

賃料債権に対する抵当権者の物上代位について (一)

——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) 最判昭和五年二月二日、最判昭和六〇年七月一九日

2 賃料債権に対する抵当権者の物上代位と他の債権者との関係

(一) 賃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) 抵当権による賃料への物上代位と相殺(以上本号)
 - 四 学説
 - 五 検討
 - 六 結語
- (以下次号)

一 はじめに

民法三〇四条は、一項本文で「先取特権ハ其目的物ノ売却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金銭其他ノ物ニ対シテモ之ヲ行フコトヲ得」と、物上代位の原則を規定し、その但書で「但先取特権者ハ其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」とし、物上代位の要件として「払渡又ハ引渡前」の「差押」を要求している。この規定は、民法三五〇条・三七二条において、質権および抵当権に準用されている。

同条については古くから大いに議論されており、とりわけ物上代位の認められる原因ないし、代位物の範囲および、差押の意義等につき、解釈論上見解が激しく対立してきた。そして、近時バブル経済の崩壊によって、不良債権の回収が大きな社会問題となるに際し、抵当権者の賃料債権への物上代位の問題が、特に注目されるようになったのである。その大きな原因は、債権の回収のため、抵当権の実行がなされるのであるが、不動産市場の低迷によって、不動産の競売をしようとする場合、売却価格の下落や売却自体の困難さが問題をより深刻なものとしている。そのような状況のなか、大都市圏を中心としたオフィスなど抵当権の目的とされたものが生み出す賃料債権が

多額なものであり、また抵当不動産所有者の重要な財産を構成していることに目をつけて、その賃料債権をめぐって、利害関係人が争うケースが多く現れるようになってきたのである。⁽¹⁾そして、最高裁平成元年一〇月二七日判決(民集四三卷九号一〇七〇頁)において、これまで争いのあつた賃料債権への抵当権者の物上代位を判例法上肯定したことで、⁽²⁾ 抵当不動産の生み出す賃料債権に対して抵当権者が物上代位を行使するケースがこれまでも増して増加し、それに応じて物上代位権者とその目的債権についての利害関係人との間で紛争になるケースも多くなり、重要な裁判例も数多く出されるようになった。例えば物上代位権者が民法三〇四条一項但書の「差押」を行使する前に、担保権設定者の他の債権者が、賃料債権を差し押さえた場合において、物上代位権者とその一般債権者との優劣をめぐって、また、その賃料を譲受けた者と物上代位権者との優劣をめぐって、さらには賃料債権を相殺した者と物上代位権者との関係などである。これらの事案において下級審では、物上代位権者その他の債権者として、いずれが優先すべきかについて見解が対立していたが、後にみるように平成一〇年になって最高裁の判決が相次いで出されたことによって、判例法上は一応の落ち着きをみせつつあると思われる。しかし、その理論構成をめぐって学説は、いまだ激しく意見が対立しており、また判例の見解が、果たしてこれで確定したと言えるのかということを疑問視する声もある。⁽³⁾

物上代位の目的債権について利害関係を有する者と物上代位権との関係を考察するにあたっては、従来より民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡前」の「差押」の意義が問題とされてきた。民法三〇四条一項但書の「差押」の意義については、物上代位の本質からの考察がなされており、価値権論の立場からの説明と、特権論の立場からの説明とが対立してきた。⁽⁶⁾ 従来からの見解によれば、価値権論からは、特定性を維持するものとされ(特定性維持説)、特権論からは、優先権を保全するもの(優先権保全説)と解された。そして、その物上代位の本質より導かれ

る差押えの意義から、差押の主体についてや、他の債権者との関係についてなど、「差押」に関し生ずる様々な問題についての説明がなされてきたのである。しかし、このような見解に対しては、特権論より主張されていた優先権保全説が価値権論からも主張されたことや、⁽⁷⁾ 差押えの主体について担保者自身による差押が必要という結論を特権論のみならず、価値権論からも導きうるとされていることからしても、特権論と価値権論の対立は相対的な意味しか有し得ないものであるとの批判がなされるようになり、⁽⁸⁾ また、物上代位の本質について価値権・特権と一義的に解することに對しての批判もなされるようになった。⁽⁹⁾

このような状況の中で、近時、清原教授は、民法三〇四条一項本文は、担保物権に物上代位効を認めたことによる担保権者保護に関する規定であるのに対し、その但書は、第三債務者の二重弁済の危険を防止する第三債務者保護に関する規定であり、本文と但書とは峻別して理解しなければならぬとされ、本文の解釈論である物上代位本質論は、但書にいう「差押」の意義の解釈と論理必然的な関係にはなく、「差押」の趣旨は第三債務者保護を目的とする措置であるという見解を主張された。⁽¹⁰⁾ つまり、物上代位という特権の行使について直接の利害関係を有する者は、第三債務者だけでなく、第三債務者は、物上代位権の発生によって、物上代位権者に対する代位目的物の直接支払い義務を負う一方、物上代位権者の存在を通常知り得ず、担保権設定者（債務者）の方に弁済してしまうという二重弁済の危険に陥るからであるとされる。そして、民法三〇四条一項但書の「差押」の意義を第三債務者の保護のみを意図したものと考えることで、物上代位権と原担保権とは同一性を有する優先権であることから、物上代位権者は、その原担保権と同じく、「第三者」に対する関係では常に優先性を保持しうるのであり、その結果、担保権者は、目的物の滅失・毀損に関係なく保護され、また「差押」は、第三債務者に対して物上代位権という優先権の存在を知らしめるための手段に過ぎないから、「第三者」との優劣関係は、すべて原担保権との優劣関係によって決

することになり、実に簡明な結論が得られると説かれるのである。⁽¹¹⁾

右の見解を容れてか、後述する物上代位の目的債権が譲渡された場合に、物上代位権者と譲受人との優劣について判断した平成一〇年の最高裁判決は、清原教授が一貫して主張されていた見解と同趣旨の内容の判断をするにいたったのである。

すなわち、清原教授の見解や、右の最高裁の判決では、民法三〇四条一項但書の「差押」は第三債務者に対してのみ意味を有するものであり、他の債権者に対しては、物上代位の目的債権である賃料債権は、抵当権の一内容であり、物上代位権の公示は抵当権登記によってなされていると解することから、原担保である抵当権登記がなされていれば、物上代位権者の優先権が認められるとされる。これらの見解は、私に物上代位権の公示を抵当権登記との関係で、どのように考えるべきかの示唆を与えるものであった。

また、この賃料債権への物上代位の問題については、鎌田教授から以下のような視点が提供された。つまり、「抵当権の本質論や物上代位制度の趣旨論からの形式的論理的演繹による解釈が次第に影をひそめ、抵当権者、設定者および一般債権者の利害状況の肌理細やかな類型的考量や、執行手続き上の問題点についての具体的な考慮に基づいて解釈論を構成する傾向が強まってきた」ことから、「この問題をめぐる実戦的な解釈論の展開を試みようとするならば、関係当事者の具体的利益状況を実態に即して分析することが、不可欠の前提作業とされなければならない」と⁽¹³⁾と。そして、このような視点のもとに学説上詳細な分析が多く試みられるようになり、それによって物上代位の実務上の問題点なども浮き彫りとなり、より実地的な議論がなされるようになっていく。しかし、一方で伊藤進教授からこのような利益考量論に対して、「たしかに、抵当権関係者の利益状況を分析して利益衡量をして、これを解釈準則にすることは魅力ある方法である」とされたうえで、「しかし、解釈論では、現行の法体系、法理論を前提

としたうえで、そのような価値判断が許されるかというフィルターをかける必要があるのではなからうか。すなわち、現行の抵当権法理論もっともこれをどのように理解するかは問題であるが、たとえば抵当権の非占有・非利益という性質を無視して、利益衡量のみによるわけにはいかないという限界があるのでなからうか。このような利益衡量の一般的解釈準則性の限界も認識する必要がある⁽¹⁵⁾。」との指摘がなされているように、本質論からの考察は依然重要な意味を有していることには変わりはないと思われる。すなわち、これまででは物上代位の本質論を中心とした考察は試みられてきたのであるが、伊藤教授によって指摘がなされるように、むしろ抵当権の本質から物上代位に関する問題にアプローチする必要があるのではないかと思われるのである。

私は、これまでの論稿において、私なりに抵当権の性質について考察してきた⁽¹⁶⁾。そして、抵当権の性質については、抵当目的物を売却することを目的とする換価権が、その中心的な性格をになうものであると考えること、つまり、抵当権の性質は、換価作用を通じて抵当目的物を支配する権利と理解すべきであることを述べてみた。

また、一般に抵当権は物権であることから、物についての権利であると主張される。しかし、抵当権におけるその物権的支配の実質は、被担保債権の弁済がなされるときに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、抵当権設定者は、現行民法一三七条に抵触しない限り、設定者自身の責任でその抵当目的物を使用・収益・処分をすることができ、弁済期に弁済がなされず、抵当権が実行された場合にはじめて、抵当権者は、抵当目的物に支配を及ぼすことができるものと考ええる。そして、そ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実行以降であり、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、したがって物を支配していると解するよりも、設定者の有する所有権を換価権によって支配していると解する方が抵当権の性質をより明確に説明しうるものであると考えられることをも述べた。

従来から、抵当権は非占有担保であることから使用・収益を伴わない権利であり、交換価値のみを把握する権利であるとの理解がなされてきたように思われる。しかし、抵当権の性質に関する私見の立場からすれば、抵当権は、その設定時より使用・収益・処分権を生じる所有権そのものを換価権によって把握している権利であり、たゞその権利が設定者の所有権に対して現実的支配を及ぼすことができるのは、抵当権実行以降においてと考えるのである。また、抵当権は、設定者の所有権を実行による売却という形態で把握していると解することから、質料債権をも抵当権の価値支配の一内容とみる見解には直ちに承服しかねるところがある。つまり、抵当権を、抵当権者が抵当目的物を売却して、その売却代金から優先弁済を受ける権利と考えることからすれば、物上代位の目的債権についても抵当権登記が、その公示機能を果たしているとは考え難いからである。

そして、そのことを前提とすれば、物上代位の公示は第三者に対してもなされていないと解されることとなり、民法三〇四条一項但書の「差押」は第三債務者に対してのみならず、第三者に対しても物上代位権を実体法上保全するための要件、つまり物上代位権の「公示」の役割を果たすものとなると考えられることとなる。

このように本稿では、抵当権の本質論から、抵当権登記を物上代位権との関係で、どのようなものと理解すべきなのか、つまり、物上代位権の公示をどのように解するかということを中心にして、物上代位権とその目的債権をめぐる他の債権者との関係について考察してみたいと思う。

既述したように、物上代位権の公示を考えるにあたっては、民法三〇四条一項但書の「差押」をどのように考えるかが重要な意味をもち、清原教授が主張され、最高裁判所も同趣旨の判決をなした、いわゆる第三者保護説は、立法の沿革より主張されている見解であることより、この見解に迎接するためには、いま一度「差押」についての沿革をたどることの意味があると思われる。したがって本稿では、まず「差押」についての沿革を私なりに辿って

みることから始めたい。

二 沿革小史

1 ボアソナード草案・旧民法

抵当権に基づく物上代位は、ボアソナード草案 (Project) 一二〇七条一項但書に規定されていた。すなわち同条は不可抗力等を原因とする抵当財産の滅失等は債権者の損失とすると定めたりえで、その但書において「必要あるときは、先取特権につき一一三八条に規定したように、債権者の賠償金への権利を妨げない」としたのである。⁽¹⁷⁾ 同条のコメントでは、抵当権につき何故先取特権の一一三八条と同じ扱いが許されるのかについては何ら触れるところはない。結局、抵当権に基づく物上代位につきボアソナードがどのように考えていたのかについては、先取特権に基づく物上代位を参照するほかはないのであり、そしてこのように、何らの理由を述べることなく法定担保物権であり、かつ公示が不十分な先取特権についての規定を、約定担保物権として登記を公示とする抵当権に準用したことが、後の学説、判例の混乱を生じることにもつながったものと思われる。かようにして、現行民法三〇四条につき、ボアソナード草案一一三八条までの沿革を辿る作業はすでに何人もの先達が行っているが、本稿でも改めて行うこととしたい。「差押」の意義のみではなく物上代位の公示という視点も含めて見直すことに意味があるであろうと思うからである。

現行民法三〇四条はボアソナード草案一一三八条から旧民法債権担保編一三三条を経由して制定されたものであ

る。ポアソナード草案では、一一三八条一項で先取特権の目的物の滅失、毀損により第三者が債務者に賠償を負担したときには、先取特権者は他の債権に先立って、「この賠償における債務者の権利を行うことを得」とし、その但書において「その先取特権ある債務者に弁済前に合式に *une opposition* をなすことを要す」と定め、同条二項において、目的物を売却あるいは「賃貸」した場合についても同様としたのであった。⁽¹⁹⁾

すなわち、本稿で問題とする抵当権の物上代位における現行三〇四条一項の「払渡又ハ引渡前」に「差押」を要するということと、目的物の「賃貸」によって債務者が受くべき金銭に物上代位が許されるということの二つがこの草案に由来するといえるのである。同条に付せられたポアソナードによるコメントによれば「ただ、代位において保護されなければならないのは、その新しい価値についての債務者のみである。つまり、第三債務者が誤った弁済をする危険にさらされないようにしなければならぬのである。したがって、本条は、先取特権を有する債権者から *opposition* を申し立てる必要を規定したものである」と述べられている。⁽²⁰⁾

