

〈論 說〉

短期貸借保護制度の改正問題について^①

エコノミクス
第七卷第三号
二〇〇三年二月

石 口 修

第一節 序 論

第一項 問題の所在

第二項 民法第三九五条に関する従来の議論

第三項 小 括

第二節 短期貸借保護制度の改正問題

第一項 改正への動向

第二項 担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案（平成一四年三月一九日）の紹介

第三項 中間試案のまとめとこれに対する反応

第四項 各種「試案」の紹介と若干の検討

第三節 中間試案に対する私見

第四節 私 案

第五節 結 語

第一節 序論

第一項 問題の所在

民法第三九五条によると、同法第六〇二条に規定する管理行為的な短期の貸借について、これが抵当権設定登記後に登記されたものであっても、抵当権者に対抗することができ旨規定されており、短期貸借保護制度と称せられてゐる。まず、この規定の問題点について簡単に述べておく。

抵当権は、非占有担保権であり、抵当権設定後も設定者（所有者）が担保目的物たる不動産を占有し続け、その利用関係については、抵当権の実行まで自由であるという（民法第三六九条）、斯様な権利関係である。ここに抵当権と用益権との調整という問題が発生するわけである。

この問題は、本来は対抗問題、即ち、登記その他の対抗要件の具備如何によつて決すべき問題として認識されるべきものであり、抵当権設定登記に劣後する用益権は須く抵当権実行後は買受人のために消滅すべき運命にあるはずである。

ところが、現行民法の起草者である梅謙次郎博士は、抵当不動産であっても、これに用益権を設定してその利用を促進しようとの考え方から、ボアソナード草案第一二六二条に起因し、旧民法に規定されている短期貸借（旧民法財産編第一一九条）は抵当権者がこれを遵守しなければならない旨の規定（同法債権担保編第二四八条）を殆ど文言の修

正のみで踏襲し、民法第三九五条において、同法第六〇二条に列挙された管理行為としての短期賃貸借のみ、抵当権設定登記後であっても、これを抵当権者に対抗することができるとしなれば不都合であろうと解していた。

しかし、抵当権との関係において賃借権を過剰に保護すると、抵当不動産の担保効率が低減することがある。つまり、抵当不動産の上に賃借権が存在することにより、たとえば、家賃が高額であり、しかも優良な賃借人ばかりで、当該賃貸借の存在により、却って抵当不動産の価値を高める要因になれば何ら問題はないのであるが、反対に、悪質な賃借人の存在により、賃貸借が抵当不動産の価値を低減する要因になると、抵当権者が自己の債権を回収する際に障害となるわけである。

そして、実は、この後者のケースが既に第九回帝国議会の民法審議において、賃料の前払、あるいは、高額敷金などによる抵当権侵害のおそれという形で危惧されており、それが後に現実化し、この短期賃貸借保護制度が今日に至るまで執行妨害に利用されてきたわけである。

斯様な危惧の下、第九回帝国議会の民法審議においては、実務家出身の中島又五郎委員と起草者梅謙次郎委員とが喧々囂々の議論を展開したあげく、梅委員が折れた形となり、現行民法第三九五条に但書が入れられた次第である。⁽²⁾つまり、民法の起草当時から、この短期賃貸借の保護制度とその例外としての短期賃貸借契約の解除請求が本条の中心に位置付けられてきたわけである。

その後、右の指摘は現実のものとなり、短期賃貸借保護制度は濫用事例が目立ち、そのため、数度にわたる民事執行法の改正という形で立法上の手当てがなされてきたが、最近になって、急に民法第三九五条それ自体の廃止を前提とした改正論議が本格化してきた。

本稿は、短期賃貸借保護制度の改正問題について、従来から今日までの問題点に関する議論と改正問題に関する議論を簡単に整理し、私見ならびに「改正」私案を展開するものである。

第二項 民法第三九五条に関する従来の議論^③

従来の議論の状況に関して、簡単に整理しておく、概ね以下のようなになる。

一 期間の定めなき賃貸借

この問題について、判例においては、宅地賃貸借（借地）については、旧借地法二条一項、三条（存続期間：堅固建物六〇年、非堅固建物三〇年〔借地借家法三条：存続期間三〇年〕）が適用され、長期賃貸借とみなされている（最判昭四五・六・一六判例時報六〇〇号八四頁）。後述するように、長期賃貸借には民法第三九五条は一切適用しないというのが従来の判例法理であるから、右のように旧借地法ないし借地借家法が適用されると、期間の定めなき借地権は全て抵当権者に対抗しえないということになる（大判明三六・六・一二民録九輯七一九頁など多数）。

しかし、学説においては、短期の期間だけの対抗力を認めるべしという考え方が多数である。

他方、建物賃貸借（借家）については、旧借家法一条ノ二（借地借家法二八条）が制定されるまでは、賃貸人（賃貸借を引き受けるべき競落人〔買受人〕）はいつでも解約申し入れができたので、短期賃貸借に該当するものと解されていた

（大判大三・七・一三民録二〇輯六〇七頁）。

しかし、同規定の制定以後は、解約事由に「正当な事由」が必要になったので、短期貸借であるのか、また、短期貸借であるとしても解約申し入れに正当事由を要するのかという議論となった。

比較的近時の判例は、短期貸借と判断した上で、民法第六〇二条の期間中は正当事由を厳格に解し、その期間の経過後は正当事由を緩和するという考え方を採っている（最判昭三九・六・一九民集一八卷五号七九五頁、同四三・九・二七民集二二卷九号二〇七四頁）。

学説は様々であったが、借地・借家ともに第三九五条の適用ありと解する考え方が一般的である。

二 長期貸借

この問題について、判例は、貸借は債権債務関係であり、その効力は当事者間にのみ発生し、第三者には発生しないという基本的視座に立脚して、民法第六〇二条の短期を超過した賃借権には同法第三九五条を適用しないという判例法理を形成し（前掲大判明三六・六・一二以来例外なし）、今日に至っている。

他方、学説は、古くは判例と同様長期貸借には一切短期貸借の保護を与えようとしなかったが、現在では、第六〇二条の期間内においてのみ短期貸借扱いで保護しようとしている（通説）。

三 抵当権実行後の短期貸借の設定・更新

この問題について、古い判例は、当時の通説の影響もあつてか、競売申立記入登記には差押えの効力はないものと解していたが（大判明三八・一〇・二五民録一一輯一四七六頁〔ただ、短期貸借の対抗力は否定した〕）、その後、差押えの

効力があるものと解し、抵当権が実行され、差押登記をしたときは、不動産所有者は地上権その他の物権の設定登記をなしえず、差押登記前に成立した貸借契約も、これを登記して競売後に存続させえないと判示している（大判大二・一・二四民録一九輯一一頁〔競売申立記入登記後に設定登記された貸借権は抵当権者及び競落人に對抗しえず、また、民法第三九五条の規定は、不動産所有者が競売申立てによって行為の制限を受ける場合には適用されないとした〕）。

また、競売申立記入（差押）登記後の法定更新は、抵当権者や競落人（買受人）には對抗しえないものと解されている（最判昭三八・八・二七民集一七卷六号八七一頁、東京高判平五・九・二五金融商事判例九三四号九頁、最判平八・九・一三民集五〇卷八号二三七四頁）。

更に、差押登記後の法定更新が抵当権者に対抗しえなくとも、事実上、抵当権者に損害を及ぼすときは、抵当権者は、短期貸借契約の解除を請求しうるものと解されている（東京地判平五・四・二八金融商事判例九三四号一二頁〔前掲東京高判平五・九・二五の原審〕、前掲最判平八・九・一三〔差押登記後の法定更新の事案〕）。

四 詐害的短期貸借の解除請求

(一) 損害の意義・解除の要件

この問題について、最近の判例は、民法第三九五条但書による短期貸借契約解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の売却価額が短期貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときは、当該短期貸借契約は抵当権者に損害を及ぼすものと解しており（最判平八・九・一三民集五〇卷八号二三七四頁〔大審院時代の「当然損害説」を踏襲したもの〕）、また、右配当等の額が減少する場合

には、短期賃貸借契約の内容が通常よりも買受人に不利益であるか否かを問わず、原則として、これを解除すべきものとするのが民法第三九五条の趣旨であり、短期賃貸借契約の内容が賃料低廉、賃料前払、高額敷金等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合に限らないものと解している（前掲最判平八・九・一三）。

この点は、後掲最判平三・三・二二が最高裁において初めて明言し、近時の通説的見解にも見られる解除請求のための「詐害性要件」を否定したものである。

(二) 解除の効果

この問題について、判例は、大審院時代から賃貸借契約消滅説を採り（大判大四・一〇・六民録二二輯一五九六頁）、解除判決の確定により、抵当権者（買受人）と短期賃借人との関係のみならず、解除された短期賃貸借の賃貸人と賃借人との関係においても、賃貸借関係が終了することによって、賃借人の占有権原は消滅し、賃貸人は賃借人に対して、目的不動産の明渡しを請求しうるものと解している（最判平六・三・二五判例時報一五〇一号一〇七頁）。

また、右の平成六年最高裁判決に対しては、抵当権者が占有者の存在を望まない所有者に働きかけて明渡請求をするという方法を濫用的短期賃貸借に対する対抗手段として採りうることが確認されたのだという評価もなされていた（平成六年判決に対する金融商事判例九五二号四頁のコメント参照）。この点は、後述するように、抵当権者からの占有者に対する明渡請求は一切認められないものと判示した平成三年最高裁判決による弊害を少しでも除去しようという判例の動きがあったものと評価することができる。

