

不良債権処理と抵当権の占有排除効

—「暴走する」？ 抵当権—

田 中 克 志

I はじめに

抵当権を中核とするわが国の担保制度は、貸倒れという金融機関にとって個々の貸出に係わる最大の信用リスクに対して債権の保全機能を果たすことと併せ、有担保原則（主義）⁽¹⁾に象徴されるように、全金融機関、すなわち金融システム全体の安定性維持に資するものとして重視されてきた。

とはいえ、担保権が⁽²⁾もつとも安全に債権の保全機能を果たすのは、前者の場合、すなわち個別の貸出の個別な理由に基づく貸倒れの場合である。担保目的物⁽²⁾としては、不動産が一般的であるが、抵当権の設定にあたっては、他の担保目的物と同様、その流動性と価格の安定性⁽³⁾等を考慮し、その評価額に対して一定の掛目をかけて担保価値が算定される⁽⁴⁾。そして、貸倒れにさいしては、不動産自体の需給関係は変化していないので、抵当権者は、それを流動化（換価）することにより債権を回収することができる。

不良債権処理と抵当権の占有排除効 —「暴走する」？ 抵当権—

他方、金融システムの安定性が期待されるのは、経済全体に共通の原因などによる貸倒れが発生した場合である。しかし、担保権による債権保全機能は、却って制約されたものになる可能性が高い。抵当権においては、もともと不動産は流動性が乏しい⁽⁵⁾うえに、不動産の需給関係自体が変化して、それが予想していた価格で流動化(換価)できず、債権の回収には不十分であるということが起こりうるからである。

一九九〇年代、バブル経済の崩壊により、担保不動産の価格が大幅に下落するとともに膨大な不良債権が生み出され、わが国の金融システムは、混乱に陥り、その後遺症の後始末になお苦しんでいる。そして、不動産市場の低迷のなか、執行回避や執行妨害行為が頻発したこともあり、抵当権の効力をめぐる問題が噴出し、他方、抵当権の機能、すなわち債権保全機能の不全が指摘されたところである。

民法三九五条所定の短期貸貸借保護の制度は、「抵当不動産の利用が實際上円滑に行われることを目的」⁽⁶⁾とするものと位置づけられてきたが、皮肉なことに、これが形式的に要件を充足せしめることにより、もともと典型的な不動産執行の妨害手段として利用されてきた。もちろん、抵当権者の側はこの短期貸貸借の濫用にに対し種々の対抗手段を講じてきたが、⁽⁷⁾その一つが同法但書の規定する解除請求訴訟である。

それは、抵当権者が、短期貸貸借に基づいて抵当不動産を占有する者に対し、占有権原を喪失させ、抵当権に基づく妨害排除請求としてか、抵当権設定者の妨害排除請求権の代位行使としてかの法的構成の違いはあるものの、明渡しを求めることを狙ったことであつた。

しかし、平成三年三月二二日の最高裁第二小判決(民集四五卷三号二六八頁。以下、最高裁平成三年判決とする。)は、短期貸貸借の解除は抵当権者に対し賃借人の占有を排除し得る権原を付与するものではない、として、抵当権者による明渡し請求は、右のいずれの法的構成についても、これを否定した。ところが、八年後の平成十一年一月二四日、最高裁大法廷は、最高裁平成三年判決を変更し、抵当不動産を不法に占有する者に対する明渡し請求を認める判決(民集五三卷八号

一八九九頁。以下、最高裁平成一年大法院判決とする。)を下した。

この大法院判決の登場により、抵当権者は、根深い病巣をもつ執行妨害に対する、有効な対処策を得ることになった⁽⁸⁾、ともいわれた。しかし、とくに抵当権者に対する直接の明渡請求をも容認したことについては、その必要性が強く説かれるものの、抵当権の非占有担保としての性質から、はたして理論的に根拠づけることができるのか、疑問の余地がないわけではない。

