

資料

シンポジウム・不動産担保法制（二・完）

高橋 弘
鳥谷部 茂

目次

- I はじめに
- II 不動産留置権・先取特権
- III 抵当不動産の使用収益権
- IV 短期貸借
- V 法定地上権等（以上、前号）
- VI 滌除制度
- VII 根抵当権
- VIII 強制管理・執行妨害の排除
- IX 非典型担保
- X 総括

VI 滌除制度（一）

西津 佐和子

一 はじめに

滌除制度は、周知の通り、抵当権者の利益を著しく害すると
して、古くから廃止せよと強く主張されてきた制度である。も
しくは、廃止とまではいかななくても、抵当権者の利益を害する
ことのないように、制度を修正すべきである、と主張されるこ
ともある。現在進められている担保法制の改正作業においても、
要綱試案では、全体を修正するA案と、制度そのものを廃止し
てしまうB案とが併記されており、すでに公表されているパプ
リックコメントの結果によれば、A案とB案とで、支持する意
見が同じように分かれている。

滌除は、その枝葉を取り払って単純化すれば、抵当不動産の
「代価」で全ての抵当権者に順位に従った弁済を行い、その結
果、被担保債権の完全な満足を得られたか否かにかかわらず、
全ての抵当権が消滅する、というものである。これは、第三取
得者からの滌除の申出を抵当権者が承諾したときであれ、拒否
して増価競売に移行したときであれ、最終的には、このように
表現することが可能であろう。

このような制度が、民法典の中に存在するのか、しないのか。
それによって、抵当権の性質は大きく異なることになろう。す
なわち、抵当権とは、被担保債権額にかかわらず、目的物の代
価の範囲で消滅を余儀なくされることがありうる性質のものな

のか、そうではなく、被担保債権の全額が弁済されるまでは決して消滅せずに、たとえ抵当不動産が譲渡されたとしても、どこまでも追及していく性質のものなのか。従って、滌除について、制度を修正して残すのか、廃止してしまうのかというこの論点は、現行滌除制度の欠点を克服するのにとどまらず、抵当権の性質を左右する論点でもあるといえるのではないか。

そうであるならば、単純に、抵当権者の利益を害するからという理由だけで、滌除制度の廃止を主張したり、修正の提案をするのではなく、この制度が何の役に立ち、何が不都合なのかを、抵当制度全体の中でとらえる必要がある。

本稿はそのような観点から、まず、滌除制度の趣旨がどのように捉えられてきたのか、そして、そのような捉え方でこの制度の役割を説明し尽くせるのかを検討し、次に、抵当制度全体の中に滌除制度を位置づけてみて、どのような欠点があるのかを考えたい。また、この制度はフランス法を継受したものといわれるので、フランス法を参照することで、日本の滌除制度が有する問題を相対化できるであろうと考える。

二 滌除制度の役割

1 従来の議論から

まず、滌除制度の役割から考えていこう。

滌除制度は何のためにあるのだろうか。多くの体系書によれ

ば、第三取得者を保護し、抵当不動産の流通を促進するためとか、価値権と利用権の調和をはかるためのものである、といわれている。

すなわち、債務者が債務不履行に陥り、抵当権が実行されれば、第三取得者はせっかく取得した不動産から追奪されることになる。このように第三取得者の地位は非常に不安定であるから、この者に滌除権が与えられているのだという。そして、このような制度がなければ、抵当不動産を取得しようとする者が出現しなくなり、抵当不動産が流通しなくなるため、やはりこの制度が用意されている、というのである。

ところが、この制度は、抵当権者に対しては、望まない時期に債権回収を強制したり、滌除の申出を拒否するために増価競売をすることを義務づけていたり、さらには、もし一割増しの増価で買受人がいなかった場合には、抵当権者自らが目的物を買受けなければならぬなど、負担が大きすぎるといわれる。そのせいで抵当権者は増価競売に踏み切れることを敬遠する傾向があり、その足元を見て、さらに低い額での滌除の申出を行う第三取得者がいることも指摘されている。このような事情から、滌除は、第三取得者の保護にあついで一方、抵当権者の利益を著しく害するものである、として強く批判されてきた。

他方で、滌除の機能に着目した説明もなされている。すなわち、この制度があることによって、第三取得者は不動産から追奪される危険を回避することができ、抵当権者は競売よりも高

い価格での債権回収をすることができ、というのである。

このように、従来は、滌除の制度趣旨として、第三取得者を保護し、抵当不動産の流通を促進するものであるとか、競売を回避できるものだ、などと説明されてきた。

2 検 討

ここで、第三取得者の保護について考えてみたい。

この点について、抵当権は公示されているので、不動産を取得しようとする際に抵当権の存在は知られるのであり、それでもその不動産を取得しようとする者は、抵当権が実行される可能性を承知の上で取得するのだといえるから、保護には値しない、という非常に説得力のある批判が存在する。

しかしながら、実は、ほとんどの体系書が説示するのは、「第三取得者に保護を与えることによって、抵当権の設定された不動産でも流通し得るようになる」ということである。すなわち、この文脈では、不動産の流通が主たる目的であり、第三取得者に与えられる利益は間接的なものにすぎないようである。従って、ここでは、第三取得者の保護に重点を置くのではなく、むしろ、抵当不動産の流通を促進することのほうに重点を置いた方が良いのではないか。

他方で、それでは、抵当不動産の流通を促進する必要があるのかという問いが存する。これには、抵当権者の利益を害してまでそのような不動産を流通させなければならないのか、とい

う従来の論点をふまえた説得力ある批判がある一方で、現在の長引く深刻な不況を背景に、いわゆる塩漬けになった不動産を流通させるべきだという、こちらもまた説得力のありそうな意見が出されている。しかしながら、この問題設定は、あまりに国家政策的にすぎるようであり、正面から受け止めれば民法の議論になじまないような感も受けなくはない。

ここで、フランスに目を投じてみよう。

実は、この「第三取得者を保護し、抵当不動産の流通を促進する」という表現は、滌除制度の母法であるフランス法でも古くから使われてきた表現である。滌除は、約二百年前にフランス民法が制定される以前から、慣習で作り上げられてきたものだといわれている。その当時は抵当権が公示されておらず、不動産取引自体が安全ではなかったため、このような制度が必要だったという。我が国の学説は、このフランスの体系書の表現を借用してきたのだと思う。

ところが、フランスの新しい体系書で、同様の説明をするものは、現在ではほとんど見られない。というのも、フランスでは、不動産譲渡の際に、ノテール（公証人）と訳される）と呼ばれる公的な職の者が介在し、不動産の代金で、抵当権者達に被担保債権の弁済を行い、抵当権を全て消滅させるための交渉をしたうえで、不動産の譲渡が行われているそうである。そして、このような方法を任意的な滌除と呼んで、滌除の一つの論点として紹介することが多い。

このようなフランスの学説の態度は、抵当不動産を流通させるべきかどうか、という政策決定を我々が迫られる現状からかけ離れている。我々がここに学ぶべき部分はないだろうか。

もちろん、公的な第三者を介在させる、ということも十分に示唆的ではある。しかし、むしろ、ここで注目したいのは、増価競売を含め、細かな決まり事の多い滌除制度の枝葉を取り払い、単純化したうえで、それを抵当制度の中に位置づけようとする姿勢である。すなわち、不動産の譲渡が行われる際に、抵当権者の合意のもと、その代価で全ての抵当権者らに弁済を行い、被担保債権の全額が回収できたかどうかにかかわらず、抵当権は全て消滅してしまう、ということを経済の本質と捉えていることである。

我々も、フランスのように、滌除を単純化して考えてみればどうだろうか。

ここで、先ほどの制度趣旨に話を戻そう。

さきに、競売を回避しながら、抵当権者にも第三取得者にも利益を与えうるものであるという、滌除の機能に着目した説明があることを紹介した。日本では、任意整理を促進するために新たな制度を模索しようとする主張がなされ始めているが、フランスでの実態も、現在日本で模索されているこの新たな制度も、競売を回避しながら、不動産の代価で債権の満足をはかるうとする点では、共通するのではないだろうか。そして、それらの本質は、滌除とかわりないものといえるのではないか。

そうだとすれば、たとえ、第三取得者は保護に値しないとか、抵当権者の利益を害してまで不動産を流通させる必要はないといった批判がもつともな点を含むとしても、競売を回避できるということを中心据えて考えて見れば、抵当権者にも第三取得者にも先に述べた利益をもたらし得るし、債務者には抵当不動産の代価の範囲で債務を縮減できるという利益も生じる。さらには抵当不動産の流通も可能になるのであり、滌除はこのように簡便な役をはたしうる制度だといえないだろうか。

従って、従来批判されてきた難点、すなわち、抵当権者の利益を害するという点を改善することができれば、有用な制度だといえそうである。

三 滌除制度の問題点と修正の方向性

滌除制度の欠点は、どのようなものだろうか。これまでの研究で多くのことが指摘されているが、ここでは、もつとも重要と思われる次の二点を考えてみたい。

まず第一に挙げられるのは、抵当権者に課せられた増価競売の負担と、これに関連して滌除金額が低く抑えられる傾向があることである。これは、滌除を申し出る際の金額が、第三取得者の自由に定める評価額であることから、低く抑えられる傾向があること、そして増価競売を嫌う抵当権者がそれでも滌除を承諾せざるをえない立場に立たされる、という批判である。

この点につき、フランス法が大いに参考になる。すなわち、フランスでは、滌除金額が不動産の「取得代価」とされているうえ、先ほど紹介したように、公証人を介在させて不動産取引が行われるので、比較的、適正な価格が保たれるようである。

また、増価競売について、抵当制度全体を見渡せば、日本法とは大きな違いがあることに気づく。というのも、フランスでは、増価競売制度が、滌除のみならず通常の執行手続にも存在しているのである。つまり、滌除の場合に、第三取得者が滌除の申出をする一段階目、そして抵当権者がこれを拒否して増価競売に移行する二段階目。これと同様に、執行の場合にも、第一段階として通常の競売を行い、二段階目として、売却価格に不満のある者が増価競売を行うことができる仕組みである。

このように、フランスでは、増価競売が執行の一制度として存在しており、滌除は、それとよく似た形式になっている。従って、滌除の後続手続としての増価競売だけを切り取って輸入してしまつた日本法では、増価競売に違和感があるのも、当然とは言えまいか。そうだとすれば、現行滌除制度を修正する際に、わざわざ増価競売にこだわる必要性はないのではないか。二つめの問題として、抵当権者の望まない時期に債権を回収させられるということがいわれる。これに対しては、他の抵当権者による抵当権の実行、さらには一般債権者による執行が行われた場合にも、望まない時期での債権回収を強制されることには変わりはないので、この観点から滌除が抵当権者の利益を害

するという批判は不適切ではないか、という反論がある。

ところが、抵当権の実行や強制執行の場合には、民事執行法六三条の無剰余取消の制度によって、競売の申立てを行った者より先順位の債権者であれば、被担保債権の金額が弁済されることとなる。これに対して、滌除の場合には、抵当権設定より遅れて所有権を取得した第三取得者のイニシアティブで弁済の受領を強制され、滌除金額によっては、全額の回収ができないまま、抵当権が消滅させられてしまうこととなり、この点が抵当権者にとって不利益となるのだという指摘がある。

