

博士論文

賃料等に対する抵当権の効力

平成 28 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究科

朴 清日

博士論文

賃料等に対する抵当権の効力

指導教員 鳥谷部 茂 教授
 堀田 親臣 教授
 宮永 文雄 教授

平成 28 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究科

法政システム専攻

朴 清日

目 次

序	はじめに	1
第1章	韓国における抵当権に基づく物上代位制度	4
第1節	序説	4
第2節	抵当権に基づく物上代位の概観	4
第3節	抵当権に基づく物上代位の目的物	12
第4節	払渡し・引渡し	23
第5節	行使要件としての「差押え」	28
第6節	物上代位権の行使	48
第7節	担保不動産収益執行制度の新設に関する検討	52
第8節	2013年法務部民法改正委員会改正試案	54
第9節	小括	63
第2章	日本における抵当権に基づく物上代位制度	71
第1節	序説	71
第2節	抵当権に基づく物上代位の概観	71
第3節	抵当権に基づく物上代位の目的物	76
第4節	払渡し・引渡し	111
第5節	行使要件としての「差押え」	122
第6節	物上代位権の行使	129
第7節	権利の競合	131
第8節	債務者の破産	133
第9節	物上代位の効果	133
第10節	小括	134

第3章	ドイツにおける賃料等に関する抵当権の効力	138
第1節	序説	138
第2節	抵当権に基づく物上代位の概観	139
第3節	抵当権に基づく物上代位の目的物	139
第4節	抵当権者に基づく物上代位による「差押え」	158
第5節	賃料債権への執行方法	159
第6節	強制管理	160
第7節	小括	163
第4章	検討	167
第1節	韓国法の検討	167
第2節	日本法の検討	183
第3節	ドイツ法の検討	206
第5章	示唆	212
第1節	日本法からの検討－日本法のような賃料債権への物上代位の可能性	212
第2節	ドイツ法からの検討－ドイツ法のような果実に対する効力	224
第3節	ドイツ法、日本法との比較による韓国法への可能性	228

序 はじめに

1 研究の目的

本研究の目的は、日本法及びドイツ法を参考に、より堅実で実効性のある資金調達方法(借主)及び債権回収方法(貸主)として抵当権が発展するための法理論を探ることにある。

韓国と日本における抵当権とは、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者より優先して自己の債権の弁済を受ける権利を意味する。抵当権は、質権と並んで民法が規定する約定担保物権の一つであるが、質権との根本的な違いは目的物の占有を設定者から抵当権者に移転する必要はない点にある。すなわち、①抵当権設定者は目的物の使用をそのまま継続することができ、②抵当権者も目的物の交換価値を把握することで目的物管理の負担を負わず、いざというときの優先弁済権のみ確保することができる。このような抵当権の特性を非占有担保、価値権と表現するのが多い。

韓国では、抵当権者の債権回収の方法として、抵当不動産の競売を通じて換価し、その代金から優先配当を受ける民事執行法上の担保不動産競売手続のみを規定している。すなわち、韓国の抵当権は、抵当目的物の本体に対する交換価値のみ把握し、競売に限って被担保債権を回収することができる。

これに対し、日本では、従来の抵当権者の債権回収の方法として、韓国と同じように民事執行法上の担保不動産競売手続のみ規定していた。しかし、賃料債権への物上代位を無条件的に認めた平成元年最高裁判決を切っ掛けに民事執行法上の担保不動産競売手続と担保不動産の収益である賃料債権に物上代位を認める2つの方法があった。さらに、日本は2003年、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律(法律第134号、2003.7.15制定、2004.3.1施行)」を制定し、賃料債権に抵当権の効力が及ぶという点を明文化して、民事執行法上のこれらの収益の管理のための手続として担保不動産収益執行制度を新設することに至った。

整理すれば、韓国の抵当権の債権回収の方法は、民事執行法上の担保不動産競売手続だけである。反面、日本の抵当権の債権回収の方法は、①民事執行法上の担保不動産競売手続、②賃料債権への物上代位、③担保不動産収益執行制度の3つの方法がある。

韓国では、競売の手続を通じて債権を回収するまでは、抵当権の実行に対する妨害行為などにより過度に長い時間がかかることや、日本と同様に、韓国も景気停滞によって不動産価格の暴落という状況が発生する可能性があること、さらに抵当権実行方法の多様化という観点などから、日本の担保不動産収益執行のような制度の導入に関

する議論が活発に行われた¹。

その一方で、賃料債権への物上代位制度については、韓国民法は、日本民法とは異なり目的物の交換価値が具体化されても抵当権者が抵当物を追及することができる場合は、物上代位を認めていない。判例も一貫して「物上代位は本来の抵当目的物の全部又は一部について抵当権を事実上または法律上行使できなくなった場合に認められるのであって、その抵当目的物の交換価値が実現された場合でも、目的物に追及することができる場合には、物上代位が認められないことは異論の余地がない²」とし、売却代金や賃料債権への物上代位を認めず、議論の実益もないというのが韓国の通説である³。

今の時点での韓国と日本の一番大きい違いは、非占有担保という抵当権の特性は同一線上にあるが、価値権説というドグマについては、韓国は相変わらず抵当権を目的物の交換価値のみ把握する権利として理解する一方、日本は、このような議論を乗り越えて、ある時点以降からは目的物の交換価値だけではなく、使用・収益価値まで把握する権利として理解することにある。

このように、抵当目的物の交換価値のみ把握する現在の韓国の通説・判例では、不動産価額が下落した場合、不動産の実行が事実上困難となり、抵当不動産の塩漬け状態を回避することができなくなる。さらに、韓国では賃貸借として伝賃制度が一般的に利用されているので、被担保債権の弁済に充当される賃料が定期的に支給されず、立法がなされても、その実効性が疑問視されるというのが通説である。伝賃制度が活発に利用され、抵当権の交換価値のみ把握する韓国の原状況では、本研究の実益は、あまりないかもしれない。しかし、担保不動産が長期賃貸され、賃料が定期的に支払われる場合には、韓国でも賃料に対する物上代位及び担保不動産収益執行制度の新設を検討する必要がある、いわゆる価値権ドグマに対する再考も必要であると判断される。

日本において抵当権者は、法改正により、賃料への物上代位と担保不動産収益執行

¹ 日本の担保法制の改正作業に関する全般的な説明及び韓国への導入についての論文としては、金祥洙「日本の担保法制の改正」比較私法11巻1号(比較私法学会, 2004年); 金祥洙「抵当権に関する民法の改正」民事法学第43巻2号(韓国民事法学会, 2008年); 柳昌昊「日本の改正担保法と我が担保法改正の課題—民法改正案中担保権規定を中心として—」法制研究25号(2003年); 金仁猷「日本の改正担保法上の不動産収益に対する抵当権の効力」比較私法12巻1号(比較私法学会, 2005年); 梁彰洙「最近日本の担保物権法の改正—韓国民法規制に対する立法的検討の但書として—」『民法研究』8巻(博英社, 2005年)などがある。

² 金祥洙・前掲論文(注1)109頁。

³ 大判1981. 5. 26. 80ダ2109。

のどちらでも、抵当権実行と独立して、選択できることになった。両者が競合した場合には、収益執行が優先し、収益執行開始決定の効力が給付義務者(賃借人)に対して生じたときは、物上代位による差押えの効力は停止する(民事執行法新93条の4第1項)。物上代位によって差押えをしていた債権者は、収益執行において実体法上の順位に従って配当を受けることになる(同1項, 3項)⁴。

後述するように、担保不動産収益執行制度と賃料債権に対する物上代位制度は、それぞれ長所と短所を持っており、両制度を併用することで、お互いの短所を補完することができると思われる。さらに、抵当権実行との関係において、抵当権実行は、賃料に対しても最終的な手段として強い効力を与える制度として中心に据えられ、担保不動産収益執行によって補充され、その担保不動産収益執行は物上代位によって補充されるものとして位置づけることができる⁵。

さらに、ドイツ民法における賃料債権に対する抵当権と事前処分に関する法理を紹介し、現在の韓国法と比較検討したうえで、韓国で現在検討されている民法改正に向けて一定の提案は意義を有すると考える。

2 検討の視角と順序

以上のような問題意識の下で、本稿では、第一章で韓国民法の物上代位制度、第二章で日本における抵当権に基づく賃料債権への物上代位に関する学説及び判例、第三章でドイツの物上代位制度を検討した後、第四章で韓国における抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位理論の構築と導入可能性を検討する。

⁴ 鳥谷部茂「賃料をめぐる抵当権の効力」広島法科大学院論集創刊号94頁(2005年)。

⁵ 鳥谷部・前掲論文(注4)100～101頁。

第1章 韓国における抵当権に基づく物上代位制度

第1節 序説

韓国民法における物上代位とは、担保目的物が滅失・毀損・公用徴収され、その価値代表物である金銭、その他の物が存在する場合、担保物権の効力がその価値変形物に及ぶことをいう⁶。

第2節 抵当権に基づく物上代位の概観

I 抵当権に基づく物上代位の定義

韓国民法第342条(物上代位) 質権は質物の滅失・毀損または公用徴収により質権設定者が受けるべき金銭その他の物に対してもこれを行行使することができる。ただし、その払渡しまたは引渡し前に差し押さえなければならない。

韓国民法第370条(準用規定) 第214条、第321条、第333条、第340条、第341条及び第342条の規定は、抵当権について準用する。

一 根拠規定

韓国における物上代位とは、担保物権の目的物が「滅失・毀損または公用徴収」によって、債務者が金銭その他の物(代償物)を受け取ることになったときは、担保権者は、その「代償物」に対しても権利を行行使することができるとする制度である。ただし、その払渡しまたは引渡し前に差し押さえなければならないと規定して、動産質権の物上代位を認めており、これを権利質権及び抵当権について準用している。土地収用法第69条も収用・使用による補償金請求権について同様の趣旨で規定している。また伝貫権⁷者保護のために伝貫権者にも物上代位が認められる。これに対し、目的物を留置して債務者の弁済を間接的に強制することを目的とし、さらに交換価値の取得を目的としていない留置権には物上代位を認めていない⁸。

二 沿革

⁶ 金相容教授は、交換価値支配権としての本質を持つ担保物権は、その目的物が消滅されても、その目的物に代わる価値的変形物に存続することを物上代位という。金相容『物権法』229頁(法文社、2006年)。

⁷ 金相容・前掲書(注5)230頁。

⁸ 金相容・前掲書(注5)231頁。

1 韓国民法草案第331条

物上代位について、韓国民法草案は第331条に規定している。しかし、韓国民法に関する立法資料としては、物上代位制度の本質及び民法第342条の本文と但書との関係、物上代位の行使要件として差押えを要求するようになった理由ないし沿革について考察するには非常に不十分である⁹。草案の第331条の内容は現行民法の第342条と同じである。但し、同条第2文で「押留」を「執留」として表現する点が異なるだけである。

2 民法案審議録

「民法案審議録」によると、草案の第331条は、満州民法第325条と同一であると記されているだけで、その趣旨及び審議過程に関する記録はない¹⁰。満州民法第325条は、「質権は、質物の滅失・毀損または公用徴収によりその所有者が受けるべき金銭その他の物に対しても、これを行行使することができる。ただし、その払渡しまたは引渡前に差押しなければならぬ」と規定されている。当時の解説書は、「物上代位とは、担保物権の効力がその目的物の価値代表物にも及ぶことを言い、担保物権の価値権である結果として、その目的物が滅失または毀損しても、その交換価値を代表することが存在するときには、担保物権はその代表物の上にも存続しなければならないという趣旨に基づくものである¹¹」としている。したがって物上代位制度が担保権者を保護するための趣旨として規定されたものであると思われる¹²。

3 文言の変更

さらに、民法案審議録によると、民法草案第331条の「執留」が「押留」に変更された理由は、「執留」という用語が当時の民法(旧民法第304条)上の「差押」という意味で、すでに新刑法、新刑事訴訟法では「押留」になっており、用語の統一のためのものである¹³。

以上のように、物上代位に関する物上代位第331条の「執留」の意味は、旧民法第304条の「差押」と同じ意味であり、現行民法第342条の「押留」と同じ意味であることが分かる¹⁴。また、韓国民法の物上代位は、満州民法を導入したものであり、満州民

⁹ 高翔龍「物上代位制度の再検討小考」金洪奎博士還暦記念論文集74頁(三榮社, 1992年)。

¹⁰ 民議院法制司法委員會『民法案審議録(上)』205頁(民法案審議小委院會, 1957年)。

¹¹ 民議院法制司法委員會・前掲論文(注10)205頁。

¹² 高翔龍・前掲論文(注9)74頁。

¹³ 国会事務局『第26回国会定例会議速記録』第45号14頁(1957年)。

¹⁴ 高翔龍・前掲論文(注9)75頁。

法は「日滿一體」の見地から制定されたものであるので、結局、韓国民法の物上代位制度は旧民法、すなわち、日本民法の影響を受けたものである¹⁵。

4 物上代位の目的物の範囲の変更

韓国民法が日本民法の影響を受けたのは事実であるが、韓国民法第342条は、日本民法第304条とは異なり物上代位の目的物の範囲から「売却・賃貸によって受けるべき金銭その他の物」及び「目的物上に設定した物権の対価」が削除されている¹⁶。

韓国民法の立法過程から物上代位の目的物の範囲が縮小された理由としては、追及力を有する担保物権には、目的物に追及して本来の権利を行使することができる限り物上代位を認める必要がない¹⁷とか、担保物権設定者の目的物利用権を確保するためであるという見解がある¹⁸。その一方、韓国民法は、先取特権制度が他の一般的な債権者や、時には担保物権にも優先して他の債権者を威嚇するため、公示制度と密接に結びついている近代的物的担保制度と合わないという批判があって受け入れないことにした。

三 民法第342条の基本構造

1 「担保目的物の上に担保物権が存在する」こと

韓国民法は、第342条で動産質権の物上代位について規定し、第355条及び第370条を権利質権及び抵当権に準用している。担保目的物には、その上に存続する担保物権の種類に従って不動産、動産、債権、その他の財産権などがなることができる。動産または債権、その他の財産権が担保目的物になる場合には質権が、不動産が担保目的物になる場合には抵当権が担保物権になる。権利抵当権の場合には、その客体である権利が担保目的物となる。

しかし、留置権に物上代位を認めることができるか否かについては、問題の存するところである。留置権も担保物権であるが、目的物を留置して債務者の弁済を間接的に強制することを目的とするものである。このように交換価値の取得を目的としてい

¹⁵ 高翔龍・前掲論文(注9)75頁。

¹⁶ その代わりに韓国民法は“共用徴収”を追加しているが、“滅失”に物理的なもの以外に法理上のものも含まれると解釈される以上、この部分は特別な意味がないとして、劉承政「物上代位権の行使」『民事裁判の諸問題10巻』183頁(韓国司法行政学会, 2000年)。

¹⁷ 金顯泰「物上代位に関して論じる」司法行政34頁(韓国司法行政学会, 1974年)。

¹⁸ 金相容・前掲書(注5)706頁。

ない留置権には、物上代位は認められない¹⁹。

さらに、仮登記担保権に物上代位が認められることができるかの問題について、仮登記担保権にも物上代位が認められなければならないという見解がある。物上代位を認める理由は担保物権が目的物の交換価値を把握する権利であるため、その本質上、当然に価値変形物についても担保物権の効力が及ばなければならないという点で仮登記担保権も担保物権として認められている以上は物上代位を認めなければならない²⁰とする。

2 「払渡しまたは引渡し前に差押え」

物上代位の成立要件を満し、物上代位権を行使するには、「差押え」が必要である。すなわち、「払渡し・引渡し前に差押えをすること」は、物上代位の成立要件ではなく、法律の規定により既に成立した物上代位権を行使するための要件として必要である。この意味は、「代償物」が債務者に払い渡され、または引き渡されると債務者の一般財産を構成することになるが、担保権は特定物に対する処分権であるから、一般財産に対する処分権限をもたない。したがって、その代償物が債務者の一般財産に混入する(=払渡し・引渡し)前に当該請求権を特定する必要があるということである。

3 「請求権(債権)」に対する執行

担保目的物の消滅により金銭その他の物が生じることにおける「金銭その他の物」の意味は、物上代位が認められる代表物は目的物が滅失・毀損または公用徴収により担保物権設定者が受けるべき金銭その他の物²¹である。民法第342条が差押えの対象として担保権者が「受けるべき」金銭その他の物と規定しているので、この場合の差押えは、現実の金銭その他の物に対することではなく、質権設定者が第三者に対して有する金銭その他の物の支給請求権または引渡請求権に対するものである。したがって、厳密に言うと差押えの対象は、これらの請求権であるので物上代位の客体も、結局このような請求権である²²。

つまり、保険金請求権、損害賠償請求権、補償金請求権などになる。

¹⁹ 高翔龍・前掲論文(注9)71頁;李相泰「物上代位に関する判例の立場」178頁(考試研究, 2004年)。

²⁰ 李相泰・前掲論文(注19)178頁。

²¹ ここでの物件は、特定物ではなく不特定物を意味する。従って、担保物特定の必要性和関連して差押えの問題が発生する。金柄斗「物上代位権の行使と差押え」比較私法第9巻2号17号71頁(韓国比較私法学会, 2000年)。

²² 姜台星『物権法』853頁(大明出版社, 2000年)。

四 物上代位の本質に関する基本理論

物上代位の本質をどのように解するかは、担保物権の本質とは何なのかと関連している。そして、その本質をどのように把握するかによって物上代位の行使要件である差押えの意味についても、その解釈が異なることになる。

1 学説

(1) 価値権説

価値権説においては、担保物権は用益物権とは異なり、目的物の利用価値ではなく、その交換価値の把握を目的とする価値支配権と解するため、その目的物の滅失等の価値変形物が生ずると、このような価値変形物にその効力が及ぶことは担保物権の本質に適合するという見解であり、韓国の通説²³である。特に李銀榮教授は、「物が滅失すると、これに関する所有権は消滅するが、所有者は、過去の所有権に基づいて不法行為の損害賠償請求権を得られるように物の上の担保物権は消滅するが、その物の代替物や補償金に対する優先弁済権は存続するとみななければならない。民法は、補償金にも担保権者の優先弁済権が認められるのが公平であるという法感情を尊重しているからである²⁴」と説明している。一方、李準賢教授は、「価値権説が多数説及び判例の態度として見えるが、このような価値権説について①具体的にどのような担保物権に物上代位を認めるのか、そして②物上代位の効力がどこまで及ぶようにするかについては、各国ごとに立法者の政策的判断に委ねられた事項であり、例えば、実行があるまでは設定者の自由な使用収益を保障する抵当権の趣旨に合致していないにもかかわらず、各国が賃料を物上代位の効力範囲に含めることを見るときに、物上代位制度を価値支配権という担保物権の本質から出てくる当然の帰結として認められる制度として把握する見解は、再考しなければならない²⁵」と主張する。

さらに、価値権説について高翔龍教授は、「判例及び通説がとっている価値権説は

²³ 姜台星・前掲書(注22)853頁；郭潤直『物権法[民法講義]』131頁(博英社，2008年)；金相容・前掲書(注5)662頁；金容漢『物権法論(改訂版)』467頁(博英社，1993年)；金曾漢 - 金學東『物権法(第9版)』451頁(博英社，1997年)；金亨培外『民法學講義(第9版)』733頁(新潮社，2010年)；宋德洙『新民法講義(第3版)』756頁(博英社，2010年)；李相泰『物権法(六訂版)』434頁(法元社，2009年)；李英俊『韓國民法論(物権編)(新訂2版)』752頁(博英社，2004年)；李銀榮『民法I(第5版)』564～566頁(博英社，2007年)。

²⁴ 李銀榮・前掲書(注23)566頁。

²⁵ 李準賢「抵当権の物上代位と債権譲渡・転付命令」比較私法第14巻第1号297頁(比較私法学会，2007年)。

価値権的構成に基づく考慮であるため、その結果、物上代位の客体の範囲をどのように決定するかという基本的な問題を解決するときには目的物の担保価値を実現した形かどうかの論理的な見地が判断基準になる。したがって、このような価値権説は価値権的構成の側面で価値的連続による優先権の“連続”を強調した結果、抵当権者が代位物に対して取引法上の内在的な権原がないと思われる場合に、これを“連続”とどのように調和させるかという疑問が生じる。なぜなら物上代位は、社会的評価としての問題は別個のものとしても、取引法上の論理では決して当然なことではないからである。例えば、抵当権が設定された建物が火災によって滅失した場合に担保権設定者が受け取る保険金請求権は当然に物上代位の目的物になると理解している。しかし、抵当建物の火災保険金は、抵当権の客体である建物の等価ではなく、保険契約によって支払われる保険金の対価なので、建物の侵害による損害賠償金とは異なり、抵当権者はこれに対して取引法上の内在的な権原を持っていない。このように、物上代位の目的物が担保目的物の価値的代替物ないし価値変形物でなければならないという原則を固守すれば、これらの問題は、説明できない²⁶⁾と批判する。つまり、担保物権が目的物の交換価値を支配する権利であるとしても、目的物が消滅すると担保権も消滅することは当然なことであって、担保物権という物権だけは消滅しないという結論を導き出すことに根拠がないという点が指摘される。

(2) 物権説

物権説あるいは特権説は、一般的に物権は目的物自体にだけ及んで、その目的物の滅失によって当然に消滅するのが原則なので、担保の滅失によってその価値変形物が生じてもそれに担保物権の効力が当然に及ぼすことはできず、物上代位制度は、担保権者の保護のために法律が例外的に認めた物権的効力であるとの見解であるが、現在この学説をとる学者はいないという²⁷⁾。物権説について高翔龍教授は「物権説は物権的構成に基づく考慮なので、抵当権は目的不動産の滅失によって当然消滅するが、抵当権者を保護するために特権的効力を認めた制度であると理解している。したがって、物上代位の客体の範囲を決定する際に抵当権者を物上代位によって保護する必要があるかどうかという政策的見地が批判の基準となる。しかし、物権的構成の側面から目的物の滅失による優先権の“断絶”を強調した結果、抵当権者が代位物に対して取引法上の内在的な権原があると思われる場合に、これを“特権”とどのように調和させる

²⁶⁾ 高翔龍・前掲論文(注9)87頁。

²⁷⁾ 高翔龍・前掲論文(注9)87頁。

かという疑問が生じる」として目的物の滅失による優先権の絶縁を強調した結果、抵当権者が価値変形物について取引法上の内在的権限がある場合は、その特権と調和させることができないと批判した²⁸。さらに、公用徴収による補償金や侵害による賠償金は内在的に抵当権の収用や侵害に含まれているが、法律関係の簡易化などの便宜上の所有権の徴収や侵害を含めて、問題を物上代位として構成しているため、これらの場合の代位は決して“特権”ではない²⁹とする。

(3) 折衷説

折衷説としては、抵当権の物上代位の本質は、抵当権者の保護という強い政策的要請によって法律が特別に認めたわけであるが、またそれが価値権的性質にも合致するとする見解³⁰がある。高翔龍教授は「価値権説を目的物の滅失等にもかかわらず、優先権の連続を強調した結果、例えば、抵当権の火災保険のように抵当権者が取引法上の内在的権原を持っていない場合に優先権の連続を説明することが難しいので、担保権者は、担保目的物の所有者、第三債務者、他の第三者間の利害関係を考慮して物上代位の問題を解決しなければならない³¹」とする。そして、民法第342条本文が担保権者を保護するために物上代位の原則を定めた規定であるのに対して、同条の但書は、第三債務者の二重弁済の危険から第三債務者を保護するための規定であると把握して、物上代位の本質論と差押えの意義との関係の断絶を試みる見解³²もある。そして、金炯錫教授は「第342条が差押えを要する理由は、抵当権者の物上代位権行使に対する第三債務者の法的不安定を解消することのみを目的とするものであり、したがって、それ以外は抵当権が当然に代位目的債権に効果が及ぶ³³」と主張する。

3 判例

(1) 物上代位の趣旨に関する判例

²⁸ 高翔龍・前掲論文(注9)86頁。

²⁹ 高翔龍・前掲論文(注9)86頁。

³⁰ 金仁洙「抵当権者の物上代位権の行使—特に土地の収用に従う補償金と供託と関連して」10頁『私法研究資料』第19集(法院行政署)；姜東世「抵当権の物上代位」民法裁判の諸問題132頁(韓国司法行政學會，2000年)；權澈「擔保物權の物上代位性に関する考察」首善論集第20輯18頁(成均館大學校大學院，1996年)。

³¹ 高翔龍『物權法』84頁(法文社，2001年)。

³² 李承翰「物上代位における払渡または引渡前の“差押え”に関して」民事判例研究第22巻102頁(博英社，2000年)；金柄斗・前掲論文(注21)81頁。

³³ 金炯錫「抵当権者の物上代位と不当利得」ソウル大学法学第52巻第3号538頁(ソウル大学法学研究所，2011年)。

【韓国判例1】大法院1975. 4. 8. 宣告73ダ29判決

物上代位の趣旨について、第三者の不法行為で根抵当権目的物が滅失して所有者が補償を受けた場合に所有者の根抵当権者であった者に対する不当利得の成否の事案で、“民法第370条による物上代位は、抵当権者が抵当権の効力としての優先弁済を受けるための規定であり、この規定は不当利得の成否に如何なる影響を及ぼすものではない(ただし物上代位へ追及して債権弁済を受けたらその限度で不当利得が成立しないだけである)。

(2) 物上代位の本質に関する判例

【韓国判例2】大法院1975. 12. 30. 宣告74ダ2215判決

1 事案

債権担保の目的で債権者名義に所有権移転登記が終了した土地が徴用されて所有者名義人である債権者に発給された徴発補償証券に対して担保的効力が及ぶかどうか被担保債権が消滅した場合に担保提供者の徴発補償証券に対する返還請求権に関する事案である。

2 判決

債務担保の目的で債権者名義の所有権移転登記が終了した土地についてその土地が徴用され、その所有名義人である債権者に徴発補償証券が発給された場合、特別な事情がない限りその証券に対しても引き続き担保的効力が及ぶと解釈するのが担保物権の物上代位原則に合致するものであり、返済供託などの事由によって被担保債権が消滅すれば担保目的物の変形である徴発補償証券に対して担保提供者は、その返還を求めることができる法理であるとすべきである。

【韓国判例3】大法院1976. 12. 28. 宣告76ダ1878判決

1 事案

担保不動産が国に徴用されて、債権者に徴発補償証券が発行された場合、その証券額面額としてすぐに債権が消滅してその清算過程として残りの証券を債務者に返還すべき義務があるかどうかの事案である。

2 判決

債権担保の目的として債権者名義で所有権移転登記が終了した不動産が、その後国に徴用されて債権者に補償証券が発行された場合には特別な事情がない限りその証券に対して継続担保的効力が及ぶ。

【韓国判例4】大法院1980. 5. 27. 宣告80ダ726判決

1 事案

税賦課処分が取り消された場合に、根抵当権者に不当利得返還請求権を認めた事案である。

2 判決

任意競売手続の進行中、国が債務者に対する国税債権の優先交付を受けることになって根抵当権者がその金額に該当する債権徴収をしないようにされたが、その後債務者に対する国の課税処分が確定判決によって取り消された場合には、国が徴収した上記の税額は根抵当権者に不当利得として返還しなければならないものであり債務者に返還するものではない。

第3節 抵当権に基づく物上代位の目的物

I 問題提起

「滅失・損傷及び公用徴収」による債権には物上代位を認める一方、売却・賃貸には抵当権の物上代位を認めない。物上代位に関して韓国民法第342条は、「質権は質物の滅失・毀損または公用徴収により質権設定者が受けるべき金銭その他の物についても、これを行行使することができる」と規定している。この規定によると、物上代位の成立要件は、①目的物への担保物権が存在すること、②担保目的物が滅失・毀損または公用徴収によって消滅すること、③担保目的物の消滅で金銭その他の物が生じることを要件とする。このような要件が満たされれば、法律の規定により当然に物上代位が成立する。すなわち、抵当権の効力である優先弁済的効力が代位物に当然に及ぶことになる³⁴。

II 「滅失・損傷及び公用徴収」による債権 - 損害賠償請求権・保険金請求権・補償金請求権等

一 滅失・毀損の意味

滅失・毀損は、物理的な滅失・毀損に限らず、法的な意味の滅失・毀損も含まれる。したがって担保物が附合・混和・加工により、法律上滅失した場合にもその所有者が

³⁴ その他債務不履行、すなわち被担保債権の弁済期到来と履行遅滞は物上代位の成立要件ではないとして、金柄斗・前掲論文(注21)72頁。

受けるべき補償金請求権(韓国民法第261条)にも物上代位が認められる³⁵。

さらに滅失・毀損の原因は問わない。すなわち、人の行為(外部的容態)であるか事件であるかは関係ない。但し、担保権者の過失による場合とは限らない。例えば、質権者の善管注意義務違反で第三者によって質物が滅失した場合には、質権設定者が第三者に対して有する損害賠償金については、物上代位が認められない³⁶。

滅失・毀損による第三者の賠償(または補償)義務の根拠は問わない。第三者の賠償義務が不法行為によるものにも、契約または法律の規定による土地収用補償金請求権、土地徴発の補償金請求権なども含まれる。

担保目的物の価値の一部が滅失した場合には、物理的な変形に至らない単なる毀損または目的物の一部滅失の場合には、その滅失・毀損された部分の価値変形物に対して物上代位が発生するとともに、目的物の残存部分については抵当権の不可分性により従来の抵当権が存続することになる³⁷。

二 損害賠償請求権

前掲【1】判決は、競売進行中の根抵当権目的物が第三者の不法行為によって滅失し、それにより根抵当権が消滅した場合、所有者が不法行為者から補償を受けた場合、根抵当権者であった者は所有者に不当利得返還を請求することができると判示して、第三者の不法行為による損害賠償請求権に対する抵当権者の物上代位を認めた。

三 保険金請求権

1 問題提起

抵当権が設定されている目的物について抵当権設定者が自己のために損害保険契約を締結した後、保険事故でその目的物が滅失・毀損した場合、抵当権者が抵当権設定者、つまり被保険者が受け取る保険金請求権にも物上代位権を行使することができるかについて関して民法と商法に明文の規定がなく見解が対立している³⁸。

³⁵ 李相泰・前掲論文(注19)78頁。

³⁶ 姜台星・前掲書(注22)853頁;李相泰・前掲論文(注19)178頁。

³⁷ 金仁洙・前掲論文(注30)11頁。

³⁸ 特に池元林『民法講義(第8版)』775頁(弘文社, 2010年)教授は、保険金請求権は物権の滅失あるいは毀損によって当然に発生することではなく、保険契約を締結して保険料の支給に対する反対給付なので、すなわち、保険契約の効果として発生し、保険金請求権に関する目的物の滅失、毀損は保険契約で定めた保険事故の発生を意味するにすぎないし、その結果、これに対する抵当権者の物上代位は否定の余地があるとする。

2 学説³⁹

(1) 物上代位肯定説

物上代位肯定説は、抵当権は目的物の実体を目的とする権利ではなく、その交換価値を取得することを目的とする権利であるので、目的物の滅失・毀損により抵当権設定者が保険契約上の保険金を受ける場合に、保険金を目的物の価値変形物として認められるのは当然であるとする。さらに、今は目的物に対して損害保険契約が締結されていることを前提にして抵当権を設定するのが普通である。形式的にも民法第342条は、債務者の権利が法律の規定によるか契約によるかを区別しておらず、民法の起草者が保険金請求権を物上代位の対象に含める趣旨で、民法第342条に基づいていることなどを根拠にしており⁴⁰、通説となっている⁴¹。

(2) 物上代位否定説

物上代位否定説は、担保目的物にはいつも損害保険が付けられるわけでもなく、保険金請求権は、目的物の滅失・毀損によって法律上当然に発生するのではなく別途に締結された保険契約に基づき保険料の対価として生じるものであり、保険金請求権は、保険契約の成立によって、すでに条件付きで発生するものであり、保険事故の発生はその具体化に過ぎず、保険金が支払われる場合でも、その金額は、本質的には支給された保険料の額に左右されるという点などを根拠に挙げ、債務者が担保を提供した場合には、抵当権者は一般債権者として保険金請求権について執行することができるが、物上保証人が担保を提供した場合には、抵当権者は物上保証人に対する債権者ではないのでその保険金請求権については、何らの権利行使もすることができなくなるとする⁴²。

³⁹ 保険金請求権は、実質的には担保目的物の変形物とすることができる。抵当物への保険金請求権を抵当債権の優先弁済に充当することではなく、他に処分したり、抵当債務者にその保険金を支給されるのは不公平である。また、抵当債権への優先弁済は、最終的に抵当債務者の利益にも合致される。したがって肯定説が妥当であると思われる。

⁴⁰ その他、理論的には物上代位否定説であるが、抵当権者を保護しなければならない政策的な観点から物上代位の効力を保険金請求権に及ぼす日本の学説もある。

⁴¹ 李英俊・前掲書(注23)715頁；郭潤直・前掲書(注23)303頁；李根潤「保険金債権上の質権と抵当権に基づく物上代位」裁判資料53集619頁(1991年)など。ドイツ保険契約法第99条以下、ドイツ民法第1127条以下、フランス保険契約法第37条以下、スイス保険契約法第57条以下では、明文として担保権者の保険金への物上代位を認めている。

⁴² 姜東世・前掲論文(注30)77頁。

3 判例

【韓国判例5】大法院2004. 12. 24. 宣告2004ダ52798判決

1 事案

抵当目的物の消失によって抵当権設定者が取得することになった火災保険契約上の保険金請求権に対して抵当権者が物上代位権を行使することができるかの可否

2 判決

抵当目的物が焼失して、抵当権設定者が保険会社に対して火災保険契約による保険金請求権を取得した場合、その保険金請求権は抵当目的物が有する価値の変形物といえるので、抵当権者は民法第370条、第342条により抵当権設定者の保険会社に対する保険金請求権について物上代位権を行使することができる。

四 補償金請求権

【韓国判例6】大法院2002. 10. 11. 宣告2002ダ33137判決

原告の根抵当権の目的物であった土地持分が収用され、これに関する補償金を弁済供託したが、原告がこれに関して抵当権者として物上代位権をまったく行使しなかった場合、被告が手続きによって供託金を受領すると原告が物上代位権を行使しなかったため、優先弁済権を喪失した以上、被告に対してその金額を不当利得として返還を請求することができない。

五 伝賃金返還債権

1 問題提起

韓国の伝統的な物権である伝賃権とは、伝賃権者が伝賃金を預託して他人の不動産を占有し、その不動産の用途に従って使用・収益して、その不動産の全部に対して後順位権利者、その他の債権者より優先して伝賃金の弁済を受けることができる権利である。韓国民法は地上権または伝賃権にも抵当権を設定することができるように規定しており、かかる抵当権を伝賃権抵当権⁴³という。伝賃権抵当権は、実務上にも頻繁に

⁴³ 先行研究論文として、キムチャンソプ「判例評釈：伝賃権に対する抵当権の優先弁済的効力の認定與否」法曹50巻4号(法曹協会, 2001年); 李相泰「伝賃権上に設定された抵当権の効力」一鑑法学7巻(建國大学法学研究所, 2002年); 李相泰「伝賃権者の法的地位」民事法学38巻(民事法学会, 2007年); ガンデソン「伝賃権抵当権の優先弁済的効力」土地法学24巻1号(土地法学会, 2010年); ユン Cholホン「韓国物権法の改正作業の現状と課題」土地法学26巻2号(土地法学会, 2010年); オシヨン「伝賃権存続期間経過後の伝賃権抵当権の物上代位性に関する考察」漢陽法学35巻(漢陽法学会, 2011年); チュシンヨン「伝賃権抵当権の実行方案: 大法院2006. 2. 9. 宣告200

利用されている⁴⁴。伝賃権上に抵当権が設定された場合、伝賃権の場合には、物上代位を認める規定はない。しかし、伝賃権の性質として、用益物権性だけではなく、担保物権としても認められている以上、1984年の民法改正によって伝賃権が優先弁済権を有することが明示されたので(韓国民法第303条第1項)、解釈上、伝賃権も物上代位権が認められると思われる。

伝賃権抵当権と関連して、従来の判例は、基本的に、伝賃権の法的性質として、「用益物権と担保物権の性質を併有するもの⁴⁵」として把握しており、「伝賃権が期間満了によって終了した場合、伝賃権は伝賃権設定登記の抹消登記がなくても当然に消滅して、抵当権の目的物である伝賃権が消滅すると、抵当権も当然に消滅するので、伝賃権を目的とした抵当権者は、伝賃権の目的物である不動産の所有者に対してもはや権利を主張することはできない⁴⁶」としている。さらに、伝賃権抵当権の実行方法として、伝賃権抵当権者が優先弁済権を確保する方法は、「伝賃金返還債権を担保物である伝賃権の代替物として、民法第370条及び第342条、民事執行法第273条によって差押及び取立命令また転付命令を受けたり、第三者が伝賃権返還債権に対して実行した強制執行手続において配当要求をすることで自分の権利を行使することができる⁴⁷」と判示して、物上代位の方法を採択している。

しかし、このような判例の立場については、いくつかの争点がある。第1、出発点として、伝賃権の法的性質とは一体何なのか、用益物権であるのか、それとも担保物権であるのか、第2、伝賃権上に設定された抵当権の法的性質はどのようなものであるの

5ダ59864判決」財産法研究28巻2号(財産法学会, 2011年); キムヒョンソン「競売手続上の伝賃権者と伝賃権抵当権者の保護方案」法学論業32巻1号(全南大学校法学研究所, 2012年); ベミョンイ「伝賃権抵当権者の保護に関する研究」霊山法律論業9巻2号(霊山大学校法律教育研究院, 2012年); ベピョンイル「伝賃権抵当権」ジャスティス139号(韓国法学院, 2013年); ファンギョンウン「伝賃権抵当権の登記の効力とその実行方法—大法院2008. 3. 13. 宣告2006ダ29372, 29389判決の評釈」中央法学15巻3号(中央法学会, 2013年); イホンミン「伝賃権の法的仕組みと伝賃権抵当権に関する法律関係」法学論業20巻3号(朝鮮大学校法学研究院, 2013年); オシジョン「伝賃権抵当権に関する諸問題と解決案」銀行法研究6巻2号(銀行法学会, 2013年); キムデギョン「伝賃期間終了後の伝賃権抵当権の法律関係—伝賃権抵当権者の法的地位と債権実行方法」法と政策20巻2号(済州大学校法と政策研究所, 2014年); ハンサンジュン「現行伝賃権抵当権の問題と改善案に対する考察」法学研究25巻2号(忠北大学校法學研究所, 2014年); キムゼワン「伝賃権を目的とした抵当権者の優先弁済権と相殺適状—対象判決: 大法院2014. 10. 27. 宣告2013ダ91672判決」高麗法学76巻(高麗大学校, 2015年)等がある。

⁴⁴ ガンデソ・前掲論文(注43)31頁。

⁴⁵ 大法院1989. 9. 26. 宣告87ダ2515判決。

⁴⁶ 大法院1999. 9. 17. 宣告98ダ31301判決。

⁴⁷ 大法院2008. 3. 13. 宣告2006ダ29372・29389判決。

か、第3、伝賃権抵当権が、債権担保の目的として設定された場合、その伝賃権の期間が満了した場合、伝賃権とその上に設定された抵当権はどうなるのか、最後に第4、伝賃権抵当権の実行方法として、伝賃金返還請求権に対する物上代位が正しいのか、それとも、伝賃権抵当権に対する債権質権規定を類推適用することが正しいのか等が争点になっている。

2 伝賃権抵当権の実行に関する議論

(1) 伝賃権への競売請求権の可否

1) 伝賃権存続期間の満了前の場合

伝賃権存続期間が満了する前に、伝賃権抵当権を実行するためには、抵当権の目的物である伝賃権自体を競売することができる。具体的には、民事訴訟法第264条及び第268条の規定に基づく不動産競売の申請の方法による。この点に関しては、消滅説と存続説との差はない。したがって、伝賃権抵当権者は伝賃権に対する競売請求権を行使することができる⁴⁸。しかし、伝賃権自体は価値が概ね大きくないだけでなく、伝賃権の価額を決定するのが難しいという実用的な理由で伝賃権自体に対する競売は、実務上にはその例が多くない⁴⁹。

2) 伝賃権存続期間の満了後の場合

伝賃権の存続期間が満了する前に、伝賃権抵当権の実行は、伝賃権自体を競売することができるので大きな問題はない。問題は、伝賃権の存続期間が満了した後における伝賃権抵当権の実行方法である。存続期間が満了した後には伝賃権抵当権者は、伝賃権自体に対する競売を請求することができない。存続期間が満了すると伝賃権抵当権は競売請求権を有しないからである。この点が、伝賃権の存続期間の満了前の場合と異なる点である。

(2) 伝賃権抵当権の実行方法に対する学説

⁴⁸ ところが、このような競売請求権は、伝賃権が譲渡することができることを前提とする。つまり、存続期間が満了する前の伝賃権は、用益物権的権能がある伝賃権として譲渡することができ、したがって、伝賃権競売請求が可能である。もちろん、この場合、譲渡可能の可否は、当事者の合意を基準にする性質ではない。すなわち、当事者が譲渡することができない伝賃権の設定に合意したとしても、そのような伝賃権の存続期間が満了する前であれば、伝賃権抵当権者としては、その伝賃権を対象に競売請求をすることができるという意味である。なぜなら、競売という強行手続は、当事者の合意に拘束されないのが原則であるからである。

⁴⁹ ガンデソン・前掲論文(注43)40頁。

実行方法については学説の争いがある。判例及び伝賃期間の満了後に伝賃権抵当権が消滅するとの見解は、抵当目的物の滅失に準じて伝賃権抵当権も消滅したので、物上代位権の行使の次元から伝賃金返還請求権という債権に対する執行方法を認めている。これに対して、債権質権類推適用説は、期間満了の後にも伝賃権抵当権が存続しており、これはまるで伝賃金返還請求権に対して質権が設定されている姿と似ているといわれている。以下では、二つの実行方法を検討する。

1) 伝賃金返還請求権への物上代位(抵当権消滅説の実行方法)

伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権の用益物権的権能が消滅し、その結果、伝賃権の用益物権的権能を目的とする伝賃権抵当権も抵当目的物の滅失に準じて消滅する。しかし、抵当権の物上代位性に基づきその代替物と見られる伝賃金返還債権上に伝賃権抵当権は存続する。それゆえ、伝賃権抵当権者は、伝賃権を直接競売を請求することができず、伝賃権設定者は伝賃権返還債権に対する第三者の差押え等がない限り、伝賃権者にのみ伝賃金返還義務を負担するという説である。したがって、伝賃権抵当権者が優先弁済権を確保する方法は、伝賃金返還債権を担保物である伝賃権の代替物として、民法第370条及び第342条、民事執行法第273条によって差押及び取立命令また転付命令を受けたり、第三者が伝賃金返還債権に対して実行した強制執行手続に配当要求をすることで自分の権利を行使することができる。

2) 伝賃金返還請求権への債権質権の類推適用(抵当権存続説の実行方法)

伝賃権抵当権は伝賃期間が満了しても消滅せずに存続することで、伝賃権抵当権は債権質権のような性質を有する。すなわち、民法が伝賃金返還債権に対する担保物権を抵当権として編制していたとしても、伝賃権抵当権の実体が伝賃金返還債権に対する担保物権であるため、伝賃権抵当権は伝賃権付債権に準じて処理することができるという説である⁵⁰。したがって、債権質権に関する民法第349条を類推適用して抵当権を設定した伝賃権者が伝賃権設定者に抵当権の設定事実を通知したり、伝賃権設定者が承諾すれば伝賃権抵当権者は伝賃金返還債権に対する差押及び取立命令または転付命令をしなくても伝賃権設定者に抵当権を主張ことができ、民法第353条を伝賃権抵当権に準用して伝賃権抵当権者は伝賃権設定者に対して伝賃権者の取立の委任がなくても自己債権の限度・範囲で伝賃金の返還を直接請求することができ、伝賃権者の競売請求権と優先弁済権も直接行使することができる⁵¹。

⁵⁰ ガンデソン・前掲論文(注43)46頁;キムチャンソプ・前掲論文(注43)228~229頁;チュシヨン・前掲論文(注43)70~71頁など。

⁵¹ ガンデソン・前掲論文(注43)46頁。

(3) 伝賃権抵当権の実行方法に対する判例

【韓国判例7】大法院2008. 3. 13. 宣告2006ダ29372・29389判決

伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権の用益物権的権能が消滅するので、その伝賃権に対する抵当権者は、もはや伝賃権自体に対して抵当権を実行することができなくなり、このような場合には、民法第370条、第342条、民事訴訟法第273条により抵当権の目的物である伝賃権に代えて存続するものとして見ることができる伝賃金返還債権に対して取立命令または転付命令を受けたり、第三者が伝賃金返還債権に対して実施した強制執行手続から配当要求をするなどの方法で自身の権利を行使することができ、民法第370条、第342条の但書が抵当権者は物上代位権を行使するために抵当権設定者が受ける金銭その他の物の払渡しまたは引渡前に差押えなければならないと規定したのは物上代位の目的である債権の特定性を維持して、その効力を保全するとともに、第三者に不測の損害を与えないことにその目的があるので、適法な期間内に適法な方法で物上代位権を行使した抵当権者は、伝賃権者に対する一般債権者よりも優先弁済を受けることができる⁵²⁾として、伝賃権抵当権の実行方法に対して伝賃金返還請求権への物上代位を認めている。

五 売却代金・賃貸には物上代位が認められないのか

1 問題提起

韓国の旧民法第342条には、物上代位の目的物の範囲を「売却・賃貸によって受けるべき金銭その他の物」まで含まれていたが立法過程で削除された。前述したように、物上代位の目的物の範囲が縮小された理由としては、追及力を有する担保物権には、目的物に追及して本来の権利を行使することができる限り物上代位を認める必要がないとか、担保物権設定者の目的物利用権を確保するためであるとする。

2 学説

⁵²⁾ 同旨として、大法院1994. 9. 18. ジャ95マ684決定;大法院1999. 9. 17. 宣告98ダ31301判決;大法院1994. 11. 22. 宣告94ダ25728判決;大法院1992. 7. 10. 宣告98ジャ92マ380・381決定;大法院1990. 12. 26. 宣告90ダカ24816判決;大法院1999. 8. 20. 宣告99ダ19773判決;大法院2001. 11. 9. 宣告2001ダ51336判決;大法院2004. 6. 25. 宣告2003ダ46260・53879判決などがある。

通説は、物上代位とは公平の観念から認められるので、担保物の価値が滅失または減少して、所有者が別途の価値を取得しながら担保の拘束を免れるに反して、担保権者は優先権を喪失するという損失を受けることになり公平を失う場合に限り認められるものである。すなわち、抵当目的物に対して抵当権を事実上(滅失または毀損)または法律上(共通徴収)行使することができなくなった場合に認められるもので、目的物の交換価値が具体化された場合でも担保権者が担保物に追及することができる場合には認める必要がないとされる⁵³。

さらに、韓国民法は、日本民法とは異なり先取特権制度がなく、売却代金・賃料及びその他の目的物上に設定された用益物権の対価について、これを認める明文の規定もない。したがって、物上代位権を行使することができないと解釈するのが妥当であるとする。

3 判例

【韓国判例8】大法院1981. 5. 26. 宣告80ダ2109判決

1 事案

公共用地の取得及び損失補償に関する特例法による土地の協議取得に従って土地所有者が受けるべき補償金に対する本件土地の抵当権者による物上代位の可否

2 判決

民法第370条、第342条によると、抵当権は抵当物の滅失、毀損または公用徴収により抵当権設定者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができていると規定するところ、このような物上代位は、本来の抵当目的物の全部又は一部に対して抵当権を事実上または法律上行使することができない場合に認められるのであり、その抵当目的物の交換価値が現実化された場合でも、目的物に追及することができる場合には、物上代位が認められないのは異論の余地がない。ところが、本件の土地に関する上記の特例法に基づく協議取得は、司法上の売買契約のような性質を持つものに過ぎず、土地収用法上の公用徴収に該当しないので、本件土地の所有権が被告に移転されるとしても、抵当権者である原告は、抵当権として本件の土地に対して追及することができるので、訴外人の協議に従って受けるべき補償金(実質は売買代金)に対して物上代位権を行使することができない⁵⁴。

⁵³ 私見として、公平の観念に対する再検討が必要であると思う。

⁵⁴ 司法上の売買契約のような性質を有する公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律に基づく協議取得によって土地の所有権が事業施行者に移転されるとしても抵

六 換地

換地は従前の土地の物理的な変形物に過ぎないので、抵当目的物である土地への換地処分があるときにも、従前の土地に設定された抵当権は消滅せず、換地上にそのまま存続する。したがって、従前の土地上に設定された抵当権の効力は、当然に換地された土地の全体に及ぶので抵当権の物上代位を認めることができない⁵⁵。抵当目的物の一部滅失又は毀損の場合、その滅失・毀損された部分の価値変形物については抵当権の不可分性によって従来の抵当権が存続することになる。したがって、土地区画整理事業法上の減換地として清算金が支給された場合、換地には従前の土地に設定された根抵当権がそのまま存続する一方、換地処分前の土地への価値変形物である清算金については物上代位権を行使することができる。

七 目的不動産から分離された付合物及び従物

1 問題提起

抵当土地上の樹木が伐採され、あるいは抵当建物が崩壊して木材になった場合のように抵当目的物から付合物または従物が分離された場合、このような物について物上代位が認められるかが問題になる。これについては、付合物と従物が抵当権設定者の正当な権限行使によって分離された場合とそうでない場合に分けられる。

付合物または従物が抵当権設定者の正当な権限行使によって分離された場合には、その分離された物は、抵当権の効力から免れることになって物上代位の問題も生じる余地がないとされる。

なぜなら、抵当不動産への用益権は、抵当権が設定されても抵当権設定者にあるので、抵当権設定者が正当な権利の行使によって分離した場合には、その分離された物は抵当権設定者に帰属し、これには抵当権の効力が及ばないからである⁵⁶。これについての韓国民法は何らの規定を置いていないが、学説は分離された物についても一定の要件の下では抵当権の効力が及ぶと解釈する。ただし、その根拠と範囲については、

当権者はその土地をも追及することができるので、土地所有者に支給される補償金(その実質は売買代金)に対して物上代位権を行使することができないという⁵⁴。しかし、債務担保の目的になった土地が徴発されその所有名義人として登記された債権者に徴発補償証券が発行された場合にはその証券について続けて担保的効力が及ぶという。

⁵⁵ 大判1968. 7. 30. 67マ1183。

⁵⁶ 姜台星・前掲書(注22)957頁;金相容・前掲書(注5)702頁。

見解の対立がある⁵⁷。

2 学説

(1) 付合物または従物が抵当権設定者の正当な権限行使によって分離された場合

付合物または従物が抵当権設定者の正当な権限行使によって分離された場合、その分離された物は当然に抵当権設定者の所有に属することになって抵当権者の所有権は及ばず、物上代位の問題も生じる余地がないというのが通説⁵⁸である。一方、金基善教授は物上代位の規定が類推適用され抵当権の効力が及ぶと主張する⁵⁹。

(2) 付合物または従物が正当な権限行使によらず分離された場合

付合物または従物が正当な権限行使によらず分離された場合、学説は分離された物についても、一定の要件の下で抵当権の効力が及ぶと解釈するが、その根拠と範囲は異なる。

1) 物上代位肯定説

金基善教授⁶⁰が主張する物上代位肯定説は分離された付合物などは目的不動産の価値の一部を代表するものなので物上代位の原則を準用して目的物の差押えにより、抵当権の効力が及ぶとする。したがって、伐採または建物が崩壊して発生した木材を差押えたと、抵当権の効力が及び、搬出された分離物が金銭に変わった場合にも、物上代位の規定が準用される結果、抵当権は、売却代金の上に存続することになるという。

次は、物上代位を否定する立場である。

2) 公示原則説

多数説である公示原則説は分離された付合物と従物は抵当不動産と結合して公示の作用が及ぶ範囲でのみ抵当権の効力が及び、分離された物が抵当不動産の上に存続せずに搬出された場合だけでなく、分離された物が抵当不動産の上に存続していても抵当不動産との同一性を喪失したときは、抵当権の効力が及ばないという⁶¹。

⁵⁷ これに関する立法例は一貫ではない。フランスでは解釈上否定され、ドイツ民法(第1120条～第1122条)は分離された付合物及び従物を搬出する前に抵当権者が差し押さえる場合に限って抵当権の効力が及ぶと規定している。姜台星・前掲書(注22)957頁。

⁵⁸ 郭潤直・前掲書(注23)54頁；李英俊・前掲書(注23)450頁。

⁵⁹ 金基善『韓国物権法(全訂版)』416頁(法文社、1985年)。

⁶⁰ 金基善・前掲書(注59)473頁；姜台星・前掲書(注22)959頁。

⁶¹ 例えば、崩壊された家屋は搬出されずに所有者の手元に残っても家屋と木材は同一性を失う。郭潤直・前掲書(注23)562頁；金容漢・前掲書(注23)562頁；金曾漢 - 金學

3) 社会観念上一体説

社会観念上一体説は、分離された物が社会観念上の抵当目的物と一つの物として認められるのかによって抵当権の効力範囲を定め、家屋が崩壊して木材に変形された場合といっても、それが社会観念上の抵当目的物と一体を成している場合には抵当権の効力が及ぶとする⁶²。

第4節 払渡し・引渡し

一 払渡し・引渡しの意味

韓国民法第342条の但書は、物上代位権を行使するにおいて、払渡または引渡前に差押えしなければならないと規定しているところ、物上代位権者の代位の目的債権に対する優先弁済権が認められる時期を制限している。これは、第三債務者の立場から見れば、二重弁済の危険を防ぐためのものなので、金銭などを実際に払渡または引渡しで目的債権を“返済”した場合には、これに該当することに疑問がなく、他の債権者が差押え命令を受けたとしても転付命令を受けなければ差押えが可能である。ところが担保権設定者の一般債権者が目的債権を差押え、あるいは仮差押えたり、さらには転付命令⁶³を受けた場合、あるいは第三者が目的債権を譲り受けた場合には、これに該当するかについて学説に争いがある。

二 債権譲渡及び転付命令

1 問題提起

「払渡しまたは引渡し」の意味と関連して、債権譲渡などが「払渡しまたは引渡し」に含まれるのかなどが問題になる。

東・前掲書(注23)527頁;金相容・前掲書(注5)703頁;権容雨『物権法』524頁(法文社, 2000年);張庚鶴『物権法』788頁(法文社, 1990年)。

⁶² 李英俊・前掲書(注23)814頁。

⁶³ 転付命令は、差し押さえた金銭債権を執行債権に代えて卷面額で差押債権者に移転させる執行法院の命令である。転付命令の基本的な効力として、被転付債権の転付債権者への移転(権利移転効)、それによる執行債権の消滅である。このような効力は、転付命令の確定時、すなわち、即時抗告棄却または却下決定が確定され、あるいは即時抗告期間が過ぎた時に発生するが(第229条第7項)、その確定によって発生する効力は転付命令が第三債務者に送達されたときに遡及する(第231条)。

2 学説

物上代位権の行使のために抵当権者の差押え以前に抵当権設定者が目的債権を第三者に譲渡して対抗要件を備えたり、目的債権について第三者が債権差押え及び転付命令を受けて、それが確定された場合にも抵当権者が物上代位権を行使することができるかが問題となる。これは、目的債権が譲渡または転付された場合、物上代位権の行使があるとき第三債務者は債権譲渡または転付債権者と物上代位権者の中で誰に支給すべきかの問題でもある。

(1) 物上代位権者優先説

物上代位権者優先説は差押えの趣旨について特定性保全説では、代位目的債権が弁済等によって消滅しない限り、債権者が変わることは目的債権を特定することは何の障害にもならないので、第三者が目的債権について転付命令を受けたり、これを譲り受けた場合、または目的債権を仮差押えあるいは差押えした場合を問わず、目的債権の特定性が保存される限り物上代位権の行使が可能であるとする⁶⁴。そして差押えの趣旨について第三債務者保護説では、民法342条の本文は、抵当権者の保護を目的として物上代位の原則を定めたものであるが、同条の但書は、第三債務者保護を目的とする規定であるため、物上代位権者と第三債務者ではなく、競合債権者との優劣問題は、抵当権者の保護規定である本文の規定の趣旨だけで解決する。したがって、元抵当権と物上代位権は同一性が維持され、物上代位権の公示は、元抵当権の公示で十分であり、第三者が目的債権について転付命令を受けたり、これを譲り受けた場合、またはこれに対して仮差押えまたは差押えした場合に物上代位権者が競合債権者よりも優先するとする⁶⁵。結論的に物上代位権者優先説においては、払渡または引渡の意味を現実的な払渡または引渡に制限して解釈していると見るべきである。

物上代位肯定説は、抵当権の公示は目的債権に対する開示にも作用して、目的債権の特定性が維持される限り、他の債権者の債権差押え及び転付命令があるときにも抵当権者は物上代位権を行使することができるとする⁶⁶。

(2) 競合債権者優先説

競合債権者優先説は差押えの趣旨について、優先権保存説ないし保全的差押え説を

⁶⁴ 郭潤直・前掲書(注23)411頁など。

⁶⁵ 李承翰・前掲書(注32)104頁；金柄斗・前掲論文(注21)92頁；姜東世・前掲論文(注30)95頁など。

⁶⁶ 郭潤直・前掲書(注23)402頁。

とる見解では、物上代位権者が代位目的債権に差押えをする前に、第三者が目的債権について転付命令を受けたり、これを譲り受けた場合には、代位目的債権が第三者に移転することになるので、物上代位権者が第三者の転付命令が確定した後、または債権が譲渡された後に代位目的債権を差押えることは、債務者所有の財産に属していない債権を差押えする結果となり、競合債権者らに対して優先権を行使することができないとする。ただし、第三者が目的債権を仮差押えまたは差押えするにとどまった場合には、物上代位権者が差押えすることで、優先権を行使することができる。つまり、上記の見解は転付命令または債権譲渡による債権の移転も払渡または引渡で解釈していると見られるべきである⁶⁷。

物上代位否定説は債権譲渡または転付命令で目的債権の債権者が変更されたため既に目的債権は抵当権設定者の責任財産から離れ、抵当権者はその限度で物上代位権を行使することができないとする⁶⁸。

(3) 転付命令の場合には否定するが、債権譲渡の場合には肯定する説

一方、転付命令の場合には否定するが、債権譲渡の場合には肯定する日本の見解にも注目している。

3 判例

【韓国判例9】大法院2000. 6. 23. 宣告98ダ31899判決

1 事案

抵当権者が物上代位権に基づき収用裁決による損失補償金請求権を追及することができる期限に関する事案である。

2 判決

「物上代位権者の差押えの前に譲渡または転付命令などによって補償金債権が移転された場合でも補償金が直接支給されたり、補償金支給請求権に関する強制執行手続における配当要求の終期に至るまでは依然としてその請求権に対する追及が可能なもの⁶⁹である。

【韓国判例10】大法院2010. 10. 28. 宣告2010ダ46756判決

⁶⁷ 李承翰・前掲論文(注32)104頁。

⁶⁸ 金仁洙・前掲論文(注30)20頁。

⁶⁹ 仮差押えまたは差押えだけをした場合には、大法院1994. 11. 22. 宣告94だ25728判決参照。

1 事案

国税庁が取立命令を受けて、現実的返済を受領した場合に関する事案である。

2 判決

民法第370条、第342条但書が抵当権者は物上代位権を行使するために抵当権を設定者が受ける金銭その他の物の支給または引渡の前に差押えなければならないと規定したのは物上代位の目的である債権の特定性を維持して、その効力を保全するとともに、第三者に不測の損害を与えないということにその趣旨がある。したがって、抵当目的物の変形物である金銭その他の物に対して既に第三者が差押えてその金銭または物が特定された以上、抵当権者が自らこれを差押えなくても物上代位権を行使して一般債権者よりも優先弁済を受けることができるが、その行使方法は民事執行法第273条によって担保権の存在を証明する書類を執行法院に提出して債権差押え及び転付命令を請求したり、または民事執行法第247条第1項により配当要求をするものであり、かかる物上代位権の行使に進まないままだ収用対象土地に対して担保物権の登記がされただけではその補償金から優先弁済を受けることができない。そうだとすると、抵当権者が物上代位権の行使に進まず優先弁済権を喪失した以上、他の債権者がその補償金またはこれに関する弁済供託金から利益を得たとしても、抵当権者は、これを不当利得として返還請求することができない」。・・・「物上代位権者としての権利行使の方法と期限を制限する趣旨が物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全し、第三者に不測の損害を与えないとすることにある点などを考慮すると、抵当権によって担保された債権であったが、その抵当目的物の変形物である金銭について物上代位権の行使に進まない以上、その債権を国税徴収法第81条第1項第3号に規定された“差押え財産に係る抵当権によって担保された債権”と見ることはできない。

三 第三債務者による供託

1 問題提起

差押えの競合によって第三債務者が供託した場合、物上代位権を行使するために差押えをする前に補償金の支給請求権に対して、他の債権者の債権差押え(仮差押え)命令の競合があり⁷⁰、その債権差押(差押え)命令がそれぞれ第三債務者に送達され、第三

⁷⁰ 差押えの競合とは、債権の一部が差し押さえられた後、その残りの部分、つまり、差

債務者が民事訴訟法第248条第3項⁷¹によって供託したときには、その限度で第三債務者は免責されるので、第三債務者が供託した後でも、物上代位権を行使することができるかが問題になる⁷²。

2 学説

学説は第三債務者の供託は、すなわち第三債務者の弁済を意味するという理由で消極的に解釈する見解⁷³、取立債権者の場合と同様に供託した後でも、供託の事由申告時まで抵当権者の債権者が配当要求をすることができるので(民事執行法第248条第4項、第247条第1項第1号)、配当要求をした以上は優先弁済を受けることができるが供託の事由届出後は、担保権者であっても、差し押さえや配当要求が不可能なので物上代位権を行使することができないという学説がある⁷⁴。

3 判例

判例は第三債務者が民法第487条による弁済供託をすることができると判示した⁷⁵。

【韓国判例11】 大法院2000. 6. 23. 98ダ31899判決

差押総額が被差押債権額を超過せず、本来の意味での差押えの競合と見ることができない場合でも、第三債務者の立場から見て、その優先順位に対して問題があるなどの差押えの競合があるかどうかの判断が困難であると見られる客観的事情がある場合

押えられていない部分を超過して再び差押命令が下された場合を意味する。差押えの競合が発生すると、各差押えの効力はその債権の全部に及ぶ(民事執行法第235条)。

⁷¹ 金銭債権の中、差押えされていない部分を超過して再び差押命令または仮差押命令が下された場合、その命令の送達を受けた第三債務者は、差押えまたは仮差押債権者の請求があれば、その債権の全額に相当する金額を供託しなければならない。

⁷² 旧民事訴訟法は、差押えが競合した場合にのみ、供託することができたので(第581条第1項)、差押えが競合されない場合には、第三債務者が債務者に弁済しても、その後債権者に二重払いをすべきリスクを負担することになり、遅滞責任まで負担する不利益を受けることになった。判例は、この場合、第三債務者が民法第487条による弁済供託をすることができようにし(大判1994. 12. 13. 93ダ951(全))、差押総額が被差押債権額を超過せず、本来の意味での差押えの競合に見ることができない場合にも、第三債務者の立場から見て、その優先順位に対する問題があるなどの差押えの競合の可否への判断が困難であると見える客観的事情がある場合には、第581条第1項を類推適用して、第三債務者に供託による免責を認めた(大判2000. 6. 23. 98ダ31899など)。現行民事執行法は、差押えまたは仮差押えの債権者の競合がない場合でも、第三債務者の供託権を認めて立法的に解決した(第248条、第291条)。上記の議論は、差押えの競合が存在しない場合の供託にも同様に適用されると見られる。

