慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	抵当権の本質をめぐる価値権説と換価権説の関係について
Sub Title	Die Übersicht über Betrachtung des Wertrechtes und Verwertungsrechtes der Hypothek
Author	横田, 敏史(Yokota, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2011
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.88, (2011. 3) ,p.1- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-00000088-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

抵当権の本質をめぐる価値権説と換価権説の関係について

横田敏史

一　はじめに
二　実体法における両説の差異
㈠　物上代位
1　価値権説
(1)　伝統的価値権説
(2)　新価値権説
2　換価権説
3　検討
㈡　抵当権に基づく妨害排除請求権について
1　価値権説
(1)　伝統的価値権説
(2)　新価値権説
2　換価権説
3　検討
㈢　小括
三　執行法上の関係
㈠　価値権説
1　伝統的価値権説
2　新価値権説
㈡　換価権説
㈢　検討
四　価値権と換価権をともに抵当権の本質と解する説
㈠　勝本説
1　価値権
2　換価権
3　物上代位
4　抵当権に基づく物権的請求権
㈡　堀田説
1　抵当権の性質
2　交換価値の意義
㈢　検討
五　おわりに

一　はじめに

現在抵当権の本質論をめぐって、抵当権は交換価値を直接排他的に支配する権利と考える価値権説[1]と、抵当権は目的物を処分・換価して優先的に満足を受ける権利と考える換価権説[2]に分かれている。

抵当権の本質論との関係で問題とされてきたのは、抵当権に基づく物上代位と抵当権に基づく物権的請求権であり、以下のような経緯から価値権説と換価権説は対立することになった。

抵当権に基づく物上代位の論点として、売買代金債権、保険金債権、賃料債権等が物上代位の客体となるか否か本質論との関係で問題とされ、肯定説・否定説等が提起されていた[3]。特に、賃料債権への物上代位の可否が本質論との関係で議論され、最判平成元年一〇月二七日民集四三巻九号一〇七〇頁が抵当権に基づく賃料債権への物上代位を無条件に肯定した。

他方で、抵当権に基づく物権的請求権の論点として、抵当目的物の物理的損傷（毀損）に対する物権的請求権の行使以外に、本質論との関係で抵当目的物に設定された詐害的短期賃貸借の排除が問題とされ[4]、バブル経済崩壊以降は、特に占有侵害が本質論との関係で問題となり[5]、最判平成三年三月二二日民集四五巻三号二六八頁（以下、平成三年判決という）が占有排除を最高裁として初めて否定した。その後、最大判平成一一年一一月二四日民集五三巻八号一八九九頁（以下、平成一一年大法廷判決という）が大法廷を開いて、不法占有により抵当権が侵害されることはないという点を修正し、抵当権に基づく占有排除を傍論において肯定し、さらに最判平成一七年三月一〇日民集五九巻二号三五七頁（以下、平成一七年判決という）が正面からこれを肯定した[6]。

上記の一連の抵当権の本質論に関する最高裁判決を受けて抵当権の本質を価値権と解することに限界があると考え[7]、

換価権説が提起され、現在抵当権の本質論は価値権説と換価権説が対立することになった。

抵当権の本質論における現在の状況を考える上で、一般的に価値権説と換価権説は対立する関係にあると考えられている。しかしながら、価値権説と換価権説が具体的にどのような点で異なるか明らかにされてこなかった[8]。本稿はこの点について実体法と訴訟法の両面から両説の関係を明らかにすることを目的とする。すなわち、前者については価値権説と換価権説が抵当権に基づく物上代位および抵当権に基づく物権的請求権をどのように理解しているのか、後者については価値権説と換価権説が抵当権に内在する換価権をどのように理解しているのか、それらの点を考察し、両説の関係を明らかにしたいと考えている。

ところで、少数ながら、価値権と換価権の併存を認める学説も存在する。その学説を分析することにより両権利が独立し、併存しうるか、すなわち換価権が価値権に包摂され、そこから派生すると考え、あるいは抵当権に換価権しか認めないと考える[9]のではなく、二つの権利が同時に独立し、併存しうる関係にあると考えられうるか若干考察したい。

なお、本稿において考察の対象とした学説を以下のように限定した。実体法においては抵当権に基づく物上代位と抵当権に基づく妨害排除請求権について双方持論を展開する学説に制限し、訴訟法においては抵当権の換価権または換価権能[10]について説明する学説に制限した[11]。

二　実体法における両説の差異

㈠　物上代位

価値権説および換価権説が抵当権に基づく物上代位をどのように構成しているのか概観したい。

1　価値権説

(1)　伝統的価値権説

我妻説は、物上代位について以下のように説明する。抵当権の性質としての物上代位性とは、抵当権が目的物の交換価値を把握し、そこから優先弁済を受ける権利であるから、目的物が何らかの理由でその交換価値が具体化したときは、その具体化された交換価値の上に抵当権の効力が及ぶものである[12]と説明し、それを前提として物上代位の対象である代位目的物を判断する[13]。

その一方で、我妻説は抵当権設定者の元に使用権能は留保され、抵当権は交換価値を直接排他的に支配する権利と考えている[14]ことから、使用価値である賃料への物上代位は否定されるべきであるところ、賃料を交換価値のなし崩し的具体化[15]と考えることで価値権から演繹的論理的に賃料への物上代位を肯定する。

(2)　新価値権説

これに対して、新価値権説は、伝統的価値権説と同様に、何らかの形で交換価値が具体化されたときにはその交換価値の上に抵当権の効力が及ぶと考えるが、物上代位の対象については異なる判断を示す。特に松岡説と高橋説は、物上代位の法的構成を代替的物上代位と付加的物上代位に分け、あるいは、物上代位の対象となる価値変形物を代償的価値と派生的価値に分け、さらに付加的物上代位、あるいは派生的価値については当事者の利益衡量を行って肯定

する。[16]

松岡説は、物上代位の構成を代替的物上代位と付加的物上代位に分ける。代替的物上代位とは目的物の損害賠償や保険金債権等のような担保目的物の価値の滅失・減少を補填する物上代位の補填的構成であり、付加的物上代位とは賃料債権に対する物上代位を法的に正当化する物上代位の付加的構成である。[17]

賃料債権に対する物上代位については、松岡説は以下のように主張する。すなわち、松岡説は、伝統的価値権説と異なって、交換価値は使用収益価値を反映し、交換価値と使用収益価値が密接な関係にあり、付加的物上代位において、抵当権の効力は抵当権の実行後当然に賃料債権にも及ぶと考える。それに加え、抵当権者、抵当権設定者およびその一般債権者の利益を衡量して賃料債権に対する物上代位を肯定する。具体的には、抵当権設定者については抵当権の実行後も賃料の取得を認めると競売を遷延させることについて主導権を与えることになり不公平であり、一般債権者については競売が速やかに行われれば、賃料を取得することができず、また抵当権者が賃料により債権を回収すれば、相対的に責任財産が増すから、抵当権者の保護が優先される。ゆえに、松岡説は、抵当不動産の競売だけではなく、賃料債権への物上代位による差押え（民法三〇四条一項ただし書、三七二条）も抵当権の実行として考え、債務不履行後差押えが行われれば、それ以降発生する賃料債権に対して抵当権者に優先権を認める。[18]

高橋説もまた、松岡説と同様に、物上代位の客体を代償的価値と派生的価値に分けて説明する。代償的価値は、抵当目的物の交換価値そのものであり、主として保険金を挙げ[19]、派生的価値は代償的価値であるところの交換価値とは異なる収益価値であり、主として賃料を挙げる。そして、派生的価値である賃料の把握は、「交換価値が何らかの理由で減少した、あるいは実現しない場合に、それを補充するために『収益価値』に権利行使しうるという考え方」である変形物の法理から導き出されるものであると判断する。代償的価値と派生的価値の相違は、上記の各価値に対して抵当権者は何時から干渉できるのか、という点に現れる。

賃料債権に対する物上代位について高橋説は、以下のように主張する。すなわち、伝統的価値権説と同様に考えて、派生的価値である賃料債権が交換価値と異なる使用収益価値であることを認識し、両価値を明確に峻別する。したがって、抵当権の効力は賃料債権に当然に及ぶわけではなく、上記の変形物の法理から物上代位による差押えにより抵当権の効力が及ぶと考える。それに加え、抵当権者と抵当権設定者を主として関係当事者として考え、その当事者間の利益を衡量して賃料債権に対する物上代位を肯定する。具体的には、抵当権設定者の収益権をどこまで保障するかにかかるが、抵当権者に賃料債権に対する物上代位を認めるために不動産の差押えを要件とするか否かは明らかにしていない[20]。