この問題は、滌除制度自体の問題というより、むしろ同時に法六三条を有する抵当制度の問題と言えよう。現在、滌除制度の廃止を主張する見解で、この点を理由とするものが見られる。筆者は、滌除金によって弁済を受ける抵当権者の合意を要件とすることなどが、一つの修正の方向性ではないかと考える。

四 おわりに

以上、本稿では、滌除制度の役割を再検討し、問題点を洗い直す作業を行った。それにより、滌除が、競売を回避して債権回収を行う、任意整理の促進に役立つのではないかという提案をした。しかしながら、滌除制度を存続させるためには、現行制度を生かした形であれ、全く新しい形式にするのであれば、滌除金額や増価競売の負担の問題、そして、無剰余取消の制度と

の齟齬をうまく克服する必要がある。これに対して、滌除のような制度がなくても、当事者の交渉にまかせれば十分だという立場もあり得よう。しかし、はじめに述べたとおり、民法典に抵当権の効力の一つとして規定されているのか、いないのか、ということの意味は大きい。今後、そのような視点からの議論を深めることが急務であろう。

〔参考文献〕 主なものとして、新関輝夫「滌除制度の存続の可否」

『金融担保法講座Ⅰ』（一九八五年）、生熊長幸「わが滌除制度の矛盾と滌除制度廃止論」岡山大学法学会雑誌四四巻三・四号

（一九九五年）、河野玄逸「資産デフレと滌除制度の再検討」ジュリスト一〇七一号（一九九五年）、槇梯次「抵当権の滌除をめぐる諸問題」判例時報一六二六号、一六二七号（一九九七年）、

拙稿「滌除」九大法学七四号（一九九七年）、拙稿「滌除制度の目的と構造」神戸学院法学三一巻三号（二〇〇一年）、福田誠治

「滌除に代わる新たな制度の研究——任意売却の促進のために——」帝塚山法学六巻（二〇〇二年）、道垣内弘人「滌除」銀行

法務21六〇一号（二〇〇二年）。その他、近時、担保法改正を視野に入れた多数の論文や座談会の記録がある。

VI 滌除制度（二）

岩西 廣典

一 滌除の機能・趣旨

1 不動産の流通を促進すること

多数の抵当権が設定され、売買しがたい、いわゆる塩漬け状態にある不動産を、第三債務者が購入し、滌除権を行使することで抵当権を抹消し、不動産を転売することで、不動産の流通を促進する機能がある。

2 抵当権者の横暴に対する牽制機能

適正な不動産評価を提示して抵当権の抹消を交渉しているにもかかわらず、それに応じようとしないうる抵当権者に対して牽制し、それでも応じないならば滌除権により抵当権を抹消する機能がある。

3 不動産の適正評価の方法について法整備がないため、現行法上で滌除の正しい使われ方といえは、抵当権者の横暴に対す

る牽制機能になろう。不動産の流通を促進することは滌除がなされた結果、不動産が流通するのであって、滌除がもうけられた目的・趣旨にならないのでないか。不動産の流通促進というのは市民法である民法の考え方と馴染まない。

仮に、不動産の流通を促進するという政策を実施するならば、不動産の適正評価の方法について法整備がないまま、滌除を行うならば、濫用事例が増えるだけであろう。資力がある者だけが滌除を行使できることにならないように、滌除を行使するための資金を融通する金融機関の存在も必要となるのではないか。

二 実務で滌除に出会う場面

1 抵当権付き不動産の売買について

複数の抵当権が設定され、その不動産を売却することで債務整理をする場合、通常買主を探し、その売買代金を抵当権者の同意を得て分配することで、売買と同時に抵当権を抹消する。

買主が抵当権付きで購入し、滌除を行使することはまれであり、この場合で滌除を行使する場合は、第一順位の抵当権者とは話が付いているが、後順位の抵当権者との間では話が付かない場合に滌除を行使することがある。

2 譲渡担保権者が担保を実行して所有権を取得した上で、安く抵当権を抹消するために滌除を行使する場合等、安く買いたたくために適正な不動産評価方法がないことを利用して滌除を

行使する。このような場合が濫用例となる。

三 滌除の改正についての意見

現行法の滌除を廃止する案、現行法の滌除を修正して存続させる案が出ている。これらは、ともに滌除が濫用されていることを考えて、滌除の改正を行うというものである。

不動産の適正評価の方法が十分な手当がない現状では、滌除の濫用を防止するためには滌除の改正はやむを得ない。

しかし、適切に使用される場合が多いのであるから、抵当権者に対し牽制をする意味で、滌除制度自体は存続させるべきである。

また、不動産の適正評価の方法がないために濫用的行使か適正な行使かが滌除の開始時点で区別が付けられないため、滌除の濫用を防ぐには、滌除の効果を現行法よりも緩やかにすることで対応すべきである。そのため、増加競売を廃止し、競売の申立てを求めることができるという効果に止めた改正案に賛成である。

VII 根抵当権制度

— 確定事由を中心に

鳥谷部 茂

一 現行の確定事由

根抵当権の確定とは、担保されるべき元本債権が特定されることであり、これによって被担保債権と根抵当権の結合関係が固定され、根抵当権は特定された元本債権を担保することになる。

民法は、根抵当権の確定事由として、以下のような規定を設けている。

- (1) 確定期日の到来 (三九八条ノ六)
- (2) 相続及び合併 (三九八条ノ九、三九八条ノ一〇)
- (3) 設定者からの確定請求権 (三九八条ノ一九)
- (4) 取引の終了 (三九八条ノ二〇第一項一号)
- (5) 根抵当権者自身による権利実行ないし換価手続の着手 (三九八条ノ二〇第一項二号、三号)
- (6) 第三者による強制的換価手続の開始 (三九八条ノ二〇第一項四号)

⑦ 破産 (三九八条ノ二〇第一項五号)

以上の規定に対して、根抵当権者からの確定請求権を新設する規定を追加し、民法三九八条ノ二〇第一項第一号を削除することが提案されているので、以下で検討する。

二 根抵当権者の元本確定請求

(法制審議会担保・執行法制部会中間試案)

根抵当権者は、担保すべき元本の確定を請求することができるものとする。ただし、担保すべき元本が確定すべき期日の定めがある場合は、この限りでないものとする。

1 中間試案の趣旨

根抵当権により担保された債権の譲渡を円滑に行なうためには、不確定な元本確定事由を除き、簡便かつ確実に元本を確定させる措置を講ずるべきであるとの指摘がある。そこで、中間試案は、根抵当権者が根抵当権の担保すべき元本の確定を請求することができるものとした。

根抵当権者による元本の確定請求は、根抵当権者においてその請求後に生ずる債権が根抵当権によって担保される利益を放棄することを意味することから、これを認めることについては、理論的には問題がないとの考えに基づいている。¹⁾

上記部会においては、根抵当権者の元本確定請求を認める場合に、元本確定登記について、根抵当権者が単独で申請することができないものとすべきであるとの意見が示されている。

2 検 討

民法三九八条ノ一九の確定請求権は、根抵当権設定者のために強行的に保障された権利であるとされている。根抵当権設定者が確定を望まないのに、根抵当権者から確定請求が行われた場合には、設定者及び利害関係人の地位を不安定にすることにならないか疑問がある。

設定者へのみ確定請求権が認められた理由について、我妻栄『新訂担保物権法』六三五頁は、根抵当権が長期に及んでいる場合には確定請求をすることが物上保証人や第三取得者にとつて意義があること、債務者が設定者である場合には極度額に余裕があるのに融資を渋るときに問題となりうることをあげている。これに対して、「根抵当権者は、融資をしないと自分の自由を有するのみならず、債務不履行があれば競売もできるのだから、確定請求権を与える必要は全くない」とする。

このような見解によれば、根抵当権者に確定請求権を与えることには、以下のような問題を含んでいる。すなわち、これによつて債務者の継続取引が一方的に中断されうるということになる。債務者は、自己に債務不履行などがなければ不利益を受けることがあつてはならない。そこで、第一に、根抵当権者の確定請求権を認めるとしても、根抵当権設定者からの確定請求

の場合と同様に、一定の期間経過を行使の要件とすべきである。第二に、一定期間経過前は、債務者の債務不履行などの一定の事由又は債務者の同意を必要とすべきである。第三に、根抵当権者が一方的に根抵当権を確定させたために債務者の継続的取引に不利益を与えた場合にはその責任を負うべきである。第四に、根抵当権者は、極度額まで余裕があれば、確定しなくてもその間利息が増加し、その利息を含めて実行ができるから不利益を受けない。

根抵当権者の側からは、根抵当権を確定させることによつて、営業譲渡を行う、資産流動化に利用したいとの要望がある。しかし、民事基本法は、国民に信頼される公平な原理・原則を提示すべきである。そのうえで、特定の場合に特定の要件を定めて、営業譲渡や資産流動化に適応した規定を設けるべきである。⁽²⁾ ちなみに、確定は、附従性を緩和して継続的消費貸借を一方的に解消することになるので、根抵当権者から確定する場合でも、債務者・設定者に債務不履行などが無い限り、確定請求権とすべきである。⁽³⁾

他方、抵当権者のイニシアチブという観点から見ると、抵当目的物の譲受人が譲渡担保権者である場合には、抵当権を実行するか否かのイニシアチブは抵当権にあるとの見解のもとで、⁽⁴⁾ 滌除権者に該当しないとされている（最判平成九・六・五民集五一卷五号二〇九六頁）。しかし、後順位担保権者や一般債権者の競売申立があれば、これを阻止することはできない。抵当権者は、

必ずしも実行するか否かのイニシアチブまで保証されたのではなく、優先弁済権を有するのみである。⁽⁴⁾ また、抵当権者の権利は、銀行取引約定書の担保条項によって、一方的に強化されている。⁽⁵⁾

立法・改正の問題でもあるので、あえて付言すると、民事基本法である民法においては、一般の市民にとって公平で信頼できる基本原則を提示すべきである。その上で、特定の必要性がある場合には、この基本原則を修正するという形で追加規定を設け、原則と異なることを明示してその利益を実現するのが望ましい。原則の段階から、必要以上に根抵当権者のみのイニシアチブを強化するならば、司法は市民の信頼を失うことになるからである。⁽⁶⁾

三 元本不発生に係る確定事由

(同部会中間試案)

民法三九八条ノ二〇第一項一号を削除する。

1 中間試案の趣旨

民法三九八条ノ二〇第一項一号の確定事由については、他の元本確定事由と比べてそれが生じたが否かが明確でない場合が少なくないため、無用の紛争を生じさせているとの指摘がある。⁽¹⁾

同号の削除に関して、それによって元本の確定が生じにくくなることを考慮すると、根抵当権設定の時から三年を経過しないときであつても、例えば、現行の同号に掲げられている事由に該当するような場合には、根抵当権設定者からの元本確定請求を認める必要があるのではないかとの意見も示された。

