

産の用益を目的とする正常なものではなく、抵当権の実行を妨害する濫用的なものであり、本来的な賃借権が存在していないこと、濫用的短期賃借権の存在と、濫用的短期賃借人の不動産占有のために抵当不動産の価格が低下することを主張・立証して、濫用的短期賃借人に対して、短期賃借権設定仮登記または本登記の抹消及び不動産の明渡しを請求でき、この場合には、解除請求訴訟を前提とする必要はないものと解する有力説が展開されている。<sup>(28)</sup> この議論はきわめて重要であるが、この考え方については、次節の「抵当権に基づく不動産明渡請求」で取り扱うこととする。

註(25) 富越和厚「民事執行実務における短期賃借権の実情(下)」NBL二六八号(一九八二年)二四頁(三一頁)。

註(26) 富越・前掲論文(前掲註「25」)三〇頁、田中・前掲論文(前掲註「18」)四三頁。

註(27) 富越・前掲論文(前掲註「25」)三〇頁、田中・前掲論文(前掲註「18」)四二四三頁。この場合には物件明細書の備考欄に例えば「賃借人主張の敷金額(1,000,000円)は過大であるため、適正敷金額(150,000円)を引き受けるものとして評価した」旨が記載されるという取扱いである(田中・前掲論文(前掲註「18」)四二頁)。なお、正常型の短期賃借が認定された場合には、その減価として、東京地裁の実務例では、土地利用権付き建物価格のうち、〇ないし二〇パーセントの範囲で減価している例が多いということである(田中・前掲論文(前掲註「18」)四三頁)。

註(28) 生熊長幸「抵当権併用賃借権の後順位短期賃借権排除効と抵当権に基づく短期賃借人に対する明渡請求」岡山大学法学会雑誌四〇巻三・四号(一九九一年)五二七頁(五八〇頁)。生熊教授は、この明渡請求は抵当権侵害を理由とする物権的請求権の行使であるから、抵当不動産について競売開始決定がなされている必要はないものと解している。

当であったり、占有形態、契約時期、契約当事者の関係等を総合し、当該短期貸借が用益を目的とするものではなく、もっぱら先順位担保価値を減殺し、執行妨害を目的とするものと認められる場合には、最低売却価額の決定、物件明細書の作成、抹消登記の嘱託にあたり、買受人が引き受けないものとして取り扱い、記録上明らかに濫用的と認められるものについては、貸借契約自体を無効として、引渡命令を発することができるものと解されている<sup>(26)</sup>。また、その存在を否認されずに競売手続上残ってしまう短期貸借については、その内容が適正な範囲内に引き戻され、例えば、敷金が高額な場合には、登記の有無に関わらず、当該物件につき相当と認められる敷金を前提として、一般の場合と同様の短期貸借権の存在に伴う減価をした評価を求め、これに基づいて最低売却価額を定めるといふ取扱いがなされている<sup>(27)</sup>。

したがって、権利濫用的な短期貸借については、原則として無効という取扱いとなっており、それ以外の許害的短期貸借についても、買受人に引き受けられないものという取扱いがなされており、これらの網にかからなかった短期貸借については、抵当権者からの第三九五条但書による解除請求を待つといった取扱いとなっているのである。次に、学説については、直接、権利濫用法理を使って短期貸借契約を無効と解するものは見あたらず、許害的ないし濫用的短期貸借と認定された場合には、民法第三九五条但書の解除請求の対象とするという立論である。ただ、この問題点については、判例法理の状況と併せて、既に拙稿・前掲「判研（最判平八・九・一三）」（前掲註「3」）で詳説したので、本稿では再説しないこととする。

更に、学説においては、近時、濫用的短期貸借は民法第三九五条によって保護されず、その賃借権の取得及びこれに基づく抵当不動産の占有は抵当権に対する侵害であるという前提に立脚し、抵当権者は、当該貸借が抵当不動

右の裁判例一一件のうち九件は詐害的な内容が登記ないし仮登記された短期賃貸借であり、基本的に詐害的短期賃貸借の類型であるといつてよいであろう。そして、詐害的な内容に加えて、虚偽性が強く、土地にプレハブ小屋を作つて占有したり、建物の内装工事をして有益費用の償還を担保するための留置権を主張したりするなど、非常に手口が巧妙かつ悪質なもののばかりである。斯様な短期賃貸借につき、裁判所サイドも現況調査を綿密に行い、濫用的な短期賃貸借であると認定したものと思われ、これら裁判例に現れた限りでは、裁判所サイドの努力が高く評価されるべきものであり、また、右裁判例に現れた類型に対する具体的な判断として、権利濫用法理の適用に関する判断基準となるものと思われる。

## 第二項 濫用的短期賃貸借に対する実務上の取扱い

濫用的な短期賃貸借に対する執行実務上の取扱いについては、昭和五七年八月以降、まず、当該不動産が占有されているか否かで区別し、占有されていない場合には、登記または仮登記の本登記を経由していても、特段の事情のない限り、正常な用益を目的とするものとは認めず、民法第三九五条による保護の対象とはしないという点が、東京地裁執行部で申し合わされ、斯かる短期賃貸借の内容は物件明細書に記載されず、短期賃借権はないものとしてなされた評価に基づいて最低売却価額が定められ、登記及び仮登記、あるいは、その本登記のいずれについても抹消登記手続を嘱託し、登記簿記載の賃借権を主張して差押登記後に占有した者についても、引渡命令を発するという取扱いがなされている。<sup>(25)</sup>

しかし、当該不動産が占有されている場合には、斯かる申し合わせはなく、ただ、短期賃借権の内容が著しく不相

・一〇・二八判例時報一六〇九号九二頁「建物収去土地明渡請求が認容された事案」、更にまた、貸金債務の不履行を停止条件とし、賃料月額一平方メートル当たり一〇円、賃借権の譲渡・目的物の転貸ができる旨の特約を仮登記した短期賃貸借契約は、債権者が債権の回収を目的として設定を受けたものであり、短期賃貸借制度の濫用であつて無効であると判示されている（高松高判平九・五・三〇金融商事判例一〇二三号一四頁「対抗力なき短期賃貸借契約の解除請求を認容した事案」）。

もつとも、純然たる執行妨害の事案もある。即ち、差押登記前に賃借権設定登記後、不自然にも僅かの期間内に二度も転貸され、転借人がかねてから自己又は自己と関係を有する者の名義で数回に渡り競売不動産について賃借権、転借権を設定するなどして占有状態を作出し、競売手続に関与してきた者であり、執行官が最初に赴いたところ誰も居住していなかったのに、次に赴いたときは表札が貼付され、急遽建物の内装工事が開始され、しかも二度目の転貸の存在があやふやである等の事情が存在するときは、当該賃貸借契約は競売を予期し、当該競売手続を妨害するため、短期賃貸借制度を濫用したものであり無効であると判示され（東京高決昭六二・二・一〇金融法務事情一一八四号四七頁「建物引渡を命じた原審決定に対する抗告事件。抗告棄却」）、また、差押登記前に登記された期間五年の土地短期賃貸借が存するも、地上建物がプレハブの仮設建物であり、競売開始決定までは空き家であり、その決定後急遽内装工事を完了し、留守番をおいたという事情があるときは、真正な使用収益を目的とする賃借権ではなく、執行妨害目的の濫用的賃貸借であり、更に地上建物の登記が差押登記後であるときは土地賃借権に対抗力を欠き、民法第三九五条の要件を満たさず、引渡命令の対象となるものと判示されている（東京高決昭六三・三・一一金融法務事情一二〇八号二四頁「土地引渡を命じた原審決定に対する抗告事件。抗告棄却」）。

権の実行を妨害するものであり、斯かる短期賃貸借契約は制度の濫用であり、無効であると判示され（山口地下関支決平元・一二・二七判例時報一三四七号一〇九頁「土地建物引渡命令の申立てを認容した事案。斯かる場合には占有者は不法占有となり、民法第二九五条二項により留置権は生じないとした」、また、競落人に対抗しうる短期賃貸借契約が存するも、その内容が敷金を三〇〇万円と高額にし、賃料を月額五五〇〇円（建物五〇〇〇円、土地五〇〇円）と著しく低廉にして、期間中全額前払とし、しかも中途解約の場合、年払い額の三割を損害金とする旨の特約付であり、更に占有者が賃貸借契約の存在につき知らないという事情があるときは、契約内容が不合理かつ不自然であり、制度を濫用した短期賃貸借であると判示され（東京高決平二・二・二二金融法務事情一二五七号三八頁「土地建物の引渡しを命じた原審決定に対する抗告事件。抗告棄却。濫用的な賃借権に依拠した転借権も無効であるという」、また、前払賃料三五〇〇万円、保証金七〇〇万円、賃借権の譲渡・目的物の転貸を自由とする建物短期賃貸借契約が存するも、賃料及び保証金の特約が登記されていないときは抵当権者に損害を及ぼさず、賃借権の譲渡・目的物の転貸の自由が登記されていても、当該特約は賃貸人に著しく不利益なものではなく、抵当権者に損害を及ぼさないが、短期賃貸借契約の目的が債権担保・回収であるときは、当該賃貸借契約は濫用的であり無効であつて、抵当権者に対抗しえないものと判示されており（前掲東京地判平四・一〇・一三「対抗力なき短期賃貸借契約の解除請求を否定した事案」）、更に、競売開始決定前に設定された土地短期賃貸借契約が存するも、抵当権者と設定者との間において土地を更地とする約定に基づいて更地として評価した上で抵当権を設定したという事情を知りつつ、地上の古家を一〇〇〇万円で買い取った上で、賃料月額二万円、期間中賃料全額前払という特約付きで土地短期賃貸借契約を競売開始決定の半年前に設定したときは、建物の売買契約は執行妨害目的であり、土地の短期賃貸借契約は仮装であつて、権利の濫用となると判示されており（大阪地判平八

