

# 抵当権に基づく妨害排除請求における「抵当権侵害」の概念

太 矢 一 彦

## 一 はじめに

一般に、抵当権も物権であることから、抵当権が侵害されたときには、抵当権に基づく物権的請求権を行使することができ、また侵害によって損害が生じた場合には不法行為による損害賠償を請求することもできると解されている。しかし、抵当権は、非占有担保として、もともと抵当権設定者が抵当目的物を占有・利用することを妨げるものではないことから、他の物権の侵害とは異なり、そもそも抵当権の侵害とは何を意味するのかということが、抵当権の性質論との関係で問題となる。

この点について、抵当権価値権説の立場から我妻栄<sup>11</sup>福島正夫<sup>12</sup>博士は次のような見解を主張されており、それが抵当権の侵害についての通説的な見解とされてきた。

「抵当権は如何にして侵害せらるるかは即ち抵当権の本質は何処に属するやの問題である。而して抵当権はそ

の権利の内容として抵当物件の交換価値を把握するものなることは上來繰り返し述べてきた所である。実に抵当物件の交換価値は抵当権の本質たり、核心たるべきものである。故にこの交換価値そのものを減損し、或はその正当なる交換価値を抵当権者が把握することに対して妨害を加ふるものは、即ち抵当権の侵害である。ここに抵当権侵害の積極的な範囲が示される。

然し、抵当権の支配権能は物の使用価値に交渉を有しない。抵当権者は自ら目的物を使用収益するものでなく、又他人が之を使用収益するに付いて干渉を加え得ない。故に交換価値に影響を与えるが如き使用価値の減損あれば格別、単に使用収益を何人が為すか、又目的物件の占有が不法なりやといふようなことは決して抵当権侵害と直接の關係を持ち得ない。ここに抵当権侵害の消極的な限界を認めねばならない。<sup>(1)</sup>

この見解からすれば、交換価値そのものを減損すること、すなわち、目的物件を物理的に毀滅、損壊するよくなる行為は、抵当権の侵害とされるが、抵当権の把握する抵当物件の価値を非物理的、非有形的に減少させる行為が行われた場合、その典型としては、抵当権者に対抗することができない第三者による抵当物件の占有が行われたような場合には、使用価値の減損がない限り、抵当権の侵害とはならず、右占有者を排除することができないと解されることになるのである。

その後、バブル経済の崩壊にともなつて、短期賃貸借制度の濫用が社会問題とされるようになり、下級審判決において、占有権原のない者に対する抵当権に基づく妨害排除を肯定する判決と否定する判決とが激しく対立した。<sup>(2)</sup> そのようななかで、後でみるように、最高裁判平成三年判決は、我妻||福島両博士と同様の趣旨を述べること

よって、無権原占有者に対する抵当権に基づく妨害排除請求を明確に否定する判断をなしたのである。しかし、その判決以降も、抵当権に基づく妨害排除請求を認める学界および実務界の要請は非常に強く、最高裁は、平成一一年判決の傍論において、抵当権に基づく妨害排除請求を肯定し、さらに平成一七年判決においては、正面からこの請求を認めることとなるのである。

このように最高裁判所は、大きくその立場を変更することとなるのであるが、その際、抵当権に基づく妨害排除請求の可否についての結論のみならず、「抵当権侵害」の概念を通し、抵当権の本質論に関しても重要な変化があったのではないかと考えられる。本稿では、抵当権に基づく妨害排除請求についての最高裁判決および学説を検討しながら、特に「抵当権の侵害」の概念に焦点をあて、抵当権に基づく妨害排除請求について考察してみたい。<sup>(3)</sup>

## 二 判例の変遷

まず抵当権に基づく妨害排除請求に関する最高裁判決について概観しておきたい（なお、本稿では、その紙面の関係上、本稿の論述に必要な限度で簡略に触れざるを得ないことから、詳細については最高裁民事判例集などをご参照いただきたい）。

(1) 最二小判平成三年三月二二日（民集四五卷三号二六八頁）（以下、「平成三年判決」とする。）

平成三年判決の事案は、短期賃貸借契約が解除されたにもかかわらず、なお抵当不動産を占有している無権原占有者に対する抵当権に基づく妨害排除請求が争われたものである。

この判決では、まず抵当権の性質について、「抵当権は、設定者が占有を移さないで債権の担保に供した不動産につき、他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける担保権であって、抵当不動産を占有する権原を包含するものではなく、抵当不動産の占有はその所有者にゆだねられている」とし、「その所有者が自ら占有し又は第三者に賃貸するなどして抵当不動産を占有している場合のみならず、第三者が何ら権原なくして抵当不動産を占有している場合においても、抵当権者は、抵当不動産の占有関係について干渉し得る余地はないのであって、第三者が抵当不動産を権原により占有し又は不法に占有しているというだけでは、抵当権が侵害されるわけではない」とする。そして、さらに、「抵当権の実行の場合の抵当不動産の買受人が、民事執行法八三条（一八八条により準用される場合を含む）による引渡命令又は訴えによる判決に基づき、その占有を排除することができる」として、結局抵当不動産の担保価値の保存、したがって抵当権者の保護が図られているものと観念されている」とした。

