

物件価額の提供による抵当権の消滅

— 抵当権本質論序説 —

梶 山 玉 香

一 はじめに

二 抵当権の交換価値支配性

- (一) 抵当権の本質
- (二) 交換価値支配の質的变化
- (三) 不可分性原則との関係
- (四) 交換価値の具現化による影響
- (五) 小 括

三 物件価額の提供による抵当権の消滅

- (一) 考察の視点

一 はじめに

二〇〇〇年四月より施行された民事再生法は、債務者の事業継続に不可欠な財産に限って、担保物件の価額に相当

物件価額の提供による抵当権の消滅

同志社法学 五三卷一号

一（一）

(二) 抵当権の換価権能

- (1) 方法選択の自由
- (2) 時期選択の自由
- (三) 物件価額の提供による消滅
- (1) 交換価値支配の具体化と消滅
- (2) 政策的配慮からの制約
- (四) 小 括

四 結 語

する金銭の提供により物件上の担保権を消滅させることを許す制度（民再一四八条以下。以下、担保権消滅請求制度と呼ぶ）を導入した⁽¹⁾。被担保債権全額の満足が得られなくても担保権を消滅させる、という発想は、実体法学者に少なからぬ動揺をもたらした。これまで、担保法の原則からは、被担保債権の全額が弁済されなければ担保権は消滅しない、と考えられてきたからである。すなわち、担保権が複数設定されている場合、被担保債権の総額が提供されなければ、先順位担保権が消滅したとしても、後順位担保権は残る。それ故、担保物件の価額を被担保債権の総額が超える場合には、担保物件の交換価値以上の額を提供しなければ、担保権は消えない。

同様に担保物件の価値相当額を提供することで担保権を消滅させる制度として、我が国の民法上、既に滌除制度が存在する。抵当物件の第三取得者が、抵当権者に対し、同物件の評価額と引き換えに抵当権を消滅させるよう求める制度である。また、そもそも担保権が実行されたならば、担保権者は担保物件の売却代金から満足を受けるにとどまり、売却代金が被担保債権総額に満たない場合であっても、ほとんどの担保権は消滅する。これらを想起すれば、今回の担保権消滅請求制度が従来の法体系上全く先例を持たないわけではない。ただ、債務者ないし第三者が担保権を消滅させるには、担保権の不可分性や順位昇進の原則との関係で、どのような状況下にあっても被担保債権の総額を提供しなければならぬ、というのが一般的な認識である。滌除や実行に際しての消滅主義は、あくまでも政策的理由から認められた、特殊な制度として位置付けられてきた⁽²⁾。担保権消滅請求制度もまた、正当化根拠を専ら事業再建を目指す債務者の負担軽減という社会的要請に求めている⁽³⁾。

しかし、抵当権の本質は目的物件の交換価値支配にある、と言われる。そうであるとすれば、交換価値である客観

的な代価を提供することで抵当権が消滅するのは当然であり、むしろ、抵当物件の客観的価値を超える額の提供を、被担保債権の効力としてではなく、抵当権のそれとして求めることが、不自然にさえ見えてくる。抵当権者が目的物件の交換価値を支配するのであれば、究極的には、被担保債権額又は目的物件の時価のいずれか低いほうが上限となり、その提供があれば抵当権は消滅するはずではないか。

本稿は、このような素朴な疑問から出発し、担保権消滅請求制度の理論的正当化という作業を通して、⁽⁴⁾ 抵当権の本質たる交換価値支配性の解明を目指すものである。

二 抵当権の交換価値支配性

(一) 抵当権の本質

そもそも、抵当権の交換価値支配性とは何か。我が国の民法上、抵当権は、物権として位置付けられている。したがって、他の物権同様、抵当権には、目的物に対する直接・排他的支配権としての性質が備わり、かつ、それが、本質となるはずである。教科書などでは、所有権が物の全ての価値、用益物権が物の使用収益価値を支配の対象とするのに対し、担保物権は物の交換価値を支配する、と説明される。⁽⁵⁾

この交換価値支配性からは、従来、担保物権による支配が目的物の使用収益面に一切影響を及ぼさない、との命題、いわゆる「価値権」ドグマが導き出され、様々な問題を解決するにあたっての指針とされてきた。⁽⁶⁾ 「価値権」ドグマに対しては、近年、批判が強まっているが、これらは決して交換価値支配性自体を否定するわけではない。⁽⁷⁾ むしろ、

目的物の交換価値を支配するとは何を意味するか、を正確に理解しようとするものである。「価値権」ドグマが交換価値支配の消極的な側面、すなわち、目的物に対し、占有や直接的な利用、弁済期以前の処分という形で、現実的な支配を及ぼすことができない点を強調していたのに対し、これを批判する立場では、担保物権を實行することで、究極的には設定者から所有権を奪い得る、という積極的な側面に着目している。⁽⁸⁾これは、極めて自然な解釈である。用益権の本質を語る場合に、通常、目的物に対する処分権能がない、という消極的側面を全く無視することはできないにせよ、専らその点のみから説明することはない。その意味で、「価値権」ドグマは、交換価値支配性をかなり歪んだ形で表現したものであったと言える。

本来、「目的物の交換価値を支配する」とは、使用収益処分という基本的な権能のうち、処分権能に関わるものである。処分、とりわけ、売却を通して、目的物の交換価値が現実化される。ただ、担保物権の場合は、同じく交換価値を把握する所有権と異なり、債権担保を目的とするわけであるから、目的物を処分し、それにより具現化された交換価値を支配する権能は、被担保債権の弁済期到来後、被担保債権の枠内で、かつ抵当権については、裁判所による競売を通して実現されることになる。つまり、処分権能とはいえ、その行使時期及び行使方法に著しい制約がある。したがって、抵当権による交換価値支配といっても、目的物を処分し、その換価金を被担保債権額に至るまで取得することができる弁済期到来後とそれより前、少なくとも、それがより現実化する競売申立て時とその前では、支配のあり方が全く異なる。⁽⁹⁾

抵当権の本質として、他に、優先的弁済受領権や換価権が挙げられることがある。⁽¹⁰⁾しかし、換価権、売却権は、ま

さに上述の処分権能であるし、優先弁済受領権は、交換価値支配権の順位づけが目的物の換価金を配当する際の順位に反映した結果として認められるものである。もちろん、民法が「抵当権者ハ……債権者ニ先チテ自己ノ弁済ヲ受クル権利ヲ有スル」(民二六九条)と規定していることから、優先的弁済受領権が抵当権の中心的効力であることは疑いがない。ただ、弁済受領権自体は、債権の効力であり、抵当権というよりは、その被担保債権から生じる権能である。抵当権に由来するのは、「優先」という部分であるが、これは、債権又は他の物権に対する「優先」、すなわち、物権が債権に対して優先し、又は物権が對抗要件の具備により他の劣後する物権に優先する地位である。つまり、債権者が目的物の交換価値を他の者に優先して支配する権利を併せ持つがゆえに、本来、債権額に応じて配分されるべき換価金を優先的に取得できることになるのであり、ここでも、交換価値支配性を抜きにして語ることは不可能である。優先的弁済受領権や換価権は、交換価値支配権の変形、交換価値支配性から派生する効力である。しかも、両者とも、弁済期が到来し、交換価値支配が具体化した段階での権能にすぎない。抵当権が設定時から実行により消滅するまで有する性質は、途中で質的な変化はあるにせよ、交換価値支配性だけである。

(二) 交換価値支配の質的变化

抵当権の本質が目的物の交換価値を支配する点にあるとしても、その支配の在り方は、設定から実行までの間に大きく変化する⁽ⁱⁱ⁾。例えば、⁽ⁱⁱ⁾ 抵当物件の交換価値を超えて、抵当権を設定することは可能である。設定後の価格の下落により抵当物件の価格では被担保債権の全額を担保できなくなったという場合のみならず、設定の段階から被担保債権

