

まとめてきた次第である。抵当権者に対抗しえない占有者であっても、抵当権者の優先弁済権に基づく換価権の実行にとつては、正に妨害となる場合が多いのであり、その場合には、執行妨害者を排除するという観点から、民法第三九五条但書による解除権の行使、ならびに、これと一体となるべき明渡請求権の行使、しかも後者は、物権的請求権による明渡請求という形を採り、抵当権者側にとつて実効性あるべき実体法上の権利行使となるように構成されるべきである。平成一一年大法廷判決の間隙を埋め、更に発展させることこそ、法学者の任務であるものと信じて已まない。

(二〇〇〇年一月六日稿)

【訂正】

第五卷第一号につき誤植及び脱字がありましたので訂正します。

〔訂正箇所〕 一三四 (三三) 頁六〜七行目

(誤) 大判明三五・二・二七

(正) 大判明三五・二・七民録八輯三七頁

物権的請求権については、実体法学者の役割として、その要件である請求権の行使時期、請求権者、請求の相手方を確定し、その効果である明渡しの手相手方という点を確定しなければならぬ。

まず、請求権の行使時期については、原則としては、抵当権者に対する損害が顕在化する抵当権実行後ということになりそうであるが、しかし、物権的請求権の行使という点を重視すると、抵当権者に対する損害発生のおそれ、つまり、妨害予防という見地からも認められるので、何も抵当権実行後に限定して考える必要はない（ただ、その立証が認められるには相当の手間がかかろう）。

次に、請求権者は当該不法占有者の存在により損害を被る抵当権者であるが、これに配当を受ける可能性なき後順位抵当権者を含めるべきか否かという問題がある。現行民事執行法の取扱いから考察すると、同法六三条の剰余主義さえクリアすれば、後順位抵当権者でも競売申立ては許されるのだから、これに準じて考えると、不法占有者の排除により売却価額が上昇し、後順位抵当権者まで配当される可能性があり、裁判外で請求する場合には、任意売却による配当の可能性が出てくるのであれば、請求権の行使は広く認めても差し支えないものと思われる。

次に、請求の相手方は、現に占有することにより、抵当不動産の減価を生じさせ、あるいは、そのおそれある状況を作出している占有者である。当該不動産を占有している者であればよい。

最後に、明渡しの相手方は、善良な所有者であれば、その所有者に明け渡せば足りるが、所有者が行方不明、あるいは、再賃貸・再引渡のおそれがある等により、所有者への明渡しでは実効性を欠く場合には、抵当権者ということになる。

本節における論述は、既に前述してきたところのまとめ的部分が多いが、長々と論じてきたせいもあり、最後に

るとして、買受人の専権事項であるという解釈があった。抵当権者は所有者の有する使用収益関係に干渉しえないという価値権ドグマが裁判所を支配していた関係上、最高裁判決がない時代の下級審裁判例においても、抵当権者による短期賃貸借解除後の占有者やその他の不法占有者に対する明渡請求は、物権的請求権に基づくものにしても、債権者代位権を用いるものにしても、認められる類型は、そのほとんどが所有者その他正当な占有権原を有する者への明渡であり、抵当権者側への明渡請求を認めた裁判例は債権者代位権の構成の事案において、わずかに二件だけという状況であった。

そして、平成三年最高裁判決は、正にこの価値権ドグマによる解釈を採ったのであり、明渡請求は物権的請求権でも債権者代位権でも一切認めないという解釈を打ち出し、また、解除請求にしても、契約内容に詐害性があつて初めて認められるものと解し、更に、抵当権者は解除請求までないうるに過ぎないものと解した結果、執行妨害が多発したのであった。

平成一一年大法院判決は、正にこの悪名高い平成三年判決に終止符を打ったものであり、その限りでは意義があるものとして評価されている。しかし、判決理由を細かく分析すると、未だに価値権ドグマに支配されている観があり、あまり進歩してはいない。その結果、抵当不動産の適切な維持保存請求権ないし担保価値維持保存請求権を保全するための債権者代位権の転用による抵当権者への明渡請求の許容という折衷的な考え方に落ち着いたのである。ただ、右請求権の法的性質は、抵当権設定契約の当事者にのみ効力を及ぼす債権的なものではなく、抵当不動産の第三取得者等の第三者全員に効力を及ぼす物権的なものと解されると、既に論じてきたように、債権者代位権の転用という構成も理由がなくなり、物権的請求権による構成にのみ存在理由が出てくる。

えない賃借権は執行手続上で消滅する運命にあるという理由付けにより、敢えて解除請求により解除させる必要はないとの判断から、占有を許してしまってきたが、その後、現実的には斯様な占有者が執行妨害目的を有していることもあるという点が認識された結果、現在では、解除請求を認めているものと解することができる。ただ、農地の長期賃借権者の場合だけは、農地上の買受適格制度がある関係において、買受人が当該農地の賃借小作人に限定されているという特殊性から、民法第三九五条但書の類推適用がなされているだけであるから、この点は一般化することはできない。ただ、考え方としては、抵当権者に対抗しえない賃借権であつても、解除請求の対象とすべき場合があるということを経験にすることにより、今後、農地以外の長期賃借権者に対する解除請求の問題へと判例法理が発展する一つのステップにはなっているものと思われる。

執行妨害を目的とする濫用的短期賃借権者の取扱いについては、最高裁の判例は存在しないが、当該賃借契約は無効であり、たとえ、占有者が有益費を支出したとしても、不法原因に基づく占有であるとして、民法第二九五条二項を適用し、留置権の抗弁さえ認めないという下級審裁判例の判例法理が確立している。

しかし、解除請求や賃借権不存在確認請求などにより無権原となつても、なおも占有を続ける占有者が横行している場合は、競売手続は進行せず、また、抵当不動産の所有者が再賃貸した場合には、事実上の問題として、任意売却にももっていけない関係上、斯かる事態を防止するためには、短期賃貸借の解除請求と同時に、これが確定することを停止条件とする明渡請求を訴求することが認められる必要がある。しかしながら、抵当権者は抵当権の実行手続を申し立てる権能しか認められず、詐害的短期賃貸借があれば、その損害を立証して解除請求をし、解除後は買受人が現れるのを待っていればよいのであつて、立ち退き請求は、民事執行法八三条の不動産引渡命令の問題であ

れた場合においては、確かに「円滑な債権回収」にはつながるものと思われるが、果たして「迅速な債権回収」が可能であるのかという点が問題となる。債権を回収する銀行サイドとしては正にこの迅速という点が最大の関心の的なのであり、この点の解決を如何に図るかが今後の課題となろう。

註(10) 同旨の見解として、伊藤・前掲「判批」(前掲註「95」)一八八頁、松岡・前掲論文(前掲註「95」)三八頁、滝澤孝臣「判研(最大判平一一・一一・二四)」金融法務事情一五六九号(二〇〇〇年)六頁「九一〇頁」がある。

第七節 結 語

これまで、抵当権者に対抗しえない占有者の事案として、抵当権の実行に伴う差押登記後に設定されたり更新されたりした短期賃貸借に基づく占有者、長期賃借権者、農地の長期賃借権者、濫用的短期賃借権者、短期賃貸借が濫用された結果真に用益意思を有しない短期賃貸借であるとして無効とされた賃借権に基づく占有者、短期賃貸借契約が解除されて無権原になった占有者、そして不法占有者という類型の占有者がいたわけであるが、このうち、前三者は、民法第三九五条但書の類推適用による解除請求の可否が問題となり、濫用的短期賃借権者はその解除請求、賃借権不存在確認請求ならびに明渡請求が問題となり、後三者は、明渡請求が問題となったわけである。

まず、抵当権者に対抗しえない賃貸借の解除請求が認められるかという問題については、従来、抵当権者に対抗し

権に基づく妨害排除請求権の行使としての抵当権者自身への明渡請求を肯定する考え方の採用も示唆しているのであるから、今後は、この点を中心として理論構成をすべきであろう。

右のように考察してみると、次に、抵当権に基づく物権的請求権の要件と効果を確定する作業が必要になる。平成一一年大法院判決の奥田意見によると、これらに関する議論が尽くされているとはいえない状況にあるということであるが、物権的請求権行使の要件であるから、当該物権の行使が妨げられ、あるいは、そのおそれがあれば、要件は充足されるはずである。したがって、抵当権のケースで考える場合でも、何も「抵当不動産の価額の著しい減少」などという特殊な要件は考える必要はなく、不法占有者の存在や詐欺的短期貸借権者の存在により、抵当権侵害の状況が存在し、あるいは、そのおそれがあり、抵当権者の優先弁済権が確保されえないような状況が存在しないし想定されれば、抵当権に基づく物権的請求権としての妨害排除請求権及び妨害予防請求権は認められるものと思量する。そして、明渡請求は妨害排除請求権の行使として位置付けられるべきであり、斯様に解すると、従来の明渡請求否定説が主張するように、抵当権者には妨害排除請求権は認められるが、返還請求権は認められないという反論は当を得ない議論になる。また、効果面においては、前述したように、所有者への明渡しでは意味のないことが多いことを考慮に入れると、やはり抵当権者自身への明渡しということになり、この点も、前述してきたように、抵当権設定者と抵当権者との内部関係から認めることができる。

いずれにしても、近時の学説が強く主張してきた抵当権に基づく物権的請求権の行使としての抵当権者自身への明渡請求の可能性が平成一一年大法院判決において示唆されたことは大変意義があり、この点は判例法上の地位としても大変な進歩である。ただ、今後、抵当権に基づく妨害排除請求としての抵当権者自身への明渡請求が訴訟上で争わ

法第四二三条)、この意味においては、債務者の無資力を要することになり、却って立証に手間がかかる。ただ、抵当権者が不法占有者に対して明渡しを請求する場合には、ほとんどが、債務者が無資力状況であろうから、あまり問題はないともいえるし、また、被保全権利が個別抵当権の本質である優先弁済権であれば、責任財産保全型ではないから、債権者代位権の転用ということになる。また、同様に、債務者のみならず、物上保証の場合や、抵当不動産が第三者に譲渡されていたりした場合には、抵当不動産の所有者に対する債権がない関係上、やはり債権者代位権の転用でなければならぬと解する学説があるように、転用によらないと請求できないケースもある。しかしながら、従来の学説や奥田意見でも指摘されているように、債権者代位権の転用は他に適切な救済手段がないためにやむなく認められた便法であるという反対論も考えられ、また、抵当不動産の不法占有者を排除する目的のために債権者代位権を転用するという考え方は、従来の価値権ドグマを堅持する判例法理から考えると、権利行使が明らかに認められるべき従来の転用型とは異なり、権利行使が認められないものを「こじつけ」の理論で転用型として位置付けることになり、妥当性を欠く。更に、抵当権に基づく物権的請求権を認めるならば、債権者代位権的構成は不要となるし、目的物に関する抵当権設定者の担保価値維持・保存義務と抵当権者の担保価値維持・保存請求権という関係から考察する限り、抵当不動産の設定者には常にこの義務があるものと解することができるし、第三取得者に対しては、契約関係がないから斯様な義務を構成するのは少し無理ではないかという懸念も考えられるが、抵当不動産を譲り受ける関係上、原所有者が負担すべき義務を第三取得者が免れるものと解することは妥当性を欠き、第三取得者は所有者として、斯様な義務を甘受すべき立場にいるものと解することが妥当である。そうすると、斯様な権利義務関係は、これを物権的請求権に基づくものと構成すれば、やはり債権者代位権的構成は不要となる^(四)。現に、平成一一年大法廷判決は、抵当

当権に基づく抵当権者自身への明渡請求をすべきであり、かつ、これを認めるべきである。抵当権者に右管理権限を認めるべき法的根拠がないと解するならば、従来の下級審裁判例や平成一一年大法院判決が採ったように、便宜的な措置として、債権者代位権の転用ということになるのだが、抵当権者側に斯様な不動産の管理権限を認めることは、抵当権の本質である優先弁済権の確保から考えても妥当であるし、また、抵当権者側に斯様な権能を認めても、設定者側に何ら使用収益上の不利益は生じないのであるから、これを積極的に認めるべきであろう。あるいは、平成八年に改正され、抵当権者に対抗しえない占有者にまでその適用が拡大された売却のための保全処分としての執行官保管命令手続（民執法五五條二項）を容易に認め（同條二項には、一項の売却のための保全処分命令によっては「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べき特別の事情があるとき」という要件があり、この制度適用につき、かなり高いハードルになっている。また、そもそも、一項の価格減少行為の疎明にしても、裁判所サイドでなかなか認定してもらえないという現実がある）、執行を円滑かつ迅速に行えるようにし、不法占有者の存在による抵当不動産の減価を早急に回復するという執行裁判所側の積極的な配慮が必要である。

平成一一年大法院判決は、抵当権設定者には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・管理することが予定されており、その侵害状況が生じた場合には、抵当権者には設定者に対する抵当不動産の維持または保存請求権があるものと解し、この請求権を被保全権利として、民法第四二三條の行使を認め、傍論においては、不法占有者の存在により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、優先弁済権の行使が困難となるような状況にある場合には、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使により、右状況の排除を請求しうるものと解している。

ただ、債権者代位権を適用する場合において、本来的な適用においては、債権を保全する目的がなければならず（民

第四項 私見的考察

これまで論じてきた内容から既に明らかとなったように、抵当権者による不法占有者に対する明渡請求という問題の解決方法としては、抵当権に基づく妨害排除請求を本則とすべきであり、債権者代位権の構成を採る必然性はない。前述してきたように、従来の裁判例における短期賃貸借契約解除後の明渡請求の事案や、不法占有者に対する明渡請求の事案において採られてきた考え方を見ても、債権者代位権の適用において、本来型であるのか、それとも転用型であるのかが必ずしも明確に表現されておらず、また、転用型であるとしても、それは抵当権に基づく物権的請求権による抵当権者自身への明渡請求という構成が判例法理において認められてこなかったことの潜脱手段として、安易に転用型であるかのように構成してきたように見えるからである。抵当債権ないし抵当権それ自体の保全、即ち個別抵当権者の優先弁済権の保全を目的とするならば、元々抵当権設定者には抵当権設定契約それ自体に起因する担保目的物の価値保存義務があり（この意味はそれほど積極的な意味ではなく、土地・建物につき、その自然的な損耗以上の物理的な価値減少行為を禁じたり、抵当権者に対抗しえない占有者を付すこと等による法律的な価値減少行為を禁じたりするという程度の意味である。抵当権者と抵当権設定者との間において、斯様な関係なくしては、抵当権の優先弁済的効力が不安定なものになってしまうので、斯様に解することが自然である）、契約上の義務に対峙する形で権利が存在するのであるから、抵当権者には目的物に関する担保価値保存請求権があるということになる。それ故、抵当権設定者が不法占有者の排除に消極的であるなど、この義務に積極的に違反するか、あるいは、同人が行方不明のために義務を履行することができない場合には、抵当権者は、この請求権に基づき、行方不明の所有者や、再賃貸による再引渡の蓋然性の高い悪質な所有者に代わり、管理権限の委譲ないし付与により、自ら抵当不動産の管理を行うという意味において、抵