(2) 最大判平成一一年一月二四日（民集五三卷八号一八九九頁）（以下、「平成一一年判決」とする。）

本判決は、平成三年判決の事案のように、短期賃貸借解除後の無権原占有者の占有排除が問題となった事案で

はなく、抵当不動産の不法占有者への排除請求が問題となった事案であった。本判決では、先の平成三年判決において、抵当権に基づく妨害排除が否定されていたことより、抵当権設定者の所有権に基づく妨害排除請求の代位行使の可否が直接の争点とされたのであるが、傍論において、抵当権そのものに基づく妨害排除請求についても言及している。

本判決では、まず抵当権の性質について、「抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない」とし、平成三年判決と同様の原則を述べる。ただし、その一方で「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ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ときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない」とし、占有侵害も抵当権の侵害となる場合があることを肯定する。そして、その場合に、「抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」ので、「右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」とし、その請求権をもって、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができるとした。

そしてさらに傍論で、抵当権に基づく妨害排除請求については、「なお、第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ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ときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである」としたのである。

(3) 最一判平成一七年三月一〇日（民集五九卷二号三五六頁）（以下、「平成一七年判決」とする。）

本判決は、抵当不動産を占有する者が一応は有権原のものであった事案において、そのような有権原者に対しても抵当権の妨害排除請求が認められるかが争われたものである。

本判決では、まず「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ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ときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない」として、先の平成一一年判決の立場を確認した上で、「抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、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ときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。なぜなら、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である」として、平成一一年判決では、傍論として肯定されていたにとどまる抵当権に基づく妨害排除請求を正面から肯定した。

本判決の原審判決（東京高判平一三年一月三〇日判例タイムズ一〇五八号一八〇頁）では、平成一一年判決における維持管理請求権を抵当権者の明渡請求を認めるための根拠とする判断を示していた。しかし、この点について、学説から、維持管理請求権はそもそも代位請求の前提条件として構成されたものであり、第三者に対して直接の妨害排除請求を認容する本判決にはそぐわないのではないかとの批判を受けたことにより、本判決では、維持管理請求権を根拠とするのではなく、維持管理することが予定されていることを理由として妨害排除請求を認めたものと解することができるであろう。<sup>(5)</sup>

### 三 学説の検討

次に、学説の見解についてみていきたい。学説は、主に二でみた最高裁判決についての判例批評を中心に展開されてきたといえる。

平成三年判決について、鎌田教授は、占有が「抵当権の侵害」となりうるかについて、次のような見解を主張される。まず、不法占有によって抵当権が侵害されるわけではないという命題は、すべて、通常の用法に従った占有を前提にし、または、「占有」を抽象化して捉えた場合に言えることであるとされる。そして、その上で、

極めて悪質な占有を排除したからといって、抵当不動産所有者の経済的用法に従った正当な使用収益を妨げることにはならず、占有者の利益を不当に害したことにならない。むしろ明渡請求を退けることによって、執行妨害行為の継続にお墨付きを与えることの弊害の方が大きいことから、占有ないし執行妨害行為それ自体による損害を具体的に立証しえた場合には、平成三年判決の枠内でも、明渡判決が認容される可能性があることを指摘されていた。<sup>(6)</sup>

また、安永教授は、「物理的な侵害というかたちでの交換価値侵害に対してのみ抵当権に基づく物権的請求権の発動が認められるにとどまるのか」という問題提起のもとに、「交換価値侵害という抽象的基準からはそれに限定する必然性は必ずしもないように思われる」とされる。そして、「通常の用法にしたがった所有権者、第三者の不動産の使用が承認されることは、抵当権の性質からして疑うべくもない」ことであり、「仮にそれにより抵当権設定時より目的物件全体の価格が多少減少しても、抵当権者側から問題とする余地はない」とされる。ただし、「担保価値が競売により具体化される局面において、第三者が占有(しかも不法に占有)し、その排除のコストを折り込んで売却価格が下がるという意味での減価(正確には減価のおそれ)」については、「ちょうど通常の使用を超える物理的侵害に対比することができるのであって、交換価値侵害≡抵当権侵害(のおそれ)があるといえるのではないか」とされる。<sup>(7)</sup>

ここでの鎌田教授および安永教授の見解は、平成三年判決の枠内においても、売却価格が下落するおそれがある場合には、抵当権に基づく妨害排除請求は可能であるとする趣旨であり、このような考え方は、次にみる平成



一一年判決の解説、批評においても主張されることとなる。

平成一一年判決の解説のなかで、八木裁判官は、平成一一年判決は、平成三年判決における法原則を再確認した上で、その原則に対する例外を論じたものであるとされる。<sup>(9)</sup> また、それと同様の観点から、高橋教授は、正常な占有状態にある場合には、抵当権価値権説の原則に従って、抵当権者はその占有に対し、妨害排除請求権の行使はなしえないが、それが悪質な不法占有である場合には、抵当権の換価手続を侵害することによって、交換価値への影響を及ぼすことから、抵当権者は、そのような占有に対して妨害排除請求権を行使しうるとされている。<sup>(9)</sup>

このように抵当権価値権説に基づき、原則として抵当権者は抵当目的物の使用収益権に干渉することができないが、抵当目的物の換価が侵害され、交換価値自体へ影響を及ぼす場合には、例外的に妨害排除請求が肯定されると解する見解が現在有力であるといえよう。しかし、その一方で、抵当権価値権説にとらわれず、抵当権者は、もともと抵当目的物に対し何らかの物的支配性を有していることを前提に、そこから抵当権に基づく妨害排除を導く見解も、従来より主張されている。

