

1 はじめに

我が国における企業の資金調達には、市場から直接資金を調達する直接金融よりも、金融機関が預金の形で集めた資金を借り入れる間接金融が主流であり、その中でも、金融機関が企業の所有不動産に担保権（抵当権、根抵当権等）を設定して融資を行う形態が支配的であったといえる。

このような企業金融の在り方は、自己資本の乏しい戦後の我が国企業の資金需要を満たすために有効であったわけであるが、バブル経済崩壊後、不良債権問題が発生すると大きくつまずき、既存の法制度等の見直しが行われてきた。

バブル経済の絶頂期においては、未曾有の好景気の中で、金融機関は各企業に対して膨大な貸付をしたが、1990年代に入り景気が低迷し、不動産の価格が大幅に下落する状況になると、金融機関は、返済が困難となった不良債権を大量に抱えることになり、金融機関としての機能が低下してきた。このことは、資金の借り手企業の側から見れば過剰債務問題となり、過剰な債務を抱えた企業は、収益の大半を借入金の利払いに充てざるを得ず、新規投資や人材育成等に資金を回わすことができず、そのため競争力が低下し、ついには経営状態が悪化して倒産する企業も増加するという状況になったといわれる。

その対処措置として最も単純かつ抜本的な方法は、担保権を実行することにより資金を回収し、残債権を貸倒償却することであるが、しかし、この方法による場合、主要資産に担保権が実行されることになり、借り手企業は倒産においてこまれる可能性が強くなり、日本経済全体に大きな打撃を与えるおそれがあった。

そこで、その対応策のひとつとして平成10年に「金融機関等が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化の臨時措置に関する法律」が制定された。この法律は根抵当権により担保された債権の譲渡を円滑化するため、根抵当権の元本確定事由及び元本確定登記の特例を時限的に定め、金融機関が不良債権を円滑に売却するための手当を講じたものである（注1）（同法は、その後平成13年に効力を2年間延長するための改正がされ、さらに平成15年にも同様の措置が採られたが、その後同一の規律を含む改正担保・執行法の施行により

現在は廃止されている。)

このような状況の中で、「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（平成15年法律134号、平成15年8月1日公布。以下改正担保・執行法という。）が平成16年4月1日から施行された。この法律により、一方で、不良債権処理の迅速化・合理化の観点から執行妨害の排除、根抵当権譲渡の円滑化（根抵当権者の元本確定請求・民法398条の19第2項、根抵当権者の単独請求による元本確定の登記・不登法93条等）、民法の担保物権のあり方の見直し等（短期貸借保護の廃止、滌除制度の見直し、抵当権消滅請求制度の創設等）が行われた。

他方で、資金調達手段の多様化の観点からは、不動産に関しては抵当権の実行方法として新しく導入された担保不動産収益執行がある。前述したように、我が国経済の承継・再生は、バブル経済の崩壊をいかに清算して新しい経済秩序を構築するかにかかっていたわけであるが、1980年代後半のバブル期には、不動産市場に投機資金が流入し地価が高騰したものの、バブル崩壊により都市部を中心に地価が暴落し、企業や家計に含み損が発生して、企業の投資意欲や家計の消費が抑制されるようになった。また、この地価の下落は、金融機関がバブル期に行った不動産を担保とする融資が担保割れ状態となり、貸出債権が不良債権化して、金融システムの不安定化を招いた。この資産デフレの状態から脱却し、経済の活性化を図るには、金融機関の保有する不良債権の売買を促進する環境整備を図るとともに、不動産の売却・有効活用を進めるための各種の環境整備が必要であった。そのためには、土地という資産に対する発想を転換しなければならないとされ、土地は、その値上益を期待しての「保有するための資産」ではなく、「有効活用し収益をあげるための資産」としての活用が期待された。先に述べた担保不動産収益執行は、担保権設定者所有の不動産を換価することなく、執行裁判所の選任する管理人が不動産の維持管理、収益の收取等を行い、それを弁済に充当する不動産担保権の実行方法であるが、いわゆる競売手続が、担保不動産の「交換価値」に着目し、その不動産の交換価値を抵当権の被担保債権の弁済に充てる制度であるのに対し、担保不動産収益執行は、担保不動産の「使用収益価値」に着目し、不動産を管理してそこから生まれる収益（主として賃料）により回収を図る制度であり、まさに不動産を有効活用し、収益をあげるための制度であるわけである。

一方企業関係の法整備を概観してみると、平成に入ってから行われている累次の商法改正は、会社が市場から資金を調達する直接金融の円滑化に資する制度整備（例えば、平成5年の社債制度の改正、平成13年の株式制度の改正等）がされており、その総決算として、商法会社編、有限会社法及び商法特例法等に散在する会社関係規定を一体化し、その内容を全般的に整備した会社法が制定された（平成18年5月1日施行）。この企業関係の法整備は、不良債権処理のための立法から、新たな資金調達手段の基盤を整備する立法へとその視点を移してきたといえる（注2）。