張した上で、それよりも、第三者占有による抵当権侵害の救済手段としては、抵当権に基づく物権的請求権の要件及び効果を議論し、確立していくことの方が筋ではないかと主張している（伊藤進「判批（最大判平一一・一一・二四）」判例時報一七〇六号「二〇〇〇年」一八五頁「一八八頁」）。なお、松岡久和教授も、代位請求の問題として、右大法院判決が掲げた侵害是正請求権・担保価値維持請求権という構成は、物権的な負担を債権的に構成し直しているだけであって、迂遠な構成であるものと解し、本来物権的請求権として処理されるべきものを債権者代位権制度に乗せるべく、無理な技巧を重ねているものと解しており（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）」NB 一六八三号「二〇〇〇年」三七頁「三八頁」）、やはり、代位権的構成に反対している。

註(96) 椿寿夫ほか「〈新春座談会〉 抵当権者による明渡請求—最大判平一一・一一・二四をめぐって—」〔椿寿夫〕銀行法務 21五七一号（二〇〇〇年、以下、椿ほか・前掲「座談会」と略記する）三〇頁。

註(97) 小笠原ほか・前掲「座談会〔鎌田薫〕」（前掲註〔76〕）四一頁。なお、債権者代位権的構成を押し通すというわけではないが、物権的請求権構成との比較の上で、明渡しの相手方、請求権行使時期、請求権者といった面において、現在においても前者の便宜性を強調する梶山玉香助教授の見解がある（梶山玉香「判研（最大判平一一・一一・二四）」法律時報 七二巻七号「二〇〇〇年」七五頁「七八頁」）。

註(98) 角紀代恵「判評（最大判平一一・一一・二四）」法学教室三三四号（二〇〇〇年）四四頁（五〇頁）。確かに、この批判後に角教授が示した妨害排除請求権の行使時期、その相手方、配当を受ける可能性なき後順位抵当権者の請求適格、迅速性を確保するための民事保全法上の保全処分の活用などに関する問題提起ならびに若干の解決策の提示は適切であるが、本大法院判決における物権的請求権肯定部分は傍論であり、具体的に説示できない関係上、斯様な判示に終わっているものであり、斯様な点を批判すること自体適切ではなく、この間隙を埋め、理論的に発展させることこそ、学説の役割といえるのではないかと思われる。

註(99) 椿ほか・前掲「座談会〔生熊長幸〕」五頁、生熊長幸「判解（最大判平一一・一一・二四）」『ジュリスト臨増平成一年度重要判例解説』（有斐閣、二〇〇〇年）七二頁（七四頁）。

註(100) 椿ほか・前掲「座談会〔椿寿夫〕」三〇頁。

註(90) 榎・前掲論文(前掲註「29」)二八頁。実際、榎教授は、平成三年判決より以前から、前掲書(前掲註「77」)一八五頁においては、所有権者の明渡請求権の代位行使だけでなく、「自ら占有者に対し、妨害排除請求の一態様として、所有者等(占有の権原をもつ者)へ明渡すよう求めることもできると解したい」と述べており、本来は、物権的請求権説を認めていたのである。斯様な榎教授の著書上の言質から、榎教授の見解を「併列的肯定説」と称する考え方も提示されているが(工藤祐巖「債権者代位権による抵当不動産占有者の排除について」南山法学二三卷一・二号「一九九九年」一六五頁「一七五頁」)、私は、榎教授も、どちらかといえば本来は物権的請求権構成を妥当と解しているものと思量する。

註(91) 鎌田・前掲「明渡請求」田山ほか編・前掲書(前掲註「67」)二八九頁。

註(92) 鎌田・前掲「効力」(前掲註「67」)二二頁。

註(93) 円谷・前掲「判例レビュー」(前掲註「67」)七八頁。

註(94) 川井・前掲論文(前掲註「29」)一五三、一五四頁。

註(95) 鈴木Ⅱ升田・前掲「対談「鈴木禄彌」」(前掲註「76」)三〇頁。また、道垣内弘人教授は、平成一一年大法院判決は、抵当権実行着手後には抵当権に対する侵害が顕在化しているとして妨害排除請求が認められるとしているわけで、この場合には代位請求を認める必要はないと解している(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」ジュリスト一一七四号「二〇〇〇年」二八頁)。更に、山野目章夫教授も、抵当権の保護を物権の一般的効力の一般論の中に位置付ける根気を保つ限り、抜本的な法律構成とされるべきは、やはり物権的請求権構成であると述べている(山野目章夫「判評(最大判平一一・一一・二四)」金融法務事情一五六九号「二〇〇〇年」四六頁「五五頁」)。更にまた、伊藤進教授は、平成一一年大法院判決が示した抵当不動産の適切な維持・保存請求権が設定者のみならず、抵当不動産の第三取得者などの第三者にも主張できる権利であれば、債権的な権利ではなく、物権的な権利であることから、「物権的請求権の性格をもつ権利の保全のために債権者代位権の行使が認められるのか。物権的請求権によって直接、第三者占有を排除することが可能であるのに、このような権利を観念しなければならぬものなのかどうか。物権的請求権に包含されているのではないのかなどの疑問が生ずる」と主張し、債権者代位権を認めるために、これまで全く議論されず、その性質さえ明らかではない請求権を観念してまで債権者代位権の転用を補充的に利用しなければならぬものなのか疑問であると主

頁(一五八頁。鈴木教授と同様の状況を想定する)、生熊・前掲論文(前掲註「57」)五七八頁、井口・前掲論文(前掲註「60」)一三頁がある。また、構成は異なるが、鎌田・前掲「明渡請求」田山ほか編・前掲書(前掲註「67」)二八九頁、同・前掲「効力」(前掲註「67」)二二―二三頁も、抵当権者自身への明渡請求を主張している。

註(79) 高木・前掲論文(前掲註「77」)四三二頁。

註(80) 栗田・前掲「判批」(前掲註「59」)二五六―二五七頁。また、柳谷判事も、同様の理由から、「所有者または正当な権原を有する者への明渡しの方法しか止むを得ないと思われる」と述べている(柳谷・前掲論文(前掲註「68」)一一―一頁)。ただ、栗田教授は、所有者が再び第三者に賃貸して引き渡してしまうおそれがある場合には、抵当権者にはこれによる売却価格の低下を防止する措置を執る道が開かれているべきであると述べている(栗田・前掲「判批」(前掲註「59」)二五七頁)。

註(81) 鈴木・前掲「判例雑考」(前掲註「59」)四三頁。

註(82) 我妻・前掲書(前掲註「50」『新訂債権』)一九四―一九五頁。

註(83) 中野・前掲論文(前掲註「42」)二五頁。

註(84) 岩城・前掲「判研」(前掲註「78」)八頁。なお、この岩城教授の論稿は平成三年判決の判例研究であるが、特に平成三年判決の影響が出ているものともいえず、平成三年判決前からの見解のようでもあるので、敢えてここに引用した次第である。

註(85) 生熊・前掲論文(前掲註「57」)五七八頁。

註(86) 井口・前掲論文(前掲註「60」)一三頁。

註(87) 鎌田・前掲「明渡請求」田山ほか編・前掲書(前掲註「67」)二八九頁、同・前掲「効力」(前掲註「67」)二二―二二頁。

註(88) ただ、前述したように、近江教授はこの点を明確に否定している(近江・前掲書「前掲註「31」」一六五頁)。

註(89) 佐藤啓子「抵当権者と短期賃貸借の排除」名古屋大学法政論集一四三号(一九九二年)二二三頁(二五四―二五五頁)。

ただ、ここで管理占有における費用負担という問題が生ずる。抵当権者は自分自身の抵当権の被担保債権を回収するために管理占有するのであるから、基本的には抵当権者の負担ということになるが、他の債権者の共同利益にもなれば、共益費用の先取特権（民法第三〇七条）の成立も考えられる（この点を指摘する学説として、小笠原ほか「座談会」最大判平一一・一一・二四と抵当制度の将来「鎌田薫」金融法務事情一五六九号「二〇〇〇年、以下、小笠原ほか・前掲「座談会」と略記する」二四頁「三九頁」がある）。また、抵当権者に家賃分の不当利得が成立するかという問題も考えられるが、この場合には、管理費用の負担のみならず、抵当権者の換価権の範囲に包含される設定者のための管理占有であり、また、そもそも貸しビルや賃貸マンションにおいては賃借人が入居したまままで抵当権者が管理占有するだけであるから、抵当権者には斯かる不当利得は生じないものと思われる。なお、たとえ管理占有といえども、換価までは所有者は設定者である関係上、抵当権者は他人の物の占有者であるから、善管注意義務（民法第四〇〇条）を負うものと解すべきであろう（この点は、鈴木禄彌、升田純「新春特別対談最大判平一一・一一・二四をめぐる諸問題」月刊登記情報四〇巻一号「二〇〇〇年、以下、鈴木、升田・前掲「対談」と略記する」一〇頁「三三・三四頁」でも指摘されている）。

註(77) 所有者等への明渡請求と解する見解としては、高木多喜男「短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎・林良平編『担保法大系第1巻』（金融財政事情研究会、一九八四年）三九四頁（四三二頁）、栗田・前掲「判批」（前掲註「59」）二五六・二五七頁、槇梯次『担保物権法』（有斐閣、一九八六年）一八五頁、近江・前掲書（前掲註「31」）一六五頁（「抵当権者へではなく、債務者への明渡請求であることはいうまでもない」と明言する）、柳谷・前掲論文（前掲註「68」）一一頁がある。

註(78) 抵当権者自身への明渡請求を肯定する見解としては、鈴木・前掲「判例雑考」（前掲註「59」）四二頁、三和・前掲「判研」（前掲註「59」）一〇二頁、平井・前掲「判研」（前掲註「59」）一二〇頁（三和、平井両教授ともに鈴木教授と同様の状況を想定する）、中野・前掲論文（前掲註「42」）二五・二六頁、高木・前掲書（前掲註「67」）一四八頁、槇・前掲論文（前掲註「29」）三六頁（所有者の明渡請求権不行使を条件として抵当権者自身への明渡請求権が背後から前面へと登場して来るといふ）、岩城謙二「判研（最判平三・三・二二）」NBL四七一号（一九九一年）六頁（八頁）、飯島・前掲「判研（東京高判昭六三・七・二八）」（前掲註「67」）一一九頁、安永正昭「判評」判例時報一四〇〇号（一九九二年）一五四

になるのだとの反論が予想されるが、私は、斯様な場合には、債権者代位権を利用しないし転用するのではなく、より積極的に、抵当権者に斯かる代理占有的な権限の付与を認めることこそ、不法占有者の存在による抵当不動産の価値低減行為を封じ、抵当不動産の迅速な換価につながる道であるものと思量する。しかし、斯かる権限に法的根拠を見いだせない」と判断される場合には、民事執行法五五条二項に基づく売却のための保全処分としての執行官保管命令を広く認めるといった執行手続上の配慮を求めるべきである。いずれにしても、端的にいえば、現に執行妨害をしているか、あるいは、そのおそれのある者から抵当不動産の占有を奪う手だてが講じられればよいのである。

従来から、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使としての強制執行手続の進行中において所有者の受領拒絶、非協力、行方不明等の事由があり、執行手続が不能となる場合には、執行における信義則上の相互協力義務の存在を理由として、執行債権者たる抵当権者に執行法上の代理占有を認めるべきであるという考え方が既に小杉教授によって主張されてきたところであり（小杉前掲論文（二）前掲註「44」一五六頁）、大変傾聴に値する議論である。私の考え方も、概ね、この抵当権者に対する代理占有の付与という構成と同様であるが、私は、執行手続における信義則上の相互協力義務ではなく、抵当権設定契約に起因する設定者の担保価値保存義務から出発し、設定者が不法占有者の排除に消極的か、あるいは、行方不明等のため排除に協力できない場合には、義務違反的な要素を顧慮することによって、抵当権者に斯かる代理占有的な管理権能の付与を認めるべきではないかと思量するものである。そして、これこそが抵当権に基づく物権的請求権の内容になるものではないかと解する次第である。

平成一一年大法院判決における奥田意見においては、管理占有という呼称でもって抵当権者に斯様な占有権原を付与しようとするものであるが、奥田意見によると、現時点においてはあくまでも債権者代位権の行使（転用）の中で認めるというに過ぎない。奥田意見によると、担保価値維持請求権能は抵当権の設定から換価に至るまでの間恒常的に存続する権利であると構成されているのであるから、この抵当権者の権利保全に資するとすれば、何も債権者代位権の転用に固執する必要はない。結局、抵当権者の優先弁済的効力が満足されない蓋然性が明らかになりさえすれば、競売開始決定前であっても、奥田意見に所謂管理占有は可能であり、それは抵当権に基づく物権的請求権の行使によっても可能であるといわざるを得ない。

〔42〕二五頁、三和・前掲「判研」(前掲註〔59〕)一〇二頁、平井・前掲「判研」(前掲註〔59〕)一二〇頁、栗田・前掲「判批」(前掲註〔59〕)二五八頁、近江・前掲書(前掲註〔31〕)一六六頁、同・前掲「判研」(名古屋高判昭五九・六・二七)(前掲註〔59〕)九四頁、飯島紀昭「判研」(東京高判昭六〇・八・二七)「ジュリスト八七七号(一九八七年)一一五頁(一一八頁)、生熊・前掲論文(前掲註〔57〕)五八〇頁、柳谷晏秀「短期賃借権の濫用と明渡請求について」判例タイムズ五五二号(一九八五年)一〇六頁(一一一頁)、井口・前掲論文(前掲註〔60〕)一三頁がある。

註(69) 飯島・前掲「判研」(東京高判昭六三・七・二八)(前掲註〔67〕)一一九頁。

註(70) 小杉・前掲論文(二)(前掲註〔44〕)一五七頁。ただ、小杉教授は、抵当権者は目的不動産から占有者を退去させることができれば十分その目的を達成することができるはずであるということ为前提として、明渡請求とほぼ同様の結果が得られ、執行法上も比較的問題の少ない「建物から退去せよ」という請求内容を原則的に考えて行くべきであると解している(小杉・前掲論文(二)(前掲註〔44〕)一七一頁)。