2 検討

現行法では、取引の終了は客観的確定事由である。同号を削除すると、確定請求によってのみ確定することになり、取引は終了しても根抵当権は確定せずに不確定のまま存続することになる。また、取引の終了は客観的な確定事由ではなくなるので、確定請求権者に都合の良い場合にのみ確定請求をすることができ、他方の当事者や後順位抵当権者、物上保証人、第三取得者などが不利益とならないか検討する必要がある。

実際に、金融機関に対するアンケートにおいて、確定請求権を行使した設定者の八割は物上保証人であり、その理由も債務者と物上保証人の不和が八割を占めるとされている。⁽²⁾

また、最近の裁判例でも、客観的事実状態によって元本が確定した事例が示されている。裁判例の分析によれば、取引の終了などによる確定を否定したものよりも、確定を肯定した裁判例が多数存在することである。⁽³⁾

取引終了の実現の確保という観点からは、「融資の打ち切り」や「担保権の実行」で不十分かどうかである。根抵当権の実行の着手によって、根抵当権は確定する(民法三九八条ノ二〇第一項

第二号)。したがって、根抵当権者にとって必要なのは、実行をせずに根抵当権を確定させることであるが、そのような必要性がどれほどあるか疑問である。

問題は、「取引の終了」が明確でない場合があることである。取引の終了が裁判例によって認定されたものが多数存在するとすれば、この客観的消滅事由を削除することは妥当でない。また、削除することによって不明確な場合が解消されるのでもない。むしろ、より明確な消滅事由を規定すべきであろう。それが、当事者の公平、取引終了の実現という観点から、最も望ましいと考える。

仮に、根抵当権者に確定請求権を認めても、根抵当権者が全債務者の取引状態を正確に管理し、適切に確定請求しなければ、事実上取引が終了していても、不明確な根抵当権はなくならないし、客観的消滅事由が削除されることにより取引が終了していたという扱いきれないことになる。したがって、根抵当権者のイニシアチブが強くなるだけで、現在の問題の解決にはならないことになる。

この点で、私見は、仮に、根抵当権者の元本確定請求権を認める場合においても、客観的確定事由を存続させ、具体化するべきである⁽⁹⁾と考える。

また、元本確定登記について、根抵当権者による単独申請を認めるのであれば、民法三九八条ノ一九の設定者からの確定請求の場合も単独申請を認めるべきである。

四 その他

バブル経済崩壊後の新たな資金調達方法として資産流動化法が制定された。また、企業組織再編のために、いわゆる会社分割法が制定された。これらの新たな需要に効果的に対応する必要が生じている。その一つとして、確定前の根抵当権の譲渡について、現行の根抵当法では確定前の根抵当権は債権に附従しないため、手当が必要になっている⁽¹⁰⁾。このような需要には迅速に対応すべきであるが、従来の根抵当権法の基本原理を変更するのではなく、追加規定を設けて対応すべきである。

1 営業譲渡と根抵当権 具体的な立法案が提示されている。担保法改正委員会案では、民法三九八条ノ一二ノ二として、「①根抵当権者が営業の全部又は重要な一部の譲渡をする場合に、その営業に属する元本確定前の根抵当権をその担保すべき債権の全部とともに譲渡しようとするときは、裁判所は、根抵当権者の申立により、根抵当権設定者の承諾に代わる許可を与えることができる。④3項の場合においては、根抵当権設定者は、担保すべき元本の確定を請求することができる。②③⑤⑥は省略」との条文を追加規定している(ジュリスト一二二八号二六頁)。設定者の利害を害しないような配慮がされており、優れた立法提案である⁽¹¹⁾と考える。この問題については、過去にいわゆる円滑化法が実施されたという経験があり、参考となりうる。これ

に対して、債務者側が営業譲渡する場合の手續規定は必要ないのであろうか。

2 資産流動化と根抵当権 資産流動化法では、個別に弁済

期の到来する貸付債権をまとめて譲渡し、これを格付け・評価し、これに見合う証券を発行するため、これまで根抵当権を移転することは前提とされなかった。今後の課題であらう。

3 共用根抵当権 担保法改正委員会案では、共用根抵当権

についても、民法三九八条ノ一四ノ二として、「債務者を複数とする根抵当権において、根抵当権者は、各債務者に対する債権額の割合に応じて、弁済を受ける。ただし、元本の確定前にこれと異なる割合を定め、又はある債務者に対する債権につき他の債務者に対する債権に先立って弁済を受けることを定めたときは、その定めに従う。」との条文を追加規定する(ジュリスト一三二八号一三二八頁)。この案は、最判平成九・一・二〇民集五一巻一号一頁によって示されたルールを明文化するものである。このルールは、学説によっても支持されているものであり賛成である。

(1) 法制審議会担保・執行法制部会「担保・執行法制の見直しに

関する要綱中間試案」ジュリスト一三二二号一八六頁以下、法務省民事局参事官室「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」NB L七三五号二四頁以下参照。最近の学説として、高木多喜男「根抵当権の確定事由としての『取引の終

了』山島 五十嵐 藪先生古希記念『民法学と比較法学の諸相』一一三頁以下、同『担保物権法(第3版)』二八二頁以下、秦光昭「根抵当確定のための諸問題」銀行法務21・六〇一号六九頁など参照。

(2) 営業譲渡・資産流動化への対応が必要であるとする立場にたつとしても、これまでの基本原則を変更するか、原則を変えずに追加規定で対応すべきか検討の余地がある。

(3) この点で、根抵当権者からの確定を、確定請求権とするのはミスリーディングであるとする見解(中田裕康「根抵当法改正中間試案の公表」ジュリスト一三二八号一三二二頁)には反対である。

(4) 根抵当権者のイニシアチブが必要以上に強調される傾向にあることに、留意すべきである。

(5) 鳥谷部「銀行取引約定書——担保」銀行法務21・五八三号一九頁、特に二二頁参照。

(6) 鳥谷部「日独担保法の比較——その特徴と課題」比較法研究六三号一三二頁。

(7) 石井眞司「秦光昭「根抵当権実務に関するアンケート調査の集計結果とその分析」金融法務一三六一号八〇頁以下、阿部耕一「大野正文「根抵当権における確定の問題」法律時報七四巻八号四八頁を参照。

(8) 高橋眞「金銭貸借がなかった根抵当と民法三九八条ノ二〇第一項第一号による元本確定」私法判例リマックス二五号二六頁参照。

(9) この点で、中田裕康「根抵当法改正中間試案の公表」ジ

ユリスト一二二八号二三〇頁が客観的消滅事由を、従来の判例法理を踏まえたうえで、民法三九八条ノ一九第一項第二号と民法三九八条ノ二〇第一項第一号に分けて規定するの賛成である。

- (10) 鎌田薫他「抵当権制度の現状と将来像（一）」NBL 七一七号三六頁以下、道垣内弘人「根抵当権者の信用不安と根抵当権の確定」金融法務一四八三号六頁、田井雅巳「根抵当権の確定をめぐって」債権管理九五号九二頁以下参照。
- (11) 「金融機関が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律」（平成一〇年一〇月）であり、時限立法法である。

VIII 強制管理・執行妨害の排除（一）

紺谷浩司

はじめに

本章のテーマについて、田邊報告が包括的に取り扱っておられるので、屋上屋を架するのを避けるため、鈴木祿弥他編『競売の法と経済学』（信山社、二〇〇一年）において、短期貸借借保

護の制度が執行妨害に利用され、特に抵当権者が競売によってその債権の優先的な回収を図ることを困難にすることを防ぐための方策が提案されているので、その提案を紹介することで、報告の責めを果たすことができれば幸いである。

一 短期貸借借保護による問題点

同書の特に第二章において、もともと、抵当権制度の機能は、①債務の弁済がなされない場合に、競売による換価代金から優先的に弁済を受けること、②金融秩序を維持しながら、投資活性化、経済活性化を図ることにある、とされる。抵当権の設定された不動産と利用権との調整として短期貸借（短賃）制度が設けられているが、これに対して以下のような強い批判が加えられる、その廃止が提案されている^{①②③}。その批判は、

- 1 短期貸借は、金銭消費貸借市場において莫大な取引費用を発生させ、担保物件の有効利用を阻んでいる根元的な要因であり、
- 2 競売市場の縮小は、金融秩序を不安定なものにし、
- 3 抵当権を前提とした信用創造を収縮させている
- 4 短賃保護は不動産の利用が最有効利用者の手に委ねられることをも極端に妨げることによって社会的な富の縮小をもたらしている、というものである。

二 執行妨害の実態とその対策

執行妨害の実態について、執行妨害が極めて多様な方法によっていることが報告されている。まず、同書の第2章において、その事案と対処法が詳細に報告されている。その要点を紹介する。すなわち、

1 河内孝雄氏（債権回収会社の役員）からの聞き取り、において、現在の短賃保護制度は悪者が合法的に装うための占拠の口実を与えている機能しか果たしていない、と厳しく断じておられる。⁽⁴⁾

2 小林明彦弁護士からの聞き取り、によると、短賃保護による執行妨害のパターンは主に以下の三つがあるとのことである。すなわち、①あえて正常短賃を装うこともなく、短賃を誇示することにより、入札希望者を躊躇させて価格をだんだん下げさせ、自ら又は仲間内のグループで落札する。②正常短賃を装うことにより、かなりの金額に達する立退料〔の取得〕を目的とするもの。③収益目的の短賃もある。すなわち、賃料から弁済を受けることを目的として家賃を收受する。そうして、最近の傾向として、①及び②は減少傾向にあり、③が増大している。③は特にオフィス・ビルに多い。自己使用目的の買受けが一般的である戸建住宅やマンションについては、①、②が依然として多い。

競売物件は、民事執行法五九条により、登記上の権利が消滅したままさらな物件として引き渡されるのが制度の建前である。実際は、物理的にまっさらでないまま引き渡される。それ故、競売手続の中で、物理的にもまっさらにして引き渡されるようにすべきである。⁽⁵⁾

3 古賀政治弁護士からの聞き取り、によると、短賃保護を廃止すれば、主客の関係が逆転する。買受人が最優先権利者になることの意義は大きいとされる。⁽⁶⁾

4 その他にも、林則清・篠崎芳明・今井和男編『どう排除する執行妨害』(きんざい、平成八(一九九八)年)によると、担保設定地上に古い未登記の家が建っていたが、土地だけを担保にとったところ、建物が建て替えられて第三者が根抵当権の設定登記手続を行っている事例、借地上の建物に担保権の設定を受けたが、借地人である債務者が倒産し、地主から賃貸借契約の解除がなされた場合の担保権者、持分の売買(残りは共有物分割)を原因とする所有権移転登記手続により賃料収入または滌除を利用する妨害、担保目的の更地上に建物建築工事で占有した債権者が当該土地について留置権を主張するケース、賃料債権の譲渡による執行妨害、民事介入暴力の一分野としての執行妨害、更地に建物(大抵は、プレハブなどのバラック)を建築して第三者に賃貸するケース、いわゆる整理屋の介入により、債務者または物件に「ゴミがつく」ことによる執行妨害のケース、等々、多様な手口が紹介されている。なお、妨害方式は、「転賃

