

※この資料は、田井義信・岡本詔治・松岡久和・磯野英徳『新 物権・担保物権法』（法律文化社、2002年）の補遺の小冊子として2004年春以降、同書に付したものである。文中の教科書というのは同書を指す。この小冊子は、同書を購入しないと入手できないものであるが、同書は、2004年の現代語化に対応した改訂作業中で、第2版として今年9月に刊行予定であり、現在、入手が困難だと思われる。担保・執行法の改正については、書籍や論文・座談会等が多数あるが、法科大学院の民法総合3の講義準備として読んでいただいているのに適当な量のものが、なかなか見当たらない。そこで、法律文化社にお願いして、教材としてアップロードすることを了承していただいた。

なお、筆者超多忙のため、以下の記述は、小冊子発行以後の民法・不動産登記法の改正を踏まえた修正までは行っていない。条文が変わっているところを見つけたら、お教えいただきたい。

担保・執行法の改正

I 改正の全体像

2003年8月1日、担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律（平成15年法律第134号）が公布され、2004年4月1日から施行された。バブル経済の崩壊後の長引く不況のなかで、不動産担保融資を中心にした巨額の不良債権処理の迅速化が焦眉の課題の1つとなっていた。また、この課題とも関連して、権利実現の実効性を高めて、司法制度の信頼を回復するとの要請も高まっていた。この法律は、こうした要請に応え、主として民法と民事執行法につき、広範な改正を行った。改正の中心的な眼目は、執行妨害を許さず、手続の迅速で合理的な進行を促進するという点にある。

以下では、教科書の記述の順に沿って、民法の7つの改正を概説し（小見出しの頁は教科書の該当箇所）、執行制度に関する改正点は、担保権の実行手続に関連する限りで、簡単に紹介するとどめる（道垣内弘人＝山本和彦＝古賀政治＝小林明彦『新しい担保・執行制度』（有斐閣）、松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点(上)(下)」金法1687号18頁以下、1688号5頁以下参照）。

II 実体法（民法）の改正点

1 不動産収益執行制度の創設（181頁③、198～199頁、200～210頁、298～299頁）

賃料債権に対する物上代位は、最判平元・10・27民集43巻9号1070頁により肯定されるに至ったが、理論的にも実際的にも様々な問題と限界があると指摘されていた。また、旧371条は抵当権の実行段階以後は抵当権の効力が天然果実に及ぶとしながら、その実行手続を欠いていた。そこで、改正法は抵当権に基づく収益執行制度を創設した。抵当権者は、抵当権の実行方法として、競売と収益執行のいずれをも選択できる（民執180条）。

まず、実体法上、被担保債権の債務不履行時以降に発生した果実に対して抵当権の効力が及ぶとされた（371条）。これに基づき、抵当権者は、強制管理類似の方法により収益執行を行うことができることとなった（民執188条、93～111条）。この改正により、価値権・非占有担保権であることを抵当権の本質とした伝統的な理解は、軌道修正を余儀なくされる。

収益執行手続では、裁判所によって選任された管理人による賃貸借契約の解除や新規締結が可能になるほか（民執 95 条）、管理人報酬や管理費用は配当等に充てられる収益から優先的に控除される（民執 105 条 1 項）。競売との関係も強制管理と強制競売の関係に準じ、不動産競売によって買受人が所有権を取得するか、不動産の第三取得者によって抵当権消滅請求が認められるまでは、収益執行が存続する。

収益執行制度が導入された後も、実務上の要請に基づき、賃料債権に対する物上代位は存続することになったので、大規模集合住宅やオフィスビル以外では、抵当権者は、引き続き簡便な物上代位を利用することになる。もっとも、収益執行と物上代位が競合すれば、収益執行が優先する。すなわち、賃料債権等に対して物上代位が先行していても、当該債権執行の配当要求の終期が到来していない分については、収益執行の開始決定がなされると、差押え等の効力が停止され、差押債権者等は、収益執行手続の中で順位に応じて配当を受けうるにとどまる（民執 93 条の 4）。収益執行が先行していれば物上代位は許されない。

なお、収益執行は担保権の実行方法の 1 つであることから、根抵当権者が収益執行の申立てをすると、根抵当権の元本は確定する（398 条の 20 第 1 項第 1 号）。これに対して、他の債権者によって根抵当権の目的不動産に強制管理や収益執行が行われても、根抵当権の元本は確定しない。抵当権者には、競売による満足の可能性が残されるので、抵当権者は自ら収益執行の申立てをしない限り、収益の配当には与れず手続外に置かれるからである（民執 107 条 4 項 1 号ハ）。

