

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2月に発行し、同年の春以降、同書の付録としたものである。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ったうえ、同書が2004年の民法の現代用語化や保証規定の改正に対応した第2版（2005年）となったことから、現在は入手困難と思われる。

担保・執行法の改正については、書籍や論文・座談会等が多数存在するが（本文でも触れている文献を参照）、京都大学大学院法学研究科法曹養成専攻（法科大学院）での基幹科目「民法総合3」の受講準備のために読んでいただくのに適当な量のものが見あたらない。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、その後の法改正や『新 物権・担保物権法〔第2版〕』（文中で教科書と言うのは同書を指す）の発行に併せて、できるかぎりアップデートを施した。IVは新たに書き下ろした。

2009年2月

『民法総合・事例演習〔第2版〕』への改訂と新年度の授業に向けて

松岡 久和

## 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（アメリカのプライムローン問題に端を発する世界同時不況は、この失われた10年の再来を予感させる。同様の事態が繰り返されるかもしれない）。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、簡単に紹介するにとどめる。これ以外の強制執行の実効性の確保等に関する改正点については割愛する。詳しくは、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（いずれも2003年）、谷口園恵＝筒井健夫編『改正 担保・執行法の解説』（商事法務、2004年。法務省の立法担当者の解説）、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、2004年。この問題に詳しい民法・民訴の学者と弁護士の間）などを参照。

### II 実体法（民法）の改正点

#### 1 担保不動産収益執行制度（以下、収益執行と略称する）の創設（185頁③、203頁、208頁ウインドウ⑩、241～242頁ウインドウ⑩、289頁、330～331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（222～223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 <sup>てきじよ</sup> 滌除から抵当権消滅請求へ（225～229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倍の2か月に延長した（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、売却見込がないことなどを理由として競売手続が取り消されても、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項ただし書後段と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）。実行通知を巡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（233～237頁、276～278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の要素に左右された。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ため、短期賃貸借の保護が問題になる事例は、今後もかなり長期にわたってなくなるので、旧規定について基本知識を得ておく方が良い）。

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巻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ろう。

##### (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項かつこ書）。

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（サブリース形式の利用）になろう。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81条4号）。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請求の新設（310～311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93条）。

## 6 労働債権の先取特権の拡充（389頁、398頁(2)②）

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（323～324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（256～266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（前出各条の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（279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（394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）。

# IV 残された課題とその後の改善

主要なもののみを順不同で取り上げる。

## 1 建築請負人の請負代金債権の強化（382頁、392頁）

抵当権に関係する問題として、建築資金融資のための抵当権と建築業者の敷地留置権の優劣関係は、判例・学説が帰一するところのない難問として、解釈論による対応が難しいと思われる。この問題の根本的な解決として、建物建築請負人の請負代金債権を実効的に保護する方法が問題となった。担保・執行法制部会では、不動産商事留置権の否定と引き換えに不動産工事の先取特権を使いやすいものにするとの改正が検討されたが、執行妨害の端緒になりかねないなどの反対も少なくなく、改正には至らなかった。

## 2 労働債権の効力強化や先取特権の整理（391頁ウインドウ⑩、395頁）

担保法・執行法改正では脱落したが、退職金を含む給料債権については、財団債権（破産149条）・共益債権（会更130条）として優先的な保護が強化され（もともと、財団債権としては給料の3か月分、共益債権としては6か月分に限定される）、租税債権の優先の一部が見直された（破97条3号～5号→99条1号の劣後的破産債権扱い）。再生手続によらずに随時弁済される民事再生の場合には特別な措置はない。また、先取特権制度の整理は、現代用語化の改正の際に、古びた用語を改め、公吏保証人の先取特権を削除したが、全面的な見直しではなく、その

第1歩を踏み出したにすぎない。

### **3 法定地上権制度の見直しないし判例法理の条文化 (229～233頁)**

388条の条文だけでは複雑な判例法を理解できないことから、判例法理の条文化は、実務界からかなりの要望があった。より根本的には、自己借地権の導入で相当簡略化できると思われるが、それにしても土地と建物の関係という日本法根幹にかかわるため、手が付けられなかった。また、判例法の条文化も、必要な労力に比して規律の透視性の向上が見込めないことから、見送られた。

### **4 非典型担保法の法制化・財団抵当制度の改正**

これらも、慎重な検討を要する中長期的課題として先送りになった。動産・債権譲渡特例法により、流動財産の譲渡担保をより容易とする公示制度が新設された。