額が明らかにその当時の抵当物件の価額を超えるような場合であっても、抵当権者が敢えてそのような担保を欲するのであれば、抵当権を設定することは差し支えない。物の支配のあり方としては、本来、その物の価額を超える部分につき支配権を認めることは考えられないが、交換価値を現実に支配する、換言すれば、交換価値支配が具体化するのとは先のことであり、かつ物の交換価値及び被担保債権額は変動するのであるから、設定時を基準にする必要はない、ということであろう。つまり、この現象を説明するには、設定時の段階では、交換価値支配と言えどもかなり抽象的であり、物の客観的な交換価値や被担保債権額の枠には嚴格にとらわれないことを認めなければならぬ。しかし、このことはあくまでも設定に関して妥当するのみであり、競売申立てにあたっては、配当が全く期待できない者からの申立ては制約されている（民執六三条）。さらに、配当に際しては、目的物の換価金が配当原資とされ、被担保債権の総額が目的物の価額を超える場合には全額配当に与れない者も出てくる。要するに、抽象的には把握していたはずの交換価値が実際には空を掴んでいた、ということである。

このように、抵当権に基づく交換価値支配は、弁済期ないし競売申立て時あたりを境に具体化する。⁽¹²⁾ここでの「具体化」とは、目的物件への支配が強化されることのみならず、支配の範囲が目的物の客観的交換価値又は被担保債権額によって制約を受けることをも意味する。つまり、交換価値支配が最も具体化した段階において、被担保債権額が目的物の価額よりも低ければ、抵当権者は被担保債権額の枠内でしか支配権を行使することができず、逆に、目的物の価額のほうが低ければ、その価額の枠内での満足を甘受するほかない。このことは、従来、特に意識して論じられることはなかったが、判例や学説では、このような抵当権の質的変化が当然に前提とされていたようである。

例えば、「**抵当権侵害**」の判断に際しては、物権的請求権や短期賃貸借契約の解除請求権、増担保や損害賠償請求権といった手段に共通の「**侵害**」概念ではなく、問題となる場面ごとに「**侵害**」の基準が論じられてきた。実際、「**抵当権侵害**」とは何かを一般的に定義することは難しい。抵当権者が設定時から目的物件の交換価値を支配しているのであれば、本来、設定者又は第三者の価値減少行為に対しては、いつでも、物権的請求権を行使することで原状を回復し、或いは、損害賠償や増担保を請求することで担保の不足分を補うことができるはずである。不可分性の原則からも、「**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**」のであるから、被担保債権の満足に十分な交換価値が残っている場合でも、設定時の物件価値が維持されていないことを「**侵害**」と見て不合理はない。⁽¹³⁾しかし、**抵当権の目的が被担保債権の担保にあること、最終的に把握できる価値は被担保債権額の範囲内であることを想起するならば、「侵害」とはやはり競売価格が低下し、抵当権者が債権の満足を受けられなくなる**ことである、とも言える。

判例や学説は、「**抵当権侵害**」として単に物件の価値が下落することで足りるか、被担保債権額を下回ることが必要かを、「**侵害**」に対して許される防御手段と密接に関連づけてきた。⁽¹⁴⁾そして、被担保債権額を下回ることまで求める場合には、「**侵害**」が現実化する時期に、具体的には、弁済期到来や競売申立てをして初めて請求が可能となる、とした。見方を変えると、これは、時期によって何が「**抵当権侵害**」にあたるか、それを理由に誰に何を請求できるかが決まるということである。何故か。それは、**抵当権の交換価値支配の在り方が変化し、弁済期到来、競売申立てを境に強化される**からである。

このことは、最高裁判平成一一年一月二四日大法廷判決⁽¹⁵⁾でも前提とされているように思われる。同判決は、「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」、「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」ので、「右請求権を保全する必要があるときは、民法四二三条の法意に従い、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、さらに、「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」と判示して注目を集めた。そこでの「侵害」は、第一次的には、抵当権設定者に対する是正請求権との関係で語られている。同判決の補足意見によれば、この請求権は「設定時よりその実行（換価）に至るまでの間、恒常的に存続する」。一部の評釈は、これを物権的請求権（の亜種）として位置付けたうえで、「抵当権侵害」概念が拡張され、代位請求や抵当権に基づく妨害排除請求による早い時期での救済が可能となった、と見るが⁽¹⁶⁾、同判決において、最高裁は、妨害者に対する代位請求や直接請求がいつから認められるかを明示していない。本件が弁済期到来、抵当権実行の申立て後の事案であることを度々、強調していることから、抵当権設定者に対する請求のように設定時以降いつでも可能なのではなく、少なくとも弁済期到来を要する、と考えているように読める⁽¹⁷⁾。つまり、補足意見が「設定時よりその実行（換価）に至るまでの間、恒常的に」と述べているのは、あくまでも設定者を介した、間接的な侵害除去に關してであり、より強力な、抵当権者自身による手段は、弁済期が到来し、交換価値支配が具体化してから許される

のである。

目的物件の用益面に対する干渉可能性という面でも、交換価値支配の質的変化は確認できる。⁽¹⁸⁾ 先述のとおり、判例及び学説は、これまで、「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」との前提を堅持してきた。しかし、交換価値支配が究極的に目的物件の使用価値へも重大な影響を及ぼすことは、特に「価値権」ドグマを批判する立場から指摘されてきたことである。⁽¹⁹⁾ そこでは、目的物件の競売（及びそれによる買受人への所有権移転）という最終的な局面が念頭に置かれていたのであるが、目的物件に対する用益面での干渉は、差押え、或いはそれ以前の、債務者が債務不履行に陥った段階から少しずつ許容されている。例えば、民法は、抵当権実行に着手した後、抵当権者が果実收取権を取得する旨を規定し（三七一条一項但書）、⁽²⁰⁾ また、（短期）賃借権の存在により配当額が減少する場合には、抵当権者に、賃貸借契約の効力自体を否定する権限を与えている（三九五条但書）。⁽²¹⁾ さらに、最高裁は、抵当権者が目的物件の賃料債権へ物上代位することを認めるが、⁽²²⁾ これも、弁済期到来後の使用収益へ干渉が許された例である。先述の大法廷判決によれば、無権原で占有する者を排除し、物件を抵当権者自らが管理、占有することまで認められる。いずれの判決でも「価値権」ドグマは放棄されず、⁽²³⁾ 最高裁が、一定時期以降の収益活動や占有が「価値権」ドグマと何ら抵触しないものと理解していることは明らかである。

(三) 不可分性原則との関係

抵当権に基づく支配の範囲が被担保債権額又は目的物件の価額によって画されることは、抵当権設定者の物的有限責任と整合する。抵当物件所有者が債務者でない場合は言うに及ばず、債務者所有財産に抵当権が設定されているのであつても、抵当権者が交換価値支配を根拠として請求できるのは、理論上、被担保債権額と当該物件の客観的価額のいずれか低い方である。これを超える部分は、実際には無担保なのであり、さらに満足を受けようとするれば、一般債権者としての地位に基づいて債務者財産を擷取するほかない。

しかし他方で、民法には、「担保物権は被担保債権全額の弁済を受けない限り、消滅しない」という不可分性の原則が存在する。物的有限責任との関係では、主債務者、保証人による滌除（民三七九条）や債務者による競売物件の買受申出（民執六八条）が明文で禁じられ、人的責任として満額弁済の義務を負う者が、物件価額の提供により容易に（物的）責任を免れることのできない仕組みとなっている。さらに、物上保証人が自ら弁済することで抵当権を消去しようとする場合にも、被担保債権全額の提供が求められる。第三取得者もまた、代価弁済や滌除の道があるにせよ、原則としては、物件価額を提供しただけでは抵当権の負担から逃れられない。

では、交換価値支配性からの帰結とこれらの規律との齟齬は、どのように理解すればよいか。抵当権の目的は、物件の交換価値支配自体ではなく、交換価値支配という手段を通して債権担保を図ることにあり、その目的が達せられるまで支配を解かないことには合理性がある。ただ、抵当物件所有者には事実上物件価額以上の負担を課すこととなり、有限責任とは一見、相容れない。それ故、近時、不可分性は担保権を強化するためのものであり、抵当権の本質

とは無縁である、との見方も強い⁽²⁴⁾。しかし、抵当権を語るうえで債権担保という目的は切り離すことができず、それは、本質である交換価値支配にも影響を及ぼしている。債権担保のための支配であるからこそ、前述のとおり、被担保債権が置かれている状況に応じて、支配の在り方が刻々と変化するのである。

前節で述べた交換価値支配の質的变化を前提とするならば、不可分性は、抵当権による支配が未だ抽象的である状況で、各々どれだけの価値を把握しているかが混沌として定まらないが故に求められる性質である、と言える。したがって、交換価値支配が具体化し、抵当権により現実に把握される価値が明らかになった後、理論上は、もはや不可分性に固執する理由はない。