⁷³ 金仁洙・前掲論文(注30)21頁。

⁷⁴ 姜東世・前掲論文(注30)99頁。

⁷⁵ 大判1994. 12. 13. 93ダ951。

には、第581条第1項を類推適用して、第三債務者に供託による免責を認める。

第5節 行使要件としての「差押え」

一 問題提起

韓国民法第342条第2文は、物上代位権を行使するために担保権設定者が受けるべき金銭その他の物に対して、払渡しまたは引渡しの前に「差押える」ことを要求している。これは、代位目的物の滅失で法律の規定により抵当権の優先弁済的効力が代位物にも当然に及ぶが、このような物上代位権を行使するための前提条件として、民法は、払渡しまたは引渡しの前に差押えることを要求している⁷⁶。

物上代位権の行使要件として「差押え」と関連していくつかの問題に対して議論がある。①差押えをする理由が何なのか、差押えはいつまでしなければならないのか、すなわち、差押えの意義と物上代位権行使の終期が問題になる。②差押えは必ず担保権者自身がしなければならないのか、すなわち、差押えの主体が問題になる。③差押え以外の方法によっては、物上代位権を確保することはできないのか、④仮差押えの場合も問題がないのか、⑤上記の差押えが、民事訴訟法上の差押えとは別の意味であるのか、などが問題になる。

以下では、上記の問題に関連する議論を具体的に検討する。

二 差押えの意義

1 問題提起 韓国民法は物上代位の行使要件として支払い・引渡し前に差押えをすることを要求しているが(第342条但書)、立法過程で物上代位の本質と民法第342条但書から支払いまたは引渡前に差押えを要求する趣旨などを知ることができる立法資料は存在しない⁷⁷。したがって、差押えの趣旨に関する学説は、大別して、通説である価値権説(特定保全説あるいは特定性維持説)、物権説(優先権保全説)、第三債務者保護説と第三債務者保護説を批判する学説に分けられている。

2 学説

⁷⁶ 物上代位権行使の要件として差押えと物上代位権行使の方法として転付命令または回収命令の申立ては、概ね同時に行われるのが一般的である。

⁷⁷ 權澈・前掲論文(注30)40頁；金柄斗・前掲論文(注21)75頁。

(1) 価値権説

価値権説は、他の債権者を害したり、法律関係の紛争が起こることを防ぐために価値変形物を支給前の状態のままにして、その特定性を保全するために差押えを要求する⁷⁸。

(2) 物権説

物権説は、差押えは担保権者が物上代位という特別な保護を受けるための要件として理解する。代位物に担保物権の効力が及ぶことを公示するものなので、当然に担保権者自身が他の権利者より先に差押えなければならないとする⁷⁹。

(3) 第三債務者保護説

第三債務者保護説は、物上代位において、第三債務者の立場をより重視しようとする見解である。高翔龍教授は「価値権説や物権説は、第三債務者の立場を過度に無視しているとしながら、最近の物上代位本質論にこだわらずに、第三債務者の立場をより重視しなければならないという見解が主張されている。つまり物上代位の要件としての差押えは、第三債務者に対して物上代位権が行使されていることを知らせ、同時に代位物の本来の債権者に弁済することを停止させることで物上代位権者の優先弁済権を保全しようとすることをその目的としている⁸⁰」と主張する。高翔龍教授の見解によると、差押えは代位目的物の本来の債権者に弁済することを停止させることで物上代位権者の優先弁済権を保全する機能を営むので、物上代位権者が差押えする前に返済した第三債務者は、弁済として物上代位権者に対抗することができる反面、目的債権譲渡後には目的債権がまだ返済されない以上、抵当権者が依然として物上代位することができるという結論に達する。

そして、ユスジョン前判事は、「第三債務者保護説と特定性維持説は差押えの趣旨を異なる観点から説明しているに過ぎず、基本的には同じ考え方に立脚したもので、特定性維持説は、第三債務者保護説の延長とみなすことができ、担保権者は自ら差押

⁷⁸ 郭潤直・前掲書(注23)411頁；金相容・前掲書(注5)629頁；金容漢・前掲書(注23)467頁；金曾漢 - 金學東・前掲書(注23)484頁；宋徳洙・前掲書(注23)756頁；李英俊・前掲書(注23)743頁；李銀榮・前掲書(注23)564頁；朴駿緒編『註解民法[物権法(3)](第3版)』478頁(韓國司法行政學會, 2001年)など。

⁷⁹ 朴種斗『物権法(第5版)』610～611頁(三英社, 2010年)。

⁸⁰ 高翔龍・前掲論文(注9)657頁。

えることによって、物上代位権を行使することができる⁸¹⁾とする。また、他の見解として、李相泰教授は、「民法第342条の本文と但書を区別して、民法第342条本文は、担保権者に物上代位権を認める担保権者の保護規定であるのに対し、その但書は、物上代位権を与えた結果、担保権者に対して価値変形物の支給義務を負担するようになった第三債務者の二重弁済の危険を防止する目的で設けられた第三債務者保護規定⁸²⁾と解釈する。

(4) 第三債務者保護説を批判的に理解する学説

第三債務者保護説を批判的に理解する学説として、金炯錫教授は、第三債務者保護説が主張する①抵当権の登記は、物上代位権を公示するために不十分で、②第三債務者が抵当権者の物上代位の事実がわかっただら、二重弁済の危険から免れるという命題に対して疑問を提起する⁸³⁾。「たとえば、甲の失火で乙の建物が焼失した場合、甲は、自分に対する損害賠償請求権者が誰なのか知るためには、ひたすら登記簿の記載に基づいて判断しなければならない。その場合、二重弁済の危険から免れることができる(韓国民法第470条—ただし、登記の推定力によって登記の内容を信頼した者は、善意・無過失であると推定されるが、逆に登記された事項を知らない者は過失があると推定される⁸⁴⁾)。したがって、第三債務者が登記簿を閲覧していなくて抵当権者の存在を見落とした場合、彼が二重弁済の危険に直面しても、不利益を受けるとは言いがたい。したがって、少なくとも抵当権の物上代位の事実を知らないという事情から、第三債務者を保護する必要があるという既存の第三債務者保護説の主張は、我が民法の解釈では、説得力がない⁸⁵⁾・・・ここで果たして抵当権の登記が債権譲受人や転付債権者のような第三者に対しても公示の効果を持つことができるかどうかの問題が提起されるが我が民法上債権譲渡の優劣関係は確定日付ある通知ないし承諾の先後によって達成され、これは債権の帰属の公示は、譲渡された債権の債務者の認識を媒介にして行われたことを意味する。かかる民法の態度を前提とするならば、少なくとも第三債務者に対して抵当権の登記が物上代位の公示の機能をすれば、同様に第三者に対しても公示の機能をすると解釈しなければならない⁸⁶⁾。ところが第三債務者は、物上代位の

⁸¹⁾ 劉承政・前掲論文(注16)188頁。

⁸²⁾ 李相泰・前掲論文(注19)9頁；李承翰・前掲論文(注32)467頁。

⁸³⁾ 金炯錫・前掲論文(注33)532～537頁。

⁸⁴⁾ 金曾漢・金學東・前掲書(注23)140頁。

⁸⁵⁾ 金炯錫・前掲論文(注33)532～533頁。

⁸⁶⁾ 金炯錫・前掲論文(注33)533～534頁。

事実を知っていても他の不安定な状態に起因する二重弁済に陥いる。第三債務者が物上代位権を行使されないであろうと期待して抵当権設定者に弁済することは、以後物上代位権の行使に直面して再度給付する危険を伴うので、危険である。しかし、であるからといって、第三債務者をしてかかる二重弁済の危険に直面した際無限定に返済を停止して待たせることは、彼の利害関係に反する⁸⁷(第三債務者は、供託によって不安定を解消することができるという点で反論を提起することもあり得るが、供託によって第三債務者の地位が供託所に移転するだけなので、第三債務者が供託をした場合にも物上代位をめぐる法律関係の不安定は解消されないとする)。かかる第三債務者の不安定に対処する方法として我が民法が第三債務者に最も有利な方法として、第三債務者が差押えによって支給が禁止される時点までは制限なしに適法な弁済をすることで、免責されるという方式を採用した。つまり、民法第342条但書は、弁済を禁止する差押えがあるまでは、第三債務者が抵当権設定者に弁済することができる可能性を認めることで物上代位権の行使要否に従う法的不安定を回避しようとするものなので、民法第342条差押えの意味は「従来、日本で主張された形態ではなく「このような内容を持つ第三債務者保護説によって理解することが妥当である⁸⁸」と主張する。

3 判例

(1) 特定性維持説

【韓国判例12】大法院1987. 5. 26. 宣告86ダカ1058判決

1 事案

国の滞納処分により質物である金銭債権を差し押さえられた質権者に国税還付に従って配分される金額がある場合、質権者の物上代位権行使と民法第342条但書による差押えの可否及び第三債権者があらかじめ上記の還付債権について受けた差押えおよび転付命令と質権者の物上代位権との関係に関する事案である。

2 判決

このように税務署長に配分された金員について供託の義務が課された以上、上記の金員は、差押えされたと同じように特定されたとみなすべきであり、質権者は、民法第342条但書による差押えをしなくても当然にその物上代位権の効力が及んで、国からこれを受け取ることができる。

⁸⁷ 金炯錫・前掲論文(注33)536頁。

⁸⁸ 金炯錫・前掲論文(注33)537頁。

【韓国判例13】大法院1992. 7. 10. ジャ92マ380・381判決

1 事案

根抵当権に基づく物上代位権を持つ債権者がその物上代位権を行使するために債権の差押え及び転付命令の請求する場合、債務名義の可否及び土地収用法第69条が担保物権の目的物が収用された場合、補償金について当該担保物権を行使するための要件として、その支払い前に差押えることを要求する理由、土地収用において、起業者が補償金を返済供託すれば、土地収用法第69条但書の規定する支払いがあるとする事ができるかどうかの可否が問題になった事案である。

2 判決

根抵当権に基づく物上代位権を持つ債権者がその物上代位権を行使して優先弁済を受けることにおいて、その権利実行方法は、民事訴訟法第733条によって債権に対する強制執行手続を準用して債権の差押え及び転付命令を請求できるとするが、これはあくまでも担保権の実行手続であるため、その要件として、担保権の存在を証明する書類を提出して開始するとされるものであり、一般債権者として強制執行をすることではないので、債務名義を必要としない・・・土地収用法第69条が担保物権の目的物が収用された場合、補償金について当該担保物権を行使するための要件として、その支払い前に差押えることを要求する理由は、補償金が所有者の一般財産に混入される前までに、つまり特定性が維持保全されている限度内で優先弁済権を認めることにある。

(2) 目的債権の特定性の維持に加えて、第三者の不測の損害防止が差押えの趣旨であるとした判決⁸⁹

【韓国判例14】大法院2003. 3. 28. 宣告2002ダ13539判決

1 事案

抵当権者の物上代位権の行使方法とその期限及びこれを制限する趣旨及び配当要求の終期が経過した後、物上代位に基づく債権差押え及び転付命令が第三債務者に送達された場合、物上代位権者が配当手続から優先弁済を受けることができるかどうかに関する事案である。

2 判決

民法第370条、第342条による抵当権者の物上代位権の行使は旧民事訴訟法(2002年

⁸⁹ 価値権説＝特定性維持説なのかとの疑問が生じる。

1. 26. 法律第6626号で全文改正される前のもの)第733条によって担保権の存在を証明する書類を執行法院に提出して債権差押え及び転付命令を請求し、旧民事訴訟法第580条によって配当要求をする方法によってするものであり、これは遅くとも旧民事訴訟法第580条第1項各号の所定の配当要求の終期までにしなければならないことであり、それ以後には物上代位権者としての優先弁済権を行使することができないとしなければならないところ、物上代位権者としての権利行使の方法と期限を上記のように制限する趣旨は物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全し、平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護するなど、第三者に不測の損害を与えないことと同時に執行手続の安定と迅速を図ろうとすることにある・・・ 抵当権者の物上代位権行使としての差押え及び転付はその命令が第三債務者に送達されることによって効力が生じ、物上代位権の行使を制限する趣旨である“特定性の維持”や“第三者の保護”は物上代位権者の差押え及び転付命令が効力を発生することで、はじめて達成することができるので、配当要求の終期が経過した後、物上代位に基づく債権差押え及び転付命令が第三債務者に送達された場合には、物上代位権者は配当手続から優先弁済を受けることができない。

【韓国判例15】大法院1998. 9. 22. 宣告98ダ12812判決

1 事案

抵当権者が物上代位権を行使して優先弁済を受けるための権利実行方法及び抵当権者が物上代位権に基づき収用裁決による補償金支給請求権を追及することができる時期及び終期に関する事案である。

2 判決

民法第370条、第342条但書が抵当権者は物上代位権を行使するために設定者が受ける金銭その他の物の支給または引渡の前に差押えなければならないと規定したのは、物上代位の目的である債権の特定性を維持して、その効力を保全するとともに、第三者に不測の損害を与えないようにということにある。

【韓国判例16】大法院2000. 5. 12. 宣告2000ダ4272判決

1 事案

抵当権者の物上代位権の行使方法とその期限及びこれを制限する趣旨に関する事案である。

2 判決

物上代位権者としての権利行使の方法と期限を上記のように制限する趣旨は物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全し、平等配当を期待した他の

一般債権者の信頼を保護するなど、第三者に不測の損害を与えないことと同時に執行手続の安定と迅速を図ろうとすることにある。

三 差押えの主体

1 問題提起

民法第342条第2文の差押えは、必ず、担保権者自らしなければならないのか、それとも他の債権者が差押えても、担保権者は、配当手続から優先弁済を受けることができるのかが問題になる。

2 学説

(1) 第三者が差押えても構わないという見解

差押えの趣旨に関する典型的な特定性保全説によれば、物上代位権を行使するための要件としての差押えは、特定性の保全のみを目的とするもので、抵当目的物の変形物である金銭その他の物に対して第三者が差押えても、その金銭又は物は、特定されている。したがって、差押えを抵当権者が自ら行うことを要せず、第三者が差押えをした場合であっても構わない⁹⁰。

(2) 抵当権者自ら差押えをしなければならないという見解

1) 優先権保全説

差押えの趣旨について優先権保全説をとる見解によると、物上代位は、担保権者の保護のために法律が特別に認めた優先順位であるので、その保護を受ける担保権者が自ら優先順位を保全するために差押えをしなければならない。つまり、差押えが優先順位の保全ないし公示のためのものなので、その差押えは抵当権者が自ら行うことを要する⁹¹。

2) 第三債務者保護説

第三債務者保護説によると、差押えの趣旨が二重払いの危険から第三債務者を保護するためのものであり、すなわち、差押えは、第三債務者に対する対抗要件であるの

⁹⁰ 郭潤直・前掲書(注23)335頁；李英俊・前掲書(注23)752頁；金曾漢・前掲書(注23)155頁。

⁹¹ 金仁洙・前掲論文(注30)17頁。

で、抵当権者が第三債務者に物上代位の効力を主張するためには、抵当権者が自ら差押さえなければならぬ⁹²。

3) その他

差押えの趣旨について、特定性保全説でありながら差押えは抵当権者が自らしなければならぬという見解がある⁹³。その理由として、①担保権者以外の者が差押えをしても構わないのは、民法第342条の法文に反する。つまり、民法第342条第1文は、「質権は・・・質権設定者が受けるべき金銭・・・に対しても、これを行使することができる」と規定しているが、ここでの主語は、質権者であることが明らかであり、これを第2文に連結すると、第2文の主語も質権者として見なければならぬからである。②通常の場合、担保権者は、物上代位権を行使するが、権利行使を強いらられるわけではない。差押えの趣旨について、特定説を取りながらも差し押さえは抵当権者自身しなければならぬという見解がある。その理由は、次のとおりである。第1に、担保権者以外の者が差し押さえをしても構わないと見ることは、民法第342条の法文に反する。つまり、民法第342条第1文は、「質権は...、質権設定者が受ける金銭...、についても、これを行使することができる」と規定しているが、ここでの主語は、質権者であることが明らかであり、これを第2文と連結すると、第2文の問い合わせても、質権者と見なければならぬからである。第二に、通常の場合、担保権者は、物上代位権を行使するが、だからといって、権利行使を強いられるわけではない。ところが、担保権者以外の債権者による差押えも第2文の差押えであれば、担保権者の意思とは関係なく、担保権者以外の債権者の差押えによって担保権者の権利を保全または行使することができる結果となるが、これはあまりにも奇妙である。③他の一般的な債権者が差押えをすると、担保権者が自ら差押えをしなくても物上代位権を行使することができ、一般債権者に優先するとすれば、一般債権者は担保権者の差押えの前に目的債権につき差押え及び転付命令を取得しても、担保権者に対して常に不当利得返還義務を負担するという結果になる。これは、いくら第三者の保護が、差押えの副次的な目的または事実上の機能に過ぎないとしても第三者の保護にあまりにも疎かである。

3 判例

(1) 一般的な債権者が差し押さえでも差し支えないと判断した判決

⁹² 趙誠民「抵当権の物上代位」考試界38巻37頁(1993年)；高翔龍・前掲書(注31)657頁。

⁹³ 劉承政・前掲論文(注16)189頁。

【韓国判例17】大法院1987. 5. 26. 宣告86ダカ1058判決

1 事案

国の滞納処分により質物である金銭債権を差し押えられた質権者に国税還付に従って配分される金額がある場合、質権者の物上代位権行使と民法第342条但書による差押え可否及び第三債権者があらかじめ上記の還付債権について受けた差押えおよび転付命令と質権者の物上代位権との関係に関する事案である。

2 判決

このように税務署長に配分された金員について供託の義務が課された以上、上記の金員は、差押えされ、特定されたとみなすべきであり、質権者は、民法第342条但書による差押えをしなくても当然にその物上代位権の効力が及んで、国からこれを受け取ることができる。

【韓国判例18】大法院1996. 7. 12. 96ダ21058判決⁹⁴

第342条の後段が差押えをしなければならないと規定した趣旨は、物上代位の目的となる金銭その他の物の特定性を維持して、第三者に不測の損害を与えないとするところにあるので、既に第三者が差押えて、その金銭又は物が特定された以上、抵当権者は、自らこれを差押えをしなくても、物上代位権を行使して、一般債権者よりも優先的に弁済を受けることができる⁹⁵。

(2) 担保権者が自ら差押えをしなければならないと判断した判決

【韓国判例19】大法院1999. 5. 14. 98ダ62688判決

物上代位権は、あくまでもその権利実行の意思を抵当権者が自ら裁判所に明確に表示する方法として抵当権者が自身によって行使されるべきであり、抵当権者ではない他の債権者や第三債務者の態度又は認識だけで抵当権者の権利行使を擬制することはできないので、抵当権者ではない他の債権者や第三債務者が抵当権の存在及び被担保債務額を認めており、さらに第三債務者が債務額を供託して供託事由を申告しながら、抵当権者を被供託者として記載する一方、抵当権の存在を証明する書類まで提出している場合でも、それを抵当権者自身の権利行使のように見て抵当権者がその配当

⁹⁴ 大判1990. 12. 26. 90ダカ24816; 大判1992. 7. 10. 92マ380; 大判1994. 11. 22. 94ダ25728; 大判1998. 9. 22. 98ダ12812; 大判2002. 10. 11. 2002ダ3137など、判例の全盤的な立場である。

⁹⁵ **【韓国判例】** 大法院1998. 9. 22. 宣告98ダ12812判決も同じ趣旨として判示した。

の手続きから他の債権者に優先して配当することはできない。

【韓国判例20】大法院2003. 3. 28. 宣告2002ダ13539判決

1 事案

抵当権者の物上代位権の行使方法とその期限及びこれを制限する趣旨及び配当要求の終期が経過した後、物上代位に基づく債権差押え及び転付命令が第三債務者に送達された場合、物上代位権者が配当手続から優先弁済を受けることができるかに関する事案である。

2 判決

物上代位権者としての権利行使の方法と期限を上記のように制限する趣旨は物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全し、平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護するなど、第三者に不測の損害を与えないことと同時に執行手続の安定と迅速を図ろうとすることにある・・・抵当権者の物上代位権行使としての差押え及び転付はその命令が第三債務者に送達されることによって効力が生じ、物上代位権の行使を制限する趣旨である“特定性の維持”や“第三者の保護”は物上代位権者の差押え及び転付命令が効力を発生することで、はじめて達成することができる。

四 差押え以外の配当要求が許可されるか

1 問題提起

抵当権者が物上代位権を行使するためには、目的債権をその支給前に差押えることを要するが、かかる差押え以外にも配当要求の方法で物上代位権を行使することができるかが問題となっている。

2 学説

(1) 配当要求否定説

概念上、配当要求と差押えは区別され、抵当権者の差押えが可能であれば、別途に配当要求を認める必要もないとする見解である。

(2) 配当要求肯定説

取立債権者の取立又は第三債務者の供託以後でもその取立請求または供託事由請求前であれば、抵当権者の物上代位権の行使のために差押えを認めなければならず、その差押えは配当要求に準じた効果が認められるとして、配当要求終期以前までは差押

えまたは配当要求の方法による物上代位権が支配的であるとする。

五 滞納処分による差押えがある場合

物上代位権を行使するために担保権者の差押え前に国(税務公務員)が補償金支給請求権に対して滞納処分による差押えをして、債権差押通知書を第三債務者に送達したときは、国が債務者(滞納者)を代位して、その補償金などの支給を請求することができる。しかし、その補償金支給請求権に対する滞納処分権者の優先順位は認められないので、担保権者は、まだ物上代位権を行使することができる。ただし、滞納処分権者が補償金を現実に受給した場合には、前述した取立命令の場合とは異なり、滞納処分における取立申告などの手続きがないので、その限度内で担保権者は、物上代位権を行使することができない⁹⁶。

六 取立債権者が現実に取り立てた場合

1 問題提起

物上代位権を行使するための抵当権者の差押え前に、他の債権者が補償金請求権に対して債権差押えと取立命令を得て、それが第三債務者に送達されたときにも取立命令⁹⁷を得た債権者の優先権は認められない。したがって担保権者は、既に差押え及び取立命令が下された補償金の支給請求権について物上代位権を行使することができる。ところが、取立債権者が補償金を現実に取り立てた場合にも、担保権者が物上代位権を行使することができるかについて学説の争いがある。

2 学説

(1) 物上代位否定説

取立債権者の取立ては、第三債務者の弁済を意味するので、その以後には物上代位権を行使することができないとの学説である⁹⁸。

(2) 制限的肯定説

⁹⁶ 金仁洙・前掲論文(注30)21頁；姜東世・前掲論文(注30)99頁。

⁹⁷ 取立命令は、差押債権者が代位の手続きを経ずに、債務者に代わって第三債務者に対し被差押債権の履行を請求し、これを受領して自己債権の弁済に充当することができるようにする権限(取立の権能)を与える執行法院の命令である。取立命令は、第三債務者に送達した時に効力が生じる(民事執行法第229条第4項、第227条第3項)。取立命令を得た債権者が第三債務者から被差押債権を取り立てた場合、他の債権者の競合が存在しないと、取立によって執行債権が消滅することになる。

⁹⁸ 金仁洙・前掲論文(注30)21頁。

取立債権者が取立てた以後にも、民事執行法第236条⁹⁹による取立申告時までは、担保権者が配当要求をすることができるので、配当要求または別途の差押えの方法によって、優先弁済を受けることができると解釈すべきであるという学説である。ただし取立申告以後には、担保権者でも、差押えあるいは配当要求が不可能である¹⁰⁰。

七 配当要求の終期以後

1 問題提起

物上代位権は、その代位目的物である債権が払渡し・引き渡されるまで差押え及び取立命令または転付命令をしたり、配当要求をする方法によって行使しなければならない。ところが、抵当権者が別途に差押えなどの手続きをする前に、第三者が差押えなどの措置をとり、強制執行に入った場合、配当要求の終期以後にも物上代位権行使することができるかについて学説が分かれる。

2 学説

(1) 肯定説

民法第342条の差押えは、物上代位の目的を特定するために必要なことであるという特定性保全説を最後まで貫徹すると、配当要求の終期が到来しても現実的な弁済時、すなわち、配当手続が終了するまではまだその目的物に対して優先弁済権を行使することができる。さらに、配当手続が終了しても、優先弁済権の侵害を理由として配当された一般債権者の配当金に対して不当利得返還請求権を行使することができるという結論に至ることになる¹⁰¹。

(2) 否定説

配当要求の終期まで物上代位権を行使しない者は、権利上に眠る者として失権効の適用を受けるとしたり¹⁰²、物上代位権行使の期限を通じて善意の第三者を保護して¹⁰³、さらに配当手続きの混乱と遅滞を防止することができるなどを理由として、物上代位

⁹⁹ ①債権者は取り立てた債権額を法院に申告しなければならない。②第1項の申告前に、他の差押え、仮差押又は配当要求があったときは、債権者は取り立てた金額を即時供託し、その事由を申告しなければならない。

¹⁰⁰ 姜東世・前掲論文(注30)98頁。

¹⁰¹ しかし、現実的にこの見解を主張する学者はいない。金柄斗・前掲論文(注21)95頁。

¹⁰² 姜東世・前掲論文(注30)98頁。

¹⁰³ 天野勝介「物上代位権行使(1)」金融法務事情1509号11頁。

権の行使は配当要求の終期までしなければ優先弁済権を確保することができないとする。

3 判例

【韓国判例21】大法院1994. 1122. 94ダ25728判決¹⁰⁴

物上代位権者の差押え前に譲渡または転付命令等により補償金債権が譲渡された場合であっても補償金が直接払渡されたり、または補償金支給請求権に関する強制執行手続における民事訴訟法第580条(現行民事執行法第247条)で規定している配当要求の終期に至る前には、まだその請求権の追及が可能である。

八 差押えの方法¹⁰⁵

¹⁰⁴ 同旨として、大判1998. 9. 22. 98ダ12812;大判2000. 5. 12. 2000ダ4272;大判2000. 6. 23. 98ダ31899。

¹⁰⁵ 民法第342条の差押えと民事執行法第223条の差押えの関係について、抵当権に基づく物上代位権の債権者は、民事執行法の定めるところによって担保物権の行使として、自らその物上代位の目的である債権を差押えて、債権の満足を得ることができる。もし、このとき、債権者が同時に執行権原となる執行力のある正本を持っていたら、債権者は、執行権原を利用して、自らその物上代位による目的である債権を満足させることも可能であり、いかなる手続をとるかは、その債権者の自由である。ところが、物上代位権者が“担保権の実行としての”差押えをせずに執行権原を利用して“強制執行としての”差押え手続を選択して物上代位の目的である債権を差押えて強制執行を行うとき、他の競合する差押え(あるいは仮差押え)債権者があるといっても、他の差押え債権者よりも優先弁済を受けることができるかという問題が担保権実行手続と強制執行手続の交錯の問題の一つとして提起することができる。民事執行法第273条は、民法第342条の規定により担保権設定者が受け取る金銭、その他の物について権利を行使する場合、債権、その他の財産権を目的とする担保権の実行は、担保権の存在を証明する書類(権利の移転に関して登記や登録を必要とする場合には、その登記簿又は登録原簿の謄本)が提出されたときに開始すると規定し、かかる権利実行手続には、同法第2編第2章第4節第3款の規定を準用している。ここで民事執行法第273条が民法第342条を具体化したのかそれとも別の意味を持つものとみなして物上代位権の行使要件として差押えと物上代位権行使方法として差押えを区別して扱うかについて学説の争いがある。学説として、区別説のキムシン裁判官は区別説を主張している。区別説では、物上代位の差押えは、強制執行手続の差押えと沿革的に考えてみるときに、その性質が異なるものであり、抵当権者が抵当権付債権に関する執行権原を得るとしても、その執行権原上には被担保債権の存在に関する事実は記載されるがその抵当権設定事実は記載されないのが一般的で、記載される必要もないという。したがって、抵当権者が抵当権の存在を証明する書類である登記簿謄本を提出して担保権実行手続を開始せず、被担保債権の存在に関する執行権原を得て強制執行の方法を選択した場合に、その執行権原だけでは執行権原上の債権者が抵当権に基づく優先弁済権のある債権者であることを認めることは難しい。強制執行手続は、執行機関が執行債権者の請求に基づき、執行債務者の財産に対する国の強制執行権を行使するもの

1 問題提起

韓国民法第342条第2文が規定する差押えはどのような方法でしなければならないのか。これについて韓国民法には何らの規定もなく、民事執行法で担保権の実行方法として差押命令の申請について規定している。これに対して、債務名義による差押命令の申請あるいは仮差押命令の申請にも許容されるかが問題になる。

2 差押命令の申請

物上代位権の行使は、債務者の普通裁判的所在地を管轄する地方裁判所に担保権の存在を証明する書類¹⁰⁶を提出して、債務者が第三債務者から受けるべき金銭その他の物に対する債権の差押命令を申請することによって開始される¹⁰⁷。

物上代位に基づく差押命令の申請がある場合、執行法院は、第三債務者に債務者に対する支給を禁止して、債務者に目的債権の処分と受領を禁止する¹⁰⁸。差押命令は、第三債務者に送達されると効果が発生する。この場合、第三債務者は、差押えに関する金銭債権の全額を供託することができる¹⁰⁹。一般債権者が差押えた後でも、担保権者が物上代位に基づく差押えをすることができ、この場合、第三債務者は、債務額を供託することができる¹¹⁰。第三債務者の供託及び供託事由申告によって被差押債権に対して配当手続きが開始されたり¹¹¹、配当手続きから抵当権者は優先権が認められるので、供託金の支給によって抵当権者の被担保債権は満足に至ることになる。

として、抵当権者が得た執行権原だけで彼が抵当権者の資格として優先弁済権を受けることができると解釈するならばこれは強制執行手続に参与して平等配当を期待する他の一般債権者の信頼を損なって、執行手続の安定を危うくすることを見落としているとの批判を免れることができないという。非区別説の梁彰洙最高裁判官は非区別説をとる。非区別説は差押え・転付命令が執行権原に基づき行われたとしても、それは同時に、物上代位権の行使としての意味を持つという。この見解では、担保権者が別に執行権原を得たとしてその法的地位が弱化される理由がなく、執行権原に基づく差押え・転付命令を取得するとき、かかる別途の手続を要求する理由がないことなどを根拠とする。一方、このときの差押えについて物上代位による差押えは物上代位権を保全するために行われる、いわゆる保全的差押えとして、民事訴訟法の仮差押えと類似するものなので、抵当権付債権の弁済期が到達していない場合には、仮差押えしなければならないという見解と物上代位権の実行としての差押えは、仮差押えとしては不足して本差押えをしなければならないという見方がある。

¹⁰⁶ 権利の移転に関する登記または登録を必要とする場合には、その登記簿又は登録原簿の謄本を意味する。

¹⁰⁷ 民事執行法第273条第1項、第3項、第223条から第251条。

¹⁰⁸ 民事執行法第227条第1項。

¹⁰⁹ 民事執行法第227条第2項、第3項、第248条第1項。

¹¹⁰ 民事執行法第248条。

¹¹¹ 民事執行法第252条第2号。

3 債務名義による差押命令の申請

(1) 問題提起

被担保債権について債務名義も併せて持っている担保権者が物上代位権の行使として、つまり、担保権の存在を証明する書類の提出によって物上代位の目的債権を差押えせず、債務名義に基づく強制執行の手続きとして物上代位の目的債権に対して差押命令を申請した場合、他の競合する一般債権者に優先して弁済を受けることができるのか。

(2) 学説

1) 肯定説

物上代位に基づき代位物から優先弁済を受けることができ、さらに、債務名義に基づいて強制執行をすることができる債権者兼担保権者が代位物に対して執行をして、その執行の具体的な内容が物上代位権を行使するために必要な債権差押命令であれば、たとえ債務名義に基づき行われたとしても、同時に物上代位権の行使としての意味も持っているという見解である¹¹²。

この説の論拠は、第1、担保権者が別途の債務名義を得たとして担保権者の法的地位が弱化される理由はない。担保権の実行手続として債権差押及び転付命令に債務名義が要求されないとしても、それがすぐに債務名義に基づく差押え及び転付命令として担保権を実行することが許容されないわけではない。

第2、債務名義による強制執行としての差押え及び転付命令が物上代位権の行使としての意味がなく、さらに、それが他の債権者の差押えと競合した状態で行われたものであるので無効であるとすれば、再び「担保権の存在を証明する書類」を提出してま

¹¹² 梁彰洙「供託された土地収用補償金への物上代位の実行」民法研究第3巻379頁(1995年)は、上記大法院判決の原審法院も同じ趣旨で判示している。つまり、「民法第370条、第342条には差押えしなければならないと規定しているが、これは担保権者の差押えによって第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に支払ったり、引渡すことが禁止され、債務者が第三債務者から債権を取立て、これを第三者に譲渡するが禁止される結果、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これによって物上代位権の効力を保全するとともに、第三者が不測の被害を被ることを防止することにその旨があるので、本件の土地について根抵当権を設定した原告が上記差押え及びと転付命令を受け、上記清算金債権が特定されている以上、それが上記の根抵当権に基づき行われたものではなくても、上記根抵当権の効力は、上記清算金債権に及ぶるので根抵当権者の差押えと転付命令はその効力があり、上記の清算金債権は、原告に適法に転付された」と判示した。

た同じ債権差押えと転付命令を得なければならないが、これは無用な手続きの繰り返しである。

第3、債権差押え(または仮差押)がある以上、第三債務者としては、自分の債務を履行せず、代位物の「特定性」は、それによって維持される。

2) 否定説

否定説は、民法第342条但書の差押えは、担保権実行手続きとして差押えのみを意味するとする。つまり、抵当権者が抵当権付債権に関する債務名義を得たとしても、その債務名義上には、被担保債権の存在に関する事実は記載されるが、その抵当権が設定された事実は、実際には記載されていないのが一般的であり、記載する必要もない。したがって、抵当権者が抵当権の存在を証明する書類の登記簿謄本を提出して担保権の実行手続きを開始せず、被担保債権の存在に関する債務名義を得て強制執行の方法を選択した場合、その債務名義だけでは債務名義上の債権者が抵当権に基づく優先弁済権がある債権者であることを認めることができないという¹¹³。

大法院もこの説にある。さらに、否定説は、物上代位権の行使要件である差押えに担保権実行手続きを必要とする理由は、強制執行の過程から優先権がある者を事前に把握して執行過程に参加する他の一般債権者の信頼を害しないと同時に優先権の可否が事後に争われることによって配当手続きの混乱を事前に防止することにある。そうすると、抵当権実行手続きではなく、債務名義に基づく強制執行手続きでは、その債務名義に優先権可否及び優先権の内容などが現出されないため、強制執行手続きに関与して平等配当を期待する他の一般債権者の信頼を害し、執行手続きの安定を危うくすることになる。したがって、抵当権者が得た債務名義だけでは、抵当権者の資格として優先弁済権を得ることはできないとする。

(3) 判例

【韓国判例22】大法院1990. 12. 26. 90ダ24816判決

物上代位権を有する債権者が同時に債務名義を有しながら債務名義による強制執行の方法を選択して債権の差押え及び転付命令を得た場合には、その者が物上代位権を有する実体法上の優先権者であるとしても債務名義による強制執行手続きと担保権の

¹¹³ 金伸「物上代位の要件である差押えの行使方法」判例研究第3集161頁(釜山判例研究会, 1993年)。

実行手続きは、その開始要件が異なるだけでなく、多数の利害関係人が関与する執行手続きの安定と平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護する必要がある点に照らして差押えが競合された状態で発行された転付命令は無効である。

4 仮差押命令の申請

(1) 問題提起

物上代位権の行使要件としての差押えに仮差押えが含まれるのかに対して、見解の対立がある。

(2) 学説

1) 肯定説

肯定説は、物上代位権の行使要件として、仮差押えも許容する見解である。この見解は、物上代位権の行使としての差押えの趣旨を目的債権の特定性維持にあることを前提に、担保権者が仮差押えをすることにより、特定性が維持される点、第三者の不測の損害もないという点を根拠にして物上代位権の行使要件として、仮差押えも可能であるという。この説は、特に一般債権者の差押えと担保権者の仮差押えが競合した場合、第三債務者が供託することができるが、この場合、仮差押権者である担保権者が全く知らない状態で、短期間に供託公務員は差押えの競合を理由として供託事由申告をすることになって¹¹⁴、その事由申告がされると、物上代位権を行使することができる機会が剥奪されるので不当であるとする¹¹⁵。

2) 否定説

¹¹⁴ 第三債務者が債務額を供託したときは、その事由を法院に申告しなければならない(民事執行法第248条第3項)。さらに、供託金の支給請求権について債権者の競合が生じ、執行債権の総額が被差押債権総額を超過して裁判上の配当を必要とする場合に、供託公務員は、その翌日から3日以内に執行裁判所に事由申告をしなければならない(大法院行政例規第387号)。

¹¹⁵ この大法院判決の原審法院も「仮差押債権者は、配当要求をしなくても、当然に配当に参加して配当を受けることができる地位にある点に照らしてみると、抵当権者が配当要求の終期以前に供託物払い請求権を差押えをすることにより、特定性を維持したため、抵当権者が当該期日前(配当要求終期以前)まで上記のような方法(仮差押え)に物上代位権を行使するだけで、配当手続きでは優先弁済を受けることができる。このような結論に達するとして一般差押債権者に不測の損害を被らせるようになると見ることもできない」と判示した。この見解は、立法論として、第三債務者が供託をしたときに根抵当権者の同意を供託の条件としてしたり、供託公務員の供託事由申告時に根抵当権者に対し通知することを主張する。金東善「物上代位の目的である権利行使の方法と時限」判例研究14集263頁(ソウル地方弁護士会, 2001年)。

仮差押だけでは物上代位権の行使要件である差押えを行ったものとする事ができない。民法第342条の文言どおりに解釈しても、同条第2文に物上代位権の行使要件として「差押え」をする必要であると明示している点、この規定の趣旨も、権利行使の要件として差押えという方法で特定して法律関係が複雑になることを事前に防止するのである。物上代位権の行使要件としての差押えは、本差押えに限定されるとする。さらに、差押えと仮差押えは行使要件、行使方法及びその効果などが異なり、文言通りに差押えをする必要とするのであり、差押えをせずに仮差押のみ行使したのであれば、第三債権者の立場では、平等配当を受けることができるという信頼をしており、かかる信頼は文言に基づく権利行使の方法を選択しない物上代位権者より優先して保護しなければならないとする。

(3) 判例

大法院は、物上代位権者が目的債権の仮差押えをして特定した場合でも配当要求終期まで物上代位権の行使としての(本)差押えをしなければならないと判示した。

【韓国判例23】大法院2000. 7. 4. 98ダ62909判決

物上代位権の行使は、配当要求終期までしなければならないことを前提に、原告が1998. 1. 20債務者に対する貸付金債権者として、本件供託金支給請求権を仮差押さえただけで、本事件配当要求の終期、すなわち第三債務者である国が供託事由申告をした1998. 10. 19まで執行法院に抵当権の存在を証明する書類を提出して抵当権に基づく配当要求あるいはこれに準ずる抵当権の行使(本差押え)の申請をせずに、ただその配当要求の終期が過ぎた1998. 11. 27に至って物上代位に基づく債権差押え及び転付命令を受けて、その命令が第三債務者に送達されただけであれば、原告は、上記の配当手続きから優先弁済を受けることができない。

配当要求の終期まで執行法院に物上代位権者として優先弁済権を行使しなかったので、差押債権者として配当に参加した被告らは、自らが原告と平等に配当を受けることができるという信頼を有し、このような信頼は保護されるべきものである。

5 特別法によって差押えを要しない場合

(1) 問題提起 物上代位権に関する特別法上の規定形態は二つある。一つは、民法第342条但書のように、担保権者が物上代位権を行使するためには、担保目的物の所有者が受けるべき補償金等について、その支給前に差押えることを要する規定形態(例え

ば、公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律第47条¹¹⁶、都市及び住居環境整備法第59条)である。

他の一つは、担保権があるという事実だけで、第三債務者に担保目的物の所有者が受けるべき補償金などの供託を命じ、担保権者は、その供託された補償金に対して物上代位権を行使することができるとする規定形態(例えば、旧農村近代化促進法第158条¹¹⁷、国税徴収法第84条第1項¹¹⁸)である。

前者の場合は、物上代位権の行使要件として差押えをしなければならないと規定しているが、後者の場合は、差押えに関する明文規定がないので、供託された補償金等について物上代位権を行使するために差押えをすべきかが問題になる。若し差押えを必要とすると、必ず執行法院に担保権を証明することができる書面を提出して、差押命令の申立てをしなければならず、物上代位権者が差押をする前に、第三債務者が債務者あるいは第三債権者に弁済した場合、物上代位権を行使することができなくなる。

一方、差押えをする必要がない場合は、差押命令を申請する必要がなく保証金が供託されたところに担保権を証明する書類を提出して、その支給を求めることができ、民法第342条の払渡した引渡し前という制限も受けないので、第三債務者がすでに債務者あるいは第三者に対して弁済した後でも、物上代位権者はまだ第三債務者に対して支払いを請求することができるという点で論議の実益がある。

(2) 学説

1) 差押え必要説 第三債務者に抵当目的物の所有者が受けるべき補償金の供託を命じる場合でも、特定性の保全あるいは善意の第三者保護の必要性は依然としてあるので、差押えが必要であるとする見解である。

¹¹⁶ 担保物権の目的物が収用または使用された場合、当該担保物権は、その目的物に収用または使用によって債務者が受けるべき補償金に対して行使することができる。ただし、その支払い前に差押えをしなければならない。

¹¹⁷ ①農地改良事業または農家住宅改良事業施行の施行者は、換地計画あるいは交換・分合計画で定めた清算金または換地を伴わない地区の用地買受代金あるいは第154条ないし第156条の規定による補償金を支払う場合には、当該土地・物件又は権利について所有権以外の権利又は処分の制限に関する登記がされ、質権が設定されているときは、その清算金又は補償金を供託しなければならない。ただし、当該権利を有する者の同意を得たときは、この限りでない。②第1項の所有権以外の権利者、処分の制限に関する登記をした者又は質権者は、供託された清算金または補償金に対してその権利を主張することができる。

¹¹⁸ 第80条第1項は、税務署長は、国税還付金を第81条第1項第3号に基づいて質権又は抵当権によって担保された債権者に配分し、第84条第1項は、これを上記債権者に支払わなかった場合、税務署長が韓国銀行に預託するように規定している。

2) 差押え不要説 この規定が供託または預託をするように規定した趣旨が質権者は国の滞納処分によって質権を喪失したが、民法第342条に基づいて国税還付金請求権への物上代位権を有するので、税務署長にとって上記の金額を直接支給したり、または供託することにより、物上代位権者を保護する。したがって、上記の規定により物上代位権者が保護され、民法第342条第2文の差押えは必要ないとする学説である¹¹⁹。

(3) 判例

【韓国判例24】大法院1987. 5. 26. 86カ1058判決

1 事案

国(税務署長)が韓国産業銀行が質権を取得していた納税義務者の預金債権を差押えて、国税に充当した後、課税処分の一部が取り消されて国税還付金が発生し、これを国税徴収法に基づいて韓国銀行に預託し、質権者である韓国産業銀行が民法第342条の差押えをする前に、第三債権者が上記還付債権について差押及び転付命令を受け、韓国銀行に還付金を請求した。

2 判決

国税徴収法第34条、第80条第2号、第81条第1項及び第84条2の滞納処分によって質物である金銭債権が差押えされ、その質権が喪失された場合に、質権者を保護するために質権者に配分された金銭を韓国銀行に供託(預託)するように義務を課した以上、上記の金銭は差押えられ、特定されたということができるので、質権者は、民法第342条の差押えをしなくても、その預託された金銭に対して物上代位権を行使することができる¹²⁰。したがって質権者に配分され、残りの金額がない場合は、たとえ質権者が上記の還付債権に対して民法第342条の差押えをする前に他の一般債権者が差押え及び転付命令を受けたとしても、その債権差押及び 転付命令の効力が発生することはない

¹²¹。

¹¹⁹ 姜東世・前掲論文(注30)102頁；金仁洙・前掲論文(注30)25頁は、物上代位権行使の要件として差押えを要しない場合でも、民事執行法第247条により物上代位権行使の手続きの1段階としての差押えは必要であるとして、差押えを2段階、すなわち、物上代位権行使の要件として差押えと担保権の実行としての差押えに区分している。

¹²⁰ 課税処分が取り消された場合、元々の課税処分によって誤納された税額については、納税者に国税還付請求権が発生する。しかし、従来の預金債権に対して質権を有する韓国産業銀行は国の滞納処分によって預金債権に対する質権を喪失したが、民法第342条に基づき物上代位による優先権をその変形物である国税還付金請求権に対して有することになる。

¹²¹ この判決の要旨は、「供託義務を課している以上、その金銭は、差押えられたように、特定されたことになるので、質権者は民法第342条による差押えをしなくても、当然

第6節 物上代位権の行使

一 代位目的物の差押え

物上代位権を行使するためには、価値変形物を抵当権設定者が払渡または引渡を受ける前に差押えをしなければならない。差押えを必要とする理由については、物上代位の本質と学説の議論は後述する。差押えの目的が金銭支給請求権の場合には、金銭債権の差押えの方法で行い、物件引渡請求権の場合には、有体物引渡請求権の差押えと有体物引渡命令の方法で行う¹²²。

二 行使手続

物上代位権の行使方法としては二つの方法がある。物上代位権の行使は、民事執行法第273条の規定により担保権の存在を証明する書類を執行法院に提出して、債権差押え及び転付命令を請求する方法と、同法第247条の規定により配当要求をする方法によるものがある。

1 担保権の存在を証明する書類を執行法院に提出して債権差押え及び転付命令を請求する方法

まず、民法第342条の規定により担保権者が物上代位権を行使する方法について、民事執行法第273条第2項は、債権とその他の財産権に対する強制執行の手続を準用すると規定している¹²³。ただし、担保権者が物上代位権を行使するために債権の差押え及び転付命令をすることは担保権実行手続であるため、その要件として担保権の存在を証明する書類を提出して開始するとされるものであり、一般的な債権者として強制執行をすることではないので、執行権原を必要としない点で一般的な強制執行手続の差

に物上代位権の効力が及ぶ」として、まるで価値権説の立場から特定性のために保護されるという趣旨であるが、これは、担保権者を保護するために配分された金銭を預託するように義務化した国税徴収法上の規定であるので、当然に保護されるという判決は問題がある。

¹²² 朴駿緒編・前掲書(注78)345頁。

¹²³ 民事執行法第223条～第251条。

押えとは異なる¹²⁴。民事執行法第223条、第224条によると、物上代位権の行使は、債務者の普通裁判所所在地を管轄する地方裁判所に担保権の存在を証明する書類を提出して、債務者が第三債務者から受け取る金銭その他の物の債権に対する差押え命令を請求することから開始されると規定している。物上代位によって代位目的債権を差押えする際には、裁判所は、第三債務者に債務者への支給を禁止し、債務者に債権の処分を禁止しなければならない(同法第227条第1項)。このような裁判所の差押え命令が第三債務者に送達されると差押えの効力が発生する(同法第248条第1項)。そして、このように差押えされた目的債権を現金化する方法で取立命令を請求したり、転付命令を請求する方法がある(同法第229条第1項)。取立命令がされたときは、差押え債権者は、代位手続きなしに差押え債権を取立てて代位物を支給され、転付命令がなされたときは、差押え債権が支給に代えて差押え債権者である担保権者に移転され、担保権者は、転付債権者として代位物の支給を受けることができる(同法229条第2項3項)。

2 第247条による配当要求をする方法

(1) 問題提起

担保権者が物上代位権を行使するためには、補償金支給請求権を払渡し前に差押えをしなければならない。すなわち、物上代位権者が物上代位権を行使する方法として自ら目的債権を差押え、転付命令を受ける方法があるが、第三者である一般債権者が差押えをすることによって配当手続きが開始された場合、物上代位権者が物上代位権の行使要件として、別途の差押え命令を申請せずに、配当手続きからすぐに配当要求をする方法によって物上代位権を行使することができるかが問題になる。

(2) 学説

① 否定説

民事執行法第273条第3項は、民法第342条による物上代位権を行使する場合の権利の実行手続きには、民事執行法上の債権執行手続きを準用すると規定する。ここで配当要求に関する規定の適用を具体的に排除していないが、概念上の配当要求と差押えは区別される点、抵当権者の差押えが可能であれば、別途配当要求を認める必要がないという点などを理由として、民法第342条の差押えは配当要求が含まれていないという

¹²⁴ 大判1992. 7. 10. 92マ380・381。

② 肯定説

韓国民事執行法は、平等主義をとっており、元々平等配当を求める方法としては、重複差押えをすべきである。しかし、一旦取立債権者の取立または第三債務者の供託が行われると、取立または供託代償である債権、すなわち、執行債務者の第三債務者に対する債権は消滅して、配当手続きが開始され¹²⁶、執行債務者の他の債権者がこれ以上差押えをすることができないが、取立債権者の取立申告または第三債務者の供託事由申告時までは、担保権者が配当要求をすることができるようにして¹²⁷、配当要求を債権執行手続きに参加して平等配当を求める方法として認めている。したがって、優先権を有する担保権者の物上代位権保護の趣旨から配当要求を差押えに準ずるものとして解釈するのが妥当であるとする¹²⁸。さらに、民事執行法第236条、第248条などは取立債権者の取立申告、第三債務者の供託事由申告時まで配当要求をする方法によって権利行使をすることができるように規定している。したがって、配当手続きに参加する他の一般債権者は、配当要求終期まで他の権利者の権利行使があることを予想することができる。また、担保権者が配当要求をする場合には、優先権を有する権利の内容を明示しなければならない(民事執行法第247条第1項、第3項、第218条)。そうすると、強制執行手続きから配当要求をした物上代位権者に優先弁済権を認めても、配当手続きに参加した一般債権者の信頼を害したり、執行手続きの混乱は発生しない。

3) 判例

【韓国判例25】大法院1998. 9. 22. 98ダ12812判決

物上代位権を行使しないままただ収用対象土地に対して担保物権の登記がされただけでは、その補償金から優先弁済を受けることができない¹²⁹。

【韓国判例26】大法院1999. 5. 14. 98ダ62688判決

すでに第三者が当該払渡しまたは引渡し請求権を差押えた場合でも、重疊的に差押命令を申請することができるが、担保権者が自ら差押え及び転付命令(または差押え及び取立命令)を受けずに、既存の強制執行手続きに便乗して、民事訴訟法第580条第1項

¹²⁵ 金仁洙・前掲論文(注30)22頁。

¹²⁶ 民事執行法第252条第2号。

¹²⁷ 民事執行法第247条第1号、第2号。

¹²⁸ 姜東世・前掲論文(注30)89頁。

¹²⁹ 同旨として、大判2002. 10. 11. 2002ダ33137, 大判2008. 4. 10. 2006ダ60577など。

(現行民事執行法第247条第1項)による配当要求の終期まで配当要求をすることができない。但し、抵当権者の物上代位権は、あくまでもその権利の実行意思を抵当権者が自ら法院に明確に表示する方法で抵当権者によって行使されるべきであり、抵当権者ではない他の債権者又は第三債務者の態度や認識だけで抵当権者の権利行使を擬制するのは許されない¹³⁰。

三 物上代位権行使の終期

1 問題提起 物上代位権はいつまで行使することができるかについて、価値権説や折衷説は、競合する債権者が存在しなかったり債権譲受人・転付債権者が価値変形物の支給を受ける権利を有する場合には、当然に担保権設定者または他の債権者に支給・引渡前に限り物上代位権を行使することができるという。問題は、競合債権者がいる場合、第三債務者が価値変形物を執行供託して供託事由申告をすれば、配当手続に移行されるという点である。かかる場合、いずれの時点まで物上代位権を行使できるようにするかが問題になる。

2 学説

(1) 価値権説 価値権説によると、目的債権について物上代位権者である担保権者以外の他の債権者による差押えがあっても目的債権の特定性が維持されるため、債務者の財産から逸脱することにならない。したがって、この見解を貫徹する場合には、物上代位権者は配当手続が終了するまで配当要求をすることができる¹³¹とすべきである。

抵当権者が別途に差押えなどの手続を経ず第三者が差押えなどの措置をとり強制執行に入った場合には、配当要求終期以後にも物上代位権行使が可能かどうかについて、学説が分かれる。

(2) 多数説 多数説は、配当要求の終期以後には、物上代位権の行使が不可能であるという。つまり、民事執行法第247条第1項の配当要求の期限を制限した理由は、金銭債権の執行手続においては、目的物の換価を終え配当手続を行うことにおける執行債権者の数及び債権額を確定することで、配当手続の混乱と遅滞を防止する必要がある

¹³⁰ 【韓国判例】大法院2000. 5. 12. 2000ダ4272判決も同旨である。

¹³¹ 李相泰・前掲論文(注19)183～185頁(2004年)。

るからである。また、善意の第三者の保護という点を勘案すれば、遅くとも配当要求の終期まで権利行使を行うべきである。

(3) **他の見解** 一方、債権者の信頼及び手続の安定性は代位目的債権に対する強制執行が行われる場合、転付命令による現金化が行われたときだけでなく、取立命令による現金化が行われる際にも同じものなので、配当要求終期以後の物上代位権行使を認めなければならないという見解もある¹³²。この見解では、債権が強制執行によって取立てられる場合、配当を要求する一般債権者らが債務者の責任財産から元は排除されていた価値から満足を受けるといって転付債権者と異なることを根拠とする。ただし、これによる場合にも、民事執行法上配当要求の終期は、強制執行手続において、第三債務者が物上代位権の行使がある前に債務を弁済することで、免責された時点を意味し、これは第342条後文の“支給または引渡”に該当すると解釈して配当要求の終期以後、抵当権者はもはや第三債務者を相手に物上代位権を行使することができないという結論では同じである。

第7節 担保不動産収益執行制度の新設に関する検討

1 第62回 全体会議(2004. 4. 17)－改正日本民法の検討

(1) 検討内容

日本での改正内容

根拠法律：日本民事執行法第180条第2号

内容

- ・担保不動産から発生する収益を被担保債権の弁済に充当する方法による不動産担保権の実行。
- ・日本での関連条文である日本民事訴訟法第180条は、不動産を目的とする担保権の実行は、次のように提起する方法の中から債権者が選択することによって行うことができる。

日本民法の関連規定	韓国民法及び民事執行法
第359条 担保不動産収益執行の開始があるときには、不動産質権に関する前3条項	民法第363条 第1項 抵当権者は、その債権の弁済を受

¹³² 金炯錫・前掲論文(注33)548～550頁。

<p>を適用しないように追加。</p> <p>第395条 第398条の20の競売のほか、担保不動産収益執行を追加。</p>	<p>けるために抵当物の競売を請求することができる。</p> <p>第2項 抵当物の所有権を取得した第三者も競売人になることができる。</p> <p>民事執行法第264条ないし275条 担保権の実行等のための競売規定。</p> <p>第163条ないし171条 強制管理は、不動産に対する強制執行の方法としてのみ規定</p>
--	--

討議内容

検討意見の検討

- ・ 担保不動産が長期賃貸され、賃料が定期的に支払われる場合には、韓国でも担保不動産収益執行制度の新設を検討する必要があると判断される。しかし、韓国では賃貸借として伝賃制度が一般的に利用されているので、被担保債権の弁済に充当される賃料が定期的に支給されない。立法がなされても、その実効性が疑問視される。
- ・ 強制執行でも強制管理が活用がされていない(イシユン委員)。
- ・ 抵当権が不動産の価値だけを担保する価値権であるのに、賃料という収益への執行をすることに対する理論的な説明が苦しい(李銀榮委員)。
- ・ 強制執行の場合にも強制管理が利用されてなく、実質的にこのように改正して履行がされるか疑問である(ユンジンス委員)。
- ・ 改正日本民法と同様に担保不動産収益執行制度の新設と共に一括競売請求権の拡大を考慮するのが妥当である(キムサンヨン委員)。

討議結果

改正しない。

第8節 2013年法務部民法改正委員会改正試案

一 改正要地

- 1 **立案背景** 物上代位の差押え要件を廃止し、担保権設定者に対する弁済の法律関係を明らかにし、目的物の滅失、毀損などにおいて関連の法律関係を明確にして取引の安全を図ることにある。
- 2 **主要内容** 物上代位の要件として規定された差押え要件を削除して、物上代位の目的物として保険金を明示的に追加し、支給義務者の担保権設定者に対する弁済の効力及び担保権者の地位について規定した(案第342条)。
- 3 **期待効果** 不適切な表題を修正して取引の現実を反映することによって、条文に関する理解及び法律関係に対する予測可能性を高め、質権制度の活用及び取引の安全が増進されると期待される。

二 改正案

1 第342条(物上代位)：条文修正

現行	改正案
韓国民法第342条(物上代位) 質権は質物の滅失・毀損または公用徴収により質権設定者が受けるべき金銭その他の物に対してもこれを行行使することができる。ただし、その払渡しまたは引渡し前に差し押えなければならない。	第342条(物上代位) ①質権者は、目的物の滅失、毀損又は公用徴収により質権設定者が受けるべき保険金その他の金銭や物に対しても質権を行行使することができる。 ②質権設定者に対する第1項の義務者は、質権者がその権利があることを通知するまでは、質権設定者に保険金その他の金銭を払渡しまたは物を引き渡すことができる。しかし、義務が質権者に権利があることを知ったときは、この限りでな

	<p>い。</p> <p>③第2項による払渡しまたは引渡しは、質権者の質権設定者及び他の第三者に対する地位に影響を及ぼさない。</p>
--	---

2 関連会議

- ・分科委員会 1議 16次
- ・委員長団 1議 10次、11次、13次
- ・全体会議 1議 2次(確定)

三 論議の経過

1 「第1期民法改正委員会」5分科委員会(第16次¹³³)

(1) ユンジンス委員長の条文案

現行	改正案
<p>韓国民法第342条(物上代位) 質権は質物の滅失・毀損または公用徴収により質権設定者が受けるべき金銭その他の物に対してもこれを行行使することができる。ただし、その払渡しまたは引渡し前に差し押さえなければならない。</p> <p><新設></p>	<p>第342条(物上代位) ①質権は、質物目的物の滅失や毀損により質権設定者が支払いを受けるべき保険金その他の金銭や物に対しても質権を行行使することができる。この場合には、質権設定者の支払いを受けるべき権利に、質権者のための権利質権が設定されたものとみなし、第349条の規定を適用しない¹³⁴。</p> <p>②質権設定者に対する第1項の保険金その他の金銭や物の支払い義務者は、質権者に1月以上の期間を定めて権利を行行使するかどうかの確答を催告することができる。質権者がその期間内に確答を発しな</p>

¹³³ 第16次「第1期民法改正委員会」5分科委員会は、2009年9月18日(金)19時から22時まで物上代位に関する問題－差押要件が必要かどうかを中心に－について論議された。

¹³⁴ または第1項2文の後文を“この場合には、第348条、第352条、第353条及び第354条の規定を準用する”

	いときは、支払い義務者は、質権設定者に支払うことができる。
--	-------------------------------

(2) ユンジンス委員長の条文案への解説

○ 改正案第1項の本文は、物上代位を行使するために差押え要件を必要とせず、担保権者に債権質権ないし権利質権者の地位を付与するという立場として作成された(これは法定質権なので、別途の権利質権の設定方法や対抗要件を要しない)。

○ 現行民法第342条の公用徴収は、現在は使用されず、公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律(以下公土法)第47条は、“収用または使用された場合”に関して規定しているので削除した。さらに、判例の趣旨に基づいて物上代位の目的物に保険金を追加する。

○ 抵当権は、担保権の実行前の設定者の使用収益に影響を及ぼさず、担保物権は追及力があるので、物上代位の目的物に賃料、売買代金は含めないことにする。

○ 改正案第2項は、抵当権の目的となった土地上の建物がある場合、抵当権設定者に保険金に対する法的質権者の地位を認めたドイツ民法第1138条を参照して、第三債務者の法定不安定を解消するために作成された。

○ 抵当権は登記することができるので、第三債務者は抵当権設定の事実を知っていたと見るべきであるが、その事実を知らないほどの特別な事情がある場合には、債権の準占有者に対する弁済規定を類推して、第三債務者は免責されることができる。

○ 民法第342条の改正に伴い、公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律及び民事訴訟法は、次のように改正されるべきものである。

○ 公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律

現行	改正案
第47条(担保物権と補償金) 担保物権の目的物が収用または使用された場合、担	第47条(担保物権と補償金) 担保物権の目的物が収用または使用された場合、担

<p>保物権は、その目的物の収用または使用により債務者が受けるべき補償金に対して行使することができる。<u>ただし、その払渡し前に差押えなければならない。</u></p>	<p>保物権は、その目的物の収用または使用により債務者が受けるべき補償金に対して行使することができる。<u>この場合には、民法第342条を準用する。</u></p>
---	--

○ 民事執行法

現行	改正案
<p>第273条(債権及びその他の財産権に対する担保権の実行)</p> <p>① 債権、その他の財産権を目的とする担保権の実行は、担保権の存在を証明する書類(権利の移転について登記または登録を必要とする場合には、その登記簿又は登録原簿の謄本)が提出されたときに開始する。</p> <p>② 民法第342条の規定に従って担保権設定者が受けるべき金銭、その他の物に対して権利を行使する場合にも、第1項と同じである。</p> <p>③ <u>第1項及び第2項の権利実行手順は、第2編第2章第4節第3款の規定を準用する。</u></p>	<p>第273条(債権及びその他の財産権に対する担保権の実行)</p> <p><u><現行と同じ></u></p> <p><u><削除></u></p> <p>② <u>第1項の権利実行手順は、第2編第2章第4節第3款の規定を準用する。</u></p>

(3) チョン・ジュニョン委員の意見

○ 公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律第64条は、個人別(土地所有者又は関係人)の補償の原則を明らかにしており、これによると、担保権者にも当然に正当な補償を受けられなければならないが、判例は公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律第47条を担保権者も収用補償金の払渡し前に差押えることによって補償金請求権を行使することができるものと解釈しており、両規定の間に矛盾が発生する。したがって、ユンジンス委員長の物上代位に関する民法第342条改正案に従う

場合には、公土法第47条は削除することが妥当である。

○ さらに担保物への差押え、仮差押権者も関係人なので、補償金債権に対する別途の差押え手続きをとらなくても、補償金が払われることができるように明示する必要がある。抵当権、質権の場合は別論としても、土地収用の場合には、差押えの要件を必要としない。

(4) 討論

○ キムジェヒョン委員

- 抵当権の効力が収用補償金に及ぶかどうかは、実体法的事項なので、民法に公用徴収に関する内容は、そのまま置くことが望ましい。

- 抵当権の場合、登記簿に公示がされているので、差押要件を削除しても問題はないが、質権は、公示方法が不十分なので、差押え又は通知などの第三債務者に知らせる方案が必要である。

○ キム・サンス委員

- 物上代位の目的物について権利質権を設定したことと同じ効力を認める場合は、第三債務者は、所有者に対して債務を弁済すれば効力がなくなるというものであるの
で、第三債務者の二重弁済の危険を防ぐための保護法案が必要である。

