

抵当権侵害における損害賠償についての一試論

難波 譲治

はじめに

- I 抵当権者から抵当物件侵害者に対する損害賠償請求についての判例・学説状況
 - 1 損害の現実化の段階構造
 - 2 残存物の価格による整理・検討
 - 3 抵当権者からの損害賠償請求を否定する説
 - II 損害内容からみた検討
 - 1 抵当権の侵害と損害
 - 2 損害についての様々な把握
 - 3 損害の算定
 - III 抵当権者の損害賠償請求権と他の権利との調整
 - 1 物上代位との関係
 - 2 所有者の損害賠償請求権との関係
- むすびに代えて

はじめに

抵当権の目的物が侵害された場合、例えば、抵当権が設定されている建物が毀損され、建物の価値が半減したような場合、抵当権者は、侵害者に対して直接の損害賠償請求ができるかという問題がある。古くから論じられているが、いまだ議論は収束していない¹⁾。この問題は担保権全体に生じるが、本稿ではその代表として抵当権の目的物が物理的に毀損された場合の議論を中心に検討する。

抵当目的物が侵害されても、債権自体は残っているのであるから、将来、債権の弁済期において債権全額を回収できるかもしれない。とくに、目的物が毀

損しても、その残存価値が債権額以上に残っている場合には、債権全額を回収できる可能性が高く、そうなれば、結局のところ、債権者の損害はないともいえそうである。そこで、損害賠償請求できるのは、現実には債権が回収できなかった場合に限定されるのであろうか。しかし、抵当物件が侵害されているのに、抵当権が実行されるまでは全く損害賠償の対象とならないという説には疑問を感じざるを得ない。他方で、損害賠償請求を認めた場合、抵当権者の損害賠償請求の内容が所有者と全く同じであるという説に対しても疑問がある。近時の学説は、その中間で注目すべき提案をしているが、それらについても不十分な点があるのではないか。判例・学説は分かれているが、これまでの学説に疑問も感じており、ひとつの試論を述べてみようというのが本稿の目的である。

まず、これまでの判例・学説を以下の3つの視点から整理・検討する。第1に、損害が現実となった段階、すなわち、抵当目的物の侵害から抵当権実行に至るまでに抵当権者の損害は順次具体化していくので、どの時点で損害賠償を認めるかである。早くから、損害発生に時期に注目して、「抵当権を実行しても抵当権者が満足を得られなかったときにはじめてその損害が発生した」のか、「実行前でも」、「弁済期前でも現実の損害があるとみるか」という議論がなされていたが、改めて整理・検討することとしたい。第2に、侵害によって価値が低下した抵当目的物の残存価値と抵当権者の債権額との関係という視点であ

1) 判例・学説の状況を知ることができる文献として、次のようなものがある。薬師寺志光「抵当権侵害に因る損害賠償請求権について」国学院法学9巻3号71頁以下（1972年）、青山正明「抵当権の侵害とその救済」中川善之助＝兼子一監修『不動産法大系2・担保』（1977年）194頁、新美育文「抵当権の侵害と損害賠償責任」手形研究404号（1987年）72頁以下、加藤雅信「担保権侵害とその救済」星野英一ほか編『現代社会と民法学の動向（上）』（1992）70頁以下（加藤雅信『現代民法学の展開』（1993年）215頁以下所収。こちらで引用する）、道垣内弘人「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2巻』（1998年）285頁以下、柴原宏昭「抵当価値権論」早稲田法学会誌48巻341頁以下（1998年）、舟橋秀明「抵当権侵害論(1)」早稲田法学78巻2号（2003年）195頁以下、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—不真正連帯債務か物上代位か」関西大学法学論集42巻3＝4号511頁以下（1992年）、田高寛貴「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」名大法政論集227号341頁以下（2008年）、同『クロスステディ物権法』（2008年）210頁以下、清水恵介「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」日本法学79巻4号（2014年）137頁以下など。最近までの状況は、古積健三郎「369条注釈」道垣内弘人編『新注釈民法(6)物権(3)』701頁以下（2019年）参照。判例・学説の詳細については、これらの文献を参照されたい。

る。残存価値が債権額を上回れば損害はないのか、あるいは、少しでも侵害があれば損害が発生しているのかということである。第3に、抵当権者の損害賠償請求を否定する立場について検討する。

次に、以上で整理・検討した諸説を、損害の捉え方²⁾という点から総合的に再度整理し、検討することとしたい。上記の第1、第2の視点とも、損害をどのように把握するかという視点から眺めれば、共通するところがあり、また、それによってこれまでの諸説が不十分であったところが明らかになって問題の本質が浮かび上がってくるのではないかと考えるからである。そして、損害の捉え方によって損害の算定も変わるものであり、具体的な例について私見からの算定を試みる。

最後に、抵当権者の抵当物侵害者への直接の損害賠償請求権を認めた場合に、抵当権者の物上代位、抵当物所有者の損害賠償請求権との関係をどのように見るかという調整関係について触れることとしたい。

I 抵当権者から抵当物件侵害者に対する損害賠償請求 についての判例・学説状況

1 損害の現実化の段階構造

まず、所有者に対するなんらかの損害賠償請求を認める説のうちで、認める時期によって、抵当権の実行後、弁済期到来後抵当権実行前、弁済到来前の三段階に分けて整理・検討する³⁾。第1の段階まで至ると損害が確定、明確になっているが、第2、さらに第3の段階では、損害は、不確定、不明確の状態であるが、それらの段階でも損害の発生を認めるかという問題である。

なお、ここでは、債務者が抵当物所有者である場合と物上保証人が所有者である場合があり、侵害者が、債務者の場合、物上保証人(担保物所有者)の場

2) 損害把握に関して、拙稿「損害の具体性と抽象性—損害の段階構造に関する覚書」立教法務研究1号(2008年)105頁以下、及び「債務不履行における損害の現実性」国学院法学30巻4号(1993年)249頁以下がある。

3) この整理は、加藤一郎『不法行為(増補版)』(1974年)149頁、加藤(雅)・前掲注1)219頁以下と同様である。他に、被担保債権が弁済された時点で損害賠償請求が可能になるという整理があるが(潮見佳男『不法行為法I(第2版)』(2009年)89頁)、弁済期到来だけでは足りず一部弁済された場合に残額の賠償請求ができるということであろうか。

合と第三者の場合がある。債務者が所有者であるときは、期限の利益を喪失し、本来の債権を行使することができるので、損害賠償債権を認めても実益がほとんどないとされている⁴⁾。また、侵害者が第三者である場合は物上代位との関係が問題になるがこの点は後述する（Ⅲ）。

