

Title	〔最高裁判事例研究三七五〕 最先順位の抵当権者に対抗することができる賃借権により競売不動産を占有する者が当該不動産に設定された抵当権の債務者である場合における引渡命令 (最高裁平成一三年一月二五日第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	大濱, しのぶ(Ohama, Shinobu) 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	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.7 (2002. 7) ,p.111- 125
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=AN00224504-20020728-0111

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.

〔最高裁判事例研究 三七五〕

平一三三（民集五五卷一号一七頁）

最先順位の抵当権者に対抗することができざる賃借権により競売不動産を占有する者が当該不動産に設定された抵当権の債務者である場合における引渡命令

不動産引渡命令に対する抗告審の原決定取消決定に対する許可抗告事件（平成一三・一・二五第三小法廷決定）

〔事実〕

Yは酒類販売を業とする株式会社で、昭和六三年一月一日に本件建物（店舗、共同住宅）を所有者Aから期間の定めなく、賃料を月額一三〇万円で賃借し、以来占有していた。平成元年四月二八日には本件建物にAを債務者とする最先順位の根抵当権が設定され、同年五月一日にその旨の登記がなされた。次いで、Yは、Aから物上保証を受け、本件建物に取引先との間で酒類の販売取引に基づく買掛金債務を担保するため、平成元年一月一日にBを権利者とする根抵当権、平成八年六月五日にCを権利者とする根抵当権の設定を受けた。その後、Aの破産により、平成九年八月、破産管財人と

の間でYは賃料を月額四〇万円として賃貸借契約を更新した。その後、本件建物は、最先順位の根抵当権に基づいて競売され、これを買受けたXは、Yに対する引渡命令を申立てた。なお、この競売手続における物件明細書にはYの賃借権は買受人に対抗できる旨が明記されていた。

原々審はYに対する引渡命令を発した（横浜地裁川崎支部平成一二年二月一〇日）。その理由は明らかではないが、「抗告審に提出された意見書」によれば、「不動産競売手続においては、消除主義により実行外抵当権についても換価が強制されるから、抵当債務が存在する以上、当該実行外抵当権が実行された場合と同様に解することができ、競売不動産を担保として利用していたYが賃借人として保護されると解することは著しく衡平、信義に反する」というものようであり、「Yが抵当債務につき債務不履行の状態にあるか否かは問題としていない」ようである。Yは執行抗告をなし、原決定（東京高裁平成一二年四月五日。判時一七〇七号一二九頁、判タ一〇三四号二七九頁）は、原々審の決定を取消してXの引渡命令の申立てを却下した。その理由は次のようである。

「対抗力のある質借権の設定されている不動産に抵当権が設定された場合であっても、当該質借権者自身がその抵当権の抵当債務者であるという場合においては、一般に、当該質借権者は、自らの債務不履行によりその抵当権が実行されるに至ったときには、当該不動産の買受人に対しては、その質借権を主張することなく、これを明け渡すことを承諾しているものと解することができ、また、自らの債務不履行により当該不動産を担保に提供してくれた所有者がその所有権を失うという事態に陥るにもかかわらず、当該質借権者のみがその占有を保護されるというのは著しく衡平、信義に反するといふべきものであるから、この場合の質借権者は、引渡命令の対象となり得るものと解されるところである。そして、このことは、当該不動産に複数の抵当権が設定されている場合に、当該質借権者を抵当債務者とする抵当権とは別の抵当権に基づく競売が実行されたときにおいても、当該質借権者に抵当債務の債務不履行があり、もともと当該抵当権に基づく競売実行の可能性があったという場合には、いずれにしても当該抵当権についても換価が強制され当該抵当権は消滅することとなるのであるから、同様に解することができるものといふべきである。しかしながら、この場合において、抵当債務者である質借権者自身には抵当債務の債務不履行の事実がないという場合には、この質借権者が引渡命令の対象となるものとするとは相当でないものと考えられる。というのは、こ

の場合には、もともとこの質借権者が抵当債務者となつてゐる抵当権自体については、その実行による競売が行われるという可能性が生じていなかったのであり、偶々その抵当権とは別個の抵当権が実行されることとなつたため、消除主義により当該抵当権も消滅する結果となるにしても、そのことについて当該抵当債務者である質借権者には何ら責められるべき理由はないものといわざるを得ず、したがって、当該質借権者が本来競落人に対しても対抗し得る権利として有していた自己の質借権を主張し得なくなるものと解する根拠はないものといふべきだからである」。本件ではYには根抵当債務の不履行の事実がないから、Yは本件建物の買受人に対し質借権を主張しうる。なお、本件建物の物件明細書にも、Yの質借権は買受人に対抗できることが明記されているから、前記のように解しても、買受人の利益が不当に害されることはない。

