

博士論文

使用・収益に関する抵当権の効力

平成21年3月

広島大学大学院社会科学研究科

法律学専攻

岩元 裕介

目 次

| | |
|----------------------|-----|
| 序 本論文の課題 | 1 |
| 1 問題状況 | 1 |
| 2 検討課題の設定 | 2 |
| 3 考察の順序 | 2 |
| 第1章 使用・収益に関する抵当法制の沿革 | 4 |
| 1 はじめに | 4 |
| 2 ドイツ法 | 6 |
| 3 日本法 | 33 |
| 4 小括 | 42 |
| 第2章 判例の整理 | 46 |
| 1 はじめに | 46 |
| 2 ㊸「抵当権侵害占有排除」に関する判例 | 50 |
| 3 ㊹「賃料収受」に関する判例 | 151 |
| 4 小括 | 176 |
| 第3章 学説の整理 | 179 |
| 1 はじめに | 179 |
| 2 抵当権の本質論に関する学説 | 179 |
| 3 ㊸「抵当権侵害占有排除」に関する学説 | 180 |
| 4 ㊹「賃料収受」に関する学説 | 192 |
| 5 小括 | 213 |
| 第4章 近時の立法による手当て | 217 |
| 1 はじめに | 217 |
| 2 執行法改正による手当て | 217 |
| 3 実体法改正による手当て | 241 |
| 4 小括 | 250 |
| 第5章 検討 | 255 |
| 1 はじめに | 255 |
| 2 問題点㊸の検討 | 256 |

| | | |
|-----|----------------|-----|
| 3 | 問題点②の検討 | 265 |
| 4 | 問題点③の検討 | 283 |
| 5 | 問題点④の検討 | 289 |
| 6 | 問題点⑤の検討 | 299 |
| 7 | 問題点⑥の検討 | 303 |
| 8 | 小括 | 308 |
| 第6章 | 展望 | 315 |
| 1 | 本論文により明らかにされた点 | 315 |
| 2 | 残された課題 | 322 |

【参考文献目録】

序 本論文の課題

1 問題状況

いわゆるバブル経済の崩壊に伴い不動産競売申立件数が急増し、こうした経済情勢を背景に抵当目的不動産の詐害的占有などの抵当権を侵害する占有（以下「抵当権侵害占有」という。）事例が増加するとともに、抵当権に基づく賃料に対する物上代位の要請も高まりを見せた²。これに対し、こうした問題状況を早期に解決するべく、最高裁判所は積極的に指導的判断を示し、立法府も矢継ぎ早にいくつかの重要な立法的手当てを施した。

バブル経済の崩壊も終焉を迎えた現在、変動期を乗り越えるべく採られた上記一連の手当て・対応については、各界から様々な評価が寄せられており、その中には肯定的評価を示すものもある反面、いくつかの弊害的結果に対する懸念を表明するものも少なくない³。また、理論的な議論や関係者の公平な利益調整が十分に尽くされないまま法改正

¹ バブル経済崩壊以降の不動産競売申立件数の動向については、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法 [第5版]』16頁、17頁（日本評論社、2005年）、西岡清一郎「民事執行センター創設の意図したもの」判例タイムズ1233号5頁（2007年）、齋藤隆／西岡清一郎／三輪和雄／飯塚宏／波田野明／石井利幸／三上照彦／蒲生豊郷／山本和彦「座談会 東京地裁民事執行センター5年の軌跡と展望」（西岡発言）判例タイムズ1233号25頁、26頁（2007年）、飯塚宏「東京地裁執行部における民事執行センター開庁前後の執行事件の動向と新しい執行制度の運用状況及びその分析」判例タイムズ1233号58頁、59頁、70頁（2007年）、安永祐二／大原洋一「平成18年度における不動産競売事件の処理状況」金融法務事情1806号30頁、31頁（2007年）、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1094号4頁以下（2002年）、西岡清一郎「東京地裁執行部における平成13年の事件概況」民事法情報191号10頁～22頁（2002年）、島田清次郎「大阪地裁における民事執行の実務」NBL613号11頁、12頁（1997年）、松嶋敏明「大阪地裁（本庁）における民事執行の概況」民事法情報138号17頁～23頁（1998年）、原道子「名古屋地裁（本庁）における最近の不動産執行事件の取扱い」判例タイムズ971号4頁～36頁（1999年）、山崎恒「東京地裁執行部における平成9年の事件概況—下半期以降—」民事法情報142号9頁～17頁（1998年）等が詳細である。

² 飯塚・前掲（脚注1）論文60頁。

³ 実務の立場からは、内海順太／川角智／小林明彦／中原利明／深川國仁／宮本英一／三輪和雄／室井英世／山田齊／山本克己／三上照彦「《座談会》改正担保・執行法の運用上の諸問題とユーザーからみた問題点について」新民事執行実務4号16頁～64頁（2006年）が詳細である。なお、齋藤外・前掲（脚注1）座談会（三輪発言）43頁。他方、研究者の立場から積極的に批判的検討を加えるものとして鳥谷部茂「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～257頁

が早急に推し進められた結果⁴、従来の法体系及び判例の枠組みとの整合性を問題視される場面も生じている⁵。

2 検討課題の設定

本論文では、こうした問題意識の下、抵当目的物の利用面に関する抵当権の効力につき、理論的観点及び実務的観点の両面から検討を加えることで、上記問題状況の解決に向けた指針の提示を試みるものである。具体的には、抵当目的物の利用という場合、そこには「使用」という側面と「収益」という側面とがあるが、「使用」という側面に関し④「抵当不動産の抵当権侵害占有排除」（以下「④「抵当権侵害占有排除」」という。）、他方「収益」という側面に関し⑤「抵当不動産からの賃料收受」（以下「⑤「賃料收受」」という。）の問題を取り上げる。いずれの問題とも、実務上、重大な関心事とされている。これらの問題には、それぞれ実体法上の手段と執行法上の手段という2つの手段が存在する。すなわち、④「抵当権侵害占有排除」に関しては、実体法上の手段として④抵当権に基づく明渡請求、執行法上の手段として⑤執行法上の保全処分である。他方、⑤「賃料收受」に関しては、実体法上の手段として⑥賃料に対する物上代位、執行法上の手段として⑦担保不動産収益執行がある。これらの手段のうち、④－④抵当権に基づく明渡請求については抵当権の非占有担保・価値権という基本的特性理解との関係もあって未だ要件論・効果論ともに錯綜しているとの現状がある。また、⑤－⑥賃料に対する物上代位についてもやはり抵当権の上記基本的特性理解との関係から解釈論上の問題が多く、とりわけ債権譲渡等との優先劣後をめぐる争いが注目される。

そこで、本論文では、抵当権の基本的特性理解を踏まえた上で、④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題における各実体法上の手段の要件・効果論を検討し、対応する各執行法上の手段についても分析・検討を加えることで各問題における実体法・執行法上の手段の適切な役割分担を提示するとともに、近時の判例及び立法に現れた問題点を指摘し、解決に向けた指針を示すことを検討課題とする。

3 考察の順序

そのための考察の順序としては、第1に、ドイツ法における使用・収益に関する抵当

(逆綴じ) (2007年)。

⁴ 山本和彦「民事執行センターに期待する－担保執行法制改正の流れの中で－」判例タイムズ1233号15頁(2007年)、齋藤外・前掲(脚注1)座談会(三輪発言)43頁。

⁵ 齋藤外・前掲(脚注1)座談会(山本発言)43頁、鳥谷部・前掲(脚注3)論文268頁、267頁(逆綴じ)。

法制の沿革及び日本法における沿革について概観することで、抵当権の基本的特性並びに㉔「抵当権侵害占有排除」及び㉕「賃料収受」の問題に対する規律の考え方について考察する（第1章）。

第2に、㉔「抵当権侵害占有排除」及び㉕「賃料収受」の問題に対する各実体法・執行法上の手段に関する裁判例を概観し、各手段の要件・効果等に対する判例の考え方を整理した上で、問題点を指摘する（第2章）。

第3に、㉔「抵当権侵害占有排除」及び㉕「賃料収受」の問題に対する各実体法・執行法上の手段に関する学説を概観し、各手段の要件・効果等に対する学説の考え方を整理の上、検討されるべき問題点を指摘する（第3章）。

第4に、㉔「抵当権侵害占有排除」及び㉕「賃料収受」の問題に関する近時の立法による手当てとして民事執行法の平成8年改正、同10年改正並びに同法及び民法に関する平成15年の担保・執行法制改正等の内容を概観した上で、各改正後の実務における運用状況を検証し、問題点の指摘を行う（第4章）。

第5に、㉔「抵当権侵害占有排除」及び㉕「賃料収受」の問題に関し、第1章から第4章までの検討過程で明らかとなった問題点を中心に検討を行う（第5章）。

第6に、本論文により明らかにされた点及び残された課題を提示する（第6章）。

第1章 使用・収益に関する抵当法制の沿革

1 はじめに

(1) わが民法は、第369条第1項において「抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。」と規定した上で、同条から第398条の22までの51カ条を抵当権の規定に充てている。

(2) この抵当権は、質権と並んで民法の規定する約定担保物権の一つであるが、質権との根本的な違いは、目的物の占有を設定者から抵当権者に移転する必要がない点にある。

そのため、抵当権においては、①設定者は目的物の使用をそのまま継続することができるため、設定者の生活や営業の基盤である土地・家屋や工場等の生産設備をも目的となし得る。また、②抵当権者も目的物の交換価値を把握することで、目的物管理の負担を負うことなく、いざというときの優先弁済権のみを確保することができる。

こうした抵当権の上記①及び②という特性は、現代資本主義における金融担保制度に適しており、特に生産信用の手段として最適のため、「企業金融の王者たるの地位をしめる」⁶ものとなっている。すなわち、企業はその生産設備を抵当として企業資金を得るとともに、この資金をその設備に投下することによって利潤を得、これをもってその企業債務の弁済に充当していくことができるのである。また、企業に限らず一個人にとっても、その所有する不動産を手放すことなく比較的多額の融資を容易に受けられることができる重要な信用手段といえる。かかる理由から、抵当制度は、現代社会における最も重要な担保制度の1つとして位置づけられる。

一般に、上記①の特性を「非占有担保」、②の特性を「価値権⁷」と表現することが

⁶ 柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（新版）』219頁（有斐閣、1973年）。

⁷ 抵当権の本質をもって「価値権」と解するのが伝統的通説である。我妻栄『近代法における債権の優越的地位』87頁（有斐閣、1953年）、同「資本主義と抵当制度の発達」法律時報2巻9号23頁（1930年）（『民法研究IV』3頁以下〔有斐閣、1967年〕所収）及び石田文次郎『投資抵当権の研究』（有斐閣、1932年）によって定説的地位にまで高められた。これに対し、①抵当権が究極的には設定者の所有権を奪うという点に着目すると、価値権のみによる説明では不十分であり、不動産の所有権を奪うという点では抵当権も不動産譲渡担保も異ならないのであるから、双方に共通した本質として「期待権」概念を採用すべきであるとの見解、②法解釈学における価値権概念の実際的意義に対する

多い。

(3) 上記①及び②の特性こそが、抵当権をして、わが国における最も重要な担保制度という地位を占めさせている所以であるが、他方、かかる基本的特性理解との兼ね合いから、抵当目的物の使用及び収益に関する効力論は大きな影響を受けてきたことも事実である⁸。

そこで、本章では、かかる抵当権の基本的特性との関係に留意しつつ、ドイツ法における使用・収益に関する抵当法制の沿革及び日本法における沿革について概観し、④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料収受」の問題に対する規律の考え方について考察することとしたい。

ここで、比較法としてドイツ法を選んだ理由は、④「抵当権侵害占有排除」の問題との関連では次の2点である。すなわち、第1点は、ドイツ法が抵当権に基づく物権的請求権についての明文規定を有する点である。第2点は、これと関連して、わが国

疑いから、抵当権を価値権として構成すること自体に対して疑問を抱く見解及び③従来の「交換価値」には「使用価値」の観点欠落していたのではないかと批判する見解等も近時有力である。この「価値権」概念のドイツ法における生成過程に関する先行研究は多いが、近時の代表的なものとして田口勉「担保権の価値権説について—ドイツ普通法学説と石田文次郎博士を中心に—」関東学園大学法学紀要9号(1994年)、松井宏興『抵当制度の基礎理論』(法律文化社、1997年)、古積健三郎「日本における抵当権の今日的問題—占有の権利に対する関係—」石川敏行外編『共演 ドイツ法と日本法』(中央大学出版部、2007年)等がある。最新のものとして横田敏史「抵当権の価値権説再考—ズーム・プレーマー・コーラーの換価権および価値権に関する見解を手がかりに—」法学政治学論究78号(2008年)。

⁸ これらの特性は、抵当権者の価値把握・価値実現が不当に害される場合にも抵当権者は抵当権に基づいて抵当目的物の使用・占有に容喙することはできないとの方向で、往々にして用いられてきた。このような立場は、いくつかの大審院判例を前提として、我妻栄＝福島正夫両博士が1935年に発表した「抵当権判例法」における「抵当権は如何にして侵害せらるるかは即ち抵当権の本質は何処に存するやの問題である。而して抵当権はその権利の内容として抵当物件の交換価値を把握するものなることは上來繰返し述べて来た所である。実に抵当物件の交換価値は抵当権の本質たり、核心たるべきものである。故にこの交換価値そのものを減損し、或はその正当なる交換価値を抵当権者が把握することに対して妨害を加ふるものは、すなわち抵当権の侵害である。ここに抵当権侵害の積極的な範囲が示される。然し、抵当権の支配権能は物の使用価値に直接交渉を有しない。抵当権者は自ら目的物を使用収益するものでなく、又他人が之を使用収益するに付て干渉を加え得ない。故に交換価値に影響を与えるが如き使用価値の減損あれば格別、単に使用収益を何人が為すか、又目的物件の占有が不法なりやといふやうなことは決して抵当権侵害と直接の関係を持ち得ない。ここに抵当権侵害の消極的な限界を認めねばならない。」との定式によって確立されたものと考えられる。

では、ドイツ法と異なり抵当権に基づく物権的請求権に関する明文規定を有しないことに起因して、初期の判例及び学説の解釈論が明文規定を有するドイツ法の議論を参酌する形で形成・展開されてきたという面があることから、わが国における抵当権に基づく物権的請求権論を理解するためには、ドイツ法の理解が有益といえる点である。なお、ドイツで現に多く利用されているのはわが国でいう抵当権ではなく土地債務（Grundschuld）であり、かかる限界性も意識した上で、ドイツ法を選択した。他方、⑨「賃料收受」の問題との関連で比較法としてドイツ法を選んだ理由は、次の2点である。すなわち、第1点は、賃料に対する物上代位及び賃料の事前処分規制に関しドイツ法が詳細な規定を有する点である。第2点は、わが国では担保不動産収益執行制度が創設されて間がないところ、ドイツ法では強制管理制度に関する詳細な規定を有し、かつ、同制度が1世紀以上にわたり現に利用・運用されてきた実績を有する点である。

以下、まず、ドイツ法における抵当法制の沿革につき、④「抵当権侵害占有排除」及び⑨「賃料收受」の問題に関連する部分を中心に概観する。

2 ドイツ法

(1) ドイツ抵当制度の生成・展開過程

ア 区分

ドイツ法における抵当権（Hypothek）の生成と展開の歴史は、大まかに中世から現代までを4つの時期に区分して述べることができる。

イ 第1期

第1期は、ほぼ13世紀までの占有担保（Besitzpfand）、すなわち不動産質の段階である。不動産をその物質的価値において把握する不動産質は、実体質（Substanzpfand）と用益質（Nutzungspfand）とに分けることができる。前者は、担保債務者が約定期日までに債務を履行しないときは、質地の所有権は質権者に帰属するのに対し、後者では、債務者は永久に弁済の権利を失わないが、弁済がなされるまでは、債権者は質地を占有・用益しその果実を収取するというものであった。

その後、中世末期に至り、「賦役から地代へ」という荘園の内部構造の変化に伴い、不動産質の実質は、本来地主に農民が給付すべき地代を質権者が取得するという地代質（Rentenpfand）に移行した。この地代質は、農村における自然経済下の不動産

質から貨幣経済下の抵当への発展の過渡的形態と位置付けられよう⁹。

ウ 第2期

第2期は、18世紀中葉までの保全抵当 (Sicherungshypothek) の段階である。抵当制度がこの時期に生成したわけであるが、それを可能にしたのが、基本的条件としての①貨幣経済の進展と、副次的条件としての②公示手段の存在及び③国家権力のある程度の確立であった。

貨幣経済が最初に支配的となったのは中世都市 (とりわけ商業都市) であったから、抵当権もまた、ここで最初に行われることとなった。その背景には、貨幣経済の浸透が著しい商業都市においては、土地所有者たる商人ないし手工業者が資金の必要に迫られることが多く、しかも、都市の土地は農村におけるのと異なり流通に対する拘束がないため早くから交換価値として把握されていたことや、他面、都市の土地や住宅はいずれも所有者の居住ないし営業に不可欠であり占有を移転するわけにはいかなかったこと等の事情が存在した。こうして、都市においては、過渡的形態である「債権者の地代ゲヴェーレを伴う質権」(Die Satzung mit Zinsgewere des Gläubigers) を経た後、占有なき質 (いわゆる新質—die neuere Satzung)、すなわち抵当権が成立した。

その後、18世紀に入って、貨幣経済・商品経済の浸透、1717年の封の自由地化によって、グーツヘル (封建的土地所有貴族—Gutsherr) を中心に、農村にも抵当権が根をおろすようになった。

この時期の抵当権は、土地所有者の金銭借入のための手段としての保全抵当であった点が、次期の第3期と異なる特色といえる¹⁰。

エ 第3期

第3期は、20世紀初めまでの投資抵当 (Anlagehypothek) の段階である。18世紀中葉に至って、英国産業革命の進展に伴い、プロイセンの穀物の英国への輸出が増大し、土地所有貴族の農業経営は著しく営利的色彩を強め、多額の貨幣を必要とするようになった。かかる要請のなか、不動産金融が活発となり、抵当権が盛んに用いられるようになる。第2期の抵当権が消費のための短期の金融であったのに反し、この時期の抵当権は生産のための長期の金融であり、これを債権者 (貨幣所

⁹ 鈴木禄弥『抵当制度の研究』4頁～6頁 (一粒社、1968年)。

¹⁰ 鈴木・前掲 (脚注9) 書6頁～13頁。

有者)側から見れば、土地が資本投下の対象となったといえる。そして、投資のための抵当権が長期のものとなる結果、投資者が期限到来以前に随時に投下資金を回収する可能性、すなわち抵当権の売却の可能性を必要とさせるに至り、ここに抵当権の流通性が要求されるようになる。

こうしたプロイセン農業の好況は、間もなく、七年戦争(1756年~1763年)の勃発により破壊され、その影響で土地所有者たちは没落の危機に瀕した。貴族階級はプロイセン国家の支柱であったから、フリードリッヒ大王は貴族を高利抵当債務から救済するためラントシャフト(die ältere Landschaft)を設立し、これからの低利の金融によって、土地所有者の高利の抵当債務の借り替えを図った。しかし、その後、ラントシャフトは、本来の目的を越え、土地の投機売買のための資金金融としての性格を帯び始め、封建的グーツヘルが農業資本家へ転化する傾向を助長することとなった。このようなラントシャフトによる金融の活発化は、私的な抵当権投資をも誘発することとなり、こうした中で投資抵当に関する諸立法が次々となされ、1872年の所有権取得法(das Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung des Grundstücks vom 5. Mai. 1872)の制定により抵当権の流通性はほぼ完全に保障され、1900年にはドイツ民法典が施行されるに至った¹¹。

オ 第4期

最後の第4期が、20世紀初頭から今日に至るまでの時期である。第3期までにおいて、抵当権法の発展、特にその流通性の増大は一応完結し、20世紀に入ってから、抵当権法の領域には新しい立法はほとんど見られない。その理由としては、①土地を交換価値において把握し流通させるといっても客体たる土地の自然的性質からしてその流通性には限度があるということ、②第一次大戦後に強まった社会的な考え方は不動産を単なる担保価値・交換価値として把握することに反対しこれを人の生存に不可欠な基盤として利用者に確保させようとする傾向を強めていること及び③ドイツ経済における工業の地位の進出と農業の地位の相対的後退を挙げることができる¹²。

カ 抵当権の本質論

¹¹ 鈴木・前掲(脚注9)書14頁~24頁。

¹² 鈴木・前掲(脚注9)書24頁~26頁。

第3期において、担保権を物権と捉えるか、債権と捉えるかが論争され、物権と捉える見解が支配的となった。そこでは、担保権の本質につき、換価権との理解があり、担保権はその換価権を通じて担保目的物の保有する価値を支配するものとの理解がなされていた。かかる換価権概念を前提として価値権概念が生成した¹³。

キ ドイツ抵当制度の生成・展開過程の総括

ドイツ抵当制度は保全抵当から投資抵当へと生成・展開していったが、その展開過程においては、第3期における資本主義の進展過程の特異性が大きく、これをわが国を含めた他国にも当然に妥当するものとして普遍化して捉えることは困難といえる。

また、その第3期においては、抵当権をはじめとする担保権は換価権を通じて担保目的物の財産的価値を把握しているとの理解が根底にあり、かかる換価権概念を前提として価値権概念が生成した。

(2) ④「抵当権侵害占有排除」に関する抵当法制の沿革

ア 次に、④「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、ドイツ民法（以下条文引用時のみ「BGB」と略す。）における抵当権に基づく物権的請求権に関する規定の沿革について概観する。

なお、抵当権と利用権との調整に関しては、ドイツ法は、「売買は賃貸借を破らず」の原則（BGB第571条）の下で、強制競売の競落人に解約権を与えるとの立場を採用している（ZVG第57条a～d）。

イ ドイツ民法における抵当権に基づく物権的請求権の位置付け

(ア) ドイツ民法においては、日本法と異なり、物権的請求権について明文で規定している。

すなわち、所有権に基づく物権的返還請求権に関するBGB第985条、所有権に基づく物権的妨害排除請求権にほぼ相当する侵害の除去・停止請求権に関する第1004条などがそれである。

これらの規定は、所有権以外の財産権に準用されるのが通例であるが（たとえば、BGB第1004条につき第1017条第2項、第1027条、第1065条、第1090条第2項、第1227条等）、抵当権については、準用の形をとら

¹³ 横田・前掲（脚注7）論文94頁～110頁。

ず、独自の規定を設けている（BGB第1133条～第1135条）。

(イ) 以下では、ラント法における取扱い¹⁴を概観した後、BGB第1133条～第1135条で定められたドイツ民法における抵当権に基づく物権的請求権について確認していきたい。

ウ ラント法における取扱い

(ア) 抵当訴権の廃止

各ラント法全般につき共通して指摘できる特徴は、ローマ法及びそれを継受したドイツ普通法において認められてきた抵当訴権（*actio hypothecaria*）が認められなくなったという点である。

強制執行に関する法制度が整備されたことにより、抵当権者に抵当目的物の占有取得に向けられる抵当訴権を認める現実的必要性が失われたことが理由とされる¹⁵。

(イ) プロイセン法における取扱い

a 不動産の悪化に基づく抵当権の訴え

(a) プロイセン法においては、抵当債権者の担保を危険にする不動産の重大な悪化という事態に際して、①弁済期到来前の担保権の実行（弁済請求）及び②裁判官による保全処分¹⁶の請求という2つの保護手段が与えられていた。

(b) 「不動産の重大な悪化」要件

上記①及び②のいずれにおいても要件とされている「不動産の重大な悪化（*erhebliche Verschlechterungen des Grundstücks*）」の存在（懸念）については、悪化の「重大性（*Erheblichkeit*）」判断に際し、⑦悪化が本来の不動産の価額を下落させ、かつ、⑧その下落により抵当権者が本来有していた債権の担保を危険にされるかが重視されていた¹⁶。

(c) ①弁済期到来前の担保権の実行（弁済請求）

保護手段の1つ目である①弁済期到来前の担保権の実行（弁済請求）の具体的内実は、担保目的物の占有者が当該目的物の価値を重大に減少させその担保

¹⁴ ラント法における取扱いについては、堀田親臣「抵当権に基づく物権的請求権序説（一）—ドイツ法における抵当権保護を中心に—」*広島法学*27巻4号111頁～131頁（2004年）が詳細である。

¹⁵ 堀田・前掲（脚注14）論文（一）123頁。

¹⁶ 堀田・前掲（脚注14）論文（一）124頁。

を害するときは、被担保債権の弁済期到来前であっても担保権の実行（弁済請求権の行使）を認めるというものである。

(d) ②裁判官による保全処分の請求

次いで、保護手段の2つ目である②裁判官による保全処分の請求の具体的内容は、抵当債権者が、担保権実行の意思がないか被担保債権の性質上その実行が許されない等上記①の保護手段ではそぐわない場合に、占有者に担保の提供を命じたり、不利益処分の制限に占有者が違反した場合に備えた違約罰を設定すること等を内容とする保全処分の発令を裁判官に対して申し立てることができるというものである。

b 準ネガトリア訴権

(a) 準ネガトリア訴権に関しては、上記の不動産の悪化に基づく抵当権の訴えと異なり明文規定を欠いていたが、プロイセン法下においても、ドイツ普通法における発展を基本的に承継する形で、判例・学説上認められていた¹⁷。

(b) すなわち、本来は土地の所有者にその土地に関し無権原の第三者が利用権を主張・行使する際に、その第三者の利用権主張・行使を否認するための権利として認められてきたネガトリア訴権（*actio negatoria*）につき、占有担保権である質権への拡張のみならず、非占有担保権である抵当権への拡張まで認められていたのである¹⁸。

エ BGB第1133条～第1135条

(ア) 上記のラント法における発展を経て、ドイツ民法において規定された抵当権に基づく物権的請求権に関する規定がBGB第1133条～第1135条である。

a 系譜的位置付け

これらの規定は、主としてプロイセンの法制度を受け継いだものであり、BGB第1133条及び第1134条第2項はプロイセン法における不動産の悪化に基づく抵当権の訴え、同条第1項はプロイセン法における準ネガトリア訴権をその系譜とするものと位置付けることができる¹⁹。

¹⁷ 堀田・前掲（脚注14）論文（一）125頁、126頁。

¹⁸ 堀田・前掲（脚注14）論文（一）120頁～122頁。

¹⁹ 堀田親臣「抵当権に基づく物権的請求権序説（二・完）—ドイツ法における抵当権保護を中心に—」広島法学30巻3号31頁（2007年）。

b 体系的位罠付け

(a) ドイツ民法体系における位罠付け

BGB第1133条～第1135条のドイツ民法体系における位罠付けを考えるに際し、ドイツ民法体系から受ける影響として最も留意されるべき点の1つは、ドイツ民法においては、不法行為に基づく損害賠償の方法につき、金銭賠償の原則を採用する日本民法と異なり、当該損害が発生しなかったならば存したであろう状態の回復（原状回復）を原則とする点である（BGB第249条参照）。

すなわち、ドイツ民法が不法行為に基づく損害賠償の方法として原状回復を原則とする結果、抵当目的物に現存する侵害の除去についても請求の相手方の帰責性を要件としてBGB第823条に基づく損害賠償請求を通じて達成することができるため、かかる救済手段に加えて、相手方の帰責性を要件としない侵害除去請求権（Beseitigungsanspruch）を、所有権に基づく侵害除去請求権等に関するBGB第1004条の類推という形で抵当権に認めることができるかという問題の立て方がなされているのである²⁰。

(b) 抵当権規定における位罠付け

抵当権の担保権としての特性に着目して観察した場合、BGB第1133条～第1135条の規定を、担保の危険に対する救済規定として把握することができる。

これらのうち、第1133条は土地の現実の毀損に基づき抵当権の即時実行を可能ならしめる規定であり、また第1135条は従物毀損の危険に関して第1134条を準用する規定であるから、抵当土地への侵害行為に対して、その停止及び所有者の作為・不作為による侵害行為に対する危険防止に必要な措置を定めている第1134条が「抵当権の物権的な性質（der dinglichen Natur der Hypothek）」²¹に基づく規定として、抵当土地への侵害を排除する役割を

²⁰ 堀田・前掲（脚注19）論文（二・完）30頁、34頁、35頁、44頁、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 4. Aufl., 2004（以下、MünchKomm. 4. Aufl. で引用する）/Eickmann, § 1134 Rdnr. 20; Westermann/Gursky/Eickmann (begr. von H. Westermann), Sachenrecht, 7. Aufl., 1998（以下、Westermann で引用する）, S. 717f.

²¹ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 3. Aufl., 1997（以下、MünchKomm. 3. Aufl. で引用する）/ § 1134 Rdnr. 1.

担っていることになる。

以下、各規定につき、個別に概観する。

(イ) BGB第1133条

a 保護内容

BGB第1133条は「土地の毀損により抵当権の担保力が危険にさらされるときには、債権者は、その所有者に対し、危険を除去するために必要な相当の期間を定めることができる。その期間を経過した後、土地の修復又は他の抵当権の設定により危険が除去されないときには、債権者は、直ちにその土地からの弁済を求める権利を有す。債権が無利息でかつ弁済期が未だ到来していないときには、債権者は、支払いの時より弁済期に至るまでの期間に対する法定利息を加算して債権額に達すべき金額のみを取得することができる。」と規定する。

すなわち、BGB第1133条により、債権者は、抵当不動産の所有者に対して、「土地の毀損により抵当権の担保力が危険にさらされる」ことを要件に、当該危険の除去（担保力の回復）のために必要な相当の期間を定めることができ、同期間内に所有者が当該危険の除去（担保力の回復）をしないときには抵当不動産からの即時弁済請求権が認められるのである。

b 留意点

(a) BGB第1133条の要件である「土地の毀損により抵当権の担保力が危険にさらされる」ことの充足判断に際して最も重視されるのは、「担保力の危険(Gefährdung der Sicherheit)」判断における「毀損の重大性(Erheblichkeit der Verschlechterung)」の有無の判断である。

その判断に際しては、プロイセン法下における解釈論と同様、当該不動産の毀損による担保目的物の減価と被担保債権額との関係が重要であると考えられている²²。

(b) また、BGB第1133条における抵当権者の危険除去請求権は、強制的

²² 堀田・前掲(脚注19)論文(二・完)32頁、前掲(脚注20)MünchKomm. 4. Aufl. /Eickmann, § 1133 Rdnr. 9; Dauner-Lieb/Heidel/Ring, AnwaltKommentar BGB, Band3: Sachenrecht (hrsg. von Ring/Grziwotz/Keukenschrijver), 2004 (以下、AnwKomm-BGBで引用する) /Zimmer, § 1133 Rn. 24.

実現を直接可能ならしめるものではなく、あくまでその実現は所有者による任意履行に係らしめられているものに過ぎない²³。

(ウ) BGB第1134条

a 保護内容

BGB第1134条は、その第1項において「抵当権の担保力を危険にさらす土地の毀損が懸念されうるような方法で所有者又は第三者が土地に干渉したときには、債権者は、その不作為を請求することができる。」と規定し、その第2項において「その干渉が所有者に由来するときには、債権者の申請により、裁判所は危険の防止に必要な処分を命じなければならない。所有者が第三者の干渉又はその他の加害に対し必要な予防をなさないことにより毀損が懸念されるときにも同様とする。」と規定する。

すなわち、BGB第1134条により、債権者は、抵当権の担保力を危険にさらす土地の毀損が懸念されうるような方法で土地に干渉した所有者又は第三者に対し、不作為を請求ことができ、また、当該干渉が所有者によってなされるか若しくは所有者が第三者による干渉又はその他の加害に対し必要な措置を講じないため毀損が懸念される場合には、裁判所に対し、危険の防止に必要な処分を命じるよう申し立てることができる。

b 留意点

(a) BGB第1134条第1項の不作為請求権については、第1133条がすでに生じた毀損に関して規制するものであるのに対して、本条項は、毀損のおそれのある場合の債権者に対して保護を与える規定であり²⁴、その担保力が干渉により危険にさらされることを防止するための権利である。

本条項にいう「土地の毀損 (Grundstücksverschlechterung)」の概念は、第1133条におけるそれと同様である。すなわち、「毀損 (Verschlechterung)」とは、土地がその販売価格が下落するほどに侵害前とは異なる状態にされることをいう²⁵。ここでは、単に「客観的な毀損 (objektive Verschlechterung)」が問題とされるのであり、その状態が「違法に (rechtswidrig)」又は「有責

²³ 堀田・前掲 (脚注19) 論文 (二・完) 28頁、32頁、33頁。

²⁴ 前掲 (脚注21) MünchKomm. 3. Aufl. § 1134 Rdnr. 1.

²⁵ 前掲 (脚注21) MünchKomm. 3. Aufl. § 1133 Rdnr. 3.

に (schuldhaft)」もたらされる必要はない²⁶。また、「干渉 (Einwirkungen)」とは、土地の「責任内容 (Haftungssubstanz)」に関して「変更 (Veränderung)」をもたらすような「積極的行為ないし作為 (Aktives Tun)」をいい²⁷、たとえば、建物の取り壊し、構成部分の搬出、山林の伐採などがこれに当たる²⁸。

このように、BGB第1134条第1項の不作为請求権が生じるには、抵当権の担保力を危険ならしめるような「土地の毀損」を生ぜしめるべきおそれのあることが必要であり、ここにいう「土地の毀損」とは、土地の交換価値の減少をきたさしめるべき土地の事実上の処分、すなわち状態の変更をいう。

よって、「土地に対してその担保価値を減少させるような事実上の物理的変更を生じさせるおそれの存在」が、不作为請求権の発生要件ということになる。

(b) BGB第1134条第2項の裁判所に対する処分申立権限については、本条項の裁判所の処分は、具体的事情に応じ危険防止に必要な処置であって、所有者はこれを認容することを要するとされている。

同処分に関しては、競売又は強制管理に限らず、代担保の提供をも命じうると解されている。

(c) BGB第1134条は、上記のとおり①不作为請求権及び②裁判所に対する処分申立権限を規定するのみで、所有権に関する第1004条と異なり、現存する侵害の除去に向けられる侵害除去請求権については規定していない。

この点、先に述べたとおり、ドイツ民法においては不法行為に基づく損害賠償の方法として原状回復を原則とするため、抵当目的物に現存する侵害の除去についても、請求の相手方の帰責性を要件として、不法行為法上の請求権であるBGB第823条、第249条に基づく原状回復請求権が認められる。

問題は、これに加えて、抵当権者に、相手方の帰責性を要件としない侵害除去請求権を、所有権に基づく侵害除去請求権等に関するBGB第1004条の類推という形で認めることができるかであり、これを肯定する場合に初めて、抵当権に基づく物権的請求権としての侵害除去請求権が認められることになる。

²⁶ 前掲 (脚注21) MünchKomm. 3. Aufl. § 1133 Rdnr. 4., § 1134 Rdnr. 4.

²⁷ 前掲 (脚注21) MünchKomm. 3. Aufl. § 1134 Rdnr. 6.

²⁸ 前掲 (脚注21) MünchKomm. 3. Aufl. § 1134 Rdnr. 6.

(エ) BGB第1135条

a 保護内容

BGB第1135条は「抵当権の効力の及ぶ従物が毀損され、又は通常の経済法則に反して土地から搬出されたときには、第1133条、第1134条の意味における土地の毀損と同様とする。」と規定する。

すなわち、BGB第1135条により、債権者は、抵当権の効力の及ぶ従物が毀損又は抵当不動産から分離・搬出される場合に、前述した第1133条及び第1134条の権限を行使することができる。

b 留意点

BGB第1135条については、分離・搬出された従物に関し、債権者に当該従物の抵当不動産への返還（原状回復）に向けられる請求権が認められるかが問題となるが、ここでも、BGB第1134条に関し先に述べたのと同様の議論状況となっている²⁹。

(3) ⑧「賃料収受」に関する抵当法制の沿革

ア 次に、⑧「賃料収受」の問題に関し、ドイツ法における賃料に対する物上代位の規定³⁰及び強制管理の規定について、その沿革を見ていくことにする。

イ 賃料に対する物上代位

²⁹ 堀田・前掲（脚注19）論文（二・完）35頁、H. G. Bamberger/H. Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2003（以下、Bamberger/Rothで引用する）/Rohe, § 1135 Rn. 4; 前掲（脚注20）MünchKomm. 4. Aufl. / Eickmann, § 1134 Rdnr. 16 nud 18, 前掲（脚注20）Westermann, a. a. O. (Anm. 53), S. 498.

³⁰ 抵当権者が賃料を自己に帰せしめる手段としては、ドイツ法・スイス法のごとく実体法の面から物上代位の構成を採るものと、フランス法のように執行法の面から賃料の不動産化という全く別の法律構成を採るものがあり、物上代位の構成を採る場合にも、その内容は、他の一般の物上代位の場合とはかなりの差異があつて、具体的には①権利行使の前提として、抵当権の現実の発動開始のメルクマールたる抵当権者自身の差押え（請求権のみの差押え [ドイツ法]、抵当物そのものの差押え [ドイツ法・スイス法]）が必要な点及び②差押え以前に弁済期の到来した賃料は、当然にその責任を免れて所有者の一般財産に帰するか（スイス法）、さらに弁済期到来後一定期間を経過すれば責任を免れて所有者の一般財産に帰するか（ドイツ法）又は少なくとも弁済期到来後の所有者の処分行為ないし第三者の差押えによって抵当権者の権利は消滅する（ドイツ法）と解されている点の2点で異なることを指摘するものとして鈴木・前掲（脚注9）書142頁以下。ドイツ法における物上代位規定の沿革については、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分（一）」大阪学院大学法学研究23巻2号110頁～140頁（1997年）が詳細である。

(ア) 後に検討するドイツ民法の基礎となった第1草案の理由書³¹からも明らかのように、ドイツ民法において、抵当権の効力が賃料債権にまで及ぶ（BGB第1123条第1項）のは、天然果実が抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に含まれること（BGB第1120条本文）を前提に、天然果実が抵当権の効力から離脱することの「代償」としてであると考えられる。

そこで、「抵当権は其の賃料債権に及ぶ」とするBGB第1123条第1項を検討する前提として、まず、天然果実に対して抵当権の効力が及ぶことを認めるBGB第1120条について検討することにしたい。

(イ) 天然果実に対する抵当権の効力（BGB第1120条）

ドイツ民法は、第1120条本文において「抵当権は土地より分離したる土地の産出物その他の構成部分に及ぶ」と規定し、原則として、抵当権の効力が分離果実にも及ぶことを認めている。

これは、抵当権は土地についての権利としてすべての構成部分を把握しているのであるから、ある構成部分と全体との間の結合が消滅するだけではその構成部分は抵当権の効力から離脱しないとの考え方に基づく規定である。そして、そのことは、所有権に基づく使用収益権の行使では原則として抵当権の存続に影響を及ぼすことはできず、ただ事実上変更できるにすぎないという意味で、抵当権の物権的性質の重要な一内容を示すものとされている³²。

たしかに、上記のように解さないと、事実上、抵当権の担保力は著しく害される³³といえるだろう。

もっとも、同条は、その但書において、「但し、第954条乃至第957条に従い其の分離と共に土地の所有者又は自主占有者以外の者の所有に帰するときは此の限に在らず」と規定し、一定の例外を認めている。すなわち、土地の所有者でない者がその土地の産出物の所有権を取得する場合に関するBGB第954条乃至第957条の規定に基づき、土地の所有者ないし自主占有者以外の者が分離によって果実の所有権を取得する場合には、当該分離果実には例外的に抵当権の効

³¹ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 5Bände, 1888. (引用は1983年の復刻版による。以下、Mot. で引用する。)

³² 前掲（脚注31）Mot. III, S. 654.

³³ 占部・前掲（脚注30）論文（一）112頁、前掲（脚注31）Mot. III, S. 656.

力が及ばないこととしたのである。これは、抵当不動産が用益賃借 (Pacht) されている場合に、果実取得の対価として抵当不動産の用益賃料 (Pachtzins) を支払っている用益賃借人 (Pächter) ³⁴を保護するためである。

(ウ) BGB第1120条但書と賃料に対する物上代位との関係

先に見たBGB第1120条但書について、前述の第1草案理由書は、天然果実についての権利が用益賃借人に帰属するとしても、その代わりに用益賃料から満足を受ける権利を抵当権者に認めさえすれば、抵当権者が不利益を被ることはないという³⁵。

ここで、このことを裏返してみれば、天然果実が用益賃借人に帰属する結果天然果実自体には抵当権の効力が及ばない以上、その代わりに用益賃料債権に抵当権の効力が及ぶということを認めないと、抵当権の担保力は著しく損なわれることになるといえる。

そこで、用益賃借人に帰属する天然果実に代わって、賃貸人たる抵当不動産所有者に帰属する用益「賃料債権」に対して、抵当権の効力が及ぼされなければならないのである。すなわち、冒頭でも述べたように、抵当権の効力が賃料債権にまで及ぶ (BGB第1123条第1項) のは、天然果実が抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に含まれること (BGB第1120条本文) を前提に、天然果実が抵当権の効力から離脱することの「代償」としてなのである。

(エ) 抵当権の効力が及ぶ賃料債権の範囲

上記のような理由で、抵当権の効力が賃料債権にまで及ぼされるべきであるとして、具体的にいかなる範囲の賃料債権にまで抵当権の効力は及ぶのか。

この点、従来のラント法にあっては、(i) 抵当不動産の差押時以降に履行期が到来する賃料債権のみに限定する立場、(ii) 破産手続又は裁判所による管理が開始した後に生じた賃料債権のみに限定する立場及び(iii) 抵当不動産所有者が法律上有効に徴収ないし処分するまでは賃料債権の履行期に関わりなく無制限に及ぶとする立場に分かれていた。

こうした中、ドイツ民法は、抵当権の効力が賃貸されていない土地の天然果実

³⁴ こうした保護は使用賃借人 (Mieter) にも認められなければならないことにつき前掲 (脚注31) Mot. III, S. 658.

³⁵ 前掲 (脚注31) Mot. III, S. 653f.

に及ぶのと同様に、賃料債権に対しても、その履行期に関わりなく無制限に及ぶとする立場を採用した³⁶。

すなわち、その第1123条第1項において「土地が使用賃貸借又は用役賃貸借の目的なるときは、抵当権は其の賃料債権に及ぶ」と規定して、プロイセン所有権取得法第30条が採用していた上記(iii)の立場を採ることを明らかにしたのである。

加えて、抵当権設定後に調達された従物(Zubehör)にも抵当権の効力が及ぶのと同様に³⁷、判例は、抵当権設定登記後になされた賃貸借契約に基づく賃料債権にも抵当権の効力が及ぶとする。

(オ) ドイツ民法における賃料の事前処分規制

a 次に、賃料の包括債権譲渡と物上代位の問題に関し、ドイツ民法における取扱いの推移を確認しておきたい。

b この点、ドイツ民法は、抵当権の効力が及ぶ賃料債権(BGB第1123条第1項)を、抵当不動産所有者が自由に徴収ないし処分できるとする(BGB第1124条第1項)一方で、事前処分については、抵当権に基づく差押時以降の期間に関する部分は抵当権者に対して原則として無効であるとしつつ(同条第2項本文)、ただ、とりわけ賃料の不払いを回避するという抵当不動産所有者の経済的利益保護の観点から、月の15日以後に差押えがなされた場合の翌月分に関してはなお抵当権者にも対抗できる(同項但書)という枠組みで規制している。

すなわち、まず、使用・収益権を抵当不動産所有者にとどめるという抵当権の特性に忠実に、賃料債権を自由に処分するという利益を抵当不動産所有者に認めることを原則としつつ、濫用されやすい事前処分に関しては、ごく限られた合理的場合を除き抵当権者に対抗し得ないとする事で抵当権者の利益を保護しており、もって両者の利益のバランスを図っているといえよう。

それでは、かかる取扱いの枠組み、特に事前処分規制のそれがどのようにして形成されたかについて、見ていくことにしたい。

c BGB第1124条第1項

³⁶ 前掲(脚注31) Mot. III, S. 658.

³⁷ 前掲(脚注21) MünchKomm. 3. Aufl. § 1123 Rdn. 9.

まず、事前処分規制の枠組みの形成を検討する前提として、差押前の賃料処分の有効性を規定するBGB第1124条第1項について、その背景的価値判断を確認しておきたい。

この賃料という法定果実の処分に関するBGB第1124条第1項を検討するにあたっては、天然果実の処分に関して規定するBGB第1121条第1項と対比するのが有益である。

なぜなら、BGB第1121条第1項は、「土地の産出物…が、債権者の利益のために差押えられる以前に、譲渡せられかつ土地より搬出せられたるときは担保の責を免る」と規定しているところ、第1124条第1項第1文は、「抵当権者の利益のために差押がなされる以前に使用又は用益賃料を取立てたるとき又はその他差押前に之を処分したるときは、此の処分は抵当権者に対して其の効力を有す」と規定しており、ドイツ民法は、天然・法定果実の差押え前の処分の有効性につきパラレルに考えているといえるからである。

このことは、両規定の趣旨についても同様であると解される。すなわち、天然果実の処分を認める第1121条第1項の趣旨は、これを認めないと、事実上抵当不動産所有者の通常のエconomic活動は不可能となり、抵当不動産所有者の生活上の必要と矛盾することから³⁸、天然果実の処分権限をなおも抵当不動産所有者に留保すべきであるという点にあり、このことは、法定果実である賃料についても同様に妥当することから、賃料債権もまた、抵当権者のために差し押さえられるまでは、抵当不動産所有者はこれを自由に処分できなければならないのである³⁹。

以上から、ドイツ民法は、「天然果実の搬出」と「賃料の徴収・処分」とを、原則として同視しているものといえる⁴⁰。

さらにドイツ民法は、先に述べた抵当不動産所有者の生活上の必要性に基づく賃料処分の保障という第1124条第1項の趣旨を十全ならしめるため、「此の処分が第三者への賃料債権の譲渡なるときは、其の債権の担保の責は消滅す」（同項第2文前段）と規定し、賃料債権の譲受人に対しても何らの追及をなし

³⁸ 前掲（脚注31）Mot. III, S. 661.

³⁹ 前掲（脚注31）Mot. III, S. 663.

⁴⁰ 占部・前掲（脚注30）論文（一）116頁，前掲（脚注31）Mot. III, S. 663.

得ないことを保障している。

d BGB第1124条第2項

(a) もっとも、天然果実が、その分離前には譲渡できず（BGB第93条）⁴¹、また差押えも成熟期の1カ月前にならないとなし得ない（ZVG第810条）のと異なり、賃料債権の履行期前の処分にはかかる制約はない。そこで、賃料債権については、抵当不動産所有者の処分権限を一定程度制約する方途を別途講ずる必要がある⁴²。

かかる要請に基づいて、ドイツ民法は、「前項の処分が差押当時進行中の月以後の期間についての使用又は用役賃料に関する限り、之は抵当権者に対して其の効力を有せず」（BGB第1124条第2項本文）と規定している。ただ、前述のように、賃料不払いの回避という一定の合理的必要性に裏付けられたごく短期間の事前徴収（これを認める以上当該賃料債権の譲渡・質入についても同様）については、抵当権者にも対抗し得るとしておく必要がある。そこで、ドイツ民法は、その但書において、「但し、差押が月の15日以後になされたときは、此の処分は其の翌月分についての賃料に関する限りは其の効力を有す」と規定し、例外のさらに例外を認めている。

(b) では、次いで、上記規定の立法経緯を見ていくことにしたい。

賃料の事前処分規制に関しては、従来、ラント法において以下の3つの立場が採られていた。すなわち、①不動産差押時以降に履行期が到来する賃料に関しては、それが抵当不動産所有者によってすでに徴収・譲渡ないし質入されていた場合でも、抵当権の効力が及ぶとするもの、②不動産差押時以降分の賃料に関しては、それが抵当不動産所有者によってすでに徴収・譲渡ないし質入されていた場合でも、抵当権の効力が及ぶとするもの及び③所有者が処分し得る賃料の他に、法定期間を越えてあらかじめ徴収されたり処分の対象とされた賃料債権に対しても、差押によって抵当権の効力が及ぶとするものである。

これらのうち、第1草案は、プロイセンをはじめとするいくつかのラントが

⁴¹ BGB第93条は、「物の構成部分が、何れかの部分を毀滅し又は其の本質を変ずるにあらざれば之を分離すること能はざるときは（本質的構成部分）、之を特別なる権利の目的となすことを得ず」と規定している。

⁴² 前掲（脚注31）Mot. III, S. 663.

採っていた上記③の立法例を採用した。これは、当時、ドイツのかなりの地域で一般的に行われていた「賃料の不払いを回避するための賃料前払いの慣習」に一定の合理性を見出したためと考えられる。

問題は、その合理性を承認される期間をどの程度と定めるかであるが、同草案は、この点についてもプロイセン法と同じく、「4半期」、すなわち3カ月と定めた⁴³。

こうして、第1草案は、「抵当権者の利益のためになされた不動産の差押後最初の3カ月以降の期間」についての賃料債権の処分は、抵当権者との関係で無効であるとした（同草案第1069条第2項）。

その後、第2草案では、賃料債権の事前処分は賃貸不動産の譲受人に対抗できないという原則が採用された⁴⁴。これは、第2委員会が「売買は賃貸借を破らず」の原則を採用したことに伴い⁴⁵、これを徹底して、賃料債権の事前処分もまた賃貸不動産譲受人にも対抗できるとなると、その譲受人は、事前処分された期間につき相当対価を得ることなく、譲り受けた不動産を賃借人に使用させる義務を負うことになってしまい、かかる事態は賃貸借関係の本質に反し、加えて近代登記制度と調和しない不測の危険を不動産譲受人にもたらしかねないと危惧されたからである⁴⁶。

もっとも、この「将来賃料についての不動産譲受人の権利は賃貸人の事前処分によって害されない」との原則にも、次の2つの例外が設けられた。すなわち、①不動産譲受人が賃貸人の事前処分を知っていた場合及び②事前処分が次期の賃料に限ってなされた場合である。これらの例外が設けられた趣旨は、①については、かかる不動産譲受人には前述の「不測の危険」は考えられず、またこうした場合、事前処分の事実が不動産譲渡契約の内容決定に際し、すでに考慮されているのが通例であるからといえよう。他方、②については、「次期の賃料に関する処分は賃貸人にとって経済的に不可欠であり、それゆえ、その

⁴³ 前掲（脚注31）Mot. III, S. 664.

⁴⁴ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7 Bände, 1897-1899（引用は1983年の復刻版による。以下、Prot. IIで引用する）Bd. II, S. 145.

⁴⁵ 前掲（脚注44）Prot. II, S. 137ff.

⁴⁶ 前掲（脚注44）Prot. II, Bd. II, S. 139.

ような処分は不動産譲受人に対しても当然に対抗できることが認められなければならない⁴⁷からとされている。こうして、第2草案は、その第514条（現行BGB第573条に相当）において、所有権移転時にすでに不動産譲受人が知っていた賃料の処分とともに、所有権移転時の4半期とその翌4半期についての賃料の事前処分は不動産譲受人に対抗できるものとした。

この第2草案第514条の新設に伴い、これと同趣旨の規定といえる⁴⁸前述の第1草案第1069条第2項についても、類似する第2草案第514条の規定と一致する方が望ましい⁴⁹という理由で、同旨の変更が施された。

このようにして、BGB第1124条第2項（当時）、すなわち「前項の処分が不動産差押時の4半期とその翌4半期以降の期間についての使用又は用益賃料に関する限り、之は抵当権者に対して其の効力を有せず」との規定が定められたのである。

ここで、この規定を裏側から見ると、「不動産差押時の4半期とその翌4半期」、すなわち最大半年分の賃料の事前処分権能が賃貸人である抵当不動産所有者に保障されていることに注目したい。前述のように、ドイツ民法は、その起草段階から、賃料の事前処分は抵当権者に対抗できないことを原則としつつも、合理性の認められる「一定範囲」での賃料の事前処分は認められるべきであるという価値判断に立脚していた。これは、賃料不払いの危険から賃貸人の利益を保護するための「一定範囲」での賃料前払いという望ましい慣行を保護・促進しようとするものであり、そのために賃借人の二重弁済の危険の排除を制度的に担保する必要がある、そこで、かかる「一定範囲」の前払いは抵当権者に対抗できるとしなればならなかったのである。

こうした規制枠組自体は、ドイツ民法において、長期的に確立していくことになるのであるが、賃料の事前処分を抵当権者に対抗できる「一定範囲」の具体的内容に関しては、その起草過程での議論の不十分さに加え、かかる具体的期間がその時代の経済的要請に立脚して構築されてゆく面があることからして、変容を被ることは、およそ不可避免的ともいえるものであった。

⁴⁷ 前掲（脚注44）Prot. II, Bd. II, S. 146.

⁴⁸ 前掲（脚注44）Prot. II, Bd. II, SS. 139, 146.

⁴⁹ 前掲（脚注44）Prot. II, Bd. III, S. 562.

e 1915年改正の背景

(a) 先に見たBGB第1124条第2項(当時)は、「不動産差押時の4半期とその翌4半期」という期間を、賃料の事前処分の抵当権者への対抗を認めてよい合理的な「一定範囲」であると考えていたが、その合理性に疑問が呈される事態が、1910年代前半のドイツ経済界に生じた。いわゆる「抵当権危機(Hypothekennot)」である。

すなわち、多額の政府借入金や大工業の資金需要を原因とする金融市場の引き締めと同時に生じた建築・不動産恐慌を契機として、個人資本家によってなされていた第2順位の抵当権を担保とする融資が一気に引き揚げられてしまったのである。かかる「抵当権危機」の本質的要因として、濫用的な賃料債権の処分とこれに対する抵当権の効力の不十分さがあると考えられていた。つまり、第2順位抵当権者は、主として賃料収入からの満足を期待して融資を行っているにも関わらず、濫用的な賃料債権の処分の頻発により⁵⁰、融資を可能とさせている前提条件自体が崩れ去ってしまったというのである。

かかる事態に直面した第2順位抵当権者、とりわけ賃料の事前処分が対抗される期間の経過を待つことのできない抵当権者としては、強制執行を申し立てるよりない。もっとも、不動産市況の低迷により、第三者競落によったのでは、第2順位抵当権者をはじめとする後順位抵当権者にまで十分な配当が回ることはない。これを回避するために、第2順位抵当権者等は、いったん自己競落した上で、その賃料収入から満足を得ていく方法を探ることを余儀なくされる。ところが、ライヒ裁判所の判決⁵¹により、最大限1年分は賃料の事前処分を対抗されてしまうということとなり、かかる手段による回収には限界があった⁵²。そこで、第2順位抵当権者としては、賃料の事前処分そのものを阻止する必要に迫られたのである。

(b) この点、当時の法状況において考えられる法的対応措置としては、以下の3つがあった。すなわち、①用益権(Nießbrauch)の設定、②債権者取消権に基づく事前処分の取消及び③処分された賃料債権の再譲渡請求権である。

⁵⁰ 内田貴『抵当権と利用権』174頁、175頁(有斐閣、1983年)。

⁵¹ RG 5 Dezember 1906, RGZ Bd. 64 Nr. 101, S. 415 [Dresden]

⁵² 内田・前掲(脚注50)書176頁、177頁。

まず、①用益権の設定とは、物の収益 (Nutzungen) を収取する物権である用益権 (BGB第1030条第1項)、ここでは抵当権者が抵当不動産賃料を不動産の差押えを待たず直ちに享受するために抵当権と併せて設定させる保全用益権 (Sicherungsnießbrauch)⁵³を、抵当不動産所有者の賃料の処分の自由を排除する目的で用いるものである。しかし、かかる方法は、先順位抵当権者が同時に用益権者であっても、用益権の設定は土地についての処分であって賃料についての処分ではないから、後順位抵当権者が先に賃料を差し押さえた場合、先順位抵当権者はその排除を求めることができないとするライヒ裁判所の判決が出されたことにより、保全用益権の設定のみでは賃料債権を掌握したことにはならず、したがって賃料債権の事前処分を阻止する手段たり得ないことが明らかとなった。

次いで、②債権者取消権に基づく事前処分の取消であるが、これは、相手方に認識された債権者加害の意思で債務者がなした法的行為 (Rechtshandlung) は取り消し得るとする債権者取消法 (Anfechtungsgesetz) 第3条第1号の適用により、賃料の事前処分の効果を事後的に否定しようとするものである。たしかに、この方法は、先の①の場合とは異なり、ライヒ裁判所の判決⁵⁴により、BGB第1124条第2項の規定は、同項で保障された賃料の一定期間の事前処分を債権者取消法に基づき抵当権者が取り消すことを排除するものではないと認められ、賃料の事前処分を事後的にはあるが否定する一つの手段たり得ることが確認された。しかし、かかる方法には、抵当権者を害することについての抵当不動産所有者の加害意図とその相手方の認識の立証の困難性及び訴訟費用等をはじめとする提訴負担が大きいなどの実際上の不都合性が存した⁵⁵。加えて、取り消された処分の対象であった賃料債権について、いったんは消滅した抵当権者の優先弁済請求権が債権者取消権を介して何故復活するのかという理論的問題も存したこともあり、賃料の事前処分に対する一般的な対抗手段とはなり得なかったのである。

⁵³ Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992, § 32. I. 3. (以下、Baur/Stürnerで引用する)

⁵⁴ KG 30 September 1911, KGBI 1913, S. 99 及び KG 26 October 1912, KGBI 1913, S. 100.

⁵⁵ 内田・前掲 (脚注50) 書178頁。

そこで、賃料の事前処分の効力をとりあえず認めた上で、処分の相手方に対して、当該賃料債権の再譲渡を請求し得るのではないかという上記③の提案がなされることとなった。しかし、この方法には、そもそもかかる再譲渡請求権なるものが認められるのか、仮に認められたとしてこれが後順位抵当権者のために機能し得るものなのかという理論上・実際上の疑問が寄せられ、実務に採用されるどころとはならなかった。

(c) 以上のように、当時提案されたこれら①～③の方法では、賃料の濫用的事前処分に対し、十分に対抗することができなかった。そこで、賃料債権の事前処分を抵当権者・買受人に対抗できる範囲を「不動産差押時の4半期とその翌4半期」としていたBGB第1124条第2項(当時)自体を、事前処分規制を強化する方向で改正することで、第2順位抵当権の有する価値を高めようという機運が高まったのである。

f 1915年改正

1915年改正に先立っていくつかの改正提案⁵⁶がなされた中で、改正内容に最も影響を与えたのが、ドイツ全国都市連絡協議会(der Deutsche Städtetag)理事会の請願書及び第32回ドイツ法曹大会⁵⁷のための鑑定意見書⁵⁸におけるハインリッヒ・ヘーニガー(Heinrich Höniger)の改正提案である。

まず、前者は、第2委員会がBGB第1124条第2項の前身である前述の第1草案第1069条第2項の改正に際し、賃料の事前処分を対抗し得る期間を、賃貸不動産譲受人を適用対象とするBGB第573条の前身である前述の第2草案第514条の期間と一致させようとしたことは不合理であると指摘した。すなわち、第2草案第514条(BGB第573条に相当)が規律する局面にあつては賃料債権の処分後に賃貸不動産の譲渡がなされているのに対して、第1草案第1069条第2項(BGB第1124条第2項に相当)の規律局面にあつては、賃料債権の処分前にすでに抵当権の設定がなされているのであり、両者の利益状況はまったく異なるとする。つまり、第1草案第1069条第2

⁵⁶ 内田・前掲(脚注50)書179頁～184頁。

⁵⁷ 第1次世界大戦勃発により延期され未開催。

⁵⁸ Gutachten über die Frage ; Entsprechen die Bestimmungen betreffend die Erstreckung der hypothekarischen Haftung auf Miet- und Pachtzinsforderungen und deren Durchführung bei Zwangsvollstreckung in das Grundstück dem praktischen Bedürfnisse ?

項の場合、賃料債権の譲受人や差押債権者等は抵当権の存在を認識している立場にあるのだから、賃料債権の処分を知り得ない第2草案第514条の賃貸不動産譲受人と同様の厚い保護を与えるには及ばないというのである。そこで、同請願書は、上記の点に鑑みると、BGB第1124条第2項における賃料の事前処分を対抗できる期間はより短くされるべきであり、具体的には「不動産差押時の4半期」に限るべきであると提案した。

他方、後者のヘーニガーの改正提案は、賃料の事前処分対抗可能期間の短縮化を前提としながらも、弁済期より若干早目に賃料を支払うという賃借人の好ましい行為を保護・推進しようというものであった。すなわち、BGB第1124条第2項の後に「しかしながら、賃料が事前に支払われるべき場合に、その賃料処分が翌4半期開始直前の最終月の後半に、且つ差押前になされれば、翌4半期の分についても有効である」との文言を追加すべきであるとの提案である。

これら両者の提案は、1915年改正に際し、ほぼそのまま取り入れられた⁵⁹。すなわち、賃料の事前処分を対抗できる期間を「不動産差押時の4半期」に限定した上で（BGB第1124条第2項本文）、但し不動産の差押えが4半期の最後の半月内に行われた場合には、翌4半期分についてまで有効である（同項但書）とされることとなったのである（1915年改正当時）。

g 1915年改正後のドイツ判例法理の展開

こうして1915年改正により、賃料の事前処分規制は強化されたのであるが、その一方で、一定の賃料前払いを保護するという解釈論上の例外を認めるドイツ判例法理が形成・展開されていった。

その過程をごく大まかに区分すると、①契約に基づく賃料の前払いは抵当権者等にも対抗できるとする立場をライヒ裁判所が採用していた1915年改正から第2次世界大戦前までの時期⁶⁰、②第2次世界大戦後、連邦通常裁判所が前述のライヒ裁判所の立場を法律構成上は追認しつつ、大戦後の深刻な住宅不足に伴い「建築費用協力金」を抛出することを余儀なくされた賃借人と抵当権

⁵⁹ 内田・前掲（脚注50）書184頁、185頁。

⁶⁰ 内田・前掲（脚注50）書190頁～196頁。

者との利害調整を図ろうとする1954年ころまでの時期⁶¹及び③賃料を前払いした賃借人保護の根拠を前払賃料が建築費用協力金として現実に抵当不動産の価値を高めたことに求める立場（価値上昇説）を連邦通常裁判所が採用するに至る1954年以降の時期というように3つに区分することが可能である。

こうしたドイツ判例法理の到達点である、連邦通常裁判所が抵当権者等に対抗できるとする賃料の前払いの要件は、次のようにまとめることができる⁶²。

すなわち、①問題となる給付の提供と元々の賃料債務との相殺による賃料前払いの合意が、賃貸借当事者間において、実際に、原則として給付の提供前になされていること、②その給付が、当初より賃貸不動産上の建物の解体・新築のために用いられることが定められていること及び③不動産の価値が実際に上昇していることの3要件である⁶³。

h ドイツ法における賃料の事前処分規制の総括

(a) 以上の検討から明らかなように、ドイツ法にあつては、まず、その法規制として原則として抵当不動産所有者に賃料の処分権能を認めつつ、特に濫用のおそれの高い事前処分に関しては、ごく短期間の例外的場合を除き抵当権者に対して効力を有しないというように抵当不動産所有者と抵当権者との利害調整が明文の形でなされ、さらにこれを一定要件を満たす合理的前払いに限り新たに事前処分規制の例外として許容するという判例法理が補っている。

(b) 抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であるとの判断から、将来の賃料債権をその時点における不動産所有者が債権譲渡等の事前処分をしても、その後当該抵当賃貸不動産を譲り受けた不動産譲受人に対しては同人の所有権取得時以降の期間

⁶¹ 内田・前掲（脚注50）書199頁～203頁。

⁶² 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分（三・完）」大阪学院大学法学研究25巻1号164頁、165頁（1998年）。

⁶³ こうした価値上昇説的な判断枠組みにつき、その「普遍妥当性」を主張して日本法への妥当性を説くものとして、占部・前掲（脚注62）論文（三・完）166頁、167頁。もっとも、占部教授がドイツにおける上記判断枠組みにつき「二つの世界大戦の結果生じた極端な住宅不足という特殊事情のもとで生じたもの」と認めつつも、なお同判断枠組みが「普遍妥当性」を有することが「明らか」とする論拠として掲げられる1976年に新設されたZVG第57条C5項の規定は、実際は実務に受け容れられず9年後には削除されていることにつき、前掲（脚注53）Baur/Stürner, § 29. D. II. 4. Fn. 1.

に対応する賃料債権の事前処分については原則として対抗することはできず、このことは抵当権実行後の買受人に対しても同様とされている（BGB第573条、ZVG第57条）。

(カ) 物上代位の対象となる賃料の範囲（抵当不動産の維持・保存費用の取扱い）

a 物上代位の対象となる賃料の範囲（抵当不動産の維持・保存費用の取扱い）については、ドイツ法においても、1953年改正以前は、わが国の現行解釈と同様、抵当不動産の維持・保存費用に相当する部分も含め賃料のすべてを物上代位権者に取得されてしまうとの法制であり、立法論的批判が行われてきた。とりわけ、ドイツ法では強制管理のための差押えが第一次的なものとして考えられていたところ、強制管理に関しては収益から管理経費や手続経費を差し引いた後の残余につき配当を行うこととされていたことから（ZVG第155条第1項）、これとの対比で債権差押による賃料に対する物上代位の不合理性として意識されてきた⁶⁴。

b その後、上記の問題点は、1953年8月、「強制執行の分野における措置に関する法律」（Gesetz über Massnahmen Auflage dem Gebiete der Zwangsvollstreckung）によって改正された。

すなわち、ZPO第851条bにより、債務者の申立てによって不動産の継続的保存に不可欠な範囲で賃料の差押えが制限されることとされたのである。

c このように、ドイツ法では、抵当不動産の維持・保存のために必要な管理費等に相当する部分については賃料の差押えを制限することで、抵当不動産の荒廃等を防ぐという合理的な規制がなされている。

ウ 強制管理

(ア) 強制管理に関する規定

現行ドイツ法においては、強制管理制度につき、ZVG第146条から第161条までの16カ条によって規定されている⁶⁵。

(イ) 沿革の概要

⁶⁴ 鈴木・前掲（脚注9）書146頁、新井剛「ドイツ強制管理制度（一）—担保不動産収益執行制度のための比較法的考察—」大阪学院大学法学研究31巻1・2号250頁、252頁（2005年）。

⁶⁵ これら一連の条項に関する近時の訳文として新井・前掲（脚注64）論文（一）258頁～267頁参照。

強制管理制度は、従来から多くのラント法において認められていたところ、第1草案は、強制管理独自の規定を設けつつ必要に応じて強制競売に関する規定の準用をも行うという体裁をとるプロイセン、ザクセン及びバイエルンの規定方法を採用した。

この第1草案が採用した強制管理制度が、基本的構造はそのままに、数次の改正を経て現行の上記条項となっている。

(ウ) 現行強制管理制度の概要

現行の強制管理制度の概要は、次のとおりである⁶⁶。

- a 強制管理開始命令により強制管理制度が開始し（ZVG第146条）、不動産の差押えによって債務者（所有者）は不動産の管理・利用権限を喪失し（同第148条第2項）、当該不動産は裁判所に選任された管理人（Verwalter）に引き渡され、又は占有に関する権限が与えられる。
- b 管理人は、選任以降、当該不動産の管理・運営にあたり、不動産の経済的状態を維持しつつ、通常の利用に従った利用を行うこととされ、そのために必要な行為一切を行う権利を有し義務を負う（ZVG第152条第1項）。

具体的には、管理人は、執行債務者の権利を行使することができることから、賃借人から賃料を取り立てることができる。

- c かかる賃料をはじめとする当該不動産の利用により得られた収益及び管理に際し不要であるとして金銭化された収益は、まず管理経費及び手続費用に支弁され（ZVG第155条第1項）、残余につきZVG第10条第1項第1号～第5号に掲げる請求権の区分・順位に応じて配当される（同第155条第2項）。抵当権者の請求権は、ZVG第10条第1項第4号の「不動産上の権利に基づく請求権」に当たるため、第4順位の請求権として配当を受けることになる⁶⁷。

この第4順位を含む第2順位から第4順位に関してはZVG第155条第2項第2段による制限があり、抵当権者の請求権に関しては、当期の利息等のみが第4順位の対象とされ、元本については「債権者の請求権であって、以上の

⁶⁶ 新井・前掲（脚注64）論文（一）250頁、251頁、258頁～267頁、同「ドイツ強制管理制度（二・完）—担保不動産収益執行制度のための比較法的考察—」大阪学院大学法学研究32巻1号122頁（2005年）。

⁶⁷ 抵当権者間の優劣は抵当権の順位に従う（ZVG第11条第1項）。

各等級のいずれかにおいて弁済されないもの」として第5順位の扱いとされる⁶⁸。

- d 管理人は、利害関係人に対し責任を負っており、毎年及び管理終結後に行う裁判所に対する計算報告書の提出を通じて、債権者・債務者に計算報告を行わなければならない（ZVG第154条）、裁判所は、管理人の指示・監督を行うとともに管理人の受けるべき報酬を確定する（同第153条）。

(エ) 強制管理と物上代位による債権差押えとの調整

- a 強制管理と物上代位による債権差押えとの調整に関しては、強制管理が先行している場合には物上代位による差押えは許されず（ZVG第148条参照）、他方、物上代位による債権差押えが先行している場合にも他の抵当権者は強制管理の申立てが可能であり、この場合、BGB第1124条の範囲内では物上代位による債権差押えの効力が認められるも、その範囲は厳格に制限されている⁶⁹。
- b よって、ドイツ法においては、⑧「賃料収受」の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一次的なものとして考えられているといえる。

(オ) 強制管理の効用

強制管理の効用としては、次の5点が挙げられる⁷⁰。

- a 強制管理の効用の第1は、制度本来の目的でもある対象不動産の収益から債権者が債権的満足（の一部）を得ることである。
- b 効用の第2は、管理人に抵当不動産の維持・保存等の適正な管理行為を行わせることで抵当不動産の荒廃を防ぐことである。
- c 効用の第3は、管理人を入れることで事後の担保不動産の価値減少行為や第三者を利用した妨害行為を予防できることである⁷¹。

⁶⁸ 第5順位間においては差押えの先後によって優先劣後を決する（ZVG第11条第2項）。

⁶⁹ 新井・前掲（脚注64）論文（一）252頁。

⁷⁰ 新井・前掲（脚注66）論文（二・完）128頁～130頁。

⁷¹ 強制管理後も差押え当時に抵当不動産に債務者の居住スペースもある場合には原則として債務者の家庭に欠くことのできない空間の利用は許されるところ（ZVG第149条第1項）、同利用者らが当該不動産又はその管理を危うくする場合には、管理人には、裁判所への申立てにより不動産の明渡しを求める権能まで認められている（同条第2項）。

- d 効用の第4は、管理人には当該不動産の維持・保存のみならず、合理的な収益を産み出すことが求められている関係で、より収益性を高めるために必要な改良行為まで行われることで抵当不動産の客観的価値が高まることである。
- e 効用の第5は、強制管理によって抵当不動産が維持・保存又は改良されることで競落代金がより高額となることである⁷²。

(カ) 強制管理制度の短所及び手当て

- a 上記のとおり、強制管理制度には収益からの債権回収という第一次的目的とは別に、所有者ないし第三者による妨害的行為を防止・排除するとともに当該不動産の維持・保存ないし改良行為によって売却価格を上昇させるという大きな副次的効果が認められる。
- b しかしながら、かかる強制管理制度の短所の1つとしてしばしば指摘されてきたのは、費用、とりわけ管理人の報酬及び経費が比較的高額である点であった。
- c こうした点に対する配慮から、現行ZVG第150条aには申立債権者の職員を無報酬の管理人として選任するよう執行裁判所に提案することができる規定が設けられており、かかる短所の緩和措置が施されるに至っている。

(キ) 利用状況

- a ドイツ法の強制管理制度は1世紀以上の歴史を有するところ、戦前である1904年から1913年までの統計では7751件から1万4763件へと増加しており、戦後である1958年から1967年までの統計では1611件から1103件まで減少後再び増加に転じ2371件まで増加している。また、その後となる1982年から2002年までの統計では4909件から多少の増減を繰り返しつつ緩やかに増加していき2002年には過去最大の3万3700件を記録している⁷³。
- b 強制管理利用件数の動向は総じて経済の好況時には減少、不況時には増加という傾向が見られる。

(ク) 強制管理の総括

⁷² 旧プロイセン執行法第2条の立法理由書もこの点を指摘することにつき新井・前掲（脚注66）論文（二・完）130頁、131頁。

⁷³ 新井・前掲（脚注66）論文（二・完）138頁～145頁。

以上のとおり、ドイツ法においては、1世紀以上に及ぶ強制管理制度の歴史があり、その中で比較的合理性・公平性の高い制度として構築・運用されてきたものといえる。とりわけ、収益からの債権回収という第一次的目的とは別に、所有者ないし第三者による妨害的行為を防止・排除するとともに当該不動産の維持・保存ないし改良行為によって売却価格を上昇させるという大きな副次的効果があるため、近時の経済不況の影響もあって近年は3万件を越す年間利用件数がある。

3 日本法

(1) 日本法における抵当法制の沿革

ア はじめに

次いで、日本抵当制度の沿革について概観する。

日本法における抵当制度の生成と展開の歴史を概観する行き方として、便宜上、現行民法典制定以前を3つの時期に区分して概観し、次いで現行民法典の制定に触れ、最後に現行民法典施行後の展開過程を4つの時期に分けて見ていくことにしたい。

イ 現行民法典制定以前

(ア) 律令時代

a 律令時代においては、奈良時代に貨幣取引が始まり担保制度を媒介とする消費信用が現れるも、永代的売買の許される土地が限られていたことから、後に口分田の質入が実際化するまでは、その担保化は活発ではなかった。

b また、「質」といっても、それは現代の質と抵当とを含んだものであった。

この令制においては、流質が禁ぜられ売却質のみが許されたのであるが、平安末期にはこの禁も破れて帰属質が一般化するに至った⁷⁴。

(イ) 封建法時代

a 封建法時代に入っても、この時代の前期（鎌倉・室町時代）においては、「質」なる語は、依然、質と抵当とを含んでいた。

そして動産質はなお帰属質たる占有質であったが、不動産質には非占有質たる差質ないし見質の他に、占有質たる入質が一般化することとなった。

b この期の後期（徳川時代）に入ると、「質」に対立する語として「書入」の語

⁷⁴ 柚木=高木・前掲（脚注6）書206頁。

が抵当の意味を示すようになった。そして不動産の占有質はほとんど田畑質に限られることとなった反面、「書入」の目的は広く動産・不動産・債権・人身等に及ぶこととなった。

- c かかる変容は、この時代になって生産信用の媒介としての担保制度が行われるようになった反映ではあるが、法律技術の後進性は公示の原則に多くの顧慮を加えることをせず、その設定には普通の借用証文に書入文言を記載することをもって足り、町村役人の加印等を必要とするものでもなかった。

その反面、その効力も弱く、債権者は目的物に対して物権を取得することなく、書入金を弁済しない場合の効果も当事者間の約定によって定まった。通常見られたのは、書入物を債権者に帰属せしめて書入人がその売渡証書を債権者に交付するか又は書入人が書入物を売却してその代金をもって債務に充当する方法であった⁷⁵。

(ウ) 維新法時代

- a 次いで、維新法時代であるが、明治維新後早々の明治6年、政府は地租改正実施の必要から、フランス法を範にとり、「地所質入書入規則」(布告第18号)を制定した。
- b これは、封建法後期の旧慣を時代に適するように法文化したものであったが、公証という公示方法を制度化し、加えて書入(抵当)に物権的効力を認めた点に、法技術的進歩が見られる。
- c しかし、この制度は、依然として消費信用に奉仕する制度であって、生産信用の媒介としての機能を果たすものではなかった。

その背景には、当時財閥としての基礎を形成し始めていた産業資本家は政府の保護育成下に膨張したものであったため信用制度による資本の集積を必要としなかった反面、農村不況下に生活資金に窮していた中小自作農はその土地によって高利金融を得るしか方法がなかったという社会経済事情があった⁷⁶。

ウ 現行民法典の制定

⁷⁵ 柚木=高木・前掲(脚注6)書206頁、207頁、近江幸治『担保物権法(新版)』66頁(弘文堂、1992年)。

⁷⁶ 柚木=高木・前掲(脚注6)書207頁、208頁、近江・前掲(脚注75)書66頁、67頁。

(ア) 先に見た維新法時代における「地所質入書入規則」が、旧民法の債権担保篇を経て、明治29年、現行民法典の担保制度へと発展し、近代的担保物権としての質権及び抵当権が成立した。

(イ) ここで、当時のわが国の社会経済的事情が現行民法典の抵当制度を性格づけた点に注意すべきである。

すなわち、日本資本主義の形成期にあった当時の産業資本は、政府の庇護の下に寄生虫的に発育していったのであって、民間金融による資本の造成を緊急の必要事としなかったから、民法立案者は専ら消費金融の手段として抵当制度を考えれば足りたのである。

(ウ) こうして制定された当初の民法典上の抵当権に関する規定は僅か30カ条であって、西欧の民法典に比してその簡素な点が特筆される⁷⁷。

エ 現行民法典施行後の展開過程

(ア) 日清・日露戦争後の経済興隆期

a その後、日清・日露の戦勝によって日本経済は急速な発展を遂げ、産業資本は一躍にして独占資本の段階に歩を進め、日本資本主義は興隆期を迎えるに至った。

b こうして、銀行金融は盛行し、抵当の対象は農村から都会に移ることとなる。こうした中で、消費金融の媒介として規定された民法の抵当制度と経済界の拡大した需要とのギャップが意識され始め、その最たるものが抵当権の目的物の問題であった。

c こうした問題については、漸次、鉄道抵当法（明治38年法律第53号）、工場抵当法（同年法律第54号）、鉱業抵当法（同年法律第55号）といった一連の財団抵当立法や明治42年の「立木ニ関スル法律」（法律第22号）などにより、立法的に手当されていくこととなる⁷⁸。

(イ) 第一次大戦後の経済沈滞期

a 第一次大戦後の大正9年における戦後反動恐慌とともに、日本資本主義は一転して沈滞期に突入することとなった。

b 農村より都市への資金流入、中小企業者の資金枯渇に接して、国家は救済融

⁷⁷ 柚木=高木・前掲（脚注6）書208頁、近江・前掲（脚注75）書67頁。

⁷⁸ 柚木=高木・前掲（脚注6）書211頁～213頁。

資に奔走する。

- c かような経済状態を背景にして、抵当制度の一環として抵当証券法（昭和6年法律第15号）及び農業動産信用法（昭和8年法律第30号）が制定された⁷⁹。

(ウ) 第2次大戦後の高度経済成長期

- a 第2次大戦後は、資本主義経済が復興され始めた昭和24年、25年ころから抵当制度の機能は再開され、その後の高度経済成長期における産業の著しい発展は、担保法の分野にも大きな影響を及ぼした。
- b 自動車抵当法（昭和26年法律第187号）、航空機抵当法（昭和28年法律第66号）及び建設機械抵当法（昭和29年法律第97号）に見られる動産抵当制度の躍進、企業担保法（昭和33年法律第106号）による企業担保制度の創設、民法典の一部改正としての根抵当制度規定21カ条の新設（昭和46年法律第99号）等がそれである⁸⁰。

(エ) バブル経済崩壊以降

- a いわゆるバブル経済の崩壊によって膨大な不良債権が生み出され、一方において不動産競売事件を増加させ、他方、そうした状況を新たな舞台として、暴力団関係者や占有屋と呼ばれる事件屋による悪質な執行妨害事件⁸¹が横行するといった日本経済社会全体に暗い影を落とす深刻な状況が発生した⁸²。

とりわけ、平成2年秋以降に顕著となった不動産価格の急落と、これに伴い生じた住専問題に象徴される未曾有の不良債権の発生という経済状況の下で、担保不動産の最終処理としての競売手続の迅速・円滑な遂行が社会的な急務と認識されるに至った⁸³。

- b こうした社会背景の下、平成8年（法律第108号）、10年（法律第128号）と立て続けに議員立法で民事執行法上の保全処分及び引渡命令に関する重

⁷⁹ 柚木=高木・前掲（脚注6）書213頁、214頁。

⁸⁰ 柚木=高木・前掲（脚注6）書214頁～217頁、近江・前掲（脚注75）書240頁～250頁。

⁸¹ 具体的な執行妨害の手口については、吉田光碩「改正民事執行法と抵当実務」NBL614号21頁以下（1997年）に詳細な分類が紹介されている。

⁸² 深山雅也「民事執行法の一部を改正する法律の解説」NBL598号26頁（1996年）。

⁸³ 山本智子「民事執行法の改正について」銀行法務21第524号4頁（1996年）、浦野編・前掲（脚注1）書23頁。

要な改正が行われ⁸⁴、平成15年には民事実体法をも含む大改正である「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」(法律第134号)が制定されるに至り⁸⁵、翌16年4月1日から施行されている。

⁸⁴ 今井和男「民事執行法の一部改正と不良債権回収」銀行実務1996年9月1日号63頁以下(1996年)、萩本修「民事執行法改正の概要」金融法務事情1458号48頁以下(1996年)、浦野編・前掲(脚注1)書23頁～26頁、深山・前掲(脚注82)論文24頁以下。