方式」と「債権譲渡方式」に大別されるとし（八三頁参照⁷⁾、その対策として、物上代位による賃料の差押え⁸⁾、引渡命令のほかに、民事執行法五五条、七七条のいわゆる「売却のための保全処分」「買受人のための保全処分」をすること、抵当権に基づく賃料差押えなどをあげ、また、民事・刑事の相互協力が必要とされる（八九頁以下、特に九二頁以下参照）。

5 高木新二郎監修『執行妨害対策の実務（新版）』（きんざい、平成九（一九九九年）二頁以下）には、執行妨害の方法として、①短期賃借権の設定、②長期賃借権の設定、③件外物件の建設、④直接・間接の占有に分け（二頁〜八頁）、一七項目の実例を紹介し（八頁〜一一頁）、併せて、執行妨害対策として、①担保取得時の予防策、②倒産時の現状調査、③現況調査の早期着手、④物件明細書の記載、⑤短期賃貸借の解除請求、⑥民事執行法による保全処分、⑦引渡命令、⑧暴対法による中止命令、⑨刑事告訴・告発、に分けて具体的な方法を記述されている（一一頁〜一八頁）。

三 民事執行法の改正とその限界

執行妨害に対する対策として、現に生じている執行妨害に対する現実的な対応策と制度の欠陥をなくし弊害を少なくするための法律の改正などが考えられる。

1 執行妨害に対する対策

河内孝雄氏は、短賃保護制度が廃止されるならば、買受後の占有はすべて不法占拠になる。法的に占拠する正当性がおよそなくなること自体極めて大きい意味を持つだろう。刑事罰も適用しやすくなるとして、短期賃貸借制度の廃止を唱えられる（二三頁）。

小林明彦弁護士は、競売不動産は、登記上の権利が消滅したまっさらな物件として引き渡されるようにすべきである、とされる（二四頁）。

古賀政治弁護士も、最近の一連の執行法の改正には限界がある。金融機関にとっては、競売手続は予測可能性が低いため使いにいく処理が進まない。結局、実体法規を改正する必要がある。そして、短賃保護を廃止するならば、主客の関係が逆転する。買受人が最優先権利者になることの意義は大きい、と主張されている（二五頁）。

林則清・篠崎芳明・今井和男編『どう排除する執行妨害』（きんざい、平成八（一九九八年）年）は、物上代位による賃料の差押え、引渡命令のほかに、民事執行法五五条、七七条のいわゆる「売却のための保全処分」「買受人のための保全処分」をすること、抵当権に基づく賃料差押えなどをあげ、また、民事・刑事の相互協力が必要とされる（八九頁以下、特に九二頁以下参照）。

前出の高木新二郎監修『執行妨害対策の実務（新版）』は、執行妨害対策として、①担保取得時の予防策、②倒産時の現状調

査、③現況調査の早期着手、④物件明細書の記載、⑤短期賃貸借の解除請求、⑥民事執行法による保全処分、⑦引渡命令、⑧暴対法による中止命令、⑨刑事告訴・告発、に分けて具体的な方法を記述されている(一一頁〜一八頁)。

2 民事執行法の改正の流れ

上記鈴木祿弥他編『競売の法と経済学』(信山社、二〇〇二年)によると、競売・金融市場の低迷、不公正の発生の根元的な要因は、短賃保護という権利を借家人側に配分したことにある、という立場から、現行の短賃保護に関する初期権利配分を与件として、一九九六年、一九九八年の民事執行法改正に対し、以下のような評価を下しておられる⁽⁹⁾。

まず、(イ)一九九六年改正について、

売却のための保全処分の対象を、「債務者」から「債務者又は不動産の占有者」へ(民執五五条一項)改正し、(2)買受人のための保全処分の対象を「債務者」から「債務者又は不動産の占有者でその占有の権原を差押権限者、仮差押債権者……」に對抗することができない者」(民執七七条一項)に改正した。また、(3)不動産引渡命令について、買受人に対抗できる権原により占有している者以外の占有者すべてに対して発動できることとしたほか(民執八三条一項)、(4)不動産競売開始決定前の保全処分の制度を創設した(民執一八七条の二)。これらの改正が、保全処分、引渡命令において、占有屋排除のために一定の有効な役割を果たすものであったが、実体法上の短賃保護を維持する限り大き

な限界をもっている、とされる⁽¹⁰⁾。

(ロ)一九九八年改正について、

この改正は、(1)抗告屋の暗躍を防止するため、民事執行の手續を不当に遅延させることを目的としてなされた執行抗告の簡易却下(民執一〇条五項四号)の制度が設けられたが、より必要なことは抗告審の迅速化と、高裁における専門部集中部の構想による執行裁判所における規模の利益の追求である(二八頁)。

(2)買受申出をした差押債権者のための保全処分(民執六八条の二第一項)により、買受申出がなかった場合、差押債権者に対抗することができない占有者が不動産の売却を困難にする行為をし、又はその行為をするおそれがあるとき、執行裁判所は差押債権者の申立により、買受人が代金を納付するまでの間担保を立てさせて、占有を解いて執行官又は申立人に保管させるべきことを命ずることができる、とされた。これに対しては、①差押債権者自身の占有・管理による悪質な占有屋対策として一定の意義を有すると評価することができるが、事前に差押債権者自身が占有を解くか、売却後、買受人自身が占有を解くかの主体が違うのみで、抵当権者による利用への介入が必要との認識が強まることは、抵当権者への負担の転嫁であり、本来的な解決法から見れば本末転倒である。②次回の売却実施時に買受申出がないときに、差押債権者が買受人となることを義務づけられているのは問題が大きい、とする(二八〜三〇頁)。さらに、(3)登記嘱託の特例(民執八二条二項)として、買受人及び買受人から物

件に抵当権の設定を受けようとする者(金融機関等)が代金納付時までに出出をしたときは、登記の嘱託は司法書士などで出出人が指定した者に嘱託書を交付して登記所に提出させる方法で行わなければならない、とされたことによつて、出出人が所有権移転登記と抵当権設定登記とを同時に申請することが可能となり、買受人が物件購入のための金融機関のローンを受けやすくなった。⁽¹¹⁾

この法改正は、その方向として、最終消費者の参入が可能になる程度に買受人の負担が小さくなることは望ましいが、短賃保護に手を入れずに競売物件への素人の参入が容易となつたかの如く喧伝されれば、混乱がいつそう助長されるおそれがある、とする(三一頁)。(4)売却の見込みがない場合の措置(民執六八条の三)として、執行裁判所は、競売を三回実施しても買受申出がなかつた場合は、不動産の形状・用途土地利用規制等を考慮して、競売手続を停止することができることとされた(同条第一項)。停止の通知を受けてから三ヶ月以内に差押債権者が買い受けの申出をする者があることを理由として申し出たときは、執行裁判所は売却を実施させなければならず(同条二項)、その申出がないか、又は売却を実施しても買受の申出がなかつたときは、執行裁判所は競売手続を取り消すことができる(同条三項)。

この場合、差押債権者の売却実施の申出は、實際上自己競落の申し入れをすることの予告的な意味合いをもち、裁判所の負担軽減と、最終的に差押債権者に自己競落を含めて責任をとる

ことを求めた改正にはかならないこと、最低売却価額という非市場的な、しかも客観的根拠の乏しい市場介入をしておきながら、執行妨害を結果的に全面的に保護する機能を果たす短賃保護を継続しておくながら、差押債権者の責任を高めるような法改正は基本的な方向において矛盾している。執行裁判所に求められる本来の機能は、競売の不成立といった事態を招来せしめないような、その物件なりの市場価格の迅速な実現を担保するための枠組みと手続である、との批判が加えられている。⁽¹²⁾

四 抵当権者による不法占有排除と民事執行法

最高裁は、平成一一(一九九九)年一月二四日の大法廷判決⁽¹³⁾において、第三者の不法占有によつて競売手続の進行が害されるような場合、抵当権者は民法四二三条の法意に従い、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旨を判示し、代位権行使を不許とした、最判平成三年三月二二日判決を変更した。⁽¹⁴⁾

五 おわりに——競売市場失敗の立法による克服の提案とその後——

上記の鈴木禄彌他編『競売の法と経済学』は、これまでの立法学説は法の枠内における中途半端で生産性のない提案に終始

してきたと指摘し、競売市場における様々な弊害解決のための最も重要な方策は、短賃保護の民法三九五条の構造転換が必要であり、執行法等の手続法の一層の改善を図るべきである、と主張される。すなわち、

1 短賃保護（民法三九五条）の廃止⁽¹⁵⁾

2 民事執行法改正として、(1)売却のための保全処分（民執五五条）の一環としての差押債権者による物件保管制度の創設、(2)競売参加者の物件内覧権の確保、(3)ライフライン等調査権限の改正、(4)抵当権者の関与を極少化、(5)占有排除は対物処分（占有を承継した者に対しても効力を及ぼす）、(6)最低売却価額の廃止、が提案されている。⁽¹⁶⁾

3 本報告後、いわゆる占有屋による占有妨害を防ぐため、法制審議会の担保・執行法制部会が短期賃貸借保護制度を廃止する内容の要綱案を決定した旨の記事が掲載され、(朝日新聞平成一四(二〇〇二)年二月二二日)その方向へ向けての改正作業が進められている。この改正が実現すれば、短賃保護にもとづく執行妨害の弊害の減少を期待することができるとともに、抵当権が担保の機能を実効的に果たすことを期待することができるであろう。

(1) 福井秀夫・久米良昭「競売市場における司法の失敗」同書二

一一二二頁。融資金額の上限Ⅱ 抵当物件の将来予想価値Ⅰ(短賃保護による取引費用にかかる損害+そのリスクに対応した期

待値)。

(2) 短期賃貸借がすべて執行妨害の目的で設定されたものではなく、いわゆる正常なものも多いことを無視すべきではない、という参加者からの意見がでた。

(3) 本シンポジウムの後、いわゆる占有屋による占有妨害を防ぐため、法制審議会の担保・執行法制部会が短期賃貸借保護制度を廃止する内容の要綱案を決定した旨の記事が掲載された。なお、短賃保護制度を悪用した占有屋の七割以上が暴力団関係者らだという(朝日新聞平成一四(二〇〇二)年二月二二日)。

(4) 同書二二―二三頁。(1) 抵当権実行に伴う競売物件には、裁判所の公告に明記されているか否かを問わず、短賃はすべてに付着していることを覚悟し、短賃を前提として行動する。(2) 素人が入札に参加するのは、現在の制度ではきわめて危険である。物件明細書等の記載は信用がおけないし、引渡命令も抗告されると確定までの時間的なコストを生ずるうえ、それですむという保証もない。(3) 短賃を排除するには高度の専門知識と度胸が必要である。(4) 短賃の期間中に落札すると、高額な保証金の返還の要求を受けて面倒に巻き込まれる。それ故、落札は、短賃期間が終了するまで待つことが多い。その結果、競売手続の迅速化が阻まれ、最悪の場合、債権者が自己落札し、所有権で対抗する。(5) 短賃がついている物件の占有者は、まともな人間に見えることがほとんどであるが、転借人であることが多い。外国人を転借人に行っている例もある。

