

抵当権者による物件管理について

梶 山 玉 香

- 一、問題の所在
- 二、「抵当権者による管理占有」に関する判例理論
 - (一) 抵当権者による占有
 - (二) 平成一一年判決における「管理占有」概念
 - (三) 平成一七年判決における「占有の性質」論
 - (四) 小 括
- 三、「抵当権者による管理占有」の検討
 - (一) 抵当権者の管理権限
 - (二) 抵当物件の使用収益との関係
 - (三) 「抵当権者による管理占有」を認める意義
 - (四) 小 括
- 四、おわりに

一、問題の所在

平成一一年一月二四日の最高裁大法廷判決（以下、平成一一年判決^①）は、抵当権者が抵当物件の不法占拠者に対して明渡しを求めることができる旨を明らかにし、これまで執行法に委ねられていた執行妨害対策につき、実体法上の道を開いた。極めて画期的な判決であり、実務のみならず、学界でも歓迎されたことは疑いがない。しかし同時に、新語・造語を用い、多くの問題を残した判決という評価もまた、研究者の間ではほぼ一致するところである。たとえば、「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、抵当権設定者に対し、その状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」ないし「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）」、明け渡された物件を「管理することを目的」とする「管理占有」などの概念は、いずれも耳慣れないものであったが、その具体的内容、成立要件などは明確にされていない。したがって、平成一一年判決がその後の判例においてどのような発展を見せ、これらの概念の中身がどのように固まっていくか、が注目されていた^②。

さて、本論文でとりあげるのは、平成一七年三月一〇日の最高裁第一小法廷判決（以下、平成一七年判決^③）である。平成一一年判決とは異なり、占有者が物件所有者（抵当権設定者）から占有権原（賃借権）の設定を受けていたことから、占有権原自体を所有者との関係で否定しない限り、「不法占拠者に対する所有者の妨害排除請求権の代位行使」という構成がとれない事案であったが、最高裁は、「抵当権に基づく妨害排除請求」として占有を排除することができる、と判示した。本判決の意義としては、まず、このような（正当とはいえないまでも）権原のある占有に

対しても、⁽⁴⁾ 抵当権者による妨害排除請求を認めた点が挙げられ、すでに多くの評釈がこの点を肯定的に評価している。

⁽⁵⁾ しかし、平成一七年判決の意義は、むしろ、抵当権者の「管理占有」の中身に立ち入った判断を下したことにある。本件において、⁽⁶⁾ 抵当権者は、⁽⁵⁾ 抵当物件の賃借人と転借人のほか、⁽⁶⁾ 抵当権設定者たる物件所有者に対しても、⁽⁵⁾ 抵当権者自身への明渡しと（⁽⁶⁾ 抵当権侵害を理由とする）損害賠償を求め、⁽⁵⁾ 原審である東京高裁平成一三年一月三〇日判決は、そのいずれも認めている。このうち、損害賠償について、最高裁は、「⁽⁶⁾ 抵当権者は、⁽⁵⁾ 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」⁽⁶⁾ 抵当権者は、「⁽⁵⁾ 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」と否定した。しかし他方で、⁽⁵⁾ 抵当権者自身への明渡しは、「⁽⁶⁾ 抵当権に対する侵害が生じないように」物件を適切に維持管理することが期待できない、との理由で認めている。

平成一一年判決のような代位請求ではなく、⁽⁵⁾ 抵当権に基づく物権的請求権が行使された事案で⁽⁶⁾ 抵当権者自身への明渡しを肯定したことは、理論的に興味深い。⁽⁵⁾ 抵当権侵害を理由とした賃料相当額の損害賠償も、最高裁で否定されたものの、「⁽⁶⁾ 抵当権者による管理占有」の性質を考えるうえで、非常に重要な視点を提供している。何のため、どのような要件のもとで、「⁽⁵⁾ 抵当権者による管理」が許されるのか。上告がなかったために判断を仰げなかった、⁽⁶⁾ 抵当権設定者に対する明渡し請求の当否と合わせ、⁽⁵⁾ 抵当権者が設定者に代わって物件を占有、管理することの意味を考えなければならぬ。

二、「抵当権者による管理占有」に関する判例理論

(一) 抵当権者による占有

すでに述べたとおり、平成一一年判決及び平成一七年判決とともに、結論として、抵当権者が抵当権設定者に代わって物件を占有することを認める。これは、従来の判例で支持されてきた、抵当権者は目的物件の使用収益に干渉しない、という価値権論と対立する。少なくとも、担保に供した後も物件所有者に占有をとどめるといふ抵当権の性質（非占有担保性）とは相容れない。

