

# 抵当権者の「管理占有」について

足立 清人

Kiyoto ADACHI

## 目次

1. はじめに
2. 最大判平成11年11月24日と最判平成17年3月10日の事実と判旨
3. 学説における「管理占有」の内容
4. 若干の考察とまとめ

## [Abstract]

### Regarding the Possession by Mortgagee for Management

By the Supreme Court ruling of October 3, 2005 and the Supreme Court ruling of November 24, 1999, the mortgagee can be entitled to eliminate the mortgage infringement, to receive mortgaged real estate against infringer. The possession after the mortgagee has received the real estate is referred to as the "possession for management". This paper is intended to clarify the legal nature and effect of the "possession for management". First, I add commentary about these decisions that have declared the "possession for management". Next, I introduce the theory about the functions and effects of the "possession for management". Finally, I review the "possession for management"-agreements those were suggested by a lawyer and I think about the usefulness of the "possession for management". My evaluation is negative.

## 1. はじめに

最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁により、抵当権者は、不法占有者を相手どって、抵当不動産の所有者がもつ妨害排除請求権を代位行使することで(法廷意見)、あるいは、抵当権自体に基づく妨害排除請求権をもって(なお書き)、抵当不動産を自己に明け渡すよう請求できることが認められた。抵当権自体に基づく妨害排除請求による抵当不動産の自己(抵当権者)への明け渡しは、最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁によって、抵当権設定後に設定された適法賃借人を相手どっても主張できることが認められた。抵当権者が、抵当不動産の明け渡後に取得する抵当不動産の占有を「管理占有」と呼ぶ。この「管

理占有」の法的性質・機能・根拠について(、そして、そもそも、その必要性の如何についても)、学者の間で議論があったが、銀行法務21・766号(2013年12月号)49頁に、佐藤米生弁護士による「管理占有」の協定書の実例が掲載された<sup>1</sup>。佐藤によれば、平成11年、Aが所有するマンションを競売中だったが、Aに対する債権者Bが、そのマンションの1、2階の事務所をAから賃借し、1階部分をCに転貸した。このため、3回の期間入札を実施しても買受人が現れない状態だった。Aは、当初、Bの言いなりだったが、次第にBと反目するようになり、A〔B?〕との賃貸借契約を解除したと主張するようになった。佐藤は、最大判平成11年11月24日が下されたので、抵当権に基づく明け渡請求を被保全債権とし

---

キーワード：管理占有, 抵当権, 抵当権侵害, 抵当権侵害に基づく妨害排除請求  
 Key words: The Possession for Management, Mortgage, Mortgage Infringement, Injunction Based on Mortgage Infringement

て、B・Cに対して占有移転禁止の仮処分を申し立てて、これが認められた<sup>2</sup>。そして、A・B間の賃借権不存在の確認ならびにB・Cに対する明渡しを求める訴訟を提起した。当事者間で和解がまとまり、抵当権者である原告<sup>3</sup>が、B・Cから1, 2階部分の返還(明渡し)を受けることになった。この抵当権者の占有が「管理占有」である。そこで、原告代理人であろう佐藤は、管理占有の実態が十分解明されていなかったため、抵当不動産の所有者Aとマンション全体の管理に関する協定書を作成し、抵当不動産を所有者に管理してもらう方法をとった<sup>4</sup>。その協定書が次である。

①A(抵当不動産所有者)は、買受人が買受けるまで建物の担保価値の維持に務める。

②抵当権者は、一定の条件でAが1階を使用することを認める。抵当権者は合鍵で条件が遵守されているかを立入調査できる。

③2階は空室のままとする。抵当権者は合鍵で立入調査できる。

④Aが管理する3階以上の居室について、空室部分は空室のまま管理し、賃貸部分の更新は認めるが、競売手続中であることをAは説明しなければならない。

⑤1階の事務所と自宅部分の使用を認める代わりにマンション全体の保守修繕をAの負担責任で行う。

⑥買受希望者がマンションの内覧を希望する場合には協力すること、および買受人から明渡しを求められた場合には速やかに明け渡すこと。

佐藤によれば、小規模マンションの場合に、担保不動産収益執行を申し立てても費用倒れの可能性があるから、所有者に何らかのインセンティブ(人參)を与えて、担保物件を良好な状態に保って競売をする工夫が必要であるために、本協定書を作成し取り交わしたということである。

本稿は、この「管理占有」の法的性質・機能・根拠について考察していく。まず、抵当

権者の「管理占有」を認めた最大判平成11年11月23日と最判平成17年3月10日について概観する。次いで、学者による「管理占有」の定義づけ、その意味内容について紹介した後で、最後に、「管理占有」について若干の私見を記す。

## 2. 最大判平成11年11月24日と最判平成17年3月10日の事実と判旨

「管理占有」という文言・概念が初めて取り上げられた最大判平成11年11月24日と、その内容が若干明らかにされた最判平成17年3月10日の2つの判決を概観する。まず、事実関係を説明し、最高裁の判旨を挙げ、解説を付す。

(1) 最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁<sup>5</sup>

### 【事実】建物明渡請求事件

Xは、平成元年11月10日、Aとの間で、同人所有の本件土地と本件建物について、債務者をA、極度額を3500万円、被担保債権の範囲を金銭消費貸借取引等とする根抵当権(「本件根抵当権」)の設定契約を締結した。Xは、平成元年11月17日、Aに対し2800万円を、平成2年2月以降、毎月15日に元金11万7000円を同月分の利息とともに支払うなどの約定により貸し付けた(「本件貸金債権」)。Yらは、平成5年5月頃から、本件建物を権原なく占有している。

Xは、本件貸金債権の残額について期限の利益が失われた後の平成5年8月9日、名古屋地方裁判所に対して、本件不動産につき本件根抵当権の実行としての競売を申し立て、同裁判所は、同日、不動産競売の開始決定をした。当該競売事件の開札期日は平成7年5月17日と指定されたが、Yらが本件建物を占有していることにより、買受希望者が買受け申出を躊躇したため、入札がなく、その後、競売手続は進行していない。

Xが、Yらが本件建物を権原なく占有していることが不動産競売手続の進行を阻害し、そのために本件貸金債権の満足を受けることができないとして、Yらに対して、本件根抵当権の被担保債権である本件貸金債権を保全するため、Aの本件建物の所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して、本件建物の明渡を求めた。