(四) 交換価値の具現化による影響

ここまで、我が国の抵当権が交換価値支配性を本質とすること、一定時期以降、支配力は強化され、それに伴って支配の及ぶ範囲も被担保債権額又は目的物件の価額により限界づけられることを確認した。では、支配が具体化した段階で交換価値が現実化していれば、抵当権者は、設定者側からなされた交換価値の提供を拒むことができず、設定者の物的責任は当然に解消されることになるか。

交換価値支配が具体化し、かつ、交換価値が現実化した結果、抵当権が消滅する例としては、被担保債権の弁済期到来後、抵当権者が競売により目的物件を換価し、その売得金から満足を受ける場合が挙げられる。目的物件の交換価値は換価により具現し、同時に、抵当権者の支配に服する範囲が確定して交換価値支配は具体的になる。抵当権は、

被担保債権額又は物件の客観的価値のいずれか低い方の提供と引き換えに消滅する。ここでは、交換価値の具現化に伴って、交換価値支配が具体化している。交換価値支配が具体化したからこそ、換価を申し立てることができる。考えるならば、順序は逆になるかもしれない。

いずれにせよ、右に述べたのは、あくまでも抵当権者がイニシアティブをもって交換価値を実現する場合、すなわち、自らの意志で目的物を換価し、支配を及ぼす場合の話である。目的物の交換価値が具現化する局面は、その他にも存在する。設定者が目的物を売却したり、抵当権者以外の者が当該物件の競売を申し立てた場合である。そこでは、抵当権者の意図しない形で目的物の交換価値が現実化し、交換価値支配は必ずしも具体化する時期にない。さらに、担保権消滅請求制度が機能するのは、交換価値支配がかなり具体化した段階にあるものの、抵当権者が未だ交換価値を実現していない段階である。

これら、交換価値支配の具体化と交換価値の具現化が時期を異にする場合に、後者が前者をもたらすかは問題である。換価という形で交換価値が明らかになった以上、抵当権に基づく支配は、その実現された交換価値を限度とするか、或いは、それを超えて被担保債権満額まで求めることができるか。見方を変えると、これは、目的物件に対する従前の支配をその換価金に対する支配へと転じさせるか、換価に適切な時期がくるまで、目的物に対する支配に固執することを許すか、でもある。いずれの方法をとるかは、理論上、一つには、交換価値支配性の中に、交換価値を実現する時期・方法の支配までを含めるかどうか、によって決まる。⁽²⁵⁾ すなわち、交換価値支配が既に現実化した交換価値を把握する、との意味であれば、どのような形で実現されようと、抵当権者は目的物の価値変形物に対する支配権

を有するにとどまる。⁽²⁶⁾ 逆に、「交換価値を支配する」ことの中に、交換価値を現実化する時期・方法の支配までを含むとすれば、他人の申し立てた競売で換価金が生じても、抵当権者は、それによる満足を受ける必要がなく、自分にとって最も有利な時期に換価すればよいことになる。また、我が国のように、任意売却の際には抵当権者が抵当権を失うことなく、競売においては抵当権が消滅する状況では、売却による交換価値の現実化と競売によるそれとの本質的な差異を考えなければならぬ。⁽²⁷⁾ 競売で得られた金銭を債務者の意志にかかわらず、強制的に提供した場合と、債務者又は抵当物件所有者の意思に基づいて物件相当額を提供した場合とで抵当権の扱いが異なるのは何故か、の問題である。

(五) 小 括

以上、見てきたとおり、抵当権は、設定から実行に至るまで交換価値支配性を本質としているが、その支配の在り方は、時期により少しずつ変化する。設定時には、目的物こそ特定されているものの、その支配力は一般債権同様、極めて抽象的なものでしかない。弁済期到来によりやや支配が具体化し、差押え、それに続く配当の時点で、どれだけの交換価値を把握しているかが明らかとなる。交換価値支配の具体化により、一面では物件に対する支配力が強化される。時期が進むにつれ、「侵害」に対してより強大な措置がとれるようになり、原則として干渉できないはずの、物件の使用収益についても、弁済期が到来し実行を申し立てた後は、果実を収取することや占有を剝奪することまで許される。反面、設定時には物件の全部に対して抽象的、不可分的に及んでいた支配が、被担保債権額又は物件の客

観的価額の範囲内に限定される。これにより、「侵害」の基準は、単に目的物件の価額が下落するかではなく、下落によって被担保債権の満足に支障をきたすか、という、より厳しいものとなる。

交換価値支配が具体的になった段階では、抵当権者自ら抵当権実行を申し立て、交換価値を具現させることができ。では逆に、抵当権者の意図しない時期・方法で交換価値が現実化した場合、これに伴って交換価値支配が具体化するか。これが認められるとすれば、物件価額の提供により抵当権を消滅させる制度は、理論的に説明できる。

三 物件価額の提供による抵当権の消滅

(一) 考察の視点

前章で指摘したとおり、ある抵当制度が物件価額の提供による抵当権の消滅を許すか否かは、抵当権に基づく支配の在り方、すなわち、交換価値支配がいつから、どのような形で、どこまで及ぶか、と密接に関係している。抵当権設定者の責任を債務者としてのそれと明確に区別するならば、提供した物件の客観的価値の範囲でのみ責任を負うことの説明はたやすい。また、抵当権者の支配権が交換価値実現の時期・方法にまで及ばず、目的物件の換価後は現物への追及が断ち切られるとすれば、抵当権者は、必然的に、現実化した交換価値、すなわち、売却金での満足に甘んじることになる。このことは、交換価値の実現が任意売却による場合であれ、競売による場合であれ、さらに、競売が自らの申立てに基づくか否かを問わず、妥当するものでなければならぬ。無論、滌除や担保権消滅請求制度をめぐる議論に顕著であるとおり、物件価額の提供により抵当権が消滅するか否かには、社会・経済情勢などへの政策的

配慮が多分に影響している。しかし、総合的な見地から個別の立法を眺めたときには、その根底にある抵当制度としての一貫性が求められる。競売における消除主義や担保権消滅請求制度の基礎には、物件価額の提供による抵当権の消滅を受け入れることのできる抵当制度が存在するはずである。

ただ実際には、個々の制度から抵当権、抵当制度に対する一貫した態度を読み取ることは、なかなか困難である。我が国では、民法上、抵当物件が売却により第三者の所有となった後も抵当権者に目的物件への実行を許す一方で、民事執行法は、競売後の買受人に抵当権を引き受けさせない。外国の立法例を見ても、人的責任と物的責任を明確に区別するはずのドイツ法が滌除制度を持たず、物件価額の提供による抵当権の消滅は、交換価値支配性や物的責任とは無関係であるかの印象を与える。⁽²⁸⁾しかし、ドイツ法が競売において引受主義を採用し、他方、滌除制度を有するフランス法では、競売でも消除主義がとられていることを想起すれば、やはり制度の背景には抵当権に対する一つの考え方が存在するようにも思われる。⁽²⁹⁾少し踏み込んで、抵当法及びその周辺制度が強制競売の基礎として何を想定し、強制競売と任意売却をどのような関係として捉え、目的物件の交換価値が現実化した場合の抵当権をどのように処遇しているかをも考慮に入れることにより、体系的な説明が可能となるのではないかと期待する。

以下、抵当権者は、目的物件の換価（具体的にはその時期・方法）につき決定権を有するか、目的物件が意図しない時期・方法で換価された場合、抵当権者はどのように処遇されるか、の二つの観点から現行制度を分析し、我が国の抵当法上、物件価額の提供による抵当権の消滅を積極的に受け入れる基盤が存するか否かを検討する。

(二) 抵当権者の換価権能

(1) 方法選択の自由

換価権能は、我が国において、優先弁済受領権と並ぶ、抵当権の本質的要素として捉えられている。この換価は、債権に基づく強制執行同様、国家の営む手続を通して行われる。非典型担保の場合のように、担保権者が積極的に交換価値を現実化し、自らの満足に供するのではなく、抵当権者による換価権の行使は、執行機関への実行申立てという形で行い、国家の執行権を発動させるにとどまる。もともと、かつては、必ずしもこのように考えられていなかった。抵当権その他の担保権実行は「任意競売」と呼ばれ、一般の強制執行とは制度上区別されていたからである。すなわち、抵当権実行は、担保権に内在する換価権の発現にすぎず、⁽³⁰⁾そこでの競売は私法的色彩が濃い。抵当権者は他人が所有する物件を売却する実体権を有しており、その実現のために国家手続を利用するにすぎない。そう考えた場合、抵当権実行は、本来、実体法が抵当権者自身に許した換価を国家が代行するものであり、まさに換価権の行使そのものとなる。

