

## 民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

園田, 賢治  
九州大学大学院法学府博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/2277>

---

出版情報 : 法政研究. 68 (4), pp.103-117, 2002-03-13. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 民事手続判例研究

## 福岡民事訴訟判例研究会

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

最高裁判所平成一三年一月二五日第三小法廷決定、最高裁平成一二年(許)第二二二号、不動産引渡命令に対する抗告審の原決定取消決定に対する許可抗告事件、民集五五卷一号一七頁、判例時報一七四〇号四一頁、判例タイムズ一〇五五号一〇六頁、金融法務事情一六〇九号五〇頁、金融・商事判例一一一六号一二頁

園田賢治

### 【事実の概要】

Yは、昭和六三年一月に、本件建物を所有者Aから期間の定めなく賃借した。本件建物にAを債務者、Bを債権者とする第一順位の根抵当権が設定され、平成元年五月に登記がなされた。次いで、平成元年一月に、本件建物に

Yを債務者、Cを債権者とする後順位の根抵当権が設定された。さらに、平成八年六月に、本件建物にYを債務者、Dを債権者とする後順位の根抵当権が設定された。その後Aが破産し、平成九年八月に、Yと破産管財人の間で賃貸借契約が更新された。債権者Bが第一順位の根抵当権を実行し、Xが本件建物を買受け、代金納付し、Yを相手方として引渡命令の申立てを行った。なお、これまでにYに債務不履行の事実はなく、また物件明細書には、Yの賃借権は買受人に対抗できる旨の記載があり、相当の減価がされていた。

原々審(横浜地川崎支決平一二・二・一〇〔民集五五卷一号二六頁〕)は、引渡命令を発令した。これに対して、Yが執行抗告をした。

原審(東京高決平一二・四・五〔民集五五卷一号二七頁、判時一七〇七号一二九頁〕)は、次のように述べて原々決定を取消し、引渡命令の申立てを却下した。

「もともと対抗力のある賃借権の設定されている不動産に抵当権が設定された場合であっても、当該賃借権者自身はその抵当権の抵当債務者であるという場合においては、一般に、当該賃借権者は、自らの債務不履行によりその抵当権が実行されるに至ったときには、当該不動産の買受人

に対しては、その賃借権を主張することなく、これを明け渡すことを承諾しているものと解することができ、また、自らの債務不履行により当該不動産を担保に提供してくれた所有者がその所有権を失うという事態に陥るにもかかわらず、当該賃借権者のみがその占有を保護されるというのは著しく衡平、信義に反するものといわねばならない。この場合の賃借権者は、引渡命令の対象となり得るものと解されるところである。そして、このことは、当該不動産に複数の抵当権が設定されている場合に、当該賃借権者を抵当債務者とする抵当権とは別の抵当権に基づく競売が実行されたときにおいても、当該賃借権者に抵当債務の債務不履行があり、もともと当該抵当権に基づく競売実行の可能性があったという場合には、いずれにしても当該抵当権についても換価が強制され当該抵当権は消滅することになるのであるから、同様に解することができるものといわねばならない。

しかしながら、この場合において、抵当債務者である賃借権者自身には抵当債務の債務不履行の事実がないという場合には、この賃借権者が引渡命令の対象となるものとするのは相当でないものと考えられる。というのは、この場合には、もともとこの賃借権者が抵当債務者となってい

る抵当権自体については、その実行による競売が行われるという可能性が生じていなかったものであり、偶々その抵当権とは別個の抵当権が実行されることとなったため、消滅主義により当該抵当権も消滅する結果となるにしても、そのことについて当該抵当債務者である賃借権者には何ら責められるべき理由はないものといわねばならない。したがって、当該賃借権者が本来競落人に対しても対抗し得る権利として有していた自己の賃借権を主張し得なくなるものと解する根拠はないものといわねばならない。

これに対して、Xは、債務不履行の有無を引渡命令の可否判断の基準とすることが誤りであること、実際にはYに債務不履行があったということ、などを主張して許可抗告を申立てた。原審は抗告を許可した。

#### 【決定要旨】 抗告棄却

最高裁は、次のように述べ、抗告を棄却した。

「執行裁判所は、最先順位の抵当権を有する者に対抗することができる賃借権により不動産を占有する者に対しては、この占有者が当該不動産に自己の債務を担保するため、当該抵当権の設定を受け、当該抵当権の実行として競売の開始決定（二重開始決定を含む。）がされていた場合を除き、