- したがって、差押えなどの権利者が第三債務者に自分の権利者である事実を告知することができる方法を置くのが妥当する。

○ バクヨウンボク委員

- 質権の場合、差押え通知などの手続きがないと、第三債務者は、誰に払うかを知ることができないという問題点がある。

○ チェ・スジョン委員

- 抵当権の場合、登記簿に公示がされるので、別途の差押要件は必要ではないが、質権は、公示方法が不完全なので差があるので、質権の場合は、差押要件を存置することが妥当である。

- 物上代位に権利質権と同じ効力を認める場合、競合する権利者間の優劣をどのように定めるのが問題になる。

○ イサンヨウン委員

- 民法では、公用徴収に関する内容は、削除することが妥当であり、抵当権の場合には、差押えの要件を存置させる必要がない。

(5) 結論 抵当権の場合、差押えが必要ではないという委員が4人(ユンジンス委員長、イサンヨウン、キムジェヒョン、チェスジョン委員)、必要であるという委員が2人(バクヨウンボク、キムサンス委員)、場合によって異なる判断をすべきであるという委員が1人である(チョンジュニョン委員)ので、抵当権の場合、差押えの要件をなくす別途の規定を置くことにして、質権の場合、現行条文をそのまま存置させることにする。

2 「第1期民法改正委員会」5分科委員会(第17次¹³⁵)

(1) ユンジンス委員長の原案と暫定案の比較

原案(2次)	暫定案(2次)
<p>第342条 ① 質権者は、目的物の滅失、毀損、<u>収用または使用</u>により質権設定者が受けるべき保険金その他の金銭や物に対しても質権を行使することができる。第349条の規定は、この場合には適用しない。</p> <p>② 質権設定者に対する<u>義務者</u>は、質権設定者がその権利があることを通知するまでには質権設定者に保険金、その他の<u>金銭や物を弁済または引渡す</u>ことができる。しかし、<u>支給義務者</u>が質権者に権利</p>	<p>第342条 ① 質権者は、目的物の滅失、毀損または<u>公用徴収</u>により質権設定者が受けるべき保険金その他の金銭や物に対しても質権を行使することができる。</p> <p>②質権設定者に対する<u>第1項の義務者</u>は、質権者がその権利があることを通知するまでは質権設定者に保険金、その他の金銭を<u>支給または、物を引渡す</u>ことができる。しかし、<u>義務者</u>が質権者に権利があることを知ったときは、この限りでな</p>

¹³⁵ 第17次「第1期民法改正委員会」5分科委員会は、2009年10月16日(金)19時から22時まで物上代位に関する論議について論議された。

<p>があることを知ったときは、この限りでない。</p> <p>③ 第2項による<u>弁済</u>または引渡しは、質権者の質権設定者及び他の第三者の地位に影響を及ぼさない。</p>	<p>い。</p> <p>③ 第2項による支給または引渡しは、質権者の質権設定者及び他の第三者の地位に影響を及ぼさない。</p>
--	--

(2) ユンジンス委員長原案解説

1) 第1項

- 現在、民法以外に使わない表現である‘公用徴収’を‘収用または使用’に変更。
- 第1項但書は、物上代位により動産への質権が権利質権の属性を有することになるが、この場合、第340条で定めた対抗要件を必要としない趣旨から規定する。

2) 第2項

- 質権、抵当権共に差押要件を削除する代わりに、第三債務者の保護のために、第三債務者が物上代位の事実を‘知らず’弁済した場合には有効な弁済として認める(善意・無過失ではない単純な善意で十分である)。担保権者が不利益を防ぎたい場合は、自分の権利を第三債務者に通知する。
- 「公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律」(公土法)第47条の表現に従って既存の公用徴収という表現を収用または使用に変更。

3) 3項

- 第3項は、第三債務者の履行があっても、質権設定者及び他の第三者に対する優先的地位には影響がないことを規定したものである。

4) その他の事項

- 公土法第47条‘ただし、その支給前にこれを差押えなければならない’を、‘この場合には、民法第342条を準用する’に変更して存置させる。
- 民事執行法第273条第2項は削除する。差押えを要件としていなければ、物上代位の場合でも、一般的な債権質権の実行方法(民法第353条、第354条)の権利を行使すれ

ばいいので、民事訴訟法第273条第2項は不必要である。

(3) 論議事項及び修正内容

1) ‘公共徴収’を‘使用又は収用’に変更することの適正性

① 意見

○ 公土法ではない民法で‘収用又は使用’を使用すると、‘使用’が‘使用貸借’を意味すると誤解されることがあるので、表現を変更する場合は、‘収用又は使用’以外の用語を使用することが望ましい(キムジェヒョン委員)。

○ ‘収用又は使用’を憲法第23条第3項を参照して、‘収用・使用’に変更しようという意見(チェスジョン議員)

② 結論 民法第342条の公共徴収という表現はそのまま維持

2) 第2項の構成

○ 質権者は、目的物への滅失、毀損等が発生したのか分からない場合があり得り、権利の通知を期待するのが難しいので、前回会議の改正案のように、第三債務者が質権者等が催告することが妥当であり、第3項は不必要である(イサンヨウン委員)。

○ 差押えと通知を並行する方法を検討する必要がある。判例によると、第三者が差押えをする場合にも物上代位を認めており、原案のとおり通知のみ置く場合、質権者の保護が疎かになる可能性がある(キムジェヒョン委員)。

○ 物上代位権者の権利を権利質権にみなすと、質権者は第354条により権利を実行することができるので、重複して差押えを規定する必要がなく、第三者の差押えの可否とは関係なく質権者は、自分の権利を行使することができるので、質権者の保護が疎かになることはない(ユンジンス委員長)。

3) その他

① 意見

○ 原案第1項但書‘第349条の規定は、この場合には適用しない’は、第349条が指名

債権について質権を設定する場合に関する条文であるため、法律規定により権利質権が設定されたものとみなす本条にあえて置く必要はない(キムジェヒョン委員)。

○ 原案第1項によれば、権利者は差押えがなくても、質権を行使することができるので、第349条の適用がないという内容は、不必要である(キムサンス委員)。

② **結論** 原案第1項但書は、キムサンス、キムジェヒョン委員の意見に従って削除し、一部表現を変更して、暫定案導出。

3 「民法改正委員会」全体委員会(第2次)－5分科¹³⁶

(1) 改正試案第342条の説明

○ 第1項では、物上代位の要件として規定されている差押要件を廃止する。担保物権については公示方法を備えているので、別途の差押要件を置く必要がないからである。さらに、物上代位の目的物として判例が認めた保険金を明示的に追加する。

○ 第2項は、支給義務者が担保権者から通知を受けるまでは、担保権設定者に有効な弁済をすることができることを規定したものである。ただし、支給義務者が悪意である場合には、弁済の効力を否定する。

○ 第3項は、支給義務者が担保権設定者に弁済することができる場合であっても、第三者との関係では、まだ、担保権者が優先するという点を明らかにしたものである。

○ 物上代位規定の改正に合わせて、「公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律」第47条、民事訴訟法第273条を併せて整備する。

(2) 質疑及び応答

1) 質疑

○ 処分対価に対しても物上代位の効力を認める法案を検討したかどうか疑問であ

¹³⁶ 第2次「民法改正委員会」全体委員会(5分科)は、2009年11月28日(土)10時から17時まで5分科の改正試案の説明及び議論、5分科の改正試案の確定について議論された。

る(ジウォンリム分科委員長)。

○ 目的物の滅失・毀損により質権設定者が金銭を受けられた場合まで、それに対する公示がなされたとみなすことができるか、第342条は、抵当権も準用されるが、これを考慮したのか疑問である(イ・ビョンジュン委員)。

○ 物上代位の場合、差押要件を削除すると、抵当権設定者などが目的物の滅失・毀損により既に金銭を受領した場合、特定性が維持されないので、一般債権者の利益を害するおそれがある(ユヘヨン委員)。

2) 応答

○ いずれにしても担保権設定者が金銭を受領した場合には、不当利得返還として解決するしかないので、特定性の維持問題は重要ではない。さらに、公示の問題は、第三者の関係では、問題にならず、支給義務者との間でのみ問題になるが、この問題を防止するために、第2項で物上代位事実を知らない支給義務者が弁済した場合、その効力を認める規定を置く。

○ 質権は、現行の通りにして、抵当権の場合のみ、差押えの要件を削除しようという議論があったが、第342条を改正して、抵当権でこの条文を準用することを決定する。

○ 日本民法では、処分対価及び賃料にも物上代位が可能であることを規定したが、この点については議論があり、担保物権の追及力、差押後の果実に対しても抵当権の効力が及ぶようにした第359条を考慮して、別途の規定を置かない(ユンジンス分科委員長)。

(3) 表決 他の修正意見がないので、第342条に関する5分科の改正試案を民法改正委員会の改正案として確定。

第9節 小括

I 物上代位の定義及び沿革

韓国における物上代位は、担保物権の目的物が「滅失・毀損または公用徴収」によ

って、債務者が金銭その他の物(代償物)を受け取ることになったときは、担保権者がその「代償物」に対しても権利を行使することができるとする制度として、払渡しまたは引渡し前に差し押さえなければならぬと規定する。動産質権で物上代位(第342条)を認めており、これを権利質権及び抵当権(第372条)について準用している。

韓国民法草案には物上代位について第331条に規定された。「民法案審議録」によると、草案の第331条は、満州民法第325条と同一であると記されている。当時の解説書は、「物上代位とは、担保物権の効力がその目的物の価値代表物にも及ぶことを言い、担保物権が価値権である結果として、その目的物が滅失または毀損しても、その交換価値を代表する物があるときには、担保物権はその代表物の上にも存続しなければならないという趣旨に基づくものである」として、物上代位制度が担保権者を保護するための趣旨として規定されたことであると説明する。結局、韓国民法の物上代位は、満州民法を導入したものであり、満州民法は「日満一體」の見地から制定されたものであるので、結局、韓国民法の物上代位制度は旧民法、すなわち、日本民法の影響を受けたものであると思われる。

韓国民法第342条は、旧民法では認めた「売却・賃貸によって受けるべき金銭その他の物」及び「目的物上に設定した物権の対価」を物上代位の目的物の範囲から削除した。韓国民法の立法過程から物上代位の目的物の範囲が縮小された理由としては、追及力を有する担保物権には、目的物に対して本来の権利を行使することができる限り物上代位を認める必要がなく、担保物権設定者の目的物利用権を確保するためである。

さらに、韓国民法は、先取特権制度が他の一般的な債権者や、時には担保物権にも優先して他の債権者を威嚇するため、公示制度と密接に結びついている近代的物的担保制度と合わないという批判があり、導入しないことにした。

II 抵当権及び物上代位の本質について

物上代位の本質をどのように解するかは、担保物権の本質とは何なのか、と関連する問題である。そして、その本質をどのように把握するかによって物上代位の行使要件である差押えの意味についても、その解釈が異なる。

「民法案審議録」の解説書は、「物上代位とは、担保物権の効力がその目的物の価値代表者にも及ぶことを言い、担保物権の価値権である結果として、その目的物が滅失または毀損しても、その交換価値を代表する物があるときには、担保物権はその代表物の上にも存続しなければならないという趣旨に基づくものである」としている。したがって当時の物上代位制度が担保権者を保護するための趣旨として規定されたも

のであると思われる。

学説として、価値権説は、担保物権は用益物権とは異なり、目的物の利用価値ではなく、その交換価値の把握を目的とする価値支配権と解するため、その目的物の滅失等の価値変形物が生ずると、このような価値変形物にその効力が及ぶことは担保物権の本質に適合するという見解であり、韓国の通説である。物権説あるいは特権説は、一般的に物権は目的物自体にだけ及んで、その目的物の滅失によって当然に消滅するのが原則なので、担保の滅失によってその価値変形物が生じてもそれに担保物権の効力が当然に及ぼすことはできず、物上代位制度は、担保権者の保護のために法律が例外的に認めた物権的効力であるとの見解である。折衷説は、抵当権の物上代位の本質は、抵当権者の保護という強い政策的要請によって法律が特別に認めたわけであるが、またそれが価値権的性質にも合致するとする見解である。

それに対して判例は、大法院1975. 4. 8. 宣告73ダ29判決で、物上代位の趣旨について、「民法第370条による物上代位は、抵当権者が抵当権の効力として優先弁済を受けるための規定¹³⁷」であると判示し、大法院1975. 12. 30. 宣告74ダ2215判決では、債務担保の目的として債権者名義で所有権移転登記を終了した土地が徴用され、その所有名義人である債権者に徴発補償証券が発給された場合には、特別な事情がない限りその証券に対しても引き続き担保的効力が及ぶと解釈するのが担保物権の物上代位原則に合致するものであり、弁済供託などの事由によっては被担保債権が消滅すれば担保提供者は、担保目的物の変形である徴発補償証券の返還を求めることができるのが法理であるとするべきである¹³⁸」と判示した。しかし、これらの判決では、抵当目的物の滅失等によって価値代表物に対して物上代位を行使することができるのが抵当権の本質から出てくる当然な帰結なのか、法政策的な判断なのかは明らかではないと思われる。

III 抵当権への物上代位の目的物

韓国民法は、「滅失・損傷及び公用徴収」による債権には物上代位を認める一方、売却・賃貸には抵当権の物上代位を認めない。韓国民法第342条の規定にしたがって、

¹³⁷ 大法院1975. 4. 8. 宣告73ダ29判決として、第三者の不法行為で根抵当権目的物が滅失して所有者が補償を受けた場合に所有者の根抵当権者であった者に対する不当利得の成否の事案である。

¹³⁸ 債権担保の目的として債権者名義で所有権移転登記を終了した土地が徴用されて所有者名義で登記された債権者に発給された徴発補償証券に対して担保的効力が及ぼすかどうかと被担保債権が消滅した場合に担保提供者の徴発補償証券に対する返還請求権に関する事案である。

担保目的物が毀損または公用徴収によって消滅して金銭その他の物が生じることを要件とする。このような要件が満たされれば、法律の規定により当然に物上代位権が成立する。すなわち、抵当権の効力である優先弁済的効力が代位物に当然に及ぶことになる。

滅失・毀損の意味について、物理的な滅失・毀損に限らず、法的な意味の滅失・毀損も含まれる¹³⁹。さらに滅失・毀損の原因は問わない。滅失・毀損による第三者の賠償(または補償)義務の根拠は問わない。第三者の賠償義務が不法行為によるものにも、契約または法律の規定による土地収用補償金請求権、土地徴発の補償金請求権なども含まれる。

担保目的物の価値の一部が滅失した場合には、物理的な変形に至らない単なる毀損または目的物の一部滅失の場合には、その滅失・毀損された部分の価値変形物に対して物上代位が発生するとともに、目的物の残存部分については抵当権の不可分性により従来の抵当権が存続することになる¹⁴⁰。

保険金請求権に関しては、抵当権が設定されている目的物について抵当権設定者が自己のために損害保険契約を締結した後、保険事故でその目的物が滅失・毀損した場合、抵当権者が抵当権設定者、つまり被保険者が受け取る保険金請求権にも物上代位権を行使することができるかについて民法と商法に明文の規定がなく見解が対立している¹⁴¹。

学説には、物上代位肯定説と物上代位否定説の見解の対立があり、判例は保険金請求権に対する物上代位を肯定する。

売却代金・賃貸には物上代位が認められないのかに関して、韓国の旧民法第342条には、物上代位の目的物の範囲を「売却・賃貸によって受けるべき金銭その他の物」まで含まれていたが立法過程から削除された。前述したように、物上代位の目的物の範囲が縮小された理由としては、追及力を有する担保物権には、目的物に追及して本来の権利を行使することができる限り物上代位を認める必要がないとか、担保物権設定者の目的物利用権を確保するためであるとする。

学説と判例は、売却代金及び賃料債権について、物上代位を認めていない。その理

¹³⁹ 李相泰・前掲論文(注19)178頁。

¹⁴⁰ 金仁洙・前掲論文(注30)11頁。

¹⁴¹ 特に池元林・前掲書(注38)775頁は、保険金請求権は物権の滅失あるいは毀損によって当然に発生するものではなく、保険契約を締結して保険料の支給に対する反対給付なので、すなわち、保険契約の効果として発生し、保険金請求権に関する目的物の滅失、毀損は保険契約で定めた保険事故の発生を意味するにすぎないし、その結果、これに対する抵当権者の物上代位は否定の余地があるとする。

由として、抵当目的物に対して抵当権を事実上(滅失または毀損)または法律上(共通徴収)行使することができなくなった場合に認められるもので、目的物の交換価値が具体化された場合でも担保権者が担保物に追及することができる場合には認める必要がないとする¹⁴²。

さらに、韓国民法は、日本民法とは異なり先取特権制度がなく、売却代金・賃料及びその他の目的物上に設定された用益物権の対価について、これを認める明文の規定もないので、物上代位権を行使することができないと解釈するのが妥当であるとする。

しかし、民法第359条が抵当不動産への差押えがあった後には抵当権設定者がその不動産から収取した果実または収取すべき果実にも抵当権の効力が及ぶと規定している、果実には法定果実が含まれるため、差押えの後の賃料に対しては抵当権の効力範囲を定めた上記の条項によって、事実上は物上代位の効力が及ぶことになる¹⁴³。

韓国民法は地上権または伝賃権にも抵当権を設定することができるように規定しており、このような伝賃権抵当権は、実務上も頻繁に利用されている¹⁴⁴。伝賃権上に抵当権が設定された場合、伝賃権の場合には、物上代位を認める規定はないが、伝賃権の性質として、用益物権性だけではなく、担保物権としても認められて、伝賃権も優先弁済権を有するので、解釈上、伝賃権も物上代位権が認められると思われる。ただし、伝賃権抵当権の実行方法として、判例は、伝賃金返還請求権に対する物上代位を認めているが、それに対して、伝賃権抵当権に対する債権質権規定を類推適用することが妥当であるというのが現在の通説及び改正案の内容である。

IV 払渡しまたは引渡し

韓国民法第342条の但書は、物上代位権を行使するとき、払渡しまたは引渡前に差押えをしなければならないと規定しているところ、物上代位権者の代位の目的債権に対する優先弁済権が認められる時期を制限している。ところが、担保権設定者の一般債権者が目的債権の転付命令¹⁴⁵を受けた場合、あるいは第三者が目的債権を譲り受けた場

¹⁴² 私見として、公平の観念に対する再検討が必要である。

¹⁴³ 李相泰・前掲論文(注19)178頁;金仁洙・前掲論文(注30)11頁;姜東世・前掲論文(注30)73頁。

¹⁴⁴ ガンデソ・前掲論文(注43)31項。

¹⁴⁵ 転付命令は、差し押さえた金銭債権を執行債権に代えて卷面額で差押債権者に移転させる執行法院の命令である。転付命令の基本的な効力として、被転付債権の転付債権者への移転(権利移転効)、それによる執行債権の消滅である。このような効力は、転付命令の確定時、すなわち、即時抗告棄却または却下決定が確定され、あるいは即時抗告期間が過ぎた時に発生するが(第229条第7項)、その確定によって発生する効力は

合には、これに該当するかについて学説の争いがある。

学説は、物上代位肯定説と物上代位否定説の対立があるが、判例は、「抵当目的物の變形物である金銭その他の物に対して一般債権者に物上代位権を行使しようとする抵当権者より、単純に先に差押えまたは仮差押えの執行をしたことにすぎない場合には、抵当権者は、その前はもちろん、その後も目的債権について物上代位権を行使して一般債権者よりも優先弁済を受けることができ、物上代位権の行使として差押え前に補償金支給請求権が譲渡または転付命令などによって他人に移転した場合でも、補償金が直接その他人に支給されたり、補償金支給請求権に関する強制執行手続において配当要求の終期に至るまでには依然としてその請求権に対する追及が可能である」と判示して物上代位権者優先説の立場を立てている。

V 差押え

差押えの意義について、判例は、価値権説の判例と、目的債権の特定性の維持に加えて、不測の損害防止が差押えの趣旨であるという判例、目的債権の特定性の維持に加えて不測の損害防止が差押えの趣旨であるとして担保権者が自らこれを差押えなくとも、物上代位権を行使することができるとした立場の判例に分類されるが、基本的に、価値権説を基にして説明していると評価されている。

差押えの趣旨と関連して、学説及び判例は、特定性維持説の判例と目的債権の特定性の維持に加えて、第三者の不測の損害防止が差押えの趣旨であるという判例に分かれる。現在の判例は差押えの趣旨を第三者を保護することにあると判示する。

民法第342条第2文の差押えは、必ず、担保権者自らしなければならないのか、それとも他の債権者が差押えても、担保権者は、配当手続から優先弁済を受けることができるのかが問題になる。学説及び判例は、第三者が差押えても構わないというのと抵当権者自ら差押えをしなければならないというのが分かれるが、最近の判例は抵当権者自ら差押えをしなければならないと判断する。

物上代位権行使の終期に関しては、「物上代位権の権利実行は遅くとも民事訴訟法第580条で規定されている配当要求の終期までにすることによって物上代位権者の優先弁済権が確保されるものであり、その後はそうした権利がないとするのが相当である」として、平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護し、執行手続きの安定と迅速を図るための必要から物上代位権行使の終期を配当要求の終期である」と判示した。

転付命令が第三債務者に送達されたときに遡及する(第231条)。

さらに、物上代位権行使の方法と期限を制限する趣旨は、物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全し、平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護するなど、第三者に不測の損害を与えないと同時に執行手続きの安定と迅速を図ることにある。

差押えは本差押えではない仮差押えをしてもできるかについて、大法院は、抵当権者が目的債権である供託金支払い請求権について物上代位権の行使ではなく、仮差押えをした以上、配当手続きから優先弁済を受けることができないと判示した。つまり、民法第342条の物上代位の行使として行われる差押えは担保権実行としての差押えとして、他の差押え債権者の債権差押え(あるいは仮差押え)と競合する場合には、優先権を主張することができない。

物上代位の公示可否と関連して、抵当権に関する公示方法(抵当権設定登記)が具備される以上、原目的物との牽連性によって代位物に関する公示をすることができるので代位物の特定性が維持され、第三者等に対する別途の公示なしに物上代位権を行使することができるとする¹⁴⁶。

「動産・債権などの担保に関する法律」制定案によれば、法人又は登記をした人が担保約定に基づき動産を担保として提供する場合、担保登記をすることができるので(同法第3条)、質権の場合にも担保登記簿(同法第7条)上記載された登記として代位物に関する公示をすることができるという。

さらに、差押えの可否に関して、大法院は、物上代位権の消滅と不当利得返還請求権ないし不法行為による損害賠償請求権に関する判決で、差押え要件は、物上代位権行使に必要な不可欠なものではないことを間接的に示している。

VI 民法改正案の検討

2004年4月改正日本民法の検討を通じて担保不動産収益執行制度の新設に関する動きがあった。日本の担保不動産収益執行制度とは、担保不動産から発生する収益を被担保債権の弁済に充当する方法により不動産担保権を実行する制度であり、関連条文として日本民事執行法第180条がある。

これに対して、担保不動産が長期賃貸され、賃料が定期的に支払われる場合には、韓国でも担保不動産収益執行制度の新設を検討する必要があると判断されるが、韓国では賃貸借として伝賃制度が一般的に利用されているので、被担保債権の弁済に充当

¹⁴⁶ 姜東世・前掲論文(注30)148頁。

される賃料が定期的に支給されないので立法してもその実効性が疑問視されるとか、強制執行でも強制管理の活用がされなく、抵当権が不動産の価値だけを担保する価値権であるのに、賃料という収益への執行をすることに対する理論的な説明が困難であるという批判があつて改正しなかった。

2013年法務部民法改正委員会改正試案では、物上代位の差押え要件を廃止し、担保権設定者に対する弁済の法律関係を明らかにし、目的物の滅失、毀損などの関連の法律関係を明確にして取引の安全を図るという立案背景の下で物上代位の要件として規定された差押え要件を削除して、物上代位の目的物として保険金を明示的に追加し、支給義務者の担保権設定者に対する弁済の効力及び担保権者の地位について規定した(案第342条)。

第2章 日本における抵当権に基づく物上代位制度

第1節 序説

目的物の交換価値を把握する担保物権では、何らかの理由で目的物の交換価値が現実化するれば、その価値代表物に対しても効力が及ぶのが物上代位である。これによって、抵当権の効力が維持されることになる。これを抵当権の追及力ともいう¹⁴⁷。日本民法第372条は、先取特権の物上代位に関する第304条を準用する。この第304条は、目的物に対する追及力が不完全な先取特権に関する規定であり、追及力の完全な抵当権にそのまま妥当するかどうかは疑問とされてきた。ところが、バブル経済崩壊後、抵当不動産の担保価値が下落し、抵当権の実行が思うようにならないことから、賃料への物上代位が注目されるようになった。第304条は、売却・賃貸・滅失・損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対して、払渡しまたは引渡し前に差押えをしなければならないと定める。そこで、代位物の範囲として、売却・賃貸・滅失・損傷の意義と物上代位の手続要件を明確にする必要がある。

第2節 抵当権に基づく物上代位の概観

I 抵当権に基づく物上代位の定義

日本民法第304条(物上代位) ①先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。②債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする。

日本民法第372条(留置権等の規定の準用) 第296条、第304条及び第351条の規定は、抵当権について準用する。

一 根拠規定

日本における「物上代位」とは、担保物権の目的物が「売却・賃貸・滅失または損傷」によって、債務者が金銭その他の物(代償物)を受け取るようになったときは、担保権者は、その「代償物」に対しても権利を行使することができるとする制度である

¹⁴⁷ 宮本健蔵編著『マルシェ物権法・担保物権法』[改正第2版] 311頁(嵯峨野書院, 2007年)。

¹⁴⁸。これは、優先弁済的効力を有する先取特権・質権および抵当権について認められている。日本民法は、先取特権の規定である第304条で物上代位を規定し、それを質権及び抵当権に準用している。特に、担保権の作用や効力に関して、法定担保物権の規定を約定担保物権に準用することについては、問題がないことではない。しかし、物上代位の制度的仕組みや構造自体が変わるところはなく、また第304条自体が先取特権の規定なので、債務者はほとんど目的物所有者である一方、抵当権では、目的物の所有者が物上保証人や第三取得者の場合もあり得るので、それを「抵当目的物の所有者」と考えるべきである¹⁴⁹。

二 物上代位の基本理論

担保権は、その目的物が「売却・賃貸・滅失または損傷」によって代償物に変形したときに、どうしてその代償物に権利を行使することができるのか。これは、設定者には代償物が手に入るから損失を免れることに対し、担保権者は損失を被ることになり、公平に反する結果となるからである。しかし、この制度をどのように理解するかは大きな問題であり、基本的に2つの考え方が対立する¹⁵⁰。

1 価値権説

特に、我妻教授は、抵当権の性質としての物上代位性とは、抵当権が目的物の交換価値を把握し、そこから優先弁済を受けることであるから、目的物が何らかの理由でその交換価値が具体化したときは、その具体化された交換価値の上に抵当権の効力が及ぶものであると説明し、それを前提として物上代位の対象である代位目的物を判断する¹⁵¹。その一方で、我妻説は抵当権設定者の元に使用権能は留保され、抵当権は交換価値を直接排他的に支配する権利と考えていることから、使用価値である賃料への物上代位は否定されるべきであるところ、賃料を交換価値のなし崩し的具體化と考えることで価値権から演繹的論理的に賃料への物上代位を肯定する¹⁵²。すなわち、担保物権は価値権支配であり、「代償物」は、担保目的物の価値変形物(交換価値のなし崩し的實現)であるから、担保権の効力は当然にその「代償物」に及ぶのだとする。ドイ

¹⁴⁸ 近江幸治『民法講義』56頁〔第2版補訂〕(成文堂、2009年)。

¹⁴⁹ 大判明治40・3・12民録13集265頁。

¹⁵⁰ 近江・前掲書(注148)57頁。

¹⁵¹ 我妻榮『新訂担保物権法民法講義Ⅲ』276～277頁(岩波書店、1968年)。

¹⁵² 我妻・前掲書(注151)280～283頁；横田敏史「抵当権の本質をめぐる価値権説と換価説の関係について」法学政治学論究第88号4頁(2011年)。

ツ法における抵当制度を参考に、昭和期の前半に確立された日本における伝統的通説である¹⁵³。

2 特権説

物権説は、担保物権は物権である以上、その目的物が消滅すれば物権も消滅するのは当然であり(物権法の一般原則)、上記のような「代償物」に対して担保権の効力が及ぶのは、法律が特別に定めた政策的判断によるものだと考える¹⁵⁴。特に、近江教授は、「価値を支配する抵当権といえども、その本質は物権であるから、目的物が消滅した場合に物権自体も消滅することは、理論的帰結である。したがって、考え方の基本としては物権説が正当といわなければならない。価値権説が交換価値のなし崩しの実現を強調したところで、そのことをもって物権原則を否定することはできないからである¹⁵⁵」と主張する。

3 価値権説と物権説の変遷

しかし、価値権説にせよ物権説にせよ、それらの主張がそのまま妥当するのは、売却および滅失または損傷の場合のみであり、賃貸の場合は、いわば価値の殖産であり、交換価値のなし崩しの実現でもなければ、また物権が消滅したわけではないから「代償」の観念もあてはまらないのである。それゆえ、価値権説からも物権説からも、この制度を一元的に説明することは困難であることを率直に認めなければならず、売却および滅失または損傷の場合のみには物権説が妥当であるが、賃貸の場合には、価値権説にしても物権説にしても説明することが困難である¹⁵⁶。したがって、価値権説と物権説は変遷され、対立及び展開した。

次の表は、特権説と価値権説の比較である¹⁵⁷。

	特権説	価値権説
物上代位の法的性質	所有権は、目的物が滅失すれば消滅するのであって、価値変形物の上に、従	物上代位性は、担保物権の価値権としての性格から当

¹⁵³ 中田英幸「抵当権に基づく賃料債権への物上代位に関する一考察-ドイツ法を手がかりに-」法学206頁(2005年)；我妻・前掲書(注151)275頁；石田文次郎『投資抵当権の研究』23頁(有斐閣，1932年)。

¹⁵⁴ 大連判大12・4・7民集2巻209頁。

¹⁵⁵ 近江・前掲書(注148)57頁。

¹⁵⁶ 近江・前掲書(注148)57頁。

¹⁵⁷ 七戸克彦『基本講義物権法Ⅱ担保物権』83頁(新世社，2014年)。

	<p>前と同様の所有権が存続することはない。その一般原則は、担保物権に関しても等しく妥当する。しかし、担保物権の中でも優先弁済的効力が認められる3つの担保物権(先取特権・質権・抵当権)に関しては、被担保債権を保護する必要があるとの政策的判断に立って、法が価値変形物の上に特別に認めた優先権が物上代位権である。</p>	<p>然に出てくる性質である。すなわち、所有権や用益物権に関しては、目的物の滅失によって使用・収益ができなくなれば権利の実現が不可能になるのに対して、担保物権は、目的物の交換価値の支配権であるので、目的物と同一の交換価値を有すると認められる変形物についても、担保物権の効力が当然に及ぶことについて、社会的な了解がある。</p>
304条(350条・372条)の法的性質	<p>特権の創設規定—もし304条(350条・372条)が設置されていなければ、先取特権(質権・抵当権)の効力は、所有権におけると同様、価値変形物に及ばない。</p>	<p>先取特権(質権・抵当権)の効力に関する注意規定—もし仮に304条(350条・372条)が存在しなかったとしても、先取特権(質権・抵当権)の効力は、当然に価値変形物に及ぶ。</p>
他の権利との間の優先関係	<p>304条の「差押え」と他の権利の公示・対抗要件の前後による—物上代位権は、従前存在した先取特権(質権・抵当権)とは別個の特権として、価値変形物上に新たに成立するものであるから、その成立要件等もまた従前存在した先取特権(質権・抵当権)とは別個独立のものとなる。</p>	<p>先取特権(質権・抵当権)そのものの優先関係の決定基準による—物上代位権は、法によって創設された権利ではなく、先取特権(質権・抵当権)の本来的な効力の一内容であるから、他の権利との間の優先関係も、先取特権(質権・抵当権)そのものの優先順位決定基準に従う。</p>

304条1項但書の「差押え」の制度趣旨	優先権保全説－304条1項但書の「差押え」は、法によって認められた特別な優先権(特権)を保全するための成立要件である。	第三者保護説(對抗要件説)－物上代位権の存在を第三者に対して公示し、第三者が不測の損害を被るのを防止することにある(差押えは、物上代位権の公示・對抗要件である)。	特定性維持説－価値変形物が債務者の一般財産に混入する前に特定することによって、優先弁済の客体を明確化させることにある。	第三債務者保護説－第三債務者の債務者への弁済を防ぐことで、第三債務者の二重弁済の危険から保護することにある。
「差押え」の主体	先取特権者(質権者・抵当権者)自身の差押えを要する。		誰の差押えでもよい。	先取特権者(質権者・抵当権者)自身の差押えを要する。

三 民法第304条の基本構造

1 「請求権(債権)」に対する執行

物上代位の「目的物」、すなわち、債務者が受けるべき「金銭その他の物」とは、現物自体ではなく、その物に対する「請求権」(債権)を指している。「物」自体に対する効力は、物上代位の問題ではなく、担保権の直接的効力(追及力)の問題だからである。したがって、物上代位権の行使は、具体的には、「債権執行」となる。

2 「払渡しまたは引渡し前に差押え」

物上代位権を行使するには、「差押え」が必要である。このことの意味は、「代償物」が債務者に払い渡され、または引き渡されると債務者の一般財産を構成することになるが、担保権は特定物に対する処分権であるから、一般財産に対する処分権限をもたない。したがって、その代償物が債務者の一般財産に混入する(=払渡し・引渡し)前に当該請求権を特定する必要があるということである。

3 物上代位権の性質

物上代位権は、担保物権の本来的な効力であって、差押えによって発生するというものではない。ただ、物上代位権の行使には、「差押え」を必要としている。この関係をどのように捉えるかについては議論が激しい¹⁵⁸。

第3節 抵当権に基づく物上代位の目的物

I 「売却」による代金債権¹⁵⁹

一 目的不動産の売却代金

1 問題提起

売却代金に対して物上代位を行使することができるのか。条文の規定にも拘わらず議論があった。抵当権は、追及力を有するため、抵当目的物が売却され、第三者の所有に帰したとしても抵当権登記が抹消されない以上、抵当権者は抵当権を実行して競売に付することができる。このような追及力がある物権に物上代位を認めるのは過分な保護になるから物上代位を否定すべきだとする議論があった。

売却代金債権に対する物上代位は、実際上は抵当不動産所有者・抵当権者・買主の三者間で抵当債務の弁済後に不動産が譲渡されるのが通常であるから、物上代位の問題はほとんどおこらないといわれている¹⁶⁰。つまり、通常は債務引受けをした代金に対して物上代位権を行使した場合に、注意すべきことは、抵当目的物が「売却代金」に変じたのであるから、抵当権自体が消滅する。したがって、抵当権者は残額については無担保債権となり抵当権を実行できると解する余地はない¹⁶¹。したがって、売却

¹⁵⁸ 追及力とは、物権は、排他的支配権であるから、誰に対しても主張できる。この効力を「追及効」という。すべての物権はこの追及効を有するが、ただ、一定の場合には追及効が遮断される場合がある(第333条や対抗によって)。しかし、不動産上の抵当権や先取特権は「登記」を備えるため、これによって追及効は完璧に保障され、担保不動産が誰に譲渡されても担保権を実行することができ、それによって本来の優先弁済を受けることができるのである。

¹⁵⁹ 検討として、これらの判例からすれば、今日では、少なくとも抵当権設定時に抵当権の効力が及んでいた抵当不動産の構成物や従物が、その後分離されて譲渡されるに至った場合には、競売開始決定の前後を問わず物上代位を肯定するものと思われる。しかし、抵当権設定後に附加された従物が競売開始決定前に譲渡された場合にも、物上代位を肯定するとは必ずしも言い得ない。

¹⁶⁰ 川井健『担保物権法』56頁(青森書院新社, 1975年)。

¹⁶¹ 我妻・前掲書(注151)293頁は、このことは「滅失」の場合も同様であって、抵当目的物が存在している「賃貸」の場合とはわけが違うという。

代金債権に対して物上代位権を行使することは、現実的には意味をもたないのである¹⁶²。

2 学説

(1) 肯定説

条文の文言を重視し、物上代位を肯定するが、物上代位権を行使すれば抵当権は消滅するという¹⁶³。また、物上代位肯定説には、売却にあたり目的不動産の時価から被担保債権額を控除して代金額が決定され、第三取得者が抵当債務を引き受けるような場合においては、物上代位を認めるべきでないとする限定的肯定説も存している¹⁶⁴。ほかに、時価または抵当権実行の危険を見込んだ幾分かの時価での売買のみ物上代位権の行使を認める学説がある。近江教授は、抵当権者は通常はみずから抵当権を実行するか、またはみずからの金額の提示による代価弁済を選択することができ、この場合に物上代位権を否定する説にも一理があるが、しかし、この方法を抵当権者が選択するというなら、それを否定する必要もない。それ以上に物上代位権の行使を否定すべき根拠もないのであるから、この場合の物上代位を認めてもよい¹⁶⁵とする。

(2) 否定説

抵当権は、権利の性質上追及力がある以上、抵当権の実効性確保に欠けることはないとして、物上代位を否定する説である¹⁶⁶。抵当目的物である不動産が他者に売却されても、抵当権の追及力によって目的不動産の第三取得者に対する抵当権の実行が可能である。このことから、抵当権の場合には、売却代金への物上代位を認めない説である。また、売買代金から債権回収したい抵当権者には代価弁済の制度があることから物上代位を認める必要はないとされる¹⁶⁷。さらに、物上代位を認めると被担保債

¹⁶² 近江・前掲書(注148)142頁。

¹⁶³ 我妻栄・前掲書(注151)281頁～293頁など旧通説。

¹⁶⁴ この限定説には、抵当権設定者と第三取得者間の内部的な契約上の代金決定方法で、物上代位権行使の可否が決まってくることになるという問題があり、権利の担保責任に委ねるべきだという批判がある。

¹⁶⁵ 近江・前掲書(注148)142頁。

¹⁶⁶ 道垣内弘人「抵当不動産の売却代金への物上代位」神戸大学法学40巻2号401頁以下。

¹⁶⁷ 内田貴『民法Ⅲ [第2版]』371頁(東京大学出版会、1996年)、道垣内・前掲論文(注166)119頁は、代価弁済に物上代位を認めると複数の抵当権者が存する場合に不都合だとされ、第377条を根拠に否定される。近江・前掲書(注148)141頁も、原則的に否定すべきで、売却代金から優先弁済を得ようとするなら、代価弁済の方法もあるとされる。

権額を控除するか、しないかの抵当不動産の売却代金額の決め方の関係で法律関係が複雑となると指摘する¹⁶⁸。特に、北川教授は、抵当権は物権でありその効力が及ぶ限り、抵当目的物に対して抵当権の主張ができるから、物上代位の関係では抵当権の追及力が尽きるところで物上代位が認められると解され、売却代金は目的物の変形ではあるが、抵当権本来の効力が抵当第三取得者にも及ぶので、物上代位を認めなくても抵当権者の保護に欠けることはなく、本来の効力以上の効果である物上代位権を与えるべき特別の理由もないとされる。さらに、道垣内教授は、物上代位の制度は、公平の観点から政策的に認められるものであって、理論的に目的物の変形物に及ぶとしても、必ずしもそのすべてに及ぼさせる必要はなく、抽象的な公平概念の具体的基準点が抵当権の追及力が尽きるところと考えてよいという¹⁶⁹。すなわち、①第304条が売却代金への物上代位を認めるのは動産先取特権に追及力がないことに基づくこと(追及力ある抵当権の場合は否定)、②売却代金から債権回収をしたい抵当権者には、代価弁済制度(第378条)があることで整理される¹⁷⁰。

3 判例 判例は、売却代金にも物上代位を肯定する。

【日本判例1】大阪地昭33・6・13(下民9巻6号1067頁)判決

事案は、破産会社が破産宣告の直前に、工場抵当権の目的物たる備付け機器を任意売却した上でその代金を抵当権者に支払った事案であり、判決は、その弁済が否認¹⁷¹の対象とならない理由として、工場抵当権が物上代位によりその機器の売却代金に及ぶことをあげている¹⁷²。

【日本判例2】最高裁昭45・7・16(民集24・7・965)判決

事案は、抵当不動産が仮差押えされ、債務者が供託した仮差押解放金に対する執行手続において、抵当権者が物上代位を主張した事案であり、判決は、抵当権者は本件建物に対し抵当権を実行するか、本件供託金返還請求権に対する執行に際し右優先権

¹⁶⁸ 星野英一『民法概論Ⅱ』253頁(良書普及会, 1994年)も、規定の文理上一般的に認める説をとっても、抵当不動産の売買代金の決め方に種々あり、それとの関係で、不動産の価格から被担保債権額を控除したのを代金とする場合のような物上代位の否定されるべき場合があるとされる。

¹⁶⁹ 道垣内・前掲論文(注166)401頁。

¹⁷⁰ 道垣内・前掲論文(注166)401頁以下; 高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』141頁(有斐閣, 2005年); 鈴木禄弥『物権法講義(四訂版)』205頁(創文社, 1985年); 槇梯次「賃料に対する抵当権の物上代位」谷口知平先生追悼論文集159頁『契約法』(信山社, 1993年); 石田喜久夫・前掲書(注153)348頁などが現多数説である。

¹⁷¹ 破産法第72条。

¹⁷² 【日本判例】大判明40・6・19民録13・685も同一な判断を下した判決である。

を主張するか、いずれか一方を選択して行使することができるものというべきであると判示する。

【日本判例3】最高裁平11・1130(民集53巻8号1965頁『百選I』184頁)判決

1 事案

買戻代金債権への物上代位に関する事案として、AはBから土地を買戻特約付で買い受け、その旨の登記を得た後、Yのために根抵当権を設定した。その後、Bが土地の買戻権を行使したところ、AのBに対する買戻代金債権につき、まず、Aの債権者Xが差し押え、その後に、Yが物上代位権を行使した事案である。

2 判決

判決は、「買戻特約の登記に後れて目的不動産に設定された抵当権は、買戻しによる目的不動産の所有権の買戻権者への復帰に伴って消滅するが、抵当権設定者である買主やその債権者等との関係においては、買戻権行使時まで抵当権が有効に存在していたことによって生じた法的効果までが買戻しによって覆滅されることはないと解すべきであり、また、買戻代金は実質的には買戻権の行使による目的不動産の所有権の復帰についての対価と見ることができ」として、買戻代金債権に対するYの物上代位を認めた¹⁷³。

二 目的不動産の分離物の売却代金

1 問題提起

抵当権は「目的たる不動産に附加して之と一体を成したる物に及ぶ」(370条)は、不動産の構成部分を形成する物及び従物の双方を含む¹⁷⁴。ところで、それら構成物や従物が抵当権の目的物から分離されて売却された場合に、その代金は物上代位の対象となるかという問題である。この点につき正面から検討を加えている学説はほとんどなく、わずかの論文がその物上代位性を肯定しているに止まる¹⁷⁵。目的不動産の分離物に関しては、学説は専ら抵当権の効力がそれに及ぶか否かについて論じ、その法的構成や結論は分かれている¹⁷⁶。分離物が第三者に譲渡され、それに抵当権の効力が及ばない場合には、その譲渡代金が物上代位の対象となることは恐らく何人も異論がない。

¹⁷³ 近江・前掲書(注148)142～143頁。

¹⁷⁴ 最判昭44・3・28民集23巻3号699頁。

¹⁷⁵ 瀬戸正義「抵当権の物上代位」判時517号50頁等。

¹⁷⁶ 高木・前掲書(注170)125頁。

問題は、第三者に譲渡されたが、それに抵当権の効力が及ぶ場合である¹⁷⁷。その場合に分離物に抵当権の効力を及ぼすには、差押えをなす必要があるだけで¹⁷⁸、目的物の売却代金について物上代位を否定する諸説が、この場合も物上代位を否定するとは限らない。

2 学説

通説は、抵当権設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶと解しているが、近年は高価な物が従物として附加される場合も増えているだけに¹⁷⁹、抵当権設定後の高価な従物が競売開始決定前に売却されてそれに対して抵当権者が物上代位権を行使するときには、抵当権設定者の予測を超えることとなりかねず、また他の関係者の利益との衝突も生じかねない¹⁸⁰とされる。

3 判例

【日本判例4】最高裁大5・5・31(民録22輯1083頁)判決

1 事案

抵当権の設定された建物の倒壊後の木材と抵当権の効力に関して、抵当不動産上の立木が伐採された事案である。

2 判決

抵当権実行による競売開始決定後に伐採された立木には抵当権の効力が及ぶが、それ以前に伐採された場合には効力が及ばないとし、その根拠を差押えの効力と物上代位の法意におく¹⁸¹として、競売開始決定前に抵当不動産から分離された動産の売却代金に対する物上代位は否定された¹⁸²。

¹⁷⁷ 分離物が主物との間に従物と認められるだけの場所的關係を存置したままの場合として、我妻・前掲書(注151)271頁、第三者が即時取得しない場合として、星野・前掲書(注168)252頁；高木・前掲書(注170)126頁。

¹⁷⁸ ただし、民事執行法上かかる差押えをなし得るかという問題がある。高木・前掲書(注170)127頁参照。

¹⁷⁹ 東京高判昭53・12・26下民29巻9～12号397頁は、抵当権設定後の附加物、従物が7億円余に達する事例。

¹⁸⁰ それだけに、今後、かかる場合についてのより細かな検討がなされる必要がある。

¹⁸¹ 同旨・大判大5・6・22民録28輯1281頁；大判大6・1・22民録23輯14頁。

¹⁸² その他の判決として、【日本判例】大判昭7・4・20(新聞3407号15頁)は、伐採木材に対する抵当権者の搬出禁止請求を容認した判決である。そして、【日本判例】最判昭44・3・28(民集23巻3号699頁)は、抵当権設定当時より存在した宅地上の従物たる石灯籠、庭石への第三者の強制執行に対し、抵当権者の第三者異義の訴を認めた判決である。

三 交換

多数説は、第304条第1項が「債務者が受けるべき金銭その他の物」と規定していること及び同条の趣旨から、交換によって受けるべき物の引渡請求権にも物上代位は及ぶと解している。しかし、追及力のある抵当権で交換物の引渡請求権に対して物上代位を行使する必要のある場合などは稀有である。

II 「滅失または損傷」による債権 - 損害賠償請求権及び保険金請求権等

一 問題提起

抵当目的物の滅失・損傷によって、抵当権の価値は消失又は減少することになるので、それに代わるべきものに抵当権の効力を及ぼすことによって抵当権の価値は維持される。抵当権の物上代位の趣旨が最も明確となる場合である。滅失・損傷とは、それは事實的・物理的な場合に限らず、土地収用等のように法律上の滅失を含むと解されている。しかし物上代位の対象は目的物に代わるべき請求権であるから、天災により抵当建物が倒壊して木材になっても、動産たるその木材には物上代位は及ばない¹⁸³。以下では抵当目的物の滅失・損傷による物上代位が問題となる主な場合につき検討する。

二 損害賠償請求権

1 問題提起

不法行為により滅失、損傷が生じた場合、その損害賠償請求権は物上代位の対象となる。抵当権の物上代位を肯定することに異論はない¹⁸⁴。通説・判例¹⁸⁵は、抵当目的物に所有者が取得した損害賠償請求権に対する物上代位を肯定する。否定説は、みあたらないようである。なお、第三者が抵当目的物を侵害したとき、抵当権者は、抵当権侵害を理由に損害賠償請求をなしうると解した場合、損害の発生、賠償額の算定などに問題がでてくるが、抵当目的物の所有者が第三者に対して有する所有権侵害を理

¹⁸³ 前掲大判大5・6・28民録22輯1281頁。

¹⁸⁴ 大判大正6・1・22民録23輯14頁、我妻・前掲書(注151)282頁等。

¹⁸⁵ 大判大5・6・28民録22・1281、大判大6・1・22民録23・14。

由とした損害賠償請求権に、抵当権者が代位することができれば、上に述べた問題の解決となるとの指摘が存している。

2 学説

目的物に対する滅失・損傷が、担保権自体に対する不法行為をも構成する場合につき、担保権者の直接の損害賠償請求権を肯定すると物上代位の規定は不要になるので、物上代位を行使できるときは専らそれで解決すべきであるとする有力説がある¹⁸⁶。これに対して、不法行為の要件は債務者に対するのと抵当権者に対するのとでは異なる以上、抵当権者に対して不法行為を構成する場合にまで、ことさら物上代位による必要はないものというべきであるという説もある。

3 判例

(1) 肯定した判決

【日本判例5】最高裁大6・1・22判決(民録23輯14頁)

抵当権による建物の競売開始決定後になされたその敷地明渡しの強制執行に際し、乱暴な方法によって建物を取り壊したためその木材を再築の用に堪えざるに至らしめた場合に、債務者の明渡執行債権者に対する損害賠償請求権につき第三者が目的物を滅失・損傷させた場合に、所有者が取得する不法行為に基づく損害賠償請求権であるとして、抵当権者の物上代位を認めた判決である。

(2) 賃料相当損害金には否定した判決

【日本判例6】高松高昭44・1125決定

抵当目的不動産の不法占拠者に対する賃料相当損害金については、目的物の不法占拠により直接に侵害されるのはその使用価値であってその損害賠償請求権は交換価値を具体化したものとは言えないとして、抵当権者の物上代位を否定した判例である。

(3) 制限的に認めた判決

【日本判例7】東京高昭47・2・18判時661号42頁判決

工場抵当権の対象となる備付け機器が第三者の不法行為によって搬出された場合

¹⁸⁶ 加藤一郎・『不法行為〔増補版〕』112頁(有斐閣, 1974年)。

に、所有者たる債務者と抵当権者とが共に不法行為に基づき損害賠償請求した事例において、まず抵当権者が損害の全額につき賠償を請求することができ、次に所有者はその損害額から抵当権者に賠償されるべき額を控除した残額についてのみ請求できると判示した。

三 保険金請求権¹⁸⁷

1 問題提起

建物が焼失したことにより、所有者が受けるべき火災保険金請求権について物上代位を行使することができるのか。保険金の法的性質として、民法学者は、保険金請求権には抵当権の効力が及ぶものとし、物上代位を認めようとするが、保険法学者はこれを批判し、保険金請求権は、保険契約に基づき保険料支払いの対価として生ずるものであり、目的物の代物ないし変形物ではないとして、物上代位性を否定する。保険金が保険契約によりその対価として生じるものであるとしても、それが焼失建物の代償物であることは否定できないであろう。もとより、保険契約を締結していなければ保険金は生じないが、しかし保険をつけた以上は抵当権の効力は保険金に及ぶとするのが正当である¹⁸⁸。

問題なのは、保険金請求権について質権が設定された場合に、物上代位権との関係はどうなるのかである。例えば、所有権者(抵当権設定者)が自己所有建物につき抵当権者のために抵当権を設定し、他方、その火災保険金請求権につき質権者のために質権を設定した場合、質権と抵当権の物上代位権とはいずれが優先するであろうか。2つの考え方がある。

2 学説 保険金請求権への物上代位の可否をめぐる学説が分かれる。

(1) 肯定説

価値論から演繹する論法に拘泥せず、物上代位は、担保権の実効性確保の観点から政策的に与えられた権能として理解すれば、当然に及ぶことになるとする¹⁸⁹。肯定説は、抵当権設定契約の趣旨や実質的な政策的考慮を重視する。さらに、物上代位を認

¹⁸⁷ 実務では、抵当権者が保険金請求権に質権を設定することが多いから、物上代位が問題となることは余りない。

¹⁸⁸ 我妻・前掲書(注151)283頁。

¹⁸⁹ 内田・前掲書(注167)370頁；谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅱ』(五十嵐清, 1958年)161頁。

めないと、抵当権設定当事者間の公平を失するとともに、抵当権の実効性が脅かされるとする。

(2) 消極的肯定説

理論的には批判説の立場を正当としながら実際上の必要から物上代位を肯定する¹⁹⁰。

(3) 否定説

火災保険金は、保険料の対価といえるものであるから、価値権説でいう、目的物の価値変形物ないしは価値を実現したものとはいえず、物上代位の対象とはならないことになるとする。否定説は、保険契約の趣旨を重視し、保険金請求権は保険料支払の対価として生ずるから、物上代位の対象にならないとする¹⁹¹。否定説では、①所有者は抵当権負担を免れる利益のみを享受でき、抵当権設定契約の趣旨に反するからとか、②物上代位の趣旨から肯定されるとする¹⁹²。

3 判例 通説・判例は、物上代位を肯定する¹⁹³。

【日本判例8】大審院連合部大正判決12・4・7(民集2巻209頁)

抵当家屋に火災保険が付されている場合において抵当家屋所有者が保険金請求権を取得したときは、右保険金は物上代位物に該当すると判示した。

【日本判例9】最判昭411223(民集20巻10号221頁)

本件の保険金が履行不能を生じたと同一の原因によって発生し、目的物に変わるものであることは明らかである。論旨は独自の见解であって、排斥を免れないと判示して、従来判例の立場を踏襲することを明らかにした¹⁹⁴。

¹⁹⁰ 大森忠夫「続保険契約の法的構造」45頁(有斐閣, 1956年); 学説の状況については、中島義直「保険金請求権への物上代位と保険金請求権上の質権との優劣」民法の争点1164頁(有斐閣, 2007年)等。

¹⁹¹ 西島梅治「保険金債権に対する物上代位」九州大学法政研究23巻1号63頁等。

¹⁹² 道垣内弘人『担保物権法〔第2版〕』149頁(有斐閣, 2005年); 内田・前掲書(注167)402頁等。

¹⁹³ 大審院以来これを肯定した。大判明40・3・12民録13輯265頁、大判大2・7・5民録19輯609頁一ただし傍論、大判大12・4・7民集2巻209頁などがあり、下級審裁判例の大勢は物上代位を肯定する判決として、鹿児島地判昭32・1・25下民8巻1号114頁、福岡高宮崎支判昭32・8・30下民8巻8号1619頁、高知地判昭43・3・26判時526号78頁、東京高決昭44・6・25下民20巻5・6号434頁、福岡地小倉支判昭55・9・11判タ433号121頁などがある。

¹⁹⁴ 他方、保険金請求権に対する物上代位を否定する下級審裁判例としては、【日本判例】旭川地判昭44・3・28判時737号84頁がある。

四 特別法上の補償金・清算金

土地収用法(第104条)・土地改良法(第104条)などによる償金や清算金に対しても、物上代位権を行使することができる。

III 「賃貸」による賃料債権

一 問題提起

「賃貸」による「賃料¹⁹⁵」については、債務不履行後には抵当権の効力が及ぶから、抵当権者は、物上代位権を行使することができる¹⁹⁶。物権(地上権・永小作権)の対価(地代・小作料)についても同様である¹⁹⁷。

抵当権者が民法第372条、第304条に基づき賃料債権に抵当権を行使できるかという問題に関して、最二小判平成元年10月27日民集43巻9号1070頁は、それを無条件に肯定して以来、賃料債権への物上代位を肯定することを前提とした判例が多数存在し、抵当権者による賃料債権への物上代位は判例上確立している¹⁹⁸。

しかし、前掲最高裁判決以前の学説においては、鈴木教授の説¹⁹⁹が現れて以降、この問題について否定する考えが有力であったし、通説であった我妻博士の賃貸による対価の收受は交換価値のなし崩しの実現をも意味するという考えには、賃料は使用の対価であるという反論や非占有担保としての性質から収益は設定者に委ねられるべき

¹⁹⁵ 【賃料(収益)の価値と担保の方法】「賃料」は、ますます重要な担保物となりつつある。それは、高層建築技術の発展により土地価格をはるかに凌駕する賃貸ビルが大量に建築され、それが生み出す収益(賃料)が大きな価値をもっているからである。このことは、賃貸ビルが不動産の中で大きな割合を占めてくる(土地は量的に限定されている)とともに、その収益の担保価値の増大を意味するのである。そこで、「収益」価値の担保的捕捉であるが、物上代位や収益執行もその一方法である。ただ、これらは債務者が履行遅滞に陥った場合に、債権を回収する方法である。しかし、「収益」に価値があるとすれば、それをあらかじめ担保目的物として債権者が捕捉できる手段を講ずるべきであろう。与信枠も増大するし、債務者の危殆に際しても、優先的に弁済を受け得るからである。アメリカで定着しつつある、抵当権設定と同時に賃料債権も抵当権者に譲渡する方法も、今後検討される必要がある(青木則幸「アメリカ法における賃料譲渡制度の現状」早稲田大学大学院法研論集94号1頁)。

¹⁹⁶ 第304条第1頁。

¹⁹⁷ 第304条第2頁。

¹⁹⁸ 中田英幸「抵当権に基づく賃料債権への物上代位に関する一考察-ドイツ法を手がかりに-」法学69(2)号205頁(2005年)。

¹⁹⁹ 鈴木禄弥『抵当制度の研究』115頁(一粒社、1968年)。

であるという反論がなされてきた²⁰⁰。

前掲最高裁判決以後の学説は、さまざまな理由付けによって物上代位を肯定するが、物上代位の根拠について見解の一致を見ない。抵当権者が賃料債権をすべて差押えてしまえば不動産が荒廃するなどの問題があり、むしろ、「担保権に基づく強制管理」を導入して賃料債権への物上代位を廃止すべしという声が強かった。平成15年7月25日に、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」が成立し、「担保不動産収益執行」が創設されたが、賃料債権への物上代位に関する規定は改正されなかった。抵当権者が賃料債権に物上代位できる根拠はこの改正によっても明瞭となっていない²⁰¹。

二 従来の果実に対する抵当権の効力をめぐる論議

民法旧371条は果実についての規定として、抵当権は非占有担保であることから、果実に抵当権の効力が及ばないと定めていた。民法は、果実としか規定していないので、この果実は天然果実のみを指すのか、または法定果実をも含むのか争いがあった²⁰²。

1 天然果実

(1) 原則

天然果実については、判例・学説とも、抵当権設定者が収取することができ、原則として抵当権の効力は及ばないとしてきた。

(2) 例外

ただし、例外として、①抵当権実行の差押え(競売開始決定)があったとき、②抵当不動産に所有権、地上権、永小作権を取得した第三者が旧381条の通知を受けたとき以後は、抵当権の効力が及ぶ(民法旧371条第1項但書)。後者の場合、抵当権実行通知後1年以内に抵当不動産の差押えがないときはその効力を失うと規定されていた(民法旧371条2項)²⁰³。

2 法定果実

法定果実については、果実に含まれるかどうか、したがって、抵当権の効力が及ば

²⁰⁰ 中田・前掲論文(注198)205頁。

²⁰¹ 中田・前掲論文(注198)206頁。

²⁰² 我妻・前掲書(注151)276～282頁；鳥谷部・前掲論文(注4)85頁。

²⁰³ 鳥谷部・前掲論文(注4)85頁。

ないかどうか争いがあり、旧371条適用否定説＝物上代位適用説と旧371条適用肯定説で大別される。

三 従来の物上代位の肯否をめぐる論議

1 学説

(1) 物上代位肯定説＝旧371条適用否定説

物上代位肯定説＝旧371条適用否定説は、判例および従来の通説が採用する見解(大判昭和14・12・26民集18巻1646頁)として、民法旧371条は370条を受けたものであり、法定果実は不動産と付加して一体をなした物でないこと、抵当権は目的物の交換価値を把握してこれを優先弁済にあてる権利であり、物上代位は目的物の交換価値が具体化したときにその上に抵当権の効力を及ぼすこと、法定果実である賃料は目的物の交換価値のなし崩し的な具体化であり、これに物上代位を認めるのは当然であると解し、法定果実への適用を否定して、第371条(平成15年改正前)は天然果実にのみ適用されるべきだとして、物上代位を肯定する見解である²⁰⁴。すなわち、法定果実である賃料については、物上代位によって抵当権の効力が及ぶとする(第372条による第304条の準用)²⁰⁵。

その論拠としては、①民法第372条により抵当権に準用される第304条が、文言上、賃料に対する物上代位を認めていること、②抵当権は価値権である以上、目的物の交換価値のなし崩しの実現である賃料に物上代位を認めるべきこと²⁰⁶、③民法第371条が、付加一体物に効力が及ぶとする第370条の例外として規定された体裁となっているため、付加一体物とはなり得ない法定果実は第371条の「果実」には含まれないと解され、物上代位を肯定するのが整合的であること、④目的物を競売せずに賃料から優先弁済を受けることが抵当権者にとって望ましく、またひとまず競売を避け得る点で設定者や賃借人にとっても有利といえること²⁰⁷などが挙げられる。また、⑤「抵当不動産賃料と抵当利息との間の経済的関連性」を論拠として掲げる見解も見られる²⁰⁸。

²⁰⁴ 我妻・前掲書(注151)275頁；柚木馨＝高木多喜男『担保物権法<新版>』271頁(有斐閣、1973年)など。

²⁰⁵ 鳥谷部・前掲論文(注4)85頁。

²⁰⁶ 松岡久和松岡久和「物上代位の成否と限界(1)－賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非」金融法務事情1504号9～10頁(1998年)。

²⁰⁷ 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(一)」大阪学院大学法学研究23巻2号100頁(1997年)。

²⁰⁸ 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(三・完)」大阪学院大学法学

(2) 物上代位否定説＝旧371条適用肯定説

物上代位否定説＝旧371条適用肯定説は、最近の多数説として、民法旧371条は天然果実と法定果実を区別していないこと、抵当権は設定者が使用収益する非占有担保であること、さらに賃料は目的物の利用の対価であって、交換価値を代表するものではないこと、実質的にも抵当権は設定時における目的物の交換価値を優先的に把握することから法定果実にも第371条を適用し、原則として法定果実には抵当権の効力が及ばないが、抵当権実行着手時からは抵当権の効力が及ぶとする見解である（民法旧第371条第1項但書）²⁰⁹。この見解は、法定果実に対する物上代位を認めると、抵当権の優先弁済権の範囲が拡大し、そのため一般債権者の利益を害することになるとして物上代位肯定説を批判する。

抵当権の物上代位制度の趣旨は、抵当物の価値が何らかの原因により減少ないし滅失すれば抵当権者が損失を被り、所有者に負担のない価値が帰属することがあるので、この価値に対して抵当権者の優先権を認めるのが公平に適するという立場から、抵当権が追及力を有する場合には賃料に対する物上代位は否定されるべきであり、第371条には法定果実も含まれるとする。

この説の論拠としては、①目的物の使用収益権が目的物所有者にあるのが抵当権の特性であること、②抵当権設定登記以降に対抗要件を備えた賃借権・地上権等は抵当権者に原則として対抗できないので抵当権者は損害を受けないこと、③民法第371条（平成15年改正前）の趣旨は抵当権にあってはその実行に着手するまでは目的物の使用収益権能は目的物所有者の下に留められるべきであるということにあり、したがってその適用に際しては天然果実か法定果実かによって区別されるべきではなく、物上代位を否定するのが整合的であること、④目的物に代わる保険金などの代償的価値と異なり賃料は派生的価値に過ぎないことなどが挙げられている。

鳥谷部教授も、「民法旧371条は第370条を受けて規定されているが、抵当権の効力の及ぶ範囲が付加一体物以外に拡張されており、一体物ではない従物（第87条2項による）や従たる権利にも効力が及ぶのであるから、法定果実のみを排除する理由にはならない²¹⁰」とする。

研究25巻1号180頁（1998年）。

²⁰⁹ 鳥谷部茂「抵当不動産の使用収益権(1)」*広島法学*26巻4号241頁（2003年）；鈴木・前掲書（注199）206頁；川井・前掲書（注160）54頁；道垣内・前掲書（注192）116頁など。