このような不良債権の処理、資金の調達という大きな流れの中で、公示制度にも大きな影響を与えている。例えば、動産・債権譲渡制度の創設（平成17年10月3日施行）、不動産登記制度（平成17年3月7日施行）と商業登記制度の改善・充実（平成18年5月1日施行・会社法の施行に伴う商業登記法の一部改正）、さらには広い意味での資本調達の多様化に資する信託法の改正による信託制度とその登記の見直し（平成19年9月30日施行）、再生の可能性がある企業等にその機会を与え、経済的再起の可能性を高める観点からの法的倒産処理手続の整備等（平成12年4月1日民事再生法施行、平成15年4月1日改正会社更生法施行、平成17年1月1日改正破産法施行）が行われている。

また、平成27年5月1日に施行された平成26年改正会社法は、社外取締役・社外監査役の要件の見直しや監査等委員会設置会社の新設など、コーポレートガバナンス関連事項の重要な見直しを行い、また、親子関係会社に対する規律等の整備を行っている。本書のテーマに関係の深いコーポレートガバナンスについては、会社が株主をはじめ顧客・従業員・地域社会等の立場を踏まえた上で、透明・公正かつ迅速・果敢な意思決定を行うための仕組みと定義し、会社の持続的成長と企業価値の向上のため諸原則を定め、株主価値・企業価値の向上に向かって着実に前進を図っているといえる。具体的な中味としては、①社外取締役・社外監査役の要件の厳格化、②会計監査人の選解任等の議案の内容は、監査役・監査役会が決定する。③新設する監査等委員会設置会社への移行を検討している会社にあつては、それに必要な定款変更、内部組織の変更等様々な整備が必要であるとしている。

この会社法改正の背景としては、リーマン危機以降により明確となった日本経済や日本企業の競争力の低下の原因の一つとして、日本企業のコーポレート

・ガバナンスが他の国に比較して劣っていることがあるのではないか、それが日本企業の ROA（総資本利益率）や ROR（自己資本利益率）が欧米企業よりはるかに低いというパフォーマンスの悪さをもたらしているのではないか、という懸念があったといわれる。すなわち、企業同士の株式持合いがなお残り、社外取締役も少なくほとんどが社内の従業員出身の取締役で占められている日本企業では、業績と無関係に経営トップが決まり、役員報酬制度も業績に連動していないことが多いこと等から、株主の発言力が弱くて、経営に対する株主による監視が有効に機能せず、株主利益を軽視して経営が行われているという批判が、機関投資家等から寄せられ、高い収益をあげるインセンティブが経営者に欠けているというのである。

経営者による株主利益の軽視の表れとしては、委員会設置会社に移行したり社外取締役を積極的に任用したりする会社が少ないこと、買収防衛策を採る会社が多く、MBO（management buy-out）によって上場を取りやめる会社も多いこと（上場会社において、経営者等が金融機関等から資金を得て、その会社の支配権を公開買付け等の方法で取得してその会社を非上場化し、数年の間に、企業価値を高めて再上場を図るという手法である。）（注3）、カネボウ、ライブドア、オリンパス等、大型粉飾決算をする会社の摘発が相次いだこと、極めて不透明な大規模第三者割当増資やMSCB（Moving Strike Convertible Bond）の発行等、既存の株主等の利益を軽視する不公正ファイナンスを行う会社が多く現れたこと等も挙げられる。

また、企業結合に関する法制の整備が必要ではないかということも、強く意識されていた。親会社が子会社を搾取したりして、子会社の株主や債権者の利益を損なうことがありうることは、以前から問題とされてきたが、平成9年独占禁止法改正による持株会社の解禁、平成11年商法改正による株式交換・株式移転制度の創設の結果、金融機関を中心に持株会社形態が急速に広まった中で、持株会社でありながら業務そして実際の経営の中心は子会社にあるという会社が多く、そのような子会社の経営に対する持株会社やその株主による監督があまり効いていない例が多いのではないか、ということが大きな問題とされた。

我が国においては、子会社の起こした不祥事が親会社や他のグループ企業に甚大な打撃を与えるケースや、子会社を利用した不正行為が行われるケースが

少なくないといわれる。

このような問題意識を踏まえて、法務大臣による法制審議会への会社法制の見直しの諮問は、「会社法制について、会社が社会的、経済的に重要な役割を果たしていることに照らして会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、企業統治の在り方や親子会社に関する法律等を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」としている。

この改正（平成18年5月1日施行）の主な内容としては、第1に、株式会社のコーポレート・ガバナンスを強化するために社外取締役の独立性を高め、その任用を促進することを目的に、社外取締役や社外監査役の社外性の要件を強化する一方、金融商品取引法24条1項により有価証券報告書提出義務のある株式会社において社外取締役が存しない場合には、定時株主総会で社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならないこととしている（会社法327条の2）。

第2に、同様の理由により、監査等委員会制度を設けて、定款に定めれば、監査役に代えて社外取締役が過半数を占める監査等委員会が監査にあたるとともに（会社法326条2項、328条1項、331条6項、399条の2第3項1号等）、監査等委員以外の取締役選任議案や取締役の報酬等につき株主総会で意見を言えることとした（会社法342条の2第4項、361条6項）。

