

## 判例研究

抵当不動産の所有者から占有権限の設定を受けた占有者に対する抵当権者の  
抵当権に基づく妨害排除請求

——最一小判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁——

上北正人

## 〈事実の概要〉

① 平成元年九月五日、X（原告・控訴人・被上告人）は、コスモス社（以下、「A社」という。）との間で、A社所有の土地上に地下一階付九階建ホテル（以下「本件建物」という。）を請負代金一七億九〇一四万円で建築する旨の請負契約を締結した。

② 平成三年四月三〇日、Xが本件建物を建築して完成させたものの、A社が請負代金の大部分を支払わなかったため、その引渡しを留保した。

③ 平成四年四月ころ、A社は、Xとの間で、請負残代金が一七億二九〇六万円余であることを確認し、これを同年五月から八月まで毎月末日限り五〇〇万円ずつ支払い、同年九月末日に残りの金額を支払うこと、Xの請負残

代金債権を担保するため、本件建物及びその敷地につき、いずれもXを権利者として、抵当権（以下「本件抵当権」という。）及び、本件抵当権の実行としての競売の申立て等を停止条件とする停止条件付賃借権（以下「本件停止条件付賃借権」という。）を設定すること、本件建物を他に賃貸する場合にはXの承諾を得ることを合意した（以下「本件合意」という。）。

④ 平成四年五月八日、A社は、本件合意に基づき、本件抵当権設定登記と本件停止条件付賃借権設定仮登記を行った。そこで、Xは、A社に対し、本件建物を引き渡した。

⑤ A社は、本件合意に違反し、上記分割金の弁済を一切行わない。

⑥ 平成四年十二月一日、Xの承諾を得ずに、ナポレオン商事（以下、「B社」という。）に対し、賃料月額五〇〇万円、期間五年、敷金五〇〇〇万円の約定で本件建物を賃貸して引き渡した（以下、この賃貸借契約を「本件賃貸借契約」という。）。

⑦ 平成五年三月、A社とB社との間で、敷金を一億円に増額し、平成五年五月一日、賃料を月額一〇〇万円に減額するとの合意をなした。

⑧ 平成五年四月一日、B社は、Xの承諾を得ずに、Y（被告・被控訴人・上告人）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本件建物を転貸して引き渡した（以下、この転貸借契約を「本件転貸借契約」という。）。

なお、YとB社の代表取締役は同一人である。また、A社の代表取締役は、平成六年から平成八年にかけて上告人の取締役の地位にあった者である。さらに、A社は、平成八年八月六日に銀行取引停止処分を受けて事実上倒産した。

また、Xは平成一〇年七月六日に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立てた。その際、本件建物の最低売却価額は、平成一二年二月二三日に六億四〇三九万円であったものが、同年一〇月一六日には四億八〇二九万円に引き下げられたものの、本件建物及びその敷地の売却の見込みは立っていない。このような状況の下で、A社の代表取締役は、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換えに放棄するように要求した。

そこで、Xは本件停止条件付賃借権の本登記手続きと当該賃借権の侵害を理由として、Yに対して賃借権に基づく本件建物の明渡し、及び、賃借権の侵害を理由として不法行為に基づく賃料相当額の損害賠償請求を求めて訴えを提起した。

第一審判決（東京地八王子支部判平成一一年五月二六日判例集未登載…請求棄却）は「抵当権と併用された停止条件つき賃貸借契約とその仮登記は、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、単に賃借権の仮登記という外形を具備することにより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にすぎないというべきであるから、賃借権としての実体を有するものでないと解される。そうすると、本件賃借権は、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されているから、もはやその必要さえなくなったものといえるから、本件仮登記を本登記とすることはできず、また、本件賃借権に基づき本件建物の明渡し、および本件賃貸借権の侵害に基づき賃料相当金の支払いも求めることはできない。」として、いずれの請求も棄却した。X控訴。

そこでXは、控訴審において、第一審で請求が棄却されたことを受け、抵当権に基づく妨害排除請求として、本件

建物の明渡し、および、抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく賃料相当額の損害賠償請求を選択的に追加した。