²¹⁰ 鳥谷部・前掲論文（注209）86頁。

(3) 折衷説

折衷説は、基本的には否定説の発想に立ちながらも、一定の条件の下でのみ物上代位を肯定する。すなわち、抵当権設定前に存在する賃貸借については物上代位を認める必要はないが、抵当権設定後の短期賃貸借は、抵当不動産の価値を減ずることになるから、この場合についてのみ、それを補償するものとして賃料に対する物上代位を認めるべきだとする²¹¹。また、それとは別の観点からの折衷的立場として、物上保証人や第三取得者の有する賃料債権に物上代位権が行使される場合には債務者自身に対する場合とは異なる利益衡量が成り立ち得るとするものや、賃貸目的物の維持・管理費用については設定者の一般財産からの持ち出しになるとして、これらを除外した賃料債権についてのみ物上代位をなし得るとする見解が成り立ちうる。

(4) 第372条・第371条切断説

第372条・第371条切断説は、賃料に対する物上代位の可否の問題と、民法第371条第1項の「果実」には法定果実が含まれるか否かという問題との間には、論理必然的な関係はないとの考え方が有力に主張されている²¹²。この考え方は、民法第371条第1項が法定果実に適用されるために、法定果実には当然には抵当権の効力が及ばないとしても、そのことから直ちに、法定果実に対する抵当権に基づく物上代位が否定されるわけではないとする。すなわち、物上代位は、本来は担保物権の効力の及ばないものに対して担保物権の効力を及ぼす制度であることから、第371条第1項を法定果実にも適用して法定果実には抵当権の効力が及ばないと解しても、そのことだけでは、法定果実への物上代位を否定する理由の十分な説明にはなっていないというわけである。したがって、この考え方によれば、第371条第1項が法定果実に適用されると解しても、物上代位に対して与えられた制度趣旨如何によっては、物上代位が肯定されることもあれば、否定されることもあることになる。

2 判例

(1) 賃料債権への物上代位を制限なしに肯定する説(肯定説)

【日本判例10】東京高決昭和31年9月4日(下民集7巻9号2368頁)

²¹¹ 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1252号12頁(1990年)。

²¹² 道垣内・前掲書(注192)116頁；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・金融法の課題と展望』39頁(日本評論社、1990年)。

1 事案

抵当権設定後に抵当不動産が賃貸されており、そのことによる抵当不動産の価値の下落も重視されているし、抵当不動産につき差押えをしなかった事案である。

2 判決

抵当権設定後、抵当権設定者が目的物を賃貸するときは、その交換価値の減少を来すことは取引の実情に徴して疑を容れないところであり、賃貸による対価の收受はとりもなおさず目的物の交換価値の漸次的実現を意味するから、この賃料債権につき物上代位に関する規定が準用されるのは当然の事理である。

民法第371条は天然果実に関する規定であって法定果実に関する規定ではないが、だからといって法定果実たる賃料に対して抵当権の効力が及ばないとの論拠にはならず、法定果実については、物上代位の規定によって抵当権の効力を及ぼすことができると解すべきである。

【日本判例11】大阪高決昭和42年9月7日(判例タイムズ214号216頁)

1 事案

X(抗告人)はA株式会社に対し、前払い金を支給して同会社からものを購入していた。右会社が抗告人との商取引によって負担する一切の債務を担保するため、相手方は抗告人に対してその所有する別紙物件目録記載(一)の物件について昭和37年2月15日元金極度額100万円の根抵当権を設定した。以後、同年3月8日同(二)の物件について、元金極度額650万円の根抵当権を設定した。そして、同年6月1日同(三)の物件をもその追加担保としていた。前記会社が抗告人に対して負担する右前受金等債務は、昭和39年11月30日現在で金1266万80円に達したので、抗告人は内金750万円について前記各物件の競売を申し立てた。ところで、抗告人は相手方が右物件を一括して同40年10月1日第三債務者に賃貸したとして、右根抵当権の物上代位により、昭和41年6月分以降の右賃料債権につき差押えならびに取立命令を申し立てている。

2 判決

民法第304条、第372条によると、抵当権によるいわゆる物上代位権は目的物が賃貸された場合の賃料請求権にも及ぶものと解すべきである。もっともこの点については、抵当権が交換価値を把握するものであることを理由として、目的物の滅失・損傷等、その全部又は一部について抵当権を行使することができなくなった場合に限り、物上代位を認めるべきであるとする見解がないわけではない。しかし、抵当不動産を賃貸してその対価を收受することは、抵当権の目的物の交換価値の一部実現に外ならないから、これについて物上代位を否定すべき理由は存在しない。これを実質的に考

えても、債務者は競売物件を賃貸して収受を挙げているのに、債権者が抵当権に基づいてこれから債権の満足をはかることができないと解することは、抵当権の実行を著しく弱めるものであり、両者の公平を欠くものといわなければならない。

【日本判例12】 東京高決昭和60年2月22日(判時1150号1頁)

1 事案

抵当不動産は、30室の共同住宅であり、抵当権設定以前からの賃借人と設定以後の賃借人が存在していた。抵当権者が抵当不動産につき競売を申立て、競売開始決定がなされたが、剰余を生ずる見込みがないため競売手続が取り消された(民事執行法第63条)。そこで、抵当権者が賃料債権に対し物上代位権の行使としての差押え(民事執行法第193条)を申立てた。

2 判決

民法第372条により抵当権にも準用される同法第304条は目的物の売却・賃貸・滅失又は損傷によって、債務者(抵当権については所有者)が受けるべき金銭その他の物に対しても抵当権を行うことができる旨を定めているのであるから、抵当権の目的物たる不動産が賃貸されている場合においては、物上代位に関する右規定により当該不動産の所有者が賃借人に対して有する賃料債権に対し抵当権の効力が及ぶというべきであり、抵当権者はその被担保債権の弁済を受けるため右賃料債権の上に抵当権を行い、民事執行法の規定に基づいてその差押え並びに取立命令を求め得るものというべきである。

【日本判例13】 福岡高決昭和60年8月12日(判夕562号204頁)

1 事案

抵当権設定後、抵当建物につき賃借権設定がなされた。抵当不動産につき抵当権者の申立にかかる競売開始決定がなされた。以後、抵当権者が賃料債権につき物上代位権の行使をした。

2 判決

抵当権に基づく物上代位権は、目的物が賃貸された場合の賃料請求権に及ぶものと解するのが相当であると思料する。けだし、抵当不動産を賃貸してその対価を収受することは、抵当権の目的物の交換価値の一部実現に外ならないから、これについて物上代位を否定すべき理由はなく、右物上代位を認めたとしても設定者から目的物の収益権能を奪わないという抵当権の性質に必ずしも反するものとはいえないし、抵当権者が、目的物について抵当権を実行し得る場合でも物上代位権を行使し得るとした最高裁判所昭和45年7月16日第1小法廷判決(民集24巻7号965頁)と同じであると考えられ

るからである。更に本件に限ってみると、前記認定の事実によれば、本件第三債務者らの賃貸借はいわゆる短期賃貸借であると認められるところ、短期賃貸借における賃料請求権であっても、これと3年を超える期間の賃貸借における賃料請求権と物上代位の目的として異別に解すべき合理的理由はないのであって、右は「期間の定めのない建物賃貸借は、民法第395条の短期賃貸借に該当すると解するのが相当である。」とした最高裁判所昭和39年6月19日第2小法廷判決(民集18巻5号795頁)の趣旨にも副うといふべきである。

【日本判例14】東京高決昭和63年4月22日(判時1277号125頁)

1 事案

抵当権設定後に抵当権者が抵当不動産を第三者に賃貸した。この第三者が右不動産を転貸した。第三者が取得した転貸料債権に対して、抵当不動産につき競売開始決定がなされた後、抵当権者が物上代位権の行使をした(右裁判例は、転貸料債権についても物上代位の目的物となるとした)。

2 判決

先取特権の物上代位に関する民法第304条の規定を抵当権に準用する(同法第372条)については、抵当権が抵当不動産に対する所有者の使用収益権能を奪うものではないところから、抵当権の物上代位が該不動産の賃料債権にまで及ぶかどうかという問題があるけれども、当裁判所は、競売開始決定の効力発生前のことはともかくとして、その効力発生時点以降においては右賃料債権にまで及ぶと解するものである。

右の民法第304条の準用については、いま一つ、同条中「債務者」とあるのは、抵当権の物上代位の場合にどのように読み替えるかという問題がある。この点は、「抵当権の目的たる不動産上の権利者」(大審院明治40年3月12日判決・民録13輯265頁)と読み替えるべきであり、これがどの範囲の者であるかということ、まず所有者(抵当権設定者)及び抵当不動産の第三取得者が含まれる(この点は、異論がない)ほか、抵当不動産を後に借り受けた賃借人も含まれると解すべきである。

(2) 抵当目的物につき抵当権実行をなしうる場合には物上代位権の行使を認め得ないとして、原則的に賃料債権への物上代位権の行使を否定する説(原則的否定説)

【日本判例15】大判大正6年1月27日(民録23輯97頁)

1 事案

抵当権設定者の一般債権者であるYが賃料債権を差し押さえた。これに対し、抵当権

者X(旧民訴687条2項を準用する旧競売法第32条のよる管理人)が賃料受領権限を主張した。原審ではXが敗訴し、上告した。上告理由は、第一、競売法上の管理人は所有者(抵当権設定者)の利益のためにも行動することができるのであり、賃料の取立はその範疇に入るといふ点、第二、一般債権者の差押えであっても民法第372条の物上代位権は保全されるとするものが判例であり、これにより(Xの)優先権が保全される、という二点にある。

2 判決—上告棄却

管理人の権限は抵当権の効力が及ぶ範囲に限定されるが、民法第370条及び第371条の趣旨から、「賃貸借契約により生じたる賃料債権の如き法定果実は抵当権の及ぶ範囲にあらざること明らかであるから、管理人たるXには賃料受領権限はない。民法第372条は「抵当権の目的物につき抵当権実行を為し得る場合に於いて抵当権者をして其の目的物に代わる債権の上に抵当権を行使せしむる規定」であるから、本件のように抵当権者が抵当権の実行をしている場合には適用がない。

【日本判例16】旭川地決昭和40年9月13日(判タ183号184頁)

担保物権の物上代位は、公平の観念から認められるものであり、担保物権の優先的効力が、物の変化すなわち価値の転換のため消滅してしまうことが、担保物権者と担保物所有者との間の公平を欠く場合、すなわち、何らかの原因によって担保物権者の把握する担保物の価値が滅失、減少したのに、所有者は別の価値を取得するにかかわらず、担保の拘束を免れ、他方、担保物権者は優先権を喪失して損害を被ることとなって、公平を失するという場合に限って、認められるべきものであると解する。換言すれば本来の目的物の全部または一部の上に担保物権を行使することができなくなった場合にのみ認められるべきものであり、したがって、追及力を有する抵当権にあっては、目的物の全部に追及して本来の権利を行使しうる限り、物上代位は認められないと解すべきである。本件においては、債権者主張の抵当権が有効に存在している限り、その本来の権利を行使することができることは明らかであるから、その抵当権の目的である本件不動産のごときものに対して物上代位権を行使することはできないものといわざるを得ず。したがって、その物上代位権の行使としての本件差押え並びに取立命令申請は他の点について考えるまでもなく、それ自体失当であるからこれを却下すべく、よって主文のとおり決定する²¹³。

²¹³ 民法第371条の「果実」に法定果実は含まれず、物上代位の規定は抵当権の目的物につき抵当権実行をなし得ない場合に抵当権者をしてその目的物に代わる債権の上に抵当権を行使させる規定であるから抵当権者が抵当権の目的物につき抵当権を実行する場

【日本判例17】 大阪高決昭和54年2月19日 (判時931号73頁)

1 事案

XがYに対する貸金担保のため、Y所有のマンションに根抵当権を設定した。しかし、Yはその設定当時、既にマンションの一部をA、B、Cに賃貸しており、また、右抵当権設定後、新たに、Yは、D、E、Fにマンションの一部を期間2年の短期で賃貸した。そこで、XはYを相手とし、AないしFを第三債務者として、YのAらに対する右マンションの賃料債権に対し、右根抵当権に基づく物上代位による債権差押えおよび取立命令を求めた。原決定はXの申立を却下したので抗告した。

2 判決—抗告棄却

抵当権は使用収益権限のない非占有担保権であるから、原則として、目的物利用の対価は抵当権の把握する目的の範囲外であり、したがってこれらが抵当権による物上代位の客体となりうるものでなく、抵当権の目的物自体の滅失・損傷等の物理的原因によりその全部または一部について抵当権を行使できなくなったとき、又は抵当権設定後の第三者に対する賃貸により目的物自体の担保価値の一部が喪失したときなど、当初確保した担保価値の全部又は一部が滅失ないし喪失した場合に限り物上代位を認めるものと解すべきである。ただ、民法第395条所定の抵当権設定登記後の短期賃貸借については、その期間が短期であり、かつ賃料が合理的であるときには、・・・抵当権の本質に基づき所有者と抵当権者との利益の調和を計ろうとするものにほかならないから、右賃料について抵当権者の物上代位を認めることはできない。

(3) 原則的否定説と第371条適用説とを加味した説(第371条重視説)をとる裁判例

【日本判例18】 大阪高決昭和61年8月4日 (判夕629号209頁)

1 事案

抵当権設定後に抵当不動産につき賃借権が設定された。抵当不動産につき抵当権者の申立にかかる競売開始決定・差押えの効力発生以前に、抵当権者が賃料債権につき物上代位権の行使をした。

2 判決

右裁判例は、抵当権が使用収益権限のない非占有担保権であること、抵当権設定後

合にはその適用はないとする。この判決は、担保物権の物上代位は、担保物権者の把握する価値が滅失、減少に対し所有者が別の価値を取得することによって公平を失するという場合に限って認められるべきものであり、追及効を有する抵当権にあっては、物上代位は認められない旨判示している。

の短期賃貸権が抵当不動産の交換価値に影響を及ぼし被担保債権の実行に支障を来すときに限り民法第395条但書により解除請求しうることを、抵当権と用益権との調整と均衡などを根拠に、①「抵当不動産を目的とし賃貸借契約により生じた賃料債権はその賃借権の設定により目的不動産の交換価値が下落し、そのため被担保債権の満足ができなくなる場合などの特段の事情がない限り、民法第370条、第371条の法意に鑑み抵当権の及ぶ範囲でない」と解すべきである」が、②抵当不動産につき競売「開始決定による差押えの効力が発生した後は、民法第371条第1項に照らし、抵当権の効力が及びもはやそれ以後は抵当権設定者の賃料取得の権限が制限され、抵当権者はその選択に従い民法第372条、第304条に基づき物上代位権を行使することも、同法第371条による権利を行使することもできると考える。

四 賃料債権への物上代位を無条件的に肯定した最初の判例の検討

【日本民法19】最二小判平成元年10月27日(民集43巻9号1070頁)

1 事案

Aは自己所有の本件建物の1階部分をBに、2階部分をCに賃貸した後、Y銀行との間で、本件建物につきYを権利者とする根抵当権設定契約を結びその登記を了した。X(原告・控訴人・上告人)は、賃貸され、かつ、Y銀行(被告・被控訴人・被上告人)のために根抵当権が設定されている本件建物を買受け、B、Cに対する賃貸人の地位を承継して賃料を受領していた。本件建物に対するYの先順位抵当権者であるDの申立により競売開始決定がなされた。以後、賃借人であるB及びCは、賃料を供託していたので(それぞれ405万円と127万円余)、Xは、供託金の賃料還付請求権を取得するにいたった。しかし、競売手続において配当加入したものの配当が得られる見込みがなくなったYが、民法第372条、第304条第1項の規定に従い、根抵当権の物上代位に基づいて、Xの賃料に対する還付請求権につき、差押え転付命令を得てこれを取得した。そこでXは、抵当権は使用収益権限のない非占有担保物権であるから、Yは目的物使用の対価である賃料の供託金還付請求権について抵当権を行使することはできない、目的物使用の対価について抵当権を行使し得る場合があるとしても、本件については、抵当権を行使することができない、すなわち、物上代位は、本来の目的物について担保権を行使できなくなった場合に目的物の価値代替物について担保権の行使を認めるものであるところ、Yは本件建物の競売に際し担保権を行使して配当要求をしたのであるから、もはや供託賃料還付請求権について抵当権を行使することはできない、したがって、Yが差押え転付命令により取得した供託金は不当利得である、などと主張して、その返還を求める

本訴を提起した。

2 第一審判決 - 原告(X)の請求棄却

名古屋地裁民事第六部判決昭和59・4・23昭和58年(ワ)第2428号

一. 請求原因1・2項の事実及び3項の事実のうち、被告が、株式会社Aにおいて山形法務局に供託していた昭和57年11月から昭和58年7月分までの賃料金405万円及びBが同じく供託していた賃料金127万8000円に対する原告の還付請求権につき、それぞれ差押え転付命令を得たことはいずれも当事者間に争いがない。そして、成立に争いのない甲第1号証によると、本件建物に対する被告の先順位抵当権者である訴外株式会社Cの申立により、昭和57年11月30日競売開始決定がなされ、これに基づき競売手続がすすめられたことが認められる。

二. そこで、次に被告の根抵当権の効力が、その物上代位性からして前記供託金還付請求権に及ぶかどうかについて検討するに、民法第304条、第372条による根抵当権の物上代位性は目的不動産が賃貸された場合の賃料請求権、さらにはそれが供託されたことによる供託金還付請求権にも及ぶと解すべきである(最判昭和45年7月16日判決参照)。たしかに、抵当権は原告の主張するとおり目的物の使用収益権を有しない非占有担保権であるが、その賃料請求権も抵当権によって把握されている交換価値の一変形であることは否定できないし、抵当権者が目的不動産の換価によって被担保債権の満足を得ることができないときも抵当権の効力がこれに及ばないとするのは、抵当権の効力を著しく弱めることになるのであって、抵当権の物上代位が賃料請求権に及ぶのが、目的物の滅失・損傷した場合に限定されるべき理由はない。

なお、原告は、被告が本件建物の競売代金について配当加入している旨主張するが、被告が右配当手続において配当を受けたことを認めるべき証拠はないところである。

三. 以上のとおりであって、被告の取得した供託金については、法律上の原因が存するのであるから、原告の請求は理由がないというべく、そこでこれを失当として棄却することとし、民事訴訟法89条を適用して主文のとおり判決する。

3 控訴審判決 - 原告(X)の控訴棄却

名古屋高判昭和60. 7. 18昭和59年(ネ)第313号

一. 当裁判所も控訴人の本訴請求はこれを棄却すべきものと判断するが、その理由は、以下に付加するほかは原判決の理由説示と同一であるから、これを引用する。

二. 賃借権の負担がある目的物件に対する根抵当権は、右賃借権によって生ずる賃料債権をも含めた目的物件の交換価値を一体として把握しているものと解するのが相当

であり(右のように解したとしても、目的物件に対する賃借人の用益権を妨げるものではない)、しかも、根抵当権者である被控訴人がした賃料債権の差押え転付の手続がすでに目的物件に対する担保権の実行による差押え手続開始後にされたという本件のような場合においては、被控訴人による右権利行使を相当として是認することができるというべきである。したがって、根抵当権者が得た右差押え、転付命令が法律上の原因を欠くということとはできない。

三. よって、原判決は相当であって本件控訴は理由がないからこれを棄却することとし、控訴費用の負担につき民訴法第95条、第89条に従い、主文のとおり判決する。

4 上告代理人の上告理由

本判決には、判例違反の点を含め法令の解釈を誤り、右は判決に影響を及ぼすことが明らかである。本判決は、抵当権の物上代位性は、目的不動産が賃貸された場合の賃料債権、さらにはそれが供託されたことによる供託金還付請求権にも及ぶと解した。しかしながら、以下の理由で、賃料につき抵当権者の物上代位は認められないと解するのが正当であって、右判旨は民法第372条、第304条の解釈を誤ったものと言うべきである。

一. 物上代位の制度趣旨

(1) 民法第304条が規定する物上代位は、あくまで公平の観念から認められたものである。すなわち、なんらかの原因で担保物権者の把握する担保物の価値が滅失・減少したために担保物所有者は別の価値を取得するに拘わらず担保の拘束を免れ、他方担保物権者は優先権を喪失して損害を被ることとなって、右所有者と担保物権者との間の公平を失うことがありうる。このような場合に限り認められるべきものである²¹⁴。

右のような物上代位の言わば補的性格は、「代位」という文字自体からもうかがえるが、大審院明治37年4月26日判決(民録10輯559頁)及び同大正6年1月27日判決(民録23輯97頁)が重ねて明言しているところである。特に後者の判決は、「民法第372条の準用に係る同第304条の規定は抵当権の目的物につき抵当権実行を為し得ざる場合において、抵当権者をしてその目的物に代わる債権の上に抵当権を行使せしむる規定にして、本件に於けるが如く、抵当権者が現に抵当権の目的物につき抵当権を実行する場合において、その適用あるものに非ず」と明決に断じている。物上代位制度は、担保物権者に特権を与えるものではないのである。

(2) 仮に否定に解するとしても、本来の担保物権の双方を重量的に行使することまで

²¹⁴ 旭川地決昭和40年9月13日判決等。

もが許されるとするならば、担保物権者に過大な利益を与えることになることが明らかである。少なくとも、右両者の権利は、選択的にしか行使できないと解されねばならない²¹⁵。本件のように、抵当権者により本来の抵当権の実行がなされたうえで、重ねて賃料債権に物上代位することは認められるべきでない。

二. 文言解釈論への疑問

(1) これに対し、民法第304条第1頁が明文で、物上代位の対象として「賃貸…により債務者が受くべき金銭」を挙げていることを形式的理由として、賃料に対しては常に物上代位できると解する立場もありえよう。しかしながら、民法第304条は直接には先取特権に関する規定であって、抵当権については同法第372条により「準用」されているに過ぎないのである。抵当権には先取特権と異なり追及力があること、また抵当権は使用収益権限のない非占有担保権であることを考慮すれば、民法第304条の文言は抵当権の性質に即して修正して解釈されなければならないことは当然であって、安易な文言解釈は排斥されるべきである。

(2) 尚、右のような民法第304条の文言解釈論を採れば、同条で「賃料」と並列されている「売却代金」についても抵当権者の物上代位を認めざるをえないであろう。けれどもこれを解すと、次のような不当な結果を生じることには留意を要する。すなわち、わが国の不動産取引の実情では、抵当不動産は、その価格から抵当債権額を控除した金額で売却されるのが通常であるが、にも拘らず売却代金に物上代位権が行使されると、売主に不当な不利益を与え、売買当事者間の公平を害する。ひいては抵当不動産を取引する場合の売買価額の決定を困難ならしめ、不動産取引を阻害することになるのであって、この帰結は、本来の抵当権と物上代位権の選択的行使のみを認める説に立っても異ならない。實際上、売却代金に物上代位をなす抵当権者の例が殆んどないことから、売却代金に物上代位を許す説の非常識性が理解できよう。賃料債権への物上代位の許否を決するにあたって、右のような点まで視野におさめた解釈がなされねばならない。

(3) 以上述べたことからすると、民法第304条を抵当権に「準用」するに当たっては、解釈により合理的な修正・制限を加え、同条第1項中の「滅失又は毀損により債務者が受くべき金銭その他の物」、目的物に追及して抵当権を行使することをえない場合に限り、これらの物に対して物上代位が許されると解すべきである。

三. 「なしくずしの実現」論への批判

²¹⁵ 参照最高裁昭和37年4月26日判決一民集24巻7号965頁。

(1) さらに、賃料債権への抵当権者の物上代位を認める説からは、賃料債権は抵当不動産の交換価値の「なしくずしの実現」にほかならないという実質的理由づけがされることがある。原判決も同じ趣旨で賃料債権は抵当権によって把握されている交換価値の一変形であるとしている。しかし、以下述べるとおり、賃料はあくまで目的物の用益と等価であって、利用の一形態にほかならず、交換価値とは関係がない。抵当権は使用収益権限のない非占有担保権なのであるから、使用価値たる賃料にまで及ぶとするのは矛盾である。

(2) 抵当不動産の賃貸により、その交換価値の事実上の減少がもたらされるとする説は、一見もっともらしく聞こえるが、そこでの減価は、抵当不動産の所有者が、他に賃貸することなく自ら使用する場合の減価と等しいことに留意を要する。むしろ、世間で言われるとおり、家屋の場合は、空き家にしておくよりも、居住して使用した方が傷みは遅いのである。賃料に抵当権者の物上代位権が及ぶと解すると、抵当不動産の賃貸を抑制・萎縮せしめ、社会的に望ましくない効果をまねく。

(3) すなわち、建物の価値減少は、賃貸借によってもたらされるものではなく、あくまで老朽化すなわち、時間的経過に基づく減価であって、交換価値がなしくずし的に実現されるというものではないのである。

尚、本件のような建物の場合とはもかく、土地の場合はおよそ右の如き減価は考えられない。「なしくずしの実現」論からは、抵当土地の賃料に対する物上代位の可否につき、どのような立場がとられるのであろうか。

(4) さらに、本件では、抵当建物はもともと貸店舗として新築され、その当初より、すなわち抵当権設定前より訴外株式会社みなとやなどに賃貸されていたのであり、原審において被上告人自身、抵当権設定者に際し右賃借権の存在を承知していた事実を認めている。したがって、被上告人の把握した目的物の価値は、もともとそのような賃貸借の負担付のものであったのであり、このような抵当権者に賃料に対する物上代位を認めれば、本来把握していなかったはずの価値にまで支配が及ぶことになり、逆に担保価値を増加させることになって不当である。この観点からしても、右の「なしくずしの実現」論は妥当しえない²¹⁶。

四. 物上代位肯定説への他の疑問

(1) 以上述べてきたとおり賃料債権への抵当権者の物上代位を認める説は、形式面か

²¹⁶ 同旨として、判例大阪高決昭和54年2月19日一判例時報931号、大阪地決昭和52年6月17日及び同昭和52年10月31日一判例タイムズ381号30頁。

らも実質面からも理由がない。さらに、右のような物上代位を認めると、次のような不都合が来たらされる。

(2) 後順位の抵当権者が賃料債権に対し差押え・転付命令を得ると、先順位抵当権者に先立って一人優先的に自分の債権の満足を得ることになる。しかしこれでは早い物勝ちになってしまい、抵当権の順位を認めた制度を没却することになる。本件の被上告人は、二番抵当権者に過ぎなかったことに留意すべきである。

(3) 弁済期末到来の賃料債権であっても差押えが可能であるところ、用心深い抵当権者は他の抵当権者からの転付命令を防ぐため、なるべく早く差押命令をとっておくということになりかねない。そうすると、抵当権設定者は全く賃料を手にすることができず、使用収益権限を有することが名目のみになってしまう。

五. 原判決の判例違反

(1) 判決の理由づけは、以上のとおり理論的に誤りであるのみならず、判例にも明白に違反している。原判決は、最判昭和45年7月16日(民集24巻7号965頁)を理由中に引用している。右最判は、抵当権者が抵当不動産を仮差押えしたのに対し、抵当権設定者が仮差押え解放金を供託した場合、抵当権の効力は、物上代位の規定の趣旨により、右仮差押え解放金の取戻請求権にも及ぶとしたものである。よって本件とは全く事案が異なる。本件での問題は、抵当不動産の賃料債権、さらにはそれが供託された場合の供託金還付請求権に対し、抵当権者の物上代位権が及ぶか否かである。同じく供託金が対象となっているという以外に本件と何の共通点もない、右最判を引用するのは極めて的はずれである。

(2) 本件で参照されるべき最も適切な判例は、むしろ、前掲大審院大正6年1月27日判決(民録23輯97頁)であって、右判決は、賃料への抵当権者の物上代位を明確に否定している。そして、右判決は今日に至るも判例変更されていないのである。原判決は右判例に違反し、法律の解釈を誤ったものである。

(3) 原判決は、右大審院判例を無視した点を含め、理由づけが不明瞭と言わざるをえない。特に、原判決が三枚目裏四行目括弧内で抵当不動産に対する賃「借」人の用益権を妨げるものではないから、賃料に対する物上代位は理解に苦しむ。上告人が問題としてきたのは、右のような物上代位が賃「貸」人の使用収益権限を妨げることにならないかということである。

(4) 本件の争点は、古来学説上争われてきた極めて重要かつ基本的な論点である。最高裁判所におかれては、慎重に理論的検討を加えたうえで、法律審たるにふさわしい説得力ある理由づけで判例統一を果たされるよう、強く期待する次第である。

5 上告審判決—上告棄却

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、民法第372条、第304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、民法第372条によって先取特権に関する同法第304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賃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、また賃料が供託された場合には、賃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ものというべきだからである。そして、目的不動産について抵当権を実行しうる場合であっても、物上代位の目的となる金銭その他の物について抵当権を行使することができることは、当裁判所の判例の趣旨とするところであり²¹⁷、目的不動産に対して抵当権が実行されている場合でも、右実行の結果抵当権が消滅するまでは、賃料債権ないしこれに代わる供託金還付請求権に対しても抵当権を行使することができるものというべきである。したがって、これと同旨の原判決は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない、論旨は、採用することができない。よって、民訴法第401条、第95条、第89条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する²¹⁸。

五 賃料債権への物上代位を無条件的に肯定した判決以来の学説の変遷と展開

1 期待権説

期待権説は、抵当権が究極的には設定者の所有権を奪うという点に着目すると、価

²¹⁷ 最高裁判所昭和42年(オ)第342号同45年7月16日第一小法廷判決・民集24巻7号965頁参照。

²¹⁸ 従来の執行実務においては、東京地裁は肯定説、大阪地裁は否定説による取扱いがなされるといわれていた。本判決は、こうした戦後の下級審における判断の対立に一応の終止符を打ったものとして大きな意義をもつものといえる。本判決以後これに倣う下級審裁判例が相次ぎ、次第に実務上の問題関心は物上代位肯定説を前提に物上代位と債権譲渡等の賃料処分手段との優先劣後基準の砒定に移行していったという。

不動産譲渡担保も異なるのであるから、双方に共通した本質として期待権概念を採用すべきであるとの見解である²¹⁹。すなわち、①抵当権においては、抵当権者は実行により目的物の交換価値を取得しうる期待権を有し、その期待権に基づき必要限度で目的物の支配権を有する。その意味でこの期待権は物権的性質を有し、しかも登記により対抗力をも有する。他方、②譲渡担保でも、担保権者は実質的には所有権を取得しておらず、所有権を取得しうる地位を有するにとどまる。また、設定者も債務の弁済により所有権を復帰させうる意味での期待権を有する。以上のように解することができるので、不動産担保権の本質を期待権概念で説明するのが適切であるという²²⁰。

2 換価権説

換価権説は、目的物を処分・換価して優先的に満足を得る権利を内実とする換価権という概念で抵当権の本質を説明しようと試みる見解である。換価する権能(換価権)をもって抵当目的物(の所有権)を物的に支配しその換価価格から優先弁済を受けることのできる権利、あるいは優先弁済の範囲で目的物(の所有権)を物的に支配しているとも説かれる²²¹。

(1) 古積説

古積説は、物上代位の対象となる債権の発生原因は様々であり、これらに対する抵当権の効力を同一に解することは疑問であり、対象ごとに物上代位を認める根拠を検討すべきであると説明し、直接換価権を基に構成していない²²²。このために、物上代位の対象として考えられる売却代金債権、損害賠償債権、保険金債権等については本質論とは関係なく、抵当権に基づく物上代位の対象となるか否か検討されている。すなわち、古積説は、売却代金債権に対する物上代位につき「売買代金額が抵当権の負担を計算して定められるケースを考慮すると」、物上代位と目的不動産に対する効力を選択的に主張しても抵当権者と第三取得者の調整を十分図れるとはいえないこと、および代価弁済の存在を理由に否定する²²³。古積説は、損害賠償債権に対する物上代位につき「所有者の損害賠償請求権が所有権侵害に対する救済である以上、その上の

²¹⁹ 川井・前掲書(注160)12頁。

²²⁰ 川井・前掲書(注160)13頁。

²²¹ 太矢一彦「抵当権の性質について」獨協法学46号466頁(2007年)；松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法〔第2版〕』305頁(弘文堂、2008年)。

²²² 松尾・前掲書(注221)322～323頁。

²²³ 横田・前掲論文(注152)7頁。

抵当権の効力はやはり抵当権侵害に対する救済と見るのが妥当であるから当然肯定し、それを抵当権の効力の結果であると説明する。古積説は、保険金債権に対する物上代位につき「保険金が目的物の経済的代替性を有するのは否定できないし、これについて抵当権者を他の債権者とまったく同等に扱うことには疑問がある」から肯定するが、それは抵当権の効力ではなく、一種の特権であると説明する。しかしながら、賃料債権に対する物上代位については、目的物を金銭に換えて満足を得るという抵当権本来の効力から導かれ、肯定されると説明する。すなわち、債務不履行後、抵当権が実行されれば、抵当権設定者の使用収益権能を含む所有権を奪うことができること、抵当権にはその実行・換価によって収益たる賃料から満足を得る権能も内在していることから、抵当権の効力は賃料にも及ぶ。しかし、物上代位による差押えがあるまでは、抵当権者は賃料を取得することはできないと説明する²²⁴。

(2) 太矢説

太矢説は、賃料債権に対する物上代位が認められるのは、抵当権の本質である換価権を解釈準則として考えることや、抵当権が抵当権設定者の使用収益権能に干渉しえるからではなく、抵当権の効力がどこまで及ぶかという政策的価値判断に基づいて認められると考えていたが、その後、不動産担保収益執行制度の導入を受け、賃料債権に対する物上代位自体を否定する²²⁵。さらに、賃料債権に対する物上代位について叙述するのみで、物上代位の目的物全てについて説明していないために、賃料債権以外の物上代位については明らかではない²²⁶。

(3) 平野説

平野説は、古積説と同様に賃料債権以外の物上代位とは無関係に、対象ごとに肯定・否定を判断しながら、賃料債権についても古積説に従い判断する。すなわち、抵当権は優先弁済の範囲で目的物を支配する物権で、その本質は目的物を処分・換価して優先的に満足を得る権利であると同時に、その実行によって収益から満足を得る権能をも有すると考える。その権能から、平野説は、抵当権者が抵当権の実行としての差押えを行えば、その後生じる賃料債権に対して物上代位を認める²²⁷。

²²⁴ 横田・前掲論文(注152)8頁。

²²⁵ 太矢・前掲論文(注221)466頁；太矢一彦「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学49巻2号56～57頁(2006年)など。

²²⁶ 横田・前掲論文(注152)8頁など。

²²⁷ 平野祐之『民法総合三担保物権法』第2版95～101頁(信山社, 2009年)。

3 新価値権説

新価値権説は、伝統的価値権説から出発しながら一定の要件の下で抵当権に基づく妨害排除請求を肯定する立場の一群の見解である²²⁸。特に松岡説と高橋説は、物上代位の法的構成を代替的物上代位と付加的物上代位に分け、あるいは、物上代位の対象となる価値変形物を代償的価値と派生的価値に分け、さらに付加的物上代位、あるいは派生的価値については当事者の利益衡量を行って肯定する²²⁹。

(1) 松岡説

松岡説によると、物上代位の構成を代替的物上代位と付加的物上代位に分けて、代替的物上代位とは、目的物の損害賠償や保険金債権等のような担保目的物の価値の減失・減少を補填する物上代位の補填的構成であり、付加的物上代位とは、賃料債権に対する物上代位を法的に正当化する物上代位の付加的構成であるという²³⁰。賃料債権に対する物上代位については、松岡説は以下のように主張する。すなわち、松岡説は、伝統的価値権説と異なって、交換価値は使用収益価値を反映し、交換価値と使用収益価値が密接な関係にあり、付加的物上代位において、抵当権の効力は抵当権の実行後当然に賃料債権にも及ぶと考える。それに加え、抵当権者、抵当権設定者およびその一般債権者の利益を衡量して賃料債権に対する物上代位を肯定する。具体的には、抵当権設定者については抵当権の実行後も賃料の取得を認めると競売を遷延させることについて主導権を与えることになり不公平であり、一般債権者については競売が速やかに行われれば、賃料を取得することができず、また抵当権者が賃料により債権を回収すれば、相対的に責任財産が増すから、抵当権者の保護が優先される。ゆえに、松岡説は、抵当不動産の競売だけではなく、賃料債権への物上代位による差押え(民法第304条第1項但書、第372条)も抵当権の実行として考え、債務不履行後差押えが行われれば、それ以降発生する賃料債権に対して抵当権者に優先権を認める²³¹。

(2) 高橋説

²²⁸ 横田敏史「抵当権の価値権説再考—ズーム・プレーマー・コーラーの換価権および価値権に関する見解を手がかりに—」法学政治学論究78号91頁(2008年)；鎌田・前掲論文(注212)280～281頁；高橋眞『抵当権の改正と法理』163～164頁(成文堂、2008年)。

²²⁹ 横田・前掲論文(注152)4～5頁。

²³⁰ 松岡・前掲論文(注206)12頁。

²³¹ 横田・前掲論文(注152)5頁。

高橋説も松岡説と同様に、物上代位の客体を代償的価値と派生的価値に分けて説明する。代償的価値は、抵当目的物の交換価値そのものであり、主として保険金を挙げ、派生的価値は代償的価値であるところの交換価値とは異なる収益価値であり、主として賃料を挙げる。そして、派生的価値である賃料の把握は、「交換価値が何らかの理由で減少した、あるいは実現しない場合に、それを補充するために『収益価値』に権利行使しようという考え方」である変形物の法理から導き出されるものであると判断する。代償的価値と派生的価値の相違は、上記の各価値に対して抵当権者は何時から干渉できるのか、という点に現れる²³²。賃料債権に対する物上代位について高橋説は、以下のように主張する。すなわち、伝統的価値権説と同様に考えて、派生的価値である賃料債権が交換価値と異なる使用収益価値であることを認識し、両価値を明確に峻別する。したがって、抵当権の効力は賃料債権に当然に及ぶわけではなく、上記の変形物の法理から物上代位による差押えにより抵当権の効力が及ぶと考える。それに加え、抵当権者と抵当権設定者を主として関係当事者として考え、その当事者間の利益を衡量して賃料債権に対する物上代位を肯定する。具体的には、抵当権設定者の収益権をどこまで保障するかにかかるが、抵当権者に賃料債権に対する物上代位を認めるために不動産の差押えを要件とするか否かは明らかにしていない²³³。

(3) 梶山説

梶山説は、時間の経過に従って抵当権が質的に変化し、かつ、抵当権に基づく交換価値支配が使用収益処分という基本的権能のうち処分権能に関わるものと考え、本来抵当権設定者の使用収益権能に干渉しえないところ、抵当権の実行以降はその使用収益権能に干渉することができるようになると説明する²³⁴。梶山説は、伝統的価値権説や高橋説に従って賃料債権を交換価値と異なる収益価値と考え、抵当権の実行以前までは両価値を別の価値として考えるが、抵当権の実行以降は松岡説と同様に、交換価値と使用収益価値が密接に結びついていること、抵当権が交換価値のみを支配していると考えても、抵当権の実行以降は所有者の所有権が奪われることから、民法旧第371条第1項但書を根拠として、抵当権の実行後、物上代位による差押えにより交換価値と一体となる限りで、使用収益価値にも抵当権の効力が及ぶと説明する²³⁵。ただし、梶

²³² 高橋・前掲書(注228)51～52頁。

²³³ 横田・前掲論文(注152)6頁。

²³⁴ 梶山玉香「物件価額の提供による抵当権の消滅—抵当権の本質論序説—」同法53巻1号4頁(2001年)。

²³⁵ 横田・前掲論文(注152)6頁。

山説は賃料債権以外の物上代位の目的物、保険金債権等についてはどのように考えるべきか明らかにしていない。恐らく賃料債権を交換価値と異なる使用収益価値と考え、その抵当権者への帰属をどのように構成すべきか考えていることから、高橋説と同様に保険金債権等を交換価値そのものとして考えるのではないかと思われる²³⁶。

²³⁶ 横田教授は、「新価値権説は、抵当権による価値の把握という点において、使用収益価値を交換価値の前提と解するのか、あるいは交換価値と使用収益価値を明確に分けるのかという点で、また、債務不履行後、かつ物上代位による差押え後に賃料債権への物上代位を肯定するのか、抵当権の実行後、かつ物上代位による差押え後に賃料債権への物上代位を肯定するのかという点で理解が分かれる」という。さらに、横田教授は、「抵当権に基づく物上代位についての価値権説と換価説を次のように検討する。価値権説と換価権説はまず抵当権の支配対象について以下のように理解が分かれる。価値権説は抵当権の支配対象を目的物の交換価値に限定し、その把握を抵当権の本質を考慮する上で重視する。価値権説はその内部において価値権説と換価権説における相違は主として抵当権の支配対象に基因する。すなわち、価値権説は抵当権の支配対象を目的物の交換価値とするのに対し、換価権説は抵当権の支配対象を抵当目的物およびその所有権とする。このような支配対象の相違から主として抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と占有侵害に対する抵当権に基づく物権的請求権の理解が分かれる。伝統的価値権説と新価値権説は支配対象を交換価値に限定するという点で一致する。しかしながら、伝統的価値権説は、抵当権の価値権性から論理的演繹的に賃料債権に対する物上代位を肯定し、あるいは抵当権に基づく物権的請求権を否定する。これに対して、新価値権説は抵当権の価値権性から論理的演繹的に可否を判断しない。むしろ、新価値権説もまた抵当権が交換価値を支配する権利であることを前提とするが、賃料債権に対する物上代位においては抵当目的物に関係する当事者、すなわち抵当権者、抵当権設定者および一般債権者の利益を衡量して賃料債権に対する物上代位の差押え後に物上代位を肯定し、その一方で、抵当権に基づく物権的請求権においては不法占有による執行・換価手続の妨害を占有侵害と観念し、その侵害がある場合に、妨害排除請求権を肯定する。これに対して、価値権説と異なり、換価権説は抵当権が所有権を支配するという点から賃料債権に対する物上代位と抵当権に基づく物権的請求権を肯定する。訴訟法上の理解もまた価値権説と換価権説において異なる。価値権説は換価権を価値権から生じる派生的権利と解するのに対して、換価権説は換価権を実体法上も訴訟法上も統一的一体的に解し、価値権を認めない点において異なる。しかしながら、価値権説と換価権説は訴訟法上抵当権に内在する換価権を通じて抵当権の実行が行われること、抵当権の実行に債務名義が不要であると解する点で一致する。他方で、賃料債権に対する物上代位および抵当権に基づく物権的請求権を肯定する、という点で新価値権説と換価権説の結論は一致する。しかも、抵当権に基づく物権的請求権においては新価値権説と換価権説は不法占有による抵当権の換価・執行の妨害を占有侵害と解する点で一致する。その一方で、価値権と換価権の併存を認める学説を分析したところ、勝本説は価値権と換価権の機能に着目し、堀田説は価値権と換価権の機能と支配対象に着目して、価値権と換価権の独立する意義があることを示す。価値権と換価権の併存を認める学説に従って価値権と換価権の機能を、あるいはその支配対象を分化するならば、価値権説および換価権説と異なり、価値権と換価権が独立し、併存しようと解しうることも可能ではないかと思われる」という。横田・前掲論文(注152)6頁, 28~29頁。

六 転貸賃料への物上代位

1 問題提起

賃料の範囲に転貸料も含まれるのか。抵当不動産が賃借人から転借人に転貸された場合に、転借人に対する転貸賃料債権について物上代位権を行使できるであろうか。従来の下級審では肯定・否定の2つの立場に分かれていたが、最高裁は、原則として否定説の立場に立ち、例外的に賃借人を所有者と同視できる場合にのみ肯定する態度をとった。

すなわち、「第304条第1項に規定する『債務者』には、原則として抵当不動産の賃借人(転貸人)は含まれないものと解すべきである。けだし、所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にないからである。また、転貸賃料債権を物上代位の目的とすることができるとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人(転貸人)の利益を不当に害することにもなる」とし、ただ、執行妨害などに対しては「もっとも所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上で転貸借関係を作出したものであるなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合には、その賃借人が取得すべき転貸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ことを許すべきものである」とする²³⁷。

2 学説

(1) 肯定説あるいは原則肯定説

肯定説あるいは原則肯定説は、転貸賃料は抵当目的物＝賃貸目的の価値代替物であることを理由に、転貸賃料債権への物上代位が問題となる事案のほとんどが詐害的事例であること、原賃貸借の設定時期を問わず賃料債権に対する物上代位を肯定することとの整合性を理由に転貸賃料債権に対する物上代位権の行使を肯定する見解である²³⁸。

(2) 限定的肯定説あるいは後順位賃借権限定説²³⁹

²³⁷ 最決平成12. 4. 14民集54巻4号1552頁。

²³⁸ 清原泰司「判批」銀行法務21・577号45頁；松岡久和「判批」民商124巻2号236頁など。

²³⁹ この説をとる下級審判例としては、東京高決昭和63年4月22日判時1227号125頁，判タ6

限定的肯定説あるいは後順位賃借権限定説は、抵当権設定後の賃借権の場合に限って転貸賃料債権への物上代位を肯定する。その理由としては、民法第304条第1項の「債務者」は、「抵当権の目的たる不動産上の権利者」を指し、それには所有者、物上保証人や第三取得者の他に「抵当権設定登記後に借り受けた賃借人」も含まれるとする²⁴⁰。さらに、これと比較して、所有権の権能の一部を引き継ぐ賃借人をそれ以上に厚く保護する必要性がないこと、抵当権設定登記によって賃借人に物上代位権行使の予測可能性があること、転貸料は、目的不動産の使用の対価として支払われる点で原賃料債権と同じ性質を有することなどを理由として、転貸料債権に対しても物上代位を肯定する見解である²⁴¹。

(3) 全面的否定説

全面的否定説は、賃料債権への物上代位自体に対して否定的な立場を前提として、転貸賃料債権に対する物上代位を否定する。全面否定説は、賃借人は所有者と異なり物的責任を負うものではないので、民法第304条の「債務者」に当たらないこと、賃借人は、抵当権の実行によって自己の賃借権が覆滅することは予測していても、転貸料収入を長期にわたって剥奪されることまで予測すべきだとはいえないこと、転貸料収入の中には賃借人が投じた管理費用等に当たる部分も含まれ、抵当目的物の価値を超えることなどを理由として挙げている。すなわち、転貸料債権を物上代位の対象とすることには理論的に無理であるとするものである²⁴²。執行妨害的な転貸借についても、「もともと設定者は抵当不動産を自己使用することも無償で第三者に使用させることも自由なのであって、債務不履行が生じた後においても、そのこと自体が許されなくなるわけではないし、抵当権者に対する関係で不当利得を生じるわけでもない」という²⁴³。また、賃料と転貸料との間に著しい不均衡があったとしても、「不動産の所有者は、抵当権者に対して適正な賃料を収受すべく不動産を運用する義務を負うもので

84号211頁，金法1207号28頁，金商800号14頁，高民集41巻1号39頁；大阪商決平成4年9月29日判時1502号119頁；東京地決平成4年10月16日金法1346号47頁；仙台高決平成5年9月8日判時1486号84頁，判夕855号272頁；大阪高決平成5年10月6日判時1502号120頁；東京高決平成7年3月17日判時1533号51頁，金法1438号36頁；東京高決平成11年4月19日判時1691号74頁，金商1073号35頁などがある。

²⁴⁰ 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(上)」金融法務事情1251号12頁(1990年)；鎌田薫「転貸料債権に対する抵当権者の物上代位」私法判例リマークスー23頁(1996年)など。

²⁴¹ 林錫璋「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」桃山法学創刊号168頁(2003年)。

²⁴² 高橋眞「判批」私法判例リマークス8号28頁。

²⁴³ 高橋眞・前掲論文(注242)28頁。

はなく、抵当権者の賃料把握の期待を保護すべき条件・程度について検討の必要がある」としている²⁴⁴。

(4) 原則否定説あるいは執行妨害等要件説²⁴⁵

原則否定説あるいは執行妨害等要件説は、原則的には物上代位を否定しつつ、執行妨害等に該当するような例外的な場合に限り、転貸賃料債権に対する物上代位を認める見解である²⁴⁶。執行妨害等要件説は、物上代位の客体は、抵当権の負担を受ける所有者に帰属する債権を意味し、文理上賃借人を含むと読み替える余地がないこと、転賃料を抵当不動産の交換価値のなし崩しの実現とみることは困難であることなどを理由として挙げる。原則として転賃料債権に対する物上代位を否定するが、抵当不動産の所有者と賃借人が実質的に同一視される場合や賃貸借契約が物上代位権の行使を妨害する目的で締結されている場合など転賃料債権が抵当不動産の賃料債権と同視しうる場合には、詐害的・濫用的であると評価して、例外的に転賃料債権への物上代位を認める見解である。

3 判例

【日本判例20】最二判平成12年4月14日²⁴⁷(民集54巻4号1552頁)

1 事案

昭和63年6月21日、Y(相手方)は、訴外Aが訴外C会社に対して負担する債務を保証する旨の保証委託契約をAとの間で締結した。同年10月21日、Yは、将来Aに対して取得することのある求償権を被担保債権として、A及び訴外Bが共有する建物(以下「本件建物」という)に根抵当権の設定を受けた。平成9年10月28日、Yは右保証債務を履行し、Aに対する求償権を取得したが、同日、訴外DがAから本件建物を買い受けた。同月31日、DはX(抗告人)に対してこれを賃貸した。Xは、本件建物を訴外Eらに対して移転

²⁴⁴ 林・前掲論文(注241)169頁。

²⁴⁵ この説をとる下級審判例としては、大阪高決平成7年5月29日判時1551号82頁、金法1434号41頁及び大阪高決平成9年9月16日金商1044号15頁は、これにより転賃料債権への物上代位を否定したが、大阪高決平成7年6月20日判時1551号85頁、金商984号23頁、金法1434号41頁；大阪高決平成10年3月12日金法1526号56頁；大阪高決平成11年5月19日金商1075号24頁及び大阪高決平成12年3月2日金法1590号56頁はこの例外な事情があることを認定して物上代位を肯定した。

²⁴⁶ 佐久間弘道「抵当権者の転賃料債権に対する物上代位」銀行法務21・522号16頁；荒木新五「判批」判タ1039号51頁など。

²⁴⁷ 民集54巻4号1552頁。

した。平成10年9月10日、Yは、XがEらに対して有する転賃料債権について差押えを申し立てたが、これに対してXが執行抗告をした。

2 原審(東京高決平成11年4月19日)の判断—抗告を棄却

X抗告。抗告理由は、転賃料債権の性質として抵当不動産の価値のなし崩しの実現と理解することは困難であること、及び第304条第1項の「債務者」のうちに賃借人が含まれるとするのは文理解釈上無理であること、という点にある。

3 最高裁の判断—破棄差戻し

「民法第371条によって抵当権に準用される同法第304条第1項に規定する「債務者」には、原則として、抵当不動産の賃借人(転貸人)は含まれないものと解すべきである。けだし、所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはないからである。同項の文言に照らしてもこれを「債務者」に含めることはできない。また、転賃料債権を物上代位の目的とすることができるとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転賃借関係における賃借人(転貸人)の利益を不当に害することにもなる。もっとも、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上で、転賃借関係を作出したものであるなど、抵当不動産の賃貸人を所有者と同視することを相当とする場合には、その賃借人が取得すべき転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ことを許すべきである。

七 物上代位と賃料債権への敷金充当

1 問題提起 賃料債権に対して物上代位権による差押えがあった場合に、抵当不動産の賃借人は、賃貸人に対して差し入れていた「敷金」をその賃料債務に充当することができるか。上記前掲最判平133・13の法理に従う限り、物上代位権が優先するとすると、賃借人は賃貸人に差し入れていた敷金を失うおそれがある。

2 判例

【日本判例21】最高裁平成14・3・28判決(民集56巻3号689頁)

1 事案

抵当権者が平成10年6月に物上代位権の行使により賃料債権を4億6000万円に充つる

まで差し押さえ、賃借人にその支払いを求めたところ、賃借人は、平成10年3月に同年9月30日をもって賃貸借契約を解除する旨の通知をして、9月30日に退去し、解除通知後退去までの未払い賃料債務と敷金返還債権の相殺をした事案である。

2 判決

まず、「敷金」とは、「賃貸借終了後の目的物明渡しまでに生ずる」一切の債権につき、その充当により当然消滅させるものであり、この効果は賃貸借契約に付随する敷金契約から発生する効果であって、「相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから民法511条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことは明らかである」とし、したがって「敷金が授受された賃貸借契約に係る賃料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差し押さえた場合においても、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、賃料債権は敷金の充当によりその限度で消滅する」とした。

第4節 払渡し・引渡し

一 払渡し・引渡しの意味

第三債務者から債務者に対して「払渡しまたは引渡し」があれば、担保権者は、物上代位権を行使できない(第304条但書)。既述したように、物上代位権の目的物は「請求権」(債権)であって、それが実際に払い渡されまたは引き渡されてしまうと、債務者の一般財産に混入してしまうからである。この関係で問題は、他の一般債権者が物上代位権の目的債権を差し押さえたり、転付命令を受けた場合、または債務者に破産手続が開始された場合に、はたして担保権者は、「差押え」(=物上代位権の行使)ができるかどうか。これらのことが、払渡し・引渡しと同視できるであろうかという点にある。

二 債権譲渡

1 問題提起

抵当権設定者が、賃料債権(既発生債権および将来発生債権)を第三者に譲渡した場合、抵当権者は物上代位権を行使できるであろうか。かつて、大連判大12・4・7(民集2巻209頁)は、それまで特定性維持説に立っていた判例を覆して、改めて特権説・優先権保全説の立場表明し、同時に抵当権者がみずから差し押さえる前に他の債権者が転

付命令を得た場合には、譲渡された場合と同様に債権の帰属が変更されるから物上代位権の行使はできないとした。これに対して、学説は担保物権者は転付命令を取得した後でも、目的債権が譲渡された後でも、物上代位権を行使できるが、ただ、これら新債権者(転付債権者・譲受債権者)に払渡しがあるとその請求権は消滅するので、その前に行使しなければならないと批判した。

しかし、前掲最判昭59・2・2は、依然前掲大連判大12・5・7と同様の見解に立つことを明らかにした(同旨昭和60・7・19)。そして、この考え方は、学説によって支持され、これまでの通説を形成してきた。それゆえ、債権譲渡は、債権の帰属の変更であるから、「転付命令」の論理に従えば、債権の帰属が変更し、他人に帰属した以上、物上代位権の行使はできないという結論になる。

ところが、最判平10・1・30(民集52巻1号第1頁)は、「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対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」とし、その理由として、①第304条にいう「払渡し又は引渡し」は当然には債権譲渡を含むものとは解されないこと、②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、第三債務者の利益は何ら害されないこと、③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ること、④このように解しないと、債権譲渡によって容易に物上代位権の行使を免れ、抵当権者の利益を不当に害するものになることを挙げる。そして、これらの理由は、物上代位による差押えの時点において、譲渡された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とする。この問題に対応して、学説は、分かれている。

2 学説

(1) 登記時基準説

登記時基準説は、抵当権設定登記の対抗力を重視して、賃料債権譲渡後も差押えが可能であり、第三債務者が譲受人に弁済するまでは物上代位権が優先するとする見解である²⁴⁸。抵当権に基づく物上代位権に追及力を認め、民法第304条第1項但書の「払渡し又は引渡し」を文字通り第三債務者の弁済またはそれに類するものに限るべきだとし、沿革研究により、差押えの意義は第三債務者の保護に求められ、特定承継人や一般債

²⁴⁸ 鳥谷部・前掲論文(注209)90頁；清原泰司『物上代位の法理』72頁～110頁(民事法研究会、1997年)；伊藤進「包括賃料債権譲渡後の抵当権に基づく物上代位権の行使」NB L637号13頁(1998年)など。

権者は保護に値しないとされる。差押えの主な趣旨は、第三債務者の保護にあり、競合債権者の保護や特定性の維持は第三債務者を保護することによる反射的利益にすぎないことを明らかにした²⁴⁹。

(2) 差押時基準説

差押時基準説は、差押えによって物上代位権が公示されるという見解である²⁵⁰。したがって、差押え前に対抗要件を具備した債権譲渡については、物上代位が劣後することとなる。法的構成としては、譲渡がなされたことは、民法第304条第1項但書のいわゆる「払渡」にあたり、第三者保護を目的とする規定の趣旨から、設定者の責任財産から逸出の意味であり、債権譲渡はこれに当たる、とする²⁵¹。

(3) 具体的債権発生時基準説

具体的債権発生時基準説は、物上代位に基づく差押えの時に既に発生していた賃料債権については、債権譲渡を優先し、未発生分については物上代位権を優先させる見解である²⁵²。この説は、物上代位権は抵当権の効力であるから、抵当権設定登記により公示され、対抗要件を具備する。差押えの趣旨を目的債権の特定維持と第三債務者の二重払い等第三者の不測の損害の防止にあるから、第304条第1項但書の「払渡又は引渡」は、登記による対抗要件具備を無意味にしないため、弁済またはそれと同視できる処分等と限定的に解釈され、転付命令は民事執行法第160条の規定により弁済と同視できる処分とみられることから、転付命令の対象となる債権譲渡は対抗要件の具備により弁済と同視できるものと解し、抵当権者は物上代位ができないが、転付命令の対象とならない将来の賃料債権は、弁済と同視できないことから、物上代位ができる、というものである²⁵³。

(4) 第395条但書類推適用説

²⁴⁹ 林・前掲論文(注241)164頁。

²⁵⁰ 鳥谷部・前掲論文(注209)91頁；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・522号9号13頁(1996年)；生熊長幸『物上代位と収益管理』261頁(有斐閣、2003年)など。

²⁵¹ 林・前掲論文(注241)163頁。

²⁵² 松岡久和「物上代位の成否と限界(3)」金融法務1506号17頁；鎌田薫「判批」金融法務事情1492号36頁；高木多喜男「未発生賃料債権についての債権譲渡と物上代位の競合時の優劣」私法判例リマークス1998(下)20頁(1998年)など。

²⁵³ 林・前掲論文(注241)163～164頁。

民法旧第395条但書類推適用説は、物上代位権の第三者に対する対抗要件は、抵当権登記時と解するものの、追及力は完全ではなく、優先権を保全するには差押えが必要となる。対抗要件を具備した債権譲渡は「払渡又は引渡」に含めるので、物上代位権者は、その前に差押えをしない限り債権譲渡には優先しえないことになる。そこで、結果としては、賃料債権の譲渡と物上代位権との優劣は、債権譲渡時と物上代位による差押え時との前後により決することになる。しかし、賃料債権の譲渡が抵当権者に損害を及ぼすときは、抵当権者は、民法旧第395条但書の趣旨により譲渡の無効を主張し、物上代位による差押えをなしうる、とする²⁵⁴。

3 判例

【日本判例22】最二小判平成10年1月30日²⁵⁵—物上代位と債権譲渡の優劣²⁵⁶—

²⁵⁴ 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えの優劣」銀行法務21・41(2)号10頁(1997年)；林・前掲論文(注241)164頁。

²⁵⁵ 民集52卷1号1頁。物上代位と債権譲渡の優劣に関する下級審裁判例の動向については、(A)まず、物上代位が優先するとしたものとして、大阪高裁平成7年12月6日判決(金法1451号41頁)が、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先関係について「抵当不動産について将来発生する賃料債権に対して物上代位による差押えがなされた場合には、それ以前に当該賃料債権の包括譲渡がなされ、その対抗要件が具備されている場合であっても、物上代位による差押えが優先する」と判示した。次いで、東京地裁平成8年9月20日判決(判時1583号73頁)は、債権譲渡と物上代位の優劣は、債権譲渡の第三者に対する対抗要件の効力発生時(賃料債権の各発生時)と抵当権設定登記の具備時との先後によって決すべきとした後、民法第304条第1頁但書の差押えの効力が発生するのも賃料債権の各発生時であるから本件では債権譲渡の対抗要件の効力と物上代位の効力が同時に発生するが、その場合、債権譲受人は当該債権が債務者の一般財産から逸失したことを当然には主張できないので、払渡し又は引渡し前に差押えをした場合と同様、民法第304条第1頁但書の要件を満たすと判示し、物上代位が優先するものとした。そして、その控訴審判決である東京高裁平成9年2月20日判決(金商1015号39頁)は、「抵当権者の物上代位権は、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うべきであり、「未発生賃料債権について、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こととなる」とし、また、民法第304条第1頁但書が差押えを要求する趣旨に照らし、同但書の「払渡又は引渡」は厳格に解すべきであり、それは「弁済又はそれと同視できる処分等」があった場合をいい、将来発生する債権の譲渡については対抗要件を具備したとしてもこれに当たらないと判示し、物上代位を優先させた。(B)他方、賃料債権の譲渡が優先するとしたものとして、東京高裁平成8年11月6日判決(金商1011号3頁)は、抵当権者は民法第372条、第304条第1頁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える前に同債権を譲り受けて対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と判示した。(C) 以上見てきた下級審裁判例のうち、物上代位が優先するとした大阪高裁判決平成7年12月6日判決と、反対に、

1 事案

X(被告・控訴人＝被控訴人・上告人)は、平成2年9月28日、訴外Aに30億円を弁済期平成5年9月28日と定めて貸し付け、その担保のためにB所有の本件建物に抵当権の設定を受け登記も経由した。Bは、本件建物を複数の者に賃貸していた(賃料合計額は月額707万円)が、Aが平成4月12日に倒産して、翌年1月に本件建物の全部をY(被告・被控訴人＝控訴人・被上告人)に賃料月額200万円・敷金1億円・譲渡転貸自由の条件で期間を定めず一括賃貸して登記を行った(従来賃借人はYから転借することとされた)。平成5年4月、BはCから7000万円を借り受け、その代物弁済として平成5年5月分から3年分のBのYに対する賃料債権をCに譲渡し、Yの確定日付ある承諾を得た。平成5年5月、Xは抵当権に基づく物上代位の行使としてBのYに対する将来の賃料債権の差押えを申し立て、その差押え命令を得た後、Yに同年7月分から平成6年3月分までの賃料債権の取立てを請求した。これに対して、YはXの差押え前に目的債権が譲渡され対抗要件が具備されているので、Xは物上代位を行使できないと主張した。

2 下級審の判断— 第1審はYの主張を排斥、原審はYの主張を認容

Xは抵当権の物上代位と将来債権譲渡の優劣は抵当権設定登記時と債権譲渡の対抗要件の効力発生時の先後により決すべきなどとして、上告。

3 最高裁の判旨 一部破棄自判、一部上告棄却

民法第304条第1項但書現代語化前の趣旨を二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護する点にあると解して、債権譲渡は払渡又は引渡に含まれないと判示した。

「民法第372条において準用する第304条第1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差押えを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になる債権にも及ぶことから」、第三債務者は、債権者である抵当権設定者に「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置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

賃料債権の譲渡が優先するとした東京高裁平成9年2月20日判決とがそれぞれ上告され、最高裁判所の判断の帰趨が注目されていたところ、次のような判断が相次いで示された。

²⁵⁶ この判決以前の大審院判例としては、大連判大正12年4月7日民集2巻5号209頁；大決昭和5年9月23日民集9巻11号918頁；大判昭和17年3月22日法学11巻2号100頁判決などがある。

あると解される」。

「右のような民法第304条第1項の趣旨目的に照らすと、同項の『払渡又は引渡』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対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、(1)民法第304条第1項の『払渡又は引渡』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、…、(2)…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、(3)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、(4)対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を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うべきだからである^{257・258}。」