私権の強制的実現手続としての共通性から両手続が民事執行法に統合された後もなお、担保権実行の基礎には換価権があり、国家の執行権を基礎とする強制執行とはやや性質を異にする、との観念は捨てられていない。このことは、同法が、担保権実行の申立てにあたって執行名義を求めず、担保権の存在を証する文書の提出で足りるとした点に現れている。確かに、一般の債権者は、実体法上債務者に対する給付請求権しか有しておらず、債務者財産の換価は専ら右請求権を強制的に実現するため、国家の執行権に基づいてなされるものである。弁済期到来後に自ら債務者財産

を処分し、そこから満足を受ける権利が、実体法上債権者に与えられているわけではない。ただ、そのような意味での換価権、つまり、執行によらず他人の財産を売却する実体的権利が抵当権者に帰属しているかは疑問である。現在、実務では、競売の代わりによく抵当物件の任意売却（処分）が利用されるが、これには、抵当権者のみならず、抵当物件所有者の同意が必要とされている。⁽³¹⁾ よって、単純に、抵当権者による換価権の行使とは言い難い。

民事執行法による手続統合が検討された当時、生熊長幸教授は、右に述べたような実体的換価権の観念を否定し、競売申立権として構成すべき旨を主張された。⁽³²⁾ しかし、換価権と競売申立権は次元を異にし、国家への競売申立権の基礎に目的物件に対する換価権が存する、そして両者の関係は、債権の擱取力と執行請求権とのそれに対応する、との見方が有力である。⁽³³⁾ 債権には、債務者財産を自ら換価する権利は認められていないが、執行により責任財産から満足を受ける権利、擱取権がある。これは、債務者財産全体に対する包括的、抽象的な換価権である。しかも、換価に関する面だけで捉えるならば、差押えを通して債権者は抵当権者と同等の地位を獲得する。すなわち、特定財産の交換価値を具現化し、そこから（優先的又は他と平等の）満足を受ける、という地位である。抵当権の場合は、設定時から目的物件が特定されているが、債権では、差押えにより初めて目的物件の特定がなされる、という点に違いがあるのみで、実行段階での両者に差はない。⁽³⁴⁾

民事執行における競売は、国家の執行力を直接の根拠とする。が、それを発動させるには、実体権としての換価権が競売申立人に帰属していなければならない。抵当権実行の場合、換価権は設定時から抵当権の本体として成立し、一般の債権に基づく強制執行では、債権に内在していた抽象的換価権が差押えを機に具体化する。ここでの換価権は、

それ自体の行使により目的物件の換価を目指すものではなく、換価を執行機関に依頼するための基礎として観念されている。抵当権の換価権能から、直ちに目的物件の換価方法に関する選択の自由を導き出すことはできない。

(2) 時期選択の自由

目的物件が自身の換価権に基づかず換価された場合、抵当権の支配は依然として目的物件を対象とし得るか、それとも、そこに具現した交換価値にしか及ばないか。右の答えは、抵当権の交換価値支配性から確定的に導き出されるわけではない。価値支配という面からは、目的物件に対する支配を価値変形物への支配へ転じても支障はない。⁽³⁵⁾すなわち、抵当権者の換価権は、交換価値支配のための手段にすぎず、他の方法で交換価値が現実化したときに、その確実な把握さえ保障されていれば足りる。しかし、換価自体に交換価値の評価方法や時期の選択、端的に言えば、価額の決定という独立の意義を求めるならば、換価に対する抵当権者の権利は保護されなければならない。もっとも、先に見たとおり、抵当権においては、換価方法の自由が制度上限定されている。

時期の選択に関して、我が国の民法は、原則として抵当権者に自由を認めており、目的物件が売却された場合には、抵当権者に目的物そのものへの追及を許す。物上代位制度は、目的物の売却、賃貸、滅失又は毀損に際し価値変形物に対する支配を規定しているが、同制度を利用するかどうかは抵当権者の意思に委ねられている。そもそも、物上代位にあたっては、被担保債権が履行期になければならず、目的物件の交換価値が具現化したからといって、常に抵当権の効力に服するわけではない。また、物上代位を根拠に、抵当権の効力を価値変形物へ及ぼすためには、差押えなど一定の手続が必要であり、具現化した交換価値が自動的に抵当権の支配対象となるのではない。さらに、最高裁の

見解によれば、目的物件本体への実行と物上代位による実行は併存し得る⁽³⁶⁾。したがって、交換価値支配がかなり具体化した状態にあり、かつ抵当権者が価値変形物への追及を選択したとしても、目的物の客観的価値内での満足を強いられない構造となっている。代価弁済や滌除は、あくまでも例外的な制度である。

これに対し、民事執行法は、不動産担保権につき、競売により目的物件上の権利を消滅させる考え方、いわゆる消除主義を採用している。抵当権者には、他人が申し立てた競売において換価金から満足を受けるか否かを選択する余地がなく、たとえ配当受領による消滅を望まず、又は、望んでも満額配当を得られなかった場合でも、そのような抵当権が物件の買受人に引き受けられることはない。民法とは逆に、交換価値が実現された以上は、目的物件の客観的価値での満足を強いるのが原則である。このような消除主義は、かつて、一抵当権者からの競売申立てを物件上の抵当権全ての実行とみなす結果として実体的に説明がなされていた⁽³⁷⁾。しかし、三〇年ほど前、竹下守夫教授によって「消除主義・引受主義の選択は、権利の性質、利害関係人の利益、土地金融の在り方など多角的な要素を比較秤量してなされるべき合目的判断であり、消除主義を消滅する担保権の実行と関連づけて理解するのは誤りである」との指摘がなされた後は、専ら政策面から説明されている⁽³⁸⁾。

ここでは、民法と対照的に、抵当権者による換価時期選択の余地はない。かつて、竹下教授は、我が国の現行法が剰余主義を前提としていることから、消除主義の下でも、後順位抵当権者の申立てにより先順位抵当権者の権利が害されるわけではない、と説いた⁽³⁹⁾。現在、後順位抵当権者の申立てによる場合、先順位抵当権者には、間接的ではあるが、満額配当が保障されている。民事執行法は、差押物件の最低売却価額から、先順位担保権の被担保債権などの優

先債権と手続費用の総額を差し引いて剰余を生じる見込みがない場合、競売を申し立てた債権者から剰余の証明や保証の提供がなければ、競売手続を取り消す旨を規定している。買受希望者の申出額が優先債権の満足に足りなければ、差押債権者が自ら買受人となり、又は剰余を生ぜしめるために自ら申し出た額と最高価買受額との差額を負担する。それ故、先順位担保権が消滅するのは、被担保債権額の提供と引き換えである。

このことを踏まえて、山本和彦教授は、現行法につき、「他の利益が特段存しないときには担保権者の時期選択権が完全に保障されるが（競売の場合）、保護に値する他の利益が存するようなときには時期選択権は後方に退くというのではないか」と分析する⁽⁴⁰⁾。しかし、剰余主義により保障されるのは、厳密に言うとは、先順位者の満額弁済であり、時期選択の自由そのものではない。不利な時期の換価により満足を受けられなくなる、という意味での不利益が回避されるだけであるから、換価権というよりも、配当における優先権の保護である。配当受領の問題として考えた場合、確かに、後順位者の競売申立てにおいて先順位者の満足さえ確保すれば、先順位者の申立てにより後順位者の権利が何ら手当てなく消滅したとしても、「先順位の権利を後順位のそれによって侵害されることはないとする、物権法秩序の要請」⁽⁴¹⁾に抵触しないであろう。しかし、換価はそのような順位、すなわち、物権法秩序に関係なく、先に申し立てた者の権原に基づいて行われる。満足が確保されているとしても、一抵当権者の申立てにより、その他の抵当権者が自らの欲する時期に換価を申し立てる機会が奪われることに変わりがない。したがって、手続法の領域において、時期選択の自由が保障されているとは言いがたい。

