

## 「担保価値の維持」に関する理論枠組みについて

原 謙一

### 目 次

はじめに

I. 問題の所在

- 1 従来の議論状況
- 2 残されてきた問題

II. 本稿の課題と構成

- 1 本稿の課題と視点
- 2 本稿の構成

第1 判例の比較からみる「担保価値の維持」と担保物権の効力の関係

I. 担保価値維持請求権の登場とその後の抵当権に関する判例

- 1 平成11年判決登場以前の下級審裁判例の状況
- 2 平成11年判決の登場
- 3 平成11年判決以後の最高裁判例の内容
- 4 最新の下級審裁判例の展開
- 5 若干の検討

II. 抵当権に関する判例と債権質権に関する判例の関係

- 1 平成18年判決について
- 2 抵当権に関する判決からの影響と判例相互の関係
- 3 小 括

第2 担保物権の効力に基づく「担保価値の維持」の理論枠組み

I. 担保物権の効力と関連を深める債権質権の学説と判例

- 1 学説の変遷
- 2 判例の状況
- 3 小 括

II. 優先弁済の効力に基づく概念構成の提示

- 1 優先弁済の効力を根拠とする義務の必要性
- 2 不作為の性質を有する義務の許容性
- 3 具体的場面における義務の有無に関する検討
- 4 小 括

おわりに

I. 総 括

II. 残された課題

## はじめに

### I. 問題の所在

#### 1 従来の議論状況

約定担保物権のうち債権質権（本稿では特別の指定をしない限り、以下指名債権質権を前提とする）をみると、質入れされた債権（以下、「質入債権」とする）の価値は債権質権者によって把握されている。もっとも、ここでは債権という観念的な財産を担保の目的財産とするため、債権質権者は質入債権を物理的に支配しているわけではない。その意味で、有体物を担保の目的財産とする動産質権や不動産質権（以下、「物上質権」）の場合と異なる点が存在する。すなわち、債権質権の場合には、質権設定者と第三債務者の間において、質入債権の取立て、弁済、相殺、放棄、免除、更改等の質入債権を消滅・変更させる一切の行為（以下、「質入債権の消滅・変更行為」とする）によって、質権者の認識のないまま、質入債権は担保としての価値を失うことがあり得るのである。

そこで、学説は質入債権の消滅・変更行為を禁じるための解釈を展開してきた。まず、大正期に、質権の効力を保存するため、設定者に「目的債権を保存する義務」が課されることを前提として、質入債権の取立て等が禁止されることが既に主張されていた<sup>1)</sup>。それ以後も、昭和期に入ると、債権質権が「その目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」（拘束力）があるとされ<sup>2)</sup>、この効力が差押えの効力と対比されるこ

---

1) 中島玉吉『民法釈義 卷ノ二下〔初版〕』（金刺芳流堂・1916年）1012頁は、大正期に債権質権に関して本文のような義務を承認していた。

2) 我妻栄『民法講義Ⅲ 担保物権法〔初版〕』（岩波書店・1936年）175頁がこのことを指摘している。なお、同書の新訂版である我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店・1975年）191頁も同趣旨を示している。

とで、民法 481 条の類推適用により、質入債権の消滅・変更行為が禁止された。さらに、平成期に入っても、「設定者・第三債務者は目的債権の行使等につき、いくつかの拘束を受ける」とされ、その拘束の内容として「設定者は、質権者のために目的債権を健全に維持する義務を負う」といわれている<sup>3)</sup>。

これに対して、最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 巻 10 号 3964 頁（以下、「平成 18 年判決」とする）は、債権質権の事案において、設定者に担保価値維持義務を承認している。すなわち、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されない」と述べたのである。

もっとも、平成 18 年判決以前にも抵当権の領域においては既に最判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 巻 8 号 1899 頁（以下、「平成 11 年判決」とする）が登場していた。平成 11 年判決は、「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（筆者注：抵当権侵害の状態）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」ことを認めており（以下、本稿ではひとまずこの請求権を「担保価値維持請求権」と表現する）、この担保価値維持請求権の法的性質は物権的請求権であることが示されてきた<sup>4)</sup>。

これらの判例が登場して以来、「担保価値の維持」という問題は、担保価値

---

3) 道垣内弘人『担保物権法 [第 3 版]』（有斐閣・2008 年）111 頁がこの立場を明らかにしている。

4) このような評価を示すものとして、山野目章夫「抵当不動産を不法に占有する者に対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの許否－最大判平成 11・11・24 をめぐって」金融法務事情 1569 号（2000 年）49 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 11・11・24 の理論的検討」ジュリスト 1174 号（2000 年）30 頁、森田修『債権回収法講義 [第 2 版]』（有斐閣・2011 年）206 頁を参照。

維持請求権及び担保価値維持義務の存在、さらに、それらの効果を巡って、担保法とその周辺の多くの分野へ広がりを見せている。たとえば、質権の領域では、債権質権以外にも担保価値維持義務の存在が論じられるようになり<sup>5)</sup>、また、この領域における個別の問題点についても担保価値維持義務との関連性が指摘されている<sup>6)</sup>。さらに、「担保価値の維持」という問題に関する議論の必要性は抵当権や ABL（Asset Based Lending）<sup>7)</sup>をはじめとした他の担保物権の領域でも承認され、これらの領域における個別の問題点との関係

---

5) 特別法上の権利質権との関係では、まず株式を目的とした質権について、その担保価値の維持や拘束力を論じる我妻・前掲注 2)『新訂担保物権法』202 頁、山下友信編『会社法コメンタール 3－株式 (1)』(商事法務・2013 年) 445～447 頁[森下哲朗]が存在する。また、特許権等を目的とした質権について、平成 11 年判決を応用することや担保価値の維持を契約の問題として処理することを論じるものとして、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解 特許法【上巻】』(青林書院・2011 年) 1340～1341 頁[林いづみ]があり、著作権を目的とした質権に判例上の担保価値維持義務を応用することを論じるものとして、原謙一「著作権の質権に関する考察－民法との理論的關係について－」著作権情報センター編『第 9 回 著作権・著作隣接権論文集』(2014 年) 26 頁以下がある。加えて、拘束力を論じるものとして、電子記録債権を目的とした質権について青木則幸「質権」池田真朗ほか編『電子記録債権法の理論と実務』別冊金融・商事判例(2008 年) 99 頁、信託受益権を目的とした質権について、長谷川貞之「受益権化された財産権の担保と受益権質権の効力」日本法学第 80 巻第 2 号(2014 年) 396～397 頁がある。さらに、質権者自身が直接に質物を占有する動産質権でも、設定者が質権者のもとに出向いて、あえて質権を害するような積極的な行為に出るならば担保価値維持義務を認める余地はあることを指摘するものとして、清水恵介「担保価値維持義務について－最高裁判所平成十八年十二月二日判決に示唆を受けて－」民事法情報 No. 250(2007 年) 23 頁がある。

6) 転質の際に、原質権が消滅すると原質権に依存する転質権も消滅することになるため、転質の結果、原質権の被担保債権にも転質権の効力が及び、原質権の被担保債権の債務者等にも一定の「拘束」が生じるといわれる(道垣内・前掲注 3) 94 頁参照)。この問題で議論される「拘束」が担保価値維持義務と同趣旨であると指摘するものとして、片山直也「判批」ジュリスト増刊 1354 号(2008 年) 71 頁を参照。

7) 企業が保有する在庫や売掛金などを担保とする融資手法である(秋田能行「ABL(動産・売掛金担保融資)の積極的活用」金融法務事情 1967 号[2013 年] 57 頁を参照)。

でも議論されはじめた<sup>8)</sup>。その他の実体法上の制度との関係も議論されてい

- 
- 8) 片山直也「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務—最高裁第一小法廷平成二二年九月九日判決を契機として—」法学研究第84巻第12号(2011年)308～311頁は、借地上の建物に抵当権が設定され、敷地所有者が抵当権者に対して借地契約を解除する時点で通知する義務を負う場合に、同義務が懈怠されたまま借地契約が解除された事案において、事前の通知義務に違反した敷地所有者が損害賠償の責任を負う場合があり(最判平成22年9月9日判例時報2096号66頁)、この場合を担保価値維持義務の延長線上に位置付ける理解を示している。また、増担保についても担保価値維持義務の問題と指摘されるようになっていく(片山直也「判批」金融法務事情1844号[2008]32頁参照)。たとえば、設定者が信義則上の担保価値維持義務を負うため、同義務に違反すれば、増担保義務が生じる場合があるとの理解を示すものとして、椿久美子「増担保請求権の民法上の位置づけ—期限の利益喪失および抵当権侵害と関連させて—」明治大学法科大学院論集第11号(2012年)56頁があり、また、増担保請求権の性質を担保価値維持義務違反による担保権侵害の結果認められた特殊な原状回復請求権と述べるものとして、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—」日本法学第79巻第4号(2014年)148頁がある(さらに、清水・前掲154頁では期限の利益の喪失と増担保請求は選択的な関係に立つと論じられている)。加えて、平成18年判決を前提として担保価値維持義務と抵当不動産の第三取得者の費用償還請求権との関係を論じたものとして、藤澤治奈「抵当不動産の第三取得者の担保価値維持義務と民法391条」大塚直ほか編『社会の発展と権利の創造—民法・環境法の最前線』(有斐閣・2012年)31頁以下が存在する。ABLに関しては、森田修「ABLの契約構造—在庫担保取引のグランドデザイン—」金融法務事情1959号(2012年)39頁及び同頁の注6)が、平成11年判決を前提として担保権の内容として「担保価値維持義務」が認められ、この義務は不動産担保の枠を越えて流動産担保の実行前の物権的効力の内容を具体化するとの理解を示し、また、植竹勝「ABLにおける担保価値維持義務—ABL取引に関する契約実務を踏まえて—」金融法務事情1967号(2013年)20～21頁が平成11年判決や平成18年判決を前提に担保物権の効力から担保価値維持義務を承認し、同義務がABLの場面にも波及することを論じている。なお、平成18年判決と関連して、法定担保物権である先取特権との関係においても担保価値維持義務の存在を議論するものとして、三森仁「最高裁判決の射程如何」「〈特集〉破産管財人の注意義務—2つの最一判平成18・12・21をよんで」NBL851号(2007年)56～57頁、中井康之「破産管財人の善管注意義務」事業再生と債権管理No.118(2007年)80～81頁、「東京三弁護士会(倒産法部)合同シンポジウム『倒産と担保』—現代的課題の解決・倒産法改正を見据えて—」NBL1027号(2014年)23～24頁がある。

るところであるが<sup>9)</sup>、近時、倒産の場面との関係においても「担保価値の維持」は重要な問題と理解され、議論されている<sup>10)</sup>。

---

9) たとえば、井上聡「金融取引から見た債権譲渡法制のあり方」金法 1874 号 (2009 年) 77 頁は、平成 18 年判決の判示を前提とすれば、将来債権の譲渡人が譲受人に対して「将来債権の発生を阻害しない義務」(原因関係を維持する義務)を負うと解する。また、片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権－担保価値維持義務論の視点から－」池田真明ほか編『民法(債権法)改正の論理【別冊タートンスマン】』(新青出版・2010 年) 159 頁以下では、債権者代位権及び詐害行為取消権と担保価値維持義務の接点が探求されている。

10) 平成 18 年判決が破産手続だけでなく、他の倒産手続にも応用されることを指摘するものとして、井上聡「事業の証券化・ABL への広がりを持つ判決」『＜特集＞破産管財人の注意義務－2 つの最一判平成 18・12・21 をよんで』NBL851 号 (2007 年) 18～19 頁、伊藤眞「倒産処理手続と担保権－集合債権譲渡担保を中心として－」NBL872 号 (2008 年) 70 頁、伊藤達哉「民事再生手続における流動資産譲渡担保の担保価値維持義務」事業再生と債権管理 No.131 (2011 年) 165 頁以下がある。具体的な適用場面についてみると、工場を有する製造業の A 社が得意先 B に対する 3 年分の将来債権に X のための譲渡担保権を設定し、2 年目に工場ごと C に事業を譲渡したとする。この事業譲渡以前に、AB 間では基本契約だけでなく、いくつかの取引に関する個別契約が締結され、A から B へ商品を納入する時期等も決定していた。この例では、そもそも譲渡担保の設定者 A が B に対して予定された商品を納入し、B の抗弁を消滅させることで、譲渡担保権者 X に予定された債権の請求を可能とする担保価値維持義務 (AX 間が単なる将来債権の譲渡であれば、井上・前掲注 9) が指摘する「原因関係維持義務」を負うため、A の事業の譲渡を受けた C も、X に対してこの義務を負うとの指摘がなされている (才口千晴ほか「シンポジウム 倒産実務の諸課題と倒産法改正」金融法務事情 1995 号 [2014 年] 16～17 頁 [清水祐介報告])。したがって、C が破産した場合、破産手続開始決定後に、破産管財人 Y は、X に担保として供された債権を満足させるために、破産財団の財産を活用して商品を製造・納品し、X の債権回収を実現させる義務を負うのか問題となる。この点について、才口・前掲 18～19 頁 [清水報告] は、将来債権の譲渡担保権者 (上記の例でいえば X) が倒産手続機関 (上記の例では Y) の行う新たな債権の発生の全てを独占することはないとして担保価値維持義務を否定している。これは X に対する独占的な債権全額の帰属を否定するものであり、少なくとも、倒産手続機関 Y が譲受人 X の抗弁消滅のための反対給付を行ったのであれば、納入商品製造のために労務を提供した従



もっとも、①債権質権に関する従来の学説と上記の平成 18 年判決の関係をどのように理解するのかは、これまでの多くの議論の中で必ずしも十分に検討されてこなかったように思われる。また、②平成 18 年判決は債権質権の事案であり、それ以前に「担保価値の維持」という問題を扱った判決は抵当権に関する事案であったところ、①の検討を前提として、これらの判例の関係まで含め、総合的な検討を行う研究もこれまで手薄であったように感じる<sup>11)</sup>。したがって、従来の多くの議論は「担保価値の維持」という問題がどのような理論的背景を有するのか、つまり、この問題の位置づけを確定し、その位置づけについて合意が形成されることのないまま、広がりを見せてきたのである。

## 2 残されてきた問題

そこで、債権質権に関する学説と平成 18 年判決の関係や平成 18 年判決とそれ以前の判例の関係を分析し、全体としてどのように評価するのかを検討した

---

業員への賃金等のコストを担保に供した債権から差し引く（その意味で債権全額を X に帰属させる義務はない）という範囲で、担保価値維持義務を否定する趣旨であろう。同様の方向性であると思われるものとして、小林信明「将来債権譲渡に関する法制」山本和彦・事業再生研究機構編『債権法改正と事業再生』（商事法務・2011 年）121～125 頁及び藤澤治奈「将来債権譲渡と譲渡人の倒産に関する一考察—債権法改正に伴う倒産法改正に向けて—」山本和彦・事業再生研究機構編『債権法改正と事業再生』（商事法務・2011 年）262～265 頁がある。

- 11) 簡潔に平成 11 年判決と平成 18 年判決の関連についての指摘を行うものとして、片山・前掲注 6) 71 頁がある。また、片山・前掲注 9) 169～170 頁及び片山直也「詐害行為の基礎理論 [初版]」（慶應義塾大学出版会・2011 年）624 頁は、平成 11 年判決と平成 18 年判決を比較して、これらを連続したものと位置づけ、設定者に対する担保価値維持義務等を根拠づける方向性が示されている。また、植竹・前掲注 8) 21 頁は、平成 11 年判決及び平成 18 年判決を参照し、担保価値維持義務を抵当権や質権の物権的な効力から当然に認められる裁判規範であり、設定者に対する行為規範でもあると論じている（なお、担保価値維持義務が行為を否定する規範との観点を述べるものとして、谷口安史「判解」法曹時報第 61 巻第 3 号 [2009 年] 308 頁も参照）。

上で、「担保価値の維持」という問題をどのような理論的な枠組みで概念構成するのは、民法上の一つの大きな課題として残されてきたといえる<sup>12)</sup>。

たしかに、契約によって担保価値維持義務を定めれば、実務上は問題が生じないとの見方もあり得る。このように考えれば、「担保価値の維持」という問題は契約の問題に過ぎないと理解することになる。もっとも、このような理解を前提とした場合、仮に契約条項に担保価値維持義務が明示されないか、これに関する条項が存在しても、それが不十分なものであった場合には、担保目的財産の価値を損なう行為も適法になってしまうのかという疑問が生じる。この場合でも、約定担保物権であれば、必ず設定契約が存在するのであるから、この契約に即した信義則上の義務として担保価値維持義務を認めればよいとの考え方もあり得よう。

しかし、このように、まずは契約で自由に担保価値維持義務を定め、それでも問題に対処できないならば信義則で処理するという手法は、結局、事例毎に処理の指針が異なり、アドホックな規律といえる。これでは担保の目的財産を巡る法律関係は予測可能性を欠くと言わざるを得ない。仮に、担保の設定契約において設定者が「担保価値を害するような行為を行うことはできない」旨を定めたとする。これは「債権の担保価値を維持すべき義務」を認め、「債権の担保価値を害するような行為を行うことは」義務違反として禁止する条項であり、まさに平成 18 年判決が述べる担保価値維持義務と同趣旨ではある。とはいえ、判例の承認した義務の法的根拠や法的性質また義務の射程が不明確なままで、この義務を契約条項に入れ込んだとしても、この義務の対象範囲の明確

---

12) 判例の述べる担保価値維持義務とは、そもそもどのような法的性質で、どのような法的根拠によって発生するのか、すなわち、契約上の義務であるのかまたは物権との関係で生じる義務であるのかという問題が残されていたことを指摘するものとして、松尾弘＝古積健三郎『物権・担保物権法〔第 2 版〕』（弘文堂・2008 年）300 頁、片山・前掲注 6）71 頁、片山・前掲注 9）169 頁、片山・前掲注 11）『許行為の基礎理論』624 頁等を参照。



性が欠けることは否めない。この不明確さを伴ったままで、単に契約で担保価値維持義務を定めたとしても、予測可能性は低く、実務上はその義務の内容が争われる可能性があり、問題の適切な解決には至らないのである。ましてや、契約条項に不足があれば、場合によっては信義則でさらなる義務を課していくという前述のような態度を採用すれば、問題解決の見通しはますます悪くなり、しかも、設定者の財産に対する過大な介入・制約となる恐れも否定できないのである。

そもそも、担保の目的財産から優先弁済をうけることができるというのは約定担保物権の中心的な効力である（民法 342 条、362 条 2 項、369 条 1 項等）。そうであれば、この優先弁済の目的となる財産を実際の弁済がなされるまで維持できるという機能は契約で定めるまでもなく、担保物権に当然認められる自明の前提であるようにも思われる。そこで、判例の認める担保価値維持義務の法的根拠や法的性質を検討することで、担保物権の自明の機能として、担保権者は担保物権の実行前に設定者の財産にどこまで介入することができるか（反対からみれば設定者の財産がどこまで制約され得るのか）、この義務の射程を明らかにし、設定者・担保権者間の法律関係を予測可能性あるものとして規律すべきである。そのことによってこそ、実務において担保価値維持義務の約定を設けるとして、どのような条項を入れ込むことが適切か明らかになるといえる。そして、場合によっては、担保価値維持義務の法的根拠や法的性質の決定基準を一般条項に委ねる余地があるとしても、その前に、他の原理によってこの義務の理論的な位置づけを図ることができないか十分に検討し、この義務が設定者にとって過大な負担とならないように配慮することが必要となるのである。

これらの検討は、もちろん契約によって担保価値維持義務を定めることを否定するものではない。とはいえ、これまで判例が問題としてきた事案では、必ずしも契約や信義則が明示的な前提とされてこなかった。むしろ、平成 11 年判決は担保物権の効力との関係を示唆し、学説をみても後に本文で指摘するよ

うに、この効力との関連性を示すものが存在している。そうであれば、単に契約や信義則によって個別の事例毎に問題を処理することは解決として十分ではなく、適切な理論枠組みによって判例に登場した現象や学説の状況を理解してこそ、「担保価値の維持」という担保物権法における重要問題の本質や意味を真に理解し、その問題を正当に評価することになるとと思われる。

したがって、担保を巡る当事者の法律関係を予測可能性あるものとして適切に規律し、実務における適切な資金調達を実現するためにも、また、理論的に「担保価値の維持」という問題を正確に語り、前述のような債権質権以外の多くの場面において、この問題と関連する個別の問題を解決する方向性を設定するためにも、従来の判例・学説を総合的に分析・評価した上で、「担保価値の維持」という問題を概念構成する理論枠組みを確立することが残された問題として、解決を望まれているのではなかろうか。

## Ⅱ．本稿の課題と構成

### 1 本稿の課題と視点

そこで、「担保価値の維持」という問題に一定の理論枠組みを与えて正確に位置づけることで、この問題を適切に規律し、個別の領域における諸問題を解決していくための方向性を確立することが本稿の課題である。そして、前述の通り、契約や信義則によって「担保価値の維持」の問題をとらえる視点があり得ることは確かである。しかし、本稿ではこれと異なる視点からこの問題を考察し、上記の課題を達成する。

まず、担保とは債務者無資力の際の引き当てとして獲得された財産であり、債務者無資力の際に優先的に債権者平等の原則をやぶって弁済にあてるという機能を発揮するものである。物権法の秩序の中で、このような担保目的財産の価値を把握すること、そして、その把握された財産の価値から優先弁済を受けることを実現しているのが担保物権なのである。

さらに、担保物権も物権である以上、絶対的効力を有する。そうであれば、上記の機能（価値の把握とそこからの優先弁済）が担保物権法秩序の中で承認されるならば、当該担保物権に優先する者でない限り、この機能は何人にも対抗可能である。つまり、何人も担保権者による財産価値の把握とそこからの優先弁済という機能を承認せざるを得ないのである。