註(71) 石田(喜)・前掲「判評」(前掲註〔39〕)一九〇頁。

註(72) 椿・前掲論文(前掲註〔68〕)一〇二頁。

註(73) 三和・前掲「判研」(前掲註〔59〕)一〇二頁。

註(74) 椿編・前掲書『講座現代契約1「平井一雄」』(前掲註〔47〕)六一―六二頁。

註(75) 近江・前掲書(前掲註〔31〕)一六六頁。

註(76) 例えば、鎌田教授は、「抵当権者はそもそも占有していないから、物権的返還請求権が成立する余地はありません」と述べており(生熊ほか・前掲「討論」(前掲註〔40〕)五九頁)、この基本的理解から、債権者代位権の転用による明渡請求のみを肯定しているものと思われるが、ここで問題となっている明渡請求は、抵当権者が最初から「自分に返せ」と請求するものではなく、「本来は所有者の元に返せ」といいたいが、所有者が行方不明、受領拒絶、再賃貸・再引渡の蓋然性の高さ等の理由から、私(抵当権者)が担保価値の回復・保全のため、不法占有者を排除し、所有者の代わりに不動産を管理する」と請求するものであり、債務者の抵当不動産に関する価値保存義務違反に起因する管理権限の委譲ないし付与と解する関係上、占有権原の有無は特に関係ないものと思われる。斯様な構成だからこそ、実体法上は債権者代位権の転用

法占拠者に対すると同様否定すべきであると解しているが（道垣内弘人『担保物権法』〔三省堂、一九九〇年〕一四一頁）、抵当権実行に着手した後は侵害が顕在化するとして、妨害排除請求を認めるべきものと解している（道垣内・前掲書〔本註〕一四六頁）。

註(60) 競売開始前肯定説としては、生熊・前掲論文（前掲註〔57〕）五八〇頁があり、井口博「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判例タイムズ七〇五号（一九八九年）四頁（一〇頁）がある。また、栗田・前掲「判批」（前掲註〔59〕）二五六頁も、「明渡し」の判決自体は競売手続開始以前でも可」と解している。

註(61) 鈴木・前掲「判例雑考」（前掲註〔59〕）四二頁。

註(62) 中野・前掲論文（前掲註〔42〕）二六頁。

註(63) 生熊・前掲論文（前掲註〔57〕）五八〇頁。

註(64) 生熊・前掲論文（前掲註〔57〕）五八一頁。

註(65) 生熊・前掲論文（前掲註〔57〕）五八三頁。

註(66) 井口・前掲論文（前掲註〔60〕）一〇頁。

註(67) 従来の債権者代位権の構成説の代表的なものを挙げると、高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、新版補正版、一九九八年）一四八頁、榎・前掲論文（前掲註〔29〕）二七二―二八頁、三五―三六頁、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」田山・鎌田・近江・執行編『民法学の新たな展開―高島平蔵教授古稀記念』（成文堂、一九九三年）二六三頁（以下、鎌田・前掲「明渡請求」と略記する）（二八九頁）、同「抵当権の効力」司法研修所論集九一号（一九九四年）一頁（以下、鎌田・前掲「効力」と略記する）（二二二頁）、小杉・前掲論文（二）（前掲註〔44〕）一五七頁、飯島紀昭「判研（東京高判昭六三・七・二八）」ジュリスト九四六号（一九八九年）一一六頁（一一九頁）「飯島教授は本判研においては代位権の構成を採るべきことを明言しておられる」、円谷峻「民法判例レビュー（最判平三・三・二二）」判例タイムズ七六五号（一九九一年）七七頁（七八頁）がある。

註(68) 従来の物権的請求権説の代表的なものを挙げると、石田（喜）・前掲「判評」（前掲註〔39〕）一九〇頁、椿寿夫「抵当権にもとづく妨害排除請求への道」ジュリスト九六三号（一九九〇年）九三頁（一〇一頁）、中野・前掲論文（前掲註

註(56) 山野目章夫「民法判例レビュー(東京高判昭六三・七・二八)」判例タイムズ七一三号(一九九〇年)四二頁(四五―四七頁)。

註(57) この指摘に関しては、生熊長幸「抵当権併用賃借権の後順位短期賃借権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四〇巻三・四号(一九九一年)五二七頁(五五七頁)参照。

註(58) 栗田隆「短期賃貸借制度の再検討」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅰ巻』(筑摩書房、一九八五年)一九三頁(以下、栗田・前掲「再検討」と略記する)(一九九二〇〇頁)。栗田教授は「解除判決の効果は、理論的には、三九五条の保護(先順位抵当権者に対する対抗力)の剝奪で十分である」と解しており(栗田・前掲「再検討」[本註]二〇〇頁)、対抗力消滅説を採っているようにも見えるが、これ以前の別稿(栗田隆「短期賃貸借解除の判決の効果」関西大学法学論集三二巻三―四―五号「一九八二年」三二九頁。以下、栗田・前掲「効果」と略記する)においても、「理論的には、……対抗力消滅説がまったく正当と思われる」と解しつつも(栗田・前掲「効果」[本註]三三九頁)、詐欺的賃借権に基づく占有者を排除するためには、対抗力消滅説では短期賃貸借契約の解除だけではこれをなしえず、通謀虚偽表示や公序良俗違反といった一般理論を適用することになるが、詐欺的賃借権に対しては一般理論では十分に対処しきれないといった理由から、結局、賃借権消滅説を支持している関係上(栗田・前掲「効果」[本註]三四一―三四二頁)、対抗力消滅説を採っているかどうかは定かではない。

註(59) 競売開始決定後肯定説としては、鈴木祿彌「最近担保法判例雑考(6)」判例タイムズ五〇六号(一九八三年、以下、鈴木・前掲「判例雑考」と略記する)四〇頁(四二頁)、中野・前掲論文(前掲註「42」)二六頁、三和一博「判研(大阪高判昭六一・二・二六)」法律時報五九巻二号(一九八七年)一〇〇頁(一〇二頁)、平井一雄「判研(東京高判昭六〇・八・二七)」法律時報五八巻七号(一九八六年)一一八頁(一二〇頁)、近江幸治「判研(名古屋高判昭五九・六・二七)」法律時報五七巻九号(一九八五年)九二頁(九四頁)、栗田隆「判批(大阪地判昭五五・四・二五)」関西大学法学論集三一巻一号(一九八一年)二五一頁(二五六頁)「実際の占有の排除は「抵当物件の物理的毀損が問題となっている場合を別にすれば、抵当権による交換価値の実現が現実の問題になっている時点、従って、不動産競売手続が開始された以降にのみ許される」と解している」があり、また、道垣内弘人教授は、原則として、短期賃貸借契約解除後の明渡請求を不

ある。しかるに、平成三年判決以後の議論、ならびに、平成一一年大法院判決以後の議論の行方をみると、判例法理の行方に左右され過ぎていく嫌いがある。その点、従来の判例法理の行方に左右されず、一貫して物権的請求権説を唱えている学説には敬意を表したい思いである。債権者代位権の構成は便法ではあるが、その果たしてきた役割は重視されるべきであるという理論構成もありえようが、私は、純法律学的な理論構成からいっても、また、現実的に考えても、従来から物権的請求権説が正しいものと思う次第であり、その要件及び効果に関しては、後述するように、従来の物権的請求権の要件及び効果に準じて考えればよく、抵当権侵害の状況（占有減価により被担保債権額の回収が困難となる状況）が現れるか、または、そのおそれが現れば、端的に、抵当権に基づく物権的請求権の行使を認めるべきものと解する次第である。

註(54) 東海林邦彦「詐欺的短期貸借の防止・排除のための法的手段について(四)」判例時報九六九号(一九八〇年)一四〇頁(一四一頁)。同旨の見解として、田中康久「判研(最判平三・三・二二)」金融法務事情一一九八号(一九九一年)八頁(一一頁)がある。田中判事は、不法占有者による占有があつても、「その使用収益方法が通常の使用方法であつて抵当不動産を毀損する等の行為をしない限り、抵当権に基づく妨害排除請求としての差止請求は認められないことになるし、いわんや引渡請求を認めることもできない」と主張している。

註(55) 一宮なほみ「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求(下)」判例タイムズ六九三号(一九八九年)一六頁(一八頁)。一宮判事は、「抵当権者は目的物の占有・使用自体によって生じる交換価値の減少を甘受しなければならない立場にある」と明言しており、また、債権者代位権の構成の可能性については、「目的物の交換価値自体の侵害には直接つながらない非権原者の占有は、目的物の保存・維持請求権と関係のないものであるから、非権原占有者に対する明渡請求権の代位債権にはならない」と明言している(一宮・前掲論文「本註」二〇頁)。

くか明らかではないということ为前提として、債権者代位権的構成を暫定的にせよ残しておくことは価値があるものと解されている⁽⁹⁶⁾。また、この大法廷判決により、従来の債権者代位権的構成を更に押し進めるかのような考え方も提示されており⁽⁹⁷⁾、更に、抵当権に基づく妨害排除請求権という点については、大法廷判決はその要件及び効果について一切明らかにしておらず、問題を解決したというよりも、解決すべき問題を提起した面のほうが大きいという批判を投げ掛ける学説もある⁽⁹⁸⁾。

更に、派生論点については、平成一一年大法廷判決は解除された短期賃借人に対する明渡請求につながり、抵当権設定後の長期賃借人などに対しても影響を及ぼすことになるものと解する学説がある一方で⁽⁹⁹⁾、その点は今後の検討に待つべきであるとの学説もある⁽¹⁰⁰⁾。

右に提示された議論についてまとめると、平成一一年大法廷判決が抵当権に基づく物権的請求権を認める考え方を提示したことから、従来からの多数説であった物権的請求権説をめぐる議論が再燃し、また、大法廷判決における当該判示部分が傍論であり、詳細に理由付けがなされなかったことから、その要件及び効果を確定しようという動きが本格化し始めたのではないかと思われる。現に、私が見た限りでは、債権者代位権的構成で押し通すかのような表現を採っている学説は非常に少数であるものと思われ、多数の学説はこぞって物権的請求権構成で論じようとしている。平成三年判決以後は債権者代位権的構成で処理しようとする学説が多かったが、平成一一年大法廷判決の出現によって、再び物権的請求権説で統一されようとしているのであり、債権者代位権的構成説は再び少数説に転じようとしている。私は、学説は判例法理の間隙を埋め、あるいは、それを理論的に発展させることをその本分とするものと思っている。学説は決して判例法理に追随するものであってはならず、また、判例法理の変遷に動揺してはならないので

有者排除のための解除請求であり、解除請求には明渡請求も含まれるものと解した上で、抵当物を不法に占有して抵当物の担保価値を侵害し、抵当権の被担保債権の回収が困難となる事情があるときには、抵当権に基づく妨害排除請求を認めても良いという見解を明らかにした。⁽⁹⁴⁾ この考え方は、物権的請求権構成を採るものであり、必ずしもその要件に関して明確であるとはいえないものの、抵当権に基づく妨害排除請求権の要件は、端的に、不法占有者の存在による抵当不動産の減価と、これに伴う被担保債権の回収困難という状況があればよいと解する考え方であるということができる。

(三) 平成一一年大法廷判決に対する評価

平成一一年大法廷判決は、不法占有者の存在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況にあるときには抵当権侵害と評価し、抵当権者は、抵当権の効力により、その所有者に対して抵当不動産を適切に維持または保存するよう求める請求権（奥田意見では「抵当不動産の担保価値維持保存請求権」）を有しており、抵当権者は、この請求権を保全するため、民法第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を認め、更に、傍論により、同様の場合においては、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使も認められるものと明言した。

右大法廷判決は、不法占有者の存在による抵当権侵害に対する現段階における対策を論じたものとして受け止める必要があると思うが、学界における評価はまちまちである。まず、一方では、抵当権に基づく物権的請求権を認めるならば債権者代位権を考慮する必要はないといわれており、⁽⁹⁵⁾ 他方では、抵当権に基づく妨害排除がどこまでうまくい

ている⁽⁹²⁾。更に、円谷峻教授は、短期賃貸借契約解除後の問題において、民法第四〇〇条の類推により、所有者は抵当権設定契約に基づいて抵当物件につき善良なる管理者としての義務を負い、同人がこの義務の具体的内容として抵当権者による解除後の明渡請求を怠る場合には、抵当権者は代位行使により占有者に対する明渡請求をなしうるものと解しており、この構成を採る理由は、抵当権者による物権的請求権の行使を許す場合には、所有者たる抵当権設定者の権利を阻害するおそれがあり、妥当ではないからであると解している⁽⁹³⁾。

右に示した学説は、明らかに平成三年判決を意識しており、ここにも平成三年判決の影響が出ているものということができる。確かに、債権者代位権的構成説と物権的請求権説という構図は、平成三年判決以前からも存在していたが、それは、前述したように、「抵当権者側への引渡し」を認めさせるための便宜的な理由付けをもってしての考え方であり、「明渡請求それ自体」を認めさせるための理由付けではなかったのに対し、平成三年判決以後の学説は明らかに明渡請求それ自体をも視野に入れて論じている。ここには平成三年判決以前には明確ではなかった学説の対立構造が浮き彫りになっている。穿った見方をすれば、債権者代位権的構成説は、いわば平成三年判決の寵児ではなかったかという想いがよぎる。ただ、右に見てきたように、不法占有者に対する抵当権者の妨害排除請求権を認めるべきであるという学説は、確かに多数説ではあったが、その要件と効果に関する提唱及び議論が比較的少なかったという点
は事実であり、そこに平成三年判決が現れたので、余計に債権者代位権的構成に関する議論に拍車がかかってしまったという事情があったことは否めず、この点が平成一一年大法廷判決の奥田意見にもつながっているということができらるであろう。

最近、川井健教授は、平成一一年大法廷判決が現れる前に、「短期賃貸借の解除請求（民法第三九五条但書）は不法占

より解決すべき問題であるとした上で、当面の措置として、抵当権者は弁済期到来後、所有者と占有者の両者に対して、抵当権の実行を妨害してはならないという妨害予防請求をなしうるにとどまるものと解されている。⁽⁸⁹⁾ この見解は、平成三年判決において、抵当権に基づく明渡請求も、所有者に代位しての明渡請求も認められていないという状況を踏まえた上で、当時において許されるであろう解決策を提示したものである。

(ロ) 明渡請求肯定説

平成三年判決以後の明渡請求肯定説において、議論の状況に変化が現れているのは、請求の態様に関する論点に限られているようにみえるので、明渡請求権の行使時期ならびに明渡しの相手方という論点については省略する。

請求の態様という論点については、平成三年判決の前後を通じて、学説の状況に多大なる影響が出ている。

まず、槇梯次教授は、現時点(平成三年当時〔筆者註〕)では価値権ドグマが強調され、まだ抵当権に基づく物権的請求権が確立されていないからという理由により、債権者代位権の構成説の必要性を説いているが、この場合には、抵当権の保全が目的であり、目的物をめぐる抵当権の効力の保全が目的物に対する所有者の財産管理権の行使によって直接実現できるものであり、いわば派生的物権者による物権保全のための所有者の財産管理権の代位行使であって、抵当権者代位権というべきものに外ならないと解している。⁽⁹⁰⁾ また、鎌田薫教授は、占有ないし執行妨害行為自体による損害を具体的に立証することを要件とし、「抵当権者には占有権原がないのだから、抵当権者への引渡は、高度の必要性があるときに債権者代位権を転用する以外に認めえないであろう」と解し、⁽⁹¹⁾ また、抵当権者は物上保証人や第三取得者に対しては債権を有しない関係上、「抵当権を保全するために債権者代位権を転用する以外にはない」と解し