手続を妨害するための、短期賃貸借制度を濫用したものであり無効であると判示され（東京高決昭六〇・四・一六判例時報一一五四号九二頁「建物引渡を命じた原審決定に対する抗告事件。抗告棄却」）、また、競売開始決定、差押登記後、建物につき締結された期間の定めなき賃貸借契約に基づき、存続期間三年、賃料月額一万円、期間中全額前払、保証金五〇〇万円の転賃借契約が締結され、転借人が占有するも、賃借人が占有した形跡はなく、転賃後、以前から併存した賃借権仮登記を賃借人が取得したという不自然さがあり、保証金受領書も不動産引渡命令後に作成され、しかも賃料に比して異常に高額であり、賃借権設定登記、同設定仮登記ならびにそれらの移転仮登記は抵当権設定者が代表者である会社倒産後になされている等の事情があるときは、当該短期賃借権は当初から用益を目的としたものではなく、適正な競売の執行を妨げるために取得したものであり、民法第三九五条により保護されるべき短期賃貸借ではないと判示され（大阪高決平元・三・六判例タイムズ七〇九号二六五頁「建物引渡を命じた原審決定に対する抗告事件。抗告棄却」）、また、競売開始決定、差押登記前に設定され引渡済の建物短期賃貸借契約が存するも、その設定・引渡しは差押登記の三ヶ月前になされ、その内容が期間中賃料全額前払、敷金三〇〇万円（賃料の二〇ヶ月分）、賃借権の譲渡・目的物の転賃を許す旨の特約付であるときは、抵当権者を害する目的でなされたものと推認され、斯様な賃借権は権利濫用として無効であると判示され（大阪高決平元・三・一〇判例タイムズ七〇九号二六七頁「建物引渡を命じた原審決定に対する抗告事件。抗告棄却」）、また、競売開始決定、差押登記前に設定され引渡済の建物短期賃貸借契約が存するも、その設定・引渡しは差押登記の三ヶ月前になされ、その内容が賃料月額五〇万円、期間中賃料全額前払、敷金三〇〇万円、賃借権の譲渡・目的物の転賃を許すという異常なものであり、また、短期賃貸借であるにもかかわらず、多額の有益費用をかけていることは、買受人の負担を大きくし、買受けの妨げとなり、担保価値が減損する関係上、抵当

## 第五節 権利濫用法理の適用による占有者の排除

### 第一項 従来判例法理

抵当権者に対抗しうる形式を備えた短期賃貸借であっても、権利濫用法理（民法第一条三項）を適用した上で、当該短期賃貸借契約を無効とし、占有者を排除するという手法が、近時の判例法理によって打ち出されている（といっても、最上級審の判例はない）。

この手法は最近の下級審裁判例に現れた類型であり、まず、短期賃貸借契約の内容が賃料低廉（一平方メートル当たり二〇円）、期間中全額前払、賃借権の譲渡・目的物の転貸を許す旨の特約付きであり、これが債務者の履行遅滞後に締結され、連帯保証人が代位弁済する直前に登記されたものであり、しかも、賃借人が現に占有していないという状況であるときは、抵当権の実行を妨害するための虚偽性の強い賃貸借であり、短期賃貸借制度の濫用であって、無効であると判示された（福岡地判昭五九・四・九判例タイムズ五三〇号二〇〇頁「短期賃貸借権の不存在確認請求が認容された事案」）。この裁判例を契機として、以後、詐害的な内容の短期賃貸借に加え、執行妨害であることが明らかな類型の短期賃貸借について、権利濫用法理が適用された。

即ち、短期賃貸借契約の内容が賃料低廉（月額二万円）、期間中全額前払、敷金六〇〇万円、賃借権の譲渡・目的物の転貸を許す旨の特約付きであり、しかも賃借人がかねてから多数回にわたり競売不動産につき短期賃貸借権を設定し、右賃貸借権を他へ譲渡するなどして競売手続に関与してきた者であるときは、該賃貸借契約は競売を予期し、当該競売

頁(一四四頁)。同旨の見解として、坂本倫城「短期貸借をめぐる手続上・実務上の問題点」加藤一郎・林良平編『担保法大系第1巻』(金融財政事情研究会、一九八四年)四三四頁(四八一頁)、篠田省二「短期貸借」水本浩・田尾桃二編『現代借地借家法講座第2巻借家法』(日本評論社、一九八六年)二〇二頁(二二三頁)があるが、これらは全て、前述した農地の長期貸借に関する判例法理に依拠するものである。

註(18) 田中仁士「不動産競売実務における賃借権の処遇と物件明細書の記載例について」金融法務事情一二五三号(一九九〇年)三八頁(四二頁)。

註(19) 田中・前掲論文(前掲註「18」)四三頁。ただ、この場合でも、転借人が占有していることがあり、この転借人の立場が問題になる。しかし、実務では、この場合に転借人の適正な占有権原を認定してしまうと、濫用的貸借の目的を達成させてしまうとの認識の下、備考欄に「何某の主張する賃借権は正常なものとは認められない。なお、同人から、何某が転借して使用している」と記載して、転借人が正常な利益を目的とする場合には大変気の毒ではあるが、転借権原を否定し、引渡命令の対象としていないことである(田中・前掲同頁)。

註(20) 一宮なほみ「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求(上)」判例タイムズ六九一号(一九八九年)二〇頁(二二頁)、東京高決昭六二・八・二四判例時報二二五〇号四八頁(差押登記後の法定更新の事案)等参照。ただ、大阪高決平元・五・三一高裁民集四二巻二号八七頁も差押登記後の法定更新の事案ではあるが、差押えの効力発生後は短期貸借契約が消滅する関係上、賃借人は引渡命令の相手方となるものと解しており、前掲東京高決昭六二・八・二四とは全く反対の趣旨の判旨となっている。

註(21) 田中・前掲論文(前掲註「18」)四三頁。

註(22) 一宮・前掲論文(前掲註「20」)二二頁。

註(23) 山野目章夫「判批(最判平八・九・一三)」民商法雑誌一一七巻二号(一九九七年)二七七頁(二八三頁)。

註(24) 私は、前掲した最判平八・九・一三に関する判例研究の中で、平成八年判決は旧法事件であるからこそ解除の必要があったのであり、今後は敢えて解除判決を出さなくともよくなるのではないかと結論付けていたが(拙稿・前掲「判研」前掲註「3」二七四頁)、今はその考え方を改めようと思う。



判平八・九・一三三、右最判は、平成八年改正法が適用にならない旧法事件であったから、その当時の取扱いでは、賃貸人との関係で占有権原を有している占有者に対しては、買受人は引渡命令を申し立てることができないという裁判例が多く、実務上は一般に斯様に解されていたので、この意味において、解除判決を受ける必要があったのではないかと考えられる。しかしながら、引渡命令は、買受人と占有者との関係を決する制度であり、抵当権者が濫用的な賃借権者の存在により事実上影響を受け、競売手続の遅延を招き、あるいは、最低売却価額にも影響が出て、競売手続の円滑化が阻害されるといったケースには関係がないということと併せ考えると、やはり、抵当権者に対抗しえない賃貸借の場合でも、抵当権者による解除請求を認める実益はあるものと思量する<sup>(24)</sup>。

したがって、抵当権者に対抗しえない賃貸借一般について、それらが如何なる類型であるかを現況調査によって確認し、競売手続に支障が出るか否かを判断し、正常型の賃貸借以外については、原則として、抵当権者に民法第三九五条但書に基づき解除請求を認める方向で解して差し支えないものと思われる。

註(16) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(9) 物権(4) 「高木多喜男」』(有斐閣、一九九八年) 六五〇頁。他に何ら理由付けを行うことなく、大判昭九・七・九(民集一三卷一七五五頁「建物の短期賃貸借により土地の競売価額が低下しても、建物の賃貸借は土地抵当権者に対抗しえない以上、土地抵当権者は建物賃貸借の解除請求をなしえないと判示した」)を引用しつつ、この要件を掲げるものとして、柚木馨『担保物権法』(有斐閣、一九五八年) 三五三頁、川井健『担保物権法』(青林書院新社、一九七五年) 一〇七頁があり、判例を引用していないものとして、槇悌次『担保物権法』(有斐閣、一九八六年) 二二三頁がある。

註(17) 東海林邦彦「詐害的短期賃貸借の防止・排除のための法的手段について」判例時報九六六号(一九八〇年) 一四〇

これらの取扱いのうち、前者の場合には、平成八年改正前の民事執行法八三条一項本文の反対解釈によると、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には引渡命令を発することができない旨規定されていることになり、この規定によると、斯様な占有者は抵当権者や買受人に対抗しえないだけであり、貸借人との関係では占有権原を有する関係上、引渡命令の対象とはならないものという取扱いになり、<sup>(20)</sup>後者の場合には、貸借契約そのものを否定する関係上、引渡命令の対象になるものと解されていた。<sup>(21)</sup>斯様に解すると、短期貸借契約の解除が命じられた場合には、判例法上は賃借権そのものの消滅（これを講学上「絶対的消滅」という）という取扱いであるから（大判明三五・二・二七「解除請求は実体法上の法律関係を解除させるものであるという」、大判大四・一〇・六民録二一輯一五九六頁「短期貸借解除の訴えは訴訟に係る権利関係が契約当事者間にのみ合一に確定すべき必要的共同訴訟であり、貸借人と賃借人とを共同被告とすべきものであるという」、前掲最判平三・三・二二「絶対的消滅である旨を明言する」、最判平六・三・二五金融商事判例九五二号三頁「解除判決確定後は賃借人の占有権原は貸借人との関係でも消滅することを理由として、貸借人から賃借人に対する明渡請求を認容した事案」）、後者の場合と同様、引渡命令の対象になるものという取扱いとなる。しかしながら、買受人に引き受けられない権利に基づく占有者の場合には、競売手続上は無視して手続が進行することになるから、減価要因にもならないという取扱いになり、基本的に、対抗力なき短期貸借の解除請求は認められないということになってしまう。<sup>(22)</sup>

次に、平成八年改正に係る民事執行法八三条一項によると、買受人に対抗しうる権原による占有者以外に対しては引渡命令の申立てができるようになったので、買受人から無権原占有者に対する引渡命令の申立てもできるようになったものと解されている。<sup>(23)</sup>最近の判例によると、対抗力なき短期貸借契約の解除請求が認められているが（前掲最