これに対し、控訴審判決（東京高判平成一三年一月三〇日…一部認容）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、買受けた後の占有者など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額に対する評価を不当に低下させ、その結果適正な価額よりも売却価額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によって、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（転貸借）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な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。」として、建物の明渡し請求を認容した。さらに、「本件建物の賃料相当額は、前記の事実関係からみて、少なくとも一ヶ月五〇〇万円を下回らないものと認めるのが相当である。そうすると、抵当権の侵害（賃貸借及び転貸借としての占有移転）が始まった後である平成一〇年七月六日から侵害が終了する（本件建物の控訴人への明渡し完了）まで、被控訴人らに対して各自

上記金額の損害金の支払を求める控訴人の請求も、認容すべきである。ただ、被控訴人オーセンティックは、平成一三年一月まで一ヶ月七五万円宛控訴人に送金し控訴人はこれを受領しているものと認められるから、その間の認容すべき額は、一ヶ月四二五万円とすべきものである。

そして、賃借権に基づく明渡し請求と損害金の請求は、抵当権に基づくそれらの請求と選択的併合の関係があり、抵当権に基づく請求を認容するのであるから、これらの請求の当否は判断の対象とならない。」とした。Yから上告。

#### 【上告理由】

抵当権に基づく明渡し請求は管理のためのものでありながら、原審は賃料相当損害金の賠償を認めているが、これには理由が無い（民訴法三一二条二項六号）。

#### 【上告受理申立て理由】

最高裁平成一一年一月二四日判決は、不法占有の場合に抵当権に基づく妨害排除請求を認めたものにすぎず、正当な賃借権を有する場合には妥当しないはずである。

#### 〈判旨〉

① Xの抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく賃料相当額の支払い請求につき原判決を破棄し、請求棄却。また、賃借権侵害による不法行為に基づく賃料相当の損害賠償請求につき、控訴棄却。

② Yの抵当権に基づく妨害排除請求に関する上告を棄却。

○所有者から占有権原の設定を受けたものに対する妨害排除請求

「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（最高裁判平成八年（オ）第一六九七号同一一年一月二四日大法廷判決・民集五三巻八号一八九九頁）。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ものというべきである。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。」

○管理のための抵当権者への明渡請求

「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、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ものというべきである。」とした上で、「本件抵当権設定登記後に締結された本件賃貸借契約、本件転貸借契約のいずれについても、本件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ものというべきであり、しかも、上告人の占有により本件建物及びその敷地の交換価値の実現が妨げられ、被上告



人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いうことが出来る。また、上記のとおり、本件建物の所有者であるA社は、本件合意に違反して、本件建物に長期の賃借権を設定したものであるし、A社の代表取締役は、上告人の関係者であるから、A社が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」から「被上告人は、上告人に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、直接自己への本件建物の明渡しを求めることができるものというべきである。」

○抵当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

「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。」

〈検討〉

一 はじめに

本判決は、抵当権設定者から占有権限の設定を受けて抵当目的物を占有する者に対し、一定の要件のもと、抵当権に基づく妨害排除請求をなしうることを認めた初めての最高裁判決であり、かつ、最大判平成二十一年一月二十四日

(以下、「平成一一年判決」という。)の残したいくつかの問題に対して回答するものである。

周知のとおり、先の平成一一年判決において、最高裁判所は、最判平成三年三月二二日判決(以下、「平成三年判決」という。)を変更し、抵当目的物の不法占有者に対する代位請求による抵当権者の妨害排除請求権を認めるとともに、傍論ながら、抵当権に基づく直接の妨害排除請求権を認めた。当時、この平成一一年判決に対しては、バブル経済崩壊後の不良債権処理をめぐって、濫用的短期貸借を典型とした執行妨害に対する新たな手立てを最高裁が認めたものとして、学会ないし金融実務会に肯定的に受け入れられる一方、他方においては、平成一一年判決により、多くの解釈論上の問題が生じたと評価されている。<sup>(1)</sup>

