

# 担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係

——担保権者固有の損害賠償請求権を中心として——

清水 恵 介

## 一 序 論

### (一) 抵当権侵害論から担保権侵害論へ

本稿は、「担保権侵害」に対して担保権者に一般的に付与される各救済手段の相互関係の考察を通じて、その体系的整理を目指すものである。したがって、所有権侵害その他の物権侵害よりは狭いが、抵当権侵害よりは広いテーマ設定となる。また、従来、担保物権法（あるいは不法行為法）の体系書等では、「抵当権侵害」が特に

採り上げられて解説・検討されてきた経緯<sup>①</sup>に鑑みるならば、本稿は、そうした動向に対するアンチテーゼともなるであろう。

確かに、いわゆる非占有型の担保権であって目的物の利用に原則として干渉できない抵当権（民法三六九条以下）への侵害については、所有権侵害などと比較した場合の特殊性が顕著に見出される。また、現実問題としても、いわゆる執行妨害事案に直面して、抵当権に基づく妨害排除請求の可否がしばらく大きな裁判上の論点とし

て争われてきた歴史的経緯もある。<sup>(2)</sup>

しかし、理論的には、**抵当権に限らず、担保権全般が侵害対象としての特殊性をもつ。**なぜなら、担保権の存在価値が被担保債権の回収を容易にする点にあるものと考ええる以上、**担保権の侵害は、究極的には債権侵害としての実質を有し、<sup>(3)</sup>所有権侵害その他の物権侵害とは必ずしも同列に論ずることができないはずだからである。**担保権侵害の効果として、**期限の利益喪失(民法一三七条二号)**や**増担保請求権**といった他の物権侵害にはみられない固有の効果が語られるのも、その証左といつてよいであろう。

したがって、この観点からは、**妨害排除請求権の方こそがむしろ、有体物を対象とする非占有型の担保権に固有の特殊な救済手段として位置づけられることとなる。<sup>(4)</sup>**しかも、現在では、**民事執行法上、各種の保全処分(同法五五条・一八七条等)**が認められていることから、**法的な妨害排除請求権の重要性は相対的に減少してきてもいる。<sup>(5)</sup>**

そこで、本稿では、**抵当権侵害に特有の妨害排除請求に関する議論には立ち入らず、担保権侵害に共通するよ**

り一般的な救済手段、すなわち、**損害賠償請求権・増担保請求権・期限の利益喪失に焦点を当て、これらの相互関係を踏まえた体系的な整理を試みること**としたい。そうすることで、**抵当権に限定されない担保権侵害の真の特質がみえてくるはずであるところ、従来、教科書・体系書以外において、そのような形での検討が正面からなされたことはなかったように思われるからである。<sup>(6)</sup>**

また、本稿では、**本課題を検討するにあたり、現在の担保権侵害論が暗黙のうちに依拠すると思われるドイツ法からあえて離れ、やや異なった法的処理がみられるフランス法を参照することとした(一)。**その参照を通じて、**日本法の特徴が担保権者固有の損害賠償請求を一般に認めている点にあることを示すとともに、この問題の検討(二)から、日本法の下における担保権侵害の法的処理のあり方について、一定の示唆を得たいと思う。**

## (二) 担保価値維持義務論との関係

なお、本課題を検討する上で、今日では、**議論のいつその展開が期待されている「担保価値維持義務」論との関係を避けて通ることができないであろう。なぜなら、<sup>(7)</sup>**

担保権設定者等による担保権侵害は、見方を変えれば担保価値維持義務への違反行為として捉えることができ、その射程範囲が重なっているようにみえるからである。

この点、まず明らかにし得ることは、純然たる第三者による担保権侵害の場面を想定した場合、一般には、担保権設定者及びその者からの義務承継人について認められる担保価値維持義務<sup>8)</sup>は問題とならず、担保権侵害だけが問題になるということである。

しかし、他方で、設定者からの占有剥奪を伴う質権のように、むしろ担保権者の側で担保価値維持義務を負担する場合（民法三五〇条・二九八条参照）を想定すると、そこでの質権者自らの手による義務違反行為（いわば自己加害行為）<sup>9)</sup>は、担保権侵害としては捉え難いものであるから、その場合はむしろ担保価値維持義務だけが問題となろう。

また、近時主張されているように、担保価値維持義務論によれば、「同義務の懈怠および違反に対するサンクションとして、債権者代位権・詐害行為取消権の行使を認めるという制度設計<sup>10)</sup>」も可能となるのであって、その場合は、一般債権者への責任の引当てとなる共同担保、

いわゆる一般担保権をも射程に収める方向で、担保権侵害論をより発展させる契機としての積極的意義も認められる。

ただし、本稿では、かかる先端的な問題（及び、担保権者の自己加害行為）にはこれ以上触れず、従来取り上げられてきた担保権侵害に対する一般的な救済手段に問題を絞り込むこととしたい。すなわち、設定者の不作為（債権者代位権）や法律行為（詐害行為取消権）による担保権侵害は扱わず、主に、設定者又は第三者の事実行為による担保権侵害の場面を念頭において検討を進めることとしたい。

もつとも、そうではあっても、後述のとおり、増担保請求権や期限の利益喪失を基礎付ける上では、担保価値維持義務の概念が有用であると思われる、その限りにおいて、担保価値維持義務論との接点をなお見出すことができることをあらかじめ付言しておく。

## 二 フランス法における担保権侵害の法的処理

### (一) 従前の体系にみられるドイツ法の影響

現在の担保法学において普遍的にみられる「**担保権侵害**」体系の基礎を築いたのは、**我妻栄**であった。我妻は、自らが著した担保物権法の体系書<sup>12)</sup>の中で、「担保権のその侵害に対する効力」と題する独立の一款を設け、担保規定の注釈にとどまらない担保権侵害の体系化をいち早く試みた。

我妻による担保権侵害の体系を概観すると、**総論**としての①**担保権侵害論の特殊性**、及び、②**担保権侵害の意義**に続けて、各論となる**侵害の効力**につき、③**担保権に基づく物権的請求権**、④**担保権に基づく損害賠償請求権**、⑤**期限の利益の喪失**、及び、⑥**増担保請求権の四点を並べている**。具体的論述内容はさておき、このような体系的枠組み自体は、今日の担保物権法の教科書・体系書にもほぼ例外なく受け継がれている。

しかも、そこで語られている内容のうち、**物権的請求権以外の部分**は、他の担保物権にも妥当し得るものであ

り、したがって、その内容において既に、**担保権侵害論**から**担保権侵害論**へと展開させる素地が認められる<sup>13)</sup>。例えば、我妻が**総論**において指摘する中で、「目的物が毀損されても、被担保債権を満足させるに十分な価値が残っておれば損害がないというべきであり、しかも果して充分かどうかは競売の結果によらなければ確定しない、というような事情」などは、担保権一般に妥当し得る事情であるから、**担保権侵害の特殊性**というよりはむしろ**担保権侵害全般の特殊性**を示すものといえる。現に、一部の学説の中には、**担保権以外の担保権をも視野に入れた総合的な担保権侵害論**を構築しようとする動向がみられる<sup>14)</sup>。

このような担保権侵害体系の中で、こと**損害賠償請求権**に関しては、従来、その可能性に疑いの目が向けられることはなかった。我妻もまた、「**担保権の侵害によつて不法行為が成立しうることも疑いない**」などと述べるのみで、**担保権侵害による賠償請求の可能性を当然視していた**<sup>15)</sup>。その前提には、当時のドイツ法の状況があったようである。すなわち、「**元来、担保不動産を滅失毀損した者に対する損害賠償の請求権は早くから認められた**

