

論 説

「担保・執行法制の見直しに関する 要綱中間試案」の検討

賃借人保護の視点から

小 山 泰 史

はじめに

「短期貸貸借」についての各立法提案の検討

「不動産の収益に対する抵当権の効力等」についての各立法提案の検討

結 び

はじめに

立命館大学法学部では、法務省が2002年4月に大学等の各機関に対して意見の紹介を求めた「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」（以下、中間試案という¹⁾）に対して、2002年5月1日に立命館大学法学部で「民事法研究会」を開催し、その内容を検討した。本稿は、研究会での筆者の報告を、当日の議論をふまえて再構成し、法務省に対して意見書として送付したものに加筆修正して公表するものである。

今回の要綱中間試案は、2001年5月より、法務省法制審議会・担保・執行法部会において開始された、担保法および民事執行法の改正作業の中間段階をなすものである。今回の改正は、短期貸貸借による抵当権実行の妨害の排除等の重要論点を、単に実体法のみを見直すだけでなく、手続法も同時に改正しようとする点で、際だった特徴を有する。立命館での研究会において特に指摘されたのは、今回の要綱中間試案全体を通じて、やや抵当権者の利益保護に傾く嫌いがあり、抵当不動産の所有者ないし賃借人の

保護の視点が弱いのではないかと、という点である。以下、この意見を参考としながら、要綱中間試案の問題点を具体的に検討することとする。

本稿における意見は、あくまで小山個人の私見であり、必ずしも立命館大学法学部全体を代表するものではない。また、本稿は、研究会で検討された全ての事項を網羅的に検討するものではない。要綱中間試案に盛り込まれた全ての内容を詳細に検討する能力を筆者は有していないため、今回の中間試案において最も重要な論点であろう物上代位と建物短期賃貸借に絞って検討をするにとどめている。

なお、必要に応じて、要綱中間試案の原文の一部（短期賃貸借および不動産の収益に対する抵当権の効力等の該当部分）を抜粋して掲載していることを予めお断りしておく。

「短期賃貸借」についての各立法提案の検討

一 序

(中間試案本文)

(4) 短期賃貸借（民法395条関係）

(ア) 建物

(A案)

抵当権に後れる賃貸借は、その期間の長短にかかわらず、抵当権者（買受人）に対抗することができないものとする。

(注)

- 1 抵当権の実行による抵当不動産の売却後一定の期間（例えば2月）に限り、賃借人が建物の占有を継続することができる余地を認めるものとするかどうかについては、なお検討する。
- 2 抵当権に後れる賃貸借といえども、その設定につき抵当権者の〔包括的又は個別的な〕同意を得ることにより、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとするか、できるものとする場合における同意の公示の要否、方法等について、なお検討する。

(B案)

(B1案)

- a [2年]以内の期間の定めのある賃貸借は、抵当権に後れるものであっても、その期間内に限り、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとする。

(注)

- 1 抵当権に後れる期間の定めのない賃貸借は、抵当権者（買受人）に対抗することができないものとする。
- 2 対抗することができる賃貸借の期間については、なお検討する。
- b 賃貸借が抵当権者に損害を及ぼす場合には、抵当権者は、その解除を裁判所に請求することができるものとする。
- c 賃貸借が抵当権者（買受人）に対抗することができる場合においても、賃借人は、期間経過後において、引渡命令（民執法83条）の対象になるものとする。

(B2案)

- a 抵当権に後れる賃貸借は、抵当権の実行による抵当不動産の売却後一定の期間（例えば、残期[6月]）以内に限り、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとする。

(注) 対抗することができる期間については、なお検討する。

- b (1案)bと同じ。
- c (B1案)cと同じ。

(後注)

- 1 (B1案)及び(B2案)において、買受人が敷金返還義務を承継することを否定又は制限する（例えば、賃料[2月]分相当額の範囲に限り承継されるものとする）かどうかについては、なお検討する。
- 2 (B1案)及び(B2案)において、抵当権に後れる賃貸借といえども、その設定につき抵当権者の同意を得ることにより、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとするかどうか等については、なお検討する。
- 3 何らかの指標によって建物が賃貸用物件であるか否かを区分した上、当該建物に係る抵当権に後れる賃貸借の保護の有無、程度等についてその区分に応じた取扱いをすべきであるとの意見もある。

(イ) 土地

抵当権に後れる賃貸借は、その期間の長短を問わず、抵当権者（買受人）に対抗することができないものとする。

(注)

- 1 農地・山林について、抵当権に後れる賃貸借を一定の範囲で保護することとするかどうかについては、利用の実態をふまえつつ、なお検討する。
- 2 抵当権に後れる賃貸借といえども、その設定につき抵当権者の同意を得ることにより、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとするかどうか等については、なお検討する。

1 要綱中間試案における建物短期賃貸借に関するルールの内容の検討に入る前に、中間試案に示されたA案、B1案およびB2案全体を概観しておきたい。

法務省参事官室による説明はこうである²⁾。すなわち、A案は、現行制度にかかる濫用の弊害の指摘を踏まえ、抵当権に後れる賃貸借はその期間の長短にかかわらず抵当権者（買受人）に対抗できないとする。A案注1は、これを前提として、抵当権の実行による不動産売却後、一定の期間に限り、賃借人が建物の占有を継続する余地を認める、学説上、明渡猶予期間説³⁾と呼ばれるものに対応する。また、A案注2は、A案を前提とした上で、抵当権に後れる賃貸借といえども、その設定につき抵当権者の包括的または個別的な同意を得ることにより、抵当権者に対抗しうるとするものである。

