

## 抵当権侵害の要件と効果についての一考察：抵当不動産の明渡請求を中心として

鶴田，海大  
九州大学法学部

<https://hdl.handle.net/2324/7409312>

---

出版情報：学生法政論集. 20, pp.37-48, 2026-03-25. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



# 抵当権侵害の要件と効果についての一考察

## — 抵当不動産の明渡請求を中心として —

鶴 田 海 大

### 〈目 次〉

はじめに

第一章 最高裁判決の背景

第二章 抵当権侵害の要件

第三章 抵当不動産の明渡し先について

おわりに

### はじめに

抵当権とは、目的物の占有を債権者に移転することなく担保にすることができる非占有担保物権である<sup>1</sup>。しかし、最高裁は、平成17年3月10日判決（民集59巻2号356頁、以下平成17年判決とする）にて、抵当権者は、所有者と適法に賃貸借契約を結んでいる賃借人、すなわち適法に占有する権原を有する者に対して、抵当権そのものに基づく妨害排除請求として、抵当不動産の明渡しを求めることができる旨の判決を下している。平成17年判決が現れるに至るまでの判例の変遷として、平成3年3月22日判決（民集45巻3号268頁、以下平成3年判決とする）では、占有によって抵当不動産の担保価値が減少することはなく、占有権原がないものが抵当不動産を占有していても、抵当権に基づく妨害排除請求としてその占有の排除を求めることはできず、また所有者の所有権に基づく返還請求権を代位行使することもできないとした。しかし、そのわずか8年後、平成11年11月24日（民集53巻8号1899頁、以下平成11年判決とする）において判例は変更され、抵当権者は抵当不動産所有者の使用・収益に干渉することができないという原則を維持しつつ<sup>2</sup>、不法な占有によって抵当不動産の売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがある場合など、抵当権の交換価値の実健が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難であるといえる状態であれば、抵当権に対する侵害であると評価でき、代位請求が可能であるとした<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』（東京大学出版社、第4版、2020）477頁。

<sup>2</sup> 松岡久和『担保物権法』（日本評論社、2017）105頁。

<sup>3</sup> 平成3年判決を受けて、抵当権に基づく妨害排除請求としての抵当不動産の明渡請求はありえないと考えた原告が代位請求のみを主張したため、代位請求構成をとる判決になったと考えられる。代位請求構成についても議論があるが、本稿では言及しない。平成11年判決で最高裁判事を務めた奥田昌道

抵当権は、目的不動産の占有を債権者に移転することなく、その交換価値を把握することによって被担保債権の弁済を確保する制度であり、原則として抵当権者は目的物の占有や管理に関与しないことが予定されている非占有担保物権である。それゆえ、本稿は、平成11年判決と、平成11年判決で示された考え方を前提とする平成17年判決が抵当権の本質的性質に反する解釈を採っているのではないかという問題意識を出発点とする。

そこで、まず、第一章において、平成3年判決および平成11年判決を含む判例の変遷を整理し、最高裁がどのような問題意識の下で平成17年判決に至ったのかを検討する。その上で、第二章において、平成17年判決が示した抵当権侵害の要件、すなわちどのような場合に抵当権の侵害が成立すると評価されるのかについて分析を行い、その理論的妥当性を検討する。さらに、第三章において、抵当権侵害が認められる場合の効果として問題となる、抵当権に基づく抵当不動産の明渡請求、とりわけその明渡し先を抵当権者自身とするものの正当性について、抵当権の非占有性という原則との関係から検討を加える。以上の検討を通じて、本稿は、一連の判決が果たした歴史的・実務的役割を踏まえつつも、現行法制の下において同判決の射程をどのように理解すべきかを明らかにし、抵当権侵害の要件およびその効果について、理論的整合性と実務的合理性の双方に配慮した解釈論を提示することを目的とするものである。

## 第一章 最高裁判決の背景

本章では、最高裁がなぜこのような一連の判決を下したのか第一節と第二節にて検討し、そのうえで第三節では判例の変遷に対する私見を述べる。平成17年判決を下したこと自体の是非について、学説は、結論としておおむね肯定しているように見えるが、抵当権侵害の要件や抵当不動産の管理に関しては議論がある<sup>4</sup>。これらの点については後述する。