五 解除後の明渡請求

この問題については、近時の判例によると、短期質貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての所有者への明渡請求について、民法第三九五条但書は、解除判決により質借人の占有権原を抵当権者に対する関係のみならず、設定者に対する関係でも消滅させるものであるが、同条但書の趣旨は、右にとどまり、抵当不動産の占有関係につき干渉する権原を有しない抵当権者に対し、質借人らの占有を排除する権限を付与するものではなく、抵当権者に対抗しえない質貸借もしくは不法占有と同様の占有権原のないものとするに尽きるのであり、明渡請求は認められないものと解されていた（最判平三・三・二二民集四五卷三号二六八頁）。

また、所有者の有する物権的請求権の代位行使としての所有者への明渡請求についても、質借人らの占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させるものでない以上、抵当権者が、これにより担保価値が減少するものとして自己の被担保債権を保全するため、債務者たる所有者の有する所有権に基づく返還請求権を代位行使して明渡請求をすることは、その前提を欠き、是認しえないものと解されていた（前掲最判平三・三・二二）。

しかし、そのいずれも、平成一一年の大法廷判決（最大判平一一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁）によって変更され、債権者代位権の行使による占有者に対する抵当権者自身への明渡請求のみならず、その傍論においては、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての占有者に対する抵当権者への明渡請求も認められるに至っている。

第三項 小括

右にまとめてきたように、従来から短期賃貸借が判例法上に現れてきたのは、所謂「執行妨害事案」が多く、これが不良債権の形成に一役買っているという認識が学会の共通認識となっていたところ、次節において述べるように、最近では、短期賃貸借保護制度が担保物件の有効利用を阻んでいる根元的な要因であるとして、民法第三九五条の廃止を強く訴える学説も登場しており、政府の側も、この線に沿って検討しているようである⁽⁴⁾。

しかし、後述するように、短期賃貸借保護制度を単純に廃止しただけで執行妨害がなくなり、競売市場における経済効率の向上を招き、不良債権処理が加速するというわけではなく、執行妨害は短期賃貸借以外でも行われているのであり、それほど単純なものではない。

そこで、以下においては、短期賃貸借保護制度の改正問題を契機として、この立法問題につき、考察していくこととする。

註(1) 本稿は、日本土地法学会中国支部主催『シンポジウム・不動産担保法制』(二〇〇二〔平成一四〕年二月七日)。

於、広島大学東千田校舎)における筆者の報告「短期賃貸借」に基づき、これを詳細に敷衍するものである。また、本稿の「第三節 中間試案に対する私見」は、筆者が九州産業大学の意見として二〇〇二年五月に法務省民事局参事官室へ大学当局を通じて提出した「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」に対する意見書の一部(短期賃貸借の部分)でもある(但し、若干の手直しを加えてある)。

註(2) 以上の立法経過については、内田貴『抵当権と利用権』(有斐閣、一九八三年)二二頁以下、廣中俊雄『第九回帝國

議會の民法審議』(有斐閣、一九八六年)二五―二九頁ならびに同書二〇八―二二頁、拙稿「判研(最判平八・九・一三)」法学新報一〇五卷一〇・一一号(一九九九年)二三―二四頁、拙稿「抵当権の対抗力なき占有者排除効(一)」エコノミクス(九州産業大学)五卷一号(二〇〇〇年)以下、「排除効(一)」と略称する)一頁(九頁)などを参照されたい。

註(3) 短期貸借保護制度に関する従来の問題点について、詳細は、内田・前掲書二頁以下(第二章)、五七頁以下(第三章)、生熊長幸『執行妨害と短期貸借』(有斐閣、二〇〇〇年)の全体、拙稿・前掲「排除効(一)」エコノミクス五卷一号一〇頁以下、同「抵当権の対抗力なき占有者排除効(二)」エコノミクス(九州産業大学)五卷三号(二〇〇一年)以下、「排除効(二)」と略称する)一頁以下ならびにこれら諸論攷に引用されているその他の文献を参照されたい。

註(4) 鈴木禄彌ほか編『競売の法と経済学』(信山社出版、二〇〇一年)のうち、特に「第一章(阿部泰隆・上原由起夫)」五頁以下、「第2章(福井秀夫・久米良昭)」二頁以下が、第一に、民事執行法制の限界を説き、第二に、競売市場における効率の悪さによる金融秩序の不安定化の招来、これによる信用創造の収縮化などを理由として、過激に単純廃止論を主張している。しかし、鈴木禄彌名誉教授は、同書の「序」一頁以下において単純廃止論に対して警鐘を鳴らしておられるので、同書の第一章以下との間に齟齬を来しており、何か奇異な感を覚える一書である。

註(5) 最近の新聞報道によると、法制審議会担保・執行法制部会が二〇〇三(平成一五)年一月に民法改正要綱案を正式決定し、法務省が二〇〇三年度の通常国会に改正法案を提出することである。その内容は、本稿において問題としている短期貸借制度の廃止、抵当権者同意型貸借の創設、買受人による敷金返還義務の不承継であり、また、占有者不特定の場合における不動産明渡請求が認められるよう、民事執行法の改正も行われるとのことである。更に、法務省は、刑事面でも強制執行妨害罪の処罰対象を広げ、法定刑を重くする方向で検討を進めており、こちらも二〇〇三年の通常国会に法案を提出する方針であり、民事・刑事双方の立場から占有屋対策が動き出すことになるとの報道であった(二〇〇二〔平成一四〕年一二月二二日付朝日新聞朝刊)。

第二節 短期貸借保護制度の改正問題

第一項 改正への動向

まず、一九九九（平成一一）年二月二六日、経済戦略会議「日本経済再生への戦略（答申）」の「競売手続の円滑化・迅速化」において、短期貸借の悪用事例が指摘された。

次いで、二〇〇〇（平成一二）年二月二二日、行政改革推進本部規制改革委員会「規制改革についての見解」の「不動産の流動化、不動産市場の構築」において、民法第三九五条の廃止を含む改正の指摘がなされた。

そして、二〇〇一（平成一三）年二月一日、総合規制改革会議「規制改革の推進に関する第一次答申」の「六・都市再生」において、借家制度の更なる改善（定期借家権の要件緩和）に続き、「競売の実効性確保（平成一四年度中に措置（法案提出）」の項があり、抵当権設定後の賃借権で事前に抵当権者が合意しないものは競売実施後の存続を一切認めないなど、民法第三九五条の廃止を基本として検討すべきものとされた。

しかし、その一方で、同年六月一二日、「司法制度改革審議会意見書・二一世紀の日本を支える司法制度」においては、短期貸借の濫用事例、占有者による執行妨害事例が指摘され、権利実現の実効性確保という観点から、民事執行制度の新たな改善策の導入が指摘されており、ここでは短期貸借保護制度自体への改正論議は指摘されていない⁽⁶⁾。

政府は、平成一二年の夏頃から短期質貸借制度の見直しを本格的に検討し始めたとのことであるが（二〇〇〇年八月一八日付日経新聞）、これは、制度の濫用や執行妨害を排除するという経済界からの強い要望があったためと解されている。⁽⁷⁾

しかし、執行妨害は何も短期質貸借ばかりではなく、たとえば、抵当権の実行による競売手続を申し立てたところ、いつの間にか、その周りの土地が得体の知れない人たちに買い占められており、結局、競売手続では誰も買ってくれそうにないので実行を取り下げたところ、待ってましたとばかりに、地上げ屋のような人が任意売却に応じないかを持ちかけてきて、結局、市場価格よりも安い価格でこれに応じざるを得なくなったという話もある。⁽⁸⁾ 斯様な形で、むしろ競売手続自体が金儲けの手段になっているというのが現状である。

したがって、短期質貸借保護制度を単純に廃止しても、執行妨害はなくならないであろうし、むしろ、単純廃止により、今日まで判例・裁判例、ならびに学説の尽力による立法措置等によって執行妨害対策が講じられてきたことを無に帰せしめてしまうということにもなりかねない。ここでは、問題点はどこにあるのかということを正確に把握し、問題への対策を講じて行くといったこれまでの議論を引き続き検討していくという態度が必要ではないかと思う。

第二項 担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案（平成一四年三月一九日）の紹介

法制審議会の担保・執行法制部会において検討され、本年三月一九日に出された担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案（以下、「中間試案」と略称する）及びその補足説明の内容は、次のとおりである。

一 中間試算

(一) 建物

〔A案〕

抵当権に後れる質貸借は、その期間の長短にかかわらず、抵当権者（買受人）に對抗することができないものとする。

〔注1〕 抵当権の実行による抵当不動産の売却後、一定の期間内（例えば二月）に限り、質借人が建物の占有を継続する余地を認めるものとするかどうかについては、なお検討する。

〔注2〕 抵当権に後れる質貸借といえども、その設定につき抵当権者の（包括的または個別的な）同意を受けることによって、抵当権者（買受人）に對抗しうるものとするか、その同意の公示の要否・方法等について、なお検討する。