引渡命令を発することができないと解するのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

最先順位の抵当権を有する者に対抗することができない賃借権により不動産を占有する者であっても、当該不動産が自らの債務の担保に供され、その債務の不履行により当該抵当不動産の売却代金からこの債務の弁済がされるべき事情がある場合には、その賃借権を主張することは、当該抵当不動産の売却を困難とさせ又は売却価額の低下を生じさせて、当該抵当権者及び担保を提供した所有者の利益を害することとなるから、信義則に反し許されないというべきであり、かかる占有者は、当該不動産の競売による買受人に対してその賃借権をもって対抗することができないと解するのが相当である。当該抵当権の実行として競売の開始決定がされているときは、その債務不履行の事実が民事執行法八三条一項ただし書にいう『事件の記録上』明らかであるから、執行手続上もその賃借権を主張することが許されない場合に該当するといえる。しかし、当該抵当権の実行としての競売開始決定がされていない場合には、執行事件の記録上は、その債務不履行の事実が明らかということができる。当該占有は買受人に対抗することができる賃借権によるものというべきである。

本件においては、執行事件の記録によれば、相手方が最先順位の抵当権に優先する賃借権によって本件建物を占有しており、相手方が本件建物に自己の債務を担保するため、この抵当権に基づく競売開始決定はされていなかったというのであるから、引渡命令を発することができるといえる。当該占有は買受人である被告の相手方に対する引渡命令の申立てを却下した原審の判断は、是認することができる。」

【評釈】本決定の結論に賛成するが、一部理由づけに反対

一 はじめに

本件は、不動産引渡命令の相手方が問題となった事案である。引渡命令の相手方について、民事執行法八三条一項は、債務者、または不動産の占有者で事件の記録上買受人に対抗できる権原により占有していない者であると規定する。そして、同条が一八八条によって担保権実行手続に準用される際には「債務者」は「所有者」と読み替えられると一般に解されている。<sup>1)</sup>

そうすると、担保権実行手続においては、当該抵当債務者であるが当該不動産の所有者でない者が、競売で効力を

失わない賃借権（すなわち、抵当権設定前に設定された賃借権、抵当権設定後で差押前に設定された短期賃借権）に基づいて当該不動産を占有する場合が生じる。このような抵当債務者兼賃借人（以下では単に「当該抵当債務者兼賃借人」という）が引渡命令の相手方となるか否かが問題となる（以下「論点一」という）。本決定は、事案としては直接にこのような場合を扱うものではないが、前提となるのでこの点について判断した。

本件では、抵当債務者兼賃借人にかかる抵当権とは別の抵当権の実行によって競売が行われ、そのような抵当債務者兼賃借人（以下では単に「実行外抵当債務者兼賃借人」という）が引渡命令の相手方となるか否かが、問題となった（以下「論点二」という）。

本決定は、右の論点一ならびに論点二について判断したものであるが、いずれも最高裁として初めての判断である。以下では、論点一、二それぞれについて検討を行う。

## 二 当該抵当債務者兼賃借人に対する引渡命令（論点一）

### (1) 学説

学説は、肯定説と否定説に分かれ、さらに肯定説は、制限的肯定説と全面的肯定説に分かれる。

否定説とは、その賃借権が対抗力を有する以上、債務者に対して引渡命令は発令できない、とするものである。<sup>(2)</sup> 確かに形式論理上は、抵当債務者と賃借人の地位は別個のものであり、その点を厳格に解すればそうなるが、現在ではこれを支持する見解はほとんど見当たらない。

これに対して、肯定説は、債務者の債務不履行により、その引当てとなった不動産が売却され、所有者が所有権及び占有を失うことになるのに、当の債務者が賃借人として保護されるというのでは、著しく衡平・信義に反する、とする（ここまでの理解は、制限的肯定説・全面的肯定説とも共通する）。ただし、肯定説においても、抵当権設定後に賃借権の設定があった場合にのみ引渡命令を認める説（制限的肯定説）と、その先後を問わずに引渡命令を認める説（全面的肯定説）とに分かれる。

制限的肯定説は、債務者が所有者の抵当権設定前から賃借し占有している場合は、抵当権者も債務者の占有を前提にして抵当権を取得したのであり、したがって債務者は買受人に対しその引渡を保証したわけではないので、引渡を拒んでも直ちに信義則に反することにはならないと説く。<sup>(3)</sup>