ということを理由とする物権的請求権の行使として、濫用的短期賃借人に対する明渡請求ができるものと解しており、⁽⁸⁵⁾更に、井口博弁護士は、「所有者が行方不明などによりその引渡をうけえず、ただちに抵当不動産の引渡を求めることがその担保価値保全のために必要であるような特段の事情のある場合」には認めるべきものと解している。⁽⁸⁶⁾更に、構成は異なるが、鎌田薫教授は、「債権者代位権の転用による抵当権者への引渡し」を認めるべき旨を主張している。⁽⁸⁷⁾

右に概観してきたように、学説の多数は、抵当権者自身への明渡請求肯定説であるが、前段における考察において、物権的請求権説に立脚する考え方であれば、抵当権者自身への明渡しを肯定する帰結のほう⁽⁸⁸⁾が自然であり、債権者代位権的構成であれば、所有者等への明渡しか、⁽⁸⁹⁾抵当権者への明渡しかという選択肢が現れることになるものと思われる。

(二) 平成三年判決以後

(イ) 明渡請求否定説

前述した平成三年判決以前からの明渡請求否定説とともに、この時期においても明渡請求否定説を採る学説はかなり少数であり、平成三年判決の影響が現れているものと思われる学説があるにとどまる。例えば、佐藤啓子助教授によると、明渡請求を認めることは、⁽⁹⁰⁾抵当権の実行を欲しない抵当権者を取りあえず賃借人を排除しておくことを許すことになり、⁽⁹¹⁾抵当権者側に妨害排除以上の効果を与えることになってしまい妥当ではなく、また、平成三年当時の執行手続の欠陥を指摘して、明渡し⁽⁹²⁾のリスクを抵当権者に負わせることも妥当ではないとして、占有者への明渡請求という問題は、引渡命令の実効性確保、及び、解除訴訟・明渡手続及び競売執行手続との有機的連係という法的整備に

している⁽⁸¹⁾。しかし、債権者取消訴訟において取消権者自身への目的物の引渡しを認められているのは、詐害行為の目的物が金銭や動産の事案であり（大判大一〇・六・一八民録二七輯一一六八頁「金銭のケース」、最判昭三九・一・二三民集一八卷一号七六頁「動産のケース」、最判昭三七・一〇・九民集一六卷一〇号二〇七〇頁「金銭のケース」において取消債権者への優先弁済まで認容した事案）、登記・登録を伴う不動産等の事案では認められておらず（大判明三九・九・二八民録一二輯一一五四頁、大判大六・三・三一民録二三輯五九六頁、最判昭五三・一〇・五民集三二卷七号一三三二頁）、また、学説においても、不動産の事案においては、債務者への登記名義の回復（所有権移転登記の抹消登記もしくは債務者への再移転登記手続）を請求し、取消債権者が改めて差し押さえを執行手続を執るべき旨が主張され、動産の事案においては、取消債権者への動産等の直接引渡しによる優先弁済的結果について懸念が表明されており、斯様な場合には目的物を供託させるべき旨が指摘されている以上⁽⁸²⁾、「承認されている」とは言い難い。それ故、結論はともかく、この構成自体は妥当性を欠くものと思われる。

また、同じく抵当権者への明渡しを肯定する論拠として、例えば、中野貞一郎教授は、「事案の性質上、抵当権者への明渡しを認めないと妨害排除の実効を確保できない場合でなければならぬ」と主張し、「所有者への明渡しでは、鈴木教授と同様の理由のほか、所有者の行方不明を挙げ、斯様な場合には「抵当権者にとって救済となりえない」と指摘⁽⁸³⁾、また、岩城謙二教授は、担保価値の低下を防ぐという目的からは所有者への明渡しは筋であると解しながらも、設定者が不法占拠者を排除する可能性がなく、また、再賃貸の可能性もある関係上、抵当権者への明渡しは効果的であり、「特にすでに競売手続が開始されている場合には、三七一条一項ただし書の趣旨からしても、それがいいやすかろう」と解しており⁽⁸⁴⁾、また、生熊長幸教授は、濫用的短期賃借人の占有により、抵当不動産の価値が侵害されている

高いものと思われる。

(c) 明渡しの手方

最後に、右の論点に引き続き論点である、誰への明渡請求を肯定するのかという点について検討するが、この論点に関しても議論が分かれている。その第一は、所有者または正当な占有権原を有する者への明渡請求を認めるべきであるという見解であり、⁽⁷⁷⁾その第二は、⁽⁷⁸⁾ 抵当権者自身への明渡請求を認めるべきであるという見解である。

まず、所有者等への明渡請求と解する見解の論拠として、例えば、高木多喜男教授は、「⁽⁷⁹⁾ 抵当権者に対して引渡しをなすことを請求しえないことは抵当権が本権でないことから当然である」と主張し、また、栗田隆教授は、⁽⁸⁰⁾ 抵当権が非占有担保権であることから、原則として、所有者または正当な占有権原を有する者への明渡しの方法でなされるべきだと主張している。

次に、⁽⁸¹⁾ 抵当権者自身への明渡しを肯定する見解の論拠として、例えば、鈴木禄彌教授は、まず、民法第三七一条を引き合いに出し、「⁽⁸²⁾ 抵当権実行がすでに開始されている点に着眼すれば、⁽⁸³⁾ 抵当権者が目的物の占有状態に干渉すること、ここでは（前）賃借人に対して明渡しを求めることが許されると考えても、不当とはいえない」と解し、また、所有者の受領拒絶、賃借人への再引渡、別の者への賃貸など、「⁽⁸⁴⁾ 状況次第では抵当権者への明渡請求が認容される余地があると解すべき」であると解しており、その構成として、物権的請求権ではなく、債権者取消権の一亜種としてとらえ、「⁽⁸⁵⁾ 債権者取消訴訟においては、必要な場合には、取消権者自身への目的物の引渡が求められることが承認されているから、解除請求訴訟にもなつて抵当権者自身への引渡も、認容されうる余地が出てくることになる」と主張

位権的構成は不要であるものと解しており⁽⁷³⁾、また、平井一雄教授は、抵当権自体に妨害排除力を認めるべきか否かが正面から論じられるべきであるという前提に立脚し、抵当権を被保全権利とする代位行使は権利行使が許容されるべきであるのに実定法上直接実現の適切な手段が存在しない場合とは異なり、本質論として否定されるべきものを代位行使という手段で潜脱することにつながる関係上、筋が通らず適切ではないとの考え方から、直截に抵当権自体に基づく明渡請求の是非という観点から、結論を導くべきものと解しており⁽⁷⁴⁾、更に、近江幸治教授は、「例えば、暴力団員などが不法に占拠する不動産などは、買受人すら付かないのが通常」であり、斯様な状況を抵当権の侵害というものと解し、民事執行法八三条の引渡命令は買受人が生じた後の処理規定であり、それ以前の場面では何の役にも立たないものである以上、「不法占有の継続が明白な場合には、「侵害」の客観的蓋然性があるものとして、抵当権に基づく明渡請求が当然に認められる」ものと解している⁽⁷⁵⁾。

右に見てきたように、平成三年判決以前は圧倒的に物権的請求権説が多数説であり、債権者代位権的構成説に立脚する学説も、抵当権者側への引渡しを認めさせる根拠として、いわば便宜的に債権者代位権的構成を採ることを主張するに過ぎなかった。

しかし、抵当権の交換価値に対する侵害という構成から考えると、この場合には、不法占有者の存在によって低減した不動産の担保価値を回復するためという理由から、直接、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使を認めるべきである。債権者代位権的構成説の中には、抵当権の非占有担保権という原則と矛盾するという理由から、物権的請求権説を認めないという考え方もあるが⁽⁷⁶⁾、抵当権の侵害を排除するという妨害排除的構成ならびに抵当不動産所有者の不適切な管理に基づく価値保存義務違反的構成から考察する限り、物権的請求権説のほうがより端的であり、妥当性が

まず、債権者代位権的構成説の論拠として、例えば、飯島紀昭教授は、物権的請求権の行使としては抵当目的物が賃借人の占有を離れば足り、必ずしも抵当権者への引渡しを理論的に保障するものではないとし、その結果、所有者への引渡しで十分であるという議論に立ち戻らざるを得なくなり、またこの場合には代位が簡便であるという点も理由に入れた上で代位権的構成を採っている。⁽⁶⁹⁾ また、小杉茂雄教授は、債権者代位訴訟において債務者が受領しない場合には、直接債権者へ明け渡すことが是認されている点を考慮に入れ、⁽⁷⁰⁾ 抵当権者は債権者代位権で明渡しを求めるほうがより直截的で有利な場合が出てくるものと解している。

次に、物権的請求権説の論拠として、例えば、石田喜久夫教授は、「抵当権の支配している交換価値を、占有によって侵害しているところから、直截に物権的請求権に拠るほうが、適切ではないか」と指摘し、⁽⁷¹⁾ 椿寿夫博士は、この問題では債権者代位権への依存をなおしばらくは続けるべきかもしれないと解しながらも、抵当権者が実行前においても、正常でない短期賃借人に対し、物権的請求権に基づき、必ずしも民法第三九五条但書の解除を経ないで、自己への明渡しを求めうるかという問題を最大限として、物権的請求権肯定説への動きがある旨を指摘しており、⁽⁷²⁾ また、中野貞一郎教授は、「抵当権が侵害されあるいはそのおそれがある場合において抵当権に基づく物権的請求権として妨害排除請求権を認めるのが当然と思われる。要は、抵当権者によるその把握した担保価値の適正な実現を保障するために必要不可欠な限度でのみ妨害排除を肯定すべく、同時に、そのために抵当不動産の正当な用益的利用が封ぜられてはならない」と述べておられ、また、三和一博教授は、より明確に、無権原者の占有により、担保価値の減少がある場合には、その担保価値を維持するために、抵当権に基づく妨害排除請求を認めるべきであるという前提に立脚し、確かに代位権的構成による物権的請求権の保全には意味があるものの、 抵当権に基づく物権的請求権を認める以上、代

とつて事実上の障害となることを理由として、競売開始決定の前後を問わず、抵当権者は妨害排除請求権を行使できると解するものである。⁽⁶⁵⁾ また、井口博弁護士は、一般に抵当不動産の交換価値が現実化しない段階では損害は発生しないと解しつつも、例外的には、その占有者が交換価値の実現時に容易に立ち退かない蓋然性がある場合には、損害があるものと解しており、その態様として、「占有に至る経緯、占有態様、その占有者の業種等からして、抵当権実行段階にその占有が継続し、交換価値の減少と被担保債権の満足を得られない蓋然性が極めて高い場合は、端的にこれを損害とみることが可能である」と解している。⁽⁶⁶⁾ これらの考え方は、不法占有者の存在により、既に競売申立前の段階において、不法占有者の存在による抵当不動産の減価や競売手続の遅延といった状況が見込まれ、抵当権者の損害を見積もることがある程度可能であることから、斯様に解するものである。物権的請求権の行使については、裁判外での行使も有力に主張されていることから、斯様な学説も有力であり、また、抵当権者側にとつても、一日も早く債権を回収することこそ、最も意を注ぐ点であろうから、競売手続開始以前から、不法占有者を排除する実益はある。ただ、この学説が認められるか否かは、競売開始決定前において確定的に抵当権者の損害発生を測定することができるか否かにかかっているものと思われる。

(b) 請求の態様

次に、請求の態様に関して議論が分かれている。その第一は、債権者代位権ないしその転用を用いる請求権として構成する見解(以下、「債権者代位権的構成説」と略記する)⁽⁶⁷⁾であり、その第二は、端的に抵当権に基づく物権的請求権として構成する見解(以下、「物権的請求権説」と略記する)⁽⁶⁸⁾である。

(a) 明渡請求権の行使時期

まず、明渡請求権の行使時期について議論が分かれている。その第一は、一般的に抵当権者の損害把握が顕著になるといわれている競売手続開始決定以後においてのみ明渡請求を認める見解であり、⁽⁵⁹⁾その第二は、競売手続開始決定前においても明渡請求を認めるか、あるいは、その可能性を示唆する見解である。⁽⁶⁰⁾因みに、これらの見解と詐害的短期賃貸借との関係を見ると、前者においては、解除請求が認容されることを要し、後者においては、解除請求訴訟を不要と解することにつながる。

まず、競売開始決定後肯定説の論拠として、例えば、鈴木禄彌教授は、民法第三七一条一項但書を引き合いに出し、「**抵当権実行がすでに開始されている点に着眼すれば、抵当権者が目的物の占有状態に干渉すること、ここでは、(前)賃借人に対して明渡を求めることが許されると考えても、不当とはいえない**」⁽⁶¹⁾と解し、中野貞一郎教授は、「**抵当権者がその申立により既に(弁論終結の当時までに)競売開始決定を得て抵当権の実行を進めていることが必要**」であると指摘している。⁽⁶²⁾ 抵当権者が損害を被ることが顕在化する時点としては、**抵当権の実行による競売開始決定時が通常であり、これが競売開始決定後肯定説の論拠**になっているものといえよう。

次に、競売開始決定前肯定説の論拠として、例えば、生熊長幸教授は、**短期賃貸借の解除請求訴訟との関係を念頭に置き、濫用的短期賃貸借の取得及びこれに基づく抵当不動産の占有は抵当権に対する侵害であり、賃借権登記や仮登記の抹消及び明渡請求は物権的請求権の行使である関係上、短期賃貸借契約解除請求訴訟を伴う必要はなく、競売開始決定がなされている必要もないと解している。**⁽⁶³⁾ この考え方は、濫用的短期賃貸借は無効であるという前提に立脚しており、⁽⁶⁴⁾単なる不法占有者の場合には、**抵当権の実行を妨害する目的で占有していない場合でも、抵当権の実行に**