梶山説は、時間の経過に従って抵当権が質的に変化し、かつ、抵当権に基づく交換価値支配が使用収益処分という基本的権能のうち処分権能に関わるものと考え、本来抵当権設定者の使用収益権能に干渉しえないところ、抵当権の実行以降はその使用収益権能に干渉することができるようになると説明する[21]。

梶山説は、伝統的価値権説や高橋説に従って賃料債権を交換価値と異なる収益価値と考え、抵当権の実行以前までは両価値を別の価値として考えるが、抵当権の実行以降は松岡説と同様に、交換価値と使用収益価値が密接に結びついていること、抵当権が交換価値のみを支配していると考えても、抵当権の実行以降は所有者の所有権が奪われることから、民法旧三七一条一項但書を根拠として、抵当権の実行後、物上代位による差押えにより交換価値と一体となる限りで、使用収益価値にも抵当権の効力が及ぶと説明する[22]。

ただし、梶山説は賃料債権以外の物上代位の目的物、保険金債権等についてはどのように考えるべきか明らかにしていない。恐らく賃料債権を交換価値と異なる使用収益価値と考え、その抵当権者への帰属をどのように構成すべきか考えていることから、高橋説と同様に保険金債権等を交換価値そのものとして考えるのではないかと思われる。

新価値権説は、抵当権による価値の把握という点において、使用収益価値を交換価値の前提と解するのか、あるい

は交換価値と使用収益価値を明確に分けるのかという点で、また、債務不履行後、かつ物上代位による差押え後に賃料債権への物上代位を肯定するのか、抵当権の実行後、かつ物上代位による差押え後に賃料債権への物上代位を肯定するのかという点で理解が分かれる。

2　換価権説

他方、換価権説は、以下のように抵当権に基づく物上代位を構成する。

古積説は、物上代位の対象となる債権の発生原因は様々であり、これらに対する抵当権の効力を同一に解することは疑問であり、対象ごとに物上代位を認める根拠を検討すべきであると説明し[23]、直接換価権を基に構成していない。このために、物上代位の対象として考えられる売却代金債権、損害賠償債権、保険金債権等については本質論とは関係なく、抵当権に基づく物上代位の対象となるか否か検討されている。すなわち、古積説は、売却代金債権に対する物上代位につき「売買代金額が抵当権の負担を計算して定められるケースを考慮すると」、物上代位と目的不動産に対する効力を選択的に主張しても抵当権者と第三取得者の調整を十分図れるとはいえないこと、および代価弁済の存在を理由に否定する[24]。古積説は、損害賠償債権に対する物上代位につき「所有者の損害賠償請求権が所有権侵害に対する救済である以上、その上の抵当権の効力はやはり抵当権侵害に対する救済と見るのが妥当であ」るから当然肯定し、それを抵当権の効力の結果であると説明する[25]。古積説は、保険金債権に対する物上代位につき「保険金が目的物の経済的代替性を有するのは否定できないし、これについて抵当権者を他の債権者とまったく同等に扱うことには疑問がある」から肯定するが、それは抵当権の効力ではなく、一種の特権であると説明する[26]。

しかしながら、賃料債権に対する物上代位については、目的物を金銭に換えて満足を得るという抵当権本来の効力から導かれ、肯定されると説明する。すなわち、債務不履行後、抵当権が実行されれば、抵当権設定者の使用収益権能を含む所有権を奪うことができること、抵当権にはその実行・換価によって収益たる賃料から満足を得る権能も内

在していることから、抵当権の効力は賃料にも及ぶ。しかし、物上代位による差押えがあるまでは、抵当権者は賃料を取得することはできないと説明する[27]。

太矢説は、賃料債権に対する物上代位について叙述するのみで、物上代位の目的物全てについて説明していないために、賃料債権以外の物上代位については明らかではない。

太矢説は、賃料債権に対する物上代位が認められるのは、抵当権の本質である換価権を解釈準則として考えることや、抵当権が抵当権設定者の使用収益権能に干渉しえるからではなく、抵当権の効力がどこまで及ぶかという政策的価値判断に基づいて認められると考えていたが[28]、その後、不動産担保収益執行制度の導入を受け、賃料債権に対する物上代位自体を否定する[29]。

平野説は、古積説と同様に賃料債権以外の物上代位の目的物、すなわち売却代金、保険金債権等については本質論とは無関係に、対象ごとに肯定・否定を判断する[30]。

そして、賃料債権についても古積説に従い判断する。すなわち、抵当権は優先弁済の範囲で目的物を支配する物権で、その本質は目的物を処分・換価して優先的に満足を得る権利であると同時に、その実行によって収益から満足を得る権能をも有すると考える。その権能から、平野説は、抵当権者が抵当権の実行としての差押えを行えば、その後に生じる賃料債権に対して物上代位を認める[31]。

3　検討

上記で概観した抵当権に基づく物上代位についての価値権説と換価権説の理解を分析すると以下のように考えられる。

価値権説と換価権説はまず抵当権の支配対象について以下のように理解が分かれる。価値権説は抵当権の支配対象を目的物の交換価値に限定し、その把握を抵当権の本質を考慮する上で重視する。価値権説はその内部において価値

の把握につき理解が分かれる。伝統的価値権説と新価値権説の中でも高橋説および梶山説は、伝統的価値権説と同様に、抵当権は交換価値のみを把握すると考えるが、松岡説はそれとは反対に抵当権は使用収益価値を交換価値の前提と考え、交換価値および抵当権実行後に発生する使用収益価値を抵当権は把握すると考える。これに対して、換価権説は抵当権の支配対象を抵当目的物およびその所有権と考える。

価値権説と換価権説における物上代位の性質について以下のように理解が分かれる。価値権説は物上代位を抵当権の価値権性から生じる概念と考え、換価権説は物上代位を抵当権の換価権性から生じる概念とは考えず、対象ごとに物上代位を認める根拠を判断する。

物上代位の代位目的物の範囲を画定するのに代償性という視点を組み込んでいるか否かについて以下のように理解が分かれる。新価値権説は物上代位の対象を代償的なものと派生的なものの二つに分けているので、代償性という視点を物上代位の構成に組み込んでいる。これに対して、伝統的価値権説と換価権説は代償性という視点を物上代位において明確に述べていない。しかし、伝統的価値権説は抵当権の交換価値が何らかの形で実現した場合に、その交換価値に抵当権の効力が及ぶと考え、売買代金に対する物上代位を肯定する反面、賃料は交換価値のなし崩し的具体化と考えることで、賃料に対する物上代位を肯定している。そのために、伝統的価値権説は代償性の有無という視点を物上代位の構成に組み込んでいるとも考えられうる。換価権説もまた物上代位の代位目的物を対象ごとに考察し、当事者間の調整等を理由に売買代金への物上代位を否定するが、損害賠償債権への物上代位を当然肯定し、保険金債権への物上代位も政策的配慮から肯定していることから、代償性を顧慮しているとも解しうる。

価値権説と換価権説における賃料債権に対する理解は以下のように分かれる。伝統的価値権説は、賃料債権は交換価値ではなく、使用収益価値であり、本来抵当権の効力が及ばないはずであるが、賃料を交換価値のなし崩し的具体化と考えることにより、交換価値の一部と考える。新価値権説の中で松岡説は、賃料債権は交換価値の前提であり、

抵当権の実行後は交換価値から派生するものであると考え、高橋説・梶山説は、賃料債権を使用収益価値であり、交換価値とは異なる価値であると考える。換価権説は賃料債権の収受を使用収益権能の一部と考える。

価値権説と換価権説が賃料債権に対する物上代位において賃料債権に抵当権の効力が何時から及ぶと考えるかについて以下のように理解が分かれる。伝統的価値権説は賃料を交換価値のなし崩し的具体化と考えることから、交換価値である賃料に弁済期前に抵当権の効力が及び得るとも考えられる。新価値権説の中で松岡説は代償性の有無から代位目的物を分けるが、交換価値と使用収益価値を密接不可分の関係にあると考えることから、賃料債権についても抵当権の効力が及ぶと考える。ただし、抵当権の効力が及ぶのは、物上代位による差押後の賃料債権に限定される。これに対して、高橋説・梶山説は代償性の有無から代位目的物を分けるが、伝統的価値権説に従って交換価値と使用収益価値を明確に分け、そのために、本来賃料債権には抵当権の効力が及ばないはずであるところ、抵当権の実行後賃料債権に対して物上代位による差押えが行われれば、それ以降生じる賃料に対して抵当権の効力が及ぶと考える。換価権説は換価権を通じて物上代位による差押え後の賃料債権に抵当権の効力が及ぶと考える。