（ア） 抵当権実行時損害発生説

例えば、被担保債権額 1000 万円、抵当物件の当初価額 1500 万円であり、第三者が物件を損壊したため、物件の価額はかなり下がって 800 万円になったが、その時点では、損害が発生していないので抵当権者は損害賠償請求をすることはできず、弁済期後抵当権が実行された時点で、競売で 800 万円でしか売れなかったとすると、その時点で債権額との差額 200 万円の損害が発生し、損害賠償請求できるとする説である⁵⁾。

判例においても、大判昭和 3 年 8 月 1 日民集 7 卷 671 頁は、抵当権の実行手続開始後に、抵当権の設定者が山林の立木を第三者に売却し伐採させても、被担保債権の満足を得られる以上、損害賠償請求は認められないとした。この判例からすると、抵当権実行後に被担保債権の満足を得られない場合にはじめて損害賠償請求できるように見える。

この見解は、損害を最も具体的レベルに置き、抵当権を実行した後の回収できない金額まで確定した段階でのみ損害の発生を認めるものである。もっとも、この時期に至っても、債権は残存しているので、債務者の担保物以外の財産が十分であればそこから回収できるから損害賠償請求できないという見解があるし（この点は後述）、債権者が実際にそれらの債務者財産に執行するという方法で債権を回収すれば、損害は消滅するからもはや損害賠償請求はできない

4) 鈴木祿弥『物権法講義（5訂版）』（2007年）251頁。なお、民法137条2号は、「債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき」に期限の利益を失うと定めており、抵当権侵害に関する諸論稿は、条文通りに解し、物上保証人が担保を滅失等させても含まないという説（平野裕之『民総総則（第3版）』（2011年）466頁）に立っているようである（ただし、田高・前掲注1）353頁は物上保証人を含むとしている）。これに対して、物上保証人は債務者に含むとし、さらにそれ以外の第三者の滅失等であっても、期限の利益を失うのは、債務者が債権者から得た信用の基礎が客観的に見て失われたからであって、第三者による滅失でも債務者は期限の利益を失うという説（金山正信＝金山直樹「137条注釈」於保不二雄ほか編『新版注釈民法4巻』（2015年）823頁）によれば、第三者の抵当物件毀損であっても弁済期が到来していることになるので、債務者と第三者の区別が不要となることに注意すべきである。

5) 川島武宜「判民昭和7年103事件」判例民事法昭和7年度348頁。

のは当然である（この場合でも、執行のための増加費用を請求する余地はある）。

この見解が抵当権実行時に損害が発生するというのは、抵当権実行以前の損害賠償請求を認めないということである。その理由として、ただちに損害賠償請求が出来ないとしても、侵害者に対する目的物所有者の損害賠償請求権への物上代位、侵害者に対する妨害排除請求権、債務者の期限の利益喪失などの手段があるから、保護を欠くことはないとする⁶⁾。また、競売前の損害賠償を認めると、後に競売されるまでの目的物の価格変動により現実の損害額と取得した賠償額が異なることになれば不都合であるとする⁷⁾。

この見解は、損害をあまりに狭くとらえる点で問題がある。また、既に指摘されている通り⁸⁾、抵当権実行後だけでは十分な救済ではない。まず、物上代位によればよいという見解に対しては、物上代位は、抵当物所有者自身の侵害ではありえず、債務者と第三者の共同不法行為によるような場合にも物上代位がないので、それだけでは救済が不十分である。債務者の侵害の場合は、期限の利益の喪失（民法137条2項）によって抵当権の実行手続きに進めることができ、その結果担保から回収できなかった額について損害賠償請求すればよいが、債務者でない物上保証人、第三者による侵害の場合は、債務者は期限を喪失しないので、直ちに抵当権を実行することができない。債権の期限が到来し不履行による抵当権実行に至った段階では抵当権侵害者の資力は悪化している可能性があり、抵当権を実行しても回収できなかった額についてその段階で損害賠償請求できても、損害賠償請求権にさらに担保はないので、結局当初の債権について回収できない可能性がある。例えば上記の200万円の損害賠償請求権を行使しようとしても、もはや物上保証人や第三者には資力がないかもしれないのである。

（イ） 弁済期到来時損害発生説

この見解は、抵当権実行後でなくとも弁済期が到来すれば損害賠償請求できるが、弁済期到来前はできないというものである⁹⁾。例えば、被担保債権額1000万円、抵当物件の当初価額1500万円だったが、所有者が物件を毀損した

6) 柚木馨＝高木多喜男『新版注釈民法9巻（改訂版）』（2015年）92頁。

7) 鈴木・前掲注4）252頁。

8) 田高・前掲注1）法政論集350頁など。

ため、物件の価額は800万円に下がったが、その時点では、抵当権者が損害賠償請求をすることはできず、弁済期が到来した時点で残存物の価額が800万円だとすると、その時点での債権額との差額200万円を損害賠償請求できるとする。

大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁は、抵当権者が、抵当債権の弁済期到来後抵当権の実行前に所有者に対し損害賠償を請求することを認めた。山林に抵当権が設定されていたが、抵当権設定者＝債務者とその山林の立木を伐採したという事案で、伐採時は被担保債権の担保として十分な価値があったとして損害はないが、その後の価格下落によって損害ありとされたものである。判旨によれば、抵当権侵害による損害は、抵当権によって担保された債権が完済されない場合においてのみ生ずるので、弁済期以前は損害の発生は不明であり、弁済期後も、損害額は、抵当権実行の時又は抵当債権の弁済期後抵当権実行前における賠償請求権行使の時を基準とすべきとしたものである。また、大判昭和11年4月13日民集15巻630頁は、担保権実行前であっても、担保権の実行が通常想定される時期以降に交換価値の減少を来し、回復の見込みがないと判断される場合には、その時点の交換価値の減少分が損害額になるとした。抵当権ではなく特許権を目的とする質権の事例であるが、近時の最判平成18年1月24日訟月54巻12号2953頁も、被担保債権が履行遅滞に陥った頃、当該債権を実行することによって回収することができたはずの債権額が損害額であるとした。これらの判決によれば、弁済期到来時点で担保価値が減少していれば、現実に実行しなくても、担保からの債権回収ができないことは明らかであり損害が発生したと認められるということになる。