(5) 同書二三―二四頁。民事執行法五五条(売却のための保全処分)、六八条の二(買受申出をした差押債権者のための保全処分)

も実効性に乏しい。前者による価格減少行為の排除も執行妨害目的という主観の証明が困難、後者の「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」という要件も、普通に住んでいるだけでは追いつけない。

(6) 同書二四—二五頁。(1)短賃の期間が過ぎて対抗できなくなつても、占有を維持することによって買受人に無言のプレッシャーを与えるケースが多い。結局、訴訟によって明渡しを求めることになるので、買受人にとって負担となる。(2)暴力団が暗躍するので、抵当権を実行できないケースがある。つまり、抵当権制度の使い勝手が悪いために、価格を下げて調整するか、ダメー会社を買受人となつて競落したりする。(3)不法占有が長期化する傾向にあり、執行妨害しながら不法な利益を上げている。(4)最近の一連の執行法の改正には限界がある。金融機関にとつては、競売手続の予測可能性が低いために使いにくく、処理が進まない。実体法規を改正する必要がある。(5)引渡命令を申し立てるような物件にはほとんど短賃がついていて、トラブルになつている。暴力団・右翼の関わりや不法占有が明白でも保証金の返還を要求。(6)任意売却をしようと、抵当権者の中には銀行などに加えて、いわゆる街金融業者もいる。全員同意を取り付けるため、膨大な手間がかかる。差し押さえようとしたら、不法占有や短賃を利用した占有妨害が始まり、債務不履行のまま、遅延損害金が膨大な金額になり、損金処理ができないまま引当金が積み上がってしまう。

(7) 特に、篠崎芳明「住専・ノンバンク処理と金融機関の保全・回収実務」同書一頁以下、今井和男「執行妨害の実態と排除策」

同書二九頁以下、今井和男他「執行妨害の具体的事例と民事・刑事上の対策」同書八一頁以下。

(8) 仮差押えよりすぐれている点として、①保証金を積む必要がないこと、②本訴訟をする必要がないこと、③本差押えであるから、債務者に「差押命令の」到達後一週間たつと債権者が任意に取立てをすることができ、が挙げられている(八二頁)。

(9) 同書二六頁以下。本文に紹介した基本的な姿勢のもとで、①資源配分の観点から、財やサービスの最有効利用者の手にできるだけ容易に財やサービスが移転するよう、そのための取引費用の極小化が必要。②公正の確保の観点から、(1)競売が暴力団や占有関連業者の反社会的集団の資金源を提供し、結果的にやりいつそう大きな反社会的行為を助長することになってはならないこと。(2)いわゆる善良な借家人が不測の損害を受けて居住や営業の場を追われるようなことになってはならないこと。ただし、短賃保護制度を維持することによって発生する反社会的集団への利益供与という不正とこれによって居住等の安定を害される借家人の利益との比較衡量を避けることはできない。

(10) 同書二七—二八頁。
(11) 同書二八—三〇頁。この改正は、「最終消費者の参入を予定した点で、一つの思想的決断があったものと言えよう」との評価(山本和彦・ジュリー一一五号)や、最高裁が、買受人が住宅金融公庫の中古住宅購入融資を利用しやすくするための運用を開始することになったこと(一九九九・六・二二付け記者発表資料)など、肯定的に評価されている。

- (12) 同書三一—三二頁。
- (13) 民集五三卷八号一八九九頁。
- (14) 民集四五卷三号二六八頁。
- (15) 同書三三一—三八頁。民法三九五条を廃止したうえで、抵当権と抵当権に後れる借家権との関係に関し、A（借家権排除型抵当権）、B（借家権審査型抵当権）、C（借家権無条件承認型抵当権）の三つのバリエーションを設けることを提案されている。
- Aは、抵当権設定後に設定される借家権については、期間・態様・家賃等の如何を問わず、抵当権実行後買受人に対していっさい対抗できないこととする。Bは、借家権設定前の抵当権者のすべてが、新たに設定しようとする個別の借家権の具体的な内容を審査し、全員が同意する場合に限り、かつその旨を登記に明示することによって、その内容での借家権の存続を買受人にも対抗できることとする。Cは、抵当権設定後に新たに設定された期間三年以内の借家権については、借家権設定前の抵当権者のすべてが同意するならば、現行の短賃保護と同様競落後もその存続を認め、登記にその内容を明示するものである。その他、借家人明渡猶予期間を創設すること、抵当権内容の情報開示や借家期間終了直前に差押えがなされたとしても建物明渡までの期間が最低一年間の居住期間保護があるため、消費者保護制度として欠けるところはない。競売物件への瑕疵担保責任の導入が提案されている。
- (16) 同書三八—四一頁。

【参考資料】

- 林則清・篠崎芳明・今井和男編『どう排除する執行妨害』（きんざい、平成八（一九九八）年）
- 高木新二郎監修『執行妨害対策の実務（新版）』（きんざい、平成九（一九九九）年）
- 鈴木祿弥他編『競売の法と経済学』特に、第2章 信山社 平成一三（二〇〇一）年
- 担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案（二〇〇二年）
- 法務省民事局参事官室編「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」NBL七三五号八頁（二〇〇二年）
- 林道晴「改革期を迎えた不動産執行手続の現状と課題」判例タイムズ一〇九四号四頁（二〇〇二年）
- 生熊長幸「短期貸借制度の改正に関して（上・下）」NBL七三八号、七三九号二一頁（二〇〇二年）
- 高田裕成・西岡清一郎・林圭介他「座談会担保・執行法制の見直しの課題と改正の方向性」判例タイムズ一〇九四号二四頁（二〇〇二年）

VIII 強制管理・執行妨害の排除（二）

田邊 誠

一 はじめに

この報告に与えられたテーマは、強制管理と執行妨害の排除である。しかし、強制管理については、すでに、「抵当不動産の使用収益権」に関する鳥谷部教授の報告において詳細に言及されているので、ここでは、他の報告では指摘されていない点を中心に簡単に触れるにとどめたい。また、執行妨害の態様に関しては、紺谷教授の報告が詳細に説明されているので、ここでは、それを前提として、妨害防止の対策に限って述べることにしたい。

二 強制管理類似の手続

中間試案は「第一 4 抵当権（1）」で、現行の不動産に対する強制執行の一つの方法である強制管理に類似した手続を、抵当権についても設ける旨の提案をしている（この点に関する詳細な比較的研究として、竹下守夫「競売開始後の不動産の使用・収益」中田淳一選歴記念（下）、不動産法の研究（一九七七年）六三頁以下に加筆の上、所収）。

強制管理類似の手続は、その目的によつて、収益獲得型と物件管理型とが考えられる。

不動産に対する強制執行で、従来から認められているのは前

者である。そこで予定されているのは、目的不動産が生み出す収益（天然果実および地代・家賃等の法定果実）を執行の目的とする手続（強制管理型）であるが（中野貞一郎・民事執行法（新訂四版）五〇八頁）、立法論としては、ホテルの経営など、不動産の物的設備に基づく営業利益の獲得を目的とする手続（事業遂行型）も考えられる（すでに、宮脇幸彦・強制執行法（各論）二六二頁（一九七八年）が同様の指摘をしている）。

しかし、収益獲得型、とりわけ事業遂行型については、管理人に適当な人を得られるか、管理費用をどうするか等の問題があり、むしろ、管理人なしで収益執行ができる点では、従来から行われている物上代位で十分ではないかとの意見もある。

もつとも、物上代位に関しては、抵当権者が賃借権者を特定することが困難な場合があること、及び、不動産の管理費相当額についても差押えが行われる結果、賃料差押え後に債務者等が物件の管理を放棄して物件の価値が下がり、賃借人も不利益を受けるなど社会経済的に好ましくない結果が生じることなどについて批判があり、むしろ、現行の強制管理類似の手続によつて不動産の担保価値を高めて、より多額の融資を得られるようにすべきであるとの考え方が主張されている。

これに対して、物件管理型の手続は、早期に管理人を選任して、物件に関する占有状況の確定、不法占有者の排除、さらには、管理物件に関するメンテナンスをする権限をも認めようとするものである。

管理費用の負担などの問題から、本格的な収益獲得型または物件管理型の手続を採用することには疑問があるが、他方で、賃料に対する物上代位について上記のような問題があることを考慮すれば、その欠点をカバーする意味で、物上代位手続との調整に配慮しつつ、現在の強制管理類似の手続を設けることに意味があるろう。

三 不動産執行妨害を防ぐための対策

1 民事執行法上の保全処分の強化

不動産に対する強制執行・担保権に基づく執行に対する妨害、とくに、目的不動産を占有する方法による執行妨害が大きな問題になっている。中間試案は「第二一(1)民事執行法上の保全処分の強化」として、これを取り上げている。

1 いわゆる占有屋等による不動産執行妨害への対策

(1) 民事執行法上の保全処分の強化（民事執行法五五条等

関係）

(ア) 要件の緩和

民事執行法五五条の保全処分の要件につき、これを緩和する方向での見直しをすることとし、次のような点について引き続き検討する。

a 不動産の価格を減少する程度が著しいものである

ことを要しないものとするかどうか。

(注) 不動産の価格を減少させている占有者に対しては、その者が執行妨害の意図を有するものであるかどうかに関わらず同条の保全処分を発することができるとするか、また、当該占有者のうち、例えば、占有権原を有しないものに限ってこれを肯定するか等について検討する。

b 同条二項の執行官保管の保全処分につき、「特別の事情」がない場合であっても同条一項の規定による命令に違反したことを要しないで、同項の保全処分と同様の要件の下で発することができるものとするかどうか。

c aのような見直しをしない場合であっても、不動産の現状の変更（占有の移転を含む）の禁止を命ずる保全処分については、価格減少行為等があることを要しないで、執行裁判所が必要があると認めるときに発することができるものとするかどうか。

d cの禁止命令に違反した者に対しては、価格減少行為等があることを要しないで、同条二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するかどうか。

(後注) 同法六八条の二、七七条及び一八七条の二の保全処分についても、同法五五条の保全処分につい

ての検討結果等を踏まえて、さらに検討する。

(イ) 不動産の保管

民事執行法五五条二項の執行官保管の保全処分につき、次のような点について引き続き検討する。

a 執行官以外の者も不動産の「保管人」となることができるものとするかどうか。

b 不動産を保管する執行官(保管人)の権限について、例えば、不動産の価値を維持するために必要な行為をすることができ、買受希望者に対して不動産の内覧をさせることができる等の規定を設けることとするかどうか。