言うまでもなく、価値権論自体は、多方面からの批判にさらされ、往時の力を失っている。平成一五年の法改正では、価値権論からはおよそ説明しがたいような規定が置かれた。最高裁でさえ、厳格な価値権論に立脚した最高裁判成三年三月二二日判決を平成一一年判決によって変更するなど、価値権論を修正ないし放棄したかのようにも見える。しかし、平成一一年判決は、なお「抵当権者は、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」との原則を明言している。したがって、価値権論を放棄したというよりは、むしろ価値権論を見直し、それを維持したままでも、異なる結論を導き出し得ることに気づいたと見るべきであろう。^⑧

価値権論の当否は別としても、抵当権設定後、目的物件の占有を設定者にとどめるのが原則であることは、民法三六九条の条文から明白である。議論の前提として、このことをまず確認しておくべきである。

(二) 平成一一年判決における「管理占有」概念

平成一一年判決は、不法占有に対する妨害排除請求の事案であった。最高裁は、所有者による抵当物件の使用収益が、「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」ことを前提としていること、それゆえ、抵当権侵害の状態が生じた場合には、抵当権者は、抵当権の効力として、所有者に対し、同人の妨害排除請求権などを「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」(以下、侵害是正請求権とする)を有することを述べ、そのうえで、抵当権者が、同請求権の保全のため、所有者の妨害排除請求権を代位行使することができる、と判示した。同時に、「所有者のために建物を管理することを目的として、不法占有者に対し、直接抵当権者に建物を明け渡すよう求めることができる」ことも明らかにしている。奥田昌道裁判官の補足意見によれば、この場合の抵当権者が取得するのは、「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。

債権者代位により行使されたのは、所有者の妨害排除請求権である。したがって、所有者への明渡しを求めるのが原則である。しかし、執行妨害の事案では、抵当物件の所有者自身が執行妨害工作に加担しているか、少なくとも、適切な管理能力を失っている場合が多い。不法占有を除去して、物件を所有者へ引き渡そうとしても、自ら不法占有を招き入れている所有者は拒否するであろうし、引き渡せたとしても、すぐに、同様の事態となる可能性が高い。このような場合には、判例や学説上、代位債権者自らが給付の受領者となることが認められる⁹⁾。平成一一年判決では、補足意見の中で、「抵当不動産の所有者が受領を拒み、又は所有者において受領することが期待できないといった事

情」のあることが指摘されている。

このように、平成一一年判決での「管理占有」は、債権者代位において、代位債権者が債務者に代わって給付を受領した場合と同じ性質を有している。なお、同判決は、傍論で抵当権に基づく物権的請求権の可能性を示唆するが、その際、抵当権者が自己への明渡しを求めることができるのか、あくまでも所有者への明渡しにとどまるのかについては、「更に検討を要する問題である」(補足意見)として結論を出していない。

(二) 平成一七年判決における「占有の性質」論

(1) 抵当権者への明渡し請求との関係

平成一七年判決は、占有者の占有権原(ただし、詐害的長期賃借権)が認められている点で、平成一一年判決とは事案を異にする。

形式上占有権原を有する占有者に対しては、従来、民法旧三九五条但書による解除請求などを用いた占有権原の剥奪(ないし否定)と、その判断を前提とした明渡し請求という二段構えの構成がとられてきた¹⁰⁾。しかし、平成一七年判決では、抵当権者は占有権原の剥奪という段階を踏まず、いきなり明渡しを求めており、最高裁もこれを認めている¹¹⁾。しかも、代位請求ではなく、物上請求として、抵当権者自身への明渡しを認めた点で、同判決は、平成一一年判決が残した、前述の検討課題に一つの答えを出したことになる。

抵当権に基づく妨害排除請求権の行使にあたり、抵当権者自身への明渡しを認める要件として最高裁が提示してい

るのは、唯一、「**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」ことである。その基礎には、平成一一年判決が示した「**抵当不動産の使用収益**」論がある。すなわち、「**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」(法廷意見)、「**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」(補足意見)、との考え方である。つまり、**抵当物件の所有者**は、**抵当権**設定後も**所有者**として自由に物件を使用し、**収益**をあげることが許されるが、同時に、**抵当物件の適切な維持管理**に努めなければならぬ。このような「**抵当不動産の使用収益**」論にもとづき、平成一一年判決では、**第三者**による**不法占有**(を放置すること)が、**所有者**に許された「**抵当不動産の使用収益**」から逸脱することが示された。平成一七年判決は、さらに、**第三者**に対する**占有権原**の設定もまた、その目的や態様次第では、「**抵当不動産の使用収益**」の範疇に入らないことを明らかにしている。

最高裁の考えによれば、**抵当権者**への**明渡し**が認められるのは、**所有者**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」からである。本件では、**所有者**と**抵当権者**との間で、いわゆる**併用賃借権**が設定され、その際、**本件建物**を他に**賃貸**する場合には**抵当権者**の**承諾**を得ることが合意されている。にもかかわらず、**所有者**は、**抵当権者**に**無断**で**賃貸**及び**転貸**を行なった。しかも、**賃借人**と**転借人**(いずれも**法人**)の**代表取締役**は同一人物であり、**所有者(法人)**の**代表取締役**は、かつて**転借人**の**取締役**の地位にあった者である。このように**特殊な状況**に鑑み、最高

