HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	抵当権者の不法占拠者に対する明渡請求の可否について：最高裁平成11年11月24日大法廷判決を中心に
Author(s)	齋藤, 裕佳
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 7, 1-37
Issue Date	2000-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22313
Type	departmental bulletin paper
File Information	7_P1-37.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

抵当権者の不法占拠者に対する明渡請求の可否について

── 最高裁平成11年11月24日大法廷判決を中心に ──

齋藤裕佳（さいとう ゆか）

目　次

序 ── 本稿の目的 …… 3
第1章　判例の流れ及び問題の所在 …… 3
　第1節　平成3年判決以前 …… 3
　第2節　平成3年判決 …… 4
　第3節　平成3年判決以降 …… 5
第2章　本判決の分析 …… 6
　第1節　本判決の内容 …… 6
　第2節　本判決に対する評価 …… 8
　　1　抵当権の侵害 …… 8
　　2　被保全請求権 …… 10
　　3　明渡の相手方 …… 10
　　4　抵当権者の抵当不動産に対する占有 …… 10
　　5　その他の問題点 …… 11
　　6　本判決の射程 …… 11
　第3節　本判決の理論的正当性 …… 11
　第4節　問題の所在 …… 12
第3章　抵当権に基づく物権的請求権としての明渡請求の可否 …… 12
　第1節　抵当権に基づく物権的請求権の一般論 …… 13
　　1　抵当権の侵害について …… 13
　　2　抵当権に基づく物権的請求権の内容 …… 13
　第2節　抵当不動産の占有と抵当権侵害の有無 …… 14
　　1　「抵当権ドグマ」と占有による抵当権侵害の有無との関係 …… 14
　　2　抵当権侵害の判断基準 …… 14
　　3　抵当権侵害の判断時期 …… 15
　　4　明渡請求の主体 …… 15
　　5　検討 …… 15

第3節　明渡の相手方 …… 17
第4節　まとめ …… 17
第4章　債権者代位に基づく明渡請求の可否 …… 18
第1節　被保全債権 …… 18
第2節　債権保全の必要性 …… 19
1　無資力要件の要否 …… 19
2　債権（請求権）保全の必要性と抵当権侵害との関係 …… 19
第3節　抵当不動産の所有者による権利不行使 …… 20
第4節　保全すべき債権の履行期到来 …… 20
第5節　補充性 …… 20
第6節　明渡の相手方 …… 21
第7節　賃借人が占有する場合との均衡 …… 21
1　解除された詐害的短期賃借人に対して …… 21
2　長期賃借人・解除されていない短期賃借人等に対して …… 22
第8節　まとめ …… 22
第5章　判例理論の限界と新たな理論 …… 23
第6章　抵当権者による明渡請求が認められた場合の問題点 …… 24
第1節　抵当権者自身への明渡が認められた場合 …… 24
第2節　抵当不動産の所有者が明渡を受けた場合 …… 25
第3節　まとめ …… 25
結語 …… 25

序 ── 本稿の目的

最高裁平成11年11月24日大法廷判決(平成8年（オ）大1697号）（以下「本判決」という）は，最高裁平成3年3月22日第二小法廷判決（民集45巻3号268頁）（以下「平成3年判決」という）を変更して，抵当権者による不法占拠者に対する明渡請求を認めた。不良債権処理を進めるために執行妨害対策が喫緊の課題となっていた金融界にとっては，待ちに待った判決といえる。

平成3年判決は，買受人には，執行手続上の不動産引渡命令や訴えによる明渡判決が認められているので，それらの手段によって執行妨害的な不法占有に対しても十分に対処することができると判断していた。しかし，現実には，不法占有の対象になっているような不動産について買受人を確保することは困難である。それゆえ，抵当権者は，不動産執行を行おうとすれば，その前に不法占有者に抵当物件を立ち退かせなければならず，そのためには金銭提供を余儀なくされていた。かくして，不法占有によって不正な利益を得ようとする執行妨害行為があとを絶たないことになった。本判決は，かかる執行妨害行為を排除し，迅速かつ適正な債権回収を進める上で，新たに有効な武器になると期待される。本判決については，すでに少なくない数の研究が公表されているが，その大部分において，本判決に対する歓迎の意が表明されている。それも，以上のような状況を前提とすれば，当然といえよう。

しかしながら，いかに執行妨害横行の弊害が大きなものであれ，これを排除するために，十分な理論的検討なしに，抵当権に基づく占有排除が認められて当然ということにはならない。本判決の結論は妥当であろうが，それだけにますます，結論を導く理論構成を明確にすることが要請される。抵当権の非占有担保という性質を前提としつつ，どのような理論的根拠に基づいて抵当権者の不法占拠者に対する明渡請求を認めることができるのか。本稿は，この問題の検討を行うことを課題とする。

第1章　判例の流れ及び問題の所在

第1節　平成3年判決以前

平成3年判決以前の下級審判決は，抵当権者による明渡請求を否定するもの，抵当権に基づく物権的請求として抵当権者の明渡請求を肯定するもの(物上請求構成)，債権者代位請求として明渡請求を肯定するもの（代位請求構成）と区々に分かれていた。以下，番号を付して裁判例とその結論を列挙する。後の検討において，必要に応じて裁判例の番号を引用するとともに，その内容に触れることにしたい。

1　否定例

❶ 東京地判昭和40年12月9日判タ187号178頁（物上請求否定）

❷ 東京高判昭和41年7月15日金法450号9頁（物上請求否定）

❸ 福岡高判昭和57年1月20日判時1047号91頁（物上請求否定）

❹ 東京地判昭和57年1月28日金商663号45頁（代位請求否定）

❺ 大阪高判昭和58年6月29日判タ503号79頁（物上請求否定）

❻ 名古屋高判昭和59年6月27日判時1135号59頁（双方否定）

❼ 大阪地判昭和59年8月20日判時1139号68頁（物上請求否定）

❽ 大阪高判昭和60年1月31日金法1091号37頁（物上請求否定）

❾ 東京高判昭和60年8月27日判時1163号62頁（双方否定）

❿ 東京地裁八王子支決昭和60年11月27日東高時報民36巻10～12号183頁（物上請求否定）

⓫ 東京地判昭和62年2月26日金商779号35頁（物上請求否定）

⓬ 東京地判平成2年1月29日判タ736号186頁（代位請求否定）

2　肯定例（物上請求構成）

①　名古屋高金沢支判昭和53年1月30日判時

895号84頁
② 大阪地判昭和55年4月25日判タ422号133頁
③ 浦和地判昭和59年12月26日判時1168号114頁
④ 東京高裁昭和61年8月28日判時1209号3頁
⑤ 大阪地判昭和63年8月9日判例タイムズ693号135頁（平成3年判決第一審）

3 肯定例（代位請求構成）

⑥ 東京地判昭和52年10月28日判時886号68頁
⑦ 東京地判昭和60年3月27日判タ640号166頁
⑧ 大阪高判昭和61年2月26日判時1200号75頁
⑨ 名古屋高判昭和61年8月28日民集43巻6号378頁（いわゆる併用賃借権に基づく明渡請求を否定した最判平成元年6月5日民集43巻6号355頁の原審）
⑩ 東京高判昭和63年7月28日判時1289号56頁
⑪ 大阪高判平成元年3月29日判タ703号164頁（平成3年判決原審）
⑫ 大分地判平成2年4月27日判タ731号183頁

第2節 平成3年判決

上記⑨判決の上告審判決である最判平成元年6月5日（民集43巻6号355頁）は，併用賃借権の占有排除効を明確に否定した。その結果，濫用的な短期賃貸借を排除するには，抵当権自体に基づく物上請求を認める以外に手段がなくなった。それゆえ，実務および学説は，抵当権の占有排除効を認める最高裁の判断を渇望した(1)。ところが，大方の期待を裏切って，平成3年判決において以下のような判断が下された。

1 事実の概要

X（原告・被控訴人・被上告人）は，AがBから融資を受けるに際して連帯保証人となった。Xは，Bに対してAの債務を弁済し，A所有の本件土地・建物上のBの抵当権に代位した。Xが担保権の実行として競売を申し立てたところ，Bの抵当権設定後，本件土地・建物がAからC及びDにそれぞれ期間3年間の約定で賃貸され，現在はC・Dからの転々借人Y（被告・控訴人・上告人）が本件建物を占有していることが明らかとなった。不動産競売事件における本件土地・建物の鑑定評価額は1027万円であったが，右の短期賃借権が存在することを前提とするとそれは820万円であって，その負担がない場合と比較して，約200万円の減価を生じていた。そこで，Xは，A・C及びA・Dを被告として短期賃貸借の解除を求めるとともに，Yに対して解除判決の確定を条件として本件建物の明渡を求めた。第一審（前掲裁判例⑤）は抵当権に基づく物上請求として，原審（前掲裁判例⑪）は抵当権設定者の所有権に基づく返還請求権の代位行使として，本件建物の明渡請求を認容すべきものと判断した。これに対して，Yらが上告した。最高裁は，原判決を破棄し，第一審判決を取り消して，以下のように自判した。

2 判旨

「1 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，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，……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また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。

2 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，当該不動産の明渡し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ことに尽きるの

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にとどまるのである。

3　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。」

第3節　平成3年判決以降

平成3年判決に対しては，「詐害的短期賃借権者を勇気づけただけの結末になった」(2)，「非常に古典的な立場をここでまた再確認」し，「全部元へ戻」そうとするものだ(3)などと，具体的妥当性という点で多くの批判が投げかけられた。本判決の結果，抵当権者が競売前に詐害的な短期賃借権に基づく占有を排除する手段はなくなったわけである。あとは，競落後に買受人が自ら明渡請求をするほかはない。そこで，買受人が効率的に短期賃借人を排除する手段が求められることになる。

最判平成3年9月13日（判時1405号51頁）は，買受人の将来給付の訴え，すなわち短期賃貸借の期間満了時における明渡を求める訴えを適法とした。事案は借地契約にかかわり，契約締結前後の事情から本件短期賃貸借は執行妨害の意図を含むものであることが認定されている。本件差押登記後に期間が満了する本件短期賃貸借が法定更新されることはないところ，執行妨害の意図がある以上，期間満了時に賃借人が本件土地を明け渡さないことは明らかであるというのが，将来給付の訴えを適法とした理由である。さらに，最判平成6年3月25日（判時1501号107頁）は，民法395条但書による解除判決が確定した場合に賃貸人の明渡請求が認められるか否かという問題について，解除請求訴訟は，短期賃貸借を消滅させる形成訴訟であることを明言し，賃貸人からの請求を認めた。民法395条但書の解除判決の効果については，抵当権者に対する短期賃貸借の対抗力を奪うだけと解する見解も存するが（この見解を採れば，賃貸人からの明渡請求は認められないことになる），最高裁は，それを斥けて，賃貸人との関係でも短期賃貸借の消滅を認める絶対的消滅説を採用したわけである。このいずれの判決も，詐害的短期賃貸借の排除を進める方向を向いている。

このように，最高裁も，詐害的短期賃貸借に対して手を拱いていたわけではなかった。しかし，これらの判決については，次のような限界のあることが指摘された。第一に，買受人の将来給付の訴えが認められたとしても，それが悪質な占有者のいる物件であることに変わりはない。したがって，買受人は，そうした物件に手を出すことを躊躇するであろう。したがって，この手段のみで抵当権者の保護として有効に機能するかどうかは疑問である(4)。第二に，民法395条但書の解除判決の効果について絶対的消滅説を採用すれば，賃貸人からの明渡請求が認められることにはなるが，賃貸人頼みでは抵当不動産の価値を十分に維持することができない(5)。

ところで，平成3年判決を契機として，悪質な執行妨害事件については，当面，引渡命令および売却のための保全処分の活用に多くを期待することになるとの指摘がなされた(6)。事実，この判決以降の執行妨害対策は，手続法へ傾斜することになる(7)。そのことは，売却のための保全処分の利用が急増したことに現れている。その運用にあたっては，かなり強引な条文解釈も行われた(8)。このよう

な状況の下で，いわゆる住専問題を直接の契機としつつ，平成8年には民事執行法の改正が実現した(9)。この改正は，不良債権回収を促進することを目的として，短期賃貸借による債権回収妨害への対策として，保全処分およ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・強化するものであった(10)。

この改正によって，平成3年判決の示した手続面による解決が，文理解釈上無理なく行うことができるようになった。そこで，執行妨害対策は，今後さらに手続法に傾斜するとも予想された。しかし，手続法による解決の限界を指摘し，実体法理論の見直しに言及する見解も少なくなかった(11)。

実務の運営に対するこのような評価の中，平成3年判決の変更を明言する本判決が下されたのである。

第2章　本判決の分析

第1節　本判決の内容

1　事実の概要

本件土地建物の根抵当権者であるX（原告・被控訴人・被上告人）は，平成5年，本件土地建物につき名古屋地裁に対して担保権実行による競売の申立をした。ところが，無権原者Y（被告・控訴人・上告人）らが本件建物を占有していたため，平成7年5月に開かれた競売手続に入札する者がなかった。その後も，再競売手続が指定されないまま経過している。そこで，Xは，本件根抵当権の被担保債権である貸金債権を保全するため，債務者であり本件根抵当権設定者である訴外Aが有する建物所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して，Yらに対して本件建物の明渡を求めた。

第一審（名古屋地判平成7年10月17日金法1061号6頁）においては，Xの請求が認容され，これに対してYが控訴した。原審（名古屋高判平成8年5月29日金法1061号3頁）は，「……本件建物につき何らの占有権原を有しない占有者……がいることによって，一般に不動産競売手続における買受希望者が買受申出の躊躇を覚え，結果として競売手続の進行が害されること，及び不動産引渡命令の制度の存在はかならずしも買受希望者の不安解消にはつながっていない」として，Yの控訴を棄却した。これに対してYが上告。

2　判旨

「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。

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。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と解するのが相当である。

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うべきである。

最高裁平成元年(オ)第1209号同3年3月22日第二小法廷判決・民集45巻3号268頁は，以上と抵触する限度において，これを変更すべきである。

裁判官奥田昌道の補足意見は，次のとおりである。

一　第三者の行為等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。

ところで，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・配当時）において最も先鋭に現われるが，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。

二　抵当権に基づく妨害排除請求権について

物権の実現が妨げられ，又は妨げられるおそれがある場合に，物権の権利者が物権の効力として妨害者に対し妨害の排除又は予防を請求することができること（物上請求権）は，広く承認されている。このような物上請求権は，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ものといわなければならない。もちろん，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。

三　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

抵当権の侵害に対する救済手段として，抵当権そのものに基づく妨害排除請求権が認められるならば，更にそれ以外に，抵当不動産の所有者の有する妨害排除請求権を抵当権者が代位行使することを認めることについては，異論があり得よう。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（不動産所有権の相次譲渡の場合における転得者による中間者の登記請求権の代位行使や，不動産賃借権に対する侵害の場合における賃借人による所有者の妨害排除請求権の代位行使）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，抵当権者について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，次のように考えられる。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（他に適切な救済手段がないこと）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い難く，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と考える。