学説は、「抵当権の実行以前においても損害額の算定は必ずしも不可能ではない」¹⁰⁾ことを理由とする¹⁰⁾。また、第三者に対する損害賠償請求権を認める

9) 我妻栄『民法講義Ⅲ新訂担保物権法』（1968年）386頁（同頁の記述だけでは弁済期前の賠償を認めるか明確ではないが、前記昭和7年判例を支持するので弁済期前には認めないものと思われる）、川井健『民法概論2物権（第2版）』（2005年）390頁、河上正二『担保物権法講義』（2015年）152頁など。また、松岡久和『担保物権法』（2017年）114頁は、弁済期前の損害賠償請求権行使に対して、侵害者は保証人類似の責任を負うので、弁済期未到来を抗弁として主張できるとする。田高説（田高・前掲注1）法政理論364頁は、弁済期以前にも損害賠償請求できる場合があるとしながら、期限の到来の場合をいうのであるから、結局弁済期到来を要求していると思われる。

10) 我妻・前掲注9）386頁。

ことによって、抵当権により担保された地位の回復ほど確実ではないものの、第三者に対する直接請求権は、債務者に対する他の債権者が主張できない権利であるから、その点で担保と同様に優先権があり、代担保に代わる次善の策として妥当とされる¹¹⁾。設定者が実行手続きを異議申立てによって故意に遅延させる場合に暫定的に優先弁済権を実現させるべきというものもある¹²⁾。

弁済期が到来した時点でも、実行しない限り最終的な損害額は確定しない。実行前であっても、担保物の価値がゼロになったような場合は、損害額が確定するが、一部毀損で価値が低下しただけだと、損害がいまだ抽象的な段階に留まるのであり、その場合であっても賠償を認めるものといえよう。もっとも、弁済期前の損害賠償を認めては債務者の期限の利益が失われるので、少なくとも弁済期が来なければ損害賠償請求を認めないという立場である。

また、この説は、抵当権実行前の損害賠償請求を認めるので、損害賠償金を受領した場合の後始末の問題が発生する。その点については、損害賠償請求の時点で毀損前の目的物価額と残存物価額の評価から抵当権者の損害額を算定しておき、抵当権実行後に確定する現実の損害額とのズレは、配当段階かその後調整するとされている。この場合の具体的な調整について、次の例が挙げられている¹³⁾。債権額 100 万円、毀損ない状態の当初の抵当目的物価額 150 万円、毀損後の残存物価額 50 万円とすると、賠償額が 50 万円となり、残存物に抵当権を実行して 30 万円で売却された場合、さらに 20 万円の損害が残っていると、20 万円の賠償請求ができる。逆に 80 万円で売却された場合には、50 万円の配当のみを受け、残額は後順位抵当権者または設定者に配当ないし交付すればよいという。

この説に対しては、抵当権を実行しなければ損害の発生自体が確定しないことが批判の対象となっている¹⁴⁾。確かに、抵当権実行前の時点で担保価値が減少していたとしても、後に目的物が値上がりして抵当権を実行すれば債権全額を回収できることがあるが、それは、いったん発生していた損害が値上がりによって消滅したとみることができる。

11) 松岡・前掲注 9) 114 頁。

12) 高木多喜男『担保物権法 (第 4 版)』(2005 年) 167 頁。

13) 高木・前掲注 12) 166 頁。

14) 川島・前掲注 5) 349 頁。

（ウ） 弁済期以前（不法行為時）損害発生説

例えば、被担保債権額 1000 万円、抵当物件の当初価額 1500 万円だったが、所有者が物件を損壊したため、物件の価額はかなり下がり、その時点の残存物の価額が 800 万円だとすると、その時点での債権額との差額 200 万円を損害賠償請求できるとする説である¹⁵⁾。

この説は、弁済期にならなくても、損害は算定することができるし、賠償を認めなければ担保権者の保護が不十分であるという。この損害賠償を認める説の中には、担保権侵害の損害の内容に着目するものがある。この場合の損害を「弁済の確実度の低下」であると指摘するのである¹⁶⁾。この指摘は正当だと思われる（もっとも、損害の内容については後述）。この説に対しては、受領した損害賠償金は、債権に充当されるとするので、弁済期が来てもないのに債権を回収できたことになり、担保物権の目的に反するとするという批判がある¹⁷⁾。確かに、債権全額が回収できるような事態は妥当ではない。

しかし、もし認めないと、担保が縮減してしまった事態が続き、当初債権は弁済期まで行使できないのであるから、その間に債務者の一般財産も減少してしまった場合には、損害が回復できないことになる。なぜ弁済期前に損害賠償請求できるかという点について、不動産という永続性の強い財産が損害賠償債権という永続性の弱い財産に転化すると、賠償金は交換価値の部分的実現であり、不動産は交換価値の実現段階に入っているのだから、一般債権者の競売手続きと同様に、弁済期前の抵当権者も満足の間に入るというものがある¹⁸⁾。しかし、第三者の侵害によって滅失したような場合、債務者の帰責事由がまったくないのに債権全体について満足段階に入るというのは疑問である。また、損害賠償を認めると、残りの債権に対して過剰な担保とならないかという点である。例えば、債権が 1000 万円、担保物の価格が 1000 万円であれば、そもそも担保物が値下がりすれば担保物から全額の弁済を受けることはできなかった

15) 加藤（一）・前掲注 3）149 頁、三島宗彦『注釈民法 19 卷』（1965 年）72 頁。河上・前掲注 9）152 頁は、物権侵害に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を排除するだけの合理的根拠はない、としてこの説に好意的に見えるが、損害額確定を疑問とする。

16) 加藤（雅）・前掲注 1）232 頁が強調するところである。田高・前掲注 1）法政論集 357 頁も同旨。

17) 古積・前掲注 1）705 頁、松岡・前掲注 9）114 頁。

18) 栗田・前掲注 1）531 頁。

という状態である。そのとき担保物が毀損されて無価値となったときに、第三者に対する1000万円の損害賠償請求を認めれば、その時点での第三者の資力が十分であれば債権者は非常に有利である。あるいは、弁済期までは、賠償金を受領しても処分できない財産と扱うのであろうか。しかし、それでは、損害賠償請求権の行使として金銭を受領したとはいえないだろう。

そこで、損害賠償請求権が発生するとしながらも、自己へ引き渡せという請求はできず、所有者へ引き渡せとしか言えないという見解もある¹⁹⁾。弁済期以前に抵当権者が損害賠償金を受領してしまうと所有者が建物の再築や修補ができなくなるという不都合があるという理由である。すなわち、直接の損害賠償、物上代位共通に抵当権者が第三者からの賠償金をまるごと取得すると、所有者は修補等ができず、弁済期前に抵当権者に認められているはずの使用収益権限を所有者から奪うことになるというのである。この指摘は重要である。しかし、自己への引渡しを請求できない損害賠償請求権に果たして意味があるのか疑問なしとしない。損害賠償金を所有者が受領してしまったは、一般財産と混同し、担保の意味がないことになるのではないだろうか。