### 第一節 短期賃貸借制度との関係

この判決の背景として、平成15年改正前民法395条<sup>5</sup>に定められた短期賃貸借保護制度の

---

も、「苦しい法律構成ながら、代位請求のルートで原告の請求を是認し、あわせて、将来的には『抵当権自体に基づく妨害排除請求』が本来のすがたであることを『なお書き』をもって提示したわけである」と述べている。奥田昌道『紛争解決と規範創造—最高裁判所で学んだこと、感じたこと』(有斐閣、2009) 37頁。

<sup>4</sup> 吉田光碩「判批」判例タイムズ1182号(2005)116頁、田高寛貴「判批」法学教室301号(2005)82頁、松岡久和「判批」ジュリスト1313号(2006)77頁、生熊長幸「判批」銀行法務647号(2005)28頁、滝澤孝臣「判批」銀行法務647号(2005)4頁など。

<sup>5</sup> 改正前民法395条は、「第六百二条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵当権ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得但其賃貸借カ抵当権者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得」と規定していた。

濫用がある。改正前民法395条は、民法602条に定めた期間を超えない賃貸借は抵当権の登記の後に登記をした場合でも抵当権者に対抗できると定めていた<sup>6</sup>。しかし、この制度は、低額な賃料と高額な敷金を設定し、買受人に大きな負担をかけることで、競売価格を下落させ、また執行を阻害することによって、妨害者自らが買受人になり安価で抵当不動産を手に入れたり、買受人に対して高額な立退料を要求したりして、利益を得るという悪用がなされることが多かった。この問題に解決するために学説においても、抵当権者による抵当不動産の明渡請求を認めるべきであるという主張が展開されていた<sup>7</sup>。平成11年判決は、平成3年判決を変更し、代位請求による抵当不動産の明渡請求を認め、更になお書きにて、抵当権に基づく妨害排除請求を認める旨の言及をした。そして、最終的に、平成17年判決にて、直接抵当権に基づく妨害排除として明渡請求を認めた。

## 第二節 任意売却との関係

また、平成17年判決は、抵当不動産を市場価格で売却することで交換価値を最大限発揮させるために、民事執行法による競売手続によらずに売却することができるようにしたのではないかと考えられる。すなわち、抵当権実行前の抵当権に基づく妨害排除請求を認め、競売手続以前に占有を排除しておいて、任意売却が行いやすい状況を生み出すことができるようにしたのではないかということである。学説においても妨害を排除すれば任意売却できる場合には妨害の排除を認めることが望ましいという論者もいる<sup>8</sup>。抵当権に基づく妨害排除がどの時点から可能かについて、平成17年判決の事案では、競売手続に入った後であったため、言及されていない。

学説では、抵当権実行時以降になってはじめて可能とする見解と抵当権実行前でも抵当権の被担保債権の弁済期が到来していれば明渡請求が可能であるとする見解に分かれている<sup>9</sup>。

前者の見解の理由としては、明渡請求を認めた裁判例はすべて競売開始決定以後の請求についてのものであり、肯定学説もその多くが競売申立を少なくとも暗黙の前提としていたとする。また、競売申立を介さない任意売却は、当事者の合意によって達成するのが筋

<sup>6</sup> 周知のように、改正前395条に関する画期的な研究として、内田貴『抵当権と利用権』（有斐閣、1983）がある。

<sup>7</sup> 平井一雄「判批」法律時報58巻7号（1986）120頁、近江幸治「判批」法律時報57巻9号（1985）94頁、井口博「抵当権者の短期賃貸借権者に対する明渡請求」判例タイムズ705号（1989）12頁、生熊長幸「抵当権併用賃借権の後順位短期賃貸借排除効と抵当権に基づく短期賃借人に対する明渡請求権」岡山大学法学会雑誌40巻3-4号（1991）589頁など。