(三) 物件価額の提供による消滅

(1) 交換価値支配の具体化と消滅

目的物件が意図しない時期・方法で換価された場合、抵当権者は、物件価額の提供を受け入れ、自らの権利を消滅せしめなければならぬか。抵当権の換価権能に関する考察からは、抵当権者が特定の物件に対して換価権を有していること、しかし、現行法上、物件換価につき、その方法や時期を選択する自由は、少なくとも手続法上かなり制約されていることが判明した。手続法が競売の根拠として観念する、抵当権の換価権能は、それ自体の自由な行使を予定しているものではない。ちょうど、一般債権者が債権の回収権能に基づいて債務者の責任財産から特定の物を差し押さえ、換価を申立てることができるのと同じく、抵当権者も、交換価値からの満足という目的を果たすために、物件の換価を申し立てることができるだけである。ここでの換価は、支配を現実化するための手段にすぎない。他の方法で実現されたならば、その換価金が各抵当権者、債権者に分配される。多くの場合、換価金は、全ての債権を満足させるに足りないが、その段階で配当に与けられない債権者、抵当権者は、抽象的には目的物件の交換価値を支配していたが、実際には何も掴んでいなかった、と言うほかなく、それ以上の説明は必要がない。本稿で言うところの、交換価値支配が具体化する局面での現象である。剰余主義もまた、支配がかなり具体化した段階における（現実の交換価値支配に由来する）換価権能の否定として捉えることができる。

では、我が国の民法が、抵当権に原則として追及効を付与するのは何故か。これは、単純に実体法と手続法との齟齬と考えるべきではない。手続法で観念される抵当権の換価権能は、実体的なものであり、両者は同じはずである。

然るに、一方で物件価額の提供により抵当権は消滅し、他方では、必ずしも消滅しない。

違いは時期、すなわち、任意の売却又は競売により交換価値が現実化したとき、交換価値支配が具体化した状態にあるか否か、にあるのではないか。競売段階における交換価値支配は、具体的である。競売によって得られた金銭は、専ら債権者の満足に供される。これに対し、任意の売却は何も抵当権者の交換価値支配が具体化した局面でのみ行われるわけではない。売却により交換価値が具現した段階でなお支配は抽象的なものにとどまっていることも多い。支配の範囲が具体的に定まっていな以上、売却時点での物件価額を基準として満足の可否を決することは適切ではない。しかし、売却が弁済期到来により支配が幾分具体化した後に行われた場合、民法は、代金債権への物上代位という迂遠な方法であれ、価値代替物への支配に転じる可能性を規定している。目的物本体への追及が可能である場合には、なお、抵当権者が、それに加え、又はその代わりに価値代替物（に対する引渡請求権）を支配することができるかは議論のあるところであるが、判例によれば、目的物本体への実行か、物上代位によるかの判断は抵当権者に委ねられており、後者を選択した場合には、価値代替物の交付により抵当権は消滅する。代価弁済や滌除は、支配の具体化がさらに一段階進んだ場面で、物件価額の提供により抵当権を消滅させるものである。

こうして見ると、我が国の民法上、目的物件が意図しない時期・方法で換価されたとしても、同物件上に抵当権を有する者が物件価額内での満足に甘んじる必要はない。このことは、交換価値の現実化が支配の具体化をもたらさないことを意味する。が、それを越えて、何らかの理由で既に交換価値支配が具体化している場合、物件価額と引き換えに債権が消滅することまで否定するものではない。前章で見たとおり、抵当権者は、弁済期到来や競売申立てによ

り、目的物件への物的支配力を強め、使用収益面への一定の干渉が可能となるが、反面、支配の及ぶ範囲が、被担保債権額ではなく、物件価額により明確に画される。したがって、交換価値支配が具体化した段階に限るならば、物件価額の提供により全ての抵当権が消滅する、との仮説は、民法が抵当権に追及効を認めていることによっても、なお完全には否定され得ない。

(2) 政策的配慮からの制約

物件価額の提供により全ての抵当権が消滅する、との仮説にとって障害となるのは、むしろ、交換価値支配が具体化した段階においても、抵当権の消滅が、特定の者から物件価額の提供がなされた場合に限って認められていることである。例えば民法上、抵当権の消滅をもたらし物件価額の提供は、第三取得者からのものに限られている。民事執行法においても、債務者による競売物件の買受けが禁じられており（民執六八条）、配当原資となる売却代金は、債務者以外の者から提供される。

民法が債務者や物上保証人に滌除を認めないのは、これらを容易に担保の拘束から逃れさせないことにより、被担保債権全額の弁済を促すという狙いによる。⁽⁴²⁾民事執行法上の制約もまた、手続妨害への懸念や倫理的な観点から設けられたものであり、競売の本質から導き出されるものではない。⁽⁴³⁾債務者（担保権実行にあつては、担保物件の所有者たる債務者）の他、どの範囲の者にまで被担保債権全額の弁済を強いることができるか、例えば、物上保証人による物件価額の提供を許すか否かは、個々の法律に委ねられている。結局は、交換価値支配とは別次元の、政策的配慮である。したがって、純粹に交換価値支配性のみから帰結するならば、交換価値支配が具体化した段階では、物件所有

者は物件価額の範囲でのみ(物的)責任を負い、それ故、第三者のみならず、物件所有者や債務者からの物件価額の提供であっても、抵当権は消滅するのが原則となろう。前章(三)で述べたとおり、抵当権が債権担保を目的とする以上、その手段としての交換価値支配には上述の制約が内在している、と言えなくはない。が、もはや物件上に担保権を存続させ続けることが他の利害関係人との関係上適切でなく、債権回収手段としても効を奏しないと考えられる状況下では、そのような制約は無意味となる。

民事再生法における担保権消滅請求制度は、「当該財産が再生債務者の事業の継続に欠くことのできないものであるとき」との条件付きであるが、債務者による価額提供と引換えに物件上の抵当権を全て消滅させる。民事再生手続は、「経済的に窮境にある債務者について、その事業又は経済生活の再生を合理的かつ機能的に図るため」の手続である。⁽⁴⁴⁾ 破産とは異なり、原則として債務者自らが財産の管理や処分にあたるが、そこでの債務者は、手続遂行者として総債権者の利益を代表する立場にある(民再三八条二項⁽⁴⁵⁾)。先述のとおり、民法や民事執行法は、政策的配慮から物件価額の提供による担保からの解放を債務者に認めていないが、担保権の存続が債務者の再生を阻み、他の債権者に著しい負担を強いる場合、手続遂行者たる債務者からの担保権消滅請求を認めたとしても、右政策的配慮とは何ら抵触しない。したがって、原則に立ち戻り、物件価額の提供により物件上の抵当権は消滅するのである。

(四) 小括

以上、交換価値支配が具体化した段階において自らの意図しない形で具現した場合、物件価額の提供と引き換えて

抵当権の消滅が認められていることを確認した。担保権消滅請求制度が問題となるのは、債務者が「経済的に窮境にあり、同人につき「再生手続開始の申立てがされ、再生手続開始の決定がされ、又は再生計画が遂行されている」(民再二条一号) 状況下である。これは、競売と同視できるほどに交換価値支配が具体化した段階と考えられる。したがって、基本的には、抵当権設定者その他の利害関係者から目的物件価額に相当する額の提供があれば、抵当権の消滅を認めてよい。

問題は、価額提供を債務者自身が行うことである。現行法は、債務者による提供を認めていない。被担保債権全額を支払うべき義務を負う者がそれに満たない物件価額を提供し、担保を外すことを防ぐためである。しかし、物件価額の提供により、債務自体が消滅するわけではない。また、実際のところ、民事再生手続が開始した段階において、物件上の担保権を存続させることにより債権の全額回収が図れるとは期待しがたく、負担を強いられるのは、他の債権者である。さらに、同手続における債務者が手続遂行者、管財人としての性質を併せ持っている。したがって、担保権消滅請求制度は、決してバブル経済崩壊後の異常事態に対応するための例外的措置でなく、現行法体系上受容されるものである。

むしろ憂慮すべきは、滌除制度と担保権消滅請求制度との狭間で、物上保証人にのみ物件価額の提供による担保からの解放が認められないことである。⁽⁴⁶⁾ 純粋な物的責任という意味では、物上保証人こそ、このような制度に馴染む。ただ、民事再生法は、専ら債務者の事業又は経済生活の再生という観点から、担保権消滅請求制度を導入した。これは、あくまでも、物件価額の提供によって抵当権は当然には消滅しない、との原則が「再生」の必要性から修正され

