

担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察

——所有権侵害に対する救済との調整の見地から

田 高 寛 貴

- 一 はじめに
- 二 担保物件の滅失・損傷に対する救済
- 三 賠償請求をなしうる損害の範囲と時期
- 四 裁判例の考察
- 五 結 語

一 はじめに

1 問題の所在

第三者の侵害行為によって担保権の目的物が滅失・損傷し価値が低下した場合、担保権者にはどのような法的保護が与えられるべきか。この問題に関しては、担保権者が不法行為者に対して損害賠償請求をなしうるのはどの時点からで、その額はどのように算定されるのか、さらには、物上代位以外に担保権者固有の不法行為に基づく損害賠償請求を認めてよいのか、といった諸点にわたり、これまで種々議論が重ねられてきた。こうした錯綜した議論状況にあって、担保権侵害が将来の弁済の確実性を減少させるものであることをふまえ、そのことに忠実な形で担保権者の救済方法を企図し「代担保提供請求権説」を提唱したのが、本論文が献呈される加藤雅信教授であった。¹⁾

しかし、この加藤説を含め、従来のいずれの学説も、所有権侵害の救済との調和という視点を欠いたまま、担保権者の法的保護を論じていた側面があるように筆者には思われる。例えば、住宅ローンを利用して建築した住宅が第三者の不法行為によって滅失ないし損傷された場合、不法行為構成にせよ物上代位構成にせよ、担保権者はこの不法行為者から賠償金を受領できるものとされるが、そうになると、住宅の所有者は不法行為者から賠償金の支払を受けることができず、その結果、住宅を再築ないし修補することができないという、きわめて不当な結論が導かれることになってしまう。加藤説でも、第三者による担保権侵害の場合には、所有者の損害賠償請求権に物上代位権を行使することが認められており、やはり同様の問題は内包されている。

担保権侵害における法的救済のあり方として、侵害がなかった状態への回復を志向するならば、所有者の求める目的物件の物理的回復と、担保権者の優先弁済効の回復を両立させるような処理を考えるべきではなからうか。本稿は、担保権侵害において、担保権者が賠償金を受領できる場合を——一定の例外があることも示しつつ——限定的に解し、ときに担保物件所有者の損害賠償請求を担保権者のそれに優先させることによって、担保権侵害をめぐる種々の問題の解決を図ることをめざすものである。

2 本稿の射程と構成

一口に担保権侵害といっても、その態様には種々のものがある。(a)担保目的物の価値が物理的に低下させられる場合としては、目的物件の滅失・損傷のほか、構成物の分離(抵当山林上の立木の過度の伐採や流動財産譲渡担保における過度の搬出など)があるし、(b)担保権の登記を不正に抹消したりする例や、(c)目的物件の不法占拠・占有による担保権の実行妨害もある。また、各侵害態様に対する請求の内容についても、損害賠償請求や妨害排除・明渡請求、あるいは差止め(抵当山林内の伐木の搬出禁止など)がありうる。法改正や最高裁判例の出現等を契機として近時とくにさかんに議論されていた抵当権に基づく目的物件の明渡請求は、物権的請求権が問題となった担保権侵害の一事例である。

そうした多様な担保権侵害事案のなかで、本稿では、担保物件が第三者により物理的な侵害を受けて滅失・損傷し、価値が低下した場合の損害賠償請求に焦点を絞って、検討をすすめることとしたい。後述するように、担保権者の損害賠償請求は、明渡請求等比べて裁判例の数も極端に少なく、また学説には、実利的利益が小さく次善の法的救済でしかない旨を述べるものもある^③。しかし、担保物件の滅失・損傷については、裁判例としては現れにくくとしても、実際に少なからず存在することは間違いなく、その法的処理を明確にしておくことは重要な意味をもつはずである。また、この場合における所有者と担保権者の救済の関係を明らかにすることは、担保権とは何かということの理解にも直結し、ひいては他の担保権侵害の事案を検討するのに資するところも大であると考えられる。

以下では、まず二において、従来の学説状況を概観したうえで、諸外国の法状況も参照しつつ、弁済期前に抵当権者が賠償金を受領できるとすることの問題性を明らかにし、あるべき法的構成と具体的解決の方途を提示する。次いで三では、担保権侵害において賠償されるべき損害の範囲と請求をなしうる時期について、損傷を受けた後の担保物件の評価額が被担保債権額を下回る場合にのみ担保権侵害と認めるとする通説への疑問を示し、二に提示する私見によって、この問題がどのように解消できるのかを確認する。そして、四で、担保権侵害に関する従来の裁判例を検証したうえで、最後に五で、私見をまとめたい。残された課題を確認することにした。

二 担保物件の滅失・損傷に対する救済

1 学説状況の概観——競合構成と非競合構成

まずはじめに、担保権侵害による損害賠償請求についての判例・学説の状況を概観しておこう。^④

(1) 担保権者に固有の損害賠償請求を認める見解

判例やかつての通説は、目的物が第三者に損傷されるなどして担保権が侵害された場合、担保権者は、不法行為

に基づき損害賠償を請求できるとしてきた。この見解によれば、担保権者は、所有者の損害賠償請求権に対する物上代位権の行使によることのほか、不法行為に基づいても損害賠償請求をすることが可能となるし、またその場合には、担保権者と所有者の損害賠償請求権が競合して成立することにもなる。この構成に対しては、不法行為者が二重の支払を負担する虞があるとか、目的物に複数の担保権が設定されていた場合には複雑な関係が生じてしまう、といった問題が指摘されている。

(2) 物上代位権行使による損害賠償請求のみを認める見解

そこで近時の学説では、担保権者には、所有者の損害賠償請求権に対する物上代位のみが認められるとするのが多数となっている。右に述べた、損害賠償請求権の重複の回避もさることながら、そもそも、担保権が他人の所有物の担う価値支配を内容とするものである以上、担保権が侵害された場合にもその関係を反映させるのであれば、物上代位による損害賠償請求権の把握というのが本来の姿である、といったことが論拠として示されている。これに対して、(1)の立場からは、物上代位権の行使しか認められないとするのでは、担保権者の保護に不足が生ずるとの指摘がある。すなわち、担保権者は目的物の損傷があったことを逐一知る立場にあるとはいえず、抵当権者の差押え前に損害賠償金が所有者に払われてしまうと、担保権者は保護を受けられなくなってしまふ、というのである⁶⁾。

(3) 加藤説——代担保提供請求権説

こうした学説の対立状況を分析しつつ、担保権侵害に対する救済のあり方について新たな途を提示したが、加藤雅信説であった。担保権者は、弁済期後に担保権実行がなされるまでは目的物から弁済を受けられたわけではないから、目的物が損傷を受けても具体的な財産の損失という事態は生じない。そこで、同説は、弁済期前に担保権者がなしうる請求の内容を「〇〇円相当の担保を提供せよ。さもなくば〇〇円を供託せよ」という代担保提供請求権として構成する。第三者による侵害については、この代担保提供請求が次のように展開されることになる。(a)所有者が侵害者に対して損害賠償請求をし、これに担保権者が物上代位権を行使したときには問題は別段発生しない。(b)所有者が侵害者に対して損害賠償請求をしたが、担保権者が差押えをする前に賠償金が支払われてしまったため

に物上代位権を行使できなくなった場合には、所有者に対して代担保提供請求ができる。(c)所有者が損害賠償請求権を行使しない場合には、担保権者が侵害者に対して代担保提供の請求ができる。⁶⁾