ところで，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（明渡請求権）を同人に代わって行使するにすぎないこと，抵当不動産の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るべきもののようにもみえるが，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，抵当不動産の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と解するのが相当である。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ものというべきである。その場合に抵当権者が取得する占有は，抵当不動産の所有者のために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。

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考える。」

第2節　本判決に対する評価

本判決に対しては，その重要性のゆえに，すでに多くの研究が公表されている。以下では，論点ごとに，それらの研究が本判決をどのように理解しているかを整理する。そのような作業によって，これまでの研究の不十分である点もまた明らかになるからである。

1　抵当権の侵害

(一)　占有が抵当権の侵害となるか否か

代位請求であれ，物上請求であれ，抵当権に基づく明渡請求が認められるためには，抵当権の侵害状態が必要である。この点について，学説上争いはない。ところで，法廷意見は，抵当権の侵害状態を「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」であるとする。これは，配当額の減少が生ずる場合と交換価値の実現が妨げられる場合との両方を含むものと解される(12)。そうすると，

法廷意見が「抵当権の侵害状態」の例として示した「競売手続の進行が害される場合」が交換価値の実現が妨げられる場合に相当し,「適正な価格よりも売却価格が下落するおそれがある場合」が配当額の減少が生ずる場合に相当することになると指摘されている(13)。

(二) 「不法占有」という要件の理解

物上請求について,法廷意見は,「抵当不動産を不法占有すること」を要件とし,補足意見は,「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」を要件としている。両者の関係をどう理解するかについては,見解が分かれている。

まず,法廷意見にいう「不法」を「無権原」の意味と解する見解がある(14)。この見解によれば,法廷意見と補足意見との間に相違はないことになる。また,法廷意見においては,占有の具体的な動機,態様等の如何は問題にされていない。そこで,「本判決の射程範囲が,無権原占有のうち占有の動機,態様等が悪質なものに限られるとは解しがたい」として,無権原でありさえすれば「不法占有」にあたるとして,抵当権侵害を認める見解もある(15)。

これに対して,法廷意見にいう「不法占有」の意義を次のように見る見解もある。すなわち,「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」が第三者による抵当権不動産の占有によって生じているならば,その占有は,抵当不動産所有者との関係で正当なものであるか否かを問わず,抵当権を害する不法な占有と捉えるべきではないか,というのである(16)。このように見ると,法廷意見によれば,占有者が利用権原を有する場合であっても,抵当権者の明渡請求が認められる場合がありうることになる。この点で,法廷意見と補足意見との間に違いが出てくるわけである。

(三) 競売申立という要件の要否

本件の事案においては競売申立がなされているが,競売手続を離れた場面に関しても本判決の射程が及ぶかについては,今後の問題として残されていると見るのが一般である(17)。

抵当権侵害の判断時期(抵当権者が明渡を請求しうる時期)について,法廷意見は,「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格よりも売却価格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」と判示する。これに対して,補足意見によれば,抵当権者は,「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・継続的に支配できる」。「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」。そこで,法廷意見も補足意見も,抵当権者は,抵当不動産の不法占有がある場合には,不法占有者に対して直ちに不動産の明渡しを求めることができると考えているように見えないわけではない。もっとも,補足意見は,「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であるが,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」と述べている。ここからすると,補足意見は,競売申立てがなされていることを重視しているのであって,抵当不動産の不法占有がある場合に抵当権者が不法占有者に対して直ちに不動産の明渡しを求めることができるとは考えていないようである。

この問題をどう理解するかに関しては,評釈の中でも見解が分かれている。競売申立あるいは差押え登記後に限定する見解(18),債務者が履行遅滞に陥ることが必要とする見解(19)などがある。

(四) 明渡請求の主体

法廷意見は,この点について何ら言及していない。これに対して,補足意見は,「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防止することも，考慮しなければならない」として，「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」とする。評釈においては，この補足意見のように，明渡の主体を限定する見解[20]が多いが，限定しない見解[21]もある。

2　被保全請求権

本判決の法廷意見は，「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」（以下，「侵害是正請求権」と呼ぶ）を保全する必要があるときは，抵当権者の代位請求を認める。すなわち，法廷意見は，代位請求の被保全請求権を，侵害是正請求権と考えているわけである。

この侵害是正請求権の根拠に関して，法廷意見は，「抵当権の効力として」と述べるだけである。そこで，判旨のいう侵害是正請求権は，抵当権設定契約に基づいて当然に発生する請求権であって，抵当権者と設定者との間の抵当不動産の適切な維持管理を目的とした特約の存在を前提とするものではないと解されている[22]。

それでは，抵当権設定契約に基づいて発生するこの請求権は，その当事者である抵当権設定者に対してのみ請求しうる債権的なものであろうか，それとも抵当権設定者からその後に抵当不動産を取得した第三者に対しても請求しうる物権的なものなのであろうか。法廷意見は，侵害是正請求権を導く前提として，「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」と述べている。この趣旨について，抵当不動産の所有者であれば，抵当権設定者に限らず，第三取得者であっても，その適切な維持・保存を等しく義務づけられているということであると解する見解が多い[23]。この理解に従えば，判旨のいう侵害是正請求権は，物権的請求権ということになる。

もっとも，この侵害是正請求権なる権利は，本判決によって初めて認められたものであって，従来の議論の蓄積に欠ける。そのため，かかる権利の内容については，これからの議論を待たなければならない[24]との指摘があり，また，現時点では，物上請求権の一類型と考える見解[25]と，抵当権設定契約又はそれに類する関係を根拠とすると解する見解[26]がある。

また，法廷意見は，民法423条の適用ではなく，「民法423条の法意」に従った代位請求を認めている。この趣旨について，かねて認められていた債権者代位権の転用場面と同旨であるのか，従前の転用場面とも異なる代位請求を認める趣旨であるのかは，検討を要するとの指摘がある[27]。

3　明渡の相手方

明渡請求が認められる場合，不法占有者は，誰に対する明渡を命じられるのであろうか（明渡の相手方の問題）。

まず，代位請求の場合には，法廷意見と補足意見のいずれも，抵当権者に対する明渡を認めている。その要件として補足意見は，「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」ことを挙げている。これは，金銭債権に対する債権者代位権行使の場合に債権者に対する支払いを命じうる根拠づけと同様である。なお，この点に関して，被代位者の権利を代位行使するという債権者代位の構造からして抵当不動産の占有者に対してその所有者への明渡しを求める態様を本則としつつも，抵当権の占有排除効として代位請求を認める場合には，抵当権者への明渡しを求める形態が基本に捉えられてよいという指摘がある[28]。

他方，物上請求の場合には，傍論でその可能性を肯定した法廷意見も，抵当権者への明渡請求まで認める趣旨であるのか否か判然としない[29]。さらに，補足意見は，物上請求が認められる場合にも，「抵当権者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」という慎重な言回しをしている。にもかかわらず，学説においては，抵当権者に対する明渡を肯定する判例を期待する声が強いようである[30]。

4　抵当権者の抵当不動産に対する占有

補足意見は，代位請求によって抵当権者が取得

する占有を,「抵当不動産の所有者のために管理する目的での占有，いわゆる管理占有」と説明している。このように本判決が抵当権者の占有と抵当権設定者の占有とが等質のものではないことを明らかにしている以上，抵当権者が抵当不動産の明渡を受けても，自ら抵当不動産の使用・収益を行うわけではなく，抵当権ドグマに矛盾する結果にはならないという見方も成り立つという指摘がある(31)。この占有の法的根拠については，委任に準じると見る見解(32)，事務管理を類推適用すると考える見解(33)がある。

5　その他の問題点

抵当不動産の管理費用について，学説においては，共益費用として優先弁済されることを肯定する見解(34)と，否定する見解(35)とが対立している。

次に，抵当権者が抵当不動産の所有者からその引渡を求められた場合に，これに応じる必要があるかも問題となる。これについては，所有者への引渡に応じる義務があると解する見解が提示されている(36)。さらに，所有者に「抵当不動産を適切に維持又は保存する」能力が備わっていない場合に，抵当権者が所有者の意思にかかわらずなお管理のための占有を継続することができるか否か，これを肯定するのであればその根拠は何か，という問題も提起されている(37)。

6　本判決の射程

最後に，本判決の射程に関連して，次の指摘がある。

まず，抵当不動産を任意売却して債権の回収を図る場合にも，抵当権者は，不法占有者に対して明渡を請求することができるか。この問題は，本判決の射程外である。しかし，任意売却ケースについても，抵当権者による占有排除を認めるという解決を期待する声が少なくない(38)。

次に，占有者が所有者との関係で利用権原を有する場合であっても，抵当権者は，占有者に対して明渡を請求することができるか。具体的には，占有者が抵当権設定後に短期賃借権や長期賃借権，使用借権を取得した者である場合に，この問題が提起される。しかし，これもまた，本判決の射程外である。学説においては，これらの利用権が執行妨害目的の濫用型の場合には,抵当権者は,当該利用権が執行妨害目的の無効のものであることを証明することによって，濫用的利用権者を無権原占有者とし，抵当不動産の明渡しを請求することができるという見解がある(39)。また，物上請求の場合には，未だ解除判決が確定していない短期賃貸借にかかる賃借人に対しても，抵当権者による占有排除の余地を認める見解もある(40)。

第3節　本判決の理論的正当性

以上，本判決をめぐる議論の状況を概観してきた。そこに示されているように，本判決に関する評釈の多くは，①不法占有によって抵当権が侵害される余地があることを当然のように認め，②侵害是正請求権という今まで議論されたことのない請求権が当然存在することを前提に，その法的性質についての検討に終始し(41)，③非占有担保という抵当権の性質について十分に論じることなく，抵当権者による「管理占有」の法的性質論の議論に重点を移している。すなわち，抵当権者の明渡請求否定説の論者が主に依拠していたいわゆる抵当権ドグマについては，もはや検討する必要がないという理解が一般化しているように思われるのである。

しかし，平成3年判決は，妥当性の点はともかくとしても，理論的には正しいと言われていた。本判決がそれと反対の結論を出した以上，この結論を理論的に説明する必要は大きい(42)。とすれば，上記のような状態は，克服する必要があるといわなければならない。

ところで，本判決を理論的に検討する際には，平成3年判決をいかに解釈するかが重要になってくる。すなわち，本判決は，平成3年判決を変更する旨を明示しているが，果たして本当に判例変更があったといえるのか。この問題に対する回答は,平成3年判決をどのように評価するかによる。

多数説は，平成3年判決の下で占有による抵当権侵害を認める余地がないと解している。この見解によれば，抵当権者の不法占拠者に対する明渡

請求を認めた本判決において，判例変更があったといえる(43)。これに対して，鎌田教授は，平成3年判決を「現実に『占有』による抵当権の侵害があり，その具体的事実を明確に立証しえたときには，抵当権に基づく明渡請求を認容しうる余地を含んだもの」と評価している(44)。この見解によれば，抵当権侵害ないし抵当権者の設定者に対する請求権の保全の必要性があるときに抵当権者の明渡請求を認める本判決は，何ら平成3年判決に抵触しないことになろう(45)。

多数説のように，本判決が判例変更をしたと解するのであれば，平成3年判決で前提とされた抵当権ドグマを理論的に否定する必要がある。他方，後者の見解のように，平成3年判決に抵当権者による明渡請求の余地を認めるのであれば，平成3年判決が示した命題，すなわちⓐ抵当権は非占有担保であるから抵当権者は抵当不動産の占有関係について干渉しえない，ⓑ第三者が抵当不動産を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，という命題を前提に，不法占有による抵当権侵害を導く必要がある。また，このように考えるのであれば，本判決の理論を前提にしても，不法占有があれば当然に明渡請求が認められるわけではない。いかなる場合にかかる請求が認められるのか，緻密に検討する必要が出てくるのである。

第4節　問題の所在

そのような理論的検討に第3章以下で取り組むことになるが，その作業に当たっては，まず，議論の射程を広げる必要がある。執行妨害に短期賃貸借がよく利用されることから，抵当権者の明渡請求の可否は，占有者が濫用的短期賃借人である場合を中心に議論されてきた。しかし，濫用的な短期賃貸借に限らず，執行妨害を意図した抵当不動産の占有をいかに排除するか，という広い視野に立つ議論をなす必要があるのである(46)(現に，本件では占有者の賃借権が認定されず，不法占有と判断されている)。

次に，従来の議論においては，①抵当権者による明渡請求が認められるかという問題と，②それが認められるとして抵当権者自身への明渡が認められるかという問題が，十分に区別されていない嫌いがあった。特に，物上請求構成が検討される際には，抵当権者に占有権原がないことを理由に，抵当不動産を占有されるだけでは，抵当権侵害という物上請求の要件を満たさないというような議論もあった。しかし，①の問題においては，②のように抵当権の非占有担保性が直接問題となるわけではなく，両者は，明確に区別して検討する必要がある(47)。

本判決は，①について抵当権者による明渡請求を認めるに際して，代位請求構成を用いている。しかし，①は，従来，物上請求構成を中心に論じられてきた。また，代位請求構成の場合には，物上請求構成との関係で補充性の要件（第4章第5節参照）が問題となってくる。これらの点を考慮して，本稿においては，抵当権に基づく物権的請求権としての明渡請求の可否を検討した(第3章)後に，債権者代位に基づく明渡請求の可否を検討する（第4章）ことにしたい。

第3章　抵当権に基づく物権的請求権としての明渡請求の可否

最高裁が平成3年判決によって抵当権者の物上請求を否定したにもかかわらず，学説の多数は，これを肯定していた。否定説と肯定説とでは，次の点において大きな対立があるといえる。

まず，ⓐ否定説は，抵当権が非占有担保であることを根拠に，抵当権者は抵当不動産の占有関係について干渉しえないと主張する。これに対して，肯定説は，抵当権が非占有担保であるということから当然に占有を排除しえないということにはならないと主張する。次に，ⓑ否定説は，第三者が抵当不動産を不法に占有しているというだけでは抵当権が当然に侵害されるわけではないと考える。これに対して，肯定説は，不法占有者の存在により抵当不動産の買受申出額が下落するのは常識であり，不法占有があれば抵当権が侵害されているとする。

そこで，以下では，一般論として抵当権に基づく物権的請求権の要件（抵当権侵害の有無）・内容を確認したうえで，ⓐ抵当権者は占有関係に干渉し得ないのか，ⓑ不法占有によって抵当権が侵害されることはないのか，という二つの問題について検討することにする。

