

借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務

——最高裁第一小法廷平成二二年九月九日判決を契機として——

- 一 はじめに——問題点の整理
- 二 従前の裁判例および学説
 - (一) 従前の裁判例
 - (二) 従前の学説
- 三 最高裁第一小法廷平成二二年九月九日判決
 - (一) 判決の概要
 - (二) 本判決の分析
- 四 結びに代えて——担保価値維持義務の視点から

片 山 直 也

一 はじめに——問題点の整理

金融機関が、借地上建物を所有する融資先に融資をなす場合、①建物のみに抵当権の設定を受ける方法、②併

せて借地権自体にも担保権（地上権の場合には抵当権、賃借権の場合には質権）の設定を受ける方法が想定される⁽¹⁾。住宅ローン会社や保証保険会社は、②の方法により建物だけではなく借地権についても担保に徴しているが、銀行融資実務においては、通常、①の方法が用いられているようである⁽²⁾。②の場合、理論的には、建物抵当権の効力が借地権にも及ぶのか否か、その根拠如何が問題となるが、付加一体物（民法三七〇条⁽³⁾）または従物（従たる権利⁽⁴⁾）の構成によつて抵当権の効力が及ぶとする点には争いはないので、銀行実務では、それを前提として、借地上建物と借地権を一体として担保評価をし、融資がなされている⁽⁵⁾。

いずれにせよ、借地上建物に抵当権を設定する場合、実務（担保管理）上の最大の関心事は、事前に借地権の消滅をいかに回避するかであり、にもかかわらず、借地権が消滅した場合、事後的に、建物抵当権の帰趨および抵当権者の救済が法的な問題点となる。広くは、いわゆる「親亀・子亀」関係、すなわちある権利（子亀）の存在が他の権利（親亀）の存在を前提とする場合の法律関係の一つであるが、類似の法律関係である転借人の地位をめぐる議論と比較すると、必ずしも十分な検討がなされてきたとはいえない。

一方では、合意解除については、地上権の場合、抵当権の目的である地上権の放棄を抵当権者に対抗できないと規定する民法三九八条の適用の問題となろう。賃借権の場合、根拠は必ずしも明らかではないが、土地賃借人と賃借人との合意解除による賃貸借の終了は、建物抵当権者に対抗できないとする大審院判決⁽⁶⁾が存する。

他方、債務不履行解除については、一旦解除がなされ賃貸借が終了した以上、建物はその存立の法的基礎を失い、建物の収去により建物の抵当権が消滅することが前提とされ、その上で、賃貸人が解除に先立って抵当権者に通知すべき義務を負うか否かが論じられている。

二で検討するように、下級審裁判例はこれを否定的に解し、地主は抵当権者に対する催告義務を負うものではないとした。そこで、借地権担保について議論がなされた平成三年借地借家法改正⁽⁷⁾と前後して、銀行融資実務で

は、土地賃借人（乙）の借地上建物への抵当権設定につき賃貸人たる土地所有者（甲）が承諾する旨の条項の他に、「乙の地代不払い、無断転貸など借地権の消滅もしくは変更を来すようなおそれのある事実の生じた場合またはこのような事実が生じるおそれのある場合は、甲および乙は貴行に通知するとともに、借地権の保全に努めます」と記載された条項（いわゆる「事前通知条項」）を明記した念書（いわゆる「地主承諾書」）が広く用いられるようになると、今度は、その念書（事前通知条項）の効力如何という形で裁判上争いが持ち上がるようになったのである。多くの下級審裁判例が集積していた中で、最高裁判第一小法廷平成二二年九月九日判決は、念書（事前通知条項）の効力を認め、通知を怠った地主の損害賠償責任を肯定した。

本稿では、従前の裁判例・学説を整理した後（二）、最高裁判平成二二年判決を分析・検討した上で（三）、この問題を、近時、抵当権者の担保価値維持請求権を被保全権利とする所有者の不法占有者に対する明渡請求権の代位行使を認めた最高裁大法廷平成一一年判決および債権質設定者の担保価値維持義務を正面から論じた最高裁判平成一八年判決⁽¹⁰⁾を契機に活発に議論がなされるようになってきた「担保価値維持義務」論⁽¹¹⁾という視点から最高裁判平成二二年判決の再検討を試みたいと考えている（四）。

二 従前の裁判例および学説

（一）従前の裁判例

従前の裁判例は、(1)念書（事前通知条項）が用いられていない時期の裁判例、(2)念書（事前通知条項）の効力が争われた裁判例に分けることができる。

(1) 念書 (事前通知条項) が用いられていない時期の裁判例
地主の承諾書の中に前記のような事前通知条項がないケースについては、次の二つの判決 (①判決、②判決) がある。

① 東京高裁昭和五六年九月二四日判決 (明渡請求認容)⁽¹²⁾

【事案】

土地賃貸人 (原告・被控訴人) が賃借人の賃料不払いによる債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除し、建物所有者である賃借人 (被告・控訴人) に対して、建物収去土地明渡を請求した事件であり、抵当権者は被告・控訴人の補助参加人となっている。

【判決】

「賃貸借契約締結後、賃借人が借地上建物に (根) 抵当権を設定しても、賃貸人が借地上建物の (根) 抵当権者を完全に知るとは至難であるから、……土地賃借人の地代不払いを理由に賃貸借契約を解除しようとする土地の賃貸人が、信義則を根拠に抵当権者に対する催告義務を負うという合理的理由はない。」「権利の濫用であると非難することは当たらない。」

② 東京地裁昭和五六年一〇月三〇日判決 (明渡請求認容)⁽¹³⁾

【事案】

土地賃貸人 X (原告) が賃借人 Y (被告) の賃料不払いによる債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除し、建物所有者である賃借人 (被告) Y に対して、建物収去土地明渡を請求した事件であり、根抵当権者は被告 Y の補助参加人となっている。賃貸人が、根抵当権の設定に承諾を与えている。

【判決】

「……建物の抵当権者に対し、事前に賃料の支払状況などについて何らかの連絡をしなければならぬものではない」。
「……賃貸人と建物の抵当権者との間にこれを制限するような特別の定めがあるなどの事情があれば格別、借地人のみの帰責事由による解除の場合まで、建物抵当権者の地位について配慮しなければならないことは、衡平を失し、妥当ではない。」

「本件では……、土地の賃貸人であるXが、抵当権設定に承諾を与えていることを窺知できるが、これは、賃貸人が抵当権設定の事実を知らないとして苦情を持ち込んだり、賃貸人と借地人との合意によって賃貸借契約を解約し、建物を収去するような事態を防ぐ趣旨にでたものと推認することができ、Xのした右承諾は、借地人であるYの賃料不払を理由とする解除に際し、抵当権者に対して何らかの連絡をする義務まで付加するものとは到底考えられない。」

①判決は、「土地賃借人の地代不払いを理由に賃貸借契約を解除しようとする土地の賃貸人が、信義則を根拠に抵当権者に対する催告義務を負うという合理的理由はない」と判示し⁽¹⁴⁾、②判決は、土地賃貸人が抵当権設定に承諾を与えていることを窺知できる場合であっても、賃料不払解除に先立って抵当権者に何らかの連絡をとる義務まで付加するものではないとしている。

そこで借地権担保について議論がなされた平成三年の借地借家法改正と前後して、銀行融資実務では、単なる承諾書ではなく、前記のような事前通知条項を明記した念書が用いられるようになり、その念書（事前通知条項）の効力如何という形で裁判上争いが持ち上がるようになった。

(2) 念書（事前通知条項）の効力が争われた裁判例

紛争類型としては、(ア)明渡請求訴訟等において解除の効力が争われた類型と、(イ)事前通知義務違反として損害賠償請求の可否が争われた類型が存する。

(ア) 解除の効力が争われた類型

ほとんどの裁判例は、原則として、解除の効力を認めて、明渡を認容している (a) および (b)。解除の効力を制限するものは二つの裁判例のみで、(c) 権利濫用に該当するとの構成、(d) 信託関係を破壊していないとの構成によっている。

(a) 念書の効力を否定する (法的義務ではないとする) 裁判例

これには、まずは、(a) 通知は法的な義務ではないゆえに、通知をしなくても、解除の効力発生の障害事由となるものではないとする裁判例 (③ 判決、④ 判決、⑤ 判決) が存する。

③ 東京地裁平成七年八月二五日判決 (明渡請求認容)⁽¹⁵⁾

【事案】

土地賃貸人 X (原告) が賃借人の賃料不払いによる債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除し、建物所有者である賃借人 Y (被告) に対して、建物収去土地明渡を請求した事件であり、抵当権者 Z は被告の補助参加人となっている。「土地賃貸契約を解除する場合は、あらかじめ Z に通知する」旨の承諾書が交付されている。

【判決】

「法的な義務として負担することを内容とする契約が成立したものと解することはできない。」

④ 東京地裁平成八年三月二五日判決 (明渡請求認容)⁽¹⁶⁾

【事案】

甲地と乙地の土地賃貸人 (原告) が甲地賃借人 A と乙地賃借人 B の賃料不払いによる債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除し、建物所有者である賃借人 A の破産管財人および B (被告) に対して、建物収去土地明渡を請求した

事件であり、根抵当権者（信用金庫）は被告の補助参加人となっている。「賃借人の賃料延滞等の事実が発生した場合には根抵当権者に通知する」旨の通知条項が記載された承諾書が、土地賃貸人から信用金庫に差し入れられている。

【判決】

「右の事実関係の下においては、……たとえ本件承諾書に自ら署名・捺印したものであるとしても……通知を法的義務として負担することを内容とする契約が成立したものと解することはできない。」