2 一括競売権の強化（218～220 頁）

旧 389 条では、土地への抵当権設定後に第三者がその地上に建物を建てた場合には、一括競売はできず、土地所有者自らが築造した場合でも、第三者にその建物が譲渡されると、一括競売ができるかどうかについて争いがあった。しかし、このような場合に一括競売ができないと、抵当目的地上に建物を建てる形での執行妨害がなされ、抵当権者の担保価値把握が害されるおそれが生じる。そこで、389 条 1 項は、このような場合にも一括競売権を認めることとした。ただし、387 条のように建物を所有する第三者が敷地利用権を抵当権者に対抗できる場合には、一括競売は許されない（389 条 2 項）。

なお、一般的な利用価値の乏しい建物を築造する形で執行妨害がなされる場合には、抵当権者は抵当権侵害を理由に妨害排除請求により建物を収去して土地のみを競売できる余地を認めるべきであるという理由から、抵当権者に一括競売義務を課すべきだとの提案は採用されなかった。

3 滌除から抵当権消滅請求へ（222～226 頁）

滌除制度は、利用自体が少ないうえ、抵当権者に過度に負担を強いる制度の欠陥を悪用する事例が多いと指摘され、古くから廃止論が主張されてきた。しかし、一方で、債務超過不動産につき抵当権を消滅させて流通を促進する要請は強いうえ、滌除制度が有用な場合も存在するとの指摘がなされた。そこで、改正法は、弊害を除去して合理的で使いやすい制度への衣替えを行い、難読で印象の悪い滌除という名称も、抵当権消滅請求と改めた（577 条も関連して改正）。

改正法は、まず、①増価競売・自己買受義務を廃止した（384 条）。これにより抵当権者の保証金予納の負担もなくなった（民執 185・186 条の削除）、②抵当権者が消滅請求に応じるか否かを判断する熟慮期間を 2 カ月に延長した（383 条 3 号、384 条 1 号）。増価競売の廃止に伴い、抵当権消滅請求に対する抵当権者の対抗措置は、通常の競売の申立てとなる。この場合、~~無剰余~~売却見込みなし・不動産競売手続停止や執行処分取消の裁判があったことによって競売手続が取消されても、承諾擬制は働かず（384 条 4 号括弧書き）、抵当権は消滅しない。消滅請求前の状態に戻るだけである。さらに、③一度競売を申し立てた抵当権者も、他の債権者の承諾なしに申立てを取り下げることができることとなった（旧 386 条廃止）。

次に、④抵当権実行通知の制度が廃止され（旧 381 条削除。関連して旧 371 条 1 項但書後段と 2 項も削除）、抵当権消滅請求は、抵当権の実行としての競売による差押えの効力発生前まで可能というように改められた（382 条）。実行通知をめぐる様々な問題点を解消する趣旨である。⑤全登記債権者が第三取得者の申出代価等に承諾をし、第三取得者が代価等を支払うか供託した時点で抵当権が消滅するとして、抵当権の消滅時期が明確化された（386 条）。

さらに、⑥従来は、滌除権者として地上権・永小作権を取得した者も含まれていたが、これらの者の滌除権行使の例はなく、その必要性も乏しいうえ、賃借人が除外されていることと不均衡でもあった。そこで、改正法は、所有権の第三取得者にのみ抵当権の消滅請求を認めることとした（378 条）。これにより、この制度は、債務超過不動産の流通促進という性格に純化されることになった。

4 短期賃貸借制度の廃止、明渡猶予期間制度及び同意引受制度の創設（231～235 頁）

(1) 短期賃貸借制度の廃止

旧 395 条の短期賃貸借制度は、執行妨害の口実として濫用され、詐害的な短期賃貸借契約に対する同条但書の解除請求も抵当権者にとって負担であり、何より抵当権の迅速な実行を妨げる。また、短期賃貸借契約が付いているだけで買受人が現れにくく、競売制度の信頼性や実効性が損なわれていると指摘されていた。一方で、短期賃貸借制度は賃借人保護にとっても不十分であった。すなわち、土地の賃貸借契約や長期の建物賃貸借契約はそもそも保護の対象とならない。建物の短期賃貸借契約であっても差押後の更新は買受人に対抗できず、この制度によって賃借人が保護されるか否かは、差押えと契約更新の時期の前後という偶然的要素に左右された。さらに引き受けられる短期賃貸借契約であっても、買受人の解約申入れの「正当事由」には短期賃貸借契約であることが考慮されるため、賃貸借契約の存続も十分には保障されなかった。こうしたことから、最後まで非常に強い反対や疑念があったが、短期賃貸借制度は廃止された（なお、付則 5 条により、2004 年 4 月 1 日以前に結ばれた短期賃貸借契約は、その後に更新されるものも含め、旧規定による保護を受ける）。