<sup>8</sup> 村上正敏「抵当権に基づく妨害排除請求権について」判例タイムズ1053号（2001）58頁。

<sup>9</sup> 前者は、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（中）」NBL 682号（2000）40頁、後者は、生熊長幸「判批」銀行法務572号（2000）16-17頁、滝澤孝臣「判批」金融法務事情1569号（2000）14-15頁など。

であるとしている。

一方で、後者の見解の理由は、明渡のために費用を要する等という形で現れる抵当権者への損害は、原則的に抵当権の実行段階で初めて現実化するとしたうえで、競売手続の申立てがなされ、実行段階にあるということは、あくまで抵当不動産の損害の現実化を表象する最も直接的な事実であるが、実行段階前においても明渡しに応じない蓋然性が極めて高いような場合などでは、損害の現実化がありうるとするものである<sup>10</sup>。また、競売手続を迅速に進めるために効果的であることも挙げられている<sup>11</sup>。

しかし、平成17年判決が抵当権実行前の抵当権に基づく妨害排除請求を認め、競売手続以前に占有を排除しておいて、任意売却が行いやすい状況を生み出すことができるようにしたのではないかという点について、私見としては、任意売却のために、抵当権に基づく妨害排除を認めることは困難であると思われる。なぜなら、抵当権実行前から明渡請求が可能であるとする見解も、抵当権者へ損害の現実化という点に着目するものであり、それは、競売手続の妨害の蓋然性を考慮することによって判断することになるからである。すなわち、いずれの立場においても、競売手続と切り離して、抵当不動産の明渡請求を認めているものではない。また、任意売却は、抵当不動産の所有者の協力が必要不可欠であるところ、任意売却に際して不法占有者などがある場合については、所有権に基づく明渡請求をするべきであるし、所有者も詐害的な占有者に協力しているような場合については、その占有を排除したとしても、任意売却が円滑に行われるとは考えづらい。したがって、この判決を出した理由として、任意売却の機会を増やし、抵当不動産を市場価格で売却する可能性を高めるという目論見があったとしても、それは現実的ではない。

### 第三節 判例の変遷に対する私見

一連の判例に対する私見としては、短期賃貸借制度が濫用され、抵当権の実行が著しく妨げられるという事情があった状況においては、平成17年判決に至るまでの判決は、当該問題を解決するという点で一定の実務的・制度的意義を有していたと評価することができるが、しかしながら、その一方で、後述のとおり、抵当権侵害の要件の捉え方や、抵当権者が抵当不動産の占有を取得し得るとする点において、抵当権が本来「非占有担保物権」であるという性質と整合しないという、看過できない論理的問題を内包していると考える。すなわち、抵当権は、目的物の占有を取得することなく担保価値を把握する点にその本質があるにもかかわらず、妨害排除請求として明渡しを認める構成は、抵当権に事実上の占有的支配を認める結果となり、物権法体系上の位置づけとの緊張関係を生じさせる。このような点からすると、この構成は、短期賃貸借制度の濫用という例外的状況に対応するた

---

<sup>10</sup> 井口・前掲注（7）13頁。

<sup>11</sup> 生熊長幸「判批」法律時報63巻9号（1991）52頁。

めの、いわば応急的な理論であったと理解するのが相当であろう。

そして、平成15年の民法改正によって短期賃貸借制度が廃止された現在においては、当時想定されていた抵当権実行妨害の主要な原因は制度的に解消されており、抵当権侵害論が果たしていた役割は、すでにその意義を失っているのではないかと考えられる。

さらに、平成8年の民事執行法改正においては、担保不動産競売に先立って行うことのできる手段として、競売開始決定前の保全処分（民事執行法187条）が新設された。この改正は、平成3年判決が抵当権に基づく不動産明渡請求を認めない立場を取ったことで、競売妨害占有者の問題について実体法による解決が期待できない以上、手続法の整備が必要となり、行われたといわれる<sup>12</sup>。債務者、抵当不動産所有者、あるいは占有者が、不動産の価格を減少させ、または減少させるおそれのある行為を行った場合において、特に必要があるときには、裁判所が適切な保全処分を命ずることを可能にするという制度である。この保全処分制度を利用することにより、競売手続の進行を阻害する行為に対して、事前のかつ柔軟に対応することが可能となり、競売手続を円滑に進めるための実効的な手段が整備されたと評価できる。