⑤ 東京地裁平成一一年六月二十九日判決（明渡請求認容）⁽¹⁷⁾

【事案】

甲事件は、抵当権者Xが原告となり、土地賃貸人Yを被告とした借地権確認請求事件。乙事件は、建物収去土地明渡請求事件で、抵当権者は被告の補助参加人となっている。「当該根抵当権存続中に、本件土地の賃料の延滞又はその他の理由により土地賃貸借契約を解除しようとする場合には、あらかじめXに通知する」旨記載された承諾書が差し入れられている。

【判決】

「右事前通知義務から生じる具体的な効果についての定めは記載されていない」、「対価を何ら出捐していない」、「賃料支払義務の履行状況を掌握する何らの手立ても講じていない」、「Xの得た利益とYの負担との間には著しい不均衡がある」ことから、「本件承諾書をもって、Yに根抵当権者たるXの利益を保護するために積極的に賃借権の保存に協力すべき法的義務が生じたなどとは到底解することはできない」。「……通知義務を負うものとしても、通知をしなれば賃貸人の賃借人に対する解除権の行使が許されなくなるような法的効果を伴うものとは解されない」。「信頼関係破壊の有無を判断する際に考慮すべき特段の事情に当たらないことは明らかであるし、本件解除の効力発生の障害事由となるものでもない。」

(b) 法的義務であることは認めるが、解除の効力には影響しないとする裁判例

次いで、(b) 法的義務ではあるが（その限りで損害賠償の余地はあるが）、解除の効力には影響しないとする裁判例（⑥判決、⑦判決）が存する。

⑥ 大阪地裁平成七年一〇月五日判決（明渡請求認容）⁽¹⁸⁾

【事案】

土地賃貸人（原告X）が賃借人（被告Y₁）の賃料不払いによる債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除し、建物所有者である賃借人に対して、建物収去土地明渡を請求した事件であり、根抵当権者Zは被告の補助参加人となっている。「担保契約が存続中に地代を延滞したり、その他の理由によってXが賃貸借契約を解除する場合は、あらかじめ貴金融機関Zに通知します」との記載のある承諾書をXおよびY₁の連名で差し入れている。後にY₁が本件建物をY₂に譲渡担保に供しているので、Y₂も被告とされ、Y₁については建物収去・土地明渡、Y₂については建物収去・土地明渡が命じられている。

【判決】

「……土地賃貸借契約並びにその解除というのは、あくまでも賃貸人である者と賃借人である者との間の法律関係であって、これらの者が賃貸借契約に付随して契約外の第三者に対して本件事前通知のごとき義務を負担するに至ったとしても、それによって当然に賃貸借契約当事者間の権利義務に異同を生じ、本件で言えば解除の要件が加重されるに至るものとは解することができない。もちろん契約の当事者間で第三者に対する義務を賃貸借契約の要素として組み入れ、たとえば解除にあつた要件を当事者間においても加重することも可能ではあるが、原告Xがした本件補助参加人Zに対する承諾は、そのような当事者間における賃貸借契約の内容を変更するまでのものとは認められない。」

「よってXがZに対する事前の通知をすることなくした本件賃貸借契約解除の意思表示は、補助参加人Zに対する関係で事前通知義務違反として損害賠償の対象となる余地があるとしても、賃貸借契約の当事者間における解除の効果そ

のものには影響がないと言わなければならない。」

⑦ 東京地裁平成九年一月二八日判決（明渡請求認容）⁽¹⁹⁾

【事案】

土地賃貸人X（原告）が賃借人Aの賃料不払いによる債務不履行を理由として土地賃貸借契約を解除し、建物所有者である建物買受人Y（被告）に対して、建物収去土地明渡を請求した事件であり、抵当権者Zは被告Yの補助参加人となっている。補助参加人Zは、本件土地の賃貸人である原告Xに対して、地代不払い等借地権の消滅もしくは変更を来すようなおそれのある事実の生じた場合には補助参加人Zに通知すること、本件賃貸借契約の解約もしくは内容の重大な変更を行おうとする場合は、あらかじめ補助参加人Zの承認を受けることなどを要請し、原告Xは、これに応じて、その旨記載した承諾書に署名押印して補助参加人Zに差し入れた。

【判決】

「地代不払いや無断転貸など借地権の消滅もしくは変更を来すおそれのある事実の生じた場合又はこのような事実が生じるおそれがある場合は、原告X及びAは補助参加人Zに通知するとともに借地権の保全に努める（四項）。」

「同項のうち、借地権の保全に努めること自体は、努力義務を定めたに過ぎないといふべきであるが、同項所定の事実の発生等を通知すべき義務は、単なる努力目標とか徳義上の義務と解するわけにはいかず、補助参加人Zと原告X及びAの間の本件合意に基づく義務という他ない。」（本件承諾書に署名押印して補助参加人Zに差し入れたことをもって「本件合意」としている。）

「右通知義務懈怠は、補助参加人Zに対する関係では義務不履行によって責任を招来する余地があるといふべきであるけれども、そうであるからといって、直ちに、通知義務を怠ってされた本件解除が効力を生じないことになるわけではない。けだし、Xの右通知義務は、Zとの間の本件合意に基づき同人に対して負担する契約上の義務に過ぎず、XのZに対する右の不履行がXのAに対する解除権の発生・行使に当然の影響を及ぼすものとは解されないからである。」

「本件合意の趣旨は、借地権の消滅等による担保価値の減少の結果抵当権者である Z が損害を被るおそれがあることから、同人に対し、それを回避する機会を与えることを目的とするものと解される。X が本件合意による通知義務に違反した結果 Z が借地権の消滅等を来すおそれのある事実の発生を知らないまま借地権が消滅したことにより損害を被ったような場合、Z から X に対して右損害の賠償を求めうる余地があることは別論、前記のような本件合意の趣旨から直ちに、通知義務の懈怠により本件解除自体が効力を有しないものと解することはできない……。」

下級審裁判例の動向としては、(a) 念書によって通知を法的義務として負担することを内容とした契約が成立したと解することはできないとする裁判例 (③ 判決、④ 判決) から、(b) 通知義務を合意に基づく法的義務であることとは認めながらも、あくまでも賃貸人 (土地所有者) が抵当権者との間の合意に基づいて抵当権者に対して負担する契約上の義務に過ぎないので、いくらその義務の不履行があったとしても、賃貸人と賃借人との間の賃貸借契約の解除の効果には何らの影響を及ぼすものではないとする裁判例 (⑥ 判決、⑦ 判決) に移行してきたと分析できる (⑤ は中間的位置づけ)。その点は、損害賠償の可否が争われた後述の裁判例 (⑩ 判決、⑪ 判決、最高裁平成二二年の一審判決、原審判決) においても踏襲されている。

以上から、賃貸人が抵当権者への通知義務を怠っても、賃貸借契約の解除の効力には影響しないとするのが、下級審裁判例の原則といえるが、例外的に、事案によっては、解除権の行使や解除の効力を制限する裁判例も存する。

- (c) 解除が権利濫用に該当し無効であるとした裁判例
 解除の効力を制限した裁判例として、(c) 権利濫用に該当すると構成する判決がある。

⑧ 東京地裁平成一〇年八月二六日判決（賃借権確認請求認容）⁽²⁰⁾

【事案】

抵当権者Xが原告となって、借地人Aに代位して、賃貸人の地位の移転により新賃貸人となった被告Yに対して、地代滞納を理由とする解除の無効を主張し、賃借権の確認を請求した事例である。旧賃貸人Bが原告Xに差し入れた承諾書には、「地代の遅延などの理由により、契約を解除しようとする場合は、予め貴社に通知します」との条項が明記されていた。

【判決】

「右事前通知義務は、あくまで土地賃貸人と地上建物の抵当権者との関係において認められるのであって、土地賃貸借契約の当事者間のものではないから、抵当権者に対する事前通知を欠いたままでされた土地賃貸借契約の解除が、すべての場合において、その一事をもって直ちに無効ということはできない。」

「……被告Yは、本件土地を売買によって取得し、賃貸人の地位を承継したものの、賃貸借契約の存続を前提として、地代の徴収を行おうとする意図はなく、もっぱら、所有の建物について不動産競売が開始され、借地権の保全に熱意と関心の薄れた賃借人の三か月間にわたる地代の滞納を待って、抵当権の担保価値として重要な部分を占める借地権を失わせ、もって抵当権者に打撃を与える目的をもって本件解除を行ったものとみるほかない。そして、被告Yは、本件賃貸借契約が存在することを当然の前提として、本件土地をいわゆる底地としての対価をもって取得したと推認できること、被告YとAとの間に、三か月分の地代の滞納のほかは、両者の信頼関係を破壊するような事情が窺えないこと、その滞納地代も、被告Yが執行裁判所に上申書を提出した直後に、原告Xが代わって供託していることなどの事情を総合考慮し、さらに前述のように、本件において、被告Yは原告Xに対して事前通知義務を負っているとみられることを勘案すると、本件解除は、権利の濫用に該当し、無効とすべきである。」（控訴後和解）

(d) 信賴關係を破壊していないとして解除が無効であったとした裁判例
次いで、信賴關係を破壊していないとして解除が無効とした裁判例がある。

⑨ 東京高裁平成八年十一月二六日判決 (明渡請求棄却)⁽²¹⁾

【事案】

土地賃貸人Bの相続人X(原告・被控訴人)が、賃借人Y(被告・控訴人)に対して建物収去土地明渡請求をなした。信用金庫Aは被告・控訴人の補助参加人。Xの被相続人Bは、「この土地に賃借人が所有する建物をAの担保に差し入れても何等異議ありません」との旧承諾書を差し入れていたが、Xが相続をする際に、AはXから新承諾書を取り直している。新承諾書には、借地人が所有建物を担保に差し入れるについて、地主があらかじめ承諾する事項が不動文字で記載されている。その事項の一つが、「万一土地の所有者が変わる場合及び借地人の賃料延滞その他の債務不履行など借地契約の存続に影響を及ぼすような事実が発生した場合には、抵当権者に通知すること」であった。Xの被相続人Bは、平成五年三月～六月分の賃料不払いに基づいて、Yに七月二日条件付解除の意思表示をなした。Aへの通知はなされていぬ。Aは、平成六年四月二〇日に滞納分賃料を提供・供託し、以降の賃料も供託している。

