

建物明渡猶予制度と転貸借契約への適用

宮 本 健 蔵

目 次

はじめに

建物明渡猶予制度の概要

- (1) 制度趣旨
- (2) 短期賃貸借制度との比較
- (3) 非正常な賃貸借契約の取扱い

建物明渡猶予制度の保護を受ける賃借人

- (1) 適用要件
- (2) 明渡猶予の法律関係

適法な転貸借と建物明渡猶予

- (1) 明渡猶予の可否
- (2) 転借人の明渡猶予の法的基礎づけ
- (3) 原賃貸借基準説の問題点
- (4) 転貸借基準説とその展開

無断転貸借と建物明渡猶予

- (1) 代表的な判例
- (2) 学説
- (3) 若干の検討

むすび

はじめに

従来の短期賃貸借制度はかねてより多くの問題点が指摘されていたところ、平成 15 年の法改正¹⁾によってこれが廃止されて、新しく建物明渡猶予制度が創設された。この制度変更は保全処分の要件緩和や相手方不特定の保全処分・占有移転禁止の保全処分などの民事執行法上の改正と相まって、これまでの占有屋的な執行妨害事案の減少をもたらしたと言われている²⁾。しかし、この建物明渡猶予制度に関しては、いくつかの実務上の問題点が主として実務家によって指摘・検討されてきた。とりわけ建物明渡猶予制度が転賃借契約にも適用されるかに関しては明文規定を欠いており、また、立法過程でも余り議論はなされなかったようである。法改正後の幾つかの文献はすでにこの問題に言及していたが、東京高決平成 20 年 4 月 25 日(判時 2032 号 50 頁、判タ 1279 号 333 頁、金判 1299 号 52 頁)はこの問題に新たな一石を投じ、これをめぐる議論を強く刺激した。

そこで、本稿では、転借人が建物明渡猶予の保護を受けることができる

-
- 1 「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」が第 156 回国会において平成 15 年 7 月 25 日に可決、同年 8 月 1 日公布、翌年の 4 月 1 日から施行された。

この改正法の概要については、谷口園恵＝筒井健夫『改正担保・執行法の解説』(2004 年・商事法務)、道垣内弘人＝山本和彦ほか『新しい担保・執行制度』(補訂版)(2004 年・有斐閣)、山川一陽＝山田治男『改正担保法・執行法のすべて』(2003 年・中央経済社)、古賀政治『ケースで分かる新担保・執行法制』(2003 年・金融財政事情研究会)、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 2004 年 2 月号 42 頁以下、上原敏夫『改正担保・執行法の解説』新民事執行実務 2 号 8 頁以下(2004 年)など参照。

なお、この法改正を批判的に検討するものとして、鳥谷部茂『担保法改正と賃貸借契約 - 最近の重要事項説明書を中心に』法時 77 巻 6 号 1 頁(2005 年)および同・『バブル経済後の不動産担保 - 2003 年担保法改正の批判的検討 -』広島法学 31 巻 1 号 282 頁(2007 年)がある。

- 2 鎌田薫など『平成 15 年担保法・執行法改正の検証(1)』ジュリ 1321 号 147 頁以下[谷口発言](2006 年)および同・148 頁[古賀発言]。もっとも、露骨な妨害は減っているが、妨害者が不動産の競売手続に何らかの形で関与して、不正な利益を得ようとしている形態がなくなったわけではなくて、巧妙で知恵を絞った妨害が形態を変えて行われている(同・148 頁以下および 174 頁以下[古賀発言])。

かという問題について若干の検討を行うことにしたい。

論述の順序としては、まず初めに同制度を概観した上で、賃借人が建物明渡義務の猶予を受ける通常の事例に関してその法律関係や要件論などを論じ、最後に転借人についてみることにする。

・ 建物明渡猶予制度の概要

(1) 制度趣旨 抵当権設定登記に遅れて対抗要件を備えた賃借権は、その期間の長短を問わず、抵当権の実行によって消滅する。ただし、賃借人は競売における買受人に対して買受けの時から6ヵ月を経過するまでは建物を明け渡すことを要しないものとされる(395条1項)³。これが建物明渡猶予制度であるが、これは賃借人が競売による建物の売却によって突然に生活・営業の本拠からの退去を求められることにより被る不利益を避けるために認められたものである⁴。

(2) 短期賃貸借制度との比較 この建物明渡猶予制度は、短期賃貸借制度と比較すると、賃借権の存続が認められない点で賃借人にとって不利益である。しかし、仔細にみると、賃借人が従前よりも競落された不動産に長期間とどまることができる場合もある。

まず第1に、建物賃貸借の期間の定めが3年を超える場合には、従前の制度では短期賃貸借に該当しないから、直ちに賃借人は明け渡さなければならぬ。これに対して、現行制度では、賃貸借契約の期間の長短を問わないから、この場合も6ヵ月間は建物の明渡しが猶予される。

第2に、短期賃貸借に該当する場合でも、賃貸借契約の期限が抵当権実行のための差押後買受人による買受以前に到来したときは、法定更新また

3 政府原案では3ヵ月であったが、国会の審議で6ヵ月に延長された。その結果、単なる引越準備期間だけでなく、限られた範囲ではあるが、建物利用の継続性を保護する制度としての性格をも帯びることになったとされる。山野目章夫=小粥太郎「短期賃貸借保護制度の見直し(下)」NBL 796号75頁(2004年)。

4 谷口=筒井・前掲注1・35頁。

は合意更新は抵当権者に対抗できないものと解されており、それ故賃借人は短期賃貸借制度による保護を受けることができなかった。これに対して、現行制度では、賃貸借契約が更新されたときは6ヵ月間の明渡猶予を受けることができる。

また、賃貸借契約の期限が買受人による買受後6ヵ月以内に到来したときも、従前の制度では、期限が到来した時点で賃借権は消滅し、賃借人は建物を明け渡さなければならない。これに対して、現行制度では、買受時から6ヵ月間は建物の明渡しが猶予されるから、賃借人はその間建物を使用し続けることができる⁵。

このように従来制度よりも賃借人にとって有利となるケースがあることは転借人の保護を論ずる際にも留意すべき点であろう。

(3) 非正常な賃貸借契約の取扱い (a) 短期賃貸借制度の下では、非正常な賃貸借契約を排除するための努力が執行実務において積み重ねられてきた。この従来執行実務が法改正後も維持されるかどうか問題となる。

これを肯定する学説⁶がある一方で、従来執行実務が改正後もそのままの形で維持されるべきだと考えることは相当ではないとする見解⁷もある。旧法と新法の間には決定的な効果の差異が存在するとともに、信義に照らし状況に対する利益考慮的な判断として、財産権としての保護を拒むべきであると目される場合であっても、明渡猶予の保護は認めうる、という中間的な利益状況は存しうるというのがその理由である。しかし、この見解においても、権利濫用や信義則、公序良俗違反などの一般条項の適用を認めるのであるから、この点では大きな差異はない。法改正後において具体的な事例類型の解決がどのようになるかを個別的に検討することが重要であろう。

