

抵当権に基づく不法占有の排除（二・完）

岩元裕介

目次

- 第一章 問題提起
- 第二章 実体法上の手段による対応
 - 一 実体法上の手段の整理・概観
 - 二 平成三年判決以前の下級審裁判例の動向
 - 三 最高裁平成三年三月二二日判決
 - 四 最高裁平成一年一月二四日大法院判決
 - 五 平成一年判決以降の下級審裁判例
- 第三章 執行法上の手段による対応
 - 一 執行法上の手段の整理・概観
 - 二 民事執行法の平成八年改正とその後の動向
 - 三 民事執行法の平成一〇年改正とその後の動向（以上、二六卷四号）
- 第四章 検討
 - 一 実体法上の手段
 - 二 執行法上の手段
 - 三 実体法上の手段と執行法上の手段との相互比較・役割分担
- 第五章 結語
 - 一 本稿により明らかにされた点
 - 二 残された課題（以上、本号）

第四章 検 討

一 実体法上の手段

1 問題点の整理

先にみたように、前掲「3」平成一一年判決は、①抵当権者に所有者の妨害排除請求権を代位行使して不法占有者に対して自己への明渡しを請求しうることを認め、また傍論ではあるが②抵当権そのものに基づく明渡し請求権をも認めた。

こうして実務上も、実体法上の手段が肯定されるに至ったのであるが、先に指摘したとおり、そこには大きく分けて二つの問題点がある。第一が、「価値権性」・「非占有担保性」という抵当権の本質的特性と抵当権に基づく不法占有排除肯定という結論との理論的關係が未説明である点である。そして第二が、代位構成、直接構成ともに、その要件・効果論が非常に不明確なまま残されているという点である。検討されるべき点は多岐に上るが、要件論においては①占有による抵当権侵害、②競売手続の申立の要否、効果論においては③明渡しの手相手方、という三点が特に重要であると考えられる。なぜなら、これら三点は要件・効果そのものとしても中心的であるのみならず、抵当権の「価値権性」、「非占有担保性」という本質的特性にも関わる問題であり、第一の問題点とも内的に関連しているからである。

これらの問題点の検討を前提に、「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案」として第一五六回国会に提出されて成立し、平成一六年四月一日施行された法律第一三四号の制定過程の議論をも踏まえ、⁵⁷ 抵当権に基づく明渡し請求権の明文化について卑見を述べたい。

2 抵当権の本質的特性との理論的關係

まず、第一の問題点について検討する。

従来、前掲「2」平成三年判決をはじめ否定裁判例・学説がその抛り所としてきたのが、抵当権の「価値権性」及び「非占有担保性」という本質的特性であった。そこでは、「価値権性」については、目的物の交換価値を把握するという点に力点を置いて考えられ、「非占有担保性」については、「抵当権者は抵当不動産の占有關係に干渉しうる余地はない」という命題の論拠として考えられてきたといえる。

しかしながら、まず、従来の「価値権性」の理解については、目的物の設定時における交換価値把握という点ばかりが強調され、側面的理解に偏っていたのではないかと思われる。すなわち、そもそも抵当権とは、「競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権」〔3〕平成一年判決〕であり、抵当権者はその把握した価値から優先的に弁済を受けることができる以上、その手段たる抵当権実行においても、把握しておいた分の価値は債権に充当するものとして現実に取得できなければならないはずである。

とすれば、「価値権性」については、設定時に把握した価値を抵当権実行時に現実に取得（確保）することができるという面をも内包するものとしてより積極的に構成していくべきである。

それでは、次に、かかる「価値権性」の捉え方は、設定者に使用・収益をなさしめるために占有を与えるという抵当権の「非占有担保性」と矛盾するのだろうか。

ここで留意すべきは、抵当権が設定者に金融を与えながらも彼に抵当目的物の占有を留保させる目的が、主として、設定者が金融を得ている間も本来的用法に従った使用・収益を継続できるように設定者に便宜を与えるという点にあ

つたということである。⁽⁵⁸⁾ とすれば、妨害手段としての不法な占有を排除しても、何ら設定者の本来的用法に従った正当な使用・収益権を害することにはならないのであるから、前述のような「価値権性」の捉え方は「非占有担保性」と何ら矛盾するものではないというべきである。すなわち、「**抵当不動産の占有はその所有者にゆだねられている**」ということと、「**抵当権者は抵当不動産の占有関係に干渉しうる余地はない**」ということとは、同義ではないのである。

このように考えれば、かつて「2」平成三年判決が抵当権に基づく明渡請求を否定する論拠として用いていた(i)抵当不動産の占有は設定者にゆだねられており、よって(ii)抵当権者に占有権原はなく、したがって(iii)第三者が抵当不動産を権原により占有し又は不法に占有しているというだけでは、抵当権が侵害されるわけではない、という構成は、(i)から(ii)のロジックはそのとおりであるとしても、(ii)から(iii)のロジックについては再度検討される余地があったことになる。すなわち、「**抵当権は設定者が自由に経済的用法に従って抵当不動産を使用収益しつつ、これを担保として金融を得ることのできる非占有担保である**」という**抵当権の特性**から、「**抵当権者が債権の担保として把握していた価値を抵当権実行により取得せんとするときに、執行妨害のために不法占有している第三者に対して、たとえ当初確保していた価値を現実化し得ないとしても何も口出しできない**」との結論を導くことには飛躍があり過ぎ、理論的にも実際的にも不当なのである。