もっとも、担保目的財産の価値を把握しても、その価値が優先弁済までの段階において害されるなら、担保の実益が損なわれる。そこで、担保物権法秩序で承認された価値の把握と優先弁済という機能の間隙を埋めるものとして、把握した財産の価値を維持するという概念が登場するのである。したがって、価値の把握→価値の維持→優先弁済という一連の機能は担保物権法秩序の中に織り込まれている自明の機能といえるのではないか。このように考えれば、「担保価値の維持」という問題をみる理論枠組みは契約や信義則という人的つながりに基づく契約法の秩序ではなく、物権法・担保物権法秩序の中に位置づけられると考えるべきではなからうか。

## 2 本稿の構成

### (1) 検討の順序

では、上記のような考え方を基礎づけるために何を明らかにすべきであろうか。

第一に、担保物権法秩序の中に「担保価値の維持」という問題を位置づけるとしても、この問題は担保物権法上のどのような概念と関連するものと考えべきなのか。これが確定されなければ、適切な理論枠組みの確立はあり得ない。第二に、「担保価値の維持」という問題が担保物権法上の特定の概念と関連するとして、その概念からどのように理論枠組みを導出するかである。

つまり、現行法上の特定の概念から、担保目的財産の価値を維持すべきという原理を引き出すことができるのか、この原理を引き出す解釈が可能であるとして、それを正当化し得るのか本稿では、この二点について順次明らかにしていく。

i) 第一の検討事項　以下では、まず、従来の判例が「担保価値の維持」の問題をどのように扱ってきたか明らかにしながら、この問題が民法上のどのような概念から引き出されるべきであるのか、その方向性を示す（『第 1 判例の比較からみる「担保価値の維持」と担保物権の効力の関係』）。具体的には、「担保価値の維持」に関連するそれぞれの判例の基礎に担保物権の効力との関連性が存在することを示す。

この点について、従来、筆者は債権質権の拘束力を論じる学説と担保価値維持義務を判示した平成 18 年判決との関連性を明らかにした。すなわち、これらの機能の実質からみれば、学説の述べる債権質権の拘束力と判例の認めた担保価値維持義務が課されることは重なり合う概念であることを示した<sup>13)</sup>。さらに、債権質権に関する判例・学説の両者が質入債権の消滅・変更行為の問題に関して、いずれも優先弁済の効力との関連性を深めていたことを指摘したのである<sup>14)</sup>。

もっとも、そこでは債権質権に関する判例と抵当権に関する判例の関係は十分に議論できなかった。そこで、本稿では残されてきた問題としてこの点を扱う。

---

13) 平成 18 年判決では、賃借人（質権設定者）が滞納する賃料債権について、敷金を充当したため、敷金返還請求権（質入債権）が消滅し、債権質権者が害された事案であった（もっとも、本文で後に詳細を述べるとおり、この事件は設定者破産の事例であり、設定者の法的地位を承継する破産管財人と質権者が争った事例であった）。この充当合意が実質的な弁済であるとみれば、学説が拘束力によって禁止してきた取立てや相殺のような概念と異ならない。現に、平成 18 年判決の一般論を述べる部分は、従来の学説の表現と共通しており、学説の影響がみられる（これを指摘するものとして、谷口・前掲注 11）325 頁注 8 を参照）。このような点から、学説上で議論されてきた債権質権の拘束力は判例の述べる担保価値維持義務を課されることと同様の機能を有することを指摘した。詳細は、原謙一「債権質の拘束力について－担保価値維持義務の法的根拠に関する考察－」横浜国際経済法学第 21 巻第 2 号（2012 年）161～162 頁を参照。本稿でも、以下では、このような理解を前提としている。

14) 原・前掲注 13）162～176 頁を参照。

ii) 第二の検討事項 次に、第1で明らかにした方向性を前提として確立されるべき概念構成を示す(『第2 担保物権の効力に基づく「担保価値の維持」の理論枠組み』)。具体的には、担保物権の効力から、どのような理論枠組みが導出され、それが正当化され得るのか検討する。

なお、債権質権の領域では、前記のように質入された指名債権の価値の維持を議論する学説の積み重ねに加えて、この問題に関連する判例が存在している。したがって、上記の理論枠組みを検討するにあたっては、従来の学説・判例の議論を参考にする。そのため、本稿で示す理論枠組みは、ひとまず指名債権質権を前提として示される試論であることをお断りしておく。

## (2) 検討の影響

上記のような検討は、以下の点に影響が認められると考えられる。

そもそも、債権をはじめとした権利は有体物に匹敵する価値を有しているため、担保としての活用の余地がある。とはいえ、権利を目的とする担保(以下、「権利担保」とする)の制度は未熟な点が多い。すなわち、日本の民法は「物」を有体物に限定し(民法85条)、権利のような無体物を「物」概念から排除している。「物」と権利を区別した以上、「物」と権利では担保の目的財産としての性質が異なるはずであり、本来であれば、権利質権についても詳細な規定が設けられるべきところである。しかしながら、民法の権利質権制度に関する規定は少なく、法文のみから制度の詳細を知ることができない<sup>15)</sup>。したがって、日本の権利担保の典型である権利質権制度は私法の一般法として無体物の特殊性を十分に受け止めた制度設計がなされているとはいいがたく、予測可能性あ

---

15) たとえば、民法は権利質権に物上質権の規定を準用している(民法362条2項)。仮に、権利質権に関する規定の少なさを準用という手法で補うことがやむを得ないとしても、物上質権の規定を実際にどのような形で、どこまで権利質権に準用することができるのか明確ではない。その上、この民法上の権利質権の規定は、一般法として特別法上の権利質権の規定に応用されることになる。したがって、特別法との関係も含めてみると、権利質権制度の明確性はいっそう低下すると思われる。

る安定した資金調達のために活用しがたい状況にある。

もっとも、民法上の権利質権に関する数少ない規定は権利担保を実際に運用する際の基準となり、また、特別法上の権利質権との関係でみれば法の原則を示すものとなっていることは否定できない。そうであれば、民法上の権利質権制度が一般的な規律としてどのような存在価値を有するのか、権利質権制度のあり方を探求し、明確なものとする必要がある。そこで、本稿は権利質権の規定の大半を占める債権質権を中心的な検討対象とし、質入債権の「担保価値の維持」という効果面に関連する問題について、日本法の判例及び学説を整理・検討し、この問題について担保物権の効力との関係で一定の方向性を示した。本稿のこの考察には、債権質権制度の内容やその存在価値を明らかにし、債権を例として、民法（担保法）が無体物の特殊性を十分に受け止めた制度となり得ることを提示する意味があると思われる。同時に、この考察は、いまだに活用が十分でないといわれる権利担保制度について<sup>16)</sup>、その一端ではあるが、制度の内容を明確化し、この制度へのアクセスの容易性を高め、経済社会における安定した資金調達のために、債権質権制度が今後活用される可能性を示すことにもつながるのではなかろうか。

さらに、有体物を産出し、その財産としての価値が大きかった第 1 次、第 2 次産業の時代と異なり、現代は有体物以外にも権利をはじめとした価値ある無体物が登場し、財産が多様化している。このような財産の多様化という現状を踏まえ、無体物に関する今後の民法の制度や制度を支える基礎的な理論のあり方を探求し、議論する試みもなされている<sup>17)</sup>。本稿は無体物という

---

16) 池田真朗『債権譲渡の発展と特例法－債権譲渡の研究 第 3 巻－』（弘文堂・2010 年）322 頁がこのことを指摘する。

17) このような議論は 2014 年度の日本私法学会のシンポジウムで取り上げられている。その資料として、「財の多様化と民法学の課題」NBL1030 号（2014 年）10 頁以下が存在し、さらに詳細なものとして、吉田克己＝片山直也『財の多様化と民法学』（商事法務・2014 年）がある。



財産の担保的な利用という側面において生じる問題に対して、基礎的な原理からの解釈によって、どこまで対応することができるかを示すものである。これは、多様な財産のうち債権を例として無体物を目的とした担保についての現状を明らかにし、この担保制度の今後のあるべき姿を示すことで、民法における無体物の取り扱いに関する視点を提供するものである。このような試みは、いずれなされる物権法の改正を見据えた議論（すなわち、前記の財産の多様化と無体物に関する学説上の議論）と同様に、今後、担保法の改正がなされる際に、その基礎を提供することになるといえよう<sup>18)</sup>。

## 第1 判例の比較からみる「担保価値の維持」と担保物権の効力の関係

ここでは、まず「担保価値の維持」という問題を扱うにあたって、判例がこれまでどのような流れにあったかを確認し、その相互関係を検討する。

すなわち、担保価値維持請求権を判示した平成11年判決を筆頭として抵当権に関する判例の流れを確認し、これらの判例と債権質権に関する平成18年判決を比較する。このことで、抵当権に関する判例から平成18年判決が受けた影響、さらに、判例相互の比較から引き出され得る「担保価値の維持」に関する概念的位置づけの方向性や実務上の理解等について述べる。

### I. 担保価値維持請求権の登場とその後の抵当権に関する判例

抵当権に関する最高裁判決と平成18年判決を比較するため、まず、抵当権

---

18) 本稿は原謙一「債権質権の制度的研究－占有と担保価値維持概念を中心として－」[博士（国際経済法学）、横浜国立大学2014年3月、国社博甲第239号]の一部に、横浜実務民事法研究会（2014年9月18日横浜にて開催）における報告原稿を反映したものである。研究会では多くの先生方にご意見を賜った。もっとも、本稿に誤りがあれば、それは筆者の誤解によるものであることをお断りしておく。

の領域における「担保価値の維持」に関するこれまでの判例を概観する。

## 1 平成 11 年判決登場以前の下級審裁判例の状況

以下の 2 で詳細を述べる平成 11 年判決以前には、この判決と同種の判断を行うものとして、東京地判昭和 52 年 10 月 28 日下民 28 巻 9 ～ 12 号 1123 頁（以下、「昭和 52 年判決」とする）が存在した。

この昭和 52 年判決は、X が Y1 所有の建物に根抵当権の設定を受けたが、Y1 が Y2 に同建物を賃貸し、さらに Y2 が Y3 に転貸したところ、X が上記賃貸借と転貸借の解除、そして、Y1 に代位して Y2 及び Y3 に対して建物の明渡しを請求した事案であり、次のような判示を行っていた。

すなわち、「根抵当権設定義務者である被告 Y1 は、その設定権者である原告 X に対し、その約旨に従って抵当物件である本件建物を保存し維持すべき義務を有するから」、被告 Y1 及び被告 Y2 間の賃貸借契約が解除され、被告 Y2・Y3 が「本件建物に対する占有権原を失うことを前提として、被告 Y1 に代位して、被告 Y2 および被告 Y3 に本件建物の明渡しを求める原告 X の請求は理由がある」とされた。

このような判示がなされたものの、平成 11 年判決の登場まで、上記のような請求権を承認するような理解はほとんどみられず、十分に議論されてこなかったといわれている<sup>19)</sup>。したがって、下記の平成 11 年判決が登場した段階で、判例・学説上では担保価値維持請求権という概念が定着していないにもかかわらず、このような考え方が採用され、根抵当権の分野において、かなり新しい概念が承認されたと受け止められていた。

---

19) これを述べるものとして、小笠原浄二ほか「最大判平成 11. 11. 24 と根抵当権制度の将来」金融法務事情 1569 号(2000 年) 41 頁[鎌田薫発言]、角紀代恵「判批」法学教室 234 号(2000 年) 49 ～ 50 頁、生熊長幸「判批」ジュリスト臨時増刊平成 11 年度重要判例解説(2000 年) 73 頁を参照。

そこで、次に担保価値維持請求権という新たな概念を正面から認めた平成11年判決を紹介する。

## 2 平成11年判決の登場

平成11年判決以前の最高裁判決をみると、そこでは抵当権者が抵当不動産の不法占有者に対して、退去を求めることが否定されてきた<sup>20)</sup>。しかし、平成11年判決がこれを認めたのである。この平成11年判決の事実の概要は次のとおりである。

### (1) 事実の概要

Xは、Aに対する債権を担保するために、A所有の土地・建物に根抵当権の設定を受け、その後、2800万円を貸し付けている。Xは、Aから弁済を得られなかったので、根抵当権の実行として競売を申し立てたものの、Yらが競売の申立以前から本件建物を権原なく占有していたため<sup>21)</sup>、買受人が買受申出を躊躇し、競売手続が進行しなかった。そこで、根抵当権者Xは貸金債権を保全するために、Aが建物の所有権に基づいてYらに有する妨害排除請求権を代位行使して、建物をXに明け渡す旨の請求（民法423条所定の債権者代位制度に基づく請求）を行った。

### (2) 判 旨

これに対して、最高裁は次のように判示している。

i) まず、「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

---

20) 最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁を参照。

21) Yらは、Aから建物を賃借したBより賃借していると主張したものの、1審では、AB間の賃貸借契約を認めるべき証拠がなく、YらがBから賃借したと主張しても、Yらの建物の占有権原は認められないと判断されており、控訴審も1審の判断を支持している。

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、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるもの」ではない。

そして、抵当不動産の所有者は「抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」といえるため、上記のような抵当権侵害の状態にある場合には「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」と述べ、この請求権を保全する必要があるときは、民法 423 条の法意に従って、抵当権者は抵当不動産の所有者が不法占有者に対して有する妨害排除請求権を代位行使することができる判断した。

ii) さらに、「第三者が抵当不動産を不法占有すること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」とも述べている。

以上に抵触する限度で、最判平成 3 年 3 月 22 日は変更され、X は A の妨害排除請求権を代位行使して、A のために建物を管理することを目的として、Y らに X へ直接に建物を明け渡す旨の請求が可能であるとされた（奥田昌道裁判官の補足意見については後述する）。

### （3）評 価

この平成 11 年判決は、執行妨害の事案に対して、担保価値維持請求権を被保全権利とした妨害排除請求権の代位行使を認めると同時に（上記判示 i 部分）、傍論ではあるものの、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権を認めた（上記判示 ii 部分）。

この i 及び ii の両請求においては、第三者が抵当不動産を不法占有することにより「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」ことが要件となっており、「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」という判示部分は、不法占有による抵当権侵害の例示に過ぎないと評価されていた<sup>22)</sup>。このように、「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」(＝抵当権に対する侵害)の場合、「抵当権の効力として」担保価値維持請求権が承認されている点に注目したい。すなわち、平成11年判決は優先弁済を確保するために担保物権の効力との関係において「担保価値の維持」という問題を処理しているのである。

そして、平成11年判決では、最判平成3年3月22日が抵当権に基づく物権的請求権の行使も被担保債権を保全するための設定者の所有権の代位行使も否定し、抵当不動産の不法占有者に対して、退去を求める実体法上の手段が否定されていた。このことから、抵当権者が「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(筆者注：抵当権侵害の状態)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」として、実体法上、退去を求める法的手段を与えている。もっとも、この請求権の性質がどのようなものかは明示されていないため、これは残された問題であった<sup>23)</sup>。

この点、平成11年判決における奥田昌道裁判官の補足意見では、抵当権者が「抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権(担保価値維持請求権)を有する」と述べられていたので、学

---

22) 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 682号(2000年)39頁、松井宏興「抵当権者の不動産明渡請求—最大判平11年11月24日と最判平17年3月10日を素材に—」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』(信山社・2012年)74頁が本文のような評価を示している。

23) また、平成11年判決では、直接の明渡しを受ける抵当権者が「管理することを目的として」占有すると判示されているものの、これはどのような意味であるかということも残された問題である。平成11年判決について、その他の残された課題については、内田貴『民法Ⅲ[第3版]債権総論・担保物権』(東京大学出版会・2005年)439～440頁、山野目章夫『物権法[第5版]』(日本評論社・2012年)300頁を参照。

説では、法廷意見の述べる請求権と奥田補足意見の認める請求権を区別して、法廷意見の述べる請求権は「侵害是正請求権」と評価する立場が存在する<sup>24)</sup>。しかし、法廷意見と奥田補足意見の請求権概念はほぼ同趣旨であるとも指摘されており<sup>25)</sup>、法廷意見が述べるこの請求権は平成 11 年判決において「抵当権の効力として」認められていることから、この請求権は物権的請求権という法的性質であるとの評価が示されている<sup>26)</sup>。そして、その請求権の内容は、設定者が抵当権侵害状況を除去しないという不作為を取り除くことを求めるもの（不作為請求権）である<sup>27)</sup>。

なお、平成 11 年判決は、無権原の占有者に対して、所有者の妨害排除請求権の代位という構成を採用した事案であったが、権原を有する占有者に対しては、そもそも所有者が不動産の明渡請求権を有しないため、この場合には所有者の妨害排除請求権を代位行使する余地がなく<sup>28)</sup>、こうした事例への対応策

---

24) こうした評価を述べるものとして、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（下）」NBL683 号（2000 年）38 頁を参照。

25) このような指摘をするものとして、道垣内・前掲注 4）29 頁がある。もっとも、結論としては松岡・前掲注 24）38 頁の理解に従うことが明示されている。その後の学説では、担保物権の優先弁済的効力を確実にするために、設定者が「担保物の価値を維持すべき義務」を負い、これを「担保権者の側からいうならば、担保物の価値維持請求権があることになる」と述べて、担保価値維持義務や請求権という用語を一般的に認める立場も登場するに至っている（山野目・前掲注 23）218 頁が代表的である）。詳細は、原・前掲注 13）132～141 頁を参照。

26) このような理解を示すものとして、前掲注 4）の各文献に加えて、松井・前掲注 22）76 頁等を参照。これらと若干異なり、物権に対する妨害者一般に対して主張し得る物権的請求権とは距離があるものの、「物権的な性質の請求権」ではあるとの評価を述べるものとして、八木一洋「判解」法曹時報第 52 巻第 9 号（2000 年）291～292 頁があり、また、抵当権という物権を根拠として生じる請求権とだけ述べるものとして、奥田昌道『紛争解決と規範創造』（有斐閣・2009 年）33 頁を参照。

27) このような理解を示すものとして、道垣内・前掲注 4）30 頁がある

28) 安永正昭『講義 物権・担保物権法〔第 2 版〕』（有斐閣・2014 年）296 頁注 35 を参照。



も残された問題となっていた。この問題点については、その後の最高裁判決で問題が解決されているため、次に平成 11 年以後の判例の状況を紹介する。

### 3 平成 11 年判決以後の最高裁判例の内容

最判平成 17 年 3 月 10 日民集 59 卷 2 号 356 頁（以下、「平成 17 年判決」とする）は、権原ある占有者の事案につき抵当権に基づく妨害排除請求を認め、平成 11 年判決が残した問題の一部を解決した。事実の概要は以下のようなのである。

#### (1) 事実の概要

建設業者 X 社が、A 社との請負契約に基づき、A 所有の土地上に建物を建築・完成した。ところが、A が請負代金の大半を支払わなかったため、X は建物の引渡しを留保していた。その後、X A 間において、①請負代金の分割払い、②建物及びその敷地に請負残代金担保のために X を第 1 順位とする根抵当権を設定すること、③建物を他に賃貸する場合には X の承諾を得ること等が合意され、X のための抵当権設定登記がなされた。そこで、X は建物を A に引き渡したところ、A が上記分割金を一切支払わず、さらに、X の承諾を得ずに、建物を B 社に賃貸して引渡し、B も X の承諾なく建物を Y 社に転貸して引き渡した。上記転貸賃料は適正金額より大幅に安く、また、Y と B の代表取締役が同一人物であり、A の現在の代表取締役はかつて Y の取締役であった。そして、A が事実上倒産したので、X は本件建物及び敷地に関して競売を申し立てたものの、買受人が現れずに売却できなかった。そこで、X は Y に対して本件建物の明渡しと賃料相当損害金の支払を求めたところ、原審は X の請求を認容したので、Y が上告及び上告受理申し立てを行った。

#### (2) 判 旨

このような事実の下、最高裁は次のように判断した。すなわち、「抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する

目的が認められ、その占有により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ときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである。

さらに、「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるものというべきである」と述べている。そして、本件の事情の下では、賃貸借契約や転貸借契約のいずれもが競売手続を妨害する目的が認められ、Y の占有により本件建物及びその敷地の交換価値の実現が妨げられ、X の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があり、取締役等が重複している関係から見て A 社が抵当権に対する侵害が生じないように建物を適切に維持管理することを期待することはできないとの判断がなされ、X が直接自己へ建物の明渡しを求めることができるとされた（不法行為に基づく賃料相当損害金の支払請求については省略）。

### （3）評 価

平成 17 年判決も平成 11 年判決同様に執行妨害の事案であり、抵当不動産の所有者が「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されて」いると述べられている。そのため、この点で、平成 17 年判決は平成 11 年判決の延長線上にあるといわれていた<sup>29)</sup>。そして、平成 17 年判決が抵当権そのものに基づく妨害排除請求を正面から認めた以上、平成 11 年判決のような代位構成を今後は

---

29) 金融・商事判例 1218 号（2005 年）31 頁の無記名のコメント、丸山絵美子「判批」法学セミナー 607 号（2005 年）120 頁を参照。

あえて採用する必要がないとの評価がなされた<sup>30)</sup>。

もっとも、次に見るように代位構成の必要性を認める得る新たな下級審裁判例が登場しており、上記の評価は「所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使」の場面に限定されるであろう。そこで、次に最新の下級審裁判例を紹介する。

#### 4 最新の下級審裁判例の展開

東京高判平成 23 年 8 月 10 日金融法務事情 1930 号 108 頁（以下、「平成 23 年判決」とする）は若干事案が複雑であるので、事実の概要と判旨を詳しく紹介する。

