

抵当権の「侵害」の態様に対する考察

——改正法からの視点を含めて——

三 宅 康 博

(民事法専攻・司法専修コース)

問題の所在

第1章 抵当権の「侵害」

第1節 占有排除を必要とする背景

第2節 これまでの流れ

第2章 平成11年大法廷判決と「侵害」

第1節 判旨と補足意見

第2節 判決の意義とその後の裁判例の動向

第3章 抵当権の効力の及ぶ範囲と抵当権の「侵害」

第1節 抵当権の「侵害」概念の変遷

第2節 抵当権の「侵害」と附加一体物、分離・搬出物

第3節 小 括

第4章 抵当権に基づく担保不動産収益執行制度

第5章 総 括

おわりに

問 題 の 所 在

昭和20年代の後半以降、平成2年のバブル景気崩壊に至るまで、昭和47年のオイルショック後の例外的な一時期を除いて、不動産、ことに土地の価格は上昇を続けた。その後バブルが崩壊し、大都市圏の裁判所を中心に不動産競売事件の申立てが急増した。申立てが増加する一方で、事件処理のほうは売却準備の過程に時間と手間のかかる事件が増加し、売却に付すまでの期間が長期化していることで停滞気味である¹⁾。膨大な事件が停滞するに至った背景事情としては、バブル崩壊後の地価の下落等による大量の不良債権の発生があると共に、民事執行手続による担保不動産の売却が

困難になっているという事実がある。これはバブル期に行われた不動産担保融資に杜撰なものが多く、抵当権者による担保物件の調査・管理が十分にされていない事件が競売手続に多数持ち込まれたことや、いわゆる執行妨害がバブル崩壊とともに顕在化し、熾烈な状況になっていることが直接的な原因である。

しかし、バブルの崩壊からずいぶんと時間が経っているが、金融機関の多くは、依然多額の不良債権の処理に頭を抱えている²⁾。この40兆円以上³⁾といわれる不良債権の処理が急務となり、また、この不良債権を抱える金融機関を救済するという点に立法的な注目が集まった。

このような動向を端的に表すものとして、既に抵当権に基づいて賃料債権に対して物上代位権を行使することが積極的に行われている。そして平成15年3月14日の閣議決定を経て、同日、「担保物権および民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案」が第156回通常国会に提出され、若干の修正が加わった後、同年7月25日法律として成立した⁴⁾。この改正法には短期賃貸借保護制度を廃止し、不動産収益執行制度を新設したり等、抵当権のあり方に関する新しい考え方が盛り込まれている。

そこで本稿では、抵当権の不法占有によって事実上生じる減価が、抵当権に基づく明渡請求の議論の中でどのような経緯を経てきたのかを確認し、担保目的物に対するどのような行為が抵当権の「侵害」なのか、について考察してみることとする。

第1章 抵当権の「侵害」

第1節 占有排除を必要とする背景

(1) 占有者の存在

抵当権は非占有担保であり、抵当不動産の使用、収益は抵当権設定者に委ねられている。債権者にとって、債務者の履行が遅滞した場合において、強制的に売却し、その代金によって債権の回収を図ることができる権利で

あり、高額な不動産により債権を満足させることができる強力な権利である。抵当権の実行による競売によって抵当権設定者はもとより、抵当権に対抗できない使用権者は、不動産の使用権限を失い、買受人からの明渡請求に屈する⁵⁾。しかし、悪質な占有者は執行の引き延ばしを狙ったり、競売価格の引き下げによって安く買い受けた物件をほかに高く転売して差額を儲けようとしたり、立退き料等の名目で買受人から高額の金額の支払いを求めるなど、不法な利益を得ようと画策してくる。

とりわけ短期賃貸借は、民法395条によって、例外的に抵当権設定登記より後れたものであっても、抵当権の実行によって消滅せず、買受人に引き受けられるので、これを悪用するもの(濫用的短期賃借人)が多かった⁶⁾。

民法上、濫用的短期賃貸借を抵当権者が排除する方法としては、民法395条但書の有害な短期賃貸借の解除請求訴訟が存在する。ただ、この解除請求訴訟は、抵当権者の側からするといくつかの問題を含んでいると考えられる。まず、解除請求訴訟においては、抵当権者は短期賃貸借契約の貸主と借主の両者を被告としなければならない。また、この解除請求訴訟では、抵当権者に損害を与える短期賃貸借契約のみが解除の対象となるから、抵当権者は、その短期賃借権のために競売において自己の抵当権の被担保債権の十分な優先弁済が得られなくなることを立証しなければならない⁷⁾。さらに、有害な短期賃貸借契約を解除できたとしても、抵当権者が賃貸借契約を解除された短期賃借人に対して抵当不動産の明渡請求をし得るかについては、かつて消極的な裁判例が多く、それゆえ、この解除請求は従来その利用は必ずしも多くはなかった。

(2) 制度上の問題点

抵当権が実行され競売に付された抵当物件を買い受け、代金を納付した買受人は、事件の記録上買受人に対抗することができる権限により占有していると認められるものに対する場合を除き、引渡命令(民事執行法83

条）を得て明け渡しを求めることができる。しかし、濫用的短期賃借人になると、明け渡し料の要求、引渡命令に対する執行妨害などをされ、任意の円満な解決がおよそ期待できない。買受希望者としては、執行抗告や占有移転の危険を考えると、自身の占有を確保できるのがいつになるか予測がつかないこと、明渡請求や裁判手続きにかかる費用も高額になること、といった不確定要因がある。よって、これらのリスクを織り込むことのできる一部のプロでないと、なかなか容易には競売物件に手を出すことができない。かくして、多くの買受希望者により競争入札をさせることにより、適正な価格で物件処分をし、配当を実施するという競売制度本来のあり方とは程遠い事態に陥ってしまう。特に、不法占有者による占有が長く続くと、入札希望者が一人も現れないまま期間入札⁸⁾を繰り返し、最低売却価格が次々と下げられる⁹⁾ばかりか、抵当権者らはいつまでたっても配当金を手にすることができず、ついには競売手続きの取り消しに至るという事態が発生することも少なくない¹⁰⁾。

こうした実態は、抵当権者らの債権者がもともと甘受すべき内在的制約とは言い難いものである。買受人は引渡命令の申し立てができるといっても、いかがわしい者が抵当物件を占有しており、引渡命令の申し立ての手続きが必要があるという事実それ自体が、一般人である買受人が買受を申し立てるのを躊躇させる遠因になると思われる。よって、競売制度本来のあり方を買受人が登場する前の段階でそれらのものを排除することによって障害を除去する手段が用意されていなければならない。事前排除の有無が売却の有無、内容に直接的に関係するものである以上、引渡命令という事後措置の存在を持って事前排除手続きの要否を考えることは誤りであると考えられる¹¹⁾。

第2節 これまでの流れ

(1) 実体法上の理論構成

(a) 平成3年最高裁判例以前の裁判例と学説

このように、特に短期賃借人による抵当不動産の侵害を、抵当権者が抵当権実行以前にいかにも排除することができるかが、抵当権者の大きな関心事であった。抵当権者は執行妨害に対して的確・迅速な対策を立て、実践しつつ、しかも被担保債権を満足させるように実行する必要があるため、従来から各種の妨害に対応して妨害対策がなされてきた。

不法な占有者に対して採った妨害対策のひとつとして、抵当権設定と同時に抵当権者自ら債権者の債務不履行を停止条件とする賃借権設定の仮登記(併用賃借権)の設定を受け、あるいは賃借権設定予約契約を抵当不動産につき締結し、債務者の債務不履行および執行妨害の可能性を察知するや、直ちに賃借権に基づく引渡請求権(あるいは将来本登記後の賃借権に基づく妨害排除請求権)を被保全権利とした占有移転禁止の仮処分の発令を受けて執行官とともに現場に赴き、執行官保管の仮処分執行をするという手段を以前はとっていたが¹²⁾、判例(平成元年6月5日・民集43巻6号355頁)によって効力を否定された。理由として最高裁判所は、かかる併用賃借権は賃借権としての実態を有するものではないとして、短期賃貸借排除効を否定したが、この最高裁判例については否定的な学説が有力であった。しかし、抵当権自体に基づく濫用的短期賃借人に対する妨害排除請求権が認められるべきであることなどを理由として、この最高裁判例自体には必ずしも反対する必要はないとする学説なども存在した¹³⁾。