が、ドイツの普通法時代にその保護が次第に拡張され、本来の被担保債権の弁済期が到来しなくとも、抵当権の実行を可能ならしめ、さらに妨害行為の排除や予防の請求を認められるようになったものであり、「わが民法の解釈としても、ほぼ同様の結果を認めるべきだと思われる」と述べ、ドイツ民法の体系書<sup>16</sup>までが引用されているのである<sup>17</sup>。

確かに、我妻が同書中に一部を引用するように、ドイツ民法典中には、抵当権侵害に関する明文規定がみられない(民法典一一三二条、一一三四条)、この規定を土台とする議論も一定程度蓄積されているようである。したがって、この成果を日本法に採り入れることは十分考慮に値するであろう。

しかし、ここでは、ドイツ法以外の法状況にも目を向けておきたい。とりわけ、日本民法の母法の一つであり、先取特権 [privilege]・質権 [gage・nantissement・antichrèse]・抵当権 [hypothèque] などといった日本法類似の担保権類型を擁するフランス法において、抵当権その他の担保権の侵害がどのように扱われているかが注目されよう。その勘案を通じて、これまでの担保権侵害

論が特殊ドイツ的ではなかったかが検証されるとともに、体系の再構築にあたっての多角的な視点が得られるように思われるからである。

## (二) 担保権設定者による担保権侵害

そこでも、フランス法が、担保権設定者(債務者兼設定者と物上保証人)<sup>18</sup>による担保権侵害をどのように処理しているか、見ておきたい。

まず、日本法と同様、債務者による担保権侵害<sup>19</sup>に対しては、被担保債権についての期限の利益喪失 [déchéance du terme] が帰結される(フランス民法典一一八八条)。同条は、「債務者は、破産したとき、又は契約によって債権者に与えた担保を自己の行為によって減少させたときは、もはや、期限の利益を主張することができない<sup>20</sup>」と定める。

その上で、フランス法は、抵当権に関して更に、増担保請求の規定をおく。この点は、規定を欠いている日本法との違いである<sup>21</sup>。すなわち、二〇〇六年担保法改正後の現行フランス民法典二四二〇条二号本文は、「抵当権に服する現在の不動産を滅失させるか、又は債権の担保

のために不十分になるほどに損傷した者」は、「将来の不動産 [immeubles à venir] について合意することができる。ただし、債権者がその時から返済を追及する権利を妨げてはならない」と定める。

これらの文言からは判然としないものの、二〇〇六年の担保法改正前は、民法典二二二〇条一項が、「将来の財産には、抵当権を設定することができない」との原則を定めていたのを受けて、次条の二二三二条が、「同様に、抵当権に服する現在の一又は数個の不動産が債権者の担保のために不十分となるほどに滅失し、又は損傷を被った場合には、債権者は、あるいは直ちにその償還を追行し、あるいは抵当物件の補充 [un supplément d'hypothèque] を得ることができると定めていたところ、当時の体系書は、この規定を、二二三〇条一項の原則に対する三つの例外の一つとして説明していた。<sup>23</sup> そのため、これらの規定を、「抵当権は、原則として、現在の不動産にしか設定することができない」(改正後民法典二四一九条)として規定ぶりを改めた上で、次条において、三つの例外を、将来の不動産に抵当権を設定できる前条の例外場面として明確に位置付け、これらをまと

めて規定する形(改正後民法典二四二〇条各号)としたものにすぎない。<sup>24</sup>

したがって、実質的な変更点はなく、増担保請求に関する規定として捉えるべきものといえる。<sup>25</sup>

また、二〇〇六年改正担保法は、いわゆる非占有質 [gage sans dépossession] を新たに導入したことを受けて、民法典二三四四條二項に、「質権が占有剥奪なくして設定された場合に、設定者が質物の保存義務を果たさなかつたときは、債権者は、担保される債務についての期限の利益を喪失させ、又は質物の補充 [un complément de gage] を請求することができると定め、増担保請求の新たな根拠条文を創設した。

したがって、担保権侵害のおそれが高い非占有型担保である抵当権と非占有質については、期限の利益喪失のみならず、増担保請求による救済が可能であるというのが、設定者による担保権侵害に対するフランス実定法上の処理となっている。

ところで、ここで注目したいのが、期限の利益喪失と増担保請求との関係である。明文上は、債権者の側に両救済手段の選択権が与えられているかのようにあるが、

学説上は、むしろ債務者側に選択権があり、債務者が増担保を提供するならば、債権者は訴権を失うとの見解がみられる。<sup>(26)</sup> すなわち、この見解の下では、債務者自ら十分な増担保を供与することで、期限の利益喪失の結果を回避する権利を債務者に承認することこそが法の趣旨であると捉えることとなる。<sup>(27)</sup>

### (三) 第三者による担保権侵害

以上に対し、純然たる第三者による担保権侵害の場合には、日本法の解釈と同様、期限の利益喪失はもちろん、増担保請求も認められない。ただ、災害時に借借人又は隣人が不法行為に基づいて支払うべき損害賠償金については、明示的な指図を要することなく、先取特権者又は抵当権者に、その順位に従って与えられる旨の規定をおく(フランス保険法典L. 111-113条三項)。したがって、少なくともこの要件を具備する限りでは、損害賠償請求を通じた担保権侵害の救済が可能である。

もつとも、かかる賠償請求の法理論構成は必ずしも明らかでない。過去、学説上様々な見解が提唱されてきたが、その中ではとりわけ、物上代位〔subrogation

reelle〕構成<sup>(28)</sup>と直接訴権〔action directe〕構成とが有力である。しかし、いずれにせよ直接的な担保権侵害を根拠とするものではない。前者の構成はもちろん、後者の構成においても、間接的な被害の直接的な救済を意味するにすぎないからである。

ならば、いわゆる間接損害〔dommage par ricochet〕論に依拠した間接被害者たる担保権者による損害賠償請求が可能かが問題となるも、フランス法上、この点の論及もみられない。そもそも被担保債権の中心である金銭債権自体が被侵害利益として特殊であって、金銭債権を第三者に対して保護する通常的手段は詐害行為取消権〔action paulienne〕(フランス民法典一一六七条)であるなどとも指摘されている。<sup>(30)</sup>

ただ、詐害行為取消権による救済は、債務者による法律行為としての詐害行為に対して認められるにすぎず、一般の担保権侵害にみられる事実行為に対しては、そもそも適用の基礎が欠けている。結局、フランス法上、担保権侵害に由来する損害賠償請求は、物上代位ないしは直接訴権を通じた形でしか認められないこととなろう。逆に言えば、物上代位又は直接訴権が可能であるときは、

担保権者に損害を与えないと理解されているようである。<sup>(31)</sup> この点に関連して、フランス人、ボワソナードの起草にかかる旧民法債権担保編二〇一条一項本文の存在が想起されよう。同条項は、「意外若クハ不可抗ノ原因又ハ第三者ノ所為ニ出テタル抵当財産ノ滅失、減少又ハ毀損ハ債権者ノ損失タリ但先取特權ニ関シ第一三三二条ニ記載シタル如ク債権者ノ賠償ヲ受ク可キ場合〔物上代位〕ニ於テハ其權利ヲ妨ケス」(括弧内は筆者)と定めていた。つまりは、この法文上、第三者の不法行為による抵当財産の滅失は抵当権者の損失に帰し、当該第三者に対する損害賠償請求については、物上代位のみが許容されて、担保権者固有の請求が否定されているかのように読めるのである。<sup>(32)</sup> これは、フランス法の現状と同様の立場といえよう。

結局のところ、不法行為の成立上、権利侵害の要件が求められない(民法典一三八二条参照)フランス民法体系の下では、抵当権ないしは担保権を侵害対象として特に括り出して損害賠償請求の可否を問うといった発想自体がまずみられない。