第3に、親会社による子会社株式または持分の全部または一部の譲渡が、親会社の総資産額の5分の1を超える場合で、子会社の議決権の過半数の保有を失い、子会社支配権を失うことになる場合は、重要な事業譲渡に準じるものとして、株主総会特別決議による承認を必要とすることとしている（会社法467条1項2号の2、309条2項11号）。そのほか、第4に、組織再編等に対する株主の差止請求（会社法171条の3、182条の3、784条の2、796条の2、805条の2等）、第5に、詐害的な会社分割等における債権者の保護（会社法759条2項、764条2項、23条の2、759条4項から7項、764条4項から7項等）、第6に、分割会社に知られていない債権者の保護（会社法759条2項、764条2項）等がある（注4）。

そして、第7に、株主による差止請求がある。株主の差止請求については、平成26年会社法改正の以前には、①取締役・執行役の違法行為差止請求（会社法360条、422条）、②募集株式・募集新株予約権発行差止請求（会社法210条、

247条), および③略式の承継型組織再編(吸収合併・吸収分割・株式交換)の差止請求(改正前会社法784条2項, 796条2項)の規定が置かれていたところである。

平成26年会社法改正では, これらに加えて, ④全部取得条項付種類株式の取得の差止請求(会社法171条の3), ⑤株式併合の差止請求(会社法182条の3), ⑥より一般的な組織再編(合併・分割・株式交換・株式移転)の差止請求(会社法784条の2, 796条の2, 805条の2。ただし, 簡易組織再編は適用除外), および⑦特別支配株主の株式等売渡請求の差止請求(会社法179条の7)が新設された。

新設規定は, 会社の組織に関する行為(⑤⑥)およびそれに準じる行為(④⑦)を対象とするものであり, 立案者の説明によれば, 事後にそれらの効力を否定すると法律関係が複雑・不安定になる可能性があることから, 事前に株主の救済手段を設ける必要があることに基づいて設けられたものとされている。

このように, 新設された差止請求は, 事前の株主救済策という目的を共通のものとし, かつ, 各規定では「法令又は定款に違反する場合」を共通の差止事由とするものである。しかしながら, ③の略式組織再編の差止請求については, 平成26年改正前から, 法令・定款違反とは別個に組織再編の対価が不当であることが差止事由とされており(改正前会社法784条2項2号, 796条2項2号, 改正法784条の2第2号, 796条の2第2号), また, 改正法で新設された, ⑦略式組織再編と同様に株主総会決議の省略型である特別支配株主の株式等売渡請求も, 法令・定款違反とは別に, 売渡対価が不当であることが差止請求に加えられている。こうした規定の相違を素直に受け取れば, 「法令違反」と「対価の不当」とは別個の差止め事由であって, 後者(対価の不当性)に基づいて差止めが認められるのは, 「略式組織再編」および特別支配株主の株式等売渡請求のみであるということになる(注5)。

本書は, 担保法, 債権法, 執行法, 会社法, 信託法, 倒産法等の改正と不動産登記との関わりを中心に, 不良債権の処理と資金の調達等による企業の再起・再建及び競争力強化の視点からコーポレート・ガバナンス(公正さと透明性)の徹底という側面と, 企業の再生の可能性を高め, 対価の柔軟化等による組織の統合・再編の自由度の強化と企業価値の向上という側面から, 企業の承継・再生・再編と不動産登記をめぐる諸問題について, 歴史的背景も加味した

がら最近の諸状況を踏まえ考察を加えるものである(注6)。

(注1) 深山卓也「企業金融をめぐる法整備の動向」民事月報59巻11号5頁。

(注2) 前掲(注1)深山8頁。

(注3) 神田秀樹「会社法(第17版)」342頁。

(注4) 岩原紳作「平成26年会社法改正の意義」ジュリスト1472号11～13頁。

(注5) 高田晴仁「株主による差止請求制度」法律時報87巻3号49頁。

(注6) 清水湛「金融機関の統合・再編と登記」登記インターネット2巻7号4頁。

2 短期貸借保護の廃止

(1) 改正前民法395条

改正前の民法395条（平成15年法134による改正前の条文）は、「第六百二条ニ定メタル期間ヲ超エサル貸借ハ抵当権ノ登記後ニ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貸借力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」と規定していた。その結果、この旧民法602条で定める短期貸借であれば、抵当権に後れて登記をしたものであっても、貸借期間の満了時までには抵当権者に対抗できた。抵当不動産の所有者は、抵当権を設定した後であっても、第三者のために地上権、賃借権等の利用権を設定することは可能であるが、抵当権に劣後する利用権は、抵当権が実行された場合には消滅することになる。上記旧民法395条は、この原則に対する重大な例外を認めていたわけである。この旧民法395条が引用する民法602条は、「処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者カ貸借ヲ為ス場合ニ於テハ其貸借ハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス 1 樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ貸借ハ十年 2 其他ノ土地ノ貸借ハ五年 3 建物ノ貸借ハ三年 4 動産ノ貸借ハ六ヶ月」と規定していたので、結局、抵当権設定登記の後に設定された賃借権であっても、その期間が土地について5年（ただし、山林の貸借は別）、建物については3年を超えないものであれば、抵当権の実行によって覆ることはないとしていた。

