民法３０－１２肢オ

第１ 肢の結論

誤っている

第２　抵当権者は，不法占拠者に対して，自己に対して直接明渡し請求できるか。

１．問題の所在

本件の抵当権者は，目的物の不法占拠者に対して，抵当権に基づき自己に対して直接明渡を請求することができるか。抵当権の物権的請求権の内容が明文にないため問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

抵当権設定者が目的物について適切に管理維持が期待できないとき（５０４条）は，自己の抵当権（３６９条）を保全するために直接，自己に明渡を求められる。

したがって，できないとする肢は誤り。

（２）理由

そもそも物権的請求権は，物権の内容を実現するための権利である。

そして，抵当権の内容は，目的物を占有しない担保物権である。したがって，抵当権の内容として，抵当権者が直接占有をすることは，本来，含まれていない。

そのため，抵当権の物権的請求権は，抵当権の内容を実現すべく行使されるべきである。その結果，設定者に目的物を戻すにとどまり，直接自己に明渡を請求できないとも思える。

しかし，この結論は不都合である。すなわち，設定者に戻した場合，目的物に対して適切な管理維持が期待できないことがある。例えば，本件のような不法占拠者がいるのは，設定者が放置していたことも一因として考えられる。この者に戻しても，適切に管理をせず，根本解決に繋がらないと考えるからである。

抵当権者としては，自らが直接占有できないと担保価値が毀損されるおそれがある。そこで，抵当権者自身が権利保全を行えるような手続を認める必要がある。

そもそも，抵当権が非占有担保物権であるのは，設定者に目的物をおいても担保の実効性が通常，期待できるので，設定者に占有を許容したにすぎない。

したがって，担保の実効性が害されるときまで，非占有とするのが抵当権の内容ではない。むしろ，緊急時には，担保価値を維持するため直接占有する権利も抵当権の内容として含むと解する。よって，本件の場合，抵当権の実現のために，不法占有者に直接明渡を請求できると考える。

以上