

平成 21 年 5 月 21 日現在

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2007～2008

課題番号：19730074

研究課題名（和文） 不動産担保権の侵害とその救済方法に関する研究

研究課題名（英文） Infringements of real estate securities and remedies

研究代表者

堀田 親臣 (HOTTA CHIKAOMI)

広島大学・大学院社会科学研究所・准教授

研究者番号：50363015

研究成果の概要：本研究は、不動産担保権が侵害された場合に問題となる関係当事者の救済方法について、ドイツ法を比較法の対象として、わが国のこの問題に関する解釈論の方向性を検討したものである。本研究では、(1) 上記問題に関するわが国の判例・学説の到達点を明らかにし、(2) ドイツにおける抵当権侵害とその救済方法に関する裁判例の整理・分析を行い、そして、(3) 抵当権を中心とした日独法の比較検討を通じて、最終的に、(4) 抵当権と不動産の譲渡担保の上記問題に関するわが国の解釈論の方向性について一定の示唆を得た。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	500,000	0	500,000
2008年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,000,000	150,000	1,150,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：不動産担保権、担保権の侵害、抵当権の侵害、物権的請求権、損害賠償請求権、ドイツ法、不動産の譲渡担保

1. 研究開始当初の背景

不動産担保権については、従来から抵当権を中心に、その侵害および救済方法に関し、判例・学説で議論の展開されてきたところである。特に、抵当権に関しては、抵当不動産の不法占有による抵当権侵害とその救済方法をめぐって、最高裁平成 11 年 11 月 24 日大法廷判決、それを前進させた同平成 17 年 3 月 10 日判決が出ており、抵当権に基づく物権的請求権の要件および効果、そして不法行為に基づく損害賠償請求権の問題も、未だ判例・学説で議論の終息をみるには至っていない状況にあった。また、譲渡担保については、そもそも譲渡担保の契約当事者が各々担保

目的物に対しいかなる実体的権利を有するかということを中心に学説で議論が展開されてきたところであり、譲渡担保債権者(以下、譲渡担保権者とする)の権利が侵害された場合の救済方法等に関し、それを検討の対象とする論稿も公表されるようになってきた。

その一方で、ドイツ法では、そもそも抵当権(土地債務を含む)について、それに基づく物権的請求権を定める明文規定(ドイツ民法(以下、BGBと略す)1134条等)が存在し、また、抵当権侵害に対する不法行為法上の請求権についても、特に損害賠償の方法につき原状回復を原則(BGB249条、823条)とすることに関連して、古くから議論の蓄積が認めら

れる状況にあった。

そこで、本研究は、上記の状況に鑑み、わが国における抵当権侵害に対する救済方法についての判例・学説の到達点を明らかにし、それとの対比において、譲渡担保における譲渡担保権者等の権利侵害とその救済方法に関し、担保目的物の所有権の帰属にも留意した研究を試みようとしたものである。そして、その際には、前述のようなドイツ法を比較法の対象として、わが国のこの問題に関する解釈論の方向性を探ろうとしたものである。

なお、上記のような着想に至った経緯(動機)は、いずれも、平成15～17年度科学研究費補助金(基盤研究(B)、代表者＝鳥谷部茂)「非典型担保の実態・解釈・立法(課題番号：15330020)」において、私が研究分担者として行った研究の成果に依拠するものである。

2. 研究の目的

本研究の研究当初の目的は、主として、次の3つであった。

第1に、抵当権侵害とその救済方法についてのわが国の解釈論の到達点を明らかにすることである。ここでは、物権的請求権および不法行為法上の請求権に焦点をあて、要件および効果の明確化を試みることにした。

第2に、譲渡担保についての同様の問題に関する解釈論の到達点を明らかにすることである。譲渡担保に関しては、未だ関係当事者各人がいかなる実体的権利を有するのかがということが必ずしも明らかとなっていない状況にあるが、具体的裁判例および学説の整理・分析を通じ、各人の有する実体的権利が何かを探求し、その上で、各々の有する権利の侵害およびその救済方法について、要件および効果の明確化を試みることにした。

