設定登記以後競売申立に基づく差押の効力が生ずるまでに対抗要件を具備することによつて抵当権者に対抗することができる第三者の短期賃借を排除し、それにより抵当不動産の担保価値の確保をはかることにあると解するのが相当である。したがつて、競売申立に基づく差押の効力が生ずるまでに対抗要件を具備した第三者の短期

賃借権が現われないまま競落人が競落によつて抵当不動産の所有権を取得したときには、抵当権者の賃借権は右目的を失つて消滅し、その登記又は仮登記は実体関係を欠くことになるから、賃借権設定の登記又は仮登記が抵当権設定登記よりも先順位である場合又は右賃借権が短期賃借権である場合においても、競落人は、競落した抵当不動産の所有権に基づき、その抹消登記手続を求めることができるものと解するのが、民法三九五条の解釈上も正当であるといわなければならない」と。

判旨に賛成する。

一　抵当権者が抵当不動産につき賃借権仮登記を得ておくことは、不動産担保取引において「三種の神器」の一つに数えられ、実際その例は相当な数に達している。[1][2]通常、その仮登記は抵当債務の不履行を停止条件とする賃貸借契約を原因とするが、その条件から見て、かかる賃借権の設定契約及びその仮登記の目的は次の二つのいずれかあるいは双方にあると考えられる。すなわち、第一は、抵当権設定登記以後競売申立に基づく差押の効力が生ずるまでに対抗要件を具備することによつて抵当権者に対抗することができる第三者の短期賃借権を排除し、それにより抵当不動産の担保価値の確保をはかろうとするもの（以下「抵当権の保全」という）[3]であり、第二は、抵当債務の不履行の場合に、該賃借権に基づき目的不動産を自ら使用し、又は他に譲渡・転貸して[4]債権の回収をはかろうとするもの（以下「債権の担保」という）である。ところで併用賃借権は仮登記に限らず本登記が経由されていることもまれにある。[5]しかし、本来の用益を目的とする賃借権はほとんど登記される例がないうえ、しかも抵当権者がかかる登記を取得していることを考えると、本登記された場合にも、前述の目的が企図されていることはまず間違いないといつてよい。[6]さてそこで、その目的が「抵当権の保全」であれ、「債権の担保」であれ、本来の用益とは別異の目的で賃借権が利用されるならば、かかる賃借権の設定契約及びその登記・仮登記に、賃借権及び登記の一般理論に従つた効力を認めることは妥当とはいえないであろう。このような視点から、本判決は抵当権と併用された賃借権について、その設定契約及び登記・仮登記の目的は、特段の事情のない限り、「抵当権の保全」にあると解すべきであるとしたうえで、賃借権登記・仮登記が抵当権設定登記より先順位である場合または右賃借権が短期賃借権である場合でも、競売申立に基づく差押の効力が生ずるまでに対抗要件を具備した第三者の短期賃借権が現われないときは、競落によつて右賃借権はその目的を失つて消滅し、その登記・仮登記も実体関係を欠くに至る、と判示した。本判決は併用賃借権及びその登記・仮登記の効力に関する最初の最高裁判決であり、その効力の消長を明言するものとして今後の実務上の取扱いに大きな影響を与えるものといえる。

二　従来の判例を見ると、いずれも債務不履行を停止条件とする短期賃借権仮登記の消長が、これを併用した抵当権あるいはこれより先順位の抵当権の実行による競売との関係で問題となつた事案であるが、大審院は、かかる仮登記も本登記されれば遡つて対抗力を取得し、その賃借権は民法三九五条により抵当権者及び競落人に対

