

第18回 抵当権(4)：抵当権の実行と妨害排除等

2010/12/03

松岡 久和

【抵当権の実行】（252-253, 266-289, 250-251, E142-143）

1 公的実行と私的実行

(1) 公的実行

- ・競売と収益執行（民執180条1号・2号）

(2) 私的実行

- ・**抵当直流（流抵当）**：ていとうじきながれ 抵当権者への代物弁済又は売却による換価の特約。ながれていとう 流質のような禁止（349条）規定がないので許容。ただし「丸取り」はできず要清算
- ・**任意売却**：＋ 早期の高額売却が可能
－ 配当可能性のない後順位担保権者にも登記抹消料等を払う必要

2 不動産競売手続の概要

(1) 競売開始手続：競売申立てと開始決定

- ・競売申立て：債務者の遅滞、権利存在の公権的証明として登記事項証明書または確定判決・公正証書の謄本等が必要（民執181条1項）
⇒開始決定（民執45条1項）
⇒決定を債務者へ送達・嘱託による差押登記（民執48条）
→処分禁止効（民執45条2項・46条・59条2項）
- ・開始決定に不服があれば執行異議と執行停止の申立て（民執182条・183条）
- ・審理を要する実体法上の権利の存否は通常訴訟で争う

(2) 売却手続

- ・配当要求終期の決定と公告と債権届出の催告（民執49条1項・2項）
⇒現況調査（民執57条）⇒不動産評価（民執58条）
⇒売却基準価額決定（民執60条）
⇒物件明細書作成と閲覧（民執62条）
⇒売却方法等の決定と公告（民執64条）
⇒内覧（民執64条の2）
⇒入札による売却実施（民執64条2項・民執規34条・50条・51条：期日入札、期間入札、競り売り、特別売却）
⇒買受人（場合によっては次順位買受人）登場⇒売却許可決定（民執69条～76条）
- ・超過売却は原則禁止（民執73条）。債務者の同意があれば超過売却になる一括売却も可能（民執61条ただし書）
- ・無剰余競売の申立ての場合、競売手続は取り消されうる（民執63条）
- ・抵当権設定者は買受人となれない（390条、民執68条）
- ・買受人は売却基準価額の80%以上の買受可能価格以上で入札（民執60条3項）
- ・3回売却実施でも売れず差押債権者が通知を受けてから3か月以内の売却実施を申し出ないときは競売手続は取り消されうる（民執68条の3）

(3) 配当手続

- ・買受人の代金納付・所有権取得・登記（民執78条・79条・82条）
⇒配当表作成または代金交付計算書作成（民執85条）
⇒配当実施または弁済金交付（民執84条）
- ・1980年以前の競売法では担保権の存在が公権的に認証されていないため担保権不存在・無効の場合には競売人の所有権取得は失効したが、民事執行法での強制執行と任意競売の一本化の際に**買受人保護規定（民執184条）**が新設された
- ・所有権を取得した買受人は、明渡しを得るため、代金納付から6か月以内に、簡便で安価な**引渡命令**を求めることができる（民執83条）
- ・配当順位は原則として登記の先後による。
【例外】 不動産保存・工事の先取特権等、法的納付期限後の国税債権
- ・抵当権に対抗できる用益物権・賃借権・使用収益をする不動産質権・留置権以外は競売によってすべて消滅し（**消除主義**）、配当手続の中で順位に従って優先的な弁済を受ける（民執59条）。

3 倒産の場合の抵当権

- ・清算型手続：破産法、再建型手続：会社更生法、簡易**再建**型手続：民事再生法
- ・破産・民事再生の場合
別除権として手続に拘束されない（破2条9項・65条、民再53条）
ただし担保権消滅請求制度がある（破186条以下、民再148条以下）
民事再生では競売手続の中止命令の余地もある（民再31条）
- ・会社更生の場合
更生担保権として優遇されるが更生手続に縛られる（会更2条10項・12項・135条・167条）
担保権消滅請求制度がここにも導入された（会更104条以下）

【**抵当権実行の場合における妨害の排除の手続**】（256-266, E-）

1 民事保全法による保全処分

- ・占有移転禁止の仮処分（民保24条・25条の2・62条）
最判平3・3・22民45-3-268（抵当権の価値権性を強調して占有には干渉できない）で頓挫
⇒民事執行法による保全処分（一般債権者でも利用可能）の強化へ
最大判平11・11・24民53-8-1899・PⅡ41で転換：債務不履行後実行着手前にも利用可