三 転付命令

【日本判例23】最高裁平成14年3月12日判決²⁵⁹

1 事案

平成10年3月17日、一般債権者X(原告・控訴人・上告人)は、訴外A(債務者)が用地買収契約に基づきB県(第三債務者)に対して取得した、土地残代金342万9263円(甲債権)の全額及び建物移転補償金債権残金(乙債権)3044万2003円のうち1057万737円につき、差押命令を得た。同年3月19日、この差押命令は、B県に同月23日、Aに送達され、同年4月17日に確定した。Xは、同年5月6日、上記差押えに係る甲債権の全額及び乙債権のうち1057万737円について転付命令を得、同命令は、同月7日、B県及びAにそれぞれ送達され、同月20日に確定した。Xが上記転付命令を取得した当時、上記建物には、

²⁵⁷ 賃料債権譲渡後の抵当権に基づく物上代位権行使の可否について、この判決以前の下級審判例は下級審判例の見解が分かれていた。原則としてこれを否定する判例は、東京高判平成8年11月6日金商1010号3頁の判決があり、これを肯定する判例は、大阪高判平成7年12月6日金法1451号41頁；東京地判平成8年9月20日判時1583号73頁；東京高判平成9年2月20日金商1015号39頁判決などがある。

²⁵⁸ しかし、先取特権に関する最判昭和59年2月2日民集38巻2号431頁及び最判昭和60年7月19日金法1106号6頁判決は、債権譲渡後の先取特権者の物上代位権の行使を否定している。

²⁵⁹ 金融・商事判例1148号3頁，金融法務事情1648号53頁，判例時報1785号35頁，判例タイムズ1091号68頁。

訴外C保証株式会社、Y1信用保証協会(被告・被控訴人・被上告人)およびY2銀行(被告・被控訴人・被上告人)が、この順位で抵当権または根抵当権を有し、その旨の登記を経ていた。平成10年5月13日、Cは、乙債権のうち735万7932円につき、Y1は乙債権のうち1460万6236円につき、Y2は乙債権のうち847万7835円につき、それぞれ抵当権の物上代位権に基づいて差押え、同命令は、同月14日、B県に送達された。そのため、B県は、甲債権及び乙債権の全額3387万1266円を供託したところ、執行裁判所は、乙債権につき、C、Y1、及びY2の物上代位権がXに優先するという配当表を作成した。そこで、Xは、乙債権に対する抵当権の物上代位権に基づく各差押えが、Xへの転付命令に係る部分については効力を生じないと主張し、Y1に対する配当のうち209万5405円、Y2に対する配当の全額847万7835円について配当異議の訴えを提起した。

2 下級審の判断—第1審判決²⁶⁰及び原審判決²⁶¹

いずれも抵当権の物上代位権行使と代位目的債権の譲渡との優劣に関する最判平成10年を引用し、抵当権の物上代位権に基づく差押えが優先すると判示し、Xの請求を棄却した。そのため、Xが上告した。

3 最高裁の判断

「転付命令に係る金銭債権（以下、「被転付債権」という。）が抵当権の物上代位の目的となり得る場合においても、転付命令が第三債務者に送達される時までに抵当権者が被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、差押え命令及び転付命令が確定したときには、転付命令が第三債務者に送達された時に被転付債権は差押え債権者の債権及び執行費用の弁済に充当されたものとみなされ、抵当権者が被転付債権について抵当権の効力を主張することはできないものと解すべきである。けだし、転付命令は、金銭債権の実現のために差し押さえられた債権を換価するための一方法として、被転付債権を差押え債権者に移転させるという法形式を採用したものであって、転付命令が第三債務者に送達された時に他の債権者が民事執行法159条3項に規定する差押え等をしていないことを条件として、差押え債権者に独占的満足を与えるものであり（民事執行法159条3項、160条）、他方、抵当権者が物上代位により被転付債権に対し抵当権の効力を及ぼすためには、自ら被転付債権を差し押さえることを要し（岐高裁平成13年（受）第91号同年10月25日第一小法廷判

²⁶⁰ 松山地裁宇和島支部平成11年7月8日判決、金融・商事判例1148号12頁。

²⁶¹ 高松高裁平成12年3月31日判決、金融・商事判例1148号9頁。

決・民集55巻6号975頁)、この差押えは債権執行における差押えと同様の規律に服すべきものであり(同法193条1項後段、2項、194条)、同法159条3項に規定する差押えに物上代位による差押えが含まれることは文理上明らかであることに照らせば、抵当権の物上代位としての差押えについて強制執行における差押えと異なる取扱いをすべき理由はなく、これを反対に解するときは、転付命令を規定した趣旨に反することになるからである。なお、原判決に引用された当審判決は、本件とは事案を異にし、適切ではない。」と判示し、原審判決を変更し、Xの請求を認めた。

四 相殺

1 問題提起

賃料債権に対して物上代位権による差押えがされたときに、賃借人は貸貸人(抵当権設定者)に対して有する債権を自働債権として賃料債権との相殺ができるか。第511条は、賃借人は差押え後に取得した債権により相殺をすることはできないとするから、差押え前に取得した債権であれば相殺ができるとする余地もあろう。

しかし、判例は、抵当権者が「差押え」をした後は、賃借人は「抵当権設定登記の後に貸貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって抵当権者に対抗することはできない」。けだし、差押え後においては、「抵当権の効力が賃料債権に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る」から、相殺に対する賃借人の期待を抵当権の効力に優先させる理由はないとする(最判平成13・3・13民集55巻2号363頁²⁶²)。明らかに、前掲最判平10・1・30の理論を前提としているのであるが、ただ、その実質的意味は一般債権者による差押えではなく、担保物権(優先権)の実行としての差押えなのだということにある。

なお、この法理は、賃借人が貸貸人に対して有する債権が「敷金」返還請求権である場合には適用されるべきでないとする批判がある。

²⁶² 【日本判例最判平13・3・13】の事案である。Xは、平成10年1月に、昭和60年9月に設定した抵当権に基づく物上代位の行使として、AのYに対する賃料債権の差押命令を得て、その取立権に基づき平成10年2月分から6月分の賃料の取立訴訟を提起した。ところで、A・Y間の建物賃貸借契約は、保証金3000万円として、昭和60年11月に締結されたが、平成9年8月に解消され、同年9月に改めて保証金330万円とする賃貸借契約が締結された。その際、その保証金は従来の保証金を充て、その超過残金の返還については、平成9年9月27日に、AのYに対する平成12年9月分までの賃料債権と相殺することが合意された。そして、Xの上記物上代位権行使に対して、この合意相殺を主張した。

2 学説

登記時基準説と差押時基準説があり、登記時基準説は、抵当権設定登記後差押え前の相殺を有効とみるか、登記の何の先後関係を基準とするのか等の点で見解が分かれている。

(1) 狭義の登記時基準説²⁶³

狭義の登記時基準説は、賃借権設定と自働債権の取得または相殺予約が抵当権設定登記より後になされた場合は、物上代位を優先させる。その根拠は抵当権設定登記によって賃料債権に質権が設定されたと同様の拘束が及ぶという理解を前提に、その拘束に反する相殺は無効だとする。さらに、【22】判決との均衡を理由に挙げている²⁶⁴。しかし、自働債権が登記前に取得されているだけでよいとすると、貸金債権を抵当権設定登記前に取得していた者が、賃借権を設定して債権回収を図るという執行妨害的な抜け駆けを許す結果になりかねない。したがって、抵当権設定登記前の貸借契約の締結や自働債権と受働債権の対向状態が登記前に発生していることを要件に加える見解がある²⁶⁵。

(2) 登記時基準説(二段階基準説²⁶⁶)

登記時基準説(二段階基準説)は、物上代位と相殺の優劣は抵当権設定登記時と賃借人が貸借契約(予約を含む)を締結しかつ自働債権を取得した時期の先後による。したがって、抵当権設定登記前に賃借人が賃借権および自働債権を取得していた場合には、賃借人は差押え前に発生した賃料債権はもとより、差押え後に発生する賃料債権についても、相殺を主張することができるが、抵当権設定登記後に取得された自働債権と差押え時まで発生した賃料債権につき相殺適状になっていた分については、差押え前に相殺の意思表示が行われた場合はもとより、差押え後に相殺の意思表示が行われた場合であっても、相殺の遡及効によって相殺適状時点で民法第304条但書の「払

²⁶³ この説をとる下級審判例としては、京都地判平成11年2月15日金商1091号10頁及びその控訴審にあたる判例大阪高判平成11年7月23日金商1091号8頁、東京地判平成12年5月10日金法1596号88頁、福岡高判平成12年7月18日金法1604号32頁、及び新潟地裁長岡支判平成12年8月10日金商1105号49頁などがこれにあたる。

²⁶⁴ 高木多喜男「抵当権の物上代位と相殺」銀行法務21・564号33頁など。

²⁶⁵ 林・前掲論文(注241)170頁。

²⁶⁶ この説をとる下級審判例としては、大阪地判平成8年10月31日金商1030号31頁、金法1486号116頁、判夕941号208頁；東京地判平成10年3月19日金商1048号35頁、金法1527号55頁、判時1649号32頁；東京地判平成10年7月30日金商1055号20頁、判時1677号78頁；東京地判平成10年9月22日金商1062号49頁；東京地判平成11年5月10日金商1069号50頁などがこれにあたる。

渡又は引渡」に該当し、物上代位権がその限度で消滅しているから、相殺が優先するとしている²⁶⁷。

(3) 差押時基準説²⁶⁸

差押時基準説は、民法第511条による一元的な問題処理枠組を基本にし、物上代位の特則としての民法第304条第1項但書を適用せず、物上代位に基づく差押え後に自働債権を取得したのではない限り、差押え後であっても相殺適状に達しさえすれば相殺が物上代位に優先するべきだとする。差押え前に相殺適状にあった場合には、相殺の意思表示が差押え後になされたとしても、当然有効とされる²⁶⁹。

3 判例

【日本判例24】最三小判平成13年3月13日判決²⁷⁰—物上代位と相殺の優劣—

1 事案

X会社(原告・被控訴人・被上告人)は、訴外A会社が所有する建物(以下「本件建物」と言う)に対して根抵当権(以下「本件根抵当権」と言う)の設定を受け、昭和60年9月27日に根抵当権設定登記が経由された。他方、Y(被告・控訴人・上告人)は、昭和61年11月14日、Aとの間で本件建物を賃借する旨の契約(以下「第1契約」と言う)を締結したが、その際、保証金として3150万円をAに対して預託していた。平成9年2月3日、YとAは、本件建物についての賃貸借契約を同年(8月31日限り)で解消し、同年9月1日以降、あらためて本件建物について保証金330万円、賃料月額33万円とする旨の契約(以下「第2契約」と言う)を締結した。その際、第2契約における保証金330万円については、第一契約における保証金の一部を充当し保証金の残額2810万円については、平成9年8月31日までにAがYに返還することについて合意した。ところが、その後、平成9年9月27日に、YとAは、第2契約及び保証金残額2810万円の返還について、以下のような合意をした。(一)Aは、Yに対する右保証金返還債務を平成9年8月31日までに履行できな

²⁶⁷ 松岡久和「賃料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(1)」金融法務事情1595号43頁など。

²⁶⁸ この説をとる下級審判例としては、東京地判平成10年6月25日金商1055号24頁、金法1542号65頁；京都地判平成10年11月16日金法1582号54頁；東京地判平成11年3月23日判タ1049号252頁；東京地判平成11年3月27日金商1097号36頁；東京高判平成12年10月17日金商1113号19頁などがこれにあたる。

²⁶⁹ 佐久間弘道「物上代位に基づく差押の意義」金融法務事情1579号28頁(2000年)；清水俊彦「賃料債権への物上代位と相殺(再説)」判例タイムズ1056号87頁(2001年)など。

²⁷⁰ 民集55巻2号363頁。

かったことを確認する。(二)第2契約における平成9年10月1日以降の賃料を1ヶ月30万円をとる。(三)YとAは、右(一)の保証金債務のうち1168万6500円の支払債務とYのAに対する賃料及び消費税支払債務とを次のとおり対当額で相殺する。(1)本件建物の平成9年9月分の賃料(共益費を含む)及びこれに対する消費税1万6500円の合計34万6500円と右保証金債務のうち34万6500円とを平成9年9月1日に相殺する。(2)本件建物の平成9年10月分から平成12年9月分までの1ヶ月30万円の賃料及びこれに対する消費税1万5000円との合計額をそれぞれ各月の前月末日に右保証金返還債務と対当額で相殺する。(四)Aは、Yに対し、右保証金返還債務のうち1651万3500円を平成9年12月31日に限り支払う。以上に対して、Xは、本件根抵当権の物上代位権に基づき、AがYに対して有する賃料債権について差押えをなし、その旨の差押え命令が、A及びYに対して、それぞれ平成10年1月28日及び同月24日に送達された。そこで、Xは、Yに対し、右差押え命令による取立権に基づき、平成10年2月1日から同年6月30日までの本件建物の賃料150万円及びこれに対する本件訴状送達の日翌日である平成10年7月29日から支払済みまでの遅延損害金を求める訴えを提起した。すなわち、本事案は、抵当権設定後に抵当権設定者と第三者が賃料債権について相殺する合意をし、その後抵当権者が物上代位に基づき賃料債権を差押えた事案である。

2 下級審²⁷¹の判断—第1審²⁷²、原審²⁷³ともにXが勝訴

²⁷¹ 下級審裁判例の動向について、賃料に対する物上代位と相殺の問題に関しては、民法第511条が適用される一般債権による差押えと相殺の優劣について判断した最大判昭和45年6月24日(民集24巻6号587頁)の射程内のものと考えらるべきか否か、射程外と考える場合には物上代位と合意相殺の優劣の判断基準をどのように考えるべきかにつき、下級審の裁判例は分かれていた。昭和45年判決の射程内と解する裁判例として、賃料に対する物上代位と相殺の問題に関しても、一般債権者による差押えと相殺との優劣について判断した昭和45年判決の射程内であると解する判例として、東京地判平成10年6月25日(金判1055号24頁)、東京地判平成10年9月22日(金判1062号49頁)及び東京地判平成11年5月10日(金判1079号50頁、金法1557号78頁)がある。昭和45年判決の射程外と解する裁判例としては、他方、賃料に対する物上代位と相殺の問題に関し、昭和45年判決の射程外と解する裁判例のグループがあり、これらはさらに賃料に対する物上代位と相殺との優先劣後基準の相違から、差押えと相殺の先後により優劣を決すべきであるとするものと、抵当権設定登記と相殺の先後により優劣を決すべきであるとするものとに分かれるという。そして、差押えと相殺の先後時とする立場として、大阪地判平成8年10月31日(金判1030号31頁)があり、抵当権設定登記と相殺の先後時とする立場としては、東京地判平成10年3月19日(判時1649号132頁)、東京地判平成12年5月10日(金法1587号72頁)、大阪地判平成11年2月15日及び大阪高判平成11年7月23日がある。

²⁷² 京都地判平成11年2月15日金融・商事判例1091号10頁。

²⁷³ 大阪高判平成11年7月23日金融・商事判例1091号8頁。

Yより上告。上告理由としては、(イ) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁を前提とする限りは、一般債権者による差押えと物上代位権者によるそれと区別する理由はないのであるから、A・Y間の相殺合意が優先すると開始べきである、(ロ) 賃料債権と保証金返還債権とを相殺するのとなければ保護されない賃借人と、不動産本体に対する抵当権の実行の道が残されている抵当権者とは、前者を保護することが実質的に妥当である、といった点が主として挙げられている。

3 最高裁の判旨—上告棄却(X勝訴)

「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自動債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のある相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがなされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に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るから、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである。

そして、上記に説示したところによれば、抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを相殺する旨を上記両名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがなされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができないと解するのが相当である。」

すなわち、上代位の差押えがされる前においては、賃借人の相殺は何ら制限されるものではないが、差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権に及ぶと判示し、抵当権者の請求を認めた。

第5節 行使要件としての差押え

一 差押えの趣旨に関する学説

1 特定性維持説

特定性維持説は、抵当権の物上代位権につき抵当権が価値権であることから生ずる

当然の権利であるとし(価値権説)、差押えは代位物が抵当債務者の一般財産に混入することを防ぎ、代位物の特定請求権を維持するための要件であると解する見解である²⁷⁴。同説は、他人による差押えでも目的物の特定性は維持され、当該抵当権者自身の差押えである必要はないとの解釈に至る。さらに、債権譲渡や転付命令によって目的債権の帰属が変わっても、差押えにより特定性が維持されている限り、弁済がなされるまでは物上代位権の行使は妨げられない。この立場は、古い大審院判例が表明していた考え方である。

2 優先権保全説

優先権保全説は、物上代位権を法が特に認めた権利であるとし(特権説)、差押えは優先権保全のための要件であると解する見解である²⁷⁵。当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている。また、債権譲渡等の対抗要件具備の前に差し押さえなければ物上代位権を行使することはできないとの解釈に至りやすい。

3 二面性説

二面性説は、差押えは、請求権を特定するという意味を有すると同時に、第三債務者に対する処分の禁止・弁済の制限という形でその優先権を公示する意味もあり、二面性を有していると解する見解である²⁷⁶。特に、近江教授は、「物上代位で要求される「差押え」には、その代償物が債務者の一般財産を構成する前に特定(=担保目的物との接合)する意義もあることは否定できない。しかし、「差押え」の実際の機能に着目するならば、請求権等に変じた目的物につき、第三債務者に対する処分の禁止・弁済の制限という形で、その優先性を公示・保全していることも疑いのないところである。したがって、第304条の「差押え」は、一面において代償物を特定し、他面において優先権を公示する機能を営んでいるものと考えらるべきである」として二面性説をとる。さらに、二面性説の意義を主として優先権の保全(公示)に求めることから、担保権者がみずから差し押さえなければならないとする²⁷⁷。

²⁷⁴ 我妻・前掲書(注151)288頁；柚木・前掲書(注204)271頁；鈴木・前掲書(注199)155頁；大判大正4年3月6日民録21輯363頁，大判大正4年6月30日民録21輯1157頁など。

²⁷⁵ 内田・前掲書(注167)408頁；川井・前掲書(注160)62頁など。

²⁷⁶ 高島平藏『物的担保論Ⅰ』65頁(成文堂，1977年)；最判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁など。

²⁷⁷ 近江・前掲書(注148)64～65頁。

4 第三債務者保護＝保全的差押え説

第三債務者保護＝保全的差押え説は、第372条で準用される第304条は抵当権の効力が代位物の上に及んでいることを当然の前提としつつも、抵当権者自身による差押えをその効力保存要件としていると解すべきであるから、差押えは優先権保全のための要件であり、債権譲渡は「払渡」に当たるが債権質入れは「払渡」とは逆方向の拘束性を生ずるものであるから質権設定の對抗要件具備時と抵当権設定登記時との先後で決すべきと解する見解である。同説からは、当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている。

5 第三債務者保護説

第三債務者保護説は、差押えの趣旨を第三債務者の誤弁済防止にあるとし、第三債務者が未弁済の場合は物上代位を認めて差し支えなく、他の第三者との関係では抵当権が及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとして登記時を基準に優劣を決すれば足りると解する見解である。同説からは、当該抵当権者自身による差押えを要するとの解釈に至りやすいとされている²⁷⁸。

二 差押えの主体

1 問題提起

一般債権者が差し押さえている場合に、担保権者は、さらにみずから差し押さえなければならぬのかどうか。

2 学説

(1) 特定性維持説

特定性維持説は、「差押え」の意義を目的物の特定性の維持にあると解し、他の債権者の差押えによっても目的債権の特定性は維持（一般財産への混入阻止）されるから、担保物権者自身の差押えを必要としないとする。ただ、他の債権者の差押えでもよいといっても、実際にその債権者の手続の中で自己の優先権を確保するにはどうするかについては議論がある。学説は、あるいは、担保物権者は優先弁済を得るためには差押えが必要であり、それは他の債権者が差押え・転付命令を受けた後でもよいが、た

²⁷⁸ 清原・前掲書(注248)72頁～110頁。

だ、その者が弁済を受けたときは物上代位は消滅するとし²⁷⁹、あるいは、担保物権者は差押えは必要でなくとも配当要求が不可欠である²⁸⁰、としている。

(2) 優先権保全説・二面説

優先権保全説・二面説は、「差押え」の意義を主として優先権の保全(公示)に求める担保物権者みずから差し押えなければならないとする。

3 判例 近時の判例も、やはり抵当権事例である。

【日本判例25】最高裁平成13・10・25(民集55巻6号975頁)

物上代位権を行使する債権者は、他の債権者による債権差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を受けることはできない・・・けだし、・・・第304条第1項但書の『差押』に配当要求を含むものと解することはできず、民事執行法第154条及び同法第193条第1項は抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者が配当要求することは予定していないからである²⁸¹。

三 一般債権者の差押え

1 差押え後の物上代位

(1) 問題提起

一般債権者の差押え後に物上代位権を行使した場合、所有権者(抵当権設定者)の賃借人に対する賃料債権につき、一般債権者が差し押えた後、抵当権者が差し押さえた場合である。「差押え」は債務者の処分を禁止するだけであり、それ以上の効果をもたらすものではない。したがって、抵当権者は、重ねて差し押えることができる²⁸²。その際、双方とも債権執行となるが、物上代位権は抵当権(物権)から派生した権利であり、その行使は担保権の実行の一形態であるから(民事執行法193条第1項)、配当に当たっては物上代位権が優先すると解する。

(2) 判例

賃料債権につき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が競合し

²⁷⁹ 我妻・前掲書(注151)288頁。

²⁸⁰ 鈴木・前掲書(注160)155頁。

²⁸¹ 同旨として、最判平成14・3・12民集56巻3号555頁。

²⁸² 最判昭和59・2・2民集38巻3号431頁、最判昭和60・7・19民集39巻5号1326頁。

た場合における両者の優劣に関する判決である。

【日本判例26】最高裁平成10年3月26日(民集52巻22号483頁)

1 事案

X会社(原告・控訴人・上告人)は、平成3年7月17日、訴外Aが所有する建物(以下「本件建物」と言う)に対して複数の根抵当権の設定を受け、同日その旨の根抵当権設定登記を経由した。Aは、本件建物を訴外Bに対して賃貸していたが、Aが債務不履行に陥ったため、Xは、AがBに対して有する賃料債権(以下「本件賃料債権」という)についての差押えを申立てられ、平成4年9月21日、Bに対して差押命令が送達された。これに対して、Y会社(被告・控訴人・被上告人)は、Xの根抵当権設定登記具備に先立つ平成3年6月3日に、執行力ある公正証書に基づき、本件賃料債権についての差押えを申立て、平成3年6月5日にBに対して差押命令が送達された。執行裁判所は、X及びYの各債権額を按分した配当表を作成し、それに基づきX・Yに配当を行ったが、Xは、不当利得を主張して、Yが受領した金銭の返還請求訴訟を提起した。

2 下級審の判断

第1審(東京地判平成5年8月23日)はXが勝訴、原審(東京高判平成6年4月12日)はYが勝訴。第1審では、抵当権者が一般債権者に優先すると判断して請求を認容した。原審では、賃料債権について差押え命令が発せられると建物所有者は賃料債権の処分を禁じられ(民事執行法第145条第1項)、建物について抵当権が設定されても(建物所有権を対象とする換価権及び優先弁済権の設定は禁止されていないが)賃料債権を対象とする換価権及び優先弁済権の設定は同処分禁止に反することになるから、賃料債権に対する執行手続では差押え後に設定登記された抵当権による物上代位の権利はないものと扱われ、抵当権者(原告)は配当を受けられないと判断して、本件不当利得返還請求を棄却した。Xより上告。上告理由としては、差押えの処分禁止効を理由として、XとYとの間の按分比例による弁済を肯定した原審の法律構成は、民事執行法第145条第1項の解釈適用を誤るものであり、かつ抵当権あるいは物上代位権の本質にも悖るものである、という点が主として挙げられている。

3 最高裁の判旨

上告棄却(Y勝訴)。「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えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は一般債権者の申立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、右の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」。

2 差押え後の抵当権設定

(1) 問題提起

賃料債権が一般債権者に包括的に差し押えられていた不動産につき、抵当権が設定され、抵当権者が物上代位により差し押えた場合である。

(2) 判例

【日本判例27】最三判平成11年11月30日(民集53巻8号1965頁)

1 事案

昭和63年6月29日、訴外Aは、訴外B会社との間で、A所有の土地(以下「本件土地」と言う)についての買戻特約付売買契約(売買代金は6億3000万円余、買戻期間は5年とされている)を締結した。その際、A・B会社及び訴外C会社の合意により、Cが、買主であるBの地位を承継することにし、同月30日付で、AからCへの所有権移転登記及び買戻特約登記が経由された(同日、本件土地はAからCへと引き渡されている)。右買戻特約付売買契約において、(1)本件土地は、引渡し日から3年以内に、かつ引渡し日から5年間継続して、特定の用途(新生活文化施設用地)に供用することとし、それ以外には供用しないこと、(2)右合意内容を変更するにはAの書面による承諾を必要とし、右承諾を得ないで合意内容に違反した場合には、Aは、売買代金を返還して買い戻すことができる旨の合意(以下「本件合意」と言う)をした。その後、本件土地について、平成元年7月20日にY(被告・控訴人・被控訴人)が、平成2年4月11日にはX(原告・被控訴人・上告人)が、それぞれ根抵当権の設定を受け、その旨の登記が経由された。しかし、本件合意(1)に沿った事業が実施されなかったことから、Aは、平成4年3月12日に買戻権の行使をする旨の意思表示をなし、当該買戻しを理由として、Cに対しては所有権移転登記の未抹消登記手続及び本件土地の明渡しを、X及びYに対しては各根抵当権設定登記の抹消登記手続を、それぞれ求める訴訟(以下「別訴」と言う)を提起した。Cに対する請求については、6億3000万円余との引換給付の限度で、X及びYに対する請求については全面的に、それぞれ認容する旨の判決が下され、いずれも確定した(なお、別訴においてはYのみが控訴したが、控訴審においてもYの請求は棄却され、右判決が確定している)。そこで、Xは、平成6年12月14日に、AからCに対して支払われる買戻代金債権(以

下「本件買戻代金債権」と言う)に対して仮差押え命令を取得し、Cに対して取得した債務名義に基づいて差押命令を得た(右差押命令のAに対する送達日は同月12日)。これに対して、Yは平成8年4月23日に、物上代位に基づき本件買戻代金債権に対して差押命令を取得している(右差押え命令のAに対する送達日は同月24日)。そこで、Aは、平成8年9月18日に、債権者競合を理由として本件買戻代金債権についての供託申請をし、同日これが受理された。本件買戻代金債権について執行裁判所は、Yによる物上代位に基づく差押えがXによる差押えに優先するとの判断のもとで配当表を作成したところ、Xが配当異議訴訟を提起した。

2 下級審の判断

第1審(神戸地裁)はXの勝訴、原審(大阪高判平成10年7月31日)ではYが勝訴。X上告。上告理由は、先順位である買戻特約が実行された場合には、それに劣後する抵当権は消滅するのであり、従って買戻代金債権に対する物上代位権の行使は理論上認められるべきではない、という点にある。

3 上告審の判断

上告棄却(Y勝訴)。「買戻特約付売買の買主から目的不動産につき抵当権の設定を受けた者は、抵当権に基づく物上代位権の行使として、買戻権の行使により買主が取得した買戻代金債権を差し押さえることができる」と解するのが相当である。けだし、買戻特約の登記に後れて目的不動産に設定された抵当権は、買戻しによる目的不動産の所有権の買戻権者への復帰に伴って消滅するが、抵当権設定者である買主やその債権者等との関係においては、買戻権行使時まで抵当権が有効に存在していたことによって生じた法的効果まで買戻しによって覆滅されることはない」と解すべきであり、また、買戻代金は、実質的には買戻権の行使による目的不動産の所有権の復帰についての対価と見ることができ、目的不動産の価値変形物として、民法第372条により準用される第304条にいう目的物の売却又は滅失によって債務者が受けるべき金銭に当たるといつて差し支えないからである。

3 賃料債権の一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の所有権移転の効力

【日本判例28】最高裁平成10年3月24日(民集52巻2号399頁)

賃料債権の一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の所有権移転の効力に関する判決である。

1 事案

賃貸不動産所有者の一般債権者が自己の債権額に充つるまで将来賃料債権を包括的

に差押えた。その差押えの効力発生後に、他の債権者が代物弁済として当該建物を譲り受けた。譲受人が、差押えの処分禁止効との関係から、賃料債権の取得を差押債権者に対抗できるか否かが問題となった。

2 最高裁の判断

「建物所有者の債権者が賃料債権を差し押さえ、その効力が発生した後に、右所有者が建物を他に譲渡し賃貸人の地位が譲受人に移転した場合には、右譲受人は、建物の賃料債権を取得したことを差押債権者に対抗することができないと解すべきである」。

第6節 物上代位権の行使

1 行使方法

物上代位権の行使は、担保権の実行の一方法であるから、「担保権の存在を証する文書」を提出したときに限り開始する(民執法第193条第1項後段)。そして、執行裁判所の差押命令により、「債権執行」として開始される(民執法第193条第2項→第143条)。このように、第304条の「差押え」においては、「担保権の存在を証する文書」の提出が要求される。

2 「担保権の存在を証する文書」

抵当権者の物上代位権の行使は、抵当権の実行であることから、その開始には「担保権の存在を証する文書」(民事執行法第181条)を提出しなければならない(民事執行法第193条第1項)。ただ、その目的物が「債権」(請求権)であるため、方法的には民事執行法の「債権執行」の手続きで行われる(民事執行法第193条2項→民事執行法第143条以下)。

3 「収益執行」手続との関係

(1) 「収益執行」の意義

「収益執行」とは、抵当権の目的不動産が賃料収入等安定的に「収益」を生ずるものである場合に、抵当権者は、競売に代えて又は競売と共に、「担保不動産収益執行」を申し立てることができる(民事執行法第180条)制度である²⁸³。これは、強制執行の一

²⁸³ 近江幸治「日本法における抵当権の実行方法と優先弁済権の方法」『日中韓における

形態である「強制管理」(民事執行法93条以下)を範にとった担保権実行の方法であり、不動産から生ずる「収益」(天然果実・法定果実)収取を担保権者が管理して、それを被担保債権の弁済に充てることにより優先弁済を実現するものである²⁸⁴。

日本経済は、バブル経済が崩壊してから不動産価額は、東京都心の顕著なところで、20分の1くらいまで下落し、不動産のバブル価値を前提に設定していた抵当権は「担保割れ」を起し、金融機関は、融資金の金額回収が不可能になった。他方において、多額の融資を受けて弁済できない債務者は、債権者の実行に対して、様々な方法で執行妨害をした。このような状況の中で、多くの金融機関は、抵当権の実行をできず、また融資金も回収できずに倒産した。反面賃貸ビル業者は、融資金を弁済しないものの、テナントから毎月一定の賃料収入が入ってくることから、この賃料収入に目を付けてそれを「管理」し、そこから優先弁済を受けようとしたのが「収益執行」の方法であり、2003年に創設されたものである。収益執行は、ドイツの「強制管理」(Zwangsvverwaltung)の方法を範にとって制定されたものである。ドイツ強制管理制度は、債務名義に基づき、抵当不動産を強制的に管理し、その不動産の収益から強制的に債務の弁済をさせるものであって(ZVG164条以下)、日本の収益執行の構造もそれをならったものである。なお、収益執行は、担保不動産が生ずべき収益(果実)に担保価値を見出し、その収益を管理し、優先弁済を受ける抵当権「実行方法」であるが、それとは別に、不動産の担保評価において、単に、不動産の流通価値だけではなく、そこから生ずる「収益」をも合わせて担保価値を「評価」する方法が、1970年代頃から普及した一般的である。これは収益執行とは関係ないが、アメリカの影響を受けた担保評価方法である²⁸⁵。

(2) 物上代位との関係

物上代位権の行使による賃料債権差押手続の係属中に、他の担保権者の申立てにより賃料債権につき「収益執行」手続が開始された場合には、物上代位権に基づく差押手続は収益執行手続に吸収され、その中で配当を受けることになる(民事執行法第188条→民事執行法第93条の4)。

『抵当権の現在』167頁(成文堂、2015年)。

²⁸⁴ 近江・前掲書(注283)168頁。

²⁸⁵ 近江・前掲書(注283)168頁。

第7節 権利の競合

一 物上代位権の競合

後順位抵当権者が先に差し押さえ、先順位抵当権者の差押えが遅れた場合の優先関係である。この場合には、すでに抵当権の実体関係が登記によって公示されており、後順位抵当権者が優先するいわれはないから、「登記」の順序によって先順位抵当権者が優先すると解すべきである(仮登記担保法4条第1項)。なお、この関係と他の権利との競合の場合とを混同して考えるべきではない。

二 物上代位と質権の競合問題

1 学説

(1) 抵当権「登記」—質権「対抗要件」説

抵当権者の抵当権「登記」と質権の「対抗要件」(第三債務者への通知または承諾)具備の前後によって決するとする説である²⁸⁶。差押えは請求権を特定するものであり(特定性維持説)、物上代位権の公示は抵当権登記で足りると考えるのである²⁸⁷。槇教授は、保険事故発生以前は、設定者の処分を認め、以後は差押えを必要としつつも抵当権本来の順位での代位を認めるべきだとする²⁸⁸。

(2) 抵当権「差押え」—質権「対抗要件」説

抵当権者の抵当権登記ではなく、物上代位権による「差押え」と質権の「対抗要件」との前後によるとする説である²⁸⁹。差押の目的は、優先権の保持(優先権保全説)と物上代位権の公示にもあると考えるのである。特に、高木教授は、抵当権の目的物が物上代位原因によって債権に転化した後には抵当権設定登記が物上代位の対抗要件となると解することは妥当でなく、また、物上代位後に質権が設定された場合にはこのようには解せない、もっとも、物上代位の差押えをすると、その後に質権設定された場合には、差押えの効力により質権者は抵当権者に対抗しえない(差押えが公示方法という見解もあるが債権差押えに債権についての公示的機能はない)ので、物上代位の差押えと質権の対抗要件の先後によって決定されるとする²⁹⁰。

²⁸⁶ 鹿兒島地判昭和31・1・25下民集8巻1号114頁。

²⁸⁷ 現在の最高裁の立場、平成10・1・30につながる。

²⁸⁸ 高橋・前掲書(注228)165頁；我妻・前掲書(注151)292頁等。

²⁸⁹ 福岡高宮崎支判昭和32・8・30下民集8巻8号1619頁。

²⁹⁰ 高木・前掲書(注170)136頁。

(3) 他の見解

他に、物上代位の補充的な性格を重視し、保険金債権の担保価値に特に着目して特別の担保手段を講じていた者の保護が優先されるべきとしてこれを支持する学説²⁹¹および債権譲渡がなされた場合と比較しても債権を譲り受けた者は抵当権者に優先するが質権設定を受けただけでは抵当権者に劣後するというのでは均衡を失する(もともと、対抗要件を備えていない質権者まで保護する必要はない)という理由で賛成する説もある²⁹²。

さらに、両説は、ともに第304条第1項但書の「払渡し」に質入れがあたるかを問題とするが、むしろここでは同一目的物に対する担保権者相互の優劣が問題となっており、両者の優劣は本来の担保権の順位によって定まると解する²⁹³。

2 判例 保険金請求権上の質権と物上代位権の優劣に関する判例である。

(1) 抵当権「登記」—質権「対抗要件」説

【日本判例29】鹿兒島地判昭和32・1・25判決(下民集8巻1号114頁)

質権の対抗要件具備と抵当権の設定登記の前後により優劣を決する説である。差押えの趣旨につき特定性維持説を探ることを前提に、質入れは「払渡し」にはあたらず、物上代位権は保険金の現実的払渡しまで行使できるとして、抵当権を優先させる見解である²⁹⁴。

(2) 抵当権「差押え」—質権「対抗要件」説²⁹⁵

【日本判例30】福岡高宮崎支判昭和32・8・30(下民集8巻号1619頁)

質権の対抗要件具備と抵当権者の差押えの前後により優劣を決する説である。質入れが「払渡し」に含まれるとして、質権を優先させる見解で、実務もそれを前提としてきた。

【日本判例31】福岡地裁小倉支部判昭和55年9月11日(下民集31・9～12・890)

²⁹¹ 鎌田・前掲論文(注236)80頁。

²⁹² 桜井・前掲論文(注212)118頁。

²⁹³ 清原・前掲書(注248)39頁。

²⁹⁴ この考え方に対して、近江・前掲書(注148)143頁は、抵当権設定後は設定者が火災保険金を担保に供する乙とは實際上封ぜられることになるが、物上代位権は、抵当権から直ちに発生するというわけではなく、差押えを要件として発生するものであり、他方、債権の質権設定は、設定者に本来的に保障されている権能であることを理由に批判する。

²⁹⁵ 前掲【日本判例】最判平成10年1月30日(民集52・1・1)もこの基準として判示する。

「払渡又一引渡」に、債権譲渡・質権設定等の処分行為も含まれるから、抵当権者が優先権を保全するためには、代位物の処分行為より先に差し押さえることを要するとして、抵当権の登記と質権の対抗要件具備の先後関係で決まるものではなく、抵当権者の差押えと質権の対抗要件具備の先後関係で決まるとしている²⁹⁶。

第8節 債務者の破産

破産手続開始は債務者に対して処分禁止効を与えるだけであるので、抵当権者は物上代位権の行使ができる(最判昭和59・2・2民集38巻3号43第1頁)。債務者に「破産」手続開始があった場合、抵当権者は物上代位権を行使できるであろうか。債務者の破産手続開始は、上記した「差押え」と同じく、債務者の処分権限が制限されているにすぎない。つまり、「破産者の所有財産に対する管理処分権能が剥奪されて破産管財人に帰属せしめられるとともに、破産債権者による個別的な権利行使を禁止されることになる」だけであり、破産者の財産の所有権が譲渡されるわけではないから、「差押え」の場合と区別すべき理由はない(前掲最判昭59・2・2)。

第9節 物上代位の効果

物上代位は、担保権が本質的に有する効力であり、その本体的な効果(目的)は優先弁済を受けることである。これに関連していくつかの基本的なことを掲げておく。

1 債務不履行による発効

まず、既述したことが、物上代位権の効力が発生するのは債務者の債務不履行によってであり、それ以前に物上代位権が物的支配権を及ぼすことはない。

2 担保権本体と物上代位権との関係

次に、本体たる担保権との関係である。これらに主従の関係はないのであるから、担保権者はそのいずれを行使してもよい。

(1) 担保不動産の「売却」

²⁹⁶ 同旨として、福岡高宮崎支判昭32・8・30下民集8・8・1619。

「売却代金」に対して物上代位権を行使したときは、代金額が被担保債権額に充たない場合でも担保権は消滅し、買主は担保権の付着しない不動産を取得する。債務の残額は無担保債務となる。滅失による保険金や収用の補償金についても同様である²⁹⁷。売却代金は、担保不動産が変じたもの(代償物)であるからである。要するに、「追及力」が消滅するのである。

(2) 「賃貸」の場合

しかし、「賃貸」の場合には、その法理は当てはまらない。賃料・地代・永小作料に対して物上代位権を行使しても担保権自体は存続している²⁹⁸。「賃料」は、担保目的物の変じたものではないからである。

第10節 小括

I 物上代位の定義

日本における「物上代位」とは、担保物権の目的物が「売却・賃貸・滅失または損傷」によって、債務者が金銭その他の物(代償物)を受け取ることになったときは、担保権者は、その「代償物」に対しても権利を行使することができるとする制度である。これは、優先弁済的効力を有する先取特権(第304条)・質権および抵当権(第372条)について認められている。

日本民法は、先取特権の規定である第304条で物上代位を規定し、それを質権及び抵当権に準用している。すなわち第372条は、先取特権の物上代位に関する第304条の準用規定である。この第304条は、目的物に対する追及力が不完全な先取特権に関する規定であり、追及力の完全な抵当権にそのまま妥当するかどうかは疑問とされてきたが、物上代位の制度的仕組みや構造自体が変わるところはなく、バブル経済崩壊後、抵当不動産の担保価値が下落し、抵当権の実行が思うようにならないことから、賃料への物上代位が注目されるようになった。第304条は、売却・賃貸・滅失・損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対して、払渡しまたは引渡し前に差押えをしなければならぬと定める。そこで、代位物の範囲として、売却・賃貸・滅失・損傷の意義と物上代位の手続要件を明確にする必要がある。

²⁹⁷ 我妻・前掲書(注151)293頁。

²⁹⁸ 我妻・前掲書(注151)293頁。

II 抵当権及び物上代位の本質について

担保権は、その目的物が「売却・賃貸・滅失または損傷」によって代償物に変形したときに、どうしてその代償物に権利を行使することができるのか。これは、設定者には代償物が手に入るから損失を免れることに対し、担保権者は損失を被ることになり、公平に反する結果となるからである。従来から物上代位制度をどのように理解するかについては基本的に価値権説と特権説の2つの考え方が対立した。

しかし、価値権説にせよ物権説にせよ、それらの主張がそのまま妥当するのは、売却および滅失または損傷の場合のみであり、特に賃料に対しても物上代位ができるのが従来の学説としてはあてはまらない。さらに平成元年判決が賃料債権への物上代位を無条件的に認めて以来、価値権説と物権説は変遷し、対立及び展開した。最近の学説としては、期待権説、換価権説、新価値権説等がある。したがって、日本における抵当権の本質とは、抵当目的物の交換価値だけを把握する権利ではなく、ある面では使用・収益権限まで把握する権利として拡大された。

すなわち、抵当権の本質は「抵当目的物を処分・換価して優先弁済を受けることを内容とする換価権によって抵当目的物を交換価値を排他的支配することで担保価値を把握する物権であって、その交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配性を有する権利」として理解することができる。

III 抵当権に基づく物上代位の目的物

日本民法は、「売却・賃貸・滅失・損傷」による債権について物上代位を認めている。

売却代金に対して物上代位を行使することができるのかについては、条文の規定にも拘わらず議論があった。抵当権は、追及力を有するのにも、物上代位を認めるのは過大な保護になるから物上代位を否定すべきだとする議論があった。これに対して判例は、抵当権は、物上代位権の行使と抵当不動産の抵当権実行のいずれか一方を選択できるとして、売却代金への物上代位を認めている。不法行為により滅失、毀損が生じた場合、その損害賠償請求権は物上代位の対象となり、通説・判例は、抵当目的物に所有者が取得した損害賠償請求権に対する物上代位を肯定する。しかし、第三者が抵当目的物を侵害したとき、損害賠償請求権に対して抵当権侵害に基づく抵当権者の損害賠償請求権と所有権侵害に基づく所有権者の損害賠償請求権が競合する場合の優劣

問題が発生することも考えられるが、判例は抵当権者の損害賠償請求権を優先的に認めた。

建物の焼失によって所有者が受けるべき火災保険金請求権について物上代位を行使することができるのかについては、保険金の法的性質として、民法学者は、保険金請求権には抵当権の効力が及ぶものとし、物上代位を認めようとするが、保険法学者はこれを批判し、保険金請求権は、保険契約に基づき保険料支払いの対価として生ずるものであり、目的物の代物ないし変形物ではないとして、物上代位性を否定する。これに対して判例は火災保険請求権に対する抵当権者の物上代位を認めている。

賃料債権に対して抵当権者の物上代位を認めるべきかについては、学説及び判例の対立が激しかったが、平成元年判決がこれを無条件的に認めた。

賃料の範囲に転貸料も含まれるのかについて、抵当不動産が賃借人から転借人に転貸された場合に、転借人に対する転貸賃料債権について物上代位権を行使できるであろうか。従来の下級審では肯定・否定の2つの立場に分かれていたが、最高裁は、原則として否定説の立場に立ち、例外的に賃借人を所有者と同視できる場合にのみ肯定する態度をとった。

IV 払渡しまたは引渡し

第三債務者から債務者に対して「払渡しまたは引渡し」があれば、担保権者は、物上代位権を行使できない。この関係で問題なのは、他の一般債権者が物上代位権の目的債権に対して転付命令を受けたり、債権譲渡または相殺をした場合、これらのことが、払渡し・引渡しと同視できるであろうかが問題になる。これに対して、学説は担保物権者は転付命令を取得した後でも、目的債権が譲渡された後でも、物上代位権を行使できるが、ただ、これら新債権者(転付債権者・譲受債権者)に払渡しがあるとその請求権は消滅するから、その前でなければならぬとする。判例は、「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対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」とし、物上代位と債権譲渡の優劣について「登記」対抗要件説、すなわち、登記時基準説をとっている。

さらに、物上代位と相殺の競合についても最高裁は登記時基準説をとっている。

しかし、転付命令の場合には、転付命令が第三債務者に送達される時までに抵当権者が被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、差押え命令及び転付命令が確定したときには、転付命令が第三債務者に送達された時に被転付債権は差押え債権者の債権及び執行費用の弁済に充当されたものとみなされ、

抵当権者が被転付債権について抵当権の効力を主張することはできないものと解すべきである、と判示した。

V 差押え

差押えの趣旨について、学説は特定性維持説、優先権保全説、二面説、第三債務者保護説に分かれるが判例は、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として、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して、第三債務者説をとっている。

一般債権者の差押え後に物上代位権を行使した場合、所有権者(抵当権設定者)の賃借人に対する賃料債権につき、一般債権者が差し押えた後、抵当権者が差し押さえた場合には、差押えは債務者の処分を禁止するだけであり、それ以上の効果をもたらすものではない。したがって、抵当権者は、重ねて差し押えることができる。

V 果実に対する抵当権の効力

民法旧371条は果実についての規定として、抵当権は非占有担保であることから、果実に抵当権の効力が及ばないと定めていた。民法は、果実としか規定していないので、この果実は天然果実のみを指すのか、または法定果実をも含むのか争いがあった²⁹⁹。法定果実については、法定果実が含まれるかどうか、したがって、抵当権の効力が及ばないかどうか争いがあり、旧371条適用否定説＝物上代位適用説と旧371条適用肯定説に大別される。しかし、条文の改正によって債務不履行後には果実にも抵当権の効力が及ぶようになった。平成15年7月25日に、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」が成立し、「担保不動産収益執行」が創設され、抵当権者は賃料債権に対して、民法第371条を用いて実行手段として担保不動産収益執行を活用することができ、第372条を用いて賃料債権に物上代位を行使することもできるようになった。収益執行手続は、物上代位権の行使による賃料債権差押手続の係属中に、他の担保権者の申立てにより賃料債権につき「収益執行」手続が開始された場合には、物上代位権に基づく差押手続は収益執行手続に吸収され、その中で配当を受けることになる。

²⁹⁹ 我妻・前掲書(注151)276～282頁；鳥谷部・前掲論文(注4)85頁。

第3章 ドイツにおける賃料等に関する抵当権の効力

第1節 序説

ドイツ法には、物上代位の多くの諸問題が存在するが、ドイツ法上、「物上代位³⁰⁰」それ自体を定義する規定は存在しない³⁰¹。ドイツ民法は、担保物権の領域においてのみならず、その他の物権、債務法、家族法および相続法の領域においても物上代位を認める規定を有している³⁰²。ドイツの物上代位制度は、他人の占有・管理のもとにある財産の法律関係において重要な意義を有し、物上代位制度に関する多くの研究は家族法の領域に関するものであり、担保物権法³⁰³における物上代位制度それ自体に対して詳細に論じたものは少ないが³⁰⁴、本研究は、担保物権の物上代位を考察することに限定して検討したい³⁰⁵。

BGBは、不動産担保物権として、抵当権、土地債務および定期土地債務の三形態を認めているが³⁰⁶、土地債務および定期土地債務に関しては、法律に別段の定めがない限り、抵当権に関する諸規定が準用される³⁰⁷。抵当権に関して、抵当目的物の賃貸³⁰⁸及び抵当目的物について、保険契約締結された場合³⁰⁹において物上代位を認めている。また、民法施行法は抵当目的物の公用徴収³¹⁰においても物上代位を認めている。ドイツ法上は抵当権の実行は強制執行法に従って行われ、債務名義を必要とする³¹¹。その債務名義を取得するためには登記が必要になる³¹²。

³⁰⁰ 賃料への抵当権の効力として説明する学者が多数であるが、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(1)法学研究80巻3号22頁(2007年)；新田宗吉「物上代位に関する一考察(4)－抵当権の物上代位を中心として－」法学研究304号14頁(明治学院法学, 1988年)等の論文では物上代位効として説明しているのでそれに基づいて「物上代位」という言葉を使う。

³⁰¹ 水津・前掲論文(注300)22頁。

³⁰² 新田・前掲論文(注300)14頁。

³⁰³ ドイツ担保法の最新研究として、鳥谷部茂「担保法の国際的動向－担保制度の多様性と共通性をめぐる比較研究－」比較法研究77号(比較法学会, 2015年)参考。

³⁰⁴ 新田・前掲論文(注300)14～15頁。

³⁰⁵ 担保物権以外の法領域における物上代位に関しては、新田・前掲論文(注300)25～48頁。

³⁰⁶ BGB第1192条及び第1200条。この三形態の不動産担保物権の性質等については、山田晟『ドイツ法概論民法Ⅱ〔第3版〕』191頁以下(有斐閣, 1987年)参照。

³⁰⁷ 抵当権と土地債務の両者の性質については、古積健三郎『換価権としての抵当権』72頁以下(弘文堂, 2013年)参照。

³⁰⁸ 第1123条～第1125条。

³⁰⁹ 第1127条～第1129条。

³¹⁰ 民法施行法第53条。

³¹¹ 山田・前掲書(注306)242頁。

³¹² 新田・前掲論文(注300)14項。

第2節 抵当権に基づく物上代位の概観

I 抵当権に基づく物上代位の定義

一 民法第1123条の基本構造

ドイツ法における抵当権に基づく物上代位を検討するのは、次のような意義がある。まず、賃料債権への物上代位³¹³を検討することによって、第1、ドイツ民法において、抵当権の効力が賃料債権にまで及ぶ³¹⁴のは、天然果実が抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に含まれること³¹⁵を前提に、天然果実が抵当権の効力から離脱することの「代償」として考えられる³¹⁶。その理論的な説明を検討することで、代償・填補的な構成の正当性あるいは問題点を把握できる³¹⁷。第2、賃料債権への抵当権の実行についてドイツ法では強制管理と債権執行が可能であるが、両方の手続が存在する理由を検討することで、日本法で担保不動産収益執行と物上代位の手続が並存することの比較法的な検討が可能となる。さらに、債権執行の問題点に対するドイツ法の対処は、日本法において指摘されている実務的な問題点に対する解決の参考となる³¹⁸。

第3節 抵当権に基づく物上代位の目的物

I 「売却」による代金債権

一 抵当権実行における競落金

1 論理の構成

抵当権の実行は、原則として強制執行手続³¹⁹による。抵当権者は、強制執行手続に従って、抵当不動産に対する強制競売あるいは強制管理のいずれかの方法によって、抵当権者は被担保債権に対して優先弁済を受けることができる。しかし、強制管理においては、抵当不動産の収益をもって抵当権者の被担保債権の優先弁済にあてることになるので、物上代位の問題は発生せず、物上代位が問題となるのは強制競売である。この抵当権に基づく強制競売に関しては物上代位を定める明文の規定は、BGBにも、強

³¹³ 田中克志『抵当権効力論』（信山社，2002年）では、これを賃料債権への抵当権の効力として説明している。

³¹⁴ BGB第1123条第1項。

³¹⁵ BGB第1120条本文。

³¹⁶ 鈴木・前掲書（注199）4～6頁。

³¹⁷ 中田・前掲論文（注153）206頁；水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎（2）法学研究80巻4号51頁（2007年）。

³¹⁸ 中田・前掲論文（注153）216頁；鳥谷部・前掲論文（注303）27頁。

³¹⁹ BGB第1147条。

制競売強制管理法(以下ZVGと略称する)にも存在しないが、学説、判例は物上代位を肯定する³²⁰。

すなわち、強制競売においては、競落の許可決定により不動産上から抵当権は消滅するが³²¹、競落人が裁判所に支払った競落金は抵当目的物であった不動産に代るものとなり、競落人が配当期日に競落金を裁判所に支払わないときは、執行債務者の競落人に対する競落金支払債権が土地に代って抵当権を負担すると解される。したがって、不動産上に存在していた従来の法律関係は、物上代位によって競落金の上に存続することになり、抵当権者は、抵当不動産に代わった競落金から被担保債権につき優先弁済を受ける権利を物上代位によって取得すると解されている³²²。

2 債務名義の性質

抵当権の実行は、債務名義を必要とする。この場合、抵当権者が抵当不動産に対して自己の物権的換価権を行使することがその目的であるので、ここでの債務名義は、抵当権者の物権的権利の実現のための権限を抵当権者に与えることを証明する必要がある。したがって、債務名義は、被担保債権の支払いを表示したものである物的債務名義を必要とする³²³。

3 競落金に対して取得した権利の性質

競落金に対して取得した権利の性質について、抵当権と本質的に同じ物権的権利なのか、それとも抵当権とは性質が異なる権利と解するべきかについては見解の争いがある。この問題は競落金の上に取得した権利の譲渡方法及び差押方法の問題と関連がある。

通説及び判例は、競落金の上に取得した権利の性質を抵当権とは異なる権利、すなわち、抵当不動産の所有者であった執行債務者に対する債権と解している。その理由として、①競落許可決定により不動産は抵当権の拘束を免れること、②物権の種類は法律で定められているものに限定されていること、③競落金の上の権利は不動産の上の権利ではないということ等に求めている。

通説及び判例によると、①競落許可決定後に抵当権者が競落金の上の権利を譲渡す

³²⁰ 新田・前掲論文(注300)147頁。

³²¹ ZVG第52条、同91条。

³²² 新田・前掲論文(注300)147～149頁。

³²³ 新田宗吉「物上代位に関する一考察(二)－抵当権の物上代位を中心として－」明治学院論叢法学研究311号149項(明治学院大学法学会、1980年)。

る場合には、抵当権者は通常の債権譲渡の形式³²⁴に従って譲渡することができる。②競落許可決定後に抵当権者が被担保債権を譲渡したときは、競落金から優先弁済を受ける権利も譲受人に移転する³²⁵。③競落許可決定後には、競落金の上の権利もまた抵当権者の責任財産を構成するので、強制執行の目的物となり、この場合における差押の方法は、通常 of 金銭債権に対する差押³²⁶に従う。

二 抵当不動産の賃貸における賃料債権

1 問題提起

ドイツ法における賃料債権への物上代位を認める根拠は何なのか。ドイツ法においては、抵当権の効力は原則として土地の天然果実に及ぶが³²⁷、抵当権設定後に抵当目的物である土地が用益賃貸された場合、用益賃借人の果実収取権に対し、抵当権実行のための強制競売ないし強制管理のための差押の効力は及ばない³²⁸。そこで、BGB第1123条第1項は、抵当権の責任を負担するはずであった天然果実が抵当地の賃貸により抵当権の責任を免れることになる結果、賃料債権を土地の天然果実の代位物として賃料債権に抵当権の効力が及ぶものとした。賃料債権に対する物上代位を検討する前提として、ドイツ法における抵当権の効力の範囲を検討した後、賃料債権への物上代位を認めた根拠を検討する。

2 抵当目的物への抵当権の効力

BGB第1113条³²⁹及び第1114条³³⁰は、抵当目的物への抵当権の効力を定めている。第1113条 [抵当権の内容] の第1項は、「土地は、権利者に対して、同人の債権の満足のために一定の金額が支給されるようにするための負担の目的となることができる」と規定していて、第1114条 [持分の設定] は、「土地の持分は、不動産登記法第3条第6項に定められた場合を除いては、それが共有者の持分である場合に限り、それに対して抵当権を設定することができる」と規定している。したがって、抵当権の効力は、その

³²⁴ BGB第399条以下。

³²⁵ BGB第401条。

³²⁶ ZPO第829条。

³²⁷ BGB第1120条。

³²⁸ ZVG第21条3項、同152条2項。

³²⁹ Eickmann, Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch Band 6 Sachenrecht 4. Aufl., 2002, S. 1753ff.

³³⁰ Eickmann・前掲書(注329)S. 1771ff.

目的物適格性を有する「抵当目的物」、すなわち「土地」並びに「共有者の持分としての土地部分」に及ぶ(BGB第1113条及び第1114条)、とされている。ドイツ民法上、抵当権の目的物としては、「土地」(BGB第1113条)並びに「共有者の持分としての土地部分」(BGB第1114条)のみが、その目的物「適格性」を有する、とされている。換言すれば、その両者を目的物としてのみ、抵当権は設定することができる。したがって、抵当権の効力は、抵当目的物たる「土地」並びに「共有者の持分としての土地部分」に及ぶ、こととなる³³¹。

3 天然果実に対する抵当権の効力

(1) 未分離の天然果実等への抵当権の効力

BGB第93条³³²及び第94条³³³は、未分離の天然果実等に対して原則的に抵当権の効力が及ぶことを定めている。BGB第93条[物の本質的構成部分]は「物の多数の構成部分が、何らかの部分の毀滅し又は其の本質を変ずるにあらざれば、之を分離することはざるときは(本質的構成部分)、之を特別なる権利の目的となすことを得ず。」と規定する。さらに、BGB第94条は、土地又は建物の本質的構成部分に関する規定として、「①土地の定着物、特に付着されている土地の産出物は土地の本質的構成部分に属する。種子は種蒔きによって、植物は植栽によって土地の本質的構成部分とされる。②建物の建築のために付加された物は建物の本質的構成部分に属する。」としている。

すなわち、ドイツ民法における土地上の抵当権の効力は、BGB第93条及び第94条によって、目的土地より生じた天然果実及びその他の本質的な構成部分に及んで、これは、建物等の土地の定着物、さらには土地より生じた未分離の天然果実は、土地の本質的構成部分とされ、それ自体が特別の権利の目的物たることができない。したがって、建物及び未分離の天然果実等は、土地と同一の法律的運命、あるいは同一の法的処理の下に委ねられることになる。かくして、土地上の抵当権の効力は建物及び未分離の天然果実等に及ぶことになる。BGB第93条及び第94条の規定の趣旨から、法論理上当然の帰結である。なお、「未分離の天然果実等」の土地構成部分が抵当権設定時点以降生じたものであっても土地上の抵当権の効力がこれらに及ぶことになる。抵当権設定時点の前後を問わず、それが未分離の土地構成部分として生じ、そして存在する限りにおいて、土地上の抵当権の効力がこれらに及ぶことになる。また、付言すれば、土

³³¹ 斎藤和夫「賃料債権」上への抵当権の物上代位—日本民法上の「収益型」物上代位(民法三七二条・三〇四条)の特異な「問題性」— 法学研究63巻12号208頁(1990年)。

³³² Eickmann・前掲書(注329)S. 920ff.

³³³ Eickmann・前掲書(注329)S. 929ff.

地所有権と結合する権利、たとえば地役権や物権的先買権は土地の構成部分とみなされている(BGB第96条³³⁴)。したがって、土地上の抵当権の効力は、同様に、これらの地役権等にも及ぶ、と解されている³³⁵。

(2) 分離した天然果実等への抵当権の効力

1) 原則

BGB第1120条の本文³³⁶は、「抵当権は土地より分離したる土地の産出物と其の他の構成部分に及ぶ」と規定している。これは、原則として目的土地より「分離した天然果実」及び「その他の土地構成部分」にも拡張的に及ぶことを認めている³³⁷。

この条文について、BGBの基礎となった第一草案の起草態度を明らかにしている理由は、抵当権は土地に対する権利として全ての構成部分を把握しているのであるから、ある構成部分と全体との間の結合が消滅するだけでは、その構成部分は抵当権の効力から離脱しないのであり、抵当権の物権的性質はまさにこの点において、所有権に基づく使用収益権の行使では、原則として抵当権の存続に影響を及ぼすことはできず、せいぜい事実上変更できるにすぎないという最も重要な意味を有しているとする³³⁸。

³³⁴ Eickmann・前掲書(注329)S. 950ff.

³³⁵ 斎藤・前掲論文(注331)208～209頁。

³³⁶ F.Wenzel, Erman Buergerliches GesetzBuch, Band II, 12neu. Aufl. 2008, S. 3991ff., Bassenge, Palandt Buergerliches Gesetzbuch, Band 7, 67neu., Aufl. 2008, S. 1487ff.; Eickmann・前掲書(注329)S. 1805ff.; Eickmann, Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch Band 6 Sachenrecht 4, Aufl., 2004, S. 1805ff.; Zimmer, BGB Band 3 Sachenrecht, 2004, S. 1017ff.; Rohe, Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch Band 2, 2003, S. 2070ff.

³³⁷ 斎藤・前掲論文(注331)208～209頁; 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(一)」大阪学院大学法学研究23巻2号(1997年)111頁で占部教授は、「従来のローマ法では、分離された果実は新たに独立した権利対象になると考えて、将来分離される果実には抵当権の効力が及ばないとし、分離された果実についての所有権を不動産所有者が取得することを条件としてのみ、その不動産と一緒にこれを質入できるに過ぎなかった。しかし当時各ラントで妥当していたラント諸法は、このような構成を採用せず、抵当不動産の所有者や賃借人の経済的利益を考慮しながらも、特別な合意を待たず当然に分離果実に対して抵当権の効力が及ぶとしていた」という。

³³⁸ 占部・前掲論文(注337)111～112頁; 斎藤・前掲論文(注331)209～210頁で斎藤教授はこの規定の趣旨として「天然果実及びその他の土地構成部分は、それが土地より未分離の状態におかれている限りでは、土地の本質的構成部分として、理論上当然に、土地上の抵当権の効力の下に服せしめられていた。それが土地と一体化した一部分として、土地上の抵当権の効力の下に、服せしめられていた、のである。このことを前提とすれば、天然果実及びその他の土地構成部分が、土地より分離し、独立の物となったときにおいても、それが依然として土地所有者の所有に帰するものとされている限りでは(BGB1120条但書の制約)、それらをやはり土地上の抵当権の効力の下に服せしめるべきものであること、「抵当権と土地所有者間の利益調整」、ひいては「土地上

2) 例外

BGB第1120条の但書³³⁹は、「但し、第954条乃至第957条に従い其の分離と共に土地の所有者又は自主占有者以外の者の所有に帰するときは此の限に在らず」と規定し、法律の定める一定の場合には、土地上の抵当権の効力は、目的土地より分離した天然果実等には及ばないとして例外を認めている³⁴⁰。

3) 検討

すなわち、ドイツ民法における土地上の抵当権の効力は、分離した天然果実等に拡張的に及ぶのが原則であるが、その例外として、その分離時において、分離した天然果実等がBGB第954～第957条により土地所有者あるいは自主占有者以外の第三者の所有に帰するものとされているときには、土地上の抵当権の効力は、分離した天然果実等には及ばないことになる³⁴¹。

整理すると、土地の所有者でない者がその土地の産出物の所有権を取得する場合に関するBGB第954条乃至第957条の規定に基づき、土地の所有者ないし自主占有者以外の者が分離によって果実の所有権を取得する場合には、当該分離果実には例外的に抵当

の抵当権の効力の確実化」、という視点よりすれば、合理的解決といえる、からである。なお、「分離した天然果実等」上への抵当権の効力の拡張は、抵当目的物たる土地よりの分離時において、既にそれらが抵当権の効力の下にあったということを、一つの要件とするものである。」という。

³³⁹ F. Wenzel・前掲書(注336)S. 3991ff. ; Bassenge・前掲書(注336)S. 1487ff. ; Eickmann・前掲書(注329)S. 1805ff. ; Eickmann・前掲書(注336)S. 1805ff. ; Zimmer・前掲書(注336)S. 1017ff. ; Rohe・前掲書(注336)S. 2070ff.