第3に、具体的裁判例の整理・分析を中心とした抵当権侵害に関するドイツ法研究と日独法の比較研究である。ここでは、ドイツの具体的裁判例の整理・分析を通じ、日独における紛争事例の異同等を確認した上で、不動産担保制度の相違、損害賠償法の相違等に配慮して、ドイツにおける同様の問題に関する法状況を参考に、わが国でのこの問題に対する解釈論の方向性に一定の示唆が得られるよう研究することとした。

3. 研究の方法

本研究では、日独法における不動産担保権の侵害とその救済方法について、各救済手段(物権的請求権・不法行為法上の請求権)の要件面に重点をおいた判例・学説の整理・分析、および要件論と関連づけた各救済手段の効果(請求の内容)に関する研究を行った。

研究の進め方について、本研究では、(a)具体的裁判例でどのような状況下で紛争が生じているかの整理・分析に重点を置き、そ

れに関連して、(b)各救済手段の要件とその充足の有無について詳細に確認するよう努めることとした。また、効果の点でも、各救済手段につき、(c)具体的にどのような内容の救済が認められたかということをも可能な限り確認することとした。なお、上記のような裁判例の整理・分析を踏まえ、本研究では、それに対応させた形で、学説を整理・分析することとし、日独法の比較検討および総括を進め易くするよう配慮した。

4. 研究成果

本研究の成果は、「研究成果の概要」で示した(1)～(4)に大別することができる。

(1)日本法における不動産担保権の侵害とその救済方法に関する判例・学説の到達点

これに関する研究成果は、さらに①抵当権および②譲渡担保に分かれる。

①抵当不動産への侵害行為とその救済方法

抵当不動産への侵害行為については、先行業績による整理を参考に、具体的裁判例の確認を通じて、以下の態様に分類することが可能である。(a)抵当不動産の滅失・毀損、(b)付合物・従物の分離・搬出、(c)抵当不動産の第三者による占有・利用、(d)抵当権登記の不法抹消、登記官による登記の遺漏、無効登記、(e)他の債権者による強制執行、(f)抵当権の実行手続きの不当な遅延、等である。わが国の判例・学説で議論の蓄積があるのは、(a)～(c)についてであり、本研究でも、それらを中心に検討を進めた(なお、以下では、(a)(b)を併せて、抵当目的物の物理的侵害とすることがある)。

まず、要件面での研究の成果をまとめると次の各点が重要であることが確認された。

第1に、抵当権侵害という共通の要件に関して、抵当目的物の物理的侵害が抵当権侵害となりうることに特に異論はなく、また、抵当不動産の第三者による占有・利用についても、前掲・最高裁 H. 11 年大法廷判決以降、一定の場合にそれが抵当権侵害となりうることは学説でも受け入れられつつあるということである。なお、侵害要件に関連しては、さらに次のような点にも注意する必要がある。(a)抵当権侵害の有無との関係で、改めて設定者による目的不動産の「通常の利用の範囲」を意識する必要があること、(b)判例による場合、特に権原占有者による抵当権侵害が認められることがあるが、その際には占有者の害意という要件が加重され、従来の物権的請求権の要件論との整合性に問題があること、(c)判例による抵当権侵害の捉え方の変遷に伴い、学説には、抵当権を目的物の価値支配権と捉える立場の他に、「抵当権＝(物権的)換価権」と捉える立場も有力となり、抵当権侵害というものを抵当権の本質論との関係で再考する必要があること等である。