抵当権に遅れる賃借権は買受人に引き受けられないため、敷金返還義務も買受人には承継されない。賃借人は、元の賃貸人に対して敷金の返還を求めざるをえない。抵当権の実行を受けた賃貸人の返済資力は期待できないため、賃借人は、明渡時に未払賃料債権に敷金が充当されるとした最判平 14・3・28 民集 56 卷 3 号 689 頁を援用して、差押え後買受

人の登場までの賃料を支払わないことで、実質的にその額だけ敷金返還請求権を確保することになる。

(2) 明渡猶予期間制度の創設

短期賃貸借制度の廃止により、抵当権に遅れる賃貸借契約は、原則として、抵当権者や買受人に対抗できなくなる。この点は一般の対抗の法理が適用されるだけなので明文の規定は置かれず、395条は、抵当権の実行によって予期しない時期に明渡しを余儀なくされる賃借人の受ける衝撃を緩和するために、明渡猶予期間制度を規定することとなった。

明渡しの猶予を認められるのは、抵当権に基づく競売手続の開始前から使用・収益している賃借人（同条1項1号）か、競売手続開始後に強制管理や収益執行の管理人から使用・収益する賃借人である（同項2号）。賃貸借契約を口実にした執行妨害を排除するため、賃貸借契約を結んでいても現に使用・収益をしていない賃借人は、保護されない。明渡猶予期間は買受人の買受時から一律に6か月である。保護される賃貸借契約は、期間の長短を問わず、長期賃貸借契約も含まれるし、差押え後に更新されたものでもよい。関連して、買受人が占有する元賃借人に対して引渡命令を受けうる期間も9か月に延長された（民執83条2項括弧書）。

明渡猶予期間中占有を継続する元賃借人は、占有すべき権原を持たないため、使用・収益を続ける限り、不当利得として賃料相当額を買受人に返還すべき義務を負う。元賃借人が明渡猶予期間の満了前に明け渡すことは可能であるし、その場合には、明渡時までの賃料相当額のみを支払えばよい。元賃借人が賃料相当額の1か月分以上の支払いを遅滞している場合には、買受人は、相当の期間を定めた催告をしても履行されなければ、直ちに引渡命令を得て明渡しを求めることができる（395条2項）。

(3) 同意引受制度の創設

抵当権に遅れる賃貸借契約が、例外的に買受人に引き受けられるものとして、同意引受制度が新設された（387条）。マンション・アパートなどの収益物件では、優良な賃借人がいる方が価値が高く、抵当権者や買受人にとってもむしろ利益となりうるからである。

同意引受の要件として、①賃貸借の登記、②先順位の抵当権者すべての同意（転抵当権者など抵当権者の同意によって不利益を受ける者がある場合にはその承諾を得ることも必要。387条2項）、③②の同意の登記、という3つが必要である。この要件が充たされれば、土地の賃貸借契約でも建物の賃貸借契約でも良く、賃貸借契約の期間も問わない。区分所有登記がなされていないアパートやマンションなどでは、個々の居室に賃借権の登記をすることはできず、同意引受制度を利用できない。このような場合には、不動産管理会社等が建物全体を一括賃借して賃借権の登記をすることで同意引受制度を利用し、管理会社が個々の居室等を転貸することになる（サブリース形式）。この場合、転貸借契約は、登記する必要がなく、原賃貸借契約を基礎として保護される。

同意引受制度の適用される賃貸借契約は、抵当権が実行された場合、買受人に引き受けられる。敷金返還義務をも引き継ぐ買受人が不測の損害を受けることを防止するため、敷金の存在と額は登記によって公示されることとなった（不登132条1項）。敷金の登記がなければ、賃借人は敷金返還請求権の存在を買受人に主張できない。

5 根抵当権の元本確定事由の改正（298頁）

旧 398 条ノ 20 第 1 号は、取引の終了等によって担保すべき元本が生じなくなったことを根抵当権の元本確定事由としていたが、取引の終了という基準が曖昧なため、紛争の種となっていた。また、不良債権処理の過程で、根抵当権付で被担保債権を処分する必要が生じたが、この場合、元本が確定しないと根抵当権は被担保債権に随伴しないから、根抵当権者の側から迅速に元本を確定させる必要がある。こうした理由から、上記の確定事由を廃止し、これに代えて根抵当権者からの元本確定請求制度が新設された（398 条ノ 19 第 2 項）。元本確定請求の要件は、元本確定期日の定めがないこと（同条 3 項）のみであり、設定者からの確定請求の場合（同条 1 項）とは異なって、根抵当権設定後 3 年間の期間経過も必要ではない。