(b) 平成3年最高裁判決

このような状況において、民法395条但書による短期賃貸借解除判決の確定を条件として、抵当権者は、解除された元賃借人に対して、抵当権自体に基づき抵当不動産の明渡を求めることも、抵当不動産所有者の有する明渡請求を抵当権者が代位行使して抵当不動産の明渡を求めることも、ともに否定する判決が平成3年3月22日(民集45巻3号268頁、以下「平成3年判決」という)に現れる。民法395条但書により解除された短期賃借人に対する抵当権者自体に基づく明渡請求、および抵当不動産所有者の有

する明渡請求の抵当権者による代位行使の可否（物上請求）については、抵当権は、抵当不動産を占有する権限を包含しないから、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、抵当権が侵害されているとはいえないとし、民法395条但書により解除された短期賃借人に対する抵当権者の明渡請求（代位請求）については、「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く」、「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」とした。

平成3年判決は、不法占有者に対しては、抵当権実行の場合の抵当不動産の買受人が民事執行法83条による引渡命令また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と解するものを基本とするものである。もっとも、その射程に関しては議論のあったところであり、「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」¹⁴⁾する見解も存在した。

（2）手続法上の制度の変遷

平成3年判決は、伝統的な価値権論を堅持し、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恐れがあるなど、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となる状態を占有減価の恐れがあることを抵当権の侵害であるということを否定することによって、抵当権に基づく物上請求と代位請求を共に否定した。

こうした状況を受けて、競売手続きに入る前にあるいは少なくとも競売

手続きの早い段階で、いかなる方法により抵当権者は、かかる占有者を抵当不動産から排除し得るかが大きな問題となった。まず、執行裁判所はこれまで利用が必ずしも活発とはいえない難かった民事執行法55条1項・2項の売却のための保全処分を最大限活用する¹⁵⁾ことにより、占有者の抵当不動産からの排除を試みた¹⁶⁾。平成8年改正前の民事執行法(以下「旧法」という。)55条1項の規定は、「債務者が不動産の価格を著しく減少する行為をするとき、またはそのおそれのあるときは、執行裁判所は差し押さえ債権者の申し立てにより、買受人が代金を納付するまでの間、債務者に対し、これらの行為を禁止し、または一定の行為を命ずることができる」とし、同条2項は、「債務者が前項の規定による命令に違反したときは、執行裁判所は、前項の申立てた者の申し立てにより、買受人が代金を納付するまでの間、債務者に対して、不動産に対する占有を解いて執行官に保管を命じさせることができる」と規定していた。最大の問題は、執行妨害を目的とする濫用的短期賃借人や無権原占有者(不法占有者)による抵当不動産の占有が、旧法の「価格減少行為等」に当たるか否かである。執行裁判所は、かかる占有も「価格減少行為等」に当たるとして、積極的に売却のための保全処分を命じてきた。このようにして、抵当不動産の無権原占有は抵当権の価格を減少させ、したがってこのような価格減少行為が抵当権の「侵害」となりうるとする考え方を否定した平成3年の最高裁判例の考え方は、執行実務においては否定されてきたといえる。

その後、平成8年に議員立法により民事執行法が改正され、執行実務を追認して制定法との乖離を埋めたほか、担保権者が競売開始決定前にも保全処分を行える旨の187条の2が追加された。この改正により、55条1項の売却のための保全処分(禁止命令・行為命令)について、債務者のほか、「不動産の占有者」に対しても保全処分を命ずることができるようになり、55条2項の売却のための保全処分(執行官保管命令)および77条の買受人のための保全処分についても債権者のほか「不動産の占有者でその占有権限を買受人に対抗できないもの」に対しても保全処分ができるものとし

た¹⁷⁾。

この改正により、執行妨害に重要な役割を果たすことになったわけであるが、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の調査機関・手続期間の欠如、当事者恒効の不存など内在的な問題があり¹⁸⁾、改正法が十分に機能しない範囲では、執行法上の対応とにらんで、実体法による救済が必要になるという指摘がある。

第2章 平成11年大法院判決と「侵害」

第1節 判旨と補足意見

平成11年11月24日判決（民集53巻8号1899頁。以下「平成11年判決」という）は、元来は不動産につき売却の機能と使用または収益の機能とを一体して有する所有者が、抵当権者に対し、売却機能の一部を競売申立権（配当等の受領を実現する手段としての競売手続きを開始する権利）の形で、特定の基準時の権利状態へのいわば巻き戻し請求権付で譲渡し（ただし、右請求権を現実に行使するものは、競売等による買受人である。）、以後、所有者（第三取得者を含む。）は、残余の権利を有するとする。右の残余の権能に基づいて、所有者は、当該不動産を第三者に使用させることができるが、右第三者の権限は、競売手続きにおいて売却がされたときに失効し（一般には、その時期は、買受人が代金を納付したときと解されている。）、抵当権も失効して、以後は買受人が再び完全な所有権を有する¹⁹⁾とし、いわゆる「抵当権ドグマ²⁰⁾」の不動産上の意義が取引上のルールとしての信認を基本的に失っていないことを再確認したうえで、右原則に対する例外を論ずるものである。

判旨の「競売手続きの進行が害され、適正な価格よりも売却価格が下落する恐れがあるなど」の部分为例示に占有減価が抵当権の「侵害」となり得ることを認め、交換価値の実現妨害による優先弁済請求権行使の危惧化を抵当権の侵害と評価したところに本判決の最大の意義がある。平成3年

判決が抵当権者は「抵当不動産の占有関係について」干渉できない、と述べたのに対し、本判決は、「抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用または収益について」と微妙に表現を変えた。この基準によれば、本件事案のような第三者による無権限占有は、抵当不動産の所有者による使用収益活動とは無関係であるから、抵当権者がその排除を求めたとしても、抵当権の価値権たる性質とはなんら抵触しないことになる。抵当権＝交換価値支配権という平成3年判決の枠組みを崩すことなく、そこからの帰結、「所有者が自ら占有しまた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、第三者がなんら権限なくして抵当不動産を占有している場合においても……抵当不動産の占有関係について干渉しうる余地はない」という部分のみを修正し、抵当権者に抵当物件の用益面への関与を認めたのである²¹⁾。

なお、この法廷意見に対しては、奥田裁判官の補足意見があり、法廷意見よりも一歩踏み込んだ見解が示されている²²⁾。この奥田裁判官の補足意見は、本判決との比較で重要であるので、以下、適時奥田意見として取り上げることとする。

第2節 判決の意義とその後の裁判例の動向

注目すべき点として法廷意見では、占有減価のおそれがあることを抵当権の「侵害」であるということを認めてはいるが、「占有減価の事実」が不可欠の要件かどうかは明確にされていないということである²³⁾。仮に占有減価が不可欠の要件でないとすれば、計算上抵当権者に損害が生じなくても、およそ買受希望者が現れそうにない場合も、抵当権侵害を肯定しうるものと思われる。

本判決は、不法占有が直ちに抵当権侵害となる、と見ているわけではなく、「抵当権の交換価値が妨げられ、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。」ことを要件とした。しかし、抵当権侵害だと判断する具体的判断基準については、法廷意見は具体的なことは述べ

ていない。この点につき、抵当権に基づく物権的請求権は、不可分性の原則から、抵当権の侵害または侵害のおそれがあれば発生し、侵害によって目的不動産の交換価値が被担保債権を担保するに不足することとなったかどうかは考えなくてよい、とする指摘もある²⁴⁾。不動産の時価や被担保債権額（ないし極度額）ではなく、当該時点で通常の占有がついたままで競売を行ったと仮定して想定される落札価格、すなわち、競売市場修正減価をした上での価格を基準とすべき²⁵⁾であり、先順位の者の被担保債権額を競売市場修正減価から控除した価格が、侵害対象となる交換価値支配と解するべきと思われる²⁶⁾。このように考えると、この被担保債権額を競売市場修正減価から控除した価格を下回る蓋然性が高く、抵当権の換価機能を侵害するもの（換価権の侵害）を抵当権の「侵害」と評価できそうである。

その後、平成11年判決の枠組に沿った理論構成をとった判例がいくつか出されているが、中でも東京地裁平成12年11月14日判決（判時1742号119頁）と、東京高裁平成13年1月30日判決（金判1110号3頁）をここでは挙げることにする。