〔B一案〕

(a) (二年) 以内の期間の定めある質貸借は、抵当権に後れるものであっても、その期間内に限り、抵当権者（買受人）に對抗することができるものとする。

〔注1〕 抵当権に後れる期間の定めのない質貸借は、抵当権者（買受人）に對抗することができないものとする。

〔注2〕 對抗しうる質貸借の期間については、なお検討する。

(b) 質貸借が抵当権者に損害を及ぼす場合には、抵当権者は、その解除を裁判所に請求することができるものとする。

(c) 質貸借が抵当権者（買受人）に對抗することができる場合においても、質借人は、期間経過後において、引渡命令（民法八三三條）の対象になるものとする。

〔B二案〕

(a) 抵当権に後れる質貸借は、抵当権の実行による抵当不動産の売却後、一定の期間（例えば、残期〔六月〕）以内に限り、抵当権者（買受人）に對抗することができるものとする。

〔注〕 對抗しうる期間については、なお検討する。

(b) B一案(b)と同じ。

(c) B一案(c)と同じ。

(後注1) (B一案) 及び (B二案) において、買受人が敷金返還義務を承継することを否認または制限するかどうか、例えば、賃料 (二月) 分相当額の範囲に限り承継するかどうかにつき検討する。

(後注2) (B一案) 及び (B二案) において、抵当権に後れる賃貸借といえども、その設定につき、抵当権者の同意を得ることにより、抵当権者 (買受人) に対抗することができるものとするかどうか等については、なお検討する。

(後注3) 何らかの指標によつて建物が賃貸用物件であるか否かを区分した上、当該建物に係る抵当権に後れる賃貸借の保護の有無、程度等について、その区分に応じた取扱いをすべきであるとの意見もある。

(二) 土地

抵当権に後れる賃貸借は、その期間の長短を問わず、抵当権者 (買受人) に対抗することができないものとする。

(注1) 農地・山林について、抵当権に後れる賃貸借を一定の範囲で保護することとするかどうかについては、利用の実態をふまえて、なお検討する。

(注2) 抵当権に後れる賃貸借といえども、その設定につき、抵当権者の同意を得ることにより、抵当権者 (買受人) に対抗することができるものとするかどうか等については、なお検討する。

二 法務省民事局参事官室の補足説明 (要約)

(一) 建物

法務省の補足説明における「総論的事項」においては、制度の濫用のみを強調し、廃止論のみを主張している。

A案では、現行のような短期賃貸借の対抗力を認めず、例外として、抵当権者の同意を得た賃貸借にのみ対抗力を付与しようとしている。この場合には、包括的同意か個別的同意かが問題となるとしている。

まず、同意を公示すべきかとの問題が提起され、ただ、公示すべきものとした場合、たとえば、区分所有建物の登記をしていない貸しビルの場合には、特定の区画に関する個々の賃借権を登記しえないという難点があるという。

また、借家権のように、引渡しを対抗要件とすることにより、同意を公示しないという方法も考えられるという。この場合に生ずる問題点については別途考察するという。

次に、B案では、A案による弊害、たとえば、定期借家人でさえ途中で立ち退かざるをえなくなること、競売により賃借権が直ちに覆滅される可能性があることを掲げ、これでは抵当不動産の効率的な利用が妨げられることが挙げられ、また、平成八年と一〇年の民事執行法の改正により、濫用が深刻ではなくなってきたことから、制度の維持を主張する学説があることなどが説明され、大幅な見直しが提案されたとのことである。

しかし、これに対し、意味のある程度までの抵当建物の有効利用は短期の保護だけで確保しうるものではなく、また、賃借権が即座に覆滅されるのは、差押後に設定された賃借権が競売によって覆滅する場合や、担保仮登記後に設定されて賃借権が仮登記担保権の実行によって消滅する場合があり、抵当権の場合にのみ短期の保護を与える必要はないとの反対論があるとのことである。更に、濫用が深刻ではなくなりつつあるという意見に対しては、民執行法による濫用的賃貸借の排除の結果、その実体法上の効果が必ずしも明確ではないという指摘があるという。

B一案では、特に定期借家など、期間を定めた賃借権を保護の対象とする旨が提案されているとのことである。

B二案では、すべての賃借権について、競売後一定の期間内における対抗力を認めており、ある種、明渡しまでの猶予期間を定めるものであるという。

濫用的賃貸借の解除請求については、賃借権の保護を標榜するB案と矛盾するとの意見もあるが、解除を執行手続

に任せることは、執行手続上の効果が実体法上明確ではないことから、解除は実体法上の観点から検討されるべきものとしている。

また、濫用型とそれ以外とを区別し、保護に係る取扱いを異にすべきという意見もあるが、その区分に係る明確な規定を設けることが困難との指摘があるという。

更に、買受人による敷金承継義務の問題については、濫用対策として、これを制限することが考えられるが、競売による所有権移転の場合に限り、斯様な制限を設けることが法制的に可能かどうかという問題が指摘されている。また、同様に、濫用対策として、その承継金額の上限を定めることが考えられるが、他面、賃料前払を抵当権者や買受人に対抗しえないものとし、賃料が高額であるとの主張を防ぐ必要があると指摘されているという。

更にまた、賃借人保護という観点から、敷金返還請求権の保護が指摘され、敷金承継の有無・程度につき、その明確化を図るべきとの指摘があるという。

最後に、賃貸用物件とそれ以外との間において取扱いを異にすべきであるという意見があるが、これに対しては、いずれであるかの区分やその公示が技術的に困難であるとの指摘があるという。

(二) 土地

土地の短期賃貸借保護制度の廃止については、部会でもほぼ異論がなかったとのことである。

第三項 中間試案のまとめとこれに対する反応

右に掲げてきた中間試案を簡単にまとめると、まずA案は、短期賃貸借保護制度の単純廃止であり、ただ、競売による売却後二ヶ月といった一定期間の占有継続を認めるか否かを検討し、また、抵当権者の同意を得ることによる抵当権者・買受人への対抗力を認めるか否かも検討することとしている。

次に、B一案は、期間の定めある賃貸借に限りその期間内の対抗力を認めることとし、ただ、その期間については引き続き検討することとし、期間経過後は引渡命令（民執法八三条）の対象とすることとし、また、抵当権者に損害を及ぼす場合には賃貸借の解除請求を可能としている。

更に、B二案は、買受人が賃貸借を全て引き受けることとし、買受け後一定の猶予期間を経過することによって明け渡させるという内容であり、解除請求と引渡命令についてはB一案と同じである。更にまた、B案共通検討事項として、買受人の敷金承継、抵当権者の同意による対抗力付与の問題があり、また、建物が賃貸用物件であるか否かを区分し、これによって保護の有無・程度につき、区分に応じた取扱いをすべき旨の意見が付されている。

この中間試案に関しては、各方面から、様々な意見が出されている。その中では、執行実務に携わる裁判所のうち三八庁、経団連、各種業界団体、全銀協等金融関連団体など、実務界・経済界の多くはA案に賛成しているようであるが、研究者にはA案に反対するものが多く見られ、何らかの留保付きではあるが、B二案に賛意を示すものが多いように思われる。

まず、生熊長幸教授は、A案は単純廃止論であり、執行妨害の排除には役に立たず、B一案は賃借人の地位の弱体

化を図っており、かつ、これも執行妨害排除には役に立たないものであり、B二案はまともではあるが、正常型賃貸借を排除しうる解除請求訴訟を置いているという点、買受人の敷金返還義務の承継を否定し、あるいは制限する可能性を臭わせているという点に大きな問題があるものと述べている。⁽¹⁰⁾

次に、吉田克己教授は、妨害の口実は短期賃貸借だけではないという考え方から、廃止論の議論は説得力に乏しいものとされ、B一案は、執行妨害対策として不十分であり、正常型賃貸借の合理的保護という観点からも不満があり、余り意味がなく、結局、B二案にしか意味がないのであるが、これについても、生熊教授と同様の懸念を示されている。⁽¹¹⁾

次に、松岡久和教授は、執行妨害の問題は必ずしも全廃論の決定的な理由とはならず、却って、全廃により、金融の活性化や景気回復のためという理由から、賃借人が泣き寝入りする結果となり、借地借家法の適用を掘り崩す結果となるといふ懸念を表明し、A案には反対のようであるが、しかしながら、B案には解除請求の問題があり、抵当権者の負担、買受人の引き受けの予測の困難さを指摘し、敷金返還請求権の保証はあるものの、居住の継続性は保証されないなど、根本的な問題点の緩和はあるものの、完全には解消されないと述べ、最終的には、抵当権者全員の同意書を添付させた賃貸目的建物の登記を甲区欄に登記させることによる対抗力付与を主張している。⁽¹²⁾

更に、工藤祐巖教授は、法務省民事局参事官室の補足説明が濫用的短期賃貸借のみを強調しており、学説における共通認識である建物短期賃貸借の多くは正常型であるという考え方と異なる認識に基づいているという点を問題視し、また、単純廃止によって執行妨害を減少させることができるかという問題についても最近懐疑的な見方が一般化しているとして、更に、敷金の承継を全く認めないという点においても妥当性を欠くという理由から、A案に反対し、