そこで、以下においては、まず、これまでの裁判例をふり返り(二)、平成一一年判決がどのような問題を提起したのかを分析するとともに、平成一一年判決がなされた当時、代位による、あるいは、直接の抵当権に基づく妨害排除請求に関して学説がどのような議論を展開したのかを紹介し、さらに、それらの問題に対し、本判決がどのような回答したのかを明らかにする(三)とともに、さらにどのような問題を提起しているのかにつき考察する(四)。最後に、本判決の射程を検討し、今後に残された問題を提示しておくことにする(五)。

なお、本判決が「抵当権に基づく妨害排除請求」に関するものであることから、妨害排除の代位行使については必要が認められる限りにおいてのみ言及するにとどめる。

## 二 これまでの裁判例

長期貸借に対して抵当権に基づく妨害排除請求権を根拠として、抵当目的物における妨害の除去および明渡しが争われた例は、本件原審判決の他、わずかに東京地判平成一二年一月一四日に見受けられるに過ぎない。この東京



地判平成一二年一月一四日は、土地の根抵当権者である原告が、抵当目的物の所有者と被告との間で締結された長期賃貸借の解除を請求するとともに、<sup>(2)</sup> 解除判決の確定を条件として、抵当権に基づいて妨害排除を求めた事案であり、裁判所はこれを認める判断を示した。<sup>(2)</sup> これらの裁判例に対しては、学説においても当初より上述の平成一一年判決との関係、とくに平成一一年判決の射程の理解にたいして強い関心が向けられていた。<sup>(3)</sup> そこで、以下においては、平成一一年判決及び、平成一一年判決が変更した平成三年判決について詳しく紹介しておくこととする。

1 最一小判平成三年三月二二日民集四五卷三号二八六頁

【事案】

AはBに対する金銭債務の支払いを担保するため、自己の所有する不動産に抵当権を設定した。その後、当該不動産は、C、D、被告Yと賃貸および転貸がなされ、現在、Yが占有している。他方、原告XはAのBに対する債務の連帯保証人として、Bの債務を支払い、当該抵当権を取得した。本件不動産の競売において（短期）賃貸借が存在することにより、抵当権の評価額が低下し、Xの抵当権を侵害していることから、XはCに対し旧三九五条但書に基づき、短期賃貸借の解除を求めるとともに、その解除を命ずる判決の確定を条件に、抵当権に基づく妨害排除請求を行った。

【判旨】

「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押不動産を占有している場合においても、抵押権者は、抵押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、第三者が抵押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、抵押権が侵害されるわけではない。

いわゆる短期賃貸借が抵押権者に損害を及ぼすものとして民法三九五条ただし書の規定により解除された場合も、右と同様に解すべきものであって、抵押権者は、短期賃貸借ないしこれを基礎とする転貸借に基づき抵押不動産を占有する賃借人ないし転借人（以下「賃借人等」という。）に対し、当該不動産の明渡しを求め得るものではないと解するのが相当である。ただし、民法三九五条ただし書による短期賃貸借の解除は、その短期賃貸借の内容（賃料の額又は前払の有無、敷金又は保証金の有無、その額等）により、これを抵押権者に対抗し得るものとすれば、抵押権者に損害を及ぼすこととなる場合に認められるのであって、短期賃貸借に基づく抵押不動産の占有それ自体が抵押不動産の担保価値を減少させ、抵押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（もし、そうだとすれば、そもそも短期賃貸借すべてが解除し得るものとなり、短期賃貸借の制度そのものを否定することとなる。）、短期賃貸借の解除の効力は、解除判決によって、以後、賃借人等の抵押不動産の占有権原を抵押権者に対する関係のみならず、設定者に対する関係においても消滅させるものであるが、同条ただし書の趣旨は、右にとどまり、更に進んで、抵押不動産の占有関係について干渉する権原を有しない抵押権者に対し、賃借人等の占有を排除し得る権原を付与するものではないからである。」