【判旨】 棄却

「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。〔改行〕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、これを抵当権者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うことができる。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うべきである。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423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。〔改行〕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。〔改行〕最高裁平成元年（オ）第1029号同3年3月22日第2小法廷判決・民集45巻3号268頁は、以上と抵触する限度において、これを変更すべきである」とされた。事実認定について、「本件根抵当権の被担保債権である本件貸金債権の弁済期が到来し、Xが本件不動産につき抵当権の実行を申し立てしているところ、Y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、Xの優先弁済請求権の行使が困難となっていることも容易に推認することができる。〔改行〕…Xは、所有者であるAに対して本件不動産の交換価値の実現を助けX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、X〔Aか?〕のYらに対する妨害排除請求権を代位行使し、Aのために本件建物を管理することを目的として、Yらに対し、直接X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うべきである」として、本件根抵当権の被担保債権を代位の原因として、Yらに対して本件建物の明渡しを請求することを認容する原判決の判断は、結論については是認することができるとした。

本判決には、奥田裁判官の補足意見が付いている。まず、第三者の行為等による抵当権侵害の成否について、「抵当権は、抵当不動産の担保価値（交換価値）を排他的に支配し、競売手続において実現される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。もっとも、抵当権は、抵当不動産を有形的・有体的に支配する権利ではなく、その交換価値を非有形的・観念的に支配するにとどまり、同一の不

動産上に順位を異にする複数の抵当権が成立し得る。この点において、抵当権は、留置権、質権といった担保物の占有を要素とする担保物権、あるいは地上権等の他の制限物権とは異なっている。〔改行〕ところで、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・配當時）において最も先鋭に現れるが、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ない。〔改行〕また、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あ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」。次いで、抵当権に基づく妨害排除請求について、「物権の実現が妨げられ、又は妨げられるおそれがある場合に、物権の権利者が物権の効力として妨害者に対し妨害の排除又は予防を請求することができること（物上請求権）は、広く承認されている。このような物上請求権は、物権の権利者の目的物に対する事実

的支配（占有）が妨げられ、又は妨げられるおそれがある場合に、あるべき状態を回復するための手段として認められてきたものである。抵当権は目的物に対する事実的支配（占有）を伴わずにその交換手段を非有形的・観念的に支配する権利であるが、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」。最後に、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は、「抵当権の侵害に対する救済手段として、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権が認められるならば、更にそれ以外に、抵当不動産の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を認めることについては、異論があり得よう。第一の問題点は、民法423条の定める債権者代位権は『自己の債権を保全する為め』に認められるものであるところ、抵当権侵害の場合において被保全債権となるものは何かである。第二の問題点は、債権者代位権のいわゆる転用事例（不動産所有権の相次譲渡の場合における転得者による中間者の登記請求権の代位行使や、不動産賃借権に対する侵害の場合における賃借人による所有者の妨害排除請求権の代位行使）においては、権利の代位行使は、他に適切な手段が存しないためにやむなく認められた便法とされているのに、抵当権侵害の場合には、抵当権者について抵当権に基づく妨害排除請求権を認めることで十分ではないかとの反対論が考えられることである。〔改行〕第一の点については、次のように考えられる。抵当権設定者又は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。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。そして、この担保価値維持請求権は、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り、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にもかかわらず、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になるから、抵当権者において、抵当不動産の所有者に対する担保価値維持請求権を保全するために、抵当不動産の所有者が侵害者に対して有する妨害停止又は妨害排除請求権を代位行使することが認められるべきである。〔改行〕第二の債権者代位権の転用事例における補充性（他に適切な手段がないこと）の点については、抵当権に基づく妨害排除請求権の要件及び効果（請求権の内容）につき議論が尽くされているとはいえず、なお検討を要する点が存する現状においては、代位請求による救済の道を閉ざすべきではないと考える。〔改行〕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かの点については、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べきものように

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かと解するのが相当である。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。〔改行〕なお、いかなる場合に代位権を行使することが認められるかについては、事案に応じて検討すべき問題があるが、本件のように抵当権者による競売申立てがなされている事案においては、代位権行使を認めることに何の支障もないと考える」とされる。

#### 【解説】

本判決を解説する前に、本判決でも引用されており、抵当不動産の占有による抵当権侵害を認めず、抵当権者の妨害排除請求を拒けた最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁<sup>6</sup>について、その判旨の内容を簡潔に確認しておく。最判平成3年3月22日は、非占有担保としての抵当権の性質から、抵当権者が、抵当不動産の占有関係に介入することは許されず（抵当権者に、抵当不動産の占有関係に介入する権原は認められず）、たとえ抵当不動産に（不法）占有者（本件の占有者は、短期賃貸借による占有者であった）がいたとしても、抵当権の実行の段階になれば、執行手続により、その占有を排除できることから、抵当不動産の担保価値の保存、抵当権者の保護が図られているので、抵当権侵害には当たらないとした。そうして、抵当権者の抵当権自体に基づく妨害排除請求、また、被担保債権を被保全債権としての、債務者である所有者の所有権に基づく返還請求の代位行使を認め

なかった。

本件(最大判平成11年11月24日)は、抵当権を実行したものの、抵当不動産に不法占有者がいるため、競売の買受希望者が出てこず、競売手続がストップしてしまった事件で、抵当権者が、本件建物の不法占有者を相手どって、本件根抵当権の被担保債権である本件貸金債権を保全するために、抵当権設定者の本件建物の所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して、本件建物の明渡を求めた。最高裁は、最判平成3年3月22日を変更して、抵当権者の妨害排除請求権の代位行使を認め、なお書きとして、抵当権に基づく妨害排除請求も許されるとした。すなわち、本判決も、抵当権の非占有担保としての性質は認めたが、抵当不動産に不法占有者がいて、「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、抵当権侵害と評価され、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」おり、抵当権者は抵当不動産の所有者に対して、「抵当権の効力として、…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」とした。そうして、「抵当権者は、右請求権〔侵害是正請求権<sup>7)</sup>を保全する必要があるときは、民法423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」とした。すなわち、①抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて、②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、抵当権侵害にあたり、抵当不動産の所有者は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ので、抵当権者は抵当不動産の所有者に対して侵害是正請求権をもっており、抵当権侵害がある場合には、侵害是正請求権を被保全債権として423条(債権者代位権)の法意

により抵当不動産の所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権の代位行使を認めた。本判決は、ダイレクトに債権者代位権の転用とは言っておらず、その法意を用いたものだとする。なお、このような状態があるとき、抵当権者は、「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」として、抵当権に基づく妨害排除請求権、すなわち物権的請求権の行使も認めた。

