

短期貸借の「保護」と「解除」

—解除請求の要件・効果の検討—

田中克志

一 課題の設定

民法三九五条所定の短期貸借保護の制度は、「抵当不動産の利用が実際上円滑に行われることを目的」⁽¹⁾とするもの位置づけられてきたが、皮肉なことに、これが形式的に要件を充足せしめることにより不動産執行の妨害手段として利用されてきたこと（いわゆる濫用的短期貸借）、周知のとおりである。もちろん、抵当権者の側は短期貸借の濫用に対し種々の対抗手段を講じてきたが、その一つが同法但書の規定する解除請求訴訟である。⁽²⁾

それは、抵当権者が、解除された短期貸借に基づいて抵当不動産を占有する者に対し、占有権原を喪失させ、抵当権に基づく妨害排除請求としてか、抵当権設定者（貸借人）の所有物返還請求権の代位行使としてかの法的構成の違いはあるものの、明渡しを求めることを狙ったことであつた。

しかし、平成三年三月二二日の最高裁判決・民集四五卷三号二六八頁（以下、最高裁平成三年判決）は、短期貸借

の解除は抵当権者に対し賃借人の占有を排除し得る権原を付与するものではない、として、右のいずれの法的構成についても、抵当権者による明渡請求を否定した。しかし、平成六年三月二五日の最高裁判決・判時一五〇一号一〇七頁（以下、最高裁平成六年判決）は、解除された短期賃貸借の賃貸人が賃借人に対してなした賃貸不動産の明渡請求はこれを認めた。

一時期、実務上少ないといわれていた解除請求訴訟であるが、⁽³⁾濫用的短期賃貸借への対応のなかで、裁判例も増加し、要件や効果をめぐって議論が活発化した。右最高裁の二判決の出現によって、実務上一定の方向が固まったといえるが、解除請求の対象をもつばら濫用的な短期賃貸借に限定すべきとか（要件論）、解除判決は短期賃借権の対抗力を喪失させるにすぎないとか（効果論）、「要件」・「効果」に関して、有力説や少数説の存在など見解が分かれている。

わたくしは、さきに最高裁平成六年判決について、これに批判的な立場から、判例評釈を執筆したが、⁽⁴⁾再度、この問題について論じてみたい。

二 矛盾するのか民法三九五条の本文と但書

(1) 民法三九五条の法構造　　抵当権の設定された不動産であっても、抵当権が非占有担保（民三六九条）であることから、賃借権や地上権（以下、賃借権等とする）はこれを有効に設定することができる。しかし、抵当権が実行されると、賃借権等は、買受人に対抗しえず、買受人の所有権取得と同時に、消滅する（民執一八八条、五九条二項）。この意味で、抵当権設定後の賃借権等は抵当権者に対抗できないのである。このように同一不動産上の「抵当権」と「利用権」とは順位と対抗の法理の支配下におかれる。

しかし、短期の貸借（民六〇二条）にかぎっては、これが抵当権設定後に登記されたものであつても、「抵当権者ニ対抗スルコトヲ得」と規定する民法三九五条本文は、右の順位と対抗の法理からいえば、その例外を規定していることになる。

ところが、右の短期貸借であつても、これが「抵当権者ニ損害ヲ及ホス」ときは裁判所は抵当権者の請求によりその「解除」を命じることができ、とする民法三九五条但書きは、例外のさらに「例外」を規定したものと見える。⁽⁵⁾ こうした法文の構造から、つぎの二点、①解除請求の対象は、抵当権者に「対抗スルコトヲ得」る短期貸借権であること、②「解除」を命じられた短期貸借は、原則である順位と対抗の法理にもどつて、抵当権者に「対抗スルコト」ができないなること、がいえるであらう。

(2) 民法三九五条の立法過程　しかし、民法三九五条但書は、その立法過程の研究によれば、法定調査会原案（三九四条）にはなく、衆議院の審議のさいに、この原案に反対する多くの批判がなされ、「両者の妥協の上に」⁽⁶⁾、加えられたのである。⁽⁷⁾

すなわち、抵当権を設定しておきながら抵当家屋が賃貸にだされ、賃料の前払い、高額の敷金と低廉な賃料など弊害が甚だしく、新民法のかかる規定はこうした詐害行為を正当化してしまふのではないか、というのであつた。こうした弊害を防ぎ、排除する手だてについての提案がなされたが、起草委員の梅謙次郎は抵当権者に多少の不利益を強いて抵当不動産の利用を保護するとの本条の趣旨から断固反対した。右の詐害的な短期貸借は、これを無効（民九〇条）とし、詐害行為取消権により排除できるものと考えられていた。

したがつて、本条は、抵当権設定後の短期貸借権の「保護」とこれの弊害を排除するための「解除」という、「矛盾する立法者意思」⁽⁸⁾が、本文と但書となつて合体されたものである。