また、物権・債権を法典上峻別するドイツ流のパンデ

クテン体系を採用せず、むしろ今般の二〇〇六年改正では担保法を分離して独立の一編としたフランス民法体系の下では、担保物権を用益物権(地上権・地役権など)と横並びにして理解する必然性がない。

実際の学説上も、各種の担保物権を「付随的物権」ないしは「二次的物権」として理解していることから、この担保物権を独立の侵害対象として捉えず、あくまで担保の対象となる権利(主には所有権)への侵害を通じて、副次的な侵害をもたらすに過ぎないと考えることには、一定の有理性が認められる。詳言するならば、フランス法上の担保物権は、担保の対象となる「権利上の権利」として捉えられている。<sup>(34)</sup> なぜなら、担保物権は価値の支配権であるとはいえ、その価値とは、物自体の価値というよりは、換価の対象である物上の権利の価値であつて、その価値を支配するのが担保物権の本質だからである。<sup>(35)</sup>

したがって、副次的な被害者にすぎない担保権者に対して物上代位による間接的な救済だけを認めるというフランス法の立場は、かかる担保物権の理解に照らすならば是認されよう。

### 三 日本法における担保権者固有の損害賠償請求権

#### (一) 賠償請求否定論

以上にみたフランス法との対比において、担保権侵害の処理に関する日本法の大きな特色は、担保権者固有の損害賠償請求が一般に認められている点にあるといえる。

しかし、日本法の下でもこれを否定する立場がとれないわけではない。一部の学説が既に明らかにしているように、担保権侵害は、担保目的物の侵害自体に意味があるのではなく、更には、被担保債権そのものの侵害でもなく、より直接的には、被担保債権の「回収の容易性」に対する侵害である。したがって、その場合の損害額は、本来、目的物の実損額そのままではあり得ないはずである。担保権はあくまで被担保債権の回収を容易にする法的手段でしかない点に鑑みるならば、担保権侵害は、不法行為の成立が厳格となりがちな債権侵害の場合以上に債権への間接的な侵害であって、<sup>36</sup>成立を認めるとしても更に厳格な判断が要求されるのではないかが問題となる。すなわち、<sup>37</sup>伝統的学説によれば、「債権の目的たる

給付を侵害するが債権は消滅しない場合」の債権侵害では、侵害者の主観的要件として、債務者を教唆するか少なくとも債務者との通謀といった意味での故意を要するものとされるのであるから、担保権侵害の場合も同様の主観的要件が課されて然るべきであるともいえる。<sup>38</sup>

また、担保権侵害によって被担保債権そのものが消滅することはないのであるから、少なくとも、債務者本人による侵害に対しては、損害賠償請求権を成立させたところで、被担保債権との併存に通常、実際上のメリットはない。<sup>39</sup>そればかりか、被担保債権が存続する以上、賠償すべき損害はないのではないかとさえ疑われよう。

このことを考察する上で、一般債権者への責任の引当となる共同担保（いわゆる一般担保権）の構成財産を侵害する法律行為に対して、損害賠償請求ではなく、詐害行為取消権（民法四二四条）による原状回復的な救済手段を付与するにとどめている点が参考になる。学説上は更に、詐害行為取消権を個別の担保権の保全のために転用すべきことが主張されているものの、<sup>40</sup>それ以上に損害賠償請求権を付与すべきことまでは主張されていない。想定される場面の相違ということもあるが、少なくとも

設定者の法律行為による担保権侵害に対しては、基本的に、原状回復的な救済手段で必要十分であると理解されているように思われる。

この点に関して、いわゆる代担保提供請求権説と呼ばれる加藤雅信の見解が注目されよう。<sup>41)</sup> この説は、被担保債権の弁済期前に担保権者がなしうる請求の内容を、原状回復的な代担保提供請求権として構成する。なぜなら、弁済期後に担保権が実行されるまでは、目的物が損傷を受けても担保権者にいまだ具体的な財産上の損害がなく、不法行為に基づく損害賠償請求権(民法七〇九条)を認める素地を欠くものと考えられるからである。ここでは、将来の弁済の現実性を減少させる法律事実である担保権侵害を、法的効果として忠実に反映させることが企図されている。そして、この立場を基本的に踏襲する見解も有力に主張されている。<sup>42)</sup> したがって、これらの見解は、抵当権侵害による不法行為の成立に何らの疑いも抱くことがなかった我妻体系に対するアンチテーゼとして捉えられよう。

## (二) 賠償請求の理論的正当化

### 1 裁判例の動向

しかしながら、判例実務に目を転ずるならば、抵当権侵害による不法行為の成立は、今日に至るまで、特段の議論もないまま承認され続けている。

例えば、最高裁判例の中には、担保権侵害につき、「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ったこと自体を損害として把握することができ」として、担保権実行による逸失利益をそのまま損害額とする形での賠償請求を認めるものがある。<sup>43)</sup> その他、数は多くないものの、担保権侵害による損害賠償請求を認めた公判裁判例もいくつか存在している。<sup>44)</sup>

もつとも、その場合の賠償額をいかに算定すべきかはなお問題となるであろう。この点、古くは、大判昭和七年五月二七日民集一一卷一二八九頁が、「不法行為二因ル現実ノ損害ノ賠償範囲ヲ定ムルニ付テハ不法行為ニ因リ他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタル場合ト異リ不法行為ノ当時ヲ標準トスルコトナク抵当権実行ノ時又ハ抵当債権ノ弁済期後抵当権実行前ニ於ケル賠償請求權行使ノ時ヲ標準トスヘキモノトス從テ訴訟手續ニヨリテ

其ノ権利ヲ行使スル場合ニハ事実裁判所ニ於ケル最終ノ口頭弁論ノ時ヲ標準トシテ抵当物件ノ価格カ抵当債務総額ニ不足スル限度ニ於テ滅失セシメラレタル抵当物件ノ価格ヲ算定シ該金額ヲ以テ右損害額ナリト為ササルヘカラス」と判示しており、そこでは、①担保権実行前における賠償請求の許容、及び、②被担保債権不足額による賠償額の限定のほか、③所有権侵害とは異なる賠償額算定期、及び、④債務者無資力の不問<sup>45</sup>といった立場が採用されていた。

また、近時も、最三小判平成一八年一月二四日訟月五四卷一二号二九五三頁<sup>46</sup>が、「特許庁の担当職員の過失により特許権を目的とする質権を取得することができなかつた場合、これによる損害額は、特段の事情のない限り、その被担保債権が履行遅滞に陥つたころ、当該質権を実行することによつて回収することができたはずの債権額というべきである」とし、しかも、「仮に損害額の立証が極めて困難であつたとしても、民訴法二四八条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない」として、一種の担保権侵害につき、最高裁としての見解を明らかに

した。<sup>47</sup>

## 2 賠償請求の実益と政策的配慮

したがって、実際問題としては、このような判例による規範形成の努力を無にしてまで、担保権者固有の損害賠償請求を否定してよいかである。

この点、担保権侵害には多様な類型があり、所有者につき損害賠償請求権が常に生ずるわけではない点に配慮すべきであろう。債務者兼設定者や物上保証人、第三取得者といった担保目的物所有者が自ら侵害した場合はもちろんのこと、純然たる第三者による侵害であっても、執行妨害行為として想定される債務者と第三者の共同不法行為（民法七一九条）による侵害の場合には、担保目的物の所有者に損害賠償請求権は発生しないため、同請求権を対象とする物上代位や、同請求権を前提とする直接訴権も認める余地がない。つまり、物上代位や直接訴権による救済が現実化するものは、純然たる第三者による侵害の場合に限られることとなる。担保権侵害の場面全体からみて、物上代位等による救済はあくまで例外でしかないのである。<sup>48</sup>