Xは、抗告許可を申立て、原審はこれを許可した。Xの抗告理由は、原決定が東京高裁平成一年一月二十九日決定に反すること、いわゆる実行抵当権以外の債務者に対する引渡命令の許否は、その債務不履行の有無という買受人の知り得ない事実にかからせるべきではないし、債務不履行の有無の探求は引渡命令の手続になじまないこと、実行抵当権以外の債務者が後順位で担保提供を受けながら、競売不動産の減価を来たすような質借権を主張するのは信義則に反すること、Y

には債務不履行があったこと、Yの賃借権が買受人に対抗できる旨の物件明細書の記載は誤りであって、YはAの一〇〇パーセント出資子会社で、主たる営業目的も主要な役員もAと共通する実質同一体であり、YがAとの法人格の異別を主張し、本件建物につき賃借権を主張するのは信義則上許されないし、平成九年八月前のYの本件建物の占有権原は使用借権にすぎないこと等である。最高裁はXの抗告を棄却した。その理由は次のようである。

〔判旨〕

「執行裁判所は、最先順位の抵当権を有する者に対抗することができ、執行裁判所は、最先順位の抵当権を有する者に対抗することができ、賃借権により不動産を占有する者に対しては、この占有者が当該不動産に自己の債務を担保するために抵当権の設定を受け、当該抵当権の實行として競売の開始決定（二重開始決定を含む。）がされていた場合を除き、引渡命令を発することができないと解するのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

最先順位の抵当権を有する者に対抗することができ、賃借権より不動産を占有する者であっても、当該不動産が自らの債務の担保に供され、その債務の不履行により当該抵当不動産の売却代金からこの債務の弁済がされるべき事情がある場合には、その賃借権を主張することは、当該抵当不動産の売却を困難とさせ又は売却価額の低下を生じさせて、当該抵当権者及び担保を提供した所有者の利益を害することとなるか

ら、信義則に反し許されないというべきであり、かかる占有者は、当該不動産の競売による買受人に対してその賃借権をもって対抗することができないと解するのが相当である。当該抵当権の實行として競売の開始決定がされているときは、その債務不履行の事実が民事執行法八三条一項ただし書にいう『事件の記録上』明らかであるから、執行手続上もその賃借権を主張することが許されない場合に該当するといえる。しかし、当該抵当権の實行としての競売開始決定がされていない場合には、執行事件の記録上は、その債務不履行の事実が明らかということはできず、当該占有は買受人に対抗することができ、賃借権によるものというべきである。

本件においては、執行事件の記録によれば、相手方が最先順位の抵当権に優先する賃借権によって本件建物を占有しており、相手方が本件建物に自己の債務を担保するために抵当権の設定を受けていたものの、この抵当権に基づく競売開始決定はされていなかったというのであるから、引渡命令を発することができ、場合に該当するといえることはできず、本件建物の競売による買受人である原告人の相手方に対する引渡命令の申立てを却下した原審の判断は、是認することができる。

〔評釈〕

判旨の結論には賛成するが、理由には疑問がある。

一 民事執行法八三条一項は、引渡命令の相手方となる者を「債務者」及び「不動産の占有者」で「事件の記録上買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者」を除いた者としている。この「債務者」は、担保権実行の場合には、(差押登記当時の)「所有者」と読み替えるのが一般である。⁽²⁾

本決定は、最先順位の抵当権者に対抗できる賃借権による競売不動産の占有者、すなわち、形式的には、買受人に対抗しうる権原による占有者であつて、引渡命令の相手方とならないはずの者(民事執行法八三条一項但書・一八八条)が、同時に、物上保証により当該不動産に自己の債権を担保するため抵当権の設定を受けた者、すなわち所有者でない債務者である場合、引渡命令の相手方となるか、に關する。平成八年の民事執行法の改正前の旧規定の下では、差押えの効力発生前からの権原による不動産の占有者は、その権原が所有者に対する關係で適法であれば、買受人に対抗できなくとも、引渡命令の相手方にならないとする解釈(適法権原説)が有力であり、⁽⁴⁾このような占有者が物上保証による債務者である場合にも、本決定と同様の問題があてはまった。そうして、こうした問題は、とくにいわゆる⁽⁵⁾の所有者概念の拡張の一環として、所有者でない債務者を

どのような場合に所有者と同視しうるかという観点から論じられたところである。

最先順位の抵当権者に対抗できる賃借権として、通常想定されるのは、本件のように、最先順位の抵当権設定登記前に対抗要件を具備した、いわゆる長期賃借権の他、最先順位の抵当権設定登記後に対抗要件を具備した短期賃借権(民法三九五条)であろう。但し、短期賃借権は、濫用と認定される場合が多く、また、賃借期間の満了により買受人に対抗できなくなると解するのが一般であるから、上記問題が実際上とくに關わってくるのは、長期賃借権の場合と⁽⁶⁾考えられる。