近江教授は、抵当権ドグマについては、これはコーラーの主唱にはじまる抵当権Ⅱ価値権という本質が誇張された形で定着したものであるとされ、「抵当権はその価値維持の範囲内で消極的にせよ確実に物的支配を行って」おり、「更に、抵当権実行の段階に至っては、より積極的に目的物に対する物的支配を行うことは明白である。いずれにせよ、抵当権は価値権を本質とするといえども、物権である以上一定の物的支配を行っているものと考えられよう」とされる。<sup>(10)</sup> 平井教授も、ポアソナードや梅博士は、抵当権は物権であり、その性質上所有権を用益面

においても制限するものと捉えられているとされ、抵当権は価値権であり目的物の用益権にはその支配が及ばないとするのは一つのドグマであり、物権者である抵当権者が、自己の権利の対象となつてゐる不動産上の不法占拠者に対して拱手傍観するほかにないといふのはいかにも不合理であるとされる。<sup>11)</sup>

また、生熊教授は、「抵当権は非占有担保であり、価値権にすぎないから、抵当不動産の占有關係に一切介入できないという考えが自明の理ではないことが明らか」であり、「管理行為という言葉を使用することが適切であるかどうかはともかく、抵当権設定者は権原なきものが抵当不動産を占有していることを放置してよいということにはならず、またかかる占有により抵当不動産の価額が下落する場合には、抵当権者はかかる占有者に対して不動産の明渡しを請求しうる」との見解を主張されている。<sup>12)</sup>

#### 四 若干の検討

三でみたように、学説は、価値権構成、物的支配構成、それぞれの観点からアプローチすることによつて、抵当権に基づく妨害排除請求の理論構成を試みるのであるが、判例は、平成一一年判決および平成一七年判決において、抵当不動産の所有者は、「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されて」<sup>13)</sup> いることをもつて、抵当権者の妨害排除請求を認めるための論拠とする独自の理論構成を行つてきたといえる。

では、なぜ判例は、端的に抵当権の競売価格の下落をもつて妨害排除請求を肯定するのではなく、わざわざこのような新しい概念を生み出し、それを基礎とする理論構成を行ったのであろうか。その理由を、筆者なりに推

測してみると、まず平成三年判決から平成一一年判決において、妨害排除請求の可否についての結論のみならず、判例の「抵当権の侵害」概念についての判断が大きく変わったところに、その主たる原因があるのではないかと思料する。すなわち平成三年判決では、二でみたように、抵当権者は目的物件の使用収益について干渉し得ないことを前提とし、占有侵害を「抵当権の侵害」とすることを否定する趣旨であった。しかし、平成一一年判決は、その前半部分においては、平成三年判決と同様に「抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない」として、占有侵害によって「抵当権の侵害」は生じないとの趣旨を述べながらも、第三者の不法占拠によって「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ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とき」には、実体法上その妨害を排除することを肯定するのである。

そのことからすれば、原則として、占有は、実体法上「抵当権の侵害」とはならないとしながらも、その占有が、抵当権の実行手続（換価）を侵害する場合には、どうして実体法上の「抵当権の侵害」となるのかについて説明するための理論が必要と考えられたのではなからうか。そこで、平成一一年判決は、抵当権設定者には抵当目的物を維持管理することが予定されているという前提をとり、その予定を裏切る行為が「抵当権の侵害」にあたるとして、妨害排除請求を肯定するための理由としたのではないかと考えるのである。

それでは、判例の述べるように、抵当権価値権説を基礎としながら、この維持管理することが予定されていることをもって、どのような理論構成によって妨害排除請求を導き出すことができるであろうか。平成一一年判決

は、代位請求の事案であったことから、維持管理することが予定されていることをもって、維持保存請求権という権利を生み出し、それを被保全債権として、債権者代位権の転用による明渡請求を肯定した<sup>13)</sup>。しかし、平成一年判決は、物上請求については、傍論でそれを認める結論のみを述べたにすぎず、その理由については述べられていない。したがって、ここでは、「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されて」いることを理由に、抵当権者の妨害排除請求を肯定するための理論構成について筆者なりに推測してみたい。

ここでの理論構成としては、①維持管理が予定されていることをもって、抵当権者の物権的期待権として構成すること、②維持管理が予定されていることを抵当権設定者の使用収益権に内在する義務として構成することが考えられよう<sup>14)</sup>。

しかし、そのどちらの理論構成をとるにも、結局、抵当権価値権説の立場とは、うまく繋がらないように思われる。まず、①物権的期待権として構成する場合には、やはり、その前提として、抵当権も抵当目的物に対する物的支配性をもとと有していると解することが必要となるであろう。また、②抵当権設定者の義務として構成する場合も、結局は、抵当権者が、抵当目的物に対して、何らかの物的支配権をあらかじめもっていることを前提としなければ、そのような義務違反をもつて、抵当権者の妨害排除請求を認めることはできないこととなる。したがって、どちらの理論構成をとる場合でも、抵当権者の物的支配性を認める必要があり、抵当権価値権説を前提とする平成三年判決を基礎としながら妨害排除請求を認めるのは困難といえる。