抗できるに至るとして、右仮登記は競売完結後も民訴法七〇〇条一項二号によつて抹消嘱託されるべきでないとする[7]一方、因つて生ずる先順位抵当権者の不利益は、右仮登記賃借権に対して民法三九五条但書所定の解除請求訴訟を許すことによつて処理していた[8]。しかし戦後に至り、下級審では、大審院と同様の立場に立つものがない訳ではないが、若干の修正を加えるものとして、かかる賃借権が民法三九五条によつて競落人に対抗し得るためには競落許可決定確定前[10]または競売申立の登記前[11]に条件が成就していなければならないとするものが現れ、また併用賃借権の機能を直視し、かかる仮登記賃借権は「抵当権の保全[12]」ないしは「債権の担保[13]」を目的とするものであるから、第三者の短期賃借権が出現しない場合には競落後も存続させるいわれはなく、また民法三九五条の短期賃借権にもあたらず、競落によつて消滅する、というものが現れた。そして下級審におけるこの態度は更に型を変えた事案においても見ることができる。すなわち、債権者が地上権設定登記を経由したうえで、同土地につき抵当権及びいわゆる仮登記担保権を設定登記し、右抵当権が実行された場合について、右地上権は「抵当権の保全」及び「債権の担保」を目的とするものと解せられ、抵当権の実行により競売手続が完結した後は右地上権はその目的を失つて消滅する、と判示するものがある[14]。このように大審院判例が賃借権仮登記にその法形式通りの効力を認めていたのに対して、戦後の下級審判例はその実質的機能を見極めてそれに見合つた効力を付与することに努めたが、これらの下級審判決が本判決に多大な影響を与えていることはいうまでもない。

三　本判決は、併用賃借権の設定契約及びその登記・仮登記の目的は、特段の事情のない限り「抵当権の保全」にあると解すべきであるとしたうえで、その契約が有効であることを前提に賃借権の消滅を判示するが、学説の中には「抵当権の保全」を目的とする賃貸借契約は、抵当権者は民法三九五条但書の要件に該当しない限り抵当不動産の用益に干渉すべきでないとの理由で、無効と解すべきとするものがある[15]。しかし価値権と用益権との調和を理想とする民法三九五条が、その解除請求訴訟の遅延・詐害挙証の困難のために、抵当権の擁護に充分な機能を果さず、詐害的な賃借権をも過剰に保護する傾向にあり、実際その例は少なくないという事情を考慮すると[16]、これを排除するために抵当権者が予め賃借権を設定することも、あながち合理性のないものとはいえない。一応これを有効としたうえで、民法三九五条の趣旨を逸脱しない範囲にその効力内容を制限する途を採るべきであろう。本判決がその有効性を前提とすることは一応、支持できる。しかし併用賃借権に一定の効力を認めるとしても、その設定契約及び登記・仮登記の目的が「抵当権の保全」にある以上、抵当権の消滅後もその効力を存続させる必要はなく、抵当権の存続する限りでその存続を認めれば足りる。従つて、本判決がかかる目的を持つ賃借権は、その登記・仮登記が抵当権設定登記より先順位である場合または短期賃借権である場合にも、競落によつてその目的を失つて消滅すると判示する点はまさに正当である。