次に、B案は、現行の短期賃貸借制度の弊害を踏まえ、正常な（短期）賃借人の保護を拡充しようとするものであるという。B1案は、（2年）以下の期間の定めのある賃貸借契約については、抵当権に後れるものであっても、その期間内に限り、抵当権者（買受人）に対抗しうるとするものである（期間についてはa注2参照）。この案は、賃貸借契約の当事者が定期借家契約（借地借家法38条）等によって短期の存続期間を定めた場合には、当該期間中に限り、賃借人による建物の利用を保障する。よって、期間の定めのない賃貸借は保護されない（a注1）。

他方、B2案は、抵当権に後れる賃貸借はその期間の長短にかかわらず、抵当権の実行による抵当不動産の売却後一定期間（例、残期6ヶ月）以内

に限り抵当権者（買受人）に対抗しうるとする。この案は、A案同様、実質的には、抵当権に後れる賃借人に対し、一定期間内明渡を猶予するものである。A案が、抵当権に後れる賃貸借が抵当権に対抗できないことを前提として明渡を猶予するのに対し、B2案は、抵当権に後れる賃貸借であっても、その期間内は抵当権に対抗でき、期間満了または抵当不動産の売却後期間の経過により対抗力が消滅とする点で、明渡猶予期間の持つ意味がA案とは異なる。なお、B1案と異なり、B2案においては、あらゆる賃借権が買受人に引き受けられることに注意を要する。

B案においては、現行の短期賃貸借制度の濫用に対処すべく対策を講じている。まず、B1案及びB2案のそれぞれbにおいて、現行法民法395条と同じく、抵当権者による賃貸借の解除を認めている。また、それぞれのcにおいては、抵当権に後れる賃貸借が抵当権者（買受人）に対抗することができる場合であっても、賃借人は、対抗することができ留期間の経過後においては、引渡命令（民事執行法83条）の対象となることを明確化する。

後注1は、B案において買受人が賃借権を引き受けた場合の敷金返還義務の承継の有無またはその制限について言及する。また、後注2は、A案の注2と同様、B案においても、抵当権者の同意を得れば、抵当権に後れる賃貸借であっても、抵当権者（買受人）に対抗しうる旨を規定すべきかどうかを提起する。最後に、後注3は、賃貸用物件について、それ以外の用途の物件と区別した上で、当該建物にかかる抵当権に後れる賃貸借の保護の有無及び程度について、異なった取り扱いをすべきとの意見を紹介する。

二 各案についてのコメント

(1) B2案について

B2案は、学説上、短期賃借権短期引受説⁴⁾と呼ばれるものに対応する。抵当権に後れて設定された正常型短期賃借権は、原則として6ヶ月間だけ

買受人が引き受けるものとする。賃貸用建物の場合、抵当権を取得する金融機関も、収益物件であることを前提として融資をする。よって、賃貸用建物の場合、抵当権に後れて設定された賃借権も競売により買受人に引き受けさせる、という立法論が素直である、との立論である⁵⁾。

しかし、執行妨害をなす者は、抵当権実行直前に正常な短期賃借人から賃貸人の承諾を得て賃借権を譲り受ける、あるいは、転借人となる等して、この制度を利用して抵当権の実行妨害を図るのではないか。買受人に承継される敷金の額を制限することで、執行妨害を軽減することは可能だが、原則引受とすることで、執行妨害を助長するおそれがないとはいえない。例えば、敷金の額などについて、契約内容が正常な短期賃借人から賃借権を譲り受け、いったん賃貸借契約を解約し高額の敷金・賃料も近隣の相場に比して異常に高額であるという場合、買受人に対抗しうる敷金の額を1ヶ月分に制限しても、買受人の負担が軽くなるわけではない。また、既に指摘されているように、敷金は、地方慣習ごとに授受の額の相場が異なり、全国一律の規制が可能かという難点がある⁶⁾。

明渡に一定の猶予期間を設けるとすれば、占有者の排除は買受人の負担となる。競売が、買受けがなされた時点からの明渡猶予期間を3ヶ月ないし6ヶ月と定めると、賃借人は現行の執行実務よりも長く占有することにもなりかねない⁷⁾。つまり、B2案のように、すべての賃借権が買受人に引き受けられるとすると、正常でない賃借権もまた、解除されない限り、正当に不動産を占有しうることを承認することになるのであって、正常な賃借権の保護のために、本来保護されるべきでない賃借権も保護の対象圏に取り込まれてしまうことを強く危惧する。よって、B2案には賛成できない。また、A案であっても、明渡猶予期間を設けることで、実質的には抵当権者に対抗できない濫用的な賃借人に、居座る根拠を与えるだけであろう。

(2) A案について

短期賃貸借制度原則廃止論を基礎におく案である⁸⁾。実務家の間では、不法占有による執行妨害の排除こそが重要なのであって、短期賃貸借を廃止しただけでは現状はそれほど変化しない、短期賃貸借ではなく、長期賃貸借によっても抵当権の実行を妨害できる等の認識があり、単純に短期賃貸借を廃止すれば足りるものではないことは、既に共通の認識となっている⁹⁾。

以上の認識を前提とすれば、短期賃貸借の保護を廃止しながら、抵当権実行後一定期間の占有を認めることは、一方で正常な賃借人の保護を現行法よりも後退させ、他方で、不法占有者にその期間正当に占有をなす根拠・口実を承認するという、きわめてアンバランスな方向での改正であると評価しうる。よって、A案を採用する方向は、到底支持し得ないといえよう。