第2に、不法行為法上の請求権の要件に関して、改めて、抵当権侵害により抵当権者に生じる損害とは何かということが最も重要で根本的な問題であることが確認された。まず、一般論としての「損害の発生」につき、判例・学説とも、それを「目的物価値の減少のために、被担保債権の弁済を受けることができなくなる」と解することにほぼ異論はないといえる。つまり、そこでは、「被担保債権の回収(可能性)」が重要視されているといえよう。ただし、実際に損害が発生するかどうかは、侵害の態様とも関連する問題であり、本研究では、次のことが確認された。(a)物理的侵害が問題となる場合には、まず、目的物の減価により債権の十分な満足が得られるかどうかは問われ、その満足が得られないときに初めて損害の発生が認められる。なお、具体的な損害額の算定にあたっては、すでに指摘されていたように、「担保目的物の価値>被担保債権額」の際には被担保債権額が、そして、「担保目的物の価値<被担保債権額」の際には担保目的物の価値が、各々1つの基準とされていた。これに対し、(b)抵当建物の第三者による占有・利用が問題となる場合については、そもそも、侵害要件に関する前述の判例・学説の動向に注意する必要がある。というのも、そもそも抵当権侵害自体が認められなければ、それによる損害の発生も問題とされないからである。しかし、前述したことから明らかなように、今後はこの類型での抵当権侵害は肯定される可能性があり、したがって、その結果抵当権者に生じる損害とは何かということを変更して考える必要性が生じている(なお、賃料相当額の損害賠償を否定する前掲・最高裁 H.17 年判決がある一方で、一定の場合に抵当不動産を不法に占有・利用することによる交換価値の下落を損害と認める下級審裁判例がある)。

第3に、これも損害の発生という要件に関連するものであるが、具体的裁判例の整理・分析を通じ、学説における問題意識のズレが確認された。学説では、抵当不動産の物理的侵害につき、第三者が侵害した場合に、所有者だけでなく、抵当権者にも損害の発生が認められるかという問題が古くから議論されてきた。これに対し、具体的裁判例では、上記のような問題はあまり生じず、むしろ、実際には、一部で議論の実益を疑問視されていた抵当不動産の所有者(第三取得者含む)による侵害事例が多く見られた。

次に、効果面での研究の成果であるが、これに関しては、次の各点が重要である。

第1に、物権的請求権の効果(請求内容)について、(a)物理的侵害が問題となる際にも、ここでは、より限定的に、付合物・従物の分離・搬出が問題となり、まず、当該行為の禁止を求め得ることには判例・学説でほぼ異論

はない。これに対し、搬出物に対する引渡請求等に関しては、工場抵当の事例につきこれを肯定する最高裁判決はあるが、搬出物に対する抵当権の追及効の問題も関連して、学説は分かれている。ただ、いずれにせよ、わが国の判例・学説は、この問題を物権的請求権と関連づけて論じている。(b)抵当不動産の第三者による占有・利用が問題となる際の請求内容については、かつては債権者代位権の転用という法律構成がとられることもあったが、現在では、最高裁も抵当権に基づく物権的請求権を認めており、その請求の内容をどう考えるかが議論の中心を占めている。まず、不法占有者が請求の相手方である場合、抵当不動産の所有者に対する明渡請求が認められることに特に問題はない。これに対し、相手方が権原占有者である場合には、「所有者-占有者」での明渡請求は、両者間にある法律関係との関係上認めることが難しい。そして、最も議論のなされているのが、抵当権者への直接の明渡請求であり、判例は、所有者による抵当不動産の適切な維持管理が期待できない場合という限定を付して、それを肯定する(学説でも支持するものが多い)。

第2に、損害賠償請求権の内容に関して、わが国では、金銭賠償の原則(民 722 条 1 項、417 条)との関係上、抵当権者等に生じた損害の賠償は金銭によるのが当然の前提であることが確認され、また、建物の損壊による侵害事例につき修復費用の賠償請求を否定した裁判例があることには注意が必要である。損害額の算定に関しては、物理的侵害の際には前述のような一定の基準があるといえるが、目的物を占有・利用することによる侵害事例については、今後裁判例の蓄積および学説の議論の進展が待たれるところである。

②譲渡担保不動産への干渉行為とその救済方法

譲渡担保に関する研究では、これまでの学説における議論状況に鑑み、ひとまず、譲渡担保の関係当事者が各々誰に対して何を請求したのかという観点から考察を進めることとした。したがって、ここでは、(a)譲渡担保権者、および(b)譲渡担保設定者という2つの立場から、具体的裁判例の整理・分析を中心に研究を進めることとした。