ところで、本判決は「抵当権の保全」を目的とするとは解し得な

いような「特段の事情」の存する場合には、併用賃借権が競落後もなお存続することを認める余地を残している。それでは本判決は、たとえば「債権の担保」を目的とする場合には「特段の事情」にあたるとして、競落後の存続を認める趣旨であろうか。本判決はそのようにも解し得る。しかし、学説の中には「債権の担保」を目的とする賃借権設定契約は、その有効性が疑わしいとするものが多い。[17] その理由としては、㈠不動産の収益を目的とする物的担保権を認めるためには物権法定主義の原則からそれなりの合理的必要性がある場合に限られるが、現行法上すでに不動産質権あるいは強制管理が用意されておりこれ以外に新たな物的担保権を認める合理的必要性がないこと、㈡強制管理においても債務者に住居・営業所からの立退を求められないと解されているのと矛盾すること、㈢抵当権の実行方法として強制管理が解釈上も認められていないこと、㈣これを有効と解すると譲渡担保や代物弁済予約に関して生じたと同様の問題が、対象が不動産自体ではなく賃借権であることに伴って更に一層複雑な形で生ずること、等が挙げられている。㈠については、強制管理とかかる賃借権登記・仮登記とが必ずしも同じ機能を果すとはいえないから両者を比較することは当を得ないし、[18] また㈢については、抵当権と同様に解さねばならない理由がない点で疑問を感ずるが、[19] ㈣にいわれるように複雑な問題を生ずることは事実であり、その解決が困難でないにしても、[20] 不動産についての譲渡担保及び仮登記担保制度が判例及び慣習法によって承認されている以上、更にかかる賃借権登記・仮登記を認知しなければならない必要性とその合理性は薄弱である。かかる賃借権設定契約は物権法定主義の原則に反するものとして無効と解すべきであろう。従って、本判決にいう「特段の事情」についても、賃借権設定が「債権担保」の目的でなされた場合は含まれないと解すべきである。

しかし、本判決の「特段の事情」に賃借権が本来の用益を目的として設定された場合が含まれることは間違いない。すなわち、たとえば本来の賃借人が賃貸人に金銭を融通し、これを担保するために賃借不動産につき抵当権を設定した場合には、抵当不動産が競売されても競落によって賃借権を消滅させるべきでない。従って右賃借権が消滅すべきものとして取扱われた場合、すなわち競売手続内において競売期日の公告（競売法二九条一項、民訴法六五八条三号）に右賃借権が掲記されないときは、賃借人＝抵当権者は利害関係人として競売開始決定の通知を受け（競売法二七条一項、民訴法六四八条六五三条ノ二）、競売期日及び競落期日の通知又は公告を受ける（競売法二七条二項、民訴法六五七条）から、右不掲記の違法を理由に、競落期日に競落許可についての異議（競売法三三条、民訴法六七一条二項六七二条四号）あるいは競落許可決定に対する即時抗告（競売法三三条、民訴法六八〇条六八一条）を申立てることによって救済されることになる。また、右賃借権が競売期日の公告に掲記されないまま競落によって競売手続が完結し、右登記が嘱託によって抹消された場合には、競売期日の公告は確定力あるいは公信力を有するものではないから、賃借人は右の登記抹消の回復（不動産登記法六七条六八条）を訴求することができ、それによって救済されることになる。

四　本判決によつて抵当権と併用された賃借権は一応すべて競落によつて消滅するものとして、競売手続上、競売期日の公告（競売法二九条一項、民訴法六五八条三号）に掲記する必要がなくなつたほか、競落による競売手続の完結後はその登記の抹消を嘱託すべきことになつた（民訴法七〇〇条一項）。これまで併用賃借権登記・仮登記に関して区々であつた裁判所の取扱いも、本判決によつて統一されることになる。

(1) 椿寿夫・代物弁済予約の研究・一五八頁。
(2) 併用賃借権仮登記に関する実態調査として、竹下守夫・不動産執行法の研究・三九〇頁以下、中野貞一郎＝栗田隆「不動産競売の実態」阪大法学九一号一九一頁以下、がある。
(3) この略称は竹下守夫教授が用いられたものである。竹下守夫・本件判例評釈・判例評論二二二号三四頁・判例時報八五三号一四八頁。
(4) 賃借権の譲渡転貸の自由特約は、ほとんど常に付けられているといわれている。たとえば小川英明「東京地裁の競売事件にみる短期賃借権の濫用とその諸形態（上）」NBL・NO一四三・七頁。
(5) 竹下守夫・不動産執行法の研究・三九三頁。
(6) 同旨、中野貞一郎「担保としての賃借権仮登記」法曹時報二九巻四号一頁。後掲(14)の判決は、地上権についてではあるが本登記が経由された事案についてのものである。
(7) 大決昭一一・六・五、民集一五巻一五〇三頁。但し、抵当権との併用ではなく賃借権仮登記が単発でなされた例。
(8) 大判昭一〇・四・二五、民集一四巻六九三頁。
(9) 福岡高決昭三五・三・二五、高裁民集一三巻三号二五六頁。大阪高決昭四一・二・一一、判例時報四四四号三一頁。

