

賃料債権に対する抵当権者の物上代位について（二）

——物上代位の公示と第三者との関係をめぐって——

太 矢 一 彦

目 次

一 はじめに

二 沿革小史

1 ボアソナード草案・旧民法

2 現行民法起草者の見解

三 判例（裁判例）

1 物上代位一般に関するこれまでの主要な判例

（一） 大判大正四年三月六日、大判大正四年六月三〇日

（二） 大連判大正一二年四月七日、大判昭和五年九月二三日

（三） 最判昭和五九年二月二日、最判昭和六〇年七月一九日

2 質料債権に対する抵当権者の物上代位の裁判例

- (一) 質料債権の包括譲渡と抵当権に基づく物上代位の競合
- (二) 一般債権者の差押と抵当権に基づく物上代位の優劣
- (三) 抵当権による質料への物上代位と相殺(以上第四九号)

四 学説(以下本号)

1 抵当権に基づく物上代位の性質について

- (一) 従来からの抵当権者の価値把握概念を基礎として理論構成をする学説
- (二) 伊藤眞説
- (三) 三七一条適用説

(四) 新しい抵当権者の価値把握概念をもって物上代位を説明する見解

2 抵当権登記と物上代位の公示との関係について

- (一) 抵当権登記が物上代位の公示の働きを有するとする見解
- (1) 民法三〇四条の「差押」を抵当権の追及効と関連させて説明する見解
- (2) 民法三〇四条の「差押」を第三者保護の要件とする見解
- (3) 民法三〇四条の「差押」を手続上の要件とする見解
- (二) 抵当権登記と物上代位の公示を別に考える見解

五 検討

1 抵当権に基づく物上代位の性質について

2 物上代位の公示と民法三〇四条の「差押」の関係について

3 まとめ

六 結語

四 学 説

すでに述べたように本稿の趣旨は、賃料債権に対して、抵当権に基づく物上代位権を行使する者とその賃料債権について利害関係を有する他の債権者等との優劣について物上代位の公示を中心に考察を試みようとするものである。

そこで、特に最近の裁判において抵当権に基づく物上代位権者との間で利害の対立が顕著であった賃料債権の譲受人、賃料債権について差押をなした一般債権者、賃料債権について相殺を主張する者について裁判例とその批評を整理してみた。

その結果、まずほぼ全ての裁判例において共通に論じられたのは、民法三〇四条の「差押」の意義と物上代位の公示との関係である。つまり、まず民法三〇四条の「差押」が物上代位権の要件とされた趣旨についての検討がなされ、そのことを前提に物上代位の公示をどのように考えるべきかが問題とされたのである。

またそれぞれの利害関係人にしたがって各論的な議論が多くなされた問題としては、賃料債権の譲受人との関係では、将来債権の効力が問題とされ、未発生の賃料債権を譲渡した場合、その将来債権譲渡の効力およびその旨の通知の効力をいかに考えるかが争点とされた。一般債権者との関係では、【11】で問題となったように、物上代位権の設定行為にも債権の処分効力が及ぶのかという問題や、民法三〇四条の「差押」の意義についての解釈とも関係して、一般債権者の差押は、民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」にあたるかが問題とされた。そして相殺を主張する者との関係では、相殺についていわゆる無制限説をとった最判四五五年判決との関係で、民法三〇四条の「差

押」も一般の差押と同様のものと考えられるかが問題とされたのである。

本稿では、これらの各論的問題を考察するにあたっての前提となる民法三〇四条の「差押」と物上代位権の公示との関係に絞って検討してみたい。

本稿で取り上げたこれまでの裁判例からすると、民法三〇四条の「差押」の意義について【6】【7】が出されるまでは、【1】【3】【4】【5】【9】【10】【14】などほとんどの裁判例において動産先取特権に基づく物上代位について判示した五九年、六〇年の判例を引用するか、あるいはその趣旨を踏襲するような形で判断がなされていた。つまり、民法三〇四条の「差押」は、目的債権の特定性の維持と第三者の不測の損害を防止するところにその意義があるとされたのである。

しかし、【6】【7】と相次いで、民法三〇四条の「差押」の意義は、第三債務者の保護にあるとの、いわゆる第三者保護説に基づく判断がなされたことから、裁判上及び実務ではその方向で収束しつつある。⁽¹⁾

そしてこれらの判決からすれば、民法三〇四条の「差押」は、第三債務者との関係においてのみ意味を有することとなり、他の債権者等との関係では抵当権登記がその利害調整の役割を果たすものとされる。つまり抵当権登記が抵当権に基づく物上代位の公示の機能をも果たすものと解されたのである。

したがって、本稿ではこれらの判例が述べるように抵当権登記が物上代位権の公示の機能をも果たすかという点を民法三〇四条の「差押」との関係で検討してみたいのであるが、その際次の二つの観点に分けてこの問題を論じてみたい。まず、第一の観点は、抵当権に基づく物上代位の性質をどのように理解すればよいかについて考察する。つまり、賃料債権への物上代位を抵当権の効力の一内容とみることができるかが直接の問題となるのであるが、その際賃料債権についての物上代位権が、抵当権の非占有担保であるという性質とどのような関係にあるかを

考察してみる必要があると思われるのである。次に第二の観点として、不動産についての公示である登記が、賃料などの債権についての公示となりうるか、また公示になるとすれば民法三〇四条一項但書の「差押」の意義はどのように考えるべきなのかを検討してみたい。仮に、第一の考察において、賃料債権への物上代位権が抵当権の効力の一部であるといえるとしても、不動産についての抵当権の公示が、賃料などの債権についての公示になるとは当然にはいえないからである。そして、物上代位の公示と民法三〇四条の「差押」との関係について、これら二つの観点からの各検討を経たうえで、その結論をもとに民法三〇四条の「差押」の意義について論じてみたい。

1 抵当権に基づく物上代位の性質について

(一) 従来からの抵当権者の価値把握概念を基礎として理論構成する学説

物上代位権を、いわゆる価値権説の立場において説明する見解は、前記大正一二年の大審院判決に対する批判として鳩山博士により主張され、その後有力な学説によって支持されたものである。⁽²⁾

従来から主張されてきた価値権説は、抵当権が目的物の交換価値を把握する権利、いわゆる価値権であることを基礎とし、物上代位を次のように説明する。抵当権の目的物の交換価値が、何らかの理由において具体化した場合、その具体化された価値代表物に対して、抵当権の効力が及ぶのは当然のことであり、したがって物上代位は当然の規定と解される。⁽³⁾そして、⁽⁴⁾ 抵当不動産の賃貸料は交換価値の済し崩しの具体的な具体化とみるべきだから、それを物上代位の目的とすることは理論上不当ではないし、また実際上も、⁽⁴⁾ 抵当権は、その設定後の賃貸借または用益物権を覆滅する効力を有するが、その場合にも、その賃貸借ないし用益権の存続する限りその対価を優先弁済に充てるものとするにも意味がある。したがって、⁽⁴⁾ 抵当権は設定者から目的物の用益機能を奪わないことを特質とする

も、設定者がその用益権限を他人に与えることによって対価を生じた場合には、抵当権の効力をその上に及ぼしても抵当権の右の性質に反するとはいえないとされる⁽⁵⁾。

いわゆる抵当権価値権論に基づいて交換価値という従来からの価値概念を基礎とする学説は、このように賃料を交換価値のなし崩しのものと考ええることで物上代位を肯定するのであるが、なし崩しの実現という理論構成には特に抵当目的物が土地である場合に厳しい批判がなされた。

菅野教授は、非償却資産で造出が困難であるという特質を有する主たる不動産である土地を、仮に百年賃貸しても、交換価値がなしくずし的に減失するどころか、需給原則上の一方的需要超過のため、交換価値が増大の一途を辿っている事実は、なしくずし論と矛盾するものであり、また、借地契約を解約した時点で、賃貸期間に見合った交換価値の減額をもたらすのなら良いが、減損のない完全な所有権価額（いわゆる更地価額）に復帰する以上、なしくずし論は、少なくとも主たる財貨とされる土地には妥当しないと批判される⁽⁶⁾。