【判決】

「以上の事実関係によって考えると、……前示の事実関係を総合してみれば、賃貸借契約における信賴關係を破壊するに足りない特段の事情があるものというべきであり、結局、亡Bによる本件賃貸借契約解除の意思表示は効力を生じないというべきである。」

例外的に、抵当権者への通知を欠いた解除権の行使や解除の効力が制限されるとする裁判例には、権利濫用に該当するとするもの(⑧判決)と、信賴關係を破壊していないと構成するもの(⑨判決)が存した。この中では、

特に⑧判決に注目しておきたい。同判決は、原則として、下級審裁判例の動向に従い、通知義務は、あくまで土地賃貸人と地上建物の抵当権者との関係において認められるのであって、土地賃貸借契約の当事者間のものではないから、通知義務を怠ったからといって、土地賃貸借契約の解除の効力に影響はしないとの立場に立ちつつも、例外として、解除が無効と判断される余地を認めた。法律構成は、権利濫用によるものであるが、事案の特殊性としては、土地を売買によって取得し、賃貸人の地位を承継したものの、賃貸借契約の存続を前提として、地代の徴収を行おうとする意図はなく、もっぱら、所有の建物について不動産競売が開始され、借地権の保全に熱意と関心の薄れた賃借人の三か月間にわたる地代の滞納を待って、抵当権の担保価値として重要な部分を占める借地権を失わせ、もって抵当権者に打撃を与える目的をもって本件解除を行ったものとみるほかないとの事情が認定されている。

(イ) 損害賠償請求の可否が争われた類型

最高裁平成二二年判決に先立って、損害賠償請求の可否が争われた裁判例として、⑩判決およびその控訴審判決である⑪判決が存する。

⑩ 東京地裁平成五年八月二七日判決（損害賠償請求棄却・錯誤無効⁽²²⁾）

【事案】

被告Yら（夫婦）は本件土地を所有し、A会社は本件土地を賃借して本件建物を所有していたところ、原告XはA会社との間の信用金庫取引上の債権を担保するため、A会社から本件建物に根抵当権の設定を受けたが、その際に地代不払等借地権消滅を来すおそれのある事実が生じた場合には原告Xに通知する旨の念書の差入れを受けていたにもかかわらず

らず、YがXへの事前の通知なしに地代不払を理由に土地賃貸借契約を解除してしまった結果、建物が取り壊され、根抵当権が消滅し債権回収が不能になった。そこで、Xが、被告Yらおよび相続人である被告Zらに対し、通知義務の不履行による損害賠償を求めた。強制力を伴う通知義務を負担する契約（通知義務負担契約）の成立および効力が争点となった。

【判決】

「Yらは通知義務を負担することを承諾する旨の意思表示をしたと認めるのが相当であり、これにより右契約が成立した」。

「本件念書はAが敷地の借地権を有していることを確認するためのものであり、本件念書の差入れにより何ら義務を負担することはなく、第四項の通知義務についても好意で通知をしてやってもいいという程度の認識を有していただけであって、本件通知義務には強制力があり、これに違反すれば損害賠償義務に転じる可能性があるものであることの認識まではなかったと認められる。右第四項の文言自体あいまいなところがあり、原告からその意味するところについて何らの説明も受けなかったYらが右のような認識しか持たなかったとしても無理からぬ面がある。そうすると、Yらは、本件通知義務は強制力があり、違反すると損害賠償義務に転化する可能性があるという性質を有するものであることを知っていたならば、本件念書に署名押印しなかったものと推認されるから、Yらのした通知義務を負担する旨の意思表示には、その重要な部分に錯誤があったとすべきであり、したがって、本件通知義務に関する契約は無効であるというほかない。」

⑪ 東京高裁平成六年八月三〇日判決（損害賠償請求棄却・時効消滅²³）

【事案】

⑩ 判決の控訴審判決である。

【判決】

「右通知義務に違反した場合に、控訴人Xの根抵当権の目的の一部又は全部が失われ、Xに損害が生じ得べきことはこれを容易に認識し得るものであって、前記のとおり、Yらが本件念書への署名捺印に際し、右通知義務を負うに至ることを理解していた以上、……Yらのした右通知義務を負う旨の意思表示には要素の錯誤があるとは到底いえない。」

「……Yらは、本件通知義務を負っているものといえることができ、本件土地の賃借人(A)が賃料の支払を怠った事実を知った以上、その事実をXに通知すべきであり、本件賃貸借契約の解除まではこの事実を通知しなかったことは、本件通知義務に違反するものであって、Xに対し、右通知義務違反により生じた損害を賠償すべき責任を免れない。」

「Yらが負担する本件通知義務につき商法の規定が適用される以上、右通知義務不履行による損害賠償債権についても、商法の規定が適用されるから、右損害賠償債権の消滅時効期間は、商法五二二条により五年である。」

「右通知義務を怠ったことよってXの担保権の一部又は全部が消滅することを認識していたものとも窺い得るから、Yらの右行為は、Xに対し、不法行為を構成するものと解される。」

「しかし、……不法行為による損害賠償請求権は、それが認められるとしても、……時効によって消滅しているものというべきである。」

⑩判決は、通知義務に強制力があり、違反すれば損害賠償義務に転化する可能性があることを知っていたならば、念書に署名押印しなかったとして錯誤により通知義務に関する契約を無効とした。⑪判決は、要素の錯誤ではないとし、通知義務違反として損害賠償責任を免れないとしたが、損害賠償債権につき消滅時効の援用を認めたと。よって、後述する最高裁平成二二年判決の第一審判決および原審判決は、念書に係る合意に基づく通知義務の違反につき債務不履行責任としての損害賠償責任を認容した最初の下級審判決といえることができる。

(二) 従前の学説

(1) 賃貸人の通知義務（念書のない場合）

(ア) 肯定説

念書がなくても、当然に通知義務を負うとする少数説が存する。

利益調和説（鈴木説）は、「貸地人と抵当権者との利益の調和の見地から、解除の前提として抵当権者への催告が必要である」とする⁽²⁴⁾。

質権設定擬制説（竹屋説）は、借地上建物への抵当権設定と同時に賃借権の質入れがあったと擬制し、賃借人から賃貸人に対して賃借権の質入れを通知しておけば、質入れを賃貸人および第三者に対抗することができるので、賃貸人は、抵当権者（質権者）および賃借人それぞれに賃料の履行を催告した後でなければ、土地賃貸借契約の解除はできないことになるとするが、他方では、抵当権者は賃料債務について、併存的債務引受か、不可分債務を負うと構成する⁽²⁵⁾。

(イ) 否定説

しかし肯定説はきわめて少数であり、多数説（サイレント・マジョリティ）は、賃貸人は一般的に地上建物の抵当権の存在を知り得る立場にはないことから、通知義務を課することはできないと判断していると思われる⁽²⁶⁾。

(2) 念書による通知義務の効力

従前の学説は、主として解除を念頭において、念書（事前通知条項）の効力が、解除権の行使に影響を及ぼすか否かを論じていた。

(ア) 原則肯定説（鎌田Ⅱ澤野説）

原則肯定説（鎌田＝澤野説）は、合意内容が公序良俗ないしは強行法規に反する不合理なものである場合を除き、ある法律効果の発生・不発生（またはそれについての対抗可能・不能）を当事者間の合意により何らかの条件にかからしめることは自由であるとの理解を前提に、通知義務が定められた以上、当事者の意識としては、通知しなければ解除できない（対抗できない）と考えるのが通常であり、かつ通知は簡単な行為であることから、当該特約による通知義務に違反した場合には、解除の効果を抵当権者に対抗することができないと解する余地があるとする。⁽²⁷⁾

(イ) 原則否定説（升田説）

これに対して原則否定説（升田説）は、同念書の意義・機能は、抵当権者が本来、自己の責任で行うべき担保物の管理を、土地の所有者に対して「肩代わり」させる点にあり、抵当権者にとってのみ利益があり、他方、土地の所有者にとっては、何らの利益もなく、一方的に、きわめて長期間にわたって重大な義務だけを負わせることになるので、土地所有者による賃貸借契約の解除を制限する効果を求めることは理論的にも実態面からも妥当でないとする。⁽²⁸⁾

(ウ) 制限肯定説

損害賠償については、⑩⑪判決以降、意識的に論じられるようになり、抵当権者は、解除の効力の制限とは別に、念書を差し入れた土地賃貸人に対して、念書（事前通知条項）が有効であれば、通知義務の不履行に基づく損害賠償を請求でき、さらに有効・無効を問わず、一定の要件の下、不法行為に基づく損害賠償を請求する余地はあると指摘されていた。⁽³⁰⁾

さらに、後述の最高裁判平成二二年判決以降は、通知義務の法的性質についてより精緻な議論が展開されている。第二次的義務説（三林説）は、通知義務念書は、「抵当権者と、土地賃貸人・土地賃借人たる建物所有者との

間で取り交わされる契約」であるから、それによって賃貸借当事者間の権利義務の異同が生じ、解除の要件が加重されるものではないとする。すなわち、「通知義務念書の主目的が、借地上建物を抵当にとつた場合の担保管理の一手段である点を重視すると、抵当権者は、抵当権設定者で建物所有者である借地人に対して担保を設定したのであって、本来、担保の利益を受ける土地賃借人に対し、担保物を適切に維持・管理して借地権を消滅させないようになすべき義務を負わせると共に、借地人の賃料支払い状況など借地契約の解除にかかわる情報を提供させるべく義務づけるべきであり、これに対して、土地賃借人は、一片の念書により、無償で、かつ、長期にわたり、片務的に通知義務のみを負わせる点を重視すると、抵当権のいわば対立当事者というべきであって、その意味で第二次に位置づけられるべき義務であるから、通知義務念書に解除の肯否まで影響を与えると解するのは妥当でない。それゆえ、本判例（後掲最高裁平成二二年判決・片山注）の示した判断基準は、あくまで損害賠償の場合に限定して判示したものと捉えるべきである」とする。⁽³¹⁾