前者は、抵当権侵害の評価の前提となる「不法占有」について、いわゆる長期賃貸借に基づき占有するものに対し、「抵当権者に対抗することができない賃貸借が対抗することができる賃貸借と同様に抵当権者に損害を及ぼすにもかかわらず、対抗することができない右賃貸借の解除を求めることができないとすると、……甚だしく不合理であるといわなければならない。」とし、短期賃貸借解除の民法395条但書の準用による賃貸借契約の解除判決を条件として明渡を認めた事例である。長期賃貸借といえども、賃貸借契約が存在する以上は「不法占有」ではないといわざるを得ないが、当該賃貸借契約が解除されてしまえば、権限なき占有、すなわち不法占有になるのであるから、抵当権に基づく妨害排除請求が可能であるとした²⁷⁾。

後者は抵当不動産の所有者らによる抵当不動産の賃貸借および転賃借としてなされた占有の移転が、抵当権者の抵当権を侵害するものとして、抵当権に基づく妨害排除請求として明渡し及び損害金の請求を求めた事案で、

判決は、「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限のない占有とはいえない場合でも……買受希望者の当該不動産の価格に対する評価を不当に低下させ、その結果適正な価格よりも売却価格を下落させるおそれがある場合には、……抵当権の優先弁済請求権の行使が不当に害されているものというべきである。」と判示し、「不法占有」ではない者の行為が抵当権者の優先弁済請求権の行使を侵害する場合も、抵当権の「侵害」に該当する場合があるとした。

先の平成11年判決では、本件事案のような権限の存在は一応認められるがその動機、態様等が悪質な占有等については直接には扱っていないとみられていたが²⁸⁾、本判決は「不法な」侵害があれば、抵当権に基づいて侵害を除去することができるとするものであり、抵当権に基づく妨害排除請求の範囲を平成11年判決より拡張している²⁹⁾。抵当権の侵害となる換価権の侵害の範囲を以前よりやや明瞭にした点で、平成11年判決より一歩踏み込んだ判決といえよう。

第3章 抵当権の効力の及ぶ範囲と抵当権の「侵害」

第1節 抵当権の「侵害」概念の変遷

以上のように抵当権の「侵害」の評価に対する判例上の変遷を振り返ってきたわけだが、学説上の理論の変遷はどうであったのか。従前は同一不動産上の無効な抵当権の実行により競落人が引渡命令を得ることが抵当権の「侵害」とならないとしていた³⁰⁾。

多数説は、抵当不動産の価値を交換価値と使用価値とに峻別し、抵当権者は前者を支配し、所有者は後者を支配するとする。そして、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対して妨害を加ふるものは、即ち、抵当権の侵害である」とし、他方、「抵当権の支配機能は物の使用価値に直接交渉を有しない。故に交換価値に影響を与え

るがごとき収益価値の現存あれば格別，単に使用収益を何人が為すか，また目的物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関係を持ち得ない³¹⁾」と説く。抵当権に「侵害」が生じるとは，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だとされていた。ただし物権的請求権における侵害は，抵当権不可分性の原則によって，抵当不動産の交換価値が減少している限りその交換価値がなお被担保債権額に十分である場合でも生じるとされている³²⁾。

我妻博士や石田博士が提唱する抵当権価値権論では，資本主義の発展とともに，投資家が抵当権を金銭投資の対象にすることにより，近代抵当制度が完成することを前提としている。すなわち，不動産の価値のうち，収益価値は所有者に留保されたままで，交換価値のみが投資の対象になるというのである³³⁾。

ところが今日では，不動産の所有権が証券化され投資の対象³⁴⁾となる傾向があり，前述のような投資は現在のところ行われていない。これは不動産の交換価値ではなく収益価値に対する投資であり，不動産の価値を決定する要素は，今日では交換価値ではなく，収益価値を主たる要素としているということができよう。とすれば，抵当不動産の所有者の使用に供されている時点で収益価値は潜在的に存在しているといえ，その不動産に抵当権が設定された場合，抵当権者は交換価値だけではなく，その潜在的な収益価値をも把握しているといえる³⁵⁾のではないか。このように考えると，前章で検討した平成11年判決が，「競売手続の進行が害される（換価権の侵害）」ことのほかに「売却価格の下落が生ずるおそれがある（価値支配権の侵害）」場合も抵当権の「侵害」の態様に含めたこととの整合性があるように思われる。

では，抵当権のどのような行為が抵当権の「侵害」といえるのか。そもそもこれまでの「侵害」とはまったく異なるものなのであろうか。次節で検討することとする。

第2節 抵当権の「侵害」と附加一体物・分離、搬出物

不動産の定義については、「土地、建物及ヒ其定着物」(民法87条)とされている。それでは「定着物」は土地と「一体ヲ成ス物」として別個の権利の対象となり得ないのか。民法はこの問題について明文で規定してはいない。しかし、民法起草者は「定着物」も別個の権利の対象となりえると考えていたようである³⁶⁾。

従物は、抵当不動産(主物)から独立したものであり、理論上当然に抵当権の効力がこれに及ぶわけではない。しかし主物と従物の経済一体性(建物と畳、建具等)からみて、抵当権設定から実行に至る全過程において、両者を一体的運命に従わせるのを妥当とする³⁷⁾。両者を一体的運命に従わせないとすると、経済一体性を破壊することになるし、またその維持が抵当不動産の担保価値を高めている。畳や建具といったものはそれ単体の価値はそれほど高くないが、抵当不動産(主物)と一体になった場合、抵当不動産の価値は主物と従物それぞれ単体で評価された価値が単純に合計されたものではなく、従物はその単体価値以上の担保価値を抵当不動産に発生させるのである。つまり、抵当不動産に先に例示したような従物が附着しているか否かによって、抵当目的物の評価がかなり変わってくるのである。言い換えれば、抵当権設定時に抵当不動産に従物が附着しており、その状態で担保評価されている場合、設定後にその従物を分離・搬出する行為は抵当権の担保価値を大幅に下落させる危険がある。

ただ、民法はこのような解釈に明快な根拠を示しているわけではなく、ことに、このような行為が抵当権の「侵害」にあたるのが問題になる。

原則的には抵当権の設定者が抵当不動産を使用収益することを妨げるものではないため、抵当不動産の構成部分や従物が抵当不動産の使用収益の範囲内において分離、搬出された場合、かかる分離物に対して、抵当権者は競売、優先弁済(追及力)を主張できない³⁸⁾。

それでは、設定者もしくは第三者が右の範囲を超えて抵当権の構成部

分・従物を分離・搬出した場合、動産化した分離・搬出物に抵当権の追及力が及ぶことになるのであろうか。民法上はこの点に関する規定はないが、特別法の工場抵当法には工場土地・建物の附加物件・併用物件が「抵当権者の同意」を得ないで分離されまたは備え付けを止めたときには、抵当権は、その効力を失わず（同法6条2項・2項）、第三者に引渡されても即時取得の要件を満たさない限り、その上に追及する（同法5条）という明文の規定がある³⁹⁾。工場低当法5条・6条の規定には、つとに指摘されているように、第2条、7及び49条の規定とあわせて、工場土地・建物と附加物件・併用物件との経済的（有機的）一体性の維持、という立法思想がその根底にあり、これが抵当権の理想形態として、民法上の抵当権においても同様な解釈をすべきか、ここに基本的視点に関する問題がある⁴⁰⁾。

また、かかる分離・搬出行為が抵当権に対する「侵害」となるのであるならばその行為の禁止（不作為）請求の可否の問題が出てくる。

ここでは附加物・附合物・従物の概念を整理した上で、分離・搬出物に対する抵当権の追求力、およびその行為に対する物権的請求権の行使の可否という抵当権の分離・搬出に関する二つの問題を検討してみる。

（1）附加物・附合物・従物

抵当権の効力が及ぶ土地・建物に「附加シテ之ト一体トナシタル物」（民法370条）が何を意味するのかは、民法制定以来解釈が分かれているが、現在、「従トシテ之ニ附合シタル物」（民法242条）および「常用ニ供スル為……附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物」（民法87条第1項）を含む広い概念として解するのが通説である。さらに抵当不動産と一体となった「附加物」のみならず、独立の存在である「従物」も、それらが抵当不動産に備え付けられた時期を問わず、抵当権の効力が及ぶ範囲に含まれるとなっている。この立場では「附加物」は「附合物」より広い概念となり、従物を「附加物」に含めないとする立場からは、「附合物」と「附加物」は同義ということになる。ただ、242条の附合は所有権取得原因と