第1節　抵当権に基づく物権的請求権の一般論

抵当権は，抵当不動産の担保価値を排他的に支配することを内容とする物権であるから，その担保価値が侵害される場合には，侵害状態を除去するための物権的請求権が認められる。この点については異論を見ない。しかし，抵当権は，目的物を占有（使用・収益）する権原を伴わない物権である。そのため，抵当権に基づく物権的請求権がありうるとしても，どのような場合に抵当権侵害が認められるのか，抵当権侵害が認められた場合にいかなる内容の物権的請求権が認められるのかは，自明のことではない。この問題をめぐっては，かねて議論があるところである。本件で争点となっていた抵当権の占有排除効の有無も，その延長線上にあるということができる。

1　抵当権の侵害について

抵当権の侵害とは，一般的には，「目的物の交換価値が減少しそのために被担保債権を担保する力に不足を生ずること」と解されている(48)。しかし，物権的請求権が問題となる場面では，担保物権の不可分性との関係で，「不足」の部分を強調する必要はなく，目的物の価格が下落すれば抵当権侵害になると解すべきである(49)。

抵当権の侵害になるような抵当不動産の減価が生じる典型的なケースは，抵当不動産に物理的減価が生じる場合である。例えば，抵当山林の不当伐採，抵当家屋の取壊し，付加物や従物の不当分離・搬出の場合である。これに対して，正当な用法に従った伐採，分離，搬出は，それによって価値が減少しても，抵当権侵害にはならない。なぜなら，抵当不動産の使用収益権限が抵当権設定者にある以上，正当な用法によって価値減価が生じたとしても，抵当権者が最初から把握している担保価値の範囲外の価値が減少しているにすぎないからである(50)。

このように，物理的減価がある場合に抵当権侵害の可能性を認めることに争いはない。確認しておくべきは，この場合に抵当権侵害となるのは，抵当不動産の物理的毀損・消滅それ自体を理由とするのではなく，そのことによる抵当不動産の物理的価値の減価，すなわち抵当権によって支配している交換価値の減価を理由とすることである(51)。

なお，抵当権侵害の時期について，判例(52)は，差押えの前後も，弁済期の前後も問題にしていない。一旦物理的減価が生じると回復が困難であり，債務の弁済期前でも抵当権者を救済する必要があるからである。

2　抵当権に基づく物権的請求権の内容

代表的学説は，物理的減価に関連して，競落開始による差押えの前後を問わず，抵当山林の不当伐採・搬出，従物の不当分離の禁止すなわち妨害除去請求を認める。大審院の昭和6年判決も同様である(53)。

妨害排除請求を肯定する点について，我妻博士は，非占有の抵当権についてはいささか問題かもしれないが，抵当権の効力が及んでいて，その効力が減殺されるのを阻止するための効力として認められると述べられる(54)。分離・搬出された付加物や従物については，抵当不動産の所在場所への返還請求が認められる。そして，我妻博士は，このような返還請求権を，抵当権の本来の価値を回復するための手段として根拠づけられる(55)。最高裁昭和57年判決(56)も，工場抵当権に関してではあるが，同旨の見解を示している。

このように，物理的減価による抵当権侵害の場合について，従来の代表的学説や判例が認める物権的請求権の内容は，妨害除去請求か抵当不動産の所在場所への返還請求というごく限られたものでしかない。ここでは，抵当権設定者への返還請求や抵当権者への返還請求などは考えられていないのである(57)。しかし，抵当権侵害が肯定されれば（ⓑ），物権的請求権を行使することによって，

抵当不動産の所有者の使用態様に対する干渉が認められる(ⓐ)。この点について争いがないことを確認しておきたい。

なお，抵当権に基づく物権的請求権の内容は，一般的な（所有権を念頭におく）物権的請求権と同列に議論される傾向にある[58]。しかし，いわゆる物権的請求権の三類型は占有侵奪の有無で区別するのに対して，所有権とは異なり占有権原のない抵当権に基づく物権的請求権については，(設定者からの）占有侵奪の有無でその内容を区別する根拠はない。そうである以上，別個に検討すべきであろう[59]。

第2節　抵当不動産の占有と抵当権侵害の有無

抵当権者に物権的請求権が認められるとしても，そのためには，抵当権侵害という要件を満たす必要がある。平成3年判決は，抵当権者が抵当不動産の占有関係に対して干渉しうる余地がない(ⓐ) ことを理由に，「第三者が抵当不動産を権原により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」(ⓑ)と判示していた。本判決は，「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格よりも売却価格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」している。

平成3年判決が不法占有による抵当権侵害を否定した背景には，いわゆる「抵当権ドグマ」がある。それでは，不法占有による抵当権侵害を肯定した本判決は，このドグマを否定したのであろうか。

1　「抵当権ドグマ」と占有による抵当権侵害の有無との関係

(一)　否定説

抵当権侵害を否定する見解は，大審院昭和9年判決[60]を引用する。すなわち，「抵当権は，目的物の交換価値を直接かつ排他的に支配する権利であって，その使用・収益を目的とする権利ではない」という「抵当権ドグマ」[61]を根拠とするのである[62]。

(二)　肯定説

平成3年判決が出たのちもなお，第三者の占有による抵当権侵害の余地を認める見解が，学説の中では多数を占める。そして，抵当権者の物権的請求権を基礎づけるために，上記の抵当権ドグマに対して批判が加えられることになる。批判説は，立法者意思によれば抵当権はその設定者たる所有者の権限に制約を加える権利であるとの理解[63]を背景に，抵当権者が目的不動産に対し単に交換価値支配のみをなすとの考えはドグマであり，それにとどまらず物支配面についても関連して何らかの権限を有すると考えるのである[64]。

これらの見解が主張するように，抵当権の物的支配面が承認されれば，排除の基礎付け自体が容易になるという指摘もある[65]。しかし，抵当権が非占有担保であるということと，価値権の侵害があるときには占有関係に干渉しうるということとは，なんら矛盾しないというべきである[66]。第三者の占有によって交換価値に侵害が生じれば，抵当権侵害（のおそれ）を認めることについて問題はないであろう[67]。本判決も，「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ができない」としつつ，「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ」た場合に抵当権侵害を認めている。この判示は，価値権論を前提としているといえよう。不法占有により抵当権侵害が認められるのであれば(ⓑ)，物権的請求権を行使することにより抵当不動産の占有態様に干渉する余地がある（ⓐ）のは，先に示した物理的減価の場合と同様なのである。

したがって，本判決が不法占有による抵当権侵害を肯定したからといって，抵当権ドグマを否定したことにはならない。

2　抵当権侵害の判断基準

抵当権侵害の判断基準について，明確な要件を示す見解は少ない[68]。そのような中で，小杉教授の相関関係説的処理は，抵当権侵害の蓋然性を個

別具体的に判断しており，注目される。小杉教授は，まず，一般論として，「抵当権の侵害のおそれ」とは，抵当権の実行に事実上障害となって，その結果，交換価値の低下をきたすものを意味するとする。その上で，「侵害のおそれ」の有無の判断においては，請求者の事情や状態，相手方の利用権限の有無等，種々の状態・事情が勘案されるべきと説く。たとえば，被担保債権の弁済期に一応のめどを置くとしても，債務者の信用状態が悪化したり，債務者が行方不明になったりした場合には，被担保債権の弁済期前でも「侵害のおそれ」を認めることがありうる。また，利用権限が正当かつ適法なものである以上，それが抵当権者に対抗しえないものであっても，「侵害のおそれ」にはならない，と説くのである(69)。

これに対して，鎌田教授は，抵当権が非占有・非用益の価値権であるという考え方を維持しつつ，執行妨害目的で暴力団の看板を掲げて抵当不動産を占拠し，明渡執行に応じないことを公言している場合のような極めて悪質な占有について，抵当権侵害の可能性を認める(70)。

3　抵当権侵害の判断時期

物理的減価による抵当権の侵害の時期は，前述したように，一般的には問題とされないが，不法占有による抵当権侵害の場合にはどうか。競売手続開始決定以降について，抵当権の侵害が現実化したものとして，抵当権者の明渡請求を肯定する説も多いが(71)，必ずしもそれにこだわらない見解(72)も少なくない。もっとも，抵当権の実行とまったく無関係に抵当不動産の交換価値の実現が害されているか否かを検討するのは妥当ではないとして，少なくとも抵当権の被担保債権の弁済期が到来していることは要件であるとする見解もある(73)。また，担保余力は十分だが執行妨害となるような占有がある場合には，競売申立を要件とするのに対し，担保余力が十分でない場合には，競売申立を要件としない見解もある(74)。

4　明渡請求の主体

学説においては，配当可能性のない抵当権者は明渡請求の主体とならないと解する見解が有力である(75)。しかし，不動産が競落された際に完全に配当を受けられる抵当権者が主体となるか否かについては，見解が分かれている。

5　検討

以上の整理を踏まえつつ，抵当権不動産の占有による抵当権侵害についてどのように考えるべきか検討しよう。

(一)　「第三者が抵当不動産を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」という前掲大判昭和9年6月15日および平成3年判決が示す命題は，不法占有者が抵当権を侵害することがおよそありえないと断じているわけではなく，「抵当物…ノ価格ヲ低減スル虞アルカ如キ場合」について例外を許容する原則である。本判決は，第三者の不法占有により抵当物の価格が事実上低減するおそれがあり，「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ……るような状態があるとき」に抵当権侵害があると評価する。この説示が，上記の命題を変更したわけではないことは明らかである。本判決は，理論的には，従来の判例の延長線上にあるのである。本判決の論理については，むしろ，第三者が占有していても，「交換価値の実現」が妨げられない場合には，その占有が抵当権侵害と評価されない点に注意する必要がある。

抵当権は，基本的に，交換価値を実現してそこから優先弁済を受けることを内容とする権利である。そのため，交換価値の減少のみが抵当権に対する侵害となる。ところが，交換価値の減少による抵当権侵害の有無を判断する際には，目的物の通常の使用収益が設定者にとどめられているという抵当権の特質が考慮されなければならない（本判決もこの抵当権の特質について確認している）。すなわち，第三者の占有により事実上占有減価があったとしても，通常の使用収益の範囲内であればそのような減価は法的に考慮されない。そのような占有減価は，抵当権設定時に予想されるものであり，抵当権が本来把握している担保価値から外されているからである(76)。

もっとも，いかなる占有によっても抵当権侵害が生じないのではない。ある占有が抵当権によって把握された担保価値を減少させることはありうる。例えば，抵当不動産について執行妨害目的の占有者がいる場合には，著しく安い価格でないと競落人が現れないはずであるが，実務の運用上は，かかる占有による占有減価を考慮せずに最低売却価格を決定している(77)。その結果，必然的に競落人がなかなか現れないことになる(78)。このように抵当不動産の交換価値の実現を困難にする占有は，交換価値を実現してそこから優先弁済を受けることを内容とする抵当権を侵害すると評価されるべきである。そして，執行妨害目的の「不法」占有には，所有者との関係で占有権原がない場合に限らず，広く抵当権者に後れる用益権者が占有する場合も含めるべきであろう。占有態様によっては抵当権者が把握している担保価値を予想以上に減少させるという点では，占有権原の有無を問わず，共通するものがあるからである（逆に，抵当権者に先行する賃借人が抵当不動産を占有する場合には，抵当権者は減少済みの交換価値を把握しているにすぎない以上，いかなる占有態様であろうと，「占有」による抵当権侵害が認められる余地はないであろう）(79)。

本判決が下された背景には，一般的にはいうまでもなく執行妨害が多発している現状があるが，それに加えて，本件事案における占有の特殊性（競売の開札期日において上告人らが抵当不動産を占有していることにより買受けを希望する者が買受申出を躊躇したため入札がなく，その後競売手続が進行していないという事情がある(80)）が大いに関係していると思われる。それゆえ，本判決は，「第三者が抵当不動産を不法占有すること」によって直ちに，「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ……るような状態」と判断しているわけではなく，その不法占有により執行が妨害される場合に限って，「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ」ると判断していると解すべきである。

そして，執行を妨害する占有であるか否かは，占有者の害意の立証まで要求せず，もっぱら客観的に判断すべきである。具体的には，次のような判断要素によるべきである。①占有取得に至った経緯。他の債権者が主体となって賃貸借契約が締結された場合，また暴力によって占有が取得された場合には，執行妨害の可能性が高い。他方，抵当権設定前から存在した賃貸借契約が終了した後に不法占拠しているにすぎないような場合には，執行妨害と見るべきでないことが多いであろう。②占有態様。暴力団の看板を下げている，実際に居住・用益していない，占有者が短期賃借人であれば賃貸借契約の内容(81)等が執行妨害であるか否かを判断する有力な要素となる。③所有者との関係。例えば所有者の債権者である場合には，債権回収目的の占有と推測され，執行妨害となる可能性が高いといえよう。④競落時に抵当不動産を明け渡す蓋然性。すでに一定の金銭を要求し，あるいは明渡に応じないことを公言している場合には，競落時に明け渡さない蓋然性が高いといえよう。

(二) 抵当権に対する侵害と評価しうる時期について，本判決の補足意見は，「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・配当時）において最も先鋭に現れる」としつつ，「抵当権設定時以降換価に至るまでの間においても，……抵当権に対する侵害」と評価することを認めている(82)。

しかし，不当伐採・搬出行為等により物理的減価が生じる場合とは異なり，不法占有の場合には，時期を問わず占有を除去しさえすれば，抵当権者が把握している交換価値は回復する。大部分の抵当権は実行されないまま債権の回収が行われるという現状からすれば，抵当権侵害すなわち交換価値の減少という評価は，交換価値実現の可能性が生じた段階以降，すなわち被担保債権の債務不履行時以降に限られると解すべきである。

たしかに，明渡訴訟においては判決までに時間がかかることを考慮すれば，早い段階で抵当権侵害と評価すべきとの見解にも理由はある。しかし，抵当権に基づく明渡請求権を被保全権利として民事保全法上の仮処分命令を申立てることによって，実効性を確保することができるであろう（民事保全法23条以下）。

㈢ なお，本判決の補足意見は，抵当権の侵害に当たるか否かについて，救済手段の濫用防止を理由に，「競売手続における当該抵当権者に対する配当可能性等も考慮すべきである」と判断している。しかし，配当可能性がないことの判断は困難である（先順位抵当権者への弁済等により順位が上昇する結果，配当可能性が出てくることも十分あり得る）。抵当権侵害と評価される占有（執行妨害となりうる占有）を排除することは，当該抵当権者のみならず，他の抵当権者ひいては一般債権者にとっても，利益にこそなれ不利益となることはない（この点で，利益剰余主義（民事執行法63条が妥当する場合とは利益状況を異にしていると言える）。したがって，これを一般的に手段の濫用といえるかは疑問である。たしかに，抵当権者による救済手段濫用の危険がありえないではないが，それに対する占有者の保護としては，占有態様等により抵当権侵害の有無を厳格に判断することで足りるであろう。