るように、抵当権者や買受人に対抗しえない権利に基づく占有者が存在することにより、斯様な占有者との関わり合いを避けたいという思いから、買受けを手控える人が一般的に多く見られ、その結果、競売手続が遅延化し、抵当権者の優先弁済権の行使に支障の出るケースが目立つからである。

そこで近時の有力説は、対抗力の有無を問うことなく、抵当権者への損害発生蓋然性の極めて高いものについては、競売開始決定以前ないしそれと併行して、対抗力なき短期賃貸借を排除するために解除請求を認める実益があるものと解している<sup>(17)</sup>。

ただ、抵当権者や競落人(買受人)に対抗しえない短期賃貸借契約を敢えて解除することの当否については、実務上、斯かる短期賃貸借の最低売却価額への影響、物件明細書への記載状況及び不動産引渡命令(民執法八三条)との関係で問題となる。まず、占有はあるが、対抗力なき短期賃貸借の場合には、一応買受人に引き受けられないものという評価を受け、物件明細書の「2 不動産に係る権利の取得及び仮処分執行で売却により効力を失わないもの」欄(引受欄)に賃借権はないものとして斜線が引かれ、備考欄には買受人に対抗できない旨が記載されるという取扱いになっている<sup>(18)</sup>。また、占有はあるが、短期賃貸借の内容が適正ではない、つまり執行妨害や債権回収を目的とするなど、正常な用益を目的としない濫用的な賃貸借である場合には、物件明細書の記載は、引受欄に斜線が引かれ、備考欄には売却によりその効力が失われること理由が記載されことになり、具体的には、「何某の主張する賃借権は建物本来の用益を目的としたものとは認められない」とか、「何某の主張する賃借権は自己の金銭債権を保全ないし回収する目的のものとして認める」とか、あるいは、「何某の主張する賃借権は正常なものとは認められない」などと備考欄に記載され、賃借権そのものが否定されることになる<sup>(19)</sup>。

が肯定されれば、現行法上においては、民法第三九五条但書の類推適用以外には方法はないものと思量する。

註(13) 升田純「短期賃貸借をめぐる諸問題と実務」金融法務事情一三三六号(一九九二年)一四頁(三二頁)。

註(14) 松本恒雄「抵当権者に対抗できない短期賃貸借の解除(民法判例レビュー)」判例タイムズ八四六号(一九九四年)七六頁(七九頁)は、「右判決は判例の方向転換を示すものではなく、農地法という法律上の減価要因を考慮に入れたにとどまるものと解すべきであろう」と指摘しているが、そのとおりであると思われる。また、その減価要因を考慮に入れた場合において、抵当権者に損害を及ぼす短期賃貸借と同じ現象が生じているにもかかわらず、解除請求を認めないということになると、第三九五条但書の適用事案との間において、比較考量上均衡を欠くというのが、正確な指摘であるものと思われる。

註(15) 近江幸治「判解(最判昭六三・二・一六)」『昭和六三年度重要判例解説』(有斐閣、一九八九年)六六頁(六八頁)。

## 第二項 学説の状況

抵当権者に対抗しえない短期賃貸借の解除請求という問題について、従来の学説は、あまり詳細には論じてこなかったように思われる。この問題について、通説的見解は、短期賃貸借解除請求の要件において、抵当権者に対抗するものであることを要するものと解し、そうでないものは売却によって消滅するということを理由として、解除請求の対象から外すという形式論理的な構成を採るのみであり、他に特段の理由付けを行っていない<sup>(16)</sup>。しかし、対抗力がないからといって、最低売却価額に影響がないとはいえないであろう。前述したように、対抗力のない農地の賃貸借により、農地法上の制度から、結果的に抵当権者の優先弁済請求権の行使に支障が出ることもあるし、また、後述す

低売却価額でも被担保債権額に満たないところ、賃借権の存在及び農地法の規定による競売手続により、最低売却価額が更に八・六パーセント低減した事案」。

右の判例法理について、学説の中には、右最判昭六三・二・一六に対する評釈の中で、「この判決は対抗力を有している賃貸借以外の賃貸借について民法三九五条但書の準用により解除請求ができる余地を認めたものであり、実務上非常に興味深いものである」と解する向きがある<sup>(13)</sup>。しかし、右最判及びその他の裁判例の考え方は、賃借農地(小作地)の競売にあたり、農地法三条二項一号の規定により、買受人が小作人に限定される関係上、結果として、抵当権者に損害を及ぼすことになるという点に着目したものであり、長期賃貸借に短期賃貸借の対抗力を認めた上で、その解除請求を認めたものではない。したがって、右の判例法理それ自体は、農地の長期賃貸借という特殊事情の下における判例と解すべきである<sup>(14)</sup>。

また、農地については、転用の許可制度、競買(買受)適格制度や国の買収制度があり、取引市場的观点からする取引価値とは異なる耕作価値を基礎としている関係上、民法第三九五条但書の準用ないし類推適用は慎重になされなければならないという指摘もある<sup>(15)</sup>。確かに、この考え方は傾聴に値するが、しかし、判例に現れたように、農地の所有者が債務者であり、買受人が小作人に限定され、当該小作人が買受人としての立場を濫用するような事案の場合には、民法第三九五条但書の準用により、賃貸借契約の解除請求を認め、農業者一般に買受人を拡張して、耕作価値を含む交換価値を十分に活かすとともに、抵当権者の優先弁済権を全うさせることを第一に考えるべきであろう。したがって、農地の長期賃貸借に民法第三九五条但書を準用ないし類推適用するという判例法理の考え方は、今後も維持すべきであり、更に、農地以外の長期賃貸借についても、詐害的な類型のものについては解除請求を認めるという考え方

であり、如何ともしがたい。

しかし、その結果、もし当該小作人が買受けを拒絶した場合には、買受人が現れないという奇妙な結果にもなり、また、当該小作人が最低売却価額を引き下げる材料に使うことも可能になり、結果的に妥当性を欠くこととなる。そこで、従来の判例及び下級審の裁判例は、斯様な場合には、たとえ民法第六〇二条の期間を超えて、第三九五条の保護を受けえない農地の長期賃貸借であつても、前述した農業委員会における競買適格証明書の公布手続の特殊性を考慮して、抵当権者に損害を及ぼす賃貸借契約に該当するものと解し、民法第三九五条に該当する短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼす場合に解除を命じられる場合との間に均衡を欠くとの判断から、同条但書に準じ、解除請求の対象になるものと判示している（高松高判昭四六・五・三一下裁民集二三卷五・六号六八三頁、福岡高判昭五三・五・二九判例時報九二六号七二頁「最低競売価額が当初のものから一九パーセント低減した事案」、最判昭六三・二・一六民集四二卷二号九三頁「当初最低競売価額が賃借権なき場合と比較して約五〇パーセントの減額評価であつたところ、農地法の規定による競売手続上、更に低減する可能性があるものと認定された事案」）。

また、農地法三条二項一号の適用除外ケースとして、同号に括弧書きされているところによると、小作農等以外の者に対して所有権を移転することにつき、その許可申請前六ヶ月以内に、当該小作農等が同意した小作地で、その同意した旨が書面において明らかであるものについて、当該小作農等以外の者が所有権を取得しようとする場合には、所轄農業委員会は許可をすることができる旨規定されているので、小作人の同意した者については、買受適格証明書が交付されるという多少買受人の枠を広げる取扱いもあつたが、この場合でも、裁判例の理論構成は変わらず、民法第三九五条但書の準用により、解除請求を認容している（福岡高判平四・七・七判例時報一四四二号一一頁「当初の最

法占有者の存在により、抵当不動産の競売手続に事実上の障碍となる場合には、抵当権者自身が管理するという意味における不動産の明渡請求を認めるものと判示した平成十一年の最高裁大法廷判決（最大判平一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁）につながっているものと思われる（この判例を中心とする考察は「第六節 抵当権に基づく不動産明渡請求」で行う）。

## (二) 農地賃貸借の事案

次に、農地の賃貸借においても、抵当権者に損害を与える事案となりうるという点について考察する。農地の賃貸借も、民法第六〇二条所定の存続期間五年の賃貸借は同法第三九五条の短期賃貸借であり、農地の引渡しを受けると、抵当権者に対抗しうるが（農地法一八条、民法第三九五条）、その期間を超えると、長期賃貸借となり、抵当権者に対抗しえなくなる。しかし、賃貸された農地の競売においては、特殊事情がある。農地法二条二項によると、耕作の事業を行う者が所有権以外の権原に基づいてその事業に供する農地のことを「小作地」といい、また、同法三条二項一号によると、小作地につき、その小作農及びその世帯員ならびにその土地について耕作または養畜の事業を行っている農業生産法人などの小作農等以外の者が所有権を取得しようとする場合には、所轄農業委員会は、その取得に係る許可をすることができない旨規定されている。この規定の趣旨から、競売において、買受人となろうとする者は、まず、所轄農業委員会に対し、競買（買受）適格証明書の交付申請をするという取扱いとなっているが、所轄農業委員会は、小作地については当該小作地の小作人以外には競買適格証明書を交付しないので、小作地の競売においては、事実上、買受人は当該小作人に限定されることになる。これは、農地法三条二項一号の解釈によると、必然的に招かれる結果

記抹消請求などは認められないという考え方が判例法理を支配するに至っていた。その結果、短期賃貸借契約の目的が債権担保・回収であるときは、当該賃貸借契約は濫用的であり無効であって、当権者に対抗しえないが、斯かる抵当権者に対抗しえない短期賃貸借契約が存在し、そのために執行手続上支障が出て、その解除請求さえできないといった、ある種の矛盾状況を呈するに至った（前掲東京地判平四・一〇・一三、高松地判平八・九・一六金融商事判例一〇二三号一六頁〔後掲高松高判平九・五・三〇の原審。斯かる目的の場合には真の用益意思を欠く以上短期賃貸借制度の濫用になるという〕。つまり、濫用的であり、抵当権者に対しては無効である賃借権に基づく占有者が存在するために事実上競売手続に支障が出て、それは「支障ではない」という判例法理が確立していったのであり、正義を旨とすべき法律理論により、不正義な結果が確立されていったのである。

