

建物明渡猶予制度の保護対象

新 井 剛

一 はじめに

平成一五年の担保・執行法制改正により、執行妨害の温床になってきたと批判されていた短期貸借保護制度（民法旧三九五条）が廃止された。それに代わって採用されたのが、同意貸借保護制度（民法三八七条）および建物明渡猶予制度（民法三九五条）である。本論文は、後者の建物明渡猶予制度に関する保護の対象について検討をおこなうことを目的とする。その理由はこうである。

筆者は、昨年、東京高決平成二〇・四・二五判時二〇三三二号五〇頁を評釈する機会を得た。その執筆過程において、担保・執行法制改正後における「担保物権」に関する注釈書の改訂がなされていないことを確認した。もちろん、同改正に関する解説書は何冊も刊行されている。⁽²⁾ また、山野目教授と小粥教授による逐条研究もある。⁽³⁾ しかしながら、建物明渡猶予制度の保護の対象に関してまで、突っ込んだ分析をする文献は裁判官による論文が数本ある

のみで、学者による論文は皆無に近い状況にある。理論と実務の架橋を図る観点から、建物明渡猶予制度の保護の対象に関して、学者の立場からの論理的分析が必要であるといえよう。そこで、本論文はこの研究不在の隙間を埋めるため、建物明渡猶予制度の保護の対象に関する検討をおこなうことを目的とするものである。

以下では、まず建物明渡猶予制度の制度趣旨を確認した上で、次に個別・具体的な問題の検討に移ることにしたいと思う。

二 建物明渡猶予制度の制度趣旨

1 本制度導入の経緯⁵⁾

抵当権が設定されても、抵当権は非占有担保であるから、目的不動産の占有は所有者(＝設定者)にとどまり、所有者はその使用・収益ができる。もちろん、その収益権限には、賃貸権限も含まれる。しかし、所有者が抵当権設定後に抵当不動産を賃貸すると、その賃借権が對抗要件をそなえたとしても、抵当権の對抗要件である登記におけるものである場合には、抵当権実行により不動産の買受人には對抗できないことになる。つまり、賃借人は、買受人からの明渡請求に応じなければならない。

そうすると、賃借人は安心して、不動産を借り受けることができず、ひいては、所有者に残された賃貸権限が有効に機能しないこととなる。これでは、抵当権を非占有担保とし、設定者に目的不動産の使用・収益権限を認めたい意義が半減する。そこで、平成一五年の担保・執行法制改正前の旧三九五条が採用していたのが短期賃貸借保護

制度である。条文を確認しておこう。

第三九五条 第六〇二条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵当権ノ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵当権者ニ
対抗スルコトヲ得但其實貸借カ抵当権者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スル
コトヲ得

第六〇二条 処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者カ賃貸借ヲ為ス場合ニ於テハ其賃貸借ハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ
得ス

- 一 樹木ノ植栽又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ賃貸借ハ十年
- 二 其他ノ土地ノ賃貸借ハ五年
- 三 建物ノ賃貸借ハ三年
- 四 動産ノ賃貸借ハ六ヶ月

短期賃貸借保護制度は、抵当権設定後の賃貸借であっても短期のもの（山林一〇年、その他の土地五年、建物三年、動産六ヶ月）に限って、抵当権者ひいては抵当不動産の買受人に対しても、その契約期間内は対抗でき保護されるという制度であった。これにより、賃借人は短期ではあるが、その契約期間内は買受人に対しても確実に対抗できるため、安心して借りることができるであろうと制定された。ところが、この制度は、立法当時から濫用による弊害が懸念されていた。⁽⁶⁾そして、バブル崩壊後の不良債権の処理にあたっては、同制度を濫用した執行妨害が足枷となり、立法論的には廃止すべきとの意見が多く出されていたところであった。⁽⁷⁾

すなわち、短期貸借制度には、①短期貸借の存在が抵当不動産の価額を低下させて抵当権者に損害を及ぼす、②抵当権者がこの損害をあらかじめ考慮に入れて与信額を減少させることにより、抵当不動産の担保価値の有効利用が妨げられるほか、③この制度が抵当不動産を安値で競落する手段や、立退料等を要求する口実として悪用される結果、暴力団等の反社会的勢力に資金を流入させることになるなどの弊害が生じている等と指摘されていたのである。⁽⁸⁾

一方、短期貸借制度は、賃借人を保護する制度としても、①賃借人の受ける保護の有無および内容が、賃貸借契約の期間満了・更新の時期と競売による差押えの時期との先後および競売手続に要する時間の長短という偶然の事情に左右されること、②賃借人は短期貸借制度による保護を受ける場合には、契約期間満了までの占有が認められる一方、同制度による保護を受け得ない場合には、競売による売却（代金納付）により直ちに明渡しを求められること、③賃貸借契約の期間が六〇二条の定める期間を超える、いわゆる長期貸借の場合には一切保護を与えられないこと、④土地の賃貸借については、五年の期間ではまともな利用ができないこと、⑤また建物賃貸借でも商事用不動産の場合には、三年の期間では不十分であること、⑥正常型短期貸借の存在により抵当権者が被担保債権の弁済として受ける額が減少する場合にも、抵当権者は短期貸借の解除を請求できること等の点において、合理性が乏しいとされていた。

こうして、行政改革推進本部の規制改革委員会⁽⁹⁾も、平成一二年一二月一二日の「規制改革についての見解」の中で、短期貸借制度の再検討を含め、「担保制についての制度面・運用面の両面について必要な見直し・改善の検討を行うべきである。」とし、これを受けて平成一三年三月三〇日に閣議決定された「規制改革推進3ヵ年計画」において、短期貸借制度は廃止を含めた見直しをすべきものとされたのである。⁽¹⁰⁾そして、平成一三年五月二九日

に法制審議会の中に担保・執行法制部会が設置され、その改正に向けた作業がおこなわれた。

法制審議会担保・執行法制部会では、まず土地の賃貸借については、特に保護に値しないことに比較的異論はなかった。建物所有のための土地賃貸借は、短期間保護されても意味がなく、実際上も抵当土地の賃借人が存在する例は少ないからである。

他方、建物の賃貸借については、要綱中間試案の段階では、①単純廃止、②存続(期間はさらに検討)、③廃止した上で明渡猶予制度の新設という三案が併記された。結果的には、折衷案ともいえる③案が採用されることとなった。⁽¹¹⁾

こうして、国会に上程された「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案」は、平成一五年七月二五日に参議院において可決成立した。そして、改正担保・執行法は、平成一五年二月一二日の政令に基づいて、平成一六年四月一日から施行された。⁽¹²⁾

担保・執行法制改正がなされた理由は、根本的には、不動産価値の下落、長引く不況の中で増大した不良債権の回収を効果的に進めるため、抵当権実行に対する妨害を防止し、また、不動産の競売を促進し、明渡しを簡易・迅速化する必要があったことによる。⁽¹³⁾ その意味で、短期賃貸借制度の廃止とそれに代わる建物明渡猶予制度の創設は、担保・執行法制改正の目玉であるといえよう。

2 本制度の趣旨

建物明渡猶予制度は、短期賃貸借制度の廃止にともない、新たに民法三九五条に規定された制度である。まず同条を確認しよう。

第三九五条 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者であつて次に掲げるもの（次項において「抵当建物使用者」という。）は、その建物の競売における買受人の買受けの時から六箇月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない。

