

債権担保のための不動産賃貸借

朝 山 善 成

一、はじめに

抵当権設定登記及び代物弁済予約仮登記と併用して、債務不履行を停止条件とし債権者が目的不動産に賃借権を取得する停止条件付賃貸借契約、または債権者が予約完結権を有する賃貸借予約にもとづく停止条件付賃借権設定仮登記、または賃借権設定請求権保全仮登記がなされる場合、さらには賃借権の設定及びその本登記までなされる場合、或いは抵当権や代物弁済予約の登記と併用でなく、単独で右賃借権の仮登記又は本登記がなされる場合があるが、いずれの場合においても、それら賃借権は一種の債権担保の機能を所期して設定せられている。

しかし、その担保機能について、法的にどの程度の効力を認めうるかは問題であり、学説、判例において既に論じられているが、昭和五三年に仮登記担保契約に関する法律（通称仮登記担保法）が制定され、債権担保のための賃借権設定予約等につき仮登記担保に準じた扱いをすることを認めるにいたったので（同法第二〇条）、この点も含めて、右の問題につき多少の検討を試みたい。

二、

まず抵当権や代物弁済予約と併用された賃借権設定予約等の場合についての判例及び学説の主なもの左のとおりである。

(1)、まず現在の指導的判例である最高裁昭和五二年二月一七日付判決（民集三一巻一号六七頁）は「抵当不動産につき抵当権者自身を賃借人とする賃貸借契約又は抵当債務の不履行を停止条件として抵当権者が賃借権を取得することができるのと停止条件付賃貸借契約が締結され、こ

債権担保のための不動産賃貸借

債権担保のための不動産質貸借

れを登記原因とする質借権設定の登記又は仮登記が抵当権設定とその順位を相前後して經由されることは、抵当権設定に際してしばしば行なわれるところであるが、このような質貸借契約及び質借権設定の登記又は仮登記の目的は、特段の事情のない限り、専ら抵当権設定登記以後競売申立に基づく差押の効力が生じるまでに對抗要件を具備することによって抵当権者に対抗することができる第三者の短期質借権を排除し、それにより抵当不動産の担保価値の確保をはかることにあると解するのが相当である。したがって競売申立に基づく差押の効力が生じるまでに對抗要件を具備した第三者の短期質借権が現れないまま競落人が競落によって抵当不動産の所有権を取得したときは、抵当権者の質借権は右目的を失って消滅し、その登記又は仮登記は実体関係を欠くことになるから質借権設定の登記又は仮登記が抵当権設定の登記より先順位である場合又は質借権が短期質借権である場合においても、競落した抵当不動産の所有権に基づきその抹消登記手続を求めることができると解するのが、民法第三九五条の解釈上も正当であるといわなければならない。」と判示した。

(2)、次に東京高裁昭和四五年二月九日付判決（高裁民集二三卷一号八頁）は「同一の前記消費貸借上の債権を保全するため本件抵当権と地上権と条件付代物弁済とが競合的に登記されたものにはかならないのであり、このような債権担保のための地上権は抵当権の実行または代物弁済を受けるにいたるまでの間に第三者が利用権を取得するのを事実上防ぐとともに、債務不履行の場合はこれらに基づき自ら目的物を利用するか、また他にこれを処分して、その代金を債権に充当するという担保の作用を営むものであると解される。そしてこのような場合にはその抵当権と地上権と条件付代物弁済の各登記の順位の前後にかかわらず、特段の事情のない限り、債務者が債務を履行しないときは、右担保権の実行方法としていずれを執るかは債権者の自由な選択に委ねられているけれども、債権者がいったん抵当権を選択して競売手続が開始されたときは、右手続が競売申立の取下げその他の事由によって終了しないかぎり、債権者は条件付代物弁済を主張しえないと同様に、右地上権による担保目的の実行をすることができず、したがって右手続において競落許可決定が確定し、競落人が代金を完納して競売不動産の所有権を取得することにより右競売手続が完結した後は、もはや地上権はその目的を喪失して存続しなくなるものと解するのが相当である。ただし同一の債権を担保するため抵当権と地上権とが競合的に設定された場合には抵当権の把握する価値権の内容は地上権の内容たる価値をも包含するものと解することが、これを設定した当事者の客観的意思に合致し、これと反対に解するときは、地上権の存在が抵当権の担保価値を減殺し抵当物件の競落価格を低下させて抵当権設定の趣旨といわば矛盾する結果を生ずるわけであり、またそうでないとすれば債権者が抵当権実行後に地上権を主