(4) 若干の考察

これら従来の学説をどのように評価するのか、私見は後にまとめて述べることにするが、ここでは、さしあたり次の二点について、確認しておきたい。

第一に、物上代位構成を妥当とする(2)の見解に拠るとしても、不法行為に基づく損害賠償請求がまったく觀念されなくなるわけではない、ということである。(2)の立場をとる学説のなかには、担保権者に固有の不法行為に基づく損害賠償請求権の成立の余地がないと受け取れるような説明がときに見受けられる。例えば(2)説の内容については、債務者の行為により目的物が滅失・損傷した場合には、期限の利益の喪失により被担保債権の全額を請求できるので、抵当権者に損害賠償請求を認める意味はないし、第三者の行為により目的物が滅失・損傷した場合には、目的物の所有者のみが不法行為者に対して損害賠償請求権を取得し、抵当権者は物上代位できるとどまる、などと整理されることもある。⁷⁾しかし、この考え方でいくと、例えば、債務者と第三者の共同不法行為による目的物の滅失・損傷の場合に、担保権者が債務者にしか請求できないとすると、債務者が十分な資力を有しないことが多くであろうことからしても、何ら保護が受けられない不当な結論が導かれてしまう。したがって、物上代位によるべきとする(2)の見解にたつとしても、所有者において損害賠償請求権が生じない場合には、なお担保権者に固有の損害賠償請求を認めるものと解さざるをえない。学説の対立の構図は、(1)を「競合構成」、(2)を「非競合構成」として把握するのが精確なところというべきであろう。⁸⁾

第二に、これら従来のいずれの説にも共通しているのは、所有者は不法行為時に損害賠償請求ができ、それに対して担保権者は物上代位権を行使できる、としていることである。後に三で確認するように、不法行為に基づく損害賠償請求権の行使については、弁済期後にはのみ請求をなしうる、とするものが多いが、物上代位については、弁済期前にもなしうることに、ほぼ異論はない。しかし、果たして、物上代位権の行使を弁済期前になしうる

とすることは、妥当なものといえるのであろうか。そこで、次に諸外国の法状況を参照しつつ、この問題を検証することにした。

2 諸外国における抵当権者の損害賠償請求・物上代位の概観

ここで、担保物件が侵害されたときの担保権者の損害賠償請求、ないしは物上代位について、諸外国の立法状況等を、先行するわが国における研究に依拠して概観してみよう。

(1) イタリアとベルギーの物上代位——わが国の物上代位制度の母法

わが国の現行民法にある物上代位制度は、ボアソナードの起草した旧民法に設けられた制度を（そのスタイルを大幅に変えつつ）引き継いだものであるが、その旧民法に直接的な影響を与えたのが、イタリア旧民法一九五一条である。これは、保険金請求権（及び公用徴収における補助金）に対する先取特権と抵当権の物上代位効に関するものであり、次のような内容であった。「先取特権若しくは抵当権に服している物が滅失した場合、又は毀損された場合において、滅失又は毀損による損害填補のために保険者の負担する金額は、それが滅失又は毀損の修復のために用いられたときを除き、先取特権若しくは抵当権付の債権について、その順位にしたがって弁済するために拘束される。」⁹⁾なお、損害賠償請求権に対する物上代位については規定がない。

また、ボアソナードが旧民法を起草するさいイタリア法とともに参照をしたとされるベルギー法にも、イタリア法におけるのと同様の規定が設けられている。一八五一年抵当法一〇条は次のようなものである。「不動産、果実ないし動産物件が、火災その他いかなる災害に対するかを問わず保険に付された場合には、事故に際して保険者により支払われるべき金額は、保険に付せられた物件の修繕のために用いられる場合を除き、その順位に従って先取特権または抵当権の付いた債権の支払にあてられねばならない」（第一項）。「先取特権または抵当権に服する物件の滅失ないし破壊のため、第三者が支払うべき総ての補償金についても同様とする」（第二項）¹⁰⁾。

(2) フランスにおける物的代位

フランスでは、保険金に対する抵当権者の物的代位の必要性は古くから唱えられていたが、長らく立法化には至らず、そのフランスでの立法化の議論を参考にいち早く立法を実現したのが、右に掲げたベルギー法であった。その後制定されたフランスにおける物的代位の条文(一八八九年二月一九日法二条)は、次のとおりである。「火災、電害、家畜の死亡その他の危険に対して保険者より支払われるべき補償金は、明示の譲渡を要せずして、先取特権または抵当権を有する債権者にその順位に従い付与される。」また、同三条では、これが、賃借人または隣人による災害のために支払われるべき補償金についても準用されている。¹¹⁾なお、この法律に対しては、被災建物の再建・修理のために所有者が保険金を受け取る権限を認めなかったことに学説上批判が存するという。¹²⁾

ところで、フランスで抵当権者の損害賠償請求が認められているか否かを、筆者自身は確認することができなかったが、鈴木博士の研究によれば、抵当権侵害を理由とする損害賠償請求権は、所有者の損害賠償請求権と独立併存するものとしてではなく、所有者に代わって行使するという形式でしか認められないとされている。¹³⁾

(3) スイスにおける抵当権者の損害賠償請求と物上代位

スイス民法には、保険金に対する物上代位の規定はあるが、損害賠償請求について物上代位を認める規定は存在しない。抵当権者の損害賠償請求については、八一〇条一項において「所有者の責めに帰せられない価値減少は、所有者が損害について補償を受ける限りにおいてのみ、債権者に担保の提供または分割弁済の権利を与える」と規定されている。このように、スイスでは、物件の侵害に対する抵当権者の救済は、所有者が損害の填補を実際に受けた場合に限られ、しかもその内容は、担保等の提供という債権的請求権が認められるにすぎないとされる。¹⁴⁾

(4) ドイツにおける抵当権者の損害賠償請求と物上代位

ドイツ民法でも、右に述べたスイス民法と同様、保険金に対して抵当権者が効力を及ぼせる旨は定められているものの(一一二七条)、損害賠償請求権に対する物上代位の規定は存在しない。¹⁵⁾ただ、第三者の不法行為があった場合に、抵当権者は、次のような物権法上と不法行為法上の保護が受けられるものとされており、それゆえに損害賠償請求権への物上代位は不要であったとも解されている。

物権法上の保護に関しては、抵当権者は所有者に対して第三者の不法行為によって抵当目的物の交換価値を減少させている危険を除去することを請求できるとされており（一一三三条一文）、抵当目的物の現状回復の請求もこれに含まれると解されている。そして、一定期間内に所有者が危険の除去や現状回復、あるいは他の抵当権の設定をしなかったときは、抵当権者は、弁済期到来前であっても、ただちに抵当権を実行することができる（一一三三条二文、一一三五条）。

他方、抵当権者は抵当目的物の加害者たる第三者に対して不法行為に基づく損害賠償請求ができる（八二三条参照）。ただ、ドイツにおいては、不法行為に基づく損害賠償請求の内容は、第一次的には現状回復、第二次的に金銭賠償であるとされる。そのため、抵当権者は加害者に対して、まずは現状回復を請求することになり、その現状回復が不能であるか、または加害者が現状回復義務の履行を怠っている場合には、現状回復に代えて金銭による賠償を請求できることになる。その賠償金については、一一三三条に基づく抵当権実行によって得られた売却代金を、不法行為がなかった場合に得られたであろう売却金から差し引いた金額になる。¹⁰⁾

なお、抵当権者が損害賠償請求をする場合には、所有者の有する損害賠償請求権との関係も問題となるが、ドイツの学説においては、これを連帯債権関係と構成するのが有力となっている¹¹⁾。

(5) 若干の考察

以上、ごく簡単にはあるが、五つの国の物上代位と損害賠償請求について記した。比較法的な知見を得るためには、各国における立法趣旨や学説動向、あるいは裁判例の状況等についてさらに考察を深めなければならないが、右でまとめた限りにおいても、次のようなことは指摘することができる。

まずもって注目すべきは、フランスを除く他の四カ国においては、侵害者が支払うべき賠償金が担保物件の物理的回復に充てられるしくみがとられていることである。イタリアとベルギーでは、保険金ないし賠償金に対する物上代位が、所有者が修補ないし再築することを妨げない範囲でのみ認められている。また、スイスとドイツでは、賠償金に対する物上代位を認める規定がなく、担保権者の救済は固有の請求権に求められるものとなっているが、

その内容は、スイスでは、賠償金を受領した所有者に対する担保提供等の形とされ、またドイツでも、担保権者のなしうる請求は、第一次的には原状回復、すなわち担保物件の修補ないし再築とされているのである。