裁は、「本件抵当権に対する侵害が生じないように本件建物を適切に維持管理することを期待することはできない」と判断したのである。

原審は、さらに、賃借人や転借人のみならず、抵当物件所有者に対する明渡し請求をも認めている。そこでは、抵当不動産の所有者が執行妨害にかかっていること、すなわち、「転貸人として他人に占有させ、転借人としてみずから占有する第三者とも意思疎通の可能性があること」が重視されている。本件物件をこのような所有者の下に置いていたのでは、「抵当不動産の交換価値の適正な実現を図ることは困難である」ため、抵当権者として、物件所有者に対して明渡しを求めることもできる、とする。なお、所有者は上告をしなかったため、この点に関して、最高裁の判断はなされていない。

(2) 抵当権者による損害賠償請求との関係

本件では、抵当権者が、抵当権侵害を理由とし、不法行為にもとづく賃料相当分の損害金（抵当権実行の申立て時から明渡しまでの期間、一ヶ月五〇〇万円）の支払いを求めている。原審は、特に理由を述べることなく、同請求を認めたが、最高裁は、「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」として原判決を破棄し、抵当権者の請求を棄却した。

抵当権侵害による損害発生を否定するにあたり、最高裁は、二つの理由を挙げる。一つは、「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」ことである。もう一つは、「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」ことである。前者は、最高裁が堅持してきた一般的な命題である。平成一五年の民法及び民事執行法改正により、抵当権者が目的物件の収益から優先的に債権回収を図ることが、実体法上も、手続法上も認められることにはなったが、そういう手続を経ることなく、収益に手を出すことは許されない、とする。後者は、本件のように、抵当権者による占有が認められる事案の場合でもなお、その一般的な命題に変わりがないことを示す。抵当権者は、あくまでも「抵当不動産の維持管理」のため、「抵当不動産の所有者に代わって」占有するにすぎない、という平成一一年判決の立場が、平成一七年判決でも踏襲されている。

(四) 小 括

以上、平成一一年判決及び平成一七年判決が「抵当権者による管理占有」をどのように捉えているかを見てきた。次章で「抵当権者による管理占有」の性質、体系的な位置づけを検討する前提として、ここでは、二つの最高裁判決を通して明らかにされたこと、未だ説明されていないことを簡単にまとめておきたい。

最高裁は、両判決において、不法占有及び執行妨害目的で設定された権原による占有に対し、抵当権者が自身への明渡しを求めることができる旨を判示したが、それぞれ法的構成は異なる。平成一一年判決は、所有者の妨害排除請求権を代位請求した事案である。抵当権者への明渡しは、「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」という事情から正当化された。ただ、これまで代位債権者が債務者に代わって弁済を受領することが認められた事例では、代位行使により給付された目的物の受領が代位債権者の地位、被保全権利との関係で肯定されるものであり、少なくとも否定されないものであった。¹³⁾しかし、抵当権は非占有担保であるから、抵当権者による占有取得は、抵当権の性質とは相容れない。この点について、平成一一年判決は、何も語っていない。また、いつからこのような代位行使が可能となるのか、抵当権者が代わりに占有することがいつから許されるのかについても、明らかではない。

他方、平成一七年判決では、抵当権にもとづく物権的請求権の行使として、抵当権者への明渡しが認められた。抵当権の性質上、やはり本来は物件所有者への明渡しにとどまるはずであるが、この点は、専ら、所有者に委ねたのは、「抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない」という必要性が指摘されるのみである。非占有担保性との関係には言及されていない。原審では、さらに、抵当物件所有者自身に対する明渡し請求も肯定されていた。「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」場合の特例として抵当権者への明渡しを認めた平成一一年判決に比べると、より積極的に、すなわち、所有者が自ら占有する意思を有している場合でも、その意に反して抵当権者が占有を取得することを認めたことになる。仮にこの点についての上告がなされたとしたら、最高裁がどのように判断したかははっきりしないが、「抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない」という基準を用いる限り、管理能力のない所有者から占有を取り上げることも認められた可能性は十分にある。なお、平成一七年判決においても、これら占有者ないし所有者への妨害排除請求がいつからできるのか、抵当権

者による占有取得がいつから認められるのかは、不明である。

平成一七年判決の事案では、抵当権者が明渡しとともに、競売申立てから明渡しまでの賃料相当額の支払いを損害賠償として求めていたが、最高裁は、第三者の占有による損害は発生していないとして、これを否定した。「抵当権者は、抵当不動産を自ら使用することはでき」ない、との理由による。最高裁の考えによれば、抵当権実行の申立て後であっても、原則として、抵当物件所有者に使用収益権にある。それゆえ、第三者が占有していたとしても、使用収益できないことの損害が抵当権者に発生するわけではない、とする。