したがって、**抵当権に基づく明渡請求は肯定されるべきであると解する**。

このように解した場合、明渡請求が認められるための要件、及びその効果が問題となる。そして、この要件・効果の不明確性という点が先に指摘した第二の問題点であり、実務上も「3」平成一一年判決により明渡請求が肯定されるに至ったことにより、その明確化が現実的に緊要の課題となっている。⁽⁵⁹⁾ 以下では、検討されるべき要件・効果のうち先に指摘した三点について若干の検討を加える。

3 占有による抵当権侵害

まず第一点として、「占有」による抵当権侵害という要件について検討する。

この点について「3」平成一一年判決が示した具体的要件が、第三者が抵当不動産を不法占有することにより「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」であった。そして、同大法廷判決は、その具体例として「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがある」場合を挙げる。

この「3」平成一一年判決の示した具体的要件をより精緻化していくに際し参考となる下級審裁判例がいくつか登場している。それらの裁判例の検討を通じて、「占有」による抵当権侵害という要件の内実について検討してみたい。

「3」平成一一年判決の示した判断枠組みに従いつつ、「占有」による抵当権侵害という要件の明確化を試みるその後の下級審裁判例として前掲「27」、「28」、「29」判決が重要であることは先に述べた。これらの下級審裁判例、特に「28」判決からは、「占有」による抵当権侵害という要件の内実の具体化に際し、一定の方向性を読みとることができ。同判決は抵当不動産が所有者の承諾の下に第三者に占有されているとしても「その占有者の属性や占有の態様などが、買受希望者に、買い受けた後の占有者などのトラブルを予想させ、買受けを逡巡させるものであるとか、占有に関する状況が、買受希望者の当該不動産の価額に対する評価を不当に低下させ、その結果適正な価額よりも売却価額を下落させるおそれがある場合」という具体例を示しているが、これは、おそらく「3」平成一一年判決が示した具体例である「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがある」場合を要素的に分析した上で、それを当該事例に即して慎重に敷衍した表現であると思

われる。これを「3」平成一一年判決の示した具体例と併せ検討すると、①実行手続の進行自体が困難であるか、あるいは、実行自体が困難とまではいえないとしても②売却価額が適正価額から不当に低下してしまうおそれがあるか、という二点が問題とされていることがわかる。これにより、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」という具体的要件の内実が一定程度明確化されてきたといえる。

ここで、この①実行自体の困難性、及び②適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれ、という二つのメルクマールを抵当権の本質に照らして考えてみた場合、それは先に述べた価値権概念を設定時に交換価値を把握するという面にとどまらず、その把握した価値を抵当権実行時に現実に取得(確保)することができるという面も価値権的構成の有する重要な一内容として含まれていると積極的に捉え直す私見からは、まさにこの①、②の要素は「価値権」という特性から導かれるものといえることができる。

そして、同様に抵当権の本質に遡って考えてみた場合、もう一つの特性である「非占有担保性」も要件・効果論に反映されなければならない。すなわち、「占有」による抵当権侵害に基づく明渡請求の積極要件であるとすれば、「非占有担保性」から導かれる、当該占有を排除することが所有者の経済的用法に従った正当な使用収益を妨げることにならないこと、を消極要件として要求すべきであると考ええる。

4 競売手続の申立の要否

次いで、第二点として、明渡請求に競売の申立を要件とすべきかを検討する。

この点、直ちに退去させうるわけではないこと、より実質的には、申立後には売却のための保全処分も採りうることから、申立前の利用可能性を特に期待し、申立要件を不要とする見解も強い。

しかし、単なる「占有」を越えて具体的価値低減行為に及ぶときには、従来から認められてきた妨害排除請求権なり競売開始決定前の保全処分なりで対応しうる。とすれば、ここでは、それに至らない占有状態の排除こそが問題となるというべきである。私は、抵当権をしばらくは実行する予定のないという抵当権者にこれを認める必要は原則としてないと考ええる。ことに、「3」平成一一年判決のように抵当権者への引渡しまで認めるのであれば、より慎重な配慮が要請されよう。例えば、設定者が正当な使用・収益をなす前に、暴力団風の占有屋が居座り、これに対する明渡訴訟を躊躇している場合に、直ちに抵当権者の下への引渡しを認めるのでは、設定者に留保されるべき正当な使用・収益権能を不当に害することにもなりかねない。法律第一三四号による改正前の法が予定していた一つの調和点である旧三七一条一項本文と但書との対比にも見て取れるように、換価実行への一定の接着性を要求するのが原則として妥当である。また、配当可能性をメルクマールに後順位抵当権者を排除する立場⁽⁶⁰⁾に立つ場合には、実行に程遠い段階でのその判断は困難を極めよう。

5 明渡しの相手方

第三に、効果論として明渡しの相手方をどう考えるべきかについて検討する。

この点、代位構成の場合について、「3」平成一一年判決の奥田補足意見は、受領拒絶等の事態を考慮して、抵当権者への引渡請求を認めるべきとしており、これを支持する見解も多い。もともと、実務的には、⁽⁶¹⁾ 抵当権者自身ではなく、抵当権者の指定する第三者(管理占有者)に対する明渡請求を求める要望も強いことに注意を要する。

