

主 文

一 原判決中、被上告人の原審における予備的請求を認容した部分を破棄する。

被上告人の右破棄した部分の請求を棄却する。

上告人 A 1、同 A 2 のその余の上告を棄却する。

二 上告人 A 3 の上告を棄却する。

三 本件附帯上告を却下する。

四 被上告人と上告人 A 1、同 A 2 との関係では、訴訟の総費用はこれを二分し、その一を同上告人らの、その余を被上告人の負担とし、被上告人と上告人 A 3 との関係では、上告費用は同上告人の負担とし、附帯上告費用は附帯上告人の負担とする。

理 由

上告人 A 1、同 A 2 代理人伊神喜弘の上告理由第一点について所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当としては認めることができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難するものにすぎず、採用することができない。

同第二点について

1 原審が適法に確定した事実関係は、次のとおりである。

(一) 第一審判決添付物件目録(一)記載の土地（以下「本件土地」という。）、同目録(二)、(三)記載の建物（以下「本件建物」という。）は上告人 A 3（以下「上告人 A 3」という。）の所有であるところ、上告人 A 3 は被上告人との間で、本件土地、建物を共同担保として、上告人 A 3 が現在及び将来において負担すべき信用組合取引による一切の債務及び手形小切手上の債務の履行を担保するため、昭和

五三年九月二六日、極度額一億円、同五四年一一月一九日、極度額二〇〇〇万円の各根抵当権設定契約（以下「本件各根抵当権」という。）を締結し、それぞれその旨の根抵当権設定登記手続を了した。

(二) 被上告人は、昭和五四年一一月一九日、上告人A3との間で、上告人A3が負担する前記債務につき債務不履行があつたときは、本件土地、建物につき賃借権を設定できる旨の賃借権設定予約契約を締結し、その予約上の権利を保全するため、同五六六年八月一一日、賃借権設定請求権仮登記を経由した。

(三) 被上告人は上告人A3に対し、昭和五六六年一〇月二四日、九九〇〇万円を貸付けたが、同五七年一〇月四日約定による期限の利益を喪失し、残金九七九三万四四〇七円の履行期が到来し（約定の遅延損害金年二五パーセント）、更に被上告人は上告人A3振出にかかる一三通の約束手形（金額合計二六七七万円）を割引いたが、いずれも満期に不渡りとなつたため、買戻約定による右金員及び各満期から支払すみまで年一四・六パーセントの割合による損害金債権を有する。

(四) ところが、本件土地、建物には、上告人A3に対し二五〇〇万円の債権を有する上告人A1のための昭和五七年三月一二日設定にかかる同月一六日受付の第一審判決添付登記目録(三)記載の賃借権設定仮登記が、その子である同A2のための同年四月六日設定にかかる同月七日受付の同目録(四)、(五)記載の始期付賃借権設定仮登記がそれぞれ経由され、上告人A1、同A2は、右各賃借権に基づいて本件建物に入居して本件土地、建物を占有している。

(五) 被上告人は上告人A3に対し、昭和五九年三月、前記各賃借権設定予約契約に基づいて予約完結の意思表示をした上、前記各仮登記の本登記手続を求める訴えを提起し、認容判決を得て、同六一年五月二六日、右仮登記の本登記手続（以下「本件各併用賃借権」という。）を了した。

2 被上告人は、上告人らに対し、民法三九五条但書の規定に基づき本件各賃貸

借契約の解除を求めるとともに、右解除を命ずる判決が確定することを条件として、上告人A1、同A2に対し、主位的に本件各根抵当権、予備的（原審で追加）に本件各併用賃借権に基づき、上告人A3の上告人A1、同A2に対する本件土地、建物の返還請求権を代位行使して、右土地、建物を所有者である上告人A3に明渡すことを請求したところ、原審は、右事実関係に基づいて、（一）抵当権と併用された賃借権設定予約契約と仮登記あるいはその予約完結権が行使された場合の賃借権とその本登記は、世上いわゆる詐害的短期賃借権が横行している現状に対処するため、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对抗要件を具備することによつて抵当権者に対抗することができる第三者の短期賃借権を排除し、それにより抵当不動産の担保価値の確保をはかる目的のもとに設定されるものであるから、その限度においてその効力を認めるべきである、（二）そうすると、被上告人の右予備的請求は、右賃借権の目的の範囲内においてその権利を行使するものであるから、理由がある、以上のような判断を示し、被上告人の原審における右予備的請求を認容した。

3 しかしながら、原審の右判断はこれを是認することができない。その理由は、次のとおりである。

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もとになされたものにすぎないというべきである（最高裁昭和五一年（才）第一〇二八号同五二年二月一七日第一小法廷判決・民集三一巻一号六七頁参照）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、对抗要件を具備した後順位の短期賃借権を排除する効力を認める余地はないものというべきである。

4 したがつて、以上と異なり、対抗要件を具備した第三者の後順位短期賃借権を排除する目的の限度で本登記をした併用賃借権の効力を認める原審の判断は、法令の解釈、適用を誤つた違法があるものといわざるを得ず、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、この違法をいう論旨は理由があり、原判決中、原審における被上告人の予備的請求を認容した部分は破棄を免れない。

そして、原審の適法に確定した前記事実関係に照らすと、右説示に徴し、原審における被上告人の上告人A1、同A2に対する予備的請求は理由がなく、これを棄却すべきであるから、被上告人の同部分の請求を棄却し、同上告人らのその余の上告及び上告人A3の上告を棄却すべきである。

附帯上告について

附帯上告は、上告理由と別個の理由に基づくものであるときは、当該上告についての上告理由書提出期間内に原裁判所に附帯上告状を提出してすることを要する（昭和三七年（オ）の第九六三号同三八年七月三〇日第三小法廷判決・民集一七巻六号ハ一九頁）ところ、本件附帯上告理由が本件上告理由とは別個の理由（抵当権に基づく本件土地建物の明渡を認めなかつたのは違法であるとの論旨）に基づくものであること、本件附帯上告状が提出されたのは平成元年三月二八日であり、本件附帯上告状は、上告人A1、同A2に対し、本件上告受理通知書が送達された日から五〇日をこえた後に提出されたことは、記録上明らかである。したがつて、本件附帯上告は、不適法であるから、却下を免れない。

よつて、民訴法四〇八条、三九九条の三、三九六条、三八六条、三八四条、九六条、九五条、九三条一項本文、九二条本文、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官 藤 島 昭

裁判官	牧	圭	次
裁判官	島	谷	郎
裁判官	香	川	保
裁判官	奥	野	久