これに対して、全面的肯定説からは、次のように反論がなされる。まず、「抵当権を設定して借入れをする際に、

抵当権者に対し、将来抵当権が実行されても、立ち退かないと明言する債務者があるとは考えられず、たとえその点について黙っていたとしても、立ち退くものとの暗黙の了解があるのが通常であると考えられ、債務不履行によって不動産が売却されるのに、当の債務者が保護されるのは、著しく衡平・信義に反することに変わりがない<sup>(4)</sup>と債務者と抵当権者間の暗黙の了解を想定する。また、「所有者が他の者を債務者とする担保権設定（物上保証）を認める理由は様々なものがあると考えられるが、一般には自己の犠牲を最も少なくする態様の限度で、債務者の融資利益の享受を認めるものと推測される。仮に債務者の賃借権援用を認めれば、所有者の有する担保価値は賃借権価値だけ減少する結果となり、所有者が物上保証を認めたらうえ、さらにそのような担保価値減少まで容認することは一般には合理性に欠けるものと評価できよう<sup>(5)</sup>」と債務者・所有者間の合理的な意思を想定する<sup>(6)</sup>。要するに、ここでの対立点は、契約締結時における当事者間の合理的な意思ないし期待をいかに解するかという点にあるといえる。

## (2) 判例ならびに実務の運用

民事執行法制定の直前は、全面的肯定説に立つて運用がなされていたとされ<sup>(7)</sup>、そのような判例も存在する<sup>(8)</sup>。

民事執行法制定後、判例は、まず否定説に立った。例えば、旧法事件であるが、名古屋高金沢支決昭五七・三・二四（判時一〇五四号九八頁）は、「抗告人の有する右賃借権の対抗力を本件債権債務の関係とは無縁の第三者の有する賃借権のそれと別異に評価すべき法的根拠は存しない。」として引渡命令を否定した。民事執行法下での判例では、東京地判昭五九・七・二四（判時一一五二号一五二頁）が、「所有者以外の占有者がたまたま該担保権の被担保債権の債務者であるからといって、その実体上の占有権限が消滅しあるいは無視されるものと解する余地はない。」とした。ただし、この判例については右に引用した部分の文言からは否定説と解されるように思われるが、事案が抵当権設定前に設定された賃借権に関するものであったので、制限的肯定説を説く論者からは、この判例は制限的肯定説を採るものと理解される<sup>(9)</sup>。

また、東京高決昭六〇・七・一七（判夕五七五号七二頁）も理解が分かれる判例である。この決定はまず、「所有者と抵当権の被担保債権の債務者とが異なる場合の当該債務者は、不動産を占有する限り、所有者と同視して引渡命令の相手方となるものと解するのが、相当である。けだし、自己の債務の不履行によりその引当てとして不動産が売却

され、所有者が所有権及び占有を失うこととなるにも拘らず、当の債務者が、不動産の引渡を拒絶できるといのは著しく衡平、信義に反するからである。」と肯定説の立場を採るが、「しかし、右主張のように所有者と同一視すべき者が、買受人に対抗できる権原により抵当不動産を占有するときは、引渡命令の相手方とならないとするも、」と、否定説の可能性も否定せず、<sup>10)</sup>最終的には、「右権原が外形上抵当権の実行を妨げることを目的としたものと認められる場合は、権利を濫用するものとして買受人に対し右権限を主張することが許されないと解すべきである。」と賃借権の濫用を理由に引渡命令の発令を認めた。このように複雑な判例であるが、少なくとも初めに引用した部分は、民事執行法制定後、初めて肯定説の論理を採用しており、後の判例・学説によってしばしば引用されたことから、肯定説のリーディング・ケースとして重要である。

なお、いつからかは不明であるが、平成四年七月までの東京地裁の運用は、制限的肯定説によっていたとされる。<sup>11)</sup>

その後、東京地裁は、東京地執行処分（物件明細書）平四・七・八（判タ八〇七号二六三頁）によって「被担保債務の債務不履行により物件が競売されるのに、その債務者が自己の占有権原を主張することができる」と、著し

く信義に反すると考えられるので、同会社に対し、買受人が引渡命令の申立てをした場合、認められる可能性が大きい。」としたのを端緒に全面的肯定説へと運用を変更した。それから現在まで全面的肯定説を採る判例が続く。