た、との理解による。しかし、本稿の分析によれば、交換価値支配が具体化した局面で物件価額が提供なされれば、本来的には誰からの提供であれ、抵当権は消滅するのが原則である。現行法上、不可分性原則や滌除権者の限定など、債権担保を凶るための制約はあるが、これもまた、基本的には債務者のみを対象としている。したがって、債務者以外の者（手続遂行者としての債務者を含む）には物件価額の提供によって担保から解放される機会が与えられて然るべきである。

四、結 語

抵当権は、極めて特異な権利である。物権でありながら、その支配対象が交換価値という、実体を把握しがたいものであるために、ややもすれば、支配性が希薄になりがちである⁽⁴⁷⁾。他の物権とは異なり、現在ではなく、債務不履行という、将来の事態における効力を期待して設定される。また、民法三六九条の定義によれば、「債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ担保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債権者ニ先チテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クル権利」とあるが、抵当権自体が弁済受領権限を内包しているわけではないので、これは、実体法上債務者に優先弁済を請求する権利というよりも、被担保債権の弁済受領権限に責任財産に対する優先的擱取が加わって、配当手続での優先的処遇を受ける権利と理解すべきである⁽⁴⁸⁾。つまり、実体権でありながら、専ら手続法領域での発動が念頭に置かれている。

したがって、債務者が債務不履行に陥るまで、或いは、抵当権者が実行に至るまで、果たして抵当権がどのような権利であるかは、実際のところ、不明瞭である。容易に想像がつくのは、設定時の抵当権と実行着手後の抵当権、言

い換えれば、実行が現実化していない段階と、売却手続で最低売却価額が定められ、買受人が出てくる段階とで目的物件への関わりは全く異なる、ということである。それにもかかわらず、従来、「抵当権は交換価値支配権である」と一括して捉え、「その効力は目的物件全体に及び、被担保債権全額の弁済を受けない限り、消滅しない」とか、「目的物件の使用収益には一切干渉できない」といった命題が、設定時から実行時まで、あらゆる場面で妥当するかのよりに考えられてきた。その結果、抵当権設定者側による物件価額の提供と引換えに物件上の抵当権を全て消滅させること、抵当権者に使用収益への関与を認めることは、一律に否定され、或いは、特殊な事情から例外的に認められるにすぎない、と解されがちであった。

本稿では、民事再生法が担保権消滅請求制度を導入したことを契機とし、物件価額の提供により抵当権は消滅するか、との観点から、抵当権の本質たる交換価値支配性、その質的変化の解明を目指した。そこで、①交換価値支配の内容が設定時から弁済期到来、実行、そして消滅するまで質的に変化すること、②右の命題が妥当するのは、支配が抽象的である初期の段階に限られること、③実行に近づくにつれ、支配は具体化し、使用収益にまで及ぶ反面、疎取できる範囲は、被担保債権額又は目的物件価額のいずれか低いほうを上限とすること、④それ故に、最終段階においては、被担保債権の総額が物件価額を超える場合であっても物件価額を提供すれば、物件上の抵当権は消滅すること、の四つの仮説を立て、現行制度、判例や学説の分析を通してその検証を行った。その結果、抵当権者が誰に、どの範囲で、何を主張しうるかを整理することで、判例や学説が何らかの形で時期に関連づけて考えていることを概観した。同時に、被担保債権額や物件価額が主張の可否や範囲に影響を与えること、いくつかの現行法上の制度が、無意識の

うちにも、このことを前提として成り立っていることも確認することができた。もっとも、四つの仮説、とりわけ最後の二つは、債務と責任論などの古典的議論につながるものであり、その正当性を示すには、当然のことながら、基礎理論を踏まえた検証を経なければならない。本稿を抵当権本質論の「序説」とする所以であり、全体をもって今後の研究のための問題提起としたい。

(1) 一九九七年一二月に法務省民事局参事官室が発表した「倒産法制に関する改正検討事項」では、新再建型倒産手続における担保権の処遇についての項目は設けられているものの、担保権消滅請求制度に関する言及はない。しかし、滌除類似の制度を求める実務の声(木内道祥「新再建型手続における担保権の取扱」判タ九九一号(一九九九年)一二頁参照)に応じ、一九九九年四月に発表された素案、同年八月の改正要綱では検討事項に加えられた。是非をめぐっては、実務家、手続法学者及び実体法学者から相次いで意見が表明されたが(素案に先立ち、「倒産法改正の方向」NBL六六四号六頁、同六六五号一八頁、素案発表後は、木内道祥「新再建型手続と担保権評価(消滅)制度」銀法五六二号二頁、「特集 新再建型手続(債務調整手続)と担保権」銀法五六三号四頁、同五六四号二頁、伊藤進「担保権消滅請求制度の担保理論上の問題」ジュリ一六六号九七頁、シンポジウム「担保権の倒産法における処遇」民訴雑誌四六卷一四三頁など。いずれも一九九九年)、担保権不可分や順位昇進といった実体法上の諸原則との抵触、濫用の危険性を指摘する声はあったものの、現在の社会情勢上やむを得ない、との認識ではほぼ一致していた(もっとも、時限立法としての導入可能性について、伊藤・前掲九九頁)。一九九九年一二月の民事再生法成立後の文献として、福永有利「担保権消滅請求制度」金判一〇八六号六〇頁(二〇〇〇年)。

本稿は、一九九九年七月一七日の現代担保法研究会大阪部会で、素案の検討として行った研究報告をベースとしている。

(2) 滌除に関する総合的研究として、西津佐和子「滌除」九法七四号(一九九七年)三五頁以下。滌除制度に対しては、近時、廃止論が唱えられている(生熊長幸「わが滌除制度の矛盾と滌除制度廃止論」岡法四四卷三・四号(一九九五年)五一五頁

以下)。

(3) 実体法の原則とは抵触するが、バブル経済崩壊後、苦境に陥った企業を救済するという観点から、実体法と切り離して同制度を受けとめるものとして、伊藤「担保権消滅請求制度と正常担保権への影響」銀法五六三号(一九九九年)一八頁、同・前注(1)一〇二頁、生熊長幸「実体法から見た担保権消滅請求制度」銀法五六三号一六頁。民事再生法の解説を見る限り、事業継続の必要性から担保法の原則が制約を受けた、との理解が一般的である(伊藤眞他編『注釈民事再生法』(二〇〇〇年)四一六頁(「桃尾重明」、花村良一『民事再生法要説』(二〇〇〇年)四〇二頁以下、伊藤眞「民事再生法の概要」NBL六八二号一三頁等)。

(4) 担保権消滅請求制度は、抵当権のみを対象としているわけではない。したがって、担保権消滅制度自体の理論的検証ということであれば、全ての担保権に言及する必要がある。しかし、本稿の問題関心は、担保権消滅請求制度をめぐる議論の中で浮き彫りにされた抵当権本質論を見直すことにある。最近の報道によれば、法務省も、抵当権に基づく妨害排除請求や短期貸借に関連して、担保・執行法制の見直しに着手するようである(日本経済新聞二〇〇一年二月一七日期刊)。これを機に、抵当権その他の担保権の在り方について、学者・実務両面から議論が深められることを望む。

なお、本稿と同様の問題意識は、すでに、鈴木祿弥教授の、いわゆる「物的債務」論の中に見られる(鈴木『債務なき責任』について)法学四七卷三号(一九八三年)二六三頁)。ここでは、AのBに対する一〇〇〇万円債権担保のために提供したCの物件が七〇〇万円の価値しかない場合、通説によれば、一〇〇〇万円支払わなければ抵当権が消滅しないことになるが、「この結論は、物上保証がなされる際のAおよびCの通常の意味に反するのではあるまいか。けだし、Cは、最悪のときにでも抵当物件から七〇〇万円の価値のある抵当物件を犠牲にすれば足りると考えて、物上保証に応じたと思われ、Aは、最悪の場合でも抵当物件から七〇〇万円の弁済はえられる、との予測のもとに、Bに融資したはずだからである。……Cが自己のあらかじめ覚悟した以上の犠牲をこうむるまいとすれば、七〇〇万円を弁済する資力と意欲とがかれにあって、任意弁済をするわけにはいかず、あえてAの抵当権実行を坐して待つべきだ、という結論になる」(同二七四頁以下)と指摘されていた。鈴木教授は、そのうえで、「物上保証人Cは、Aに対して、担保物の現時の価額に相当する七〇〇万円