であり、目的物の返還請求権までも認める必要はないという見解もある⁽⁵⁵⁾。

しかし、その他の否定説は、かつての価値権ドグマを受け入れているわけではないように見える。例えば、民法第三九五条但書による短期賃貸借契約の解除請求の性質に関する対抗力消滅説の論者である山野目章夫教授によると、解除請求は同条本文の否定を意味するものと解され、⁽⁵⁶⁾ 抵当権者・買受人と賃借人との関係において契約解除の効果が生ずるものと解され、所有者(賃貸人)と賃借人との間における賃貸借関係は継続するものと解されている。また、右の見解によると、引渡命令(改正前民法八三条)の発令を可能ならしめるには、第三九五条但書の解除を要する(対抗権原説)との立場を採り、更に、買受人が引渡命令を申し立てさせる手数料が問題だとの指摘に対しては、不動産所有者のみならず、解除された賃借人に対しても、民法五五条、七七条を類推適用して、執行官保管等の保全処分を行うことができるものと解されている⁽⁵⁷⁾。以上の理論構成の結果、買受人は執行官保管の仮処分(民法二三条一項、二四條)を申し立て、執行官から占有者のない不動産の引渡しを受けることができるようになる関係上(民法六二二条)、⁽⁵⁸⁾ 抵当権者の賃借人に対する明渡請求の実益は失われるので、否定説ということになるのである。しかし、対抗力消滅説に理解を示し、この考え方を採っているかのように読み取りうる学説であつても、肯定説を採る見解がある⁽⁵⁸⁾。

(ロ) 明渡請求肯定説

平成三年判決以前から、学説の多数は肯定説である。ただ、その理論構成(明渡請求の時期、請求内容)において議論が分かれている。

註(53) 従来の下級審裁判例の分析結果に関する私見は、椿編・前掲書『講座現代契約1「平井一雄」』(前掲註「47」)六一、六二頁に負うところが大である。

第三項 学説の状況

次に従来の学説の状況について考察するが、ここでは、平成三年判決の出現前と出現後において、学説の状況に変化があったかという点を明らかにするため、その前後で分けて考察の対象とする。

(一) 平成三年判決以前

(イ) 明渡請求否定説

まず、比較的近時においても、従来の価値権ドグマを受け入れ、抵当権に基づく物権的請求権を認めない学説がある。例えば、東海林邦彦教授は、抵当不動産の占有自体による担保価値の下落が抵当権者に損害を及ぼすような場合には少なくともその損害賠償を請求しうることは明らかであると解しながらも、その占有の排除自体は、原則として認められず、損壊等による担保価値下落のおそれがある場合に例外的に認められるに過ぎず、この例外的な場合でも、抵当権者は自己への引渡しを請求しえず、設定者への引渡しを請求しうるに過ぎないものと主張される。⁽⁵⁴⁾

また同様に、抵当権に基づく物権的請求権の内容は目的物の交換価値の侵害そのものに向けられるべきであるという前提から、抵当権の効力の及ぶ動産の搬出行為に対してはその返還請求権を認め、目的物の滅失・毀損行為に対してはその排除・予防請求権を認めるべきであるが、抵当権に基づく物権的請求権はその範囲内でのみ認められるべき

例の動きがあつたものと評価できよう。

また、平成三年判決以後も、短期賃貸借等による執行妨害は後を絶たず、むしろ増加傾向にあつたので、平成八年の民事執行法の改正により、売却のための保全処分（同法五五条）、買受人等のための保全処分（同法七七条）の各対象者を占有者にまで拡大し、また、引渡命令（同法八三条）の相手方となる不動産の占有者が、改正前は「事件の記録上差押えの効力発生前から権原により占有している者でない」と認められる不動産の占有者」となっていた文言を、改正後は端的に「不動産の占有者」とし、更に、競売開始決定前の保全処分（同法一八七条の二）を新設し、更にまた、平成一〇年の改正により、競売による差押債権者（抵当権者等）のための保全処分（同法六八条の二）を新設し、民事執行法の改正という方法によって、執行妨害対策としての法整備がなされてきた。しかし、右の法改正によって、抵当権者による競売手続における目的物の最低売却価額の回復方法が整備されたものと解するのは早計であり、やはり、平成三年判決によって否定された抵当権に基づく物権的請求権の行使や、所有者の有する物権的請求権の代位行使のいずれかが認められなければ、抵当権侵害に対する救済策としては十分ではなかつたのである。したがって、平成一年大法廷判決の出現は、正に待望久しき判決であつたといふことができるのである。しかも、従来の下級審裁判例が採用してきた債権者代位権の適用ないし転用構成に関しても、被保全権利として、抵当不動産の適切な維持または保存請求権とし、転用型の理論構成を従来よりは明確にしたという点において、平成一一年大法廷判決は意義深い。しかしながら、その限りでの意義深さであり、それ以上ではない。それならば、抵当権に基づく物権的請求権構成が可能だからであり、傍論でも、その要件に関する提示くらいはできたはずだからである。

万円に増額する旨通知したが、賃借人らがこれを拒絶したので、将来の満期時における明渡しを訴求したという事案において、期間満了時に明け渡さないことが明らかであるとして、将来給付の訴を認容した²⁾。ただ、買受人に斯様な権限を認めても、これは競売手続終結後の解決策であり、抵当権の侵害に基づく最低売却価額の低減を回復するための直接の手当てにはならないものといえることができ、また、この判決の事案のように、買受人が現れる場合にはまだ良いとしても、競売手続終結後まで詐害的な短期賃貸借等に基づく占有者と関わり合いになることを避ける傾向が一般的に強いものと思われる今日の状況を鑑みるとときには、やはり、事前の対応策として、抵当権者による明渡請求を認める実益が高いものといえる。

因みに、短期賃貸借契約が解除された場合の効果について、判例は、大審院時代（大判大四・一〇・六民録二一輯一九六頁）と同様、最高裁においても、賃貸借契約消滅説を採ることを明確に態度表明し、解除判決の確定により、抵当権者と賃借人との関係のみならず、賃貸人と賃借人との関係においても賃貸借関係が終了することによって、賃借人の占有権原は消滅し、賃貸人は賃借人に対して、目的不動産の明渡しを請求しうるものと判示したので（最判平六・三・二五判例時報一五〇一号一〇七頁「建物所有者Xから詐欺により建物を取得したAが善意の第三者Yに当該建物を期間の定めなく賃貸したので、Xが詐欺を理由としてAとの譲渡契約を取り消しても、XはAの賃貸人たる地位を承継する者とされたところ、抵当権者B銀行がXとYを共同被告として短期賃貸借契約の解除を訴求し、これが認容されたことを受けて、XのYに対する明渡請求が認容された事案」）、抵当権者が占有者の存在を望まない所有者に働きかけて明渡請求をするという方法を濫用的短期賃貸借に対する対抗手段として採りうるということが確認されたという評価もなされていた（平成六年判決に対する金融商事判例九五二号四頁等のコメント参照）。この点は、平成三年判決による弊害を少しでも除去しようという判

権者に対する関係のみならず、設定者に対する関係でも消滅させるものであるが、同条但書の趣旨は、右にとどまり、
抵当不動産の占有関係につき干渉する権原を有しない抵当権者に対し、賃借人らの占有を排除する権限を付与するも
のではなく、抵当権者に対抗しえない賃貸借もしくは不法占有と同様の占有権原のないものとすることに尽きるので
あり、明渡請求は認められないものと判示し（最判平三・三・二二民集四五卷三三二六八頁）、次に、短期賃貸借解除判決
の確定を停止条件として行う、所有者の有する物権的請求権の代位行使としての所有者への明渡請求という問題につ
いても、賃借人らの占有それ自体が抵当不動産の担保価値を減少させるものでない以上、抵当権者が、これにより担
保価値が減少するものとして自己の被担保債権を保全するため、債務者たる所有者の有する所有権に基づく返還請求
権を代位行使して明渡請求をすることは、その前提を欠き、是認しえないものと判示したのである（前掲最判平三・三
・二二）。

右平成三年判決により、抵当権者は、不法占有者や短期賃貸借契約解除後の占有者に対しても明渡請求をすること
が一切認められなくなったので、明渡請求の問題は買受人に委ねられることになった。例えば、短期賃貸借契約の將
来の期間満了時における、競売による買受人自身への明渡請求という問題について、判例は、土地の短期賃貸借契約
が執行妨害の意図を含み、その期間満了にあたり、賃借人らが種々の妨害工作をしないという保障のない特段の事情
がある場合には、競売による買受人は、右賃借人らに対して、将来の期間満了時における買受人自身への明渡しを請
求することができるものと判示している（最判平三・九・一三判例時報一四〇五号五一頁「短期賃貸借解除請求の事案では
ないが、短期賃貸借付きの土地・建物の買受人Xが、短期賃借人や差押登記後の転借人に対して、地代月額三八一〇円〔坪当た
り一〇〇〇円〕を三万三〇〇〇円に、家賃月額八万四〇〇〇円〔坪当たり五〇〇〇円〕、同一万五〇〇〇円をそれぞれ二〇万円、八

権的請求権を代位行使することは、抵当権に基づく物権的請求権の行使による抵当権者自身への明渡請求が認められてこなかったという事実を回避するための潜脱ないし便宜的手段とも解することができるのである。斯様に解すると、抵当権者が設定者の有する妨害排除請求権を代位行使するという一見適切に見える制度の適用も、実は明確な根拠を欠くものであり、この問題に対する明確な解答を得るには、やはり、抵当権に基づく物権的請求権の行使という一点に絞られるべきであるといふことになるのである。⁽³³⁾

(ハ) 最高裁

これまでの下級審裁判例の分析から分かったことは、抵当権に基づく物権的請求権の行使の事案では、所有者等への明渡請求は認められ、抵当権者への明渡請求は否定されており、他方、所有者の有する物権的請求権の代位行使の事案では、所有者等への明渡請求は認められ、抵当権者への明渡請求は、制度の中では認められうるものの、その必要性が否定されたために、当初は認められなかったが、その後、その必要性が認識されたために、認められるに至ったということであり、裁判例を系統的に分析することによって、一応、均整のとれた判例法理を導くことができた(ただ、前述したように、裁判例が採ってきた債権者代位権の適用ないし転用は理論構成が曖昧であり、かつ、誤解もあり、また、安易でもあったということが明らかである)。

しかし、次に示す初めての最高裁の判例は、これら下級審裁判例が形成してきた判例法理をいとも簡単に覆してしまった。即ち、まず、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての所有者への明渡請求という問題については、民法第三九五条但書は、解除判決により賃借人の占有権原を抵当

ある。

また、債権者代位権を利用する場合でも、その被保全債権として、「抵当権の被担保債権」が掲げられている（前掲東京高判昭六三・七・二八、前掲大阪高判平元・三・二九、前掲大分地判平二・四・二七）。これらのケースにおける抵当権の被担保債権は紛れもなく金銭債権である。また、債権者代位権の適用ケースとして、「債務者の資力が減少した場合に準ずるものとして」認めるという内容の判示もなされている（前掲大阪高判平元・三・二九）。そうすると、この場合における債権者代位権の適用とは、債務者の責任財産の保全を目的とした「本来型」が前提として考えられているのではないかという推測が成り立ちうる。しかし、抵当権者の目的は債務者の責任財産の保全ではなく、自分自身の抵当権の被担保債権の回収であり、率直に言って、他の債権者のことなど全く眼中にないのである。そうすると、債務者の責任財産の保全という事柄は考慮されず、抵当権者は自己の優先弁済権の保全、債権回収の確保だけを考えているということになり、端的にいうと、抵当権の保全といったほうが適切な表現となる。したがって、この場合における債権者代位権の適用は責任財産保全型＝本来型ではなく、「転用型」ということになる。しかしながら、従来の裁判例によると、本来型と転用型との明確な区別がなされておらず、また、本来型ならば無資力要件が俎上に上ってこなければならぬはずであるが、これも一件だけであるから、他の裁判例はやはり転用型という意識があったのかも知れない。しかし、この点も明確ではない。第一、右に述べたように、抵当権の被担保債権の保全といっても、責任財産の保全にはならないことから、そもそも抵当権の被担保債権の保全という理解の仕方に解釈上誤りがあるともいえる。仮に右一連の裁判例が転用型と解しているとしても、転用型の拡大にはこれを肯定する学説からも強い懸念の声が挙がっていたように、従来の判例及び裁判例は安易に転用を認め過ぎており、特に、抵当権者が設定者の有する物

の明渡請求の執行により実現すべきものであるという)。

他方、この問題につき、肯定判断を示した裁判例は、まず、抵当権者は被担保債権の全額の満足が得られない高度の蓋然性が認められる場合には、債権者代位権の方法により、被担保債権を保全する必要性があるという前提に立脚し、解除判決が確定しても、賃借人が明渡請求に応じない蓋然性が高く、たとえ引渡命令が出されても、所有者たる賃貸人が目的物を受領せず、たとえ受領したとしても、再び直ちに他へ賃貸するなどの執行妨害に出る蓋然性が高いという特段の事情がある場合には、抵当権者は、所有者たる賃貸人の有する物権的請求権を代位行使して、賃借人に対して、直接自己に抵当不動産を明け渡すべきことを請求しうる」と判示し(東京高判昭六三・七・二八判例時報一二八九号五六頁)、次に、右裁判例と同様の前提に立脚し、解除判決後、賃借人が明渡請求に応じない蓋然性があるという特段の事情がある場合には、抵当権者は、解除判決の確定を条件とし、所有者たる賃貸人の有する所有物返還請求権を代位行使して、直接自己に明け渡すべきことを請求しうると判示している(大分地判平二・四・二七判例タイムズ七三一号一八三頁)。

右の一連の裁判例からいえることは、債権者代位権的構成を採った場合には、所有者等への明渡請求は、抵当権に基づく物権的請求権の行使の場合と同様肯定されるが、抵当権者への明渡請求は、この構成を採った場合でも、当初は民事執行法八三条による買受人からの引渡命令手続で解決する問題であるとして、その必要性を否定していた。しかし、この時期の引渡命令の相手方は、所有者との関係において権原を有する占有者が除外されていたため、その実効性がなく、また、たとえ引渡命令が認められたとしても、右裁判例の事案のように、所有者の受領拒絶、再賃貸による執行妨害の高度の蓋然性等の状況が出てきたため、抵当権者への明渡しを認めざるをえない状況になったもので

しかし、債権者代位権的構成においても、抵当権者自身への明渡請求については、否定事案と肯定事案とに分かれており、この問題に対する裁判例の見解は統一のとれたものではなかった。

まず、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、所有者の有する物権的請求権の代位行使としての抵当権者自身への明渡請求を否定した裁判例は、抵当権に損害を及ぼす短期賃貸借契約が解除されることにより抵当不動産の価値が復元可能になる場合には、抵当権に基づく妨害排除請求権は行使しえず、また、抵当不動産につき不法占有者が存在する場合でも、買受人には不動産引渡命令手続が認められており、競売手続が円滑を欠き適正換価が不可能ないし困難になるとはいえない以上、抵当権侵害にもならず、更に、抵当権者は担保価値を把握する以外所有者に対し何らの請求権も有しない以上、代位の要件を欠き、所有者の有する物権的請求権を代位行使して、賃借人に対して直接自己への明渡しを請求することはできないと判示し（名古屋高判昭五九・六・二七判例時報一一三五号五九頁）、次に、抵当権者は抵当不動産の占有関係について支配し干渉する権能がない以上、抵当権者が抵当不動産に対する短期賃借人の占有を排除するために、その所有者が短期賃借人に対して有する目的物返還請求権を代位行使することは、特段の事情のない限り、認められないものと判示し（東京高判昭六〇・八・二七判例時報一一六三号六二頁）、更に、民法第三九五条但書は担保権の価値を阻害する賃貸借契約の解除という効果を宣言するにとどまり、それ以上のことは予定しておらず、また、抵当権に基づく物権的請求権は侵害者による物理的侵害行為に対してのみ行使することができ、更に、解除判決が確定しても、抵当権者において所有者たる賃貸人の賃借人に対する目的物返還請求権を代位行使する権限は発生せず、特段の事情がない限り、その代位行使は認められないと判示している（東京地判平二・一・二九判例タイムズ七三六号一八六頁「占有者の排除は、買受人が競売による売却の効果として、民執法八三条の引渡命令または通常