こうした、但書が付加された経緯に照らせば、解除請求の「要件」・「効果」は、法構造からの解釈と異なり、濫用的短期賃貸借のみが解除請求の対象となり、解除判決の確定により短期賃貸借は消滅する、このように解されることになる。そこで、以下、こうした解釈を批判的に検討することとする。

二 解除請求の対象は濫用的短期賃貸借に限られるのか

1 「損害」を及ぼすことの意味

短期賃貸借といえども、これが抵当権者に「損害ヲ及ホス」ときは裁判所は抵当権者の請求によりその解除を命じることができ（民三九五条但書）。

（一）従来の判例・学説

賃貸借は、これが利用を目的とした本来（正常）型短期賃貸借であっても、その存在そのものが抵当不動産の価格を多少とも低落させる。したがって、賃貸借の存在、そのことの一事をもって、抵当権者に「損害ヲ及ホス」ことにはならず、「賃貸借ノ存在カ抵当不動産ノ代価ヲ低廉ナラシメ為メニ抵当権者ヲシテ完全ニ弁済ヲ受クルコトヲ得サラシムヘキ場合」（大判大正五年五月二二日民禄二二輯六卷三五五頁）でなければならぬ。

代表的な体系書も、この大審院判決とおなじく、例えば、「⁽⁹⁾ 抵当不動産の上に競落人に対抗することのできる賃貸借が成立したために、競売価格が低下し、抵当権者が被担保債権の弁済として取得しうる額が減少すること」、これが損害を

及ぼすことの意味と解する。

問題は、解除請求の要件として、これで足りるかである。濫用的短期貸借に典型的にみられるところであるが、質料が不当に低廉であるとか、質料の前払いがあるなど、不合理な内容の貸借の場合、いっそう抵当不動産の代価を下落させる。この点に関して、大審院判例(大正五年五月六日民録二二輯九〇四頁)は、「質料ノ前払アルト否ト質料ノ額ノ不当ニ少ナキト否トニ拘ラス抵当物ノ価格ヲ損シ抵当権者ニ損害ヲ被ラシムル場合アリ……民法第三百九十五条但書ニ該当シ抵当権者ヲ害スルモノトシテ貸借ハ解除セラルヘキモノトス」。したがって、不合理な約定のない、本来(正常)型の短期貸借であつても、解除することができる。貸借の内容の不合理性は解除請求の要件となるものではない、このように解されている。

(2) 最近の裁判例・学説

(1) ところが、最近の教科書では、質料の不当低廉・質料の前払いなど、その貸借の内容が不合理なものであることを要件の一つとして加えるべきとするものが多い。⁽¹⁰⁾ こうした解除要件の加重は、解除請求を難しくするようにみえるが、濫用的な短期貸借の排除に徹することになる。短期貸借の存在は、通常目的不動産の代価を下落させるものであり、それが通常の程度であるならば、抵当権者はそれを予想して抵当権を取得し、または取得すべき、とするのである。

こうした処理は、利用目的の本来(正常)型の短期貸借を、これが存続のために抵当権者に「損害」を被らせても、保護するものである。代表的な論者によれば、⁽¹¹⁾ 抵当権者と本来的短期貸借人との利益衡量を行い、つぎのようにその理由を述べる。

抵当権者は、「融資をする場合に、抵当不動産の価値を評価し、担保価値に見合った融資をすることができ、その際、本来的短期賃借権の設定を予め計算に入れることができる」。

ところが、それに対して、本来的短期賃借人は、「賃借権の設定を受ける場合、一般に短期賃借権の保護の制度を知らず、登記簿の閲覧もしないから、自己の賃借権が抵当権におくられるものであることを知らず、まして、賃借権の設定により目的不動産上の抵当権の被担保債権の弁済が十分でなくなることや、賃借人が被担保債権の弁済をなしえず、目的不動産につき競売の申立てがなされるに至ることを通常はおよそ予想しえない」。

したがって、「抵当権設定者が本来的短期賃借権を設定し、他方、被担保債権を弁済しえず、競売の申立てを受ける状況に至った場合には、そのつげは、抵当権設定者の信用状態を見誤った抵当権者に負わせるべきで、本来的短期賃借人に負わせるべきではない」。

たしかに、本来的短期賃借人の現状は右の指摘の通りかもしれない。しかし、法的無知などから対応が期待され得ないことから、直ちに、本来的短期賃借人が保護されることにはならない。

(2) 下級審判決においても、短期賃貸借の解除請求に対して、賃料の不当低廉・賃料の前払いなど不合理な約定に言及したうえで、これを認める事例が多い。しかし、これが要件とされているのか、必ずしも明確ではない。

例えば、東京地判昭和六一年五月三〇日（金法一一二四号四九頁）は、つぎのように判示する。

「本件土地建物の評価額は、被告渡辺に対する右賃借権が設定されていないとした場合でも、合計一三五九万五〇〇〇円で、右抵当権の被担保債権の残元本一五二三万七二六円にも満たないところ、右賃借権の存在により本件建物の評価額は三〇パーセント減価が相当とされていることが認められ、右認定に反する証拠はない。一般に抵当物件に賃借権が設定され、更にはこれが登記されている場合、抵当物件の取引価額が低くなることは経験上明らかであり、このことは競売にあっても同様で、しかも被告杉