5 道垣内 = 山本ほか・前掲注1・58頁以下[道垣内弘人]。

6 道垣内弘人『担保物権法(現代民法)』170頁(2004年・有斐閣)。

7 山野目 = 小粥・前掲注3・79頁以下、山野目・前掲注1・47頁。

(b) まず第1に、執行妨害目的の賃借権(濫用的賃借権)については明渡猶予を否定することに異論はない⁸。

第2に、信義則上否認すべき賃借権が問題となる。たとえば、個人企業たる法人所有の目的建物に代表者が賃借権の設定を受けている場合や実行抵当権の債務者が目的建物に賃借権の設定を受けている場合などである。このような賃借人が所有者と同視される類型については学説の見解は分かれるが、明渡猶予を否定するのが多数説⁹といえよう。反対説¹⁰は所有者と同視されることを理由として定型的に明渡猶予を否定すべきでない¹⁰と主張する。けれども、競売手続の関与の態様、残存期間の長短や建物使用の状況に照らし、同人の明渡猶予の主張が信義に反する場合があります得ることを認める。

第3に、債権回収目的の賃借権の場合、すなわち一般債権者が目的建物に賃借権の設定を受けて、賃料と自らの債権を相殺することによって債権回収を図ろうとする場合であるが、従来の実務では、短期賃貸借の保護は否定されてきた。買受後も短期賃貸借の保護期間中の賃料の相殺済みを主張して占有を継続し、さらに敷金の返還を買受人から受けることができる¹⁰とすると、最低売却価額や現実の売却価額が低下し、抵当権者の債権回収額が減少する。このことは一般債権者が抵当権者の犠牲の下で優先的に債権回収を図る結果となって担保法秩序に反するからである。

建物明渡猶予制度の下ではどうか。買受人はそもそも賃借権を引き受けないから、賃借人が賃料の相殺済みを主張したり、敷金の返還を求めることはできない。したがって、このような賃借権が担保法秩序に反するとは

8 谷口園恵「短期賃貸借保護の廃止と建物明渡猶予による保護」新民事執行実務3号63頁(2005年)、内田義厚「新担保・執行法制と民事執行実務」判タ1149号42頁(2004年)、畑一郎「担保・執行法制の見直しと執行官事務」判タ1123号6頁(2003年)、池田知史「短期賃貸借保護の制度の廃止と建物明渡猶予制度の創設」判タ1233号83頁(2007年)など。
9 谷口・前掲注8・63頁、内田・前掲注8・45頁、畑・前掲注8・7頁、池田・前掲注8・83頁。
10 山野目・前掲注1・47頁。

言えない。また、債権回収それ自体は債権者としては当然の行為であって、債権回収目的の賃借人も、相殺という形ではあるが、対価を支払っている以上、明渡猶予を否定するまでのことはない。このように考えるのが多数説¹¹である。もっとも、売却によって賃借権が消滅するまでの間の収益については、当該賃借権者に先取りを許してしまう点でなお担保法秩序に反するとして、明渡猶予を否定する見解¹²も少数ではあるが存在する。

このように非正常な賃借権の取扱いは法改正後もそのまま維持されるとは考えられていない。債権回収目的の賃借権の場合、さらに一部の見解では所有者と同視される賃借権の場合にも明渡猶予が賃借人に認められており、これも従来制度よりも賃借人に有利となる場合としてあげることができよう。

建物明渡猶予制度の保護を受ける賃借人

(1) 適用要件 (a) 建物の明渡猶予が認められるためには、まず第1に、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または収益をする者でなければならない(395条1項柱書)。

(ア) これによれば、建物明渡猶予の対象となるのは抵当権者に対抗できない建物の賃借人に限られる。したがって、土地の賃借人は明渡猶予の対象外である。これは立法政策の問題であるが、立法者は土地の占有を短期間保護する実益に乏しいことからこれを除外した。また、建物を賃貸借契約ではなくて、使用貸借契約に基づいて使用する者も除外される。賃貸借

11 谷口・前掲注8・63頁以下、畑・前掲注8・7頁以下、池田・前掲注8・83頁以下。

12 内田・前掲注8・42頁以下。新井剛「建物明渡猶予制度の保護対象」獨協法学80号59頁以下(2010年)および同・「建物明渡猶予制度・売却のための保全処分・担保不動産収益執行と民法法理(二)」みんけん654号18頁以下(2011年)も否定説をとる。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こと、および債権回収目的の賃貸借は本来の用益を目的とするのではないというのがその理由である。なお、これ以外の考え得る否定説の論拠とその批判に関しては、畑・前掲注8・7頁以下参照。

が抵当建物の一般的かつ合理的な利用形態だから、使用借人に特別な保護を与える必要はないというのがその理由である¹³。

何らの権原なしに占有する者には明渡猶予は当然に認められない。当初の賃貸借契約が後に消滅した賃借人も無権原での占有者に該当する。すなわち、売却時まで、その賃貸借が更新されることなく期間満了により終了したり、債務不履行により解除されたりして、元の所有者との関係においても賃借権がすでに消滅している場合には、売却時点で抵当建物の使用・収益を続けていたとしても、賃貸借に基づく占有者とはいえず、明渡猶予の対象とはならない¹⁴。これと異なり、売却時まで賃借権が消滅しなかった場合には、債務不履行やこれによる解除権が存在するとしても明渡猶予は肯定される。

なお、売却前に賃貸借契約が更新された場合には、短期賃貸借制度とは異なって明渡猶予が認められることは既に述べた。

これらは占有権原の種類と目的物の観点からする明渡猶予の限定である。

(イ) 明渡猶予を受けるためには、さらに、「建物を使用または収益する者」でなければならない。このような「使用または収益」は競売による売却時すなわち買受人による代金納付の時点で行われていることが必要である。この時点で占有をしていない賃借人に対して、建物の明渡しを猶予することは實際上無用であるのみならず論理的にも不可能だからである¹⁵。

(ウ) 「建物を使用または収益する者」というのは、学説上は必ずしも明らかではないが、「自ら現実に使用する者」に限られるべきであろう。たとえば、転貸されている場合には、原賃借人（転貸人）は転借人を占有代理人として賃借物を占有しているといえるが、このような「代理占有」「間接占有」では足りないと考えられる。買受人がその所有権に基いて物権的な返還請求権を行使する場合、相手方は転借人であって原賃借人ではない。