して定められており、もっぱら第三者が附合せしめた場合を想定して規定されているのに対し、370条の「附加」は、設定者が附加した場合と第三者が附加した場合の双方を含めた規定とする見解がある⁴¹⁾。

他方、従物に対する抵当権の効力はそれが抵当権設定時にすでに付属していた従物が抵当権設定後に付属した従物かを分けて考えられてきた。というのも、民法87条2項の分離は、抵当権設定時の従物に関するものであり、抵当権設定の前後を問わず抵当権の効力が及ぶ「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」という表現は、独立のものである従物をも分離上当然に含むものではないからである⁴²⁾。

仮に設定後の従物に抵当権の効力が及ぶと解した場合でも、抵当権設定後に備え付けられた従物がかなりの高額になる場合⁴³⁾、これに当然に抵当権の効力が及ぶと解するならば、設定者やほかの債権者との関係において、いくつかの問題が生じる。

ひとつは、抵当不動産の売却代金だけで被担保債権を弁済できる場合に、抵当権者が従物をも競売できる。また、従物に抵当権が及ぶとなれば設定者が従物のみを譲渡担保に供し、ほかから融資を受けることが事実上不可能になる⁴⁴⁾。抵当権者は増加した従物に見合う融資をしていないのに、担保目的増大の利益だけを受けることになる。特に従物が巨額な場合抵当権者は予想外の担保増大(実質上の追担保)の利益を得ることになる⁴⁵⁾。

(2) 分離された動産に対する抵当権の効力

抵当不動産の構成部分や従物が抵当不動産の使用収益の範囲において分離・搬出される場合、かかる分離・搬出物に対して、抵当権者は競売・優先弁済を主張できない。

それでは、設定者もしくは第三者が右の範囲を超えて抵当不動産の構成部分・従物を分離・搬出した場合、動産化した分離・搬出物に抵当権の追及力が及ぶのであろうか。

この問題については、主として抵当目的物である山林における立木の伐

採および伐木の搬出というケースで従来論じられてきた。抵当目的物となる山林は、土地自体には担保的価値はさほどないが、山林に存在する立木に材木としての価値があり、それを担保の評価としているので、立木の伐採については、それが抵当目的物そのものに対して加えられる侵害であるからその不作為請求が認められることはもちろんとしても、搬出行為によって搬出された伐木に抵当権の効力が及ぶか否かという問題が生じていた。

抵当目的物の分離・搬出行為が抵当権に損害を生じさせるならば、抵当権者はこれらの分離・搬出行為を禁止する禁止請求（不作為請求）については一般的に認められている⁴⁶⁾。

では、伐採され、その伐木が当該山林から搬出されてしまった場合、分離・目的物の返還請求（原状回復請求）についてはどうか。以前はさまざまな学説が展開⁴⁷⁾されていた。

この問題の事例として最高裁昭和57年3月12日（民集36巻3号349頁）を検討する。本判決は、抵当権の目的とされた動産が、抵当権者の同意を得ないで、備え付けられた工場から搬出された場合に、工場抵当法に基づく抵当権（工場抵当権）は、搬出された動産に対し追及力のあることと、原状回復請求を認めたものである。

工場抵当法では工場抵当と工場財団抵当の二種について規定しているが、工場財団抵当では財団を構成し、その上に抵当権を設定するが、工場抵当では抵当目的物はあくまで土地・建物そのものであり、それが工場に使用される場合に、民法の原則に修正が加えられている。工場抵当法において、抵当権者が、その同意なくして工場土地・建物から分離・搬出された供用物件に抵当権の効力が追及しうるのは、工場土地・建物と附加物件・供用物件との経済的一体性を維持する立法思想がその根底にあるものの、これは供用物件の目録への記載（工場抵当権法3条1項）がその法技術的前提になっていると解される⁴⁸⁾。

では、民法上の抵当権について、追及力に関して工場抵当と同じに解す

ることはできるのであろうか。民法上の抵当権にこのような物権的請求権を発生させるには、かかる抵当目的物の分離・搬出行為が抵当権の「侵害」でなければならない。抵当権は目的物の交換価値全体でもって被担保債権を担保する。この抵当権の性格から考えると、使用収益の範囲を超える分離・搬出行為によって抵当権の交換価値が減少した事実が存在すれば、被担保債権の担保力に不足を生じるに至らない場合であっても、抵当権侵害は成立することになる。

この点に関しては、本判決では何も明らかにされていない。当時この判例の評釈者も、当該判決を概ね肯定している。しかし、抵当権の価値の維持にとって原状回復請求が必要が否かに関心が集中しており、一括競売のための必要性、第三者に留め置くことによる即時取得の可能性の増大や、競売に際しての識別の困難から肯定される⁴⁹⁾としていた。その他にも抵当権の効力が附加物に及ぶという原則は、最小限度の「もの」の利用の状態を破壊しないで抵当権の実行をすることが望ましいための措置であり、分離された物だけの動産執行という手段は望ましくなく⁵⁰⁾、原状回復させて一括競売へ持ち込むのが妥当とした上で、返還請求権型の物権的請求権ではなく、むしろ抵当権支配の妨害排除の一形態であろう⁵¹⁾とかさまざまな見解が存在した。しかし、原状回復請求が抵当権自体に基づく返還請求権であると結論付けたものはほとんど見受けられない⁵²⁾。これは抵当権は目的物を占有すべき権利を含まないことを前提にしているものと思われる。

その後の平成11年判決で抵当権そのものの権利として、返還請求が認められるに至り、従来の議論の前提が崩れた現在、この分離物に対する抵当権の効力について、理論構成を再考する必要があるように思われる。

法廷意見では抵当物件の所有者は抵当権者に対する損害が生じないように抵当物件を適切に維持管理することが予定され、右の抵当権侵害状態が生じたとき、抵当権者が「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または保存するよう求める請求権を有する」とし、抵当権者による債権者代位に

よる明渡請求は、この請求権を保全するために行使されたとした。

この考えを動産の分離・搬出行為の問題に当てはめると、抵当目的物から動産を分離・搬出する行為が抵当不動産の適切な維持管理の範囲を超え、抵当権の「侵害」と評価できる場合は、抵当権者は抵当権自体の物権的請求権に基づいて返還請求できるということではないか。この考えを更に進めると、搬出行為でも、例えば一時的に動産を搬出するような行為や、搬出後に同程度の動産を搬入することが予定されている場合などは、通常の抵当不動産所有者の使用・収益範囲であるから、仮にその行為により原価が発生したとしても、予想の範囲内であるから、抵当権侵害は発生せず、したがって侵害是正請求権も発生しない。しかし、売却の為に動産を分離・搬出させる等、分離・搬出行為が抵当不動産の交換価値を大幅に下落させたり、抵当権の優先弁済請求権の行使を困難とするような場合、言い換えれば、最低売却価格以上の適正な売却価格形成が阻まれることが抵当権の「侵害」に当たり、侵害是正請求権が発生することになる⁵³⁾。

第3節 小 括

抵当不動産から動産を分離・搬出する当該行為が抵当権侵害だと判断する時期はいつなのか。奥田裁判官の補足意見では、抵当権侵害を生じる「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事実状態が」が、「抵当権設定時以降換価に至るまでの間」に発生し、もって、担保価値維持請求権を被保全権利とする所有者の妨害排除請求権の代位行使ないし抵当権そのものに基づく妨害排除請求が可能になるという。これは第三者による不法占有について述べられたものであるが、抵当不動産からの分離物に対しても同様に考えられると思われる。すなわち、その行為により抵当不動産の価値の下落が予想され、抵当権者の被担保債権が抵当権の実行により十分弁済されるときであっても、また被担保債権の弁済期到来以前であっても、抵当権の「侵害」ありとして、侵害是正請求権が発生するのである⁵⁴⁾。

第4章 抵当権に基づく担保不動産収益執行制度

——担保価値維持請求権と担保不動産収益執行制度——

本章では3章までの整理を受けて「侵害」の要件の一部をなす価値維持請求権と担保不動産収益執行制度の関係について若干考察する。今回の法改正で新設されることとなった担保不動産の収益執行制度が抵当権の本質論にそのような影響を与えるのであろうか。