質料債権に対する抵当権の独占的優位性を認める最高裁の判例法理の展開と併せ考えると、「暴走する」⁽¹⁰⁾抵当権といわないまでも、その効力の強化・拡大は、不良債権処理という政策がらみのなかで、際だっているように思われる。

このような問題意識から、本稿では、最高裁平成一年大法院判決の法理を最高裁平成三年判決と比較しつつ、担保・執行法制の見直しが法制審議会において審議されるという大法院判決後の状況をも踏まえながら、検討することとしたい。

注

(1) 社債発行、コール市場、貸出市場における有担保原則(主義)は、一九二七(昭和二)年の金融恐慌の経験に基づいて生まれた、わが国独自の取引慣行である(日本銀行金融研究所『《新版》わが国の金融制度』一九八六年、五八頁以下、五二九頁)。もっとも、この原則は、漸次緩和されてきており(同書六八頁)、社債発行市場では無担保社債が主流となっているほか、コール市場においても無担保取引が大部分を占めるに至っている(鹿野嘉昭『日本の金融制度』二〇〇一年、三七頁)。

(2) 清水啓典『日本の金融と市場メカニズム』一九九七年、八四頁以下。

(3) 担保の適格性として考慮される項目として、他に、法律上の規制、客観的な評価可能性、管理の容易性などである(峰崎二郎「担保取得とその実務上の留意点」林良平・加藤一郎編著『担保法大系 第1巻』一九八四年、一一七頁)。

不良債権処理と抵当権の占有排除効 「暴走する」？抵当権――

(4) 掛目をかけるのは、担保評価に関するリスクをカバーするためであり、具体的には、更地は六〇～七〇%、宅地付建物は五〇～七〇%等である(峰崎・前掲論文一四一頁以下)。

(5) それは、不動産は、船舶・動産等と同じく、競売手続によって処分するもので、その手続に時間がかかるからである。また、同じ不動産でも、更地や都心部の物件は処分し易いが、賃借権の設定された土地・建物や遠隔地の物件は処分しにくい(峰崎・前掲論文一二五頁)。

(6) 我妻栄『新訂担保物権法』一九六八年、三四〇頁。

(7) 他の対抗手段である併用賃借権についても、最高裁平成元年六月五日第二小判決(民集四三卷六号三五五頁)は、対抗要件を具備した後順位の短期賃貸借を排除する効力を否定した。

(8) 〈新春座談会〉「抵当権者による明渡請求」への編集部コメント(銀行法務21五七一号(二〇〇〇年)四頁)。

(9) これについては、参照、拙稿「抵当不動産の賃料債権と抵当権の効力」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』二〇〇〇年、四四三頁以下、「賃料債権に対する抵当権者の物上代位をめぐる判例理論の検討」法時七四卷二号(二〇〇二年)七八頁以下。

(10) 故本間重紀教授が著書、『暴走する資本主義』(一九九八年)にて、その在り様を厳しく批判された「規制緩和」は、金融の領域では、金融の自由化、ビックバンとして展開しつつある。もっとも、深刻な不良債権問題がその金融システムの変貌とともに発生したが、根本には、一九八〇年代後半の野放図かつ投機的な不動産関連融資があること、指摘されている通りである。そのこともあって、ことは、もはや「抵当権の効力」問題を越えてしまっているというのが、わたくしの基本的な認識である。

(11) 担保・執行法制の見直しは、一九九九年二月二六日に内閣総理大臣に答申された経済戦略会議「日本経済再生への戦略」、二〇〇〇年十二月二日に公表された行政改革推進本部規制改革委員会の「規制改革についての見解」、同年十二月一日に閣議決定された「経済構造の変革と創造のための行動計画」、さらに、二〇〇一年六月一二日に内閣総理大臣に答申された司法制度改革審議

会の意見書においても言及されており、経済構造改革に関連する基本法整備のなかの重要項目の一つとして位置付けられている。

II 最高裁判理の大転換

一 最高裁判平成三年判決

「短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすものとして民法三九五条但書の規定により解除されると、判例・通説⁽¹⁾によれば、賃貸借関係は、終了する。ところが、賃借人（さらには転借人。以下、賃借人等）が抵当不動産の占有権原を失っているにもかかわらず占有を継続する場合、抵当権者は、短期賃貸借の解除の効力として、その占有を排除し得るかが問題となる。