このような規定がなぜ置かれていたのかということになるが、抵当権という価値権と賃借権という利用権の調整を図るためであるとされていた。抵当権の対抗要件は、登記（抵当権設定登記・民法177条、不登法88条）であり、不動産賃借権の対抗要件は、登記（賃借権設定登記・民法605条、不登法81条）のほか、建物所有の目的の土地賃借権に認められる建物の登記（旧建物保護法1条、借地借家法10条1項）がある。また、建物所有者として土地賃借人の表示のある建物の表示登記のみがされている場合も対抗力を有するとしている（最判昭和50年2月13日民集29巻2号83頁）し、さらに、登記された建物が滅失し

た場合における建物再築についての揭示（借地借家法10条2項）、建物賃貸借についての建物の引渡し（旧借家法1条1項、借地借家法31条1項）がある。しかし、抵当権に対抗できない賃貸権であっても、つまり、抵当権設定登記に後れて対抗要件を具備した賃貸権であっても、期間が短いものについては、抵当権の実行後もその期間だけで存続を認めて、賃貸権者の使用・収益を保護するのが相当である。抵当不動産を買い受けた人も、5年または3年待てばよいのであるから、それ程大きな不利益にはならないという利益衡量によるものであると考えられる。しかし、この制度は、よくいわれているように、抵当権実行の妨害手段として濫用されたといわれ、バブル経済崩壊後における企業（銀行等）の抱える不良債権の処理を図ることが国民経済的要請となり、その障害となりうる短期賃貸借保護の制度は廃止されるにいたったわけである。

(2) 短期賃貸借の濫用 ● ● ● ●

このように旧民法395条の趣旨は、その立法当初においては、抵当権の設定者が抵当不動産を使用収益できる範囲を短期賃貸借に制限することにあつたわけであるが、その不動産賃貸借保護の社会的要請が強まる中で、抵当権設定済の不動産を新たに賃借する者の保護へと変容していった。

しかし、担保である土地・建物に短期賃貸借権が付着することはそれ自体で担保価値の減価を招くことが多く、また付着する建物短期賃貸借の内容、特に不動産競売において買受人が承継することになる敷金返還債務が公示されていない（現在は登記されている。）ことは、買受人の予測可能性を低めることになり、不動産執行妨害などを目的とした濫用を許してしまうというこの制度のマイナス面は、前述したように、いわゆるバブル崩壊後の不良債権処理の過程で顕著になった（注1）。

この弊害を是正するための措置については、判例においても示されている。

(3) 短期賃貸借濫用への対応策 ● ● ● ●

① 短期賃貸借権設定の仮登記

まず、考えられたのは、抵当権の設定と同時に抵当権者自ら短期賃貸借権の設定を受けて、その仮登記をしておくという方法である。この方法によれば、仮にその後に妨害的な短期賃貸借の登記がされたとしても、その抵当権の実行前

にその仮登記の本登記をすれば、1個の不動産に2個の賃借権は共存し得ないので、後順位の妨害的短期賃貸借は抹消されることになり、抵当権者は短期賃借権の負担なくして抵当権の実行ができると考えたわけである。

しかし、平成元年6月5日の最高裁判決（民集43巻6号355頁）はこれを認めず、「抵当権と併用された賃借権設定予約契約とその仮登記は、抵当不動産の用益を目的とする真正な賃借権ということとはできず、単に賃借権の仮登記という外形を具備することにより第三者の短期賃借権の出現を事実上防止しようとの意図の下になされたものにすぎないというべきであるから、その予約完結権を行使して賃借権の本登記を経由しても、賃借権としての実体を有するものでない以上、対抗要件を具備した後順位の短期賃貸借を排除する効力を認める余地はない。」としている。妨害的短期賃貸借への対抗手段として抵当権と併用するだけの実体のない短期賃貸借を認めると、真正に成立した短期賃貸借をも排除してしまうこととなり、好ましくないというのがこの判決の論拠である。

② 抵当権に基づく妨害排除請求

妨害的な短期賃貸借については、旧民法395条ただし書においても、抵当権者は、例えば、短期賃借権の負担があるために本来予定されていた配当が得られない（最判平成8年9月13日民集50巻8号2374頁）などの妨害的な短期賃借権については裁判所にその解除を請求できる旨規定していた。しかし、この解除請求の制度はほとんど使われることはなかったといわれる（注2）。その理由は2つあるといわれ、その1つは、裁判所の手続には時間とコストがかかること、もう1つは、抵当権者の解除請求が認められたとしても、短期賃借権者が占有を継続する場合にはこれを排除する法的手段がなかったことである。

