

抵当物件の使用収益について

梶山玉香

目次

- 一、はじめに
- 二、抵当権者による使用収益への干渉
- 三、価値低減原因の除去
 - (一) 抵当権者としての干渉
 - (二) 債権者としての干渉
 - (三) 整理と分析
- 四、果実の収取
 - (一) 抵当権者としての干渉
 - (二) 債権者としての干渉
- 五、売却前の占有剥奪
 - (三) 整理と分析
 - (一) 抵当権者としての干渉
 - (二) 債権者としての干渉
 - (三) 整理と分析
- 六、抵当物件における使用収益のあり方
 - (一) 使用収益に対する干渉の現状
 - (二) 抵当権本質論からの帰結
- 七、おわりに

一、はじめに

抵当権設定後の使用収益に関する議論は、少なくとも数年前まで、「抵当権者は、目的物件の使用収益に干渉でき

ない」との命題（いわゆる価値権ドグマ）とそれへの批判という、やや抽象的かつ理念的な形で展開されてきた。賃料債権への物上代位、不法占有等による抵当権侵害といった具体的な問題に際しても、学説の関心は、まず同命題そのもの、または、そこから演繹的に結論を導き出すことの当否にあった。

最高裁は、依然として右命題を堅持しているものの、抵当権に基づく賃料債権への物上代位を無条件に許し⁽¹⁾、民法三九五条但書により解除された短期賃借人の占有権原を賃貸人との関係でも否定する⁽²⁾など、実質的には、抵当権者による干渉を容認する傾向にある。とりわけ、最高裁平成一一年一月二四日大法廷判決（民集五三卷八号一八九九頁。以下、「平成一一年大法廷判決」とする）は、先の命題に立脚した判例を変更し、抵当権者が抵当物件の不法占有を自ら排除することを認めるとともに、不法占有者からの明渡し先を抵当権者自身とし、売却までの抵当物件の管理を抵当権者に委ねる旨を判示して、学界に少なからぬ衝撃を与えた⁽³⁾。

現在、法務省は、執行妨害によって債権回収がままならない現状を改善すべく、担保・執行法制の見直しを検討している⁽⁴⁾。そこで取り上げられているのは、短期賃貸借制度の廃止、抵当権に基づく物件管理など、いずれも一見、先の命題に抵触するものである。果たして、抵当権者が「目的物件の使用収益に干渉できない」との命題は、誤りであったのか。あるいは、右命題が妥当しない場合が例外的に存在するのか。法改正にあたっては、対症療法的なものとならぬよう、まずは、抵当権設定後の使用収益のあり方に対する基本的な態度を固めておかなければならない。すなわち、そもそも抵当権者が使用収益に干渉することは許されるのか、許されるとすれば、いつ、どのような形で干渉であるか、である。

- (1) 最判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁。
- (2) 最判平成六年三月二五日判時一五〇一号一〇七頁。
- (3) 同判決の概要、学説の反応については、八木一洋「調査官解説」曹時五二卷九号二七一頁以下（二〇〇〇年）参照。
- (4) 二〇〇一年二月、法制審議会に対し、「社会・経済情勢の変化への対応等の観点から、抵当権その他の担保権及びその実行としての執行手続等に関する法制の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」との諮問がなされ（二〇〇一年二月一六日・諮問第四九号）、同年五月、担保・執行法制部会が設置された。今月（二〇〇二年三月）末には、中間試案が公表される予定である。なお、審議会での議論は、法務省ホームページ（<http://www.moj.go.jp/>）で公開されている。

二、抵当権者による使用収益への干渉

前掲平成一一年大法院判決は、「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又は収益について干渉できない」としながら、そのことは、第三者の不法占有による抵当物件の減価を「抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない」と結論づけた。最高裁平成三年三月二二日判決（民集四五卷三号二六八頁）以下、「平成三年判決」とする）がほぼ同様の前提から直ちに抵当権侵害を否定したことは対照的である。⁽⁵⁾学説でも、近時、「抵当権者は、目的物件の使用収益に干渉できない」との命題自体は否定しないが、そこから、ある結論を演繹的に導き出すのではなく、具体的な問題解決に際しては、社会的必要性、関係者の利害などを考慮して総合的に判断する必要がある、との見解が有力である。⁽⁶⁾

現行法上、抵当権が非占有担保であること、抵当権設定後の使用収益が設定者に委ねられていることは明白である。したがって、「抵当権者は、目的物件の使用収益に干渉できない」との命題が誤りであるとは言えない。他方、抵当権の実行が究極的には物件所有者の使用収益権を奪うことも、また事実である。それ故、不適切な使用により物件の競売価格の下落が予想されてもなお、抵当権者は、ただ拱手傍観するよりほかない、というのもおかしい。抵当権者は原則として物件の使用収益のあり方に口出しできないが、自分の利益が侵される場合まで黙っている必要はない。大法院判決は、そのような、ごく常識的判断によって支えられている。近時の学説も、また然りであろう。

しかし、抵当権者による使用収益への干渉がどの程度認められるか、との観点から問題を捉えた場合、「自分の利益が侵される場合には干渉が許される」との基準は、せいぜい、妨害排除請求や詐欺的短期賃貸借契約の解除請求（民三九五条但書）といった抵当権侵害事例での干渉を正当化できるとどまる。賃料債権への物上代位（民三七二条）、競売開始決定後の果実収取（民三七一条）など、抵当権侵害が必ずしも要件となっていない事例での干渉まで、そのような見方から説明することはできない。さらに、抵当権者は、債権者としての地位に基づいて強制管理手続に参加することができるが、抵当権者も一債権者である以上、このような形での干渉もまた、視野に入れておかなければならない。

本稿の目的は、私が別稿で展開した抵当権本質論⁷⁾の検証にある。設定から実行までの時間的経過に伴う「交換価値支配の質的变化」が抵当物件の使用収益面にもたらす影響を確認することが狙いである。右に述べたとおり、目的物件の用益面への干渉は、抵当権者自身が目的物件の価値低減をもたらす原因を除去し、物件所有者から占有を剝奪す

るほか、賃料その他の果実を收取する場合に問題となる。これらは、平成十一年大法廷判決のように、実体法を根拠とすることもあるが、保全処分など手続法上の手段によることも多い。また、抵当権者は、競合債権者に優先する地位と対等な一債権者としてのそれを併せ持っており、債権者としては許されないが抵当権者であればこそ可能な干渉（物権的請求権の行使など）、あるいはその逆（例えば、強制管理）もある。したがって、抵当権者が抵当権者または債権者として、実体法または手続法を根拠に用益面へ干渉する場面を広く検討する必要がある。そのうえで、(1)交換価値支配が抽象的なものにとどまっている初期の段階では「目的物件の使用収益に干渉しない」との命題が妥当するが、(2)弁済期が到来し、競売申立てにより交換価値支配が具体化すると、右命題はもはや妥当せず、物件所有者の使用収益権は、抵当権により制約されることを論証したい。

(5) この点を捉え、平成十一年大法廷判決は、平成三年判決の原則を大きく変更したものである、とする見解がある（佐久間弘道「抵当権価値論と抵当権による占有排除」金法一六〇三号二頁（二〇〇一年））が、同意できない（梶山「本件判批」法時七二巻七号七六頁（二〇〇〇年））。平成十一年大法廷判決では、(1)「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る」（抵当権の本質）交換価値支配、優先的弁済受領、(2)「不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され」ること（非占有担保性）、(3)「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は干渉することはできない」と（用益面への干渉）が述べられている。このうち、(1)(2)は、平成三年判決でもほぼ同様の表現が用いられていた。ただ、(3)については、「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」に限定せず、単に「抵当不動産の占有関係について」とされていた。この平成十一年大法廷判決の表現からは、抵当制度上予定されている目的物件の用益とは、「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」またはそれに類するものである、との考えを読み取ることができる。大

法廷判決の事案のように、占有権原を有しない者による使用は、そもそも、抵当物件の用益として予定されていないのである。

(6) 賃料債権への物上代位に関する鎌田教授の見解(鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田〓西原〓高木還暦記念下巻『金融法の課題と展望』(一九九〇年)二五頁以下)に代表される。

(7) 梶山「物件価額の提供による抵当権の消滅——抵当権本質論序説」同法二七七号一頁。同論文における直接の考察対象は、民事再生法上の担保権消滅請求制度であるが、副題のとおり、真の狙いは、抵当権の本質論を確立することにある。最近、抵当権本質論、より端的には、価値権論の見直しという観点から物上代位や妨害排除請求の問題に取り組む論稿が散見される(高橋眞「抵当権による賃料の把握について——価値権説・果実の把握・物上代位——」法雑四六卷三号一頁以下、松岡久和「抵当権の本質論について——賃料債権への物上代位を中心に——」高木古稀『現代民法学の理論と実務の交錯』(二〇〇一年)以下、高木古稀として引用)三頁以下)。

三、価値低減原因の除去

(一) 抵当権者としての干渉

(1) 価値低減による抵当権侵害

物件価値の低減は、目的物件の評価額、売却価額の下落という形で現れる。物件の使用収益との関係で、売却価額が下落する原因としては、(ア)物理的状态の変更(毀損など)、(イ)抵当権者に対抗できる利用権の設定が考えられる。

また、(ウ)抵当権者に対抗できない利用権や、無効または虚偽の利用権が設定され、(エ)不法占拠など、不適切な方法で物件が使用されている場合には、競売にかけても買受人がつきにくい⁽⁸⁾ため、事実上目的物件の減価をもたらす。

ただ、あらゆる物件の減価が直ちに抵当権侵害と評価され、除去の対象となるわけではない。抵当権が非占有担保であり、目的物件の使用収益を設定者に委ねている以上、設定者（物件所有者）の活動による減価は、ある程度予定されているはずである。建物の物理的状态は、長年の使用により確実に悪化するであろう。所有者または利用権者により建造物が設置されると、更地のときに比べて土地の価値が低下することは必至である。だからといって、抵当権者が設定者の行為を制約し、失われた価値の復元を求めることができるとすれば、設定者に占有を留保した意味がなくなる。これらは、いわゆる「通常の使用」に伴う減価であり、抵当権者が甘受しなければならない。⁽⁹⁾