最高裁判平成三年判決は、まさにこのことが直接の争点になったが、これを否定し、「短期賃貸借の解除の効力は、解除判決によって、以後、賃借人等の抵当不動産の占有権原を抵当権者に対する関係のみならず、設定者に対する関係においても消滅させるものであるが、同条ただし書の趣旨は、右にとどまり、更に進んで、抵当不動産の占有関係について干渉する権原を有しない抵当権者に対し、賃借人等の占有を排除し得る権原を付与するものではない」とした。

その理由として、「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委ねられているのである」とする抵当権の非占有担保の性質に求めた。すなわち、「その占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

不良債権処理と抵当権の占有排除効 ―「暴走する」？ 抵当権―

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」からである。

そして、このことは、短期賃貸借の解除が認められる要件からも根拠付けられる。すなわち、短期賃貸借の解除は、「その短期賃貸借の内容(賃料の額又は前払いの有無、敷金又は保証金の有無、その額等)により、これを抵当権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められるのであって、短期賃貸借に基づく抵当不動産の占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させ、抵当権者に損害を及ぼすものとして認められているものではない」とする。さらに、「抵当不動産の不法占有者に対し、抵当権者にその占有を排除し得る権原が付与されなくても、その抵当権の実行の場合の不動産の買受人が、民事執行法八三条(一八八条により準用される場合を含む。)による引渡命令又は訴えによる判決に基づき、その占有を排除することができることによって、結局抵当不動産の担保価値の保存、したがって抵当権者の保護が図られている」ことが付加されている。

とはいえ、最高裁判平成三年判決は、「従来の通説・判例に沿い」⁽²⁾ 抵当権の占有排除効を否定したといえる。

もっとも、昭和五〇年頃からの下級審裁判例では、占有排除効に関し、その法的構成について、代位請求か、物上請求かの違いはあるものの、肯定説が増えてきていた。最高裁判平成三年判決の第一審(大阪地判昭和六三・八・九判タ六九三号一三五頁)及び原審判決(大阪高判平成元・三・二九判タ七〇三号一六四頁)ともに、代位請求による明渡請求を認容している。他方、学説においても、我妻説に代表される見解に対しては、これが価値権ドグマ、抵当権ドクマとして、強い批判が寄せられた。「かかる理論は、抵当権の機能の本質から導かれたドグマに由来するものである。すなわち、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ない、というドグマである」。「抵当権は価値権を本質とするといえども、物権である以上一定の物的支配を行って」⁽³⁾ おり、「抵当権実行後の不法占拠者に対して妨害排除請求を認めることに理論的な難は存しない」と。

また、「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」⁽⁴⁾との指摘もなされていた。

そこで、「占有・用益に干渉しない価値権という否定説を大きく支えた理論的基礎も揺すぶられて」おり、抵当権に基づく妨害排除請求肯定説へと最高裁が「進むべき道での基本的な障害はもはやないというべきである」⁽⁵⁾と断定する見解もみられたが、最高裁平成三年判決は、伝統的な抵当権法理を堅持した。

「もはや判例変更は望むべきもない」⁽⁶⁾と悲観的な觀察のなかで、議論の中心は実体法から執行手続きへと移り、平成八年及び平成一〇年の二度にわたる民事執行法の改正も行われた。しかし、執行妨害者の不動産占有を排除する手段が執行手続きのうえで確保されたことの意義は絶大とされつつも、抵当権の効力からの実体法的アプローチは不要かつ無用になったわけでない。必要とされているのは、買受人に売却不動産を確保すること自体ではなく、競売不動産を適正な価格で売却できるということである、との強い主張がなされていた。⁽⁷⁾