現行民法三〇四条一項但書の「差押」にあたるものは、ポアソナード民法草案においては、このように「*opposition*」として規定されており、このポアソナードの注釈からすれば、一一三八条但書において「*opposition*」を要求した趣旨は、第三債務者が弁済を誤る危険に陥らないように担保権者から「*opposition*」を告知することによって、この危険を予防したものであると説明されている。

右一一三八条に該当する規定はフランス民法典にないことはポアソナード自身が述べるところであり、彼によればイタリヤ民法によるとされる。⁽²¹⁾

イタリヤ旧民法一九五一条二項は、次のような規定であったようである。

①先取特権若しくは抵当権に服している物が滅失した場合、又は毀損された場合において、滅失又は毀損による損

書補填のために保険者の負担する金額は、それが滅失又は毀損のために用いられたときを除き、先取特権付若しくは抵当権付の債権について、その順序に従って弁済するために拘束される。

② 保険者が、滅失又は毀損の時から三〇日が経過した後において、異議 (opposizione) を受けずに弁済したときは、保険者は、解放される。⁽²³⁾

そして、その趣旨については、保険事故発生後三〇日経過前においては、保険金は先取特権者等に拘束されるが、先取特権者からの「opposizione」がないまま、この三〇日経過した後における保険者の被保険者への弁済は、先取特権者等に対しても有効とすることにありとされる。⁽²³⁾

このイタリア旧民法における「opposizione」の意味は、「opposizione al pagamento (弁済に対する故障の申立)」であって、sequestro conservativo (保全的差押え) の一種であり、「opposizione」は第三債務者が担保権設定者に弁済を禁止することに、その制度の本質があるものとされ、⁽²⁴⁾ イタリア旧民法においては執行手続きとは関係のない実体法上の行為とされていたことである。⁽²⁵⁾

この規定から次のようなことが分かる。イタリア旧民法においては、既述のように三〇日間に限り、物上代位権者に代位物についての拘束力を認め、「opposizione」なきまま、その期間経過後は、第三債務者が誰に弁済してよいのかいつまでも不確定な状態に置かれることを回避するため、第三債務者の弁済は、有効になるとされた。別の見方をすれば、三〇日の期間内においては第三債務者の弁済を禁止するという形で、物上代位権者の権利が保全されることになるが、三〇日経過後には、物上代位権者が自己の権利を主張するためには、物上代位権を実体法上保全する必要が生じることとなるのである。つまり、イタリア旧民法における期間制限は、一方では、三〇日経過後に「opposizione」がなされるまでの第三債務者の弁済を有効としたことで、第三債務者の弁済における危険 (二重弁

済の危険)を回避させる役割をはたし、また、他方では、三〇日の期間経過後においては、物上代位権者に自己の権利を主張(保全)する為に「oppositore」を申し立てなければならぬという要件を課したものとして二重の意味を有するものであった。かように、イタリア旧民法においては三〇日という期間が、第三債務者と物上代位権者とのバランスを保つ役割を果たしていたと思われる。それは物上代位権者は自己の物上代位権が発生したことを直ちに知ることは困難であることから三〇日という期間については権利を保全させる役割を果たし、また第三債務者にとっては、三〇日経過後についての弁済は「oppositore」の申し立てがなされない限り、保護されるという実際上の要請に合致したものと考えられるからである。

そして、ここで注意すべきことは、ポアソナード草案では、このような期間についての規定が削除されたということである。その理由については、ポアソナードは明らかにしていないが、三〇日という期間が削除されたことにより、第三債務者の弁済がより厚く保護されることにはなったが、反対に、物上代位権の消滅が容易なものとなり、物上代位権者は、物上代位権が発生すると直ちに「opposition」をなし、物上代位権を保全しなければ、第三債務者の弁済によって自己の権利を失う危険にさらされることになったのである。

以上のことより、ポアソナード草案において「opposition」が物上代位権の要件とされたのは、第三債務者との関係において、第三債務者に二重弁済の危険が生じることを前提とし、その第三債務者の弁済を保護するためであると考へられたのであるが、では、他の債権者等との関係ではどのように考へられていたのであろうか。

この点につき、ポアソナードは、「物を代表する価値に物上代位権を移転させることは他の債権者を害するものではない。なぜならば、旧物自体が他の債権者の担保物でなかったのであるから、他の債権者は、その新たな価値についても計算に入れることはできないのである」とし、⁽²⁶⁾他の債権者等の保護については考慮する必要はないとし

ている。ポアソナードの見解によれば、物上代位は「物を代表する価値」へ、本来の担保権の効力を当然に「移転」するものであり、他の債権者が、その債権について、利害関係を有するに至ったとしても、その保護について考慮する必要はないと解されていたのである。

しかし、ここでのポアソナードのコメントは先取特権についてのものであり、明確な公示を必要とする抵当権についてこの規定が準用される場合、他の債権者等に対しては物上代位の公示が存在していること、つまり、本来の担保権の公示が物上代位権の公示となることを前提として、他の債権者等が不測の損害を被ることはなく、その保護について考慮する必要がないと考えられたのか、それとも、先取特権の場合と同様、物上代位の目的物についてはいっさい公示なくして、他の債権者等に対して物上代位権者が優先すると解されていたのかについては不明である。すなわち、抵当権を基礎として、物を代表する価値に本来の担保権の効力を当然に移転させる物上代位という権利は、本来の担保権の追及効として理解すべきなのか、あるいは、対抗の問題として捉えるのかについて、ポアソナードのコメントはなされていなかったのである。

以上、ポアソナード草案一一三八条但書の趣旨につき、ポアソナードの見解をまとめると次のようになる。

ポアソナードが「opposition」を物上代位の要件とした趣旨は、第三債務者に対しては二重弁済の危険が生じるところを前提とし、その危険を回避する手段として物上代位権者に物上代位の保全としての作用をもつ「opposition」を要求した。また、二重弁済の危険が生じるところを前提にしていたことからすれば、「opposition」は物上代位権の実行の要件ではなく、実体法上の保全の意味を有していたものと思われる。そして、他の債権者等に対しては、その保護を考慮する必要は特段に払われていないようであり、すなわち、ポアソナードの見解では、一一三八条但書における「opposition」は、第三債務者に対してのみ意味を有するものとして規定されたのである。⁽²⁸⁾

その後、同条は、旧民法債権担保編一三三条一項へと受け継がれる。旧民法債権担保編一三三条一項は以下のよ
うな規定である。

第一三三条 先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタ
ルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ此賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル
債権者ハ弁済前ニ合式ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス

そして、その趣旨は、『立法理由書民法公定訳』によれば、次のように説かれている。

「本条に規定された原則は、先取特権の拡張ではなく、単に先取特権の保全について規定したものにすぎない。
それは、明らかに旧物を代表する新たな価値に、先取特権を移転させることによる一種の物上代位なのである。あ
る物を代表する価値に先取特権を移転させることは、別の債権者等を何ら害するものではない。というのは、その
物自体が、そもそもその他の債権者等の担保 (security) でなかったのであるから、その物を代表する価値について
も、他の債権者等は自己の計算にいれることはできないのである。代位 (subrogation) について保護を受けるべ
きものは、その価値についての債務者のみであり、彼らが誤った弁済にさらされないようにしなければならぬの
である。したがって、法律は先取特権を有する債権者が代位をする場合は異議 (opposition) をもって、その価値の
債務者に対して、その旨を告知する必要があることを規定したのである。」と。

このことから旧民法債権担保編一三三条の立法理由は、ほとんど変わることなくボアソナード草案を受け継いだ
ものであり、言葉のうえでは、ボアソナードの草案 (Project) の訳とされるボアソナード氏起稿修正民法草案注釈で
は「適正ノ方式ニ従ヒ弁済ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ要ス」となっていたのが、旧民法においては「弁済前ニ合式
ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス」と変えられてはいるものの、その趣旨は、ボアソナード草案で考えられていたもの

と異ならない。

2 現行民法起草者の見解

旧民法債権担保編一三三条一項は、その後、民法議事速記録において、第三〇四条「先取特権ハ其目的物ノ売却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リ債務者ノ受クルヘキ金額其他ノ有価物ニ対シテモ之ヲ行フコトヲ得但先取特権者ハ其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」という法案となった。一項本文において「其他ノ有価物」が、現行民法においては「其他ノ物」となっているだけで、後は、現行民法と全く変わらない規定である³⁰⁾。

この第三〇四条の規定について、穂積委員は「本条ハ担保編第三百三十三條ノ文字ニ修正ヲ加ヘマシタ丈ケノコトデアリマシテ実質ニ於テハ歸スル所違ハヌ積リデアリマス」と説明しており³¹⁾、このことからすれば、ボアソナード草案また旧民法の趣旨がそのまま受け継がれたとの趣旨にとれる。

しかし、穂積委員によっては、これ以上の説明がなされていないため、梅博士の『民法要義』³²⁾、富井博士の『民法原論』³³⁾の叙述を中心として、民法三〇四条一項但書の趣旨につき現行民法起草者の見解を辿ってみたい。

梅博士は、「若シ一旦債務者カ債権ノ目的物タル金錢其他ノ物ヲ受取リタル後尚ホ先取特権者ハ其上ニ先取特権ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ他ノ債権者ハ何ニ由リテ其金錢其他ノ物カ先取特権ノ目的タルヲ知ルコトヲ得ンヤ故ニ動モスレハ意外ノ損失ヲ被ムルコトナントセス是レ本条ニ於テ特ニ先取特権者ハ右ノ金錢其他ノ物ノ払渡又ハ引渡前ニ差押ノ手續ヲ為スコトヲ要スモノトシタル所以ナリ(民訴五九四以下)」とされ³⁴⁾、物上代位の目的物が債務者の一般財産に混入した後には、物上代位権の行使を認めるならば、他の債権者が不測の損害を被る危険が生じる

ため、差押を物上代位権の要件とすることにより、物上代位の目的物が、債務者の一般財産に混入した後は、物上代位権の行使はなし得ないものとして、その危険を防止したものとされる。

また、富井博士は、「先取特権者が代位物ニ付キ其権利ヲ行フニハ其物ノ払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス(三〇四一条一項本文) 故ニ債務者カ既ニ其物ノ交付ヲ受ケタル後ニ於テハ最早之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス即チ物上代位ノ場合ニ於ケル担保権ノ目的物ハ代表物其物ヨリモ寧ロ之ヲ給付セシムル債権ナルコトヲ知ルヘシ蓋代表物ニシテ一旦債務者ニ交付セラレ他ノ財産ト混合シタル後ニ在リテハ他ノ債権者ハ其物カ果シテ担保権ノ目的物タルコトヲ知ルニ由ナキカ故ニ担保権ノ行使ハ之ヲシテ意外ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ故ニ又此ニ所謂差押トハ債権差押ノ手續ヲ謂フモノトス即チ先取特権者ハ第三債務者ニ対シテ其給付スヘキ金銭其他ノ物ノ払渡又ハ引渡ヲ差止メ以テ其物ニ付キ弁済ヲ受クル権利ヲ保全スヘキナリ」とされ、梅博士と同様に、物上代位権において差押が要件とされたのは、物上代位の目的物が、債務者の一般財産に混入した後にも物上代位権の行使を認めると他の債権者が不測の損害を被る恐れがあるため、その危険を防止するためであるとされる。

重複をおそれずに、ここで再度両博士の見解を分析すると以下のようである。

まず、第三債務者に対する関係では、富井博士は「担保権者ハ第三債務者ニ対シテ其給付スヘキ金銭其他ノ物ノ払渡又ハ引渡ヲ差止メ以テ其物ニ付キ弁済ヲ受クル権利ヲ保全セントスルモノナリ」とし、⁽³⁵⁾第三債務者が、債務者に対し代位物を払渡または引渡をしてしまうと、物上代位権を行使しえなくなること前提とし、その払渡または引渡を禁止して、物上代位権を保全するところに民法三〇四一条一項但書の「差押」の意義があるとされている。つまり、富井博士の見解では、物上代位における差押は、第三債務者に対する関係では、ポアソナード草案および旧民法の趣旨と同じく、物上代位権を保全する働きを有するものとされていた。

次に、債務者が第三債務者より物上代位の目的たる金銭その他の物の交付を受け、これが債務者の一般財産に混入（富井博士は「混合」という）してしまった後にも、なお物上代位の行使を許せば、その金銭ないし物が先取特権の目的あることを知りえない他の債権者を害するということを両博士とも述べられているのであって、このことからすれば、金銭その他の物の払渡又は引渡前に差押を要するとされたのは、このような債務者の（先取特権者以外の）その他の債権者の利益を考慮してのことであつたと解されるのである。すなわち、ここでは、一応差押がなされる以前の債務者のその他の債権者の立場に対する配慮はなされているものの、私がこれから取りあげようとしている差押がなされる以前にまさに物上代位の目的をなしている債権（その他の物）について、たとえば譲受けた者などの利害関係を有するにいたつた第三者への配慮はおそらく念頭になつたのではないかと推測しうるのである。

また法典調査会においても、このような第三者との関係について何の議論もなされていないのである。

以上のことから、既述のように、ポアソナードの見解ではもっぱら第三債務者との関係が、梅、富井両博士の段階では、これに加えて債務者の債権者との関係が述べられていたが、物上代位の目的たる債権の譲受人と物上代位権者との関係、債務者自身が物上代位の目的たる債権を相殺の目的とした場合などについては考慮の対象とはされておらず、特段の手当がなされるような意図があつたようには思われないのである。

また、民法三〇四条一項但書の「差押」について、現行民法の起草者の見解には、ポアソナード草案から旧民法を経て興味ある用語の変遷がみられる。つまり、ポアソナード草案においては「opposition」がポアソナード氏起稿修正民法草案注釈では「異議」と訳されたものが、旧民法においては「払渡差押」となり、現行民法では「差押」となっている。このような用語の変遷が生じた理由として、谷口教授は次のように考察されている。