一 競売手続開始前から使用又は収益をする者

二 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者

2 前項の規定は、買受人の買受けの時より後に同項の建物の使用をしたことの対価について、買受人が抵当建物使用者に対し相当の期間を定めてその一箇月分以上の支払の催告をし、その相当の期間内に履行がない場合には、適用しない。

民法三九五条一項の建物明渡猶予制度は、短期賃貸借制度を廃止する一方、競売による建物の売却によつて突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を避けるため、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づき抵当建物を占有する者に対し、一律に一定期間の明渡しの猶予を認めるものである。⁽¹⁴⁾ すなわち、その間に新しい住居や営業の本拠を探し、引越をせよというわけである。⁽¹⁵⁾ これが建物明渡猶予制度の趣旨である。

したがつて、建物明渡猶予制度による保護を受けられるかは、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づく抵当建物の占有者が、突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を緩和するという制度趣旨に照らして、保護すべき占有者といえるか否かという観点から判断されることになるであろう。⁽¹⁶⁾ 本条が短期賃貸借廃止により、いわゆる正常型短期賃借人が保護されなくなる不利益を緩和しようとして導入された制度であることを看過してはならないのである。⁽¹⁷⁾

これにより、競売手続開始前からの占有者は、賃借期間の定めの有無や長短、競売手続開始後に賃借期間が満了したか否かにかかわらず、一律に明渡猶予を受けることとされている。競売による差押えから売却までの間に賃貸借の更新時期を迎えてしまった場合や、建物賃貸借で三年を超える期間を定めた場合のように、改正前の短期賃貸借制度の下では一切保護が与えられなかった場合も含め、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づき抵当建物を占有する者に、確実に一定の保護が与えられることになった。

他方、競売手続開始後に占有を取得した者は、執行妨害目的で濫用されるおそれが高まるため、相当でないとして明渡猶予の保護対象とはされないこととなった。ただし、強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者については、執行妨害目的で濫用されるおそれはないし、この場合に明渡猶予を受けられるものとする¹⁸ことが強制管理や担保不動産収益執行における賃借人確保にも資するため、この場合に限り明渡猶予の対象とされている。

以上から、この制度による明渡猶予を受けるためには、競売による建物売却の時点(代金納付時)において、現実に¹⁹抵当建物の使用または収益をしている必要がある。土地の賃借人は、その占有を短期間保護する実益に乏しいから、明渡猶予制度による保護を受けられない。また、無権原での占有者や使用貸借に基づく占有者は、特別な保護を与える社会的必要性が低いと考えられるから、明渡猶予の対象とされていない¹⁸。使用借人が除外されるのは、買受人の利益と比較して、使用貸借はこの保護を与えるに値する利用権ではないという判断からであるとされている¹⁹。また、不法占有者が明渡猶予の対象とならないのは「賃貸借」すらない以上、当然のことである。

3 本制度の効果

本制度の保護を受ける占有者は、建物の競売による売却時から六か月間、建物を買受人に対して明け渡さなくてもよい。明渡猶予に基づく占有者は、建物につき賃借権やその他の占有権原を有しないが、その占有の継続を法律の規定により許容されているのであるから、「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」を引渡命令の対象から除外している民事執行法八三条一項ただし書の趣旨に照らして、引渡命令の対象にはならないと考えられている。

この明渡猶予の法的構成に関しては、三つの考え方が提示されている。一つ目は、⁽²⁰⁾ 抵当建物の使用者は従前の賃借権に代わって法定の賃貸権原を取得するという見解である。上原敏夫教授がこの説を採る。⁽²⁰⁾ 二つ目は、⁽²¹⁾ 抵当建物の使用者は無権原占有者であり、法律的には買受人に対し即時の明渡義務を負っているが、民法三九五条一項により執行力が制限されるという見解である。三つ目が、⁽²²⁾ 抵当建物の使用者は無権原占有者であるが、所有者である買受人との関係において、明渡義務の履行に実体法上、期限の猶予が認められているという見解である。立法担当者を含め、論者の大多数が支持する説であり、この三つ目の見解が素直であろう。⁽²²⁾ 建物に関する賃借権その他の占有権原が買受人に対抗できるのではなく、ただ明渡しが猶予されているにとどまるのである。

よって、買受人に引き受けられた賃貸借に基づく占有者と異なり、建物明渡猶予制度により保護された占有者が買受人に対して修繕を求めたり、買受人の債務不履行責任を追及することはできない。

したがって、賃借権は存続しないから、明渡猶予期間中の占有者は、賃料支払義務を負わない。しかし、無償によつて建物使用の権利が与えられるわけではなく、占有者は建物所有者である買受人に対して、建物使用の対価と

して賃料相当額の不当利得返還義務を負う。⁽²³⁾ そのため、この建物使用の対価について、買受人が占有者に対して相当の期間を定めて、その一か月分以上の支払を催告したにもかかわらず、その相当期間内に支払がないときは、明渡猶予の規定が適用されず(民法三九五条二項)、占有者はその相当期間経過後は、建物の明渡しを拒むことができない。⁽²⁴⁾

この賃料相当額の支払義務に関してはどこまで機能するか不透明であるとされる。⁽²⁵⁾ なぜなら、占有者がこの義務を履行しない場合、買受人は訴訟を提起することになるが、裁判では六か月はすぐに経つので、実務的には六か月経ったあとで、引渡命令を申し立てる方が救済としては早いからである。⁽²⁶⁾

以上の建物明渡猶予制度に関する制度趣旨を踏まえた上で、つづいて個別・具体的な問題の検討に移ることにしよう。

三 占有の実態のない賃借人

建物明渡猶予制度は、競売による建物の売却によって突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を避けるため、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づき抵当建物を占有する者に対し、一定期間の明渡しの猶予を認めるものである。すなわち、その間に新しい住居や営業の本拠を探し、引越をせよというわけである。したがって、建物明渡猶予制度による保護を受けるためには、競売による建物売却の時点(代金納付時)において、現実に抵当建物の使用または収益をしている必要がある。よって、建物の占有実態が存在しない賃借人は明渡猶予の対象とならない。⁽²⁷⁾

四 濫用的賃借人（執行妨害目的で占有する賃借人）

建物明渡猶予制度は、執行妨害の温床として濫用されていると批判されていた短期賃貸借制度を廃止し、代わりに正常な賃借人を保護するために導入された制度である。したがって、濫用的賃借人は短期賃貸借制度のもとにおいても、濫用的賃貸借自体が民法九〇条や九四条により無効である等として、その保護を認めない説があつた以上、新たな制度である建物明渡猶予制度においては、なおさら保護されないことは自明なことである。

立案担当者である谷口園恵判事も「新しい建物明渡猶予制度・・の趣旨は、保護すべき賃借人に等しく保護を与えようとするものであり、信義誠実の原則や権利濫用法理（民法一条二項、三項）といった一般法理の適用を排除するものではない。したがって、執行妨害目的の賃貸借に基づく占有者のように、法的保護を与えるに値しないものについては、旧民法三九五条の適用において論じられてきたのと同様に、保護が否定されるべきであり、明渡猶予の対象とならないと解される。」とする。⁽²⁸⁾