最先順位の抵当権者に対抗できる賃借権による競売不動産の占有者が、物上保証による抵当権の被担保債務者である場合の引渡命令の許否は、更に、次の二つの場合に區別して考えられる。このような賃借人が、①当該不動産について担保権の実行としての競売を申立てた抵当権者の抵当権(以下、実行抵当権という)の被担保債務者(以下、実行抵当債務者という)の場合、②実行抵当権とは別の抵当権(以下、実行外抵当権という)の被担保債務者(以下、実行外抵当債務者という)の場合である。本件の事案は②の場合であるが、本決定は①の場合についての判断も含ん

でいる。①②のいずれの場合についても、これまでに最高裁の判断はなされていまいようであるから、本決定は、これらの場合についての、最高裁の初の判断としての意義を有する。本決定が、実務に与える影響は少なくとも、東京地裁執行部は、本決定により、競売不動産の長期賃借人が実行外抵当債務者である場合の、引渡命令のみならず、物件明細書の作成及び最低売却価額の決定に関する取扱いを変更したとされる。⁽⁷⁾

二 最先順位の抵当権者に対抗できる賃借権（形式的には、引渡命令の相手方とならないはずの権原）による不動産の占有者が、実行抵当債務者である場合の引渡命令の許否については、否定する見解（全面否定説）、⁽⁸⁾原則的には肯定するが、抵当権設定前から賃借して占有している場合は、引渡命令を否定する見解（制限的肯定説）、⁽⁹⁾常に肯定する見解（全面肯定説）⁽¹⁰⁾に分類しうる。

全面否定説は、債務者であるからといって、その占有権原を無視できないとする。この立場の裁判例として、旧法下の東京高決昭和五六年一月二〇日判タ四五九号六一頁（短期賃借人）及び名古屋金沢支決昭和五七年三月二四日判時一〇五四号九八頁（長期賃借人）、民事執行法下の東京地判昭和五九年七月二四日判時一一五二号一五二頁（長

期賃借人）が挙げられる。但し、最後のものは、制限的肯定説に属するとの見解もある。⁽¹¹⁾

制限的肯定説は、債務者の債務不履行によりその引当となった不動産が売却され、物上保証人が所有権を失うのに、当の債務者が不動産の引渡を拒絶するのは、原則として、信義則に反するが、債務者が抵当権設定前に賃借して占有している場合は、抵当権者も債務者の占有を前提にして抵当権を取得したのであって、債務者は買受人に対し引渡を保障したわけではないから、引渡を拒んでも信義則に反しないとす。

全面肯定説は、債務者が抵当権設定前に賃借して占有している場合であっても、「抵当権を設定して借入れをする際に、抵当権者に対し、将来抵当権が実行されても、立ち退かないと明言する債務者があるとは考えられず、たとえその点について黙っていたとしても、立ち退くものとの暗黙の了解があるのが通常であると考えられ、債務不履行によって不動産が売却されるのに、当の債務者が保護されるのは、著しく衡平・信義に反することに変わりはない」⁽¹²⁾とする。この立場の裁判例としては、異論もあるが、東京高決昭和六〇年七月一七日判タ五七五号七二頁（短期賃借人）が挙げられる。更に、東京高決平成七年一〇月一三日

東高民時報四六卷一〇二二号三一頁（長期質借人）及び東京高決平成九年一〇月二九日判時一六四〇号一三一頁（長期質借人）は明らかに全面肯定説を採用する。¹⁴なお、東京地裁執行部は、東京地裁執行処分平成四年七月八日判タ八〇七号二六三頁を機に、制限肯定説から全面肯定説に、取扱いを変更したとされる。¹⁵また、実行外抵当債務者兼長期質借人に対する引渡命令の許否が問題となった、東京高決平成一一年一月二九日判時一六六九号七八頁及び本件原決定も、全面的肯定説に立つものであって、近年では、全面肯定説が、東京地裁・東京高裁を中心に実務上定着していた感がある。

三 最先順位の抵当権者に対抗できる質借権（形式的には、引渡命令の相手方とならないはずの権原）による不動産の占有者が、実行外抵当債務者である場合の引渡命令の許否については、当該実行外抵当権に基づく二重開始決定がある場合以外は否定する見解（否定説）、¹⁶実行外抵当債務者が自己の抵当債務について債務不履行にある場合には肯定し、債務不履行にない場合には否定する見解（債務不履行説）、¹⁷常に肯定する見解（肯定説）¹⁸に分類できる。

否定説は、実行外抵当債務者が債務不履行の状態にあって、それが軽微ならば速やかな履行により解消しうるし、

抵当権者に抵当権を実行するまでの強い意思がない場合も少なくないことに鑑み、実行外抵当債務者の質借権の主張が常に信義則に反するとはいえず、また実行外抵当債務者に債務不履行がない場合は、特段の事情がない限り、この者の質借権の主張は信義則に反しないと、実行外抵当債務者の質借権の主張が信義則に反するかは、明渡訴訟で判断されるべき等とする。¹⁹