そして、平成一七年判決でも、先にみたように、平成一一年判決と同様に維持管理が予定されていることをも

って妨害排除請求を導き出すのであるが、平成一七年判決の判旨では、平成一一年判決の前半部分（抵当権価値権説を前提とする平成三年判決と同趣旨の部分）が消えており、そのことからすれば、平成一七年判決は、もはや平成三年判決の枠組みをとってはならず、抵当権者が何らかの物的支配権を有していることを前提としたものと解することもできると思われる。しかし、仮に平成一七年判決が、抵当権者の物的支配性を認めることを基礎にしたものであると解しえたとしても、なお「維持管理することが予定されて」いることを理由として、妨害排除請求を説明することは、何をもって「抵当権の侵害」とするかにについての実体法上の基準を不明瞭とする危険をはらむものであり、そもそも、抵当権者の物的支配性を前提とするのであれば、端的に換価侵害があれば「抵当権の侵害」にあたるとし、妨害排除請求を認めればよいとも考えられる。

では、「抵当権の侵害」概念と、物権的請求権との関係は、どのように解すればよいであろうか。この点について、まず価値権構成の学説の基礎になっていると思われる我妻博士の『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』<sup>15</sup>における見解を整理してみたい。博士は、「抵当権の侵害を生ずるとは、目的物の交換価値が減少しそのために被担保権を担保する力に不足を生ずることである」とされ、具体的には、「抵当山林の不当な伐採が最もしばしば生ずる例であるが、抵当家屋を取壊すこと、抵当不動産の附加物や従物を不当に分離すること、目的物の自然的損傷を修理しないこと、なども抵当権の侵害となりうる」とされる。そして、目的物を第三者に利益させることは、抵当権の侵害とはなりえないとされ、それは、第三者に利益させる法律関係が不適法な場合でも同様であると考えられる。さらに、抵当権に基づく物権的請求権については、「いやしくも抵当不動産が損傷されている限り、その交

換価値がなお被担保債権額に充分である場合にも生ずると解すべきである。けだし、抵当権不可分性の原則は、抵当目的物の全部に効力を及ぼし、どの部分についてもこれをもって優先弁済に充てることができることを意味しているからである」<sup>16)</sup>とされる。

これらのことからすれば、我妻博士の見解では、「抵当権の侵害」については、目的物の交換価値が減少し、そのために被担保債権を担保する力に不足を生じることが必要とされるのであるが、物権的請求権については、抵当権不可分性の原則より、「交換価値がなお被担保債権に充分である場合にも生ずる」とされる。このように理論構成が異なるのは、物権的請求権が行使される場合を、物理的侵害行為に限って解されていることにも関連があると思われる。

それでは、この我妻博士の見解を参考としながら、先にみた平成三年判決の枠内で、占有侵害の場合も、抵当権者の妨害排除請求を肯定しようとする学説について検討してみたい。

まず、この見解は、占有侵害によって生じる「交換価値の侵害」を「抵当権の侵害」と解し、換価侵害がなされ、抵当権の交換価値が侵害される場合には、抵当権者の妨害排除請求を肯定するものである。交換価値侵害をもって、抵当権の侵害とする点で、我妻博士の「抵当権の侵害」概念と同様の考えを基礎とするものと解することができる。しかし、この見解については、以下の点で疑問がある。すなわち、ここで言われる交換価値の侵害とは、交換価値の正常な実現過程が妨害され、換価価格が下落することを意味されているものと思われるが、そのことからすれば、抵当目的物の換価が正常に行われれば、交換価値の下落は生じないということになるのでは

ないか。そして、そのように考えうるとすれば、妨害排除が認められる「抵当権の侵害」行為とは、交換価値の侵害行為というより、むしろ換価を侵害する行為のことを意味するといえるのではないであろうか。

また、判例の理論構成において検討したように、平成三年判決は、実体法上、占有による「抵当権の侵害」を認めないとする立場であるが、換価侵害によっても、妨害排除請求を認めるのであれば、結果的に、実体法上、占有による「抵当権の侵害」を認めることになると思うのであるが、それを抵当権の本質論との関係で考察する場合、例外という理由だけでは説明として不十分ではないかと思われる。

そしてさらに、物理的侵害との関係で考慮する場合、我妻博士の考え方を基礎にすれば、交換価値侵害の場合に、抵当権の侵害となるためには、抵当権の配当可能性を侵害することが必要とされることとなり、交換価値侵害を基礎とする学説の多くも、配当可能性の侵害を要件とする。<sup>17</sup>しかし、我妻博士の見解では、物理的侵害の場合には、配当可能性の侵害が要件とされないことになるのであって、そのこととの関係で、占有侵害における配当可能性の要件は、物理的侵害との関係で、どのように考えられるのであろうか。

この点について、鎌田教授は、物理的な滅失・毀損による減価の場合と、占有による減価の違いについて、不動産の物理的な毀損の場合には、一般的にはそれで価値が下落したままの状態になり、その毀損行為をやめさせない限り抵当権侵害を回避できないが、不法占有の場合には、その人が出ていけば元の状態に戻るのであって、この点で物理的な毀損と不法占拠は全く異なるものであると説明される。<sup>18</sup>しかし、ここで言われているのは、抵当権の侵害が顕在化する時期の問題であり、「抵当権の侵害」の概念について、占有侵害と物理的侵害を区別す