以上から、濫用的賃借人であることが事件の記録上明らかである場合には、その者を審尋することなく、直ちに引渡命令を発令できると解される。⁽²⁹⁾

五 信義則上否認すべき賃貸借に基づく占有者

賃借権を主張する占有者が、債務者または所有者と特別な関係にあり、独立の賃借権の存在を主張することが信

義則に反すると認められる場合、短期貸借保護制度下においては、その効力を否定し、売却の結果消滅する権利として扱う運用がなされてきた。⁽³⁰⁾ たとえば、抵当権の債務者が抵当建物の賃借権を主張する場合や、法人所有の抵当建物についての法人の代表者が賃借権を主張する場合などである。⁽³¹⁾

このような賃借人は、建物明渡猶予制度下においても、独立の賃借権であるとして、その存在を主張することが信義則に反することは変わらない。したがって、当該賃借人は、抵当権者に対抗することができない賃借に基づき、抵当建物の占有者が、突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を緩和するという建物明渡猶予制度の趣旨に照らして、保護すべき占有者とはいえない。よって、信義則上否認すべき賃借に基づく占有者は、建物明渡猶予制度による保護を受けられないと解される。⁽³²⁾

六 占有権原等が不明な場合

1 賃借権の内容や存否自体が不明な場合

執行官の現況調査や執行裁判所による審尋等によっても、占有者が主張する賃借権の内容や存否自体が不明な場合がある。この場合には、民事執行法八三条一項の解釈上、買受人に対抗できる占有権原の存在に関する立証責任は占有者の側にあるから、引渡命令が発令できることになる。もともと、賃借権の内容や存否自体が不明な場合の占有者に建物明渡猶予制度の適用がある場合には、六ヶ月間明渡しが猶予されるが、そのように解すべきであろうか。

賃借権の内容や存否自体が不明な場合は、賃借権の存在のみを占有者が主張し、どのような賃借権なのかについて調査・審尋に応じない場合である。したがって、このような占有者は執行妨害目的である蓋然性が高い。とすると、建物明渡猶予制度が、執行妨害目的の賃借権を排除し、正常な賃借人にのみ明渡しを猶予することを認めた本制度の趣旨からすると、賃借権の内容や存否自体が不明な場合の占有者は、建物明渡猶予制度による保護を受けられないと解する⁽³³⁾。

2 占有の事実はあるが、賃借権存在の主張がなく、占有権原が不明な場合

占有の事実は認められるものの、賃借権の存在の主張すらなく、その占有権原が執行官の現況調査や執行裁判所による審尋等によっても不明である場合も同様に解してよいであろう。このような場合は、実際には不法占有か、せいぜい使用借権による占有にすぎず、いずれも建物明渡猶予制度による保護を受けられないと解されているからである。そのことは、民法三九五条一項が「賃貸借」についてのみ建物明渡猶予制度による保護を与えていることから明らかである⁽³⁴⁾と考える。

七 債権回収目的の賃借人

債権回収目的の賃借権とは、競売目的物の所有者に対して金銭債権を有する者がその回収を図ることを目的として、その所有者から目的物件上の賃借権を設定してもらい、賃料債権と金銭債権とを相殺して占有を確保する類型の賃借権である。実務上は、このような債権回収目的のみを有する占有者と、執行妨害目的をも有している占有者

が存するとされる。後者が建物明渡猶予制度において保護されないことは、四の検討からも明らかであろう。問題は前者である。このような純粹な債権回収目的の賃借人が建物明渡猶予制度による保護を受けられるかについては、二つの立場が対立している。

一つ目は肯定説である。⁽³⁵⁾①短期賃貸借制度下では、債権回収目的の賃借権を買受人が引き受けると一般債権者が優先担保権者の犠牲により債権回収を図る結果になり担保法秩序に反したが、新制度下では、そもそも賃借権が買受人に引き受けられることはないこと、②賃借人は買受人に対して賃料支払済みを主張したり、敷金返還請求をする余地はないから担保法秩序に反しないこと、③債権回収行為がそれ自体は債権者として当然の行為であり、債権回収目的の賃借人も(相殺という形をとっているとはいえ)対価を払っている以上、これに明渡猶予期間の適用を認めないとするまでのことはないとその理由とする。

二つ目は否定説である。⁽³⁶⁾①債権回収目的は本来の用途を目的とするのではないこと、②不動産執行手続は一種の包括執行としての性格も有するところ、当事者の相対立する利害を公平に調整するため担保法秩序に従った回収が保障されることが何よりも重要であること、③抜け駆け的債権回収を認めるのは妥当ではないこと、④明渡猶予を認めることで、評価上一定の減価をすれば、結果的に抵当権者の利益に反すること、⑤さらに賃料相当損害金の支払義務がどこまで機能するか不透明であることをその理由とする。

私見は否定説を採る。債権回収目的は本来の用途を目的とするのではなく、建物明渡猶予制度が保護することを予定した賃借人ではないからである。これに対しては、実際に利用していれば本来の用途を目的としていないとはいえないとの肯定説による反論もありえよう。⁽³⁷⁾

しかし、その場合には、買受人は占有者に対して賃料相当損害金の支払いを請求できる。よって、債権回収目的

の占有者は、買受人に対して、賃料債権と金銭債権とを相殺したと主張することはできず、債権を回収できない。これでは、純粹な債権回収目的の占有者は所期の目的を全く果たしていないし、それならば占有してもしかたないとなるはずである。肯定説は、債権回収目的の賃借人も（相殺という形をとっているとはいえ）対価を払っているというが、少なくとも建物明渡猶予期間中は相殺という形はとれず、実際に対価を支払わなければならないことに注意が必要である。

したがって、純粹に目的物を使用することを目的とするのではなく、単に債権回収目的の賃借人については、建物明渡猶予を認めたとしても、本人の所期の目的すら達せられないことからすると、建物明渡猶予による保護を与える必要性に乏しいと言わざるを得ないであろう。債権回収目的の賃貸借は、本来の利益を目的とするのではないことを看過すべきではないのである。

八 滞納処分による差押え後の賃借権による占有者

滞納処分による差押え後の賃借権による占有者が、建物明渡猶予制度による保護を受けられるかは、①民法三九五条一項が「競売手続前」と規定していることと、②滞納処分による差押えが、競売における差押えと同様の処分禁止効を有するかという点に関わる。①の点を強調すれば、「競売手続後」ではなく、「滞納処分後」である以上、建物明渡猶予制度の適用があるとの考えもありうる。しかしながら、②が肯定されるならば、やはり滞納処分による差押え後の賃借権も、差押え後の賃借権による占有者と同様に建物明渡猶予制度による保護を受けられないと解されることになろう。それでは、どのように考えるべきか。

この問題について、立案担当者である谷口園恵判事は、「明渡猶予の対象となるか否かは、端的に民法三九五条一項に規定する保護要件に該当するかどうかにより判断すべきであり、同項は『競売手続の開始前より使用又は収益を為す者』（同項一号）とするのみである以上、滞納処分による差押え後であっても、競売手続前からの賃貸借に基づく占有者であれば、明渡猶予の対象となると解される。」として、明渡猶予による保護を肯定する説を採用する⁽³⁸⁾。また、同旨を採る説は、その理由として、上記①の点を強調するほか、②滞納処分による処分制限効を問題とすべき場面ではないこと、③実務上、滞納処分による差押え後、相当長期間経過しても公売手続が進行せず、その後の賃借人に執行妨害目的が認められない例は少なくないことを挙げている⁽³⁹⁾。東京地裁民事執行センターでは、仮差押え後の賃借権による占有者であっても明渡猶予の対象となるとの見解に立つて運用しているようである⁽⁴⁰⁾。