B一案は一応賃借人の保護に適うようにも見えるが、抵当権実行までに期間の定めある賃貸借が更新されると借地借家法二六条一項但書によって更新後は期間の定めなき賃貸借とみなされる結果、賃借人は抵当権者・買受人に対抗しえず、敷金返還請求権も明渡猶予期間も与えられることなく引渡命令の対象となってしまう、却って賃借人にとって過酷な結果となるので、妥当ではないとし、B二案は長期賃貸借も短期賃貸借と同様保護の対象となり、期間の定めなき賃貸借も同様の保護を受け、また、差押えと代金納付の先後という偶然の出来事で敷金承継の有無が決まるといった不合理も解消されるという点においてB一案と比べれば合理性を有するものと解しているが、明渡猶予期間を六ヶ月としたという点、当事者間で定められた当初の存続期間の保護が否定されているという点に疑問を提示している⁽¹³⁾。このように、A案には反対意見が多く、B案には懸念が示されるという状況は、これら有力説に代表され、他の学説についても同様の傾向が見られる⁽¹⁴⁾。

第四項 各種「試案」の紹介と若干の検討

法制審議会担保・執行法制部会が開かれてから後というもの、各方面から、民法第三九五条に関する改正試案が出されてきた。本項においては、それらの中から代表的なものをいくつか選択した上で、内容に関して検討してみたい。

一 担保法改正委員会試案⁽¹⁵⁾

(一) 紹介

まず、内田貴教授を始めとする研究グループである担保法改正委員会の試案は次のとおりである。

第三九五条（短期賃貸借）

- ① 期間が三年を超えない建物賃貸借は、抵当権設定後にされたものであっても、建物の引渡しがありかつ当該建物にとって通常の用法による利用がなされているときは、抵当権者に対抗することができる。ただし、当期及び次期に関するもののほか賃料の前払い又は賃料債権の処分をもって抵当権者及び買受人に対抗することができない。賃料の二月分を超える敷金の支払いについてもまた同じである。
- ② 不動産競売の開始決定がされた後に賃貸借の期間が満了する場合において、開始決定を受けた抵当権者が賃貸借の終了を請求したときは、更新は有効に拒絶されたものとみなす。
- ③ 前項の終了請求は、期間満了の一月前までに賃借人に対して通知することによって行わなければならない。ただし、開始決定後期間満了まで一月に満たないときは、開始決定後直ちにされた通知は前記通知の要件を満たすものとみなす。
- ④ 買受人が引き受けた賃貸借につき、買受け後に期間が満了したときは、最初の更新の拒絶については借地借家法第二八条を適用しない。買受けの時から期間満了まで六月に満たないときは、更新拒絶の通知は、買受け後直ちに行うことによつて、同法第二六条第一項の要件を満たす通知とみなす。

民執法第一八四条の二（短期賃貸借の終了請求）

- ① 差押債権者である抵当権者が競売開始決定から一月内に、民法第三九五条第二項に基づく賃貸借の終了の請求をする旨を賃借人に通知し、その旨を裁判所に届け出たときは、賃貸借の期間満了の一月前に賃借人に当該請求の通知があったものとみなす。
- ② 前項に規定する通知及び届出がされないときは、その後にした終了の請求はその効力を生じない。

民執規則第一七三条の三（短期賃貸借の終了請求の届出）

差押債権者である抵当権者が民法第三九五条第二項に基づく賃貸借の終了の請求をしたときは、その旨を裁判所に届け出

なければならぬ。

(二) 検討

まず、この試案の第一項は、基本的に中間試案のB一案に立脚しており、現行法を改正するという方向性が伺われる。その上で、買受人に対する詐害行為を防止するため、賃料前払や賃料債権の譲渡・質入れなどを制限し、敷金額の上限をも規定している。

次に、第二項は、抵当権者による賃貸借契約の終了請求権を規定し、第三項は、その終了請求の方法を規定している。また、賃貸借の終了方法については、代金納付の効果として、現行民事執行法一八四条の次に追加規定を置いている。この終了請求権については、抵当権者が設定者（所有者）の管理権限に踏み込むことになるが、従来の判例法理において既に競売開始決定による差押えの効力発生後における短期賃貸借の設定・更新を否定しており（前掲最判平八・九・一三三）、また、平成一一年一月二四日の最高裁大法廷判決が、場合によっては、抵当権者が設定者（所有者）の占有関係にまで踏み込むことを認める旨判示している⁽¹⁶⁾ので、何ら問題はないであろう。ただ、これらの判例法理を踏まえた割には、賃借人側に有利な制度となっている。その理由は、賃貸用建物の場合を考慮し、この場合には、賃借権が存続しているほうが買受人にとって有利であり、今後は、これが不動産価額を高める要因として評価される可能性も小さくないからということである⁽¹⁶⁾。

次に、第四項は、買受け後の更新拒絶を規定している。この規定の特徴は、借地借家法二八条の適用を除外することにより、更新拒絶に「正当事由」を要しないということになるという点にある。これは、買受人に賃貸借を存続さ

せるか否かの決定権を与えたということになり、一応合理的であるかのように見える。しかし、正常型の質貸借を買受人の一存で排除してしまうという恣意的な側面もあり、やや問題が残る。

以上、担保法改正委員会試案を概観したが、この案は、現行法の改正に重点を置いて規定されているという点、また、正常型質貸借に配慮しつつ、買受人の意思を尊重するという点において合理性があり、また、妥当性も高い。ただ、今一步、正常型質貸借に配慮し、これに歩み寄る姿勢も必要なのではないかと思われる。

なお、抵当権に基づく物権的請求権については、本試案によると、抵当権の一般的な内容として、民法第三六九条の改正として取り扱っている関係上、⁽¹⁷⁾民法第三九五条には採り入れられていない。この点は、物権的請求権という物権の一般的効力の問題であるから、抵当権という局面においても、その一内容として取り扱ったものであり、何ら問題はないであろう。

二 生熊試案⁽¹⁸⁾

(一) 紹介

生熊長幸教授の試案（私案の骨子）は次のとおりである。

(1) 建物の通常の使用を目的とする建物質借権（正常型建物質借権）で、賃借人が建物の引渡しを受けたものは、抵当権設定前に設定されたものであれ、抵当権設定後に設定されたものであれ、建物の競売がなされたときは、買受人に引き受けられ、買受人がこれまでの質貸借契約を原則的に承継するものとする。買受人と賃借人との間では、借地借家法が適用される。

(2) ただし、抵当権設定後に設定された(1)掲記の建物質借権については、以下のように取り扱う。

- ① 建物買受人は、居住用部分を含む建物賃貸借については、月額賃料の二ヶ月分の限度で敷金返還義務を承継し、居住用部分を含まない建物賃貸借については、月額賃料の五ヶ月分の限度で敷金返還義務を承継するものとする。敷金・保証金等の名目いかんを問わず、賃借人の債務不履行の担保としての意味を有せず、賃借人への貸金とみるべき部分については、建物買受人は、その返還義務を承継しない。
- ② 譲渡転貸可能の特約は、建物買受人には対抗しえないものとする。
- ③ 賃料の前払いは、一ヶ月分の限度で買受人に対抗しうるものとする。
- ④ 建物賃貸借の期間は、原則的には従前の賃貸借契約で定められた期間とするが、当該賃貸建物の種類、用途等を勘案し、執行裁判所が当該建物の存在する地域の実情に合ったものとする事ができるものとする。
- (3) 建物買受人が引き受けるべき賃貸借の内容は、執行裁判所が物件明細書に記載するものとする。
- (4) 借地借家法を改正し、賃貸借契約締結にあたり授受される敷金及び礼金の額は、居住用部分を含む建物賃貸借については、敷金及び礼金はそれぞれ月額賃料の二ヶ月分を超えてはならないものとし、これを超える額の金銭の支払いがなされたときは、その金銭は賃料の前払いとしてなされたものとみなすものとする。また、居住用部分を含まない建物賃貸借については、礼金の額は月額賃料の二ヶ月分を超えてはならず、かつ、敷金と礼金の合計額は月額賃料の一〇ヶ月分を超えてはならないものとし、月額賃料の一〇ヶ月分を超える額の金銭の支払いがなされたときは、その金銭は、賃料の前払いとしてなされたものとみなすものとする。賃借人の債務不履行の担保として授受される金銭は、名目のいかんを問わず、敷金とみなす。礼金とは、賃借人の債務不履行の担保として授受される金銭は、名目のいかんを問わず、(5) 抵当権設定登記に後れて設定された土地賃貸借は、土地の競売により消滅するものとする。

(二) 検討

まず、この試案は、短期・長期の区別なく、また、賃貸借契約の締結時期が抵当権設定登記の前後を問わず、全て買受人に引き受けられるという点において、基本的に中間試案のB二案に立脚しているものようではあるが、明渡

猶予期間を設けず、引き受け後の関係は借地借家法に依拠するという点において、B二案とは異なる。

生熊教授は、抵当権設定登記後の賃貸借について一定の制限を設け、買受人との利害調整を図っている。

まず、敷金について、居住用部分を含む建物賃貸借とそれ以外との間において差異を設け、前者は月額賃料の二ヶ月分、後者はその五ヶ月分の範囲で買受人が引き受けるべきものとしている。この範囲は概ね首都圏における慣行によるものと思われるが、敷金の設定については全国で区々であるから、この点において果たして一律化することができるといえるかという難点がある。もつとも、生熊教授ご自身もこの点を十分承知しており、それでも従前から行われてきた高額敷金による建物賃貸借権の濫用事例を排除するため、敢えて、敷金の範囲につき全国一律化を主張し、そのために借地借家法を改正し、同法に敷金・礼金額の制限規定を盛り込むべき旨を主張しているのである。¹⁹⁾