⁸⁵ 本論文で扱う論点に関わる制定過程の議論については、生熊長幸『物上代位と収益管理』293頁、294頁、300頁～339頁(有斐閣、2003年)、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』3頁～15頁、33頁～39頁、49頁～56頁、95頁～106頁(有斐閣、2003年)、古賀政治編著『ケースでわかる新担保・執行法制』2頁～12頁(金融財政事情研究会、2003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』3頁～29頁(新日本法規出版、2003年)、天野稔・高橋恒夫・瀧浪武『新しい担保・執行法制の実務Q&A』8頁～14頁、24頁、25頁、48頁～52頁、70頁～73頁、80頁～82頁(経済法令研究会、2003年)、道垣内弘人『担保物権法 [第2版]』143頁、147頁、148頁、171頁～173頁、219頁～221頁(有斐閣、2005年)、内田貴『民法Ⅲ [第2版]』394頁、395頁、398頁、400頁、401頁、427頁、432頁、434頁～437頁、452頁、454頁～456頁(東京大学出版会、2004年)、我妻栄・有泉亨(清水誠補訂)『コンメンタール担保物権法 [第3版]』119頁、120頁、129頁～131頁(日本評論社、2004年)、浦野編・前掲(脚注1)書26頁～28頁、高橋弘・鳥谷部茂「シンポジウム・不動産担保法制(一)」広島法学26巻4号238頁～261頁(2003年)、同「シンポジウム・不動産担保法制(二・完)」広島法学第27巻第1号119頁～133頁(2003年)、池田知史「短期貸借保護の制度の廃止と建物明渡猶予制度の創設」判例タイムズ1233号72頁～87頁(2007年)、角井俊文「担保不動産収益執行制度の現状と実務上の諸問題」判例タイムズ1233号88頁、89頁(2007年)、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1115号4頁～28頁(2003年)、近江幸治「新しい担保法制の意義と展望」金融・商事判例1186号6頁～13頁(2004年)、山本和彦「新しい執行法制の意義と展望」金融・商事判例1186号14頁～25頁(2004年)、進士肇「民事執行法上の保全処分の強化」金融・商事判例1186号76頁～83頁(2004年)、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1135号4頁～13頁(2004年)、菅野雅之「改正民事執行規則の概要」判例タイムズ1135号14頁～26頁(2004年)、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1135号27頁、32頁、33頁(2004年)、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1135号46頁～49頁(2004年)、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1135号62頁、68頁～71頁(2004年)、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)」NBL768号8頁～12頁(2003年)、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)」NBL772号46頁(2003年)、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)」NBL773号47頁～53頁(2003年)、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)」NBL774号40頁～48頁(2003年)、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)」NBL775号55頁、56頁(2003年)、山野目章夫「新しい担保法制の概要」判例タイムズ1127号14頁～16頁(2003年)、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1687号18頁～22頁(2003年)、同「担保・執行法改正の概要と問題点(下)」金融法務事情1688号25頁～27頁(2003年)、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」銀行法務21第624号4頁、5頁、9頁～11頁(2003年)、北秀昭「執行妨害対策の観点からみた担保・執行法改正の概要—占有型執行妨害対策としての執行法改正を中心に—」銀行法務21第631号36頁～43頁(2004年)、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第624号26頁(2003年)、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第624号34頁、35頁、38頁(2003年)、今井和男「抵当権に基づく不法占拠者排除」銀行法務21第624号68頁～73頁(2003年)、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第624号74頁～80頁、90頁、91頁、111頁、112頁、126頁、127頁、133頁～136頁(2003年)、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1123号4頁、6頁、7頁、9頁～12頁(2003年)、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1682号31頁、32頁、35頁、36頁(2003年)、千葉恵美子/山野目章夫「〈対談〉新しい担保法を語る 2003年民法改正から何を読み取るか」金融法務事情1682号39頁、40頁、48頁(2003年)、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1682号57頁～67頁、74頁、75頁(2003年)、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1682号76頁、82頁、83頁、97頁～99頁(2003年)、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」NBL766号28頁～39頁、41頁～44頁(2003年)、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1回〕担保法の変容と金融機関」金融法務事情1677号12頁、21頁(2003年)、生熊長幸「短期貸借権保護廃止と賃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1660号6頁、7頁(2002年)、同「短期貸借権保護廃止と賃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1661号22頁(2003年)、林前掲(脚注1)論文4頁、7頁、8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1094号35頁～38頁、43頁～46頁(2002年)、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1094号57頁、60頁～63頁(2002年)、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1094号71頁～73頁(2002年)、古賀政治「担保・執行法制の見直しに関する

上記平成15年改正は、明治29年に現行民法典が制定されて以降、昭和46年に根抵当権に関する規定が新設された外は大きな改正がなかった現行民法典において、異例の大改正といえる⁸⁶。

- c 上記平成15年改正が平成16年4月1日に施行されてから約4年半が経過した現在、金融機関の不良債権処理は進み、担保権実行事件等の申立件数も落ち着きを取り戻している⁸⁷。

こうした中、経済界からの強い要請に押されて矢継ぎ早な改正・対応を強いられてきた司法実務において、④「抵当権侵害占有排除」や⑤「賃料収受」の問題等につき、理論的・実務的観点からの検討を加えるべき時期であるとの見方が出てきている⁸⁸。

オ 日本抵当制度史に見る抵当権論の方向性

- (ア) 日本抵当制度の発展史を概観してみてもわかることは、それは総じて保全抵当としての歴史であったということである。

ただその中で、ほぼ唯一といってよいほど⁸⁹、投資抵当の方向性をもつものと

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1094号78頁、82頁～84頁（2002年）、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1094号90頁～92頁（2002年）、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74巻8号4頁、5頁、10頁、18頁～20頁（2002年）、工藤祐巖「短期賃貸借保護制度の見直しについて」法律時報74巻8号31頁～33頁（2002年）、梶山玉香「「中間試案」における手続法上の問題」法律時報74巻8号59頁～64頁（2002年）、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1回]」金融法務事情1645号6頁～22頁（2002年）、同「〈座談会〉手続法の側面からみた担保・執行法改正の論点[第2回]」金融法務事情1646号21頁～29頁（2002年）、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1645号32頁～35頁（2002年）等がある。

⁸⁶ 浦野編・前掲（脚注1）書26頁、飯塚・前掲（脚注1）論文60頁。

⁸⁷ 齋藤隆「はしがき」判例タイムズ1233号4頁（2007年）、齋藤外・前掲（脚注1）座談会（齋藤発言）23頁、飯塚・前掲（脚注1）論文58頁～60頁、70頁、安永/大原・前掲（脚注1）論文30頁、31頁。

⁸⁸ 齋藤・前掲（脚注87）論文4頁、山本（和）・前掲（脚注4）論文15頁。

⁸⁹ 抵当証書・債権（住宅ローン債権）信託も、融資者（金融機関）の長期に固定された融資金を流動化させ資金の回転を行うという点では、抵当証券と同じ制度目的をもつ。しかしこれらは、抵当権の流通化（商品化）という目的から発展したものではなく、被担保債権の随伴性からくる抵当権の付随による流動化であって、その仕組みを異にすることに注意すべきである。

して、抵当証券法を挙げるができる。そこで、まずこの抵当証券法の立法の経緯及びその果たした役割について見てみたい。

(イ) 昭和2年の金融恐慌の結果として、地方銀行における不動産融資の回収不能は著しい額に上ることとなった。これを流動化して地方銀行の窮状を救わんとしたのが、昭和6年の抵当証券法である。それは、抵当権と被担保債権との両者を結合してこれを抵当証券なる有価証券に化体させ、これによって抵当権付債権に流通性を与えることを目的とするものであった。

(ウ) しかし、この抵当証券は、地方銀行の有する抵当権付債権を政府系銀行に委譲させるという一時的目的に奉仕した後は、予期に反してほとんど使われなかった。

その原因としていろいろな指摘がなされているが、結局、投資家の側に需要がなかったものといえよう⁹⁰。

(エ) この点、近年、抵当証券法のいくつかの不備を約款により修正した上で、住宅ローン債権などの抵当権付債権をいくつかに分割して抵当証券に化体させ、その証券を多数の投資者に売却することが盛んになっている。また、抵当証券の手法によらなくても、担保付債権を証券化することによって広く投資者に分売することは、近時、企業の資金調達方法として重要性を高めている。

しかしながら、こうした一連の動きは、「抵当権」の流通化ではなく、「債権」の流動化の中にこそ位置づけられるものである。すなわち、わが国の経済状況において、被担保債権と独立した抵当権の流通が求められているかは疑問であり、むしろ、現在では、債権の流通についての需要が大きいといわねばならない。こうした債権の流動化、特にセキュリタイゼーション（債権の証券化）の動きは、財務体質の改善及び資金調達の多様化を狙う企業と、自己資本比率を高めるために貸出債権を減らし、また金利以外の手数料収入を増やしたい銀行、さらに、比較的高利回りな上にリスクと利回りの関係が明確で投資しやすいという投資家などの需要から、日本でも欧米のように債権売却が一段と加速し、債権流動化市場は拡大するとの見方が強い。「特定債権等に係る事業の規制に関する法律」（特

⁹⁰ 柚木=高木・前掲（脚注6）書213頁、214頁、近江・前掲（脚注75）書106頁、107頁、250頁以下、内田貴『民法Ⅲ』437頁、438頁（東京大学出版会、1996年）。

定債権法) (平成4年法律第77号) の成立を皮切りとする立法もなされている⁹¹。

なお、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」(平成10年法律第104号) (以下「債権譲渡特例法」という。) については第4章で触れる。

(オ) こうした債権の流動化という現代日本経済の流れに加え、戦後の動産抵当制度の躍進、企業担保制度の創設といった諸立法が経済界の実際的要求からなされ、それが保全抵当としての機能をより十全ならしめる役割を担ってきたことをも考え併せると、日本資本主義(特に信用制度) に適合的な抵当権の形態は保全抵当としてのそれであると結論されることになろう。

(カ) この点、抵当権発展の方向性に関しては、ドイツ抵当制度を近代的抵当制度と捉え、資本主義の発達とともに抵当権は債権担保の手段(保全抵当—Sicherungshypothek) から投資を媒介する手段(投資抵当—Anlagehypothek) へと発展するとし、この観点から債権担保の手段にとどまっているわが民法の抵当権を遅れた非近代的なものとするいわゆる近代的抵当権論⁹²もあるが、前述のとおり、ドイツ抵当制度の投資抵当としての展開は、その第3期における資本主義の進展過程の特異性に負うところが大きく、これを普遍化して捉えることは相当でない⁹³。

(2) ④「抵当権侵害占有排除」に関する抵当法制の欠落

日本法においては、ドイツ法と異なり、その歴史上、抵当権に基づく物権的請求権に関する法制は存在しない。

(3) ⑤「賃料収受」に関する抵当法制の沿革

日本法においては、ドイツ法と異なり、その歴史上、賃料の事前処分規制に関する法制は存在しない。

なお、前提となる賃料に対する物上代位の肯否に関連する規定自体は存するが(第372条・第304条)、これらの規定に関する沿革については第3章で触れる。また、平成15年改正による第371条の改正に関しては第4章で触れる。

⁹¹ 内田・前掲(脚注90) 書437頁、438頁、道垣内弘人『担保物権法』96頁(三省堂、1990年)、大垣尚司『ストラクチャード・ファイナンス入門』26頁～29頁(日本経済新聞社、1997年)。

⁹² 我妻・前掲(脚注7) 書87頁、88頁。

⁹³ 松井宏興「近代的抵当権論」星野英一外編『民法講座3物権(2)』41頁(有斐閣、1984年)、鈴木・前掲(脚注9) 書27頁、内田・前掲(脚注90) 書352頁。

4 小括

(1) 本章では、ドイツ法における使用・収益に関する抵当法制の沿革及び日本法における沿革について概観することで、抵当権の基本的特性並びに㊤「抵当権侵害占有排除」及び㊦「賃料收受」の問題に対する規律の考え方について見てきたが、以上を踏まえて考察すると、次のように整理することができる。

(2) 抵当権の基本的特性

ア 非占有担保

(ア) 抵当権の非占有担保という特性は、抵当目的物の使用を継続しながら担保に供することができるという利点故にとりわけ生産信用の手段として最適とされた。

(イ) かかる非占有担保性を特性とする抵当権が時代から要請されるためには、生産信用の手段としての利用需要の高まり及び公示手段の確立がその前提条件となる。

イ 価値権

(ア) ドイツ抵当制度は保全抵当から投資抵当へと生成・展開していったが、その展開過程においては、第3期における資本主義の進展過程の特異性が大きく、これをわが国を含めた他国にも当然に妥当するものとして普遍化して捉えることは困難といえる。その意味でいわゆる近代的抵当権論には首肯し難く、また価値権を純化して抵当権の本質として位置付け、そこから形式的・演繹的に具体的解釈論の結論を導くことには疑問の余地がある。

(イ) ドイツ抵当制度の第3期においては、抵当権をはじめとする担保権は換価権を通じて担保目的物の財産的価値を把握しているとの理解が根底にあり、かかる換価権概念を前提として価値権概念が生成した。

(ウ) わが国における抵当制度の生成と展開の歴史を見る限り、わが国の抵当制度は投資抵当ではなく保全抵当としての役割を担ってきたものである。

そうすると、近代的抵当権論的な純価値権的観点でわが国の抵当権の本質を捉えることは事物に即しているとはいえず、むしろ保全抵当としての役割からすれば抵当目的物を換価して優先弁済を受ける権利としての換価権をも内実とするものと理解すべきであって、かかる理解はドイツにおいて換価権を前提に価値権概念が生成したこととも整合する。

(3) ドイツ法における㊤「抵当権侵害占有排除」の問題に対する規律の考え方

ア 抵当権に基づく妨害排除請求権規定の欠缺

(ア) BGB第1134条は、①不作為請求権及び②裁判所に対する処分申立権限を規定するのみで、所有権に関する第1004条と異なり、現存する侵害の除去に向けられる侵害除去請求権については規定していない。

(イ) この点、ドイツ民法においては不法行為に基づく損害賠償の方法として原状回復を原則とするため、抵当目的物に現存する侵害の除去についても、請求の相手方の帰責性を要件として、不法行為法上の請求権であるBGB第823条、第249条に基づく原状回復請求権が認められる。

(ウ) このように、ドイツ法においては、不法行為法上の原状回復請求権により抵当目的物に現存する侵害の除去は実現できるため、かかる手段に加えて、さらに相手方の帰責性を要件としない侵害除去請求権という位置付けで、抵当権に基づく物権的請求権としての侵害除去請求権を解釈により認める必要があるかという次元で議論がなされているに過ぎない。

イ 「(土地の) 毀損」要件は販売価格が下落するおそれの有無を中心に判断

「(土地の) 毀損」要件の認定に際しては、抵当不動産にその販売価格が下落(交換価値が減少)するほどの侵害前との状態の変更があるといえるかを基準に判断されている。

ウ 物権的請求権の要件として相手方の主観的事情は要件としない

ドイツ法における抵当権に基づく物権的請求権の解釈においては、相手方の有責性ないし帰責性といった主観的事情は要件とされていない。すなわち、「客観的な毀損」の有無が問題とされ、その状態が「有責に」もたらされる必要はない。

エ 抵当権に基づく物権的請求権の要件として被担保債権額との関係を顧慮

ドイツ法においては、BGB第1133条以下の要件として、「土地[抵当不動産]の毀損による抵当権の担保力の危険」(「毀損の重大性」)が要求されており、その有無の判断に際しては、毀損による減価によって抵当目的物の価額が被担保債権額を下回るか否かが重視されている。

(4) ドイツ法における⑧「賃料収受」の問題に対する規律の考え方

ア 賃料に対する物上代位

(ア) 賃料に対する抵当権の効力を明文で肯定

ドイツ法は、抵当権の効力がその賃料債権にも及ぶことを明文で規定しており(BGB第1123条第1項)、これにより法政策的判断が明示されている。

(イ) 物上代位の対象となる賃料の範囲

ドイツ法では、抵当不動産の維持・保存のために必要な管理費等に相当する部分については賃料の差押えを制限することで、抵当不動産の荒廃等を防ぐという合理的な規制がなされている。

(ウ) 賃料の事前処分は合理性を有する一定範囲以外は抵当権者に対抗できない

- a ドイツ法は、賃料に対する物上代位と賃料の事前処分の問題に対して、ドイツ民法の起草段階から、濫用されることの多い賃料の事前処分は抵当権者に対抗できないことを原則としつつ、合理性の認められる「一定範囲」での賃料の事前処分は認められるべきであるという価値判断に立脚してきた。
- b この「一定範囲」の幅は時代ごとの社会経済要請により異なりうるものであり、現にドイツ法においても改正による変遷を経てきたが、賃料の事前処分規制に関する原則と例外の枠組み自体は長期にわたり安定的に確立しており、「改正」の名の下に従来の法制及び判例の積重ねを一瞬で無に帰することはなかった。
- c 抵当不動産所有者と抵当権者との間における賃料をめぐる規律のバランスとして、ドイツ法は、賃料の処分権能を抵当不動産所有者に広く認める一方、濫用されることの多い賃料の事前処分については抵当権者に対抗できないことを原則としつつ、例外的に合理性の認められる「一定範囲」での賃料の事前処分については保護されるべきであるとの考えに立脚しており、関係当事者の一方のみの利益に偏することなく、公平な基準となるよう意を用いているといえる。

(エ) 賃料の事前処分は抵当不動産譲受人・買受人に原則として対抗できない

抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であるとの判断から、将来の賃料債権につきその時点における不動産所有者が債権譲渡等の事前処分をしても、その後当該抵当賃貸不動産を譲り受けた不動産譲受人に対しては同人の所有権取得時以降の期間に対応する賃料債権の事前処分については原則として対抗することはできず、このことは抵当権実行後の買受人に関しても同様とされている（BGB第573条、ZVG第57条）。

イ 強制管理

(ア) 賃料収受における強制管理の第一次的手段性

ドイツ法においては、⑧「賃料収受」の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一次的なものとして考えられている。

(イ) 強制管理の効用

強制管理の効用としては、収益からの債権回収という第一次的目的とは別に、所有者ないし第三者による妨害的行為を防止・排除するとともに当該不動産の維持・保存ないし改良行為によって売却価格を上昇させるという大きな副次的効果を有することが認知されている。

(ウ) 費用の問題及び立法上の手当て

強制管理制度の短所の1つとして、費用、とりわけ管理人の報酬及び経費が比較的高額となる点が挙げられるが、現行ZVG第150条aには申立債権者の職員を無報酬の管理人として選任するよう執行裁判所に提案することができる規定が設けられており、かかる短所の緩和措置が立法上施されるに至っている。

(エ) 利用状況

1世紀以上に及ぶ歴史において、経済好況時には利用件数減少、不況時には利用件数増加の傾向が見られ、近年は不況の影響もあって年間3万件を超える利用件数がある。

第2章 判例の整理

1 はじめに

(1) 問題の位置付け

ア 序で述べたとおり、抵当目的物の使用・収益に関する抵当権の効力が正面から問題となる場面としては、使用という観点から④「抵当権侵害占有排除」、収益という観点から⑤「賃料收受」の問題が挙げられる。

イ ここに④「抵当権侵害占有排除」の問題とは、抵当権の実行妨害又は賃借権登記の抹消や立退きに応じる際の不正な金銭の取得を企図するといった抵当不動産占有者の排除に関する問題であり、⑤「賃料收受」の問題とは抵当不動産の賃料に対し抵当権者が抵当権に基づく物上代位又は担保不動産収益執行の方法により債権回収を図ることに関する問題である。

ウ 以下では、まず、これらの問題に関する裁判例を整理・概観するに先立ち、各問題の特性として留意すべき点につき一言しておくこととしたい。

(2) ④「抵当権侵害占有排除」の問題における留意点

ア 抵当権に基づく物権的請求権としての特性

(ア) 先に見たドイツ民法の取扱いとは異なり、わが民法は、物権的請求権そのものについて明文で規定してはいない。しかしながら、解釈論上、物権的請求権がわが民法においても承認されるべきことについては争いがない。

(イ) そして、抵当権も物権である以上、これが侵害される場合には、物権的請求権によってその排除を請求することができるかと解されている。

もともと、前述のとおり、抵当権は非占有担保・価値権という基本的特性を有しているため、ここに典型的な物権である所有権に基づく物権的請求権とは異なった抵当権特有の問題があるとされる⁹⁴。

イ 抵当権侵害占有に対する妨害排除請求権としての特性

(ア) 抵当権に基づく物権的請求権が問題となる場面

a 抵当目的物が毀損され、またはそのおそれがあるために、抵当権者の権利が

⁹⁴ 湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一外編『民法講座3物権(2)』93頁(有斐閣、1984年)、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」『高島古稀記念・民法学の新たな展開』263頁(成文堂、1993年)。

侵害され、またはそのおそれのあるときは、抵当権者は、物権的請求権により侵害を排除することができる。

- b 具体的には、抵当目的物の滅失・毀損、付合物・従物の分離・搬出、無効登記及び抵当不動産の抵当権侵害占有等が問題となる。

(イ) 抵当権侵害占有以外の問題場面について

- a 上記のうち、抵当不動産の抵当権侵害占有以外の問題場面については、たとえば抵当目的物の滅失・毀損及び付合物・従物の分離・搬出の問題に対しては、抵当目的物の価値の減少を防ぐため、抵当権に基づく妨害排除・予防請求権が認められることにほば争いはない。
- b その根拠としては、①価格支配権を有する以上交換価値の直接支配性が侵害されれば支配権の性格からその円満な支配を回復しうるとすべきこと及び②抵当権の不可分性（第372条・第296条）等が挙げられる。
- c 判例の動きについて簡単に触れると、抵当山林における立木の伐採及び伐木の搬出に関するケースが目立つ。

初期の判例では、立木の伐採については、それが抵当目的物そのものに対して加えられる侵害であるからその不作為請求が認められることは当然としても、伐木の搬出については、伐木が動産であり抵当権の効力はこれに及ばないとの理論が支配的であったために、差押の効力という観点から抵当権の保護を図ろうとしていた。すなわち、競売開始決定後になされた伐採につき、差押の効力としてその伐木の搬出を拒む権利を認め、その論拠を物上代位の法意に求めていたのである（〔1〕大判大正5・5・31民録22輯1083頁）。そしてその後、競売開始決定後の事案について、一般論として、抵当権の実行に着手した後であると否とを問わず、抵当権者は物権たる抵当権の効力として妨害排除請求をなし得ることを認めるようになり（〔2〕大判昭和6・10・21民集10巻913頁）、さらに、抵当権実行着手前における伐木の搬出行為について、その不作為請求を認めるに至った（〔3〕大判昭和7・4・20新聞3407号15頁）。

他方、分離物の返還請求については、その法律構成には争いがあるものの、抵当権の非占有担保性から、抵当権者への返還には否定的であるが、元の所在場所への返還請求は肯定するという見解が従来の学説の多数であった。この問

題を正面から扱った公判裁判例は見当たらないが、工場抵当の事案で、工場から搬出された動産を、即時取得されない限り、工場に戻すことを第三者に求め得るとした最高裁判例がある。すなわち、[4] 最判昭和57年3月12日（民集36巻3号349頁）は、「工場抵当法2条の規定により工場に属する土地又は建物とともに抵当権の目的とされた動産が、抵当権者の同意を得ないで、備え付けられた工場から搬出された場合には、第三者において即時取得をしない限りは、抵当権者は搬出された目的動産を元の備付場所である工場に戻すことを求めることができる」と判示した。その理由としては、原審の判決理由中でも述べられているように、①工場抵当権は工場に属する土地、建物とその備付動産とを有機的一体としてこれによる独自の担保価値を実現しようとするものであること及び②即時取得による抵当権消滅の可能性があることから第三者に対し処分禁止を命ずるだけでは抵当権者の保護には十分ではないことなどが指摘されている⁹⁵。

(ウ) 抵当権侵害占有の問題場面について

以上に対し、抵当不動産の抵当権侵害占有の問題場面については、抵当権に基づく物権的請求権の中でも、とりわけ抵当権の基本的特性である非占有担保・価値権との兼ね合いが正面から問題となることから、判例・学説ともに、大きな論争を呼んできた。そこでの問題の核心は、「占有」が抵当権の「侵害」に当たるか否かであった。

本章の2では、この問題に関する判例の対応を時系列に沿って整理する。

(3) ⑧「賃料収受」の問題における留意点

ア 物上代位制度をとることの影響

(ア) わが民法は、第304条第1項本文において「先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる」と規定し、これを第372条によって抵当権にも準用している。

(イ) 抵当権に基づく賃料に対する物上代位については、従来、抵当権の追及効並びに非占有担保・価値権という抵当権の基本的特性からその肯否自体も争われてき

⁹⁵ 小林資郎「[4]判批」ジュリスト792号（昭和57年度重要判例解説）69頁（1983年）。

たところであるが、肯定する場合にも「物上代位制度」⁹⁶という法制度を経由させる構成であることから、抵当権の性質論及び効力論以外に、「物上代位制度」論自体の影響を大きく受けざるを得ない点に留意する必要がある。

(ウ) すなわち、抵当権に基づく物上代位の範囲・内容については、各国により異なるが、ともかくもこれを認める理由としては次の2つが一般に説かれる。第1は、(i) 価値代償物が生じた場合に、設定者側の価値自体に増減はない反面、抵当権者は損失を被るので、これに抵当権者の優先権を認めるのが公平に適するとの立場(特権説)、第2は、(ii) 抵当権は目的物の交換価値を把握しているのだから、それが別の形をとって実現したものに効力を及ぼすのは当然とする立場(価値権説)である。

物上代位制度の趣旨としていずれの立場に立脚するかは具体的解釈論にも影響があり、かかる物上代位制度の介在により、抵当権に基づく賃料收受の解釈論が抵当権の性質論及び効力論のみでは規定しきれないところに、わが国における抵当権に基づく賃料收受問題の1つの特性がある。

イ 担保不動産収益執行制度との関係

(ア) 先に触れた担保・執行法制の平成15年改正により、民事執行法上の制度として担保不動産収益執行制度が創設された(民事執行法第180条第2号、第188条・第93条～第111条)。

(イ) 後に第4章で見るように、民事執行法上の保全処分とは異なり、上記担保不動産収益執行制度の利用状況及び今後の利用見込みについては肯定的な評価が寄せられている地域もあり⁹⁷、かかる制度の新設及び利用状況も、㊸「賃料收受」の

⁹⁶ 「物上代位」なる語は歴史的にはある人の総財産中の一群を1つの財団のごとくみなしその財団中の財産を原因として所有者に帰せしめられる財産がやはりその財団に属することを意味していたが、各国の現行諸立法は物上代位の語をこのような広い意味には用いていないと指摘するものとして鈴木・前掲(脚注9)書130頁。

⁹⁷ 担保不動産収益執行制度の利用状況については山北学/安永祐二/三村真「担保不動産収益執行事件の状況について」金融法務事情1807号20頁～26頁(2007年)、齋藤外・前掲(脚注1)座談会47頁～50頁、角井・前掲(脚注85)論文88頁～104頁、坂本寛「大阪地方裁判所における平成15年改正担保・執行法の検証と担保不動産収益執行の一考察」判例タイムズ1205号5頁～28頁(2006年)、高松みどり「大阪地方裁判所(本庁)における担保不動産収益執行事件の運用の実情」金融法務事情1803号36頁(2007年)、内海外・前掲(脚注3)座談会21頁、53頁～61頁、鎌田薫/道垣内弘人/安永正昭/始関正光/松岡久和/山野目章夫/古賀政治/谷口園恵/

問題を考えるにあたってよく考慮・検討されなければならない。

2 ①「抵当権侵害占有排除」に関する判例

(1) 実体法上の手段に関する判例

ア 問題状況

(ア) 抵当権の実行を妨害する目的での抵当不動産の抵当権侵害占有には、当初より全くの無権原占有という場合もあるが、むしろ平成15年の担保・執行法改正前の短期賃貸借制度(旧第395条)を詐害的・濫用的に用いて占有を開始し、後に解除請求(同条但書)により無権原な不法占有となるものも多かった⁹⁸。

(イ) なお、今後は、旧第395条の短期賃貸借制度の適用のない事案が増加していかざるを得ない以上、対抵当権設定者との関係で有権原占有という事案にも即した要件論及び効果論を早期に確立していく必要性が高いことに留意すべきである。

イ 詐害的短期賃貸借占有に対し実務上考えられた対抗手段

(ア) 前述した詐害的短期賃貸借に対抗する実体法上の対抗手段としては、実務上、いくつかのものが考え出されてきた⁹⁹。

(イ) 事前の防止策

まず、事前に防止するものとして、(i) 抵当権設定時に抵当権者自らが短期賃貸借の設定を受け又は債務不履行を停止条件とする停止条件付賃貸借契約を締結しその登記または仮登記をする方法(併用賃貸借)及び(ii) 抵当権と併用して代物弁済予約等を原因とする所有権請求権保全の仮登記を経由する方法(仮登記担保)などが考えられた。

(ウ) 事後的対抗策

次いで、事後的対応としては、(iii) 旧第395条但書により解除請求した後抵当権に基づいて明渡請求をする方法、(iv) 債権者代位権により貸借人(抵当権設定者)の有する明渡請求権を代位行使する方法及び(v) 詐害的短期賃貸借の設定

松下淳一「[座談会]平成15年担保法・執行法改正の検証(2)」ジュリスト1324号91頁～118頁(2006年)。

⁹⁸ 上田正俊「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・11・24を読んで」金融法務事情1566号19頁(1999年)。

⁹⁹ 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(9)』189頁、190頁[柚木馨・高木多喜男執筆]、651頁～653頁[高木多喜男執筆](有斐閣、1998年)、近江・前掲(脚注75)書165頁、166頁、180頁～182頁。

を「詐害行為」とみて第424条による債権者取消権の対象とする方法が考えられた¹⁰⁰。

(エ) 対抗手段の実務的淘汰

a 上記5つの実体法上の対抗手段のうち、事前の防止策としては(i)併用貸借の方法が有力視され、とりわけ[5]最判昭和52年2月17日(民集31巻1号67頁)において見方によってはその有効性を期待させる判示がなされたことから注目が集まったが¹⁰¹、[6]最判平成元年6月5日(民集43巻6号355頁)が、「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(前掲[5])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、対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」と判示して、明確にその排他的効力を否定したため、有効策として定着するには至らなかった。

b 他方、事後的対抗策としては(iii)抵当権に基づく明渡請求及び(iv)債権者代位の方法が有力視され、とりわけ上記(i)併用貸借の方法が前掲[6]判決により否定されて以降は、実体法上残された最後の有効策として実務的にも理論的にも関心をひくこととなった。

こうした状況のもとで、最高裁判所は[7]平成3年3月22日判決(民集45巻3号268頁、以下「[7]平成3年判決」という。)において、詐害的短期貸借契約の解除請求が認められた場合に、抵当権に基づく明渡請求はもちろん、債務者の返還請求権を代位行使して抵当不動産の明渡を求めることも認められないと判示して、大きな波紋を呼び起こした¹⁰²。

¹⁰⁰ 東海林邦彦「[7]判批」別冊ジュリスト136号(民法判例百選I〈第4版〉)197頁(1996年)。

¹⁰¹ 滝澤孝臣「抵当権に基づく抵当不動産の明渡請求—判例の変遷と今後の展望—」銀行法務21第647号5頁(2005年)。

¹⁰² 椿寿夫/生熊長幸/佐久間弘道/三上徹/河野玄逸「〈座談会〉抵当権者による明渡請求—最大判平成11・11・24をめぐって」(三上・佐久間発言)銀行法務21第571号10頁、11頁(2000年)、吉田・前掲(脚注81)論文26頁、滝澤・前掲(脚注101)論文5頁。

c かくして、実体法上の対抗策は、[7]平成3年判決の時点でほぼすべてが否定されてしまったため、実務上は民事執行法上の保全処分という執行法上の対応しか選択肢がなくなり、平成3年以降、東京地裁執行部その他の執行裁判所において当時の執行法の規定を柔軟かつ弾力的に解釈・適用する運用が積み重ねられた¹⁰³。

そして、かかる運用努力を立法的にも追認する形で、平成8年、同10年と民事執行法の改正が議員立法として行われるに至った。

d しかしながら、民事執行法上の整備されたはずの各種保全処分は、改正の前後を通じていずれも利用状況が極めて低調であり¹⁰⁴、かかる執行法上の規定による対応では④「抵当権侵害占有排除」には十分でないとの見方が再び強まるに至った。

こうして、[7]平成3年判決の8年後、最高裁判所は、方向を大転換し、[8]最大判平成11年11月24日（民集53巻8号1899頁、以下「[8]平成11年判決」という。）において（iv）債権者代位の方法（代位構成）を正面から認め、また傍論ではあるが（iii）抵当権に基づく明渡請求（直接構成）を肯定するに至る。

この[8]平成11年判決以降、同判決の判断枠組みを前提に、代位請求ないし直接の明渡請求を認める下級審判決として[9]東京地判平成12年11月14日（金法1602号64頁、判時1742号119頁）、[10]東京高判平成13年1月30日（金判1110号3頁、金法1622号46頁、判タ1058号180頁）及び[11]東京地判平成13年1月25日（金法1624号45頁）

¹⁰³ その集大成ともいえる実務書籍が東京地裁民事執行実務研究会編『民事執行法上の保全処分』（きんざい、1993年）である。現在の東京地裁民事執行センターの実務運用も、法改正により変更されている点を除けば、基本的に同書に依拠していることにつき内田外・前掲（脚注85）論文4頁。その外に運用上の努力を積極的に評価するものとして、今井・前掲（脚注84）論文62頁以下、萩本・前掲（脚注84）論文49頁～51頁、深山・前掲（脚注82）論文27頁～33頁、生熊長幸「抵当権者による明渡請求と「占有」」銀行法務21第572号13頁、14頁（2000年）等がある。

¹⁰⁴ 平成8年改正以降の各地の運用状況に関しては、大阪地裁につき島田・前掲（脚注1）論文11頁、12頁、松嶋・前掲（脚注1）論文17頁～23頁、名古屋地裁（本庁）につき原・前掲（脚注1）論文4頁～36頁、東京地裁につき山崎・前掲（脚注1）論文9頁～17頁、平成10年改正以降の東京地裁における運用状況につき西岡・前掲（脚注1）論文10頁～22頁。

が現れ（[9]及び[10]は直接構成、[11]のみ代位構成。なお[10]は次掲[12]の原審。）、[12] 最判平成17年3月10日（民集59巻2号356頁、以下「[12]平成17年判決」という。）において(iii)抵当権に基づく明渡請求を事案の解決として正面から認めるに至ったのである。

(オ) 判例の整理の行き方

以下では、第1期として前掲[7]平成3年判決が登場するまでの下級審裁判例の動向¹⁰⁵、第2期として(iii)抵当権に基づく明渡請求及び(iv)債権者代位の方法を明確に否定した前掲[7]平成3年判決以降、第3期として前掲[7]平成3年判決を明示的に変更し(iv)債権者代位の方法を肯定し傍論で(iii)抵当権に基づく明渡請求をも認められるとした前掲[8]平成11年判決以降に区分して、判例の変遷を整理・概観していくこととしたい。

ウ 第1期（[7]平成3年判決以前）

(ア) 占有による抵当権侵害の有無に関する大審院の考え

- a 抵当権に基づく物権的請求権が認められるには、抵当権が「侵害」されていることが前提となる。
- b この抵当権の侵害の有無に関する大審院の基本的な考え方は、明渡請求ではなく損害賠償請求に係る事案ではあるが、[13]大判昭和9年6月15日（民集13巻1164頁）に示された次のような判示に読み取ることができる。

すなわち、「抵当権ハ其ノ設定者カ占有ヲ移サスシテ債権ノ担保ニ供シタル不動産ニ付他ノ債権者ニ先チテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クルノ価格権タルニ止マリ、抵当不動産ノ使用収益ハ勿論其ノ占有ヲ為ス権利ヲモ包含セサルカ故ニ、縦令何人カカ無権原ニ当該不動産ヲ占有シ其ノ使用収益ヲ為シタリトテ、之カ為メ例ヘハ抵当物ヲ損壊シ其ノ価格ヲ低減スル虞アルカ如キ場合ヲ外ニシテ抵当権ハ何等増損セラルルコトナキハ多言ヲ俟タス」との判示であり¹⁰⁶、いわゆる抵当権ドグマと称される考え方¹⁰⁷である。

(イ) 昭和40年代の下級審裁判例

¹⁰⁵ 第1期に関してはすでに多くの先行研究があるが、とりわけ、鎌田・前掲（脚注94）論文266頁以下が詳細である。

¹⁰⁶ 鎌田・前掲（脚注94）論文266頁、柚木外編・前掲（脚注99）書187頁～189頁。

¹⁰⁷ 前掲脚注8参照。

上記[13]判決は前述のとおり損害賠償請求に係るものであったが、昭和40年代の下級審裁判例（[14]東京地判昭和40・12・9判タ187号178頁、[15]東京高判昭和41・7・15金法450号9頁）は、これと同様の理解を前提に抵当権に基づく明渡請求を否定していた。

(ウ) 昭和50年代前半の下級審裁判例

ところが、昭和50年代に入ると、少なくとも一般論として、抵当権に基づく妨害排除請求権により又は債務者の有する明渡請求権を代位行使することにより、解除された短期賃借人その他抵当権者に対抗し得ない占有者に対し抵当不動産の明渡を請求しうるとする裁判例（[16]東京地判昭和52・10・28判時886号68頁、[17]名古屋高裁金沢支判昭和53・1・30判時895号84頁、[18]大阪地判昭和55・4・25判タ422号133頁）が見られるようになった。

(エ) 民事執行法施行直後の下級審裁判例

しかし、民事執行法が施行された昭和55年10月1日以降は、同法による執行制度の整備もあって、再び否定裁判例（[19]福岡高判昭和57・1・20判時1047号91頁、[20]東京地判昭和57・1・28金商663号45頁、[21]大阪高判昭和58・6・29判タ503号79頁、[22]名古屋高判昭和59・6・27判時1135号59頁、[23]大阪地判昭和59・8・20判時1139号68頁、[24]大阪高判昭和60・1・31金法1091号37頁、[25]東京高判昭和60・8・27判時1163号62頁、[26]東京地裁八王子支決昭和60・1・27東京時報民36巻10～12号183頁、[27]東京地判昭和62・2・26金商779号35頁、[28]東京地判平成2・1・29判タ736号186頁）が有力化するに至る。

(オ) 昭和60年前後以降の下級審裁判例

a その後昭和60年頃からは、再び肯定裁判例（[29]浦和地判昭和59・12・26判時1168号114頁、[30]東京地判昭和60・3・27判タ640号166頁、[31]大阪高判昭和61・2・26判時1200号75頁、[32]東京高判昭和61・8・28判タ640号161頁、[33]東京高判昭和63・7・28判時1289号56頁、[34]大阪地判昭和63・8・9判タ693号135頁、[35]大阪高判平成1・3・29判タ703号164頁、[36]東京地判平成1・10・30金商847号24頁）が増加し、下級審裁判例は肯定・否定

両説が併存するに至る。

b そして、その大勢は肯定裁判例が占めていたとあってよく、その背景には、引渡命令が発せられるとしても、抵当権侵害占有それ自体がなお目的物価値を低下させ、債権者に不利益を生じさせているとの現実認識が存したとされる(前掲[31]、[32]はこれを明言)¹⁰⁸。

c [32] 東京高判昭和61年8月28日(判タ640号161頁)

(a) 上記肯定例のうち直接構成を認めた一例として、前掲[32] 東京高裁判決は、以下のような事案において、次のように判示している。

(b) 事案の概要

i 抵当権者X1、根抵当権者X2(原告・被控訴人)は、債務者A会社が倒産し破産宣告を受けたので、A会社の代表者Bの提供した担保物件である甲、乙建物(X2は乙建物のみ)に競売を申し立てた。同建物をBから賃借したと称するCは、甲建物をY1に、乙建物をY2(被告・控訴人)に転貸していた。

ii X1、X2は、競売価格の低下を防止するため、BC間の賃貸借契約は不存在であるとして、その確認と賃借権登記の抹消を求めるとともに、抵当権に基づき、あるいはBの所有権に基づく明渡請求権を代位行使して、C、Y1、Y2に対し、甲、乙建物をBに明け渡すよう訴求した。

iii 第一審(前掲[30])は、BC間に賃貸借契約は存在せず、違法な占有であるとして、賃貸借契約不存在の確認、賃借権登記の抹消及びBに代位する同建物のBへの明渡の各請求をすべて認容した。

iv Y1、Y2からの控訴に基づき、本判決は、次掲判旨の理由の下にX1、X2の請求を認容し、Y1、Y2の控訴を棄却した。

(c) 判旨

i 抵当権も物権である以上、それに対する侵害を排除するための物権的請求権を発生させるものであるが抵当権はその目的物の使用収益権を設定者のもとに留保しておきながら、その担保価値を優先的に把握するという特質を有する担保物権であるから、抵当権に基づく物権的請求権を認めるに

¹⁰⁸ 鎌田・前掲(脚注94)論文266頁、267頁。

あたっては、この特質に合致するように、その内容を考えなければならない。

- ii そうすると、まず、抵当権者自身への明渡しを認めることはできず、所有者など占有権原のある者への明渡しを請求しうるとどまることになる。

さらに、民法第395条の法意、引渡命令の制度の存在などを考えれば、抵当権の対象不動産の無権原の占有者のうち、たとえば、賃貸借契約の終了事由が発生した（たとえば、期間が満了した）のになお占有を継続している賃借人のような者にまで、抵当権に基づく所有者などへの明渡請求を認めることにも疑問がないとはいえない。

- iii しかしながら、占有取得又は占有継続の意図、態様の如何に関わらず、抵当権の権利としての前記のような特質があることの一事をもって、すべての無権原の占有者に対して、およそ抵当権に基づく明渡請求をすることができないとすることも、あまりにも抵当権者の保護に欠けるものといわなければならない。

- iv 前述したように、目的物の使用収益権を設定者のもとに留保しておきながら、その担保価値を優先的に把握するというのが抵当権の特質であり、設定者が目的物を支配することができることから、設定者による目的物の通常の利用に伴って、無権原の第三者の占有状態の発生することは、このような担保物権を認めた法の容認するところであるといえるかもしれない。

しかしながら、占有取得の態様、意図において、前述のような強度の違法性のある占有状態の発生まで法が容認しているものと解すべきではない（もとより事案も、直接の適用法条も異なるが、最判昭和57・3・12民集36・3・349の趣旨とするところも、基本的には同旨の考え方に基づくものと解される。）。

- v よって、本件のように占有取得の態様、意図において強度の違法性のあるものについては明渡請求をすることができる。

(d) 位置付け

- i 本判決は、抵当不動産に対する無権原の占有のうち、強度の違法性のある場合にのみ、抵当権の侵害に基づく原状回復としての明渡請求を認めるものであり、同じく無権原の占有であっても、平成15年改正前の短期賃

貸借解除（民法旧第395条但書）の場合は、引渡命令の制度（民事執行法第83条）があることから、明渡請求を認めるのは疑問であるとする点で、傍論ではあるが、抵当権に基づく原状回復請求権の範囲を限定的に解するものといえる。

ii また、抵当権が非占有担保であるところから、抵当権者への明渡しを認めず、抵当不動産所有者への明渡しを命じている。

iii 本判決当時、抵当権実行をめぐることは、占有による妨害行為が多く、その場合、抵当権設定者は妨害の排除に消極的であり、中には占有者に加担している例も見られるところから、抵当権に基づく妨害排除ないし原状回復の必要性が強くなっていることも、抵当権に基づく物権的請求権を認める背景になっているものと評されている¹⁰⁹。

d [35]大阪高判平成元年3月29日（判タ703号164頁）

(a) 次に、代位構成を肯定した一例として、前掲[35]大阪高裁判決は、以下のような事案において、次のように判示している。

(b) 概要

i Y1は、昭和59年7月、Aから金員を借り受け、これを担保するため、その所有する本件建物及び敷地に抵当権を設定し、その登記を了した。XはY1の委託を受けてAに対し同借受債務につき連帯保証し、昭和60年11月、Aに対し保証債務の履行として同借受残債務を弁済したことによりY1に対する求償権を取得するとともに上記抵当権を取得し、その移転の付記登記を得た。

ii Aの抵当権設定登記に後れて、Y2は昭和60年4月、Y3は同年8月、いずれも本件土地建物につきY1から短期賃貸借の設定を受け、ともに同年10月1日仮登記を経た。次いで同年12月5日、Y2、Y3ともにY4に対し本件土地建物を転貸し、いずれも各仮登記賃貸借権の移転仮登記をなした。更にY4は昭和61年3月、Y5に対し本件土地建物を転貸して各仮登記賃貸借権の移転仮登記をなし、現在Y5が本件土地建物を占有している。

¹⁰⁹ 安田実「本件判批」判例タイムズ677号（昭和62年度主要民事判例解説）57頁（1988年）。なお多田利隆「本件判批」ジュリスト889号99頁以下（1987年）。

iii Xは、本件土地建物につき、抵当権実行として競売申立をなしたが、Xの請求債権額約2900万円に対し、上記不動産競売事件における鑑定評価によると、本件土地建物の価格は、賃借権等の負担がない場合には1027万円、正常短期賃借権の負担がある場合には2割程度の減価となるものとされている。

iv そこでXは、①民法第395条但書に基づき、Y1とY2、Y3間の賃貸借契約の解除請求をなすとともに、同判決確定をそれぞれ条件とし、②Y1に代位して、Y2、Y3、Y4、Y5に対し、それぞれ経由した賃借権設定仮登記、その移転の仮登記の各抹消登記手続請求及び③抵当権の妨害排除請求権に基づき、Y5に対し、Y1への本件建物明渡請求をなした。

v 原審（前掲[34]）は、Xの請求をすべて認容し、Y4、Y5のみが控訴した。

Xは、控訴審において、③の抵当権に基づく妨害排除請求と選択的に、Y1に対する被担保債権を保全するため、Y1に代位して、Y5に対する所有権に基づく本件建物の明渡請求を追加した。

本判決は、Xの請求を維持し控訴を棄却したが、仮登記抹消登記手続請求については抵当権の物上請求権に基づきこれを認容し、本件建物のY1への明渡請求については、次掲の判旨のとおり述べて債権者代位権行使に基づきこれを認容した。

(c) 判旨

i 抵当権は目的物（抵当物件）の使用収益を支配する権利ではないけれども、被担保債権を確保、保全するために抵当物件の交換価値を把握し、これにより優先弁済を受ける権利であるから、抵当物件の価額が不当に減少せしめられ、当初所期した被担保債権の満足が著しく阻害せしめられ、抵当権者が損害を被るおそれが大である場合には、債務者の資力が減少した場合に準ずるものとして、抵当権者であっても、被担保債権保全の必要を生ずるに至るものというべく、債務者の責任財産に属する抵当物件を保全する措置として、抵当権設定者である債務者に属する権利を代位行使できるものと解するのが相当である。

ii そして、民法第395条但書により短期賃貸借契約の解除を命ずる判決

が確定すると、賃借人は抵当物件を占有する権原を失うに至り、抵当物件の所有者である債務者は賃借人に対し所有権に基づきその明渡しを求めることができることになるが、それにもかかわらず依然として賃（転）借人が抵当物件の不法占有を継続するため、物件価格が低額に評価され、抵当権者の損害が十分に回復しないときは、抵当権者は被担保債権を保全する必要があるものとして、債務者に代位し、賃（転）借人に対し、所有権に基づく明渡請求権を行使することができる。

(d) 位置付け

- i 本判決は、原審が抵当権の物権的請求権に基づき明渡請求を認めていたのに対し、あえて債権者代位権に基づいて明渡請求を認め、その被保全債権を抵当権の被担保債権とすることを肯認したものである。
- ii かかる構成に対しては、賃貸借解除判決に伴う明渡請求については、占有継続により物件価格が低額に評価されて抵当権者の損害が十分に回復しない場合にはこれを認める近時の実務の流れを支持し、強化する結果となっている一方で、債権者代位構成をとることにより、抵当権に基づく侵害排除を理由とする明渡請求を否定する旧来の判例・学説に抵触することを回避しているものと評されている¹¹⁰。

(カ) 第1期の総括

a 概観

以上のとおり、第1期においては、昭和40年代の否定例から昭和50年代前半の肯定例出現、同肯定例から昭和55年10月1日の民事執行法施行を契機とする否定例への反転、同否定例から執行法上の対応の限界性認識に根ざした昭和60年前後以降の肯定例の再台頭と下級審裁判例の動向は二転三転した。

b 肯定裁判例の整理

- (a) 抵当権者による明渡請求を肯定する裁判例の内容は多様であり、⑦抵当権に基づく物権的請求権により抵当権者自身への明渡請求を認容したものは見当たらず、①物権的請求権により所有者又は適法な用益権者への明渡しを請求し得るとするもの(前掲[17]、[18]、「29」、[32]、[34])、⑧債務者の有する物権的

¹¹⁰ 金馬健二「本件判批」判例タイムズ735号(平成元年度主要民事判例解説)58頁(1990年)。

返還請求権を代位行使することにより抵当権者自身への明渡しを請求し得るとするもの（前掲[33]、[37]大分地判平成2・4・27判タ731号182頁）、
④債権者代位権を行使することにより所有者への明渡しを求めることができるとするもの（前掲[16]、[30]、[31]、[35]）がある。

(b) 代位構成の場合の被保全権利に関しては、被担保債権とするもの（前掲[30]、[33]、[35]、[37]）、抵当不動産の維持・保存義務とするもの（前掲[16]）、抵当権に基づく妨害排除請求権とするもの（前掲[31]）に分かれる¹¹¹。

c 否定裁判例の整理

(a) 否定裁判例の論拠を整理すると、以下のようになる。

(b) 第1は、抵当権は目的物の交換価値を優先的に把握する権利であって、目的物の使用収益を支配する権利ではないから、目的物が無権原で占有されていたとしても、目的物そのものが毀損されるなどしてその価値を減少させるのでない限り、代位請求も物上請求も認められないというべきことを論拠とするものである（ほとんどすべての判決）。

(c) 第2は、抵当権者に対抗し得ない占有者については、買受人が引渡命令又は明渡判決によって容易に明渡しを請求し得るので、明渡請求まで認める必要はないとすることを論拠とするものである（前掲[14]、[19]、[20]、[21]、[22]、[26]、[28]）。

(d) 第3は、不法占有によって競売価格が左右されることは法の予想しないところであり（前掲[14]）、詐害的短期賃貸借の場合にも、旧第395条但書に基づく解除によって、目的物価格は短期賃借権設定前の価格に復するから（前掲[20]、[22]）、抵当権に対する侵害は存しないことになるというべきことを論拠とするものである。

但し、不法占有者の存在によって競売価格が下落し、抵当権者に事実上の不利益が及ぶことを指摘するものも少なくないが（前掲[14]、[15]、[23]、[24]、[25]、[27]、[28]）、それらの判決も上記第1などを理由に明渡請求は否定している。

(e) 第4は、旧第395条但書は契約の解除以上の効果を認めるものではないと

¹¹¹ 鎌田・前掲（脚注94）論文270頁。

- いうべきことを論拠とするものである（前掲[14]、[19]、[21]、[25]、[28]）。
- (f) 第5は、解除された短期賃借人に対する明渡請求を認めると、不法占拠者や
抵当権者に対抗し得ない長期賃借人との均衡を失するというべきことを論拠
とするものである（前掲[19]、[23]、[24]、[25]、[28]）。
- (g) 第6は、競落人の不動産取得の効果の発生を待って初めて占有者に対する明
渡請求が認容されると考えるのが担保権と利用権の調和を図る所以であると
いうべきことを論拠とするものである（前掲[19]）。
- (h) 第7は、抵当権は所有者に対し行為を要求する請求権ではないから債権者代
位権の被保全権利としての要件を欠くし（前掲[22]、[28]）、抵当権には絶対
的効力があるのだから代位行使を認める必要はないというべきことを論拠と
するものである（前掲[28]）¹¹²。
- d かかる混乱した下級審裁判例の動向で、最高裁としての立場を初めて明確
に示したのが[7]平成3年判決である。

エ 第2期（[7]平成3年判決以降）

（ア）[7]平成3年判決

a 事案の概要

- (a) 競売を申し立てた抵当権者Xは、Bのための短期賃貸借の存在によって抵当
目的不動産の鑑定評価額が約2割下落し損害を被っているとして、抵当不動
産所有者（債務者・設定者）A及び賃借人Bを共同被告として民法旧第39
5条但書に基づき短期賃貸借の解除を求めるとともに、その解除を命ずる判
決の確定を条件にBからの転々借人Yに対し抵当不動産の明渡を請求した。
- (b) 第一審判決（前掲[34]）は、抵当権に基づく妨害排除請求としてXの明渡
請求を認め、原判決（前掲[35]）は、AのYに対する所有権に基づく返還請
求権の代位行使としての明渡請求を認容した。
- (c) 以上に対し、[7]平成3年判決は、次のような理由を掲げて、原判決中Yに
対する明渡請求を認容する部分を破棄し、同部分につき第一審判決を取り消
して、Xの請求のうち抵当権に基づく明渡請求及び債務者の返還請求権の代
位行使としての明渡請求をいずれも棄却した。

¹¹² 鎌田・前掲（脚注94）論文268頁、269頁。

b 判旨

- (a) 抵当権は、設定者が占有を移さないで債権の担保に供した不動産につき、他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける担保権であって、抵当不動産を占有する権原を包含するものではなく、抵当不動産の占有はその所有者にゆだねられているのである。そしてその所有者が、自ら占有し又は第三者に賃貸するなどして抵当不動産を占有している場合のみならず、第三者が何ら権原なくして抵当不動産を占有している場合においても、抵当権者は、抵当不動産の占有関係について干渉し得る余地はないのであって、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。
- (b) いわゆる短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすものとして民法395条ただし書の規定により解除された場合も、右と同様に解すべきものであって、抵当権者は、短期賃貸借ないしこれを基礎とする転貸借に基づき抵当不動産を占有する賃借人ないし転借人（以下「賃借人等」という。）に対し、当該不動産の明渡を求め得るものではないと解するのが相当である。……（以上）要するに、民法395条ただし書の規定は、本来抵当権者に対抗し得る短期賃貸借で抵当権者に損害を及ぼすものを解除することによって抵当権者に対抗し得ない賃貸借ないしは不法占有と同様の占有権原のないものとするに尽きるのであって、それ以上に、抵当権者に賃借人等の占有を排除する権原を付与するものではなく（もし、抵当権者に短期賃貸借の解除により占有排除の権原が認められるのであれば、均衡上抵当権者に本来対抗し得ない賃貸借又は不法占有の場合にも同様の権原が認められても然るべきであるが、その認め得ないことはいうまでもない。）前記の引渡命令又は訴えによる判決に基づく占有の排除を可能ならしめるためのものととどまるのである。
- (c) したがって、抵当権者は、短期賃貸借が解除された後、賃借人等が抵当不動産の占有を継続していても、抵当権に基づく妨害排除請求として、その占有の排除を求め得るものではないことはもちろん、賃借人等の占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させるものではない以上、抵当権者が、これによって担保価値が減少するものとしてその被担保債権を保全するため、債務者たる所有者の所有権に基づく返還請求権を代位行使して、その明渡しを求

めることも、その前提を欠くのであって、これを是認することができない。

c 位置付け

(a) [7]平成3年判決は、先に見た下級審裁判例の対立の中で、否定説に立つことを明らかにした最高裁としての初めての判決である¹¹³。

(b) [7]平成3年判決は、上記結論を導き出す直接的な根拠を「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」という命題に求めている¹¹⁴。

(c) そして、同判決は、大審院判例や旧時の学説と同じく、上記命題を、「抵当権は、設定者が占有を移さないで債権の担保に供した不動産につき、他の債権者に優先して弁済を受ける担保権であって、抵当不動産を占有する権原を含むものではなく、抵当不動産の占有はその所有者にゆだねられている」あるいは「抵当権者は、抵当不動産の占有関係に干渉し得る余地はない」という近時悪評の高まりつつある「ドグマ」¹¹⁵から導き出していると評されている¹¹⁶。

(イ) [7]平成3年判決以降の動向

a 上記[7]平成3年判決以降、本問題に関連する実体法分野において出された裁判例のうち、主要なものは次のとおりである。

(a) [38]東京高判平成3年9月26日

[38]東京高判平成3年9月26日(金法1320号62頁)は、前掲[36]東京地判平成元年10月30日(金商847号24頁)の控訴審である。

¹¹³ 本件判例解説・評釈・紹介としては、滝澤孝臣「本件判解」法曹会編『最高裁判所判例解説 [民事篇] 平成3年度』79頁以下(法曹会、1991年)、東海林・前掲(脚注100)判批196頁～199頁、椿寿夫「本件判批」私法判例リマークス1992年(上)19頁～23頁(1992年)、石田喜久夫「本件判批」ジュリスト1002号(平成3年度重要判例解説)64頁～66頁(1992年)、滝澤・前掲(脚注101)論文4頁～6頁等がある。なお、本判決の問題点の指摘として拙稿「抵当権に基づく不法占有の排除(一)」広島法学26巻4号193頁(2003年)参照。

¹¹⁴ かかる判示はあくまで一般命題にとどまり執行妨害目的の占有により買受希望者が現れず買受希望者相互の競争が阻害されている場合にまで抵当権の侵害は存在しないとする趣旨ではないと理解するものとして東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書16頁、17頁。

¹¹⁵ 前掲脚注8参照。

¹¹⁶ 鎌田・前掲(脚注94)論文278頁。

本判決は、原審である前掲[36]判決が、根抵当権の目的とされた土地につき、抵当権者は、自己に対抗し得る権原を有しない第三者の占有が担保価値を著しく阻害しており、同侵害を回復するには同占有自体を排除する必要性が高いと認められる場合には、占有者に対し抵当権に基づく妨害排除請求として設定者への明渡を求めることができ、また、設定者が同占有を積極的に是認して今後同様の担保価値減少行為を行うおそれがある場合には、設定者に対する担保価値減少行為禁止の請求をすることができることと判示していたのに対し、これを取り消し、土地の根抵当権に基づく妨害排除として根抵当権者が建物取去・土地明渡し等を請求することはできないとし、競落価額が相当程度低下することが見込まれる点については、抵当権実行後に、買受人が、最終的には訴えによる判決等に基づきその排除をすることで回復すべき問題であると判示した。

先の[7]平成3年判決の判断枠組みに従った判決内容である。

(b) [39]最判平成3年9月13日

[39]最判平成3年9月13日(判時1405号51頁)は、抵当権の実行に基づく土地の買受人が当該土地の短期賃貸借の賃借人に対してした将来の明渡しを求める訴えを適法と判示した。短期賃貸借が執行妨害の意図を含み、賃借人が期間満了時に妨害工作をしないという保障がなく、契約更新も予測できないという事情の下で、期間満了による契約終了の際、「賃借人が本件土地を明け渡さないことが明らかな場合に、将来給付の訴えを認容することができる」という判決である。

先の[7]平成3年判決から間を置かず出された判決であり、しかも同じ第二小法廷の担当であることから、先の[7]平成3年判決が濫用的な短期賃貸借の横行に拱手傍観する趣旨でないことを明らかにしたものと評する論者もいる¹¹⁷。

(c) [40]最判平成6年3月25日

その後、同じく第二小法廷判決である[40]最判平成6年3月25日(判時1501号107頁)は、「民法395条ただし書の短期賃貸借の解除請求訴訟

¹¹⁷ 内田・前掲(脚注90)書396頁。

において解除判決が確定したときは、抵当権者と賃借人との関係のみならず、賃貸人（所有者・抵当権設定者）と賃借人との間においても賃貸借関係が終了し、「したがって、……賃貸人は、賃借人に対し、その明渡しを請求することができる」と判示した。

同判決は、賃貸人からの明渡請求を認めるものである。もっとも、賃貸人と賃借人が結託すれば、抵当権者としては手の下しようがなく、ここに限界が存する¹¹⁸。また、債権者代位が認められるためには、①代位要件の存在（㉔被保全債権の存在、㉕保全の必要性）及び②代位される権利の存在が必要であるところ、[7]平成3年判決は①の点に関するものであるのに対し、本判決は②の点に関するものといえる。とすれば、本判決により②の点が明確に肯定されたので、抵当権者の債権者代位による明渡請求の問題について、形の上では一歩進めたとも評しうる。しかし、実際問題として、[7]平成3年判決を前提とする限り、①の要件が肯定されることは難しく、新しい展開の可能性には否定的な見方が強かった¹¹⁹。

(d) [41]最判平成8年9月13日

やはり第二小法廷判決である[41]最判平成8年9月13日(判時1579号73頁)は、「民法395条ただし書にいう抵当権者に損害を及ぼすときは、原則として……抵当不動産の競売による売却価格が同条本文の短期賃貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が履行遅滞の状態にある被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときをいうのであって、右賃貸借の内容が賃料低廉、賃料前払、敷金高額等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合又は抵当権者が物上代位により賃料を被担保債権の弁済に充てることができない場合に限るものではない」のであり、また、これを充たす以上、抵当権者に対抗できない短期賃貸借であっても、「裁判所は、右賃貸借の解除を命じるべきである。」と判示した。

従来、民法旧第395条但書の解除の要件である抵当権者の「損害」の意義については争いがあり、判例は、短期賃貸借の存在によって抵当不動産の売却価額が下落し抵当権者の配当額が減少する場合には直ちに解除を認める立

¹¹⁸ 内田・前掲（脚注90）書396頁。

¹¹⁹ 瀬戸正義「本件判批」金融法務事情1446号18頁（1996年）。

場（当然損害説）に立ち、他方、当時の学説の多数は、併せて賃貸借契約の内容の不合理性（低額賃料、賃料前払、高額敷金など）を要求する立場（不合理契約説）に立つとされていた。ところが、前掲[7]平成3年判決が、傍論ながら、旧第395条但書の解除は「その短期賃貸借の内容（賃料の額又は前払の有無、敷金又は保証金の有無、その額等）により、これを抵当権者に対抗し得るものとするれば、抵当権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められる」と判示したため、判例の立場をいかに理解すべきか混乱が生じていた。本判決の意義は、右疑いを払拭し、最高裁としては当然損害説に立つことを明言した点にあるといえる¹²⁰。

- b 上記[7]平成3年判決の登場により、前述した(i)～(v)の実体法上の対抗策はほぼすべてが否定されてしまったため、実務上は、民事執行法上の保全処分及び引渡命令という執行法上の対応しか選択肢がなくなった。

そうした中、[7]平成3年判決以降、東京地裁執行部その他の執行裁判所において当時の執行法の規定を柔軟かつ弾力的に解釈・適用する運用が積み重ねられた¹²¹。その多くが、後に触れる平成8年、同10年の民事執行法改正の内容を先取りする先駆的なものであった¹²²。

(ウ) 第2期の総括

- a 第1期の混乱期を経て第2期冒頭で最高裁が示した終止符の打ち方は、抵当権に基づく明渡請求につき、直接構成としても代位構成としても明確に否定するというものであった。
- b かかる[7]平成3年判決の登場を受けて、実務上は、民事執行法上の規定を現実の必要性に応える形で柔軟かつ弾力的に運用していく方途が採られ、その数年後にはかかる執行実務の努力を追認・後押しする形で執行法上の規定の整備・強化が立法的に図られた。
- c しかしながら、こうして整備・強化されたはずの民事執行上の各種保全処分

¹²⁰ 吉田眞澄「本件判批」私法判例リマークス1997年〈下〉28頁（1997年）、片山直也「本件判批」判例セレクト'96、21頁（1997年）。

¹²¹ [7]平成3年判決の影響を指摘するものとして東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書76頁、77頁。

¹²² [7]平成3年判決の残した意義としてこの点を強調するものとして滝澤・前掲（脚注101）論文6頁。なお、滝澤判事は、[7]平成3年判決の担当最高裁調査官である。

は、改正の前後を通じていずれもその利用状況は低調であったため、かかる執行法上の規定による対応では抵当権侵害占有の排除には十分でないのではないかとの見方が再び強まるに至った。

こうした中、上記[7]平成3年判決から8年の時を経て登場したのが、次の第3期冒頭における[8]平成11年判決である。

オ 第3期（[8]平成11年判決以降）

（ア）[8]平成11年判決

a 事案の概要

(a) 平成元年11月、国民生活金融公庫XとAとの間で、A所有の本件土地建物につき、債務者をAとする根抵当権設定契約（極度額3500万円、被担保債権の範囲は金銭消費貸借取引等）が締結され、同月、平成2年2月以降毎月元金均等払いで弁済するという約定で2800万円がXからAに貸し付けられた。その後、Aの支払いが滞り、Aは本件貸金債権の期限の利益を喪失した。そこで、Xは、平成5年9月本件不動産につき本件根抵当権の実行として競売を申し立て、競売開始決定がなされた。しかし、平成7年5月の開札期日に至るも買受けの申し出がない。上記競売申立てに先立つ平成5年5月ころより本件建物はYが占有している。

そこでXは、近年の不動産取引の沈静化の中で、Yが本件建物を無権原で占有していることにより買受希望者が現れないということを経由に、Xの有する被担保債権を被保全債権としてAがYに対して有する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使するとして、Yに対して本件建物のXへの明渡しを求めて訴えを提起した。これに対し、Yは、本件不動産を譲渡転貸できる旨の特約付でAから賃借したBよりさらに賃借したものであると主張した。

(b) 第一審（[42]名古屋地判平成7・10・17）は、Yの主張を排斥した上で、本件競売手続が進まないのは、買受希望者がYの占有により買受けを躊躇するためであり、その結果Xは、担保物である本件不動産を換価して債権の満足を得ることができないのであるから、Xは同債権を保全するため本件建物の明渡請求権を代位行使し得るとした。

原審（[43]名古屋高判平成8・5・29金法1539号54頁）も、第一審の判断を支持してYの控訴を棄却した。

これに対して、Yが上告した。

- (c) 以上に対し、[8]平成11年判決は、次のような理由を掲げて、前掲[7]平成3年判決の立場を変更し、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得ることを認め、また傍論ではあるが②抵当権そのものに基づく明渡請求権も肯定されるとした。

b 判旨

- (a) 「抵当権は、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であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。」

- (b) 「しかしながら、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など、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は、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない。」

- (c) 「そして、抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが予定されているものということができる。したがって、右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有するというべきである。そうすると、抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる…。」

- (d) 「なお、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は、抵当権に基づく妨害排除請求権として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許される…。」

最判平成3年3月22日は、以上と抵触する限度において、これを変更すべきである。

- (e) 本件においては、Aのために本件建物を管理することを目的として、Yらに対し、直接Xに本件建物を明け渡すよう求めることができるものというべきである。
- (f) 「よって、裁判官奥田昌道の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」
- (g) 「裁判官奥田昌道の補足意見は、次のとおりである。」

i 第三者の行為による抵当権侵害の成否について

「抵当権は、抵当不動産の担保価値（交換価値）を排他的に支配し、競売手続において実現される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である。もともと、抵当権は、抵当不動産を有形的・有体的に支配する権利ではなく、その交換価値を非有形的・観念的に支配するにとどまり、同一の不動産上に順位を異にする複数の抵当権が成立し得る。この点において、抵当権は、留置権、質権といった担保物の占有を要素とする担保物権、あるいは地上権等の他の制限物権とは異なっている。」

「…抵当権に認められる抵当不動産の交換価値に対する排他的支配の権能は、交換価値が実現される抵当権実行時（換価・配當時）において最も先鋭に現れるが、ひとりこの時点においてのみならず、抵当権設定時以降換価に至るまでの間、抵当不動産について実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配することができる点に、抵当権の物権としての意義が存するものとみられる。したがって、抵当権設定時以降換価に至るまでの間においても、抵当不動産の交換価値を減少させたり、交換価値の実現を困難にさせたりするような第三者の行為ないし事実状態は、これを抵当権に対する侵害ととらえるべきであり、かかる侵害を阻止し、あるいは除去する法的手段が抵当権者に用意されていなければならない。」

「また、抵当不動産の交換価値は競売手続において実現されるものであるから、第三者の行為等が抵当不動産の交換価値を減少させ、又は交換価値の実現を困難にさせるものとして抵当権の侵害に当たるか否かについては、当該行為等の内容のみならず、競売手続における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。けだし、すべての抵当権者に同等の救

済を認めることは適当ではなく、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も、考慮しておかなければならないからである。」

ii 抵当権に基づく妨害排除請求権について

「…物上請求権は、物権の権利者の目的物に対する事実的支配(占有)が妨げられ、又は妨げられるおそれがある場合に、あるべき状態を回復するための手段として認められてきたものである。抵当権は目的物に対する事実的支配(占有)を伴わずにその交換価値を非有形的・観念的に支配する権利であるが、本件におけるように、第三者が抵当不動産を何らの正当な権原なく占有することにより、競売手続の進行が害され、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生じているときは、右不法占有者に対し、抵当権者は、抵当権に基づき、妨害の排除、すなわち、不動産の明渡しを請求することができる…。…この場合に、抵当権者が自己への明渡しを請求し得るのか、抵当不動産の所有者への明渡しを請求し得るにとどまるのかは、更に検討を要する問題である。」

iii 抵当権者による所有者の妨害排除請求権の代位行使について

「…第一の問題点は、民法423条の定める債権者代位権は「自己ノ債権ヲ保全スル為メ」に認められるものであるところ、抵当権侵害の場合において被保全債権となるものは何かである。第二の問題点は、債権者代位権のいわゆる転用事例(…)においては、権利の代位行使は、他に適切な救済手段が存しないためにやむなく認められた便法とされているのに、抵当権侵害の場合には、…抵当権に基づく妨害排除請求権を認めることで十分ではないかとの反対論が考えられることである。」

「第一の点については、…抵当権設定者又は抵当不動産の譲受人は、担保権(抵当権)の目的物を実際に管理する立場にある者として、第三者の行為等によりその交換価値が減少し、又は交換価値の実現が困難となることのないように、これを適切に維持又は保存することが、法の要請するところであると考えられる。その反面として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権(担

保価値維持請求権)を有するものというべきである。そして、この担保価値維持請求権は抵当権設定時よりその実行(換価)に至るまでの間、恒常的に存続する権利であり、第三者が抵当不動産を毀損したり抵当不動産を不法占有したりすることにより、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられるような状態が生じているにもかかわらず、所有者が適切な措置を執らない場合には、この請求権の存続、実現が困難となるような事態を生じさせることとなるから、抵当権者において、抵当不動産の所有者に対する担保価値維持請求権を保全するために、抵当不動産の所有者が侵害者に対して有する妨害停止又は妨害排除請求権を代位行使することが認められるべきである。」

「第二の債権者代位権の転用事例における補充性(…)の点については、抵当権に基づく妨害排除請求権の要件及び効果(請求権の内容)につき論議が尽くされているとはいえず、なお検討を要する点が存する現状においては、代位請求による救済の道を閉ざすべきではない…。」

「…代位権行使の効果として抵当権者は抵当不動産の占有者に対して直接自己への明渡しを請求することができるかの点については、抵当権者は抵当不動産の所有者の妨害排除請求権(…)を同人に代わって行使するにすぎないこと、…所有者の明渡請求権の内容は同人自身への明渡しであることからすれば、抵当権者による代位行使の場合も同じであると考えべきもののようにも見えるが、抵当不動産の所有者が受領を拒み、又は所有者において受領することが期待できないといった事情があるときは、抵当権者は、…所有者に代わって受領するという意味において、直接自己への明渡しを請求することができる…。そして、本件のような事実関係がある場合は、原則として、抵当権者は、直接自己に抵当不動産を明け渡すよう求めることができる…。その場合に、抵当権者が取得する占有は、…所有者のためにする管理する目的での占有、いわゆる管理占有であるといえる。」

「なお、いかなる場合に代位権を行使することが認められるかについては、事案に応じ検討すべき問題があるが、本件のように抵当権者による競売申立てがなされている事案においては、代位権行使を認めることに何の支障

もない…。」

c 位置付け

(a) [8]平成11年判決は、前掲[7]平成3年判決を変更し、事案の解決として代位構成につき明渡請求肯定説に立つことを明かにし、傍論において直接構成についても肯定説に立つことを明示した点で画期的な判決である¹²³。

(b) 本判決に対しては、特に金融実務家を中心に、「まずもって大歓迎」¹²⁴、「大きな前進」¹²⁵、「意義は大きい」¹²⁶、「画期的」¹²⁷等好意的な評価が多い¹²⁸。

これは、前掲[7]平成3年判決が不動産競売は平成3年から5年で4倍となり、売却率は平成2年の73パーセントから3年の33パーセントに急落する¹²⁹という債権回収が本格化する時期に出された判決であり¹³⁰、加えてその後の執行法上の運用及び法改正による対応にも限界が意識されていた¹³¹ことからすれば無理からぬ実務家の感想であろう。

¹²³ 本件評釈・判例紹介としては、松岡久和「本件判批」別冊ジュリスト159号（民法判例百選Ⅰ〈第5版〉）178頁、179頁（2001年）、斎藤和夫「本件判批」私法判例リマークス2001年〈上〉22頁～25頁（2001年）、生熊長幸「本件判批」ジュリスト1179号（平成11年度重要判例解説）71頁～73頁（2000年）、伊藤進「本件判批」判例時報1706号（判例評論496号）185頁～189頁（2000年）等がある。

¹²⁴ 掘龍兒「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・11・24を読んで」金融法務事情1566号27頁（1999年）。

¹²⁵ 椿外・前掲（脚注102）座談会（河野発言）15頁。

¹²⁶ 三上徹「平成11年大法廷判決と銀行実務」銀行法務21第572号42頁（2000年）。

¹²⁷ 生熊・前掲（脚注123）判批73頁。

¹²⁸ 実体法上の権利が認められたことでこれを被保全権利として執行官保管の占有移転禁止仮処分や明渡断行の仮処分といった民事保全法上の保全処分が利用しうるようになった点を評価するものとして、福永有利「平成11年大法廷判決から派生する手続問題」銀行法務21第572号33頁～35頁（2000年）、椿外・前掲（脚注102）座談会（三上・河野・生熊発言）27頁、小林明彦「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・11・24を読んで」金融法務事情1566号23頁、24頁（1999年）、松岡・前掲（脚注123）判批179頁。

¹²⁹ もっとも、林・前掲（脚注1）論文16頁によれば、別口調査で、対象となった地方裁判所の本庁・支部の内訳は不明であるが、平成2年から3年が57.1パーセントから42.0パーセントへの低下というデータもある。ただ、やはり同データの中でも低下幅は過去10年で最高となっている。

¹³⁰ 三上・前掲（脚注126）論文42頁。

¹³¹ 椿外・前掲（脚注102）座談会（河野発言）15頁。

(c) もっとも、他方で、「抵当権者への物件明渡請求が急激にふえるかどうかは懐疑的」との声もあり¹³²、また少なくとも要件・効果の両面にわたり検討されるべき課題が数多く提起されたという面があることは明らかである¹³³。

(イ) [8]平成11年判決以降の動向

a [9]東京地判平成12年11月14日

(a) 前掲[9]東京地判平成12年11月14日（金法1602号64頁、判時1742号119頁）（以下「[9]東京地裁平成12年判決」という。）は、土地の長期賃貸借占有事案において、抵当権者に、旧第395条但書の類推適用による当該土地賃貸借契約の解除判決の確定を条件とした明渡請求を認めた判決であり、前掲[8]平成11年判決が傍論で認めていた抵当権に基づく直接の明渡請求を事案の解決としても肯定したものである。

(b) 事案の概要

訴外A信用組合は、昭和60年10月、Y1との間で、Y1所有の本件土地につき根抵当権の設定契約を締結し、その旨の登記を経由した上、信用組合取引等を行っていたが、Xは、平成8年3月、Aから、AのY1に対する貸付金債権等の譲渡を受け、本件根抵当権移転の付記登記を経由した。

そして、Xは、平成11年7月、Y2に対して所有権移転登記が経由された本件土地につき本件根抵当権実行としての競売を申し立て、競売開始決定がされたが、同年5月、Y1とY2との間で、本件土地につき期間20年とする本件賃貸借契約が締結されていて、本件土地の売却価額が著しく下落し、配当額が減少するため、民法第395条但書の準用により本件賃貸借契約の解除を求めるとともに、Y1に対し地上建物を収去して本件土地を明け渡すことを求めた。

これに対し、Y1は、本件賃貸借契約は競売や執行を妨害する意図で締結されたものではなく、Y1としては、本件土地と地上建物を併せて処分し、債務の返済に充当する予定であるなどと主張した。

¹³² 中原利明「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・11・24を読んで」金融法務事情1566号26頁（1999年）。

¹³³ [8]平成11年判決の問題点の指摘として、拙稿・前掲（脚注113）論文（一）195頁、196頁参照。

(c) 判旨

民法第395条但書は、第602条所定の期間を超える長期賃貸借には適用されないが、抵当権者に対抗することができない長期賃貸借であっても、それが抵当権者に損害を及ぼすものと認められる限りは、抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度においてのみ許容するという第395条の趣旨に鑑み、抵当権者は、第395条但書を準用して、裁判所に対し、同賃貸借の解除を請求することができる。

また、民法第395条但書の解除請求訴訟において解除判決が確定したときは、賃貸人と賃借人との間においても賃貸借関係が終了し、賃借人の抵当不動産の占有は不法占有となるから、抵当権者は、同不法占有により抵当権を侵害されているときは、抵当権の妨害排除請求権に基づき、抵当不動産の明渡しを請求することができる。

(d) 位置付け

民法第602条所定の期間を超えるいわゆる長期賃貸借は、その登記が抵当権設定登記後にされたものである以上、抵当権者に対抗することはできないとするのが判例であるところ（[44]最判昭和38・9・17民集17巻8号955頁）、長期賃貸借事案においても民法第395条但書を準用して解除請求が認められることを、農地の事案（[45]最判昭和63・2・16民集42巻2号93頁）以外にも肯定できることを示すと同時に¹³⁴、前掲[8]平成11年判決が傍論で認めていた抵当権に基づく直接の明渡請求を事案の解決としても肯定した判決である。

b [10]東京高判平成13年1月30日

(a) 前掲[10]東京高判平成13年1月30日（金判11110号3頁、金法1622号46頁、判タ1058号180頁）（以下「[10]東京高裁平成13年判決」という。）は、前掲[8]平成11年判決が傍論で認めていた抵当権に基づく直接の明渡請求を、対抵当権設定者との関係では有権原占有の場合にも、一定の要件の下、事案の解決として肯定した判決であり、前掲[12]平成17年判決の原

¹³⁴ 副田隆重「本件判批」判例タイムズ1060号92頁、93頁（2001年）。なお、本判決が農地以外の事案についても長期賃貸借権の解除請求を認めたことに批判的な見解として住友隆行「[10]判批」銀行法務21第598号74頁（2001年）。

審である。

(b) 事案の概要

建築請負業者Xは、平成3年4月、注文者Y1の所有地上に本件建物（ホテル）を完成させたが、Y1が代金の大部分（17億円余）を支払わないので、平成4年5月、Y1との間で、代金は同年9月末までに分割で支払うこと、同土地建物にXのために第一順位の抵当権を設定し、抵当権実行のときはXに本件建物を賃貸すること、本件建物を他に賃貸するときはXの承諾を要することを合意し、本件建物をY1に引き渡した。

しかし、Y1は約定分割支払債務を一切弁済せず、同年12月、Xに無断でY2に本件建物を賃貸したとして引き渡し（期間5年、賃料月額500万円、平成5年5月に月額100万円に変更、敷金5000万円、同年3月に1億円に変更の書面作成）、さらにY2は平成5年4月、これをY3に転貸したものと引き渡した（期間5年、賃料月額100万円、保証金1億円）。Yらの間には役員が一部共通するなど人的な繋がりがある。

Xは、平成10年7月、抵当権に基づき本件土地建物について競売を申し立て、さらにYらに対して賃借権に基づく妨害排除請求として本件建物の明渡し及び明渡遅延による損害金の支払を請求して提訴したが、原判決〔46〕東京地判八王子支部平成11年5月26日）は請求を棄却したので控訴した。

控訴審継続中に前掲〔8〕平成11年判決が出されたため、Xは、控訴審において抵当権に基づく明渡請求も追加した。

本件土地建物の競売は見込みが立たず、最低売却価額は下落している。なお、本件建物の適正賃料は平成7年1月時点で月額592万円、平成10年10月時点で月額613万円であり、Y1はXに対し、100万円で抵当権を抹消するように要求していたとの事情がある。

(c) 判旨

前掲〔8〕平成11年判決を引用の上、同判決の考え方に従うと、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場合であっても、抵当権者は、「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と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」には、「抵当権者の優先弁済請求権の行使が不法に侵害されている」ものというべきであり、「抵当不動産を賃貸借（転貸借）などにより他人に占有させ、又は賃借人（転借人）などとしてみずから占有する第三者があり、それらの第三者の行為が抵当不動産の交換価値の実現を不法に妨げるものであるとき」は、「抵当権に対する不法な侵害の排除」を求めることができ、その必要性が肯定されるときには、「抵当不動産に対する第三者の占有を解いて、抵当権者の管理占有に移すこと、すなわち、その明渡しを求めることができるものというべきである」とする。

また、本件建物の賃料相当額は、少なくとも1ヶ月500万円を下回らないものと認めるのが相当であるところ、抵当権の侵害（賃貸借及び転貸借としての占有移転）が始まった後である平成10年7月6日から侵害が終了する（本件建物の明渡し完了）まで、損害金の支払を求める請求も認容するべきである。

(d) 位置付け

前掲[9]判決が第395条但書を類推して賃貸借を解除した上で解除判決の確定を条件に抵当権者への明渡しを認めるのに対し、本判決は解除請求を前提とせずに執行妨害目的の占有により抵当権が侵害されていることの証明をもって抵当権者への明渡しを認める¹³⁵点で異なる¹³⁶。この点に関しては、本判決が「賃貸したものとして引き渡した」などの表現を用いていることから、賃貸借及び転貸借契約の成否や有効性を判断することなく、占有に関する外形的事実から「買い受けを逡巡させ」「評価を不当に低下させる」として承諾に基づく占有に抵当権侵害を肯定したものと評されている¹³⁷。

また、本判決が明渡済みまでの賃料相当損害金の請求を認めたことに対しては、抵当権者の占有につき使用収益を伴わない「管理占有」であるとみる立場

¹³⁵ 副田・前掲（脚注134）判批92頁。

¹³⁶ 生熊長幸「本件判批」私法判例リマークス2002年（下）25頁（2002年）は、濫用的長期賃借人・転借人に対する明渡請求方法について、(a) 第395条但書の類推適用により長期賃貸借を解除して抵当不動産の明渡を請求する行き方と (b) 執行妨害目的の賃貸借により抵当権が侵害されていることを証明して抵当不動産の明渡を求める行き方が考えられるとする。

¹³⁷ 島田佳子「本件判批」判例タイムズ1096号（平成13年度主要民事判例解説）45頁（2002年）、住友・前掲（脚注134）判批74頁。

から疑問視する見解が強い¹³⁸。

c [11]東京地判平成13年1月25日

(a) 前掲[11]東京地判平成13年1月25日(金法1624号45頁)(以下「[11]東京地裁平成13年判決」という。)は、前掲[8]平成11年判決以降、同判決の判断枠組みを前提に、代位構成を認めた判決である。

(b) 事案の概要

Y1所有の建物について根抵当権を有するXが、Y1とY2との間の短期賃貸借契約はXに損害を及ぼすものであるとして、民法第395条但書に基づいて同契約の解除を求めるとともに、Y2に対し同契約解除の判決が確定したときに同建物を明け渡すよう求めて提訴した。

上記短期賃貸借契約は、Xによる競売申立の前年に締結されており、同契約に基づくY2の占有により建物評価額は30パーセントもの減額評価を受けているとの事情がある。

(c) 判旨

民法第395条但書にいう抵当権者に損害を及ぼすときは、原則として抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期賃貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときをいい、解除請求の対象である短期賃貸借の期間が抵当権の実行としての競売による差押えの効力が生じた後に満了したため、その更新を抵当権者に対抗することができなくなった場合であっても、同賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすものである限りは、裁判所は、同賃貸借契約の解除を命ずるべきであると解するのが相当である(前掲[41]参照)。

そして、前記争いのない事実等によれば、本件においては、短期賃貸借である本件賃貸借契約に基づいてY2が本件建物を占有していることにより本件建物の競売における売却価額が下落し、これに伴い根抵当権者であるXが被担保債権の弁済として受ける配当等の額がかなりの程度減少するものと認められ、Y2による本件建物の使用が同建物の最有効利用に近く、しかも、買受人等との間において占有をめぐるトラブルも想定し難いというような特段の事

¹³⁸ 島田・前掲(脚注137)判批45頁、平井一雄「本件判批」銀行法務21第591号62頁(2001年)、住友・前掲(脚注134)判批76頁等。

情を認めるに足りる証拠もないから、本件賃貸借契約は根抵当権者であるXに損害を及ぼすものというべきであり、Xの本件解除請求には理由がある。また、本件賃貸借契約が差押え後の平成12年2月28日に期間が満了したためその更新を根抵当権者であるXに対抗することができなくなったとしても、それが本件解除請求を妨げるべき事由には当たらないというべきである。