債務不履行説は、本件原決定の立場であり、それによると、実行外抵当債務者に債務不履行がある場合は、当該実行外抵当権に基づく競売実行の可能性があり、消除主義により当該実行外抵当権も消滅するから、実行抵当債務者の場合と同様、質借権の主張は信義則に反するが、実行外抵当債務者に債務不履行がない場合は、当該実行外抵当権の実行による競売の可能性はなく、当該実行外抵当権が消滅するとしても債務者に責められるべき理由はなから、質借権の主張は信義則に反しないと。本決定前の東京地裁の運用も、債務不履行説によることである。²⁰また、本件の原告人が挙げる、東京高決平成一一年一月二九日判時一六六九号七八頁は、債務不履行の状態にある、実行外抵当債務者の長期質借権の主張を信義則に反するとして、この者に対する引渡命令を認める。同決定は、質借権を主

張する実行外抵当債務者に債務不履行がない場合の引渡命令の許否については述べていないが、債務不履行説と解するのが自然であろう。⁽²¹⁾

肯定説は、物上保証により債務者が所有者から金融の便を得ている点を重視し、抵当権設定の際には債務者は（自らの債務不履行の有無にかかわらず）所有者による将来の担保価値の実現を妨害しない旨を了解するのが通常と考えられるとして、実行外抵当債務者に債務不履行がない場合でも、担保価値の減少を来す賃借権の主張は、信義則に反するとみる。更に、肯定説は、債務不履行説によると、競売手続の安定や担保価値の利用の最大化が害されると批判する。本件の原々審決定は、明らかではないが、肯定説と解しうるようである。

四 本決定の趣旨については、異なる解釈が成立しうることが指摘されているが、次のように解してよいのではなからうか。⁽²²⁾ 本決定は、まず、引渡命令に関する判断の前提として、実体上の明渡請求権について述べ（判旨の第二段落（第一文）、最先順位の抵当権者に対抗しうる賃借権による不動産の占有者が、当該不動産に自らの債務を担保するために抵当権の設定を受けており、その債務について債務不履行がある場合には、当該抵当権の実行の有無にかかわら

ず、賃借権の主張は、抵当権者及び所有者との関係で、信義則に反するのであって、このような占有者は買受人に対して実体上の明渡義務を負うとしているように思われる。

その上で、本決定は、引渡命令の段階では、債務者の債務不履行の事実の存否は、この債務を担保する抵当権に基づく競売開始決定の存否により判断するものとし、当該開始決定がない限り、債務者であっても最先順位の賃借権により不動産を占有する者に対しては、引渡命令を否定する趣旨であって、実行外抵当債務者に対する引渡命令については全面肯定説、実行外抵当債務者に対する引渡命令については否定説に立つものと思う。本決定については、実行外抵当債務者の債務不履行の事実が認定できるならば、当該実行外抵当権に基づく競売開始決定がなくとも、引渡命令の発令を否定するものではないとの解釈もあるが、本決定の文言をそう解するのはかなり無理があるように思われる。

前述のように、東京地裁執行部は、本決定により、長期賃借人が実行外抵当債務者である場合の取扱いを変更したとされる。東京地裁執行部に所属する裁判官の個人名で発表された論文によると、本決定が一般論として述べていることを踏まえ、本決定の趣旨は、『抵当債務の債務不履行の事実が事件の記録上明らかであること、すなわち、競売

開始決定の存在』を引渡命令手続における抗弁『事件の記録上買受人に対抗することができる権原により占有していると認められること』に対する再抗弁として新たに位置づけたもの』で、「この見解によれば、抵当債務者に、債務不履行の事実があれば、実体上の明渡義務が発生するが、「引渡命令の対象となるのは、この者が競売開始決定を受けていたときだけとなる。そして、本決定は、引渡命令の発令の可否の場面に限定して、いわば要件事実を付加したものと考えることが可能であるから、物件明細書作成段階における実行外抵当権の抵当債務が債務不履行にあるか否かの認定については、裁判官の自由心証によつてよいことになる。したがって、裁判官の自由心証により、実行外抵当権の抵当債務者が、競売開始決定を受けてはいないものの、実体上、当該抵当債務が債務不履行にあると認定できるのであれば、物件明細書上、賃借権を引き受けないものとし、評価上、平成八年民事執行法改正前の不对抗賃借権の場合と同程度の減価」⁽²⁴⁾をし、引渡命令は発令しないことになる」としている。

本決定を前提とし、且つ、最低売却価額の低下を最小限にとどめるには、上記のような取扱いが妥当であろうが、問題は少なくない。同論文も、「この考え方には、物件明

細書上、賃借権を引き受けないとされているにもかかわらず、引渡命令の発令はないという平成八年民事執行法改正により解消されたはずの買受人にとつてわかりにくい状態を再現するとの問題」があること、実行外抵当債務者が、債務不履行にあるとしても、競売開始決定がない限り、引渡命令を利用できない分、従前よりも最低売却価額が低下すること、競売開始決定のない実行外抵当債務者が債務不履行を自認する場合には引渡命令を発令しうるのでないか等を指摘する。⁽²⁵⁾