第1に、譲渡担保権者による請求について、まず、請求の相手方としては、譲渡担保設定者および第三者が挙げられる。なお、各々の相手方に対する請求が問題となった前提状況としては、裁判例の分析を通じ、債務者による履行遅滞後ということが確認された。(a)譲渡担保設定者に対する請求については、譲渡担保の私的実行のための目的不動産の明渡請求が問題となった事例が多く、ここでは、譲渡担保権者の清算義務と目的不動産の明渡義務との引換給付関係について判示し

た最高裁昭和 46 年 3 月 25 日判決等を基礎におく判断がなされていることが確認された。なお、具体的な判断の内容については、そもそも譲渡担保権者には、被担保債権の弁済期到来後は、目的不動産の換価処分権があり、担保目的実現のために明渡請求権が認められ、設定者には同請求に対する抗弁として、原則的に、清算金支払いとの引き換え給付を求めることが可能であるとされていた(なお、設定者がその抗弁をしなかった結果、明渡請求が認められた裁判例が複数ある)。(b) 第三者に対する請求については、本研究で取り上げた裁判例では、いずれも、目的不動産の占有者に対する請求が問題とされており、ここでは、占有者に対する明渡請求と賃料相当額の損害賠償請求が問題とされていた。まず、明渡請求に関しては、ここでも、前記(a)と基本的には同様の判断が下されていた(ただし、譲渡担保権者に対抗可能な占有権原を有しない第三者。なお、抵当権と譲渡担保をある意味同視して、明渡請求を否定すべき旨判示する下級審判決もある)。これに対し、賃料相当額の損害賠償請求権については、清算手続き完了までに譲渡担保権者に認められる換価処分権が、原則、目的不動産の使用・収益権能を伴わないことを理由に、否定される傾向が認められた。

第 2 に、譲渡担保設定者による請求についてであるが、この請求の相手方としては、譲渡担保権者および第三者が挙げられる。(a) 譲渡担保権者に対する請求について、ここでは、まず、被担保債権の弁済期到来前の譲渡担保権者による処分行為が問題となった事例に注意する必要がある。最高裁は、この事案について、弁済供託による譲渡担保設定者への所有権の復帰を前提に、当該処分行為を無権限の処分とし、譲渡担保権者は設定者に対し債務不履行に基づく損害賠償義務を負うと判示した(不法行為構成は否定)。なお、その一方で、弁済期到来後の譲渡担保権者による処分行為については、最高裁昭和 62 年 2 月 12 日判決を引き合いに出し、譲渡担保権者の取得した換価処分権能を基礎に当該処分行為の有効性を認め、その結果、譲渡担保設定者は清算手続き完了前でも確定的に所有権を喪失するとしている。(b) 第三者に対する請求については、いずれにしても譲渡担保権者による換価処分手続きが完了していないとの前提状況下で、目的不動産の不法占有者に対する明渡請求と無効登記の登記名義人に対する抹消請求が問題となっていた。両請求の可否について、裁判所の判断は、いずれも設定者による請求を認める結論を示しているが、その根拠となる設定者の権利は必ずしも明確ではない。つまり、設定者は換価処分が完了するまでは受戻権を有することに關連して、「譲渡担保の趣旨・効力に鑑

み」請求できるとか、設定者に認められる「内在的所有権」に基づいて請求できると判示してはいるが、権利の実体的内容は何かということも明らかでなく、未だこれに関する解釈論上の問題が残っていることが分かる。

(2) ドイツにおける抵当権侵害とその救済方法に関する裁判例の整理・分析

私の先行研究の成果を前提に、本研究では、ドイツ裁判例の整理・分析を中心とした考察を行い、以下のような成果を得た(なお、先行するわが国のドイツ法研究に照らすと、具体的裁判例に関する資料提供の意味もある)。