2 最大判平成一一年一一月二四日民集五三卷八号一八九九頁

【事案】

債権者たる原告Xは債務者Aとの間で、債務者をA、極度額を三五〇〇万円、被担保債権の範囲を金銭消費貸借等を内容とする根抵当権の設定契約をなし、XはAに対し、二八〇〇万円を貸し付けた。その後、Yが抵当物件を権限なく占有していた。さらにその後、Aが弁済をなさなかったため、原告が根抵当権の実行としての競売を申立て、裁判所が競売開始の決定をなしたものの、Yが占有していることにより、買受希望者が買受の申し出を躊躇し、競売手続が進行しなくなった。そこで、原告は右占有が不動産競売手続の進行を阻害し、そのために債権の満足を受けることができないとして、Yに対し、債権保全の必要から、AのYに対する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して、不動産の明渡しを求めた。

### 【判旨】

「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、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。

しかしながら、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。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が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うべきである。」

（奥田裁判官補足意見）

「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、第三者の行為等が抵当不動産の交換価値を減少させ、又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。けだし、すべての抵当権者に同等の救済を認めることは適当ではなく、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からである。」

① 抵当権に基づく妨害排除請求権について

「本件におけるように、第三者が抵当不動産を何らの正当な権原なく占有することにより、競売手続の進行が害され、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生じているときは、右不法占有者に対し、抵当権者は、抵当権に基づき、妨害の排除、すなわち、不動産の明渡しを請求することができるといわなければならない。もちろん、この場合に、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。」

② 抵当権者による所有者の妨害排除請求権の代位行使について

「ところで、代位権行使の効果として抵当権者は抵当不動産の占有者に対して直接自己への明渡しを請求することができる点については、抵当権者は抵当不動産の所有者の妨害排除請求権（明渡請求権）を同人に代わって行使するにすぎないこと、抵当不動産の所有者の明渡請求権の内容は同人自身への明渡しであることからすれば、抵当権者による代位行使の場合も同じであると考えるべきもののようにもみえるが、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あるときは、抵当権者は、抵当不動産の所有者に代わって受領するという意味において、直接自己への明渡しを請求することができる。そして、本件のような事実関係がある場合は、原則として、抵当権者は、直接自己に抵当不動産を明け渡すよう求めることができるものというべきである。そ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といえる。」

### 三 平成一一年判決によってもたらされた問題と本判決による規律

#### 1 抵当権に基づく妨害排除請求の要件

平成一一年判決においては、抵当権は物の交換価値のみを把握する非占有担保である以上、抵当目的物の占有には干渉し得ないとするこれまでの理解を変更し、①不法占有と、それによる②交換価値実現の妨害、および③優先弁済請求権行使の困難という三つの要件が認められれば、<sup>(4)</sup> 抵当権侵害であると評価され、代位による、あるいは、抵当権に基づく妨害排除請求が認められるものとされた。

こうした要件論については、とくに「不法占有」における「不法」の意義をどのように理解すべきかにつき議論となった。平成一一年判決の事案が、権原のない第三者による占有の排除に関するものであったことから、この「不法」



が無権限占有をさすことについては是認せられると考えられるが、<sup>(5)</sup>逆に占有権原を有している場合であっても、抵当権者との関係において「不法」と評価される場合があるのか、とくに本判決との関係で言えば、抵当権者に対抗し得ない長期賃貸借の場合をもここに言う「不法占有」の一場面として考えられうるかについては問題となり得たのである。

この問題については、「不法占有」<sup>(6)</sup>か否かを問題とせず、交換価値の実現の妨害と優先弁済請求権行使の困難こそが要件であると解する立場や、交換価値の実現の妨害と優先弁済請求権行使の困難が第三者による抵当不動産の占有によって生じている場合には、当該占有を「不法占有」と捉えるべきであるとする立場<sup>(7)</sup>、さらには、占有権原が無効である場合には、無権限占有と同視しえ、権原に基づく占有のうちには、その動機、態様等が悪質であるなどの事情により、占有権原の設定行為の効力が否定される場合があるとする立場<sup>(8)</sup>などが見られた。

こうした状況の中、本判決は五年の長期賃貸借の事例につき、「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」との判断を示した。