浦岡名と被告渡辺間(の)賃貸借契約は、借賃が前払済で、譲渡転賃可能であるなど賃貸人(競落人)に甚だ不利益な内容があるため、必然的に競売申出が制限され、このまま競売を実施した場合、本件土地建物の競落価額は相当低下することが推認され、これに右評価人の評価額を考慮すると、被告渡辺に対する賃借権の設定により、原告は被担保債権を相当額回収し得ないおそれがあり、右賃借権は抵当権者である原告を書しているというべきであつてこれを解除するのが相当である」。

また、大分地判平成二年四月二七日(判タ七三一号一八三頁)の判示するところはこうである。

「被告中西の1の賃借権は、保証金の金額が八五〇〇万円と高額なのに対し、賃料は一月一平方メートル当たり金一〇〇円……と、営業中の六階建てのホテルの賃料としては著しく低額であり、転賃、譲渡することができるとされているなど賃貸人に著しく不利な内容となつているほか、本件土地の大部分本件建物の敷地として利用され本件土地のみの賃貸は経済的に価値がないと考えられるのに、本件建物とは別個に本件土地について賃貸借の期間が民法三九五条所定の短期賃借権の限度である五年と定められるなど、不自然、不合理な賃貸借であり、原告による競売申立の直前に契約が締結されていること、被告牡丹の本人尋問の結果によれば被告中西は2の賃貸借に関与していることが認められ、また、被告中西が本件不動産を利用して営業をしたと認めるに足る証拠のないことを考慮すると、1の賃貸借は、民法三九五条によつて保護されるべき正常な短期賃貸借とは到底認めることはできず、債権者である原告を害する目的でなされたものと推認するのが相当である。本件不動産の価額は1の賃借権の設定による減価を考慮に入れなくても一億一四五七万五〇〇円であり、原告の債権元本三億九五〇〇万円を大幅に下回るものであるうえ、1の賃借権の存在によつて本件不動産の価額は低減することは前示のとおりでありまた、賃借権の譲渡又は転賃ができるの特約を伴うものであるから、1の賃貸借は根抵当権者である原告に損害を及ぼすものと認めるのが相当である。したがつて、原告の1の賃貸借の解除請求及び右解除が確定したことを条件とする1の仮登記の抹消請求は理由がある」。

(3) 他面、不当な約定の存在を要件とすることなく、むしろ、本来(正常)型短期賃貸借の解除請求をも認めている

下級審判決がある。

例えば、東京地判平成二年一月二五日（金法二二八七号三一頁）は、こう判示する。

「控訴人会社と控訴人管財人間に存在する本件短期貸借契約による控訴人会社の本件物件の占有使用により、被控訴人の被担保債権額を満たすに足りない本件物件の評価が一層低下することは明らかであり、したがって、控訴人会社が主張する抵当権者を害するような特約が存在しない通常の短期貸借契約であるとしても、本件短期貸借契約は、根抵当権者である被控訴人に損害を及ぼすものであると認めるのが相当である」。

また、東京地判平成五年三月二九日（金判九五六号三三頁）は、つぎのように判示する。

「短期貸借権が抵当権者に損害を及ぼすものとして抵当権者が貸借契約の解除を請求することができるためには、短期貸借権の存在によって目的不動産の価格が低落し、抵当権者が抵当権の実行によっては被担保債権の完全な弁済を受けられなくなる（もともと目的不動産の価格が被担保債権の額を下回っているような場合においては、抵当権者が抵当権の実行によって受ける弁済額が減少する）ことをもって足りるものと解するのが相当である。右のような事態は、賃料の額及び支払時期、賃借権の譲渡又は転賃に関する特約、その他の契約条件が賃貸人にとって不合理でありような場合に典型的に生じるけれども、短期貸借の解除の請求をなし得るのは、必ずしも右のような場合に限られるものではなく、契約条件が合理的であっても、短期貸借権が付着しているというだけで目的不動産の低落を招来し、そのために抵当権者が抵当権の実行によって被担保債権の完全な弁済を受けられなくなるような場合においても、これをなしうるものと解すべきである」。

(3) 最高裁平成三年判決

最高裁平成三年三月二二日判決では、解除請求の可否ではなく、解除請求訴訟により解除された短期貸借に基づき

抵当不動産を占有する者に対して明渡しを求めることができるかが、直接の争点となっている。

しかし、解除判決の効力としての占有排除効は否定されたが、これを論じる前提として、解除請求の趣旨についてのぎのような言及がある。

「短期賃貸借の解除は、その短期賃貸借の内容（賃料の額又は前払の有無、敷金又は保証金の額の有無、その額等）により、これを抵当権者に対抗し得るものとすれば、抵当権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められるのであって、短期賃貸借に基づく抵当不動産の占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させ、抵当権者に損害を及ぼすものとして認められているものではなく（もし、そうだとすれば、そもそも短期賃貸借すべてが解除し得るものとなり、短期賃貸借の制度そのものを否定することとなる。）……」。