まず、ポアソナードが参考にしたとされる、イタリア法において「opposizione」は、本来的に執行手続とは関係のない実体法上の行為とされてきたものであったが、フランス法においては「opposition」は欠席裁判に対する不服・第三者異議・単純配当要求・債権差押それに一般の単純な異議など様々な意味に用いられており、ポアソナード自身もこの用語を様々な意味で用いていたことから、ポアソナードが、イタリア法に倣って単純な異議のつもりで用いた「opposition」という用語が、その後の立法作業の中で「債権差押」の意味に理解されたのではないかと推測されるということ⁽³⁷⁾。

そして、さらに「債権差押」と解された段階においても、この「債権差押」はフランス法における「債権差押」を意味しており、本来的に保全処分の性質をもつものであり、債務名義なくして行使することができ、差押債権者の債権は、その手続内で確定されることより、転付命令類似の効果を生じるものとされていた。そして、「債権差押」がこのような性質のものであるならば、本来の差押の趣旨を損なうものではなく、また、物上代位権の行使の段階についてまで考慮したものととして評価しうるものであったが、その後、わが国における、強制執行法の制定作業の過程で、フランス式とは根本的に異なるドイツ式が採用されたことにより、民法三〇四条一項但書の「差押」は本来の意味とは異なるものになってしまったのではないかとされる⁽³⁸⁾。つまり、物上代位における「差押」は、本来的には物上代位権を実体法上保全するためのものと考えられたのであるが、それが、物上代位権の実行手続である強制執行法上の差押と同様に考えられたことより、本来の意味とは異なった理解を生じさせる原因を作り出し、民法三〇四条一項但書の「差押」の意義についての解釈に混乱を生じさせたのではないかと分析されているのである。

このことは、富井博士の以下のような見解からも読みとることができる。つまり、富井博士の見解によれば、「債

権差押ノ手續ハ民事訴訟法第五九四条以下ノ規定ニ依ルヘキモノトス尚先取特権者ハ自己ノ債權ノ弁済期カ未タ到来セサル間ト雖モ仮差押ニ依リテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノト解スヘシ(民訴七三七条)とし、弁済期未到来の場合には、仮差押でもかまわない理由として「多数ノ学者ハ差押ナル語ヲ狭義ニ解シテ純然タル執行行為ノミヲ謂フモノトシ其結果主タル債權ノ弁済期ニ在ルコトヲ必要トスル如シ然リト雖モ此見解ニ從フトキハ物上代位ノ規定ハ實際殆ト効用ナキニ至ルヘシ」という實際的な理由をもって説明されている⁽³⁹⁾。このことからすれば、富井博士の見解においては、物上代位における差押は、物上代位権の行使として行われるものであるとしながらも、物上代位権を保全する必要があり、差押はその役割をも有するものであると解され、そのことよりして民法三〇四条一項但書の差押は、仮差押でもかまわないとされている。つまり、民法三〇四条一項但書の差押には、物上代位権の行使のための差押の意味と、第三債務者の弁済を禁止することによって、物上代位権を保全するための差押の意味とが混在しているとされたのである。

以上、民法三〇四条一項但書の沿革から、次のようなことがいえるのではないかと思われる。まず、本来的に民法三〇四条一項但書の「差押」は、第三債務者に対しては物上代位権を実体法上保全するという意味を有するものと考えられていた。しかし、その後の強制執行法の制定作業の過程で、民法三〇四条一項但書の「差押」の性質および実行方法について混乱が生じることになり、その結果、民法三〇四条一項但書の「差押」は、物上代位権の実行手続としての意味を有するものと解されるようになった。しかし、この場合にも、なお弁済期未到来の場合には物上代位権を実体法上保全する必要があることより、民法三〇四条一項但書の「差押」には、物上代位権の実行手続としての働きと、実体法上物上代位権を保全するという働きとが混在すると考えられていたのである。

また、現行民法起草者の見解においても、民法三〇四条一項但書の「差押」について問題とされたのは、主とし

て第三債務者に対する関係においてであり、第三債務者の弁済がなされるまでに物上代位の目的債権について利害関係を有するに至った他の債権者等については、債務者の一般財産を除いては、予期されていなかったものと思われる。

しかし、私見によれば、民法三〇四条一項但書の「差押」は第三債務者に対しては、二重弁済の危険が生じることから、第三債務者の弁済を保護するため、物上代位権者は「差押」をしなければ自己の優先権を実体法上保全し得ないと考えられたのであり、そのことからすれば、物上代位権の目的債権について、その債権が第三債務者から債務者への弁済がなされるまでに利害関係に入った第三者に対しても物上代位権者は自己の優先権を実体法上保全する必要があるのではないかと考えられる。

以下では、まず近時の判例等を紹介し、その後その分析を通して私見を展開してみたい。

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

民法三〇四条は、物上代位権について規定するが、その権利は、同条但書において「払渡又ハ引渡前ニ差押」をしなければ行使し得ないものとされており、そのことからすれば、「払渡又ハ引渡」は実体法上、物上代位権を消滅させる要件と考えられる。したがって、この「払渡又ハ引渡」が、どのような法律上の行為を指すのかということが、物上代位権者その他の債権者との関係を決定付ける要素であると思われるが、「払渡又ハ引渡」の内容は、民法三

○四条の「差押」をどのように解するかによって、「払渡又ハ引渡」が第三債務者の弁済を指すのか、あるいは物上代位権者と対抗関係に立つものの範囲とみるのかなど、様々に異なってくるものである。そこで、本稿では、賃料債権に対する抵当権者の物上代位を扱うものであるが、ここではかような場合に限定せず、過去の判例が、民法三〇四条一項但書の「差押」の意義についての、どのように解してきたかということを見たい。

(一) 大判大正四年三月六日民録二一輯三六四頁・大判大正四年六月三〇日民録二一輯一一五七頁

民法三〇四条の「差押」の意義について、初めて、判例が示されたのは大審院大正四年三月六日判決においてである。この事件における事案は、XがAの土地について抵当権を有していたところ、その土地が旧鉱業法六九条によつて収用されたので、Xが物上代位権の行使として、補償金債権を差し押さえたが、その前にすでに他のAの債権者Yがその補償金請求権につき差押・転付命令を得ていたというものであった。この事案につき、大審院は、まず、旧鉱業法六九条は民法三〇四条の原則を示したものであることを前提とし、民法三〇四条の差押は、「一面代表物タル特定性ヲ保全スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ其消滅ヲ防止シ以テ優先権ヲシテ補償金上ニ其権利ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノ」であるとし、そのような差押の性質により、「優先権者自身ノ差押ヲ為シタル場合ハ勿論劣等ノ順位ヲ有スル物上代位権者又ハ物上担保権ヲ有セサル債権者カ補償金ノ差押ヲ為シタル場合ト雖モ其ノ補償金ハ優先権ノ目的トシテ保存セラルヘキ筋合ニシテ優先権アル債権者ハ之ニ対シ其ノ権利ヲ主張スルコトヲ得ヘク自己カ先ニシテ差押ヲ為ササリシコトハ其優先権ヲ行使スルコトノ防ケトナルコトナシ」「故ニ順位ノ劣後ナル債権者又ハ普通債権者カ優先権ヲ有スル債権者ニ先立チテ補償金ノ差押ヲ為シタル場合ト雖モ優先権者ヲ無視シテ補償金ノ転付ヲ受クルノ所為ハ優先権者ノ権利ヲ害スルモノニシテ其転付命令ハ優先権者ニ對シテ効力ヲ有セサルヲ以テ

優先権者ハ尚ホ其補償金ニ對シテ優先権ヲ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ此場合ニ於テモ優先権ノ目的タル補償金ハ尚ホ代表物タル特定性ヲ保有シ優先権ノ行使ヲ可能ナラシムルヲ以テナリ」とし、Yの転付命令はXの利益を害するもので無効であると判示し、Xを勝訴させた。そして、さらに一方で、「但第三債務者カ優先権者ヨリ差押ヲ受クルノ前差押債権者ニ對シ弁済ハ有効ナルヲ以テ優先権者ノ目的物ハ茲ニ消滅ニ歸シ第三債務者ハ更ニ優先権者ニ對シテ支拂ヲ為スノ義務ナク優先権者ハ其權利ヲ害シテ支拂ヲ受ケタル差押債権者ニ對シテ其返還ヲ請求スルノ權利ヲ有スルニ過キサルモノトス」と述べている。

また、大審院大正大四年六月三〇日も、旧土地収用法六五条に基づく補償金請求権に対する物上代位について、右の大審院大正四年三月六日判決と同様の理を述べるものである。

学説は一般に、これらの判例理論は、物上代位権者による差押を単に代位物の特定のために必要なものとし、したがって、他の債権者が差押をしているときには、これにより代位物の特定という差押の目的は十分充たされていることから、物上代位権者自身による差押は不必要であるとしたもので、また、そのことより、順位の劣後する他の担保権者や一般の普通債権者がした転付命令を無効であることを判示したものであると解している。⁽⁴⁰⁾

しかし、このような理解からすれば、これらの判例が、順位の劣後する他の担保権者や一般の普通債権者がした転付命令は無効であるとしながらも、第三債務者が、転付命令を得た者に対して弁済した場合には、その弁済の効力を物上代位権者に対しても主張することができ、それによって物上代位権は消滅すると解していることの説明がなし得ないことになる。したがって、この判例を矛盾なく理解しようとするれば、次のような理論構成になるのではないかと考えられる。

まず、大審院は物上代位権者以外の者のなした差押によっても、物上代位権は保全されると判示しているが、そ

れば、あくまでも、他の債権者等に対する関係で物上代位権が保全されるということを意味しているものと思われる。つまり、他の債権者等による差押がなされたことにより、その差押の効果によって物上代位権の目的たる債権の処分が制約をうけ、物上代位の目的物は特定することから、他の債権者等は転付命令を受けるなどして、物上代位権の目的物を取得することは、物上代位権者の権利を侵害することになりできなくなる。そして、その結果として、物上代位の目的債権は、債務者のもとに維持され、物上代位権の行使が保全されることになるのである。

しかし、他の債権者等のみならず、第三債務者との関係においても、物上代位権を保全するものとは考えられていない。つまり、判決は、前述のように「第三債務者力優先権者ヨリ差押ヲ受クルノ前差押債権者ニ対シ弁済ハ有効ナルヲ以テ優先権者ノ目的物ハ茲ニ消滅ニ帰シ」としており、第三債務者に対する関係においては、優先権者、つまり物上代位権者自身の差押を要求しているものと解されるのである。

したがって、これらの判例では、第三債務者に対する関係と、他の債権者等に対する関係で、別の理論構成をとる、物上代位権者以外の者のなした強制執行法上の差押によっても、民法三〇四条一項但書の「差押」のもつ物上代位権の保全の目的は達せられることになるが、それは、あくまで、他の債権者等に対する関係においてのみ物上代位の目的債権が債務者の帰属から離れるのを防止する意味を有するものであり、第三債務者に対する関係では、物上代位権は保全されるとは考えられておらず、第三債務者に対して実体法上物上代位権を保全するには、なお、物上代位権者自身による差押を要求しているのではないかと思われるのである。

(二) 大連判大正一二年四月七日民集二卷二〇九頁・大判昭和五年九月二三日民集九卷九一八頁

はたして、大審院は、大連判大正一二年四月七日において、右の判例の立場を変更した。本判決の事案は、Aが

Bの家屋について抵当権を有していたところ、その家屋が焼失しBの保険会社Yに対する保険金請求権が具体化したので、Bの一般債権者Xがこの債権に対し差押・転付命令を得た。その後、Aが差押・転付命令を得たところ、YはXに対して保険金の支払いを拒んだので、XからYに保険金の支払いを請求したというもので、大審院は、以下のような要旨においてXを勝訴させた。まず、民法三〇四条の差押は「抵当権者自身ニ於テ之ヲ為スコトヲ要シ他ノ債権者カ其ノ債権保全ノ為ニ為シタル差押ハ抵当権者ノ右権利ヲ保全スルノ効ナキモノト解スルヲ当然トス」とし、その理由として「抵当権ハ本来其ノ目的物ノ滅失ニ因リテ消滅シ債務者ノ受クヘキ金銭ニ付テハ当然存スルモノニ非スト雖民法ニ於テ特ニ如上ノ規定ヲ設ケタルハ畢竟抵当権者ヲ保護センカ為ニ其ノ目的物ノ滅失ニ因リ債務者カ第三者ヨリ金銭ヲ受取ルヘキ債権ヲ有スルニ至ルトキハ其ノ債権ニ対シテモ抵当権者ニ之ヲ保存セシメ優先権ヲ得セシムルヲ適當ト認メタルニ因ルモノニ外ナラスシテ右債権ニ付抵当権者カ差押ヲ為スコトハ其ノ優先権ヲ保全スルニ欠クヘカラサル要件タルコト法文上明白ナレハナリ」とした。

この判決によれば、まず物上代位権の本質について、本来担保物権は、その目的物が滅失したことにより消滅するのだが、目的物の滅失により債務者が第三債務者から金銭を受け取る債権を有する場合、原担保権者を保護するために、その債権に対する優先権を原担保権者に認められたものであり、かつ抵当権者自らが差押をなすことを要し、そのことが、抵当権者が、他の債権者に対しても、その優先権を保全するための要件であるとしている。