二 最高裁平成一一年大法廷判決

そうした状況において、平成一一年一月二四日、最高裁大法廷（民集五三巻八号一八九九頁）は、改正前の民事執行法下の事案であるが、第三者が抵当不動産を不法に占有する場合、抵当権に対する侵害と評価される場合のあることを認め、その場合、その占有排除を、抵当権者が所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権の代位行使として、また傍論ながら、抵当権に基づく妨害排除請求により、認め、以上と抵触する限度において前掲最高裁平成三年判決を変更するなど、注目すべき判決を下した。

この最高裁平成一一年大法廷判決は、最高裁平成三年判決と同様に、抵当権が非占有担保であることを前提としながら

も、「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」とし、使用・収益の在り方によっては、これが抵当権侵害となる例外が存在する余地を残した。すなわち、「第三者が抵当不動産を不法占有とすることにより、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恐れがあるなど、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、これが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」。

そこで、「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」ので、「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ふべきである」。したがって、「抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、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」とする。

さらに、傍論ではあるが、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときには、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものといふべきである」とする。

この大法廷判決には、「執行妨害の実態を直視した意義深い判決」、「債権回収の円滑化に資する待望の判決」、「執行妨害への対抗策が増えたことを歓迎する」、「抵当権の伝統的な考え方を破る画期的な判決」、「抵当権の法的性格について画期的な判断」など、⁽⁸⁾実務サイドからは積極的な評価がなされた。

注

(1) 最一小判平成六・三・二五判時一五〇一号一〇七頁。但し、私見は、対抗要件消滅説に与する。拙稿「詐欺的短期賃貸借の解

除判決後における質貸人からの明渡請求」私法判例リマックス一九九五（下）四〇頁。

（２）滝沢孝臣「最高裁判所判例解説」曹時四五卷九号（一九九三年）一五一頁。

（３）近江幸治・高裁民法判例研究（名古屋高裁昭五九・六・二七）法時五七卷九号（一九八五年）九四頁。同趣旨、平井一雄・高裁民法判例研究（東京高裁昭六〇・八・二七）法時五八卷七号（一九八六年）一一九頁等。

（４）内田貴「抵当権と短期質貸借」民法講座³（一九八四年）二一〇～二二一頁。

（５）椿寿夫「抵当権に基づく妨害排除請求への道——併用質借権および短期質貸借との関連で——」ジュリスト九六三号（一九九〇年）九九～一〇〇頁。

（６）中野貞一郎「民事執行における実務と学説——競売不動産上の妨害質貸借への対応——」司法研修所論集九八号（一九九七年）三三頁。

（７）中野・前掲論文一三六頁。

（８）金融法務事情一五六号（一九九九年）一八頁以下に掲載された論稿タイトル。順次、今井和男・山崎哲央、岡本雅弘、中原利明、堀龍児、吉田光碩。

Ⅲ 抵当権の法的性質と占有排除効

一 不法占有と抵当権侵害

「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」

不良債権処理と抵当権の占有排除効——「暴走する」？抵当権——

とする最高裁平成三年判決の判示は、抵当権侵害に関する伝統的な考え方であった。

大審院時代の判例（大判昭九・六・一五民集一三卷一一六四頁）であるが、同一不動産上の無効な抵当権の実行による競落人による引渡命令を得ることが抵当権の侵害とならないとして、次のように抵当権の本質を説く。「抵当権ハ其ノ設定者カ占有ヲ移サシテ債權ノ担保ニ供シタル不動産ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ弁済ヲ受クルノ價格權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權利ヲモ包含セサルカ故ニ縱令何人カ力無權原ニ当該不動産ヲ占有シ其ノ使用収益ヲ為シタルトテ之カ為メ例ヘハ抵当物ヲ損壞シ其ノ價格ヲ低減スル虞アルカ如キ場合ヲ外ニシテ抵当權ハ何等増損セラルコト」がない。

学説においても、抵当物件の交換価値を抵当権の本質と捉える我妻説は、「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對して妨害を加ふるものは、即ち抵当権の侵害である」とし（これを抵当権侵害の積極的な範圍とする）、他方、「抵当権の支配權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に付いて干渉を加へ得ない。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うやうなことは決して抵当権の侵害と直接の關係を持ち得ない」（これを抵当権侵害の消極的な限界とする）と説く。⁽¹⁾