また、ドイツの学説では、抵当権者が損害賠償請求をするさいには、所有者との間で連帯債権関係になるとされている。非競合構成と競合構成のいずれが妥当かは後に検討するが、わが国でも競合構成を採るときに、両者に認められる損害賠償請求権の重複を避ける方途として参考にならう。

3 担保権者が賠償金を受領することの問題性

以上2で述べたように、担保物件の侵害があった場合の担保権者の救済に関する諸外国の立法例のなかには、所有者が物件の再築ないし修補を実現するためのしくみを見ることができ、こうした措置は、わが国においても必要なものと考えられる。本稿の冒頭でも述べたように、不法行為に基づくものであれ、物上代位によるものであれ、担保権者が不法行為者から賠償金を受け取れることは大いに疑問である。繰り返したくなるが、例えば、ある者が、銀行から融資を受けて住宅を建築し、住宅完成後にその融資の担保として抵当権を設定したが、第三者の不法行為によって当該建物が滅失ないし損傷した場合において、抵当権者が不法行為者に対して損害賠償請求をし、実際にそれが支払われたときには、もはや所有者としては第三者からの損害賠償金の支払を受けることはできなくなる。そうすると、滅失・損傷した建物の所有者としては、賠償金によって自らの建物の再築や修補ができないという、著しく不当な結論が導かれてしまうのである。

そもそも、担保物権とくに抵当権は、目的物の使用収益権限を所有者に留めたまま、優先弁済効を確保するものである。抵当権者が、第三者からの賠償金を丸ごと持つていくことで所有者が再築・修補のための賠償金を受領できなくなるのは、弁済期前には所有者において認められるはずの使用収益権限を所有者から奪うことにほかならない。賠償金を抵当権者が受領することには、かつてその当否が議論されていた賃料債権に対する物上代位を弁済期前に認めること以上に、問題があるといわざるをえない。

以上のことからすれば、少なくとも被担保債権の弁済期前においては、不法行為構成であれ物上代位構成であれ、担保物件を侵害した第三者が支払う賠償金を受け取れるのは、担保権者ではなく、所有者とするべきである。滅失・損傷した目的物件が再築や修補により元の価値を取り戻し、そこに担保権が設定されるのなら、担保権者には何らの損害も生じない。これこそが、不法行為法によってめざされる、真の意味での、侵害がなかったときの状態の回復といふべきものであろう。

もっとも、このように考えることに對しては、果たしてそれで抵当権者の保護が十分図れるのか、という疑問も生じよう。このことについては、弁済期前に担保権者が賠償金を受領できる例外を認めることの可能性も含め、次の4で検討することとしよう。

4 所有者と担保権者の損害賠償請求権の關係——私見の提示

(1) 非競合構成の問題点

筆者自身は、たとえ物上代位権を行使しうる場合であっても、担保権者は不法行為に基づく損害賠償請求ができるとする競合構成を採るべきであると考え。現時の多数学説である、物上代位に一本化する非競合構成に對しては、次のような疑問がある。

物上代位による賠償請求が可能なきに、不法行為に基づく担保権者の損害賠償請求が否定されるのは、いかなる理由によるものか。解釈論としてありうるのは、物上代位による賠償請求が可能な限り、七〇九条の定める要件である損害の発生が認められない、という構成であろうか。しかし、物上代位は担保権者の権利なのであって、義務ではない。担保権者は、物上代位の要件を満たしうる状況にあつたら、必ず差押えをして物上代位権を行使しなければならぬ、などは、本来できないはずである。それでも物上代位が強制されるというのであれば、そこに相応の必要性が見いだされなければならない。物上代位への一本化を主張する学説のなかには、不法行為を認める」と物上代位制度の存在意義が縮減される旨を理由に掲げるものもあるが、複数の法律構成を選択的に主張できる例

はいくらでもあるのであって、これだけでは論拠として不十分である。

この点、物上代位に一本化すべきことの論拠を、より積極的な形で提示する見解として、差押手続の必要性を述べるものがある。すなわち、第三者に対して優先権行使として損害賠償金の支払を求める以上は、何らかの公示が必要であり、その公示は物上代位で求められている差押えによって実現されるべきものである、というのである⁸⁸。しかし、賃料債権に対する抵当権者の物上代位権行使につき、判例が、差押えではなく抵当権登記を公示・対抗手段とみているのは周知のごとくである（最判平成一〇年一月三〇日民集五二巻一頁等）。しかも、日常的に発生する賃料の支払先を確知させる必要性を問題とする場合に比べて、不法行為による損害賠償請求の場合の公示の要請は高いとはいえず、差押えを経ないで請求をすることが、不法行為者にそれほど困難を強いるものとはいえないと考える。

なお、侵害に対する所有者の負担の度合いが不明なときは、担保権者は、所有者の賠償請求権が否定されることも想定し、物上代位のほか、予備的に不法行為による主張もしておく必要が生じる。物上代位による賠償請求の一本化を企図しても、実際にはその効用は少ないように思われる。

ちなみに、物上代位に一本化する構成に対しては、目的物の損傷があったことを逐一知る立場にあるとはいえない。抵当権者に債務者への支払前の差押えを求めるには困難がある、という批判があることを、さきに1で示した。しかし、この批判は、必ずしも妥当しないように思われる。なぜなら、不法行為に基づく固有の損害賠償請求をする場合でも、不法行為者が所有者に賠償金をすでに支払った後には、担保権者が損害賠償請求をすることはできないと解され、そうであるならば、物上代位において払渡前の差押えが必要とされることは、特段、批判に値するものとはいえないからである。

目的物件の滅失・損傷によって生ずる損害賠償請求権に担保権者が物上代位権を行使することができるのは条文上も明らかであるが、しかしだからといって、不法行為に基づく損害賠償請求が否定される必然性はない。そうであるならば、担保権者に対して固有の損害賠償請求を併せて認めるといふ、競合構成が妥当なものと考える。

(2) 所有者と担保権者による（不真正）連帯債権としての把握

担保権者が固有の損害賠償請求権を行使できるとした場合には、所有者と担保権者の損害賠償請求権の関係をどのように解するかが問題となる。競合構成には、不法行為者に二重の弁済を強いる結果にならないか、という批判も呈されているところである。

もちろん、不法行為者が負うべき賠償義務の範囲は、自らが招来させた目的物件の価値の減少分にとどまるのであって、これ以上の賠償請求は認められるべきでない。これについては、両者に損害賠償請求権が成立することを認めつつも、両者が不法行為者に対して有する損害賠償請求権を連帯債権関係にあるものとして扱えば解消する問題といえる。すでにみたように、このような構成は、ドイツの学説でも採用されているものであり、わが国の学説にも、所有者と担保権者の損害賠償請求権について不真正連帯債権関係にある旨を説くものがある¹⁰⁾。

(3) 所有者と担保権者の優劣関係

ただ、わが国で不真正連帯債権構成をとるこの説にあっても、担保権者と所有者との関係においては、担保権者を優先させるといふ帰結が導かれている。しかし、これまでみてきたように、固有の損害賠償請求権にせよ、物上代位によるにせよ、所有者の行う目的物件の再築や修補を実現させるためには、所有者への賠償金の支払を確保する必要があるのである。そうであるならば、弁済期前にあつては、担保権者における損害賠償請求権の存在自体は認めつつも、それを所有者のなす損害賠償請求に劣後するものと位置づける必要があるのではなからうか。すなわち、所有者が損害賠償請求をしたときには、担保権者はそれを妨げることができない、とするのである。

所有者からの損害賠償請求が提起されているとき、担保権者は、不法行為者に対して、損害賠償の請求をするとは認めてよいが、その内容については、自らに賠償金を支払うことを求めることはできず、所有者に対して支払うことを請求できるのみとなる、と解すべきであろう。これは、固有の損害賠償請求権の行使でも、物上代位権の行使でも同じである。もちろん、所有者ないし担保権者としては、不法行為者に対して、原状回復として目的物件の再築や修補を求めることも可能である。