13 山野目 = 小粥・前掲注 3・76 頁、谷口 = 筒井・前掲注 1・36 頁。

14 谷口・前掲注 8・62 頁。

15 山野目 = 小粥・前掲注 3・77 頁、谷口・前掲注 8・62 頁、池田・前掲注 8・76 頁。

また、転借人に対する引渡命令が認められたとき、買受人に対する直接の引渡しを命ずるものと解するのが多数説であるが、そうだとすると、「代理占有」「間接占有」を基礎として原賃借人に明渡猶予を認める必要もないからである（後述の（3）参照）。

通常の賃貸借の場合でも、たとえば居住目的の賃貸借契約において、買受人の代金納付時にすでに居住の実態が失われ単に家具類を放置しているだけの状態にあるときは、賃借人は抵当建物を「現実使用」しているとは言えないから、賃借人の明渡猶予は否定されるべきである。この場合には、突然の退去を求められることによる不利益は賃借人には生じないし、このような賃借人に明渡猶予を認めるときは、従来占有屋的な執行妨害の復活を許容することになろう。

明渡猶予を受けるためには、賃借権に基づいて「自ら現実に使用する者」であれば足り、その使用形態は問わない。たとえば、賃貸借の目的が単なる物置としての使用など「生活の本拠としての使用」とは言いえない場合であっても、明渡猶予の対象となる。セカンドハウスや別荘としての使用も同様であろう。また、賃借人自身がそこで現実に生活していることは必ずしも必要ではない。たとえば、賃借人の妻や子供だけがそこで生活している場合がそうである。第三者に使用させる場合でも、転貸とは異なって、賃借人がまだ独立的な占有者としての地位を失わないときは、「自ら現実に使用」する者として明渡猶予の対象に含まれる。

(b) 第2の要件として、競売手続の開始前からの占有者であること（同項1号）、または強制管理もしく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基づく占有者であること（同項2号）が必要とされる。

賃借人が競売手続の開始後に使用または収益を開始した場合には、執行妨害目的である蓋然性が高いと考えられる¹⁶。そこで、競売手続の開始前

16 競売手続の開始後に占有を開始した賃借人が基本事件に関わる事情を知らない善意の第三者であったとしても、同様に明渡猶予は否定される（東京高決平成

にすでに占有している者に限ることにした。しかし、競売開始後であっても、強制管理もしくは担保不動産収益執行の管理人がなした賃貸借の場合には、このような濫用の恐れがない。そこで、これを例外的に認めたものが2号の規定である¹⁷。

ここでの「競売手続の開始」とは「競売による差押時」と解するのが通説的見解である¹⁸。したがって、差押時に賃借人が占有していない場合や差押時の占有が利用の実態を伴わない管理のための占有の場合には、明渡猶予は認められない。

また、これと関連して、仮差押えや滞納処分による差押えも「競売手続の開始」に該当するかが問題となるが、これについては争いがある¹⁹。

(c) このように明渡猶予の要件としては、まず第1に、占有権原が賃借権であること、第2に、賃借人が競売による差押時および売却時（買受人の代金納付時）に占有していることが挙げられる。また、非正常な賃借権など信義則違反や権利濫用に該当しないことが必要である。これらの要件が満たされれば、買受人の所有権に基づく物権的返還請求につき、相手方である賃借人に最長6ヵ月間の明渡猶予が認められる。

(2) 明渡猶予の法律関係 上記の要件が満たされる場合には、抵当建物使用者（旧賃借人）は「買受人の買受の時から6ヵ月を経過するまでは、

21年9月3日金法1896号91頁)。

17 山野目 = 小粥・前掲注3・77頁。

18 池田・前掲注8・77頁。なお、差押時以外に、競売の申立時や競売開始決定時が考えられるという。

19 内田・前掲注8・44頁以下、池田・前掲注8・81頁以下、新井・前掲注12・獨協法学60頁以下、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1174号5頁以下(2005年)参照。ここでは、とりわけ仮差押えや滞納処分による差押えの処分制限効との関連が問題となるが、明渡猶予の対象となるか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395条1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ろう(谷口・前掲注8・64頁)。

なお、競売手続の開始前ではあるが滞納処分による差押えに後れて使用収益を開始した賃借人について明渡猶予制度が適用されるかに関して、東京高決平成25年4月16日判タ1392号340頁はこの適用を肯定した。

その建物を買受人に引き渡すことを要しない」ものとされる（395条1項柱書）。

(a) 明渡猶予の法的意味 この明渡猶予をめぐっては占有権限説と執行力制限説、明渡義務期限猶予説の対立がみられる。

(ア) 占有権限説は同条項によって「法定の占有権原」が賃借人に付与されるものとする²⁰。そうすると、抵当建物使用者はこの間は買受人に対抗することができる権原によって占有する者に該当するから、民執83条1項但書の適用によって引渡命令は発令されない。

(イ) 執行力制限説によれば、抵当建物使用者は即時の明渡義務を負うが、395条1項はこの執行力を制限した規定だとする²¹。したがって、民執83条1項但書の適用は否定され、引渡命令は発令される。しかし、この債務名義に執行文が付与されないため、強制執行することができないことになる。

(ウ) 明渡義務期限猶予説では、抵当建物使用者は無権原で占有する者であるが、しかし、その明渡義務の履行に関しては実体法上の期限が395条1項によって猶予されていると解する²²。この通説的な見解は猶予期間中の引渡命令の発令を否定するが、その根拠を民執83条1項但書の趣旨に求める。占有権原説とは異なって、抵当建物使用者は正当な占有権原を有しないからである。

これらの学説の相違はまず第1に引渡命令の発令の可否に現れる。執行力制限説は他の見解とは異なってこれを肯定する。しかし、民法は実体法であるにも関わらず、これを手続法的なものと解する点で若干無理がある。占有権原説と明渡義務期限猶予説の差異は引渡命令の発令を認めない根拠を民執83条1項但書の「適用」か、その「趣旨」に求めるかどうかである。これはもちろん395条1項を積極的に占有権原を付与したものと

20 上原・前掲注1・12頁。

21 山野目＝小粥・前掲注3・80頁注153の紹介する見解。

22 谷口＝筒井・前掲注1・35頁・37頁、山野目＝小粥・前掲注3・75頁、宮崎・前掲注19・5頁、新井・前掲注12・獨協法学54頁など。

解するか、単に引渡義務の期限の猶予と解するかに由来する。しかし、「その建物を買受人に引き渡すことを要しない」という 395 条 1 項の規定の仕方から見ると、これは単に抵当建物使用者の引渡義務を猶予したものと解するのが素直であろう。換言すると、立法者は明渡義務期限猶予説の立場に立って 395 条 1 項を明文化したといえる。

(b) 猶予期間中の法律関係 (ア) 賃貸借契約は抵当権の実行によって消滅するから、抵当建物使用者と買受人の間には賃貸借契約は存在しない。したがって、買受人は建物の修繕義務など賃貸人としての積極的な義務を負わない。単に建物の使用を容認すれば足りる。他方において、抵当建物使用者はこの間の「賃料」の支払義務を負わない。しかし、抵当建物使用者は「建物を使用したことの対価」²³を支払うべき義務を負うが(395 条 2 項)、これは無権原での他人の建物の使用に基づく不当利得返還義務としての性質を有する。

