

抵当権に基づく妨害的占有の排除

——最高裁平成一七年三月一〇日判決の検討・考察を中心に——

増 成 牧

- 一 はじめに
- 二 平成一七年判決の概要
- 三 平成一七年判決に至るまでの問題状況の概観
- 四 平成一七年判決の検討・考察

一 はじめに

抵当権の実行妨害には様々な形態⁽¹⁾があり、「古くて新しい問題⁽²⁾」であるとか、わが国では「恒常的にみられる社会現象⁽³⁾」であるとかいわれ、それは巧みに変化を遂げてきていることから「日進月歩⁽⁴⁾」の様相を呈していると
もいわれる。

本稿は、そのうちの占有を利用した抵当権の実行妨害の問題を扱う。すなわち、抵当権が実行されると、抵当権に優先する利用権を有しない限り、抵当不動産の占有者は抵当不動産を明け渡さなければならぬが、民事執行法四六条二項は、差押後も債務者が通常の用法に従って不動産を使用・収益することを認めており、占有の明渡しは原則として売却時である（なお、抵当目的物が建物の場合には民法三九五条の明渡し猶予制度がある）。しかし、明渡しをなすべきときにすんなりと明け渡してくれる占有者であれば問題はないが、現実には、抵当権の実行妨害を意図してそこから利益を上げようと企んで占有するなど、明渡しの実現が容易でない場合がある。そのような場合には、競売不動産にそもそも買い手が現れないとか、買い手がついたとしても通常より低い価格でしか売却できないなど、抵当権者にとって不利益がもたらされる。そこで、事前に、すなわち入札が行われる前に抵当不動産から占有者を排除することができないか、できるとすればどのような要件のもとにできるかが問題となる。本稿は、以上のような抵当不動産の妨害的占有排除の考察を、とくに権原占有者との関係で抵当権に基づく妨害排除を認めた最高裁判第一小法廷平成一七年三月一〇日判決民集五九卷二号三五六頁（以下「平成一七年判決」という。）の検討を中心に行おうとするものである。

以下、まず、平成一七年判決の概要の紹介からはじめ（二）、次に、平成一七年判決に至るまでの問題状況ないし議論の展開の概略を最高裁判決の展開にそって整理し（三）、その後、平成一七年判決が示した要件を中心に、抵当権に基づく抵当不動産の妨害的占有排除の問題について若干の検討考察を行うことにしたい。

一 平成一七年判決の概要

まずは、最高裁判平成一七年三月一〇日判決の概要を確認することからはじめよう。

1 事実の概要

本件原告Xは、建築工事の請負等を業とする株式会社であるが、被告株式会社Y₁との間でY₁所有の土地上に九階建てホテル（以下「本件建物」という。）を請負代金一七億九〇一四万円円で建築する旨の請負契約を締結し（一九八九年九月五日）、本件建物は完成した（一九九一年四月三日）が、Y₁が請負代金を支払わなかったで引渡し留保された。一九九二年四月ごろ、Y₁はXに対し、請負残代金が一七億二九〇六万六九二円であることを確認し、これを同年五月から八月まで各月末に五〇〇万円ずつ、同年九月末日に残代金全額を支払うことを約束して、本件建物の引渡しを求めたのに対し、Xは、引渡しの条件として、請負残代金債権を担保するため、本件建物及びその敷地につきXを権利者として第一順位の抵当権（以下「本件抵当権」という。）と停止条件付賃借権を設定すること、またY₁が本件建物を他へ賃貸するにはXの承諾を要することを求めたところ、Y₁がこの条件を承諾した。これを受けて、一九九二年五月八日には本件抵当権設定登記及び停止条件付賃借権設定仮登記が經由され、本件建物はY₁に引き渡された。しかし、Y₁は右の約束どおり請負代金を支払わず、しかも、一九九二年一月一八日には、Xの承諾を得ないまま、本件建物をY₂株式会社に対し賃料月額五〇〇万円、期間五年、敷金五〇〇万円の約定で賃貸し、引き渡した（その後、一九九三年三月に敷金を一億円に増額、同年五月一日には賃料月額一〇〇万円に減額する合意がされたが、敷金が実際に交付されたかどうかは定かでない）。さらに、Y₂は、一九九三年四月一日、Xの承諾を得ないまま、Y₃株式会社に対し、賃料月額一〇〇万円、期間五年、保証金一億円の約定で転貸し、引き渡した。Y₁は、一九九六年八月六日銀行取引停止処分を受け事実上倒産した。一九九八年七月六日、Xは、本件建物及びその敷地につき本件抵当権の実行としての競売を申し立てた。本件建物の最低売却価格は、二〇〇〇年二月三〇日に六億四〇三九万円であったものが、同年一月一六日には四億八

〇二九万円に引き下げられたが売却の見込みは立っていない。

なお、以上に加え、次の重要な事実がある。すなわち、不動産鑑定士の意見書によれば本件建物の適正賃料が一九九五年一月三十一日時点で月額五九二万円、一九九八年一月二六日時点で月額六一三万円であること。Y₃とY₂の代表取締役は同一人であり、Y₁の代表取締役は一九九四年から九六年にかけてY₃の取締役の地位にあった者であること。競売手続による売却がすまない状況のもとで、Y₁の代表取締役はXに対し本件建物の敷地に設定されている本件抵当権を一〇〇万円の支払と引き換えに放棄するよう要求したこと。

以上のような事実の下、Xは、Y₁Y₂Y₃を相手取り、本件停止条件付賃借権が侵害されたことを理由に、①賃借権設定仮登記の本登記手続、②本件建物の明渡し、③賃料相当損害金の支払を求めて提訴した。

2 訴訟の経緯

(1) 第一審は、Xの請求を棄却した。

理由は、抵当権と併用された停止条件付賃借借契約は、抵当不動産の用益を目的とする真正な賃借権ということはできず、第三者の賃借権の出現を事実上防止しようとの意図の下になされたもので賃借権としての実体を有するものでないと解されること、本件賃借権は併用賃借権と認められ、賃借権としての実体がない上に、本件建物につき不動産競売の申立てがなされておりもはやその必要さえなくなったものといえるから、Xの請求は理由がない、というものである。

Xより控訴。Xは、控訴審において、賃借権侵害に基づく上記請求と選択的に、抵当権侵害を理由として抵当権に基づく妨害排除請求としての明渡しと損害金の請求を追加した。追加の背景には、第一審判決（平成十一年

五月二六日)の後、最高裁大法廷平成一一年一月二四日判決が出たことがある。

(2) 第二審は、原判決を変更し、X請求の②建物明渡しと③賃料相当損害金の支払とを認めた。理由は、次のようである。

「最高裁判所大法廷は、平成一一年一月二四日の判決において、第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、第三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、抵当権者が上記状態の排除を求めることが許されるものというべきであ」り、「第三者の不法占有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妨げられる状態は、これを抵当権に対する侵害と評価でき、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に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えることができる」とした。

「第三者の占有が抵当不動産の所有者の承諾のもとに行われていて、その意味では、その占有が権原のない占有とはいえない場合でも、その占有者の属性や占有の態様などが、買受希望者に、買い受けた後の占有者などとのトラブルを予想させ、買受けを逡巡させるものであるとか、占有に関する状況が、買受希望者の当該不動産の価値に対する評価を不当に低下させ、その結果適正な価値よりも売却価値を下落させるおそれがある場合には、抵当不動産の交換価値の実現が不法に妨げられていることに変わりはないものといわねばならない。したがって、このような場合もまた抵当権者の優先弁済請求権の行使が不法に侵害されているものというべきである。そして、第三者が抵当不動産の所有者の承諾のもとに占有していることよって、このような状態が生じている場合には、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対しては、抵当不動産を適切に維持管理することを求めうる請求権があるから、これに基づきその侵害の排除を求めることができる。また、抵当不動産を賃貸借(転賃借)などにより他人

に占有させ、又は賃借人（転借人）などとしてみずから占有する第三者があり、それらの第三者の行為が抵当不動産の交換価値の実現を不法に妨げるものであるときは、これらの第三者を相手方として、抵当権に対する不法侵害の排除を求めることができるものというべきである。」

「そして、その必要性が肯定されるときには、抵当権者は、これらの者に対して、抵当不動産に対する第三者の占有を解いて、抵当権者の管理占有に移すこと、すなわち、その明渡しを求めることができるものというべきである。」

3 上告及び上告受理申立て理由

Y₃が上告及び上告受理申立てをした。

(1) 上告受理申立て理由は、判例違反である。すなわち、最高裁判決において抵当権に基づく明渡請求が認められるのは、不法占有者の場合（最大判平成一一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁）に限られるのである。権原占有者の場合はそうでない（最二判平成三年三月二二日民集四五卷三号二六八頁）。本件におけるY₃は正当な賃借権、転借権に基づく占有者であるにもかかわらず、原判決は、抵当権に基づく明渡請求を認容しているが、これは最高裁判決に違反する。

(2) 上告理由は、原判決が賃料相当損害金の請求を認容した部分に理由不備があることである。すなわち、抵当権に基づく明渡請求によって抵当権者が取得する占有は管理占有といわれ、物件を管理するためのものであり、抵当目的物の使用収益権は認められないから、賃料相当損害金の請求はできないはずであるのに、原判決は、抵当権に基づく請求であること以外にこのような請求を認容する理由を示していない。

4 最高裁判決

(1) 最高裁は、原判決の賃料相当損害金の支払を命じた部分を破棄し、これを求めるXの控訴を棄却したほか、その余の上告を棄却した。

(2) 理由

まず、明渡しに關して次のように判示した。

「所有者以外の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、抵当権者は、占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができる（最大判平成一一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁）。そして、抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて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、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるというべきである。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである。」「改行」また、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当り、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるというべきである。」

また、賃料相当損害金の支払について次のように判示した。

「抵当権者は、抵当不動産に対する第三者の占有により賃料額相当の損害を被るものではないというべきである。なぜなら、抵当権者は、抵当不動産を自ら使用することはできず、民事執行法上の手続等によらずにその使用による利益を取得することもできないし、また、抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではないからである。そうすると、原判決中、上記請求を認容した部分は判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、破棄を免れない。」そして「上記請求は理由がないからこれを棄却する。」