㈣ 平成3年判決の事案も，客観的には濫用的短期賃貸借の疑いが強いとされている(83)。したがって，執行妨害となる占有として例外的に抵当権侵害にあたると認定することが可能であったようにも思われる。しかし，抵当権者側は，一審において，本件不動産の評価額が短期賃貸借の付着により二割ほど減価したことをもって抵当権者に損害を及ぼすと主張するだけで，抵当権設定者から抵当物件について賃貸がなされた事情やその契約内容，現占有者に対する再転貸に関する事情などの占有排除の必要性を判断する具体的事情について何ら主張しなかった。原審でも同様であって，ここに抵当権者敗訴の原因があると思われる(84)。

悪質・濫用的な占有である旨十分な主張および認定がされていたならば，平成3年判決が結論を変えた可能性は高かったといえよう。このように，平成3年判決は抵当権に基づく明渡請求が認められる余地があったといえる以上，本判決は，平成3年判決と何ら抵触しないと思われる（それゆえ，本判決が平成3年判決の変更を明言した点は，疑問である）。

第3節　明渡の相手方

抵当権者が明渡請求をする場合，不動産所有者への明渡しを求めるのが原則である。しかし，所有者が行方不明であるとか，明渡しの執行の場に出頭しないとか(85)，所有者が明渡しを受けてもこれを再び第三者に賃貸してしまうといった事態がしばしば予想される。このような場合，抵当権者は自己への明渡しを求めることができるかが問題となる。

明渡請求の実効性の確保を理由に(86)，抵当権者自身への明渡請求を認める見解もある(87)。しかし，抵当権の非占有担保という性質(88)からは，単なる明渡請求の実効性の確保を根拠に，抵当権者自身への明渡請求を認めることは，問題があろう。それゆえ，本判決の補足意見も，明渡の相手方については「更に検討を要する問題」としているのである(89)。

第4節　まとめ

このように，不法占有の結果，交換価値の実現が困難となり抵当権侵害と評価されたとしても，抵当権者自身への明渡請求は，当然には認められない。となると，抵当権に基づく物権的請求権の行使として明渡請求をしても，執行妨害を完全に除去できるわけではないことになる。そこで，以下のように，債権者代位による明渡請求によってこの限界を突破できないかが問題となるのである。

第4章　債権者代位に基づく明渡請求の可否

抵当権者自身への明渡を認めるために代位請求構成を重視する見解(90)が少なくない。しかし，その場合には，債権者代位権の要件を満たすかが大きな問題になる。抵当権者が抵当権設定者の不法占拠者に対する所有権に基づく物権的請求権を代位行使するというのは，民法423条が本来予定している場面ではないからである。にもかかわらず，債権者代位権の要件を意識して検討する見解は少ない(91)。抵当権に基づく明渡請求において，はたして，①債権保全の必要があること，②債務者が自己に属する権利を行使していないこと，③債権者の債権の履行期が原則として到来していることという民法423条の要件を満たしているのか。以下，検討しよう。

第1節　被保全債権

所有者の占有者に対する明渡請求権を抵当権者が代位行使する場合には，抵当不動産の占有が抵当権を侵害するか否かという議論は一応回避し得るものと思われる。最も検討を要するのは，抵当権者が所有者に代位することによって保全されるべき債権は何かである(92)。

1　まず，被保全債権を被担保債権と解する見解がある(93)。この見解は，金銭債権を被保全債権とする債権者代位権の一般例に従い，債務者（抵当権設定者）の無資力を要件に，代位請求を認容することになる。しかし，この立場では，抵当権設定者が物上保証人である場合を解決し得ない(94)。

2　そこで，被保全債権（請求権）を被担保債権以外と解する立場も少なくない。この立場に属するものとして，被保全債権（請求権）をⒶ抵当権(95)またはⒷ抵当権に基づく物権的請求権(96)と解する見解，Ⓒ抵当権者が設定者に対して有する抵当不動産の（担保価値の）保存・維持を求める権利(97)と解する見解がある。Ⓒ説は，①抵当権の効力として，あるいは②抵当権設定契約(98)又は民法400条の類推適用を根拠とするのであろう(99)。

これらの立場は，抵当権から派生する特定の権利を被保全債権（請求権）としており，債権者代位権の転用的処理をしている。しかし，端的に抵当権の物上請求権として占有排除効を認めれば足りるという批判(100)(詳しくは第5節の補充性のところで検討する)，抵当権に基づく妨害排除請求を否定したことに対する潜脱になるという批判(101)がある。

また，Ⓑ説やⓒ①説については，債権ではなく請求権を保全する権利として債権者代位権を把握しうるかがさらに問題となる。肯定的に解する論者は，我妻博士の「保全される債権とは，広く請求権の意であって，物権的請求権のようなものも包含される」との記述(102)を引くことが多い(103)。この記述は，「けだし，特定債権の保全のために利用しうるものとする当然の結果である」と続けられている。被担保債権を債権以外のものにも拡大するこの解釈は，転用事例を念頭に置いているのである。たしかに，我妻博士のこの解釈は，債権者代位の制度趣旨や，規定の文言に反する(104)。しかし，債権者代位制度の転用とは，他の法的手段がなく妥当な結論を導く現実的必要性から認められるものである以上，制度趣旨や規定の文言に反することもやむを得ないであろう(105)。

もっとも，Ⓐ説のように物権である抵当権を直接的に被保全権利と解することはできないと思われる。債権と請求権とは，一定の行為を請求する権利という点で共通性があり，それを根拠として請求権を被保全権利として債権者代位制度を転用する余地はありうる。これに対して，債権と物権ではこのような共通性が認められない以上，物権を直接的に被保全権利と解することは困難なのである。

また，ⓒ②説のように，抵当権設定契約と同時に担保価値保存維持という作為を求める権利（債権）を設定するという構成も，やや疑問である(106)。抵当権設定契約に付随して特約を締結するのであれば，用益権設定禁止等の不作為を内

容とする特約を締結するのが一般的と思われる。とはいえ，かかる特約に基づく不作為債権は，第三者に対してはもちろん，義務者（抵当権設定者）に対しても作為を請求しうる権利ではない。それゆえ，このような不作為債権を被保全債権として抵当権設定者の有する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使することは，債権保全の必要な行為とはいえず(107)，このような代位行使は認めるべきではない。不作為債権は，被保全債権となりがたいであろう。

3　本判決の法廷意見は，「抵当権の効力として」抵当権者が抵当不動産の所有者に対して有する，抵当権侵害という「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」（侵害是正請求権）を被保全請求権と解し，補足意見は，抵当権設定時より恒常的に存続する「担保価値維持請求権」を被保全請求権と解している。補足意見にいう「担保価値維持請求権」が，法廷意見にいう「侵害是正請求権」のように抵当権の効力として発生するのか（Ⓒ①説），抵当権設定契約に付随して発生する権利なのか（Ⓒ②説），その説示からは明らかでない。ただ，両意見でいう請求権は，発生時期に違いこそあれ，基本的には同種のものと解してよいであろう(108)。

なお，請求権の理解に関して，それを本体的な権利である債権ないし物権が侵害された場合に発生する二次的権利であると把握する有力な見解がある(109)。この理解は正当なものと思われるが，それを前提とすると，補足意見のように，「担保価値維持請求権」が抵当権侵害とは無関係に抵当権設定からその実行に至るまでの間恒常的に存在すると捉えるのは，不自然であろう。これに対して，法廷意見は，抵当権侵害時に抵当権の効力として「維持保存請求権」を認めるので，このような問題性を免れている。

第2節　債権保全の必要性

第一節で述べたように，保全されるべき債権（請求権）の存在が認められたとしても，かかる債権（請求権）を保全する必要があるといえるのはいかなる場合なのであろうか。

1　無資力要件の要否

民法423条の「債権ヲ保全スル為メ」という文言は，債務者の無資力を要件とする趣旨であると理解されてきた。とすれば，抵当権の被担保債権を被保全債権とする見解からは，無資力要件が要求されることになる(110)。

これに対して，抵当権の被担保債権以外を被保全債権（請求権）とする近時の見解からは，債権者代位権の転用と捉える以上，無資力要件にこだわる必要はなく，債権保全の必要性の有無について判断すればよいことになろう(111)。

2　債権（請求権）保全の必要性と抵当権侵害との関係

平成3年判決は，「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」必要がないことを理由に，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，その明渡を求めることを否定した。これに対して，本判決は，「抵当不動産を適切に維持又は保存する請求権」（侵害是正請求権）を保全する必要があるとき，抵当権者は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。

法廷意見は，抵当権侵害時に抵当権の効力として維持保存請求権を認めるので，請求権が発生するときは，本体的権利である抵当権が侵害されているわけである。この場合には，当然に保全の必要性があるとも考えられ，法廷意見のようにさらに保全の必要性を要求するのは，奇妙な気がしないわけではない(112)。この場合には，当然に保全の必要性を認めてよいのではないだろうか。

他方，抵当権設定契約に付随した特約により維持保存を目的とする債権が発生すると解した場合には，かかる債権は，抵当権設定時から存在することになるが，抵当権が侵害されてはじめて保全の必要性が認められることになろう。また，補足意見のように，担保価値維持請求権が抵当権設定

時から恒常的に存続すると解する場合にも，同様に抵当権が侵害されて初めて保全の必要性が認められることになろう。

さらに，平成3年判決のように，被担保債権を被保全債権と解しつつ無資力要件を要求しない立場からも，同じく抵当権侵害時に，債権保全の必要性が認められることになる。無資力要件を不要とした趣旨が特定不動産の価値保全という目的にあるのであれば，当該不動産の交換価値の侵害（すなわち抵当権侵害）があったときに，まさに債権を保全する必要があるといえるからである(113)。

このように，債権（請求権）保全の必要性と抵当権侵害とは，密接に関連してくる。それゆえ，代位請求構成でも，結局抵当権侵害の有無の判断が重要となってくるのである(114)。すなわち，占有による抵当権侵害を認定することが困難であるがゆえに，これを回避するために代位請求構成を採るという論理は，採りえないのである。

第3節　抵当不動産の所有者による権利不行使

債権者代位権の行使は，被代位者において，その権利を行使していないことが要件となる。代位請求の構成により明渡請求を基礎づける見解をとったとしても，同様の理が妥当するはずである。本判決が「民法423条の法意」をいう趣旨については，一義的には捉えられない。ただ，債権者代位権の転用場面とみても，被代位者が権利を行使している場合，すなわち抵当権設定者がすでに不法占有者に対して抵当不動産の明渡を求めている場合には，抵当権者による代位請求を認めることはできない。抵当権者としては，抵当権設定者の明渡請求が裁判上の請求であれば，当該訴訟に補助参加するほかない(115)。

第4節　保全すべき債権の履行期到来

被保全債権を被担保債権と解する見解からは，その履行期が到来しない間は，原則として，これを保全する目的で債権者代位権を行使することはできない（423条2項本文）。これに対して，被保全請求権を被担保債権以外と解する見解からは，この点が問題となることはない。しかし，この見解に立脚した場合にも，保全の必要性との関係で代位行使の時期が制限されることになろう(116)。

第5節　補充性

債権者代位権の転用を認めることは，本来権利者の自由に委ねられているはずの権利行使について，あえて第三者である代位権者の介入を認めることを意味する。これは，財産法の領域における自己決定原則に対する例外を構成するものであるから，債権者代位権の転用は，限定的にしか認めるべきではないであろう。しかし，他方で，転用を認めないことが公平に反し，妥当でない結論を導くことは避けなければならない。そこで，「①ある具体的な結果を導くことが妥当とされる場合に，それを導くためのより直截な法的手段・法技術が十分に開発されておらず，特に，いちおうまず考えられる法的手段の使用がその伝統的理論などの故に困難とされるような場合であって，②その転用によって弊害が生じない（ような解釈がとれる）か，若干弊害があっても，右の望ましい結果と比較すれば僅少のものでやむを得ないような場合」(117)に限り，転用が認められると一般に解されている。

本判決の補足意見もかかる立場を明示し，「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）につき議論が尽くされているとは言い難く，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」として，補充性を肯定している。

不法な第三者による占有があっても抵当権侵害にはならず，抵当権に基づく妨害排除請求が認められないと解する立場からは，代位行使を転用する有用性が認められよう(118)。これに対して，抵当権自体による明渡請求が認められるならば，代位請求構成はそれらに発展的に解消されるべきであるという指摘がある(119)。しかし，仮に不法な第三者占有が抵当権侵害になり，抵当権に基づく物権的請求権が認められるとしても，抵当権者自身への明渡請求までは認めないとする立場からは，抵

当権者への明渡請求のために債権者代位権を転用する有用性があると思われる(120)。

そこで，代位請求構成によって命じられるのは誰に対する明渡なのか，抵当目的物の所有者か抵当権者かという明渡の相手方の問題が，重要な問題となる。

第6節　明渡の相手方

債権者代位権の効果は，債務者自身が権利行使をした場合と同様であるというのが本来の姿である。ここからすれば，代位請求構成による明渡請求についても，原則として，抵当不動産の所有者に対して明け渡す効果が認められるにすぎないであろう。すなわち，代位請求構成においても，通常の債権者代位権の場合における債権者に当然の弁済受領権限があると解すべきでないのと同様に，明渡を代位請求する抵当権者に当然に明渡を受ける権限があると解すべきではない。

しかし，所有者への明渡を命じるのでは，第3章第3節で述べたように，強制執行が功を奏しない。そこで，学説においては，債権者代位権の本来的適用ケースについて，債務者が受領しないと代位権の目的を達せられない場合に，債権者が直接自分に引き渡すべきことをも請求できる(121)のと同様に，不法占拠者に対する明渡請求の場合についても，抵当権者が自己への明渡を請求できるとする見解が有力である(122)。

もちろん，明渡請求が認められるためには，請求者の占有権原が問題になることは否定できない(123)。しかし，明渡を受けた抵当権者は，抵当権に基づいて占有するのではなく抵当権設定者に代わって占有することになると見るならば，抵当権の非占有性に反しないともいえよう(124)。本判決の補足意見でいう「管理占有」との説明も，同趣旨と思われる(125)。そして，この管理占有の法的性質について，寄託の関係にすぎない(126)，委任に準じる(127)，あるいは事務管理の規定を類推適用する(128)等，様々な見解があるが，いずれも説明の違いにすぎないと思われる。

もっとも，例外的に自己への明渡を請求しうる要件については，なお検討の必要がある。本判決の補足意見は，「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」という要件を立てている。これに加えて，①被保全請求権を保全する必要性すなわち抵当権侵害が認められれば常に抵当権者は自己への明渡を認められるのか（競売手続に着手していない段階でも，管理権限を果たして認めることができるか)(129)，②配当可能性のない抵当権者にも抵当不動産の管理権限を認めることができるのか(130)等の問題がある。