他方、抵当権に基づく明渡請求の場合については、その非占有担保性がより正面から問題となるため、奥田補足意見も「更に検討を要する問題」として留保している。この問題は、単に効果論としてのみならず、消極要件として要件論としても問題となりうることは前述した。

この直接構成の場合については、工場抵当の事案ではあるが、抵当目的物の分離物の取戻しに関する「31」最判昭和五七・三・一二が設定者の下へ返還すべきとしての整合性が問われよう。

私は、直ちに抵当権者又は管理占有者への明渡しを原則化するのではなく、第三者が不法占有するに至った経緯、設定者に留保されるべきはずの使用・収益権能を剝奪してまで直ちに抵当権者等への引渡しまで認めるべき必要性等の衡量判断は不可欠と考える。設定者に正当な使用・収益権は留保するという非占有担保性という特性は、「2」平成三年判決のように「過大評価」されるべきものではないが、「過小評価」されるべきものでもない。少なくとも、出発点は、設定者への引渡しを原則に考えるべきではないかと思われる。

6 立法提案

以上みてきたような実体法上・執行法上の不備を立法によって解決しようと試みたのが、「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案」として第一五六回国会に提出され、平成一五年七月二五日に法律として成立し、同年八月一日に公布され、同法の附則一条に基づいて同年一二月九日の閣議における政令により平成一六年四月一日から施行されることとなった法律第一三四号である。

同法の制定過程においては、「3」平成一一年判決によって認められた抵当権に基づく明渡請求権の要件・効果を明確化するために条文の新設を求める要望も出ているところであったが、⁶²⁾同法は、同判決の趣旨を具体化する規定の新設を見送った。

その理由については様々な見方が考えられるが、同法律案の立案に際して担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案を作成した法制審議会担保・執行法制部会委員であった松岡久和教授の以下のようなコメントが参考になる。⁶³⁾すなわち、①親規定である物権的請求権の規定がないのに、派生的な一類型である抵当権に基づく物権的請求権だけ

を条文化することの可否・妥当性、②「3」平成一一年判決の射程に関して競売手続の開始が要件となるのか否かに関する意見の対立、③効果としての「管理占有」の内容の不明確性ないし多様な理解の可能性、といった点に疑義が存することに鑑みれば、今回の改正に間に合わせて条文化するのはかなり困難であり、むしろ拙速に規定を設けると同大法廷判決の内容を狭い範囲に閉じこめてしまいかえって運用を縛るおそれがあるというものである。

これに対し、同じく同部会委員であった道垣内弘人教授は、抵当権に基づく妨害排除請求権を規定する前提として物権的請求権の一般規定を置くことは必ずしも必要ではなく、三六九条をより丁寧の規定し直し抵当権の内容を明らかにすることによってその妨害排除請求権を裏から規定するという行き方を示唆する⁶⁴。もともと、かかる作業においては「3」平成一一年判決の内容を考えるだけでなく、物件管理や収益執行の在り方についての議論の成果を帰納的に取り込む必要があることを理由に、今回の改正で規定を設けることは現実的には難しいとしていた。

他方、実務家からの意見として滝澤孝臣判事は、「抵当権の効力として抵当不動産の維持・保存請求権を明文化し、請求の相手方を含め、その要件を具体的に規定しておく必要」、及び「管理占有の实体、とくに、前記した管理占有の主体、期間、費用の負担について、明文化する必要」があるとして、「3」平成一一年判決で明らかにされた解釈論を具体的、個別的な事案に展開していくためにも立法による明文化が早急に必要であるとしていた⁶⁵。

私は、先に検討したように抵当権に基づく明渡請求をめぐる要件・効果論の精緻化が未だ未成熟であること、加えて担保・執行法制の見直しが緊要の課題として実務から要求されていたことをも考え併せると、今回の改正で抵当権に基づく明渡請求権を正面からせよ裏面から(道垣内教授の行き方)にせよ明文化することは難しかったのではないかと考える。この点については、「3」平成一一年判決を前提とした「27」、「28」、「29」判決のような裁判例の集積やそれを前提とした学説の深化を待つのが本則と思われる。ただ、現時点にあっても前述の検討から以下のような方向

性を提言することは可能と考える。

まず、要件論に関しては、前述したように、先の大法廷判決が示した「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」という具体的要件の内実として、「価値権」という特性を積極的に捉え直すべきとの立場から、①実行自体の困難性、及び②適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれ、という二つのメルクマールを中心に要件化を試みるべきである。また、非占有担保性の観点から、設定者の正当な使用収益権の保護を消極要件として要求すべきことも前述したところであり、具体的にはただし書の形で織り込むべきことになると思われる。また、明渡請求権の要件として競売手続の申立を要するかの点についても、同様に非占有担保性に配慮する必要がある、法律第一三四号による改正前の法が予定していた設定者及び抵当権者の利益の一つの調和点である旧三七一条一項本文とただし書との対比を参酌して、換価実行への一定の接着性の現れとして競売の申立を要求するのが妥当と解される。このように考えても、不法占有者により抵当目的物が滅失・毀損されたりするような場合には抵当権に基づく妨害排除請求が認められることは判例上承認されており〔32〕大判昭和六・一〇・二一民集一〇巻九一三頁、〔33〕大判昭和七・四・二〇新聞三四〇七号一五頁〕問題ない。また、具体的な「価格減少行為」等がみられる場合には執行法上の手段の発令要件も満たすであろうからこれによる対処もなしうる。