なお付言するに、民法第395条但書により解除された短期賃貸借は、解除の判決が確定した時点から、根抵当権者であるXに対抗することができなくなるほか、賃貸人であるY1と借借人であるY2との間でも賃貸借が終了するという効果が生じるから、Y2は抵当不動産の占有権原を喪失し、競売による売却前であっても賃貸人であるY1に対し明渡義務を負うことになる(前掲[40]参照)。したがって、Xは、本件賃貸借契約解除の判決が確定した時点において、本件建物の所有者であるY1に対して本件建物の交換価値の実現を妨げXの優先弁済請求権の行使を困難とさせている状態を是正するよう求める請求権を保全するため、Y1のY2に対する妨害排除請求権を代位行使し、Y1のために本件建物を管理することを目的として、Y2に対し直接Xに本件建物を明け渡すよう求めることができるものというべきである(前掲[8]平成11年判決参照)。

(d) 位置付け

本判決は、短期賃貸借解除判決の確定を条件に抵当権者の代位請求を認めるものであり、前掲[8]平成11年判決と同様の事案解決の枠組みを採ったものである。

d [12]平成17年判決

(a) [12]平成17年判決は、前掲[8]平成11年判決が傍論として肯定していた抵当権に基づく明渡請求(直接構成)を、事案の解決としても認めた最高裁としての初の判決である。

なお、本判決の原審は、前掲[10]東京高裁平成13年判決である。

(b) 事案の概要

前掲[10]東京高裁平成13年判決における事案の概要と同旨である。

本件事案に対し、前掲[10]東京高裁平成13年判決は、前述のとおり、前掲[8]平成11年判決が傍論で認めていた抵当権に基づく直接の明渡請求を、対

抵当権設定者との関係では有権原占有の場合にも、一定の要件の下、事案の解決として肯定する判断を示していた。

(c) 判旨

前掲[8]平成11年判決の判断枠組みを引用した上で、抵当権設定登記後に占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、①その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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は、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができる。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである。

抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる。

抵当権者は、抵当不動産に対する第三者の占有により賃料額相当の損害を被るものではない。なぜなら、抵当権者は、抵当不動産を自ら使用することはできず、民事執行法上の手続等によらずにその使用による利益を取得することもできないし、また、抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではないからである。

(d) 位置付け

前掲[8]平成11年判決の傍論で認められていた抵当権に基づく明渡請求(直接構成)を、事案の解決としても認めた最高裁として初めての判決である。

また、対抵当権設定者との関係で有権原占有の事案¹³⁹における抵当権に基づ

¹³⁹ 本件については当初有権原の無効評価を前提としているとの評もあったが(たとえば松岡久和「本件判批」金融法務事情1742号14頁(2005年)。但し後に同「本件判批」ジュリスト1313号(平成17年度重要判例解説)78頁(2006年)にて改説。)、

く明渡請求の基準を最高裁として初めて示した判決であり¹⁴⁰、有権原占有の場合には代位行使の対象となる所有者の明渡請求権自体がなく代位構成が採り得ないとの懸念が指摘されていたことから¹⁴¹、有権原占有の場合にも、一定の要件の下¹⁴²、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）で対応できることを最高裁として示した意義は大きい¹⁴³。

加えて、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）の場合における抵当権者への直接明渡しを肯定し¹⁴⁴、これが認められる場合の要件を最高裁として提示した意義も看過できない。

また、使用料相当損害金請求につき否定した点については、金融機関関係者等の実務的希望としては別論¹⁴⁵、理論的には正当であると解する見解が多数である¹⁴⁶。

多くの評者は端的に有権原占有に対する妨害排除請求を認めた事案として捉えている。

¹⁴⁰ 塩崎勤「本件判批」民事法情報228号67頁（2005年）。

¹⁴¹ 滝澤・前掲（脚注101）論文8頁、9頁、清水元「本件判批」判例時報1912号191頁（2006年）、太矢一彦「本件判批」金融・商事判例1247号45頁（2006年）。

¹⁴² 判旨①の競売手続妨害目的要件を不要と解するものとして松岡・前掲（脚注139ジュリスト）判批78頁、79頁、太矢・前掲（脚注141）判批45頁、46頁。他方、同要件を平成15年改正後の現行法解釈を見据えてのものとしてであれば十分に理解可能として評価するものとして道垣内弘人「本件判批」私法判例リマックス2006年〈上〉23頁（2006年）、限定的ながら賛意を示すものとして片山直也「本件判批」金融法務事情1748号48頁（2005年）。民事執行法第55条の売却のための保全処分の解釈論との近似性を指摘するものとして吉田光碩「本件判批」判例タイムズ1182号120頁（2005年）等があるがこの点はすでに原審である前掲[10]判決の評釈においても佐友・前掲（脚注134）判批74頁、75頁等が指摘していた。

¹⁴³ 今後代位構成の必要性を認められる事案は限定されると指摘するものとして城阪由貴「本件判批」判例タイムズ1215号（平成17年度主要民事判例解説）39頁（2006年）、清水・前掲（脚注141）判批191頁。

¹⁴⁴ 抵当権者への直接明渡し後の管理占有のあり方及び生じうる問題点の検討については、生熊長幸「抵当権に基づく不動産の明渡請求と不動産の管理占有のあり方」銀行法務21第647号18頁～23頁（2005年）が詳しい。

¹⁴⁵ 堂園昇平「最高裁平成17年3月10日判決が銀行実務に与える影響」銀行法務21第647号17頁（2005年）、三上徹「本件判批」NBL807号5頁、6頁（2005年）、吉田・前掲（脚注142）判批121頁。

¹⁴⁶ 松岡・前掲（脚注139ジュリスト）判批79頁、同・前掲（脚注139金融法務事情）判批14頁、太矢・前掲（脚注141）判批46頁等。但し、清水・前掲（脚注141）判批194頁は賃料への物上代位を肯定してきた従来の判例の立場との理論的整合性に疑念を呈する。なお、使用料相当損害金請求が否定されることと競売手続妨害占有に対

(ウ) 第3期の総括

- a 第2期冒頭で前掲[7]平成3年判決が否定した抵当権に基づく明渡請求につき、最高裁大法廷（前掲[8]平成11年判決）が代位構成を事案の解決として肯定し傍論ながら直接構成も認められるべきであると判例変更するところから第3期は始まった。
- b 上記[8]平成11年判決以降、司法実務においては、そこで示された判断枠組みに従う下級審裁判例が続き、また [8]平成11年判決が傍論で認めていた直接構成を事案の解決としても肯定する初の最高裁判決である[12]平成17年判決が現れるに至った。

(2) 執行法上の手段に関する判例

ア 執行法上の対抗手段の変遷

(ア) 民事執行法制定当初の対抗手段

旧強制執行法（旧民事訴訟法 [明治23年法律第29号] 第6編）と旧競売法（明治31年法律第15号）を統合した現行民事執行法（昭和54年法律第4号）が制定された昭和54年当初、①「抵当権侵害占有排除」の問題について予定されていたのは引渡命令（第83条）、売却のための保全処分（第55条）及び最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）による対応であった。

(イ) 平成8年改正による対抗手段の追加・補強

その後、バブル経済の崩壊を経て執行妨害が社会問題化したことに伴い、平成8年改正（法律第108号）により、競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）の新設並びに売却のための保全処分（第55条）及び最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）の要件緩和・補強等がなされるに至った¹⁴⁷。

する不法行為に基づく損害賠償請求の可否とは当然のことながら別問題であり、本判決が後者の点まで否定する趣旨ではないと指摘するものとして戸田久「本件判批」ジュリスト1306号169頁（2006年）、松岡・前掲（脚注139ジュリスト）判批79頁、道垣内・前掲（脚注142）判批23頁等があり、現実には後者の請求を認めた裁判例として[47]福岡高判平成17年6月14日（判タ1213号174頁、判時1922号86頁）がある（[47]の評釈として佐藤陽一「[47]判批」判例タイムズ1245号（平成18年度主要民事判例解説）97頁、98頁（2007年））。

¹⁴⁷ 平成8年改正の内容及び改正後の運用状況については、拙稿・前掲（脚注113）論文（一）198頁～203頁参照。

(ウ) 平成10年改正による対抗手段の追加

次いで、平成8年改正と同様の社会背景の下、平成10年改正（法律第128号）により、買受申出差押債権者のための保全処分（第68条の2）が新設された¹⁴⁸。

(エ) 平成15年改正による対抗手段の補強

そして、先に触れた平成15年改正（法律第134号）により、売却のための保全処分（第55条）及び最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）のさらなる要件緩和・補強等がなされるに至った。

(オ) 小括

a 以上の執行法上の対抗手段のうち、引渡命令（第83条）については買受人の登場が前提とされているところ、抵当権侵害占有それ自体の存在によりそもそも買受人が現れなかったり、仮に現れたとしても適正な売却価額から下落せざるを得ないとの現状から根本的な対抗手段とはいえないため、執行法上の保全処分こそが重要となる¹⁴⁹。

b また、民事執行法上の保全処分の中でも、実体法上の対抗手段である抵当権に基づく明渡請求との比較という観点からは、前述した買受人の登場を前提とする引渡命令（第83条）に対するのと同様の趣旨で、最高価買受申出人等の登場を前提とする最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）及び買受申出差押債権者の登場を前提とする買受申出差押債権者のための保全処分（第68条の2）と比較することあまり意義はない。

c よって、実体法上の対抗手段である抵当権に基づく明渡請求との比較という観点からは、売却のための保全処分（第55条）及び競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）との比較にこそ意義がある。

そこで、以下では、売却のための保全処分及び競売開始決定前の保全処分に関する裁判例を整理・概観していくこととする。

イ 売却のための保全処分に関する裁判例

(ア) 価格減少行為の態様に照らした限定

¹⁴⁸ 平成10年改正の内容及び改正後の運用状況については、拙稿・前掲（脚注113）論文（一）203頁～206頁参照。

¹⁴⁹ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書8頁～10頁。

a 価格減少行為の態様における類別

- (a) 売却のための保全処分の中心的要件は、「価格減少行為」の存在である（第55条第1項本文）¹⁵⁰。

この「価格減少行為」については、「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」と定義されている（同項本文）。

- (b) そして、「価格減少行為」を態様の性質に応じて大別すると、㉞物理的に競売不動産を毀損するなどして価格を減少させる「物理的価格減少行為」と㉟競争売買を阻害することにより価格を減少させる「競争売買阻害価格減少行為」とに区分することができ、前者の㉞「物理的価格減少行為」のみならず、後者の㉟「競争売買阻害価格減少行為」も「価格減少行為」に含まれると解するのが執行実務である¹⁵¹。

- (c) かかる㉟「競争売買阻害価格減少行為」については、㉠行為の客観的性質により買受けを躊躇させる類型（たとえば更地への建物等建築行為）と㉡行為者の執行妨害目的により買受けを躊躇させる類型とに大別の上、さらに後者㉡を㉢競売不動産を第三者に使用させる行為類型と㉣競売不動産にて暴力団員ないし占有屋等が張り紙や妨害宣伝をする行為類型に区分する見解が執行実務上有力であり¹⁵²、同じく抵当権侵害占有の排除手段である抵当権に基づく明渡請求（実体法上の対抗手段）との役割分担を探る観点から、これらの類型ごとの判断手法・判断内容についても留意する必要がある。

b ㉠「抵当権侵害占有排除」手段の検討との観点からの限定

- (a) この㉟「競争売買阻害価格減少行為」には、競売建物をいわゆる占有屋等に

¹⁵⁰ 平成15年改正前の旧第55条第1項では「不動産の価格を著しく減少する行為」として価格減少の程度が「著しい」ものであることも要件とされていたが、平成15年改正により「著しい」要件は削除されている（他方、正常な賃借人等を保護する観点から同項但書が設けられた点につき浦野編・前掲（脚注1）書172頁）。もっとも、執行裁判所側からすれば、平成15年改正前においても「著しい」要件を厳格に要求するような運用はしていなかったとのことではあるが（齋藤外・前掲（脚注1）座談会（三輪発言）45頁、（飯塚発言、齋藤発言）46頁、内田外・前掲（脚注85）論文6頁。）、執行妨害行為のさらなる巧妙化という昨今の情勢を見る限り、疎明を求められる申立人側からすれば少なくとも心理的にハードルが下がるという事実上の効果は小さくないと思われる。

¹⁵¹ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書58頁、59頁、内田外・前掲（脚注85）論文5頁。

¹⁵² 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書63頁～69頁。

賃貸し又は事実上占有・使用させる行為等（上記⑧の④及び⑤）も含まれると解されている¹⁵³。

(b) 本論文では、④「抵当権侵害占有排除」手段を検討することから、この④「競争売買阻害価格減少行為」が問題となる事案で、かつ、占有主体が債務者・所有者以外の第三者の事案に限定して、売却のための保全処分に関する裁判例を整理・概観していくこととする。

(イ) 保全処分の具体的内容に照らした限定

a 売却のための保全処分（第55条）において認められる保全処分の具体的内容としては、①当該価格減少行為の禁止（たとえば建物損壊・建築の禁止）、②一定の行為の命令（たとえば搬入した土砂の撤去）、③占有引渡命令、④執行官保管、⑤占有移転禁止命令（及び使用許可）及び⑥これらの公示保全処分（執行官に当該保全処分の内容を不動産の所在する場所に公示書その他の標識を掲示する方法により公示させることを内容とする保全処分）がある（同条第1項第1号～第3号）。

b 本論文では、④「抵当権侵害占有排除」手段を検討することから、上記の保全処分の具体的内容のうち、③占有引渡命令及び④執行官保管に限定して売却のための保全処分に関する裁判例を整理・概観していくこととする。

(ウ) 平成8年改正前の債務者以外の第三者占有を排除するための判例法理

a 平成8年改正前は、本保全処分の相手方は「債務者」に限定されていたところ、ここでいう「債務者」に関しては、第55条を担保権の実行としての競売に準用する第188条においても格別の読み替え規定は置かれていなかった。

この点に関し、[47]東京高決昭和60年8月23日（判時1166号64頁）は、抵当権の実行としての不動産競売における売却のための保全処分という「債務者」とは、「債務者または所有者」をいうものと解するのが相当であると説示した。かかる説示内容は解釈論として正当なものといえ、当時の執行実務に沿うのみならず、学説上も異論を見ないところであった¹⁵⁴。

b しかしながら、価格減少行為を行うのは債務者又は所有者には限られず、むしろ暴力団員や占有屋又は債務者・所有者と意を通じた関係者といった第三者

¹⁵³ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書58頁、59頁。

¹⁵⁴ 判例タイムズ609号105頁。

によって行われることも多いのが実情であり、かかる場合を本保全処分の対象外としてしまうと、本保全処分の意義が大きく失われかねない。

そこで、かかる特定の第三者も、一定の要件の下、本保全処分の相手方に含めるべく様々な見解が表明されるに至り¹⁵⁵、東京地裁執行部においても、占有者が、債務者・所有者以外の第三者であっても、①債務者・所有者の関与の下、②第三者に執行妨害目的が認められるときは、保全処分の相手方として認めるとの解釈（占有補助者同視説＝準占有補助者説）を採用の上運用していた¹⁵⁶。

- c かかる執行裁判所の規範は、前述のとおり、対所有者との関係で有権原占有の第三者が抵当不動産を占有する事案において抵当権に基づく妨害排除請求としての明渡請求を認めた[12]平成17年判決の示した規範との類似性を有しており、この点にも留意の上、判例の整理を試みたい。

(エ) 担保の額

また、実体法上の対抗手段との比較の見地から、執行法上の保全処分に特有の負担として、その担保の額についても付記することとしたい。

- (オ) [52]東京地決平成4年3月26日（判時1423号110頁、金法1322号9頁）

a 事案の概要¹⁵⁷

平成3年4月15日、競売開始決定がなされ、同年9月26日、1回目の売却実施命令（期間入札、最低売却価額約3億5000万円）が発せられたが、入札がなかった。平成4年2月14日、再度売却実施命令が発せられた（入札

¹⁵⁵ 見解・学説の分類については東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書75頁参照。

¹⁵⁶ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書77頁～80頁。債務者・所有者以外の第三者に対する本保全処分を認めた初期の決定例として、[48]東京地決平成3年8月7日（判例タイムズ783号269頁）及び[49]東京地決平成4年3月13日（判時1423号107頁、金法1323号36頁）を挙げることができる。なお、さらに一部の決定例（[50]東京地決平成4・7・23判タ798号262頁、[51]東京地決平成4・9・16判時1435号98頁）では、債務者・所有者の関与がなくとも、執行妨害目的であれば第三者に対する保全処分を認めるとしていた点につき、東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書81頁、深山・前掲（脚注82）論文27頁、28頁。

¹⁵⁷ 執行法上の保全処分の決定例においては、事実関係を詳細に認定の上、「このような事実関係の下では」、価格減少行為に当たる、また執行妨害目的が認められるといった認定手法を採るものが多いことから、以下の各決定例における事案の事実関係についても必要な限度で詳細に引用することとする。

期間、同年4月16日から同月23日まで)。

2回目の売却実施命令が発せられた後、申立債権者会社の社員が、本件競売対象建物を見分に行ったところ、本件建物につき内外装工事がされていた。そして、当初本件建物に居住していた所有者会社の元取締役は、居住していなかった。そこで、申立債権者は、競売建物の所有者を相手方として、上記工事禁止、占有移転禁止の保全処分を申立てた。平成4年2月28日、執行裁判所は、保全処分を認め、同決定は、所有者に送達された。

その後、所有者が本件建物に第三者を入居させるおそれがあるとして、所有者を相手方として、執行官保管の保全処分が申立てられ、同年3月13日、これが認められた。申立債権者は、同決定の執行を申立てたが、本件事件の相手方らの占有があるとして、執行は不能とされた。

本件事件の相手方であるAは、申立外C社の会長を名乗る者であるが、同社は、本件第1回目の期間入札の開札期日の前日に、本件競売土地・建物に賃借権設定仮登記をし、本件競売土地に根抵当権設定仮登記の移転仮登記をしていた。また、相手方B女は、Aと親密な関係にある者である。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件建物を第三者である相手方らが占有することにより(相手方Aは、執行妨害を目的とする行為を専門とする者であると推認される。)、買受人の出現が困難になることは明らかであり、そのために、本件土地建物の価値は著しく減少することになる。

(b) 執行妨害目的等について

現在、本件競売手続は、2回目の売却実施命令が発せられた段階にあること、相手方Aが会長である申立外会社は、本件第1回目の売却実施命令の開札期日の前日である平成3年12月10日受付で、本件建物に、賃借権設定仮登記をしたこと、債務者兼所有者は、平成4年2月28日、当裁判所が発した保全処分を無視して、本件建物の内外装工事を進行させこれを完成させ、更に、相手方らを本件建物に入居させたこと、などに鑑みれば、債務者兼所有者は、本件差押後に、執行妨害を目的として、相手方らを、本件建物に入居させたものと認められる。このような事実関係の下では、相手方らは、債務者兼所有者の占

有補助者とみるべきであるから、相手方は、売却のための保全処分の相手方となるものである。

c 担保金の額

相手方A及びBにつき各10万円の合計20万円。

d 位置付け

本決定は、本件相手方は執行妨害目的をもって競売建物に入居したと認定して同人らを所有者の占有補助者であると捉えることで本保全処分の対象となることを肯定した上で、いわゆる占有屋が競売建物を占有することは、一般の買受希望者の買受けを断念させ、または最低売却価額（当時。現行法の売却基準価額。）が低減することは明らかであるとして著しい価格減少行為性を認めたものである。

なお、本決定は申立てで求められていた執行官保管の求めに対し、競売建物からの退去を命じるにとどめている¹⁵⁸。

(カ) [53]東京地決平成4年5月6日（判例タイムズ794号297頁）

a 事案の概要

競売建物の所有者が、差押後に、執行妨害目的で、競売建物に内外装工事をして、これを第三者に賃貸しようとしたことが、第55条の定める不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為に該当するとして、平成4年2月28日、競売建物の「所有者」を相手方として、工事禁止、占有移転禁止の売却のための保全処分が発令された。

しかし、所有者は、工事を続行・完成し、競売建物に第三者を入居させようとしたので、同年3月13日、「所有者」を相手方として、執行官保管の売却のための保全処分が発令された。しかし、同保全処分が執行される前に、第三者が競売建物に入居したため、同執行は不能となった。その後、申立債権者（抵当権者）は、競売建物に入居した第三者は、執行妨害を目的として、競売建物に入居したものであると主張して、競売建物からの第三者の退去を命じる売却のための保全処分を求めた。平成4年3月26日、裁判所はこれを認めたが（前

¹⁵⁸ この点につき、当時の第55条の解釈として、同条第1項の保全処分を発することなく、はじめから執行官保管の保全処分を発する要件はないものと認めたものであらうと指摘するものとして判例タイムズ781号236頁。

掲[52])、第三者は、競売建物から退去しなかった。

そこで、申立債権者は、所有者及び第三者2名を相手方として、競売建物につき、執行官保管の売却のための保全処分を求めた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件建物を執行妨害を目的とする相手方Aらが占有することにより(相手方Aは、執行妨害を目的とする行為を専門とする者であると推認される。)、買受人の出現が困難になることは明らかであり、そのために、本件土地建物の価値は著しく減少することになる。

(b) 執行妨害目的等について

相手方Aが会長である申立外C会社は、本件第1回目の売却実施命令の開札期日の前日である平成3年12月10日受付で、本件建物に、賃借権設定仮登記をしたこと、相手方(所有者)Dは、2回目の売却実施命令が発せられた後である平成4年2月28日、当裁判所が発した保全処分を無視して、本件建物の内外装工事を進行、完成させ、更に、相手方Aらを本件建物に入居させたこと、相手方Aらは、前記建物退去の保全処分送達後2回目の期間入札の入札期間に至るも本件建物を占有していること、などに鑑みれば、相手方(所有者)Dは、本件差押後に、執行妨害を目的として、相手方Aらを本件建物に入居させたものであり、相手方A及び同Bは、執行妨害目的で本件建物に入居し、これを占有しているものと認められる。

このような事実関係の下では、相手方A及び同Bは、相手方(所有者)Dの占有補助者とみるべきであるから、相手方A及び同Bは、売却のための保全処分の相手方となるものである。

c 担保金の額

相手方A、B及びDにつき各10万円の合計30万円。

d 位置付け

本件は、前掲[52]の関連事件であり、不動産競売申立事件において、所有者以外の第三者が、差押後に、建物退去を命じる売却のための保全処分に違反し

て、執行妨害目的で¹⁵⁹競売建物を占有していることが、競売建物の価格を著しく減少する行為に該当するとして¹⁶⁰、執行官保管の売却のための保全処分が認められたものである。

(キ) [56]東京地決平成4年5月29日(判時1432号105頁)

a 事案の概要

本件建物の所有者である申立外Aは、平成元年11月4日、本件申立人のために、本件建物及びその敷地である別紙物件記載の土地に抵当権を設定した。申立人は、平成3年12月12日、執行裁判所に対し、本件土地建物につき、担保権の実行としての競売の申立てをし、同月13日、同裁判所は、競売開始決定をし、同月16日同決定に基づく差押登記がなされた。

本件建物には、同年9月13日受付で、申立外Bを権利者として、根抵当権設定仮登記及び賃借権設定仮登記が経由されており、同月27日受付で、相手方Cを権利者として、賃借権設定仮登記及び根抵当権設定仮登記が経由されている。

申立外Aは、同年10月14日、破産宣告を受けた。

執行官が、同年12月24日、平成4年1月14日、同月17日(解錠の上立ち入り)、本件建物に臨場して現況調査をしたところ、本件建物の2階、3階は、相手方Cが家族とともに使用して占有していた。相手方Cに面談して調査したところ、同人は、「自分は、本件土地建物につき申立外Bの賃借権仮登記を引き継ぎ、正当な賃借人として賃借りしている。」「本件建物に入居したのは、平成3年9月ころである。」「自分が支出した金は1500万円で、(賃借権は)債権担保(目的)である。」旨陳述し、申立外Bと所有者申立外A間の賃貸借契

¹⁵⁹ 所有者関与及び第三者の執行妨害目的を要件に第三者を占有補助者と同視する東京地裁執行部の決定が東京高裁でも維持されていること及び[54]東京高決平成5年2月25日が東京地裁執行部と同様の規範を採用するのに対し[55]東京高決平成4年12月28日はより広く相手方を捉える規範を採用することを指摘するものとして、江口とし子「本件判批」判例タイムズ821号(平成4年度主要民事判例解説)237頁(1993年)。

¹⁶⁰ 引渡命令によって第三者占有者を排除できるから第三者の占有により抵当不動産が著しく価格減少することはないとの見解に対し、当該建物の価値が著しく減少するか否かは、最低売却価額(当時。現行法の売却基準価額。)ではなく、実際の売却価額(売却許可決定における価額)を基準にして考えなければならないとの見地から詳細に批判を加えるものとして、判例タイムズ794号259頁、東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書65頁、66頁。

約書の写しを提示した。

しかしながら、相手方Cの占有は、執行妨害目的で賃借権を仮装して競売対象建物を占有しているものであった。

そこで、申立人は、相手方Cに対し、競売建物からの退去を命じるよう求める売却のための保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件建物をいわゆる整理屋と思われる相手方Cが占有することにより、これとのトラブルを嫌い、買受人の出現が困難になることは明らかであり、そのために、本件建物の価値は著しく減少することになる。以上によれば、相手方Cの行為は、本件建物の価値を著しく減少するものである。

(b) 執行妨害目的等について

相手方Cないし申立外Bの賃借権設定仮登記は仮装のものであり、相手方Cは、申立外Aが著しい債務超過の状態に陥り、破産の申立もやむなしとの状態になった段階で、申立外Aと共謀の上、債権者の執行を妨害する目的で、いわば申立外Aの代わりに本件建物を占有するに至ったものであるが、このような事実関係の下では、相手方Cは、売却のための保全処分の相手方となるというべきである。

なお、相手方Cは、本件差押がなされる前から本件建物を占有しているが、相手方Cが、本件建物を占有したのは、前記認定のように、執行妨害を目的とするものであって、なんらの法的保護に値するものではなく（特に、本件申立人等の抵当権者との関係において）、また、相手方Cは、本件差押後も占有を継続しているものであって（2階の飲食店を開業した部分は、差押後に占有を開始したものである。）、その占有が、本件建物の価値を著しく減じるものである以上、占有開始時期が差押前であることをもって、本件保全処分の相手方とならないとすることはできない（なお、内容虚偽の賃借権設定仮登記を経由する行為や、現況調査担当執行官に対し存在しない賃借権を存在する旨陳述し、これを現況調査報告書に記載させる行為は、公正証書原本不実記載罪や競売入札妨害罪を構成する可能性がある。）。

c 担保金の額

30万円。

d 位置付け

本決定は、差押後に、不動産競売申立事件の所有者以外の第三者が、執行妨害目的で賃借権を仮装して競売対象建物を占有していることが、第55条の定める不動産の価格を著しく減少する行為にあたるとして、同人に対して競売建物からの退去を命じる売却のための保全処分を認めたものである。

(ク) [57]東京地決平成4年7月6日(判例タイムズ799号240頁)

a 事案の概要

平成4年3月、本件土地につき、競売開始決定がなされた。当時本件土地は更地で、道路沿いには、所有者が設置したと思われる鉄板の塀があった。所有者会社は、投資用ワンルームマンションなどで急成長した会社であるが、同月、1回目の手形不渡りを出し、同年4月、債権者から破産の申立てがなされた(負債額約1000億円)。同年6月、何者かが前記塀を取り壊し、パワーショベルを搬入して、本件土地の整地作業を始めた。

そこで、申立債権者(抵当権者)は、競売土地の所有者を相手方として、執行官保管の売却のための保全処分の申立をしたところ、これが認められ([58]東京地決平成4・6・26平成4年(ワ)第2295号)、その執行がなされた。執行の際、すでに本件土地にはコンクリートが流し込まれ、整地されていた。執行官は、本件土地の周囲に杭を設置し、ロープを張りめぐらして本件土地を囲った上、執行官が保管している旨の公示書を掲示した。ところが、数日後、執行官が設置した杭・ロープが取り払われ、公示書が本件土地付近に投げ捨てられていた。現場にいた作業員の話では、本件相手方会社の代表者の指示で行ったとのことであった。本件申立人の調査によると、本件相手方のオーナーは、強引な貸金の取立てなどを行う、暴力団と関係のある金融会社の関係者であるとのことであった。

そこで、申立人は、相手方に対し、建物の建築等の禁止及び執行官保管を命じるよう求める売却のための保全処分を申し立てた¹⁶¹。

b 決定要旨

¹⁶¹ 本件事件の保全処分命令申立書の具体的記載内容については、東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書241頁、242頁に記載がある。

(a) 価格減少行為該当性について

執行妨害を目的とする相手方が、本件土地に工作物を設置等するときは、買受希望者が買い受け意思を喪失すること等から、本件土地の価値が著しく減少することは明らかである。

(b) 執行妨害目的等について

相手方は、本件債務者兼所有者と共謀の上あるいはこれの黙示の承諾を得た上で、本件土地を整地し、これに工作物を設置する等して、執行妨害をしようとして企図しているものと認められる。このような事実関係の下では、相手方は本件債務者兼所有者の占有補助者とみるべきであるから、相手方は売却のための保全処分の相手方となるものである。

c 担保金の額

50万円。

d 位置付け

不動産競売申立事件の所有者以外の第三者が¹⁶²、差押後に、執行妨害目的で¹⁶³競売対象土地を整地し工作物を設置しようとしていることが、第55条に定める不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為に該当するとされ¹⁶⁴、また、当該第三者が、別事件（前掲[58]）で執行官のなした公示書を破棄するなど同条第1項の保全処分を発しても実効性がないと思われる場合には、直ちに同条第2項の執行官保管の保全処分を発することができるものとされたものである。

なお、本件においては、本決定による執行がなされる前に、所有者に対する執行官保管の保全処分の点検執行により、相手方が設置していた簡易建物（駐

¹⁶² 本件は暴力団関係者が執行官の公示書を破棄して執行妨害行為を強行しようとしているというものであり、このような者に対して保全処分を発令できないことは著しく妥当性を欠くとの見地から、本決定の結論に異論はないものと思われるものとして判例タイムズ799号241頁。

¹⁶³ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書80頁は、所有者の関与を積極的に認定した例として本決定を挙げる。

¹⁶⁴ 差押えられた更地上に建物等を建築することが「不動産の価格を著しく減少する行為」に該当するか否かについては肯定説と否定説に分かれているものの、本件は単に建物を建築するというものではなく、「執行妨害目的」で、「暴力団関係者」が、簡易な工作物を設置しようとしているという事例であるから、肯定説の立場からのみならず否定説の立場からも不動産価値が著しく減少する場合に該当するといえることができようとして判例タイムズ799号241頁、242頁。

車場の管理人のための建物及び便所)、駐車場の車止めのためのブロックなどが撤去され、再度鉄板による本格的な塀を設置して嚴重な執行官保管の措置がとられた¹⁶⁵。

(ケ) [59] 東京地決平成4年7月23日 (判例タイムズ798号262頁)

a 事案の概要

本件建物は、不動産業者である債務者兼所有者会社の所有する、分譲用の高級一戸建新築住宅6棟のうちの1棟である。

申立人(抵当権者)が6棟の土地建物の不動産競売を申し立てるに先立って現状を点検したところ、未入居であった本件建物を、相手方X及びYが、事務所と称し、また代表者が入居して、占有していることが判明した。所有者会社の代表者は、倒産直前に融資を受けたAに、この6棟の鍵を交付して占有を委ねており、X及びYは、更にその鍵を渡されて、占有を開始したものである。

Xは、申立人に対し、所有者会社に対して6棟の建物の改装工事代金として1億2150万円もの債権を有し、その留置権に基づき本件建物及び3棟の建物を占有するものであると述べており、また、Yは、Xの兄弟会社として当然に占有しているもので、格別の契約も使用料の授受もないと述べている。

そこで、申立人は、相手方X及びYに対し、建物退去の保全処分を命じるよう求める売却のための保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

新築後未入居であった本件建物及び敷地を執行妨害目的で相手方らが占有することにより、その買受人の出現が困難になり、不動産競売における自由な競争が著しく阻害されて、本件建物及び敷地の価値は著しく減少することが明らかである。したがって、相手方らの行為は、本件建物の価格を著しく減少させる行為に当たるといふべきである。

(b) 執行妨害目的等について

所有者会社は差押えに近接して相手方をして空き家であった本件建物の占有を開始させたものであり、相手方Xの主張する高額の改装工事は、そのよう

¹⁶⁵ 判例タイムズ799号242頁。

な工事のされた形跡もなく、かつ、所有者会社の当時の経営状況に照らしても新築の未入居建物についてそのような多額の改装工事をするには合理性がないのであって、およそ相手方らに本件建物を占有する権原は認められず、相手方らは所有者会社の意思に基づいて専ら執行妨害を目的として占有を開始したことが明らかである。このような事情のもとでは、相手方らは所有者会社の占有補助者であるというべきであるから、相手方らは、売却のための保全処分の相手方となる。

c 担保金の額

相手方X及びYにつき各25万円の合計50万円。

d 位置付け

(a) 本決定は、相手方らは所有者の意思に基づき執行妨害を目的として占有するものであって、占有補助者に当たるとしたものであり、かつ、そのような者である限り、抵当権実行の場合には、占有開始時期が差押の前か後かで区別しないという考えを明らかにしたものである¹⁶⁶。

(b) [7]平成3年判決以降、売却のための保全処分の申立事例が増えてきているが、その中でも執行妨害を目的として占有する第三者に対して申し立てられる事例は多く、このような第三者が相手方とならないとすると第55条の実効性は大きく減殺されてしまうとの見地から、本決定を支持する見解が多い¹⁶⁷。

(c) なお、本件は前掲[48]決定の関連事件であり、[48]決定は、本件6棟の建物のうち本件以外の3棟につき、Xに対して発令されたものである¹⁶⁸。

(コ) [60]東京地決平成4年8月14日(判時1436号67頁)

a 事案の概要

申立人は、本件不動産についての抵当権者であり(平成2年4月2日付登記)、その実行としての競売を平成3年3月6日に申し立てた差押債権者である。

¹⁶⁶ 判例タイムズ798号263頁。なお、本決定の評釈において、本保全処分が審尋を中心とする簡易な決定手続であることから、これらの解釈・認定にあたって、発令を積極的に行うべきか否かも問題となるところ、発令を積極的に認める積極説とこれを限定的に運用すべきものとする消極説とがあり、これらはいわば政策的見解の相違であると指摘するものとして三代川俊一郎「本件・後掲[67]判批」判例タイムズ862号(平成5年度主要民事判例解説)233頁(1994年)。

¹⁶⁷ 判例タイムズ798号263頁。

¹⁶⁸ 判例タイムズ798号263頁。

Aは、上記抵当権の設定登記後の平成2年12月13日に本件不動産の所有権を取得した者である。

上記競売事件は、平成3年3月11日付で競売開始決定がなされ、2回にわたって期間入札の方法による売却実施命令がなされたが、いずれも適法な入札がなかった。

平成4年7月3日、申立人は、Aに対し、本件建物についての工事の中止を命じ、工事の続行を禁止し、占有の移転又は占有名義の変更を禁止し、かつ執行官に対し、Aが占有の移転又は占有名義の変更を禁止されたことを公示するよう命じる売却のための保全処分を求め、これを認める決定が出された。同決定の理由中において、Aが2回目の期間入札の実施された段階に至って、本件建物の占有を第三者に移転しようとしており、しかもその第三者が暴力団関係者となる可能性も高いと述べられていた。

ところが、この保全処分命令の執行（同月6日）の際、執行官は、本件建物の1階部分は相手方が共同占有し、二階部分は相手方ら及びAが共同占有していると認定した。

そこで、申立人は、相手方らは執行妨害を目的としてAが占有させたものであり、Aの占有補助者に過ぎないと主張して、相手方らに対し、本件建物から5日以内に退去するよう命じる保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件事実関係の下においては、本件物件を相手方が占有すると買受人の出現が極めて困難となることは明白であり、そのために本件物件の価格が著しく減少することになる。

(b) 執行妨害目的等について

B（相手方CことB。相手方D及びEの代表取締役でもある。）は前記保全処分の執行の際、執行官及び申立人代理人らに対して、本件建物をAから使用貸借していると主張した。ところが、申立人代理人から使用貸借契約書を見せるよう求められるとこれを拒絶し、さらに執行官からも見せるよう求められると、何人か（A又はその関係者である可能性が高い。）に電話をかけ、その承諾を得た上で契約書（貸主A、借主相手方E、第1条貸主が借主に対して本件建物を

無償で貸し渡す、第2条借主は貸主からの請求があれば直ちに返還する、平成4年5月21日)を提示した。

Bは、執行官や申立人代理人らに対し、契約書の写しをとることを拒否し、その際、Bは、Aから、本件建物は差押物件であり、いつ出ることになるかわからないから承知しておいてくれと言われた旨を述べた。

前記執行の際、本件建物の1階は、扉にE及びCと記載され、郵便受けにD及びEと記載されていたが、1階内部には、相手方Cが使用するものと思われる机・椅子がありポスターが貼ってあっただけで、相手方E及び相手方Dが現実使用・占有していることを窺わせるものは何もなかった。また2階は全く使用されていない状態で、ただ2階の鍵をBが保管していただけであった。

前記執行の当日は、本件建物の1階で、講義が行われているかのような様子であった。ところが申立人の職員らの観察によると、その後は、講義らしき行為は一切なされておらず、日中も照明がないことが多く、関係者らしき者がたまに訪れる程度であった。

相手方E及び相手方Dの実質上のオーナーはFであり、F及びAは、数件の競売事件において悪質な競売妨害を行っていると言わなければならない者らとの間に密接な関係がある。

以上の事実によれば、Aは執行妨害を目的として、差押後に相手方らを本件建物に入居させ、その占有の外形を作ったものと認められる。このような場合には、相手方らはAの占有補助者とみるべきであるから、売却のための保全処分の相手方となる。

c 担保金の額

相手方B、C、D及びEにつき各20万円の合計80万円。

d 位置付け

所有者の関与及び第三者の執行妨害目的から第三者に占有補助者性を認めて売却のための保全処分の相手方に当たるとし、所有者の関与及び第三者の執行妨害目的に関する事実を詳細に認定の上かかる事実関係の下においては本件物件を相手方らが占有することで買受人の出現が極めて困難となることは明白であり、そのために本件物件の価格が著しく減少することになるとしたものである。

(サ) [61]東京地決平成4年9月16日(判時1435号98頁)

a 事案の概要

(a) 申立人は、本件土地についての抵当権者であり(平成元年6月7日付登記)、その実行としての競売を平成4年7月16日に申し立てた差押債権者である。競売開始決定及び差押登記は翌17日付けでなされた。

相手方Aは、競売事件の債務者兼所有者である。

相手方Bを権利者として、本件土地について賃借権設定仮登記が平成4年7月16日付でなされ(譲渡、転貸ができるとの特約あり)、さらにそれが相手方Cに譲渡された旨の賃借権移転仮登記が同年8月11日付でなされている。

相手方Dは、不動産業等を目的とする会社である。

(b) 本件土地は、甲が駐車場として賃借していた(この賃貸借は正常なもの)が、差押後に、Dが甲に対して明渡を強要し、それから数日以内に、Bの看板が囲い塀に掲げられ、出入口の施錠箇所の鉄鎖が破壊された上、土砂が搬入され、仮設建物が建築され、囲い塀の一部を破壊してトラックの侵入路が作られ、現地にいた者らが甲の従業員に対して仮設建物の設営地域内に立ち入ることを禁止し、また現場にいる監視者が視察に行った債権者のカメラのフィルムを抜くといった事態が生じた。

またAは、差押の約1カ月前、乙から借金をする際、乙の要求により、土地賃貸借契約書、賃借権設定証書(いずれも賃借人、目的不動産、賃料その他の事項は白地)、連帯借用証書(借用額、貸主等は白地)、公正証書作成嘱託の委任状、登記の委任状(いずれも重要事項は白地)等に捺印したことがあり、Bの賃借権設定仮登記は、これらの書類を利用して行われたようである。

(c) そこで、申立人は、相手方らが本件土地内に土砂を搬入し、本件土地上に本件仮設建物を建築したと主張し、そのために本件土地の価格は著しく減少したとして、相手方らに対し、①本件土地内に搬入した土砂の撤去、②本件土地上に建築したに本件仮設建物の取去、③本件土地からの退去、④土砂搬入・工作物の建築設置・占有移転の禁止及び⑤④につき執行官による公示を求める売却のための保全処分を求めた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

事案の概要における上記 (b) の事実と (a) の事実とを総合すれば、相手方からは執行妨害を目的として、本件土地に土砂を搬入し、本件仮設建物を建築し、本件土地を占有しているものであり、このような行為は、「不動産の価格を著しく減少する行為」に当たるものと判断できる。

(b) 執行妨害目的等について

事案の概要における上記 (b) の事実と (a) の事実とを総合すれば、相手方からは執行妨害を目的として、本件土地に土砂を搬入し、本件仮設建物を建築し、本件土地を占有しているものである。

c 担保金の額

相手方Aにつき無担保、B及びCにつき各50万円、Dにつき200万円の合計300万円。

d 位置付け

(a) 本決定は、土地に対する担保権実行としての競売事件において、売却のための保全処分として、債務者兼所有者A、賃借権仮登記権者B、その移転仮登記を得たC、及びBから転借したと主張するDに対し、これらの者が執行妨害を目的として競売土地上に土砂を搬入し、建物を建築したことを理由に、土砂の撤去、建物の収去、土地からの退去並びに土砂等の搬入・建物等の建築及び占有移転の禁止を命じ、かつ執行官に対して、これらの禁止の公示を命じたものである。

(b) 本決定は、第三者の行為の強引さ、悪質さなどから、第三者の属性について論ずるまでもなく、執行妨害目的が認定できるとしたものといえる¹⁶⁹。

(c) 更地内への土砂の搬入を保全処分の対象とした点は、おそらく初めての例とされている¹⁷⁰。

¹⁶⁹ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書89頁。

¹⁷⁰ 更地上に建物等を建築する行為を売却のための保全処分の対象とした点については先例があるが（[62]東京地決平成3・6・3判タ765号244頁②事件、[63]東京地決平成3・7・25判タ765号244頁③事件、[64]東京地決平成3・7・30判タ765号244頁④事件、[65]東京地決平成4・3・10判時1421号100頁）、本件で特徴的なのは土砂の撤去及び建物の収去という原状回復を命じた点であり、学説上は、不動産の価格を著しく減少する行為が行われてしまった場合に保全処分の内容として原状回復（掘削した土地の埋戻し、破壊した建物の修理など）を命じることも許されると解するのが通説であったが、実例としてはおそらく初めてのものであるという意味で注目に値する

(シ) [66]東京地決平成4年9月17日(判時1436号67頁)

a 事案の概要

(a) 本件は、前掲[60]決定の関連事件であるため、事案の概要については同決定における事実関係が前提となる。

(b) 前掲[60]決定につき、特別送達を試みられたが、いずれも転居先不明として裁判所あて返送されたため、いまだに送達されていない。

そこで、申立人は、以上の事実を前提とした上、平成4年8月26日から相手方が本件建物の2階を占有しているが、これは執行妨害を目的としてAが占有させたものであり、Aの占有補助者に過ぎないと主張して、相手方に対し、本件建物から5日以内に退去するよう命じる保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

執行妨害目的等につき後述のとおり詳細に事実認定の上、このような事情の下においては、本件建物を相手方が占有していると買受人の出現が極めて困難となることは明白であり、そのために本件建物の価格が著しく減少することになると認定した。

(b) 執行妨害目的等について

前掲[60]決定の相手方らに対する送達が未だできていないのは、以下のような理由によるものである。すなわち、本件建物には、平成4年8月20日には「8月24日まで夏期特別休暇とさせていただきます。」とのはり紙が、26日には「当社は8月31日迄夏休みとさせていただきます。9月1日(火)より平常営業致します。」とのはり紙が、さらに9月4日には「9月7日まで休業致します。8日(火)より営業致します。」とのはり紙が出されていた。現在はこのようなはり紙はないが、上記はり紙があった期間中も、またその後も、ほとんど人影のない状態が続いている(これはおそらく、送達を遅らせるため意図的に行っているものと思われる。)

こうして前掲[60]決定の相手方らに対する保全処分の送達ができないうちに、平成4年8月26日になって、本件相手方が本件建物の2階に入居し、本

と指摘するものとして判例タイムズ797号259頁。

件相手方名の看板を掲げた。本件建物には、Aに対する保全処分の執行により、Aが占有の移転又は占有名義の変更を禁止されている旨の公示書が貼付されていたが、本件相手方は入居の際、公示書の存在を承知していたのみならず、入居直後にこれをペンキで塗り潰した。

本件相手方は、G（本件土地・建物競売事件の債務者であり、前所有者）の従業員であるHから本件建物を賃借したと述べる。しかし、賃貸借契約書がない上、本件相手方の主張によれば、保証金はなく、賃料は月額20万円とのことである（これは異常に低額であって、正常な賃貸借とは到底考えられない）。なお本件相手方は、Hから、本件建物は差押物件であり、いつ出ることになるかわからないから承知しておいてくれと言われた旨を述べている。

このHは、極めて悪質な競売妨害に関与したことがある。すなわち、Gがもと所有していた本件とは別の競売物件につき、街頭宣伝車が駐車され、抵当権者がその撤去を求めたところ、解決金として1億9000万円もの支払を求められた事件があったが、Gは、A外のIの関係者と共にこの事件に関与し、抵当権者との交渉役として動いたものである。

本件相手方は「有限会社J」と称し、その本社は大阪にあつて、本件建物はその東京支店だと主張している。けれども、大阪にも東京にも、本件相手方の交付した有限会社Jの名刺に記載された場所には「有限会社J」なる法人の登記はない。

本件建物の2階にある事務用品・家具等のほとんどは、本件相手方が入居する前からあったものである。また有限会社Jの名刺には「家庭日用品・繊維・インテリア・製造販売」と記載されているが、そのような営業に関係する物は本件建物内に存在しない。

以上の事実によれば、Aは執行妨害を目的として、差押後に本件相手方を本件建物に入居させ、その占有の外形を作ったものと認められる。このような場合には、本件相手方はAの占有補助者とみるべきであるから、売却のための保全処分の相手方となる。

- c 担保金の額
20万円。
- d 位置付け

前掲[60]決定の相手方らに対する保全処分の送達を遅らせるための妨害工作期間中に、本件相手方が所有者と意を通じて本件建物2階に入居し占有している事案につき、執行妨害目的等に関する事実を詳細に認定の上、占有補助者性を認定し、かかる事情の下では本件建物を相手方が占有していると買受人の出現が極めて困難となることは明白であり、そのために本件建物の価格が著しく減少することになるとして、本件建物からの退去を命じたものである。

(ス) [67]東京地決平成4年9月22日(判例タイムズ798号262頁)

a 事案の概要

(a) 本件は、前掲[48]決定及び[59]決定の関連事件であるため、事案の概要については[59]決定における事実関係が前提となる。

(b) [59]決定の保全処分は、平成4年8月3日に相手方Yに対して、同年9月4日に相手方Xに対して、それぞれ送達された。しかしながら、相手方らは、前記退去命令の送達後10日が過ぎても、本件建物から退去せず、同命令に従わない。

すなわち、前記退去命令が相手方Yに送達された直後、相手方ら代理人弁護士から、申立人代理人弁護士に対し、同年8月4日付依頼書によって、「同年9月10日限り任意に退去するので同日まで猶予願いたい」旨の退去猶予の依頼がされた。そこで、申立人代理人弁護士は、相手方ら代理人弁護士に対して、前同日限り退去することに同意する旨の同意書を送付した。ところが、同年8月21日、再度、相手方ら代理人弁護士から、「相手方Yが無条件で退去することはできないと主張しており、約束が守れなくなった」旨の電話連絡があり、相手方らにおいて退去する意思のないことが明確になった。そして、同月30日には、本件建物に掲げられていた相手方らの表札がはずされてZの表札が掲げられたが、その後も、相手方らが占有を続けた。

そこで、申立人は、相手方らに対し執行官保管を命ずる売却のための保全処分を求めて申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本決定は、第55条第1項の不履行を前提に同条第2項の執行官保管を発令するものであるため、格別の説示をしていない。前提として前掲[59]決定の決

定要旨における価格減少行為該当性についての説示参照。

(b) 執行妨害目的等について

本決定は、第55条第1項の不履行を前提に同条第2項の執行官保管を発令するものであるため、格別の説示をしていない。前提として前掲[59]決定の決定要旨における執行妨害目的等についての説示参照。

c 担保金の額

相手方X及びYにつき各15万円の合計30万円。

d 位置付け

本決定は、前掲[48]決定及び[59]決定の関連事件であり、[59]決定の退去命令に従わなかった相手方X及びYに対し執行官保管を命じたものである。

(セ) [68]東京地決平成4年10月7日(判時1438号92頁)

a 事案の概要

(a) 本件は、前掲[61]決定の関連事件であるため、事案の概要については同決定における事実関係が前提となる。

(b) 相手方らに対しては、平成4年9月16日、前掲[61]決定が発令された。同決定で命令された公示は、本件土地において同月21日に執行された。

そして、同決定は、相手方Aに対しては同月24日に、相手方Dに対しては同月30日に送達された。

ところが、相手方Dは、上記の命令を無視して、高額な廃棄物処理料の支払いを受けて処理を依頼された残土などを、法規に反して本件土地に搬入し続けており、同年10月2日現在、搬入された残土などの量は、これを撤去するために見積金額で金6831万円を要するほどの大量に及んでいる。また、相手方Dは、上記の命令で収去を命じられている建物について、同年9月24日保存登記を取得して、収去命令に従わない態度を示している。

そこで、申立人は、相手方A及びDに対し、執行官保管の売却のための保全処分を求めて申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本決定は、第55条第1項の不履行を前提に同条第2項の執行官保管を発令するものであるため、前提として前掲[61]決定の決定要旨における価格減少行

為該当性についての説示参照。

その上で、次のように説示する。すなわち、相手方Dは、すでになされている保全処分に従わず、残土などの搬入などを続けており、相手方Aは、これを阻止すべき義務があるのに、義務を履行せず放置している状況にある。そうすると、このまま本件土地の占有を相手方らに続けさせると、本件土地の担保価値は、さらに著しく減少することが明らかである。

(b) 執行妨害目的等について

本決定は、第55条第1項の不履行を前提に同条第2項の執行官保管を発令するものであるため、格別の説示をしていない。前提として前掲[61]決定の決定要旨における執行妨害目的等についての説示参照。

c 担保金の額

相手方Aにつき10万円及び相手方Dにつき50万円の合計60万円。

d 位置付け

本決定は、前掲[61]決定の関連事件であり、同決定の退去命令等に従わなかった相手方A及びDに対し執行官保管を命じたものである¹⁷¹。

(ソ) [69]東京地決平成4年10月13日(判時1436号67頁)

a 事案の概要

(a) 本件は、前掲[60]決定及び[66]決定の関連事件であるため、事案の概要については両決定における事実関係が前提となる。

(b) 前掲[66]決定による建物退去命令は平成4年9月21日に送達されたが、同決定の相手方はこれに従わず、現在も本件建物の占有を続けている。

そこで、申立人は、第55条第2項に基づき、売却のための保全処分として執行官保管の決定を求めた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本決定は、第55条第1項の不履行¹⁷²を前提に同条第2項の執行官保管を発

¹⁷¹ 本決定につき所有者の関与が積極的とまではいえなくても第三者の占有に端緒を与えるものであれば足りるとの評価を前提としている決定例として前掲[61]決定と併記して位置づけるものとして東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書81頁。

¹⁷² 本決定は当時の第55条第2項の執行官保管発令要件とされていた同条第1項の命令違反要件につき執行妨害の実態を踏まえて弾力的に解釈しており、こうした決定例の積み

令するものであるため、前提として前掲[60]決定及び[66]決定の各決定要旨における価格減少行為該当性についての説示参照。

その上で、次のように説示する。すなわち、相手方Aは、執行妨害を目的として、相手方Bら三者及び前掲[66]決定の相手方に本件建物を占有させている。しかも同人らは、悪質な執行妨害を行ったことがあるか、少なくともそのような執行妨害を行ったことのある者と密接な関係を有すると疑うべき根拠のある者である。相手方Aのこのような行為は、本件建物の価格を著しく減少させる行為と認められる。

(b) 執行妨害目的等について

本決定は、第55条第1項の不履行を前提に同条第2項の執行官保管を発令するものであるため、格別の説示をしていない。前提として前掲[60]決定及び[66]決定の各決定要旨における執行妨害目的等についての説示参照。

c 担保金の額

相手方ら5名につき各10万円の合計50万円。

d 位置付け

本件は、前掲[60]決定及び[66]決定の関連事件であり、両決定の退去命令に従わなかった相手方らに対し執行官保管を命じたものである。

(タ) [70]東京地決平成4年11月10日(判タ801号243頁)

a 事案の概要

(a)申立人は、本件建物についての抵当権者であり(平成2年2月19日付登記)、その実行としての競売を平成3年4月25日に申し立てた差押債権者である。競売開始決定及び差押登記は同年5月2日付でなされた。

相手方Aは、競売事件の債務者兼所有者である。

株式会社甲、相手方B、相手方C、相手方Dは、いずれも乙を代表取締役とし、相手方Aが取締役を務める会社である。

相手方E及び相手方Fは、いずれも不動産の賃貸その他を目的とする会社である。

重ねが後に平成8年改正により立法的に追認されることとなり、その後の平成15年改正による他の保全処分との並列化をもたらしたことにつき浦野編・前掲(脚注1)書172頁参照。

(b) 執行官の現況調査（平成3年5月）によると、本件建物は最先順位の抵当権設定前の平成元年11月1日、相手方Bが賃借し（地下2階と1階を除く）、同日、次のとおり転貸していた。

地下1階 丙（バーとして使用）
2階 相手方C（店舗として使用）
3階 甲（美容室として使用）
4階 相手方D（美容室として使用）
5階 丁（事務所として使用）

そして地下2階は丙（乙を代表取締役とする会社）が物置として事実上使用し、1階は相手方Cが店舗（着物の展示室）として事実上使用していた。

なお、相手方B、相手方C、甲及び丙は、戊と共に「X[乙及び相手方Aの氏]グループ」と自称している。

(c) ところが、差押後の平成3年8月9日、相手方Aは執行裁判所宛て上申書を提出し、本件建物は相手方Fに賃貸していると主張した。同時に提出された賃貸借契約書によると、相手方Fは相手方Aから平成2年12月1日、本件建物を賃借し、同日、上記(b)に記載の会社（丁は除く）に転貸したとされており、相手方Fの支払うべき賃料は、期間中（平成元年11月1日から平成7年10月31日までの7年分）全額前払済みとされている。

差押後の平成3年6月13日付で、相手方Fを権利者とする根抵当権設定仮登記及び条件付賃借権設定仮登記が本件建物についてなされている。仮登記された賃借権の内容は、借賃1カ月1平方メートルあたり10円、期間3年で、譲渡・転貸できるとの特約がある。

また、差押後の同年7月18日付けで、相手方Eを権利者とする賃借権設定仮登記が本件建物についてなされている。仮登記された賃借権の内容は、借賃1カ月1平方メートルあたり30円、期間3年で、譲渡・転貸できるとの特約がある。

平成4年3月、相手方Eは本件競売事件についての申立人の方針を聞きたいとして、相手方Fの代表者及び乙とともに申立人会社を訪問したが、その際に連絡先として示された電話番号にかけると、相手方Fとも相手方Eとも連絡をとることができる。

同年9月、相手方Eは申立人に対し、「相手方Eは相手方Fと同一の企業体である。相手方Eが本件建物を管理している。競売では申立人が買受人となってほしい。そうすれば相手方Eが仲介してYに国土法価格で買い取らせる。もし申立人が自己使用するということであれば、立退料を提示してほしい。」とやってきた。

相手方Eは、暴力団Z組の関連会社であり、国土利用計画法違反の疑いで、その代表者が平成4年11月3日に逮捕された。

本件建物の3階は、同年3月ころから閉鎖され、「都合によりしばらくの間お休みいたします。」との張り紙が出されていたが、9月下旬にはそれが剥がされており、また正面玄関にあった3階部分の社名表示もなくなっていた。そして申立人従業員の質問に対し、甲の取締役は、3階を誰かに貸すようだと述べた。

申立人は、このような事態が生じたため、乙と連絡をとろうとしたが、その所在は判明しない。また相手方Aは「本社がやっていることなので、よく分からない。」と答えるのみである。

同年11月5日には、3階に「G」という看板が掲げられており、その場にいた者は、「美容室を11月18日にオープンする。経営者はXグループではない。詳しいことは2階のH氏に聞いてほしい」と述べた。そこで申立人の従業員が2階へ行ったところ、2階では相手方Cの営業が行われている形跡はなく、留守番と思われる者がいた。そこで申立人従業員が質問したところ、留守番と思われる者はどこかに電話を架け、Iという者を呼び出した。Iは質問に対し、3階を誰から借りようと申立人には関係ないなどと答え、後は何を聞いても「そんなことを聞く権利があるのか」といった調子で凄むばかりであった。

なお、上記の留守番と思われる者がどこに電話を架けたのかは不明であるが、その机の上の電話番号一覧表の一番上には「相手方F」と大きく書かれており、またIは、相手方Eの代理として、申立人のところに電話を架けてきたことのある人物である。

1階及び4階の占有状況は従来と同じである。また5階は丁がすでに退去し、現在空家である。

(d) 申立人は、以上の事実を前提とした上、相手方らが執行妨害を目的として、本件建物を第三者に占有させようとするなど、「不動産の価格を著しく減少す

る行為」をしていると主張して、主文に記載のとおり決定を求めた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

上記事実によれば、相手方は執行妨害を目的として、本件建物の占有を第三者に移転する準備行為をしており、2階及び3階については、すでに相手方F及び相手方Eに占有が移転されたもの、5階についても占有が移転された疑いが強いものと認められる。そして、相手方F及び相手方Eが、暴力団と深い関係を有することからして、このまま放置すると買受希望者が激減することは確実であり、全く現れない可能性も高い。また1階及び4階についても、暴力団関係者に占有が移転されるおそれ大きい。

したがって、相手方の行為は「不動産の価格を著しく減少する行為」に該当する。

(b) 執行妨害目的等について

相手方A以外の相手方は、相手方Aの関与のもとに、執行妨害の目的でこのような行為をしていると考えられるから、相手方Aの占有補助者と認めてよい。

c 担保金の額

無担保¹⁷³。

d 位置付け

(a) 本決定は、競売建物の占有が暴力団関係会社に移転され又は移転されるおそれがあるとして¹⁷⁴、売却のための保全処分として、その暴力団関係会社に対して建物からの退去を命じ、債務者兼所有者等に対して占有移転禁止を命じたも

¹⁷³ 本決定中には担保に関する説示自体がないが、本件では相手方が暴力団関係者であることが証拠上明らかであり、執行妨害目的も強く認められたことから、担保を立てさせないこととしたものと思われる。

¹⁷⁴ 競売物件の占有を他に移転する行為が「不動産の価格を著しく減少する行為」に該当するか否かについては争いがあるが、少なくとも占有移転の相手方が本件のように暴力団関係者や占有屋であることが明らかな場合は、このような者に対して引渡命令を発することはできるとしても、一般の買受人がその執行を申し立てたり、明渡の交渉をしたりすること自体、大変な恐怖を伴うのが当然のことであり、したがって買受希望者が出現する可能性が極めて低くなることが明らかである以上、これを肯定することに問題はないと指摘するものとして判例タイムズ801号244頁。

のである。

(b) 本決定が、本件建物の5階については暴力団関係会社に占有が移転された疑いが強いとして占有移転を受けたと疑われる暴力団関係会社に対して退去を命じるとともに、債務者兼所有者等に対して占有移転を禁止している点については、暴力団関係会社が占有しているのであればこれに対して退去を命じれば足り、逆に暴力団関係会社が占有していないのであれば債務者兼所有者に対して占有移転を禁止すれば足りるとも考えられなくはないが、いずれが占有しているのか判然としない場合に両者に対して命令を発する実際上の必要性は高いことから、かかる実情に配慮して両者に対する命令を発したものと評されている¹⁷⁵。

(チ) [71]東京地決平成4年12月8日(平成4年(ワ)第2676号)¹⁷⁶

a 事案の概要

申立人は、平成4年5月20日、甲所有の競売土地(本件土地はその一部である。)につき、執行裁判所に根抵当権実行としての競売申立てをし、同日、競売開始決定がなされた。

相手方Xは所有者甲から債権回収目的で競売土地を賃借した第三者会社であり、相手方Yはその関連会社である。相手方Xは、暴力団の資金源であり、大規模な債権整理事件にいわゆる事件屋として介入してくる会社で、別件で仮装の抵当権設定登記をし、公正証書原本不実記載罪の容疑で逮捕歴がある。

相手方らは、本件差押えの約6カ月後、それまで更地であった本件土地上に簡易建物を設置し、また木材等の物品を置いている。

競売土地の所有者である甲は、競売土地をいわゆる地上げ目的で取得した。すなわち、競売土地上には、借地権付建物及び前所有者所有の賃貸建物があつたが、甲は競売土地及び上記賃貸建物を買い受けた上、借地権付建物及び賃貸建物について、いわゆる地上げをしようとしたものである。

申立人は、以上の事実を前提とした上、相手方らに対し、土地退去等を求める売却のための保全処分を求めて申し立てた。

b 決定要旨

¹⁷⁵ 判例タイムズ801号244頁。

¹⁷⁶ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書259頁~261頁。

(a) 価格減少行為該当性について

執行妨害を目的とし、暴力団と関係のある相手方らが本件土地上に本件建物や木材等を設置等して本件土地を占有することにより買受希望者は入札を躊躇し、正常な競争入札が事実上制限されることにより、本件土地を含む競売土地の売却価額が著しく減少することは明らかである。

(b) 執行妨害目的等について

本件所有者甲は本件土地を地上げ目的で買い受けたものであるが、相手方Xは、競売土地上の借地権付建物等のいわゆる地上げ資金を甲に融資したが、その回収が困難となったことから、所有者である甲から競売土地を借りし、本件土地を占有して不法な利益を獲得しようと企て、本件差押え後に、相手方Yとともに、執行妨害目的で、本件土地に簡易建物を設置し、また、木材・鉄パイプ等を搬入しているものと認められる。

このように所有者の関与の下に、執行妨害目的で本件土地に建物を設置するなどしている相手方は、売却のための保全処分の関係では所有者の占有補助者と同視され保全処分の相手方になるというべきである。

c 担保金の額

相手方X及びYにつき各100万円の合計200万円。

d 位置付け

東京地裁執行部の採用する占有補助者同視説＝準占有補助者説、すなわち、占有者が、債務者・所有者以外の第三者であっても、①債務者・所有者の関与の下¹⁷⁷、②第三者に執行妨害目的が認められるときは、保全処分の相手方として認めるとの解釈を明確に説示した決定例といえる。

(ツ) [72]東京地決平成4年12月11日（平成4年（ワ）第2689号）¹⁷⁸

a 事案の概要

(a) 申立人（銀行）は、本件土地等についての抵当権者であり（平成元年8月15日付登記）、その実行としての競売を平成4年11月13日に申し立てた差

¹⁷⁷ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書81頁は本決定を所有者の積極的関与を認定した例として、同書84頁は競売土地上に建築された建物が競売土地の価格に比して不相応な簡易建物であることから執行妨害目的を推認した例として挙げている。

¹⁷⁸ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書261頁～265頁。

押債権者である。競売開始決定は同月16日付で、差押登記は同月24日付でなされている。

相手方Aは、本件競売事件の債務者兼所有者である。

相手方Bは、大阪に本社をもつ不動産業等を目的とする会社であり、相手方Aに対し土地買収資金として約4000万円を貸し付けている債権者である。

相手方Cは、大阪に本社をもつ各種タイル工事の設計施工等を目的とする会社であり、相手方Bの関連会社である。

- (b) 平成4年7月7日、相手方Aは手形取引停止処分を受け、本件抵当権の被担保債務等につき期限の利益を失った。

同月15日付で、相手方Bは、本件土地につき、相手方Aに対する上記債権回収目的で賃借権設定仮登記を受けた。また、同日付で、相手方Cも、本件土地につき、極度額1億円、債務者相手方Aとする根抵当権設定仮登記を受けている。

- (c) 本件土地は従前更地であったが、平成4年9月22日、申立人が調査したところ、本件土地上に平屋建プレハブの本件簡易建物が設置されており、同月28日に申立人が再度調査したところ、本件簡易建物が本件土地上の別の場所に移動されていた。

本件簡易建物は同年10月2日付で相手方Cを権利者とする保存登記がなされているところ、競売土地に土砂等を搬入されないようにするためと称して、相手方B及びCが建築したものであった。

- (d) 相手方Aは、別の競売土地に関する事件である前掲[61]決定及び[68]決定にて、執行妨害目的で競売土地に土砂を搬入し、建物を建築したとして、土砂撤去、建物収去及び執行官保管の売却のための保全処分を命じられている。

また、相手方Cは、別の競売土地に関する事件で、同土地上に、差押登記がなされた後、本件簡易建物と同様の仮設建物を設置している。

- (e) そこで、申立人は、相手方らに対し、建物収去、土地退去等を求める売却のための保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

- (a) 価格減少行為該当性について

上記の認定事実によれば、相手方らが執行妨害を目的として本件土地に仮設

建物を設置し本件土地を占有する行為は「不動産の価格を著しく減少する行為」に当たるものと判断できる。

(b) 執行妨害目的等について

上記の認定事実によれば、相手方らが執行妨害を目的として本件土地に仮設建物を設置し本件土地を占有しているものと判断できる。

c 担保金の額

相手方Aにつき無担保、相手方Bにつき10万円及び相手方Cにつき50万円の合計60万円。

d 位置付け

事実関係を詳細に認定の上、特に評価に関する説示を行うことなく、執行妨害目的等を認定し、そこから価格減少行為該当性を認定している。

(テ) 前掲[55]東京高決平成4年12月28日(判時1445号150頁、金法1346号41頁)¹⁷⁹

a 事案の概要

(a) 前掲[61]決定の抗告審であるため、事案の概要については同決定参照。

(b) 抗告人は前掲[61]決定のDであり、その抗告理由は、①売却のための保全処分は債務者又は所有者に対してのみ発令できるものであるところ抗告人Dはこれに該当せず、仮に債務者又は所有者の占有補助者に対しても抗告人Dはこれにも該当しない、②抗告人Dは従前と変化のない形態で本件土地を使用しているから本件土地の価格を著しく減少させる行為に該当しない及び③本件公示保全処分は違法であるというものである。

(c) 本決定は、上記①から③の抗告理由をすべて否定しているが、本論文の検討課題からは上記①及び②に関する説示に意味があることから、これらに関する説示を決定要旨として以下に掲げる。

b 決定要旨

(a) 抗告理由①に対して

売却のための保全処分の相手方となりうるのは、債務者又は所有者であり、右債務者又は所有者の中には、これらの者の占有補助者や占有機関も含まれる

¹⁷⁹ 前掲脚注159参照。

ものと解すべきである（なお、占有補助者の占有は、占有主体たる債務者又は所有者に対する保全命令によって排除することができるから、これらの者が独立して保全処分の相手方とはならないと解されるが、占有補助者か否かの判断には微妙なものがあり、執行裁判所が占有補助者として判断した者でも、執行官は独立の占有があると認定して、債務者又は所有者に対する保全処分のみでは執行不能とするような事態が生ずることも予想されるから、簡易迅速な執行を要する保全処分にあつては、占有補助者に対しても保全処分を発令することができるものと解すべきである。）。

更に、不動産売却処分については民事執行手続の円滑化及び適性化を確保することを目的としている右法条の法意に鑑みれば、専ら執行の妨害や占有による不当な利益を得る目的で差押後に不動産の占有を取得した者で、債務者又は所有者からの占有権原の取得を主張するが、債務者又は所有者に主張しうる正当な権原を有しない者は、債権者又は抵当権者等に対する関係では、占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者にすぎず、債務者又は所有者あるいはそれらの占有補助者でさえも売却のための保全処分の相手方となる以上、当然に右の占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者も同保全処分の相手方になるものと解すべきである（なお、第55条の立法時の法案に、保全処分の相手方として『買受人に対抗できない不動産占有者』が含まれていたのを、ことさらに除外して立法した経緯があるが、右は、債務者以外の占有者等第三者を保全処分の相手方とすることを全く否定したものでなく、同法条の法解釈、運用に委ねたものにすぎず、債務者又は所有者にも占有権原を主張することができないような不法な占有者を民事執行において保護する趣旨に出たものではない。）。

(b) 抗告理由②に対して

上記認定事実によれば、抗告人が搬入した土砂の排出工事には、約1億9000万円の費用を要するものであり、その復旧費用や本件仮設建物の撤去費用は、第一次的には買主の負担になるものであるから、本件土地の最低売却価額の決定に当たって価格の減価要因として考慮せざるを得ず、本件において、本件土地の価格の著しい減少を来していることは明らかである。

c 位置付け

(a) 本決定は、売却のための保全処分の相手方につき、保全処分の相手方となり

うる債務者又は所有者の中には、債務者又は所有者の占有補助者や占有機関が含まれるのみならず、さらに、「専ら執行の妨害や占有による不当な利益を得る目的で差押後に不動産の占有を取得した者で、債務者又は所有者からの占有権原の取得を主張するが、債務者又は所有者に主張しうる正当な権原を有しない者は、債権者又は抵当権者等に対する関係では、占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者にすぎず、債務者又は所有者あるいはそれらの占有補助者でさえも売却のための保全処分の相手方となる以上、当然に右の占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者も同保全処分の相手方になるものと解すべきである。」とし、抗告人はこの「占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者」にあたるとした。

(b) かかる説示は、東京地裁執行部の占有補助者同視説＝準占有補助者説よりも、占有補助者の外に「占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者」も保全処分の相手方となりうる点¹⁸⁰でさらに相手方の範囲を広げるものとの理解も可能である¹⁸¹。

(ト) [73]東京高決平成5年2月18日（平成5年（ラ）第8号、判例タイムズ815号224頁）、[74]東京高決平成5年2月18日（平成5年（ラ）第7号、判例タイムズ815号224頁）

a 事案の概要

(a) いずれも前掲[70]決定の抗告審であるため、事案の概要については同決定参照。

(b) 各抗告人は前掲[70]決定の相手方F及びEであり、抗告理由は、占有の事実及び執行妨害目的を争うものである。

b 決定要旨

一件記録によれば、占有の事実及び執行妨害目的に関する原決定の認定判断はこれを肯認することができ、本件保全処分に所論の誤りはない。抗告人は、

¹⁸⁰ 本決定がかかる説示をなした理由として、抗告人の主張する賃借権は抵当権者（及び買受人）に対抗できないことはもとより、所有者・債務者に対しても主張することができないものであり、このことから抗告人を債務者兼所有者の占有補助者と見ることができないと判断したためであろうと指摘するものとして、判例タイムズ804号282頁。なお、同趣旨の指摘として東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書90頁。

¹⁸¹ 判例タイムズ804号282頁、283頁。

本件建物を占有していないというが、2階、3階及び5階を占有していることは右記録上明らかであり（仮に、抗告人が占有していない場合は本件仮処分の執行が不能となるにすぎない。）、抗告人の右主張を肯認することはできない。

したがって、抗告人は執行妨害の目的で所有者の関与の下に右の占有をしているに過ぎない者であるから、所有者の占有補助者ということができ、これに対して第55条第1項に基づき本件保全処分（公示を執行官に命じたことも含めて）を命じた原決定に違法はない。

c 位置付け

本決定は、競売事件の債務者・所有者以外の第三者であっても、執行妨害の目的で、債務者・所有者の関与の下に占有している者は、その占有補助者として、売却のための保全処分の相手方となるとし、また保全処分の公示を執行官に命じることも認めた高裁決定である¹⁸²。

(ナ) 前掲[54]東京高決平成5年2月25日（判タ801号243頁）

a 事案の概要

(a) 競売建物（マンション複数）の所有者が銀行取引停止処分を受け、暴力的金融業者の支配下に入った後、空き家であった競売建物（マンション）に一斉に表札が掲げられたが、実際に使用されている気配はなかった。

そこで、申立人は、表札を掲げた第三者（複数）等に対し退去命令、公示等を命ずるよう申し立てた。

(b) 原決定（[76]東京地決平成4・11・4（平成4年（ヲ）第2590号））¹⁸³

は、申立てを認め、表札を掲げた第三者（複数）等に対し退去命令、公示等を命じた。

(c) これに対し、抗告人が賃借権を主張して執行抗告したが、本決定は、抗告人は、執行妨害の目的で所有者の関与の下に競売建物の占有をしているにすぎない

¹⁸² 本高裁決定につき、債務者・所有者以外の第三者が売却のための保全処分の相手方となることを認めた[75]東京高決平成4年10月16日（判時1443号66頁）及び前掲[55]高裁決定に続く高裁決定で、執行妨害目的と債務者・所有者の関与とがあれば第三者に対して発令することができるとしたものであり、東京地裁執行部の解釈をそのまま是認したものとして大きな影響があらうと評価するものとして、判例タイムズ815号225頁。

¹⁸³ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲（脚注103）書383頁～386頁。

いから、所有者の占有補助者として売却のための保全処分の相手方となるとして、抗告を棄却したものである。

b 決定要旨

抗告人が執行妨害の目的で本件不動産を占有しているとする原決定の認定判断はこれを肯認することができ、本件保全処分に所論の誤りはないものといわなければならない。

したがって、抗告人は執行妨害の目的で所有者の関与の下に右の占有をしているに過ぎない者であるというべきであるから、所有者の占有補助者ということができ、これに対して第55条第1項に基づき本件保全処分（公示を執行官に命じたことも含めて）を命じた原決定に違法はない。

c 位置付け

本決定は、原決定には第三者が相手方となる要件についての明確な説示がないにも関わらず、抗告人は、「執行妨害の目的で」「所有者の関与の下に」競売建物の占有をしているに過ぎないから、「所有者の占有補助者として」売却のための保全処分の相手方となるとして、東京地裁執行部の占有補助者同視説＝準占有補助者説と同一の解釈を採用することを積極的に明言した点に意義がある¹⁸⁴。

(二) [77]東京地決平成5年3月1日（判時1453号144頁）

a 事案の概要

(a) 申立人は、平成3年3月18日、株式会社甲に対して、6億5000万円を貸し付け、相手方Aは、その連帯保証人となり、また、その所有の別紙物件目録2、4、5及び6記載の不動産（抵当土地建物）に抵当権を設定した。甲は、平成4年4月28日に償還すべき債務の支払いを怠り、期限の利益を喪失した。

(b) その後申立人は、相手方Aと債務の返済交渉をしていたが、申立人が、同年8月13日、抵当土地建物の状況を調査に赴いたところ、それまで吹抜けの車庫があったものが取り壊され、その跡地である別紙物件目録3の土地に、別紙物件目録1記載の簡易な構造の建物（簡易建物という）が建てられているこ

¹⁸⁴ 判例タイムズ826号275頁。

とを発見した。

申立人は、同月15日、抵当土地建物について、執行裁判所に抵当権実行としての競売の申立をし、同月19日、競売開始決定と差押登記がなされた。

簡易建物は、同年7月28日相手方Bの所有として表示登記がなされている。そして、その登記簿には、昭和63年10月15日新築、平成4年7月11日増築と記載されている。しかし、昭和63年10月15日当時はもとより、平成4年6月15日当時も、簡易建物が建築された場所には、吹抜けの車庫があったのみで、建物は存在しなかつた。

相手方Bの代表者である相手方Cは、現況調査を担当した執行官に対し、簡易建物の敷地部分約45坪についての昭和63年8月1日付の土地賃貸借契約書を提示したが、申立人が平成3年3月に抵当土地建物を担保として、抵当権の設定を受けた時、所有者である相手方Aからそのような賃貸借の報告はなく、また、平成4年5月以降相手方Cは、相手方Aのため、申立人との返済交渉を担当していたが、その際、上記の賃貸借契約の存在を主張しなかつた。

甲の社屋は、現在右翼に占領されているが、その場所に、管理者として相手方Cの名が表示されている。

簡易建物の内部は、同年11月19日現在でも空き家同然で、会社事務所としては使用されていない。

相手方Bの本店所在地には、事務所がなく、電話も存在せず、社員もいない様子である。

申立人が、相手方A及び相手方Cに対して、簡易建物を追加担保として抵当権を設定するように申し入れたが、相手方Cは、金をかけたのだからただでは出ていかないと述べて拒否している。

(c) そこで、申立人は、相手方らに対し、建物収去及び土地退去等を求める売却のための保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

執行妨害を目的とし、相手方Bが抵当土地に簡易建物を建築して占有することにより、買受希望者は入札を躊躇し、正常な競争入札が事実上制限されることにより、競売土地建物の売却価額が著しく減少することは明らかである。

(b) 執行妨害目的等について

相手方Bは、所有者の関与の下に、執行妨害目的で抵当土地である別紙物件目録3記載の土地に簡易建物を建築し、これを占有しているものと認められる。

このように所有者の関与の下に、執行妨害目的で抵当土地に建物を建築するなどしている相手方B及びその代表者のCは、売却のための保全処分の関係では所有者の占有補助者と同視され、保全処分の相手方になるというべきである。

c 担保金の額

無担保¹⁸⁵。

d 位置付け

所有者関与の下、抵当土地上に簡易建物を建築し占有している第三者に対し、建物収去及び土地退去等を命じたものである。

(ヌ) [78]東京地決平成5年3月24日(判タ814号232頁)

a 事案の概要

(a) [79]東京地決平成5年1月27日付退去命令等保全処分(第一次保全処分)は、同年2月22日(更正決定は同月26日)相手方A社に、同年3月10日(更正決定とも)相手方B社に送達された。

(b) しかしながら、相手方C社、相手方D社に対しては、同年2月18日に第一次保全処分及びその更正決定を送達のため発送したが、本件建物の玄関に鍵がかかったままであったり、本件建物の外部にはポストがなく、建物内にあるポストに配達しようとするが、建物入口がオートロックにより閉鎖され建物内に入ることができず配達不能とされ還付された。

そして、申立人の再送達上申により同年3月4日再び送達のため発送したが、今度は、配達員の連絡票を建物外部に設けられたポストに投函したものの相手方両名が留置期間内に取りに行かなかつたため、同月13日返送された。

(c) しかし、第一次保全処分の主文第5項の公示命令は、執行官によって、同年1月29日本件建物内部において執行され、本件建物に公示書が掲げられており、これにより第一次保全処分の内容を了知した相手方C社、相手方D社

¹⁸⁵ 本決定中には担保に関する説示自体がないが、本件では相手方らが右翼関係者であることが推認され、簡易建物を建築するなど執行妨害目的も強く認められたことから、担保を立てさせないこととしたものと思われる。

は、同年2月4日第一次保全処分に対して執行抗告を提起している。

- (d) そこで、執行裁判所は、上記執行抗告の代理人弁護士に対して、第一次保全処分の受領を求めたが、拒絶された。
- (e) 相手方C社、相手方D社及び相手方B社は、第一次保全処分ですぐ退去を命じられていることを承知しながら、未だに退去しないし、相手方A社はその他の相手方らを退去させていない。
- (f) そこで、申立人は、第55条第2項に基づく執行官保管を求める売却のための保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

- (a) 本決定は、第55条第1項の第一次保全処分の存在を前提に、相手方らが第一次保全処分の送達妨害をしたものと認定し、同条第2項に基づく執行官保管を発令するものであるため、価格減少行為該当性及び執行妨害目的等については格別の説示をしていない。
- (b) 第一次保全処分に当たる[79]東京地決平成5年1月27日は、高級マンション（販売価格一戸当たり9億円から26億円）の土地購入資金及び建築資金の融資を受けながら、完成したマンションについて約束の抵当権等の設定をしない債務者（所有者）に対して、債権者が強制競売の申立てをしたが、その申立て直前、債務者（所有者）は、第三者をマンション内に入れ占有させた。そこで、債権者が、強制競売の申立てと同時に、第三者の建物退去などを命じる売却のための保全処分の申立てをした事案であるが、同決定においては、債務者（所有者）が債権者との約束に反して抵当権の設定等をしないこと、販売用のマンションであるのに第三者に事務所としての看板を掲げさせたこと、第三者の代表者が法外な立ち退き料を要求しその言動に粗暴な内容があること、第三者がその本店をマンションの場所に移転したがマンションでの営業活動らしいものがないこと等の事実を認定の上、上記占有は、執行妨害を目的とするものであると認定していた。また、同決定は、債務者が債務の弁済を履行することができない状態であるにも関わらず、競売物件を執行妨害を目的とする者に占有させる行為は、その占有開始時期が、差押え直前であっても、不動産の価格を著しく減少させる行為に該当し、これを排除するための売却のための保全処分を命じることができると説示していた。

c 位置付け

[79]東京地決平成5年1月27日付退去命令等保全処分に対し、相手方が送達妨害をしたものと認定し、このような場合には送達未了でも第55条第2項に基づく執行官保管を認めることができるとした点に意義がある。

(ネ) [80]東京高決平成5年3月30日(判時1458号63頁)

a 事案の概要

[81]東京地決平成4年10月5日(判時1437号132頁)にて所有者に対し占有移転禁止及び公示の保全処分が命じられていたところ¹⁸⁶、同保全処分の執行の際第三者による占有がなされていたため原決定である[82]東京地決平成4年10月28日(平成4年(ヲ)第2578号)は、第三者に対し、建物退去及び公示の保全処分を命じていた¹⁸⁷。

本高裁決定は、[82]決定に対する抗告審決定である。

b 決定要旨

第三者占有者である抗告人らが、債務者とは別個の固有の権利に基づいて独立の占有を有するものであると主張したのに対し、原決定である[82]決定が認定した事実関係を理由に、抗告を棄却した。

原決定が認定した事実関係は、概ね次のとおりである。すなわち、第三者占有者である相手方甲は、競売建物につき、抵当権実行通知が発信された日と同日の設定を原因とする賃借権設定登記をしている者であるが、現況調査の際、執行官に対し、賃料3年分全額前払いしていると説明したり、競売申立債権者に対し、落札まで待たずに即決で解決するなら債権を買い取る旨の申し入れをしたことがあった。その後、競売建物の最高価買受人となった競売申立債権者に対して、政治結社を名乗る者が、(他の政治結社である)相手方乙が占有を始めた競売建物について解決の労を取ると申し入れてきたり、相手方乙の塾頭が、条件次第で解決する旨の申し入れをしてきたことがあったため、競売申立債権者は競売代金の納付をしなかった。その後、競売建物は空き家になったが、執行裁判所は、相手方ら執行妨害を目的とする者が占有するおそれがあるとして、競売建物の所有者に対して占有移転禁止、公示の保全処分を発令したところ、