第7節　賃借人が占有する場合との均衡

不法占拠者に対する代位による明渡請求が肯定されると，詐害的短期賃借人や抵当権に対抗できない長期賃借人・使用借主等に対する解決との間で均衡を失するという批判がある。彼らに対しては，抵当権設定者が明渡請求権を持たないので，被代位権利（債務者の第三債務者に対する権利）が存在せず，代位請求構成によっては明渡請求をなしえないからである(131)。この問題についてどのように解決を図るべきかを，以下において検討することにしよう。

1　解除された詐害的短期賃借人に対して

占有者が解除された詐害的短期賃借人である場合には，被代位権利が存在するか否かは，395条但書による短期賃貸借の解除判決の確定を条件に明渡を求めることができるかどうか，すなわち395条但書の短期賃貸借の解除判決の効果が抵当目的物の所有者にも及ぶのかどうかによる。

判例(132)および多数説によれば，短期賃貸借解除の効果は，賃借人らの占有権原を抵当権者との関係で消滅させるだけでなく，抵当権設定者たる賃貸人との関係でも消滅させる。この結果，短期賃貸借解除の訴訟形態も，契約当事者間で契約関係を合一に確定すべきことを理由に，必要的共同訴訟であるとされている(133)。設定者も訴訟当事者となっているから，判決による解除の効果も，当然に設定者に及ぶわけである。しかし，解除の効果が及んでいるとしても，短期的にでも賃貸を約

した設定者の債務が消滅しているといえるかどうかは別であるとして，反対する見解も少なくない(134)。

民法395条本文は，抵当権に後れ原則としては対抗力を否定されるべき賃貸借について，期間が短期である場合に例外的に対抗力を認める規定である。同条但書は，かかる短期賃借権の解除請求を抵当権者に認めるわけであるから，当事者間の法律関係を原則に戻す趣旨の規定と把握することもできる。このような理解に立てば，解除判決の効果は，短期賃借権の抵当権に対する対抗力を奪うにすぎず，賃貸借契約の当事者間においては，なお契約が有効に存続すると解することになる(135)。このように考えると，所有者は，解除された短期賃借人に対して何ら返還請求権を有しない。そして，被代位権利が存在しない以上，抵当権者は，明渡請求をすることはできないことになる。

もっとも，当該賃貸借契約を民法90条ないし94条により無効と解することができれば(136)，被代位権利が存在するので，不法占拠の場合と同様，抵当権者の明渡請求は可能となろう(137)。

2　長期賃借人・解除されていない短期賃借人等に対して

抵当権に後れる長期賃貸借は，抵当権に対して対抗することができない。しかし，賃借人は，抵当権設定者すなわち賃貸人に対しては適法な占有権原を有している。したがって，代位請求構成による場合には，被代位権利が存在せず，抵当権者の明渡請求は認められない。解除されていない短期賃貸借は，抵当権に対する対抗力を認められる点で，長期賃貸借と区別される。この点からしても，抵当権者からの明渡請求は認めるべきではない。代位請求構成の可否の点については，長期賃貸借と同様に，賃借人は，抵当権設定者に対して適法な占有権原を有しているから，抵当権者の代位請求構成に基づく明渡請求は認められない。

なお，賃貸借契約を民法90条ないし94条により無効もしくは395条不適用と解することができれば，抵当権者の明渡請求が可能になることは当然である。

第8節　まとめ

執行妨害は，抵当権設定者が債務者の場合だけではなく物上保証人ケースについても同様に問題となる。抵当権の被担保債権を被保全債権とする債権者代位権という構成では，これをカバーすることができない。本判決がこの方向を採らず，被保全権利を金銭債権以外に求めた点は，大いに評価することができる。しかし，その結果，本判決は，侵害是正請求権という，今までおよそ論じられてこなかった権利を被保全権利と捉えることになった。この請求権については，多くの点が未解明である。今後の判例の積み重ねによってその内容が明らかになるものなのかも，定かではない。代位請求を認めるために，かかる請求権を技巧的に「作り出した」という印象を否定することができないのである。

抵当権設定契約に付随した特約によって担保価値の保存・維持を内容とする債権を抵当権者が有する場合には，むしろこの債権を被保全債権とするのが自然であろう。たしかに，かかる特約は，抵当権設定者との関係でしか効力を有さず，第三取得者が登場する場合には彼に代位して明渡請求をすることはできない。しかし，それが妥当性に欠けるというものでもない。第三取得者は，不法占拠者に加担して執行妨害に関与しているような場合は別として（このような場合には，例外的に第三取得者へ特約の効力を及ぼすことも可能であろう），抵当権者との関係でなんらの義務も負担しないと考えるべきであろう。

また，特約がなくても，抵当不動産の所有者が積極的に執行妨害に関与している場合には，その所有者の不作為による抵当権侵害と捉え，所有者に対する物権的請求権を被保全権利として代位請求をする余地もあろう。ただ，「請求権を保全する必要」という奇妙な判断を避けられないことは，前述した通りである。

代位請求構成により抵当権者への明渡を認めた本判決は，たしかに画期的なものである。それに

よって，不法占有を手段とする執行妨害への対処が実体法上可能となったからである。しかし，それは同時に，解決すべき問題もまた多く残すことになった。債権者代位権を転用する結果，要件面に無理の出ることは否定できず，また占有者が賃貸人である場合との均衡を図ることもできない。本判決が万能の理論を示したとは到底いえないのである。

第5章　判例理論の限界と新たな理論

それでは，以上示したような判例理論の限界を踏まえるならば，今後どのような方向で問題を考えるべきであろうか。

平成3年判決を一つの契機として，学説においては，問題を競売制度の機能障害と捉え，執行妨害的占有排除手段を競売手続内で充実させる方向の議論が有力となっている(138)。すなわち，第三者による占有一般ではなく，執行妨害目的の民事介入暴力がらみの占有が付着している場合には，競売参加者の範囲が大きく狭まり，その結果，一般的な第三者占有ケースよりもさらに売却価格が低下する可能性が大きくなる。さらに，買受人を見出すこと自体が困難になる危険も少なくない。かかる事態は，競売という裁判所が設営する公的な制度が機能障害を起こしていることを示している。すなわち，ここでは，「執行秩序という公序が侵害されている」，というのである。このような発想に立てば，民事執行法の平成8年改正が執行手続内の手段充実という方法で問題解決を目指したことは，大いに評価しうることになる。

しかし，注意すべきは，以上のような発想を採ることによって，抵当権侵害を前提とする実体法上の明渡請求を否定することにはならない，ということである。執行手続上の対応と，抵当権という実体権に基づく対応とは，二者択一的なものと捉えるべきではないからである。執行秩序の維持とそれを通じた利害関係人の適正な利益実現のために，執行手続上の対応を本筋としながらも，実体権に基づく私人のイニシアティブも適切に位置づけるという形で，両者の協同を図るべきである(私人による法の実現)(139)。

なぜ執行妨害的占有を排除する必要があるかというと，抵当権の実行が妨害されると，抵当権者が不利益を受けるのみならず，抵当不動産の価値減少イコール債務者の責任財産の減少により，一般債権者も不利益を受け，ひいては買受人となりうる一般市民の競売制度に対する信頼を失わせることになるからである。執行妨害的占有によって，抵当権者の個人的利益だけではなく，執行秩序という公共的利益が害されるのである。

かかる事態を是正し，公共的利益の実現を図ることは，第一義的には国家の任務に属する。現に，執行秩序は，刑法上の保護法益とされているのである（刑法96条の3第1項の競売等妨害罪）。しかし，先に述べた私人による法の実現という観点からは，私人に対する権利の付与を通じてこの公共的利益の実現を図ることも望まれる。

それでは，誰に中心的役割を委ねるべきか。最も強い利害関係を有する者，すなわち不法占有により執行妨害の対象となっている抵当不動産から優先弁済を受けうる抵当権者にその役割を委ねるのが適切である。かかる抵当権者が，債権回収という私的利益を図ることを目的として執行妨害を排除することにより，執行秩序維持という公益的利益が守られるのである。そして，執行秩序維持のためには，抵当不動産を設定者に明け渡すのでは不十分で，抵当権者にその管理権限を与えるのが適切である。抵当権者に執行秩序維持の中心的役割を付与するという観点から，抵当権者自身への明渡を認めることが可能となろう(140)。判例理論の限界を克服していくためには，このような方向で問題を考えることが必要ではないだろうか。

このように考えると，どのような場合に抵当権者自身への明渡請求が認められるかという要件論についても，基本的視座が得られる。すなわち，なぜ抵当権者に抵当不動産の管理権限が認められるかというと，執行秩序維持という公共的利益実現において強い利害関係を持つからである。とすれば，①競売手続に着手していない抵当権者や，②配当可能性が現実化していない抵当権者等は，

いまだ強い利害関係を持つとはいえない以上，執行秩序における中心的役割を委ねるのは適切とはいえず，それゆえ，抵当不動産の管理権限も認めるべきではないのである(141)。

第6章　抵当権者による明渡請求が認められた場合の問題点

抵当権者の明渡請求を肯定した場合には，その後の抵当不動産をめぐる法律関係が問題となる。平成3年判決に対する調査官解説は，明渡を受けた抵当権設定者が回復された抵当不動産をさらに第三者へ賃貸することの防止策，明渡を受けた抵当権者が競売手続の完結まで目的物を占有できる根拠，競売が取り下げられたような場合の取扱いなど，立法による解決しかできない難問が多々あるという理由のもとで(142)，抵当権者による明渡請求を否定していたのである。これに対しては，第三者の占有による抵当権侵害の理論的可能性さえ承認されれば克服できない問題ではない(143)，立法しなければ処理できないものかどうか疑問であるし，また，この法関係の処理の可否が否定見解に必ずしも直結しない(144)等という主張がなされてきた。

以下では，第5章で示した基本的方向に即しつつ，抵当権者による明渡請求が認められた後に考えられうる問題点およびその解決策について検討する。

第1節　抵当権者自身への明渡が認められた場合

1　不動産の明渡を受けた抵当権者は，管理のために占有するのであって，使用・収益権限は持たず，管理行為が許されるにすぎない。この抵当権者には，善良な管理者の注意をもって不動産を保管する義務がある。これを根拠として，その保管の仕方によっては，当該抵当権者に対する売却保全処分（民事執行法55条•77条の類推）が可能であり，また，明渡を受けた抵当権者も引渡命令（同法83条）の相手方となりうると解すべきであろう(145)。そして，占有についての法律関係は，委任に準じて考えるか(146)，事務管理の類推(147)で処理することになろう。

2　抵当権者は，使用・収益のために占有しているわけではなく，あくまで管理のために占有しているにすぎない。したがって，当然に抵当不動産の所有者に費用の償還を請求することができる。すなわち，本来所有者が抵当不動産の担保価値を保存・維持する義務を負うところ，抵当権者が代わりに抵当不動産を管理して担保価値を保存・維持しているにすぎないので，この管理による費用(148)は所有者が負担すべきなのである(149)。

3　抵当権者は，管理行為として民法602条の期間を超えない賃貸借（短期賃貸借）契約を締結することが許されると思われるが(150)，使用•収益権限がない以上，この賃料を当然受領できるわけではない。管理費用と相殺後，不当利得(民法703条，704条)として抵当不動産の所有者に対して返還義務を負う。もっとも，この所有者が債務者であれば，抵当権者は，被担保債権を自働債権として不当利得返還請求権と相殺することにより，事実上賃料から優先弁済を受けることは可能となろう(151)。

4　このように，管理費用を無事回収できれば問題はないが，抵当不動産の所有者が無資力で管理費用を回収できず，管理している不動産からも収益があがらなかった場合には，管理費用について競売代金から優先弁済を受けることができるか。特に，抵当不動産の管理者が後順位抵当権者である場合に問題となる。管理費用は，管理した抵当権者自身のためのみならず，競売に関わった抵当権者全体のために支出された費用である（すなわち，当該抵当権者が抵当不動産を管理することによって，執行が妨害されず円滑に競売手続を進行できたという利益を，抵当権者全員が享受している)。それゆえ，配当等の手続における公平の原則を図るためにも，共益費用として最優先で償還を受けることができると解すべきであろう（民法329条2項，民事執行法63条1項参照)(152)。

5　抵当不動産所有者は，抵当権者に対して引渡

を請求することができるか。いつでもかかる請求が認められるという見解もあるが(153)，それでは，抵当権者への明渡請求を認める実効性に欠ける以上，否定すべきであろう(154)。

6　競売が取り下げられた場合の取扱いには，大きな問題がある。抵当権者が自ら明渡を受けて管理できるのは，競売手続に着手することによって，執行秩序維持における強い利害関係者となったからである。それゆえ，競売取り下げによりもはや強い利害関係を有しない以上，管理「権限」は喪失し，所有者（もしくは他に強い利害関係を有する抵当権者）に抵当不動産を明け渡す義務を負う(155)。問題は，明渡の相手方がいない場合である(156)。この場合には，抵当権者は当該不動産の管理を放棄するわけにも行かず，管理すべき者が現れるまで，管理する「義務」を負うといえよう（民法700条参照(157)）。

第2節　抵当不動産の所有者が明渡を受けた場合

抵当権者による代位権行使によって，抵当不動産が所有者に明け渡された場合の法律関係は，どのように考えるべきであろうか。まず，明渡を受けた所有者は，民法400条の類推により当該不動産の保管について善良な管理者として注意義務を負うことになると思われる（もっとも，抵当権設定時からかかる義務を負っているだろう）。ただ，さらなる執行妨害を防止するため，抵当権者としては用益権設定禁止特約を所有者との間で締結することが考えられる。もっとも，抵当不動産の使用収益権能はいまだ所有者に委ねられている以上，かかる特約が有効といえるか疑問である。かりに有効であるとしても，不法占拠者による占有まで排除することはできない。

このような場合に，抵当権者からの申立により直ちに執行官保管命令（民事執行法55条2項）を発令できると解することはできないか。たしかに同条項は，「特別の事情」がない限り相手方が1項の命令に違反した場合に限って執行官保管命令申し立てることができる構造となっており，この「特別の事情」が認められるのは，㋐相手方が所在不明の場合のように，相手方の任意の履行が期待できない場合，㋑1項の命令を経ている余裕がない場合，㋒相手方が1項の命令の送達を故意に妨害しているなど，相手方にその命令を任意に履行する意思がないことが明らかな場合である，と一般的に解されている(158)。しかし，執行妨害となる占有により抵当権の侵害が認められる場合には，抵当不動産の交換価値が減少ないしその実現が困難となっている。そこで，「特別の事情」を広く解し，抵当権侵害が認められる場合にも，1項の命令違反を待たずに直ちに執行官保管命令を発令できると解することもできよう。