本判決には、奥田裁判官の補足意見が付いている<sup>8)</sup>。奥田裁判官は、まず、第三者の行為等による抵当権侵害の成否について、抵当権が抵当不動産の交換価値を排他的に支配し、そこから優先弁済をうけることを内容とする物権であると、抵当権を価値権として捉える。そうして、その価値に対しての排他的な支配は、抵当権設定時から換価に至るまで恒常的・継続的に存続する。したがって、第三者が、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した場合、抵当権の侵害と捉えられるとする。第三者の行為が抵当権侵害に当たるのか否かについては、第三者の行為等の内容だけではなく、競売手続における当該抵当権者への配当の可能性も考慮して判断すべきであるとする。次いで、抵当権に基づく妨害排除請求については、物権的請求権が目的物に対しての事実的支配(占有)がコアとなって認められてきた権利であることを確認して、抵当権は占有を伴わない権利だが、抵当権侵害がなされたときに、抵当権者が抵当権に基づき妨害排除できるのかどうかは、検討を要する問題であるとして、抵当権に基づく妨害排除請求権については判断をペンディングする。最後に、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、代位行使を認めるにあたっては、2つの問題があるとする。第一に、債権者代位権(423条)を行使するにあたっての被保全債権は何になるかという問題がある。

第二に、債権者代位権の転用事例は、他に適切な手段がない場合に認められる便法にすぎない（「補充性」）が、抵当権侵害については、抵当権に基づく妨害排除請求が認められれば十分ではないかという問題である。第一の問題について、奥田裁判官は、抵当権設定者または抵当不動産の譲受人は、抵当不動産を「実際に管理する立場にある者」として、抵当権侵害がなされないよう抵当不動産を適切に維持保存することが要請されていて、その裏返して、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」とする。そうして、この「担保価値維持請求権」は抵当権設定時から換価まで「恒常的に存続する権利」であり、不法占有者により抵当権侵害がなされているのに、抵当不動産の所有者が適切な措置をとらない場合、「担保価値維持請求権」を被保全債権として、抵当不動産の所有者が不法占有者に対してもつ妨害停止または排除請求権を代位行使することが認められるとする。法廷意見は、423条の法意により、債権者代位権の行使と認めるが、奥田裁判官は、本件をダイレクトに債権者代位権の転用事例と捉えているようである。第二の問題については、奥田裁判官自身、抵当権に基づく妨害排除請求権が認められるべきか否かについては、さらに検討を要する問題であるとする。このような状況から、債権者代位権の転用による救済の道を閉ざすべきではないとする。抵当権者は、債権者代位権の行使による抵当不動産の明渡を自分に対してするよう求めることができるかについて、原則は抵当不動産の所有者に明け渡すことを求めることができるだけだが、「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

ができると解す」べきであり、本件のような事実関係の場合、抵当権者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する。そうして、「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」とする。しかし、「管理占有」がいかなる法的性質を持つのか、どのような機能・効果をもつのかについては述べていない。奥田裁判官の補足意見は、法廷意見を補足するものであるが（抵当権の法的性質、抵当権侵害の捉え方について差異はない）、債権者代位権の行使の構成の仕方について微妙に異なる。債権者代位権の被保全債権について、法廷意見は、侵害は正請求権を観念し、奥田裁判官は、担保価値維持請求権を観念する。両概念の意味内容は、そもそも曖昧であり、しかも微妙に異なっているように思える<sup>9</sup>。侵害は正請求権は、抵当権侵害が生じている状態で、初めて顕現してくるが、担保価値維持請求権は、奥田裁判官によれば、抵当権設定時から換価まで恒常的・継続的に存続するという。また、法廷意見は、抵当権に基づく妨害排除請求を、なお書きで認めるが、奥田裁判官は態度を保留する。そうして、奥田裁判官は、債権者代位権行使後の対応について、抵当権者は抵当不動産を自己に明け渡すよう請求することができ、抵当権者は、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」を取得するという。

本判決（最大判平成11年11月24日）は、最判平成3年3月22日と、抵当権の法的性質に対しての捉え方は同じだが、抵当権侵害についての捉え方が異なる。最判平成3年3月22日は、先述のように、抵当権が実行されると、抵当不動産の買受人は民事執行手続により、抵当不動産の占有を排除することができるから、抵当不動産の担保価値は維持され、したがって抵当権者は保護されるので抵当権侵害はないと解する。これに対して、本判決は、「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、**抵当権侵害と評価できる**という。本判決は、**抵当権実行（競売）段階に至って、抵当不動産に不法占有者がいることにより、抵当不動産の交換価値を排他的に把握する抵当権の実現が妨げられ、優先弁済が困難になるような事態がある場合（交換価値の面でも、行為態様の面でも不法が認められる場合）には、抵当権侵害が認められている。**両判決ともに、**抵当権の実体法上の捉え方に相違はない。抵当権侵害に対しての捉え方が、最判平成3年3月22日と比べると、本判決の方が実質化していった（現実・実務志向）と考えられる。**したがって、**抵当権侵害はないと捉える最判平成3年3月22日は、抵当権者による抵当不動産の妨害排除請求権の代位行使も認めない。**他方で、本判決はそれを認めた。本判決はさらに、**抵当権に基づく妨害排除請求も認めるに至った（奥田補足意見は、この点、留保している）。**

(2) 最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁<sup>10</sup>

最大判平成11年11月24日判決によれば、**不法占有者による抵当不動産の占有が抵当権侵害にあたり、抵当権者は、抵当不動産の所有者がもつ不法占有者に対しての妨害排除請求権を代位行使するか、そもそも抵当権に基づく妨害排除請求を行うことができる**とされた。この判決によって、**抵当不動産が無権原占有者か不法占有者によって占有されている場合、その占有を排除できることが確認されたが、有権原（適法）占有者が抵当不動産を占有するが、それが交換価値の実現・優先弁済権の行使を妨げる場合に、抵当権者は何ができるのかは未解決のままであった。**この間、社会では、**抵当権侵害が社会問題となり、それに対処するために民事執行法が整備され、**

それに伴い民法上の短期賃貸借の制度が廃止された（2003年）<sup>11</sup>。本件は、**適法占有者による抵当権侵害に対して、抵当権者が妨害排除をすることができることを認めた。**

【事実】建物明渡請求事件

Xは、平成元年9月5日、A社との間で、A社所有の土地上に地下一階付九階建ホテル（「本件物件」）を請負代金17億9014万円で建築する旨の請負契約を締結し、平成3年4月30日、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。A社は、平成4年4月頃、Xとの間で、請負代金が17億2906万円余であることを確認し、これを同年5月から8月まで、毎月末日限り500万円ずつ支払、同年9月末日に残りの金額を支払うこと、Xの請負残代金を担保するため、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（「本件抵当権」）及び停止条件付賃借権（「本件停止条件付賃借権」）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（「本件合意」）。**本件停止条件付賃借権は、**本件抵当権の実行としての競売が申し立てられることなどを停止条件とするものであって、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。**そして、A社は、**本件合意に基づき、同年5月8日、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了した。**そこで、Xは、A社に対して、**本件建物を引渡した。**ところが、A社は、**本件合意に違反し、分割金の弁済を一切行わず、しかも、平成4年12月18日、Xの承諾を得ずに、B社に対し、賃料月額500万円、期間5年、敷金5000万円の約定で本件建物を賃貸して引き渡した（「本件賃貸借契約」）。**その後、平成5年3月に敷金を1億円に増額し、同年5月1日に賃料を月額100万円に減額するとの合意がそれぞれなされたが、**敷金が実際に交付されたか否かは、定か**