2 民事執行法による保全処分

- ・①売却のための保全処分（民執55条）
- ・②買受申出をした差押債権者のための保全処分（民執68条の2：1998年新設）
- ・③買受人等のための保全処分（民執77条）
- ・④担保不動産競売の開始決定前の保全処分（民執187条：1996年新設）
- ・共通部分：「価格減少行為」に対する禁止、占有移転禁止、一定の行為の命令
当事者恒定効の前提としての公示保全処分
執行官保管（②では申立人への引渡しも）

3 2003年改正による強化点の概要（不動産競売関連のみリストアップ）

- ①民事執行法上の保全処分の強化：要件の緩和、当事者恒定効、氏名不詳者への処分
- ②内覧制度の新設
- ③明渡執行の実効性の向上と罰則強化：明渡催告、件外動産の売却
- ④不動産競売に関する手続の改善

【**抵当権侵害に対する実体法上の排除請求**】（237-242, E152-155）

Case18-01 XはAに対する債務につき、物上保証人B所有の建物甲に抵当権の設定を受け、登記を備えた。

①甲を不法占拠する者Yがいる場合、XはYに退去を求めることができるか。できるとした場合、何を根拠にどのような場合に請求が可能となるのか。また、Xは、自己への明渡しまで求めることができるのか。

②甲を占有するYが、Bから甲を賃借した者である場合、Xは①と同様に退去や明渡しの請求ができるか。①と違いがあるとするとどのような点か。

③上記①②の請求は、Xが抵当権の実行に着手する前から可能か。実行着手後、XがYに明渡訴訟を提起することは合理的か。

1 抵当権侵害の特徴と問題の所在

- ・ 抵当権侵害＝交換価値の減少行為≠目的物の毀損等←非占有担保性（価値権性）

2 物権的請求権

(1) 分離・搬出行為の禁止

- ・ 目的物の正当な利用の範囲を超える場合のみ違法
- ・ 侵害者に故意・過失がなくても**妨害予防請求権**により侵害行為を禁止できる。

判例 大判昭7・4・20新聞3407-15

(2) 搬出物の返還請求

- ・ 誰に対する返還を請求できるかについては争いがある

判例 百89：第三者が善意取得しない限り、抵当権者は工場抵当権の及ぶ動産を元の備え付け場所に返還するよう請求できる

(3) 妨害排除請求

- (a) 解除された短期賃貸借の登記、消滅した先順位抵当権設定登記などの抹消請求
- (b) 付加物への他の債権者の強制執行は、第三者異議（民執38条）で排除可（最判昭44・3・28民23-3-699・P345）

(c) 不法占拠者等に対する明渡請求

判例 最判平3・3・22（前出）：非占有担保性と引渡命令（民執83条）を理由に否定
大転換—最大判平11・11・24（前出）：抵当権の価値権性を肯定しつつ、不法占有による抵当権侵害を肯定：**換価権侵害**または**優先弁済権侵害**。被担保債権ではなく、**侵害是正請求権**または**担保価値維持請求権**を被保全権利とする423条の「法意による」**代位請求**を認容。傍論として抵当権自体に基づく自己

への明渡請求→**管理占有**をも肯定。いつから請求が可能かに争い有
百88・P340：有効な賃借権に基づく占有では代位請求はできないが、客観的
な抵当権侵害＋手続妨害目的での賃借権設定があれば、**抵当権侵害に基づ
く妨害排除**→**抵当権者への明渡し**を肯定

【抵当権侵害に対する損害賠償等】 (242-243, E155-156, 153コラム⑤)

Case18-02 XはYに対する債務につき、角地に建つY所有の建物甲に抵当権の設定を受け、登記を備えた。まだYの債務が弁済期に至っていないある日、Z運転のトラックが暴走して甲に突っ込み、甲を大破させた。

- ① XはZに対して損害賠償請求をすることができるか。
- ② XはYに対して何らかの請求をすることができるか。

1 不法行為に基づく損害賠償請求

(1) 損害賠償請求の時期

- ・ 目的物の正当な利用による減価は違法性または損害を欠き、抵当権侵害とならない。
- ・ 厳密には被担保債権が担保されなくなった額が損害額で、実行時までにはそれが確定しないが、判例（大判昭7・5・27民11-1289・P341）・通説は抵当権者の保護のため弁済期以降は損害賠償請求を肯定。

(2) 請求権者

- ・ 設定者のみ。抵当権者は設定者の損害賠償債権に物上代位（近時の多数説）

2 期限の利益喪失と増担保請求

- ・ **期限の利益喪失**－137条2号＋**期限の利益喪失約款**（クロスデフォルト条項・ネガティブブレッヂ条項との連動を含む）によるその拡大。帰責事由不要。
- ・ **増担保請求**－設定者による抵当権侵害の場合には解釈上可能
→特約による強化も有効