なお、抵当建物使用者が対価を支払わない場合には、買受人が相当の期間を定めて 1 ヶ月分以上の支払いを催告し、その期間内に支払いがないときは、抵当建物使用者は期限猶予の利益を喪失し、直ちに抵当建物を買受人に引き渡さなければならない(395 条 2 項)。これを引き渡さないときは、買受人は引渡命令を申し立てることができる。

(イ) 抵当建物使用者は適法に当該建物を占有する者である。したがって、抵当建物使用者と買受人の間には占有に関する規定が適用される。たとえば、抵当建物使用者が自ら建物を修繕した場合には、抵当建物使用者は 196 条に基づいて費用の償還を請求することができる。賃貸借契約に関する 608 条によるのではない。もっとも、抵当建物使用者はこの費用償還請求権につき留置権を主張して、猶予期間経過後の引渡しを拒むことはできない。ここでは、295 条 2 項の類推適用により留置権の成立は否定される

23 使用対価の相当性が争われた事例として、東京高決平成 22 年 9 月 3 日判タ 1348 号 232 頁がある。そこでは、これの不当利得類似的性質を認めた上で、占有者の従前からの使用収益の継続を前提とした、継続賃料の額をも考慮して、適正な使用の対価の額を算定するのが相当であるとする。

べきだからである²⁴。また、抵当建物使用者が建物を滅失または損傷した場合には、抵当建物使用者は 191 条によりこれを賠償すべき義務を負うことになる。

第三者が占有を妨害する場合には、抵当建物使用者は占有訴権を行使できる。

(ウ) 買受人からの譲受人が明渡猶予期間中に当該建物の明渡しを請求してきた場合、抵当建物使用者は譲受人に明渡猶予の抗弁を主張することができるか。明渡拒絶の抗弁は物権的なものであるとして、これを肯定する見解がある²⁵。この結論に異論はないが、これは次のように基礎づけることができよう。すなわち、買受人の抵当建物使用者に対する明渡請求は所有権に基づく物権的な返還請求権であり、395 条 1 項はこれにつき相手方である抵当建物使用者に明渡猶予を認めたものである。したがって、抵当建物の所有者が変わろうとも、当該建物の所有権に基づく物権的な返還請求が問題となっている以上、抵当建物使用者は明渡猶予の抗弁を当然に主張することができる。

適法な転貸借と建物明渡猶予

(1) 明渡猶予の可否 転借人に明渡猶予が認められるかについては見解が分かれる。否定説によれば²⁶、賃借人は抵当権の実行によって抵当建物の占有権原を喪失して無権原の占有者となる。したがって、転借人の占有も賃借人の占有に基礎を置く余地がなくなるから、転借人は引渡義務を負

24 山野目・前掲注 1・48 頁。なお、この点について、内田説は一律に留置権の成立を肯定または否定することは妥当ではなく、必要費等の支出の時期、当該支出をした時点での賃料相当損害金の支払い状況、修繕等の具体的内容、占有者の属性等を総合的に考慮し、295 条 2 項の類推適用が可能かどうかを事案ごとに検討すべきだとする（内田・前掲注 8・50 頁以下）。また、山川＝山田・前掲注 1・95 頁はこのような留保なしで留置権を肯定する。

25 山野目＝小粥・前掲注 3・78 頁以下。

26 滝沢孝臣「金融・商事判例の 1 年を振り返って 2008（下） - 個人的な備忘のために」金判 1307 号 14 頁（2009 年）。

うとする。従前の短期賃貸借制度の下では、賃貸借関係が承継される結果、転借人もこれによる保護を受けることができた。したがって、否定説では、建物明渡猶予制度は転借人にとっては従前よりも不利になったといえる。

これに対して、通説的見解は転借人に明渡猶予を肯定する。転借人に明渡猶予を否定すると、転貸されていないときは買受人は賃借人に即時の明渡請求ができないのに対して、転貸借が行われると一転して即時の明渡請求が認められることになるが、それでは両者の均衡を失する。賃貸された抵当建物については、買受人の即時の明渡請求の利益は制限されているとみるべきであるから、転貸借により建物を使用収益する者についても同様に制限されるべきであるというのがその理由である²⁷。

(2) 転借人の明渡猶予の法的基礎づけ 転借人に明渡猶予を肯定する場合には、その法的構成が問題となるが、これに関しては転貸借基準説と原賃貸借基準説が対立している。

転貸借基準説によれば、転貸借も 395 条 1 項の「賃貸借」に該当するから、転借人自身に明渡猶予制度が適用されるとする²⁸。

これに対して、原賃貸借基準説は、売却によって効力を失うのは原賃借権であるから、明渡猶予により保護されるべき者も原賃借人であって、転借人が原賃借人とは別個独立して明渡猶予の保護を受けることはないとして、転借人は、原賃借人が明渡猶予を受ける者である場合に、原賃借人と同様の主張をすることができるにとどまるとする²⁹。この見解では明渡猶

27 山野目＝小粥・前掲注 3・76 頁。そこで挙げられている実質的理由は後に述べる転貸借基準説や原賃貸借基準説のいずれにも共通して妥当しよう。しかし、このような理由付けは必ずしも適切ではない（後述(3)第 5 参照）。転借人についても明渡猶予の立法趣旨と政策的な価値判断（明渡猶予の保護要件）が妥当する点に求めるべきであろう。

28 山野目＝小粥・前掲注 3・76 頁、新井・前掲注 12・獨協法学 64 頁以下。

29 池田・前掲注 8・84 頁、谷口・前掲注 8・63 頁、畑・前掲注 8・9 頁、片山直也「判批」金法 1876 号 31 頁（2009 年）、および後掲注 33 および 49 に引用の学説。

予の直接的な保護対象は原賃借人に限られる。

さらに、これと類似する見解として内田説があげられる³⁰。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、原賃借権が明渡猶予制度の適用を受ける限り、転借権もその適用を受けるという（親亀子亀理論）。ここでの「転借権も適用」というのが何を意味するかは不明確であるが、原賃借権が明渡猶予制度の適用を受ける限りで転借人の明渡猶予を認める点は上記の原賃貸借基準説と何ら変わらない。転賃借基準説ではこのような限定は本来的に問題とならないから、内田説は基本的には原賃貸借基準説によるものと解される。

この内田説では、原賃貸借基準説と同様に、原賃借権が明渡猶予の適用を受けないときは転借人もこれを主張できないことになる。しかし、内田説はこれの例外を認め、一定の場合には転借人に「明渡猶予の適用」を認めて良いとする（後述(4)(b)参照）。これが内田説の最も大きな特徴であって、上記の原賃貸借基準説とはこの点で決定的に異なる。