##### (1) 事実の概要

まず、水産に関する財団法人 Y は、昭和 34 年 3 月 31 日、訴外甲社との間において、期間を平成 31 年 3 月 30 日までと定めて、Y が東京都知事による公有水面埋立免許に基づいて造成した漁業基地（以下、「本件土地」とする）の賃貸借契約を締結し、本件土地を甲に引き渡した（当該賃貸借に係る借地権につき、以下では「本件借地権」という）。その後、甲は Y の承諾を得て本件借地権を訴外乙社に譲渡し、乙は本件土地上に建物（以下、「本件建物」とする）を建設し、登記を済ませている。乙は、丙社に対して本件建物及び本件借地権を譲渡し、Y がこれを承諾している。そして、丙・Y 間では本件借地権の内容につき合意がなされた（以下、「本件賃貸借契約」とする）。本件賃貸借契約 9 条には次の各号のいずれか一つに該当すれば、催告なくして本件賃貸借契約の解除を認める旨が定められていた。すなわち、9 条は、「丙が使用料の支払を怠ったとき(2 号)、

---

30) 妨害排除請求権の代位構成は「本来物権的請求権として処理されるべきものを債権者代位権制度に乗せるべく、無理な技巧を重ねているように思われる」と評価されており（松岡・前掲注 24）38 頁）、本文記載の通り、平成 17 年判決が抵当権自体に基づいて物権的請求権を認める以上、代位構成の必要性が乏しいことが指摘されてきた（中田裕康『債権総論 第三版』[有斐閣・2013 年] 227 頁を参照）。こうした評価からみると、平成 11 年判決の代位構成は過渡的な法律構成に過ぎないと理解することになろう（松岡・前掲注 24）40 頁及び内田・前掲注 23）439 頁）。

丙が第三者強制執行及び保全処分を受け、もしくは支払を停止し、その他信用を失ったとき（4号）、丙が本件賃貸借契約に違反し、Yにおいて本件賃貸借契約を存続しがたいと認めたとき（6号）」を無催告解除の事由として規定していた。

平成 18 年 3 月 29 日、X 信用組合は丙との間で信用組合取引にかかる基本契約を締結し、同取引の約定に基づいて、丙に 1 億 5000 万円を貸し付けた（利息年 3.5 パーセント、平成 18 年 10 月以降毎月末日に元利金 148 万 3288 円を分割弁済するとの約定）。そして、丙に対する上記貸付債権等を担保するために、X は訴外丁銀行が本件建物につき設定をうけていた根抵当権の譲渡を受け、その登記を行った。本件建物に根抵当権や抵当権を設定することを Y は承諾しており、この承諾の際、将来、根抵当権が実行されて建物所有権が第三者に移転しても、当該第三者が水産関係業者であり、主たる業務内容が漁業基地の利用目的に沿うならば、本件土地の使用を承諾することになっていた。

丙は、平成 19 年 6 月 30 日に支払うべき分割金の弁済を怠ったため、X が書面にて催告を行い、また、上記信用取引約定に基づき、平成 19 年 11 月 16 日の経過をもって、丙は期限の利益を喪失した。期限の利益喪失時点における丙の残元金は 1 億 4162 万 9537 円であり、これと同額の元金及び本件根抵当権の極度額に満つるまでの利息、遅延損害金を請求債権として、X は根抵当権に基づき、本件建物の競売を申し立てた。さらに、X は代払許可決定（民事執行法 188 条、56 条）を得て、平成 20 年 11 月 28 日には Y に対して賃料を提供するも、Y が受領を拒絶した。そのため、X は支払うべき賃料その他合計 95 万 8906 円を供託し、以後も継続して遅滞なく賃料を供託し続けた。ところが、丙は平成 20 年 9 月 30 日に株主総会において解散決議がなされており、平成 21 年 5 月 21 日には特別清算開始決定がなされたため、Y は、平成 21 年 5 月 28 日に、本件賃貸借契約 9 条 2、4、6 の各号に該当するとして、丙に対して解除の意思表示を行った。

X が申し立てた競売手続では、第 1 回の入札において、1 億 1112 万円の最高価買受けの申出がされ、執行裁判所が売却許可決定をしたものの、その後、上記のように Y による本件賃貸借契約解除の意思表示がなされたので、売却

許可決定は取り消された。そして、第2回入札においては、Yから賃貸借契約解除の意思表示がされていることを考慮して、売却基準価格が第1回入札の価格である8216万円から6685万円に減価された。なお、丙はYによる本件賃貸借契約の解除について異議なく認めている。

そこで、Xは、丙及びYを被告として、本件土地につき、丙が本件賃貸借契約に係る賃借権を有することの確認を求めた。これに対して、Yは、i) 丙が本件土地の賃料を滞納し、その後も本件賃貸借契約解除までの賃料を支払っていないため、本件賃貸借契約9条2号に該当すること、また、ii) 本件土地の利用者は水産漁業関係者であって、かつ、公有水面埋立許可に基づき造成された漁業基地の利用目的に沿うものでなければならぬところ、丙は清算され、新たに営業を行うこともできないため、漁業基地の利用目的に沿う業務もできないとして、本件賃貸借契約9条6号に該当する等と主張している。

これに対して、Xは、上記i) に対しては、未払賃料は、Xが代払許可決定を受けて供託しており、その後も供託は継続しているし、本件建物の競売終了後には、建物の買受人が適法に弁済を開始することが予測されると反論し、また、上記ii) に対しては、特別清算が開始されても債務不履行解除の事由になるものではないし、根抵当権の実行により買受人が登場するとしても、Yは借地権の承諾（民法612条1項）の際に、買受人が使用目的に沿った使用を行うか判断することができるため、Yの利益が害されることもない等の反論を行っている。

原審（東京地判平成22年12月28日金融法務事情1930号112頁）は、本件賃貸借契約の解除の有効性を中心に判断して、Xの請求を認容したので、Yが控訴した。また、Xも附帯控訴して、原審における確認請求（以下、「当初確認請求」とする）につき交換的変更の申立てを行った。すなわち、本件土地について丙が借地権を有することの確認を債権者代位権に基づいて求める請求（以下、「当審確認請求」とする）に変更する申立てを行った。しかし、Yがこの変更に同意しなかったため、控訴審では当初確認請求及び当審確認請求のいずれもが審理の対象となった。

## （2）判 旨

平成 23 年判決は、以下のように述べて、原判決を取り消して、当初確認請求を不適法却下し、当審確認請求を認容した。

平成 23 年判決は当初確認請求については確認の利益がないとした上で、当審確認請求について、次のように判示している（なお、確認の利益に関する判示は省略<sup>31)</sup>）。すなわち、「X は、本件根抵当権に基づき、本件建物について競売の申立てをしているところ、賃借人である丙が本件借地権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより、本件建物の売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがある、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられているのであるから、X は、抵当不動産の所有者である丙に対して有するこの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保全するため、丙に代位して、本件借地権の確認を求める請求を行使することができると解すべきである」と述べ、X の賃借権確認請求権の代位行使を認め、以下のように本案の判断を行った。

すなわち、原審が認めたように、本件賃貸借契約 9 条 2 号の解除事由は存在せず、9 条 4 号については解除事由が存在しても、背信行為がなく解除が認められないとの事情があると判断された。また、本件土地の賃貸借が東京都知事の埋立許可に関連して、漁業基地の目的で本件土地を利用することが前提となつているところ、丙は特別清算が開始すれば取引能力を失って新たな営業ができないため、上記利用目的に沿った業務遂行はできない。この点から、Y が本件賃貸借契約の 9 条 6 号の事由が存在するとの主張を行っているものの、丙について特別清算が開始されても、丙の現況に変更はなく、上記のような目的と異なる他の目的で利用するわけでもないので、土地の利用に関する違反はないと

---

31) 平成 23 年判決は確認の利益に関する問題点も判示されているが、その詳細については、原謙一「担保価値維持請求権保全のための敷地賃借権確認請求の代位訴訟」横浜国際社会科学研究所第 18 巻第 3 号（2013 年）111 頁以下を参照。



された。

以上から、当審確認請求は理由があると判断され、認容された。

### (3) 評 価

では、前記の抵当権に関する最高裁判決との関係で、平成 23 年判決をどのように位置付けるべきであろうか。

i) 先例との異同 先にみたように平成 11 年判決は無権原者の占有によって、①抵当不動産の交換価値の実現の妨害、そして、②抵当権者の優先弁済請求権の行使の困難という状態が発生すれば抵当権の侵害であると評価している。この抵当権侵害が要件となって、③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等して、①及び②のような侵害状態を「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」（担保価値維持請求権）が発生すると述べられている。

この点について平成 23 年判決をみると、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」という点（上記①に共通）、そして、この妨害状態を「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保全するために」代位を認める点（上記③に共通）は平成 11 年判決と同様の判断を示している。しかし、平成 23 年判決は優先弁済請求権の行使が困難であるという点には明示的に触れていないし、抵当権侵害という表現もみられない（上記②との差異）。したがって、平成 11 年判決と平成 23 年判決は判示内容に違いがみられる。

この点をさらに検討すると、まず平成 23 年判決は判示部分冒頭で、抵当権者が担保不動産から優先弁済を受けることを認めている。その上で、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」と判示した。不動産の交換価値の実現が妨害されると、優先弁済権の行使が困難となる可能性が極めて高い。実際、平成 23 年判決でも実質的に担保目的物の交換価値からの優先弁済が困難となっていると評価することも可能であり、平成 23 年判決は平成 11 年判決が示したのと同種の状態（「①交換価値実現妨害及び②優先弁済請求権の行使困難」という状態）にあるといえる。

また、平成 11 年判決では、上記①及び②の状態を「抵当権に対する侵害と評価することを妨げない」と述べるのみであって、抵当権侵害の一般的な意味・内容が説示されているわけではない。そうであれば、平成 23 年判決のように不法占有以外の行為によって、担保目的である建物の価値を下落させ、その交換価値の実現を妨げる場合も抵当権侵害から除外されるわけではない<sup>32)</sup>。

これらの観点からすれば、平成 23 年判決が上記②部分について差異を生じていたとしても、平成 11 年判決と抵触するものではなく、その理論構成は平成 11 年判決と完全な連続性を保っているとの評価もあり得るかもしれない<sup>33)</sup>。

とはいえ、平成 23 年判決は占有以外の方法で抵当目的物の交換価値が害された事案であり、その意味では占有による抵当権侵害を前提とする平成 11 年判決や平成 17 年判決と侵害の態様が異なる。

また、平成 11 年判決では、抵当不動産の競売が開始された後、買受人が買受申出を躊躇したので、入札がなく競売手続が進行していないことまで認定されている。同様に、平成 17 年判決も「競売手続による売却が進まない」ことまで認定していた。これらの認定を前提として、両最高裁判決は交換価値の実現妨害（上記①）に加えて、「抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となる

---

32) 学説上も、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」と述べるものがあり（我妻・前掲注 2）『新訂担保物権法』383 頁）、競売手続上、抵当目的物の価格が減少するおそれがあり、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」と判示した平成 23 年判決は、抵当目的物が被担保債権を担保する力を不足させるものであって、この点からも抵当権が侵害されている事例とみるのが全く否定されるものではないように思われる。

33) 類似の方向性として、松井宏興「判批」私法判例リマックス 45 号（2012 年）13 頁がある。ここでは、抵当権の優先弁済的効力が①優先弁済権と②換価権という両機能を含むものであることを前提とすると、平成 23 年判決のように、競売の場面で「売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがある、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて」いる場合には、換価権（前記②）の行使の妨害が認められ、抵当権の優先弁済的効力の機能が害されていると評価されている。こうした理解から、平成 23 年判決は抵当権侵害との文言は用いていないものの、平成 11 年判決と同様に交換価値の実現妨害を抵当権侵害とする事案であるとされ、平成 11 年判決の説示と連続的に評価する視点がみとれる。

ような状態があるとき」(上記②)をも抵当権侵害の内容としているのである。これに対して、平成23年判決は、競売開始後に第1回入札における売却許可決定が取り消され、その後の第2回入札では売却基準価額が減価されたという認定しかされていない。すなわち、競売の帰趨が明確に認定されていない点でも、平成11年判決や平成17年判決と明確に異なっている。

したがって、平成23年判決が上記①までしか述べず、上記②に言及していないという判決の前提となった認定事実の違いは上記の最高裁判例と比較して特徴的な差異であると思われる。このことから、平成23年判決を平成11年判決と完全に連続するものとみて、平成11年及び17年判決の述べる抵当権侵害と全く同一の事例と評価するには若干の距離があるように思われる。

それでもなお、平成23年判決と最高裁判決の共通点をあえて見つけるとすれば、それは平成11年判決も平成23年判決も代位訴訟の必要性に迫られていたということであろう。

すなわち、平成11年判決では、先にみたように最判平成3年3月22日が抵当権に基づく物権的請求権の行使も、被担保債権を保全するために設定者の所有権を代位行使することも否定していた状況において、実体法上の救済の必要に迫られた<sup>34)</sup>。そこで、平成11年判決は、それまで議論が乏しく、必ずしも概念が定着していたとはいえない新しい請求権(担保価値維持請求権)を承認せざるを得なかった。このように、担保価値維持請求権という概念を用いる以外に実体法上の救済手段が乏しかったのである。平成23年判決でも同様に、借地権の存在を脅かす設定者の異議なき同意に対して、抵当権者は設定者の借地権の確認請求権を代位行使する以外に、実体法上の対処手段をもたなかった。したがって、平成23年判決は平成11年判決と同様に代位訴訟を認める必要性があった点では共通性をもつといえる。

そして、平成23年判決のように要件を満たさない解除が貸貸人から主張さ

---

34) 内田・前掲注23) 436～437頁、奥田・前掲注26) 28頁等がこの点を指摘する。

れ、それに対して、賃借人の同意がなされれば、抵当目的物である建物の存立の基礎となっている借地権が存在しないか、あるいは、不明確になり、抵当目的物の価値が損なわれる危険性があった。現に、解除が主張されたことで、平成 23 年判決では競売手続において売却基準価額が減価している。そうであれば、抵当権が交換価値を把握する権利であるにもかかわらず、交換価値の実現が妨げられており、抵当不動産が適切に維持・管理されているとはいえない。したがって、交換価値の妨害（上記①）という点でも、平成 11 年判決と同様の状況にあり、「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」を認めたとしても（上記③）、不当とまではいえない事案であった。

以上の点から、平成 23 年判決は代位訴訟の必要性や代位訴訟を認めて事案の解決を図る妥当性という点で、平成 11 年判決と同種の問題状況にあり、平成 11 年判決の規範が一部借用されたとみるべきであろう。

ii) 代位構成の新たな可能性と「担保価値の維持」という意識の浸透      このように借用という形ではあるものの、担保価値維持請求権を被保全権利とする代位行使が機能する事例が認められたことは、以下の意義があるだろう。

まず、これまで平成 17 年判決が抵当権に基づく妨害排除請求を認めた以上、あえて平成 11 年判決のような代位構成によって妨害排除請求権を行使するということは必要ない（代位構成の役割は終了した）という評価がなされてきた。しかし、平成 23 年判決は妨害排除請求権の代位行使以外についても、代位構成を認める新たな必要性を認識させるものであり、この点に判決の意義が認められるのである<sup>35)</sup>。つまり、平成 23 年判決では、平成 17 年判決が抵当権そのものに基づく妨害排除請求権を認めたとしても、担保価値維持請求権概念は消え去るものではなく、今後も「担保価値の維持」という場面において、実益を有することが示されたのである。

---

35) 平成 23 年判決に対する無記名のコメント金融法務事情 1930 号（2011 年）109～110 頁、片山直也「判批」金融法務事情 1953 号（2012 年）25 頁、松井・前掲注 33）12 頁等を参照。

また、担保価値維持請求権という法技術は、既に指摘したように、平成 11 年半判決によって、担保権者として実体法上とるべき明文の法的手段が他に存在しない場面で認められたものであった。平成 23 年判決では、抵当権者が設定者の借地権の確認請求権を代位行使する以外の他の実体法上の手段をもたなかったことは前記の通りであり、まさに、平成 11 年判決と同様の状況にあった。したがって、平成 23 年判決の登場によって、「担保価値の維持」という問題が生じるのは上記のような限定的な場面であるということがより明確になったといえよう。

さらに、平成 23 年判決は平成 11 年判決の代位訴訟のための判断枠組みを借用しており、これまでの最高裁判例が承認してきた法理を踏襲している部分が多い。この点から、下級審において、「担保目的財産の価値が維持されるべきである」という考え方が民法上の原理として存在感を増し、実務に徐々に浸透しつつあるという傾向がみてとれるのではないか。

## 5 若干の検討

以上の抵当権に関する判例の状況を簡単にまとめると、以下の通りである。

昭和後期には、抵当権の事案において「担保価値の維持」を扱った判決が登場しているものの、最高裁としては平成 11 年判決がはじめて担保価値維持請求権を承認し、同請求権を被保全権利とする妨害排除請求権の代位行使を行う道をひらいた。これは、それまでの最高裁判決の状況から、不法占有者による執行妨害を排除する実体法的な手段が明確に存在しないことに起因しており、代位訴訟の前提としてやむなく認められた請求権であり、学説では物権的請求権との性質決定がなされていた。

その後、平成 17 年判決は抵当権そのものから妨害排除請求権を認めることを判示し、平成 11 年判決の代位構成は不要とも思われたが、賃借権確認請求権を代位行使することを認めた平成 23 年判決の登場により、今後も、代位訴訟の必要性が存在し、同訴訟の前提として、担保価値維持請求権が意義を有す

ることが示された。

このように、平成 11 年判決の登場以来、判例では「担保価値の維持」という問題が定着し、それを実現する主要な実体法上の手段として担保価値維持請求権が想定されているといえる。この請求権は平成 11 年判決が述べるように、担保物権の効力との関係において承認されている点に注目すべきである。そして、抵当権の効力としては優先弁済的効力のみが認められ、さらに、平成 11 年判決、17 年判決、23 年判決のいずれもが執行の段階にあり、執行制度を利用し、抵当権者が把握した抵当目的物の交換価値について優先的に弁済を受けることが現実に必要な場面で「担保価値の維持」が問題となっていることをあわせ考えれば、平成 11 年判決が述べる担保物権の効力とは優先弁済的効力であることが想定されるのである。

そこで、次に債権質権の事案で担保価値維持義務を承認した判決を紹介し、抵当権に関する上記各判決との関係を比較し、「担保価値の維持」という問題と優先弁済的効力との関連性を確認する。

## II. 抵当権に関する判例と債権質権に関する判例の関係

以下では平成 18 年 12 月 21 日付で下された二つの判決、すなわち、①最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 巻 10 号 3964 頁（平成 17 年（受）第 276 号損害賠償請求事件）及び②最判平成 18 年 12 月 21 日金融・商事判例 1258 号 33 頁（平成 17 年（オ）第 184 号、平成 17 年（受）第 210 号不当利得返還請求事件）を合わせて紹介する（以下では、①だけでなく②も含めて「平成 18 年判決」とする）。

### 1 平成 18 年判決について

#### （1）事実の概要

A 社は、B 社から、平成 10 年 2 月 13 日に B 所有の建物の事務所、居室、駐車場、倉庫の各部分を賃借し、その引渡しを受けた（以下、「本件賃貸借」と

する)。そして、A社は、B社に対して、敷金6050万8750円を差し入れている。A社は、平成10年4月30日、C銀行、D銀行、E銀行、F銀行、G銀行（以下、「5銀行」とする）に対する債務の担保として、本件賃貸借に関してB社に対して有する敷金返還請求権のうち6,000万円に質権を設定し（質権が実行された場合の配分割合は、5銀行間の合意により、C銀行は262分の87、D銀行は262分の30）、同日、B社が確定日付ある証書により質権の設定を承諾している。

ところが、A社が、平成11年1月25日に破産宣告を受け、Yが破産管財人に選任された。Yは、平成11年3月から10月にかけて、基本的には破産裁判所の許可の下で、本件賃貸借に関して生じたB社のA社に対する各債権に、敷金6050万8750円のうち6043万4590円を充当する旨合意した上で（以下、「本件充当合意」とする）、本件賃貸借契約を順次合意解除したものの、各合意解除の時点で、破産財団には約2億～6億円の銀行預金が存在していた。なお、このように敷金が充当された各債権のうち、4502万545円は破産宣告後に発生したものであることが明らかであり、旧破産法47条7号または8号<sup>36)</sup>の財団債権である（以下、「破産宣告後の債権」とする）。

C銀行は、平成11年9月20日、外国法人Hに対して、A社に対する債権（元本75億9884万303円）と同債権に付随する一切の担保等を譲渡し、確定日付のある書面にて債権譲渡の通知を行った。債権の譲受人Hは、債権管理回収業法に基づき、X1に対して、上記債権の回収を委託した。X1は、本件充当合

---

36) 旧破産法第47条 左ニ掲クル請求権ハ之ヲ財団債権トス（1～6号省略）

七 第五十九条第一項ノ規定ニ依リ破産管財人カ債務ノ履行ヲ為ス場合ニ於テ相手方カ有スル請求

ハ 破産宣告ニ因リテ双務契約ニ関シ解約ノ申入アリタル場合ニ於テ其ノ終了ニ至ル迄ノ間ニ生シタル請求権（9号省略）

旧破産法第59条 双務契約ニ付破産者及其ノ相手方カ破産宣告ノ当時未タ共ニ其ノ履行ヲ完了セサルトキハ破産管財人ハ其ノ選択ニ従ヒ契約ノ解除ヲ為シ又ハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得（2項省略）