この説が強調するように、弁済期前に抵当権者が「丸ごと」賠償金を持っていくことが妥当でないのでは理解できるが、それは、単に損害の算定に問題があったということではないだろうか。

2 残存物の価格による整理・検討

抵当物件が侵害された結果、当初の価値よりも低くなることになる。被担保債権額の関係で、残存物が被担保債権額を下回るようになった場合にもみ損害が発生したみる説(ア)と、残存物の価額が被担保債権額を上回ってもよいという説(イ)がある。

いずれの説においても、残存物の価額と被担保債権額を比較することが行われているが、それでは不正確である。すなわち、「残部の価額がなお被担保債権額を十分に担保する場合は損害がない」ということがよく言われるが²⁰⁾、「十分に担保する」ということの意味は、必ずしも明確ではない。すなわち、「残存物の価額」<「被担保債権額」であればよいのか、「残存物の価額」<

19) 田高・前掲注1) 法政論集 350 頁以下。

20) 我妻・前掲注9) 386 頁など。

「目的物を競売にかけても、当該被担保債権が全額回収できるような額」でなければならないのかである。通常、前者の意味だとされているようであるが、抵当目的物の値下がりリスクなどを含んで十分に担保されているというのは、後者でなければならないのではないか。この点は、損害内容についての検討において言及することとし、ここでは残存物価額と被担保債権額との比較から2つの説を検討する。

（ア） 残存物の価格が被担保債権額を下回ることを損害発生の要件とする説
まず、判例の立場である。大判昭和3年8月1日民集7巻671頁（傍論）は、損傷の場合について、残存物の価額が抵当権の被担保債権額を上回る限り、損害がないので、抵当権者には損害賠償が認められないとした。また、抵当山林から立木が伐採・搬出された時点では担保価値が被担保債権額を超えていたが、その後に山林の価値が低下した事案において、抵当権者は、弁済期到来後に所有者に対し損害賠償を請求し得るが、損害の算定は、不法行為時ではなく、抵当権実行時または賠償請求権行使時（口頭弁論終結時）を基準とし、抵当物件の滅失・損傷により抵当債務総額に不足する限度で損害額を算定すべきだとし、立木の時価の限度で損害賠償請求を認めている（大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁）。

このように、弁済期到来後抵当権実行前でも、残存物の価格が被担保債権額を下回ったことを要求するならば、価格変動を考えなければ、その後に抵当権を実行しても、被担保債権額を回収できることはほぼないと思われる。したがって、その段階で、既に損害が具体的に明確になったと言える。もっとも、所有者が物件を修繕することによって担保価値が回復することがあるが、損害がいったん発生していたことには変わらない。

判例の立場は、損害の具体性、明確性を要求する点で一貫しているものといえよう。しかし、（弁済到来前や）残存物の価格が被担保債権額を上回る場合に損害賠償請求を全く認めるべきでないのか疑問がある。

（イ） 残存物の価額が被担保債権額を上回っていても損害賠償請求は可能であるという説

この説は、次のような例を示す²¹⁾。6000万円の債権を担保する抵当権の目的物が当初9000万円であったが、不法行為によって6000万円に低下した場合

を挙げる。当初9000万円の価値があれば不動産市況の変動によって3000万円低下しても十分な担保価値があるが、6000万円では担保割れになってしまうのだから、損害はないとはいえない。また、この例で、第1の侵害者が9000万円の物件を6100万円に低下させても賠償請求ができず、第2に侵害者がさらに5800万円に低下させると賠償請求できるというのは疑問とする。この例をみれば、残存物の価格が被担保債権額を下回することは不要であることは明らかであろう。安全確保の手段たる担保においては、被担保債権額と目的物の交換価値の差が大きいほど担保機能は確実なものとなるのであるから、価値の低下はそれだけで抵当権侵害を成立させるものである²²⁾。また、もし抵当権侵害とならないとすれば、後日の経済環境の変化や、通常の用法に従う目的物の価値低下が生じて、被担保債権額を下回ることとなる場合、それに先行してなされた行為による価値低下の負担を抵当権者が負う結果となり、妥当な結論を導くことができなくなるともいわれる²³⁾。否定説は、何のために債権額を上回る担保を取得しているのかの意味を理解していないものである。

前述のように、担保権が将来の確実な弁済に対する期待を保護するものであるとすれば、確実な弁済が妨げられた場合は損害があるというべきである。そして、損害が抽象的な段階でも認められるのであれば、その場合の損害は、自己の債権額ではなく、あくまで弁済可能性の低下であり、それ自体を算定する必要がある。

もっとも、抵当物件の価値低下がわずかな場合、はたして弁済の確実度は低下したのかという問題はある。例えば、被担保債権が1000万円、担保物が1億だとすれば、担保物が毀損して9000万円になっても、弁済の確実度が下がったとはいえないとも考えられる。この点も損害内容について改めて言及する(II)。

3 抵当権者からの損害賠償請求を否定する説

1, 2では、抵当権者から抵当物侵害者に対して何らかの損害賠償を認めるものであったが、否定する説についても検討しておく。

21) 田高・前掲注1) 法政論集357頁。

22) 高島平蔵『物的担保法論I』(1977年)88頁、柴原・前掲注1)353頁。

23) 柴原・前掲注1)353頁。

（ア） 二重弁済回避説

固有の損害賠償請求を認めると不法行為者に二重弁済を強いることになるというのが、否定説の理由であった²⁴⁾。しかし、(不真正)連帯債権とすればよいという反論があり²⁵⁾、この点は既に克服されていると思われる。

（イ） 代担保請求権説²⁶⁾

この説は、被担保債権の弁済期以前に担保権者が差押等を怠り物上代位権が消滅した場合には（不当利得として）代担保請求ができ、弁済期以後は、債務者が担保目的物の所有者であれば履行請求できるだけだが、所有者が別人であれば、所有者に不当利得返還請求ができるという。

まさに原状回復としては妥当な結果を導くことができる。もちろん、担保不動産は特定物であり、評価額が同じであっても厳密に同じ担保ではないが、最も、従来の状態に近い状態であるとはいえよう。

しかし、明文のないところで代担保の請求が認められるか、そもそもこの場合が不当利得と言えるのかという批判がある²⁷⁾。代担保請求を認めるかどうかという問題にかかわらず、損害賠償請求を認めるべきである。

（ウ） 物上代位説

実質的には損害賠償請求を認めるのと変わらないが、あくまでも、所有者の所有者に対する損害賠償請求権への効力のみ認めるという構成である²⁸⁾。

所有者による損傷の場合、抵当権の効力は残存物と所有者の自分自身に対する賠償請求権という二つの財産に併存し、弁済期が到来すれば抵当権者は被担保債権の満足までいずれも自由に行使できるとする。抵当不動産の損傷であるからこそ、混同の例外として、所有者の所有者に対する損害賠償債権の上に抵当権の効力が生じるという。