しかし、私見はこの意見には賛成できない。その理由はこうである。

そもそも、民法三九五条一項が競売手続後の賃貸借による占有者について、建物明渡猶予制度による保護を否定するのは、競売手続開始後の賃借権は差押えによる処分禁止効に反した所有者と賃貸借契約を結んだに過ぎないから、有効な賃借権ではなく、保護に値しないからである。それとともに、競売手続開始後の賃借権は執行妨害目的でなされた蓋然性が高く、その保護の必要性は低いということも実質的理由としてあげることができよう。

それでは、滞納処分による差押え後の賃借権の場合はどうか。このような場合も、滞納処分による差押え後の賃借権は執行妨害目的でなされた蓋然性が高く、その保護の必要性は低い点で競売手続開始後の賃借権の場合と同様である。したがって、民法三九五条一項を類推適用して、滞納処分による差押え後の賃借権による占有者の場合も、競売手続開始後の賃借権による占有者の場合と同様、原則として、建物明渡猶予制度による保護を受けられないと解するのが相当である。

肯定説は、滞納処分による差押え後、相当長期間公売手続が進行せず、執行妨害目的ではないケースも少なくないとする。しかし、このようなケースはやはり例外的ケースであって、このケースの場合には占有者側から執行妨害目的ではない旨の反論をさせる（民事執行法八三条一項の「買受人に対抗できる占有権原」が存在する旨の立証を占有者にさせる）ことでその保護を図れば十分である。

また、このように解しないと、公租公課庁が把握した不動産の交換価値の減少を許容する結果となつて妥当ではない。特に、抵当権設定のない建物の競売において、滞納処分による差押えにおくられる賃借人が何らの保護を受けられないことと比較すると、抵当権者が出現した途端に賃借人の保護が厚くなるという肯定説の帰結はアンバランスであるといわざるを得ない。⁽⁴¹⁾

九 仮差押え後の賃借権による占有者

改正前の短期貸借保護制度下においては、仮差押え後の賃借権による占有者に対しては、引渡命令を発令できるとするのが実務の大勢であつた。売却許可決定時までには仮差押えが執行しない限り賃借権は民事執行法五九条二項により確定的に消滅すること等がその理由であつた。⁽⁴²⁾

これに対し、仮差押え後の賃借権による占有者が明渡猶予の対象となるかに関しては、立案担当者である谷口園恵判事が、「明渡猶予の対象となるかは否かは、処分制限効への抵触の有無で決すべき問題ではなく、端的に民法三九五条一項に規定する保護要件に該当するかどうかにより判断すべきであり、同項は「競売手続の開始前より使用又は収益を為す者」（同項一号）とするのみである以上、仮差押え後であっても、競売手続前からの賃貸借に基

づく占有者であれば、明渡猶予の対象となると解される。」として、明渡猶予による保護を肯定する説を採用する。⁽⁴³⁾ また、これに同旨の説は、その理由として、①民法三九五条一項が「競売手続前」と規定している以上、仮差押えがあつたに過ぎない場合もこれに含まれること、②仮差押えによる処分制限効を問題とすべき場面ではないこと、③実務上、実行抵当権の被担保債権が履行遅滞になる以前から仮差押えがなされており、その後の賃借人に執行妨害目的が認められない例は少なくないことを加えている。⁽⁴⁴⁾ 東京地裁民事執行センターでは、仮差押え後の賃借権による占有者であつても明渡猶予の対象となるとの見解に立つて運用しているようである。⁽⁴⁵⁾

しかし、私見はこの意見には賛成できない。その理由はこうである。

まず、仮差押えの効力が差押えの効力と同様に解してよいかの問題に関しては、諸説が対立しているが、両者を同様に解して良いとするのが通説である。したがつて、仮差押え後の賃借権による占有者についても、差押え後の賃借権による占有者の場合と同様に解して、建物明渡猶予制度により保護されないと考える。

また、このような場合も、仮差押え後の賃借権は執行妨害目的でなされた蓋然性が高く、その保護の必要性は低い点で競売手続開始後の賃借権の場合と同様である。したがつて、民法三九五条一項を類推適用して、仮差押え後の賃借権による占有者の場合も、競売手続開始後の賃借権による占有者の場合と同様、原則として、建物明渡猶予制度による保護を受けられないと解するのが相当である。

肯定説は、仮差押え後、相当長期間競売手続が進行せず、執行妨害目的ではないケースも少なくないとする。しかし、このようなケースはやはり例外的ケースであつて、このケースの場合には占有者側から執行妨害目的ではない旨の反論をさせる(民事執行法八三条一項の「買受人に対抗できる占有権原」が存在する旨の立証を占有者にさせる)ことでその保護を図れば十分である。

また、このように解しないこと、特に、抵当権設定のない建物の競売において、仮差押えにおくられる賃借人が何らの保護を受けられないことと比較すると、抵当権者が出現した途端に賃借人の保護が厚くなるという肯定説の帰結はアンバランスであるといわざるを得ない。⁽⁴⁶⁾

一〇 転借人

明渡猶予に基づく占有者は、猶予期間中、民事執行法八三条一項ただし書の趣旨に照らして、引渡命令の対象にならない。⁽⁴⁷⁾ それでは転借人が明渡猶予の保護を受けられるか。この問題については、建物明渡猶予制度に関する前述の制度趣旨から肯定するのが一般的である。しかし、その理論構成については、大別して二つの立場がある。

一つ目は、転借権は原賃借権の基礎の上に成立しているものであるから、原賃借人が明渡猶予制度の適用による保護を受ける限りで、転借人も同様の保護を受けると解する説である。⁽⁴⁸⁾ 複数の裁判官が採る立場であり、「親亀子亀理論」と称されている。⁽⁴⁹⁾

二つ目は、転貸借契約も賃借人と転借人との間の賃貸借であるから、文言上、転貸借が「賃貸借」に含まれると解することに支障はなく、法文の文理に照らし、転借人自身に明渡猶予制度の適用があると解する説である。山野目教授と小粥教授の説がこれである。⁽⁵⁰⁾

私見は次のように考える。

建物明渡猶予制度は、賃借人の占有権原である賃借権を買受人に対して對抗できるとするものではない。この点で、短期賃貸借保護制度とは異なる。単に、競売による建物売却の時から六か月間、買受人からの引渡命令申立て

に対し、占有者は明渡しを猶予されるにとどまる。そしてその間に、占有者は新しい住居や営業の本拠を探し、引越をせよとするのが建物明渡猶予制度である。とすると、その占有者とは、建物を直接占有し、実際に住居や営業の本拠として利用していた者に限るべきではないだろうか。

したがって、転貸借がある場合には、賃借人が明渡猶予の保護を受ける範囲で、転借人も保護されると考えるのは妥当ではなく、端的に転借人が明渡猶予の保護を受けうるかを問題とすべきである。したがって、私見は二つ目の説に賛成する(ただし、理由はこのように考えるべきである)。