そこで、以上の考察にもかかわらず、担保権侵害による直接的な不法行為の成立を認めることにも一理あるといえよう。ただ、これを認める場合には、損害賠償請求権を付与するに値する被侵害利益を、担保権や被担保債権そのものではなく、「被担保債権の回収の容易性」にまで政策的に緩和したものと捉えるべきこととなるように思われる。いわゆる規範的損害論の視点である。<sup>49</sup> そうすると今度は、そうした政策の正当性が検討に付されよう。

### 3 増担保請求権付与の意義

この点、先にみたように、担保権侵害に対しては、原状回復的救済手段こそが適格的であると捉えるならば、前記加藤説と同様に、担保権者に増担保請求権を付与すれば足りるとも考えられる。すなわち、法律行為による担保権侵害に対する救済手段として適格的であるのが詐害行為取消権であるとするならば、事実行為による担保権侵害に対する救済手段として適格的であるのが増担保請求権であるとの理解である。この点、確かに、侵害された担保権と同等の増担保を設定し直すことで侵害前へ

の原状回復を果たし、当事者間の担保契約関係が再度軌道に乗ることを可能にするとの意味において、むしろ担保権侵害に対する本来的手段として位置づけることも可能である。

また、例えば、侵害者の不法行為による法的効果は、損害賠償請求権の発生が唯一絶対のものではなく、名譽毀損の不法行為における謝罪広告の請求（民法七二三条）にみられるように、被侵害利益の性質に応じて他の救済手段を選択する余地も封じられてはいないのであるから、損害賠償請求権に代わる担保権侵害の効果の一つとして増担保請求権を捉えることも不可能ではない。

そこで、これを近時の担保価値維持義務論と結び付けるならば、増担保請求権の法的性質は、担保価値維持義務違反による担保権侵害につき認められた特殊な原状回復請求権であると理解できよう。<sup>50</sup>

もちろん、これが単なる一般債権者としての立場であるならば、せいぜい担保目的物の所有者が加害者に対して有する損害賠償請求権に対して債権者代位（民法四二三条）を認めるといった程度の救済で事足りるであろう。しかし、これが担保権者としての立場であるなら

ば、あえて債権者代位権を介するまでもなく、元来の担保権を有していたのと同様の法的地位を回復させる直接の救済手段として、担保権者に増担保請求権を付与することこそが望ましいといえる。<sup>51)</sup>

#### 4 担保的賠償義務

ただ、明示又は黙示の約定なくして増担保請求を法律上当然に認めることができるか（法定の増担保請求の可否）<sup>52)</sup>がそもそも問題であるし、仮にこれを認めたととしても、具体的に実効性のある形での権利行使が可能かについても懐疑的な見方が強いように思われる上に、<sup>53)</sup>その法的性質を形成権として捉えない一般の見解の下では、請求に基づく増担保の設定が完了するまでの間、担保権者は、被侵害部分につき無担保の一般債権者と同じ立場におかれることとなる。したがって、このタイムラグを埋めるためにも、侵害者につき、いったん担保権者に対する直接の損害賠償義務を負担させておくことには意味がある。

とりわけ、物上保証人・第三取得者による担保権侵害の場合に顕著な利益をもたらすであろう。その場合、当

該物上保証人等は、担保権侵害行為により、物上保証人等としての地位を喪失する反面、増担保を提供するまでの間、担保権者に対する損害賠償義務を負担することで、今度は人的担保としての保証人的地位に立つこととなるからである（いわば担保的賠償義務<sup>55)</sup>）。

もちろん、単なる保証人に対する請求権には優先弁済的効力が付与されず、その点で担保権者の立場は弱くなつてはいるものの、当該物上保証人等に対して何らの請求もなし得ないと解するよりはなお優遇されている。

これを一般化するならば、「債務なき責任」を負うにすぎない物上保証人・第三取得者といえども、その責任を不当な原因によって果たさない場合には、その本来の「責任」に相応する「債務」をなお負担すべきであるといえないだろうか。

#### 5 小括

以上に従えば、広く、責任財産減少行為に対する救済手段として捉えられるものの中で、担保権侵害による損害賠償請求権が占める位置付けは次の表1のようにまとめられよう。

表1 責任財産減少行為に対する救済手段

|           | 一般債権者の救済        | 担保権者の救済          |
|-----------|-----------------|------------------|
| 法律行為による侵害 | 詐害行為取消権         | 詐害行為取消権の転用？      |
| 事実行為による侵害 | 損害賠償請求権上の債権者代位権 | 損害賠償請求権〔+増担保請求権〕 |

結局のところ、結論的には、判例・通説と同様、担保権者固有の損害賠償請求権はなお正当化され得るものと考えられる。物上保証人による担保権侵害の場合など、担保権者と侵害者との間に直接の契約関係が存する場合には、当該担保権侵害は、担保権設定契約関係から生じる担保価値維持義務への違反行為と捉えられるがゆえに、債務不履行（民法四一五条）を根拠として、また、その他の場合には不法行為（同七〇九条）を根拠として、それぞれ損害賠償請求が認められる。

### (三) 他の救済手段との関連性

もつとも、そのように考えてもなお、当該賠償請求権が一般の賠償請求権と比べてかなり特殊であること  
は否定できないであろう。なぜなら、

以下に述べるとおり、担保権侵害に際して行使され得る他の権利、すなわち、増担保請求権や被担保債権等との関連性を無視して、純然たる独立の権利として賠償請求権を捉えることはできず、いわば担保法的性質を併有する特殊な損害賠償請求権（いわば担保的賠償請求権）として構成されるように思われるからである。

#### 1 増担保請求権との関連性

担保権設定者による侵害の場面を想定したとき、損害賠償請求権は増担保請求権と競合することとなる。そして、それらの関係は、選択的なものとして捉えるべきである。

もつとも、侵害者の立場からすれば、損害賠償義務を履行するよりは、原状回復的に増担保を提供した方が望ましいと考える場合も存するであろう。その場合に、担保権者としては、増担保の提供を拒否してなお損害賠償の請求を選択することができるかも問題となる。いわば売買契約における売主の不履行に関して、買主側の損害賠償請求権と売主側の追完権との関係が問われているように、ここでも、担保権者側の損害賠償請求権に対する

関係で、侵害者側に増担保に関する追完権（いわば増担保的追完権）を認めるべきかを問うことが可能である。

そして、結論的には、かかる追完権を認めて差し支えないといえるであろう。侵害者としては、最低限度、侵害前の状況に原状回復させれば責任を果たしたことになるし、担保権者にそれ以上の利益を付与する必要性もないからである。したがって、フランスの一部の学説が期限の利益喪失と増担保請求との間で債務者側に選択権を与えているのと同様に、損害賠償請求と増担保請求との間にも侵害者側に選択権を与え、すなわち、担保権侵害による損害賠償請求権は、増担保請求権に対する関係では、侵害者が増担保を提供しない場合の二次的・補完的な責任追及手段として捉えることができよう。<sup>56</sup>

以上は、担保目的物所有者（債務者兼設定者・物上保証人・第三取得者）による担保権侵害を念頭においた考察であるが、ここで、純然たる第三者による担保権侵害の場合についても併せて考察しておきたい。つまり、かかる第三者に対して増担保請求権を行使することの可否の問題である。

この点、もともと何らの担保の負担もなかった第三者

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係（清水）

につき、その担保権侵害行為を機縁として、新たに担保の負担を課すといった責任転嫁の論理をいかに正当化するかが問題となるも、侵害者としては、最低限度、侵害前の状況に原状回復させれば責任を果たしたことになるし、担保権者にそれ以上の利益を付与する必要性もないとの先に述べた論理からすれば、当該第三者につき増担保的追完権を認めて差し支えないように思われる。

