

民事執行手続と配偶者居住権・配偶者短期居住権

その他のタイトル	The Spouse Right of Residence and the Procedure of Compulsory or Secured Real Property Auction
著者	下村 正明
雑誌名	相続法改正と「相続と取引」の枠組変容
ページ	53-78
発行年	2022-03-25
URL	http://doi.org/10.32286/00026399

民事執行手続と配偶者居住権・配偶者短期居住権

下村 正明

目次

- 1 問題の所在
- 2 配偶者居住権・配偶者短期居住権の各制度概要
- 3 不動産競売手続における用益権の処遇
- 4 配偶者居住権・配偶者短期居住権の引受け・消除について
- 5 生存配偶者に対する引渡命令・明渡猶予
- 6 物件明細書等の記載について
- 7 優先抵当権者の同意による劣後居住権への対抗力付与について
- 8 優先居住権主張の信義則違背による劣後化について
- 9 おわりに

1 問題の所在

相続法に関し、平成30年法律第72号として、「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」が成立し（平成30年7月6日）、公布された（平成30年7月13日）。

この相続法改正により、配偶者の一方が死亡した場合につき、被相続人配偶者の所有していた建物における生存配偶者の居住利益を保護するために¹⁾、遺産分割・遺贈・死因贈与により原則としてその終身存続するものとして生存配偶者に付与

1) 遺産分割上、生存配偶者が建物所有権ないし共有持分権を取得するものとする、その反面、他の遺産（とりわけ被相続人に帰属していた預貯金）について生存配偶者の取得分が小さくなる。生存配偶者が従前の無償居住利益を確保しつつ預貯金等の遺産についても相当分を取得できるためには、建物所有権ないし共有持分権でなく、これに比して評価額の小さい居住権を、生存配偶者に付与する必要がある。

される配偶者居住権の制度（民1028条以下）および相続開始後暫定的に生存配偶者に付与される配偶者短期居住権（民1037条以下）の制度が創設された²⁾。

民事執行法上、競売不動産に付着する用益権がどのように処遇されるかは、不動産執行手続のいくつかの局面において、重要な問題である。配偶者居住権制度・配偶者短期居住権制度の創設が、当該居住建物の競売による不動産執行手続の各局面に対し、どのような影響を与えるのか、はたまた与えずに済むのか、明らかにしておく必要がある。本稿は、この必要に応ずるため、先行研究に多くを負いつつ³⁾、筆者なりの見解を覚書として残すものである。

2 配偶者居住権・配偶者短期居住権の各制度概要⁴⁾

(1) 配偶者居住権

成立要件は、被相続人配偶者の死亡による相続開始時に生存配偶者が被相続人所有建物（被相続人がその配偶者以外の者と共有していた建物を除く。⁵⁾）に居住していたこと、および、生存配偶者に配偶者居住権を取得させる旨の遺産分割が成立し、またはその旨の遺贈もしくは死因贈与が被相続人配偶者によってなされたこと、である（民1028条1項）。

その効果として、生存配偶者は、その居住建物の全部について無償で使用収益

2) 法務省民事局長通達としては、「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律の施行に伴う不動産登記事務の取扱いについて（配偶者居住権関係）」（令和2年3月30日付け法務省民二第324号）が発出されている。

3) 不動産競売における配偶者居住権等の処遇に関する先行の研究として、内田義厚「配偶者居住権と不動産競売（上）（下）」金法2113号42頁以下・2115号50頁以下、同「配偶者短期居住権と不動産競売」金法2117号50頁以下、東京地方裁判所民事執行センター「不動産競売手続における配偶者居住権・配偶者短期居住権の扱い」金法2148号36頁以下などがある。本稿は、これらに多くを負う。感謝して記しておきたい。

4) 主に、山川一陽＝松嶋隆弘（編著）『相続法改正のポイントと実務への影響』（日本加除出版、2018年）、堂園幹一郎＝野口宣大（編著）『一問一答新しい相続法』（商事法務、2019年）、東京家庭裁判所家事第5部（編著）『東京家庭裁判所家事第5部（遺産分割部）における相続法改正を踏まえた新たな実務運用』家庭の法と裁判・号外（日本加除出版、2019年）による。

5) 該共有者に配偶者居住権の無償負担を強いることは正当化できないからである。

することができる権利を取得する。存続期間は、原則として生存配偶者の終身期間であり、遺産分割の協議・審判⁶⁾あるいは遺言・死因贈与に別段の定めがあるときは、その定めに従う（民1028条1項・1030条）。従前の居住範囲を超えて居住の用に供することも妨げず（民1032条1項）、必要な修繕をすることができる（民1033条1項。通常必要費は生存配偶者が負担しなければならない。民1034条1項）が、増改築や第三者に使用収益させるには、建物所有者の承諾を要する（民1032条3項）。

生存配偶者が建物の使用収益について善管注意を怠り、あるいは、第三者に使用収益させるについて建物所有者の承諾を得ていないときは、建物所有者は、生存配偶者に対する意思表示によって、配偶者居住権を消滅させることができる（民1032条4項）。配偶者居住権がその存続期間満了または建物所有者の消滅請求により消滅したときは、生存配偶者は建物所有者に建物を返還しなければならない（民1035条1項。生存配偶者が建物共有者である場合を除く。）。

配偶者居住権は、帰属上の一身専属権であることが明記される（民1032条2項、1036条・597条3項）一方、それ以上の法的性質論については、解釈に委ねられている。立案担当者はこれを説明して、「賃借権類似の法定の債権であると考えられる」という⁷⁾。

また、生存配偶者は、配偶者居住権の設定登記を備えることによって、その権利を第三者に対抗することができる（民1031条2項・605条⁸⁾）。

立案担当者によれば、配偶者居住権の第三者対抗要件は登記に限られ、建物賃

6) 遺産分割審判において生存配偶者に配偶者居住権を取得させる旨を定めることができるのは、共同相続人間に合意のある場合、生存配偶者の申出を受けて家庭裁判所が建物所有者の不利益と衡量してなお生存配偶者の生活維持のために特に必要があると認める場合に、限定される（民1029条）。

7) 堂園＝野口編著・前掲『一問一答新しい相続法』18頁。居住建物の所有者（共有者全員の一人として生存配偶者自身が含まれることもありうる。）を債務者とする。

8) 登記を備えさせる法的義務が、居住建物の所有者（生存配偶者自身を建物共有者の一人として含むことがある。堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』18頁参照。）に課せられる（民1031条1項）。