さらに、抵当権者が債権担保のため、被担保債権額の範囲で物件の交換価値を支配しているとすれば、債権の満足に影響のない減価を除去する理由はない。例えば、被担保債権額をはるかに上回る額の物件を担保にとっている場合、多少の減価があったとしても、抵当権者は、物件価額から十分に満足を得られる。逆に、現在の物件価額及び順位では配当可能性のないことを承知しながら、将来の順位昇進や値上がりを期待して抵当権の設定を受けたが、価値低減原因が発生し、満足を受けられなかったという場合、その原因は、物件の減価にのみあるわけではない。もっとも、どの程度の減価があれば、抵当権者に価値低減原因の除去を許すか、より具体的には、売却価額が被担保債権額を下回らなければならぬか、配当可能性を考慮しなければならぬかは、どのような除去手段を用いるか（物権的請求権の行使か、賃貸借契約の解除請求か、または手続法上の保全処分か）によって異なる可能性はある。

(2) 実体法上の除去手段

目的物件の減価により債権回収が妨げられる（またはおそれがある）場合、抵当権者は、自らまたは物件所有者を

介して、その原因を除去することができる。目的物件の交換価値を物権的に支配している以上、これは自明のことである。民法上明記されているのは、(イ)に対する解除請求（民三九五条但書）だけであるが、判例は、(ウ)の抵当権者に對抗できない賃借権についても同条の適用（準用）を可能とするほか、(ア)、(エ)に対し、抵当権に基づく妨害排除（および予防）請求を認めている。さらに、平成一一年大法院判決では、抵当権者が物件所有者に対し、抵当権侵害状態を「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」と呼ぶ）を有することが示され、抵当権者には、その保全のため、物件所有者の妨害排除請求権を代位することが認められた。

(i) 侵害是正請求権

右で述べたとおり、平成一一年大法院判決は、抵当権者が物件所有者に対し、侵害是正請求権を有する、とした。補足意見の表現によれば、「抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権（担保価値維持請求権）」である。⁽¹⁰⁾しかし、このような請求権は、従来、ほとんど問題とされたことがなく、⁽¹¹⁾本件事案において後述の代位請求を認めるため、被保全債権になり得るものとしてやや強引に創出された観がある。同請求権が何を根拠に成立し、どのような要件の下で行使されるのかについては、判決理由中の僅かな叙述から推察するよりほかない。

法廷意見によると、「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」から、侵害状態が発生したときには、「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」。この点は、補足意見においても、「**抵当不動産の譲受人は、担保権（抵当権）の目的物を実際に管理する立場にある者として、第三者の行為等によりその交換価値が減少し、又は交換価値の実現が困難となることのないように、これを適切に維持又は保存することが、法の要請するところであると考えられる。その反面として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権（担保価値維持請求権）を有するものというべきである**」と、ほぼ同じ内容の表現が見られる。

右請求権の属性、成立根拠をどのように見るかについては、当初、物権的請求権ないしその亜種と位置づける見解も見られたが⁽¹²⁾、現在は、**抵当権者と抵当権設定者ないし抵当物件所有者との間の特別な関係上、抵当物件の管理をめぐる権利義務が成立する、との見方が定着している**⁽¹³⁾。また、補足意見によれば、同請求権は、「**抵当権設定時よりその実行（換価）に至るまでの間、恒常的に存続する権利**」である⁽¹⁴⁾。したがって、「**第三者が抵当不動産を毀損したり抵当不動産を不法占有したりすることにより、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられるような状態が生じている**」ときは、いつでも、同請求権を行使し、**抵当物件所有者の行為（妨害排除請求権の行使など）を介して価値低減原因を除去することができる**。

(ii) 賃貸借契約の解除請求権

抵当権に劣後する利用権は、本来、競売により消滅するが、民法三九五条本文は、短期の賃貸借（民六〇二条）に限って競売後も存続し得る、との例外を定めている。ただ、先述のとおり、**抵当権に対抗可能な利用権が物件上に存在すると、物件価額は通常下落し、抵当権者に多大な不利益を与える可能性があるため、同条但書は、「抵当権二損**

害ヲ及ホス」ととき、抵当権者がその短期賃借権の解除を請求することができる、と規定する。解除の結果、短期賃借権は、例外の例外で原則、すなわち、抵当権に對抗できない賃借権に戻ることは⁽¹⁵⁾なるはずであるが、判例は、「解除」という文言に忠実な解釈をし、物件所有者と賃借人との間の賃貸借関係の解消を認める⁽¹⁶⁾。占有権原自体の否定である。一般に、他人が締結した契約に対しては、極めて特殊なケースを除き、干渉することができない。判例の言うとおり、抵当権者が物件所有者と賃借人の間で締結された賃貸借契約の効力を否定できるとすると、これは、物件の使用収益に対し、異例に強力な干渉を認めたことになる。

ところで、民法六〇二条所定の期間を超える賃借権が抵当権の登記後に設定された場合には、抵当権への対抗力こそないものの、对所有者間では有効に成立し、その効力を否定する明文の規定も存在しない。最高裁は、平成三年判決において、民法三九五条但書による解除の目的が「本来抵当権者に対抗し得る短期賃借借で抵当権者に損害を及ぼすものを解除することによって抵当権者に対抗し得ない賃貸借ないしは不法占有と同様の占有権原のないものとする⁽¹⁷⁾」にある、と明言していた。短期賃借借は、その対抗力がゆえに抵当権者を脅かす、との理解である⁽¹⁷⁾。この考え方によれば、「抵当権者に対抗し得ない、民法六〇二条に定められた期間を超える賃貸借（抵当権者の解除権が認められなくても、当然抵当権者に対抗し得ず、抵当権の実行により消滅する賃借権）」は、解除を要しない⁽¹⁸⁾。しかし、そうすると、長期賃借借のほうが、对所有者間での占有権原までも否定されない点で、特別に対抗力を与えられた短期賃借借よりも保護されることになる⁽¹⁹⁾。最高裁は、近時、抵当権者に更新を對抗できない短期賃借借についても、民法三九五条但書による解除を認めた⁽²⁰⁾。平成一一年大法院判決後は、下級審ながら、「抵当権者に対抗することができ

ない長期賃貸借であっても、それが抵当権者に損害を及ぼすものと認められる限りは、抵当権設定者による抵当不動産の利用を合理的な限度においてのみ許容するという民法三九五条の趣旨にかんがみ、抵当権者は、民法三九五条ただし書を準用して、裁判所に対し右賃貸借の解除を請求することができる⁽²¹⁾との判決も見られる。

なお、民法三九五条但書の「抵当権者に損害を及ぼすとき」との要件につき、最高裁平成八年九月一三日判決（民集五〇巻八号二四七四頁）は、「原則として、抵当権者からの解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期賃貸借の存在により下落し、これに伴い、抵当権者が履行遅滞の状態にある被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときをいうのであって、右賃貸借の内容が賃料低廉、賃料前払、敷金高額等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合又は抵当権者が物上代位により賃料を被担保債権の弁済に充てることができない場合に限るものではない」としている。つまり、詐害・濫用的短期賃貸借ではなく、「通常の用法」の範囲内で行われたものであっても、それにより売却価額が下落し、然るべき配当額を得られなくなる場合には解除が許される。

(iii) 妨害排除請求権

他人の行為などにより物権に基づく排他的支配が妨げられる（おそれがある）場合、物権を有する者は、当該妨害状態をもたらしした者に対し、その原因の排除又は予防、あるべき状態への回復を請求することができる。平成十一年大法院判決は、抵当権者に(i)の侵害是正請求権を被保全債権とし所有者の妨害排除請求権を代位行使することを認め、抵当権も物権である以上、その支配が妨げられる（おそれがある）ならば、抵当権者自身の妨害排除請求も許

されるはずである。ただ、抵当権者は目的物件の占有権原を有しておらず、ただ、被担保債権の弁済期到来後に物件を換価し、その売得金から配当を受ける立場にあるので、何が抵当権侵害にあたるのか、いつから物権的請求権を行使できるのか、どのようにすればあるべき状態が回復されるのかなど、未だはっきりしない点が多い。⁽²²⁾

平成一一年大法廷判決の補足意見では、「抵当不動産の交換価値は競売手続において実現されるものであるから……配当を受ける可能性が全くない後順位抵当権者による救済手段の濫用を防止することも、考慮しておかなければならない」、占有権原のない抵当権者が「自己への明渡しを請求し得るのか、抵当不動産の所有者への明渡しを請求し得るにとどまるのかは、更に検討を要する問題である」などの指摘がなされている。抵当権の特質（非占有担保性、交換価値支配性）に配慮すべきである、との姿勢は認められるが、それが要件・効果にどのような影響を与えるかは具体的に示されていない。

従来、教科書などで「抵当権に基づく妨害排除請求」が論じられる際、念頭に置かれていたのは、前掲(ア)の抵当物件の物理的状态を変更する行為、例えば、物件本体の毀損やその従物の分離・搬出であった。この場合、抵当物件の売却価額が下落することは確かであるから、被担保債権の弁済期到来や競売申立ての有無、さらには、物件価額が被担保債権額を下回るか否かに関係なく、抵当権者は、直ちに物権的請求権を行使し、価額低減原因を除去することができる、と言われてきた。⁽²³⁾平成一一年大法廷判決は、さらに、前掲(エ)の不法占拠など、不適切な方法で物件が使用されている場合にも、物権的請求権の行使により対応できることを傍論で示唆した。その際の要件として、法廷意見は、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより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」と、(i)の侵害是正請求権及びその保全のための代位請求の要件と同じ表現を繰り返すのみである。⁽²⁴⁾「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」との表現からは、競売申立て、少なくとも弁済期到来が前提とされているように読めるが、⁽²⁵⁾そうであるとすれば、(ア)型の事案と(エ)型の事案とで物権的請求権の行使時期・要件が異なることになる。⁽²⁶⁾