ではない。B社は、平成5年4月1日、Xの承諾を得ずに、Yに対して、賃料月額100万円、期間5年、保証金1億円の約定で本件建物を転貸して引き渡した（「本件転貸借契約」）。不動産鑑定士の意見書によれば、本件建物の適正賃料額は、平成7年1月31日時点で月額592万円、平成10年10月26日の時点で月額613万円とされており、本件転貸借契約の賃料額は、適正な額を大幅に下回るものであった。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6年から平成8年にかけてYの取締役の地位にあった者である。なお、A社は、平成8年8月6日に銀行取引停止処分を受けて事実上倒産した。

Xは、平成10年7月6日、東京地方裁判所八王子支部に対し、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額は、平成12年2月23日に6億4039万円だったものが、同年10月16日には4億8029万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。このように、本件建物及びその敷地の競売手続による売却が進まない状況のもとで、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100万円の支払と引換えに放棄するように請求した。

Xは、Yに対して、第一審において、Yによる本件建物の占有により本件停止条件付賃借権が侵害されたことを理由に、賃借権に基づく妨害排除請求として、本件建物を明け渡すこと及び賃借権侵害による不法行為に基づき賃料相当損害金を支払うことを請求したところ、第一審はこの請求をいずれも却下した。これに対して、Xが控訴し、原審において、上記請求と選択的に、Yによる本件建物の占有により本件抵当権が侵害されたことを理由に、抵当権に基づく妨害排除請求として、本件建物を明け渡すこと及び抵当権侵害による不法行為に基づき賃料相当損害金を支払うこ

とを追加して請求したところ、原審はこの追加請求をいずれも認容した

【判旨】一部棄却、一部破棄自判

最高裁は、「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（最高裁平成8年(オ)第1697号同11年11月24日大法廷判決・民集53巻8号1899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、当該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。そして、本件について、「本件建物の所有者であるA社は、本件抵当権設定登記後、本件合意に基づく被担保債権の分割弁済を一切行わなかった上、本件合意に違反して、B社との間で期間を5年とする本件賃貸借契約を締結し、その約4ヶ月後、B社はYとの間で同じ

く期間を5年とする本件転貸借契約を締結した。B社とYは同一人が代表取締役を務めており、本件賃貸借契約の内容が変更された後においては、本件賃貸借契約と本件転貸借契約は、賃料額が同額(月額100万円)であり、敷金額(本件賃貸借契約)と保証金額(本件転貸借契約)も同額(1億円)である。そして、その賃料額は適正な賃料額を大きく下回り、その敷金額又は保証金額は、賃料額に比して著しく高額である。また、A社の代表取締役は、平成6年から平成8年にかけてYの取締役の地位にあった者であるが、本件建物及びその敷地の競売手続による売却が進まない状況の下で、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100万円の支払と引換えに放棄するように要求した。〔改行〕以上の諸点に照らすと、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、Y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、X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。〔改行〕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とし、A社の代表取締役は、Y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。〔改行〕そうすると、Xは、Y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請求を認容した原審の判断は、結論において是認することができる」とした。

最高裁はまた、職権による検討として、原審が、Yの占有により本件抵当権が侵害され、Xに賃料相当額の損害が生じたとして、抵当権侵害による不法行為に基づくXの賃料相当損害金の支払い請求を認容した点について、

原審の判断は是認できない、とする。その理由は、「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相当額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、上記説示によれば、上記請求は理由がないから、これを棄却することとする。〔改行〕また、上記請求とは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、前記事実関係によれば、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、Yによる本件建物の占有によりXが賃料相当額の損害を被るということとはできない。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」とした。

#### 【解説】

本判決は、原審が示した、低廉な賃料による抵当権侵害の損害賠償請求は認めなかったが、抵当権に基づく妨害排除請求および抵当不動産の抵当権者への明渡請求は認めた。最大判平成11年11月24日が示したルールを土台に、抵当権設定後に抵当不動産の所有者によって占有権原の設定を受けた適法占有者についても、①占有権原の設定に抵当権の実行

としての競売手続妨害の目的が認められ、②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、抵当権に基づく妨害排除請求が認められるとした。その理由は、抵当不動産の所有者には、そもそも抵当不動産の使用・収益にあたり、抵当不動産を適切に維持管理する義務（抵当権者からみれば、侵害は正請求権（担保価値維持請求権））があるので、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とされる。また、③抵当不動産の所有者が、抵当権に対する侵害が生じないような抵当不動産の適切な維持管理ができないときには、抵当権者は、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する。

そして、本件においては、抵当権設定登記後に締結された賃貸借契約・転貸借契約いずれについても、その賃料の低廉さ、賃貸人・転貸人・転借人会社の代表取締役が同一人物であったことから、それらの客観的事実に、競売手続妨害の目的が認められ、Yの占有により、抵当不動産の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ような状態が認められるとする。しかも、抵当不動産の所有者Aが、無断転貸禁止の合意に違反して、A社の代表取締役がその関係者でもあるYと長期賃貸借・転貸借契約を結んだことから、Aが抵当不動産を適切に維持管理することを期待できないとして、抵当権者XからYに対しての妨害排除請求、自己への建物の明渡し請求が認められた。

本判決は、抵当不動産の適法占有者の占有が、交換価値の実現を妨げ、抵当権者の優先弁済請求権の行使を困難とするような抵当権侵害と認められる場合には、占有権原の設定に競売手続を妨害する目的が認められることを条件に、適法占有者を相手どっても、抵当権に基づく妨害排除請求権を行使できること