(3) 原賃貸借基準説の問題点 転借人の明渡猶予をめぐる学説状況はこのようなものであるが、この中で原賃貸借基準説の基本的な考え方はいくつかの問題があるように思われる。

まず第1に、すでに述べたように、買受人の明渡請求は所有権に基づく物権の返還請求権の行使であり、建物明渡猶予の制度はこの物権の返還請求権者である所有者と返還請求の相手方の間において、相手方が395条1項の要件を満たすときは明渡義務の期限を猶予したものである。したがって、抵当建物の所有権が買受人から譲受人に移転するときは、相手方は譲受人に明渡猶予の抗弁を主張しうると同様に、返還請求の相手方が転賃によって旧賃借人から転借人に代わるときは、転借人が同条の要件を満たすか否かを問題とすれば足りる。原賃借人は引渡請求の相手方でないにも関わらず、この者が明渡猶予の要件を充足すれば十分だとする原賃貸借基

30 内田・前掲注8・47頁以下。

準説はこの点で疑問がある。

第2に、原賃貸借基準説は売却により効力を失うのは原賃借権であるから、明渡猶予により保護されるべきは賃借人だとするが、買受人の所有権に基づく物権的返還請求との関連では、売却により何が消滅するかは問題とならない。原賃貸借基準説の説明は買受人の明渡請求を賃貸借契約終了に基づく賃貸人の債権的な賃貸目的物の返還請求権であると理解するときには妥当しうが、しかし、このような理解は競売によって賃貸借契約は効力を失い、買受人はこれを承継しないことと調和しない。

第3に、転貸している場合に、なおかつ原賃借人(転貸人)に明渡猶予が認められるかどうかの点である。明渡猶予の立法趣旨は「競売による建物の売却によって突然に生活・営業の本拠からの退去を求められることにより被る不利益を避ける」ことにある。転貸している場合、転貸人(原賃借人)はそこに現実に住んでいる訳ではないから、「突然に生活・営業の本拠からの退去を求められる」という事態は生じない。したがって、原賃借人は独自の保護の対象とはならないというべきである。換言すると、明渡猶予の要件としての「占有」は原賃借人のような「代理占有」・「間接占有」では足りず、「自己占有」・「直接占有」に限られる³¹。

原賃貸借基準説では明渡猶予の保護を受けるのは原賃借人だとするが、たとえば無断転貸や転使用貸借、非正常な転貸借などによって(ただし、この点は学説によって異なる)、転借人が原賃借人と同様の保護を主張できない場合に、引渡命令において、原賃借人への引渡しを命ずるのか、それとも買受人への引渡しを命ずるのかが問題となる。さらに、買受人への直接の引渡しを命ずる場合には、その後、原賃借人が買受人に対して抵当建物の明渡しを求めることができるかが問題となる³²。この点に関して、

31 この点はすでに新井説の主張するところである。新井剛「判批」判時2051号177頁(2009年)、同・前掲注12・獨協法学64頁以下・72頁以下および同・前掲注12・みんけん19頁以下。

32 冒頭に述べた東京高決平成20年4月25日を紹介する判タ1279号333頁以下のコメントはこの問題を指摘する。次に本文で述べる見解とは異なり、上原説

買受人への直接の引渡しを命じ、かつ、原賃借人の買受人に対する明渡請求を否定する見解が多いように思われるが³³、そうだとすると、原賃借人の明渡猶予は単に転借人の援用の基礎として抽象的・観念的に想定されたものに過ぎず、これによって原賃借人に現実的な保護を与えることが考えられているわけではない。したがって、この見解でも、明渡猶予の「現実の保護」を受けるには「代理占有」・「間接占有」では足りず、「自己占有」・「直接占有」する者に限られることになろう³⁴。

第4に、原賃貸借基準説によれば、395条1項の要件は単に原賃借人に関して問題とされるに過ぎず、明渡請求の相手方については問題とならない。しかし、たとえば賃貸借が抵当建物の一般的かつ合理的な利用形態だから、「使用借人に特別な保護を与える必要がない」として使用借人は明渡猶予の対象から除外されたが、このような政策的な価値判断は原賃借人から使用貸借契約に基づいて抵当建物を使用する者すなわち転使用借人にも妥当しよう。原所有者からの直接の使用借人は保護を否定され、原賃借人からの転使用借人は保護されるというように両者を異なって扱うことは立法者意思に適合しないように思われる。

第5に、原賃貸借基準説の考え方は、結局のところ、猶予期間である6ヵ月間の建物使用の固定枠を想定し、この枠内であれば、原賃借人から権限を付与された第三者も自由に使用できるというに帰する（上記(1)の肯定説の理由付けにもこのような発想が見られる）。しかし、これは実質的

は原賃借人への引渡しを命ずることができるにすぎないとする（上原敏夫「不動産引渡命令の相手方」法教341号84頁以下（2009年））。

なお、滝沢説は競売による売却により賃借人は占有権原を喪失し、これと同時に転借人との占有代理関係も消滅するから、このような問題を考慮する必要はないという（滝沢・前掲注26・14頁）。

33 南雲大輔「判批」判タ1287号78頁（2009年）、三上威彦・民事執行・保全判例百選〔第2版〕83頁（2012年）。

34 三上説は転貸している原賃借人は建物を占有することにつき特別の利益を有しておらず、これに対して保護をあえたる必要性は乏しいと述べるが（前掲注33・83頁）、これは結局「自己占有」に限るのと同じことになろう。このことは、新井・前掲注31・判時177頁を引用していることから理解できる。

には原賃借人に対する「占有権原の付与」すなわち買受人の所有権の物権的な制限を意味することになり、明渡猶予を明渡義務の期限の猶予とする理解とは調和しない。明渡義務の期限の猶予という観点を貫徹すれば、現実の占有者が賃借人から転借人に変更したときは、395条1項の要件の充足は明渡請求の相手方である転借人について問題とすべきことになろう。これは抵当建物の所有者が買受人から第三者に変更した場合に、この第三者に対して明渡猶予の抗弁を主張しうることと同様である。

(4) 転貸借基準説とその展開 (a) 明渡猶予の基本的要件 明渡猶予の可否は端的に明渡請求の相手方が395条1項に規定する要件を満たすか否かによって判断されるべきであり、これと無関係な原賃借人を判断の対象とすることは妥当ではない。したがって、原則的には転貸借基準説が支持される。これによれば、転借人はすでに述べた明渡猶予の3つの要件を満たすことが必要である。

まず第1に、抵当建物使用者の占有権原は転貸借に限られる。転使用借人は明渡猶予の対象から除外される。使用借人に特別な保護を与える必要はないという立法者の判断はここでも妥当する。

第2に、抵当建物使用者である転借人は競売による差押時および買受人の代金納付時に占有していることが必要である。そして、この占有はすでに述べたように「自ら現実に使用」する場に限られる。