抵当権と収益に関する従前の規律によると、天然果実については、371条で不動産の差押えまたは抵当権実行通知後には効力が及ぶとされながら、実行手続規定を欠いていた。一方法定果実については、最二小判平元年10月27日(民集43巻9号1070頁)が無条件肯定説を採用したため、賃料債権に対する物上代位が広く認められてきた。しかし、賃料債権に対する物上代位に対しては、根拠、範囲等につき批判を加える見解が多く存在し、物上代位権行使にあたっての具体的な問題点も指摘されていた⁵⁵⁾。

これらの限界や問題点を克服する方法として、今回の改正法は、抵当目的物の競売と並んで、抵当権に基づく収益執行制度を導入するに至った⁵⁶⁾。

改正の直接のきっかけとなったのは、平成11年2月26日、経済戦略会議が「日本経済再生への戦略」という答申の中で、「抵当権の実行としての強制管理制度の導入」の必要性を指摘したことに始まる⁵⁷⁾。これを受けて、法制審議会担保・執行法制部会が審議をし、平成14年3月19日に「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」が取りまとめられた。この中では「抵当権の実行による手続き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」も、その制度を抵当不動産の収益価値に対する抵当権の実行手続と位置付ける独立型(A案)、抵当不動産の換価の前段階として、占有状態を整理したり、あるいは実行手続開始後、売却が行われるまでの間、抵当不動産を管理したりする手続と位置付ける附随型(B案)の両案が併記されるにとどまった。

この中間試案に対し各界から多くの意見が寄せられた⁵⁸⁾が、経済団体、金融関係団体、弁護士会、大学関係などからは A 案、大学関係、建設団体関係からは B 案を採る意見が寄せられた。

A 案を採る理由としては、

「 売却処分が困難な物件について収益執行を認める必要がある。

競売手続に要する時間が短縮されている⁵⁹⁾ため B 案では制度創設の実益がない。

物上代位につき判例上認められているように、被担保債権の履行遅滞後は賃料から優先弁済を受けられるようにすべきである。

強制執行において競売と管理を別個独立の手続として位置付ける以上、抵当権の実行も同様の取り扱いにするのが理論上明快であり、手続の無用な混乱を回避することができる。

とするものなどがあった。他方で B 案を採る理由としては、

抵当権は競売により実現される交換価値を把握する権利であり、競売開始前の収益価値には及ばない。

A 案では管理手続が長期にわたる懸念がある。」

とするものがあった⁶⁰⁾。

この段階で、独立型、附随型、それぞれについての構想が発表されている⁶¹⁾。附随型の試案を公表した山野目教授は、その構想の中で、抵当権はその実行に至るまでの間において、その目的である不動産についての抵当権設定者による利用が尊重されていなければならない⁶²⁾ということを前提に、民事執行法に定める強制管理の制度が、強制管理の開始により置かれた管理人が、不動産の所有者でない以上、その者が有する使用収益機能は自ずと制約のあるものとならざるを得ず、抵当権の特徴である「不動産ノ使用、収益ヲ継続スルコトヲ得ルノ便」⁶³⁾の最大化が困難であり、もともと一般債権者による執行の手段としても本来的な手段としては位置付けられてはならない⁶⁴⁾ことを理由に、不動産の売却とは独立の収益執行制度の導入には反対されていた。実務界からも、債権者は差押えをする際に、必

ず競売まで視野に入れて行動を起こしているので、収益執行制度を独立して創設する必要性は、あまり感じられないとする意見があった⁶⁵⁾。

その後も審議が重ねられたが、結論として附随型は採用されず、担保不動産収益管理制度は、独立型の制度とすることで了承された。その理由として第一に、強制執行では強制競売と強制管理とが平置されていること、第二に、競売手続においては、原則として、売却まで占有の移転がないことを前提として手続が構成されていること⁶⁶⁾が挙げられている。なお、賃料債権に対する物上代位については、担保不動産収益管理制度の導入後も、小規模不動産についての物上代位の簡便さ等が考慮され、そのまま存続させることになった⁶⁷⁾。

改正後の371条を見ると旧法は、「前条ノ規定ハ果実ニハ之ヲ適用セズ但抵当不動産ノ差押アリタル後……ハ此ノ限りニ在ラス」と規定していたのに対し、新法は、「抵当権ハ其担保スル債権ニ付キ不履行アリタルトキハ其後二生ジタル抵当不動産ノ果実ニ及ブ」と規定している。371条が規定する果実には、法定果実も含まれるという見解にたつならば、急報の元で抵当権が及ぶ範囲から原則として果実が除外され、例外的に、抵当不動産の差押後に限って、果実に効力が及ぶということになるのに対し、新法の下では、抵当権の効力が及ぶ範囲から原則的に果実を除外する旨の規定が削除され、被担保債権の不履行があれば、抵当権の効力が果実に及ぶということになるので、抵当権の本質的な効力として果実に対する効力を観念しやすくなったと思われる⁶⁸⁾。

この創設された独立型の担保不動産収益執行制度で、以前構想された付随型のような制度利用が可能かどうかは、管理人の権限の範囲にかかっている。

担保不動産収益執行手続をとった抵当権設定後の賃借人による占有には、管理人は介入できないとする見解が存在する。すなわち、管理人は、「自己の意思決定に基づきかつ自己の名において不動産を執行法に定められた方法で管理収益する、国家の事務を委託された者」であり、抵当権者の代

理人ではない。民事執行法95条1項は、管理人による収益を収取する権利を認めており、管理人は当該不動産所有者の占有を解いて自らが収取できる状態にできることになる。よって不動産所有者による占有には介入できる⁶⁹⁾が、民事執行法93条1項に規定されているのは対抗できない権利を消滅させることなく、したがって、抵当権設定後の賃借人の占有を排除することはできないというのである⁷⁰⁾。

これに対し、当該不動産からできるだけ多くの収益をあげ、これを申立人等に配分するのが管理人の基本的職務内容であることを理由に、抵当権設定後の賃借人に対しても管理人が介入できるとする見解もある⁷¹⁾。占有屋による占有が当該不動産からの収益を阻害するものである以上、そのような収益阻害事由を排除するのは管理人の基本的職務内容に含まれるというのである⁷²⁾。

担保不動産収益執行制度がどちらの見解にたって運用されるかは明らかではなく、この部分は現段階ではまさにグレーゾーンである。

また、この制度の創設によって、現在の判例の肯定している賃料に対する抵当権者の権利行使の障害を除くという性格を持つものであるとし、抵当不動産の賃借人が抵当不動産を不相当に使用するような場合に用方違反を理由とした賃貸借契約を解除する権利を抵当権者に認める場合の根拠になるとする見解がある⁷³⁾。すなわち、抵当権に基づく価値維持請求権を保全するための解除権の代位行使は、現在においても認められるべきであって、それと同一の直截的な法律構成により実現されるものが担保不動産収益執行に他ならないというのである。

このように、担保不動産収益執行制度の運用の仕方については、現段階では確定しておらず、新制度が実際に運用されるのを待つしかない。個人的には担保不動産収益執行の発動要件としての価値維持請求権の「侵害」という表現は、正鵠を得た表現であるとの印象を受ける。確かにこの表現だと、平成11年判決で確認された抵当権の「非占有担保性」にも抵触しないであろうし、拡大傾向にある抵当権の侵害の態様についてもおおよそこ

の表現で説明が可能と思われる。

ただ、平成11年判決の判旨で述べられている担保価値維持請求権というもの、この新設された担保価値収益執行制度の中でどのような影響を与えたのかは、現在のところ不透明であり、これからの検討課題である。

第5章 総 括

これまで、第2章では抵当不動産の被担保債権額から売却市場修正減価を控除した価格を下回る蓋然性の高い行為を抵当権の「侵害」とし、第3章では抵当不動産から適切な維持管理の範囲を超え、適正な売却価格の形成が阻害される動産の分離・搬出行為を抵当権の「侵害」と、それぞれ結論付けてきた。