一 無断転借人

1 短期賃貸借保護制度と引渡命令における無断転借人の保護

引渡命令は、不動産買受人が執行手続内において、簡易かつ迅速に対象不動産の占有を得ることができるとして重要な意義を有する(民事執行法八三条)。同条は、民事執行法制定の際、国会において修正された⁽⁵¹⁾。その結果、買受人に対抗できなくても、前所有者に対抗できれば引渡命令の相手方とならないと解するのが判例・通説となった(対債務者(所有者)適法権原説)⁽⁵²⁾。したがって、同条に関する平成八年改正以前においては、使用借人に対して引渡命令を発令することはできなかった⁽⁵³⁾。他方で、【1】高松高決平成六年五月二三日判時一五一二号三九頁は、前所有者に無断で占有する転使用借人に対しては、買受人による引渡命令の申立てが認められるとした⁽⁵⁴⁾。無断転(使用)借人は、前所有者に対抗できない以上、【1】決定は妥当である。

その後、不良債権処理問題のため、民事執行法が平成八年に改正されることにより、同法八三条は国会修正前の規定に戻った。すなわち、占有者の権原は買受人に対抗できる必要があるとされたのである。そのため、使用借人に対しても引渡命令を発令することができるようになった(その一例として、【2】東京高決平成一〇年二月一日判タ九九九号二九一頁)⁽⁵⁵⁾。そして平成八年民事執行法改正は、引渡命令を発令できる相手方の範囲を拡大したものである以上、この改正以降も、前掲【1】決定のように、前所有者に無断で占有する転(使用)借人に対しては引渡命令を発令することができることになる。

以上の考察から、平成一五年担保・執行法制改正前の短期賃貸借保護制度下においては、無断転(使用)借人に対して、引渡命令を発令することができたと解される。それでは、平成一五年担保・執行法制改正後の建物明渡猶予制度下ではどうなるだろうか。

2 建物明渡猶予制度下において、無断転(使用)借人に対しても引渡命令を発令することができるかに関しては、最近になって裁判所で争われた。東京高決平成二〇・四・二五判時二〇三三号五〇頁およびその原審である東京地決平成二〇年二月二十八日金商一二九九号五五頁である。以下、その事実と判旨を紹介することにしよう。

【3】 東京高決平成二〇・四・二五判時二〇三三号五〇頁

〔不動産引渡命令申立棄却決定に対する執行抗告事件〕

【事実】 Aら(前所有者、賃貸人)は、昭和六三年一月七日当時、共同住宅である鉄筋コンクリート四階建て建物(総床面積四二・五二平方メートル)および、その敷地と駐車スペース(合計で地積一六三・〇七平方メートル)(以下「本件土地建物」という。)の所有者であったが、住銀保証株式会社に対し、本件土地建物につ

いて、保証委託契約に基づく求償債権を被担保債権とする抵当権を設定し、同日、その旨の登記手続をした。

S M B C 信用保証株式会社は、平成一八年四月三日に、合併により住銀保証株式会社を承継し、平成一九年三月一二日、前記抵当権の実行による担保不動産競売を申し立てた。本件土地建物については、同月二八日に担保不動産競売開始決定がされ、同月二九日に差押登記がされた。そして同年一二月三日、X (抗告人) が買受人、現所有者) が、本件土地建物の売却許可決定を得て、平成二〇年一月一六日に代金を納付し、その所有権を取得した。

他方、A らは、B (賃借人、転使用貸人) を相手方として、平成一八年五月一七日、同建物の三〇二号室部分 (床面積約三〇平方メートル。以下「本件建物部分」という。) および駐車スペースの一部 (約八・七五平方メートル。以下「本件土地部分」という。) を、期間同月一八日から平成二〇年五月一七日まで、賃料月額七万五千円の約定で賃貸し、これを引き渡した。そして Y (相手方) は、B から、平成一八年一二月末ころ、本件建物部分を期間の定めなく無償で借り受け、これに基づき本件建物部分を占有し、また本件土地部分を占有している。

そこで、X が Y を相手に、本件建物部分および同土地部分について引渡命令の申立てをしたのが本件である。申立理由は、①本件建物部分については、Y が A らに無断で本件建物部分を転使用借しているから、A らとの関係では不法占有者に当たり、明渡猶予制度は適用されない、②本件土地部分については、本件建物部分に付随して賃貸借の対象となるものであるから、本件建物部分について引渡命令が認められる以上、本件土地部分についても引渡命令が認められるべき、というものであった。

なお Y は、執行官の現況調査における質問に対し、「Y は B の妻と姻戚関係にあり、自宅が火災により損傷し

たため、平成一八年一月末ころから自宅改築までの一時使用として無償で本件建物部分の貸与を受けて家族で居住して使用している。」旨回答した。その後、Yは本件建物部分を一年以上使用している。またBは、平成一九年一月以降、本件建物部分の賃料を支払っていないかった。

原審（東京地決平成二〇年二月二八日金商一二九九号五五頁）は、まず本件建物部分については、①Bは民法三九五条一項により、平成二〇年一月一六日から六か月間Xに引き渡すことを要せず、YはBとの使用貸借に基づき占有し、その占有権原はBの賃借権を基礎とするから、Bの明渡猶予期間中は同様にYもXに対し引渡義務の履行を拒むことができる、②明渡猶予制度の趣旨に照らすと、賃貸人との関係で債務不履行になるかどうかは別として、この制度による保護を与える必要があるとし、また本件土地部分については、③Yは、Bの明渡猶予期間中は本件建物部分の引渡義務の履行を拒むことができるから、Xの主張はその前提を欠き、失当である（しかもXは、Yの本件土地部分の占有事実について具体的に主張立証してない）として、Yを審尋することなくXの引渡命令の申立てをいづれも棄却した。

そこで、Xが抗告した。抗告理由は、申立理由とはほぼ同じであった。

【判旨】 一部取消差戻し、一部抗告棄却

一 本件建物部分について

「(1) 民法三九五条一項の建物明渡猶予制度は、短期賃貸借制度を廃止する一方、競売による建物の売却によって突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を避けるため、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づき抵当建物を占有する者に対し、一律に一定期間の明渡しの猶予を認めるものである。そうすると、建物の売却以前に前所有者（抵当権設定者）が建物の明渡しを求めることができない地位に

あつた転借人は、競売による売却によつて突然退去を求められることになるため前所有者からの賃借人と同様に同条項の保護の対象とする必要があり、賃借人の賃借権を基礎とする占有者として同項の保護を受けることができるというべきであるが、前所有者が明渡しを求めることができた転借人については、常に明渡請求を覚悟しておかなければならない立場にあつたのであるから、上記の趣旨に照らして同条項の保護の対象とはならないといふべきである。前所有者が明渡しを求めることができた転借人についてまで同条項の保護の対象とするのは、同条項の改正以前にも保護されていなかった者に新たに明渡猶予の利益を与えることになり、抵当物件の価値を低下させることになるので、同条項の改正の趣旨にも沿わない。」