右の一連の裁判例からいえることは、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての明渡請求は、抵当権の非占有担保権たる性質上、所有者等への明渡請求は肯定するが、抵当権者への明渡請求は否定するという考え方で統一されており、価値権ドグマに完全に支配されているということである。

(b) 所有者の有する物権的請求権の代位行使

次に、昭和五九年以降においては、債権者代位権的構成が裁判例に現れ始めた。まず、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、所有者の有する物権的請求権の代位行使としての所有者への明渡請求という問題については、裁判例はいずれもこれを肯定する。即ち、まず、解除判決の確定により賃借人の占有権原が失われ、目的物を賃貸人(所有者)に返還すべき義務が生ずる場合において、賃借人がこの義務を履行しない蓋然性があるという特段の事情が存するときは、抵当権者は、抵当不動産の価額回復を目的として、所有者たる賃貸人の有する物権的請求権を代位行使して、賃借人に対して、抵当不動産を所有者たる賃貸人に返還すべきことを請求しうると判示し(大阪高判昭六一・二・二六判例時報一二〇〇号七五頁)、次に、解除判決の確定後も賃借人が不法占有を継続するため、抵当不動産の価額が低額に評価され、抵当権者の損害が十分に回復しない場合には、被担保債権を保全するため、抵当権者は、債権者に代位して、賃借人や転借人に対して所有権に基づく明渡請求権を行使しうると判示している(大阪高判平元・三・二九金融商事判例八三〇号三一頁「最判平三・三・二二の原審。短期賃貸借により抵当不動産の価額が不当に減少せしめられ、当初予期した被担保債権の満足が著しく阻害せしめられ、抵当権者が損害を被るおそれが大である場合には、債務者の資力が減少した場合に準ずるものとして、債権者代位権の行使を認めた」)。

明け渡すべきことを請求しうると判示しており（浦和地判昭五九・一二・二六判例タイムズ五四八号一七三頁「詐欺的な特約の存在、ならびに、賃借権設定契約あるいはその登記が抵当権実行通知の時期と接着しており、賃借契約関係者が抵当権者に接触して交渉を図り、抵当不動産を真に用益していない詐欺的賃借の事案」）、この問題については、いずれも肯定している。

更に、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての抵当権者自身への明渡請求という問題については、これを否定する一連の裁判例がある。即ち、まず、短期賃貸借契約の解除後において、抵当不動産につき占有者が存在するも、当該占有者は抵当権者及び競落人（買受人）に対抗しえない以上、競売手続終結後において競落人（買受人）が明渡請求をすれば足り、右競落人（買受人）の所有権取得に先立ち、抵当権者が占有者に対して事前に明渡しを請求することはできないと判示し（福岡高判昭五七・一・二〇判例時報一〇四七号九一頁「民法第三九五条但書は担保権の価値を阻害する賃貸借契約の解除という効果を宣言するにとどまるという」、東京地判昭五七・一・二八金融商事判例六六三号四五頁、大阪高判昭五八・六・二九判例タイムズ五〇三号七九頁「抵当権者には担保価値を維持するための物権的請求権はないという」、次に、詐欺的短期賃貸借契約を解除しても、抵当権者に対抗しえない賃借人や不法占有者を排除しうる者は、競売手続により所有権を取得した買受人に限り、抵当権者には競売以前にこれらの者を排除する権利はないと判示したり（大阪高判昭六〇・一・三一金融法務事情一〇九一号三七頁「同旨の原審判決（大阪地判昭五九・八・二〇判例タイムズ五三九号三六五頁）を支持したもの」、更に、抵当権者は目的物の占有関係につき支配し干渉する権能を有しない以上、解除された短期賃貸借の賃借人に対して、物権的請求権の行使として、抵当権者自身への明渡請求はできないと判示している（東京高判昭六〇・八・二七判例時報一一六三号六二頁）。

には、目的物の価値を侵害する第三者に対して、当該侵害を回復するのに必要な限度で、抵当権に基づく妨害排除請求として、占有者に対し、抵当権設定者への明渡しを請求しうると判示した裁判例である（東京地判平元・一〇・三〇金融商事判例八四七号二四頁）。

しかし、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての抵当権者自身への明渡請求については、抵当不動産が不法占有されている場合でも、当該占有者が通常の用法に従って使用収益しているときには、抵当権に基づく物権的請求権の行使はできず、抵当権者が物権的請求権の行使として不法占有者に対して明渡しを請求しうるのは、当該占有者の占有を排除しなければ抵当権の侵害行為排除の目的を達することができない等、特段の事情がある場合に限ると判示して、通謀虚偽表示として無効である賃貸借契約に基づく占有者に対する明渡請求を否定した裁判例がある（東京地判昭六二・二・二六金融商事判例七七九号三五頁〔賃貸借契約が賃貸人 Y_1 と賃借人 A との通謀虚偽表示により無効であるところ、抵当権者 X が Y_1 と不法占有者 A の相続人 Y_2 に対して賃借権不存在確認を訴求するとともに、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての明渡請求をしたという事案〕）。

次に、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての所有者または正当な利益権者への明渡請求を肯定した裁判例が二件ある。即ち、まず、無権原者が抵当不動産を占有していることにより競売手続が遅延し、売却価額の低下を招くなどの事情が存する場合には、抵当権者は、短期賃貸借契約の解除判決が確定することを条件として、占有者に対し、抵当建物を所有者に明け渡すべきことを請求しうると判示し（東京地判昭五九・一〇・一ジュリスト八五四号判例カード七〇）、また、詐害的短期賃貸借により抵当不動産の価値が侵害されている場合には、抵当権者は、その解除判決の確定を条件として、占有者に対して、抵当不動産を所有者に

右に分析したように、民事執行法施行前の裁判例については、抵当権者による不法占有者に対する抵当権者自身への明渡請求は認められないものと解され、短期賃貸借契約解除後の明渡請求については、所有者または正当な用益権者への明渡請求は認められ、抵当権者自身への明渡請求は認められなかった。これらは全て下級審の裁判例ではあるが、最高裁の判例が存在しない時代の裁判例である以上、先例的価値はあるものと解することができる。

(ロ) 民事執行法施行後の下級審裁判例

次に、民事執行法施行後の裁判例について分析する。民事執行法施行後も最高裁の判例は存在せず、平成三年判決まで待たねばならない。ここでは、平成三年判決までの裁判例を概観する。

(a) 抵当権に基づく物権的請求権の行使

まず、賃貸借契約の不存在による不法占有者に対する明渡請求という問題につき、抵当権に基づく物権的請求権の行使としての所有者への明渡請求を肯定した事案が二件ある。即ち、短期賃貸借契約が抵当不動産を暴力的に奪取した強度に違法性ある不法占有者によって作出された場合において、当該不法占有者からの転借人が抵当不動産を占有しており、競売手続に支障があるときは、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使として、当該占有者に対して、所有者への明渡しを請求しうると判示した裁判例と（東京高判昭六一・八・二八金融商事判例七六一号二五頁）、抵当地上への建物の建築及びその建物における不法占有者の存在により、従前の抵当建物及び土地の最低売却価額が低減し、被担保債権額を大幅に下回ったにもかかわらず、不法占有者の存在により買受申出人が容易に現れない場合

た」。

次に、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、所有者または正当な用益権者への明渡請求を肯定した裁判例がある。即ち、賃料低廉・敷金高額・賃借権の譲渡、目的物の転貸が自由という詐欺的な短期賃貸借契約の解除ならびに当該判決が確定することを条件とする所有者等への明渡しを請求したという事案において、抵当権は担保物に対する使用収益を設定者に委ね、債務が弁済されない場合にその物の価額によって優先弁済を受けうる担保物権であるものの、抵当権者は、抵当権の目的物に対する侵害（滅失・毀損）行為に対し、これを排除させる物権的請求権を有し、短期賃貸借契約が解除された場合には、右賃貸借の存在自体抵当権に対する侵害行為であり、占有者は無権原占有者となり、抵当権侵害者であつて、競売時に右不法占有者を排除しておくことによつて抵当権者に競売の実を上げさせる結果となる関係上、抵当権者は、占有者に対し、占有を排除し、所有者または正当な用益権者への明渡しを求めることができるものと判示したものである（大阪地判昭五五・四・二五金融商事判例六〇八号三四頁）。

しかし、短期賃貸借契約解除判決の確定を停止条件として行う、抵当権者自身への明渡請求については、裁判例はこれを否定していた。即ち、賃借権の譲渡、目的物の転貸を自由とする詐欺的な短期賃貸借契約の解除請求及び登記抹消請求と並んで抵当権者への明渡しまでを訴求したという事案において、解除請求と登記抹消請求は認容したものの、明渡請求については、抵当権者は目的物を使用収益し、占有する権原を有する者ではないという理由付けにより、無権原の第三者に対しても、直接自己への明渡しは請求しえないものと解し、短期賃貸借契約解除後の明渡請求は、現に抵当不動産を占有する者に対して、所有者や正当な用益権原を有する者への明渡しは請求しうるが、抵当権者への直接の明渡しは請求しえないものと判示した（名古屋高金沢支判昭五三・一・三〇金融商事判例五五三号一五頁）。

て、旧建物を目的物とする抵当権は消滅し、この消滅した抵当権の実行手続それ自体は無効のものである関係上、この建物の競落も無効であり、不動産引渡命令も無効であり、斯かる引渡命令によって引渡しを受ける可能性ある者は無権原であるといいうるが、本件においては、斯かる無権原者に対しても、抵当権者は異議を申し立てることができないと判示したものである。したがって、本判例がリーディングケースとなり、以下の判例や裁判例においても、抵当権自体に基づく物権的請求権の行使はできないと判示するものが多く出現することになった。

(二) 戦後の判例及び裁判例

(イ) 民事執行法施行前の下級審裁判例

まず、不法占有者に対する抵当権者自身への明渡請求を否定した裁判例がある。即ち、無権原者が賃借人と称して抵当不動産である土地を占有しているという状況において、目的物の最低競売価額が著しく低落し、抵当権者が十分な弁済を受けえないとして、不法占有者に対して土地の明渡しを訴求したという事案において、昭和九年判決に基づき、抵当権は優先弁済を目的とする価値権であり、使用収益はもちろんその占有をなす権利をも包含しない以上、抵当権者が抵当不動産の不法占有者に対して物権的請求権を行使しうるのは、当該占有者が目的物を損壊するなどして、目的物の物理的価値減少行為をした場合に限り、また、抵当権者に対抗しえない不法占有者は競落人にも対抗しえない関係上、当該不法占有者の存在は競売手続上無視され、競売価額に影響することもないとして、抵当権者は、抵当不動産の不法占有者に対して明渡しを請求しえないと判示したものである（東京地判昭四〇・一一・九判例タイムズ一八七号一七八頁「不法占有者を立ち退かせるために立退料を要するとしても、これをもって抵当権侵害とはいえないとし

かの判例を引用しつつ、「賃借人保護の為に賃貸人の有する妨害排除の請求権の代位を認むる必要も失はれつつある」と主張する。ただ、松坂教授も、「判例の理論が……これらの権利に関する困難な問題の解決に重要な作用を営みつつあることは、認めねばならない」と述べており、判例法理の一応の成果は承認している（松坂・前掲書「本註」三五頁）。

註(50) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、新訂補正版、一九七二年）一六一頁。ただ、我妻博士は、「判例はいささか安易に認め過ぎる傾向がある。これを合理的な範囲に制限することこそ正に解釈の任務である」として、判例による転用現象の拡大につき、若干の懸念を表明している。

註(51) 三和一博「債権者代位権（と債務者の無資力要件）」谷口知平・加藤一郎編『新版判例演習3 債権総論』（有斐閣、一九八二年）七五頁（八一頁）。

註(52) 星野英一『民法概論III（債権総論）』（良書普及会、一九七八年）九五―九六頁。

第二項 従来の判例法理

(一) 大審院時代

抵当権者による不法占有者に対する明渡請求の可否という問題に対する大審院の判例は一件だけであり、内容的には、この問題につき否定的に解したものがあつた。即ち、抵当建物が滅失し再築された後に、滅失した旧建物の抵当権を譲り受けた者が抵当権を実行し競売手続が完了した場合において、再築建物の抵当権者が、当該競落に基づき不動産引渡命令を得た者に対し、不動産引渡命令の執行停止の仮処分命令を申請したという事案において、抵当権は優先弁済を目的とする価値権であり、使用収益はもちろんその占有をなす権利をも包含しない以上、抵当不動産そのものを損壊し、その価格を低減するおそれのあるような特別の事情がない限り、不要かつ不相当な行為であり、許されなものと判示している（大判昭九・六・一五民集一三卷一一六四頁）。この事案によると、抵当建物が滅失した時点におい

頁)。平井教授は、裁判例が債権者代位権構成によって詐害的短期賃借人に対する明渡請求を認めていることは、権利行使が許容されるべきであるのに実定法上直接実現の適切な手段が存在しない場合とは異なり、本質論として物権的請求権の行使が否定されるべきものを債権の効力である債権者代位権の行使という手段で潜脱することに通ずる結果となるものとして、まず、代位権構成そのものに対して批判しており、次いで、裁判例は被担保債権の保全目的という構成を採っているが、そもそも、抵当権者の意図は債務者の責任財産の保全ではなく、抵当権の対象となつている特定不動産の価値保全であるから、転用型に通ずる場面であること、また、裁判例が被担保債権の保全といつていながら、無資力要件に言及していなかったり、言及していても、当初予定した被担保債権の満足が著しく阻害され、抵当権者が損害を被るおそれが大である場合につき、これを債務者の資力が減少した場合に準ずるといふ取扱いをしているという点に関して、抵当権の目的となつている特定不動産の価値下落があつても、他の財産があれば無資力にはならないのであつて、裁判例の立論には無理があることを挙げてこれを批判し、結論として、この場合における債権者代位権構成は筋の通らない理論であり、直截に抵当権それ自体に基づく明渡請求の是非という観点から結論を導くべきものであると指摘している。なお、平井教授は、最近、平成一一年大法院判決に関する評釈を行い、その中でも右と同旨の考えであることを確認している（平井一雄「抵当権に基づく妨害排除請求」『判評』ジュリスト一一八九号「二〇〇〇年」一〇〇頁「二〇二頁」）。