価値権説と換価権説において賃料債権に対する物上代位を肯定する際に、抵当権の本質から演繹的に判断するか否かについて以下のように理解が分かれる。伝統的価値権説は抵当権の価値権性から演繹的に賃料債権に対する物上代位を肯定する。新価値権説は、抵当権が価値権であることを認識しているが、伝統的価値権説のように賃料債権に対する物上代位を抵当権の価値権性から演繹的に肯定するのではなく、関係当事者の利益も衡量して肯定する。これに対して、太矢説以外の換価権説は賃料債権に対する物上代位を抵当権の本質である換価権から演繹的に肯定する。

価値権説と換価権説において賃料債権に対する物上代位を肯定する際に、当事者の利益を衡量するか否かについて以下のように理解が分かれる。新価値権説は関係当事者の利益を衡量する。特に、松岡説は抵当権者、抵当権設定者およびその一般債権者を関係当事者として考え、その当事者の利益を衡量し、高橋説・梶山説は抵当権者と抵当権設

定者を関係当事者と考え、その当事者の利益を衡量し、賃料債権に対する物上代位を肯定する。これに対して、伝統的価値権説と換価権説は賃料への物上代位を肯定するために抵当不動産をめぐる当事者の利益衡量を行っていないと思われる。しかし、伝統的価値権説は使用価値である賃料を交換価値のなし崩し的具体化と考え、交換価値として評価し直して賃料債権に対する物上代位を肯定し、また、換価権説は、抵当権にはその実行後は所有者の所有権を奪う権能があると解し、その権能から賃料債権に対する物上代位を肯定している。ゆえに、賃料債権に対する物上代位を肯定する上で、伝統的価値権説と換価権説には抵当権者の保護が根底にあり、抵当権者の利益が考慮されているとも考えられうる。

価値権説と換価権説において立法論として担保不動産収益執行制度を認めるか否かについて以下のように理解が分かれる。伝統的価値権説は、担保不動産収益執行制度が制定される前に主張されているが、抵当権は抵当権設定者の使用収益権能に干渉しない権利であるから、抵当権設定者の使用収益権能に干渉する担保不動産収益執行制度を立法論として認めないと思われる。松岡説は、伝統的価値権説と同様に担保不動産収益執行制度が制定される前に主張されているが、立法論として担保不動産収益執行制度を認めていた。ただし、この場合に抵当権者に占有を認めるか否か明らかにしていない。高橋説・梶山説は、担保不動産収益執行制度を認めるが、抵当権者にそのための占有までは認めない。換価権説は、抵当権には目的物の換価のためにその所有権を奪う権能が備わっており、それゆえ抵当権の実行後は占有権能も奪うことができ、それにより抵当権者の占有を認め、抵当権者に担保不動産収益執行制度のための占有も認める。(32)

(二) 抵当権に基づく妨害排除請求権について

抵当権に基づく妨害排除請求権においては、抵当権侵害の事例として、物理的損傷（毀損）と占有侵害の二つの事

例を想定することができる。

1　価値権説

(1)　伝統的価値権説

我妻説は、抵当権は交換価値から優先的に弁済を受ける権利であり、交換価値からの優先弁済が侵害されたときは物権的請求権が生じると説明する[33]。そして、抵当権侵害とは、「目的物の交換価値が減少しそのために被担保債権を担保する力に不足を生ずることであり」[34][35]、第三者による物理的損傷（毀損）や抵当権者が交換価値を把握するのを妨げるようなことが抵当権の侵害に該当する。これに対して、抵当権者の把握した交換価値の減少を引き起こさない不法占有は抵当権侵害ではないと説明する[36]。その点で、抵当権に基づく物権的請求権においては、抵当目的物の使用価値と交換価値の峻別、あるいは抵当権による抵当権設定者の使用収益権能への不干渉および不法占有による抵当権の侵害を観念しないことが徹底されている。

この説においては、抵当権が実行された後でも抵当権設定者の使用収益権能に干渉する余地はないし、占有侵害を観念しないと解しているので、不動産担保収益執行制度や管理占有は立法論として認められないことになると思われる。

(2)　新価値権説

新価値権説は、物理的損傷（毀損）の場合については伝統的価値権説と同様の見解を示すが、占有による侵害については、伝統的価値権説と異なり、抵当権の設定から実行後まで、抵当権の交換価値支配を一体として考え、抵当権実行後交換価値支配が実現された場合には、その換価・実現の侵害を抵当権の侵害と考え、その排除を認める。

松岡説は、抵当権の交換価値支配を設定時から実行後まで一体としてとらえ、設定時から実行までは抵当権の交換価値支配は潜在的であるが、実行段階に至ると、潜在的だった抵当権の交換価値支配は現実化され、抵当権が非占有

担保であるといっても、「不法占有によって適正価額での換価が妨げられている事態は、まさしく交換価値支配への妨害として、抵当権侵害と評価されうる」。賃料債権に対する物上代位の際には、抵当権設定者の正常な使用・収益に対してすら抵当権者は一定の干渉が許されるのだから、抵当権を侵害する違法な占有があれば、それを抵当権の侵害と評価し、排除できると説明する。[37]

高橋説は、物理的損傷（毀損）の場合には伝統的価値権説と同様の説明をする。すなわち、抵当権が目的物を換価して、そこから優先的に被担保債権の弁済を受ける権利であるから、抵当目的物自体を滅失・損傷してその交換価値が減少する場合には、抵当権に基づく物権的請求権が肯定されると説明する。[38]

これに対して、高橋説は占有による抵当権侵害について以下のように説明する。すなわち、伝統的価値権説と異なり、占有による抵当権の侵害を観念する一方で、価値権の実現に重点を置き、抵当権の実行後に占有による抵当権侵害が生じる場合には、抵当権者に妨害排除請求権を認める。

高橋説によると、悪質な不法占有が買受人の意欲を殺ぎ、そのために抵当権の実行、すなわち交換価値の正常な実現過程たる執行・換価手続を妨害する行為を占有による抵当権の侵害と考え、このような侵害を排除するために、抵当権に基づく妨害排除請求権を抵当権者に認める。[39]

ただし、高橋説は、抵当権に基づく妨害排除請求権を認める上で、抵当権に優先弁済権たる価値権のみを認めればよいとし、占有権限までは含まない。また、管理占有については、これが認められるために、抵当権に占有権限が含まれると解するのは妥当ではなく、本来執行・換価手続の準備として執行裁判所が関与すべきところ、執行手続に入っていないため、執行裁判所に代わって抵当権者が管理せざるをえないことを示し、管理占有は抵当権の把握した価値を正しく実現する目的でのみ認められると説明する。[40]

梶山説は、松岡説や高橋説と同様に、抵当権の交換価値支配を設定から実行まで一体としてとらえ、この交換価値

支配が時間の経過によって強化される点を明確にする。すなわち、抵当権の交換価値支配は、設定時にはきわめて抽象的であり、弁済期到来によりやや具体化し、抵当権の実行により、抵当権の支配力は強化され、原則として干渉できないはずの目的物の使用収益に干渉することができると説明する。(41)

このような抵当権の交換価値支配性から、価値低減原因が存在する場合には、その除去のために抵当権に基づく妨害排除請求権が認められると説明する。占有による価値低減原因に対する妨害排除請求権については物理的損傷（毀損）と異なって即座に抵当権者に認められるのではなく、交換価値が具体化しうる段階に至り、すなわち、抵当権の実行後、第三者の占有により抵当目的物の価額が下落し、被担保債権の満足が受けられなくなる、もしくは配当額が減少する可能性がある場合に、抵当権者に認められると説明する。(42)

以上のように、抵当権者による不法占有者等の占有の排除につき価値権説内部で対立し、異なる見解が示される。

2　換価権説

これに対して、換価権説は、占有排除について二つの考えを示している。抵当権の侵害を観念し、そこから占有の排除を認めようとする説と抵当権の侵害をそもそも観念する必要はなく、抵当権の実行後は当然に占有の排除を認めるとする説に分かれている。

古積説は、抵当権の本質を物権的換価権と考え、そこから、抵当権には目的物の換価のためにその所有権を奪う権能を有し、かかる換価権を行使する段階では所有者から所有権の一部である使用収益・占有権能も奪うことができると解する。そして、抵当権の実行以降は、抵当権者は自己のために目的不動産を占有する権原も有し、賃借人であれ不法占有者であれ、自分に対抗できる占有権限を持たない者に対しては、端的に抵当権に基づいて目的不動産の明渡しを請求することができるとして、占有排除と明渡請求を肯定する。(43)

ただし、その場合に、当然賃借人を排除できるのではなく、判例の要件を組み込み、「『抵当不動産の交換価値の実

現が妨げられて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』がある場合に」、賃借人を排除できるとして、賃借人の排除ができる場合を限定する。[44]