なお、短期貸借の解除請求権については、この本質を抵当権に基づく妨害排除の一形式とみるものの、解除に伴う貸借登記の抹消請求には触れるが、抵当権者の明渡請求には言及がない。⁽²⁾

これに對して、平成一一年の最高裁大法廷判決は、第三者が抵当不動産を不法占有する場合において、これにより「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは」、これが抵当権侵害となることを認めた。ただ、「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恐れがある」ということが例示であるために、不法占有による抵当不動産の交換価値の減額が当然に要件となつてはいないと解される。

したがって、優先弁済権の前提である抵当不動産の交換価値の実現＝換価手続き（権能）に対する妨害が抵当権の侵害として観念されているともいえる。

そこで、右大法院判決は、別に解する見解もあるが、不法占有が直ちに抵当権侵害となるとみているわけではない。また、占有の権原の有無・種類ではなく、むしろ占有の状態が換価手続き（権能）を妨害する以上、これが抵当権の侵害と解されよう。それゆえ、執行妨害を目的とする短期賃貸借においても、これの解除判決を得ることが必須ということでもなく、また、長期賃貸借であっても、その占有の状態如何では、抵当権侵害と評価されることもある。

東京高裁判平成一三年一月三〇日判決（金法一六二二号四六頁）は、長期賃貸借の場合であるが、最高裁判平成一一年大法院判決を踏まえ、解除判決を要件とすることなく、無権原占有といえない場合であっても、その占有を抵当権の不法な侵害として抵当権に基づく明渡請求をなしうるとし、つぎのように判示した。

「第三者の占有が抵当不動産の所有者の承諾のもとに行われていて、その意味では、その占有が権原のない占有とはいえない場合でも、その占有の属性や占有の態様などが、買受希望者に、買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、抵当不動産の交換価値の実現が不法に妨げられていることに変わりはない。したがって、このような場合もまた、抵当権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る」。

二 代位請求と被保全債権

代位請求により抵当権の占有排除効を根拠づける場合には、その代位原因である被保全債権をどのように捉えるかが核

心となる。最高裁判平成一一年大法院判決では、第一審(名古屋地判平成七・一〇・一七金商一〇六一号六頁)及び原審判決(名古屋高判平成八・五・二九金商一〇六一号三頁)がこれを「被担保債権」としたが、これに与みすることなく、抵当権の侵害とされる状態を「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」なる請求権(奥田補足意見では、「担保価値維持請求権」)があみだされている。

ただ、この抵当不動産の適切な維持・保存を求める請求権の根拠などについては、「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ふことができる」とか、「抵当権の効力として」と判示するにとどまり、「必ずしも判然としない」⁽⁵⁾。

とはいえ、右の判示から、抵当不動産が第三者に移転している場合にも、被保全債権を抵当権の被担保債権とする場合とは異なり、抵当権者は第三取得者に対して適切に維持・保存を求める請求権を有するものと解される。抵当不動産の所有者が物上保証人の場合も同様である。その意味では、抵当不動産の適切な維持・保存請求権は、抵当権設定契約に基づいて発生する物権的な性質をもった請求権と解されよう。ただ、この請求権は、抵当不動産の所有者に対するものである。したがって、この抵当不動産の所有者に対する抵当不動産の適切な維持・保存請求権を根拠に、抵当不動産の所有者以外の第三者に対して、その抵当権侵害行為を排除するには、確かに代位請求の方法を採らざるを得ない。しかし、右大法院判決が、「なお書き」で認めた抵当権に基づく妨害排除請求権として、「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」の排除を求めることを認める以上、この代位請求は、いかにも「迂遠な方法」⁽⁶⁾である。

ましてや、抵当権に基づく妨害排除請求権が、物権的請求権として、抵当不動産の所有者以外の第三者に対してのみならず、抵当不動産の所有者との関係においても観念されるならば、これと別に抵当不動産の適切な維持・保存請求権なる請求権が構成される必要はなく、抵当権に基づく物権的請求権に包含させてさしつかえないように解される⁽⁸⁾。そのように