の物上債務を負う、とする物上債務説が、必要となってくるのではあるまいか（同二七六頁）と自説を展開する。

しかし、問題は、むしろ、債務者でない者が、自己所有物件上の抵当権を消滅させようとすれば、いかなる場合にも、任意弁済（第三者弁済）による債務の消滅を介して自己所有物件を責任から解放する、という迂遠な方法しかとり得ない（と考えられている）ことにある。「債務」から解放されるための給付と「責任」から解放されるための給付は、本来、別物ではないか。本稿は、「責任」から解放される（＝執行から免れる）ための給付＝執行により得られるべき額の給付という視点に立っており、「額が担保物の現時の価額の範囲内に限られている」（同二七一頁）という特殊な債務を想定し、その弁済に必要な額という構成をとる物上債務論とはアプローチを異にする。

- (5) 我妻栄『新訂担保物権法』（一九六八年）二〇八頁以下、榎悌次『担保物権法』（一九八一年）一一四頁以下、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（第三版）』（一九八二年）四頁、高木多喜男『担保物権法（新版）』（一九八四年）八五頁。最近の教科書では、このような見方に批判的である（例えば、近江幸治『担保物権法（新版補正版）』（一九九八年）一〇八頁、内田貴『民法Ⅲ』（一九九六年）三五二頁以下）。

- (6) 伊藤進「抵当権の学理上の課題」別冊NBL『担保法理の現状と課題』（一九九五年）一九三頁以下参照。なお、そこでは、「価値権性」と「非占有・非用益性」とを別個の基本的解釈準則として扱っている。「価値権性」には近代的抵当権論の影響が色濃く見られるが、我が国の抵当権にそういった意味での「価値権性」を認めず、或いはそれを重要視しない立場であっても、「抵当権の性質としての非占有・非用益性は否定されるものではない」（伊藤・同一九四頁）。的確な指摘である。
- 本稿で問題とする「交換価値支配性」ないし「価値権性」は、近代的抵当権論に直結する概念ではない。抵当権が目的物件の換価金からの優先的満足を目指し、設定から実行までの使用収益、管理を設定者に委ねる制度である以上、抵当権の支配対象が目的物件の用益価値でなく、交換価値であることは疑いがない。高橋眞「抵当権による賃料の把握について——価値権説・果実の把握・物上代位——」法雑四六卷三三号（二〇〇〇年）七頁以下が指摘するとおり、近代的抵当権論と結び付いた、特殊な「価値権」概念は否定されるべきであるとしても、抵当権者が目的物件の交換価値を把握する、との命題まで否定する必要はない。ただ、抵当権の「価値権性」ないし「非占有・非用益性」が解釈準則としてどこまで適切かは再考の

余地がある（鎌田薫「抵当権の効力——「価値権論」の意義と限界——」司法研究所論集九一号（一九九四年）四三頁）。

- (7) 「価値権」概念自体に対する批判と、これを解釈指針として演繹的に結論を導くことへの批判（鎌田・前注(6)四三頁、高島平蔵『物的担保法論Ⅰ』（一九七七年）四〇頁）に分かれる。前者には、近代的抵当権論に対するものも見られるが（松井宏興『抵当制度の基礎理論——近代的抵当権論批判——』（一九九七年）、多くは、抵当権による物的支配性に着目し、抵当権者に「価値権」という抽象的な権限以上のものを認めようとする（川井健『担保物権法』（一九七七年）一二頁以下、近江幸治「判批」法時五七卷九号（一九八五年）九四頁、石田喜久夫「判批」ジュリ一〇〇二号（一九九二年）六六頁など）。なお、「使用価値を離れて抽象的に交換価値を観念することができるかどうか」との根源的な問題提起もなされているが（松岡久和「物上代位権の成否と限界（1）」金法一五〇四号九頁（一九九八年）、これも交換価値支配性そのものというよりは、交換価値の捉え方に対する疑問である）。

- (8) 批判されているのは、価値性・非占有性から短絡的に「抵当権者は、目的物件の使用収益に一切干渉できない」と帰結する考え方（鎌田・前注(6)三頁は、これを価値権論の消極的側面とする）である（尾崎三芳「詐欺短期貸借による占有の排除」法時六九卷一二号（一九九八年）七八頁）。

- (9) 最近、いくつかの教科書が、抵当権の効力を実行前後で区別している（道垣内弘人『担保物権法』（一九九〇年）一二七頁以下、内田・前注(5)三八九頁以下など）。従来、抵当権による支配の現れとして語られていた「優先的弁済受領」や、その前段階としての「換価」は、いずれも弁済期が到来しても債務が履行されず、実行に至ったとき初めて問題となる。したがって、実行前の抵当権は、「目的物の価値をおさめるところの期待権」（川井・前注(7)一三頁）のような、かなり抽象的な支配権にすぎない。この点、ドイツの教科書では、より明確に、「不動産担保権者の換価権は、当面は、潜在的に（potentiell）成立しているにすぎない。いわゆる満期になって初めて、現実のものとなる（aktuell）」との叙述が見られる（Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl. (1999) § 36 Rn. 63）。

- (10) 今日のドイツでは抵当権の本質を価値権ではなく、換価権として捉えている、との指摘がある（松井・前注(7)一一六頁）。また、歴史的考察から、抵当権を「債務の弁済がなされない場合、積極的に抵当目的物の所有権を換価し、その換価

価値から優先弁済を受ける権利、すなわち、換価権をその本質として、抵当権設定者の所有権を支配する権利」と捉える立場も主張されている(大矢一彦「抵当権の性質について——抵当権価値権論への一疑問——」獨法四六号(一九九八年)四四七頁以下)。

なお近時、不法占有による抵当権侵害を理論構成するにあたり、「換価権」侵害が観念されることがある(小林秀之「角紀代恵『手続法から見た民法』(一九九三年)七三頁以下、松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(中)」NBL六八二号(二〇〇〇年)三九頁など)。これは、平成三年判決以降、議論の焦点が実体法から手続法に移ったことを憂い、競売手続上の障害を「換価権侵害」とし、実体法上の「抵当権侵害」として受けとめるためであったように思われる。本文で述べたとおり、換価権は、目的物件の交換価値を具現化するための手段であり、任意弁済が期待できない状況に陥ったとき初めて発現する。したがって、抵当権の本質を換価権とする見方では、「抵当権は目的物の使用収益価値ではなく、競売によって実現される交換価値のみを把握するという価値権説の立場はさらに明確にされている」(高橋・前注(6)五頁)と言える。

(11) 本稿とは視点、目的を異にするが、森田修「倒産手続と担保権の変容——優先弁済権の範囲と任意売却の促進」別冊NB L『倒産手続と民事実体法』(二〇〇〇年)七三頁以下でも、倒産手続の開始により担保物権の効力に生じる変化、すなわち、抵当権の優先弁済権の範囲が被担保債権でなく、「割付担保価値」により画されることの分析がなされている。

(12) 以下、「具体化」という表現は、抵当権が目的物件の具体的な交換価値を支配するようになる、との意味でのみ用いる。これに対し、「具現化」「現実化」は、専ら、目的物件の換価(任意売却、競売)などにより、具体的な交換価値が明らかになった場合を意味する。

(13) 小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(二)」西南学院大学法学論集一四卷二号(一九八一年)一七二頁以下、高木・前注(5)一四六、一四九頁。我妻博士は、抵当権侵害のうち、抵当物件が毀損されるケースについては、交換価値がなお被担保債権額に充分である場合であっても物権的請求権の行使を可能とし、その根拠として、抵当権不可分の原則を持ち出す(我妻・前注(5)三八六頁)。