こうした説示から、解除請求においては、賃貸借の内容がポイントになり、「平成三年最高裁判決の書き方をみますと、素直に読む限りは」、濫用的短期賃貸借のみが解除請求の対象になるものと解する見解もでてきている。⁽¹²⁾これに対して、この説示部分は、平成三年最高裁判決の「直接の命題ではないので」、その射程は慎重に検討されるべき、とする指摘もある。⁽¹³⁾

ただ、この説示では、「損害」それ自体の意味が明らかにされていない。しかし、短期賃貸借は、その存在（＝賃借人の占有）だけで抵当不動産の価値を下落させようが、下落の程度は賃貸借の内容に左右される。「損害」とはこの下落の程度とかかわる問題である。その意味では、短期賃貸借の存在（＝短期賃借人の占有）＝抵当不動産の担保価値の減少＝抵当権の損害、ということではないこと、右説示の通りである。

とはいえ、本来（正常）的短期賃貸借は、その内容から、通常であれば、抵当権者に「損害」を及ぼさないと、ということであって、本来（正常）的短期賃貸借が解除請求訴訟の対象から常に除外される、ということではないと思う。

むしろ、濫用的短期貸借が解除請求訴訟の対象とされていることの意味を再検討する必要があるではないか。

2 対抗力ある短期貸借であること

(1) 抵当権者に対抗し得ない賃借権は解除請求の対象となり得ない。これが従前からの判例・通説である。例えば、民法六〇二条所定の期間を超える定めのある長期貸借がこれに該当する⁽¹⁴⁾。かかる貸借は、抵当権の実行による売却によって消滅するから、解除を必要としないのである。

最高裁判平成三年判決においても、つぎのような説示、すなわち「短期貸借の解除は、その貸借の内容（賃料の額又は前払の有無、敷金又は保証金の有無、その額等）によりこれを抵当権者に対抗し得るものとすれば、抵当権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められるもの」（傍点、筆者）がみられる。また、別の箇所では、「民法三九五条ただし書の規定は、本来抵当権者に対抗し得る短期貸借で抵当権者に損害を与えるものを解除することによって」（傍点、筆者）とも説示する。

しかし、対抗力のない賃借権であつても、売却価格の低下により損害発生蓋然性の極めて高いものについては、これを排除するために解除請求を認める実益があるとか、⁽¹⁵⁾短期貸借の外形が存在する限り、解除請求が認められるべきとの見解も唱えられている。⁽¹⁶⁾

(2) 濫用的短期貸借は、利用という本来の目的をめざすものではなく、また短期貸借の保護の制度を悪用・濫用するものであるから、立証の困難性はあるものの、民法三九五条の保護を受けるべきものではなく、そもそも貸借契約は、通謀虚偽表示（民九四条）又は公序良俗違反（民九〇条）として、無効である。⁽¹⁷⁾ 抵当権者は右の無効確認を請求

できるものと解される。⁽¹⁸⁾

また、執行実務では、濫用的短期貸借は抵当権の実行による不動産の売却によって消滅する権利とされ、物件明細書には記載されない⁽¹⁹⁾。そして短期貸借の解除が事前に行われていなくとも、濫用的貸借等に対しては引渡命令を発したりしているという⁽²⁰⁾。したがって、濫用的短期貸借は、解除請求の対象となり得ないはずである。しかし、現実には抵当権者は濫用的短期貸借の解除請求訴訟を提起し、かかる内容の短期貸借について解除を認めた裁判例は多い。⁽²¹⁾

それは、抵当権者にとつてみれば、どの種類の短期貸借権であるのか、物件明細書の作成までは執行裁判所がいかなる処理をするのか必ずしも明確ではない。また、引渡命令はこれが認められるかどうか、申し立ててみなければわからないし、予測が立たないからである。⁽²²⁾ その意味で、解除請求は、引渡命令を確実に得られるというメリットがあり、かつ、少なくとも外形的には貸借契約が存在する以上、これを認めてもだれにも不都合はない⁽²³⁾。ということにもなる。

(3) しかし、最近、従来の判例・通説に立脚し、これを嚴格に解し、抵当権・買受人に対抗し得ない短期貸借は解除請求訴訟の対象となり得ないとする下級審判決がみられる。

まず、東京地判平成四年一〇月一三日（金判九六三三三三頁）である。つぎのように判示する。

「仮に貸借契約の内容が質貸人に著しく不利益なものであつても、それが抵当権者に対抗することができない事項であれば、競売手続においても右事項は買受人に対抗することができないものとして扱われるのであつて、その短期貸借は抵当権者に損害を及ぼすものとはいえない。そして「右に加えて、そもそも同「三九五」条に基づく短期貸借の保護は抵当権者にとつての抵当不動産の価値権とその利用権の調和を図るものであるから、同条の形式的要件を備える短期貸借契約であつても正常な用途を主たる目的としないと認められるものは買受人に対抗しうる短期貸借として民事執行法上の保護に値しないものと解すべ