するための説明はなされていないと思われる。

これらのことからすれば、占有侵害についても、「交換価値の侵害」があれば、配当額の損失を必ずしも要件とする必要はないともいえると考えられ、「抵当権の侵害」概念および抵当権に基づく妨害排除請求の理論構成について、殊更に抵当権価値説を媒介させる意味については疑問を感じる。妨害排除請求権が、物権的な請求権であることからすれば、直接に、抵当権者は、抵当目的物全体に対し、何らかの物的支配性を有していると構成し、その支配性が侵害されることをもって、抵当権の侵害と解するのがより明快であるといえるのではなからうか。

結局のところ、この問題を考えるにあたっては、抵当権の本質をどのように解するかという問題に行き着くことになると思われる。

我妻博士は、抵当権の性質を「抵当権は目的物の有する交換価値を直接かつ排他的に支配する権利」<sup>19)</sup>と解される。そして、抵当権の物権的性質については、制限物権 (beschränktes Sachenrecht) というドイツ法上の概念から説明される。すなわち、制限物権とは一般に、所有権が目的物の一般的・全面的支配権であるのに対して、耕作とか、担保とかいう、特定の限られた目的のために、目的物を一面的に支配する権利であるとされ、したがって、制限物権が成立するためには、必ず先ず所有権が存在し、制限物権はこの所有権の渾然たる内容を、原則として、一時的に、即ち有限の期間を限って、制限する立場に於て成立するものとされるのである。<sup>20)</sup>

しかし、以下にみるように、抵当権の立法の沿革および抵当権の性質論に関する学説の変遷を辿ってみると、抵当権価値説が、抵当権の目的物の支配についての絶対的な理論ではなく、他の理論構成をも許すものである



ことは明らかである。

抵当権の性質について、もともとポアソナードは、支分権構成をもって説明しようとした。すなわち、抵当権が設定されると、抵当目的物の所有者は、自己の所有権について絶対的な性質を帯びたまま、完全なものとして支配しえなくなることより、所有権は、抵当権の設定によって支分されたものになり、抵当権者は、その支分された権利を有するものとされたのである。<sup>(22)</sup>しかし、ポアソナード草案が作成された当時、フランスの学説を検討した磯部博士、岡松博士の見解では、抵当権を所有権の支分権とは考えず、<sup>(23)</sup>宮城博士が旧民法の解説書である『民法正義』<sup>(24)</sup>において支分権構成を支持したのみで、その後のわが国の解釈から、この見解はみられなくなるのである。<sup>(25)</sup>そして、現行民法の起草者である梅博士、富井博士、またそれと同時代の研究者は、抵当権の物権的性質について、抵当権は、物を直接支配していると考えるところよりも、むしろ所有権を支配する権利、つまり権利(所有権など)の上に成立する物権であると考えていたようである。<sup>(26)</sup>このことは、フランスにおける学説が述べているように、抵当権は、所有権のもつ何らかの権能(またその一部)を把握する権利ではなく、所有権全体を把握する権利として、いわば「第二次的(second degree)」な性質をもつ物権として、<sup>(27)</sup>抵当権の性質を理解していたことと共通点を有するように思われる。

しかし、フランス民法においては、有体・無体の区別は民法典に直接明記されていないが、これを前提とする多くの規定が存し、財が物(choses)である場合に有体財、権利(droits)である場合に無体財と称し、無体財の中に对人権および物権など全ての権利が包含されるものとする。<sup>(28)</sup>またフランス法では無形の不動産なる概念が認

められていることから、所有権やその他不動産に成立する他の物権も無形の不動産とし、抵当権もそのなかに含まれるとされている。<sup>29</sup>これに対し、わが国の現行民法はパンデクテン体系をもって構築された結果、物権と債権とを明確に区別する必要が生じ、物権の客体を有体物に限り、そのことを基礎として、抵当権の規定も旧民法を修正する形で、現在のような形に改められたのではないかと考えられる。<sup>30</sup>そしてその結果として、抵当権は有体物である不動産のみを権利の対象とし、地上権・永小作権には準用されるといふ形式が取られることになり、またこの準用がなされる場合、抵当権は準物権であるとされ、その性質は物権と異なるものであるとのいささか苦しい説明を余儀なくされることになったのではなからうか。

しかし、有体物支配ということに重点をおき、制限物権という概念をもって抵当権の性質を解するならば、用益物権には、制限物権についての説明があてはまるにしても、川井教授が指摘されているように「抵当権が究極的には担保権設定者の所有を奪う」<sup>32</sup>ということの説明が困難となるう。

以上のことからすれば、立法の沿革を参考としながら、抵当権の性質について、次のように考えてみたい。すなわち、物権には二種類のもものが存在すると観念し、第一のものは物体を直接に物質的に支配するもの。第二のものは物を対象とし、その物の上に存する権利を支配するいわば第二次的物権と考えられるもので、抵当権は後者の物権にあたると解する。そして、抵当権は、終局的には、被担保債権についての優先弁済を確保するための権利であり、その意味で、価値を支配する権利であることは確かであろう。しかし、その優先弁済効は、抵当目的物の換価を通して実現されるのが原則であり、筆者としては、抵当権は、その換価する権能（換価権）をもつ