斯様な不正義を擁護するような立論が展開されていった中で、徐々に裁判所にも結果の不当性が認識されていき、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、抵当権者は解除請求しうるという裁判例が現れ（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〕、この考え方は、最近漸く最高裁にも採用された（前掲最判平八・九・一三〔差押登記後の法定更新の事案〕）。その結果、抵当権者に対抗しえない濫用的短期賃貸借契約であっても、これが抵当権者に損害を及ぼすものであるときは、抵当権者は、その解除請求をすることができるという裁判例が現れるに至った（高松高判平九・五・三〇金融商事判例一〇二三号一四頁〔停止条件付賃借権設定仮登記という外形を有するものの、真の用益意思を欠く債権回収目的の短期賃貸借の事案。最判平八・九・一三を引用しつつ、斯かる濫用的賃貸借は無効であり、抵当権者に対抗しえない以上、解除請求はできないと判示した原判決を取り消し、請求を認容した〕。これが現在における判例法理の到達点であり、この考え方が、不



えないものであり、何等負担なきものとして競売される旨を理由とする。本判決は、民法第六〇二条の期間を超える長期賃貸借は抵当権者にまったく対抗しえないという前掲した大審院判例（大判明三六・六・一二、大判明三六・一〇・三〇等多数）に従ったものである）、次に、競売開始決定に係る競売申立記入登記後に登記された賃借権の事案において解除請求が否定されたケースがあり（東京控判昭八・二・二二法律新聞三五四九号一四頁）、同様に、競売申立記入登記後に約定更新された短期賃貸借契約の事案において解除請求が否定されたケースがある（東京控判昭一三・三・二六法律新聞四二七七号八頁）。

(ロ) 戦後の判例及び裁判例

戦後の判例及び裁判例においても、対抗力のない短期賃貸借契約の解除や登記抹消請求に対する否定的な判例が続き、そもそも、差押登記後の法定更新が抵当権者に対抗しえない以上、短期賃貸借契約の解除請求は訴えの利益を欠く不適法な請求となり、認められないものという前提があり（前掲大阪高判昭六一・九・二六）、差押登記後の法定更新が抵当権者に対抗しえない以上、不動産の最低売却価額決定に際して賃借権を考慮する必要はなく、抵当権者に対する損害を考慮する余地もないものと解され（前掲東京高判平五・九・二五）、結局、差押登記に遅れた短期賃借権者は抵当権者に対抗しえず、買受人にも対抗しえない以上、抵当権者は、売却前に抵当権に基づいて賃借権を否定し、登記抹消請求をすることさえできないという点に帰着するのである（前掲大分地判平二・四・二七）。

また、民法第三九五条但書の規定は、本来抵当権者に対抗しうる短期賃貸借で、抵当権者に損害を及ぼすものを解除することによって、抵当権者に対抗しえない賃貸借ないしは不法占有と同様の占有権原のないものとすることに尽きるものであり（最判平三・三・二二民集四五卷三号二六八頁）、抵当権者に対抗しえない短期賃貸借契約などの解除や登

新版補正版、一九九八年）一七四頁ほか多数説である。

註(10) 石田(文)・前掲書(前掲註「6」)二二二―二二三頁、同『全訂担保物権法上巻』(有斐閣、一九四九年)一九〇頁以下、星野・前掲「判評」(前掲註「9」)一三九―一頁。

註(11) 玉田弘毅「判研(最判昭三六・六・二三)」法律論叢三六卷二号(一九六二年)七一頁(七七頁)。

註(12) 槇悌次「判研(大阪高判昭三五・三・一)」法律時報三三卷九号(一九六一年)一四四頁(一一七頁)。

#### 第四節 抵当権者に対抗しえない賃貸借契約の解除請求

##### 第一項 従来の判例法理

(一) 土地・建物賃貸借の事案

(イ) 大審院時代

抵当権者に対抗しえない賃貸借契約は解除することができるかという問題について、これを肯定した大審院の判例は存在せず、賃借権設定登記の抹消登記手続請求を肯定した事案が下級審の裁判例に一件あるだけである(東京控判昭五・九・三〇法律新聞三一八三号一五頁〔後掲大判昭六・七・一〇の原審。賃借権登記の存在により、抵当権の行使その他諸般の取引上において事実上の障害を受けることもありうる旨を理由とする〕)。

その他は全て否定事案であり、まず、民法第六〇二条の期間を超える賃貸借契約の解除請求ならびに賃借権設定登記の抹消登記手続請求を否定した事案があり(大判昭六・七・一〇民集一〇巻五二四頁〔斯様な賃借権は抵当権者に対抗し

ない。極論をいえば、判例の考え方を以てすれば、存続期間の定めが、僅かな期間、例えば、一ヶ月でも、いや一日でも、第六〇二条所定の期間を超過していれば、短期賃貸借の対抗力は全く認められないということになってしまう。これを不合理といわずして、何を不合理というのであろうか。判例法理の考え方は硬直に過ぎ、早晚変更されるべきであろう。

ただ、学説においても、期間の起算点については争いがある。即ち、賃貸借契約時からと解するものと、<sup>(10)</sup> 抵当権の実行による差押登記時<sup>(11)</sup>ないし差押えの効力発生時<sup>(12)</sup>からと解するものである。短期の期間だけの対抗力を認める以上、賃貸借契約時からの起算で差し支えないであろう。いずれにしても、差押えの効力発生以後に設定されたり更新されたりした短期賃貸借、あるいは長期賃貸借は、抵当権者や競落人(買受人)には対抗できず、次の対抗力のない短期賃貸借の解除請求の問題へと移行し、更には、対抗力のない占有者に対する明渡請求という問題へと移行するのである。

註(7) 中島・前掲書(前掲註「5」)一一八三―一一八四頁、三瀧・前掲書(前掲註「5」)五八四―五八五頁、同・前掲論文(前掲註「5」)一六一九頁、柚木馨『担保物権法』(有斐閣、一九五八年)三四八頁、我妻栄編『判例コンメンタールIII担保物権法「清水誠」』(日本評論社、一九六八年)四九六頁。

註(8) 石田(文)・前掲書(前掲註「6」)二二二―二二三頁。

註(9) 星野英一「判評(最判昭四三・九・二七)」法学協会雑誌八六卷一―一〇号(一九六九年)一三八六頁(二三九―二四〇頁)、水本浩「抵当権と借地借家法」民事研修五九号(一九六二年)一三頁(三一―三二頁)、石田喜久夫「抵当権と短期賃貸借」小室直人・中野貞一郎編『小野木常先生斎藤秀夫先生還暦記念抵当権の実行下』(有斐閣、一九七二年)一三九頁(一四九―一五〇頁)、加藤一郎「抵当権と利用権」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習2物権』(有斐閣、一九六七年)二四三頁(二五三―二五四頁)、川井健『担保物権法』(青林書院新社、一九七五年)一〇三頁、近江幸治『担保物権法』(弘文堂、

点は、最近の下級審裁判例においても、原則的に踏襲されている（札幌高決昭六一・六・二四判例タイムズ六一六号一九一頁「建物所有を目的とする存続期間五年を超える土地賃貸借があり、根抵当権者が執行官保管仮処分を申請したが、原審がこれを却下したので、その却下決定に対して抗告した事案。斯かる賃貸借でもその存在によって抵当物件の交換価値に事実上影響がありうるとしたが、法的には賃借権に対抗力がない以上、抵当権を侵害するものではない旨の理由から、抵当権者には、当該賃借権の設定を禁じたり、賃貸借契約の解除を求める権能はないものとした。また、本件は、根抵当権設定契約に根抵当権者の承諾なくして第三者のための権利を設定しない旨の特約があることを理由として、本件仮処分申請をしたものであるが、抗告審は、右特約によると、占有移転禁止あるいは賃借権設定禁止仮処分の対象にはなりうるが、第三者に対抗力を有する執行官保管仮処分は認められないとして、抗告を棄却した）。したがって、長期賃貸借には全く対抗力を認めないという大審院時代からの判例法理は、現在でも維持されているものといえよう。

## 第二項 学説の状況

学説は、かつては判例と同様、長期賃貸借には民法第六〇二条の期間内においても全く対抗力を認めないと解するもの<sup>(7)</sup>と、現在の通説と同様、右期間内だけは対抗力を認めると解するもの<sup>(8)</sup>が存在していたが、現在では後者が通説的見解となっている<sup>(9)</sup>。それ故、学説上は、短期の期間だけは短期賃貸借として抵当権者や競落人（買受人）に対抗しうるが、その短期の期間を超過すれば、抵当権者や競落人（買受人）に対抗しえない賃貸借となり、後は更新の問題と同じになるのである。しかし、裁判所サイドにおいてこの帰結を認めた公表裁判例は、前述したように、昭和三六年の大阪高裁判決（前掲大阪高判昭三六・四・一九）程度しか見あたらず、短期の期間だけの対抗力は未だに認められてい

き法文上の根拠がないものと解して、たとえ賃借人が第六〇二条の期間を超える部分の賃借権を放棄したとしても、放棄にかからない期間三年の限度で競落人に対抗しうる謂われはないと判示した」、和歌山地新宮支判昭三三・五・二判例時報一五一号三〇頁「存続期間約五年、賃料月額八〇〇〇円の建物賃貸借の事案。長期賃貸借には抵当権者や競落人に対する対抗力はなく、第三九五条本文は、第六〇二条所定の期間内に制限して対抗力を与えたり、競落許可決定の日から同条所定の期間だけの対抗力を与えたりする趣旨の規定ではないと判示している」、ただ、昭和三十六年の大阪高裁判決だけは、長期賃貸借であっても、第六〇二条所定の期間の限度においては、抵当権に対する対抗力を有するものと解すべきであると判示している（大阪高判昭三六・四・一九下裁民集一二巻四号八一四頁「後掲最判昭三八・九・一七の原審。存続期間二〇年、賃料月額三九三八円の土地賃貸借の事案。抵当権者は本来第六〇二条所定の期間を超えない賃貸借の成立を甘受せざるをえない立場におり、その期間の限度内であれば、いかなる賃借権をもって対抗せられても、別に不利益を受けることはない旨を理由付けとしている」）。