特に後者の場合には、抵当権者が採り得る法的手段として考えられたのは、抵当権者が、自ら抵当権に基づく物権的請求権（妨害排除請求権）を行使するか、被担保債権を被保全債権として所有者の有する妨害排除請求権を代位行使するという方法であった。しかし、最高裁判例（同平成3年3月22日判決民集45巻3号268頁）は、そのいずれの手段も認めなかった。すなわち、民法395条ただし書の解除は、賃借権を消滅させるにとどまり、「さらに進んで、抵当不動産の占有関係について干渉する権原を有しない抵当権者に対し、賃借人等の占有を排除しうる権原を付与するものではない。」というのである。目的物の

担保価値を把握する価値権としての抵当権は、抵当不動産の使用・収益の關係に干渉することができず、これを不法に占有する者があっても、抵当権の効力として妨害排除を請求することができないというのが判例の伝統的理論であった。上記の最高裁判例はこの判例理論の枠を守るものであるが、平成年代に入って、迅速な抵当権の実行による不良債権の回収が国民経済的課題となるに及んで、この伝統的理論の見直しを期待する声が強まってきた。

③ 民事執行実務の対応

民事執行手続の面でも、濫用的短期賃貸借が横行するに従って対抗策が実施された(注3)。

執行実務では、かねてから、濫用的な短期賃貸借であることが外形上明らかなもの(目的物の占有を全く欠くものや形だけ(例えば、表札を掲げておくだけ)の占有しかないもの)については、競売手続の中で引渡命令(民法83条1項本文)を発する取扱いが一般的に行われた。引渡命令が確定すれば、債務名義となるから、買受人は、明渡しの強制執行をすることができたのである。

これに加え、バブル経済の崩壊による不良債権処理の強化の要請に伴って、平成8年(1996年)及び平成10年(1998年)に相次いで民事執行法が改正されて、保全処分により濫用的な占有者を排除する途が開かれた。まず、平成8年の改正では、民事執行法55条(188条で担保権の実行にも準用)に定める売却のための保全処分の相手方に、債務者のほか占有者も加えられた。同様に、買受人のための保全処分(77条)についても、占有者を相手方に取り込む改正がされた。さらに、厳格な要件の下にはあるが、競売開始決定前の保全処分の制度(同法187条2項)も新設され、抵当権実行前に濫用的な占有を排除することも可能となった。次いで、平成10年の改正では、買受の申出をした差押債権者のための保全処分(同法68条の2。188条で担保権の実行に準用)が新設された。

このような、執行実務の弾力的運用及び数次の立法によって、濫用的短期賃貸借への対抗策が相当強化された。しかし、これらの手続的手段とは別に、実体法分野で濫用的賃貸借を排斥する理論を確立することが求められていた。

④ 判例の変更(最高裁判決平成11年11月24日民集53巻8号1899頁)

第三者が抵当不動産を不法占拠しているときに、抵当権者が、抵当不動産の所有者が有する妨害排除請求権を代位行使することにつき、最高裁は、このよ

うな妨害排除請求は認められないとしていた従前の判例を変更して、この請求を認めた。最高裁は、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され、適正な価格よりも売却価格が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、民法423条の法意に従い、所有者の妨害排除請求権を代位行使することができる。」とし、さらに、「なお書き」ではあるが、「抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許される。」と判示している。これに加えて、同判決は、抵当権者自ら妨害排除請求をする場合はもとより、所有者に代位して同じ請求をする場合にも、抵当権者自身が明渡しを求めることができるとする判断も示している。

この最高裁判決の論理は、当該事案のように抵当不動産が不法に占有されたという場合のみならず、短期賃貸借が抵当権を害するものとして解除され、または濫用的な賃借権と認定された場合にも、適用され得るものであるから、濫用的短期賃貸借を排除する有力な理論的根拠が与えられたことになる。この最高裁判決の論理は、現在でも、賃貸借契約を介在させずに抵当不動産を不法に占有する者を排除するものとして、なお重要性を有するということができる。もっとも、この最高裁判決は、従来は否定してきた理論を認める方向転換をしたものであるために、学説からは、伝統的な抵当権概念との関係では新たな理論的な問題を提起するに至ったとの指摘がある。

第1の問題は、抵当権者が所有者に代位して抵当不動産に対する妨害の排除を請求する場合の被保全債権は何かということである。抵当不動産の所有者が債務者であれば、被保全債権は抵当債権ということになるが、所有者が第三者である場合（物上保証）は、所有者は債務者ではないから、同様に考えることはできない。そこで、上記の最高裁判例は、抵当権者が抵当不動産の所有者に対し、「抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を有するとした。これは、最高裁がこの判決で初めて示した概念であって、その理論的検討は今後の問題ということになると考えられる。

第2の問題は、抵当権者はいつから妨害排除の請求ができるかということである。抵当権の実行前でも請求できるのか、請求するには、抵当権者への配当が減少することになることを証明する必要があるかなどが問題になり得る。