意が破産管財人の善管注意義務に違反するものであり、これによって C 銀行の有する債権が無価値となり、優先弁済権が侵害されたとして、Y に対して選択的に、旧破産法 164 条 2 項<sup>37)</sup>に基づく損害賠償または不当利得の返還請求（破産宣告後の賃料等から債権譲渡前の充当分を控除した額の 262 分の 87 に当たる 1,389 万 4,752 円及び遅延損害金の支払い請求）を行った（①事件）。

また、平成 10 年 9 月 24 日、D 銀行が A 社に対する債権（元本合計 22 億 9063 万 5133 円）及び同債権に付随する一切の担保等を X2 社に譲渡し、確定日付ある書面によって債権譲渡の通知を行っていた。そこで、X2 社は、上記の充当合意により、破産財団が破産宣告後の債権の支払いを免れ、質権者の質権が無価値となり、その優先弁済権が害されたとして、Y に対して、不当利得返還請求を行うとともに、選択的に、破産管財人の善管注意義務違反に基づく損害賠償請求訴訟（旧破産法 164 条 2 項等）を提起した（②事件）。

まず、①事件の第 1 審は X の請求を一部認容したので Y が控訴し、X1 が附帯控訴した。原審は 1 審判決中の控訴人 Y の敗訴部分を取消し、X1 の請求及び附帯控訴を棄却した。そこで、X1 は、ア）破産管財人が破産会社の敷金返還請求権を維持・保存する義務を承継すること、イ）破産財団が財団債権である賃料を弁済する資力があるのに、その支払義務がないとする原審の判断は誤りであること、ウ）総債権者の利益を確保するために、本来優先されるべき別除権者がその権利を失っても構わないとの結論にいたる原審の判断は、別除権に対する不当な制約となっていること等を理由に、上告受理申立てを行った。

また、②事件では、第 1 審が原告 X2 社の請求を全部認容したので Y が控訴し、また、X2 社が不法行為に基づく請求を選択的に追加したところ、原審は X2 社の請求を一部認容し、その余の請求は棄却された。そこで、Y は、ア）

---

37) 旧破産法第 164 条 破産管財人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其ノ職務ヲ行フコトヲ要ス  
2 破産管財人カ前項ノ注意ヲ怠リタルトキハ其ノ破産管財人ハ利害関係人ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ス

破産管財人が破産会社の負っている敷金返還請求権を維持・保存する義務をそのまま承継するのではなく、破産会社が負う義務よりもその範囲が縮小していること、イ）本件の質権は敷金返還請求権という条件付債権を目的としており、優先弁済を受けることができるかどうかが確定的でないところ、この危険は質権者が負うべきであるのに、その危険を解消すべく、破産債権者を犠牲にして賃料の支払いを継続することは債権者平等原則に反するため、原判決に判断の誤りがあることを理由として上告受理申立てを行った。

そこで、最高裁第一小法廷が①及び②事件の双方につき、同一日付で判決を下した。以下では、まず①及び②事件に共通する判旨部分を紹介した上で、両事件で相違する具体的な適用部分について、要約して紹介する。なお、以下の判決文に付したタイトル・番号等は筆者が付したものである。

## (2) 判 旨

最高裁は①事件について、原判決の一部を破棄して、Xの不当利得返還請求を認容し、その余のXの上告を棄却し、また、②事件については、原判決の一部を破棄して、Zの不当利得返還請求を認容し、その余のZの請求を棄却している。

### i) 担保価値維持義務の内容、判断基準、管財人への承継

まず、最高裁は担保価値維持義務の内容として、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと解すべきである。」と一般論を述べている。

続けて、敷金返還請求権という条件付債権に関する具体的な担保価値維持義務違反の判断基準を述べている。すなわち、「建物賃貸借における敷金返還請求権は、賃貸借終了後、建物の明渡しがされた時において、敷金からそれまでに生じた賃料債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得する一

切の債権を控除し、なお残額があることを条件として、その残額につき発生する条件付債権であるが（最高裁昭和 46 年（オ）第 357 号同 48 年 2 月 2 日第二小法廷判決・民集 27 巻 1 号 80 頁参照）、このような条件付債権としての敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、質権設定者である賃借人が、正当な理由に基づくことなく賃貸人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反するものというべきである。」と述べているのである。

さらに、この義務が質権設定者から破産管財人に承継されることが指摘されている。すなわち、「質権設定者が破産した場合において、質権は、別除権として取り扱われ（旧破産法 92 条）、破産手続によってその効力に影響を受けないものとされており（同法 95 条）、他に質権設定者と質権者との間の法律関係が破産管財人に承継されないと解すべき法律上の根拠もないから、破産管財人は、質権設定者が質権者に対して負う上記義務を承継すると解される。」と述べられている。

## ii) 事案への具体的な適用

以上の判示は①及び②の両事件で共通しており、この判示を前提に、各事件の具体的な判断が示されている。

まず、①事件では、Y が「H に対し、本件各賃貸借に関し、正当な理由に基づくことなく未払債務を生じさせて本件敷金返還請求権の発生を阻害してはならない義務を負っていたと解すべきである」と認定し、原状回復費用については敷金の充当を認めたものの、原状回復費用を除く賃料及び共益費（以下、「本件賃料等」とする）については、担保価値維持義務違反を認めている。すなわち、Y は破産財団に本件賃料等を支払うのに十分な銀行預金が存在しており、現実これを支払うことに支障がなかったにもかかわらず、これを現実に支払わないで、「B との間で本件敷金をもって充当する旨の合意をし、本件敷金返還請求権の発生を阻害したのであって、このような行為（以下「本件行為」という。）は、特段の事情がない限り、正当な理由に基づくものとは

いけない」し、「破産宣告の日以後の賃料等の債権は旧破産法 47 条 7 号又は 8 号により財団債権となり、破産債権に優先して弁済すべきものであるから（旧破産法 49 条、50 条）<sup>38)</sup>、これを現実に支払わずに敷金をもって充当することについて破産債権者が保護に値する期待を有するとはいえず、本件行為に正当な理由があるとはいえない。そして、本件において他に上記特段の事情の存在をうかがうことはできない」と述べ、結論として担保価値維持義務違反を認めているのである（なお、破産管財人の善管注意義務違反の有無に関する判断もなされているが省略した）。

こうして①事件では、「破産財団は、本件充当合意により本件宣告後賃料等の支出を免れ、その結果、同額の本件敷金返還請求権が消滅し、質権者が優先弁済を受けることができなくなったのであるから、破産財団は、質権者の損失において本件宣告後賃料等に相当する金額を利得したというべきである」と述べ、X の不当利得返還請求を一部認容している（なお、才口千晴裁判官の補足意見があるが省略した）。

これに対して、②事件でも、「Y は、X2 に対し、本件各賃貸借に関し、正当な理由に基づくことなく未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害してはならない義務を負っていた」と認定された。そして、①事件の具体的な判断と同様、Y は破産財団に十分な預金がありながら賃料の支払いを怠り、敷金返還請求権の発生を阻害しており、これは特段の事情がない限り、正当な理由に基づくものとはいえず、また、このような敷金による充当について破産債権者が保護に値する期待を有するとはいえないので、充当に正当な理由があるとはいえないと判断された。その上で、この充当には特段の事情も存在しないので、Y の充当により、敷金返還請求権の発生が阻害され、破産財団が法律上の原因なく本件賃料等の支出を免れ、その結果、同額の本件敷金返還請求権が消

---

38) 旧破産法第 49 条 財団債権ハ破産手続ニ依ラスシテ隨時之ヲ弁済ス

旧破産法第 50 条 財団債権ハ破産財団ヨリ先ツ之ヲ弁済ス

滅し、「質権者が優先弁済を受けることができなくなったのであるから、破産財団は、質権者の損失において上記金額を利得したといえることができる」と判断され、Y の不当利得返還請求が認められた。

## 2 抵当権に関する判決からの影響と判例相互の関係

### （1）平成 18 年判決への影響関係

既に I でみたように、抵当権に関する最高裁判決は「担保価値の維持」という問題を扱ってきた。この判決が債権質権に関する平成 18 年判決にどのような影響を及ぼしたのか、簡単に確認しておく。

まず、そもそも、昭和 52 年判決が、抵当権の事案において、抵当目的物を「保存し維持すべき義務」を判令していた。そして、その後、平成 11 年判決では、「抵当権の効力として」担保価値維持請求権が認められ、その性質は物権的請求権であるといわれてきたことは既に述べた。学説でも、平成 11 年判決の登場まで、上記のような請求権を十分に議論し、承認するような理解は多くなかったにもかかわらず、執行妨害に対する実体法上の法的手段が欠けていることから、このような新しい概念が承認されたのであった。したがって、平成 18 年判決が「債権の担保価値を維持すべき義務」との用語を用いたことは、最高裁判決としてははじめてのことであるものの、これは抵当権に関する各判決からの影響は絶無ではないだろう<sup>39)</sup>。

もっとも、第 2 の I で詳細を述べるように、平成 11 年判決の登場以前から、

---

39) 現に、平成 18 年判決の調査官解説では次のような理解が示されていた。すなわち、平成 11 年判決の調査官解説において抵当権者が一定の請求権を有するならば、その反面として抵当不動産の所有者（つまり設定者）はこれに対応した義務を負うことが示されたことから（八木・前掲注 26）293 頁）、「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」を承認する平成 11 年判決が同請求権に対応する担保価値維持義務を実質的に認めているとの評価が示されており（谷口・前掲注 11）325 頁注 9 を参照）、このことから平成 11 年判決が平成 18 年判決に与えた影響が見受けられる。

債権質権の領域においては、学説によって設定者が質入債権を保存する義務が存在することが承認されてきた。すなわち、その例の一端をここで示せば、以下のような学説が存在した。たとえば、債権を質入れすることは「債権の有する交換価値が第三者（丙）の支配に帰属し、その債務者（乙）はこの把握された交換価値を破壊しないように拘束を受ける」との理解が示され<sup>40)</sup>、その後、「設定者は、質権者のために目的債権を健全に維持する義務を負う」との理解が示されてきたのである<sup>41)</sup>。これらの学説が、平成18年判決の際に参考とされた可能性をうかがわせる事情もあるため<sup>42)</sup>、「債権の担保価値を維持すべき義務」との判示は平成11年判決だけでなく、学説上の議論の影響も無視できないように思われる。

## (2)「担保価値の維持」を語る前提

このように、抵当権に関する最高裁判決は平成18年判決と判示の用語形式を見る限り、一定の影響関係が存在した。そして、両者は担保目的財産の価値を維持するという理解を示しており、内容面でも共通性を感じさせる。そこで、これらの判決から実際に引き出され得る共通点が存在するか確認する。

i) 実体法上の手段の不存在　まず、抵当権に関する「担保価値の維持」という問題が初めて登場した平成11年判決についてみると、平成11年判決の登場以前は、上記の通り、平成3年判決の存在によって実体法上では抵当権者が競売前に占有を排除する方法が失われていたため、実体法上の原則の確立が求められている状況であった<sup>43)</sup>。それゆえ、平成11年判決では担保価値維持請求権という概念が考え出され、この担保価値維持請求権を被保全権利とする妨害排除請求権の代位行使が認められた。

---

40) 我妻・前掲注2)『新訂担保物権法』184頁を参照。

41) 道垣内弘人『担保物権法〔初版〕』（三省堂・1990年）88頁を参照。

42) 谷口・前掲注11) 325頁注8を参照。

43) 前掲・注34) 各文献を参照。



これに対して、平成18年判決をみると、敷金返還請求権に質権を設定した者（賃借人）が破産したことで、法的には破産者の地位を承継する立場にたつ破産管財人が登場した。そして、この破産管財人が支払にあてる現金を破産財団中に有しながら、賃料をあえて滞納し、未払い賃料に敷金を充当する旨を賃貸人と合意して、敷金返還請求権（質入債権）を消滅させている。こうした破産管財人の行為について、事後に責任追及する手段として損害賠償請求や不当利得返還請求などが考えられる。実際に、平成18年判決における原告（質権者から債権回収を委託された業者）は、上記のような破産管財人の充当合意によって優先弁済権を侵害され損害を被ったとして、破産管財人に対して、善管注意義務違反に基づく損害賠償請求（旧破産法164条2項）と不当利得返還請求（民法703条）を行っている。いずれの請求においても、破産管財人の上記充当合意が有効かつ適法なものであれば、この請求を維持することは困難となる。しかし、破産法上は上記のような破産管財人による質入債権の消滅行為の効力を法的に否定する手段は用意されていなかった<sup>44)</sup>。

そこで、平成18年判決は善管注意義務違反に基づく損害賠償請求は否定したものの、以下の方法で不当利得返還請求を認めている。すなわち、破産管財人が賃料等へ敷金を充当するという実質的な弁済によって「賃料等の支出を

---

44) 条件付債権を目的とする質権は「破産手続上の取扱いについて法的な整備もなされていない」といわれている（才口千晴裁判官の補足意見を参照）。なお、管財人の充当合意の効力を一般条項によって否定することも理論的には考えられ、その際には、充当合意の法的効力を否定する実体法上の手段が存在することになる。しかし、一般条項への逃避は非常に危険であり、最終手段的な側面がある。質入債権の消滅や変更等の行為に関してどのように対応するかは、第2のIで述べるように、債権質権の拘束力によって対処するという学説上の議論が積み重なっていたし、担保目的財産の価値を維持すべきという視点を示す抵当権に関する判決も登場していたのであるから、こうした議論を破産の場面における管財人の充当合意に適用できるか否かを考慮せず、一般条項を適用することは危険であり、一般条項を適用する可能性があるとするれば、上記の学説や判例の理論構成を適用できるか否かを検討し、それが不可能であった場合に限られるであろう。



免れ」、これが担保価値維持義務に反するものであるため、その効力が失われ、破産管財人の上記充当合意（利得）は質権者の財貨を権限なく自らの弁済に供した（法律上の原因がない）と理解されている<sup>45)</sup>。担保価値維持義務は同義務に違反する行為の効力を否定する規範として、不当利得の要件の中で作用しているのであった<sup>46)</sup>。このように、平成 18 年判決では、破産管財人の充当合意の法的効力を否定する実体法上の手段が明文で存在していなかったことから、担保価値維持義務が不当利得返還請求の要件である「法律上の原因」の中で、充当合意を否定する行為規範として用いられているのであった。

以上のように、抵当権に関する判例と平成 18 年判決の両者を比較すると、ある共通点が浮かび上がる。それは、いずれの事案においても担保に供された目的財産がなんらかの方法によってその価値を害される状況に陥っており（土地の占有による競売妨害等や充当合意による質入債権の消滅）、担保権者として実体法上とるべき明文の法的手段が存在しない（占有排除の方法や質入債権消滅を否定する方法がない）という場面におかれているという共通点である。

そもそも、債権や不動産が約定によって担保物権を設定されたとしても、担保権者は当該債権の債権者でも当該不動産の所有者でもない。したがって、債権質権の場合でいえば、設定者が質入債権における債権者のままであり、債権についての処分権限を有している。また、抵当権の場合であれば、抵当不動産の所有者はやはり設定者であり、抵当権者がその不動産の使用・収益に関与することは基本的にはなく、設定者あるいは設定者からの賃借人等の占有に介入することは本来不可能であるということが原則であった。

したがって、質入債権の処分や抵当不動産の占有によって、これらの担保目的財産の価値が害されたとしても、これらの財産の処分を法的に否定する、あ

---

45) 谷口安史「時の判例」ジュリスト 1377 号（2009 年）143 頁が本文のような理解を述べている。

46) これは、谷口・前掲注 11) の 308 頁及び 310 頁が指摘している。

るいは、その占有関係の排除に介入するのは例外的な場面であって、上記の判例の共通点が示すように「担保権者として実体法上とすべき手段が他に存在しない」という状況に限定されるのである。

このような判例の比較から、「実体法上の法的手段の不存在」ともいい得る一般的な前提を引き出し得る。この比較の対象となった平成 11 年判決は非占有型担保である抵当権の事案であり、また、平成 18 年判決は証書の交付が要件とならない狭義の指名債権質権の事案であった。この債権質権は、平成 15 年改正以後、設定に証書の交付が必要なくなり（民法 363 条）、完全に要物性を欠いており、占有要件を觀念されていないので、その法的性質は抵当権に接近していた（債権質権の非占有担保化<sup>47)</sup>）。故に、少なくとも約定担保物権のうち、占有が認められない（ないしは占有が希薄な）担保物権において、担保価値維持請求権や担保価値維持義務の発生が認められる場面は、上記の前提が整っている場合であるといえるのではなかろうか<sup>48)</sup>。

---

47) 田高寛貴『クロススタディ物権法』（日本評論社・2008 年）192 頁、道垣内・前掲注 3）80 頁、加賀山茂『現代民法担保法（現代民法 シリーズ 4）』（信山社・2009 年）379 頁、加賀山茂『債権担保法講義』（日本評論社・2011 年）307 頁を参照。

48) もっとも、担保価値維持義務違反の有無を判断する際には、こうした前提の他に、質入れされた権利毎に個別の要件が課されることになるだろう。たとえば、敷金返還請求権が質入れされた平成 18 年判決では、「条件付債権としての敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、質権設定者である貸借人が、正当な理由に基づくことなく貸貸人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反するものというべきである」と述べられ、実際には質入債権の発生を阻害することにつき「正当な理由」という規範的な要件を課した上で、担保価値維持義務違反か否かを判断している。この正当な理由については、たとえば貸貸人の資力に問題があり、敷金の返還を受けられるか不安がある場合等いくつかの事態が想定されている（詳細は谷口・前掲注 11）318 頁を参照）。そして、この「正当な理由」要件は、敷金返還請求権のような条件付債権を前提としており、その特殊性を反映した定式であるため、一般化できないことが指摘されている（清水恵介「判批」税務事例 39 巻 8 号 [2007 年] 64 頁）。よって、平成 18 年判決が予定していない他の債権・権利が質入れされ、その消滅・変更行為の際に担保価値維持義務違反を判断する個別の要件は異なってくる可能性がある。

ii) 執行段階における問題の顕在化      また、抵当権に関する各判決と平成 18 年判決の共通点として、いずれも執行段階にあることが指摘できる。

まず、抵当権に関する各判決については、いずれも競売の事案であり、まさに執行段階にあり、抵当権実行後の場面を対象としたものであった。また、債権質権の事案である平成 18 年判決は設定者が破産した事案であった。破産は民事執行のような個別財産への執行の場面とは異なるものの、経済的に破綻した債務者の全財産につき行われる包括執行（一般執行）としての性格を有する<sup>49)</sup>。そのため、平成 18 年判決も、まさに執行段階において債権質権が実行される場面であったといえる。

したがって、「担保価値の維持」が最高裁で承認され、それが問題となった主要な判例の多くが執行の段階にあり、担保権者が優先弁済をうけるべき場面、つまり、優先弁済的効力が発現すべき段階にあるという共通点が認められるのである。

### (3) 物権的請求権概念の限界

このように、一方で抵当権に関する諸判決と平成 18 年判決の比較から一定の影響関係を確認し、また、それらの共通点として、「担保価値の維持」という問題が実体法上の手段が存在しない場面で、とりわけ、優先弁済的効力が発現する段階において問題になるという前提を抽出することが可能であった。

こうして「担保価値の維持」を実現するための法的手段が必要になるとしても、この手段そのものは実体法上に明文の制度として存在していない。そのため、「担保価値の維持」という問題を実体法上の概念として位置づける努力をするならば、どのような法制度として理解すべきなのか、「担保価値の維持」の概念構成が問題となる。そこで、次に上記の各判決を比較し、これらの判決の相違点を確認することで、「担保価値の維持」に関する概念構成の方向性に

---

49) 中野貞一郎編『民事執行・保全法概説〔第3版〕』（有斐閣・2006年）16～17頁〔中野貞一郎〕。

ついてさらに明確にしたい。

まず、平成 11 年判決は、前述の通り、抵当権者が抵当権の効力として抵当不動産の所有者に対する担保価値維持請求権を被保全権利とした債権者代位訴訟を提起する可能性を開いた。さらに、平成 17 年判決は平成 11 年判決と同種の要件を前提として、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権の行使を認めた。これらは、いずれも抵当目的物が物理的に占有可能な不動産であって、不動産を占有することによる抵当権侵害が生じ得る事案であった。したがって、抵当権者に妨害排除請求や管理占有を認めることが可能であり、かつ、それらを承認する意義もあった。そして、これも既に指摘したが、上記の平成 11 年判決で承認された担保価値維持請求権は学説上の評価として物権的請求権であると理解されてきた。

これに対して、平成 18 年判決は債権質権の事案であり、合意による充当によって担保目的財産である敷金返還請求権が消滅の危険にさらされているものの、ここでは担保目的財産が債権という無体物であるし、前述の通り、債権質権は要物性を欠いている以上、占有という手段によって債権質権を侵害するということとはあり得なかった。そうであれば、債権質権に物権的請求権としての妨害排除請求権を認めるとしても、その範囲は非常に狭く<sup>50)</sup>、少なくとも質入

---

50) たとえば、我妻・前掲注 2)『新訂担保物権法』196 頁は、債権質権にも本文に述べたような妨害排除及び損害賠償請求を行う効力を認めることを指摘しているものの、この妨害排除はもっぱら債権質権者が対抗要件を具備する以前に質入債権の消滅や変更がなされた場合に、設定者に対しての責任追及手段として想定されている。したがって、債権質権者が対抗要件を具備した後に、質入債権を消滅・変更する行為は債権質権の拘束力の問題として処理されている（我妻・前掲注 2)『新訂担保物権法』191 頁及び 196 頁）。そうであれば、債権質権に基づく妨害排除請求権が承認されるとしても、その範囲は限られているといえよう。さらに、学説には金銭債権に対する侵害の際に、妨害排除請求権の行使を行う場面が想定できないし、債権そのものに物権的請求権が存在しないのに債権質権にこれを認めるのは背理であるとして、妨害排除請求権を否定する理解も存在する（道垣内弘人『典型担保の諸相〔現代民法研究 I〕』[有斐閣・2013 年] 53 頁、初出・道垣内弘人「担保の侵害」山田卓生編集代表・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 2』