て、抵当目的物（正確には抵当目的物に対する権利）を物権的に支配し、その換価価格から優先弁済を受けることのできる権利と解したい。<sup>33</sup>そして、そのことから、換価権が侵害されることをもって「抵当権の侵害」と考え、妨害排除請求を認めるのが、「抵当権の侵害」についても無理なく説明することができるのではないかと考える。

また、具体的に、「換価権の侵害」とは、適正な換価を行うための権利が、（将来も含め）確定的に侵害される場合をいうものと解し、さらに、換価権は、使用収益権も含め、抵当目的物全体を支配するものであることから、物理的侵害の場合と同様、不可分性の理論をもつて、抵当権に基づく妨害排除請求を認めることで、占有侵害と物理的侵害とで、理論的に一貫した説明が可能となるのではないかと考えるのである。

## 五 おわりに

抵当権に基づく妨害排除請求の問題は、先に見たように平成一七年判決において、それを実体法上肯定する結論が明確に認められることとなった。そして、平成三年判決から判例が変遷するなかで、短期賃貸借保護の制度が廃止され、民事執行法上の売却のための保全処分の手続も改正強化されたことで、より抵当権に基づく妨害排除請求の実効性が確保されることになったといえる。

しかし、その一方で、平成一一年判決、平成一七年判決は、抵当権者自身への抵当不動産の明渡しを肯定し、その場合の抵当権者による占有について、多くの見解は「管理占有」であると解する。しかし、その「管理占有」の内容については未だ明確になっていないとはいえず、<sup>34</sup>「管理占有」とすること自体の妥当性についても議論がな

されている状況である。<sup>35)</sup> また、平成一七年判決においては、賃借権侵害による不法行為に基づく賃料相当損害金の支払請求は認められなかったが、抵当権侵害時から明渡しまでの損害賠償の可否についても、学説上の争いがあり、<sup>36)</sup> なお残された問題も多いといえる。今後は、本稿で試みた抵当権の性質論を検証しながら、抵当権に基づく妨害排除請求に関連する問題や、それ以外にも抵当権全般に関する諸問題についても、さらに検討を進めていきたい。

- (1) 我妻栄||福島正夫「抵当権判例法」(初出一九三五年) 我妻栄『民法研究IV 2』(有斐閣、一九六七年)二〇三―二〇四頁。
- (2) 下級審等裁判例の全体的流れについては、一宮なほみ「抵当権の短期貸借解除請求と明渡請求(下)」判例タイムズ六九三号(一九八九年)一六頁以下、井口博「抵当権者の短期貸借に対する明渡請求」判例タイムズ七〇五号(一九八九年)四頁以下、生熊長幸「短期貸借の解除と抵当権者の明渡請求」法律時報六三卷九号(一九九一年)四四頁以下において詳しい整理がなされている。
- (3) 「抵当権の侵害」概念からのアプローチについては、既に小杉教授によって試みられたものがある(小杉茂雄「抵当権の『侵害』」についての最近の裁判例の考え方について」民法法情報一五五号(一九九九年)二頁以下)。
- (4) 片山教授は、維持管理請求権はそもそも代位請求の前提として構成されたものであるから、第三者に対する直接の妨害排除請求を認容する本判決においてはそれを取り上げる必要はなかったのではないかとされる(片岡直也「東京高判平一三年一月三〇判批」金融法務事情一六五二号(二〇〇二年)五二頁)。高橋眞「関西金融法務懇談会報告 抵当不動産の長期貸借に基づく占有者に対する抵当権者の妨害排除請求」金融法務事情一六一六号(二〇〇一年)三六―三七頁、生熊長幸「東京高判平一三年一月三〇判批」私法判例リマックス二五号(二〇〇二年)二五頁も同趣旨であろう。

- (5) この点については、すでに吉田光碩「最判平一七年三月一〇日判批」判例タイムズ二一八二号(二〇〇五年)一一頁において指摘されている。
- (6) 鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」『民法学の新たな展開 高島平蔵教授古稀記念』(成文堂、一九九三年)二八九頁。
- (7) 安永正昭「最判平成三年三月二二日判批」判例評論三九五号(一九九二年)二四頁。
- (8) 八木一洋「最判平成一年一月二三日判例解説」法曹時報五二巻九号(二〇〇〇年)二八四頁。
- (9) 高橋眞「抵当権に基づく妨害排除請求と抵当権の性質論」法律時報七四巻二号(二〇〇二年)八七頁。
- (10) 近江幸治「短期貸借の解除と明渡請求―名古屋高裁昭和五九年六月二七日判批」法律時報五七巻九号(一九八五年)九四頁。さらに、抵当権ドグマについて、石田教授から「わが抵当権法ないし担保物権法が、ドイツのそれであるべき姿として解釈されてきたことは、我妻榮博士や柚木馨博士の担保物権法を一べつすれば明らかであり、そうした理解は、現在でも、かなりの民法学者によって、さしたる反省もなく、継承されているように思われる。もつとも、学説が固まって定説化し、おおむね判例もこれに倣っている法状況のもとにおいては、制度や立法の経緯ないし他国との比較からこれに異論を唱えることに、どれほどの意義があるかは、疑わしい。しかしながら、右の定説によるときは、妥当な帰結を導くことが困難とみられる場合には、既存のドグマを金科玉条とすることは、本末転倒というべきであろう」との批判もなされている。(石田喜久夫「最判平成元年六月五日判批」判例評論三七六号(一九九〇年)一九〇頁)。
- (11) 平井一雄「東京高判昭和六〇年八月二七日判批」法律時報五八巻七号(一九八六年)一一二〇頁。
- (12) 生熊長幸「短期貸借の解除と抵当権者の明渡請求」法律時報六三巻九号(一九九一年)五〇頁。
- (13) しかし、この維持管理請求権をもって、代位権行使の根拠とすることには、学説上批判が強い。松岡教授は、平成一年判決の事案が、代位請求について争われたものであることに理解を示しながらも、代位権構成をとることは、「結局物権的な負担を債権的に構成しなおしているだけであって、迂遠な構成」であると批判されている(松岡久和「抵当目的不動産の不法占拠に対する債権者代位権による明渡請求(下)」NBL六八三号(二〇〇〇年)三八頁)。