もつとも、これとの対応関係から、担保権者の側に強制的な増担保請求権を付与することについては、それが担保価値維持義務違反を前提とする限り、純然たる第三者に対する関係では認められないものと解されよう。

## 2 被担保債権との関連性

実際には、担保権が侵害された結果、被担保債権の回収は困難となるため、被担保債権の債務者よりも侵害者からの賠償金による債権回収の方が期待される状況にはなるであろうが、そうではあっても、実体権としての被担保債権が当然に消滅するものではないし、結果的には、他の財産からの回収や、債務者の弁済資力の回復により、被担保債権が満足を受けて消滅に至るケースも十分考え

られる。そこで、担保権侵害による損害賠償請求権と被担保債権との法的関連性について考察することにも、一定の意義が認められる。

この点、担保権侵害による損害賠償請求権は、あくまで侵害された担保権の代替的権利にすぎないのであるから、究極的には被担保債権と運命をともにするものというべきである。

つまりは、まず、担保権侵害としての性質上、その賠償額が被担保債権額を超えるということはあり得ず、また、被担保債権の回収とは別に二重の利得を得させる理由もないために、例えば、被担保債権が何らかの理由で消滅すれば、当該損害賠償請求権も消滅するといった意味で、担保権と同様のいわゆる付従性が認められるものと解すべきである。

他方、付従性の理屈によるものではないが、担保権者固有の損害賠償請求権が弁済等により消滅した場合もまた、被担保債権への弁済充当の指定の有無にかかわらず、当該被担保債権を消滅させる効力をもつものといえる。これはあたかも、債権者代位によって行使された損害賠償請求権が弁済等により消滅した場合に、それが被保全

債権を消滅させる効力をもつと同様の理屈に基づくものといえる。

また、被担保債権が第三者に譲渡されれば、当該賠償請求権も併せて譲渡されるといった意味で、いわゆる随伴性が認められるものと解される。付従性を肯定する以上は、他方で随伴性を否定し、被担保債権の債権者と損害賠償請求権者とが分離する状況を容認することで、いたずらに複雑な権利関係を作成させるべきではないからである。

以上の点において、担保権侵害による損害賠償請求権は、被担保債権との関係で、一般の不法行為債権にはみられない特殊な性質を具有するものといえる。<sup>57)</sup>

### 3 期限の利益喪失との関連性

では、フランス法において認められているような増担保請求権と被担保債権の期限の利益喪失との選択的追及と同様に、増担保請求権の補完的意義を有する損害賠償請求権と被担保債権の期限の利益喪失との間にも、選択的追及の関係を認めてよいであろうか。<sup>58)</sup>

この点、まずは、日本法の下で、増担保請求権と期限

の利益喪失の追及が選択的であることを確認しておきたい。すなわち、日本の民法上は、「債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき」には、「債務者は、期限の利益を主張することができない」との一般規定（民法一三七条二号）をおくのみで、他に増担保請求の規定を欠くため、仮に増担保請求が認められるとした場合に、両救済手段の相互関係が必ずしも明らかでないからである。

この点、検討するに、期限の利益喪失の一般的意義は、債務者による担保価値維持義務違反を前提に、債権回収への着手を早めることで債権者の被害が更に拡大するのを防止する点に求められるものの、体系的観点からは、契約不履行における救済手段である解除（民法五四〇条以下）との類似性を指摘できよう。とりわけ、被担保債権の主要な発生原因である金銭消費貸借契約（同五八七条）についていえば、一種の片務契約であつて、契約成立後は貸金等の返済義務が残るだけであるため、担保権侵害後に一括弁済金を受領する根拠を、貸金債権の「期限の利益喪失」によって説明するか、金銭消費貸借契約の「解除」によって説明するかは本質的な違いをもたら

さないように思われるからである。

確かに、形式的には、金銭消費貸借契約と担保権設定契約とは別個の契約であるとはいえ、実質的には、貸借型契約に本質的な債務者側の期限の利益と債権者側に付与される担保権とは互いに対価的意義をもつものであるから、侵害行為によって担保権が確保されなくなった以上、この担保権と対価関係をもつ期限の利益もまた喪失させることが望ましいといえるのであつて、こうした考えに依拠するものとして説明できる期限の利益喪失制度は、双務・有償契約を念頭において設計された解除制度を、担保契約の場面に適合するよう構築し直したものとして理解できよう。つまりは、契約不履行における主たる救済手段として損害賠償請求権（民法四一五条以下）と解除権（同五四〇条以下）とが並べて紹介されるように、担保権侵害の場面において、主に損害賠償請求権に対応する増担保請求権と、解除権に対応する期限の利益喪失とが並べて紹介されることには、法体系的にみても整合性があるように思われる。

もつとも、損害賠償請求と解除とが両立をする民法の一般的扱い（民法五四五条三項）とは異なり、増担保請

求と期限の利益喪失とは両立しないものと解すべきである。なぜなら、増担保請求による救済には、損害賠償請求のような清算的意味合いをもたせる余地がなく、もっぱら担保契約関係を維持存続することが増担保請求の目的であるため、同じ清算的意味をもつ期限の利益喪失とは相容れない救済手段といえるからである。およそ、一方で期限の利益を喪失させつつ、他方で増担保請求を行うといったことは考えにくいであろう。したがって、結論としては、フランス法の立場と同様に、期限の利益喪失と増担保請求とは選択的に追及されるべきである<sup>59</sup>。

では、被担保債権の期限の利益喪失と担保権侵害による損害賠償請求権との関係も、同様に捉えるべきであろうか。

この点、当該賠償請求権が増担保請求権の補完的意義をもつことを強調するならば、これらの救済手段は両立せず、やはり選択的追及を認めれば足りるとも考えられる。しかしながら、被担保債権について期限の利益を喪失させたならば、もはや損害賠償請求をなし得ないと考えなければならぬ理由はないように思われる。また、先に述べた被担保債権に対する付従性に鑑みるならば、

逆に、被担保債権の期限の利益を喪失させないままで損害賠償請求を選択しても、期限到来分を上限とする請求しか認められないため、実効性を欠くということにもなる。

むしろ損害賠償請求の場合は、原状回復的な増担保請求とは異なり、あくまで金銭賠償による清算的な解決を図るにすぎないと考え、したがって、期限の利益喪失とは両立するものとして、その併存的追及を認めてよいと解すべきであろう。

#### 4 所有者等の損害賠償請求権との関連性

担保目的物の所有者等が別途、侵害者に対して有する損害賠償請求権との競合関係をどう考えるかも問題となる。

この場合、所有者等が有する損害賠償請求権への物上代位が可能であるため（民法三〇四条一項、三五〇条、三七二条）、これに加えて担保権者が侵害者に対して固有の損害賠償請求権を取得するとすれば、両者の関係はどうなるのか、両権利の競合を認めるのか（競合説）、それとも物上代位権の行使を優先させて競合を回避する

のか（非競合説・物上代位説）が問題とされ、現在、後説が多数説であるとされる。<sup>60</sup>

この点につき検討すると、物上代位における「差押え」（民法三〇四条一項ただし書）手続の經由による第三者（第三債務者としての侵害者や当該損害賠償請求権の譲受人などの利害関係人）への公示機能を重視するならば、<sup>61</sup>何らの公示もなされない担保権者固有の損害賠償請求権の行使を認めることは、第三者の利益を害し適切でないものと評価されよう。

しかし、少なくとも担保権者が固有の損害賠償請求権を行使するまで、所有者において自己の損害賠償請求権を行使し、あるいは処分できるものと解するならば、すなわち、それまで両請求権が併存的に行使され得るもの（いわば求償関係を生じない不真正の連帯債権関係<sup>62</sup>）と解するならば、第三債務者による二重弁済のリスクは生ずることがないはずである。また、所有者が有する損害賠償請求権の譲受人についても、特定の債権の帰属をめぐって相争う立場ではなく、連帯債権のうちの一つの債権を譲り受けた者一般に生ずるリスクとさほど変わるものではない点に鑑みるならば、担保権者との関係でその