きところ……本件貸借契約は、債權担保、回収を目的とした濫用にわたるものと言わざるをえず、前記のような保護すべき要請を欠くものといふべきである。すると、本件貸借契約は抵当権者あるいは買受人に対抗することができず、抵当権者は本状に基づき右貸借契約の解除を求めることはできないものといわなければならない」。

また、東京高判平成五年九月二五日（金判九三三四号九頁）は、つぎのように判示する。

「短期貸借の解除は、その貸借の内容（賃料の額又は前払の有無、敷金又は保証金の有無、その額等）によりこれを抵当権者に対抗し得るものとすれば、抵当権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められるのである（例えば最高裁判平成三年三月二二日第二小法廷判決、民集四五卷三号二六八頁参照）から、控訴人らが抵当権者である被控訴人、したがってまた担保権実行により買受人となつた者に対して本件貸借があることによる不動産の価値の減少はなくなるはずで、本件貸借があることによる損害を考ふる余地はない。したがって本件（解除）請求は理由がないといふべきである」。

右の東京地裁平成四年判決については、「民法三九五条但書が衆議院で付加される前の本文のみの原案の常態プラス抵当権設定後の詐欺的短期貸借による弊害を詐害行為として無効とする梅博士の当初の構想に戻すことを意味している。それ自体は、現状より妥当なことかもしれないが、但書の存在を完全に無視することになり、いささか問題ではなからうか」との批判がある⁽²⁴⁾。

しかし、正常な利用を目的としながらなお詐害的であるとして解除の請求の認められる短期貸借の存在を肯定するのであれば、民法三九五条但書の存在を完全に無視することにはならない。

三 解除判決は短期賃貸借を消滅させるのか

1 判例・学説の状況

(1) 判例 最高裁平成三年判決は、解除判決の効力として、「賃借人等の抵当不動産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においても消滅させるものである」と説示していた。しかし、この説示は傍論であり、賃貸人である抵当権設定者が、抵当権者の得た解除判決の確定を理由に、短期賃借人に対し、抵当不動産の明渡しを求めることができるという意味で、解除判決の効力が賃貸人である設定者にも及ぶことになるのかという問題については判示するところではなく、この点については、短期賃貸借の制度目的などを踏まえた検討が必要になる、という指摘がなされていた。⁽²⁵⁾

こうした状況のなかで、⁽²⁶⁾ された最高裁平成六年判決は、右の問題について、つぎのように判示し、絶対的賃借権消滅説を採ることを明確にした。

「民法三九五条ただし書の短期賃貸借の解除請求訴訟において解除判決が確定したときは、⁽²⁷⁾ 抵当権者と賃借人との関係のみならず、賃貸人（所有者・抵当権設定者）と賃借人との間においても賃貸借関係が終了すると解するのが相当である。ただし、解除判決によって、右三者間の法律関係が画的に解決されず、各当事者間で異なった効力を生ずるとすれば、法律関係が複雑となるからであり、それゆえに、解除請求訴訟は短期賃貸借を消滅させる形成訴訟であつて、右三者間で合一のみ確定されるべき必要的共同訴訟とされているのである。したがつて、解除判決が確定したときは、賃借人の目的不動産の占有権原は賃貸人との関係にお

いても消滅するので、賃貸人は、賃借人に対し、その明渡しを請求することができる。」

ふるく、解除請求訴訟が形成の訴えであることを説示した大判明治三五年二月七日民録八輯二卷三七頁は、「民法上裁判所カ権利者ノ請求ニ因リ或ル関係ノ解除ヲ命スルコトヲ得ヘキ規定ノ設アル場合ノ如キハ実体上ノ法律関係ヲ解除セシムル法意ニ出テ其請求ハ訴ノ形式ニ依ルコトヲ常ト」するのであり、民法三九五条但書の規定のごときもまた「同一ノ法意」とした。また、大判大正四年一〇月六日民録二一輯一五九六頁は、解除請求訴訟が賃貸人及び賃借人を相手方とする必要的共同訴訟であることを説示して、「賃貸借契約ハ解除ノ宣言ニ依リ消滅ニ帰スルモノナレハ訴訟ニ係ル権利関係カ契約当事者間ニ合一ニノミ確定スヘキモノナルヲ以テ」とする。

このように、右最高裁判平成六年判決は、従来の判例法理を承継したといえよう。

(2) 学説 学説では、判例と同様に解するのが通説であるが、別に解する説もある。これらの見解によれば、解除判決の確定のみでは、賃貸人が賃借人に対して目的不動産の明渡しを求めることは認められない。

まず、解除判決の効果それ自体に関して、濫用的短期賃貸借の解除によつては賃貸借契約関係は終了せず、賃借人は賃借権をもって抵当権者に対抗し得なくなるにすぎないとする見解（対抗力消滅説）である。⁽²⁶⁾