債権の消滅・変更行為に対して物権的請求権を行使する可能性は乏しいといえる<sup>51)</sup>。こうした立場からみれば、平成 18 年判決は、そもそも債権質権の妨害排除請求権が発生し得ない事案であり、物権的請求権を判示の前提としていなかったとみることも可能である。そうであれば、担保価値維持請求権に対応する義務として、担保価値維持義務が承認されているとはいえないのである<sup>52)</sup>。

このような「担保価値の維持」に関する最高裁判例の比較から、以下のことを述べることができるのではなかろうか。

たしかに、先に述べた通り、平成 11 年判決が認めた担保価値維持請求権は物権的請求権とみる理解が存在した。そして、そもそも物権的請求権は物権の円満な行使（効力内容の実現）を確保するために発生するものである以上<sup>53)</sup>、抵当権の担保目的物の価値が占有によって害された際に、抵当権の円満な効

---

[日本評論社・1998 年] 285 頁以下、道垣内・前掲注 3) 111 頁を参照)。この理解によれば、質入債権に対する第三者の債権侵害は設定者が第三者に対して有する損害賠償請求権への物上代位の問題となり、設定者と第三債務者間の弁済によって質入債権が消滅するような場合には、設定者が質権者に対して負う「目的債権を健全に維持する義務」（平成 18 年判決登場以後は、担保価値維持義務と同視されている）の問題とされている（道垣内・前掲注 3) 111 頁を参照）。

- 51) 債権そのものの占有が観念できない以上、債権の明渡請求はあり得ないし、既に質入債権が消滅しているため、妨害予防請求も意味をなさず、質入債権の消滅・変更行為の場合に問題になるとすれば妨害排除請求権のみであろう。しかし、たとえば妨害行為が質入債権の消滅であれば、その排除としては質入債権の消滅そのものを否定することが必要となる（たとえば、債権の存在確認や平成 18 年判決のように「法律上の原因」を否定して不当利得返還請求する等）。これは、もはや物権的請求権の問題とはいえないが、質入債権の消滅・変更行為に対して物権的請求権を行使する可能性は乏しいのではないか。
- 52) 平成 18 年判決が述べる担保価値維持義務が学説上議論されている債権質権の拘束力と同視できることは既に指摘した（詳細は、原・前掲注 13) 159～181 頁を参照）。そして、以下の第 2－I でみるように、学説上も、この債権質権の拘束力は、なんらかの請求権が存在することを前提に、その請求権に対応する義務という理論構成を採用するものは多くなかった。
- 53) 我妻栄『新訂 物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店・1983 年）21～22 頁、山野目・前掲注 23) 97 頁を参照。

果の実現が妨げられるとみて、占有を排除しない設定者（担保目的物の所有者）に対して、担保目的物を適切に維持するよう請求する権利（担保価値維持請求権）が生じ、これを物権的請求権と性質決定することは制度趣旨に合致するようにも思われる。

しかしながら、抵当権の事例だけでなく、債権質権の事例も含めて考察すれば、平成 18 年判決は担保価値維持請求権（物権的請求権）を明示せず、これが前提となるという法律構成を採用していなかった。そのため、債権質権制度との関係から、担保価値維持請求権や担保価値維持義務の法的根拠や法的性質を見直すならば、これらは必ずしも物権的請求権やそれに対応する義務の枠内にとどめ得る概念とはいえないように思われる。

このように抵当権に関する各判決と債権質権に関する平成 18 年判決は、いずれも「担保価値の維持」に関する問題を扱い、この問題に肯定的な結論を下した事案であり、その用語法としても、また、その発生状況や段階としても関連性が認められたものの、物権的請求権を承認できるか否かという点で相違点が認められた。そして、このような違いは「担保価値の維持」という各判決の共通項を物権的請求権以外のどのような概念で説明すべきなのかという問題を提示しているのである。

### 3 小 括

以上のように、「担保価値の維持」という問題について、抵当権と債権質権に関する判例を比較すると、その共通点として、他の実体法上の手段が存在しない場面において、「担保価値の維持」に関する概念を認めてきたことやその概念が執行という優先弁済的効力の実現段階で発揮されてきたことが指摘できる。

他方で、判例の相違点として、抵当権の判例との関係では「担保価値の維持」の方法を物権的請求権と概念構成することが可能であったものの、債権質権の判例では物権的請求権を観念しておらず、「担保価値の維持」という問題を物



権的請求権と異なるレベルで理解すべき必要性を意識させるのであった。

もっとも、上記の通り、抵当権・債権質権の両判例において、「担保価値の維持」という問題が優先弁済的効力の実現段階で生じるという共通項があるならば、この問題は少なくとも判例との関係においては、担保物権の効力のうち、特に優先弁済的効力との関係で概念構成されるべきという方向性が示されているとみることができるのではないか。

そこで、次にこの効力に基づいて「担保価値の維持」という問題を概念構成するための試論を示す。

## 第2 担保物権の効力に基づく「担保価値の維持」の理論枠組み

これまで述べてきたように、「担保価値の維持」という問題は、判例上、民法の原理として定着しつつある。しかし、これをどのような理論枠組みをもって概念構成するかという問題についてみると、物権的請求権という枠組みで説明することには限界があった。では、抵当権に関する諸判決と債権質権に関する平成18年判決に共通する「担保価値の維持」という問題について、どのように概念構成すべきなのか。

二つの分野に共通する問題については、やはり共通の枠組みをもって概念構成すべきであり、このような視点から、各判決に共通する一般的概念を模索すると、それぞれの判決がいずれも執行という優先弁済的効力の実現段階にあった。そこで、判決の共通項として優先弁済的効力が浮かび上がる。したがって、本稿では、判例に共通する一般的原理である優先弁済的効力に基づいて、「担保価値の維持」という問題を概念構成する可能性を示す。

たしかに、抵当権の分野においては、第1でも確認した通り、平成11年判決の登場までは担保価値維持請求権や担保価値維持義務という概念が定着していたとは言い難い側面があった。しかし、実は、債権質権に関していえば、古くは大正時代から、上記の義務を論じる学説が登場しており、質入債権の維持・



確保が議論されてきた。そこで、上記の概念構成を検討するにあたって、ここでは債権質権に関する学説及び関連する判例を簡単に確認した上で、具体的な概念構成の検討に入る。

## I. 担保物権の効力と関連を深める債権質権の学説と判例

### 1 学説の変遷

本稿冒頭でも指摘した通り、債権質権の設定がなされた場合、第三債務者と設定者間における債権の取立て、弁済、相殺、放棄、免除、更改等による質入債権の消滅・変更行為を原因として、質入債権の価値が損なわれる可能性があり得る。この可能性を認識し、学説は質入債権の消滅・変更行為の法的効力を失わせるための工夫を行ってきた。そこで、学説の流れを簡単にまとめると以下ようになる<sup>54)</sup>。

#### （1）権利質権の法的性質を争う時期

まず、民法の立法当時は権利を目的とする質権は物上質権に準ずる「準質」であり、質権そのものではないとの考え方が存在した<sup>55)</sup>。

---

54) 学説の流れの詳細は、原・前掲注 13) 99～159 頁を参照。

55) 日本の民法では、権利が「物」から除外されたため（民法 85 条）、フランス民法のように権利質権を「無体動産」として動産質権の中に含めるわけにはいかず（フランスは動産の中に、有体物についての有体動産のみならず、権利等も無体動産として含まれる）、準占有に倣って、別に 1 節を設けたことが指摘されている（前田達明ほか「〈資料〉質権（一）」民商法雑誌 125 巻 6 号 [2002 年] 127 頁 [水島郁子]）。このように権利質権は有体物に関する質権とは異なる性質を有するものと理解され、立法当初は「準質」とも呼ばれ、明治末までは「準物権」と評価された。したがって、民法の起草担当者も地上権や永小作権以外の権利質権は物権ではないとの立場を示していた（梅謙次郎「権利質に準用すべき規定の範囲を論ず」法学協会雑誌第 21 巻第 6 号 [1903 年] 782 頁、梅謙次郎『民法要義 卷之二（オンデマンド版）』[有斐閣・2001 年] 484 頁を参照 [1911 年の『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編』のオンデマンド出版]）。このように明治期の学説

その後、権利質権の法的性質について議論がなされた。すなわち、権利を目的とする質権とは、①権利の譲渡に過ぎないのか（譲渡説）<sup>56)</sup>、②権利を目的とした権利であるのか（目的説）<sup>57)</sup>で争われた。この時期には、質入債権の消滅・変更行為に関する問題は債権質権をはじめとした権利質権の法的性質をどのように確定するか（債権譲渡か権利の上の権利か）という問題の中で、簡単に触れられるにとどまっていた。

## （2）権利質権の物権性承認と拘束力の登場

このような権利質権の法的性質に関する論争は大正初期までには一定の落ち着きを見せる。

まず、債権質権をはじめとした権利質権が権利を目的とした存在であるとの理解（前記の目的説）が支持されるようになり<sup>58)</sup>、権利質権にも物上質権と同様に民法上の質権としての法的性質が与えられると考えられるようになったのである。

こうして、債権質権をはじめとした権利質権が物上質権と同様に民法上の質権に含まれることになったことで、大正から昭和初期には、権利質権や債権質権は物上質権と同じように物権性が全面的に承認されるようになった<sup>59)</sup>。

---

上では「権利」に関する質権を「物」に準じて扱う程度の評価しか与えられてこなかったのである。

56) この見解の詳細を明らかにするものとして、岡松参太郎「権利質の性質（承前）」京都法学会雑誌第1巻第7号（1906年）1頁以下を参照。

57) この見解については、岡松参太郎「権利質の性質」京都法学会雑誌第1巻第5号（1906年）2頁を参照。

58) 神戸寅次郎『権利質論〔初版〕』（厳松堂書店・1911年）25～26頁が詳細に目的説を論証したことを契機として、中島・前掲注1）969～971頁がこの立場を正面から認めている。

59) 中島・前掲注1）959頁、我妻・前掲注2）『民法講義Ⅲ 担保物権法〔初版〕』115～116頁及び164頁、我妻・前掲注2）『新訂担保物権法』179頁を参照。

権利質権の物権性が認められると、質入債権の消滅・変更行為の問題は債権質権の効力の中で論じられるようになっていく。すなわち、中島玉吉によって、学説としておそらくはじめて、質権の効力を維持するために、設定者には「目的債権を保存する義務」が課され、質入債権の取立て等が禁止されることが論じられ、民法 481 条の準用が主張された<sup>60)</sup>。その後、鳩山秀夫によって民法 481 条が準用される仕組みが明確化され<sup>61)</sup>、ついに、我妻栄が以下のような定式を述べるに至った。それは、債権質権が「その目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」（拘束力）を有するというものであり<sup>62)</sup>、この効力が差押えと対比されることで、民法 481 条を類推適用して、質入債権の消滅・変更行為が禁止されたのである。

### （3）拘束力の留置的効力からの離脱

このように我妻が拘束力を担保物権の効力の中に位置付け、民法 481 条の類推適用による具体的な事案への適用を示したことは大きな影響力をもった。そして、我妻は拘束力を質権の留置的効力と関連させて理解しているようにも思われ、昭和初期以降には留置的効力との関連で債権質権の拘束力を論じる学説が登場した<sup>63)</sup>。しかし、昭和中期以降から徐々に権利質権（特に、債権質権）の留置的効力の存在が疑われるようになり、次第に債権質権の拘束力は留置的効力からはなれて論じられるようになっていった<sup>64)</sup>。

---

60) 中島・前掲注 1) 1012 頁がこのことを指摘する。

61) 鳩山秀夫「債権質と第三債務者の相殺（質疑解答）」法學志林第 19 巻第 8 号（1917 年）30～31 頁がこのことを指摘している。

62) 我妻・前掲注 2) 『民法講義Ⅲ 担保物権法〔初版〕』175 頁及び我妻・前掲注 2) 『新訂担保物権法』191 頁がこれを指摘している。

63) 勝本正晃『担保物権法〔初版〕』（日本評論社・1938 年）332～333 及び勝本正晃『担保物権法下巻〔三版〕』（有斐閣・1954 年）387～388 頁、林良平編『注釈民法（8）物権（3）〔初版〕』（有斐閣・1965 年）357～358 頁〔林良平〕を参照。

64) 柚木馨『担保物権法〔初版〕』（有斐閣・1963 年）128～129 頁を参照。

その傾向が明確なものとなったのが、石田喜久夫が示した次のような理解である。すなわち、債権質権は「留置の権能を欠き優先弁済権能を中核とするが、客体が債権であり、債権は債務者の弁済などによって消滅するため、質入債権の消滅を防ぐ措置が講じられなければ、優先弁済権能は画餅に帰する」ので、「明文の規定を欠くが、債権質の効力として、設定者・第三債務者が質入債権を消滅させ変更したとしても、これらの行為をもって質権者に対抗しえない」との理解が示されたのである<sup>65)</sup>。

#### (4) 拘束力と優先弁済的効力の接近

こうした中で、平成 15 年の担保法改正によって前述の通り指名債権質権が要物性を失い、非占有担保的な性格を強めたことや平成 18 年判決の登場を契機に、学説上では完全に留置的効力から離れた法律構成が登場する。その構成は多様であり、①契約や信義則を法的根拠とするものが存在する<sup>66)</sup>。これに対して、②拘束力を担保物権の効力に位置付ける理解も多く<sup>67)</sup>、中でも、担保物権の優先弁済的効力から論じるもの、また、平成 18 年判決の登場以後、

---

65) 石田喜久夫「Ⅰ 債権・その他の財産権の質権の内容、効力」加藤一郎ほか編『担保法大系(第 2 巻)』(金融財政事情研究会・1985 年) 725 頁を参照。

66) たとえば、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権 [第 2 版補訂]』(成文堂・2007 年) 7 頁は、債権を担保によって保全する関係を担保関係と呼び、信義則から担保価値維持義務を一般的に認めている。この担保価値維持義務の性質としては、抵当権についてはあるが、信義則に基礎を置く「物権上の義務」であるとの理解が述べられている(近江・前掲 179 頁)。また、理論的には担保価値維持義務が契約や信義則を根拠とする余地があることを指摘するものとして、清水恵介「担保価値維持義務について－最高裁判所平成十八年十二月二日判決に示唆を受けて－」民事法情報 No.250 (2007 年) 21 頁がある。

67) たとえば、道垣内・前掲注 3) 110～113 頁は実行前の効力に位置付け、また、植竹・前掲注 8) 21 頁は平成 11 年判決及び平成 18 年判決を参照して、担保価値維持義務を抵当権や質権の当然の物権的な効力から認められる裁判規範であり、設定者に対する行為規範でもあると論じており、物権の効力という一般的な概念から生じる規範と位置付けている。もっとも、物権の効力から説明することに批判的なものとして、新田敏「民法における権利拘束の原則」法学研究 38 巻第 1 号 (1965 年) 234～236 頁がある。

担保価値維持義務を一般的な概念と位置付けるもの等が登場しており、留置の効力による説明から離れつつあるということが大きな傾向として一致している<sup>68)</sup>。

さらに、近時、留置的効力と比肩するような効力として、権利質権には権利行使を制約する効力を認め、この効力から質入債権の消滅・変更行為が禁止されると理解する立場も登場している<sup>69)</sup>。もっとも、この見解も留置的効力そのものから上記の制約を認めるわけではなく、むしろ債権質権においては留置的効力を認め得ないからこそ、新たな効力（権利行使を制約する効力）を論じている点では、上記の留置的効力から離脱する学説の傾向に反するものではないであろう。

このように、どのような法的根拠・法的性質として債権質権の拘束力を理解するかという点で、学説の法律構成は多様であるものの、多くの見解が質入債権の消滅・変更行為を否定しており、学説において質入債権の担保価値を維持すべきという考え方が定着しているように思われる。

また、契約や信義則を根拠とするか、担保物権の効力を根拠とするかにかかわらず、学説の多くが、具体的には、民法481条等を類推適用することで、質入債権の消滅・変更行為を制限するという説明を展開している。しかし、拘束力が民法481条等を類推することで現実的な事案へ適用されるとすれば、契約や信義則といった私人の行為のみを前提とする法律構成に基づいて、国

---

68) たとえば、債権質権の拘束力が優先弁済的効力を根拠とするとの理解について、平野裕之『基礎コース民法Ⅰ 総則・物権法〔第3版〕』（新世社・2005年）413～414頁、平野裕之『担保物権法〔第2版〕』（信山社・2009年）245～246頁、平野裕之『コアテキスト民法Ⅲ 担保物権法〔初版〕』（新世社・2011年）148～149頁が存在する。また、担保価値維持義務を一般的な概念と位置付けるものとして、山野目・前掲注23）218頁及び274頁を参照。

69) 松岡久和「物権法講義—32〔第29回〕質権」法学セミナー703号（2013年）82～86頁を中心として参照。

家による権力的な行為（差押え）を背景とした条文の類推は困難ではなかろうか。民法 481 条等を類推適用するならば、担保物権という強力な権利による担保目的財産（質入債権）の価値把握こそが差押えという国家による権力的な行為と比較され、類推の基礎を形成するとみるべきであろう。また、指名債権質権をはじめとして、特別法上の権利質権の多くが要物性を喪失している現状をみれば<sup>70)</sup>、担保目的財産の占有を前提とする留置的効力が要物性

---

70) 知的財産権や電子記録債権を目的とした質権は、その設定につき証書の交付等は不要であり、完全に要物性を欠いているし、知的財産権を目的とする質権では、特約がなければ設定者（知的財産権者）が質入れされた当該知的財産権を行使することが明文で示されている（たとえば著作権法 66 条 1 項）。したがって、質権者が自己のためにする意思をもって知的財産権を行使する（民法 205 条）可能性は乏しく、準占有を承認する余地もない。また、株式を目的とした質権はかつて証券の交付が前提であったものの、現在では、会社法上、株券不発行が原則となり（このような変化を指摘するものとして、神田秀樹『会社法〔第 16 版〕』[弘文堂・2014 年] 90 頁がある。会社法 214 条が「株券を発行する旨を定款で定めることができる」と規定していることから、株券の不発行が原則であって、あえて株券を発行する旨を定める場合は例外とされている）、株券の存在しない株式を目的とする質権も登場している（たとえば、株式不発行会社の株式を目的とした登録株式質権、会社法 147 条 1 項、3 項、148 条）。このような傾向からすれば、今後、証書が存在し、要物性が維持されている権利質権の範囲が縮小することはあっても著しく拡大していくことは考え難いであろう。本文で既に指摘した留置的効力に比肩し得る権利行使制約力を認める見解は、抵当権が非占有型担保（ゆえに優先弁済的効力のみ承認されるもの）であって、質権は占有型担保（ゆえに優先弁済的効力だけでなく留置的効力まで認められるもの）という従来の約定担保物権の区別を維持している。すなわち、債権質権をはじめとした権利質権が要物性を欠くことは否定できないとしても、これらの質権に権利行使制約力という新たな効力を認めることで、留置的効力に対応する効果を承認し、従来の質権の位置づけ（占有型担保＋留置的効力の承認）を維持しようとしているように思われる。しかし、このような新たな効力をどのような理論的背景をもって位置づけるのかはもちろんのこと、前記の通り、権利質権が一般法・特別法の全体において要物性を失う方向に収斂しているのであれば、あえて、占有・非占有という区別に拘泥する必要もなく、無理に留置的効力に引き付けた効果を認める実益も乏しいのではないと思われる。この点については、本稿ではこれ以上詳細に触れる余裕がないため、今後の検討課題としたい（なお、この点に関連する事項として、後掲注 94）を参照）。

を欠く権利質権に承認されるとみることが困難である。このように、契約や信義則だけでなく、担保物権の効力のうち留置の効力から拘束力を説明することが困難となれば、債権質権の効力の中に拘束力を位置づけるとしても、その中心的な効力が優先弁済の効力である以上、拘束力は優先弁済の効力と接近していることになるのである<sup>71)</sup>。

## 2 判例の状況

上記の債権質権に関する学説だけでなく、判例も質入債権の消滅・変更行為に関しては、担保物権の効力（特に優先弁済の効力）との関連性を想起させていた。そこで、次にいくつか存在する判例のうち、事案が明確であるものを選択して紹介する<sup>72)</sup>。まず、大判大正 15 年 3 月 18 日大審院民事判例集 5 巻 185 頁（以下、「大正 15 年判決」とする）、次に、最決平成 11 年 4 月 16 日民集 53 巻 4 号 740 頁（以下、「平成 11 年決定」とする）を紹介する。

### （1）大正 15 年判決について

i) 事実の概要 Y 銀行は、A に対する 35,000 円の貸金債権（甲債権）を担保するために、A 所有の不動産に第一順位の抵当権の設定を受け、その登記も完了していたところ、A が Y に対して預入を行ったため、A は Y に対する 24,670 円の預金債権（乙債権）を取得した。その後、X 銀行が A に対する 25,000 円の貸金債権（丙債権）を取得し、この丙債権を担保するために、前記

---

71) 学説の詳細な検討は、原・前掲注 13) 163～171 頁を参照。

72) 関連判例としては本文でこれから取り上げる判例以外にも、大判大正 5 年 9 月 5 日大審院民事判決録 22 輯 1670 頁が存在しているものの、これは事案が不明確な点がある。また、大判大正 7 年 12 月 25 日大審院民事判決録 24 輯 2433 頁は、相殺が問題となった事例であるものの、この当時は差押えと相殺の問題について、相殺適状が差押前または差押時に存在していることを要求する判例（大判明治 31 年 2 月 8 日大審院民事判決録 4 輯 11 頁）が支配的であった。したがって、これらの判決の詳細な分析は本稿では省略した。なお、これらの判例を含めた債権質権に関する判例の評価は、原・前掲注 13) 79～99 頁を参照。