五 まず、本決定について、物上保証による抵当権の債務者が債務不履行にある場合に、その賃借権の主張を信義則に反するとし、買受人の実体上の明渡請求権を肯定する趣旨と解するならば、このような本決定の立場には賛成である。このような立場については、実行外抵当債務者に対する引渡命令についての否定説及び肯定説のいずれの見地からも批判がありえよう。否定説を支持する荒木新五弁護士は、実体上、実行外抵当債務者が債務不履行にあつても、その賃借権の主張が常に信義則に反するとはいえないとする。⁽²⁶⁾ また、肯定説を提唱される山本和彦教授は、実体上、実行外抵当債務者に債務不履行がなくとも、その賃借権の主張は常に信義則に反すると解されるようにみえる。⁽²⁷⁾ たし

かに、山本教授が指摘されるように、債務者が物上保証により金融の利益を享受していることからすると、その債務不履行がなくとも、担保価値の減少を招く質借権の主張は、物上保証人及び抵当権者に対する関係で、誠意ある態度とはいえない。それでも、債務者が自らの債務を履行している場合には、本来、抵当権の実行の可能性はないことに鑑みると、その場合の質借権の主張については、債務不履行にある場合と比較して、責められるべき程度は軽く、信義則に反するとみるのは、債務者に些か酷に過ぎるのではないかと思う。物上保証による抵当権の債務者が債務不履行の状態にあるときには、それが軽微な場合は別にして、質借権の主張が信義則に反すると考えてよからう。

本決定が、実行抵当債務者に対する引渡命令について全面肯定説をとる点にも賛成である。この場合は、競売開始決定により、事件記録上、実行抵当債務者が債務不履行にあることが認められるからである。

翻って、実行外抵当債務者に対する引渡命令については、本決定は否定説をとるものと思われるが、このような立場には賛成できない。実行外抵当債務者については、当該実行外抵当権に基づく競売開始決定がなくとも、事件記録上債務不履行にないことが認められる（積極的に認定でき

る）等の特段の事情がない限り、引渡命令を発すべきではないかと思う。

物上保証による債務者が債務不履行にある場合には、その質借権を買受人に対抗できず、実体上の明渡義務を負うとの考え方を前提とする限り、実行外抵当債務者に対する引渡命令の許否に関し、実体関係と最もよく整合するのは、債務不履行説である。けれども、引渡命令の手続で、債務不履行の事実の存否について慎重な判断を求めることは、事件記録に基づく略式の手続である引渡命令の趣旨になじみにくいように思う。本件の抗告人も、債務不履行の有無の探求は引渡命令の手続になじまない等の主張をしており、本決定は、抗告人の主張にも一定の配慮をして、債務不履行の存否の判断基準を競売開始決定とする否定説を採用するものと思われる。たしかに、競売開始決定は債務不履行の基準としては明確であって、否定説には十分に合理性がある⁽²⁸⁾。しかし、否定説では、事件記録上、偶々、実行外抵当債務者に債務不履行があることが認められる場合（実行外抵当債務者が債務不履行を自認する場合等）であつても、当該実行外抵当権に基づく開始決定がない限り、引渡命令を発しえないことになる。これでは、（物上保証による債務者が債務不履行にあればその質借権を買受人に対抗

できず、実体上の明渡義務を負うとの前述の考え方を前提にする限り）買受人の実体上の明渡請求権が認められるのに、引渡命令は発しえない事態となり、その結論において支持し難く思われる。のみならず、こうした事態は、前述の東京地裁の実務の変更及びそれに関する問題指摘（前述四）にあるように、この種の競売不動産の最低売却価額の低下に繋がり、物件明細書上、引渡命令の発令はないにしても賃借権を引受けない場合として、賃借権を引受ける場合よりも低い減価割合を用いるにしても、平成八年改正前の、買受人にわかりにくい状態が再現される、との問題を生じよう。

一方、肯定説によれば、引渡命令の手続で債務不履行についての判断を要さず、且つ、上述のような事態を回避することができる。実体上、物上保証による債務者の買受人に対する明渡義務が認められるには、その債務不履行を要するとの考え方を前提にしても、肯定説の結論は、実際に不当な結果を招く虞は必ずしも大きいものではないように思う。通常、物上保証人と債務者は密接な関係にあり、物上保証人について抵当権が実行されているときには、債務者も債務不履行の状況にある場合が多いであろうことが推測しうるからである。また、実行外抵当債務者は、債務を

履行しているにもかかわらず引渡命令を受けた場合には、引渡命令に対する請求異議の訴えにより救済を求めうるから、肯定説によっても、その手続保障に欠けるわけではない。このような見地から、肯定説の結論は概ね賛成できる。けれども、事件記録上、偶々、実行外抵当債務者に債務不履行がないことが認められる場合があるとすれば、その場合に引渡命令を発するのは、妥当ではなからう。また、実行外抵当債務者が賃借する抵当不動産（貸店舗等）を転貸し、転借人がいる場合、肯定説では、転借人に対しても引渡命令を発することになるのではないかと思われるが、債務者の債務不履行が明らかなる場合はまだしも、そうでない場合、転借人に対して引渡命令を発することも、妥当ではないように思う。