また、解除の効果が生じる当事者に関し、賃借権消滅説に立ちながらも、解除判決の効果は、解除判決を取得した抵当権者に対する関係においてのみ生じ、賃貸人・賃借人間の賃貸借関係には影響を及ぼさず、その意味で賃借権の消滅は相対的であるとする見解（相対的賃借権消滅説）である。⁽²⁸⁾

2 解除判決と引渡命令

(1) 質貸人の明渡請求の実益 最高裁判平成六年判決が絶対的質借権消滅説を採ったのは、法律関係の画一的解決、複雑化の回避であるが、なぜ画一的に解決しなければならぬか、法律関係がどのように複雑となるのか、明らかでない、具体性を欠いている。そこで、短期質貸借が解除された場合の法律関係や実益を検討しておきたい。

短期質貸借の解除判決が確定した場合、対抗力消滅説・相対的質借権消滅説では、質貸借契約関係は影響を受けないために、質貸人は質借人に目的不動産の使用収益させる義務を負い、質借人は質貸人に対して質料支払義務を負うことになる。しかし、目的不動産の利用に関心がなく、もっぱら執行妨害を目的として占有するなどの濫用的短期質貸借について、このようにいうことは、無意味であり、不自然であろう。

むしろ、濫用的な短期質貸借の排除を考えるのであれば、絶対的質借権消滅説のごとく、質借人に対する質貸人の目的不動産の明渡しを認めても、「質借権者の地位が不当に害されることはほとんど考えられない」⁽²⁹⁾。

しかし、本来（正常）型短期質貸借が解除された場合には、反対に、対抗力消滅説のほうが妥当である。ただ、かかる短期質貸借は解除請求の対象とならないと解するならば、この批判は当たらない。

また、強引に質借権を設定され、形式的に入居している場合のように、所有者自身が占有の回復を望んでいる事例も少なくない、との指摘もあるが⁽³⁰⁾、このような場合、抵当権者が設定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質貸借に対する対抗手段として採り得る。たしかに、抵当権に基づく明渡請求が否定されたなかで、一定の意味を持ちうる。しかし、抵当権設定者（質貸人）が濫用的短期質貸借の出現に関与したような場合には質借人に対して目的不動産の返還を請求することはまずない。

むしろ、質貸人には、詐欺・脅迫（民九六条）や錯誤（民九五条）により、質貸借契約の取消もしくは無効を主張する途が残されており、これを使うのが筋であろう。

賃借人の占有権原が賃貸人との関係においても消滅すると解するとしても、目的不動産の返還をめぐつての問題についての実益は乏しい。

(2) 引渡命令との関係　多くの学説や一部の下級審判決は、抵当権に基づくか、抵当権設定者（賃貸人）の返還請求権の代位行使とするか、その法的構成は異なるものの、抵当権者に解除判決の確定を条件として目的不動産の明渡請求権を認めてきた⁽³¹⁾。そのさい、抵当権者によつて提起される濫用的短期賃貸借の解除請求訴訟は、賃借人の占有権原を剝奪し、不法占有とする役割を担つていたのである。

この点に関して、最高裁判平成三年判決は、解除判決は濫用的短期賃貸借を「抵当権者に対抗し得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に尽きるのであつて、それ以上に、抵当権者に賃借人等の占有を排除する権原を付与するものではなく……前記引渡命令又は訴えによる判決に基づく占有の排除を可能ならしめるためのものとどまる」とした。

このように、右最高裁判決が、抵当権者による占有排除効を否定したことから、解除判決の効果をめぐる賃借権消滅説と対抗力消滅説との対立はこの限りで意味を失う。

引渡命令に関しては、民事執行法八三条にいう「権原」の意味をめぐつて見解が対立している。これが執行債務者との関係で存在すれば足り、買受人に対抗することができるものであることを要しないとする適法権原説⁽³²⁾これに対して、この権原が買受人に対抗することを要するとする対抗権原説⁽³³⁾とが対立しており、また、適法権原説に立ちながらも、事件の記録上、引渡命令の申立てに対し権原の保護を受ける正当な利益を有しないと認められる不動産の占有者に対しても、引渡命令の相手方となると解する正当権原説⁽³⁴⁾がある。

賃借権消滅説では、解除判決確定後の賃借人は、その占有権原を失うので、適正権原説に立てば、引渡命令の相手方

となる。最高裁判平成三年判決が短期質貸借の解除の効果について、「質借人等の抵当不動産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においても消滅させるものである」と判示し、設定者（質貸人）との関係を強調するのは質借権消滅説を前提にしているからだと思われる。³⁵ 正当権原説も同様であろう。

ところが、抵当権設定登記後に對抗要件を備えた長期質借権は、抵当権に對抗し得ないが、設定者（質貸人）との関係では占有権原を有しているため、これに對して引渡命令を申し立てることができず、両者に不均衡が生じる。抵当権設定登記後に對抗要件を備えても、抵当権者に対抗できるとして長期質借権よりも保護されている短期質借権が、引渡命令に関しては長期質借権よりも保護されない結果となるからである。³⁶