このように、大まかにいって、民事執行法制定後の判例ならびに実務は、否定説から、制限的肯定説、全面的肯定説へと流れていった。ただし、全面的肯定説においても、なぜ信義則違反と評価されるかについての理由づけは若干異なる。東京高決平七・一〇・一三（東高民時報四六卷一一二号三一頁）は、「不動産の賃借人が自己の第三者に対する債務につき賃貸人である所有者に物上保証を依頼し、当該不動産に抵当権の設定を受ける場合には、賃借人は、将来自らの債務不履行により抵当権が実行されるときに、自己の賃借権を主張してこれを確保しようなどとは考えず、むしろ、競売になれば当該不動産を明け渡す覚悟で物上保証を受けるのが通常であり、抵当権者となる債権者もまた当然にそれを予定しているものと考えられる。したがって、右のような場合には、債権者（抵当権者）を含む関係者間で反対の意思が明示される等の特段の事情がない限り、抵当権の設定時において、債務者である賃借人は、賃貸人（所有者）及び債権者（抵当権者）に対し、将来抵当権が

実行され買受人に所有権が移転するときには賃借を放棄する旨の意思を表示したものと認めるべきである。」とした。これは抵当権設定時の三者間の暗黙の意思を想定するものである。したがって、反対の意思が表示される等の「特段の事情」を考慮に入れている点が注目される。

次に、東京高決平九・一〇・二九（判時一六四〇号一三頁）も、「将来抵当権が実行された場合に債務者たる抗告人が本件建物から立ち退かない旨を表示し、それを前提に債権者が債務者に融資し抵当権の設定を受けるところとは通常の当事者の意思に合致しないところであり、むしろ、債務者も所有者とともに立ち退く意思を表示したものとみるのが自然であり合理的である。」と暗黙の意思の存在を挙げるが、さらに続けて、「債務者の債務不履行により、所有者が所有権及び占有を失うのに、当の債務者が賃借人として物件を利用し続けられるのは、著しく衡平、信義に反すると考えられる。」と引渡命令が認められなかった場合の結果の不当性、すなわち所有者と債務者兼賃借人の今後の地位のアンバランスを問題とする。

さらに、東京高決平一一・一・二九（判時一六六九号七八頁）も、「被担保債務者の債務不履行により、その引当となった不動産が売却され、所有者が所有権及び占有を失

うことになるのに、当の債務者が賃借人として保護されるというのでは、著しく衡平・信義に反すると考えられることから、所有者のみならず被担保債務者も引渡命令の対象となると解するのが相当である。」と、引渡命令が認められなかった場合の所有者と債務者兼賃借人のアンバランスを問題とする。

本件原決定も、債務者兼賃借人の黙示の承諾の存在と、引渡命令が発令されなかった場合の、所有者と債務者兼賃借人のアンバランスを挙げる。

このように、全面的肯定説を採る判例においても、その理由づけは若干異なり、大別して、抵当権設定時の当事者の意思を挙げるものと、引渡命令が発令されないことによる所有者と債務者兼賃借人の今後の地位のアンバランスを挙げるもの、あるいは両方を挙げるものに分かれる。

### (3) 本決定の位置づけと射程

本決定は、東京地裁の運用変更後の判例を踏襲し、全面的肯定説に立つものであり、その点を最高裁が初めて明示した点に意義がある。ただし、本決定の理由づけは、信義則を用いる点は従来通りだが、その内容について従来の判例ならびに学説とはやや異なっている。

すでに見たように、学説、とりわけ制限的肯定説と全面



的肯定説の対立においては、抵当権設定時の当事者の合理的な意思をどのように理解するかが問題とされた。そして判例においても、しばしば当事者の暗黙の意思が想定されていた。これに対して、本決定はそのような観点については述べていない。本決定は、「賃借権を主張することは、当該抵当不動産の売却を困難とさせ又は売却価額の低下を生じさせて、当該抵当権者及び担保を提供した所有者の利益を害することとなるから、信義則に反し許されない」とする。これは、賃借権を主張できるものとしたときの結果の不当性をいうものであるが、その点について従来の判例が賃借人と所有者のアンバランスを指摘するものであったのに対し、本決定は賃借人と抵当権者のアンバランスも考慮に入れて点で異なっている。

本決定の射程について言えば、まず前提として、論点一について本決定が示した判断基準は、引渡命令の可否についての判断の際に限定されるものではなく、買受人が訴訟によって明渡しを求める際の実体的な基準をも含むものと解されることは疑いなくであろう。

そして、当該抵当債務者兼賃借人が、常に引渡命令の相手方となるかということが問題となる。例えば、競売不動産が、賃借人がいることに財産的価値があるような賃貸専

用物件の場合はどうであろうか。この点につき、本件コメント(判時一七四〇号四三頁など)は、引渡命令は発令されないとするが、現実的にはその認定は困難などとして賃貸専用物件であるか否かにかかわらず、引渡命令が発令されるとする見解<sup>12</sup>もある。後者の主張の通り現実性は低いと思われるが、本決定の理論上の理解としては、仮に賃借権の主張が当該抵当不動産の売却の困難や売却価額の低下を生じさせないような事情があれば、引渡命令は発令されないと解すべきであろう。