「また、上記請求と選択的にされている賃借権侵害による不法行為に基づく賃料相当損害金の支払請求については、「本件停止条件付賃借権は、本件建物の使用収益を目的とするものではなく、本件建物及びその敷地の交換価値の確保を目的とするものであったのであるから、Y₃による本件建物の占有によりXが賃料額相当の損害を被るといふことはできない。そうすると、第一審判決中、賃借権侵害による不法行為に基づく賃料相当損害金の支払請求を棄却した部分は正当であるから、これに対するXの控訴を棄却することとする。」

一一 平成一七年判決に至るまでの問題状況の概観

平成一七年判決の検討に移る前に、平成一七年判決に至るまでの抵当不動産の占有妨害排除に関する問題状況について次に簡単に概観しておこう。この点、すでに的確な整理を行う優れた文献が多数存在するので、以下では、抵当不動産の妨害占有排除の方法が抵当権に基づく明渡請求という法律構成に収斂していかざるを得なかった経緯の概略を確認することに焦点を定めて、最高裁の判例の展開を軸にしてみたい。なお、従前、抵当

不動産の占有妨害といえ、すなわち短期貸借の濫用の問題であったので、いわゆる濫用的ないし詐害的短期貸借の問題から始めることにする。

1 詐害的短期貸借問題の登場

短期貸借制度が濫用され抵当権実行妨害の手段として用いられている実態が次第に明らかにされてきたのは昭和四〇年代後半以降の調査によってであるといわれるが、⁽⁷⁾ 抵当不動産に賃借権を設定することによって抵当権が害されるという問題は、すでに民法典の立法時にも存在していたことは広く知られたところである。すなわち、民法旧三九五条をめぐる第九回帝国議会衆議院民法中修正案委員会における審議において、中島又五郎委員が、当時、家屋に抵当権の設定をしておきながらその後家屋を賃貸にだし、しかも期間中の賃料を前払いさせておくというような弊害が生じていることを指摘し、今日では抵当権設定後の賃借借を許すとの明文がないから詐害行為として無効にすることができるとも、本条のような条文ができれば詐害行為を許すということになりはしないかとして、⁽⁸⁾ 抵当権者の権利を妨げることはできないという意味を加える修正をすべきだとの趣旨の発言をしている。これにはじまり、民法旧三九五条をめぐる活発な議論がなされた後に、結局、賃借借が抵当権者に損害を及ぼすときには「解除ヲ命スルコトヲ得」との但書が民法旧三九五条に追加されたのである。⁽⁹⁾

2 いわゆる「三種の神器」による対策

民法旧三九五条但書の追加によって、短期貸借が抵当権者に損害を与える場合には、それを解除できることとなったが、この解除は貸借人・賃借人を共同被告にして訴訟を提起して行わなければならない、訴訟には日数が

かかることから、実効性のあるものとはいえないと考えられ、許害的短期賃貸借に対する対策として実務は、抵当権設定登記と同時に抵当不動産につき、①代物弁済予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記をする方法と、②停止条件付賃借権設定請求権保全の仮登記をする方法（併用賃借権と呼ばれる）を考案し、③抵当権設定登記と併せて「三種の神器」と呼ばれた。

しかし、まず、①の代物弁済予約による方法は、一九七八年仮登記担保法が制定されたことによりほとんど意味をなさなくなった。⁽¹²⁾ すなわち、①の方法は、抵当権者がいざというときに予約完結権を行使して代物弁済として抵当不動産の所有権を取得し、仮登記の順位保全効により、それに遅れる短期賃借権に優先するという効果をねらったものであるが、仮登記担保法により清算義務が課せられて清算期間中に後順位抵当権者等の請求により目的物が競売に付せられると仮登記担保権者は優先的配当の受領権しか有さなくなり、目的物の所有権を確実に取得することはできなくなったからである。⁽¹³⁾

また、②の併用賃借権も、最高裁第二小法廷平成元年六月五日判決民集四三巻六号三五五頁（以下「平成元年判決」という。）によって、併用賃借権は抵当不動産の用益を目的とする真正な賃借権ということはできず賃借権としての実態がない以上、對抗要件を具備した後順位の短期賃借権を排除する効力を認める余地はないとしてその効力を否定されたため、意義を失ってしまった。

併用賃借権の効力については、これより前、最一判昭和五二年二月一七日民集三一巻一七頁がすでにそれを否定する判断を示していた。しかし、事案が、先順位抵当権者の申し立てにより抵当権実行がなされ抵当不動産を競落した者が後順位抵当権者の有する併用賃借権が抹消登記嘱託されずに残っていたためその仮登記の抹消登記を求めたというものであり、判決は、併用賃借権の目的は抵当権設定登記以後に設定された第三者の短期賃

貸借を排除しそれにより抵当不動産の担保価値をはかることにあり、對抗要件を具備した短期賃借人が現れないまま競落によって競落人が抵当不動産の所有権を取得したときには右賃借権は目的を失って消滅し、その登記・仮登記は実体関係を欠くことになる」と判示したものであったので、短期賃借権濫用の実態をも考えたとき、最高裁は併用賃借権による濫用的短期賃借の排除を認めるものであるとの理解がむしろ多数であった。⁽¹⁴⁾にもかかわらず、平成元年判決が併用賃借権の排除効を否定したので、結果として執行妨害対策の実務に冷水を浴びせることになったため、⁽¹⁵⁾同判決は大きな衝撃をもって受けとめられ、多くの批判が寄せられた。⁽¹⁶⁾併用賃借権の効力が否定されたことの取引実務に与えた影響は大きく、⁽¹⁷⁾抵当不動産の妨害的賃借の排除は抵当権に基づく明渡請求によることが期待され、その理論的整備が急がれたのであった。

3 最高裁平成三年判決

しかし、その後すぐ、最高裁第二小法廷平成三年三月二二日判決民集四五卷三号二六八頁⁽¹⁸⁾（以下「平成三年判決」という。）によってこの期待は裏切られた。⁽¹⁹⁾事案は、債務者に代わって弁済をして抵当権の移転を受けた者が、⁽²⁰⁾抵当不動産についての短期賃借人さらに転賃借によって占有する者を相手として、短期賃借権の存在が抵当権者に損害を及ぼすことを理由に短期賃借契約の解除と、解除判決の確定を条件として賃借権設定仮登記の抹消登記手続および抵当権に基づく妨害排除として設定者への明渡しを求めたというものである。第一審は、請求をすべて認容し、控訴審は、建物明渡しの根拠について控訴審で選択的に追加された設定者の所有権に基づく明渡請求の代位行使を理由としたけれども、結論的には第一審と変わらず、被告らの控訴を棄却した。これに対し、最高裁は、明渡請求に関する部分につき原審を破棄し第一審判決を取り消して、代位によっても抵当権に基づい

でも明渡しは認められないとして、建物明渡請求を棄却した。理由は詳細であるが、抵当不動産の占有によって抵当権が侵害されることはないという点がポイントである。すなわち、「抵当権は、設定者が占有を移さないで債権の担保に供した不動産につき、他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける担保権であって、抵当不動産を占有する権原を包含するものではなく、抵当不動産の占有はその所有者にゆだねられているのである。そして、その所有者が自ら占有し又は第三者に賃貸するなどして抵当不動産を占有している場合のみならず、第三者が何ら権原なくして抵当不動産を占有している場合においても、抵当権者は、抵当不動産の占有関係について干渉し得る余地はないのであって、第三者が抵当不動産を権原により占有し又は不法に占有しているというだけでは、抵当権が侵害されるわけではない。」⁽²⁰⁾とすると、「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身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」というわけである。⁽²¹⁾

4 民事執行法による対応

平成三年判決以降、抵当不動産の占有妨害対策は、民事執行法に活路が求められることになる。すなわち、民事執行法上の保全処分（五五条（売却のための保全処分）、七七条（買受人のための保全処分）の活用が探られたのである。抵当権者が用いうるものとしてなかでも期待されたのは民事執行法五五条の保全処分であったが、

当時の五五五条は、保全処分の手方を債務者（抵当権設定者）に限定し、しかも著しい価格減少行為に対して保全処分（価格減少行為の禁止または一定の行為の命令（一項）、執行官保全処分（二項））の発令が認められるにすぎなかった。まず、債務者以外の第三者に対しても保全処分が出せるのか、また、占有が価格減少行為となるのが問題となった。前者に関しては、第三者は債務者の占有補助者であるなどと理論構成し、後者に関しては、執行妨害目的の占有は競争売買を阻害し著しい価格減少行為となりうるとの構成によって、執行実務において民事執行法五五五条の保全処分が広まった。⁽²²⁾

平成八年には、いわゆる住専問題の処理を契機として議員立法により民事執行法の改正がなされた。⁽²³⁾ 民事執行法五五五条に関し、保全命令の相手方として従来債務者だけであったのが不動産の占有者をも対象とできるように拡張され、また、同法五五五条二項の執行官保管命令が従来一項の命令違反があった場合にだけ認められるとされていたのが、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は直ちに執行官保管を命ずることができるようになった。また、同法五五五条の保全処分は競売申立ての前にはできないところ、抵当不動産の第三取得者との関係で濫除の機会を与えるため抵当権の実行通知をしてから一ヶ月経過しないと競売申立てをすることができず、そのため緊急を要する場合に不都合であったが、民事執行法一八七条の二が新設され、競売開始決定前にも保全処分ができるようにされた。

平成一〇年にも民事執行法の改正⁽²⁴⁾が行われ、六八条の二が追加された。買受の申出をした差押債権者のための保全処分と称されるものであり、債務者または不動産の占有者が不動産の売却を困難にする行為をし又はその行為をするおそれがあるときに保全処分が可能とされた。