(4) 所有者が再築・修補をしない場合の対処

もっとも、賠償金を受領した所有者が、目的物件の再築や修補をしない、という事態も想定されるが、この場合の扱いについては次のように考える。すなわち、所有者は、受領した損害賠償金を再築ないし修補のためにのみ使用し、その上に設定される担保権を確保する義務（＝担保価値維持義務の一態様）を担保権者に対して負っており、これに違反した場合にあたるものとして、債務者は期限の利益を喪失し（一三七条二項）、担保権者は、ただちに被担保債権の請求ができるものと解される。なお、一三七条二項は、債務者のみならず、物上保証人が担保を滅失・損傷させた場合にも適用されると解されているから、物上保証人が損害賠償金を受領しこれを担保物件の再築・修補に用いなかった場合にも、右に述べたことはそのままではまる（担保物件の所有者が担保価値維持義務を担保権者に対して負うことは、担保権者の不法占拠者に対する明渡請求を認めた最大判平成一一年一月二四日民集五三巻八号一八九頁でも明言されているところである）。

なお、銀行実務では、住宅ローンの融資をするさい、融資目的を住宅建築に限定し、貸付金がそれ以外の目的に用いられた場合には期限の利益を喪失させる旨の条項が契約に盛り込まれるのが通常である。そうすると、受領した金員を再築や修補に用いない場合には、この条項に基づき、債務者は期限の利益を喪失し、ただちに貸金債権の弁済を請求することができる、とみるべきであろう。右に述べたのは、こうした期限の利益喪失条項がない場合でも、担保物件所有者が再築・修補をしないときには、一三七条によって当然に期限の利益の喪失が認められうることを示したものである。

もっとも、担保目的たる建物が完全に滅失し、それに伴い担保権も消滅してしまうと、担保権者としては、建物が再築され、その上に担保権の再設定を受けるまでの間、物権的な地位を確保しておく術がない。そうすると、例えば、所有者によって別の者のための担保権が先に再築建物に設定されてしまうと、担保権者は、期限の利益の喪失を主張して被担保債権の支払請求ができるとはいえず、もはや当初の担保権による優先弁済効を回復できなくなる。しかし、同様の事態は、住宅ローンにおいて、融資をしてから住宅が完成しそこに担保権が設定されるまでの間に

も出現するものであり、特別に高いリスクを担保権者に負担させるものとはいえないであろう。住宅ローンにおいては、融資契約時に新築建物の登記手続に必要な書類を金融機関が預かっておく等のことがなされるが、こうした何らかの措置を講ずることによって、目的物件が滅失したときのリスクを回避することは可能と思われる。

(5) 弁済期前に抵当権者が損害賠償金を受領できる場合

さきに(3)に述べたように、不法行為に基づくにせよ、物上代位にせよ、担保権者が損害賠償金を受領することは、被担保債権の弁済期前には認められないのを原則とすべきであるが、次に述べる場合は、担保権者は、不法行為者に対して(被担保債権を上限とした)損害賠償金の自己への支払を請求できるものと考えられる。

第一に、所有者(債務者のほか物上保証人も含む)が損害賠償請求をなさない場合、具体的には、債務者が第三者(第三取得者も含む)とともに共同不法行為者となっているような場合である(四で述べるように、実際の裁判例の大半はこのパターンである)。このときには、債務者は期限の利益を喪失するので、担保権者としては、不法行為者に対して、被担保債権を上限として担保価値の減価分を自らに支払うよう請求できるとしてよいであろう。そのさいには、ともに不法行為者である第三者と債務者は、担保権者に対して連帯責任を負うこととなる(ただし、減価額が被担保債権額を下回る場合には、両者が連帯すべきは減価の部分のみとなり、債務者は被担保債権の全額の支払義務を負う)。

第二に、所有者自身が目的物件の滅失・損傷に荷担していないときでも、所有者がすみやかに不法行為者に損害賠償請求をし、原状回復につとめない場合には、やはり担保権者は自己への賠償金の支払を請求できるとしてよいであろう。所有者が損害賠償請求をしないのは、第一として右に掲げた、所有者自身が滅失・損傷に荷担している場合が多いであろうが、そうでないとしても、損害賠償金を受領せず、目的物件の再築や修補をしないのは担保価値維持義務違反となるから、期限の利益の喪失を認めてよいと考えられる。もちろん、不法行為者に対して損害賠償請求をせずに、所有者が自らの負担において遅滞なく目的物件の修補・再築をなした場合には、担保権者において損害は発生しないから、損害賠償請求は認められない。

以上要するに、当初に約定されていた弁済期の前にあっても、期限の利益の喪失が認められる場合に限っては、担保権者は、損害賠償金の自己への支払を不法行為者に対して請求できると考えるものである。

三 賠償請求をなしうる損害の範囲と時期

1 賠償額の算定と賠償請求の時期をめぐる従来の判例・学説

担保権の侵害とは、被担保債権の満足を得られないことを意味し、残存担保価値が被担保債権額を上回っている以上、不法行為の成立は認められないとするのが、判例、通説である²³⁾。すなわち、残存価値が被担保債権額を下回る場合に認められる損害の額は、目的物件がもとと被担保債権額を上回る価値を有していたときは、被担保債権額から残存価値を差し引いた額となるが、目的物件が当初より被担保債権額を下回る価値しか有していなかったときは、侵害による減価分の額となる。また、担保権者が損害賠償請求をなしうる時期については、(a)不法行為後、(b)被担保債権の弁済ないし弁済期後、(c)担保権実行後という三つの見解があり、(b)が通説・判例であるとされる²⁴⁾。しかし、果たして、被担保債権額を上回るかぎり、およそ担保権の侵害はない、とか、被担保債権の弁済期到来まで損害を観念しえない、といつてよいものであるうか。担保権が「弁済の確実性に対する期待」である以上は、実際に弁済を受けられるか否かに関わらず期待の侵害は生ずるとはいえないのか。以下で、代理受領に関する最高裁昭和六一年一月二〇日判決（判時一二一九号六三頁）を素材として、このことを検討することとしよう。

2 最高裁昭和六一年判決——代理受領を承諾した第三債務者の不法行為

代理受領について承認をした第三債務者が、その債務を債務者に支払ったときは、債権者に対して不法行為に基づく損害賠償の責めを負うことは、すでに判例法上明らかにされてきたところである（最判昭和四四年三月四日民

集二三卷三号五六二頁)。この昭和六一年判決の事例は、債権の担保として、代理受領のほかに、資力十分な者による連帯保証がなされていた点に特徴をもつものである。連帯保証人に請求をすれば債権の回収が十分に可能といえる場合でも、代理受領による担保が失われたことに對する損害賠償請求が認められるかが争点となった。

原審は、次のような論理を用いて債権者の損害賠償請求を否定した。すなわち、①抵当目的物の一部が第三者によって滅失させられても、残部の価格がなお被担保債権を十分に担保する場合には損害がない。そのことの類推から、②一個の債権につき一人の債務者または物上保証人の提供する数個の抵当目的物が共同担保となつているとき、そのうちの一個の目的物が滅失しても、他の目的物によって十分に担保されているときは損害がない。そうであるならば、③一個の債権が数人の担保提供者によって提供された数種の担保によって担保されているときでも、「全体を一個の担保」とみることによって、一種の担保が失われても残存する他種の担保によって十分に担保されている場合には損害がない。したがって、本件においても損害は発生していない。

これに對し、最高裁は、次のように述べて損害賠償請求を認めた。「担保権の目的物が債務者又は第三者の行為により全部滅失し又はその効用を失うに至つた場合には、他に保証人等の人的担保があつて、これを実行することにより債権の満足を得ることが可能であるとしても、かかる場合、債権者としては、特段の事情のない限り、どの担保権から債権の満足を得ることも自由であるから、そのうちの一個の担保が失われたことによりその担保権から債権の満足を受けられなくなつたこと自体を損害として把握することができ、他に保証人等の人的担保が設定され、債権者がその履行請求権を有することは、右損害発生の際害となるものではない」。