なお、古積説は、物理的損傷（毀損）の場合に抵当権に基づく物権的請求権を肯定する上で、抵当権の本質を換価権と考えることを特に顧慮せず、抵当権が物権であることから肯定する。[45]

太矢説は、古積説と同様に、抵当権の本質を換価権と考えるが、古積説とは異なり、抵当権の侵害を積極的に観念し、その侵害がある時には抵当権者の占有排除が認められると説明する。すなわち、抵当権の実行により、潜在的だった換価権が顕在化し、その換価権が将来も含めて確定的に不法占有により侵害される場合[46]には、それを抵当権の侵害と評価し、その際には、抵当権者に妨害排除請求権を認めうると説明する。[47]

なお、太矢説は、物理的侵害については、換価権は使用収益権を含む、抵当目的物全体を支配するものであることから、物理的侵害を受けた場合には、抵当不動産が損傷されている限り、換価価額が被担保債権額に充分であっても、不可分性の原則により、抵当権に基づく妨害排除請求権が認められると説明する。[48]

平野説は太矢説と同様に占有侵害につき抵当権の侵害を観念する。すなわち、優先弁済のための換価権の侵害を抵当権の侵害と考え、抵当権の実行後、その実行が第三者の占有により侵害された場合には、抵当権者に抵当権に基づく占有排除を認めうると説明する。[49]

ただし、物理的損傷（毀損）の場合には、古積説および太矢説と同様に、抵当権もまた物権であることを理由に、物理的損傷（毀損）に対する物権的請求権を肯定する。[50]

3　検討

上記で概観したように、抵当権の侵害においては、物理的損傷（毀損）の場合と占有侵害の場合が考えられる。価値権説と換価権説を物理的損傷（毀損）の場合と占有侵害の場合に分けて分析すると以下のように考えられる。

物理的損傷（毀損）の場合には、価値権説と換価権説は以下のように理解が分かれる。抵当権も物権である以上、これが侵害された場合には、抵当権者は抵当権に基づく物権的請求権により、その侵害の排除を求めることができる。価値権説も、換価権説も抵当権が物権であることに異論はない。しかしながら、素直に抵当権の物権性を重視して抵当権に基づく物権的請求権を肯定し、その侵害の排除を認めるのは換価権説のみである（前掲二㈡3参照）。これに対して、伝統的価値権説は、抵当権が物権であることを意識しているが、前掲二㈡1のように、交換価値からの優先弁済が侵害された場合、すなわち抵当目的物の交換価値が減少した場合には、抵当権に基づく物権的請求権が肯定されると説明する。新価値権説もまた伝統的価値権説を踏襲する。というのも、新価値権説もまた目的物自体の滅失・損傷による抵当目的物の交換価値の減少を抵当権の物理的損傷（毀損）と考えるからである。この点で、価値権説内部において理解の対立はないと思われる。

これに対して、占有による抵当目的物の侵害においては、価値権説内部の各説の理解および価値権説と換価権説の理解は以下のように分かれる。

価値権説と換価権説は、まず抵当権の支配対象が異なる。価値権説は、抵当権は目的物の交換価値を支配すると考え、換価権説は、抵当権は抵当目的物およびその所有権を支配すると考える。そして、価値権説と換価権説の抵当権の支配対象に対する理解の相違から抵当権者による抵当権設定者の使用収益権能への干渉の可否につき理解が分かれる。価値権説の中で理解が分かれる。伝統的価値権説は、抵当権の価値権性から抵当権者は抵当権設定者の使用収益権能には干渉できないし、そもそも不法占有による抵当権の侵害も観念できないと考えるために抵当権者に妨害排除請求権を認めない。これに対して、新価値権説は抵当権の価値支配から抵当権者による抵当権設定者の使用収益権能への干渉を原則認めないが、抵当権の実行後は不法占有による抵当権の侵害を肯定し、その侵害の排除のために抵当権者の妨害排除請求権を認める。換価権説は、抵当権の実行後は抵当権には抵当権設定者の所有権を奪う権能がある

からその一部である使用収益権能を奪うことができると考える点において理解は一致し、また不法占有による抵当権の侵害を観念するか否かという点についても占有による抵当権の侵害を観念することにおいて一致する。ただし、太矢説・平野説は占有による換価権の侵害を観念することで抵当権の侵害を肯定するのに対して、古積説は占有侵害を観念することで抵当権者の明渡請求を不法占有者と不法な権原占有者に制限する。両説とも換価権侵害を観念するが、占有侵害の理解について異なる見解を示す。さらに、新価値権説と換価権説は不法占有による抵当権の侵害を以下のように理解する。新価値権説は、不法占有による執行・換価手続の妨害行為を抵当権の交換価値支配の侵害と考える。換価権説の中でも太矢説・平野説もまた新価値権説と同様に不法占有による執行・換価手続の妨害行為を抵当権の換価権の侵害と考える。なお、平成一七年判決の事案のように権原占有の場合であっても、平成十七年判決の要件を基に占有侵害と評価できれば、新価値権説においても換価権説においても侵害の排除を肯定するという点で異論はないと思われる。

新価値権説と換価権説は抵当権に基づく妨害排除請求権の可否を抵当権の本質から演繹的に判断するか否かについて以下のように理解が分かれる。伝統的価値権説は抵当権の価値権性から演繹的に抵当権に基づく妨害排除請求権を否定する。新価値権説は、抵当権が交換価値を支配する権利であると考えていることから抵当権の価値権性を前提とするが、それに加え、抵当権の実行後不法占有による執行・換価手続の妨害を抵当権の交換価値支配の侵害と評価できれば、抵当権に基づく妨害排除請求権を肯定する。換価権説は、新価値権説と同様に占有による抵当権侵害を観念するが、抵当権が抵当目的物およびその所有権を支配する権利であり、実行後は換価のために抵当権設定者の所有権を奪うことができると解していることから抵当権に基づく妨害排除請求権を肯定しており、伝統的価値権説と同様に抵当権の本質である換価権から演繹的に解釈していると思われる。

価値権説と換価権説における管理占有およびその際の抵当権者の占有の有無については以下のように理解が分かれ

る。伝統的価値権説は、それが提起・主張されたときには管理占有という考えは生じていないが、抵当権の価値権性から抵当権者による抵当権設定者の使用収益権能への干渉を否定するので、抵当権設定者の使用収益権能に抵触する管理占有は否定されるであろう。これに対して、新価値権説と換価権説は管理占有を肯定する点で一致するが、その際の抵当権者の占有の有無については理解が分かれる。新価値権説は管理占有の際に抵当権に占有権限まで含まないと解することから抵当権者の占有を認めないと思われるが、換価権説は換価権たる抵当権の権能から実行後には抵当権設定者の占有権限を奪い、代わって抵当権者の占有権限を認めるので、管理占有において抵当権者の占有を肯定すると思われる。

㈢　小　括

価値権説と換価権説との対立が、物上代位の可否や抵当権侵害の成否の判断基準の相違にどのように反映しているのか、簡単にまとめると以下のようになる。

物上代位の可否においては、価値権説と換価権説において以下のように理解が異なる。価値権説は抵当権の支配対象を抵当目的物の交換価値と考えることでそこから各代位物に対する物上代位を肯定し、あるいは代位物の範囲を画定するが、換価権説は抵当権の支配対象を抵当目的物およびその所有権と解することから各代位物に対する物上代位を肯定し、あるいは代位物の範囲を画定するわけではない。しかしながら、賃料債権に対する物上代位の可否においては、両説とも抵当権の支配対象についての理解を判断基準として考え、そこから肯定する。ただし、新価値権説においては当事者の利益衡量をも判断基準として重視するために、この点で他説と異なる。

他方で、抵当権に基づく妨害排除請求権の可否、特に占有侵害の排除の可否においては、抵当権の支配対象についての理解の相違が影響を及ぼす。伝統的価値権説と換価権説の中でも古積説においてはそれが妥当し、本質論から論

理的演繹的に抵当権に基づく妨害排除請求権の可否が決せられている。しかしながら、新価値権説と換価権説の中でも太矢説と平野説は異なる見解を示す。すなわち、両説は抵当権の支配対象に関わらず、抵当権の執行・換価を抵当権の侵害と観念することで、抵当権に基づく妨害排除請求権を肯定し、抵当権の支配対象についての理解の相違が占有侵害の成否に影響を及ぼすわけではない。

三　執行法上の関係[51]