¹⁸⁶ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書347頁～349頁。

¹⁸⁷ 東京地裁民事執行実務研究会編・前掲(脚注103)書351頁～354頁。

執行官が上記保全処分の執行に赴いたところ、相手方甲及び乙が競売建物を共同で占有していたというものであって、かかる事実関係に照らし、原決定は、相手方らは、所有者と通謀の上、同人の占有補助者として、執行妨害を目的として競売建物を占有しているとして、建物退去・公示の第二次保全処分を発令していた。

c 位置付け

第三者占有者である原告人らが正当な権原に基づく占有者であること等を理由に抗告したのに対し、本決定は、原決定の事実認定及び法律判断をそのまま是認して、抗告を棄却したものである。

(ノ) [83]東京高決平成5年5月12日（金法1366号39頁）

a 事案の概要

原決定である[84]東京地決平成5年2月3日（平成5年（ワ）第2720号）が第三者占有者に対し建物収去及び土地退去等を命じる売却のための保全処分を命じたところ、これに対する執行抗告がなされた事案である。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

原告人が、売却のための保全処分は、差押時点における目的不動産の現状を維持し、差押後の逸脱的利用により目的不動産の価格を著しく減少させる行為を制約するものであるところ、本件土地の差押登記時点ですでに新築済みで保存登記も完了していた新建物につき、保全処分を命じるのは、第55条第1項の趣旨に反し、保全処分の時的限界を逸脱していると主張したのに対し、抵当権実行の準備段階であることを知って、執行妨害の目的で、抵当物件である土地上に建物を建築するような場合は、抵当権設定者に許される土地の通常の利用方法とはいいがたく、競売開始決定の差押登記の以前の行為であっても、同項にいう「不動産の価格を著しく減少する行為」に該当するものと考えべきであると説示した。

(b) 執行妨害目的等について

原告人は、申立人が、債務者Eに対し、その債務の履行を催告し、根抵当権の実行の通知をした平成4年9月10日の後である同年11月2日ころから、更地であった本件土地につき、Eから地上権の設定を受けたとして地上に新建

物を組み立て、所有権保存登記をし、申立人側に金5000万円を要求するなどの行為をし、更には、新建物につき本件土地との共同担保として株式会社Fに根抵当権を設定するなどしており、右行為が客観的に申立人の本件土地に対する執行を妨害するものであることは明らかであり、かかる状況では、申立人の行う本件土地の担保権実行の手續において、一般人が買受けを躊躇し、買受けを希望しなくなる可能性が強く、買受希望者相互間の価格競争を阻害するものである。そして、抗告人の上記行為は、債務者であるEの関与・協力の下に行われたもので、その時期及び態様等に照らし、相手方の根抵当権の実行を妨害する認識を共通にしていたと推認するに十分であると説示した。

c 位置付け

不動産競売事件の債務者・所得者以外の第三者であっても、抵当権実行の準備段階以降に、執行妨害の目的で債務者・所有者の関与・協力の下に更地であった競売土地上に建物を建築する者は、債務者・所有者の占有補助者的地位に立つことから売却のための保全処分の相手方となり、かかる者に対して建物の収去等を命じることができるとしたものである。

(ハ) [85]大阪地決平成5年8月11日(金法1374号30頁)

a 事案の概要

- (a) 本件保全処分の内容は建築続行禁止及び占有移転禁止にとどまり、明渡ししないし執行官保管まで命ずるものではないが、後述のとおり、東京地裁執行部と異なり、大阪地裁執行部では執行妨害目的の第三者でも所有者の占有補助者等として売却のための保全処分の相手方とすることはできないとする否定例も相次いでいた時期に出された肯定例であることから、取り上げることとする。
- (b) 基本事件の債務者兼所有者である株式会社Aは、平成3年11月1日、売買により本件各土地の所有権を取得し、同日、その旨の所有権移転登記がなされた。
- (c) 株式会社Aは、前同日、自己の申立人に対する信用組合取引等に基づく債務を担保するため、本件各土地に根抵当権(極度額1億1000万円)を設定し、同日、その旨の根抵当権設定登記がなされた。
- (d) その後、本件各土地については、次のような各登記がなされている。
- i 平成4年8月26日受付の債務者を株式会社A、抵当権者をBとする債

権額1000万円の抵当権の設定登記。

- ii 同年9月17日受付の大阪府(大阪府堺府税事務所)による差押の登記。
- iii 同月21日受付の大阪府(大阪府阿倍野府税事務所)による参加差押の登記。
- iv 同月22日受付の大阪府(大阪府南河内府税事務所)による参加差押の登記。
- v 同年10月5日受付のCを債権者とする仮差押の登記。
- vi 同月27日受付の大阪市(東住吉区)による参加差押の登記。
- vii 同年11月9日受付の大蔵省(堺税務署)による参加差押の登記。
- viii 平成5年4月19日受付の堺市による参加差押の登記。

(e) 申立人は、前記根抵当権の実行として、本件各土地につき競売の申立てをしたため、執行裁判所は、この申立てに基づき、平成5年6月18日、本件各土地につき不動産競売開始決定をし、同月21日、その旨の差押登記がなされた。

(f) 株式会社Aは、本件各土地の所有権を取得した後、同土地上に5階建の堅固な建物を建築することを計画し、D工務店に依頼して、その工事に着手した。しかし、その後、株式会社Aは倒産し、建物建築工事は中断した。この本件工事は、前記の差押登記がなされた当時、本件各土地上に鉄骨が存在する状態で放置されていた。

(g) ところが、相手方は、本件各土地につき、前記の差押登記後の平成5年7月2日、同年6月14日売買を原因とする持分1000分の1の所有権一部移転登記と同日共有物分割を原因とする持分1000分の999の株式会社A持分全部移転登記を受けて、本件各土地の所有名義人となった。

(h) 相手方は、平成5年7月8日、前記D工務店に対し、相手方により本件工事を続行する旨電話をするなど、本件工事を続行する姿勢を示している。

(i) そこで、申立人が、相手方に対し、建築続行禁止及び占有移転禁止を求める売却のための保全処分を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件土地上に鉄骨が存在する状態で放置されていた本件工事を続行し、同土地上に建物を完成させる行為は、本件各土地の価格を著しく減少する行為に該

当する。また、その過程において前記鉄骨を譲渡するなどして本件各土地の占有を他人に移転する行為も、本件各土地の価格を著しく減少する行為といえることができる。

(b) 執行妨害目的等について

i 相手方は、本件工事を続行して建物を完成させても、本件各土地につき基本事件における買受人に対抗できる占有権原を有しているとは認められないから、いずれはその建物を取去して本件各土地を明け渡さなければならない。このような状態にあるにもかかわらず、前記の差押登記後に本件各土地につき所有権移転の登記を受け、本件各土地上において本件工事を続行しようとしている相手方の行動は、到底合理的な経済活動とは考えられない。

ii 競売不動産の所有者は、不動産競売開始決定における差押後も、通常の用法に従った使用・収益を行うことを許容されている（第188条・第46条第2項）。しかし、本件工事によって建築される建物が5階建の堅固な建物であることに鑑みると、差押後に中断されていた本件工事を続行し、本件各土地上にこのような建物を建築し、所有することは、前記法条で許容された通常の用法に従った使用・収益の限度を超えているといわなければならない。この点に照らして考えても、相手方の前記行動は、到底合理的な経済活動とは認められない。

iii 本件各土地について前記の各登記がなされていることに照らして考えると、相手方が本件各土地の所有権（共有持分）を対価を支払って取得したとは容易に信じられない。また、1000分の1の持分を有する共有者である相手方が、1000分の999の持分を有する共有者である株式会社Aとの間の共有物分割により、本件各土地の所有権の全部を取得するという共有物分割のあり方は、極めて不自然に感じられる。

これらの点に鑑みると、前記の各登記は、少なくとも登記原因とされた実体を伴わないものと推認することができる。

iv 以上の諸事情を総合考慮すると、株式会社Aは、本件各土地に対する執行を妨害するために、相手方と意思を通じて、売買及び共有物分割による所有権移転を偽装し、相手方に本件各土地を占有させたものと推認するの

が相当である。

- v したがって、本件の相手方は、基本事件における債務者兼所有者である株式会社Aの占有補助者ないしはこれと同視すべき者に当たるから、第188条・第55条による売却のための保全処分を命じることのできる相手方に該当するといふべきである。

c 担保金の額

無担保。

d 位置付け

本決定と同時期ころにおいて、東京地裁執行部及び東京高裁では占有補助者同視説＝準占有補助者説に立つ運用が定着してきていたのに対し、大阪地裁では、本決定とは異なり、執行妨害目的の第三者でも所有者の占有補助者等として売却のための保全処分の相手方とすることはできないとする否定例も相次いでいた（[86]大阪地決平成5・8・20平成5年（ワ）第5677号、[87]大阪地決平成5・8・30平成5年（ワ）第5697号、[88]大阪地決平成5・10・27平成5年（ワ）第5792号等）¹⁸⁸。

(ヒ) [91]福岡高決平成5年9月20日（判タ857号269頁）

a 事案の概要

[92]福岡地決平成5年1月14日が競売不動産の所有者に対し占有移転禁止及び執行官によるその公示命令の保全処分を発令し、[93]福岡地決平成5年3月3日が前掲[92]の対象外の建物部分についても同旨の保全処分を発令し、執行官によるその執行もなされたが、所有者は競売不動産の管理を暴力団関係者の手に委ねて自らは放擲してしまい、その暴力団関係者は右保全処分執行後に

¹⁸⁸ 松丸伸一郎「本件外判批」判例タイムズ852号（平成5年度主要民事判例解説）234頁～236頁（1994年）。占有補助者同視説＝準占有補助者説に立つ東京地裁執行部の運用に疑問を投げかけるものとして、富川照雄「民事執行法における保全処分の運用」判例タイムズ809号4頁（1993年）、山田正人「大阪地裁にみる保全処分命令申立事件の最近の決定例（下）」債権管理66号48頁（1994年）。東京地裁執行部の運用が定着して以降も大阪地裁では否定例も多く、東京及び大阪以外における判断が注目されていたところ、[89]仙台地決平成5年7月7日及び同決定の抗告審である[90]仙台高決平成5年9月7日（判時1485号32頁）は、占有移転禁止等の保全処分に関してではあるが、東京地裁執行部と同様の占有補助者同視説＝準占有補助者説に立つことを明言した。[90]決定につき判例タイムズ855号278頁～282頁参照。

これを無視して、次々と第三者に賃貸して競売建物を占有させた。

そこで、申立人の申立てに基づき、原決定である[94]福岡地決平成5年7月27日（平成5年（フ）第244号）が、その暴力団関係者から賃借して競売建物にて飲食店営業を開始した第三者に対し、同人も保全処分とその執行の存在を知りつつ占有を開始したことが推認できるとして、その退去を命ずる保全処分を発した。

この保全処分の取り消しを求めたのが、本件の執行抗告事件であるが、本高裁決定は原決定を維持して抗告を棄却した。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

暴力団関係者が介在してこの者から賃借したという抗告人が本件建物部分を占有しておれば、買受人の出現が困難になることは多言を要せず、このために本件差押物件の価値は著しく減少することとなる。

(b) 執行妨害目的等について

i 所有者は、その所有する「東京トロイビル」や「第二嶋ビル」が差押えられた後、これら物件を自ら管理することを放擲し、暴力団関係者Aらにこれを委ねてしまっており、同人らはこれによって本件差押物件の各階を第三者に占有させ、二次にわたる占有移転禁止の保全処分にも関わらず、これを無視するかのような行為に出ているというべきである。

そうすると、所有者及びAの上記行為は、いずれも基本事件の円滑な進行を妨害するためのもの、すなわち執行妨害を目的として上記のような行為に出たものと認めるのが相当である。

ii そして、同じ認定事実によるとき、抗告人が実際に本件建物部分の占有を開始したのは、第一次の保全処分命令執行後のことであり、しかもそれは「B社」から本件建物部分を賃借したからであると主張していることが明らかであるところ、「B社」の代表者と称するAと所有者との関係に照らし、Aが第一次の保全処分命令が発令されてその執行のあったことを知らないはずはなく、しかもAは本件差押物件を他に賃貸することを執行妨害の一環としてなしていることや本件建物部分についての諸設備等が簡易であることなどを併せ考えると、本件抗告人も第一次の保全処分命令が発令

されて執行済みであることを知りながら、本件建物部分の占有を開始したものと推認すべきである。

そうすると、以上の事情のもとに本件建物部分を占有している原告人は、Aを介して所有者からその占有を許諾されているものとして、所有者の占有補助者とみなすべきであるから、売却のための保全処分の相手方となりうるものである。

c 位置付け

価格減少行為該当性に関し、暴力団関係者に占有させることが価格減少行為に当たることについては先例があったが、本決定は暴力団関係者から賃借して占有することも同様であるとした点に意義がある。

(フ) [95]高松高決平成5年10月15日(判時1485号35頁)

a 事案の概要

(a) 相手方Aは、申立人から2億5000万円を借り受けて、相手方A所有の本件土地とその地上建物に抵当権を設定したが、その返済を怠り、分割返済の期限の利益を喪失した。その後、相手方Aは申立人に無断で同建物を取り壊した。その約10日後、本件土地上にプレハブ建物が建築され、取り壊された建物の滅失登記とプレハブ建物の表示登記がなされた。プレハブ建物については、最初甲名義の保存登記がなされ、ついで相手方Bへの所有権移転登記が経由された。その後、申立人の上記抵当権に基づく申立てにより、本件土地不動産競売が開始し、その現況調査により、相手方Cが、本件土地を駐車場として、上記プレハブ建物をその管理事務所として使用していることが判明した。

(b) そこで、申立人は、相手方ら3名に対し、売却のための保全処分を申し立て、原決定である[96]高知地決平成5年7月7日(平成5年(ワ)第1029号)は、「①相手方Bは、プレハブ建物を収去せよ。②相手方B及び相手方Cは、本決定送達後7日以内に、本件土地から退去せよ。③相手方Aは、買受人が代金を納付するまでの間、本件土地について、賃借権を設定し、現状を変更し、占有を移転し、または占有名義を変更してはならない。④執行官は、買受人が代金を納付するまでの間、相手方らが右命令を受けていることを公示しなければならない。」との保全処分を発した。

(c) これに対し、相手方らは執行抗告した。抗告理由は、「⑦相手方B及び相手

方Cは、差押前からの本件土地の占有者であるから、売却のための保全処分の相手方となり得ない。①共同抵当権の対象たる土地と地上建物のうち、建物が滅失し、再築された場合には、再築建物に法定地上権が成立するので、相手方Bにプレハブ建物の収去を命ずるのは民法第388条に反し、違法である。②差押前に、相手方Bは相手方Aから本件土地を賃借（短期賃借権）し、相手方Cは相手方Bから本件土地を転借しているので、適法な占有者である。③相手方Aは本件土地を適法に賃貸したにすぎず、本件土地の価格を著しく減少させ、又は、そのおそれのある行為をしたものでない。」というものである。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件土地上の共同抵当物件である旧建物二棟を取壊して、第三者所有名義の本件建物を建築し、賃貸借を仮装して、抗告人らが本件土地及び本件建物を占有する行為が本件土地の価格を著しく減少する行為であることは明らかである。

(b) 執行妨害目的等について

i 第188条で準用される第55条第1項は、不動産競売手続について、債務者又は所有者（同項は「債務者」と規定しているが、第188条で準用される場合は「債務者又は所有者（以下「所有者等」という。））」と読み替えられる。）に対し売却のための保全処分を発することができる旨規定している。しかし、この「所有者等」には、所有者等の占有補助者が含まれるものと解されるところ、所有者等が競売手続妨害目的で自己に代わる第三者に占有を移転した場合には、当該占有者は、所有者等の占有補助者に該当するものであり、しかも、当該抵当権の設定登記後のものであれば、右占有の移転時期が差押えの前後を問わず、当該占有者に対して競売のための保全処分を発することができるとするのが本制度の趣旨に合するものと解される。

ii 本件については、前記認定事実によれば、本件土地の所有者である相手方Aは、相当の理由もなく本件の抵当権者たる申立人に無断で、その共同担保の目的物の一部たる旧建物二棟を取り壊したが、その直後に、本件土地の両土地に跨がる形で床面積わずか10.10平方メートルに過ぎない

プレハブ製の本件建物が建築され、しかも、わざわざ建築直後に前記の表示及び保存登記手続がなされるとともに、右保存登記後2か月以内に相手方Bへの所有権移転登記が経由され、現在まで、本件土地及び本件建物は相手方Cが占有し、相手方らの主張する本件土地賃貸借は、賃貸借期間、敷金、権利金、賃料の前払について、相手方ら間の回答及び本件賃貸借契約書の記載内容が相互に一致せず、しかも、右賃貸借契約書については、執行官からの催告にもかかわらず、相手方Bはこれを提出せず、一方、同じく相手方ら主張の相手方B・同C間の賃貸借についても、相手方Bの回答内容は前後矛盾しており、その提出された2通の賃貸借契約書についても、本件土地は駐車場、本件建物はその管理事務所として一体使用されているものであるから、正常な賃貸借であれば本件土地と本件建物の賃貸借期間は同一となるはずであるにも関わらず、同契約書によれば、本件土地については5年、本件建物については3年の、それぞれ民法第395条の短期賃貸借期間に該当する賃貸借期間となっていて不自然な内容であり、これらの事実、執行裁判所の審尋期日における相手方らの不出頭の状況等を勘案すると、相手方らは、相互に意思を通じて本件不動産競売手続の実行を妨害する目的で賃貸借を仮装した上、本件土地上に本件建物を建築して本件土地を占有するに至ったものと認めるのが相当である。

c 位置付け

東京地裁執行部の占有補助者同視説＝準占有補助者説と同旨の見解を高松高裁の本決定でも採用することを表明したものである¹⁸⁹。

(へ) [99]大阪高決平成6年2月22日(判時1491号109頁)

a 事案の概要

原決定である[100]大阪地決平成5年9月17日は、相手方Aらの主張する各賃貸借契約は、本件各不動産に対する執行を妨害するために仮装されたと推認するのが相当であり、したがって相手方Aらの占有は引渡命令により容易に排

¹⁸⁹ 他方、同じ高松高裁の[97]高松高決平成6年1月24日(金商948号20頁)は、[95]高裁決定と同趣旨を述べ第三者を相手方とすることを認めていた[98]高知地決平成5年11月5日(平成5年(ワ)第1056号)を破棄し、売却のための保全処分の相手方は所有者及び債務者に限られるとした。

除可能であるから、その占有の態様が悪質であるなど引渡命令が発せられることを考慮してもなお売却の妨げとなると認められる特別の事情が存在する場合を除き、原則として、その占有していることをもって不動産の価格を著しく減少する行為であると認めることはできないというべきであり、本件には、右特別事情が存在することの疎明がない等として、相手方Aらに対する売却のための保全処分申立てをいずれも却下した。

これに対する申立人からの抗告に対し、原決定を取り消しの上差戻しを命じたのが本件高裁決定である。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

i 相手方Aらが所有者甲との共謀により右認定のいわゆる執行妨害のために、本件不動産の占有を始め、これを継続している行為は、相手方Aらが高額を保証金、賃料の前払いをしている旨主張していることと相まって、競売による自由な競争を阻害し、買受価格を著しく低下させるものと認められ、売却のための保全処分の要件としての「不動産の価格を著しく減少する行為」に該当するというべきである。

ii ちなみに、右認定事実によれば、相手方Aらの占有は、第188条・第83条所定の引渡命令により排除することが可能であり、かつ、最低売却価額の決定に際しては、債権者、債務者保護のためそれを下回る価格で売却しないとこの制度の目的等に照らし、右占有があったとしても、最低売却価額を全く減価しない（あるいは減価するとしても著しくは減価しない）こととしてみても、最低売却価額はあくまでも最低の価格として設定されているものにすぎないのであって、前記のような相手方らの行為について、売却のための保全処分の要件としての「不動産の価格を著しく減少する行為」ではないということとはできない。

けだし、不動産の価格が著しく減少するかどうかは最低売却価額を基準として考えるべきものではなく、実際の売却価格（競売価格）を基準にこれを考えるべきものであるところ、競売時、当該物件について引渡命令が発せられるかどうかは、物件明細書の記載等によりおおよその予想が可能な場合もないではないが、一般の買受希望者がこれを完全に予想すること

はおよそ困難ないし不可能であるし、もとより、執行裁判所は物件明細書等の記載によりその可能なことを保証しているわけではない。また、引渡命令が発せられると予想されたとしても、相手方Aらの前記認定のような態様の占有が存することにより、一般人等潜在的な買受希望者が、買受け後にこのような者との明渡交渉あるいは引渡命令の執行をする事態の陥ることを嫌忌して、買受申出から逃避することともなり、ついには前記の実際の売却価格を著しく低くさせることとなるものであることは、当裁判所に顕著なところである。それゆえ、前記認定の事実からみて、右のような事態が容易に予想されるような、本件の場合は、当該不動産の売却価格を著しく減少する行為がなされているのにほかならず、保全処分命令を発するのが相当である。

(b) 執行妨害目的等について

- i 相手方Aらの主張する各賃貸借契約は、⑦滞納処分による差押え直後のものであること、④賃料に比して保証金の額が著しく高額であること、⑤2年分にもわたる高額の賃料前払いがなされたこととなっているのであり、通常の利用を目的とした賃貸借契約に対比するとそれ自体、極めて特異な内容となっている。しかも、右保証金、前払賃料の支払いの事実が存在せず、所有者の甲は、その支払いを受けていないのに受けたかのような外観のある書面を作成していること、さらに、相手方Bについては、日付を異にする2通の契約書が存在するし、相手方Cについては、本件建物の1階部分につき同相手方が占有していないのに賃貸借契約書だけ作成されているものも存在すること、相手方Aらはグループ会社であること等を総合すれば、所有者の甲と相手方Aらは、共謀の上、本件各不動産に対する強制執行を妨害するため、又は、本件各不動産に関し不正な利益を得ようとして、架空の賃貸借契約書や領収書等を作成し、相手方Aらにおいて本件不動産を占有するに至ったものとみるべきである。

第55条第1項によれば、同項の規定による保全命令を発することのできる相手方は債務者に限られているが、本件のように同法第188条により同法第55条を準用する場合は、「債務者」は「債務者又は所有者」と読み替えるのが相当である。また、本件の債務者及び所有者の甲と相手方A

らとの間に、右認定のとおり売却価格を著しく減少する行為についての共謀が認められる場合には、相手方Aらに対しても「債務者又は所有者」と同視できるものとして保全処分命令を発することができるものというべきである。

- ii ④相手方Dと所有者甲との間の賃貸借契約書が滞納処分による差押さえの直後に作成されていること、⑤その賃貸借契約書においては、賃料に比して保証金の額が著しく高額であること等の事情が存在する上、さらに、一件記録によれば、相手方Dと所有者甲との賃貸借契約書は、相手方Aらと甲との前記各賃貸借契約書と同一の定型用紙を用いて作成されていることが認められる。これらのことに前に認定、説示したところを総合考慮すれば、他に特別の事情を認めるべき資料のない本件では、相手方Dにおいても、相手方Aら同様、所有者の甲と共謀して、執行妨害目的のために、架空の保証金の授受を仮装した賃貸借契約書を作成して、本件建物の占有を開始したと推認することができるから、相手方Dについても保全処分命令を発するのが相当である。

c 位置付け

占有補助者同視説を採用した本大阪高裁決定の登場により、要件の違いは若干あるものの、大阪地裁執行部でも執行妨害目的で競売不動産を占有する第三者を保全処分の相手方とするという実務の動向がほぼ定まったとされる¹⁹⁰。

(ホ) [101]名古屋高決平成6年6月21日(判時1545号61頁)

a 事案の概要

原決定である[102]名古屋地決平成6年1月31日(平成5年(ワ)第3265号)は、債務者及び第三者占有者に対し建物収去及び土地退去等を命じる保全処分を発令していた。本高裁決定は、これに対する抗告審決定である。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

抗告人が、本件土地につき、立入禁止用フェンスを撤去して更地上に侵入し

¹⁹⁰ 鈴木拓児「後掲[103]判批」判例タイムズ913号(平成7年度主要民事判例解説)240頁(1996年)。もっとも、同判批240頁、241頁は限定説を採用した前掲[97]高松高裁決定の登場により当時の実務につき未だ流動的状況と分析する。

た上で、プレハブ2階建ての簡易仮設建物を建築し、また同土地に街宣車を駐車するなどして占有する行為は、正常な使用とはいえないものであり、本件土地の売却価額を著しく減少させるものであることは明らかである。

(b) 執行妨害目的等について

- i 不動産の所有者は、不動産に抵当権を設定した後も、民法第395条の範囲内で当該不動産を使用し収益をあげる権能を失わないから、抵当権の実行による差押え登記前に対抗力を取得した短期賃借権は、売却によって消滅せず、買受人に対抗することができる。そして、ここにいう対抗力のある場合には、賃借権の仮登記を有する場合を含む。

しかしながら、この法理によつて保護される短期賃借権は、真に不動産の利用を目的とはしないものを排除する必要から、差押え登記前に目的土地の使用を開始したものに限られる。

本件において抗告人が主張する短期賃借権は、申立人の申立てによる競売開始決定の登記後に使用を開始したものであるから、本件競売手続における本件土地の買受人に対抗することはできないものであり、現に本件土地を使用するとはいえ、抗告人は、本件競売手続上、権原に基づかないで本件土地を占有する者にほかならない。

- ii さらに、抗告人は、単に差押えに遅れて土地の使用を開始した賃借権者というだけでなく、正常な用益を目的とする賃借権者ではなく、債権の回収を目的とする賃借権者であり、かつ、執行妨害や不公正な手段による買受け又は不当な利益の獲得を目的とする賃借権者であるといわなければならない。この認定判断の根拠を示すと、次のとおりである。

- (i) 本件土地の評価人による評価額は4億4603万円であるが、債務者がこれを買受けたときの価額は、債務者の取得の時期と申立人の抵当債権額から判断して、申立人の抵当債権額に近いものであったと判断され、その後の地価の下落を考慮しても、現在の本件土地の時価は右評価額を上回ると推定される。そうすると、本件土地の賃料額1カ月20万円は、経済原則を無視したものであって、本件賃貸借契約は正常な取引行為とはいえないものといわなければならない。

- (ii) 抗告人が本件土地上に建設した仮設の本件建物の占有者は結社Aであ

って、結社Aは本件土地も使用している。原告人は、本件建物を社員の宿舎として使用していると主張するけれども、原告人には会社登記簿上名古屋支店の登記はないし、名古屋市周辺に支店・出張所・営業所等を置いていることを認めることのできる資料はなく、債務者も本件土地は結社Aが使用していると認識している点からすれば、原告人は右建物を使用していないものと認められる。

そして、結社Aは、建物の壁面に宣言の看板を掲げ、本件土地上に街頭宣伝車を駐車させて、その占有を誇示している。

(iii) 原告人は、債務者に対して多額の貸金債権を有しており、本件賃貸借契約締結の経緯からすると、原告人の賃借権が右債権の回収目的に関連していることは明らかである。

(iv) 原告人の本件土地の使用方法は、本件土地の立地条件（路線商業地域にあること、広小路通りに面していること）・建物の建設位置・建物の用途を考えると、全く不自然なものといわなければならない。

原告人と結社Aとの関係については、原告人は沈黙して明らかにしないが、そのこと自体、両者が正常な取引関係にはないことを物語っており、結社Aの本件仮設建物等の使用が原告人の意思又は支配の下に行われていることを証明している。

以上の(i)から(iv)までの事実を総合すると、本件賃貸借契約は、短期賃貸借に名を借りて入札希望者の嫌忌する占有状態を作り出し、もって、本件土地の買受け申出を阻害して、売却の実現を困難にさせるか、本件土地の売却価額を低下させて廉価での買受けを図り又は立退料名義で金銭の支払を受けて不当な利益を得る目的の下に締結したものと認めことができ、正常な用益を目的とするものではなく、本件競売の実現を妨害するか又は不当な手段で債権の回収を図るものといわなければならない。そして、以上の事実からすると、債務者と原告人は、この点について目的を共通し、通謀して実行していると認めることができる。

iii 第188条・第55条に基づく保全処分の相手方となるのは、債務者又は所有者であるが、これらの者の占有補助者又はこれと同視できる者も相手方となりうるものと解すべきである。

抗告人は、債務者兼所有者と通謀して前記共通の目的の下に、差押えの効力発生後に本件土地の使用を開始した者であり、債務者兼所有者の占有補助者と同視できるものといわなければならない。

c 位置付け

差押えの効力発生後に債務者兼所有者と通謀して、更地上に建物を建築し土地の使用を開始した者に対し、債務者兼所有者の占有補助者と同視できるとして、建物収去を命じた原決定の売却のための保全処分が、その抗告審である名古屋高裁においても維持されたものであり、債務者・所有者以外の第三者を一定の要件の下売却のための保全処分の相手方としようとする判断枠組みが全国的にも定着してきたことを示すものといえる。

(マ) [103]東京高決平成7年2月15日(判時1527号102頁)

a 事案の概要

原決定である[104]横浜地決平成6年5月13日(平成6年(ワ)第3198号)は、第三者占有者に対し「建物退去」を命じる保全処分を発令していた。本高裁決定は、これに対する抗告審決定である。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

- i 抗告人らは、本件建物に居住しているに過ぎないから、競売物件である本件土地について価格減少行為をしていることにはならない旨主張する。
- ii しかしながら、第55条第1項の価格減少行為は、物理的に競売物件を破壊、損耗し、その価格を低下させる場合に限らず、競売における売却価格を低下させる場合も含まれると解すべきである。たとえば、競売物件を第三者が占有しているため、買受申込みをしようとする者が躊躇せざるを得ないような場合には、結果的に売却ができなかったり、あるいは買受価格が著しく下落してしまうことになるから、この後者の例に当たることになる。

これを本件についてみるに、抗告人らは、競売を妨害する意図の下に本件土地についての賃貸借契約関係の外形を作出し、本件土地の上に建物を建築してこれを占有しているところ、このような占有者に対して保全処分を発することが許されないとすれば、買受人が建物収去土地明渡請求訴訟

を提起しなければならないこととなるから（不動産引渡命令によっては、建物を収去することはできないからである。）、本件建物が存在することにより、競売に参加して買受申込みしようとする者は、これを排除するために多大な費用と労力を費やすことを余儀なくされることを危惧し、買受申出を控える可能性があり、その結果、売却価格が著しく低下するおそれがあるものと考えられる。

iii そうすると、抗告人らの行為が前記の意味での価格減少行為に当たるものと解される。

(b) 執行妨害目的等について

i 第55条第1項所定の保全処分の相手方となる価格減少行為の主体に関しては、たしかに抗告人が主張するように、政府提出原案では「債務者又は不動産の占有者」とされていたのが、国会での審議の過程で「不動産の占有者」が削除され、「債務者」のみとされるに至ったのであるから、単なる競売物件の占有者に対しても保全処分を発令し得るとした場合には、右の立法経過に反し、かつ、法の文言を無視することになるといわなければならない。

しかしながら、債務者（抵当権実行による競売においては債務者・所有者）は、常に自ら直接に対象不動産を占有しているとは限らないのであって、第三者を介在させることにより巧みに執行妨害を図ることもないわけではない。このような場合にも、債務者・所有者の意義を形式的に解釈して、右の第三者に対して保全処分を発令できないとすれば、同制度の実効性は甚だ弱いものとならざるを得ない。そして、執行妨害を目的として所有者・債務者の意思に基づき対象不動産を占有する者は、執行手続において固有の権利ないし利益を保護されるべき立場にはないのであるから、債務者・所有者と同様の取扱を受けてもやむを得ないものと解される。以上の考慮の下に、かような者も債務者・所有者の占有補助者ないしこれと同視し得る者として保全処分の相手方になると解することは文理上十分に可能である。

ii これを本件についてみるに、抗告人らは、債務者である甲社の信用状態が悪化し銀行取引停止処分がなされた後に、根抵当権が設定されている本

件敷地を賃借したとしてその上に本件建物を建築して同土地を占有するに至った者である。そして、その主張に係る占有権原である賃借権は、前判示のとおり、期間が5年間と短く、建物を建築所有するためのものとしては不合理である。また、敷金が5000万円と極めて高額であるのに反し、賃料は年額12万円と低廉であるばかりでなく、これを一括前払するという不可解な約定となっている。むしろ右の約定からすれば、短期賃借権としての保護を受けることを狙っているとみることもできないではない。

もっとも、抗告人らは、所有者の乙に対して本件敷地の売却方を申し入れたところ、根抵当権が抹消されるまで待つてほしい旨依頼され、正式の売買が締結されるまでの間取りあえず賃貸借契約を締結し、敷金は預金として保管してもらうこととしたものであると主張し、これに沿うかのような文書が存する。

しかしながら、極度額が合計金7億7000万円にも及ぶ根抵当権が設定されている土地は、担保権の実行によりいつ建物を収去しなければならない事態が出現するかわからないのであるから、同土地上に多額の費用をかけて建物を建築するというのは、他に何らかの目的がない限り考え難いことである。この点に関し、抗告人Aは、右のような不安があったため丙を介して株式会社丁の代表取締役を確認したところ、根抵当権を実行されるおそれはないし、土地を賃借して建物を建築することは正当な行為であるとの返答を得た旨述べるけれども、同社及び甲社の負債額及び信用状態は調査してみれば容易に分かることであるし、これを承知の上で多額の敷金を交付し、工事請負代金を自ら出捐することは、通常あり得ないこととすべきである。また、前判示のとおり右両社及び乙は申立人に対して本件土地上に建物を建築しない旨誓約しているのであるから、右のような返答をするとは考え難い。そして、農業委員会に対して賃借権設定の届出をしていること、右の敷金にほぼ相当する金員が平成6年5月31日現在で乙名義の農協の貯金口座に預け入れられていることを示す証拠も存するけれども、これらは賃借権設定の外形を整えるために採られた手段と考えられなくてもないから、これのみでは真実建物を建築して所有するための賃借権が設定されたとするには十分でない。

右の諸点に加えて、本件建物が本件土地のほぼ中央部分に存すること、
抗告人らは一連の経過の中で一貫して本件建物に居住することにより本件
敷地ないしこれを含む本件土地を占有することに執着しているとみられる
ことをも併せ考慮すれば、抗告人らが乙との間で締結した賃貸借契約は、
通常の利用のみを目的としたものということとはできず、同人の意思に基づ
き申立人の担保権実行による競売を妨害する意図の下に法律関係の外形を
作出しているものと推認すべきである。

iii 以上によれば、抗告人らは、本件土地の所有者の意思に基づき占有して
いる占有補助者に該当するというべきであり、売却のための保全処分の相
手方となり得る。

c 位置付け

(a) 本高裁決定は、事実関係を詳細に検討の上、価格減少行為の該当性及び執行妨
害目的等を認定し、第三者占有者である抗告人らを売却のための保全処分の相
手方とすることを認めたものである。

(b) 本高裁決定の特徴的な点として、第三者に対して保全命令が発令できるとし
て、いかなる命令を出すかは保全の目的の範囲内で個別事案ごとにその内容の
適否を判断するしかないところ、本決定は、競売対象土地にある建物所有者
に対する同建物からの退去命令を、建物所有者に対する打撃が大きい割には保
全の効果が上がらないとして、利益衡量判断の上、保全の手段としての相当性
を欠くとして取り消し、抜本的な保全効果の期待できる建物取去ないしは所有
者に対する侵害の度合いのより少ない占有移転禁止等（と思われる）の保全処
分の適否について原審でさらに審理し直すよう求めたものである点が挙げられ
る¹⁹¹。

(ミ) [105]東京高決平成8年8月9日（金商1011号21頁）¹⁹²

a 事案の概要

(a) Aは、平成3年7月11日、Bから本件土地を代金32億2000万円で買
い受けたが、Cは、同日、Aに対し、右代金支払のため20億円を貸し渡し、

¹⁹¹ 判例タイムズ892号261頁。

¹⁹² 保全処分の相手方の範囲を拡大した平成8年改正の施行日は同年9月1日であるため、
本決定は改正前の第55条を前提としている。

更地であった本件土地につき極度額を24億円とする順位1番の根抵当権の設定を受けた。また、Bは、同日、Aに対し9億5000万円を貸し渡し、この債権を担保するため本件土地につき順位2番の抵当権の設定を受けた。

CとAとの間の右貸借においては、元金は、平成5年5月から同28年2月までの3カ月毎の各15日に2100万円ずつ、同年5月15日に6800万円を弁済し、利息は、年10.1パーセントの割合として、借入日及び平成3年8月から3カ月毎の各15日に次回支払日までの分を前払いする約定であったが、Aは、平成5年5月15日、右元利金の分割弁済を遅滞し、約定に基づき期限の利益を失った。その後、Aは、右貸金につき、同年6月30日に5000万円、同年8月16日に3500万円、同年11月15日に2900万円、平成6年2月28日に1250万円及び同年5月16日に500万円を弁済し、Cとの合意により、右各金員は元金に充当された。

(b) 前記根抵当権については、平成6年9月5日に元本が確定し、Cは、同日、右抵当権によって担保されたAに対する前記貸金債権をDに譲渡し、同社は、同月29日、これを更に申立人に譲渡した。

その後、Aからは、右貸金元金につき10万円ずつ4回、合計40万円の弁済があり、平成8年4月16日現在の前記貸金の残元金は18億6810万円である。

(c) 平成7年2月ころ、更地である本件土地を活用するため、Aがこれを建設会社に資材置場として賃貸する交渉が進められ、抵当権者である申立人もこれを了承したが、Bの代表者が反対し、逆に本件土地を同社に賃貸するよう求めた。そして、同年10月26日付けで、AがBに対し本件土地を同年12月1日から5年間、賃料月額20万2500円、権利金2億0956万7029円の約定で賃貸する旨の契約書が作成され、さらに、後記の建築確認申請がされた後である平成8年1月5日付けで、右期間を同日から5年間、賃料月額を45万円、権利金を1億3000万円と改めた契約書が作成されたが、右各契約書記載の賃料又は権利金が現実にBからAに支払われたことはない。また、本件土地の第1順位の抵当権者である申立人や申立人のために交渉の窓口となっていたCは、BはもとよりA側からも、右各契約書の作成について全く知らされなかった。

(d) Bは、前記平成7年10月26日付けの契約書が作成されたころ、Eに本件建物をできるだけ早く建築するよう依頼し、同社は、更に右建築をFに発注した。Fは、建物を極めて短期間で建築することを得意とする業者である。そして、同年12月18日、Bの代表者の名で本件建物の建築確認申請がされ、平成8年2月14日に建築確認がされたが、Fは、同月10日に基礎工事に着手し、本件建物の本体部分の建築には僅か2日程度を要したのみで、同月17日には本件建物をほぼ完成させた。

本件建物については、平成8年2月21日に同月18日の新築を原因として表示登記がされ、同月28日、Eの名で保存登記がされた。本件建物は、登記上、鉄骨造亜鉛メッキ鋼板葺3階建の倉庫・事務所とされ、建築確認申請では、1、2階が倉庫、3階が物品販売・卸用事務所とされているが、窓が小さい上に数が少なく、しかもその位置が高いなど、地下鉄駅（都営新宿線森下駅）の出口が設置された、大通りの交差点の角に位置する建物としては、異例な外観を有している。

(e) 申立人は、平成8年3月28日、前記抵当権に基づき本件土地の競売を申し立て、同年4月2日にその競売開始決定がされ、同日、差押えの登記がされた。

他方、本件建物については、右本件土地の差押えの効力発生後である平成8年4月16日付けで、真正な登記名義回復を原因としてEからGへの所有権移転登記がされ、さらに、同日付けで、同月15日の譲渡担保を原因として、Gから相手方への所有権移転登記がされている。Gは、Bの100パーセント子会社である。そして、右移転登記後、相手方の代理人と称する者が、Cの担当者方を訪れ、本件土地についての申立人の前記抵当権設定登記の抹消につき交渉を申し入れた。

(f) そこで、申立人は、相手方に対する土地退去を命じる売却のための保全処分を求めて申し立てたところ、原決定である[106]東京地決平成8年（ワ）第2114号は、第三者占有者である相手方に対し土地退去を命じる保全処分を発令した。

(g) 本高裁決定は、これに対する抗告審決定である。

b 決定要旨

(a) 価格減少行為該当性について

本件建物は更地であった本件土地上に建築されたものであり、また、本件土地の競売手続上、買受人が本件土地についての引渡命令によって本件建物の収去を求めることはできないから、右建築行為は、本件土地の競売手続における買受希望者を減少させ、本件土地の売却価額を著しく減少させるものであることは明らかである。そして、担保権の実行としての競売手続につき第188条により第55条を準用する場合、同条の保全処分の対象となる行為には、競売開始決定の後のものに限らず、抵当権の被担保債権について債務者が履行を怠り債権者による抵当権の実行が容易に想定される状況において、かつ、後に現実にされた抵当権の実行に近接する時期にされた行為も含むと解すべきであり、本件建物の建築行為は、これに該当するというべきである。

(b) 執行妨害目的等について

- i まず、第55条の保全処分の対象となる者には、債務者（所有者）及びその占有補助者のみならず、これらの者と同視し得る者を含むと解すべきである。

そこで、本件建物を建築したB、さらには本件建物の現所有名義人である原告人が、右の債務者（所有者）又はその占有補助者と同視し得る者に当たるか否かを判断する。

- ii 原告人は、Bは本件土地につきAと短期賃貸借契約を締結し、これに基づきパチンコ店を開業する目的で本件建物を建築したと主張する。

たしかに、AとBとの間で本件土地につき期間を5年と定めた賃貸借契約書が作成されていることは前記のとおりであるが、これに基づくBの賃貸借権につき、本件土地についての差押えの効力発生前に対抗力が具備されたことを認めるに足りる資料はない（前記のとおり、本件土地上に建築された本件建物については、Eの名で保存登記され、本件土地の競売開始決定後に、G及び原告人に順次所有権移転登記がされている。）から、Bの賃貸借権は、短期賃貸借としても本件競売事件における本件土地の買受人に対抗できないものである。のみならず、前記のとおり、本件土地の所有者であるAは、平成5年5月から本件土地の第1順位の抵当権者であるCに対する債務の履行を怠るようになり、右各契約書が作成された平成7年10月及び平成8年1月当時には、その履行をほとんどしておらず、早晚、抵

当権の実行を受けることは免れない状況にあったこと、Bは、Aに対し前記契約書に記載された賃料及び権利金を現実には支払っていないこと、本件建物は異例の速さで建築され、その構造も、そのままでは到底パチンコ店舗に使用することはできないと考えられるものであって、競売開始決定前にとりあえず本件土地の占有を確保するために建築されたと推認できるものであることに照らせば、AとBとの間の本件土地賃貸借契約及び同契約を基礎とするBによる本件建物の建築は、本件土地の正常な利用を目的としたものではなく、右賃貸借契約の締結に応じた本件競売手続における債務者であり所有者であるAの直接の容認、関与の下に、Bが抵当権者による抵当権の実行に備えて本件土地の占有を確保し、競売手続を妨害するか、廉価での買受けを図るなど、不当な目的をもってされたものであると認めることができる。

そうすると、Bは、本件競売手続における債務者で、かつ所有者であるAから、本件土地につき賃借権の設定を受け本件建物を建築したが、その本件土地占有権原は、買受人に対抗できず、かつ法的な保護に値しないものであるから、Bは、本件競売手続における債務者（所有者）であるAの占有補助者と同視し得るものとして、第55条の保全処分の対象となるというべきである。

iii 次に、抗告人が譲渡担保を原因として本件建物の所有権移転登記を得ていることは前記のとおりであるが、右登記は、本件土地について差押えの効力が発生した後にされたものであり、かつ、登記上の前主であるG、前々主であるEに本件土地の占有権原があったことについては資料が全くなく、また、本件建物を建築し、抗告人がその融資の実質的な相手であると主張するBの本件土地の占有権原が保護に値しないものであり、B自体が第55条の保全処分の対象となり得ることは前記のとおりである。さらに、すでに説示の経緯よりすれば、抗告人は、前記賃借権の設定と本件建物の建築が極めて不自然であること、ひいては、Bの占有権原が保護に値しないものであることを知っていたものと推認できる。

右の諸点を考慮すると、本件建物につき譲渡担保権者として所有権移転登記を得ている抗告人もまた、Bと同様に、本件競売手続上債務者（所有

者)であるAの占有補助者と同視し得る者とみるに妨げなく、第55条の保全処分の対象となるというべきである。

抗告人は、譲渡担保権者に過ぎず、本件建物につき何ら占有を有しないから本件建物の収去又は本件土地からの退去を命じられる理由はない旨主張する。

しかし、譲渡担保権者も対外的には所有者とみなされ、建物について譲渡担保権が設定されている場合、その敷地所有者が土地所有権に基づき当該建物の収去を求めるには、譲渡担保権者に対してしなければならない。また、抗告人は本件建物を所有することにより本件土地を占有しているとみることができるから、抗告人に対し第55条第1項に基づく保全処分として本件土地からの退去を命じ得ることも当然である。

c 位置付け

抵当権に基づく土地の競売開始決定直前に更地であった当該土地に建物を建築した行為が不動産の売却価格を著しく減少する行為に当たり、その建築主からこれを譲り受けた者が債務者(所有者)の占有補助者と同視し得る者に当たるとして売却のための保全処分の対象となるとしたものである。

(ム) [107]東京地判平成10年3月30日(判タ1039号276頁)¹⁹³

a 事案の概要

原決定である[108]東京地決平成9年(ワ)第2113号は、第三者占有者に対し建物退去等を命じる保全処分を発令していた。本判決は、これに対する執行抗告ではなく請求異議の訴えに対する判決である。

b 決定要旨

(a) 原告(相手方)Aは訴外(相手方)Bの代表者である甲から平成5年1月下旬ころ、倒産状態にある訴外(相手方)Bに対する3000万円の融資の依頼を受け、原告(相手方)Aには資金がないため知人の原告(相手方)Cを金主として紹介し、原告(相手方)Cが同年2月上旬ころ訴外(相手方)Bに対し右3000万円を貸し付けたこと、そして、原告(相手方)らと甲との間で、

¹⁹³ 本判決は保全処分の相手方の範囲を拡大した平成8年改正施行後の事案である。なお、本件は原決定後執行抗告によらず請求異議の訴えによって争われている点に留意されたい(よって「決定」ではなく「判決」である。)

原告（相手方）Aが本件建物の店子からの賃料を徴収してこれを右貸付金の返済に充てるという合意が成立し、これに基づき、原告（相手方）Aが訴外（相手方）Bから本件建物を賃借することとなったこと、しかし、その後、右賃料だけでは約定の金利（月3分）にも満たないために、原告（相手方）Cも本件建物の一部を廉価に借りる合意ができ、同原告が更に本件建物の内101号室・102号室・103号室を原告（相手方）Aないし乙から転借するに至ったこと、原告（相手方）Aが本件競売対象物件を賃借したのは、平成5年2月1日からであり、その内容は契約締結日から3年間、賃料は土地につき月5000円、建物につき月1万円であること、原告（相手方）Cの本件転貸借については遅くとも同年4月1日ころからの占有であることが認められる（なお転借料の合意の有無ないし合意額は定かではない。）。

(b) 右に加え、本件競売対象不動産が東京都大田区大森に所在し、その面積等も本件土地の地積が228.05平方メートルであり、本件建物の床面積は1階83.52平方メートル、2階83.52平方メートルであることに照らすと、原告（相手方）Aが負担する前記賃料は不当に廉価に過ぎ、到底正常な賃料と認めることはできない。

その上、そもそも原告（相手方）Aが訴外（相手方）Bに対し右賃料を支払っていることを認めるに足りる証拠はないし、原告（相手方）Cの本件転貸借もこれを裏付ける契約書もなく転借料支払の事実を認めるに足りる証拠もない。

(c) 以上に基づき考察すると、原告（相手方）らの本件建物に対する占有は、専ら原告（相手方）Cの訴外（相手方）Bに対する貸付金債権の回収を本件建物の担保権者に優先して行うため、右建物を占有することにより事実上店子からの賃料徴収を行おうというものであり、賃料支払等の賃貸借の実体も見出し難い。

したがって、原告（相手方）らの本件建物に対する各占有は、通常の健全な建物使用を目的とする正常な賃借権ないし転借権に基づくものとは到底認められないというべきである。そして、原告（相手方）らのかかる占有を排除するためには、訴えの提起や強制執行などの手続を採ることが必要となることが明らかなのであるから、右占有が本件建物の価格を著しく減少させる行為に該当することは明白というべきである。

(d) なお、以上に検討したことのほか、原告（相手方）らはその占有開始が本件基本事件の競売手続開始前である、本件斜線部分に該当する各室に価値の増加をもたらす改修工事を行っている、あるいは買受人から明渡請求があれば直ちに退去する旨の意思表示を裁判所に上申しているなどと弁解するが、いずれもそれ自体合理性のないものであることが明らかであり、前記認定の占有に至る経緯、目的、態様等に照らすと、右はいずれも前記判断を左右するには足りない。

(e) よって、原告（相手方）らの本訴請求は理由のないことが明らかであるからこれを棄却する。

c 位置付け

本判決は、保全処分の相手方の範囲を拡大した平成8年改正施行後の事件であり、しかも、執行抗告によらずに請求異議の訴えによって争われた点で特異な事案といえる¹⁹⁴。

(メ) 売却のための保全処分に関する裁判例の総括

- a 東京地裁執行部をはじめとする執行裁判所が、[7]平成3年判決以降採用してきた占有補助者同視説＝準占有補助者説、すなわち、占有者が債務者・所有者以外の第三者であっても、①債務者・所有者の関与の下、②第三者に執行妨害目的が認められるときは保全処分の相手方として認めるとの規範と対所有者との関係で有権原占有の第三者が抵当不動産を占有する事案において抵当権に基づく妨害排除請求としての明渡請求を認めた[12]平成17年判決の示した規範との類似性については前述のとおりである。
- b 第三者による占有に対する売却のための保全処分決定例を整理・概観した結果、同類型の事案においては、執行妨害目的等に関する事実認定に重きが置かれ、かかる執行妨害目的が第三者に認定される場合、かかる執行妨害目的の第三者が占有することをもって「不動産の価格を著しく減少する行為」に当たると評価・判断する認定手法が採用されていることがわかる。
- c 平成8年改正により「債務者」のみならず「占有者」も相手方となしうることが明文化されたため、前述の執行妨害目的の第三者を相手方に含めるという

¹⁹⁴ 判例タイムズ1039号277頁。

占有補助者同視説＝準占有補助者説の役目はひとまず終えたことになるが、[7]平成3年判決以降平成8年改正までの間に積み重ねられてきた執行妨害目的認定及び同認定を踏まえての価格減少行為認定に関する認定手法・判断枠組みの実践については、平成8年改正以降においても、競争売買阻害価格減少行為事案における価格減少行為の認定において引き継がれているものと評価できる¹⁹⁵。

- d この執行妨害目的要件については、行為の客観的内容、行為者の属性等から推認するという手法を執行裁判所は採っており、これら客観的事実関係が妨害目的認定の重要な要素とされている。
- e そうすると、④「抵当権侵害占有排除」に関する実体法上の手段と執行法上の手段の役割分担として、執行妨害目的推認を可能とする具体的・客観的事実関係につき申立時において申立人側で十分に主張・疎明することが可能な事案か否かという観点が導き出されることになる。

ウ 競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）に関する裁判例
（ア）次いで、競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）に関する裁判例を見ていくが、本保全処分の利用状況は売却のための保全処分と比べても更に低調であり、適切な公判裁判例自体が見当たらないのが実情である。

そこで、ここでは、平成9年1月以降同14年9月までに東京高裁で出された非公判の執行抗告決定例を対象に実証的研究を加えた内田外・前掲（脚注74）論文に引用された4つの決定例のみを取り上げることとする。

（イ）[111]東京高裁決定（裁判例1）¹⁹⁶

¹⁹⁵ 法改正により公判価値が薄れたため平成8年改正以降の事案で第三者に対する退去・執行官保管を命じた決定例のうち公判されているものはほとんどないが、平成9年1月以降同14年9月までに東京高裁で出された非公判の執行抗告決定例を対象に実証的研究を加えた論文として内田外・前掲（脚注85）論文があり、同論文に引用された多数の決定例及び分析からも平成8年改正前までに積み重ねられてきた執行妨害目的認定及び同認定を踏まえての価格減少行為認定に関する認定手法・判断枠組みの実践が平成8年改正以降においても競争売買阻害価格減少行為事案における価格減少行為の認定において引き継がれていることが窺える。もっとも、退去・執行官保管を内容とする保全処分の事案ではないものの、転借人等に対し建築工事中止・構造物撤去等を命じた原決定[109]東京地決平成10年1月12日（平成9年（ワ）第2275号）を維持する説示の中で、執行妨害目的がなくても著しい価格減少行為に当たる場合を認めるものとして[110]東京高決平成10年8月21日（判時1659号64頁）がある。同高裁決定につき、判例タイムズ990号267頁、268頁、浦野編・前掲（脚注1）書173頁参照。

¹⁹⁶ 内田外・前掲（脚注85）論文10頁、27頁。

a 事案の概要

土地建物の競売について占有者が賃借権及び留置権を主張した事案。

b 認定した事実関係の要旨

(a) 登記関係等

本件競売事件債務者会社A（所有者はその代表者）は、手形不渡りで倒産したが、それと同時に、本件土地及び建物の双方について、申立外会社への所有権持分移転登記及び占有者を賃借人とする賃借権設定仮登記がなされている。

また、賃貸借契約の内容は、賃料一括前払済みで、譲渡転貸自由特約もあるというものである。

(b) 占有権原関係

上記登記とほぼ同内容の賃貸借契約書がある。

また、これら賃借権設定及び共有持分移転登記は、A社代表者が債務整理を依頼した関係者が無断で行ったものである旨の代表者の弟の上申書がある。

さらに、占有者はA社に対して貸金債権を有しており、これと上記賃料前払い額はほぼ一致する。

(c) 占有態様・言動等

占有者は、本件建物の改装工事を予定しており、その総額は約2400万円であるが、競売開始直前の時期にこのような多額の改装工事を行うこと自体不自然といえる状況であった。

c 判旨

上記各事実からすると、保全処分が発令されなければ、本件土地建物の占有が第三者に移転されたり、あるいは、占有者によって、有益費償還請求権に基づく留置権の行使等の主張がなされるなどして、本件土地建物の占有関係が一層複雑化し、本来の適正価格による売却が困難になるとして、価格減少行為が認められるとした。

d 位置付け

競売事件の債務者倒産直後に所有権一部移転登記や占有者を賃借人とする賃借権設定仮登記がなされていること、占有者と債務者会社との貸金関係や建物改装工事を予定していることなどの事情から、本来の適正価格による売却が困

難になるとして、価格減少行為を認定したものである。

(ウ) [112]東京高裁決定（裁判例2）¹⁹⁷

a 事案の概要

建物競売（マンションの2室）につき、占有者らが、所有者とAとの間の短期賃借権を譲り受けて占有していると主張した事案。

b 認定した事実関係の要旨

(a) 登記関係等

本件競売手続債務者が手形交換所の取引停止処分を受ける直前に、Bに本件建物の所有権移転登記がされるとともに、金融業者Aのために同日付で根抵当権設定仮登記及び賃借権仮登記（期間3年、賃料前払い、譲渡転貸可）がされ、その後占有者のために上記根抵当権設定仮登記移転仮登記及び賃借権設定仮登記移転仮登記がされた。

(b) 占有権原関係

占有者は正当な賃借権に基づく占有を主張しているものの、本件建物（マンション）の管理人等の関係者に対しては後掲の張り紙に表示されているC株式会社から購入した旨説明している。

(c) 占有態様・言動等

本件建物については、従前の賃借人が退去した後、いずれもしばらくは空室であったが、上記取引停止処分とほぼ時を同じくして、一室にはC株式会社が占有している旨の張り紙がされ、もう一室には、同じころに占有者が入居し、同室に居住した上、上記C社占有の張り紙がある一室で焼き肉屋を営業すべく改装工事を始めた。

c 判旨

占有者主張の賃借権及びその譲渡は、本件物件を用役目的とする賃貸借契約が締結されたものか、またこれを譲り受けたものか疑問があり、仮にこれら賃貸借関係の外形的事実が認められたとしても、本件物件につき競売が行われた場合には、占有者主張の賃借権は濫用的なものであり、買受人に対抗できない可能性が高いとした上で、上記のとおり占有者の行動からすると、同人の占

¹⁹⁷ 内田外・前掲（脚注85）論文10頁、27頁。

有をそのまま放置した場合は、焼き肉屋の営業が開始され、その結果、本件物件の処分が事実上困難になるとともに、高額な立退料や営業補償金を要求されることを懸念して本来の適正価格による買受人が現れなくなる可能性が高いとして、占有者の行為を価格減少行為と認定した。

d 位置付け

競売事件の債務者会社が手形交換所の取引停止処分を受ける直前に、他人名義に所有権移転登記がされ、金融業者のために根抵当権設定仮登記や賃借権設定仮登記がなされていること、占有者の占有権原の主張に矛盾ないし食い違いがあること、上記取引停止処分とほぼ同時に占有者が入居していることなどを認定し、このままこの状態を放置すると本来の適正価格による買受人が現れなくなる可能性が高いとして、価格減少行為を認定したものである。

(エ) [113]東京高裁決定（裁判例3）¹⁹⁸

a 事案の概要

抵当権が設定されていた更地に建物の建築が開始された事案。

b 認定した事実関係の要旨

(a) 登記関係等

本件土地について、設定者を株式会社T、権利者をW株式会社とする平成9年6月12日付根抵当権設定登記があり、同年9月19日に本件保全処分の申立人O株式会社に一部譲渡、債務者をW株式会社とする根抵当権の変更登記がある。

(b) 占有権原関係

本件土地上に建物を建てることは、本件根抵当権設定当初から予定されていたことであり、保全処分申立人は認めていたことだから、占有者の行為は執行妨害に当たらないと主張した。

(c) 占有態様・言動等

平成9年9月30日付にて貸主を本件保全処分申立人、借主をW株式会社、貸金2500万円、弁済期を平成10年9月30日とする金銭消費貸借契約が締結されるも、同弁済期までに完済されていない。

¹⁹⁸ 内田外・前掲（脚注85）論文10頁、27頁。

また、平成11年6月16日、株式会社Tを注文者、占有者Iを請負人、Sを契約保証人として建物建設工事請負契約書が作成されている。平成12年3月17日時点で、窓を付ければ完成する状態まで建築工事が進んでいる。

c 判旨

(a) 根抵当権は不動産の交換価値を把握するものであって、設定者の使用収益権能までも奪うものではない。しかし、根抵当権の設定された更地に建物が建てられた場合、不動産競売による買受人が建物収去を求めるには、簡易な手段である引渡命令によることはできず、訴訟によらざるを得ないため、相当の時間と費用を強いられることになり、競売価格は大幅に下落することになる。

したがって、被担保債権の債務者が債務不履行に陥り債権者において根抵当権をいつでも実行できる状態になった以降においては、根抵当権設定者の土地利用利益よりも根抵当権者の交換価値を実現する利益が優先されるべきである。

(b) 本件においては、上記請負工事が債務者W株式会社が債務不履行に陥り、根抵当権をいつでも実行できる状態になった後に着手されたものであるから、価格減少行為に該当し、保全の必要性も肯定できる。

d 位置付け

根抵当権が設定されていた更地に建物が建築された場合について、引渡命令による建物収去を求めることはできず、相当の時間と費用の負担を強いられることになり、売却価額は大幅に下落することを理由に、被担保債権の債務者が債務不履行に陥り債権者において根抵当権をいつでも実行できる状態になった以降は、根抵当権設定者の土地利用利益よりも根抵当権者の交換価値を実現する利益が優先されるべきであるとし、本件においても建物建築時から価格減少行為に該当するとしたものである。

(オ) [114]東京高裁決定（裁判例4）¹⁹⁹

a 事案の概要

土地建物の競売事件において競売目的建物に関する所有権移転及び賃借権設定がなされた事案。

¹⁹⁹ 内田外・前掲（脚注85）論文10頁、27頁、28頁。

b 認定した事実関係の要旨

(a) 登記関係等

特になし。

(b) 占有権原関係

本件建物への賃借権設定及び所有権移転について本件保全処分申立人が承諾したと認めるに足りる証拠はなく、また本件土地建物の根抵当権者である同人が本件土地建物の売却が困難になるような上記各行為を承諾したとは考えがたい。

(c) 占有態様・言動等

本件保全処分申立人は、占有移転禁止を内容とする売却のための保全処分を得て執行（本件建物の所有権移転のため基本事件の差押えの執行不能により失効）したが、占有者はこれを無視して本件建物の内装工事の続行、第三者への占有移転を強行した。また、本件建物にいわゆるイメクラ店舗を新たに入居させて占有させている。

c 判旨

(a) 価格減少行為に当たるか否かは、その行為が競売手続上の入札により形成されるべき公正な価格を阻害するかどうかの観点から判断される所、上記事実関係によれば、価格減少行為は認定できる。

(b) また、執行官保管の必要性につき、上記のような内装工事の強行等の占有者の態度に照らすと、第187条の2〔平成15年改正前〕第1項の命令を発してもその実効性に欠けるものと推認できるから、本件においては「特別の事情」が認められる。

d 位置付け

競売目的建物に関する所有権移転及び賃借権設定行為について、抵当権者の承諾の事実認められないとし、また内装工事を強行しようとした占有者の言動に照らすと「特別の事情」も認められるとしたものであり、価格減少行為の判断のあり方についても一般論を説示したものである。

(カ) 競売開始決定前の保全処分に関する裁判例の総括

a 全事案に共通する事実関係として、占有者が抵当不動産そのものに改変を加えるか（〔111〕、〔112〕、〔114〕；抵当目的建物の改装工事）又は抵当不動産上の

占有状態を一変させる（[113]；抵当目的更地上への建物新築）という工事が強行されているか予定されているといった事情がある。

- b かかる改装工事や新築工事が現に着手されているか着手間近である場合、抵当不動産の担保価値につき深刻かつ切迫した危険が具体化しつつあるといえ、こうした要急事案においては競売開始決定を求めている暇がないことから、本保全処分が申し立てられていることが推認される。

3 ⑧「賃料收受」に関する判例

(1) 実体法上の手段に関する判例

ア 問題状況

(ア) 前述のとおり、抵当権に基づく賃料に対する物上代位については、従来、抵当権の追及効並びに非占有担保・価値権という抵当権の基本的特性からその肯否自体も争われてきたところである。

(イ) この点、昭和年代においては学説上否定説が有力であったが、バブル経済崩壊以降土地や収益マンションの長期低落傾向が続き債権保全に支障をきたすことが多くなった結果、抵当権者において債務者が有する賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位により賃料を取り立てる方法が債権回収の有効な手段として期待されるに至った。

(ウ) そうした中、賃料に対する物上代位の肯否につき[115]最高裁平成元年10月27日判決（民集43巻9号1070頁）（以下「[115]平成元年判決」という。）が無条件肯定説を採ることを最高裁として初めて明らかにし、以後の下級審裁判例もこれに倣ったため、次第に実務・学説の問題関心は、抵当権に基づく賃料に対する物上代位を肯定することを前提に、抵当権に基づく賃料に対する物上代位と債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準の確定に移行していった。

(エ) そして、平成15年改正により、民法第371条が改正され、債務不履行後に生じた抵当不動産の果実²⁰⁰に抵当権の効力が及ぶと規定されたことから、抵当権

²⁰⁰ 平成15年改正前の第371条の「果実」には法定果実は含まれないと解するのが判例・通説であったが、同改正に伴う担保不動産収益執行の実体法的な基礎という意味も込めて同条が改正された経緯に照らし、改正後の第371条の「果実」には天然果実のみならず法定果実も含まれると解するのが大勢である。同旨を述べるものとして道垣内・前掲（脚注85）書143頁、内田・前掲（脚注85）書394頁、395頁、我妻外・前掲（脚注85）書130頁、道垣内外・前掲（脚注85）書38頁。

に基づく賃料に対する物上代位を肯定する立場は揺るぎない基盤を与えられることになった²⁰¹。

もともと、抵当権に基づく賃料に対する物上代位を肯定する立場に立ったとしても、前述のとおり債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準の確定という課題は残されており、また同じ平成15年改正によって新たに導入された担保不動産収益執行制度の登場により²⁰²、役割分担をはじめ新たに提起された問題も少なくない。

イ 判例の整理の行き方

以下では、実体法上の賃料收受手段である抵当権に基づく賃料に対する物上代位に関する裁判例につき、第1期として前掲[115]平成元年判決が登場するまでの下級審裁判例の動向、第2期として[115]平成元年判決以降肯定説を前提に債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準をめぐる裁判例の動向に分けて整理・概観していくこととする。

ウ 第1期

(ア) 立場のグループ分け

大審院以来、抵当権に基づく物上代位が賃料に及ぶかという問題については、いくつかの裁判例が見られた。従来、この問題については、肯定説、限定的肯定説、否定説の三説が対立するとされてきたが、特に後二者に関しては、何ををもって限定的肯定、否定とするのかが論者によってまちまちの面があり²⁰³、むしろ、

²⁰¹ 本改正により抵当権に基づく賃料に対する物上代位を否定する見解の衰退が決定的となると見るものとして道垣内外・前掲（脚注85）書38頁、道垣内・前掲（脚注85）書147頁、内田・前掲（脚注85）書402頁。他方、我妻外・前掲（脚注85）書130頁、134頁は本改正により収益価値に抵当権の効力を及ぼすためには第371条及び担保不動産収益執行制度によれば足り物上代位を認める現実的必要性が薄れたことから物上代位否定説が再燃する可能性を指摘するが、実定法の法律解釈論としては疑問である。

²⁰² 調整規定として民事執行法第93条の4（第188条で準用）が置かれている。具体的には、賃料に対する物上代位の差押えがなされているところへ担保不動産収益執行が開始されると、原則として物上代位の効力が停止し、物上代位による差押えをした抵当権者は担保不動産収益執行の中で配当を受けることができる（但し、担保不動産収益執行の開始決定が物上代位の方の配当要求の期限の後に賃借人に対して送達された場合は物上代位の効力は影響を受けない。）。

²⁰³ たとえば、後掲[117]大審院判決の評価をみても、これを否定説とする論者もあれば（たとえば、村田利喜弥「後掲[135]判批」銀行法務21第533号7頁（1997年））、限定的肯定説であるかのようにみる論者もいる（たとえば、小林資郎「[115]平成元年判決判批」

(i)肯定説と(ii)それ以外の限定的肯定ないし否定説にグループ分けするのが適切なのではないかと思われる。

(イ) 大審院

- a 大審院時代には、この問題について立場を明らかにしたものは少ない。
- b あえて探せば、(i)類型に属するものとして、無条件に物上代位を認めることを前提とする[116]大審院昭和17年3月23日判決(法学11巻12号100頁)を挙げうる。
- c 他方、(ii)類型に属するものとしては、物上代位の規定は、「抵当権ノ目的物ニ付キ抵当権実行ヲ為シ得サル場合ニ於テ抵当権者ヲシテ其目的物ニ代ハル債権ノ上ニ抵当権ヲ行使セシムル規定ニシテ……抵当権者カ現ニ抵当権ノ目的物ニ付キ抵当権ヲ実行スル場合ニ於テ其適用アルモノニ非ス」といい、「抵当権実行ヲ為シ得サル場合」にのみ物上代位を認めるものとした[117]大審院大正6年1月27日判決(民録23輯97頁)がある。

(ウ) 戦後の下級審裁判例

- a 戦後の下級審裁判例²⁰⁴においても、見解が分かれている。
- b まず、(i)類型に属するものとして、[118]東京高裁昭和31年9月4日決定(下民集7巻9号2368頁)が、抵当権の優先弁済権、設定者の収益権に触れ、「目的物を賃貸するときは、その交換価値の減少を来すことは取引の実情に徴して疑を容れないところであり」「この賃料債権につき物上代位に関する前記規定が準用せられるのは当然の事理といわなければならない」とし、この準用は、「賃貸によりその目的物の交換価値が絶対的に減少し、その減少が回復し得ないような場合のみに限られるとなすべきではない」としている。[119]大阪高裁昭和42年9月7日決定(判時506号39頁)もまた、ほぼ同様の見解を示す。

また、[120]東京高裁昭和60年2月22日決定(判時1150号191頁)は、文理解釈により物上代位を肯定した。

ジュリスト957号(平成元年度重要判例解説)73頁、74頁(1990年))。ところが、これを限定的肯定説とすると、否定説の代表とされる鈴木説と限定的肯定説との間にどれほどの違いがあるのか疑問といわざるを得ない。

²⁰⁴ 戦後の下級審裁判例の分析としては生熊・前掲(脚注85)書65頁～69頁が詳細である。

加えて、[121]福岡高裁昭和60年8月12日決定(判時1173号71頁)は、抵当不動産を賃貸してその対価を収受することは、抵当権の目的物の交換価値の一部実現にはかならないから、これについて物上代位を否定すべき理由はなく、物上代位を認めたとしても設定者から目的物の収益権能を奪わないという抵当権の性質に必ずしも反するものとはいえないし、抵当権者が目的物について抵当権を実行し得る場合でも物上代位権を行使し得るとした[122]最高裁昭和45年7月16日判決(民集24巻7号965頁)の立場と符節すると考えられるし、本件第三債務者らの賃貸借はいわゆる短期賃貸借であると認められるところ、短期賃貸借における賃料請求権であっても、これと3年を超える期間の賃貸借における賃料請求権とを物上代位の目的として異別に解すべき合理的理由はないのであって、かかる解釈は「期間の定めのない建物賃貸借は、民法第395条の短期賃貸借に該当すると解するのが相当である」とした[123]最高裁昭和39年6月19日判決(民集18巻5号795頁)の趣旨にも沿うものというべきであると判示している²⁰⁵。

- c. 他方、(ii)類型に属するものとしては、民法第371条²⁰⁶の「果実」に法定果実は含まれず、物上代位の規定は抵当権の目的物につき抵当権実行をなし得ない場合に抵当権者をしてその目的物に代わる債権の上に抵当権を行使させる規定であるから抵当権者が抵当権の目的物につき抵当権を実行する場合にはその適用はないとする[125]旭川地裁昭和40年9月13日決定(判タ183号184頁)がある。

また、[126]大阪高裁昭和54年2月19日決定(判時931号73頁)は、「抵当権は使用収益権限のない非占有担保権であるから、原則として、目的物利用の対価は抵当権の把握する目的の範囲外であり、したがって、これらが抵当権による物上代位の客体となりうるものでなく、抵当権の目的物自体の滅失・毀損等の物理的原因によりその全部又は一部について抵当権を行使できなくなったとき、又は抵当権設定後の第三者に対する賃貸により目的物自体の担

²⁰⁵ 本高裁決定に反し原決定([124]福岡地裁飯塚支決昭和60・5・17昭和60年(ナ)第40号)は否定説に立っていた。当時の実務の混乱收拾を図るためにも早急に法制度の改革をすべきと指摘するものとして判例タイムズ562号204頁。

²⁰⁶ 当然のことながら平成15年改正前の規定を前提としている。以下大半の判例においても同様である。

保価値の一部が喪失したときなど、当初確保した担保価値の全部又は一部が滅失ないし喪失した場合に限り物上代位を認めるものと解すべきである」、「ただ、民法395条所定の抵当権設定登記後の短期賃貸借については、その期間が短期であり、かつ、賃料が合理的であるときには、……抵当権の本質に基づき所有者と抵当権者との利益の調和を計ろうとするものにほかならないから、右賃料について抵当権者の物上代位を認めることはできない」と判示している。

さらに、[127]大阪高裁昭和61年8月4日決定(判タ629号209頁)は、前掲[126]大阪高裁決定と同様の観点から、「抵当権設定者と第三者との間における抵当不動産を目的とし賃貸借契約により生じた賃料債権はその賃借権の設定により目的不動産の交換価値が下落し、そのため被担保債権の満足ができなくなる場合などの特段の事情がない限り、民法370条、371条の法意に鑑み抵当権の及ぶ範囲でないと解すべきである」とした²⁰⁷。

- d なお、[128]東京高裁昭和63年4月22日決定(高民集41巻1号39頁)は、転賃料が問題とされたケースで、競売開始決定の効力発生時点以降においては抵当権の物上代位は賃料債権に及ぶことを前提に、転賃料債権に物上代位が及ぶことを認めた。しかし、同決定は、その理由中で「先取特権の物上代位に関する民法第304条の規定を抵当権に準用する(同法第372条)については、抵当権が抵当不動産に対する所有者の使用収益権能を奪うものではないところから、抵当権の物上代位が該不動産の賃料債権にまで及ぶかどうかという問題があるけれども、当裁判所は、競売開始決定の効力発生前のことはともかくとして、その効力発生時点以降においては右賃料債権にまで及ぶと解するものである」と述べて、「競売開始決定の効力発生前のことはともかくとして」との留保を付しており、その立場を明らかにしているとはいえない。

エ 第2期

(ア) こうした下級審裁判例の対立の中で、無条件肯定説を採ることを明らかにした最高裁として初めての判決が前掲[115]平成元年判決である。

(イ) [115] 最高裁平成元年10月27日判決(民集43巻9号1070頁)

a 事案の概要

²⁰⁷ 生熊・前掲(脚注85)書68頁、69頁は、本大阪高裁決定の見解を原則的否定説と第371条適用説とを加味した独特の見解として位置付ける。

(a) Aは自己所有の本件建物の1階部分をBに、2階部分をCに賃貸した後、Y銀行との間で、本件建物につきYを権利者とする根抵当権設定契約を結びその登記を了した。

Xは、Aから本件建物を買い受け、B、Cに対する賃貸人の地位を承継した。

本件建物に対するYの先順位抵当権者であるDの申立により競売開始決定がなされた。

B及びCは、賃料を供託していたので(それぞれ405万円と127万円余)、Yは根抵当権の物上代位に基づいて、Xの賃料に対する還付請求権につき、差押転付命令を得てこれを取得した。

そこでXは、本件における賃料に対する物上代位は不当であり、Yが取得した金員は不当利得に当たるとしてその返還を求めて本訴を提起した。

(b) 第一審 ([129]名古屋地判昭和59・4・23昭和58年(ワ)第2428号)、第二審 ([130]名古屋高判昭和60・7・18昭和59年(ネ)第313号)ともに、根抵当権に基づく物上代位は、賃料請求権、さらにそれが供託されたことによる供託金還付請求権にも及ぶとして、Xの請求、控訴を棄却した。これに対し、Xは上告した。

b 判旨

(a) 抵当権の目的不動産が賃貸された場合においては、抵当権者は、民法372条、304条の規定の趣旨に従い、目的不動産の賃借人が供託した賃料の還付請求権についても抵当権を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、民法372条によって先取特権に関する同法304条の規定が抵当権にも準用されているところ、抵当権は、目的物に対する占有を抵当権設定者の下にとどめ、設定者が目的物を自ら使用し又は第三者に使用させることを許す性質の担保権であるが、抵当権のこのような性質は先取特権と異なるものではないし、抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによって対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることにはならないから、前記規定に反してまで目的物の賃料について抵当権を行使することができないと解すべき理由はなく、また賃料が供託された場合には、賃料債権に準ずるものとして供託金還付請求権について抵当権を行使することができるものと

いうべきだからである。

(b) 目的不動産について抵当権を実行しうる場合であっても、物上代位の目的となる金銭その他の物について抵当権を行使することができることは、当裁判所の判例の趣旨とするところであり（[131]最判昭和45・7・16民集24巻7号965頁参照²⁰⁸）、目的不動産に対して抵当権が実行されている場合でも、右実行の結果抵当権が消滅するまでは、賃料債権ないしこれに代わる供託金還付請求権に対しても抵当権を行使することができるものというべきである。

c 位置付け

(a) 本判決は、当時の学説の多くが抵当権に基づく賃料に対する物上代位に否定的であったにも関わらず、ほぼ無条件に賃料に対する物上代位を肯定した。

その理由としては、①抵当権の非占有担保権としての性質は先取特権と異ならないから第304条をそのまま抵当権に適用してよいこと及び②賃料に対する物上代位を認めても抵当権設定者の目的物使用を妨げるものではないということを挙げている²⁰⁹。

(b) 従来の執行実務においては、東京地裁は肯定説、大阪地裁は否定説による取扱いがなされるといわれていた²¹⁰。本判決は、こうした戦後の下級審における判断の対立に一応の終止符を打ったものとして大きな意義をもつものといえる²¹¹。

(c) 本判決以後これに倣う下級審裁判例が相次ぎ²¹²、次第に実務上の問題関心は

²⁰⁸ [131]最高裁判決は、抵当権者が抵当不動産の仮差押をした場合に仮差押債務者が仮差押解放金を供託して仮差押執行の取消を得たときに、物上代位の規定の趣旨により仮差押解放金の取戻請求権に抵当権の効力が及ぶと判示していた。

²⁰⁹ かかる理由付けにつき「形式的消極的理由付け」と評するものとして樋口直「本件判批」判例タイムズ762号（平成2年度主要民事判例解説）39頁（1991年）。

²¹⁰ 村田・前掲（脚注203）判批7頁。

²¹¹ 小林・前掲（脚注203）判批74頁。

²¹² 比較的初期の時期における重要なものとして抵当権設定登記前に原賃貸借がされた場合と転貸賃料債権に対する物上代位の可否につき判断した[132]東京地裁平成4年10月16日決定（金法1346号47頁）が挙げられる。なお、転貸賃料債権に対する物上代位の可否については、東京地裁及び東京高裁では肯定するのに対し大阪地裁及び大阪高裁では原則として否定しつつ執行妨害等の例外的な場合に限定して肯定する立場を採用していたため混乱が生じていたが、[133]最高裁平成12年4月14日決定（民集54巻4号1552頁）が後者の立場を採用し転貸賃料への物上代位を原則的に否定することで決着をみることになる。すなわち、同最高裁決定は、「抵当権者は、抵当不動産の賃借人を所有

物上代位肯定説を前提に物上代位と債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準の確定に移行していった。

以下では、本判決以降の物上代位と債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準に関する裁判例として、物上代位と⑦所有者による賃料債権譲渡、①一般債権者による差押え及び⑧賃借人による相殺の問題を取り上げるが、本論文では、非占有担保・価値権という特性を有する抵当権において基本的に所有者に留保されている使用・収益権とこれに対する抵当権者の権能との調整を眼目とすることから、所有者の収益処分権能と抵当権者の物上代位権との調整が正面から問題となる⑦所有者による賃料債権譲渡と物上代位の優先劣後問題を主たる検討対象とすることとする。

(ウ) ⑦物上代位と債権譲渡との優先劣後基準に関する裁判例

a 問題背景

(a) 前掲[115]平成元年判決が賃料債権に対する抵当権者の物上代位を認めて以来、実務上、賃料債権に対する物上代位は不良債権回収の有効な手段として、ますます重要視されるようになった。これに対し、所有者が将来分までの賃料債権を包括的に他に譲渡し、債権の回収を妨害するケースが多発している。債権譲渡が民法第304条第1項但書の「払渡し又は引渡し」に当たるとの解釈を前提とした所有者側の対抗手段である。

(b) こうした事例において特徴的なことは、所有者（債務者）の経済状況がすでに実質上破綻していたり、不渡処分を受けたりした時期とほとんど同一時期に

者と同視することを相当とする場合を除き、右賃借人が取得すべき転賃賃料債権について物上代位権を行使することができない」との原則論及び例外要件である「所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上で、転賃借関係を作出したものであるなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合」を説示した。同最高裁決定は例外的に転賃賃料への物上代位が肯定される場合として「抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合」を認めており、抵当権者が賃料ではなくあえて転賃賃料への物上代位を行うのは往々にしてかかる例外要件に該当する濫用的な転賃借の事案であろうから、実務的に不当な結論は生じにくいものと予想される。現に、本決定の差戻審である[134]東京高裁平成12年9月7日決定（金法1594号99頁、金判1103号20頁）では転賃賃料に対する物上代位権の行使が肯定されている。なお、かかる例外を認める理論構成は明示されていないものの信義則に求めるのが素直であろうと指摘するものとして富田一彦「[133]判批」判例タイムズ1065号（平成12年度主要民事判例解説）61頁（2001年）。

債権譲渡の通知が第三債務者に対して行われていることや、債権の譲渡がすでに支払期の到来している賃料債権ばかりでなく、競売手続において競落がなされるまでに要すると考えられる数年間にわたり、すべての将来の賃料債権を一定金額に満つるまで譲渡するという包括的な債権譲渡がなされていることであり、債権譲渡が抵当権に基づく物上代位という法的回収手続に対する妨害的な手段として行われているものと推察されることである²¹³。

b 下級審裁判例の動向

(a) まず、物上代位が優先するものとして、[135]大阪高裁平成7年12月6日判決（金法1451号41頁）が、将来の賃料債権の包括譲渡と物上代位に基づく差押えの優先関係について「抵当不動産について将来発生する賃料債権に対して物上代位による差押えがなされた場合には、それ以前に当該賃料債権の包括譲渡がなされ、その対抗要件が具備されている場合であっても、物上代位による差押えが優先する」と判示した²¹⁴。

次いで、[136]東京地裁平成8年9月20日判決（判時1583号73頁）は、債権譲渡と物上代位の優劣は、債権譲渡の第三者に対する対抗要件の効力発生時（賃料債権の各発生時）と抵当権設定登記の具備時との先後によって決すべきとした後、民法第304条第1項但書の差押えの効力が発生するのも賃料債権の各発生時であるから本件では債権譲渡の対抗要件の効力と物上代位の効力が同時に発生するが、その場合、債権譲受人は当該債権が債務者の一般財産から逸失したことを当然には主張できないので、払渡し又は引渡し前に差押えをした場合と同様、民法第304条第1項但書の要件を満たすと判示し、物上代位が優先するものとした。

そして、その控訴審判決である[137]東京高裁平成9年2月20日判決（金商1015号39頁）は、「抵当権者の物上代位権は、抵当権の一内容であるから、抵当権設定登記により、公示され、かつ、第三者に対する対抗要件を具備するものというべきであり、「未発生賃料債権について、その譲受人の

²¹³ 古賀政治・今井和男「賃料の物上代位と賃料債権の譲渡」金融法務事情1439号73頁（1996年）。

²¹⁴ 村田・前掲（脚注203）判批4頁以下、占部・前掲（脚注30）論文（一）104頁、105頁。

権利と右債権に対する抵当権者の物上代位権との優劣は、右債権の譲渡につき第三者に対する対抗要件を具備した時と抵当権設定登記を経た時との先後によって決すべきこととなる」とし、また、民法第304条第1項但書が差押えを要求する趣旨に照らし、同但書の「払渡又ハ引渡」は厳格に解すべきであり、それは「弁済又はそれと同視できる処分等」があった場合をいい、将来発生する債権の譲渡については対抗要件を具備したとしてもこれに当たらないと判示し、物上代位を優先させた²¹⁵。