第3に、明渡猶予を主張することが信義則違反や権利濫用に該当しない場合でなければならない。このような一般法理は転借人にも妥当するからである。

(b) 転貸借に特有の要件 転貸借基準説に立って、明渡猶予の一般的な要件論を転借人に当てはめればこのようになるだろう。しかし、転貸借の場合には、明渡猶予の要件の充足を単に転借人の事情のみで判断するだけではもちろん足りない。転貸借契約は原賃貸借契約の上に成り立つものであるから（親亀小亀理論）、このような転貸借契約の構造が明渡猶予の一般的な要件論に及ぼす影響についてさらに検討することが必要となる。

まず第1の占有権原との関連をみると、転借人の契約相手方が賃借権者であるときは問題はない。しかし、例としてはあまり多くないであろうが、この者が原所有者からの使用借人である場合も考えられる。このような場合には、転借人の明渡猶予は否定されるべきであろう。立法者は「使用借人を特別な保護に値しない」としたのだから、原契約も賃貸借契約に限定すべきだからである。したがって、抵当建物の使用を目的とする二つの契約が結合している場合には、「賃貸借」という要件はそれぞれの契約につき累積的に必要とされる。

第2の占有に関しては、転借人の占有は原則的には競売による差押時および買受人の代金納付時に必要とされる。これとの関連では、次の点が問題となろう。

(ア) 差押時の占有 代金納付時における転借人の占有は明渡猶予には不可欠であるが、競売による差押時に転借人が必ずしも占有している必要はなく、原賃借人の占有でも足りると解される。したがって、競売による差押後に転借人に占有移転した場合にも転借人に明渡猶予は認められる³⁵。つまり、競売による差押時の占有に関しては、転借人の占有は原賃借人の占有で代替することができる。

原賃貸借基準説によっても結論的にはこれと同様である³⁶。原賃貸借基準説では、明渡猶予の要件としての原賃借人の占有は「代理占有」・「間接

35 競売による差押後に原賃借人（所有者）が転賃について承諾する場合には、差押えの処分制限効（民執59条2項）との抵触が問題となり得る。しかし、明渡猶予の可否はこれとは無関係に395条1項の要件を満たすか否かによって判断されるべき事柄である（池田知史「転借人と建物明渡猶予制度」金法1798号26頁注2（2007年）、同・前掲注8・85頁注58参照）。なお、谷口・前掲注8・64頁は滞納処分や仮差押え後の賃貸借との関連で同様に述べる。

36 池田・前掲注8・85頁注58、同・前掲注35・26頁注2。これによれば、明渡猶予を受ける者から与えられた占有権限を有する者であれば、買受人に対し、明渡猶予期間中は、抵当建物を明け渡すことを要しないとし、明渡猶予を受ける者からの占有権原は差押後に成立したものでもよいとされる。したがって、競売による差押後買受人の代金納付前に転借人への占有移転が行われた場合だけでなく、さらに、次に述べる買受人の代金納付後に転借人に占有移転がなされた場合も明渡猶予が認められることになろう。

占有」でも足りるという理解が前提とされるから、転借人への占有の移転時期や「代替」などは何ら問題とならない。転貸された場合でも、原賃借人は競売による差押時および買受人の代金納付時にいずれにせよ「自己占有」または「代理占有」を有するからである。

(イ) 代金納付後の占有移転 原賃貸借基準説では、さらに、賃借人が競売による差押時および買受人の代金納付時に占有していたが、買受人の代金納付後に賃借人が転借人に占有移転した場合にも、転借人に明渡猶予の抗弁が認められる³⁷。すでに原賃借人に明渡猶予が認められており、6ヵ月間は買受人の即時の明渡請求の利益が制限されているからである。

しかし、この場合にも明渡猶予を認めることはその制度趣旨に反すると思われる。「突然に生活・営業の本拠からの退去を求められることにより被る不利益」はもはや原賃借人および転借人のいずれにも存在しない。したがって、転借人への占有移転の時点で建物明渡猶予期間は終了すると解すべきであろう。この意味では、6ヵ月というのは「固定的な期間」ではなくて、「最長期間」に過ぎない。

第3の信義則や権利濫用の適用に関しても、原賃貸借契約が非正常な賃貸借契約であるために明渡猶予が否定されるときは、原則として転借人の明渡猶予も否定されなければならない。これは転借人が善意であるか否かを問わない。そうでなければ、転貸することによって容易にこれの潜脱が可能となるからである。このように原賃貸借契約の明渡猶予の否定という結論から演繹的に転借人の明渡猶予の否定が導かれる。

もちろん非正常な賃貸借の類型によっては、例外的に転借人の明渡猶予を肯定すべき場合も考えられる。すでに内田説は非正常な賃貸借の類型毎に詳細な検討を行っているが、その結果として、次のような例外的場合を認める³⁸。その一つは、濫用的賃貸借と関連して実務上散見される、いわゆる割り込み型賃貸借の場合である。また、原賃借権者が所有者と同視で

37 池田・前掲注8・85頁注58、同・前掲注35・26頁注2参照。

38 内田・前掲注8・47頁以下。

きる場合という事例類型に関してであるが、実行抵当権の被担保債務者が原賃借権者の場合および実行抵当権以外の被担保債務者が原賃借権者の場合において、転借人の転借権設定が、原賃借人が被担保債務者となっている抵当権の設定より前のときは、いずれも例外的に転借人に明渡猶予が認められるとする。

従来の学説によれば、原賃貸借契約が信義則違反や権利濫用に該当する場合に、純粋な転賃借基準説では転借人の明渡猶予の否定という原則的な取扱いを導くことはできない。他方において、原賃貸借基準説ではこれの例外的場合を基礎づけることができない。

(c) このように見てくると、原賃貸借基準説や転賃借基準説のように、いずれか一方の契約だけを考慮するのでは不十分である。そうではなくて、転借人が 395 条 1 項の要件を満たすか否かを判断するに際しては、原則的には転借人を基準としつつ、さらに原賃借人ないし原賃貸借契約もそれぞれの要件の平面で累積的または代替的、演繹的に考慮されなければならない。この意味では、転借人の明渡猶予に関しては、転賃借契約を基礎に置きながら原賃貸借契約も複合的に視野に入れるべきことになろう。

(d) 転借人の明渡猶予 (ア) 転借人がこれらの要件を満たすときは、買受人の所有権に基づく返還請求につき、転借人は買受人の買受けの時から 6 ヶ月間その引渡しを猶予される。この場合の法律関係はすでに述べたことが妥当する ((2)(b)参照)。すなわち、明渡猶予の当事者は転借人であって、原賃借人ではない。したがって、不当利得返還義務として、建物使用の対価を支払うべき義務を負うのは原賃借人ではなくて転借人である。また、対価不払いの場合の催告の相手方も同様に転借人である。