民事執行法の度重なる改正を通じ、保全処分を活用して占有妨害対策の実が上がるようになってきた。しかし、

実体法から乖離した形で手続法を運用し問題の解決を図っていくという手法は、理論的基盤が脆弱であり、保全処分の限界を見失わせることになり危険であつて、平成三年判決と真正面から向き合い問題の究明を図る必要性が指摘されていた。⁽²⁵⁾

5 最高裁平成六年判決と平成八年判決

平成三年判決以後、次の6で見える最高裁平成一一年判決までに、民法旧三九五条但書による短期貸借の解除に関する二つの最高裁判決が、抵当権の実行妨害対策の展開において重要である。すなわち、最二判平成六年三月二五日判時一五〇一号一〇七頁(以下「平成六年判決」という。)と最二判平成八年九月一三日民集五〇巻八号二三七四頁⁽²⁶⁾(以下「平成八年判決」という。)である。平成六年判決は、民法旧三九五条但書による短期貸借契約解除の効果について、いわゆる絶対的効果説(解除判決の確定により、抵当権者・賃借人間のみならず、賃貸人(抵当権設定者)・賃借人間においても賃貸借関係が終了する)を相当とし、解除判決が確定したときには、賃借人の目的不動産の占有権原は賃貸人との関係においても消滅するので、賃貸人は、賃借人に対し、その明渡しを請求することができるとしたものである。これに対し、平成八年判決は、民法旧三九五条但書による短期貸借契約解除の要件である「抵当権者二損害ヲ及ホストキ」ということの意味について、近時次第に有力となつてきていた不合理性説あるいは詐害性説(賃貸借契約の内容が不合理であつたり、抵当権者に対する詐害性があること)をとらず、大審院以来の判例の立場であるいわゆる当然損害説(短期貸借の存在により売却価格が低下し抵当権者が弁済として取得する額が減少すること)によることを明言し、抵当権者による解除請求を肯定したものである。とりわけ平成八年判決は、抵当権実行による差押後に短期貸借の期間が満了した場合にあ

つても解除請求の対象としたことから、平成三年判決における判例の態度との微妙な不一致²⁷が存在するところが否定できず、²⁸ 抵当権と賃借権の調整をめぐる判例理論に流動的な部分が残されていると指摘され、判例の展開が期待されたものであった。

6 最高裁平成一一年大法廷判決

平成一一年になって、²⁹ 抵当不動産占有妨害排除の問題にとって画期的な最高裁判決が出た。すなわち、最高裁大法廷平成一一年一月二四日判決民集五三卷八号一八九九頁（以下「平成一一年大法廷判決」という。）である。

事案は、根抵当権者が貸付金債務の弁済懈怠を理由に根抵当権の実行を申し立てたが、根抵当権の目的不動産には権原なく占有する者がいたため、買受希望者が現れず競売手続が進行しなかったため、根抵当権者が貸付金債権を保全するため根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して、占有者に対し根抵当不動産の自らへの明渡しを求めたものである。第一審、第二審とも請求認容。最高裁は、占有者からの上告を棄却した。

理由は次のようである。「³⁰ 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、³¹ 抵当権者は、原則として、³² 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、³³ 第三者が³⁴ 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、³⁵ 抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ³⁶ 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³⁷ 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。

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を予定されているものといえることができる。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ふべきである。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、民法四二三条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができると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ふべきである」。最高裁判平成三年三月二二日判決は「以上と抵触する限度において、これを変更すべきである」。本件においては、被上告人（根抵当権者）が「本件不動産につき抵当権の実行を申し立てているところ、上告人らが占有すべき権原を有することなく本件建物を占有していることにより、本件不動産の競売手続の進行が害され、その交換価値の実現が妨げられているというのであるから、被上告人の優先弁済請求権の行使が困難となつていふことも容易に推認することができる」、右事実関係の下においては、被上告人は、抵当不動産の所有者に対して「本件不動産の交換価値の実現を妨げ被上告人の優先弁済請求権の行使を困難とさせている状態を是正するよう求める請求権を有するから、右請求権を保全するため」、抵当不動産所有者の上告人ら（占有者）に対する妨害排除請求権を代位行使し、所有者のために「本件建物を管理することを目的として、上告人らに対し、直接被上告人に本件建物を明け渡すよう求めることができるものといふべきである」。なお、奥田昌道裁判官の補足意見がある。

平成一一年大法院判決の特徴として、まず、抵当権の本質を、平成三年判決におけると同様、基本的に価値権

として理解することを出発点としていえることがあげられよう。しかし、平成三年判決とは異なつて、占有による
 抵当権の侵害というものを一定の要件（交換価値の実現が妨げられ、優先弁済請求権の行使が困難となる状態）
 のもとで認められるとしたものである。占有排除の法律構成としては、抵当権に基づく物上請求ではなく、代位
 請求によつた。これは、占有者が不法占有（目的不動産についての別の抵当権者が所有者より預かつていた白紙
 委任状が無断使用され偽造の賃貸借契約書により占有していた）であつたので代位構成を用いることができたこ
 とと、当事者の主張が代位請求であつたことが大きな理由であつたと考えられている。しかし、抵当権に基づ
 く妨害排除請求もみとめられることが傍論として示された。また、平成一一年大法院判決では、代位請求の被保
 全権利を導出するために「担保価値維持請求権」であるとか、抵当権者による目的物の占有を説明するために
 「管理占有」（いづれも奥田裁判官の補足意見中の表現）とか新たな法概念を用いていることも特徴としてあげ
 ることができよう。

平成一一年大法院判決は、「抵当権者側からいうと、夢も希望もなくなつたと思われようなショッキングな
 判決」⁽²⁹⁾などと形容された平成三年判決を変更した点で、執行妨害の実態を直視した待望の判決として歓迎され、
 これによつて、民事保全法の活用可能性⁽³¹⁾など、抵当不動産の妨害的占有排除が大きく進展するものと評価された。
 しかし、それと同時に、同判決には理論上も実際上も解決すべき問題を多く含んでいることが指摘された。すな
 わち、明渡請求についての要件面では、抵当権者はいつから明渡請求ができるのか、権原占有者に対しても
 できるのか等が問題として議論され、効果面では、そもそも抵当権者への直接の明渡しを認めることへの強
 い疑念が提起され、かりにそれが「管理占有」として認められるとしても、管理占有の内容について、使用収益
 を許すのか、管理費用はどうなるのか、民事執行手続との調整・連携はできないかなどが議論された。また、法

律構成の点でも、物上請求が認められるなら、代位請求は迂遠であつて不要ではないか、担保価値維持請求権というものの法的性質はどのようなものであり、またどのような内容を有するものかなどの問題もあつた。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

7 平成一五年担保・執行法改正

平成一五年に担保法・執行法改正が成立し⁽³⁶⁾、それは抵当不動産の占有妨害排除の問題にも大きな変化をもたらした。挙げておくべきは、まず、実体法上の改正として、占有妨害の隠れ蓑として占有屋により濫用される例が後を絶たなかつた民法旧三九五条の短期賃貸借制度が廃止され、かわつて、建物賃借人に対する明渡猶予制度（民三九五条）が新設されたことである。これは、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者及び買受人に対抗することができないが、しかし、抵当権に対抗できない賃貸借により建物を占有する者に対しては六ヶ月の明渡猶予を認めるというものである（なお、明渡猶予期間中の占有の性質は、従前の賃借権等の占有権原が存続するというものではなく、たんに明渡しが猶予されるにとどまるものである⁽³⁷⁾）。これによつて、抵当権の実行により抵当建物の占有者が建物から退去しなければならない時期は、賃借権を有する場合には六ヶ月の明渡猶予期間経過後、それ以外の場合、すなわち、使用借権を有する場合は占有権原を有しない場合は、建物売却時ということになる。

次に手続法に関して指摘しておくべきは、民事執行法上の保全処分強化である。

まず、民事執行法五五条の保全処分についての改正である。すなわち、発令の要件として、従前は「不動産の価格を著しく減少する行為」等の疎明が必要だったが、「著しく」の文言が削除され、要件が緩和された。また、従前は、執行官保管の保全処分発令には、不動産の占有者等が他の保全処分に違反したことが原則として必要と

されていたが、事案に応じて必要な保全処分が発令できるよう、執行官保管の保全処分も他の保全処分と同様の要件で直ちに発令できるようにされた（民事執行法五五条一項二号）。さらに、五五条一項三号で、新たな類型の保全処分として、占有移転禁止の保全処分の規定が設けられた。占有移転禁止の保全処分がなされれば、その後占有の移転があったときでも、保全処分の相手方に対して発せられた引渡命令に基づいて現在の不動産占有者に対し引渡し強制執行ができることになり、いわゆる当事者恒効が認められたのである（民事執行法八三条の二。なお執行承継文に関して、民事執行法二七条三項二号参照）。

次に、五五条の二が新設され、相手方を特定しないで保全処分を発令することも認められることになった。保全処分の申立て及び決定には本来相手方を特定して行う必要があるが、次々に占有者を入れ替えるような場合など、現在の占有者を特定することが困難である場合があり、このような場合に事実上保全処分の申立てができないう問題があったのである。

また、民事執行法の一八七条の二が一八七条に繰り上げられた。平成一五年改正において滌除制度が廃止されたので、平成八年時点において一八七条の二として新設を必要とした理由（当時、抵当権実行通知を受けてから一ヶ月間は滌除権者による滌除が可能であり、その間競売申立てができず、したがってまた売却のための保全処分もできなかった）ので、競売開始決定前の保全処分を新設することが必要であった）は解消されたが、抵当権実行直前に執行妨害行為が行われることが一般的であることから、この制度は存続させられた。⁽³⁸⁾

四 平成一七年判決の検討・考察

1 平成一七年判決の意義

それでは、平成一七年判決の検討・考察に移ろう。まず、以上に概観した最高裁判例の展開に照らして、平成一七年判決の意義ないし特徴はどこにあるだろうか。

平成一七年判決の意義としてまず挙げられるべきは、第一に、抵当権に基づく明渡請求を最高裁としてはじめて正面から肯定したことである。すなわち、平成一一年大法院判決において抵当権者による妨害的占有者の排除が肯定されたものの、その法律構成は抵当不動産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によるもの（代位構成）であり、抵当権に基づく妨害排除は傍論として言及されたにすぎなかったところ、平成一七年判決が、これを正面から肯定したものである。