を認めた。不法占有者を相手どっての妨害排除請求を認めた最大判平成11年11月24日は、①抵当不動産の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ような状態と、客観的な状態のみを要件としたが、適法占有者を相手どっての妨害排除請求を認めた本判決は、これに、②占有権原の設定に競売手続を妨害する目的が認められるという主観的な要件（抵当権設定者の悪意）を加えた。民法旧395条但書による短期賃貸借保護が廃止されたことから、抵当権設定後の濫用的賃貸借を排除する手段がなくなった。本判決は、これを受けて、適法賃貸借であっても、抵当権実行妨害目的をもつ賃貸借は認められない旨を示したものと思われる。最大判平成11年11月24日では、不法占有者を排除するために、抵当不動産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を認め、なお書きとして、抵当権に基づく妨害排除請求権を認めたが、本判決は、ダイレクトに抵当権に基づく妨害排除請求の行使を認めている。そして、その理由づけとして、抵当不動産の所有者は、抵当不動産の使用・収益について適切に維持管理することが要請されており、したがって、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とする。このことは、抵当権に基づく妨害排除請求権が、抵当権が物権であるという理由で認められる物権的請求権（物上請求権）としての性質をもつものではないということを表しているように思われる<sup>12</sup>。妨害排除請求権が認められるのは、抵当不動産の所有者が抵当不動産を適切に維持管理しなかったという義務違反が必要なのである。そうして、妨害排除請求の結果、抵当権者に引き渡される抵当不動産の占有、すなわち、最大判平成11年11月3日の奥田裁判官の補足意見の「管理占有」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」と、その性質決定がなされた。

こうして抵当権侵害に対しての民法上の対応策が明らかにされた。抵当権侵害の認定、妨害排除請求、抵当権者への明渡し、抵当権者の管理占有という経過を辿る。

最大判平成11年11月23日・最判平成17年3月10日のいずれもが「管理占有」に触れているが、その意味内容は、「管理することを目的とする占有」であり、抵当不動産の所有者の代わりに受領するのだから、抵当不動産の所有者が負担する「抵当不動産を適切に維持又は保存する」義務を引き受ける程度しか明らかでない。続いて、学者が「管理占有」をどのように考えているのかを見てみよう。

### 3. 学説における「管理占有」の内容

最大判平成11年11月23日の法廷意見では、本件建物の明渡しは「本件建物を管理することを目的として」おり、奥田裁判官の補足意見によれば、抵当不動産の所有者の妨害排除請求権を抵当権者が代位行使する文脈で「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」と解するのが相当であり、「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」とされる。続いて、抵当権に基づく妨害排除請求を認めた最判平成17年3月10日によれば、「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」とされた。判例によれば、管理占有は、抵当不動産を維持管

理することを目的とするものであり、使用収益することはできない。

学説は「管理占有」の内容を次のように考えている。抵当権者は、抵当権侵害が生じているときに、抵当不動産を維持管理することを目的として、直接その明渡しを受けることができる。抵当不動産の明渡し、管理占有は、抵当権侵害を除去して、抵当不動産の競売または任意売却を目指すものと考えられる<sup>13</sup>。このとき抵当権者は、当該不動産を買い受けようとする者に対して、内覧を許すことができるとする見解もある<sup>14</sup>（民事執行法64条の2を参照）。「管理占有」をする抵当権者と抵当不動産の所有者との関係は、委任に準ずるもの<sup>15</sup>、または、事務管理<sup>16</sup>と解される<sup>17</sup>。いずれにしても、抵当権者は、善管注意義務を負担することになる（644条、697条1項を参照）。あるいは、管理占有をなす抵当権者を、一種の「執行共助機関」と解すべきという見解もある<sup>18</sup>。抵当権者が、抵当不動産の管理に要した費用については、抵当権者が負担して、後に抵当不動産所有者に償還を請求できると解される（650条1項、702条1項を参照）。民事執行法55条10項あるいは56条2項の類推適用で共益費用として扱うべきだという見解もある<sup>19</sup>。さらには、この費用償還請求権を被保全債権として留置権を行使できないかという主張もある<sup>20</sup>。この主張は過大と思うが<sup>21</sup>、抵当権者が抵当不動産の管理に費用を投じた場合、その管理費用をどこから回収できるかは、「管理占有」の実効性を考えていくにあたって、解決しなければならない問題である。抵当権者による抵当不動産の使用・収益は、「管理することを目的」とした占有であるから、当然、認められない（最大判平成11年11月24日奥田裁判官の補足意見・最判平成17年11月23日判旨）<sup>22</sup>。抵当権者が「管理占有」を継続するとなると、抵当不動産の所有者の抵当不動産の使用・収益権を奪うことになる。これをどう考えるかも問題である<sup>23</sup>。抵当権者

が、抵当不動産を管理することが困難な場合、たとえば銀行がマンションを管理するような場合、抵当権者は、その管理を不動産会社などに委託することができる<sup>24</sup>。もっとも、「管理占有」をする抵当権者が、いかなる権原に基づいて、抵当不動産の管理を委託することができるのか、また、その費用を誰が負担するのかも不明である。抵当権者が、「管理占有」を継続することが困難な場合、民事執行法55条の売却のための保全処分を申し立てて、執行官保管の保全処分を得るのが適切であるとされる<sup>25</sup>。

管理占有を続ける抵当権者が、いつまでも競売や任意売却を行わない場合、どうなるのか、あるいは、競売も任意売却もできなかった場合に、どうなるのかも問題である。これらの場合、特に後者については、管理費用をどこから捻出するかが問題となる。また、管理占有をする抵当権者が、抵当不動産の所有者から返還請求を受けた場合、抵当権者はそれに応じなければならないのか、応じなくても良いとして、その法的根拠は何か（抵当権者は、いかなる権限に基づいて管理占有を続けることができるのか）<sup>26</sup>。また、これが一番の問題であると思われるが、抵当権者による管理占有が、他の抵当権者にとって、抵当権侵害に当たる可能性もある。たとえば、後順位抵当権者による管理占有が、先順位抵当権者にとって、執行妨害となるような事態も考えられないではない（最大判平成11年11月24日奥田裁判官の補足意見も参照）<sup>27</sup>。このような事態が生じた場合、先順位抵当権者は、何ができるのかも問題となる。

#### 4. 若干の考察とまとめ

抵当権は、債務者または第三者が占有を移転しないで担保に供した抵当不動産について、他の債権者に先だって弁済を受けることができる権利である（369条・非占有担保）。

抵当不動産の所有者は、買受人に抵当不動産が引き渡されるまで、その使用・収益を行うことができる。反対に言うなら、抵当権者は、抵当不動産の使用・収益に干渉することはできない。非占有担保とされる抵当権の法的性質から、「管理占有」をどう説明するか、どう関連づけるかが問題となる<sup>28</sup>。