以上のように、短期賃貸借制度が廃止され、さらに競売手続の円滑化を目的とする民事執行法上の整備が進められている現行法制の下においては、論理的な問題点を抱えたまま、抵当権に基づく妨害排除として抵当不動産の明渡請求を認める必要性は相対的に低下していると考えられる。むしろ、抵当権の本質に立ち返り、その保護は民事執行法上の制度によって図るという整理の方が、理論的にも制度的にも整合的であるといえるだろう。

## 第二章 抵当権侵害の要件

### 第一節 判例が示した要件

本章では、抵当権が侵害されたといえるための要件について検討する。平成3年判決においては、抵当権は抵当不動産を占有する権限を包含するものではなく、第三者が抵当不動産を占有しているだけでは抵当権が侵害されるわけではないとした。一方、平成11年判決では、「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」として、さらに、平成17年判決では、「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」があり、「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」には、抵当権に基づく妨害排除請求ができるとしている。すなわち、平成17年判決における抵当権侵

<sup>12</sup> 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、改訂版、2021）488頁。

害の要件としては、競売手続の妨害目的の占有権原の設定と交換価値の下落の二点が必要であるとしていると読むことができる。

## 第二節 学説の検討

学説においては、平成3年判決に対しては、一部肯定的な見解もあったものの、批判が多かった。

平成3年判決を肯定する見解によると、抵当権実行前の明渡請求を認める必要がないこと、抵当権者以外の債権者も保護されるべきであることなどを考慮して、抵当権に基づく明渡請求を認めるよりも悪質な占有による妨害執行事件については民事執行法の規定を活用することによる解決が目指されるべきであるとする<sup>13</sup>。

一方で、平成3年判決を批判する見解は、抵当権が利用権から切り離された担保価値のみを把握するものであり、占有には干渉しないという理解<sup>14</sup>を自明の理ではないと批判する<sup>15</sup>。そして、権原を持たない者が占有することによって抵当不動産の価額が減少する場合には、抵当権の侵害を認め、明渡請求を認めるべきであるとする。また、「占有屋」と言われるようなプロが占有することによって、現実に競売価格を下げているため、どんな場合にも占有によって担保価値自体が下落するものではないとするのは、一種の詭弁に近い理由付けであるとする<sup>16</sup>。

平成17年判決に対しては、抵当権の実行としての競売手続妨害の目的は不要であるとする見解、占有により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になるような状態にあるという要件は不要であるとする見解がある<sup>17</sup>。

前者の主張は、契約内容の不当性が競売価格の減価につながるのではなく、異常な占有が買受けを躊躇させ、それが抵当権の侵害を基礎づけるものであり、したがって、契約内容の異常性は、占有の異常性を示すものにすぎず、優先弁済権の行使が困難な状態になっているか否かという要件に吸収できるとする。加えて、執行手続妨害目的が必要不可欠であるとすれば、事情を知らない者に占有をさせることによる妨害に対応しにくいといった問題点を指摘し、平成17年判決は、競売手続妨害目的が顕著な事例で妨害排除請求が認められる例を示したにすぎないと読むべきであるとする<sup>18</sup>。

一方で、後者の見解は、判例の考え方を徹底すると、抵当不動産に無権原占有者や競売

---

<sup>13</sup> 鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』（成文堂、1993）288-290頁。

<sup>14</sup> 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1968）213頁。

<sup>15</sup> 生熊・前掲注（11）50頁。

<sup>16</sup> 吉田光碩「判批」判例タイムズ756号（1991）98頁。

<sup>17</sup> 道垣内弘人編『新注釈民法（6）』（有斐閣、2019）697頁〔古積健三郎〕参照。

<sup>18</sup> 松岡・前掲注（4）78-79頁。

手続妨害目的の占有者がいる場合に、抵当権者が競売によって被担保債権の優先弁済を受けることが困難になることを立証しなければならないことになり、この立証はケースによっては容易ではないことを理由に挙げる。そして、平成17年判決は、この点の判断を素通りしており、そうであるならば、この要件は事実上無意味になると指摘する。また、平成17年判決がこのような要件を付け加えたのは、抵当権が非占有担保であり、占有関係には干渉できないという原則にこだわったためではないかとした<sup>19</sup>。