信義則説（亀井説）は、「抵当権者が地主の契約違反を主張するには、抵当権者としても、地主が承諾念書の内容を認識したうえで、解除の意思表示を行うように配慮したことが前提になると考えられる」とし、「承諾念書の内容から、抵当権者と地主を一般的な『契約当事者間』とみることは妥当ではなく、一般的な信義則の支配する関係として扱うことは合理性がある」とする。⁽³²⁾

三 最高裁第一小法廷平成二二年九月九日判決

(一) 判決の概要

【事案の概要】

(1) Y₁およびその子Y₂が、それぞれ各一筆の土地（以下、「本件各土地」という。）を所有していたところ、不動産の賃貸借等を目的とする会社Y₃（Y₁が代表者）は、平成八年九月一日、Y₁およびY₂から、本件各土地を賃借し、同年十二月二日、訴外Aに対し、スーパーマーケット事業の用に供する建物の所有を目的として本件各土地を転貸した（以下、この契約を「本件転貸借契約」³⁴という。）。Aは、同月三日、本件各土地上に建物（以下、「本件建物」という。）を新築した。

(2) X銀行は、平成一四年七月三十一日、XのAに対する銀行取引等に係る債権を担保するため、本件建物に極度額を五〇〇〇万円とする第一順位の根抵当権（以下「本件根抵当権」という。）の設定をAから受けたが、本件根抵当権の設定に先立つ平成一四年六月二十五日、Aに対し、「借地に関する念書」と題する書面を交付し、これにY₁らの署名押印または記名押印を得るよう求めた。Y₁は、同日、Aから上記書面を受領し、Y₁において、上記書面に記載された条項の一部につき修正を求めた。Y₁らは、同年七月五日、Aから、Y₁の求めに応じて修正がされた書面（以下「本件念書」という。）を受領し、これに署名押印または記名押印をした上、同月八日、Aを介してXに交付した。

(3) 本件念書は、あて先をXとし、Y₂、Y₁、Y₃およびAをそれぞれ甲、乙、丙および丁とし、Xが本件建物に根抵当権の設定を受けることをY₁らが承諾する旨の条項のほか、「丁の地代不払い、無断転貸など借地権の消滅もしくは変更を来たすようなおそれのある事実の生じた場合またはこのような事実が生じるおそれのある場合は、甲、乙、丙および丁は貴行に通知するとともに、借地権の保全に努めます。」と記載された条項（以下「本件事前通知条項」という。）を含む数個の条項で構成されている。

(4) Xは、本件念書を受領するに当たり、Y₁らに対して直接本件念書の内容、効力等について説明をしたり、Y₁らの意思確認をしたりしたことはなく、本件念書は、原本一通が作成されただけで、写しがY₁らに交付されることはなかった。また、本件念書を差し入れることにつき、Y₁らがXから対価の支払を受けたことはない。

(5) Aが、平成一七年一二月二七日、再生手続開始の決定を受け、平成一八年一月分以降の地代を支払わなかった

め、 Y_3 は、同年六月一六日、Aに對し、地代不払等を理由に本件転貸借契約を解除する旨の意思表示をし（以下、この解除を「本件解除」という。）、同月二三日、本件建物を収去して本件各土地を明け渡すことをAに求める訴訟（以下「別件訴訟」という。）を提起した。

(6) Y_1 らが、Aの地代の不払が生じていることを知りながら、これを本件解除に先立ってXに通知しなかったため、Xは、別件訴訟係属中である平成一八年九月五日に Y_3 から訴訟告知を受けて初めて地代不払の事実を知った。

(7) Xは、別件訴訟に補助参加することなく、別件訴訟については、平成一八年一二月八日、 Y_3 のAに對する請求を全部認容する旨の第一審判決（以下「別件判決」という。）が言い渡され、同月二九日、別件判決が確定した。⁽³⁶⁾ 別件判決に基づいて平成一九年四月下旬に本件建物が収去され、本件根抵当権が消滅した。⁽³⁷⁾

(8) そこで、Xは、本件念書をもって、 Y_1 らが、Aの地代不払などその借地権の消滅を来すおそれのある事実が生じた場合にはXに通知をし、借地権の保全に努める義務を負う旨を約したにもかかわらず、同義務を怠ったため、本件各土地の転貸借契約がAの地代不払を理由に解除され、本件建物が収去されて上記根抵当権が消滅し、Xが損害を被ったと主張して、債務不履行等による損害賠償請求権に基づき、一五〇〇万円および遅延損害金の支払を求め、本件訴訟を提起した。⁽³⁸⁾

【第一審判決および原審判決】

第一審判決は、本件念書による本件合意が成立したことは明白であるとして、その効力について、① Y_3 らが対価を得ておらず、また、Xが承諾書の控えを交付していないことは事実であるとしても、これにより本件合意の効力が否定されるいわれはない点、②本件念書については、 Y_3 らがその修正を要求した経緯があり、また、本件念書の文面も理解が困難とはいい難いのであって、Xが本件合意の説明をしなかったからといってその効力を否定することはできない点、③ Y_3 らは、通知の時期・方法等の指定がなく、不履行による責任についても記載がないというが、通知の時期が地代不払等により本件借地権消滅のおそれがあるときであることは文面上明らかであり（通知の方法の指定は、ことの性質上、

無用といふべきである。)、また、合意に違反すれば損害賠償の義務が生じることも自明である点から、いずれも本件合意の効力を否定する理由とはならないとする。

さらにY₃らの、Xによる本訴請求が訴権の濫用であるなどの主張についても、①Xが本件転貸借契約の賃料不払を知ったのは、既に本件解除がされ、別件訴訟事件が提起された後のことであって、この時期に同事件にAのため補助参加する意味はほとんどない点、②Xが本件借地権の保全を図る努力をしなかったことを認めるに足りる証拠はない点、③Y₃らは、Xから損害賠償の予告の通知を受けながら、Aとの合意のもとに別件訴訟事件を終結させて全部勝訴の別件判決を取得し、これに基づいて本件建物を収去したものであるし、Y₃らが訴外B(本件建物の入札において劣後した買受希望者)と意を通じて本件解除に至ったこともうかがわれるところである点などの諸事情を考慮すれば、Xの本訴請求が訴権の濫用であるとは到底認めることができないとした。

以上から、第一審は、Y₃らには本件合意による通知義務を怠った債務不履行があり、各自、これによりXが被った損害を賠償する責任があるとし、本件建物の鑑定評価額(三〇〇〇万円)を基準に、他に極度額が同じ第一順位の根抵当権が存することから、Xの根抵当権は一五〇〇万円の担保価値を有していたとし、担保価値維持の経費を差し引いて、Xは九八〇万円の損害を被ったとして、Y₃らに九八〇万円の損害賠償および遅延損害金の支払を命じた。

原審は、Xの損害額は九八〇万円であるとの第一審の判断を支持しつつも、「Y₃らは、本件合意により、本件借地権の消滅のおそれがある場合、Xへの通知義務を負っていたものであるが、Xの本件根抵当権の被担保債権である貸金債権の債務者及び根抵当権設定者、本件建物所有者はAであり、Y₃らは、本来、Xに対して保証債務を含め何らの債務を負う者ではなく、かえって対立当事者ともいふべき者である。したがって、Xとしては、本件借地権ひいては本件根抵当権の維持のために本件借地権消滅のおそれを把握するについては、基本的にAからの報告や自らのAないしY₃への問い合わせにより行うべきであり、Y₃らの報告に主として依拠するべきものではない。」との基本的理解の下、以下の事情を考慮し、Y₃らの過失相殺の主張を入れて、Y₃らに本件合意における通知義務の懈怠があるとはいえず、本件借地権ひいては本件根抵当権の喪失については、その大半がXの責めに帰すべき事由によるものとし、八割の過失相殺を認めて、

損害賠償額を一九六万円に減額した。考慮点は、①本件合意においては、XからY₃らへの対価の支払のない片務的なものである上、Xは、本件合意をした際、Y₃らへは本件合意の内容について何ら説明せず、本件念書の控えすら交付していないのであるから、Y₃らの通知義務に関する認識が明確ではないものと考えられ、Y₃らに多くを期待すべきではなかった点、②Aの賃料不払が、民事再生申立ておよび銀行取引停止に伴うものであり、しかも平成一八年二月ころにはY₃の意向に反して私的入札を実施し、本件建物等を譲渡しようとしていたことから、単に賃料不払が生じたのみならず、Y₃とAとの信頼関係に異常が生じており、Y₃らから見ると、賃料不払をXに通知して、賃料代払等を求めてまで本件転貸借契約を維持させるべきかどうか逡巡される事案であった点、③Xは、従来、Aのメインバンクであり、その経営状態については相当の知識があったと考えられるところ、本件建物の賃料が不払となるおそれが現実的にあるものと考えることが可能であり、AないしY₃らに本件建物賃料の支払状況および今後の支払の見通しを問い合わせるなどして、自ら本件借地権ひいては本件根抵当権を維持するために必要な情報を取得するべきであったが、これを行わなかったと認められ、これを行っていたら、必要な情報を容易に得ることができたという点である。Y₃ら上告。

【判決】

「本件念書は、数個の条項で構成され、そのうちの本件事前通知条項には、本件各土地に係るAの借地権の消滅を来すおそれのある事実が生じた場合は、Y₁らは、Xにこれを通知し、借地権の保全に努める旨が明記されている上、Y₁らは、事前に本件念書の内容を十分に検討する機会を与えられてこれに署名押印又は記名押印をしたというのであるから、Y₁らは、本件念書を差し入れるに当たり、本件事前通知条項が、Y₃においてAの地代不払を理由に本件転貸借契約を解除する場合には、上記の地代不払が生じている事実を遅くとも解除の前までにXに通知する義務を負うとの趣旨の条項であることを理解していたものといわざるを得ない。