抵当不動産を換価する場合、民事執行法においては、抵当権者は債務名義を必要とせず、抵当権の存在を証する公文書を裁判所に提出すれば、裁判所が代わって競売を行うことになる。そして、競売によって取得した売得金を裁判所は抵当権者の順位に応じて配当する。一般的に、抵当権者がこのような手続きによって被担保債権の満足を受ける（価値権説からは交換価値を取得する）と説明する際に、抵当権に換価権能が内在しているからであると説明される。このような換価権能を、価値権説と換価権説がどのように考えているか、この点に限定して検討する。

㈠　価値権説

1　伝統的価値権説

伝統的価値権説の中で、積極的に執行法について意識的に説明しているのは、石田説のみである。石田説は旧競売法下において提起された。

石田説は、抵当権を説明する上で抵当権の換価権能を重要な要素として考える。すなわち、債務関係に基づいて責任を執行する場合には、抵当権においては、債権と異なり、抵当権者は債務名義を必要とせず、旧競売法によって直

ちに抵当目的物の換価を裁判所に申請すれば足りると説明する。それは、抵当権が換価権能をその主たる内容としていることに由来するからであろう。

そして、抵当目的物の換価権能は私権である抵当権の内容であると同時に、「裁判所に向って競売の申立を為す権能は一般の執行請求権と同様に公法的の権能である。担保権の自働的発展行為として私法的権能と公法的権能とが結合し、担保権実行のために公法的権能をその自働的発展の中に摂取してゐるところに又其の特質がある」。つまり、抵当権の換価権能は私権である抵当権の内容であると同時に、裁判所を通じて執行を行うために、「一般の執行請求権と同様に公法的の成分を有」するものであり、両者は融合していると考える。そして、上記で述べた抵当権の特殊性は価値権から派生すると[52]説明し、石田説は換価権を価値権から派生する権利であると説明する。

2　新価値権説

伝統的価値権説は旧競売法下において提起されたが、新価値権説は民事執行法制定後に提起された。新価値権説の中では、梶山説が抵当権の換価権について詳細に説明している。梶山説は、換価権は抵当権の実行以降抵当権の交換価値支配から生じると考え、換価権は価値権から生じる概念であると説明する。すなわち、換価権は交換価値支配権の変形、交換価値支配権から派生する効力であり、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、すなわち、抵当権の実行以降価値権から生じる概念であると説明する[53]。そして、換価権は、「抵当権の実行の場合、……設定時から抵当権の本体として成立し……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[54]」、換価権は執行機関に依頼する基礎にすぎないと説明する。

(二)　換価権説

他方、換価権説もまた新価値権説と同様に民事執行法制定後に提起された。換価権説は抵当権の本質を換価権と説

明するだけではなく、訴訟法上の換価権能をも統一的一体的に把握しようと考える。

古積説は、抵当権者が優先弁済をうけることができるのは、目的物を換価する実体法上の権能が抵当権に内在することから派生する[55]、あるいは抵当権による競売において抵当権者が債務名義を不要とするのは抵当権に内在する換価権に基づくと説明し[56]、実体法上も、訴訟法上も、抵当権の本質である換価権を一体的に捉えている。

平野説は、優先弁済的効力の実現のために抵当権には換価権が認められ、それに基づいて競売手続が実現されるために、債務名義は不要である[57]、あるいは「抵当権に基づく競売申立権（執行請求権）については……物権である抵当権の処分権能によるものとして理解するのが一般的といえよう[58]」と叙述しており、古積説と同様の立場に立つものと思われる。

㈢ 検 討

伝統的価値権説、新価値権説および換価権説は、旧競売法を前提とするか、民事執行法を前提とするか、背景とする制度を別異とする。伝統的価値権説は、強制競売との調整を欠く旧競売法[59]を前提とし、抵当権の実行において、債務名義なくして競売申立書を裁判所に提出し、抵当目的物の換価を申請すれば足りるのは抵当権に内在する換価権に由来すると考え、換価権が私法的権能であることを強調する。他方で、伝統的価値権説は換価権には裁判所に対して競売の申立をなす権能も含まれていると解し、公法的権能も包摂されていると説明する。すなわち、伝統的価値権説は換価権を私法と公法の融合した概念として解している。これに対して、新価値権説と換価権説は、制定過程において強制競売と任意競売の統合が目指され、現に競売手続に強制競売手続の規定の大半が準用されているが、抵当権の実行としての競売手続が残された民事執行法を前提とする[60]。民事執行法の立案担当者は抵当権の実行としての競売は抵当権に内在する換価権に基づくとされると説明し[61]、民事執行法においても換価権が認められることを示す。この点

に新価値権説と換価権説は異議を述べていないために、両説は民事執行法の起草者の見解を前提としていると思われる。特に、換価権説は、抵当権の実行に担保物権の存在を証する文書（民事執行法一八一条）は必要であるが、債務名義が不要であるのは抵当権に換価権が内在するからであると説明していることからも、立案担当者と同様の見解に立つと思われる。なお、換価権説の中でも平野説は競売申立権についても顧慮しているので、換価権説が必ずしも換価権の公法的性質を無視しているわけではないと思われる。他方で、新価値権説は換価権説と異なり、立案担当者の見解に与するだけではなく、換価権を換価を執行機関に依頼するための基礎としても解しており、伝統的価値権説と同様に公法的色彩を強調する。ゆえに、三説は換価権が私法的権能のみならず、公法的権能も備え両権能の融合した権利であると解する点で一致していると思われる。また、三説は、抵当権の実行においては、債権と異なり抵当権には換価する権能が備わっている、あるいは内在すると考え、それゆえ、抵当権者が裁判所を通じて競売を行うために、裁判所に執行を請求する権利を持ち、かつ債務名義が不要であると説明する点で一致する。ゆえに、この点でも伝統的価値権説と新価値権説における理解、あるいは価値権説と換価権説における理解に相違はないと思われる。すなわち、伝統的価値権説、新価値権説および換価権説は、背景とする制度が異なるといえども、抵当権の実行に債務名義が不要であるのは、抵当権に換価権が内在するからであると解する点、その抵当権に内在する換価権を通じて換価する点、換価権に公法的性質を認める点で理解が一致していると思われる。

これに対して、三説が換価権の存在をどのように解しているか、すなわち、抵当権に内在する換価権の発生をどのように解するか、という点で理解が異なると思われる。換価権説は、抵当権に内在する換価権を実体法上も訴訟法上も統一的に解し、一貫して抵当目的物およびその所有権を支配する権能であり、抵当権の執行・換価の段階に至って初めて顕在化するもので、独立した権能であると解する。これに対して、価値権説もまた、抵当権に内在する換価権を抵当目的物を換価・執行するために必要な重要な権利と説明する。しかし、それは価値権から派生する権能、すな

わち弁済期が到来し、交換価値支配が具体化した段階で価値権から生じる権能であると説明する。したがって、価値権説は換価権を価値権から派生する権利・権能と解し、換価権説は実体法上も訴訟法上も換価権しか認めない、という点で両説の理解は異なると思われる。

四　価値権と換価権をともに抵当権の本質と解する説

前掲二―三において、価値権説と換価権説の関係を実体法と訴訟法に分けて考察した。

ところで、換価権を価値権から派生する権利・権能として解さず、価値権から独立した権利・権能と解する学説も少数ながら存在する。価値権と換価権をともに抵当権の本質と解する説は、所見の及ぶ限りでは、現在まで二説ある。伝統的価値権説と同じ時期に、その影響を受けて提起された勝本説と新価値権説および換価権説の影響を受けて提起された堀田説である。最後に、この二説を分析し、価値権と換価権が独立し、併存する権利であるか否か考察したい。

㈠　勝本説

1　価値権

勝本説は、伝統的価値権説に従い、抵当権は目的物の本体を直接利用収益する権利ではなく、単なる目的物の換価価値を目的とし、そこから優先弁済を受ける権利であり[62]、価値権は抵当権の本質を構成する重要な要素であると考える。そこから、勝本説は、価値権を物上代位の原則を導く規範と考え、担保物権の目的物が他の価値物に変化した場合には、その変形物または代表物の上に物上代位を通じて担保物権の効力が及ぶと説明する[63]。

他方で、価値権の要素を構成する優先弁済権により、抵当権者は配当請求をすることができるとも説明する[64]。

2　換価権

勝本説の特徴は換価権を価値権から派生する権利と考えず、価値権から独立し併存した権利と解する点にある。勝本説は、抵当権が債務不履行の際に抵当権者が目的物につき換価権を行使して優先弁済を受けることができる権利であると解する[65]。ゆえに、勝本説は従来の価値権説のように換価権を「目的物の価値について優先弁済を受ける権利の手段として」、当然に価値権に附随する権利とは考えない[66]。