しかし、その直後の最高裁判決は、第六〇二条所定の期間内においても抵当権者や競落人に対抗しえないと判示し、大審院時代からの判例法理を踏襲した（最判昭三六・六・二三民集一五巻六号一六八〇頁「存続期間二〇年の建物賃貸借の事案」）。そして、その後の裁判例は、長期賃借人には抵当権者や競落人に対する対抗力がないことを前提として、当該賃借人は競売法二七条三項所定の利害関係人に該当しないと判示し（大阪高決昭三七・九・二五判例タイムズ一三九号一―一五頁「長期賃借人に競売期日の通知をしないのは違法である旨の抗告を棄却した事案」）、また、前掲した大阪高裁判決の上告審においても、第六〇二条所定の期間の限度において長期賃貸借に対抗力を認めようとする解釈は採らないことが確認されている（最判昭三八・九・一七民集一七巻八号九五五頁「前掲大判明三六・六・一二他の大審院判決及び前掲最判昭三六・六・二三を引用しつつ、判例変更の必要を認めないとした上で、反対の趣旨の原判決を破棄し自判した」）。更に、右の

競売期日の公告に掲載することを要する賃貸借の期間及び借賃は、抵当権者に対抗しうる賃貸借の期間及び借賃に限られると判示した」、大判大一五・七・二三法律新聞二六一〇号一三頁「前掲大判明三八・一・二五を引用しつつ、賃借権は無効であり、抵当権者や競落人に対抗しえないものと判示している」、大判昭六・七・一〇民集一〇巻五二四頁「存続期間一〇年、賃料月額四五円、期間中賃料全額前払の宅地及び建物賃貸借の登記抹消を請求した事案（第一審では解除請求もしていた）。斯様な賃貸借は抵当権者に対抗しえない以上、抵当権者は何ら負担なきものとして競売することができ、競落人も完全なる所有権を取得しうるものとして、斯様な賃貸借の存在により抵当権行使に事実上の障害を受けるとして請求を認容した原判決を破棄し自判した。斯様な賃貸借は解除請求や登記抹消請求の必要はないという」、大判昭八・一二・一五法律新聞三六六五号一三頁、大判昭八・一二・三三大審院判決全集一輯二号二九頁「前掲大決大一二・一・一九を引用しつつ、第六〇二条所定の期間を超える賃貸借は処分行為に該当することを理由として、抵当権者に対抗しえず、また、同条所定の期間に相当する部分の範囲内においても対抗しえないことは論を俟たないと判示している」、大判昭九・一二・三法律新聞三七八七号一四頁「前掲大決大一二・一・一九を引用しつつ、第六〇二条所定の期間を超える賃貸借はたとえ登記があつても抵当権者に対抗しえないということは第三九五条の法意に徴して明らかであり、賃借権なき土地として競売申立てをすることができ、競落人は何ら負担なき所有権を取得しうる」と判示している。斯様な場合には敢えて第三九五条但書によって解除請求する必要はないという」、大判昭一四・九・二八民集一八巻一一二二頁「存続期間五年、賃料月額二〇円、期間中賃料全額前払の建物賃貸借の事案。競落人が建物収去土地明渡請求をしたのに対し、占有者が当該賃貸借を抗弁としたが、何ら対抗力なきものと判示した」。

戦後、最高裁判決が現れる前の下級審裁判例においても、右大審院の判例法理が基本的には引き継がれており（東京高判昭三二・一〇・一一東高時報八巻一〇号二四二頁「第六〇二条の法定の最長期に短縮した範囲内で対抗しうると解すべ

借という問題とも関連するが、本稿の問題設定からは逸脱するので、本稿では取り扱わないこととする。

### 第一項 従来判例法理

長期賃貸借に民法第六〇二条所定期間の対抗力が認められるかという問題については、比較的早い時期から判例に現れていた。この問題について、明治三六年に大審院が、賃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、第三者に対しては発生しないという前提に立脚し、ただその例外として、民法第六〇五条によって賃借権を登記するか、あるいは、賃貸借が第三九五条の短期賃貸借に該当する場合のみ、対第三者関係が生ずるものであり、第六〇二条の期間を超過する賃貸借は、このいずれにも該当しないとの理由から、所謂長期賃貸借の対抗力は一切認められないという立場を表明して以来（大判明三六・六・一二民録九輯七一九頁「存続期間一五年の建物賃貸借の事案。原審が、旧民事訴訟法六五八条三号、競売法二九条一項により競売期日の公告に賃貸借の期限ならびに借賃を掲げるべき旨が命じられている以上、競買人は賃貸借の存在を承認して競買したものと推定される旨を理由として、第六〇二条の期間を超える賃貸借は抵当権者には対抗しえないが、競落人には対抗しうる旨判示した点につき、これを不当であるとして、原判決を破棄し差し戻した」、一貫して、長期賃貸借は抵当権者や競落人へ対抗しえないものと位置付け、また、その対抗力を第六〇二条の期間内においてさえ認めないという立場を堅持しており、これに反する判例はないという状況であった（大判明三六・一〇・三〇民録九輯一一九七頁「前掲大判明三六・六・一二と同趣旨」、大判明三八・一・二五民録一一輯四一頁「第六〇二条の期間を超える賃貸借は無効であり、抵当権者に対抗しえないと判示している」、大決大一一・一・一九民集二巻一頁「長期賃貸借が抵当権者に対抗しえないことは民法第三九五条の反面解釈上明らかであるものと解した上で、競売法二九条により

註(5) 石坂音四郎「判批(大判大二・一・二四)」京都法学会雑誌八卷七号(大正二年)一〇九頁(一一一―一二二頁)、富井政章『民法原論第二巻物権』(有斐閣、大正二二年合冊版復刻、一九八五年)五八一―五八二頁、中島玉吉『民法釋義卷之一下物権編下』(金刺芳流堂、大正五年)一一八六頁、鳩山秀夫『担保物権法』(文信社、大正九年)二八一―二八二頁、三瀨信三『全訂担保物権法』(有斐閣、第一五版、大正一五年)五八六―五八七頁。しかし、これらの学説のうち、三瀨信三博士は、その後、競売開始決定通知があった時点からは処分禁止の効力が生ずるものと改説するに至った(三瀨「民法第三百九十五條論」法学協會雜誌五一卷九号「昭和八年」一六〇七頁「一六三一頁」)。

註(6) 石田文次郎『担保物権法論上巻』(有斐閣書房、第三版、昭和一年)二二七頁。なお、田島順『担保物権法』(弘文堂書房、昭和九年)二二六―二二七頁も判例法理を掲げ、特に判例に反対していないので、差押えによる処分禁止効を否定するものではないといえるであろう。

### 第三節 長期貸借権の対抗力

次に、民法第六〇二条の期間を超える所謂「長期貸借」も類似問題として扱われている。前述したように、民法は、旧民法の制定時から、管理行為的な短期貸借につき、抵当権に対する対抗力を認めてきたわけであるが、それは、管理行為的な貸借であるからこそ、第六〇二条の期間に限って抵当権に対する対抗力を認められたのである。そこで、斯様な期間限定型の対抗力は、その期間の範囲内だけは認められるのか、つまり、第六〇二条の期間を超過している貸借であっても、土地につき五年、建物につき三年という期間だけは抵当権者に対抗しうるのかという問題が生ずる。以下、この問題に関する従来の議論の状況につき考察する。なお、この問題は、期間の定めなき貸借



八判例時報五八三号五二頁「農地法二〇条の規定もこの解釈を左右するものではないと明言する」。したがって、差押えの効力発生後は賃貸借契約の法定更新を否定するという解釈は、不動産賃借権一般について該当するということになる。

#### 第四項 学説の状況

次に、学説の状況について考察する。前述したように、短期賃貸借契約の更新という問題は、短期賃貸借契約の設定と同一問題であるといえる。この問題について、かつての通説は、競売開始決定に係る競売申立記入登記は第三者に抵当不動産の競売を知らしめ、第三者が当該不動産に権利を取得したりなどして損害を蒙ることを防止することを目的とするもの、つまり予告登記の性格を有するに過ぎず、抵当不動産所有者の権利を制限する効力（処分禁止効）はないものと解しており、その結果、競売申立記入登記後に設定登記された短期賃貸借であっても有効であり、対抗力を有するものと解していた。<sup>(5)</sup>

しかし、昭和年代に入ると、前掲判例（前掲大判大ニ・一・二四）と同様、競売申立記入登記に差押えの効力を認め、所有者の処分権が制限されるものと解する学説が現れるに至った。<sup>(6)</sup>

現在では、右少数説が通説となっており、異論はない。ただ、現行法上、競売手続の開始決定において差押宣言が発せられ（民執法四五条一項）、この競売開始決定は債務者に送達され（同法同条二項）、この送達とともに差押登記の嘱託が行われるが（同法四八条一項）、差押えの効力が生ずるのは、競売開始決定の送達時を原則とするものの、差押登記が早ければ、差押登記時となるので（同法四六条一項但書）、競売開始決定の送達もしくは差押登記後に登記された短期賃貸借、あるいは、更新された短期賃貸借は、抵当権者や買受人には対抗できないということになるのである。

後は短期賃貸借契約が消滅する関係上、賃借人は引渡命令の相手方になるものと解されていた（大阪高決平元・五・三一高裁民集四二巻二号八七頁）。しかしながら、この点に関しては、平成八年の民事執行法の改正により、買受人に対抗できる権原を有する占有者以外の占有者は引渡命令の対象となる旨が規定されたので（民執法八三条）、現行法においては、短期賃貸借の更新が買受人に対抗しえない以上、存続期間満了後も占有する者に対しては、引渡命令を申し立てることができるようになっていた。

## （二） 農地法一九条関係

次に、農地の賃貸借についても、法定更新に関する規定がある。農地法一九条によると、農地又は採草放牧地の賃貸借について期間の定めのある場合において、その当事者がその期間満了の一年前から六ヶ月前までの間に、相手方に対して更新しない旨を通知しないときは、従前の賃貸借と同一の条件で更に賃貸借をしたものとみなす旨規定されており、同法二〇条によると、その更新をしない旨を相手方に通知する場合には、都道府県知事の許可を要する旨規定されているので、その許可がなされない限り、法定更新することになる。そうすると、農地が抵当権の目的物となり、当該農地に短期賃貸借が設定され、引き渡されると、抵当権者に対抗しうるものとなり（農地法一八条一項、民法第三九五条本文）、知事の許可がない限り、法定更新し続けることになるのかという問題が出てくる。