(b) 他方、賃料債権の譲渡が優先するとしたものとして、[138]東京高裁平成8年11月6日判決（金商1011号3頁）は、抵当権者は民法第372条、第304条第1項により目的不動産の賃料債権についても物上代位権を行使することができるが、同条但書により目的債権を差し押える前に同債権を譲り受けて対抗要件を備えた者がある場合には物上代位権の行使をすることはできず、このことは将来発生する賃料債権についても同様に解すべきであると判示した²¹⁶。

(c) 以上見てきた下級審裁判例のうち、物上代位が優先するとした[135]大阪高裁判決と、反対に、賃料債権の譲渡が優先するとした[138]東京高裁判決とがそれぞれ上告され、最高裁判所の判断の帰趨が注目されていたところ、次のような判断が相次いで示された。

c 最高裁判例の動向

(a) [139]最高裁平成10年1月30日判決（民集52巻1号1頁）は[138]東京高裁判決の、[140]最高裁平成10年2月10日判決（判時1628号9頁）は[135]大阪高裁判決の上告審判決である。

(b) 事案は、いずれも、抵当権設定登記後に抵当不動産についての将来発生する賃料債権が譲渡され、対抗要件（[139]事件は第三債務者の承諾、[140]事件は通知）が具備されたが、さらにその後に抵当権者が物上代位権を行使して将来発生する賃料債権を差し押さえたというものである。

²¹⁵ 市川尚「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡との優劣」銀行法務21第535号4頁以下（1997年）、占部・前掲（脚注30）論文（一）103頁～106頁。

²¹⁶ 西尾信一「将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権に基づく物上代位の効力」銀行法務21第533号15頁（1997年）、占部・前掲（脚注30）論文（一）106頁。

(c) 両最高裁判決は、裁判官全員一致の意見で、第372条・第304条第1項但書が「払渡又ハ引渡」前に差押えを要するとした趣旨目的は、主として、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にあるとした上で、「右のような…趣旨目的に照らすと、同項の「払渡又ハ引渡」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができる。」と判示した。

その理由として、「(一)民法304条1項の「払渡又ハ引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、(二)物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、(三)抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されている²¹⁷とみることができ、(四)対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきだから」ということを挙げている。

d 判例の立場

(a) ⑦物上代位と債権譲渡との優先劣後基準に関し、下級審裁判例の対立の中、最高裁が示した見解は、物上代位に際して払渡し又は引渡しの前に差押えが要求される趣旨²¹⁸につきいわゆる第三債務者保護説といわれる立場を採用²¹⁹し

²¹⁷ これに対し、占部・前掲（脚注30）論文（一）103頁は、民法第304条第1項但書が抵当権設定により当然に賃料債権に対する物上代位を認めるのではなく「払渡又ハ引渡前」の「差押」を要求していることをもって、抵当権の設定登記によっては物上代位権は公示されていないことの論拠とする。

²¹⁸ 第304条の差押えの趣旨に関する文献のうち最近のものとしては生熊・前掲（脚注

た上で、第372条・第304条第1項但書の「払渡し又は引渡し」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるというものであった。

(b) 最高裁が採用した第三債務者保護説は、物上代位に際して払渡し又は引渡しの前に差押えが要求される趣旨に関して学説上有力に主張されていたいわゆる特定性維持説とも優先権保全説とも異なる第3の立場であり²²⁰、物上代位制度の沿革上の原型²²¹に忠実な理解との評もある²²²。

(c) しかしながら、これらの最高裁判決の示した見解に対しては批判的な学説も多く、とりわけ最高裁の挙げる抵当権設定登記によって賃料債権に対する抵当権者の優先権が公示されているとの理解に対する批判が強い。また、最高裁の見解では結果として余りにも抵当権者側の利益に傾き過ぎること²²³及び従来

85) 書103頁～206頁が特に詳細である。

²¹⁹ 従前の最高裁の立場は動産売買先取特権に基づく物上代位事案における説示からいわゆる優先権保全説に立つものと理解されていた。

²²⁰ もっとも、本判決が第三債務者保護説を採るとしたのは単に優先権保全説を採らないことを宣言しただけであり、差押えの対抗要件としての性格を否定することによって事実上は特定性維持説を採っているものというべきであると評するものとして高橋眞「[139]判批」ジュリスト1157号(平成10年度重要判例解説)70頁(1999年)。

²²¹ 日本民法の物上代位制度の沿革を辿るとボワソナード草案を経て1865年のイタリア民法に至り、そこでは日本法の「差押」に相当する概念は *opposizione* であり、具体的には執行手続とは無関係の実体法上の行為で、第三債務者に物上代位権の行使を通知して他の債権者に誤弁済させないようにするためのものであった。他方、この *opposizione* とは別の概念として、日本法の差押えに相当する *pignoramento* という用語もあった。両者は異なる概念として区別して用いられていたところ、立法作業における日本語訳の際に *opposizione* を差押えと誤訳して日本民法に取り込み、合わせて民事執行手続がドイツ法の影響下で整備されたこともあって、差押えも債務名義を伴う差押制度に一本化された。こうした結果、日本民法においては物上代位に裁判上の差押えが要求されるという比較法上特異な制度となったといわれており、第三債務者保護説はかかる沿革上の原型に忠実に「差押」要件を理解しようとするものとされている。

²²² 両最高裁判決を担当した野山最高裁調査官もこの点に触れ「沿革的研究の成果」と述べる。他方、沿革に関するかかる理解に対し批判的検討を加えるものとして平井一雄「抵当権に基づく物上代位権行使における「差押」の意義」中京法学40巻1・2号23頁～36頁(2006年)。

²²³ 各関係者の利益状況を踏まえた公平なルール策定の必要性を強く指摘するものとして鳥谷部茂「賃料をめぐる抵当権の効力」広島法科大学院論集1号106頁、107頁、110頁、111頁(2005年)。

の判例法理との整合性がとりがたいことも問題視されている²²⁴。

(エ) ④物上代位と一般債権者による差押えとの優先劣後基準に関する裁判例

a 問題背景

- (a) 賃料のように継続的給付に係る債権については、基本となる法律関係が法定解除や合意解除等によって効力を失わない限り、将来発生する賃料部分を含めた一括差押えが認められ（民事執行法第151条）、差押命令が第三債務者に送達された時点で、未だ現実化していない賃料部分についても民事執行法第145条所定の処分禁止効が生じるものと解されている。
- (b) そこで、先に取り上げた⑦物上代位と債権譲渡の問題同様、④賃料に対し抵当権者が物上代位権を行使したのに対し他の一般債権者が差押えをした場合の優先劣後基準をいかに解すべきかが問題となる。

b 判例の動向

- (a) [141] 最高裁平成10年3月26日判決（民集52巻2号483頁）前
目的債権に対し一般債権者の差押え等が先行している場合であっても、重ねて担保物権に基づく物上代位が可能であることについてはいくつかの肯定裁判例があったものの、いずれも物権変動や対抗要件の問題が生じない動産売買先取特権に関する事案であり、抵当権のように物権変動及び対抗要件具備によって優先権を取得する担保物権についてもその設定時期に関係なく同様に解してよいかに関しては、従来、判例の立場は不明であり、また学説上もあまり意識的に論じられていなかった。

この点に関する最高裁の立場を初めて明らかにしたのが、[141] 最高裁平成10年3月26日判決（民集52巻2号483頁）である。

- (b) [141] 最高裁平成10年3月26日判決（民集52巻2号483頁）

i 事案の概要

- (i) 一般債権者（被告・被上告人）が債務者所有の建物についての賃料債権を差し押さえたが、これに遅れて同建物に抵当権設定登記がされ、抵当権者（原告・上告人）が物上代位に基づく賃料債権の差押えをした結果差押えが競合した。

²²⁴ 両最高裁判決の見解に対する学説の評価状況については生熊・前掲（脚注85）書184頁～193頁、245頁～247頁がよく整理されている。

- (ii) 第三債務者が供託した賃料の配当手続において、執行裁判所は供託金を一般債権者と抵当権者の債権額に応じて按分配当する旨の配当表を作成し、一般債権者も抵当権者も配当異議の申し出をしなかったので配当表に従って配当が実施された。
- (iii) しかし、その後、抵当権者（原告）が、自己に全額が配当されるべきであったとして一般債権者（被告）に対して不当利得返還請求を求める本訴を提起した。
- (iv) 第一審である[142]東京地判平成5年8月23日（金法1369号82頁）は、抵当権者が一般債権者に優先すると判断して請求を認容した。もっとも、その判決文からは抵当権設定登記に先立ち一般債権者の差押命令が第三債務者に送達されたという事実関係をどのように評価したのか明らかでない。
- (v) 次に、控訴審である[143]東京高判平成6年4月12日（判時1507号130頁）は、賃料債権について差押命令が発せられると建物所有者は賃料債権の処分を禁じられ（民事執行法第145条第1項）、建物について抵当権が設定されても（建物所有権を対象とする換価権及び優先弁済権の設定は禁止されていないが）賃料債権を対象とする換価権及び優先弁済権の設定は同処分禁止に反することになるから、賃料債権に対する執行手続では差押え後に設定登記された抵当権による物上代位の権利はないものと扱われ、抵当権者（原告）は配当を受けられないと判断して、本件不当利得返還請求を棄却した。
- (vi) これに対し、抵当権者（原告・上告人）が、上告した。

ii 判旨

「一般債権者による債権の差押えの処分禁止効は差押命令の第三債務者への送達によって生ずるものであり、他方、抵当権者が抵当権を第三者に対抗するには抵当権設定登記を経由することが必要であるから」、「債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決せられ」と解すべきである。

iii 位置付け

(i) 賃料債権につき一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えとが競合した場合における両者の優劣の判断基準を最高裁として初めて示した判決である²²⁵。

(ii) 賃料債権の差押命令が発せられると建物所有者に対して賃料債権の処分禁止が命じられ、その後に締結された建物についての抵当権設定契約は、賃料債権に対して及ぶ物上代位権の部分に関しては、差押命令による賃料債権の処分禁止の効力に反するものであって差押債権者に対抗することができないといえるから、原判決の説示それ自体は正当である。

にもかかわらず、本判決が、原判決の説示の方法ではなく、あえて判旨のように述べたのは、最高裁として、問題を一般債権者による差押えと物上代位による差押えが競合した場合に限定した上、どちらの差押えが先の場合にも当てはまるより一般的な法理を示すことが適当であると考えたためと評されている。

(c) [144]最高裁平成10年3月24日判決（民集52巻2号399頁）

i 事案の概要

賃貸不動産所有者の一般債権者が自己の債権額に満つるまで将来賃料債権を包括的に差押え、その差押えの効力発生後に、他の債権者が代物弁済として当該建物を譲り受けた事案であり、譲受人が、差押えの処分禁止効との関係から、賃料債権の取得を差押債権者に対抗できるか否かが問題となった。

ii 判旨

「建物所有者の債権者が賃料債権を差し押さえ、その効力が発生した後に、右所有者が建物を他に譲渡し賃貸人の地位が譲受人に移転した場合には、右譲受人は、建物の賃料債権を取得したことを差押債権者に対抗することができないと解すべきである」。

iii 位置付け

²²⁵ 本判決の評釈としては河野玄逸「本件判批」私法判例リマークス1999年〈上〉26頁～29頁（1999年）、占部洋之「本件判批」法学教室216号100頁（1998年）等がある。

本判決は、賃料債権の一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の所有権移転の効力が問題となったものであるが、同じく一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の物権変動である点で、前掲[143]判決と関連性を有する判決といえる。

c 判例の立場

④物上代位と一般債権者による差押えとの優先劣後基準に関する判例の立場は、抵当権の設定登記に先行して賃料債権が差し押さえられその差押命令が第三債務者へ送達されてしまうと、その後に抵当権を取得し登記を具備した者は、将来分を含めて同賃料債権に対して物上代位し得ないが、逆に抵当権の設定登記が先行すると、他の一般債権者は賃料債権を差し押さえただけでは抵当権者の物上代位を阻止できない（物上代位があればこれに優先されてしまう。）というものである。

(オ) ⑦物上代位と相殺との優先劣後基準に関する裁判例

a 問題背景

賃借人が賃貸人に対し何らかの債権を有していた場合、賃借人としてはこれと賃料債権との相殺処理に対し、一定の期待を有している場合が多い。とりわけ、当該債権が敷金返還請求権ないし保証金返還請求権等賃貸借契約と密接な関連性を有する債権である場合には、賃借人の相殺処理に対する期待は高まる。こうした⑦賃借人による相殺と抵当権者による物上代位とで、その優先劣後を決する基準が問題となる。

b 判例の動向

(a) 下級審裁判例の動向

i ⑦賃料に対する物上代位と相殺の問題に関しては、民法第511条が適用される一般債権による差押えと相殺の優劣について判断した[145]最大判昭和45年6月24日（民集24巻6号587頁）（以下「[145]昭和45年判決」という。）の射程内のものと考えべきか否か、射程外と考える場合には物上代位と合意相殺の優劣の判断基準をどのように考えるべきかにつき、下級審の裁判例は分かっていた²²⁶。

²²⁶ こうした分類法とは別に、⑧事案の特徴及び⑨物上代位優先説か相殺優先説かの2点を基準に物上代位と相殺に関する下級審裁判例を整理するものとして鳥谷部茂「[148]判

ii [145]昭和45年判決の射程内と解する裁判例

㊦賃料に対する物上代位と相殺の問題に関しても、㊧一般債権者による差押えと相殺との優劣について判断した[145]昭和45年判決の射程内であると解する判例として、[146]東京地判平成10年6月25日（金判1055号24頁、[147]東京地判平成10年9月22日（金判1062号49頁）及び[148]東京地判平成11年5月10日（金判1079号50頁、金法1557号78頁）がある。

iii [145]昭和45年判決の射程外と解する裁判例

(i) 他方、㊦賃料に対する物上代位と相殺の問題に関し、[145]昭和45年判決の射程外と解する裁判例のグループがあり、これらはさらに賃料に対する物上代位と相殺との優先劣後基準の相違から、差押えと相殺の先後により優劣を決すべきであるとするものと、抵当権設定登記と相殺の先後により優劣を決すべきであるとするものとに分かれる。

(ii) 差押えと相殺の先後時とする立場

[149]大阪地判平成8年10月31日（金判1030号31頁）がある。

(iii) 抵当権設定登記と相殺の先後時とする立場

[150]東京地判平成10年3月19日（判時1649号132頁）、[151]東京地判平成12年5月10日（金法1587号72頁）、[152]大阪地判平成11年2月15日（後掲[154]の第1審）及び[153]大阪高判平成11年7月23日（後掲[154]の原審）がある。

(b) [154]最高裁平成13年3月13日判決（民集55巻2号363頁）

i 事案の概要

(i) 昭和60年9月27日、X銀行とAとの間で、X銀行のAに対する貸金債権を被担保債権として、本件建物につき本件根抵当権の設定がされ、その登記がされた。

(ii) 昭和60年11月14日、AとYとの間で、本件建物1階部分の賃貸借契約が締結され、YはAに対し、保証金3150万円を預託した。

批] 私法判例リマークス2000年〈下〉18頁、19頁（2000年）。

(iii) 平成9年2月3日、YとAは、上記賃貸借契約を同年8月31日限り解消し、同年9月1日以降改めて保証金330万円の約定で賃貸借契約を締結すること、この保証金は従前の賃貸借契約における保証金の一部を充当し、残額2820万円は同年8月31日までにAがYに返還することを約した。

しかし、Aがこの2820万円の返還債務を期限までに履行できなかったことから、YとAは、同年9月27日、同返還債務のうち1651万3500円を同年末日限りAがYに支払い、その余の1168万6500円の返還債務は、YのAに対する平成12年9月分までの賃料（1ヶ月30万円）の支払債務とそれぞれ各月の前月末日に対当額で相殺することなどを合意した。

(iv) 他方、X銀行は、Aが上記貸金返還債務の履行をしないため、本件根抵当権の物上代位権に基づき、本件賃料債権のうち差押命令送達時以降支払期にあるものから900万円に満つるまでのものについて債権差押命令の申立てをし、執行裁判所は、同申立てを認めて債権差押命令を発し、その正本は、Aに対して平成10年1月28日に、Yに対して同月24日にそれぞれ送達された。

(v) X銀行は、賃借人Yに対し、平成10年2月1日から同年6月30日までの賃料合計150万円の支払を求めて本件訴訟を提起した。同訴訟において、Yは、請求原因事実を認めた上で、上記相殺の合意を内容とする相殺の抗弁を主張した。

(vi) 第1審である前掲[152]はYの相殺の抗弁主張を斥けてX銀行の請求を全部認容する判断を示し、その控訴審である前掲[153]もYの控訴を棄却した。

(vii) Yから上告受理の申立てがなされたのに対し、本判決は、次のとおり判示して上告を棄却した。

ii 判旨

(i) 「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することは

きないと解するのが相当である。」

(ii) 「けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができるから、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。」

(iii) 「抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを対当額で相殺する旨を上記兩名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができないと解するのが相当である。」

iii 位置付け

(i) 物上代位と相殺の優劣に関し対立していた前述の下級審裁判例の動向の中、最高裁として初めて、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないことを明らかにしたものである。

(ii) 本判決により、物上代位の差押えと相殺の優劣に関しては、一般債権による差押えと相殺の優劣について判断した[145]昭和45年判決とは基調を異にする取扱いをなすという最高裁の考えが示されたといえる²²⁷。

c 判例の立場

⑦物上代位と相殺との優先劣後基準に関する判例の立場は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当

²²⁷ 山野目章夫「本件判批」ジュリスト1224号（平成13年度重要判例解説）71頁（2002年）。

権設定登記の後に貸貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないというものであって、物上代位と⑦債権譲渡及び⑧差押えに関する判例の立場と同様、「物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができる」との理解に立脚するものといえる。

オ 実体法上の手段に関する判例の総括

⑨「賃料收受」の問題における賃料に対する物上代位に関する判例の立場は、物上代位肯定説に立つことを前提に、物上代位と⑦債権譲渡、⑧差押え及び⑩相殺といった賃料の事前処分手段との規律につき、「物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができる」との理解に基づいて、抵当権設定登記時をメルクマールに優先劣後を決すべきとするものである。

(2) 執行法上の手段に関する判例

ア 担保不動産収益執行制度の創設及び位置付け

(ア) 先に述べたとおり、平成15年の担保・執行法制改正により、⑨「賃料收受」のための新たな制度として担保不動産収益執行制度が創設された。

(イ) この担保不動産収益執行制度の実体法上の裏付けを同改正後の民法第371条が担っているとされているが、担保不動産収益執行制度は担保権実行の一方法として位置付けられていることから、本論文では、⑨「賃料收受」の問題に対する執行法上の手段という位置付けで扱う。

イ 担保不動産収益執行制度に関する判例

(ア) 担保不動産収益執行制度は、施行後4年半しか経ていないことに加えそもそも担保権実行の一方法に過ぎないことから、公判裁判例の形で接することができるものは少ない。

そこで、担保不動産収益執行制度に関しては、第4章にて創設後の運用状況の検証を行うことを主とし、ここでは一般の賃貸不動産ではなくホテルを収益執行の対象とする担保不動産収益執行開始決定の適法性が争われた[155]長崎地決平成16年6月28日(平成16年(ケ)第103号)及び同決定の抗告審である[156]福岡高決平成17年1月12日(金法1749号97頁)を取り上げるにとどめる。

(イ) [155]長崎地決平成16年6月28日(平成16年(ケ)第103号)

a 事案の概要

X(債権者)は、Y(債務者兼所有者)の所有する土地・建物(ホテル)に抵当権を有していたところ、本件土地建物に関するYとZ(給付義務者)との間のホテル運営管理委託契約の存在を前提に、担保不動産収益執行を申し立てた。

b 決定要旨

(a) 当初の決定要旨

給付請求権の内容を「本件土地建物について、YとZとの間で締結されたホテル運営管理委託契約に基づき、YがZから支払を受ける運営管理委託料」として、本件土地建物について、担保不動産収益執行開始決定をした。

(b) 再度の考案による更正決定要旨

再度の考案により、対象不動産を建物のみとして土地に対する申立てを却下し、上記給付請求権の内容を「本件建物についてYとZとの間で締結されたホテル運営管理委託契約に基づき、YがZから支払を受けるホテルの総収入から、YがZに支払うべき人件費並びに再委託先への業務委託料及びその他の必要な費用を差し引いた金銭の引渡請求権」と改める旨の更正決定をした。

c 位置付け

担保不動産収益執行制度が典型的に予定している賃料以外の請求権の場合で、かつ、給付中に実質的に不動産の収益を目的としない部分が含まれている場合でも、不動産の収益と認められる部分を認定した決定例であり、その特定方法に関する事例判断を先駆的に示した点に意義がある。

(ウ) [156]福岡高決平成17年1月12日(金法1749号97頁)

a 事案の概要

(a) 前掲[155]決定の抗告審であるため、事案の概要については同決定参照。

(b) 原決定である[155]決定が前述のとおり再度の考案による更正決定をしたのに対し、この更正決定後の開始決定に対し、Y及びZが、原決定の給付義務者及び給付請求権の内容目録中、給付請求権の内容として表示されている給付請求権が、手続的にも実体的にも、担保不動産収益執行の目的である不動産から生ずる利益(法定果実)に当たらない、あるいは収益給付義務は存在しないな

どとして、執行抗告を申し立てた。

b 決定要旨

- (a) 抗告人債務者の主張は、要するに、原決定の給付義務者及び給付請求権の内容目録中、給付請求権の内容として表示されている給付請求権が、手続的にも実体的にも、担保不動産収益執行の目的である不動産から生ずる収益（法定果実、民事執行法第180条第2号、第93条第1、2項）に当たらないというものである。

そこで、検討するに、担保不動産収益執行は、当該担保不動産から生ずる収益をもって債権者の被担保債権（請求債権）の満足に充てるという執行方法であるから、その性質上、一般に担保不動産の所有者が収益権を有しない不動産又は収益の生じる見込みのない不動産をその対象とすることはできないが、収益の生じる見込みのある不動産である以上、現に収益を生じている必要がないことはいうまでもない。そして、本件記録によれば、原決定の対象となる担保不動産（以下「本件建物」という。）の登記簿上の種類はホテルであり、実際にも、抗告人給付義務者から運営委託を受けた株式会社Aホテルが、本件建物を使用してホテル業を営んでいることが認められる。そうすると、本件建物は、その性質上、一般にその所有者である抗告人債務者が収益権を有しない不動産又は収益の生じる見込みのない不動産とはいえず、他に、担保不動産収益執行の開始決定の要件の一つである本件建物の執行対象財産性に欠けるところは何らないというべきである。

- (b) また、抗告人債務者は、ホテルの事業主体はあくまで抗告人債務者であり、抗告人給付義務者との間の契約上も、抗告人給付義務者が抗告人債務者の計算においてホテルの運営管理業務を行うとされているから、当該契約によって抗告人債務者に生じる収益は本件建物の使用の対価ではなく、ホテル営業による収益である旨主張する。

たしかに、抗告人債務者が主張するように、ホテル営業による収益が担保不動産である本件建物から生ずる収益のみでないことは首肯できるものと思われる。

しかし、本件記録によれば、抗告人債務者が平成2年6月29日に抗告人給付義務者との間で締結したホテル運営管理委託契約の基本的な内容は、抗告人

債務者が本件建物及びその所有の家具、什器備品等付帯設備一切を抗告人給付義務者に提供し、抗告人給付義務者がこれを使用してホテルの運営管理のための一切の業務を行うこと、この抗告人給付義務者が行う業務内容はホテル営業の運営管理全般に及んでおり、特に、抗告人債務者に代わって金銭出納管理等収支業務を行うことも含まれていること、抗告人債務者は抗告人給付義務者に対して委託業務上必要なる人件費、再委託先の業務委託料及びその他抗告人債務者が必要と認めた費用を支払うこと、というものであることが認められる。

そうすると、本件建物におけるホテル営業の収益がいろいろな要因によって変動を生じ得るものであることは措くとしても、このホテル営業の基盤が本件建物にあることはいうまでもないから、その収益の中に、抗告人債務者が担保不動産である本件建物を抗告人給付義務者に使用させた対価が少なからず存在することは容易に想定されるところである。そして、これが担保不動産収益執行の対象となる収益としての法定果実、すなわち、担保不動産たる本件建物の使用の対価ないし使用利益に当たることはいうまでもないから、このような収益に対しても、担保不動産収益執行は認められなければならない。

したがって、上記のような理由からして、原決定が、上記の意味での収益の給付請求権として、「本件建物について、抗告人債務者と抗告人給付義務者との間で締結されたホテル運営管理委託契約に基づき、抗告人債務者が抗告人給付義務者から支払を受けるホテルの総収入から抗告人債務者が抗告人給付義務者に支払うべき人件費並びに再委託先への業務委託料及びその他の費用を差し引いた金銭の引渡請求権」と特定したことには、何ら違法な点はないと判断するのが相当である。

- (c) そもそも、担保不動産収益執行においては、その対象となる担保不動産の使用収益のために執行補助機関として管理人が選任され、また、給付義務者や給付請求権の内容が変動することがあり得ることは、法が予定するところである（第188条・第95条第2項、第96条第1項参照）。そして、債権者は、この申立てに際して収益給付義務者の存否に関する調査義務を負うものではなく、開始決定の段階における収益給付命令も必要的ではない。さらに、執行裁判所は、その後の対象不動産の管理及び収益を含む執行の手続において、管理人の調査を前提に、法の趣旨に従って、その対象たる給付請求権の内容を対

抗力の有無等の問題を含めてできるだけ明確にした上で、手続を適切に進行させることが予定されていると解される。その上で、収益の給付義務を負うとされた第三者が給付義務の有無及び内容を争う場合には、最終的に訴訟手続によって決せられることとなる。このような担保不動産収益執行の手続的特色を踏まえると、開始決定の段階における給付請求権は、上記の程度に特定されていれば足りるものと解するのが相当である。そして、このように解したからといって、抗告人債務者が主張するように抵当権に目的物を超えた万能の権利を認めたものでないことはいうまでもない。また、破産法が別除権行使としての担保不動産収益執行を認める以上、そのために当該担保不動産について破産管財人の管理処分権に優先する結果を招来しても、何ら異とするものでないことは明らかである。

- (d) なお、強制管理ないし担保不動産収益執行において、当該不動産に関する用益権に基づく給付請求権の存在は、開始決定における収益給付命令の要件ではなく、収益給付命令が発せられても、収益の給付義務の有無及び内容を確定する効力を有するものではない。それ故、収益の給付義務を負うとされた第三者が給付義務の有無及び内容を争って任意に給付しない場合には、最終的に訴訟手続によって決せられることは上記のとおりである。その結果、収益の給付義務を負うとされた第三者は、開始決定の手続上の不備を執行抗告で主張することは許されるが、執行債権や収益給付義務の有無を争って執行抗告を申し立てることは許されないと解するのが相当である。

したがって、抗告人給付義務者の本件抗告の理由がその収益給付義務の不存在であることは明らかであるから、抗告人給付義務者の原決定に対する抗告は、不適法ということになる。

- (e) 以上のとおり、抗告人債務者の本件抗告は理由がないからこれを棄却し、抗告人給付義務者の本件抗告は不適法であるからこれを却下する。

c 位置付け

- (a) 担保不動産収益執行制度は、その基本構造上、従前からの強制管理制度と同様、典型的には賃貸用物件が想定されており、給付請求権としても法文に例示されているのは、賃貸料である（第93条第1項）。しかし、本件は、対象物件が賃貸用ビルではなくホテルであり、給付義務者とされる者が債務者・所有

者からホテルの運営管理を受託している事例であったため、⑦かかる建物が担保不動産収益執行の手続的要件としての執行対象財産たり得るか、また④上記契約に基づく金銭支払請求権が実体的に不動産の使用の対価ないし使用利益（法定果実）に該当するか（該当する場合の給付請求権の特定方法）が問題となった事案である。

- (b) この点、本高裁決定は、⑦の点につき、担保不動産収益執行は、当該担保不動産から生ずる収益をもって債権者の被担保債権（請求債権）の満足に充てるという執行方法であるから、その性質上、一般に担保不動産の所有者が収益権を有しない不動産又は収益の生じる見込みのない不動産をその対象とすることはできないが、収益の生じる見込みのある不動産である以上、現に収益を生じている必要がないとし、ホテルとして利用されている本件建物が収益の生じる見込みのある不動産に当たることを明言した点に意義がある。

次に、④の点につき、賃料以外の請求権が収益執行の目的たり得ないわけではなく、このような請求権に基づく給付中、実質的に不動産の収益を目的としない部分が含まれている場合でも、不動産の収益と認められる部分がある限り、全体として収益執行の目的たり得ないとするのは相当でないとした上で、賃貸借契約に基づくものでないため、それが当該不動産の収益を目的とするものであるか、また不動産の収益を目的としない部分との区別が外部からは判別しにくい場合でも、YとZとの間の契約の内容等からして、当該給付中に、担保不動産である本件建物を使用させた対価が少なからず存在することは容易に想定され、これが担保不動産収益執行の対象となる収益としての法定果実、すなわち、担保不動産たる本件建物の使用の対価ないし使用利益に当たるとし、その上で、収益執行の手続的な特色にも言及して、給付請求権の特定としても十分であるとの事例判断を示した点に意義がある。

- (c) 実務上、担保不動産収益執行ないし強制管理において、対象不動産に関して賃貸借契約という法形式をとらない事例においては、その開始決定の可否が問題となり得るが、このような事例で、その給付請求権の法形式に拘泥して、担保不動産収益執行ないし強制管理の要件がないとして申立てを却下することになれば、担保権設定者はその給付請求権の法形式を操作、作出することによって容易に執行を免れることができることになりかねず、ひいては執行妨害を

誘発する危険があるとの執行実務的観点からも、本高裁決定の意義は大きい。
(d) 本高裁決定については、近縁の論点である㊦抵当不動産が事業委託型サブリースに供されている場合に抵当権者はサブリース業者から所有者に支払われる金銭に物上代位できるか及び㊧不動産を物的設備として債務者が営む営業から生ずべき利益は強制管理の目的となるか等との関係を意識しているように思われるとの指摘がある²²⁸。

4 小括

(1) 本章では、㊨「抵当権侵害占有排除」及び㊩「賃料收受」の問題に対する各実体法・執行法上の手段に関する裁判例を概観し、各手段の要件・効果等に対する判例の考え方を整理した。

以上を踏まえて、各問題に対する実体法上の手段に関する判例の立場及びその問題点を指摘すると次のとおりである。

(2) ㊨「抵当権侵害占有排除」の実体法上の手段

ア 判例の立場

(ア) 実務的淘汰により残った2つの対抗手段

㊨「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段として判例上最終的に有力視されたのは、㊦抵当権に基づく明渡請求（直接構成）及び㊧債権者代位の方法（代位構成）であった。

(イ) ㊦抵当権に基づく明渡請求（直接構成）

a 抵当権の特性との関係

抵当権の非占有担保・価値権との特性から原則として抵当権者は抵当不動産の使用・収益に干渉し得ないとしつつ、一定の場合に「占有」による抵当権侵害の排除を認める。

b 「占有」による抵当権侵害

当該占有が対所有者との関係で不法占有か有権原占有かで要件を異にする。具体的には、不法占有事案においては「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」を要件とするのに対し（[8]平成

²²⁸ 上田哲「本件判批」判例タイムズ1215号（平成17年度主要民事判例解説）229頁（2006年）。

11年判決)、有権原占有事案においては上記要件とほぼ平行な「その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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」との要件に加えて「その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ」ときとの要件を要求する ([12]平成17年判決)。

c 競売申立等の時期的要件

公刊されている裁判例はすべて競売申立後の事案であるため、判例の立場は不明である。

d 明渡しの相手方

「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる」 ([12]平成17年判決)。

e 抵当権者へ引渡後の占有の性質

「抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではない」 ([12]平成17年判決)。

(ウ) ①債権者代位の方法 (代位構成)

a 抵当権の特性との関係及び競売申立等の時期的要件

上記⑦抵当権に基づく明渡請求 (直接構成) の場合と同様である ([8]平成11年判決)。

b 「占有」による抵当権侵害

上記⑦抵当権に基づく明渡請求 (直接構成) の不法占有の場合と基本的に同様であるが、「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など」との具体例を交える点でやや詳細である ([8]平成11年判決)。

c 被保全権利等

「抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」ことから、「抵当権者は、右請求権を保全

する必要があるときは、民法423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる」([8]平成11年判決)。

d 明渡しの相手方

事例判断として抵当権者への直接明渡しを認める([8]平成11年判決)。

e 抵当権者へ引渡後の占有

「A[所有者]のために本件建物を管理することを目的として」の占有と述べるにとどまる。

イ 判例の問題点

(ア) ㊦抵当権に基づく明渡請求(直接構成)及び㊧債権者代位の方法(代位構成)とも、従来の判例どおり抵当権の非占有担保・価値権という特性を承認し原則として抵当権者は抵当不動産の使用・収益に干渉し得ないとしつつ、一定の場合に「占有」による抵当権侵害の排除を認めることとの理論的關係について何ら明らかにしていない。

(イ) ㊦抵当権に基づく明渡請求(直接構成)ないし㊧債権者代位の方法(代位構成)に関し、要件・効果とも未解明な部分が多い。

(3) ㊨「賃料収受」の実体法上の手段

ア 判例の立場

(ア) 基準

物上代位肯定説に立つことを前提に、物上代位と債権譲渡、差押え及び相殺といった賃料の事前処分手段との規律につき、「物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができる」との理解に基づいて、抵当権設定登記時をメルクマールに優先劣後を決すべきとする。

(イ) 差押えの趣旨

債権譲渡との優劣に関し、第304条第1項の差押えの趣旨につき、第三債務者保護説に立つ。

イ 判例の問題点

判例の採用する物上代位と債権譲渡等事前処分との優劣基準は、公平かつ合理的な基準とはいえない。

第3章 学説の整理

1 はじめに

前章で判例を整理した④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題につき、本章ではこれらの問題に関する学説を整理・概観する。

2 抵当権の本質論に関する学説

④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題に関する学説を理解する前提として、抵当権の本質論に関する代表的な見解について整理しておきたい。

(1) 価値権説

担保物権（不動産質権を除く）は、所有権や用益物権のように目的物自体についての使用・収益・処分等を本来の内容とする権利と異なり、支配の対象たる目的物の交換価値を把握するもの、すなわちその交換価値による排他的な利益享受を本質とするものであり、このような本質をもつ権利を価値権（Wertrecht）と称し、この価値権的性格を最も純粋な形で示すのが抵当権であるとする見解である。ドイツ法における抵当制度を参考に、昭和期の前半に確立されたわが国における伝統的通説である²²⁹。

(2) 期待権説

抵当権が究極的には設定者の所有権を奪うという点に着目すると、価値権のみによる説明では不十分であり、不動産の所有権を奪うという点では抵当権も不動産譲渡担保も異ならないのであるから、双方に共通した本質として期待権概念を採用すべきであるとの見解である。すなわち、⑦抵当権においては、抵当権者は実行により目的物の交換価値を取得しうる期待権を有し、その期待権に基づき必要限度で目的物の支配権を有する。その意味でこの期待権は物権的性質を有し、しかも登記により対抗力をも有する。他方、⑧譲渡担保でも、担保権者は実質的には所有権を取得しておらず、所有権を取得しうる地位を有するにとどまる。また、設定者も債務の弁済により所有権を復帰させうる意味での期待権を有する。以上のように解することができるので、

²²⁹ 我妻・前掲（脚注7）書87頁、同・前掲（脚注7）論文23頁、石田・前掲（脚注7）書。「価値権」概念のドイツ法における生成過程に関する先行研究については前掲脚注7参照。なお、高橋眞『抵当法改正と担保の法理』153頁～155頁（成文堂、2008年）は、我妻・福島博士の見解を「価値権論の基本的定式」、石田博士の投資抵当を論じる際の見解を「展開された価値権論」と呼び分け、いわゆる近代的抵当権論批判は後者に対してのみ妥当すると峻別される。

不動産担保権の本質を期待権概念で説明するのが適切であるという²³⁰。

(3) 換価権説

目的物を処分・換価して優先的に満足を得る権利を内実とする換価権という概念で抵当権の本質を説明しようと試みる見解である。換価する権能（換価権）をもって抵当目的物（の所有権）を物権的に支配しその換価価格から優先弁済を受けることのできる権利、あるいは優先弁済の範囲で目的物（の所有権）を物的に支配しているとも説かれる²³¹。

(4) 新価値権説

伝統的価値権説から出発しながら一定の要件の下抵当権に基づく妨害排除請求を肯定する立場の一群の見解である²³²。

3 ④「抵当権侵害占有排除」に関する学説

(1) 実体法上の手段に関する学説

ア はじめに

(ア) ④「抵当権侵害占有排除」の問題につき、実務上、最終的に有意な手段としての位置付けを得ることとなったのは⑦抵当権に基づく明渡請求（直接構成）及び⑧債権者代位の方法（代位構成）であった。

(イ) 以下では、これらの方法に関する学説を整理・概観²³³していくが、前述のお

²³⁰ 川井健『担保物権法』12頁、13頁（青林書院新社、1975年）。

²³¹ 太矢一彦「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学49巻2号56頁、57頁（2006年）、同「抵当権に基づく妨害排除請求における「抵当権侵害」の概念」東洋法学50巻1・2合併号42頁、43頁（2007年）、同「抵当権の性質について」獨協法学46号466頁（1998年）、松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法〔第2版〕』305頁（弘文堂、2008年）。もっとも、高橋・前掲（脚注229）書161頁、162頁はドイツにおける価値権説と換価権説に関する松井宏興教授の研究を紹介された上で換価権説も価値権説も径庭ないとの認識を示される。ドイツにおける価値権と換価権との関係に関する最近の研究として横田・前掲（脚注7）論文参照。

²³² 横田・前掲（脚注7）論文91頁、92頁による括りであり、その代表例として鎌田・前掲（脚注）論文280頁、281頁や高橋・前掲（脚注229）書163頁、164頁を挙げる。斎藤・前掲（脚注123）判批24頁、25頁の見解もここに位置づけられよう。なお、抵当権の本質を交換価値支配権とみることは否定できないとしつつその物的支配性を強調し調和させることが必要と指摘するものとして伊藤進『抵当権制度論』5頁（信山社、2005年）。

²³³ 学説の整理については、小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成（一）（二）」西南学院大学法学論集14巻1号1頁以下（1981年）、2号41頁以下（1981年）、石口修「抵当権の対抗力なき占有者排除効（1）（2）」九州産業大学エコノミクス5巻1

り、わが国の民法には、ドイツ民法と異なり、抵当権に基づく物権的請求権に関する規定自体が置かれていない（そもそも親規定というべき物権的請求権に関する直接の規定自体も存在しない。）。そのため、この点に関する起草者意思を正確に探求することは困難である。

また、本問題に関しては、民事執行法の施行された昭和55年前後になって執行妨害的な抵当権侵害占有の排除問題がクローズアップされるまでは、判例も乏しく、学説における議論も低調であり²³⁴、上記問題の社会問題化及び二転三転する判例の変遷に伴い、学説において活発に議論がなされ始めるに至ったという経緯がある。

(ウ) よって、ここでは、上記⑦抵当権に基づく明渡請求（直接構成）及び④債権者代位の方法（代位構成）に関し、肯定的見解と否定的見解という観点から、学説を整理していくこととする。

イ 肯定的見解

(ア) 肯定的見解の分類

a 抵当権に基づく抵当権侵害占有の排除を肯定する学説の内容は、前章で整理・概観した肯定裁判例以上に多様である。

b 法律構成

(a) まず、法律構成として、⑦端的に抵当権に基づく物権的請求権としてこれを認める説（直接構成）、④抵当権の非占有担保としての特質を考慮して債権者代位権の適用ないし転用によるべきとする説（代位構成）、⑦平成15年改正前の第395条但書の債権者取消権的性質を援用することによって抵当権者への明渡請求を正当化しようとする説等が存在する²³⁵。

(b) 上記法律構成のうち、⑦については平成15年改正により短期賃貸借制度が廃止されそれを前提とする解除請求権に関する規定自体が削除されてしまったため、現時点において解釈論として主張する学説はない。

号1頁以下（2000年）、5巻3号1頁以下（2001年）、太矢・前掲（脚注231東洋法学49巻2号）論文41頁以下、同・前掲（脚注231東洋法学50巻1・2合併号）論文25頁以下が詳しい。

²³⁴ 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1228号〔内田貴執筆〕192頁（2002年）。

²³⁵ 鎌田・前掲（脚注94）論文271頁、272頁。

(c) そこで、上記法律構成のうち、㉗の直接構成及び㉘の代位構成の優劣が議論されることとなる。

この点、学説は、㉗の直接構成を支持する見解が大半である²³⁶。

その主たる支持理由は、直接構成の簡明さであり、その裏返しとしての代位構成の補充性²³⁷、迂遠性²³⁸及び限定性²³⁹が問題視されている。

²³⁶ 代表的なものとして道垣内・前掲（脚注85）書182頁、松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求（下）」NBL683号40頁（2000年）、伊藤・前掲（脚注123）判批188頁、189頁、滝澤・前掲（脚注91）論文9頁等。

²³⁷ 前掲[8]平成11年判決の奥田補足意見も債権者代位権の転用の補充性について触れている。この点については、「債権者代位権の転用」という事象に対する価値評価の相違が大きく影響するものと思われる。

²³⁸ 構成そのものとしての迂遠性のみならず、第423条との関係や被保全権利をどう捉えるかといった副次的問題を派生させる点にも留意すべきである。前者の問題につき、[8]平成11年判決の法廷意見は「423条の法意に従い」と表現するのに対し、奥田補足意見はより端的に債権者代位権の転用事例の新たな一場合と位置付けているようである。法廷意見のいう「法意に従い」ということの意味が明らかでなく、被保全権利の理解と関連していくつかの見解が見られることにつき椿外・前掲（脚注102）座談会17頁、24頁、25頁参照。また後者の問題につき、同法廷意見は抵当権に対する侵害状態があるときに「抵当権の効力として」抵当権者が所有者に対し「その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」であるとし（なおこれを「担保価値維持請求権」と「交換価値維持請求権」とに二分し異なった要件論を展開するものとして佐久間弘道「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第572号22頁、23頁（2000年）。）、その根拠として抵当不動産の所有者は抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが「予定されている」ということを挙げるのに対し、奥田補足意見は被保全権利を「担保価値維持請求権」と称し、これは設定者又は第三取得者が抵当権の目的物を「実際に管理する立場にある者」として交換価値が減少したり実現が困難になることのないようにこれを適切に維持又は保存することが「法の要請するところ」でありその「反面として」認められるものという。ここでいう「予定されている」（法廷意見）ないし「法の要請するところ」（奥田補足意見）の意味につき、いずれも義務的要素を感じさせるものの「義務」という言葉そのものは用いていない。この点、学説の一部には、担保設定契約ないし抵当権の負担のついた抵当目的物の所有というそれ自体から「担保価値維持義務」ないし「物上債務の負担」を説くものも有力である（前者は近江幸治教授、後者は鈴木禄弥教授の見解である。なお、山野目章夫教授も「抵当不動産の保存に努めるべき義務を負う」とされる。）。また、被保全権利としての上記請求権の属性についてはこれを債権と見るべきか物権的請求権と見るべきか学説上争いがあるが、①法廷意見が「抵当権の効力として」と述べていること、②侵害行為を前提に発生する請求権と解されること及び③抵当権の優先弁済効を実現するための請求権と解されることなどから、物権的請求権と解する見解が有力である。

²³⁹ [12]平成17年判決の位置付けでも前述したとおり、代位構成については[8]平成11年判決のような不法占有の場合と異なり有権原占有の場合には代位行使の対象となる所有

(d) 以上のとおり、学説においては⑦の直接構成を支持するものが大勢であり、①の代位構成については判例変更に際しての過渡的役割を果たしたものと見る向きが強い²⁴⁰。

そこで、以下では、⑦の直接構成を前提に要件論及び効果論について整理する。

c 要件論

(a) 「占有」による抵当権侵害

⑦の直接構成の要件論のうち最も中心的要件が「占有」による抵当権侵害である。すなわち、どのような「占有」であれば抵当権が侵害されているとの評価が基礎付けられるか否かが問題となるが、学説においても未だ定説を見ない状況である。

この点、学説における議論状況としては、抵当目的物の毀損等を伴う場合については別論、毀損等を伴わない文字どおり「占有」による抵当権侵害についてはその一般的規範化に苦慮しており、基本的には、[8]平成11年判決、[9]平成12年東京地裁判決、[10]平成13年東京高裁判決及び[12]平成17年判決が具体的事案の解決として説示した規範を手がかりに検討を重ねているのが現状といえる。

代表的な見解としては、まず、内田貴教授外による私的研究会である担保法改正委員会（以下「内田外担保法改正委員会」という。）が平成14年に発表した抵当権法改正中間試案における「ある者の行為〔当該占有〕により、抵当不動産の価値が減少し又は抵当権の実行が妨げられ、その結果、抵当権者が損害を受け、又は受けるおそれ大きいとき」に抵当権侵害占有があるとする見解がある²⁴¹。すなわち、当該占有により当該抵当権者が「損害を受けるおそれ大きいこと」を要求しており、そこでいう「損害」には抵当不動産の価値の減

者の明渡請求権自体がなく代位構成が採り得ないとの懸念が学説から指摘されている。前掲脚注141参照。

²⁴⁰ 内田・前掲（脚注85）書433頁、松岡・前掲（脚注232）論文（下）40頁、伊藤・前掲（脚注123）判批189頁。

²⁴¹ 内田外・前掲（脚注234）論文〔内田貴執筆〕190頁、192頁～197頁。なお、同論文193頁は同見解の内容を定めるに当たっては[8]平成11年判決の趣旨に沿う形で立案した旨述べている。

少の外手続の著しい遅延により当該抵当権者の配当を受ける時期が遅れ何らかの損害がもたらされる蓋然性が大きい場合も含まれるとする²⁴²。その眼目は、元もと配当を受ける可能性の極めて低い後順位抵当権者による明渡請求権の行使²⁴³及び当該占有による減価によっても依然として当該抵当目的物から被担保債権全額の満足を受けうる抵当権者による明渡請求権の行使を否定することにあるようである²⁴⁴。従来の学説が、主として物理的毀損や搬出等の事案を念頭に置いてではあるが、抵当権の不可分性及び損害の立証の困難性を理由に被担保債権への配当が減少するという意味での損害を要しないと解してきたこと²⁴⁵と対照的な見解といえる²⁴⁶。

また、上記担保法改正委員会の委員でもある道垣内弘人教授は、当該占有者の占有権原が抵当権者に対抗し得ない場合で、かつ当該占有により当該抵当権者の配当額が減少する場合に占有による抵当権侵害が認められるとし、平成15年改正で新設された明渡猶予期間制度との整合性の観点から競売手続妨害目的をも要求する[12]平成17年判決の規範に理解を示される²⁴⁷。

他方、松岡久和教授は、道垣内教授の見解とは異なり、[12]平成17年判決の規範のうち競売手続妨害目的要件については不要とする。すなわち、買受け後の紛争発生を懸念させることで買受希望者の出現を困難にし（交換価値の実現阻害）又は買受希望者が減って適正な競争が成り立たず売却価額が低下する（優先弁済権行使の困難化）といった客観的に異常な占有であることを要件とすれば足り、[12]平成17年判決のいう競売手続妨害目的については別個独立

²⁴² 内田外・前掲（脚注234）論文〔内田貴執筆〕193頁。

²⁴³ [8]平成11年判決の奥田補足意見も「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」的行使を否定すべきとしていた。

²⁴⁴ 内田外・前掲（脚注234）論文〔内田貴執筆〕193頁、194頁。

²⁴⁵ 代表的なものとして我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』386頁（岩波書店、1968年）。最近のものとして清水・前掲（脚注141）判批193頁。

²⁴⁶ ドイツ法の詳細な検討によりBGB第1133条以下の要件として要求される担保力の危険（「毀損の重大性」）の判断に際しては抵当目的物の価額が被担保債権額を下回るか否かが重視されてきたことを踏まえ、被担保債権額という要素をわが国における抵当権に基づく物権的請求権の要件として再考する必要性を指摘するものとして堀田・前掲（脚注19）論文（二・完）41頁。

²⁴⁷ 道垣内・前掲（脚注85）書182頁、183頁、同・前掲（脚注142）判批23頁。

の要件とするのではなくあくまでそうした目的を推認させる関連事実は客観的な占有の異常性を推認させるものとして評価すべきであるとの見解である²⁴⁸。

また、生熊長幸教授は、有権原占有事案につき正常型と執行妨害目的の濫用型とで取扱いを峻別すべきことを主張し、(不法占有事案に加えて) 後者の場合にも「占有」による抵当権侵害を肯定する²⁴⁹。

(b) 競売申立等の時期的要件

次いで、抵当権に基づく明渡請求権の要件として、競売申立等を要するか、その時期的要件が問題となる。前述のとおり、これまで抵当権に基づく明渡請求が肯定されてきた裁判例はいずれも競売申立後の事案に限られるため、この点に関する判例の立場は定かではない。

この点、まず、競売申立ないしこれに準じた抵当権実行手続との接着性²⁵⁰を要求する見解として鈴木禄弥教授²⁵¹や松岡久和教授²⁵²、塩崎勤判事〔当時〕²⁵³らの見解がある。

次に、競売申立までは要しないが債務不履行(履行遅滞)時以降であることを要求する見解として道垣内弘人教授²⁵⁴、生熊長幸教授²⁵⁵、清水元教授²⁵⁶らの見解がある²⁵⁷。

²⁴⁸ 松岡・前掲(脚注139ジュリスト)判批78頁、79頁。同旨を述べるものとして太矢・前掲(脚注141)判批45頁、46頁。

²⁴⁹ 生熊長幸『執行妨害と短期貸借』461頁～463頁(有斐閣、2000年)。

²⁵⁰ 論者によって異なるが、たとえば鈴木教授は平成15年改正前の民法第381条における抵当権実行通知時を具体的に挙げ、松岡教授は競売開始決定前の保全処分との均衡から抵当権の実行が確実視される場合を挙げる。

²⁵¹ 鈴木禄弥・升田純「対談・最大判平11・11・24をめぐる諸問題」登記情報458号(鈴木発言)21頁以下(2000年)。

²⁵² 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(中)」NBL682号40頁(2000年)。

²⁵³ 升田純・小笠原浄二・鎌田薫・塩崎勤・志賀剛一・滝澤孝臣「座談会・最大判平成11・11・24と抵当権制度の将来」金融法務事情1569号(塩崎発言)33頁以下(2000年)。

²⁵⁴ 道垣内弘人『「侵害是正請求権」・「担保価値維持請求権」をめぐって—最大判平成11・11・24の理論的検討』ジュリスト1174号33頁(2000年)。

²⁵⁵ 生熊・前掲(脚注249)書442頁。なお、同書では履行遅滞時以外に銀行取引停止処分等債務者が経済的に危機的状況に陥った時も並列的に挙げられている。

²⁵⁶ 清水・前掲(脚注141)判批193頁。

²⁵⁷ 他に滝澤孝臣判事も被担保債権の弁済期到来時以降が相当とする。

次いで、競売申立のみならず債務不履行（履行遅滞）も絶対的要件とすべきではなく、それらがなくても抵当権者が損害を受けるおそれ大きいと認められる時（内田教授）以降又は抵当権の換価権の侵害状態が生じた時（伊藤教授）以降であれば足りるとする内田貴教授²⁵⁸、伊藤進教授²⁵⁹らの見解がある。

d 効果論

(a) 明渡しの相手方

次いで、効果論として明渡しの相手方をどう考えるべきかが抵当権の非占有担保性及び価値権性という特性との関係から問題となる。

この点、まず、所有者（抵当権設定者）への明渡しを原則としつつ、所有者の受領拒絶、受領困難及び適切な維持管理が期待できない場合には抵当権者への明渡しを認める見解として道垣内弘人教授²⁶⁰、生熊長幸教授²⁶¹らの見解があり、現在の多数説といえる。判例も同様の立場と解される。

次に、競売開始決定前は所有者への明渡しのみを認め、他方競売開始決定後は抵当権者への明渡しも認める見解として内田外担保法改正委員会²⁶²、清水元教授²⁶³らの見解がある。

なお、一部の実務家から執行官への明渡しを求める声もあるが、実体法及び執行法に対する立法的手当てがあれば別論、現行法の解釈論としてはおよそ困難と考えられる。

(b) 抵当権者へ引渡後の占有の性質

抵当権者への引渡後の占有の性質につき、判例は「管理占有」と理解するようであるが、その意味するところは明かでない。かかる「管理占有」なる概念の導入自体に批判的な見解もあるが²⁶⁴、かかる「管理占有」なる理解を前提に、

²⁵⁸ 内田外・前掲（脚注234）論文〔内田貴執筆〕194頁。

²⁵⁹ 伊藤・前掲（脚注123）判批187頁。その理由として換価権は抵当権実行申立時以降に生ずるものではなく抵当権の効力として抵当権設定時から存在するものと解されることを挙げる。

²⁶⁰ 道垣内・前掲（脚注85）書183頁。

²⁶¹ 生熊・前掲（脚注249）書454頁。

²⁶² 内田外・前掲（脚注234）論文〔内田貴執筆〕190頁、193頁、195頁、196頁。

²⁶³ 清水・前掲（脚注141）判批193頁、194頁。

²⁶⁴ 代表的なものとして清水・前掲（脚注141）判批193頁、194頁。

管理占有者としての抵当権者の地位（善管注意義務の負担、民事執行法上の保全処分申立の可否等）、管理占有中止の可否、管理に要した費用の負担、買受人への引渡手続等の予想される諸問題につき検討を加えていこうという行き方が大勢といえる²⁶⁵。

（イ）肯定的見解の視点

- a 肯定的見解は、執行妨害的占有者が占有を継続していると、買受人が現れなかったり、売却価格が下落させられたりするものが現実であるという認識を前提に、競落後に買受人が明渡を求めうるというだけでは問題の解決にならず、買受の申出に先立って抵当権者が占有者を排除しておくことが必要だと考える。
- b そして、抵当権者による明渡請求を認める上での最大の障害は伝統的な「抵当権＝価値権」論ないし「非占有担保」論であるとして、抵当権も物権である以上一定の物的支配を行っているとの観点から「抵当権が、他の物権と異なり、価値権支配であり、したがって、抵当権が満足を受けうる限り、目的物の用益については干渉しえない、というドグマ」に疑念が呈され、「抵当権は利用価値から切り離された担保価値のみを把握するという理解自体、必ずしも普遍的ではなく、固有の要因により特異な発展をみたドイツ抵当法から抽出されたものである」といった記述が好んで援用されるなど、抵当権本質論と関連づけた議論が志向されている²⁶⁶。

ウ 否定的見解

（ア）否定的見解の分類

- a 旧時の学説がそうであったように²⁶⁷、抵当権の非占有担保・価値権との特性を根拠に、第三者の占有に対する抵当権に基づく明渡請求を否定する見解が考

²⁶⁵ 代表的なものとして生熊・前掲（脚注144）論文18頁～23頁。

²⁶⁶ 鎌田・前掲（脚注94）論文272頁。最近のものとして太矢・前掲（脚注231東洋法学49巻2号）論文56頁、同・前掲（脚注231東洋法学50巻1・2合併号）論文42頁、43頁。

²⁶⁷ 生熊・前掲（脚注249）書182頁。なお、たとえば我妻・前掲（脚注245）書384頁～386頁を見ても明示的な記述はなく、同書382頁～384頁といった抵当権侵害全般に関する総論的記述及び前掲脚注8の記述等から本文のような姿勢が読み取れるというに過ぎず、そもそも当時においては本問題点自体があまり意識的に論じられていなかったことを窺わせる。しかしながら、少なくとも当時の通説的抵当権理解が、前述した第1期の裁判例及び[7]平成3年判決に与えた影響が大きかったであろうことは推認に難くない。

えられる。

- b しかしながら、前述のとおり、民事執行法の施行された昭和55年前後になって執行妨害的な抵当権侵害占有の排除問題がクローズアップされて以降は、肯定的見解が多数となっていったが、前述した否定裁判例の掲げる理由をほぼそのまま受け容れて依然否定的見解に立つ論者²⁶⁸も少数ながら見られた。

(イ) 否定的見解の視点

- a 否定的見解は、前述した否定裁判例と同様に、抵当権が非占有担保・価値権であることを強調し、抵当権者に対抗できない占有者の排除は買受人による引渡命令又は明渡判決の執行によってなすべきものとする。
- b その背景には、買受人による占有排除が可能である以上、占有者が存在するというだけで売却価格が低下することはあり得ないないしそう評価すべきではないとの認識が存するといわれる。

(2) 執行法上の手段に関する学説

ア はじめに

- (ア) 前章で執行法上の手段に関する判例の整理に際しても前述したとおり、実体法上の対抗手段である抵当権に基づく明渡請求との比較という観点からは、執行法上の手段の中でも売却のための保全処分（第55条）及び競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）との比較に意義がある。

- (イ) そこで、以下では、売却のための保全処分及び競売開始決定前の保全処分に関する学説を整理・概観する。

イ 売却のための保全処分に関する学説

(ア) 第55条の立法経緯

- a 本論文の検討課題と関連する限度で²⁶⁹、本保全処分の相手方に関する立法経緯について触れておきたい。
- b 政府原案は、現行法と同じく第55条第1項において本保全処分の相手方を

²⁶⁸ たとえば一宮なほみ「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求（下）」判例タイムズ693号17頁以下（1989年）における一宮判事の見解。

²⁶⁹ 本条の立法経緯全般については町田顯「不動産価値の保全と適正売却価格の確保」竹下守夫・鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』298頁以下（西神田編集室、1981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]571頁以下（青林書院、1991年）参照。

「債務者又は不動産の占有者」としており、民事執行法施行前の旧民事訴訟法が「債務者」のみを対象としていたのとは異なっていた。

ところが、かかる政府原案に対し、労働組合等から、倒産会社の労働組合が職場を占有して自主生産を行っている場合に本保全処分により排除される可能性があること等を理由とする反対意見が表明された結果、昭和54年第87回通常国会において、本条は第77条及び第83条とともに、相手方を「債務者」²⁷⁰に限定するよう修正された²⁷¹。

- c また、同様の理由から、第55条第2項の政府原案における相手方から「買受人に対抗できない不動産の占有者」が削除され、同条第1項の命令に違反した債務者に対してのみ執行官保管の保全処分を発令しうることに修正された²⁷²。

(イ) 立法担当者の見解

a 保全処分の相手方

民事執行法立法当初は、上記立法経緯を踏まえ、立法担当者らも条文の文言に忠実な解釈を表明していた。すなわち、債務者・所有者以外の第三者は本条の「相手方」には含まれず、かかる第三者を排除するためには債務者・所有者に代位して差し止めを求めるよりないという見解である²⁷³。

b 価格減少行為等

立法担当者の1人である浦野雄幸教授は、差押え後に設定された賃借権の賃借人が暴力団組員のような者であることが明確な場合にはかかる者の占有も著しい²⁷⁴価格減少行為等に当たると解すべきである旨述べていた。もっとも、当時の第55条第1項の相手方は債務者・所有者に限定されていたことから、当該賃借人に対し発令することはできず、単に債務者・所有者に対し賃貸しない

²⁷⁰ もっとも第55条は強制競売に関する条文であるところ第188条で担保競売に準用される際には第55条の「債務者」は債務者のみならず担保不動産所有者をも含むと読み替えるべきと解されており、かかる解釈に異論はない。

²⁷¹ 浦野編・前掲（脚注1）書170頁、生熊・前掲（脚注249）書237頁、238頁。

²⁷² 生熊・前掲（脚注249）書238頁。

²⁷³ 田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』167頁以下（金融財政事情研究会、1980年）、浦野雄幸『条解民事執行法』248頁以下（商事法務研究会、1985年）。

²⁷⁴ 前述のとおり、平成15年改正前までは価格減少行為等につき条文上「著しく」との限定が付されていた。

よう発令しうるに過ぎないことからすでに賃貸されてしまった場合には本保全処分では対応できないとされていた²⁷⁵。

(ウ) 初期の学説

a 保全処分の相手方

(a) 初期の学説においても、上記立法経緯を踏まえ、第55条の文言に忠実な解釈がとられていた。

(b) すなわち、あくまで本保全処分の相手方は債務者・所有者に限られ、ごく例外的に執行妨害目的の顕著な暴力団員等のみ債務者・所有者の占有補助者ないし準占有補助者とみうる場合が認められるに過ぎないと謙抑的に解していた²⁷⁶。

b 価格減少行為等

通常の第三者に対する賃貸等は売却価格に影響が出るとしても価格減少行為等には当たらないが、相手方の属性（暴力団員等）、目的（執行妨害目的等）、対象不動産の性質等によって反社会的と認められるときは価格減少行為等に当たりうると解する見解（占有補助者同視説）が有力であった²⁷⁷。もっとも、本保全処分の相手方が債務者・所有者に限定されていたことから上記第三者との関係では有用な手段とはなり得なかったことは前述のとおりである。

(エ) 執行裁判所における弾力的解釈が続出した時期以降の学説

a 保全処分の相手方

(a) 前章で詳細に見たとおり、[7]平成3年判決以降、東京地裁執行部を中心に、占有者が債務者・所有者以外の第三者であっても、①債務者・所有者の関与の下、②第三者に執行妨害目的が認められるときは、本保全処分の相手方として

²⁷⁵ 浦野・前掲（脚注273）書246頁以下。

²⁷⁶ 中野貞一郎『民事執行法 [第2版]』394頁（青林書院、1991年）、町田・前掲（脚注269）論文302頁等。

²⁷⁷ 中野・前掲（脚注276）書394頁。町田・前掲（脚注269）論文301頁もほぼ同旨を述べる。かかる学説における占有補助者同視説を参考としつつ、法第55条の条文から全く離れて第三者一般を保全処分の相手方とする解釈を直ちにとることは立法の経緯や従前の実務の運用からみて問題があるが、債務者の関与の下、執行妨害目的をもって競売不動産を占有する者等は、占有補助者と同視して保全処分の相手方になると解するのが妥当であるとしたのが東京地裁執行部の上記解釈（占有補助者同視説＝準占有補助者説）であると位置付けるものとして松丸・前掲（脚注188）判批235頁。

認めるとの解釈（占有補助者同視説＝準占有補助者説）に立つ弾力的運用が執行実務で見られるようになった。

学説においても、上記執行実務の解釈・運用に肯定的な見解が大勢を占めるに至るが、大きく分けると次のとおり3つの見解が存したといえる。

(b) 占有補助者同視説

上記東京地裁執行部の見解に影響を与えたのが中野教授、町田判事らの占有補助者同視説であり、その内容は前述のとおりである。

(c) 執行妨害者包含説ないし不正占有者包含説

執行妨害のための占有者は債務者の占有補助者に準じて保全処分により排除されるとの見解（準占有補助者説）であり、栗田隆教授の見解である²⁷⁸。

(d) 否定説

条文の文言及び立法経緯に忠実に、保全処分の相手方に第三者は含まれないと解する見解も根強く主張されていた²⁷⁹。

b 価格減少行為等

価格減少行為等に関しては、初期の学説に関し前述したところと大差なく、方向性としては執行実務の運用を支持する見解が多かった。

ウ 競売開始決定前の保全処分に関する学説

(ア) 第187条の2〔現第187条〕の立法経緯

本保全処分は、民事執行法制定時の政府原案にも全くなかった制度であり、まさに近時の執行実務の状況に鑑みて創設されたものといえる²⁸⁰。平成15年改正前の民法第381条において、第三取得者に対し抵当権実行通知をして滌除〔当時〕期間の経過を待たなければ競売申立ができないとされていたことから競売申立前の執行妨害行為に対する保全処分につき立法的解決の必要性が指摘されていた。かかる背景の下、本保全処分は、平成8年改正により民事執行法第187条

²⁷⁸ 栗田隆「売却のための保全処分をめぐる諸問題の検討（下）」金融法務事情1330号18頁以下（1992年）。

²⁷⁹ 富川・前掲（脚注188）論文4頁、山田正人「大阪地裁にみる売却のための保全処分申立事件の最近の決定例（上）」債権管理65号20頁（1994年）、同・前掲（脚注188）論文（下）48頁。

²⁸⁰ 深山・前掲（脚注82）論文33頁。

の2として新設された²⁸¹。後に、平成15年改正²⁸²に伴う修正が加えられた上で、第187条として条数が繰り上がっている。

(イ) 学説

- a 相手方については、第55条の平成8年改正と合わせて本条が新設され当初より債務者・所有者以外の「占有者」も条文上含まれているため、この点に関する学説の解釈は特段ない。
- b 価格減少行為の意義については第55条と同様と解されている²⁸³。
- c 第55条の実質的要件の外、「特に必要があるとき」との要件については、「担保不動産競売の開始決定前の段階において保全処分を認める必要があるとき」の趣旨であると解されており²⁸⁴、異論はない。

4 ⑧「賃料收受」に関する学説

(1) 実体法上の手段に関する学説

ア はじめに

次いで、⑧「賃料收受」の問題に関する学説を整理・概観していくこととするが、実体法上の賃料收受手段である抵当権に基づく賃料に対する物上代位に関する学説については、前章における判例の整理の行き方と同様、まず前掲[115]平成元年判決の登場前後までの時期における主として抵当権に基づく賃料に対する物上代位の肯否をめぐる学説を整理し、次に[115]平成元年判決以降物上代位肯定説を前提に債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準に関する学説の展開に分けて整理・概観していくこととする。

イ 物上代位の肯否をめぐる学説

(ア) 第372条の立法経緯

- a 第372条（現行民法の起草過程では第367条）に対応する旧民法（明治

²⁸¹ 浦野編・前掲（脚注1）書483頁、484頁。

²⁸² 平成15年改正により抵当権実行通知制度（民法第381条）が廃止されたことから相対的に競売開始決定前の保全処分の存在意義は低下したものの、抵当権の被担保債権につき期限の利益喪失通知を発信したが到達を確認できない場合等になお競売申立に先立って抵当不動産の保全をしたいとの需要が存すると指摘するものとして浦野編・前掲（脚注1）書483頁、484頁。

²⁸³ 浦野編・前掲（脚注1）書487頁。

²⁸⁴ 長野勝也・井上直哉「民事執行法の改正に伴う民事執行規則の改正の概要」金融法務事情1461号6頁（1996年）。

23年)の規定は、旧民法債権担保編第201条第1項等であり、同条項は「意外若クハ不可抗ノ原因又ハ第三者ノ所為ニ出テタル抵当財産ノ滅失、減少又ハ毀損ハ債権者ノ損失タリ但先取特権ニ関シ第百三十三条ニ記載シタル如ク債権者ノ賠償ヲ受ク可キ場合ニ於テハ其權利ヲ妨ケス」と規定していた。

- b その後、旧民法中修正案(前三編)が法典調査会に提出され審議されることとなり、明治27年11月24日に配布された第367条(現行第372条)の条文は「第三〇四条、第三〇五条、第三四五条及ヒ第三四六条ノ規定ハ抵当権ニ之ヲ準用ス」というものであった。
- c この第367条(現行第372条)については、明治27年12月4日開催の第50回法典調査会にて審議されたが、同条の立法趣旨に関しては、旧民法債権担保編に散在する諸規定を整理するとともに、先取特権及び質権に同じく同様の規定が存するので、それらを抵当権に準用する形式にする方が便宜であると述べられているに過ぎない²⁸⁵。

もともと、同席上において、起草者の1人である梅謙次郎博士が、果実については民法第366条(現行第371条)の規定があるから賃料等については民法第304条(現行第304条)は準用されないのではないかとの質問に対して、第366条(現行第371条)は天然果実に関する規定であるから、第367条(現行第372条)においては第304条の第1項及び第2項がそのまま準用されると答えている²⁸⁶。

- d その後明治29年1月に配布された第371条(先の第367条から条数変更されているも現行第372条に対応)の条文は「第二百九十六条、三百四条及ヒ第三百五十条ノ規定ハ之ヲ抵当権ニ準用ス」というものであったが、同年開催の第9回帝国議会衆議院民法中修正案委員会では特に議論は見られなかつ

²⁸⁵ 法務大臣官房司法法制調査部監『法典調査会民法議事速記録2巻』(日本近代立法資料叢書2)515頁(商事法務研究会、1984年)。

²⁸⁶ 法務大臣官房司法法制調査部監・前掲(脚注285)議事速記録819頁。なお、梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之2物権編』(有斐閣、1984年。有斐閣書房、1911年版の復刻版。)には第371条の「果実」に法定果実も含まれるかについての記述はないものの、第372条の説明において、同条の準用する第296条、第304条及び第351条の「規定ハ抵当権ニ付テモ亦同シカラサルコトヲ得サル所ナリ」としており、抵当権についても第304条がそのまま準用されると解しているように読める(513頁、515頁参照)。

た。

- e また、起草者の1人である梅謙次郎博士の著書においても、抵当権の物上代位効の及ぶ客体の範囲が旧民法に比して拡大された点についての格別の説明はなされていない²⁸⁷。富井政章博士の著書においても、同様である²⁸⁸。

そして、起草過程において、「保険金」について議論が展開されたこととは対照的に、「賃料」についてはほとんど議論がなされていない。

- f 前述した第50回法典調査会における梅謙次郎博士の発言と、これを否定するような他の起草者の見解が著されていないことからすれば、起草者としては、物上代位肯定説に立っていたものと考えられる²⁸⁹。

(イ) 学説の対立視点

学説²⁹⁰においては、第1に物上代位制度の趣旨をどう捉えるか、第2に果実には抵当権の効力が及ばないとしつつ、その但書で、抵当不動産の差押等以後は果実に抵当権の効力が及ぶものとする平成15年改正前の民法第371条第1項をいかに解するかということと絡んで見解の対立が見られた。

(ウ) 伝統的見解

- a 伝統的見解は、物上代位肯定説であった。すなわち、抵当権は目的物の交換価値を把握してこれを優先弁済にあてる権利であり、物上代位は目的物の交換

²⁸⁷ 梅・前掲（脚注286）書515頁。

²⁸⁸ 富井政章『訂正民法原論第2巻物権』（有斐閣、1985年。有斐閣、1923年合冊版の復刻版）。同書には、第371条の「果実」に法定果実も含まれるかについての記述はなく（546頁参照）、また第372条の価値代表物として「抵当不動産ノ賣却、滅失等ニ因リテ其設定者カ受クヘキ金銭其他ノ物」という表現を用いつつも（541頁）、「是曩ニ説明シタル物上代位ノ場合ナリ（347頁以下）」として先取特権の項の参照を請うている。しかるに、その先取特権に基づく物上代位の項では、「賃借人カ支拂フヘキ借賃ハ物ノ使用ノ對價ニシテ其全價格ノ一部ヲ代表スルモノナリ」として賃料に対して物上代位をなしうる点を説明づけている（351頁）。

²⁸⁹ 抵当権の効力は天然果実には及ばないとしながら、賃料に対する抵当権の物上代位を肯定するかのような起草者の態度につき、ドイツ民法典の基礎となった第一草案の理由書に示される「抵当権の効力が賃料債権にまで及ぶのは、天然果実が抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に含まれることを前提に、天然果実が抵当権の効力から離脱することの代償としてである」という観点から、理論的に成立し得るのか、あるいは合理的なものといえるのかと疑問を投げかけるものとして占部・前掲（脚注30）論文（一）113頁、142頁。

²⁹⁰ 賃料に対する物上代位の肯否をめぐる学説を整理した文献は比較的多いが、概観できるものとして柚木外編・前掲（脚注99）書〔小杉茂雄執筆〕155頁～159頁。

価値が具体化したときにその上に抵当権の効力を及ぼすものと捉える立場から、賃料は目的物の交換価値のなし崩し的な具体化であり、これに物上代位を認めるのは当然であると解し、第371条（平成15年改正前）は天然果実にのみ適用されるべきだとしていた²⁹¹。

- b その論拠としては、①民法第372条により抵当権に準用される第304条が、文言上、賃料に対する物上代位を認めていること、②抵当権は価値権である以上、目的物の交換価値のなし崩し的实现である賃料に物上代位を認めるべきこと²⁹²、③民法第371条が、付加一体物に効力が及ぶとする第370条の例外として規定された体裁となっているため、付加一体物とはなり得ない法定果実は第371条の「果実」には含まれないと解され、とすれば物上代位を肯定するのが整合的であること、④目的物を競売せずに賃料から優先弁済を受けることが抵当権者にとって望ましく、またひとまず競売を避け得る点で設定者や賃借人にとっても有利といえること²⁹³などが挙げられる。また、⑤「抵当不動産賃料と抵当利息との間の経済的関連性」を論拠として掲げる見解も見られる²⁹⁴。

(エ) [115]平成元年判決当時の多数説

- a これに対して、[115]平成元年判決当時の多数説は、賃料は目的物の利用の対価であって、交換価値を代表するものではなく、また、実質的にも、抵当権は設定時における目的物の交換価値を優先的に把握するものである以上、法定果実に対する物上代位を認めると、抵当権の優先弁済権の範囲が拡大し、ために一般債権者の利益を害することになってしまうと伝統的見解を批判し、物上代位否定説に立っていた。すなわち、抵当権の物上代位制度の趣旨は、抵当物の

²⁹¹ 我妻・前掲（脚注245）書276頁、281頁、282頁。

²⁹² こうした考え方については、賃料には派生的価値としての性格が強いことから近時は無条件肯定説の論者からも疑問が呈されている点につき、松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)－賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非」金融法務事情1504号9頁、10頁（1998年）参照。

²⁹³ 占部・前掲（脚注30）論文（一）100頁。

²⁹⁴ 占部・前掲（脚注62）論文（三・完）180頁。なお、同論文179頁はドイツ法の判例法理から抽出した右論拠が日本法においても妥当する理由として民法第358条の存在を挙げる。しかし、同条は用益質たる不動産質権の規定であり、これを非占有担保性を本質とする抵当権の解釈に類推するには、その基礎を欠くというべきではないかと思われる。

価値が何らかの原因により減少ないし滅失すれば抵当権者が損失を被り、所有者に負担のない価値が帰属することがあるので、この価値に対して抵当権者の優先権を認めるのが公平に適するというところにあるとの立場から、抵当権が追及力を有する場合には賃料に対する物上代位は否定されるべきであり²⁹⁵、第371条には法定果実も含まれるとする。

なお、この立場によれば、民法第371条第1項但書（平成15年改正前）から、抵当権実行後は抵当権の効力が及ぶことになる。ただ、賃料からの優先弁済を受けるには、現行法では債権執行とならざるを得ないから、物上代位の手続（民事執行法193条）を借用することになる²⁹⁶。

- b この説の論拠としては、①目的物の使用収益権が目的物所有者にあるのが抵当権の特性であること、②抵当権設定登記以降に対抗要件を備えた賃借権・地上権等は抵当権者に原則として対抗できないので抵当権者は損害を受けないこと、③民法第371条（平成15年改正前）の趣旨は抵当権にあってはその実行に着手するまでは目的物の使用収益権能は目的物所有者の下に留められるべきであるということにあり、したがってその適用に際しては天然果実か法定果実かによって区別されるべきではなく、とすれば物上代位を否定するのが整合的であること、④目的物に代わる保険金などの代償的価値と異なり賃料は派生的価値に過ぎないことなどが挙げられている。

(オ) 折衷説

- a 折衷説は、基本的には否定説の発想に立ちながらも、一定の条件の下でのみ物上代位を肯定する。すなわち、抵当権設定前に存在する賃貸借については物上代位を認める必要はないが、抵当権設定後の短期賃貸借は、抵当不動産の価値を減ずることになるから、この場合についてのみ、それを補償するものとして賃料に対する物上代位を認めるべきだとする²⁹⁷。
- b また、右とは別の観点からの折衷的立場として、物上保証人や第三取得者の

²⁹⁵ 鈴木禄弥「抵当権に基づく物上代位制度について」民商法雑誌25巻4号201頁以下（1950年）。

²⁹⁶ 近江・前掲（脚注75）書139頁、角紀代恵「判批」別冊ジュリスト136号（民法判例百選I〈第4版〉）181頁（1996年）。

²⁹⁷ 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(下)」金融法務事情1252号12頁以下（1990年）、高木多喜男「判批」私法判例リマークス1号37頁（1990年）。

有する賃料債権に物上代位権が行使される場合には債務者自身に対する場合とは異なる利益衡量が成り立ち得るとするものや、賃貸目的物の維持・管理費用については設定者の一般財産からの持ち出しになるとして、これらを除外した賃料債権についてのみ物上代位し得るとする見解が成り立ちうる²⁹⁸。

(カ) 第372条・第371条切断論

- a 以上の考え方に対して、賃料に対する物上代位の可否の問題と、民法第371条第1項の「果実」には法定果実が含まれるか否かという問題との間には、論理必然的な関係はないとの考え方が有力に主張されている²⁹⁹。
- b この考え方は、民法第371条第1項が法定果実に適用されるために、法定果実には当然には抵当権の効力が及ばないとしても、そのことから直ちに、法定果実に対する抵当権に基づく物上代位が否定されるわけではないとする。すなわち、物上代位は、本来は担保物権の効力の及ばないものに対して担保物権の効力を及ぼす制度であることから、第371条第1項を法定果実にも適用して法定果実には抵当権の効力が及ばないと解しても、そのことだけでは、法定果実への物上代位を否定する理由の十分な説明にはなっていないというわけである。したがって、この考え方によれば、第371条第1項が法定果実に適用されると解しても、物上代位に対して与えられた制度趣旨如何によっては、物上代位が肯定されることもあれば、否定されることもあることになる³⁰⁰。

ウ 債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準に関する学説

(ア) 第304条の立法経緯³⁰¹

- a 第304条に対応する旧民法の規定は、旧民法債権担保編第133条であり、同条第1項は「先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三

²⁹⁸ 松岡・前掲（脚注292）論文10頁参照。しかし、同論文12頁、13頁は、結論においてこれらの見解を否定している。

²⁹⁹ 道垣内・前掲（脚注91）書116頁、17頁、鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」『石田＝西原＝高木還暦・金融法の課題と展望』39頁（日本評論社、1990年）。

³⁰⁰ 現に、鎌田・前掲（脚注299）論文は物上代位を肯定され、道垣内・前掲（脚注91）書は否定されていた。

³⁰¹ 第304条の立法経緯については先行研究が多いが比較的最近のもので概観できるものとして内田外・前掲（脚注234）論文〔内田貴執筆〕207頁～209頁、詳細なものとして生熊・前掲（脚注85）書3頁～20頁。

者此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ此賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ合式ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス」と規定し、同条第2項は「先取特権ノ負担アル物ヲ売却シ又ハ賃貸シタル場合及ヒ其物ニ関シ権利ノ行使ノ為メ債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ」と規定していた。

- b この旧民法債権担保編第133条の基となったのがボアソナード草案第1138条であり、同条第1項は「若シ先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者カ此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ右ノ賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ適正ノ方式ニ従ヒ弁済ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ要ス」と規定し、同条第2項は「先取特権ニ属シタル物ノ売却又ハ賃貸アル場合及ヒ其物ニ関スル法律上又ハ合意上ノ権利ノ行用ノ為メ債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ但災害ノ場合ニ於テ保険者ノ負担スル賠償ニ関シ第千三百三十九条ニ記載シタルモノヲ妨ケス」と規定していた。

同草案につき、ボアソナードは、本条の原則はイタリア法典（イタリア民法第1951条）より取り入れたものであり、物上代位の種類により、明らかに旧価額にて代表する新価額への移転によるその先取特権の保存をするものであって他の債権者を害しないと考えるべきであるが、この代位によって第三債務者を誤弁済の危険に陥れてはならないから、第三債務者が先取特権者の方から故障（異議）を告知せらるべきこととし、もってこれを予防したものである³⁰²旨述べている。

その後、上記草案は、明治21年に法律取調委員会にて一部修正され、同修正案が認められた。

こうした経緯を経て、旧民法債権担保編第133条が成立した。

- c その後、旧民法中修正案（前三編）が法典調査会に提出され審議されることとなり、明治27年10月18日に配布された第304条（現行第304条）

³⁰² なお前掲脚注221参照。

の条文は、同条第1項が「先取特権ハ其目的物ノ売却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金額其他ノ有価物ニ対シテモ之ヲ行フコトヲ得但先取特権者ハ其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」、同条第2項が「債務者カ先取特権ノ目的物ノ上ニ設定シタル物権ノ対価ニ付キ亦同シ」というものであった。

その2年後の明治29年、上記第304条の条文はさらに現行法とほぼ同様の文言として第9回帝国議会衆議院民法中修正案委員会の審議の対象とされ、その席上で同条第1項但書の趣旨につき、起草者の1人である穂積陳重博士は、品物を売り渡した場合に買主がすでに代金を払い渡してしまったときは、どれだけの金銭が先取特権の目的物の代わりであったかがわからなくなってしまい、その変じたものの境界がわかるときに限り先取特権の行使を許すことにしないと実際行われぬことになることを挙げ、いわゆる特定性維持説の立場に立った説明を行っていた。そこでは、旧民法立法過程においていわれていた第三債務者保護という趣旨は述べられていない。

(イ) 差押えの趣旨に関する学説の整理

差押えの趣旨に関する学説は少数説まで含めると多岐にわたるため、ここでは代表的なものを整理する³⁰³。

a 特定性維持説

- (a) 抵当権の物上代位権につき抵当権が価値権であることから生ずる当然の権利であるとし（価値権説）、差押えは代位される物の特定性を維持するための要件であると解する見解である³⁰⁴。
- (b) 同説からは、他人による差押えでも目的物の特定性は維持されるとし、当該抵当権者自身の差押えである必要はないとの解釈に至りやすいとされている

³⁰³ 第372条で抵当権に準用される第304条但書の差押えの趣旨に関する学説を整理した文献は多数あるが、概観できるものとして柚木外編・前掲（脚注99）書〔小杉茂雄執筆〕167頁～172頁、詳細なものとして生熊・前掲（脚注85）書104頁～116頁、121頁～124頁、171頁～174頁、180頁～183頁。

³⁰⁴ 我妻・前掲（脚注245）書288頁、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（第3版）』281頁、282頁（有斐閣、1982年）、鈴木禄弥『物権法講義〔3訂版〕』155頁（創文社、1985年）、川井・前掲（脚注230）書61頁等。長らく通説的見解と目されていた。

(c) また、同説からは、債権譲渡や転付命令によって目的債権の帰属が変わったとしても、差押えにより特定性が維持されている限りは、弁済がなされるまでは物上代位権の行使は妨げられないとの解釈に至りやすい。

b 優先権保全説

(a) 物上代位権を法が特に認めた権利であるとし（特権説）、差押えは優先権保全のための要件であると解する見解である³⁰⁶。

(b) 同説からは、当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている。

(c) また、同説からは、債権譲渡等の対抗要件具備の前に差し押さえなければ物上代位権を行使することはできないとの解釈に至りやすい。

c 二面性説

(a) 差押えは、請求権を特定するという意味を有すると同時に、第三債務者に対する処分の禁止・弁済の制限という形でその優先権を公示する意味もあり、二面性を有していると解する見解である³⁰⁷。