の A 所有不動産に第 2 順位の抵当権が設定され、その登記がなされた。さらに、X の丙債権を担保するために、A の Y に対する乙債権に質権が設定され、X に対する預金証書の引き渡し及び A から Y に対する質権設定の通知が行われた。

ところが、Y は甲債権とは別に A に対して取得していた丁債権と乙債権全額を相殺する旨の意思表示をしたところ、その直後に、A も甲債権と乙債権を相殺する旨の意思表示を行った。X は A による相殺が有効になされたものと承認したが、Y は A の行った相殺の有効性を承認しなかった。そこで、X は、乙債権が質入れされた以上、Y の相殺によって消滅することはないとして、甲債権は乙債権に相当する額を控除した残額を超えて存在しないことの確認を求める代位訴訟（民法 423 条）を提起した。

ii) 判 旨 原審は、乙債権に質権が設定され、対抗要件を具備した以上、Y・A いずれによる相殺も効力を有するものではなく、無効な相殺を X が承認して有効とすることができるものではないと判断し、X の請求を棄却した。そこで、X が上告し、大審院は相殺に関して以下のように述べて、原審の結論を維持している<sup>73)</sup>。

すなわち、原判決によると、A が相殺に供した Y に対する預金債権（乙債権）は、既に、X のために質権が設定され、質権を設定した旨を Y に通知されているため、「A は該預金債権に付ては取立を為すの権なく、従て、大正九年八月十一日、同人の Y に対し為したる相殺は其の効なき旨、及質権者たる X が後日右 A の相殺を承認したりとするも、右無効の相殺は斯る後日の承認に依り之を有効とすることを得ざる旨説示し、Y の A に対する本件抵当債権（筆者注：甲債権）は右 A の相殺に依り消滅せずと判示せざるものにして、右 A の為したる相殺の無効なること洵に原判示の如く、又斯る無効の相殺は質権者

---

73) 原判決は X による代位訴訟を否定しており、X の上告理由もその点に焦点を絞っている。大審院は代位訴訟に関して X の上告論旨を認めているため、本稿では相殺に関する判示を中心的に取り扱う。なお、大審院の判決文を提示するにあたって、筆者が句読点を補い、カタカナ書きをひらがなに修正している。

たる X の後日の承認に依り有効とするを得ざるものなること又原判示の如し」  
と述べて原審の判断を是認し、X の上告を棄却した。

### iii) 評 価

①判旨の構造 このように大審院は、質入債権が対抗要件を備えた以上、質権設定者 A には第三債務者 Y に対する取立権が帰属しないことを前提として、A による相殺は無効であると判断している。このように、質権設定者に質入債権の取立権が帰属しないのであれば、同人が質入債権を取り立てることによって、この質入債権を消滅させることは認められない。

そして、相殺が債権の取立てそのものではないとしても、簡易な決済手段として質入債権を消滅させる点では取立てと類似した機能を有している。したがって、この判決は取立てが質権設定者に認められない以上、もちろん相殺も認められることはないという判断構造であると理解できるだろう。

②判示の背景 そして、この相殺禁止を導く論理の前提となっているのは取立権であり、取立権は質権の優先弁済的効力を実現する手段である。優先弁済的効力は、質権者が対抗要件を備えることによって、設定者のみならず第三者にまで及ぶ。

そうであれば、この効力を対抗される設定者及び第三者は、質権者 X が丙債権（25,000 円の被担保債権）のために、乙債権（24,670 円の質入債権）から優先弁済を確保することを是認しなくてはならない。したがって、相殺が取立てそのものではないにもかかわらず、これが禁止された大正 15 年判決の背景には、「優先弁済的効力の確保」という視点があったといえるのではなかろうか。

③事案の特徴 さらに、大正 15 年判決の事案で注目すべき点として、次のことがあげられる。

まず、被担保債権と質入債権の関係である。すなわち、上記のとおり、大正 15 年判決は質権者の有する被担保債権が、同債権の弁済にあてられるべき質入債権よりも大きい金額であった。このように「被担保債権＞質入債権」とい

う関係にあるならば、質入債権がその価値を若干失っただけでも、質権者が価値を把握し、被担保債権にあてられると想定された優先弁済額が減少することになる。上記②の通り、大正15年判決の背景に「優先弁済的効力の確保」という視点が存在しているならば、質入債権からの優先弁済額を減少させ、被担保債権の優先的な回収を困難なものとするAY間の相殺は担保価値を害するものであり、当然に禁止されるべきことになる。

そして、次に注目すべき点は、大正15年判決では、担保価値を害する相殺が執行の段階以前になされているということである。すなわち、平成11年判決や18年判決は執行手続の中において担保価値の毀損が問題となったものの、大正15年判決は執行段階に至る以前の時点で、質入債権の担保価値の毀損行為を問題とし、その行為の効力を否定したのである。

## (2) 平成11年決定について

i) 事実の概要 Xは、平成2年5月31日、Y社に対して75億円を貸し付け（貸金債権①）、その担保として根抵当権の設定等を受けている（その後、一部弁済がなされ残額は73億2,000万円となった）。Xは、Z銀行に対して、貸金債権①を相当に上回る債務を負っていたため、平成3年6月12日、Zに対する現在及び将来負担する一切の債務を担保する目的で、上記貸金債権①にZのための質権を設定し、上記の根抵当権の一部に転抵当権を設定した。

また、平成4年12月22日、XはYに対して合計10億円を貸し付けたところ（貸金債権②）、平成5年2月20日には、この貸金債権②につきXY間で次のような合意がなされている。すなわち、ア）Xは訴外A社に対して10億円の債務を負っているところ、YがXに代わってこの債務を分割弁済し（初回の支払が7億円）、その弁済金額と上記貸金債権②とを相殺により消滅させる。そして、イ）貸金債権①の処理の一切をZに委ねて、貸金債権①の処理の協議・合意はZと行うことになった。さらに、ウ）Yが貸金債権①の支払確保のために、Xに振り出していた75億円の一覧払い手形は前記アの初回の支払の際に、Yへ返還されることが合意された。

その後、Y は上記合意に従い、訴外 A に対して 7 億円の弁済を行って、X より上記の手形の返還を受けている。また、Z の転抵当権の目的となっている部分は除いて、貸金債権①を担保していた根抵当権が抹消されている。さらに、Y は、上記合意 A に基づく弁済及び相殺によって貸金債権②の残額が 3 億円となっていたところ、平成 7 年 8 月 31 日までに X に対してこの残額 3 億円を弁済している。

そして、Y・Z 間においては協議によって弁済の猶予がなされ、平成 7 年 4 月から平成 9 年 6 月に至るまでは、毎月 150 万円の弁済が概ねなされているため、Z は債権償却のために Y の了解を得て上記の転抵当権を実行する以外の法的措置をとることは考えていなかった。また、Y には、X 以外の債権者が存在し、その債務総額は 700 億円を超えるところであったが、任意に弁済を継続できる状況であり、他の債権者も債権回収のために破産申立て等の法的措置をとっていなかった。

このような事実関係の下で、X は、Y が支払不能であるとして破産を申し立てた。

第 1 審は X の破産申立適格を否定して申立てを却下し、原審（札幌高決平成 10 年 8 月 10 日）も、次のように述べて X の抗告を棄却した。

すなわち、まず、債権質権は目的たる債権の交換価値に対する排他的直接支配を内容とする権利であるから、質権設定者は質入債権の取立てや相殺等の質入債権の処分行為や期限の猶予や利率の引き下げ等の質権者に不利益な権利内容の変更行為を行うことはできない。もっとも、これらの行為が禁止される理由は「質権者の利益保護を目的とするものであるから、質権者の利益を害するおそれがなく、かつ、質権者の意思に反しないなどの特段の事情があるときには、質入債権の保全のために必要な限度で、質権設定者に質入債権の処分又は変更などをする権限が認められる」と述べた。

とはいえ、質入債権の取立てを破産手続によって行うか、その他の方法で行うかについては、「債権の処分権限を有する質権者の裁量に属する」のである

から、上記の特段の事情が存在しない限り、質入債権の処分・変更は許されないと述べられ、本件の事情の下では、質権設定者 X の破産申立ては、質入債権の処分・変更に当たり、許されないと判断された。

そこで、X は、原決定が従来の決定に反すること、さらに、破産申立てが質入債権の処分・変更にあらず、質権者を害するものではないため、設定者も破産申立てを行うことができることを述べて許可抗告の申立てを行ったところ、原審がこれを許可した。

ii) 決定要旨 最高裁は以下のように述べて、X の抗告を棄却した。

すなわち、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者の同意があるなどの特段の事情のない限り、当該債権に基づき当該債権の債務者に対して破産の申立てをすることはできないものと解するのが相当である。けだし、質権の目的とされた債権については、原則として、質権設定者はこれを取立てることができず、質権者が専ら取立権を有すると解されるところ（民法三六七条参照）、当該債権の債務者の破産は、質権者に対し、破産手続による以外当該債権の取立てができなくなるという制約を負わせ（破産法一六条参照）、また、本件のように当該債権の債務者が株式会社である場合には、会社の解散事由となって（商法四〇四条一号参照）、質権者は破産手続による配当によって満足を受けられなかった残額については通常その履行を求めることができなくなるという事態をもたらすなど、質権者の取立権の行使に重大な影響を及ぼすものであるからである」として、「これと同旨をいう原審の判断は、正当として是認することができる」と述べて、X の抗告を棄却した。

iii) 評 価

①決定要旨の構造 質入債権の債務者（第三債務者）の破産は質入債権を取立て不能にし、取立権の行使に重大な影響を及ぼす。この取立権は設定者ではなく質権者に帰属するのであるから、第三債務者に対する破産申立てが行われ、質権者の取立権の行使に重大な影響が出るとすれば、質権者が害されることになる。そこで、平成 11 年決定では、第三債務者に対する破産申立ては、

質権者が同意する等の例外的な事情がない限り、設定者が行うことはできず、質権者の判断に任せられるべきという理解が前提とされたのである。

②決定の背景 たしかに、第三債務者に対する破産申立ては、取立てや相殺のように直接かつ即時に質入債権を消滅させる行為ではない。しかし、破産申立てがなされれば、いずれにしても質権者が質入債権から回収することは困難となることが確実である。そして、大正 15 年判決に関連して既に述べたように、取立権が優先弁済の効力の実現手段である以上、設定者が破産申立てを行うことで、質権者の優先的な回収に重大な影響が発生し、回収が困難となるならば、これは質権者のための優先弁済の実現を妨げることになる。

したがって、平成 11 年決定において、取立権が質権者に属することを前提として、設定者による破産申立てを封じたことは、その背景に大正 15 年判決と同様、「優先弁済の効力の確保」という視点があったといえるのではなかろうか。

③事案の特徴 さらに、平成 11 年決定で注目すべき点として、次の 2 点を指摘することができる。

まず、被担保債権と質入債権の関係である。すなわち、上記のとおり、平成 11 年決定における質入債権は 75 億円の貸金債権であり、これに対して、明確な金額が明らかにされていないものの、Z 銀行が X に対して有する被担保債権はこの 75 億円の貸金債権を相当に上回るものであった。したがって、平成 11 年決定は質権者の有する被担保債権が、同債権の弁済にあてられるべき質入債権よりも大きい金額である点で大正 15 年判決と共通点が認められる。このように「被担保債権＞質入債権」という関係にあるならば、前述の通り、質入債権の価値がわずかに損なわれるだけでも、質権者の優先弁済の額が減少することになる。上記②の通り、平成 11 年決定の背景に「優先弁済の効力の確保」という視点が存在するならば、質入債権からの優先弁済額を減少させ、被担保債権の優先的な回収に影響を及ぼす破産申立ては担保価値を害するものであり、禁止されてもやむを得ない。



そして、次に注目すべき点は、平成 11 年決定では、執行以前の段階で担保価値を害する行為が問題となったということである。すなわち、この事案では、一般（包括）執行である破産手続の段階に入ろうとしているものの、実際には、1 審以来、X による破産の申立てが認められず、手続に入っておらず、執行以前の段階にある。したがって、平成 11 年判決や 18 年判決は執行手続の中において担保価値の毀損が問題となったものの、平成 11 年決定は大正 15 年判決と同様に執行段階に至る以前の時点で、質入債権の担保価値の毀損行為を問題とし、その行為の効力を否定した事案といえるのである。

### （3）その他の判例

以上の判例のほかにも、債権質権の領域では、大審院昭和 5 年 6 月 27 日判決大審院民事判例集 9 巻 619 頁（以下、「昭和 5 年判決」とする）が質権設定者の債権存在確認の訴えによる時効の中断を認め、大審院昭和 12 年 7 月 7 日判決大審院民事判例集 16 巻 1112 頁（以下、「昭和 12 年判決」とする）が質権設定者には債権を保存・確保する義務があり、質権者を害する行為はできないとの上告理由を前提に、質入債権の保全という点から質権設定者に時効中断の権能を認めている。

これらの判例を上記（1）及び（2）の判例と比較すれば、質権設定者は、ア）質入債権の消滅につながる行為（相殺や破産申立て）は禁じられているものの、イ）質入債権を保全する行為（時効の中断）については行うことが認められているといえる。すなわち、担保物権の効力（特に優先弁済的効力）との関係で平成 18 年判決以前の判例をみると、この効力を害する行為は禁じられるものの（上記アの類型）、担保物権の効力を保全する行為は認められる（上記イの類型）という分類をすることが可能であり、少なくとも担保物権の効力を維持・確保する行為か否かという限りで、判例上問題となった行為を整理することが可能であった。

### 3 小 括

以上のように学説は当初権利質権の法的性質に関する争いに重点をおいていたものの、その後、権利質権の物権性が承認され、その効果の中に拘束力を位置づけるようになる。そして、担保物権の効力としての拘束力に基づいて質入債権の消滅・変更行為の禁止を基礎づける理解が多く登場していた。このように学説は一定の変遷をみせながらも、最終的に、質入債権をどのように維持・確保するかという「担保価値の維持」に関する問題を担保物権の効果として処理する方向性が支配的であるというのが理論の状況であって、権利質権の要物性喪失に鑑みれば、この効力を優先弁済的効力であるとみることに収斂せざるを得ないのではないか。

また、債権質権に関する判例は「優先弁済的効力の確保」という視点を背景としながら、いずれも抵当権の判例と異なり、執行以前の段階で、質入債権の相殺や破産申立てを禁止してきた（逆に、質入債権の保全行為は許容されている）。このように、執行以前に質入債権の維持・確保のための効力が生じているという点では、学説も同様であった。すなわち、債権質権に関する学説が述べる拘束力も執行段階以後の効果とは明言されてはいなかった。むしろ、学説では、拘束力が質権実行以前の効力として理解されており、判例と同様の状況にある。

なお、抵当権に関する判例との違いとして注目すべき点は、やはり、ここで紹介した判例は平成 18 年判決と同様に物権的請求権を前提とはしていないということであろう。

そこで次に、以上のような諸材料を前提として、「担保価値の維持」という問題を民法という実体法上でどのように優先弁済的効力から概念構成していくことができるのか、この問題の理論枠組みを提示する。

## II. 優先弁済的効力に基づく概念構成の提示

これまで述べたように、「担保価値の維持」という問題は、判例上、民法の原理として定着しつつある。しかし、これをどのような理論的な根拠をもって説明するかという問題については、物権的請求権という枠組みで説明することには限界があった。そこで、抵当権に関する諸判決と債権質権に関する平成18年判決について、共通の枠組みをもって「担保価値の維持」という問題を概念構成するには各判決に共通するより一般的な制度・概念に注目すべきであった。

そこで、「担保価値の維持」に関する判例の傾向が示したように、優先弁済的効力という共通点に着目して、この問題を概念構成する可能性を示したい。その際には、「担保価値の維持」に関する判例が登場する以前に展開されてきた債権質権をめぐる判例・学説の内容（第2-I）を参考とすることができる。

### 1 優先弁済的効力を根拠とする義務の必要性

#### (1) 質入債権維持のために制約を課す必要性・可能性

i) 実行時点の段階      たとえば、債権を質入れする場合、質権設定者は自己の債権を譲渡するわけではない。したがって、質入債権の設定者は質権設定後も、債権者としてその債権の取立てを行うことができるのが原則である。また、財産（ここでは質入れされた債権）が存在していれば、その財産の法主体（＝権利者）には当該財産の処分権限が帰属しているといえるため、当該債権に関する法的処分（譲渡、相殺、放棄、物権の設定等）を行う権限は財産権の通常性である<sup>74)</sup>。それゆえ、設定者は質入れ後も債権の権利者として、当該債権

---

74) 財産権であれば当然に法的処分権限を含むとみるものとして、梅・前掲注55)『民法要義』104頁及び於保不二雄『財産管理権論序説（復刻版）』（有信堂高文社・1995年）[1954年の復刻版]302頁がある。このような理解を支持するものとして、森田宏樹「財の無体化と財の法」NBL1030号（2014年）42頁を参照。

を譲渡、相殺、放棄することも、財産の残余価値があれば担保物権を設定することも可能となるはずである。このように設定者は事実的にも法律的にも質入債権についての処分権限を有しているのである。

とはいえ、質権者が債務者無資力の際に満足を得るには、質権の実行時点において担保目的財産である質入債権が害され、自己の満足が損なわれることを牽制しなくてはならない。そのためには、設定者が質入債権について、取立てによって権利行使することや相殺や放棄によって担保価値を害することを禁止することが求められる。したがって、質権の実行に至った時点では、質入債権に関する設定者の処分権限は設定者に帰属しているとしても、一定の制約が課される必要があるといえる。

ii) 実行以前の段階 このように質権の実行時点で、処分権限に対する制約が課されるべきことはもちろんのこと、実行の前段階においてもこの制約が課されていることが必要ではないのか。

そもそも、質権の設定時点から質権の実行による優先弁済の実現までの間には時間的なひらきが避けられない。この期間中に、もし質入債権の価値が害されることになれば、質権を実行しても優先弁済は望めないかあるいはその範囲が減少する可能性がある。このような事態を防止し、優先弁済による質権者の満足を最大化するためには、質権の実行時点のみならず、実行に至る時間的な経過の中で質入債権の価値を減少させることが禁止されなければならない。したがって、質権の設定から実行までの期間中も、質入債権に関する設定者の処分権限に対して一定の制約が課されることが必要となるのである。

もっとも、これまで質権の実行以前の段階で、優先弁済的効力が具体的な機能を有することについて論じられることは必ずしも多くなかった。そこで、このような考えがあり得るものか、債権質権に関する学説や判例の状況（第 2 - I）を参照すると、以下のことを確認することができる。

まず、学説は質権の実行時点より前の段階において、債権質権の効力として拘束力を認め、質入債権の取立てや相殺を禁止していた。そして、判例も質権

の実行以前に担保物権の効力を確保するため、質入債権を維持することを背景としていた（大正 15 年判決、平成 11 年決定）。このように債権質権に関するこれまでの学説や判例をみると、質権実行時点より前の段階でも質入債権の消滅・変更行為が禁止されているのである。

こうした状況から、債権質権の実行以前の段階においても質入債権の担保価値を維持するために、この債権を害することはできないという制約を設定者や第三債務者に課す必要性に加えて、その可能性をも見出すことができるのである。

## （2）執行法との比較による実体法上の制約の必要性

担保目的財産である質入債権から優先的な回収を図るには、質権の設定から実行までの間に、この債権の処分権限が制限される必要があるとして、この制約は実体法上でどのようなものとして課されるべきであろうか。執行制度上にみられる執行対象財産の価値減少を防止する制度を参考に、実体法にも同制度に対応する制約が必要であることをみていく。

まず、民事執行制度では、質入債権を目的とする担保権を実行する場合、執行裁判所は差押命令によって、設定者に対して質入債権の取立てその他の処分を禁止し、また、第三債務者に対しては設定者への弁済を禁止している（民事執行法 193 条 2 項が準用する 145 条 1 項）。したがって、差押えは、その後の執行手続における換価や満足の準備として、これらを阻害する行為を抑止・防遏するものであった<sup>75)</sup>。このように、個別執行の場合に、換価のもたらす金銭からの満足を実現するために、設定者の処分権限が制約されるのである。

また、包括（一般）執行である倒産の場合にも、同様の手続が規定されており、手続の開始前の段階において財産の処分や相殺が禁止されることがある。たとえば、破産の場合、弁済期が到来した債務を弁済できないという客観的な弁済能力の欠如は支払不能と呼ばれ（破産法 2 条 11 項）、債務者が支払不能で

---

75) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂六版〕』（青林書院・2010 年）31～32 頁を参照。

あれば破産手続の開始原因となる（破産法 15 条 1 項）。さらに、債務者自身が明示・黙示に弁済できない旨を表示するという主観的な状態（支払停止）も支払不能にあると推定されている（破産法 15 条 2 項）。そして、破産手続に入れば、債務者（破産者）の財産処分は公平な分配のために処分が禁止される。しかし、手続開始以前は債務者（破産者）が財産権者であり、その自由な財産処分が可能というのが原則である。とはいえ、債務者の支払不能という危機時期に至ると、債務者（破産者）は平常時とは異なる行動にでることもあり、厳しい債権者からの要求に屈して偏頗弁済を行うことや財産を隠匿・処分し減少させることもあり得る。そのため、財産の減少を防止するため、危機時期から破産手続の開始までの間にも、偏頗行為や財産の減少行為が否認の対象となっている（たとえば破産法 160 条 1 項 2 号）。加えて、破産が迫った時期での相殺は債権者間の公平を害する可能性があるため、破産手続開始前の危機時期の段階における相殺権取得の禁止（破産法 71 条 1 項 2 号～4 号）という制限も設けられている。