第二に、占有権原を有する占有者との関係でも抵当権者の妨害排除が認められる場合があるとしたことである。すなわち、平成一一年大法院判決が扱った事案は不法占有（無権原占有）であったところ、同判決の射程が権原占有のケースにも及ぶかどうか学説において議論があった。³⁹⁾平成一七年判決は、抵当不動産の所有者から期間五年の賃借権の設定を受けて占有していた事例であり、権原占有の事例でも一定の要件のもと抵当権に基づく妨害排除が認められる場合があることが示された点で意義がある。

第三に、権原占有者に対する妨害排除の際、占有権原の効力否定（利用権の解除や無効）なしに、⁴⁰⁾ 抵当権に基づき妨害的占有の排除を認めたところに特徴があることが指摘されている。平成一一年大法院判決以降、賃借借あるいは使用貸借といった占有権原を有する占有者による抵当権侵害を排除する理論構成として、平成一一年大

法廷判決をどのように理解するかも関係して、考え方が大きく二つに分かれていた。すなわち、占有権原を解消させて不法占有状態を作出した上で排除が認められるとする考え方と、⁽⁴¹⁾権原に基づく占有であれその占有による抵当権侵害があれば権原の効力を問題とすることなく妨害排除が認められるとの考え方とである。⁽⁴²⁾平成一年大法廷判決後の下級審判例も両者に分かれていた。すなわち、いわゆる長期賃貸借の事例に關し、民法旧三九五条但書を準用して占有権原を解消させた上で抵当権に基づく妨害排除を認めたものと、⁽⁴³⁾長期賃貸借の解除という迂路を経ずに直接に抵当権に基づく妨害排除を認めたものが⁽⁴⁴⁾あった。⁽⁴⁵⁾後者は平成一七年判決の原審であるが、その評釈において、事案としては競売妨害目的を認定できる許害的賃借権であり、このような許害的賃借権については賃借権設定行為自体が権利濫用・公序良俗違反によりそもそも無効であるとの解釈も成り立ち、そうすれば無権原占有者に対する明渡請求の事案として平成一一年大法廷判決の射程内で処理することも可能であったにもかかわらず、⁽⁴⁶⁾原審判断はあえて「権原のない占有とはいえない場合でも」との事案の性格づけを行ったものだととの評価も⁽⁴⁶⁾あった。そのような中で、平成一七年判決は、すくなくとも占有権原の効力否定に明示的に触れることなしに抵当権に基づく占有排除を認めているという特徴がある。もともと、この点について、⁽⁴⁷⁾学説には、強度の妨害目的を示す具体的事実を詳しく摘示していることから権原を無効と考えていると評価する立場も有力であり、また、占有権原設定契約を当事者間で有効としたまま、⁽⁴⁸⁾抵当権に基づく妨害排除が認められるとする学説の論拠を批判したうえ、平成一七年判決は、占有権原を無効とする理論構成を前提として、担保法・執行法の平成一五年改正が民法旧三九五条但書を削除した結果生じた欠缺を埋めるために、⁽⁴⁸⁾許害行為取消権の許害性判断プロセスを組み込んだ物権的妨害排除請求権の特殊な一類型を創出したと理解されるべきとの説も有力に説かれている。

第四に、いわゆる代位構成でなく、抵当権に基づく請求としても、抵当権者への直接の明渡請求が認められる場合があること、その要件として、抵当不動産所有者において抵当権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期待できない場合に限定したことに意義がある。平成一一年大法院判決では、抵当権者への抵当不動産の明渡しが認められた。しかし、そこでの法律構成は代位構成によるものであったのであり、抵当権に基づく妨害排除請求の場合に、抵当権者が自己への明渡しを請求しうるのか、それとも抵当不動産の所有者への明渡しを請求しうるにとどまるのかは、抵当権の非占有担保性という特質もあってさらに検討を要する問題とされてきた（奥田裁判官の補足意見）。平成一七年判決は、抵当権者への直接の明渡しを肯定した点で意義があり、またそれを限定した点に意義がある。

第五に、抵当権者が明渡しを受けた後の抵当不動産の占有の性質、すなわち、いわゆる管理占有の内容について一定程度明らかにされ点に意義がある。すなわち、抵当権者の占有は、抵当不動産の維持管理のみを目的とするものであって、使用収益を行えるものではないというものである。このことから、原審が認容していた賃料相当額損害金の賠償請求が否定されたが、しかし、これによって競売遅延等を理由とする損害賠償請求の道までもが否定されたものではないとの理解が⁴⁹多くの論者によって示されている。

2 抵当権に基づく妨害的占有排除の要件について

それでは、抵当権に基づき妨害的占有の排除が認められるための要件はどうか。

平成一七年判決は、まず、不法占有の事案に関する平成一一年大法院判決の判示を引いた後、それに続けて、「そして、抵当権設定後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その

占有権原の設定に当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により当不動産の交換価値の実現が妨げられて当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」には当権に基づく妨害排除請求ができるとした。すなわち、①占有権原設定に当権実行ないし競売手続妨害の目的が認められること、②その占有により当不動産の交換価値の実現が妨げられて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、の二つが権原占有者の妨害を排除するときの要件としたのである。

以上の平成一七年判決が示した要件について、学説は様々なコメントを加え議論を展開している。

まず、権原占有と無権原占有（不法占有）とで、妨害排除請求の要件は異なるのかを問題とするものがある。異なると考えるものが多いであろうか。⁵⁰無権原占有の場合には、そもそも「占有権原の設定に競売手続を妨害する目的」という①の要件を顧念する余地はないこと、⁵¹当権実行後の段階においても通常の用法に従った範囲であれば当不動産を使用・収益することが許されているところ、不法占有の場合には通常の用法でないとの評価に傾きやすいのに対し、権原占有の場合は必ずしもそうではなく、両者の間には違いがあるとの認識が理由であるようである。

次に、判決が①をも要件としたことに関係して様々な議論がなされている。

第一は、妨害排除にとって新たにメリットがあるのかという観点から問題を提起するものがある。すなわち、①の要件が必要であるとするところからは、民事執行法五五条の保全処分発令の要件との類似性が窺われ、妨害排除請求の要件と民事執行法五五条の保全処分の要件がほとんど同じということになると、決定手続で迅速な判断が下される保全処分を選択したほうが効率的であり、効果としても執行官保管に結びつきうるので尚更であるというわけである。⁵²この点に関連して最高裁調査官の解説は、平成一五年の担保・執行法改正により、売却のた

めの保全処分等の要件が緩和されたことから、「今後はこれらの保全処分を利用すればよく、実際に抵当権者が妨害排除請求権を行使する場合はさほど多くはないとも考えられる」が、「そのことから現行法制下における抵当不動産の占有者に対する抵当権に基づく妨害排除請求権が否定されるものではなく、むしろ、同請求権の要件、効果等について一歩踏み込んだ本判決の示唆は、上記保全処分の制度の解釈・運用を背後から支える役割を担うことになる」としている。学説でも保全処分によるべきとの説が有力である。⁽⁵⁴⁾

第二は、抵当権侵害は何によって生じるのかを理論的に突き詰めた見地から①の要件は不要ではないかとする議論である。すなわち、抵当権侵害は何によって生じるのかといえ、専ら占有による換価権や優先弁済権の実現妨害から生じるのであり、また、民事執行法上の保全処分発令の判断において占有権原の有無が問われないことからすれば、抵当権侵害の成立には②の要件で足り、主観的な目的性を含み抵当権者の側で立証が容易でない場合もある①の要件は不要とすべきとするものである。⁽⁵⁵⁾これに対し、①の要件が付加されていることは十分理解可能とする説もある。すなわち、旧法下の事件であることを重視すれば①を要求しないことがむしろ論理的であるが、最高裁は、現行法も見据えて妥当な要件を提示したと理解するのである。すなわち、「現行法下では、對抗できない賃借権に基づく占有者であっても、抵当権の実行に際して、六ヶ月間の明渡猶予が与えられる。にもかかわらず、賃借人の存在によって抵当不動産の換価価値が下落し、抵当権者の得られる優先弁済額が減少するときは、常に賃借人に対して明渡しを求めうるのだとすると、制度間に矛盾が生じる。そうすると、現行法下において、抵当権者が妨害排除請求としての明渡しを求めめるためには、プラスαの要件が必要だと考えるべきであって、それが①の要件となっていると考えられる」というわけである。⁽⁵⁶⁾学説では、①要件を、抵当不動産所有者の使用収益権と妨害的占有を排除する抵当権者の権利との調整装置にあるとしてその意義を認めるものが多いと

いえる。⁽⁵⁷⁾

第三に、①の要件が主観的なものであるということから議論がある。学説において、①の要件が主観的なものであるとの理解の点では異論がないように見受けられる。問題は、平成一七年判決が示した妨害排除に基づく妨害排除の判断枠組みをどのように理解すべきかと関係し、そこにおける①要件の位置づけにかかわる。先にも見たように、平成一七年判決を、占有権原を無効とする構成を前提とし、詐害行為取消権における詐害性の判断プロセスを組み込んだものとして理解する立場だと、①の要件は、占有権原の無効化を導くための役割があるものとして位置づけることができよう。これに対し、妨害排除請求権発動のための要件を並列したもの、すなわち、②の要件（状態違法）に加えて、①の要件で、占有権原の設定に妨害目的があることなどの侵害行為に違法性が存すること（行為違法）を求めているとの理解可能性が指摘されている。これによれば、平成一七年判決は、占有権原の設定における競売妨害の目的という主観的要素、より広く侵害行為の態様によつて妨害排除請求の可否を判断したものであるから、いわゆる「相関的考慮説」をも念頭において物権的請求権の一般理論との整合性を論じることの必要性が説かれている。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