本判決には、被担保債権額と目的物評価額の大小という観点とは別のところに担保権侵害を觀念する契機をみることができ、その意味でも大いに注目される。不法行為者たる第三債務者に、債権者には他に担保がある、という反論を許すべきでないことから、最高裁判決の結論は是認すべきものといえよう。

問題はその射程である。あくまで連帯保証人という、物的担保に比して確実性が低いといわれる人的担保の場合であるからこそその判断である、として、本判決の射程をごく限定的にとらえる見方もできないではない。しかし、

そもそも最高裁がいう、複数ある担保のなかから実行するものを選択する自由が侵害される事態が生ずるのは、②の共同抵当の場合でも何ら異なるところはない。共同抵当の意義として、「価値の集積」や「土地と建物の一体的取引の実現」ともにあげられるのが、「危険の分散」である。二つの共同担保物件のうち一つが失われることは、まさに、共同抵当のもつこの意義が失われてしまうことにほかならない。そうであるならば、原審が述べる③のみならず、②についても、担保権侵害と評価すべきことになるといえよう。

3 担保権侵害における損害の内容と発生時

以上に述べた考えをさらにおし進めていくと、通説・判例が担保権侵害とはならないとしている①についても、担保権侵害と評価できる可能性があるというべきではないだろうか。例えば、六〇〇〇万円の債権を担保する抵当権の目的物件が九〇〇〇万円であるのと六〇〇〇万円であるのでは、明らかに抵当権者の利益状況は異なる。九〇〇〇万円の物件であれば、不動産市況の変動などにより三〇〇〇万円分の価値の低下が生じたとしても、なお被担保債権の弁済を受けるのに十分な担保価値があるが、元来六〇〇〇万円の価値しかなかったならば、たちまち担保割れの事態に陥ってしまう。このように、担保においては、被担保債権額と目的物の交換価値の差が大きければ、それだけ将来の弁済の確実性は高くなる。そうであるならば、九〇〇〇万円の物件が不法行為によって六〇〇〇万円に価値が低下させられたとき、担保権者にまったく損害がないとはいえないはずである。

さらにいえば、右の例で、第一の侵害者が九〇〇〇万円の物件に二九〇〇万円分の価値の低下を生じさせ六一〇〇万円になったときには抵当権者は賠償請求をなしえず、その後にあられた第二の侵害者が三〇〇万円分の価値の低下をもたらし、評価額が五八〇〇万円になったときは賠償請求できるとするのが果たして妥当かも、疑問となろう。

加藤説でも強調されているように、担保権とは、将来の確実な弁済に対する期待である。優先弁済を受けえなかったことを損害と観念するのでないとすれば、たとえ目的物評価額が被担保債権額を下回らない場合でも、また、弁

済期到来を待たず不法行為時においても、担保権侵害における損害は観念することが可能なはずである⁸⁵。このように、代理受領に関する最高裁昭和六〇年判決は、担保権全体に影響を及ぼすべき内容を含むものと筆者は考える。

4 賠償請求の時期と額の算定をめぐる問題の克服

もっとも、このように解した場合には、損害賠償額はどのように算定されるのが問題となる。昭和六一年判決は、「実行する担保権を選択する自由の侵害」の損害額をどのように算定するかについて、とくに判断をしているわけではない。

しかし、この損害賠償の額と時期についての問題も、さきに二で提示した私見によるならば、解消することができるものと考ええる。すなわち、担保権者が不法行為者に対して主張できる内容が、所有者に対する損害賠償金の支払もしくは原状回復（担保物件の再築・修補）であるとすれば、不法行為時以降いつでも請求がなされてよいし、被担保債権の額に限定される必要もない。ただし、弁済期徒過後（期限の利益が喪失したと認められる場合も含む）には、担保権者としては、いつでも担保権を実行して優先弁済を実現することができるのであるから、不法行為者に対して被担保債権分の損害賠償金の支払を請求することも、いわば簡易な担保権実行方法として認められてよいと考える。学説のなかには、実行後でなければ賠償請求を認めないとするものもあるが、弁済期後における被担保債権を越えない範囲での損害賠償金の受領は、このような論拠をもってすれば正当化できよう⁸⁶。

なお、昭和六一年判決の代理受領の場合について、一言しておく。第三債務者のみならず、代理受領の約定に反して第三債務者から弁済金を受領した債務者にも担保価値維持義務違反が認められるから、期限の利益の喪失によって、債権者は、第三債務者から損害賠償金の支払を受けた時点で、これを被担保債権に充当できると解してよいであろう。

【表】 抵当権侵害による損害賠償請求を認容した裁判例

請求の相手	請求の時期			弁済期前	不明
	弁済期後				
	競売後	滅失後			
第三者	①		⑧	なし	注(27)参照
(債務者にも 帰責性あり)	②				
第三取得者	③	④⑤⑥⑦			
債務者	注(27)参照				

四 裁判例の考察

ここでは、物理的侵害により目的物件の価値が減少したことに対する担保権者の損害賠償請求に関する裁判例を概観してみよう。紙数の関係上、抵当権者が債務者以外の第三者に対してなした損害賠償請求が認容された裁判例八件のみを取りあげることとする⁸⁾。これら裁判例を、損害賠償請求がなされた時期と、請求の相手方によって整理すると、【表】のようになる。以下、順次紹介していこう。

1 目的物件の競売後に請求がなされた事例

以下の三件の裁判例は、抵当物件の価値減少行為があった後、抵当権者がこれを競売に付したが、十分な満足が得られなかったために、減価分の損害賠償金の請求がなされたものである。

①神戸地判昭和八年一〇月二七日新聞三六五九号七頁は、土地と建物に抵当権が設定されていたが、隣接する土地上の石垣が崩壊して建物が全壊したという事案である。土地について競売が開始されたものの十分な満足を得られなかったことから、抵当権者が石垣を築造した第三者に対して損害賠償を請求したところ、裁判所は、物上代位の制度があるからといって抵当権者が直接に損害賠償請求権を有しないものとするとはできない旨を判示して、この請求を認めた。

本判決中には、物上代位は弁済期前であっても所有者の損害賠償請求権の上に抵当権を存続させる制度である旨を述べる部分もあり、ここだけを見ると、弁済期前には担保権者は損害賠償金を自己に支払うよう請求することはできないとする私見と相容

れないもののもある。しかし、本件の事案は抵当権実行後の段階で訴えがなされたものであるから、結論は是認されてよいであろう。

② 松山地判昭和三十六年三月三〇日判時二六七号五八頁は、古物商が、工場抵当を構成する機械を、競売開始決定後に買い受けて撤去したことに付き、工場抵当権者の古物商に対する損害賠償請求を認めたものである。裁判所は、「特定の物件に対し抵当権を行使し得なくなり、社会通念上その被担保債権につき弁済を得る見込みがない時は、右抵当権を行使し得なくなつたことによる損害の発生があるものと解すべく、その損害の額は、右物件に対し抵当権を実行すれば弁済を受け得たであろう債権金額であると解するのが相当である」とした。裁判所は、債務者が現在何の財産もなく妻に寄食している状況であることや、競売後に未払債権につき割賦弁済する旨の訴訟上の和解をしたものの、全くその履行がなされていないこと等の諸事実を認定したうえで、損害賠償請求を認めている。

③ 仙台高判昭和六〇年一月三〇日判タ五五三号一六五頁は、第三取得者が、抵当建物について、中にある建具等を取り外して搬出し、建物を荒廃させたことに付き、抵当権者に対する不法行為の成立を認めたものである。判決では、「抵当権の目的物が滅失毀損したことにより抵当権者に生ずる損害は、その滅失毀損により担保価値の減少が生じ被担保債権の満足が受けられなくなつた場合の当該債権額であり、したがつて、他の手段により当該債権の満足を得られるときは損害を生じなかつたことになる」と述べられている。この判決でも、右の②判決と同様、不法行為者の損害賠償義務を認める要件として、被担保債権の弁済を受ける見込みがないことが掲げられている。私見によれば、現に競売までなされている以上、こうした点を勘案するまでもなく、その不足分を損害として抵当権者が受領できるとするのは問題ないものと解される。