借権が賃借建物の引渡しを受けたことで第三者に対抗することができる（借地借家法31条）のとは異なっている。その理由については、「配偶者が対抗要件を取得した後に居住建物の所有権を譲り受けた者や居住建物の差押えをした債権者等の第三者は、賃借権の場合とは異なり、その存続期間中は建物使用の対価すら取得することができないこととなるため、第三者に権利の内容を適切に公示すべき必要性が高い」一方で、「配偶者居住権は、相続開始時に配偶者が居住建物に居住していたことがその成立要件とされているため、居住建物の引渡しを対抗要件として認めたとしても、建物の外観上は何らの変化もないことになり、公示手段として極めて不十分なものになるものと考えられる」と説明されている⁹⁾。かかる説明を所与のものとして無批判に受容せず、その適否を問題とすることが必要となるう。

（２） 配偶者短期居住権

相続開始時に被相続人配偶者の所有する建物に無償で居住していた生存配偶者は、配偶者居住権を取得しない場合に、居住建物の全部または一部を従前の無償使用範囲（居住以外の使用範囲を含む。）に限って無償で使用することのできる権利として、配偶者短期居住権を取得する（民1037条1項）¹⁰⁾。その存続期間は、居住建物について遺産共有持分を有する共同相続人中に生存配偶者が含まれる場合は、遺産分割による建物帰属確定日または相続開始時から6カ月経過する日のいずれか遅い日まで、また、生存配偶者が居住建物について遺産共有持分を有しな

9) 堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』19頁。

10) 最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁は、共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得てその所有建物に居住してきたという場合には、特段の事情のない限り、被相続人とその同居相続人の間に、相続開始後も遺産分割により建物の所有関係が確定するまでの間はその同居相続人が無償で建物を使用できるものとする合意があったと推認され、相続開始後はその同居相続人と他の相続人との間に、遺産分割終了までの建物使用貸借契約関係が存続する、と解した。配偶者短期居住権の制度は、この判例をベースとし、かつ、被相続人の具体的意思に依存しない法定債権として、設計されたものとされる。堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』34頁。

い場合には、居住建物取得者（生存配偶者の居住する建物の所有権を相続、遺贈または死因贈与により取得した者）がする配偶者短期居住権消滅申入れ（民1037条3項）の日から6カ月を経過する日まで、とされる（民1037条1項1号2号）。

生存配偶者が居住建物の使用につき善管注意を怠り、居住建物取得者の承諾を得ずに第三者に居住建物を使用させたときは、居住建物取得者は、生存配偶者に対する意思表示により、配偶者短期居住権を消滅させることができる（民1038条）。配偶者短期居住権が消滅したとき（生存配偶者が配偶者居住権を取得した場合を除く。）は、生存配偶者は、居住建物取得者にその建物を返還しなければならない（民1040条）。

配偶者短期居住権も、帰属上の一身専属権であることが明記される（民1041条・597条3項・1032条2項）一方、その法的性質は解釈論に委ねられる。立案担当者によれば、「居住建物取得者を債務者とする使用借権類似の法定の債権としての性質を有する」¹¹⁾。

立法上、第三者對抗要件制度は設けられていない。その理由は、「あくまで債権であり、使用借権類似の性質を有する権利として構成していること、その存続期間は短期間に限定されるのが通常であること等を考慮」した結果であると説明される¹²⁾。これまた、果たして有意の説明として成立しているのか、検討を要しよう。

3 不動産競売手続における用益権の処遇

配偶者居住権、配偶者短期居住権ともに建物用益権であるから、不動産競売手続における建物競売手続においてそれらがどのように処遇されるかをみていく前提として、不動産競売手続における用益権一般の処遇について本稿に關係する範囲で概観しておくことにする。

11) 堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』46頁。

12) 堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』46頁。

(1) 引受けと消除の分岐の原則¹³⁾

競売不動産に付着する用益権が、買受人にその負担として引き受けられるかどうかは、手続相対効の下で、対抗力の優劣により決せられるのを原則とする（民執59条2項）。すなわち、差押手続全体に対抗できる権利か否かの区別により、対抗できる用益権は買受人に引き受けられ、対抗できない用益権は売却許可決定確定時に失効・消滅する。用益権の対抗力具備は実体法の定めに従い、その優劣を競うカウンターパートはもっぱら差押債権者¹⁴⁾・仮差押債権者・担保権（優先弁済力ある担保権。不動産質権については不用益特約のあるもの。）者の最先順位のものである。

(2) 引渡命令・建物明渡猶予

(ア) 引渡命令¹⁵⁾

その占有権原が差押債権者に対抗できない（したがって買受人に対抗できない）ものである占有者に対し、売却許可決定の確定を受けて代金を完納した買受人（民執79条）は、所有権に基づく明渡請求権を取得する¹⁶⁾から、この明渡請求権を訴訟物とする明渡請求を認容する確定判決を取得すれば、執行文付与を受けて明渡し強制執行に進むことができる（強制執行の性格上、占有者に任意の明渡しを期待することは、一般に困難である。）。

しかしながら、訴訟による債務名義取得の煩瑣を買受人の負担に帰せしめることは、買受動機を著しく減退させ、不動産執行制度自体を機能不全に陥れかねない。そこで、所有権に基づく明渡請求権を表示する簡易型債務名義として、競売手続に付随する略式手続としての決定手続による引渡命令の制度が設けられている（民執83条。買受人に占有権原を対抗できるかどうかは事件記録から判定され、

13) 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法改訂版』（青林書院、2021年）430頁以下参照。

14) ここに差押債権者とは、強制競売の執行債権者のほかに、担保不動産競売の申立債権者を含み、さらに並行実施の強制管理や担保不動産収益執行の差押債権者をも含む。

15) 中野＝下村・前掲『民事執行法改訂版』596頁以下参照。

16) 執行債務者がもと所有者であったことを当然の前提とする。

その証明責任は占有者が負担する。)¹⁷⁾。

引渡命令発令要件充足判断の規準時は、引渡命令の発令時である。その判断と物件明細書（後述（3））の記載等との一致は必要でない¹⁸⁾。

使用借権には第三者対抗力を備える方法がない（借地借家1条、不動産登記3条参照）から、使用借人は、目的不動産の売却により占有の正権原を失効せしめられ（民執59条2項）、引渡命令の相手方となる¹⁹⁾。

賃借権は第三者対抗力を備えることができる（民605条、借地借家10条・31条、農地16条参照）が、抵当権者に対抗できない賃借権に基づく占有者は、長期賃貸借権と短期賃貸借権とを問わず、売却によりその賃借権を失効せしめられる（民執59条2項）から、一般には引渡命令の相手方となる。ただし、そのうち、競売建物の占有者であって一定範囲のものについては、建物の明渡猶予が認められる（次述（イ））。