(3) A案注2およびB案後注2の考え方について

1 抵当権に後れる賃借権といえども、その設定につき抵当権者の同意を得ることにより、抵当権者（買受人）に対抗しうるという考え方の当否はどうか。

当初自己居住用で購入し抵当権を設定した物件を、転勤等の都合から賃貸に供した場合（いわゆる分譲貸し）、抵当権者の同意を得て、抵当権に対抗しうる賃貸借をなすことになる。「使用財としての不動産観」が妥当する自家用建物が、「収益財としての不動産」に転換する局面である¹⁰⁾。

一面で、抵当権者の同意を得るこの制度も、後順位抵当権者と所有者が、先順位の抵当権を害する目的で利用するおそれがあるのではないか。当初は賃貸借目的でないので、抵当権者は収益を見込まずに物件価額を算定する。その抵当権者の予測を害するのではないか。また、法務省民事参事官室の解説で既に指摘されるように、抵当権者の同意に物権的效果を与えるか、またこれを認めるとしても、その同意が、抵当権に後れる全ての賃貸

借について包括的に与えられるとすべきか(包括的同意)、個々の賃貸借について個別的に与えられるものとすべきか(個別的同意)が問題となる。

仮に、1番抵当権者が、自己に後れる(短期)賃借権設定につき物権的同意を与えたとする。この賃借権は、2番抵当権実行による不動産売却によっても消滅せず、買受人に引き受けられることになる。

では、同意を与えた1番抵当権が弁済により消滅して、賃借権の設定後に現れた2番抵当権が1番に昇進した場合はどうか。対抗力付与に同意した抵当権は既にないが、賃借権は、やはり買受人に引き受けられるであろう。その根拠は、旧1番抵当権者による対抗力付与の同意が物権的效果を有し、自己に劣後する後順位抵当権者全てに効力を有することに求められ、その効果は、後順位抵当権の順位が上昇しても変化しない、ということになる。また、177条の原則により、この結果は現行の民法395条でも変わらない。

A案では、あくまで、抵当権に後れる賃借権は原則として消滅するのであるから、先順位抵当権に後れる賃借権がいっさい対抗できない以上、その賃借権に後れる後順位抵当権であっても、実行段階で当該賃借権の対抗を受けることはなく、賃借権の負担のないものとして配当を受けることができる。換言すれば、A案では、賃借権に遅れる後順位抵当権者であっても、賃借権の存在による減価(占有減価)を考慮することなく担保価値を算定しうるのである。この後順位抵当権者の期待は、賃借権が先順位抵当権に対抗し得ないことの事実上の反射的利益にすぎないかもしれないが、全く保護に値しないと断定しがたい。

しかしながら、A案では、同意を与えた旧1番抵当権の消滅により順位の上昇したかつての2番抵当権者が抵当権を実行しても、同意を与えた者がいなくなった後であるにもかかわらず、賃借権の対抗を受け続けることになる。

2では、B2案において、抵当権者の同意により買受人に賃借権を対抗しうるとした場合(後注2)はどうか。原則として全ての賃借権が引き

受けとなる中、抵当権者の同意を得た賃借権のみが、6ヶ月という期間を越えて存続して、買受人に引き受けられることになる。しかし、その結果、一棟の建物の中で、同一の間取り・家賃の物件につき、同意の有無により引き受けの期間に長短が生じることになる。収益に差がないとすれば、抵当権者の同意の有無によって、引き受けの期間に差が生じるのはやや問題があるように思われる

3 次に、B1案で、抵当権者の同意により買受人に賃借権を対抗しうるとした場合、同意ある賃借権が期間の定めなきものであっても、B1案注2のルールの例外を形成して、買受人に引き受けられる。一棟の建物の中で、期間のある賃貸借につき抵当権者の同意がなく、期間の定めのない賃借権に同意がある場合、前者は抵当権実行後の買受後、残された契約期間のみ存続するのに対し、後者は、期間の定めがないにもかかわらず、それ以上の期間継続することとなる。このような状況は、期間の定めある賃貸借のみがその期間内で買受人に引き受けられるとしたB1案の目的とは相反するものといえよう。

以上、少なくとも、抵当権者の同意により、抵当権に後れる賃貸借が買受人に対抗しうるとするのは、どの立法提案にあっても、その提案の本来目的と抵触するおそれがあり、導入は避けるべきものと評価しうる。

4 抵当権者の同意を登記した場合に、当該賃借権が抵当権実行後も引受となるという制度設計は、抵当権者に、抵当不動産所有者が締結する賃貸借契約の内容をコントロールする手段を与えることに他ならない。

当初より賃貸住宅として設計・建築される物件の場合、収益還元法により担保価値を算定し、優良な賃借人が入居することを前提として、抵当権に対抗可能であることの包括的な同意を与え、これを登記すればよい。仮に、爾後的に詐害的な賃借人が入居した場合には、当該物件について強制管理手続を申立て、当該物件の賃貸借契約を管理人に解除させ、占有者を排除する。あるいは、当該物件についてのみ個別的に「対抗の同意」を撤回し（これを登記手続上どのように反映するかは別の検討課題となろう）、