3 効果としての妨害排除の明渡しと管理占有

平成一一年大法院判決では、妨害不動産の妨害権者への直接の明渡しが認められた。もつとも、その法律構成は「代位請求」であつて、傍論として肯定されることが示唆された妨害排除請求（「物上請求」）において妨害権者自身への直接の明渡しが認められるかどうかは必ずしも明瞭ではなく今後の検討課題と理解されてきた。⁽⁶¹⁾

平成一一年大法院判決後の学説は、一方で、占有の内容に立ち入り、抵当権者の管理占有（使用収益を目的としない）と抵当権設定者の占有（使用収益を目的とする）とは等質なものでなく、抵当権者が抵当不動産の明渡し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いから抵当権ドグマに矛盾しないとか、抵当権の本質は目的不動産の占有を債務者（所有者）に留めておく価値権であるが、「非占有」とは価値権（優先弁済権）の具体的な実現手続に入るに至るまでの間のことを表現しているのであって、その開始手続（差押え）後に抵当不動産の占有を取得できるとすることはならぬから抵当権の非占有担保の本質に反するものではないとかのように説明して、一定の要件のもと抵当権者による抵当不動産の占有を認めることに理論的障害はないことが説かれた。

しかし、他方で、抵当権にはその非占有担保という性質からして目的不動産の引渡しを求める権能は含まれていないこと⁽⁶⁴⁾、物理的毀損の場合に判例は抵当権者への返還請求を認めてきたわけではないこと、実際問題として後順位抵当権者による抵当権実行妨害に用いられる危険性があることから、抵当権者自身への明渡しを認めることに強い疑問を呈するものもあった⁽⁶⁵⁾。また、管理費用の問題（必ずしも優先的に回収できるものでなく、高額の費用がかかる）や管理責任の問題（工作物責任の負担）⁽⁶⁶⁾があり、実際のところ抵当権者による管理は難しく抵当権者は管理を望まないとも指摘され、管理占有についてはその可否をはじめとして検討課題が山積みであるとの評価が一般的だった⁽⁶⁷⁾。

現行法の解釈ではままならないことから、学説の中には、抵当権者による管理占有の内容を明らかにし、抵当権者にとって使い勝手のよいものにするために、立法的解決（物件管理制度の創設）⁽⁶⁸⁾を求める主張が多く見られた。同様の主張は平成一五年の担保法・執行法の改正における論議にも存した⁽⁶⁹⁾。

しかし、平成一五年の担保法・執行法改正では、民事執行法上の保全処分の要件が緩和され、抵当権に基づく

収益管理の道は開かれたものの、76 抵当不動産の換価を目的とした物件の管理制度は設けられるには至らなかった。

このような中で、平成一七年判決は、所有者による維持管理が期待できないことを要件に、77 抵当権者への直接の明渡しを求めることができることを明らかにし、また、その場合の78 抵当権者による79 抵当不動産の占有は維持管理を目的とするものであって、目的物の使用収益による利益取得を目的とするものではないことが示された。

これに対する学説の評価としては、平成一七年判決により管理占有の性質が多少とも明らかにされたが、80 維持管理の具体的内容は依然明らかではなく、「81 管理占有のその他の問題点は何も解決してない」というものであり、82 調査官解説は、平成一五年の担保・執行制度の改正によって、売却のための保全処分・担保不動産競売開始決定前の保全処分（民執五五条・一八七条）に基づき執行官保管の保全処分を求める要件が緩和されたことから、83 今後はこれらの保全処分を利用すればよく、実際に84 抵当権者が妨害排除請求権を行使する場合はさほど多くはないとも考えられるとし、85 保全処分の活用を促すかのであるが、民事執行法上の保全制度が使えるとしても伝家の宝刀が抜けずじまいでさびてしまわぬように、86 管理占有についても、最終的には立法的な手当てが必要だとの主張もなされている。87

4 抵当権の本質論

最後に、88 抵当権の本質論についても触れておきたい。妨害排除請求権の発動が認められるためには89 抵当権侵害が存することが必要であるところ、それは90 抵当権の本質をどのように理解するかと密接に関係していると思われるからである。

わが国では、91 抵当権の本質を価値権と捉える考え方（利用価値から切り離された交換価値のみを支配するとい

う理解)が伝統的な通説であった。しかし、この価値権説に対しては、固有の要因により特異な発展を見たドイツ抵当権法から抽出されたものであって必ずしも普遍性がなく、わが民法における抵当権観念は抵当権価値権説とは異質のものであったにもかかわらず、わが国の抵当権法の解釈がそれがあるべき姿として用いてきたことに以前から批判があった。⁽⁷⁴⁾そして、抵当不動産の占有妨害排除の議論が盛んに論じられるにつれて、抵当権価値権説に対する否定的評価は増し、「一つのドグマである」とのネガティブなニュアンスを含む表現が用いられるほどにもなった。それと反比例するように、価値権説とは異なる抵当権の本質理解が提示され次第に支持を集めるようになってきたといえよう。

抵当不動産占有妨害排除との関係で抵当権の本質をどのように理解するかについて、考え方の違いを強調する意味でデフォルメして図式的に描けば、次のように大別できよう。すなわち、第一に、本質は価値権であり、交換価値の実現を妨害し減少させる行為が侵害であるとして価値権性を貫徹する考え方、第二に、本質は価値権であるが実行段階に至った場合等一定事情の発生後は抵当不動産の占有ないし使用にも干渉しうるものとなるとする考え方、そして、第三に、抵当権が把握しているのは交換価値だけでなく、そもそも抵当権者は設定者の使用収益に関与しうる地位にあり、設定者に許された抵当不動産を通常の用法で使用する範囲を超える場合には使用に干渉できるといような考え方である。⁽⁷⁵⁾

「妨害的占有者の排除が抵当権に基づいてなされることが期待されるようになった以降、第二、第三の考え方を支持するものが多くなったように思われるが、しかし、今日においてもなお価値権説に軸を置いた抵当権の本質理解が有力な潮流であり、平成一一年⁽⁷⁶⁾大法廷判決も抵当権価値権説に立っていると理解されている。⁽⁷⁷⁾

それでは、平成一七年判決はどうか。事案は、抵当権の実行申立てがなされ、最低売却価格の引き下

げにもかかわらず、売却の見込みが立っていないというものであり、占有により交換価値の実現が妨げられ、優先弁済請求権の行使が困難となる状態があると認定されてもいる。ここからは、価値権の侵害が権当占有者に対するとの考え方をとっていると評価することもできよう。しかし、他方で、平成一七年判決は、権原占有者に対する関係で妨害排除請求を認めるための要件として①の要件をも求めている。①の要件を②の要件と比べてみると、②が充足されても①がなければ妨害排除請求は認められないのに対し、①が充足されれば通常は②も充足されると考えられるとすれば、⁽⁷⁸⁾ 権当侵害の判断のポイントはむしろ①の要件にかかってくるということもできるのではないか。①の要件を要求する理由として、平成一七年判決は、「権当不動産の所有者は、権当不動産を使用又は収益するに当たり、権当不動産を適切に維持管理することが予定されており、権当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである。」と述べている。ここで同様の言い回し、すなわち権当不動産の所有者は権当権に対する侵害が生じないよう権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いう表現は平成一一年大法院判決にもあった。しかし、ここでは、妨害排除の構成として代位請求が問題となっており、権当権設定者が物上保証人とか第三取得者である場合をも見越して、被保全権利を物権的に構成するために新たな請求権を措定したものであって、苦心の構成とも評され、⁽⁷⁹⁾ この内容不明確な請求権の一人歩きにも懸念が指摘されていた。⁽⁸⁰⁾ このような中で、平成一七年判決は、再び「権当不動産の所有者は……権当不動産を適切に維持管理することが予定されており……競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されない」としたのである。ここには、先述の第三のような考え方に対する親近性が感じられ、すくなくとも価値権説とは異なる権当権の本質理解に対する志向が存するように感じられる。⁽⁸¹⁾

脱稿後、次のいずれも重要な文献に接したが、本文中に活かすことができなかった。生熊長幸・民商一三三巻四・五号七九一頁、赤松秀岳「『抵当権に基づく妨害排除請求』への一試論」岡山大学法学会雑誌五五巻三・四号五八五頁、梶山玉香「抵当権者による物権管理制度について」同志社法学五七巻六号三二九頁、太矢一彦「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学四九巻二号四一頁、松岡久和・ジュリスト重要判例解説平成一七年度七七頁。

(1) 執行妨害の様々な態様について、高木新二郎監修『執行妨害対策の実務(新版)』(きんざい、平九)、今井和夫監修『執行妨害排除の手引き』(きんざい、平一三)参照。

(2) 高木新二郎「不動産に対する執行妨害の実情と対策」高木新二郎監修『執行妨害対策の実務(新版)』(きんざい、平成九)四頁。

(3) 中野貞一郎・判タ一〇〇〇号二五頁。

(4) 道垣内弘人「抵当権実行に対する妨害」法教三〇四号一一九頁。

(5) このほか、裁判所時報一三八三号一頁、判例時報一八九三号二四頁、判タ一一七九号一八〇頁、金法一七四二号三〇頁、金判一二二二号二七頁、金判一二二八号二九頁にも掲載。平成一七年判決の解説・評釈として、三上徹・NBL八〇七号四頁、浅井弘章・銀法六四六号六五頁、滝澤孝臣・銀法六四七号四頁、堂園昇平・銀法六四七号一四頁、生熊長幸・銀法六四七号一八頁、古賀政治・金法一七四二号九頁、澤重信・金法一七四二号一一頁、高橋俊樹・金法一七四二号二二頁、松岡久和・金法一七四二号一三頁、島田邦夫ほか・旬刊商事法務一七三三号四二頁、丸山絵美子・法七六〇七号一二〇頁、H・T・金法一七四五号六三頁、TY・金法一七四六号一三一頁、吉田光硯・判タ一一八二号一一六頁、片山直也・金法一七四八号四五頁、塩崎勤・民事法情報二二八号六六頁、田高寛貴・法教三〇一八二頁、工藤祐巖・ひろば五九巻一五五頁、清水元・判例評論五六四号一九〇頁、戸田久・ジュリスト一三〇六号一