（イ） 建物明渡猶予²⁰⁾

建物抵当権は、抵当建物の競売手続開始前にその所有者がその建物の収益を図ることを妨げるものではない。たとえ建物抵当権設定登記に先立って設定されながら第三者対抗要件具備が後れ、あるいは建物抵当権設定登記に後れて設定されたために必然的に第三者対抗要件具備が後れる賃借権であっても、抵当建物の執行売却さえなければ、建物賃借人は建物占有の正権原を失うものではない。とこ

17) 引渡命令の相手方たる占有者には、引渡義務の実体的不存在を理由として請求異議の訴え（民執35条）を提起する余地が残される。なお、不動産執行によって満足されるべき執行債権（金銭支払請求権）の実体的不存在は、引渡命令が表示する請求権の実体的不存在とは別であるから、引渡命令に対する請求異議事由とはならない。

18) 例えば、占有者の賃借権が買受人に引き受けられるか否かが明らかでない場合、物件明細書の作成に際しては占有権原不明と記載され、あるいは、売却基準価額の決定に際しては買受人に不測の損害を生ずることのないように賃借権引受けとして処理された場合であっても、引渡命令発令の段階で買受人に対抗できる権原によるものと認めるに足りない占有者は、引渡命令の相手方となる。賃借権引受けとして低めに定められた売却基準価額に応じて買い受けた買受人が引渡命令を得て執行し、過分の利益を手中にする結果も生じうるが、やむを得ない。

19) 使用貸借と認定し引渡命令を肯定した例として、東京高決平成10年12月10日判時1667号74頁など。

20) 中野＝下村・前掲『民事執行法改訂版』432頁以下・606頁以下参照。

ろが、抵当建物が執行売却されるや否や、かかる建物賃借人は、一転、建物抵当権者に対抗することのできない権原に基づく占有者として、建物賃借権を失い（民執59条2項）、買受人の所有権に基づく明渡請求ないし買受人の申立てにより執行裁判所の発令する引渡命令の相手方となり、生活や営業の本拠としての建物占有を奪われることになる。このことによる建物賃借人の不利益を緩和するため、具体的には新たな生活や営業の本拠を求めるための時間的猶予を与えるため、民法は、建物抵当権者に対抗することのできない賃借権に基づいて建物を占有する者のうち、建物を現に使用または収益しており、かつ、その使用または収益を競売手続開始前に開始したものに、一律に、買受人の代金納付の時から6カ月間、建物の明渡しを猶予するものとした（民395条1項1号）²¹⁾。

明渡猶予期間中の占有はあくまで正権原なき占有であり、建物使用者は、買受人に対し、猶予期間開始時からの建物使用の適正対価額の不当利得返還義務を負う（賃借人の地位を得るのではないから、買受人に対する修繕請求等も認められない）。買受人が、その1か月分以上の支払を催告して相当期間を経過したときは、その期間内に催告に係る支払がなされたのでない限り、明渡猶予は終了する（民395条2項）。

抵当権者に対抗できない賃借人からの転貸借によって不動産を占有する者に明渡猶予が認められるかについて、見解が分かれている。抵当権者に対抗することのできない賃借人に明渡猶予が認められる場合において、その賃借人が設定した使用借権に基づいて不動産を占有する者に対して賃借人のための明渡猶予期間中に引渡命令を発することができるかどうかが問題となった事案では、東京高決平成20年4月25日判タ1279号333頁が、「前所有者が明渡しを求めることができた転借人は、常に明渡請求を覚悟しておかなければならない地位にあったのであるから、民法395条1項の保護の対象とはならない」し、「民法は、賃借人の賃借権が

21) 建物明渡猶予制度は、建物の競売手続開始後に設定された賃借権に基づく建物使用収益者であっても、その賃借権が建物の強制管理又は担保不動産収益執行の管理人によって設定されたものについて、適用される。民395条1項2号。

保護されるからといってそれを基礎とする転借人も当然に保護されるとする立場を採っていない」とした（転使用借人も原賃借人と同様の保護を受けうる地位にあると見て引渡命令の申立てを棄却した原決定を差し戻したものの）。一般論として、転借人が転賃借人であれ転使用借人であれ、賃借人に明渡猶予があるからといって、所有者からいつ明渡しを求められても仕方がない立場にある転借人までその恩恵を受けてよいことにはならない。したがって、賃借人に明渡猶予が認められ、かつ、転賃借が賃借人との関係で適法であった場合にのみ、賃借人のための明渡猶予の利益が転借人に及ぶ、と考えられる。

(ウ) 建物明渡猶予期間中の引渡命令の可否

引渡命令は、基本的に即時無条件無留保の引渡しを目的として発令されるべきものであり、執行裁判所の裁量により期限・条件・留保付きとすることはできない。

明渡猶予期間中の建物使用者に対する「明渡期間経過時を始期とする引渡命令」の申立てと発令を適法にすることができるかについては、見解が分かれる。実務は、多数説とともに、消極説をとるようである²²⁾が、明渡猶予は裁判所の裁量によるものではないことや、明渡猶予制度の適用自体の不確定が買受人に与える不利益を考慮すれば、積極に解してよいように思われる²³⁾。

22) 内田義厚・判タ1149号48頁、谷口＝筒井・前掲『改正担保・執行法の解説』37頁以下、畑一郎・判タ1123号5頁、三輪和雄・民執雑誌51号66頁、谷口園恵・新民事執行実務3号65頁、相澤眞木＝塚原聡編著『民事執行実務第4版不動産執行編（下）』（金融財政事情研究会、2018年）185頁など。明渡猶予のある建物を目的とする引渡命令の申立ての期限が一般（代金納付日から6か月）に比して延長される（代金納付日から9か月。民執83条2項かつこ書）ことを、論拠の一つとする。

23) 中野＝下村・前掲『民事執行法改訂版』606頁以下参照。消極説によれば、買受人は明渡期間経過後で代金納付日から9か月経過するまでに引渡命令の申立てをすべきことになるが、明渡猶予の有無は実は不確定であり、明渡猶予ありとの前提で6か月経過を待ってした引渡命令の申立てが、明渡猶予なき建物についての引渡命令の申立てとして期限徒過により却下される恐れもある。

(3) 売却準備における用益権の取扱い²⁴⁾

自由売買であれば、買主となろうとする者は、売買契約締結に先立つ契約交渉において、売主となるであろう者に対して目的物に関する諸情報の提供を求め、これに対して売主となろうとする者は、契約締結の意思のないことを明確に示すのであれば格別、契約交渉に応ずる以上は誠実に諸情報を提供する義務を信義則上負担し、仮にそのような義務を考えないとしても、売買契約の締結に向けて、相手方の買受動機を促進するために、あるいは事後の紛争を回避するために、求められる情報の提供に事実上努めるであろう。