### 第三節 私見

競売手続妨害目的による占有によって、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難になるような状態がある場合に抵当権侵害があるとする、平成17年判決の要件は、妥当ではなく、私見としては、抵当不動産に物理的な損壊が生じる場合や、担保価値が現実的に減少するおそれのある行為が存在する場合に限って、抵当権侵害が成立すると考える。なぜならば、抵当権者の利益は、原則として民事執行法の制度によって十分に保護されるべきものであり、占有の存在を理由として実体法上の妨害排除請求を広く認める必要性は乏しいと考えられるからである。

この本稿の立場は、結論として平成3年判決を肯定する学説の立場に近いものと位置づけられ、抵当権が本質的に担保価値のみを把握する非占有担保物権であるという点から、占有それ自体を理由として実体法上の抵当権侵害を構成することに慎重さを求める点に特徴がある。

もちろん、「占有それ自体によって抵当権侵害は生じない」とする本稿の立場に対しては、占有の存在が競売価格に与える実際上の影響を過小評価しているのではないかと反論が想定される。すなわち、いわゆる「占有屋」による占有や、明渡しに応じない占有者の存在それ自体が、競売参加者の心理的障害となり、結果として競売価格の下落を招いているという指摘である。

しかし、この点については、占有が担保価値に影響を及ぼすという事実自体を否定するものではないが、占有の存在と担保価値の減少との間には、必ずしも常に直接的な因果関係があるわけではないと考える。占有者が存在していても、建物が適切に使用・管理され、物理的な損耗や荒廃が生じていない場合には、担保価値が直ちに減少するとは限らず、減少したとしても民事執行法の手続によってその占有を排除しさえすれば回復する。対して、占有がなくとも、建物が放置され、破損や劣化が進行すれば、担保価値は著しく減少し得る。

これらのことから、占有それ自体を抵当権侵害の要件として取り込むことは、侵害概念を過度に拡張するおそれがあるといえるのではないか。占有を理由とする侵害を広く認め

---

<sup>19</sup> 生熊長幸「判批」民商法雑誌133巻4=5号(2006)804-807頁。

る構成を採用した場合、どの程度の占有態様が担保価値の減少につながるのか、その判断基準が不明確となり、結果として抵当権者に過大な権限を認めることになりかねない。これは、抵当権が非占有担保物権であるという原則を空洞化させる危険を生じさせる。これに対し、担保価値の減少を、抵当不動産の物理的損壊といった具体的事情に即して判断するのであれば、侵害の成否を比較的明確な事実に基づいて判断することを可能にする点で合理的である。

そして、ここで特に述べておきたいのは、民事執行法上の救済方法の存在である。すなわち、民事執行法187条は、担保不動産競売開始決定前における保全処分について定めており、この保全処分は、競売手続開始前後のいずれの時点で明渡請求が可能となるのかが必ずしも明確でない抵当権侵害に基づく妨害排除請求よりも、抵当権者にとっては予測可能性が高く、かつ、実務上も用いやすい。さらに、民事執行法55条1項および187条1項は、保全処分の要件として「価格減少行為」があったことを求めており、ここでいう「価格減少行為」とは、不動産の価格を現実的に減少させ、または減少させるおそれのある行為を指すと解されている。この要件は、平成17年判決が抵当権侵害の判断要素として挙げた内容とほぼ同一であり、抵当権者に過剰に厳しい立証を課すものではないと考えられる。

そうだとすれば、抵当権侵害の実体法上の要件と、民事執行法上の保全処分の要件とを明確に区別した上で、競売手続を妨害し、不動産の価格を下落させるような占有については、民事執行法上の手段によってこれを排除すれば足りるというべきである。そして、そのような制度的保護が用意されている以上、占有を通じた担保価値の減少については、あえて抵当権侵害が発生していると構成しなくともよいと考えられる。