次いで、効果論に関しては、最大の争点は抵当権者ないしその指定する第三者(管理占有者)への明渡請求を認めるべきかである。この点についても、非占有担保性の観点から、直ちに抵当権者等への明渡しを原則化するのではなく、第三者が不法占有するに至った経緯、設定者に留保されるべきはずの使用・収益権能を剝奪してまで直ちに抵当権者等への引渡しまで認めるべき必要性等の衡量判断は不可欠であることは前述した。とすれば、少なくとも、出発点は、設定者への引渡しを原則に考えつつ、例えば従前の経緯に照らして設定者が再び不法占有の事態を生じさせる相当の

蓋然性が認められる場合に限って、例外的に抵当権者等への引渡しを認めるべきではないかと考える。

これらを総合して考察すれば、不法占有による抵当権の実行妨害に対し現段階でなしうる立法提案としては次のように考える。

「①第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当権の実行自体が困難となり、又は適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれがあるときは、競売の申立をなした抵当権者は、第三者の占有を排除して所有者への明渡しを請求することができる。ただし、その占有を排除することによって、所有者の経済的用法に従った正当な使用収益を妨げることはできない。

②前項の場合において、従前の経緯に照らし、所有者が抵当不動産について再び不法占有の事態を生じさせるおそれ大きいときは、抵当権者は、自己又は管理占有者への明渡しを請求することができる。」

二 執行法上の手段

1 問題点の整理

不法占有による抵当権の実行妨害に対する執行法上の対抗手段については、平成八年、一〇年改正による整備が図られたものの、抵当不動産の不法占有に対し必ずしも実効をおさめ得ず、それが「3」平成一一年判決による判例変更の要因となったことは前述した。

そこで特に目を引いたのが、整備されたはずの執行法上の諸手段の利用状況の低調さであった。⁶⁶とりわけ、主体が「買受人」等（法七七条、八三条）、「差押債権者」（同五五条）、「担保権を實行しようとする者」（同一八七条の二（現一八七条））と手続主体として初期化していくにつれ利用されなくなる傾向が顕著であった。前述した法律第一三四号は、

平成八年、一〇改正でみられたような新たな保全処分の創設を中心とする行き方ではなく、現行法上の手段の発令要件の緩和や使い勝手のよさの向上を中心とする行き方を探っており、執行法上の手段の利用状況の低調さに対する問題意識が反映されている。

以下では、こうした問題意識の下、執行法上の手段の要件・効果を検討し、もって「執行法上の手段の利用状況の低調さ」という問題の原因を探るとともに、これに対する法律第一三四号による手当て、残された問題点について若干の検討を試みたい。なお、抵当目的物の換価の現実化及び適正価額での売却をなすための方途を考察するという本稿の性格上、既に買受人が現れて以降の手続となる法八三条の引渡命令についての言及は避ける。

2 執行法上の保全処分の要件論

執行法上の保全処分としては、(i)法五五条、(ii)法七七条、(iii)法一八七条(旧一八七条の二)、(iv)法六八条の二がある。まず、(i)法五五条、及び(iii)法一八七条に共通する要件として、最も重要なのが、「価格減少行為」、すなわち「不動産の価格を減少させ、又は減少させるおそれがある行為」という要件である。法律第一三四号による改正前までは、不動産の価格減少の程度について「著しく」という加重がなされていたが、前述した利用状況の低調さの一因ではないかとの問題意識から、今般の改正で削除された。もっとも、ただし書で「不動産の価格の減少又はそのおそれの程度」が「軽微」であるときは保全処分を認めないこととされている。ここでいう「価格減少行為」の具体的内容としては、目的不動産の全部又は一部の物理的損壊(建物の取り壊し、庭木の伐採、土砂の採取、造作の撤去等)、目的不動産の効用又は機能の毀損(更地上への建物建築、土砂搬入、公道への出入口封鎖等)、目的不動産の管理及び保存の懈怠(雨漏りの不修繕、施錠せず空き家での放置等)などが挙げられる。⁽⁶⁷⁾

次いで、(ii)法七七条の要件として最も重要なのが、「価格減少行為等」、すなわち「不動産の価格を減少させ、又は

不動産の引渡しを困難にする行為」という要件である。本条は、先の(i)法五五条及び(iii)法一八七条(旧一八七条の二)と異なり、申立主体の権利の要保護性が高まっていることに配慮して法律第一三四号による改正前から「価格減少行為」について「著しく」との加重はなされていなかったもので、この点での変更はない。本条特有の要件としては、「価格を減少させる」行為と選択的に掲げられている「不動産の引渡しを困難にする行為」がある。その具体例としては、更地上への建物建築、資材積み上げ行為、賃貸行為などが挙げられる。⁶⁹⁾

そして、(iv)法六八条の二の要件として最も重要なのが、「不動産の売却を困難にする行為をし、又はその行為をするおそれがあるとき」という要件である。具体的には、虚偽の賃借権、留置権の主張、目的不動産の毀損等が挙げられる。⁷⁰⁾ 本条にも法律第一三四号による改正前から「著しく」という加重要件はない。

今般の改正の結果、以上の手段すべてにおいて、「価格減少行為」等の主要要件から「著しく」という程度要件は除かれたことになるのであるが、先に述べたただし書をも考慮に入れると、改正前の運用状況と大差はないのではないかと懸念もある。⁷¹⁾ 客観的にみて具体的な「価格減少行為」等の存在を主要要件とすること自体は執行法上の保全処分として正当だと考えるが、その網にかからないように執行妨害の態様が巧妙化してきていることが、⁷²⁾ 利用状況の低調さの最大の要因だと思われる。