解すると、抵当不動産の適切な維持・保存請求権なる請求権は、代位請求の方法を可能にするために、抵当権に基づく物権的請求権の一部をわざわざ切り出したものともいえるのではないか。⁽⁹⁾「問題解決の本質を逸した小手先の技巧」⁽¹⁰⁾にすぎない。

三 抵当権者への明渡請求

1 抵当権者の占有の性質

最高裁判平成一一年大法廷判決は、いずれにしても、抵当権者が抵当不動産の所有者に対して有する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の代位行使により抵当権者自身への明渡しまで認めた。この場合、抵当権者は、法廷意見によれば、抵当不動産所有者のために目的不動産を「管理することを目的」とするとされ、奥田裁判官の補足意見は、これを「管理占有」とする。

もっとも、抵当権に基づく妨害排除請求において、抵当権者への明渡しを請求しうるかについては、右妨害排除請求に抵当権者が抵当不動産を占有することが権利の内容として含まれていないことを考えると、はたして同様の結論になるのか、奥田裁判官は、「抵当権が自己への明渡しを請求しうるのか、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」と慎重な言い回しをされているが、抵当権が侵害されることが要件であることから、むしろ積極的に解する見解など、分かれている。

いずれにせよ、債権者代位権の行使にさいして、代位債権者への払渡しや引渡が認められるのは、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事情の存在があることが、実質的な理由となつてはいた。しかし、その場合、金銭（大判昭和一〇・三・一二民集一四卷四八二頁ほか）にせよ、建物（最二小判昭和二九・九・二四民集八卷九

号一六五八頁ほか）にせよ、給付物の最終的な受領者が代位債権者自身である。⁽¹¹⁾ところが、抵当権者は、自ら買い受けるのではないから最終受領者ではなく、奥田補足意見が指摘する「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」の存在があるにせよ、従前の類型とおなじには扱えない。

ましてや、抵当権者は、抵当不動産の占有権原を有するものではないにもかかわらず、なにゆえに抵当不動産を占有することができなのか、その理論的根拠は、必ずしも明快ではない。

最高裁判平成三年判決は、抵当権の非占有担保としての性質について、抵当権は、「抵当不動産を占有する権原を包含するものではなく」とか、「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」といった表現を用いている。他方、最高裁判平成一一年大法院判決では、「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ができない」といった言い回しにみられるように、⁽¹²⁾「抵当権設定者の、使用・収益のための「占有」と抵当権者の、そうでない「占有」とを区別し、これらが「等質なものでない」⁽¹³⁾ものと観念されると解される。

したがって、抵当権者が抵当不動産の明渡しを受けても、自ら⁽¹⁴⁾抵当不動産の使用・収益を行うわけではなく、⁽¹⁵⁾「抵当権ドグマに矛盾する結果にはならないし、⁽¹⁴⁾「抵当権ドグマを克服した」ともいえる。また、非占有担保という性質は、かかる管理占有を認める「妨げとはならない」ということにもなる。

そこで、この抵当権者による抵当不動産の「占有」は、これが不動産競売⁽¹⁶⁾手続等の円滑な進行を確保するため、言い換えれば、⁽¹⁶⁾「抵当権の実行を前提として抵当不動産の担保価値を維持するためのものであることになる。

しかしながら、こうした役割・機能は、本来、執行・換価手続の準備として整備されるべきことがらである。

競売不動産を不法に占拠するなどの執行妨害行為の予防・排除について、その中核的な役割を担ってきたのは、売却のための保全処分（民執五五条）としての、「不動産の価格を著しく減少する行為又はそのおそれがある行為」（価格減少行為等）に対する禁止命令又は「一定の行為」命令、さらに「不動産に対する占有を解いて」執行官に保管させる命令であった。¹⁷⁾