このように、本判決においては「不法占有」の要件があげられず、かえって、「競売手続を妨害する目的」という主観的要件が追加されており、この説示については、いくつかの評価が示されている。この主観的要件を抵当不動産に対する所有者の使用収益権と価値実現妨害的占有を排除する抵当権者の権利との調整を意識したものであると肯定的に評価するものや、<sup>(9)</sup>あるいは、主観的要素、あるいは侵害行為の態様によって妨害除去請求の可否を判断したことを前提に、物権的請求権との整合性を論じるべきであるとするもの、<sup>(10)</sup>さらには、「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」という要件は、平成一一年判決と同様であるから、「競売妨害目的の占有権限設定がこの類型について追加された要件である」と分析した上で、しかしながら、たしかに本件における長期賃貸借が強度に妨害目的であり無効と評価し得るとはいえ、かりに有効であったとしても抵当権者に対抗し得ない以上、対抗減価は生じず、抵当権侵害はもっぱら換価権や優先弁済権の実現妨害から生じるものである以上、交換価値の実現の妨害と優先弁済請求権行使の困難の要件で十分であり、民事執行法上の保全処分と平行に、主観的目的性を含み抵当権者の側で立証が容易でない執行妨害目的の要件は不要であるとの評価もある<sup>(11)</sup>。

ところで、これまで詐欺的短期賃貸借の取扱いにおいて、旧三九五条の但書で短期賃貸借の解除ができるか否かの判断基準としては、平成八年判決が「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に言う<sup>(12)</sup>」としてきた。この立場は、いわゆる「当然損害説」とよばれ、平成八年判決は従来の判例の立場を踏襲したものと理解されている<sup>(13)</sup>。しかし、この立場に対しては、解除されるべき賃貸借か否かは、当該賃貸借契約が不合理な内容であるか否か（「不合理性説」、あるいは、詐欺的であるか否か（「詐欺性説」）によって判断されるべきであるとする論者から批判を浴びるところであった。つまり、一律にこの基準を適用したのでは、契約内容が通常であり、真正な賃貸借契約までもが解除される虞があるというのである。

しかしながら、この点、調査官解説によれば、平成八年判決が「原則として」と前置きしている点について、「いわゆる収益型物件を目的建物とし、賃借人も一般市民・一般企業であり、抵当不動産の使用を真の目的とする正常な賃貸借契約であって、当該賃借人による使用が物件の最有効利用に近く、買受人等との間での占有をめぐるトラブル

が想定しがたいというような事情があれば、競売価格の下落幅がわずかで、抵当権者の損害も微妙であるといえるであろうから、例外的に解除請求を棄却する余地もあると考えられ」とし、平成八年判決が、例外がありうることを予定しているとの見解を示している<sup>(14)</sup>。また、どのような場合が例外に属するかについては、残された問題であるとして<sup>(15)</sup>、また、すでに平成三年判決において、契約内容の不合理性が短期賃貸借を解除するための要件となりうる余地があることを認めていたとも読めることから、最高裁においては、短期賃貸借解除のための要件としてではあるが、賃貸借契約の内容をも考慮すべきであることについては、すでに一定の配慮がなされていたことが伺えるのである。

翻って本判決をみてみると、本判決が妨害排除のための要件として「競売手続を妨害する目的」という主観的要件を付加していることの意義はどこにあるのであろうか。とくに、平成一五年の担保法の改正により短期賃貸借および短期賃貸借解除の制度が廃止されたことにより、主観的要件に何らかの積極的な機能を見出すことは出来ないであろうか。この問題については、平成一五年年改正により抵当権はいかなる占有権限に対しても対抗しうるようになったため（猶予期間は認められているが）、正常な短期賃貸借の賃借人が、これまでの詐害的短期賃貸借における賃借人と同列におかれることとなった。たしかに、これまでも判例理論においては、両者の間において明確な法的な取り扱いの差異を認めてこなかった。しかし、先にも述べた通り、最高裁が正常な短期賃貸借における賃借人を保護する姿勢を示していたことが伺えることを前提とすると、抵当権設定者の使用収益権の保護と抵当権者の優先弁済権の満足の調整、とくに詐害的な占有権限の設定を排除する新たな基準として主観的要件を設定したものとして理解することはできるのではないだろうか。つまり、これまでのような詐害的短期賃貸借および真正な賃貸借、あるいは、単なる不法占有まで、すべての占有形態が原則として抵当権者には対抗できないとされているなかで、有効な抵当目的