3 執行法上の保全処分の効果論

以上の諸手段の効果論のうち、まず発令される処分の内容としては、①禁止命令、②行為命令、③執行官保管命令、④占有移転禁止命令がある。①は価格減少行為の禁止、②は一定の行為を命ずること、③は不動産の占有を解いて執行官に引き渡し保管させること、④は不動産の占有の移転を禁止すること、をそれぞれ内容とする。従来は、③の発令が許されるのは①、②の命令違反又は①、②の保全処分では著しい価格減少行為を防止できない特段の事情の存在

が要件となっており、また④の保全処分については規定がなかった。しかし、それでは③執行官保管の保全処分の使い勝手が悪いという問題点が指摘され、⁽⁷³⁾今般の改正で命令違反等の上記要件は撤廃され、①乃至③の手段が並列的な関係に置かれることとなった。また、従来、当事者恒定効が認められていなかったため、保全処分後に占有を転々とされるとまったく実効性がなくなるという問題があった。⁽⁷⁴⁾そこで、今般の改正で当事者恒定効の付与された形で④占有移転禁止の保全処分が新設されたものである。

次いで、従来、占有者の特定が困難な事案において、保全処分の申立を可能とするため、やむなく空振り覚悟で特定できる範囲で氏名を表示して発令を受け仮処分を執行し、執行時に占有者が異なっていれば、その旨を記した執行調書を疎明資料として再度仮処分を申し立て発令を受け、再度仮処分執行しなければならぬという問題があった。⁽⁷⁵⁾

そこで、今般の改正で、「相手方を特定することを困難とする特別の事情があるとき」には、「相手方を特定しない」、つまり債務者の表示を「(仮処分執行時の)不動産の占有者」として発令することが可能となった(法五五条の二、六八条の二第四項、七七条二項、一八七条五項)。

こうした改正法による手当てにより、少なくとも、占有を転々とされることによる空振りという不安は減少したといえる。

三 実体法上の手段と執行法上の手段との相互比較・役割分担

1 相互比較・役割分担の必要性

以上みてきたように、実体法上の手段と執行法上の手段とでは、その要件・効果の上で相違があるのであるが、いずれの手段とも、あるべき抵当権の実行・換価を究極の目的としている点では相違ないのであるから、適切な役割分

担の下、それぞれの手段の十全な活用が図られる必要がある。

そこで、以下では、両手段の相互比較を行った上で、あるべき役割分担といったものを模索してみたい。

2 相互比較

まず、先にも指摘したように、抵当建物を破損させるなどして建物価値を減じるような「価格減少行為」等に直接該当しない態様・範囲での妨害行為につき執行法では対応し得ないのに対し、実体法上の抵当権に基づく明渡請求によれば、こうした態様での妨害行為にも対応することが可能となる。従来から不法占有と同じく「事実上」の障害にすぎない無効登記の抹消について判例上も承認されてきたところであり〔34〕大判昭和九・二・一七新聞三六七五号七頁）、抵当権の侵害にとつて、「抵当目的物の物理的毀損・変更」に代表される具体的な価格減少行為自体は、本質的な要素ではない。このことは、抵当目的物のごく一部が毀損・搬出される場合と、抵当不動産自体を占有屋等に不法占拠され、買受人が現れないために換価自体実行し得ない場合との対比からも明らかである。

次に、執行法上の保全処分については、発令要件として執行妨害目的の疎明が必要となるのに対して、抵当権に基づく明渡請求の場合には不要である。

また、立証の負担については、実体法上の手段による方が軽い。すなわち、執行法上の保全処分の場合、基本的に、抵当権者の側ですべて主張・立証しなければならぬが、抵当権者は、占有者の属性に関する情報（例えば暴力団関係者である等に乏しいのが一般的であり、せいぜい執行官の現況調査に頼るしかない。この点、実体法上の手段の場合、対審構造による本案訴訟となるので、ある程度の証拠を揃えて本訴を提起し、相手の反論を踏まえて再反論し、最終的に勝訴に持ち込むことが期待できる。⁷⁶

次いで、効果面に関してであるが、執行法上の手続を繰り返して有無をいわずに占有屋を強引に排除した場合に

は、占有屋側に恨みが残り、当該不動産は必ずしも安全な物件とはならず商品価値が落ちるのに対して、実体法上の手段による場合には、不法占有者側にも言い分を述べる機会が与えられるため、明渡判決にも任意に応じるのが通常であり、その結果その後の抗議や妨害も圧倒的に少なくなる上、権利義務関係も確定されることから、安全な物件として商品価値も高まる。⁽⁷⁷⁾

また、コストの面でも、実体法上の手段による方が優れている。すなわち、保全法上の占有移転禁止の仮処分を併用する明渡訴訟の手段によれば、欠席判決となるか、出席してきても数回程度の口頭弁論を経ただけで仮執行宣言付の認容判決が出るのが通常であり、⁽⁷⁸⁾ しかも占有屋は判決には従って任意に明け渡すことが一般であるから強制執行の費用もかからない。また、仮処分の申立から判決言渡しと明渡しまでの期間は3ヶ月程度であり、控訴もされないのが通常であるから、執行法上の手段に比べて、弁護士費用も少なくて済む。⁽⁸⁰⁾