また伊藤眞教授は、賃料収入は、けっして不動産自体から生み出されるものではなく、また、時間の経過による交換価値の減少は、賃料の支払によるものでもない。そのことは、たとえ賃貸されないままの建物でも、時間が経過すれば、その交換価値が減少することからも容易に理解されるように、不動産とくに建物交換価値の減少が、その間に支払われる賃料に相応しているとはいえない⁽⁷⁾。また、賃料は不動産の存在を前提とするものではあるが、実際に賃料収入を得るためには、人的な組織や労力が前提になるものであり、所有者の経営努力の対価という性質をもつと批判される⁽⁸⁾。そして、その上で伊藤教授は次のように物上代位を具体的な交換価値の減価を補うものとならえ、なし崩し論の再構築的な理論を展開された。

(二) 伊藤眞説

目的不動産について賃借権が先行している場合には、賃料は、抵当権者が把握する不動産の価値のなし崩しの実現とはいえないが、すでに抵当権の設定登記がなされた不動産についてその後に賃借権が設定された場合には、結論が異なる。たとえば、評価額一億円の不動産に抵当権が設定された後に、当該不動産について対抗力ある短期賃貸借が設定されたとすれば、当該不動産の評価額はかなりの程度減少することが予想され、この減少の程度は、賃貸借に基づく賃料収入によって償われるものではないが、少なくとも、このような場合には、抵当権者の把握する目的物の交換価値が賃借権の設定によって減少し、設定者が賃貸人として受け取る賃料は、減少した交換価値のなし崩しの実現といえる性格をもつことは否定できないとされ賃料への物上代位を肯定される⁽⁹⁾。

しかし、この伊藤教授の見解に対しても、次のような疑問が投げかけられている。

抵当権者は(とくに賃貸目的の建物の建設資金を融資する場合などには)、最初から短期賃貸借の負担を受けることを予測して担保評価をなすべきものと解され、その限りでは、賃借権が抵当権に先行する場合と同様に賃借権の設定によって当初確保した抵当不動産の担保価値が下落したとはいえないのではないか。また、とくに、借家権の場合、執行裁判所にとって賃借権の対抗要件具備の時期を明らかにすることは著しく困難であり、抵当権と賃借権との対抗要件の具備の時の前後によって物上代位の可否を決定することは、実務上の困難を招来することになるのではないか⁽¹⁰⁾。また、不動産競売において抵当権設定前の賃借権は買受人に引き受けられるので(民執一八八条、五九条二項)、目的物の交換価値を決定するにあたっては賃料の額も計算に入れられることから抵当権によって把握されているのが目的物の交換価値だとしても、賃料がそれに含まれないとはいえない⁽¹¹⁾。

また、このように賃料債権への物上代位を、交換価値という価値概念をもって説明すること自体に対しても次の

ような指摘がなされている。すなわち、損害保険金のような、抵当目的物の交換価値が具体化されたとは必ずしも言えない場合にも、物上代位が認められていること、反対にドイツ法においても、またわが民法典でも、例えば、二四七条、九九九条および一〇〇一条が物上代位を定めていることから明らかなように、物上代位は担保物権に固有な制度とは必ずしも言えないものであり、従来からの価値概念をもって賃料債権への物上代位を肯定するのは困難ではないかとされる⁽¹²⁾。

以上のように、賃料を抵当目的物の交換価値のなし崩しの実現とみる見解にたいしては、厳しい批判がなされており、現在では、賃料についての抵当権者の物上代位を交換価値のなし崩しの実現として説明する見解はほとんど主張されていないといつてよい。また、その一方で、近時抵当権が非占有担保であるという性質を重視して、賃料債権への物上代位を否定的に考える見解が有力に主張されていたということも指摘しておかねばならない。

(三) 三七一条適用説

この説の代表的論者である鈴木教授によれば、賃料に対する物上代位を次のように説明される。抵当権は、その実行までは、目的物の使用・収益を設定者に委ねておく(三七一条一項本文参照)ことから、抵当権者が抵当権実行(競売開始決定)前に賃料請求権の上に物上代位することは、認めがたい。しかし、抵当権実行があれば、賃料請求権も抵当権の支配に服するに至ると解すべきで(三七一条一項但書)、その実行方法として物上代位の形がとられることは、民事執行法のもとにおいても、抵当権に基づく強制管理の制度が存在せず、競売完了までの賃料を抵当権者が収める他の方法が欠けていることにかんがみ、これを認めるべきであるとされる⁽¹³⁾。また川井教授も、抵当権が目的物の果実に効力を及ぼさないこと(三七一条)との調和、および抵当権設定者にできるだけ自由な経

済活動を許すことが望ましいことからみて、賃料債権には物上代位は及ばないと解される。⁽¹⁴⁾

三七一条適用説は、三七一条の規定する果実に賃料などの法定果実に含まれると解することで抵当権の非占有担保という性質を十分に活かすことを目的としたもので、論理的にも明快な見解であると思われるが、この見解について、次のようなことが指摘されている。

まず、このように賃料債権への物上代位を三七一条をもって説明する見解は、現行民法起草者の意思に反するとされた。つまり、現行民法起草委員の一人である梅博士は、民法三七一条一項は、天然果実のみを取り扱うものであり、賃料などの法定果実については、現行民法三七二条によって準用される三〇四条が適用されるとされ、したがって、少なくとも起草者の意思としては、抵当権の場合にも賃料が物上代位の対象となること、および民法三七一条にいう果実は天然果実のみを指し、法定果実は含まれないことが明らかであった。⁽¹⁵⁾

また、物上代位はまさしく担保物権の効力の及ばない物に対して担保物権を行使しうるようにするための制度なのであるから、民法三七一条を法定果実にも適用することによって賃料には抵当権の効力が及ばないとしても、それだけでは賃料債権への物上代位を否定する理由を説明しきっておらず、民法三七一条を法定果実に適用することによって当然に賃料への物上代位が否定されると解することには論理的な飛躍があるのではない。⁽¹⁶⁾

また、平成元年の最高裁判決においても、抵当権は、目的物に対する占有を抵当権設定者の下にとどめ、設定者が目的物を自ら使用し又は第三者に使用させることを許す性質の担保権であるが、抵当権のこのような性質は先取特権と異なるものではないとの理由が付されたように、⁽¹⁷⁾ 抵当権が非占有担保であるということから、論理必然的に賃料債権に対し物上代位は生じないとの結論はとり得ないのではないかとされる。⁽¹⁸⁾

(四) 新しい抵当権者の価値把握概念をもって物上代位を説明する見解

以上のように従来からの価値把握概念をもって抵当権者の賃料債権に対する物上代位を説明する見解も、又三七一条をもつて説明する見解も厳しい批判にさらされているなか、抵当権が価値支配を行っているという場合の価値の内容を、これまでの交換価値概念とは異なる形で把握していると理解することで、賃料への抵当権者の物上代位を肯定する見解が最近有力に主張されるようになった。

従来から担保権者が物上代位権を行使しうる根拠として、担保権の物権的性質を強調する特権説と、担保権の価値支配性を強調する価値権説とが対立していた。

従来から主張されてきたいわゆる価値権説では、なし崩し論という中間理論を用いるにしても、抵当権支配の内容として、抵当権者は賃料をも把握していると考えられたのであるが、特権説では賃料は、本来の担保権の支配内容ではないが、法律の規定によって特別に、担保権者が物上代位の目的物に対して権利行使をすることを認めたものと説明してきた。しかし、ここでみる見解は、抵当権の価値支配の内容を、これまでの価値権説が主張してきたように抵当目的不動産の交換価値に限定して考えるのではなく、また特権として、抵当権者に本来の効力とは別個の効力を特別に認めるものでもなく、⁽¹⁹⁾ 抵当目的不動産から派生する価値についてまでも、一定の場合には抵当権の価値支配の内容になると解するのである。

この見解では、そもそも価値権説の発想の根底には、本来の目的物に対して担保権の実行ができなくなった場合に、その交換価値が形を変えて存続しているときには、その価値変形物について担保権の行使を認めることが公平・妥当であるという考え方が存するはずである⁽²⁰⁾ という考えを基礎として、次のような利益考慮をもって、賃料債権についての抵当権者の物上代位を肯定する⁽²¹⁾。