最大判平成11年11月3日も最判平成17年3月10日ともに、抵当権の非占有担保という法的性質（抵当権ドグマ）を捨て去ってはいない（その枠内に留まっている）。抵当権者が取得する占有は、抵当不動産の所有者が、実際に抵当不動産を管理する立場にある者として、第三者の行為などにより、その交換価値が減少し、また交換価値の実現が困難となることのないように、抵当不動産を適切に維持または管理することが期待できない場合に、抵当権者が抵当不動産の所有者に代わりに、あくまで抵当不動産を維持管理することを目的として取得する占有であり、抵当不動産の使用・収益を目的とするものではない。管理を目的とした占有と限定することで、抵当権者の占有と抵当権設定者の占有とが等質のものではないことが明らかにされたと評価される<sup>29</sup>。抵当権者は自らの名で抵当不動産を管理を目的として直接占有するのである<sup>30</sup>。補足意見を述べた奥田によれば、「管理占有」とは、使用・収益は抵当権設定者に留められているのだが、それが妨害という形で破壊されたので、一時預かるという形での占有であるとされる。使用・収益を目的とした占有ではなく、受寄者の占有のような、所有者のための管理・保管のための他主占有であり、義務なくして、他人の事務を処理する事務管理のようなものであるとされる<sup>31, 32, 33</sup>。最判平成3年3月22日では認められなかった「占有」の不法性（「占有」による抵当権侵害が、最大判平成11年11月24日で認められた。抵当権を侵害する「占有」(実力行使・物理的力 (vis)) を排除して、抵当

権者による抵当不動産の管理＝「管理占有」が、いわば平和を維持するものとして表れてくるのである。もっとも、このような「管理占有」の法的性質づけから、「管理占有」の効果は明らかにならない。

ところで、このような「管理占有」は、日本民法の占有法において、どのような位置におかれるのか。「占有」とは「自己のためにする意思をもって物を所持すること」であり、この事実上の占有を要件として占有権が取得される(180条)。「管理占有」は、抵当不動産の所有者に代わっての占有(他主占有)であり<sup>34</sup>、抵当権実行に至るまでの暫定的・容仮的・平和的な占有(possessioまたはprecarium)ということもできよう。「管理占有」が侵害された場合に、占有の効果として、管理占有者である抵当権者に占有を保護するための法的手段(占有訴権)が与えられるのかも分からない<sup>35</sup>。このように、「管理占有」は、よく分からない概念・制度であり、それが、一体いかなる法的性質を有するのか、どのような機能・効果をもつのか、議論が深められていかないとならないだろう。「管理占有」の法的性質・機能・効果が解明されて、その実体法における位置づけが概念的に確立されると、伝統的な占有(権)とも違う、新たな占有類型が生み出されるのかもしれない。

とはいえ、第三者による抵当不動産の占有が抵当権侵害に当たると評価されると、抵当権者は、自己への明渡しを請求して、抵当不動産を管理占有することが認められている。この「管理占有」の一番の問題点は、先述のように、「管理占有」が、他の抵当権者にとって抵当権侵害となることもあるという点にあると考えられる<sup>36</sup>。侵害を排除して得た平和的な「管理占有」が、他の抵当権者の抵当権侵害になる可能性を秘めているのである。木庭顕が言うように、「透明な(全く別種の)占有概念(bonorum possessio)が構築できるかどうかは鍵になる」と考えられる<sup>37</sup>。

本稿の冒頭に掲げた佐藤弁護士による「管理占有」の協定書を検討する。

①A(抵当不動産所有者)は、買受人が買受けるまで建物の担保価値の維持に務める。

②抵当権者は、一定の条件でAが1階を使用することと認める。抵当権者は合鍵で条件が遵守されているかを立入調査できる。

③2階は空室のままとする。抵当権者は合鍵で立入調査できる。

④Aが管理する3階以上の居室について、空室部分は空室のまま管理し、賃貸部分の更新は認めるが、競売手続中であることをAは説明しなければならない。

⑤1階の事務所と自宅部分の使用を認める代わりにマンション全体の保守修繕をAの負担と責任で行う。

⑥買受希望者がマンションの内覧を希望する場合には協力すること、および買受人から明渡しを求められた場合には速やかに明け渡すこと。

これまでの考察を踏まえて、各条項を見てみると、①については、最大判平成11年11月24日で示された抵当権設定者の侵害は正義義務(担保価値維持義務)が明文化されている。②、③と④では、1階部分について、抵当不動産の所有者の自己使用の継続が、3階以上について、既存の賃貸(更新も容認)(収益)が認められている(ただし、新たな賃貸(収益)は許されない)。奥田は、「管理占有」を抵当権者が明渡しを受けて一時的に占有すると捉えていたが、本協定書では、抵当権者が、抵当不動産の所有者の使用・収益を管理する取扱いがなされている。「管理占有」というよりも、抵当不動産の所有者の占有「管理」に近い。⑤では、抵当不動産の所有者にその使用・収益を認める代わりに、マンション全体の保守修繕を抵当不動産の所有者に負担させている。要するに、抵当不動産の所有者が管理費用を負担する(管理費用をめぐっての学者の心配は杞憂だった(?))。そうして、③、

④では、空室部分の立入調査を定めて、抵当権侵害が行われないよう抵当不動産の適切な維持管理を監視（モニタリング）できるようにしている。⑥では、内覧の容認と、競売または任意売却が行われた場合、買受人に速やかに明渡しが行われるよう定められている。③、④と⑥は、将来の売却（競売や任意売却）に備えての条項である。本協定書は、当然ながら抵当権者に有利な状況・条項が定められており、佐藤自身も述べているように、本協定書の目的は、所有者にインセンティブを与えて、担保物件を良好な常態で維持させて、有利な条件で競売させることにある。奥田や学者が考えていた「管理占有」の機能・効果のイメージからは程遠いものである。本協定書は、抵当不動産の所有者を管理人とした、担保不動産収益執行か、強制管理に近いイメージである。（従来、価値権と考えられてきた）抵当権の物権としての効力が剥き出しに表れているということもできる<sup>38</sup>。繰り返しになるが、抵当不動産に他の抵当権者が存在する場合、抵当権侵害につながる恐れもあるだろう。したがって、「管理占有」を制度設計するにあたっては、それが確実に競売または任意売却に至る道筋を確保しなければならないと考える<sup>39、40</sup>。あるいは、妨害排除請求に基づいて明渡しを受け「管理占有」する迂路を介さずに、ダイレクトに執行手続に至る制度設計を行わなければならない<sup>41</sup>。再び木庭の言葉を借りると、『皆のために押さえる地位』を争う道の存在が不可欠<sup>42</sup>なのである。「そうでなければ、『管理占有』の実質は担保されない」ことになるだろう<sup>42</sup>。