もつとも、右長期質借権は抵当権者に対抗できないから、買受人は、所有権に基づく明渡請求をすることはできる。また、短期質借権についても、引渡命令が認められない場合には、右の明渡請求をせざるをえない。

対抗力消滅説の立場では、解除判決確定後の短期質借人は、抵当権設定者（質貸人）との関係では占有権原を失っていないから、引渡命令の相手方とならない。長期質貸借との均衡が保たれる。この結果は、濫用的短期質貸借は解除請求の対象とならない、と解するならば、不合理ではない。そのように解さないならば、引渡命令との関係では、對抗請求原説を採らざるを得なくなる。³⁷

四 むすびにかえて

私見のごとく、利用を目的とする本来（正常）的短期質貸借のみが、但書による解除請求の対象となりうる、との主張は、かかる短期質貸借を保護するという民法三九五条の趣旨と矛盾するとの批判がありえよう。しかしながら、質貸

用建物が抵当権の目的となる場合、抵当権者は、賃貸用建物として、抵当権設定後も賃借人が出現することを予測して担保評価をすることができ、そうすべきである。また、賃借人が存在することで担保価値が下がるものでもあるまい。この場合には、抵当権者に「損害ヲ及ホス」ことにはならないであろう。しかしながら、本来賃貸でない建物の抵当権が設定される場合、その後本来（正常）型とはいえ短期の賃借権が設定された場合には、当該建物の担保価値が相当下落する可能性がある。これまで抵当権者に予期させ、その不利益を甘受させるべきであろうか。⁽³⁸⁾

そのように考えれば、抵当権と調整されるのは利用を目的とする短期賃借権に限られる。抵当権の実行を妨害することを意図するような濫用的短期賃貸借は、民法三九五条が保護するに値しないものであることから、この排除には、もはや民法三九五条に用意された制度（＝解除請求訴訟）ではなく、これとは別の制度によつて対処すべきものと考え、以上のような立論を試みたのである。

注

- (1) 我妻栄『新訂担保物権法』一九六八年、三四〇頁。
- (2) 他の対抗手段である併用賃借権についても、最高裁判平成元年六月五日判決（民集四三巻六号三五五頁）は、対抗要件を具備した後順位の短期賃借借を排除する効力を否定した。
- (3) 栗田隆「短期賃貸借の再検討」米倉明他編著『金融担保法講座Ⅰ』一九八五年、一九四頁。
- (4) 私法判例リマックス一一号（一九九五年（下））四〇頁。本判決の評釈として、荒木新五「民法判例レビュー48」判タ八七一号（一九九五年）三九頁以下、塩崎勤『平成六年度主要民事判例解説』判タ八八二号（一九九五年）五八頁、片山直

也・ジュリ一〇七一号（一九九五年）一二八頁などがある。

(5) 栗田隆「短期貸借解除の判決と効果」関法三二卷三・四・五合併号（一九八二年）三三八頁。

(6) 東海林邦彦「詐欺的短期貸借の防止・排除のための法的手段について（二）」判時九六六号〈判評二五八号〉（一九八〇年）一四一頁。

(7) 以下、東海林・前掲論文一四一頁、内田貴「抵当権と利用権」一九八三年、二一頁以下による。

(8) 内田・前掲書二五頁、五五頁。

(9) 我妻・前掲書三四六頁、同旨、柚木馨〓高木多喜男「担保物権法〔第三版〕」一九八二年、四一七頁。

(10) 高木多喜男「担保物権法〔新版〕」一九九三年、一七九頁、道垣内弘人「担保物権法」一九九〇年、一四一頁、近江幸治「担保物権法〔新版〕」一九九二年、一七九頁。

(11) 生熊長幸「短期貸借解除請求訴訟と本来的建物短期貸借権の保護」外尾健一他編『人権と司法』一九八四年、二七五頁。

(12) 生熊発言・座談会「不動産執行妨害の現状と対応策」金法一三三六号（一九九二年）七三頁。

(13) 東京地裁平成五年三月二九日判決のコメント・金法九五六号三三頁。

(14) 大判昭和六年七月一〇日民集一〇卷五二四頁。なお、最判昭和六三年二月一六日民集四二卷二号九三頁は、農地の長期貸借について、競買人になる資格が賃借人に限定されることにより抵当権者に損害を与えると認められるときは、抵当権者は、民法三九五条但書を準用して貸借を解除できるとする。ただ、これは、農地法がからむ特殊な事例といふべきであろう（参照、松本恒雄「民法判例レビュー45」判タ八四六号（一九九四年）七九頁。

(15) 東海林・前掲論文一四四頁、坂本倫城「短期貸借をめぐる手続法上・実務上の問題点」加藤一郎・林良平編『担保法大系』第一卷一九八四年、四八一頁、篠田省二「短期貸借」水本浩他編『現代借地借家法講座第2巻 借家法』一九八六