つまり、具体的な利益状況からして、被担保債権の履行期が遅滞している以上、目的物が売却されてもやむをえない状態に陥っている抵当不動産の所有者にしてみれば、抵当権者が賃料債権に物上代位してきても、それによって本来取得すべき賃料収入が不当に奪われたというわけではなく、本来ならば失ってもやむをえなかった目的物の所有権を保持することができ、しかも競売による売却価格の目減りの危険や賃借人とのトラブルを回避することができるという点で、目的物自体について抵当権が実行される場合よりもはるかに有利であり、また賃借人とくに抵当権者に対抗することのできない賃借人にとっても、賃借不動産が売却されるよりもはるかに有利となる⁽²²⁾。

またこれまでから、物上代位によらなくとも、賃料債権につき質権または譲渡担保の設定を受け、あるいは賃貸不動産につき質権ないし譲渡担保権を取得することで、賃料債権から優先的な弁済を受けることができるとの主張もなされてきたが、それらは、抵当権者にとっては必ずしも物上代位以上のメリットをもたらすものではなく、実務上の難点も多く、現行法の枠内で、現実の要請に応え、かつ、関係当事者の利害を適切に調整するためには、抵当権者による賃料債権への物上代位を無条件に肯定するのが妥当とされるのである⁽²⁴⁾。

2 抵当権登記と物上代位の公示との関係について

(一) 抵当権登記が物上代位の公示の働きをも有するとする見解

先に裁判例のところでもみたように、抵当権の物上代位について【4】を除いて、ほぼ全ての裁判例が、現在では、抵当権登記が物上代位権の公示の役割をも果たすとの前提をとり、また学説でもそのような見方が有力であるといえる。しかし民法三〇四条但書が「払渡又ハ引渡」前に「差押」をなすことを物上代位権行使の要件としていることから、その場合の「差押」をどのように解するかについては、抵当権登記を物上代位権の公示と解する見解の中

でも見解が分かれている。

まず物上代位の公示と民法三〇四条の「差押」の意義との関係について、従来からの価値権説を基礎とする学説からは、次のような説明がなされていた。

担保物権がその目的物の価値代表物の上にその効力を及ぼすことは価値権たる担保物権の本質上当然のことであって、担保物権について公示の存する以上はその延長たる権利に公示のある必要はなく第三者は債務者の請求権につき公示がなくてもその原目的物の公示方法によって同一性を知りうべきであり、測らざる損害を受けることはない⁽²⁵⁾とされ、物上代位の公示は本来の担保権の公示がその役割を果たすものと考えられた。そしてその上で、民法三〇四条の「差押」が物上代位の要件とされた理由は、「物権の目的物は特定したものでなければならぬから、ひとたび価値代表物（特に金銭）が払渡又は引渡によって債務者の他の財産に混入するときは、その特定性を失って担保物権の目的たり難い。かつまた、債務者の財産中に混入した後までも担保権者の追及を許すことは、法律関係の紛糾を招きまた他の債権者の利益を害する恐れが多い⁽²⁶⁾」とされ、「法律が差押を命じているのは、あたかもこの混入を防ぐためであって、すなわち払渡又は引渡前の状態において、換言すれば債務者が第三債務者に対して有する払渡または引渡請求権を差し押さえることによって、代位目的物の特定性を維持しようとするの趣旨なのである⁽²⁷⁾」と説明される。

つまり、民法三〇四条の「差押」が物上代位権の要件とされたのは、優先権の保全ではなく単に目的債権の特定性を維持するところに意味があるとされるのである。そして以上のような理解を前提として、差押えが何人によってなされても、それによって特定性が保持される以上、担保物権の効力はその上に及ぶとされ、またその請求権が何人に移転せられてもこれを差し押さえて、その権利を実行することが出来るとされた⁽²⁸⁾。

しかし、このように特定性の維持ということのみをもって民法三〇四条の「差押」の意義を説明する見解に対しては、もともと代位物である請求権が特定していなければ、差押えすら不可能なのであるからこれを差押えの目的に据えるのはおかしいのではないかとの批判や、また特定性の維持という説明は、第三者による「差押」があった後であっても、物上代位権の行使は可能であることの説明にはなっても、物上代位権の行使に、なぜ「差押」が必要であるかの説明になっていないとの指摘もなされているように、⁽³⁰⁾ 特定性の維持というだけでは、民法三〇四条の「差押」の意義を説明するのは困難であり、現在では特定性の維持というだけをもって、民法三〇四条の「差押」の意義を説明する見解はほとんどみられない。

現在、抵当権に基づく物上代位について、抵当権登記が物上代位の公示の役割をはたすことを(「不完全」とみるものも含めて)前提に立論する見解は、以下のように物上代位の公示と民法三〇四条の「差押」との関係を説明している。

(1) 民法三〇四条の差押を抵当権の追及効と関連させて説明する見解

佐久間教授は、抵当権の追求力は目的物権の変形物に対しても及んでいるが、それは完全なものではなく(代位物に対する優先権の公示は不完全である)、「払渡又ハ引渡」によって遮断されるものであり、民法三〇四条一項但書は、代位物に対して担保権者自ら差押えをすることにより、この追及効が遮断されるのを防止して、よってこれを完全なものにすることができるとを定めたものと解される。⁽³¹⁾

また、松岡教授も抵当権の公示力は不完全なものであり、民法三〇四条の「差押」は、その対抗力を補完するものとの前提をとられる。そして、第三債務者の二重弁済の防止をはかること、債務者の賃料債権処分を自由を過度

に制約すべきではないといった理由から、佐久間教授とは逆に、物上代位は抵当権の本来の目的物への追及の問題ではないとされ、追及効を否定され、民法三〇四条の「払渡又ハ引渡」がなされたならば、もはや民法三〇四条の「差押」によって物上代位権の公示を補完することは出来ず、物上代位権の行使はなし得なくなるとされる。⁽³²⁾

(2) 民法三〇四条の「差押」を第三債務者保護の要件とする見解

この見解は清原教授によって主張されたもので、その後の【6】【7】などの判例に対して大きな影響を与えることになる。この見解では、物上代位の公示は、抵当権登記であることを前提に、民法三〇四条の「差押」の意義は、第三債務者の二重弁済の防止にあるとされる。そして「差押」の意義をこのように解することで、民法三〇四条一項の法的構造の理解に際し本文と但書とを峻別することになり、本文の解釈から但書の解釈を導く必要がなくなることから、物上代位権の及ぶ効力範囲の問題や第三者対抗力の問題は、担保権者保護という本文規定の趣旨だけから解釈すべきことになるとされる。それゆえ、原担保権と物上代位権とが同一性を有するのは当然であり、物上代位権の公示は原担保権の公示で十分なのは当然の論理的帰結となる。しかし、その場合、仮に抵当権者が優先すると解しても、物上代位権行使のためには、第三債務者の保護のために「払渡又ハ引渡」前に代位目的債権の「差押」を行わなければならないとされる。⁽³³⁾ また伊藤(進)教授も、【6】【7】において第三債務者保護説をとった判断は、賃料への物上代位を認めた最判平成元年判決からすれば妥当なものであるとされ抵当権に基づく物上代位権も抵当権の効力の一部であり、抵当不動産の賃料債権に物上代位が認められるとするならば、抵当権設定登記のある以上は、抵当権設定後の賃料債権に譲受人に対して、物上代位権を対抗できるのは当然(民法一七七条)であるとされる。⁽³⁴⁾

(3) 民法三〇四条の差押を手続法上の要件とする見解

小林氏は、物上代位の對抗要件を抵当権設定登記自体とみるならば、民法三〇四条一項但書の「差押」は、物上代位権行使のための手続要件であるとされる。つまり、期限未到来債権の債権者代位権行使で裁判上の代位が要求されている(民法四二三条二項)のと同様に、民法中に規定された手続要件であり、物上代位権は、抵当権設定登記により公示された実体権に基づき、「差押」という手続要件を経てはじめて行使できるものとされる⁽³⁵⁾。