以上のように、個別・包括（一般）執行を問わず、いずれの場合にも、執行対象財産の金銭的な価値が事後に債権者へ与えられることが前提の手続では、対象となる財産の価値を維持するための措置が制度上講じられているのである。

そこで民法をみると、債権質権者には優先弁済の実現手段として取立権が与えられている（民法 366 条 1 項）。これまで繰り返し述べてきたように、優先弁済を実現するには、当然、担保目的財産である質入債権の価値を維持していかなければならず、この要請は上記の個別執行や包括（一般）執行の例と同様である。民法においても、このような要請があるにもかかわらず、民法には質権の設定から取立権の行使までの時間的な経過の中で、質入債権の価値を維持するための手段や仕組み（制度）が明文では設けられていないのである。

そうであれば、執行法の制度に対応するような担保目的財産の価値減少を防



止する実体法上の制度が必要となる。もちろん、この場合に、民事執行法 145 条 1 項を類推適用することも考えられるものの、この類推のためには、それに足る共通性が質権設定と差押えの間に存在するかを検討しなければならない。したがって、結局は、質権設定による担保価値の把握から、把握した価値の維持を経て、取立てによる優先弁済までの段階を実体法的にどのようにみるのかという評価が求められるのである。

### (3) 担保価値の把握を前提とする優先弁済的効力

次に、このような実体法上の制約の必要性を民法上でどのように具体化するかという点を見ていく。そのために、これまで確認してきた事項を振り返る。まず、優先弁済的効力は抵当権にも債権質権にも共通する担保物権の一般的な効力であるのはもちろんであり、この効力はいずれの約定担保物権の領域でも、「担保価値の維持」という判例上の問題点と密接に関連していた(第 1 を参照)。したがって、この効力は判例が示してきた「担保価値の維持」という問題を貫く基本的な指針となっているといえる。よって、物権的請求権概念という枠組みのみにとらわれることなく、この効力から「担保価値の維持」という問題を理解するための制度を説明することができないか検討する。

たしかに、優先弁済的効力が取立て(民法 366 条)や執行の場面でのみ問題となる効力と考えると、この効力は他の権利者との順位に関する効力でしかないということになる<sup>76)</sup>。このような考えからすれば、優先弁済的効力は他の債権者との関係において優先的に取立てや執行が可能になるという順位づけに関する効果に過ぎないということになる<sup>77)</sup>。

---

76) 椿寿夫ほか編『解説条文にない民法 新版』(2004 年・日本評論社)[椿久美子] 124 頁参照。

77) たとえば、優先弁済的効力については「債権の担保された物につき、他債権者に先立って優先的に自己の債権の弁済を受けるもの」として、優先的な弁済を受け得ることのみを予定する理解も示されている(清水元『プロGRESSIVE 民法 [担保物権法] 第 2 版』[成文堂・2013 年] 6 頁を参照)。

しかし、債権質権において、取立てや執行の場面で優先弁済を受けることができるということは、質権が質入債権の価値を把握していることを当然の前提としている。それゆえ、優先弁済的効力の内容としては、質入債権の価値の把握まで含まれているとみるべきではないか<sup>78)</sup>。より詳細に述べると、①質権が質入債権の価値を把握するという性質と②質権の中核的かつ本質的な効力が質入債権から優先的に弁済を受けることができるという優先弁済的効力であるということ<sup>79)</sup>、これらは表裏一体の関係であって区別できないのではなかろうか。すなわち、一方で質権が質入債権の価値を把握しているからこそ、質権者が優先弁済を受けることができるのであり、他方で優先弁済が受けられないことになれば、質入債権の価値を把握しているという意味は失われるため、質権者が優先弁済を受けることができるからこそ質入債権の価値を把握することが意義を有し、これを区別することはかなわないのである。

加えて、把握された質入債権の価値が損なわれるようなことがあれば、その後の優先弁済は実現し得ない。そうであれば、優先弁済的効力とは、実行段階の優先順位の問題や担保目的財産の価値の把握はもちろん、さらに、把握した価値の維持まで含んだ概念とみるべきであり、優先弁済的効力の概念規定を実行段階の順位付けに限定せず、担保目的財産の価値の把握やその維持まで及ぼすべきである。

#### （4）優先弁済的効力を法的根拠とする担保価値維持義務の内容

以上のように、優先弁済的効力という抵当権と債権質権の共通項を出発点と

---

78) 高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣・2007年）8頁は、優先弁済的効力とは「目的物の有する価値を物権的に支配し、この価値から、被担保債権について優先弁済…を得せしめることのできる効力」としており、安永・前掲注28）236頁、平野・前掲注68）『基礎コース民法Ⅰ』413頁、平野・前掲注68）『担保物権法』245頁、平野・前掲注68）『コアテキスト民法Ⅲ』148頁も同趣旨である。

79) 高木・前掲注78）85頁、石田・前掲注65）725頁がこのことを指摘する。

して、この効力が担保目的財産である質入債権の価値を質権の実行の前後を問わず維持するという機能を発揮するものと考えることができた。この機能の帰結として、設定者は質入債権についての処分権限を制約される。そして、このような制約が質入債権の担保価値を害することを禁止する目的で課されることからすれば、この制約は「質入債権の担保価値を害さない」という内容を有する概念とみるべきことになる。このような消極的な制約こそが担保価値維持義務の内実であり、担保価値維持義務とは優先弁済の効力を法的根拠として課されるべき消極的な制約といえるのである。

つまり、設定者は質入債権の債権者として、本来は債権の履行を請求することも譲渡することも可能であった（債権の処分権限を有していた）。しかし、この質入債権に質権を設定したことにより、質権者に取立権（民法 366 条 1 項）が与えられ、優先弁済が保障された結果として、その範囲で設定者は取立てを行うことが制約される（債権の処分権限の制限）がなされる。この質権者への取立権の付与→取立権による優先弁済の実現→設定者の処分権限の制約という図式の中で、前 2 者は民法 366 条が明示しているものの、最後の処分権限の制約という点は法文上で明示されていない。そこで、この点こそが理論によって補われるべき必要があり、質権の優先弁済的効力（民法 362 条 2 項が準用する 342 条）を根拠として、設定者に「質入債権の担保価値を害さない」という不作為義務が課され、この義務の範囲で質権の実行前後を問わず、設定者の債権に関する処分権限が制約されているとみたのである。

このように、優先弁済的効力を法的根拠とする不作為義務の存在する範囲で設定者の債権の処分権限が制約され、設定者は第三債務者に対して取立て等を行うことが禁止される。また、この効力を対抗される第三債務者も質入債権と自己の債権を相殺し、質入債権の担保価値を害すること等が禁じられるのである。

もっとも、質権を設定したといっても、質入債権の債権者は質権者ではなく、設定者のままであることは債権質権に関する学説の変遷で確認した通りであ

る<sup>80)</sup>。ましてや、債権質権は要物性を排され、債権の物理的な引渡しや占有もあり得ない。そうであれば、本来、質権者が設定者の債権に関するあらゆる行為に干渉することは設定者の財産権に対する著しい制限となる。

ここで、判例が「担保価値の維持」という問題について、どのような状況にあったか想起したい。すなわち、判例は担保価値を害する行為に対する「実体法上の対処手段が他に存在しない」という共通の前提を有していたこと（第 1 - II - 2 - 2）を参照すれば、上記の不作为義務がその機能を発揮し得るとしても、その制約が実際に働く場面はかなり限定されたものとなるべきである。

したがって、質権者は設定者の債権に関するあらゆる行為を制限し得るものではなく、設定者の行為によって質入債権の価値が害されない場合にはこの行為を制限し得ない。たとえば、質入債権の保全行為、すなわち、質入債権の消滅時効を中断させるため、設定者が質入債権の存在確認訴訟を提起すること（昭和 5 年判決）、あるいは、設定者が債務の承認を請求する趣旨で催告を行うこと（昭和 12 年判決）までは制限できないのである。また、質入債権を譲渡しても、質権の随伴性によって、質権は譲受人に対抗されることになるので、質入債権からの優先弁済が害されることはなく、譲渡のような法的処分が制限されることもないのである<sup>81)</sup>。

---

80) 前掲第 2 - I の 1 (1) から (2) の学説の展開状況をみれば、権利の質入れとは、当該権利そのものが設定者から移転するのではなく、当該権利の上に新たな権利を設定することと理解すべきであろう。

81) 問題は、被担保債権が質入債権を大幅に下回るような場合に、設定者が質入債権の残余価値を利用すること（取立てや相殺すること等）ができるのかということである。一方で、これを認める立場として、石田文次郎『担保物権法論下巻 [3 版]』（有斐閣・1936 年）524～525 頁が存在する。しかし、林・前掲注 63）358～359 頁 [林] は、担保物権の不可分性及び第三債務者の資力低下の可能性を指摘して反対している。従来の債権質権に関する判例（大正 15 年判決、平成 11 年決定、平成 18 年判決）は、既にみたように、いずれも被担保債権が質入債権よりも高額な事案であった。このような事案では、設定者が少しでも質入債権を害すれば、この債権の担保価値は失われるのであり、設定者の

## 2 不作為の性質を有する義務の許容性

このような不作為義務が優先弁済的効力を根拠として課されるとして、この義務の性質をどのようなものとして理解すべきであろうか。本稿では、これまで優先弁済実現の必要性という点から、優先弁済的効力を根拠として不作為義務の存在や内容を導出してきた。そこで、次に、このような義務の導出が担保物権法制度の中で許容される得るものなのか検討する。

ここでは、上記の不作為義務の法的性質を論じるために、このような義務を課すことが法的に見て、どのような規範と理解することができるのかという観点から検討する。そのため、法律学における規範に関する一般的理解を前提として、担保価値維持義務という不作為義務の性質を分析していく。

### (1) 行為規範の内容

まず、法規範は、①人の行為自体に直接関係する行為規範、②人の行動の基礎や手段たるべき社会組織や法律制度について定める組織規範に分類されることが一般的である<sup>82)</sup>。そして、これらの規範に③裁判規範を加え、三者の重層構造をもって法規範が理解されている。この行為規範は「～しなければならない」または「～せよ」と禁止・命令の形式をとる。すなわち、人の行為を禁止する規範（禁止規範）や人に行為を命令する規範（命令規範）が含まれてい

---

質入債権に対する処分権限は完全に制限されなければならない。しかし、質入債権に多くの残余価値が残るような場合にも同じように考えるべきなのか。指名債権質権が要物性を欠き、抵当権的な性格（非占有担保的な性質）を有すると評価されるようになって以上、抵当目的物の利用があらゆる場合に抵当権侵害とならないように、質入れされた指名債権を利用する余地があるか否かを改めて検討する必要があるのではないかと思われる。これは今後の課題として、本稿ではこれ以上は立ち入らない。

82) このような分類は、田中耕太郎『法律学概論』（学生社・1953年）309～312頁で示されて以来、私法学の世界でも用いられるようになったといわれ（星野英一『法学入門』[有斐閣・2010年] 84頁注19を参照）、伝統的な分類として採用されている。たとえば、五十嵐清『法学入門〔第3版〕』（悠々社・2005年）34～41頁、齋藤信幸編『現代社会における法学入門〔第3版〕』（成文堂・2013年）7～8頁〔齋藤信幸〕。

るのである。

加えて、行為規範の中には、禁止や命令の形式をとらない規範も存在している。たとえば、民法 206 条は「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」と規定し、命令・禁止の表現を含んでいない。このように、一定の権限を明らかにしている規定は許容規範と呼ばれている<sup>83)</sup>。行為規範に含まれる各規範のうち、特に、本稿の内容と関連する禁止規範及び許容規範について、所有権の場合を例として具体的にみると、以下のようになる。

## （2）所有権に関する行為規範の具体的内容

所有権者は所有物の使用、収益、処分の権利を有しており（民法 206 条）、所有権は絶対性を有するので、これらの権能を有することは基本的に何人に対しても承認され、この権利が侵害されてはならない。したがって、所有権者に一定の権利を認める反面で、所有権者以外の者に対しては所有権を尊重すべき義務が課されるのである（所有権者の使用、収益、処分を妨げない義務が生じる）<sup>84)</sup>。この場合、所有権者以外の者には所有権の権能を妨げる行為を禁ずる「不可侵義務」が課されているのであり、このような義務を課す規範が禁止規範といえる<sup>85)</sup>。このような禁止規範としての不可侵義務は所有権に

---

83) 五十嵐・前掲注 82) 35～36 頁及び齋藤・前掲注 82) 8 頁がこのような理解を示している。

84) 五十嵐・前掲注 82) 36 頁及び齋藤・前掲注 82) 8 頁〔齋藤〕が所有権について本文のような義務を認めている。

85) 禁止規範としての「不可侵義務」を明示するものとして、たとえば、石田剛ほか『民法Ⅱ 物権』（有斐閣・2010 年）2 頁〔石田剛〕が物権の絶対性との関係でこの義務を認めている。その他にも、山本敬三「基本法による権利の保障と不法行為法の再構成」季刊企業と法創造 7 巻 3 号（早稲田大学グローバル COE、2011 年）73～74 頁がこの義務を明示し、野村豊弘『民法Ⅱ 物権〔第 2 版〕』（有斐閣・2009 年）4 頁は、土地に地上権が設定された例で、土地所有者が地上権者に対して「物権である地上権の行使を妨げてはならないという消極義務を負う」ことを認める。



についてのみ語られるものではない。物権には絶対的・対世的効力が認められるため、物権は万人から尊重されるべき不可侵の権利であるとされ、第三者には原則的に物権について「不可侵義務」が課されるのである<sup>86)</sup>。

このような不可侵義務が認められるため、所有権者は自己の所有物の使用、収益、処分が承認されているにも関わらず、これらが害されることがあれば、その確保のために物権的請求権を有するのである（民法 197～199 条及び 202 条 1 項からの勿論解釈）。このように所有権者の使用、収益、処分とそれらを妨げる者に対する物権的請求権の存在を認める規範が許容規範である<sup>87)</sup>。

### (3) 担保物権に関する行為規範の具体的内容

i) 抵当権について      そして、抵当権も制限物権であり、所有権と同様に

---

86) 物権一般に不可侵義務を認める立場は民法の起草者の一部も認めていた。すなわち、物権の本質を権利の享受を妨げざるべき普遍的な不作為義務と理解するフランスのオルトランの説を前提として、物権のような「対世権ニ対スル一般ノ者ノ消極的義務」が認められている（富井政章『民法論綱人權之部上』[岡島宝文館・1890 年] 5～15 頁[特に、6、9、12 頁]を参照）。これは、19 世紀から 20 世紀にかけてフランスで展開されたベルソナリズム（物権の概念規定を見直すことで、物権と債権の古典的な区別を否定しようとする一連の流れ）の嚆矢ともいわれる学説を前提としたものであった。その後も、物権の絶対的性質から不可侵性を承認し、不可侵義務を明言する立場が登場し（末弘巖太郎『物権法 上巻』[有斐閣・1931 年] 19～20 頁及び 37～38 頁、我妻・前掲注 53) 10 頁、末川博『物権法』[日本評論社・1956 年] 16 頁及び 35 頁も同様の方向である）、また、物権を「万人に対する不作為請求権」と理解するドイツのヴィントシャイトの見解も紹介された（奥田昌道『請求権概念の生成と展開』[創文社・1979 年] 30 頁及び 92 頁等を参照）。そのため、学説の多数が、「物権は、物権者以外の不特定多数の一般第三者に対し、これを侵害してはならないという義務－不可侵義務－」を負わせる権利であるという理解を念頭においていると述べられ（舟橋諄一『新版 注釈民法（6） 物権（1）』[有斐閣・1997 年] 5 頁[舟橋諄一]）、現在も、絶対性との関係において、物権一般に権利者以外の者が負う「不可侵義務」の存在が承認されている（今村与一ほか『ブリュメール民法 2 物権・担保物権法〔第 3 版〕』[法律文化社・2005 年] 3 頁[松井宏興]、松尾＝古積・前掲注 12) 10 頁、七戸克彦『基本講義 物権法 I 総論・占有権・所有権・用益物権』[新世社・2013 年] 7 頁、さらに、注 84) 及び 85) で掲げた文献も参照）。

87) 山本・前掲注 85) 74 頁の表を参照。

物権に含まれる。そこで、抵当権について、上記のような各規範の働きを見ると、次の通りである。まず、抵当権は担保目的財産である不動産から「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」（民法 369 条 1 項）。したがって、抵当権の効力を対抗される者は「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける」ことを侵害してはならず、優先弁済を妨げない不可侵義務が課されるのである（禁止規範）。担保目的財産の価値を害することは優先弁済を妨げることになるため、担保目的の価値を害さないという不作為義務（担保価値維持義務）はまさにこの禁止規範そのものといえるのである。

同時に、抵当権者は上記の通り優先弁済を受けることが可能であるので、この優先弁済を妨げないことを求める権利（物権的請求権）が許容されるのである（許容規範）。平成 11 年判決や平成 23 年判決では、抵当権設定者の妨害排除請求権や確認請求権を代位行使する前提として、不作為の除去を求めるため担保価値維持請求権（物権的請求権）を認めざるを得ない状況にあり、また、平成 17 年判決では、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権（物権的請求権）が承認された。これらの事案は、まさに上記の許容規範（優先弁済を妨げないことを求める権利＝物権的請求権の承認）が機能した具体的な場面といえる。

ii) 債権質権について　これに対して、債権質権も抵当権同様に制限物権であるものの、抵当権の場合と異なり、上記のような許容規範の機能を必ずしも前面に出す必要がなかった。まず、権利質権者は担保目的財産から「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」（民法 362 条 2 項が準用する民法 342 条）。したがって、権利質権の効力を対抗される者は、質権者が「自己の債権の弁済を受ける」ことを妨げることを禁止され、抵当権の場合と同様に、優先弁済を妨げない不可侵義務（＝質入債権の担保価値を害してはならない不作為義務）が課されるのである（禁止規範）。

平成 18 年判決は物権的請求権を判示の前提としておらず、まさにこのような禁止規範の機能を前提としたと思われる。つまり、この判決で問題となった設定者（実際には設定者の義務を承継する管財人）の充当合意は、質入債権の

担保価値を害してはならない不作為義務に反するものであった。設定者はこの義務に反しない限りでしか処分権限を保有せず、不作為義務に反する処分権限の行使は質権者に対抗できない。そのため、不作為義務に反する充当合意の法的正当性は失われ、「法律上の原因」がない（民法 703 条）と判断されたのである。したがって、平成 18 年判決のような債権質権の事例では、物権的請求権を持ち出すまでもなく、質入債権の消滅行為が禁止規範に反するか否かを問題とすればよかったのである<sup>88)</sup>。

もちろん、債権質権をはじめとした権利質権についても、前記の抵当権の場合と同様に許容規範を論じる可能性はある。つまり、権利質権者は優先弁済を受けることが可能であるので、この優先弁済を妨げないことを求める物権的請求権が許容されると考え、その請求権に対応する義務として、設定者らに担保価値維持義務が課されると理解する考えも存在するかもしれない。

しかし、前述の通り、物権的請求権の行使として質入債権の消滅を回復する請求を行うことは困難である（第 1 - II - 2 - 3）。その上、平成 11 年判決や平成 23 年判決のように、代位訴訟の前提として、やむなく設定者に対する請求権を承認する必要があった事案であればともかく、平成 18 年判決では、原告が不当利得返還請求権を行使しているので、あえて設定者に対する物権的請求権を承認する必要性は乏しい。そのため、不当利得返還請求の要件の中で、担保価値維持義務に違反する行為の効力がどのように扱われるかに重点が置かれていたのであった。そうであれば、債権質権の領域において、質入債権の消滅・変更行為がなされた場合に、常に物権的請求権との関係で担保価値維持義務を理解するべきであるとはいいがたいのである。

ここで債権質権に関する学説に目を転じると、前述のように、学説も質入債権の消滅・変更行為の問題について拘束力を認め、この効力の結果として質入

---

88) 平成 18 年判決の調査官も、担保価値維持義務とは行為を否定する規範である旨を指摘している（谷口・前掲注 11）の 308 頁参照）。

債権の消滅・変更が禁じられる旨の説明を行っていた。このように学説も物権的請求権という概念を前提として拘束力を承認するという理解を採用していなかった。この点からみても、上記のような禁止規範とみる法律構成が説得力を増すといえよう。

そもそも、平成 11 年判決は担保価値維持義務を明示はしていない。しかし、「抵当不動産を適切に維持管理すべき義務」があることを当然の前提とすると、このような義務の承認は当時の学説状況からみて、反発を招く可能性があったので、「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」との表現で義務を導く地ならしをしたといわれている<sup>89)</sup>。そうであれば、担保価値維持請求権を認めた平成 11 年判決ですら、その法律論として、義務の存在が請求権の承認に先立っているとすれば、物権的請求権という概念にとらわれず、前記の通り、担保価値維持義務による一般的な制約を認めるべきではなかろうか。

### 3 具体的場面における義務の有無に関する検討

#### (1) 検討すべき事項

これまで「担保価値の維持」という問題の理論的な枠組みについて述べてきた。本稿で確立したこの理論枠組みが各論的な場面においても応用・適用可能なものであるか、この検討を経なければ理論としての正当性はないであろう。「担保価値の維持」に関する各論的な問題としては、冒頭でも指摘した通り、以下のものが考えられる。

まず、担保目的財産の種類・性質の違いに応じた担保物権毎の個別の問題が想定され得る。すなわち、本稿では指名債権質権のみを念頭に検討したものの、その他の権利質権も存在しており、指名債権質権と同様に占有要件が希薄化した権利質権（知的財産権、電子記録債権、株券の存在しない株式等を目的とする質権）についても、これらの権利の担保価値が失われる場面において、本稿