新規に入居する優良な賃借人については、抵当権に対抗できないものとする。

以上の筆者の説示は、強制管理手続を抵当権実行後にのみ開始する、4(1)a(A案)を前提としている。抵当権者の同意は、抵当権に後れる賃借権が実行後も引受になることを予め承認するものであるから、本来、抵当権を弱める意思表示であるはずである。ところが、以上で検討したところから明らかなように、抵当権者に、「対抗可能な同意」をなすことを認めるのは、抵当権者に、強力に過ぎる権限を与える結果を招来することが予想されるのである。よって、このような制度は、導入すべきではないと考える。

(4) B1案について

1 仮に、次のような例で考えてみたい。 期間2年間で、2年経過ごとに黙示的に契約は更新されるが、更新料として賃料2ヶ月分を賃借人に支払うという契約、 期間2年間で、2年経過時に更新料は支払わないが、契約時に賃料10ヶ月分の「保証金」を支払う、という契約、 期間2年間の定期借家契約、である。

2 B1案がもっぱら念頭においているのは、の定期借家契約であろう。更新がないため(借地借家法38条2項)、抵当権者は抵当権実行後、当該賃借権が存続する期間を前もって予測することができる点で、抵当権者の予測可能性の確保の点から、もっともB1案に適合的であるといえる。現に、法務省の解説も、定期借家契約がその主たる対象であることを示唆する¹¹⁾。

次に の場合、重要なのは借地借家法26条1項但書である。期間の定めのある建物賃貸借が同条1項本文により法定更新がなされた場合、期間の定めのない賃貸借契約となる結果、更新後に抵当権が実行された場合には、もはや当該賃借権は買受人には引き受けられないことになる。すなわち、B1案は、期間の定めある賃貸借は、その期間の範囲内で抵当権が実行さ

れた場合に、残りの期間の範囲でのみ当該賃借権を保護する、という制度であるという理解が可能であって、法定更新後期間の定めのないものとなった後は、抵当権実行に対して一切賃借人を保護しない、という結果をもたらすのである。

ただ、現行の民法395条の下では、抵当権が実行されないままの賃貸借契約が同じ内容で更新された場合に、そのような更新を新たな短期賃貸借契約の締結とみて、途中で抵当権が実行されても、その満了までは賃貸借は対抗できるという解釈が採られている。この解釈が、B1案の下で維持されるかどうかは、要綱中間試案の解説にも、この点についての言及はない。上記の解釈は、借地借家法26条1項を、その但書も含めてB1案に適用した場合にあり得る解釈の一つに過ぎない。

ただ、おそらく、のような定期借家契約であっても、期間満了後に合意により新たに以前の契約と同内容の定期借家契約を新たに締結した場合、一切抵当権には対抗し得ないのであろう。また、の場合に、従前の賃貸借契約を合意更新した場合であっても、抵当権者には対抗し得ないと解し得る。

3 現行の民法395条の短期賃貸借制度の問題点として、賃貸借期間満了の時と差押えの先後関係、および賃貸借期間満了の時と買受人の代金納付時との先後関係という偶発的要素により、短期賃借権の買受人への引き受けの有無と引き受け後の存続期間が左右されることが指摘されている¹²⁾。B1案が「その期間内に限り、抵当権に対抗しうる」とするのが、抵当権実行の差押時から賃貸借の残存期間内での居住の確保を保証するという趣旨であるとするれば、賃借人は、契約の更新の先後という偶発的要素によって保護が変わることにはならない。しかし、かえって、現行法下で認められている、抵当権実行前にたまたま更新がされた場合、その更新された期間内では対抗でき、買受人に引き受けられるという利益を縮減されることになる。少なくとも、この部分では、B1案は、現行法よりも賃借人の保護を後退させ、反面、引き受け後の残存期間を明確化することで、抵当権

者の予測可能性に資するものである。

B案は、いうなれば抵当権改正を1つの契機として、抵当権者の利益のために抵当不動産所有者のなす賃貸借契約の内容を修正する結果をもたらす。立命館で研究会での議論では、これでは、「抵当権改正」というタイトルの下で、実質的には「借家法制の改正」ではないかとの批判もなされた。その批判は、敷金の額が地方慣習により異なるのを、全国一律の規制に服せ占めることにも妥当する。

確かに、現行法による建物短期賃借人の保護が、3年という短期間で十分なのかという指摘がある一方で、短期賃貸借を利用した抵当権妨害への対応策が模索されるのは当然である。けれども、とりわけB1案については、賃借人の保護よりも、抵当権者の予測可能性の確保という視点が前面にでてきているといわざるを得ない。

三 小 括

1 以上、A案およびB1案ないしB2案とも、それぞれ問題点をはらんでいることが明らかになった。A案およびB2案が、抵当権者の予測可能性を引受後の期間を一定にすることで確保しようとするのに対し、B1案は、実行後の残存期間の範囲内でのみ賃借権を保護する。しかしながら、どの案であっても、現行法より賃借人の居住の利益の保護が後退していることは明白であろう。果たして、賃借人の居住の利益を弱めることが、現在の賃貸住宅の市場の現状に合致するのであろうか。とりわけ、高齢者向けの賃貸住宅が必要とされ、賃貸住宅への長期間の居住が社会的に珍しくなくなるであろう今後の状況を考えれば、賃借権の保護を現行法よりも短期間に制限する今回の改正案が、抵当権者の利益保護に傾きすぎではないかとの印象を払拭しがたい。

2 実務レベルからの試案の各提案に対する賛否は、分かれるようである。東京地裁民事第21部は、B1案に賛成のようであり¹³⁾、大阪地裁は、B2案に賛成とも解しうる¹⁴⁾。

