

民法演習 I ・ 第11回講義（抵当権と妨害排除）の補足説明

2017年6月21日

松岡 久和

前回気付くべきだったのですが、昨年度までに生熊先生が作成され、若干の修正を加えた学習ポイントは、第9回までと異なって非常に詳しく答えが書かれていますので、基本的にはそちらに委ねることにして、私の講義との関係で補足すべきことに絞ってお示しします。

さらに、学習ポイントでは、占有権原のある占有者を相手とする抵当権に基づく妨害排除請求の要件（参考判例④による）の「競売手続の妨害目的」が占有者Hについて必要で、かつそれで足りるように書いてあり、講義内容と異なるのでどちらが正しいのかというメールでの質問をいただきました。その点は以下に補足しますが、他のクラスの受講生に修正を知らせるか、知らせるとしてどういうふうにするかについて、共同担当の吉村・松本両先生のご意見を求めているところです。

1 予習課題の補足

1. 抵当不動産の占有以外の方法による抵当権の侵害にはどのようなものがあるか。この場合、抵当権者はどのような方法で侵害の排除を求めることができるか。

松岡92～94頁を参照。以下のような態様と対応策がある。

- ①山林の伐採・搬出による抵当不動産価格の低下、抵当権の及ぶ付加一体物（従物を含む）の取外し・搬出⇒抵当権に基づく返還請求、増担保請求、期限の利益喪失による抵当権の即時実行
- ②上記①の（継続の）おそれ⇒抵当権に基づく妨害排除としての伐採禁止・搬出差止請求
- ③抵当権設定登記の不法抹消⇒抹消回復登記請求（不登72条）
- ④残存する無効な担保権等制限物権の登記—抵当権の実行としての競売に対する事実上の障害となりうる⇒抵当権に基づく妨害排除としての登記抹消請求
- ⑤抵当不動産の従物に対して行われた一般債権者の強制執行や劣位する担保権の実行⇒第三者異議の訴え（民執38条）

関連する重要な問題点を確認しておく。

①②に関連して、分離・搬出された物の価格が低く、残部の不動産本体によっても抵当権の実行により被担保債権が十分回収できる場合にも返還請求ができる。←不可分性（372条・296条）

③に関連して、対抗要件が不法抹消されても実体法上の権利の対抗力は失われないのが原則だが、新たに利害関係をもつ善意の第三者には対抗できなくなる可能性があるため、抹消回復登記が必要になる。

④に関連して、後順位の制限物権の登記も、それが残っていると任意売却などの障害となるため抹消請求の対象とすることができる。一方、先順位の担保権の被担保債権が消滅時効にかかっている

も、判例（最判平11・10・21民集53巻7号1190頁<LEX/DB 28042450>）によれば、後順位担保権者は反射的効力による配当増加の利益を有するにすぎず直接の利益を有しないため、時効の援用権を持たない。それゆえ、当該先順位の担保権の登記は無効なものとは言えず、抹消請求の対象にはならない。

抵当不動産の譲渡や後順位制限物権の設定によっても抵当権は不利益を受けない（追及効・対抗力による優先権の確保）から、抵当権侵害自体が生じない。

2 本日の講義部分についての補足

そもそも設例が皆さんに問題の歴史的展開を考えてもらうためとはいえ、ちょっと不自然で間抜けな設定である点には留意いただきたい。Eが銀行であれば、平成元年の参考判例②で効力を否定された併用賃借権仮登記などは決して使わない。また、後述するように、A H間の契約は解除請求が問題となった旧395条ただし書の詐害的短期賃貸借そのものであり、現在ではほとんど使われていない。

(1) 問1について

Q07 占有権原が抵当権者Eに対抗できるBに対しては、妨害排除請求は絶対にできないのか。

たとえばBが甲の入口を封鎖したりゴミをまき散らすなど異常な占有状態によって競売の進行を阻害するようなことがあれば、なお妨害排除請求は可能である。もっとも、そのような場合には、手間のかかる妨害排除請求訴訟を提起するよりも、価格減少行為があるとして、売却のための保全処分（民執55条）や競売の開始決定前の保全処分（民執187条。1996（平成8）年に新設、2003（平成15）年に条文番号を変更）を利用する方が迅速・安価なので合理的である。ただし、Bは抵当不動産所有者や対抗力を欠く占有権原による者ではないので、妨害禁止の措置のみが可能である（民執55条2項・187条2項）。参考判例⑤は187条の2の新設前において前者の保全処分を第三者である占有屋に対して認めた決定例である。

(2) 問2について

Q09 賃借権は債権であるのに第三者であるBに対して権利を主張することができるのか。

判例（最判昭28・12・18民集7巻12号1515頁<LEX/DB 27003245>）は、罹災都市借地借家臨時処理法（現在は廃止されている）10条に基づき、所有する建物が戦災により焼失しても対抗力を保持している土地の賃借人は、その土地に建物を建ててこれを使用する後順位の賃借人に対し、その収去・土地の明渡しを請求できる、とした。この判例は、「土地の賃借権をもつてその土地につき権利を取得した第三者に対抗できる場合にはその賃借権はいわゆる物権的効力を有し、その土地につき物権を取得した第三者に対抗できるのみならずその土地につき賃借権を取得した者にも対抗できる」と理由を述べている。まして、不法占有者に対しては、当然に妨害排除が請求できることになる。