24) 鈴木・前掲注4) 252頁。

25) 栗田・前掲注1) 526頁。栗田論文は、所有者の損害賠償請求権と担保権者の損害賠償請求権の関係を詳細に検討しており、示唆に富む。

26) 加藤（雅）・前掲注1) 238頁。同書によると、近藤秀吉『改訂物権法論』（1937年）193頁以下が嚆矢のようである。

27) 道垣内・前掲注1) 309頁、松岡・前掲注9) 114頁。

28) 松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法（第2版）』（2008年）335頁〔古積〕。

例えば、1億円の不動産が毀損されて7000万円に減額した場合、所有者に3000万円の損害が発生しているが、その3000万円の損害賠償債権も抵当権の目的となるので、当初の1億円の担保が維持されるというのである。

この見解は極めて巧妙な理論を構成しており、検討に値する。しかし、現在のところ、混同の例外とするが、そもそも同一主体の所有者を分割してその間に損害賠償請求権が発生するという構成が可能なか疑問があるし、もし発生するとして、それに物上代位をするのであろうか。第三者の侵害と平行に考えることができるという利点があるが、解釈論として無理な構成のようにも思える。

II 損害内容からみた検討

Iにおいて、これまでの諸説を検討してきたが、再度、損害の把握から整理し、私見から検討することにした。諸説の対立の背後に、損害の把握の違いがあるのではないかと思われるからである。

1 抵当権の侵害と損害

抵当権侵害の場面において、権利侵害と損害の違いに着目する見解がある²⁹⁾。すなわち、抵当権の侵害は、弁済期前でも抵当目的物の残存価値が被担保債権より大きくとも成り立つとし、被担保債権額を下回ることが要求されるものではないとする。ただし、損害については、発生していない場合があるというのである。

抵当権不可分の原則により抵当権は目的物の全部に対して効力を及ぼしているのである³⁰⁾から、担保目的物の毀損があれば、抵当権が侵害されているということは明らかであろう。もっとも、担保権侵害があっても、損害が発生していない、という論理は成り立つ。大判昭和3年8月1日民集7巻671頁が、「抵当物ノ価格ヲ減損セシメタルコトハ抵当権ソノモノノ侵害ニハ相違無シ」としながら、「抵当権者ニシテ窮極ニ於テ完全ニ債権ノ満足ヲ得タル以上何等ノ損害アルコトナシ」とするのがそのような見解と考えられる。

29) 柴原・前掲注1) 353頁。

30) 道垣内・前掲注1) 306頁、柴原・前掲注1) 353頁など。

抵当物件侵害後の残存物の価額が被担保債権を下回らなければ不法行為は成立しない、というフレーズも、損害がないのならば当然である。その見解が権利侵害＝損害とみていると捉えれば、理解できるものである。しかし、さらに、損害も発生しているのではないか。その点については後述する。

また、「被担保債権の回収の容易性」が被侵害利益であるという見解により、担保権や被担保債権そのものではなく、規範的損害論の視点から「被担保債権の回収の容易性」まで被侵害利益を政策的に緩和したものという説明がある³¹⁾。しかし、被侵害利益が緩和されたのではなく、担保権自体が債権回収の現実性を保護するものであるから、既にみたように、損害を抽象的段階で把握するという点で、具体的損害よりも緩和して把握したということであろう。

2 損害についての様々な把握

(ア) 債権を回収できなかったという損害

抵当権を実行して債権が全額回収できなくとも、債務者が多額の財産を有していれば、そこから回収できるので損害賠償請求できないという見解がある。当然、抵当権実行後のみを対象としている。一部の下級審判決が、抵当権実行後も債務者の資力状態を考慮しているのがこれにあたる。抵当権の侵害自体を問題にせず、抵当目的物が毀損されたことによって発生した損害は、債権の回収できなかった額であるとみている³²⁾。

この見解によれば、抵当権実行後に抵当目的物から回収できない場合であっても、債務者に資力があれば損害賠償請求できないこともある。しかし、抵当権は、債務者の一般財産にかかわらず債権を回収するためのものであって、抵当権から回収できなかったにもかかわらず一般財産があるからといって損害がないというのは、抵当権の意義を失わせるものである。したがって、債権を回収できなかったという損害を、抵当権侵害と結びつけるべきではない。

当該抵当目的物から弁済を受けられなかったことで損害は発生しており、当

31) 清水・前掲注1) 148頁。

32) 加藤(雅)・前掲注1) 234頁は、弁済期以降については「債務者に債務弁済を請求しても弁済を受けられない残額の範囲」の賠償請求ができるとし、「債務者の無資力、有する総資産額等が明白な場合」に損害額を立証し得るとして、債務者の財産状態を考慮するようなので、この立場と思われるが、同論文が弁済の現実性の低下を損害とみることと矛盾しないのであろうか。

初の債権残額を行使するか損害賠償請求権を行使するかは選択できるとみてよいだろう。

(イ) 競売によって抵当物件から弁済を受けられなかったことによる損害やはり、損害を具体的段階で把握するものであるが、抵当権が侵害された結果、抵当物件から債権を回収できなかったことによる損害に着目するものである³³⁾。

この見解も、抵当権の侵害自体を評価するのではなく、担保された債権が満足したかに着目するものであるが、抵当権侵害の結果としての損害として妥当なものである。

この場合の損害は、(ア)と異なり、抵当物件の価値が低下して実行時に回収不能になった回収不能額であり、債務者の他の一般財産は関係しない。物件価値が下がっても、実行により債権全額が回収できた場合は、損害がないので賠償請求できないことになる。

なお、弁済を受けられなかったことにより、さらに企業活動が停止したといった損害が発生することがあるが³⁴⁾、それは損害賠償範囲の一般理論で解決すべきである。

(ウ) 抵当物件から弁済を受けられないことが明確になったことによる損害その抵当物件から回収できなくなるか否かは、抵当物件の毀損により十分な価値がなくなれば、その時点で明確になる。例えば、抵当物件が滅失して価値がゼロになった場合は、抵当物件から回収できないのが明らかであるから、その時点で抵当物件から弁済を受けられないという損害が発生したといえる。

一部毀損の場合、例えば、1000万円の被担保債権があり、当初2000万円の価値があった物件が500万円に減価すれば、1000万円のうち、500万円については当該物権からの弁済を受けられないのは明らかなので、その時点で既に少なくとも500万円の損害が発生していると考えることができるからである。ただし、代担保の提供や物件の修繕によって物件の担保価値が上がれば損害はな