- (14) 民法三九五条但書は、抵当権者が抵当権を害するおそれのある短期賃貸借契約の解除を裁判所に請求できる旨を規定するが、この場合の「抵当権を害する」とは、短期賃借権の存在により競売価格が低下し、抵当権者が債権の満足を受けられなくなることを理解されてきた。それ故、解除請求の時期は、必然的に競売申立て後、少なくとも、「弁済期が到来して抵当権の実行が可能となった後」となる（我妻・前注(5)三四六頁）。最判平成八年九月一三日民集五〇巻八号二三七四頁も、「解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期賃貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するとき」に損害あり、としている。損害賠償請求もまた同様に、基本的には、実行後、少なくとも弁済期到来後ということになろう（大判昭和七年五月二七日民集一一巻一二八九頁）。これに対し、物権的請求権に関しては、侵害により抵当物件の価額が被担保債権額を下回ることを要しない、との立場も有力である（前注(13)参照）。
- (15) 民集五三巻八号一八九九頁。
- (16) 生熊長幸「抵当権者による明渡請求と『占有』銀法五七二号（二〇〇〇年）一六頁以下。
- (17) 松岡・前注(10)四〇頁、道垣内弘人「侵害是正請求権」・「担保価値維持請求権」をめぐって——最大判平成一一・一一・二四の理論的検討」ジュリ一一七四号（二〇〇〇年）三〇頁。
- (18) 川井・前注(7)一二頁以下。
- (19) 時の経過が使用収益面への干渉可能性へ与える影響については、梶山「抵当権者による収益型債権回収について」同法二五八号（一九九八年）九一頁以下で概観した。ただし、平成一一年大法院判決の出現により、状況はかなり変化している。
- (20) 三七一条と価値権性との関係につき、高橋・前注(6)九頁以下。
- (21) 最判平成六年三月二五日判時一五〇一号一〇七頁。
- (22) 最判平成元年一〇月二七日民集四三巻九号一〇七〇頁。
- (23) 前注(22)の平成元年判決では、「抵当権は、目的物に対する占有を抵当権設定者の下にとどめ、設定者が目的物を自ら使用し又は第三者に使用させることを許す性質の担保権であるが……抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによ

て対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に對する使用を妨げることにはならない」としている。

- (24) 高島・前注(7)六八頁。フランス民法における不可分性の原則の理解から同様の結論を導き出すものとして、山本和彦「新再建型手続における担保権の処遇と国際倒産」NBL六六五号(一九九九年)三〇頁、中島弘雅・高橋智也「担保権消滅請求制度と担保権の不可分性——フランス民法・倒産法からの示唆——」銀法五六四号(一九九九年)六〇頁。鎌田薫「倒産法における物的担保権の処遇——民法学の立場から」民訴雑誌四六号(二〇〇〇年)一八九頁は、担保権の不可分性は、「少なくとも担保権者に担保権を履行したときと同等の目的物価格(清算価値)が支払われ、担保権者が不当な不利益を被る特段の事情がない場合においてもなお」『社会的必要性』の実現を断念させてしまう程に重要な法原則と考える必要はない」とする。

- (25) 山本・前注(24)三一頁以下。

- (26) 西津・前注(2)七七頁以下が、滌除の意義に関し、「フランスの学説は、一般に、抵当権者が自己の優先権を不動産の代価(価値)に対して行使しうることが、抵当権の法的効果(effet legal)であると説明し、この場面として、売買の際の滌除と差押えを挙げる。つまり、抵当権は、滌除と差押えによって目的物がその価値を現すときに実現される」と紹介しているのは、興味深い。

- (27) フランスの滌除が競売での消除主義に相当するものとして発展したことを指摘するのは、西津・前注(2)六六頁以下。

- (28) ドイツでは、抵当権自体の流通性を確保するため、目的物件の所有関係の変化や後順位抵当権者の実行申立てにより、抵当権の存続が脅かされないシステムになっている。

- (29) 西津・前注(2)八八頁以下は、競売における消除主義・引受主義、剰余主義と滌除制度との関係を理論的に分析している。もっとも、竹下守夫「不動産競売における物上負担の取扱い」『不動産執行法の研究』(一九七七年・初出一九七〇年)九四頁以下は、消除主義・引受主義が立法政策の問題であることを指摘している。

- (30) 兼子一「増補強制執行法」(一九五五年)八頁以下、我妻・前注(5)三三三頁。民事執行法への統合に際しては、強制執

行と担保権実行に本質的差異はない、との主張がなされた(三ヵ月章「任意競売と強制競売の再編成」『民事訴訟研究VI』(一九八五年)一三八頁、生熊長幸「執行権と換価権」『法学と政治学の現代的展開』(一九八二年)二六三頁以下)が、民事執行法は、担保権実行の基礎が「担保権に内在する換価権」にある、との前提で立法されたようである(田中康久『新民事執行法の解説(増補改訂版)』(一九八〇年)四〇一頁以下参照)。

(31) 上野隆司監修『任意処分の法律と実務』(一九九二年)一八頁参照。任意処分の法的性質に関しては、未だ十分な議論がなされていない。

(32) 生熊・前注(30)二六三頁以下。

(33) 中野貞一郎「担保執行の基礎」『特別法からみた民法』(一九八六年)二〇八頁以下。

(34) 三ヵ月・前注(30)一三九頁は、「強制執行の手続としても、ある段階——差押——以後は、特定の財産の換価の手続に他ならぬのであって、差押えによって取得された換価権の実現行為と観念すべきものなのである」とするが、換価権は、差押えによって初めて取得されるのではなく、極めて抽象的な形ではあるが、債権に内在しているのではないか。もつとも、最高裁は、過誤配当と不当利得の問題につき、「抵当権者は抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利」を有するから、過誤配当受領者に対して不当利得返還請求ができる(最判平成三年三月二二日民集四五卷三三三二頁)が、一般債権者(事案では、差押債権者)は「特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有するものではない」いから請求できない(最判平成一〇年民集五二卷二五二二頁)、と判示するが、納得できない(梶山「配当異議の申出をしなかつた債権者による不当利得返還請求」同法二六六号一頁以下)。

(35) 物上代位の議論における価値権説は、まさにこのような発想によるものであった。主唱者である我妻博士は、「右の三種の担保物権(筆者注・物上代位が認められる先取特権、質権、抵当権)は、目的物の交換価値を把握し、これをもって優先弁済に充てる権利である。目的物の物質を支配する権利ではない。従って、目的物が何らかの理由でその交換価値を具体化したときは、担保物権がこの上にその効力を及ぼすことはむしろ当然といわなければならない」とする(我妻・前注(5)一七頁)。

なお、西津・前注(2)一〇〇頁は、物上代位を滌除に共通の視点のあることを指摘する。

- (36) 但し、売買の物上代位では、判例は、選択的併存、すなわち、抵当権者が物上代位か、本体への実行かを選択し得る、との立場をとっている(最判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九六五頁)。

- (37) 兼子・前注(30)二三九頁など。我妻・前注(5)三二七頁の批判は、無剰余執行により抵当権の流通が害される、という専ら政策面からのものである。

- (38) 竹下・前注(29)一〇二―一〇三頁。

- (39) 竹下・前注(29)一三一頁以下。

- (40) 山本・前注(24)三二頁。

- (41) 竹下・前注(29)一〇四頁。

- (42) 山本・前注(24)三二頁は、被担保債権全額回収のための裏側からの保証と見る。

- (43) 中野貞一郎『強制執行・破産の研究』(一九七一年)一二五頁以下。

- (44) 第四百十六回国会衆議院会議録第八号(二)(官報平成十一年十二月七日)四二頁。

- (45) 山本克巳「新再建型手続における倒産実体法の考察」NBL六六四号(一九九九年)一九頁以下。

- (46) 滌除制度への反対論が盛んに主張される中(前注(2)参照)、滌除権者を拡大する方向には批判が予想される。確かに、滌除制度を悪用した執行妨害が多発し、担保権消滅請求制度導入に際して、最も懸念されたのは制度の濫用であった。しかし、これらは、増加競争や物件価額の評価に関するシステムに起因するのであり(小林秀之「担保権消滅許可制度の評価と問題点」銀法五六三号(一九九九年)一四頁参照)、一定時期以降、物件価額の提供による抵当権の消滅を認める、との発想には問題がない。

- (47) 大矢一彦「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——」獨法四八号(一九九九年)一六七頁以下も、同様の疑問から、抵当権の物権性が何に求められるかを探る。

- (48) 高木・前注(5)八三頁参照。前注(11)の森田論文は、優先弁済(受領)権を実体法上の権利として捉え、これが手続を通

してどのように変容するか、との観点から構成されている（同九二頁など）。担保権消滅請求制度をめぐる議論は、おおよそ、このような理解の下に展開された。しかし、少なくとも手続による権利実現を原則とする典型担保に関して、手続を離れたところでの「実体法上の効力」とは何を意味するか、考えなければならぬ。