また、東京高決平七・一〇・一三(前掲)の挙げる「関係者間で反対の意思が明示される等の特段の事情」があった場合はどうかであろうか。本決定の理解としては、文言上、当事者の意思を問題としないので、そのような特段の事情は認められないということになる<sup>13</sup>。

#### (4) 検討

本決定は、信義則の理由づけにおいて、近時の全面的肯定説や制限的肯定説が主張するような当事者の暗黙の意思や、合理的期待というものを明示的に述べるのを避け、単に賃借権を主張した場合の結果の不当性を一般的に述べるにとどめた。このことは、何が当事者の抵当権設定時の合理的な意思であるかが一律に決めづらく、現に争いのある

ところであるので、無難なものであり、一定の説得力を持つといえよう。<sup>14</sup>そして、このように明確な最高裁の判断が出ることによつて、今後の当事者の予見可能性が高まることが期待される。<sup>15</sup>

しかし、本決定が信義則を用いる際に考慮したファクターが妥当だとしても、本決定は信義則をストレートに用いすぎた印象がある。なるべく信義則の多用は避けるべきである。<sup>16</sup>確かに、論点一は前提問題ゆえ、このような簡潔な判示もやむをえない部分もあるが、今後、事案として直接に論点一が問題となった場合には、信義則の直接の適用ではなく、一八八条による八三条準用の際の読み替えにおける解釈問題として、論じるべきであろう。すなわち、八三条の「債務者」を単に「所有者」と読み替えるのではなく当該抵当債務者兼賃借人もそこに含まれると解すべきである。通常、「債務者」が「所有者」と読み替えられる理由は、不動産競売においては、所有者こそが「強制競売の債務者と同じく、手続上その所有に属するとされる不動産を強制的に換価され、買受人が取得する所有権の前主として売主の立場に立ち、実体上も買受人の債権的請求権の相手方当事者として、その占有の有無を問わず引渡義務を負うからである」と説明される。<sup>17</sup>しかし、強制競売における

債務者は、もちろん実体法上の意味での債務者と一致しないけれども、「債務不履行をした者」という意味での債務者を通常含んでいるので、当該抵当債務者兼賃借人を含めることも可能ではなからうか。また、このような解釈は、一八七条の二第五項後段からも類推され得る。

三 実行外抵当債務者兼賃借人に対する引渡命令（論点

(二)

(1) 学説

この論点についての議論はあまりなされていないが、さしあたり次の三つの見解がある。

まず、当該抵当権に基づき開始決定がされるときに限るべきとする見解がある。すなわち、「担保権実行申立ての基礎となった被担保債権にかかる債務者以外の債務者については、自己の債務の不履行により担保権実行手続が開始されたものではないから、相手方に含まれない。しかし、後にその者を債務者とする担保権実行の申立てがなされ二重開始決定がなされたときには、自己の債務の不履行により担保権実行手続が開始されたこととなるから相手方になるものと解すべきである」と説くものや、「債務不履行の状態にあるというだけで衡平、信義に反するといえる

のか、また、少しでも債務不履行があれば引渡命令の相手方になるのかという点で疑問がある。したがって、原則として、債務不履行にあるというだけでは、引渡命令の相手方にはならず、当該抵当権が実行されたか否かを基準とすべきであると解する。<sup>19)</sup>と説くものがある。

これに対し、実行外抵当債務者兼賃借人が債務不履行の状態にあったときは発することができるとする見解がある。すなわち、「基本事件の申立抵当権者の抵当権以外の抵当権の被担保債権者が、短期又は長期の賃借権を主張する場合については、まず、賃借人が、自己の債務について債務不履行の状態にあるときは、賃借人はいつでも自己の設定した抵当権に基づく実行申立てを受ける可能性があるのである。たまたま他の抵当権者の申立てに基づく実行手続で進行しているとしても、消除主義により占有者を被担保債務者とする抵当権についても換価が強制されることになるのであるから、そのような状況で、占有者みずからが、担保として利用して金融の利益を得た不動産の担保価値の低下を招来するような短期賃借権を主張することは、信義則に反し認められないといえるであろう。<sup>20)</sup>と説く。