これに対して、原賃貸借基準説によれば、対価支払義務の負担者および買受人の催告の相手方はいずれも原賃借人ということになり、全く逆の結論となる³⁹。これによれば、転借人は建物使用の対価を第三者弁済し、買

39 池田・前掲注 8・84 頁以下、同・前掲注 35・25 頁以下。なお、原賃借人だけでなく、転借人も目的建物の使用または収益について、不当利得返還義務を負

受人の受領拒絶のために供託した場合には、引渡命令は発令できないとされるから、転借人が明渡猶予の喪失を回避するためには、このような第三者弁済または供託をすることが必要となる。しかし、原賃貸借基準説の理解に従って、転借人が転借料を原賃借人に支払っているような場合には、転借人は原賃借人の対価支払いを信頼するのが通常であるとともに、原賃借人の不払いを知る機会を有しないから、転借人が第三者弁済によって明渡猶予の喪失を回避することは実際上できない。転借人が原賃借人の不払いを待たずに当初から第三者弁済してこれを回避するとすれば、一時的にせよ建物使用の対価を二重に支払うことを転借人に強いる結果となろう。

(イ) 問題となるのは原賃借人に対する転借人の転借料支払義務についてである。これは転貸借契約の終了時に関連するが、最高裁平成9年2月25日(民集51巻2号398頁)はこの点について、「賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了すると解するのが相当である」(傍点は筆者)と判示した。

原賃貸借基準説はこの判例を基礎として、原賃借人が受ける明渡猶予の期間中は、買受人から返還請求を受けることはないから、その間は、転貸借は終了せず、転借人は原賃借人に対して転借料を支払う義務を負うとする⁴⁰。そして、原賃貸借基準説の論者はこの判例との整合性を自説の根拠の1つに挙げる⁴¹。

しかし、これらの学説の依拠する上記の判旨は単に当該事案を念頭に置いた結論部分に過ぎない。同判決はその前のところで、「賃貸人が転借人に直接目的物の返還を請求するに至った以上、転貸人が賃貸人との間で再

う場合があるとするが、これは395条2項の「建物使用の対価」の支払いとはもちろん異なる。

40 池田・前掲注8・84頁、同・前掲注35・25頁。

41 片山・前掲注29・31頁。

び賃貸借契約を締結するなどして、転借人が賃貸人に対抗し得る状態を回復することは、もはや期待し得ないものというほかなく、転貸人の転借人に対する債務は、社会通念及び取引観念に照らして履行不能というべきである」(傍点は筆者)と述べている。つまり、「転借人が賃貸人に対抗し得る状態を回復することができなくなった」場合には履行不能と評価すべきだとしたのであって、「賃貸人が転借人に直接目的物の返還を請求するに至った」場合というのは賃貸借契約の再締結などが期待できないが故に「対抗状態の回復不能」と評価される1つの事例に過ぎない⁴²。

このような観点から明渡猶予の事例について考えると、買受人の代金納付時において転貸借契約は履行不能となり終了したと解すべきことになる。明渡猶予の制度は買受人が転借人の建物使用を認めないことを当然の前提としており、転貸人による「対抗状態の回復」は不可能といえるからである。場合によっては、原賃借人が買受人と新たに賃貸借契約を締結して、従来の転貸借契約を維持することも考えられるが、しかし、これは明渡猶予制度の範疇に属しない。

このように競売による売却の場合には、買受人の代金納付時に転貸借契約は履行不能により終了すると解されるから、転借人は買受人の代金納付後は原賃借人に対して転借料の支払義務を負わない。

無断転貸借と建物明渡猶予

(1) 代表的な判例 賃借人が賃借物を転貸する場合には、賃貸人の同意を得ることが必要とされる(612条)。このような賃貸人の同意を得ないで転貸がなされた場合に、転借人は明渡猶予を受けることができるか。この問題について、冒頭に述べた東京高決平成20年4月25日は注目すべき判断を明らかにした(以下、「本決定」という)。原審は原賃貸借基準説を

42 当該事案において、転貸借の履行不能による消滅時は賃貸借契約が解除された昭和62年1月31日であるとされ、転借人に対して明渡請求をした昭和62年2月25日とされていないことから、このことは理解できる。

基礎として、無断転借人の明渡猶予を肯定したが、本決定は次のように述べて原決定を取り消した。

すなわち、「395条1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、(ア) 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った転借人は、競売による売却によっ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、(イ) 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ったのであるから、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うべきである。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ことは、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」。

本決定はこのような一般原則を定立した上で、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(転貸借および転使用貸借の双方を含む)には、後者の「前所有者が明渡しを求めることができた転借人」に該当するとして、無断転借人の明渡猶予を否定した。無断転貸の場合には、「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、賃貸借契約を解除することができるし(612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からである(最判昭和26年5月31日民集5巻6号359頁参照)。

(2) 学説 無断転貸借契約と明渡猶予の問題はこの事案を契機として多くの学説の注目を集めた。一部の学説は転借人の保護の有無を転貸借につき賃貸人の承諾の有無に係らせるとすれば、執行裁判所は承諾等の有無を調査した上で引渡命令の発令を検討することになるが、それでは執行裁判所に重い負担を課すことになって妥当ではないとして、本決定に反対する⁴³。

しかし、これは少数にとどまり、多数の見解は本決定と同様に無断転借人の明渡猶予を否定する。本決定と同じく売却以前に前所有者が建物の明渡しを請求できた転借人について否定することは「明渡猶予の制度目的に照らして合理的」だとする見解⁴⁴、かかる者にまで明渡猶予制度の援用を認めることは転借人を「過度に保護する」ことになってしまうとする見解⁴⁵、さらに、本決定は原賃貸借基準説に立脚しつつ、転借人につき独自の基準で明渡猶予制度の保護の対象となるか否かを判断すべきであるとの考え（転借人基準説）を提示したものだとして、これを基本的に支持しつつ、395条1項との文理解釈としては無断転借人は「(原)賃貸借に基づいて」使用または収益する者ではないとする見解⁴⁶などが主張されている。

これらはいずれも原賃貸借基準説を前提とするものであるが、転貸借基準説の立場からも、「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」として、本決定の結論を支持する見解がある⁴⁷。このような無断転借人に明渡猶予を認めることは「本末転倒」だというのがその理由である。