また同様に、角教授も、物上代位権者は、その権利を執行手続内においてのみ行使しなければならず私的に実行することはできないもので、物上代位権者がその権利を行使するためには、債権執行手続にのらなければならず、したがって、民法三〇四条の「差押」には「配当要求」も含まれるものとされている⁽³⁶⁾。

(二) 抵当権登記が物上代位の公示にならないとする見解

以上のように現在学説においても判例と同様、抵当権登記が物上代位の公示の働きをも有すると解する見解が多数説を形成するが、そのような考えに異論をとなえている見解もある。

道垣内助教授は、かりに抵当権設定登記によって物上代位も公示されていると考えるならば、そもそも第三債務者がなぜ目的物所有者に債務を弁済することができ、そのような「払渡」(民法三〇四条一項但書⁽³⁷⁾)によってもはや物上代位権行使としての差し押さえができなくなるのか疑問であるとされ、そのようなことから、民法三〇四条の「差押」を物上代位権の公示方法として位置付けられる⁽³⁸⁾。また、高島教授も、差押えは、代位の目的債権が弁済によって消滅することを防止するという機能と、物上代位は、本来の目的物以外の者にたいして担保権の効力を及

ばすものであり、そこでは優先的効力の確保があらためて問題となることから、本来の担保権の公示とは別個の特
別な公示によって第三者を保護するための機能とが必要となり、民法三〇四条の「差押」はその二つの機能をもつ
ものとされる⁽³⁹⁾。

五 検 討

1 抵当権に基づく物上代位の性質について

以下では、抵当権に基づく物上代位の性質について、さきほどの学説の流れを踏まえて、私なりの考えを述べて
みたい。

やや結論めいたものから述べると、四(三)の三七一条適用説は抵当権の非占有担保であるという性質を重視して
立案されたものであり、基本的には後に述べる私の抵当権の理解と共通性を有するものであると思われる。しか
し、抵当権設定者が債務不履行に陥った場合にまで、抵当権設定者の抵当目的物の使用・収益権を保護する必要は
なく、むしろその場合には、抵当権者に目的物を売却して債権を回収するという方法以外に、主たる債権回収源と
して賃料債権に物上代位することを認めてもよいと思われる⁽⁴⁰⁾し、そのことに実際上の利点もあると思われる。

したがって、債務不履行を条件として、抵当権者の賃料債権についての物上代位については肯定するのが妥当と
考えるのであるが、このような結論を、四で紹介した学説の説くように従来からの抵当権価値権論を基礎とした交
換価値のなし崩しの実現と構成するのや、抵当権の価値支配の内容をこれまで主張されてきた価値概念を具体的利

益衡量に基づいて拡張するような形で説明する点については以下の点において賛同できない。

まず四1(4)のように、抵当権の価値支配の内容に政策的な判断を含める見解からすれば、そもそも抵当権者は抵当権設定時から、設定者の債務不履行という原因があって初めて物上代位によって把握しうるはずの賃料までも把握していることになる。しかし、賃料債権は、まさに発生するかどうかさえも不明確なものであり、またその額も設定時においては不確定である。そして、ある一定の賃料が生じていたとしても、その賃料債権に物上代位権行使するかどうかは抵当権者の任意にまかされたものであり、そのようなものについてまで、抵当権者が抵当権設定時において把握していたとは考えられず、抵当権者の担保評価はあくまで抵当権設定時における抵当目的物の売却価値について限定されるのではないかと思われる。

この点について賃貸物件を担保にとる場合、抵当権者が賃料債権へ期待するのは自然であるとの指摘もなされるが、⁽⁴⁾仮に当初から優良な賃貸契約が締結されている物件を担保にとり、その賃料を抵当権者があてにしていたとしても、それは物上代位によって賃料に権利行使ができるということの期待ではなく、そのような優良な賃貸借から生み出される賃料によって被担保債権の弁済が確実になされるであろうことの期待と理解すべきものではなからうか。

そして、四(一)の交換価値のなし崩し論をもって理論構成する見解については、既に紹介した批判にもあるように、特に土地については妥当しない考え方であり、賃料債権はあくまで設定者の使用・収益の対価であると考えられることからすればとり得ないものである。また、四(二)、(四)の見解についても、抵当権者の価値把握の内容を具体的に考慮し、実際上の価値判断に基づいたもので説得力のあるものと思われるが、これらの説も抵当権価値権論を前提とし、賃料債権も抵当権の支配する価値の内容とする点でとり得ないものである。

そこで、私としてはこれまで別稿において試みてきた抵当権の性質についての検討から、⁽⁴²⁾ 抵当権に基づく物上代位の性質について次のように考えてみたい。

まず、物上代位を生じる原担保権である抵当権の物権としての性質から考察すると、そもそも物権には二種類のものが存在すると観念することができると思われる。その第一のものは物体を直接に物質的に支配する用益的物権であり、第二のものは物を対象とし、その物の上に存する権利（財産権）を支配するいわば第二次的（second degree）物権と考えられるもので、⁽⁴³⁾ 抵当権は後者の物権にあたる。つまり、抵当権が抵当目的物を担保として把握しているということは、その抵当目的物の所有権を、いわば潜在的ないし二次的に支配しているものと解するのである。このことを説明すれば、抵当権におけるその物権的支配は、被担保債権の弁済がなされないときに初めて実体化するものであり、被担保債権の弁済期が到来し抵当権が実行されるまでは、現行民法一三七条などに抵触しない限り、⁽⁴⁴⁾ 抵当権設定者は自身の責任でその抵当目的物について所有権を行使することができる。そして弁済期に弁済がなされず、⁽⁴⁵⁾ 抵当権の実行が現実化する段階になつてはじめて、⁽⁴⁶⁾ 抵当権者は、⁽⁴⁷⁾ 抵当目的物に支配を及ぼすことができるのである。このことからすれば実体的に抵当目的物の支配をなすのは抵当権設定者の債務不履行以降であり、それまでは抵当目的物についての物支配は実体化しておらず、したがって抵当権は物を支配していると解するよりも、⁽⁴⁸⁾ 所有権を物権的権利である換価権によって支配していると考えるのである。

そして以上のことからすれば、設定者が債務不履行に陥った場合には、⁽⁴⁹⁾ 抵当権者は設定者の抵当目的物に対する所有権を換価権によって把握することができるのであるが、その場合にも換価権は、あくまで抵当目的物を売却し（正確には売却するのは、⁽⁵⁰⁾ 抵当目的物についての所有権である）、そこから優先弁済を受けるといふ権利であり、当然に使用・収益権能の対価である賃料までをも把握するものではない。しかし、強制管理が抵当権には認められて

おらず、それを認める必要性があること、また被担保債権回収の為に、物上代位権によって質料へ抵当権の効力を及ぼす必要が生じることなどから、抵当権設定者が債務不履行に陥ったならば、抵当権者には換価権だけでなく、それ以外にも、その抵当目的物から生じる価値についても物上代位権が生じるものと解し、その物上代位権を通して質料をも支配することができると考えるのである。つまり、抵当権に基づく物上代位の性質について、抵当権の本質を価値支配権ととらえる立場を前提とすれば、質料は価値の内容となるか否かという観点から論じられることとなるのであるが、私としては抵当権という権利自体の内容として物上代位も認められるものと解することができるのではないかと考えるのである。

2 物上代位の公示と民法三〇四条の「差押」の関係について

次に物上代位の公示についてであるが、四一で検討したように、学説が大きく対立するのは、抵当権の公示が物上代位権の公示の機能をも有するか否かという点にある。したがってここではまず抵当権登記が物上代位の公示の働きをも有するかという点について考察し、次に物上代位の公示と民法三〇四条の「差押」の関係について個別に検討してみたい。

まず、抵当権登記を物上代位の公示の機能をも有するものとするには以下の理由において疑問である。

物上代位は、本来の担保権の効力を担保目的物の変形あるいはその延長として経済的な関連を持ったものにまで認める制度である。しかし、それはあくまで本来の担保目的物とは別個のものに対して、本来の担保権の効力である優先弁済という排他性を持つ強力な権利を認めるものであり、そのことからすれば、その公示は、第三者が明確に認識できるようなものでなければならないのである。抵当権は、目的物の利用に影響しないということを長所と