こうした理由から、実行外抵当債務者に対する引渡命令について、基本的には、肯定説の結論を支持するが、事件記録上債務不履行にないことが認められる等の特段の事情があれば、引渡命令を発すべきでないと考ええる。この考え方については、結局、債務不履行説とかわらず、債務不履行に関する判断を引渡命令の手続に持込むことになって、引渡命令の趣旨に反するとの批判もありえよう。けれども、実行外抵当債務者の債務不履行の存否が不明な場合、この

者が最先順位の抵当権に対抗しうる賃借権に基づく占有者であれば、債務不履行説では、おそらく、引渡命令が発しえないことになると思われるが、私見ではその場合も引渡命令を発すべきことになる。また、私見では、債務不履行の不存在を積極的に認定できるか否かを問題にするのであって、債務不履行説の場合よりも、その判断は些かなりとも容易なように思われる。認定資料としては、実行外抵当権者の提出する債権届出書の遅延損害金の計上の有無⁽³⁰⁾、現況調査報告書等が考えられるが、とくに実行外抵当債務者の審尋調書が重要となろう。民事執行法八三条三項の「債務者」は、同条一項の場合と同様、担保権実行の場合には「所有者」と解すべきであり、最先順位の抵当権に対抗しうる賃借権を有する実行外抵当債務者に引渡命令を発する場合も、この者に対する審尋が必要と解する。同条三項但書きは、「既にその者を審尋しているときは、この限りでない」と定めるが、従前の審尋の後に債務を履行して不履行の状態が解消されている等の可能性があるから、引渡命令を発するに際しては、あらためて審尋を行うことが望ましい。

以上のように、本決定の理由のうち、最先順位の抵当権に対抗しうる賃借権を有する実行外抵当債務者に対する引

渡命令に関する点には、疑問がある。もっとも、本件では、抗告人は争っているにせよ⁽³¹⁾、原審は、実行外抵当債務者に債務不履行がないと認定しており、この事実認定を前提とする限り、引渡命令を否定した本決定の結論には賛成できない。

(1) 畑一郎||松本有紀子「競売不動産の長期賃借人が当該不動産に設定された実行抵当権以外の抵当権の抵当債務者である場合の取扱い」最三小決平13・1・25を踏まえて「金法一六一二号(二〇〇一年)六頁乃至七頁。

(2) 東京地裁民事執行実務研究会編著『改訂不動産執行の理論と実務(下)』(法曹会、一九九九年)五二二頁、石川明||小島武司||佐藤歳二『注解民事執行法上巻』(青林書院、一九九一年)八四八頁(佐藤歳二)、東京高決昭和六〇年七月一七判タ五七五号七二頁等。

(3) 平成八年の改正前の民事執行法八三条一項は、引渡命令の相手方を、「債務者」及び「事件の記録上差押えの効力発生前から権原により占有している者でない」と認められる不動産の占有者」で、「事件の記録上差押えの効力発生後に占有した者で買受人に対抗することができる権原により占有していると認められるもの」を除いた者と定めていた。同改正につき、萩本修「民事執行法改正の概要」金法一四五八号(一九九六年)四八頁以下(とくに五一頁乃至

五二頁) 参照。

(4) 平成八年改正前、適法権原説が判例・多数説であったことにつき、石川他・前掲『注解民事執行法上巻』八四九頁(佐藤)、前掲『改訂不動産執行の理論と実務(下)』五三二頁等。

(5) 平成八年改正前の実務は、適法権原説によりつつも、それでは、引渡命令の相手方の範囲が狭すぎるので、所有者と特別な関係にある者を所有者と同視する、いわゆる所有者(債務者)概念の拡張により、引渡命令の相手方の範囲を広くする解釈運用をしていたことにつき、前掲『改訂不動産執行の理論と実務(下)』五三三頁、石川他・前掲『注解民事執行法上巻』八四九頁(佐藤)等。

(6) 畑川松本・前掲論文一三三頁参照。
 (7) 畑川松本・前掲論文六頁以下。

(8) 浦野雄幸『条解民事執行法』(商事法務研究会、一九八五年)三七九頁の表は、「抵当権設定当時の債務者で、所有者(物上保証人)から正当に借用(賃貸借)して居住している者」に対する引渡命令は、「原則として」できないとする。また、同書八五九頁は、「一般的には、債務者が担保権の「設定時から物上保証人の不動産を賃借権等正当な権原で占有している」場合には、「所有者と債務者の地位は別個独立のものであるから、かりに債務者と所有者が親子、兄弟等の身分関係があっても、債務者と所有者間の