次いで、大審院は、昭和五年九月二三日の、抵当不動産の耕地整理によって抵当権設定者の得た補償金請求権が第三者に譲渡された後に、抵当権者が旧耕地整理法二五条に基づき、物上代位権の行使として同債権を差し押さえた事案において、前の判決の立場を確認し、以下のように述べて、譲渡に後れた抵当権者による物上代位権の行使を否定した。まず、民法三〇四条の但書において「払渡又ハ引渡前ニ差押ヲナスコトヲ要ス」と規定された趣旨

は、「一面ニ於テ債務者カ金錢其ノ他ノ物ノ交付ヲ受ケタル後其ノ金錢其ノ他ノ物ニ對シ尙抵当權ヲ追從セシムルカ如キハ債務者固有ノ財産トノ間ニ混雜ヲ生シ徒ニ權利關係ヲ紛糾セシムルニ止マルノ虞アレハ抵当權ノ存在ハ債務者カ金錢其ノ他ノ物ノ交付ヲ受クル前ニ於テノミ之ヲ認ムルヲ至当ナリトシ抵当權ノ目的トシテ抵当不動産ニ代位スルハ債權其ノモノナルコトノ趣旨ヲ明ニスルト同時ニ他ノ一面ニ於テ債權ニハ登記ノ如キ公示方法ナキヨリ第三者ヲ保護スルノ方法トシテ不動産ニ代位スルコトヲ明確ニシ抵当權ヲ第三者ニ對シ保全スルノ要件トスル趣旨ヲ定メタルモノト解スヘケレハナリ」とし、民法三〇四条の差押は、一面においては、代位物が債務者の一般財産へ混入するのを防止する意味を有し、他の一面においては、物上代位権の第三者に対する公示の働きを有するものとする。そして、その差押の意味からすれば、「其ノ差押ハ必スヤ抵当權者之ヲ債務者ニ對シテ為スコトヲ要スルハ当然ノ事理ニ屬ス從テ抵当權者カ其ノ差押ヲ為スニ先チ債務者ニ於テ抵当不動産ニ代位スル債權ヲ第三者ニ譲渡セン乎抵当權ハ最早差押ニ因リテ之ヲ保全スルニ由ナク爰ニ消滅ニ歸セサルヲ得ス」とし、大審院一二年四月七日の転付命令について判示した判例を引用し、債權讓渡についても同様に解すべきとした。

つまり、本判決においては、民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」に債權讓渡、転付命令が含まれると解し、物上代位権者は、それらの行為がなされるまでに物上代位権を差押によって実体法上保全する必要があるとしたのである。

(二) 最判昭和五九年二月二日民集三八卷三三三頁・最判昭和六〇年七月一九日民集三九卷五号一三二六頁
この判決は、最高裁がはじめて動産売買先取特権について判示したものである。

事案は、動産(工業機械)の売主であるYとその買主Aの破産管財人であるXとの間の右動産の転売代金債權を

めぐる争いである。すなわち、Yは、Aが破産宣告を受けた後になって、右転売代金債権について差押え・転付命令を得た。そこで、この差押え・転付命令が、Yの動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使として有効か否かが争われたものである。最高裁は、以下のように述べて、Yを勝訴させた。「民法三〇四条一項但書において、先取特権が物上代位権を行使するためには金銭その他の払渡又は引渡前に差押をしなければならぬものと規定されている趣旨は、先取特権者のする右差押によつて、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に引渡し又は引渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の対象である債権の特定性が保全され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするところにあるから、第三債務者による弁済又は債務者による債権の第三者への譲渡の場合とは異なり、単に一般債権者は債務者に対する債務名義をもって目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はない。」また、破産宣告の効果については、破産者の財産の所有権が破産財団又は破産管財人に譲渡されたことになるものではなく、一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はないことから、先取特権者は、債務者が破産宣告決定を受けた後においても、物上代位権を行使することができるものと解するのが相当であるとした。

また、最高裁判所は昭和六〇年七月一九日の判決において、動産先取特権者が、一般の債権者の差押がなされた後に当該債権について物上代位権を行使した事案でも、右の昭和五九年二月二日の判決の立場を確認し、物上代位権の行使を認めた。本判例では民法三〇四条一項但書において差押が要件とされた趣旨について、昭和五九年二月二日の判決をそのまま引用したうえで、「目的債権について一般債権者が差押または仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後に先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられない」とし、物上代位権の

目的債権が差し押さえられたにすぎないときには、なお物上代位権の行使はなしうるとしている。

これら動産売買先取特権についての判決は、差押の意義について、大正一二年、昭和五年の判例の立場と同様に、代位物の債務者の一般財産への混入を防止すること、および物上代位の目的たる債権が第三者に移転（譲渡・転付）されると、物上代位権の行使がなし得なくなることを前提とし、それを防止し、物上代位権を実体法上保全するための手段として、民法三〇四条の差押の意義をとらえている。このことからすれば、大正一二年、昭和五年の抵当権における物上代位における差押の趣旨を、動産売買先取特権における物上代位の差押についても同様に解したものと考えられる⁽⁴⁾。

以上、ここまでの判例の見解をまとめると次のようになる。

まず、大正四年の二つの判例の立場においては、第三債務者に対する関係と、他の債権者等に対する関係とで、民法三〇四条一項但書の「差押」の意義について区別して考えられており、第三債務者に対しては、実体法上物上代位権を保全するものとされ、他の債権者等に対しては、物上代位の目的債権が、債務者の帰属を離れるのを防止する意味を有するとされた。

その後、大正一二年、昭和五年の判例の立場では、第三債務者に対しても、他の債権者等に対しても、物上代位権の公示が存在しないことを前提として、民法三〇四条一項但書の「差押」は、実体法上物上代位権を保全する働きを有するものとされた。

これらの判例の違いを、物上代位の目的物を他の債権者等が差し押さえ、その後に転付命令を取得した場合について考えてみると、大正四年の二つの判例の見解によれば、他の債権者等が、物上代位の目的債権を差し押さえた

時点で、物上代位権者の優先権は確定的なものとなる。したがって、その後他の債権者等が転付命令を取得したとしても、その転付命令は効力を生ぜず、物上代位権者はなお物上代位権を転付債権者に対して主張しうることになる。これに対して、大正一二年、昭和五年の判例の見解によれば、他の債権者等に対しても、物上代位権を保全する必要があるとされるため、他の債権者等が転付命令を取得するなどして、物上代位の目的債権が他の債権者等に帰属した場合には、もはや物上代位権の行使がなしえないこととなる。

そして、この大正一二年、昭和五年の判例の立場は、昭和五九年・六〇年の判例の立場において確認された。つまり民法三〇四条一項但書の「差押」は、第三債務者に対しても、他の債権者等に対しても、実体法上物上代位権を保全するための、物上代位権の公示的なものとしての働きを有するものとされたのである。

しかし、この五九年、六〇年の判決については、公示が不完全である動産売買先取特権について判断がなされたものであったことより、登記によって明確に公示がなされている抵当権についても適応されるものなのかについて、以下にみるように下級審において見解が分かれる原因にもなったものと思われる。⁴²⁾

2 賃料債権に対する抵当権者の物上代位と他の債権者との関係

賃料債権に対する物上代位に関して問題となる事案は、ここで取り上げる債権譲受人、差押をなした一般債権者、賃料債権につき相殺を主張する者の他にも、転貸借、賃料債権について譲渡担保あるいは質権を設定した者など様々である。しかし、本稿の趣旨は、賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位権者その他の債権者との優劣について、物上代位権の公示という観点から考察を試みようとするものであり、また、それがどのような形で問題とな

り、議論が深められてきたかを考察していきたいため、ここでは特に最近の下級審において争いのあった、債権譲受人、差押をなした一般債権者、賃料債権につき相殺を主張する者との関係を取り上げてみたい。

(一) 賃料債権の包括譲渡と抵当権に基づく物上代位の競合

【1】東京地判平成七年五月三〇日(金商一〇一一号九頁)

△事案の概要▽

Xは、Aに金銭を貸し付け、この貸金債権を担保するために、B会社所有の建物に抵当権を設定し登記を行なった。その後、Aは約定利息の支払いを怠り、右貸金債権について期限の利益を失った。他方Bは、所有している建物をYに賃貸しその旨の登記を経由するとともに、Cから金銭の貸付けを受け、Cとの間で建物についての将来の賃料債権を貸金債権の代物弁済として譲渡する旨の契約を締結して、Yは確定日付ある証書によりこれを承諾した。その後、Xが、抵当権の物上代位に基づきBがYに対して有する賃料債権についての差押命令を得て、その支払いを求めたのに対して、Yは、この賃料債権はすでにCに譲渡されており、Cへの譲渡がXの物上代位に優先するとして争った。

△判旨▽

「抵当権については、民法三七二条、三〇四条一項により目的不動産の賃料債権についても物上代位権を行使することができる。同条但書所定の差押さえより前に、右目的債権が弁済され、又は目的債権を譲り受けて第三者對抗要件を具備した第三者、もしくはは目的債権につき転付命令を得た第三者が存在するときは、抵当権者は、

これらのものに対し、優先権を主張することができないと解すべきである(最高裁昭和六〇年七月一九日第二小法廷判決・民集三九卷五号一三二六頁参照)。」との原則を述べた。しかし、本案では、YおよびAが、Xの債権回収を妨害する目的をもって債権譲渡がなされたものと推認できることより、YがXの物上代位に基づく質料債権の差押えは、Yに対抗しえないと主張するのは権利の濫用にあたり許されないと判断をした。

本判決は、物上代位の目的物である質料債権が譲渡された場合、物上代位権者と譲受人との優劣について、判示した裁判例として、公刊されたものとしては初めてのものである。⁴³⁾そして、本判決では動産売買先取特権についての最判六〇年の判決を引用し、抵当権に基づく物上代位においても、六〇年判決と同様に債権を譲り受け対抗要件を具備した者に対しては、抵当権者は優先権を主張しえないとの原則を述べたのである。

【2】大阪高判平成七年二月六日(判時一五六四号三一頁、判タ九〇一号二八三頁、金法一四五一号四一頁)

△事案の概要▽

本件不動産の所有者であるAは、Yに対する債務を担保するため抵当権を設定するとともに、これをBに賃貸していた。そして、さらにAは、CがXから貸付けを受けた債務を連帯保証すると同時に、Bに対して将来発生する本件土地建物の質料債権をXに対し包括譲渡した上、Bに内容証明郵便でこれを知照した。その後、Yが右抵当権の物上代位により、右のAのBに対する将来の質料債権を差押さえたため、Xは、右差押さえより前に、すでに右質料債権を譲受け、その旨の対抗要件を具備していたとして、右担保権行使の排除を求めた。

△判旨▽

「将来の期間に発生する継続的賃料債権を差し押さえた場合において、現実にその債権を取り立てることができるのは、期間が経過して支分債権である賃料が現に発生し（この時点において現に発生した債権に対する差押えの効力が具現することになる。）、かつ、その弁済期が到来した時点以降である。」したがって、「将来の期間の賃料債権を譲り受けた場合、譲渡契約時点では賃貸借当事者間においても未だ発生していないものであるから、支分債権である賃料債権が移転する時期は、期間経過により支分債権である賃料債権が賃貸人に対し現実に発生すると同時に、債権発生後改めて譲渡手続を経ることを要せず、譲渡人に移転すると解すべきである（對抗要件についても、期間経過により逐次支分債権が発生する都度、改めてその手続を経ることを必要としないと解される。）。そうすると、将来の期間に発生すべき賃料債権が支分債権として発生した時点で、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具備と第三者に対する對抗要件を具備した債権譲渡が競合する事態が起こり得る。」そして、「差押えによる関係的処分禁止の効力の具備と對抗要件を具備する債権譲渡が同時であるとすると、そのいずれが優先するかが問題となるが、その場合実体法上の権利に優劣があればその順序、実体法上の権利に優劣がなければ、先に包括的な差押えあるいは對抗要件を講じた方（保全的機能を認めるべきである）が優先すると解するべきである。」

また、抵当権者に「賃料に対し物上代位性を認める以上、その物上代位に基づく権利の行使は抵当権の内容である優先弁済権に由来するものといふべきである。そうすると、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具備と對抗要件を具備した債権譲渡が同時である場合には、実体法上優先権が認められている抵当権に基づく物上代位による差押えが優先し、発生した支分債権である賃料債権を取り立てることができる」と解するのが相当である。」とした。

本判決では、将来の債権譲渡及び差押えの効力が現実に発生するのは、期間経過により支分債権である賃料が現に発生し、かつ個々の賃料の弁済期が到来した時点以降とし、その都度對抗要件も具備されることから、そのときに初めて、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具備と第三者に対する對抗要件を具備した債権譲渡が競合する事態が起こり、この場合、抵当権の内容である優先弁済権に由来する物上代位権者の差押が、債権譲渡人に優先すると判断したものである。

しかしこの判決の理論構成については、学説から厳しい批判が加えられた。特に批判が集中したのは、将来債権の効力発生時についてであり、この判決によれば、将来債権が二重譲渡され、先後して對抗要件が備えられた場合には、どちらの譲渡も譲渡債権が現実化したときに効力を発することになり、その間の優劣は決せられないことになるが、それは妥当ではなく、いずれがさきに確定日付ある通知または承諾を得たかによって決せられるべきである。そうすると、目的債権の弁済期が到来した時点では、物上代位権に基づく差押えにも譲渡にも對抗要件が備えられているから、對抗要件具備の先後関係はないというのは、成り立たない考え方であるとされるのである。⁽⁴⁴⁾