しかし、斯様な法定更新それ自体は認められるとしても、農地や採草放牧地以外の土地・建物の場合との間に均衡を失するような解釈を認めることは妥当性を欠く。そこで、この問題について、判例は、前述してきた土地や建物の法定更新の場合と同様、差押登記後の法定更新は、抵当権者に対抗しえないものと解している（最判昭四四・一一・一

判昭四一・八・八金融法務事情四五号九頁「土地につき存続期間五年、建物につき存続期間三年とする工場用建物及びその敷地の賃貸借の事案」、東京地判昭四八・一〇・一七判例時報七三七号五五頁「存続期間二年、賃料月額七五〇〇円とする建物の一部居室部分の賃貸借の事案」、東京地判平二・一一・三〇金融法務事情二二八九号二七頁「存続期間一年、賃料月額一一〇万円の建物の一部（鉄骨造陸屋根五階建ての一・二階部分）賃貸借の事案」、最判平三・九・一三金融商事判例八八七号一頁「土地につき存続期間五年、賃料坪当たり一〇〇〇円、建物につき存続期間三年、賃料坪当たり五〇〇円とする倉庫・工場等の建物及びその敷地の賃貸借の事案。差押登記後に期間が満了する短期賃貸借は法定更新されないという。また、本判決は、執行妨害的な意図を有する短期賃貸借であることを前提とし、その期間満了にあたり、賃借人等が種々の妨害工作をしないという保障がないなどの事情がある場合には、買受人からする将来の期間満了における買受人自身への明渡請求もできると判示している」がある）、更に、この結論は、抵当権者が更新特約付の短期賃貸借契約を承認した場合でも同様であり、この場合でもやはり競売申立記入登記後の法定更新は競落人に対抗しえないものと判示されている（東京高判昭四一・二・二四判例タイムズ一九〇号一八二頁「存続期間一年、期間満了時に賃借人に異議なき場合には一年更新するという特約付きの建物賃貸借の事案」）。

しかし、買受人の行う引渡命令の申立て（民法八三条）においては、下級審裁判例の取扱いは分かれており、一方では、差押登記後の更新が競落人（買受人）に対抗しえなくとも、更新は元所有者との間では有効であり、賃借人は差押えの効力発生前から権原により占有している者である関係上、新所有者たる競落人（買受人）からの引渡命令申立ての対象にならないものと解され（東京高決昭六二・八・二四判例時報一二五〇号四八頁）、他方では、差押登記後の更新は、抵当権者・買受人に対抗しえないのみならず、当該差押えの効力は債務者・所有者にも及び、差押えの効力発生

の事案」、また、そもそも、競売申立記入登記後は法定更新の規定は適用されないものと判示された（東京地判昭三一・八・一〇下裁民集七巻八号二一六三頁「債権額五万円の回収のため、賃料及び造作買受代金としての一五万円と債権額との差額一〇万円を支払い、存続期間三年、敷金を一万円とする居住用建物賃貸借の事案」、東京地判昭三五・五・一二金融法務事情二四四号四六九頁「存続期間二年、賃料月額五〇〇〇円の建物賃貸借の事案」）。

そして、最高裁においても、これらの点が確認された結果（最判昭三八・八・二七民集一七巻六号八七二頁「存続期間三年、賃料年額五〇万円、敷金三〇万円の土地・建物賃貸借の事案」、その後もこれら一連の判例法理が踏襲され（抵当権者や競落人「買受人」に対する対抗力を否定した判例・裁判例として、最判昭四四・一二・一一判例時報五八一号三三三頁「存続期間三年、賃料月額四万円、期間中賃料全額前払、賃借権の譲渡・目的物の転貸ができるという詐害的建物賃貸借の事案」、名古屋高金沢支判昭五三・一・三〇金融商事判例五五三号一五頁「存続期間三年、賃借権の譲渡・目的物の転貸ができるという詐害的建物賃貸借の事案」、大阪地判昭五四・六・二八下裁民集三〇巻五〇八号三一三三頁「存続期間二年、保証金八〇万円の建物賃貸借の事案」、大阪高判昭六一・九・二六判例タイムズ六三八号一八二頁「存続期間三年、敷金五〇〇万円の建物賃貸借の事案」、大分地判平二・四・二七判例タイムズ七三三一号一八三頁「土地につき存続期間五年、建物につき存続期間三年、賃料月額一平方メートル当たり一〇〇円、保証金八五〇〇万円、賃借権の譲渡・目的物の転貸を自由とする詐害的な土地及び風俗営業的ホテル用建物賃貸借の事案」、東京高判平五・九・二五金融商事判例九三四号九頁「存続期間二年、賃料月額一二〇万円、保証金五億円の鉄骨造陸屋根四階建て店舗兼倉庫、鉄骨造陸屋根三階建て店舗兼住宅を一括して賃貸借とした事案」、最判平八・九・一三民集五〇巻八号二三七四頁「存続期間三年、賃料月額七十二万円、管理費月額一二万四千七百三十三円、保証金二〇〇〇万円の一〇階建てビルの八階部分の事務所賃貸借の事案」）があり、また、法定更新規定の適用を否定した判例・裁判例として、東京高

問題に関する大審院の判例は見あたらない。

### 第三項 法定更新に関する戦後の判例・裁判例

(一) 借地法六条、借家法二条（借地借家法五条二項、三項、二六条）関係

戦後の判例及び裁判例における同種事案に関する問題は、民法第六〇三条の約定更新から借地法六条、借家法二条（借地借家法五条二項、三項、二六条）の法定更新に移行している。

戦後も、民事執行法の制定・施行までは、前掲した民事訴訟法六五一条の競売申立記入登記という名称は維持されたが、すでに大審院時代において、その登記に差押えの効力が認められていたので、戦後の下級審裁判例においても、競売申立記入登記後の法定更新は、抵当権者や競落人には対抗しえないと判示され（大阪高判昭三〇・八・九高裁民集八卷七号四一七頁「存続期間三年、賃料月額一五〇円、期間中賃料全額前払、賃借権の譲渡・目的物の転賃を許すという詐欺的建物賃貸借の事案」、福岡高判昭三一・二・二二高裁民集九卷四号二一六頁「存続期間三年の居住用建物賃貸借の事案」、大阪高判昭三八・七・九判例時報三五七号四三頁「存続期間三年、賃料月額一万五〇〇〇円、期間中賃料全額前払、敷金一〇〇万円の旅館用建物賃貸借の事案」、また、競売申立記入登記後は、約定更新も法定更新も抵当権者や競落人に対抗しえないとも判示され（長野地諏訪支判昭三三・八・一八判例タイムズ八三号七八頁「存続期間の定めなし、賃料月額五〇〇〇円の旅館用建物賃貸借の事案。本判决は、存続期間の定めなき建物賃貸借は借家法一条の二所定の解約申し入れにつき正当事由を要し、制限されている旨を理由として、短期賃貸借とは認められないと判示したものであるから、更新に関する判旨は傍論である」、福岡高決昭三八・一・一六判例時報三四三号五二頁「存続期間三年、賃料月額一万円、敷金三万円の店舗兼住宅の賃貸借

となる。以下、この論点に関する問題について考察する。最初は、約定更新（民法第六〇三条）の事案が問題に上った。短期賃貸借の更新規定である民法第六〇三条によると、第六〇二条の「処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者」に許されている山林一〇年、その他の土地五年、建物三年、動産六ヶ月という存続期間は更新が認められているが、この規定が第三九五条の抵当権者に対抗しうる短期賃貸借にも適用されるかという問題がある。

この問題について、大審院の判例は、当初、競売申立記入登記後に賃借権設定登記を経由しても、競落人には対抗しえず、競落人は、当該賃借権設定登記の抹消登記手続を請求できると判示しており（前掲大判明三八・一〇・二五民録一輯一四七六頁「前述したように、本判決は、抵当権者の地位と競落人の地位を異なるものと解していた」）、この判例法理からは、一見すると、否定的な考え方が宣言されたかのような感があったが、その後の判例は、民法第六〇二条の賃貸借契約の更新規定たる第六〇三条は第三九五条の場合にも適用しうると判示しており（大判明四〇・一〇・一〇民録一三輯九二七頁「存続期間三年の建物賃貸借が約定更新された事案において、短期賃貸借は抵当権行使時に抵当権者を害する虞なしとの前提に立ち、これが更新されると否とを問わず、抵当権者の利害に異なるところはないと判示した」）、ここに本問題に関する肯定説が宣言された。

しかし、その後、前掲した大正二年判決が、競売申立記入登記後は当該不動産の所有者は行為の制限を受け、地上権や賃借権の設定登記をなしえず、また、民法第三九五条は競売申立記入登記により不動産の所有者が行為の制限を受ける場合には適用がない旨を宣言したことから（前掲大判大二・一・二四）、以後の下級審裁判例は、民法第六〇三条により約定更新されても、競売申立記入登記後に約定されたときは、抵当権者や競落人に対抗しえないと判示するに至った（東京地判昭五・七・一七法律新報二二八号二二頁、東京控判昭一三・三・二六法律新聞四二七七号八頁。なお、同一

は抵当権者及び競落人に対抗しえないと判示し、また、民法第三九五条の規定は、不動産の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判示した。前述した明治三八年判決が、最低競売価額への影響を理由として競落人への対抗力を否定した考え方を以てすれば、当然、抵当権者への影響も考慮されるべきであり、大正二年判決は、この点につき、差押えの効力を理由付けとして、抵当権者及び競落人への対抗力を否定したものであり、この点の判例法理の変遷は、論理必然的であるといえる。