第5章で述べたように，一定の場合に抵当不動産の管理権限を抵当権者に例外的に与えたのは，執行秩序という公序が侵害されているからである。しかし，あくまで執行手続上の対応が本筋である以上，執行手続内の手段充実を図ることが本来望ましい。それゆえ，執行官保管命令の発令要件のみならず禁止ないし作為命令（同条1項）の発令要件等も，柔軟に解釈すべきであろう(159)。

第3節　まとめ

抵当権者が明渡を受けることはかなりのリスクとコストが生じることを理由に，抵当権者への明渡に対して批判的な見解もある(160)。すなわち，一般の私人が抵当不動産を管理し悪質な占有者と対決するというのは望ましい結論ではあるまいし，抵当権者が民間金融機関であったとしても無視できるコストではないというのである(161)。たしかに，執行官保管の保全処分が広く認められるのであれば，それによる解決が妥当な場合が多いとは思われる。しかし，そのことから抵当不動産の保管を望む抵当権者の管理権限を完全に奪う必要はない。執行妨害行為に対処する手段を広く用意しておくことは，むしろ抵当権者，ひいては一般債権者の利益へとつながるのである。

結　　語

本判決は，平成3年判決に批判的であった学説および執行妨害に悩まされ続けていた実務から

は，歓迎を受ける判決といえよう。ただ，この判決が抵当権者に広く抵当不動産の占有を排除する権限を認めたわけではないことは，再度確認する必要がある。本判決により，正当な占有者が権利侵害者とみなされてしまうことを懸念する意見もある。しかし，本判旨においても，「抵当権は，……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」という抵当権の特質が確認されている。それゆえ，正当な占有はもとより，単なる不法占有によっても，「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ」るわけではなく，抵当権が侵害されない場合には，物上構成によっても，代位構成によっても，抵当権者の明渡請求が認められる余地はないのである。

このような厳格な解釈に対しては，民事執行法上の保全処分と要件がほとんど変わらず，本判決の意義が小さいとの批判もありえよう。しかし，この保全処分に手続法上のみならず実体法上もその裏付けを与えたということ，また，抵当権者に手続法上のみならず実体法上も救済手段を与えたということに，本判決の最大の意義があると思われる。

本判決が採用した代位構成に，要件面での大きな問題があることは，詳しく検討したところである。しかし，本稿は，それを否定的に解しているわけではない。本判決により，実体法上，抵当権者の明渡請求権を基礎づける理論が固められたわけではなく，むしろ実体面での解決方法について，新たな問題が提起されていることを強調したいのである。本稿においては，あるべき解決の方向についての一つの考え方を示した。今後の判例法理の展開および学説の検討によって，本判決では解決しきれていない様々な問題点が解決に向かうことを期待したい。

注

(1) 例えば，椿寿夫「抵当権にもとづく妨害排除請求への道」ジュリスト 963 号 (1990 年) 94 頁，中野貞一郎「抵当権者の併用賃借権に基づく明渡請求」金融法務事情 1252 号 (1990 年) 10 頁，小杉茂雄「抵当権併用短期賃借権の効力 ── とりわけその排除効を中心に ──」金融法務事情 1242 号 (1990 年) 10 頁，塚原朋一「判批 (平成元年判決)」金融法務事情 1245 号 (1990 年) 23 頁，石田喜久夫「判批 (平成元年判決)」判例評論 376 号 (1990 年) 191 頁。

(2) 岩城謙二「判批」NBL 471 号 (1991 年) 9 頁。

(3) 生熊ほか「最近の担保判例とその評価(3)」法律時報 63 巻 9 号 (1991 年) 65 頁 (椿寿夫発言)。

(4) 岩城謙二「判批」私法判例リマークス 6 号 (1993 年) 17 頁。

(5) 内田貴『民法III (債権総論・担保物権)』(東京大学出版会・1996 年) 396 頁。

(6) 鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」田山輝明ほか編集『高島古希記念・民法学の新たな展開』(成文堂・1993 年) 291 頁。

(7) 梶山玉香「抵当権の実行と民事執行法改正」ジュリスト 1115 号 (1997 年) 141 頁以下は，競売妨害対策の変遷をあとづけながら，実体法上と手続法上の問題点を明らかにしている。

(8) 例えば，改正前の民事執行法 55 条 1 項は，保全処分の相手方を「債務者」に限定していたが，実務は，債務者・所有者以外の第三者であっても，債務者・所有者の関与があり，かつ，執行妨害の目的があるときは，保全処分の相手方として認める扱いをしていた。さらに，一部の決定例は，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にまで至っていた。また，同条 2 項は，相手方が 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を認めていた。ところが，下級審裁判例の中には，緊急に執行妨害者の占有を排除する必要がある場合には，直ちに執行官保管を認める例もあったのである (東京地決昭和 60 年 9 月 18 日金法 1300 号 30 頁，福岡地小倉支決平成 4 年 11 月 12 日金法 1339 号 40 頁，東京地決平成 5 年 3 月 24 日判タ 814 号 232 頁等)。

(9) 民事執行法の改正の概要について，深山雅也「民事執行法の一部を改正する法律の解説」NBL 598 号（1996 年）26 頁以下，萩本修「民事執行法の一部を改正する法律について」ジュリスト 1096 号（1996 年）15 頁以下。

(10) 具体的には，以下のとおりである。①売却のための保全処分および最高買受申出人等のための保全処分の相手方を，債務者（ないし所有者）のほかに，不動産の占有者にまで拡大した（同法 55 条，77 条）。②執行官保管命令について，1 項の命令に対する違反があった場合だけでなく，1 項の命令によっては保全処分の目的を達することができないと認めるべき特別の事情がある場合についても，命ずることができるものとした（同法 55 条 2 項）。③審尋の規定が新設された（同法 55 条 3 項，77 条 2 項）。④差押の効力発生前から権原により不動産を占有している者に対しても，その者がその権原を買受人に対抗することができると認められる場合を除いて，引渡命令を発することができるようにした（同法 83 条）。⑤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，55 条と同様の保全処分を発令できるようにした（同法 187 条の 2）。

(11) たとえば，吉田光碩「改正民事執行法と抵当実務」NBL 614 号（1997 年）26 頁は，改正の意義を認めつつ，諸般の事情から，抵当権の実行をしばらく見合わせているあいだに，抵当不動産の価値を減少させる行為が行われる場合には対応できないとし，平成 3 年判決の見直しに言及している。また，梶山・前掲(7)論文 146 頁・147 頁は，法改正により，執行妨害対策が躍進することを認めつつ，技術的な面と実体法との関係で，手続法による解決には限界があるとする。具体的には，保全処分等の発令に際しては，実体法との断絶が正当化されるかどうか，手続法だけで救済できるのはどこまでか，を見極める作業が必要となり，場合によっては，実体法，平成 3 年判決そのものを見直す必要があるという。そして，「どうして手続法にまで退却した議論しかできないのか，実体法的にはできないものか」という問題提起もなされていた（生熊ほか・前掲(3)座談会 76 頁・椿発言）。

(12) なぜなら，占有者の存在による不動産価格の下落によって配当額の減少は見込まれない場合であっても（例えば，不動産価格が 10 億円で被担保債権額が 3 億円の場合に，暴力団がからんだ不法占有者の存在のために不動産価格が 5 億円に減少した場合），競落人が現れないために競売手続の進行が害されるのであれば，抵当権者にとっては優先弁済請求権の行使が困難な状態にあるといえるからである（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）23 頁）。

(13) 佐久間・前掲(12)論文 23 頁。

(14) 佐久間・前掲(12)論文 23 頁。

(15) 匿名「コメント」金融法務事情 1568 号（2000 年）29 頁。不動産競売の実務においては，抵当不動産が不法占有されている場合には，当該占有が引渡命令等で排除可能なものであっても，評価上は減額されるのが一般であり，この場合に「競売手続の進行が害され適正な価格よりも売却価格が下落するおそれがある」と解するのである。また，佐久間・前掲(12)論文 22 頁は，経験則を根拠に，「抵当権不動産に占有者が存在することにより，当然にその価格が下落するとの原則」を立てている。

(16) 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」ジュリスト 1174 号（2000 年）31～32 頁参照。

(17) 八木一洋「最高裁平成 11 年 11 月 24 日大法廷判決について」ジュリスト 1174 号（2000 年）28 頁。

(18) 沼尾均「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判 11・11・24 を読んで」金融法務事情 1566 号（1999 年）27 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（中）」NBL 682 号（2000 年）40 頁。

(19) 道垣内・前掲(16)論文 33 頁，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」金融法務事情 1569 号（2000 年）14 頁。なお，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）17 頁は，手形の不渡りによる支払停止等債務者が危機的状況に陥った時以降も，抵当権者による明渡請求を肯定している。

(20) 道垣内・前掲(16)論文 33 頁。

(21) 堀龍兒「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判 11・11・24 を読んで」金融法務事情 1566 号（2000 年）28 頁は，「まったく担保価値のないと思われる抵当権者であっても，実際には配当段階でないとその価値は確定しないことから，権利行使は可能である」とする。また，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兵 11・11・24 を読んで」金融法務事情 1566 号（1999 年）22 頁は，「占有者のいる状態でも満額配当が予想される上順位抵当権者の権利行使は肯定されるべきであろう。満額配当といっても，売却が実現されてはじめて現実化するものであり，占有者の存在によって，入札が躊躇される状態を除去すべき利益は依然存在するからである」とする。

(22) 滝澤・前掲(19)論文 9 頁。

(23) 滝澤・前掲(19)論文 9 頁。

(24) 角紀代恵「抵当権者による不法占有者の排除に関する大法廷判決について」法学教室 234 号（2000 年）49 頁。

(25) 川嶋四郎「抵当権侵害と明渡請求」法学セミナー544 号（2000 年）54 頁，椿ほか座談会「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）24 頁（佐久間発言），滝澤・前掲(19)論文 10 頁，佐久間・前掲(12)論文 24 頁，道垣内・前掲(16)論文 30 頁。

(26) 梶山玉香「抵当不動産の不法占拠者に対する明渡請求」法律時報 72 巻 7 号（2000 年）77 頁。

(27) 滝澤・前掲(19)論文 11 頁。また，道垣内・前掲(16)論文 30 頁は，「抵当不動産所有者が不法占有者に対して有する明渡請求権を代わって行使することを，抵当権者に認める」という訴訟形態の特殊性ゆえに，「法意」という言葉を使っていると解している。

(28) 滝澤・前掲(19)論文 12 頁。「抵当不動産の所有者と占有者とが共同して抵当権の実行抵当権の実行を阻害する占有を作出している場合も少なくなく，そのような場合には，抵当不動産の所有者の占有者に対する明渡請求権が認められる場合であっても，所有者が占有者から抵当不動産の明渡しを受けることは期待できないし，また，期待できたとしても，抵当不動産の執行妨害的な占有を再び作出する機会を所有者に与える結果になりかねない」ことを理由とする。

(29) 小笠原ほか「最大判平 11・11・24 と抵当権制度の将来」（鎌田発言）38 頁。佐久間・前掲(12)論文 25 頁。

(30) 滝澤・前掲(19)論文 12 頁。

(31) 滝澤・前掲(19)論文 10 頁。

(32) 匿名・前掲(15)論文 32 頁。

(33) 川嶋・前掲(25)論文 55 頁，道垣内・前掲(16)論文 32 頁。

(34) 小笠原ほか・前掲(29)座談会（鎌田発言）39 頁。

(35) 道垣内・前掲(16)論文 33 頁。ただし，費用償還請求権を被担保債権として留置権を行使することは可能とする。

(36) 匿名・前掲(15)論文 32 頁。

(37) 匿名・前掲(15)論文 32 頁。

(38) 椿ほか・前掲(25)座談会（佐久間発言）30 頁。

(39) 生熊・前掲(19)論文 18 頁。

(40) 山野目章夫「抵当不動産を不法に占有するものに対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの拒否」金融法務事情 1569 号（2000 年）52 頁。その理由として，区分地上権の規律を扱う 269 条ノ 2 第 2 項を挙げ，ある物権的請求権行使の相手方が，それ自体として適法な権原を有している事実は，その物権的請求権の成立を阻却するものではないと指摘している。

(41) これに対して，小笠原ほか・前掲(29)座談会（鎌

田発言)41頁は,「この新たな,しかし内容の不明確な請求権の一人歩きも懸念されます」,と指摘している。

(42) 山野目・前掲(40)論文51頁。

(43) 椿寿夫「判批」私法判例リマークス4号(1992年)22頁は,平成3年判決の下で肯定判例の出現可能性を肯定し,あるいはそれへの願望を希求する見解に対して,すこぶる確信的かつ教条的に展開された判旨がはたしてそのような余地を許すと期待できるか疑問であるとする。また,安永正昭「判批」判例評論395号(1992年)26頁,27頁も,理論で割り切った判決であり,かりに個別具体的なケースで減価が著しいことが予想されても,「侵害」を認める考えではないとみている。

(44) 鎌田前掲(6)論文281頁以下。片山直也「判批」ジュリスト989号(1991年)100頁も,同旨。

(45) 小笠原ほか・前掲(29)座談会(鎌田発言)29頁。

(46) 滝沢孝臣「最高裁判所判例解説民事篇平成3年度」107頁注(40)。また,鎌田・前掲(6)論文280頁も,執行妨害目的で占有する者は,純然たる不法占拠者のこともあれば,法定地上権や留置権を悪用する例などもありうるのだから,短期賃借人だけを問題にするのは不十分である,と指摘している。

(47) 尾崎三芳「詐害的短期賃貸借による占有の排除」法律時報69巻12号(1997年)77頁参照。

(48) 我妻栄『新訂担保物権法(民法講義III)』(岩波書店・1968年)383頁。

(49) 鎌田薫「抵当権の効力――『価値権』論の意義と限界――」司法研修所論集91号(1994年)10頁。

(50) 鎌田・前掲(49)論文10頁。

(51) 伊藤進「抵当権(その1)」別冊NBL31号(1995年)20頁。

(52) 大判昭和6年10月21日民集10巻913頁。

(53) 前掲昭和6年10月21日判決。

(54) 我妻・前掲書(48)384頁。

(55) 我妻・前掲書(48)385頁。

(56) 最判昭和57年3月12日(民集36巻3号349頁)。

(57) 伊藤・前掲(51)論文22頁。

(58) 抵当目的物の原状回復請求権の性格(妨害排除請求権か返還請求権か)の検討について,篠田省二「最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度」220頁及びその補注に掲記された評釈等参照。また,明渡請求権の性格の検討について,井口博「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判例タイムズ705号(1989年)12頁,生熊ほか・前掲(3)座談会58頁等参照。

(59) 星野英一『民法概論II(第二分冊・担保物権)』(良書普及会・1974年)257頁は,物権的請求権の三種にあたるわけではなく,「抵当権に基づく特殊のもの」としている。