〔2〕ところで、賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益をさせた場合には、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めらるに足らない特段の事情」がある場合でない限り、賃貸人は、賃借契約を解除することができるし（民法六一二条）、解除をしなくとも転借人に対して賃借物の返還を求めることができる（最高裁昭和二六年五月三十一日第一小法廷判決・民集五卷六号三五九頁参照）。すなわち、民法は、転借人について、賃貸人との関係では、賃借人の賃借権が保護されるからといってそれを基礎とする転借権も当然に保護されるとする立場を採っていないのである。」

〔3〕そこで、本件について検討すると、・・・転賃借契約についてB又はYがAらの承諾を得たことを認めるに足りる証拠資料はない。Yは、・・・使用開始から既に一年以上が経過していること、賃料も平成一九年一月分以降入金されていないことなどに照らすと、当該転賃借にはAらに対する背信的行為と認めらるに足りない特段の事情がある場合とは認められない。したがつて、本件記録上、AらにはYに対して本件建物部分の明渡しを求めることができたといふべきである。】

「(4) . . . したがって、. . . 本件建物部分についての引渡命令申立てを棄却した原決定を取り消し、事件の記録上YがXに対抗することが出来る権原により占有しているものではないことが明らかであるとまでは言えないから、Yを審尋(民事執行法八三条三項本文)の上判断するために、同部分を原裁判所へ差戻すこととする。」

二 本件土地部分について

「Xが引渡しを求める本件土地部分については、その範囲が特定できておらず、この点をおくとしても、Yが本件土地部分を占有している事実について具体的に主張していないし、一件記録によっても占有の事実を認めることができない。」

してみると、Xが本件土地部分の引渡しを求める部分は、いずれにしても理由がなく、同部分を棄却した原決定は正当である。」

3 このように、前所有者に無断で転借した使用借人に対する買受人の引渡命令申立てが認められるか(換言すると、無断転使用借人は明渡猶予の保護を受けられないか)に関しては、原審と高裁決定が相反する見解を採用している。以下に、その内容を二つの見解に整理しよう。

第一は、「親亀子亀理論」を忠実に適用して、賃借人に明渡猶予の保護が認められる以上、その範囲で無断転使用借人も保護されるという見解である。原審がこの立場を採る。その理由は、転使用借人は、賃借人との使用貸借に基づき占有しており、その占有権原は明渡猶予の保護を受ける賃借人の賃借権を基礎とするからである(原審^(A)⁽⁵⁶⁾)。そして、この制度による保護と、賃借人が抵当建物を転貸した場合に、その行為が賃貸人との関係で債務不履行になるかどうかは別問題であるとする(原審^(B))。

第二は、「親電子亀理論」を前提にしつつも、無断転使用借人は前所有者にも対抗できない者であり、常に前所有者からの明渡請求を覚悟しておかなければならない立場にあった以上、明渡猶予の保護を受けられないという見解である。本決定の立場がこれである。本決定に関する解説・評釈も、理由付けはともかく、結論的にはこの見解に賛成している。⁽³⁷⁾

4 本決定の理由は、①前所有者に対抗できる転借人は、賃借人の賃借権を基礎とする占有者として明渡猶予の保護を受けるが、②無断転使用借人は前所有者にも対抗できず、常に前所有者からの明渡請求を覚悟しておくべき立場にあったから明渡猶予の保護を受けられない、③この保護を認めると同条項の改正以前にも保護されていなかった者に新たに明渡猶予の利益を与えることになり、④抵当物件の価値を低下させることになるから、改正の趣旨にも沿わない(以上判旨(1))。また⑤民法は、転借人について、賃借人との関係で、賃借人の賃借権が保護されるからといって、それを基礎とする転借権も当然に保護されるとする立場を採っていない、⑥例外的に、「賃借人の当該行為が賃借人に対する背信的行為と認めると足りない特段の事情」がある場合に限り、転借人は保護される(以上判旨(2))。⑦本件では、そのような特段の事情はない(以上判旨(3))、よって⑧Yを審尋(民事執行法八三条三項本文)の上判断するために、原裁判所へ差戻す(以上判旨(4))というものである。

5 この理由付けに対しては、上原教授が、「この理由だけで本件Yに対して引渡命令を発することができるか、疑問が残る」とされている。すなわち、⑦Yに対してXへの引渡しを命ずることは、Bの占有権原を無視することになって、許されないのではないか、というのである。そして、賃借人が転借人から占有を取得しても、賃借人は賃貸借契約が存続する限りは、賃借人に対して改めて引渡しを請求できると解する余地がある。そうすると、やはり本件でも、Yに対してXへの引渡しを命ずることはできず、せいぜいBへの引渡しを命ずることができるにすぎ

ない、とする。①しかし、Bへの引渡しを命ずる引渡命令が、Xにとって意味をもつか疑問である、という。なぜなら、Xが直接の占有を取得できるのは、Bのための明渡猶予期間経過後になるのであり、猶予期間中にYを相手方とする引渡命令を得ても、Xにとってほとんど意味がないことになるからである、とする。⁽⁵⁸⁾

6 また、生熊教授は、本決定のように賃貸借・転使用貸借に基づく占有が担保不動産競売妨害目的の占有であるかを判断することなしに、引渡命令を認める構成には賛成できないとする。担保不動産競売妨害目的の占有でありながら、裁判所が本決定のような考え方で処理することになると、担保不動産競売妨害目的ではない建物の正常な賃貸借・転使用貸借に使用・収益の場合でも、建物所有者らが無断転貸借について問題としていなかったのに、使用転借人は明渡猶予の保護を受けることができず、引渡命令が出されるということになりかねないことを理由とする。⁽⁵⁹⁾

それでは、どのように考えるべきか。

7 建物明渡猶予制度は、競売による建物売却の時から六か月間、買受人からの引渡命令申立てに対し、占有者は明渡しを猶予され、その間に占有者は新しい住居や営業の本拠を探し、引越をせよとするものである。したがって、その占有者とは、建物を直接占有し、実際に住居や営業の本拠として利用していた者に限るべきである。よって、転貸借がある場合には、賃借人が明渡猶予の保護を受ける範囲で、転借人も保護されると考えるのは妥当ではなく、端的に転借人が明渡猶予の保護を受けうるかを問題とすべきである。そして、転貸がある場合の賃借人は、明渡猶予の保護を受けられないと考える。なぜなら、この場合の賃借人は、建物を実際に使用・収益しているわけではなく、単に転貸をしているに過ぎないからである。⁽⁶⁰⁾

以上から、本件の争点につき、「親電子亀理論」を前提に、賃借人が明渡猶予の保護を受けると考え、その範囲

で無断転使用借人も保護されるとする原審は妥当でないと考える(原審④は失当、本決定①も失当)。

8 それでは、転借人が明渡猶予の保護を受けうるかは、どのように判断するのか。

この問題の検討にあたっては、第一に当該転借人が前所有者に対抗することができる必要がある。なぜなら、転借人が前所有者に対抗できない場合には、常に前所有者からの明渡請求を覚悟しておくべき立場にあったにもかかわらず、競売が申し立てられると明渡猶予期間の保護が認められるのは本末転倒だからである(本決定②は妥当。本決定③は三の考察から妥当。よって本決定④も同じく妥当)。

第二に、前所有者に対抗できても、明渡猶予の保護の対象からはずれるものは除外される。具体的には、すでに二の1で検討したように、使用借人や建物の占有実態が存在しない賃借人、執行妨害目的で占有する賃借人は明渡猶予の保護を受けられない以上、転使用借人、占有なき転借人、執行妨害目的の転借人も、その属性から明渡猶予の保護を受けられないことになる(よって、本決定⑤、⑥、⑦は検討不要)。