## 第二項 約定更新に関する大審院時代の判例・裁判例

次に、短期賃貸借の更新に関する判例法理の変遷をみる。短期賃貸借であっても、その類型が正常な居住を目的とするものであり、また、抵当権も実行されないうままであれば、特に抵当権者への影響もなく、問題はないのであるが（我が国の不動産業界における居住用建物賃貸借の存続期間は、従来から二年契約が多く、つまり、短期賃貸借であり、判例に現れない多くの短期賃貸借は斯様な類型であるが、これが所謂「正常型」であり、民法第三九五条が本来予定している短期賃貸借である）、抵当権が実行され（民執法一八一条、四五条一項）、競売開始決定が債務者に送達され（同法四五条二項）、差押登記（同法四八条）がされて、差押えの効力（同法四六条一項）が生じた後でも、その更新を許すとすれば、もはや短期ではなく、対抗力の有無に関わらず、賃借権一般に抵当権に対する対抗力を認めることと同じことになってしまい、ましてや、前述したように、第九回帝国議会（民法中修正案委員会）の民法審議の際に主張された賃料前払、高額敷金といった特約付きの所謂「詐欺的短期賃貸借」が登記された場合において、その更新までもが無制限に行われるとすれば、その抵当権者への影響は計り知れないものとなる。そこで、更新の場合にも、設定の場合と同様の制限が必要

### 第一項 競売申立記入登記後における短期賃借権の設定

まず、大審院時代の判例は、競売申立記入登記は予告登記の性格を有するに過ぎず、差押えの効力を生ずるものではないという多数学説の影響もあつてか、当初は、競売申立記入登記後の短期賃借権の登記に抵当権者に対する対抗力を否定したものは存在せず、ただ、競売申立ての登記後に賃貸借登記をしても競落人に対抗しえず、競落人はその登記の抹消を請求しうるものと判示していた（大判明三八・一〇・二五民録一一輯一四七六頁「抵当権者Xが抵当権の実行による競売手続を申し立て、その記入登記後、債務者Y<sub>1</sub>がY<sub>2</sub>との間において抵当不動産につき短期賃貸借契約を締結し、仮登記を経由したので、XがY等に対し登記抹消請求をしたところ、その後、Xが自ら競落人になったという事案において、Y等が旧民事訴訟法六四四条二項「現行民執法四六条二項」に所謂「差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ為スコトヲ妨ケス」という規定「前掲現行法では、「通常の用法に従つた使用又は収益」と規定されている」による管理行為を主張し、また、Xは民法第三九五条但書に基づく解除請求をしていないと主張したのに対し、大審院は、民訴法六四四条二項に所謂管理行為は競売申立ての登記後まで認められたものではなく、競落人に対抗しえないこと、また、民法第三九五条但書は抵当権者に関する規定であり、競落人には関係がないことを理由として、Xの登記抹消請求を認めた。競売申立記入登記後に設定登記された短期賃貸借に対抗力を認めると、最低競売価額の決定に支障を来し、競落人の権利行使に影響を来す旨を理由付けとしている」。

しかし、その後、大審院は、競売申立記入登記に差押えの効力を認めた上で、抵当権者が抵当権の実行に着手し、競売申立ての登記をしたときは、不動産所有者は、その不動産上に地上権その他の物権の設定登記をすることができないことはもちろん、競売申立ての登記前に成立した賃貸借契約といえども、これを登記して、競売後に存続させることはできないと判示するに至つた（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賃借権



なお、以上の旧民法から現行民法起草までの詳細については、内田・前掲書(本註)二二頁以下、拙稿「判研(最判平八・九・一三)」法学新報第一〇五巻第一〇・一一号(一九九九年)二三二頁(二三八―二四二頁)等を参照されたい。

註(4) 平成八年の民事執行法八三条の改正前は、買受人は前所有者との関係において権利を有する占有者に対する引渡命令を請求しえないという取扱いであったので、競売手続終結後も居座りつつ、買受人に対して立退料を要求する輩が多かったようである。この辺りの実態はベールに覆われてはいるが、後述するように、濫用度の高い短期賃貸借は権利の濫用であり無効であるとして、引渡命令の対象となるという裁判例も出現し(大阪高決平元・三・六判例タイムズ七〇九号二六五頁等)、斯様な場合、賃借権の設定を受けても無駄なはずであるが、それでも斯様な濫用的賃貸借の事件が後を絶たないのは、立退料名義の金銭の授受が事実上行われていることを窺わせるのに十分ではなからうかとの指摘もある(生熊長幸「担保権実行についての実体法と手続法の関係」ジュリスト九七一号「一九九一年」二五四頁「二五九頁」)。

## 第二節 競売申立記入登記(差押登記)と短期賃借権の設定・更新

まず、抵当権者に対抗しえない短期賃借人の類型として、本節では、競売開始決定に基づく競売申立記入登記(旧民事訴訟法六五一条)ないし差押登記(民執法四八条)の後に設定されたり、更新されたりした短期賃貸借契約の存在を理由とする占有者の問題について考察する。

三七億円が投入されたが(平成一〇年一〇月六日付預金保険機構理事長談話参照)、その後、幸福銀行は、平成一二年五月一八日、アメリカのアジア・リカバリーファンド・リミテッドパートナーシップ社という投資ファンド会社に営業譲渡されている(同年同月同日付預金保険機構理事長談話参照)。

註(3) 管理行為としての短期賃貸借については、既に旧民法財産編第一一九条に規定されており(建物は三年、土地は五年、牧場・樹林は一〇年であり、現行民法第六〇二条とはほぼ同様の規定である)、また、同法債権担保編第二四八条によると、この賃貸借については、抵当権者もこれを遵守することを要する旨が規定されていた。また、この債権担保編第二四八条は、ボアソナード草案第一二六二条に基づいており、同草案の注釈によると、抵当不動産の賃借人が抵当権者に追い出されることを危惧するがために、その所有者が賃貸しえなくなつては困るからという趣旨の理由付けがなされている(内田貴『抵当権と利用権』「有斐閣、一九八三年」二九頁)。そして、この旧民法の規定は法典調査会の草案においても維持され(第三九〇条「現行民法第三九五条本文のみの規定」、起草者である梅謙次郎博士は、「矢張り抵当権者ニ對抗スルコトガ出来ナケレバ不都合デアラウ」というのみであり(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録二』「商事法務研究会、一九八四年」九五七―九五八頁参照)、その他では、長期賃貸借に関して全く対抗力を認めないという趣旨であることが確認された程度であり(同・九五八頁)、委員の中からも何ら異議は発せられなかつた。しかし、この草案が衆議院に上程され(第三九四条「現行第三九五条」)、第九回帝国議会の民法審議における民法中修正案委員会にかけられた際に、実務家出身の中島又五郎委員から、短期の賃貸借につき無制限に抵当権者に対抗しうる効力を認めると、例えば家屋の場合、賃料前払が近時頻繁に行われ、また、敷金を高額に設定し、反面、期間中の家賃を安く設定するなどの契約類型も現れており、これらの場合には、競落人に弊害を生ずることになるので、短期賃貸借の対抗力に「抵当権者ノ権利ヲ妨ゲルト云フコトガ出来ヌト云フ意味ヲ加ヘタイ」という修正意見が出された。これに対して梅委員は強行に反対したが、修正案に賛成する委員が多く、その後、同委員会の最終会議において但書追加が確定され、民法第三九五条但書が制定されたのである(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。衆議院民法中修正案委員會速記録「明治二十九年三月九日第八號」の原文については、同書二〇八―二一一頁参照)。

それでは、まず本論に先立ち、抵当権者に対抗しえない賃借人の類型（競売開始決定後の短期賃借権の設定・更新、長期賃貸借）について考察を加えることとする。

註(1) 例えば、破綻した銀行等に対し、預金保険機構が不適資産の買い取りを行ったり、あるいは、破綻した銀行の営業譲渡ならびに資産買い取りに際して、預金保険機構からの多額な資金援助が行われている。因みに、北海道拓銀に対する資産買い取り額一兆六一六億円はこれまでの最大規模であり、次いで、長銀に対する資産買い取り額七一六八億円が史上第二位である（当初、平成一年八月一六日の債権買い取り予定額が四九三九億円であり、平成一二年二月二八日の同予定額三〇四八億円と合計すると、七九八七億円となるはずであるが、平成一二年二月一六日付の預金保険機構理事長談話によると、合計額は七一六八億円になったとのことである）。但し、長銀に対しては、同機構から三兆二三九一億円が贈与されているので、公的資金投入では長銀が史上第一位である。因みに、長銀は、平成一〇年一〇月二八日に特別公的管理機関である預金保険機構に全株式を譲渡していたが、平成一二年二月九日付（譲渡日は同年三月一日）で同株式は同機構からアメリカのリップルウッド・ホールディングス社を中心に組織された投資組合であるニュー・LTCB・パートナーズ・シービー社に一〇億円で譲渡する旨の契約が締結されている。前述した三兆二三九一億円の贈与は、この譲渡契約締結後、株式譲渡日の直前である二月末に行われたものである（以上の長銀に関する情報は、預金保険機構のホームページで公表されている平成一年八月一〇日付及び平成一二年二月一六日付預金保険機構理事長談話から引用した）。なお、その後、金融再生委員会は、平成一二年三月一四日の会合で、長銀に対し、二四〇〇億円の公的資金による資本注入を行うことを正式決定している。

註(2) 例えば、破綻した銀行等の営業を譲り受けた銀行等でさえ、その後、資産状況が悪化し、破綻する可能性があり、その場合には、営業譲渡に際して拠出された援助資金は全く水泡に帰する。この例としては、京都共栄銀行の営業を譲り受けた幸福銀行の破綻がある。因みに、京都共栄銀行の営業譲渡に際しては、預金保険機構から幸福銀行等に対して四五六億円が贈与され、また、同銀行からの資産の買い取りに際して同機構から五八一億円が資金援助され、合計一〇

新されたりした賃貸借契約は、短期のものであっても、抵当権者に対抗しえないものとなる（最判昭三八・八・二七民集一七卷六号八七一頁、最判平八・九・一三民集五〇卷八号二三七四頁等〔いずれも競売開始決定に基づく差押登記後に更新された短期賃借権の対抗力を否定する〕）。