以上、さまざまなケースを抵当権の「侵害」という視点から検討してきたわけであるが、結局のところ抵当権の「侵害」とは一樣のものではない。平成11年判決がいうところの「抵当不動産維持保存請求権」(奥田補足意見によると「担保価値維持請求権」というものを法廷意見自身は、「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または収益について干渉することはできない」としながらも、「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」としている。このことはつまり、抵当不動産の所有者は確かに抵当不動産を使用・収益する権利を有しているが、それはあくまで抵当権の価値を下落させない範囲での使用収益権であり、その範囲を超えるような使用・収益は行為そのものが抵当権の「侵害」になることを表している。そうすると、抵当不動産の所有者(抵当権設定者または抵当不動産の譲受人)には、抵当権設定契約と同時に抵当不動産維持保存義務(担保価値維持義務)が当然に発生すると考えるべきではないであろうか⁷⁴⁾。奥田補足意見も、抵当不動産所有者を抵当不動産の管理者として位置付けており、抵当不動産所有者は「管

理者としての義務」を負っていると理解される余地を残している⁷⁵⁾と述べている。

ここで鈴木禄弥教授の「物上債務説」、及び山野目教授の「物上債務説」に対する見解に注目したい。鈴木教授の物上債務説とは、抵当不動産所有者は、抵当権者に対して抵当不動産の現在の価格の限度で弁済の債務を負うとする考え方を基本としており⁷⁶⁾、そして物上保証人や第三取得者が負うとされる債務は、通常の債務と区別するため、これを物上債務と呼び、また、対応して抵当権者が有すると構成する債権は物上債権と称するとされる⁷⁷⁾。抵当権者はもともと物上保証人に対して物上保証契約（抵当権設定契約）に基づく債権を有すると構成することができるとされる⁷⁸⁾から、教授は物上債務は抵当権設定契約に基づくものと考えておられたようである。また教授は、物上債務は抵当権設定契約から発生するとされながら、以上のことは抵当不動産の第三取得者にも妥当するであろうとされている⁷⁹⁾。

一方で山野目教授は、物上債務説を採らなくても、たとえば抵当権に基づく物権的請求権、ないし、民法395条但書の解除請求権に付随する請求権と構成することもできるとしている⁸⁰⁾。すなわち、395条但書の効果としては、賃借権消滅説ではなく、対抗力消滅説を採るべきであり、抵当権者に対抗し得ない不動産の利用者は、不動産の価値を下落させない義務を負い、抵当権者を害する行為に対しては、差止め請求をなし得る。抵当権設定者は、抵当権者に対して、抵当不動産の保存に努める義務を負い、抵当権設定者がこれらの義務を果たさないときは、被担保債権の期限の利益を喪失するとする⁸¹⁾。

そもそも抵当権から物権的請求権とは別に、抵当不動産所有者に対する不動産維持保存請求権や担保価値維持義務といった債権債務関係が発生すると考えることは適切であろうか。これは一般的には抵当権に基づく物権的請求権に含まれるものであり、第三者が侵害行為を行う場合、抵当権者はその第三者に対して直接その行為の排除や現状の回復を認めうるのであ

るから、かかる請求権を物権的請求権と別個に考える必要はないともいえる⁸²⁾。

ただ、奥田補足意見が示すように、抵当不動産の所有者を抵当不動産の「管理者」としての位置づけで捉えるならば、抵当権者に対抗し得ない不動産の利用者は、不動産の価値を下落させない義務を負い、抵当権者を害する行為に対しては、抵当権者は差止め請求をなし得る。また、抵当権設定者は、抵当権者に対して抵当不動産の保存に努めるべき義務を負い⁸³⁾(山野目教授が自説の中で想定しておられた抵当目的物の所有者が物上保証人ないし、第三取得者の場合にその者が負うとされている「抵当不動産保存義務」を「担保価値維持義務」と置き換えることで、理論構成上、本稿の問題と山野目説との間に整合性が生まれる。)、そして抵当権設定者がこれらの措置をとらないときは、抵当権設定契約の債務不履行として、被担保債権の期限の利益を喪失するとの結論づけられるのではないか。

このように考えていくと、平成11年判決で示された「不動産価値保存請求権(価値維持請求権)」というものが、平成11年から今回の法改正に至るまで、決して議論の表面には表れてはいないが、一連の抵当権の「侵害」の議論の根底には影響を与え続けているといえる。

お わ り に

担保制度は債権、とくに金銭債権の経済的価値の確保・保全・満足を目的とする⁸⁴⁾権利であり、その目的が円滑に達成できるように、法整備、法解釈がなされるべきである。よって、私は担保権の性質上純粋な理論性の追求よりも実務での使い勝手のよさを優先させるのはある程度は容認すべきであると考える。

今回の法改正によって抵当不動産収益執行制度が新設され、被担保債権について債務不履行が生じた後は、その後に生じた果実に抵当権の効力が及ぶとして抵当権の効力が法定果実天然果実を問わずに及ぶことを明確に

する（改正民法371条）等、抵当権という権利の性質について法律上の新たな方向性が示された。平成に入ってから判例理論の変遷から今回の法改正に至る一連の動きは、不良債権処理の促進という社会的状況に対する政策に押されたかたちで展開している⁸⁵⁾。よって、今回の改正は経済政策からくる実務偏重のあまり、理論とのすり合わせを欠いてしまっているとの印象を受ける。

法律を改正するという行為は、いわば劇薬を飲ませるのと同じで、病巣といわれるところに確かにきくかもしれないが、全然病気でないところまで元気をなくしてしまい、むしろ病気になってしまうといった事態も十分に考えられる⁸⁶⁾。また実務の要請が強いからといって、容易に法律の改正をくり返すと法解釈が持つ意味の重要性がインフレを起こすことになり、さらに事態が悪化すれば、解釈論そのものを死に至らしめる危険性をはらんでいる。現実が実在するから、そこに合わせて法が創造されていけば足るというのであるならば、理論の役割は存在しない⁸⁷⁾。この改正が実務にどのように影響を与えるのかは現在のところ未知数であるが、負の遺産の処理という改正の目的を果たせることを望むとともに活発な議論によって早急な理論の構築を期待する。価値権概念が崩れた抵当権の中で効力の及ぶ範囲がどのように形作られるのであろうか。

今後は改正法の解釈や改正法に基づく判例の検討により、新制度が成熟していく中で実務的にも、そして理論的にも抵当権の「侵害」の範囲がどのような変化を遂げるのか注目していきたい。

1) 山崎敏充「不動産競売の理念と現実—担保不動産の換価システムとしての競売手続の実務上の問題点」民事訴訟雑誌44（1998年）105頁参照。これによると、東京地裁執行部においては、バブル期の平成元年、2年ころは年間1000件程度であった抵当権の実行としての競売の申立てが、平成5年ごろには5500件を超え、強制競売も含めた不動産執行事件全体で見ると年間6000件程度の申立てを受理している。

2) 金融機関におけるバブル期の不動産貸付は、バブル崩壊による地価下落によって不良債権が発生した。不良債権は資金を固定化させて、金融機関自身の収益を大きく圧迫させた。収益が見込めなくなったため、金融機関は企業に対する融資を貸し渋るようになり、取引先の企業は資金繰りが悪化し、倒産が多発することになった。金融機関は企業に対する資