### 第三章 抵当不動産の明渡し先について

本章では、抵当権に基づく妨害排除請求の効果として、抵当権者に対して抵当不動産の明渡しを認めることの正当性について検討をする。

#### 第一節 判例の検討

平成17年判決は、抵当不動産の所有者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場合には、抵当権者が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した<sup>20</sup>。そして、抵当権が本来抵当不動産を占有利用する権利を包含しない権利であるという原則自体を変更するものではなく、抵当権者への明渡請求により抵当権者が取得する抵当不動産の占有は、抵当不動産の維持管理を目的とする、いわゆる「管理占有」であると

---

<sup>20</sup> 平成11年判決は、所有者のために抵当不動産を管理することを目的としており、理由付けに少し違いがある。安永正昭『講義物権・担保物権法』（有斐閣、第4版、2021）344頁。

考えられている<sup>21</sup>。こうした「管理占有」という考え方は、平成11年判決の奥田昌道裁判官による補足意見にて指摘されている。つまり、判例は、「管理占有」という説明で、抵当権者への明渡しを正当化できると考えているのである。

## 第二節 学説の検討

他方、学説においては、「管理占有」という考え方について、賛否両論が存在する。

まず、賛成する見解の根拠は以下の通りである。抵当権者の占有状態に置かず、妨害の除去を命じるだけでは、再度妨害状態が作出される可能性があり、また抵当権の妨害は、抵当不動産の所有者と妨害者の共謀があるのが通常の場合である。それゆえ、所有者に明渡しを命じたとしても、妨害排除の実効性がないというのである<sup>22</sup>。また、抵当権者への明渡請求は原則的に認められないものの、民事執行法の収益執行のための管理の制度を応用すれば、「管理占有」は認められるとする見解もある<sup>23</sup>。

これに対して、「管理占有」という概念を批判する見解もある。本来占有権限のない抵当権者が、明渡しによって取得する「管理占有」の内容が明確ではなく、派生的な問題が多く抵当権者にとっても手に余るといふ点<sup>24</sup>、すべての抵当権者が物権的請求権の行使として占有を排除することを求めることはできるとしても、明渡しの相手方は特定せざるを得ないため、複数の抵当権者が存在する場合に誰に明け渡すべきか難問を生じてしまうという点、「管理占有」を承認することは抵当権者が善管注意をもって不動産を管理すべき義務を負わせることになるが、管理のノウハウをもたない抵当権者は占有方法として第三者への管理委託をせざるをえず、高額な管理コストの発生は避けられないという点<sup>25</sup>などが指摘されている。さらに、「管理占有」として実体法にない理論を認めるほどの実益はなく、必要であるならば、保全手続をすればよく、抵当権者の自己への明渡請求を認める必要はないという見解もある<sup>26</sup>。加えて、後順位抵当権者が抵当不動産の交換価値を下落させかねない仕方での占有をする可能性もあることも指摘されている<sup>27</sup>。

## 第三節 私見

いわゆる「管理占有」という概念を用いて抵当権者への明渡しを正当化することには理論的な無理があり、抵当権に基づく妨害排除請求として抵当権者への明渡しを認めるべき

<sup>21</sup> 戸田久「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（上）』（法曹会、2008）165頁。

<sup>22</sup> 高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第4版、2005）164頁。

<sup>23</sup> 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権』（成文堂、第2版補訂、2014）178頁。

<sup>24</sup> 松岡・前掲注（2）109頁。

<sup>25</sup> 清水元『プロGRESS民法[担保物権法]』（成文堂、第2版、2013）39頁。

<sup>26</sup> 平野裕之『民法総合3担保物権法』（信山社、第2版、2005）69頁。

<sup>27</sup> 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 683号（2000）41頁。