(10) 東京地判昭四四・一・一八、下級民集二〇巻一・二号一五頁。但し、賃借権仮登記が単発でなされた例。
(11) 東京地判昭四五・九・二八、判例時報六一八号五〇頁。但し、賃借権仮登記が単発でなされた例。札幌地判昭四八・一一・一六、判例時報七三七号八〇頁。但し、賃借権仮登記が単発でなされた例。
(12) 東京高決昭三八・一一・二九、高裁民集一六巻八号七六〇頁。
(13) 東京地判昭四八・六・一九下級民集二四巻五～八号四二四頁。東京地判昭五一・一〇・二五、金融法務八一〇号二九頁。
(14) 東京高判昭四五・二・九、高裁民集二三巻一号八頁。
(15) 東海林邦雄「民法三九五条をめぐる問題とその検討」金沢法学一・二合併号七七頁以下。また具体的事情によつては民法九〇条よつて無効とすべきとするものとして、篠塚昭次・判例評論一三八号二七頁・判例時報五九六号一三三頁。
(16) 山内敏彦「抵当権を侵害する短期賃貸借とその対第」金融法務五一五号四頁。
(17) 鈴木禄弥・判例タイムズ二四九号六八頁。中野貞一郎・前掲・法曹時報二九巻四号一四頁。竹下守夫・前掲・判例評論二二二号三七頁、判例時報八五三号一五一頁。
(18) 強制管理が不動産の収益のみを目的とする執行であるのに対し、かかる賃借権設定は不動産の収益のみならず使用をも目的とする点でその対象を異にする。その結果、前者にあつては立退を求めることは、その目的を超えたものとして禁じられるが、そのことは後者のように立退を求め得る担保形式を認めない根拠とはならない。けだし、たとえば強制競売の場合に債務者は不動産からの退去を余儀なくされるように、現行法上責任追求の結果として債務者に住居等からの退去を求め得ないとす

る原則は存しないからである。

(19) 競売法及び民訴法の規定から抵当権の実行方法として強制管理は認められないが、理論的には担保権の実行方法として強制管理を認め得ないとする理由はなく、特に貸ビル・貸マンション等は、高価なために競売が困難で、かえつてその収益により債権回収をはかるほうが有利な場合もあり、実務界の要望も強いといわれている。

(20) かかる賃借権設定は、債務者の不動産上の自己賃借権を目的とする譲渡担保あるいは仮登記担保として評価することができるが、賃借権も譲渡性が付与されている場合には、権利質の目的とすることができるように、独立の財産権として担保手段としての途を開くことは可能であろう。その場合に、債務者の自己賃借権を目的とする点で、その形式においては混同の原則（民法五二〇条）に反しないとしても、不動産についての他の担保権者及び一般債権者との関係では優先弁済を受け得る目的（物）の範囲を異にする点で問題が生じよう。しかし民法は必ずしも優先弁済を受け得る物の範囲を異にする状況の生ずることを禁止する趣旨ではない（例えば、民法三七〇条但書所定の「別段ノ定アルトキ」には、類似の問題が生ずる）。また実際に競売手続内で不動産価格と賃借権価格を評価させることも不可能ではない（民訴法六五五条、競売法二八条）。また賃借権取得を認めた場合には、その清算関係については譲渡担保あるいは仮登記担保に準じて扱えば、重大な不都合は生じないといえよう。従つて、かかる賃借権設定も、これを認むべき必要性があり、かつそれが合理的である限りでは、有効と解し得る余地がある。

〔昭和五二年一二月〕

本田 耕一