しかし、執行売却は、目的不動産を所有する執行債務者の意思によらない強制売却であるから、該執行債務者に、買受希望者に向けての自発的な情報提供を期待することが、そもそもできない。そこで、執行手続の主宰者である執行裁判所が、できるだけ多くの買受希望者を募り、その間の公正な競争を経て適正な売却の実現に至るために、物件情報を提供していく必要がある。

そのために公開²⁵⁾されるのが、現況調査報告書、物件明細書、評価書²⁶⁾による、いわゆる「3点セット」である（民執62条2項、民執規則31条1項・3項）。

現況調査報告書は、執行裁判所の命令を受けた執行官が目的不動産の現況調査の結果を記して作成し、その記載は目的不動産の占有関係（占有者の表示、占有の状況、債務者以外の占有者の占有開始時期・占有権原・権原内容についての関係人の陳述・提示文書の要旨と執行官の意見）に重点を置く（民執57条、民執規則29条）。評価書は、執行裁判所の命令を受けた評価人が、不動産執行売却の実施のための評価であることを考慮し、目的不動産の価格形成上の諸事情を勘案して、目的不動産の評価額（正常価格ではなく適正価格）とその算出過程上の諸要因を

24) 中野＝下村・前掲『民事執行法改訂版』458頁以下参照。

25) 執行裁判所に備え置かれた各文書の写しを閲覧できるほか、不動産競売物件情報サイト (<https://www.bit.courts.go.jp/app/top/pt001/h01>) からPDFファイルでダウンロードすることができる。

26) 評価書の一次的役割は、執行裁判所による売却基準価額の決定に基礎を与えることである（民執60条1項）。

記載して作成する（民執58条、民執規則29条の2）。

物件明細書は、現況調査報告書・評価書が執行裁判所に提出された後、裁判所書記官が、執行記録に現れたすべての資料に基づいて、職権により作成する。買受人の負担として発生・存続する権利関係（その主たるものは、対抗力ある賃借権の存続、法定地上権の成立である。）を記載すべきことが法定される（民執62条1項）ほか、買受希望者の関心に応えるべき任意的記載事項に及ぶことを妨げない。物件明細書の記載は、既判力・形成力・公信力のいずれももたないが、買受希望者の誘引および意思決定にとってきわめて重要な役割を果たすものであることに疑いはない。

さらに、買受希望者としては、3点セット記載の情報だけでなく、競売不動産の内部を現認することを欲するのが通常であろうし、このニーズに応えることは、執行売却の奏功に向けて、差押債権者の利益でもある。そのため、民事執行法は、「内覧」の制度を設けている（民執64条の2）。

執行裁判所は、差押債権者の申立てがあれば、執行官に対する内覧実施命令を発しなければならない。ただし、占有者の占有権原が差押債権者に対抗できるものである場合、内覧実施命令を発するには、その占有者の同意を要する。占有権原がどのようなものであるかは、物件明細書等の記録のほか、内覧実施命令に執行異議を申し立てた占有者の主張立証から、明らかにされる。執行官は、知れたる占有者に対して内覧実施命令の内容を通知するとともに、内覧参加申出期間・内覧実施日時を公告し、秩序維持権を行使しながら、内覧参加の申出をした買受希望者のために内覧を実施することになる。

（4）優先抵当権者の同意による劣後賃借権への優先対抗力付与²⁷⁾

抵当権設定登記に後れて登記を備えた賃借権につき、優先する抵当権者の全員が対抗力を与えることに同意し、その同意の登記がされたときは、その賃借権は、

27) 中野＝下村・前掲『民事執行法改訂版』434頁以下参照。

抵当権者に対抗することができるものとなる（民387条）。本来は抵当権に対抗することができるできなくとも、優良賃借人の賃借権はこれを存続させることが、むしろ抵当権者の債権回収に有利と判断される場合があり（とくに収益用不動産では、優良賃貸人の存在は買受人の期待にも合致して不動産価格自体を下支えする。）、しかも、賃借人に地位の安定を得せしめるので、登記による公示を要件として、先順位抵当権者全員の同意による対抗力付与を認めたのである²⁸⁾。

賃借権設定の登記がされていること（登記以外の対抗要件では足りないとされる²⁹⁾）、賃借権登記に先立って登記を備えた抵当権を有するすべての者から同意が得られたこと（賃借人に対する一方的意思表示であり、解除条件付きであってもよい。解除条件成就の際の同意登記抹消登記手続請求も可と解される³⁰⁾）、その同意が登記されること（民387条1項。対抗力付与の効力要件と解される³¹⁾）を要し、さらに、抵当権者の同意により不利益を受ける者（転抵当権者、抵当権の被担保債権の質権者・差押債権者など）がある場合には、その者の承諾を得ることも必要とされる（民387条2項）。

28) 同意を受くべき賃借権の設定が抵当権の設定・登記に先立つと後れるとを問わない。立法の経緯につき、谷口園憲＝筒井健夫『改正担保・執行法の解説』（商事法務、2004年）40頁以下、道垣内弘人＝山本和彦＝古賀政治＝小林明彦『新しい担保・執行制度補訂版』（有斐閣、2004年）63頁以下〔小林明彦〕参照。

29) 不動産の一部の賃借については、一括借上げを登記した上で区々に転貸するなどの迂路を要することになる。

30) 複数の抵当権者の同意の一部について解除条件が成就したときの効果については、絶対的対抗力維持説（谷口＝筒井・前掲『改正担保・執行法の解説』44頁、相澤真木＝塚原聡編著『民事執行の実務第4版不動産執行編（上）』（金融財政事情研究会、2018年）451頁）と絶対的対抗力喪失説（道垣内弘人『担保物権法第4版』（有斐閣、2017年）182頁）とに見解が分かれる。優先抵当権者全員の任意の同意あってこそその対抗力付与であるならば、その一つでも欠けるに至ったときには、その一人の抵当権者が同意しないできると同様、対抗力付与は否定される、と解するのが理論的には優れるように思われる。ただし、条件事実が軽微であるなど、同意の効力を奪うに足りるだけの客観的実質を欠くと評価できるような場合については、同意の任意性の尊重と賃借人の地位安定の要請との衡量上、別論とする余地がある。

31) いつまでに同意登記されるべきかについては、法律関係の全体的な簡明と安定を欲する制度設計思想から考えると、競売開始決定に基づく差押えの発効時に先立つことが必要であり、これ以後では対抗力付与の効果を生じないと解するのが妥当と思われる。道垣内ほか・前掲『新しい担保・執行制度補訂版』71頁以下参照。