(ウ) その他

民事執行法五五条の保全処分につき、その他、次のような点について引き続き検討する。

a 保全処分の相手方である不動産の占有者を通常の方法により特定して表示することが困難である特別の事情がある場合には、相手方の表示を「(保全処分執行時の)不動産の占有者」として、保全処分を発することができるとするかどうか。

b 民事執行法五五条の保全処分として、民事保全法六二条一項に規定する内容の命令(占有移転禁止命令)が発せられ、これが執行されたときは、不動産の売却後に当該保全処分の債務者に対して発せられた引

渡命令の執行力が、同条の定めるところと同様に拡張されるものとするかどうか。

c 民事執行法五五条一項の保全処分により、登記の名義人等に対し、登記の抹消等を命ずることができるとするかどうか。

(ア) 民事執行法五五条の要件の緩和のうち、aは、価格減少行為を禁止し、または、一定の行為を命じる第一項の要件を、著しい価格減少をもたらす行為に限定しない趣旨、すなわち、現在、悪質な執行妨害に限っている要件を緩和する提案であるが、差押え後も通常の用法に従った使用収益を許している民事執行法四六条二項の規定を考慮すれば、通常の用法に伴って生じる価格減少行為を除外することを明らかにする必要がある。また、bは、現在は第一項の禁止・行為命令違反等を要件として認められる第二項の執行官保管の保全処分を、第一項と同様に価格減少行為のみを要件に認める提案であるが、aと同様の配慮が必要である。

c・dは、不動産の現状変更を禁じる命令について、価格減少行為を要件とせず、その違反に対しては、価格減少行為がなくても執行官保管の保全処分を命じることができるとする提案である。これは、裁判所による柔軟な判断に期待しつつ、いわゆる占有屋の実効的な排除を目指すものであろうが、それ以外の正当な占有者の排除を防ぐための歯止めが必要である。

(イ) a は、差押債権者や不動産管理を業とする法人など執行官以外の者が、第二項の保全処分「保管人」になることを認め、b は、保管人の権限を、不動産の価値維持のために必要な行為一般あるいは買受希望者に内覧をさせる等に広げる提案である。a・b は、適切な不動産管理をするために必要な規定であると思われる。内覧は、書面だけではわからない物件の情報を買受希望者に与えるという意味があるが、債務者に対する不当な取立てを招くおそれ、居住者のプライバシーの保護などの問題があることから、執行官保管となつている場合を除いて、これを認めることには慎重にならざるをえない。また、人気のある物件では、希望者全員に内覧を認めることは困難であるとの指摘もある(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」判タ一〇九四号七一頁)。これらの事情がある場合には、法務省民事局参事官室の「補足説明」が言及する、執行官による建物内部のビデオ撮影によることも有効な方法であろう。

(ウ) a は、占有者を入れ替えることよつて保全処分の申立てを妨害する行為に対処するための提案であり、発令時には相手方の審尋を要しないことから、相手方の特定は不要とされる。もつとも、執行時になつても占有者を特定できない場合については、これによつて対処できない。掲示等による告知にもかかわらず占有者から氏名等が明らかにされない場合には、執行ができるとするなどの措置を考えるべきであろう。なお、同様の

問題は、占有移転禁止の仮処分における債務者や承継執行文における承継人の特定についても存在することから、これらの場合についても同様の提案がなされている(第二一(2)(イ)。(ウ) b は、引渡命令の実効性を確保するために、買受人のために当事者恒効のある占有移転禁止命令を発令できるようにする提案である。その必要性は肯定できるが、非承継占有者または善意の承継占有者に対する執行を認めるためには、占有移転禁止命令に関する公示を要件とすべきであろう。

(ウ) c は、登記を利用した執行妨害に対処するために、占有移転禁止の仮処分に違反する登記の抹消を命じることができるとする提案である。賃借権の仮登記などの登記は、買受人が代金を納付すれば、裁判所の嘱託によつて抹消されるが、売却前に抹消ができれば、売却が容易になると思われる。ただし、裁判所の審理の負担が問題であろう。

2 明渡執行の実効性の向上

中間試案は「第二一(2)」で明渡執行の実効性を向上させるための提案をしている。

(2) 明渡執行の実効性の向上

(ア) 占有移転禁止の仮処分における債務者の特定方法(民事保全法六二条関係)

不動産の占有移転禁止の仮処分において、通常の方

法により債務者を特定して表示することが困難である特別の事情がある場合には、債務者の表示を「（仮処分執行時の）不動産の占有者」として、仮処分を発することができるとする。

(イ) 承継執行文における承継人等の特定方法（民事執行法27条2項関係）

不動産の占有移転禁止の仮処分（民事保全法六二条）等があらかじめ執行されている場合における不動産の引渡し又は明渡しの強制執行（以下「明渡執行」という。）において、債務名義上の債務者以外の不動産の占有者を通常の方法により特定して表示することが困難である特別の事情があるときは、承継人等の表示を「明渡執行時の）不動産の占有者」として、承継執行文を付与することができるものとする。

(注) 不動産の占有移転禁止の仮処分等があらかじめ執行されている場合には、債務名義上の債務者以外の不動産の占有者に対しても、承継執行文を要しないで、明渡執行を行うことができるものとするべきであるとの意見がある。

(ウ) 明渡しへの催告（民事執行法一六八条関係）

明渡執行を行う執行官が、債務名義上の債務者（承継執行文における承継人等を含む。）による不動産の占有を認定して執行可能であると判断した上で、断行期日を定

めて明渡しへの催告をした場合につき、所要の事項を公示する等の措置を講ずるものとするを前提として、例えば、次のような効果を与えるものとする。

a 断行期日までの間に占有者の変更があった場合であっても、承継執行文を要しないで、直ちに明渡しへの断行をすることができる。

b 断行期日において取り除くべき目的外動産がある場合において、これを債務者等に引き渡すことができないときは、執行官は、当該動産を保管することを要しないで、直ちに動産執行の売却手続により売却することができる。

(イ)については、前述のとおりである。(注)には、占有移転禁止の仮処分がある場合には、債務名義上の債務者以外の占有者に対しても、承継執行文を要しないで明渡執行ができる旨の提案がある。これは、占有者の特定が困難ではない場合にも、承継執行文を不要とする趣旨であるが、民事保全法六二条二項の推定のみを基礎にして、執行力を拡張することには慎重であるべきであろう。

(ウ) aは、執行官が債務名義上の債務者による占有を認定して、明渡しを催告する制度を設け、この場合に、当事者恒定効を認めることを提案する。これは、現在すでに実務の慣行として行われている任意の明渡しを促す催告を法律上の制度とする提案

である。しかし、当事者恒効を与えるためには、適切な催告期間を確保した上で、占有移転禁止の確実な公示をすることが不可欠の要件である。また、法務省民事局参事官室の「補足説明」が言及するように、善意の非占有承継人に異議申立ての機会を保障することも必要である。

(ウ)は、明渡しの際を告している場合には、明渡執行の目的外の動産を債務者等に引き渡せないときでも、執行官による保管(民事執行法一六八条四項)を要せず、直ちに売却することができるものとする旨の提案をしている。このような処理をする前提として、公示において、目的外動産の売却を予告するとともに、その引取りを促すことが必要とならう。また、価値のない動産については、債務者等に引取りを期待できないことから、無価値物については執行官が廃棄できる旨の規定を定めることが望ましい(同旨、最高裁判所事務総局民事局・前掲判タ一〇九四号七三頁)。

3 その他の方策

中間試案は「第二一(3)(注)」で、いわゆる占有屋等による執行妨害を排除するための方策として、占有権原をみずから明らかにしない占有者を一定の手続の下で失権させる制度、及び、濫抗告への対策として引渡命令に確定前に効力を与えるとの意見を挙げている。

(3) その他の方策

いわゆる占有屋等による不動産執行妨害を排除するためのその他の方策につき、なお検討する。

(注) 例えば、自らの占有権原を明らかにしない占有者につき一定の手続の下で失権させる制度を導入すべきである、濫抗告への対策として引渡命令につき確定前に効力が生じるようにすべきである(民事執行法八三条五項参照)等の意見がある。

前者は、占有権原を明らかにしない者について、権原の立証責任を転換して、権原がない者として処理するという考え方であろう。確かに、このような手続を採用することによって、執行妨害を防止しようとする意図は理解できるし、実際にも、執行妨害の態様が、あからさまな妨害から、妨害であることの疎明が困難な事例へと変化しているとの指摘がある(今井和男「執行妨害排除と担保・執行法制の見直し」自由と正義五三巻九号九三頁)。ただし、このような処理をするためには、占有者に不服申立ての機会を与える等の手続保障を尽くす必要があると思われる。もつとも、それがかえって手続の遅延につながるおそれがあり、当面は他の方策による対応を考えるべきであろう。

後者は、民事執行法八三条五項を削除して、確定前の引渡命令に効力を認める提案である。占有者に対する審尋なしに引渡

命令が発令される場合があることを考えると、これを無条件で認めることには問題があろう。執行抗告が手続遅延の目的によるものであるとして原審で却下された場合（民事執行法一〇条五項四号）に限って、確定前でも効力が発生するものとするのが妥当であろう（同旨、最高裁判所事務総局民事局・前掲判タ一〇九四号七三頁）。

以上のような方策のほかに、中間試案の末尾では、執行官が他の官公庁に援助を求めることができる旨を規定する旨の提案についての言及がある。実例として、競売物件を占拠した後で、介護付きマンションに仕立てて、老人を多数入居させる事案がある（木村圭二郎・清水聖子「占有利用型執行妨害に関する法改正の視点について」判タ一〇六九号五五頁）。また、執行妨害の意図がない事案でも、一人暮らしの寝たきり老人や重度の身障者など、社会福祉上の保護を要する者が不動産を占有している場合がある。このような事案では、執行裁判所による官庁・公署に対する援助請求（民事執行法一八条一項）のみならず、実際に明渡執行にあたる執行官がみずからの権限で、福祉事務所、医療施設、保健所などの関係機関に対して、直接に援助を求めることができる旨の明文規定を設けるなどの法整備が必要である。

なお、本稿執筆の時点では、「担保・執行法制の見直しに関する要綱」（平成一五年二月五日法制審議会総会決定）が公表されている

るが、本稿は平成一四年一二月七日のシンポジウムにおける報告を記録するものであるので、あえてこれに言及していない。

IX 非典型担保

田村 耕一

一 法制審議会における議論

今回の中間試案には、非典型担保に関する記述は存在しない。しかし、法務省より公開されている議事録によると、次のような趣旨の指摘がなされていた。

1 第一回会議（平成一三年五月二九日）

・全銀協の銀行法務検討部会の委員発言

「将来債権の譲渡をするときに、債権譲渡特例法では必要的な記載事項がかなり多いということが、将来債権の譲渡担保等の障害になっていのではないか（担保法制の問題か、債権譲渡特例法の話なのかは問題）。また、主として在庫等の動産の譲渡担保の登記の方法、登録の方法が不完全であるということが、動産の譲渡担保を使う際の制約になっているのではないか。」

「世の中で土地がどんどん値下がりしている場合、銀行の中小企業融資においては土地担保だけでは対応し切れないので、在庫・商品も含めて、動産の譲渡担保についてきちんとした法制ができないか。」