ただ、使用収益権は所有者にあるといっても、平成一五年の改正により、被担保債権の不履行時以降は、抵当権の効力は、抵当不動産の果実にも及ぶことが民法上明記された。抵当権者は、抵当不動産の売却代金のみならず、その果実たる賃料からも満足を受けることができ、そのための手続（担保不動産収益執行手続。民執一八〇条二号）も整備された。従前どおり、賃料債権への物上代位に基づく債権執行手続（民三〇四・三〇七条、民執一九三条）も利用できる。この点に関連して、最高裁は、これら「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」という理由から、賃料相当額の損害は生じない、としている¹⁴。

また、明渡しにより抵当権者が取得する占有についても、最高裁は、「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」と説明する。平成一一年判決以来の「管理占有」という考え方に立つものであるが、所有者の妨害排除請求権の代位行使により取得した「管理占有」と、自らの妨害排除請求権の行使により取得した占有が同質のものである

かの検討はなされていない。

今ひとつ注目されるべきは、平成一七年判決では、平成一一年判決に比べて一層、「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」という所有者の立場が強調されていることである。抵当物件所有者は物件を自由に使用、収益、処分する立場にあると同時に、将来、競売にかけられる、あるいは現に競売にかかっている物件の管理人としての役割も期待されているかにも見える。こういった管理人としての立場を重視すれば、競売（予定）物件の「管理人」としてふさわしくない行為があるとき、抵当権者が所有者から管理権限を剥奪し、自らの管理下へ置くことも説明しやすい。明渡しを受けた抵当権者、さらには、収益執行管理人や保全処分における執行官は、まさに、この所有者の「管理人」としての立場を引き継ぐものと構成することもできる。しかし、果たして所有者がそのような「管理人」的地位を有すると言えるか、それが肯定されるとしても、そのような役割を担うのはいつからか、所有者による管理と、抵当権者やその他の者による管理は性質が同じであるか、所有者や抵当権者による管理の場合、その費用は誰が負担するかは依然として定かでない。

三、「抵当権者による管理占有」の検討

（一） 抵当権者の管理権限

すでに見てきたとおり、最高裁は、一貫して、「抵当権者による占有」を抵当物件所有者のために、同人に代わって維持管理する目的での占有と説明する。しかし、そのような抵当権者の管理権限は何に由来し、占有はどのような

根拠から認められるのか。債権者代位構成をとる平成一一年判決と、固有の物上請求という構成をとる平成一七年判決とで違いはないのであろうか。

代位構成において、「抵当権者による占有」を根拠づけるのは、代位債権者としての、抵当権者の地位である。もちろん、債権者代位によりもたらされた弁済の効果は代位債権者ではなく、本来の権利者たる債務者の下で発生するが、このことは、権利行使の結果としてもたらされる給付の受領を妨げない。また、代位行使したにもかかわらず、弁済の受領がなされなければ、代位行使の目的が達せられない。したがって、判例や多数説は、権利を代位行使した者が、本来の権利者に代わって弁済を受領することを認めている。しかし、このような説明からは、代位債権者が、受領したものを債務者へ戻すことなく、占有し続け、管理することまで当然に正当化されるわけではない。¹⁵ 最高裁の考えによれば、本来、物件を占有し、適切に管理すべき立場にあるのは所有者であり、この点は、代位構成においても変わらない。

抵当権者が代位債権者として物件を占有し、管理することができるか否かを判断するにあたっては、そもそも、代位債権者としての法的地位とはどのようなものかを考えなければならぬ。代位債権者が他人の債権を行使し、もたらされた弁済を受領するのは、どのような仕組みから正当化されるか、である。¹⁶

現在、債権者代位権は、債権者固有の管理権と理解されている。¹⁷ 代位債権者がなぜこのような管理権を有するか、民法がそのような権限を債権者に与えたのは何故かについては、従来、やや漠然と、債権の効力や責任財産保全の必要性から根拠づけられていたが、近時、このような権限が債務者の権限に由来することが指摘されている。そこで

は、債権者代位権は、「債務者の財産管理権限が、債務者自身の不行使の故に、債権者の固有の利益の範囲内において、債権者に移転する」ものとして説明される。¹⁸⁾ すなわち、「債権の有する価値の実現にとつて最終的なよりどころとなる債務者の一般財産につき、債務者が適切な財産管理をしていないときに、一般財産の維持・回復を図る手段」として債権者に与えられたのが、債権者代位権というわけである。¹⁹⁾

このような考え方は、債権者代位制度の機能を、総債権者の共同担保たる責任財産を保全し、それを通して強制執行の準備をすることに見る立場を前提としている。が、債権者代位権は、實際上、簡易な個別執行としての機能を果たしてきた面がある。責任財産の保全とは関係のないケースへの転用も認められている。特定の債権の満足を図るという側面は、転用事例において一層強く現れる。所有者の妨害排除請求権を抵当権者が代位行使する事例は、まさに、この転用の一例として位置づけられている。