註(48) 川島武宜『債権法総則講義第一』（岩波書店、一九四九年）五九一六〇頁、松坂佐一「債権者代位権」『総合判例研究叢書（7）』（有斐閣、一九五七年）八一頁（九二頁）。川島博士は、債権者代位権の転用は登記請求権や賃借人の妨害排除請求権の問題に正面から触れること避け、便宜的な解決をしたに過ぎず、将来において問題が正しく取り上げられるに至る端緒を作っただけであり、問題が正しく取り上げられることによってその存在意義を失うに至るべき方向にあるものとして主張し（川島・前掲書六〇頁「本註」）、また、松坂教授は、川島博士と同じ主張のほか、債権者代位権は債務者の責任財産保全目的のみ行使することができるのであり、それ以外に拡張することは債務者の財産関係に対する不当な干渉となり、債務者の権利行使の自由を不当に侵害するものであると主張している（松坂・前掲「債権者代位権」九二頁「本註」）。

註(49) 松坂佐一『債権者代位権の研究』（有斐閣、一九四九年）三五頁。松坂教授は、同書三八四〇頁の註九において、権利不可侵性理論により賃借権に基づく妨害排除請求権の行使を認めた大判大一一〇・一〇・一五民録二七輯一七八八頁は

田喜久夫「判評」〔最判平元・六・五〕判例時報一三四三号「一九九〇年」一八八頁「一九〇頁」。

註(40) 生熊||伊藤||甲斐||賀集||鎌田||椿||堀||山野目「《討論》最近の担保判例とその評価―最二小判平三・三・二二判決をめぐって―」法律時報六三卷九号(一九九一年)五四頁(五八―五九頁)における山野目章夫、鎌田薫発言参照(本討論は以下、生熊ほか・前掲「討論」と略記する)。ただ、この立場においても、債権者代位権の構成を採れば明渡請求ができるということは別問題であり、この立場から即座に明渡請求否定説に結び付けることは妥当ではない。

註(41) 生熊ほか・前掲「討論」〔生熊長幸〕(前掲註「40」)六五頁参照。

註(42) 例えば、中野貞一郎教授は、「解除判決の観念的な形成効では足らず、詐害賃貸借によって押し下げられた目的不動産の価格を回復するために詐害賃貸借成立前の占有状態への回復を請求することができなければならない」と主張しておられる(中野貞一郎「手続法からみた担保法の現代的課題(下)」NBL四一四号「一九八八年」二四頁「二五頁」)。

註(43) 但し、不法の程度については、種々様々であり、長期賃貸借の場合でも不法性がないケースがありうる。斯様に解すると、長期賃貸借は除外すべきかという疑問も生ずるが、この場合でも、多くの短期賃貸借の場合と同様、個々の事案類型に基づいて、正常な賃貸借(抵当権者を詐害する目的ではない、真に利益を目的とする類型)を目的としているか否かといった個別判断を行うべきであろう。

註(44) 小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(一)(二・完)」西南学院大学法学論集一四卷一号(一九八一年)以下、小杉・前掲論文(一)と略記する)一頁(一六頁)、二号(一九八一年、以下、小杉・前掲論文(二)と略記する)一四一頁(一七六頁)。

註(45) 但し、後述するように、小杉教授は、価値権ドグマや所有者の受領拒絶あるいは行方不明による執行不能といった実態があることを踏まえると、抵当権者自身への明渡請求を認めうる債権者代位権による請求のほうがより直截的であり有利であるものと解している(小杉・前掲論文(二)前掲註「44」一五七頁)。

註(46) 奥田昌道編『注釈民法(10)債権(1)「下森定」』(有斐閣、一九八七年)七三二頁。

註(47) 平井一雄「債権者代位権の現代的機能はどこにあるか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望第一巻債権総論(1)』(日本評論社、一九九〇年、以下、椿編・前掲書『講座現代契約1「平井一雄」』と略記する)四九頁(六一―六二

解除を求めても占有者の明渡請求ができないというのは、一つの法律理論としては成り立ちうるとしても、立法の趣旨には合致しないし、世の中の一般の人々の常識からは乖離したものとわがざるを得ない」と述べている（川井健「不良債権と抵当権の効用」ジュリスト一一五二号「一九九九年」一五〇頁「一五三頁」）。

註(30) 我妻栄『民法研究Ⅳ-2』（有斐閣、復刻版、一九八五年）二〇三―二〇四頁。

註(31) この対抗要件説を採る学説として、我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、一九七一年）二六九頁、鈴木祿彌『物権法講義』（創文社、三訂版、一九八五年）一七〇頁、近江幸治『担保物権法』（弘文堂、新版補正版、一九九八年）一三七頁がある。これらは、いずれも、搬出により抵当権の対抗力は失われ、売却し所有権移転により抵当権の効力は消滅するものと解している。

註(32) 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、一九七六年）二五二頁。

註(33) 我妻・前掲書（前掲註「31」『新訂担保』）三八五頁。

註(34) 今井和男ほか「抵当権者による抵当物件の占有排除に関する最大判平一一・一一・二四を読んで「椿寿夫」」金融法務事情一五六六号（一九九九年、以下、「今井ほか・前掲座談会「意見者名」と略記する）二四頁（二四―二五頁）。椿博士は、この考え方を主張する前提として、抵当権に基づく果実への追及力に関する民法第三七一条一項本文と同但書との対比・区別は示唆するところが大きいとされ、抵当権実行後は果実に対する追及も許されていることから、抵当権実行後は、設定者の使用収益権に制限を加えることもできるという考え方を示しておられるのである。

註(35) 例えば、差押えの効力発生後に更新された短期賃貸借は買受人に対抗できない旨を備考欄に記載し、賃借権の欄には斜線が引かれるという取扱いである（田中（仁）・前掲論文「前掲註「18」」三八頁「四一―四二頁」参照）。

註(36) 田中（仁）・前掲論文（前掲註「18」）三九―四〇頁。

註(37) 塚原朋一「判研（最判平元・六・五）」金融法務事情二二四五号（一九九〇年）一六頁（二三頁）。

註(38) 塚原・前掲「判研」（前掲註「37」）二二頁。

註(39) 価値権ドグマに対する批判として、例えば、石田喜久夫教授は「右の定説によるときは、妥当な帰結を導くことが困難とみられる場合には、既存のドグマを金科玉条とすることは、本末転倒というべきであろう」と述べておられる（石

理論として重要な役割を果たしていることを承認しているという点を指摘する学説がある。⁽⁵¹⁾

右に示したように、債権者代位権の転用に関する学説の反応は大きく分けると二つに分かれているが、近時は、転用肯定説の側においても、本来は転用は避けた方がよいが、より直截な理論が十分に熟しておらず、転用による弊害が全くないか、あまりないような場合、または、当事者が専らこれを主張しその要件のみを立証している場合には、なお転用を認めても良いものと解する消極的肯定説もある。⁽⁵²⁾

平成一一年大法院判決は、上告人側が上告理由の中で債務者の無資力要件について主張していたにもかかわらず、最高裁はこれに対して何等のコメントもしていないので、抵当権者の優先弁済権の保全、即ち転用型と解した上で、その被保全権利を被担保債権とはせず、抵当不動産の適切な維持保存請求権（奥田意見では「担保価値維持保存請求権」としたものと解することができるが、右請求権が相対的な債権的性質のみならず、抵当不動産の第三取得者にまで効力を及ぼすという物権的性質をも有するときには、端的に物権的請求権ということになるから、何も債権者代位権的構成にこだわる必要はないものと思量する。

註(29) 斯様な状況につき、疑問を提起する学説として、伊藤進「抵当権(その二)」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』(商事法務研究会、一九九五年)七頁(二三頁)がある。また、榎悌次「抵当権者による非正常短期質借権の排除」三重大学法経論叢一〇巻一号(一九九二年)二三頁(二七頁)は、斯様な利用権に対する抵当権の干渉を極力避けようとする政策論を絶対化された法理として不法占有に対する場合にまで持ち出すことは価値権ドグマの独り歩きという外はないと断言しておられる。更に、川井健教授も、「實際上執行妨害の弊害があつて抵当権の効用が減殺されているという現実がある以上、できることなら抵当権の効力を強める方向での解釈が必要」であり、「抵当権を価値権とみて……抵当権者がわざわざ

二九・九・二四民集八卷九号一六五八頁「建物の所有者AがこれをYに賃貸し、Yがその一部をBに無断転貸したところ、Aからの転得者で賃貸人の地位を承継したCが無断転貸を理由としてYとの賃貸借契約を解除した上で当該建物をXに賃貸し、XがZに転貸したが、Yが引き続き不法占有していたので、Zが所有者Cに代位してYに建物の明渡しを請求したという事案において、Zは直接自己に対してその明渡しを請求することができるものと判示した」。このように、判例においては、古くから転用型の存在が認識され、認められてきた。

しかしながら、後述するように、右の責任財産保全目的以外に転用された債権者代位権制度を、抵当権に基づく不法占有者に対する明渡し請求の場合においても転用する場合において、従来の判例法理は、被保全権利、無資力要件という点に関して、必ずしも明確な理論構成を行っておらず、学説からの批判の対象になっていた。⁽⁴⁷⁾

次に、学説における転用型の取扱いについて概観する。この問題については、まず、債権者代位権の転用に関して異議を唱え、この制度を債務者の責任財産維持に必要な限度以上に拡張することは問題であり、判例の行っている転用は本来登記請求権や妨害排除請求権そのものの問題であって、これらの権利の各々について具体的に要件及び効果を定めるのが至当であり、⁽⁴⁸⁾債権者代位権制度本来の精神を逸脱した解釈であると解する有力説が存在する。

しかし、この有力説に対しては、転用肯定説からの反論が見られる。即ち、まず、制度本来の趣旨を逸脱しても、第三者に不当な損害を被らせるおそれもなく、また、必ずしも民法第四二三条の明文に反するものではなく、しかも、民法の適用において合理的な効果を収めうるものである以上、決して不当というべきではないという学説があり、⁽⁵⁰⁾次に、制度の本質を固定的に決めてしまい、現代的な役割まで規定してしまうことは妥当ではなく、また、転用反対説の側でも、登記請求権や妨害排除請求権に関する固有の新しい法理の形成される過程において、判例理論が過渡的な

人Aの資力が自己の債権の弁済を受けるにつき十分でないときに限り、消滅時効援用権を代位行使しうるものと判示した」。

これに対して、転用型においては、当初は、第三者に対して土地の買戻権を有する売主から土地を買い受けた買主が売主に代位して買戻権を行使したという事案において、斯かる買主は売買契約上の買主権によつて動作するものであり、債務者の総財産に対する共同担保権を原因とする地位に立つ債権者ではないとの理由から、代位訴訟を提起する資格なしとして、民法第四二三条の適用は認められなかったが（大判明三一・一・二八民録四輯一卷三八頁）、その後、債権の目的が債務者の資力の有無に関係ないとの理由から、無資力要件は不要であるとして、民法第四二三条の適用あるものと判示されてきた（大判明四三・七・六民録一六輯五三七頁「土地がYからA、AからXへと転々譲渡されたがいずれも未登記であったところ、Yが土地の一部を他に転売したので、XがAに代位してYに所有権移転登記を請求したという事案において、債務者の資力の有無に関係ない債権を保全する場合でも民法第四二三条の適用を妨げないと判示した」、大判昭四・一二・一六民集八卷九四四頁「地主Aからの土地賃借人Xがその所有建物をBに賃貸したところ、建物が滅失し、Bが勝手にバラックを建てて居住していたが、このバラックが転々譲渡され、Yが所有するに及んだので、XがAに代位してYに対し土地の明渡しを訴求した」という事案において、明治四三年判決を引用しつつ、妨害排除請求権の代位行使を認めた」、大判昭五・一二・一六民集九卷一一三一頁「土地所有者Aからの借地人Xが、将来の土地利用を留保して、Bに地上建物を売却し、存続期間を一〇年に限り借地を転貸したところ、BはYに建物を転売し、今度はYがXに土地転貸を懇請してきたので、Xは存続期間を五年に限りYに転貸したところ、その期間満了後もYが当該土地に建物を所有して土地を不法に占有していたので、XがAに代位してYに土地明渡しを訴求した」という事案において、Xが転貸人たる地位に基づいてYに対し直接土地の返還を請求しうる地位にあるとしても、土地所有者Aに代位して、Yに対して明渡請求をすることができるものと判示した」、最判昭

(三) 債権者代位権制度の適用・転用について

債権者は、自己の債権を保全するため、その債務者に属する権利を行使することができる（民法第四二三条）。この債権者代位権制度は、債務者の財産管理の自由と、債務者の財産管理から生ずることあるべき不利益から保護されるべき債権者の利益との調和を図る実体法上の制度である⁽⁴⁶⁾。この制度は、元々、債務者の総債権者に対する責任財産の保全という目的に資するものであるが（以下、この典型的なケースを「本来型」という）、古くから、この本来的な目的とは異なる登記請求権の代位、妨害排除請求権の代位といった、所謂「転用型」も認められてきた。この両者の適用上の相違点については、債務者の無資力要件の取扱いにおいて明確に現れている。

まず第一に、判例における本来型と転用型に関する制度の適用について概観する。

まず、本来型においては、債務者の財産管理の自由に干渉を加えるという性格上、基本的に債務者が無資力のときに限り、代位権の適用を認めるという立場が堅持されてきたものといえることができる（大判明三九・一一・二二民録二二輯一五三七頁「金銭債権者Xが、債務者Y₁のなしたY₁所有不動産のY₂への贈与、Y₂からY₃への売買あるいは抵当権設定などの行為の無効確認ならびに登記抹消請求を債務者Y₂に代位して行ったという事案において、当初の贈与契約によってY₂が無資力になったとの主張なしとして請求を棄却した原判決を支持して上告棄却」、最判昭四〇・一〇・一二民集一九卷七号一七七七頁「金銭債権者Xが、債務者Aの第三債務者Yに対して有する身元保証契約に基づく債権につき、Aに代位してYに履行請求したという事案において、Aが無資力であるという立証がないとの理由から、Xの請求を棄却した原判決を支持して上告棄却」、最判昭四三・九・二六民集二二卷九号二〇〇二頁「YのBに対する債権担保のため、Aの所有する不動産に抵当権設定仮登記を経由していたところ、Aの債権者〓抵当権者Xが、Aに代位して、Yの債権の消滅時効を援用したという事案において、Xは物上保証