³⁴⁰ 斎藤・前掲論文(注331)209～210頁。

³⁴¹ Eickmann・前掲書(注329)S. 1008ff. ; 斎藤・前掲論文(注331)210～211頁で、斎藤教授は、「より具体的には、抵当土地上に債権的な果実収取権を有する「第三者(果実収取権者)」が存在するときには、土地より「分離した天然果実等」はその分離と同時にこの「第三者(果実収取権者)」の所有に帰せしめられることとなり、そのようなときには土地上の抵当権の効力は「分離した天然果実等」には及ばない、とされているのである。—ここで、債権的あるいは物権的な果実収取権を有する「第三者」とは、たとえば①「包括収益権者(Nieβbraucher)」(BGB1530 f.)、②「用益賃借人(Pachter)」(BGB581 f.)、③所有者やこれらの者より特に果実収取権を与えられた者、等を意味している。したがって、抵当土地上に「果実収取権者」が存在するときには、「分離した天然果実等」はこの者の所有に帰せしめられ、しかも「分離した天然果実等」は、抵当権の効力(抵当責任)より免除される結果となっている、といえよう。なお、第三者の債権的な果実収取権が抵当権設定時点以降生じているときにも、土地上の抵当権の効力は「分離した天然果実等」には及ばない、とされている。同様に、第三者の物権的な果実収取が抵当権設定時点以降生じているときにも、土地上の抵当権の効力は「分離した天然果実等」には及ばない」という。

権の効力が及ばないこととしたのである。これは、抵当不動産が用益賃借(Pacht)されている場合に、果実取得の対価として抵当不動産の用益賃料(Pachtzins)を支払っている用益賃借人を保護するためである³⁴²。

4 法定果実(賃料債権)に対する抵当権の効力

(1) 抵当権の拡張的効力としての物上代位

BGB第1123条³⁴³は、「土地が使用又は用益賃貸されている場合に抵当権は使用又は用益賃料債権に及ぶ」と規定して、土地上の抵当権の効力は、目的不動産より生じた「賃料債権」(法定果実)に拡張的に及ぶとされており、これは、「物上代位主義」の妥当性に基づいて「賃料債権」上への抵当権の物上代位を承認したものである³⁴⁴。

すなわち、ドイツ民法における土地上の抵当権の効力は、未分離の天然果実等並びに分離した天然果実等に及ぶ(抵当権者保護の視点)。しかし、分離した天然果実等が目的土地上の用益賃借人等の果実収取権に委ねられてしまうときには、土地上の抵当権の効力は分離した天然果実等には及ばない(用益賃借人保護の視点)ことになる。かくして、分離した天然果実等が土地上の抵当権の効力から解放されたことの代償物として、抵当権者の利益保護の視点より、賃料債権への抵当権の効力的拡張が承認されることになる³⁴⁵。これは、物上代位主義の妥当に基づくものである³⁴⁶。

³⁴² 占部・前掲論文(注337)111～112頁。

³⁴³ F. Wenzel・前掲書(注336)S. 3993ff. ; Eickmann・前掲書(注344)S. 1823ff. , Hans Wolfsteiner, J. von Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebegesetzen, Buch 3 Sachenrecht 2002, S. 183ff. ; Bassenge・前掲書(注336) S. 1489ff. ; Eickmann・前掲書(注336) S. 1823ff. , Zimmer・前掲書(注336) S. 1023ff. ; Rohe・前掲書(注336)S. 2074ff.

³⁴⁴ なお、ドイツ民法上、賃貸借は使用賃貸借と用益賃貸借の二つに区分される。前者にあつては、賃借人は目的物の使用のみをなすものであり(BGB535条)、後者にあつては、賃借人は目的物の使用のみならず、目的物よりの果実の収取をもなすものである(BGB 581条1項)。前者に関する諸規定の多くは、後者にも準用されており(BGB581条2項の準用規定)、両者間にはそれ程の差違は存在していない。斎藤・前掲論文(注331)211頁。

³⁴⁵ BGB制定後の学説は次のようなものである。用益賃料債権の責任は用益賃貸人に与えられるべき果実の責任の代わりとなる。果実はZVG二一条三項の規定によって抵当権者の介入から剥奪される。したがって、用益賃料債権はまさに土地が用益賃貸されていない場合の果実のように責任を負う。同様のことが使用賃料債権にも当てはまる。用益は不動産の差押えにもかかわらず使用賃借人に留まり、使用賃料債権は使用賃借人に与えられるべき用益の代わりとなる(シュトレッカー)。エンネクツェルスは代償原理という用語を使う。抵当権によって担保化された土地が賃貸された場合、抵当権は土地の法定果実としての賃料債権に及ぶ。それは代償原理によって根拠付けられる。つまり、用益賃貸によって抵当権の負担なく用益賃借人のものになる天然果実の代わりに、用益債権が責任を負う。さらに賃貸借は差押えによって短縮させられないので、

(2) 賃料の事前処分規制

1) 問題提起

BGB第1124条は、賃料の包括債権譲渡のような賃料の事前処分に対する物上代位に関する条文である。

ドイツ民法は、第1123条第1項を根拠にして抵当権の効力が及ぶ賃料債権を第1124条第1項に基づいて抵当不動産所有者が自由に徴収ないし処分することができるとする。しかし、事前処分については、第1124条第2項の本文に従って抵当権に基づく差押え時以降の期間に関する部分は抵当権者に対して原則として無効であるとしながら、ただ、とりわけ賃料の不払いを回避するという抵当不動産所有者の経済的利益保護の観点から、第1124条第2項の但書によって、月の15日以後に差押えがなされた場合の翌月分に関してはなお抵当権者にも対抗できるという枠組みで規制している³⁴⁷。すなわち、まず、使用・収益権を抵当不動産所有者にとどめるという抵当権の特性に忠実に、賃料債権を自由に処分するという利益を抵当不動産所有者に認めることを原則としつつ、濫用されやすい事前処分に関しては、ごく限られた合理的場合を除き抵当権者に対抗し得ないとする事で抵当権者の利益を保護しており、もって両者の利益のバランスを図っているといえよう³⁴⁸。

2) BGB第1124条第1項³⁴⁹

BGB第1124条第1項は、「賃料が抵当権者のために差押えされる前に、取立又は差押え前に他の方法によって処分されたときには、その処分は抵当債権者に対して効力が及ぶ。処分が第三者に債権譲渡された場合にはその債権の責任は消滅する；第三者が債権に対して権利を取得した場合にはその権利は抵当権に優先する」と規定する。

賃貸による使用は使用賃料請求権の責任によって補償されると。また、アイクマンは、強制競売における土地の差押えは賃借人の権利に干渉しないので、代償原理により補償として用益または使用賃料債権は抵当権者に対して責任を負うと述べる。プオルフシュタイナーは、賃借人は差押えによって賃借権及び果実収取に関して侵害されず、その代わりに抵当権者に対して相当する賃料債権が責任を負うとして、中田・前掲論文(注198)220～221頁。

³⁴⁶ 斎藤・前掲論文(注331)211頁。

³⁴⁷ 田中・前掲書(注313)194～195頁；鳥谷部・前掲論文(注303)25～26頁。

³⁴⁸ 田中・前掲書(注313)195～196頁。

³⁴⁹ F. Wenzel・前掲論文(注336)S. 3991ff. ; Bassenge・前掲書(注336)S. 1488 ff. ; Eickmann・前掲書(注344)S. 1827ff. ; Zimmer・前掲書(注336)S. 1025ff. ; Rohe・前掲書(注336)S. 2071ff.

この賃料という法定果実の処分に関するBGB第1124条第1項を検討するにあたっては、天然果実の処分に関して規定するBGB第1121条第1項と対比するのが有益である。なぜなら、BGB第1121条第1項は、「土地の産出物が、債権者の利益のために差押えられる以前に、譲渡または土地より搬出されたときは担保の責を免る」と規定しているところ、天然・法定果実の差押え前の処分の有効性につきパラレルに考えているといえるからである。このことは、両規定の趣旨についても同様であると解される。

すなわち、天然果実の処分を認める第1121条第1項の趣旨は、これを認めないと、事実上抵当不動産所有者の通常の経済活動は不可能となり、抵当不動産所有者の生活上の必要と矛盾することになるので、天然果実の処分権限をなおも抵当不動産所有者に留保すべきであるという点にある。このことは、法定果実である賃料についても同様に妥当することから、賃料債権もまた、抵当権者のために差し押さえられるまでは、抵当不動産所有者はこれを自由に処分できなければならないのである³⁵⁰。

以上から、ドイツ民法は、天然果実の搬出と賃料の徴収・処分を、原則として同視しており³⁵¹、さらにドイツ民法は、先に述べた抵当不動産所有者の生活上の必要性に基づく賃料処分の保障という第1124条第1項の趣旨を十全ならしめるため、「此の処分が第三者への賃料債権の譲渡なるときは、其の債権の担保の責任は消滅する³⁵²」と規定し、賃料債権の譲受人に対しても何らの追及をなし得ないことを保障している³⁵³。

3) BGB第1124条第2項³⁵⁴

もっとも、天然果実がその分離前には譲渡することができず³⁵⁵、ま成熟期の1カ月前にならないと差押えることもできない³⁵⁶のと異なり、賃料債権の履行期前の処分にはかかる制約はないので、賃料債権については、抵当不動産所有者の処分権限を一定程度制約する方を別途論ずる必要がある³⁵⁷。

かかる要請に基づいて、BGB第1124条第2項は、「処分が差押えの当時の翌月後の期

³⁵⁰ F. Wenzel・前掲書(注336)S. 3995ff. ; Bassenge・前掲書(注336)S. 1489ff. , Rohe・前掲書(注336)S. 2074ff.

³⁵¹ 占部・前掲論文(注337)116頁。

³⁵² 同項第2文前段。

³⁵³ 占部・前掲論文(注337)116頁。

³⁵⁴ F. Wenzel・前掲書(注336)S. 3995ff. ; Bassenge・前掲書(注336)S. 1489ff. ; Eickmann・前掲書(注344)S. 1805ff. ; Zimmer・前掲書(注336)S. 1025ff. ; Rohe・前掲書(注336)S. 2074ff.

³⁵⁵ BGB第93条。

³⁵⁶ ZVG第810条。

³⁵⁷ 占部・前掲論文(注337)116頁。

間に対する賃料を目的としてした場合には、その処分は抵当債権者に対して効力を有せず；但し、差押えが月の15日以後になされたときは、此の処分は其の翌月分についての賃料に関する限りは其の効力を有す」と規定している。前述のように、賃料不払いの回避という一定の合理的必要性に裏付けられたごく短期間分の事前徴収³⁵⁸については、抵当権者にも対抗し得るとしておく必要があるので、その但書において例外のさらに例外を認めている³⁵⁹。

賃料の事前処分に対する1915年改正後のドイツ判例法理の展開をみると、こうして1915年改正により、賃料の事前処分規制は強化されたのであるが、その一方で、一定の賃料前払いを保護するという解釈論上の例外を認めるドイツ判例法理が形成・展開されていった。その過程をごく大まかに区分すると、①契約に基づく賃料の前払いは抵当権者等にも対抗できるとする立場をライヒ裁判所が採用していた1915年改正から第2次世界大戦前までの時期、②第2次世界大戦後、連邦通常裁判所がライヒ裁判所の立場を法律構成上は追認しつつ、大戦後の深刻な住宅不足に伴い「建築費用協力金」を抛出することを余儀なくされた賃借人と抵当権者との利害調整を図ろうとする1954年ころまでの時期及び③賃料を前払いした賃借人保護の根拠を前払賃料が建築費用協力金として現実に抵当不動産の価値を高めたことに求める立場(価値上昇説)を連邦通常裁判所が採用するに至る1954年以降の時期というように3つに区分することが可能である³⁶⁰。

こうしたドイツ判例法理の到達点である、連邦通常裁判所が抵当権者等に対抗できるとする賃料の前払いの要件は、次のようにまとめることができる。すなわち、①問題となる給付の提供と元々の賃料債務との相殺による賃料前払いの合意が、賃貸借当事者間において、実際に、原則として給付の提供前になされていること、②その給付が、当初より賃貸不動産上の建物の解体・新築のために用いられることが定められていること及び③不動産の価値が実際に上昇していることの3要件である³⁶¹。

(5) 抵当権者の物上代位による差押え

賃料債権に対する物上代位の行使要件として、抵当権者による差押が必要である。差押えの意義について、抵当権の効力は賃料債権に当然に及ぶが、土地所有権者の経

³⁵⁸ これを認める以上当該賃料債権の譲渡・質入についても同様である。

³⁵⁹ 賃料債権に関する効力規定の立法過程については、田中・前掲書(注313)197～214頁が詳細である。

³⁶⁰ 1915年のBGB等改正については、田中・前掲書(注313)215～222頁。

³⁶¹ 田中・前掲書(注313)222頁。

済活動の自由を保障するために、所有者に賃料債権の処分権を与えた。そこで抵当権者が賃料債権から自己の債権の弁済を受けるためには、賃料債権に対する所有者の処分を禁止すると同時に、賃借人の所有者に対する賃料の支払いを禁止するという決定的手段を必要とすることが差押を要求した理由である。したがって、抵当権者が自ら他の債権者に先立ってあるいは賃料債権が処分される前に差押えることによって、抵当権者は賃料債権に対して自己の優先的地位を保全することができる³⁶²。抵当権者は、差押前には、賃料債権への物上代位の異議を述べることも仮処分を求めることもできない³⁶³。賃料債権に対する債権執行においても、抵当権に基づく仮差押えは認められない。したがって、抵当権設定者は差押え前であれば、自由に賃料債権の取立て、譲渡、質入れその他の処分をすることができ、それらの処分により賃料債権に対する抵当責任は消滅あるいは劣後する³⁶⁴。強制管理の仮処分は、第三者の干渉からの防御として必要な場合に認められる。

ここでの物上代位権の目的物は、金銭それ自体ではなく、金銭債権と捉えられているので、代位物の特定の存在を維持するというに差押の意義があるのではなく、BGBが規定する差押があれば、抵当権者は賃料債権から弁済を受けることができるが、強制競売のための土地の差押の効力は賃料債権に及ばない³⁶⁵。したがって、強制競売においては、抵当権者はさらに債権執行手続に従って賃料債権を差し押えなければ、賃料債権から自己の債権の弁済をうけることができない³⁶⁶。

これに対して、強制管理のためになす土地の差押の効力は賃料債権に及ぶ³⁶⁷ので、抵当権者は重ねて賃料債権を差し押える必要はない。しかし、土地の差押は賃借人に通知されないので、賃借人に対する関係においては、その差押の効力は、さらに抵当権者の申請に基づいて執行裁判所より賃借人に対して支払禁止命令が発せられるか、あるいは、その他の方法によって土地の差押を賃借人が知ったときに生ずる³⁶⁸。そして、差押えの効力が生じた後においては、管理人は賃料を取り立てることができ、取

³⁶² 新田・前掲論文(注300)153頁。

³⁶³ しかし、抵当権による賃料債権への動産執行の差押えに関しては、学説の支配的見解は、賃料債権について動産執行の差押えを認めるという。中田・前掲論文(注153)221頁。

³⁶⁴ 水津・前掲論文(注300)53頁。

³⁶⁵ ZVG第21条3項。

³⁶⁶ 新田・前掲論文(注323)154頁。

³⁶⁷ ZVG第148条1項。

³⁶⁸ ZVG第146条1項、第22条条2項前段。

り立てた金銭を抵当権者に配当として支払うことになる³⁶⁹。

三 抵当目的物の損害保険金

1 根拠規定

BGB第1127条第1項は、抵当目的物について、その所有権者あるいは自主占有権者(以下被保険者と称する)が保険契約を締結した場合、抵当権は保険金債権に及ぶことを定めている。さらに、第1128条は、抵当権の効力の及ぶ建物に保険契約が締結された場合、第1129条は建物以外の物で抵当権の効力の及ぶ物に保険契約が締結された場合に対して規定している。ついで、第1130条は、建物およびそれ以外の物に対する保険契約において、保険金が被保険物の復元のためにのみ支払われる旨の特約がなされた場合において、この特約の抵当権者に対する効力について規定する³⁷⁰。

2 第1127条の内容

BGB第1127条第1項は、保険金債権に対する物上代位を一般的に規定する。その趣旨は、抵当権のような土地上の負担および土地とともに権利を負担する物の負担は、土地等の消滅とともに消滅し、その土地等の上の負担は、土地等の代償請求権の上には存続しないという原則を採用したが、BGB第1127条ないし第1130条は抵当権者のために原則の例外を認めた。例外として、保険金債権に対して抵当権の物上代位を認めた理由は、①これを認めることが実際上の要請であったこと、②公平に適うということにある³⁷¹。

3 保険金債権への抵当権の効力が及ぶ時期

BGB第1127条1項の解釈としては、保険金債権は、抵当権設定前に保険契約が締結したときは、抵当権設定の時、抵当権設定後に保険契約が締結したときは、保険契約の締結の時から、それぞれ抵当権の責任を負担するのであって、保険事故の発生によって保険金債権が現実発生した時からではないと解されている³⁷²。

4 被保険物が原状回復または再調達された場合の保険金債権に対する抵当権の効力

³⁶⁹ ZVG第155条。

³⁷⁰ 新田・前掲論文(注323)159頁。

³⁷¹ 新田・前掲論文(注323)159頁。

³⁷² 新田・前掲論文(注323)159頁。

BGB第1127条2項は、被保険物が原状回復あるいは再調達されたときは、保険金債権の抵当権に対する責任が消滅する旨を規定する。2項は、被保険建物が再築された場合ないし被保険従物等が再調達された場合などに適用される。2項は、被保険物が再築あるいは再調達されることによって原状回復された場合には、抵当権は再築された建物あるいは再調達されたものに当然に効力を及ぼすということ、および、保険金債権を被保険物の代位物と促える限り、被保険物が再築あるいは再調達されたときは、保険金債権は抵当権に対する責任を免れなければならないということに基づく³⁷³。ところで、BGB第1127条2項および第1130条が適用されない限り、保険金債権に対する物上代位が認められることになるが、BGBは、さらに、建物保険とその他の物の保険とを区別して、それぞれについて詳細に規定する。

5 建物保険

(1) 債権質権の準用

抵当権の効力の及ぶ建物に保険契約が締結されたときは、保険金債権に対する抵当権の物上代位については債権質権に関する規定が準用される³⁷⁴。したがって、抵当権者は保険金債権の上に質権を有するものとして扱われる。

質権の規定が準用されることによって発生する主要な点は、①保険金債権に対する被保険者の処分は禁じられる³⁷⁵。②抵当権者は保険金債権を差押えをしなくても、それに対して物上代位権を行使することができる。

(2) 保険事故が発生したときに被担保債権の弁済期が到来しない場合

保険事故が発生したときに被担保債権の弁済期が未到来のため抵当権実行の要件を具備しない場合においては、保険金支払義務者、すなわち、保険者は、抵当権者と被保険者の双方の共同のためにのみ保険金を給付しなければならず³⁷⁶、被保険者のみに対する給付は抵当権者の同意があったときにのみ抵当権者に対しても有効な弁済となる。さらに、抵当権者と被保険者は、いずれも保険者に対して双方の共同のためにのみ保険金の給付を請求することができることにとどまり³⁷⁷、被保険者は、抵当権者の同意があったときにのみ、自己単独への給付を請求することができる。

³⁷³ 新田・前掲論文(注323)160頁。

³⁷⁴ BGB第1128条3項。

³⁷⁵ BGB第1127条。

³⁷⁶ BGB第1281条の準用。

³⁷⁷ BGB第1281条の準用。

(3) 保険事故が発生したときに被担保債権の弁済期が到来した場合

これに対して、保険事故が発生したとき、既に被担保債権の弁済期が到来しているなどの抵当権の実行の要件が具備されているときは、保険者は抵当権者に対してのみ保険金を給付しなければならず³⁷⁸、抵当権者の同意があったときにのみ被保険者へ給付することができる。また、抵当権者は保険者に対して自己へ給付することを請求することができる³⁷⁹、被保険者は、抵当権者の同意を得たときにのみ自己への給付を請求することができる。

(4) 利害関係の調節

しかしながら、BGBは、抵当権者・被保険者・保険者のそれぞれが保険金債権に関して有する利益を調和させるために、債権質権に妥当する原則を修正している。

第1に、保険者または被保険者が抵当権者に対して保険事故の発生を通知してから1ヶ月以内に抵当権者が保険者に対して被保険者へ保険金を支払うことについて異議を述べなかったときは、保険者は被保険者に給付ことができ、この給付は抵当権者に対しても有効な弁済となる³⁸⁰。保険事故の発生の通知後に、抵当権者より異議が述べられることがなく1ヶ月経過したときは、一方において保険者は抵当権者の同意がなくても被保険者への給付を可能にすること、他方において、保険金債権に関して、抵当権者の同意がなくても被保険者の処分を可能にすることを意味する。なお、期間内に抵当権者が異議を述べたときは、保険者は保険金を供託することによってのみ債務を免れることができる³⁸¹。

第2に、抵当権者が保険者に対して抵当権の存在の届出をしていた場合においては、BGB第1128条1項前段の適用ではなく、その場合には、抵当権者が保険者に対して被保険者への支払につき書面の同意を与えたときにのみ、保険者の被保険者への支払いは抵当権者に対しても有効な弁済となる³⁸²。

第3に、保険者が抵当権の存在を知らず、被保険者に支払った場合においても、登記簿から抵当権の存在を知ることができる場合には、保険者は抵当権者に対して抵当権

³⁷⁸ BGB第1282条の準用。

³⁷⁹ BGB第1282条の準用。

³⁸⁰ BGB第1128条前段。

³⁸¹ 新田・前掲論文(注323)161～162頁。

³⁸² BGB第1128条2項。

の存在についての不知を主張することができない³⁸³。この場合においては、保険者は抵当権者に保険金をさらに支払わなければならない。

第4に、保険契約において、保険金が被保険物の原状回復のためにのみ支払われる旨の特約がなされた場合、この特約は抵当権者に対しても有効である³⁸⁴。

(5) BGB第1128条3項の但書の意味

BGB第1128条3項は「其ノ他ハ質入シタル債権ニ関スル規定ヲ適用ス。但シ、保険者ハ不動産登記簿ヨリ知り得ベキ抵当権ニ付其ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ズ」と規定する。ここでは、但書の規定を検討する。第一草案においては、但書に相応する規定は存在せず、そこでは債権譲渡に関する規定を準用していた³⁸⁵。その理由としては、建物保険金債権については被保険者の処分を認めないことを当然の前提としながら、保険金債権においては、保険者が抵当権の存在を知らず、善意で被保険者に保険金を支払った場合において、この善意の弁済を保護することが必要であること、また、抵当権の存在は登記簿から知ることができるという理由から、抵当権の存在は保険者において知られているものとみなされなければならないという考え方を否定することになった³⁸⁶。

しかし、第二委員会において、債権譲渡に関する規定を準用する規定が削除されて、現行BGB第1128条3項の但書が採用されることになった。それは次のような考慮からである。すたわち、第一草案に従うと、抵当権者あるいは公証人が抵当権の存在を保険者に通知するなどの方法によって、保険者の被保険者に対する善意の弁済を妨げなければならないことになるが、そのような通知という方法を規定することは困難であり、保険者は被保険物が一般的に抵当権の目的物となっていること、しかも、保険金債権が抵当権によって拘束されていることを知っていなければならないので、保険者に保険金の支払前に登記簿をみて抵当権の存在について調査することを期待しても不当ではないということからである。しかし、保険者にはそれ以上のことは要求されない。つまり、保険者は登記簿の記載に従って行動すれば、責任を免れるという結論も導かれることになる。以上に述べたことから、登記を要求した趣旨は、登記に関する公信力を保険者の弁済にも適用して保険者の責任を緩和しながら、他方において、保険者の被保険者への善意弁済の要件を厳しくするためであって、したがって、登記の意義

³⁸³ BGB第1128条3項。

³⁸⁴ BGB第1130条。

³⁸⁵ 同草案1070条2項。

³⁸⁶ 新田・前掲論文(注323)163頁。

は抵当権者と保険者との間の法律関係を処理することにあると考えられる³⁸⁷。

6 建物以外の物の保険

(1) 賃料債権への物上代位の準用

抵当権の効力の及ぶ天然果実ないし従物等につき保険契約が締結された場合における保険金債権に対する物上代位については、賃料債権に対する物上代位に準じて処理される³⁸⁸。したがって、保険金債権が土地の差押えがなく、その満期から1年を経過したとき³⁸⁹、あるいは、差押前に保険金債権が所有者において取立てないし処分されたときは³⁹⁰、保険金債権に対する抵当権の効力は消滅する。すなわち、保険金債権に対して物上代位権を行使するためには、抵当権者のための差押が必要であり、差押前においては、被保険者は保険金債権に対して処分権を有する³⁹¹。

(2) 物上代位の行使の要件としての差押

物上代位の行使の要件として差押を要求した理由は以下のとおりである。BGBは、抵当権の効力が及ぶ天然果実ないし従物等については差押前においては所有権者に処分権を与え³⁹²、他方において、天然果実等に関する保険金債権を、それらの代位物として物上代位を認めた。そこで、保険金債権についても天然果実等の場合と同じく差押前においては所有権者に処分権を与えることが論理的であること、およびそのように処理することが実際の要請に合致するということ、つまり、所有権者に処分権を与えることは、所有権者が滅失・損傷された天然果実等の再調達を可能にするが、このことは現実の要請であるということに基づく³⁹³。

(3) 両者の差異

天然果実等の保険金債権に対する物上代位には賃料債権に対するそれに関する規定が準用されているが、両者の間には次の点において法的処理が異なる。すなわち、抵当権の実行としての強制競売のための土地の差押の効力は、賃料債権に及ばないのに

³⁸⁷ 新田・前掲論文(注323)163頁。

³⁸⁸ BGB第1129条。

³⁸⁹ BGB第1123条2項前段の準用。

³⁹⁰ BGB第1124条2項の準用。

³⁹¹ 新田・前掲論文(注323)164頁。

³⁹² BGB第1120ないし第1122条。

³⁹³ 新田・前掲論文(注323)164頁。

対して、保険金債権に対しては及ぶということである³⁹⁴。ただ、保険金債権における保険者との関係での差押の効力は、保険者が差押を知ったときあるいは保険者に支払禁止命令が送達されたときに発生する³⁹⁵。したがって、賃料債権においては、抵当権者は土地の差押の他に賃料債権を差し押えなければそれから弁済をうけることができないのに対して、保険金債権においては、土地の差押があれば、重ねて保険金債権を差し押えなくてもそれから弁済をうけることができる。なお、保険契約における保険金、被保険物の原状回復のためにのみ支払われる旨の特約があった場合、この特約は抵当権者に対しても有効として扱われることについては次に述べるとおりである³⁹⁶。

(4) 保険契約での保険金が被保険物の原状回復のためにのみ支払われる旨の特約の効力

かかる特約が保険者と被保険者との間において締結された場合においては、この特約は抵当権者に対しても有効である。したがって、この特約に基づいて保険者が被保険者に保険金を支払ったときは、この支払いは抵当権者に対しても有効となる³⁹⁷。すなわち、かかる特約がなされていたときには、BGB第1127条ないし第1129条の適用はない³⁹⁸。

(5) BGB第1130条の意義

BGB第1130条は以下に述べる考慮に基づく。すなわち、保険金は主として被保険物の原状回復のために利用されるのが通常であるので、抵当権者の利益は特約によって十分に満足させられる。また、とくに建物の火災保険においては、保険金は建物の再築のために利用されるのが一般的であり、しかも、保険金は再建築の進行状況に応じて分割して支払われる。また、被保険者は、再建築に着手する前に、焼失した建物の残骸を除去するため、あるいは、建築材料を調達するために保険金の一部の支払いをうけることを必要とする。以上に述べたことが特約の効力を抵当権者に対しても有効とした実際上の理由であるが、その法律的な背景としては、ドイツ法においては、建物は土地の構成部分として扱われているということである。つまり、土地抵当権の効力はその地上建物に当然に及ぶので、建物が焼失した後再建築されたときは、土地抵当

³⁹⁴ ZVG第21条1項参照。

³⁹⁵ ZVG第22条2項後段。

³⁹⁶ 新田・前掲論文(注323)164～165頁。

³⁹⁷ BGB第1130条。

³⁹⁸ 新田・前掲論文(注323)165頁。

権の効力は再建築された建物に当然に及ぶ。したがって、特約の効力を抵当権者に対抗させても抵当権者の利益は害されないことになる³⁹⁹。

四 公用徴収における補償金

1 根拠規定

抵当権の目的物が国あるいは地方公共団体によって強制収用された場合において、所有者が取得する補償金債権に対する物上代位について、民法施行法(以下EGBGBと略称する)第53条は三つの場合に分けて詳細に規定する。

2 抵当目的物である土地が収用された場合における補償金債権

抵当目的物である土地が収用された場合における補償金債権に関しては、建物に保険が付された場合に関するBGB第1128条が準用されるので⁴⁰⁰、建物保険に関して述べたことが妥当するが、この場合とは以下に述べる点において異なる。すなわち、抵当権者が所有者または収用者から収用の事実の通知を受領した後一ヶ月以内に、所有者への補償金の支払いにつき異議を述べたときは、所有者および抵当地に物権的権利を有する者(後順位抵当権者等)は、裁判所に対して配当手続の開始を申立てることができる⁴⁰¹。そして、申立があった場合には、補償金支払義務者は配当手続の管轄裁判所に補償金を支払わなければならない⁴⁰²。

3 抵当権の効力の及ぶ動産が公用徴収された場合

抵当権の効力の及ぶ動産が公用徴収された場合、その補償として現物が所有権者に与えられた場合、または、抵当目的物の一部が公共のために侵害された場合⁴⁰³において抵当目的物が原状回復された場合には、なお、その上に所有権者に補償金が与えられる場合においては、補償金債権に対する物上代位は認められない⁴⁰⁴。なぜならば、この場合においては、抵当権は補償として与えられた動産および原状回復されたものに対して当然にその効力を及ぼすので、これ以上の保護を抵当権者に与える必要はないからである。

³⁹⁹ 新田・前掲論文(注323)166頁。

⁴⁰⁰ EGBGB第53条1項前段。

⁴⁰¹ EGBGB第53条1項2文。

⁴⁰² EGBGB第53条1項3文。

⁴⁰³ たとえば、抵当権の効力の及ぶ建物の一部が公共のために毀損された場合などである。

⁴⁰⁴ EGBGB第53条2項前段。

4 公共の利益のために抵当目的物の利用が制限された場合

公共の利益のために抵当目的物の利用が制限された場合、あるいは、抵当権の効力の及ぶ天然果実および従物が収用ないし侵害された場合において、所有権者に補償金が与えられる場合においては、この補償金債権に対する物上代位に関しては賃料債権に関するBGB第1123条2項1文および第1124条1項、3項が準用される⁴⁰⁵。したがって、賃料債権に対する物上代位について述べたことが妥当する⁴⁰⁶。

五 不法行為に基づく損害賠償金

1 問題提起

BGBは、第三者の故意・過失により抵当目的物が滅失・損傷された場合において、所有者が取得する損害賠償債権に対する物上代位を認めていない。しかし、第三者の不法行為により抵当目的物の担保価値が減少された場合には、抵当権者には物権法上の保護と不法行為法上の保護とが与えられている。以下で検討する。

2 物権法上の保護

第三者の不法行為により抵当目的物の担保価値が減少された態様としては、主として抵当権の効力の及ぶ建物および従物等の滅失・毀損などであるが、これらの場合において、抵当権者は以下に述べるような物権法上の保護をうけることができる。抵当権者は、設定者に対して一定の期間を定めて抵当目的物の交換価値を減少させている危険を除去することを請求することができる⁴⁰⁷。その際、抵当目的物を原状に回復させることも請求できると解され、一定期間内に所有者が既述の危険を除去および原状回復をしなかったときは、抵当権者は、被担保債権の弁済期がまだ到来していない場合でも、直ちに抵当権を実行することができる⁴⁰⁸。しかし、その要件としては、危険の除去ないし原状回復がなされないために、抵当権を実行しても、抵当権者が被担保債権につき完全な満足を受けることができないという事情のあることが必要とされる⁴⁰⁹。

⁴⁰⁵ EGBGB第53条2項2文。

⁴⁰⁶ 新田・前掲論文(注323)170～171頁。

⁴⁰⁷ BGB第1133条1文。

⁴⁰⁸ BGB第1133条2文、BGB第1135条。

⁴⁰⁹ 新田・前掲論文(注323)172頁。

3 不法行為法上の保護

抵当権もBGB第823条1項所定の「その他の権利」に含まれると解されているので、抵当権者は抵当目的物の加害者である第三者に対して不法行為に基づいて損害賠償債権を取得する。ところで、ドイツ法においては、不法行為に基づく損害賠償の内容は、第一次的には原状回復、第二次的に金銭賠償である。したがって、第1に、抵当権者は加害者に対して原状回復を請求することができる。第2に、原状回復が不可能である場合ないし加害者が原状回復義務の履行を怠っている場合には、抵当権者は、加害者に対して原状回復に代えて金銭による賠償を請求することができる。この金銭賠償に関する法律関係については必ずしも明らかではないが、次のように処理されるものと思われる。物権法上の保護のように、第三者の不法行為の場合においても、抵当権者は、BGB第1133条所定の要件を満たすことによって抵当権を実行することができる。そうすると、その実行において得られた競落金を、不法行為がなかった場合に得られると予想される競落金から差し引いた金額が抵当権者の被った損害ということになる。したがって、抵当権者は加害者に損害の賠償を請求することができる。もちろん、抵当権の実行によって抵当権者が被担保債権につき完全な満足を受けたときには、抵当権者のもとには損害は発生しないことは言うまでもない。なお、金銭賠償の場合においては、所有権者も加害者に対して所有権侵害に基づく損害賠償債権を取得することになり、抵当権者のそれとの競合が生ずることになるが、この問題の処理については明らかではない⁴¹⁰。

4 検討

以上のように、ドイツ法においては、第三者の不法行為による抵当目的物の価値の減少に対する抵当権者の保護は、物権法上および不法行為法上の問題として処理されるので、物上代位を認めなかったものと理解することができる⁴¹¹。

第4節 抵当権者の物上代位による差押え

抵当権者の差押え前において、抵当権者は賃料債権への物上代位の場合には異議を

⁴¹⁰ 新田・前掲論文(注323)173頁。

⁴¹¹ 新田・前掲論文(注323)173頁。

述べることも仮処分を求めることもできない⁴¹²。賃料債権に対する債権執行においても、抵当権に基づく仮差押えは認められない。したがって、抵当権設定者は差押え前であれば、自由に賃料債権の取立て、譲渡、質入れその他の処分をすることができ、それらの処分により賃料債権に対する抵当責任は消滅あるいは劣後する⁴¹³。

強制管理の仮処分は、第三者の干渉からの防御として必要な場合に認められる。それに対して、建物についての保険金への物上代位の場合には、抵当権者は異議を述べる(widersprechen)ことができる(BGB第1128条⁴¹⁴)。しかし、同じ保険金への物上代位であっても、建物以外の物、土地の従物や天然果実についての保険の場合には、BGB第1123条、第1124条の規定が準用される(BGB第1129条⁴¹⁵)。したがって、BGBは建物とそれ以外の目的物とで実体法・執行法上、異なる扱いをしており、それは、土地の従物や天然果実の処分が設定者に委ねられている以上、それらについての保険金請求権は抵当権者の差押えまで設定者が自由に処分できるからだとしている⁴¹⁶。

第5節 賃料債権への執行方法

BGB第1草案1057条は、「抵当権は、債権者に対して期限が到来している債権が抵当権のついた土地及び共に担保責任を負う目的物から土地の強制管理および強制競売の方法で取立てる請求権を基礎付ける」と規定したが、BGB第2草案1054条でまた「土地及び抵当権が及んでいる目的物からの債権者の満足は強制執行の方法で実行される」と規定した⁴¹⁷。この規定はそのままBGB第1147条になった⁴¹⁸。

執行法に委ねられた抵当権の執行方法は、民事訴訟手続法の改正に関する法律草案757条A2項により「目的物は、それが従物である限り、動産執行により差押えられない。他の目的物は不動産における強制執行の方法での差押えがなされない限り、動産にお

⁴¹² しかし、抵当権による賃料債権への動産執行の差押えに関しては、学説の支配的見解は、賃料債権について動産執行の差押えを認めるという。中田・前掲論文(注198)221頁。

⁴¹³ 水津・前掲論文(注317)53頁。

⁴¹⁴ F. Wenzel・前掲書(注336)S. 3998ff. ; Eickmann・前掲書(注344)S. 1840ff. ; Bassenge・前掲書(注336)S. 1491ff. ; Eickmann・前掲書(注336)S. 1841ff. ; Zimmer・前掲書(注336)S. 1032ff. ; Rohe・前掲書(注336)S. 2077ff.。

⁴¹⁵ F. Wenzel・前掲書(注336)S. 4000ff. ; Eickmann・前掲書(注344)S. 1843ff. ; Bassenge・前掲書(注336)S. 1492ff. ; Eickmann・前掲書(注336)S. 1843ff. ; Zimmer・前掲書(注336)S. 1034ff. ; Rohe・前掲書(注336)S. 2077ff.。

⁴¹⁶ 中田・前掲論文(注153)221頁。

⁴¹⁷ 田中・前掲書(注313)197～204頁。

⁴¹⁸ Eickmann・前掲書(注344)S. 1906ff. ; 中田・前掲論文(注153)221頁。

ける強制執行に服する」と規定しながら、説明として、「BGB第1147条により、抵当権者の満足は土地及びBGB第1120条以下により抵当権が及んでいる目的物から強制執行の方法でなされる。土地と抵当権が及ぶ目的物との間に存在する関係により、目的物を土地から分離することになる強制執行を制限する場合が正当化される。しかし、他方で問題の目的物に関して動産の強制執行を進める権限が債権者に与えられない状態にするのは行き過ぎであり、債務者の利益にも債権者の利益にも合致しない。特に、債権者は土地に関係する使用または用益賃料債権に関して強制管理の開始のみに手続が制限されるわけではない」と説明しながらそのままZivilprozessordnung(民事訴訟法、ZPO)第865条第2項に規定された。したがって、抵当権の実行は強制管理・強制競売に限られない、とされる⁴¹⁹。

第6節 強制管理

強制管理に関する規定は、現行ドイツ法において、強制管理制度につき、ZVG第146条から第161条までの16カ条によって規定されている⁴²⁰。

1 沿革の概要

強制管理制度は、従来から多くのラント法において認められていたところ、第1草案は、強制管理独自の規定を設けつつ必要に応じて強制競売に関する規定の準用をも行うという体裁をとるプロイセン、ザクセン及びバイエルンの規定方法を採用した。この第1草案が採用した強制管理制度が、基本的構造はそのままに、数次の改正を経て現行の上記条項となっている⁴²¹。

⁴¹⁹ 中田・前掲論文(注153)222頁。

⁴²⁰ 田中・前掲書(注313)195頁。

⁴²¹ BGB第2草案および強制執行法の規定と関連して、BGB草案第2読会の批判を受けて、第2草案1031条、1032条、1034条は以下のように規定する。「1031条(1)土地が使用又は用益賃貸されている場合には、抵当権は使用又は用益賃料債権に及ぶ。(2)債権の期限が到来している場合には、先に抵当権者のために差押えが実行されないならば、期限の到来後一年の経過によって債権は担保の責任から自由になる。使用又は用益賃料が前払いされている場合、免責は差押えの当期及び次期四半期以後の期間に対する使用又は用益賃料に及ばない。1032条(1)使用又は用益賃料が抵当権者のために差押えられる前に取立てられたか、または、差押え前にそれについてその他処分がなされたならば、処分は抵当権者に対して有効である。処分が第三者への債権の譲渡であるな

2 現行強制管理制度の概要

現行の強制管理制度の概要は、次のとおりである。強制管理開始命令により強制管理制度が開始し(ZVG第146条)、不動産の差押えによって債務者(所有者)は不動産の管理・利用権限を喪失し(同第148条第2項)、当該不動産は裁判所に選任された管理人(VewrAlter)に引き渡され、又は占有に関する権限が与えられる。管理人は、選任以降、当該不動産の管理・運営にあたり、不動産の経済的状态を維持しつつ、通常の用法に従った利用を行うこととされ、そのために必要な行為一切を行う権利を有し義務を負う(ZVG第152条第1項)。具体的には、管理人は、執行債務者の権利を行使することができることから、賃借人から賃料を取り立てることができる。かかる賃料をはじめとする当該不動産の利用により得られた収益及び管理に際し不要であるとして金銭化された収益は、まず管理経費及び手続費用に支弁され(ZVG第155条第1項)、残余につきZVG第10条第1項第1号～第5号に掲げる請求権の区分・順位に応じて配当される(同第155条第2項)。抵当権者の請求権は、ZVG第10条第1項第4号の「不動産上の権利に基づく請求権」に当たるため、第4順位の請求権として配当を受けることになる。この第4順位を含む第2順位から第4順位に関してはZVG第155条第2項第2段による制限があり、抵当権者の請求権に関しては、当期の利息等のみが第4順位の対象とされ、元本については「債権者の請求権であって、以上の各等級のいずれかにおいて弁済されないもの」として

らば、債権における担保の責任は消滅する。第三者が債権の上に権利を設定したならば、それは抵当権者に対して優先する。(2)処分は、これが差押えの当期四半期及び次期四半期以後の期間に対する使用又は用益賃料に関係する限り抵当権者に対して無効である。(3)土地が債権を除いて譲渡されたならばそれは第三者への債権の譲渡と同様に扱われる。1034条継続的給付を求める権利が土地の所有権に関係するならば、抵当権はこの給付請求権に及ぶ。1031条2項1文、1032条1項、3項、1033条の規定を準用する。差押えの後三ヶ月してはじめて期限が到来する給付請求権について差押えの前に実行された処分は、抵当権者に対して無効である」。第3草案1031条、1032条、1034条は、ほぼそのままBGB1123条、1124条、1126条として制定された。強制競売及び強制管理手続における賃借人の地位については、不動産への強制執行に関する法律案193条2項2文に、「土地が使用又は用益賃借人に引き渡されている限り、管理人は使用又は用益賃借契約の基準に従ってのみ明渡を請求できる」と規定された。その理由書は、「使用又は用益賃借人に与えられた特別な保護は、BGB1069条4号の結果であり、すでにその条文の理由付けにおいて詳述されている」と述べる。結局、Gesetüber die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung(強制競売及び強制管理に関する法律、以下ZVGと略す)152条2項は、「差押え前に使用又は用益賃借人に土地が引き渡されているならば、使用又は用益賃借契約は管理人に対しても有効である」と規定する。土地の用益の代わりとして抵当権が使用又は用益賃料債権に及ぶという考えは、執行法においても維持された。中田・前掲論文(注153)219～220頁。

第5順位の扱いとされる。管理人は、利害関係人に対し責任を負っており、毎年及び管理終了後に行う裁判所に対する計算報告書の提出を通じて、債権者・債務者に計算報告を行わなければならない(ZVG第154条)、裁判所は、管理人の指示・監督を行うとともに管理人の受けるべき報酬を確定する(同第153条)⁴²²。

3 強制管理と物上代位による債権差押えとの調整

強制管理と物上代位による債権差押えとの調整に関しては、強制管理が先行している場合には物上代位による差押えは許されず(ZVG第148条参照)、他方、物上代位による債権差押えが先行している場合にも他の抵当権者は強制管理の申立てが可能であり、この場合、BGB第1124条の範囲内では物上代位による債権差押えの効力が認められるも、その範囲は厳格に制限されている。よって、ドイツ法においては、「賃料収受」の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一次的なものとして考えられているといえる⁴²³。

4 強制管理の効用

強制管理の効用としては、次の5点が挙げられる。

強制管理の効用の第1は、制度本来の目的でもある対象不動産の収益から債権者が債権的満足(の一部)を得ることである。

効用の第2は、管理人に抵当不動産の維持・保存等の適正な管理行為を行わせることで抵当不動産の荒廃を防ぐことである。

効用の第3は、管理人を入れることで事後の担保不動産の価値減少行為や第三者を利用した妨害行為を予防できることである。

効用の第4は、管理人には当該不動産の維持・保存のみならず、合理的な収益を産み出すことが求められている関係で、より収益性を高めるために必要な改良行為まで行われることで抵当不動産の客観的価値が高まることである。

効用の第5は、強制管理によって抵当不動産が維持・保存又は改良されることで競落

⁴²² 新井剛「ドイツ強制管理制度(一) - 担保不動産収益執行制度のための捕獲法的考察 - 」大阪学院大学法学研究31巻1・2号250～252頁(2005年)。

⁴²³ 新井・前掲論文(注422)250～252頁。

代金がより高額となることである⁴²⁴。

5 強制管理制度の短所及び手当て

上記のとおり、強制管理制度には収益からの債権回収という第一次的目的とは別に、所有者ないし第三者による妨害的行為を防止・排除するとともに当該不動産の維持・保存ないし改良行為によって売却価格を上昇させるという大きな副次的効果が認められる。しかしながら、かかる強制管理制度の短所の1つとしてしばしば指摘されてきたのは、費用、とりわけ管理人の報酬及び経費が比較的高額である点であった。こうした点に対する配慮から、現行ZVG第150条Aには申立債権者の職員を無報酬の管理人として選任するよう執行裁判所に提案することができる規定が設けられており、かかる短所の緩和措置が施されるに至っている⁴²⁵。

6 利用状況

ドイツ法の強制管理制度は1世紀以上の歴史を有するところ、戦前である1904年から1913年までの統計では7751件から1万4763件へと増加しており、戦後である1958年から1967年までの統計では1611件から1103件まで減少後再び増加に転じ2371件まで増加している。また、その後となる1982年から2002年までの統計では4909件から多少の増減を繰り返しつつ緩やかに増加していき2002年には過去最大の3万3700件を記録している。強制管理利用件数の動向は総じて経済の好況時には減少し、不況時には増加するという傾向が見られる⁴²⁶。

第7節 小括

1 賃料債権に対する抵当権の効力

抵当権の効力が賃料債権にまで及ぼされるべきであるとして、具体的にいかなる範囲の賃料債権にまで抵当権の効力は及ぶのかを検討する。現行ドイツ物権法におけ

⁴²⁴ 新井剛「ドイツ強制管理制度(二・完) - 担保不動産収益執行制度のための捕獲法的考察 - 」大阪学院大学法学研究32巻1号128~130頁(2005年)。

⁴²⁵ 新井・前掲論文(注424)138~145頁。

⁴²⁶ 新井・前掲論文(注424)138~145頁。

る物上代位性は一般的にはなく個別規定により認められる⁴²⁷。

土地上の抵当権の効力は、「未分離の天然果実等」並びに「分離した天然果実等」に及ぶ(抵当権者保護の視点)、とされている。しかし、「分離した天然果実等」が目的土地上の用益賃借人等の果実収取権に委ねられてしまうときには、土地上の抵当権の効力は「分離した天然果実等」には及ばない(用益賃借人保護の視点)、とされている。かくして、ここで、「分離した天然果実等」が土地上の抵当権の効力から解放されたこと、いわば、代償(みかえり)として、抵当権者の利益保護の視点より、「賃料債権」への抵当権の効力的拡張が承認されたのである。これは、代償原理または物上代位に基づくものである⁴²⁸。すなわち、ドイツ民法上、土地上の抵当権の効力は「目的土地」や「その本質的構成部分」に及ぶが、それを本来的効力とすれば、その拡張的効力として、目的土地等以外の法律の定める一定の動産や債権にも土地上の抵当権の効力が及ぶものとされている。

2 土地上の抵当権の効力の目的物

土地上の抵当権の効力は、①土地より分離した天然果実及びその他の土地構成部分(BGB第1120条～第1122条)、②土地を主物とする従物(同上)、③賃料債権(BGB第1123～第1125条)、④土地所有権と結合する回帰的給付請求権(BGB第1126条)、⑤保険金債権(BGB第1127条～第1130条)、⑥BGB第890条第2項の規定により加筆された土地(BGB第1131条)にも、拡張的に及ぶ、とされている。ここでは、「目的土地」や「その本質的構成部分」に加えて、⑦それらと経済的一体性を有する動産や債権、あるいはその価値的代償性を有する債権等にも、土地上の抵当権の効力が拡張されている。以上の七種の客体中、その拡張的効力の立法趣旨はそれぞれ個別に異なっているが、「賃料債権」(③)並びに「保険金債権」(⑤)の二種については、「物上代位主義」の妥当に基づくものなのである。したがって、物上代位とは、抵当権の拡張的効力の一つとして位置付けられている、という点に注目されよう。

3 差押え

抵当権者の物上代位による差押えと関連して、抵当権者は差押え前には、賃料債権への異議を述べることも、仮処分を求めることもできない。賃料債権に対する動産執行においても、抵当権に基づく仮差押えは認められない。それに対して、建物への保

⁴²⁷ 中田・前掲論文(注153)217頁。

⁴²⁸ 斎藤・前掲論文(注331)211頁；中田・前掲論文(注153)220～221頁。

険金には、抵当権者が異議を述べることができるが、同じ保険金への物上代位であっても、建物以外の目的物には、抵当権者が異議を述べることができない。したがって、抵当権設定者は差押え前であれば、自由に賃料債権の取立て、譲渡、質入れその他の処分をすることができ、それらの処分により賃料債権に対する抵当責任は消滅あるいは劣後する。

4 賃料の事前処分規制

以上の検討から明らかなように、ドイツ法にあつては、まずその法規制として原則として抵当不動産所有者に賃料の処分権能を認めつつ、特に濫用のおそれの高い事前処分に関しては、ごく短期間の例外的場合を除き抵当権者に対して効力を有しないというように抵当不動産所有者と抵当権者との利害調整が明文の形でなされ、さらにこれを一定要件を満たす合理的な前払いに限り新たに事前処分規制の例外として許容するという判例法理が補っている。しかし、ドイツ法では、抵当不動産の維持・保存のために必要な管理費等に相当する部分については賃料の差押えを制限することで、抵当不動産の荒廃等を防ぐという合理的な規制がなされている⁴²⁹。

5 強制管理

抵当権者の賃料債権への執行方法は、BGB第1147条、ZPO第865条第2項の規定にしたがつて強制管理・強制競売による。

以上のとおり、ドイツ法においては、1世紀以上に及ぶ強制管理制度の歴史があり、その中で比較的合理性・公平性の高い制度として構築・運用されてきたものといえる。とりわけ、収益からの債権回収という第一次的目的とは別に、所有者ないし第三者による妨害的行為を防止・排除するとともに当該不動産の維持・保存ないし改良行為によって売却価格を上昇させるという大きな副次的効果があるため、近時の経済不況の影響もあつて近年は3万件を超す年間利用件数がある⁴³⁰。強制管理と物上代位による債権差押えとの調整に関しては、強制管理が先行している場合には物上代位による差押えは許されず、一方、物上代位による債権差押えが先行している場合にも他の抵当権者は強制管理の申立てが可能であり、この場合、BGB第1124条の範囲内では物上代位に

⁴²⁹ 新井・前掲論文(注424)138～145頁。

⁴³⁰ 新井・前掲論文(注424)138～145頁。

よる債権差押えの効力が認められるも、その範囲は厳格に制限されているので賃料収受の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一的なものとして考えられている。

第四章 検討

第1節 韓国法の検討

I 賃料等に関する目的物の範囲

一 賃料

韓国の旧民法第342条には、物上代位の目的物の範囲を「売却・賃貸によって受けるべき金銭その他の物」まで含まれていたが立法過程から削除された。前述したように、物上代位の目的物の範囲が縮小された理由としては、追及力を有する担保物権には、目的物に追及して本来の権利を行使することができる限り物上代位を認める必要がないとか、担保物権設定者の目的物利用権を確保するためであるとする。

通説は、物上代位とは公平の観念から認められるので、担保物の価値が滅失または減少して、所有者が別途の価値を取得しながら担保の拘束を免れるのに反して、担保権者は優先権を喪失する損失を受けることになって公平を失う場合に限り認められるものである。すなわち、抵当目的物に対して抵当権を事実上(滅失または毀損)または法律上(共通徴収)行使することができなくなった場合に認められるもので、目的物の交換価値が具体化された場合でも担保権者が担保物に追及することができる場合には認める必要がないという。

さらに、韓国民法は、日本民法とは異なり先取特権制度がなく、売却代金・賃料及びその他の目的物上に設定された用益物権の対価について、これを認める明文の規定もない。したがって、物上代位権を行使することができないと解釈するのが妥当であるという。

二 賃料以外

1 韓国民法は、「滅失・損傷及び公用徴収」による債権には物上代位を認める一方、売却・賃貸には抵当権の物上代位を認めない。韓国民法第342条の規定によって、担保目的物が毀損または公用徴収によって消滅し、金銭その他の物が生じることを要件とする。このような要件が満たされれば、法律の規定により当然に物上代位が成立する。すなわち、抵当権の効力である優先弁済的効力が代位物に当然に及ぶことになる。

滅失・毀損の意味について、物理的な滅失・毀損に限らず、法的な意味の滅失・毀

損も含まれる⁴³¹。さらに滅失・毀損の原因は問わない。滅失・毀損による第三者の賠償(または補償)義務の根拠は問わない。第三者の賠償義務が不法行為によるものにも、契約または法律の規定による土地収用補償金請求権、土地徴発の補償金請求権なども含まれる。

担保目的物の価値の一部が滅失した場合には、物理的な変形に至らない単なる毀損または目的物の一部滅失の場合には、その滅失・毀損された部分の価値変形物に対して物上代位が発生するとともに、目的物の残存部分については抵当権の不可分性により従来の抵当権が存続することになる⁴³²。

2 保険金請求権の問題であるが、抵当権が設定されている目的物について抵当権設定者が自己のために損害保険契約を締結した後、保険事故でその目的物が滅失・毀損した場合、抵当権者が抵当権設定者、つまり被保険者が受け取る保険金請求権にも物上代位権を行使することができるかについて民法と商法に明文の規定がなくて見解が対立していることは前述した。

大法院は、火災保険金請求債権が物上代位の目的となる差押えを当然の前提として判示してきたし⁴³³、抵当権設定者が保険会社に対して火災保険契約に基づく保険金請求権を取得した場合、その保険金請求権は、抵当目的物が持つ価値の変形物になるため、抵当権者は、民法第370条、第342条の規定により抵当権設定の保険会社の保険金請求権について物上代位権の行使をすることができるとするのが相当である⁴³⁴と判示し、譲渡担保権の場合にも保険金請求権の物上代位を肯定した⁴³⁵。

民法改正試案第342条第1項は、抵当権者は、目的物の滅失、毀損あるいは公用徴収により質権設定者が受ける保険金その他の金銭や物にも質権を設定することができるとして物上代位の対象に保険金を追加した。

保険金請求権は物権の滅失あるいは毀損によって当然に発生するのではなく、保険契約を締結して保険料の支給に対する反対給付である。すなわち、保険契約の効果として発生し、保険金請求権に関する目的物の滅失、毀損は保険契約で定めた保険事故の発生を意味するにすぎないし、その結果、これに対する抵当権者の物上代位は否定の余地があるので、理論的には物上代位否定説が妥当である考えられるが、抵当権者

⁴³¹ 李相泰・前掲論文(注19)178頁。

⁴³² 金仁洙・前掲論文(注30)11頁。

⁴³³ 大判2004. 2. 13. 宣告2002ダ72712。

⁴³⁴ 大判2004. 12. 24. 宣告2004ダ52798。

⁴³⁵ 大判2009. 11. 26. 宣告2006ダ37106。

を保護しなければならない政策的な観点から物上代位の効力を保険金請求権に及ぼさないとならないと思われる。

3 売買代金について、判例は、私法上の売買契約のような性質を有する公益事業のための土地等の取得及び補償に関する法律に基づく協議取得によって土地の所有権が事業施行者に移転されるとしても抵当権者はその土地をも追及することができるので、土地所有者に支給される補償金(その実質は売買代金)に対して物上代位権を行使することができないとされる⁴³⁶。しかし、債務担保の目的になった土地が徵発されその所有名義人として登記された債権者に徵発補償証券証が発行された場合にはその証券について続けて担保的効力が及ぶとする⁴³⁷。

しかし、民法第359条が抵当不動産への差押えがあった後には抵当権設定者がその不動産から収取した果実または収取すべき果実にも抵当権の効力が及ぶと規定していて、果実には法定果実が含まれるため、差押えの後の賃料に対しては抵当権の効力範囲を定めた上記の条項によって、事実上は物上代位の効力が及ぶことになる⁴³⁸。

4 伝賃権に関する検討

(1) 伝賃権の法的性質に対する検討

伝賃権の法的性質について学説及び判例の争いがあるが、通説は、特殊用益物権設定あるいは同格説の立場にある。伝賃権の歴史と用益物権に規定された点に照らして見たときに、伝賃権の本来的性質は、用益物権ではないのか。1984年の改正により、伝賃権者に伝賃金返還債権について優先弁済権を認めた理由は担保物権的性質を兼有した但書ではなく、あくまでも高額な伝賃金を支給した伝賃権者の保護のために伝賃権者に優先弁済権を認めたことではないのか？私見は、本来の伝賃権は、純粋な用益物権であり、伝賃権者の保護のために、伝賃金の返還を保障するために優先弁済権を認めたものと理解しなければならないと考える。しかし、今日の伝賃権は、住宅賃貸借保護法及び商家賃貸借保護法のような特別法の導入により、実際の使用・収益の目的の意味は、衰退し、むしろ債権担保の目的で多く活用されているので、担保物権的性質で変質されたと思われる。したがって、今日の伝賃権の法的性質とは、特殊用益物権設定または同格説ではなく、特殊な一種の担保物権として理解すべきであると考

⁴³⁶ 大判1981. 5. 26. 80ダ2109.

⁴³⁷ 大判1981. 5. 26. 80ダ2109.