次に、これも従来からの濫用事例の中心であった賃料前払特約、賃借権の譲渡転貸特約につき制限を設けるべき旨を規定している。前者については一ヶ月分のみに対抗力を認め、後者については対抗力を否定している。賃料前払は存続期間中全額事例による詐害行為が頻繁であったが、当月分の賃料前払については、一般によく行われており、この点は詐害性が問題にならないので、特に問題はないであろう。譲渡転貸特約の対抗力否定については、予め濫用の芽を摘んでおくといった趣旨であろう。

以上、生熊試案を概観したが、この案は、従来から買受人にとって障害となっていた賃貸借契約中の詐害的な特約をなるべく予め排除しようとの考え方から構成されており、妥当性を有する。ただ、従来の民法第三九五条を廃止するという方向性があり、その上での代替案としては、正常型賃貸借の保護というよりも、買受人の保護といったほうが適した案となってしまうという点において、従来の生熊教授の主張よりも一歩後退しているように思われる。

三 山野目試案⁽²⁰⁾

(一) 紹介

山野目章夫教授の試案は次のとおりである。

【本案】

第一 期間を三年以下とする建物の賃貸借で賃借人が建物を使用しているものは、抵当権設定登記後に登記され、または建物が引き渡されたものであっても、これをもって抵当権者に対抗することができるものとし、ただし、その賃貸借が、借賃が不相当に低額であるなどにより抵当権者に損害を及ぼすときは、この限りでないものとする（民法三九五条関係）。

第二 期間の定めがない建物の賃貸借は、第一と同様とする（民法三九五条関係）。

第三 建物の差押えは、第一に掲げる賃貸借について借地借家法二六条一項によりしたものとみなされる更新の効力を妨げないものとする（民事執行法四六条関係）。

第四 建物の競売において買受人となった者が第一の建物賃貸借についてする借地借家法二六条一項の通知には、同法二八条の規定を適用しないものとする。同人がする第二の建物賃貸借の解約の申し入れも、同様とする（同法二八条関係）。

【別案】

第一 抵当権者の承諾を得てした建物の賃貸借は、これをもって抵当権者に対抗することができるものとし、この場合において、抵当権者の承諾を得ないでした契約条件の変更は、建物の競売において買受人となった者に対抗することができないものとする（民法三九五条関係）。

第二 建物の賃借権の設定の登記を申請する場合において、その賃借権の設定が抵当権者の承諾を得てしたものであるときは、その旨を申請書に記載しなければならぬものとする（不動産登記法一三二条一項関係）。

第三 抵当権者の承諾を得てした建物の賃借権の設定の登記を申請する場合には、申請書に抵当権者の承諾書を添付しなければならぬものとする。その賃貸借権に関する変更の登記を申請する場合も、同様とする（不動産登記法一三二条二項関係）。

第四 抵当権者の同意を得ないでした建物の賃貸借で期間を三年以下とするものが売却により効力を失う場合において、その賃借人で建物を使用している者が請求をしたときは、その賃借人と買受人との間でその建物につき賃貸借がなされたものとみなすものとする。この場合において、建物の借賃は裁判所が定めるものとし、また、賃貸借の期間は、契約の更新がないこととする旨を定め、または定めないうで、売却により効力を失う賃貸借の残存期間の範囲内で裁判所が定めるものとし、ただし、裁判所が定める期間は六月を下ることができないものとする。

第五 抵当権者の承諾を得ないでした建物の賃貸借で期間の定めがないものが売却により効力を失う場合において、その賃借人で建物を使用している者が請求をしたときは、第四と同様とし、この場合において、「売却により効力を失う賃貸借の残存期間の範囲内」とあるのは、「三年を超えない範囲で」と読み替えるものとする（民法三九五条関係）。

第六 第四及び第五の場合において賃借人が請求をするべき時期ならびに執行裁判所が建物の借賃及び賃貸借の期間を定める手続については、別途検討するところに基つき、民事執行法において所要の規定を整備する。

第七 執行裁判所は、売却により効力を失う賃貸借の賃借人の請求によりしたもののみなされる賃貸借の概要を物件明細書に記載しなければならないものとする（民事執行法六二条関係）。

(二) 検討

山野目教授の試案は大きく二つに分かれており、まず、本案は、抵当権設定登記に後れる期間三年以下及び期間の定めのない建物賃貸借のうち、賃借人が建物を使用しているもので、かつ、抵当権者に損害を及ぼすものでないものについては、抵当権者に対抗することができるものとして、原則として、買受人が引き受けるべきものとする一方で、引き受け後の賃貸借の更新については借地借家法二八条の適用を排除し、更新拒絶につき正当事由を不要と解するものである。この案は、短期の定めがある賃貸借と期間の定めなき賃貸借は基本的に買受人が引き受けるべきものとし

ているという点において中間試案のB二案に類似するものではあるが、期間の定めある場合は短期三年以下に限定しているという点において、B二案とは異なる。基本的には生熊試案との距離のほうがより接近している。

山野日本案の特徴は、前述した判例法理とは異なり、建物の差押えがあっても、借地借家法二六条の法定更新を妨げないものと解しているという点にある。その理由は、法定更新を認めても、更新後は期間の定めなき賃貸借となり、買受人が賃貸人となっても、いつでも解約申し入れができる反面、賃借人にも解約申し入れから六ヶ月の猶予期間が与えられることとなり（借地借家法二七条一項）、また、買受人に対する敷金返還請求権行使の機会を確保することができるからである⁽²¹⁾。そうすると、この意味において、山野目試案はB二案に極めて接近することになる。

次に、山野目別案は、抵当権者の承諾を得た建物賃貸借につき、登記制度を利用した上で対抗力を付与するという考え方である。

この別案の特徴は、抵当権者の承諾を受ければ、期間の長短を問わず、対抗力を付与されるという点にある。また、抵当権者の承諾を受けない賃貸借は競売により効力を失う（「消滅」ではない点に注意〔筆者註〕）運命にあるとする一方で、期間三年以下の賃貸借と期間の定めなき賃貸借につき、建物賃借人＝使用者の請求を要件として、三年を限度とし、その残存期間内における「法定賃貸借」の成立を認めているという点も大きな特徴である。

また、この別案においては、賃借権の設定登記申請に抵当権者の承諾書を添付させるという方法により、対抗力を付与するというのであるが、これは賃借権の登記の中に「何番抵当権者承諾」と記載してもらおうための賃借権設定登記申請書の任意的記載事項であるものと解されている⁽²²⁾。この方法により、承諾した抵当権者に対する対抗力を付与するという考え方のように見えるが、これでは、抵当権者が数人存在する場合における処理には不向きであるから、抵

当権者全員の承諾書を取った上で、これを全て添付させて登記申請をさせるべきであろう。

以上、山野日案を概観したが、民法第三九五条を改正する方向における議論と、新たな制度の創設という二つの側面をもつ試案であり、よく考えられているものと思われる。

しかし、別案の抵当権者の承諾を得た賃借権の登記については、前述したように、全ての抵当権者からの承諾でなければ余計に混乱を招くだけであり、しかも、賃借権登記のみならず、抵当権登記にも賃借権を承諾した旨の付記登記をさせるべきではないだろうか。これなくしては、十分な公示機能を果たすものとはいえないように思われる。

また、法定賃貸借についても、競売手続の中で行われるとのことであるが、⁽²³⁾その内容を裁判所で定めるとなると、手続の迅速性という点において難があるものと思われる。

四 松岡試案⁽²⁴⁾

(一) 紹介

松岡久和教授の試案(骨子案)は次のとおりである。

- ① 建物登記簿の表示の登記もしくは甲区に賃貸目的建物であることを明示する記載をする欄を設け、建物所有者が、賃貸目的建物であるとの登記を単独申請できるものとする。既に建物抵当権者が存在する場合には、その全員の同意書を添えることを要するものとする。
- ② 逆に、賃貸目的建物の登記のある建物をそうでない建物にする場合には、建物所有者が、抹消登記を単独申請できるものとする。既に建物賃借人が存在する場合には、その全員の同意書を添えることを要するものとする。
- ③ 賃貸目的建物の登記のある建物については、抵当権設定登記後に設定された賃貸借であっても、對抗要件を具備してい

る限り、抵当権者に対抗できるものとする。

④ 賃貸目的建物の登記のない建物については、抵当権設定登記後に設定された賃貸借は、抵当権者に対抗できないものとし、建物所有者及び賃借人に対して、買受人は引渡命令による明渡しを求めることができるものとする。

⑤ 賃貸目的建物の登記があるか否かは、宅地建物取引業法三五条で説明すべき重要事項に明記し、不動産広告などにも記載するものとする。

⑥ 賃料の前払いなど賃料債権の事前処分を一ヶ月の限度でのみ買受人に対抗できるものとし、買受人に引き受けられる敷金・保証金返還債務の額も、平均的な額に限定するものとする。

⑦ その他の点では、買受人と賃借人との関係には借地借家法を適用するものとする。

⑧ 不適切な使用や問題のある賃借人の入居に対しては、抵当権に基づく管理制度や民事執行法上の保全制度の充実に期待する。

(二) 検討

松岡教授の試案は、「所有者主導型賃貸目的建物登記論」である。⁽²⁵⁾

この試案の特徴は、やはり抵当権者全員の同意書を添付した「賃貸目的建物用の登記」を利用した賃借権の対抗力付与という点にある。

賃貸目的建物であるということは、登記簿の表題部か、甲区欄に記載欄を新たに設けるといっているのであるが、表題部であっても、特別の登記用紙が必要になり、甲区欄に設けるとすると、所有権の登記と見分けがつかなくなるので、やはり特別の登記用紙を必要とする。