そして、実体法上の手段と執行法上の手段との間の最も注目されるべき手続上の差異は、前者の場合、後者と異なり、その手続構造上、不法占有者を公開の法廷に引きずり出すことができるという点である。この点こそが、占有屋に対して、実務上、最も効果的な威嚇となるのである。すなわち、占有屋は、裁判外の非公開の場では得意の暴力を背景として自己の要求を強引に貫徹する。しかし、実体法上の手段によった場合、公開法廷に引きずり出されるとなすすべはなく、欠席するか、自らが書いたか又は弁護士に書いてもらった答弁書を提出して本人が出席することとなるが、不法占有者には元々占有権原はないのであるから、不動産の明渡しを命じられ、当然立退料等の請求も認められない。このように、実体法上の手段のもつ「公開性」という特徴は、占有屋に対して極めて有効に機能するのである。⁽⁸¹⁾

3 役割分担

以上の両手段の相互比較から、以下のような一応の役割分担を提示できる。

まず、占有者の属性による使い分けである。すなわち、一口に「不法占有者」といっても、そこには、単に既存の賃借権を失い自己の占有権原を對抗できなくなっただけの居住者から、法外な立ち退き料等を要求するために不法に占拠しているような暴力団系の占有屋まで様々な属性の者が想定される。とすれば、話がこじれた場合に暴力的な手段に訴えてくるおそれのある後者のような属性の占有者にこそ、先に述べた「公開性」の特徴を有する実体法上の手段を用いるのが妥当である。逆に、そうしたおそれのない占有者に対しては、執行法上の手段を用いたところであろう。また、占有者に対する情報があまりにも少なく執行法上の立証が困難な場合にも、手続構造上相手方による主張が予定されている実体法上の手段による方が、適切といえる。

次いで、不法占有の態様による使い分けが考えられる。すなわち、執行法上の手段の発令要件として要求される具體的「価格減少行為」等には該当しないが、現実に抵当権の実行を妨げるような巧妙な不法占有がなされている場合には、実体法上の手段によるほかない。

以上の基本的な役割分担を前提としつつ、両者の関係を相互補完的なものととらえて抵当権の実行妨害に対処していくのが妥当と考える。

第五章 結 語

一 本稿により明らかにされた点

以上本稿で行ってきた整理、検討を通じて、以下のことが明らかにされた。

第一に、価値権性及び非占有担保性という抵当権の本質的特性と抵当権に基づく不法占有排除肯定という結論との理論的關係が示された。

第二に、抵当権に基づく明渡請求における①占有による抵当権侵害、②競売手続の申立の要否、③明渡しの相手方という要件・効果論が一定程度明確化されるとともに、それらの要件効果と抵当権の本質的特性との關係が明らかにされた。

第三に、第一、第二の検討結果を踏まえて抵当権に基づく明渡請求権の明文化についての一案が示された。

第四に、執行法上の手段の利用状況の分析を基に要件・効果を検討することで、「執行法上の手段の利用状況の低調さ」という問題の原因が明らかになった。

第五に、実体法上、執行法上の手段の要件、効果の相互比較を通じて、役割分担についての一定の視点が示された。

二 残された課題

最後に、今後検討されるべき課題を指摘しておくこととしたい。

第一が、抵当権に基づく物権的請求権の中での明渡請求権の位置づけを明らかにしつつ、抵当権に基づく明渡請求

権について、他の伝統的に認められてきた抵当権に基づく妨害排除請求類型（「物理的毀損・変更」を伴う事例）との整合性、統一性を保った要件・効果の析出である。

第二が、執行法上の保全処分における「価格減少行為」要件の更なる明確化、限界付けの検討である。

第三が、抵当不動産からの占有妨害排除についての実体法上、執行法上の両手段の役割分担の更なる明確化である。

以上が、早急に取り組むべき検討課題と考えるが、将来的には、これらの検討を基に、実体法上、執行法上の両手段について、抵当権の本質論を踏まえながら、より実践的に要件事実論のレベルで比較検討を行っていきたいと考える。