さらに、抵当債務者兼賃借人に債務不履行がない場合でも発することができるとする見解も存在する。すなわち、

「関係者の通常の意味としては、物上保証の提供を受ける時点で、賃借人兼債務者としては、所有者による将来の担保価値の実現を妨害しないこと、つまり賃借人としての地位よりも債務者としての地位（すなわち所有者の利益）を優先するという意思をもつとみなされるのではなからうか。：債務不履行の局面だけを見れば賃借権の対抗は信義則に反しないように見えるが、物上保証の提供の段階まで遡って総合的に考察すれば、やはり賃借権の主張は信義則に反すると見ることも可能と思われる<sup>21)</sup>」と説く。

## (2) 判例ならびに実務の運用

判例は、実行外抵当債務者兼賃借人が債務不履行の状態にあったときは発することができるとする見解に立つ。東京高決平一一・一・二九（前掲）は、「当該賃借人（被担保債務者）が自己の債務について債務不履行の状態にあるときは、賃借人はいつでも自己の設定した抵当権に基づく実行申立を受ける可能性があるものであって、たまたま他の抵当権者の申立に基づく実行手続で進行しているとしても、消除主義により当該賃借人を被担保債務者とする抵当権についても換価が強制されることになるのであるから、そのような状況で、賃借人自らが担保として利用して金融の利益を得た不動産の担保価値の低下を招来するような賃借権

を主張することは、信義則に反し許されないと解される。」とする。本件原審も、同様の判断をした。なお、東京地裁の実務もこの考え方によってなされていたとされる。<sup>(22)</sup>

### (3) 本決定の位置づけと射程

本決定は、引渡命令の発令を否定したが、その理由づけは、これまで主張されてきた見解と異なっている。すなわち、実行外抵当債務者兼賃借人に対して引渡命令が発令されないのは、債務不履行の事実が「事件の記録上」明らかでないからであるとする。本決定が「当該抵当権の実行として競売の開始決定がされていた場合を除き、引渡命令を発することができない」と結論した趣旨につき以下のような理解が考えられるとされている。<sup>(23)</sup>

まず、(執行手続上の)証拠法則説という考え方があつた。これは、債務不履行の事実があれば、実体上の明渡義務が発生するが、執行裁判所が、事件記録上、抵当債務者が債務不履行にあると認定できるのは、当該抵当権に基づく競売開始決定があつた場合のみという趣旨である。そうすると、物件明細書では賃借権を引受けることになり、評価上、長期貸借権としての減価がなされることになる。

次に、引渡命令要件説という考え方があつた。これは競売開始決定の存在を八三条一項の再抗弁と位置づけるもので

ある。よって、債務不履行の事実があれば、実体上の明渡義務が発生するが、引渡命令の対象となるのは、当該抵当権に基づく競売開始決定があつた場合のみであるということになる。そうすると、物件明細書では賃借権を引受けず、評価上、平成八年民事執行法改正前の不对抗賃借権の場合と同程度の減価<sup>(24)</sup>がなされることになる。

さらに、手続保障(例示)説という考え方があつた。競売開始決定の存在は、執行異議(一八二条)という手続保障の機会を意味するという趣旨である。すなわち、競売開始決定は例示であり、抵当債務者を審尋していれば競売開始決定がなくとも引渡命令が可能となる。

以上の理解を比較すると、(執行手続上の)証拠法則説は、実体上、債務不履行にあるのに、評価上、減価をするのは所有者および抵当権者の利益を害し、本決定の一般論の趣旨に反するという問題があり、手続保障(例示)説は本決定の形式的文言に反するという問題があるため、本決定は引渡命令要件説で理解するのが無難だとされ、今後の東京地裁の当面の運用もこれによることになるとされる。<sup>(25)</sup>したがって、本決定の理解として、競売開始決定がある場合以外には、実行外抵当債務者兼賃借人に引渡命令を発することができない例外は認められないということになる。

## (4) 検討

従来の東京地裁の実務では、実行外抵当権の抵当債務が債務不履行にあるか否かは、基本事件において当該実行外抵当権者の提出した債権届出書によって認定するのが通常の取扱いであったとされるが、競売の基礎となっていない抵当権の抵当債務者は、債権届出書の内容を知り、その内容を争う制度的な保障がないという問題がある。本決定はこのような手続保障に配慮したことが窺われ、本決定によって従来の運用に疑問が投げかけられることは評価できる。

しかし、他方で、引渡命令を発することができる場合を、当該抵当権の実行として競売の開始決定がされていた場合に限定したために、仮に債務不履行の事実が明らかになつた場合に、買受人に対して対抗することができないにもかかわらず引渡命令が発令されない状況が生じ、平成八年民事執行法改正によって解消されたはずの分かりにくい状況が再び現れるという問題がある。<sup>(27)</sup>