第3の問題は、抵当権者に対して抵当不動産の明渡しを認める理論を正当化する根拠は何かである。抵当権者への明渡しを認めなかった従前の判例は、抵当権は非占有担保物権であるということを論拠にしていたと考えられるが、この点をどう説明するかについては、今後解明されるべき問題である。なお、この点について、学説には、抵当権の非占有担保という性質は実行までのことであって、実行段階に入れば、抵当権者も、占有に介入することができ、執行手続への協力の態様として、自ら管理することも認められるべきだとするものがある(注4)。

⑤ 短期賃借制度の廃止

これまで考察してきたような理由により旧民法395条の規定は廃止され、平成16年4月1日以降に契約が締結される土地または建物の賃貸借は、先に対抗要件を備えた抵当権には対抗できない。その結果、当該抵当権に基づいて実施された不動産競売の買受人から明渡しの請求があった場合には、賃借人は速やかにそれに応じなければならない。つまり、抵当権とその目的不動産に設定された賃借権とは、対抗要件を先に備えた方が優先することになったので、抵当権の設定登記がされた後に設定された賃貸借は、抵当権の実行によってすべて消滅する。

なお、改正法は、「この法律の施行の際現に存する抵当不動産の賃貸借（この法律の施行後に更新されたものも含む。）のうち民法602条の定める期間を超えないものであって当該抵当不動産の抵当権の登記後に対抗要件を備えたものに対する抵当権の効力については、なお従前の例による」（附則5条）としている。したがって、施行の際既に存在する短期賃借権は、改正法施行後に更新するものも含め、施行後も短期賃借権として保護を受けることができることになる。これは、短期賃貸借制度の廃止により、本来保護されるべき立場にあった賃借人が不利益を被る事態を避けるためにとられた措置である。この旧民法395条に従った取扱いをすべき場合に該当するのは、第1に、抵当権設定と賃借権設定がいずれも改正法施行時に既になされていることが必要である。第2に、抵当権設定が賃貸借に先行する場合であることが必要である。第3に、抵当権、賃借権ともに対抗要件を具備している場合でなければならない（対抗要件の具備の時期は改正法施行後でも差し支えないと解される。）。第4に、抵当権設定登記が賃貸借の対抗要件具備に先行している必要がある。第5に、賃貸

借の期間（差押えの前に更新されたときは、その更新後の期間）が3年以内（期間の定めがない場合も含まれると解される。）のものである必要がある（注5）。

(4) 抵当建物明渡猶予制度の創設（民法395条） ● ●

① 意義

賃貸借が消滅すれば直ちに買受人に対して目的不動産を明渡さなければならぬということになると、賃借人にとっては望まない時点での引渡しを強制されるという不都合な面があることも考慮して建物明渡猶予制度が新設されている（民法395条）。民法395条は、次のように規定してその趣旨を明確にしている。「1項 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6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。1号 競売手続の開始前から使用又は収益をする者 2号 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者 2項 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1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。」と規定し、①競売手続開始前から使用または収益をしていた賃借人、②強制管理または担保不動産収益執行の管理人が競売手続開始決定後にした賃貸借により使用または収益している賃借人がそれに当たる。明渡猶予は賃貸借の期限を延長するものではないから、買受人に対し、明渡しに至るまでの賃料相当額の使用損害金を不当利得として支払わなければならない。賃借人がこの使用損害金の支払いを怠り、買受人から催告を受けたにもかかわらず、相当の期間内に履行しなかったときは、買受人は直ちに明渡しを請求することができる（民法395条2項）。

抵当権者にその賃貸借権を対抗することができない賃借人は、本来は、賃借不動産の競売手続における売却（代金納付）により、直ちに当該不動産を買受人に明け渡すべき義務を負っている。最判昭和46年3月30日（判時628号54頁）は、「**抵当権設定登記後に成立し対抗要件を取得した賃貸借権は、その賃貸借契**

約が強制競売申立てに基づく差押えの登記前に締結され、対抗要件を取得していた場合でも、抵当権に対抗できないから、競売により抵当権とともに消滅する旨判示し、その趣旨を明確にしている。しかし、抵当不動産を賃借したとはいえ、他人の債務不履行のために、賃借不動産の明渡しをしなければならないということになるとその不利益はやはり大きいといえる。抵当権設定後も抵当不動産の賃貸が許されている以上、短期賃貸借制度が設けられていた趣旨にかんがみ、一定の限度で賃借人を保護することが適切であるし、抵当権の効力ないし価値もそれほど減じるものではないと考えられるところから、従来の短期賃貸借に該当する場合に限らず、抵当権者に対抗することができない建物賃借人は、買受人の代金納付から6ヶ月間は、当該建物の明渡しをしなくてもよいこととされたわけである。