(56) 本稿で扱う論点に関わる制定過程の議論については、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」三一五頁（有斐閣、平成一五年）、古賀政治編著「ケースでわかる新担保・執行法制」二一二頁（金融財政事情研究会、平成一五年）、遠藤功、山川一陽、須藤英章編著「Q&A改正担保・執行法の要点」三二二頁（新日本法規出版、平成一五年）、近江幸治「新しい担保法制の意義と展望」金融・商事判例一一八六号六一一三頁、山本和彦「新しい執行法制の意義と展望」金融・商事判例一一八六号一四一二五頁、進士肇「民事執行法上の保全処分の強化」金融・商事判例一一八六号七六一八三頁、谷口園恵・筒井健夫・野村雅之・松井信憲「一場康宏「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の概要」判例タイムズ一一三五号四一一三頁、菅野雅之「改正民事執行規則の概要」判例タイムズ一一三五号一四一二六頁、小池一利「改正民事執行法・規則と東京地方裁判所執行部の運用イメージ」判例タイムズ一一三五号二七、三二二三頁、福永浩之・関口良正「新しい民事執行手続と裁判所書記官の事務」判例タイムズ一一三五号四六―四九頁、今井義和・菊永充彦「担保・執行法等の改正による執行官実務の取り組み」判例タイムズ一一三五号六二、六八―七一頁、谷口園恵・筒井健夫・野村雅之・松井信憲・一場康宏「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の解説（一）」NBL七六八号八一―二頁、同「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の解説（四）」NBL七七二号四六頁、同「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の解説(五)「NBL七七三号四七―五三頁、同「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の解説(六)「NBL七七四号四〇―四八頁、同「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の解説(七・完)「NBL七七五号五五―五六頁、山野目章夫「新しい担保法制の概要」判例タイムズ一二七号一四―一六頁、松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点(上)「金融法務事情一六八七号一八―二二頁、同「担保・執行法改正の概要と問題点(下)「金融法務事情一六八八号二五―二七頁、谷口園恵・筒井健夫・野村雅之・松井信憲・一場康宏「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について」四一五、九一一頁、小林明彦「担保不動産収益執行制度の位置付けと概要」銀行法務21六二四号二六頁、滝澤孝臣「担保不動産の収益執行制度の新設による物上代位制度への影響」銀行法務21六二四号三四―三五、三八頁、今井和男「抵当権に基づく不法占拠者排除」銀行法務21六二四号六八―七三頁、阿部耕一／今井和男／滝澤孝臣／道垣内弘人／秦光昭(司会)／福永有利／穂刈俊彦／山本和彦「座談会」担保・執行法制の改正をめぐる諸問題」銀行法務21六二四号七四―八〇、九〇―九一、一一一―一二二、一二六―一二七、一三三―一三六頁、畑一郎「担保・執行法制の見直しと執行官事務」判例タイムズ一一二三号四、六―七、九―一二頁、谷口園恵・筒井健夫・野村雅之・松井信憲・一場康宏「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の概要」金融法務事情一六八二号三一―三二、三五―三六頁、千葉恵美子／山野目章夫「対談」新しい担保法を語る 二〇〇三年民法改正から何を讀み取るか」金融法務事情一六八二号三九―四〇、四八頁、古賀政治／小林明彦「対談」新しい執行法を語る 権利実現手続の新たな展開」金融法務事情一六八二号五七―六七、七四―七五頁、荒木新五／角紀代恵／菅原胞治／道垣内弘人／中村廉平(司会)「座談会」新しい担保・執行法制と金融実務上の留意点」金融法務事情一六八二号七六、八二―八三、九七―九九頁、松下淳一(司会)／山野目章夫／古賀政治／志賀剛一「座談会」執行妨害をめぐる諸問題 新担保・執行法の成果と今後の課題」NBL七六六号二八―三九、四一―四四頁、天野佳洋／小林秀之(司会)／峯崎二郎「鼎談」金融法務の現在と未来「第一回」担保法の変容と金融機関」金融法務事情一六七七号一二、二二頁、生熊長幸「短期貸借権保護廃止と質料債権への物上代位・収益管理制度は両立するか(上)」金融法務事情一六六〇号六―七頁、同「短期貸借権保護廃止と質料債権への物上代位・収益管理制度は両立するか(下)」金融法務事情一六六一号二二頁、林道晴「改革期を迎えた不動産執行手続の現状と課題」判例タイムズ一〇九四号四、七―八頁、高田裕成(司会)／西岡清一郎／林圭介／池島俊昭／板東泰廣／今井和男／木村圭二郎「座談会」担保・執行法制の見直しの課題と改正の方向性」判例タイムズ一〇九四号三五―三八、四三―四六頁、森田浩美「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各

- 地方裁判所の意見と今後の検討課題」判例タイムズ一〇九四号五七、六〇—六三頁、最高裁判所事務総局民事局「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見」判例タイムズ一〇九四号七一—七三頁、古賀政治「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する日弁連意見のとりまとめ状況」判例タイムズ一〇九四号七八、八二—八四頁、日本弁護士連合会「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する意見書」判例タイムズ一〇九四号九〇—九二頁、山野目章夫(司会)／中村廉平／山岸洋「座談会」担保・執行法制見直しの中間試案を読んで」法律時報七四卷八号四—五、一〇、一八—二〇頁、工藤祐蔵「短期貸借保護制度の見直しについて」法律時報七四卷八号三一—三三頁、梶山玉香「中間試案」における手続法上の問題」法律時報七四卷八号五九—六四頁、木下泰／古賀政治／林道晴／松下淳一／山本和彦(司会)「座談会」手続法の側面からみた担保・執行法改正の論点「第一回」金融法務事情一六四号六一—〇頁、松浦雅美「執行官実務の実情からみた担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」金融法務事情一六四号三二—三五頁、木下泰／古賀政治／林道晴／松下淳一／山本和彦(司会)「座談会」手続法の側面からみた担保・執行法改正の論点「第二回」金融法務事情一六四号二二—二九頁。
- (57) 代表的な試案として、担保法改正委員会による試案がある(内田貴・大村敦志・角紀代恵・道垣内弘人・中田裕康・山本和彦「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリスト一二二八号一八五、一九二—一九七頁)。
- (58) こうした抵当権の特性は生産信用の手段として最適であったため、抵当権は「企業金融の王者たるの地位をしめる」といわれた(柚木馨・高木多喜男「担保物権法へ新版」二一九頁(有斐閣、昭和四八年))。
- (59) 佐久間弘道「代位請求・物上請求の構成による抵当権者の明渡請求」銀行法務21五七二号二四頁。
- (60) 「3」平成一年判決の奥田補足意見は、第三者の行為による抵当権侵害の成否について、「当該抵当権者に対する配当の可能性等も考慮すべきである」とし、その理由として「配当を受ける可能性が全くない後順位抵当権者による救済手段の濫用を防止すること」という考慮を挙げる。同旨の見解に立つものとして、門口正人・須藤典明編「新・裁判実務大系第一三巻民事保全法」〔細野敦執筆〕一八一頁(青林書院、平成一四年)。なお、平野裕之「執行・実行妨害」ジュリスト一二二三号一五頁は、配当を受ける余地のない後順位抵当権者が明渡しを受け、先順位抵当権者の実行を妨害することを危惧する。
- (61) 椿寿夫／生熊長幸／佐久間弘道／三上徹／河野玄逸(司会)「座談会」抵当権者による明渡請求——最大判平成一一・一一・二四をめぐって——(河野・三上発言)銀行法務21五七二号二六—二七頁。
- (62) 滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求権」銀行法務21六〇一号二二—二三頁。