もっとも、売却のための保全処分の相手方が「債務者」に限定されたため、第三者の不動産占有による執行妨害に対処できず、これが平成八年の民事執行法の改正により、「債務者又は不動産の占有者」に拡大されるとともに、「特別の事情があるときには」右の禁止・行為命令を先行させることなく執行官保管命令が発しうるものとされた。

この売却のための保全命令は、これが競売の申立てと同時にあるいはそれ以降でないと申立てることができないが、抵当権者が抵当不動産の第三取得者に抵当権実行通知（民三八一条）をし滌除の考慮期間の経過をまって競売を申立てをするまでの間に、不動産の価格を著しく減少するような行為がなされることも少なくなかった。これに対処するために、平成八年の民事執行法改正により導入されたのが、不動産競売の開始決定前の保全処分（民執一八七条の二）である。したがって、禁止・行為命令の申立て権者は、不動産について抵当権を実行しようとする者（担保権実行者）であるから、被担保権の弁済期は到来していなければならないが、抵当権の実行通知は必要としない。

右の売却のための保全処分は、その内容が禁止・行為命令や執行官保管であるが、買受けの申出をした差押債権者に競売不動産を保管させることを可能とした保全処分（民執六八条の二）が平成一〇年の民事執行法改正により新設されている。

この保全処分は、いわゆる占有屋の存在により、売却を実施しても買受けの申出がなかった場合において、買受人に対抗できない占有者が、「不動産の売却を困難にする行為をし、又はそのおそれがあるとき」という他の保全処分より緩やかな要件があれば、次回の売却で確実な競落を条件として、差押債権者の申立てにより、占有者の「不動産に対する占有」

を解いて執行官（執行官保管型）又は申立人である差押債権者（債権者保管型）に保管させる命令を発することができるものとされたものである。

このように差押債権者による保管を認めたことで、差押債権者は、保管状態を利用して、売却促進のために、例えば、目的物件である不動産の買受けの申出をすることを検討している者に、事前に不動産の内部を見る機会を与えるなどして、より安心して買受けの申出ができるようにすることが想定されていた。⁽¹⁸⁾ また、自己競落を辞さない債権者にとって極めて有効な占有屋対策となるとの評価がなされたところである。⁽¹⁹⁾

しかし、この保全処分の利用状況は全く芳しくない。差押債権者において、不売の場合には自ら買い受けることを覚悟し、売却代金に相当する保証を提供しなければならないこと、さらに、債権者保管型においては、不動産の管理の負担と責任を敬遠するなど、その原因が指摘されている。⁽²⁰⁾

注

- (1) 我妻栄・福島正夫「抵当権判例法（二）」法時七卷二号（一九三五年）一五〇頁。
- (2) 我妻・福島・前掲論文二五頁。
- (3) 生熊長幸『執行妨害と短期貸借』二〇〇〇年、四四九頁。
- (4) おなじく長期貸借の事例であるが、東京地判平成二一・一一・一四金法一六〇二号六四頁は、民法三九五条但書の類推適用による解除判決の確定を条件として、抵当権による妨害排除請求権に基づいて明渡請求をなしうるとしている。
- (5) 滝澤孝臣「抵当権者による抵当不動産の不法占有者に対する明渡請求の可否」金法一五六九号（二〇〇〇年）九頁。
- (6) 生熊・前掲書四三二頁。
- (7) 抵当不動産の所有者がこれを物理的に毀損する場合、抵当権者は、これを抵当権侵害として、所有者に対し、その差止め（不

作為)を請求しうる。参照、拙稿「目的物の分離と抵当権の効力」(石田・西原・高木先生還暦記念『金融法の課題と展望 下』一九九〇年、九三頁以下)。

(8) 滝澤・前掲論文一〇頁は、抵当不動産の適切な維持・保存請求権を抵当不動産の担保価値の毀滅を防止するために発生する物権的請求権として把握し、これを抵当不動産の所有者以外の第三者に対する関係においても認め、この見地から同様のことを説く。