するが、そのための前提として、その存在を一般に認識させる手段（公示方法）として、登記簿などの公の帳簿に正確に権利の存在と内容が明記されて初めて排他的優先弁済権を主張することができるものである。

抵当権登記が物上代位権の公示の働きを有することを肯定する立場からは、もともと物上代位の目的となるような債権について譲受けまたは差押えをしようとする者は、相当な金融知識を有する者であり、その債権の内容をあらかじめ十分調査すべきで、そうすれば目的債権が物上代位の対象となっているかどうかは容易に知りうる（⁴⁵）ところであるから、その調査をしないで譲渡等を受けた第三者の利益は劣後してしかるべきであるとされる。

しかし、わが国の民法は、権利の第三者に対する対抗要件として、動産については引渡（民一七八条）、不動産については登記（民一七七条）、指名債権の譲渡に関しては譲受人の債務者に対する通知または第三債務者の承諾（民三六七条）、債権質についても第三債務者に対する質権の通知または第三債務者の承諾（民三六四条）等々、それぞれの対抗要件について個別に規定しており、債権の帰属を公示する手段としては第三債務者への通知または第三債務者からの承諾を要求している。従って抵当権の登記が物上代位権の対抗要件をも定めたものであると解することは、わが民法が前述の如く、動産・不動産・そのほかの権利につきそれぞれ別個の対抗要件を定めている点に鑑みても不十分なるものであることは否めないものと思われる。⁴⁶そして、登記簿を調査することによって知り得ることは、物上代位権という極めて抽象的な権利が発生するかもしれないという蓋然性のみであり、また物上代位権を使用するか否かは、抵当権者の判断にまかされていることからして、物上代位の行使が行われるかどうかは第三者からは知り得ないものである。そして、そこまでの責任を第三者に負わせるとすれば、賃料債権の譲渡は実質的に困難となり、抵当権設定者の抵当目的物に対する使用収益権を認めないことに等しい結果を招来し、債務不履行以降の債権者の経済的再建の機会を失わせる危険を生じることにならう。

また肯定説を主張する学説の中には、抵当権登記が物上代位権の公示の働きを有するものとしなければ、前述した五九年・六〇年の判例の立場との整合性がはかれないとする指摘もなされている。⁽⁴⁷⁾

つまり、五九年・六〇年の最高裁判例で、破産宣告や一般債権者による差押えに後れてなされた先取特権に基づく物上代位の差押えの優先を認め、また一般債権者による後れる抵当権に基づく物上代位の差押えの優先を認めていることからすると、もはや「差押」をもって物上代位権行使の第三者対抗要件と理解することはできず、これらの裁判例を導く前提としては、物上代位権自体は差押え以前に対抗要件が具備された実体的担保権であるとみているのであり、抵当権の例でいえば抵当権設定登記そのもので公示されているとみざるをえないのではないかとされるのである。

しかし、既述したように五九・六〇年の最高裁の判例は、動産売買先取特権に基づく物上代位の事案であり、その法理について抵当権の物上代位についても同様に考える必要はないのではないかと思われる。⁽⁴⁸⁾ 先取特権は法定担保権であって、その権利の性質として本来的に政策的な観点を重視して認められるものであり、その権利に基づく物上代位権についても、その本来的権利である先取特権の効力を追及効としてどこまで及ぼすのが妥当かという観点から考察するのが妥当であると考えられるのに対し、抵当権は、約定担保権であり、抵当権設定時におけるその内容に対抗するためには厳格な公示が要求された権利なのである。したがって、その権利に基づく物上代位の場合にも厳格な公示を必要という解釈もなし得るのである。⁽⁴⁹⁾

また、そのことからすれば、むしろ抵当権に基づく物上代位については大正一二年の判決との整合性がはかれるべきであり、大正一二年の判決では、民法三〇四条の差押えが実体法上物上代位権を保全するための要件と解しており、そのことからすれば、抵当権登記では物上代位権は保全されていないとみているのである。

次に物上代位の公示を抵当権登記に求めるそれぞれの見解について検討すると、まず四（一）（1）の物上代位権行使の限界を、物上代位権の追及効の問題と位置付ける見解は、物上代位権者その他の債権者との関係を追及効の問題とすることで、賃料債権に対する抵当権者の物上代位の射程を民法三〇四条但書の「払渡又ハ引渡」の要件の解釈で決することとなり、そこでの詳細な利益考量がなしうるといふ点で利点があると思われる。

しかし、抵当権に基づく物上代位は先に述べたように優先権主張の問題であり、抵当権自体が先取特権とは異なり、登記という明確な公示手段によって排他性が認められた権利であることからしても、その抵当権に基づく物上代位権を主張する場合には、先取特権の場合とは異なり明確な公示を要すると考えられる。したがって、不完全な公示においてその対抗力を認めることは妥当でないと思われる。⁽⁵⁰⁾

そして、抵当権登記に物上代位の公示の働きをも認めるならば、その対抗力から当然追求効が導かれるものと考えることから、私としては、松岡教授の主張されるように、対抗力と追求力とを区別して考えることには疑問をもたざるを得ない。

また、四（一）（2）の民法三〇四条の「差押」の意義は、第三債務者の二重払いの危険を防止するところにあるとする見解からは、この見解を貫徹すれば、【8】で認められたように、第三債務者が債権の譲受人などの第三者に弁済した場合、物上代位権そのものは消滅するが、譲受人に対しては、抵当権者は自己の担保権を主張し得ることから、なお不当利得として賃料への優先弁済権を認めることになる。またそのような結果を肯定するのであれば、そもそも第三債務者の弁済を差し止める必要も、二重払いの危険も生じないから、差押要件自体が無意味になり、第三債務者保護という立論の前提が疑わしくなってしまうとの批判を招くことになるであらう。⁽⁵¹⁾

しかし、沿革のところでもみたように、もともとボアソナードが参照としたイタリア旧法の規定からすれば、物上

代位権者は、三〇日の期間内においては自己の優先権が保全されるが、その期間経過後においては第三債務者の弁済によって消滅する可能性が生じることから、その期間経過後においても自己の優先権を主張するために、わが国の現行民法三四〇条の「差押」にあたる「*opposizione*」を主張することをもって物上代位権を保全する必要があるとされたものである。

そのことを第三債務者の立場からみると、第三債務者は三〇日の期間内においては物上代位権者の優先権が法律上保全されていることから弁済などの行為をなすことができず、期間経過後においてはそのような拘束から解放され、その弁済の効力が認められる（弁済の保護がなされる）と解されることとなる。

つまり、第三債務者の弁済が保護されるのは、その「*opposizione*」が物上代位権者にとって物上代位権保全の要件とされたことのいわば反射的な効果として生じるものであり、物上代位権者が物上代位権を保全することなく優先権を主張しうることとは沿革からは導かれないのではないかと思われる。

したがって、賃料債権について抵当権者以外の債権者に対しても、物上代位権を主張するには民法三四〇条の「差押」が必要と考えられるのである。

また四一（三）の「差押」を手続上の要件と解する説は、この説においても、そもそも抵当権者が賃料債権に優先弁済権を行使できる理由は公示にあると思うのであるが、それがどうして「払渡又ハ引渡」があれば、その実体法上の効果を抵当権者に対抗でき優先弁済権が消滅してしまうことになるのか説明ができないと思われる。そして既に述べたように、沿革からしても、物上代位権を主張するためには、実体法上物上代位権を保全する必要があるとされており、その意味でも民法三四〇条の「差押」は実体法上の意味を有するものと考えられており、また現行法においてもその意味があると思われる。

また、登記を対抗要件とみないすると、順位を異にする抵当権の物上代位による差押えが競合した場合の優劣の関係をどのように説明するかの問題が生じるとの指摘がなされているが、この場合の優劣は、もともとの抵当権の順位に応じた優先順位によるべきものと考えるのが妥当である。そのための手続としては、山本教授から、執行裁判所が、職権で調査嘱託をして抵当権の目的不動産の登記簿謄本を取り寄せた上で、申立人以外の登記を有する抵当権者が新たに現れれば、既に知れたる抵当権者とともにその抵当権者にも通知をなすこととし（民事執行法四八条二項と四九条以下の趣旨の類推）、かつ、抵当権者がその期間の満了までに物上代位権者として差押えまたは配当要求をすれば配当等を受けるべきものとして扱うべきとの提案もなされているように、手続上の取扱いにおいて対処できるものと思われる。