2 第二回会議 (平成一三年六月一九日)

・全銀協の銀行法務検討部会の意見

「現在銀行では、債権や動産の譲渡担保は現行法制のいろいろの手を使ってやっているけれども、やはり對抗要件などの問題があり、きちんと担保がとれない。土地が下落していることから、経済界では、あと残るのは動産担保と債権との認識がある(知的財産権については、まだ時期尚早という感がある)。動産と債権が今後の担保という感じがしている。その法制について特別法か何かで、きちんと検討していただいた法制をつくっていただきたい。」

・その他の意見

「譲渡担保関係については、全く同感である。この点については法制化ということを商社としても非常に望んでいる。」

「譲渡担保の関係ですけれども、債権質は非常に実行が面倒くさいものですから、実務上ほとんど譲渡担保になっております。だから、譲渡担保を明確に法制化すべきだろうと思えます。」

今回の作業において非典型担保について何らかの手当がなされるのではないかと期待から、先行していた破産法改正作業においても「担保・執行法制部会の審議の進捗状況等を考慮

しながら破産法の中で別除権、更生担保権としての扱いがどういう形で規律が可能であるか、それを検討する方向」が確認されていた(法制審議会倒産法部会破産法分科会第三回会議・平成一三年七月二三日)。

3 第八回会議 (平成一四年一月二三日)

・中間試案に盛り込む内容を提示した際の事務局発言

「抵当権、質権、留置権、先取特権以外の担保制度の見直しの論点として、例えば全く新たな譲渡担保法制の構築、特に集合動産の譲渡担保制度、その公示制度の創設というような点について、改正要望が比較的強く示されているところでございますが、なかなか詰めた議論がまだ十分できていないところでもあります。今後、実務界におけるニーズを踏まえまして、必要に応じて、今回以降のテーマとして取り組むべきかどうかということ、またこの部会でお諮りしていきながら、決めさせていただきます。」

これを受けて、破産法改正作業においても、「実体法上の法律的な規律がはつきりしていないことから、非典型担保については、倒産法独自の規律を設けることを断念し、他日を期すとの方向」が確認された(法制審議会倒産法部会破産法分科会第九回会議・平成一四年三月一日)

二 中間試案の方向性と非典型担保

非典型担保については、譲渡担保を中心として、法的性質・法律構成が論じられてきた。権利取得型担保に関しては、担保のために所有権が移転すると考える所有権移転構成と担保権の設定として捉える所有権非移転構成に分類される。この何れの構成を採るかにより当事者の実体的権利が異なることから、典型担保と非典型担保が競合した場合、どの様に優先順位を決めるのが問題となる。とりわけ、今回の中間試案につき、担保の実行を「確実」、「簡易」にし「抵当権者の期待を保護」する方向であると評価するならば、本来的にそのような方向を指向して利用される非典型担保との調整は困難となる。

例として、以下では、不動産の譲渡担保と抵当権が競合する場合を考えてみる。^①なお、実務においては、後発する担保の設定において融資される額（被担保債権額）の調整で対応されるようであるが、本稿では、優劣の基準を明らかにするという観点から、理論的な検討を行う。

1 抵当権が設定されている不動産を譲渡担保に供した場合

所有権移転構成においては、譲渡担保権者は所有権を取得することになる。この場合、譲渡担保権者はあたかも第三取得者に類する地位に置かれる。譲渡担保権者による抵当権者に対する代価弁済あるいは滌除が問題になる可能性がある。

所有権非移転構成においては、設定者は自己の不動産に抵当権と譲渡担保権という複数の担保権を設定していると解することになる。譲渡担保を担保権と解する場合、効果の説明はできても権原が何か明らかになっていない以上、基準が立てられないことから、競合関係を明らかにできない。

判例は、「譲渡担保権者は実行の完了により確定的に所有権を取得する」との立場であり、これも同様に、検討不能である。

(1) 譲渡担保の実行完了前に抵当権が実行された場合

所有権移転構成においては、抵当権者は追及効を用いることで自らの順位を確保できる。但し、譲渡担保権者による代価弁済・滌除の可能性が問題となる。^②

所有権非移転構成においては、譲渡担保権者は後順位担保権者として配当要求することになる。但し、手続的に整備されているわけではない。私的実行のできる担保権と解しつつ第三者異議の方法とするならば、権原は所有権ということになってしまふ。

(2) 抵当権実行前に譲渡担保の実行が完了した場合

所有権移転構成においては、処分清算であれば処分の相手方が、帰属清算であれば譲渡担保権者が、確定的に所有権を取得する以上、真性の第三取得者となる。したがって、まさに追及効と代価弁済・滌除の問題となる。また、実行時の処分代金に対する抵当権者の物上代位の可能性もある。所有権移転構成の場合、譲渡担保の実行は抵当権が設定された目的物の譲渡ある

いは所有権の帰属の確定であり、譲渡担保の実行によって自動的に抵当権が消滅するわけではない。

所有権非移転構成においては、抵当権が先に設定されている以上、譲渡担保の実行は後順位担保権者による実行と解されるから、目的物の価値は抵当権者が優先して把握することになる。したがって、処分清算においては、まず抵当権者が優先し、残余部分を譲渡担保権者が受取り、しかる後、清算金を設定者に渡すことになる。帰属清算においては、抵当権者は譲渡担保権者に対し、自己の被担保債権相当額を要求することになる。

所有権非移転構成においては、譲渡担保という担保権の私的実行であるから、手続として譲渡担保権者には抵当権者を実行を通知し配当要求の機会を提供する義務があると解される。その際に、抵当権者が配当金をどの様に保全するかが問題となる。また、後順位担保権の実行であるから、先順位の抵当権は削除されることになる。

2 譲渡担保に供されている不動産に譲渡担保設定者のための抵当権を設定した場合

所有権移転構成においては、譲渡担保権者の所有物に抵当権が設定されることから、譲渡担保権者は、あたかも物上保証人に類する地位に置かれることになる。

所有権非移転構成においては、設定者は自己の不動産に抵当権と譲渡担保権という複数の担保権を設定していると解することになる。

(1) 譲渡担保の実行完了前に抵当権が実行された場合

所有権移転構成においては、譲渡担保権者は物上保証人として対応することになる。この場合、先に譲渡担保が設定されたにもかかわらず、譲渡担保権者は自らの優先を主張する方法がない。

所有権非移転構成においては、譲渡担保権者は先順位担保権者として配当要求することになる。この場合も、手続方法が問題となる。

(2) 抵当権実行前に譲渡担保の実行が完了した場合

所有権移転構成においては、処分清算の場合、処分の相手方が第三取得者となる。帰属清算の場合、譲渡担保権者は物上保証人から第三取得者となる。これらの場合、1(2)と同様の問題が生じる。この場合も、譲渡担保権者は自らの優先をどの様に確保するかが問題となる。

所有権非移転構成においては、譲渡担保権が先に設定されている以上、処分清算においては、処分により得られた金銭につき譲渡担保権が優先し、残余部分を抵当権者が受取り、しかる後、清算金を設定者に渡すことになる。帰属清算においては、担保権の実行として譲渡担保権者に不動産が帰属することから、譲渡担保権者が取得した不動産の抵当権は削除され、清算金に対して抵当権者が効力を及すことになる。抵当権との調整においては、譲渡担保実行時の目的物の評価及び費用の算定の適正をどのように図るのかを検討する必要がある。

三 資産の流動化・証券化との関係

従来の担保は、債権回収のための換価及び優先弁済を如何に確保するかという観点から構築されてきた。所有権移転型の非典型担保もその延長にある。しかし、近時、使用・収益の対価（キャッシュ・フロー）を融資の引き当てとする手法が確立しつつある。すなわち、目的物の「交換価値」ではなく「収益」を把握する手法である。

この手法では、債務者がデフォルトした際の換価による優先的な債権回収が目的ではなく、目的物の生み出す日常的な収益が融資の引当てとなる。したがって、収益を確保・維持するため、日常的に他の債権者の執行を排除して経営の崩壊を防止する必要がある。

そのために、例えば特定目的会社（SPC）を設立し、そこへ収益を生む権原（所有権や債権など）を譲渡しておく方法がある。これにより、収益権原は債務者の責任財産から離脱し、他の債権者の執行を阻止することが可能となる。特定目的会社はこの権原を裏付けとした資産抵当証券（ABS）を発行し、直接金融を調達するのである。特定目的会社などに所有権を譲渡することで融資の引当てとする点が、譲渡担保に代表される所有権取得型担保に類似している。

この様な手法では、特定目的会社への権原譲渡の形式を取り、

間接金融ではなく直接金融である以上、競合する権利が複数成立することはないから、順位決定の基準を考える必要はない。もつとも、担保価値は使用価値と不可分であるから、担保価値を把握する者は、使用のあり方については常にコントロールする必要がある。ただし、他の債権者の介入を防ぐために必要な範囲で足りることから、権利の公示については登録制度（集合債権・集合動産）、目的物の特定については、一定範囲の物が所有権移転されている旨の警告で十分であるとされている。³⁾

しかしながら、特定目的会社はこの仕組のためにのみ存在し、かつ権原を譲受けるものである。いみじくも倒産「隔離」といわれているように、特定目的会社を完全な独立の存在として認定できるのか、担保としての譲渡であれば当事者の倒産時の処理をどうするのか、他の債権者との関係はどう解するのか、など様々な問題がある。実務上は様々な対応がなされているものの、これまで蓄積されてきた担保法理との関係をどう解するのか、今後の検討が求められる。

(1) 抵当権と動産の譲渡担保、抵当権と債権の譲渡担保の競合も起こりうる。また、不動産へ付加された動産の所有権留保と抵当権が競合する場合も考えられる。所有権移転構成は担保のためには所有権が移転すると考えるので、所有権留保では担保のためには所有権が移転しないと構成することになる。したがって、動産の所有権は売主に留保されるため、抵当権の目的の範囲に

入らない。所有権非移転構成では担保権の設定と解するため、所有権留保、抵当権の何れの担保権が優先するのかは、對抗要件が異なるため優先順位の確定は定かではない。

(2) 最判平成七・一一・一〇民集四九巻九号二九五三頁は、譲渡担保権者による実行前の滌除について否定した。

(3) 内田貴「担保法のパラダイム」法学教室二六六号(二〇〇二年)一七頁。

X 総括

鳥谷部 茂

一 各報告の概要

総括は、石外克喜先生が担当する予定でしたが、ご都合が悪くなりご欠席されることになりました。大変僭越ではございますが、鳥谷部が代わって総括をのべさせていただきます。

このシンポジウムは、平成一四年三月の例会で「不動産担保法制」を取り上げることが決まり、そのための打ち合わせを数回実施しまして、本日の報告に至りました。本日の各報告及び