【3】東京地判平成八年九月二〇日（判時一五八三号七三頁、判タ九四四号一六四頁、金法一四六四号二九頁）

△ 事案の概要▽

Aは、Yに対する債務を担保するため、自己所有の建物に抵当権を設定し、その旨の登記をした。その後、Aは、Xから金員を借入れ、その担保として右建物について将来発生すべき賃料債権を包括譲渡し、賃借人Bに対して、確定日付ある証書によって通知をした。他方、抵当権者Yは、物上代位権の行使としてBに対する賃料債権の差押えを申し立て、差押命令がBに送達された。そこで、賃借人Bは、右差押通知の到達以後に発生した賃料につ

いて、債権者不確知を理由とする弁済供託と執行供託の混合供託をしたため、債権譲渡人Xが、物上代位権者Yを被告として、供託金還付請求権の帰属確認を求める訴えを提起した。

△判旨▽

「建物の賃借人は、未発生の賃料債権を、その賃料債権の発生を条件として譲渡することができ、右債権が発生したときに直ちに権利移転の効果が生じる。」また、賃料債権譲受人は「未発生の賃料債権の譲渡について第三者に對する對抗要件を具備することができ、債権発生時に改めて對抗要件を具備する必要はないが、對抗要件の効力発生時期は、債権譲渡の効力発生時、すなわち債権の発生時と解するのが相当である」。他方、「抵当権者の目的不動産に對する物上代位権は、抵当権設定登記により公示され、第三者に對する對抗力を具備するものといふべきである。」そして、三〇四条一項但書にて、物上代位に際して差押を要求した趣旨については、最判昭和五九年・六〇年判決を引用して、「物上代位の効力を保全せしめることを目的とするのであり、差押は効力保全要件であつて、第三者に對する關係では実体法上の對抗要件としての意味を有するものではなく、「したがつて、その優劣は、債権譲渡の第三者に對する對抗要件の効力発生と抵当権登記の具備との先後によつて決すべきである」とする。また「物上代位による差押は、民法三〇四条一項但書により、『払渡又ハ引渡前ニ……為スコトヲ要ス』るところ、物上代位の目的となる債権が譲渡された場合についても、『払渡又ハ引渡』がなされた場合と同様に解すべきであり、物上代位が債権譲渡に優先するとしても、なお、現実には債権譲渡がなされる前に右差押をしておかなければならぬこととなる。債権譲受人が物上代位による差押に先立ち債権譲渡について第三者に對する對抗要件を具備したときは、譲渡された債権はもはや債務者の一般財産から逸脱し、差押の効力が及ばないからである」としながらも、しかし本事案のように、「債権譲渡の第三者に對する對抗要件の効力発生と同時に物上代位による差押の効力が生

じたときは、右の時点において、当該債権が債務者の一般財産に帰属したままなのか、既に逸脱したのかにつき直ちに決することができない場合にあるといえるから、債権譲受人は、当該債権が債権譲渡によって債務者の一般財産から逸出したことを当然には主張できないというべきである」とし、本事実では抵当権設定後に未発生の賃料債権の譲渡および通知がなされたことから抵当権が債権譲渡に優先するとした。

本判決は、【2】と同様に、学説上多くの批判がなされていた、未発生の賃料債権を譲渡した場合、その債権譲渡の効力およびその旨の通知の効力は、いずれも債権発生時に発生するとの見解を踏襲した。そして、本判決では三〇四条の「差押」は物上代位権の効力保全の要件であり、物上代位権は抵当権設定登記によって公示され、第三者に対して対抗力を有しているということを初めて明言した。また、債権譲渡は、三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」にあたるが、対抗力において抵当権者に劣後するとした。

本判決について学説からは、将来債権の譲渡担保については、実務上非常に有用とされており、賃料債権が抵当権との競合から否定的に扱えられることは、将来債権の譲渡担保や集合債権譲渡担保に悪影響を及ぼしかねないと危惧が述べられている⁴⁵⁾。

【4】東京高判平成八年一月六日(判時一五九一号三二頁、金商一〇一一号三頁)
△ 事案の概要 △

【1】東京地判平成七年五月三〇日の控訴審であるため省略。

△ 判旨 △

「抵当権者は、民法三七二条、三〇四条一項により、目的不動産の賃料債権についても物上代位権を行使することができるが、同条但書により目的債権を差し押さえる前に同債権を譲り受けて對抗要件を備えた者がある場合には、物上代位権の行使をすることはできず、このことは、将来発生する賃料債権についても同様に解すべきである。」そして、民法三〇四条一項但書において「払渡又ハ引渡前」の「差押」を要件とした趣旨は、「右差押によって物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これによって物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするところにある。この第三者保護の趣旨に照らせば、右『払渡又ハ引渡』の意味は、債務者（物上保証人を含む）の責任財産からの逸脱と解するべきであり、債権譲渡も同条の『払渡又ハ引渡』に該当するものといえることができる。（一般債権者が目的債権の差押えをし、転付命令を得る前の段階では、未だ責任財産からの逸脱したものといえないことは明らかである）。第三者の不測の損害防止の趣旨は、公示方法が不完全な先取特権においてはもちろん、登記により公示がされている抵当権においても基本的に異なることがないと解すべきであるから（民法三七二条は、抵当権について民法三〇四条を準用することにとどまる）抵当権者は、民法三〇四条但書による差押前に債権譲渡を受けて對抗要件を備えた者に対して、物上代位の優先権を主張することはできない。」したがって「将来発生する債権の譲渡についても、その譲渡性が承認されるものである限り、右の法律関係が変わるところはない。確かに、本件のように、将来の賃料債権の譲渡によって担保権者の物上代位権の行使が制約されることにはなるが、本来抵当権については担保物の用役機能は設定者に留保されることから生ずるものとして甘受するほかない。もちろん、あまり高額の数金の交付や長期の将来の賃料債権の譲渡については、担保者の空洞化を意図した権利濫用として、第三者の保護より担保者の保護を図る余地もあると考えられる」とした。

本判決では、民法三〇四条の「差押」の意義は、物上代位の目的債権の特定性の維持と第三者保護にあるとし、実体法上、民法三〇四条一項但書の「差押」は第三者に対する對抗要件の働きを果たすとの立場をとったものである。そして、その理由として、第三者の不測の損害防止の趣旨は、公示方法が不完全な先取特権も抵当権においても異ならないということを前提とし、したがって、抵当権においても登記が物上代位権の公示とはならず、債権譲渡を受けて對抗要件を備えた者にたいしては、物上代位の優先権を主張することはできないとし、またそのことは将来債権についても同様であるとした。

【5】東京高判平成九年二月二〇日(判時一六〇五号四九頁、金法一四七七号四五頁、金商一〇一五号三九頁)

△事案の概要▽

【3】東京地判平成八年九月二〇日の控訴審であるため省略。

△判旨▽

「未発生の賃料債権が譲渡された場合の對抗要件の効力は、賃貸人の確定日付のある証書をもってする通知が賃貸人に到達した時又確定日付のある証書をもってした賃借人の承諾の時に発生するものと解するのが相当であり、そのように考えても格別の不都合はない。對抗要件の効力が未発生の賃料債権の発生時に生じるとの見解は、未発生賃料債権が二重に譲渡されていずれも對抗要件を具備した場合に、その優劣を決し難いこととなる点から相当とは解されない。」とし、また三〇四条一項但書の差押の趣旨については、最判昭五九年、最判昭六〇年を引用して「右差押えは、物上代位権の効力を保全するためのものであって、第三者に対する関係で、実体法上の對抗要件としての意味を有するものではないと解するのが相当である。そして、目的不動産の賃料債権に対する抵当権の一内

容であるから、抵当権設定登記により、公示され、かつ、第三者に対する対抗要件を具備するものといふべきである。」とし、「そうだとすると、未発生の賃料債権について、その譲受人の権利と右債権に対する抵当権者の物上代位権との優劣は、右債権者の譲渡につき第三者に対する対抗要件を具備した時と抵当権設定登記を経た時との先後によって決すべき」とした。また、「民法三七二条、三〇〇四条一項但書が差押えを要件している趣旨は、右のとおり、目的債権の特定性の維持と第三債務者の二重払等第三者の不測の損害の防止にあるから、右の払渡し又は引渡しは、……弁済又はそれと同視できる処分等があった場合をいうものと解するのが相当である。そのような観点からしても、目的債権につき他の債権者が差押えをし転付命令を受けてそれが確定したときは、民事執行法一六〇条の規定の趣旨に鑑み、右の弁済と同視できる処分等があったものとして、以後抵当権者が物上代位権を行使することはできないと解することができ(大審院大正一二年四月七日民事連合部判決・民集二巻五号二〇九頁参照)、また、目的債権の譲渡も、その債権が転付命令の対象となり得る債権であり、それにつき譲渡人が債務者に対して確定日付のある証書をもって通知し又は債務者が確定日付のある証書をもって承諾したときには、右の転付命令の場合に準じ、右の弁済と同視できる処分等があったものとすることは許されるであろう。」ただ、「将来発生する債権等転付命令の対象とならない債権については、その譲渡がされ第三者に対する対抗要件が具備されても、右の弁済と同視できる処分等あったものとするとはできないと解するのが相当である。なぜなら、そのような債権については、その譲渡の時点では一般に債務者からの弁済はあり得ず、第三者の不測の損害もさほど考慮する必要はないし、他面、抵当権者に物上代位権の行使としての差押えを期待することは、困難でもあるし、又望ましくもないと考えられるからである。もっとも、前述の趣旨に鑑みれば、このような債権の譲渡であっても、それにつき債権者が債務者に対し確定日付のある証書をもって通知し又は債務者が確定日付のある証書を持って承諾しているときに

は、右債権が転付命令の対象となる程度に具体化された時点で、何らの行為も要せず右の弁済と同視できる処分等があったものとする事として差し支えないものと解される。」とした。

既述したように【2】での、対抗要件の効力が未発生の賃料債権の発生時に生じるとした見解について学説から厳しい批判がなされていたのであるが、本判決では、これらの批判を考慮してか、右見解を明確に否定した。また、差押は実体法上の物上代位権の対抗要件はなく、物上代位権の効力保全の要件であり、抵当権の一内容である賃料債権に対しては、抵当権設定登記が公示になるとし、この点で【3】と同様の立場をとった。また、民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」は弁済と同視できる場合をいい、賃料債権が支分権となる前の将来債権段階では転付命令の対象ともならず、債務者からの弁済も通常はありえないことから、転付命令の対象となる程度に具体化される時点までは、弁済と同旨でできる処分があったとはいえないことから債権譲渡も転付命令の場合と同様に「払渡又ハ引渡」に当たらないとの判断を示した。

しかし、本判決において、物上代位権は抵当権設定登記により公示されており、第三者に対抗できると考えられているとした点について道垣内助教教授から次の二点において批判がなされている。まず第一点目として、抵当権登記によって物上代位権が公示されているのならば、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」によって、もはや物上代位権行使としての差押えができなくなるのかが疑問である。公示されているのならば、第三債務者も物上代位権の存在を知ることができるはずであり、債権質の目的債権の債権者と同じく、供託義務等が課されてもおかしくないはずであるとされるのである。また第二点目としては、債権の(価値)帰属を公示する法システム全体との整合性に欠けるとの指摘がなされる。つまり、債権譲渡について

も、債権質についても、民法は第三債務者への通知または第三債務者からの承諾をもって公示することにして（民法四六七条、三六四条）。また、民事執行法上、債権の差押えがあったときも、債務者への差押えの命令の送達が行われ、それによって差押えの効力が生じる（民事執行法一四五条）。このように、債権の（価値）帰属を第三者に対抗できるようにするためには、第三債務者に直接に知らしめるといふシステムになっていることにも反するのではないかとされるのである。⁴⁶⁾

【6】最高裁第二小法廷平成一〇年一月三〇日判決（民集五二巻一号一頁、判時一六二八号三頁、判タ九六四号七三頁、金法一五〇八号六七頁、金商一〇三七号三頁）

△事案の概要▽

【4】東京高判平成八年一月六日の上告審であるため省略。

△判旨▽

「民法三七二条において準用する三〇四条一項但書が抵当権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前には差押えすることを要するとした趣旨目的は、主として、抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者（以下「第三債務者」という。）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者（以下「抵当権設定者」という。）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位におかれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗することができることにして、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にあると解される。」そして、「右の

よる民法三〇四条一項の趣旨目的に照らすと、同項の『払渡又ハ引渡』には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する對抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、民法三〇四条一項の『払渡又ハ引渡』という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、對抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものといふべきだからである。そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものといふべきである。」とした。

【7】最高裁第三小法廷平成一〇年二月一〇日判決(判タ九九七九号一六六頁)

△ 事案の概要 ↓

【5】東京高判平成九年二月二〇日の上告審であるため省略。

△判旨▽

本判決では、最高裁第二小法廷平成一〇年一月三〇日判決と差押の意義についても、「払渡又ハ引渡」の解釈も、また将来債権の効力についても全て同趣旨の判断をした。

これら【6】【7】の最高裁判決は、これまで下級審において物上代位肯定と物上代位否定に分れていたものに統一の判断をなしたものである。まず、抵当権者が物上代位権を行使するのに差押えを必要とした趣旨につき、民法制定に至る沿革的研究の成果である第三債務者保護説を採用し、抵当権の効力が物上代位の目的債権にも及ぶとすれば第三債務者は抵当権者に無断で抵当権設定者に弁済してよいか不安定な地位に置かれるため、抵当権者からの差押え前は抵当権者に弁済してはならず抵当権者に弁済すれば免責されるという仕組みを採用して第三債務者を保護しようとしたことが差押えを必要とした主要な趣旨であると判断したものとされており、また抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは、抵当権設定登記によって公示されているとの立場をとった。また将来債権の効力発生時についても、弁済期が到来しているのかどうかにかかわらず、この点についても下級審判例において分かれていた見解の統一をはかった。この【6】【7】判決により、抵当目的物に関する賃料債権の譲渡と抵当権に基づく物上代位とは、抵当権者が優先する旨がほぼ確定したと思われる。