ではないと考える。むしろ、抵当権侵害が認められる場合であっても、抵当不動産の占有を回復すべき主体はあくまで所有者であり、抵当権者は抵当権に基づいて、抵当不動産の所有者に対する明渡しを請求することができるにとどめるのが妥当である。第二節で整理したとおり、「管理占有」を肯定する見解と否定する見解との間には大きな対立が存在するところ、私見は、結論として「管理占有」という概念を用いて抵当権者への明渡しを正当化することを否定する点で、否定説の立場に立つものである。しかし、単に実務上の負担や制度上の不都合を理由としてこれを否定するにとどまらず、抵当権が本質的に非占有担保物権であるという点に立脚して、その理論的整合性の観点から「管理占有」という概念の導入自体に疑問を呈する。そもそも、「管理占有」という概念は、抵当権者が抵当不動産の現実の使用・収益を目的とせず、担保価値の維持という限定された目的のために占有を取得することを説明するために用いられてきた。しかしながら、この説明は、抵当権者が占有を取得するという点において、抵当権が本来非占有担保物権であるという原則に抵触する。管理目的に限定されているという理由から、占有取得を正当化することは、概念的には不十分であるといわざるを得ない。

私見に対しては、抵当権侵害がある場合において、抵当権者が所有者に対して明渡しを請求するにとどまるとすれば、所有者と妨害者が共謀している等の場合には、形式的に所有者に占有が戻るだけで、実質的には妨害状態が継続するおそれがあり、所有者への明渡しを命じても、妨害排除の実効性は確保されないという反論が考えられる。しかし、この指摘に対しては、妨害排除の実効性の確保については、あくまで個別の事案に即して手続法によって調整されるべきであり、これを理由として抵当権者自らに占有を帰属させることを正当化するには足りないというべきであると再反論できる。

「管理占有」という概念は曖昧であり、このような不明瞭な概念によって抵当権者への明渡しを認めることの利点は、学説から指摘されている理論的問題点を抱えたまま押し通すほど大きなものではないように思われる。抵当権者に明渡しを認めたとしても、抵当権者が自ら抵当不動産を適切に管理・活用できるとは限らず、かえって担保価値の維持に支障を来すおそれすらある。抵当権が非占有担保物権であるということは、単に抵当権者が占有に関与できないという消極的な意味にとどまらず、同時に、抵当権者が占有に関与してはならないという積極的な意味をも有していると考えべきである。すなわち、抵当権は、不動産の占有・管理・利用を原則として所有者に委ねたまま、その交換価値のみを把握することによって、被担保債権の実現を図る制度である。実務上も、抵当権者となる金融機関等は、不動産の個別的・継続的な管理に十分な能力や体制を備えていないことが多い。そのため、抵当不動産の占有権限を所有者に残しておくことにより、当該不動産がその本来有する利用価値を十分に発揮し、結果として担保価値が維持・増大される点に、抵当権制度の重要な利点があるといえる。このような制度趣旨を踏まえると、抵当権者自らが占有を取得することは認めるべきではなく、また、その必要性も乏しいというべきであ

る。

したがって、抵当権の侵害があった場合においても、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当不動産の所有者に対する明渡しを請求できるとするにとどめるべきである。このように解することが、抵当権の本質に即し、理論的整合性と実務的合理性の双方を調和させる解決であると考えられる。

## おわりに

本稿では、抵当権の侵害が認められるための要件と、その効果として問題となる抵当不動産の明渡し先について検討し、私見を述べてきた。第一に、要件については、抵当不動産の担保価値が現実に毀損されるような事情が存在する場合に限って抵当権侵害を認めるべきである。第二に、効果については、仮に抵当権侵害が認められる場合であっても、抵当権者が妨害排除請求として求め得るのは抵当不動産の所有者に対する明渡しに限るべきであり、抵当権者自身への明渡しまで認めるべきではないと結論づけた。

これら二つの結論は、いずれも抵当権が非占有担保物権であるという原則を徹底し、その原則が制度としてもたらす利益を維持するべきであるという考え方に基づいている。抵当権の本質は、目的不動産の使用・収益・管理を原則として所有者に委ねたまま、その交換価値のみを把握する点にあり、抵当権者が占有を取得しないことは、単なる制約ではなく、むしろ制度上の利点である。すなわち、抵当不動産の管理能力や利用意思を有する主体が通常は所有者であることを前提として、抵当不動産がその価値を十分に発揮し得る環境を維持しつつ、債権者は換価により優先弁済を受けるという役割分担が、抵当権制度の合理性を支えているのである。