そうすると、Y₁らは、本件念書を差し入れることによって、上記の義務を負う旨を合意したものであり、その不履行によりXに損害が生じたときは、損害賠償を請求することが信義則に反すると認められる場合は別として、これを賠償

する責任を負うというべきである。このことは、Y₁らが、本件念書の内容、効力等につきXから直接説明を受けておらず、本件念書を差し入れるに当たりXから対価の支払を受けていなかったなどの事情があっても、異ならない。

そして、Y₁らが不動産の賃貸借を目的とする会社等であること、Y₁らが本件念書を差し入れるに至った経緯、Y₃が本件転貸借契約を解除するに至った経緯等諸般の事情にかんがみると、XがY₁らに対して上記の義務違反を理由として損害賠償を請求することが信義則に反し、許されないとまでいうことはできず、Xの過失をしん酌し、Y₁らが上記の義務を履行しなかったことによりXに生じた損害の額から、八割を減額するにとどめた原審の判断は相当というべきである。」

なお、宮川裁判官の補足意見は、本件事前通知条項に基づく通知義務を法的義務であると解することは、借地権付き建物の担保取引の実情に即し相当であるとし、他方、賃貸人である土地所有者を長期にわたり対価もなく法的に拘束することとなり、実質的にみて公平ではなく、不合理ではないかという疑問があり得るであろうが、通知義務を法的義務と解することが賃貸人にとって均衡を失して不利な事態となることはまれであり、それでも残る問題は、信義則、過失相殺の法理により適切に対応できるとする。

(二) 本判決の分析

(1) 本判決の判断枠組み

(ア) 本判決は、最高裁として初めて、借地上建物に抵当権を設定する際に金融実務上慣行として行われている念書（事前通知条項）の効力を正面から論じて、賃貸人等が通知を怠ったことにより抵当権者に損害が生じた場合には、通知義務の不履行として損害賠償責任を負うとした。正確には、賃貸人等により差し入れられた「念書（事前通知条項）」自体の効力を論じているわけではなく、念書の差入れによって、通知義務を負う旨の「合意」を認定できるか否かを問題としている点には、注意を要する。

(イ) その「合意」の認定には、①借地権の消滅を来すおそれのある事実を通知し、借地権の保全に努める旨が明記されていること、②事前に本件念書の内容を十分に検討する機会を与えられてこれに署名押印または記名押印をしたことの二点があれば足りるとし、その際、念書の内容や効果等についての抵当権者からの直接の説明の有無、対価の支払の有無は、無関係であるとした点が重要である。すなわち、最高裁の判断枠組みによれば、「合意」が認定されれば、通知義務違反に基づく損害賠償責任を負うのが原則となる⁽³⁹⁾。

(ウ) よって、「合意」をなしたにもかかわらず損害賠償責任を負わないとされる場合は例外である。被告(貸人等)は、原告(抵当権者)が損害賠償を請求することが信義則に反すると認められる事情を、特段の事情として主張・立証することによって責任を免れる。信義則違反の判断に際しては、①貸人等の属性(業者か否か)、②念書を差し入れるに至った経緯、③賃貸借(転貸借)契約を解除するに至った経緯が考慮される。本件では、Y₁らが不動産の賃貸借を目的とする会社である点(①)、Y₁らが念書の修正を要求しXが応じている点(②)、Y₃らはAとの合意のもとに別件明渡訴訟を終結させ、建物を収去するに至った点(③)から、信義則違反には当たらないと判断された。

(エ) さらに、原告の過失相殺事由を広く認定し、大幅な減額を認めて、調整が図られる。本件ではXがAのメインバンクであるにもかかわらず本件建物賃料の支払状況等モニタリングを怠った点から八割の過失相殺を認められた原審判決が支持されている。補足意見にもあるように、金融機関に担保管理・保全のために積極的な行為を要求するものである⁽⁴¹⁾。

(2) 本判決の評価

評釈等における本判決の評価は二分されている。一方では、「本件のような金融機関と事業者取引のみならず、

住宅ローンなど定型的かつ大量取引においても生ずるから、本判決の判断基準、および、損害賠償額については過失相殺で調整するという方法は、基本的判断枠組みを支持できる⁽⁴²⁾と肯定的に評価するものも存するが、他方では、「賃貸人が業者ではなく、また事前の説明もなく、検討する機会も与えられずに念書に署名させられたような場合にも、その拘束力を認めることが合理的かは甚だ疑問である」とし、「賃貸人の事前通知義務が、無償、片務で、継続する義務であり、書面が賃貸人の手元に残らないのが通常の状態であることを考慮すると」、賃貸人を免責すべき場合もあると考えるべきだとの批判的な評価もなされている⁽⁴³⁾。さらに、本判決自体が、「承諾念書の法的効力が認められるのは、きわめて限定された場合でしかないことを示唆していると解すべき」と分析するものも存する⁽⁴⁴⁾。

しかし、通知義務ありとの原則の適用範囲はかなり広いと分析すべきであろう。独立した財産として借地上建物の担保価値が高いことを鑑みると（実質的な借地権担保の法的保護という政策的な配慮からも）、土地所有者（賃貸人）としては、抵当権者の存在が明らかであり、かつ事前通知が容易である限り、まずは抵当権者に通知してから、解除をすべきであるし、通知義務を課することが一概に加重であるともいえない。事前通知が困難な事情（抵当権者の所在不明、長期間の放置等）が存する場合、損害賠償を請求することが信義則に反すると認められる特段の事情として認定されると思われる。実際には、抵当権者の担保管理（モニタリング）の懈怠が競合するであろうから、過失相殺が認められるケースがほとんどだと予測される。だからといって、賃貸人の通知義務違反が不問に付されてよいということにはならない。ただ、賃貸人に無償で長期にわたる義務負担を課すことは、明らかに合理的な経済活動の範囲を逸脱している。本判決を嚆矢として判例法により通知義務違反の効力が確認され、かつ要件が明確化されるに伴って、融資実務において、相当な対価（承諾料・委託料）の支払、写しの交付⁽⁴⁵⁾（ひいては合意書の作成）が慣行化することが期待されるところである。

四 結びに代えて——担保価値維持義務の視点から

(1) 近時の「担保価値維持義務」論の展開

筆者はかつて、⁽⁴⁶⁾ 抵当権者の担保価値維持請求権を被保全権利とする所有者の不法占有者に対する明渡請求権の代位行使を認めた最高裁大法廷平成一一年判決⁽⁴⁷⁾および債権質設定者の担保価値維持義務を正面から論じた最高裁平成一八年判決⁽⁴⁸⁾を契機に活発に議論がなされるようになってきた。「担保価値維持義務」論について、以下のよう
な現状分析を行った。⁽⁴⁸⁾

設定者が、自己の所有する有体物（不動産・動産）ではなく、自己の権利を債権担保の目的にする場合がある。民法典は、「権利質」について、「質権は、財産権をその目的とすることができる」（三六二条一項）との定めを置く。具体的には、債権質、特許権質、信託受益権質などが想定される。その他、権利を担保の目的とする例としては、地上権・永小作権への抵当権の設定、⁽⁴⁹⁾ 転質・転抵当などが挙げられる。さらに、借地上の建物に抵当権が設定される場合についても、⁽⁴⁹⁾ 抵当権の効力が借地権にも及ぶとされるが、借地権自体が借地契約の解除等によって消滅することを想定すると、⁽⁵⁰⁾ 借地上建物の抵当権も事実上無価値となるので、同様の問題が起り得る。

これらを仮に「権利の担保」と総称するならば、「権利の担保」においては、設定者が担保目的である権利を放棄するなど、設定者の意思によって、容易に担保目的である権利を消滅・変更することが想定される。

そこで、放棄については、権利の放棄を自由になし得ることを前提とした上で、担保権者に放棄を対抗できないとか、第三者の権利を害することができないなどの規定（地上権・永小作権を目的とする抵当権につき三九八条、信託受益権を目的とする質権につき信託法九九条など）や、担保権者の承諾を得た場合のみ権利を放棄できるとの規定（特許権を目的とする質権につき特許法九七条一項など）が置かれている。

さらに、債権質や転質・転抵当については、条文は存しないが、解釈論として、設定者は、放棄、免除、相殺は許さず、それらを行っても質権者に対抗できないとか、⁽⁵¹⁾原抵当権者は、原抵当権を消滅させてはならないなどとされてきた。これらは一般に「設定者の拘束⁽⁵²⁾」と呼ばれる。

以上を踏まえて、最高裁判平成一八年一二月二二日判決は、債権質につき、「質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと解すべきである」として、「担保価値維持義務」という概念を用いて一般的な説示をなしたのである。⁽⁵³⁾

よって、平成一八年判決の右説示の射程が、債権質（権利担保）以外の約定担保、さらには先取特権等の法定担保も含めた「担保関係」にまで直ちに及ぶとは言いい切れないであろう。⁽⁵⁴⁾ 今後は、その他の諸種の「担保」について、広く「担保価値維持義務」を觀念することが有用か否か、その法的性質（物的義務か人的義務か）および効力如何が検討されなければならない。⁽⁵⁵⁾ 先述したように、判例法理の大きな流れとして、抵当権者による設定者（所有者）の妨害排除請求権の代位行使の被保全権利として設定者に対する「担保価値維持請求権」を指定した平成一一年判決と、平成一八年判決とを連続して位置づけるならば、担保物権（物的担保関係）に基づく物権的請求権（物的義務）として、設定者に対する「担保価値維持請求権」、設定者の「担保価値維持義務」を根拠づける方向性が示されつつあると評価することも可能であろう。⁽⁵⁶⁾