しかし、これらの判決に対して学説の評価は分かれている。これらの判決と同趣旨の見解を述べてこられた清原教授は「本兩判決は、結論及びその理論構成のいずれにおいても極めて正当である」と評価されるが、他方、民法三〇四条の「差押」の趣旨について最高裁が採用した第三債務者保護説の理由説示については、動産売買先取特権に関してこれまで示されてきた判例理論との整合性を軽視したやや唐突なものであるとの感があり、また、正常型

の譲渡の場合や個別事案の特殊性からなお債権譲受人を保護すべき場合はもとより、他の転付命令や債権質との優劣等の派生的問題についても、多様な利害が錯綜する関係人間の衡平を図り、具体的事案に即した妥当な解決を困難にしかねないやや形式的に割切りすぎる理由説示である。との指摘がなされている。⁽⁴⁹⁾

【8】東京地判平成一〇年七月三〇日(金商一〇五五号二〇頁)

△事案の概要▽

Xは、A会社所有の建物に根抵当権を有しており、物上代位に基づいてAがY₁に対して有する賃料債権を差し押さえた。ところが、右賃料債権はすでにY₂に譲渡されていたことから、XがY₁に対し、賃借人であるY₁が供託した供託金に係る賃料債権が賃貸人(抵当権設定者)であるAに帰属することの確認を求めるとともに、Y₁に対してはその余の賃貸借契約終了までの未払賃料の支払を、Y₂に対しては差押後Y₁が支払った金員を不当利得であるとして、それぞれその返還を求める訴えを提起した。

△判旨▽

「抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する對抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるものと解するのが相当である」とし、したがって、本件において抵当権設定登記後の債権譲受人に対する第三債務者の弁済は無効であり、物上代位の目的債権は、抵当権者に帰属するものである。また「民法四八一条によれば、差押えを受けた第三債務者は自己の債権者に弁済したとき、右第三債務者は差押債権者に対する二重弁済を免れないとされており、右結論は、第三債務者が善意無過失であっても異なるもの」と解される(最高裁昭和四〇年一月一九日第二小法廷判決・民集第一九卷第八号一九八

六頁参照) ことより、抵当権者はなお第三債務者に対して賃料債権を取り立てる権利を有している。しかし、本案において、第三債務者は「無資力の状態にあると認められるため、右賃料の取立権は経済的には無価値になっている」といふべきであつて、その意味で抵当権者に損失が生じていると認められる。そして、本件においては、本来原告が得るはずであつた賃料を第三債務者が第三者に支払い、一方で抵当権者は第三債務者が無資力になつたことより賃料の弁済を受け得なくなつたという事実関係からすると、社会通念上、第三者の右利得は抵当権者の右損失によつて生じたと評価すべきであり、両者の間には因果関係があると認めるのが相当である。」「したがつて、本件において、抵当権者は、第三者が法律上の原因なくして弁済を受けた賃料について、第三者に対して不当利得返還請求権を行使できるものと解するのが相当である。なお、仮に、このように解さずに、抵当権者が第三債務者に対して右期間中の賃料の取立権を依然として有していることを理由に不当利得返還請求権の発生を否定するとすれば、差押債権者の保護を目的とする民法四八一条によつて結果的に差押権者が不利益を被るといふことにもなりかねない。」として、Xの不当利得返還請求権を認めた。

債権譲渡と物上代位による差押の優劣について、配当要求をめぐつて争われた事案は多数存在するが、本判決では債務の弁済を受けた譲受人に対する不当利得返還の請求がなされた事案であり、右請求を肯定する旨の判断がなされた。

(二) 一般債権者の差押と抵当権に基づく物上代位の優劣

【9】東京地判平成五年八月二三日(金法一三六九号八二頁)

△事案の概要▽

Yは、債務者Aに対して、執行力のある公正証書に基いて、Aが第三債務者に対する賃料債権につき差押命令を得て、右命令はAにも第三債務者にもそれぞれ送達された。その後Xは、自己の有する債権の追加担保として、債務者Aの有する建物に根抵当権の設定を受け同日その登記を了した。ついでXは右抵当権に基づく物上代位権の行使としてAが賃借人に対して有する賃料債権の差押の申立てをし、右賃料債権を差押さえるに至った。そこで、第三債務者は、差押えられた賃料債権に相当する金銭を供託した。この供託金配当手続において、執行裁判所は、原告と被告の各債権額に按分配当したのに対し、Xは、抵当権者である自分に優先権があるとして、Yに対し、不当利得返還請求訴訟を提起した。(すでに(一)の賃料債権の包括譲渡のところでも見たように、これまで賃料債権をめぐる第三者との争いにおいて問題となった事案は、第三者が賃料債権について利害関係を有する前に抵当権の設定登記がなされていたというものであったが、本事案では、抵当権設定登記が一般債権者による差押の後に行われたという、異質なものであった⁽⁵⁰⁾)。

△判旨▽

「根抵当権についても、民法三七二条、三〇四条一項により物上代位権の行使が認められており、同条項但書において、その差押を要件とする趣旨は、右差押によって、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡し又は引渡すことが禁止され、他方債務者が第三債務者から債権を取立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするところにあるから、単に一般債権者が債務者に対する債務主義

をもって目的債権につき差押命令を取得したにすぎないときは、その後に目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げるものではないと解すべきである」¹⁰として、物上代位権を行使した結果、債権差押えが競合した場合、配当手続における一般債権者との優先関係は、根抵当権者が優先するものと解するのが相当である。」として、物上代位権者の不当利得返還請求を認めた。

本判決は、動産売買先取特権の物上代位に關しての最判昭和五九年二月二日、最判昭和六〇年七月一九日の趣旨を、根抵当権に基づく物上代位にもそのまま適用して、一般差押債権者に対しては、物上代位権者が優先するとしたものである。

【10】東京高判平成六年三月三〇日（判タ八五四号二八二頁）

△事案の概要▽

XはA社に対する執行力ある公正証書にもとづき、A社がB社ほか四名に対して有する本件建物の賃料債権差押命令を得た。その後Yは、右差押のなされた後に設定登記された本件建物に対する根抵当権の物上代位により右賃料債権の差押命令を得た。執行裁判所は、第三債務者である右賃借人が供託した賃料の配当手続事件において、供託金を利息を含め全額Yに配当し、Xに対する配当額を0円とする配当表を作成したため、Xは配当表に対して異議を述べ、配当異議訴訟を提起した。

△判旨▽

まず、賃料債権に対する物上代位権行使の可否については、最判平成元年一〇月二七日を引用してこれを肯定

し、三〇四条一項但書の差押の意義についても、最判昭和五九年二月二日、同昭和六〇年七月一九日の判例を引用して目的債権について一般債権者が差押または仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後には先取特権者（抵当権者）が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられるものではないとしている。そして、一般債権者の差押が、民法三〇四条一項但書の「払渡又は引渡」に当たるとする控訴人の主張にたいしては「抵当権者の目的不動産に対する物上代位権は、抵当権設定登記により公示され、第三者に対する対抗力を具備するものと解すべきであるから、その後には右賃料債権を差し押さえたに過ぎない一般債権者は、その差押に遅れて物上代位権を行使した抵当権者に対抗することができない。右規定が先取特権者（抵当権者）は目的債権の『払渡又は引渡』前に差押をしなければならぬものとした趣旨は…単に目的債権の特定性を保持するにとどまらず、第三債務者に対し債務者への支払いを禁止することにより第三債務者を二重弁済の危険から保護するとともに、既に『払渡又は引渡』を受けた第三者を保護しようとするものである。したがって、右規定にいう『払渡又は引渡』は、弁済又は弁済と同視できる処分であった場合をいうものと解するのが相当である。…ところで、債権差押は、債務者に対して差し押さえられた債権について取立てその他の処分を禁止するとともに、第三債務者に対して右債権について債務者に対する弁済を禁止することにより右債権が債務者の財産から離脱することを防止して、債権者がその後には取立て又は転付を受けて満足を得ようとするものに過ぎない。したがって、債権差押は、弁済又は弁済と同視できる処分であった場合に該当するものというとはできないから、右規定にいう『払渡又は引渡』には当たらない。」ことより、物上代位権者は優先弁済を受ける権利があり、本件配当表に誤りはないとした。

このように本判決は、【9】のように不動産売買先取特権の事例である最判昭和六〇年の趣旨を踏襲する理由ではな

く、抵当権という性質を考慮し、抵当権の目的不動産に対する物上代位権は、抵当権設定登記により公示され、第三者に対する対抗力を具備するものと解すべきものであるから、その後には物上代位権の目的である賃料債権を差し押さえたに過ぎない一般債権者は、その差押えに遅れて物上代位権を行使した抵当権者に対抗することができないとする。また、三〇四条における「払渡又は引渡」は、弁済又は弁済と同視できる処分であった場合に該当しないことから、右規定にいう「払渡又は引渡」に権差押は、弁済又は弁済と同視できる処分のあった場合に該当しないことから、右規定にいう「払渡又は引渡」には当たらないとした。

【11】東京高判平成六年四月一二日（高民集四七卷二号一二七頁、判時一五〇七号一三〇頁、判タ九〇一号二〇一頁、金法一三八七号一一八頁）

△事案の概要▽

【9】東京地判平成五年八月二三日の控訴審であるため省略。

△判旨▽

「賃貸借の目的建物の所有者が当該建物に抵当権を設定する行為は、建物所有権との関係ではこれを対象とする換価権及び優先弁債権の設定の効力を生じるとともに、抵当権の効力として賃料に対する物上代位が許されることから（民法三七二条、三〇四条）、賃料債権との関係ではこれを対象とする換価権及び優先弁債権の設定の効力を生じるものである。賃貸建物について抵当権の設定をする前に建物所有者が有する賃料債権について差押命令が発せられているときには、建物所有者は、差し押さえられた賃料債権を処分することが禁じられているのであるが（民事執行法一四五条一項）、禁止される処分行為には、目的物の違いから建物所有権を対象とする換価権及び優先

弁債権の設定は含まれないが、目的としての権利が同一である賃料債権を対象とする換価権及び優先弁債権の設定は含まれる。したがって、賃貸建物について抵当権を設定し對抗要件としての登記を経由しても、その登記前に賃料の差押命令が第三債務者に送達されていたときは、差押えの処分禁止効により、当該賃料債権に対する執行手続では、建物抵当権による賃料債権に対する物上代位の権利はないものとして取り扱うべきであり、第三債務者が供託した賃料は、先行する差押えの対象となっているものである限り、上記の物上代位により差押えをした抵当権者に配当してはならないものである。このことは、先行する差押命令が一般債権者によるものであるかどうかによって異なるところではない。」と、原審である【9】とは逆に物上代位権者の不当利得請求を否定した。

本判決については、生熊教授が指摘されるように、「もし、一般債権者が賃貸不動産所有者の有する賃料債権を差し押さえた後に、賃貸不動産所有者に対する他の債権者がこの賃料債権につき質権の設定を受けても、差押債権者のした差押えが有効である限り、質権者はこの賃料債権から優先弁済を受け得ないことは明らかであり、他の債権者が、賃料債権につき質権の設定を受けるという方法ではなく、賃貸不動産につき抵当権の設定を受け、設定登記を経由するという方法を採れば、それが賃料債権の差押え後になされた場合でも、差押債権者に優先して賃料債権から弁済を受けることができるとしたら、それはおかしいといわざるをえない」との具体的な価値判断からして、結論としては妥当なものとの評価が多いようである。⁽⁹⁾ また、本判決には、賃料債権差押命令によって禁止される処分行為に、当該賃料債権を対象とする物上代位権の設定も含まれるとの理由から、物上代位権の行使を否定するのであるが、この点については、そもそも抵当権に基づく物上代位の場合には、目的債権についての優先権は抵当権設定登記によって公示されていないことより、目的債権を一般債権者が差押えれば、それだけで物上代位権は否定

されると解するべきであったのではないかとの見解も主張されている。⁵²⁾

【12】最高裁第一小法廷平成一〇年三月二六日判決（民集五二巻二号四八三頁、判時一六三八号七四頁、判タ九七三号一三四頁、金法一五一八号三五頁、金商一〇四四号三頁）

△事案の概要▽

【11】東京高判平成六年四月一二日の上告審であるため省略。

△判旨▽

「一般債権者による債権の差押えの処分禁止効は差押命令の第三債務者への送達によって生ずるものであり、他方、抵当権者が抵当権を第三者に対抗するためには抵当権設定登記を経由することが必要であるから、債権について一般債権者の差押と抵当権者の物上代位権に基づく差押が競合した場合には、両者の優劣は一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決せられ、右差押命令の第三債務者への送達が抵当権者の抵当権設定登記より先であれば、抵当権者は配当を受けることができないと解すべきである」とし、原審の判断を正当とし、物上代位権者の不当利得返還請求を否定した。

本判決は、一般債権者による差押が、抵当権設定以前になされ、しかも一般債権者による差押を物上代位に基づく差押が競合したという場合における優劣について、既述のように一審【9】、二審【11】とで判断が異なっていたものに最高裁の判断がなされたものである。本判決は、上告を棄却し、原審である【11】と同様の結論を採ったのであるが、本判決が【11】のような理由説示をしなかったのは、抵当権者が物上代位による差押えをする前の