また、本決定の意図が、引渡命令において、債務不履行の有無を調査するのは困難なので、それを競売開始決定の有無にかからしめることによって判断を容易にすることに<sup>(28)</sup>あるとしても、前述のように、実務では債務不履行の事実

が明らかでない場合、物件明細書上、平成八年民事執行法改正前の不対抗質借権の場合と同程度の減価がなされることになるとされるわけで、物件明細書上の評価額に正確を期するとすれば、物件明細書作成段階で結局債務不履行の有無を調査することが望ましいということになる。それならば、債務者を審尋することによって手続保障を図ったうえで、<sup>(29)</sup>調査の結果を引渡命令に反映した方が、合理的ではなからうか。したがって、抵当債務者を審尋していれば競売開始決定がなくても引渡命令の発令が可能であると解すべきであり、このことが読み取れる判断を、本決定はすべきであつた。<sup>(30)</sup>

## 四 おわりに

引渡命令を認めないという本決定の結論それ自体は、原々審がYを審尋したうえで債務不履行を認定し、引渡命令を発令したのでない限り、正当であるといえる。また、実際上も、物件明細書にYの質借権は買受人に対抗できる旨の明記があり、相当の減価がされていた経緯を考えると、Xに酷というわけではない。

しかし、本決定の重要な点は、今後の運用の新たな基準を示したということにある。この点については、すでに述

べたように、「事件の記録上明らか」ということを厳格に解したために、一方では当事者に対する手続保障の重要性に注意を促すものとして評価できるが、他方で手続の簡易迅速性を損ね、結果的に利用しにくい手続になる恐れがあり、疑問である。

- (1) 鈴木忠一『三ヶ月章編』注解民事執行法(3)(一九八四年)二六八頁「中山一郎」、香川保一監修『注釈民事執行法(8)』(一九九五年)一四四頁「廣田民生」など。
- (2) 浦野雄幸「民事執行関係判例回顧(3)」NBL三四二号(一九八五年)三一頁。
- (3) 石川明『小島武司』佐藤歳二『注解民事執行法』上巻(一九九一年)八五〇頁「佐藤歳二」、佐藤歳二『不動産引渡命令』ジュリ八七六号(一九八七年)五七頁。同旨のものとして、村上久和「不動産引渡命令について」判タ七四六号(一九九一年)二〇頁、中野貞一郎「引渡命令の相手方をめぐる最近の動向」金法二〇九号(一九八九年)四五頁、西村宏一『佐藤歳二編』注解不動産法9 不動産執行(一九八九年)四一四頁「井上稔」、香川・前掲注(1)一九四頁「廣田民生」。
- (4) 東京地裁民事執行実務研究会編著『改訂 不動産執行の理論と実務(下)』(一九九九年)五二七頁。
- (5) 山本和彦・原審評釈・判時一七三二号(二〇〇一年)一

九〇頁(判評五〇四号二八頁)。

- (6) このような見解に対して、生熊長幸・本件評釈・判時一七五五号(二〇〇一年)一九一頁(判評五一二号二一頁)は、債務者兼賃借人が所有者に物上保証人になってもらえるのは両者の関係がかなり親密な場合であるから、賃借権も消滅するのが通常の債務者・所有者間の推測される意思であるということには、大きな疑問があるとする。また、岸日出夫「不動産引渡命令と信義則」民事執行実務二九号(一九九九年)三頁の事例も参照。
- (7) ジュリスト増刊『民事執行セミナー』(一九八一年)一六五頁「南新吾発言」。
- (8) 大阪高決昭四一・七・六(下民一七卷七・八号六〇六頁)。
- (9) 石川『小島』佐藤・前掲注(3)八五〇頁「佐藤歳二」、佐藤・前掲注(3)五八頁、西村『佐藤・前掲注(3)』四一四頁「井上稔」。
- (10) 山本・前掲注(5)一八八頁は、この判例を否定説と解する。
- (11) 生熊・前掲注(6)一八八頁。
- (12) 畑一郎『松本有紀子』競売不動産の長期賃借人が当該不動産に設定された実行抵当権以外の抵当権の抵当債務者である場合の取扱い』金法一六一二号(二〇〇一年)一二頁は、その理由として、賃貸専用物件の定義が明確でなく、認定に困難をきたす点、賃貸専用物件でも、賃借人がいれ