他方で、以上の定型的に想定される典型担保・非典型担保における担保価値維持義務（法定の担保価値維持義務）とは別に、⁽⁵⁷⁾当事者間の特別な合意（コベナンツ）による担保価値維持義務（約定担保価値維持義務）の効力をどこまで認めるかが、もう一つの重要な課題となる。⁽⁵⁸⁾

右においても指摘したとおり、借地上の建物に抵当権が設定される場合については、抵当権の効力が借地権にも及ぶとされるので、借地権自体が借地契約の解除等によって消滅し、借地上建物の抵当権も事実上無価値とな

ることを想定すると、広く「権利の担保」の一類型として捉えて、平成一一年判決、平成一八年判決の延長線上において、平成二二年判決についても、「担保価値維持義務」論の視角から論じることが有用であるといえよう。逆に、平成二二年判決によって、「担保価値維持義務」論に新たに提供された論点は、①設定者の担保価値維持義務とは別に、設定者以外の第三者（土地賃貸人）につき担保価値維持義務が認められるか否か、②定型的に想定される典型担保・非典型担保における担保価値維持義務（法定の担保価値維持義務）とは異なり、当事者間の特別な合意（事前通知条項を含む念書に基づく合意）による担保価値維持義務（約定担保価値維持義務）が認められるか否かの二点である。以下、この点を検討したい。

(2) 「担保価値維持義務」論から分析した最高裁平成二二年判決

まずは、担保価値維持義務の視角から、最高裁平成二二年判決を分析するに際しては、そもそも本件紛争（第一審）の実態が、抵当権者（X）の、設定者（A）および土地賃貸人（Y₁ら）を両被告とする担保価値維持義務違反に基づく損害賠償請求訴訟であった点が確認されるべきである。⁵⁹すなわち、第一審では、設定者（A）も被告とされており、Xは、A（訴訟承継人被告管財人）に対しては、根抵当権設定契約に基づく担保価値維持義務または民事再生規則一条二項に基づく重要事項周知義務もしくは民事再生法三八条二項に基づく公平誠実義務の違反を責任原因として、債務不履行または不法行為に基づき、損害賠償を求めている。第一審判決は、「本件根抵当権は、本件建物及び本件借地権を目的として設定されたものであり、本件転貸借契約が賃料不払いその他の事由によって解除され、本件建物が収去されることとなった場合、本件根抵当権が消滅することによって原告が本件建物等について有する担保価値相当額の損害を被ることは自明であるが、それと同時に、本件建物等の担保価値を維持することは、Aにとっても債務弁済の原資を確保することとなるのであるから、その利益となるもので

ある。また、賃料支払の有無というのも、特に、本件のように別件再生事件の開始決定がされたときは、Xその他の金融機関においてもその事実の確認に困難が伴うのに対し、当該賃借人であるAにおいては、自らの賃料不払いゆえ当然これを知悉しているし、かかる解除事由が発生したことをXに通知するのも極めて容易な措置である。以上のとおり、本件担保価値を維持することはAの利益となり、賃料不払いの解除事由が発生したことをXに通知するのもたやすい措置であることを考慮すると、Aは、少なくとも別件再生事件の開始決定がされた後、Xに対し、本件合意による義務のみならず、本件根抵当権設定契約に付随する信義則上の義務として、本件転賃借契約に係る平成一八年一月分以降の賃料を支払っていないことを通知する義務があつたといふべきである。」と判示して、A（訴訟承継人被告管財人）に対して、金四九〇万円および遅延損害金の支払を命じている（確定⁶⁰）。

よって、最高裁判平成二二年判決は、「Y₁らは、本件念書を差し入れることによって、上記の義務を負う旨を合意した」と判示し、通知義務の根拠を、おそらく抵当権者Xと土地賃貸人Y₁らとの間の「合意⁶¹」に求めているものと推測されるが、あくまでも第一次的に担保価値維持義務を負うのは設定者Aであることを前提とした上で第三者である土地賃貸人Y₁らの義務を観念すべきであろう。一步踏み込んでいうならば、設定者Aの担保価値維持義務は第一次的な主たる担保価値維持義務であり、第三者である土地賃貸人Y₁らが負うのは、第二次的な補充的な担保価値維持義務（あるいは担保価値維持協力義務）と分析することも可能ではないか。⁶²

かかる視角から、改めて本件念書を分析するならば、原審が認定したところによると、「本件念書は、あて先をXとし、Y₂、Y₁、Y₃およびAをそれぞれ甲、乙、丙および丁とし、Xが本件建物に根抵当権の設定を受けることをY₁らが承諾する旨の条項のほか、『丁の地代不払い、無断転賃など借地権の消滅もしくは変更を来たすようなおそれのある事実の生じた場合またはこのような事実が生じるおそれのある場合は、甲、乙、丙および丁は貴行に通知するとともに、借地権の保全に努めます。』と記載された条項（以下『本件事前通知条項』という。）を含む

む数個の条項で構成されている」のであり、土地賃貸人Y₁らの単なる「事前通知条項」というよりも、より広く設定者Aおよび土地賃貸人Y₁らの「担保価値維持条項（借地権保全条項）」と分析されるべき内容であることが分かる。

仮に右のように設定者の担保価値維持義務を基本として、本件念書の差入れを分析するならば、抵当権者と土地賃貸人との間に債務を発生させる債権契約（合意）ではなく、担保価値維持に協力する意思、換言すれば、抵当権者と設定者の担保関係を前提とした上でそれに加入する意思であり、拘束力の根拠は、単なる「（債権的）意思」ではなく、「担保関係を前提とした意思」に求められるように思われる。

設定者以外の第三者が担保価値維持への協力義務を負う場合として、法律上当然に協力義務を負うケース（法定協力義務）と意思表示によるケース（約定協力義務）とが想定される。前者の例として、債権質設定における第三債務者（民法三六四条）、抵当権処分における主たる債務者（民法三七七条二項）、後者の例として、本件念書や代理受領における奥書（承諾）⁽⁶³⁾を挙げることができよう。

義務違反の主要な効果としては、(a)義務違反を導く行為の対抗不能（民法三九八条、同三七七条二項、同四二四条の法意）および(b)損害賠償（民法四一五条、同七〇九条、同七一九条）が想定される。⁽⁶⁴⁾平成二二年判決においては、解除は争われておらず、損害賠償請求の可否のみが争点とされたが、今後は、義務違反を導く行為の対抗不能についても論じておく必要があるろう。

古くから、土地賃貸人と賃借人との合意解除による賃貸借の終了は、建物抵当権者に対抗できないとされてきた⁽⁶⁵⁾が、その根拠は必ずしも明らかにされて来なかった。今日的には、合意解除が、設定者（賃借人）の担保価値維持義務違反を導く行為ゆえに、抵当権者に対して対抗できないと解することができよう（民法三九八条類推）。

債務不履行解除については、解除の意思表示をすること自体が、賃貸人の担保価値維持協力義務違反を導くわ

けではないので、原則として、解除が対抗できないという効果を帰結することはできず、もっぱら解除による借地権の消滅を前提として、事前通知義務違反として損害賠償責任が問題となるのみである。⁽⁶⁶⁾

ただ、債務不履行解除であっても、担保価値維持義務を負う設定者（賃貸人）が賃貸人と共謀して、意図的に不履行状態を作出した上で解除させる場合や、もっぱら担保価値維持協力義務を負う賃貸人が意図的に賃料不払を通知せずに不履行状態を確保しつつ解除するような場合には、解除すること自体が担保価値維持（協力）義務違反を導くとして解除が対抗できないとする余地は存するであろう（民法四二四条の法意、同三七七条二項の法意）。⁽⁶⁷⁾

以上のように、最高裁判平成二二年判決は、①設定者の担保価値維持義務とは別に、設定者以外の第三者（土地賃貸人）につき担保価値維持（協力）義務が認められるか否か、②定型的に想定される典型担保・非典型担保における担保価値維持義務（法定の担保価値維持義務）とは異なり、当事者間の特別な合意（事前通知条項を含む合意）に基づく合意による担保価値維持義務（約定担保価値維持義務）が認められるか否かの二点において、「担保価値維持義務」論の新たな側面に光を照射する重要な判決と位置づけることができる。平成一一年判決、平成一八年判決を含めた判例法理の解明につき、今後の議論の深化が期待されるところである。

(1) 鎌田薫・澤野和博「借地関係と担保」稲葉威雄他編『新借地借家法講座②紛争解決手続・借地編2』（日本評論社・一九九九年）二三〇頁以下に詳しい。

(2) 宇津木旭「借地権担保の要請と実務界の現状」ジュリ八〇三号（一九八三年）二三頁など参照。

(3) 最三小判昭和四〇・五・四民集一九卷四号八一頁は「建物所有権に付随し、これと一体となつて一の財産的価値を形成しているものであるから」、効力が及ぶと解している。