そして、勝本説は担保物権の排他性と換価において換価権を価値権から独立させる意義を有すると主張する。担保物権の排他性は換価権から認められるとともに、ここでの排他性は、一般の物権の排他性に認められる、同一物上に同種の権利が相並んで二つ以上成立しないという意味での排他性ではなく、一物につき一回行使しうるという意味での排他性であると説明する[67]。

他方で、担保物権の換価において債務名義が不要であるが、その理由は、「担保物権は一面、物権的色彩を有し、物それ自体に対する処分権を直接に行使し得ることを内容とするからである。」と説明する[68]。

以上のことから、価値権と換価権を区別する意義は物上代位、担保物権の排他性および担保物権の実行を理解する点にある。

3　物上代位

勝本説は、物上代位により換価権行使以外の原因により目的物が金銭化した場合や目的物が他の物に変化した場合には、変形した物の上にも換価価値が存在する以上、価値権および換価権が存続すると説明する[69]。ただし、賃料に対する物上代位を以下のように考える。すなわち、勝本説は、賃料は法定果実であり、天然果実と同様に民法旧三七一条一項の果実であるが、その一方で伝統的価値権説と同様に民法三〇四条により目的物の価値の一部とも考え、民法三〇四条が特則であることから、そこから賃料への物上代位が肯定されると説明する[70]。

4　抵当権に基づく物権的請求権

勝本説は抵当権に基づく物権的請求権についても伝統的価値権説と同様の立場に立つ。すなわち、勝本説は、抵当目的物への不法な侵害による価値の減少、あるいは完全な優先弁済を受けられないようにする、または従来存在した優先弁済の範囲を減少させた場合には、抵当権の侵害があり、その排除のために抵当権に基づく物権的請求権が認められると説明し[71]、抵当権に基づく物権的請求権については物理的損傷（毀損）の場合に限定する。

これに対して、勝本説は、占有による侵害について以下のように説明する。すなわち、抵当家屋を無権限者が占有し、使用収益を行っている場合には、抵当権者は特別な事情のない限り抵当家屋に仮処分を請求しえないと叙述する。その際に、大判昭和九年六月一五日民集一三巻一一六九頁を引いていることから、ここでの特別な事情とは抵当目的物を毀損し、その価格を低減する虞あるような場合であり[72]、ゆえに伝統的価値権説と同様に不法占有による抵当権の侵害を認めないと思われる。

(二)　堀田説

堀田説は賃料に対する物上代位を肯定する過程において以下のように「抵当権の性質」と「交換価値の意義」を説明する上で、価値権と換価権の併存を展開する

1　抵当権の性質

堀田説は前掲二(一)2の古積説を引用して抵当権の性質を以下のように説明する。抵当権は、その実行により、抵当物件の占有や使用を含め、その物自体、所有権および価値を全て設定者から奪って換価し、それを優先的に取得する権能を抵当権は内在する。そこから、所有権の一部である使用収益権能だけを奪って換価するという機能を抵当権の本来の効力として認めることも可能である[73]。

他方で、抵当権は設定者の占有を移さずに、交換価値のみを把握する特性を持つことから、抵当権の実行までは抵当権設定者に使用収益権能が留保され、抵当権の実行後に抵当権設定者の使用収益権能に干渉することができると説明する(74)。

したがって、堀田説は抵当権が価値権であることから抵当権の実行までは抵当権設定者の使用収益権能に干渉しえず、その実行後には抵当権が換価権であることから所有権の一部である使用収益権能を奪い、抵当権者は物上代位による差押えを通じて賃料債権を取得することになる。

2　交換価値の意義

その一方で、堀田説は、前掲二㈠1(2)の松岡説を引用して抵当権の交換価値支配を以下のように説明する。まず、交換価値と使用収益価値との関係について、現在の不動産価格の主要部分は交換価値ではなく、使用収益価値であり、不動産はより多くの収益を生み出す物件ほど価値があると考えられ、その価値をもって交換価値となっており、使用収益価値は交換価値の前提であり両者は密接な関係にあると説明し、使用収益価値が交換価値を構成すると説明する(75)。ただし、堀田説は、使用収益価値が交換価値を構成するとしても、抵当権者が設定時から潜在的に確保していた不動産の交換価値支配は抵当権の実行としての物上代位権に基づく差押え時までは具体化せず、抵当権者が優先権を主張できるのは差押え時以降に発生する賃料債権に限定されると説明する(76)。

㈢　検　討

前掲四㈠㈡で見たように、勝本説と堀田説は価値権と換価権の機能、あるいはその支配対象を区別する。勝本説は、価値権を物上代位の原則を導く規範、優先弁済権を構成するものおよび抵当目的物の交換価値を把握する権能と考え、換価権を抵当権の排他性を認める根拠として、また換価のための権能として考える。これに対して、堀田説は価値権

を抵当不動産の交換価値を把握する権能と解し、換価権を抵当目的物と所有権を支配する権能および抵当権実行後所有権や価値権の支配していた価値を全て換価し、それを優先的に取得する権能と解する。このように勝本説と堀田説は価値権と換価権の機能を分けることで、また、堀田説はそれに加えて価値権と換価権の支配対象を分けることで、価値権と換価権は独立し、併存し、相互に補完しあう権利であることを示す。

勝本説と堀田説は、①価値権は交換価値を支配する権利であり、換価権を包摂あるいは派生させる権利ではない、②換価権を通じて抵当権は抵当目的物を換価・執行して価値権を通じて交換価値を取得する、と考える点で一致する。他方で、勝本説は、①抵当権の価値の把握について伝統的価値権説に従って、交換価値と使用収益価値を明確に分け、②価値権を通じて抵当権は交換価値を支配するが、換価権を通じて抵当目的物自体およびその所有権を支配しないと考える。堀田説は、①新価値権説の中でも松岡説に従って交換価値と使用収益価値を密接不可分の関係と考え、②価値権を通じて抵当権は交換価値を支配し、古積説に従って換価権を通じて抵当目的物自体およびその所有権を支配すると考える。すなわち、勝本説と堀田説は、価値権による価値の把握と換価権を通じた抵当目的物および所有権支配を認めるか否かという点で、理解が分かれる。

なお、勝本説は、換価権の訴訟法上の理解について、抵当権の実行は抵当権に内在する換価権を通じて行われるために、債務名義は不要であると説明するが、堀田説の訴訟法上の理解については明確ではない。しかしながら、古積説の影響を受けていることから、古積説と同様に考えている可能性はあると思われる。

五　おわりに

以上の考察について簡単にまとめると以下のようになる。価値権説と換価権説における相違は主として抵当権の支配対象に基因する。すなわち、価値権説は抵当権の支配対象を目的物の交換価値とするのに対し、換価権説は抵当権の支配対象を抵当目的物およびその所有権とする。このような支配対象の相違から主として抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と占有侵害に対する抵当権に基づく物権的請求権の理解が分かれる。伝統的価値権説と新価値権説は支配対象を交換価値に限定するという点で一致する。しかしながら、伝統的価値権説は、抵当権の価値権性から論理的演繹的に賃料債権に対する物上代位を肯定し、あるいは抵当権に基づく物権的請求権を否定する。これに対して、新価値権説は抵当権の価値権性から論理的演繹的に可否を判断しない。むろん、新価値権説もまた抵当権が交換価値を支配する権利であることを前提とするが、賃料債権に対する物上代位においては抵当目的物に関係する当事者、すなわち抵当権者、抵当権設定者および一般債権者の利益を衡量して賃料債権に対する物上代位の差押え後に物上代位を肯定し、その一方で、抵当権に基づく物権的請求権においては不法占有による執行・換価手続の妨害を占有侵害と観念し、その侵害がある場合に、妨害排除請求権を肯定する。これに対して、価値権説と異なり、換価権説は抵当権が所有権を支配するという点から賃料債権に対する物上代位と抵当権に基づく物権的請求権を肯定する。訴訟法上の理解もまた価値権説と換価権説において異なる。価値権説は換価権を価値権から生じる派生的権利と解するのに対して、換価権説は換価権を実体法上も訴訟法上も統一的一体的に解し、価値権を認めない点において異なる。

しかしながら、価値権説と換価権説は訴訟法上抵当権に内在する換価権を通じて抵当権の実行が行われること、抵当権の実行に債務名義が不要であると解する点で一致する。他方で、賃料債権に対する物上代位および抵当権に基づ

く物権的請求権を肯定する、という点で新価値権説と換価権説の結論は一致する。しかも、抵当権に基づく物権的請求権においては新価値権説と換価権説は不法占有による抵当権の換価・執行の妨害を占有侵害と解する点で一致する。