⁴³⁸ 李相泰・前掲論文(注19)178頁;金仁洙・前掲論文(注30)11頁;姜東世・前掲論文(注30)73頁。

える。

(2) 期間満了によって伝賞権は消滅するのか

期間満了による伝賞権の法的性質について、判例及び通説は用益物権的権能消滅説の立場にある。私見では、伝賞権の法的性質は、担保物権である。担保物権は、債権の実現を担保するために目的物の交換価値を支配し、その交換価値から他の一般債権者よりも優先して弁済を受けることを内容とする。したがって伝賞権は期間満了の事情だけでは消滅しない。さらに、伝賞権の成立要件は、伝賞権設定契約の合意と伝賞金の授受及び伝賞権設定登記である。そうすると、伝賞権の消滅要件としても、契約期間の満了と被担保債権の弁済、すなわち、伝賞金の返還、さらに伝賞権の消滅登記により完全に消滅すると考えるのが妥当ではないのか。担保物権の付従性により債権が消滅しなければ担保権も消滅しない。債権の消滅とは伝賞金の返還を意味すると思われる。したがって、期間満了後であっても、伝賞金の返還と伝賞権抹消登記が行われない限り伝賞権は消滅しないと思われる。

(3) 期間満了によって伝賞権抵当権は消滅するのか

判例及び通説は期間満了によって伝賞権が消滅するので、その上に設定された伝賞権抵当権も当然に消滅するという。私見は、伝賞権存続期間の満了によって伝賞権抵当権の目的物である伝賞権は消滅しないので、その上に設定された抵当権も消滅しない。さらに、伝賞権抵当権も抵当権の一種であるため、抵当権の消滅要件も満たさないと消滅しないと考える。

(4) 伝賞金返還請求権は伝賞権の価値代替物であるのか

判例は、伝賞期間が終了すると、伝賞権抵当権は、その目的物である伝賞権の消滅によって、当然に消滅し、伝賞権抵当権者は、伝賞権に代えて存続するものとして見ることができる伝賞金返還債権に対して物上代位権を行使することによって優先弁済を受けるだけであるとする。ここで疑問点は、伝賞権の消滅後、伝賞金返還債権が伝賞権の価値代替物であるのか。韓国民法における物上代位とは、目的物の滅失・毀損・公用徴収などによってその目的物に代わる金銭その他の物が目的物の所有者に帰属する場合に、担保権がその目的物に代わる物に対しても存続する性質を意味する。日本の学説を借りて説明すると、韓国ではいわゆる代替的価値のみに物上代位が認められ、付加的価値には物上代位が認められない。伝賞金は伝賞権の成立要素として伝賞権成立時に、同時に発生して存続するものであり、伝賞期間の消滅で発生する価値代替物ではないと思われる。

(5) 実行方法として債権質権規定を類推適用することは問題がないのか

現行法は、質権と抵当権を厳格に区別しているが、伝賃権抵当権の債権質権の規定を類推適用することは、物権の任意創設を禁じる物権法定主義に反する。さらに、法律の規定がないにも関わらず類推適用するという点にはやはり疑問がある。前提として、立法を通じて解決すべき問題ではないのか。

(6) 民法改正試案に対する検討

他方、2004年、法務府では、民法改正特別分化委員会を構成して、改正作業を行って17回国会に論議されたが、国会の閉会によって廃棄された。そのとき、伝賃権を目的とする抵当権において、その抵当権の効力が伝賃金にも及ぶという規定を新設しようとする改正意見があり、伝賃権抵当権者に伝賃権設定者に対する直接請求権を認めようとする改正案が提示された。民法第371条第3項改正案は、「伝賃権を目的とする抵当権における抵当権者は、優先弁済権の範囲内で伝賃金返還債権を直接請求することができる。この場合には、第353条第3項⁴³⁹の規定を準用する」として、改正案は、抵当権者または抵当権設定者が伝賃権設定者に抵当権の設定を通知したり伝賃権設定者がこれを承諾したときに限って、抵当権者が伝賃金返還債権を直接請求することができるとして、伝賃権設定者の二重弁済の危険性を解消することで、かかる伝賃権抵当権の問題を立法的に解決しようとした。

(7) 現行法を前提として改正しないままであれば、どこまでできるのか

問題の核心は、伝賃権者が伝賃金を確実に回収することであり、さらに、伝賃権を目的として抵当権を設定した者が抵当権の被担保債権を確実に回収することにあると思われる。しかし、現在の判例及び学説のいずれの主張によっても伝賃権を目的とした抵当権者に優先弁済権を完全に保障することはない。抵当権は、現行民法で定めている強力な担保物権の一つであり、そのような抵当権を伝賃権の目的として設定することができるということが民法の規定であれば、伝賃権上に設定された伝賃権抵当権にも、一般的な所有権に対する抵当権のように被担保債権の回収が保障されるべきであるところ、伝賃権抵当権者に被担保債権の回収を保障することができる改善策を提示しなければならない。

現時点では、伝賃権に抵当権を設定するときに、特約として、伝賃金返還債権に債権質権を設定することが望ましいと思われる。

(8) 立法論として望ましいのは何か

2004年の改正案は、3項を新設して債権質権を類推適用しようとする立場である。し

⁴³⁹ 債権の目的になった債権の実行方法である。

かし、第370条から、抵当権に関して質権に関する規定を大幅に準用していながらも、権利質権に関する規定は準用していない。これは、根本的に抵当権は質権とは異なること、特に抵当権の目的は、原則として権利ではなく例外的に権利が抵当権の目的となることありえることを示すものからと思われる。このような点を考慮して、大法院も第371条について物上代位の法理を考慮したと思われる。従って、伝賃権を目的とする抵当権に対して権利質権に関する規定である第353条の規定を準用することは、民法の基本的な体系に反すると思われるので、これらの規定を置こうとする場合においては、質権の規定を準用する形式をとらずに、抵当権の方に直接規定することが妥当であると思われる。

II 引渡し・払渡し

引渡し・払渡しの範囲に債権譲渡等が含まれるのかについて、「抵当目的物の変形物である金銭その他の物に対して一般債権者に物上代位権を行使しようとする抵当権者より、単純に先に差押えまたは仮差押えの執行をしたことにすぎない場合には、抵当権者は、その前はもちろん、その後も目的債権について物上代位権を行使して一般債権者よりも優先弁済を受けることができ」、「物上代位権の行使として差押え前に補償金支給請求権が譲渡または転付命令などによって他人に移転した場合でも、補償金が直接その他人に支給されたり、補償金支給請求権に関する強制執行手続において配当要求の終期に至るまでには依然としてその請求権に対する追及が可能である」と判示して物上代位権者優先説の立場に立っている。ただし、判例の立場に従うことになっても、第三債務者の立場から見るときには物上代位のための差押え、転付命令と配当要求書が第三債務者に送達される前には目的債権の譲受人または転付債権者に支給しても債権の準占有者に対する弁済として有効であるとしている。担保権の効力が物上代位の目的債権に関しても及ぼす点が質権の占有や抵当権設定登記などの担保権の公示方法により不完全であるが、ある程度公示されていると見ることができ、差し押えされた債権の回収可能性に対する危険負担は差押え、転付債権者が負担しなければならず、債権が差押え・転付されただけでは、その債権が現実的に支給されたり引渡されたとはいえない。実務上物上代位目的債権に対する差押え、転付が一般的に担保物権者に対する執行妨害の目的で行われる場合が多いという点を考慮すると、代位目的債権の特定性が維持される限り、他の債権者の債権差押えおよび転付命令がある場合でも、抵当権者は物上代位権を行使することができるかと解釈するのが妥当である

とされる。

債権譲渡がある場合は、物上代位権の行使のための抵当権者の差押え前に抵当目的物の所有者が補償金等請求権を第三者(譲受人)に譲渡し、その対抗要件を備えた場合(韓国民法第450条)に抵当権者が物上代位権を行使することができるか否かに関して学説が対立している。債権差押え・転付命令がある場合と同様に、債権譲渡によって補償金等請求権の債権者が変更されたため、すでに補償金等請求権は抵当目的物の所有者の責任財産から離脱したものとなり、抵当権者は、その限度で物上代位権を行使することができないとする否定説と、債権譲渡があっても、まだ第三債務者は、二重弁済の危険にあるので、抵当権者は債権譲渡後も物上代位権を行使することができるという肯定説がある。韓国では日本と異なり、代位目的債権が差押え、転付された場合と譲渡された場合を区別する理由がなく、債権譲渡の場合のみ異なると解釈することは論理上の一貫性がないという批判がある。

Ⅲ 差押え

一 意義

差押えの意義について、裁判所は、価値権説の立場の判例(【12】 【13】)と目的債権の特定性の維持に加えて、不測の損害防止が差押えの趣旨であるという立場の判例(【14】 【15】 【16】)、目的債権の特定性の維持に加えて、不測の損害防止が差押えの趣旨であるとして担保権者が自らこれを差押えなくても、物上代位権を行使することができるとした立場の判例に分類される。しかし、全般的に「民法第370条による物上代位は、抵当権者が抵当権の効力としての優先弁済を受けるための規定であるため、この規定のために不当利得の成立に如何なる影響を与えることではないとすべきである(ただし物上代位による追及により債権弁済を受けた場合、その限度で不当利得が成立しないだけである)としたり、「債務担保の目的として債権者名義で所有権移転登記が終了した土地についてその土地が徴用され、その所有名義で登記された債権者に徴発補償証券が発給された場合、特別な事情がない限りその証券に対しても引き続き担保的効力が及ぶと解釈するのが担保物権の物上代位原則に合致するものであり、弁済供託などの事由によって被担保債権が消滅すれば担保目的物の変形である徴発補償証券に対して担保提供者は、その返還を求めることができるとすべきである」という判例及びさらに「任意競売手続が進行中、国が債務者に対する国税債権を優先して交付を受けることになって根抵当権者がその金額に該当する債権徴収をしないようにされた

が、その後債務者に対する国の課税処分が確定判決によって取り消された場合には、国が徴収した上記の税額は根抵当権者に不当利得として返還しなければならないものであり債務者に返還するものではないと判断した趣旨に照らしてみると価値権説の立場をとるものと思われる。

二 差押えの意味及び趣旨

差押えの意味及び趣旨と関連して、判例は、特定性維持説の判例（【12】 【13】）と目的債権の特定性の維持に加えて、第三者の不測の損害防止が差押えの趣旨であるという判例（【14】 【15】 【16】）に分かれる。さらに「任意競売手続が進行中、国が債務者に対する国税債権の優先交付を受けることになって根抵当権者がその金額に該当する債権徴収をしないようにされたが、その後債務者に対する国の課税処分が確定判決によって取り消された場合には、国が徴収した上記の税額は根抵当権者に不当利得として返還しなければならないものであり債務者に返還するものではない」という。

判例の態度に対して①第三者が目的債権を差押えや仮差押えをしたり、目的債権について転付命令をしたり、目的債権が第三者に譲渡することを問わず、代位目的債権の特定性が保持される限り、物上代位権の行使が可能であると見る点、物上代位権者が代位目的債権について差押必要がないという点を考慮すれば、判例は、基本的に特定性維持説に立っているという見方と、②多数の判例が差押えの趣旨として特定性保全のほか、第三者の不測の損害防止を掲げることに照らして、大法院が特定性維持説より制限的な立場をとっているという見方がある。直接的に民法上の物上代位に関するものではなく、土地収用法上の補償金に関する判例があるが大法院が「土地収用法第69条により担保物権の目的物が収用された場合、補償金について、当該担保物権を行使するための要件として、その払渡し前に差押えすることを要求する理由は、補償金が所有者の一般財産に混入する前まで、つまり特定性の維持、保全されている限度内で優先弁済権を認めることにある」と判示した点に照らして、特定性維持説の立場に立っていると思われる。

さらに、差押えの意味を把握するためには、担保権者と担保物権設定者、第三債務者の利益の状況を考慮する必要がある。特定性維持説は差押えの本質と結果を混同したという批判がある。優先権保全説は第三者の認識可否とは無関係に担保権者の差押え前に目的債権を先に譲り受けるなどの先行の利害関係を持ったという理由だけで担保権者から物上代位権を剥奪するという点で妥当ではない。

登記の推定力が認められる以上、第三債務者が二重弁済の危険を脱するためには、登記簿の記載に基づいて判断しなければならない。韓国民法で債権の帰属に関する公示を譲渡された債権の債務者の認識を媒介として行うことに照らしてみると(韓国民法第45条)抵当権の登記は、第三債務者だけでなく、譲受人または転付債権者に対しても公示として機能すると解釈しなければならない。したがって、差押えは物上代位権実行の意思を表示することにより、第三債務者の免責の可能性を阻止する機能を有すると見る新しい形態の第三債務者保護説が妥当であると思われる。

三 差押えの性質

差押えの性質と関連して、大法院は、抵当権者が目的債権である供託金支払い請求権について物上代位権の行使ではなく、仮差押えをした以上、配当手続きから優先弁済を受けることができないと判示した。また、抵当権に基づく物上代位権を持つ債権者が同時に執行権原を持っていながら執行権原による強制執行の方法を選択して債権の差押えおよび転付命令を得た場合には、たとえ同人が物上代位権を持つ実体法上の優先権だとしても、元の一般執行権原による強制執行手続きと担保権の実行手続とは、その開始要件が異なるだけでなく、多数の利害関係人が関与している執行手続きの安定と平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護する必要がある点に照らして差押えが競合した状態で発行された転付命令として無効と判示した。つまり、民法第342条の物上代位の行使として行われる差押えは担保権実行としての差押えとして、他の差押え債権者の債権差押え(あるいは仮差押え)と競合する場合には、優先権を主張することができないという。大法院は、この判決で、民法第370条、第340条但書が抵当権者は物上代位権を行使するために抵当権設定者が受ける金銭その他の物の払渡し・引渡し前に差押えしなければならないと規定したのは物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全するとともに、第三者に不測の損害を与えないようにすることを根拠とする。

法律の明文規定なし差押えの性質を執行権原に基づくものと物上代位権の行使としての差押えに分けて把握して、担保権者が権利を行使するという意思を表示し、債務者及び第三債務者もこれを認識することができたにもかかわらず物上代位権の行使を否定するのは妥当ではない。民事執行法が差押えと仮差押えとは異なり規律しているだけでなく、仮差押えは、仮差押え債務者の任意処分のみを禁止するだけなので、担保物権設定者の意思によらない所有権の喪失に認められる担保物権の物上代位をその

まま類推適用することができない点などに照らして仮差押えを差押えのように把握できず、民法第342条後文は明文として払渡しまたは引渡し前に差押えを要求する点では物上代位権行使の要件としての差押えは本差押えである。

四 差押えの可否

差押えの可否と関連して、【19】【20】判決は、「民法第370条、第342条但書が抵当権者は物上代位権を行使するために抵当権設定者が受け取る金銭その他の物の支給または引渡前に差押えなければならぬと規定したのは物上代位の目的である債権の特定性を維持して、その効力を保全するとともに、第三者に不測の損害を与えないようにすることにある」と立て続けに判決してきた。ただしかかる判例の態度は、現行民法の規定の解釈によるものであり、差押えの要件の可否に関する大法院の態度ではないという点に注意しなければならない。むしろ大法院は物上代位権の消滅と不当利得返還請求権ないし不法行為による損害賠償請求権に関する判決で、差押え要件は、物上代位権行使に必要不可欠なものではないことを間接的に示している。公示という側面から考えるときに、抵当権設定登記のような元々の担保物に関する担保権の公示がありこれにより抵当権者が物上代位権の行使についての公示と見ることはできない。しかし、差押えが第三債務者を保護する機能の実行することで見ると、第三者の保護は、第三債務者または担保権者の保護と同等の位置にあるとはいえず、現行民法で差押え要件を明示するため、第三者の保護は、第三債務者を保護しようとすることから来る反射的利益に過ぎないと把握される。差押え必要説は物上代位権の行使の要件としての差押えと担保権の実行としての差押えを区別して把握しており、これは韓国民事執行法が差押えに加え、配当要求終期時まで配当要求をする方法を可能にするため、不当である。

IV 代位の公示可否

代位の公示可否と関連して、抵当権に関する公示方法(抵当権設定登記)が具備される以上、元目的物との牽連性により代位物に関する公示をすることができるので代位物の特定性が維持され、第三者等に対する別途の公示なしに物上代位権を行使することができる⁴⁴⁰、「動産・債権などの担保に関する法律」制定案によれば、法人又

⁴⁴⁰ 姜東世・前掲論文(注30)148頁。

は相互登記をした人が担保約定に基づき動産を担保として提供する場合、担保登記をすることができるので(同法第3条)、質権の場合にも担保登記簿(同法第7条)上記載された登記として代位物に関する公示をすることができるとする。

V 物上代位権行使の終期

物上代位権行使の終期と関連して、【21】は、「民事訴訟法第733条、第580条の各規定の趣旨に照らしてみると、このような方法の物上代位権の権利実行は遅くとも民事訴訟法第580条で規定されている配当要求の終期までにすることによって物上代位権者の優先弁済権が確保されるものであり、その後はそうした権利がないとするのが相当である」として、平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護し、執行手続きの安定と迅速を図るための必要から物上代位権行使の終期を配当要求の終期と判示した。つまり、判例は、「民事執行法第247条第1項第1号が差押え債権者以外の債権者が配当要求の方法で債権に対する強制執行手続きに参加して差押え債権者と平等に自分の債権の弁済を受けることを可能にしながらも、一方で、その配当要求の終期を第三債務者の供託の事由申告時までには制限している理由は、第三債務者が債務を供託して、その事由申告を完了すると、配当する金額が判明し配当手続を開始する限り、遅くともその時までには配当要求を終えなければならないので配当手続の混乱と遅延を防ぐことができ、かかる配当要求の期限の設定は、配当要求を制限せずに許可した場合にもたらされる配当手続の混乱と遅延を防止するための合理的な措置として、そのため、それまでの配当要求を受け取っていない債権者が配当から除外されて、他の債権者に比べて差別を受けることになるとしてもそのような差別は合理的な理由があり、物上代位において優先弁済請求権のある者の場合として別の方法で扱うことができないので、このような解釈が平等の理念に反するとはいえないとする。

物上代位権行使の方法と期限を制限する趣旨は、物上代位の目的である債権の特定性を維持してその効力を保全し、平等配当を期待した他の一般債権者の信頼を保護するなど、第三者に不測の損害を与えないと同時に執行手続きの安定と迅速を図ることにある。民事執行法第247条、第273条に照らしてみると、配当要求終期時まで物上代位権を行使することが物上代位権者と他の差押え債権者間の利害関係を調整し、さらに配当手続の混乱と遅延を防ぐことができるという点では判例の態度は妥当である。韓国民事執行法上の平等配当を求める方法として、重複差押えが可能になるが、取り立て債権者の取り立て又は第三債務者の供託が行われると、取り立てまたは供託対象

である債権、つまり執行債務者の第三債務者に対する債権は消滅して配当手続きが開始され(民事執行法第252条)、執行債務者の他の債権者がこれ以上差押えをすることができないが、その差押えが無効であっても配当要求の効力は認められる。ところが、取り立て債権者の取り立て申告(民事執行法第236条)又は第三債務者の供託の事由申告(民事執行法第248条)時まで配当要求をすることができ、配当要求を通じて債権執行手続きに参加して平等配当を求める方法が認められるため(民事執行法第247条)、抵当権者は配当要求の終期まで配当要求の効力として、物上代位による差押えをすることができる。具体的に配当要求の終期は、民事執行法第247条第1項の配当要求の終期を「1. 第三債務者が第248条第4項による供託の申告をしたとき、2. 債権者が第236条による取り立ての申告をしたとき、3. 執行官が現金化した金銭を裁判所に提出したとき」と規定しており、物上代位権の実行手続きを規定した民事執行法第273条で準用している。上記の第1号は、第三債務者が執行供託をした後、裁判所に供託の事由申告をした場合を意味し、第2号は、取り立て債権者が第三債務者から回収した後、その事由を申告した場合を意味し、第3号は押収された債権が条件付きまたは期限付きまたは反対履行に関連しているか他の理由で回収することが困難なとき取り立てに代えて、裁判所が定めた方法で、その債権の売却を執行官に命ずる売却命令をすることができ、この場合、執行官が現金化した金銭を裁判所に提出した時をいう。流体動産引渡請求権その他の財産権に対する執行においても換価命令を発して、それが施行され、現金化した金銭が裁判所に提出された時に配当要求の終期になる。

VI 倒産手続と物上代位

倒産手続と物上代位に関連して、再生手続で、個々の権利行使を禁止する趣旨は、債務者の再生を図るためのものであり、個々の権利行使により再生に必要な生産施設等の損失を被らないことにある。したがって、担保目的物が既に滅失、毀損あるいは公用徴収のために失われた以上、再生担保物権者に再生手続内で優先弁済権を確保するために差押えをすることを禁止する理由はない。一方、破産宣告は競売開始障害事由にならないし、物上代位による差押えは破産債権に基づく強制執行ではなく、担保権の実行としての差押えなので破産宣告になるまで差押えをしない抵当権者も破産宣告以後に物上代位による差押えが可能であると思われる。

Ⅶ 抵当権及び物上代位の本質について

一 物上代位の本質をどのように解するかは、担保物権の本質とは何なのかと関連する問題である。そして、その本質をどのように把握するかによって物上代位の行使要件である差押えの意味についても、その解釈が異なる。

二 「民法案審議録」の解説書は、「物上代位とは、担保物権の効力がその目的物の価値代表物にも及ぶとし、担保物権の価値権である結果として、その目的物が滅失または毀損しても、その交換価値を代表する物が存在するときには、担保物権はその代表物の上にも存続しなければならないという趣旨に基づくものである」としている。したがって当時の物上代位制度が担保権者を保護するための趣旨として規定されたものであると思われる。

三 学説として、価値権説は、担保物権は用益物権とは異なり、目的物の利用価値ではなく、その交換価値の把握を目的とする価値支配権と解するため、その目的物の滅失等の価値変形物が生ずると、このような価値変形物にその効力が及ぶことは担保物権の本質に適合するという見解であり、韓国の通説である。物権説あるいは特権説は、一般的に物権は目的物自体にだけ及んで、その目的物の滅失によって当然に消滅するのが原則なので、担保の滅失によってその価値変形物が生じてもそれに担保物権の効力を当然に及ぼすことはできず、物上代位制度は、担保権者の保護のために法律が例外的に認めた物権的効力であるとの見解である。折衷説は、抵当権の物上代位の本質は、抵当権者の保護という強い政策的要請によって法律が特別に認めたわけであるが、またそれが価値権的性質にも合致するとする見解である。

四 それに対して判例は、大法院1975. 4. 8. 宣告73ダ29判決で、物上代位の趣旨について、「民法第370条による物上代位は、抵当権者が抵当権の効力として優先弁済を受けるための規定⁴⁴¹」であると判示し、大法院1975. 12. 30. 宣告74ダ2215判決では、債務担保の目的として債権者名義で所有権移転登記を終了した土地が徴用され、その

⁴⁴¹ 大法院1975. 4. 8. 宣告73ダ29判決として、第三者の不法行為で根抵当権目的物が滅失して所有者が補償を受けた場合に所有者の根抵当権者であった者に対する不当利得の成否の事案である。

所有名義人である債権者に徴発補償証券が発給された場合には、特別な事情がない限りその証券に対しても引き続き担保的効力が及ぶと解釈するのが担保物権の物上代位原則に合致するものであり、弁済供託などの事由によって被担保債権が消滅すれば担保提供者は、担保目的物の変形である徴発補償証券の返還を求めることができるのが法理であるとするべきである⁴⁴²と判示した。しかし、これらの判例では、抵当目的物の滅失等によって価値代表物に対して物上代位を行使することができるのが抵当権の本質から出てくる当然の帰結なのか、法政策的な判断なのかは明らかではないと思われる。

五 韓国の通説である価値権説によると、抵当権の本質とは、交換価値のみを支配する交換価値権であり、物上代位は、抵当権の本質から当然に発生する効果として理解する。しかし、民法審議案を検討すると、物上代位の趣旨が担保物権の効力が滅失または毀損しても、その交換価値の代表物に及ぶようにしているが、担保物権の効力が価値代表物に及ぼすことが抵当権の当然の効力であるのか、政策的判断によるのかは明らかではない。さらに、判例も明らかではない。

私見は、抵当目的物の滅失・毀損・公共徴収等により抵当目的物の価値変形物が発生すると、その価値変形物の上に抵当権の効力を与えることを認める物上代位制度が、担保権者の保護のために法律が例外的に認めた物権的効力であると思われる。

李銀榮教授は、価値権説について、「物が滅失すると、これに関する所有権は消滅するが、所有者は、過去の所有権に基づいて不法行為の損害賠償請求権を得られるように物の上の担保物権は消滅するが、その物の代替物や補償金に対する優先弁済権は存続するとみななければならない。民法は、補償金にも担保権者の優先弁済権が認められることが公平であるという法感情を尊重しているからである⁴⁴³」と説明しているが、高翔龍教授は、価値権説に対して、「価値権的構成に基づく考慮であるため、その結果、物上代位の客体の範囲をどのように決定するかという基本的な問題を解決するときには目的物の担保価値を実現した形かどうかの論理的な見地が判断基準になる。したがって、このような価値権説は価値権的構成の側面で価値的連続による優先権の“連続”を強調した結果、抵当権者が代位物に対して取引法上の内在的な権原がない

⁴⁴² 債権担保の目的として債権者名義で所有権移転登記が終了した土地が徴用されて所有者名義で登記された債権者に発給された徴発補償証券に対して担保的効力が及ぼすかどうかと被担保債権が消滅した場合に担保提供者の徴発補償証券に対する返還請求権に関する事案である。

⁴⁴³ 李銀榮・前掲書(注23)566頁。

と思われる場合に、これを“連続”とどのように調和させるかという疑問が生じる。なぜなら物上代位は、社会的評価としての問題は別個のものとしても、取引法上の論理では決して当然なことではないからである。例えば、抵当権が設定された建物が火災によって滅失した場合に担保権設定者が受け取る保険金請求権は当然に物上代位の目的物になると理解している。しかし、抵当建物の火災保険金は、抵当権の客体である建物の等価ではなく、保険契約によって支払われる保険金の対価なので、建物の侵害による損害賠償金とは異なり、抵当権者はこれに対して取引法上の内在的権原を持っていない。このように、物上代位の目的物が担保目的物の価値的代替物ないし価値変形物でなければならないという原則を固守すれば、これらの問題は、説明できない⁴⁴⁴」と批判するが説得力があると思われる。

つまり、担保物権が目的物の交換価値を支配する権利であるとしても、目的物が消滅すると担保権も消滅することは当然なことであって、担保物権という物権だけは消滅しないという結論を導き出すことに根拠がない。物権説あるいは特権説は、一般的に物権は目的物自体だけに及んで、その目的物の滅失によって当然に消滅するのが原則なので、担保の滅失によってその価値変形物が生じてもそれに担保物権の効力を当然に及ぼすとはできず、物上代位制度は、担保権者の保護のために法律が例外的に認めた物権的効力であると思われる。

物権説に対して、高翔龍教授は「物権説は物権的構成に基づく考慮なので、抵当権は目的不動産の滅失によって当然消滅するが、抵当権者を保護するために特権的効力を認めた制度であると理解している。したがって、物上代位の客体の範囲を決定する際に抵当権者を物上代位によって保護する必要があるかどうかという政策的見地が批判の基準となる。しかし、物権的構成の側面から目的物の滅失による優先権の“断絶”を強調した結果、抵当権者が代位物に対して取引法上の内在的権原があると思われる場合に、これを“特権”とどのように調和させるかという疑問が生じる」として目的物の滅失による優先権の絶縁を強調した結果、抵当権者が価値変形物について取引法上の内在的権限がある場合は、その特権と調和させることができないと批判した⁴⁴⁵。

しかし、価値権説について、具体的にどのような担保物権に物上代位を認めるのか、そして物上代位の効力がどこまで及ぶようにするかについては、各国ごとに立法者の政策的判断に委ねられた事項であり、例えば、実行があるまでは設定者の自由な使用収益を保障する抵当権の趣旨に合致していないにもかかわらず、各国が賃料を物上代

⁴⁴⁴ 高翔龍・前掲論文(注9)87頁；權澈・前掲論文(注30)52頁。

⁴⁴⁵ 高翔龍・前掲論文(注9)86頁。

位の効力範囲に含めることを見る時に、物上代位制度を価値支配権という担保物権の本質から出てくる当然の帰結として認められる制度として把握する見解は、再考しなければならない⁴⁴⁶と思われる⁴⁴⁷。

⁴⁴⁶ 李準賢・前掲論文(注25)297頁。

⁴⁴⁷ そして、民法第342条本文が担保権者を保護するために物上代位の原則を定めた規定であるのに対して、同条の但書は、第三債務者の二重弁済の危険から第三債務者を保護するための規定であると把握して、物上代位の本質論と差押えの意義との関係の断絶を試みる見解もある。そして、金炯錫教授は「第342条が差押えを要する理由は、抵当権者の物上代位権行使に対する第三債務者の法的不安定を解消することのみを目的としてするものであり、したがって、それ以外は抵当権が当然に代位目的債権に効果が及ぶという見解もある。

第2節 日本法の検討

I 賃料に関する検討

一 民法旧371条の適用の肯否と賃料債権に対する物上代位の可否について

1 民法旧371条の適用の肯否

民法旧371条の適用の肯否をめぐって、民法旧371条は果実についての規定として、抵当権は非占有担保であることから、果実に抵当権の効力が及ばないと定めていたが、果実としか規定していないので、この果実は天然果実のみを指すのか、または法定果実をも含むのか争いがあった。天然果実については、原則として、判例・学説とも、抵当権の効力が及ばないが、例外として抵当権の効力が及ぶとしていた。法定果実については、抵当権の効力が及ばないかどうか争いがあったが、大判昭和12年12月26日民集18巻1646頁判決は、旧371条適用否定説＝物上代位適用説を採用した。

2 賃料債権に対する物上代位の可否

(1) 賃料債権への物上代位を否定した判例及び学説について

賃料債権への物上代位を否定した判例及び学説について検討する。原則的に否定した判決として、【15】【16】【17】判決がある。その論拠としては、①物上代位の規定は、抵当権者が目的物につき抵当権の実行ができない場合にのみ適用があり、抵当権者が現に抵当目的物の抵当権を実行する場合にはその適用がないこと、②担保物権の物上代位は、担保物権者の把握する価値が滅失、減少に対し所有者が別の価値を取得することによって公平を失するという場合に限り認められるべきこと、③追及力を有する抵当権にあっては、物上代位は認められないこと、④抵当権は使用収益権限を有しないから原則として目的物利用の対価は抵当権の把握する目的の範囲外であることなどを挙げている。さらに原則的否定説と第371条適用説とを加味した判決として、【18】判決がある。この判決の論拠も③の論拠で抵当権の実行前における物上代位を否定している。

物上代位否定説＝旧371条適用肯定説は、抵当権の非占有担保性から、抵当権は交換価値のみを把握し、目的物利用の対価である賃料に対して物上代位を認めることはできないとか、賃料は用益の対価であり、それは、目的物の交換価値の減少には影響を及ぼさないものであり、抵当権の把握する交換価値とは無関係なものであることを理

由にする⁴⁴⁸。新田教授は、抵当権の効力が賃料に及ぶと解すると抵当権設定者が自己使用による収益の場合にも物上代位権の効力が及ぶことになるという⁴⁴⁹。さらに、後順位抵当権者が差押・転付命令を得て優先的満足を受ける事態が生じ、抵当権の順位と矛盾する結果となりかねないこと、用心深い抵当権者が転付命令を防ぐために不必要に差押えを行い設定者の経済活動を阻害することになること、抵当物件の競売開始決定は目的物の処分禁止効しかなく、担保物の使用収益権能は何ら影響を受けないから、抵当権者が差押と取立命令・転付命令を得るためには別個の申立が必要になること、などの批判があるとする⁴⁵⁰。

林錫璋教授は、現行民法の草案過程を挙げて次のように主張する。「現行民法第372条の起草担当者である梅委員は、同条をもって、旧民法典の各所に散在する条文を一箇条にまとめたものであり、その実質は旧民法典と異なるところがない旨説明している。しかし、賃料債権に対する物上代位について、ボアソナード草案第1138条及び旧民法債権担保編第133条は、先取特権についてはこれを認める明文を設けているのに対して、抵当権に関しては物上代位を認める明文の規定は設けていない。ボアソナード草案の註釈によると、草案第138条第2項に定める売買代金への物上代位は、動産先取特権について適用される。それは、動産は先取特権者の側からの追及権の対象とされないからである。さらに、追及権が法律に従って保全あるいは行使されないときは、不動産の売買についても適用がある、とされる。したがって、不動産先取特権と同じく追及力を有する抵当権については売買代金又は賃料への物上代位を認める必要はない、ということになる。また、草案第1305条(債権担保編第292条)6号の註釈によると、抵当権は抵当不動産の全部の滅失により消滅する。債権者の権利は滅失の際に第三者によって支払われ得る補償金について移転される。しかし、それは最早抵当権であるとは言えない。むしろ法律の特別な委譲に基づく優先権である。賃料については「法律の特別な委譲」がないのであるから、物上代位を認める余地はない、ということになる」という⁴⁵¹。しかし、この賃料債権に対する抵当権の物上代位につき消極的態度

⁴⁴⁸ 林・前掲論文(注241)156頁。

⁴⁴⁹ 新田・前掲論文(注300)40頁。

⁴⁵⁰ 林・前掲論文(注241)156頁。

⁴⁵¹ さらに、「外国もこれと類似する立法例がみられる。すなわち、台湾の民法第881条は抵当権は抵当物の滅失により消滅する。但し、その滅失により得た賠償金に対し抵当権の順位により優先して弁済することができる」と規定しており、滅失に替わる賠償金に限って、法律が特にこれを認めている。賃料については認められていない。また、ドイツは抵当権設定後に抵当目的物たる土地が用益賃貸された場合、用益賃借人の果実収取権に対し、抵当権実行のための強制競売ないし強制管理のための差押の効力が

を示す学説は多数を占めるが、例外的にこれを認める場合も多い。鈴木教授は、右【16】判決と同様の理由で物上代位権の行使を否定するが、抵当権実行着手後は賃料債権に対して抵当権の効力を認める。すなわち、抵当権実行があれば、賃料債権も抵当権の支配に服するに至る、と解すべきで(第371条第1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から、物上代位を認めるべきである、とするに至っている⁴⁵²。

その他の見解として、槇悌次教授は、賃料は本来は抵当権の効力の範囲外におかれているが、抵当債権の利子と抵当不動産の賃料はともに抵当権の支配にかかわる資本の利子分とし特徴的な経済的対応関係にあることから、信用危機を契機として抵当権保護の政策的考慮から遅滞した利子債権の範囲に限って物上代位を肯定される⁴⁵³。そして、伊藤眞教授は、折衷説を主張しているが、伊藤眞教授の説は、基本的には否定説の発想に立ちながらも、一定の条件の下でのみ物上代位を肯定する。抵当権設定前に賃借権が設定されている場合には、抵当権者は賃借権の負担を前提に担保評価しているから抵当権者の把握した担保価値が減少するとは考えられないから、物上代位を

及ばないため、BGB第1123条第1項が賃料債権を土地の天然果実の代位物として賃料債権に抵当権の効力を及ぼした。実行できないものを法が特別に認めたものであろう。上述したように、現行民法の起草担当者が、第372条の実質は旧民法典と異なるところがないと説明されているが、実際ボアソナード草案における代位物の範囲と現行民法典大きな開きがあり、すなわち、売買代金と賃料に対する抵当権の物上代位を認める規定がボアソナードの草案にはないことが多く指摘されている。また、草案第304条(現行法典第304条)を抵当権に準用する規定である草案第367条(現行法典第372条)の法典調査会での審議においては、その準用する趣旨については全く議論の対象となっていない。これは、抵当権に関して一貫性を保っていたボアソナード草案・旧民法典の制度構造の中に、現行法典起草者独自の誤解ないしは無理解が混入し、結果として全く異質な法制度が生み出されたものだと評されている。物上代位は、抵当権の目的物が滅失により実行できなくなった(抵当権の消滅)代わりに、損害賠償金ごとき上に存続するものであり、賃料はその代替物ではなく、目的物の付加的価値であり、抵当権の効力の及ぶべき範囲にもないものである。しかし、バブル経済が崩壊し、不動産価格の下落、担保割れ、不良債権化した土地や建物の売れ残りという経済状況のもとで、抵当権付きの賃貸マンションや事務所などの賃料債権に対する物上代位に目が向けられるようになった。本来なら否定されるべきであったが、不動産の売却を妨害する不法占有者などの執行妨害や回避が意図されることもあり、不良債権処理という社会背景のもとで、前記平成元年最高裁判決を始め、多くの学説も抵当権者に有利な見解を示している。しかし、抵当権実行着手後は物上代位を認めるとか、民法第371条但書の類推適用により物上代位を認めるとか、信用危機の場合に限って物上代位を認めるとかなどの考えは、物上代位よりもむしろ抵当権の効力の範囲を拡大して解釈されたもので、本来の物上代位ではないように思われる」と説明している。林・前掲論文(注241)157～158頁。

⁴⁵² 鈴木・前掲書(注199)176頁。

⁴⁵³ 高橋・前掲書(注170)292頁。

認める必要はないが、抵当権設定後に賃借権が設定された場合には、抵当権者の把握した担保価値が減少することが予想されるから、物上代位を肯定してよいとする⁴⁵⁴。道垣内教授と鎌田教授は、第372条・第371条切断説を主張する。すなわち、物上代位は、本来は担保物権の効力の及ばないものに対して担保物権の効力を及ぼす制度であることから、第371条第1項を法定果実にも適用して法定果実には抵当権の効力が及ばないと解しても、そのことだけでは、法定果実への物上代位を否定する理由の十分な説明にはなっていないというわけである。したがって、この考え方によれば、第371条第1項が法定果実に適用されると解しても、物上代位に対して与えられた制度趣旨如何によっては、物上代位が肯定されることもあれば、否定されることもあることになる。

(2) 賃料債権への物上代位を肯定した判例及び学説について

賃料債権への物上代位を肯定した判例及び学説について検討する。【10】【11】【12】【13】【14】判決は、【19】最二小判平成元年10月27日判決以前の賃料債権への物上代位を肯定した判決である。その論拠としては、①賃貸借は価値権の減少をきたすこと、②賃料は交換価値の流動的実現であること、③賃料は抵当権の目的物の交換価値の一部実現にはかならないこと、④債務者は賃貸して収益を挙げているのに、物上代位を否定することは、抵当権の実効性を著しく弱め、設定者と抵当権者との間の公平を欠くこと、⑤形式的に民法第372条の文理解釈上も物上代位権があることなどを挙げている。さらに、転貸料が問題とされた【20】判決は、⑥転貸料債権に物上代位を認めても、抵当権が抵当不動産に対する所有者の使用収益権能を奪うものではないとする。

【19】最二小判平成元年10月27日判決に対して検討する。【19】判決は、なんらの条件を付すことなく、賃料債権に対する物上代位を肯定した最初の最高裁の判決である。この判決の抵当権者による賃料債権への物上代位を無条件かつ全面的に肯定した論拠は、①抵当権の非占有担保性は先取特権と異なるものではないこと、②賃料債権への物上代位権の行使を認めても、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こと、③目的不動産に対して抵当権が実行されている場合でも、物上代位は重量的に行使することができるとする最判昭和45年7月16日民集24巻7号965頁を理由としている。

⁴⁵⁴ 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1252号12頁。

次は、学説の検討である。現行民法の起草者は、法定果実については民法第371条の適用はなく、第372条によって第304条がそのまま準用され物上代位は、賃料その他売買代金及び損害賠償金など担保が其「目的物ヲ代表スヘキ」金銭その他の物に及ぼす旨説明している⁴⁵⁵。伝統的な学説である物上代位肯定説＝旧371条適用否定説の多数も文理上の理由のほか、賃料は目的物の交換価値のなし崩し的な具現化であること、賃料債権に対する物上代位を認めても抵当権の非占有担保という性質に反するとはいえないことなどを論拠としてこれに従ってきた⁴⁵⁶。近時、これを肯定する説は、これに加えて、抵当権者が収益物件の賃料をも期待して担保把握していると考えことは経済的に合理的であり、抵当権実行が困難な経済情勢下では必要性が高いこと、賃料債権を担保にとる方法として、ほかに適当な手段がないこと、物上代位を認めることは、早期に競売される場合に比べて、設定者や賃借人等にとっても有利な場合があると考えられることなどを理由とするようになってきている⁴⁵⁷。

3 検討

抵当目的物の交換価値を把握するという抵当権設定契約の約定内容から、代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料に対してまで抵当権の効力が及ぶとの結論を当然のように導き出すことは困難であり、このように代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料にまで物上代位を認めるか否かについては本来は法政策的判断によるべきである。この点について、ドイツ法においては抵当権の効力が賃料債権にも及ぶ旨明文で規定し(BGB第1123条第1項)、法政策的判断の結論が明示されていた。

これに対し、平成15年の改正より前の日本民法においては、抵当権に基づく賃料に対する物上代位について、法がいかなる法政策的判断を採っているのか不分明であった。しかしながら、平成15年改正の立法過程における議論・経緯、改正後の第371条及び賃料に対する物上代位と担保不動産収益執行との調整規定(民事執行法第93条の4)の存在を前提とする限り、平成15年改正後の現行法は賃料に対する物上代位を認めるとの法政策的判断を行っているものと解するのが相当である。

よって、立法論としては別論、現行法の法律解釈論としては、賃料に対する物上代位は肯定されるべきである。

⁴⁵⁵ 林・前掲論文(注241)154頁。

⁴⁵⁶ 我妻・前掲書(注151)275頁；柚木馨＝高木多喜男・前掲書(注204)271頁など。

⁴⁵⁷ 松岡・前掲論文(注115)9～10頁，鎌田・前掲論文(注113)25頁，280～281頁，占部・前掲論文(注206)100頁，占部・前掲論文(注337)180頁など。

II 払渡し・引渡し

一 賃料の物上代位と賃料債権の譲渡について

1 判例の検討

(1) 大審院判例

まず、【22】の判決以前の大審院判例から検討する。大審院判例としては、①大連判大正12年4月7日民集2巻5号209頁、②大決昭和5年9月23日民集9巻11号918頁、③大判昭和17年3月22日法学11巻2号100頁判決などがある。

①大連判大正12年4月7日民集2巻5号209頁判決は、抵当権者による差押前に代位目的債権について「転付命令」があり、それが送達されれば、同債権は差押・転付債権者に移転し、「譲渡」の場合と同様、債務者が第三債務者より金銭を収取るべき債権関係が消失するため、抵当権者はもはや物上代位権を保全できないと判示した。

②大決昭和5年9月23日民集9巻11号918頁判決は、担保物にかかる補償金請求権を抵当権者が差押える前に、これが第三者に譲渡され、対抗要件も具備された事案において、債権には登記のような公示方法がないから、すでに第三者に譲渡された後においては、抵当権者は差押えにより物上代位権を保全することはできないと判示した。

③大判昭和17年3月22日法学11巻2号100頁判決は、賃料債権に対する物上代位権行使に関し、同債権の第三者への「譲渡」後は、抵当権者は、もはや物上代位権を保全できないと判示し、その理由として、賃料債権の「譲渡」後の「差押」は、「抵当の目的たる土地の代位物たる賃料をして抵当土地の代位物として特定の存在を得せしめ抵当権の効力を保全する作用を為さしむるに由なきものと謂うべく」と述べた。

(2) 下級審判例

次は、下級審判例の検討である。賃料債権譲渡後の抵当権に基づく物上代位権行使の可否について、この判決以前の下級審判例は下級審判例の見解が分かっていた。

原則としてこれを否定する判例は、①東京高判平成8年11月6日金商1010号3頁の判決があり、これを肯定する判例は、②大阪高判平成7年12月6日金法1451号41頁、③東京地判平成8年9月20日判時1583号73頁、④東京高判平成9年2月20日金商1015号39頁判決などがある。

①東京高判平成8年11月6日金商1010号3頁判決は、抵当権者は民法第304条第1項但書により目的不動産の賃料債権を差し押さえる前に同債権を譲り受けて対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、将来発生する賃料債権

についても同様に解すべきとしている。その根拠として、民法第304条の但書の趣旨は物上代位の対象である債権の特定性が保持され、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することにあることから、債権譲渡も「払渡又は引渡」に該当する、とされる。ただ、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、担保権の空洞化を意図した権利乱用として担保権者の保護を図る余地のあることを示唆している。

②大阪高判平成7年12月6日金法1451号41頁判決は、現に発生した賃料債権について、賃借人が弁済して消滅した場合や賃貸人が第三者に譲渡して責任財産から逸出した場合物上代位権を行使することはできないが、将来の賃料債権については、現実にその債権を取り立てることができるのは、期間が経過した支分債権である賃料が現に発生し、かつ、弁済期が到来した時点以降である。この賃料債権を譲渡した場合、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した時期である。差押えによる処分禁止の効力の具備と対抗要件を具備する債権譲渡が同時であるとする、その優先関係は、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対抗要件を講じたほうが優先すると解され、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具現と対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、とされる。

③東京地判平成8年9月20日判時1583号73頁判決は、物上代位に際して差押を要する趣旨は、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い渡し又は引き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、目的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こと等を目的とするのであり、差押は効力保全要件であって、第三者に対する関係では実体法上の対抗要件としての意味を有するものではないと解される。したがって、その優劣は、債権譲渡の第三者に対する対抗要件の効力発生と抵当権設定登記の具備との先後によって決すべきである。そして、未発生 of 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に立ち、本件では、抵当権設定後に未発生 of 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判示している。

④東京高判平成9年2月20日金商1015号39頁判決は、未発生 of 賃料債権の譲受人の権

利と右債権に対する抵当権者の物上代位権との優劣は、債権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ることを明らかにした。一方、「払渡又は引渡」前の差押えが要求されている趣旨は、目的債権の特定性の維持と第三債務者の二重弁済等第三者の不測の損害の防止にあるから、払渡又は引渡は厳格に解釈することが必要であると検討を加え、転付命令の対象となり得る債権の譲渡は「払渡又は引渡」に該当するが、それに当たらない未発生の賃料債権の譲渡は右に該当しないとの判断を示した。

(3) 最高裁判例【22】の検討

【22】最判平成10年1月30日民集52巻1号及び最判平成10年2月10日判タ964号79頁判決は、ともに、民法第304条第1項の「払渡又は引渡」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た第三者に対する対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、と判断している。その理由は、①「払渡又は引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含まないこと、②第三債務者は、物上代位による差押命令送達前には債権譲受人に弁済すれば足り、差押命令送達後には供託すれば免責されるから、債権譲渡後の物上代位権行使を認めても第三債務者の利益が害されないこと、③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こと、④債権譲渡を優先させると、これを用いて容易に物上代位権の行使を免れることができ、抵当権者の利益を不当に害することになる、などの点に要約される。

2 学説の検討

賃料の物上代位と賃料債権の譲渡についての学説は、登記時基準説、差押え時基準説、具体的債権発生時基準説、第395条但書類推適用説がある。

(1) 登記時基準説

登記時基準説は、抵当権設定登記の対抗力を重視して、賃料債権譲渡後も差押えが可能であり、第三債務者が譲受人に弁済するまでは物上代位権が優先する見解であり、最高裁【22】判決と最判平成10年2月10日判タ964号79頁判決がこの見解をとる。

(2) 差押え時基準説

差押え時基準説は、差押えによって物上代位権が公示されるという見解であり、差押え前に対抗要件を具備した債権譲渡については、物上代位が劣後するとの見解であ

る。

(3) 具体的債権発生時基準説

具体的債権発生時基準説は、物上代位に基づく差押えの時に既に発生していた賃料債権については、債権譲渡を優先し、未発生分については物上代位権を優先させる見解であり、前掲下級審判例②③④がこの見解を採っている。

(4) 第395条但書類推適用説

第395条但書類推適用説は、賃料債権の譲渡と物上代位権との優劣は、債権譲渡時と物上代位による差押え時との前後により決することになるが、賃料債権の譲渡が抵当権者に損害を及ぼすときは、抵当権者は、民法第395条但書の趣旨により譲渡の無効を主張し、物上代位による差押えをなしうとする見解である。

3 検討

物上代位と債権譲渡との優劣基準について、判例の立場は、物上代位に際して払渡し又は引渡しの前に差押えが要求される趣旨につき、いわゆる第三債務者保護説を採用した上で、弁済期到来の有無を何ら区別することなく第372条・第304条第1項但書の「払渡し又は引渡し」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対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というものであり、その実質的理由として抵当権の効力が賃料にも及ぶことは抵当権設定登記により公示されていることを挙げる。すなわち、判例は、物上代位肯定説に立つことを前提に、物上代位と債権譲渡との規律につき、第304条第1項の差押えの趣旨を第三債務者保護にあるとした上で、「物上代位により抵当権の効力が賃料債権に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る」との理解に基づいて、抵当権設定登記時を優先劣後を決すべきとしており、差押え及び相殺との規律についても同様に抵当権設定登記時を基準としている。しかしながら、賃料に対する物上代位が抵当権設定登記により公示されているとの理解には異論が強く、また抵当権設定登記さえしてしまえばそれ以降に登場する利害関係人と何ら実質的な競争を経ることなく一律に抵当権者が優先してしまうとの結論に対しても公平性に欠けるとの批判が強い。

このような判例の採用する物上代位と債権譲渡等事前処分との優劣基準及びその理論的説明は、公平かつ合理的なものとはいえない。

さらに、第三債務者保護説は対抗関係の優劣を決する基準ではない。しかしながら、そもそも第三債務者保護説自体は対抗関係の優劣を決する基準ではない。対抗関係の

優劣基準という観点から見た場合の判例の実質的立場は、抵当権登記時説であるといえる。抵当権登記時説の主たる論拠は抵当権登記により賃料に対する物上代位権まで公示されているとみるべきことであるが、抵当目的物の交換価値を把握するという抵当権設定契約の約定内容から、代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで当然に公示されているとみることには無理がある。

賃料債権の弁済期到来の有無による区別の必要性であるが、また、判例は債権譲渡の対象とされた賃料債権の弁済期到来の有無につき何らの考慮もしていないが、弁済期到来済みかつ来払の賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来賃料債権とでは、①濫用的・詐害的事前処分となされる危険性の程度及び②債権としての確実性の程度につき決定的な差があるのであって、この点を看過して一律に論じることは合理的な規律とは言い難い。関係当事者間の利益調整基準としての不公平性であるが、判例の実質的立場である抵当権登記時説では、単に融資時に抵当権設定登記を経由していたとの一事をもって、也の債権譲受人に当然に優先することとなってしまう、関係当事者間における公平な競争の余地がない点で不当である。このことは、弁済期到来の有無による区別を何らしていないとの問題点とも相まって、逆に抵当権設定登記より前に将来賃料債権を譲渡し、対抗要件を備えてしまいさえすれば、一律に抵当権者が劣後する帰結を将来することを意味し、かかる結論は当該将来債権譲渡が濫用的・詐害的なものであった場合に公正な利益調整基準として機能しているとは言い難い。例外型を前提とした一般基準定立の問題性であるが、判例が、それまでの差押えの趣旨や優劣基準に関する従来規範を踏襲せず、平成10年判決において前述のような新たな規範を採用した1つの実際的理由は、同事案が将来債権譲渡の詐害性が顕著な事案であり賃料に対する物上代位を劣後させることが不当と思われたことがある。しかしながら、かかる例外的事案を排除することのみを念頭に、いわば例外的事象を前提に一般論を組み立てることは、原則的事案の正当な規律を歪める危険性を有しており、基準の定立方法として疑問がある。

私見として、以上のとおり、現在の判例の立場には疑問とすべき点が多く、賛同し得ない。まず、物上代位制度の趣旨に関しては、法が公平の観点から特に認めた特権と解すべきである(特権説)。抵当権の価値権的側面を強調する余り賃料のような派生的価値に対してまで抵当目的物の価値のなし崩しの実現と説明する見解(価値権説)には首肯し難い。次に、差押えの趣旨に関しては、特権説を前提に、差押えは優先権保全のための要件であると解すべきである。利害関係者間の公平な競争という枠組みに最も適合的といえるからである。その上で、関係当事者の利益状況に即して原則論と

例外論とを配置し、かつ、関係当事者間の公平な競争を保障する点で示唆に富むドイツ法の規律方法を参考に、以下のように考えるべきである。

第1に、抵当不動産所有者には、未来、所有権に基づく賃料の自由な処分権能があるのであるから、かかる処分権能自体は一般的に広く尊重されなければならない。この点で、抵当権設定の一事をもって、抵当権設定登記時以降の対抗可能な賃料処分を一律に否定してしまうこととなる判例の抵当権登記時説には賛同し得ない。第2に、賃料債権譲渡との優劣関係も、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権とそもそも弁済期自体が由来していない将来の未発生賃料債権とでは、濫用的処分のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押えと債権譲渡の対抗要件具備の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えられるべきである。また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用権を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、債権譲渡の譲受人ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としながら、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権譲渡の先行事実を認識していた場合には債権譲渡を当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

以上の解釈論・規律の方法は、少なくとも現行の判例実務とは相当程度異なることから、立法による手当てとして規範化することが望ましい。

二 抵当権の物上代位と相殺について

1 判例の検討

(1) 下級審判例の検討

最高裁【24】最三小判平成13年3月13日民集55巻2号363頁判決以前の下級審を検討する。下級審判例としては、①京都地判平成11年2月15日金商1091号10頁及びその控訴審にあたる判例②大阪高判平成11年7月23日金商1091号8頁、③東京地判平成12年5月10日金法1596号88頁、④福岡高判平成12年7月18日金法1604号32頁、及び⑤新潟地裁長岡支判平成12年8月10日金商1105号49頁、⑥大阪地判平成8年10月31日金商1030号31頁、⑦

東京地判平成10年3月19日金商1048号35頁、⑧東京地判平成10年7月30日金商1055号20頁、⑨東京地判平成10年9月22日金商1062号49頁、⑩東京地判平成11年5月10日金商1079号50頁、⑪東京地判平成10年6月25日金商1055号24頁、金法1542号65頁、⑫京都地判平成10年11月16日金法1582号54頁、⑬東京地判平成11年3月23日判タ1049号252頁、⑭東京地判平成11年3月27日金商1097号36頁、⑮東京高判平成12年10月17日金商1113号19頁判決などがある。

①②判決は、抵当権設定登記がなされた後に保証金返還請求権と賃料債権の相殺合意は物上代位に基づく差押えに対抗できないと判示した。③判決は、抵当権設定及び登記後の敷金返還請求と賃料債権の合意相殺をもって賃料債権を差押えた抵当権者に対抗できないと判示した。④判決は、賃借人は抵当権設定後賃貸借の締結に伴う保証金返還請求権と賃料債権の相殺をもって、物上代位に基づく差押えに対抗できないと判示した。⑤判決は、抵当権の物上代位による差押えと、賃借人の賃貸人に対する反対債権による相殺の優劣は、差押えと反対債権取得時期の前後ではなく、抵当権の設定登記と反対債権の取得時期の前後により決すべきである。ただし本件は保証金返還請求権の取得時期が根抵当権設定登記より先であるため相殺優先となると判示した。

⑥判決は、保証金(敷金)返還請求権と賃料債権の相殺及び合意相殺の相殺適状と相殺の意思表示は差押えの効力発生後であると判示した。⑦判決は、差押え後の賃料債権発生時において差押え前に貸金債権との相殺予約の合意は抵当権者に対抗できないと判示した。⑧判決は、保証金返還請求権は建物明け渡し時に発生するものであり、差押え後に取得した保証金返還請求権を自動債権として賃料債権と相殺することは、民法第511条に照らし許されないと判示した。⑨判決は、差押え前の貸金債権と賃料債権との相殺合意であるが、相殺の効力が具体的に発生するのは差押えの効力発生後であるため相殺の効力は生じないと判示した。⑩判決は、賃貸借契約に基づく保証金返還請求権は、差押え後に発生した債権であるから、民法第511条により当該転賃借人これを自動債権とする相殺をもって抵当権者に対抗できないと判示した。

⑪判決は、民法第511条により、第三債務者は、その債権が差押え後に取得されたものでないかぎり、自動債権及び受動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、差押え後においても、保証金返還債権を自動債権とする相殺の効力を認めると判示した。⑫判決は、自動債権(建設協力金の返還)が受動債権の差押え前から発

生している場合、第三債務者はその差押えの後でも相殺をすることができる。受動債権が将来の賃料債権であり、差押え後に取得した債権であっても、基本契約が成立し、時の経過により発生すると認められる継続的給付債権を受動債権とすることに支障はないと判示した。⑬判決は、賃料債権の履行期より後に履行期が到来した保証金返還請求権との相殺は、差押権者に対して効力を生じないと判示した。⑭判決は、建物明渡しまでの賃料債権と敷金返還請求権との相殺合意の効力を認め、物上代位による差押え前に賃借人は自動債権である敷金返還請求権を取得しており、この相殺は物上代位による差押命令に優先すると判示した。⑮判決は、③判決の控訴審として、第三債務者は、差押えのときまでに取得していた債権に限って、これを自動債権とする相殺差押債権者に対抗することができることを前提に、敷金返還請求権による相殺予約に基づく相殺は、敷金返還請求が差押えの時点では条件未成就であるから、相殺は民法第511条により、抵当権者に対抗できないと判示した。

(2) 最高裁判例【24】の検討

【24】最三小判平成13年3月13日民集55巻2号363頁判決は、「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃借人に対して取得した債権を自動債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできない」と判示し、上記の判示に続けて、「けだし、物上代位権の行使としての差押えされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に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るので、抵当権設定登記の後に取得した賃借人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権と相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきであるからである」と判示している。

本判決は、登記時基準説を採用し、抵当権の物上代位の効力を拡大してきた一連の最高裁の判例の流れと軌を一にするものである。本判決の主旨を整理してみると、①物上代位による差押え前においては、賃借人の相殺はなんら制限されないこと、②物上代位による差押え後においては、抵当権設定登記前に取得した債権によるときは相殺できるが、抵当権設定登記後に取得した債権による相殺は物上代位に劣後すること、③反対債権が抵当権設定登記後に取得した場合に、この相殺予約をもって抵当権者に対抗することができないことを判示したものである。

2 学説の検討

抵当権の物上代位と相殺をめぐる学説としては、狭義の登記時基準説、登記時基準説(二段階基準説)、差押え時基準説がある。

(1) 狭義の登記時基準説

狭義の登記時基準説は、賃借権設定と自働債権の取得または相殺予約が抵当権設定登記より後になされた場合は、物上代位を優先させる。前掲下級審①②③④⑤判決がこれにあたる。その主なる論拠は、抵当権の効力が物上代位の目的物についても及ぶことは、抵当権設定登記によって公示しているとみることができるのであり、物上代位権の行使による差押えの趣旨は、物上代位の目的である債権の特定性を保持させるとともに、第三債務者を二重払いの危険から保護することにあるから、それによる差押えは、一般の差押えとは、抵当権設定の時から及んでいる効力を実現化するための手段である点において異なるという。

(2) 登記時基準説(二段階基準説)

登記時基準説(二段階基準説)は、物上代位と相殺の優劣は抵当権設定登記時と、賃借人が賃貸借契約(予約を含む)を締結しかつ、自働債権を取得した時期の先後による。前掲下級審⑥⑦⑧⑨⑩判決がこれにあたる。そして、最高裁【24】判決も登記時基準説をとる。その主なる論拠は、①登記に公示力・対抗力があること、②抵当権の侵害ないし執行妨害の防止になること、③最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁とは事案を異にすること、④相殺の担保的機能は事実上の機能にすぎず、公示方法がないから優先弁済権までは認められないこと、などである。

(3) 差押え時基準説

差押え時基準説は、民法第511条による一元的な問題処理枠組を基本にし、物上代位の特則としての民法第304条第1項但書を適用せず、物上代位に基づく差押え後に自働債権を取得したものでない限り、差押え後であっても相殺適状に達しさえすれば相殺が物上代位に優先すべきだとする。差押え前に相殺適状にあった場合には、相殺の意思表示が差し押さえ後になされたとしても、当然有効とされる見解である。前掲下級審⑪⑫⑬⑭⑮判決がこれにあたる。その主なる論拠は、①民法第511条の文言及び相殺制度の本質から抵当権の物上代位に基づく差押えを強制執行による差押えなどと別異に解する理由はないこと、②相殺の担保的機能、③最判【22】判決の論理に対する疑問、④抵当権は公示されるから第三者に不測の損害を与えないという論理は、登記後に現れた第三者との関係で意味を有するに過ぎず、第三債務者との間には登記を決め

手とする対抗関係にないこと、⑤第三債務者にとっては、二重払いも相殺の期待を奪われることもその苦痛には大差がなく、二重払いを防ぐ意味に限定する理由はないこと、などである。

3 検討

物上代位と相殺との優劣基準について、判例の立場は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないというものである。しかしながら、物上代位と相殺においても、債権譲渡との優劣基準に関し検討したのと同様、①抵当権登記により派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることに無理があること、②賃料債権の弁済期到来の有無により区別すべき必要性が高いこと並びに③関係当事者間の利益調整基準として公平であるべきことといった観点から現在の判例の立場にはやはり疑問がある。

私見として、前述した物上代位制度の趣旨及び差押えの趣旨に関する考えを前提に、前述のドイツ法の規律を参考として、次のように考えるべきである。まず、賃料債権との相殺は、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権との相殺とそもそも弁済助自体が到来していない将来の未発生賃料債権との相殺とでは、賃借人の相殺に対する期待の合理性の程度も詐害性のおそれも大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押え前に賃借人が自働債権を取得し、かつ、相殺適状のもめについては相殺が優先し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものとするべきである。

三 転賃料債権に対する物上代位について

1 判例の検討

(1) 下級審判例の検討

最高裁【20】最二判平成12年4月14日民集54 5 券4号1552頁判決以前の下級審を検討する。下級審判例としては、①東京高決昭和63年4月22日判時1227号125頁、②大阪商決平成4年9月29日判時1502号119頁、③東京地決平成4年10月16日金法1346号47頁、④仙台高決平成5年9月8日判時1486号84頁、⑤大阪高決平成5年10月6日判時1502号1220頁、

⑥東京高決平成7年3月17日判時1533号51頁、⑦東京高決平成11年4月19日判時1691号74頁、⑧大阪高決平成7年5月29日判時1551号82頁、⑨大阪高決平成9年9月16日金商1044号15頁、⑩大阪高決平成7年6月20日判時1551号85頁、⑪大阪高決平成10年3月12日金法1526号56頁、⑫大阪高決平成11年5月19日金商1075号24頁、⑬大阪高決平成12年3月2日金法1590号56頁などがある。

(2) 最高裁の判例【20】の検討

【20】最二判平成12年4月14日民集54巻4号1552頁判決は、民法第372条によって抵当権に準用される同法第304条第1項に規定する「債務者」には、原則として、抵当不動産の賃借人(転貸人)は含まれないものと解すべきである。その理由として、①所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではないこと、②抵当不動産の賃借人は、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にあるものではないこと、③同条の文言に照らしても、抵当不動産の賃借人を「債務者」に含めることはできないこと、④また、転貸料債権を物上代位の目的とすることができるとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人(転貸人)の利益を不当に害することになる。ただ、例外として、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上、転貸借関係を作成したものであるなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合には、その賃借人が取得すべき転貸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ことを許すべきものである、と判示した。

2 学説の検討

転貸料債権に対する物上代位をめぐる学説としては、肯定説あるいは原則肯定説、限定的肯定説あるいは後順位賃借権限定説、全面的否定説、原則否定説あるいは執行妨害等要件説がある。

(1) 肯定説あるいは原則肯定説

肯定説あるいは原則肯定説は、転貸賃料は抵当目的物＝賃貸目的の価値代替物であることを理由に、転貸賃料債権に対する物上代位を肯定する見解であり、原賃貸借の設定時期を問わず、転貸借債権への物上代位を肯定すべきとする。

(2) 限定的肯定説あるいは後順位賃借権限定説

限定的肯定説あるいは後順位賃借権限定説は、民法第304条第1項の「債務者」には、「抵当権の目的たる不動産上の権利者」を指し、それには所有者、物上保証人や第三取

得者の他に「抵当権設定登記後に借り受けた賃借人」も含まれるとして、転貸料債権に対しても物上代位を肯定する見解である。前掲下級審①②③④⑤⑥⑦の判例がこれにあたる。

(3) 全面的否定説

全面的否定説は、賃料債権への物上代位自体に対して否定的な立場を前提として、転貸賃料債権に対する物上代位を否定して、物的責任を負わない賃借人は、民法第304条の「債務者」に当たらず、転貸料債権を物上代位の対象とすることには理論的に無理があるとする見解である。

(4) 原則否定説あるいは執行妨害等要件説

原則否定説あるいは執行妨害等要件説は、原則として転貸料債権に対する物上代位を否定する。しかし、例外として、抵当不動産の所有者と賃借人が実質的に同一視される場合や賃貸借契約が物上代位権の行使を妨害する目的で締結されている場合などの転貸料債権が抵当不動産の賃料債権と同視しうる場合には、転貸料債権への物上代位を認める見解である。前掲下級審⑧⑨の判例が原則的に否定した判例であり、前掲下級審⑩⑪⑫⑬及ぶ最高裁【20】が例外的に転貸料債権への物上代位を認めた判例である。

四 転付命令について

大連判大正12年4月7日民集2巻5号209頁判決は、抵当権者による差押前に代位目的債権について「転付命令」があり、それが送達されれば、同債権は差押・転付債権者に移転し、「譲渡」の場合と同様、債務者が第三債務者より金銭を収取るべき債権関係が消失するため、抵当権者はもはや物上代位権を保全できないと判示した。

【23】最高裁平成14年3月12日金融・商事判例1148号3頁判決は、転付命令に係る金銭債権が抵当権の物上代位の目的となり得る場合においても、転付命令が第三債務者に送達される時までに抵当権者が被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、差押え命令及び転付命令が確定したときには、転付命令が第三債務者に送達された時に被転付債権は差押え債権者の債権及び執行費用の弁済に充当されたものとみなされ、抵当権者が被転付債権について抵当権の効力を主張することはできないものと解すべきである、と判示した。

Ⅲ 差押え

一 差押えの趣旨について

1 大審院判例

【19】の判決以前の大審院判例から検討する。大審院判例としては、①大判大正4年3月6日民録21輯363頁、②大判大正4年6月30日民録21輯1157頁、③大連判大正12年4月7日民集2巻5号209頁判決などがある。特定性維持説をとっている判例は、①②判決である。一方、③判決は、優先権保全説をとっている。③判決は、担保物権は目的物の滅失によって消滅し、債務者が受けるべき金銭については当然に存するものではないが、特に抵当権者を保護するためにこれを認めたものであると示した。

2 下級審判例

下級審判例の検討である。下級審判例としては、①東京高判平成8年11月6日金商1010号3頁判決、②東京地判平成8年9月20日判時1583号73頁判決、③東京高判平成9年2月20日金商1015号39頁判決、下級審判例ではないが、【19】の判決以前の最高裁判例として、④最判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁などがある。

①東京高判平成8年11月6日金商1010号3頁判決は、民法第304条の但書の趣旨は、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、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することにあると示した。

②東京地判平成8年9月20日判時1583号73頁判決は、物上代位に際して差押を要する趣旨は、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い渡し又は引き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、目的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こと等を目的とすると示した。

③東京高判平成9年2月20日金商1015号39頁判決は、「払渡又は引渡」前の差押えが要求されている趣旨は、目的債権の特定性の維持と第三債務者の二重弁済等第三者の不測の損害の防止にあると示した。

①③判決は、特定性の維持と第三債務者の保護に差押えの意義を置いているが、②判決は、第三債務者保護説の立場をとっており、特定性の保持は、その反射的利益にすぎないとする。他方、④判決は、二面性説をとっている。

(3) 最高裁判例【19】の検討

【19】判決は、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

るとして、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して、第三債務者説をとっている。

IV 賃料債権の一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の所有権移転の効力

1 判例の検討

【28】最高裁平成10年3月24日民集52巻2号399頁判決と【26】最一判平成10年3月26日民集52巻22号483頁判決について検討する。

【28】判決は、建物所有者の債権者が賃料債権を差し押さえ、その効力が発生した後、右所有者が建物を他に譲渡し賃貸人の地位が譲受人に移転した場合には、右譲受人は、建物の賃料債権を取得したことを差押え債権者に対抗することができないと解すべきであると示した。本判決は、賃料債権の一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の所有権移転の効力が問題となったものであるが、同じく一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の物権変動である点で、次の【26】判決と関連性を有する判決といえる。