---

89) 奥田・前掲注 26) 34 頁を参照。

の試論が応用可能であるのか検討する必要がある。また、質権は証券的な債権を目的とする権利質権も存在し、その上、有体物を目的とする物上質権も存在している。これらに対する本稿の枠組みの応用可能性も検討の必要があろう。さらに、本稿では、抵当権について一部論じているものの、上記の試論について、抵当権に応用可能か否かの十分な検討までは行ってこなかった。したがって、抵当権への理論の応用可能性を考察することも必要となる。

仮に、このような各種の約定担保物権について、上記の理論枠組みが応用可能であるとしても、本稿の冒頭で述べたような各担保物権毎の具体的な問題点について、本稿の枠組みが妥当するか否かはさらに検討の必要がある。たとえば、担保価値維持義務と関係する問題として、条文上は期限の利益の喪失（民法 137 条 2 号、3 号）という制度が存在している。次に、約定担保物権全体で担保価値維持義務との関係が議論される問題として、増担保、転質や転抵当という問題が想定される。そして、質権に固有の問題としては、これまで述べてきた質入債権の消滅・変更行為の問題が存在するが、加えて、設定者が具体的に質入債権をどの範囲で処分可能であるのか（優先弁済を害さない範囲での取立てや相殺等の可否）という問題も存在する。また、抵当権に固有の問題として通知義務の存在が議論され、さらには、破産の場面においても、将来債権譲渡担保における設定者の担保価値維持義務が設定者破産の際にどのように取り扱われるか、先取特権にも担保価値維持義務を認め得るか等も問題となっている。このような多くの個別問題群の全体で、上記の理論枠組みを背景として、矛盾なく妥当性ある解決をなし得るのか、この枠組みを具体的事例に適用することの妥当性に関する検討が必要となる。

以上のように、他の担保物権に本稿の理論枠組みを応用する可能性（応用の可能性の問題）、そして、具体的問題点に本稿の理論枠組みを適用する妥当性（適用の妥当性の問題）を検討する必要があるものの、本稿ではこれら全てを扱うことができない。したがって、ここでは、前者の問題として抵当権における理論の応用可能性を、後者の問題として担保価値維持義務と抵当目的物に関する

通知義務の問題を簡単に検討することにする。

## （2）抵当権への理論枠組み応用の可能性

では、まず抵当権の領域に本稿の理論枠組みを応用し得るかという点について検討する。

そもそも抵当権は非占有担保であり、担保目的財産の占有は設定者に委ねられている。設定者は当該財産の所有者であるので、自己の財産を使用、収益、処分することが認められている（民法 206 条）。この権能は権利濫用にわたらない限り、絶対不可侵であることが原則である（所有権絶対の原則）。そうであれば、設定者（＝所有者）の財産に対する利用や処分等への介入には、債権の場合以上に慎重であるべきといえる。このような観点からみると、抵当権者が担保価値維持義務違反を問い、設定者の行為を禁止する余地はないかのようにもみえる。

他方で、抵当権の場合、担保目的財産である不動産は設定者の手元に存在し、抵当権者の目ごとにくく、この財産の価値が損なわれやすいという点で、債権質権と同種の問題をはらんでいるのである。そこで、担保目的財産について、抵当権者が把握した価値を維持し、その財産から優先弁済を実現するという機能を無にすべきでないという要請は抵当権の場合も債権質権と同様であるといえよう。そうであれば、抵当権設定者に担保目的財産の価値を害さない不作為義務を課すことにより、優先弁済の実現を保障する必要性は高いといえる。

また、抵当権については、上記のとおり、設定者に使用、収益、処分が委ねられる結果として、担保目的となった不動産を通常の範囲で使用、収益、処分し、仮に、それらが目的不動産の価値を下落させる行為であっても、学説・判例では<sup>90)</sup>、抵当権の侵害とは認められてこなかった。たとえば、目的不動産である家屋に居住し続け、ある程度汚損することや目的不動産である山林の樹

---

90) たとえば、学説としては我妻・前掲注 2)『新訂担保物権法』383 頁があり、判例としては大判昭和 3 年 8 月 1 日民集 7 巻 671 頁がある。



木を通常の範囲で伐採することは認められているのである。

しかし、逆にいえば、目的不動産の交換価値を減少させ、その回復の見込みがないならば、抵当権の侵害となるということである<sup>91)</sup>。したがって、目的不動産に対する回復不能な価値の減少を生ずる設定者の使用、収益、処分行為は制限されるべきである。このような目的不動産の価値の減少行為に対しては、抵当権者も介入可能であるとみななければ、目的不動産が無に帰し、優先弁済が受けられないからである。

このように抵当権の領域においても、優先弁済的効力を法的根拠として、設定者等に担保目的財産の価値を害してはならないという不作為義務（前記の通りの禁止規範）が課されているとみてよいのである。したがって、一応は、抵当権の領域においても本稿の理論枠組みを応用することができるといえるのではないか。

### (3) 通知義務の問題に関する理論枠組み適用の妥当性

次に、担保価値維持義務と抵当目的物に関する通知義務の問題について、本稿で示した枠組みを適用すると、どのように評価できるかを示していく。

そもそも、銀行実務では抵当権の設定を受ける際に、土地の賃貸人が借地契約を解除する時点で抵当権者に通知する旨の念書を求めることが少なくないといわれる。これは、賃借人の賃料不払い等による借地契約解除の場面で、賃料の第三者弁済（民法 474 条 2 項）あるいは代払い（民事執行法 188 条、56 条）の機会を確保するためである<sup>92)</sup>。上記のような念書によって敷地所有者が抵当権者に対して通知義務を負う場合、同義務が懈怠されたまま借地契約が解除

---

91) たとえば、大判昭和 11 年 4 月 13 日民集 15 卷 630 頁がこの点を指摘している。

92) 以上を指摘するものとして、宮崎隆博「借地上の建物に設定された抵当権の担保価値を維持する義務について」銀行法務 21 No. 703（2009 年）10 頁、高橋寿一「判研」金融・商事判例 No. 1373（2011 年）8 頁、片山・前掲注 8）「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務」282 頁を参照。

された事案において、事前の通知義務に違反した敷地所有者が損害賠償の責任を負う場合があることを判示したものとして、最判平成 22 年 9 月 9 日判例時報 2096 号 66 頁がある。学説には、この問題も担保価値維持義務の延長線上に位置付ける理解を示すものがある<sup>93)</sup>。

しかし、借地上に建物が建設され、同建物に抵当権が設定された場合、借地契約につき債務不履行解除や約定解除がなされたとしても、抵当権者は土地の賃貸人（敷地所有者）に対して自己の抵当権を主張できない。なぜなら、建物の抵当権者は「建物の敷地の所有者に対する関係においては建物所有者の有する権利以上の権利を享受すべき理由がないから、建物所有者がその敷地を占有し得る権原を有せざるに至つたときは、建物抵当権者もまた土地所有者に対しては該建物の収去を拒み得なくなることは已むを得ない」からである（高松高判昭和 31 年 2 月 9 日高民 9 巻 1 号 7 頁）。したがって、上記のような事例で、解除により借地権が消滅しても、抵当権者は自己の抵当権を主張できない以上、土地の賃貸人（敷地所有者）による解除行為そのものは、抵当権の優先弁済の効力を害することはなく、担保価値維持義務に反しない。このように解除行為を行うことが適法に認められる以上、これを抵当権者に通知しないことが当然に担保価値維持義務違反となるとみるべきではなく、これは念書によって特別の通知義務を課されていることが根拠となるのではなからうか（契約上の義務の問題）。

こうして本稿の理論枠組みからみれば、この通知義務の問題は担保価値維持義務の問題ではなかった。もちろん、本稿の冒頭にも示したように、契約によって担保価値維持義務を生じさせることは可能である。したがって、こうした契約条項も含めて、広い意味でいえば「担保価値の維持」という問題に含まれる事例ではあるかもしれないが、少なくとも、担保物権の効果との関係で、当然

---

93) 片山・前掲注 8)「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務」308～311 頁を参照。

に担保価値維持義務が課され、その内容として、通知義務が生じることはないということである。

このような切り分けを行うことは、上記の設例でいえば、土地の賃貸人の自由な土地の使用、収益、処分に当然に介入することができる場合があるのか（あるいは、そういった場合はありえないのか）、財産の利用と担保権者の優先弁済の実現のバランスを調整し、担保目的財産の価値を把握するに過ぎない担保権者がどこまで実際の財産の利用や処分等に介入できるのかを明らかにすることになる。これは財産に対する自由を保障し、担保権者の過剰な財産への介入を阻止するだけでなく、逆に、担保権者の介入がどこまで可能なのか（優先弁済実現のためにどこまでの行為に及ぶことができるのか）という許容範囲を示すものでもある。したがって、このように担保価値維持義務が争点になる個別問題について各論的な検討を行い、本稿の理論枠組みに基づくバランスのとれた妥当な切り分け（当然に担保価値維持義務が生じて介入が許されるのか、そうでないのか）を示すことでこそ、枠組みの正当性が示されよう。

#### 4 小 括

以上のように、担保価値維持義務は物権的請求権を前提とする概念ではないため、抵当権や債権質権のような担保目的財産の占有が観念できない担保物権について、「担保価値の維持」が問題になる場合、その問題は物権的請求権の枠内にだけ収まるものではなく、より一般的な概念との関係で理論づけなければならなかった。

そこで、抵当権・債権質権に共通する概念として優先弁済的効力が観念され、この効力によって優先弁済が実現されるには、たとえば債権質権であれば、その実行時点で質入債権の価値が維持されていなければならない、個別執行や包括（一般）執行手続にみられるような財産の確保制度が必要となる。そのため、優先弁済的効力の概念規定として、優先順位での弁済を受けるという効力にとどまらず、担保目的財産の価値把握や把握した価値の維持まで含む必要があった。

そうであれば、優先弁済的効力との関係において、担保目的財産の価値を害する設定者等の行為は制約されるべきであった。すなわち、この効力は担保物権の効力であり、担保物権も物権としての絶対性を有する以上、この効力から認められる優先弁済の実現は担保権者以外の何人も害することができないのである。そうであれば、担保物権を対抗される者に不作為義務という制約（禁止規範）が課されていると理解することが可能であった。

よって、担保価値維持義務は優先弁済的効力を根拠とした不作為義務の性質を有するものであり、判例上問題となった事例もこのような義務との関係で整理することが可能であり、「担保価値の維持」という判例で定着した問題は優先弁済的効力という理論枠組みによって概念構成することが可能であった。

そして、この枠組みは抵当権にも応用することが可能であり、上記の枠組みからみれば、第三者の土地上に存在する建物の抵当権者に、土地の賃貸人が賃貸借契約解除の際に通知すべき義務は契約上の義務の問題であり、担保物権の効力との関係で課される当然の制約ではない（よって約定がなければ認められない義務）と考えることになる。

## おわりに

### I. 総 括

本稿は債権質権の要件と効果の関連性を検討し、債権質権制度全体の仕組みを明らかにする研究の一環であった<sup>94)</sup>。そこで、本稿では、効果面の問題と

---

94) なお、債権質権制度の要件面と関連して、権利質権における「占有要件の意義」という点で、次のことが指摘できる。まず、債権質権や特別法上の権利質権が要物性を欠いているということは既に本稿で簡単に紹介した。このような傾向は徐々に進展してきた。すなわち、有体物を生み出す第1次、2次産業の時代を経て、無体物が多様化し、証書のような有体物を前提としない権利（知的財産権等）が登場し、また、

して、権利質権のうち民法上に明文規定を有する指名債権質権を対象として、その担保目的財産である質入債権の「担保価値の維持」という問題をどのような理論枠組みで捉えるかを検討してきた。

この問題について、まず第1で以下の点を確認した。すなわち、抵当権及び債権質権に関する判例を検討したところ、いずれの判例も優先弁済的効力との関係を示すという共通点が存在した。同時に、判例の相違点として、物権的請求権を認める事例とそうでない事例に分かれた。これらの点から、担保価値維持義務が担保価値維持請求権の存在を前提とする概念ではないことが想定され、「担保価値の維持」という問題は、物権的請求権概念という理論枠組みではなく、判例に共通する優先弁済的効力を根拠として位置付けるという概念構成の方向性を確認したのである。

このような方向性を前提として、次に、第2では「担保価値の維持」に関す

---

有価証券もIT化の進展と連動して証券のペーパーレス化が進行している。こうした要物性の喪失傾向は今後一層進むことはあっても、急激に後退することはないであろう。そうであれば、権利質権の領域における要物性の喪失現象はますます進行する可能性が想定され、権利質権全体が非占有担保化していくことは否定し難い。そして、現実での担保の設定方法についてみると、まず担保目的となる財産が存在し、それを前提として、どの担保物権を設定するか決定される。そうであれば、約定担保物権を占有要件の有無で区別することは、現実的にみても、その意義が必ずしも大きいとはいえない。この点で、質権の母法であるフランス法をみれば、フランスでは占有の意義の後退がみられる（フランスでは担保物権の大きな分類として、占有要件の有無ではなく、担保目的財産の性質に頼るようになったことについて、原謙一「フランス法における債権質権－債権質権における占有を中心として－」横濱法学第22巻第1号〔2013年〕114～116頁を参照）。これらの点からみると、占有による区別よりも、むしろ、担保目的財産の性質を基準として約定担保物権を区別する方が適切とはいえないだろうか。このような区別・分類に沿った具体的な制度を用意することは、諸財産を担保としてより効率的に利用することを可能とし、同時に、制度が現実の利用方法に即し、利用者にとってわかりやすく、アクセスしやすいものとなるように思われる。このように、占有に拘泥しないことが、今後の権利質権制度の機能的な設計に資すると思われるが、この点は別の機会に詳細を述べることにする。

る具体的な理論枠組みのあり方を検討した。はじめに、債権質権者への優先弁済を実現するために、執行法と同様に財産確保の制度が必要であることを確認した。そして、この制度を民法上で実現するため、設定者等の処分権に一定の制約が課されることが必要であるところ、この制約の内容について、判例の検討が示す概念構成の方向性に沿った検討を行った。

すなわち、優先弁済的効力に着目し、この効力が質権の実行段階のみで機能するものではなく、担保価値の把握と把握した価値の維持を含む概念であることを前提であるとみれば、この効力を法的根拠として、質入債権の価値を害してはならないという不作為義務が課され、このことによって設定者や第三債務者の処分権限が制約されるのであった。質入債権の価値を維持することを議論してきた債権質権に関する学説や最高裁が担保価値維持請求権を判示する以前の債権質権に関する判例を参照すると、上記の義務が質権実行の前後を問わず、課されるものであることは説得的であった。

さらに、債権質権も担保物権であり、物権としての絶対性を有することからすれば、債権質権者に優先する権利者以外の何人も質権者の優先弁済的効力を害してはならないことになる。このような質入債権の不可侵という禁止規範を課されていることこそ、前記の不作為義務（担保価値維持義務）の法的性質といえることができるのである。

よって、この不作為義務に違反する範囲で、質権設定者の処分権限は制約され、権限なく行われた取立てや弁済、また、実質的な弁済である相殺や平成 18 年判決のような充当合意等の質入債権の消滅・変更行為は、その法的正当性を維持し得なかった（それゆえ、平成 18 年判決は充当合意が「法律上の原因」を欠くと判断したのである）。これに対して、担保価値維持義務違反の行為が債権の消滅ではなく、不動産の占有によるものであれば、義務違反を排除するには不動産上の妨害排除が必要となる。したがって、平成 11 年判決では担保価値維持請求権を被保全権利とした妨害排除請求権の代位行使がなされ、平成 17 年判決では抵当権そのものから妨害排除請求権が認められた。



本稿の示した理論枠組みによれば、上記のように従来の判例を整理することができるものの、このような枠組みは、個別の問題領域における応用の可能性や適用の妥当性が検討されてはじめて、正当性が認められ得る。本稿では、基本的に指名債権質権を前提として理論枠組みを示したものの、各所で抵当権に関する議論も行った。そのため、上記の枠組みを抵当権に应用可能であるか、また、抵当権の領域で問題となる通知義務と担保価値維持義務の関係という各論的な点に本稿の枠組みが妥当性ある切り分けを示すことができるかについて具体的な検討を行った。

この点、担保目的財産の価値を維持する必要性は抵当権についても同様であり、優先弁済的効力を根拠として、禁止規範の性質を有する不作為義務を觀念することが可能であることを示した。このことは、本稿の理論枠組みが指名債権質権の分野に限定される特殊な概念ではないことを示している。つまり、抵当権は同じ約定担保物権であって、かつ、担保目的財産の非占有という点で指名債権質権との類似性を示している。本稿の枠組みは、この抵当権の領域に应用可能であるという柔軟性を持つものであり、指名債権質権と同様に要物性を欠く、特別法上の権利質権との関係でも、この理論枠組みが及び得る可能性を示唆しているのである。これは多くの特別法上の権利の担保の問題をみる際に、債権質権制度が固有の意義を有すること（一般法上の制度として理論借用の基礎となるという存在意義）が示されたといえよう。

加えて、本稿では通知義務の問題は上記の規範の問題ではないことを示した。これは各担保物権に固有の個別の問題点について、担保物権の効果との関係で当然に担保価値維持義務を負うか否かという切り分けを示すものであり、重要な意味を有する。すなわち、設定者は担保目的財産の権利者であるため、この財産に対する処分権限を有するところ、この設定者の権限の行使に介入し、優先弁済を確保するのが担保価値維持義務である。したがって、「担保価値の維持」は設定者の財産権の保障と担保権者の優先弁済の確保のバランスを調整する原理として極めて重要性が高い。そうであれば、この調整原理を支える理論

枠組みを明らかにし、その上で、個別の各論的な問題点について、担保権者が設定者の財産に介入し得る事例か否かを明瞭かつ適切に分類することは、「担保価値の維持」という問題の本質をクリアにし、これを正確に位置付けることになるのである。したがって、本稿の枠組みからみて、担保価値維持義務が認められないことが明らかな問題については、実務上、契約によって、丁寧にこの義務に関する条項を定めることが必要不可欠となることを明らかにすることができたと考える。

このように、設定者の財産の処分権限の範囲とその限界を考察することは、担保権者の権利の範囲とその限界を探ることと表裏の関係にあり、理論的にも、また、実務における適切な資金調達の実現という意味でも、重要な視点を与えるものといえる。このことは、物上質権制度の準用に頼らず、債権質権制度を明確なものとするものであり、債権質権制度へのアクセスの容易性を高め、その活用を促すことが期待できる。また、多様化する無体物を今後の民法でどのように扱い、これを支える民法の基礎理論はどうあるべきかが探求される中で、本稿の検討は無体物の担保的な利用という側面において、今後の無体物に関する制度の発展に向けた議論の基礎を提供することにもなるのではなかろうか。

## II. 残された課題

もっとも、本稿で示した理論枠組みが多くの約定担保物権に応用され得るか、また、この枠組みが、各担保物権で争われる個別の問題点について判例上の担保価値維持義務の問題か否かを適切に切り分け、妥当な解釈を導き得る基準となるかという各論的な検討は本稿では十分に行えなかった。そこで、これは残された今後の検討課題とする。

また、本稿では、もっぱら日本法上の解釈論としての理論枠組みを提示してきた。これが、上記のような各論的な問題点の検討を経て、正当化されるべきことはもちろんであるとしても、優先弁済的効力との関係において一定の義務

による制約を課すという構成は必ずしもこれまで語られてきていない以上、そもそも、各論的な検討以前に、理論枠組みとしての正当性をさらに高める必要がある。

その意味では、質権の母法といわれるフランス法における状況を確認することも必要である。すなわち、フランスにおいては、債権が質入された旨の通知が第三債務者に対してなされることで、質入債権の処分禁止という拘束が生じるといわれている。このような質入債権の支配状態を債権の占有とみれば、これを前提として債権質権にも留置的効力を認め得ることになる。他方で、破毀院の判例は債権にこの効力を認めておらず、現行のフランス民法も明文で債権質権にこの効力を承認していない。むしろ、質権者が設定の通知後に質入債権の弁済を受けることが可能となることを認めたのであった（フランス民法典 2363 条 1 項）。これが弁済を受ける権利であるとみれば、日本法上の取立権（民法 366 条 1 項）とも類似する権利が認められたことになろう。

もっとも、法制度の違いゆえに、このようなフランスにおける状況をただちに日本法に対応させることはできないとしても、両国において、どのような観点から質入債権を維持・確保する仕組みが採用されているかに注目し、そして、その仕組みの果たす機能に着目して制度を比較することは可能である。そのため、フランスの法制度やその運用状況を日本法と比較・参照することで、質入債権の「担保価値の維持」という日本法上の問題について、その理論枠組みをより正当性あるものとして確認することも今後の課題である。

そして、質権の種類が多様であり、その活用も盛んであるといわれているフランスの質権制度<sup>95)</sup>を参照することは、フランス同様、日本の権利質権制度

---

95) フランスにおける質権の多様性を指摘するものとして、フィリップ・デュピショ（吉井啓子訳）「物的担保法の経済的効率性」慶應法学第 15・16 合併号（2010 年）164 頁があり、フランスにおける質権の活用状況を示すものとして、原・前掲注 94）124 頁注 63 及び川瀬真・原謙一「知的財産権を用いた資金提供・調達に関する実態調査の結果と今後のあり方について」横浜法学第 23 巻第 1 号（2014 年）92～97 頁を参照。

を活性化させる可能性を見出すことになるのではないかと考える。もっとも、この点についても本稿では論じきれないため、後日の課題とする。