3 まとめ

以上、私の考えをまとめると次のようになる。

まず、抵当権の目的物についての現実的支配は設定者の債務不履行があつて初めて生じるものと解することから、抵当権の効力は設定者の債務不履行があつて初めて現実化する。

したがって、債務不履行までの設定者の目的物に対する使用・収益権能について、抵当権者は干渉することができず、設定者の賃料債権の処分は抵当権者に対抗しうる。しかし、設定者の債務不履行が生じたならば、抵当権の効力は顕在的に生じ、抵当権の物権的支配の内容である換価権の行使をなしうることになり、またそれとは別個に物上代位という権利が生じるものと考ええる。

また、抵当権登記と物上代位との関係については、まず五1のところで述べたように、抵当権は、抵当目的物の

売却価値を換価権によって把握する権利であることから、抵当権登記はその抵当目的物に対する物権的効力の公示と考える。石田教授は、抵当権の性質を「物支配を通じた価値支配である」と述べておられるのであるが、⁽⁵⁴⁾この言葉を私なりの理解から使わせていただくと、抵当権の本来的な支配内容は、物権としてあくまで抵当目的物を通しての支配であり、抵当権登記は、抵当権者のその目的物についての支配を公示しているものと理解するのである。そして、設定者が債務不履行に陥った場合には、抵当権者は設定者の抵当目的物に対する所有権を換価権によって把握することができるのであるが、その場合換価権はあくまで抵当目的物を売却し、そこから優先弁済を受けるという権利であり、当然に使用・収益権能の対価である賃料までも把握するものではない。

また抵当権登記が物上代位権の公示としての機能をも果たすものと解する見解は、抵当権と物上代位権とは同一性を有する優先権であるという理解を前提とする。しかし、五でみたように、あくまで登記は、抵当権者が抵当権設定時において把握する物支配を公示するものであり、また抵当権が非占有担保としての利点を最大限発揮するためには、設定者が債務不履行に陥るまでの使用、収益権を侵害するような解釈は妥当ではなく、設定者が債務不履行に陥って初めて抵当権者はその担保目的物に対して効力を主張できるのである。

そのことからすれば、抵当権を設定した者が、どこかの時点で債務不履行に陥ったかは設定者のほかの債権者の知りうるどころではなく、そのような者に対しても抵当権者の優先を認めるのであれば、実質的に抵当権設定者の使用収益権は失われることになると考えられる。

このように解しうるならば、抵当権の公示が物上代位の公示の機能をも果たすものとは考えられず抵当権者は、他の債権者による一般の差押あるいは債権譲渡がなされる前に自ら差し押さえることによって、物上代位権を保全しうることとなり、同時に他の債権者に優先権を対抗しうることになる。その意味で、民法三〇四条の「差押」は

物上代位権を公示し、またそれを行使するための要件と考えられる。

なお古積助教授は、質料債権に対する抵当権者の物上代位について、抵当権に内在する換価権を中心として理論構成されており、その点で私見と共通性を有する。しかし、以下の点において考えを異にする。

まず、古積助教授の見解では換価権が現実化するのには抵当権の実行時点（競売時）であり、それ以降にのみ物上代位の行使がなし得るとされる。⁽⁵⁵⁾しかし、私としては換価権を実体法上の機能を有するものと解した場合、その権利が目的物について現実的な効力を有するのは、債務者の債務不履行がなされた時点ではないかと思う。つまり、換価権を一種の物権的な期待権と解することから、債務者の債務不履行が生じた時点で換価しようという目的物の支配が現実化するものと考えるのである。

また、古積助教授の見解では換価権が現実化した段階では、設定者の使用、収益関係に抵当権者が干渉できることから、抵当権の本来の効力を基礎として、特別に法律が当該質料債権にも抵当権の効力が及ぶことを認めたものと説明され、また質料債権への物上代位の効力を抵当権の本来の効力を根拠とされることから、抵当権登記が物上代位の公示機能を果たすとされる。⁽⁵⁶⁾しかし、私としては抵当権の換価権能を中心に理論構成するならば、抵当権の権利内容は設定者の所有権を把握することではなく、あくまで目的物（所有権）の売却という点にあるのであり、売却できる権能が備わるといふことと、使用収益権の対価をも把握できることは別個に考えるべき問題ではないかと思う。あくまで質料債権について抵当権の効力が及ぶのは、抵当権の効力をどこまで及ぼさせるかという政策的価値判断に基づいたもので抵当権者が、設定者の使用・収益権にも干渉しうるからではないか考える。また、質料への物上代位は抵当権の一効力ではあるが、既に述べたように私見の立場では、そのことから当然、抵当権登記は物上代位の公示機能を果たすとの結論が導かれるものではないか考えるのである。

六 結 語

本稿では質料債権に対する抵当権者の物上代位の公示と第三者との関係について、抵当権の性質論を中心に考察を試みた。

そして、抵当権の本質を換価支配と解する私の立場からすれば、まず抵当権の支配の第一義的な内容は、目的物の売却であり、抵当権はその売却価値を優先的に把握する権利であるといえる。

しかし、最近の地価の急激な下落などから抵当不動産の価値が下落し被担保債権の満足が得られないことが顕著な状況にあること、また強制管理の手続が抵当権には認められていないことなどからして、抵当権設定者の債務不履行以降においては質料債権への物上代位を認める要請は高いといえ、また民法三七二条で民法三〇四条を準用している以上あえてこれに反する解釈をする必要もないと考える。

しかし、抵当権者に物上代位権が認められるということと抵当権登記がその公示の役割を果たすということとは別個に考察すべきであり、本稿では抵当権登記が質料債権に対する物上代位の公示とはなり得ないことを論じた。

抵当権は非占有担保として物を支配する権利であり、それゆえに厳格な公示が必要とされるものである。そのことからすれば、抵当権に基づく物上代位も、抵当権の効力を代位物に対して認めるものである以上、またその物上代位についても厳格な公示が要求されるべきではなからうか。そして、抵当権登記は、その物上代位の公示としては不完全なものであり、本稿では民法三〇四条の「差押」が物上代位権の公示の役割を果たすものであると解する。以上のような考えをとった場合、現在質料債権をめぐるほとんど全ての紛争が執行妨害的なものであることか

ら、そのような執行妨害に対処できず、ひいては抵当権者に物上代位権を認めたこと自体の意義が失われる危険が生じることになるかもしれない。しかし、質料債権を譲渡担保などに供するなどの手段において設定者に融資を行う場合なども想定できるのであり、質料債権について利害関係を有する全てのものが、執行妨害をもくろむものとはいえないことから、そのような執行妨害的なものを前提に立論することは出来ず、かつ執行妨害的行為については別の理論をもって対処するべきではなからうかと考える。

質料債権に対する抵当権者の物上代位権を考察するには、抵当権者保護の要請、抵当権の非占有担保たる性質、質料債権に対して利害関係を有する者の権利の性質など様々な観点からの考察を要し、その総合的なバランスにおいて問題解決を導く必要がある。

この点について椿教授は、物上代位をめぐる視点として「そもそも、抵当権は債権者の権利強化のための手段である、という考え方そのものが私見では程度に関する再検討とくに限界づけを必要とする⁽⁵⁷⁾」と述べられている。現在の判例また多くの学説は、最近の社会事情も影響してか質料への物上代位の問題について、抵当権者の利益を過度に重視した立論が行われているように思われるが、今後は、本稿で得られた結論を前提に、抵当権に基づく物上代位権を行使する者と質料債権について利害関係を有する他の債権者との関係で、さらに個別具体的にどのような利益調整が行われるべきかについて考察してみたい。

(1) 例えば「15」などは、第三者保護説に立つことを明示している。

(2) 鳩山博士はこの中で、物権には物自体を目的とし、物の使用価値を対象とするものと、物の経済価値、交換価格を目的とするものがある。地上権、永小作権、地役権等所謂収益物権は物自体を目的とするものであるから物自体が滅失すれば之等の物権の消滅すべきこと勿論当然である。併し担保物権は物の経済価格を目的とするものであるから、物が滅失して