(3) 若干の検討 (a) 確かに無断転貸の場合には解除をしなくとも賃貸

43 南雲・前掲注33・77頁が研究会での意見として紹介。

44 三上・前掲注33・83頁。

45 南雲・前掲注33・78頁。

46 片山・前掲注29・32頁。

47 新井・前掲注31・177頁、同・前掲注12・獨協法学73頁、同・前掲注12・みんなけん22頁。しかし、この要件がどのようにして導き得るかは明らかではない。

人は転借人に対して賃借物の返還を求めることができる。しかし、このような実体法上の権利があるからといって、明渡猶予に直ちに影響を及ぼすものではない。

たとえば、転貸されていない場合において、賃借人に賃料不払いや用法義務違反などの債務不履行があり、売却時までこれに基づいて解除された場合には、賃借人は単なる無権利者であるから、建物明渡猶予による保護は認められない⁴⁸。これに対して、このような債務不履行による解除権が行使されなかった場合には、賃借権は売却時まで存在していたのだから、賃借人の明渡猶予は肯定される（前述（1）(ア)参照）。つまり、売却時までに賃借権が消滅しこれによって無権原の占有者となっていたか否かが重要であって、債務不履行やこれに基づく解除権の存在などは問題とはならない。このような賃貸借契約の当事者間の事情は信義則違反や権利濫用の平面を除いては考慮の埒外に置かれている。

同様のことは無断転貸に関しても妥当する。原賃貸借契約が無断転貸を理由に解除された場合には、転借人は無権限での占有者であって 395 条 1 項の要件を欠く。また、賃貸人が解除せずに転借人に直接に明渡しを請求した場合には、転借人の建物明渡猶予の主張は信義則違反と評価することができよう。しかし、解除権の行使や現実の明渡請求が積極的になされなかった場合には、「賃貸人の承諾を得ていない」という債務不履行の事実は何ら明渡猶予の判断に影響を及ぼさないと行って良い⁴⁹。

本決定は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ったとして、無断転借人の明渡猶予を否定するが、これは実体法上の権利関係の存否ないし権利行使の一般的・抽象的な可能性をそのまま直ちに明渡猶予という特殊な場

48 谷口・前掲注 8・62 頁参照。

49 生熊説も、賃貸人が無断転貸について何らの行動をとっていないのに、賃貸人が転借人に明渡請求した場合と同視することはできないとする（生熊長幸「判批」私法判例リマックス 39 号 21 頁（2009 年））。

面での問題に持ち込む点で妥当ではないと思われる。

(b) 本決定は無断転借人に明渡猶予を認めると、「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」を与えることになるというが、改正前の短期賃貸借制度の下では、原賃貸借が短期賃貸借の保護を受ける場合に、無断転借を理由に転借人に引渡命令を発令することは実務上なされていなかったと言われる⁵⁰。つまり、無断転借人も短期賃貸借による保護を受けていたのだから、同条項の改正以前にも保護されていなかった者には該当しない。

さらに、これを一般的にみると、すでに述べたように、短期賃貸借の制度と比べて、建物明渡猶予制度のほうが抵当建物の使用者にとって有利となる場合がある（(2)および(3)参照）。これは法制度の変更に伴う当然の事柄であって、仮に「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」を与えることになったとしても何ら不思議なことではない。

(c) 本決定は抵当物件の価値の低下をその理由の一つとする。しかし、東京地裁民事執行センターでは、原則として建物明渡猶予が適用されることによる評価上の減価を行っていないことが指摘されている⁵¹。また、明渡猶予期間は最長6ヵ月であり、その間の使用対価の支払いが義務づけられていることをも考慮すると、買受人の申出価格に大きな影響を与えるとは必ずしもいえないであろう。

(d) いずれにせよ「突然に生活・営業の本拠からの退去を求められることによって生ずる不利益」は適法な転借人と同様に無断転借人にも生ずる。したがって、このような不利益を回避するという明渡猶予制度の趣旨から考えると、無断転貸という一事のみによって転借人を排除すべき理由はない。

本決定が明渡猶予を否定するのは結局のところ「賃貸人が解除をしなく

50 判タ 1279 号 334 頁のコメント参照。

51 池田・前掲注 8・83 頁の注 (51)。

とも賃借物の返還を求めることができる」という転借人の地位の不安定さにあるといえるが、しかし、競売による売却の場面で機能する明渡猶予制度において平時の法律関係を直接的に反映させるべきではない。当事者間の具体的な事情や実体的な権利関係などは明渡猶予の一般的な3つの要件の平面で考慮されるに過ぎない⁵²。本決定およびこれを支持する見解は明渡猶予に395条1項とは無関係な新しい独立的な要件を正当な理由なしに付加しようとするものに他ならない。

むすび

明渡猶予の制度をめぐっては、端的に395条1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、明渡猶予の要件が充足されれば賃借人に一般的に明渡猶予を認める趣旨の制度であって、当事者間の具体的な事情を考慮して明渡猶予の肯否を判断する契機は用意されていないことがこの一般的な解釈原則として指摘されてきた⁵³。

しかし、明渡猶予の転貸借契約への適用という個別的な問題に関しては、これらの一般原則が必ずしも貫徹されていないように見受けられる。そこで、本稿ではこの解釈原則を貫徹して、占有権原が賃借権であること、建物使用者の占有は競売による差押時および買受人の代金納付時に必要なこと、および信義則違反や権利濫用に該当しないという明渡猶予の3つの要件の下で、明渡請求の相手方である「抵当建物を現に占有する者」がこの要件を満たすか否かの観点からこの問題を考察しようと試みた。

転貸されている場合には、明渡猶予の要件の充足は原賃借人ではなくて、

-
- 52 山野目・前掲注1・47頁参照。そこでは、「この明渡猶予の制度は、このような要件（一定の時期に建物の占有を開始している賃借人 - - 筆者注）を充足する賃借人に一般的に明渡猶予を認める趣旨のものであり、当事者間の具体的な事情を考慮して明渡猶予の肯否を判断する契機は、用意されていない」ことが指摘されている。
- 53 山野目・前掲注1・47頁。谷口・前掲注8・64頁も同様に、滞納処分や仮差押と関連してではあるが、端的に395条1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だと述べる。

現に占有する転借人につき問題とすべきである。これを前提とした上で、転貸借が原賃貸借の上に成り立っているという構造から、原賃借人ないし原賃貸借契約もそれぞれの要件の平面で累積的または代替的、演繹的に考慮されることになる。これらの要件が充足されるときは、転借人に明渡猶予が認められる。建物使用の対価の支払義務は転借人が負うのであって、原賃借人ではない。また、買受人による買受けによって、転貸借契約は履行不能となり終了するから、転借人は原賃借人に転借料を支払う義務を負わない。一部の学説は最高裁平成9年判決を援用して、買受人から返還請求を受けたときに履行不能となると主張するが、同判決の趣旨を必ずしも正しく認識していないように思われる。

また、無断転貸の場合において、転貸につき賃貸人の承諾を得ていないという事情は明渡猶予の一般的な要件とは直接的に関連しない。このような当事者間の具体的な事情を考慮することは上記の解釈原則に適合しないといえよう。

[付記] 柳澤秀吉先生には長年、公私にわたって大変お世話になった。先生のご退職に当たり、これまでのご厚情に深く感謝するとともに、先生の益々のご健勝を心からお祈り申し上げます。