なお、一時期、民法三九五条但書を根拠とし、解除後の元短期賃借人に対する明渡請求を認めよ、との主張が見られたが、平成三年判決によれば、同規定は「本来抵当権者に対抗し得る短期賃貸借で抵当権者に損害を及ぼすものを解除することによって抵当権者に対抗し得ない賃貸借ないしは不法占有と同様の占有権原のないものとするに尽きるのであって、それ以上に、抵当権者に賃借人等の占有を排除する権原を付与するものではない。ただ、最近の判例のように、価額減少の原因は短期賃借人の対抗力ないし占有権原ではなく、占有自体にある、との考えに立つならば、同人から占有を取り上げない限りは、原因を除去したことになる。解除請求と登記抹消請求の關係に倣い、解除請求と明渡請求もまた、一体として機能する余地はある。⁽²⁷⁾

(2) 手続法上の干渉

繰り返し述べているとおり、平成三年判決は、不法占有者や解除後の元賃借人に対しては、買受人が所有権取得後に自ら明渡しを請求しうることを理由に、抵当権者による妨害排除請求を認めなかった。なるほど、不動産引渡命令(民執八三条)を申し立てるか、引渡訴訟を提起すれば、買受人は、確実に不法占有その他の執行妨害を除去できる。しかし、これらの手続を遂行するには時間と労力を要し、買受人にとっては大きな負担となる。その手間を全く厭わ

ず、買受けを申し出ることなど、現実にはほとんど期待できない。

実務は、あくまでも売却前の執行妨害排除に固執したため、平成三年判決以降は、売却のための保全処分（民執五条）が活用されることとなった⁽²⁸⁾。債務者、競売物件の所有者又は占有者が競売物件の価格を著しく減少する行為（以下、「価格低減行為」とする）又はそのおそれがある行為をするときは、執行裁判所は、差押債権者の申立てにより、買受人が代金を納付するまでの間、その行為者に対し、作為又は不作為を命じることができる（同条一項）。本来は、差し押さられた物件の価値を売却時まで維持する目的で設けられた制度であるが、担保権実行のための競売にも準用されている（民執一八九条）。実体法とは無関係の制度として理解されていたことが、平成三年判決との関係を断つうえでは好都合であった。競売物件の物理的状态の変更のみならず、第三者への占有移転や利用権設定、第三者による占有が「価格低減行為」にあたるとして、同保全処分発令の対象となった。さらに、平成八年、実務の要請に応える形で担保権実行のための特別規定（民執一八七条の二）が新設されたことにより、抵当権者は、不動産競売開始決定の三ヶ月前から同保全処分を利用できるようになった。

(二) 債権者としての干渉

(1) 実体法上の干渉

一般債権者は、債務者財産の交換価値を包括的、抽象的に把握している（債権の擱取権能）。個々の財産と結びついているわけではないから、特定の財産が価値の一部又は全部を失ったとしても、原則として、何も手を出すことは

できない。

例外的に、厳格な要件の下、債権者代位権（民四二三条）や債権者取消権（民四二四条）の行使が許される可能性はある。例えば、平成一一年大法院判決の事案において、原告は、根抵当権の被担保債権（貸金債権）を被保全権利として所有者の妨害排除請求権の代位行使を主張し、原審まではそのとおりに認容されていた。また、一部の学説では、詐害的短期貸借に対する解除請求（民三九五条但書）と債権者取消権との類似性も指摘されている。もちろん、抵当権者が被担保債権の保全のためにこれらの制度を利用するとしても、責任財産全体の価値ではなく、抵当権の目的である物件の価値の維持を目指すことになるため、厳密には、債権者としての干渉とは言いがたい。また、最高裁においては、被保全権利が貸金債権から侵害是正請求権に修正されたため、そこで主張された代位請求が、抵当権者が併せ持つ、一般債権者としての地位に基づくものではないことが一層明確になった。⁽²⁹⁾

なお、判例によれば、一般債権者が特定の財産を差し押さえた後も、実体法上はその法的地位、とりわけ、差押財産（の換価金）への支配力に変化がない。⁽³⁰⁾

(2) 手続法上の干渉

差押えは、債務者が通常の用法に従って不動産を使用し、又は収益することを妨げない（民執四六条二項）が、以後、当該物件に関する処分を禁止する。債務者が差押え発効後に行った処分行為（所有権譲渡や利用権の設定など）は、当差押えに基づく執行手続（手続に参加する全債権者や買受人）との関係では効力を有しない。差押え前に設定された賃借権は差押え後の手続に対しても対抗できるため、差押え発効後の更新や譲渡も可能であるが、短期貸借

に關しては、もはや更新が認められなくなる。⁽³¹⁾

債権者は、先述のとおり、差押え時の物件の交換価値を維持するため、債務者、物件の所有者又は占有者が「価格を著しく減少する行為又はそのおそれがある行為」をする場合に売却のための保全処分（民執五五条）を申し立てることができる。執行裁判所は、申立てに基づき、行為者に対し、買受人が代金を納付するまでの間、それらの行為を禁止し、一定の行為を命じることができるが、この作為・不作為命令の内容は、物件の物理的変更（競売土地上への建物建築、競売建物の毀損など）の禁止から、占有移転や賃借権設定禁止、建物収去、退去まで多岐にわたる。

(三) 整理と分析

物件価額を下落させる原因がある場合、抵当権者は、それを排除し、物件のあるべき状態を回復するための実体法上の手段を有する。

まず、滅失・毀損などの物理的変更行為に対しては、原状回復を求めることができる。この場合、被担保債権の弁済期が到来しているか否か、また実質的な損害があるかどうかは問われない。次に、物件の物理的状态に変更はないが、賃借権が設定されることにより物件価額が下がり、被担保債権への配当が受けられない又は減少するおそれがあるときには、抵当権者は、物件所有者と第三者との間で締結された賃貸借契約の解除を請求することができる（民三九五条但書）。解除請求が可能となる時期につき明文の規定はないが、少なくとも弁済期到来が必要である、と解されている。同規定は、もともと短期賃貸借保護に対する例外として、その対抗力がゆえに減価するケースを念頭にお

いたものであるが、解除が対抗力の剝奪にとどまらず、占有権原を否定する効果までもたらすことから、最近では、対象が、抵当権に対抗できない賃貸借にまで広がりがつつある。その際、減価の原因はもはや対抗力ではなく、賃貸借及びそれに基づく占有の存在自体である。しかも、解除の対象となる賃貸借は、詐欺・濫用目的のものに限定されなため、抵当権者は、自己に不利益がある限り、他人が締結した契約への介入という非常に強い形で、物件の使用収益面に干渉することが許される。最後に、やはり物理的状态に変更はないが、不法占有など、売却や引渡しを困難にする事情がある場合にも、抵当権者は、自らの権利に基づいて排除を求めることができる。権利の行使時期については、競売申立て後を受当とする見解とそれ以前の請求も認めるべきであるとの立場が対立している。

なお、平成一一年大法院判決によれば、右のような価格低減原因が発生した場合には、自ら除去しうるのみならず、抵当物件所有者に対してその状態を是正し、物件の交換価値を維持するよう請求することができる。この侵害是正請求権ないし担保価値維持請求権は、抵当物件の占有・管理をめぐる特別な関係から成立するものであり、抵当権者固有の権利と理解されている。最高裁は、これを被保全債権とし、抵当権者に所有者の妨害排除請求権の代位行使を許した。その際、債権者代位制度は、抵当物件に関する換価権行使の障害を取り除き、物件本来の価値を回復するために用いられたことになり、それ自体、責任財産全体の維持を目指す制度趣旨とは異なるが、新たな転用事例としての許容範囲を超えるわけではない。むしろ、担保価値維持請求権及びその保全のための債権者代位という図式は、程度の差こそあれ、抵当権者と抵当物件所有者のみならず、一般債権者と債務者の関係にも妥当するのではないか。一般債権者もまた、債務者に対し、極めて弱く抽象的ではあるが、担保価値維持請求権を有しており、だからこそ、責任

財産の保全のため、債権者代位権や債権者取消権の行使が許される、とも考えられる。したがって、同様の執行妨害事例において、一般債権者が債務者に状態の是正を請求し、効を奏しない場合には債権者代位により自ら原因を除去する可能性もある。

抵当権者は、手続法上も、売却のための保全処分（民執五五条）を用いることにより、実体法上の手段と同様の結果を実現することができる。平成十一年大法院判決以前は、その手続的性格が幸いし、実体法からは必ずしも導き出せない建物収去や明渡しなどを命じることができたため、抵当権者の妨害排除請求に代わるものとして活用された。

ただ、平成八年の法改正は、売却のための保全処分の性格に微妙な変化をもたらした。これまで、同保全処分は、差押えの効果を担保するという手続上の必要性から根拠づけられてきたが、そうであるとすれば、担保権実行においても、差押えの効果を伴う競売開始決定時以降の発令となるはずである。また、執行直前の妨害を防止することを目指すのであれば、差押えが迫った段階での保全処分の申立てを一律に認めればよい。しかし、改正法は、担保権実行に限って差押え前の発令を認めたのであり、そこには、担保権者は、差押債権者とは異なり、競売開始前から目的物件の交換価値を支配している、との認識があったことは否めない⁽³²⁾。売却のための保全処分の実体的基礎として、先述の担保価値維持請求権を觀念することもできるのではないか。