それでもなお、債権者代位権に関する上述の説明は、抵当権者の管理権限にもあてはまると考えられる。妨害排除請求権の代位行使により維持が図られるのは、一般の責任財産ではないが、抵当権者にとつて優先的配当の原資となるべき、特定の責任財産の価値である。また、代位行使した抵当権者のほかに債権者が存在する場合には、抵当物件も共同担保たる責任財産の一部を構成していることは疑いが無い。したがって、競売妨害による抵当権侵害を理由として妨害排除請求権を代位行使することは、賃借人によるそれとは異なり、むしろ債権者代位の本来の制度趣旨に近い。

債権者代位構成における抵当権者の管理権限が、通常の債権者代位と同様に、所有者の管理権限に由来するとすれ

ば、抵当権者が、代位債権者としての地位にもとづいて物件を占有し、管理することも理論上不可能ではない。その場合、所有者と抵当権者は、法定の委任関係に立つことになる。⁽²⁰⁾ 抵当権者は、物件管理にあたり善管注意義務を負う（民六四四条⁽²¹⁾）が、管理にかかった費用は、所有者に請求することができる。また、他の抵当権者や一般債権者との関係では、責任財産の一部を構成する不動産の価値を維持したことになるため、共益費用として一般先取特権が成立する（民三〇七条⁽²²⁾）。

これに対し、物上請求構成において、抵当権者への明渡しを理論的に正当化するのは、非常に困難である。⁽²³⁾ 明らかに、抵当権の非占有担保性と抵触するからである。最高裁は、所有者に再び占有を委ねることに伴うリスクを強調するが、それだけでは、十分な理由付けとはいえない。最高裁では判断がなされなかったが、所有者を相手とした明渡し請求が認められるか、逆に、第三者から明渡しを受けた抵当権者に対し、所有者から返還請求がなされた場合はどうか、を考えると、解決に整合性を持たせるため、債権者代位構成と同様に、何らかの形で、抵当権者の管理権限を積極的に根拠づけなければならない。

（二） 抵当物件の使用収益との関係

抵当権は非占有担保であるから、抵当権設定後も、物件の占有及び使用収益権は、抵当物件所有者にとどめられる。最高裁は、抵当権者が明渡しにより自ら占有を取得した後も、この原則に変わりがないことを前提とし、抵当権者からの損害賠償請求を棄却した。が、「抵当権者による管理占有」が使用収益を目的とするものでないにせよ、所

有者の使用収益を妨げるものであることは明らかである。

ただ、民法三七二条は、物上代位に関する先取特権の規定(民三〇四条)を準用しており、最高裁も、抵当権者が物上代位を根拠として、抵当物件の賃料債権を差し押さえ、そこから優先的な満足を得ることを肯定してきた。²⁴⁾ 抵当権の効力を賃料という収益にまで拡張することが、抵当権の本質に抵触するのではないかとの疑義はあったが、平成一五年の改正法は、その疑義を払拭すべく民法三七一条を改正し、被担保債権が債務不履行に陥った後は、抵当権の効力が果実に及ぶことを規定するに至った。同時に、従来、抵当権の本質との関係で導入が見送られてきた、抵当権にもとづく強制管理手続も、担保不動産収益執行として、取り入れられた(民執一八〇条一項二号)。

なお、収益執行手続が開始すると、物件の占有、収益取債権とその換価権は、裁判所により選任された管理人に委ねられる。管理人は、新たに賃借人を募集することもできるが、平成一五年改正により、抵当権に劣後する賃借権は、その期間や目的の如何を問わず、全て競売により消滅することとなった。収益執行手続において賃借権が設定された場合であっても例外ではなく(民三九五条一項二号)、建物賃借人に売却後六ヶ月間の明渡し猶予が与えられるだけである。収益執行手続は、競売手続と合わせて用いられることが多く、期間の短さと不安定さのため、実際に物件を新たに賃貸して、収益を得るのは困難であろう。

いずれにせよ、所有者が適切に収益活動を行なっていた場合にも、債務不履行があった後には、物上代位もしくは収益執行という形で、所有者の使用収益権は、抵当権による制約を受ける。いわんや、所有者の使用収益が適切でない場合に、抵当権者が干渉することは当然に認められるであろう。

(二) 「抵当権者による管理占有」を認める意義

最高裁が的確に指摘しているとおり、所有者が執行妨害に関与しているか、その疑いがある場合、第三者から明け渡された物件を所有者の手に委ねることは危険である。所有者が何らかの事情で執行妨害を行う者に逆らえず、やむを得ず黙認している場合であっても、同じである。そのような所有者に、もはや適切な物件管理は期待できない。競売手続を円滑に進めるためには、物件をすみやかに所有者から取り上げ、しかるべき管理者の下に置く必要がある。しかし、先述のとおり、実体法上、不法占有や妨害目的の占有を排除することはできるとしても、所有者から占有を剥奪することは理論的に必ずしも容易でない。