もっとも、このような考え方は、先述した通り、短期貸借制度の濫用が深刻であった時期において、担保実務の要請との関係で批判されてきた。すなわち、抵当権を「担保価値のみを把握する権利」と形式的に捉えることにより、現実に競売妨害が生じている状況に対して実効的な救済が困難となり、抵当権者保護が不十分になるという問題意識である。しかし、だからといって抵当権に占有権限までも認めるに等しい解釈を採ることは、理論的整合性の観点から無理がある。抵当権は、質権のように目的物の占有を伴う担保物権とは制度設計が異なり、占有の移転を前提としないからこそ広く利用されてきた。占有をめぐる関係に抵当権者を直接介入させる解釈は、抵当権の性質と体系的な位置づけを曖昧にし、結局は実体法上の要件論と効果論の双方で難題を生み出すことになる。

具体的には、要件の面では、どの程度の占有態様や契約内容で「交換価値の実現が妨げられて優先弁済請求権の行使が困難となる状態」が認められるのか、その判断枠組みが不明確になりやすい。占有が存在するという事実と担保価値の減少との間には段階があり、すべての占有が直ちに価格の下落に結びつくわけではない。他方で、競売妨害目的の立証

を要するとすれば、事情を知らない第三者を介在させる方法による妨害などに対応しにくいという問題も生じ、要件設定は一層困難になる。すなわち、抵当権侵害の成立範囲を広く取りすぎれば抵当権の非占有性が空洞化し、狭く取りすぎれば実務的救済に欠けるというジレンマが構造的に存在するのである。

また、効果の面でも、抵当権者自身への明渡しを認めるために持ち出される「管理占有」という概念は、その内容が不明確で派生問題が多い。抵当権者に占有を取得させるとすれば、占有者としての管理義務や費用負担、複数抵当権者が存在する場合の明渡し先の特定、後順位抵当権者による濫用のおそれ等、解決困難な論点が連鎖的に発生する。しかも、抵当権者が実際に不動産管理のノウハウを備えていない場合には、第三者への委託等によって管理コストが増大し、担保価値の維持という目的に反してかえって不動産価値を損なう危険すら否定できない。こうした点からすれば、抵当権者への明渡しは、得られる利点に比して理論的・実務的な負担が大きい。

さらに重要なのは、仮に抵当不動産の交換価値が下落するおそれがあるような場合であっても、実体法上、抵当権侵害を広く認め、抵当権者への明渡しを認めるという構成を採らなくとも、民事執行法上の保護によって対応可能であるという点である。民事執行法は、価格減少行為がある場合の保全処分等、担保価値の維持と手続の円滑化を図る制度を整備しており、競売手続の進行を妨げる行為に対しては、手続法上の枠組みによって直接的に介入することができる。したがって、競売妨害に対する実効的救済は、必ずしも抵当権の性質を変更するような実体法上の解釈によって担う必要はない。

以上より、本稿は、短期貸借制度濫用の時代において一定の政策的意義を持ち得た抵当権侵害論の意義を完全に否定するものではないが、制度環境が整備された現在においては、抵当権の非占有性という原則に立ち返り、侵害の要件を担保価値毀損に即して限定的に捉えるとともに、効果としては所有者への明渡しにとどめるべきであると主張するものである。そして、担保価値の減少を防ぐ必要がある場面については、民事執行法上の制度を主たる救済として位置づけることが、理論的整合性と実務的合理性の双方を満たす解決であると考えたい。

もっとも、本稿では、抵当権を目的物の占有を債権者に移転することなく担保にすることができる非占有担保物権であるとし、その非占有性を原則として私見を述べてきた。この原則が果たしてどれほどの妥当性があるのかについては、さらなる検討を加える余地があるところであり、今後の課題としたい。