利益を保護すべきであるとはまではいえないように思われる。<sup>64</sup>

また、前述のとおり、担保目的物の所有者と当該第三者が共同不法行為者である場合のように、必ずしも当該所有者が侵害者に対して損害賠償請求権を有するとは限らない点に鑑みるならば、担保権者に直接の損害賠償請求権を付与する意味があるし、付随的には、その分だけ侵害者に対する制裁的機能も強められる。両請求権が競合する場合であっても、担保権者の請求権を所有者のそれに吸収させ、担保権者には物上代位を認めるにとどめなければならぬ必然性はないであろう。

したがって、この点に関しては、多数説に反し、競合説<sup>65</sup>を支持することとなるほか、少なくとも担保目的物の滅失又は損傷による損害賠償請求権に関しては、物上代位の規定を無意味化することともなる。大いに批判のあり得るところであり、議論の触発を期待したい。

## 5 付言

なお、以上に掲げた担保権侵害の各救済手段のうち、いずれが付与されるかは、侵害者の類型によって異なり

表2 侵害者別の救済手段

| 侵害者<br>救済手段 | 債務者兼設定者           | 物上保証人<br>〔+第三取得者〕 | その他の第三者 |
|-------------|-------------------|-------------------|---------|
| 損害賠償請求権     | ○ (ただし、通常はメリットなし) | ○                 | ○       |
| 増担保請求権      | ○                 | ○                 | ×       |
| 期限の利益喪失     | ○                 | ×                 | ×       |

得る(表2参照)。

すなわち、損害賠償請求権はすべての侵害者に対する救済手段となり得るが、担保価値維持違反の効果として捉えられる増担保請求権と期限の利益喪失は、当該効果との関係で義務が課される者の範囲に対応して、前者は広く担保権設定者とその承継人である第三取得者に対する救済手段として、後者はもっぱら債務者に対する救済手段として扱われる。したがって、以上に触れた各救済手段の関連性も、それらが現実に競合し得る場面をそれぞれ念頭におきつつ検討したものであることをここに付言する。

#### 四 結 語

従来、平然と羅列するかのように説明されてきた担保権侵害に対する各救済手段であるが、以上にみたとおり、その手段間には一定の体系的関連性が認められるように思われる。また、そのように関連させて理解することで、各手段の法的性質や、法解釈上の具体的問題を解く手掛かりも得られるであろう。本稿は、各救済手段の相互関係に重きをおいたため、とりわけ各救済手段によって異なり得る要件面の解釈、例えば、侵害者の主観的要件(過失の要否、故意を要するか等)の解釈には、あまり踏み込むことができなかつた。この点については、本稿の成果を踏まえて今後、議論を展開すべきものと考え、また、本稿では、これら担保権侵害に対する救済手段の中で、担保権者固有の損害賠償請求権を認めるべきか、また、認めるとした場合の体系的位置付けが大きな問題となることを明らかにした。結局のところ、本稿では、判例・通説に従い賠償請求権肯定説を採ったものの、体系上生ずる様々な問題を回避する上では、フランス法におけるような否定的立場の採用も一考されてよいよう

に思われる。

これらの点を今後の課題に掲げて結びとしたい。

(1) 近時の論文として、中井美雄「抵当権侵害とその法的保護」立命館法学二二二―二二三二号一二五四頁(一九九四年三月)、柴原宏昭「抵当価値権論―抵当権侵害とそれに基づく物権的請求権の限界」早稲田法学会誌四八号三四一頁(一九九八年三月)、舟橋秀明「抵当権侵害論(1)」早稲田法学七八卷二号一九五頁(二〇〇三年一月)、占部洋之「抵当権侵害に対する抵当権者の保護手段―ドイツにおける歴史的展開」大阪学院大学通信三四卷八号六〇三頁(二〇〇三年一月)、太矢一彦「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」東洋法学五〇卷一―二二五頁(二〇〇七年三月)などがある。

(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、最判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁など。

(3) 第三者の債権侵害論中、債権侵害の一類型として、債務者による責任財産減少行為を特に抽出し、詐害行為取消権(民法四二四条)との調整を説くなどは、その一例といえる(吉田邦彦「債権侵害論再考」六五一頁(有斐閣、一九九一年六月)、潮見佳男『プラクティス民法債

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係(清水)

権総論(第四版)』五三九・五四四頁(信山社、二〇一二年四月)など参照。

(4) 占有型担保権である動産質権については、奪われた質物の占有の回復手段をもっぱら占有回収訴権としている(民法三五三条・二〇〇条)。

(5) 他にも、いわゆる担保保存義務(民法五〇四条)が、弁済による代位の制度(民法四九九条以下)によって将来の担保権取得を期待し得る代位権者の法的地位を保護する目的の特殊な救済手段として挙げられよう。

(6) その中で、近時の論稿である、椿久美子「増担保請求権の民法上の位置づけ―期限の利益喪失および抵当権侵害と関連させて」明治大学法科大学院論集一一号一五頁(二〇一二年一〇月)は、増担保請求権を中心に、これと期限の利益喪失(民法一三七条二・三号)との関係を考究する貴重な研究成果となっている。もともと、同論稿は、銀行取引約定書の増担保条項を議論の出発点として、増担保請求権ないしは増担保義務に関する旧民法やドイツ民法の抵当権規定を参照しているため、抵当権以外の担保権への侵害や、これに基づく損害賠償請求権の成否、これと増担保請求権・期限の利益喪失との関係については正面からの検討を加えていない。本稿の執筆にあたって大いに参照させていただいたものの、同論稿の存在が、担保権侵害論を出発点とする本稿の意義を失わせるものではないと考える。

- (7) 拙著「担保価値維持義務について―最高裁判所平成一八年一二月二二日判決に示唆を受けて」月刊民事法情報二五〇号二〇頁(二〇〇七年七月) 参照。
- (8) もつとも、片山直也「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務」法学研究(慶應義塾大学) 八四卷一二号三一〇頁以下(二〇一一年一二月)は、最小平平成二三年九月九日判時二〇九六号六六頁を素材に、設定者以外の第三者にも担保価値維持(協力)義務が認められる場合があることを明らかにする。
- (9) ただし、弁済における法定代位権者(民法五〇〇条)との関係で担保保存義務(同五〇四条)を負うことはあり得る。
- (10) 片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権―担保価値維持義務論を契機として」『詐害行為の基礎理論』六二六頁(慶應義塾大学出版会、二〇一一年五月)〔初出、池田真朗・平野裕之・西原慎治編著『民法(債権法)改正の論理(別冊タートンヌマシ)』一七二頁(新青出版、二〇一〇年一〇月)〕
- (11) こうした問題を否定的にみる趣旨ではない旨ここで付言しておく。
- (12) 我妻栄『新訂担保物権法』三八二頁以下(岩波書店、一九六八年一月)
- (13) 実際、我妻・前掲(12)担保物権法一五五・一七七頁も、質権については侵害に対する効力を講じている。
- (14) 道垣内弘人「担保の侵害」『典型担保法の諸相』四三頁(有斐閣、二〇一三年七月)。なお、同『担保物権法(第三版)』(有斐閣、二〇〇八年一月)は、その成果を採り入れ、担保物権類型ごとに侵害の効力を解説している。
- (15) 我妻・前掲(12)担保物権法二八二・三八六頁
- (16) Enneccerus-Kipp-Wolf, *Sachenrecht*, 1957, §138 II
- (17) こうした立場の背後には、我妻が担保物権の基礎理論として採用するいわゆる価値権論の影響があるように思われる。しかし、こうした考え自体が、今日批判を浴びている(田口勉「担保権の価値権説について」関東学園大学法学紀要四巻二号一七三頁(一九九四年一二月)、太矢一彦「抵当権の性質について」独協法学四六号四四七頁(一九九八年六月)、松井宏興「抵当価値権説の検討」法と政治五三巻一号五三頁(二〇〇二年四月)、横田敏史「抵当権の価値権説再考」法学政治学論究七八号八九頁(二〇〇八年九月)など)。
- (18) いわゆる第三取得者もまた、担保権設定者たる物上保証人に準じて処遇すればよいであろう。
- (19) 日本法(民法一三七条二号)を含め、主に債務者兼設定者を念頭においた規定とみられるが、設定者でない債務者が物上保証人・第三取得者が所有する担保目的物を減少させたような場合も含めてよいであろう。なお、日本法上、物上保証人による担保権侵害についても期限の利益喪失の効果を認める見解がある(於保不二雄『注