(4) 柚木馨・高木多喜男『担保物権法「第三版」』（有斐閣・一九八二年）二五八頁は、借地権を「従たる権利」として、民法八七条二項を類推適用する。

- (5) 宇津木旭「借地権、借家権の担保」西村宏一他編『現代借地・借家法の法律実務「Ⅱ」』(ぎょうせい・一九九四年)一六三頁、一六六頁など参照。
- (6) 大判大正一四・七・一八新聞二四六三号一四頁。転貸借に関して、賃貸借契約が合意解除された場合には、賃貸人は合意解除を転借人に対抗することができず、転借人の権利は消滅しないとする判例法理(大判昭和九・三・七民集一三卷二七八頁、最判昭和四八・九・七民集二七卷八号九〇七頁)と平仄が合っている。さらに判例は、借地上建物の建物賃借人に対しても、土地賃貸借の合意解除は対抗できないとするが、そのことは、「民法三九八条、五三八条の法理からも推論することができるし、信義誠実の原則に照らしても当然のこと」であると説明する(最一小判昭和三八・二・二一民集一七卷一号二一九頁)。
- (7) 平成三年法において、借地権の担保化が見送られた経緯につき、法務省民事局参事官室『一問一答・新しい借地借家法』(商事法務・一九九二年)一四九頁以下、山野日章夫「借地権の担保化―規定新設の見送りと今後の課題」ジュリー一〇〇六号(一九九二年)など参照。
- (8) 最一小判平成二二・九・九判時二〇九六号六六頁。評釈として、藤井俊二「判批」TKCローライブラリー速報判例解説・民法(財産法)No.45(二〇一一年)、亀井洋一「判批」銀行七三一号(二〇一一年)二六頁、三林宏「判批」リマークス四三三号(二〇一一年)四六頁、片山「判批」民事判例Ⅲ二〇一一年前期(日本評論社・二〇一一年)一三六頁など。
- (9) 最大判平成一一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁。
- (10) 最一小判平成一八・一二・二一民集六〇卷一〇号三九六四頁。
- (11) 担保価値維持義務については、近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権(第二版補訂)』(成文堂・二〇〇七年)七頁、一七四―一七七頁、三四四頁、清水恵介「担保価値維持義務について」民情二五〇号(二〇〇七年)二〇―二二頁、宮崎隆博「借地上の建物に設定された抵当権の担保価値を維持する義務について」銀行七〇三号(二〇〇九年)一〇頁以下、片山『詐害行為の基礎理論』(慶應義塾大学出版会・二〇一一年)六二三頁以下など参照。
- (12) 東京高判昭和五六・九・二四判時一〇一九号七五頁(明渡請求認容)。
- (13) 東京地判昭和五六・一〇・三〇判時一〇四五号一〇〇頁(明渡請求認容)。

- (14) 賃貸人が賃貸借契約の解除につき、転借人・借地上建物賃借人に対して催告することは不要とする最一小判昭和三七・三・二九民集一六卷三三六六二頁、最一小判昭和五一・一二・一四判時八四二二七四頁と軌を一にする。
- (15) 東京地判平成七・八・二五金法一四五五号五三頁(明渡請求認容)。
- (16) 東京地判平成八・三・二五判時一五九二七三頁(明渡請求認容)。
- (17) 東京地判平成一一・六・二九判タ一〇二〇号一八三頁(明渡請求認容)。
- (18) 大阪地判平成七・一〇・五判タ九二二二二二三二頁(明渡請求認容)。
- (19) 東京地判平成九・一一・二八判時一六三七号五七頁(明渡請求認容)。
- (20) 東京地判平成一〇・八・二六判タ一〇一八号二二五頁(賃借権確認請求認容)。
- (21) 東京高判平成八・一一・二六判時一五九二七二七二頁(明渡請求棄却)。
- (22) 東京地判平成五・八・二七判時一四九二二二〇一頁(損害賠償請求棄却・錯誤無効)。
- (23) 東京高判平成六・八・三〇判時一五二五号六七頁(損害賠償請求棄却・時効消滅)。
- (24) 鈴木緑弥『借地法上巻「改訂版」』(青林書院・一九八〇年)五七六頁。
- (25) 竹屋芳昭「判批」判評四三三三三三(一九九五年)三四―三五頁。
- (26) 鎌田⇨澤田・前掲論文二四八―二四九頁、佐久間弘道『借地上建物抵当権者に地代不払いの事実を通知する』旨の貸地人の念書の効力」金法一四二四号(一九九五年)一五頁など参照。
- (27) 鎌田⇨澤田・前掲論文二四九頁。
- (28) 升田純「地主の通知義務違反と借地契約の解除」金法一六〇八号(二〇〇一年)二八頁。なお、升田説は、「賃貸借契約の解除にあたって権利の濫用、信託関係の破壊の法理論が適用されることも一般の法理論の適用上当然のことである(もともと、通知義務念書の効力、効果を認めたとしても、抵当権者に対する通知義務違反の事実のみで、権利の濫用、信託関係の破壊を認めることについては、疑問が残る。)」とし、一般条項の適用に含みを残していた(同二一九頁)。
- (29) 佐久間・前掲論文一六頁。
- (30) 升田・前掲論文二八頁は、「仮に土地の所有者と賃借人とが共謀する等し、賃貸借契約の解除を肯認させ、借地

上の建物を取り壊し、抵当権を侵害したとの特段の事情が認められる場合には、抵当権者は、不法行為に基づき損害賠償を請求することが可能である」として損害賠償請求の余地は認める。併せて、佐久間・前掲論文一七頁参照。

(31) 三林・前掲「判批」四九頁。

(32) 亀井・前掲「判批」三〇―三二頁、特に注14参照。

(33) Y_1 、 Y_2 は、平成八年九月一日、 Y_3 に対し、本件各土地を次の約定にて賃貸して引き渡し、同年十一月一四日、その旨の賃借権設定登記がされた(第一審認定)。

目的 建物所有

借賃 一月三万四一八円

支払期 毎月一五日

存続期間 平成八年九月一日から三〇年

特約 転貸ができる

(34) Y_3 は、平成八年二月二日、Aに対し、本件各土地を次の約定にて転貸して引き渡し(以下、この契約を「本件転貸借契約」といい、同契約による転借に係る借地権を「本件借地権」という。なお、この借地権は、借地借家法二四条「現行二三条」の事業用借地権である。)同月三日、その旨の転貸仮登記がされた(第一審認定)。

目的 専らスーパーマーケット事業の用に供する建物の建設所有

賃料 月額一平方メートル当たり金二四二円(ただし、その後、減額されている。)毎月末日限り翌月分払い

期間 平成八年二月二日から一五年間

特約 次の場合、催告なくして本件転貸借契約を解除することができる。

〔1〕賃料の支払を二か月以上怠ったとき

〔2〕あらかじめ被告会社の書面による承諾を得ることなく、本件借地権を譲渡、転貸しようとしたとき

〔3〕その他本件転貸借契約を継続し難い重大な背信行為があったとき

(35) Aは、平成一七年二月一九日、岡山地方裁判所に対し、再生手続開始の申立てをし(同裁判所平成一七年(再)第三号、以下「別件再生事件」という。)同申立てに伴って同月一八日までに本件建物を閉鎖し、翌平成一八年一月分

から同年五月分の賃料の不払を続けるとともに、その間、再生のための資金を調達するため、本件借地権を第三者に譲渡しようとした。Bへの売却の目途が立ち、平成一八年六月一五日付け文書にて、Y₃に対し、Bと本件建物等の売却交渉中であること、売買契約締結時に未払賃料と敷金を相殺処理し、Bとの間で転貸借契約を締結してもらいたいことを報告、依頼したが、Y₃は、同日付け文書にて、Aに信頼関係破綻を理由に本件転貸借契約を即時解除する旨の本件解除の意思表示をし、同文書は、同月一六日、Aに到達した（第一審認定）。

(36) 別件訴訟外でY₃とAとの間に交渉がもたれ、一〇月二四日付け文書にて、AからY₃に対し、本件建物の収去と本件各土地の明渡し自体には異議がないが、収去費用がないため、「1」Aが負うべき同費用を免除すること、「2」未払賃料ないし賃料相当損害金を免除することが合意されれば、第三回口頭弁論にて弁論終結となることに異議を述べない旨の提案がされ、これに対し、Y₃は、同年一月一三日付け文書にて、Y₃勝訴判決が一審で確定することを条件に、訴訟費用、執行費用、敷金との相殺後の残金についてその請求を放棄する旨の提案がされ、同提案にてAとY₃との間に合意が成立した。そこで、Y₃は、同月一五日付け文書にて、その旨を受訴裁判所に上申し、同月一七日、別件訴訟事件の口頭弁論が終結となり、同年二月八日、別件判決が言い渡され、これが同月二九日に確定した。

その間、Xは、Y₃から訴訟告知を受けたものの、Aのため別件訴訟事件に補助参加することはなかった。しかし、Xは、同事件口頭弁論終結前の同年一月一六日付け文書にて、Y₃らに対し、本件合意があることを指摘した上、賃料不払等の本件転貸借契約の解除事由が生じた場合、Y₃らには通知義務があるのにこれを怠ったとして、別件訴訟事件がY₃の勝訴となり、その判決が確定したときは、本件建物等の価値である金三〇〇〇万円の半額の損害賠償を求めるとする旨を予告した。

(37) 平成一九年五月八日現在、XのAに対する貸付債権は、合計六億五三五六万三三八四一円であった（第一審認定）。

(38) 第一審では、Aも被告とされていた。なお、Aは、本件訴訟係属中の平成一九年二月二七日午後五時、岡山地方法裁判所により破産手続開始決定がされ、被告管財人が破産管財人に選任されたことから、被告管財人がAの訴訟上の地位を承継した。Xは、Aおよびその訴訟承継人被告管財人に対しては、根抵当権設定契約に基づく担保価値維持義務または民事再生規則一条二項に基づく重要事項周知義務もしくは民事再生法三八条二項に基づく公平誠実義務の違反を責任原因として、債務不履行または不法行為に基づき、損害賠償を求めている。第一審判決は、「本件根抵当

権は、本件建物及び本件借地権を目的として設定されたものであり、本件転貸借契約が賃料不払いその他の事由によって解除され、本件建物が収去されることとなった場合、本件根抵当権が消滅することによって原告が本件建物等について有する担保価値相当額の損害を被ることは自明であるが、それと同時に、本件建物等の担保価値を維持することは、Aにとっても債務弁済の原資を確保することとなるのであるから、その利益となるものである。また、賃料支払の有無というのも、特に、本件のように別件再生事件の開始決定がされたときは、Xその他の金融機関においてもその事実の確認に困難が伴うのに対し、当該賃借人であるAにおいては、自らの賃料不払いゆえ当然これを知悉しているし、かかる解除事由が発生したことをXに通知するのも極めて容易な措置である。以上のとおり、本件担保価値を維持することはAの利益となり、賃料不払いの解除事由が発生したことをXに通知するのめたやすい措置であることとを考慮すると、Aは、少なくとも別件再生事件の開始決定がされた後、Xに対し、本件合意による義務のみならず、本件根抵当権設定契約に付随する信義則上の義務として、本件転貸借契約に係る平成一八年一月分以降の賃料を支払っていないことを通知する義務があったといふべきである。」と判示して、A（訴訟承継人被告管財人）に対して、金四九〇万円および遅延損害金の支払を命じた。A（訴訟承継人被告管財人）は控訴せず、判決が確定している。