(60) 大判昭和9年6月15日(民集13巻1164頁)は,不法占有が抵当権侵害にならないことを明言している。

(61) いわゆる「抵当権ドグマ」は,いくつかの大審院判例を前提として,我妻栄=福島正夫「抵当権判例法」法律時報7巻2号(1935年)14頁の次のような記述によって確立されたものと解される。「……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。」

(62) この見解については,①抵当不動産からの不法伐採・搬出等の物理的に減価する行為および②無効登記について,抵当権侵害を認めることとの均衡が問題となるように思われる(②の点について,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巻1号(1981年)10頁)。もっとも,次のような理由から,これらの点について均衡論は問題にならないと説く見解がある。すなわち,①の点

については，物理的減価の場合はそれで価値が下落したままの状態になり，伐採・搬出行為等をやめさせない限り抵当権侵害を回避できないが，不法占有者がでていけば元の状態に戻ると説かれる。また②の点については，登記を無効とする判決が確定した場合に，なおこれを存置させておく利益は登記名義人にも所有者にも認められないのに対して，抵当権者に対抗しえない占有一般については，買受人への所有権移転を前提としないで抵当権者が占有を排除することには弊害が予想されると指摘される。また，抹消登記請求は，抵当権の非占有担保たる性格に抵触しないとも説かれる。以上について，鎌田・前掲(6)論文 288 頁，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）22 頁参照。

(63) 内田貴「抵当権と短期賃貸借」星野英一ほか編『民法講座 3』（有斐閣・1984 年）175 頁以下。

(64) 近江幸治「判批（裁判例❻）」法律時報 57 巻 9 号（1985 年）94 頁。また，生熊長幸「判批」法律時報 63 巻 9 号（1991 年）50 頁は，内田教授の研究を念頭に，「抵当権は非占有担保であり，価値権にすぎないから，抵当不動産の占有関係に一切介入できないという考えが自明の理ではないことが明らか」と述べている。

(65) 安永・前掲(43)論文 28 頁。

(66) 湯浅道男「判批」法律時報 64 巻 2 号（1992 年）198 頁。椿ほか・前掲(25)座談会 19 頁（椿発言）も同旨。また，生熊ほか・前掲(3)座談会 56 頁（山野目章夫発言），伊藤・前掲(51)論文 27 頁参照。

(67) 安永・前掲(43)論文 26 頁，井口・前掲(58)論文 10 頁と同旨。

(68) 従来の下級審裁判例も，いかなる場合に抵当権侵害と判断しているか，必ずしも明確ではない。なお，「占有取得の態様，意図」における「強度の違法性」を要件に物上請求を認める裁判例④参照。

(69) 小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成（二・完）」西南学院大学法学論集 14 巻 2 号（1981 年）166 頁以下。もっとも，損害は競落時にしか具体化しないから明渡請求時には「おそれ」でしかないというだけなら余り意味はないし，「おそれ」といえば当然に「侵害」の範囲が拡張されると考えるのは，言葉による幻惑であって妥当ではない（鎌田・前掲(6)論文 292 頁注(35)）。このような場合は，端的に「侵害」があると見て良いように思われる。なお，井口・前掲(58)論文 10 頁の基準参照。

(70) こうした限定的な態度には，抵当権の非占有性の強調が大きく影響している。鎌田・前掲(6)論文 289 頁。

(71) 栗田隆「判批（裁判例②）」関西大学法学論集 31 巻 1 号（1981 年）論文 256 頁，鈴木禄弥「最近の担保法判例雑考(6)」判例タイムズ 506 号（1983 年）42 頁，近江・前掲(64)論文 94 頁。さらに，松岡教授は，従来の肯定裁判例がすべて競売開始決定以後の請求についてのものであること，第二に，平成三年判決を肯定的に捉える論者は，競売手続と無関係に抵当権者が占有関係に乗り出すことに危惧を表明し，抵当権者による明渡請求の濫用を憂慮していたこと，第三に，競売申立を介さない任意売却は，経済的合理性を考慮した関係当事者の合意によって達成するのが筋であり，競売回避を奨励するために救済を発動するのは本末転倒であることを理由に，競売申立を要件と解している（松岡・前掲(18)論文 40 頁）。なお裁判例①，裁判例⑤参照。

(72) 湯浅・前掲(66)論文 199 頁。

(73) 小笠原ほか・前掲(29)座談会（滝澤発言）14 頁。佐久間・前掲(12)論文 23 頁。また，道垣内・前掲(16)論文 33 頁は，民法 395 条但書に基づく解除訴訟とのバランスを理由に，被担保債権の履行遅滞を要件とする。さらに，弁済期が到来しないにしても，その債務者が破綻状態に陥ることを要件とする見解として，椿ほか前掲(25)座談会 20 頁（生熊発言）。

(74) すなわち，担保余力が十分でない場合には，例えば暴力団が占拠していること自体が，抵当権者としての交換価値実現が妨げられているという状態であるので，競売申立が必ずしも必要

とされないのに対し，担保余力が十分な場合には，現実に競売をやってみても結局買受人が現れないという意味において，そこで抵当権者の交換価値実現の妨害が顕在化するというのである（椿ほか・前掲(25)座談会20頁・佐久間発言，河野発言）。しかし，物権的請求権との関係では被担保債権額に十分か否かを問わずに抵当権侵害を認める以上(第3章第1節1参照)，担保余力が十分か否かで抵当権侵害の時期を区別するのは疑問である。

(75) 小笠原ほか・前掲(29)座談会（塩崎発言）45頁。

(76) この点，物理的減価が生じる場合の抵当権侵害の判断と変わりはない。例えば樹木の伐採の場合，通常の収益活動に伴う伐採は，当初より抵当権者が認容しているかあるいは抵当権者が把握していない価値の部分にかかわるので，誰が伐採したのであれ抵当権侵害にならないのと同様，設定者自身の占有が許容されている以上，誰が占有しているのでも，設定者自身と同じ用法で占有している限りは，抵当権侵害にならないのである（生熊ほか前掲(3)座談会57頁・鎌田薫発言）。

(77) 占有屋の存在により最低売却価格を大幅に下げると，占有屋が買受人に対して占有減価分だけ安く買ったことを理由に明渡料を要求するという慣行を，容認することになってしまうからである（生熊ほか「不動産執行妨害の現状と対応策」金融法務事情1336号（1992年）66頁・井上稔発言）。

(78) 旧法下では，一回売却を実施して買受人が現れない場合には，次の売却では最低競売価格を必ず下げなければならなかった。これに対して現民事執行法の下では，悪質競売ブローカーの暗躍を防止するため，最低売却価格が買受申出人が現れないことによって自動的に低減されるのではなく，価格の変更は執行裁判所が相当と認める場合に限られている（法60条2項）。それゆえ，執行妨害の事実だけでは，最低売却価格は変更されないと思われる。

(79) 松岡教授は，占有者に長期賃貸借や使用貸借といった利用権原があっても，抵当権者に対抗できない場合，「不動産所有権の二重譲渡などの対抗問題では，敗者に対する勝者の引渡請求等が，敗者の譲渡契約の効力を否定しなくても認められる」のと同じ論理で，「抵当権者は占有減価や競売困難による抵当権侵害があれば，無効評価を介在させなくとも，妨害排除請求ができる」としている。さらに，抵当権設定者の占有も，「占有態様によっては，抵当権侵害となりうる」としている（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）」NBL 683号（2000年）44頁）。

(80) 工藤祐巌「債権者代位権による抵当不動産占有者の排除について」南山法学23巻1・2号（1999年）179頁によると，本件の上告人らは，名古屋地区の金融関係者の間では知る人ぞ知る人々のようである。

(81) 賃料が安い，敷金が高い，譲渡転貸許容特約がある，短期賃借権の登記・仮登記の具備等といった事情があれば，詐害的短期賃貸借として，賃借人の占有が執行妨害となる可能性が高い。

(82) また，本判決の法廷意見についても，抵当権侵害の例示として，「競売手続の進行が害され適正な価格よりも売却価格が下落するおそれがある」場合を挙げているにすぎないことを理由に，「競売手続が現に開始されていることは要件ではない」と解することができる（滝澤・前掲(19)論文14頁）。かかる考えを前提とすれば，いわゆる「任意売却」を目的として，その売却を円滑に進めるために物上請求をすることも可能となろう。

(83) 田中康久「判批」金融法務事情1298号（1991年）13頁。

(84) 椿・前掲(43)論文23頁参照。

(85) 執行官が債務者の目的物に対する占有を解いて債権者にその占有を取得させる方法により行われる不動産明渡の強制執行は，債権者またはその代理人が執行の場所に出頭したときに限りなしうるとされている（民事執行法168条1項・2項）。

(86) 鈴木・前掲(71)論文 42 頁。ちなみに鈴木教授は，抵当権者への明渡肯定のために，395 条の解除を債権者取消権の一亜種と構成している。

(87) 平井教授は，不動産譲渡担保の設定者からの賃借人に対する明渡請求の場合のように，清算金支払確保のために担保設定者に明け渡させるという必要がないことを，許容性としてあげている（平井一雄「判例批評（裁判例❾）」法律時報 58 巻 7 号（1986 年）120 頁）。また，佐久間・前掲(12)論文 25 頁は，「所有者が引き取らない場合などには，直接の引渡を認めないと妨害排除の目的が達せられないから，この点を容認することの障害はな」いと指摘して，抵当権者への明渡請求を肯定している。他に，井口・前掲(58)論文 13 頁以下，中野貞一郎「手続法からみた担保法の現代的課題（下）」NBL 414 号（1988 年）25 頁以下，生熊・前掲(64)論文 52 頁等参照。

なお，詐害的短期賃貸借の場合についてであるが，抵当権者自身への明渡を認める具体的な要件について，中野教授は，①抵当権者がその申立により（弁論終結の当時までに）競売開始決定を得て抵当権の実行を進めていること，②当の詐害短期賃貸借がその相手方・目的等から反社会的と認められること，③当該事案の性質上，抵当権者への明渡を認めないと妨害排除の実効を確保できないことを，挙げている。

(88) ①371 条但書が競売手続開始後の収益権能を認めている，②抵当権の非占有性は正常状態を前提とし，抵当権実行妨害など異常状態の場合には，抵当権によって支配している価値保持のために抵当不動産への占有権能が認められる等と主張して，一定の場合に抵当権の非占有担保という性質を否定する見解がある（小林秀之＝角紀代恵『手続法からみた民法』（弘文堂・1993 年）74 頁，伊藤・前掲(51)論文 27 頁）。しかし，①371 条但書は差押後の果実収受権を認めたにすぎず，抵当権者に収益権能まで認めた規定とはいえないであろうし，また，②抵当権の非占有性は，正常状態か否かを問わず貫かれるものであろう。

(89) 物上請求として明渡請求を肯定した下級審判決も，所有者への明渡までしか認めていない。抵当権者自身への明渡に否定的な見解として，一宮・前掲(62)論文 20 頁，近江・前掲(64)論文 95 頁，栗田・前掲(71)論文 257 頁。

(90) 飯島紀明「判批」ジュリスト 946 号（1989 年）119 頁。小杉・前掲(69)論文 157 頁も，債権者代位で明渡を求める方が抵当権者への明渡を求めうる点で，「より直截的で有利な場合もでてくるであろう」とする。

(91) 例外的に債権者代位権の要件を意識した検討をしている論考として，山野目章夫「判批（裁判例⑩）」判例タイムズ 713 号（1990 年）43 頁以下，工藤・前掲(80)論文 165 頁以下がある。

(92) 代位の被保全債権（債権者の債務者に対する債権）が存在しないことを理由に代位による明渡請求を否定する立場がある。裁判例⓬は，「根抵当権は，本来，目的物の交換価値を侵害する物理的毀損行為に対してその排除を求めることができるのは格別，根抵当権者は目的物の占有関係について支配，干渉する権能がないし，目的物に関して所有者に対し一定の行為を要求する請求権を有するものではない」として，代位行使を否定している。裁判例❻も同旨。

(93) 裁判例⑩，裁判例⑪，裁判例⑫，本判決の原審。また，高木教授は，担保価値の下落により目的物の交換価値が被担保債権を下回る場合には，被担保債権を保全するために，債権者代位権を代位行使できると解している（高木多喜男『担保物権法・新版』（有斐閣・1993 年）148 頁）。

(94) さらに，松岡教授はこの見解に対して，「代位債権者の求めているのは，まさしく抵当目的財産の保全であり，本来型の債権者代位権を仮装していても，その実態は，物権的請求権によるべき救済を不器用な形で補おうとしている転用なのである」と批判している（松岡・前掲(79)論文 39 頁）。

(95) 鎌田・前掲(49)論文 22 頁。

(96) 裁判例⑧。また，佐久間・前掲(12)論文 24 頁は，ⓐ侵害行為があって所有者に対して発生する請

求権と解されること，ⓑ物権（抵当権）の内容を実現するための請求権と解されること，ⓒ抵当権が消滅すれば同時に消滅する関係にあること（この権利のみを単独で譲渡できないこと）から，物権的請求権と解している。

(97) 安永・前掲(43)論文29頁。

(98) 裁判例⑥。

(99) なお，併用賃借権を被保全債権とする立場もかつては存在した（裁判例④）。

(100) 滝沢・前掲(46)論文103頁は，Ⓐ説及びⒷ説に対して，「抵当不動産の占有が抵当権の侵害と認められるのであれば，端的に物上請求として占有排除効を認めるのが妥当で，代位請求を認める実益は乏しい」と批判している。また，栗田・前掲(71)論文258頁は，設定義務者が設定者に対して負う抵当不動産の保存・維持義務は，抵当権設定契約から債権法上の義務としても生じようし，……抵当不動産の所有者が抵当義務者に対して常に負う物権法上の義務であると解することもできよう。いずれにせよそのような義務が存在することは確かであり，それに対応する抵当権者の権利を債権者代位権によって保全されるべき権利とすることも一概には否定できない」としつつ，「代位権的構成をとることは，物権たる抵当権にとってあまり意味がなく，直接に抵当権の物上請求権（妨害排除請求権）と構成すれば足りる」として，Ⓒ説を批判している。

(101) 平井教授は，「抵当権を被保全権利として代位行使をすれば肯定しうるという論法は，権利行使は許容せられるべきであるのに実定法上直接実現の適切な手段が存在しない場合とは異なり，本質論として否定さるべきものを代位なる手段で潜脱しようとすることに通ずる結果となる」と指摘し，また，被保全権利を抵当権に基づく物権的請求権としても，「対世効をもつ物権的請求権がこの場合には抵当権者に認められないものを代位行使で保全しようというのは，論理的なすりかえといわれてもやむをえない」と指摘している。平井一雄「債権者代位権の現代的機能はどこにあるか――裁判例を中心として」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望①債権総論(1)』（日本評論社・1990年）61頁。もっとも，債権（請求権）保全の必要性を判断する際に抵当権侵害の有無が問題となる以上，「潜脱」とはならないであろう（詳しくは，第3章第2節の債権保全の必要性を参照）。