② 明渡猶予を受けられる賃貸借

i 前述した改正法附則5条により改正法施行の際に存在した賃貸借で短期賃貸借に該当するものは除外されている。この短期賃貸借については、短期賃貸借を買受人に対抗できる場合もあるが、差押えの効力発生後、代金納付までにその期間が満了したものは、直ちに明渡義務が生ずるものもあると考えられる。

ii 建物の賃借人であること

この明渡猶予を受けることができる者は建物の賃借人に限られる（民法395条1項柱書）。従来、短期賃貸借として買受人に引き受けられていたものは、実際上は建物賃貸借が多かったことから、土地の賃貸借は除かれたものと解される。

iii 抵当権者に対抗できない建物賃借人であること（民法395条1項柱書・賃貸借期間の長短を問わない。）。

抵当権者に対抗できる賃借人は、買受人に対しても賃借権をもって対抗することができるので、明渡しを猶予して保護する必要はないと考えられるからである。

この「抵当権者に対抗することのできる賃借人」には、最先順位の抵当権設定者よりも前に賃貸借の対抗要件（賃借権設定登記または借地借家法31条1項による引渡し）を具備した賃借人のほか、賃借権の対抗要件の具備は抵当権設定登記に後れるものの、優先する抵当権者の同意があり、かつ、その登記（民

法387条)が経由された賃借人も含まれる。

iv 建物の所有権が買受人に移転することとなる代金納付の時点で、現に当該建物の使用または収益をしている賃借人であること(民法395条1項柱書)。

賃貸借がなされているとしても、現に使用・収益していない賃借人を保護する必要がないからである。もっとも、賃借人が当該建物を直接使用していない場合であっても、賃借人の家族や従業員といった、いわゆる履行補助者等に使用させている場合や適法に転貸して転借人に使用させている場合も含まれる(注6)。

v 次のいずれかに該当する場合であること。

① 競売手続の開始前より使用または収益をしている賃借人(同項1号)

競売手続開始後、執行妨害を目的として使用収益を始めるような者を除く趣旨である。

② 強制管理また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または収益をしている賃借人であること(同項2号)

競売手続開始後であっても、強制管理または担保不動産収益執行のために裁判所が選任した管理人が賃貸する場合は執行妨害のおそれがないからである。

③ 明渡猶予を受けられない賃貸借

i 抵当権よりも前に対抗要件を具備した賃借権

最先順位の抵当権の設定登記よりも前に対抗要件を具備した賃借権は、その賃借権をもって抵当権者または買受人に対抗することができ、この点は改正法による影響は受けない。したがって、賃借人は差押え後の更新(合意更新、法定更新)をもって買受人に対抗することができるし、買受人の代金納付後も、買受人を賃貸人とする賃貸借が継続することはもとより、賃貸借期間が満了した場合も、借地借家法の適用を受ける賃貸借である場合、原則として更新になると考えられる。そして、買受人が敷金返還債務を承継する。

なお、土地の抵当権と借地権の対抗関係(優劣関係)については、土地の登記記録と建物の登記記録により判明する。土地の登記記録に地上権設定登記または賃借権設定登記が記録されているときは、それと抵当権設定登記との先後関係はすぐ判明する。しかし、借地権は建物の登記によっても対抗力を有することができる(借地借家法10条1項)ので、建物の登記記録を併せて見ないと抵当権との対抗要件具備の先後関係が明らかにならない場合が考えられ、留意

する必要がある。例えば、表示の登記も建物保護法1条（借地借家法10条1項）の「登記」に当たるとしている（最判昭和50年2月13日民集29巻2号83頁）が、登記の名義人に関しては、建物が借地権者の家族名義で登記されている場合には、建物保護法1条（借地借家法10条1項）による対抗力はない（最判昭和41年4月22日民集20巻4号870頁）としている。もっとも、地番が相違する場合については、登記された建物の地番が、錯誤または遺漏により実際と多少相違していても、建物の種類・構造・床面積等の記載とあいまって、建物の同一性を認識できれば、建物保護法1条（借地借家法10条1項）の適用を妨げない（最判昭和40年3月17日民集19巻2号453頁）としている。敷地の個数との関係については、1筆の土地の上に借地権者の所有する数棟の建物がある場合は、そのうちの1棟について登記があれば、対抗力は土地全部に及ぶとされ（大判大正3年4月4日民録20輯261頁）、登記ある建物の存在する1筆の土地が、後に分筆され、建物の登記のない土地を生じて、その土地につき建物保護法1条（借地借家法10条1項）による対抗力は消滅しない（最判昭和30年9月23日民集9巻10号1350頁）としている。もっとも2筆以上の土地の借地権者がそのうちの1筆の土地の上のみ登記ある建物を所有しているにすぎない場合は、登記ある建物がない他の土地には、建物保護法1条（借地借家法10条1項）による対抗力は及ばないとしている（最判昭和40年6月29日民集19巻4号1027頁）。転借人の場合については、賃借人が建物保護法1条（借地借家法10条1項）により対抗力を有する登記ある建物を所有している場合は、適法な転借人は自らは対抗力を備えていなくても、転貸人たる賃借人の賃借権を援用して、転借権を第三者に対抗することができるとしている（最判昭和39年11月20日民集18巻9号1914頁）。ただ、ここで注意する必要があるのは、土地の抵当権設定登記よりも建物の表示登記ないし保存登記が後である場合においても、常に必ず前者が優先するとは限らない場合が考えられることである。