それでは、いずれの用紙に賃貸目的建物であることを登記するのがよいかというと、やはり表題部の登記用紙に賃

貸目的建物用を創設し、これに賃貸目的建物の表示登記をするのがよりベターであるものと思う。その内容は、賃貸部分のそれぞれの区分及び賃借人の氏名など、特定の表示にふさわしいものとする。その上で、権利の登記は乙区の賃借権の登記を利用するのがよいのではないかと思われる。しかし、松岡試案は、権利単位で登記するのではなく、建物単位で登記するという考え方であるから、⁽²⁶⁾ そうすると、賃貸目的建物用の甲区と乙区を創設し、ここにそれぞれ所有権と賃借権の登記をすることになるであろう。そうすれば、従来の乙区の賃借権登記（正常型には殆ど存在しないが）との見分けがつきやすくなる。予算という点を考えるなら、乙区の賃借権登記を改良して使うのが望ましいということになり、理想としては、松岡試案を更に徹底した賃貸目的建物用の登記を整備すべきものと思う。

しかしながら、斯様な登記用紙の創設及び登記の実施には、やはり、かなりの手間がかかるであろう。ましてや、従来からの賃貸物件の全てにこの制度を導入すると、その手間たるや想像に難くない。また、現在においては、電磁記録式の登記を推進しているが、この点においても大変であるのに、また、違う書式を用意すると、新規定の申請と既存分の転記（転記の転記も考えられる）とで二重三重の負担となるので、かなりの労力を要するのではないかと思われる。

いずれにしても、この松岡試案は、骨子案であり、まだ内容を「細部にわたって詰めていない」という点において粗い点もあるが、⁽²⁷⁾ 抵当権者全員の承諾書を取るという点において徹底しており、妥当性がある。ただ、民法第三九五条を改正するという観点からは遠く離れていってしまい、つまり、政府の方針どおり、その廃止を基本としているという点においては、私見とはやや距離を置いた議論となる。

五 小 括

以上概観してきたように、現時点における各種試案は、民法第三九五条の改正を基本とするものと、その廃止を基本とした新たな制度の創設を標榜するものとに分かれているものといえることができる。それぞれの試案にはそれぞれの思惑があり、また、基本的には全てよく考えられた力作揃いであるようにも見える。今後、それぞれの試案に対して批判の目を向け、そして、買受人と賃借人との利害をうまく調整していくことができれば、いずれの案でも妥当な制度となりうるのではないだろうか。

ただ、抵当権者同意型賃貸借の場合において、賃借権に對抗力を付与するための登記制度については、まだ見解が区々であり、全く統一が取れていないというのが現状である。この点を如何に考えるかは今後の課題であるが、近いうちに統一ある見解を出さなければ、改正論議をした意味はないであろう。

私見は後述するが、正常型の賃借権をその他の賃借権と区別することができ、前者のみを保護することができれば、制度改正は成功するのであるから、この基本を忘れずに改正論議を闘わせるべきであろう。

第五項 第一三回担保・執行法制部会（平成一四年九月一七日）⁽²⁸⁾

その後、第一三回法制審議会担保・執行法制部会において、短期賃貸借の濫用による執行妨害事例が依然として存在すること、賃借人を保護する制度として合理的に機能していないことを理由として、短期賃貸借保護制度を廃止するとともに、新たな賃借人保護の制度（明渡猶予期間、抵当権者の同意により對抗力を与える制度）を設ける方向で制度を

見直す旨の提案がなされた。

まず、明渡猶予期間については、対抗力なき賃貸借による占有者（差押後に占有を開始した者を除く）は、代金納付から三月（又は賃貸借の期間満了のいずれか早い時期）までに限り、当該建物の明渡しを猶予される旨の規定の創設が提案された。そして、これに関する検討事項として、①賃借人の請求により裁判所が相当の期限を許与することができるとの考え方もあるが（区分所有法六三条五項、借地借家法三五条一項）、明渡猶予の判断が引渡命令の発令段階で行われるべきであり、その判断はできる限り迅速かつ画一的になされるべきことを考慮すると、一定の要件を満たすと同時に明渡猶予の効果が発生すべきものと解するが如何に、②当該猶予期間中は占有者と所有者との間において法定の賃貸借関係が成立するとの考え方もあるが、内容及び効果や如何に、③猶予対象者に差押え後の賃貸借の合意更新による占有者を入れる一方で、差押え後に新たに締結された賃貸借による占有者は除外するが如何に、④猶予期間を三月程としたのは競売により覆滅される賃借人の不利益の緩和と買受人の利益保護との比較衡量であるが如何に、⑤明渡猶予の可否の判断基準として裁量的要素を定めることは判断の迅速性や結論の予測可能性を後退させるおそれがあるが、この点を如何に考えるかという点が挙げられた。

次に、抵当権者の同意による賃貸借への対抗力付与という制度の創設については、抵当権者の同意を公示する必要があるとされ、この同意を抵当権設定契約に付された特約として、抵当権設定登記により公示する制度が挙げられ、次のような制度とその問題点が提示された。

- ① この制度は、抵当権者と設定者との合意により抵当権に後れる賃貸借に対抗力を付与するものである。

- ② この制度の対象は、一棟の建物の全部、または、区分所有建物として登記された建物の一個の区分所有権の目的とされた部分の全部を目的とする賃貸借に限られ、これらの一部を目的とする賃貸借には適用しない。
- ③ ①の合意には、個別賃貸借において与えられる場合（個別的同意型）と、一定条件の下に当該条件を満たす賃貸借につき、予め包括的に与えられる場合（包括的同意型）とがある。
- ④ ①の合意は抵当権設定登記により公示し、事後的な合意はその付記登記により公示することによって買受人等の第三者に対抗することができるものとする。
- ⑤ 公示すべき事項と公示しうる事項は法定する。
- ⑥ 公示すべき事項を欠く公示では対抗力を認めないこととし、これを公示した場合において、公示しうる事項については、公示した事項のみ対抗力を認めることとする。

右の制度において公示すべき事項とは、①個別的同意型では、賃貸借を特定するに足りる事項として、契約日、当事者、期間、賃料額とされ、②包括的同意型では、賃貸借を特定するに足りる事項に関する条件として、賃借人としての条件、期間に関する条件、賃料の最低額などが考えられるとするが、賃借人としての条件として、暴力団及びその構成員を除くとするなど、合理的な定めができるかが問題になるとされている。

また、公示しうる事項とは、①個別的同意型では、敷金額、譲渡・転貸特約の有無及び内容、賃料前払の有無などが考えられ、②包括的同意型では、最高額敷金に関する条件、譲渡転貸特約の付加可能性及びこれを付加した場合の内容に関する条件、賃料前払の有無などが考えられるとされ、この公示しうる事項を如何にして規定するかを検討すべきものとされている。

更に、右の制度における問題点として、①斯様な特約により、抵当権の内容を一部変更するものであり、これに後

れる賃貸借に対する優先権を喪失させるものであること、②この合意は事後的に付加することができるものであること、③この場合の抵当権者の同意とは、当該賃貸借に先立つ全ての抵当権者の同意であること、④この制度は土地・建物のいずれについても設けることができること、⑤この合意は抵当権者の権利の一部を放棄するという性格を有する関係上、撤回権を認めると公示内容が複雑化するので、撤回しえないものとするべきとの考え方が如何にといった事柄が挙げられている。

しかし、平成一四年度の日本私法学会拡大ワークショップにおいて、吉田光頌教授により、右の法務省案とは異なる登記制度の創設が具体的な形で発表された。即ち、

- ① 賃貸用建物としての登記欄を設け、これにファイルナンバー、賃貸部分の区画数を記載する（賃貸人の単独申請）。
- ② ファイルナンバーに応じた賃貸借契約の内容ファイルを電磁記録で別に登記する（共同申請）。
- ③ ②の内容ファイルには次の内容を登記しうるものとし、このファイルに記載された範囲内で抵当権者（買受人）に対抗しうるものとする。

（ア）建物の各階平面図、賃貸部分の表示、区画ナンバー、面積。

（イ）区画毎の賃貸借契約の内容（賃借人、定期借家か否か、使用目的、契約期間、賃料・共益費の額、敷金の有無・金額、賃料前払の有無・金額、権利金〔礼金〕の有無・金額、保証金〔建設協力金〕の有無・金額、保証金の返還方法）

という内容である。

また、吉田（光）教授は、濫用的な賃貸借の登記を排除しうるように、敷金額は、たとえば、居住用で賃料の四ヶ月分、事業用で賃料の一年分を超過して登記することができないようにする旨を提案し、更に、賃借権の譲渡・転貸もファイルに記載されなければ対抗力なきものとする⁽²⁹⁾ことを提案している。

右の吉田（光）教授の発表は、前述した松岡教授の試案に沿うものでもある（吉田教授自身斯様に明言している）。しかし、松岡教授の試案と同様であるならば、担保・執行法制部会における法務省案とは異なり、建物登記簿（表題部または甲区）に賃貸目的建物用の登記欄を設け、そこに賃貸借契約を丸ごと登記するという方法を主張することになる。ただ、吉田（光）教授の場合には、松岡教授の構想を一步進め、賃貸借契約の内容は別ファイルに登記するものとしているので、松岡教授の構想のところでは述べた私見（思いつき）と近似した考え方ということになろう。