以上の考察から、私見は、無断転使用借人が明渡猶予の保護を受けられないとした本決定の結論に賛成する。ただし、転貸の場合には、端的に転借人の保護が問題となること、転使用借人はそもそも明渡猶予の保護の対象からはずれることを主たる理由とすべきであったと考える。そして差戻し後の審理では、このような視点からYを審尋した上で、Yに対する引渡命令の可否を判断すべきであろう(その趣旨なら本決定⑧は妥当)。

9 なお、建物明渡猶予制度は文字通り、占有者が買受人に対して建物を明渡すのを猶予する制度である。したがって、占有者が買受人に対して建物を明渡した場合には、六か月以内だからといって、占有者等がもう一度占有を自らに戻すよう買受人に対して請求することは認められないと解する。

よって、①建物明渡猶予制度は、賃借人の占有権原である賃借権を買受人に対して対抗できるとするものではな

いこと、②転賃がある場合の賃借人は、そもそも明渡猶予の保護を受けられないと解されること、③一旦占有が買受人に明渡されたら、占有者等はもはや占有を自らに戻すよう買受人に対して請求できないと解すべきことから、本決定の理由付けに対する上原教授の疑問には賛同できない。⁽⁶²⁾

また、片山教授は、本決定の結論、理由付けともに賛成しているが、本決定が基本とする「親亀子亀理論」を是認する点(片山教授のいう「原賃貸借基準説」は、短期賃貸借制度とは違い、建物明渡猶予制度では、買受人に對抗できない点を看過しているとともに、建物明渡猶予制度が直接に建物を占有し利用する者の保護を図る制度である点も見過している点で賛成できない。

さらに、生熊教授は、担保不動産競売妨害目的の占有でありながら、裁判所が高裁決定のような考え方で処理することになると、担保不動産競売妨害目的ではない建物の正常な賃貸借・転使用貸借に使用・収益の場合でも、建物所有者らが無断転賃借について問題としていなかったのに、使用転借人は明渡猶予の保護を受けることができないうとして引渡命令が出されるということになりかねないとしていた。しかしながら、競売が申し立てられそうな前所有者に適切な管理(賃貸借契約の解除の主張と賃借人および無断転使用借人への明渡請求)を求めるのは事実上困難である。また、生熊教授の考えによれば、不法占拠者であったとしても、建物所有者が問題としていなかった場合には、明渡猶予の保護を与えることになりかねず、こちらの方が問題ではなからうか。

10 最後に、本件土地部分(駐車スペース)については、本決定でも、その範囲の特定、占有の事実が具体的に主張されていないとされた以上、引渡命令が認められないとした原審は結論として妥当であろう。しかし原審が、その理由として「明渡猶予期間中は本件建物部分の引渡義務の履行を拒むことができるのであるから、Xの主張はその前提を欠き、失当」とする部分(原審◎)は一考の余地がある。なぜなら、駐車スペースはあくまでも土地であ

り、当然には建物明渡猶予の対象に入らないのが原則だからである。共同住宅の借家人が駐車スペースを利用する場合、借家部分とは別途の契約内容となることが多いこと等からすると、結論的にはともかく、より詳細な検討が必要だったのではなからうか。

一一一 おわりに

本論文は、建物明渡猶予制度の保護の対象に関して、裁判官以外の者が突っ込んだ分析をする初めての論文であるといえよう。個別・具体的な問題点については、短期貸借制度が廃止され、建物明渡猶予制度が創設された経緯や建物明渡猶予制度の制度趣旨から論理的に考察することを心掛けた。しかしながら、学界に所属する者ゆえ、実務の現状に関して、思わぬ誤解をしているかもしれない。大方の御批判を仰ぎながら、更なる研究を続けて行きたいと思う。本論文が、建物明渡猶予制度の保護の対象に関する実務運用に裨益するところが少しでもあるならば望外の喜びである。

注

- (一) 本決定の解説・評釈として、生熊長幸・判リマ三九号一八頁(二〇〇九年)、上原敏夫・法学教室三四一号八三頁(二〇〇九年)、片山直也・金法一八七六号二九頁(二〇〇九年)、滝澤孝臣・金商一三〇七号一四頁(二〇〇九年)、谷本誠司・銀行法務21 六九九号三九頁(二〇〇八年)、南雲大輔・判タ一二八七号七四頁(二〇〇九年)、新井剛・判評六〇九号一二頁(二〇〇九年)がある。また、本判決を紹介する判時二〇三三号五〇頁のほか、判タ一二七九号三三三頁と金商一二九九号五二頁にも匿名の解説がある。

- (2) 谷口園恵||筒井健夫編『改正担保・執行法の解説』(二〇〇四年)、道垣内弘人ほか「新しい担保・執行制度〔補訂版〕」(二〇〇四年)、古賀政治編『ケースでわかる新担保・執行法制』(二〇〇三年)、小林秀之||角紀代恵「わかりやすい担保・執行法改正」(二〇〇四年)、関西法律特許事務所編『改正担保・執行法の理論・実務と書式』(二〇〇四年)等。
- (3) 山野目章夫||小粥太郎「短期貸借保護制度の見直し(下)」NB L七九六号七四頁(二〇〇四年)。
- (4) 畑一郎「担保・執行法制の見直しと執行官実務」判タ一―二三号六頁(二〇〇三年)、内田義厚「新担保・執行法制と民事執行実務―引渡命令に関する実務運用を中心に―」判タ一―四九号四一頁(二〇〇四年)、谷口園恵「短期貸借保護制度の廃止と建物明渡猶予期間による保護」新民事執行実務三三六三頁(二〇〇五年)、宮崎謙「明渡猶予制度と引渡命令を巡る若干の実務上の問題点」判タ一―七四号四頁(二〇〇五年)、池田知史「短期貸借保護の制度の廃止と建物明渡猶予制度の創設」判タ一―三三三三号八四頁(二〇〇七年)。
- (5) 谷口||筒井・前掲書三二頁以下、道垣内ほか・前掲書四九頁以下参照。
- (6) 民法三九五条にただし書が挿入されたこと自体、その懸念があったことの証左である。民法三九五条の起草・立法過程については、内田貴教授の優れた研究がある(内田貴「抵当権と利用権」(一九八一年)参照)。
- (7) 久米良昭||福井秀夫「短期貸借保護の法と経済分析」鈴木祿弥編『競売の法と経済学』所収(二〇〇一年)。
- (8) 占有屋等による執行妨害の発生・目的、類型を整理するものとして、たとえば新井剛「抵当権に基づく妨害排除請求権に関する序論的考察」獨協ロージャーナル四号一三頁(二〇〇九年)等参照。
- (9) 筆者は、平成一二年五月二四日に、旧総務庁(現総務省)がある霞ヶ関第四合同庁舎内でおこなわれた規制改革委員会住宅・土地・公共工事グループのヒアリングに招かれ、短期貸借制度をめぐる諸問題について意見発表してきた。その際、筆者は①執行妨害の温床であり、象徴になっている短期貸借制度は廃止すべきこと、②そのみならず執行妨害排除のために、実体法のみならず手続法を含めて、多くのメニューが用意されるべきこと、③そのために必要な法改正をすべきこと等を意見として述べてきた。
- (10) 道垣内ほか・前掲書五三頁参照。
- (11) 以上について、道垣内ほか・前掲書五五頁参照。
- (12) 谷口||筒井・前掲書三頁参照。
- (13) 谷口||筒井・前掲書三頁。