金供給機能が果たせなくなり、金融システムそのものが不安定化した。こうした厳しい状況により、景気がさらに悪化するという悪循環が生じている。

- 3) 平成14年度年次経済財政報告(内閣府・2002年)によると2002年3月期での不良債権総額は42.0兆円、金融再生法開示債権の場合43.6兆円であり大幅に増加している。不良債権比率(リスク管理債権/貸出金)も、8.9%にまで上昇した。不良債権残高の増大は、不良債権の最終処理額以上である多額の新規発生を意味している。
- 4) 法制審議会における審議の経緯等の詳細については谷口園恵・筒井健夫・野村雅之・松井信憲・一場康宏「担保法および民事執行法制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の概要」金融法務事情1682号(2003年)31頁以下参照。
- 5) 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による明渡請求(上)」NBL 681号(2000年)7頁。
- 6) 松岡・前掲(注5)論文7頁。
- 7) 生熊長幸『執行妨害と短期賃貸借』(有斐閣・2000年)110頁。
- 8) 民事執行法は不動産競売手続における売却の方法は、入札、または競り売り、または最高裁判所規則に定める方法によるものとし(民事執行法134条)、民事執行規則は入札の方法として期日入札と期間入札の二つの方法を定める(民事執行規則34条)。しかしわが国の裁判所は現在は期間入札の方法を原則的な方法としている。これは期間入札のほうが入札期間が長くて入札しやすく、買受申出人に都合がよいからと思われる。
- 9) 買受申し出をする者がなく競売期日が流れると、次の期日の最低売却価格が、多くの場合一割から二割減となる。
- 10) 小林明彦「不動産に対する強制執行」山崎恒・山田俊雄編『新・裁判実務体系第12巻 民事執行法』(青林書院・2001年)51頁。
- 11) 小林・前掲(注10)論文51頁、52頁参照。
- 12) 小林・前掲(注10)論文52頁。また生熊・前掲書(注7)415頁も参照。
- 13) 生熊・前掲書(注7)415頁。
- 14) 鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」『民事法学の新たな展開(高島平蔵教授古希記念)』(成文堂・1993年)281頁。また松岡教授も前掲(注5)論文「(中)」NBL 682号(2000年)41頁注(35)で目的不動産の価格変動のリスクは抵当権者が負うべきものとしている。
- 15) 民事執行法55条1項・2項は、同法188条により担保権の実行としての競売に準用。
- 16) 浅生重機「民事執行法上の保全処分の理論的基礎」東京地裁民事執行実務研究会編『民事執行法上の保全処分』(きんざい・1993年)12頁、16頁参照。これによると、不動産に対する民事執行一般に關しての裁判所の解釈の一例として、「所有者・債務者の行為が法55条の著しい価格減少行為に当たるか否かを判定するひとつの要素は、その行為によって、一般人が買受を躊躇し、買受希望しなくなることであり、そのような行為は、買受希望者相互間の価格競争を阻害するものであるから、競争阻害価格減少行為と呼ぶことができる。」としたうえで、執行妨害目的で抵当不動産を占有する行為について、民事執行法188条による準用に係る同法55条の売却のための保全処分の対象となるとする。
- 17) 萩本修「平成8年民事執行法改正の概要」高木新二郎監修・民事執行保全研究会編『執行妨害対策の実務 新版』(金融財政事情研究会・1997年)107頁。

- 18) 中野貞一郎『民事執行法〔新訂4版〕』（青林書院・2000年）417頁。
- 19) 八木一洋「担当調査官の判例解説民事篇平成11年度（平成11年35事件）」（法曹界・2002年）841，842頁。
- 20) 不動産の使用または収益によって生ずる利益と，市場取引を前提とする資産利益の棲み分けについて明らかにするもの。「価値権ドグマ」と称されることもある。
- 21) 梶山玉香「平成11年判決批判」法律時報72巻7号（2000年）76頁。
- 22) 滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求権」銀行法務21 601号（2001年）15頁参照。
- 23) 松岡・前掲（注5）論文「（中）」NBL 682号（2000年）39頁では占有減価のおそれの必要性を詳細に検討しており，その結果占有減価の事実とは抵当権侵害の不可決の要件ではないとしている。
- 24) 小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成（2）」西南学院大学法学論集14巻2号（1981年）173頁。この中で小杉教授は物権的請求権の要件としての侵害の恐れにつき，抵当権の実行可能性，債務者の信用状態の悪化や行方不明，相手方の利用権限や対抗力の有無などを相関関係的総合考慮することを提案されている。
- 25) 松岡・前掲（注5）論文「（中）」NBL 682号（2000年）39，40頁。
- 26) 奥田補足意見では，抵当不動産の交換価値は競売手続きにおいて実現されるべきものであるから，第三者の行為等が，抵当不動産の交換価値を減少させ，また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，競売手続き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している。
- 27) 今井和夫「抵当権に基づく不法占拠者排除」銀行法務21 624号（2003年）70頁。
- 28) 八木一洋・前掲（注19）論文 846頁。
- 29) 八木一洋調査官は権限に基づく占有のうち，その動機，態様等が悪質であるなどの事情により，占有権限の設定行為の効力が否定される場合には，無権限占有の場合と同様に扱い，知った以上占有権限の設定行為の効力が否定し得ないような場合には，民事執行法上の保全処分を活用すべきとしている。（八木・前掲（注19）論文 847頁）
- 30) 大判昭9年6月15日（民集13巻1164頁）
- 31) 我妻栄＝福島正夫「抵当権判例法（二）」法律時報7巻2号（1935年）150頁。なお，我妻説は前者を抵当権侵害の積極的な範囲とし，後者を抵当権侵害の消極的な限界としている。
- 32) ただ，損害賠償請求権における侵害は，抵当目的物の交換価値現象後の残価値がなお非担保債権額を十分に担保しうる場合には生じないものとされており，物権的請求権の要件としての侵害と，損害賠償請求権における侵害とでは，その内容に若干の相違が存在する。小杉・前掲（注24）論文「（1）」西南学院大学法学論集14巻1号6頁。
- 33) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』88頁。佐久間弘道「抵当権価値権論と抵当権による占有排除」金融法務事情1603号（2001年）8頁参照。
- 34) 所有者は，不動産の所有権を証券化して市場に流通させることによって，資金を調達し，投資家は，その不動産の賃貸収益を利回りとして取得するというもの。
- 35) 佐久間・前掲（注33）論文8頁。

- 36) 法典調査会・民法査会議事録記録(第20回)606頁。また、田中克志『抵当権効力論』(信山社・2002年)274頁も参照。
- 37) 高木多喜男『担保物権法[第3版]』(有斐閣・2002年)122,123頁。
- 38) このことをあらわした民法の条文として371条1項がある。また、判例では、大判大正2・12・11(民録19輯1010頁)を参照。
- 39) 立木抵当法にも同様の規定(3条,4条1項・5号,21条)が存在する。
- 40) 田中・前掲書(注36)312頁。
- 41) 高木・前掲書(注37)122頁。高木教授は242条の「附合」と370条の「附加」の経済的・物理的状态は全く同じであり、その意味において両者は同義であるとされている。
- 42) 高木・前掲書(注37)123頁。
- 43) 劇場兼キャバレーの建物(評価額約3億数千万円)につき抵当権を設定した前後に、舞台照明装置、音響器具、その他劇場用動産類が数億円の費用を要して備え付けられた、その後その従物に対する強制執行に対して抵当権者が第三者異議の訴えを提起した事案で、原審(東京地裁昭和52・9・26)では、「従物は主物の社会的経済的効用を助け、その価値を増大させる機能を含むものであるところ、抵当権はそれが存在する限り絶えず目的物をそのときの状態において把握する権利であることを考えれば、抵当権設定後に従物となった物件にも主物たる不動産に対する抵当権の効力が及ぶものと解すべき」と判示した。その後、控訴審(東京高裁昭和53年12月26日・下民集29巻9号から11号397頁)において「原審の判決のように抵当権設定後主物所有者が従物を備え置いた場合、抵当権の効力はこれに及び、爾後所有者も右従物を主物と切り離して恣に処分できないと解するべきであろう。」としてこれを認めた。
- 44) 田中・前掲書(注36)304頁。
- 45) 田中・前掲書(注36)304頁。
- 46) 「物件タル抵当権ノ効力」として伐採運搬その他事実上の侵害行為の禁止を認めた大判昭和6年10月21日(民集10巻913頁)、あるいは伐木を搬出せんとする者に対してその不作為の請求を認めた大判昭和7年4月20日(新聞3407号15頁)がある。
- 47) 各学説の検討は小川資郎「工場抵当法2条の適用を受ける動産の搬出と原状回復請求」ジュリスト792号(1983年)68頁を参照。
- 48) 田中・前掲書(注36)320頁。
- 49) 高木多喜男・判例評釈249号175頁。
- 50) 工場抵当法では附加物件・併用物件だけの執行を禁止している。(工場抵当法7条)
- 51) 林良平「工場抵当法上の抵当権と分離動産の返還請求の許否」民商雑誌88巻1号(1983年)122頁。
- 52) この点に言及したものとしては、鈴木教授・山野目教授の評釈と、伊藤教授の評釈とがある。鈴木教授は抵当権者の請求は、彼の固有の権利の直接の発現というよりも、設定者に対する価値保全の請求権に基づいての、設定者の第三者に対する所有物返還請求権の代位行使であると解する(鈴木禄弥・山野目章夫「最近担保判例雑考(3)」判例タイムズ485号(1983年)34頁)とし、伊藤教授は、抵当権者には抵当権の価値が侵害されるか、侵害のおそれのあるときには価値支配を回復したり、防止する権利が与えられてしかるべ