伊藤教授も、「なぜ抵当権法理のなかに債権法理を導入させなければならぬか」、その根拠が十分に説明されていないとされる（伊藤進「最判平成二一年一月二四日判批」判例評論四九六号（二〇〇〇年）一八八頁）。高橋教授は、法廷意見によれば、「不法占有等により『抵当権者の優先弁債権の行使が困難となるような状態があるときは』抵当権侵害ありとし、そして、『右状態があるときは、抵当権の効力として』抵当権者は抵当不動産所有者に対し、維持保存請求権を有するとしているが、このことは、侵害があったときにはじめて問題とされる物権的請求権を債権者代位権にいわば翻訳したものであるということができ、抵当権自体に基づく妨害排除請求権が認められれば、このような維持保存請求権を問題とする必要はない」とされる（高橋・前掲注（9）八七頁）。

- (14) このような構成をとる場合、その義務を、抵当権設定者の使用収益権に内在するものとみるのか、あるいはこの義務違反を、抵当権が設定者の使用収益に干渉していくための条件として構成する場合とが考えられる。この点について、浦野弁護士は、最判平成二一年判決で述べられた維持管理義務について、「抵当権の設定という行為自体に内在する維持管理義務である」とされる。（浦野雄幸「二つの最高裁判決の執行法上の問題点」平三年第二小判決と平二一年大法院判決の民事執行手続に残した課題」債権管理八八号（二〇〇〇年）一〇二頁）。また、滝澤裁判官は、抵当権設定者は抵当目的物を管理占有することを、抵当権者から委託されているとみることができ、抵当不動産の交換価値に対する侵害状態が生ずると、抵当権者において、それまで抵当権設定者に委託していた管理占有を回復するため、抵当権設定者に対してはもとより、抵当不動産の占有者に対しても、本来型の占有を排除して、その渡しを求めることが出来るという意味で、占有排除効を根拠付けることができるのではないかとされている（滝澤孝臣「抵当権に基づく妨害排除請求権」銀行法務21 六〇一―六〇二（二〇〇二年）一六頁）。

- (15) 我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』（有斐閣、一九六八年）。

- (16) 我妻・前掲注（15）三八三頁―三八四頁。

- (17) 配当可能性について、佐久間教授は、「抵当権の価値支配権の侵害とは、抵当権が支配する価値の実現が妨害される場合のほかに、価値の実現額の減少によって抵当権者に配当額の減少という損害が生ずる場合も含むもの」とされる（佐久間弘道「抵当権価値権論と抵当権による占有排除」金融法務事情一六〇三号（二〇〇一年）九頁）。ま

た、梶山教授も配当額の減少が必要な旨を指摘されている（梶山玉香「抵当物件の使用収益について」同志社法学五四卷三号（二〇〇二年）二四五頁）。この問題に対して、清水教授は、「担保物権の不可分性は担保目的物の交換価値を全面的に支配することであり、抵当権実行の場面で現実にならざるがどのように数額として確定するかは問題ではない」とされている（清水元「最判平成一七年三月一〇日判批」判例評論五六四号（二〇〇六年）三一頁）。

- (18) 鎌田薫「抵当権の効力―『価値権』論の意義と限界―」司法研修所論集九一号一六頁（一九九四年）。小笠原浄二ほか「座談会」最大判平11・11・24と抵当権制度の将来」金融法務事情一五六九号（二〇〇〇年）二九〜三〇頁（鎌田薫発言）。

- (19) 我妻・前掲注(15)二二三頁。

- (20) このような考え方は、抵当権は、もっぱら財貨の有する交換価値を中心として構成され、人的信用から絶縁した確実な交換価値を把握し、これを投資の客体として金融市場に流通されることを目的とすべきとした、ドイツ法的な近代的抵当権論の立場より導かれるものとされている（我妻・前掲注(15)二二四頁）。ただしこのような考え方には、その理論的基盤をなす、保全抵当から投資抵当へという流れが、資本主義の発展にともない、抵当権制度が一般にたどるべき過程とすることの妥当性をめぐっては疑問が呈されていることは周知であろう。鈴木祿弥「ドイツ抵当法と資本主義の発達」法律時報二八卷一一号（一九五六年）二〇頁、高島平蔵「ドイツ抵当法の発展について」比較法学七卷二号（一九七二年）、松井宏典「近代的抵当権論」甲南法学二三卷一号（一九八二年）、椿寿夫編「担保物権法」一八一頁〜一八四頁「松井宏典」（法律文化社、一九九一年）など。

- (21) 我妻栄「制限物権」末弘嚴太郎・田中耕太郎責任編輯「法律學辭典第三卷」（岩波書店、一九三六年）。

- (22) Bossouade, *Projet de Code Civil pour L'Empire du Japon accompagnés d'un Commentaire*, t.I, 1890, n°53 et 397.