おそらく、B 1 案が実務家とりわけ執行裁判所の担当裁判官から支持されるのは、この提案が、一見すると現行の民法395条の姿に近いからではないかと推測される。賃貸借の解除請求を残すことにより、解除後は不法占有となるから、平成11年大法廷判決の論理により、抵当権者が直接の明渡し請求をすることも許される。また、買受人への引受後であっても、同判決の要件を満たす場合は、同様に明渡し請求をする余地もあろう。引受後、契約期間が終了すれば、引渡命令の対象となる点も、現行の引渡命令の処理とそれ程齟齬を来さない。

3 しかし、肝心の賃借人の保護が現行法より著しく後退する点は、借地借家法26条の法定更新との関係を考察すれば、明らかとなる。仮に、改正がB 1 案を基本としてなされるとしても、せめて、法定更新によって従前と同じ条件で更新された賃貸借契約が、更新後も、更新時から更新前の期間と同じ期間内で抵当権に対抗しうるとすべきではないか。このように、従来からの解釈を維持するのであれば、同じ賃貸住宅に長期間住み続けている住人の居住の利益を確保することができよう。その際、借地借家法26条1項但書は、抵当権者との関係では適用がないものとする必要があるため、民法との調整規定を別途設ける必要がある。また、あくまで更新後も対抗できるのは法定更新のみとし、合意更新は期間の定めのない賃貸借として、抵当権者に対抗できないとすれば、合意更新による賃借権の濫用を防止することができるであろう。

4 筆者個人は、要綱中間試案のB 2 案に比較的近い山野目教授の立法提案の「本案¹⁵⁾」に魅力を感じる。というのは、その提案では、法定更新をもって抵当権者に対抗しうるとする点で、賃借人の居住の利益が、中間試案よりも確保されているように思われるからである。ただし、明渡猶予期間を6ヶ月とする点には、B 2 案について述べた疑問が同様に妥当する。

5 なお、賃貸用物件とそれ以外の物件を区別するという考え方（B 案後注3）は、実現可能であれば魅力的なものだが、先に指摘したように、例えば、自己所有の分譲マンションや一戸建てを転勤の都合から賃貸用に

した場合等、当初は自己所有目的で築造された建物が賃貸用に供された場合等を想定すれば、両者を区別して取り扱いに差異を設けることは困難であるように思われる。また、このような状況まで、抵当権者が予測可能かという問題もある。抵当権者が賃借権に対抗可能な地位を同意により付与することで、建物所有者の希望に沿った建物の使用収益の方法の変更に支障を来す恐れがある。やはり、この区別を登記のうで設ける等した場合、取引の変化に柔軟に対応しにくい面があろう。

要綱中間試案以前の議論では、賃貸用不動産の賃借人の保護を、現行法より拡大する方向が模索されたが、今回の要綱中間試案の中では、賃貸用物件であるかどうかの区別の困難さから、この考え方は不採用となり、結果として、賃借人保護拡大の道は断念されることとなった¹⁶⁾。

しかしながら、賃借人保護の意図は極めて正当なものであり、さらに検討を継続すべきである。

6 また、(イ)の土地について短期賃貸借の保護を廃止することには、特に異論はなく、研究会においても特に議論されることもなかった。大きな問題はないであろう。

「不動産の収益に対する抵当権の効力等」 についての各立法提案の検討

一 序 強制管理制度の内容について

(中間試案本文)

4 抵当権

(1) 不動産の収益に対する抵当権の効力等

抵当不動産の収益に対する抵当権の効力に関する次のような点について、なお検討する。

- a 抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、その内容をどのようなものとするか。

(A案)

民事執行法における強制管理と同様に、競売とは別個の、抵当権者が不動産の収益から優先弁済を受けるための手続とする。

(B案)

競売に付随して、差押え後売却までの間において抵当権者が不動産の収益から優先弁済を受けるための手続とする。

- b 抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、抵当権に基づく賃料に対する物上代位の在り方の見直しをする必要があるか。

(A案)

抵当不動産の賃料に対する物上代位は認めつつ、賃料に対する物上代位と強制管理に類する手続についての調整規定を設けることとする。

(B案)

抵当不動産の賃料に対する抵当権の効力については、強制管理に類する手続によってのみ実現すべきものとし、賃料に対する物上代位は認めないものとする。

(後注) 不動産の賃料に対して抵当権の効力が及ぶことの当否自体についても、なお検討する。

1 現行の抵当権による賃料に対する物上代位については、多くの問題点が指摘されてきた。その最も重要なものは、賃料債権全額について物上代位によって把握されると、管理費用が捻出できず、管理がおろそかになって賃貸物件が荒れるおそれがあることである。その結果、賃借人が退去してしまい、賃貸物件としての価値そのものが低下し、かえって抵当権者にマイナスに働いてしまう¹⁷⁾。その欠点を修正するために導入が提唱されているのが、要綱中間試案に盛り込まれた抵当権に基づく強制管理手続である。

2 抵当権に基づく物件管理制度創設には、基本的に、()「抵当不動産の収益をもって被担保債権の弁済に充てることを目的とする制度」とする方向と、()「競売をスムーズに行うための制度」とする二つの設計が考えられる¹⁸⁾。前者は、抵当権者が管理に積極的に関与して、不動産の荒

廃の防止を図ることができるもので、要綱中間試案のA案がこれに対応する。ある論者は、A案を収益確保型と名付ける。他方、()に対応するのが中間試案のB案であり、賃料を取得させる反面、管理をさせる、という方向を指向する。むしろ、このB案は、執行妨害を排除するための手続として機能し、占有排除型の強制管理手続に分類される¹⁹⁾。