六七頁、道垣内弘人・私法判例リマックス号三三二二〇頁、道垣内弘人・判例セレクト二〇〇五年一八頁、森田修・金法一七六二二〇一八頁、本田純一・銀法六五七号七頁がある。

(6) たとえば、中野貞一郎・判タ一〇〇〇号二七頁以下。包括的研究として、生熊長幸『執行妨害と短期貸借』（有斐閣、二〇〇〇）、石口修「抵当権の対抗力なき占有者排除（一）（二・完）」九州産業大学エコノミクス五巻一頁、五巻三頁一頁。

(7) 片山直也「短期貸借」『新不動産登記講座5各論Ⅱ』（日本評論社、二〇〇〇）九三頁。短期貸借制度の濫用実態を伝えるものとして、小川英明ほか「△座談会▽新しく抵当権を考える（3）短期貸借の実情」NBL一三三二〇頁、小川英明「短期貸借の濫用とその諸形態（上）（下）」NBL一四三三六頁、一四四二〇頁、富越和厚「民事執行実務における短期貸借の実情（上）（中）（下）」NBL二六三三八頁、二六五五六頁、二六八二四頁、鈴木祿彌・杉本幸雄・山野目章夫「競売不動産上の賃借権に関する実態調査」判タ四六四号一六頁、鈴木祿彌・杉本幸雄・山野目章夫「短期貸借制度等をめぐっての『業者』の活動の実態」ジュリスト八一七号六頁、森井英雄ほか「△座談会▽関西地区における不動産競売と『業者』の関与」判タ六七二二三〇頁、生熊長幸ほか「△座談会▽不動産執行妨害の現状と対応策」金法一三三六五〇頁があり、また、不動産競売の実態調査として、中野貞一郎・栗田隆「不動産競売の実態」阪大法字九一七九頁、竹下守夫『不動産執行法の研究』（有斐閣、一九七七）三七三頁、浦野雄幸ほか「△座談会▽不動産競売の実態と付着権利の整理①③完」NBL五五五号一六頁、五六号三〇頁、五七号一七頁、中野貞一郎・竹下守夫・浦野雄幸「△研究会▽実態調査から見た不動産競売」判タ三一三三三三頁がある。

(8) 廣中俊雄編著『第九回帝國議會の民法審議』（有斐閣、一九八六）二五～二六頁。

(9) 内田貴「抵当権と利用権」（有斐閣、一九八三）二三～二五頁、内田貴「抵当権と短期貸借」『民法講座3』（有斐閣、一九八四）一八〇頁。民法旧三九五条の成立史につき、吉田克己「民法三九五条」『民法典の百年Ⅱ』（有

斐閣、一九九八）六九四頁以下参照。

(10) 以上の二つの対策を説くものとして、山内敏彦「抵当権を侵害する短期貸借権とその対策」金法五一五号（一九六八）四頁。福島正夫「不動産登記法の実際問題」法律時報六卷一号（一九三四）三一頁（註）によれば、抵当権と併用して賃借権仮登記をする方法は明治三十九年頃から存したようであり、そのようにする理由は、抵当不動産が抵当権者の承諾なく賃貸せられると実際上非常に担保物件の価格減少を来し、またその賃料を債務者が勝手に処分すること多大の損失をも被ることから、仮登記を本登記にして自己に引渡を求められるようにしておくためであると考えられる。また、林良平・民商三〇巻三号一九五〇六頁は、代物弁済予約の仮登記が用いられる原因の一つとして、民法三九五条の短期貸借の効力を失わしめることにあることを指摘している。

(11) 中野貞一郎・竹下守夫・浦野雄幸「実態調査からみた不動産競売」判タ三二二号（一九七四）四九頁〔竹下発言〕、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権（第三版）』（東大出版会、二〇〇五）四三五頁。

(12) もっとも、登録免許税が賃借権仮登記より高額であること、強い保全手段であって債権者債務者の双方にとって業務上不都合がありそもそも採用できない場合も多いと指摘されていた（片岡義広・金法一二四二号二二頁（注28）参照）。

(13) 河内孝雄「債権回収実務と執行妨害の実情」鈴木禄彌ほか編『競売の法と経済学』（信山社、二〇〇一）一六六頁。

(14) 秦光昭・手形研究四三五号五頁、小杉茂雄・金法一二四二号一〇頁。最判昭和五二年の評釈でも、正常な短期賃借人に対しては別として併用賃借権の排除効を否定するものではなかった（中野貞一郎・民商七七卷四号五八四頁、竹下守夫・判例評論二二二号三九頁）。中野説、竹下説を含め併用賃借権の排除効を論じるものとして、小杉茂雄「抵当権と併用された賃借権の排除効についての一考察」阪大法学一四五・一四六号四二七頁参照。なお、最高裁判平成元年判決前において、併用賃借権の効力に消極的な見解も説かれていた。すなわち、高木多喜男「短期貸借をめ

九一年二一頁、上野隆司・債権管理五五号一二頁、山田文・法学五六巻二号九六頁、東法子・手形研究四七一頁(三六巻一一号)一二頁、湯浅道男・法律時報六四巻二号一九六頁、本田純一・法七三六巻七号一一二頁、上野隆司・債権管理五五号一二頁など多数ある。

(19) 中野貞一郎・金法一二五二号一〇頁は、平成元年判決について、「最高裁が併用賃借権の効力を明確に否定したことは、許害的短期賃借権による占有を容認する趣旨であるはずもないから、筋を通せば、抵当権に基づく直接の排除請求を認める方向への態度決定と理解すべきであろう」とされていた。

(20) 平成三年判決については、批判するものが圧倒的に多いが、これを支持するものとして、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」『民法学の新たな展開』(成文堂、一九九三)二六三頁、鎌田薫「抵当権の効力」司法研修所論集九一号一頁、椿寿夫ほか「〈シンポジウム〉最近の担保判例とその評価」法律時報六三巻九号七四頁(山野目章夫発言)がある。

(21) なお、平成三年には、抵当権の実行に基づく競売による土地の買受人は当該土地の短期賃借人に対して将来の明渡しを求める訴えも適法であるとする最判平成三年九月一三日判時一四〇五号五一頁金判八八七号一一頁も出ている。

(22) 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、一九九三)に収録の三つの論文(淺生重機「民事執行法上の保全処分の理論的基礎」八頁以下、杉原麗「価格減少行為の意義」五八頁以下、松丸伸一郎「売却のための保全処分の相手方」七二頁以下)等参照。また、売却のための保全処分に関する当時の論考として、福永有利「抵当権の効力と民事執行法五五条の保全処分」判タ七九二号六頁以下、栗田隆「売却のための保全処分をめぐる諸問題の検討(下)」金法一二三三〇号一四頁以下参照。

(23) 平成八年改正の内容については、深山雅也「民事執行法の一部を改正する法律の解説」NBL五九八号二六頁、萩本修「民事執行法改正の概要」金法一四五八号四八頁、萩本修「民事執行法の一部を改正する法律について」ジュリスト一〇九六号一五頁参照。

- (24) 平成一〇年改正の内容については、中野貞一郎「最近の法改正について」同『民事執行法（新訂三版）』（青林書院、一九九八）所収、山本和彦「競売手続円滑化法及び特定競売手続臨時措置法について」ジュリスト一一五号七八頁参照。
- (25) 梶山玉香「抵当権の実行と民事執行法改正」ジュリスト一一五号一四七頁は、民事執行法上の保全処分と実体法とはあらゆる点で整合性が求められるわけではないにしても関係を完全に断ち切れるものでもなく、保全処分等の発令に際しては実体法との断絶が許されるかどうか、手続法で救済できるのはどこまでかを見極める作業が必要であり、その結果、場合によっては実体法、平成三年判決も見直さなければならなくなるとされ、山本和彦・ジュリスト一一五号八〇頁は、民事執行法六八条の二の保全処分の出現において、保全処分と実体法上の請求権との乖離が言わば頂点に達した観があり、実体法という基準を見失った保全処分の限界は一体どこになるのか理論的究明を要するとされ、中野貞一郎・判タ一〇〇〇号三二頁は、執行手続上の手段への傾斜による手続法と実体法の乖離も問題であること、執行手続のうえで執行妨害者の競売不動産の占有を排除するために現在の売却のための保全処分や引渡命令が十分に機能し得ない範囲では実体法に立ち返るほかないことを指摘される。
- (26) 解説・評釈として、野山宏・法曹時報五〇巻五号一四七頁、野山宏・ジュリスト一一〇七号一二八頁、山野日章夫・民商一一七巻二号九三頁、高木多喜男・法学教室二〇〇号一三八頁、吉田真澄・私法判例リマックス一五号二七頁、片山直也・判評四六〇号一九七頁、新井剛・法学協会雑誌一一五巻九号一三七五頁、石口修・法学新報一〇五巻一〇・一一号二二一頁などがある。
- (27) 磯村保・金法一四二九号四七頁。
- (28) 片山直也・判評四六〇号四四頁、新井剛・法学協会雑誌一一五巻九号一三九〇頁が、平成三年判決の再検討の余地を指摘する。
- (29) 生熊長幸ほか「八座談会」不動産執行妨害の現状と対応策」金法一三三六号五〇頁（上野隆司発言）。

(30) たとえば、金法一五六六号一八頁以下の特集「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平一一・一一二四を読んで」の各所感。

(31) 民事保全法の活用可能性を探りあるいは活用を説くものとして、たとえば、滝澤孝臣・金法一五六九号一六頁、志賀剛一・金法一五六六号二三頁、川島四郎・法七五四号五四頁、若林弘樹・銀法五七五号五〇頁、古賀謙一「抵当権に基づく占有排除と民事保全」金法一五七五号一頁。民事保全法上の保全処分を利用するメリットとして、民事執行法上の保全処分にはない、「当事者恒効」が説かれた(福永有利・銀法五七二号三二頁、三上徹・銀法五七二号四三頁)。すなわち、民事保全法六二条の占有移転禁止の仮処分によって、仮処分執行後に占有を取得した第三者に對して債務者に対する債務名義をもって強制執行ができるからである。もつとも、この占有移転禁止の仮処分をしたまま競売による売却に至った場合に買受人がこの仮処分の当事者恒効を使って本訴あるいは引渡命令ができるかどうかは、見解が分かれていた(肯定するものとして、小林明彦「抵当権に基づく妨害排除請求」『新・裁判実務大系12民事執行法』(青林書院、二〇〇一)五九頁、否定するものとして、村上正敏「抵当権に基づく妨害排除請求について」判タ一九五三号六三頁)。とはいえ、このあたりの問題については、平成一五年の担保法・執行法改正において、民事執行法八三条の二が新設されたので、民事保全法へ傾斜する実益は乏しくなったと思われる。