以上

- 1 佐藤米生「ロイヤーズノート② 管理占有」銀法766号49頁。
- 2 山本和彦「抵当権者による不法占有排除と民事執行手続」金法1569号62頁を参照。
- 3 佐藤「ロイヤーズノート」の副題が、「地域金融機関の顧問弁護士のある1日」であるから、原告は金融機関で、佐藤がその代理人を務めたのだろう。
- 4 抵当権に基づく物件管理制度として所有者による管理を、山本和彦「抵当権に基づく物件管理制度」銀法601号29頁が提案している。
- 5 生熊長幸〔判批〕ジュリ1179号71頁：松岡久和〔判批〕別冊ジュリスト175号178頁：八木一洋〔判解〕最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成11年度833頁など。
- 6 最判平成3年3月22日の判旨は、学界・実務において、ネガティブな評価が与えられている。本稿で論ずることはできないが、筆者は、そのような学界・実務の評価に疑問を感じている。鎌田薫「抵当権の効力—『価値権』論の意義と限界—」司研91巻6頁以下；同「抵当権の侵害と明渡請求」（田山輝明他編「民法学の新たな展開：高島平蔵古稀記念」（1993年））263頁以下も参照。
- 7 抵当権者が債務者に対してもつこの請求権の文言は、道垣内弘人『『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』について』ジュリ1174頁28頁以下に従った。
- 8 奥田自身による本補足意見の背景や内容補足について、池田光宏ほか「特別座談会 担保・執行法制の改正と理論上の問題点」ジュリ1261号66頁以下〔奥田昌道・発言〕を参照。
- 9 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」の相違について、高橋眞「抵当権に基づく妨害排除請求と抵当権の性質論」法時74巻2号87・88頁などを参照。
- 10 戸田久〔判解〕最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成17年度153頁：田高寛貴〔判批〕別冊ジュリスト195号178頁：道垣内弘人〔判批〕リマークス32号20頁：松岡久和〔判批〕ジュリ1313号77頁など。
- 11 道垣内弘人ほか「特集 新しい担保・執行法制と金融実務」金法1682号17頁以下：鎌田薫ほか「平成15年担保法・執行法改正の検討（1）（2）（3）」ジュリ1321号144頁以下、ジュリ1324号89頁以下、ジュリ1327号56頁以下などを参照。
- 12 生熊長幸〔判批〕銀法647頁19頁。

- <sup>13</sup> 村上正敏〔判批〕判タ1053号62頁：池田光宏ほか・ジュリ1261号68頁以下〔鎌田薫・発言〕など。滝澤孝臣〔判批〕金法1569号18頁は、抵当不動産の競売または任意売却を考えるのであれば、管理占有は、抵当権者全体の利害に関わる占有となることから、管理占有の主体は、明渡請求を行った抵当権者に限られるわけではないとする。
- <sup>14</sup> 山本・金法1569号64頁：大工強「抵当権者の明渡請求と民事執行法上の保全処分」判タ1072号44頁など。
- <sup>15</sup> 生熊・銀法647頁19頁：八木・最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成11年度860頁など。
- <sup>16</sup> 道垣内・ジュリ1174号32頁など。これに対する批判は、小杉茂雄「抵当権者のいわゆる『管理占有』について」銀法668号80頁を参照。
- <sup>17</sup> 債権者の管理権限について、債権者代位権構成（最大判平成11年11月24日）から説明することは可能だが、物上（物権的）請求権構成から根拠付けることは困難であると主張される。債権者代位権構成を取るのであれば、債権者の管理権限を指定することができる。小笠原浄二ほか「座談会 最大判平成11.11.24と抵当権制度の将来」金法1569号41頁以下の議論：池田光宏ほか・ジュリ1261号70頁〔奥田昌道・発言〕を参照。梶山玉香「抵当権者による物権管理について」同法57巻6号341頁以下、347頁は、債権者代位権構成によれば、抵当権者と抵当不動産の所有者との関係は、法定の委任関係に立つとされる（が、物上請求権構成（最大判平成17年3月10日の立場）によれば、抵当権者の管理権原を根拠付けることは困難であるとする）。
- 赤松秀岳「『抵当権に基づく妨害排除請求』への一試論」岡法55巻3・4号51頁は、賃借権に基づく妨害排除請求について、所有者の権能が賃借人に部分的に譲渡されているという構成に着想を得て、抵当権侵害の場合も、所有者の管理権能が抵当権者に移転しており、抵当権者は、賃借人に対しても所有者に対しても、管理目的の範囲内であれば明渡を請求できるという。
- <sup>18</sup> 中野貞一郎「民事執行法〔増補新訂6版〕」(2010年) 472頁。
- <sup>19</sup> 生熊・銀法647号19頁：中野「民事執行法」472頁など。
- <sup>20</sup> 道垣内・ジュリ1174号28頁など。
- <sup>21</sup> 村上・判タ1053号60・61頁。
- <sup>22</sup> 村上・判タ1053号61頁：八木・最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成11年度861頁など。小杉・銀法668号79頁、81頁は、管理占有が、民法の定める占有だとすると、善意（管理）占有者は189条1項によって、果実を取得できそうだが、管理占有は使用・収益を目的としない以上、取得することはないとする。
- <sup>23</sup> 梶山・同法57巻6号348頁は、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」とする。
- <sup>24</sup> 三上徹「平成11年大法廷判決と銀行実務」銀法572号44・45頁：生熊・銀法647号19頁：村上・判タ1053号60頁など。
- <sup>25</sup> 生熊・銀法647号19頁など。滝澤・金法1569号23頁；同「抵当権に基づく妨害排除請求」銀法601号20頁、22頁は、執行官が管理占有の主体となることを提案する。
- 戸田久〔判解〕ジュリ1306号169頁は、抵当権者に、抵当権自体に基づく妨害排除請求を認めた最大判平成17年3月10日は、これらの執行法上の手続を背後から支える役割を担うとする。山本・金法1569号60・61頁も参照。
- <sup>26</sup> 村上・判タ1053号52・53頁：福永有利「平成11年大法廷判決から派生する手続問題」銀法572号31頁など。
- <sup>27</sup> 滝澤・金法1569号18頁、同・銀法601号20頁：福永・銀法572号31頁：松岡久和〔判批〕NBL683号41頁：山野目章夫〔判批〕判タ713号44頁：小笠原浄二ほか・金法1569号39頁の議論など。
- <sup>28</sup> 抵当権の非占有担保性（抵当権ドグマ）自体を捨て去るという選択肢もある。椿寿夫ほか「座談会 抵当権者による明渡請求－最大判平成11・11・24をめぐる－」銀法571号4頁以下、特に9・10頁、18・19頁〔椿寿夫発言〕など。賃料債権に対する物上代位の承認なども含めて、抵当権ドグマの崩壊が始まりつつある。
- <sup>29</sup> 八木〔判解〕ジュリ1174号42頁：戸田・ジュリ1306号168頁：滝澤・金法1569号10頁；同・銀法601号19頁：高橋真〔判批〕金法1616号38頁など。
- <sup>30</sup> 八木・ジュリ1174号42頁。
- <sup>31</sup> 池田光宏ほか・ジュリ1261号66頁以下〔奥田昌道発言〕。なお、奥田の主張を理解するにあたって、〔鎌田薫発言〕が参考になる。また、小林顕彦ほか「座談会 抵当権者による不法占有者の排除」ジュリ1174号24頁〔山本克己発言〕