対抗力の同意付与を受けた賃借権は、その設定登記に先立つ登記を備えた抵当権者にも対抗することができるものとなる。したがって、抵当不動産が競売により売却されたときは、その賃借権が差押債権者または仮差押債権者には対抗できずして結局失効する場合を除き（民執59条2項）、買受人に引き受けられる（買受人が賃貸人の地位を承継するほかは、賃貸借の内容に変更を生じない³²⁾）。

（5）優先賃借権の信義則上の消除³³⁾

抵当権設定登記に先立って対抗要件を具備した賃借権による占有者であっても、あるいは、（抵当権者に賃借権を対抗できないが）民法395条の明渡猶予を受ける占有者であっても、代金を完納して引渡命令を申し立てた買受人に対する関係で、その占有を継続することが信義則に反する場合には、引渡命令の相手方となる。

とりわけ、物上保証の担保競売において、実行抵当権（その実行による競売開始決定を基礎として担保競売手続が追行された抵当権）の被担保債権の債務者が不動産を賃借して占有している場合には、この抵当債務者兼賃借人が自己の賃借権を買受人に対抗できる占有権原として主張することは、特段の事情がない限り、信義則に反し許されないとすべきである（東京高決平成7年10月13日東高民時報46巻1～12号31頁、東京高決平成9年10月29日判時1640号131頁など。抵当権設定登記と賃借権の設定ないし対抗要件具備との先後を問わないと解する。）。

他方、物上保証の担保競売において実行外抵当権（実行抵当権以外の抵当権）の被担保債権の債務者が競売不動産を賃借して占有している場合には、この抵当債務者兼賃借人は、自己の債務不履行を問われているのではないから、その賃借権を最先順位の抵当権者に対抗できる以上、原則通り、引渡命令の相手方とはならない。ただし例外的に、最先順位の抵当権者に対抗できる賃借権により競売不

32) 抵当権者の同意登記後に生ずる賃貸借関係変動等をめぐる諸問題については、谷口＝筒井・前掲『改正担保・執行法の解説』44頁、道垣内ほか・前掲『新しい担保・執行制度補訂版』68頁以下など参照。

33) 中野＝下村・前掲『民事執行法改訂版』603頁以下参照。

動産を占有する者であっても、この占有者の債務の担保のための物上保証として設定された抵当権の実行として競売開始決定（二重開始決定）がされたときは、抵当権設定登記と賃借権設定との先後を問わず、先行事件に基づく買受人の申立てに係る引渡命令の相手方となると解すべきである。この旨を述べる最高裁の判断³⁴⁾を、結論的に正当と考える。最先順位の抵当権者に対抗できる賃借権による占有者であれば、たとえ抵当債務者として債務不履行があっても、自己に関係のない抵当権が実行されるにとどまる限りでは、買受人に対する賃借権の主張を信義則によって封じられる理由はない。しかし、自己の債務のための物上保証に係る抵当権の実行として競売開始決定があった場合には、それが二重開始決定であってすなわちその抵当権が実行外抵当権にとどまるときでも、その競売手続は先行手続の蔭を伏流するだけで一般の競売開始決定と異なるところはない以上、実行抵当権の抵当債務者兼賃借人に準ずる地位にあると見るべきが当然である。

なお、他人名義で購入した不動産を担保に融資を受けた者が、その他人からの賃借形式を通じて居住している場合（大阪高決昭和59年6月8日判タ535号211頁）や、抵当権設定当時の所有者がその後不動産を譲渡し、執行債務者とならずに賃借占有している場合（東京高決昭和60年7月17日判タ576号95頁参照。抵当権設定後に所有権を取得し、その後譲渡した中間所有者である占有者も同様）にも、これら占有者は引渡命令の相手方となると解すべきである。

34) 最決平成13年1月25日民集55巻1号17頁。判示に曰く、「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。」と。瀬戸口壮夫・最判解説民事篇平成13年度（上）22頁以下、山本和彦・判評504号24頁以下の原決定評釈、畑一郎＝松本有紀子・金法1612号6頁以下、生熊長幸・判評512号16頁以下、古積健三郎・民商130巻6号1139頁以下など参照。

4 配偶者居住権・配偶者短期居住権の引受け・消除について

(1) 配偶者居住権についての登記手続義務は建物所有者にある（民1031条）から、配偶者居住権を取得した生存配偶者は、その登記手続請求権を迅速に行使して登記を備えることにより、買受人に対してもその居住利益を確保することができる。

問題は、登記を備えない配偶者居住権は、買受人に引き受けられなくてよいのか、という点にある。

(2) 登記を備えなければ買受人に引き受けられなくてよいのかという問題は、配偶者短期居住権において、より鮮明に顕れる。配偶者短期居住権には第三者對抗要件を具備するための制度が立法上与えられておらず、その限りでは、配偶者短期居住権を取得した生存配偶者は、買受人の所有権に基づく明渡請求ないし買受人の申立てにより裁判所が発令する引渡命令に服するのほかにないように思われるからである。しかし、果たしてそのように割り切ってよいものであろうか。

配偶者短期居住権にはそもそも第三者対抗力を認めなくてよいものとして制度設計した、というのが、立案担当者の説明である³⁵⁾。すなわち、配偶者短期居住権は、最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁の判示³⁶⁾を参考にして、「被相続人

35) 堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』46頁。

36) 「共同相続人の一人が相続開始時から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と右同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人等が貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借契約関係が存続することになるものというべきである。けだし、建物が右同居の相続人の居住の場であり、同人の居住が被相続人の許諾に基づくものであったことからすると、遺産分割までは同居の相続人に建物全部の使用権原を与えて相続開始前と同一の態様における無償による使用を認めることが、被相続人及び同居の相続人の通常の意味に合致する」

の意思にかかわらず成立する法定の債権として構成したものであり、配偶者を債権者、居住建物取得者を債務者とする使用借権類似の法定の債権としての性質を有する（第1037条第1項本文参照）。このように、配偶者短期居住権は、あくまで債権であり、使用借権類似の性質を有する権利として構成していること、その存続期間は短期間に限定されるのが通常であることを考慮して、配偶者居住権と異なり、対抗要件制度を設けることとはしていない。したがって、居住建物取得者がその居住建物の所有権又は共有持分を第三者に譲渡した場合には、配偶者は、配偶者短期居住権をその譲受人に対抗することができない。」というのである。