物の利用とそうでないものとを峻別する基準として、妨害目的での占有権限の設定という、主観的要件を内包した要件（Ⅱ侵害態様）が妨害排除請求権の要件として認められ得るのではないかと考えるのである。

## 2 妨害排除・明渡請求の態様——明渡しの相手方

平成一一年判決は、抵当権に対する侵害が生じないよう適切に維持・保存するよう求める抵当不動産の所有者に對する請求権を保全するときには、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の規範を定立した。そのうえで、具体的な事案解決として、妨害排除請求権を代位行使し、抵当不動産を管理することを目的として、不法占有者に対して、抵当権者に目的物を明渡すよう求めることまでも認めた。

他方、抵当権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、抵当権者が当該状態の排除を求めることを認めている。

なお、奥田裁判官による補足意見によると、抵当権者による所有者の妨害排除請求権の代位行使に関しては、代位権行使の効果として抵当権者が占有者に対し直接自己への明渡しを請求し得るかにつき、抵当不動産の所有者が受領を拒み、また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あるときは、直接自己への明渡しを請求することができると解するのが相当であるとする一方、他方で、抵当権に基づく妨害排除請求に関しては、抵当権者が自己への明渡しを請求し得るかにつき、「さらに検討を要する問題である」とする。

そこで、抵当権に基づく妨害排除請求に関して、単に妨害を排除することを求めるに過ぎないのか、それとも抵当不動産の所有者への明渡しを請求しうると解するのか、さらには、抵当権者が自己への明渡しまでもを請求しうると解するのかという問題が生じていた。

平成一一年判決の説示を受けて学説においては、抵当権者による、抵当不動産の所有権者の妨害排除請求権の代位行使については、抵当権者への直接の明渡しまでもが認められるが、抵当権に基づく妨害排除については、問題が残されたままであると理解されているようである。<sup>(16)</sup>

これに対し、平成一一年判決がなされた直後から、抵当権に基づく妨害排除請求の場合にも、所有者のために管理することを目的とするものであれば、直接抵当権者に明渡しことまでも認めてもよいのではないかとの主張が見うけられた。<sup>(17)</sup>しかし、この意見に対しては反対する立場も見られる。<sup>(18)</sup>

こうした状況の中、最高裁は、抵当権に基づく妨害排除請求の場合にも、管理のための明渡しを認めるにいたった。つまり、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適切に維持管理することができないことを要件に、抵当権者への直接の明渡しを認めたのである。

こうした最高裁の判断に対して、本件では、占有者に占有権原が認められていることから、平成一一年判決のような妨害排除請求権の代位行使という構成がとりえないことから、抵当権侵害の要件と明渡しという効果とを結びつけたものであるとの理解がなされ、これは、平成一一年判決における「奥田補足意見より踏み込んだ説示であり、妥当な限定である」との評価がなされている。<sup>(19)</sup>こうした理解に立つと、抵当目的不動産所有者が加功していない不法占有型では抵当権者への明渡しは制限されることになる<sup>(20)</sup>とされている。

### 3 抵当権による管理占有にまつわる諸問題

本判決により、抵当権に基づく妨害排除請求の結果、抵当不動産の所有者が、抵当権侵害が生じないよう適切に物件の維持・管理をすることが期待できないときは、抵当権者は占有者に対して、直接自己へ抵当不動産の明渡しを求める

ことを認められた。これは、上に述べたように、平成一一年判決において、代位行使の場合にのみ認められていた、抵当権者への直接の明渡請求権を、抵当権に基づく妨害排除請求権の場合にも認めた点で、新判断であるといえる。

しかし、これにより、維持・管理のための抵当権者の占有（以下、「管理占有」という。）がいかなる内容であるのかという、平成一一年判決以来の問題を抵当権に基づく妨害排除請求の場合にも抱え込む結果となってしまった。ここでの問題は以下のとおりである。