時点では、賃料債権の処分は必ずしも禁止されておらず、差押債権者や債権譲受人も賃料債権の弁済を受領することができ、受領した弁済金につき抵当権者に対して不当利得返還請求義務を負うこともないと考えられる。したがって、本件とは逆の説明である、建物について抵当権設定登記がなされると建物所有者は賃料債権の処分を禁じられ、一般債権者が賃料債権を差し押さえても抵当権者に対抗することができないという説明をすることができないからであるとされ、上告審として、問題点を差押が競合した場合に限定した上、より一般的な法理を示したものの説明がなされている。⁽³³⁾

【13】平成一〇年三月二六日最高裁第一小法廷判決（民集五二卷二号五一三頁、判時一六三八号七九頁）

△事案の概要▽

事案は前述の【12】平成一〇年三月二六日最高裁第一小法廷判決とほぼ同じであり、当事者も同じとするが、別件訴訟として、提起されたもので、本事案では【12】とは反対に、YがXに対して不当利得返還請求を訴えたものである。

△判旨▽

「配当期日において配当異議の申出をしなかった一般債権者は、配当を受けた他の債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかった額に相当する金員について不当利得返還請求をすることができないものと解するのが相当である。ただし、ある者が不当利得返還請求を有するというためにはその者に民法七〇三条にいう損失が生じたことが必要であるが、一般債権者は、債務者の一般財産から債権の満足を受けることができる地位を有するにとどまり、特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有

するものではなく、他の債権者が配当を受けるために自己が配当を受けることができなかったというだけでは右の損失が生じたということができないからである。」とし、Yの上告を棄却した。

本件についての、一審も控訴審も請求を棄却したようであるが、その理由の骨子は「一般債権者は執行対象財産に対して実体法上の優先弁済権を持たず、一般債権者が本来よりも少ない額しか配当を受領できなかったことにより一般債権者に『損失』が生じたとはいえないから、過大な配当を受けた債権者に対して不当利得返還請求をすることはできない。一般債権者の配当受領は任意弁済の受領と異ならないが、一部の債権者に多額の任意弁済をした⁽⁵⁹⁾り、債権を有しない者に給付をしたとしても、そのことは少額の弁済しか受けられなかった者の『損失』にあたりない。」というものであり、本判決においても右理由を踏襲した。

(三) 抵当権による賃料への物上代位と相殺

【14】大阪地判平成八年一〇月三十一日(判タ九四一号二〇八頁、金法一四八六号一一六頁、金商一〇三〇号三一頁)
△事案の概要▽

XはA所有不動産に対する抵当権者であり、Aが本件不動産の賃借人であるBに対する有する賃料債権を物上代位の行使として差し押さえた。これに対してYは、Aは右不動産をBに賃貸する際、保証金名目で一億五〇〇〇万円を受取っており、その後YがBから賃借人の地位を譲り受け、A・Y間で賃料債権と保証金返還債務とを対当額で相殺しようとの合意がなされていたことより、Xの差し押さえた賃料債権は、すでに相殺の意思表示によって消

滅していると主張して争った。

△判旨▽

「一般に、債権が差し押さえられた場合において、第三債務者が債務者に対して反対債権を有していたときは、その債権が差押後に取得されたものでない限り、自動債権及び受働債権の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後であっても右反対債権を自動債権として相殺しうる」が、「本件の差押は登記された本件抵当権の物上代位に基づく差押であるところ、物上代位権は担保物権の優先弁済権に由来し抵当権設定登記により公示され第三者に対する対抗力を具備するもので、物上代位権を行うための差押の趣旨は、差押によって物上代位の目的となる債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全するとともに、他面右債権の弁済をした第三債務者又は右債権を譲り受け若しくは転付命令を受けた第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとするところにある。他方、相殺についてはその担保機能は肯定されるものあくまで事実上の機能であって公示の方法もなく担保物権に求められているような優先弁済権までは認められない。これらの点を考慮すれば、抵当権の物上代位に基づく差押の効力の発生以前に第三債務者が反対債権を有していたとしても、差押の効力発生前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされない限り、差押の効力発生と相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされたのが同時である場合も含め抵当権の物上代位に基づく差押が相殺に優先するものと解するのが相当である。」とした。

本判決では、保証金が敷金の性質をも有しているとされ、抵当権の設定登記時には保証金返還債権は発生してはなかったとされた上で、学説上のいわゆる無制限説をとったとされる最判昭和四五年六月二四日(民集二四卷六号五八七頁)を意識しつつも、本事案の差押は、物上代位に基づく「差押」であり、一般債権者による差押とは異なる

ることから、昭和四五年判決の範囲外にあるとし、物上代位権の優先を認めたものである。しかし、この点に関して学説からは、一般債権者による差押も担保権者の物上代位による差押も同じであり、物上代位に基づく差押のみを四五年判決の射程外とはできないとの批判がなされている。⁽⁵⁵⁾

【15】東京地判平成一〇年三月一九日(判時一六四九号一三二頁、金法一五二七号五五頁、金商一〇四八号三五頁)
△事案の概要▽

A所有建物の抵当権者Xは、賃借人B、C、YがAに支払うべき賃料債権を各別に、物上代位に基づいて差し押さえをし、差押命令到達後の賃料についての支払いを求めた。しかし、AのBに対して有する将来の賃料債権はYに譲渡されており、またYのAに対する賃料債権については、YがAに対して有する貸金債権と相殺していく旨の合意(相殺予約)がなされていたことから、YがXに支払いを拒んだことより、Xが訴えを提起した。

△判旨▽

「原告の物上代位による本件差押え後においては、その後の賃料債権発生時において債権差押の効力と本件相殺予約による相殺の効力が同時に生ずることになるべきところ、前記平成一〇年一月三〇日最高裁判決の趣旨に照らして考えると、右のような状況において相殺予約に基づいて賃料債権を受動債権として行われる相殺は、民法三七二条が準用する同法三〇四条一項但書にいう『払渡又は引渡』に含まれるものとは直ちに解し難い上、抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により既に公示されているものとみることができ、以上、本件相殺予約による相殺が物上代位に優先すると解するとすれば、抵当権設定者に対して債権を有する第三債務者は、賃貸借契約を締結して抵当物件の賃借人となり、抵当権者による差押前に相殺予約の合意をすることだ

けによって容易に抵当権者から物上代位権の行使を免れ、債権の満足を得ることになるが、このことは抵当権者の利益を不当に害することになるものといわなければならない。また、被告の指摘する前記最高裁大法廷判決(昭和四五年大法廷判決―筆者注)は、そもそも抵当権者が物上代位に基づいて行った差押えについてのものではなく、本件とは明らかに事案を異にしている上、差押え以降に発生する賃料債権の帰属について右のように解しても、決して第三債務者の利益を不当に害することにはならない。」とし、また本件事案において相殺の優先を認めるならば、物上代位権の行使が容易に免れることになるとの実質的な価値判断もその理由としている。

本件事案において問題となったのは、賃料債権を受働債権として行われる相殺であり、保証金を受働債権とした【14】とは事案が多少異なるといえるが、その点には触れておらず、理論構成について、ほぼ【14】を踏襲したものと考えられる。そして、さらに相殺予約に基づく相殺が、民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」に含まれるものとは直ちに解しがたいとの理由も付け加えられている。

【16】東京地判平成一〇年六月二五日(金商一〇五五号二四頁)

△事案の概要▽

A所有建物がYに賃貸され、その際YからAに保証金が預託されたが、その際、金額六〇〇万円、一〇年間据置、上記期間経過後は、七〇%を一年目より一〇年間均等で分割返還し、三〇%を敷金に振り替えるとの特約が付されていた。その後AはXのために、右賃貸建物につき抵当権設定登記を経ており、Xは右抵当権の物上代位に基づきYに対して賃料の支払いを求めて取立訴訟を申立てた。それに対して、Yは分割償還を受けられる金額の反

対債権をもって、相殺する旨の意思表示をした。

△判旨▽

物上代位における「差押後においても、第三債務者は、その債権が差押後に取得したものでないかぎり、自働債権及び受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべき理由すなわち民法五一一条の文言及び相殺制度の本質からすれば、抵当権の物上代位に基づく差押を、強制執行による差押ひいては滞納処分としての差押などと別異に解すべき理由はない。」とし、「なお、抵当権は、抵当権設定登記によって公示され、抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは右登記により公示されているとみることができることから、強制競売による差押等の場合と異なり、抵当権設定登記後差押までに第三債務者が取得した債権を、自働債権として、物上代位の目的債権を受働債権として相殺したときに、あるいは、抵当権設定登記前に第三債務者が取得した債権であっても、抵当権設定登記後差押までに債務者及び第三債務者が右債権の条件、弁済期などを変更し、その債権を、自働債権として第三債務者が、物上代位の目的債権を受働債権として相殺したときに、第三債務者が抵当権の存在を抵当権設定登記により認識し第三債務者に背信性があるような特段の事情がある場合に、信義則等により相殺の効力を制限するのが相当な場合はあり得よう。」とし、本案においては、このような場合にあたらないとし、Yの相殺はXの物上代位権に基づく差押に優先するとした。

本案では、保証金が受働債権とされたものであるが、その場合についても、最大判四五年六月二四日を重視し、相殺が物上代位による差押に優先するとした。また、第三債務者の反対債権である保証金返還請求権がその差押後に取得したものでない限り、原則として、差押後においても右反対債権を自働債権として賃料債権と相殺でき

る旨を述べた。

本判決について、平井教授は、民法三〇四条の差押の沿革を辿り、物上代位による差押と債権執行における差押を全く同等に評価してよいのかを問題としなければならないとし、またこれらの差押を同等とみた場合には、四五年判決の説く「差押えは、債務者の行為に関係のない客観的または第三債務者のみの行為により、その債権が消滅しましたその内容が変更されることを妨げる効力を有しないのであって、第三債務者がその一方的意思表示をもってする相殺権の行使も、相手方の自己に対する債権が差押えを受けたという一事によって、当然に禁止されるべきいわれはない」という論旨に、本判決はそぐわないと指摘されている。⁽⁵⁶⁾

【17】東京地判平成一〇年九月二二日(金商一〇六二号四九頁)

△事案の概要▽

AはBに対し貸付けをし、その際XはBの連帯保証をするともに、求償権を担保するために、B所有不動産について抵当権を設定し、その登記を経た。その後、BはYに右不動産を賃貸し、他方Yの代表者Cからも貸付けを受けた。そして、この債権はYに譲渡され、B・Y間においては、毎月の賃料債務とBが毎月分割返済すべき金員とを相殺する旨の合意が成立していた。XはBに対して求償債権を取得し、前記抵当権に基づく物上代位によりBのYに対する賃料債権を差し押さえた。Xが右差押命令送達後に弁済期が到来した金額から、既にYから支払われた相殺後の金額を控除した金額をYに請求したのに対し、Yがこれに対し相殺をもって対抗した。

△判旨▽

「いかに被告主張の相殺の合意が原告のした差押えの前になされたとしても、右合意に基づく相殺の効力が具体

的に発生するのは、差押えの効力が生じた後……の各弁済期なのであるから、本件差押命令による支払停止の効力より、右相殺はその効力を生じるに由ないものといふべきである。このように解さなければ、物上代位権の行使を不当に妨げ、抵当権設定登記により公示されている抵当権者の利益を害する結果となることとなり、相当でない。」

本案では、抵当権設定登記（公示）後に賃貸借がなされたケースであり、本判決は、相殺の合意が物上代位権に基づく差押の前にされたとしても、相殺の効力が具体的に発生するのは将来の賃料債権の各弁済期であり、差押がなされたならば、その処分禁止効によって相殺の効力は生じるものではなく、したがって物上代位権が優先するとした。

(1) また、さらに抵当不動産の賃料債権を物上代位によって差し押さえるメリットとして、抵当不動産の任意売却あるいは競売といった不動産自体の換価手続と併用しながら、それらの換価が終了するまでの「時間」を有効に利用できると、健全な第三債務者の「財布」に期待するもので迅速・確実な回収が図れること、他の法的回収手続に比して「費用」が低廉であるなどの理由もあげられている。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六頁（一九九六年）。

(2) 本判決は、すでに賃貸がなされていた建物について、Yによる根抵当権が設定された後、右建物はXに譲渡がなされ先順位抵当権者の申立によって競売手続が開始した。そこで、Yは配当加入するとともに、賃借人が供託していた賃料債権を物上代位権に基づいて差し押さえ、転付命令を得た。それに対し、XからYに対して不当利得返還請求がなされたという事案である。判決では「抵当権の目的不動産が賃貸された場合においては、抵当権者は、民法三七二条、三〇四条の規定の趣旨に従い、目的不動産の賃借人が供託した賃料の還付請求権についても抵当権を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、民法三七二条によって先取特権に関する同法三〇四条の規定が抵当権にも準用されていると

ころ、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し、抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによって対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることにはならないから、前記規定に反してまで目的物の質料について抵当権を行使することができないと解すべき理由はなく、また質料が供託された場合には、質料債権に準ずるものとして供託金還付請求権について抵当権を行使することができるというべきだからである。」とし、又の請求を棄却した。

(3) 鎌田薫ほか「座談会 抵当権についてとくに解決すべき問題」金融法務事情一五四六号八二〇三頁(一九九九年)。

(4) 我妻栄「新訂担保物権」二八八頁(岩波書店、一九六八年)、勝本正晃「担保物権法」三四頁以下(評論社、一九五五年)、川井健「担保物権法」五五〇五六頁(青林書院新社、一九七五年)、松坂佐一「民法提要物権法(第四版増訂)」二九九頁(有斐閣、一九八四年)、石田喜久夫「物権法」一六三頁(日本評論社、一九七七年)、小林俊三「物上代位の本質に関する一考察」法学新報四三巻九号一一〇五頁(一九三五年)、鈴木禄弥「物上代位制度について」『抵当制度の研究』一一七頁(一粒社、一九六八年)、五十嵐清「抵当権の物上代位」『民法演習Ⅱ物権』一六七頁(有斐閣、一九五八年)。