第 1 に、BGB1133 条～1135 条の規定の実態について、具体的裁判例の整理・分析を通じ、次のことが確認された。(a) BGB1133 条による抵当権者の権限について、確かに、債権者(抵当権者)は、抵当土地の所有者に対し、相当の期間を定め、抵当権の担保力に対する危険の除去を請求することができる。ただ、ここで注意を要するのは、「危険除去のための期間の設定」の意義についてであり、これは「所有者に危険の除去のための機会を与えるためである」と解されている(したがって、その実現は、所有者の意思に委ねられる)。また、「危険の除去」の意義については、これは「かつての状態の回復」に限定されず、結局は「抵当権の担保力の危険」が除去されればよい。なお、本条による抵当権者の権限として最も重要なのは、相当期間経過後、危険が除去されないときに認められる抵当権者の即時弁済権であり、このことから、学説において BGB1133 条が弁済期に関する規定だと解されていたことも確認することができよう。(b) BGB1134 条による抵当権者の不作為請求権については、それは、わが国でいうところの物権的妨害予防請求権にほぼ対応するものである(ただし、同条 2 項の裁判所に対する処分の申立権限には注意を要す)。(c) BGB1135 条は、抵当権の効力の及ぶ従物に関する規定であり、従物の毀損や経済法則に反した分離・搬出がなされたときに、前二条の保護を抵当権者に与える旨定める。

以上からすると、ドイツでは、いわゆる物権的妨害排除請求権に対応する請求権が明文規定をもって定められていないことが明らかとなる。つまり、すでに指摘していたとおり、ドイツでは、この現存する抵当権侵害の除去に向けられる請求権が認められるかどうかの問題とされているのである。一方で、BGB は、損害賠償の方法につき原状回復の原則(BGB249 条)を採用していることから、不法行為法上の損害賠償という手段を通じて、原状回復を請求しうる(BGB823 条)。すなわち、ドイツの判例は、抵当権が BGB823 条 1 項の意味での「その他の権利」に該当することを認め、さらにそれに加えて、同条 2 項の保護法律に BGB1133 条～1135 条が該当することも

認めることから、同条1項、2項いずれに基づいても原状回復請求が可能ということになる。ただ、同条による場合には、いずれも請求の相手方の故意・過失が要件とされることには注意が必要である。これに対し、請求の相手方の故意・過失を要件としない侵害除去請求権については、所有権に基づく侵害除去請求権について定めるBGB1004条を類推することを通じて認められる可能性があり、裁判例にもこれを肯定するものがある。

第2に、要件面でのドイツ裁判例の整理・分析を通じ、次のことが確認された。(a)BGB1133条～1135条の共通の要件となる「土地の毀損による抵当権の担保力の危険」、結局は、抵当権侵害という要件に関して、ドイツの具体的裁判例では、「土地の価値と抵当権の被担保債権額・順位」との関係が非常に重要視されているということである。まず、「土地の毀損」の意義について、判例はそれを「抵当権の登記後に生じた一般的な売却価格を減じる土地の状態の変化」と解している。ただ、ここで注意を要するのは、所有者による通常の処分についてであり、ドイツでは、その範囲内の行為(基準＝通常の経済法則)が毀損にあたらぬということが判例においても明示的に確認されている。次に、「抵当権の担保力の危険＝毀損の重大性」については、「あらゆる土地の毀損がその土地に設定されている抵当権の担保力を危険にさらすわけではない」ということを出発点に、「その危険の有無＝毀損の重大性」の判断にあたっては、「土地の価値と抵当権の被担保債権額、強制執行における順位との関係に配慮して判断」すべきとされている。より具体的には、土地の価値が抵当権の被担保債権に対し完全な担保を提供するかどうか重要であり、その判断は、各抵当権者の順位にも配慮してなされるべきというのである。その結果、上記判断基準による場合には、第1順位の抵当権者にとっては危険(重大性)が認められないときであっても、後順位の者にとっては危険が認められるということもあるのである。(b)原状回復請求権(侵害除去請求権)については、前述したとおり、その法律構成に関連して、請求の相手方の故意・過失という要件が充足される場合に、同請求権が認められることに異論はない。なお、具体的裁判例をみると、原状回復請求が問題となった事例の多くは抵当不動産の従物に関するものであり、設定者が当該従物を第三者に譲渡し、その第三者の分離・搬出に対し、第三者の故意・過失が認定される状況下で、原状回復(返還)請求が認められている。