- (63) 福永有利(司会)／生熊長幸／道垣内弘人／松岡久和／高田裕成／山本和彦(座談会)「近未来の抵当権とその実行手続——改正のあり方を探る——」(松岡発言) 銀行法務21六〇〇号二二—二三頁。
- (64) 福永(司会)ほか・前掲座談会(道垣内発言) 二二頁。
- (65) 滝澤・前掲論文二二—二三頁。
- (66) 小池一利・中村さとみ・田中正哉「平成一五年の事件動向(速報)」金融法務事情一七〇—一七二頁(二三四頁によれば、東京地方裁判所民事執行センターにおける平成一三年から一五年にかけての各保全処分受理件数は、(i)法五五条(一三年二〇件、一四年二二件、一五年四件)、(ii)法七七条(一三年三四件、一四年三六件、一五年一一件)、(iii)法一八七条(旧一八七条の二)(一三年三件、一四年五件、一五年一件)、(iv)法六八条の二(一三年〇件、一四年〇件、一五年〇件)であり、平成一五年には一段と利用されなくなっている。なお、(v)法六八条の二がまったく利用されていない原因は買い受けの申し出をしなければならぬという要件にあると指摘するものとして秦(司会)ほか・前掲座談会(山本・今井発言) 一二七頁。
- (67) 浦野雄幸編『基本法コンメンタール「第三版」民事執行法』「梅善夫執筆」一六一頁、「小林明彦執筆」四三三頁(日本評論社、平成九年)、石川明・小島武司・佐藤歳二編『注解民事執行法上巻』「山口幸雄執筆」五七四—五七五頁(青林書院、平成三年)、東京地裁民事執行実務研究会編著『不動産執行の実務』「山木勝執筆」一四八頁(民事法情報センター、平成二年)、浦野雄幸「条解民事執行法」二四六—二四七頁(商事法務研究会、昭和六〇年)、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法(二)』「中野貞一郎執筆」一五九—一六〇頁(第一法規出版、昭和五九年)、香川保一監『注釈民事執行法(第三巻)』「大橋寛明執筆」二〇〇—二〇二頁。なお、東京地裁民事執行センターを中心に物理的価格減少行為と並列的に競争売買阻害価格減少行為を認める見解について西岡清一郎・畑一郎・上田正俊編『民事執行の実務——不動産執行編(上)』「大部落男執筆」三〇六、三二一—三二四頁(金融財政事情研究会、平成一五年)。執行抗告事件を題材とした実証的研究として内田義厚・南須原薫・高橋賢治・長谷川房子・松村正弘「民事執行法上の保全処分に関する実証的研究——執行抗告事件を題材として——」判例タイムズ一一一五号四—二八頁。
- (68) 浦野編・前掲書「水沼宏執筆」二一九頁。
- (69) 浦野編・前掲書「水沼宏執筆」二一九頁、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法(三)』「中野貞一郎執筆」一三〇頁(第一法規出版、昭和五九年)、香川保一監『注釈民事執行法(第四巻)』「大橋寛明執筆」一一八頁。
- (70) 西岡ほか編・前掲書「福澤正文執筆」三二六頁。

- (71) 松下(司会)ほか・前掲座談会(古賀発言) 三六頁。
- (72) 近時は「不穏な占有」と俗称されるリスクの少ない妨害行為態様が主流となりつつあることにつき山本(司会)ほか・前掲座談会(古賀発言)二二頁、利益及び手口による類型化を図りながら近時の執行妨害態様の巧妙化について整理するものとして松下(司会)ほか・前掲座談会(古賀発言)二九―三一頁。
- (73) 松下(司会)ほか・前掲座談会(松下発言) 三五頁。
- (74) 進士・前掲論文七七頁。
- (75) 進士・前掲論文七八頁。
- (76) 志賀剛一「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平一・一一・二四を読んで」金融法務事情一五六号二三頁。
- (77) 占有妨害対策研究会編『占有妨害排除の理論と実務「第三版」』一六頁(民事法研究会、平成一三年)。
- (78) 秦(司会)ほか・前掲座談会(滝澤発言) 一二六頁。
- (79) 占有妨害対策研究会編・前掲書一五頁。
- (80) 三上徹「平成一一年大法院判決と銀行実務」銀行法務21五七二号四四頁。
- (81) 占有妨害対策研究会編・前掲書一四頁。