張して競落人の犠牲のもとに目的物件の本来の価値以上のものを取得するという不合理を生ずるからである。」とし、

(3)、また東京地裁昭和四八年六月一九日付判例（下民集二四卷四二四頁）は「一般に抵当権設定登記と併用してなされた民法第六〇二条の期間を超えない停止条件付賃借権設定仮登記は抵当権の実行にいたるまでの間に第三者が同法第三九五条のいわゆる短期賃借権を取得するのを防止し、その解除請求のわずらわしさを免れるとともに、債務不履行の場合は、該賃借権に基づき自ら目的不動産を利用するか、または他に譲渡もしくは転貸してその対価を債権の弁済に充当する等の実質的担保機能を果たすものであると解される。そしてこのように抵当権と併用され、その被担保権を担保する停止条件付賃借権は、民法第三九五条にいわゆる短期賃貸借に該当するものとはいえず、競落によって消滅するものと解するのが相当である。けだし、……（民法第三九五条）の適用は、厳格に抵当不動産上の利益権の保護の趣旨に限られなければならないものであるところ、抵当権の被担保債権につき競落代金からなにがしかの配当がなされる場合であると否とを問わず、目的不動産の競売により、その抵当権がいわば目的を達して消滅する段階に立ち至ったとき、当該抵当権の被担保債権を担保するための停止条件付賃借権だけを独自に存在させなければならぬとする合理的理由は見当らず、むしろ、かような権利は被担保債権を共通にする抵当権と運命をともし、後者とともに消滅するとしても、前記抵当不動産上の利益権の保護の趣旨にいささかも反するところはないと解せられるからである。」とし、

(4) さらに東京高裁昭和五二年三月二八日付判決（判例時報八四九号七九頁）は「抵当権の設定と併せて同一債権保全のため、右各不動産に代物弁済の予約と停止条件付賃貸借契約を締結したのであり、……それらを譲り受け、債権清算の手段として抵当権実行の途を選択し、競売申立をなしたのであるから、それによって競売手続が開始され、それが進行中である以上、これと競合して停止条件付賃貸借契約上の権利行使することは許されないといわねばならない。」と判示する。

右(2)～(4)の下級審判例では併用賃借権を担保のための賃借権であると認めると共に、抵当権等と運命を共にするものとする。右等の判例では抵当権の実行によって賃借権が消滅することに力点が置かれているのであるが、後述のとおり賃借権を担保のための権利と構成すると、賃借権が抵当権に先行して選択行使された場合には真正な賃借権が成立することになる（前記(2)、(3)の判例はこの事実を認める）。そうとすればその場合、その後の併用抵当権の行使及びそれによって生じる問題及びその解決策については触れられていない。

(5)、鈴木祿弥判例タイムス二四九号六八頁以下は、「抵当権設定登記と共に賃借権ないし地上権設定の登記がなされた場合、これらは真正な

債権担保のための不動産賃貸借

債権担保のための不動産質貸借

質借権ないし地上権ではなくて、これらは債権担保の目的をもつものであるが、直接には第三者の短期質借権の登場を阻止しようとするものであることを直視し、その限りにおいてのみその効力を認めるべきものである。その場合抵当権者は抵当権を實行しうるので、ただ競売の結果かれの質借権ないし地上権のみならず、第三者の短期質借権もまた——民法第三九五条の規定にかかわらず——消滅することになり、第三者の短期質借権がついに登場しなかった場合、質借権地上権は無意味な存在となって抹消されるべきものとなる」旨主張される。

(6)、中野貞一郎法曹時報二九卷四号五八三頁以下は「抵当権と併用される質借権仮登記は他の変則担保におけるような独立性を有しない。抵当権や代物弁済予約（売買予約、譲渡担保、所有権留保）がいずれも目的物の交換価値を担保として把握し、それぞれが自己完結的な実行方法をもって被担保債権の実現を確保するのに対し、これらと併用される質借権仮登記の主眼は抵当権や代物弁済予約等によって把握された担保価値の維持にある。