2 目的物件の取壊し後に請求がなされた事例

以下の四件は、目的物件が滅失してしまつたため、抵当権の実行としての競売はもはやできなくなつているのであるが、いずれも被担保債権の弁済期が徒過した段階で訴えが提起されている。

④山形地米沢支判昭和三十一年三月三日下民集七卷三号四九七頁は、抵当建物の第三取得者が、その建物が抵当権の目的となっており、解体すると抵当権が害されることを知るべきであったにもかかわらず解体作業を進行させたことは、抵当権の侵害となる、としたものである。なお、抵当建物の取壊しによる抵当権の損害額については、その建物の価格を超える被担保債権を弁済する資力が債務者にないときは、その建物の価格である、と判示されている。

⑤東京高判昭和二十六年九月二十七日下民集二卷九号一一二四頁は、債務者が自己所有の建物を、抵当物件であることを隠し、取壊しを前提として売却をした場合において、取壊しをした譲受人につき過失が認められ、抵当権者に対して不法行為の責任を負うとされたものである。裁判所は、抵当建物を取り壊した第三者が損害賠償の責任を負う場合として、債務者が残存抵当物では債務を完済することができず、他に資産もないことをあげており、抵当権侵害の損害額については、貸金から残存抵当物の価格を控除した額である、とした。なお、本件では、「抵当物件に変状を来たしたときは借主は直ちにその変状による抵当物件の減価額を填補すべきこと、もし借主がこれに応じない場合には期限の利益を喪失し直ちに借入金を弁済する」旨の特約があり、実際、抵当建物が取り壊されたときに、抵当権者が借主に対して抵当物件の減価額の填補を要求したものの、債務者がこれを拒絶した、という事実から、弁済期が到来したとの判断がなされている。さきに二四(4)で取り上げた事項にも関わって注目される。

⑥東京高判昭和五十六年六月三〇日金判六三一三六頁は、建物が根抵当権の目的となっていたが、その敷地を買い取ったYが抵当建物を取り壊した、というものである。本件については、根抵当権の確定がなされていないから、そのため、弁済期到来後に請求がなされたといえるかが問題となった。この点につき、本判決は、次のような理由により、本件建物が滅失した時を弁済期到来時とした。すなわち、債務者Aは、多額の債務を負担していたばかりでなく、Yが本件建物を取り壊す目的で買い受けることを知りながらYの買受交渉に応じ、根抵当権が存在することを告げずにこれを売り渡して目的物を滅失させたのであるから、本件建物の売却当時、根抵当権の基本となるXとAとの間の継続的取引は客観的にはもはや継続すべき状態になく、新たに根抵当権の担保すべき元本は生じない状況

にあったというべきであり、しかも、被担保債権の弁済期はすでに到来していた⁸⁸。

本判決のいう判断は妥当なものといってよいと考える。そもそも債務者自身において明らかに担保価値維持義務違反の行為をしている以上、根抵当権者が損害賠償請求をしてその賠償金を自ら受領することは認められてよいであろう。

⑦東京地判昭和六二年三月三〇日金判七七九号四一頁は、借地上の建物に設定された根抵当権に基づく競売開始決定後、建物が転々譲渡され、その譲受人が、無断譲渡を理由とする敷地所有者の賃貸借契約解除に基づく建物収去土地明渡義務の履行として建物を取り壊したことが、抵当権の侵害になると判断されたものである。

3 その他弁済期徒過後に請求がなされた事例

⑧東京高判昭和四七年二月一八日判時六六一号五一頁は、執行吏の違法な執行について国家賠償法に基づく損害賠償請求が認容されたものである。X₁は、工場抵当法により、債務者X₂が所有する工場の建物とともに工場内の本件機械器具について根抵当権の設定を受けていたが、X₂に対して債権を有する暴力団組員Y₁が、強制執行として、工場抵当の目的であることを知っていた執行吏に便宜を図ってもらうことにより、本件機械器具につき差押えをなし、これを競売に付して、工場抵当の担保価値を低下させた、というのが事案の概要である。X₁とX₂が、それぞれ、Y₁と国Y₂に対して損害賠償請求をしたところ、東京高裁は次のように判示した。「抵当権者と抵当物件の所有者がともに抵当権の目的物の毀損を理由に損害賠償を請求している場合には、まず、抵当権者がその損害の全額につき賠償を請求することができ、抵当物件の所有者は、その損害額から右抵当権者に賠償すべき額を控除した残額についてのみ請求しうると解するのが相当である」。

本判決は、抵当権者の損害賠償請求を抵当物件所有者の損害賠償請求に優先させる結論をとったものであり、私見とは相容れないもののようにもある。しかし、この事案では、根抵当権の被担保債権の弁済期はすでに到来しており、かつ元本極度額を超える貸金債権を有するに至っていることからすれば、抵当権者の損害賠償請求が所有者

のそれに優先する結論は妥当とみてよいであろう。

4 若干の考察

担保物件の物理的侵害についての損害賠償請求の裁判例は、もともと数がそれほど多くないこともあり（そのことの評価は後に述べる）、その傾向を一般的に述べるには十分とはいえないが、次のようなことは指摘することができるであろう。

第一に、確認できるかぎりのものすべてが、弁済期を徒過した段階で損害賠償請求がなされている、ということである。二・四で記したように、筆者自身は、弁済期前であっても、抵当権者ではなく抵当物件の所有者にこそ損害賠償金の受領を認めるべきものと考える。もちろんこの見解が裁判で採用されているわけではなく、弁済期前であることを理由として抵当権者の損害賠償請求を斥けたものはない。しかし、（一般論としては抵当権者が優先して賠償金を取得できる旨述べたりしているとはいえない）いずれの裁判例も、事案としては、弁済期徒過後に請求がなされたものであることからすれば、その結論は私見の立場においても是認できるものとなっている。なお、私見では、弁済期徒過後にあっては債務者の無資力はとくに要件としなくともよいと考えるが、裁判例では、弁済期後の事案であっても、債務者の無資力を勘案して請求を認めるといふ慎重な判断がなされているものが多い（裁判例②③④⑤など）。

第二に、学説が想定しているような、債務者や担保権設定者とは関係をもたない純然たる第三者による不法行為ではなく、債務者Ⅱ設定者が担保権侵害に荷担しているものがほとんどである、ということである。第三取得者による取壊しの事例は、いずれも、債務者ないし設定者が抵当物件であることを秘して、取壊しを前提に売却した事例であり、裁判例②の、古物商による抵当権の効力が及ぶ付属機械の搬出というのも、設定者の承諾のもとになされている事案である。そのため、所有者と担保権者の双方において損害賠償請求をなしうる事例は、わずかに裁判例①と⑧の二件のみであり、物上代位による非競合構成が妥当する領域は、少なくとも実際の裁判事例においては、

ごく限定的であるといえる。また、本稿では、所有者が目的物件を修補できるように措置を講ずべきことを説いたものの、実際の裁判例では、その要請が不要なものがほとんどである、ともいえる。

第三には、第一と第二に述べたことが裁判例では総合考慮されているのではないか、ということである。賠償請求をされている第三取得者にも何らかの過失はあるから、その賠償義務が肯定されることにはなるとしても、当該担保権侵害については、むしろ債務者Ⅱ設定者こそが主因となっており、そうした事例における裁判所の判断としては、第三取得者に対する損害賠償請求を認める要件として債務者の無資力等が求められている、と捉えることができるのではないだろうか。すなわち、裁判所は、担保権侵害の責任は、第一次的にはあくまで債務者において、過失のある第三取得者の責任は副次的なものにすぎないとみていることが、ここには現れているように思われる。その考慮はよく理解できるが、担保権侵害行為について、七〇九条が要件として規律する過失があるかぎり、そうした第三者に対する請求は、債務者の無資力等のいかんを問わず認められるものとし、あとは第三者から債務者に対する求償において処理されるべきものと筆者は考える。