不法占有者に対しては、抵当権侵害を理由として明渡請求を認めるべきであるという見解がある⁽⁴¹⁾。単なる不法占有者（例えば、平成一一年大法院判決の事案のように、白紙の証書に債務者の署名捺印を得て、後に賃貸借契約書とされた文書に基づき占有権原を主張する占有者など）のみならず、短期賃貸借解除判決の効果を賃借権の消滅と解する考え方に立脚すると、短期賃貸借契約を解除された前賃借人の場合も解除判決確定後は右不法占有者と同視される関係上、右の見解に立脚すれば、いずれの場合でも明渡請求を肯定すべきであるという考え方になる⁽⁴²⁾。そうすると、抵当不動産の不法占有者に対する明渡請求という問題は、差押登記後に期間が満了して更新された短期賃貸借や、長期賃貸借のような、抵当権者に対抗しえない権原による占有者に対する明渡請求と同質のものといっても過言ではなくなる⁽⁴³⁾。

更に、同じく物権的請求権といっても、所有権に基づくものと抵当権に基づくものとは、その非侵害利益に違いがあることに着目し、前者の要件が目的物を所有する事実と相手方がその物を占有する事実であるということと所有権侵害を言い表しているものであるということとを理由として、後者の要件は、⁽⁴⁴⁾ 抵当権を有していることと抵当権侵害の事実またはそのおそれがあるということになるという見解がある⁽⁴⁴⁾。この見解によると、右要件を充足していれば、⁽⁴⁵⁾ 抵当権自体に基づく物権的請求権が肯定されることになる。

平成一一年大法院判決は、第一義的に、⁽⁴⁶⁾ 抵当不動産の適切な維持または保存請求権（奥田意見では「担保価値維持保存請求権」）を保全するため、民法第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の代位行使を認めているが、この点に関しても問題点を含んでいる。そこで、次に、債権者代位権制度の適用ないし転用に関する問題点を指摘する。

躊躇し、手控えるのが通常であり、そうになると、買受人が現れず、売却期日を重ねていくにつれて最低売却価額が低減していくのは目に見えている。現に、実務家論文においては、短期貸借の解除請求と明渡請求との関係において、「詐欺的な短期貸借の場合には、解除判決があっただけでは、すんなり明渡しをしてくれる蓋然性が低く、減価率があまり低下しないのが通常である」という指摘がなされており、⁽³⁷⁾「違法性の高い不法占有者の場合や貸借解除の判決があっただけの詐欺的短期貸借権者の場合は、単なる占有者や債務者本人の占有と同レベルの減価率とはいえないだろうから、抵当権を侵害することもあるものというべきである」⁽³⁸⁾とまでいわれている。

右のような状況を抵当権侵害といわずして、何を以て抵当権侵害というのであろうか。抵当建物の滅失毀損という物理的侵害以外には抵当権侵害はありえないということになってしまう。斯様な意味において、抵当権に基づく不法占有者に対する明渡請求さえ認めない価値権ドグマは事の本質を見誤っているものといわざるをえない。⁽³⁹⁾近時、最高裁は、抵当権者に損害を及ぼす短期貸借の解除請求訴訟において、「競売による売却価額が……短期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」には、端的に、短期貸借の解除請求を認めるという理論構成を採っており（前掲最判平八・九・一三）、平成十一年大法院判決も右平成八年判決の延長線上に立ち、抵当権者の優先弁済請求権を保全するために、不法占有者の排除を認めているようにも見える。

次に、抵当権に対する侵害がある場合でも、物権的請求権のうち、妨害排除請求権と返還請求権という種類があることに着目し、抵当権者には、妨害を排除する権能は認めるものの、抵当権は元々非占有担保権であるという理由から、返還請求権、即ち、明渡請求権までは認める必要はないという基本的視座に立脚する見解がある。⁽⁴⁰⁾これに対して、

味があるのかという問題提起をされ、もし投資抵当が實際を支配し、価値権説が理論として通説的に信奉されていたとすれば、抵当権が占有すべき権原を全面的かつ絶対的にもたないとの考え方も維持できようが、占有権原には限定が可能であり必要でもあると明言しておられる⁽³⁴⁾。この考え方によると、少なくとも抵当権実行後は、設定者の有する使用収益権という占有関係に抵当権者側が関与していけるということになる。抵当権者に対抗しえない占有者でも占有権原を主張して占有を続けるケースが多いということを考えると、占有権原の限定という手法は問題点の解決に関する示唆として重要であろう。

次に、不法占有者と競売手続という観点から、価値権ドグマに対する批判的考察を行う。まず、抵当不動産における不法占有者の存在は、確実に競売手続における最低売却価額に影響を及ぼすものといえることができる。確かに、不動産競売実務の上では、抵当権者に対抗しえない賃借権は買受人にも対抗しえない関係上、物件明細書には記載されない取扱いである⁽³⁵⁾。しかしながら、賃借権の内容が不明であるものの、占有者が存在する場合には、手続上、賃借権は不明として物件明細書に記載され、評価にあたっては、賃借権が存在し、買受人が引き受けるべきもの(民法六二条二号)として最低売却価額が決定されることになっている⁽³⁶⁾。斯様な意味において、事実上、占有者が存在すれば、買受人の引き受けるべき賃借権の存在が推定され、占有減価が施されるということになる。その結果、抵当権者の受けるべき優先弁済額が減少することになる。斯様な優先弁済額の減少を来す占有減価がなされているにもかかわらず、抵当権者は拱手傍観していなければならないのだとすると、法は抵当権者に対して過大な負担を強いることになる。この状況は妥当ではないであろう。

また、物件明細書に記載されなくとも、買受予定者が現地を見て怪しげな占有者が存在する場合には、買い受けを

右の判例法理によると、伐木の事案においては、確かに抵当権実行後という限定付きではあるが、抵当権者に、抵当不動産に関する物理的な価額減少行為の差止請求権を認めており、また、目的物が動産を含めて全て登記されている工場抵当権という特殊事案ではあるが、抵当権の担保価値を保全するため、搬出された目的動産の原状回復請求権を認めている。また、学説は、判例よりも積極的に抵当権に基づく原状回復請求権を認めているようにみえる。抵当権侵害に関する判例法理や学説を斯様に概観してみると、抵当権者による抵当目的物の原状回復請求は、抵当権それ自体に基づく妨害排除請求と解して差し支えないものと思われる。

右に掲げてきた判例及び学説は、抵当不動産に関する物理的な価額減少行為に対する原状回復請求という事案ではあるが、見方を変えてみれば、抵当権の目的の範囲内にある伐木や機械類が売却され、引き渡されるといふ局面において、抵当権者がその原状回復を請求するという事案になるので、抵当権者が占有関係に干渉することが許されている場面であるということもできる。そうすると、右の段階において、「抵当権者は占有関係に干渉しえない」という意味における価値権ドグマは既に変更されているものと解することができる。

平成一一年大法院判決において争点となった不法占有者に対する明渡請求という問題は、平成一一年大法院判決の奥田意見にもあるように、正に、この担保価値維持目的という問題と符合するのではないかと思われる。そうすると、「抵当権は使用収益に干渉しえない」という価値権ドグマによって提示された考え方は、抵当権者による不法占有者に対する明渡請求という問題においても一定の変更を余儀なくされるのではないかと思われる。

最近、椿寿夫博士は、抵当権の非占有担保権という性格が設定の当初から消滅時まで抵当権に付着すると見ること
は行き過ぎであり、競落による所有者の変更が見込まれる時期になって、なお設定者の占有権原を肯定的に論ずる意

単に使用収益を何人がなすか、また目的物件の占拠が不法なりやというようなことは、決して抵当権侵害と直接の關係を持ちえない⁽³⁰⁾と主張して、抵当権者は抵当不動産の不法占有者に対しても、これを排除する権能を有しないものと解されてきた。

しかし、また他方において、抵当目的物の物理的な価額減少の事案ではあるが、抵当山林の伐採・搬出行為ならびに売買や、工場抵当権の目的物である工場内の機械等の売買に基づく搬出行為という問題については、従来の判例法理によると、前者の事案においては、競売手続の開始による差押えの効力によって、抵当権者に価格減少行為の差止請求権を認め、伐木の搬出拒絶権を認めるという構成を採り(大判大五・五・三二民録二二輯一〇八三頁)、この考え方は、その後、差押えの有無を問わず、抵当権の効力として、斯様な価格減少行為の禁止を請求しうるものという構成に進展し(大判昭七・四・二〇法律新聞三四〇七号一五頁)、後者の事案においては、工場抵当法五条を顧慮し、第三取得者が即時取得しない限りは、抵当権者は、搬出された目的物を元の備え付け場所である工場内に戻すことを請求する旨判示されている(最判昭五七・三・一二民集三六卷三号三四九頁「抵当権の担保価値を保全するためには目的動産の処分等を禁止するだけでは足りず、搬出された目的動産を元の備え付け場所に戻して原状を回復すべき必要がある」という理由付けを行っている)。

また、右の問題については、従来の学説によると、抵当権の効力という観点から、買主に所有権及び占有が移転していたり、あるいは、買主が即時取得したりしない限り⁽³¹⁾、⁽³²⁾ 抵当権者は搬出された伐木や機械等を元の所在場所に戻すべきことを請求しうるものと解され、⁽³³⁾ 抵当権の本来の価値を回復し、担保価値を維持するという目的のためには、⁽³³⁾ 当権に基づく斯様な請求は認められるものと解されてきた。

存在が競売手続上無視され、占有減価が施されないとするならば、一応不動産引渡命令は可能であるが、競売手続において、占有者の存在により賃借権が推定され、買受人が引き受けるべき権利との評価が下され、占有減価が施され、低廉な最低売却価額が定められた結果である場合には、抵当権者の債権回収に支障が出るし、また、買受人に引き受けられない権利という評価が存在したとしても、買受人が引渡命令の申し立てという煩雑な手続を嫌がって買受申し出を躊躇し、競売手続が進行せず、その結果、最低売却価額に影響が出てくる可能性も十分考えられる。また、そもそも、抵当不動産の価額下落によって抵当権者が損害を被るという状況における担保価値回復策として、買受人が活躍する局面を考慮するということ自体、問題点の把握を誤っているのではないかとも思われる。抵当権者に損害を及ぼしており、しかも、抵当権者に対抗しえない占有者を明渡請求によって排除できないということになると、もはや抵当権には物権性がないかのような状況が生ずることになってしまう⁽²⁹⁾。斯様な理論状況につき、近時の学説は、従来の通説を「価値権ドグマ」と称して、このドグマを克服しようとしてきた（その成果が抵当権に基づく物権的請求権の可否という問題として多くの学者によって提唱されてきたものである。詳細は、「第三項 学説の状況」で論ずる）。まず、自分自身、この価値権ドグマに対する批判的考察から出発してみたいと思う。

(二) 価値権ドグマに対する批判的考察

抵当権に基づく物権的請求権の可否という問題について、かつて、我妻栄^{||}福島正夫「抵当権判例法」は、「抵当権の支配権能は物の使用価値に直接交渉を有しない。抵当権者は自ら目的物を使用収益するものではなく、また、他人がこれを使用収益するに付いて干渉を加えない。故に、交換価値に影響を与えるが如き使用価値の減損あれば格別、

抵当権の効力として、抵当不動産所有者に対して有する、抵当不動産を適切に維持または保存するよう求める請求権を保全するため、民法第四二三条の法意に従い、所有者の不法占有者に対して有する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使し、不法占有者に対し、直接自己への明渡しを請求することができる旨判示され、その傍論においては、斯かる抵当権侵害の状況により、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には、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判示されている。これらの考え方は、後述するように、最判平三・三・二二がいずれも完全に否定していた点を変更したものである。

右大法廷判決は、抵当不動産所有者の有する妨害排除請求権の代位行使としての抵当権者自身への明渡し請求を認めただけではなく、傍論であっても、抵当権それ自体に基づく妨害排除請求権の行使としての抵当権者自身への明渡し請求をも認めたという点において意義がある。

ところで、不法占有者に対する抵当権に基づく物権的請求権は認められるかという問題については、抵当権は非占有担保権であり（民法第三六九条）、使用収益関係に干渉する権原を有しないので、不法占有者に対しても物権的請求権を有しないものという定説の存在があり、後述するように、大審院及び最高裁の判例においては、不法占有者や許害的短期賃貸借解除後の占有者に対する不動産の明渡し請求は認められず（大判昭九・六・一五民集一三卷一一六四頁、前掲最判平三・三・二二）、また、これも後述するように、従来の通説である我妻栄博士の見解においても同様の理論構成であった。そうすると、不法占有者の排除は、競売における買受人が不動産引渡命令（民執法八三条）や所有権に基づく妨害排除請求権を行使する以外に方法がないということになる。しかし、この場合において、不法占有者の

第六節 抵当権に基づく不動産明渡請求

第一項 問題の所在

(一) 序説

最近、最高裁において、抵当権者による不法占有者に対する明渡請求に関する新たな判断が示された（最大判平一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁）。右平成一一年大法廷判決において争われた問題は、抵当不動産を不法に占有する者がいたために競売期日において買受申出人が躊躇して現れず、そのために競売手続の進行が妨げられている場合において、抵当権者は、当該不法占有者に対し、不動産所有者（抵当権設定者）の有する妨害排除請求権を代位行使して、抵当権者自身への明渡請求をなしうるか否かというものである。右大法廷判決の事案は短期賃貸借契約の解除が争われた問題ではないが、後述するように、従来の判例及び多数説によると、短期賃貸借契約が解除された場合には、賃借権は消滅し、賃借人の占有根拠は失われ、不法占有者となるので、斯様な意味においては同一事案となるのである。そうすると、最判平三・三・二二（民集四五卷三号二六八頁）において否定された短期賃貸借契約解除後の明渡請求という問題と同一平面上で議論できる問題となる。

平成一一年大法廷判決においては、抵当不動産において、第三者がこれを不法に占有しているために、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には、抵当権に対する侵害となり、抵当権者は、

第四節 抵当権者に対抗しえない賃貸借契約の解除請求

第一項 従来の判例法理

第二項 学説の状況

第五節 権利濫用法理の適用による占有者の排除

第一項 従来の判例法理

第二項 濫用的短期賃貸借に対する実務上の取扱い（以上、第五卷第一号）

第六節 抵当権に基づく明渡請求（以下、本号）

第一項 問題の所在

第二項 従来の判例法理

第三項 学説の状況

第四項 私見的考察

第七節 結語

〈論 説〉

抵当権の対抗力なき占有者排除効（二・完）

エコノミクス
第五卷第三号
二〇〇一年一月

石 口 修

第一節 序 説

第二節 競売申立記入登記（差押登記）と短期賃借権の設定・更新

第一項 競売申立記入登記後における短期賃借権の設定

第二項 約定更新に関する大審院時代の判例・裁判例

第三項 法定更新に関する戦後の判例・裁判例

第四項 学説の状況

第三節 長期賃借権の対抗力

第一項 従来の判例法理

第二項 学説の状況