質疑の要点を簡単にまとめまして、総括とさせていただきます。

1 最初の「不動産留置権・先取特権」に関する田村報告は、留置権の性質、中間試案の問題点を整理したうえで、不動産費用については留置権の成立を否定し、先取特権が確実に機能する方法を検討すべきである。具体的には、請負契約に基づく不動産費用債権について、保存や工事に応じた先取特権として規定する方が留置権として一般的な優先弁済権を認めるよりも優れているとし、抵当権との優劣は、債権の性質及び目的物との牽連性の度合いを基準とすべきであるとしている。

2 「抵当不動産の使用収益権(一)——中間試案を中心に」に関する鳥谷部報告は、これまでの最高裁判決が登記時基準説を採用してきたことを批判し、改正にあたっては、第三債務者の負担・二重弁済の危険を生じないような配慮をするならば、抵当権の実効性を高めるために、差押時を基準として物上代位を存続させることも合理性があること、抵当権の実行申立を前提として強制管理制度を導入すべきこと、物上代位は抵当権の実行によって吸収される制度とすべきであることを提案した。

また、「同(二)——賃料の処分と物上代位」に関する村山報告は、賃料債権の処分として、債権譲渡による処分、法定相殺による処分、合意相殺による処分について従来の判例・学説を整理し、最近の最高裁判例が敷金契約の対抗力を問題とせず自然有効として相殺に優先させたことに対し、賃料債権に対する予めの処分として敷金契約自体の対抗力を論ずるべきであり、

この点を明確にしなかったために従来の物上代位に対する相殺予約の効力に関する最高裁判例との整合性が困難になったこと、債権執行としての物上代位と不動産執行としての収益管理とではその目的が異なるからその差異に対する配慮が必要であることを指摘している。

3 「短期賃貸借（一）——民法三九五条の改正問題を中心として」に関する石口報告は、改正問題が起こってきたその動向と中間試案に対する反応を整理し、中間試案の短期賃貸借保護制度廃止案に反対し、正常型の賃貸借を保護するという観点からB1案に留保付で賛成する。さらに、これを具体化するために、第一項で、正常な賃借権を保護する趣旨を明確にし、第二項で、敷金の承継義務を明確化し、第三項で、抵当権に損害を及ぼす建物賃貸借の解除を、第四項で、建物明渡請求を規定するといふ、きわめて明快な改正私案を提示していることが注目される。

さらに、「同（二）——抵当権に基づく物権的請求権と占有者排除効を中心」に関する堀田報告は、この問題について最高裁判決が主として債権者代位構成を採用したのに対して、物権的請求権による占有者排除効の重要性を指摘する。そこで、抵当権侵害及び請求内容に関する判例の動向を整理したうえで、抵当権に基づく物権的請求権の要件・請求内容を明らかにしている。

4 「法定地上権制度及び一括競売制度」に関する上河内報告は、今回法定地上権が改正の対象とされなかった理由、自己借

地権制度に見られる従来の立法案、一括競売制度に関する中間試案、一括競売制度の問題点と従来の判例・学説を整理したうえで、法定地上権については、従来の判例法理の他に、法定地上権の成立要件を緩和することや法定賃借権への減縮を検討すべきこと、一括競売制度については、一括競売の義務化を検討する余地があることを指摘している。

5 「滌除制度（一）」に関する西津報告は、滌除制度の専門家として、滌除制度の趣旨に関する従来の理解をフランス法に照らして検証し、現在のわが国では、滌除制度は「任意整理の促進」機能に有用性があることを指摘する。さらに、現在の滌除制度の欠点のうち増価競売の負担と実行時期のイニシアチブを取り上げ、フランス法との比較から克服すべき問題点を検討し、貴重な提案を行っている。

「滌除制度（二）」に関する岩西報告は、弁護士という実務家の立場から、現行の滌除制度による流通促進機能に疑問を提示すると同時に、不動産の適正評価方法の制度化を前提とする滌除制度の改正存続に賛成している。

6 「根抵当制度」に関する鳥谷部報告は、根抵当権者に確定請求権を与え、取引の終了を原因とする確定事由を廃止する中間試案に対して、前者は、融資停止、根抵当権の実行申立て対応しうることを、確定請求権を認める場合でも期間経過又は債務者の同意などの要件を明記すべきこと、後者については、取引終了の確定事由を排除するのではなくその明確化が必要である

ことを提案した。

7 「強制管理・執行妨害の排除（一）」に関する紺谷報告は、短期貸借の保護による問題を指摘し、債権回収会社の役員や弁護士からの聞き取り調査をもとに執行妨害の実態を明らかにする。その上で、民事執行法の改正によって行ってきた従来の対応を整理しこれに限界があることを指摘し、抵当権者からの明渡請求を認めた平成一一年の最高裁大法廷判決の重要性を確認する。そして、最後に、これを克服する方法として、民法三九五条の廃止、競売物件への瑕疵担保責任の導入、民事執行法の改正などを紹介する。

さらに、「強制管理・執行妨害の排除（二）」に関する田邊報告は、抵当権者が行う強制管理類似の手続について、物上代位手続との調整に配慮する必要があることを指摘する。また、不動産執行妨害の対策については、中間試案が民事執行法五五五の要件を緩和していることに対して、通常の用法による場合や正当な占有者を排除しないような歯止めが必要であるとする。その他、不動産の保管（保管人や内覧）、相手方の特定、明渡執行の実効性、占有屋等の排除、濫抗告への対策などについての確かな指摘を行っている。

8 「担保・執行法制における非典型担保」についての田村報告は、非典型担保が法制審議会で議論された経緯を整理し、集合債権・集合財産の譲渡担保やその公示制度に関する議論が不十分であることから今後のテーマとされたことを指摘する。そ

のうえで、譲渡担保と他の担保方法とが競合した場合や譲渡担保に供した不動産に抵当権が設定された場合などの問題を検討し、資産の流動化・証券化との関係を整理している。

二 コメント

また、二人の先生には、今回のテーマについてコメントをいただくことができました。

1 公証人の佐藤勇先生は、つぎの四点についてご指摘くださいました。第一に、不動産先取特権の登記について、現在は工事に登記申請できないことになっているが、これを工事に工後に登記申請できるような案がでてくる。しかし、登記官が職権で建物の表示登記、所有権保存の登記をする旧手続を廃止するのか、新設規定とするのか、表示の登記と保存の登記を一ヶ月以内に誰が申請するのか、共同申請か、単独申請か、請負業者が代位の登記をできるかなどの問題がある。第二に、根抵当権の確定については、根抵当権者から確定を請求する場合に、単独申請か共同申請かの問題がある。原則は共同申請で行うべきであろう。単独申請ならば、真正を担保すべき添付書類が必要となる。また、取引の終了については、特定債権のみになった場合やその他登記簿上明らかに確定したと見てとれる場合がある。したがって、民法三九八条ノ二〇第一項第一号の単純削除は再考する必要がある。第三に、中間試案に提案されている

少額定期給付について、公正事務にともなう離婚による子供の養育費は不払いになりやすいのが現状である。一定期間不払いの場合には残存債務につき期限の利益を失い、中間利息を引いたものを直ちに執行できるようにすべきである。第四に、最近のドイツ民事訴訟法七九四条一項の改正のように、わが国でも公正証書による執行文付与を不動産執行などに拡張する必要があり、これによって裁判所の負担がかなり軽減されるのではないかと考えております。

2 弁護士の板根富規先生からは、三点についてコメントをいただきました。第一に、不動産評価は収益還元法によってなされるが、収益物件か否かを区分すべきである。賃借人がいて収益できる方が物件の価値を高めることになるので、収益物件については正当な賃借人を保護する法政策が必要である。悪徳賃借人や執行妨害はほとんど稀な例である。第二は、滌除権について、これを利用することはほとんどなく、多重債務者の場合や破産管財人による場合に、一般的には任意整理・任意売却が非常によく利用されている。ここでは、通常適正な取引価格が出てきている。この任意売却によって抵当権をすべて抹消しているのが現状である。第三に、物上代位による差押えと敷金契約による充当が争われた最高裁判決について、訴訟当事者がいずれも公的に信用のある者同士で出された判決なので、事件屋などが当事者となつて他の判決に比べると、理論的にも利益考量としても重要な意義があるといえる。

三 質 疑

会場からも、いくつかの貴重なご質問ご意見を頂戴いたしました。その中には、①民法典立法時と状況が変わっている現在は請負債権と抵当権者の被担保債権は対等に扱おうとの考えはとれないか。②不法占有に対する抵当権侵害の要件について、従来の抵当目的物の分離・搬出事例における侵害要件との整合性をどのように考えるのか。③今回の改正は、担保・執行制度が中心となつているが、非典型担保の整備についての要請はどれだけあるのかどうか。④流動化・証券化のSPCを使ったスキームに関連して、倒産隔離に疑問を提示しているが、実務ではオリジネータの影響力を受けないような様々な手当(ケイマンでのチャリタブル・トラストの活用や取締役はSPC専門の要員を派遣)が行われている。⑤抵当不動産の競売にあたり当該不動産の内覧ができるようにするとの案があるが現実性があるのかどうか、などの質問及び意見がありました。

四 最 後 に

以上の問題は、もともとバブル崩壊によって不良債権が大量に発生し、この回収を強化するために民事執行法などの改正が行われました。しかし、それでも抵当権の実行に不都合が生じ、

抵当権の実効性の強化が必要になったということがあります。

そのような中で、債務者が弁済しないときは、一定の要件の下で賃料から物上代位によって回収することは不合理なことではない。むしろ、それ自体は正義にかなっていることであると考えております。ただし、物上代位による回収も他の債権者と公平な対抗基準によらなければならない。詐欺的な譲受人や相殺は、その認定をしたうえで、徹底して排除するのが司法の任務であると考えます。ただし、だからといって、正当な譲受人や相殺が排除されて良いということにはなりません。正当な譲受人や相殺は、物上代位の差押えよりも先に要件を満たしているときには、当然に保護されなければならないでしょう⁽¹⁾。

また、不法占有者に対して、抵当権の実行性が確保される必要があることはいうまでもない。そのためには、悪質な賃借人や占有者は徹底して排除するのが司法の任務であります。これをせずに、正常な賃借人の居住権を保護する民法三九五条を廃止または制限するのは本末転倒であると考えます。

以上の他に、不動産先取特権と抵当権の優劣の問題、法定地上権の問題、滌除の問題などについても、一方にのみ有利な制度とするのではなく、当事者、利害関係人にとって公平な優劣の基準を明確にし、これを体系的に位置づけることが重要であると考えます。したがって、バブル崩壊後の現在、債権回収に必要であるとの観点だけで、民事基本法である民法を改正することは危険であると考えます。

まだまだ問題は残されておりますが、これらの点について討論できたのは大変有意義であったと思います。

最後に、本日の報告を担当いただきました諸先生方および最後まで本シンポジウムに熱心に参加していただきました会場の皆様方、本シンポジウムの裏方としてお手伝いいただきました学生諸君に心よりお礼を申し上げます。ありがとうございます。

以上を持ちまして、本日のシンポジウムを終了させていただきます。

(1) ごく最近の文献として、生熊長幸『物上代位と収益管理』(有斐閣、二〇〇三年三月)二七五頁以下を参照されたい。