(8) そもそも(ウ)、(エ)のように、法律上買受人の権利行使の障害とならないものは、物件価額を下落させない、あるいはさせるべきではない、との見方がある。その代表例とされる平成三年判決では、「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」、「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、抵当権に損害を及ぼすものとして認められているものではない、との判断が示された。権原や対抗力のない者により物件が占有されている場合、「抵当権者にその占有を排除し得る権限が付与されていなくても、その抵当権の実行の場合の抵当不動産の買受人が、民事執行法八三条（一八八条により準用される場合を含む。）による引渡命令又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」とする。学説の中にも、不法占拠など、売却ないし引渡しを困難にする事情を不動産評価に反映させるのは、「本来配当原資に組み込まれるべき価値が、買受人から執行妨害者の手に渡ることを公認する」ことになる、との指摘が見られた（吉田克己「民法三九五条」広中・星野編『民法典の百年Ⅱ』（一九九八年）七三五頁）。このような立場からすれば、不法占拠により物件価額が下落することはあり得ず、仮に減価があるとすれば、排除のリスクを買受人に負担させる執行手続自体に問題があるのである（競売手続における妨害排除手段の充実により対応すべきことを主張するものとして、吉田・前掲七四二頁、山本弘「抵当権の効力と目的物の占有・使用」民訴雑誌四四号一四一頁以下（一九九八年）など。村田博史「抵当権者による土地に対する支配権の内容」高木古稀八五～八六頁も、競売手続において買受人への引渡し保障されるならば、平成一一年大法院判決の判断が必要であったかは疑問である、とする）。確かに、物件そのものに瑕疵があるわけではなく、売却や引渡しに対する妨害の結果、物件が本来有しているはずの交換価値を実現し得ないだけであるから、厳密には、抵当権者が把握していた交換価値の減少ではない。執行手続において、買受人の占有取得が保障されていれば、権原のない占有や対抗できない占有があったとしても、売却に際しての障害とはならず、物件が本来有する価値（Ⅱ抵当権者の把握する交換価値）がそのまま売却価額として現れる。

しかし、現行制度の下では、不法占拠など、売却や引渡しを困難にする事情があれば、物件価額は確実に下落する。平成三年判決以降、本文で後述するとおり、売却のための保全処分（民執五五条）などの手続法上の手段が活用されるようになったが、その要件である「価格減少行為」の判断に際しては、占有による減価が考慮されていた。平成三年判決との整合性が問われる（梶山「抵当権の実行と民事執行法の改正」ジュリー一一五号一四七頁参照）中、平成一一年大法院判決は、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれが

抵当物件の使用収益について

あるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない」との判断を示し、不法占有など、売却や引渡しを困難にする事情が物件価額を下落させること、それが「交換価値の実現」や「優先弁済権の行使」を妨げる点で抵当権侵害と評価されうることを明らかにした。もっとも、占有減価を否定した平成三年判決は、すでに、抵当権者に更新を対抗できない短期賃貸借の存在による減価を認めた最判平成八年九月三〇日民集五〇巻八号二二七四頁により実質的に変更されていた、と言える（同旨、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——」高木古稀一一八頁）。

なお、今回の法改正作業では、売却や引渡しを困難にする事情が物件価額に反映されることに対し、特に問題視されていないようである。執行法に関しては、平成八年及び一〇年改正に引き続き、抵当権者ないし買受人が執行妨害を容易に排除できるように、保全処分要件の緩和等が検討されているが、買受人が確実かつ平穩に（保全処分や明渡執行を経なくても）占有を取得できる制度までは考えられていない。

- (9) 最高裁は、詐害性のない短期賃貸借契約であっても、抵当不動産の売却価額を下落させる場合、民法三九五条但書による解除の対象となる、と判示する（最判平成八年九月一三日民集五〇巻八号二二七四頁）が、短期賃貸借に関する例外的扱いが、そもそも「通常の使用」に伴う減価をも抵当権侵害として捉えているのかは明らかでない（小山・前注(8)一二三頁は、「平成八年判決は）抵当権者が抵当権取得時から織り込み済みの減価さえ、解除の原因たり得ることを示した、とする」。
- (10) 法廷意見の「侵害是正請求権」と補足意見の「担保価値維持請求権」が、そもそも同一内容かどうか問題である（中野貞一郎『民事執行法（新訂四版）』（二〇〇〇年）四二七頁以下）。

- (11) 抵当権者と抵当権設定者（抵当物件所有者）の間に権利義務関係を想定する「抵当権関係者論」（近江幸治『担保物権法（新訂補正版）』（一九九八年）一六一頁）の発想に近い。鈴木禄弥教授の「物上債務論」（鈴木「債務なき責任について」法学四七巻三号二六三頁（一九八三年））の影響も指摘されている（座談会「抵当権者による明渡請求」銀法五七一号二三三頁）。

- (12) 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求（下）」NBL六八三号三八頁。

- (13) 八木・前注(3)三一六頁。同二九二頁は、「抵当権設定契約の締結に伴って当然に発生し、抵当権者が抵当権設定者又は

抵当不動産の第三取得者に対して一定の作為を強制し得ることを内容とし、抵当権本体と離れて消滅することはない権利である」とする。

- (14) 奥田裁判官は、別の箇所でも「抵当権に認められる抵当不動産の交換価値に対する排他的支配の権能は、交換価値が実現される抵当権実行時（換価・配当時）において最も先鋭に現われるが、ひとりこの時点においてのみならず、抵当権設定時以降換価に至るまでの間、抵当不動産について実現されるべき交換価値を恒常的・継続的に支配することができる点に、抵当権の物権としての意義が存するものとみられる。したがって、抵当権設定時以降換価に至るまでの間においても、抵当不動産の交換価値を減少させたり、交換価値の実現を困難にさせたりするような第三者の行為ないし事実状態は、これを抵当権に対する侵害ととらえるべきであり、かかる侵害を阻止し、あるいは除去する法的手段が抵当権者に用意されていなければならぬ」と述べている。なお、この叙述は、担保価値維持請求権から物権的請求権に至るまで、全ての法的救済を概観した総論であり、しばしば批判されているような、物権的請求権ないし代位請求の行使をも設定時から認める趣旨はここからは読み取れない。

- (15) 栗田隆「短期貸借解除の判決の効果」関法三三卷三・四・五号（一九八二年）三三八頁、山野目章夫「判批」判タ七一三号（一九九〇年）四五頁、片山直也「フランスにおける許害的短期貸借排除の法理——民法三九五条但書の解釈に向けて」法学研究六四卷一二号（一九九一年）二七五頁以下、同「判批」ジュリ九八九号（一九九一年）一〇一頁。正論である。
- (16) 民法三九五条但書により解除された賃借人に対し、物件所有者からの明渡請求を認めたものとして、最判平成六年三月二十五日判時一五〇一号一〇七頁。

- (17) 前注(8)参照。民法三九五条但書の「損害」は、本来、平成三年判決が指摘するとおり、占有自体ではなく、対抗力による減価を指す。その場合、「解除」の効果は、対抗力の剝奪でなければ説明がつかない（前注(15)参照）。

- (18) 大判昭和六年七月二〇日民集一〇卷五二四頁。但し、「実質的にはあたかも……抵当権者に対抗することができるのと同じ状態をもたらす、農地の長期貸借に対して、民法三九五条但書を準用した例はある（最判昭和六三年二月一六日民集四二卷二号九三頁）。

抵当物件の使用収益について

- (19) 栗田・前注(15)三三八頁。この不均衡は、抵当権者が占有者に対し、所有者の妨害排除請求権を代位行使する場合に顕在化する。長期賃貸借に基づく占有者の場合、所有権侵害状態が発生していないため、代位行使すべき妨害排除請求権が成立しないことになる(梶山・前注(5)七七頁)。
- (20) 最判平成八年九月一三日民集五〇巻八号二三四頁。
- (21) 東京地判平成二二年一月一四日金判九六五号三三三頁。
- (22) この問題に正面から取り組んだ論稿として、我妻栄・福島正夫「抵当権判例法」(一九三五年)『民法研究Ⅳ2』(一九六七年)所収二〇二頁以下。小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(一)(二)」西南学院大学法学論集一四巻一号一頁、同二号四一頁(一九八一年)がある。平成一一年大法廷判決以後、議論が活発になされるようになったが、これらの論稿のように、抵当物件の毀滅・減価に対する不作為請求権から、無効登記に対する登記抹消請求権、抵当物件への強制執行に対する異議権まで視野に入れた検討はなされていない。
- (23) 我妻『新訂担保物権法』(一九六八年)三八三頁。抵当権の不可分性による。これに対し、損害賠償請求権の行使にあたっては、債権の満足が受けられないなど、具体的な損害が発生していなければならない(我妻・同三八六頁)。
- (24) 代位請求の認容にあたり、法廷意見は、単に「保全の必要性のあるときは……所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる」とし、補足意見もまた「所有者が適切な措置を執らない場合には、この請求権の存続、実現が困難となるような事態を生じさせることとなる」と述べるのみで、具体的事実のどこに「保全の必要性」を見出したかについての説明はない。それ故、同判決文からは、侵害是正請求権の行使が可能である時期(設定時から実行時まで)および要件(「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済権の行使が困難となるような状態」の発生)と、代位請求が可能となる時期、要件とを区別して読み取ることができない。
- (25) 競売申立てを要するとする見解として、松岡・前注(12)NBL六八二号四〇頁、前注(7)三一頁以下、高橋「抵当不動産の長期賃貸借に基づく占有者に対する抵当権者の妨害排除請求」金法一六一六号三九頁。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」ジュリー一一七四号三〇頁(二〇〇〇年)も、民法三九五条但書による解除請求権の行