しかしながら、どうにも腑に落ちない。その平成8年最判は、たしかに、被相続人配偶者と生存配偶者の間の従前の関係を前提として、生存配偶者を借主とし他の相続人を貸主とする使用貸借契約関係が存続すると言うけれども、その本旨は、生存配偶者が建物を無償で使用し続けることができてしかるべきことを述べるにとどまるのではないだろうか。その判示を踏まえての立法だから配偶者短期居住権は「使用借権類似の法定債権」だとの説明を、仮にうけいれるとしても、ならばその判示は、第三者に対する関係では生存配偶者はもはや居住の正権原を主張できなくともやむを得ない、との趣旨まで含むものであったのであろうか。あるいは、その第三者が建物取得者の意思に基づく譲受人等である場合と、建物取得者の意思に基づかない執行売却による買受人である場合とで、生存配偶者の地位を同列に扱ってよいものであろうか。さらに仮にそうであるとしても、ならばその「使用借権類似の法定債権」にも第三者対抗力を付与し得ることを、解釈論の限界領域として模索することこそが必要なのではないだろうか。

第三者対抗力を備えうる配偶者居住権も、無償の建物利用権であることににおいて、配偶者短期居住権と異ならない。配偶者居住権の存続期間の「終身」たと配偶者短期居住権の存続期間の「短期」たとの差異も、前者が「賃借権類似」で後者が「使用借権類似」となることの論拠になるとは思えない。短期の建物賃

、といえるからである。」という。

借権もあれば、長期の使用借権もあるからである。そうすると、立案担当者の論法は、「配偶者短期居住権は、賃借権類似ではなく使用借権類似だから第三者対抗力をもち得ず、第三者対抗力をもち得ないから賃借権類似ではなく使用借権類似なのだ」と述べているに過ぎないように思われる。そこにあるのは、トートロジーでしかない。

やはりまず端的に、果たして配偶者短期居住権には第三者対抗力が認められなくてよいのかというところに、問題が設定されなければならない。

被相続人配偶者の所有建物が同人と同居していた生存配偶者は、自己の意思によらずに当該建物が譲渡され、あるいは執行売却された場合において、譲受人・買受人からわずか6カ月間の居住利益さえ奪われなくてはならないのであろうか。その6か月間の居住保障こそ、生存配偶者にとって死活問題なのではないだろうか。逆に言えば、建物の譲受人・買受人は、相続開始後6カ月に満つるまでのわずかな期間さえ、配偶者の居住利益を受忍することができない、あるいは、受忍するを要しないものなのであろうか。

配偶者短期居住権に登記を備える術がないのは、立法上、明らかである³⁷⁾。「短期」の居住権について、わざわざ「登記」を備えさせたいえ、その短期満了による消滅に際して登記を抹消させる、というのも、なるほど煩雑にして不経済であらう。そこはそれでよいとしよう。

しかしながら、配偶者短期居住権の基礎は、「相続開始時の生存配偶者の建物居住」にあることもまた、立法の明文上明らかである。登記を備えることができることが、配偶者短期居住権が認められるべき根拠なのでは決してない。ならば、配偶者短期居住権の第三者対抗力が登記具備に依存しなければならない理由もない、というべきではないだろうか。むしろ、配偶者短期居住権の基礎にある「居住の事実の継続」こそ、配偶者短期居住権の第三者対抗要件として認められるべきではないのだろうか。建物を譲り受けようとする者は現地現認によって生存配

37) 建物の一部を対象とする配偶者短期居住権については、登記技術上も、登記を備えさせることは容易ではない。

偶者居住の事実を知ることができる³⁸⁾、建物を執行売却により買い受けようとする者は、物件明細書に配偶者短期居住権の存在が記載され、現況調査報告書に生存配偶者の居住占有の事実が記載されているならば、それらを閲覧して、配偶者短期居住権の存在ないし生存配偶者の居住の事実を知ることができるであろう（したがって、物件明細書には配偶者短期居住権の存在、現況調査書には生存配偶者の居住占有〔または生存配偶者から目的建物を借り受けた者の利用状況〕が、それぞれ記載されるべきである。）。配偶者短期居住権は、居住占有の事実によって基礎づけられるとともに、その同じ事実をもって公示されていることになる。

そこでこの際、配偶者短期居住権は、生存配偶者の居住占有が継続する限り、第三者対抗力を認められるべきものとの解釈を提示しておきたい。したがって、配偶者短期居住権の成立した建物が不動産競売に付せられる場合、配偶者の居住占有が継続している限り、買受人はこれを引き受けるべきものと考えられる。あくまで解釈論であり、立法論ではない。

さらに、配偶者短期居住権の成立前であっても、一方配偶者が所有する建物に他方配偶者が同居する場合、そこには配偶者短期居住権の原因事実はたしかに存在するといえよう。言い換えると、その場合、建物所有配偶者の死亡により相続が開始する時には配偶者短期居住権が生存配偶者に認められることが、あらかじめ公示されていることになる。ならば、その段階で担保権が設定登記され、あるいは強制執行による差押登記がなされたときにも、その後の相続開始時に配偶者短期居住権を取得した生存配偶者は、その権利をもって担保権者・差押債権者に対抗することができ、したがって買受人は配偶者短期居住権を引き受けねばならない、と解してもよさそうである。

38) 民法1037条2項は、居住建物取得者が第三者への建物譲渡等の方法により生存配偶者の居住建物使用を妨げてはならないものと定める。しかし、これは、建物取得者に、生存配偶者の居住を妨害してはならない債務を負わせるにとどまり、建物譲渡の効力を否定する趣旨でも、建物譲受人が建物譲受けの効力を生存配偶者に対抗できないものとする趣旨でもない。堂園=野口・前掲『一問一答新しい相続法』46頁。

(3) ひるがえって、配偶者居住権についてはどうか。登記を備えさえすれば第三者に対抗することができるのだから、制度的手当ではそれで足りている、と言ってよいのであろうか。

立案担当者は、配偶者が遺産分割の審判や調停によって配偶者居住権を取得したときはその審判書や調停調書に登記手続を単独でできるように記載されるであろうからその審判書や調停調書に基づいて単独で配偶者居住権の設定登記の申請をすることができると言い、あるいは、共同申請を要する場合には生存配偶者は居住建物所有者に対して登記義務履行請求の訴えを提起してその認容確定判決に基づいて単独で登記申請をすることができる、と言う³⁹⁾。

どうやら、親族間でもめることが前提になっているようにしか読めない。それは果たして通常の事態なのか、甚だ疑問である。配偶者居住権を取得した生存配偶者とその登記請求権の相手方となる居住建物所有者とは、通常、非常に近い親族であろうから、「こういうのは登記しといたほうがええらしいねんけどもなあ。」、「おかあちゃん、そんなんわざわざ登記せんでも、おれら、おかあちゃんに家から出ていけなんて言うわけないやないかいな、登記なんておカネかかるだけやで。もったいないだけやからやめときやめとき。安心してえや。」という会話の様子が目にうかぶ。そうこうする間に、建物所有者の意思によらず、建物が執行売却手続にかかってしまうときに、ようやく、「やっぱり登記しておけばよかった」、「やっぱり登記させといてやったらよかった」と後悔するのが関の山なのではないか。少なくとも筆者には、配偶者居住権の登記が一般の取引におけると同様に淡々と具備される状況を、想像しにくいのである。立案担当者とは、住む世界がちがっているのかもしれない。