33) 加藤(一)・前掲注3)149頁は、「抵当権者は抵当目的物の価値から第一次的に弁済を受けべき」としている。

34) 前田達明『民法Ⅵ2(不法行為法)』(1980年)80頁。

くなったことになる。この損害は、弁済期到来後に限らず、弁済期前であっても発生するはずである。この損害を認めても、損害の把握について従来の具体的損害把握を広げたものとはいえないだろう。

もっとも、所有者の損害賠償請求権との調整が必要であるし、債務者（あるいは、物上保証人）が抵当物件を毀損したような場合は、期限の利益を失うので、現実には、第三者の侵害だけが問題になり、後述の物上代位との競合が発生する。

（エ） 弁済の確実性が低下したことによる損害

前述したように、抵当権侵害による損害を弁済の確実性の低下とみれば、抵当物件からの回収の可能性が減少しただけ損害があるとみることができる。そして、そのような損害とみれば、抵当権実行前どころか弁済期前であっても発生し得るはずではある。

この場合の損害は、（ア）～（ウ）の損害とは異なって抽象的なものであるが、金銭に結び付けることができ、損害として認めることができるであろう。すなわち、損害概念は、金額まで明確になった具体的なものであることもあるし、権利侵害自体を評価するものもあるのであって、弁済の確実性の低下は後者である³⁵⁾。弁済期前の賠償を認めると、担保権者が賠償金を受け取った後に債務者が債務を全部履行するといった問題が指摘されている³⁶⁾が、賠償によって債権が消滅または減少しているのに、債務者に存在しない債権について請求することは稀だと思われるし、第三者弁済がなされた場合でも同じ状況は発生するのであって、不当利得等で調整可能なのであるから、賠償請求を否定する理由にはならないように思われる。

これに関連する最高裁判決として、最判 61 年 11 月 20 日判時 1219 号 63 頁がある。この判決は、抵当権ではなく、代理受領を承諾した第三債務者の不法行為の事例であるが、「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かったこと自体を損害として把握することができ…」とした。この判決は、共同担保で、しかも一部は人的担保という事例なので慎重な

35) 拙稿・前掲注 1) 立教法務研究 1 号 105 頁以下参照。なお、高橋眞「最判平成 18 年 1 月 24 日判批」民商 134 卷 6 号 285 頁は、損害を具体的・個別的な形態においてではなく不利益の総体として捉える立場から、特許権上の質権侵害の判例を解説している。

36) 加藤（雅）・前掲注 1) 231 頁。

検討が必要と考えるが、少なくとも、前記の(ア)~(ウ)の損害把握とは異なり、具体的損害ではなく、抽象的な損害を認めたものである。

では、弁済の確実性が害され損害が発生した場合とはどのような場合か。例えば、1000万円の被担保債権があり、当初1億円の価値があった物件の価値が毀損されて9000万円になっても損害はないと判断されることが多いであろう。この場合であっても厳密には損害は発生していると思われるが、そのような損害は、「損害の確実性」がないというべきであろう。

物件の種類や市況によっても変動しようが、銀行が融資する場合、物件の60~70%程度が担保掛目とされるということであるから³⁷⁾、抵当物価の価値として、概ね債権の1、5倍程度の価値が維持されていればよいのでないか。そうだとすると、1000万円の債権において、当初2000万円の担保物件が毀損されて、およそ1500万円以下の価値になった場合は、損害賠償請求できることになる。

ただし、その場合の損害の算定が難しいのは後述の通りである。

3 損害の算定

抵当権実行後については算定に困難はないと思われるので、弁済期以後抵当権実行前と弁済期前について検討する。

ところで、算定というとすぐに思い浮かぶのは基準時の問題である。I・1で損害の発生時期について検討したが、それについて基準時という整理がなされることがある³⁸⁾。抵当目的物が侵害された結果の残存物の時価は変動するから当然問題となるが、さらに損害の把握如何によって、その説明も異なってくる。損害を金額も含んだものとして具体的に捉えると、被担保債権額との関係で損害が発生したとみられた後に、残存物の価格が上昇すれば損害が減少することもある。これに対し、損害を抵当権侵害自体と捉えると、損害は既に発生しているのであり、価格の変動はその算定としての基準時の問題にすぎないということになる。そうすると、価格変動をどう扱うかという問題に帰するので、損害賠償の一般的議論に任せ、ここでは取り扱わない。

37) 小野兵太郎『不動産担保実務』(2016年)17頁。

38) 潮見・前掲注3)89頁など。これに対して、林良平「342条注釈」『注釈民法8巻』(1965年)247頁は、いつ損害を請求できるかということ、損害をどの時点で算定するかという点は別問題だとしていた。

これに関連して、大判昭和7年5月27日民集11巻13号1289頁は、現実の損害賠償範囲を定めるについて、抵当権実行時又は抵当権実行前の賠償請求権行使時（訴訟の場合は口頭弁論終結時）としたのに対して、抵当権者が残余物への抵当権実行と損害賠償請求を選択できることを考慮すると算定基準時を賠償請求時に統一すべきという批判がある³⁹⁾。しかし、抵当権を実行した場合は、それによって回収できない債権額が確定するのでその額が損害の基準となるということにすぎず、実行前にのみ金額の算定が必要でありそれを賠償請求時（口頭弁論終結時）とすべきというものである。前者を、損害賠償請求時まで遅らせるというのは妥当とは思われない。

（ア） 抵当物件の価値が債権額以下に下落した場合

被担保債権額が1000万円で、2000万円の抵当物件の価値が、侵害によって、0円に下落したとする。この場合、1000万円の債権の担保からの回収可能性はまったくなくなったのであるから、抵当権者は1000万円の損害賠償請求ができる。

次に、被担保債権額が1000万円で、2000万円の担保物件の価値が、侵害によって500万円に下落したとする。この場合は、既に、明らかに抵当権者は債権額を抵当物件から回収できない状態であるので、残余物の価値500万円と債権額1000万円との差500万円は確実な損害であり、その額の損害賠償を認めるべきである。さらに、抵当物の残余価値500万円で十分に担保されるのは、333万円余であるから、債権者はさらに166万円の損害賠償も請求でき、先の500万円と合わせて666万円余となる。

（イ） 抵当物件が債権担保のために十分な価値を保っている場合

「弁済の確実性を復帰させること」が本来の原状回復であるから、被担保債権全額の賠償を認めては明らかに過剰な救済である。この段階では賠償請求は認められない、と考えるのも理由がある。この場合であっても、厳密に言えば、値下がりリスクを含めて債権の回収可能性がわずかに低下していると思われるが、そのような不確実な損害は賠償の対象になり得ないので、損害賠償を認める必要はない。