3 最大判平成11年11月24日(民集53巻8号1899頁)が述べる、抵当不動産の維持・保存を目的とする管理占有は、抵当権実行に付随する手続の中で抵当権者が物件の占有を取得し、不法占拠者を排除するという制度設計と親しみやすいかもしれない。同大法廷判決の抵当権者による直接の明渡請求が、抵当権に基づく物件管理制度の根拠となるとすれば、収益型の物件管理制度よりも、不法占拠者の排除を主目的とする物件管理制度と関連づけやすい。よって、不法占拠者の排除を管理制度の目的としない場合、抵当権に基づく物件管理制度の抵当権者ないし管理人による「占有」は、平成11年大法廷判決のいう「管理占有」とは異なるものという前提に立つこととなる。また、この「管理占有」と民事執行法55条以下の売却のための保全処分との関係をどのように捉えるかの検討も必要である²⁰⁾。

なお、現行法下でも、抵当権者が競売と並行して、債務名義を取ったうえで強制管理を行うことがあるが、その場合、競売による差押え後の賃借権は、売却により消滅することとせざるを得ない。しかし、抵当権者が自ら申し立てた強制管理手続において管理人が新たに入居させた賃借人を、競売手続において引受けとしないことは妥当でないので、この点は立法で手当することが望ましい²¹⁾。民法395条の短期賃貸借を全廃しない限り、管理人が新たに入居させた賃借人もも保護するのでなければ、収益管理型の強制管理手続を創設することと整合性を欠くこととなる。

4 以上を前提として、基本的にA案を支持したい。既存の一般債権者の強制管理と手続を共通化することで、手続を簡素化・明確化しうる。また、収益執行開始に競売申立を要件とすることは、後述するように、現在の賃料債権に対する物上代位の実務を完全に覆すことに等しく、混乱を招

くおそれがある。

競売に付随する手続とするB案では、迅速に競売が処理されている現状を前提とする限り、収益があがらないうちに手続が終了してしまう事態を招き、妥当でないと思われる。また、現在の銀行の実務では、執行妨害の兆候が関知された場合、直ちに競売申立を行うという²²⁾。あえて、競売申立に付随する妨害排除のための強制管理を設ける必要性にも乏しいのではないか。

二 要綱中間試案b 強制管理制度と物上代位の関係

1 強制管理制度と物上代位両者の併存を認めるB案に賛成する。

抵当権者の賃料債権に対する物上代位では、不動産の管理維持費用分まで差し押さえられてしまうため、適切な管理ができず賃借人等に迷惑がかかること、物上代位では抵当権者間の調整ができず、早い者勝ちで下位の抵当権者が優先して回収してしまう場合があること等が問題とされている²³⁾。また、民法371条但書により、抵当権実行による差押によってはじめて法定果実である賃料にも抵当権の効力が及ぶのであって、差押以前には果実には抵当権の効力は及ばないと解すべきであるという前提に立てば、収益管理の開始を新たな抵当権実行の形態と位置づけ、これを現行の371条但書の「差押」に含むと解し、賃料債権に対する物上代位を全廃して、収益管理のみをおく、というのが本来のあるべき姿であると思われる²⁴⁾。

2 けれども、抵当権の効力を賃料債権に及ぼす方法を強制管理のみに集約した場合、かえって、次のような問題点があることが指摘されている²⁵⁾。すなわち、強制管理手続のもとでは、賃料といった不動産の収益は、抵当権者の債権に充当されるのであるから、抵当不動産の差押後は、賃料は、いわば抵当権者の支配に移されるのであり、賃料への支配の全否定ということにはならない。天然果実と同じ扱いになる。この点は、賃料への抵当権者による物上代位が、抵当不動産の管理権者たる所有者に、管理の意欲を失わせ、あるいは、管理の資金を奪われると言う難点、また、賃料

を取得する抵当権者には、管理権限がなく、抵当不動産の荒廃につながるという難点を回避するメリットと考えられる。

しかしながら、強制管理制度の難点は、賃料収入だけでは、全被担保債権を消滅させるには長期間を要することであり、後順位担保権者のような他の債権者が存する場合には、それまで待たすわけにはいかず、したがって、一般債権者による強制管理のように、強制競売・担保競売を競合させなければならない。強制管理手続を選んだ抵当権者も途中から、競売手続に切り替えることを認めなければならない。(現行法を前提として)物上代位による賃料債権執行の手続が採られていた場合においても、後順位抵当権者は、抵当不動産について、担保権実行の手続をとることが可能であるから、事情は異なる。

3 実際上、抵当権に基づく賃料への物上代位を否定した場合、抵当権者は抵当権実行を申し足るほかは満足を得る手段を有しないが、果たして、そのような事態を招来させることが、単に抵当権者に不利益だけでなく、不動産所有者にとって利益であるのか、疑問なしとしない²⁶⁾。しかし、物上代位で賃料を収受している限り、抵当権本体を実行しなければ、債務者の事業はなお命脈を保つことができるのに対し、収益管理型の強制管理が開始されれば、(抵当不動産が債務者所有の場合)物上代位以上により確実に賃料債権からの収益を奪われることになり、債務者にとっては、現行法の物上代位よりも酷になる場合もあり得るのではない。