使時期との均衡を説く。これに対し、弁済期到来前の請求を認める見解もある（福永有利「平成十一年大法院判決から派生する手続問題」銀法五七二号三二頁（二〇〇〇年））。

(26) 前者が「交換価値支配」そのものの侵害、「抵当不動産の価値を不可逆的、絶対的に損なう」（八木・前注(3)二八六頁）ものであるのに対し、後者は「交換価値支配」の実現、「換価権」及び「優先弁済請求権」の行使に対する妨害であり、「占有を排除すれば原状回復が比較的容易である」（松岡・前注(7)三二頁）点で差異がある。なお、換価権侵害という考え方をつきつめると、売却に支障をきたす限り、配当可能性又は配当額における損失がなくても「抵当権侵害」と観念される可能性がある（例えば、伊藤進「判批」判評四九六号八頁。松岡・前注(12)NBL六八二号三八頁以下は、「侵害」の判断に際し、必ずしも被担保債権額を基準とすべきでないとする）が、わが国の抵当権が交換価値支配を通じた債権担保を目的としていることを考えると、疑問である。

(27) 東京地判平成十二年一月一日日金判九六五号三三頁（前注(21)）は、長期賃借人に対し民法三九五条但書による解除請求の認容を条件として、抵当権に基づく妨害排除請求権を行使した事案である。もともと、最近は、特に執行手続において、詐欺又は濫用目的の短期賃貸借を民法三九五条の保護から外し、場合によっては効力自体を否定する傾向にある（梶山・前注(8)一四六頁）。東京高判平成十二年一月三日日金判一一〇号三頁は、同じく長期賃借人及び転借人に対し、解除を経ずになされた明渡請求を認容している。平成十一年大法院判決のような無権原占有者とは異なり、「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」、妨害排除請求権の対象となり得るとする。

(28) 売却のための保全処分が活用された経緯については、梶山・前注(8)一四一頁以下参照。

(29) 抵当権により担保されている債権であっても、債権者代位にあたっての被保全債権となりうると考えられている（奥田昌道『債権総論（増補版）』二五六頁）が、ここで論じられているようなものではない。

(30) 最高裁は、過誤配当により損失を被った抵当権者に配当手続終了後の不当利得返還請求権を認める（最判平成三年三月二二日民集四五卷三号三二二頁）一方で、差押債権者からの請求については、「特定の執行の目的物について優先弁済を受け

るべき実体的権利を有するものではない」として退けた（最判平成一〇年三月二六日民集五二卷二号五二三頁）が、妥当とは思えない（梶山「配当異議の申出をしなかった債権者による不当利得返還請求」同法二六六号一頁（一九九九年））。

(31) 最判昭和三八年八月二七日民集一七卷六号八七一頁。

(32) 梶山・前注(8)一四七頁。売却のための保全処分の基礎に実体権を見るものとして、福永有利「抵当権の効力と民事執行法五五条の保全処分」判タ七九二号八頁以下（一九九二年）、佐藤鉄男「抵当権と民事執行法上の保全処分」高木監修・民事執行保全処分研究会編『執行妨害対策の実務（新版）』（一九九七年）六八頁以下など。一八七条の二が設けられたのは、担保権実行にあっては、てき除通知から一ヶ月立たないと競売申立てができず、その間に執行妨害がなされることが多いという事情があるが、差押直前の妨害は多かれ少なかれ、強制執行手続一般に見られることであり、抵当権についてのみ特別規定を設けることができるのは、実体権の性質に差異があるからである。

四、果実の収取

(一) 抵当権者としての干渉

(1) 実体法上の手段

抵当権者が目的物件から生じる果実を支配できるのは、抵当権実行に着手した後である（三七一条一項但書）。同条一項本文は、付加一体物への拡張（民三七〇条）が果実には及ばない旨を定めているため、従来、ここでの果実は「天然果実」を指す、と考えられてきた。⁽³³⁾しかし、近時の多数説は、同規定を、実行に着手するまでは抵当物件の使用収益権が設定者にある、との原則を示したものと理解している。この見解によれば、天然果実であるか、法定果実であるかを問わず、実行前の果実には抵当権の効力が及ばない。

三七一条一項が法定果実にも適用されるとすれば、当然、同但書により、実行後の果実は、抵当権の効力に服することになる。他方、目的物件の賃貸借から生じる賃料債権については、民法三七二条（同三〇四条）が抵当権に基づく物上代位を規定している。これによると、抵当権の効力は、抵当物件本体の差押えを俟たずに、法定果実たる賃料へ及ぶ。いずれにせよ、これらの規定が存在する以上、一定時期以降は、天然果実、法定果実を問わず、抵当権の効力に服すること、すなわち、「抵当権者は目的物件の使用収益に干渉することができない」との命題が妥当しないことは明らかである。ただ、各規定において、抵当権者による果実収取がどのような根拠から正当化されるのか、抵当権の交換価値支配性や非占有担保性とは抵触しないのか、をより詳しく見ておく必要がある。

(i) 民法三七一条一項但書

民法三七一条一項但書は、フランス法における「果実の不動産化 (Immobilisation des fruits)」に由来する、と説明されることがある。⁽³⁴⁾「果実の不動産化」とは執行手続における現象であり、差押え以降の収益は、不動産と一体として評価され、その売得金とともに配当原資となることを指す。竹下守夫教授は、広範かつ詳細な比較法研究に基づき、「民法三七一条一項但書は……フランス法の果実の不動産化の制度を、そのいわば実体的側面だけを採用入れたものではないか」とし、ドイツ法に倣って強制競売と強制管理を分離するわが国の手続法との齟齬を指摘した。⁽³⁵⁾最近では、高橋眞教授が、竹下教授の研究を踏まえ、果実に効力が及ぶのは抵当権の性質ではなく、執行手続上の差押えの効力によるものである旨を主張している。⁽³⁶⁾つまり、抵当権自体は本来、目的物件の果実まで把捉することを予定していないが、差押えにより不動産とその果実が一体化する結果として、不動産に対する抵当権の効力が果実にまで及

ぶ、との理解である。

これに対し、松岡久和教授は、抵当権が把握している交換価値には、使用収益価値も含まれている、と説く。「収益物件の場合には将来の賃料債権の価値が競売価格（＝交換価値）に反映する」のであって、「そもそも使用価値を離れて抽象的に交換価値を観念することができるかどうかが問題」であるとし、従来の「目的物件の売却価格＝交換価値」という理解に疑問を呈する。⁽³⁷⁾ この考え方によれば、抵当権は設定時より使用収益価値まで把握しているため、果実が抵当権の効力に服するのは当然のことである。ただ、抵当権が物件の占有及び使用収益を設定者に委ねる権利である以上、差押えがなされるまでの、抵当権による果実支配は、潜在的なものにとどまる。抵当権実行に着手された後は、「競売手続が速やかに進行したとすれば、買受人が所有権を取得した結果、直ちに使用・収益できるようになるから、それを反映する競売代金は高くなる。その競売代金には抵当権者の優先権が本来及んでいたはずである」とする。そのうえで、松岡教授は、民法三七一条一項但書が「（競売手続開始から買受人への所有権移転までの）時間的間隔において不動産から派生する価値を設定者に取得させるのは、競売手続を遷延させることにつき設定者にインセンティブを与え、売却代金を低減させて抵当権者を害するおそれがあり妥当でない」との価値判断によって根拠づけられていることを指摘する。⁽³⁸⁾

(ii) 賃料債権への物上代位（民法三〇四、三七二条）

民法三〇四条（三七二条により抵当権に準用）は、抵当権者が目的物件の賃料債権に物上代位することができる旨を規定する。しかし、滅失や毀損とは違って抵当物件の物理的状态に変化がなく、物件本体への実行が十分に可能で

ありながら、なぜ、その法定果実たる賃料債権にまで抵当権の効力が及ぶのか。大別すると、二つの見解がある。一つは、賃料を交換価値の変形物、代償物として捉える考え方である。古くは、我妻榮博士の「交換価値のなし崩しの具体化」論、最近では、抵当権設定後の賃貸借により減価する分に限り物上代位を認める見解⁽³⁹⁾及び(i)で紹介した松岡教授の全価値把握説がこれにあたる。もう一つは、物上代位を三七一条一項但書に引き寄せ、その範囲でのみ認める見解であり、そこでは(i)で見たとおり、差押えの効力と結びつけた説明がなされている。

ただ、近時の学説は、このような理論的説明を放棄し、専ら政策的側面から根拠づける傾向にある。最高裁平成元年一〇月二七日判決(民集四三卷九号一〇七〇頁)も、物上代位を認める明文の規定が存すること、「抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによって対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることはならない」ことを指摘するのみである。

(2) 手続法上の手段

民事執行法制定に際しては、「抵当権者は目的物件の使用収益に干渉できない」との命題が障害となり、担保権実行における強制管理制度の導入が見送られた⁽⁴⁰⁾。抵当権者が強制管理手続に配当要求の形で参加することも許されない。しかし、民法三七一条一項但書による果実の扱いにつき明文の規定を欠くこと、同じく収益に対する執行である物上代位の手続では競合債権者の参加が許されないことなど、不備が指摘されている⁽⁴¹⁾。最近では、賃料債権に対する物上代位の件数増加や執行妨害対策としての物件管理制度の必要性から強制管理制度を求める声があり、法制審議会でも導入に向けて前向きに検討がなされている。

物上代位の手續に関しては、民事執行法一九三条で、債権その他の財産権に関する強制執行の手續が準用されている。債権担保及び物上代位に関する一般的規定であるから、目的物件の維持管理費用の扱いなど、収益執行の特殊性への配慮はない。また、物上代位にあたっては、「払渡又ハ引渡前二」目的債権を差し押さえなければならない（民三〇四条一項但書）が、強制管理と、物上代位のような、果実に対する担保権実行手續が競合した場合には、差押えの先後に関係なく、後者が優先する。抵当権の優先的効力による。それ故、同一物件の収益を対象とする場合には、抵当権者の物上代位により、強制管理手續が取り消されることとなる。物上代位の目的債権が差押え前に競合債権者による差押えを受け、又は第三者に譲渡されている場合であっても、最高裁は、⁽⁴²⁾ 抵当権の効力が当該債権へ及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとし、物上代位の優先を認める。