39) 古積・前掲注1) 705頁。

したがって、抵当物件が侵害されたにもかかわらず、弁済の現実性がそれほど低下したとは言えない場合、例えば、被担保債権額が1000万円で抵当物件の価額が1億円、第三者の侵害によって残存価額が9000万円になったとする。この場合には、弁済の現実性は、ほとんど害されないで、抵当権者から第三者に対して1000万円の損害賠償請求を認める必要はないであろう。

これに対して、抵当物件の価値低下分の賠償を認める見解がある⁴⁰⁾。価額1億円の抵当物件が毀損され、7000万円分の残存価値となれば、被担保債権額が5000万円にすぎなくても、抵当権者には3000万円分の損害が生じていると考えることが十分に可能とする。この見解は、従来の学説において、残存価値が5000万円以上であれば、被担保債権が5000万円であるから、担保権者には何も損害がないという説があったが、その不合理を指摘する点においては正当な見解だと思われる。

しかし、被担保債権が5000万円の場合、7500万円程度の残存価値があれば、確実な弁済に十分と思われ、にもかかわらず、3000万円の損害賠償請求を認める必要があるのだろうか。また、この説は、共同抵当を例に挙げ、抵当権者は、どの担保目的物からでも被担保債権の全額を回収することができる権利があったのだから、甲不動産が侵害され価値がゼロになれば、乙不動産から債権全額の回収ができるとしても、甲不動産から債権全額を回収する権利を奪われたとし、そこから単独抵当の上記結論を導く。しかし、共同抵当の場合は、担保の種類など単独抵当と別の考慮要素も必要であり、単独抵当と単純に比較することはできないのではないだろうか。

(ウ) 抵当物件の価値が被担保債権額を超えているが十分な担保とはいえない場合

例えば、1000万円の被担保債権で、2000万円の抵当物件の価値が1200万円

40) 道垣内・前掲注1) 306頁。この説に対しては、安永正昭『物権・担保物権法(第3版)』(2019年)300頁が、「抵当権の内容を優先弁済権に集中させるのではなく、抵当不動産に対する担保的価値支配の完全性の侵害が抵当権侵害であるという見解」と評している。しかし、担保的価値支配だとしても、抵当権が支配しているのは、物件の全価値ではないはずであるから、所有者と全く同じ損害が発生するというのは疑問である。既に早くから、林・前掲注38) 247頁は、侵害によって担保できなくなった額がただちに損害額といえるか疑問と述べていたし、近時の清水・前掲注1) 145頁も、損害額は、目的物実損額そのままではありえない、としている。

に減少した場合、抵当権者に800万円の損害賠償を認めると過剰である。この800万円の部分は所有者の損害ではあるが、抵当権にとっては現実性を高めるための部分であるから、その800万円全額を抵当権者に取得させる必要はない。残存した1200万円の担保で確実に回収できる債権額が800万円であるとすれば、債権額との差額の200万円については担保がない状態であるので、その200万円を損害として侵害者に請求できる。

これに対して、比例して損害額を算定する方法もある。抵当保険に関する学説であるが、600万円の被担保債権を担保するために1000万円の抵当物件の価値が800万円に減少した場合、抵当物件の価値が5分の1減少したので、それに比例して抵当権付債権額600万円の5分の1である120万円が無担保債権に転化しているとみなしてこの120万円を損害とするという見解がある⁴¹⁾。この見解によれば、(イ)との区別はなく、すべて比例で算定されるので、(イ)の場合であっても損害賠償請求できることになる。私見ではそれは不要ではないかと考えるが、それが担保の実態に即した方法かもしれない。

Ⅲ 抵当権者の損害賠償請求権と他の権利との調整

1 物上代位との関係

侵害者が第三者であれば、債務者＝抵当権設定者が第三者に対して損害賠償請求権を取得するのであり、債権者は、その損害賠償請求権に物上代位することができる。そのような場合であっても、担保権者（＝債権者）は、第三者に対して直接損害賠償請求できるかという問題である。なお、物上代位を弁済期前に認めるかどうかについては見解が分かれており、抵当権者の損害賠償請求権を弁済期前に認めるか否かと共通するものが多いようである⁴²⁾。

判例は、所有者の侵害の事例である大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁だけでなく、第三者の侵害で抵当権者の損害賠償請求を認めている。すなわち、大判昭和11年4月13日民集15巻630頁は、抵当不動産の第三取得者が

41) 清原泰司『物上代位の法理』（1995年）237頁。

42) 栗田・前掲注1）531頁、道垣内弘人『担保物権法（第4版）』（2017年）160頁、安永・前掲注40）280頁など、民法上は弁済期前の物上代位を認めるものが多いが、田高・前掲注1）法政論集365頁は否定する。もっとも、手続法上、被担保債権の弁済期前に行使できないようである（安永・前掲注40）280頁）。

前後2回競売手続き停止の仮処分を申請して競売手続きを遅延させたため抵当不動産の価格が下落した場合に、抵当権者はこの第三取得者に対し損害賠償を請求できるとした。下級審でも認めたものがある(東京高判昭和47年2月18日判時661号42頁)。

学説上は、競合を認めると、複雑な法律関係が生じることになるという理由で、所有者に対する損害賠償請求を認める説においても第三者に対する損害賠償請求は否定するのが多数説と思われる⁴³⁾。もっとも、物上代位権が成立しない場合は、抵当権者の損害賠償請求を認めざるを得ないだろう⁴⁴⁾。

これに対して、債務者の第三者に対する損害賠償請求権は時効で消滅しているが、抵当権者の第三者に対する損害賠償請求権は時効で消滅していない場合に意味があるし、第三者が抵当権者との個人的関係から抵当権の実行をできなくするために目的物を滅失させたような場合、抵当権者には慰謝料請求権が生じるが、これは物上代位によってはカバーされないので、第三者への損害賠償請求権を認めるべきという見解がある⁴⁵⁾。前者に対しては、そもそも第三者に対する損害賠償請求権は発生していないという反論や、慰謝料請求が発生する場合は、慰謝料だけを請求できるとすればよいという反論がなされることが考えられるが、根拠の一つにはなり得るであろう。