- (14) 谷口Ⅱ筒井・前掲書三五頁。
- (15) 道垣内ほか・前掲書五七頁。
- (16) 古賀編・前掲書五五頁(二〇〇三年)。
- (17) 生熊長幸『執行妨害と短期賃貸借』五二三頁ほか(二〇〇〇年)。
- (18) 谷口Ⅱ筒井・前掲書三六頁。
- (19) 安永正昭『講義物権・担保物権法』二九六頁(二〇〇九年)。
- (20) 上原敏夫「改正担保・執行法の解説」新民事執行実務二号二二頁(二〇〇四年)。
- (21) 山野目Ⅱ小粥・前掲八〇頁注一五三が紹介する見解である。
- (22) 谷口Ⅱ筒井・前掲書三五頁、山野目Ⅱ小粥・前掲七五頁、宮崎・前掲五頁等。
- (23) 谷口Ⅱ筒井・前掲書三七頁、道垣内ほか・前掲書五七頁。
- (24) 谷口Ⅱ筒井・前掲書三七頁。
- (25) 内田・前掲四三頁。
- (26) 小林Ⅱ角・前掲書一二五頁(二〇〇四年)。
- (27) 谷口Ⅱ筒井・前掲書三八頁注二二。池田・前掲八三頁も同旨。
- (28) 谷口・前掲六三頁。
- (29) 畑・前掲六一七頁、内田・前掲四二頁、池田・前掲八三頁も同旨。
- (30) 畑・前掲七頁。
- (31) そのほかにも、実質的所有者が賃借権を主張する場合、未登記所有権に基づく占有者の場合、占有補助者にあたる人間(妻や子供)が賃借権を主張する場合、法人個人所有の不動産について法人が賃借権を主張する場合などが本件の例として挙げられよう(内田・前掲四五―四六頁参照)。
- (32) 畑・前掲七頁、内田・前掲四五―四六頁、谷口・前掲六三頁、池田・前掲八三頁も同旨。
- (33) 内田・前掲四六頁も同旨。
- (34) 内田・前掲四六頁も同旨。
- (35) 畑・前掲七頁、谷口・前掲六四頁、池田・前掲八三頁。

- (36) 内田・前掲四三頁。
- (37) 内田・前掲四三頁が紹介する反論である。
- (38) 谷口・前掲六四頁。
- (39) 池田・前掲八二頁。
- (40) 池田・前掲八二頁注四八。
- (41) 宮崎・前掲六頁参照。
- (42) 宮崎・前掲六一七頁参照。
- (43) 谷口・前掲六四頁。
- (44) 池田・前掲八二頁。
- (45) 池田・前掲八二頁注四八。なお、東京高決平成一九年二月二三日(公刊物未登載)も明渡猶予を肯定する考え方を採用した(池田・前掲八一頁注四三参照)。
- (46) 宮崎・前掲七頁参照。
- (47) 谷口・前掲七頁参照。
- (48) 畑・前掲九頁、内田・前掲四七頁、谷口・前掲六三頁、池田・前掲八四頁、南雲大輔・前掲七八頁。
- (49) 内田・前掲四七頁注二六。
- (50) 山野目・前掲七六頁。もともと、それ以前には山野目教授は、転貸借の場合に、明渡猶予を受ける主体が賃借人であるとの考えを説示されていた(山野目章夫「担保・執行法制改革の理念と今後の課題」法律のひろば二〇〇四年二月号四九頁、二〇〇四年)。
- (51) 引渡命令に関する国会での修正に関しては、田中康久『新民事執行法の解説』(増補改訂版)二二二頁以下(一九八〇年)、宇佐見隆男ほか『民事執行セミナー』一五四頁以下(一九八一年)、浦野雄幸『条解民事執行法』一七頁以下(一九八五年)等参照。
- (52) 引渡命令の相手方に関する各学説の内容と評価・批判に関しては、鈴木忠一『三ヶ月章編『注解民事執行法(3)』(中山一郎)二八〇頁以下(一九八四年)、竹下守夫『民事執行法の論点』一九〇頁以下(一九八五年)、中野貞一郎『民事手続の現在問題』四二九頁以下(一九八九年)、村上久一「不動産引渡命令について―立法から今日までの推移」判タ七四六

号一六頁以下(一九九一年)等参照。

(53) 早田尚貴「引渡命令」山崎恒山田俊雄編『新・裁判実務大系(12) 民事執行法』一八二頁(二〇〇一年)。

(54) 同決定の解説として、小野寺忍・判タ九一三三号二五四頁(一九九六年)がある。

(55) 同決定の解説・評釈として、栗田隆・判リマ二〇号一四八頁(二〇〇〇年)、本田晃・判タ一〇三六号二八一頁(二〇〇〇年)がある。

(56) しかし、本件の賃借人は本当に建物明渡猶予制度による保護に値する者であろうか。なぜなら本件賃借人は、①無断転貸使用貸借と②賃料不払いにより、前所有者(賃貸人)に対する債務不履行状態にあり、さらに③本件不動産を実際に使用していたわけではなく、単に転貸使用貸借をしていたにとどまる(収益もしていない)からである。

(57) 前掲注(1)の各解説・評釈参照。特に片山教授は、本決定の結論、理由付けともに賛成し、「原賃貸借基準説」に立脚した上での「転借人基準説」による説明であるとす。

(58) 上原敏夫・前掲八四頁以下(二〇〇九年)。後掲判タの解説が同旨を述べていた。なお、上原教授は、建物明渡猶予の法的性質について、賃借人に従前の賃借権に代わって「法定の占有権限」が与えられるものと解しておられる(上原敏夫「改正担保・執行法の解説」新民事執行実務二二頁、二〇〇四年)。

(59) 生熊・前掲二二頁。

(60) 本件と異なり、転貸賃借の場合には、賃借人に転貸による収益があるとの反論があるかもしれない。しかし、転貸による賃借人のサヤ取得の利益を保護することは、建物明渡猶予制度の趣旨に合致しないであろう。

(61) しかも、本件の賃借人は、競売前から賃料不払、無断転貸使用貸借という債務不履行状態にある。競売が申し立てられそうな前所有者に適切な管理(賃貸借契約の解除の主張と賃借人および無断転貸使用借人への明渡請求)を求めるのは事実上困難であろう。このような場合に、「親亀子亀理論」によると、民法三九五条二項の催告を買受人にさせた上で、同条項に規定する要件を充たして初めて、賃借人が明渡義務に関し期限の猶予を受けられなくなる結果、転借人も期限の猶予を受けられず、引渡命令が発令されるという手続を踏むことになる(池田・前掲八五頁参照)。このような迂遠な方法を買受人に強いる点にも、「親亀子亀理論」の問題性を看取できよう(原審⑧の問題性)。

(62) 滝澤孝臣・前掲一四頁(二〇〇九年)、南雲・前掲七八頁も結論的に同旨である。