(32) 被担保債権の履行遅滞後とするもの、生熊長幸「執行妨害と短期貸借」(有斐閣、二〇〇〇)四四二頁、道垣内弘人・ジュリスト一一七四号三三頁、抵当権の実行着手後とするもの、中野貞一郎「民事執行法」(新訂四版)『(青林書院、二〇〇〇)四二〇頁、競売申立時以降とするもの、鈴木祿弥・升田純「対談・最大判平一一・一一二四をめぐる諸問題」登記情報四五八号二二頁(鈴木発言)、抵当権実行が確実視される場合とするもの、松岡久和・NB L六八二号四〇頁、優先弁済権の行使が困難となるという要件が具備したときとするもの、滝澤孝臣・金法一五六九号一〇頁、事情により弁済期前でも可能とするもの、山野目章夫・金法一五六九号五三頁など様々である。

(33) 平成一一年大法院判決の「不法占有」の意味をめぐって議論される。一般的な理解は、不法占有とは無権原占有

をいい、占有の動機や態様を問題としないものとされるが（八木一洋・ジュリスト一一七四号三九頁）、相当権者に對抗し得ない利用権原しか有さない者も相当権を侵害する不法占有と捉えるべきとするもの（道垣内弘人・ジュリスト一一七四号三一頁）もある。この点は、平成八年判決が当然損害説を採ったことで、民法旧三九五条但書によりいわゆる濫用的短期賃貸借でなくとも契約が解除される場合があり、そうして不法占有となった場合に明渡請求が認められるのかどうかの問題とも関係して議論される。

(34) 平成一年大法廷判決の意義・問題点については、松岡久和・NBL六八三号三七頁以下、生熊長幸『執行妨害と短期賃貸借』（有斐閣、二〇〇〇）四二二頁以下参照。解説・評釈等として、八木一洋・ジュリスト一一七四号三五頁、八木一洋『最高裁判所例解説民事篇平成一年度（下）』（法曹会、平一四）八三三頁、山野目章夫・金法一五六九号四六頁、山野目章夫・判例セレクト二〇〇〇年一七頁、松岡久和・民法判例百選Ⅰ（第五版）一七八頁、松岡久和・NBL六八一号六頁、六八二号三六頁、六八三号三七頁、生熊長幸・ジュリスト重要判例解説平成一年度七一頁、伊藤進・判例評論四九六号一八五頁、小笠原浄二ほか「座談会」最大判平一一・一一・二四と相当権制度の将来」金法一五六九号二四頁、小林明彦ほか「座談会」相当権者による不法占有者の排除」ジュリスト一一七四号四四頁、道垣内弘人・ジュリスト一一七四号二八頁、椿寿夫・金法一五八一号一一八頁、椿ほか「座談会」相当権者による明渡請求」銀法五七一四頁、椿寿夫・銀法五七二二五頁、生熊長幸・銀法五七二二五頁、佐久間弘道・銀法五七二二二頁、福永有利・銀法五七二二二八頁、吉田光硯・銀法五七二二二六頁、牧賢二・平成一年度主要民事判例解説（判タ一〇三六号）六〇頁、加藤昭・研修六二〇号九九頁、角紀代恵・法学教室二三四号四四頁、梶山玉香・法律時報七二巻七号七五頁、岩城謙二・NBL六七九号三頁、斉藤和夫・私法判例リマックス二二二二二頁、滝澤孝臣・金法一五六九号六頁、山本和彦・金法一五六九号五八頁、小杉茂雄・金法一五八八号三五頁、川島四郎・法学セミナール四五巻四号五二頁、平井一雄・ジュリスト一一八九号一〇〇頁、石口修・法学新報一〇六巻一一・一二二号二〇七頁、近藤裕之・民事研修五二〇号四五頁、杉浦徳宏・みんけん五五四号二七頁、牧山一治、法の支配一一七

号六五頁、田中嗣久・大阪経済大学法学論集四六号一一一頁、渡辺達徳・法七四五巻三号一一一頁、浦野雄幸・登記研究六四六号八五頁、高橋智也・熊本法学九八号一一七頁、飛田博・季刊不動産研究四二巻三号五〇頁、斉藤裕佳・北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル七号一頁など多数。

(35) 平成一年大法廷判決後の抵当権者による占有排除に関係する論考として、佐久間弘道「抵当権価値権論と抵当権による妨害排除」金法一六〇三号六頁、大工強「抵当権者の明渡請求と民事保全法上の保全処分」判タ一〇七二号三九頁、小山泰史「短期貸借による抵当権妨害」、岡田康夫「民事執行法と抵当権妨害の排除」、宮川不可止「銀行実務における抵当権妨害」以上の三論文はいずれも『現代民法学の理論と実務の交錯』（成文堂、二〇〇二）所収、滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求」銀法六〇一号一四頁、細野敦「抵当権に基づく占有排除の仮処分の可否」『新・裁判実務大系13民事保全法』（青林書院、二〇〇二）一七四頁、中山知己「抵当権・譲渡担保権にもとづく妨害排除請求（上）（下）」NBL七七二号六一頁、七七四号六二頁、佐伯一郎「抵当権者による明渡請求」『転換期の取引法』（商事法務、二〇〇四）一三三頁などがある。

(36) 平成一五年七月二五日に成立した「担保物権及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」の改正経緯について、道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度』（有斐閣、平一五）の第一部「改正の意義・経緯と概要」参照。また、同法については、同書のほか、谷口園恵ほか「担保物権及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の解説（1）」（7・完）NBL七六八号八頁、七七〇号四〇頁、七七一号五二頁、七七二号四四頁、七七三号四七頁、七七四号三六頁、七七五号四四頁参照。改正前における改正に向けての議論として、鎌田薫ほか「八座談会」抵当権制度の現状と将来像（1）」（15・完）NBL七〇〇号九頁、七〇一四〇頁、七〇二二八頁、七〇七号五五頁、七〇九号三八頁、七一〇号三八頁、七一一号四八頁、七一二号四八頁、七一四号四六頁、七一五号三四頁、七一七号三六頁、七二〇号六〇頁、七二二号七〇頁、七二二号七三頁、七二四号五七頁、木村圭二郎・清水聖子「占有利用型執行妨害に関する法改正の視点について」判タ一〇六九号五一頁、内田貫ほか「八特別座談

会▽担保法の改正にむけて(上)(下)「ジュリスト二二三号四八頁、二二四号三六頁(なお、担保法改正委員会による「抵当権改正中間試案」がジュリストの二〇〇二年八月号(二二二八号一八一頁以下)に公表されたが、それは、当時法制審議会で審議中の担保・執行法改正に対してなんらかの提案や対案の提示を意図するものではない)、古島正彦・入倉俊輔「法制審議会担保・執行法制部会における執行官からの報告」金法一六二八号一九頁、内田義厚・塩田俊一郎「東京地裁執行部の実務からみた短期貸借制度の現状と課題」NBL七二五号八頁、松岡久和「いま、担保法に何が起きているのか(1)〜(6(最終回))」銀法五九七号四八頁、五九八号二九頁、五九九号四六頁、六〇〇号六四頁、六〇二号五四頁、六〇三号五〇頁、生熊長幸「短期貸借保護の制度改正の視点(上)(下)」ジュリスト二二一六号九三頁、二二一七号七八頁、福永有利ほか「△特別座談会▽近未来の抵当権とその実行手続」銀法六〇〇号六頁、椿寿夫ほか「特集・抵当制度の立法的見直し——現代担保法研究会意見」ジュリスト二二一八号八二頁、吉田克己「短期貸借保護制度改正の方向」ジュリスト二二三三号一九頁、小林明彦「担保法制および民事執行制度の見直しについての試論」金法一六〇五号二三頁、古賀政治「執行妨害の実情と執行法の改正」判タ一〇六九号四四頁など参照。改正後の執行妨害対策については、松下淳一ほか「△座談会▽執行妨害をめぐる諸問題」NBL七六六号二八頁、古賀政治「不動産執行妨害対策と新担保執行法の施行後の動向について」ひろば五七巻二二三号三四頁がある。

(37) なお、抵当権に後れる貸借であっても、抵当権者の同意により貸借に対抗力を与える制度(民三八七条)も新設されている。

(38) 上原敏夫・長谷部由起子・山本和彦『民事執行・保全法』(有斐閣、二〇〇四)二二四〜二二五頁参照。

(39) 松岡久和・NBL六八三号四三頁、道垣内弘人・ジュリスト二一七四号三二頁、升田純発言「座談会」金法一五六九号三五頁、生熊長幸・銀法五七二二号一七頁、生熊長幸『執行妨害と短期貸借』(有斐閣、二〇〇〇)四五五頁以下、佐久間弘道・銀法五七二二号二五頁等参照。

(40) 平成一七年判決の評釈である丸山絵美子・法七六〇七号二二〇頁、田高寛貴・法学教室三〇一八二頁、三上徹

・NBL八〇七号五頁、工藤祐巖・ひろば五九巻一号五八頁参照。

(41) 八木一洋『最高裁判所判例解説民事篇平成一一年度(下)』(法曹会、平一四)八四七頁、生熊長幸『執行妨害と短期貸借』(有斐閣、二〇〇〇)四六一頁以下。抵当権と利用権との調整のあり方についての法の態度としては、抵当権者は抵当不動産が売却されるまで(劣後利用権が抵当権と共に失効するまで)これらの劣後利用権に基づく抵当不動産の占有に介入し得ないものであるとの理解が背後にある。