五 結 語

1 私見のまとめと実務との整合性

本稿でまずもって主張したかったのは、所有権侵害に対する救済との調整を図る趣旨から、また、優先弁済効を把握するという担保権の性質から、被担保債権の弁済期前における担保権者の損害賠償金の受領を原則として制限すべきである、ということである。その一方で、弁済期前であっても担保権者が損害賠償金を被担保債権額を限度として受領できる場合のあることを、担保価値維持義務違反に基づく期限の利益の喪失と、簡易な担保権実行を論拠として提示した。なお、私見では、弁済期前の担保権者による損害賠償金の受領については制限的な解釈をとっ

たものの、他方で、被担保債権を上回る価値が目的物件に残存している場合でも、なお担保権侵害を觀念すべきとしている点については、従来の学説よりも担保権侵害の範囲を拡大したものであるということが出来る。

本稿で示した担保権侵害に対する救済のあり方は、従来の学説よりも、担保権者の賠償請求の範囲ないし内容を縮減、消極に解するものであり、このことには批判があるかもしれない。しかし、担保物件の物理的侵害があったからといって、担保権者たる金融機関がただちに賠償請求をすることは、たとえその事実を了知した場合であっても、実務ではほとんどなく、賠償請求として金銭の支払を實際に請求するのは被担保債権の弁済を受けられなくなつてからであるのが通例である。そのことは、弁済期前に損害賠償請求をする裁判例が見られないことにも現れている。そうであるならば、本稿で提示した見解は、少なくとも実務と乖離したものはいえないと考える。判例・学説上は可能とされているものの実務では行っていないが、弁済期前における担保権者の損害賠償金の請求や受領を、学理上も認められないものとして位置づけたのが、本稿である。

担保権の内容に鑑みてその真の意味での回復を追究しようとする基本姿勢において、私見は、加藤説と方向性を同じくするものといつてよい。ただ、具体的な帰結については、加藤説とは次のように大きく異なる。まず、加藤説では容認されている、弁済期前における物上代位権行使による損害賠償金の受領（本稿二1(3)の(a)の部分）は、右に述べたように、私見では否定すべきものと解する。また、所有者が第三者から賠償金を受領した場合になしうるといふ、所有者に対する代担保提供請求（同(b)の部分）については、むしろ担保価値維持義務の履行を求める目的物件の原状回復（再築・修補）の請求とされるべきである（もちろん、所有者が希望し、担保権者が了解をした場合には、従前の担保物件に代えて、代担保の提供を請求することは妨げられるものではない）。さらに、所有者が損害賠償請求をしないときに認められるといふ、侵害者に対する代担保提供請求（同(c)の部分）については、私見では、期限の利益の喪失の効果により、被担保債権額を上限とする賠償金の支払請求が認められる、と解されることになる。加藤説の提唱する代担保提供請求は、結局のところ、担保価値維持義務違反による期限の利益の喪失を併せ考へるならば、従来の学説でも認められていた、期限の利益の喪失による被担保債権の履行請求と、

代担保・増担保の請求とを選択的に主張できる、ということに概ね一致するものとなるように思われる。

2 物上代位制度の再考へ

物上代位については、目的物件の滅失・損傷による損害賠償請求権に対するものと、賃貸による賃料請求権に対するものとで、扱いを異にすべきである、という見解が今日では有力となっている。すなわち、「物的代位」の意味をもつ損害賠償請求権に対する物上代位については、被担保債権の弁済期前であってもなしうるが、賃料債権に対する物上代位については、収益に対する簡易な担保権実行の方法として把握されるものであり、弁済期徒過後にのみなしうる、というのである。とくに、弁済期後における担保権者の収益收取権が二〇〇三年の担保・執行法改正で明確にされたこともあり、こうした賃料債権の物上代位の理解は、ほぼ定着したといつてよいであろう。

しかし、本稿で検討してきたように、損害賠償請求権についても、弁済期前には物上代位権の行使によって現実に賠償金を受領することが認められるべきでない、とするなら、賃料債権に対する物上代位と同様の帰結が導かれることになる。かりに、金銭その他の物の受領が担保権者において認められるべきでない、ということが、弁済期前における物上代位権行使のあり方としてひろく妥当するものであるとするならば、それは、物上代位という制度全体に共通する準則・法理を形成するものの一部になる可能性もある。筆者としては、本稿で示した視点もふまえて、物上代位制度を再考するべく今後検討を重ねていきたい。

なお、二二で概観した五カ国は、損害賠償金への物上代位の規定をもたないスイスやドイツも含め、いずれも保険金について物上代位をなしうるとする点では共通している。保険金も目的物件の再築・修補に用いられることを予定したものであることからすれば、これを物上代位によって担保権者が受領できるとすることは、やはり問題があると思われる。実務では住宅ローンにおいて付保義務を借主に課すことはあっても、保険金請求権に質権を設定することは減ってきているとも聞く。保険金請求権に対する担保権者の物上代位権行使のあり方についても、実務の動向や諸外国における状況を参考にしつつ、今後検討する必要がある。

3 残された課題——担保権侵害事案の多様性

本稿では、担保権侵害について、目的物件が滅失・損傷するなど物理的な侵害が加えられた場合を念頭において検討を進めてきた。しかし、担保権侵害は、冒頭にも述べたように、むしろこのような場合に限定されるものではない。損害賠償請求の事件に限っても、実行時の売却価額の低下をもたらす執行妨害や、抵当権設定登記が抹消された場合に（回復登記手続とともに）損害賠償請求がなされたものなど、裁判例には様々なものがみられる³⁰⁾。執行妨害の意図でなされた低額の賃料設定がなされた賃貸借契約においては、明渡請求とあわせて損害賠償請求を認める余地も生じよう³¹⁾。

担保権侵害の全体像を描出するためには、本稿では、検討を加えることのできなかったこれら担保権侵害事案の検討や、担保物権ごとの特性に応じた分析も必要となる。本稿を、こうした担保権侵害に対する総合的な考察の端緒としたい。

注

- (1) 加藤雅信「担保権侵害とその救済」同『現代民法学の展開』（有斐閣、一九九三年）二一五頁以下。
- (2) 新聞報道によると、二〇〇八年、岐阜市内で、宅地開発業者が虚偽の地積更正申請をして、開発区域内の無担保の土地（三九平方メートル）の面積を約六万平方メートルにまで広げ、隣接する根抵当が設定された土地の面積を縮小させる虚偽登記がなされた、という事件が発覚した（二〇〇八年九月一日付新聞各紙記事）。抵当権設定者たる宅地開発業者はもとより、虚偽登記に法務局の登記官が組織的に関与したとして、法務局の複数の元登記官が公電磁的記録不正作出・同供用の疑いで逮捕されたという、事件としてはきわめて珍しいものではあるが、これも登記にまつわる担保権侵害の一例といえる。
- (3) 清水元『プログレッシブ民法「担保物権法」』（成文堂、二〇〇八年）三三二頁。
- (4) 学説・判例の詳細および引用は、加藤・前掲注(1)引用書のほか、栗田隆「抵当権者の損害賠償請求権と所有者の損害賠償請求権」関西大学法学論集四二巻三〇四号（一九九二年）五一頁以下、舟橋秀明「抵当権侵害論(1)」早稲田法学七八巻二号