これに対し、民事執行法は、売却前に所有者から占有を取り上げる方法をいくつか用意している。執行法上の保全処分は、必ずしも実体法上の裏付けを要しないからである。

一つは、売却のための保全処分（民執五五条）である。債務者や占有者が価格を減少させ、又は減少させるおそれがある行為をするとき、競売開始決定後、執行裁判所は、差押債権者ないし担保権者の申立てにより、「不動産に対する占有を解いて執行官に引き渡し」し、「執行官に不動産の保管をさせる」保全処分を命じることができる（同一項二号、三号）。所有者や占有者がさらに別の占有者を招き入れた場合にも対応できるよう、平成一五年改正では、これらの保全処分に当事者恒効を付与することも可能となった（同一項三号）。これらの規定は、担保権実行としての競売にも準用される（民執一八八条）が、担保権実行にあつては、「特に必要があるとき」は、競売開始決定前においても、同様の保全処分により、債務者ないし物件所有者から占有を取り上げることができる（民執一八七条二

項）。

二つ目は、入札などの方法により売却を実施しても買受けの申出がなかった場合において、債務者又は物件占有者が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、買受けの申出をした差押債権者の申立てにより、物件を執行官又は申立人たる差押債権者に引き渡し、保管させる保全処分を命じることができる（民執六八条の二）。この規定も、担保権実行としての競売に準用される（民執一八八条）。

強制管理や担保不動産収益執行もまた、物件の占有及び管理を所有者から取り上げる手段の一つである。とりわけ、後者については、導入時より、収益からの満足という本来の機能よりも、物件の適正な管理方法としての役割が期待されていた感がある。²⁵⁾ 実際の運用としても、収益執行は、競売とともに申し立てられ、売却手続が完了するまでの短い期間、物件を適切な管理下に置きつつ、同時に収益からの債権回収を図ることが目指されているようである。²⁶⁾

こうして見る限り、実体法上、抵当権者への明渡しを敢えて認める意義は、それほど大きくない。現在、同じことをより簡易かつ迅速に実現できる、手続法上の手段が整備されているからである。²⁷⁾ しかも、これら執行法上の手段を用いた場合、保全処分の申立て及び執行に要した費用は、競売手続の共益費用として扱われ（民執五五条一〇項、六八条の二 四項、一八七条五項）、配当から優先的に支払われる。強制管理や収益執行についても、管理にかかる費用は、収益から最初に支払われる（民執一〇六条一項）。

(四) 小 括

以上、最高裁において認められた「抵当権者による占有」が、民法の体系上どのように位置づけられるか、という理論的な側面と、実際にどのような意義を有するか、との観点から検討してきた。

抵当権者による占有がどのような根拠から認められるかは、明渡しがどのような法律構成にもとづくものかにより異なる。平成一一年判決のような債権者代位構成であれば、抵当権者の管理権限は、代位債権者としての法的地位に由来する、と説明することができる。債権者代位権は、債務者が権利を行使しないことで責任財産を適切に管理しないとき、それを補完する限度で、債権者に、債務者財産への干渉という管理権が与えられるものである。管理権にもとづき、債権者は債務者に代わって権利を行使し、債務者に代わって弁済を受領することができる。弁済として受け取った物は、本来の権利者たる債務者へ引き渡さなければならないが、債務者の側に管理能力がない場合には、代位債権者が代わって占有し、管理することも許されよう。したがって、抵当権者が所有者の妨害排除請求権を代位行使する場合にも、所有者に適切な管理が期待できないような事情があれば、抵当権者が所有者に代わって物件を占有し、管理することは理論上可能である。これに対し、平成一七年判決のような物上請求構成で、明渡しの結果、抵当権者のもとに占有がある状態を理論的に説明するのは難しい。債権者代位構成とは異なり、所有者には完全な管理権限があり、抵当権者にはそのような権限がない。抵当権侵害がある場合、抵当権者は、原因を除去し、物件の「あるべき」状態に戻すことはできる。しかし、「抵当権者による管理占有」は、本来「あるべき」状態ではない。

ただ、執行妨害事例においては、競売物件の所有者が妨害行為を積極的に招き、少なくとも黙認している場合が少

なくない。それゆえ、抵当権者が、所有者から占有をとりあげ、物件を自ら、あるいは、しかるべき機関の管理下に置きたいと考えるのは、当然である。ただ、そのようなニーズに応えるべく、民事執行法は、近年の度重なる法改正を通して、売却前に、競売物件所有者から占有をとりあげるための方法をいくつか設けている。執行法上の保全処分であるため、実体法上の裏付けは必要でない。「抵当権者による管理占有」よりも迅速で実効性があり、はるかに合理的な手段である。