その一方で、価値権と換価権の併存を認める学説を分析したところ、勝本説は価値権と換価権の機能に着目し、堀田説は価値権と換価権の機能と支配対象に着目して、価値権と換価権の独立する意義があることを示す。価値権と換価権の併存を認める学説に従って価値権と換価権の機能を、あるいはその支配対象を分化するならば、価値権説および換価権説と異なり、価値権と換価権が独立し、併存しうると解しうることも可能ではないかと思われる。

本稿は、ここでの知見を基に自説を展開し、あるいは本質論について結論を述べるものではない。というのも、我が国の抵当権の本質論が石田説・我妻説以降主としてドイツ法から影響を受けて発展してきた以上、ドイツの理論状況を参考とする必要があり、それを基に我が国の抵当権の本質論につき結論を出す必要があると思われるからである。(77)

ドイツにおける抵当権の本質論に加え、他の不動産担保権の本質論ないしはその解明に必要な範囲において質権を含む広義の担保権の本質論を、ドイツ民法史においてどのように生まれ、どのような意義を有し、「ドイツの民法体系全体の中でいかなる位置を占め、いかなる機能を果た」すか、という点に焦点を合わせて(78)理解する必要がある。(79)その一方で、不動産担保権の本質論が各時代の不動産担保制度を前提として議論されてきたのであるから、不動産担保権の本質論と各時代の不動産担保制度との関係についても焦点を合わせて理解する必要がある。そして、それらの作業を通じて我が国の抵当権の本質論、特に価値権と換価権の併存が可能であるか否か検討したい。が、それは今後の課題としたい。

（1）　我妻栄『新訂担保物権法　民法講義Ⅲ』（岩波書店、一九六八年）二二三頁、柚木馨＝高木多喜夫『担保物権法』（有斐閣、第三版、一九八二年）二一九頁等。

（2）　古積健三郎「抵当権の物上代位と差押え――滅失と売却の場合――」中新一〇八巻五＝六号（二〇〇一年）二四頁、同「抵当権による収益管理制度と賃料債権への物上代位」法時七四巻八号（二〇〇二年）三八―三九頁、同「換価権としての抵当権（四）―（五）」中央ロー六巻四号（二〇一〇年）四三―四四頁、七巻一号一七―二二頁、三一―三五頁、松尾弘＝古積健三郎『物権・担保物権法』（弘文堂、第二版、二〇〇八年）三〇五頁、太矢一彦「抵当権の性質について――抵当権価値権説への一疑問――」独協四六号（一九九八年）四六六頁、同「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――」獨協四八号（一九九九年）一九四頁、同「賃料債権に対する抵当権者の物上代位について（一）―（二）――物上代位の公示と第三者との関係をめぐって――」獨協四九号（一九九九年）二三四頁、独協五〇号（二〇〇〇年）二二九頁、同「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋四九巻二号（二〇〇六年）五六頁、同「平成一七年判決判批」金判一二四七号（二〇〇六年）四八頁、同「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」東洋五〇巻一＝二号（二〇〇七年）四二―四三頁、平野裕之『民法総合三　担保物権法』（信山社、第二版、二〇〇九年）二六頁。

（3）　抵当権に基づく物上代位の目的物については、生熊長幸『物上代位と収益管理』（有斐閣、二〇〇三年）二一―二五頁、六四―九〇頁、高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第四版、二〇〇五年）一四〇―一四六頁、近江幸治『民法講義Ⅲ　担保物権』（成文堂、第二版補訂、二〇〇七年）一四一―一四五頁、道垣内弘人『担保物権法　現代民法Ⅲ』（有斐閣、二〇〇八年）一四三―一四九頁、平野・前掲注（2）八四―一〇三頁等が詳しい。また、賃料債権については、鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田・西原・高木三先生還暦記念『金融法の課題と展望（下）』（日本評論社、一九九〇年）三一―六三頁が詳しい。なお、後述二(二)参照。

（4）　詐害的短期賃貸借については、鈴木禄弥「最近担保法判例雑考（六）」判タ五〇六号（一九八三年）四〇―四三頁、生熊長幸『執行妨害と短期賃貸借』〔第一章―第二章――初出一九八四年、第三章―第四章――初出一九九一年〕（有斐閣、二〇〇〇年）七―二三一頁、五一五―五四一頁等が詳しい。

（5）　占有排除については、鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」高島平蔵先生古希『民法学の新たな展開』（成文堂、一九九三年）二六六―二八一頁、生熊・前掲注（4）〔第四章――初出一九九一年〕一七四―一八四頁、四〇九―四六一頁、平野・前掲注（2）五六―六九頁等が詳しい。

（6）平成一七年判決によると、不法占有により「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」、抵当権者に抵当権に基づく妨害排除請求権が認められる。

（7）価値権説が、本来重なり合って明確に分けられない抵当不動産の価値を、交換価値、使用価値、収益価値に峻別して議論する点（松井宏興『抵当制度の基礎理論』（法律文化社、一九九七年）二〇五頁、古積健三郎「抵当権の物上代位に基づく賃料債権の差押え」筑波二六号（一九九八年）一三頁）や、「主観的判断たる価値を客体化する」点（古積・前掲注（2）中央ロー七巻一号三二頁）を、換価権説は批判する。

（8）高橋眞『抵当法改正と担保の法理』〔第三章第二節――初出二〇〇二年〕（成文堂、二〇〇八年）一六一―一六二頁は後述二㈠2および㈡の太矢説を、抵当権を「換価権として特徴づける場合、換価を通じて目的物の交換価値を把握する」と解する点で価値権説と異なる立場ではないと指摘し、古積・前掲注（2）中央ロー七巻一号一八頁は後述二㈡1⑵の梶山説が「抵当権の支配の内容が実行段階までに変化するというのも、結局は、抵当権に内在する換価権という権能の特質を言い表しているにすぎない。」と指摘する。

（9）最近の教科書の中には抵当権の本質として換価権しか説明しない物もある。石田穣『担保物権法』（信山社、二〇一〇年）二六四―二六五頁参照。

（10）抵当権に内在する換価権については、換価力、換価権能、換価権等の名称だけではなく、旧競売法における権能と強制執行と一体化された民事執行法における権能との内容が同一であるのか、異なるのか問題とされる（高木・前掲注（3）九三―九四頁）。本稿ではそこまで踏み込んで考察せず、名称については換価権で統一する。

（11）本稿で考察の対象とした価値権説および換価権説以外の価値権説および換価権説、他の学説については、拙稿「抵当権の本質の意義に関する一考察――抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と抵当権に基づく妨害排除請求に関する学説を手がかりとして――」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集四九号（二〇〇九年）一―三八頁参照。

なお、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説（一）―（三）」千葉二三巻四号（二〇〇九年）一―八〇頁、同二四巻一号一三八（一）―三三（一〇六）頁、同二四巻二号（二〇〇九年）一七二（一）―六七（一〇六）頁は我が国の担保物権の本質論を詳細に分析する。鳥山論文は、価値権および換価権という本質論だけではなく、「物権性」、「付従性」という抵当権を含む担保物権に一般的に認められている性質、さらに債務と責任論についても、旧民法典制定時から現在の状況まで歴史的道程に沿って包括的かつ詳細に分析する。

(12) 我妻・前掲注（1）二七六―二七七頁。我妻栄『民法研究Ⅳ―2』（有斐閣、一九六七年）一七三―一七四頁も参照。
(13) 我妻・前掲注（1）二八〇―二八三頁。
(14) 我妻・前掲注（1）二二三頁。
(15) 我妻・前掲注（1）二七五、二八一頁。我妻説の分析については、高橋智也「抵当権の物上代位制度の現代的位相（一）」熊法一〇〇号（二〇〇二年）六九―七〇頁を参照。
(16) 高橋智也「抵当権の物上代位制度の現代的位相（二・完）」熊法一〇二号（二〇〇三年）一九三―二〇四頁が松岡説と高橋説を詳細に分析する。
(17) 松岡久和「物上代位の成否と限界（一）――賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非――」金法一五〇四号（一九九八年）一二頁。
(18) 松岡久和「抵当権の本質論について――賃料債権への物上代位を中心に――」高木先生古希記念『現代民法学の理論と実務の交錯』（成文堂、二〇〇一年）一八―一九頁、二一―二四頁。高橋・前掲注（16）二〇〇―二〇一頁も参照。
(19) 高橋・前掲注（8）〔第一章第三節――初出二〇〇〇年〕五一―五二頁。
(20) 高橋・前掲注（8）七―八頁、五一―五三頁。高橋・前掲注（16）二〇〇―二〇一頁も参照。
(21) 梶山玉香「物件価額の提供による抵当権の消滅――抵当権本質論序説――」同法五三巻一号（二〇〇一年）四頁、同「抵当物件の使用収益について」同法五四巻三号（二〇〇二年）一〇七九―一〇八〇頁。
(22) 梶山・前掲注（21）同法五四巻三号一〇八一―一〇八二頁。梶山玉香「抵当権者による収益型債権回収について」同法四九巻六号（一九九八年）一〇〇頁も参照。
(23) 松尾＝古積・前掲注（2）三二二―三二三頁。
(24) 松尾＝古積・前掲注（2）三二三頁。古積・前掲注（2）中報一〇八巻五＝六号四五―四七頁も参照。
(25) 松尾＝古積・前掲注（2）三二五頁。古積・前掲注（2）中報一〇八巻五＝六号二七―二九頁も参照。
(26) 松尾＝古積・前掲注（2）三二六頁。古積・前掲注（2）中報一〇八巻五＝六号三八―四一頁も参照。
(27) 古積・前掲注（2）法時三九頁、松尾＝古積・前掲注（2）三二一頁、三二四頁、三三〇―三三一頁。
(28) 太矢・前掲注（2）独協五〇号二二八頁。
(29) 太矢・前掲注（2）東洋四九巻二号六四、七四頁注五二。