- (23) 磯部四郎述「仏国民法先取特権及抵当権講義」（明治法律学校講法会、一八九二年）三六〇〜三七一頁、岡松参太郎「注釈民法理由 物権編」（有斐閣、一八九七年）五一〇頁〜五一二頁。

- (24) 宮城浩蔵「民法正義（明治二三年）債権担保編卷之貳」（信山社・復刻版、一九九五年）。

- (25) 詳しくは、拙稿「抵当権の物権性について―フランスにおける学説を中心として―」獨協法学四八号（一九九九年）一六七頁以下を参照した。また。
- (26) 梅謙次郎『民法要義卷之貳物権編』（有斐閣、一八九六年）一〇三頁、富井政章『民法原論第二卷物権』（有斐閣、一九〇六年）五四二頁。
- (27) たゞせば、C. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t.I, Durand et Pedone Lauriel, Hachette et Cie., Cosse, Marchal et Billard, 1875, n°471 et 472. M. Planior et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, Siretès réelles, 2<sup>e</sup> éd., par E. Becqué, L.G.D.J., 1953, n°328. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil les sûretés la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004, n°374. などを見解。詳しくは、拙稿・前掲注(25)特に一七七頁以下を参照した。また。
- (28) 田中整爾『新版注釈民法（2）』林良平・前田達明編集（有斐閣、一九九一年）五八五―五八六頁。
- (29) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t.II, Paris Cosse, Marchal, 1869, n°165.
- (30) このことは、梅博士が法典調査会において「本案デハ抵当権ハ有体物ノ権利デアルカラ」との前提のもとに答弁を行っていることから推測しうるのではないかと思われる。『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会、一九八四年）七八八頁。
- (31) 我妻・前掲注(15)三三七頁。富井博士によれば、物権は有体物の上のみ成立し、権利抵当の如きは、物権に非ずして物権に関する規定の準用を受ける一種の財産権とする。抵当権は不動産権を客体とするが、地上権、永小作権あるいは抵当権そのものの上にも成立することが認められており、したがって富井博士によれば物担保と権利担保とを分かち、前者は物権、後者は準物権とされるのである（富井政章『民法原論第二卷物権』（有斐閣、一九一三年）一三頁）。しかし、中島博士はこれを批判し、物権の客体は有体物に限られることなく、有体物又は財産権となすを正しいとされる（中島玉吉『民法釈義卷之二上』（金刺芳流堂、一九一五年）二二頁）。
- (32) 川井健『担保物権法』（青林書院、一九七五年）一二頁。



(33) 私見の詳細については、拙稿「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学四九卷二号（二〇〇六年）四一頁以下を参照いただきたい。

(34) この点については、生熊教授による詳細な検討がなされている（生熊長幸「抵当権に基づく不動産の明渡請求と不動産の管理占有のあり方」銀行法務21 六四七号（二〇〇五年）一八頁以下）。

(35) 生熊教授は、平成八年および平成一五年の民事執行法の改正を経て、抵当権者はより容易に売却のための保全処分としての、執行官保管の保全処分を申し立てることができるようになっており、「このような執行官保管の保全処分を用いれば、抵当権者としても抵当不動産の管理占有というわずらわしい事態から解放されるのであり、一般的には抵当権者としてはむしろこれらの保全処分の方法を選択した方がよいといえる」とされている（生熊・前掲注（34）二一―二二頁）。清水教授も、同趣旨を述べられている（清水・前掲注（17）一九四頁）。

(36) 平成一七年判決に対して、吉田教授は、「これでは占有者に抵当権侵害のやり得を許すことになる」ことから、抵当権者が本来受け取れるはずであった賃料分を、「抵当権実行手続における配当原資として、執行裁判所に供出させることは考えられないだろうか」との提案をされている（吉田・前掲注（5）一一二頁）。また、賃料相当分が執行（換価）遅延による損害といえないことから、「損害額が賃料相当額であることの立証がない」として、この部分は差し戻すべきではなかったかとの見解もある（三上徹「最判平成一七年三月一〇日判批」NBL八〇七号（二〇〇五年）五―六頁）。この点について、平成一七判決の匿名コメントでも、「抵当権に基づく競売手続を妨害する目的を持った抵当不動産の占有は、抵当目的そのものを毀損する行為ではないが、抵当権に基づく換価権能の行使を妨害することにより抵当権者に損害を生じさせ得る行為であるということができ、本判決がこの点を否定する趣旨を含むものではないと考えられる」と述べられており（金融・商事判例一二一八号（二〇〇五年）三一頁）、また、不法占拠者やそれに準ずる賃借人の占有がまったく損害を発生させないとはいいきれず、執行妨害によって執行が遅れたことによる売却価格の減少を、損害と評価することも許されるとする見解も主張されている（田高寛貴「最判平成一七年三月一〇日判批」法学教室三〇一―三〇二号（二〇〇五年）八三頁）。