(b) 同説からは、当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている。

d 第三債務者保護＝保全的差押説

(a) 第372条で準用される第304条は抵当権の効力が代位物の上に及んでいることを当然の前提としつつも、抵当権者自身による差押えをその効力保存要件としていると解すべきであるから、差押えは優先権保全のための要件であり、債権譲渡は「払渡」に当たるが債権質入れは「払渡」とは逆方向の拘束性を生ずるものであるから質権設定の対抗要件具備時と抵当権設定登記時との先後で決すべきと解する見解である³⁰⁸。

³⁰⁵ そのような解釈に立つ見解が多いが、両者の論理的結びつきについて異論を述べる見解もある。たとえば高橋・前掲（脚注220）判批70頁。

³⁰⁶ 内田・前掲（脚注85）書408頁外多数。近時有力な見解である。

³⁰⁷ 高島平蔵『物的担保法論』65頁（成文堂、1977年）、高木多喜男『担保物権法』130頁（有斐閣、1984年）、近江・前掲（脚注75）書144頁。

³⁰⁸ 吉野衛「物上代位に関する基礎的考察（上）（中）（下）」金融法務事情968号6頁以下（1981年）、同971号6頁以下（1981年）、同972号6頁以下（1981年）参照。

(b) 同説からは、当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている。

e 第三債務者保護説

(a) 差押えの趣旨を第三債務者の誤弁済防止にあるとし³⁰⁹、第三債務者が未弁済の場合は物上代位を認めて差し支えなく、他の第三者との関係では抵当権が及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとして登記時を基準に優劣を決すれば足りると解する見解である³¹⁰。

(b) 同説からは、当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている。

(ウ) 債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準に関する学説の整理³¹¹

a 債権譲渡との優先劣後基準

(a) 弁済前の差押えで抵当権者が優先するとの見解

この見解には大別して2つの構成がある。

第1は、前述の特定性維持説を前提に、債権譲渡後弁済前に抵当権者が差し押さえれば抵当権者の物上代位が優先するとの見解である。

第2は、前述の第三債務者保護説を前提に、債権譲渡は「払渡し又は引渡し」に含まれず、債権譲渡後対抗要件具備された後であっても、弁済前に抵当権者が差し押さえれば抵当権者の物上代位が優先するとの見解である。同見解に立った場合、目的債権の弁済期到来の有無により区別するか否かでさらに見解が分かれ、具体的には、これを区別しない見解（現在の判例の立場）と弁済期到来前の債権についてのみ物上代位を優先させる見解とがある。

(b) 差押え時説³¹²

抵当権者の差押えと債権譲渡の対抗要件の具備との先後で優劣を決する見

³⁰⁹ すなわち同説によれば差押えは競合する第三者と物上代位権者との関係を規律するものではない。

³¹⁰ 清原泰司『物上代位の法理』72頁、101頁（民事法研究会、1997年）等。

³¹¹ 債権譲渡との優先劣後基準に関する学説も少数説まで含めると多岐にわたるため、ここでは代表的なものを整理するにとどめる。弁済期到来の有無による区別という観点から詳細に学説の整理を行うものとして生熊・前掲（脚注85）書241頁～247頁、弁済期未到来の賃料債権の譲渡がその後の抵当不動産本体の物的処分に対抗しうると考えるか否かを基準に学説の整理を行うものとして同書253頁～256頁。

³¹² 競合債権者保護説とも呼ばれる。

解である。

前説と同様、目的債権の弁済期到来の有無により区別するか否かでさらに見解が分かれる。

さらに、弁済期到来の有無により区別する見解に立ちつつ、弁済期到来前の債権については、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときはその時以降の賃料債権は債権譲渡の譲受人ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属し、また抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降賃料債権については物上代位が優先するとの見解もある³¹³。

(c) 抵当権登記時説

抵当権設定登記と債権譲渡の対抗要件の具備との先後で優劣を決する見解である。

前々説 ((a) 説) と同様、目的債権の弁済期到来の有無により区別するか否かでさらに見解が分かれる。

b 一般債権者による差押えとの優先劣後基準

(a) 弁済前の差押えで抵当権者が優先するとの見解

一般債権者が差押命令を得ても弁済前に抵当権者が差し押さえれば抵当権者が優先するとの見解である³¹⁴。

(b) 弁済又は転付命令前の配当要求で抵当権者が優先するとの見解

一般債権者が差押命令を得ても弁済又は転付命令までに抵当権者が配当要求すれば抵当権者が優先するとの見解である³¹⁵。

(c) 双方の差押命令の第三債務者への送達先後説

物上代位による差押命令と一般債権者の差押命令が第三債務者に送達された時期の先後で決すべきとする見解である。

(d) 抵当権登記時説

一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決すべきとの見解である³¹⁶。

313 占部洋之教授の見解であり、生熊長幸教授も基本的に同様の見解を採られる。

314 我妻・前掲（脚注245）書290頁。

315 鈴木・前掲（脚注304）書174頁。

316 現在の判例の立場である。

c 相殺との優先劣後基準³¹⁷

(a) 差押え時説

抵当権者の差押え時を基準に、相殺予約により前記差押え時より前に反対債権を取得するか又は両債権の対向関係が生じていた場合には相殺を優先させるべきとの見解である。

(b) 抵当権登記時説

抵当権設定登記により物上代位権も公示されているとの立場から同登記時以降に賃借人が賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、差押え後の抵当権者に対抗できないとする見解である³¹⁸。

同説の中でも、賃借人が自働債権とする債権の性質（たとえば賃貸借関係とは無関係の貸金債権等の一般債権もあれば賃貸借関係と密接な関連を有する敷金返還請求権の場合もある。）により別異に扱うべきとの立場もある。

(c) 二段階基準説

抵当権設定登記時と賃借人の賃貸借契約締結及び自働債権取得時との先後を基準としつつ、抵当権者の差押え前に生じた賃料債権で相殺適状のものについては抵当権者の差押え後に相殺の意思表示がなされた場合でも相殺の遡及効により相殺が優先すると解する見解である³¹⁹。

(2) 執行法上の手段に関する学説

ア はじめに

前述のとおり、㊸「賃料収受」に関しては、担保・執行法制の平成15年改正により、民事執行法上の制度として担保不動産収益執行制度が創設されている（民事執行法第180条第2号、第188条・第93条～第111条）。

もともと、担保不動産収益執行制度が実際に施行されてからまだ4年半と日が浅

³¹⁷ 相殺との優先劣後基準に関する学説も少数説まで含めると多岐にわたるため、ここでは代表的なものを整理するにとどめる。

³¹⁸ 同説の中にも理由付けの点も含めていくつかのバリエーションがあり、現在の判例の立場と同一の見解や抵当権設定登記により賃料債権は抵当権者の差押え前からすでに処分を禁じられており抵当権者の差押え前の相殺によって賃料債権は消滅しないと解する高木多喜男教授の見解（同「抵当権の物上代位と相殺」銀行法務21第564号32頁（1999年））等がある。

³¹⁹ 松岡久和「賃料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣（2）」金融法務事情1595号43頁（2000年）。

いため、執行実務における運用を通じて、実務的見地から見解が表明されつつあるというのが現状である。

イ 担保不動産収益執行制度の立法経緯

(ア) 創設の背景

- a 判例が抵当権に基づく賃料に対する物上代位を肯定する立場を固めて以降、賃料に対する物上代位は⑩「賃料収受」手段として広く行われてきたが、肯定説に立つ実務の立場からも、物上代位制度による賃料収受には主として5点³²⁰の重大な問題点があることがつとに意識されるようになってきた。
- b すなわち、第1に、物上代位制度では差し押さえた賃料債権のすべてを債権回収に充ててしまうことから、抵当不動産の維持・管理費用の原資が枯渇し、その結果抵当不動産の劣化・荒廃が進んで賃貸物件としての価値が下落し、ひいては賃借人の流出、売却価格の下落という好ましくない事態を招いてしまう点である³²¹。

第2に、賃料に対する物上代位は抵当権の本来の優先順位とは無関係に行われることから、いわば早い者勝ちの状態となってしまう、他の担保権者との関係も含め、本来の優劣関係に従った配当が確保されない点である³²²。

第3に、所有者・賃借人間の法律関係を意図的に不明確にするなどの妨害手段が横行しており賃料に対する物上代位手段が奏功しない事案も多い点である³²³。

第4に、所有者自らが使用している物件及び空室については物上代位の対象が存しないことから賃料に対する物上代位の方法を採れない点である³²⁴。

第5に、賃料に対する物上代位は単に所有者・賃借人間に発生した賃料債権

³²⁰ 他に理論的理由として担保権実行手続においても強制執行手続において認められている強制管理手続（第93条以下）と同様の制度を設けることにより平仄を合わせアンバランスを解消するとの理由も挙げられていた。

³²¹ 道垣内外・前掲（脚注85）書33頁、角井・前掲（脚注85）論文88頁、坂本・前掲（脚注97）論文5頁、生熊・前掲（脚注85）書292頁、天野外・前掲（脚注85）書25頁、内田・前掲（脚注85）書400頁。

³²² 道垣内外・前掲（脚注85）書33頁、角井・前掲（脚注85）論文88頁、89頁、生熊・前掲（脚注85）書292頁、天野外・前掲（脚注85）書25頁、内田・前掲（脚注85）書400頁。

³²³ 角井・前掲（脚注85）論文88頁。

³²⁴ 角井・前掲（脚注85）論文88頁。

につき優先権を行使しうるに過ぎないため妨害目的等で賃料額を不当に低く設定している場合に対応できない点である³²⁵。

- c こうした問題意識の高まりから、③「賃料収受」方法として、より合理的かつ公平な手段を創設すべく立法化されたのが、平成15年改正による担保不動産収益執行制度である。

(イ) 経済戦略会議答申

経済戦略会議は、平成11年2月26日、「日本経済再生への戦略」と題する答申の中で、「抵当権の実行としての強制管理制度の導入」の必要性を指摘し、これにより公的な場としては初めて³²⁶担保不動産収益執行制度の創設が検討課題として掲げられた³²⁷。

(ウ) 要綱中間試案及び補足説明

a 要綱中間試案取りまとめの経緯

(a) 平成13年2月16日、法務大臣から、法制審議会に対し、「社会・経済情勢の変化への対応等の観点から、抵当権その他の担保権及びその実行としての執行手続等に関する法制の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問（第49号）がなされ、これを受けて、その調査審議を行うため、法制審議会内に担保・執行法制部会が設置され、同部会において、同年5月から、上記諮問事項についての審議が開始された³²⁸。

(b) また、平成13年6月12日、司法制度改革審議会が、同日付意見書において、民事司法制度の改革の一環として民事執行制度の見直しに関する提言を行ったため、同月18日、法務大臣から、法制審議会に対し、「権利実現の実効性をより一層高めるという観点から、民事執行制度の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との新たな諮問（第53号）がなされ、同諮問事項についても担保・執行法制部会にて審議が行われることとな

³²⁵ 道垣内外・前掲（脚注85）書33頁。

³²⁶ 学説では古くから竹下守夫教授等が立法の必要性を指摘し、また民事執行法制定時にも議論はあった。

³²⁷ もっとも、平成11年6月4日公表の「経済戦略会議答申に盛り込まれた各種提言に対する政府の検討結果」では抵当権の非占有担保性や債務者への著しい不利益となる可能性を理由に実現のためには乗り越えるべき問題が多いとの位置付け（C分類）がなされていた。

³²⁸ 谷口外・前掲（脚注85）判例タイムズ論文4頁。

った³²⁹。

- (c) その後、担保・執行法制部会は、上記2つの諮問事項につき審議を重ね、平成14年3月19日、「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」を取りまとめ、事務当局である法務省民事局参事官室作成の補足説明とともに公表し、関係団体等に対する意見照会及び一般からの意見募集の手続が実施されるに至った³³⁰。

b 要綱中間試案の内容

- (a) 担保不動産収益執行制度関連では、要綱中間試案は、不動産の収益に対する抵当権の効力に関し、次の2点につき、なお検討するとしていた。

- (b) 第1点は、抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合においてその内容をどのようなものとするかである。

この点につき、要綱中間試案は、以下の2つの案を掲げていた。

まず、A案は、民事執行法における強制管理と同様に、競売とは別個の、抵当権者が不動産の収益から優先弁済を受けるための手続とするとの案である。

次に、B案は、競売に付随して、差押え後売却までの間において抵当権者が不動産の収益から優先弁済を受けるための手続とするとの案である。

- (c) 第2点は、抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において抵当権に基づく賃料に対する物上代位の在り方の見直しをする必要があるかである。

この点についても、要綱中間試案は、以下の2つの案を掲げていた。

まず、A案は、抵当不動産の賃料に対する物上代位は認めつつ、賃料に対する物上代位と強制管理に類する手続についての調整規定を設けることとする案である。

次に、B案は、抵当不動産の賃料に対する抵当権の効力については、強制管理に類する手続によってのみ実現すべきものとし、賃料に対する物上代位は認めないものとするとの案である。

- (d) そして、(後注)として、不動産の賃料に対して抵当権の効力が及ぶことの

³²⁹ 谷口外・前掲(脚注85)判例タイムズ論文4頁。

³³⁰ 谷口外・前掲(脚注85)判例タイムズ論文4頁、生熊・前掲(脚注85)書293頁。

当否自体についても、なお検討するとしていた。

(エ) パブリック・コメントその他の提案意見の内容

a パブリック・コメントその他の提案意見の内容としては、そもそも「抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するもの」を制度として設けるべきか否かから始まって、その具体的内容に至るまで多様な意見が寄せられたが³³¹、要綱中間試案の上記求意見事項に絞って整理すると、次のとおりとなる。

b 求意見事項第1点に対して

(a) A案（競売を前提としない強制管理の導入案）を支持する見解

A案（競売を前提としない強制管理の導入案）を支持する見解として、道垣内弘人教授³³²、松岡久和教授³³³、生熊長幸教授³³⁴、野村秀敏教授³³⁵、山本和彦教授³³⁶、古積健三郎教授³³⁷、小山泰史教授³³⁸、裁判所17庁（母数40庁の42.5パーセント）³³⁹等がある。

(b) B案（競売を前提とする強制管理の導入案）を支持する見解

他方、B案（競売を前提とする強制管理の導入案）を支持する見解として、

³³¹ 収益型ではなく実行型（占有排除型）の抵当権に基づく物件管理制度に関するものとして平野裕之「執行・実行妨害」ジュリスト1223号16頁、17頁（2002年）。他方、山本和彦「抵当権に基づく物件管理制度」銀行法務21第601号25頁、26頁（2002年）はかかる実行型（占有排除型）の強制管理制度の創設は制度を混乱させてしまうおそれがあり売却のための保全処分を改善強化していくのが本筋であると主張する。こうした物件管理と妨害排除をめぐる問題を整理するものとして福永有利（司会）・生熊長幸・松岡久和・道垣内弘人・山本和彦・高田裕成「〈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—」銀行法務21第600号16頁～22頁（2002年）。また、抵当権に基づく強制管理類似制度に関する論点全般については木下外・前掲（脚注85）座談会（第1回）9頁～22頁が詳細である。

³³² 福永外・前掲（脚注331）座談会〔道垣内発言〕25頁以下。

³³³ 福永外・前掲（脚注331）座談会〔松岡発言〕25頁。

³³⁴ 生熊・前掲（脚注85）書319頁。

³³⁵ 野村教授の見解については野村秀敏「抵当権に基づく収益管理制度の構想／独立型」NBL737号8頁以下（2002年）。一般債権者の行う強制管理とは別個の簡易な収益管理制度を設けるべきであるとする。

³³⁶ 山本・前掲（脚注331）論文24頁以下。

³³⁷ 古積健三郎「抵当権による収益管理制度と賃料債権への物上代位」法律時報74巻8号37頁以下（2002年）。

³³⁸ 小山泰史「『担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案』の検討—賃借人保護の視点から—」立命館法学282号146頁（2002年）。

³³⁹ 道垣内外・前掲（脚注85）書37頁。

内田外担保法改正委員会³⁴⁰、鳥谷部茂教授³⁴¹、高橋眞教授³⁴²、山野目章夫教授³⁴³、裁判所23庁（母数40庁の57.5パーセント）³⁴⁴等がある。

c 求意見事項第2点に対して

(a) A案（賃料への物上代位を肯定した上で強制管理との調整規定を設ける案）を支持する見解

A案（賃料への物上代位を肯定した上で強制管理との調整規定を設ける案）を支持する見解として、鳥谷部茂教授³⁴⁵、高橋眞教授³⁴⁶、山野目章夫教授³⁴⁷、古積健三郎教授³⁴⁸、小山泰史教授³⁴⁹、裁判所12庁（母数36庁の約33.3パーセント）³⁵⁰等がある。

(b) B案（賃料への物上代位を否定して強制管理を設ける案）を支持する見解
他方、B案（賃料への物上代位を否定して強制管理を設ける案）を支持する見解として、内田外担保法改正委員会³⁵¹、生熊長幸教授³⁵²、裁判所24庁（母数36庁の約66.6パーセント）³⁵³等がある。

³⁴⁰ 内田外・前掲（脚注234）論文〔山本和彦執筆〕239頁、240頁、〔角紀代恵執筆〕206頁。

³⁴¹ 高橋外・前掲（脚注85）論文（一）〔鳥谷部茂執筆〕240頁。

³⁴² 高橋眞「強制管理」ジュリスト1223号29頁以下（2002年）。

³⁴³ 山野目教授の見解については山野目章夫「抵当権に基づく収益管理制度の構想／付随型（上）（下）」NBL739号31頁以下（2002年）、740号64頁以下（2002年）。

³⁴⁴ 道垣内外・前掲（脚注85）書37頁。

³⁴⁵ 高橋外・前掲（脚注85）論文（一）〔鳥谷部茂執筆〕241頁。但し、賃料に対する物上代位と他の債権譲渡等の賃料処分手段との優劣に関する現在の判例の立場には問題があるとし、第三取得者の保護と第三者との公平な対抗基準を設定することを条件としてA案を支持するとの留保を付している。

³⁴⁶ 高橋・前掲（脚注342）論文34頁。

³⁴⁷ 脚注338参照。調整方法としては付随型収益管理開始後は物上代位を許容しないとす。

³⁴⁸ 古積・前掲（脚注337）論文37頁、40頁。

³⁴⁹ 小山・前掲（脚注338）論文147頁～149頁。なお、同論文147頁には「B案に賛成する」と記述されているが前後の文脈から「A案に賛成する」の誤記と思われる。

³⁵⁰ 道垣内外・前掲（脚注85）書37頁。

³⁵¹ 内田外・前掲（脚注234）論文〔角紀代恵執筆〕203頁、210頁、山本和彦執筆〕237頁。全廃論である。

³⁵² 生熊・前掲（脚注85）書325頁、326頁。内田外担保法改正委員会が全廃論であったのに対し、生熊教授は小規模物件についてのみ物上代位を認める余地を残す。

³⁵³ 道垣内外・前掲（脚注85）書37頁。

(オ) 要綱の答申

- a 担保・執行法制部会は、要綱中間試案に対するパブリック・コメントその他の提案意見の内容を踏まえてさらに検討を進めた結果³⁵⁴、平成15年1月28日、「担保・執行法制の見直しに関する要綱案」を策定し、同年2月5日、法制審議会にて同案のとおり「担保・執行法制の見直しに関する要綱」が全会一致で決定され、同日、法務大臣に対し、答申された³⁵⁵。
- b 要綱中間試案との関係では、結果として、求意見事項第1点に関しA案（競売を前提としない強制管理の導入案）が、求意見事項第2点に関しA案（賃料への物上代位を肯定した上で強制管理との調整規定を設ける案）がそれぞれ採用されたことになる。
- c また、新たに創設する担保不動産収益執行制度の実体法上の根拠を明らかにするとの観点等から、民法第371条を被担保債権の不履行後は抵当権の効力がその後生じた果実に及ぶと改正することとされた。

(カ) 国会審議

- a 法務省は、法務大臣に答申された上記要綱に基づいて民法及び民事執行法等の改正法律案の立案作業を行い、平成15年3月14日、「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」（内閣提出法律案第102号）を国会に提出した³⁵⁶。
- b 上記法律案のうち担保不動産収益執行制度に関しては、衆議院法務委員会及び衆議院本会議においても格別の修正はなされないまま賛成多数で可決され、その後送付された参議院法務委員会においても格別の修正はなされないまま、平成15年7月25日、参議院本会議にて賛成多数で可決され、「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」として成立した³⁵⁷。

(キ) 公布・施行

上記法律は、平成15年8月1日、平成15年法律第134号として公布され、

³⁵⁴ 道垣内外・前掲（脚注85）書37頁。

³⁵⁵ 谷口外・前掲（脚注85）判例タイムズ論文4頁、5頁。

³⁵⁶ 谷口外・前掲（脚注85）判例タイムズ論文5頁。

³⁵⁷ 谷口外・前掲（脚注85）判例タイムズ論文5頁。

同年12月9日の閣議における政令に基づき、平成16年4月1日から施行されている。

ウ 担保不動産収益執行制度に関し指摘されている実務的問題点及び見解

(ア) 前述のとおり、担保不動産収益執行制度が実際に施行されてからまだ4年半と日が浅い。また、担保不動産収益執行手続規定の準用元となる強制管理制度自体が従前ほとんど用いられてこなかった関係で解釈・運用ともに不明確な点が多い³⁵⁸。執行実務における運用を通じて、実務的見地からいくつかの問題点が指摘され、これらに対する見解が表明されつつあるというのが現状である。

よって、ここでは、実務的に指摘される代表的な問題点とこれらに対する若干の見解を整理することとする。

(イ) 収益管理人選任以前に賃料債権が譲渡されていた場合の優劣

a 問題の所在

物上代位と債権譲渡の問題とパラレルに考えれば現在の判例の立場では物上代位が基本的に優先するのと同様、担保不動産収益執行が基本的に優先するとも考えられる一方、収益管理人は抵当権設定者の地位を受け継ぎ代わってその収益を管理すると考えると抵当権設定登記後の債権譲渡であっても設定者同様収益管理人も拘束されるべきとも考えられるため問題となる³⁵⁹。

b 見解

1つの視点として収益管理人に第三者性を認めるか否かが挙げられており、これを肯定するのであれば担保不動産収益執行を基本的に優先させる方向で解してよいのではないかとの見解が見られる³⁶⁰。

(ウ) 給付義務者の特定における給付義務の特定の要否・程度

a 問題の所在

給付義務者の特定につき開始決定の段階ではまだ事実関係が不詳・不明な場合が多いところ、民事執行規則第170条第3項によれば「担保不動産収益執

³⁵⁸ 鎌田外・前掲（脚注97）座談会（2）〔道垣内発言〕91頁。

³⁵⁹ この問題を論じたものとして鎌田薫／道垣内弘人／安永正昭／始関正光／松岡久和／山野目章夫／片岡義広／山本克己／渡辺昭典「〔座談会〕不動産賃料債権の帰属（3）」ジュリスト1347号40頁～43頁（2007年）。

³⁶⁰ 鎌田外・前掲（脚注359）座談会（3）〔山本発言、山野目発言、片岡発言〕40頁～42頁。

行の申立書には、第1項各号に掲げる事項のほか、給付義務者を特定するに足りる事項及び給付請求権の内容であつて申立人に知れているものを記載しなければならない。」と規定されていることから、申立人において賃借号室番号等まで給付請求権の内容を特定して記載してくることが多く、また従前の強制管理時代からその開始決定ないし給付命令に「給付義務者及び給付義務の内容目録」を添付しこれを本文に引用する形で決定書に表示する実務慣行があったことから、担保不動産収益執行においても同様の申立て及び発令が見られるが、第188条で準用されるところの第93条第1項の「執行裁判所は、・・・債務者が賃貸料の請求権その他の当該不動産の収益に係る給付を求める権利（・・・）を有するときは、債務者に対して当該給付をする義務を負う者（・・・）に対しその給付の目的物を管理人に交付すべき旨を命じなければならない。」との文言に照らせば、「払うべきものがあれば払いなさい」との趣旨の申立て及び決定をなすように改める方が条文の文言及び制度の趣旨に合致するのではないかというのが問題意識である³⁶¹。

b 見解

給付義務者の特定につき賃借号室番号等まで特定して給付義務の内容を記載する必要はなく、むしろ条文の文言及び法制審議会の担保・執行法制部会において給付請求権の中身が必ずしも明確でない事案にこそ（賃料に対する物上代位ではなく）担保不動産収益執行を利用してもらおうとの形で議論がなされた経緯に照らせば、給付請求権の特定に過度に拘らない申立て及び発令に改めていくべきとの見解が表明されている³⁶²。

(エ) 転貸借がある場合の給付義務者及び給付義務

a 問題の所在

転貸借案件で原賃料を転貸賃料に比して著しく低廉に設定してある場合における給付義務者及び給付義務をどのように解すべきか、場合によっては原賃料

³⁶¹ この問題を論じたものとして鎌田外・前掲（脚注97）座談会（2）97頁～100頁。実際の担保不動産収益執行制度において発令を担当した東京地裁の谷口園恵判事による問題提起である。

³⁶² 鎌田外・前掲（脚注97）座談会（2）[谷口発言、松下発言、始関発言、山野目発言]99頁、100頁。

ではなく転貸賃料を収益することが可能かというのが問題意識である³⁶³。

b 見解

(a) 原賃料の限度での収益を原則としつつ同視しうる場合に例外を認める説

民法第613条の解釈上、転借人への請求は原賃料の限度でしかなし得ないことから、転借人を給付義務者として発令した場合でも原賃料以上は収益できないのが原則であり、ただ転貸賃料に対する物上代位に関する判例の規範と同様仮装的等の理由で同視しうる場合には例外的に転借料を収益しうると解する見解が考えられる³⁶⁴。

(b) 収益管理人に原賃貸借を解除して転貸借人と直接賃貸借契約を締結する権限を認める説

他方、収益管理人の地位・権限として原賃貸借を解除して転貸借人と直接賃貸借契約を締結する権限を認めることで当初の転貸賃料相当額を収益することができるとの見解も考えられる³⁶⁵。

(オ) 収益管理人の火災保険契約締結権限の有無

a 問題の所在

収益管理人の権限については、①その管理、収益収取及び換価行為（第188条・第95条第1項）は民法第103条の保存行為・利用行為・改良行為の範囲内でなければならないという制約（執行法第95条第2項参照）並びに②収益執行は元本執行ではないことから収益管理人の権限は収益を目的とする不動産の管理に限られるという2面からの制約があるところ、収益管理人に火災保険契約の締結権限が認められるかというのが問題意識である³⁶⁶。

b 見解

³⁶³ この問題を論じたものとして鎌田外・前掲（脚注97）座談会（2）93頁、100頁、101頁。申立代理人となることの多い古賀政治弁護士及び発令を担当する東京地裁の谷口園恵判事による問題提起である。

³⁶⁴ 鎌田外・前掲（脚注97）座談会（2）[谷口発言、始関発言、鎌田発言、山野目発言]100頁、101頁。

³⁶⁵ 鎌田外・前掲（脚注97）座談会（2）[始関発言]100頁、101頁。同説に対し民事執行法第95条第2項で長期賃貸借をするに際し債務者の同意を要するとされていることとのバランス上強制管理の管理人には保全的な地位しか認めてこなかった従来の解釈との整合性の問題を指摘するものとして同座談会（2）[松下発言]101頁。

³⁶⁶ 坂本・前掲（脚注97）論文10頁。大阪地裁執行部で発令を担当していた坂本寛判事による問題提起である。

上記制約①との関係では火災保険契約締結は収益維持のために有益な行為と解されるし、制約②との関係でも収益執行の実効性を高める観点及び第95条第1項が「収益を目的とする不動産の管理」ではなく単に「不動産について、管理」と規定するのみであることから間接的に有益な管理行為も収益を目的とするものであると解しうることに照らし、火災保険契約の締結は収益管理人の権限に属すると解する見解がある³⁶⁷。

5 小括

(1) 本章では、④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題に対する各実体法・執行法上の手段に関する学説を概観し、各手段の要件・効果等に対する学説の考え方を整理した。

(2) ④「抵当権侵害占有排除」に関する学説

ア 実体法上の手段に関する学説

(ア) ④「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段として学説上最も支持されたのは、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）であった。かかる構成については、学説上も肯否両論存しはしたが、[7]平成3年判決以前から、肯定説の方が圧倒的多数を占める情勢であった。

(イ) 抵当権に基づく明渡請求（直接構成）を肯定する見解に立った場合、その要件・効果が問題となる。

まず、要件論の中では、主として⑦「占有」による抵当権侵害及び⑧競売申立等の時期的要件について様々な考え方が示されている。このうち、中心的要件である⑦「占有」による抵当権侵害につき、同要件の中でもさらに競売手続妨害目的要件の要否や配当減少可能性の要否をめぐる見解が鋭く対立している。未だ支配的な見解と呼べるものは形成されていないのが現状である。また⑧競売申立等の時期的要件については、⑨競売申立ないしこれに準じた抵当権実行手続との接着性を要求する見解、⑩債務不履行時以降であることを要求する見解及び⑪これらを形式的要件とはせず抵当権侵害時以降であれば足りるとする見解が対立しており、いずれが優勢とも評し得ない状況である。

次に、効果論の中では、主として⑫明渡しの相手方及び⑬抵当権者へ引渡後の

³⁶⁷ 坂本・前掲（脚注97）論文10頁。

占有の性質について多様な理解が示されている。このうち、㊦明渡しの相手方については、所有者（抵当権設定者）への明渡しを原則としつつ、所有者の受領拒絶、受領困難及び適切な維持管理が期待できない場合には抵当権者への明渡しを認める見解が多数派である。また、㊧抵当権者へ引渡後の占有の性質については、いわゆる「管理占有」なる理解を前提に、管理占有者としての抵当権者の地位（善管注意義務の負担、民事執行法上の保全処分申立の可否等）、管理占有中止の可否、管理に要した費用の負担、買受人への引渡手続等の予想される諸問題につき検討を加えていこうという行き方が大勢といえる。

イ 執行法上の手段に関する学説

(ア) ㊨「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、執行法上の手段としては、上記実体法上の手段との比較という視点から、売却のための保全処分及び競売開始決定前の保全処分が位置付けられる。

(イ) まず、売却のための保全処分に関しては、主要要件である㊩保全処分の相手方及び㊪価格減少行為等につき、その立法経緯や立法担当者の見解から現在の学説までを整理・概観した結果、基本的な学説の立場としては近時の執行実務の解釈・運用に肯定的な見解が多数であり、条文解釈論として可能な範囲で理論的根拠の提示を試みてきたという状況があった。

(ウ) 次に、競売開始決定前の保全処分に関しては、まだ創設されてからの歴史が浅く、また利用状況も極めて低調であること及び平成15年改正により抵当権実行通知制度（民法第381条）が廃止されたことで更に存在意義が低下した影響から、学説における議論状況はあまり活発とはいえない状況であった。

(3) ㊫「賃料収受」に関する学説

ア 実体法上の手段に関する学説

(ア) ㊬「賃料収受」の問題における実体法上の手段である賃料に対する物上代位に関しては、まず前掲[115]平成元年判決の登場前後までの賃料に対する物上代位の肯否をめぐる学説を第372条の沿革も含めて整理・概観し、次に[115]平成元年判決以降物上代位肯定説を前提に債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準に関する学説を第304条の沿革も含めて整理・概観した。

(イ) まず、物上代位の肯否をめぐる学説については、第372条の立法経緯から起草者は物上代位肯定説に立っていたものと考えられ、他方その後の学説において

は物上代位制度の趣旨の捉え方及び平成15年改正前の民法第371条第1項の理解を中心に肯否をめぐる様々な見解が提唱されたものの[115]平成元年判決当時としては否定的見解の方が優勢であった。

(ウ) 次に、[115]平成元年判決以降物上代位肯定説を前提に債権譲渡等他の賃料処分手段との優先劣後基準に関する学説については、第1に第304条の差押えの趣旨に関して、同条の立法経緯によれば旧民法立法過程においては第三債務者保護説的な起草者意思が、他方現行民法の立法過程においては特定性維持説的な起草者意思がそれぞれ窺われ、その後の学説においては特定性維持説が長らく通説的見解と目され、近時に至って優先権保全説が優勢となりつつあるとの情勢にあるものの、これら以外の第三債務者保護説等の見解も提唱されるという状況であった。

第2に、第304条の差押えの趣旨に関する上記理解を前提に、賃料に対する物上代位と①債権譲渡、②一般債権者による差押え及び③相殺との各優先劣後基準に関する学説を整理・概観した結果、基本的には上記①～③のいずれの場面においても、物上代位の差押え時をメルクマールとする見解と抵当権登記時をメルクマールとする見解の対立構図があり、こうした基本構図の下、債権の弁済期到来の有無や自働債権の性質（賃貸借契約との密接関連性の有無等）に応じて取り扱いを異にすべきとの見解が近時有力であったといえる。

イ 執行法上の手段に関する学説

(ア) 賃料收受の問題における執行法上の手段として平成15年改正により新たに創設された担保不動産収益執行制度について、まず、その立法経緯につき立法過程における学説の議論状況も含め整理・概観した。

(イ) 次に、担保不動産収益執行制度が実際に施行されてからまだ4年半と日が浅いこと及び同制度の手続規定の準用元となる強制管理制度自体が従前ほとんど用いられてこなかった関係で解釈・運用ともに不明確な点が多いことを踏まえて、執行実務における運用を通じて実務的見地から指摘され始めた主要な問題点をいくつか取り上げ、これらに関して論じられた実務的見解を整理・概観した。

(4) 検討されるべき問題点

学説の議論状況を整理・概観した結果、今後検討されるべき問題点として、次の2点を指摘する。

- ア ㊸「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方につき要件事実、効果及び手続構造の観点から比較検討し、役割分担を提示すること。
- イ ㊹「賃料収受」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方の検討を踏まえて役割分担を提示すること。

第4章 近時の立法による手当て

1 はじめに

- (1) いわゆるバブル経済の崩壊に伴い大量発生した不良債権の処理は大きく社会問題化し、これに伴う㊶「抵当権侵害占有排除」及び㊷「賃料収受」に対する金融機関をはじめとする抵当権の効力拡大・強化需要は、既存の法律の解釈・運用による司法実務の対応だけでは限界があるとして、立法による早急な手当てを要求した。
- (2) こうした金融機関の不良債権処理を第一次的な即効目標として、平成8年及び同10年の民事執行法改正及び同15年の担保・執行法制の改正が立て続けに行われた。
- (3) 本章では、本論文の具体的検討課題である㊶「抵当権侵害占有排除」及び㊷「賃料収受」の問題に関係する限度で、近時の立法による手当てである平成8年及び同10年の民事執行法改正並びに同15年の担保・執行法制の改正について取り上げる。また、㊸「賃料収受」の問題に大きな影響を与えうる立法として債権譲渡特例法の平成10年制定及び同16年改正についても必要な限度で言及する。

2 執行法改正による手当て

(1) はじめに

民事執行法の改正のうち、本論文の具体的検討課題である㊶「抵当権侵害占有排除」及び㊷「賃料収受」の問題との関係では、前者の問題との関係で平成8年、同10年及び同15年の改正が、後者の問題との関係で同15年の改正が重要である。

(2) 平成8年改正とその後の運用状況

ア 平成8年改正の施行

「民事執行法の一部を改正する法律」(平成8年法律第108号)が平成8年6月に成立し、同年9月1日から施行された。

イ 平成8年改正の背景・趣旨

(ア) 背景

a はじめに

平成8年改正の背景としては、主に次の2点が指摘されている。

すなわち、第1に、平成2年秋以降に顕著となった不動産価格の急落と、これに伴い生じた住専問題に象徴される未曾有の不良債権の発生という経済状況の下で、担保不動産の最終処理としての競売手続きの迅速・円滑な遂行が社会

的な急務となったこと³⁶⁸である。第2に、こうした状況を新たな舞台として、暴力団関係者や占有屋と呼ばれる事件屋による悪質な執行妨害事件が横行するといった日本経済社会全体に暗い影を落とす深刻な状況が存在したこと³⁶⁹である。

b 執行妨害の具体的手口

(a) 昭和55年10月1日に民事執行法が施行されて以降も、悪質な執行妨害は様々な形態に発展しながら続けられてきた。特に、バブル経済の崩壊後はますますその数を増し、手口も巧妙になってきている。執行妨害の事例をその手口に従って分類すると、以下のようになる³⁷⁰。

(b) 短期賃貸借を利用するもの

i 平成15年改正前の短期賃貸借制度を悪用するものであり、従来から最も多用されてきた方法である。執行妨害を目的とした短期賃貸借契約の内容は、以下の特色の1つ以上を備えていることが多いとされる。

ii 特色

- (i) 譲渡・転貸自由の特約がある。
- (ii) 賃料が相場に比べて異常に低廉である。
- (iii) 期間中の全部又は一部の賃料が前払済みとなっている。
- (iv) 多額の敷金又は保証金を預け入れてある。
- (v) 賃借権設定登記または仮登記がある。
- (vi) 賃借権設定登記の登記事項と契約書の記載内容との間に齟齬がある。
- (vii) 債務者が窮状に陥ってから賃借権設定登記がなされている。
- (viii) 賃借権設定登記と抵当権設定登記が同時になされている。
- (ix) 賃貸借契約書に確定日付が押捺されている。

(c) 長期賃借権を利用又は単に不法占有するもの

競売価格を低減させて、対象不動産を安く手に入れようとするか、執行手続を遅延させて競売申立人を困惑させ、立退料を出させるなど、何らかの経済的利益を引き出すことを目的とする。

³⁶⁸ 山本・前掲（脚注83）論文4頁。

³⁶⁹ 深山・前掲（脚注82）論文26頁。

³⁷⁰ 吉田・前掲（脚注81）論文21頁以下。

(d) 抵当権が設定されている地上建物を取り壊し、建物を再築して法定地上権を主張するもの

東京地裁執行部は、いわゆる「全体価値考慮説」に立って、このような場合は原則として法定地上権が成立しないという考え方を採用することで対応してきた。

(e) 抵当建物を増築し、増築部分を区分所有として、第三者名義にするもの
競売価格は一般的に下がってしまうといわれる。

(f) 抵当不動産の所有権を移転して滌除の申出をするもの

平成15年改正前の滌除制度を悪用するものであり、従前から問題視されていたところであった。

(g) 抵当不動産に内装工事等を施して先取特権を主張するもの
法外に高い予算額を登記している。

(h) 抵当土地を整地して貸駐車場等として利用するもの

駐車場に右翼の街宣車を置いて誇示する事案も見られた。

(i) 抵当不動産に物理的な損傷を与えるもの

土砂の搬入・建物取壊しなど、買受人が現れるのを阻止する目的でなされる。

(j) 日本語を解しない外国人を多数入居させる

近時見られる新たな執行妨害形態である³⁷¹。

(イ) 趣旨

このような執行妨害を目的として競売不動産を不法に占拠するなどの妨害行為に対処するため、保全処分及び引渡命令の相手方の範囲を拡大するとともに、その内容を充実・強化する措置を講ずることが平成8年改正の趣旨である。

ウ 平成8年改正の内容

(ア) 売却のための保全処分（第55条）関係

a 改正概要

(a) 相手方の範囲を当初の政府原案に戻す形で、債務者・所有者以外の「不動産の占有者」を保全処分の相手方とすることができるようにした（第55条第1

³⁷¹ 内田外・前掲（脚注85）論文6頁、23頁～25頁。

項)。

(b) 次いで、第55条第1項の命令違反があった場合だけでなく、「同項の規定による命令によっては不動産の価格の著しい減少を防止することができないと認めるべき特別の事情があるとき」にも、執行官保管命令を発令できるようにした(同条第2項)。

(c) また、第55条第3項では、債務者以外の第三者に保全処分を命じるときに「必要があると認めるときは、その者を審尋しなければならない」との規定を新設した。

b 改正動機

(a) 改正前の条文では保全処分の相手方は「債務者」(及び所有者)に限定されていたところ、執行妨害占有をなすのは債務者・所有者以外の第三者であることも多かったことから、その不都合性が指摘されてきた³⁷²。

(b) この点、前述のとおり、東京地裁執行部では、実務の必要性に応えるべく弾力的な解釈・運用を行うようになり、具体的には、占有者が債務者・所有者以外の第三者であっても、①債務者・所有者の関与の下、②第三者に執行妨害目的が認められるときは、保全処分の相手方として認めるとの解釈(占有補助者同視説=準占有補助者説)を採用し、さらに、一部の決定例では、債務者ないし所有者の関与がなくとも、執行妨害目的であれば、第三者に対する保全処分を認めるとしていた³⁷³。

(c) また、改正前の第55条第2項では、相手方が同条第1項の作為・不作為命令に違反した場合に限って、執行官保管命令を申し立てることができることされていた。

しかし、これでは緊急に執行妨害者の占有を排除すべき場合に間に合わないという不便があった。

そこで、例外的にはあるが、警察署の取壊中止命令を無視して建物損壊行為を続けていた事案([157]東京地決昭和60・9・18金法1300号30頁)等で、直ちに執行官保管に付することが認められていた³⁷⁴。

³⁷² 浦野編・前掲(脚注1)書171頁。

³⁷³ 詳細は第2章に掲げた決定例参照。なお深山・前掲(脚注82)論文27頁、28頁。

³⁷⁴ 深山・前掲(脚注82)論文30頁。

(d)本改正は、かかる実務の運用努力の積み重ねを立法的に追認したものである。

(イ) 競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現行第187条〕）の新設

a 競売開始決定前でも、特に必要があるときは、執行裁判所は、その不動産につき担保権を実行しようとする者の申立によって、第55条と同様の保全処分を発令できるようにした。

b これは、民事執行法制定時の政府原案にもまったくなかった制度であり、まさに近時の実務の状況に鑑みて創設されたものと評されていた³⁷⁵。

(ウ) 買受人のための保全処分の相手方の範囲の拡大（第77条）

a 買受人のための保全処分も、申立権者が「最高価買受申出人又は買受人」であること以外は、売却のための保全処分と同様の趣旨の規定であるため、この保全処分の相手方も第55条と同趣旨で拡大された。

b ただ、第55条とは異なり、買受人に対抗できる占有権原を有する者に対しては、保全処分の発令ができないこととされている。

(エ) 引渡命令に関する改正（第83条）

a 引渡命令の相手方を、「買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者」を除く「債務者又は不動産の占有者」とし、対象を拡大した（第83条第1項）。

b また、「事件の記録上買受人に対抗することができる権原により占有している者ではないことが明らかなき」には審尋は不要とし（第83条第3項）、この点においても、不動産競売手続のより円滑な遂行を図ることとした。

エ 平成8年改正の位置付け

(ア) 平成8年改正は、住専問題を契機として集中的に議論されて議員立法として成立したものであるが、このような迅速な改正を可能としたのは、第2章で見たように、執行実務上の強い要請を背景とする判例（決定例）の集積の存在が大きい。

(イ) 本改正中、売却のための保全処分における相手方の範囲の拡大や執行官保管命令の発令要件の緩和などは、すでに執行実務でほぼ定着していた解釈・運用を追認する形のものではあるが、文理解釈上無理なく執行妨害を排除できるようにされた点は意義がある。

³⁷⁵ 深山・前掲（脚注82）論文33頁。

(ウ) また、競売開始決定前の保全処分の新設は、従前における執行法上の保全処分では対応できなかった時期の執行妨害に対処できる可能性をもたらした点には意義がある。

(エ) さらに、買受人のための保全処分や引渡命令に関する改正は、売却のための保全処分の改正に平仄を合わせるものといえる。

(オ) 以上のとおり、平成8年改正の内容は、概ね執行裁判所が積み重ねてきた弾力的解釈・運用を追認するものであり、内容的にも立法の在り方としても相当といえる。

オ 平成8年改正後の執行実務の動向

(ア) はじめに

a このように実務上の強い要請を受けてなされたはずの平成8年改正であったが、以下に見るとおり、抵当権侵害占有に対する効果的な対抗策としては十分に機能せず、そのことが[7]平成3年判決で採用した明渡請求全面否定説を判例変更する[8]平成11年判決登場の呼び水ともなった。

b 以下では、平成8年改正後同10年改正までの執行実務での運用状況を整理・分析し、そこに現れた問題点を指摘していく。

c ここで整理・分析の対象としたのは、大阪地裁（本庁）³⁷⁶、名古屋地裁（本庁）³⁷⁷及び東京地裁³⁷⁸における担保権実行による競売事件数の動向及び執行法上の保全処分申立事件等である。

(イ) 担保権実行による競売事件数の動向

a 大阪地裁（本庁）

(a) まず、大阪地裁（本庁）³⁷⁹においては、㊦担保権実行による競売事件の新受件数が平成9年（2727件）は同8年（2772件）を下回り、また㊧平成9年秋以降売却率が若干低下している点が特徴である。

(b) ㊦については、住宅金融債権管理機構からの申立件数の少なさが大きく影響

³⁷⁶ 島田・前掲（脚注1）論文11頁、12頁、松嶋・前掲（脚注1）論文17頁～23頁。

³⁷⁷ 原・前掲（脚注1）論文4頁～36頁。

³⁷⁸ 山崎・前掲（脚注1）論文9頁～17頁。

³⁷⁹ 平成9年12月末までの直近5年間の事件数のデータに基づく。松嶋・前掲（脚注1）論文17頁～19頁。

しているものと見られ、また④については、不況の長期化に伴う購買力低下の反映と思われる³⁸⁰。

b 名古屋地裁（本庁）

次に、名古屋地裁（本庁）³⁸¹においては、担保権実行による競売事件の新受件数が平成9年（916件）は同8年（936件）を下回っている点が特徴である³⁸²。

c 東京地裁

(a) 次いで、東京地裁³⁸³においては、担保権実行による競売事件の新受件数が平成9年下半期以降増加傾向にあり、同10年5月時点で前年同期比25.4パーセント増を記録している。

(b) これは、平成9年7月以降の住宅金融債権管理機構からの申立増と金融機関が担保整理に本腰を入れ始めたためと思われる。

(ウ) 保全処分及び引渡命令申立事件数の動向

a 大阪地裁（本庁）

(a) まず、大阪地裁（本庁）³⁸⁴においては、⑦売却のための保全処分（第55条）申立ては、平成9年（31件）は前年（19件）比では大幅な増加であるが、より長期的には、同5年度から同7年度までの件数（順に35件、35件、38件）に近づいたに過ぎないといえる。

次いで⑧最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）申立ては、引き続き増加傾向にある。

これに対し、⑨競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）の申立件数は平成9年度はわずか2件にとどまっている。

⑩引渡命令（第83条）の申立件数は引き続き増加している。

³⁸⁰ 近畿圏における平成9年の新築マンションの発売件数は、前年に比し約25パーセントの減少を示している。

³⁸¹ 平成9年度末までの直近12年間の事件数のデータに基づく。原・前掲（脚注1）論文5頁、26頁。

³⁸² 平成2年以降一貫して増加傾向にあった。原・前掲（脚注1）論文26頁別表1参照。

³⁸³ 平成9年末までの直近10年間の正式数値と同10年5月までの速報値に基づく。山崎・前掲（脚注1）論文9頁～12頁、16頁。

³⁸⁴ 島田・前掲（脚注1）論文11頁、12頁、松嶋・前掲（脚注1）論文21頁、22頁。

(b) これらの傾向に関し、㉑売却のための保全処分（第55条）申立てについては、現況調査報告書上、依然として詐害的賃貸借ないし占有と見受けられるものが多いにも関わらず、申立件数は今少し少ないのではないかといわれる³⁸⁵。

次いで、㉒最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）申立てについては、最高価買受申出人らが最も強い直接的利害関係をもっていることの反映といえよう。

これに対し、㉓競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）申立てについては、「巧妙な執行妨害の事例が多くなっているためか、あるいは適用される事例についての集積が不十分で要件該当性について不安があるため躊躇するのかなどその理由は不明」（同地裁担当判事）とされている³⁸⁶。

また、㉔引渡命令（第83条）申立てについては、賃貸人及び賃借人が執行官による現況調査に協力しなかったり、執行裁判所による審尋に対しても全く回答しなかったりして、賃借人すなわち転賃人の占有権原が明らかにならず、その結果転賃人にも買受人に対抗できる占有権原があるものとは認められないとして引渡命令が発せられる場合も多いと見られ、一部の保護されるべき転賃権者が害されているのではないかと懸念されている³⁸⁷。

b 名古屋地裁（本庁）

(a) 次に、名古屋地裁（本庁）³⁸⁸においては、㉕競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）及び売却のための保全処分（第55条）ともほとんど利用されておらず、また㉖引渡命令（第83条）の増加（5年間で6倍増）及び執行抗告の増加が特徴的である。

(b) ㉗競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）については、利用されていない理由の1つは、第187条の2〔現第187条〕が「差押登記の密行性の要請に配慮しないで新設されたことにあると思われる」（同地裁担当判事）との指摘もあるが³⁸⁹、明らかではない。

³⁸⁵ 松嶋・前掲（脚注1）論文21頁。

³⁸⁶ 松嶋・前掲（脚注1）論文21頁。

³⁸⁷ 松嶋・前掲（脚注1）論文21頁、22頁。

³⁸⁸ 平成元年から同9年までのデータに基づく。原・前掲（脚注1）論文19頁～23頁、26頁。

³⁸⁹ 原・前掲（脚注1）論文22頁。

また⑥引渡命令（第83条）における執行抗告の増加については、第83条第3項による必要的審尋の例外の拡大が、かえって抗告人に対し引き延ばしの材料を提供しているという実態が意識されつつある³⁹⁰。すなわち、引渡命令は確定するまで執行できないことから、本来は迅速化が目的である無審尋での発令が、かえって逆手に利用されているのである。

c 東京地裁

(a) 次いで、東京地裁³⁹¹においては、①競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）があまり利用されていない点及び②引渡命令（第83条）申立件数の著しい増加（6年間で40倍増）が見られる点が特徴として挙げられる。

(b) これらの傾向のうち、①競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）については、「この保全処分については、「特に必要があるとき」との要件が規定されており、…その立証の困難さがあまり活用されない原因としてあるものと思われる」（同地裁担当判事）との見解が示されている³⁹²。

(エ) 問題点の指摘

a 上記の動向分析から明らかになったように、総じて、「買受人」等が申立人となるもの（第77条、第83条）の利用は増加傾向にあるものの、主体が「担保権を実行しようとする者」（第187条の2〔現第187条〕）及び「差押債権者」（第55条）の場合には利用状況が低調といえる。特に、競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）はほとんど利用されておらず、同条の新設が「画期的」とか「待望の」と評されていただけに、前掲の各判事もその原因につき首をかしげ、三者三様の推測をしている。

b 前述のとおり、実体法上の対抗手段である抵当権に基づく明渡請求との比較という観点からは、買受人の登場を前提とする引渡命令（第83条）及び最高価買受申出人等の登場を前提とする最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）とではなく、競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第18

³⁹⁰ 原・前掲（脚注1）論文22頁。

³⁹¹ 平成3年から同10年5月までのデータに基づく。山崎・前掲（脚注1）論文11頁～13頁、17頁。

³⁹² 山崎・前掲（脚注1）論文12頁、13頁。

7条])及び売却のための保全処分(第55条)との比較にこそ意義があるところ、後二者の利用状況の低調さの意味するところは重大である。

- c 現実問題として、抵当権侵害占有者等の存在により買い手が現れにくく、結果として競売価格も低下せざるを得ない点に鑑みると、先に見た競売開始決定前の保全処分(第187条の2[現第187条])及び売却のための保全処分(第55条)という執行法上の対抗手段が上手く機能していない点は大きな問題点といえる。
- d その背景には、執行法上の規定の多くの発動要件となっている「価格減少行為等」該当性の疎明を困難とさせるような巧妙な執行妨害行為が主流となりつつあることが窺われる³⁹³。

(3) 平成10年改正とその後の運用状況

ア 平成10年改正の施行

「競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律」(平成10年法律第128号)により平成10年12月17日から民事執行法の一部が改正施行された。

イ 平成10年改正の背景・趣旨

(ア) 背景

平成8年改正以降、金融機関の有する不良債権の処理を促進すべく、与党内に設置された「金融再生トータルプラン推進特別調査会」にて施策検討が行われ、特に競売手続の迅速・円滑化に関しては同調査会内に競売制度改善ワーキングチームを設けて検討が進められた。そこでの検討結果を受ける形で、平成10年6月23日、政府・与党の総合的な協議機関として設置された「金融再生トータルプラン推進協議会」により、「金融再生トータルプラン(第1次取りまとめ)」が決定され、同プランの中で「競売手続の迅速・円滑化を図るため、民事執行法の一部改正等の法整備を行うこととし、そのための法案を議員立法として次期国会に提出する」こととされた。こうして議員立法の形で、平成10年7月30日、第143回臨時国会に法案提出され、「競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律」(平成10年法律第128号)として成立した³⁹⁴。

³⁹³ 木下外・前掲(脚注85)座談会(第1回)[古賀発言、木下発言]22頁、23頁。

³⁹⁴ 浦野編・前掲(脚注1)書24頁。

(イ) 趣旨

平成10年改正の法案提案理由を引用すれば、次のとおりである。

すなわち、「不動産競売手続において不当な執行妨害行為により手続の遅延が生じている等の現状にかんがみ、手続のより円滑かつ適正な遂行を図る等のため、執行妨害を排除する観点から、不当な執行抗告の制限、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分の制度等を設けるとともに、執行官等の調査権限を強化し、手続の迅速処理を図る観点から、配当期日の呼出状の送達方法の改善のほか、売却の見込みのない場合の特別の措置を定め、さらに、競売制度を利用しやすいものにする観点から、買受人が銀行等から融資を受けた場合の代金納付による登記の嘱託方法を改善する等の必要がある」³⁹⁵というのが平成10年改正の趣旨である。

ウ 平成10年改正の内容

(ア) 濫用的執行抗告の排除（第10条第5項第4号）

- a 執行手続を不当に遅延させることを目的として執行抗告がなされたときには、これを執行裁判所において却下すべきこととなった。
- b 先に取り上げた問題についての立法論的手当てである。

(イ) 買受申出差押債権者のための保全処分（第68条の2）の新設

- a 入札を実施しても買受けの申し出がなかった物件について、差押債権者等に對抗できない占有者が不動産の売却を困難にする行為をするおそれがあるときは、差押債権者が自己競落することを条件に、執行官保管の保全処分を申し立てることができることとなった（第68条の2）。
- b 従来の執行法上の規定に執行官保管の保全処分を申し立て得る場合を1つ付け加えた点に意義がある。
- c しかし、「入札を実施しても買受けの申し出がなかった」ことを要件とする点で、抵当物件が不法占有のために実価よりも著しく安値で買い受けられていくことに対処し得ないという問題点がある。

また、保証の提供がネックになる。

加えて、「差押債権者が自己競落すること」を条件とするが、銀行実務家から

³⁹⁵ 浦野編・前掲（脚注1）書25頁。

は、銀行本体が不動産を取得することは体制として予定しておらず、むしろ自己競落会社に競落させて第77条の保全処分を使う方が使い勝手がよいと指摘されている³⁹⁶。

(ウ) 売却見込みのない場合の取消し（第68条の3）

- a 3回売却に付しても売れなかった物件については、差押債権者からの申し出により売却されない限り、手続を取り消すことが可能となった。
- b 農地など需要の少ない物件の処理を企図した制度である。

(エ) 競売物件についてローンを利用しやすくする方策（第82条第2項）

- a 所有権移転登記と抵当権設定登記を同時に行う方策として、買受申出人が指定した弁護士等が裁判所から登記嘱託書の交付を受け、裁判所の使者としてこれを法務局に提出する方法が定められた。
- b 従前、競売物件の所有権移転登記は、代金納付後書記官が登記嘱託を行う方法により行われるため、抵当権設定登記の確実性が担保されず、ローン利用が困難であったため、これを解消する目的で規定されたものである。

エ 平成10年改正の位置付け

上記を内容とする平成10年改正は、主に実務で認識されていたいくつかの問題点に個別に対応したにとどまるものである。

オ 平成10年改正後の執行実務の動向

(ア) はじめに

- a 以下では、平成10年改正後の執行実務での運用状況を整理・分析し、そこに現れた問題点を指摘する。
- b ここで整理・分析の対象としたのは、東京地裁³⁹⁷における担保権実行による競売事件数の動向及び執行法上の保全処分申立事件等である。

(イ) 担保権実行による競売事件数の動向

- a 東京地裁における担保権実行による競売事件の新受件数³⁹⁸は平成11年（5271件）、同12年（4555件）、同13年（4347件）と減少傾向にあ

³⁹⁶ 椿外・前掲（脚注102）座談会（佐久間発言）13頁、14頁。

³⁹⁷ 西岡・前掲（脚注1）論文10頁～22頁。

³⁹⁸ 平成4年から同14年6月末までのデータに基づく。西岡・前掲（脚注1）論文10頁、19頁。

り、同14年も6月時点において前年度同期とほぼ同じである。

- b このような担保権実行による競売事件新受件数の減少傾向は、金融機関による不良債権の処理が一段落したことを反映したものと指摘される³⁹⁹。

(ウ) 保全処分及び引渡命令申立事件数の動向

- a まず、㊦売却のための保全処分(第55条)申立ては、平成11年(70件)、同12年(48件)、同13年(20件)と減少傾向にある。
- b 次に、㊧最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)申立ても、平成11年(39件)、同12年(15件)、同13年(14件)と減少傾向にある。
- c そして、㊨競売開始決定前の保全処分(第187条の2[現第187条])申立ても、平成11年(8件)、同12年(3件)、同13年(3件)と極めて低調である。
- d さらに、平成10年改正により新設された㊩買受申出差押債権者のための保全処分(第68条の2)申立ても、平成11年(6件)、同12年(1件)、同13年(0件)と極めて申立件数が少ない。
- e 他方、㊪引渡命令(第83条)の申立てに関しては、平成11年(2901件)、同12年(3033件)、同13年(2800件)、同14年は6月までで1031件(前年同期1527件)であり、同12年に最高申立件数を記録したものの、その後は減少傾向にある⁴⁰⁰。

(エ) 問題点の指摘

- a 上記の動向分析から明らかになったように、平成10年改正以降の東京地裁における執行実務は、担保権実行による競売事件の新受件数の減少傾向とも相まって、㊦売却のための保全処分(第55条)申立て、㊧最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)申立て、㊨競売開始決定前の保全処分(第187条の2[現第187条])申立て及び㊩買受申出差押債権者のための保全処分(第68条の2)申立てのいずれの保全処分申立も減少傾向にある。

とりわけ、㊨競売開始決定前の保全処分(第187条の2[現第187条])申立ての利用状況は毎年一桁台にとどまっており極めて低調である。その理由

³⁹⁹ 西岡・前掲(脚注1)論文10頁、11頁。

⁴⁰⁰ 西岡・前掲(脚注1)論文20頁、なお16頁参照。

としては、①元もと競売開始決定による差押登記を入れる前に申立てを行う必要性のある事案が少ないと思われる点及び②要件が厳格で立証が困難なのではないかという点が指摘されている⁴⁰¹。

b また、④引渡命令（第83条）の申立てについても、平成12年以降減少傾向にある。

c このように平成10年改正以降も執行法上の保全処分や引渡命令の利用状況は低調であり、これは平成8年改正後の実務の動向を踏まえて指摘した前記の問題点が依然未解決のまま残されていることに起因するものと考えられる。

（4）平成15年改正とその後の運用状況

ア 平成15年改正の施行

平成15年7月25日、参議院本会議にて賛成多数で可決され「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」として成立し、同年8月1日、同年法律第134号として公布され、同年12月9日の閣議における政令に基づき、同16年4月1日から施行されている。

イ 平成15年改正の背景・趣旨

（ア）背景

前述した平成8年改正及び同10年改正にも関わらず、十分な執行妨害排除が行われず、不良債権の回収も進まない状況にあったことから、さらに一層の執行手続の迅速化及び実効性の確保が要望され、執行妨害対策の強化等の必要性が強く指摘されていた⁴⁰²。また、賃料等の収益が継続的に見込まれる物件につき、担保不動産の収益から債権回収を図る必要性が高まっていたところ、従前判例が肯定してきた賃料に対する物上代位の方法では前述の問題点があることが意識され、より合理性・公平性の高い担保不動産の収益確保方法が求められていた。

（イ）趣旨

執行妨害を排除すべく執行法上の保全処分の発令要件を緩和する等して強化するとともに、担保権実行の新たな方法として担保不動産収益執行制度を創設⁴⁰³す

⁴⁰¹ 西岡・前掲（脚注1）論文15頁。

⁴⁰² 浦野編・前掲（脚注1）書26頁。

⁴⁰³ 担保不動産収益執行制度の創設に至る立法過程及び議論状況については第3章3（2）イ参照。

ることで合理性・公平性の高い担保不動産の収益確保を実現しようとした。

ウ 平成15年改正の内容

(ア) はじめに

本論文の具体的検討課題と関係する限度で述べれば、平成15年改正のうち執行法上の手段に関するものは次のとおりである。

(イ) 執行法上の保全処分の発令要件の緩和

a 「著しく」要件の削除

(a) 売却のための保全処分(第55条)及び競売開始決定前の保全処分(第187条[改正前第187条の2])⁴⁰⁴における価格減少行為等要件から「著しく」との加重要件を削除した。

(b) もっとも、但書で「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。

b 執行官保管発令要件の緩和

売却のための保全処分(第55条)、最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)及び競売開始決定前の保全処分(第187条[改正前第187条の2])における執行官保管の保全処分の補充性を改め、他の保全処分と並列的な位置付けとした。

c 執行官保管発令時における相手方特定困難な場合の救済

売却のための保全処分(第55条)、買受申出差押債権者のための保全処分(第68条の2)、最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)及び競売開始決定前の保全処分(第187条[改正前第187条の2])において、執行官保管を発令する際に、当該決定の執行前に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は、相手方を特定しないで発令しうることとした。

d 占有移転禁止決定後の引渡命令執行文付与における相手方特定困難な場合の救済

⁴⁰⁴ 最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)については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当初より「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ためこの点での変更はない。浦野編・前掲(脚注1)書258頁参照。また買受申出差押債権者のための保全処分(第68条の2)における要件は「価格減少行為」ではなく「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」であるが、同要件にも元もと「著しく」という限定はなかった。

(a) 売却のための保全処分（第55条）、最高価買受申出人等のための保全処分（第77条）及び競売開始決定前の保全処分（第187条〔改正前第187条の2〕）において、占有移転禁止決定の執行がなされたときで、買受人の申立てにより当該決定の被申立人に対し引渡命令が発せられたときは、引渡命令の執行をしようとする際、当該不動産の占有者を特定することを困難とする特別の事情があるときで、債権者がこれらを証する文書を提出したときは、債務者を特定しないで執行文を付与しようとした（第27条第3項第2号）。

(b) また、保全処分決定後に当該不動産の占有を開始した者は、その執行がされたことを知って占有したものと推定するようにした（第83条の2第2項）。

(ウ) 担保不動産収益執行制度の創設

担保権の新たな実行方法として担保不動産収益執行制度を創設した（第180条第2号、第188条・第93条～第111条）。

エ 平成15年改正の位置付け

平成8年改正及び同10年改正以降も執行法上の保全処分の利用状況が低調なことに鑑みて実務上問題視されていたことのいくつかにつき要件を緩和するなど個別に対応するとともに、新たな担保権実行方法として担保不動産収益執行制度を創設することで賃料に対する物上代位において指摘されていた問題点の解消を企図したものである。

オ 平成15年改正後の執行実務の動向

(ア) はじめに

a 以下では、平成15年改正後の執行実務での運用状況を整理・分析し、そこに現れた問題点を指摘する。

b ここで整理・分析の対象としたのは、全国計の統計数値の外、二大規模庁である東京地裁（本庁）及び大阪地裁（本庁）の統計数値並びに両地裁（本庁）における具体的運用状況である。

(イ) 不動産執行事件数の動向

a 全国

不動産執行事件の全国での新受件数⁴⁰⁵は、平成15年改正施行（同16年4

⁴⁰⁵ 強制管理事件及び担保不動産収益執行事件の事件数も含む。

月)前後の比較の見地から平成14年以降を取り上げると、平成14年(7万7674件)、同15年(7万4857件)、同16年(7万1619件)、同17年(6万5477件)、同18年(6万1433件⁴⁰⁶)と一貫して減少傾向にある⁴⁰⁷。

b 東京地裁

不動産執行事件の東京地裁での新受件数⁴⁰⁸は、平成14年(4717件)、同15年(4609件)、同16年(4285件)、同17年(3545件)、同18年(3224件)と一貫して減少傾向にある⁴⁰⁹。

(ウ) 保全処分申立事件数の動向

a 東京地裁(本庁)

(a) 東京地裁(本庁)における平成14年以降の保全処分申立事件数の動向は次のとおりである⁴¹⁰。

(b) まず、㊦売却のための保全処分(第55条)申立新受件数は、平成14年(2件)、同15年(4件)、同16年(10件)、同17年(14件)、同18年(8件)であり、長期的に低迷している。

(c) 次に、㊧競売開始決定前の保全処分(現第187条[旧第187条の2])申立新受件数は、平成14年(5件)、同15年(1件)、同16年(0件)、同17年(2件)、同18年(0件)であり、平成8年改正による新設以降一貫してほとんど利用されない傾向がさらに顕著に現れてきている。

(d) 次いで、㊨最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)申立新受件数は、平成14年(36件)、同15年(11件)、同16年(20件)、同17年(15件)、同18年(13件)であり、これ以前の過去5年間と比べてもさらに低迷の度合いを深めている。

(e) また、㊩買受申出差押債権者のための保全処分(第68条の2)申立新受件

⁴⁰⁶ 平成18年分のみ速報値である。

⁴⁰⁷ 安永外・前掲(脚注1)論文30頁、31頁。

⁴⁰⁸ 不動産等担保権実行事件((ケ)号事件)及び不動産等強制執行事件((ヌ)号事件)の合計新受件数であり、概ね前者が9割前後の比率を占める。平成15年改正施行後の同16年4月以降の新受件数には担保不動産収益執行事件も含む。

⁴⁰⁹ 飯塚・前掲(脚注1)論文58頁、70頁。

⁴¹⁰ 飯塚・前掲(脚注1)論文62頁、71頁。

数は、平成14年(0件)、同15年(0件)、同16年(0件)、同17年(0件)、同18年(0件)と皆無であり、実に平成10年改正による本保全処分の新設以来、最大規模庁である東京地裁(本庁)においてすら、平成11年(6件)及び同12年(1件)の累計7件しか申立件数が存しないという異例の状況となっている。

b 大阪地裁(本庁)

(a) 大阪地裁(本庁)における平成14年以降の保全処分申立事件数の動向は次のとおりである⁴¹¹。

(b) まず、㊦売却のための保全処分(第55条)申立新受件数は、平成14年(10件)、同15年(5件)、同16年(10件)、同17年(5件)であり、長期的に低迷している。

(c) 次に、㊧競売開始決定前の保全処分(現第187条[旧第187条の2])申立新受件数は、平成14年(2件)、同15年(2件)、同16年(1件)、同17年(0件)であり、平成8年改正による新設以降一貫してほとんど利用されない傾向が顕著である。

(d) 次に、㊨最高価買受申出人等のための保全処分(第77条)申立新受件数は、平成14年(10件)、同15年(20件)、同16年(4件)、同17年(4件)であり、これ以前の過去5年間と比べてもさらに低迷の度合いが顕著である。

(e) また、㊩買受申出差押債権者のための保全処分(第68条の2)申立新受件数は、平成14年(0件)、同15年(0件)、同16年(0件)、同17年(0件)と皆無であり(平成10年から同13年も同様)、東京地裁(本庁)に準じる大規模庁である大阪地裁(本庁)においてすら、実に平成10年改正による本保全処分の新設以来、1件も申立てがないという極めて異例の状況となっている。

(エ) 担保不動産収益執行事件数の動向

a 全国

(a) 平成15年改正により新設され同16年4月から施行されている担保不動産

⁴¹¹ 坂本・前掲(脚注97)論文27頁。

収益執行事件の全国における新受件数は、平成16年4月1日から同18年9月30日までの2年半で376件である⁴¹²。

(b) 本制度の施行前は大規模なテナントビル・マンション等についての利用が予想されていたが、実際には必ずしも規模の多い物件だけの利用には限られず、共同住宅やパチンコ店の寮、住宅兼店舗の共同住宅等様々な種類の物件につき利用されており、中には第2章で取り上げたとおりホテルを対象とした申立てもなされている。

給付義務者数も、20人以下の物件が比較的多く、少数ながら40人に達する物件や、中には100人を超える物件も見られる。

賃料等の収益の規模も、月額100万円以下のものから300万円以上のものまで幅広く利用されている⁴¹³。

(c) 標準的な進行スケジュールとしては、申立てから開始決定までが概ね1カ月程度、開始決定に伴う管理人選任から管理人による対象物件や給付義務者の調査並びに新たに判明した給付義務者の報告及び追加の給付命令の発令まで概ね1カ月程度、管理行為の基本段階履行から第1回配当実施まで概ね4カ月程度を要し（申立てから第1回配当実施まで概ね6カ月程度）、その後の第2回以降の配当実施までは3カ月から4カ月程度のサイクルで運用している例が多いとされている⁴¹⁴。

b 東京地裁（本庁）

(a) 東京地裁のうち本庁である東京地裁民事執行センターにおける新受件数の推移は、平成16年（15件）、同17年（15件）、同18年（9件）である⁴¹⁵。

(b) 施行初年及び次年よりも3年目の件数が減少した理由としては、大都市圏における近時の不動産競売市場の活性化及びそれに伴う競売手続の迅速化が最大の理由と考えられ、このことは従前から利用されてきた実体法上の手段である賃料に対する物上代位の新受件数が平成16年（881件）、同17年（523件）、同18年（429件）と一貫して減少し続けていることとも符合すること

⁴¹² 山北外・前掲（脚注97）論文22頁。

⁴¹³ 山北外・前掲（脚注97）論文23頁。

⁴¹⁴ 山北外・前掲（脚注97）論文24頁、25頁。

⁴¹⁵ 角井・前掲（脚注85）論文89頁、103頁。

から、収益価値から回収するニーズ自体が減少傾向にあるものと指摘されている⁴¹⁶。

- (c) 目的物件の属性としては、全39件のうち、アパート・マンションが21件、テナントビルが12件、雑居ビル等が7件、駐車場(更地)が1件であった(複数物件を対象とする申立てがある関係で申立件数の合計と完全には一致しない)。

施行前は大規模なテナントビル・マンション等についての利用が予想されていたが、実際には必ずしも規模の大きい物件だけの利用には限られず、テナントビル・マンションのうち、戸数が10戸未満のものが10件、10戸から19戸までのものが5件、20戸から29戸までのものが5件、30戸以上のものが5件(最高で約100戸)という状況である。

賃料等の収益の規模も、月額100万円未満のものが4件、100万円以上200万円未満のものが7件、200万円以上300万円未満のものが7件、300万円以上400万円未満のものが4件、400万円以上1000万円未満のものはなく、1000万円以上のものが3件(最高で約2000万円)であり、平均値は約330万円であった⁴¹⁷。

c 大阪地裁(本庁)

(a) 新受件数の推移

大阪地裁のうち本庁である大阪地裁執行部(第14民事部)における新受件数の推移は、平成16年(13件)、同17年(22件)、同18年(10件)である⁴¹⁸。

(b) 強制管理申立事件数の推移との比較

- i 大阪地裁執行部(第14民事部)における従前の制度である強制管理事件の申立件数は、平成12年度(8件)、同13年度(4件)、同14年度(7件)、同15年度(4件)と推移していたのに対し⁴¹⁹、担保不動産収益

⁴¹⁶ 角井・前掲(脚注85)論文90頁、91頁。

⁴¹⁷ 角井・前掲(脚注85)論文92頁。

⁴¹⁸ 坂本・前掲(脚注97)論文6頁、27頁、高松・前掲(脚注97)論文36頁。

⁴¹⁹ ほとんどと言ってよいほど強制管理の利用件数がなかった東京地裁と異なり、大阪地裁や札幌地裁では一定件数の利用が安定的に継続していた。大阪地裁における従前の運用状況につき鎌野真敬「大阪地方裁判所における強制管理事件の取扱い(上)(下)」金融法

執行制度施行後の同16年度（0件）、同17年度（1件）と激減している⁴²⁰。

- ii これは、担保不動産収益執行と異なり強制管理では、担保権者であっても優先弁済を受けることができない上、租税債権に無条件に優先され、一般債権者間では債権額に応じた按分配当となるという問題点があったのに対し、新設された担保不動産収益執行においては、これらの問題点が解消ないし緩和されたことによる配当上の利点を有することが意識されてのことと思われる⁴²¹。

(c) 賃料に対する物上代位申立事件数の推移との比較

- i 従前から利用されてきた実体法上の手段である賃料に対する物上代位の新受件数は、平成15年度（405件）、同16年度（383件）、同17年度（232件）と推移しており、同16年度は前年度比約5.4パーセントの減少、同17年度は前年度比約40パーセントの減少と減少率が大幅に増大している⁴²²。

- ii これは、大都市圏における近時の不動産競売市場の活性化及びそれに伴う競売手続の迅速化に伴う収益価値からの回収に対するニーズ自体の減少も考えられるが、同じ平成17年度に担保不動産収益執行の新受件数は大幅な増加に転じていることを考慮すれば、担保不動産収益執行と比較した場合の賃料に対する物上代位の短所が意識されたとの見方も考えられる。

すなわち、④賃料に対する物上代位では、第三債務者（担保不動産収益執行における給付義務者）を申立て前に特定する必要があり、担保不動産収益執行では事前に給付義務者（賃料に対する物上代位における第三債務者）を特定することを要せず、後日の管理人による給付義務者の調査に期待することができることと比較して、申立て時の難点となっている。これ

務事情1618号27頁以下（2001年）、同1619号31頁以下（2001年）、札幌地裁における従前の運用状況につき佐々木千代美「札幌地裁における強制管理事件の処理状況について」判例タイムズ1069号27頁以下（2001年）、平成11年から同13年までに既済となった全国の強制管理事件全143件に関する最高裁判所事務総局民事局による実情調査結果を紹介するものとして林・前掲（脚注1）論文7頁、8頁。

⁴²⁰ 坂本・前掲（脚注97）論文6頁、27頁。

⁴²¹ 坂本・前掲（脚注97）論文6頁。

⁴²² 坂本・前掲（脚注97）論文7頁。

は、その裏面では担保不動産収益執行の利点でもあり、現に全35件中、強制管理先行2件、競売申立先行による現況調査済み3件、給付義務者1名に建物1棟全体を賃貸2件という事前に給付義務者の特定ができて当然の7件を除くその余の28件については給付義務者の特定ができないまま担保不動産収益執行の申立てがなされている。また、⑥賃料に対する物上代位では、管理費相当部分も含め抵当権者に取得されてしまう関係で所有者の管理意欲が減退する結果物件の荒廃化が進むという難点があり、現に賃料に対する物上代位後に火災が4回も発生した物件も見られる⁴²³。

(d) 物件規模

施行前は大規模なテナントビル・マンション等についての利用が予想されていたが、実際には必ずしも規模の大きい物件だけの利用には限られず、給付義務者数が10人以下のものが約11.1パーセント、11人以上20人以下のものが約44.4パーセント、21人以上30人以下のものが約14.8パーセント、31人以上40人以下のものが約3.7パーセント、41人以上50人以下のものが約7.4パーセント、51人以上60人以下のものが約7.4パーセント、61人以上89人以下のものはなく、90人以上105人以下のものが約11.1パーセントという状況であり、給付義務者数20人以下の物件の割合が全体の過半数を超える。また、戸数では、10戸未満のものが約8.6パーセント、10戸以上20戸未満のものが約31.4パーセント、20戸以上30戸未満のものが約25.7パーセント、30戸以上40戸未満のものが約5.7パーセント、40戸以上50戸未満のものが約11.4パーセント、50戸以上60戸未満のものが約2.9パーセント、60戸以上70戸未満のものが約2.9パーセント、70戸以上80戸未満のものが約2.9パーセント、80戸以上110戸未満のものはなく、110戸以上のものが約8.6パーセントという状況であり、20戸未満の物件の割合が全体の約4割、30戸未満では全体の約65パーセントを超える⁴²⁴。

(e) 収益規模

⁴²³ 坂本・前掲（脚注97）論文7頁。

⁴²⁴ 坂本・前掲（脚注97）論文7頁、23頁。

賃料等の収益の規模も、月額100万円以下のものが約43パーセント、101万円以上200万円以下のものが約28.6パーセント、201万円以上300万円以下のものが約14.3パーセント、301万円以上650万円未満のものが約14.3パーセント（最高で836万円）であり、月額200万円以下のものが7割を超えている⁴²⁵。

(f) 売却準備目的での利用

i 競売申立を前提とする割合

競売が申し立てられたか申立てを予定しているものの割合は全体の約8割に上る⁴²⁶。

ii 終局事由の割合

終局事由が競売による売却終了のものが約13パーセント、任意売却による取下げ終了のものが約67パーセントであり、合計で約8割に達する。

iii 係属期間

係属期間は、4カ月から5カ月程度が最多で約58パーセントであり、1年をわずかに超えるものが1件ある外は、ほぼ1年以内に終了している⁴²⁷。

iv 売却価額への影響度合い

大阪地裁執行部（第14民事部）における不動産競売事件全体の平均入札数及び平均買増率と比較した場合、担保不動産収益執行を先行させることで立地・築年数等の割に入札数及び買増率が増加する傾向が見られる。

その理由としては、担保不動産収益執行を行うことにより、⑦管理人による雨漏りその他の補修や清掃、共用部分の水道料・電気代支払等の物件の維持・管理がなされることで物件としての客観的価値の維持・向上がもたらされること及び⑧管理人による調査により給付義務者が特定され、賃料が現に回収されていることから買受希望者にとって物件購入に対する安心感が高まることという2点が指摘されている⁴²⁸。

⁴²⁵ 坂本・前掲（脚注97）論文8頁。

⁴²⁶ 坂本・前掲（脚注97）論文7頁。

⁴²⁷ 坂本・前掲（脚注97）論文7頁、8頁。

⁴²⁸ 坂本・前掲（脚注97）論文8頁、9頁。

(g) 小括

以上のとおり、大阪地裁（本庁）における担保不動産収益執行の運用状況からは、担保不動産収益執行には①従前の強制管理及び賃料に対する物上代位にはない配当上の利点があること、②賃借人の把握が容易でない物件につき管理人による調査を経ることで権利関係が明確化できること及び③管理人による適切な管理・修繕等により客観的な物件価値を高められることといった特長があることから、収益価値からの債権回収という直接の目的を越えて、任意売却や競売における高額売却化という効用を発揮していることが窺われる。そのためか、当初の予想に反し、大規模物件のみならず、小規模・中規模物件での利用も多く、幅広く利用されている。

(オ) 問題点の指摘

a 執行法上の保全処分に関して

利用率がおしなべて低調であったところ、平成15年改正を経ても低落化への歯止めはかからず、むしろ減少幅は拡大傾向にある。

b 担保不動産収益執行に関して

(a) 他方、担保不動産収益執行に関しては、二大実務庁の中でも評価が分かれている。すなわち、東京地裁（本庁）では不動産競売市場の活況化及び迅速化という外在要因のみならず費用負担等の内在要因から利用需要に比して利用件数が伸び悩んでいるとの評価であるのに対し、大阪地裁（本庁）では高額売却に向けた売却準備手段という副次的効用から幅広く利用され始めているとの評価である。

(b) 両者の違いを生じた理由は、ひとつには従来の強制管理制度に対する両地裁における利用状況（利用者の認知度）の差から同制度の規定を多く準用する担保不動産収益執行制度に対する利用者の受け止め方に違いがあり、これが利用状況に反映したものといえる面も考えられる。

(c) ただ、費用負担等の内在要因を問題点として指摘する東京地裁においても、予期に反して大規模物件のみならず小規模・中規模物件の利用申立件数も多いことに鑑みれば、大阪地裁で顕著にみとれる高額売却に向けた売却準備手段という副次的効用が利用者側に意識されつつあることの現れともいえる。

(d) 東京地裁において指摘のとおり、賃料に対する物上代位に比して担保不動産

収益執行には費用負担等の申立負担が相当程度あるとの短所（問題点）があることは制度の手続構造上明らかである。

もともと、担保不動産収益執行には、収益価値からの債権回収という当初の直接的目的を越えて、高額売却に向けた売却準備手段という副次的効用を有することも明らかになりつつあり、今後このことが利用者及び買受希望者に広く認知されていけば、費用負担等の内在的短所（問題点）を上回る申立債権者側のメリットが意識されることで、利用件数の更なる増加が見込まれる潜在的の可能性は十分にあるものと思われる。

3 実体法改正による手当て

(1) はじめに

平成15年改正につき、本論文の検討課題である④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題と関係する限度で述べる。

(2) 平成15年改正

ア 改正法の施行

民事執行法の平成15年改正の施行に関して前述したところである。

イ 改正の背景・趣旨

(ア) 背景

現行民法（明治29年法律第89号）の担保物権に関する規定は、同法の制定以来、昭和46年法律第99号の民法改正による根抵当権に関する規定の新設（第398条の2～第398条の22の追加）の外は大きな改正も行われなかったため、民法施行後の時代の推移とともに複雑多様化した現代の社会・経済の実情に適合していないとの指摘が従前からなされていたところ⁴²⁹、いわゆるバブル経済崩壊に伴う不良債権処理の必要性の高まりを契機に、担保物権に関する規定の改正が強く要請された。

(イ) 趣旨

担保物権に関する規定を現代の社会・経済の実情に適合するように改め、もって不良債権の処理をはじめとする現在の社会・経済の要請に応えようとしたものである。

⁴²⁹ 浦野編・前掲（脚注1）書26頁。

ウ 改正の内容

(ア) はじめに

本論文の検討課題と関係する限度で述べれば、平成15年改正のうち実体法上の手段に関するものは次のとおりである。

(イ) 第371条の改正

- a 民法第371条を「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。」と改め、同条の「果実」には法定果実も含まれ、被担保債権の債務不履行後はその後に生じた「果実」に抵当権の効力が及ぶものと規定した。
- b 前述した担保不動産収益執行制度との関係では、その実体法上の裏付けとしての意義も有する。

(ウ) 短期貸借制度の廃止及び明渡猶予制度の創設

民法第395条を改正し、従前定めていた短期貸借制度を廃止し、新たに明渡猶予制度を導入した。従前の第395条をめぐっては、詐害的短期貸借については排除する判例が積み重ねられていたところであったが、平成15年改正により解除規定も削除されてしまったため、今後は所有者と意を通じて執行妨害的な占有権原が設定されている事案に対しても同条の解除規定を直接の拠り所としてかかる占有を無権原化することはできなくなった。