右に紹介したように、松岡教授・吉田（光）教授ともに、新たな登記制度の可能性を強調しているが、⁽³⁰⁾斬様な制度の創設は、登記実務上本当に可能なのであろうか、より卑属的にいうと、斯様な予算措置及び人員配置の余裕が法務省にあるのかという問題があり、理論的には可能であっても、その物的及び人的要素を全て充足しうるのかという点が最大のネックになるように思われてならない。

私見は、もし、抵当権者同意型賃貸借制度が本格化した暁には、松岡教授・吉田（光）教授の見解に非常に興味があり、この見解に沿った制度が実現できればよいと思うが、予算と人員配置という点において、法務省が難色を示す可能性は極めて高い。法務省が主張するように、抵当権設定登記とともに登記するか、事後的に抵当権設定登記の付記登記とするのであれば、予算的にも人的にも可能であることは手続上明らかであろう。そうすると、結局は、法務省サイドの考え方で落ち着いてしまうのかという懸念が脳裏をよぎる。

註(6) 生熊長幸「短期賃貸借制度の改正に関して(上)」NBL七三八号(二〇〇二年)四二頁(四三―四四頁)参照。

註(7) 鎌田薫ほか「座談会・抵当権制度の現状と将来像(二)」NBL七〇〇号(二〇〇〇年)九頁参照。

- 註(8) 鎌田ほか・前掲「座談会」(前掲註(7)) NBL七〇〇号一五頁(菅原胞治発言)。
- 註(9) 松岡久和「二〇〇二年私法学会拡大ワークショップ資料」参照。
- 註(10) 生熊長幸「短期貸借保護制度の改正に関して(下)」NBL七三九号(二〇〇二年)二二頁(二九頁)。
- 註(11) 吉田克己「短期貸借保護制度改正の方向」ジュリスト一二三三三号(二〇〇二年)一九頁(二一―二八頁)。
- 註(12) 松岡久和「いま担保法に何が起きているのか・第五回」銀行法務21六〇二号(二〇〇二年)五四頁(五九―六一頁)。
松岡教授の見解は、中間試案前の「たたき台」(二〇〇二年一月二二日)に対するものである。
- 註(13) 工藤祐巖「短期貸借保護制度の見直しについて」法律時報七四卷八号(二〇〇二年)三二頁(三三―三四頁)。
- 註(14) たとえば、後掲するように、「担保法改正委員会」の「試案」によると、期間が三年を超えない建物貸借のうち、引渡しがあり、通常の用法による利用がなされているものについて対抗力が認められており(「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリスト一二二八号(二〇〇二年)以下、「試案の公表」と略称する)一八一頁(一八八頁)、また、山野目章夫教授の「本案」によっても、期間を三年以下とする建物貸借のうち、賃借人により使用されているものは対抗力が認められている(山野目章夫「短期貸借保護制度の見直し」銀行法務21六〇一号(二〇〇二年)四頁(五頁))という傾向を見る限り、有力学説は概ねA案に反対であるものと思われる。
- 註(15) 担保法改正委員会・前掲「試案の公表」(前掲註(14))ジュリスト一二二八号一八八頁。なお、以下に掲げる各種試案については、それぞれ引用資料からの抜粋である関係上、番号の振り方など、統一の取れていない点があるということをお断りしておく。
- 註(16) 担保法改正委員会・前掲「試案の公表」(内田貴) (前掲註(14))ジュリスト一二二八号二三三頁。
- 註(17) 担保法改正委員会・前掲「試案の公表」(前掲註(14))ジュリスト一二二八号一八五頁。
- 註(18) 生熊・前掲「論文」(前掲註(10)) NBL七三九号二四頁。
- 註(19) 生熊・前掲「論文」(前掲註(10)) NBL七三九号二五頁。
- 註(20) 山野目・前掲「論文」(前掲註(14)) 銀行法務21六〇一号五頁及び一〇頁。
- 註(21) 山野目・前掲「論文」(前掲註(14)) 銀行法務21六〇一号八頁。

註(22) 山野目・前掲「論文」(前掲註〔14〕) 銀行法務21六〇一号一頁。

註(23) 山野目・前掲「論文」(前掲註〔14〕) 銀行法務21六〇一号一二頁。

註(24) 松岡・前掲「論文」(前掲註〔12〕) 銀行法務21六〇二号六一一六二頁。

註(25) 松岡・前掲「論文」(前掲註〔12〕) 銀行法務21六〇二号六一頁。

註(26) 松岡・前掲「論文」(前掲註〔12〕) 銀行法務21六〇二号六一頁。

註(27) 松岡・前掲「論文」(前掲註〔12〕) 銀行法務21六〇二号六一頁。

註(28) 以下の説明は、平成一四年九月一七日に開催された第一三回担保・執行法制部会の「資料一六」に基づくものである。この資料は、法務省のホームページからダウンロードし、自身でも編集したが、本稿執筆にあたっては、それとともに、松岡久和教授が同年一〇月一三日に開催された日本私法学会第六六回大会の拡大ワークショップで配付した資料をも参照した次第である。

註(29) 吉田光頌「要綱中間試案の批判的検討―抵当権者同意型賃貸借ないし賃貸目的建物の引受け制度について」日本私法学会第六六回大会拡大ワークショップ配付資料参照。

註(30) 松岡・前掲「論文」(前掲註〔12〕) 銀行法務21六〇二号六一頁は、斬様な制度の創設を現在最も検討に値するものとして位置付けている。また、吉田(光)教授は、発表の折り、システムとして不可能を強いるものではないし、前向きに検討する価値あるものとして位置付けていた(前掲資料参照)。

第三節 中間試案に対する私見

第一項 建物

一 A案について

A案は、現行の短期賃貸借保護制度を全面的に廃止するという案であり、私は以下の理由によりこれに反対する。建物の賃貸借は、居住用では通常二年契約であり、更新される（居住用以外の建物でも比較的短期のものが多い）。居住用以外のテナントビルなどでは長いものもあるが、せいぜい一〇年程度である。そして、この場合にも、期間の満了時に更新するか否かを決めるわけである。

そもそも、貸しビルや賃貸マンションの場合には、建築時に建築費を借り入れて建設され、完成と同時に抵当権が設定されることが多い関係上、必ず賃貸借契約は抵当権に後れるものとなる。また、相当資金力ある家主が抵当権の設定なしで建築したとしても、その後、貸家業の拡大を図り、既存物件に抵当権を設定し、資金を借り入れる場合がある。そうすると、当初は抵当権に優先する賃借権であっても、何しろ短期のものでは二年契約であるから、必ず抵当権に後れる日がやってくる。つまり、短期賃貸借と呼ばれているものの多くは、このように所謂「正常型」の賃貸借であり、この点は既に執行実務に詳しい法曹実務家や研究者の間では共通認識になっている。⁽³¹⁾

A案によると、斯様な正常型の賃貸借まで保護しないということになる。従来判例のように、抵当権実行後は更

新を認めず、現に存在する賃貸借契約期間の満了までは待つてやるといった制度にしないと、賃借人にとって非常に酷な結果となる。

執行妨害事案については、既に判例・学説によって解決策が図られているところであり、また、民事執行法による法整備も進んでいるところである。ところが、今、民法第三九五条を廃止すれば、これらの努力が水泡に帰することになる。制度を廃止しても執行妨害は単純にはなくならないものである。それは、法的に抵当権者・買受人に対抗しえなくとも、現実に抵当権設定者から賃借権や使用借権などの設定を受け、占有することにより、買受け意欲を失わせることを狙いとした執行妨害が多いということから明らかである。特に、暴力団や悪質な街の金融業者といった反社会的勢力による占有は、買受け意欲の減退に特に効果的に働くことになる。そして、これらの輩が廉価で買い受けたり、競売申し立ての取り下げを待つて、任意売却の交渉に入るなどして、不当な利益を獲得することになるのである。⁽³²⁾

更に、敷金の問題もある。賃貸借が全く買受人に引き受けられないということであれば、当然、敷金返還義務をも承継しないということになる。しかし、ここに問題が発生する。それは、正常型の賃借人が賃貸人（抵当権設定者）に支払ってある（正確には預けてある）敷金を、既に無資力状況に陥っている賃貸人から返還してもらうことが困難になるからである。⁽³³⁾ 確かに、従来の判例・裁判例の事案においては、街の金融業者が貸金を高額な敷金に置き換えて執行妨害に利用してきたという現実はあるが、しかし、それは濫用型の賃貸借の話であつて、圧倒的多数の正常型賃貸借にとつては何の関係もない話である。この点においても、A案は採るに値しない。

以上の理由から、私はA案に反対し、これまでの判例・学説の到達点を重視した上で、民法第三九五条の改正とい

う方向で努力すべきものと思う次第である。

二 B一案について

期間の定めのある貸借については、なるべく保護すべきであるという観点から、本案に賛成する。ただ、正常型の貸借を保護するという観点をもっと重視すべきであるといった留保付きの賛成である。

保護期間の問題については、たとえば、定期借家の場合には、市場において現に五年という期間設定が存在しているので、五年以内という案も可能であるものと思う。本案が出るにあたっては、定期借家が念頭に置かれたのであるから、斯様に解することにも妥当性はあるものと思う。つまり、存続期間二年の貸借契約でも、競売開始決定とともに五年の定期借家権という取扱いを受けるという考え方である。ただ、この場合には、競売開始決定による差押えの効力発生時から五年と解すべきである。競売手続終結時から五年では長すぎるからである。