きであり、それは占有の権利を伴うか否かにかかわるものではないとする。価値支配の回復のための権利は抵当権の基づく権利であり、それは物権的請求権のなにものでもないとしていた。（伊藤進「工場抵当法2条の目的財産の搬出と抵当権者の原状回復請求権」判例タイムズ505号（1983年）45頁）。

- 53) 山崎恒・山本克己・小林明彦・須藤典明・安永正昭「（座談会）抵当権者による不法占有者の排除」ジュリスト1174号（2000年）4頁（安永発言）。また、小山泰史「短期賃貸借による抵当権侵害——抵当権の「侵害」と占有減価——」『現代民法学の理論と実務の交錯』（高木多喜男先生古希記念論文集）（成文堂・2001年）127頁も参照。

- 54) 生熊・前掲書（注7）441頁参照。

- 55) 管理費用相当額まで収奪された賃貸人が物件管理の意欲を失うため目的物件が荒れるとか、抵当権の本来の順位が物上代位に反映されないなどが挙げられている。松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点（上）——担保法にかかわる部分を中心に——」金融法務事情 1687号（2003年）19頁。また、小林明彦「担保不動産収益執行制度の位置付けと概要」銀行法務21 624号（2003年）27頁も参照。

- 56) 新民事執行法180条2項、新民法359条参照。なお、不動産収益執行と不動産質権（使用収益をしない定めのない）の収益的効力は、目的不動産を占有し、その収益に対して担保権の効力を及ぼすという点が類似する。両者の違いにつき、山野目教授は「新しい担保法制の概要」判例タイムズ1127号（2003年）15頁注3）のなかで、前者が申し立てることができるのは「担保スル債権二付キ不履行アリタル」のち（新民法371条）に限られるのに対し、後者は質権設定時から目的不動産を占有する権限を提供でき（同法344条）、強制競売または担保不動産競売により不動産が売却される場合において、後者が売却により消滅しないとき（民事執行法59条4項・188条参照）には収益に対する権利行使が売却後も存続するのに対し、前者は売却に伴い取り消される点にあるとする（根拠が元本確定前は被担保債権に対して付従性・随伴性を有していないのが、元本確定後は付従性、随伴性が発生し、普通抵当権に接近するのとイメージ的には近いと思われる）。更に山野目教授は、よって競売開始は収益管理人等に通知されるべきことなどを、民事執行規則において規定することを提案されている。

- 57) もっとも、同年6月4日に公表された「経済戦略会議答申に盛り込まれた各種提言に対する政府の検討結果」においては、抵当権実行としての強制管理制度は「……目的物件の競売という手続きによらず抵当権者が目的物件を強制的に管理できるものとする 것에 ついては、抵当権の本質からして慎重な検討を要する問題である上、……債務者は債務の弁済能力を失い、任意弁済の可能性が奪われることになるという問題がある」との理由でC分類（実現のためには、乗り越える問題が多いと考えているもの）に入れられていた。

- 58) 法務省民事局参事官室が各界に意見紹介を行ったところ、90万件を超える意見が寄せられた。谷口園恵・筒井健夫・小粥太郎・野村雅之・松井信憲「担保・執行法制の見直しに関する要綱試案」に対する各界の意見紹介」金融法務事情1651号（2002年）参照。

- 59) 特に何の問題もなければ競売申立から6ヶ月から8ヶ月で売却に付されているようである。木下泰・古賀政治・林道晴・松下淳一「（座談会）手続法からみた担保・執行法制の論点〔第1回〕」金融法務事情1645号（2002年）10頁（古賀発言）。

- 60) 谷口・筒井・小粥・野村・松井・前掲(注58)論文47, 48頁。
- 61) 附随型の構想については, 山野目章夫「抵当権に基づく収益管理制度の構想 / 附随型(上)(下)」NBL 739, 740号(2002年)。独立型の構想については, 野村秀敏「抵当権に基づく収益管理制度の構想 / 独立型」NBL 737号(2002年)を参照。
- 62) 山野目・前掲(注56)論文32頁。
- 63) 梅健次郎『訂正増補民法要義卷ノ二物権編』(有斐閣・1911年)501頁。
- 64) 山野目・前掲(注56)論文34, 35頁参照。
- 65) 木下・古賀・林・松下 前掲(注59)座談会10頁(木下発言)。
- 66) 道垣内弘人・山本和彦・古賀政治・小林明彦『新しい担保・執行制度』(有斐閣・2003年)36, 37頁参照。
- 67) もっとも, 野村・前掲(注61)論文では, 物上代位の不都合さを指摘し, 収益管理制度をなるべく簡便な制度にすることで, 従来の物上代位制度を廃止すべきとしていた。
- 68) 滝澤孝臣「担保不動産の収益執行制度新設による物上代位制度への影響」銀行法務21624号(2003年)34頁。
- 69) 道垣内・山本・古賀・小林 前掲書(注66)42頁によると, 民事執行法96条1項は「管理人は, 不動産について, 債務者の占有を解いて自らこれを占有することができる」と規定しているのを, 同法188条で担保不動産収益執行が準用する場合, 「債務者」は「不動産所有者」と読み替えられることになろうとしている。
- 70) 道垣内・山本・古賀・小林前掲書(注66)41頁。
- 71) 高野一郎『図解でわかる 平成15年新担保法・執行法制』(中央経済社・2003年)16頁参照。
- 72) ところでこの見解は, 管理人が善管注意義務を負い, これに反した場合, 賠償責任を負うおそれがある(改正民事執行法188条)ため, 収益阻害事由となっている占有者にたいして, 明け渡し等の措置を講じないと, 管理人が善管注意義務違反の責任を問われるおそれがあるとしている。担保不動産収益執行制度には占有屋を排除するための規定が特に設けられてはいないが, 管理人が占有屋等からの占有を回復して収益をあげる措置をとらなければならない義務を負っているという意味において, 担保不動産収益執行制度は, 結果的に占有排除の側面を有しているとしている。(高野・前掲書(注71)15, 16頁。)
- 73) 山野目・前掲(注56)論文15頁参照。
- 74) 奥田補足意見でも抵当不動産の所有者は抵当不動産を「実際に管理する立場にあるもの」として, 第三者の行為等によりその交換価値が減少し, または交換価値の実現が困難となることのないように, これを適切に維持または保存することが, 法の要請するところであり, その反面として, 抵当権者は抵当不動産の所有者に対して「担保価値維持請求権」を有するとしている。
- 75) 生熊・前掲書(注7)428頁。
- 76) 鈴木祿弥「『債務なき責任』について」法学47巻3号(1983年)263頁。また生熊・前掲書(注7)429頁も参照。
- 77) 山野目章夫「物上債務の検討」私法52号(1990年)122頁。
- 78) 鈴木・前掲(注76)論文286頁。

抵当権の「侵害」の態様に対する考察（三宅）

- 79) 鈴木・前掲（注76）論文287頁。
- 80) 山野目・前掲（注77）論文126頁。山野目教授は、物上債務説の積極面と消極面とを採りあげられており、結論として、物上債務説に対し批判的であるが、法の解釈や立法に際し、一定の指針を提供するという、いわば思考枠組みとしての意義は大きいとされている。
- 81) 生熊・前掲書（注7）431頁参照。
- 82) 生熊・前掲書（注7）432頁。
- 83) 生熊・前掲書（注7）431頁。また、内山貴教授は『民法』（東京大学出版会・1996年）389頁の中で、抵当不動産を毀損するなどその価値を低下させる行為は、抵当権の侵害に当たり、その意味では抵当権設定者には抵当不動産の保存・維持義務があるといえたとされている。
- 84) 中井美雄『担保物権法』（青林書院・2000年）3頁。
- 85) 高木多喜男「賃料に対する物上代位」銀行法務21 601号（2002年）35頁では、「このような経済情勢は当分の間続くとしても未来永劫のものとも思われず、したがって、現在の判例法理をベースにした民法改正は、慎重にしなければならない」と指摘されていた。
- 86) 千葉恵美子・山野目章夫「（対談）新しい担保法を語る 2003年民法改正から何を読み取るか」金融法務事情1682号（2003年）43頁（千葉発言）。
- 87) 宮島司『会社法概説 [第3版]』（弘文堂・2003年）第3版はしがき。