なお、新605条の4は、この判例を条文化したものであるが、学説には対抗要件を備えていなくても、所有者からの賃借人は妨害排除請求を認めうるとの説も有力であり、新规定

はそのような解釈を排除するものではないことが確認されている（松岡『物権法』299頁）。

Q14 抵当権者は賃借権という占有権原がある者に対しては、およそ妨害排除請求をする余地がないのか。参考判例④は参考にならないのか。

参考判例④は、抵当権者が、賃借人に対しても、抵当権侵害を理由として妨害排除請求をすることを認めている。その要件は、判決の文言によれば、「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」ことである。後半は参考判例③と同じであるから、「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」（執行妨害目的の利用権設定）が、占有権原のある者に対する妨害排除請求の追加要件である。

Q15 なぜ「執行妨害目的の利用権設定」を追加的要件とする必要があるのか。

参考判例④は、「抵当不動産の所有者は、抵当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」（傍点筆者）という。

Q16 誰について執行妨害目的が必要か。

上記の理由の傍点部分から、明らかに抵当不動産所有者の主観的要件である。通常は契約による利用権設定だから、契約相手方である占有権原の設定を受ける者＝占有者も含めて両当事者に妨害目的が必要であり、判旨に従う限り、占有者のみの妨害目的では足りない。

現在掲載されている学習ポイントが、占有者の妨害目的だとしているのは、判例の読み方として正しくないと思う。ただ、やむを得ない点もある。問題になる賃貸借契約が旧395条ただし書の解除請求に服する許害的短期賃貸借であるかどうかの判断基準には争いがあり、占有者に執行妨害目的があることが必要ではないかが議論になっていた。参考判例④の解説や評釈を20件くらい再検討してみたが、戸田調査官解説ですら従来の議論に引きずられていて、執行妨害目的の主体を明確に自覚して論じているものは少なく（森田修、田高寛貴、片山直也と私）、道垣内『担保物権法〔第4版〕』187頁も、賃借人の妨害目的を論じているようにも読めて明確でない。

Q17 問2では要件はみたされるか。

みたされない。AがFに対して賃借権を設定したのは、2014年7月であり、2015年12月まではAの事業は失敗には至っておらず、抵当権が実行されることをAが予測していたはずはない。それゆえ、Aの執行妨害目的はなく、たとえFの賃借権によって競売価格が下がったとしても、妨害排除請求権は発生しえない。

(3) 問3の小問1について

講義で行った説明は、学習ポイントの説明とは少し異なる。AH間の契約は、内容がきわめて異例であるが、契約自由との関係で直ちに無効と評価されるわけではない（Aにも

積極的な妨害目的や害意がある場合は90条違反となりうるが、本件のAはHにつけ込まれた一種の被害者ともみうる)。また、AH間の賃貸借契約は、改正前395条ただし書の「詐害的短期賃貸借」の特徴をすべて備えているが、それによって抵当権侵害が生じているというわけではない。すなわち、2003年改正後の395条の下では、Hの賃借権は競売により消滅し(民執59条2項)、買受人は賃貸借契約の賃貸人の地位を承継しないから、AH間の契約の①～④の合意に拘束されない。買受人は占有者に客観的な賃料相当額を請求できる(不登81条にないので賃料前払の登記はできず買受人に対抗できない)。Hは賃借権が消滅しているので譲渡転貸ができず、買受人に敷金の返還を請求できない。契約内容が法的に影響するのは、抵当権を放棄して抵当権設定登記を抹消してする任意売却の場合に限られる。この場合は賃借権は新所有者に対抗できて、新所有者は賃貸人の地位を引き受けざるをえない。

もっとも、契約内容が異例であることや占有態様が異常である場合には、占有者が何をするかわからない不安が強いので、競売にかけても買受人が現れなかったり、非常に安くでしか売れなくなるおそれがあり、それは抵当権侵害と評価される。

(4) 問5について

学習ポイントの説明とはニュアンスが少し異なる説明をする。

(3)で述べたように、対抗要件において後れる賃借権が競売により消滅するので不当な内容の契約によって買受人が縛られ、競売価額が下がるのを防げる。抵当権者は、せいぜい6か月の引渡猶予の分の減価を予期しておけば足りる。旧規定のような面倒な解除請求訴訟を行う必要もなくなる。要するに短期賃貸借を口実にした執行妨害は、大幅に減ったのである(設例のような露骨な契約で執行妨害目的が認定しやすいものは少なくなった)。

新築賃貸物件では、ほぼ確実に抵当権がすでに設定されているので、賃借人は、本件のBとは異なって、通常、抵当権に後れることになる。旧規定では、賃借人は、短期賃貸借として最長3年の使用継続と買受人からの敷金返還請求ができた。これが失われたことは大きなデメリットである。他方、旧規定では、賃貸借契約の更新時期と差押え時期の先後という偶然により、賃借人の保護が左右されるなど、賃借人の保護としても不徹底であった。一律で明快な引渡し猶予期間の設定は、この範囲での賃借人の予測可能性を高め、保護が平等になったとは言える。