もその経済価格が残存するときは担保物権は寧ろ存続すべきが本則である。物上代位の原則は担保物権のこの性質に基づいた当然の規定であるとされる。鳩山秀雄『判例民事法 大正一二年度』一六七〜一六八頁(有斐閣、一九二五年)。

- (3) 我妻栄『新訂担保物権』一七頁(岩波書店、一九六八年)。同旨、柚木馨『担保物権法(第三版)』一〇頁、二七一頁(有斐閣、一九八二年)。

- (4) 我妻・前掲注(3)二八二頁。

- (5) 我妻・前掲注(3)二八一〜二八二頁。

- (6) 菅野佳夫「抵当権の物上代位と質料等の問題点」判例タイムズ六九九号四四頁(一九八九年)。

- (7) 伊藤眞「質料債権に対する抵当権者の物上代位(上)」金融法務事情一二五一号九頁(一九九〇年)。

- (8) 伊藤・前掲注(7)九一〇頁。他にもこの点を批判するものとして、片岡義弘『小宮山澄枝「抵当権に基づく質料に対する物上代位(上)」NBL四二五号三三頁 鈴木和正「質貸抵当不動産の質料と物上代位(上)」債権管理二二号七頁(一九八九年)がある。

- (9) 伊藤・前掲注(7)一〇頁。

- (10) 鎌田薫「質料債権に対する抵当権者の物上代位」石田・西原・高木還暦記念論文集・下巻『金融法の課題と展望』六二頁(日本評論社、一九九〇年)。同様に、実務上の困難さを指摘するものとして、小田原満知子「最判平元年一〇月二七日判批」法曹時報四三卷三号一四九頁(一九九一年)、大西武士「抵当不動産の質貸料に対する物上代位と利益考量試験」判例タイムズ九〇二号二九頁(一九九六年)がある。

- (11) 長谷部由起子「東京高判平6・4・12判批」私法判例リマックス1895(下)一五七頁(一九九五年)。

- (12) 新田宗吉「物上代位に関する一考察(三)―抵当権の物上代位を中心として―」明治学院大学法学研究二八号一九九〜二〇頁(一九八二年)。

- (13) 鈴木禄彌『物権法講義三訂版』一七六頁(創文社、一九八五年)。道垣内助教授も鈴木教授と同様、民法三七一条一項にいわゆる果実には法定果実を含み、目的不動産差押後は、質料にも抵当権の効力が及ぶと解される。しかし、鈴木教授は、三七一条の実行的手段として物上代位の手続を使うとされるのであるが、道垣内助教授は、その手続は、物上代位ではなくあくまで民法三七一条一項但書による権利行使として、民事執行法一九三条第二文によるとされる。つまり同条同文は、

「……目的物の……賃貸……により債務者が受けるべき金銭その他の物に対して民法その他の法律の規定によってその権利の行使」を債権執行手続で行うことを定めているのであり、これを物上代位のみの手続規定ととらえる必要はないと主張されている。道垣内弘人「最判平成元・一〇・二七判批」民商法雑誌一〇二巻五九八頁(一九九〇年)。

(14) 川井健『担保物権法』五七頁(青林書院、一九七五年)。同旨、近江幸治『担保物権法〔新判〕』一四〇頁(弘文堂、一九九二年)。

(15) 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(下)」金融法務事情一二五二号一二頁(一九九〇年)。また大窪誠「最判平成・一〇・二七判批」東北大学法学五五巻一号二一四頁もこの点を指摘する。

(16) 鎌田教授によると、既に古く石田文次郎は、留置権および質権の効力は賃料に対して及んでいるから(二九七条、三五〇条)物上代位の規定は必要ないけれども、抵当権および先取特権については、三七一条およびこれ为先取特権に準用する三四一条によって、担保権実行前の法定果実には効力が及ばないものとされているからこそ、物上代位の規定を設ける必要があると説明していたことをあげられ、そこで、果実説の側からは、天然果実に対して抵当権の効力が及ばない以上、天然果実の価値代表物と目される法定果実に対しても抵当権を行えないものと解さなければ権衡を失するとのバランス論が主張されているのだが、民法は、法定果実については物上代位の手続をとることによってこれに対して先取特権等を行うという明文の規定(三〇四条)をもって定め、この点で天然果実とは異なる取扱いをする旨を宣言しているといえるのであるとされる。鎌田・前掲注(9)三九四頁。

(17) 鎌田・前掲注(9)三八頁。

(18) 特権説は、抵当権は物権であることから、物権の原則に照らして、目的不動産の消滅によって、当然抵当権も消滅し、所有者がその滅失を契機に代償物などの権利を取得したとしても、それに対して当然にその効力を及ぼす必然的な理由は見当たらないとし、しかしながら、物上代位は消滅した目的物の代位物に優先権の行使を認めるものであり、物上代位は物権の原則の例外的特則である。したがって、物上代位は、抵当権者を保護するために法律が特に認めた制度であると説明する。梅謙次郎『民法要義巻ノ二物権編八訂正増補』二九一頁(有斐閣、一九一一年)

(19) このような見解が主張される背景として、抵当権者が抵当不動産を押さえている場合、その抵当権の目的となっている財産から生み出される価値まで押さえているというふうに考えていくのか。それとも、その物体の価値だけであって、生

み出される価値までは押さえていないと考えていくのか。その考えの違いによって、価値把握の内容が異なってくるのではないかとの指摘がすでに伊藤進教授によってなされている。椿ほか「最近の担保判例とその評価」法律時報六三巻七号一〇頁「伊藤発言」(一九九一年)。

(20) 鎌田・前掲注(9)三四頁。

(21) 鎌田、座談会一一頁。また清原教授は、物上代位本質論に関する価値権説と特権説とは、本来、同一平面中において対立的に把握すべき理論ではなく、それぞれ物上代位権の本質の一側面を述べている理論であり、物上代位権は、担保権者保護という法政策的観点(特権的側面)から担保権者に付与されたものであると同時に、そのような付与が、目的物の交換価値を支配する担保物権の価値権の性質(価値権的側面)にも適合していることから法制化されたものであり、物上代位本質論をこのように理解すれば、特権説の立場に立つ一方で、原担保権と物上代位権とは同一性を有する優先権であるという価値権説的理解も可能となるとされる。清原泰司「東京地判平八・九・二〇、東京高判平八・一一・六判批」判例評論四六三号一八頁(一九九七年)。また、物上代位は担保物権の価値権としての性質にかんがみ、法律が特に認めたものであるとの見解を示すものとして、吉野衛「物上代位に関する手続上の二、三の問題」『担保法体系4』三六九頁(金融財政事情研究会、一九八四年)がある。

(22) 鎌田・前掲注(9)六八頁。

(23) 鎌田・前掲注(9)七六頁。

(24) この点について、吉田教授から賃料債権を視野に入れることができる不動産質という担保があるにもかかわらず、あえて非占有担保である抵当権を選択・設定しておきながら、後になって、その本来の債権回収方法では、債権回収ができないという賃料債権に食指を動かすのは抵当権者の身勝手であるとの指摘がなされている。吉田真澄「賃貸ビル担保の課題(上)」ジュリスト一〇九六号一二九頁(一九九六年)。しかしこのような批判は、あくまで抵当権が賃料債権を初めから把握していないと考えることを前提とした立論であり、ここで問題とするのは、本来的に賃料債権に対し抵当権の効力を及ぼしてよいのかと言うことであると思う。