第3に、効果面では、次のことが確認された。(a)BGB1133条は、結局のところ、所有者に対する関係で積極的な行為義務を課す直接の根拠とはならないが、BGB823条2項の保

護法律違反を通じて原状回復請求の可能性が認められること、(b)BGB1134条については、同条が、抵当権の担保力を危険にさらすような土地の毀損等が懸念されるときには、請求の相手方に対し、そのような干渉行為の不作為を求める直接の根拠となること、(c)前述したように、原状回復請求権に関連して、ドイツでは損害賠償の方法につき、原状回復の原則が採用されていることとの関係上、金銭賠償だけでなく、原状回復として、従物の返還請求が認められているということである。

(3) 抵当権を中心とした日独法の比較検討

本研究では、私の先行研究および前記(1)(2)の研究成果を踏まえ、日独法の比較検討を通じ、以下のような成果を得た。

第1に、日独法の比較検討をするにあたっては、すでに指摘されてきたように、不動産担保制度の相違に十分配慮することが必要である。ドイツの抵当制度では、わが国と同様の抵当権と被担保債権に対する付従性のない土地債務が認められており、特にドイツではこの土地債務が多く用いられている。また、ドイツでは、順位確定の原則が採用されていること、そして、所有者抵当の制度も認められているというように、わが国とは根本的にかなり異なるところがある。これらのことは、抵当権侵害という要件にも深く関連するものであり、非常に重要である。

そこで、第2に、抵当権侵害という要件に関して、ドイツでは前述したように、土地の価値と抵当権の被担保債権額、さらには抵当権の順位というものが侵害(毀損の重大性)要件の充足との関係で重要視されている。これは、ドイツでは順位確定の原則を採用した結果として、各抵当権の把握する目的不動産の価値がある程度確定しているということに関連するものと思われる。これに対し、わが国の抵当制度は、順位昇進の原則を採用しており、かつ所有者抵当は認められない。したがって、わが国で抵当権侵害という要件を考えるにあたっては、ドイツの解釈論をそのまま持ち込むことは妥当ではなく、また、従来の解釈論でも、抵当権侵害の有無について被担保債権との関係を考慮することは、必ずしも一般的ではなかったといえる。ただし、日独とも、抵当不動産の通常の使用の範囲内の行為等に関連しては、抵当権侵害が問題とならないと解されている。わが国では、被担保債権額は、もっぱら抵当権者が損害賠償請求をする際の損害発生との関係で考慮される傾向が見て取られるが、本研究での日独比較を通じ、わが国でも抵当権侵害という要件との関係で、被担保債権額を考慮してみても考えるに至った次第である(具体的には、通常の使用の範囲内の行為であるか否かの判断に関連してである)。

ところで、侵害要件に関しては、侵害の態

様についても、日独で異同が認められた。つまり、従物の分離・搬出については共通の侵害類型といえるが、ドイツの判例・学説を見る限りは、抵当不動産の占有・利用による侵害はもっぱら日本でのみ問題となる。

第3に、抵当権者の保護手段に関する考え方について、ドイツ法の考察から明らかなように、日独では大きな相違が認められる。

まず、原状回復請求権、具体的には分離・搬出された従物の返還に向けられる請求権について、わが国ではそれはもっぱら物権的請求権の問題として論じられているのに対し、ドイツでは、不法行為法上の損害賠償請求権として認められることに異論はなく、むしろ物権的請求権として認められるかどうかには争いがある。これは、損害賠償の方法に関する日独法の相違に端を発するものであるといえようが、わが国でも、両制度の権利保護手段としての役割分担を考える上で、ドイツの法状況は示唆に富んだものである。