なお、「抵当権者による管理占有」は、債務不履行後に行われる限り、所有者の使用収益に過度の制約を与えるものではない。現行法上、抵当物件所有者は、適切に物件を管理している場合であっても、物上代位や収益執行手続により、抵当権者ないし管理人に収益收取権を奪われるからである。

四、おわりに

抵当権は、非占有担保である。使用収益権は、抵当物件所有者にとどめられる。競売のための差押えも、債務者の使用収益権を奪うものではない。したがって、物件が買受人に売却されるまでは、競売物件の所有者は自由に使用収益できるのが原則である、という。が、近年、対症療法的に繰り返し行われた立法と、現実に向き合おうとするあまり、やや強引な解釈論を展開してきた判例により、これらの原則は全くの建前と化している。ただ、今、ここで、平成一五年の法改正や抵当権者への明渡しが抵当権や差押えの本質と相容れない、と批判するつもりはない。これらの立法や最高裁判決が目指す方向は、間違っていない。見直すべきは、建前と化した原則のほうである。

抵当権は、非占有担保である。が、被担保債権の履行期以降は、抵当権の効力は収益たる果実に及び、収益執行の申立てがあれば、抵当物件所有者から占有及び管理権限は奪われる。これは何も抵当権に限ったことではなく、そもそも、通常の強制執行手続においても、債権者が物件の売却でなく、強制管理を選択すれば、債務者は物件の占有及び管理権を失う。競売による差押えが、債務者の使用収益に影響を与えないとしていること（民執四六条二項）とは一見対照的である。しかしながら、民事執行法は、競売手続においても、差押え後に価格減少行為があれば、執行官保管命令の発令を認める。最高裁は、「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」義務を果たさない所有者から、占有・管理権限をとりあげることが肯定する。つまり、競売（が予定されている）物件の所有者は、自分の所有物でありながら、「通常の用法」（民執四六条二項）に従い、物件価格を減少させないような範囲での使用収益のみ許され、かつ、抵当権者のため、物件の「適切な維持管理」が求められる。

結局のところ、債務不履行以降、責任財産に対する債権の擱取力ないし抵当権の支配力は強まり、差押えの段階に至っては、所有者の占有や管理権を大幅に制限する。⁽²⁸⁾競売であれ、収益執行であれ、執行手続が開始した後は、手続の妨げとならない範囲でのみ、対象物件を使用できるにすぎず、差押債権者や抵当権者は、物件の価値を下げるような使用収益に干渉することができる。所有者の管理に不適切な点があれば、その権限を剥奪し、自ら管理し、あるいは、しかるべき機関に管理を委ねることも許される。「抵当物件の使用収益権は、売却まで所有者にある」、「差押えは使用収益を制限しない」⁽²⁹⁾という建前を捨て、債権の履行期以降、債務者や所有者が競売予定物件の管理人にすぎないことを真正面から認めるべきである。そうすることで、債権者代位構成に限らず、物上請求構成においても、「抵

当権者による管理占有」に体系上の位置づけを与えることができる。同時に、そのような抵当権者の強い干渉に対し、発動を差押え以降に限定する形で歯止めをかけることも可能となる。

- (1) 民集五三卷八号一八九九頁。
- (2) 平成一二年判決については、多数の評釈が発表されているが、特に同判決の提起する問題を網羅的に検討したものとして、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）（中）（下）」NBL六八一号六頁、六八二号三六頁、六八三号三七頁（二〇〇〇年）、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」ジュリ一七四号二八頁（二〇〇〇年）参照。
- (3) 判時一八九三号二四頁。
- (4) たとえば、滝沢孝臣・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、三上徹・NBL八〇七号四頁、吉田光碩・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など（いずれも二〇〇五年）。
- (5) 松岡「判批」金法一七四二号一四頁（二〇〇五年）も、平成一一年判決より踏み込んだ説示がなされた点を評価する。
- (6) 判タ一〇五八号一八〇頁。
- (7) 民集四五卷三号二六八頁。
- (8) 梶山「判批」法時七二卷七号七六頁。
- (9) たとえば、大判昭和七年六月二日民集一一卷一一九八頁は、不法占拠者に対する明渡し請求の事案であるが、「土地賃借人カ不法占拠者ヨリ土地所有者ニ対シ右給付行為（＝明渡し）ヲ為スヘキ旨ヲ請求シ得ルニ過キストセハ土地所有者ニ於テ給付ヲ受領セサル限り権利行使ノ結果ハ実現スルニ由ナク」とし、所有者の妨害排除請求権を代位行使した賃借人への明渡しを命じている。学説の多くも、権利を行使する地位にある以上、当然に受領することもできる、と考えている（我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店・一九六四年）一六九頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社・一九九二年）二六三頁など）。