では、「抵当権者に占有権原が例外的に認められる」という。

<sup>32</sup> 奥田のこの理解は、ローマ法における sequester (係争物受寄者) による sequestratio (係争物寄託) を思い起こさせる (管理占有と機能は異なる)。船田享二「ローマ法 第3巻」(1970年) 248・249頁: Kaser, M./Knuetel, R., *RP* 20 Aufl. (2014年) S.234を参照。

<sup>33</sup> 小杉・銀法668号79頁は、前掲注(18)の中野のように管理占有を執行共助機関としての占有と考えるのであれば、「『管理占有』は民事執行法上の占有であり、必ずしも民法(抵当権法)上の占有と考える必要はない」とする。小杉・銀法668号81頁は、「管理占有」を、交換価値の潜在的かつ観念的な占有が顕在化し、「観念的支配に基づく現実的支配の確保(占有確保)」が行われるのであるとする。梶山玉香「抵当権者による物件管理について」同法57巻6号348頁以下も同旨か。梶山によれば、抵当権は、その設定から実行に至るまでの間に、法的性質を変化させるとする(梶山「物件価値の提供による抵当権の消滅」同法53巻1号1頁以下)。

高橋・金法1616号38頁: 同・法時74巻2号87頁は、管理占有について、「執行手続に入っていないため、いわば抵当権者が執行裁判所の代わりに管理せざるを得ないことを示すもの」と解すべきであり、「抵当権自体が何らかの占有権原を有することを意味するものではない」とする。

<sup>34</sup> 佐久間弘道「代位請求・物上請求の構成による抵当権者の明渡請求」銀法572号27頁は、「代理占有における占有代理人」の可能性も示唆される。

<sup>35</sup> 小杉・銀法668号79・80頁は、「…使用および使用による利益の取得を目的としない占有であっても、現時の事実的支配をしていることに変わりがなく、また『事実的支配は社会観念に基づくものであるから』、『管理占有』においてもその侵害に占有訴権が認められることになるであろう」とする。あるいは、端的に、抵当権妨害排除請求が与えられるとも考えられる(が、その機能・効果はよく分からない)。前掲・注(27)を参照。

<sup>37</sup> 木庭顕「占有概念の現代的課題」ジュリスト増刊 民法の争点109頁。木庭は、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」285頁を引用している。

<sup>38</sup> 田中克志「不良債権処理と抵当権の占有排除

効」静岡大学法政研究6巻3・4号8頁は、近年の抵当権の効力の強化・拡大を、控えめに「『暴走する』抵当権」と表現している。実務の立場からすれば、歓迎すべき事態なのかもしれない。しかし、実務の要請に従って、なし崩し的に抵当権の効力の強化・拡大を認めていくことには疑問を感じる(法の卑俗化(?))。明渡請求後、条件付きにせよ、抵当権者の「管理占有」を認めることは、非占有担保・価値権としての抵当権の法的性質を揺るがす可能性がある。抵当権者への明渡請求、抵当権者の「管理占有」を認めること、その制度設計については、慎重に検討していかねばならないと考える。その前提として、抵当不動産の「占有」による抵当権侵害の要件についても分析・考察が必要である(鎌田「抵当権の侵害と明渡請求」287頁ほかを参照)。

<sup>39</sup> 債権者代位権にせよ、詐害行為取消権にせよ、建前は責任財産保全のための制度であるが、実質は代位権・取消権の行使者が優先弁済を受けることになっている。それと同じことにならないような制度設計が必要なのである。

<sup>40</sup> 滝澤「抵当権に基づく抵当不動産の明渡請求」銀法647号10頁: 松岡・NBL683号41頁: 高橋・金法1616号38・39頁など。

<sup>41</sup> 浦野雄幸「二つの最高裁判決の執行法上の問題点」債権管理88号104頁: 田中・法政研究6巻3・4号38頁など。浦野・債権管理88号106・107頁: 小笠原浄二ほか・金法1569号39頁〔鎌田発言〕では、抵当権に基づく強制管理が提案されている。抵当権に基づく物件管理制度については、山本・銀法601号24頁以下: 鎌田薫ほか「座談会 抵当権制度の現状と将来像(6) 抵当権に基づく物件管理制度」NBL710号43頁以下を参照。

<sup>42</sup> 木庭「占有概念の現代的意義」111頁。

#### (補注)

筆者が担当している「民法V(担保物権法)」の講義では、毎年、金融機関の担保評価部門在職者を臨時講師としてお招きして「担保物権法講演会」を開催している。筆者は、「講演会」の企画・開催を、学生(ゼミ生)教育(担保物権法の学習と社会人基礎力の育成)の一環と位置づけて、学生に委ねている。2013年度の講演会企画に取り組んだ学生(3年生)が、講演会開催で取り上げた判例が、本稿の最判平成17年3月10

日であった。本判決を学習していく過程で、学生は最初、併用貸借権や、抵当権侵害による賃料相当損害金の賠償請求に着目して、そこからなかなか抜け出すことができなかった。学習が深まるにつれ、一部の学生が、抵当権ドグマの問題性に関心を持ち始めたが、問題の核心に至るまで学習を深めることはできなかった(その理由は、学生自身、課題を自分自身の問題として捉えることができなかったこと、課題・問題を主体的に解決していくことができなかったこと、そして、もちろん、筆者の指導力不足も大きい)。講演会企画は、年代によって成功・失敗があるが、学生の学習・成長にとって良い機会となっている。筆者自身、学生たちや臨時講師とのやり取りから多くのことを学んでいる(そのやり取りが、本稿執筆の一つのきっかけであった)。この場を借りて、学生たち・臨時講師にお礼を申し上げる。これまでの担保物権法講演会の経験から、担保物権法は、学生に実務と法知識の関連を考えさせるのに適切なテーマであると実感している。学生の教育のためにも、そして自分の勉強のためにも、今後も「講演会」の企画・開催を継続していくつもりである(なお、この取組みについては、大学(法学部・法律学科)における実践的法律学教育の一方法として、別稿で紹介の予定である)。