次に、わが国の解釈論上承認されつつある抵当権に基づく明渡請求権に関しては、そもそも、ドイツでは、抵当権保護制度の歴史的沿革(強制執行制度の整備に伴う抵当訴権の廃止)からして認められないということに改めて注意する必要がある。

(4) 不動産担保権の侵害とその救済方法に関するわが国の解釈論の方向性

本研究では、その総括として、抵当権と譲渡担保に関し、債権者(担保権者)と設定者、各々の有する権利とその救済方法について現状での解釈論の方向性を検討した。なお、その検討に際しては、抵当権と譲渡担保で、関係当事者の有する権利の明確性の点で相違があることに注意を要する。そして、このことは、まず、具体的に問題となる侵害事例等の相違に現れてくる。

第1に、被担保債権の弁済到来前に生じうる問題について、例えば担保不動産上の立木の伐採等といった問題がある。ここで、抵当権では、設定者による処分行為が問題となり、通常の用法の範囲を超える処分は抵当権侵害となりうる。これに対し、譲渡担保では、譲渡担保権者による立木の処分も問題となり得、判例では、設定者への所有権の復帰を前提に、債務不履行に基づく損害賠償請求の問題になると解されていた。この問題は、抵当権では抵当権者の処分権との関係で生じ難い。その一方で、譲渡担保では、その所有権の帰属の問題を回避するためにも、債務不履行の問題と判示されたとも解されよう。

第2に、担保不動産を占有・利用することによる侵害に関して、抵当権では、設定者が目的不動産を占有するのが通常であり、第三者が目的不動産を占有して初めて抵当権侵害の問題が生じてくると考えられる。したがって、明渡請求の相手方は、第三者としての

占有者である。これに対し、譲渡担保では、第三者としての占有者に対するだけでなく、私的実行を認めることとの関係で、設定者に対する明渡請求も問題となる。周知の通り、抵当権の実行は、原則として法定の競売手続きによることが予定されている。したがって、換価手続きの一環として、抵当権者に目的物の占有を得させる必要はなく、また、ドイツ抵当制度の歴史的沿革から明らかなように、それを実現する制度は廃止された。これに対し、わが国における不動産の譲渡担保については、判例・学説により、実行の段階になれば、第三者だけでなく、設定者に対する関係でも、担保目的実現のために、換価処分権能を有する譲渡担保権者に明渡(引渡)請求権を認めざるを得ない。確かに、私的実行の可能性を認める担保手段を認める以上は、上記のような結論に至ることは必然であろう。しかし、抵当権に比して安易に債権者への明渡請求権を認めること、また、ドイツの歴史的沿革を参考にすると、若干の疑問を感じざるを得ない。なお、近時、抵当権を(物権的)換価権と解する見解が現れてきているが、そのような理解で抵当権に基づく明渡請求権を考えていく際には、譲渡担保に関する解釈論は有用であろう。

第3に、不法行為に基づく損害賠償請求権に関して、ここでも、第三者が目的不動産を占有することによる侵害事例が今後論じられるべき問題であると考えられる。抵当権、譲渡担保とも、上記占有による債権者の権利侵害が生じうることについては、判例・学説でほぼ異論はない。そして、債権者が賃料相当額の損害を原則的に被ることはないという点でも、両者は一致している。しかし、その一方で、権利侵害があると認める以上は、今後、それによって損害が発生することがあるかどうかを再考する必要があると考える。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[学会発表] (計2件)

- (1) 堀田親臣、譲渡担保不動産への侵害行為とそれに対する救済、日本土地法学会中国支部研究会、2009年3月28日、広島市
- (2) 堀田親臣、抵当権侵害と損害賠償請求、日本土地法学会中国支部研究会、2008年9月27日、広島市

6. 研究組織

(1) 研究代表者

堀田 親臣 (HOTTA CHIKAOMI)

広島大学・大学院社会科学研究所・准教授

研究者番号：50363015

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者 なし