(10) 平成三年判決は詐害的短期賃貸借の事案であったが、抵当権者は、民法旧三九五条但書により同賃貸借の解除を請求し、その判決確定を条件として、所有者への明渡しを求めた。第一審の大阪地判昭和六三年八月九日及び原審の大阪高判平成元年三月二十九日は、賃貸借の解除とそれを前提とした明渡し請求（第一審は物上請求として、第二審は代位請求として）を認めている。平成一七年判決のような長期賃貸借は、旧三九五条但書による解除の対象とならないが、平成一一年判決の構成をとるにあたっては、抵当権者への対抗力がないとしても、所有者との間での占有権原を断ち切っておく必要がある。下級審ではあるが、東京地判平成一二年一月一日金法一六〇二号六四頁は、旧三九五条但書の類推適用により長期賃貸借を解除し、その判決確定を条件とした明渡し請求を認めた。

(11) もっとも、本判決が、占有権原の否定という段階を全く踏まなかったかという点、疑問がある。判決理由では、本件占有権原の態様につき、「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る」こと、「占有により本件建物及び敷地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」ことを指摘している。この点をどう評価するか。こういった執行妨害を目的とする占有権原の設定は、抵当不動産の所有者には許されない、ということ、少なくとも抵当権者との関係では占有権原を否定した、つまり、権限のない占有として扱った、と理解することができる。これは、しばしば、執行手続における（解除されていない）詐害的短期賃貸借の取扱いで見られた手法である。

(12) 第一審（東京地裁八王子支判平成一一年五月二六日）では、この併用賃借権にもづく妨害排除及び賃借権侵害を理由とした損害金の支払いを求め、いずれも棄却されていた。後者は、上告審でも主張されていたが、棄却されている。

(13) 梶山・前注（8）七八頁。

(14) 債務不履行後も、手続を踏まないかぎり、果実に対する優先権を行使することはできない。（道垣内『担保物権法』（有斐閣・二〇〇四年）一四五頁）。

(15) 代わりに弁済を受領したからといって、直ちにそれが代位債権者の弁済に充てられるわけではない。金銭債権の代位行使事案でも、代位債権者が受領した金銭を債務者へ返還する義務を負うことを前提とし、それと債務者が負う債務とを相殺することが認められているにすぎない。

抵当権者による物件管理について

同志社法学 五七卷六号 三五一（一九七八）

(16) このような債権者代位のしくみについては、池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』（信山社・一九九五年）七三頁以下で詳しく検討されている。

(17) 我妻・前注（9）一六八頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣・一九七二年）一六二頁以下、奥田・前注（9）二五六頁。最近では、潮見佳男『債権総論Ⅱ（第三版）』（信山社・二〇〇五年）八頁が、明確に、債権者代位制度及び詐害行為取消制度を「責任財産保全のための制度（＝債権者の責任財産管理権限）」として位置づける。

(18) 池田・前注（15）七九頁。

(19) 潮見・前注（17）一三頁。

(20) 於保・前注（17）一七三頁、潮見・前注（17）四五頁。

(21) 八木一洋「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説〔民事篇〕』八六〇頁（法曹会・二〇〇二年）。

(22) 滝澤「判批」金法一五六九号一九頁。生熊・前注（4）一九頁は、民事執行法五五条一〇項か五六条を類推適用して共益費用として扱うべきではないか、とする。

(23) 滝澤・前注（4）九頁には、「抵当不動産の管理占有を権原として」物権的請求権が行使できるかの叙述があるが、「管理占有」という概念は、抵当権者が占有している状態を説明するにすぎず、何ら具体的な権原を示すものではない。

(24) 最判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁。

(25) 収益執行手続を競売手続から独立した手続とするか否かで対立があった。議論の詳細については、生熊長幸『物上代位と収益管理』（有斐閣・二〇〇三年）二九〇頁以下参照。

(26) 谷口園恵「東京地裁における平成二五年改正担保・執行法の運用状況」金法一七二〇号九頁、黒田豊「大阪地裁における平成一五年改正担保・執行法の運用状況」金法一七二八号一頁（いずれも二〇〇四年）。

(27) 生熊・前注（4）二二頁。「抵当権者による管理占有」から、より合理的で、負担が少ない執行官保管へ移行する方法についても検討されている。

(28) 梶山「抵当物件の使用収益について」同法五四卷三号二六一頁以下（二〇〇二年）。

(29) 平成一五年の執行法改正においては、民執四六条二項の見直し論もあつたが、採用されなかつた。しかし、少なくとも、差押え後の使用収益に関する理解は見直す必要があると考ふる(梶山「中間試案」における手続法上の問題)、法時七四卷八号六一頁以下(二〇〇二年)参照)。

(30) 梶山・前注(28)二六三頁、二六五頁以下。松岡・前注(2)NBL六八二号四〇頁も、競売申立てを要するとする。