4 抵当権の収益執行としての物件管理(強制管理)の開始前に、一切賃料債権に対する物上代位を認めないとすると、管理人の選任なくして抵当権者が賃料にかかっていく道を閉ざしてしまう。また、十分に報酬が得られると見込めない限り、管理人のなり手が確保できないおそれもある。

また、強制管理で任命される「管理人」は、やはり善管注意義務を負うと考えられる。その義務に見合う報酬を支払うためには、収受される賃料の中で管理費が占める割合は高騰するであろう。例えば、抵当目的不動産が集合住宅の賃貸収益物件でなく、一戸建ての物件の場合に、物上代位を

全廃して必ず強制管理によらなければ賃料債権に抵当権の効力を及ぼす方法がないとすれば、管理費の支出のみで賃料を費消してしまうのではないか。そうなれば、被担保債権の回収はいっこうに進まず、所有者にはいつまでも賃料収入が得られない自体が継続することになる。すなわち、賃料收受のために、常に管理人の選任を要するとするのは、手続として重くなりすぎ、かえって使いにくいのではないかという懸念が生じるのである。

5 ところで、強制管理制度の設置と賃料に対する物上代位とを併存させるとしても、やはり被担保債務の不履行に加えて、競売申立てを要件とすべきか。そして、競売申立前は管理のみを認め、申立後は物上代位と管理とを併存させるという構成も考え得る²⁷⁾。賃料債権に対する物上代位が、競売を要件とせずに認められている実務を覆さないためには、競売申立てを管理開始の要件とすることは困難である。しかし、競売申立前に物上代位を選択しうるとすれば、不動産の管理維持費用分まで抵当権者に押さえられてしまうという批判をそのまま甘受することになる。

あり得べき制度設計として、山本和彦教授は以下のように整理をされている。すなわち、競売申立前に管理のみを認める、競売申立後に管理のみを認める、競売の前後を問わず管理のみを認める、競売の前後と問わず物上代位と管理とを並列させる、競売申立前は管理のみを認め、申立後は物上代位と管理とを並列させる、という構成である²⁸⁾。このうち、一方で、山本教授は を推奨し、他方で、山野目教授は、競売に付随する手続としての a B案を前提として、 を推奨し、競売申立後の物上代位を排除する²⁹⁾。換言すれば、山野目提案は、抵当不動産売却のための手続開始前の収益に対する執行は、従来通り物上代位に委ねるものである。

三 小 括

1 全体として、筆者は、要綱中間試案の a - A案と b - A案の組み合わせを支持する。すなわち、競売とは別個に、抵当権者が不動産の収益か

ら優先弁済を受けるための強制管理制度を設け、かつ、賃料に対する物上代位を残して、両者の調整規定を設ける、というのが基本設計である。簡易な賃料把握の手段として、競売申立前の物上代位を認めるが、現在の判例法理よりもその効力は弱めるものとする。例えば、抵当権設定登記後になされた賃料債権の譲渡等の、建物所有者による賃料の事前処分は、物上代位による差押えがなされない限り妨げられることはない。物上代位による差押え前になされた賃料債権の譲渡または質入れは、物上代位に優先することとする。仮にこれらに対しても抵当権の効力を及ぼしたいと望むときには、収益管理を申し立てることとなる。すなわち、同じ抵当権者が、一方では物上代位を行い、他方で収益管理開始を申し立てることも許容され、後者の開始によって前者は後者の手続に吸収されるとする。また、後順位抵当権者が物上代位を行っていた場合、先順位抵当権者は、配当要求をなすことはできず、自らが差押えをしなければならないのが現在の判例法理である³⁰⁾。この点に変更しないものの、後順位抵当権者の物上代位が先行する過程で、先順位抵当権者が収益管理の開始を申し立てた場合には、物上代位は収益管理手続に吸収され、抵当権設定登記の順位に応じて賃料が配当されることとなる。

2 要約すれば、抵当権者による賃料の把握は、収益管理の開始を基本におき、この手続が重くて使いにくい場合には、物上代位の道を例外的に残す、という基本姿勢を維持するべきである。もっとも、管理開始後であっても、管理の一態様として、選任された管理人が、債権差押えをなすことによって、簡易な回収を行う余地をなお認めるべきである³¹⁾。差押えの期間が売却までと短いため、抵当不動産の管理がなされず荒廃する、という懸念も小さいと考えられる。

結 び

今回の要綱中間試案全体を通じて散見されるのは、抵当権者の予測可能

性の確保という視点である。例えば、短期賃貸借に関して、収益還元法に従い優良な賃借人が入ることを前提として担保評価を行い、強制管理制度に基づき抵当権本体の実行を回避しながら賃料から確実に被担保債権回収を図る道を確認する。実際に、競売による抵当権実行を選択した場合、実行妨害を企図する賃借人ないし占有者をスムーズに排除する手当を講じる。その前提として、賃借人の保護される範囲は、現行法よりも後退することになる。強制管理制度と賃借権保護のあり方の組み合わせ次第では、抵当権者に、抵当不動産所有者の使用・収益の内容に相当程度干渉する手段を与えることになる。

以上の点が、最初に述べたように、要綱中間試案は、やや抵当権者の利益保護に傾く嫌いがあり、抵当不動産の所有者ないし賃借人の保護の視点が弱いのではないかと、との指摘が研究会でなされた理由であろう。