例えば、先に登記された建物の敷地に抵当権設定登記がされたときは、建物の登記が先にされているから、借地権が抵当権に優先するが、この場合において、さらにその後その建物を取り壊され、新たな建物が築造され、その建物の表示登記ないし保存登記が経由された場合にも、従前の建物の登記による借地権の抵当権に対する先順位性（優先性）が維持されていると解されているからである（東京高判平成12年5月11日金判1098号27頁、東京高決平成13年2月8

日金法1607号41頁）（注7）。

ii 差押え後の賃貸借

競売開始決定により差押えの効力が生じた後に当該不動産を賃借した場合には、強制管理または担保不動産収益執行の管理人から賃借した場合を除き（民法395条1項2号）、たとえ賃借権の対抗要件を具備したとしても、差押えの処分禁止により、競売手続上は無視され、賃貸借期間の長短にかかわらず、存在しないものとして扱われる。もっとも、競売申立の取下げ等により差押えが失効したときは、有効な賃貸借となる。

また、滞納処分による差押えがされた後に、競売開始決定による差押えがされるまでの間に賃借した場合も、滞納処分による差押えに処分禁止効があるので、競売による差押え後に賃借した場合と同様に扱われる（最決平成12年3月16日民集54巻3号1116頁）（注8）。

iii 競売不動産の所有会社の代表者の賃借権

競売不動産の所有者が会社であって、その代表者が当該会社から当該不動産を賃借りしている場合には、賃借人は所有者と同視できるので、たとえ形式上は最優先順位の抵当権に対抗することができる場合であっても、買受人に賃借権を主張することは信義則に反するので、引渡命令の対象になると解されている。また逆の場合、すなわち、競売不動産の所有者が賃借人である会社の代表者である場合には、会社が買受人に対して賃借権を主張することが当然に信義則に反するとはいえないと考えられるが、会社の規模その他の状況から代表者と同視できる場合、つまり、いわゆる法人格否認の法理が適用されるような場合には、会社の代表者が賃借している場合と同様に解される。この結論は、抵当権実行による競売手続がされている場合に当該抵当権の被担保債権の債務者（抵当債務者）は、たとえ最先順位の抵当権に対抗できる賃借権（その対抗要件具備が抵当権設定登記よりも先であるような場合）により不動産を占有している者が買受人に対して賃借権を主張することは信義則に反するので、引渡命令の対象となる（最決平成13年1月25日民集55巻1号17頁）とする考え方によるものである（注9）。

④ 明渡猶予期間中の対価の意味とその不払の効果

前述のごとく、明渡猶予は法律の規定によって特別に認められるものであって、買受人が賃借権の負担を引き受ける、つまり賃借人の地位を承継するもの

ではないし、買受人と賃借人であった者との間で新たな賃貸借関係を創設するものでもない。したがって、買受人は、建物使用者に対する敷金返還債務を承継するわけではないし、建物使用者に対する賃料債権を取得するわけではない。

そこで、民法395条2項は、明渡猶予期間中、建物使用者には当該建物使用の対価（適正な賃料相当額と考えられる。）を買受人に対して支払うべき義務があることを前提として、買受人が建物使用者に対し、相当の期間を定めて、建物使用の対価の1ヶ月分以上の支払を催告し、建物使用者がその期間内にその支払をしなかったときは、明渡猶予の規定が適用されないこととしている。

⑤ 建物使用者に対する引渡命令

民法395条1項により明渡猶予が認められる建物使用者は、その猶予期間内に建物を任意に明け渡すべきことが期待されるが、猶予期間が経過したにもかかわらず明渡しをしないときは、買受人は建物使用者に対する引渡命令（民執法83条）を申し立てることができる。民事執行法83条1項柱書は、「執行裁判所は、代金を納付した買受人の申立てにより、債務者又は不動産の占有者に対し、不動産を買受人に引き渡すべき旨を命ずることができる。」と規定し、その旨を明らかにしている。引渡命令の申立期間は、原則として代金納付より6ヶ月であるが、民法395条1項に規定する建物使用者が占有していた建物の買受人が申し立てる場合は、改正法により代金納付より9ヶ月とされている（民執法83条2項）。

なお、代金納付から9ヶ月を経過したときは、買受人は引渡命令の申立てができなくなるが、建物使用者に対して建物明渡訴訟を提起し、その勝訴判決を得て、その明渡しの執行をすることはできると解される（注10）。

(5) 同意の登記 ● ● ● ●

① 意義

抵当権に後れる賃借権は、その期間の長短にかかわらず抵当権者及び競売における買受人に対抗することができない。しかし、これには例外がある。その1つは、前述した明渡猶予制度である。そして、もう1つは、先順位抵当権者全員が後順位賃借権を引き受けられることとする同意の登記の制度である。ここでは、後者の同意の登記について考察することとする。