積民法(4)』四一一頁(有斐閣、一九六七年)。

(20) 以上の訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法―物権・債権関係』八〇頁(法曹会、一九八二年一月)に従った。

(21) 旧民法債権担保編二〇一条二項は、抵当補充義務なるものを定めていたが削除され、現行民法には受け継がれなかった(削除理由につき、椿・前掲(6)増担保請求権の民法上の位置づけ三二頁以下参照)。現行民法は、一定の特殊な場合に担保供与請求を認めるにとどまる(民法二九条一項、一九九条、四六一一条一項、六五〇条二項後段、九九一条)。

(22) 以上の訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲(20)フランス民法典―物権・債権関係三二〇頁以下に従った。

(23) H., L. et J. Mazeaud par Y. Picod, *Leçons de droit civil*, t.3, 1<sup>er</sup> vol., *Sûretés et publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., 07/1999, n° 273, p. 313-315 etc.

(24) Manuella Bourassin, Vincent Brémont et Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 3e éd., Sirey, 1/2012, n° 2051, p. 547

(25) この点、椿・前掲(6)増担保請求権の民法上の位置づけ一九・三四頁は、二〇〇六年担保法改正により増担保請求規定が削除・廃止されたと述べるものの、本文で述べたとおり、同規定を削除・廃止したものではない。

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係(清水)

もつとも、このような将来の不動産への抵当権設定として構成することが、かつての増担保請求規定(改正前民法二二二一条)とまったく同じ扱いになるかを問題にする余地はあるように思われる。

(26) Michel Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, p. 329 ; Marcel Planiol et Georges Ripert par Emile Beccuq, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, LGDJ, 1953, n° 441

(27) ちなみに、日本の旧民法債権担保編二〇一条二項・三項は、「若シ抵当財産カ債務者ノ所為ニ因リ又ハ保持ヲ為ササルニ因リテ減少又ハ毀損ヲ受ケ此カ為メ債権者ノ担保力不十分ト為リタルトキハ債務者ハ抵当ノ補充ヲ与フル責ニ任ス」、「此補充ヲ与フルコト能ハサル場合ニ於テハ債務者ハ担保ノ不十分ト為リタル限度ニ応シ満期前ト雖モ債務ヲ弁済スル責ニ任ス」との規定をおいていた。一見、フランス民法典に範をとった規定であるかのようにみえるものの、期限の利益喪失(同条三項)を増担保請求(同条二項)に対する補充的な救済手段と位置付けている点において、単なる選択権を付与するにすぎないフランス法の立場とは異なっている。

(28) Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés : La publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., Defrénois, 10/2012, n° 700, p. 345

(29) C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, n°

- 257-258 ; Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de Droit civil : Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 721
- (30) 吉田邦彦『債権侵害論再考』四八二・四八六頁(有斐閣、一九九一年六月)〔初出、法協一〇三巻七号一四四八・一四五三頁(一九八六年七月)〕。もつとも、同書は、通常の契約とは異なる側面を有し、また競売手続との関連の考察も不可欠であるとの理由から、担保物権の侵害を扱わないものとしている(同二頁)。
- (31) Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de Droit civil : Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 11/1996, n° 408, p. 366
- (32) もつとも、こうした法文は、フランス民法典にも存在せず、その由来は定かでない。なお、旧民法債権担保法二〇一条一項の存在にもかかわらず、第三者による抵当目的物侵害に対する抵当権者固有の損害賠償請求を肯定する見解として、井上操『民法詳解債権担保編之部下巻』四〇三頁以下(宝文館、一八九二年一月)参照。
- (33) Aynès et Crocq, *op. cit.*, n° 400, p. 173 etc.
- (34) Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, 5e éd., Dalloz, 02/2009, n° 381, p. 356 ; Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 09/2010, n° 568, p. 415
- (35) この点は、日本法の状況も含め、太矢一彦「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」独協法学四八号一六七頁(一九九九年六月)、同「抵当権の性質について―特にその物権性を中心として」法政論叢〔日本法政学会〕三九巻二号一四頁(二〇〇三年五月)が詳しい。
- (36) 担保物権の物権性そのものを否定する見解もあり(加賀山茂『債権に付与された優先弁済権』としての担保物権)國井和郎先生還暦記念『民法学の軌跡と展望』二九一頁(日本評論社、二〇〇二年三月)、この見解に従えば、所有権侵害その他の物権侵害と同列に論じられないことは当然という理解に達しよう。
- (37) 我妻栄『新訂債権総論』七八頁(岩波書店、一九六四年三月)
- (38) そうであるにもかかわらず、担保権侵害による損害賠償請求の主観的要件が一般的にはなぜ過失で足りると考えられているのかは、再考に値しよう。
- (39) もつとも、被担保債権が法的に無価値化する倒産手続においては状況が異なる。破産手続上、被担保債権との併存に意味が出てくる場合として、最小小判平成一八年一月二一日民集六〇巻一〇号二九六四頁参照。
- (40) 片山直也「詐害行為取消権」法時八一巻一〇号二五・二八頁(二〇〇九年九月)。例えば、集合動産譲渡担保における通常の営業の範囲を超えた不適正処分につ

き、民法四二四条を類推適用して讓渡担保権の追及効を承認すべきとする山野目章夫説(同「流動動産讓渡担保の法律行為」法時六五卷九号二三頁(一九九三年))や、抵当権の保全につき詐害行為取消権を援用する森田修説(同「抵当権に基づく権原占有の排除」金法一七六二号一八頁(二〇〇六年))が紹介されている。

(41) 加藤雅信「担保権侵害とその救済―代担保提供請求権説構築のために」『現代民法学の展開』二一五頁以下(有斐閣、一九九三年九月)

(42) 田高寛貴『クロススタディ物権法』二一九頁以下(日本評論社、二〇〇八年三月)、同「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」名古屋大学法政論集二二七号三四一頁(二〇〇八年二月)

(43) 最小判昭和六一年一月二〇日判時一二一九号六三三頁・判タ六二九号一三四頁。もつとも、有体物の滅失・損傷に関する一般的事案ではなく、非典型担保の一種であるいわゆる代理受領に関する事案であるため、この判示部分をどこまで一般化してよいかが問題となり得よう。

(44) 本文で紹介した以外にも、大判昭和三年八月一日民集七卷六七頁、神戸地判昭和八年一〇月二七日新聞三六五九号七頁、大判昭和一年四月一三日民集一五卷六三〇頁、東京高判昭和二六年九月二七日下民集二卷九

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係(清水)