また、非競合説は、賠償請求権者を直接被害者に留めるというドイツ的発想に立つもので、日本法はそういう法制ではないという批判もある⁴⁶⁾。物上代位権があるから、損害はないというのが非競合説の根拠である。しかし、物上代位権は行使するかは自由なので損害がないとはいえない⁴⁷⁾。もちろん、物上代位によって抵当権者が現実には棄済を受ければ損害はないが、その前の段階では損害賠償請求権自体は成立するが、物上代位と同じ目的を有するので、物上代位だけに収斂させるということであろう。しかし、前述したように、両者の損害賠償請求権の内容が異なるとすれば、一方だけで限定することはできな

43) 加藤(一)・前掲注3)111頁、道垣内・前掲注1)308頁、古積・前掲注1)703頁、生熊長幸『担保物権法(第2版)』(2018年)162頁など。鈴木・前掲注4)253頁は、物上代位権を取得したので抵当権者は損害をこうむらなかったことになるとする。

44) 道垣内・前掲注42)188頁、田高・前掲注1)法政論集345頁。

45) 石田穰『担保物権法』(2010年)403頁。

46) 吉田邦彦『所有法(物権法)・担保物権法講義録』(2010年)241頁。

47) 平野裕之『担保物権法(第2版)』(2009年)81頁。

いはずである。否定説は、直接の損害賠償請求を認めると物上代位は損害賠償請求権についてはなくてもよいこととなる⁴⁸⁾とするが、両者の内容は異なるから、なくてもよいことにはならない。

以上から、競合説をとるべきである。ただし、競合説の一部は、債権侵害の不法行為との均衡から侵害者の故意を要求する⁴⁹⁾が、債権侵害とは異なるので、均衡を考える必要はなく、要件としての侵害者の故意は不法であろう⁵⁰⁾。

2 所有者の損害賠償請求権との関係

私見のように、物上代位にかかわりなく、抵当権者の損害賠償請求権を認めるならば、所有者の損害賠償請求権との調整を考えておく必要がある。下級審判例では、抵当権者が損害全額を請求でき、所有者はその損害額から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得るというものがある（東京高判昭47・2・18判時661号51頁）が、学説は以下のように分かれている。

第1に、単に（不真正）連帯債権とのみ述べるものである⁵¹⁾。この見解によれば、所有者の損害賠償請求権と抵当権者の損害賠償請求は一部重なるが、先に権利行使したほうが優先することになる。

第2に、抵当権者を優先するものである。すなわち、所有権者が損害賠償の全額を受領してしまえば、抵当権者の権利を確保する術がなくなってしまうのであり、抵当権の意義を失ってしまうというのである⁵²⁾。

第3に、第2の見解と反対に、（弁済期前についてであるが）所有権者を優先するものである。抵当権者が、第三者からの賠償金をまるごと持っ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なってしまうというものである⁵³⁾。この見解は、抵当権者の自己への損害賠償請求だけではなく、物上代位についても弁済期前の請求を認めない。もっとも弁済

48) 加藤（一）・前掲注3）112頁。

49) 山野日章夫『物権法（第5版）』（2012年）300頁、窪田充見『不法行為（第2版）』（2018年）104頁など。

50) 松岡・前掲注9）114頁。

51) 平野・前掲注47）81頁。

52) 栗田・前掲注1）520頁。

53) 田高・前掲注1）法政論集349頁、古積・前掲注1）705頁も同旨。

期後においては、簡易な実行方法として抵当権者の自己への損害賠償も認める。

第2、第3の見解が鋭く対立しているが、難問である。所有権者の保護の点からみると、第2説は、抵当物件が滅失毀損し損害賠償債権という金銭債権となってしまう以上、所有権者の利用権はもはや消滅したとみるのに対し、第3説は、賠償金を利用権のために活用して利用権を保護すべきというので、第3説が所有権者の保護に厚い。一方、抵当権者の保護の点からみると、第2説は弁済期前であっても所有者が賠償金を受領してしまえば抵当権の意味がなくなってしまうとして抵当権を優先するのに対し、第3説は抵当権が一定程度無担保の危険を負っても仕方がないとする。このようにまったく異なる価値判断に立っているうえ、ことは抵当権の本質にまで遡らないと解明できないとも考えられるので、ここでは不十分な考察に留まらざるを得ない。

弁済期前に帰責事由のない所有者から一方的に利用価値をすべて奪ってしまうことには躊躇を覚えるが、抵当権者の権利の確保も重要である。第2説の前提になっているのは、抵当権者の損害賠償請求の内容が、所有者の損害賠償請求権と同じであることを前提にしている。しかし、私見によれば、弁済期前においては、被担保債権全額の損害賠償請求ができるのではなく、弁済の現実性が減少したという損害についてだけのことが多い。そうだとすれば、抵当権者の賠償請求が先じたとしても所有権者の権利もある程度は保護されているといえるのではないだろうか。他方、抵当権者は、所有権者が賠償金を受け取ってしまうと優先権はなくなるが、所有権者にはまったく帰責事由がないのであるから、やむを得ない。結局、抵当権者、所有権者とも自己の権利を完璧に保全するには、さらに保険等の手段をとるべきであり、優先権はないというべきではないかと思われる。

むすびに代えて

最後にこれまでの検討の要点のみまとめておく。

まず、抵当権侵害による損害賠償請求について、これまでの諸説は、損害の捉え方の違いによって分かれていた。私見によれば、損害の捉え方に段階があり、最も具体的な損害だけではなく、抽象的な段階で損害を把握することも認めるべきである。従来の多くの見解は、弁済前の損害の発生を認めないが、抽

象的な損害は発生しているし、具体的な損害も弁済期前に発生し得る。

次に、抵当権者の損害は、有力説の説く通り、抽象的な段階では、損害の確実な弁済が害されたことである。したがって、それは所有権者の損害とは全く異なるものであって、債権額全額の損害が生じたというものではない。損害の確実な弁済が害されたことを評価すべきである。また、損害の算定において、抵当物件の価額が被担保債権額を上回っていても、損害がない、とはいえないことを強調しておきたい。

最後に、抵当権者の損害賠償請求権は、物上代位や所有者の損害賠償請求権と異なり独自の内容を有するものであるから独自の権利行使を認めるべきである。

以上の点を含め、本稿は、不十分な考察による試論に留まり、多くの誤解を含んでいると思われるが、今後、さらに検討を進めたいと考える。

〔追記〕 角紀代恵先生とは所属する部局が異なることから、頻繁にご一緒することはなかったが、折に触れ、ご指導いただいた。また、昨年10月に立教大学で私法学会を開催したが、理事として至らぬ筆者に代わり、先生に多くのスタッフらを導いていただくことにより大過なく終えることができたことは一番の思い出であり、感謝に堪えない。

本稿は、角先生のご専門である担保物権と筆者の専門である損害賠償が交叉するテーマを選んだものであり、本稿によってご退職をお祝いしたい。