(30) 平野・前掲注（2）八五―八九頁、一〇〇―一〇一頁。
(31) 平野・前掲注（2）二六頁、九五―九七頁。
(32) 古積・前掲注（2）中央ロー六巻四号四四頁。
(33) 我妻・前掲注（1）三八二頁。
(34) 我妻・前掲注（1）三八三頁。
(35) ただし、物理的損傷（毀損）においては、抵当不動産が損傷されている限り、被担保債権額を越える交換価値を抵当不動産が保有していても、不可分性の原則により、物権的請求権が生じると説明する（我妻・前掲注（1）三八六頁）。
(36) 我妻・前掲注（12）二〇三―二〇四頁。
(37) 松岡・前掲注（18）三〇頁。
(38) 高橋眞『担保物権法』（成文堂、第二版、二〇一〇年）一六六―一六七頁。
(39) 高橋・前掲注（8）〔第三章第二節――初出二〇〇二年〕一六三頁、同・前掲注（38）一七六頁。
(40) 高橋・前掲注（38）一七五、一七七頁。
(41) 梶山・前掲注（21）同法五三巻一号一三頁、同・前掲注（21）同法五四巻三号一〇七九―一〇八〇頁。
(42) 梶山・前掲注（21）同法五四巻三号一〇八〇―一〇八一頁。
(43) 松尾＝古積・前掲注（2）三三八―三三九頁。
(44) 古積・前掲注（2）中央ロー七巻一号二〇頁。
(45) 松尾＝古積・前掲注（2）三一七―三二〇頁、三三三―三三五頁。
(46) 太矢・前掲注（2）東洋五〇巻一＝二号四三頁、同・前掲注（2）金判一二四七号四八頁。
(47) 太矢・前掲注（2）東洋四九巻二号六〇―六一頁。
(48) 太矢・前掲注（2）東洋五〇巻一＝二号四三頁。
(49) 平野・前掲注（2）六九頁。
(50) 平野・前掲注（2）五七頁。
(51) 担保物権の換価については、執行法上、伝統的に換価権説と執行権説が対立してきた。本稿は、価値権説と換価権説が抵当権に内在する換価権をどのようにとらえているか考察することを目的としているために、換価権説と執行権説の対立につ

いては踏み込まない。換価権説と執行権説の対立については、生熊長幸「執行権と換価権」岡山大学創立三十周年記念『法学と政治学の現代的展開』二六三―二九一頁（有斐閣、一九八二年）、鳥山・前掲注（11）（三）論文九三（八〇）―八二（九一）頁が詳しい。

(52) 石田文次郎『担保物権法論上巻』（有斐閣、一九四七年）三〇―三一頁、同『投資抵当制度の研究』（有斐閣、一九三二年）一〇〇―一〇一頁。

(53) 梶山・前掲注（21）同法五三巻一号四―五頁、同・前掲注（21）同法五四巻三号一〇七九頁。

(54) 梶山・前掲注（21）同法五三巻一号一七―一八頁。

(55) 古積健三郎「将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突――三つの高裁判例を中心にして」筑波二三号（一九九七年）一五三頁。

(56) 古積＝松尾・前掲注（2）二四九頁。古積・前掲注（7）二三頁も参照。

(57) 平野・前掲注（2）八頁。

(58) 平野・前掲注（2）一九頁注三六。

(59) 三ケ月章「任意競売と強制競売の再編成――抵当権の実行における債務名義の必要性をめぐって――」『民事訴訟法研究第七巻』（有斐閣、一九七八年）一二六頁、富越和厚「担保権の実行としての競売」香川最高裁判事退官記念『民法と登記（上）』（テイハン、一九九三年）二七七頁。

(60) 富越・前掲注（59）二六六頁。

(61) 田中康久『新民事執行法の解説』（金融財政事情研究会、増補改訂版、一九八〇年）四〇一頁、浦野雄幸『逐条概説　民事執行法』（商事法務研究会、全訂版、一九八一年）六二五頁、同「民事執行法の諸問題（九）」曹時三六巻二号（一九八四年）三―四頁。

(62) 勝本正晃『担保物権法　上巻』（有斐閣、第三版、一九五四年）一六頁、勝本正晃『担保物権法　下巻』（有斐閣、再版、一九五一年）四一三頁。

(63) 勝本・前掲注（62）上巻一八頁。

(64) 勝本・前掲注（62）上巻二四頁。

(65) 勝本・前掲注（62）下巻四一〇頁。

(66) 勝本・前掲注(62)上巻一九頁。
(67) 勝本・前掲注(62)上巻二三頁。
(68) 勝本・前掲注(62)上巻二〇頁。
(69) 勝本・前掲注(62)上巻二五―二六頁、三五頁。
(70) 勝本・前掲注(62)下巻四四八―四四九頁。
(71) 勝本・前掲注(62)下巻四九二―四九五頁。
(72) 勝本・前掲注(62)下巻四九五頁。
(73) 堀田泰司「賃料に対する抵当権者の物上代位について」内田先生追悼『現代民事法学の構想』(信山社、二〇〇四年)一八七頁。
(74) 堀田・前掲注(73)一八七―一八八頁。
(75) 堀田・前掲注(73)一八八頁。
(76) 堀田・前掲注(73)一八九頁。
(77) ドイツの不動産担保権の本質論についての最近の先行研究として、古積健三郎「換価権としての抵当権(一)―(三)――占有および収益の権利に対する関係――」中央ロー六巻一号(二〇〇九年)三―三七頁、同六巻二号三―三〇頁、六巻三号三―四三頁、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(四)」千葉二四巻三・四号(二〇一〇年)四四二(一)一二一〇(二三三)頁。古積・前掲(一)―(三)論文は自説の展開のために必要な範囲に限定しているが、普通法時代から現在までのドイツの不動産担保権の本質論を詳細に追求し、分析する。鳥山論文については後掲注(79)参照。
その他に、拙稿「抵当権の価値権説再考――ゾーム・ブレーマー・コーラーの換価権および価値権に関する見解を手がかりに――」慶應義塾大学法学政治学論究七八号(二〇〇八年)八九―一一七頁、同「ドイツにおける不動産担保権の本質としての価値権に関する一考察」慶應義塾大学法学政治学論究八二号(二〇〇九年)六九―一〇〇頁もある。
(78) 奥田昌道「ドイツ法」伊藤正己編『岩波講座　現代法一四外国法と日本法』(岩波書店、一九六六年)二五〇頁。
(79) 鳥山・前掲注(11)(一)論文一九頁序章注四三がこのような分析視覚から抵当権の本質を探究する上でドイツ法における質権の本質について考察すると明言し、鳥山・前掲注(77)四四二(一)一二一〇(二三三)頁において考察されている。

〔付記〕本稿脱稿後、校正の段階で鳥山泰志「抵当本質論の再考序説（五）」千葉二五巻三号（二〇一〇年）二〇〇（一）一七七（一二四）頁に接したが、本文中で検討することができなかった。これについては、他日、検討する機会を持ちたい。

横田　敏史（よこた　さとし）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科助教（有期・研究奨励）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得退学
所属学会　日本私法学会
専攻領域　民法
主要論文
「抵当権の価値権説再考――ゾーム・ブレーマー・コーラーの換価権および価値権に関する見解を手がかりに――」『法学政治学論究』第七八号（二〇〇八年）
「抵当権の本質の意義に関する一考察――抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と抵当権に基づく妨害排除請求に関する学説を手がかりとして――」『大学院法学研究科論文集』第四九号（二〇〇九年）
「ドイツにおける不動産担保権の本質としての価値権に関する一考察」『法学政治学論究』第八二号（二〇〇九年）