また、現行法と同様、存続期間三年限りの対抗であっても、賃借人に悪影響が出なければ、それでもよい。ただ、三年という場合であっても、右と同様、競売開始決定から三年とすべきである。

更に、たとえば、一〇年といった長期の契約であっても、右と同様競売開始決定から短期の範囲で対抗力を認めるといった制度が望ましい。

しかし、右の期間で賃借権が消滅するとはいつても、賃貸物件においては、賃借人が不存在では話にならないので、右のいずれの場合であっても、買受人との新規契約を妨げないことはいうまでもない。優良な賃借人を敢えて追い出す必要はないし、また、新たな賃借人を見つけるまでの負担は買受人にとって重いからである。しかしながら、この

場合であっても、あくまでも買受人との新たな契約とすべきであり、従前の契約の更新を認めることは妥当ではない。これが悪用される可能性があるからであり、また、新規に契約させるだけで十分だからである。

抵当権者に損害を及ぼす賃貸借の解除請求については、従来の解釈を十分に活かすべきである。中間試案及びその補足説明によると、賃貸借の対抗力の有無が取り沙汰されているが、対抗力なき賃貸借が抵当権者の優先弁済権を侵害するケースもあることから、解除請求の対象には対抗力の有無は無関係とし、抵当権者が事実上優先弁済を受けられないケースについて、解除請求を広く認めるべきものと思われる。

建物の明渡しについては、期間満了後、遅滞なく明け渡さなければならぬということを明記すべきである。つまり、この場合には、与えられた保護期間が満了するという関係上、借地借家法二六条、二七条に規定されているような、非更新・解約の場合における六ヶ月という明渡猶予期間は適用除外とすべきである。この場合において、占有者が明け渡さないときには、引渡命令（民執法八三条）の対象とすべきであるということは当然であり、また、これを容易に認めるべきである。

最後の敷金返還義務については、賃料との関係、賃貸物件の用途などを勘案の上、裁判所において妥当と判断する範囲内において、買受人が引き受けるべきものとすべきである。有力説の中には、敷金引受額の話を具体的に挙げるものが多く、居住用で二ヶ月分、その他で五ヶ月分などとしているものがあるが³⁴、元々、敷金額は地方によって区々であり、居住用でも、東京周辺では賃料の二ヶ月分が多く、関西では六ヶ月から一〇ヶ月分、九州では五ヶ月分が多い。したがって、この論点については、賃貸物件の種類に応じて、その地域における平均を勘案すべきであり、この場合には、当該物件の価値をも勘案した上で、裁判所が金額を決定すべきである。

三 B二案について

留保付きであるにせよ、B一案を妥当と解する以上、本案については反対する。

特に、本案は、抵当権に後れる賃貸借であっても、原則として、全て買受人が引き受けることとし、売却後六ヶ月程度で明け渡させるという考え方になるが、斯様な明渡猶予期間の設定は、期間の定めの有無や正常型・非正常型を問わず、あらゆる賃借人に占有を許すということであり、これでは執行妨害の排除には役に立たず、また、明渡猶予期間では短期に過ぎ、却って正常型の賃借人にとって酷に過ぎる。斯様な理由から、B二案には反対する。

第二項 土地

中間試案は、抵当権に劣後する土地賃貸借を完全に抵当権者や買受人に対抗しえないものとしており、土地については、短期賃貸借保護制度を完全に廃止するものとしているが、廃止にあたっては、これによるメリットをより明確にすべきものと思う。

従来から、賃借権付き農地（小作地）の場合には、買受適格制度があり、競売手続において支障が出ている。この場合には、元々、短期賃貸借の保護、即ち、対抗力の有無には関係のないところで競売に支障が出ているのである。即ち、対抗力なき農地賃貸借の場合であっても、買受人が当該小作人に限定されるというデメリットがあるので、当該小作人が買い受けを拒否すると、競売手続においては買受人が存在しないことになり、その結果、必然的に最低売却価額が下落する。従来から、この買受適格制度が悪用されてきたという現実がある。⁽³⁵⁾したがって、短期賃貸借保護制

度の有無に関わらず、農地の競売手続には支障が出ている。

したがって、土地の短期貸借保護制度を廃止しても、農地の買受適格制度を見直さなければ、事は解決しないものと思われる。

註(31) 生熊・前掲「論文」(前掲註(6)) NBL七三八号四八―四九頁。

註(32) 同様の指摘は各方面から投げ掛けられているが、とりあえず、生熊・前掲「論文」(前掲註(6)) NBL七三八号四九頁を挙げておく。

註(33) この点を危惧する学説として、吉田(克)・前掲「論文」(前掲註(11)) ジュリスト一二二二二号二四頁、工藤・前掲「論文」(前掲註(13)) 法律時報七四卷八号三三頁がある。

註(34) 生熊・前掲「論文」(前掲註(10)) NBL七三九号二四頁の「私案」が斯様に主張しており、また、担保法改正委員会・前掲「試案の公表」(前掲註(14)) ジュリスト一二二二八号一八八頁は賃料の二分分と規定している。

註(35) たとえば、最判昭六三・二・一六民集四二卷二号九三頁等に如実に現れている。この点につき詳しくは、拙稿・前掲「排除効(一)」(前掲註(2)) エコノミクス二八―三一頁を参照されたい。

第四節 私案

そこで、民法第三九五条の改正私案を提示する。

民法第三九五条

- ① 抵当権設定後に対抗要件を具備した建物賃貸借につき、期間の定めがあり、かつ、賃借人が通常の用法に従い占有しているときは、当該賃貸借は、その存続期間の長短に関わらず、競売開始決定による差押えの効力発生時から五年間（または三年間）だけ存続すべきものとする（正常型建物賃貸借の保護）。この期間の経過後は、賃借人は直ちに建物を買受人に明け渡すことを要する。借地借家法二六条ないし二八条の規定はこれを適用しない。
- ② 買受人は敷金を引き受けるべきものとする。但し、その金額は裁判所が適正と認める範囲内で定めるものとする。

- ③ 抵当権者に損害を及ぼす建物賃貸借は、その対抗力の有無に関わらず、抵当権者が裁判所にその解除を請求することができる。

- ④ 抵当権者に損害を及ぼす占有者があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、建物の明渡しを請求することができる。

提案理由は、本稿において前述してきたところから明らかである。また、この私案はあくまでも中間試案に対する自身の考え方を提示するという方向性で考えたものであるから、抵当権者同意型賃貸借に関する考え方は示していない。ただ、松岡教授・吉田（光）教授の提示された見解は検討に値するものと思われる。しかし、如何なる方向で議論しようとも、抵当権者同意型賃貸借の創設は、抵当権者・買受人を中心とし、これらの保護を中心とした議論であり、正常型建物賃貸借人の保護がおろそかになる可能性があるものであって、弱者保護という観点に欠けているという点だけは指摘しておく。

土地の短期貸借保護については、これを認めても認めなくとも変わらないというのであれば、認めないという方

向で議論を続行し、ただ、農地の買受適格制度の見直しはぜひ行うべきものと思われる。

第五節 結 語

これまで述べてきた内容から、最近における短期貸借保護制度の改正問題に関する全体像は浮き彫りになったものと思う。

短期貸借保護制度は、ボアソナード草案及び旧民法にその萌芽を現し、現行民法において旧民法の規定が修正の上採用されて今日に至ったものであるが、裁判において濫用事例があまりにも目立ちすぎたため、全くの悪玉扱いされ、今日、政府・法務省によって葬り去られようとしているものである。我々研究者の研究成果もあまり考慮されていないように思われる中、制度改革論議ではなく、制度廃止と新たな制度創設という話に換えられてしまっている。

しかし、制度改革論議の中でも、正常型の貸借保護は可能であり、買受人の保護もまた可能である。しかしながら、今日の議論の中に現れてきた法務省の提案に係る抵当権者同意型貸借制度は、あまりにも買受人サイドの利益保護という観点からのみ提案されてしまっているように思われてならない。

短期貸借保護制度は、本来ならば決して悪玉扱いされるような制度ではなく、濫用事案が続出したのは、濫用の余地を放置したまま近時にまで至った立法の怠慢の結果であり、漸く最近になって数々の民事執行法規定の改正という方法によって立法措置が執られてきたばかりなのである。その矢先に日本経済の再生という論議のついでにという

形で民法第三九五条の廃止という線が政府側から現れてきたのである。せつかく、議論が煮詰まってきたので、長年の懸案事項であった抵当権に基づく物権的請求権や、抵当権の効力に関する多数の制度、その中でも物上代位制度や法定地上権・短期貸借保護制度といったところの議論が整序されつつあったにもかかわらず、制度の廃止とは、前進よりもむしろ後退感のほうが強いの。私見は今でも改正論議に立ち戻るべきであるという立場を堅持するものである。右の如き主張を繰り返していても、今後、議論の中心は、抵当権者同意型貸借の創設に移ってしまうのであろうが、その場合においても、あくまでも研究者主導で制度化が検討され、民法の根底に横たわる公平の原則を崩すことのない制度となることを願ってやまない。

〔追記〕

脱稿後、本稿の問題点に関する新聞報道に接したので、再校時に註(5)を追加し、紹介した。

(二〇〇二年二月稿)