なお被告Y₁らは、原告Xに対して、本訴請求に至るXの行為が違法であるとして、不法行為に基づく損害賠償を求めた反訴を提起している。理由は、「1」本件念書による本件合意は、不動産取引を阻害する。「2」本件念書の作成に当たり、Xは自らの労力を用いず、事後にもY₃らに意思確認をしていない。「3」Xは、Aのメインバンクとして、その財務、経営状況を熟知しながら、賃料不払の通知義務を強調し、法定解除まで規制するときとき主張をするが、社会正義に著しくもとる。「4」Xには、Aが賃料を支払わず、本件借地権が消滅するおそれのあることを認識し、別件訴訟において訴訟告知を受けながら、これに参加もせず、その後も本件借地権の保全を図る努力をしなかつたという点が列挙されたが、反訴請求は、第一審判決において棄却された。反訴については原審において控訴が棄却され、判決が確定している。

(39) 片山・前掲「判批」一三八—一三九頁の分析である。後述のように、原則のとらえ方には異論も存するところではある（亀井・前掲「判批」三〇頁など参照）。

(40) 具体的には、解除に至った経緯として、被担保債権の残額がわずかゆえ、設定者（賃借人）の賃料不払の事実を

知りながら、放置し、賃貸人が債務不履行解除をするのを待って、賃貸人に対して損害賠償を請求するような場合、あるいは念書差入れからすでに長期間が経過し、その間、抵当権者からの問い合わせも全くなく、賃貸人としては、すでに抵当権設定および念書の差入れにつき失念してもやむを得ないような場合が想定されよう。併せて、裁判例⑧参照。

- (41) 亀井・前掲「判批」三〇頁。
- (42) 三林・前掲「判批」四九頁。
- (43) 藤井・前掲「判批」五一―六頁。
- (44) 亀井・前掲「判批」三〇頁。
- (45) 片山・前掲「判批」一三九頁参照。
- (46) 最大判平成一一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁。
- (47) 最一小判平成一八・一二・二一民集六〇卷一〇号三九六四頁。
- (48) 片山・前掲『詐害行為の基礎理論』六二三―六二四頁参照。
- (49) 最三小判昭和四〇・五・四民集一九卷四号八一―一頁など参照。
- (50) 宮崎・前掲論文一〇頁以下が、未公開のものも含めて、裁判例を詳細に検討している。
- (51) 大判大正一五・三・一八民集五卷一八五頁は、質入れた預金債権につき設定者のなした相殺を無効とした。
- (52) 権利質における「設定者の拘束」につき、新田敏「民法における権利拘束の原則」法研三八卷一号（一九六五年）二二―一頁参照。
- (53) 三九八条の他、道垣内弘人『担保物権法「第3版」』（有斐閣・二〇〇八年）一一一頁は民法四八一条の類推を挙げる。なお、敷金返還請求権など条件付債権を目的とする質権推、近江・前掲書三三四頁は民法四八一条の類推を挙げる。なお、敷金返還請求権など条件付債権を目的とする質権設定契約については、質権設定契約自体に条件が付されているわけではなく、質権の効力の発生が前提となるので、設定者の充当行為につき、期待利益の侵害に関する一二八条、条件成就の妨害に関する一三〇条の直接の適用の余地はないが、ここでの担保価値維持義務は両条と趣旨において共通している。
- (54) 本判決の射程につき、山本和彦「判批」金法一八二一号（二〇〇七年）五四―五五頁など参照。

(55) 同義務についての先駆的な業績として、近江・前掲書七頁、一七四～一七七頁、三三四頁など参照。

(56) 清水・前掲論文二〇―二二頁参照。併せて、伊藤眞「倒産処理手続と担保権」NBL八七二号(二〇〇八年)七〇頁以下参照。

(57) 平成一一年判決の「担保価値維持請求権」について、抵当権者と設定者の間の抵当不動産の適切な維持管理を目的とした「特約」の存在を前提としたものではないとされていた(滝澤孝臣「判批」金法一五六九号(二〇〇〇年)九頁、八木一洋「解説」曹時五二卷九号(二〇〇〇年)二九一頁など参照)。

(58) 増担保請求権につき、増担保条項による約定の増担保請求権と法定の増担保請求権とを区別して、担保価値維持義務論との関係を論じるものとして、片山「判批」金法一八四四号(二〇〇八年)三〇頁、三二頁参照。

(59) 借地上建物に抵当権が設定されたケースにおいて、設定者の担保価値時義務違反が問われたものとして、次の裁判例がある(宮崎・前掲論文一〇頁以下参照)。

【東京地判平成九年一〇月二八日判時一六五〇号九六頁】

〈事案〉

訴外破産者Aが所有する借地上建物の根抵当権者である原告Xが、破産管財人である被告Yに対して、まずは、①Yが地代の支払義務を負っていたにもかかわらず、それを怠ったことにより、次いで、②YがXに地代の支払の機会を与える義務を負っていたにもかかわらず、それを怠ったため、賃貸借契約が債務不履行により解除され、Xの根抵当権が事実上無価値になったとして、さらに、③Yは、土地の賃貸借につき民法(旧)六二一条「賃借人の破産」に基づいて解約申入れをしない義務を負っていたにもかかわらず、解約申入れをなし、借地権を消滅させ、Xの根抵当権が事実上無価値になったとして、Yの担保価値維持義務(Xは「担保保存義務」と呼ぶ。)違反および破産管財人の善管注意義務違反を理由に、損害賠償を請求した事案である。

〈判決〉

①について。「敷地の賃借人は、その敷地上に有する建物の担保権者に対する関係でも、地代を支払って担保権の価値を減少させないようにすべきではあるが、民法は、一三七条二号において債務者が担保権の価値を減少させたときは、期限の利益を失うことを定めているにすぎず、担保価値の減少によって直ちに債務者に本来の債務以外に

損害賠償債務を発生させるものではない。担保権設定者である賃借人が、地代不払いによって、その土地上の建物の担保権者に対して損害賠償責任を負うのは、賃借人が借地権を消滅させて担保権の価値を損なわせる目的で地代を支払わず、あるいは、十分に資力がありながら、担保権の価値を損なうことを認識しつつあえて地代を支払わなかった結果、地代不払いの債務不履行によって賃貸借契約が解除され、担保力に不足が生じたような場合に限り、というべきである。」

②について。「担保権者の把握する担保価値の変動については、担保権者自身が注意を尽くすべきであり、担保権設定者である賃借人が、その土地上の建物の担保権者に対して地代の代払いの機会を与えなかったことについて損害賠償責任を負うのは、担保権設定者が担保権者に対して地代の支払状況について虚偽の事実を述べて、担保権者が代払いをする機会を積極的に奪ったような場合に限られるというべきである。」

③について。「民法三九八条を類推適用し、破産管財人は、同法六二一条に基づいて賃貸借契約を解約しても、敷地上的建物の根抵当権者に対して賃借権の消滅を對抗することはできないと解するのが相当である」としつつも、解約申入れと本件借地権消滅とは因果関係があるが、損害賠償請求は権利の濫用に当たり許されなかった。」

(60) 前注(38)参照。

(61) 三林・前掲「判批」四九頁は、「通知義務念書は、抵当権者と、土地賃貸人・土地賃借人たる建物所有者との間で取り交わされる契約」と分析する。

(62) なお、設定者の担保価値維持義務の根拠を、担保関係における信義則に求める見解が有力であるが(近江・前掲書七頁など)、さらに亀井評釈は、「承諾念書の内容から、抵当権者と地主を一般的な『契約当事者間』とみることは妥当ではなく、一般的な信義則の支配する関係として扱うことは合理性があると考えられる」として、通知義務の根拠を効果意思ではなく「信義則」に求めている(亀井・前掲「判批」三〇―三一頁)。

(63) 最三小判昭和四四・三・四民集二三卷三号五六一頁、最一小判昭和六一・一一・二〇判時二二一九号六三頁。

(64) 担保価値義務違反の効果につき、片山・前掲『詐害行為の基礎理論』六二六頁以下参照。

(65) 大判大正一四・七・一八新聞二四六三号一四頁。

(66) いずれにせよ、本判決の示した判断基準については、あくまで損害賠償の場合に限定して判示したものと捉える

べきである(三林・前掲「判批」四九頁)。

(67) 裁判例⑧東京地判平成一〇・八・二六は、権利濫用で解除を無効としたが、担保価値維持(協力)義務違反で解除が対抗できないとする余地もあろう。

(68) 民法四二四条に関しては、解除の意思表示をなすのは、第三者(賃貸人)であるから、「債務者の行為」性の問題は残るが、民法四二四条の法意においては、「担保価値維持義務」または「担保価値維持協力義務」を負う者による義務違反行為を対象とする余地は存するであろう。

【追記】本年度をもって、斎藤和夫先生が、塾法学部をご退職される。斎藤先生には、筆者が大学院の院生であった頃から、民法合同演習を通して長きにわたってご指導を賜ってきた。筆者が、法務研究科に転籍した後も、斎藤先生は、折に触れて、激励のお言葉を掛けてくださった。長年にわたる学恩に報いるには、甚だ不十分な論稿ではあるが、感謝の気持ちを込めて、本稿を斎藤先生に捧げたい。