号一一二四頁、大阪地判昭和三〇年一〇月二五下民集六卷一〇号二二二七頁、山形地米沢支判昭和三十一年三月三日下民集七卷三三九四九七頁、松山地判昭和三十六年三月三〇日判時二六七号五八頁、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、東京高判昭和四七年二月一八日判時六六一号四二頁、東京高判昭和五六年六月三〇日金判六三一三六頁、東京地判昭和五九年三月二二日判タ五二八号二〇二頁、仙台高判昭和六〇年一月三〇日判タ五五三三号一六五頁、東京地判昭和六二年三月三〇日金判七七九号四一頁、福岡高判平成一七年六月一四日判時一九二二二八号八六頁がある。

(45) 加藤一郎『不法行為(増補版)』一四九頁(有斐閣、一九七四年一〇月)

(46) 掲載誌として、判時一九二六号六五頁、判タ一二〇五号一五三頁、金法一七七八号九〇頁、金判一二四〇号三三三頁。

(47) これは民集掲載判例ではないものの、調査官解説に相当するものが存在する(松並重雄・Law & Technology 三二二頁一〇一頁(二〇〇六年七月))。これによれば、「本判決の損害の有無・額についての説示は、一般の担保権侵害等の事案にも妥当するものである」とする(同 一〇五頁)。

(48) この点の指摘につき、田高・前掲(42)担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察三六三頁以下参照。

(49) ドイツ法の議論状況につき、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義 (一)」(三・完) — ドイツにおける判例の検討を中心に」立命館法学二四八号六七二頁、二五一号一〇五頁、二五二号三二六頁(一九九六年一月) — 一九九七年九月)、フランス法の議論状況につき、加藤雅之「規範的損害概念への展望 — 間接被害者論を契機として」法学政治学論究六一号一九五頁(二〇〇四年六月)参照。

(50) 片山直也「東京高判平成一九年一月三〇日判批・金銭消費貸借契約書中の増担保条項に基づく増担保請求としての抵当権設定登記手続請求の可否」金法一八四四号三二二頁(二〇〇八年九月)は、民法上の増担保請求権を担保価値維持義務との関係において位置付ける作業が有用であろう」とする。もつとも、更に歩を進めて、「担保物権(物的担保関係)に基づく物権的請求権(物的義務)として、設定者に対する『担保価値維持請求権』、設定者の『担保価値維持義務』を根拠づける方向性」をもつ近時の判例の評価(片山・前掲(10)詐害行為の基礎理論六二四頁)と結び付け、増担保請求権を一種の物権的請求権として構成することに対しては、なお慎重な検討が必要であり、態度を留保しておきたい。

(51) 債権者代位においてしばしば批判される、事実上の優先弁済機能は、優先弁済権を有する担保権者が弁済を受領する限り問題とはならないであろう。

(52) 高木多喜男『担保物権法(第四版)』一六七頁(有斐閣、二〇〇五年七月)は、明示又は黙示の特約がない場合に増担保請求は認められないとするものの、学説上は、侵害者が不法行為上の責任を負うべき場合に増担保請求を認める我妻・前掲(12)担保物権法三八八頁を筆頭として、特約なき増担保請求を肯定する見解が有力である(他に、近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権(第二版補訂)』一七四頁以下(二〇〇七年四月)、道垣内弘人『担保物権法(第三版)』一八七頁(有斐閣、二〇〇八年一月)、加賀山茂『現代民法担保法』四一五頁(信山社、二〇〇九年一二月)。

(53) 西尾信一『銀行取引の法理と実際』二五九頁(日本評論社、一九九八年三月)、宮川不可止「増担保約定に基づく増担保請求権の効力」京都学園法学五七〇五八号一三八頁(二〇〇九年三月)など。

(54) 増担保条項に基づく増担保請求を認めなかった事例として、東京高判平成一九年一月三〇日判タ一二五二号二五二頁(形成権構成の否定)、及び東京高判平成二一年一月二八日金法一九〇六号八八頁(請求権構成の否定)参照。

(55) ただし、一般の保証とは異なり、侵害者こそが終局的な責任負担者であるから、被担保債権の債務者に対する求償関係は生じないであろう。

(56) 椿・前掲(6)増担保請求権の民法上の位置づけ五六

頁以下は、期限の利益喪失と増担保請求との間で同様の結論を導く。

(57) 加えて、被担保債権の債務者が破産免責決定を得た場合の処理も問題となる。付従性の原則的処理によれば、被担保債権の行使が認められなくなった以上、損害賠償請求も認めるべきでないが、同賠償義務を保証債務と同視するならば、免責の効力はこれに及ばず、損害賠償請求はなお可能と解されることとなる（破産法二五三条二項）。この点、担保権侵害は偶然的要素にすぎず、侵害がなかったとき以上の利得を債権者に与えるべきではないと考えるならば、賠償請求否定の見解に結び付くが、逆に、免責決定を契機として侵害者が義務を免れることこそが不当であると考えれば、法定保証としての賠償義務をなお肯定する見解に立つこととなる。後者が妥当と思われる。

(58) 期限の利益喪失において通常想定される債務者兼設定者による担保権侵害の場面を前提とする限り、前述のとおり、その者に対して理論上生じる損害賠償請求権を被担保債権と併存させたところであまりメリットはなく、両者の関連性を論ずる実益に乏しいが、債務者と第三者の共同不法行為による担保権侵害の場面を想定するならば、当該債務者に対する被担保債権の期限の利益喪失と、当該第三者に対する損害賠償請求との間で関連性を問う実益を生じよう。

担保権侵害に対する一般的救済手段の相互関係（清水）

(59) 高木・前掲(52)担保物権法一六七頁も同旨。

(60) 道垣内・前掲(14)担保の侵害六一頁以下。その他、非競合説（物上代位説）に立つものとして、鈴木祿弥『抵当制度の研究』一二五頁以下（一粒社、一九六八年四月）、加藤・前掲(45)不法行為一一頁、加藤一郎編『注釈民法(19)』七二頁（三島宗彦）（有斐閣、一九六五年九月）、幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』七五頁（有斐閣、一九九三年一月）、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中)』三一九・四四三頁（青林書院、一九八三年一月）、高木・前掲(52)担保物権法一六六頁、近江・前掲(52)担保物権法一六八頁などがある（議論状況につき、舟橋・前掲(1)抵当権侵害論(1)二二三頁以下参照）。

(61) 道垣内・前掲(14)担保の侵害六一頁参照。

(62) 担保権者の立場からすれば、所有者が自己の損害賠償請求権を自由に処分できるとすることは、固有の損害賠償請求の実効性を損ねるものと評されようが、保険法二二条三項本文や仮登記担保法六条一項のような処分禁止効を定める規定がない以上（更には、追及効も一般に認められない以上）、やむを得ないであろう。これを回避したいのであれば、所有者との事前の契約により、将来発生する損害賠償請求権を譲渡担保に供しておくべきこととなる。

(63) 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―不真正連帯債権か物上代位か―」関大法学論

集四二卷三二四号五一頁以下（一九九二年一〇月）、田高・前掲（42）担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察三五二頁など参照。

（64）立法論としては、元の担保権が先取特権（法定担保物権）である場合を除き、「差押え」手続を要求すべきでないとの主張につき、拙著「物上代位―民法三〇四条一項ただし書を中心として」円谷峻編著『社会の変容と民法典』一三四頁（信山社、二〇一〇年三月）参照。また、解釈論としても、将来債権を対象とする譲渡担保の手法により、「差押え」手続を回避できるとの点につき、同「物的担保に基づく物上代位と債権譲渡担保―その競合と再構成」日本法学七一巻一号一六七頁（二〇〇五年五月）参照。

（65）競合説に立つ者として、田高・前掲（42）担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察三五〇頁以下（ただし、物上代位であるか否かを問わず、弁済期前には担保権者自ら賠償金を受領することができず、所有者に対して支払うことを請求できるのみであると説く。これは、物上代位権行使の一態様としての転付命令（民事執行法一九三条二項・一五九条・一六〇条）を否定する趣旨であらうか。）などがある。