- (二〇〇三年) 一一二頁以下等に譲る。なお、近時公刊された教科書等で示されている見解については、注で適宜ふれるものとする。
- (5) 学説には、抵当権者に物上代位の機会を確保するべく、公用取用における各種の保証金の支払の制度を勘案し、抵当権者の承諾なしになされた賠償金支払の効果を制限すべきことを示唆する見解(檜梯次『担保物権法』(有斐閣、一九八一年)一八七頁)や、抵当権者は所有者の損害賠償請求権の上に法定債権質権を取得するため差押えが不要とする見解(鈴木祿弥「物上代位制度について」同『抵当制度の研究』(一粒社、一九六八年)一一八頁)がみられるが、いずれも解釈論としては無理があるように思われる。
- (6) 加藤・前掲注(1)二三八頁。
- (7) 松井宏興『担保物権法』(成文堂、二〇〇七年)六〇頁。なお、高橋眞『担保物権法』(成文堂、二〇〇七年)一九四頁参照。
- (8) 「競合構成」「非競合構成」として学説を整理するものとして、栗田・前掲注(4)引用文献がある。なお、物上代位による一本化を志向する立場をとりつつ、物上代位が機能せず抵当権侵害による損害賠償請求が認められる場合をあげるものとして、平野裕之『民法総合3担保物権法』(信山社、二〇〇七年)八〇頁(物上保証人や第三取得者によって目的物が滅失した場合)、道垣内弘人『担保物権法(第三版)』(有斐閣、二〇〇七年)一八五頁(抵当権の実行を不当に遅延させた場合)、松井・前掲注(7)六〇頁(物上保証人の行為によって目的物が滅失・損傷した場合)がある。
- (9) 詳しくは、大島俊之「民法三〇四条の沿革——イタリア法を継受したわが民法規定」神戸学院法学二二巻一号(一九九二年)二一四頁等、新田宗吉「物上代位に関する一考察(三)——抵当権の物上代位を中心として」明治学院論叢・法学研究二八号(一九八二年)八三頁以下等参照。イタリア法の条文の邦訳は、大島論稿に拠った。なお、現行イタリア民法にもほぼ同様の規定が存在する(大島俊之「イタリア法との関係」樺寿夫編・担保法理の現状と課題(別冊NBL三一号、一九九五年)三〇六頁)。
- (10) 平野裕之「物上代位(フランス抵当法)」樺寿夫編・前掲注(9)二七七頁。
- (11) 平野・前掲注(10)同頁、下村信江「フランスにおける物上代位の本质論に関する一考察(上)——抵当権の物上代位を中心に」阪大法学四六巻三号(一九九六年)二九一頁参照。
- (12) 直井義典「抵当権の物上代位と物的代位」本郷法政紀要八号(一九九九年)三九九頁。
- (13) 鈴木・前掲注(5)二二七頁以下。

- (14) 鈴木・前掲注(5)一二七頁以下、栗田・前掲注(4)五一九頁。
- (15) ドイツにおける保険金に対する物上代位に関しては、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎（二）」法学研究八〇巻四号（二〇〇七年）五〇頁以下等参照。
- (16) 新田宗吉「物上代位に関する一考察（二）」——抵当権の物上代位を中心として」明治学院論叢・法学研究二六号（一九八〇年）一七二頁以下。
- (17) MünchKommBGB, Bd. 6, 4. Aufl. (2004), S. 1869. なお、栗田・前掲注(4)五一九頁以下参照。
- (18) 道垣内私人「担保の侵害」山田卓生＝藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座第二巻』（日本評論社、一九九八年）三〇八頁。なお、近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権（第二版）』（成文堂、二〇〇五年）一八一頁も参照。
- (19) 栗田・前掲注(4)五一頁以下。
- (20) 於保不二雄『注釈民法(4)』（有斐閣、一九六七年）四一一頁。
- (21) 最高裁は、土地と同地上建物の双方に抵当権が設定され、その後に建物が再築された事案において、全体価値考慮説に依拠して、再築建物のための法定地上権の成立を否定したが（最判平成九年二月一四日民集五一巻二号三七五頁）、その背景には、抵当権設定者が旧抵当建物を取り壊すさいに再築建物にあらためて抵当権設定をすることを約していたにもかかわらず、別の金融機関のための抵当権を設定するなどして抵当権者を害する例が生じたことが指摘されている（長谷川貞之「判批」ジュリスト一〇一五号（一九九三年）二七八頁等）。
- (22) なお、物上保証人が不法行為者である場合については、担保価値維持義務違反を根拠として、第一次的に増担保義務、増担保に応じない場合のみ損害賠償請求をなしうる、とする見解もある（近江・前掲注(18)一八〇頁）。しかし、さきに本文で述べたように、物上保証人による担保物件の滅失、損傷の場合にも一三七条二号による期限の利益喪失の効果が生じると解されるから、担保権者としては増担保と損害賠償のいずれかを任意に選択して請求することができるとしてよいであろう。
- (23) 大昭和三年八月一日民集七巻六七頁（傍論）。我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、一九六八年）三八六頁、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（第三版）』（有斐閣、一九八二年）二八八頁等。
- (24) 判例・学説の詳細については、加藤・前掲注(1)引用書二一九頁に詳しい。
- (25) 同旨を述べるものとして、道垣内私人「担保の侵害」山田卓生＝藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座第二巻』（日本評論社、一九九八年）三〇六頁がある。

(26) 弁済期後の局面における損害賠償請求が簡易な担保権実行としての意味をもつと解するならば、先順位担保権者がいるために競売手続による配当がもとより期待できない後順位担保権者については、剰余主義（民事執行法六三条）の趣旨からして、損害賠償請求は認められないとしてよいであろう（東京地判平成二年三月二十九日金判八六八号二七頁参照）。

(27) ここでは、質権侵害の事例や、執行妨害等による担保権侵害の事例、あるいは判決の結論として損害賠償請求が否定された事例は割愛した。債務者による担保権侵害の事例としては、しばしば引用される大判昭和七年五月二十七日民集一一卷一八八九頁のほか、東京地判昭和四〇年七月六日判時四四三三四三頁がある。これは、抵当権実行としての競売開始決定後に、土地区画整理事業に伴い抵当建物を債務者兼所有者が取り壊したという事例である。裁判所は、区画整理事業の進行に伴う取壊しであること等をとらえ、債務者の不法行為責任を否定したが、この結論は疑問があると考える（中川高男「判批」土地収用判例百選（別冊ジュリスト一九号、一九六八年）一四九頁参照）。なお、目的物件の物理的侵害があった場合に抵当権者による損害賠償請求を認めた裁判例のうち、東京地判昭和五九年三月二十二日判タ五二八号二〇二頁は、被担保債権の弁済期と不法行為時、訴え提起時の前後関係が不明なため、本文でとりあげることとはしなかった。これらの裁判例も含め、担保権侵害の裁判例の全体的な考察については、加藤・前掲注(1)二二二頁以下を参照されたい。

(28) 本判決については、田高『クロススタディ物権法』（日本評論社、二〇〇八年）二二〇頁以下を参照されたい。

(29) 第三者の損害賠償責任が認められる場合を限定する方向を示す学説として、第三者に対する担保権侵害に基づく損害賠償請求につき、第三者の故意を要件とするものがある（幾代通・徳本伸一補訂『不法行為法』〔有斐閣、一九九三年〕七五頁、山野目章夫『物権法』〔第三版〕〔日本評論社、二〇〇七年〕一四三頁等）。

(30) 抵当権者からの損害賠償請求の事案にかかる判例ないし裁判例としては、目的物件に対する物理的な侵害のほかに、競売妨害にかかるとの（大判昭和一年四月一三日民集一五卷六三〇頁、大阪地判昭和三〇年一〇月二十五日下民集六卷一〇号二二七頁、福岡高判平成一七年六月一四日判時一九二二二八六頁）、抵当権登記の抹消にかかるとの（最判昭和三六年六月一六日民集一五卷六号一五九二頁、長崎地佐世保支判昭和四三年一月一八日判時五四二二七二頁、福岡高判平成二二年五月二六日金判一〇九八号二〇頁）等がある。

(31) 賃借人に対する明渡請求を認容した最判平成一七年三月一〇日民集五九卷二二二三五六頁は、原審において認められていた損害賠償請求を斥けたが、この種の事案において損害賠償請求が一切認められないという趣旨ではないものと筆者は考える（田高「判批」法教三〇一〇号〔二〇〇五年〕八三頁）。