(9) 滝澤・前掲論文一〇頁は、被保全債権を抵当不動産の維持・保存請求権と捉えた最高裁判平成一一年の大法廷判決は、抵当権それ自体と捉える見解の曖昧さを補充したものであって、その実質において同旨を説くものとする。

(10) 中野貞一郎『民事執行法〔新訂四版〕』(二〇〇〇年、四一九頁)。

(11) 梶山玉香「判例研究」法時七二巻七号(二〇〇〇年)七八頁。

(12) 滝澤・前掲論文一〇頁。

(13) 滝澤・前掲論文一〇頁。

(14) 中野・前掲書四二〇頁。

(15) 八木一洋「最高裁判平成一二年二月二四日大法廷判決について」ジュリスト一一七四号(二〇〇〇年)四二頁。

(16) 生熊・前掲書四三六頁、四三八頁。

(17) 抵当不動産の売却・代金納付後には、買受人等のための保全処分(民執七七条)及び引渡命令(民執八三条)が認められる。

(18) 林道晴「不良債権処理のための民事執行法及び民事執行規則の改正について」判タ九八六号(一九九九年)一四頁。

(19) 山本和彦「競売手続円滑化法及び特定競売手続臨時措置法について」ジュリスト一一五一号(一九九九年)七九頁。

(20) 畑一郎「東京地裁における最近の民事執行事件の処理状況」金法一六二六号(二〇〇一年)一一頁以下、林圭介他「大阪地裁(本庁)執行部における民事執行事件の現状と課題」金法一六二六号(二〇〇一年)二五頁。

不良債権処理と抵当権の占有排除効——「暴走する」? 抵当権——

IV おわりに

最高裁平成三年判決以降、執行妨害対策は、二回の改正により民事執行法において、その整備が進められた。最高裁平成一年の大法院判決は、抵当権者の「管理占有」を認めることにより、先行した手続法の整備に追いついたともいえる。執行法上の保全処分や引渡命令は、執行妨害に重要な役割を果たしているものの、しかし、内在的な限界があり、改正の執行法によっても執行妨害のすべてを実効的に排除しうる保障はないのであって、これらが十分に機能しない範囲では、執行法上の対応とならんで、実体法による救済が必要となるとの指摘は首肯しうる。

しかしながら、抵当権者への明渡しは、代位請求と物上請求のいずれの法的構成にせよ、抵当権の「非占有担保」の性質から、理論的に無理がある。また、その必要性も、抵当権者の抵当不動産の管理の負担を考えれば、果たしてどの程度の利用が見込まれるのか、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分の、とくに債権者保管型の利用状況を見ると、疑問なしとしない。⁽³⁾ 実体法上、抵当権に基づく占有排除効のみで足りるのではないか、と思われる。この先は、民事執行法五五条、一八七条の二の執行官保管につなげていけば十分であろう。⁽⁴⁾

最高裁平成一年大法院判決が、抵当権侵害に対する評価について、最高裁平成三年判決から大きく転換を図ったのは、つとに指摘されるように、とりわけ九〇年代に膨らんだ巨額の不良債権の回収・処理といった政策的課題が背景にあるといえよう。⁽⁵⁾ その意味では、抵当権者への直接の明渡しについては理論的には説明が困難な、したがって、「政策的配慮に基づいて法の論理を曲げたという面」⁽⁶⁾があるともいえよう。

注

- (1) 大量の事件の迅速処理の必要、占有関係・権利関係を確定的に判定するため調査機関・手続構造の欠如、当事者恒定効の不存など。中野・前掲書四一七頁。
- (2) 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(上)」NBL六八一号(二〇〇〇年)八頁以下。
- (3) 畑・前掲論文一四頁によれば、最高裁平成二一年大法院判決後、執行事件の記録に現れる限りでは、その理論が現実を活用されている様子は窺われないという。
- (4) 松岡・前掲論文(下)NBL六八三号(二〇〇〇年)四一頁。
- (5) 生熊・前掲書四二三頁。
- (6) 吉田克己「九〇年代日本法の変容」法時七二巻九号(二〇〇〇年)一二頁。