(エ) 滌除制度の廃止及び抵当権消滅請求制度の創設

- a 滌除制度を廃止し、これに代えて第三取得者の抵当権消滅請求制度を創設した(第378条以下)。
- b 従前、①抵当権実行時に滌除権行使の機会を与えるための事前通知制度(改正前第381条)につき抵当権者に過大な負担をかける上、抵当権実行直前の執行妨害の誘発を招くこと及び②抵当権者の増価競売義務(改正前第384条)につき滌除権の濫用による著しく低廉な滌除の申入れに対しても抵当権者は1カ月以内に増価競売の申立てをする外に有効な対抗手段をもたないことの弊害が指摘されていた⁴³⁰。

エ 平成15年改正の位置付け

⁴³⁰ 北・前掲(脚注85)論文41頁。

本論文の検討課題との関係でいえば、第395条の改正は抵当権侵害占有排除の問題との関連で従前弊害が指摘されていた短期貸借制度を廃止して新たに明渡猶予制度を導入し、また滌除制度の廃止は抵当権実行直前の執行妨害の誘発を招くこと及び濫用的滌除申入れの頻発等の弊害が指摘されていたことから制度自体を廃止し、第371条の改正は賃料收受の問題との関連で直接的には新たに創設された担保不動産収益執行制度の実体法上の裏付けとなるとともに間接的には賃料に対する物上代位を肯定する見解に大きな論拠を提示したものといえる。

オ 抵当権に基づく物権的請求権の条文化をめぐる議論

(ア) はじめに

平成15年改正の立法過程においては、[8]平成11年判決を受けて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⁴³¹、改正法は、同判決の趣旨を具体化する規定の創設を見送った。

(イ) 条文化を求める意見

- a たとえば、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「管理占有の実体、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、[8]平成11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⁴³²。
- b 前述のとおり、滝澤判事は、[7]平成3年判決の担当最高裁調査官であり、同判決時における考えを振り返って「物上請求についてみても、これを肯定する場合に、①その要件を判例理論で定立していくことができるのかといった見地からの疑問、②本判決の事案で問題になっていた短期貸借権のみを執行妨害の対象として排斥すれば足りるのかといった見地からの疑問などが払拭できないため、謙抑的な判断に至ったとみるのが穏当」、「平成三年判決が、短期貸借権の問題となった事案につき、実体法上の問題として抵当権者の明渡請求を否定

⁴³¹ 滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求権」銀行法務21第601号22頁、23頁（2002年）。

⁴³² 滝澤・前掲（脚注431）論文22頁、23頁。

して、いわば立法に解決を委ねたのは、無理からないものであったといえなくもない」⁴³³とも述べていた。

(ウ) 担保・執行法制部会委員の見解

a 平成15年改正で条文化が見送られた理由については様々な見方が考えられるが、同改正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及び道垣内弘人教授は次のように述べている。

b 松岡久和教授

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[8]平成11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及び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⁴³⁴。

c 道垣内弘人教授

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、第369条をより丁寧に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も考えられる⁴³⁵。

もっとも、かかる作業においては[8]平成11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。

(エ) 小括

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不十分であることに加え、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、平成15年改正で抵当権に基づく明渡請求権を正面から

⁴³³ 滝澤・前掲（脚注101）論文5頁、6頁。

⁴³⁴ 福永外・前掲（脚注331）座談会（松岡発言）21頁、22頁。

⁴³⁵ 福永外・前掲（脚注331）座談会（道垣内発言）22頁。

にせよ裏面から（道垣内教授の行き方）にせよ明文化することは困難であったといえる。

また、立法の在り方という観点からしても、判例法理として確立した規範を条文化することが望ましいところ、抵当権に基づく明渡請求に関し判例変更した[8]平成11年判決が出てからまだ間がなく（直接構成に至っては傍論に過ぎない）、判例法理として確立しているとははいえない状況であった以上、平成15年改正時での条文化を見送ったことには理由があるといえる。

（3）債権譲渡特例法の平成10年制定及び同16年改正

ア はじめに

次いで、本論文の検討課題である⑧「賃料收受」の問題に関連する問題として、前述した債権譲渡特例法の平成10年制定及び同16年改正について必要な限度で概観する。

イ 債権譲渡特例法の平成10年制定

（ア）立法の背景・趣旨

バブル経済崩壊以降、企業の資金調達手段の多様化、調達コストの低減及び資産のオフバランス化による財務体質の改善を図るべく債権流動化を促進すべきとの経済界からの要請が高まり、とりわけ従前の民法第467条による債権譲渡の対抗要件制度とは別により簡易・迅速に対抗要件を具備しうる制度の創設が強く望まれた。かかる背景的要請に基づき、企業をはじめとする法人の債権譲渡を円滑にする趣旨から、債権譲渡の第三者対抗要件等に関する民法の特例として、法人がする金銭債権の譲渡等につき登記による新たな対抗要件制度を創設するなどの措置を講ずるべく債権譲渡特例法が制定されるに至った⁴³⁶。

（イ）立法経緯

a 上記背景の下、平成7年6月、法務省民事局内に債権譲渡法制研究会が発足し、⑦債権流動化の推進を求める実務界等の意向の把握、①諸外国の債権譲渡法制と債権流動化の動向及び②現行民法の対抗要件制度の問題点等を中心に関連する基本的な法制度についての検討を開始し、平成9年4月25日、

⁴³⁶ 法務省民事局参事官室第4課編『Q&A債権譲渡特例法 [改訂版]』1頁（商事法務研究会、1998年）。

「債権譲渡法制研究会報告書」を公表した⁴³⁷。

- b 上記報告書に対する実務界からのヒアリング実施等の検討を経て、平成9年9月、法制審議会民法部会財産法小委員会にて審議が開始され、①立法形式、②適用範囲、③債務者対抗要件と第三者対抗要件との分離の当否、④二重譲渡等の場合の民法上の対抗要件と新たな対抗要件との関係の整序及び⑤情報開示システム等の論点を中心に審議が重ねられた結果、同年12月2日開催の同委員会にて「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律案要綱案」が取りまとめられ、平成10年1月8日、民法部会にて了承された⁴³⁸。
- c その後、上記要綱案の内容に従って法務省民事局内にて法律案を作成し、平成10年2月6日、閣議にて「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律案」として決定された後、同日、内閣提出法案（閣法第26号）として国会に提出された⁴³⁹。
- d 上記法律案は、平成10年5月20日、衆議院法務委員会にて賛成多数で原案どおり可決され、同月21日、衆議院本会議においても同様に可決された後、直ちに参議院に送付され、同年6月4日、参議院法務委員会にて賛成多数で原案どおり可決され、同月5日の参議院本会議においても同様に可決されて成立するに至り、同月12日、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」（平成10年法律第104号）として公布され、同年10月1日から施行された⁴⁴⁰。

（ウ）立法の概要

法人がする金銭債権の譲渡等につき、民法の特例として、同法の定める方法に加えて、登記により対抗要件を具備する制度を創設するものであり、その主要内容として、⑦法人がする金銭債権の譲渡につき、法務局にて債権譲渡登記をすることによる第三者対抗要件の具備を認めること、⑧債務者保護の見地から二重弁済の危険や抗弁切断の危険を防止するための手当ての用意及び⑨登

⁴³⁷ 法務省民事局参事官室第4課編・前掲（脚注436）書3頁。

⁴³⁸ 法務省民事局参事官室第4課編・前掲（脚注436）書3頁。

⁴³⁹ 法務省民事局参事官室第4課編・前掲（脚注436）書4頁。

⁴⁴⁰ 法務省民事局参事官室第4課編・前掲（脚注436）書4頁。

記申請や公示の方法等新たな債権譲渡登記制度に関する規定の創設等が挙げられる⁴⁴¹。

(エ) ⑧「賃料収受」の問題に与える影響及び問題点

- a 本論文の検討課題である⑧「賃料収受」の問題との関係でいえば、制定当初は、債務者が特定できる場合においても将来債権の譲渡については従前の民法解釈において有効要件・有効期間につき解釈上の争いがあることから譲渡の有効性については触れないこととし（別途実体的判断に委ねる）、従前の民法解釈に変更はないとの立場であるとの説明がなされていた⁴⁴²。

しかしながら、債権譲渡登記の存続期間については原則として50年以内と規定されていたことから（債権譲渡特例法改正前第5条第2項）、次第に、原則として50年以内の将来債権譲渡については、登記さえしてしまえば、これに遅れる抵当権設定登記しか有しない抵当権に基づく賃料に対する物上代位との関係では債権譲渡が優先するとの解釈が採られるようになっていったため、影響力としては相当程度大きなものがあったといえる。

- b 他方、債務者が特定できない場合については、債権譲渡特例法制定当時の債権譲渡登記制度においては譲渡に係る債権の債務者が必要的登記事項とされていたことから（債権譲渡特例法改正前第5条第1項第6号、債権譲渡登記規則改正前第6条第1項第2号）、債務者が特定していない時点では将来賃料債権を譲渡しようとしても登記をすることができず⁴⁴³、その点で賃料に対する物上代位への影響は限定されていた。

ウ 平成16年改正

(ア) 改正の背景・趣旨

バブル経済崩壊後の不動産価値の下落及び企業債務の個人保証の責任過大化という経済・社会情勢を背景に、不動産担保及び個人保証に依存し過ぎた従来型の企業の資金調達方法を見直す必要があり、企業資産のうち債権を流動化させることによる資金調達方法を強力に後押しすべきであるとの経済界からの要

⁴⁴¹ 法務省民事局参事官室第4課編・前掲（脚注436）書6頁。

⁴⁴² 法務省民事局参事官室第4課編・前掲（脚注436）書30頁、31頁。

⁴⁴³ 植垣勝裕・小川秀樹『一問一答 動産・債権譲渡特例法 [3訂版]』6頁、7頁（商事法務、2007年）。

請は更なる高まりを見せた。具体的には、将来債権譲渡、とりわけ債務者が特定していない将来債権の譲渡にも対抗要件の具備を認めることでこれらの債権の流動化を促すべきであるとの主張がなされるに至り、かかる経済界からの要請を受け入れる形で、所要の改正が行われるに至った⁴⁴⁴。

(イ) 改正経緯

- a 前述の背景の下、平成15年9月10日、法務大臣から、法制審議会に、「動産担保及び債権担保の実効性をより一層高めるという観点から、動産譲渡及び債権譲渡を公示する制度の整備を早急に行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問（諮問第64号）がなされたことを受け、同日、法制審議会内に動産・債権担保法制部会が設置された⁴⁴⁵。
- b 上記部会は、平成15年10月から調査・審議を開始し、平成16年2月、「動産・債権譲渡に係る公示制度の整備に関する要綱中間試案」を取りまとめ、これと併せて事務当局である法務省民事局参事官室で作成した補足説明を公表するとともに、関係各界にパブリック・コメントを求めた⁴⁴⁶。
- c 上記部会は、意見照会の結果をも踏まえて審議を重ね、平成16年8月24日、「動産・債権譲渡に係る公示制度の整備に関する要綱案」を決定し、同年9月8日、法制審議会にて上記要綱案どおりの「動産・債権譲渡に係る公示制度の整備に関する要綱」を決定の上、法務大臣に答申した⁴⁴⁷。
- d その後、法務省民事局にて、上記要綱に基づき、旧法の一部を改正する法律案を作成の上、平成16年10月12日、同日の閣議決定を経て、第161回国会に「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律案」（閣法第18号）を提出した⁴⁴⁸。
- e 上記法律案は、参議院先議とされ、同院法務委員会にて、平成16年11月9日、賛成多数で原案のとおり可決され、同月10日、同院本会議にて、賛成多数で可決された後、直ちに衆議院に送付され、同院法務委員会にて、同月19日、賛成多数で原案のとおり可決され、同月25日、同院本会議に

444 植垣外・前掲（脚注443）書5頁～7頁。

445 植垣外・前掲（脚注443）書8頁。

446 植垣外・前掲（脚注443）書8頁。

447 植垣外・前掲（脚注443）書8頁。

448 植垣外・前掲（脚注443）書8頁。

て賛成多数で可決され、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律」（平成16年法律第148号）として成立し、同年12月1日公布され、平成17年10月3日、施行された⁴⁴⁹。

(ウ) 改正の概要

- a 本論文の検討課題である㊸「賃料収受」の問題との関係でいえば、債権譲渡特例法制定当時の債権譲渡登記制度において譲渡に係る債権の債務者を必要の登記事項としていたこと（債権譲渡特例法改正前第5条第1項第6号、債権譲渡登記規則改正前第6条第1項第2号）を改め、債務者が特定していない債権の譲渡について、譲渡に係る債権の債務者の氏名・商号等を必要的記載事項としないこととし、債務者が特定していない将来債権の譲渡も登記をすることを可能とした（債権譲渡特例法改正後第8条第2項第4号、債権譲渡登記規則改正後第9条第1項第3号）⁴⁵⁰。
- b また、債務者が特定していない将来債権の譲渡につき⁴⁵¹、債権譲渡登記の存続期間を原則として10年以内と定め（債権譲渡特例法改正後第8条第3項第2号）、例外的に「特別の事由がある場合」には10年を越える存続期間の設定（同項本文但書）又は延長（同法改正後第9条第1項）を認めた⁴⁵²。
- c さらに、公示制度につき、債権譲渡登記がされるごとに登記事項の概要を商業登記簿その他の譲渡人の登記簿に記録する制度を廃止し、新たに債権譲渡登記事項概要ファイルを設け（債権譲渡特例法改正後第12条）、誰でも当該ファイルに記録されている事項を証明した書面（概要記録事項証明書）の公布を請求することができる制度を創設した（同法改正後第13条）⁴⁵³。

(エ) ㊸「賃料収受」の問題に与える影響及び問題点

- a 債務者が特定できる場合の将来債権の譲渡については、前述したところと同様である。

⁴⁴⁹ 植垣外・前掲（脚注443）書8頁、9頁。

⁴⁵⁰ 植垣外・前掲（脚注443）書17頁、90頁～94頁。なお、これに伴い、譲渡対象に将来債権が含まれている場合には、譲渡に係る債権の総額につき登記事項から除外された（債権譲渡特例法改正後第8条第2項第3号）。

⁴⁵¹ 債務者も特定している場合については債権譲渡登記の存続期間を原則として50年以内とする点につき変更はない。

⁴⁵² 植垣外・前掲（脚注443）書17頁、99頁、100頁。

⁴⁵³ 植垣外・前掲（脚注443）書17頁、124頁、125頁、128頁。

- b 他方、平成16年改正により、債務者が特定していない将来債権の譲渡についても、原則として10年以内の債権譲渡登記の存続期間が認められることとなった結果、債務者（すなわち賃料債権においては賃借人）が未だ存在していない時点においてすら物件所在地や部屋番号等で特定してしまいさえすれば原則として向こう10年分につき債権譲渡登記してしまえることになった。これにより、賃借人登場以前において債権譲渡登記を先行具備される限度で、賃料に対する物上代位を期待する抵当権者は常に債権譲渡に劣後せざるを得ないこととなり⁴⁵⁴、そこには同一のスタートラインからの競争という仕組みはおよそ成り立たないこととなる。

4 小括

(1) 執行法改正による手当て

ア 内容の評価

(ア) 平成8年改正

平成8年改正は、住専問題を契機として集中的に議論されて議員立法として成立したものであるが、このような迅速な改正を可能としたのは、第2章で見たように、執行実務上の強い要請を背景とする判例（決定例）の集積の存在が大きい。

その改正内容も、概ね執行裁判所が積み重ねてきた弾力的解釈・運用を追認するものであり、内容的にも立法の在り方としても妥当である。

(イ) 平成10年改正

平成10年改正は、実務上指摘されていたいくつかの問題点につき個別の対応を施したものであり、内容自体は概ね相当といえる。

(ウ) 平成15年改正

a 平成15年改正は、平成8年、同10年改正で見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採っており、執行法上の手段の利用状況の低調さに対する前述した問題意識に個別的に対応したものといえる。

b 平成15年改正の結果、執行法上の保全処分のすべてにおいて、「価格減少行

⁴⁵⁴ 植垣外・前掲（脚注443）書54頁は、債務者の特定の有無に関わらず、将来賃料債権譲渡と賃料に対する物上代位との優劣関係は、債権譲渡登記と抵当権設定登記の時間的先後関係によって決せられる旨明言する。

為」(第68条の2は「売却を困難にする行為」)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が、元も「著しく」要件はあまり顧慮しないというのが実務の運用であったことから、改正前の運用状況と異なるところはあまりないとの見方も示されている⁴⁵⁵。

近時、「価格減少行為」の網にかからないように執行妨害の態様が一層巧妙化してきていることが問題視されているところである⁴⁵⁶。

- c 従来は、執行官保管命令の発令が許されるのは禁止命令、行為命令の命令違反又は禁止命令、行為命令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ていたため⁴⁵⁷、平成15年改正で命令違反等の上記要件は撤廃され、各命令が並列的な関係に置かれることとなった点は評価できる。
- d また、従来、当事者恒定効が認められていなかった関係で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ため⁴⁵⁸、平成15年改正で当事者恒定効の付与された形で占有移転禁止の保全処分が新設されたことも一定の意義がある。
- e 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ないという問題があったため⁴⁵⁹、平成15年改正で、「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を可能とした点も評価できる。こうした平成15年改正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

⁴⁵⁵ 松下外・前掲(脚注85)座談会(古賀発言)36頁。

⁴⁵⁶ 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木下外・前掲(脚注85)座談会(第2回)(古賀発言)22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外・前掲(脚注85)座談会(古賀発言)29頁～31頁。

⁴⁵⁷ 松下外・前掲(脚注85)座談会(松下発言)35頁。

⁴⁵⁸ 進士・前掲(脚注85)論文77頁。

⁴⁵⁹ 進士・前掲(脚注85)論文78頁。

える。

イ 改正後の運用状況に対する評価

(ア) 執行法上の保全処分

平成8年改正以降現在に至るまでの一貫した問題点として、利用状況の低調さが挙げられる。

その理由としては、申立人側の事情として、⑦手続構造上申立時に申立人側ですべての要件事実を主張・立証しなければならないことの手続的負担の大きさ、⑧数十万円から数百万円程度の担保金の負担を要すること、相手方側の事情として、⑨執行妨害の態様がいわゆる「不穏な占有」と称される巧妙な執行妨害方法に移行しつつあること、外在的事情として、⑩不良債権処理が相当程度進んだ結果抵当権付不良債権の大半が金融機関からサービサー等へ譲渡されてしまったこと、⑪警察庁の平成8年次長通達により金融不良債権関連事犯の徹底的な取締りがなされたことで暴力団系の占有屋の相当数が排除されたこと等が考えられる。

(イ) 担保不動産収益執行

他方、担保不動産収益執行については新しく導入されてからまだ4年半に過ぎず、統計数値判明分は2年半～3年分程度にとどまるため、今後の動向を正確に見通すことは難しい。

しかしながら、東京地裁では今少し利用件数が少なめであるとの報告がなされており、その理由として申立債権者の費用負担の問題が指摘されている。

他方、大阪地裁では担保不動産競売事件数及び賃料に対する物上代位件数が軒並み大幅な減少を続ける中、担保不動産収益執行件数のみ増加に転じた年もあり、また売却価格の向上という副次的効果が認められるとの報告がなされている。また、当初の制度設計時の予想に反して、大規模物件のみならず小規模・中規模物件での利用も多く見られるのは、東京地裁・大阪地裁共通の特徴である。

不動産競売市場の活況化及び迅速化という外在要因の中での上記傾向は、担保不動産収益執行には①従前の強制管理及び賃料に対する物上代位にはない配当上の利点があること、②賃借人の把握が容易でない物件につき管理人による調査を経ることで権利関係が明確化できること及び③管理人による適切な管理・修繕等により客観的な物件価値を高められることといった特長があり、その結果収益価値からの債権回収という直接の目的を越えて、任意売却や競売における高額売却

化という効用を發揮していることが今後広く認知されていけば、着実に利用件数が増えていく可能性も十分に考えられる。それまでに、費用負担等の申立負担を軽減する方向での手当てが施されていくことが望ましい。

(2) 実体法改正による手当て

ア 実体法改正による手当てに関しては、とりわけ短期賃貸借制度を全廃した点につき、3つの観点から問題がある。

イ 第1は、詐害型／正常型の区分けを無視ないし放棄して安易に短期賃貸借制度そのものを全廃してしまったことである。これにより本来保護されるべき一定数の正常型賃借人の地位が不安定になってしまう一方、短期賃貸借としては保護されない非正常型の賃借人が明渡猶予の保護を受ける場面も少なくなく⁴⁶⁰、アンバランスな結論となっている。

ウ 第2は、解除請求の根拠規定をも削除してしまったことである。これにより解除請求を先行させ無権原占有化した上で債権者代位の方法（代位構成）を用いて詐害的占有者を排除するという判例上承認されていた手法が使えなくなってしまった。

エ 第3は、賃借権を対抗し得なくなった賃借人に対し買受人が退去させるか居住継続させるかのイニシアティブを一方向的に持てるようになった結果、居住継続の場合に賃借人に敷金の不承継・二重払いの危険が生じるようになった。すなわち、短期賃貸借制度の廃止と合わせて改正法附則第7条により賃借人は敷金を登記しない限り買受人に対し敷金返還請求権を対抗できなくなったため、敷金の不承継に伴う二重払いの危険が生じてしまった⁴⁶¹。敷金承継に関する判例法理を無視した改正といえる。

(3) 債権譲渡特例法の平成10年制定及び同16年改正の影響及び問題点

債権譲渡特例法の平成10年制定及び同16年改正の影響及び問題点は前述のとおりであり、債務者特定分については原則として50年以内の将来債権を、債務者不特定分についても物件所在地や部屋番号等で特定してしまえば原則として向こう10年分につき債権譲渡登記をしまえることになった。これにより、賃借人登場以前において債権譲渡登記を先行具備される限度で、賃料に対する物上代位を

⁴⁶⁰ 池田・前掲（脚注85）論文86頁。

⁴⁶¹ 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」法律時報77巻6号2頁（2005年）。

期待する抵当権者は常に債権譲渡に劣後せざるを得ないこととなり、そこには公平なスタートラインからの競争という図式は存在しない。

第5章 検討

1 はじめに

(1) 本論文では、使用・収益に関する抵当権の効力が正面から問題となる場面として、

①「抵当権侵害占有排除」及び②「賃料收受」の問題につき考察してきた。

(2) 考察に際しては、まず、第1章で、ドイツ法における使用・収益に関する抵当法制

の沿革及び日本法における沿革について概観することで、抵当権の基本的特性並びに

①「抵当権侵害占有排除」及び②「賃料收受」の問題に対する規律の考え方について示唆を得た。

(3) 次に、第2章で、①「抵当権侵害占有排除」及び②「賃料收受」の問題に対する各

実体法・執行法上の手段に関する裁判例を整理・概観した結果、判例の問題点として

次の3点を指摘した。

すなわち、問題点の第1は、判例は、①「抵当権侵害占有排除」に関し、従来の否定判例と同様抵当権の非占有担保・価値権という特性を承認しつつ、明渡請求肯定説に転換したこととの理論的關係について何ら明らかにしていない点である(問題点①)。

問題点の第2は、抵当権に基づく明渡請求の要件・効果ともに未解明な部分が多い点である(問題点②)。

問題点の第3は、判例の採用する物上代位と債権譲渡等事前処分との優劣基準及びその理論的説明は、公平かつ合理的なものとはいえない点である(問題点③)。

(4) 次いで、第3章で、①「抵当権侵害占有排除」及び②「賃料收受」の問題に対する

各実体法・執行法上の手段に関する学説を整理・概観した上で、解決されていない問題点として次の2点を指摘した。

すなわち、検討されるべき問題点の第4として、①「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方につき要件事実、効果並びに手続構造の観点から比較検討し、役割分担を提示すべき点である(問題点④)。

問題点の第5は、②「賃料收受」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方の検討を踏まえて役割分担を提示すべき点である(問題点⑤)。

(5) 続いて、第4章で、近時の立法による手当ての成立過程、内容及び施行後の運用状況を検証することで、立法により現れた問題点を指摘し、その解決に向けた指針の必要性を明らかにした。

そこで、検討されるべき問題点の第6として、立法により現れた問題点の解決に向けた指針を提示すべき点が挙げられる（問題点⑥）。

(6) 本章では、上記①～⑤の問題点に検討を加え、また⑥立法に現れた問題点の解決に向けた指針を考察する。

2 問題点①の検討

(1) 問題点①

判例は、A「抵当権侵害占有排除」に関し、従来の否定判例と同様抵当権の非占有担保・価値権という特性を承認しつつ、明渡請求肯定説に転換したこととの理論的關係について何ら明らかにしていない。

(2) 問題の所在

[8]平成11年判決は、判旨冒頭で従来どおり承認した抵当権の非占有担保・価値権という本質的特性と抵当権に基づく明渡請求肯定という結論との理論的關係を何ら説明していない。[12]平成17年判決も同様である。[7]平成3年判決をはじめ否定裁判例・学説がその拠り所としてきたのが上記2つの特性であった以上、上記特性自体は従来どおり承認しつつ反対の結論を導いた理論的説明がなされる必要がある。にもかかわらず、判例は、基本的特性との衝突を否認するためのロジックを何ら展開することなく判例変更を行ったために、問題点①が生じた。

(3) 判例の立場の分析

ア 第2章で概観した判例から、抵当権の基本的特性に関する判例の立場を整理の上、分析すると次のとおりとなる。

イ 判例の立場の整理

(ア) 最高裁判例法廷意見の立場

a 抵当権の特性に関する基本的理解

最高裁判例法廷意見は、抵当権の特性に関する基本的理解につき、「抵当権は、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であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。」と述べており（[8]平成11年判決）、かかる理解は抵当権に基づく占有排除を全面否定した[7]平成3年判決においてもすでに示されていた。

b 抵当不動産所有者の負う拘束

上記基本的理解に続けて、まず不法占有事案に関し、「抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されているものということができる。したがって、右状態〔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など、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〕があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有するといふべきである。」と述べ（〔8〕平成11年判決）、次に有権原占有事案に関し、抵当権に基づく妨害排除請求が認められる論拠として「抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されない」と述べている（〔12〕平成17年判決）。

(イ) 〔8〕平成11年判決の奥田補足意見の立場

a 抵当権の特性に関する基本的理解

〔8〕平成11年判決の奥田補足意見は、抵当権の特性に関する基本的理解につき、「抵当権は、抵当不動産の担保価値（交換価値）を排他的に支配し、競売手続において実現される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である。もっとも、抵当権は、抵当不動産を有形的・有体的に支配する権利ではなく、その交換価値を非有形的・観念的に支配するにとどま」る。かかる「抵当権に認められる抵当不動産の交換価値に対する排他的支配の権能は、交換価値が実現される抵当権実行時（換価・配當時）において最も先鋭に現れるが、ひとりこの時点においてのみならず、抵当権設定時以降換価に至るまでの間、抵当不動産について実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配することができる点に、抵当権の物権としての意義が存する」、「抵当権は目的物に対する事後的支配（占有）を伴わずにその交換価値を非有形的・観念的に支配する権利である」と述べる。

b 抵当不動産所有者の負う拘束

上記基本的理解に続けて、不法占有事案に関し、「抵当権設定者又は抵当不動産の譲受人は、担保権(抵当権)の目的物を実際に管理する立場にある者として、第三者の行為等によりその交換価値が減少し、又は交換価値の実現が困難となることのないように、これを適切に維持又は保存することが、法の要請するところである」と考えられ、その反面として、「抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権(担保価値維持請求権)を有」し、「この担保価値維持請求権は抵当権設定時よりその実行(換価)に至るまでの間、恒常的に存続する権利である」と述べている。

ウ 判例の立場の分析

(ア) 最高裁判例法廷意見の立場

- a 最高裁判例法廷意見が、抵当権は抵当不動産の交換価値から優先弁済を受ける物権であり、非占有担保であることから、原則として、抵当不動産所有者の使用・収益に干渉できないと述べる点からは、いわゆる価値権説的な理解に立って、使用・収益面への干渉可能性を原則的に否定しているものと評価できる。

その上で、抵当不動産所有者の使用・収益も無制約ではなく、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されているとの理解を示していることから、用益面への関わりも一定程度承認しているものといえる。

よって、これらの点からは、第3章で触れたいいわゆる新価値権説といわれる一群の見解と基本的に同旨の立場に立つと評しうる。

- b 他方、最高裁判例法廷意見が、占有による抵当権侵害につき、「占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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」との要件を定立している点からは、価値権説ないし新価値権説ではなく、むしろ端的に換価権説を念頭に置いているかのようにも読める⁴⁶²。

(イ) [8]平成11年判決の奥田補足意見の立場

- a 奥田補足意見は、③抵当権は、抵当不動産の担保価値(交換価値)を排他的に支配し、交換価値から優先弁済を受ける物権であるが、抵当不動産を有形的・

⁴⁶² 平野裕之『担保物権法』60頁(信山社、2007年)は、かかる要件の文言から「いわば換価権の侵害だけでよいかのような理解を示す判決」と評する。

有体的に支配する権利ではなく、その交換価値を非有形的・観念的に支配するにとどまるものといえ、かかる抵当権の交換価値に対する排他的支配権能は、交換価値が実現される抵当権実行時(換価・配當時)のみならず、抵当権設定時以降換価に至るまでの間、実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配することができるものであり、他方、⑥抵当不動産所有者は、抵当権の目的物を実際に管理する立場にある者として、第三者の行為等によりその交換価値が減少し、又は交換価値の実現が困難となることのないように、これを適切に維持又は保存することを法は要請しており、かかる要請は抵当権設定時よりその実行(換価)に至るまでの間、恒常的に存続するとの理解に立っているものといえる。

- b 奥田補足意見の交換価値全般に関する言及部分及びその後の記述展開に照らせば、奥田補足意見は、第3章で整理した新価値権説の一群に位置付けられるべき立場といえる。

(ウ) 小括

以上から、抵当権の基本的特性に関する現在の判例の立場は、新価値権説ないし換価権説として理解すべきものであり、一見、[8]平成11年判決及び[12]平成17年判決の判旨冒頭のみを見れば価値権説を前提に価値権ドグマを貫いた[7]平成3年判決と同様の基本的理解に立つように見えて、その実は、後続の説示を合わせ読む限り、従前の価値権説とは一線を画する立場に立つに至ったものと解すべきである。よって、現在の判例の基本的特性理解と抵当権に基づく明渡請求肯定との結論との間には、理論的不整合はないものと解される。

(4) 法の規定

ここで、抵当権の基本的特性を考察するにあたって、まず、法の規定を確認しておきたい。

ア 第369条

(ア) 民法は、第369条第1項において「抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。」と規定している。

(イ) かかる規定からは、「債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産」との文言から非占有担保性を、「抵当権者は、・・・他の債権者に先立

って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」との文言から優先弁済請求権を読み取ることができる。

イ 第371条

また、第4章で触れた平成15年改正の結果、民法は、旧第371条を改め、新第371条として「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。」と規定し、抵当不動産の収益面に関し抵当権者と抵当権設定者との利益の調和点に対する理解を示している。

すなわち、同条の「その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた」との文言から、法が、抵当不動産の収益面に関する抵当権者と抵当権設定者との利益の調和点として、被担保債権の債務不履行時を基準と考えていることを読み取ることができる。

ウ 小括

以上から、法は、⑦抵当権は、占有を移転しないで債務の担保に供した不動産につき優先弁済を受ける権利であり、かかる④抵当権の効力は、債務不履行時以後に生じた抵当不動産の果実に及ぶとの理解に立っているものといえる。

(5) 抵当権設定契約における約定内容及び権利・義務

次に、抵当権の約定担保性から、抵当権設定契約により生じる権利・義務内容について考察しておきたい。

ア 抵当権は約定担保物権、すなわち抵当権設定当事者間の抵当権設定を目的とする契約によって発生する担保物権である。この点で、留置権・先取特権のように法律上当然に生ずる権利とは決定的に異なる。

イ 抵当権設定契約も契約である以上、約定内容に応じた権利・義務が生じる。第1章で見たとおり、抵当権が近代以降の生産信用手段としての利用需要の高まり及び公示手段の確立に伴い金融担保の代表的手段となり得たのは、被担保債権の債務者が支払債務を履行期限内に履行する限りは、その間抵当権設定者は抵当目的物を従前同様本来的用法に従い使用・収益することができ、他方、抵当権者においてもいざ被担保債権に債務不履行が生じた場合は、新たに債務名義を取得することなく直ちに抵当権を実行して設定時に把握しておいた抵当目的物の交換価値から優先弁済を受けることで確実に貸金債権を保全し得たからである。

こうした理解を前提に、抵当権設定契約によって生じると合理的に考えられる抵

当権設定当事者間の権利・義務を整理すると以下のようにになると考える。

(ア) 抵当権者に生じる権利及び制約

a 抵当権者が取得する権利

(a) 優先弁済請求権

抵当権の本体的権利である。この優先弁済請求権の一内容として、抵当目的物の交換価値に対する排他的支配権能がある。この交換価値に対する排他的支配権能は、抵当権設定契約時に発生し、以降抵当権の実行・換価を経て優先弁済を受けるまで存続し、その間実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配する権能である。

(b) 担保価値維持・保存請求権

後述する抵当権設定者（及び抵当目的物の第三取得者）が負う担保価値維持・保存義務に対応する権利であり、抵当権者は、抵当不動産所有者に対し、抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する。

b 抵当権者が負う制約⁴⁶³

抵当権設定者の権利として保障される抵当目的物を本来の用法に従い使用・収益する権利（使用・収益権）に対応する制約として、抵当権者は、抵当目的物に対する抵当不動産所有者の本来の用法に従った使用・収益を受容しなければならない。但し、被担保債権の債務者が支払債務を履行期限内に履行する限りにおいてのことであり、少なくとも収益権に関しては、債務不履行後に生じた果実に抵当権の効力が及ぶことは平成15年改正後の第371条が明文で定めるところである。

(イ) 抵当権設定者の有する権能⁴⁶⁴及び生じる義務

a 抵当権設定者の有する権能

抵当権設定者は、抵当権設定契約によって発生ないし取得する権利ではなく、

⁴⁶³ 抵当権者は抵当権設定契約の内容として元もと使用・収益権を取得していないのであるから、抵当不動産所有者が自己の元もと有していた用益権能に基づき使用・収益することを抵当権者が受容することを「制約」と表現するのが妥当かは一考を要するが、「義務」よりは適切と考えて「制約」と表現することにした。

⁴⁶⁴ 抵当権設定者は元もと自己の用益権能に基づき抵当目的物を使用・収益できたのであるから抵当権設定契約によって「発生ないし取得する権利」と表現することは適切でないと考えて「有する権能」と表現することにした。

自己が元もと有していた用益権能に基づき抵当目的物を使用・収益することができる。但し、被担保債権の債務者が支払債務を履行期限内に履行する限りにおいてのことであり、少なくとも収益権に関しては、債務不履行後に生じた果実に抵当権の効力が及ぶことは平成15年改正後の第371条が明文で定めるところである。

b 抵当権設定者が負う義務

抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理し担保価値を維持・保存する義務である⁴⁶⁵。

(6) 私見

ア 抵当権の本質理解

(ア) 価値権説の功罪

a 価値権説が、漫然と他の物権と同視されていた担保物権の特徴を、特に経済的機能の観点から独自の性格と役割をもった権利として浮かび上がらせた歴史的意義は大きく、また、交換価値を支配しているという側面が抵当権の本質的内容として含まれることは否定し得ないように思われる。

b 他方、価値権説を前提とするいわゆる価値権ドグマの問題性は、近代的抵当権論同様、「交換価値を把握する」という側面を純化・強調して捉える余り、「交換価値のみを把握しているに過ぎない」という矮小的理解に陥り、かかる理解を前提に、そこから形式論理的・演繹的に具体的解釈論の結論を導き出そうとした点にある。

(イ) 換価権説の評価

a 第3章で整理したとおり、わが国では、近時、旧来型の価値権説に対抗する本質理解として、目的物を処分・換価して優先的に満足を受ける権利を内実とする換価権説が有力に提唱されている。

b 第1章で指摘したとおり、ドイツ抵当制度は保全抵当から投資抵当へと生成・展開していったが、その展開過程においては、第3期における資本主義の進展過程の特異性が大きく、これをわが国を含めた他国にも当然に妥当するものとして普遍化して捉えることは相当でない。その国ごとの社会性、経

⁴⁶⁵ 抵当目的物の第三取得者にも引き継がれる。

済性、歴史性に根ざした抵当制度が構築されてしかるべきであり、わが国における抵当制度の生成と展開の歴史を見る限り、わが国の抵当制度は投資抵当ではなく保全抵当としての役割を担ってきたものといえる。

よって、交換価値の把握のみを強調する旧来型の価値権の発想に純化してわが国の抵当権の本質を捉えることは事物に即しているとはいえず、むしろ保全抵当としての役割からすれば抵当目的物を換価して優先弁済を受ける権利として理解する換価権説的説明の方が整合的ともいえる。

- c しかしながら、処分・換価により優先的満足を受けるためには、その論理的前提として抵当目的物の財産的価値の把握を要するはずであり、換価権説がかかる価値把握の面を軽視して換価という面のみを強調するとすれば、そこには旧来型の価値権説と同様の問題性が生じうるといえよう。

(ウ) 議論の立て方

- a 概念の本質を理解ないし説明しようと試みるとき、あえて側面のうちの1つを強調してみることは方法論としては有用な面がある。
- b しかしながら、1つの側面のみで過不足なく概念の本質を理解・説明しようとしたり、ましてやその1つの側面・特徴から具体的解釈論を演繹的に規定し尽くそうとすることには無理がある。[7]平成3年判決を典型とする否定裁判例の背景にある旧来型の価値権ドグマにはそうした面があったように思われる。
- c 私見は、価値権という理解と換価権という理解を相対立するものとは考えず、いずれも抵当権の本質の重要な一面を捉えた理解と考える。

(エ) 価値権という側面と換価権という側面との統合的理解

- a 問題は、その先の価値権という側面と換価権という側面との統合的理解・説明の仕方である。
- b この点、第1章で見たドイツの第3期における換価権と価値権との関係理解が1つの示唆となると考える。

すなわち、19世紀のドイツにおいては担保権の本質につきまず換価権との理解があり、担保権はその換価権を通じて担保目的物の保有する価値を支配するものとの理解がなされることで、換価権概念を前提として価値権概念が理解されていた。

c かかるドイツ法の示唆を起点に更に考えを推し進めるとすれば、価値権という価値把握の手段として換価権を織り込んで理解していくこととなる。

具体的には、換価権を通じての抵当目的物の財産的価値把握という場合、その先には抵当目的物の処分・換価による優先的満足が予定されているのであるから、抵当権設定契約による価値把握時のみならず、以降最終的には処分・換価により優先的満足を受ける時まで、把握した目的物価値に対する排他的支配が及び続けていなければならないと考える。このように、抵当権者は、抵当権設定契約によって、設定時以降優先弁済的満足実現時までの間、換価権を通じて抵当目的物の財産的価値を排他的に支配することでその交換価値を把握するのであり、かかる交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対し物的支配を及ぼしているものと解すべきである。

d このように理解することで、換価自体の困難性又は当初把握していた目的物価値の適正価額からの不当な低下のおそれがある場合に抵当権の侵害を説明することが容易となる。

(オ) 小括

以上から、私見は、抵当権の本質理解として、「抵当目的物を処分・換価して優先弁済を受けることを内実とする換価権によって抵当目的物の交換価値を排他的に支配することで担保価値を把握する物権であって、その交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有する権利」であると解する。

イ 抵当目的物の「使用」面に対する抵当権の効力

(ア) 抵当権設定者に生じる拘束力

a 前述のとおり、抵当権設定契約の効果として、抵当権設定者には⑦抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理し担保価値を維持・保存する義務及び⑧債務不履行後に生じた果実に抵当権の効力が及ぶという拘束が生じるのであって、その意味で所有者の抵当目的物に対する使用・収益権能は、抵当権設定契約によって従前の用益権に基づく文字どおりの無制約・自由な使用・収益権能ではなくなってしまう。

b かかる制約・拘束は抵当権設定契約時に発生し、実行・換価を経て優先弁済請求権が実現されるまで継続的・恒常的に生じているのであって、しかも

かかる拘束・制約は抵当不動産の第三取得者にも承継される。

(イ) 抵当権設定者に生じる拘束力の説明

a 抵当権は非占有担保であり、その使用・収益権能は基本的に抵当権設定者に留保されているが、抵当権設定契約によって抵当権設定者の使用・収益権能には上記拘束が生じる。

b これは、上記私見の立場からは、次のように説明することができる。

すなわち、抵当権設定契約によって抵当権者は抵当目的物の財産的価値を換価権によって排他的に支配することとなり、かかる換価権は最終的には処分・換価により優先弁済を受けることを内実とするものであるから、設定時以降換価によって優先弁済を受けるまで、把握した抵当目的物の財産的価値の排他的支配は妨げられてはならない。ここから、抵当権設定者の担保価値維持・保存義務が導かれ、また優先弁済請求権を実現するために財産的価値に対する排他的支配権能を有し、その限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有することから、抵当権設定者以外の第三者による占有であってもそれがために換価の困難性又は適正価額からの不当な売却価額の低下のおそれが認められる場合には、優先弁済請求権に向けられた換価権の侵害を排除するために、抵当権者に抵当権に基づく妨害排除請求権が認められるべきである。

3 問題点②の検討

(1) 問題点②

抵当権に基づく明渡請求の要件・効果ともに未解明な部分が多い。

(2) 問題の所在

第2章で見たとおり、判例は下級審裁判例の変遷を経て、一度は価値権説を前提に価値権ドグマを貫いて抵当権に基づく明渡請求を否定した（[7]平成3年判決）。その後、ようやく[8]平成11年判決及び[12]平成17年判決により全面的に抵当権に基づく明渡請求肯定説に転換するに至ったが、明渡請求肯定説に立つに至るのが余りにも遅かったこともあり、②抵当権に基づく明渡請求の要件・効果ともに未解明な部分が多い。とりわけ、要件面につき㊦「占有」による抵当権侵害及び㊧競売申立等の時期的要件、効果面につき㊨明渡しの相手方及び㊩抵当権者へ引渡後の占有の性質の4点が、抵当権の基本的特性との関係もあって、議論が錯綜している。

(3) 直接構成と代位構成

ア 第2章で見たとおり、④「抵当権侵害占有排除」のための実体法上の手段として現行実務上承認されているのは、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）及び債権者代位の方法（代位構成）である。

イ そして、第3章で整理したとおり、両者のうち抵当権に基づく明渡請求（直接構成）を支持する見解が学説上も多数であり、その主たる支持理由である直接構成の簡明さ並びにその裏返しとしての代位構成の補充性、迂遠性及び限定性は首肯されるところである⁴⁶⁶。

ウ よって、以下では、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）の要件及び効果を検討する。

なお、抵当権に基づく物権的請求権には妨害排除請求のみならず予防請求及び返還請求の類型もあるが、本論文では現存する抵当権侵害占有の排除を検討課題としていることから、以下では妨害排除請求に限定して、その要件及び効果を検討していく。

（4）要件論

ア 第3章でも指摘したとおり、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）の要件論として特に重要なのは、⑦「占有」による抵当権侵害及び⑧競売申立等の時期的要件の2つである。

この2要件は、要件そのものとしても主要というのみならず、抵当権の基本的特性とも関連する点で議論が錯綜していることは前述した。

イ ⑦「占有」による抵当権侵害

（ア）判例の立場

a 最高裁判例は、第2章で見たとおり、不法占有事案と有権原占有事案とで⑦「占有」による抵当権侵害要件につき、異なる規範を採用している。

b 不法占有事案

（a）最高裁判例

「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など、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

⁴⁶⁶ もっとも、抵当権者側からすれば排除手段自体は多いに越したことはなく、その意味で代位構成が無用ないし不要となるわけではない。

状態があるとき」には「抵当権に対する侵害」と「評価」できるとした債権者代位の方法（代位構成）に関する説示に続けて、「なお、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は、抵当権に基づく妨害排除請求権として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許される…」としている（[8]平成11年判決）。

(b) [8]平成11年判決の奥田補足意見

i 他方、同判決の奥田補足意見は、まず、「抵当不動産の交換価値は競売手続において実現されるものであるから、第三者の行為等が抵当不動産の交換価値を減少させ、又は交換価値の実現を困難にさせるものとして抵当権の侵害に当たるか否かについては、当該行為等の内容のみならず、競売手続における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。けだし、すべての抵当権者に同等の救済を認めることは適当ではなく、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も、考慮しておかなければならないからである。」と述べて、「当該行為等の内容」のみならず「競売手続における当該抵当権者に対する配当の可能性等」をも斟酌すべきとの見解を示している。

なお、同判決における奥田補足意見の構成立てからして、上記説示は、直接構成及び代位構成のいずれにも共通するものとして述べられているというべきである。

ii 次に、奥田補足意見は、「…物上請求権は、物権の権利者の目的物に対する事実的支配(占有)が妨げられ、又は妨げられるおそれがある場合に、あるべき状態を回復するための手段として認められてきたものである。抵当権は目的物に対する事実的支配(占有)を伴わずにその交換価値を非有形的・観念的に支配する権利であるが、本件におけるように、第三者が抵当不動産を何らの正当な権原なく占有することにより、競売手続の進行が害され、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生じているときは、右不法占有者に対し、抵当権者は、抵当権に基づき、妨害の排除、すなわち、不動産の明渡しを請求することができる…」と述べている。

(c) 小括

i [8]平成11年判決以降、前掲[9]東京地裁平成12年判決も含め、不法占有事案において「占有」による抵当権侵害について詳細に言及した裁判例は見当たらない。

よって、不法占有事案における「占有」による抵当権侵害に関する現在の判例の立場は、[8]平成11年判決の法廷意見が示した上記立場ということになる。

ii なお、「競売手続における当該抵当権者に対する配当の可能性等」に言及した奥田補足意見は補足意見にとどまるため、この点に関する判例の立場は依然明らかでない。

c 有権原占有事案

(a) 最高裁判例

抵当権設定登記後に占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、「①その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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」は、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができると説示し、その理由として「抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されない」ことを挙げる（[12]平成17年判決）。

(b) [10]東京高裁平成13年判決

[12]平成17年判決の原審である前掲[10]東京高裁平成13年判決は、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場合であっても、抵当権者は、「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と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」には、「抵当権者の優先弁済請求権の行使が不法に侵害されている」

ものというべきであり、「抵当不動産を賃貸借（転貸借）などにより他人に占有させ、又は賃借人（転借人）などとしてみずから占有する第三者があり、それらの第三者の行為が抵当不動産の交換価値の実現を不法に妨げるものであるとき」は、「抵当権に対する不法な侵害の排除」を求めることができると説示している。

(c) 判例の立場

- i 同一の事案に関し、[10]東京高裁平成13年判決が[8]平成11年判決の示した規範を慎重に敷衍する形で要件を定立しているのに対し、[12]平成17年判決は[8]平成11年判決の示した規範にはなかった①競売手続妨害目的要件を新たに付加している点で異なる。
- ii [12]平成17年判決が最高裁判決である以上、有権原占有事案における「占有」による抵当権侵害に関する現在の判例の立場は、上記[12]平成17年判決の示した見解である。

d 小括

判例は、不法占有事案と有権原占有事案とで規範を異ならせており、前者の場合は「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」、後者の場合は「①その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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」に「占有」による抵当権侵害が認められるとする立場に立っている。

(イ) 競売手続妨害目的要件の要否

- a 上記のとおり、判例は、不法占有事案と有権原占有事案とで規範を異にしており、具体的には後者の場合につき競売手続妨害目的要件を付加している。
- b これは、おそらく、第2章で指摘したとおり、対所有者との関係で有権原占有事案の場合につき、同様の場合における占有排除手段であり決定例の集積もある売却のための保全処分（民事執行法第55条）における解釈を意識したものである。

また、平成15年改正により明渡猶予制度が創設されたことを念頭に同制度の猶予期間内の賃借人に対し抵当権に基づく明渡請求を認めうるとすれば制

度間に矛盾が生じることから、これを避けるためにあえて競売手続妨害目的要件を付加したものと解されるとの指摘もある⁴⁶⁷。

- c しかしながら、第1章で確認したドイツ法における抵当権に基づく物権的請求権の解釈がそうであったように、わが国の物権的請求権全般に関する一般的解釈論においても、物権的請求権の相手方の主観的事情は要件とされていない。ドイツ法の示唆というのみならず、わが国で長年にわたり積み重ねられてきたこうした物権的請求権全般に関する一般的解釈との整合性の観点からも、抵当権に基づく明渡請求権についても他の物権的請求権におけるのと同様、物権的請求権の発動を基礎付けるに足るほどの物権侵害の有無で判断することが整合的・統一的で望ましいといえる。

すなわち、「占有」という侵害態様においてどのような状態に至ったら「物権的請求権の発動を基礎付けるに足る抵当権侵害」があったと評価できるかという観点で判断するのが本則と考えるべきである。もちろん、競売手続妨害目的を推認させる関連事実自体は客観的に「抵当権侵害」を認定する上でも有力な徴表となるであろうし、また往々にして抵当権侵害が認定されるべき事案においては競売手続妨害目的も認定されることが大半であろうと思われるが、物権的請求権として理解するに際して、有権原占有事案といえどもあえて競売手続妨害目的を独立要件とすべき必然性はないと考える。

なお、明渡猶予期間中の賃借人に関する前述の指摘については、ことさらに競売手続妨害目的を要件とせずとも、明渡猶予制度は法が予定している制度である以上、かかる者による通常の態様での占有によっては「抵当権侵害」と評価すべきでないことは当然に前提とされているものというべきであって、現実問題として不都合は生じないと考えられる。

- d そこで、抵当権の基本的特性についての上記検討を踏まえて考えるに、前述のとおり、抵当権者には優先弁済請求権に向けられた換価権を通じての抵当目的物の交換価値に対する排他的支配権能があり、この交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配も行っているものと解される。

とすれば、抵当権侵害の有無についても優先弁済請求権の実現に向けて抵当

⁴⁶⁷ 道垣内・前掲（脚注142）判批23頁。

目的物の交換価値に対する排他的支配及び抵当目的物に対する物的支配を行う換価権が抵当権に基づく妨害排除請求権の発動を基礎付けうるほどに侵害されたか否かを基準とすることが基本的な方向性として妥当である。そして、抵当権によって把握された抵当目的物の交換価値が抵当権の実行手続により換価されることを法は予定している以上、㊦抵当権実行手続の進行自体の困難性又は㊧適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれのいずれかが認められる場合には、優先弁済請求権の実現に向けて抵当目的物の交換価値に対する排他的支配及び抵当目的物に対する物的支配を行う換価権が抵当権に基づく妨害排除請求権の発動を基礎付けうるほどに侵害されたと評価してよいと考える。

- e よって、「当該占有により㊦抵当権実行手続の進行自体の困難性又は㊧適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれが認められるとき」は、「占有」による抵当権侵害要件を基本的に充たすと考える（但し後述の時期的要件の問題がある。）。

(ウ) 配当の減少可能性の要否

a 配当の減少可能性を要求する見解の台頭

第2章で述べたとおり、[8]平成11年判決の奥田補足意見は「競売手続における当該抵当権者に対する配当の可能性」を要するとすべきことを示唆し、その理由付けとして「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」を挙げる。

また、第3章で整理したとおり、近時の学説の中でも「損害」要件を掲げ配当に関する損害を要求する見解や配当額の減少を要求する見解が出てきており、その理由付けとして元もと配当可能性の極めて低い後順位抵当権者及び当該占有減価によっても依然として当該抵当目的物から被担保債権全額の満足を受けうる抵当権者による明渡請求権の行使を否定することを挙げる。

b 抵当権の特性からの考察

- (a) たしかに、第1章で見たドイツ法においては、BGB第1133条以下の要件として「土地〔抵当不動産〕の毀損による抵当権の担保力の危険」（「毀損の重大性」）が要求されており、その有無の判断に際しては、毀損による減価によって抵当目的物の価額が被担保債権額を下回るか否かが顧慮されていた。

- (b) しかしながら、ドイツ法においては順位確定の原則が採用されていることか

ら後発的事情の変動による当該抵当権者の把握担保価値の変動は想定しがたいが、日本法においてはドイツ法と異なり順位上昇の原則が採用されていることから後発的事情の変動如何により後順位抵当権者でも配当を受けうる可能性は潜在的には常にあるのであって、かかる前提となる原則が異なる以上、ドイツ法と別異の解釈を採ることにも十分理由はある。

- (c) そもそも、抵当権には、その本体的効力である優先弁済請求権の実現に向けられた抵当目的物の交換価値に対する排他的支配権能があるところ、この交換価値に対する排他的支配権能は、抵当権設定契約時に発生し、以降抵当権の実行・換価を経て優先弁済を受けるまで存続し、その間実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配する権能であると解される。そして、抵当目的物の交換価値に対する排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配性も認められる。

そこでいう「実現されるべき交換価値」とは、判例がいうところの「適正価額」であり、当該抵当権侵害占有がなければ得られていたであろう本来の売却価額である。

- (d) 先に検討したとおり、「当該占有により⑦抵当権実行手続の進行自体の困難性又は⑧適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれが認められるとき」は、優先弁済請求権の実現に向けて抵当目的物の交換価値に対する排他的支配及び抵当目的物に対する物的支配を行う換価権が害されるといえるから、「占有」による抵当権侵害要件を基本的に充たすというべきである。
- (e) よって、配当の減少可能性は、抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求であれば別論、抵当権侵害を理由とする抵当権に基づく物権的請求権としての妨害排除請求においては、要件とされる必要はない。

c 関係当事者の利益状況の具体的考察

- (a) また、関係当事者の利益状況の具体的考察の観点からも、配当の減少可能性を要求する必要はない。
- (b) 前述のとおり、配当の減少可能性を要求する見解の眼目は、「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」なないし「配当可能性の極めて低い後順位抵当権者及び当該占有減価によっても依然として当該抵当目的物から被担保債権全額の満足を受けうる抵当権者に

よる明渡請求権の行使を否定すること」にあった。

(c) しかしながら、まず、③元々配当可能性の低い後順位抵当権者又は占有減価によっても被担保債権割れしない先順位抵当権者が第三者による抵当権侵害占有に対し抵当権に基づく明渡請求をして認容された場合、明渡しの相手方は原則として抵当不動産所有者である。抵当不動産の担保価値の維持・保存状態として、占有主体が抵当権侵害占有の第三者であるよりも元々の抵当不動産所有者である方が望ましいのが一般であり、先順位・後順位、配当可能性の高低を問わず、抵当権者らの利益状況を好転させる結果にはなっても悪化させることはない。

(d) 次に、④明渡しの相手方として例外的に当該抵当権者とされた場合についても、判例及び支配的な学説の基準によれば、この場合その前提として本来の明渡し相手となるべき抵当不動産所有者に明け渡したのでは再び抵当権侵害占有を作出してしまうなどの事態が具体的に懸念され所有者に抵当不動産の適切な維持管理が期待できないとの事実関係が認定されており、かかる場合、「当該抵当権侵害占有の第三者及びその作出に関与した所有者」による抵当不動産の占有という事態と「配当可能性や被担保債権割れの有無はどうあれ当該抵当不動産に抵当権を有している抵当権者」による抵当不動産の占有という事態とで、抵当不動産の担保価値の維持・保存状態として、前者の方が一般的に優っているとは考えがたいことから、この場合に当該抵当権者に対する明渡しを認めたとしても他の抵当権者らの利益状態に不利益的变化は生じていないはずである。

この点、配当の減少可能性必要説論者は、当該明渡しを受けた抵当権者が⑤何らかの経済的利益を不当に得たり、または⑥仮装ないし所有者と意を通じた抵当権侵害占有目的の仮装的・詐害的抵当権者であることを抽象的に懸念しているのかもしれない。

しかしながら、まず、⑦の懸念については、当該抵当権者が明渡請求により取得する占有は、判例及び学説の支配的見解によればいわゆる「管理占有」であり、自身のために使用収益することは一切できず、むしろ善管注意義務の下、所有者に代わり抵当不動産を維持・管理するというものであって、これによる不当な経済的利得は考えがたい。

次に、④の懸念については、立退料等目的や競売手続遅延目的で抵当不動産を占有するのであれば、従前のように所有者からの賃貸借、転貸借等を主張するか事実上占有してしまう方が手っ取り早く、あえて後順位抵当権等の仮装及び公開の裁判手続である抵当権に基づく明渡請求といった迂遠な構成を採るとは實際上考えがたい。しかも、その結果取得できる占有は、前述のとおり何らの旨味もない「管理占有」に過ぎず、従前のように所有者からの賃貸借、転貸借等を主張して占有すれば暫定的にせよ一定期間は占有者自身のための使用・収益をすることができていたことと比べてむしろ不利である。

結局のところ、当該抵当権者が正当な抵当権者であれば減価行為に出ることはないし、執行妨害目的等の仮装抵当権者であることが証拠上明らかな場合は明渡請求自体を否定すれば足りる。万一、執行妨害目的等の抵当権者であることを看過して明渡判決が下されたとしても、当然他の抵当権者や所有者からの明渡請求が認容されるであろうし、かかる手間はどのみち当該抵当権者による最初の抵当権に基づく明渡請求が認容される以前から元々の抵当権侵害占有があったわけであるから、格別手間が余分に増えたということにもならない。また、他の先順位抵当権者等はいつでも競売申立てをすることもできる。

(e) 以上のとおり、関係当事者の利益状況を具体的に考察した場合、配当の減少可能性は不要と解してよい。

d 関連問題における解釈論との整合性

一般の物権的請求権における要件論においては元より、抵当権に基づく物権的請求権が認められる他の侵害態様類型（毀損・搬出事案等）における要件論においても、安定的な解釈として配当の減少可能性は要件とされてこなかった。これら関連問題における解釈論との整合性・統一性も考慮されるべきである。

e 配当減少可能性の予測の不確実性・困難性

従前から指摘されてきたことであるが、昨今の経済情勢の上下動の激しさを見れば、売却時における売却価額の堅い予測などというのは何の保証もないのであって、少なくとも抵当権侵害占有者やこれらの者と意を通じた所有者（所有者の不適切な関与がなければ原則どおり所有者に明け渡されることになる。）と配当可能性が低いか担保余力がその一時点ではあるという抵当権者と

の利益状況とを比較した場合に、後者のリスク負担の下前者を優先させなければならない合理的な理由は見出しがたい。また、先に指摘したとおり、日本法においては、ドイツ法と異なり順位上昇の原則を採用している以上、将来予測の困難性はドイツの比ではない。

f 不可分性

抵当権の不可分性（第372条・第296条）に照らせば、抵当目的物の全体価値によって不可分的に担保されているのであるから、配当可能性の減少の有無に関わらず、担保価値の減少は阻止できるものと解すべきである。

g 小括

よって、配当の減少可能性については要求すべきでないと考える。

ウ ④競売申立等の時期的要件

(ア) 判例の立場

a [8]平成11年判決

(a) ④競売申立等の時期的要件に関しては、[8]平成11年判決の法廷意見は何らの言及もしていない。

(b) また、同判決の奥田補足意見も、代位構成に関して「なお、いかなる場合に代位権を行使することが認められるかについては、事案に応じ検討すべき問題があるが、本件のように抵当権者による競売申立てがなされている事案においては、代位権行使を認めることに何の支障もない…。」と指摘して態度を保留しており、直接構成に関しては一切言及していない。

b 抵当権に基づく明渡請求に関する他の裁判例

[8]平成11年判決の事案もそれ以降の裁判例の事案もいずれも競売申立後の事案であるため、この点に関する判例の立場は不明であるといわざるを得ない。

c [113]東京高裁決定

(a) なお、競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）事案における価格減少行為の認定に関してはあるが、前掲[113]東京高裁決定は、根抵当権は不動産の交換価値を把握するものであって設定者の使用収益権能までも奪うものではないが、根抵当権の設定された更地に建物が建てられた場合不動産競売による買受人が建物取去を求めるには簡易な手段である引渡命

令によることはできず訴訟によらざるを得ないため相当の時間と費用を強いられることになり、競売価格は大幅に下落することになることから、被担保債権の債務者が債務不履行に陥り債権者において根抵当権をいつでも実行できる状態になった以降においては、根抵当権設定者の土地利用利益よりも根抵当権者の交換価値を実現する利益が優先されるべきであるとし、本件においては、上記請負工事が債務者W株式会社が債務不履行に陥り、根抵当権をいつでも実行できる状態になった後に着手されたものであるから、価格減少行為に該当し、保全の必要性も肯定できると説示している。

(b) [113]東京高裁決定は競売開始決定前の保全処分の事案であることから、設定者と抵当権者との利益調整基準時としては、結論との関係で競売申立時と述べるわけにはいかなかったという事情はあるが、設定者と抵当権者との利益調整基準時に踏み込んでいる点で示唆に富む高裁決定といえる。

(c) もっとも、抵当権に基づく明渡請求とは事案を異にしている以上、この点に関する判例の立場は不明であるといわざるを得ない。

(イ) 競売申立時説の検討

a 優先弁済請求権行使の本来的方法の開始時であることや抵当権の非占有担保性に対する配慮からは、説得的な見解である。抵当権の基本的特性理解との関係では、換価権説との整合性が高いといえる。

また、後に検討する債務不履行時説と異なり、抵当権に基づく明渡請求後の管理占有期間の徒な長期化が生じない点も実際の利点である。

b もっとも、平成15年改正前の第371条が所有者と抵当権者との利益調整に関し競売申立時を1つの調和点として予定していたのに対し、同改正により収益面に関してではあるが債務不履行時を新たな調和点として明定したという法の価値判断との整合性が問題となりうる。

c 加えて、抵当権者の立場からすれば、常に競売申立の先行を要求されてしまうと、先に抵当権侵害占有を排除してから競売申立を行えばスムーズに換価まで事が運ぶのに対し、時間的ロスが大きいとの問題もある。

この点、競売開始決定前の保全処分（第187条の2 [現第187条]）という執行法上の手段もあるにはあるが、第4章で触れたとおり、同保全処分はその要件の厳格さからかほとんど全くと言ってよいほど利用されていないのが現

状であり、現実的な代替手段とは考えがたい。

- d また、競売手続による換価を予定している法の必ずしも予定するところではないかもしれないが、競売申立を要件とすると、抵当権侵害占有を排除した上での任意売却による換価という抵当権者にとってはより望ましい方法が採れず、実務的に好ましくないとのデメリットもある。

(ウ) 債務不履行時説の検討

- a 前述したとおり、平成15年改正により、収益面に関してではあるが、第371条は債務不履行時以降の収益に対する抵当権の効力を新たに明定した。かかる規定の改正は、法の価値判断を示すという意味で、債務不履行時説にとって有力な論拠が1つ増えたことを意味する。

それと同時に、債務不履行時説によれば、同じく非占有担保性との関係が問題となる抵当不動産の収益に関する抵当権の効力の問題と同一の基準で処理できることとなり、関連問題との整合性・統一性も図れる。

- b また、債務不履行時説には、債務不履行時に抵当権に基づく明渡請求訴訟を提起し抵当権侵害占有排除完了直後に競売申立をすれば抵当権者にとっては最もスムーズに換価まで事が運べることとなるという実務上の利点がある。
- c 加えて、前述のとおり、債務不履行時以降であれば足り競売申立までは要さないと解することができれば、競売による換価よりも抵当権者にとってより有利な任意売却による換価を見据えた抵当権侵害占有排除が可能となる。

なお、高額換価は、必ずしも抵当権者のみに有利というわけではなく、高額換価により残債務が消滅するか大きく減少し、場合によっては手元にある程度の金銭（経済的価値）が戻ってくる可能性もあることを考えれば、抵当不動産所有者にとっても有利である。他方、より早期の抵当権侵害占有を認めることで抵当権侵害占有者の利益は害されるが、元より法の保護に値しない利益に過ぎない。

よって、法が本来予定している姿か否かは別として、関係当事者の利益状況の具体的考察という観点からは、任意売却による換価の道もある方が望ましいといえる。

- d もっとも、債務不履行時説に立った場合、債務不履行時に抵当権に基づく明渡請求訴訟を提起し占有を取得しながら競売申立をなかなかしようせず抵当権者の管理占有が徒に長期化する事態が生じることが問題となる。

しかしながら、前述のとおり、管理占有には当該抵当権者にとっては実利がないばかりか負担の方が大きく、一般的に見てこれを長期化させようとする動機付けは働きにくい。また、債務不履行時以降であり、かつすでに抵当権侵害占有は排除されているのであるから、他の抵当権者において速やかに競売申立をすれば解消される問題といえる。当該抵当権者による占有がむしろ抵当権侵害占有を構成するようなものであれば、他の抵当権者等による明渡請求の対象とすることも当然できる。

よって、決定的な欠点とまではいえない。

(エ) 抵当権侵害時説の検討

a 物権的請求権としての性格上、抽象的にはこのように表現することが本来的には妥当であるともいえる。

また、他の物権的請求権事例における解釈との整合性もとれる。

b もっとも、抵当権侵害占有に対する妨害排除請求の場合、毀損・搬出等の侵害態様の事案とは異なり物理的滅失や物理的減少を伴わない。すなわち、「占有」による抵当権侵害という侵害態様の性質上、どの時点で「抵当権が侵害された」と評価・認定するかを問題とせざるを得ない。

c そうすると、抵当権侵害時説は、前出の両説と必ずしも相対立するものではなく、単に、「占有」による抵当権侵害という侵害態様の性質上、債務不履行時説ないし競売申立時説は債務不履行時又は競売申立時に至って抵当権侵害と評価・認定できると解しているに過ぎないとの理解も可能である。

(オ) 結論

以上の検討から、時期的要件としては、債務不履行時説が相当であると考えられる。

(5) 効果論

ア 第3章でも述べたとおり、抵当権に基づく明渡請求（直接構成）の効果論として特に重要なのは、①明渡しの相手方及び②抵当権者へ引渡後の占有の性質の2点である。

イ ①明渡しの相手方

(ア) 判例の立場

a [8]平成11年判決の法廷意見

直接構成の場合の明渡しの相手方については、[8]平成11年判決の法廷意見

は何らの言及もしていない。

b [8]平成11年判決の奥田補足意見

また、[8]平成11年判決の奥田補足意見は、「…この場合に、抵当権者が自己への明渡しを請求し得るのか、抵当不動産の所有者への明渡しを請求し得るにとどまるのかは、更に検討を要する問題である。」と指摘するにとどめており、態度を保留している。

c [12]平成17年判決

第2章で述べたとおり、有権原占有事案に関する[12]平成17年判決が、「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる。」と説示している。

d 小括

よって、不法占有事案に関する直接の説示はないものの、有権原占有事案に関する[12]平成17年判決の上記説示に照らせば、有権原占有の場合ですら上記説示の限度で抵当権者への直接明渡しを肯定することとのバランス上、不法占有事案においても、少なくとも[12]平成17年判決の上記説示の限度では、抵当権者への直接明渡しを肯定する場合を認めるのが現在の判例の立場と考えられる。

(イ) 抵当権の基本的特性からの考察

- a 当該抵当権侵害占有が作出されるに至った経緯、抵当不動産所有者の意思及び抵当不動産の維持・管理能力等の事情が問題となろうが、抵当権の非占有担保性から、原則としては、所有者に対する明渡しと考えるべきである。
- b その上で、判例が指摘するような抵当不動産所有者に明け渡すことが担保価値の維持・保存という観点から不適切な場合は、抵当権者への明渡しを例外的に認めると解するのが、先に検討した抵当権の基本的特性の理解に沿うといえる。

(ウ) 関係当事者の利益状況の具体的考察

また、債務不履行時以降といえども、抵当権者が抵当権を実行するまでは、抵当不動産所有者も本来的用法に従った使用をなす限度ではかかる利益は保護され

るべきであり、他方、所有者に抵当不動産を適切に維持・管理しもって担保価値の維持・保存をなすことが期待しがたい場合には、かかる所有者の利益よりも抵当権者の利益を優先させてしかるべきであるから、関係当事者の利益状況の具体的考察との観点からも、上記結論は妥当である。

(エ) 結論

よって、④明渡しの相手方については、抵当不動産所有者への明渡しを原則としつつ、所有者に抵当不動産を適切に維持・管理しもって担保価値の維持・保存をなすことが期待しがたい特段の事情が認められる場合には、例外的に当該抵当権者への明渡しを認めてよいと解すべきである。

ウ ⑤抵当権者へ引渡後の占有の性質

(ア) 判例の立場

a [8]平成11年判決の法廷意見

この点については、[8]平成11年判決の法廷意見には直接の言及はない。

b [8]平成11年判決の奥田補足意見

(a) また、[8]平成11年判決の奥田補足意見も、直接構成の場合についての言及はなく、ただ代位構成の場合につき「その場合に、抵当権者が取得する占有は、…所有者のためにする管理する目的での占有、いわゆる管理占有である」といい得る。」と言及し「管理占有」という性質概念を用いているのみである。

(b) もっとも、代位構成と直接構成において、抵当権者に対する直接明渡しの肯否及び肯定する際の要件の広狭に差を設けることはありうるとしても、一定の要件の下抵当権者への直接明渡しを認めた後の抵当権者の占有の性質につき代位構成と直接構成とで大きく異ならなければならない合理的理由は見出しがたいことから、この点に関する代位構成の場合についての上記奥田補足意見は直接構成の場合にも妥当するものと思われる。

c [12]平成17年判決

(a) 有権原占有事案に関する[12]平成17年判決は、「抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではない」と説示している。

(b) 有権原占有事案か不法占有事案かで抵当権者に対する直接明渡しの肯否及び肯定する際の要件の広狭に差を設けることはありうるとしても、一定の要件の下抵当権者への直接明渡しを認めた後の抵当権者の占有の性質につき有権原占有事案と不法占有事案とで大きく異ならなければならない合理的理由は見出しがたいことから、この点に関する有権原占有の場合についての上記[12]平成17年判決の説示は不法占有事案の場合にも妥当するものと思われる。

d 判例の立場

よって、不法占有事案に関する直接の説示はないものの、有権原占有事案に関する[12]平成17年判決の上記説示及び代位構成の場合に関する上記奥田補足意見に照らせば、「抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有」に関する現在の判例の立場は、「抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とする」占有と解しているものと考えられる。

(イ) 私見

先に検討した抵当権の基本的特性に関する私見からは、元もと抵当権者に本来的な使用・収益権は生じておらず、単に優先弁済請求権の実現に向け抵当目的物の交換価値を排他的に支配しその限度で抵当目的物に対する物的支配をも有する換価権の侵害が認められる程度でかかる状態を排除し交換価値の排他的支配のための物的支配を回復すべく抵当権に基づく明渡請求が認められるのであり、しかも原則として明渡しの相手方とされるべき所有者に明け渡せない事情があるから例外的に所有者の代わりに担保価値を維持・保存するための占有をなしうるに過ぎないのであるから、その性質は判例が述べるところの「抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とする」占有と解すべきである。

(6) 小括

ア 判例の要件・効果論

(ア) 抵当権に基づく明渡請求（直接構成）に関する判例の主たる要件・効果に対する考えを整理すると次のとおりとなる。

(イ) 要件論

a ⑦「占有」による抵当権侵害

(a) 判例は、不法占有事案と有権原占有事案とで規範を異ならせており、前者の場合は「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」、後者の場合は「①その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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」に「占有」による抵当権侵害が認められるとする立場に立っている。

(b) 配当の減少可能性の要否に関する判例の立場は不明である（少なくとも要件として明示することはしていない。）。

b ④競売申立等の時期的要件

[8]平成11年判決の事案もそれ以降の裁判例の事案もいずれも競売申立後の事案であるため、この点に関する判例の立場は不明である（少なくとも要件として明示することはしていない。）。

(ウ) 効果論

a ③明渡しの相手方

「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる。」（[12]平成17年判決）。

b ⑥抵当権者へ引渡後の占有の性質

「抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではない」（[12]平成17年判決）。

イ 私見の要件・効果論

(ア) 抵当権に基づく明渡請求（直接構成）に関する私見の主たる要件・効果に対する考えを整理すると次のとおりとなる。

(イ) 要件論

a ⑦「占有」による抵当権侵害

(a) 「当該占有により⑦抵当権実行手続の進行自体の困難性又は④適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれが認められるとき」は、「占有」による抵当権

侵害要件を基本的に充たす。

(b) 有権原占有事案においても競売手続妨害目的要件は不要である。

(c) 配当の減少可能性は不要である。

b ①競売申立等の時期的要件

競売申立までは要しないが債務不履行時以降であることは要する。

(ウ) 効果論

a ②明渡しの相手方

抵当不動産所有者への明渡しを原則としつつ、所有者に抵当不動産を適切に維持・管理しもって担保価値の維持・保存をなすことが期待しがたい特段の事情が認められる場合には、例外的に当該抵当権者への明渡しを認めてよいと解する。

b ③抵当権者へ引渡後の占有の性質

抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とする占有と解する。

4 問題点③の検討

(1) 問題点③

判例の採用する物上代位と債権譲渡等事前処分との優劣基準及びその理論的説明は、公平かつ合理的なものとはいえない。

(2) 問題の所在

判例は、③「賃料収受」の問題に関し、物上代位肯定説に立つことを前提に、物上代位と債権譲渡との規律につき、第304条第1項の差押えの趣旨を第三債務者保護にあるとした上で、「物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができる」との理解に基づいて、抵当権設定登記時をメルクマールに優先劣後を決すべきとしており、差押え及び相殺との規律についても同様に抵当権設定登記時を基準としている。しかしながら、賃料に対する物上代位が抵当権設定登記により公示されているとの理解には異論が強く、また抵当権設定登記さえしてしまえばそれ以降に登場する利害関係人と何ら実質的な競争を経ることなく一律に抵当権者が優先してしまうとの結論に対しても公平性に欠けるとの批判が強い。

(3) 賃料に対する物上代位の肯否

ア 抵当目的物の交換価値を把握するという抵当権設定契約の約定内容から、代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料に対してまで抵当権の効力が及ぶとの結論を当然のように導き出すことは困難であり、このように代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料にまで物上代位を認めるか否かについては本来は法政策的判断によるというべきである。

イ この点、第1章で見たとおり、ドイツ法においては抵当権の効力が賃料債権にも及ぶ旨明文で規定されており（BGB第1123条第1項）、法政策的判断の結論が明示されていた。

ウ これに対し、平成15年改正より前のわが民法においては、抵当権に基づく賃料に対する物上代位につき法がいかなる法政策的判断を採っているのか不分明であった。

しかしながら、第3章及び第4章で触れた平成15年改正の立法過程における議論・経緯、改正後の第371条及び賃料に対する物上代位と担保不動産収益執行との調整規定（民事執行法第93条の4）の存在を前提とする限り、平成15年改正後の現行法は賃料に対する物上代位を認めるとの法政策的判断を行っているものと解するのが相当である。

エ よって、立法論としては別論、現行法の法律解釈論としては、賃料に対する物上代位は肯定されるべきである。

（4）物上代位と債権譲渡との優先劣後基準

ア 判例の立場

判例の立場は、物上代位に際して払渡し又は引渡しの前に差押えが要求される趣旨につきいわゆる第三債務者保護説を採用した上で、弁済期到来の有無を何ら区別することなく第372条・第304条第1項但書の「払渡し又は引渡し」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する對抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるというものであり、その実質的理由として抵当権の効力が賃料にも及ぶことは抵当権設定登記により公示されていることを挙げる。

イ 第三債務者保護説は対抗関係の優劣を決する基準ではない

しかしながら、そもそも第三債務者保護説自体は対抗関係の優劣を決する基準ではない。

対抗関係の優劣基準という観点から見た場合の判例の実質的立場は、抵当権登記時説であるといえる。

ウ 抵当権登記により賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることの当否かかる抵当権登記時説の主たる論拠は抵当権登記により賃料に対する物上代位権まで公示されているとみるべきことであるが、抵当目的物の交換価値を把握するという抵当権設定契約の約定内容から、代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで当然に公示されているとみることには無理がある。

エ 賃料債権の弁済期到来の有無による区別の必要性

また、判例は、債権譲渡の対象とされた賃料債権の弁済期到来の有無につき何らの考慮もしていないが、弁済期到来済みかつ未払の賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来賃料債権とでは、①濫用的・詐害的事前処分のなされる危険性の程度及び②債権としての確実性の程度につき決定的な差があるのであって、この点を看過して一律に論じることは合理的な規律とは言い難い。

オ 関係当事者間の利益調整基準としての不公平性

加えて、判例の実質的立場である抵当権登記時説では、単に融資時に抵当権設定登記を経由していたとの一事をもって、他の債権譲受人に当然に優先することとなってしまう、関係当事者間における公平な競争の余地がない点で不当である。このことは、弁済期到来の有無による区別を何らしていないとの問題点とも相まって、逆に抵当権設定登記より前に将来賃料債権を譲渡し対抗要件を備えてしまいさえすれば、一律に抵当権者が劣後する帰結を将来することを意味し、かかる結論は当該将来債権譲渡が濫用的・詐害的なものであった場合に公正な利益調整基準として機能しているとは言い難い。

カ 例外型を前提とした一般基準定立の問題性

(ア) 判例が、それまでの差押えの趣旨や優劣基準に関する従来の規範を踏襲せず、新たに[139]平成10年判決において前述のような新たな規範を採用した1つの実際的理由は、同事案が将来債権譲渡の妨害性が顕著な事案であり賃料に対する物上代位を劣後させることが不当と思われたことがある。

(イ) しかしながら、かかる例外的事案を排除することのみを念頭に、いわば例外的事象を前提に一般論を組み立てることは、原則的事案の正当な規律を歪める危険性を有しており、基準の定立方法として疑問がある。

キ 私見

- (ア) 以上のとおり、現在の判例の立場には疑問とすべき点が多く、賛同し得ない。
- (イ) まず、物上代位制度の趣旨に関しては、法が公平の観点から特に認めた特権と解すべきである（特権説）。抵当権の価値権的側面を強調する余り賃料のような派生的価値に対してまで抵当目的物の価値のなし崩しの実現と説明する見解（価値権説）には首肯し難い。
- (ウ) 次に、差押えの趣旨に関しては、特権説を前提に、差押えは優先権保全のための要件であると解すべきである。利害関係者間の公平な競争という枠組みに最も適合的といえるからである。
- (エ) その上で、関係当事者の利益状況に即して原則論と例外論とを配置し、かつ、関係当事者間の公平な競争を保障する点で示唆に富むドイツ法の規律方法を参考に、以下のように考えるべきである。

第1に、抵当不動産所有者には、本来、所有権に基づく賃料の自由な処分権能があるのであるから、かかる処分権能自体は一般的に広く尊重されなければならない。この点で、抵当権設定の一事をもって、抵当権設定登記時以降の対抗可能な賃料処分を一律に否定してしまうこととなる判例の抵当権登記時説には賛同し得ない。

第2に、賃料債権譲渡と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権とでは、濫用的処分のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押えと債権譲渡の対抗要件具備の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。

また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用権を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、債権譲渡の譲受人ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権譲

渡の先行事実を認識していた場合には債権譲渡を当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

(オ) 以上の解釈論・規律の方法は、少なくとも現行の判例実務とは相当程度異なることから、立法による手当てとして規範化することが望ましい。

(5) 物上代位と一般債権者による差押えとの優先劣後基準

ア 判例の立場

判例の立場は、抵当権の設定登記に先行して賃料債権が差し押さえられその差押命令が第三債務者へ送達されてしまうと、その後に抵当権を取得し登記を具備した者は、将来分を含めて同賃料債権に対して物上代位し得ないが、逆に抵当権の設定登記が先行すると、他の一般債権者は賃料債権を差し押さえただけでは抵当権者の物上代位を阻止できない（物上代位があればこれに優先されてしまう。）というものである。

イ しかしながら、物上代位と一般債権者による差押えにおいても、債権譲渡との優先劣後基準に関し検討したのと同様、①抵当権登記により派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることには無理があること、②賃料債権の弁済期到来の有無により区別すべき必要性が高いこと及び③関係当事者間の利益調整基準として公平であるべきことといった観点から現在の判例の立場にはやはり疑問がある。

ウ 私見

(ア) 前述した物上代位制度の趣旨及び差押えの趣旨に関する考えを前提に、前述のドイツ法の規律を参考として、次のように考えるべきである。

(イ) まず、賃料債権差押えと一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権の差押えとそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権の包括差押えとでは、詐害性のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押命令と一般債権者の差押命令とが第三債務者に送達された時期の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。

また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃

借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、包括的差押えをした差押債権者ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権の包括的差押えの先行事実を認識していた場合には差押えを当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

(ウ) 以上の解釈論・規律の方法につき、立法による手当てとして規範化することが望ましいことは前述したところと同様である。

(6) 物上代位と相殺との優先劣後基準

ア 判例の立場

判例の立場は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないというものである。

イ しかしながら、物上代位と相殺においても、債権譲渡との優劣基準に関し検討したのと同様、①抵当権登記により派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることには無理があること、②賃料債権の弁済期到来の有無により区別すべき必要性が高いこと及び③関係当事者間の利益調整基準として公平であるべきことといった観点から現在の判例の立場にはやはり疑問がある。

ウ 私見

(ア) 前述した物上代位制度の趣旨及び差押えの趣旨に関する考えを前提に、前述のドイツ法の規律を参考として、次のように考えるべきである。

(イ) まず、賃料債権との相殺と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権との相殺とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権との相殺とでは、賃借人の相殺に対する期待の合理性の程度も詐害性のおそれも大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押え前に賃借人が自働債権を取得しかつ相殺適状のものについては相殺が優先し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。

また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用権を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解すべきである。

(ウ) 以上の解釈論・規律の方法につき、立法による手当てとして規範化することが望ましいことは前述したところと同様である。

5 問題点④の検討

(1) 問題点④

④「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方につき要件事実、効果並びに手続構造の観点から比較検討した上で、役割分担を提示することが望まれる。

(2) 問題の所在

④「抵当権侵害占有排除」の問題に関しては、従来、実体法上の手段のみあるいは執行法上の手段のみがその考察対象とされることが多く、両者を考察対象とする場合⁴⁶⁸でも実体法上の手段及び執行法上の手段双方につき要件事実、効果及び手続構造の観点から比較検討した上で、役割分担を提示するものはなかった。

(3) 実体法上の手段

ア ④「抵当権侵害占有排除」の問題に関する実体法上の手段として、現行実務上、最も中心的な役割を期待されるのが抵当権に基づく明渡請求（直接構成）であることは前述した。

そして、その要件・効果論の主要な点については、問題点②として検討の上、私見を述べた。以下では、そこでの検討を基に、抵当権に基づく妨害排除請求権としての建物〔土地〕明渡請求権を訴訟物とした場合の要件事実及び効果について掲げる。

イ 要件事実

(ア) 抵当権に基づく妨害排除請求権としての建物〔土地〕明渡請求権を訴訟物とし、かつ、抵当権者への直接の明渡しを求める場合の請求原因事実及びその事実摘示例を私見に即して記載するとすれば次のとおりとなる。