(42) 松岡久和・NBL六八三号四四頁、滝澤孝臣・金法一五六九号一六頁、山野目章夫・金法一五六九号五二頁、高橋眞・金法一六一六号三七頁等。

(43) 東京地判平成一二年一月一四日判時一七四二号一一九頁、金法一六〇二号六四頁。評釈として、副田隆重・判タ一〇六〇号八九頁、秦光昭・金法一六〇六号四頁、高橋眞・金法一六一六号三二頁。

(44) 東京高判平成一三年一月三日金判一一〇号三頁。平成一七年判決の原審である。評釈として、副田隆重・判タ一〇六〇号八九頁、秦光昭・金法一六〇六号四頁、高橋眞・金法一六一六号三二頁、平井一雄・銀法五九一五九頁、住友隆行・銀法五九八七二頁、島田佳子・判タ一〇九六号四四頁、片山直也・金法一六五二号四九頁、生熊長幸・リマークス二五号二二頁。

(45) その他、平成一一年大法院判決以後の下級審判例として、東京地判平成一三年一月二五日金法一六二四号四五頁があり、根抵当権に後れる二年間の建物賃貸借契約が根抵当権者に損害を及ぼすものとして民法旧三九五条但書に基づき解除を認めたいえ、代位構成による明渡しを肯定した。

(46) 住友隆行・銀法五九八七四頁。

(47) 松岡久和・金法一七四二号一四頁。

(48) 森田修・金法一七六二号二〇～二二頁。

(49) 道垣内弘人・リマークス三三二号二三頁、戸田久・ジュリスト一三〇六号一六九頁、丸山絵美子・法七六〇七号一

る抵当権者の権利との調整を意識したものとする。

(58) 森田修・金法一七六二号二二頁。

(59) 片山直也・金法一七四八号四七頁。

(60) すでに、山野目章夫・金法一五六九号五一頁が、抵当権に基づく物権的請求権を物権的請求権の一般論次元の理論状況の中への位置づけを考えなければならぬことを説いていた。抵当権に基づく妨害排除請求において物権的請求権の相関関係的処理の発想を志向するものとして、尾崎三芳「詐欺的短期貸借による占有の排除」法時六九巻一二号七九頁がある。なお、物権的請求権をも含めた差止請求権の一般的法構造ないし法原理の解明を志向し、その検討・構築を試みる最近の文献として、根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察(1)(2)(3)」早稲田法学八〇巻二号一〇九頁、八〇巻四号二〇九頁、八一巻一号一二五頁が興味深い。

(61) 奥田補足意見がさらに検討を要する問題としていた(民集五三巻八号一九〇六頁)。このことから、「抵当権者が抵当不動産の不法占有者に対して物上請求権を行使した場合、抵当権者への明渡しを求めうるのか、それとも抵当不動産所有者への明渡しを求めうるにすぎないのかにつき、最高裁判官の間で意見がまとまらなかったことが推測される」(生熊長幸「執行妨害と短期貸借」四五四頁)と評されたり、法廷意見はなお書きで抵当権に基づく妨害排除請求を認めているが、妨害状態の排除を求めることも許されるとしかいっておらず、「これは、立ち退きまでは認めるけれども、抵当権者自身に対する明渡しまで認めるかどうかは留保した表現」(升田純ほか「八座談会」最大判平一一・一一・二四と抵当権制度の将来)金法一五六九号三八頁(鎌田薫発言)というように理解されていた。

(62) 滝澤孝臣・金法一五六九号一〇頁。伊藤進・判例評論四九六号一頁が支持する。

(63) 浦野雄幸・登記研究六五三三号七八頁。ただし、抵当物件の管理制度を新たに作ることを念頭においてのものである。

(64) 小杉茂雄・金法一五八八号三八頁は、抵当権に基づく妨害排除請求の場合、抵当権者に実体法上何らかの占有権

限はでてこないから、この場合の明渡は抵当権者でなく、所有者に対する明渡しということになる、とされる。

(65) 松岡久和・NBL六八三号四〇頁。なお、松岡久和・NBL六八三号四一頁は、実体法上の妨害排除請求の内容として、執行官による代理受領の形式で抵当権設定者への明渡しを認め、民事執行法一八七条の二や五五条の執行官保管が請求できればありがたいとするが、これに対しては、具体的にどのような根拠に基づいて可能なかははっきりしないとの批判(村上正敏・判タ一〇五三三六〇頁)があり、また、平井一雄・ジュリスト一一八九号一〇三頁は、妨害排除請求の効果として抵当権者は執行官に引き渡すべきことを求めると解することが穏やかだとされるが、これについては、本案の訴訟で執行官保管を命ずるのは(新たな立法がない限り)無理であろうとの反論(村上正敏・同上六四頁)がなされる。

(66) 三上徹・銀法五七二号四四頁。

(67) 梶山玉香・法律時報七二巻七号七八頁、牧山市治・法の支配一一七号七五頁。管理占有の未解決の問題として、管理権限の範囲、管理費用の償還の問題、管理者の注意義務の程度、工作物責任の有無、専門業者への管理委託や抵当権者の使用の可否、所有者からの返還請求の肯否などがある(松岡久和・民法判例百選I〔第五版〕一七九頁)。

(68) 小林明彦・銀法五七七号一頁が、不法占有者のみならず買受人に対抗できない占有者一般について権利実行段階の中で排除を完了し、完全な状態で買受人への引渡しを実現できるように抵当物件管理制度の創設を説く。佐久間弘道・銀法五七二号二七頁は、競落までの管理のための管理人選任申立ての新規定の創設を説く。

(69) 平野裕之・ジュリスト一二二三号一六頁は、抵当権の本質を実行段階においては占有にもかかわれる権利と構成して、抵当権に基づく物件管理制度(収益のためではなく実行のための)創設を主張する。これによって、抵当権侵害の有無あるいは抵当権実行妨害の存否を問題としないですむという実益があるという。また、木村圭二郎・清水聖子・判タ一〇六九号五六頁も、売却に向けて物件を管理するための制度の必要性を説き、そして、古賀政治・判タ

一〇六九号五〇頁は、占有妨害に対する抜本的改正として、換価実現手続に入れば抵当不動産所有者の使用収益権も制限を受けることとし、抵当権に対抗できない占有者に対し一定の要件のもと債権者の申立てにより執行官保管とすることができる制度を検討すべきであるとする。小林明彦「抵当権に基づく妨害排除」山崎恒・山田敏雄編『新・裁判実務大系12民事執行法』（青林書院、二〇〇一）六〇頁、同・金法一六〇六号二四頁も、競売開始決定後は「不法占有」に限らず抵当権者に対抗できない占有者一般を排除したうえで入札に付するという制度も立法論として検討に値すると説く。これに対し、生熊長幸・ジュリスト一二一七号八五頁は、抵当不動産上の占有者をすべて排除したうえで競売制度を創設する立法論に反対し、山本和彦「抵当権に基づく物件管理制度」銀法六〇一号二六頁は、執行妨害対策は売却のための保全処分制度の強化により達成すべきもので、「この目的のために管理制度を構築することは制度を混乱させるように思われる」とする。

(70) 三上徹・NBL八〇七号五頁。

(71) 松岡久和・金法一七四二号一四頁。

(72) 戸田久・ジュリスト一三〇六号一六九頁。

(73) 滝澤孝臣・銀法六四七号一〇頁。

(74) 内田貴「抵当権と短期貸借」『民法講座3』（有斐閣、一九八四）二一〇～二二一頁。また、抵当権の本質を価値権と捉えることを含む近代的抵当権論の批判的考察について、松井宏興「近代的抵当権論」『民法講座3』（有斐閣、一九八四）三三頁以下、松井宏興「抵当制度の基礎理論」（法律文化社、一九九七）四頁以下参照。

(75) なお、抵当権の本質を換価権にあるとし、売却権として所有権を支配しているという構成を説くものとして、大矢一彦「抵当権の性質について」独協法学四六号四六六頁。

(76) 小笠原浄二ほか「八座談会」最大判平成一一・一一・二四と抵当権制度の将来」金法一五六九号二八～二九頁（鎌田薫発言）、高橋眞「抵当権に基づく妨害排除請求と抵当権の性質論」法律時報七二巻四号八六～八七頁、松岡

久和「抵当権の本質論について」『現代民法学の理論と実務の交錯』（成文堂、二〇〇一）三〇～三二頁。

(77) 松井宏興「抵当権価値権説の検討」法と政治五三巻一号五九頁。

(78) 占有による執行妨害行為に対して民事執行法五五条の保全処分が用いられるかの議論において、単なる占有が価格を減少させるのではなく、占有者の執行妨害目的を行うという主観的目的が存することが競争売買阻害価格減少行為として価格減少行為にあたりと説かれる（杉原麗「価格減少行為の意義」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、平五）六七頁、五八頁参照）が、執行妨害目的での占有権原設定行為があればまずは交換価値の減少があるとは見てもおかしくないように思われる。

(79) 椿寿夫ほか「八座談会／抵当権者による明渡請求」銀法五七一号二三頁（生熊長幸発言）。

(80) 小笠原浄二ほか「八座談会／最大判平一・一一・二四と抵当権制度の将来」金法一五六九号四七頁（鎌田薫発言）。もつとも、内田貴教授は、「抵当不動産の価値を低下させるような不当な使用・収益も、抵当権の侵害になりうると解すべきである。その意味では、抵当権設定者には抵当不動産の維持・保存義務があるのである。」（『民法Ⅲ債権総論・担保物権（第二版）』（東大出版会、二〇〇四）四二七頁）とされていた。

(81) 調査官解説レベルでは、最高裁判平成八年判決の解説において第三の考え方に対する親近感が述べられている（野山宏『最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（下）』（法曹会、平一一）七三五～七三六頁）。平成一一年大法院判決の八木一洋調査官解説（『最高裁判所判例解説民事篇平成十一年度（下）』（法曹会、平一四）八三三頁以下）でも、不法占有は通常の用法に従った使用・収益ではないということが判断の大きなポイントの一つであるように思われる。