抵当権との併用の場合でいえば、抵当権の実行が第三者のための短期質借権の設定によって意図的に効率を害されることが多い実情に堪がみ、抵当権設定と同時に質借権設定の仮登記をしておくことによって、その後の第三者の短期質借権取得を継続的に牽制するとともに、第三者が短期質借権の設定を受けたときは、抵当権者は抵当権の実行にさいし、仮登記に基づく本登記をすることによって、第三者の質借権に優先する対抗力を備え、必要ならば、この第三者に対し質借権登記の抹消あるいは不動産に対する妨害排除——それが許される範囲において——を請求するなどの方法で自己および競落人に対抗できる第三者の短期質借権を排除することになるが、それは抵当物件の有する担保価値を回復して、抵当権の実行に資するため以外のなものでもない。抵当権と無関係に、これと併用された仮登記質借権の内容をなす利益によって被担保債権の強制的満足をはかるわけではないのである。その意味で併用された仮登記質借権は抵当権の経済的効用を補助するために継続的に役立つものとして、これに従たる権利と解するのが相当である。」と主張される。

(7)、仮登記担保法と実務二二六頁、二七七頁等では、前記最高裁判例の判示に従いつつ、「抵当権設定の登記または代物弁済予約の仮登記と併用して、抵当債務不履行を条件とする停止条件付質借権設定契約並びにその仮登記は特段の事情のない限り専ら抵当権設定登記以後競売申立に基づく差押の効力が生ずるまでに対抗要件を具備することによって、抵当権者に対抗することのできる第三者の短期質借権を排除し、それにより抵当不動産の担保価値の確保を図ることにあり、仮登記担保法第一条の仮登記担保契約に該当しないと解すべきであり、右停止条件付質

借権は特段の事情のない限り、抵当権が実行され、または抵当権が競売手続で優先弁済を受けて消滅すれば、その目的を達して消滅する。それは仮登記担保法第一三、一六条の準用により、その順位に従った優先弁済を受けて消滅するのではない。」とする。

三、

抵当権や代物弁済予約と併用されるのではなく、単独で債権担保のため設定され、仮登記又は本登記のなされた賃借権について、仮登記担保法制定以前においては、かかる賃借権の効力を否定する見解が有力であった。

(1)、前掲中野五九八頁以下では、抵当権等と併用されない債権担保のための賃借権設定仮登記について、担保目的である以上、仮登記の順位保全効をそのまま認めて競落人負担として引き受けさせることは当を得ないこと、さりとてこの仮登記を代物弁済予約のそれと同じく「本登記に代わる仮登記」とみて競売裁判所に権利の届出（民訴六四八条四号、競二七条四項四号）をさせ登記順位に応じた優先配当に与らせることはできないと思われること、賃借権は市場性に乏しく、客観的に合理的換価が保障されないこと、賃借権に担保としての対外的効力を認めると後順位権利者の地位等複雑な法律関係を生じること等を理由に代物弁済予約と同様の独立の変則担保としての効力を否定すべきものとされる。

(2)、東京地裁昭和五一年一〇月二五日判決（金融法務事情八一〇号二九頁）は「抵当権者の目的物に対する担保権（換価優先弁済権）と賃借人の目的物についての用益権との調和を図る……ことが民法第三九五条の規定の趣旨である。同条のこのような規定の趣旨に鑑みれば、抵当権と併用され、あるいは独立に債権担保の目的でなされた民法第六〇二条の期間を超えない停止条件付賃借権仮登記においては、右賃借権は民法第三九五条にいわゆる短期賃貸借ということを得ず、競落によって消滅すると解するのが相当であり、従って競落人が目的物件を取得したときは、右仮登記の抹消登記手続を請求することができると解すべきである。」としている。

四、

(一)、仮登記担保法第二〇条では債権担保のために所有権以外の権利の停止条件付設定、移転又はその予約について同法第二条以下を準用しており、賃借権は右の権利の一つに該当するものと解されている。

債権担保のための不動産賃貸借

債権担保のための不動産質貸借

これは質借権の客観的財産的価値について、所有権の代物弁済予約の場合に準じて債権担保のために提供設定等を行うことを明文で認めると共に、担保のための質借権設定を認めることにより生ずる換価清算手続及び競売手続上の問題を立法的に解決しようとするものである。

ところで質借権を担保のために設定する場合を所有権を担保のために移転する場合に準じて分類すると、(a)代物弁済予約型と、(b)譲渡担保型に分けることができる。

(a)型は、債権担保のため目的不動産につき債務不履行を停止条件とする質借権設定契約をする場合、或いは債務不履行のとき債権者において予約を完結して質借権を取得できる質貸借予約をする場合である。これらの場合、債務不履行により債権者は債権の全部又は一部の弁済に代えて質借権を取得するのであり、質借権の価格が債権額を超える場合には清算金の支払を必要とする。仮登記担保法第二〇条が同条二条以下を準用するのはこの型の場合である。