⁴⁶⁸ 数少ない例として生熊・前掲（脚注249）書がある。

(イ) ①被担保債権の発生原因事実

Xは、Aに対し、平成○年○月○日、金1000万円を弁済期平成△年△月△日の約定で貸し付けた。

(ウ) ②抵当権設定契約の成立

XとAは、平成○年○月○日、Aの本件債務を担保するため、本件建物〔土地〕に抵当権を設定するとの合意をした。

(エ) ③②の時目的物が設定者の所有に属したこと⁴⁶⁹

Aは、上記抵当権設定契約当時、本件建物〔土地〕を所有していた。

(オ) ④被告が目的物を占有していること

Yは、本件建物〔土地〕を占有している。

(カ) ⑤④により⑦抵当権実行手続の進行自体の困難性又は⑧適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれ認められること⁴⁷⁰

⑦ 暴力団構成員であるYによる暴力団組事務所の看板を掲げての上記占有により、買受希望者が現れにくい状況となっている。

又は

⑧ ①本件建物〔土地〕の当該占有がなかった場合の本来の適正価額は××円である。

⑥暴力団構成員であるYによる暴力団組事務所の看板を掲げての上記占有により売却価額の見込額は□□円であるから、適正価額からの不当な低下のおそれがある。

(キ) ⑥履行期限の経過

平成△年△月△日は経過した。

(ク) ⑦抵当不動産所有者において抵当権に対する侵害が生じないように目的物を適

⁴⁶⁹ ①～③は抵当権の発生原因事実である。なお、③は「②の後に設定者が目的物の所有権を取得したこと」となる場合もある。

⁴⁷⁰ 判例の要件事実である交換価値の実現が妨げられ優先弁済権の行使が困難となることを請求原因事実として位置付けるものとして岡口基一『要件事実マニュアル上巻〔第2版〕』257頁（ぎょうせい、2007年）、大江忠『要件事実民法（2）物権〔第3版〕』379頁～381頁（第一法規、2005年）。他方、不法占有事案につき請求原因事実としては抵当権の発生原因事実及び第三者の占有のみで足り、抗弁として占有権原、再抗弁として当該占有権原の実体法上の無効性を挙げるものとして伊藤滋夫・山崎敏彦編『ケースブック要件事実・事実認定』〔北秀昭執筆〕110頁（有斐閣、2002年）。

切に維持管理することが期待できないこと

Aは自らの意思で暴力団構成員Yをして本件建物〔土地〕の占有をなさしめたものであり、今後も同様の行為に出ることを表明している。

ウ 効果

上記請求原因⑦の主張・立証が認められれば抵当権者への明渡し、認められなければ抵当不動産所有者への引渡しとなる。

エ 手続構造

(ア) 本案訴訟であるため、対審手続によって行われる。

(イ) 本案訴訟であるため、弁論手続は公開法廷で行われる。

(4) 執行法上の手段

ア 利用状況

(ア) ④「抵当権侵害占有排除」の問題に関する執行法上の手段については、平成8年、同10年改正による整備が図られたものの、抵当権侵害占有に対し必ずしも実効をおさめ得ず、それが〔8〕平成11年判決による判例変更の要因となったことは第2章及び第4章で前述したとおりである。

(イ) かかる執行法上の手段のうち、実体法上の手段である抵当権に基づく明渡請求との比較という観点からは、売却のための保全処分（第55条）及び競売開始決定前の保全処分（第187条の2〔現第187条〕）との比較が重要であるが、これらの執行法上の保全処分の利用状況が低調（とりわけ後者）であることは第4章で見たとおりである。

(ウ) その理由としては様々な点が考えられるが、ひとつには、執行妨害行為がより一層巧妙化し、従前のような属性を誇示して威を示すような「わかりやすい執行妨害占有」に代わって、執行妨害目的を推認させる事実関係の特定の主張・疎明の困難な態様の執行妨害占有（いわゆる「不穏な占有」）へとシフトしつつあることが考えられる⁴⁷¹。

(エ) また、執行法上の保全処分においては、第2章でも個別に決定例を見たとおり、数十万円から数百万円単位の担保金を要する点も実際的なネックといえ、銀行等のようにいわゆるボンドを発行して担保金に代えうる場合はまだ良いとして、そ

⁴⁷¹ 日本語を解しない外国人を多数入居させたり、身寄りのない老人を多数入居させるといった事例が散見されるようになってきている。

れ以外の一般の抵当権者にとっては、現実の金銭の移動を伴う上記担保金の負担は現実的な足かせとなっているものと思われる。

(オ) 競売開始決定前の保全処分(第187条の2 [現第187条])については、従前からほぼ全くといってよいほど利用されておらず、平成15年改正で滌除制度が廃止されて以降は、ますますその意義を低下させている。

イ 要件事実

(ア) 売却のための保全処分(第55条)

売却のための保全処分(第55条)の申立ての理由として主張・疎明を要する要件事実は次のとおりである。

- a ①Xは、本件建物[土地]に対する〇〇地方裁判所平成△年(ケ)第×号不動産競売事件を申し立てた債権者であること。
- b ②Yは、債務者又は本件建物[土地]の占有者であること。
- c ③Yは、本件建物[土地]の価格を減少させ、又は減少させるおそれがある行為(「価格減少行為」)をすること⁴⁷²。

(イ) 競売開始決定前の保全処分(第187条の2 [現第187条])

競売開始決定前の保全処分(第187条の2 [現第187条])の申立ての理由として主張・疎明を要する要件事実は次のとおりである。

- a ①Xは、本件建物[土地]に対して〇〇地方裁判所に不動産競売事件の申立てをしようとする債権者であること。
- b ②Yは、債務者又は本件建物[土地]の占有者であること。
- c ③Yは、本件建物[土地]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(「価格減少行為等」)をし、又は価格減少行為等をするおそれがあること。
- d ④Yの価格減少行為等を停止すべき特別の必要があることを基礎づける事実。

ウ 効果

保全処分の具体的内容としては、①当該価格減少行為の禁止(たとえば建物損壊・

⁴⁷² 第2章で詳細に見たとおり、「価格減少行為」には物理的価格減少行為と競争売買阻害価格減少行為とがあり、本論文の検討課題である④「抵当権侵害占有排除」との関係では後者の競争売買阻害価格減少行為の該当性が問題となる。その具体的認定手法については第2章参照。

建築の禁止)、②一定の行為の命令(たとえば搬入した土砂の撤去)、③占有引渡命令、④執行官保管、⑤占有移転禁止命令(及び使用許可)及び⑥これらの公示保全処分(執行官に当該保全処分の内容を不動産の所在する場所に公示書その他の標識を掲示する方法により公示させることを内容とする保全処分)がある(民事執行法第55条第1項第1号~第3号等)。本論文との関係では、A「抵当権侵害占有排除」手段として検討することから、上記の保全処分の具体的内容のうち、③占有引渡命令及び④執行官保管が重要である。

エ 手続構造

(ア) 申立時に申立人側においてすべての要件事実を具体的に主張・疎明することを要する。

(イ) 第2章で見たとおり、数十万円~数百万円程度の担保金を要する場合が多い。

(5) 相互比較・役割分担

ア 相互比較・役割分担の必要性

(ア) 以上見てきたように、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ことが望ましい。

(イ) そこで、以下では、両手段の相互比較を行った上で、あるべき役割分担を検討する。

イ 相互比較

(ア) 執行妨害目的の要否

a まず、先に触れたとおり、執行妨害占有の一層の巧妙化が看取されるところ、執行妨害目的を重要な要件として価格減少行為等を認定する売却のための保全処分(第55条)及び競売開始決定前の保全処分(第187条の2[現第187条])においては特定の主張・立証に困難を来す場合が多く予想される。

すなわち、第4章で触れたとおり平成8年改正により「債務者」のみならず「占有者」も相手方となしうることが明文化されたため、前述の執行妨害目的の第三者を相手方に含めるという占有補助者同視説=準占有補助者説の役目はその意味ではひとまず終えたことになるが、[7]平成3年判決以降平成8年改正までの間に積み重ねられてきた執行妨害目的認定及び同認定を踏まえての価格

減少行為認定に関する認定手法・判断枠組みの実践については、平成8年改正以降においても、競争売買阻害価格減少行為事案における価格減少行為の認定において引き継がれていることは第2章で見たとおりである（たとえば第三者への賃貸行為も相手方の属性、執行妨害目的、対象不動産の性質等によっては競争売買を阻害して売却価格を下落させる場合があるとして「価格減少行為」を認める。）。

- b この執行妨害目的要件については、行為の客観的内容、行為者の属性等から推認するという手法を執行裁判所は採っており、これら客観的事実関係が妨害目的認定の重要な要素とされている⁴⁷³。
- c 第2章で概観した執行法上の保全処分に関する決定例を整理すると、執行妨害目的を推認させる事実関係としては、次の諸点が重視されていることがわかる。

すなわち、第1に、不動産登記簿の記載が挙げられる。具体的には、賃借権仮登記（抵当権仮登記との併用型含む）がしばしば見られ、同登記の存在により事実上「厄介な物件」と買受希望者に感じさせ買受けを躊躇させることに繋がることから執行妨害行為を認定する有力な徴表と捉えられている。また、更地上に建物を建築し保存登記、合棟による登記、増築して増築部分につき区分所有登記といった登記も見られ、これらの登記の存在についても登記の除去等に訴訟等の手続を要する場合もあることから買受け申し出を躊躇させることに繋がり、執行妨害、ひいては価格減少行為を認定する有力な徴表と捉えられている。

第2に、占有権原に関する占有者の主張としては、平成15年改正前は短期賃貸借の主張が最も多かったが、工事等による請負代金債権を被担保債権とする民事留置権の主張もしばしば見られた。賃借権主張の場合はその設定時期や賃借権仮登記の存在等から債権回収目的又は執行妨害目的の賃借権であると認定してその権原主張を否定し、また工事代金債権を被担保債権とする留置権主張の場合は当該工事のなされた時期、規模等の不自然性等が留置権主張を否定する認定の基礎とされてきた。

⁴⁷³ 内田外・前掲（脚注85）論文5頁、6頁。

第3に、占有の具体的態様に関しても、占有開始時期が債務者が期限の利益を喪失し競売申立が必至となった時期に占有が開始されていたり、占有取得態様が所有者からの賃借権設定を主張するものが多いところ競売申立が必至となった時期に賃借権設定をしたり、賃借権仮登記の存在、契約内容が不自然な場合に執行妨害目的を認定する徴表とされてきた。また、増改築工事や内装工事がなされている事例についても、登記に関し述べたのと同様、その時期や規模によっては執行妨害目的を認定する徴表とされてきた。

第4に、占有者等の言動に不当要求が見られたり、違法行為が見られたりする場合も執行妨害目的認定の徴表とされてきた。

第5に、占有者等の属性として、暴力団構成員、暴力団の企業舎弟、右翼団体関係者、実態のない会社等の場合に、執行妨害目的認定の有力な徴表とされてきた。

このように、執行妨害目的の認定は行為の客観的内容、行為者の属性等から推認するという手法を採るため、上記に掲げた客観的事実関係が比較的明らかであり疎明が容易か否かが重要となる。

- d 他方、競売手続妨害目的要件を不要と解する私見に立った場合、抵当権に基づく明渡請求においてはこの点に関する主張・立証は不要となる。

(イ) 手続構造の相違による立証の難易

- a 次に、前述した執行妨害占有の一層の巧妙化とも関連して、手続構造の相違による立証の難易という大きな違いがある。
- b この点、証明（抵当権に基づく明渡請求）と疎明（執行法上の保全処分）という点のみを形式的に見れば一見後者の方が立証の負担が軽そうに見えるが、手続構造の相違を加味して考えると、実体法上の手段（抵当権に基づく明渡請求）による方が立証の負担ははるかに軽い。
- c すなわち、執行法上の保全処分の場合、基本的に、申立人（抵当権者）の側ですべて主張・立証しなければならないが、申立人（抵当権者）は、占有者の属性に関する情報（たと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。

これに対し、実体法上の手段（抵当権に基づく明渡請求）の場合は、対審構造による本案訴訟であるため、手元にある最低限の証拠のみを付して（場合に

よってはまったく証拠を付さないで) 本訴をひとまず提起し、相手の認否・付帯陳述や反論主張を踏まえて再反論及び立証を行い、また求釈明や文書送付嘱託を適宜有効に活用するなどして、最終的に確実に勝訴に持ち込むことが期待できる⁴⁷⁴。

元より、抵当権侵害占有事案は、抵当権に基づく明渡請求を肯定する判例の立場が固まった現在、抵当権者の訴訟代理人の立場から見れば勝ち筋の案件であり、出るところに出た方が早い解決が得られる。また、近時は争点整理の徹底により、本案の審理期間も格段に短縮されている。ましてや、抵当権侵害占有事案である以上、占有者側に有効な抗弁が成立することは想定しがたい。

(ウ) 手続後の事後的影響

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可能性が相当程度あるのに対して、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場合も多く、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⁴⁷⁵。

(エ) 担保金の負担の要否

前述のとおり、執行法上の保全処分に際しては数十万円から数百万円単位での担保金を立てることを要するのに対し、実体法上の手段(抵当権に基づく明渡請求)では全く不要である。

(オ) 担保金以外のコスト

a また、担保金以外のコストを見ても、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続によれば、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⁴⁷⁶、し

474 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11・11・24を読んで」金融法務事情1566号23頁(1999年)。

475 占有妨害対策研究会編『占有妨害排除の理論と実務[第3版]』16頁(民事法研究会、2001年)。

476 阿部外・前掲(脚注85)座談会(滝澤発言)126頁。

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⁴⁷⁷強制執行の費用もかからない場合が多い。

- b 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カ月程度であり、控訴もされないのが通常であるから、執行法上の手続に比べて、弁護士費用も少なく済む場合が多い⁴⁷⁸。

(カ) 手続構造の相違による公開性の有無

- a さらに、先に述べた手続構造上の相違による別の面として、実体法上の手段の場合、執行法上の手段と異なり、その手続構造上、抵当権侵害占有者を公開の法廷に引きずり出すことができる。
- b この点は、相手方が占有屋や暴力団構成員等である場合、実務上、効果的な威嚇となる。

すなわち、そうした不法勢力は、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が、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、抵当権侵害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。

- c このように、実体法上の手段が手続構造としてもつ「公開性」という特徴は、暴力団員や占有屋等の属性を有する相手方に対して有効に機能する⁴⁷⁹。

(キ) 迅速性

他方、発令までの迅速性においては執行法上の手段の方が優れており、執行官保管も含め特に迅速な対応が必要な場合には、執行法上の手段が有用である。

(ク) 執行官保管の有無

また、執行法上の手段の効果面における大きな利点として、執行官保管をなす点がある。

ウ 役割分担

以上の相互比較を踏まえれば、④「抵当権侵害占有排除」に関する実体法上の手

⁴⁷⁷ 占有妨害対策研究会編・前掲（脚注475）書15頁。

⁴⁷⁸ 三上・前掲（脚注126）論文44頁。

⁴⁷⁹ 占有妨害対策研究会編・前掲（脚注475）書14頁。

段と執行法上の手段の役割分担として、次のように考えることが合理的である。

(ア) 競売手続妨害目的が不明確な占有態様の場合

執行法上の手段の発令要件として要求される執行妨害目的が不明確な占有態様の場合は、抵当権に基づく明渡請求において競売手続妨害目的を要件として要求しない私見を前提とすれば実体法上の手段によるべきである。

(イ) 事実関係が不明か疎明資料が乏しい場合

占有者の属性も含め執行妨害目的その他価格減少行為を推認させる事実関係が明らかでないといった巧妙な執行妨害占有がなされており、抵当権者の側において申立時点で執行妨害目的等の十分な主張・疎明が困難な事案においては、対審構造を前提とした実体法上の手段によるべきである。

(ウ) 執行妨害目的も含め事実関係が明らかであり疎明資料も十分にある場合

逆に、執行妨害目的も含め事実関係が明らかであり疎明資料も十分にある場合は、迅速性の点で優れた執行法上の手段によるべきである。執行妨害目的も含め価格減少行為等の疎明が十分にできればそれに応じて担保金の額も低額となることから、この点での負担も大きくない（事案によっては無担保ないし極めて低額という場合もありうる。）。

(エ) 占有権原主張に最低限の合理性があり権利関係を確定させておいた方が望ましい場合

占有権原主張に最低限の合理性があり権利関係を確定させておいた方が望ましい場合には、売却価額やその後の執行妨害の継続の有無にも影響しうることから、権利関係を確定させることのできる実体法上の手段によるべきである。

(オ) 抵当権者において保管することが困難又は望ましくない場合

抵当不動産の性質や抵当権者の属性によっては、抵当権者において保管することが困難又は望ましくない場合が考えられ、こうした場合には直ちに執行官保管に付しうる執行法上の手段によるべきである。

(カ) 不法勢力による暴力的行為が顕著な場合

占有者が暴力団構成員や占有屋であり、かつ、暴力的行為が顕著で疎明資料の収集にも危険を来すといった場合には⁴⁸⁰、公開法廷での審理という手続特性を有

⁴⁸⁰ 他面、こうした旧来的な執行妨害占有の場合、執行妨害目的等を推認する外形的徴表が豊富な場合も多く、これらの事実の証拠化（疎明資料の収集）が安全な方法で可能なよ

する実体法上の手段によるべきである。

6 問題点⑤の検討

(1) 問題点⑤

③「賃料收受」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方の検討を踏まえた上での役割分担の提示が望まれる。

(2) 問題の所在

③「賃料收受」の問題に関しては、実体法上の手段として賃料に対する物上代位、執行法上の手段として担保不動産収益執行があるが、後者の施行からまだ4年半しか経っていないこともあって、双方の手段を比較検討の上、役割分担を提示するところまでは十分になされていないのが現状である。

(3) 実体法上の手段

ア 利用状況

(ア) 東京地裁（本庁）

第4章で触れたとおり、東京地裁（本庁）における賃料に対する物上代位の新受件数は、平成16年（881件）、同17年（523件）、同18年（429件）と一貫して減少し続けている。

(イ) 大阪地裁（本庁）

同じく、大阪地裁（本庁）における賃料に対する物上代位の新受件数は、平成15年度（405件）、同16年度（383件）、同17年度（232件）と推移しており、同16年度は前年度比約5.4パーセントの減少、同17年度は前年度比約40パーセントの減少と減少率が大幅に増大している。

(ウ) 小括

二大規模庁である両庁とも、担保不動産収益執行制度の施行年である平成16年前後以降、賃料に対する物上代位の利用件数は一貫して大幅な減少傾向にある。

もっとも、同時期における不動産執行事件数全体が減少傾向にあること及び売却率が著しく向上していることから、収益価値からの回収ニーズ自体の低下の現れと位置付けることも可能であり、担保不動産収益執行制度新設・施行の影響とは言い切れない。

うであれば、執行法上の手段によることが迅速でよいともいえる。

イ メリット

賃料に対する物上代位の最大のメリットは、手続負担の簡易性・廉価性にある。かかるメリットが存する以上、収益規模等の関係で、今後も賃料に対する物上代位の利用需要は相当程度残存するものと思われる。

ウ デメリット

(ア) 他方、賃料に対する物上代位のデメリットは、第3章4(2)イ(ア)で指摘した次の5点である。

(イ) ①第1点は、物上代位制度では差し押さえた賃料債権のすべてを債権回収に充ててしまうことから、抵当不動産の維持・管理費用の原資が枯渇し、その結果抵当不動産の劣化・荒廃が進んで賃貸物件としての価値が下落し、ひいては賃借人の流出、売却価格の下落という好ましくない事態を招いてしまう点である。

(ウ) ②第2点は、賃料に対する物上代位は抵当権の本来の優先順位とは無関係に行われることから、いわば早い者勝ちの状態となってしまう、他の担保権者との関係も含め、本来の優劣関係に従った配当が確保されない点である。

(エ) ③第3点は、所有者・賃借人間の法律関係を意図的に不明確にするなどの妨害手段が横行しており賃料に対する物上代位手段が奏功しない事案も多い点である。

(オ) ④第4点は、所有者自らが使用している物件及び空室については物上代位の対象が存しないことから賃料に対する物上代位の方法を採れない点である。

(カ) ⑤第5点は、賃料に対する物上代位は単に所有者・賃借人間に発生した賃料債権につき優先権を行使しうるに過ぎないため妨害目的等で賃料額を不当に低く設定している場合に対応できない点である。

(4) 執行法上の手段

ア 利用状況

(ア) 東京地裁（本庁）

第4章で触れたとおり、東京地裁（本庁）の民事執行センターにおける担保不動産収益執行の新受件数の推移は、平成16年（15件）、同17年（15件）、同18年（9件）である。

(イ) 大阪地裁（本庁）

同じく、大阪地裁（本庁）の執行部（第14民事部）における担保不動産収益執行の新受件数の推移は、平成16年（13件）、同17年（22件）、同18年

(10件)である。

(ウ) 小括

- a 東京地裁（本庁）では、不動産競売市場の活況化及び迅速化という外在要因のみならず費用負担等の内在要因から利用需要に比して担保不動産収益執行の利用件数が伸び悩んでいる面があるのではないかとの指摘がなされている。
- b 他方、大阪地裁（本庁）では、担保不動産収益執行には①従前の強制管理及び賃料に対する物上代位にはない配当上の利点があること、②賃借人の把握が容易でない物件につき管理人による調査を経ることで権利関係が明確化できること及び③管理人による適切な管理・修繕等により客観的な物件価値を高められることといった特長があることから、収益価値からの債権回収という直接の目的を越えて、任意売却や競売における高額売却化という効用を発揮しているとの指摘がなされている。
- c 両庁における共通の特徴として、担保不動産収益執行は、当初その利用が予想された大規模物件のみならず、小規模・中規模物件での利用も多く、幅広く利用されている傾向が見られる。

イ メリット

- (ア) 担保不動産収益執行の本来的メリットは、先に触れた賃料に対する物上代位のデメリットを排除している点である。
- (イ) また、そうした本来的メリットを超えて、担保不動産収益執行に伴う抵当物件管理による賃貸借関係の把握や整理、抵当物件自体の修繕・補修等の実施によって、物件価値を高めた状態で売却することで売却価額を引き上げるという副次的メリットが報告されており、これは、第1章で取り上げたドイツ法の強制管理制度の運用上見られた効用と同様のものである。

ウ デメリット

他方、担保不動産収益執行の最大のデメリットは、東京地裁（本庁）で指摘されているとおり、費用負担等の申立負担が相当程度ある点である。

(5) 相互比較・役割分担

ア 相互比較・役割分担の必要性

- (ア) 現行法の解釈上、抵当不動産からの賃料收受手段として、賃料に対する物上代位と担保不動産収益執行が併存することは、第3章及び第4章で見た平成15年

改正における担保不動産収益執行制度の立法過程における議論及び同改正後の執行法に両者の調整規定が置かれている点からも明らかである。

- (イ) 上記調整規定によれば、両者が競合した場合には担保不動産収益執行が優先し、担保不動産収益執行開始決定の効力が給付義務者である賃借人に対して生じたときは、物上代位による差押えの効力は停止することとされている（民事執行法第93条の4第1項）。

その場合、物上代位によって差押えをしていた抵当権者は、担保不動産収益執行において実体法上の順位に従って配当を受けることになる（同条第1項、第3項）。

- (ウ) ここでは、両者が競合しない場合の相互比較・役割分担について検討する。

イ 相互比較

- (ア) 担保不動産収益執行手続は、第3章で指摘した賃料に対する物上代位に対する実務上の弊害を排した新たな賃料收受手続として新設されたという経緯からも明らかのように、賃料に対する物上代位に比して格段に公平性・合理性の高い賃料收受手続となっている。

- (イ) また、担保不動産収益執行手続については、創設時においては、収益管理人の費用等の観点から、一定規模以上の大規模物件を対象に利用されることが予想されていたが、実際には中規模物件や小規模物件にも積極的に利用される傾向にある。

これは、前述したとおり、収益管理人による管理を通じて、賃貸借関係の把握や整理、抵当物件自体の修繕・補修等の実施によって、物件価値を高めた状態で売却することで売却価額の引き上げという副次的効果をもたらすことが意識され始めたためであると思われる。

- (ウ) 他方、こうした副次的効果によるメリットを考慮してもなお収益規模等の関係で収益管理人の費用を賄うことが現実的でない物件が相当程度存するものと思われる、こうした物件を中心に、抵当権者側において抵当不動産の収益価値からの回収につき簡易性・廉価性を優先させたい場合には、従前同様、賃料に対する物上代位の利用が見込まれる。

ウ 役割分担

手続利用者である抵当権者側において、当該物件からの債権回収方法として何を

重んじるかに照らして手続選択を行うことが合理的である。

(ア) すなわち、抵当権者において、当該物件に一定程度以上の換価価値が見込まれ、主として売却による売得金から債権回収を図ろうと考えている場合には、担保不動産収益執行によることが望ましい。なぜなら、収益管理人による管理を通じた賃貸借関係の把握や整理、抵当物件自体の修繕・補修等の実施により物件価値を高めることによる売却価額の引き上げという副次的効果が期待されるからである。かかる効用の存在から、収益価値の一般的に低い小規模物件においてもあえて担保不動産収益執行が利用されているものと推認される。

(イ) 他方、抵当権者において、少なくとも申立時点においては当該物件の換価価値からの回収をあまり期待することができず、当面はなるべく廉価な費用で収益価値からの回収を図りたいと考えている場合には、賃料に対する物上代位によることが望ましいといえる。

その場合、賃料に対する物上代位の短所として管理・修繕費用が残らない関係で当該不動産の荒廃が進みやすいとの面が否めないことから、居住用建物やテナントといった定期的な修繕・補修・管理を要する物件よりは、平面駐車場等比較的経年的メンテナンスの負担を生じにくい物件につき利用する方が短所による弊害を緩和できる点で望ましいといえる。

7 問題点⑥の検討

(1) 問題点⑥

近時の立法により現れた問題点の解決に向けた指針の提示が望まれる。

(2) 問題の所在

第4章で、近時の立法による手当ての成立過程、内容及び施行後の運用状況の検証を通じて、立法により現れた問題点を複数指摘した。それらの問題点につき、主として立法的提言の見地から、その解決に向けた指針を検討する。

(3) 執行法改正による手当てにより現れた問題点

ア 執行法上の保全処分関係

(ア) 執行法上の保全処分に関する最大の問題点は、一貫してその利用状況が低調であるという点である。

かかる問題点自体は、近時の執行法の改正によって直接生じたものではないが、平成8年、同10年、同15年と数次にわたる大規模な改正が行われたにも関わ

らず、利用状況の低調さに向に改善が見られないことから、利用者の視点から見て何らかの問題性の伏在を指摘できないかを若干検討したい。

(イ) 執行法上の保全処分の利用状況の低調さという問題点につき、利用者の見地、具体的には申立人及び申立人代理人弁護士の視点から考察してみた場合、大別して5点の原因があるように思われる。

第1点は、申立人側の事情として、㊸手続構造上申立時に申立人側ですべての要件事実を主張・立証しなければならないことの手続的負担の大きさが考えられる。

第2点は、やはり申立人側の事情として、㊹数十万円から数百万円程度の担保金の負担を要することが挙げられよう。

第3点は、相手方側の事情として、㊺執行妨害の態様がいわゆる「不穏な占有」と称される巧妙な執行妨害方法に移行しつつあることが指摘できる。

第4点は、外在的事情として、㊻不良債権処理が相当程度進んだ結果抵当権付不良債権の大半が金融機関からサービサー等へ譲渡されてしまったことが考えられる。

第5点は、やはり外在的事情として、㊼警察庁の平成8年次長通達により金融不良債権関連事犯の徹底的な取締りがなされたことで暴力団系の占有屋の相当数が排除されたことが挙げられる。

(ウ) 第1点の㊸手続構造上申立時に申立人側ですべての要件事実を主張・立証しなければならないことの手続的負担の大きさについては、執行法上の保全処分には密行性及び迅速性の要請が強いことから、不可避的・内在的制約ともいえる。

よって、抜本的な解消は困難としても、個々の要件を緩和したり、疎明の程度を緩やかに運用するといった解決の行き方が考えられる。

(エ) 第2点の㊹数十万円から数百万円程度の担保金の負担を要することについては、執行妨害目的及び価格減少行為の立証程度との相関関係的な考慮を要しようが、全般的に担保金額の水準を下げるとの運用が考えられるべきである。とりわけ、第2章で見たとおり、1人当たりの担保金額は比較的少額でも多数の占有主体が関与している事案が多いことから総額的にはまとまった担保金の負担を要するような場合もあり、実際的な感覚として各決定例の認定事実を見ても決定例の命ずる担保金が実際に賠償原資として用いられる可能性がありそうな事案はほとんど

ないように見受けられる。

(オ) 第3点の㊸執行妨害の態様がいわゆる「不穏な占有」と称される巧妙な執行妨害方法に移行しつつあることについては、執行妨害とその対策が俗に「イタチごっこ」と揶揄されるとおり避けられない傾向といえるが、申立人側が通常の照会方法を適式に行えば通常の占有経緯・占有権原取得原因であれば一定の回答が得られてしかるべきところ、照会方法が一般に適式なものにも関わらず不自然・不合理な対応しか得られない場合には、そうした経緯にも十分に配慮した上で、弾力的に執行妨害目的や価格減少行為についての認定を行うようにすべきである。

(カ) 第4点の㊹不良債権処理が相当程度進んだ結果抵当権付不良債権の大半が金融機関からサービサー等へ譲渡されてしまったことについては、具体的には、サービサー等はバルクセールなどで不良債権を廉価に購入しており、業態としてあまりコストをかけないで購入金額より一定程度以上に売却・回収できればよいというスタンスのため、当初の不良債権ホルダーであった邦銀等と比べて手間暇をかけて占有関係をきれいにして高額売却を企図するようなことまではしないとの外在的事情である。

もともと、かといって、邦銀が多数の不良債権を所有していた時期にも執行法上の保全処分の利用状況が上向いたという統計はなく、その当否は不確かである。

(キ) 第5点の㊺警察庁の平成8年次長通達により金融不良債権関連事犯の徹底的な取締りがなされたことで暴力団系の占有屋の相当数が排除されたことについては、たしかに旧来型の執行妨害態様を相当程度減少させた点の寄与は大きいといえるが、第3点で指摘した執行妨害態様の巧妙化との関係で今後の実効性の継続には疑問が残るところである。

イ 担保不動産収益執行関係

(ア) 担保不動産収益執行に関しては、賃料からの管理費分の確保や配当の合理性等、賃料に対する物上代位の弊害を乗り越える形での制度設計がなされている点は評価できる。

(イ) しかしながら、管理人の費用をはじめとする申立費用負担の点がネックとなり、制度の合理性の割に今ひとつ利用件数が伸び悩んでいるとの問題点も指摘されているところである。

(ウ) かかる問題点に関しては、第1章で触れた1世紀以上の歴史を有するドイツ強

制管理制度において同様の問題意識の下規定された現行ZVG第150条a、すなわち申立債権者の職員を無報酬の管理人として選任するよう執行裁判所に提案することができるとの規定が注目に値する。選択肢の1つとして立法的に取り込むべき価値が高いと思われる。

(4) 実体法改正による手当てにより現れた問題点

ア ④「抵当権侵害占有排除」関係

(ア) 短期賃貸借制度の全廃

- a ④「抵当権侵害占有排除」の問題に関わる実体法改正については、まず、短期賃貸借制度を全廃した点を指摘しておきたい。

この点に関しては、第4章でも指摘したとおり、3つの観点から問題がある。

- b 第1は、詐害型/正常型の区分けを無視ないし放棄して安易に短期賃貸借制度そのものを全廃してしまった点である。これにより本来保護されるべき一定数の正常型賃借人の地位が不安定になってしまう一方、短期賃貸借としては保護されない非正常型の賃借人が明渡猶予の保護を受ける場面も少なくなくアンバランスな結論となっている。

立法の在り方としては、濫用型・非正常型の詐害的賃借人は徹底的に排除しつつ、他面正常型の賃借人の権利は適正に保護する方向で検討すべきであった。

- c 第2は、解除請求の根拠規定をも削除してしまった点である。これにより解除請求を先行させ無権原占有化した上で債権者代位の方法（代位構成）を用いて詐害的占有者を排除するという判例上承認されていた手法が使えなくなってしまった。

手段の比較という観点からは抵当権に基づく明渡請求（直接構成）の方が直截・簡明で本流と目されるべきとしても、利用者の立場から見れば抵当権侵害占有排除のためのメニュー自体は複数あるに越したことはなく、最高裁の大法廷が詳細に説示して承認していた手法の有用性を大幅に減じてしまうような「改正」は避けられるべきであった。

- d 第3は、賃借権を対抗し得なくなった賃借人に対し買受人が退去させるか居住継続させるかのイニシアティブを一方的に持てるようになった結果、居住継続の場合に賃借人に敷金の不承継・二重払いの危険が生じるようになった点である。すなわち、短期賃貸借制度の廃止と合わせて改正法附則第7条により賃

借人は敷金を登記しない限り買受人に対し敷金返還請求権を対抗できなくなったため、敷金の不承継に伴う二重払いの危険が生じてしまった。敷金承継に関する判例法理を無視した改正といえ、立法の在り方として適切とはいえない。

(イ) 抵当権に基づく妨害排除請求権等の条文化を回避した点について

- a 前述のとおり、立法の在り方としては確立した判例法理の尊重が考慮されるべきであるところ、平成15年改正では、[8]平成11年判決が明示した債権者代位による方法（代位構成）も傍論で説示された抵当権に基づく明渡請求（直接構成）についても明文化されなかった。
- b この点、[7]平成3年判決の最高裁調査官を担当された滝澤判事等の一部実務家からは早期の明文化の必要性も指摘されていたところではあった。
- c しかしながら、第4章でも指摘したとおり、平成15年改正の時点では未だ不法占有事案における代位構成の説示があるのみで直接構成に関しては傍論で触れられていたにとどまり、有権原占有事案に関しては最高裁判例自体が存しない状況であった。また、抵当権に基づく明渡請求を全面否定した[7]平成3年判決を改めた[8]平成11年判決が出されてから、3～4年が経過していたに過ぎず、少なくとも判例法理として確立しているといえる状況ではなかった。

このように、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不十分であることに加え、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、平成15年改正で抵当権に基づく明渡請求権を明文化することは困難であったといえ、この点で同改正時における条文化を回避したことは相当であったと考える。

イ ⑧「賃料収受」関係

(ア) 民法第371条の改正により、賃料に対する物上代位の肯否に関する法政策的判断の立場を一定程度明確化した点は意義がある。

(イ) しかしながら、同じ平成15年改正で賃料に対する物上代位の弊害の認識から担保不動産収益執行制度が創設され、しかも中間試案段階では賃料に対する物上代位存置の当否についてまで議論したのであるから、賃料に対する物上代位の短所についての立法的手当では施されるべきであったと考える。

とりわけ、物上代位の最大の問題点として指摘されていた抵当不動産の維持・管理費用の原資も含めて差し押さえた賃料債権のすべてを債権回収に充ててしま

う点については、第1章で見たドイツ法の規律を参考に、抵当不動産の維持・保存のために必要な管理費等に相当する部分については賃料の差押えを制限すべきであったと考える。

(ウ) 賃料債権に対する物上代位との関係で⁴⁸¹決定的な影響を与えたのは、第4章で指摘した債権譲渡特例法の平成10年制定及び同16年改正である。

とりわけ、同16年改正で、債務者が特定していない将来債権の譲渡についても原則として10年以内の債権譲渡登記の存続期間が認められることとなった結果、債務者（すなわち賃料債権においては賃借人）が未だ存在していない時点においてすら物件所在地や部屋番号等で特定してしまいさえすれば原則として向こう10年分につき債権譲渡登記してしまえることになった。これにより、賃借人登場以前において債権譲渡登記を先行具備される限度で、賃料に対する物上代位を期待する抵当権者は常に債権譲渡に劣後せざるを得ないこととなり、そこには同一のスタートラインからの公平な競争という枠組みは成り立たない。

債務者不特定の段階で将来債権を長期間分にわたり債権譲渡してしまい、完全な対第三者対抗力を付与してしまうという枠組み自体が民法理論と相容れがたく、資金調達方法の多様化という政策的必要性を考慮してもなお、弊害の方が大きいといわざるを得ない。

少なくとも、債務者が特定していない将来債権の譲渡についても原則として10年以内の債権譲渡登記の存続期間を認め完全な対第三者対抗力を付与した点については、早急に撤廃されるべきと考える。

8 小括

(1) 本章では、第1章から第4章までの検討で明らかとなった問題点として、①判例は、
④「抵当権侵害占有排除」に関し、従来の否定判例と同様抵当権の非占有担保・価値権という特性を承認しつつ、明渡請求肯定説に転換したこととの理論的關係について何ら明らかにしていない点、②抵当権に基づく明渡請求の要件・効果ともに未解明な部分が多い点、③判例の採用する物上代位と債権譲渡等事前処分との優劣基準及びその理論的説明は公平かつ合理的なものとはいいがたい点、④④「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方につき要件事実、効果及び手続構造の観

⁴⁸¹ 同じく担保不動産収益執行制度にも致命的な影響が出るとの懸念を表明するものとして内海外・前掲（脚注3）座談会〔山本発言〕60頁、61頁。

点から比較検討し、役割分担を提示すべき点、⑤⑧「賃料収受」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方の検討を踏まえて役割分担を提示すべき点及び⑥近時の立法により現れた問題点につきその解決に向けた指針を提示すべき点の6点を指摘の上、検討を加えた。

(2) 問題点①について

ア 判例の立場の分析

(ア) まず、問題点①につき、抵当権の基本的特性に関する現在の判例の立場は、新価値権説ないし換価権説として理解すべきものであり、一見、[8]平成11年判決及び[12]平成17年判決の判旨冒頭のみを見れば価値権説を前提に価値権ドグマを貫いた[7]平成3年判決と同様の基本的理解に立つように見えて、その実は、後続の説示を合わせ読む限り、従前の価値権説とは一線を画する立場に立つに至ったものと解するべきである。

(イ) よって、その意味では、現在の判例の基本的特性理解と抵当権に基づく明渡請求肯定との結論との間には、理論的不整合はないものと解される。

イ 抵当権の基本的特性に関する私見

(ア) 法の規定及び約定担保物権としての約定内容を検討の上、抵当権の基本的特性の理解につき次のとおり考察した。

(イ) まず、価値権説に対し積極的に評価できる点及び価値権ドグマの問題性を指摘した。

(ウ) 次に、換価権説に対し、ドイツ及び日本の抵当制度の歴史も踏まえて評価を加えた。

(エ) その上で、議論の立て方として、一側面の強調は有用である反面弊害も大きいことを指摘し、価値権という側面と換価権という側面との統合的理解の可能性を検討した。

検討の方向性としては、第1章で見たドイツの第3期における換価権と価値権との関係理解を1つの示唆として、そこから、価値権でいう価値把握の手段として換価権を織り込んで理解していくことを試みた。

具体的には、まず、換価権を通じての抵当目的物の財産的価値把握という場合、その先には抵当目的物の処分・換価による優先的満足が予定されているから、抵当権設定契約による価値把握時のみならず、以降処分・換価により優先的満足を

受ける時まで、把握した目的物価値に対する排他的支配が及び続けていなければならないと考えた。

次に、このように、抵当権者は、抵当権設定契約によって、設定時以降優先弁済的満足実現時までの間、換価権を通じて抵当目的物の財産的価値を排他的に支配することでその交換価値を把握するのであり、かかる交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対し物的支配を及ぼしているものと考えた。

(オ) 以上を踏まえ、私見として、抵当権の本質理解につき、「抵当目的物を処分・換価して優先弁済を受けることを内実とする換価権によって抵当目的物の交換価値を排他的に支配することで担保価値を把握する物権であって、その交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有する権利」であると解することを述べた。

ウ 抵当目的物の「使用」面に対する抵当権の効力

上記理解を前提に、抵当目的物の「使用」面に対する抵当権の効力につき、次のように述べた。すなわち、抵当権設定契約によって抵当権者は抵当目的物の財産的価値を換価権によって排他的に支配することとなり、かかる換価権は最終的には処分・換価により優先弁済を受けることを内実とするものであるから、設定時以降換価によって優先弁済を受けるまで、把握した抵当目的物の財産価値の排他的支配は妨げられてはならない。ここから、抵当権設定者の担保価値維持・保存義務が導かれ、また優先弁済請求権を実現するために財産的価値に対する排他的支配権能を有し、その限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有することから、抵当権設定者以外の第三者による占有であってもそれがために換価の困難性又は適正価額からの不当な売却価額の低下のおそれが認められる場合には、優先弁済請求権に向けられた換価権の侵害を排除するために、抵当権者に抵当権に基づく妨害排除請求権が認められるべきである。

(3) 問題点②について

次に、問題点②につき、判例の立場を整理の上、私見を述べた。

ア 判例の要件・効果論

(ア) 抵当権に基づく明渡請求（直接構成）に関する判例の主たる要件・効果に対する考えを整理すると次のとおりとなる。

(イ) 要件論

a ⑦「占有」による抵当権侵害

(a) 判例は、不法占有事案と有権原占有事案とで規範を異ならせており、前者の場合は「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」、後者の場合は「①その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、②その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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」に「占有」による抵当権侵害が認められるとする立場に立っている。

(b) 配当の減少可能性の要否に関する判例の立場は不明である（少なくとも要件として明示することはしていない。）。

b ⑧競売申立等の時期的要件

[8]平成11年判決の事案もそれ以降の裁判例の事案もいずれも競売申立後の事案であるため、この点に関する判例の立場は不明である（少なくとも要件として明示することはしていない。）。

(ウ) 効果論

a ⑨明渡しの相手方

「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができる。」（[12]平成17年判決）。

b ⑩抵当権者へ引渡後の占有の性質

「抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではない」（[12]平成17年判決）。

イ 私見の要件・効果論

(ア) 抵当権に基づく明渡請求（直接構成）に関する私見の主たる要件・効果に対する考えを整理すると次のとおりとなる。

(イ) 要件論

a ㉞「占有」による抵当権侵害

(a) 「当該占有により㉞抵当権実行手続の進行自体の困難性又は㉟適正価額からの売却価額の不当な低下のおそれが認められるとき」は、「占有」による抵当権侵害要件を基本的に充たす。

(b) 有権原占有事案においても競売手続妨害目的要件は不要である。

(c) 配当の減少可能性は不要である。

b ㊦競売申立等の時期的要件

競売申立までは要しないが債務不履行時以降であることは要する。

(ウ) 効果論

a ㊧明渡しの相手方

抵当不動産所有者への明渡しを原則としつつ、所有者に抵当不動産を適切に維持・管理しもって担保価値の維持・保存をなすことが期待しがたい特段の事情が認められる場合には、例外的に当該抵当権者への明渡しを認めてよいと解する。

b ㊨抵当権者へ引渡後の占有の性質

抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とする占有と解する。

(4) 問題点㉓について

ア 次いで、問題点㉓に関し、前提として賃料に対する物上代位の可否に関する見解を示した。

イ その上で、物上代位と債権譲渡等の事前処分手段との優先劣後基準につき、判例の立場を整理・批判の上、次のとおり私見を述べた。

ウ 債権譲渡との優劣基準について

(ア) まず、物上代位制度の趣旨に関しては、法が公平の観点から特に認めた特権と解する（特権説）。

(イ) 次に、差押えの趣旨に関しては、特権説を前提に、差押えは優先権保全のための要件であると解する。

(ウ) その上で、関係当事者の利益状況に即して原則論と例外論とを配置し、かつ、関係当事者間の公平な競争を保障する点で示唆に富むドイツ法の規律方法を参考に、以下のように考える。

第1に、抵当不動産所有者には、本来、所有権に基づく賃料の自由な処分権能があるのであるから、かかる処分権能自体は一般的に広く尊重されなければならない。この点で、抵当権設定の一事をもって、抵当権設定登記時以降の対抗可能な賃料処分を一律に否定してしまうこととなる判例の抵当権登記時説には賛同し得ない。

第2に、賃料債権譲渡と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権とでは、濫用的処分のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押えと債権譲渡の対抗要件具備の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えべきである。

また、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、債権譲渡の譲受人ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権譲渡の先行事実を認識していた場合には債権譲渡を当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

エ 一般債権者による差押えとの優劣基準について

(ア) まず、賃料債権差押えと一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権の差押えとそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権の包括差押えとでは、詐害性のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押命令と一般債権者の差押命令とが第三債務者に送達された時期の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えべきである。

(イ) また、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、包括的差押えをした差押債権者ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取

得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権の包括的差押えの先行事実を認識していた場合には差押えを当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

オ 相殺との優劣基準について

(ア) まず、賃料債権との相殺と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権との相殺とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権との相殺とでは、賃借人の相殺に対する期待の合理性の程度も詐害性のおそれも大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押え前に賃借人が自働債権を取得しかつ相殺適状のものについては相殺が優先し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。

(イ) また、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解すべきである。

(5) 問題点④について

ア 続いて、問題点④につき、まず、実体法上の手段である抵当権に基づく明渡請求(直接構成)並びに執行法上の手段である売却のための保全処分及び競売開始決定前の保全処分の各要件事実、効果、手続構造について整理した。

イ 次に、実体法上の手段と執行法上の手段との相互比較を行った上で、適切な役割分担を提示した。

(6) 問題点⑤について

ア また、問題点⑤につき、⑧「賃料収受」の問題に関し、実体法上の手段である賃料に対する物上代位、執行法上の手段である担保不動産収益執行について近時の利用状況並びにメリット及びデメリットを確認した。

イ その上で、両手段の相互比較を行い、役割分担の指針を示した。

(7) 問題点⑥について

最後に、問題点⑥につき、近時の立法による手当てにより現れた問題点を複数指摘の上、それらの問題点につき、主として立法的提言の見地から、その解決に向けた指針を検討した。

第6章 展望

1 本論文により明らかにされた点

- (1) 本論文では、使用・収益に関する抵当権の効力が正面から問題となる場面として、
④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題につき考察した。
- (2) 考察に際しては、まず、第1章で、ドイツ法における使用・収益に関する抵当法制の沿革及び日本法における沿革について概観することで、抵当権の基本的特性並びに
④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題に対する規律の考え方について示唆を得た。
- (3) 次に、第2章で、④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題に対する各実体法・執行法上の手段に関する裁判例を整理・概観した結果、判例の問題点として次の3点を指摘した。
すなわち、問題点の第1は、判例は、④「抵当権侵害占有排除」に関し、従来の否定判例と同様抵当権の非占有担保・価値権という特性を承認しつつ、明渡請求肯定説に転換したこととの理論的關係について何ら明らかにしていない点である(問題点①)。
問題点の第2は、抵当権に基づく明渡請求の要件・効果ともに未解明な部分が多い点である(問題点②)。
問題点の第3は、判例の採用する物上代位と債権譲渡等事前処分との優劣基準及びその理論的説明は、公平かつ合理的なものとはいえない点である(問題点③)。
- (4) 次いで、第3章で、④「抵当権侵害占有排除」及び⑤「賃料收受」の問題に対する各実体法・執行法上の手段に関する学説を整理・概観した上で、解決されていない問題点として次の2点を指摘した。
すなわち、検討されるべき問題点の第4として、④「抵当権侵害占有排除」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方につき要件事実、効果並びに手続構造の観点から比較検討し、役割分担を提示すべき点である(問題点④)。
問題点の第5は、⑤「賃料收受」の問題に関し、実体法上の手段及び執行法上の手段双方の検討を踏まえて役割分担を提示すべき点である(問題点⑤)。
- (5) 続いて、第4章で、近時の立法による手当ての成立過程、内容、施行後の運用状況を検証することで、立法により現れた問題点を指摘し、その解決に向けた指針の必要性を明らかにした。

そこで、検討されるべき問題点の第6として、立法により現れた問題点の解決に向けた指針を提示すべき点を挙げた（問題点⑥）。

(2) 問題点について明らかにされた点

ア 問題点①について

(ア) 判例の立場の理解

- a 抵当権の基本的特性に関する現在の判例の立場は、新価値権説ないし換価権説の立場から理解すべきものであり、一見、[8]平成11年判決及び[12]平成17年判決の判旨冒頭のみを見れば価値権説を前提に価値権ドグマを貫いた[7]平成3年判決と同様の基本的理解に立つように見えて、その実は、後続の説示を合わせ読む限り、従前の価値権説とは一線を画する立場に立つに至ったものと解すべきである。
- b よって、現在の判例の基本的特性理解と抵当権に基づく明渡請求肯定との結論との間には、理論的不整合はないものと解される。

(イ) 抵当権の本質理解

- a 抵当権の本質は「抵当目的物を処分・換価して優先弁済を受けることを内実とする換価権によって抵当目的物の交換価値を排他的に支配することで担保価値を把握する物権であって、その交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有する権利」として理解できる。
- b 上記理解に立てば、優先弁済請求権を実現するために財産的価値に対する排他的支配権能を有し、その限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有することから、抵当権設定者以外の第三者による占有であってもそれがために換価の困難性又は適正価額からの不当な売却価額の低下のおそれが認められる場合には、優先弁済請求権に向けられた換価権の侵害を排除するために、抵当権者に抵当権に基づく妨害排除請求権が認められるべきである。

イ 問題点②について

(ア) 抵当権に基づく明渡請求（直接構成）の要件、効果につき、次のような理解が可能である。

(イ) 要件論

- a ⑦「占有」による抵当権侵害
 - (a) 「当該占有により⑦抵当権実行手続の進行自体の困難性又は④適正価額から

の売却価額の不当な低下のおそれが認められるとき」は、「占有」による抵当権侵害要件を基本的に充たす。

(b) 有権原占有事案においても競売手続妨害目的要件は不要である。

(c) 配当の減少可能性は不要である。

b ④競売申立等の時期的要件

競売申立までは要しないが債務不履行時以降であることは要する。

(ウ) 効果論

a ⑤明渡しの相手方

抵当不動産所有者への明渡しを原則としつつ、所有者に抵当不動産を適切に維持・管理しもって担保価値の維持・保存をなすことが期待しがたい特段の事情が認められる場合には、例外的に当該抵当権者への明渡しを認めてよいと解する。

b ⑥抵当権者へ引渡後の占有の性質

抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とする占有と解する。

ウ 問題点③について

(ア) 賃料に対する物上代位の肯否

平成15年改正を経た現行民法の解釈論としては、抵当権に基づく賃料に対する物上代位は肯定すべきである。

(イ) 物上代位と債権譲渡との優劣基準について

a 関係当事者の利益状況に即して原則論と例外論とを配置し、かつ、関係当事者間の公平な競争を保障する点で示唆に富むドイツ法の規律を参考に、次のように考えるのが合理的である。

b 第1に、抵当不動産所有者には、本来、所有権に基づく賃料の自由な処分権能があるのであるから、かかる処分権能自体は一般的に広く尊重されなければならない。

c 第2に、賃料債権譲渡と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権とでは、濫用的処分のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押えと債権譲渡の対抗要件具備の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えべきである。

また、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、債権譲渡の譲受人ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権譲渡の先行事実を認識していた場合には債権譲渡を当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

(ウ) 物上代位と一般債権者による差押えとの優劣基準について

- a 賃料債権差押えと一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権の差押えとそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権の包括差押えとでは、詐害性のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押命令と一般債権者の差押命令とが第三債務者に送達された時期の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えべきである。

- b また、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、包括的差押えをした差押債権者ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権の包括的差押えの先行事実を認識していた場合には差押えを当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

(エ) 物上代位と相殺との優劣基準について

- a 賃料債権との相殺と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権との相殺とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権との相殺とでは、賃借人の相殺に対する期待の合理性の程度も詐害性のおそれも大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。

具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押え前に賃借人が自働債権を取得しかつ相殺適状のものについては相殺が優先し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。

- b また、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解すべきである。

エ 問題点④について

(ア) 実体法上の手段である抵当権に基づく明渡請求（直接構成）並びに執行法上の手段である売却のための保全処分及び競売開始決定前の保全処分の各要件事実、効果、手続構造について整理し、相互比較を行った結果、④「抵当権侵害占有排除」に向けた抵当権に基づく明渡請求と執行法上の保全処分との役割分担としては次のように考えることが合理的である。

(イ) 執行妨害目的が不明確な占有態様の場合

執行法上の手段の発令要件として要求される執行妨害目的が不明確な占有態様の場合は、抵当権に基づく明渡請求において競売手続妨害目的を要件として要求しない私見を前提とすれば実体法上の手段によるべきである。

(ウ) 事実関係が不明か疎明資料が乏しい場合

占有者の属性も含め執行妨害目的その他価格減少行為を推認させる事実関係が明らかでないといった巧妙な執行妨害占有がなされており、抵当権者の側において申立時点で執行妨害目的等の十分な主張・疎明が困難な事案においては、対審構造を前提とした実体法上の手段によるべきである。

(エ) 執行妨害目的も含め事実関係が明らかであり疎明資料も十分にある場合

逆に、執行妨害目的も含め事実関係が明らかであり疎明資料も十分にある場合は、迅速性の点で優れた執行法上の手段によるべきである。執行妨害目的も含め価格減少行為等の疎明が十分に立証できればそれに応じて担保金の額も低額となることから、この点での負担も大きくない（事案によっては無担保ないし極めて低額という場合もありうる。）。

(オ) 占有権原主張に最低限の合理性があり権利関係を確定させておいた方が望ましい場合

占有権原主張に最低限の合理性があり権利関係を確定させておいた方が望ましい場合には、売却価額やその後の執行妨害の継続の有無にも影響しうることから、実体法上の手段によるべきである。

(カ) 抵当権者において保管することが困難又は望ましくない場合

抵当不動産の性質や抵当権者の属性によっては、抵当権者において保管することが困難又は望ましくない場合が考えられ、こうした場合には直ちに執行官保管に付しうる執行法上の手段によるべきである。

(キ) 不法勢力による暴力的行為が顕著な場合

占有者が暴力団構成員や占有屋であり、かつ、暴力的行為が顕著で疎明資料の収集にも危険を来すといった場合には、公開法廷での審理という手続特性を有する実体法上の手段によるべきである。

オ 問題点⑤について

(ア) ⑥「賃料收受」の問題に関し、実体法上の手段である賃料に対する物上代位、執行法上の手段である担保不動産収益執行について相互比較を行った結果、役割分担の指針としては次のように考えることが合理的である。

(イ) 手続利用者である抵当権者側において、当該物件からの債権回収方法として何を重んじるかに照らして手続選択を行うことが合理的である。

(ウ) すなわち、抵当権者において、当該物件に一定程度以上の換価価値が見込まれ、主として売却による売得金から債権回収を図ろうと考えている場合には、担保不動産収益執行によることが望ましい。なぜなら、収益管理人による管理を通じた賃貸借関係の把握や整理、抵当物件自体の修繕・補修等の実施により物件価値を高めることによる売却価額の引き上げという副次的効果が期待されるからである。かかる効用の存在から、収益価値の一般的に低い小規模物件においてもあえて担保不動産収益執行が利用されているものと推認される。

(エ) 他方、抵当権者において、少なくとも申立時点においては当該物件の換価価値からの回収をあまり期待することができず、当面はなるべく廉価な費用で収益価値からの回収を図りたいと考えている場合には、賃料に対する物上代位によることが望ましいといえる。

その場合、賃料に対する物上代位の短所として管理・修繕費用が残らない関係で当該不動産の荒廃が進みやすいとの面が否めないことから、居住用建物やテナ

資金調達方法の多様化という政策的必要性を考慮してもなお弊害の方が大きいといわざるを得ないことから、早急に撤廃されるべきである。

2 残された課題

(1) 本論文における整理・検討を通じて、バブル経済の崩壊という強制力を契機に、わが国の担保法及び執行法がこれまでに経験のないスピードで変容を遂げたことが明らかになった。

かかる急速な「変容」の中には、第5章の検討で取り上げた問題点③及び⑥のように負の側面もある反面、執行法上の保全処分に関する要件緩和や当事者恒定効の付与、担保不動産収益執行制度の創設、賃料に対する物上代位の肯否に関する法政策的判断の明確化等に見られる進歩的側面も有していることは看過されてはならない。

こうした進歩した点を肯定的に評価しつつ、弊害的側面の是正に努めていくことが肝要であり、研究者及び実務家に課せられた使命であると考えます。

(2) 本論文の検討を通じて残された課題は多岐に上るが、とりわけ、次の2点を指摘しておきたい。

ア 第1に、抵当権に基づく物権的請求権全般に関する考察を踏まえて、同請求権の条文化に関する立法提言を検討すべき点である。

要件・効果が明文化されることの意義は大きく、関係当事者の利益状況を踏まえた上で公平かつ適正なルールが定められなければならない。

イ 第2に、賃料に対する物上代位と賃料の事前処分手段との規律の条文化に関する立法提言を検討すべき点である。

この点に関しては、ドイツ法において相当程度合理的な規律が施されているところではあるが、わが国の経済的要請・制度的背景を今一度実証的に考察した上で、わが国の担保・金融制度に適合的なルールの策定・明文化を図ることが要請される。

以上

参考文献目録

第1 図書（刊行年順）

【邦語文献】

- 1 石田文次郎『投資抵当権の研究』（有斐閣、1932年）
- 2 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）
- 3 同『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』（岩波書店、1968年）
- 4 鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、1968年）
- 5 柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（新版）』（有斐閣、1973年）
- 6 川井健『担保物権法』（青林書院新社、1975年）
- 7 高島平蔵『物的担保法論』（成文堂、1977年）
- 8 田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』（金融財政事情研究会、1980年）
- 9 柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（第3版）』（有斐閣、1982年）
- 10 内田貴『抵当権と利用権』（有斐閣、1983年）
- 11 香川保一監『注釈民事執行法（第3巻）』（金融財政事情研究会、1983年）
- 12 同『注釈民事執行法（第4巻）』（金融財政事情研究会、1983年）
- 13 法務大臣官房司法法制調査部監『法典調査会民法議事速記録2巻』（日本近代立法資料叢書2）（商事法務研究会、1984年）
- 14 梅謙次郎『訂正増補民法要義巻之2物権編』（有斐閣、1984年。有斐閣書房、1911年版の復刻版。）
- 15 高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、1984年）
- 16 鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法（2）』（第一法規出版、1984年）
- 17 同『注解民事執行法（3）』（第一法規出版、1984年）
- 18 富井政章『訂正民法原論第2巻物権』（有斐閣、1985年。有斐閣、1923年合冊版の復刻版。）
- 19 浦野雄幸『条解民事執行法』（商事法務研究会、1985年）

- 20 鈴木禄弥『物権法講義 [3訂版]』(創文社、1985年)
- 21 道垣内弘人『担保物権法』(三省堂、1990年)
- 22 東京地裁民事執行実務研究会『不動産執行の実務』(民事法情報センター、1990年)
- 23 石川明・小島武司・佐藤歳二編『注解民事執行法上巻』(青林書院、1991年)
- 24 中野貞一郎『民事執行法 [第2版]』(青林書院、1991年)
- 25 近江幸治『担保物権法 (新版)』(弘文堂、1992年)
- 26 東京地裁民事執行実務研究会編『民事執行法上の保全処分』(きんざい、1993年)
- 27 内田貴『民法Ⅲ』(東京大学出版会、1996年)
- 28 松井宏興『抵当制度の基礎理論』(法律文化社、1997年)
- 29 清原泰司『物上代位の法理』(民事法研究会、1997年)
- 30 大垣尚司『ストラクチャード・ファイナンス入門』(日本経済新聞社、1997年)
- 31 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法 (9)』(有斐閣、1998年)
- 32 法務省民事局参事官室第4課編『Q&A債権譲渡特例法 [改訂版]』(商事法務研究会、1998年)
- 33 生熊長幸『執行妨害と短期貸借』(有斐閣、2000年)
- 34 占有妨害対策研究会編『占有妨害排除の理論と実務 [第3版]』(民事法研究会、2001年)
- 35 伊藤滋夫・山崎敏彦編『ケースブック要件事実・事実認定』(有斐閣、2002年)
- 36 門口正人・須藤典明『新・裁判実務体系 第13巻 民事保全法』(青林書院、2002年)
- 37 生熊長幸『物上代位と収益管理』(有斐閣、2003年)
- 38 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』(有斐閣、2003年)
- 39 古賀政治編著『ケースでわかる新担保・執行法制』(金融財政事情研究会、2003年)

- 40 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』（新日本法規出版、2003年）
- 41 天野稔・高橋恒夫・瀧浪武『新しい担保・執行法制の実務Q&A』（経済法令研究会、2003年）
- 42 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会『民事執行の実務－不動産執行編（上）』（金融財政事情研究会、2003年）
- 43 同『民事執行の実務－不動産執行編（下）』（金融財政事情研究会、2003年）
- 44 内田貴『民法Ⅲ [第2版]』（東京大学出版会、2004年）
- 45 我妻栄・有泉亨（清水誠補訂）『コンメンタール担保物権法 [第3版]』（日本評論社、2004年）
- 46 浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法 [第5版]』（日本評論社、2005年）
- 47 道垣内弘人『担保物権法 [第2版]』（有斐閣、2005年）
- 48 伊藤進『抵当権制度論』（信山社、2005年）
- 49 大江忠『要件事実民法（2）物権 [第3版]』（第一法規、2005年）
- 50 植垣勝裕・小川秀樹『一問一答 動産・債権譲渡特例法 [3訂版]』（商事法務、2007年）
- 51 平野裕之『担保物権法』（信山社、2007年）
- 52 岡口基一『要件事実マニュアル上巻 [第2版]』（ぎょうせい、2007年）
- 53 高橋眞『抵当法改正と担保の法理』成文堂、2008年）
- 54 松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法 [第2版]』（弘文堂、2008年）

【独語文献】

- 1 Motive zu dem Entwurde eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reiche. Amtliche Ausgabe, 5 Bände, 1888（引用は1983年の復刻版による。）
- 2 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7 Bände, 1897-1899（引用は1983年の復刻版による。）
- 3 Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Sachenrecht, 1983

- 4 M. Wolf, Sachenrecht, 6. Aufl., 1985
- 5 Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992
- 6 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 3. Aufl., 1997
- 7 Westermann/Gursky/Eickmann (begr. von H. Westermann), Sachenrecht, 7. Aufl., 1998
- 8 Jan Wilhelm, Sachenrecht, 2. Aufl., 2002
- 9 Hans Wolfsteiner, Staudinger BGB, 2002
- 10 Peter Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 6. Aufl., 2003
- 11 H.G. Bamberger/H. Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2003
- 12 Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar BGB, Band 3: Sachenrecht (hrsg. von Ring/Grziwotz/Keukenschrijver), 2004
- 13 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 4. Aufl., 2004
- 14 Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 4. Aufl., 2005
- 15 Wolfgang Brehm/Christian Berger, Sachenrecht, 2. Aufl., 2006
- 16 H. Prütting/G. Wege/G. Weinreich, BGB Kommentar, 2. Aufl., 2007
- 17 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 67. Aufl., 2008
- 18 Erman, Handkommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 12. Aufl., 2008
- 19 H. Grziwotz/A. Keukenschrijver/G. Ring, BGB Sachenrecht, Band 3 : § 854-1296, 2. Aufl., 2008

第2 論文 (刊行年順)

- 1 我妻栄「資本主義と抵当制度の発達」法律時報 2 卷 9 号 (1930 年) (同『民法研究IV』(有斐閣、1967 年) 所収)
- 2 鈴木禄弥「抵当権に基づく物上代位制度について」民商法雑誌 25 卷 4 号 (1950 年)
- 3 小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成 (一)」西南学院大学法学論集 14 卷 1 号 (1981 年)
- 4 同「抵当権に基づく物権的請求権の再構成 (二)」西南学院大学法学論集 14 卷 2 号 (1981 年)

- 5 町田顯「不動産価値の保全と適正売却価格の確保」竹下守夫・鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』（西神田編集室、1981年）
- 6 吉野衛「物上代位に関する基礎的考察（上）」金融法務事情968号（1981年）
- 7 同「物上代位に関する基礎的考察（中）」金融法務事情971号（1981年）
- 8 同「物上代位に関する基礎的考察（下）」金融法務事情972号（1981年）
- 9 小林資郎「[4]判批」ジュリスト792号（昭和57年度重要判例解説）（1983年）
- 10 松井宏興「近代的抵当権論」星野英一外編『民法講座3物権(2)』（有斐閣、1984年）
- 11 湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一外編『民法講座3物権(2)』（有斐閣、1984年）
- 12 多田利隆「[32]判批」ジュリスト889号（1987年）
- 13 安田実「[32]判批」判例タイムズ677号（昭和62年度主要民事判例解説）（1988年）
- 14 一宮なほみ「抵当権の短期賃貸借の解除請求と明渡請求（下）」判例タイムズ693号（1989年）
- 15 金馬健二「[35]判批」判例タイムズ735号（平成元年度主要民事判例解説）（1990年）
- 16 小林資郎「[115]平成元年判決判批」ジュリスト957号（平成元年度重要判例解説）（1990年）
- 17 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(下)」金融法務事情1252号（1990年）
- 18 高木多喜男「判批」私法判例リマークス1号（1990年）
- 19 鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」『石田＝西原＝高木還暦・金融法の課題と展望』（日本評論社、1990年）
- 20 樋口直「[115]平成元年判決判批」判例タイムズ762号（平成2年度主要民事判例解説）（1991年）

- 2 1 滝澤孝臣「[7]平成3年判決判解」法曹会編『最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成3年度』（法曹会、1991年）
- 2 2 椿寿夫「[7]平成3年判決判批」私法判例リマークス1992年〈上〉（1992年）
- 2 3 石田喜久夫「[7]平成3年判決判批」ジュリスト1002号（平成3年度重要判例解説）（1992年）
- 2 4 栗田隆「売却のための保全処分をめぐる諸問題の検討（下）」金融法務事情1330号（1992年）
- 2 5 鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」『高島古稀記念・民法学の新たな展開』（成文堂、1993年）
- 2 6 富川照雄「民事執行法における保全処分の運用」判例タイムズ809号（1993年）
- 2 7 江口とし子「[53]判批」判例タイムズ821号（平成4年度主要民事判例解説）（1993年）
- 2 8 田口勉「担保権の価値権説についてードイツ普通法学説と石田文次郎博士を中心にー」関東学園大学法学紀要9号（1994年）
- 2 9 松丸伸一郎「[85]外判批」判例タイムズ852号（平成5年度主要民事判例解説）（1994年）
- 3 0 山田正人「大阪地裁にみる売却のための保全処分申立事件の最近の決定例（上）」債権管理65号（1994年）
- 3 1 同「大阪地裁にみる売却のための保全処分申立事件の最近の決定例（下）」債権管理66号（1994年）
- 3 2 三代川俊一郎「[59]・[67]判批」判例タイムズ862号（平成5年度主要民事判例解説）（1994年）
- 3 3 深山雅也「民事執行法の一部を改正する法律の解説」NBL598号（1996年）
- 3 4 山本智子「民事執行法の改正について」銀行法務21第524号（1996年）
- 3 5 今井和男「民事執行法の一部改正と不良債権回収」銀行実務1996年9月1日号（1996年）

- 36 古賀政治・今井和男「賃料の物上代位と賃料債権の譲渡」金融法務事情 1439号(1996年)
- 37 瀬戸正義「[40]判批」金融法務事情1446号(1996年)
- 38 萩本修「民事執行法改正の概要」金融法務事情1458号(1996年)
- 39 長野勝也・井上直哉「民事執行法の改正に伴う民事執行規則の改正の概要」金融法務事情1461号(1996年)
- 40 東海林邦彦「[7]判批」別冊ジュリスト136号(民法判例百選I(第4版))(1996年)
- 41 角紀代恵「判批」別冊ジュリスト136号(民法判例百選I(第4版))(1996年)
- 42 鈴木拓児「[103]判批」判例タイムズ913号(平成7年度主要民事判例解説)(1996年)
- 43 島田清次郎「大阪地裁における民事執行の実務」NBL613号(1997年)
- 44 吉田光碩「改正民事執行法と抵当実務」NBL614号(1997年)
- 45 吉田眞澄「[41]判批」私法判例リマークス1997年(下)(1997年)
- 46 片山直也「[41]判批」判例セレクト'96(1997年)
- 47 村田利喜弥「[135]判批」銀行法務21第533号(1997年)
- 48 西尾信一「将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権に基づく物上代位の効力」銀行法務21第533号(1997年)
- 49 市川尚「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡との優劣」銀行法務21第535号(1997年)
- 50 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(一)」大阪学院大学法学研究23巻2号(1997年)
- 51 同「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(三・完)」大阪学院大学法学研究25巻1号(1998年)
- 52 同「[141]判批」法学教室216号(1998年)
- 53 太矢一彦「抵当権の性質について」獨協法学46号(1998年)
- 54 松嶋敏明「大阪地裁(本庁)における民事執行の概況」民事法情報13

- 8号(1998年)
- 55 山崎恒「東京地裁執行部における平成9年の事件概況一下半期以降一」
民事法情報142号(1998年)
- 56 松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)－賃料債権に対する抵当権の物
上代位の是非」金融法務事情1504号(1998年)
- 57 原道子「名古屋地裁(本庁)における最近の不動産執行事件の取扱い」
判例タイムズ971号(1999年)
- 58 上田正俊「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・
11・24を読んで」金融法務事情1566号(1999年)
- 59 掘龍兒「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・1
1・24を読んで」金融法務事情1566号(1999年)
- 60 小林明彦「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・
11・24を読んで」金融法務事情1566号(1999年)
- 61 中原利明「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平11・
11・24を読んで」金融法務事情1566号(1999年)
- 62 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11・
11・24を読んで」金融法務事情1566号(1999年)
- 63 高橋眞「[139]判批」ジュリスト1157号(平成10年度重要判例解
説)(1999年)
- 64 河野玄逸「[141]判批」私法判例リマークス1999年〈上〉(1999
年)
- 65 高木多喜男「抵当権の物上代位と相殺」銀行法務21第564号(19
99年)
- 66 椿寿夫/生熊長幸/佐久間弘道/三上徹/河野玄逸「〈座談会〉抵当権者
による明渡請求－最大判平成11・11・24をめぐって」銀行法務21第
571号(2000年)
- 67 升田純・小笠原浄二・鎌田薫・塩崎勤・志賀剛一・滝澤孝臣「座談会・
最大判平成11・11・24と抵当権制度の将来」金融法務事情1569
号(2000年)
- 68 三上徹「平成11年大法廷判決と銀行実務」銀行法務21第572号(2

- 000年)
- 69 福永有利「平成11年大法院判決から派生する手続問題」銀行法務21第572号(2000年)
- 70 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第572号(2000年)
- 71 道垣内弘人「『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』をめぐってー最大判平成11・11・24の理論的検討」ジュリスト1174号(2000年)
- 72 生熊長幸「抵当権者による明渡請求と「占有」」銀行法務21第572号(2000年)
- 73 同「[8]平成11年判決判批」ジュリスト1179号(平成11年度重要判例解説)(2000年)
- 74 伊藤進「[8]平成11年判決判批」判例時報1706号(判例評論496号)(2000年)
- 75 鳥谷部茂「[148]判批」私法判例リマークス2000年〈下〉(2000年)
- 76 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(中)」NBL682号(2000年)
- 77 同「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(下)」NBL683号(2000年)
- 78 松岡久和「賃料債権に対する抵当権の物上代位と借借人の相殺の優劣(2)」金融法務事情1595号(2000年)
- 79 鈴木祿弥・升田純「対談・最大判平11・11・24をめぐる諸問題」登記情報458号(2000年)
- 80 石口修「抵当権の対抗力なき占有者排除効(1)」九州産業大学エコノミクス5巻1号(2000年)
- 81 同「抵当権の対抗力なき占有者排除効(2)」九州産業大学エコノミクス5巻3号(2001年)
- 82 松岡久和「[8]平成11年判決判批」別冊ジュリスト159号(民法判例百選I〈第5版〉)(2001年)

- 83 齋藤和夫「[8]平成11年判決判批」私法判例リマークス2001年(上)
(2001年)
- 84 副田隆重「[9]東京地裁平成12年判決判批」判例タイムズ1060号
(2001年)
- 85 富田一彦「[133]判批」判例タイムズ1065号(平成12年度主要民事判例解説)(2001年)
- 86 佐々木千代美「札幌地裁における強制管理事件の処理状況について」判例タイムズ1069号(2001年)
- 87 平井一雄「[10]東京高裁平成13年判決判批」銀行法務21第591号
(2001年)
- 88 住友隆行「[10]判批」銀行法務21第598号(2001年)
- 89 鎌野真敬「大阪地方裁判所における強制管理事件の取扱い(上)」金融法務事情1618号(2001年)
- 90 同「大阪地方裁判所における強制管理事件の取扱い(下)」金融法務事情1619号(2001年)
- 91 鳥谷部茂「担保不動産・資産の流動化」民事研修537号(2002年)
- 92 小山泰史「「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」の検討ー賃借人保護の視点からー」立命館法学282号(2002年)
- 93 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1094号(2002年)
- 94 西岡清一郎「東京地裁執行部における平成13年の事件概況」民事法情報191号(2002年)
- 95 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1094号(2002年)
- 96 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1094号(2002年)
- 97 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109

- 4号(2002年)
- 98 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1094号(2002年)
- 99 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1094号(2002年)
- 100 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74巻8号(2002年)
- 101 工藤祐巖「短期貸借保護制度の見直しについて」法律時報74巻8号(2002年)
- 102 梶山玉香「「中間試案」における手続法上の問題」法律時報74巻8号(2002年)
- 103 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1645号(2002年)
- 104 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1回]」金融法務事情1645号(2002年)
- 105 同「〈座談会〉手続法の側面からみた担保・執行法改正の論点[第2回]」金融法務事情1646号(2002年)
- 106 島田佳子「[10]東京高裁平成13年判決判批」判例タイムズ1096号(平成13年度主要民事判例解説)(2002年)
- 107 平野裕之「執行・実行妨害」ジュリスト1223号(2002年)
- 108 高橋眞「強制管理」ジュリスト1223号(2002年)
- 109 山野目章夫「[154]判批」ジュリスト1224号(平成13年度重要判例解説)(2002年)
- 110 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1228号(2002年)
- 111 福永有利(司会)・生熊長幸・松岡久和・道垣内弘人・山本和彦・高田裕成「〈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—」銀行法務21第600号(2002年)
- 112 山本和彦「抵当権に基づく物件管理制度」銀行法務21第601号(2

- 002年)
- 113 滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求権」銀行法務21第601号
(2002年)
- 114 野村秀敏「抵当権に基づく収益管理制度の構想／独立型」NBL73
7号(2002年)
- 115 山野目章夫「抵当権に基づく収益管理制度の構想／付随型(上)」NB
L739号(2002年)
- 116 同「抵当権に基づく収益管理制度の構想／付随型(下)」NBL740
号(2002年)
- 117 古積健三郎「抵当権による収益管理制度と賃料債権への物上代位」法
律時報74巻8号(2002年)
- 118 生熊長幸「短期賃借権保護廃止と賃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1660号(2002年)
- 119 同「[10]東京高裁平成13年判決判批」私法判例リマークス2002
年(下)(2002年)
- 120 同「短期賃借権保護廃止と賃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1661号(2003年)
- 121 高橋弘・鳥谷部茂「シンポジウム・不動産担保法制(一)」広島法学
第26巻第4号(2003年)
- 122 同「シンポジウム・不動産担保法制(二・完)」広島法学第27巻第
1号(2003年)
- 123 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1115号(2003年)
- 124 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」NBL766
号(2003年)
- 125 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)」
NBL768号(2003年)

- 1 2 6 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 7 7 2号（2 0 0 3年）
- 1 2 7 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 7 7 3号（2 0 0 3年）
- 1 2 8 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 7 7 4号（2 0 0 3年）
- 1 2 9 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 7 7 5号（2 0 0 3年）
- 1 3 0 山野目章夫「新しい担保法制の概要」判例タイムズ1 1 2 7号（2 0 0 3年）
- 1 3 1 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1回] 担保法の変容と金融機関」金融法務事情1 6 7 7号（2 0 0 3年）
- 1 3 2 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1 6 8 7号（2 0 0 3年）
- 1 3 3 同「担保・執行法改正の概要と問題点（下）」金融法務事情1 6 8 8号（2 0 0 3年）
- 1 3 4 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」銀行法務2 1第6 2 4号（2 0 0 3年）
- 1 3 5 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2 1第6 2 4号（2 0 0 3年）
- 1 3 6 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2 1第6 2 4号（2 0 0 3年）
- 1 3 7 今井和男「抵当権に基づく不法占拠者排除」銀行法務2 1第6 2 4号（2 0 0 3年）
- 1 3 8 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2 1第6 2 4号（2 0 0 3年）
- 1 3 9 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1 1 2

3号(2003年)

- 140 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1682号(2003年)
- 141 千葉恵美子/山野目章夫「〈対談〉新しい担保法を語る 2003年民法改正から何を読み取るか」金融法務事情1682号(2003年)
- 142 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1682号(2003年)
- 143 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1682号(2003年)
- 144 拙稿「抵当権に基づく不法占有の排除(一)」広島法学26巻4号(2003年)
- 145 堀田親臣「抵当権に基づく物権的請求権序説(一)ードイツ法における抵当権保護を中心にー」広島法学27巻4号(2004年)
- 146 近江幸治「新しい担保法制の意義と展望」金融・商事判例1186号(2004年)
- 147 山本和彦「新しい執行法制の意義と展望」金融・商事判例1186号(2004年)
- 148 進士肇「民事執行法上の保全処分の強化」金融・商事判例1186号(2004年)
- 149 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1135号(2004年)
- 150 菅野雅之「改正民事執行規則の概要」判例タイムズ1135号(2004年)
- 151 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1135号(2004年)
- 152 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1135号(2004年)

- 153 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1135号（2004年）
- 154 北秀昭「執行妨害対策の観点からみた担保・執行法改正の概要－占有型執行妨害対策としての執行法改正を中心に－」銀行法務21第631号（2004年）
- 155 拙稿「抵当権に基づく不法占有の排除（二・完）」広島法学28巻1号（2004年）
- 156 鳥谷部茂「賃料をめぐる抵当権の効力」広島法科大学院論集1号（2005年）
- 157 同「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－」法律時報77巻6号（2005年）
- 158 新井剛「ドイツ強制管理制度（一）－担保不動産収益執行制度のための比較法的考察－」大阪学院大学法学研究31巻1・2号（2005年）
- 159 同「ドイツ強制管理制度（二・完）－担保不動産収益執行制度のための比較法的考察－」大阪学院大学法学研究32巻1号（2005年）
- 160 滝澤孝臣「抵当権に基づく抵当不動産の明渡請求－判例の変遷と今後の展望－」銀行法務21第647号（2005年）
- 161 塩崎勤「[12]平成17年判決判批」民事法情報228号（2005年）
- 162 片山直也「[12]平成17年判決判批」金融法務事情1748号（2005年）
- 163 吉田光碩「[12]平成17年判決判批」判例タイムズ1182号（2005年）
- 164 生熊長幸「抵当権に基づく不動産の明渡請求と不動産の管理占有のあり方」銀行法務21第647号（2005年）
- 165 堂園昇平「最高裁平成17年3月10日判決が銀行実務に与える影響」銀行法務21第647号（2005年）
- 166 三上徹「[12]平成17年判決判批」NBL807号（2005年）
- 167 松岡久和「[12]平成17年判決判批」金融法務事情1742号（2005年）
- 168 同「[12]平成17年判決判批」ジュリスト1313号（平成17年度）

重要判例解説) (2006年)

- 169 平井一雄「抵当権に基づく物上代位権行使における「差押」の意義」
中京法学40巻1・2号(2006年)
- 170 戸田久「[12]平成17年判決判批」ジュリスト1306号(2006年)
- 171 内海順太／川角智／小林明彦／中原利明／深川國仁／宮本英一／三輪和雄／室井英世／山田齊／山本克己／三上照彦「《座談会》改正担保・執行法の運用上の諸問題とユーザーからみた問題点について」新民事執行実務4号(2006年)
- 172 坂本寛「大阪地方裁判所における平成15年改正担保・執行法の検証と担保不動産収益執行の一考察」判例タイムズ1205号(2006年)
- 173 鎌田薫／道垣内弘人／安永正昭／始関正光／松岡久和／山野目章夫／古賀政治／谷口園恵／松下淳一「[座談会]平成15年担保法・執行法改正の検証(2)」ジュリスト1324号(2006年)
- 174 清水元「[12]平成17年判決判批」判例時報1912号(2006年)
- 175 道垣内弘人「[12]平成17年判決判批」私法判例リマークス2006年(上)(2006年)
- 176 城阪由貴「[12]平成17年判決判批」判例タイムズ1215号(平成17年度主要民事判例解説)(2006年)
- 177 上田哲「[156]判批」判例タイムズ1215号(平成17年度主要民事判例解説)(2006年)
- 178 太矢一彦「[12]平成17年判決判批」金融・商事判例1247号(2006年)
- 179 同「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学49巻2号(2006年)
- 180 同「抵当権に基づく妨害排除請求における「抵当権侵害」の概念」東洋法学50巻1・2合併号(2007年)
- 181 鳥谷部茂「バブル経済後の不動産担保ー2003年担保法改正の批判的検討ー」広島法学31巻1号(2007年)
- 182 堀田親臣「抵当権に基づく物権的請求権序説(二・完)ードイツ法における抵当権保護を中心にー」広島法学30巻3号(2007年)

- 183 古積健三郎「日本における抵当権の今日的問題—占有の権利に対する関係—」石川敏行外編『共演 ドイツ法と日本法』（中央大学出版部、2007年）
- 184 齋藤隆「はしがき」判例タイムズ1233号（2007年）
- 185 西岡清一郎「民事執行センター創設の意図したもの」判例タイムズ1233号（2007年）
- 186 齋藤隆／西岡清一郎／三輪和雄／飯塚宏／波田野明／石井利幸／三上照彦／蒲生豊郷／山本和彦「座談会 東京地裁民事執行センター5年の軌跡と展望」（西岡発言）判例タイムズ1233号（2007年）
- 187 飯塚宏「東京地裁執行部における民事執行センター開庁前後の執行事件の動向と新しい執行制度の運用状況及びその分析」判例タイムズ1233号（2007年）
- 188 山本和彦「民事執行センターに期待する—担保執行法制改正の流れの中で—」判例タイムズ1233号（2007年）
- 189 池田知史「短期貸借保護の制度の廃止と建物明渡猶予制度の創設」判例タイムズ1233号（2007年）
- 190 角井俊文「担保不動産収益執行制度の現状と実務上の諸問題」判例タイムズ1233号（2007年）
- 191 佐藤陽一「[47]判批」判例タイムズ1245号（平成18年度主要民事判例解説）（2007年）
- 192 高松みどり「大阪地方裁判所（本庁）における担保不動産収益執行事件の運用の実情」金融法務事情1803号（2007年）
- 193 安永祐二／大原洋一「平成18年度における不動産競売事件の処理状況」金融法務事情1806号（2007年）
- 194 山北学／安永祐二／三村真「担保不動産収益執行事件の状況について」金融法務事情1807号（2007年）
- 195 鎌田薫／道垣内弘人／安永正昭／始関正光／松岡久和／山野目章夫／片岡義広／山本克己／渡辺昭典「[座談会]不動産賃料債権の帰属（3）」ジュリスト1347号（2007年）
- 196 横田敏史「抵当権の価値権説再考—ズーム・プレーマー・コーラーの

換価権および価値権に関する見解を手がかりに」法学政治学論究78号(2008年)

以上