このように、抵当物件の賃料債権に対する物上代位を無制限に認めることに対しては、他の債権者との均衡上、批判的な見方が強く、現在進行中の法改正作業においても、何らかの見直しが予定されている。⁽⁴³⁾ また、将来、担保権実行において強制管理制度が導入された場合、既存の物上代位手續との関係が問題となるが、収益執行に関しては強制管理手續に一本化すべきである、との主張も見られる。

(二) 債権者としての干渉

(1) 実体法上の手段

果実は、債務者財産の一部を構成している。しかし、一般債権者は、特定の財産を把握しているわけではないから、

その財産から生じる果実を一体として把握しているかどうかを論じる余地はない。ただ、差押え後は、強制管理制度を利用して、収益から債権回収を図ることができる。

(2) 手続法上の手段

債権者は、不動産の強制競売に代えて、又はそれと併行しての強制管理を申し立てることができる（民執四二条一項）。強制管理開始決定において差押えが宣言されると、債務者は、収益の処分を禁じられ（民執九三条一項）、以後、物件の管理、収益の収取及び換価は、執行裁判所が選任した管理人により行われる（民執九五条一項）。

収取した収益及びその換価金は、固定資産税や管理人報酬その他管理に必要な費用を控除した後、債権者に配当される。配当が回帰的に実施される点に強制管理の特徴がある。強制管理に服する収益には、差押え発効後に収獲されるべき天然果実や弁済期が到来すべき法定果実のほか、すでに収獲されたが、未処分の天然果実、及び弁済期が到来したが、未だ取り立てられていない法定果実が含まれる（民執九三条二項）。但し、先述のとおり、抵当権の効力が及ぶ果実については、対象とすることができない。

なお、分離後の天然果実や賃料債権のような法定果実は、独立の財産として責任財産を構成しているから、債権者は、これらに対する強制執行を別に申し立てることができる。

(三) 整理と分析

抵当権者は、実体法上、民法三七一条一項但書により抵当権実行への着手後、法定果実たる賃料に関しては物上代

位（民法三七二条、三〇四条）を根拠として弁済期到来後、債権回収目的で果実を収取することができる。抵当権の効力が一定時期以降、果実に及ぶ根拠については、果実を交換価値の変形物として捉える見解と、使用の対価である果実と目的物件の交換価値は別物であり、抵当権自体は果実を把握するものではないが、差押えにより執行手続上収益が不動産と一体化する結果として、抵当権の効力が収益にまで及ぶ、とする見解が対立している。後者は、三七一条一項但書の理論的説明として展開されたものであるが、果実への効力拡張を差押えの効力に結び付ける以上、抵当権実行のみならず、不動産執行一般に妥当する。前者もまた、物の交換価値をどのように捉えるかという根本的な問いかけを含んでいるため、一般債権者が差押え前から抽象的に、又は差押えを通して具体的に把握する物件の交換価値にも及ぶ論理である。いずれにせよ、一般債権者が責任財産中の不動産を差し押さえ、強制管理の方法で収益から満足を受けることが可能であるのは、実体法上、債権の擱取力がその収益にまで及ぶからに他ならないが、その点までを念頭に置いた議論はなされていない。

民事執行法は、抵当権者による果実収取のための特別規定を用意していない。物上代位を根拠とする果実の収取は、他の財産権に対する担保権実行同様、権利執行手続により実現され、同様に収益執行となる強制管理手続とは、全く別個に進行する。

なお、しばしば物上代位と強制管理手続とを比べ、どちらがより適切か、一方が他方の機能を代替できるか、といった議論が散見されるが、本来は、次元の異なる問題である。物上代位は、抵当権の効力が果実へ及ぶ根拠の一つにすぎず、その実現は、現行のような権利執行手続と論理必然的に結びつくわけではない。⁽⁴⁴⁾ 抵当権の効力が三七一条

一項但書、物上代位規定のいずれを根拠として賃料債権へ及ぶか、という実体法上の議論と、抵当権の効力に服する果実から債権回収を図る場合、権利執行手続と強制管理手続のいずれが適切か、という手続に関する議論は、明確に区別されるべきである。

同様に、三七一条一項但書はフランス法における「果実の不動産化」を採り入れたものであるから、手続でもまた、フランス法流に、差押え後は債務者から収益権を奪い、物件からの収益は、不動産競売手続において売却代金とともに配当に供されるべきである、との主張も、やはり抵当権の効力が果実に及ぶ根拠に関する議論と、その実現手続に関する問題を混同している。三七一条一項但書が実体法の規定である以上、そこで扱われているのは、抵当権の効力がいつから、どのような根拠で果実に及ぶか、の問題である。これに対し、どのような手続で収益を債権者に配当するか、具体的には、フランスその他の国のように、抵当物件本体の換価と同一手続内で扱うか、わが国やドイツのように別手続とするかは、手続法の問題である。したがって、三七一条一項但書がフランス執行法に由来するとしても、果実に対する執行は、売却手続とは別の手続で行うことも論理的に可能である。

(33) 我妻・前注(23)二七五頁、柚木馨||高木多喜男『担保物権法(第三版)』(一九八二年)二六二頁。立法資料からも、三七一条の「果実」は「天然果実」であることがわかる(日本近代立法資料叢書2法典調査会民法議事速記録二卷八一九頁「梅謙次郎発言」)。

(34) 竹下守夫「競売開始後の不動産の使用・収益」『不動産執行法の研究』(一九七七年)九〇頁以下。

(35) 竹下・前注(34)九〇―九二頁。

(36) 高橋・前注(7)一六頁以下。

- (37) 松岡「物上代位権の成否と限界(1)」金法一五〇四号九頁(一九九九年)。
- (38) 引用はいずれも、松岡・前注(7)二二頁。松岡教授は、このような価値判断が三七一条一項但書と物上代位に共通して見られるとするが、賃料に対する物上代位に際し、抵当物件本体の差押えを要しない、との松岡説に立てば、競売手続の遷延のリスクを果実収取で軽減するという説明は、論理的に成り立たないように思われる。松岡教授は、賃料債権への物上代位もまた「抵当権実行」であることを度々強調するが、それは抵当権本体への実行の要件が満たされない限り、果実に対する抵当権の効力(対抗力も含めて)は潜在的なものにとどまることの説明にはなるであろうが、なぜ差押え後の果実収取を「競売手続の遷延のリスク負担」から根拠づけるのであれば、競売手続の開始が要件とならなければならないのではないか。
- (39) 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(上)」金法二二五一号一〇頁以下。
- (40) ジュリ増刊『民事執行セミナー』二〇四頁以下(一九八一年)参照。
- (41) 中野・前注(10)五〇九頁。民事執行法制定に際し、これらの点を指摘したものとして、竹下・前注(34)九〇頁以下。
- (42) 最判昭和六〇年七月一九日民集三九卷五号一三二六頁、最判平成一〇年一月三〇日民集五二卷一号一頁など。
- (43) 松岡・前注(7)七頁。
- (44) 梶山「抵当権者による収益型債権回収について」同法二五八号六一頁。

五、売却前の占有剝奪

(一) 抵当権者としての干渉

(1) 実体法上の手段

抵当権を害するような状況が発生した場合、抵当権者は、三で述べたとおり、自らの権利に基づき、又は所有者の妨害排除請求権を代位行使することによって原因を除去することができる。原因を除去した後の物件については、後

者はもちろん、前者であっても「あるべき状態」の回復である以上、引き続き物件所有者の占有下に置くのが自然である。売却後、買受人が占有を取得するまでは、所有者が物件を占有する。そこに、抵当権者が介入する余地はない。非占有担保性からの帰結である。

しかし、物件所有者が物件を占有、管理する状態では、執行妨害が繰り返される可能性が高い。そこで、学説では、妨害排除請求の効果として抵当権者自身への明渡しを認める可能性が模索された。非占有担保性との矛盾から理論づけは困難であったが、平成十一年大法廷判決は、代位行使の事案において、「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」と判示した。金銭債権の代位行使に関しては、従来、債務者が給付の受領を拒否し、又は受領しても費消してしまうおそれがある場合に、代位債権者が債務者に代わって給付を受領することが認められている⁽⁴⁶⁾。転用事例にあつては、賃借人が不法占拠者に対し所有者の妨害排除請求権を代位行使する場合に、自身への明渡しを求めることができる⁽⁴⁷⁾。本件でもまた、「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といった事情」が認められている（補足意見）。物権的請求権に関しては「自己」への明渡しを請求し得るのか、抵当不動産の所有者への明渡しを請求し得るにとどまるのかは、更に検討を要する問題である⁽⁴⁸⁾としながら、代位請求を認めるにあたり、抵当権の非占有担保性への言及はなされていない。

なお、右の場合に抵当権者が取得する占有は、「抵当不動産の所有者のために管理する目的での占有、いわゆる管理占有である」（補足意見）、と説明されている。学説は、この占有の性質を事務管理（民六九七条）⁽⁴⁸⁾又は委任（民六

四四(49)条)に基づくものと見る。したがって、管理を命じられた抵当権者による自己使用や収益活動は、権限の範囲を超える。また、あくまでも侵害是正請求権を保全するための措置であるため、不法占拠者から物件の明渡しを受けて目的を達した後、抵当権者がなお物件所有者の意思に反して占有を継続しうるかどうかについては争いがある。

(2) 手続法上の手段

執行裁判所は、抵当権者の申立てにより、売却のための保全処分として、買受人の代金納付まで物件の占有を解き、執行官に保管させるべきことを命じることができる（民執五五条二項、一八七条の二・二項）。抵当権を被保全権利とする仮処分において執行官保管命令を出すことについては、抵当権の非占有担保性との関係で否定的に解されるが、売却のための保全処分は、先述のとおり、手続上の理由から設けられた制度であるため、実体法による制約を受けない⁽⁵⁰⁾。執行官保管命令は、通常、価格減少行為に対する作為・不作為命令に違反した場合に発せられるが、例外的に、そのような命令によっては不動産の価格の著しい減少を防止することができないと認める特別の事情がある場合、作為・不作為命令を経ずに発令することが許されている。