使用契約(賃貸借、使用貸借等)が仮装、虚偽のものとして認められないかぎり、右債務者の占有権原を無視することはできないので、債務者に対し、引渡命令を発令することができない」とする。山本和彦・本件原決定評釈・判時一七三一号一八八頁は、浦野判事の見解を全面否定説に分類するが、香川保一監修『注釈民事執行法8巻』(金融財政事情研究会、一九九五年)一九九頁注26(廣田民生)は、浦野判事の見解を、制限的肯定説に分類するようである。

(9) 石川他・前掲『注解民事執行法上巻』八五〇頁(佐藤歳二)、佐藤歳二「不動産引渡命令」ジュリ八七六号(一九八七年)五七乃至五八頁、西村宏一「佐藤歳二」注解不動産法9巻(青林書院、一九八九年)四一四頁(井上稔)、中野貞一郎「引渡命令の相手方をめぐる最近の動向」金法二〇九号(一九八九年)四五頁乃至四六頁、香川・前掲『注釈民事執行法8巻』一九四頁(廣田民生)。

(10) 前掲『改訂不動産執行の理論と実務(下)』五二七頁、山本・前掲本件原決定評釈・判時一七三一号一九〇頁、同・東京高決平成元年二月二七日評釈・判時一三五二号(一九九〇年)二二八頁注(11)、澤野芳夫・東京地裁平成四年七月八日執行処分評釈・平成五年度主要民事判例解説・判タ八五二号(一九九四年)二四三頁、荒木新五・本決定評釈・判タ一〇六八号(二〇〇一年)八五頁、近藤崇晴川大橋寛明川上田正俊編『民事執行の基礎と応用(補訂

増補版)。(青林書院、二〇〇〇年)二六六頁(吉村真幸)、鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法(3)』(第一法規、一九八四年)二七四頁(中山一郎)、鎌田義勝「競落不動産引渡命令」判夕四四七号(一九八一年)五五頁、中野貞一郎『民事執行法(新訂四版)』(青林書院、二〇〇〇年)五〇三頁(但し、「信義則に反しないとみるべき特段の事情があれば別である」とする)。

(11) 東京地判昭和五九年七月二四日は、貸店舗用建物に物上保証により抵当権の設定を受けた債務者が、抵当権設定前に当該建物を賃貸し占有している旨を主張し、当該建物の抵当権実行による買受人に対して提起した賃借権確認訴訟と、買受人が提起した転借人を被告とする建物明渡訴訟の併合事件で、引渡命令に関する判示は傍論である。同判決は、引渡命令に關し「所有者以外の占有者がたまたま当該担保権の被担保債権の債務者であるからといって、その実体上の占有権原が消滅しあるいは無視されるものと解する余地はない」と述べるから、全面的否定説と解するのが自然であろう。同旨、山本和彦・本件原決定評釈・判時一七三一号一八八頁(なお、一九二頁注(5)も参照)、中野・前掲「引渡命令の相手方をめぐる最近の動向」四七頁注(12)。但し、最先の抵当権設定前の賃借権を有する債務者に対する引渡命令を否定する点では、制限的肯定説にも整合し、その見地から引用されることもある(佐藤・前掲

「不動産引渡命令」五八頁、石川他・前掲『注解民事執行法上巻』八五〇頁(佐藤蔵二)、西村川佐藤・前掲『注解不動産法9巻』四一四頁(井上聡)。

(12) 前掲『改訂不動産執行の理論と実務(下)』五二七頁。(13) 東京高決昭和六〇年七月一七日は、「全面的否定説をとりながら、買受人に対抗できない濫用賃貸借の場合について引渡命令を認めた事例に過ぎない」とする見解もある(山本・前掲本件原決定評釈・判時一七三一号一八八頁)

し、抵当権設定後に短期賃借権の設定を受けた事案で引渡命令を認めたことから制限的肯定説にも整合する。しかし、同決定が、「民事執行法一八八条により準用される同法八三条一項本文にいう『債務者』は、競売手続上の形式的當事者である不動産『所有者』がこれに当ると解すべきであるが、右所有者と抵当権の被担保債権の債務者とが異なる場合の当該債務者は、不動産を占有する限り、所有者と同視して引渡命令の相手方となるものと解するのが、相当である。ただし、自己の債務の不履行によりその引当てとして不動産が売却され、所有者が所有権及び占有を失うこととなるにも拘らず、当の債務者が、不動産の引渡を拒絶できるとするのは著しく衡平、信義に反するからである」と述べることからすると、全面的肯定説と解してよからう。(14) 但し、東京東京高決平成七年一〇月一三日及び同平成九年一〇月二九日は、抵当権設定前の賃借権を有する債務

者に対する引渡命令を認めるに際し、特段の事情がない限りとの留保を付している。

(15) 前掲『改訂不動産執行の理論と実務(下)』五二七頁。

(16) 西村三樹二・前掲『注解不動産法9巻』四一四頁(井上稔)、久保田三樹二・高次秀幸・町田政弘「不動産執行事件における物件明細書の作成に関する研究」平成四年度裁判所書記官実務研究四二四頁(但し)、「債務不履行の状態にある他、引渡しを拒絶することが著しく衡平、信義に反すると認められる事情がある場合」は引渡命令の相手方とすることも考えられるとする)、荒木・前掲本決定評釈・判タ一〇六八号八五頁。