(b)型は、債権担保のために目的不動産に債権者が質借権を設定し本登記を得る。この場合債権と質借権とが併存する。債権者は債権の弁済が完了するまで自ら目的不動産を質借使用し、その利益による利益を債権の元利金の弁済に充当するか、或いは特約があれば第三者に転貸使用させ、その対価をもって債権の元利金の弁済に充当することができる。最終的に質借権をもって債権の全部又は一部の弁済に充当する場合には、通常の所有権の譲渡担保の場合と同様に清算が必要となる。

(一)、そこで同一不動産を目的物として、担保質借権と他の債権者の抵当権とが競存する場合について考えてみる。

(1)、担保質借権が前記(a)型の場合には仮登記担保法第二条以下が準用される。

①、基準抵当権より先順位の仮登記質借権の予約完結等の実行により真正な質借権が成立する。後順位者である抵当権の抹消は請求できないが、抵当権者は以後右質借権の負担のある不動産を担保目的とし、抵当権の実行によっても右質借権は抹消されない。

②、基準抵当権より先順位の仮登記質借権の実行前に、抵当権による競売実行がなされたときは、仮登記質借権は担保権として優先配当加入することができる(前同法第二〇条、一三条)。但し優先権は質借権の価額を限度とすると解せられる。

③、基準抵当権より後順位の仮登記質借権は抵当権実行により消滅する。但し順位に従い、質借権の価額の限度で配当加入することができる。と解せられる。

(2)、担保賃借権が前記(b)型の場合、仮登記担保法の準用の規定はないが、(a)型に準じて解釈すべきである。

① 基準抵当権より先順位の担保賃借権の場合、清算（帰属ないし処分により）後は真正な賃借権が成立し、以後抵当権に対抗できると解せられる。

②、右清算前に抵当権の実行がなされた場合、担保賃借権者は明文はないが、担保権に準じて賃借権の価額の限度で優先配当に加入することができると解すべきである。

③、基準抵当権より後順位の担保賃借権は抵当権の実行により消滅するが、登記の順位に従って賃借権の価額の限度で配当加入が認められるべきである。

(三)、担保賃借権は被担保債権が弁済されれば消滅する。しかし右(2)の(b)型の担保賃借権において、転借権が設定せられた場合に、債権の弁済によって、担保賃借権が消滅し、さらにその結果転借権も消滅するかどうかは検討を要する。

転借権は賃借権の存在を前提とするのであるから、賃借権が消滅すれば転借権も当然消滅することになるのであるが、善意の転借人（登記上の記載のみでは担保のための賃借権であることは知り得ない）としては、借地法借家法による保護を不意打ち的に受けられないことになる。賃借権を債権担保のために設定するという場合の債権担保のためということは、後述のとおり賃借権の成立存続の条件を定めたものと解することができる。そうとすれば、それは賃借人に不利な定めをしたものであり、賃借人さらに転借人は借地法第一条、借家法第六条の規定によって賃借権の消滅を否定することができるのではないかと考えられるからである。

転借権は賃借権を前提とするのであるから、賃借権の内容存立に制約されざるを得ないが、問題は担保賃借権の内容存立につき借地法借家法によって保護がなされるべきかどうかである。借地法、借家法の目的は賃借人の利益権としての利益を保護するものである。ところが、仮登記担保賃借権の場合は勿論、本登記担保賃借権の場合でも、清算のなされる以前においては賃借権は未だ確定的に成立していないのであり、賃借権者は利益権を確立的に取得した状態といえないのであるから、かかる賃借権は借地法借家法の適用保護を受けるに値しないものと解するのが相当である。そうとすれば、清算前の担保賃借権には借地法第一条、借家法第六条の適用はなく、したがってまた転借権も右同法等の保護は受けないと解するのが相当であり、被担保債権の弁済により、転借権も消滅すると解せられる。

債権担保のための不動産賃借

債権担保のための不動産質貸借

(四)、最後に抵当権や代物弁済予約と併用された質借権について、右述の用益的利益を債権担保の目的とする単用の担保質借権と同じ質借権と解することができるかどうか問題である。