そもそも配偶者居住権の登記具備がその第三者対抗要件であり、建物賃借権と異なって「建物の引渡し」（借地借家31条）をもって第三者対抗要件としないことについては、「配偶者居住権は、無償で居住建物を使用することができる権利であ

39) 堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』19頁。

るから、配偶者が対抗要件を取得した後に居住建物の所有権を譲り受けた者や居住建物の差押えをした債権者等の第三者は、賃借権の場合とは異なり、その存続期間中は建物使用の対価すら取得することができないこととなるため、第三者に権利の内容を適切に公示すべき必要性が高い。しかし、配偶者居住権は、相続開始時に配偶者が居住建物に居住していたことがその成立要件とされているため、居住建物の引渡しを対抗要件として認めたとしても、建物の外観上は何らの変化もないことになり、公示手段として極めて不十分なものになるものと考えられる。このため、居住建物の引渡しを対抗要件とすることはしなかったものである。」というのが、立案担当者の説明である⁴⁰⁾。要するに、無償使用権であることを含めての公示が必要である、現住者への建物引渡しは建物の外観に変化を生じさせず居住権の公示に足りない、ということらしい。

それにしても、やはり納得できそうにない。買受希望者は、配偶者居住権の存在が記載された物件明細書、生存配偶者の居住占有の事実が記載された配偶現況調査報告書を閲覧できるし、閲覧するであろうし、内覧によってその事実を確認することも可能であろう。借地借家法上の建物賃借権の第三者対抗要件である「引渡し」は、引渡しの時点で完結する過去の事実であり、その後の借家人の占有継続を要素としないから、かえってむしろ、建物賃借権の公示手段として極めて不十分である。これに対し、生存配偶者現住継続の事実は、現在の事実であり、確認可能な外形的事実である。配偶者短期居住権におけると同様、配偶者居住権もまた、生存配偶者現住継続の事実によって公示され、もって第三者対抗力を取得する（配偶者短期居住権は生存配偶者現住継続の事実を第三者対抗要件とし、配偶者居住権は登記具備または生存配偶者現住継続の事実を第三者対抗要件とする）ものと解してよいのではないだろうか（したがって、物件明細書には配偶者居住権の存在、現況調査書には生存配偶者の居住占有〔または生存配偶者から目的建物を借り受けた者の利用状況〕が、それぞれ記載されるべきである。）。

40) 堂園＝野口・前掲『一問一答新しい相続法』19頁。

5 生存配偶者に対する引渡命令・明渡猶予

配偶者居住権が抵当権者に対抗できない場合、生存配偶者に建物明渡猶予が認められるか否か（明渡猶予が認められる場合には、実務の趨勢によれば引渡命令の申立て・発令が遮断され、私見によれば始期付き引渡命令の申立て・発令が許容される。）について、内田教授は、両様の考え方が可能であるとして、その考え方を次のように紹介する⁴¹⁾。すなわち、ひとつには、「配偶者居住権が賃借権類似の法定債権であると考えられることや、競売によって生活の本拠からの退去を求められることにより生じる種々の不利益を回避する必要があることは配偶者居住権に基づいて建物に居住している配偶者についても同様と考えられることからすれば、そのような配偶者も賃借権者と実質的に同視できるとして、明渡猶予制度の類推適用を認めることが考えられる」し、いまひとつには、「明渡猶予制度の類推適用を認めると、その期間中配偶者は賃料相当損害金を買受人に支払わなければならないことになるが、これは無償での使用を認めていた配偶者居住権との断絶が大きいこと、実際上も、賃料相当損害金の算定が賃借権の場合に比して困難であると考えられること、そもそも無償使用を要素とする配偶者居住権の場合に、賃貸借を前提としている明渡猶予制度を類推する基礎があるのか疑問と考えられること、明渡猶予制度の適否は、同条〔民395条〕1項1号の規定文言に照らして明確に線引きすべきと考えられることなどからすれば、類推適用は否定すべきとも考えられる」という⁴²⁾。

東京地裁民事執行センターでは、「同条〔民395条〕は、今般の改正によっても特段の手当てがされていないことや、配偶者居住権が賃借権類似の権利であるとはいっても、無償で居住建物を使用または収益することのできる権利であり、猶

41) 内田義厚「配偶者居住権と不動産競売（下）」金法2115号50頁。

42) 内田教授自身は、前者の考え方（明渡猶予肯定説）に与されるようである。内田義厚・金法2117号52頁参照。

予期間中、買受人が使用料を得ることすらできないのであれば買受人の不利益が大きいことなどを考慮すると、明渡猶予制度の類推適用はない」と考えるようである⁴³⁾。

賃借権類似の法定債権だから云々という演繹論法は、それ自体トートロジーでしかないから、この際、度外視しておく。問題は、生活の本拠の剥奪に一定の猶予期間を無償のまま与えるべきか、という点にある。生活の本拠の剥奪に一定の猶予期間を与えるべきかと問われるならば、それには是と答えるべきであろうし、その猶予期間が買受人の負担において無償のまま生存配偶者に与えられるべきかと問われるならば、それには否と答えるべきであろう。したがって、解答はおのずから、「猶予期間は与えられるべきであるが、それは適正対価額の負担を伴ってのことである」というところに帰着するほかない。配偶者居住権の無償性と明渡猶予の無償性とは直結しない（配偶者居住権の無償性と明渡猶予の有償性は矛盾しない）から、配偶者居住権が無償の居住権であるのは、もともと生存配偶者の生活に配慮すべき立場にある相続人たる居住建物所有者との関係においてのことであって、その配偶者居住権に優先する地位を取得した買受人との関係においては、生存配偶者が明渡猶予の利益を得るにつき適正対価額の負担を求められるのは、やむを得ないのではないか（生存配偶者が明渡猶予の利益をみずから放棄して建物を明け渡すのは、何ら妨げられない）。

配偶者短期居住権についてはどうか。配偶者短期居住権は使用借権類似の法定債権とされるから賃借権類似の配偶者居住権と異なり明渡猶予制度の適用対象にならない、というのは、相続開始前の賃貸借関係設定を期待し難いところにもちこむにはふさわしくない不毛の演繹論法と思われる。生活の本拠を突然に奪われるべきでないことにおいて、配偶者居住権と配偶者短期居住権との間に目的の差等はない。買受人との関係ではその無償性を主張することができないことを含め、抵当権者に対抗することのできない配偶者短期居住権を取得した生存配偶者