(二) 債権者としての干渉

(1) 実体法上の手段

債権者は、責任財産の差押え・換価前に債務者からその占有を剝奪する権原を有しない。ただ、(一)(1)で述べたような債権者代位制度の転用事案において、保全の必要性から債務者に代わり、物件を管理する余地はある。

(2) 手続法上の手段

(一)(2)で述べたとおり、債権者は、売却のための保全処分として、執行官保管を申し立てることができる(民執五五条)。また、売却手続において買受けの申出がなく、不動産を占有する債務者ら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場合には、執行裁判所は、差押債権者の申立てにより、同人が一定額での買受けを申し出ることを要件として、買受人の代金納付までの間、不動産を同人又は執行官に保管させるべきことを命じることができる(民執六八条の二)。これは、平成一〇年改正において新たに設けられた制度であり、売却のための保全処分や買受人のための保全処分(民執七七条)に比べて発令要件が緩やかであり、保全処分の内容として差押債権者自らの保管を認めた点に特徴がある。差押債権者による権限逸脱には配慮がなされており、執行裁判所は、事情の変更があった場合には、申立て又は職権に基づき、保全処分を取り消し、又は物件を執行官保管へ移すことができることとされている(民執六八条の二・三項)

強制管理手続が開始すると、債務者が占有する物件については、その占有を解き、管理人が自ら占有することができる(民執九六条一項)。法改正作業では、この点に着目し、執行妨害対策として、強制管理手続の活用又は類似の管理手続の導入により、売却手続完了までの占有を執行官又は第三者の下に置くことが検討されている。⁽⁵¹⁾

(三) 整理と分析

抵当権者は、実体法上、物件の売却前に所有者からその占有を奪い、自ら又は第三者に管理させる権原を有しない。

抵当権が非占有担保である以上、少なくとも自ら、抵当権者として占有することには問題がある。平成一一年大法院判決は、抵当権者に、所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使を認め、その効果として自身への明渡しを許した。このような構成では、抵当権に基づく妨害排除請求とは異なり、抵当権者としての個性よりも債務者たる所有者の地位が前面に現れるため、非占有担保性がさほど大きな障害とはならないのかもしれない。ただ、代位構成をとる場合、抵当権者が給付の最終的受領者ではない点で、これまで代位債権者への直接給付が認められた事案とは根本的な差異があることに注意を要する。⁽⁵²⁾

手続法においては、物件所有者の占有を解き、物件を執行官その他の管理人の管理下に置くことが比較的容易に実現される。その際、実体法上の根拠は問題とされない。専ら、手続遂行の必要性から正当化されるのであろう。しかし、例えば、民事執行法六八条の二の保全処分で差押債権者による物件管理を認めるにあたっては、最低売却価額以上の額で買い受ける旨の申出を要件とし、形式上は将来の買受人の地位に基づく前倒しの占有取得としての性格を与えている。実体法上何ら権原のない（権原取得の可能性のない）者に管理を委ねるわけではない。

(45) 例えば、小杉・前注(22) (二) 一五六頁以下では、実体法上は所有者に対する返還であっても、執行の段階で、執行法上の代理占有者としての抵当権者に明け渡せばよいとする。

(46) 大判昭和一〇年三月一二日民集一四卷四八二頁など。

(47) 最判昭和二九年九月二四日民集八卷九号一六五八頁など。

(48) 道垣内・前注(25)三二頁。

(49) 八木・前注(3)二九八頁。

(50) 町田顕「不動産価値の保全と適正売却価格の確保」竹下Ⅱ鈴木編『民事執行法の基本構造』(一九八一年)三〇七頁。

(51) 松岡・前注(7)七―八頁。

(52) 梶山・前注(5)七八頁。金銭債権の場合、代位債権者は、代位により回収した金銭(の帰属する責任財産)から弁済を受ける権利を有する。不法占有者から所有者に明け渡された賃貸物件も、直ちに、所有者から賃借人たる代位債権者に引き渡されるべきものである。しかし抵当権者は、現在、抵当物件の占有権原を有しただけでなく、将来においても、自ら買受人となるのでない限り、占有権原を取得しない。

六、抵当物件における使用収益のあり方

(一) 使用収益に対する干渉の現状

以上、抵当権者による使用収益への干渉が問題となる三つの形態を取り上げ、現行法上又は判例、学説上どのような根拠から、どの程度の干渉が許されているかを整理、分析した結果、次の三点を確認することができた。

まず、価値低減原因の除去、果実の収取、占有剝奪のいずれの干渉形態においても「抵当権者は目的物件の使用収益に干渉できない」との命題が完全には否定されていないことである。右命題から何らかの結論を演繹的に導き出すことはないとしても、なお原則として尊重されている。しかし同時に、抵当権実行が申し立てられた後(場合によっては、弁済期到来後)は、もはや右命題が妥当しないことも確認された。民法三七一条一項但書がその旨を明言するほか、物権的請求権、(短期)賃貸借契約の解除請求権、賃料債権への物上代位をめぐる議論では、大抵、競売申立て後、少なくとも弁済期到来後の行使が前提とされている。もっとも、抵当物件の滅失・毀損などのように物理的状

態が変化し、交換価値が下落する場合には、弁済期が到来せず、また、抵当権実行に着手されていなくても、抵当権者による使用収益面への干渉を認めるのが、一般的な考え方である。

第二点として、その是非はともかく、抵当権者には手続法により抵当物件の使用収益に対する広範な干渉が許されていることが挙げられる。先述のとおり、平成一一年大法院判決は、「管理占有」の名の下に抵当権者が物件を所有者に代わって占有することを認めた。この点に関しては、抵当権の非占有担保性に関連して行き過ぎを指摘する声もあるが、抵当権者が実体法上の手段によらず、売却のための保全処分として執行官保管命令を申し立てれば、物件所有者からの占有剝奪は容易に実現できる。自ら買受けを申し出た場合には、抵当権者自身が物件を占有、管理することすら許される（民執六八条の二）。また、抵当権者としての地位にこだわらなければ、一債権者として強制管理を申し立てることもできる。この場合、確かに抵当権の非占有担保性とは抵触しないが、債権者が責任財産に対し、抵当権者よりも弱い権利しか有していないことを想起すれば、ここでも、やはり実体法上裏付けられない干渉が、手続法の措置という名目で許されていることに気づく⁽⁵³⁾。

第三に、使用収益に対する干渉の程度と、それが許される要件や法的地位が噛み合っていないことである。本稿で取り上げた三つの類型では、価値低減原因の除去よりも果実の収取、さらには、売却前の占有剝奪が、物件所有者の活動を制約する。また、価値低減原因の中においても、抵当物件所有者に対する侵害是正請求より、賃貸借契約の解除請求や対外的な妨害排除請求権の行使が、より強い干渉と評価できる。他方、干渉の程度が高くなるにつれ、そのための要件は厳しくなるのが普通である。競売申立て後に初めて認められる措置は、被担保債権額や配当可能性に関

係なく講じられる措置に比べ、物件の使用収益に与える影響は大きく、抵当権者としての干渉は、債権者としてのそれよりも、広範かつ強力でなければならない。しかし、実際には、侵害是正請求権と妨害排除請求権の発動要件には必ずしも差異がなく、抵当権者としては許されない妨害排除後の物件の引渡し、債権者としての地位では比較的容易に認められている。強制管理もまた、債権者として申し立てることは可能であるが、抵当権者として参加することはできない。

(二) 抵当権本質論からの帰結

冒頭で触れたとおり、私の仮説によれば、抵当権の本質は目的物件の交換価値支配にあり、その内容は設定から実行までの間に変化する⁽⁵⁴⁾。抵当権に基づく交換価値支配は、所有権に基づくそれと異なり、あくまでも債権担保を目的とするものであるから、被担保債権の弁済期到来後、被担保債権の枠内で実現される。実行申立てが可能となるまでには、抵当権の被担保債権額や順位のみならず、物件価額自体も変動する。時価五〇〇〇万円の物件に被担保債権額五〇〇〇万円で抵当権を設定したとしても、実際に五〇〇〇万円の交換価値を支配しているかどうかは、売却・配当手続を経なければわからない。物件上に抵当権を有する者が全て、自ら交換価値を行使して競売を申し立て、あるいは、他の債権者が申し立てた手続において、被担保債権額の範囲で売得金を優先的に支配する権利を有するわけではないのである。抵当権に基づく交換価値支配には必然的にこの種の不確定さが内在するが、実行が近づくにつれ、不確定な要素は少なくなり、支配力はより強力になる。これが、交換価値支配の具体化である。設定時の支配と、弁済期が

到来し、実行申立てが可能な段階での支配、配当手続で最終的に実現されるべき支配では、その具体性の程度が全く異なる。

時間的経過に伴う交換価値支配の具体化は、物件における使用収益のあり方にも影響を及ぼす。(一)で確認したとおり、一般には、「抵当権者は、目的物件の使用収益に干渉できない」との命題がなお妥当している。しかし、弁済期到来ないし実行申立て後の抵当権者は、現行法上、物件の使用収益面に様々な形で関わる事が許されている。例えば、抵当権者が、物件所有者と第三者との間で締結された賃貸借契約の効力を否定する権利を有し（民三九五条但書）、または、同契約に基づく賃料債権から抵当権者として満足を受ける（民三七一、三七二条）ことは、物件所有者の使用収益活動を大きく制約する。また、判例は、抵当物件上に生じた障害につき、所有者を差し置いて抵当権者が自ら排除し、場合によっては物件を自らの管理下へ置くことすら認める。これらは、相互に関連づけて論じられることは少ないが、仮に交換価値支配の具体化、強化により裏付けられる現象であるとすれば、使用収益への干渉の程度に応じて、それぞれの要件や時期が決まってくるはずである。以下、このような観点から、本稿で扱った諸類型につき私見を述べておきたい。