#### （１）管理占有の主体

抵当権に基づく妨害排除請求を実効性あるものにするために、抵当不動産の管理占有を認めるとしても、果たしてその管理占有を誰が行うのかという問題が生じる。

たしかに、抵当権者による明渡請求を認めれば、抵当権者自身が管理占有の主体であるということになるであろうが、この点についても、仮に管理占有中に抵当不動産が滅失した場合には、抵当権者にそのリスクを負わせるべきであるのかという問題が生じるという指摘がなされている。<sup>(21)</sup> また、さらには、管理占有が明渡請求を提起した抵当権者固有の利益のためではなく、抵当権者全体の利害に関わるものであることに着目し、執行官による保管という方法をさぐるべきであるとの主張がなされている。<sup>(22)</sup>

#### （２）管理占有の費用

さらに、抵当権者が明渡判決により抵当不動産の管理占有を継続した場合に、その費用は誰が負担するべきであるかという問題がある。というのも、仮に抵当権者が費用を負担した後、抵当権設定者に費用償還請求したとしても、こうした事例では、そもそも抵当権設定者自身に十分な資産がない場合がほとんどであろうから、結局、費用を抵当権者に負担させることになる。とすると、抵当権者が明渡請求することに躊躇するのではないかと



の指摘がなされていることから、その問題性が窺える。<sup>(23)</sup>

この問題については、管理占有が抵当権者全員の利益ために行われる点に着目し、管理占有にかかる費用を共益費用として先取特権が認められるべきであるとの考えが有力に主張されている。<sup>(24)</sup>

ただ、管理費用との関係で、ここに言う「管理占有」の内容を如何に解するかについて、若干の議論がある。つまり、「管理占有」として、抵当権が使用収益すること、つまり、他人に貸してその賃料収入を得、そこから管理費用を捻出することも認められるのではないかという問題が提起されている。<sup>(25)</sup> この問題については、しかしながら、こうした使用収益を認めることにより、それが逆に執行の妨害となる危険が指摘されており、これを積極的に解する立場はみうけられない。<sup>(26)</sup>

さらに、本判決が、「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相当の損害を被るものではない」と判示している点は、こうした「管理占有」における抵当権者の使用収益を否定する契機となりうるものと考えられる。

#### 四 その他、残された問題

##### 1 妨害排除・明渡請求の主体

誰が妨害排除・明渡請求しうるのかという問題については、競売申立てをしても、先順位抵当権者がいるために、無剰余として競売手続を取消されるような後順位抵当権者についてまで、明渡請求しうるかという問題が、平成十一年判決後から議論されてきたが、本判決においても、この点は明らかとはならなかった。この問題については、後順位抵当権者の明渡請求権を否定する立場が多いようである。また、平成十一年判決における奥田裁判官による「配当の



可能性等も考慮すべきである」との補足意見は看過されるべきではない。

## 2 妨害排除請求しうる時期

平成一一年判決においては、抵当権に基づく妨害排除請求権を行使するのに、抵当権の実行がなされていることが必要であるのか否かが問題とされていた。

この点、少なくとも抵当権の被担保債権の弁済期が到来していることは要件とすべきとする立場や、平成一一年判決における奥田裁判官の補足意見によると「抵当権設定登記後ならいつでもできる」と読めるとして、「<sup>(27)</sup>抵当権設定、設定登記の経由、あるいは被担保債権の履行期到来の三つの時点のいずれが基準となるかを検討する必要がある」とする立場などが<sup>(28)</sup>見られるが、なお問題は残されたままである。

## 五 本判決の射程

客観的射程、つまり、いかなる占有に対して妨害排除請求しうるかという点については、先にも述べたとおり、担保法の改正により短期賃貸借が廃止されたことを背景として、占有権限を有しながらも抵当権に対抗し得ない占有に関するケースに妥当するルールが本判決によって示されたと理解するのが妥当である<sup>(29)</sup>と考える。

しかしながら、前述のとおり、妨害排除請求しうる時期、管理占有の主体および管理占有の内容等、なお不明な点も多く、これらについては今後の裁判例の蓄積が待たれるところである。