迅速な確定登記が必要であることに加え、元本確定請求は根抵当権者の権利放棄の性質を有し、根抵当権設定者が確定によって不利益を受けるものではないから、この確定請求による元本確定の登記は、根抵当権者が単独で申請できるものとされた（不登 119 条ノ 9）。

6 労働債権の先取特権の拡充（372～373 頁）

国民の 8 割が賃金労働者である現状を踏まえ、雇主が倒産した場合における労働債権の保護を強化すべきであるとの観点から、先取特権の人的・物的範囲が拡張された。すなわち、雇主が会社である場合の保護（商法旧 295 条・有限会社法旧 46 条 2 項）との不均衡は不合理なので、306 条・308 条は、最後の 6 か月の給料債権のみを被担保債権としていた点を、商法等の規律に合わせ、雇用関係に基づいて生じた債権について、期間を限定せずに、先取特権で保護することとした。この改正によって、商法と有限会社法の規定は削除されたが、従来の商法上の解釈と同様、契約形式が請負や個人事業の形を採っていても、実質的な雇用関係があれば、労働対価に相当する分は、先取特権によって保護される。

7 指名債権質の効力発生要件の緩和（310～311 頁）

旧 363 条は、指名債権についても債権証書が存在する場合には、その証書の交付を債権質の効力発生要件としていた。しかし、指名債権にはそもそも債権証書が存在しない場合も多く、証書は債権の行使や債権譲渡に必要ではないため、証書交付を質権設定の効力要件とする必要は乏しい。のみならず、債権者が証書の存在を知らずに質権の設定を受けたとき、たまたま証書が存在していたことが後で判明すると、証書不交付を理由に質権は不成立となり、債権者に不測の損害を与えかねない。そこで、363 条は、証券的債権についてのみ証書の交付を効力要件とすることとし、指名債権質については証書の交付を効力要件としないことを間接的に表現した。

Ⅲ 担保権実行手続に関する主要な改正点

1 保全処分の強化と不動産明渡執行の実効性の向上（253～261 頁）

①民事執行法上の保全処分の発令要件を緩和し、不動産の価格減少の程度が著しいものでなくてもよくなり（民執 55 条 1 項、187 条 1 項。なお、民執旧 187 条の 2 は、187 条に繰り上がった）、保全命令に対する違反を待たずに直ちに執行官保管の保全処分が行えるようになった（同各条 2 項）。

②氏名不詳の妨害占有者に対しても、発令時に相手方を特定しないままで、民事執行法

上や民事保全法上の保全処分が行えるようになった（民執 55 条の 2、民保 25 条の 2）。また、不動産の引渡しや明渡しの請求権につき承継執行文を付与する場合についても、相手方を特定することが困難なときには、相手方を特定しないで行えるようになった（民執 27 条 3 項）。

③占有移転禁止の保全処分を新設し（民執 55 条 1 項 3 号、77 条 1 項 3 号、187 条 1 項）、保全処分の執行後に占有が移転されても、保全処分の相手方に対する引渡命令に基づいて、執行時の占有者に対する引渡しの強制執行ができるようになった（当事者恒定効。民執 83 条の 2）。執行官によって不動産の明渡しの催告が行われた後に占有者が入れ替わった場合、承継執行文の付与を要しないで明渡しの強制執行ができることとなったのも（民執 168 条の 2）、占有者の入れ替わりによる執行妨害を防ぐ手だてである。

④執行官による公示保全処分の新設（民執 55 条 1 項、68 条 1 項、77 条 1 項、187 条 1 項）と共に、公示書等の損壊者や、執行官の質問等に応じない者に対し、刑事罰を科した（民執 204 条 1 号、205 条 1 項 3 号）。

2 競売制度の改善（268～269 頁、273 頁）

①競売不動産につきより多くの買受希望者が現れるように、執行官が競売対象不動産の内部を見せる内覧を実施できるようになった（民執 64 条の 2）。

②インターネットを用いた物件明細書の閲覧ができるようになった（民執 62 条 2 項後段）。

3 動産競売開始要件の緩和（378～379 頁）

動産を目的とする担保権の実行としての競売（動産競売）は、債権者が占有を有しない場合には、債務者が任意に協力してくれない限り、実行が困難であった。そこで、改正法は、担保権の存在を証する文書を提出した債権者の申立てにより、執行裁判所が、動産競売の開始を許可することができるものとし（民執 190 条 2 項）、債権者がこの許可決定書を提出すれば（同条 1 項 3 号）、執行官が債務者の住居等を搜索して目的動産を差し押さえることができるものとした（民執 192 条、123 条 2 項）。