43) 東京地裁民事執行センター「不動産競売手続における配偶者居住権・配偶者短期居住権の扱い」金法2148号36頁以下・39頁。

にも、適正対価額の負担を伴う明渡猶予が認められるべきものと考えたい。

生存配偶者が居住建物の所有者・取得者から承諾を得て第三者にその使用をさせている場合（民1032条3項・1038条2項）には、生存配偶者に明渡猶予が認められる範囲内で、その第三者にも明渡猶予が認められてよいものと思う。

6 物件明細書等の記載について

配偶者居住権・配偶者短期居住権を通じて生存配偶者の現住継続を真正の第三者對抗要件とみるべきであるとの本稿の立場からすると、現況調査報告書への生存配偶者の占有状況（生存配偶者からの転借人の占有状況とその占有に対する建物所有者・取得者の承諾の有無）の記載、物件明細書への配偶者居住権・配偶者短期居住権の存在の記載は、必要的であることになる。買受人の引受けの対象となるべき配偶者居住権・配偶者短期居住権は、評価書において、占有減価事由となる⁴⁴⁾。

7 優先抵当権者の同意による劣後居住権への対抗力付与について

優先抵当権者全員が無償居住権の存続に同意することは通常想定しにくい、抵当権者の同意を登記以外の方法で公示できる可能性は、一層想定しにくい。したがって、抵当権者の同意の登記の前提として、居住権は必然的に登記可能な権利でなければならない。

配偶者居住権は、不動産登記法上、登記することのできる権利とされたから、

44) 配偶者居住権の価額評価につき、東京家庭裁判所家事第5部編著『東京家庭裁判所家事第5部（遺産分割部）における相続法改正を踏まえた新たな実務運用』家庭の法と裁判号外（日本加除出版、2019年）67頁以下参照。配偶者短期居住権は財産的価値を有しないとするのが実務のようである（塩野入文雄＝梶野泰子『配偶者居住権の税務詳解』清文社、2021年）48頁など参照。）が、買受人が引き受けるべきことを認める本稿の立場では、せいぜい6か月とはいえそれ故に占有減価を要しないことにはならない。

登記された配偶者居住権が優先抵当権者の同意により優先対抗力を付与されることは認められてよいであろう。配偶者居住権の登記によってその無償性も公示されるから、配偶者居住権が買受人の引受けとされても、買受人に不測の損害ということはできない。

他方、配偶者短期居住権は、不動産登記法上、登記することのできる権利とはされていないし、仮に登記可能な権利に列せられても、それは、配偶者短期居住権の暫定的性格からみて、現実的に意味のあることとはいえないであろう。そうすると、おのずから、配偶者短期居住権は、優先抵当権者の同意による優先対抗力付与の制度の適用対象とはなりえないことになる⁴⁵⁾。

ただ、優先抵当権者にとっては、配偶者短期居住権が買受人に引き受けられることによる競売建物の減価のほうが、長期安定的な無償の配偶者居住権による建物減価よりも、受忍しやすいとも思われる。優先抵当権者の同意が配偶者短期居住権自体の登記を前提としないで公示される方法があれば、配偶者短期居住権が優先対抗力を付与されてならない理由はない。なんらかの知恵がないものか、模索が求められるのではないだろうか。

8 優先居住権主張の信義則違背による劣後化について

物上保証に係る実行抵当権の被担保債権の債務者が、競売目的不動産を優先賃借人として占有する場合には、信義則に従い、該賃借権は失効するものと解されていることが、配偶者居住権について妥当するかどうかにつき、見解が分かれる。

東京地裁民事執行センターは、否定説に立って、「配偶者居住権は、賃借権類似であるとはいっても、賃借権そのものではありませんし、配偶者の居住権を確保するという配偶者居住権の趣旨や、(中略) 抵当権者は、配偶者居住権の登記があることを知った上で抵当権の設定をした者といえることからすると、実行抵当権

45) 登記可能性の有無の問題であって、賃借権類似か使用借権類似かという法的性質論の問題ではない。

の債務者であることのみをもって配偶者が配偶者居住権を主張することが信義則に違反するとまではいえず、買受人の引受けになる」と言う⁴⁶⁾。

内田教授は肯定説をとり、「配偶者居住権の法的性質につき、賃借権類似の法定債権と解するとき、配偶者居住権の主張を認めることは当該不動産の売却を困難にしたり売却価額の低下を招いたりするという点で、賃借権と共通点があると考えられるから、配偶者居住権の場合も買受人に対抗できないと解するのが相当であろう。これは、配偶者居住権が登記されていたとしても同様であると解される。」と述べる（ただし、「被相続人のみが債務者となっていて、配偶者が相続により債務を負担することになった場合には、信義則に反するとはいえないのではないか」と付け加える。）⁴⁷⁾。

たまたま債務者が生存配偶者であるからといって、債務者に与えられる信義則違背の評価が斥ける筋合いはない、と思われるから、（被相続人配偶者の債務を生存配偶者が相続して債務者となった場合は別とする点を含め）内田教授の見解に賛成する。

配偶者短期居住権も基本的には同様とみてよいと思われるが、生存配偶者の居住利益への最小限の保護という観点からすると、別異に考えるべきかもしれない。迷うところである。

9 おわりに

(1) 以上、不動産競売手続に配偶者居住権・配偶者短期居住権がどのように影響を及ぼすかにつき、簡単ながら、異説であるにちがいない見解を述べてみた。その基調にあるのは、配偶者居住権・配偶者短期居住権がまずは親族間の法律関係として成立することに、十分に配慮すべきではないか、という観点である。多

46) 東京地裁民事執行センター「不動産競売手続における配偶者居住権・配偶者短期居住権の扱い」金法2148号36頁以下・39頁。

47) 内田義厚「配偶者居住権と不動産売買（上）」金法2113号42頁以下・44頁。

数説ないし実務の趨勢は、そのウェットな家族法的特性を、あたかもドライな取引関係については行われてしかるべきような考察のなかに、埋没させているのではないか、という疑問を拭えないのである。多数説・実務に影響を与えようなどという大それた考えは毛頭持たないが、せめて、配偶者居住権・配偶者短期居住権に、冷徹に偏することのない視線が注がれるようにと、祈るばかりである。

(2) なお、配偶者居住権・配偶者短期居住権は、いずれも帰属上の一身専属権であり（民1032条2項・1041条）、執行換価の可能性を欠いている。したがって、配偶者居住権・配偶者短期居住権自体に対する権利執行は、これを行うことができない⁴⁸⁾。

48) 中野 = 下村・前掲『民事執行法改訂版』696頁。