(102) 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964年）165頁

(103) 柚木馨『判例債権法総論（補訂版）』（有斐閣・1971年）168頁，栗田・前掲(71)論文263頁注(18)。

(104) 工藤・前掲(80)論文184頁。

(105) だからこそ，債権者代位の転用では，「補充性」の要件も要求されるといえよう（第4章第5節参照）。

(106) 例えば，民法400条によって売主に売買目的物の保存義務が生じるからといって，買主に売買目的物の保存を請求しうる債権が当然に発生するわけではない。売主がかかる義務に反したときに，債務不履行に基づく損害賠償債権（民法415条）を取得するにすぎないと思われる。

(107) このような代位行使は，その債権の内容の実現を図るものとはいえず，それは右特約に違反してなされた行為の現状回復を図るものにほかならないからである（田中寿生「抵当権者と抵当権設定者との抵当不動産に対する用益権設定禁止及び占有移転禁止の特約に基づく不作為請求権を被保全権利とする仮処分について」判例タイムズ780号（1992年）20頁）。なお，大阪高決平成3年10月14日（判例集未登載，大阪高裁平成3年（ラ）大266号仮処分決定に対する即時抗告事件）では，①用益権設定禁止特約に基づく不作為請求権および②右特約による不作為債務の債務不履行による損害賠償債権を被保全債権として，抵当権設定者の所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使する請求について，いずれも否定している（同論文20頁以下参照）。

(108) 椿ほか・前掲(25)座談会（生熊発言）23頁参照。ただ，同座談会23頁（河野発言）は，補足意見の方が「義務性が少し表に出るような言い方に

なっている」と指摘している。

(109) 広中俊雄『民法綱要・第一巻・総論上』（創文社・1989年）102頁以下参照。

(110) 被担保債権を被保全債権とする裁判例のうち，無資力を認定して債権者代位権の行使を認めた裁判例として，前掲⑩判決，⑫判決。なお，前掲⑪判決は「抵当物件の価額が不当に減少せしめられ，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，……被担保債権保全の必要を生ずるに至る」としており，厳格に無資力要件を要求しているわけではない。また，工藤・前掲(80)論文181頁は，無資力要件が債務名義に代替する機能を有する点を重視し，債務名義なしに実行できる抵当権者の代位行使については無資力要件を不要と解する。

(111) もっとも，本判決の法廷意見が「民法423条の法意」という趣旨については，「かねて認められていた債権者代位権の転用場面と同旨であるのか，従前の転用場面とも異なる代位請求を認める趣旨であるのかは，検討を要するところである。」との指摘もある。（滝澤・前掲(19)論文11頁）。また，椿教授は，法廷意見が義務という言葉を使わず，「予定」という言葉をわざわざ使っていることから，「民法423条の法意」とは，物権的請求権に423条の趣旨を拡大適用する趣旨と解している（椿ほか・前掲(25)座談会24頁・椿発言）。

(112) これは，被保全権利に広く請求権も含める見解の問題点とも思われる。

(113) 平成3年判決は，抵当権侵害の立証に失敗した結果，抵当権者は，抵当権に基づく明渡請求のみならず，債権者代位に基づく明渡請求も認められなかったのである。

(114) ちなみに被保全権利を抵当権と解した場合，保全の必要性の有無は，まさに抵当権侵害の有無で判断することになろう（鎌田・前掲(49)論文22頁）。

(115) 滝澤・前掲(19)論文15頁。なお，同論文は，物上請求の場合には所有者が抵当不動産の占有者に対してどのような対応をしているかは問題とならないので，その点に，抵当権者による妨害排除請求を認める意義がある，と解している。

(116) 生熊ほか・前掲(3)座談会72頁（鎌田発言）。

(117) 星野英一「判批」法学協会雑誌93巻10号（1976年）129頁。

(118) もっとも，抵当権侵害の認定と債権（請求権）保全の必要性の認定が重なることから，このような論理が採りえないことについては，第3章第2節で述べた通りである。

(119) 片山・前掲(44)論文101頁。中野・前掲(1)論文9頁も同旨。なお，裁判例⑫参照。

(120) 鎌田教授は，「抵当権者への明渡請求は，私は，債権者代位権の転用によって認めるほかないだろうと思っています。」といっている（鎌田・前掲(49)論文21頁以下）。

(121) 特定債権保全のために不動産の明渡を求める場合として，大判昭和7年6月21日民集11巻1198頁，最判昭和29年9月24日民集8巻1658頁。金銭債権の履行を求める場合として，大判昭和10年3月12日民集14巻482頁。

(122) 抵当権者への明渡を認める裁判例として，前掲⑩判決，⑫判決。また，学説としては，飯島・前掲(90)論文119頁，小杉・前掲(69)論文157頁，鎌田・前掲(49)論文21頁。なお，滝澤・前掲(19)論文12頁は，所有者への明渡より抵当権者への明渡を求めるほうが原則化されるべきものと解している。債務者に代わって権利行使をするという債権者代位の構造から，あくまで，抵当権者への明渡は例外と位置づけるべきであろう。

(123) 前掲昭和7年6月21日判決は，賃借人が賃貸人に代位して不法占拠に自己に引き渡すよう請求した事案であり，本件と異なり，代位債権者（賃借人）に占有権原がある点，注意が必要である。一宮・前掲(62)論文20頁も，抵当権者が抵当権設定者に対し，明渡請求権をもたないことを理由に，抵当権者への明渡請求を否定する。

(124) また，滝澤判事は，「抵当権者が取得する抵当不動産に対する占有は，抵当不動産の使用・収益を目的とする占有ではなく，抵当不動産を適

切に維持・保存することができない所有者のために抵当不動産を管理することを目的とした占有」にすぎず，「抵当権者の占有と抵当権設定者の占有とが等質なものではない」ことから，「抵当権者が抵当不動産の明渡しを受けても，……抵当権ドグマの矛盾する結果にはならない」としている（滝澤・前掲(19)論文 10 頁）。

(125) もっとも，なぜ抵当権設定者に代わって占有できるかといえば，代位による明渡請求の実効性を確保するためである。それゆえ，物上構成において，実効性確保のために抵当権者自身への明渡を認める見解と変わりはないことになる以上，抵当権者自身への明渡を認めるために，要件面に無理のある代位構成をあえて用いる実益は大きいとはいえないであろう（工藤・前掲(80)論文 185 頁参照）。

(126) 伊藤・前掲(51)論文 24 頁。

(127) 匿名・前掲(15)論文 32 頁

(128) 川嶋・前掲(25)論文 55 頁，道垣内・前掲(16)論文 32 頁。

(129) 本判決の補足意見が，「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」と判示している点について，抵当権者による代位行使の可否（代位の要件）の問題か，自己への明渡の可否（代位の効果）の問題か，不明確である。もっとも，被保全請求権の保全の必要性を抵当権侵害の有無により判断するのであれば（第 4 章第 2 節参照），代位行使の効果の問題ということになろう。

なお，この判示からわかるように，抵当権者への明渡を認めるために，抵当権者による競売申立を要求するか否かの判断について，本判決の補足意見では保留している。それゆえ，今後，任意売却を前提として，抵当権者が自己への明渡を請求することが考えられうる。この点につき，注(44)とそれに対応する本文参照。

(130) ちなみに，本判決の補足意見のように，「抵当権の侵害に当たるか否かについて……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」とすると，配当可能性のない後順位抵当権者には，そもそも抵当権侵害すなわち債権保全の必要性が認められない以上，②の問題が生じる余地はない。また，滝澤判事は，「今後の裁判実務などを通じて，管理占有の方法などが確立し，管理占有の主体の如何によって，管理占有の効果などに違いがないことが確定されるまでの間は，抵当権の実行の可能性がない後順位者にまで代位請求を認めることは，弊害が多い」ことを理由に，抵当権の実行の可能性のない後順位者への明渡を否定していた（滝澤・前掲(19)論文 14 頁）。

(131) 裁判例⓬。

(132) 前掲平成 6 年 3 月 25 日判決も，この点明示している。

(133) 大判大正 4 年 10 月 6 日民録 21 輯 1596 頁。

(134) 田中・前掲(83)論文 11 頁以下は，解除により設定者が債務を履行することが不可能となったことによる損害賠償を請求することが多いと認めつつ，解除後であっても現実の占有を排除されるまでは，その設定者に対する賃借権に基づき占有使用を継続することが認められるとする。

(135) 山野目・前掲(91)論文 45 頁，片山・前掲(44)論文 100 頁，吉田克己「民法 395 条（抵当権と賃借権の関係）」広中俊雄・星野英一『民法典の百年 II』（有斐閣・1998 年）724 頁。

(136) 生熊・前掲(64)論文 52 頁は，解除されていない濫用的短期賃借人に対する明渡請求を肯定する法律構成として，民法 90 条ないし 94 条を用いている。湯浅・前掲(66)論文 199 頁もほぼ同旨。なお，抵当建物の賃借人が背信的悪意の第三者であるとして，当該建物の競落人に賃借権を対抗できないと判断した，東京地判平成 10 年 1 月 28 日金商 1050 号 42 頁参照。

(137) ただ，民法 90 条ないし 94 条の法理により，完全に不法占拠の場合と均衡を図ることができるわけではないことにつき，注意が必要である。すなわち，被保全権利たる担保価値維持請求権の発生要件たる抵当権侵害の有無は客観的に判断されるのに対し，民法 90 条ないし 94 条で賃

貸借契約を無効とするためには，執行妨害目的ないし通謀等といった立証が容易ではない主観的要件が問題とされるのである（東海林邦彦「詐害的短期賃貸借の防止・排除のための法的手段について（三）」判例評論 258 号（1980 年）9 頁参照）。それゆえ，客観的には執行妨害となりうる占有があり，被保全権利の存在が認められるとしても，占有者の主観を立証できなければ，民法 90 条等により賃貸借契約は無効とならず，結局被代位権利は認められない場合もある。

(138) 山本弘「抵当権の効力と目的物の占有・使用」民訴雑誌 44 号（1998 年）141 頁，吉田・前掲(33)論文 741 頁。

(139) 吉田・前掲(33)論文 742 頁。なおシンポジウム「担保権の効力と不動産執行」民訴雑誌 44 号（1998 年）における高橋宏志質問（182 頁）および中野貞一郎発言（186 頁ないし 191 頁）も参照。

(140) 抵当権者自身への明渡を，抵当権本来の効力として認めるわけではなく，また，単に明渡請求の実行性を確保するために認めるわけではない。競売制度の機能障害の回復という手続上の要請から，実体法上抵当権者に抵当目的物の管理権限を認めている点に，注意が必要である。

(141) ①の点について，任意売却を予定している抵当権者は，執行妨害的占有を排除することにより任意売却を円滑に遂行できる以上，不動産競売手続に着手していなくても，執行妨害の排除について強い利害関係を有しているようにも思える。もっとも，任意売却の円滑な遂行により保護されるのは，抵当権者の私的な利益にすぎず，競売という公的な制度の機能が回復するわけではない。抵当権の非占有担保という性質にもかかわらず，なぜ例外的に抵当不動産の管理権限が抵当権者に認められるかというと，競売手続に参加する抵当権者の私的利益と執行秩序の維持という（一般市民までが享受しうる）公益的利益とが重なり合うからである。これに対して，任意売却を予定する抵当権者は執行秩序維持という公益的利益の実現において強い利害関係を有しているとはいえず，抵当不動産の管理権限は認められないといえよう。

(142) 滝澤孝臣「時の判例」ジュリスト 992 号（1991 年）131 頁。

(143) 安永・前掲(43)論文 28 頁。

(144) 伊藤・前掲(51)論文 27 頁がある。

(145) 中野貞一郎『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社・1989 年）516 頁。

(146) 於保不二雄『債権総論（新版）』173 頁，八木・前掲(17)論文 42 頁。

(147) 川島・前掲(25)論文 55 頁。

(148) 抵当権者（銀行）が実際に管理するというのは現実的ではなく，不動産管理会社と契約を契約をすることによるコストが管理費用ということになろう。

(149) 650 条参照（八木・前掲(17)論文 42 頁）。

(150) ただし，賃貸用の建物で空家を増やすとほかのテナントまで出てしまうというときに現状維持のために賃貸する等，抵当目的物の価値維持という消極目的の賃貸に限定すべきであろう（小笠原ほか・前掲(29)座談会・鎌田発言 39 頁）。

(151) 小笠原ほか・前掲(29)座談会（升田発言）38 頁参照。なお，抵当不動産を占有しているのが後順位抵当権者である場合，先順位抵当権者を差し置いて賃料から優先弁済を受けるのは，不公平とも思える。もっとも，賃料へ物上代位する場合にも同じ問題は生じうるし，それを望ましくないと思う先順位抵当権者は，早く競売手続に着手すれば足りるであろう。

(152) 小笠原ほか・前掲(29)座談会（鎌田発言）39 頁と結論同旨。これと異なり，抵当権者が管理費用を自ら自ら負担しなければならないということになると，進んで管理占有を求める抵当権者は少なくなり，本判決が明渡請求を認めた意義も活かされないことになりかねない（滝澤・前掲(19)論文 19 頁）。なお，自ら申し立てた競売手続において優先権を行使する場合の要件については，最判昭和 62 年 4 月 2 日（金融法務事情 1168 号 26 頁）参照。

(153) 道垣内・前掲(16)論文 33 頁。

(154) 椿ほか・前掲(25)座談会 26 頁（生熊・河野玄逸発言）と結論同旨。

(155) 小笠原ほか・前掲(29)座談会（升田発言）39 頁と結論同旨。

(156) 占有屋が登場する段階で，抵当不動産の所有者は既に多重債務者となっており，夜逃げして行方不明になっている場合があろう。

(157) 抵当権者は，本人（抵当権設定者）のためではなく，自己および他の債権者の為に抵当不動産を管理しているので，事務管理そのものには該当しない。ただ，「義務ナクシテ」他人の「事務ノ管理ヲ始メタ」以上，事務管理の精神に照らし管理継続義務を負うと解すべきであろう。

(158) 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』（金融財政事情研究会・1993 年）118 頁。

(159) 平成 8 年改正後も，第三者による「価格減少行為」（民事執行法 55 条 1 項）の認定にあたっては第三者の執行妨害目的を必要とする，という考えが，一部では根強く残っている。しかし，占有による抵当権侵害の有無が客観的に判断される以上（第 2 章第 2 節参照），「価格減少行為」の判断も客観的になすべきであろう。

(160) 工藤・前掲(80)論文 186 頁。

(161) ちなみに，本件の抵当権者は，国民金融公庫（現・国民生活金融公庫）という政府系金融機関である。

（さいとう　ゆか　札幌地方裁判所）