確かに、今回の要綱中間試案に沿った内容で法改正がなされれば、抵当権者の利益保護、具体的には、抵当権設定時からの賃借権の存在による占有減価を担保評価で正確に計算に入れて抵当権を取得することが可能となるであろう。しかしながら、なお債務者ないし不動産所有者、および賃借人の利益にも一定の範囲で配慮する方向が、改正の作業の中で取り入れられることを節に希望する次第である。とりわけ、要綱中間試案とりまとめの過程で落とされた、賃貸用不動産の賃借人の保護を現行法より拡大する方向が、なお十分に意識されるべきであろう³²⁾。

- 1) 「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」は、法務省のホームページ上に掲載されている。アドレスは、<http://www.moj.go.jp/> である。ジュリスト1221号186頁、NBL 734号68頁他にも掲載されている。
- 2) 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」ジュリスト1223号（2002年）120頁以下、NBL 735号（2002年）20-24頁。
- 3) 鈴木祿弥「短期賃貸借の扱いについて」季刊債権管理85号（1999年）1頁。
- 4) 山野目章夫「短期賃貸借制度の見直し」銀行法務21・601号4頁以下、生熊長幸「短期賃貸借保護の制度改正の視点（上）担保・執行法改正に寄せて」ジュリスト1216号（2002年）100頁。

- 5) 2002年4月6日の民事訴訟法学会臨時大会における生熊教授の報告での説明である。同「短期貸借制度の改正に関して(上)」NBL738号(2002年)48頁以下を参照。
- 6) 内田貴他「(座談会)担保法の改正に向けて(下)」ジュリスト1214号(2001年)47頁の道垣内発言を参照。
- 7) 福永有年他「(座談会)近未来の抵当権とその実行手続 改正のあり方を探る」銀行法務21・600号(2002年)14-15頁(道垣内発言)。
- 8) 吉田克己「短期貸借保護制度改革の方向」ジュリスト1223号(2002年)21-23頁参照。
- 9) 福永ほか座談会・前出注(7)(生熊発言),生熊・前出注(4)98-99頁ほか。
- 10) 吉田・前出注(8)27頁。
- 11) 法務省参事官室解説・前出注(2)NBL735号22頁参照。
- 12) 生熊・前出注(4)95頁。
- 13) 畑一郎「東京地裁における最近の担保・執行法制に関する実務の現状と見直しの方向性」季刊債権管理96号(2002年)42頁,東京地方裁判所民事執行センター「担保・執行法制改正中間試案をめぐる議論」金法1640号(2002年)31頁。
- 14) 林圭介他「大阪地裁(本庁)における最近の民事執行の運用実務と見直しの方向性」季刊債権管理95号(2002年)61頁。「短期貸借については,契約の残存期間や更新の有無にかかわらず差押え後一定期間(たとえば1年)にかぎって使用を認め,その期間経過後は,買受人が明渡しを請求することができることとし,敷金についても,買受人が引き継ぐ敷金額を一定限度に立法化する余地がある。」との指摘がこれに該当する。
- 15) 山野目・前出注(4)4頁以下。
- 16) 吉田克己・前出注(8)26-27頁。
- 17) 福永他座談会・前出注(7)23頁(松岡久和発言)。
- 18) 生熊長幸「将来にわたる賃料債権の包括的差押え・譲渡と抵当権者による物上代位(下) 解釈論的・立法論的提言」金法1609号(2001年)31頁以下。
- 19) 林他・前出注(14)61頁以下。
- 20) 以上につき,滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求権」銀行法務21・600号(2002年)21-22頁,平野裕之「執行・実行妨害」ジュリスト1223号(2002年)6頁以下を参照。また,最大判平成11年11月24日民集53巻8号1898頁に至る判例法理の展開につき,拙稿「短期貸借による抵当権妨害 抵当権の「侵害」と占有減価」松倉耕作他編『現代民法学の理論と実務の交錯』(高木多喜男先生古稀記念)(成文堂・2001年)111頁以下を参照。
- 21) 林他・前出注(14)62頁。
- 22) 立命館での民事法研究会の席上でなされた指摘である。
- 23) 山本和彦「抵当権に基づく物件管理制度」銀行法務21・601号(2002年)27頁。
- 24) 高橋真「強制管理」ジュリスト1223号(2002年)31頁参照。
- 25) 以下は,高木多喜男「賃料に対する物上代位」銀行法務21・601号(2002年)37-38頁の指摘による。
- 26) 2002年4月6日に開催された,民事訴訟法学会・臨時大会における山野目章夫教授の報告でなされた指摘である。同教授の報告の論稿につき,山野目章夫「抵当権に基づく収益

「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」の検討（小山）

管理制度の構想 / 付随型（下）」NBL 740号（2002年）73頁を参照。

- 27) 山本和彦・前出注(23)27頁。
- 28) 山本和彦・前出注(23)27頁。
- 29) この説示も、2002年4月6日の民訴学会における山野目教授の報告での指摘である。山野目・前出注(26)73頁。
- 30) 最1小判平成13年10月25日民集55巻6号975頁。
- 31) 山本和彦・前出注(23)28頁参照。
- 32) 吉田克己・前出注(8)26-27頁。

[追記] 本稿脱稿後、「(特集)担保・執行法制の課題 / 法制審議会要綱中間試案を読む」法時720号（2002年）4頁以下に接した。本稿との関係では、とりわけ工藤祐巖「短期貸借保護制度の見直しについて」同31頁、および古積健三郎「抵当権による収益管理制度と賃料債権への物上代位」度37頁が重要である。また、担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表（民法改正試案 vol. 1）」ジュリスト1228号（2002年）181頁以下も参照。