(17) 近藤三郎・大橋三郎・前掲『民事執行の基礎と応用(補訂増補版)』二六六頁(吉村真幸)。東京地裁民事執行実務研究会・前掲『改訂不動産執行の理論と実務(下)』五二九頁は、実行外抵当債務者に債務不履行がある場合には引渡命令を肯定し、債務不履行がない場合には引渡命令を肯定し、債務不履行がない場合についての結論は留保するが、本文で後述するように、本決定前の東京地裁の運用は、債務不履行がない場合には引渡命令を否定する扱いということである。

(18) 山本・前掲本件原決定評釈・判時一七三一号一九一頁。

(19) 荒木・前掲本決定評釈・判タ一〇六八号八五頁。

(20) 畑三郎・前掲論文八頁。

(21) 但し、小川浩・東京高決平成二一年一月二九日評釈・

平成二一年度主要民事判例解説評釈・判タ一〇三六号(二〇〇〇年)二八〇頁は、東京高決平成二一年一月二九日の趣旨からすれば、質借権を主張する実行外抵当債務者が「自己の債務について債務不履行の状態にない場合でも、他人が質借権を主張して物件の引渡しを拒絶することが、著しく衡平・信義に反すると考えられる事情があるときは、引渡命令を発することができる」という。

(22) 畑三郎・前掲論文九頁以下によると、本決定が、実行外抵当債務者兼長期賃借人(以下の引用部分の「抵当債務者」の語はこの意味のようである)に対して競売開始決定がされていた場合を除き引渡命令を発することができないとする趣旨について、本文後述の解釈(引渡命令要件説)の他に、次の三つの解釈があるとする。「本決定は、抵当債務者に対する競売開始決定の存在が、実体上、抵当債務者に明渡義務が認められるための要件事実である」との解釈(実体要件説)、本決定の趣旨を「抵当債務者において競売開始決定に対する執行異議という手続保障の機会があったことに求め、競売開始決定の存在はその例示である」との解釈(手続保障(例示)説)、「本決定は、引渡命令発令の場面に限らず、一般的に、執行裁判所が、事件記録上、抵当債務が債務不履行にあると認定できるのは、当該抵当権に基づく競売開始決定があった場合のみとした」との解釈(執行手続上の)証拠法則説である。本決定

の解釈に関する私見は本文で後述するが、上記の解釈分類に即していうならば、実要件説・手続保障説はとりこく、証拠法則説・引渡命令要件説のいずれかについては必ずしも明らかでないように思われる。

- (23) 畑川松本・前掲論文九頁(前注(22)の手続保障説の帰結)及び一二頁、本決定のコメント・判タ一〇五五号一〇九頁。

- (24) 畑川松本・前掲論文一〇頁。

- (25) 畑川松本・前掲論文一〇頁以下。

- (26) 前注(19)。

- (27) 前注(18)。

- (28) 宮尾成明・本件原決定評釈・平成一二年度主要民事判例解説・判タ一〇六五号(二〇〇一年)二六七頁は、本決定の立場は、実務上、この種の事案の引渡命令に関する判断の容易化、最低売却価額の決定等の適正迅速化に資するとする。

- (29) 畑川松本・前掲論文一四頁注1参照。

- (30) 東京地裁の従前の運用では、実行外抵当債務の債務不履行の存否は、当該実行外抵当権者の債権届出書により認定するのが通常であったことにつき、畑川松本・前掲論文八頁。なお、この点に関する今後の事実認定のあり方については、同論文一二頁参照。

- (31) Xは、抗告理由中で、Yに債務不履行はないとした原

審の事実認定を争い、Yは本件建物の差押前に銀行取引停止処分を受けていること、現況調査報告書に示されるように、Yは平成八年末からは本件建物の賃料も支払えない状態であったし、平成七年度の確定申告で既に四千万余の欠損金を計上していたこと、Yの全株式を保有するAが破産宣告を受けていることを主張し、Yの債務不履行の存否につき口頭弁論による厳格な認定が必要であったとする。X主張の前記事実によれば、Yに債務不履行がないとの認定に疑問も生じうる。しかし、引渡命令の手続において、厳格な事実認定を求めるのはその制度趣旨になじまないから、執行裁判所が、本文で述べたような認定資料に基づいて、実行外抵当債務者に債務不履行はないと認定できるのであるれば、その事実認定には問題はなく、債務不履行の存否に関する厳格な事実認定は、明渡訴訟に委ねればよいように思う。

(追記) 校正段階では、本決定の評釈・解説として、梅善夫・平成一三年度重判一三七頁以下、生熊長幸・判時一七五五号一八六頁以下、二羽和彦・金判一一二五号六二頁以下、内山衛次・私法判例リマックス2002(上)一三八頁以下も参照する機会を得た。

大濱 しのぶ