「併用質借権を用益的利益の取得を内容とする担保とみて、目的不動産の競売手続との関係でもその効力を認めるとすれば、ここでも被担保債権と質借権価格との権衡や後順位権利者の地位などが問題となり、質借権の丸どりが許されず清算が要求されることにもなって、代物弁済予約の担保構成に伴って生じたような多くの解釈上の難問がそれも対象が不動産自体ではなく質借権であるため、より一層複雑化された形で出現することとなる。」と云われる（中野民商法雑誌七八巻五八二頁）。具体的な例で言えば、最優先順位の抵当権等と併用された仮登記質借権が抵当権の実行競売に先立って行使され、清算の結果、被担保債権全額の弁済がなされなかった場合には、真正な質借権が成立しつつ、抵当権等が存続することとなる。抵当権がその後実行されることによって質借権が消滅すると解するのは、質借権設定によって債権の一部弁済がなされているのであるから債権者には酷である。しかし質借権が存続し、競落人が負担を引き受けるものと解すると、競売価格は事実上客観的価格以下となり、債務者あるいは後順位抵当権者等の利益を不当に害する結果となる。

そこで前記のとおり、最高裁昭和五二年二月一七日付判決は右併用質借権は後順位短期質借権を排除し、抵当不動産の担保価値の確保を目的とするものとし、短期質借権が競売申立による差押の効力発生時までに現われない場合には、右質借権は目的を達し消滅すると判示しており、また前掲鈴木説は右の限りにおいてのみ質借権の効力を認めようとする。さらに仮登記担保法と実務二二六頁は右判例の趣旨を受けて、併用質借権は仮登記担保法第一条の仮登記担保に該当しないとす。そしてこれらの結論は現在では妥当な見解とされている。

しかしかかる限定した範囲でのみ効力を有する質借権とはいかなる意味を有するのか、法的構成について検討する必要がある。

即ち右の限定が用益権としての質借権の内容そのものを限定するという意味であるならば、それは後順位質借権を排除し抵当不動産の価値を確保するための特種の権利ということになり、それはもはや質借権ではないといわねばならないし、かかる特殊な権利の存在が許されるかどうか疑問である。

一般に債権担保のための質借権も、清算完了後は本来の用益的権利としての質借権で、所謂真正な質借権である。前記(a)型の仮登記質借権の場合には、債務不履行、予約完結および清算によって、また前記(b)型の本登記質借権の場合には、債務不履行および清算によって、夫々完全な

賃借権が成立する。反面いずれの場合も、清算までに債務の弁済があれば、完全な賃借権は成立せずに終わる。したがって「賃借権の担保のため」というのは賃借権の内容ないし効力の範囲を定めたものではなく、賃借権の成立の条件を定めたものと解せられる。

翻って、抵当権や代物弁済予約と併用された賃借権の場合、契約当事者には終局的に賃借権を設定して目的不動産を受益する意思を有しないのが通常ある。賃借権の担保のためには抵当権や代物弁済予約が設定されればそれで充分であり、契約当事者の意図するところは、前記最高裁判例の認めるとおり、後順位短期賃借権を排除し、抵当不動産の担保価値を維持することにあると解される。この実態を直視すれば、契約成立に際して、当事者間において明示的ないしは黙示的に合意がなされ、賃借権は右目的の範囲内で成立存続するものと定められるものと解せられる。この合意によって債権者は、第三者の短期賃借権が登場すれば、本登記賃借権の場合はそのまま、仮登記賃借権の場合は予約完結し、本登記をした上で、後順位短期賃借権を排除し、その登記を抹消させ、それによって賃借権はいずれも消滅するが、第三者の短期賃借権の登場がなければ、それによって賃借権は当然に消滅すると解せられる。その場合、併用仮登記賃借権について条件成就或いは予約完結により賃借の本契約が成立したとき、また初めから賃借権の本登記がなされているときにおいて成立ないし存在する賃借権はいずれも所謂真正な賃借権である。右成立した真正な賃借権は権利者において現実に行使することではなく、通常な観念的な存在であるが、例外的には用益権として賃借権が現実に行使される場合もある。しかしこの例外的場合も右合意の目的範囲に矛盾するものではない。

したがって、右の合意は前記担保目的の賃借権の場合と同様に、賃借権の成立さらに消滅についての条件を定めたものと解することができるが、しかしこの場合は担保目的の賃借権の場合と全く異なる条件を定めたものであり、したがって併用賃借権は担保賃借権ではないと解せられる。

なお右のように併用賃借権につき、これを合意によって右述のとおり目的範囲を限定されたものと解するならば逆に合意により、担保賃借権を抵当権等と併用して設定しうるのではないかという疑問が生じるが、前記のとおりこれを認めると、これにより生じる問題は公の秩序に反するものであり、民法第九〇条によりかかる合意は無効と解すべきものである。