ば財産的価値があるというのではなく、賃料・敷金の多寡、賃借人が賃料債務を誠実に履行する可能性にも関わり、このことは民事執行過程の審尋等で適切かつ迅速に判断することは困難である点、そもそも債務不履行に陥っている賃借人が、今後とも賃料債務を誠実に履行することは期待できない点、かりに賃借人の存在が財産的価値となる物件であるなら、買受人は明渡請求権を行使しないはずという点を挙げる。

(13) 山本・前掲注(5)・一九二頁は、他の抵当権者への影響のほか、合意の適法性いかんにより買受人の地位が大きく異なる結果になるとして、このような特段の事情を否定する。

(14) 生熊・前掲注(6)一九一頁は、本決定の述べる信義則に対して、抵当権に優先する賃借権が存在する場合は、抵当権者が対策を講じることが可能であるので、信義則に反するという考え方には異論がありうるとして、抵当権設定時の事情を考慮に入れる。

(15) しかし、山野目章夫・本件評釈・金法一六二〇号(二〇〇一年)三九頁は「信義則法理は」関係取引当事者に対し、信義則法理が働くことをあらかじめ期待したうえでの利害計算を保障するという、いわば硬質の機能をもつものでない」とする。

(16) 山本・前掲注(5)一九二頁、生熊・前掲注(6)一九一頁も信義側の多用を妥当でないとする。前者は債務者兼賃借

人を民事執行法八三条本文の「債務者」に準じることによって、後者は合意の有無によって処理することを提案する。

(17) 鈴木Ⅱ三ヶ月・前掲注(1)二六八頁「中山一郎」。

(18) 西村Ⅱ佐藤・前掲注(3)四一四頁「井上稔」。

(19) 久保田三樹Ⅱ高次秀幸Ⅱ町田政弘「不動産執行事件等における物件明細書の作成に関する研究」(一九九二年)四二四頁。ただし、同頁は、続けて「債務不履行の状態に

ある他、引渡しを拒絶することが、著しく衡平、信義に反すると認められる事情がある場合は、同法八三条一項の債務者と同視して引渡命令の相手方とすることも考えられる」とし、必ずしも厳格に否定するわけではない。

(20) 東京地裁民事執行実務研究会・前掲注(4)五二九頁。ただし同頁において、「賃借人が、自己の設定した抵当権の被担保債務につき、債務不履行がない場合についても同様にいえるかは、議論のあるところである」として本件のような場合については結論を留保している。

(21) 山本・前掲注(5)一九一頁。

(22) 畑Ⅱ松本・前掲注(12)・八頁。

(23) 以下の分類は畑Ⅱ松本・前掲注(12)・九頁に負う。同頁には、本文に挙げたものの他にも「実体要件説」(競売開始決定の存在が、実体上、抵当債務者に明渡義務が認められるための要件事実である)も挙げられているが、あまりに本決定の文理とかけ離れているためここでは省略する。

(24) 畑||松本・前掲注(12)・一〇頁で「つまり、買受人は競売不動産の占有を確保するため、引渡命令手続を利用することができず、明渡請求訴訟を提起しなければならない負担を負う可能性があることによる減価であり、占有減価よりも減価割合が若干高いが、長期賃借権減価よりは減価割合が相当低い」と説明される。

(25) 畑||松本・前掲注(12)・一一頁。

(26) 畑||松本・前掲注(12)・八頁。

(27) 畑||松本・前掲注(12)・一〇頁。そこではまた、引渡命令を利用することができない分、従前に比べて、最低売却価格が若干低下することも問題とされている。

(28) 本決定が、簡易・迅速な救済手段である引渡命令の発令手続においては非定形的な事実について実質的・実体的な判断を行わないこととした点を評価する見解として、二

羽和彦・本件評釈・金商一一二五号(二〇〇一年)六七頁。

(29) 生熊・前掲注(6)一九五頁は、物件明細書作成段階で抵当債務者兼賃借人を必ず審尋するという取扱いを提案するが、私見では、少なくとも引渡命令発令段階までに審尋を要するに足りると思われる(物件明細書作成段階で審尋を要することの問題点については、畑||松本・前掲注(12)・一一頁参照)。なお、銀行取引約定書には、担保目的不動産について競売が開始する場合に債務者は期限の利益を失うとする条項がある。この場合、債務不履行の蓋然性が高いので、審尋を要するののかという問題が

あるが、引渡命令を発令するにあたっては、特別扱いする理由はなく、審尋を要するにすべきであろう。

(30) 山野目・前掲注(15)四〇頁は、必ずしも審尋のみを要求するものではない(「当事者権の尊重という観点からの吟味に堪えうる事件資料であれば」とする)が、基本的に同旨であると解される。