抵当権に対抗しえない賃借権であれば、競売手続による売却においては、買受人にも対抗力を欠く関係上、買受人に引き受けられない権利という取扱いになり、売却手続終結後は消滅する権利ということになる（民執法五九条二項）。斯様な取扱いを受ける関係上、抵当権者に対抗しえない短期賃貸借契約は、たとえ抵当権者に損害を及ぼしうる詐害的な類型であつても、競売開始決定後は、もはや解除請求の対象にはなりえないはずである。しかしながら、抵当権者に対抗しえない賃借権等の権原に基づいて占有を続ける占有者の存在は、買受申し出をしようとする者にとつては、はなはだ厄介な代物であり、<sup>(4)</sup>また、斯様な占有者との関わり合いを避けたいという思いもあつて、買受申し出を躊躇しがちである。そうすると、当該占有者が不動産所有者との関係においても対抗力のない不法占有者の場合であつても、買受けが躊躇されがちになり、競売手続はスムーズに進行しなくなる。更に、買受人が現れないということになると、不動産の最低売却価額も減価され、抵当権者の優先弁済権の行使に支障が出る。

そこで、本稿においては、対抗力なき占有者の代表格である短期賃借人と不法占有者に焦点を当て、抵当権者に対抗しえない短期賃貸借契約の解除請求は必要であるかという問題点（最近の判例として、前掲最判平八・九・一三がある）、ならびに、その解除後の明渡請求は認められるかという問題点（同じく、最判平三・三・二二民集四五卷二号二六八頁がある。最近の最大判平一一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁も関連問題「不法占有者に対する明渡請求の事案」である）を中心論点とし、これらに関連する付随的な問題点についても適宜考察の対象とするものである。

速化すれば、あとは銀行等金融機関の自助努力により、抵当不動産の任意売却等、他の債権回収手段にも弾みがつくであろうし、業界ももっと活性化するはずである。つまり、競売手続が円滑ではないために、債務者及びその他の抵当権設定者に対する圧迫手段としての効果が今ひとつ実効性を欠き、そのために任意売却にもつていく機会をも失っており、また、反対に、債務者等に執行妨害の機会を与えてしまう一要因にもなっているのではないかと思われるのである。

そこで、本稿においては、不良債権の増加要因の一つとして挙げられる抵当物件における占有者の存在について、本質的に債権の回収に支障の出るケースを分析し、実体法的に解決を図ることを目的とする次第である。

ところで、民法第三九五条によると、民法第六〇二条に規定されている所謂短期賃貸借は、抵当権の登記後に登記したものであっても、抵当権者に対抗しうる旨規定されている。民法上、登記しうる権利の優先劣後関係については、原則として、登記の順序によるものと規定されているが（民法第一七七条）、民法は、管理行為としての短期の賃貸借については、特別に抵当権者に対する対抗力を付与して、抵当不動産の賃貸借を保護し奨励することとしたのである<sup>(3)</sup>。それ故、民法第六〇二条所定の期間だけは賃貸借が存続することになる。また、抵当権の効力は、抵当権の実行後において顕現するものであるから、抵当権が実行されるまでは、短期賃貸借の存続期間内は更新も許されるべきであるということになる。

しかし、抵当権の効力が顕現すべき抵当権の実行後は、差押えの効力を全うさせるため、処分が禁止されることになるから（民執法四六条二項「差押え後は債務者の通常の用法に従った使用収益行為に限定される」）、現行法上、抵当権の実行後は、賃借権の設定や更新などは許されないということになる。そうすると、抵当権の実行後に設定されたり更

の統合による「みずほファイナンシャルグループ [MHFG]」の創設〔持株会社は株式会社みずほホールディングスといい、平成一二年九月二九日設立の予定〕が有名である。

これら銀行を中心とする金融業界全体の金融危機を打開する手だてとしては、業界再編（「統合」など）といっているが、リストラ目的の合併に他ならない）、不良債権の償却（貸倒引当金や貸倒償却といった会計処理の利用による損失処理であるが、実は債権回収の放棄に他ならない）や公的資金の投入<sup>(1)</sup>などが考えられているが、これらでは、本質的には解決しえない問題であり、<sup>(2)</sup>本来は、深刻な不良債権となる前に、回収手段を講じて少しずつでも回収すべきものであり、じつと手を拱いているだけでは、回収する機会を逸してしまい、更なる不良債権の増加を招くばかりである。

本来、不良債権の償却や公的資金の投入は恒常化されてはならないものであるが、日本人の癖というか、臭い物には蓋をするという風習があるように、斯様な手段が安易に利用されてしまっているような気がしてならない。このあたりで、金融業界全体において、一段と債権回収に向けた自助努力がなされることを期待したい（整理回収機構や預金保険機構に頼るようになっては、本当の意味において、もうおしまいなのである。また、東京都は、平成一二年三月三〇日の定例都議会本会議において、東京都に本支店を置く資金量五兆円以上の金融機関を対象として業務粗利益の三パーセントを二〇〇〇年三月期決算分から五年間課税する外形標準課税「別名「銀行税」」を導入する都税特例条例案を可決し、大阪府も、平成一二年五月三〇日の府議会において、東京都と同様の外形標準課税を二〇〇二年三月期決算分から導入する条例案を可決したが、これら自治体の動きは、銀行の自助努力が足りず、銀行にはまだ余裕があるものと判断された結果ではないだろうか）。ただ、自助努力のみで円滑な債権回収ができれば何の問題もないわけであり、やはり、円滑な債権回収のためには、最低限、裁判所の競売手続による売却手続の円滑化及び迅速化が要求されることになる。競売手続が円滑化し迅速

れ以前において既に経営破綻していたものといえる)、同じく同年十二月三日の日本債券信用銀行の特別公的管理開始決定、更に、平成十一年四月一日の国民銀行の金融再生法八条に基づく金融整理管財人による業務及び財産管理命令処分、同じく、同年五月二二日の幸福銀行の金融整理管財人による業務及び財産管理命令処分、更に、同年六月四日の東邦生命保険の保険業法二四一条による業務停止命令、更に、同年六月一日の東京相和銀行の金融整理管財人による業務及び財産管理命令処分、同じく、同年八月六日のなみはや銀行の金融整理管財人による業務及び財産管理命令処分、更に、平成十二年五月一日の第一火災海上保険の保険業法二四一条に基づく業務一時停止命令、同じく、同年同月三十一日の第百生命保険の保険業法二四一条に基づく一部業務停止命令、等があり(その他にも、徳陽シティ銀行、みどり銀行などの経営破綻例がある)、平成九年から今日に至るまで、銀行のみならず、証券、生保・損保業界をも含めた金融業界全体が深刻かつ危機的な状況に陥っているといっても過言ではない。また、破綻に陥った銀行等が中小のもののみならず、都市銀行の一角であった北海道拓銀や三大証券会社の一角を占めてきた山一証券、そして、何よりも深刻であったのは、国民の側から見れば、絶対安心かつ安全と目されてきた政府系の特殊銀行である長銀や日債銀までもが破綻したという事態であった。更に、資産規模の小さな信用組合などに至っては、非常に多くが破綻を来しており、一昔前までは大手都市銀行の事業拡張を目的とした類型しかみられなかった銀行等の合併も、今や事業継続のための合併や、再建を断念したことに伴う営業譲渡などという話になってきており、更にまた、経営合理化の名の下、大手都市銀行間における事業規模の縮小等による収益力向上を目的とした合併話や資本ないし業務提携話でさえ日常茶飯事であり、新聞紙上を賑わしている状況にある(例えば、平成十二年五月二四日に旗揚げされた第一勧業銀行、富士銀行、日本興業銀行

## 第一節 序 説

バブル経済の崩壊による地価の長期下落傾向に伴い、金融業界における、バブル期以前からの無謀ともいえる程の所謂経営体力を超える担保価値以上の融資に加え、抵当権の実行を手控えたことから端を発し、徐々に増加傾向を示した所謂不良債権（銀行業界では「不適資産」と称されている。なお、金融再生法施行規則四条において、資産の査定基準として、破産更生債権及びこれに準ずる債権〔二項一号〕、危険債権〔同項二号〕、要管理債権〔同項三号〕、正常債権〔同項四号〕と分類されているうち、前三者が所謂不良債権ないしそのおそれのある債権として定義付けられよう）は、当初その存在が国民にはあまり知らされずに推移していたが、地価の下落傾向には歯止めがかからず、不動産の時価が全体的に長期下落傾向を示した結果、その債権回収状況が更に悪化して、危機的な状況となっていることが顕在化した。

まず、平成九年一月一七日の北海道拓殖銀行の事実上の経営破綻に始まり（但し、生保業界では既に同年四月に日産生命が経営破綻し、証券業界では既に同年一月三日に三洋証券が東京地裁に会社更生法の適用を申請し、事実上倒産したという事案がある）、次いで、同年同月二四日の山一証券の自主再建断念に伴う営業休止、平成一〇年一月二三日の日本長期信用銀行の金融再生法三六条一項に基づく特別公的管理開始決定（長銀は、これより前、平成一〇年六月二六日付で住友信託銀行との合併構想を発表し、同年八月二二日付で金融監督庁長官に対して、その合併構想を前提として、抜本的な不良債権処理、リストラを含む経営合理化策を発表し、住友銀行側も同長官に対して、長銀と前向きに合併に向けた交渉を続ける旨の報告をしたが「同年八月二二日付の金融監督庁長官談話参照」、結局、合併は実現せず、実質的には、同年六月か、あるいはそ



第四節 抵当権者に対抗しえない賃貸借契約の解除請求

第一項 従来の判例法理

第二項 学説の状況

第五節 権利濫用法理の適用による占有者の排除

第一項 従来の判例法理

第二項 濫用的短期賃貸借に対する実務上の取扱い (以上、本号)

第六節 抵当権に基づく不動産明渡請求 (以下、次号)

第一項 従来判例法理

第二項 学説の状況

第七節 結語

抵当権の対抗力なき占有者排除効（一）

エコノミクス  
第五卷第一号  
二〇〇〇年八月

石 口 修

第一節 序 説

第二節 競売申立記入登記（差押登記）と短期貸借権の設定・更新

第一項 競売申立記入登記後における短期貸借権の設定

第二項 約定更新に関する大審院時代の判例・裁判例

第三項 法定更新に関する戦後の判例・裁判例

第四項 学説の状況

第三節 長期貸借権の対抗力

第一項 従来の判例法理

第二項 学説の状況