(1) 価値低減原因の除去

抵当権も物権である以上、物権的請求権を行使し、価値低減原因を自ら除去できることは疑いがない。ただ、物件の占有及び管理は専ら物件所有者に委ねられているのであり、所有者を差し置いて、抵当権者が事あるたびに物件の管理に直接干渉するのは望ましくなく、所有者が誠実に対応する意思を有している限りはその必要もない。滅失・毀

損のおそれがあるなど、目的物件の物理的状态が変化し、抵当権の存続自体を脅かす場合は別としても、売却に際しての障害は、売却の直前に、しかも抵当権者の利益が実際に害される限りでのみ除去すれば足りる。

抵当権は、債権担保のために物件の交換価値を支配する。それ故、弁済期が到来し、いつでも競売により交換価値を具体化しうる段階に至ったときに初めて、抵当権者は、抵当物件が自ら設定時に把握した交換価値をほぼそのままの形で実現できるよう、物権的請求権又は民法三九五条但書による解除請求権を行使し、自ら価値低減原因を除去することができるといえる。その際、物件価額の下落により、被担保債権の満足が受けられなくなる、もしくは配当額が減少することが必要である。それまでは、抵当物件所有者に対し侵害是正請求権を行使することにより、間接的に物件の状態をコントロールできるにすぎない。物件所有者が適切な処置をとらない場合には、債権者代位制度の趣旨に鑑み、抵当権者自らが所有者に代わって価値低減原因を除去し、物件を管理することは可能である。ただ、それほどの「保全の必要性」が認められるには、単に弁済期が到来するのみならず、競売申立てがなされて売却が目前に迫った段階でなければならぬであろうから、売却のための保全処分発令時期・要件とほぼ重なることになる。

(2) 果実の収取

松岡教授が指摘するとおり、物の交換価値は、本来、使用収益価値と密接に結びついている。賃貸マンションなどの収益物件では、どれだけの賃料収入が見込めるかがそのまま価格に反映する。融資時の担保評価においても、物件の収益力が考慮されているはずである。また、抵当権が使用収益権能を所有者へ留保し、交換価値のみを支配するとしても、実行により交換価値が実現される段階に至れば、所有者は使用収益権能を含め、所有権そのものを奪われる

のであるから、物の交換価値を語る際に、使用収益価値を全く切り離すことは不可能である。ただ、いずれにせよ、それは、実行という形で交換価値が実現される段階の問題であり、それ以前には、所有者に留保された使用収益権能が、抵当権者の支配により脅かされることはあり得ない。抵当権に基づく交換価値支配は、三七一一条一項但書を根拠とし、差押えを期に物件の使用収益価値、厳密に言えば、交換価値と一体となる限りで使用収益価値にまで及ぶ⁽⁵⁵⁾。これは、実体法の問題である。

さて、抵当物件の交換価値を実現するための手段としては、売却による換価がある。抵当権に内在する換価権を發動させることにより、抵当権者は、目的物件を売却し、その換価金を物権の順位に従って優先的に支配し、被担保債権の弁済へ充てる権利を有する。ここでは、物件の使用収益価値は、先述のとおり、一時的な売却価格に反映される。他方、物件を活用し、使用価値の対価を継続的に享受することもできる。これもまた、物件が有する価値の現れと言える。

このように、ある物件の交換価値を把握するとき、その実現方法として売却、収益の双方が機能することは、一般債権者の場合と対比することで、より鮮明に理解できるであろう。一般債権者は、抵当権者とは異なり、成立時から特定財産の交換価値を支配しているわけではなく、債務者財産全体の交換価値を極めて緩やかに把握しているにすぎない。しかし、債務者が不履行に陥ると、債権者は、責任財産中の特定財産を差し押さえ、その交換価値から債権の満足を受けることができる。抽象的かつ包括的であった支配は、ここに至って急速に具体化するが、その際、把握した交換価値を実現する方法としては、二種類あることが知られている。一つは、差押物を売却により換価すること、

今一つは、それを利用して収益を上げることである。わが国の執行法上、前者は強制競売手続、後者は強制管理手続において扱われるが、立法論としては、フランス法のように、両者を同一手続で処理することができる。

なお、収益に対する執行としては、右に述べたような、物件を差し押さえてその果実を収取する方法のほか、収益債権自体を差し押さえる方法がある。抵当権者もまた、一般債権者と同様に、責任財産中の収益債権を独立の財産として差し押さえることができるが、抵当権者の地位に基づき、収益からの優先的な配当を望むのであれば、抵当物件との関係づけが必要となる。具体的には、収益債権の差押えが一般債権者のそれとは異なり、抵当権の拡張的効力に基づいていることを示さなければならない。したがって、三七一条一項但書を根拠とした果実の収取であっても、現行の物上代位手続と同じく、個別の債権又は動産執行手続により実現することが可能であるが、その場合には、抵当物件本体の差押えが求められる。

(3) 売却前の占有剝奪

(1)(2)で述べたとおり、弁済期到来以降、とりわけ、競売申立て後、物件所有者の使用収益権は、著しく制約される。「抵当権者は、目的物件の使用収益に干渉することができない」のが弁済期到来までの原則であるとすれば、競売申立て後は、原則と例外が逆転したかのような状態である。もっとも、民事執行法では、交換価値の実現方法として売却の方法（強制競売）がとられるか、収益の方法（強制管理）によるかにより制約の大きさが異なる。しかし、いずれの方法が選択されたとしても、実体法上の権利状態には本来、関係のないことである。強制競売であれ、収益執行の方法であれ、物件本体への実行に着手された後は、物件所有者は、もはや自らの利益において物件を占有し、使用

又は収益する権利を有さず、ただ、売却手続が完了するまでの間、債権者のため、物件を管理しているにすぎない。したがって、手続遂行上必要性がある場合には、その占有を解き、物件を適切な管理者の占有下に置くことができる。実体法上も、抵当権者が、債務者に代わり、管理人として、売却手続の完了まで物件を維持、管理することが許されるであろう。強制競売手続においては、差押え発効後もなお債務者に占有がとどめられ、使用収益が許されるが、これは、むしろ、債務者に過剰な負担を強いなかったための例外的な措置として理解されるべきである。⁽⁵⁶⁾

(53) 私は、手続法には手続法独自の規律があることを決して否定しない。例えば、売却のための保全処分が真に手続法的要請のみによって正当化されるものであるならば、実体的裏付けのない（実体法上不可能な）内容の命令も、職権に基づいて発することができようであろう。しかし、民事執行が最終的には債権の擱取権や担保権の換価権により根拠づけられるものである以上、擱取権や換価権の及ばない財物やそこからの収益を積極的に執行の対象とするはずはない。債権者が強制管理を申し立て、収益から債権回収を図ることができるのは、実体法上責任財産からの収益までを擱取しているからに他ならない。

(54) 梶山・前注(7)三頁以下。

(55) 梶山・前注(43)一〇〇頁。

(56) 法制審議会では、民事執行法四六条二項の見直しも議論されたが、正常な占有者を締め出す危険がある、との意見で一致したようである。

七、おわりに

従来の議論は、抵当権が設定から実行に至るまで質的に変化しないことを前提としていた。その結果、「抵当権者は目的物件の使用収益に干渉できない」との命題が何時でも妥当するかの錯覚を生ぜしめ、逆に、右命題さえ否定す

れば、いつ、どのような干渉であっても可能である、との誤解を与えた。とりわけ、平成一一年大法院判決以後は、あたかもタガが外れたかのように、抵当権者による干渉もやむなし、との積極的意見が目立つ。

しかし、抵当権による物的支配の強度は、決して一様ではない。抵当権を設定した時点において、実際に実行まで至るかどうかは不明である。順位の昇進や物件の値上がりへの期待から、被担保債権総額が物件価額をはるかに超えることも珍しくない。これに対し、履行期が徒過し、競売申立てが目前に迫った段階では、現在の物件価額から配当可能性があるか否かが一目瞭然である。このように、設定時、抽象的であった交換価値支配は、弁済期到来、競売開始決定（差押え）を経て具体化されていく。あたかも、一般債権者が差押えを通して、責任財産の擱取を具体化することく、被担保債権額の範囲内で、特定の物件に対する支配を強める。当然、それに伴って、抵当権侵害の内容、抵当権者に許される防御手段も違ってくるであろうし、使用収益への関わり方も変化するはずである。

右のような認識の下に、本稿では、「抵当権の本質上、抵当権設定から実行までの使用収益はどのようなにあるべきか」を考察してきた。交換価値支配が具体化した段階では、抵当権者による使用収益への干渉も、かなり広い範囲で認められる。しかし、その段階に至るまでは、物件所有者の下で行われる抵当物件の使用収益に、抵当権者が干渉すべきではない。近々、「担保・執行法制の見直しに関する中間試案」が発表されるときが、とかく実務的要請から進められがちな作業に対し、本稿が、理論的な観点からの「タガ」を提示することができたならば、幸いである。

二〇〇二年三月二二日 在外研究先のフライブルクにて脱稿

一九八六年、労働法に関心があった私は、安枝先生の法学演習を受講しました。男女雇用機会均等法が施行された年でした。皮肉にも、そこで学んだ基礎理論に惹かれ、翌年からは民法を専攻することとなりましたが、「法解釈は特定のイデオロギーにとらわれず、まずは中立的な立場から行わなければならない」との教えは、現在、私の信条ともなっています。本稿でも、執行妨害対策の必要性は認識しつつ、敢えて理論的な考察に徹するよう努めました。心よりご冥福をお祈り申し上げます。

本稿執筆にあたり、京都大学の松岡久和教授、名古屋大学の本間靖規教授より貴重かつ有益な情報の提供をいただきました。その他、邦文文献の収集につき、多くの人の手を煩わせました。深く感謝申し上げます。

なお、本稿脱稿直後、「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」が公表されました。これに対する私見は、『中間試案』における手続法上の問題」法時七四卷八号五九頁(二〇〇二年)をご参照下さい。