(5) 中島玉吉「民法積義2巻物権下」六五三頁(金刺芳流堂、一九一六年)、香川保一「新版担保」二一九頁(金融財政事情研究会、一九六一年)、横田秀雄「法学論集」二六九頁(清水書店、一九二四年)。

(6) なお法定債権質権説も有力に主張されていたが、わが民法上法定質権が認められていないこと、また、民事執行法の制定によって、その立論の基礎が失われたことなどを理由として、現在ではほとんど主張されていない。吉野衛「物上代位に関する手続上の二、三の問題」『担保法大系4』三七七頁(金融財政事情研究会、一九八四年)。

(7) 石田文次郎「担保物権法論上巻」八一頁(有斐閣、一九五五年)。

(8) 鎌田薫「物上代位と差押」『民法ノート物権法①』一九七頁(日本評論社、一九九二年)。

(9) 植梯次「物上代位」『判例と学説2民法I』二六七頁(日本評論社、一九七七年)。

(10) 清原泰司「物上代位の法理」二八〇頁(民事法研究会、一九九七年)。

(11) 清原・前掲注(10)二八三頁。

(12) 最高裁第二小法廷平成一〇年一月三〇日判決(民集五二巻一号一頁)。

- (13) 鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田・西原・高木還暦記念論文集・下巻『金融法の課題と展望』六三頁 (日本評論社、一九九〇年)。
- (14) 大西武士「抵当不動産の賃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 (一九九六年)、田原陸夫「将来債権の賃料債権の譲渡と抵当権の物上代位」大阪高判7・12・6、東京高判9・2・20をめぐって」金融法務事情一四八四号 (一九九七年)。
- (15) 伊藤進「抵当権の学理上の課題」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』一九六頁 (商事法務研究会、一九九五年)。
- (16) 拙稿「抵当権の性質について―抵当権価値権論への疑問―」獨協法学四六号四四七頁以下 (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―」獨協法学四八号一六七頁以下 (一九九九年)。
- (17) Boissonade, *Proje de Code Civil pour L'Empire du Japon accompagne d'un commentaire*, t. 4, 1890, p. 399.
- (18) 新田宗吉「物上代位に関する一考察―抵当権の物上代位を中心として―」(一)〜(五)「明治学院大学法学研究」二五号 (一九八〇年)、二六号 (一九八〇年)、二八号 (一九八二年)、三〇号 (一九八四年)、三二号 (一九八四年)。谷口安平「物上代位と差押」『民法学』3 (有斐閣、一九七六年)、大島俊之「民法三〇四条の沿革―イタリア民法を継受したわが民法規定―」神戸学院法学二二巻一号 (一九九二年)、吉野衛「物上代位に関する基礎的考察(上)(中)(下)」金融法務事情九六八、九七一、九七二号 (一九八一年)。
- (19) Boissonade, *op. cit.*, t. 4, pp. 260-261.
- (20) Boissonade, *op. cit.*, t. 4, p. 267.
- (21) この点につき、当時のイタリア民法における物上代位の考察を必要とするが、現在の筆者には、十分為し得ないことより、ここでは、谷口・前出注(18)一〇九頁以下 (有斐閣・一九七六年) 及び、吉野衛「物上代位における差押の意義」加藤 Ⅱ米倉編『民法の争点Ⅰ』一六一頁以下 (有斐閣・一九八五年)、同・前出注(18)基礎的考察(上)七頁以下の記述を中心として考察したい。
- (22) 本文での訳は、大島・前出注(18)二頁以下を参考とさせていただいた。また、イタリア民法は一九四二年に改正がなされておき、現行のイタリア民法では、物上代位の規定は、二七四二条となっている。現行イタリア民法二七四二条二項の規定は「保険者ハ故障ノ申立ヲ受クルコトナク滅失又ハ毀損ノ日ヨリ三〇日後ニ(被保険者ニ)其ノ支払ヲ為シタルトキハ

- (其ノ責ヲ)免ルルモノトス但シ(滅失又ハ毀損ニ係ル物ガ)不動産ニシテ其ノ上ニ数個ノ登記ガ存スル場合ニハ保險者ハ滅失又ハ毀損ノ原因ト為リタル事実ヲ登記セラレタル債権者ニ通知シタル後故障ノ申立ヲ受クルコトナク三十日ノ期間ヲ經過シタルトキニ限り(其ノ責ヲ)免ルルモノトス」となっており、内容的に旧民法と違はない。引用は、吉野・前出注(18)基礎的考察(上)一三頁。
- (23) 新田・前出注(18)法学研究二八号一〇一頁。
- (24) 吉野・前出注(21)民法の争点一六一頁。
- (25) 谷口・前出注(18)一一〇頁以下。
- (26) 再閱修正民法草案注積第四編四七九頁。
- (27) 再閱修正民法草案注積第四編四七九頁。
- (28) この点については、既に多くの論文において主張されている。清原・前出注(18)一四一八頁、新田・前出注(18)法学研究二八号九五頁、谷口前出注(18)一〇九頁。
- (29) 「仏語公定訳」日本帝国民法典並びに立法理由第4巻債権担保編証拠編・理由書(Code Civil de l'empire du Japon accompagné d'un Exposé des Motifs t.4 Art. 133) 復刻版一五五頁(信山社、一九九三年)。
- (30) 法典調査会『民法議事速記録二(日本近代立法資料叢書)』三七六頁。
- (31) 法典調査会・前出注(30)三七六頁。
- (32) 梅謙次郎『民法要義卷ノ二物権編(訂正増補)』三三九頁(有斐閣、一九二一年)。
- (33) 富井『民法原論第二卷』三五四頁(有斐閣、一九一四年)。
- (34) 梅・前出注(32)三二九頁。
- (35) 富井・前出注(33)三五四頁。
- (36) 富井・前出注(33)五七五頁。
- (37) 谷口・前出注(18)一一一頁。
- (38) 谷口・前出注(18)一一二頁。
- (39) 富井・前出注(33)三五五頁。

- (40) 新田宗吉「物上代位」『民法講座3』一〇九頁(有斐閣、一九八四年)、吉野・前出注(18)基礎的考察(上)一一頁。
- (41) 伊藤眞「最判59・2・2判批」法学教室四七号七一頁(一九八四年)、三宅正男「最判59・2・2判批」判例評論三〇九号三九〜四〇頁(一九八四年)、柳澤秀吉「最判59・2・2判批」法律時報五六卷一〇号一三一頁(一九八四年)、伊藤眞「最判59・2・2判批」ジュリスト八三八号七六頁(一九八五年)、新田宗吉「動産売買先取特権の物上代位と破産」『民法の争点I』一六八頁(一九八五年)、小林秀之「最判59・2・2判批」ジュリスト八二六号九八頁(一九八四年)。
- (42) この五九年、六〇年の判例で問題となったのは、動産売買先取特権であり、この判例の法理は抵当権に基づく物上代位においては、あてはまらないのではないかとする見解も主張されている。つまり、約定担保物権である抵当権は、第三者對抗力を有するためには公示が必要なのに対して、先取特権は本来的に公示を欠く物権であり、前者では物上代位の局面でも公示の有無を考慮しなければならないのに対し、後者ではこの局面だけ公示に拘泥しても無意味であるとされるのである。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21五二二号一三頁(一九九六年)。
- (43) 抵当権による賃料債権への物上代位と包括債権譲渡の優劣関係について、正面から論じた判例は従来はなかったようである。ただ大審院昭和一七年三月二三日判決(法学一巻一二号一二八八頁)が、「将来発生スヘキ賃料債権ヲ賃貸人タル抵当土地ノ所有者カ他ニ譲渡シタル後、抵当債権者カ右賃料債権ノ差押ヲ為ス場合ニ於テ：(省略)：右賃料債権ヲ以テ抵当土地ノ代位物タルシムルコトヲ得サルモノト解セサルヘカス」とし譲渡された将来の賃料債権に対し物上代位は認められない旨の判断を示しているが、その理由は、賃貸人を執行債務者、賃借人を執行第三債務者とする差押命令は、賃借人が賃料債権譲渡人に支払いをすることを禁止するものではなく、賃貸人の譲渡人に対する支払いは、差押命令の効力に抵触しないとされるものであるが、この判決では詳細な事実関係は不明であり先例としての意義は乏しいものと思われる。
- また、判例タイムズ九〇一号二八三頁のコメントによれば、この判決以前の以下のような未公開の裁判例が紹介されている。東京地決平六・六・二七(公刊物未登載)は、抵当不動産について将来発生する賃料債権の包括的譲渡があり、その対抗要件が具備された後に、抵当権者が当該賃料債権に対して賃料債権の譲受人を執行債務者として抵当権に基づく物上代位による差押えを申し立てた事案において、「抵当不動産についての賃料債権は、抵当不動産と切り離して譲渡されたときは、抵当不動産の果実たる性質を失い、もはや抵当権者が有する物上代位権行使の対象とすることはできない」と判示

して、当該差押えの申立てを却下した。さらに、同決定の抗告審である東京高決平六・九・五(公刊物未登載)は、抵当権者の債権差押えの申立て前に、その目的である質料債権の譲渡がなされ、かつ、對抗要件が具備されていることを一つの理由として、もはや、抵当権者は物上代位権を行使することはできないとして、抗告を棄却した。

- (44) 道垣内・前出注(42)一四頁、秦光昭「目的債権の譲渡と物上代位権の行使の可否」金融法務事情一四五号五頁(一九九六年)、小林明彦「将来の質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七頁(一九九六年)、北秀昭「抵当権者の質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一三四頁(一九九九年)、佐久間弘道「質料債権の包括譲渡と物上代位による差押えとの優劣」銀行法務21五三〇号一三頁(一九九七年)、角紀代恵「将来の質料債権の包括譲渡と抵当権による物上代位に基づく差押の優先関係」判例タイムズ九一八号四七頁(一九九六年)。

- (45) 堀籠兒「民法判例レビュー56 担保」判例タイムズ九三三号六五頁(一九九七年)。

- (46) 道垣内・前出注(42)一二頁、同「質料債権に対する物上代位をめぐる最近の争点」自由と正義一九九七年七月号一三三頁(一九九七年)。

- (47) 野山宏「最判平10・1・30判批」ジュリスト一一三七号一〇二頁(一九九八年)。

- (48) また伊藤教授も、本兩判決は、法理論的にみても、最高裁判平成元年判決の理論をさらに展開するものと評することができ、抵当権の効力を素直に展開するものであると評価されている。伊藤進「包括質料債権譲渡後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六三七号一六頁(一九九八年)。

- (49) 北秀昭「抵当権者の質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」銀行法務五六〇号一〇頁(一九九六年)。また佐久間教授は「本判決は、利害関係人のうちの一方に、ほぼ完璧に優先性を認めた点で、相殺の対外的効力に関して無制限説を採用した昭和四五年六月二四日の大法廷判決(民集二四卷六号五八七頁、金融・商事判例二一五号二頁)を想起させる。もっとも、相殺に関する無制限説には、相殺の期待利益の保護という大義名分があった。しかし、本判決には、執行妨害の防止という効果は期待できるが、執行妨害にあたらない場合もありうるのであり、その場合の大義名分を見出し難い。」とされている。佐久間弘道「質料債権の包括譲渡と抵当権にもとづく物上代位の優劣」最高裁判平成一〇年一月三〇日判決を踏まえて」銀行法務2一五四号一四頁(一九九八年)。

- (50) 本件のような事案は、これまであまり見られなかったものであり、バブル経済の崩壊後、不動産の価格が下落し、かつ不動産取引が不活発になってきている状況のもとで、賃料債権をめぐる債権者間の争いが熾烈になって示す一事例であると思われる。生熊長幸「賃料債権への一般債権者による差押えと物上代位—東京高判平6・4・12の検討—金融法務事情—三九四号七二〇七三頁—(一九九四年)。
- (51) 生熊・前出注(50)七五〇七六頁—(一九九四年)。宮尾成明「東京高判平6・4・12判批」判例タイムズ八八二号二七一頁—(一九九五年)、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1995〈下〉一五七頁—(一九九五年)、道垣内弘人「東京高判平6・4・12判批」判例評論四三四号二二六頁—(一九九五年)、大西武士「抵当不動産の賃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)。
- (52) 道垣内・前出注(51)五四〇五五頁。また道垣内助教授からは、本判決は、差押えの処分禁止効という、いわば掘め手から物上代位権者の優先権を否定したものととの指摘がなされている。
- (53) 野山宏「最判平10・3・26判批」ジュリスト一一三八号一一二頁—(一九九八年)。
- (54) 野山宏「最判平10・3・26判批」ジュリスト一一三八号一一三頁—(一九九八年)。
- (55) 石田喜久夫「抵当権者の物上代位にもとづく差押えを第三債務者による相殺の優劣—大阪地裁平8年10月31日判決—銀行法務21五四二号九〇頁—(一九九八年)、吉田光碩「抵当権による賃料への物上代位と保証金との相殺—大阪地判平8・10・31」判例タイムズ九六五号三五頁—(一九九八年)。
- (56) 平井一雄「東京地判平成10・6・25判批」金融商事判例一〇六六号五九頁—(一九九九年)。

(未完)