(25) 柚木||高木・前掲注(3)二七一頁。

(26) 柚木||高木・前掲注(3)二七〇頁。

- (27) 柚木||高木・前掲注(3)二七〇頁。
- (28) 柚木||高木・前掲注(3)二七四頁。
- (29) 吉野衛「物上代位における差押の意義」『民法の争点I』一六二頁(有斐閣、一九八六年)。
- (30) 角紀代恵「物上代位」『手続法から見た民法』四六頁(弘文堂、一九九三年)。
- (31) 佐久間弘道「賃料債権の包括的譲渡と物上代位による差押との優劣」『銀行法務』五三〇号九頁(一九九七年)。
- (32) 松岡久和「物上代位の成否と限界(3)」『包括的債権譲渡と物上代位の優劣』『金融法務事情』一五〇六号一八頁(一九九八年)、同「最判平一〇・一・三〇、最判平一〇・二・一〇判批」『民商法雑誌』二二〇巻六号二二八〜二九頁(一九九九年)。
- (33) 清原泰司「最判平一〇・一・三〇、最判平一〇・二・一〇判批」『判例評論』四七五号二七頁。
- (34) 伊藤進「包括賃料債権譲渡の抵当権に基づく物上代位権の行使」『最高裁の二つの判決を契機として』NBL六三七号一四〜一五頁(一九九八年)。
- (35) 小林明彦「将来の賃料債権の包括譲渡と物上代位に基づく差押えの優劣」『金融法務事情』一四五六号九頁(一九九六年)。
- (36) 角・前掲注(30)四八頁。
- (37) 道垣内弘人『担保物権法』一二〇頁(三省堂、一九九〇年)。
- (38) 道垣内助教教授のこのような立論は、あくまで賃料債権について物上代位の行使がなし得るとした最判平成元年の立場に基づいた場合の立論であり、道垣内助教教授自身は本来的には賃料債権についての物上代位を否定される立場(三七一条説)を主張されている。道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡」『銀行法務』五二二号九頁(一九九六年)。
- (39) 高島平蔵『物的担保法論』総則・法定担保権』六三頁(成文堂、一九七七年)。同頁、石田文次郎『担保物権法論上』七三頁(有斐閣、一九四七年)、香川保一『新版 担保』二二九頁(金融財政事情研究会、一九六一年)。
- (40) 伊藤進他「座談会 最近の担保判例とその評価」(鎌田発言)『法律時報』六三巻七号一〇頁。(一九九一年)
- (41) 梶山玉香「抵当権者による収益型債権回収について」『同志社法学』四九巻六号七一頁(一九九八年)
- (42) 拙稿「抵当権の性質について―抵当権価値権論への一疑問―」『独協法学』四六号(一九九八年)、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―」『独協法学』四八号(一九九九年) 参照。
- (43) 抵当権の性質を以上のように解することを基礎とすれば、担保権を所有権の内容を使用、収益、処分権と分け、設定者に

使用収益権能が留保されているという説明は妥当ではなく、占有担保なのか、非占有担保なのかに基づく権利の性質の違いと考えられるのではないかと思うのであるが、この点については、別稿にも検討してみたい。

- (44) なお、鈴木祿弥教授は賃料債権への物上代位を肯定するのは抵当権に基づく強制管理の制度が存在しないことによる手続の借用であると述べておられ(鈴木・前掲注(13)一七六頁)、鎌田教授も強制管理制度の現存しないことによるやむを得ない手法であるとされる鎌田・前掲注(10)六九頁。

- (45) 奉光昭「物上代位における『払渡』前の差押えの意義」金融法務事情一四六六号一三頁(一九九六年)。また田高助教授も、一般債権者については、一般的にいっても債務者の資産状況を確認すべき立場にあると考えられ、将来の物上代位権行使の可能性を抵当権登記によって把握しておくよう求めることは、それほど困難を強いるものとはいえず、また同じことは賃料債権の譲受人にもいえると思われる。田高寛貴「賃料債権に対する一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位に基づく差押えの優劣」ジュリスト一一四九号一二三頁(一九九九年)。

- (46) 既にこの点については道垣内・前掲注(38)一二一三頁、北秀昭「抵当権者の賃料債権に対する物上代位―他の第三者との関係と物上代位権行使の限界―ジュリスト一〇九九号一二三頁(平成八年)、生熊長幸「民法三〇四条・三七二条(先取特権・抵当権の物上代位)」広中俊雄||星野英一編『民法典の百年Ⅱ』五八五頁(一九九八年)によって指摘がなされている。

- (47) 小林・前掲注(35)八頁、北・前掲注(46)一二四頁。

- (48) 田高寛貴「最判平一〇・一・三〇判批」法学教室二一五号一〇七頁(一九九八年)。小林・前掲注(35)八頁、佐久間弘道「賃料債権の包括的譲渡と抵当権にもとづく物上代位の優劣―最高裁平成一〇年一月三〇日判決を踏まえて―」銀行法務二五四八号一三頁(一九九八年)。このような立場に反対のものとして、清原泰司「抵当権の物上代位に基づく差押えの意義」銀行法務二五六七号三六頁(一九九九年)。

- (49) 道垣内・前掲注(38)一三頁。

- (50) また槇教授は、次のように賃料債権への抵当権者の物上代位について独自の理論をもって説明され、それを前提に民法三〇四条の「差押」は、物上代位の公示を補強するものとの結論を導かれている。教授によれば、賃料に対する抵当権の物上代位は抵当不動産をめぐる所有と利用と信用などの交錯の中で展開してくるものであることを前提に、そこでは何よりも

まず所有者側の機能資本が抵当権によって阻害されることなくその運動を展開していくことが要請されており、したがって、目的不動産の経済的機能は所有者のために実現されるべきものとされ、その使用収益が不動産の価値の若干の消費や処分を伴うものであっても、取引觀念上通常の利用の過程の枠内にある限り、抵当権の介入は否定されるべきであると考えられる。しかし、このような処理は機能資本の運動が順調に展開し、機能資本と利子付き資本との関係が正常な状態になることを前提として導き出されるものである。機能資本の運動に支障を生じて、それをなす債務者側に信用不安を引き起こし、それが信用危機へと進んでくるとき、以上の関係は破綻を来して、右の前提自体が崩れ去ることになるとされる。そして、抵当信用を受けた債務者側が信用危機に陥ったとき、それを契機として貨料と信用の間に細いながらもそれを結びつける特殊・密接な関係が浮かび上がってくることにになり、遅滞した利息債権分による抵当権の担保力の低下と、目的不動産を資本とみた場合の利子分としての貨料との対応関係から貨料は、代位の客体たる資格を補足するに足るものとも解されてくるとされる。そして、第三者に対する関係では、代位権のために抵当権の登記の公示力が延長されるものの、次のような事情からその延長のために補強が必要となってくる。すなわち、代位物が目的不動産の等価形態またはそれに類似されるものとしても性格を維持している場合には、本来の目的物上の抵当権の効力がそのまま代位物上に移行し、同時に登記の公示力も延長されることになるが、本来の抵当権と代位権とはその客体を異にし、それぞれの本来的公示手段も異なるだけに、本来の抵当権の優先弁済権を支える登記の公示力（動産売買先取特権においては公示不要の特権の効力）がそのまま代位権のために無条件で永続的に延長されるものと解されるのではないとされるのである。槇梯次「抵当不動産の将来債権をめぐる譲渡と物上代位との衝突」民商法雑誌一一七号二二〇一頁（一九九七年）。

(51) 松岡久和「最判平一〇・一・三〇、最判平一〇・二・一〇判批」民商法雑誌一一七号二二〇一頁（一九九九年）。

(52) 佐久間・前掲注(48)六頁。

(53) 山本克巳「抵当権に基づく貨料債権に対する物上代位の効力と手続についての覚書」法学論叢一四二巻五・六号（一九九八年）。

(54) 石田喜久雄「最判平三・三・二二判批」『重要判例解説平成三年』六六頁（一九九二年）。石田教授は、最判平成三年三月二二日の判例批評で「抵当権は物支配を通した価値支配権である」との言葉を用いて、減価を招く無権限占有がなされている場合、抵当権は物支配を通した価値支配であることから、抵当権に基づく排除請求は当然の理であると説明される。

- (55) 古積健三郎「将来の賃料債権の包括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として——」筑波法政二三号一四七頁(一九九七年)、同「抵当権の物上代位に基づく賃料債権の差押え」筑波法政二六号一二頁(一九九九年)。
- (56) 古積・前掲注(55)筑波法政二三号一四七頁、筑波法政二六号一二頁。
- (57) 椿寿夫「物上代位をめぐる視点」手形研究四四六号二〇頁。