なお、本判決に関する評釈としては、古賀政治「判批」金法一七四二号九頁、澤重信「判批」金法一七四二号二一

頁、高橋俊樹「判批」金法一七四二号一二頁、松岡久和「判批」金法一七四二号一三頁、滝澤孝臣「判批」銀法六四七号四頁、堂園昇平「判批」銀法六四七号一四頁、生熊長幸「判批」銀法六四七号一八頁、浅井弘章「判批」銀法六四六号六五頁、片山直也「判批」金法一七四八号四五頁、丸山絵美子「判批」法セミ六〇七号一二〇頁、清水元「判批」判例評論五六四号一九〇頁、がある。

(1) 松岡久和①「判批」NBL六八一号六頁、滝澤孝臣「判批」金法一五六九号六頁、山野目章夫「判批」金法一五六九号四六頁  
 (2) 東京地判平成二年一月一四日判時一七四二号一一九頁  
 (3) 副田隆重「判批」判タ一〇六〇号八九頁、秦光昭「判批」金法一六〇六号四頁  
 (4) 平成一年判決は、直接には抵当権者による妨害排除を認めたものではないので、こうした規範の先例的価値については、争いのあるところである。しかし、ここでは、議論の端緒として、平成一年判決が示したルールとしてあげておくこととする。

(5) 八木一洋「判解」最高裁判所判例解説「民事編」平成一年度八四六頁、「座談会」抵当権者による不法占有者の排除（以下、「座談会」①）として引用する。（安永発言、山崎発言）ジュリスト一一七四号一六、一七頁、佐久間弘道「判批」銀法五七二号二三頁

(6) 滝澤・前掲二三頁

(7) 道垣内弘人「判批」ジュリスト一一七四号三三頁

(8) 八木・前掲八四八頁

(9) 丸山絵美子「判批」法セミ六〇七号一二〇頁。なお、生熊長幸はすでに平成一年判決の評釈の中において「執行妨害目的」を強調すべしとの立場を示している（生熊長幸「判批」銀法五七二号一八頁）。

(10) 片山直也「判批」金法一七四八号四七、四八頁

(11) 松岡久和②「判批」金法一七四二号一三、一四頁

(12) 最二小判平成八年九月一三日民集五〇巻八号二三七四頁

(13) 磯村保「判批」金法一四九二号四六頁、片山直也「判批」判例評論四六〇号三六頁、武川幸嗣「判批」法セミ五〇八号八三頁

- (14) 野山宏「判解」最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成八年度（上）七五二頁
- (15) 野山・前掲七五三頁
- (16) 「座談会」最大判平一一・一一・二四と抵当権の将来（以下、「座談会」②として引用する。）（鎌田薫発言）金法一五六九号三八頁、滝澤・前掲一二頁
- (17) 伊藤進「判批」判評四九六号一八九頁、前掲座談会②（滝澤孝臣発言）三八頁、滝澤・前掲一二頁
- (18) 前掲座談会②（升田純・志賀剛一発言）三八頁
- (19) 松岡②・前掲一四頁
- (20) 松岡②・前掲一四頁
- (21) 前掲座談会②（小笠原浄二発言）三八頁
- (22) 前掲座談会②（鎌田薫発言）三七頁・三九頁、滝澤・前掲一八頁
- (23) 滝澤・前掲一九頁
- (24) 滝澤・前掲一九頁、前掲座談会②（鎌田薫発言）二九頁、前掲座談会①（小林明彦発言）一三三頁
- (25) 前掲座談会①（小林明彦発言）一三三頁、前掲座談会②（志賀剛一発言）三九頁、滝澤・前掲一九頁
- (26) 前掲座談会②（鎌田薫発言）三九頁、滝澤・前掲一九頁
- (27) 滝澤・前掲一四頁
- (28) 前掲座談会①（山本克己発言）一五頁

本稿は、二〇〇五年一〇月に行われた、神戸大学民法判例研究会における報告をもとに、加筆・修正したものである。  
 研究会の席上で、諸先生方より多くの貴重なご教示を賜った。ここに記してお礼の言葉とさせていただきます。