年、二二三頁、栗田・前掲論文（注3）一九六頁など。

(16) 栗田隆・判例批評「大阪地裁昭和五五年四月二五日判決」関法三二卷一号（一九八一年）二五三頁。

(17) 東海林・前掲論文一四六頁、東京高決昭和六〇年四月一六日判時一一五四号九一頁は、短期貸付借保護の制度の濫用したものとして、民法一条三項により無効とする。

(18) 坂本・前掲論文四六三頁以下。

(19) 東海林・前掲論文一四六頁。

(20) 田中康久「金融判例研究報告」金法一二九八号（一九九二年）一三頁。

(21) 参照、升田純「短期貸付借をめぐる諸問題と実務」金法一三三三六号（一九九二年）二〇頁。

(22) 升田・前掲論文三二頁。

(23) 松本・前掲論文八〇頁。

(24) 松本・前掲論文八一頁。

(25) 滝沢孝臣・最高裁判所判例解説「最判平成三年三月二二日」曹時四五卷九号（一九九三年）一六〇頁。

(26) 事案が特殊と思われるので、これを概略しておきたい。

Xは、Aに賃貸している建物（以下、本件建物とする）及びその敷地について競売開始決定がなされるなど多額の債務を抱えていた。他方、Aは、本件建物においてパチンコ店の営業をしていたが、経営状態は悪く、資金繰りに窮していた。そこで、Aは、本件建物とその敷地（以下、不動産とする）を騙取し、これを担保に銀行から多額の融資を受けることを計画し、Xに対して、右不動産の所有権名義をAに移転し、これを担保として銀行から借り入れた金員を両者で使用すること、また、右不動産の所有名義はXの請求次第返還する旨の虚偽の事実を申し向けたところ、Xは、これを誤信し、そ

の結果、Aと右不動産の売買契約を締結し、Aのために所有権移転登記を経由した。Aは、これを担保に銀行から受けた融資金をXが右不動産に設定していた根抵当権などの担保を抹消するために使用したが、残りをXに交付することなく、右不動産をさらに担保に入れ、融資金を手中に納めた。また、Aは、本件建物を賃料一か月五九万九〇〇〇円、期間の定めなしとの約定でYに賃貸し、Yはパチンコ営業を営んでいる。

Xは、Aに対して、右不動産の所有名義の返還を請求したが、Aが所有権を主張し、これに応じなかったために、右売買契約を詐欺を理由に取り消し、Yに対して、本件建物の明渡しを訴求した。なお、Xは控訴審において右建物をZに売り渡し、Zが当事者参加している。

第一審、第二審とも、Yは、右賃貸借契約を締結するにあたり建物の所有名義がAにあることを登記簿で確認し、詐欺の事実を知らなかったことから、「善意の第三者」（民九六条三項）に該当するため、Xは、取消をもってYに対抗することができず、Aから賃貸人の地位を承継したものとしたが、本件建物の抵当権者であるB銀行が提起した短期賃貸借契約解除請求訴訟において右賃貸借契約の解除が認容され、判決が確定したことから、本件建物の明渡しを認めた。

Yは、上告し、解除判決の効力は、民法三九五条但書が抵当権者の利益のためのみに規定されたものであることを理由に、B銀行とX間、B銀行とY間で認めれば必要かつ十分であり、XとY間には生じない旨主張した。

(27) 山野目章夫「民法判例レビュー」27「判タ七一三号（一九九〇年）四五頁以下、片山直也「フランスにおける詐欺的賃貸借排除の法理」法研六四卷一二号（一九九一年）三二〇頁以下。

(28) 栗田・前掲論文（注5）三四二頁以下、鈴木祿弥「最近担保法判例雑考(6)」判タ五〇六号（一九八三年）四二頁以下、田中・前掲二二頁。

(29) 本判決のコメント・判時一五〇一号一〇八頁、判タ八五六号一九六頁、金判九五二号四頁。

短期賃貸借の「保護」と「解除」

- (30) 鈴木正和「抵当物件の明渡請求否定判決の問題点と実務対応」手研四五三号（一九九一年）一二頁。
- (31) 参照、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」田山輝明他編著『民法学の新たな展開』一九九三年、二六三頁以下。
- (32) 浦野雄幸『条解民事執行法』一九八五年、三七八頁、田中康夫『新民事執行法の解説』一九八〇年、二二三頁、三ヶ月章『民事執行法』一九八一年、二九四頁以下など。
- (33) 竹下守夫『民事執行法の論点』一九八五年、一九〇頁など。
- (34) 中野貞一郎『民事執行法〔第二版〕』一九九三年、四五八頁以下がある。
- (35) 滝沢・前掲一五九頁注（四四）。
- (36) 一宮なほみ「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求（上）」判夕六九一号（一九八九年）二六頁。
- (37) 例えば、山野目・前掲論文四六頁。
- (38) 私見とは反対の立場から、参照、栗田・前掲論文（注3）一九七頁。