【26】判決は、一般債権者による債権の差押えの処分禁止効は差押え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えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は一般債権者の申立による差押え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、右の差押え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判示した。この判決は、賃料債権につき一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えとが競合した場合における両者の優劣の判断基準を最高裁として初めて示した判決である。賃料債権の差押え命令が発せられると建物所有者に対して賃料債権の処分禁止が命じられ、その後に締結された建物についての抵当権設定契約は、賃料債権に対して及ぶ物上代位権の部分に関しては、差押え命令による賃料債権の処分禁止の効力に反するものであって差押え債権者に対抗することができないといえるから、原判決の説示それ自体は正当である。にもかかわらず、本判決が、原判決の説示の方法ではなく、あえて判旨のように述べたのは、最高裁として、問題を一般債権者による差押えと物上代位による差押えが競合した場合に限定した上、どちらの差押えが先の場合にも当てはまるより一般的な法理を示すことが適当であると考えたためと評されて

いる。

【26】 【28】 の物上代位と一般債権者による差押えとの優先劣後基準に関する判例の立場は、抵当権の設定登記に先行して賃料債権が差し押さえられその差押え命令が第三債務者へ送達されると、その後に抵当権を取得し登記を具備した者は、将来分を含めて同賃料債権に対して物上代位し得ないが、逆に抵当権の設定登記が先行すると、他の一般債権者は賃料債権を差し押さえただけでは抵当権者の物上代位を阻止できない(物上代位があればこれに優先される)というものである。

2 検討

判例の立場は、抵当権の設定登記に先行して賃料債権が差し押さえられその差押命令が第三債務者へ送達されてしまうと、その後に抵当権を取得し登記を具備した者は、将来分を含めて同賃料債権に対して物上代位し得ないが、逆に抵当権の設定登記が先行すると、他の一般債権者は賃料債権を差し押さえただけでは抵当権者の物上代位を阻止できないというものである。しかしながら、物上代位と一般債権者による差押えにおいても、債権譲渡との優劣に関し検討したのと同様、①抵当権登記により派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることには無理があること、②賃料債権の弁済期到来の有無により区別すべき必要性が高いこと及び③関係当事者間の利益調整基準として公平であるべきことといった観点から現在の判例の立場にはやはり疑問がある。

私見として、物上代位制度の趣旨及び差押えの趣旨に関する考えを前提に、前述のドイツ法の規律を参考として、次のように考えるべきである。まず、賃料債権の差押えは、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権の差押えとそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権の包括差押えとでは、詐害性のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押命令と一般債権者の差押命令とが第三債務者に送達された時期の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、包括的差押えをした差押債権者ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動

産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権の包括的差押えの先行事実を認識していた場合には差押えを当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

以上の解釈論・規律の方法につき、立法による手当てとして規範化することが望ましいことは前述したところと同様である。

V 抵当権の本質論について

1 価値権説

価値権説は、その交換価値による排他的な利益享受を本質とするものであり、このような本質をもつ権利を価値権(Wertrecht)と称し、この価値権的性格を最も純粋な形で示すのが抵当権であるとする見解である。ドイツ法における抵当制度を参考に、昭和期の前半に確立された日本における伝統的通説である。かつての大審院判例の立場である⁴⁵⁸。

2 期待権説

期待権説は、抵当権が究極的には設定者の所有権を奪うという点に着目すると、価値権のみによる説明では不十分であり、不動産の所有権を奪うという点では抵当権も不動産譲渡担保も異ならないのであるから、双方に共通した本質として期待権概念を採用すべきであるとの見解である。

3 換価権説

換価権説は、目的物を処分・換価して優先的に満足を得る権利を内実とする換価権という概念で抵当権の本質を説明しようと試みる見解である。換価する権能(換価権)をもって抵当目的物(の所有権)を物的に支配しその換価価格から優先弁済を受けることのできる権利、あるいは優先弁済の範囲で目的物(の所有権)を物的に支配しているとも説かれる。古積説、太矢説、平野説などがある。

4 新価値権説

新価値権説は、伝統的価値権説から出発しながら一定の要件の下抵当権に基づく妨害排除請求を肯定する立場の一群の見解である。特に松岡説と高橋説は、物上代位の法的構成を代替的物上代位と付加的物上代位に分け、あるいは、物上代位の対象となる価値変形物を代償的価値と派生的価値に分け、さらに付加的物上代位、あるいは派

⁴⁵⁸ 近江・前掲論文(注148)62頁。

生的価値については当事者の利益衡量を行って肯定する。

5 私見

価値説が、漫然と他の物権と同視されていた担保物権の特徴を、特に経済的機能の観点から独自の性格と役割をもった権利として浮かび上がらせた歴史的意義は大きく、また、交換価値を支配しているという側面が抵当権の本質的内容として含まれることは否定し得ないように思われる。他方、価値説を前提とするいわゆる価値権ドグマの問題性は、近代的抵当権論同様、「交換価値を把握する」という側面を純化・強調して捉える余り、「交換価値のみを把握しているに過ぎない」という矮小的理解に陥り、かかる理解を前提に、そこから形式論理的・演繹的に具体的解釈論の結論を導き出そうとした点にある。

日本では、近時、旧来型の価値説に対抗する本質理解として、目的物を処分・換価して優先的に満足を受ける権利を内実とする換価説が提唱されている。ドイツ抵当制度は保全抵当から投資抵当へと生成・展開していったが、その展開課程においては、第3期における資本主義の進展過程の特異性が大きく、これを日本を含めた他国にも当然に妥当するものとして普遍化して捉えることは相当ではない。その国ごとの社会性、経済性、歴史性に基づいた抵当制度が構築されてしかるべきであり、日本における抵当制度の生成と展開の歴史を見る限り、日本の抵当制度は投資抵当ではなく保全抵当としての役割を担ってきたものといえる。よって、交換価値の把握のみを強調する旧来型の価値権的発想に純化して日本の抵当権の本質を捉えることは事物に即しているとはいえず、むしろ保全抵当としての役割からすれば抵当目的物を換価して優先弁済を受ける権利として理解する換価説的説明の方が整合的ともいえる。しかしながら、処分・換価により優先的満足を受けるためには、その論理的前提として抵当目的物の財産的価値の把握を要するはずであり、換価説がかかる価値把握の面を軽視して換価という面のみを強調するとすれば、そこには旧来型の価値説と同様の問題性が生じるといえよう。

概念の本質を理解ないし説明しようと試みるとき、あえて側面のうちの1つを強調してみることは方法論としては有用な面がある。しかし、1つの側面のみで過不足なく概念の本質を理解・説明しようとしたり、ましてやその1つの側面・特徴から具体的解釈論を演繹的に規定し尽くそうとすることには無理がある。

すなわち、価値説という理解と換価説という理解を対立するものとは考えず、いずれも抵当権の本質の重要な一面を捉えた理解と考える。価値説という側面と換価説という側面との統合的理解の問題は、その先の価値説という側面と換価説という側面と

の統合的理解・説明することができるかである。この点、ドイツの第3期における換価権と価値権との関係理解が1つの示唆となると考える。すなわち、19世紀のドイツにおいては担保権の本質につき、まず換価権との理解があり、担保権はその換価権を通じて担保目的物の保有する価値を支配するものとの理解がなされることで、換価権概念を前提として価値権概念が理解されていた。かかるドイツ法の示唆を起点に更に考えを推し進めるとすれば、価値権でいう価値把握の手段として換価権を織り込んで理解していくこととなる。具体的には、換価権を通じての抵当目的物の財産的価値把握という場合、その先には抵当目的物の処分・換価による優先的満足が予定されているのであるから、抵当権設定契約による価値把握時のみならず、以降最終的には処分・換価により優先的満足を受ける時まで、把握した目的物価値に対する排他的支配が及び続けていなければならないと考える。このように、抵当権者は、抵当権設定契約によって、設定時以降優先弁済的満足実現時までの間、換価権を通じて抵当目的物の財産的価値を排他的に支配することでその交換価値を把握するのであり、かかる交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対し物的支配を及ぼしているものと解すべきである。このように理解することで、換価自体の困難性又は当初把握していた目的物価値の適正価額からの不当な低下のおそれがある場合に抵当権の侵害を説明することが容易となる。

したがって、私見は、担保権の本質理解として、「抵当目的物を処分・換価して優先弁済を受けることを内実とする換価権によって抵当目的物の交換価値を排他的に支配することで担保価値を把握する物権であって、その交換価値の排他的支配の限度で抵当目的物に対する物的支配性をも有する権利」であると解する。

第3節 ドイツ法の検討

I 賃料等の抵当権の効力

まず、抵当権の効力が賃料債権にまで及ぼされるべきであるとして、具体的にいかなる範囲の賃料債権にまで抵当権の効力は及ぶのかを検討する。

現行ドイツ物権法における物上代位性は一般的にではなく個別規定により認められる⁴⁵⁹。

土地上の抵当権の効力は、「未分離の天然果実等」並びに「分離した天然果実等」に及ぶ(抵当権者保護の視点)、とされている。しかし、「分離した天然果実等」が目的土地上の用益賃借人等の果実収取権に委ねられてしまうときには、土地上の抵当権の効力は「分離した天然果実等」には及ばない(用益賃借人保護の視点)、とされている。かくして、ここで、「分離した天然果実等」が土地上の抵当権の効力から解放されたことの、いわば、代償(みかえり)として、抵当権者の利益保護の視点より、「賃料債権」への抵当権の効力的拡張が承認された、のである。これは、代償原理または物上代位に基づくものである⁴⁶⁰。より具体的に説明すれば、抵当土地が使用賃貸借又は用益賃借に付せられているときには、土地上の抵当権の効力はそれより生ずる「賃料債権」にも拡張的に及ぶ、とされているのである。この「賃料債権」上への抵当権の効力的拡張は、「物上代位主義」の妥当性に基づくものであり、ここではいわゆる「代償関係」が存在している⁴⁶¹。「代償関係」について、斎藤教授は、「ここで、「代償関係」とは、①そもそも抵当責任財産中に存在していた「未分離・分離の天然果実」、②「分離した天然果実」が用益賃借人等の果実収取権に委ねられ、その結果としての抵当責任財産中からの解放、③その代償としての「賃料債権」の抵当責任財産中への新たな編入、④旧価値物たる「分離した天然果実」、その価値的代償物としての新価値物たる「賃料債権」、という連鎖を意味するものである」とする⁴⁶²。中田教授は、「抵当権は、土地の果実又は使用の利益(併せて用益)がそれぞれ用益又は使用賃貸借契約によって賃借人に帰属する代償として用益の対価である賃料債権に及ぶ。ここに、ドイツ法の賃料債権に関する代償原理の特殊性が見られる。すなわち、賃料債権は抵当目的物本体の代償ではなく、執行法上の理由から天然果実あるいは物でさえない使用の利益の

⁴⁵⁹ 中田・前掲論文(注153)217頁。

⁴⁶⁰ 斎藤・前掲論文(注331)211頁；中田・前掲論文(注198)220～221頁。

⁴⁶¹ 斎藤・前掲論文(注331)211頁。

⁴⁶² 斎藤・前掲論文(注331)212頁。

代償として賃料債権に抵当権が及んでいるのである。抵当権に基づく賃料債権への物上代位においては、抵当権者と賃借人との利害調整として代償原理が機能しているといえよう⁴⁶³」とする。

従来のラント法では、(i) 抵当不動産の差押え時以降に履行期が到来する賃料債権のみに限定する立場、(ii) 破産手続又は裁判所による管理が開始した後に生じた賃料債権のみに限定する立場及び(iii) 抵当不動産所有者が法律上有効に徴収ないし処分するまでは賃料債権の履行期に関わりなく無制限に及ぶとする立場に分かれていた。こうした中、ドイツ民法は、抵当権の効力が賃貸されていない土地の天然果実に及ぶのと同様に、賃料債権に対しても、その履行期に関わりなく無制限に及ぶとする立場を採用した。すなわち、その第1123条第1項において「土地が使用賃貸借又は用役賃貸借の目的なるときは、抵当権は其の賃料債権に及ぶ」と規定して、プロイセン所有権取得法第30条が採用していた上記(iii)の立場を採ることを明らかにしたのである⁴⁶⁴。

BGB第一草案立法理由書によれば、物は価値に代わり価値は物に代わる又は代位された物は代位した物と同じ性質を帯びるという規則は、一般的な法的真理ではなく、法律は単に個別的な法的関係に対して実際的な考慮に基づきそれを用いているとされる。これによれば、ドイツ法における物上代位は個別的な場合にのみ認められ、かつ法律に規定されていることが要件となる。したがって、ドイツ法において抵当権に基づく賃料債権への物上代位を考察するには、抽象的に物上代位を論じるのではなく、抵当権に基づく賃料債権への物上代位に限定して、検討しなければならない⁴⁶⁵⁴⁶⁶。

⁴⁶³ 中田・前掲論文(注153)219～220頁。

⁴⁶⁴ 加えて、抵当権設定後に調達された従物にも抵当権の効力が及ぶのと同様に、判例は、抵当権設定登記後になされた賃貸借契約に基づく賃料債権にも抵当権の効力が及ぶとする。

⁴⁶⁵ 斎藤・前掲論文(注331)211頁。

⁴⁶⁶ BGB第一草案時において、抵当権の賃料債権に対する効力は、BGB第一草案1067条と1069条に規定されていた。第一草案1067条は、抵当権の効力により以下のものが抵当権者に対して責任を負うとして、同条四号で「土地を使用賃貸または用益賃貸したことに基づく使用又は用益賃料に関する債権」を掲げる。BGB第一草案理由書は、用益賃料債権に抵当権が及ぶ根拠を次のように説明する。土地は単にその法的な存在としてだけでなくその担保性に影響する経済的な存在として債権者の物権に服し、抵当権は土地の経済的な存在を形成している目的物、すなわち分離によって所有者に割り当てられる果実(たとえ所有者が股定者でなくとも)、果実が代位する賃料債権と、抵当権の効力により債権者に責任を負う目的物の保険に基づく債権に原則的に及ぶ。「用益賃借人が強制管理の結果、土地を明け渡すことを強制されるならば、それは非常に厳しいものであり国民経済的な観点において重要な農地の用益賃貸借を危うくするかもしれない。「天然果実が抵当権者のために賃料から満足を受ける権利に代わる限り、用益賃借人に帰属する天然果実に対する権利を維持することによって、抵当権者はどのみち不利益を被るわけではない」。さらに、使用賃料債権に抵当権の効力が及ぶこ

とについて次のように説明している。「用益賃借人が手に入れる果実が抵当権によって把握されないならば、用益賃料債権が果実の代わりにならなければならない。さもないと、抵当権が債権者に認めるべき保証が著しく危険にさらされ、ここにおいて所有者の不動産信用が損なわれるからである。この観点から用益賃料債権は、土地が用益賃貸されていない場合の果実とまさに同様の責任を負う。この類推において、担保の責任を物的な権利の効力の時にまだ期限の到来していない賃料債権またはその後はじめて生じた賃料債権に制限することを正当化する理由は存在しない」。「1069条が用益賃借人に与えている優遇は使用賃借人にも認められなければならない。それは、優遇が依拠する理由が使用賃貸借の場合にも用益賃貸借の場合に劣らず当てはまるからである。使用賃借人は、債権者が抵当権を土地の用益(NetzunG)に関してのみ主張した場合、用益賃借人と同様に土地を明け渡されないことを必要とする」。しかし、抵当権が土地の用益に及ぶならば、設定者の土地に関する処分が著しく制限されることになる。これに対しては第一草案1069条において設定者の処分権を認め、抵当権の賃料債権への効力は次のように制限される。「(1)1069条四号に掲げる債権が抵当権者のために差押え(Beschlag)られていない限り、抵当権者の承認を必要とすることなく、その債権について特に取立てによって有効に処分することができる。差押えの前に債権が他者に譲渡されたならば、担保責任は消滅する。差押え前に債権に第三者の権利が設定されたならば、それは抵当権者の請求権に優先する。土地が債権の権利者によって譲渡され債権が共に譲渡されなかった場合も、そのような債権の譲渡と同様である。(2)しかし、1項に掲げる処分は、それが抵当権者のために実行された差押え後の最初の3ヶ月より後の期間に関する使用又は用益賃料債権に係る場合、またはそのような差押えの後3ヶ月してはじめて期限が到来する、土地所有権と結びつく権利に基づく債権に係る場合、抵当権者に対して無効である。(3)2項の規定に関わらず、期限が到来して以来一年が経過しそれまでに差押えが実行されていないならば、1項に掲げる債権の担保責任は消滅する」。この理由は次のようなものである。「所有者の取引と経済的な地位を考慮すれば、抵当権者の正当な利益が許す限りにおいてではあるが、抵当権に対して責任をおうて負う物及び債権の処分が所有者に委ねられることが必要となる」。「1067条2項、3項により、土地と共に責任を負う物が、債権者の同意なしにはこの責任から解放されないならば、通常の営業は実際には不可能である。土地の産出物は、一般的に産出物が消費されるか、金銭に換えられることによるのみ、土地から生み出される用益をもたらす」。「これまでの検討によって、1069条四項に掲げる債権が抵当権者に対して土地の用益の代わりとなることを前提とするならば、1068条の結論から、この債権の担保責任を土地から分離された果実の責任と同じように若しくはそれに適合して限界づけることが強いられる。したがって1069条はその1項において、問題の債権が抵当権者のために差押えられるまでは、その債権を抵当権者の同意なしに自由に処分できるという原則を含む」。使用及び用益賃料債権への抵当権の効力に関する起草過程の議論をまとめると次のようになる。①用益賃貸借の場合には、天然果実が抵当権者によって把握されるが、用益賃借人がいる場合には用益賃借人に天然果実が帰属するので、その代償として賃料債権が担保責任を負う。用益賃借人に天然果実を収取させるべき理由は、用益賃借人が土地の引渡を強制されるならばそれは農地の用益賃貸借を危うくするからである。②使用賃貸借の場合には、抵当権者が土地の用益に関してその権利を主張した場合に用益賃貸人と同様の保護が使用賃借人に必要であるから、賃貸借契約を継続させる代償として使用賃料債権に抵当権が及ぶ。天然果実が存在しない使用賃貸借契約における土地の用益は、使用の利益を意味する。すなわち、抵当権者が使用の利益に関してその権利を主張する場合に、使用賃借人を保護する代わりに、抵当権は使用賃料債権に及ぶことになる。③賃料は土地の用益の代償であるから、賃料債権についても天然果実と同様に抵当権者の差押えまでは設定者に処分権がある。この第一草案に対して、BGB第二読会では以下の点で批判する。「土地の用益賃貸借の場合に、地面と附合した果実が用益賃借人のために

BGB第1123条第1項の物上代位規定は、上述したように、土地上の「抵当権者と用益賃借人の利益調整」という視点より理解されるべきである。すなわち、法は、(α)土地上の抵当権者の法的地位を強化すべく、「未分離の天然果実」のみならず、「分離した天然果実」をも、抵当責任化した。(β)しかし、土地上の用益賃借人の法的地位を強化すべく、彼的手中に委ねられた「分離した天然果実」を抵当責任から免除した。(γ)その限りで土地上の抵当権者の法的地位は弱化した。その代償として土地上の抵当権者のために「賃料債権」を抵当責任化したのである。(δ)以上、「賃料債権」上への抵当権の物上代位の承認とは、土地上の抵当権者と用益権者の利益対立状況の下で、立法者の一つの利益調整的決断としてなされたものである、といえよう⁴⁶⁷。

付言して整理すると、すなわち、(α)ドイツ民法上、土地上の抵当権の効力は「目的土地」や「その本質的構成部分」に及ぶが、それを本来的効力とすれば、その拡張的効力として、目的土地等以外の、法律の定める一定の動産や債権にも、土地上の抵当権の効力が及ぶものとされている。(β)それを具体的に指摘すれば、土地上の抵当権の効力は、①土地より分離した天然果実及びその他の土地構成部分(BGB第1120条～第1122条)、②土地を主物とする従物(同上)、③賃料債権(BGB第1123～第1125条)、④土地所有権と結合する回帰的給付請求権(BGB第1126条)、⑤保険金債権(BGB第1127条～第1130条)、⑥BGB第890条第2項の規定により加筆された土地(BGB第1131条)にも、拡張的に及ぶ、とされている。ここでは、「目的土地」や「その本質的構成部分」に加えて、それらと経済的一体性を有する動産や債権、あるいはその価値的代償性を有する債権等にも、土地上の抵当権の効力が拡張されている。(γ)以上の七種の客体中、その拡張的効力の立法趣旨はそれぞれ個別に異なっているが、「賃料債権」(③)並びに「保険金債権」(⑤)の二種については、「物上代位主義」の妥当に基づくものなのである。したがって、物上代位とは、抵当権の拡張的効力の一つとして位置付けられている、という点に注目されよう⁴⁶⁸。

抵当権者の物上代位による差押えと関連して、抵当権者は差押え前には、賃料債権への異議を述べることも、仮処分を求めることもできない。賃料債権に対する動産執

抵当権の効力による担保の責任から解放されるかどうか、またどの範囲で解放されるかという問題に際しては、抵当権法の問題よりも執行法の問題、つまり強制競売または強制管理手続における用益賃借人の地位を執行法がどのように規制しなければならないかということが重要である。強制執行法はこの問題に無条件に取り組まなければならないだろう。したがって、この問題が執行法に委ねられるならば、この規制は容易に納得できるだろう」。中田・前掲論文(注153)217～219頁。

⁴⁶⁷ 斎藤・前掲論文(注331)212頁。

⁴⁶⁸ 斎藤・前掲論文(注331)213頁。

行においても、抵当権に基づく仮差押えは認められない。それに対して、建物への保険金には、抵当権者が意義を述べることができるが、同じ保険金への物上代位であっても、建物以外の目的物には、抵当権者が意義を述べることができない。したがって、抵当権設定者は差押え前であれば、自由に賃料債権の取立て、譲渡、質入れその他の処分をすることができ、それらの処分により賃料債権に対する抵当責任は消滅あるいは劣後する。

抵当権者の賃料債権への執行方法は、BGB第1147条、ZPO第865条第2項の規定にしたがって強制管理・強制競売による。

II 賃料の事前処分規制

以上の検討から明らかなように、ドイツ法にあっては、まずその法規制として原則として抵当不動産所有者に賃料の処分権能を認めつつ、特に濫用のおそれの高い事前処分に関しては、ごく短期間の例外的場合を除き抵当権者に対して効力を有しないというように抵当不動産所有者と抵当権者との利害調整が明文の形でなされ、さらにこれを一定要件を満たす合理的前払いに限り新たに事前処分規制の例外として許容するという判例法理が補っている。抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であるとの判断から、将来の賃料債権をその時点における不動産所有者が債権譲渡等の事前処分をしても、その後当該抵当賃貸不動産を譲り受けた不動産譲受人に対しては同人の所有権取得時以降の期間に対応する賃料債権の事前処分については原則として対抗することはできず、このことは抵当権実行後の買受人に対しても同様とされている(BGB第573条、ZVG第57条)。さらに、物上代位の対象となる賃料の範囲(抵当不動産の維持・保存費用の取扱い)について、ドイツ法においても、1953年改正以前は、日本の現行解釈と同様、抵当不動産の維持・保存費用に相当する部分も含め賃料のすべてを物上代位権者に取得されてしまうとの法制であり、立法論的批判が行われてきた。とりわけ、ドイツ法では強制管理のための差押えが第一吹的なものとして考えられていたところ、強制管理に関しては収益から管理経費や手続経費を差し引いた後の残余につき配当を行うこととされていたことから(ZVG第155条第1項)、これとの対比で債権差押えによる賃料に対する物上代位の不合理性として意識されてきたが、その後、上記の問題点は、1953年8月、「強制執行の分野における措置に関する法律」(Gesetz über Massnahmen auf dem gebiete der Zwangsvollstreckung)によって改正された。すなわち、ZPO第851条Bにより、債

務者の申立てによって不動産の継続的保存に不可欠な範囲で賃料の差押えが制限されることとされたのである。このように、ドイツ法では、抵当不動産の維持・保存のために必要な管理費等に相当する部分については賃料の差押えを制限することで、抵当不動産の荒廃等を防ぐという合理的な規制がなされている。

III 強制管理

以上のとおり、ドイツ法においては、1世紀以上に及ぶ強制管理制度の歴史があり、その中で比較的合理性・公平性の高い制度として構築・運用されてきたものといえる。とりわけ、収益からの債権回収という第一次的目的とは別に、所有者ないし第三者による妨害的行為を防止・排除するとともに当該不動産の維持・保存ないし改良行為によって売却価格を上昇させるという大きな副次的効果があるため、近時の経済不況の影響もあって近年は3万件を越す年間利用件数がある。強制管理と物上代位による債権差押えとの調整に関しては、強制管理が先行している場合には物上代位による差押えは許されず、一方、物上代位による債権差押えが先行している場合にも他の抵当権者は強制管理の申立てが可能であり、この場合、BGB第1124条の範囲内では物上代位による債権差押えの効力が認められるも、その範囲は厳格に制限されているので賃料收受の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一次的なものとして考えられている。

第五章 示唆

第1節 日本法からの検討—日本法のような賃料債権への物上代位の可能性—

I 抵当権の本質論について

価値権説は、その交換価値による排他的な利益享受を本質とするものであり、このような本質をもつ権利を価値権(Wertrecht)と称し、この価値権的性格を最も純粋な形で示すのが抵当権であるとする見解として、日本における伝統的通説であり、かつての大審院判例の立場である。期待権説は、抵当権が究極的には設定者の所有権を奪うという点に着目すると、価値権のみによる説明では不十分であり、不動産の所有権を奪うという点では抵当権も不動産譲渡担保も異ならないのであるから、双方に共通した本質として期待権概念を採用すべきであるとの見解である。換価権説は、目的物を処分・換価して優先的に満足を得る権利を内実とする換価権という概念で抵当権の本質を説明しようと試みる見解として、古積説、太矢説、平野説などがある。新価値権説は、伝統的価値権説から出発しながら一定の要件の下抵当権に基づく妨害排除請求を肯定する立場の一群の見解として、松岡説と高橋説などがある。

抵当権の本質について、韓国での論議を検討する。韓国では、価値権説と特権説、折衷説の考え方が対立していて、通説及び判例は基本的に価値権説をとっていると思われる。しかし、実行があるまでは設定者の自由な使用収益を保障する抵当権の趣旨に合致していないにもかかわらず、各国が賃料を物上代位の効力範囲に含めることを見るときに、物上代位制度を価値支配権という担保物権の本質から出てくる当然の帰結として認められる制度として把握する見解は、再考しなければならないと思われる。たとえば、物上代位の本質について、日本の場合は、かつて価値権説と特権説などの学説及び判例が別れていたが⁴⁶⁹、今の通説及び判例は明らかではない。さらに、価値権説は、目的物が消滅するにもかかわらず担保物権という物権だけが消滅していないという結論になってしまう。価値を支配する抵当権といえども、その本質は物権であるから、目的自体も消滅するから、論理的な帰結としては、抵当権者の保護のために、法律が特別に定めた政策的判断によるものだと考える特権説が妥当だと思われる。しかし、いずれの説をとっても、それらの主張が妥当するのは滅失・毀損・公用徴収の

⁴⁶⁹近江・前掲書(注148)62頁。

場合であり、消滅することなく、価値の遺産である賃料の場合は、一元的に説明することは、困難である。したがって、賃料への物上代位の導入を論じるために、日本における新しい学説の展開の検討は、意味があると思う。けだし、抵当権は価値権性と物権の優先効果の2つの特質があり、履行不能のような原因によって債務者が履行目的物の対象となる利益を取得する場合、かかる利益の返済を要求する対象の制度が抵当権に採用されたため、公平の理念と担保物権の担保としての価値権性と物権としての優先的効力の3要素の組み合わせの視点から検討すべきである。

II 民法旧371条の適用の肯否と賃料債権に対する物上代位の可否について

果実に関する民法旧371条の適用の肯否をめぐって、この果実は天然果実のみを指すのか、または法定果実をも含むのか争いがあった。天然果実については、原則として、判例・学説とも、抵当権の効力が及ばないが、例外として抵当権の効力が及ぶとしていたが、法定果実については争いがあった。しかし、韓国の場合は、日本のように、果実に関する条文の適用の肯否をめぐって、この果実は天然果実のみを指すのか、または法定果実をも含むのか争いがあったが、賃料債権に対しては、物上代位の規定がないため、日本のような論議が行われなかった。

日本における賃料債権への物上代位を肯定する判例及び学説は、その論拠としては、①賃貸借は価値権の減少をきたすこと、②賃料は交換価値の流動的実現であること、③賃料は抵当権の目的物の交換価値の一部実現にはかならないこと、④債務者は賃貸して収益を挙げているのに、物上代位を否定することは、抵当権の実効性を著しく弱め、設定者と抵当権者との間の公平を欠くこと、⑤形式的に民法第372条の文理解釈上にも物上代位権があることなどを挙げている。【19】判決は、なんらの条件を付すことなく、賃料債権に対する物上代位を肯定した最初の最高裁の判決である。この判決の抵当権者による賃料債権への物上代位を無条件かつ全面的に肯定した論拠は、①抵当権の非占有担保性は先取特権と異なるものではないこと、②賃料債権への物上代位権の行使を認めても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることはないこと、③目的不動産に対して抵当権が実行されている場合でも、物上代位は重量的に行使することができるとする最判昭和45年7月16日民集24巻7号965頁を理由としている。他方、賃料債権への物上代位を否定する判例及び学説は、その論拠としては、①物上代位の規定は、抵当権者が目的物につき抵当権の実行ができない場合にのみ適

用があり、抵当権者が現に抵当目的物の抵当権を実行する場合にはその適用はないこと、②担保物権の物上代位は、担保物権者の把握する価値が滅失、減少するのに対し所有者が別の価値を取得することによって公平を失するという場合に限り認められるべきこと、③追及力を有する抵当権にあっては、物上代位は認められないこと、④抵当権は使用収益権限を有しないから原則として目的物利用の対価は抵当権の把握する目的の範囲外であることなどを挙げている。

Ⅲ 差押えの趣旨について

大審院時代では、特定性維持説をとっている判例と優先権保全説をとっている判例が分かれていたが、以降、下級審判例及び最高裁判例では、特定性の維持と第三債務者の保護に差押えの意義を置いてい判例、第三債務者保護説の判例、二面性説をとっている判例も現れた。しかし、最高裁【22】判決は、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として、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して、第三債務者説をとっている。

けだし、日本の最高裁判所が採用している第三債務者説は結論的には正しいかも知れないが、その判決理由の中では物上代位によって第三債務者＝賃借人が被る不利益の回避について言及した最高裁判例はないようである。最高裁が根拠とする第三債務者保護説は、優劣の根拠として用いられるべきものではなく、かつ、第三債務者＝賃借人を保護するものでもないという矛盾を含んでいる。これでは第三債務者保護説とは名ばかりである。そもそも、抵当権者と譲受人の優劣を決する根拠として第三債務者の保護を持ち出すのは妥当ではないと考える⁴⁷⁰。【22】判決以降から、きわめて多くの物上代位による差押えが賃借人に送達された結果、それが抵当権設定者と抵当権者の争いであるにもかかわらず、賃借人に種々の負担が生じるようになった。たとえば、賃貸人に対する賃料の自動引き落としをストップすること、差押債権者に毎月振込の手続きをすること又は供託をすること、二重弁済の危険を負担すること、賃借住宅の管理が荒廃することなどである。抵当権実行の強化については多くの規定を設けたが、賃借人を配慮する規定が不十分であるので、第三債務者保護説という名称だけ

⁴⁷⁰ 鳥谷部・前掲論文(注4)107頁。

ではなく、まこと、第三債務者保護のための制度の整備がなされるべきである。

IV 賃料の物上代位と賃料債権の譲渡について

従来の判例及び学説は、登記時基準説、差押え時基準説、具体的債権発生時基準説、第395条但書類推適用説の争いがあった。しかし最高裁判例【22】は、登記時基準説をとっている。【22】判決は、民法第304条第1項の「払渡又は引渡」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た第三者に対する対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、と判断している。その理由は、①「払渡又ハ引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含まないこと、②第三債務者は、物上代位による差押命令送達前には債権譲受け人に弁済すれば足り、差押命令送達後には供託すれば免責されるから、債権譲渡後の物上代位権行使を認めても第三債務者の利益が害されないこと、③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こと、④債権譲渡を優先させると、これを用いて容易に物上代位権の行使を免れることができ、抵当権者の利益を不当に害することになる、などの点に要約される。

しかし、判例が採用する登記時基準説の理論的説明や優劣基準は公平かつ合理的なものとはいえない。賃料に対する物上代位が抵当権設定登記により公示されているとの理解には異論が強く、また抵当権設定登記さえしてしまえば、それ以降に登場する利害関係人と何ら実質的な競争を経ることなく一律に抵当権者が優先してしまうとの結論となる。逆に、抵当権設定前に債権譲渡の対抗要件が具備されると、抵当権者がいつも劣後することになって公正性に欠けると思われる。かかる抵当権登記時説の主たる論拠は抵当権登記により賃料に対する物上代位権まで公示されているとみるべきであるが、抵当目的物の交換価値を把握するという抵当権設定契約の約定内容から、代償的価値ではなく派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで当然に公示されているとみることは無理がある。さらに、判例は、債権譲渡の対象とされた賃料債権の弁済期到来の有無につき、何らの考慮もしていないが、弁済期到来済みかつ未払の賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来賃料債権とでは、①濫用的・詐害的事前処分のなされる危険性の程度及び、②債権としての確実性の程度につき決定的な差があるのであって、この点を看過して一律に論じることは合理的な規律とは言い難い。加えて、判例の実質的立場である抵当権登記時説では、単に融資時に

抵当権設定登記を経由していたとの一事をもって、他の債権譲受人に当然に優先することとなってしまう、関係当事者間における公平な競争の余地がない点で不当である。このことは、弁済期到来の有無による区別を何らしていないとの問題点とも相まって、逆に抵当権設定登記より前に将来賃料債権を譲渡し対抗要件を備えてしまいさえすれば、一律に抵当権者が劣後する帰結を将来することを意味し、かかる結論は当該将来債権譲渡が濫用的・詐害的なものであった場合に公正な利益調整基準として機能しているとは言い難い。関係当事者の利益状況に即して原則論と例外論とを配置し、かつ、関係当事者間の公平な競争を保障する点で示唆に富むドイツ法の規律方法を参考に検討する。第1に、抵当不動産所有者には、本来、所有権に基づく賃料の自由な処分権能があるのであるから、かかる処分権能自体は一般的に広く尊重されなければならない。この点で、抵当権設定の一事をもって、抵当権設定登記時以降の対抗可能な賃料処分を一律に否定してしまうこととなる判例の抵当権登記時説には無理がある。第2に、賃料債権譲渡と言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権とでは、滞用的処分のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押えと債権譲渡の対抗要件具備の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えべきである。また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、債権譲渡の譲受人ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権譲渡の先行事実を認識していた場合には債権譲渡を当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

V 抵当権の物上代位と相殺について

従来の判例及び学説は、狭義の登記時基準説、登記時基準説(二段階基準説)、差押え時基準説の争いがあった。しかし、最高裁【24】判決は、登記時基準説を採用し、抵当権の物上代位の効力を拡大してきた一連の最高裁の判例の流れと軌を一にするものであると評価される。【24】判決の主旨は、①物上代位による差押え前においては、

賃借人の相殺はなんら制限されないこと、②物上代位による差押え後においては、抵当権設定登記前に取得した債権による場合は相殺できるが、抵当権設定登記後に取得した債権による相殺は物上代位に劣後すること、③反対債権が抵当権設定登記後に取得した場合に、この相殺予約をもって抵当権者に対抗することができないことである。

物上代位と相殺において、①抵当権登記により派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることには無理があること、②賃料債権の弁済期到来の有無により区別すべき必要性が高いこと及び、③関係当事者間の利益調整基準として公平であるべきことといった観点から現在の判例の立場には疑問がある。前述のドイツ法の規律を参考として、次のように考えるべきである。まず、賃料債権との相殺と一口に言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権との相殺とそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権との相殺とでは、賃借人の相殺に対する期待の合理性の程度も詐害性のおそれも大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押え前に賃借人が自働債権を取得しかつ相殺適状のものについては相殺が優先し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えられるべきである。また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解すべきである。

さらに、敷金と関連して、敷金の保管について規定がないこと、返還についても恣意的におこなわれる可能性があることなどの不都合が生じている。多くの場合裁判を起こすには少額であり、他地域へ転居してしまうために裁判の件数は多くなかったが、少額訴訟制度ができてからは急増している。敷金に関する合理的な規定を設けるべきである。

賃料への物上代位との関係では、賃貸人からの敷金返還の見込みがない場合でも、賃料は建物明渡時まで差押債権者に全額支払わなければならないかということである。敷金は、賃貸人のために、賃貸人の有する債権を担保するために預託されているが、返還されるべき金額まで賃料債務の支払いを拒むことができないかどうかの問題とな

る。これに対して、最判平成14・3・28民集28巻6号1152頁は、敷金への充当を肯定した。しかし、この判決では、賃借人が建物の引渡を完了する前においては賃借人の不利益は何ら考慮されないことになる。鳥谷部教授は、敷金返還請求権を自働債権とし、賃料債務を受働債権として、建物明渡前に相殺を認めるのではなく、建物引渡までの間、相殺の抗弁権を認めるべきであると提案する⁴⁷¹。

VI 転貸料債権に対する物上代位について

最高裁【20】判決は、民法第372条によって抵当権に準用される同法第304条第1項に規定する「債務者」には、原則として、抵当不動産の賃借人(転貸人)は含まれないものと解する。その理由として、①所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではないこと、②抵当不動産の賃借人は、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にあるものではないこと、③同条の文言に照らしても、抵当不動産の賃借人を「債務者」に含めることはできないこと、④また、転貸料債権を物上代位の目的とすることができるとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人(転貸人)の利益を不当に害すること、を示す。ただ、例外として、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上、転貸借関係を作出したものであるなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合には、その賃借人が取得すべき転貸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ことを許すべきものである、と示し、原則否定説(執行妨害等要件説)をとっている。

【20】判決は、所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるが、抵当不動産の賃借人は、このような責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはないとする。賃料債権に対する物上代位は認められるが、転貸料債権に対する物上代位は認められないという本件において最高裁が行った区別は、民法第613条が存在する限りにおいて、十分な根拠となりえていない。しかし、自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはないのは、抵当不動産の賃借人ばかりでなく、抵当不動産の所有者

⁴⁷¹ 鳥谷部・前掲論文(注4)109～110頁。

である物上保証人、第三取得者も同じではなかろうか。物的責任を負担することと自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されることは同義ではない。これまで、民法第304条の「債務者」を抵当不動産の「所有者」と読み替えることについてほとんど異論は見られなかった。しかし、物上保証人や第三取得者が負担するのは責任であって債務ではないということは多くの論者が長い間、説いてきたところである。物的責任を負う者は、抵当権実行前の有無に関わらず、その目的物の使用収益によって取得する債権をも奪われて当然であるとすべきか、民法第304条の「債務者」を抵当不動産の「所有者」とする読み替えを行うべきかどうかは再度検討される必要がある。本決定は、「抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合」であるか否かにより抵当権者が物上代位権を行使することができるか否かを決するものとした。しかし、物上代位は抵当目的物の所有者である賃貸人の有する権利に対して行うものであるから、物上代位を先述の第613条によって認められている直接請求権に対して行うものとするならば、転借人に対する権利への物上代位を認めることができるはずである。本決定は、賃貸借契約と転貸借契約とを区別することによって賃料債権に対する物上代位の限界を画そうとした。そして、本決定は、転貸料債権への物上代位を原則として否定するが、例外的に認められるべき場合につき、「抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合」の例示として、法人格の濫用、賃貸借の仮装に基づく転貸借関係の作出を挙げる。しかし、この本決定が示した基準に対しては、抵当権者ではない債権者が債権回収目的で割込む賃貸借に対応できないのではないかとの肯定説の立場から理論的根拠に何ら触れられていないとの批判が、すでに示きれているところである。結局、本決定が抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位に何らかの限界を設けようとした点は評価できるが、なぜ、賃料債権に対する物上代位は可能であるのに転貸料債権に対しては物上代位が許されないということになるのかについては、いまだ説得的な説明はなされていないといわざるをえない。

Ⅶ 賃料債権の一般債権者による差押えに後れる抵当目的物本体の所有権移転の効力について

【28】 【26】 の物上代位と一般債権者による差押えとの優先劣後基準に関する判例の立場は、抵当権の設定登記に先行して賃料債権が差し押さえられその差押え命令が第三債務者へ送達されてしまうと、その後に抵当権を取得し登記を具備した者は、将来分を含めて同賃料債権に対して物上代位し得ないが、逆に抵当権の設定登記が先行

すると、他の一般債権者は賃料債権を差し押さえただけでは抵当権者の物上代位を阻止できないというものである、として、登記時基準説をとっている。

物上代位と一般債権者による差押えにおいても、債権譲渡との優劣基準に関し検討したのと同様、①抵当権登記により派生的価値に過ぎない賃料に対する物上代位権まで公示されているとみることには無理があること、②賃料債権の弁済期到来の有無により区別すべき必要性が高いこと及び、③関係当事者間の利益調整基準として公平であるべきことといった観点から現在の判例の立場には無理がある。賃料債権差押えと言っても、弁済期到来済みかつ未払の既発生賃料債権の差押えとそもそも弁済期自体が到来していない将来の未発生賃料債権の包括差押えとでは、詐害性のおそれも債権としての確実性の程度も大きく異なるのであるから、区別して規律することが合理的である。具体的には、既発生賃料債権については物上代位の差押命令と一般債権者の差押命令とが第三債務者に送達された時期の先後によって優劣を決し、他方、将来の未発生賃料債権については抵当権者が物上代位の差押えをしたときはその時以降発生する賃料債権については物上代位が優先するものと考えらるべきである。また、抵当不動産の使用対価である賃料は所有者が本来有している使用权を賃借人に委ねることに対する対価であると考えられるから、抵当不動産本体が第三者に譲渡されたときは、その時以降に発生する賃料債権については、包括的差押えをした差押債権者ではなく抵当不動産本体の譲受人に帰属するものと解することを原則としつつ、例外的に当該不動産の第三取得者が当該不動産の取得時に将来賃料債権の包括的差押えの先行事実を認識していた場合には差押えを当該不動産の第三取得者に対抗できるものと解すべきである。

VIII 転付命令について

【23】最高裁平成14年3月12日金融・商事判例1148号3頁判決は、転付命令に係る金銭債権が抵当権の物上代位の目的となり得る場合においても、転付命令が第三債務者に送達されるときまでに抵当権者が被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、差押命令及び転付命令が確定したときには、転付命令が第三債務者に送達された時に被転付債権は差押え債権者の債権及び執行費用の弁済に充当されたものとみなされ、抵当権者が被転付債権について抵当権の効力を主張することはできないものと解すべきである、と示した。

けだし、債権譲渡と転付命令は、物上代位に関する法律効果において区分されなければならないかという疑問がある。債権譲渡とは、法律行為によって債権がその同一性を維持しながら移転することを意味する。債権譲渡は、その債権に確保されている財産的価値に対する処分であり、一方では、その債権を媒介に接続されている当事者の変更を意味する。一方、転付命令は、差し押えされた債権を支給に代えて差押債権者に移転させる制度であるため、債権がその同一性を維持しながら、他の人に移転するという実質における債権譲渡と差がないと思われる。債権譲渡が認められるためには、対象債権の譲渡性がなければならない。転付命令の場合も同様である。韓国では、譲渡性があれば、将来債権であっても、現在、その発生の基礎となる法律が存在しており、債務の移行期までその内容を確定するための基準が設定されている場合は、債権譲渡が可能であり、将来債権、条件付き債権、反対給付に係る債権の大部分に対して転付命令を許容している。債権譲渡の通知または債務者の承諾を得た譲受人は、債務者に対して譲受した債権の弁済を請求することができる。このとき、債権に付従している利子債権、違約金債権、保証債権等の権利も別の譲渡行為なしに譲受人に移転し、譲渡人に対する債務者の抗弁権は、譲受人にも主張することができる。民法上の債権譲渡と同様に、転付債権者は、被転付債権の債権者としての地位を承継する。転付命令による移転の効力は、被転付債権の従たる権利、すなわち、転付後の利息および遅延損害金、保証債務、物的担保などにも及ぶ。第三債務者は、債務者に対して持っていた従来の法律上の地位を維持するため、債務者に対する債権差押え前の各種の抗弁事由、例えば取消し、解除、相殺などの行事や同時履行の抗弁として転付債権者について対抗することができる。指名債権の譲渡行為は、原因行為である債権行為と結合して行われるのが普通であるため、原因行為が無効、取消し、解除等により効力を失ったときに、それと一緒に効力を失うことになる。一方、転付命令の送達される当時には被転付債権が有効に存在していたが、その後、第三債務者の取消しや解除などにより遡及して消滅した場合、これは被転付債権の存在しない場合に該当する。被転付債権が存在しない場合には、転付命令は、実体法上無効であり、執行債権消滅の効果は発生しない。したがって、このように被転付債権が遡及して消滅した場合には、一旦消滅していた執行債権も遡及的に復活する。債権譲渡は実体法上の制度であり、転付命令は、民事手続法で規定されている差はあるが、債権がその同一性を維持しながら、他の人に移転するという点で、両者は差がない。そのほか両者はその対象や主な法的効力に大きな差がないため、物上代位に関連して、両者を区別して別の法

律効果を付与する絶対的な必要性は、再考すべきであると思われる。

IX 示唆

整理すると、賃料への物上代位と債権譲渡・相殺、一般債権者との優劣基準について、日本の最高裁は登記時基準説を採用している。さらに、民法第304条第1項の「払渡又は引渡」には債権譲渡は含まれず、民法第372条によって抵当権に準用される同法第304条第1項に規定する「債務者」には、原則として、抵当不動産の賃借人(転貸人)は含まれない。

賃料に対して抵当権の物上代位の効力が及ぶ基準を登記によれば、抵当権設定登記よりも先に債権譲渡の対抗要件が具備された場合は抵当権者は全く保護されないことになる(このような機会は、第三債務者が特定していない将来債権の譲渡が債権譲渡特例法で対抗要件を具備することができるようになった現在では多発することが予想される)。その結果、対症療法的に物上代位の効力を強化することになったが、賃料に対する抵当権実行の効力を軽視してしまった。従来判例は、差押えを基準としていたが、最近判例は、登記時を基準として抵当権の効力を拡張してきた。その基準として、登記時基準説を採用し、第三債務者保護説をその基礎とする。しかし、抵当権の物上代位と債権譲渡の優劣を決する場合に、第三債務者保護説を持ち出すことは妥当ではない。賃料は抵当不動産本体とどのような関係にあるかを明らかにし、それを争う対抗関係と位置づけるべきであった。そうでなければ、それまで至る所で積み重ねられてきた対抗法理を破壊してしまうことになるからである。これに対して、差押えを基準とすると、債権譲渡の対抗要件が先の場合は抵当権が侵害されるとの判示がある。しかし、抵当権を強化するには、その実行制度を確固としたものにする必要がある。抵当権の実行を強化することは抵当権の非占有担保性に反しないが、賃料に対する物上代位を一定以上に強化することは非占有担保性という抵当権の本質に反する。また、同時に、設定者が独立に処分可能な賃料について、他の債権者との公平に反することになる。鳥谷部教授は、「賃料に関する抵当権に基づく物上代位と債権譲渡の優劣は公平な基準によって決すべきであり、その基準は登記時基準説ではなく、差押基準説である」と考える。ただし、悪質な譲受人は、その旨を認定して、徹底して排除すべきである。悪質な譲受人かどうか認定することをせずに、抵当権者を優先させるのは、善良な譲受人を悪質な譲受人と同様に扱ってしまったことになり、そのような

司法は市民の信頼を得られない。悪質な譲受人・賃借人は、それを認定して司法が立ち向かわなければならない。また、抵当権の実行と抵当権の物上代位は、前者が抵当不動産を売却するのに対して、後者は抵当不動産を売却しないという点で全く異なる制度であるから、抵当権実行前は差押えを基準に賃料への物上代位を認めるが、抵当権実行時からは、賃料の帰属者を変更するという抵当権実行の効力を基礎として、従前の設定者が行った処分を否定し、抵当権実行時から売却決定時までの果実を抵当権者が優先的に取得できるとするのが抵当権の最期の切り札としての効力を有する抵当権実行制度として相応しいと考える。その結果、抵当権実行までの賃料については、差押時を基準として、債権譲渡、質権設定、一般債権者の差押えとの競合を認めるのが、それぞれの性質の差異を考慮し、当事者にとっても、公平で、かつ、抵当権の機能を安定的に確保するものであると考える⁴⁷²」とする。

⁴⁷² 鳥谷部・前掲論文(注4)105～107頁。

第2節 ドイツ法からの検討ードイツ法のような果実に対する効力ー

I 現行ドイツ物権法における物上代位規定と韓国民法における物上代位規定の比較

現行ドイツ物権法における物上代位性は一般的ではなく、個別規定により認められているので、個別規定ごとに検討しなければならない一方、韓国民法第342条は、「質権は質物の滅失・毀損または公用徴収により質権設定者が受ける金銭その他の物に対してもこれを行行使することができる」として、物上代位の一般規定を置いている。したがって、韓国においての物上代位は、担保が滅失・毀損・公用徴収された場合に限定して認めている。具体的に、①第三者の不法行為による損害賠償請求権、②公用徴収による補償金請求権、③火災保険の保険金請求権、④傳貰権返還請求権、⑤物上保証人の弁済者代位権についての物上代位が認めている。反面、ドイツ民法は、抵当権の本来的効力として、①目的土地と②その本質的構成部分に及ぶ。さらに、抵当権の拡張的効力として③土地より分離した天然果実、④その他の土地構成部分、⑤土地を主物とする従物、⑥賃料債権、⑦土地所有権と結合する回帰的給付請求権、⑧保険金債権、⑨BGB第890条第2項の規定により加筆された土地にも拡張的に及ぶ。すなわち、「目的土地」や「その本質的構成部分」に加えて、それらと経済的一体性を有する動産や債権、あるいはその価値的代償性を有する債権等にも、土地上の抵当権の効力が拡張されている。以上の客体中、その拡張的効力の立法趣旨はそれぞれ個別に異なっているが、⑥賃料債権並びに⑧保険金債権の二種については、「物上代位主義」の妥当に基づくものなのである。したがって、ドイツにおいて物上代位とは、抵当権の拡張的効力の一つとして位置付けられている。

物上代位について、韓国民法がドイツ民法との最も大きな違いは、①原則として果実について抵当権の効力が及ばないという点と、②賃料債権について物上代位を認めないという点にある。韓国の場合、ドイツとは異なり、原則として果実には抵当権の効力が及ばず、差押えがあった後、抵当権設定者がその不動産から取得した果実又は収取することができる果実に与える(韓国民法第359条)と規定している。

II BGB第1123条の検討

抵当権に基づく賃料債権に対するBGB第1123条について検討する。BGB第1123条第1項の物上代位規定は、抵当権の効力が賃料債権まで及ぶことを「代償」原理で説明して

いる。「代償関係」とは、①そもそも抵当責任財産中に存立していた「未分離・分離の天然果実」（抵当権者保護の視点）、②「分離した天然果実」が用益賃借人等の果実收取権に委ねられ、その結果としての抵当責任財産中からの解放（用益賃借人保護の視点）、③その代償としての「賃料債権」の抵当責任財産中への新たな編入、④旧価値物たる「分離した天然果実」、その価値的代償物としての新価値物たる「賃料債権」、という連鎖を意味するものである。抵当権は、土地の果実又は使用の利益（併せて用益）がそれぞれ用益又は使用賃貸借契約によって賃借人に帰属する代償として用益の対価である賃料債権に及ぶ。ここに、ドイツ法の賃料債権に関する代償原理の特殊性が見られ、賃料債権への抵当権の効力は、「物上代位主義」が妥当性に基づくものであり、ここではいわゆる「代償関係」が存在している。すなわち、賃料債権は、抵当目的物本体の代償ではなく、執行法上の理由から天然果実あるいは物でさえない使用の利益の代償として、賃料債権に抵当権が及んでいるのである。BGB第1123条第1項の物上代位規定は、上述したように、土地上の「抵当権者と用益賃借人の利益調整」という視点より理解されるべきであり、抵当権者と賃借人との利害調整として代償原理が機能しているといえよう。したがって、抵当権設定者は差押え前であれば、自由に賃料債権の取立て、譲渡、質入れその他の処分をすることができ、それらの処分により賃料債権に対する抵当責任は消滅あるいは劣後する。抵当権者の賃料債権への執行方法は、BGB第1147条、ZPO第865条第2項の規定にしたがって強制管理・強制競売による。

このように、ドイツ民法の場合、抵当権の効力が賃料債権に及ぶとする論理的設計として、天然果実の代償原理として説明しているが、韓国の場合には天然果実と法定果実との関係についての明確な言及がなく、賃料債権への物上代位自体を明文で認めていないので、賃料債権の物上代位議論自体が薄弱である。

III BGB第1124条の検討

賃料債権の事前処分規制に対するBGB第1124条について検討する。ドイツ法は、使用・収益権を抵当不動産所有者にとどめるという抵当権の特性に忠実に、賃料債権を自由に処分するという利益を抵当不動産所有者に認めることを原則としつつ、濫用されやすい事前処分に関しては、ごく限られた合理的場合を除き抵当権者に対抗し得ないとする事で抵当権者の利益を保護しており、もって両者の利益のバランスを図っているといえよう。天然果実の処分を認める第1124条第1項の趣旨は、抵当不動産所

有者の生活上の必要性に基づく賃料処分を保障することにある。さらに、同項第2文前段で「此の処分が第三者への賃料債権の譲渡なるときは、其の債権の担保の資は消滅す」と規定し、賃料債権の譲受人に対しても何らの追及をなし得ないことを保障している。以上から、ドイツ民法は、「天然果実の搬出」と「賃料の徴収・処分」とを、原則として同視しているものといえる。第1124条第1項の趣旨は、賃料不払いの回避という一定の合理的必要性に裏付けられたごく短期間の事前徴収については、抵当権者にも対抗し得るとしておく必要があるため、その但書において例外のさらに例外を認めることにある。賃料の事前余分が抵当権者等に対抗できる要件は、①問題となる給付の提供と元々の賃料債務との相殺による賃料前払いの合意が、賃貸借当事者間において、実際に、原則として給付の提供前になされていること、②その給付が、当初より賃貸不動産上の建物の解体・新築のために用いられることが定められていること及び③不動産の価値が実際に上昇していることである。

IV 強制管理の検討

強制管理について検討する。強制管理制度は、強制管理開始命令により強制管理制度が開始し、不動産の差押えによって債務者(所有者)の不動産の管理・利用又は占有に関する権限が裁判所に選任された管理人に引き渡される。管理人は、選任以降、当該不動産の管理・運営にあたり、不動産の経済的状态を維持しつつ、通常の用法に従った利用を行うこととされ、そのために必要な行為一切を行う権利を有し義務を負う。強制管理と物上代位による債権差押えとの調整に関しては、強制管理が先行している場合には物上代位による差押えは許されない。さらに、物上代位による債権差押えが先行している場合にも他の抵当権者は強制管理の申立てが可能である。この場合、BGB第1124条の範囲内では物上代位による債権差押えの効力が認められるも、その範囲は厳格に制限されているので、賃料收受の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一次的なものとして考えられている。強制管理の効用は、①対象不動産の収益から債権者が債権的満足(の一部)を得ること、②管理人に抵当不動産の維持・保存等の適正な管理行為を行わせることで抵当不動産の荒廃を防ぐこと、③管理人を入れることで事後の担保不動産の価値減少行為や第三者を利用した妨害行為を予防できること、④管理人の改良行為を通じて抵当不動産の客観的価値が高まること、⑤抵当不動産が維持・保存又は改良されることで競落代金がより高額となることである。反面、短所としては、管理人の選任費用、とりわけ管理人の報酬

及び経費が比較的高額である点である。しかし、こうした点に対する配慮から、現行ZVG第150条Aには申立債権者の職員を無報酬の管理人として選任するよう執行裁判所に提案することができる規定が設けられている。

V 示唆

以上からの検討に照らしてみると、ドイツ法は、抵当権の効力として、賃料債権への物上代位を認めており、それを天然果実に対する「代償」原理と抵当権者と用益賃借人の利益調整という視点より説明している。このような考え方は、韓国民法においての天然果実と法定果実との関係を定立するにあたり、意味があると思われる。ただし、ドイツの場合は、賃料債権への物上代位の効力を認めている根本的な論理が、原則として果実について抵当権の効力が及ぶということなのに対して、韓国の場合には原則として果実について抵当権の効力が及ばないため、ドイツの代償理論を適用するに当たり、韓国民法の果実に対する効果に関する条文の改正が避けられないのかについて、より深い研究が必要だと思われる。次は、強制管理のような制度の導入の可能性について検討する。ドイツにおいては、賃料収受の問題に関し、債権差押えによる物上代位の方法よりも強制管理の方法の方が第一次的なものとして利用されていて、多くの長所を持っている制度だと思われる。しかし、管理人の選任費用が比較的高額である点、執行手続きが複雑で長期間を要するという短所があると思われる。管理人の選任費用が比較的高額である点は、前述したように、申立債権者の職員を無報酬の管理人として選任することが一つの解決方案になると思う。けだし、執行手続きが複雑と長期間を要するという短所は、簡易迅速に債権を回収することができる賃料への物上代位制度を利用するのがより補完されることがあると思われる。

第3節 ドイツ法、日本法との比較による韓国法への示唆

賃借人から賃料が入ってくるにもかかわらず抵当権設定者が抵当権者に弁済しないのであれば、抵当権者としては、物上代位によって賃料を回収できるとすることは必ずしも不当ではないと思われる。以上の検討に従って、韓国における示唆点を提案する。

I 抵当権の効力と担保不動産収益執行制度の導入の可能性

担保不動産収益執行制度の導入の可能性について、賃料への物上代位制度も同じであるが、管理人の権限等については、適切な管理人を選任する態勢を整備するべきなのに、一定の金融機関が債権者である場合には、その役員を裁判所に管理人に提案し、裁判所は、その提案に従わなければならないというドイツの強制競売強制管理法の規定を参考に、管理の適用債権者自身が管理人となることを可能にしたり、債務者も管理人になることができるという規律が必要だと主張される。また、管理人の権限にあつては、管理人は賃料収益管理や不法占有者排除などの占有管理にとどまらず、契約更新や賃料の改正、新規テナントの募集などの賃貸管理をする権限を含む包括的な管理権を付与する必要があるという指摘を解決しなければならない。さらに、韓国民法が収益執行を認めるためには、まず、抵当権の効力が及ぶ範囲に関する第359条を日本民法第371条のように改正しなければならない。このためには、基本的に韓国民法での抵当権に関する理解も、既存の価値権に過ぎないというのではなく抵当権者が管理占有も可能である妨害排除請求権を認める必要がある。これらの議論において、大法院は、既に抵当権者の妨害排除請求権を認める判決がある。ところで、これに対し肯定的な立場もあるが、現行民法の解釈として、当該判例を批判する立場もある。このような点について、民法理論の整理も必要であり、抵当権=価値権という公式は再考しなければならないと思う。抵当権者にも競売だけではなく、合理的な実行方法を認める必要があるということは否定できず、したがって、弁済期後は、管理占有が可能である、すなわち、抵当権設定の占有に介入して利益執行をすることができるようにすることが望ましい立法になると思われる。抵当権の効力として優先弁済効の実現の妨げになる設定者の使用受益権に干渉する権利を収益執行という形で認められていることが妥当である。

II 賃料債権に対する物上代位の可能性

韓国の判例と学説に照らしてみると、韓国民法上の抵当不動産の収益である賃料債権について物上代位を認める実益の議論は多くない。その理由として、日本の場合のように法律の規定がある場合とは異なり、韓国の場合には賃料債権の物上代位を認めるという条文の規定がないので、目的物の原型がそのまま残っている限り、抵当権は物権としてその目的物に追及することができる権利を喪失しないため、特に賃料債権に物上代位を認める理由はないという。しかし、韓国の場合、附合物や従物、従たる権利についても抵当権の効力が及ぶとしてきたが、成熟期の果実には及ばないとしてきた。けだし、通説及び判例が抵当権の効力が付加一体物でない従物や従たる権利に拡張されているのであれば、そのような拡張された抵当権の効力を前提とすべきであって、賃料だけ厳格な付加一体物に限定すべきではない。さらに、韓国においての現行の物上代位規定は、物上代位のための差押えだけで十分であり、抵当権の実行(そのための差押え)を行わないことにその長所がある。ただし、賃貸と滅失・損害及び公用徴収は、それぞれの性質が異なるから、その差異に応じた合理的な解釈をすべきである。賃料のように抵当不動産本体に対する抵当権の実行が可能な場合の物上代位は差押えを基準とすべきであり、滅失・毀損・公用徴収のように抵当不動産本体の抵当権実行自体が困難になる場合の物上代位は抵当権設定登記時を基準とするのが合理的であると考える。

さらに、韓国においては、抵当不動産の本体か従物か従たる権利かを区分しないが、抵当不動産本体に対する優先順位がそのまま同一順位で設置物に及ぶとは限らない。日本の場合は、最判平成6・7・15民集48巻5号1126頁で、第1順位の工場抵当権が設定された工場建物の備付物に対して第2順位の工場抵当設定者が抵当物件目録を提出した事案において、工場建物については第1順位の抵当権が優先するが、備付物については抵当目録が登記簿の一部と見なされるので第1順位の抵当権に優先するとした。備付物は従物にも該当するから第1順位の抵当権の効力は及んでいるが、第三者への対抗力は別である。したがって、抵当不動産本体の優先順位は本体への設定登記によって決まるが、従物や従たる権利、果実等は、必ずしも常に不動産本体と同順位で優先弁済ができるとは限らないことになる。上記のように、日本の判例は、抵当権の効力が物上代位の目的物に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する。これは、妥当ではない。第1に、不動産登記との関係では、集合賃貸住宅の賃料は通常登記簿に記載されないし、抵当権の効力が賃料に及ぶ旨は登記簿に記載されていない。第2に、もし物上代位の目的物が公示されているとするならば、特定性維持説も優先権保全説も不要であったことになる。そもそも公示というのは当事者が明確でなければならな

い。誰に対する賃料債権・損害賠償債権なのか、反復して発生する場合にどの債権を指すのか、金額はいくらか(抵当権の被担保債権は変動している)などが不明なままで公示されているとはいえない。抵当権者と譲受人の優劣を決定する重要な場面で根拠として用いられるべきものではないと考える。

Ⅲ 担保不動産収益執行制度と賃料への物上代位、抵当権の実行の位置づけ

韓国は、担保不動産収益執行制度の導入については議論が活発であった。しかし、抵当目的物の賃料債権も抵当目的物の交換価値の一部の代表物という点、抵当権者の権利行使の簡易・迅速という点、さらに収益への執行手続きの多様性の観点からの次元では賃料への物上代位に対する議論も実益があると思う。そして、賃料の物上代位と担保不動産収益執行制度は、それぞれの長所と短所を持っている。物上代位は、簡易・迅速に少額な債権を回収することができる長所がある。さらに、抵当権の実行のための差押えが行われない。他方、第三債務者を特定して申請をする必要があるため、賃借人が不明な場合には、申請ができず、物上代位が行われる場合は、賃料収入を得ることができない抵当権設定者は、物の管理をすることができないので、抵当不動産の荒廃化の恐れがあるという短所がある。たとえば、物上代位の場合、賃借人が頻繁に交替される不動産の場合なら、抵当権者は賃貸借にいつも関与することができないので、債権執行手続きをとることは、実際上困難であり、賃借人が建物を不正に使用しても用途違反を理由に賃貸借契約を解除する権利は賃貸人にあり、抵当権者は、物上代位権を行使することができず、建物に空室が発生しても、新たに賃貸借を成立させることができない。反面、担保不動産収益執行は、管理人による給付義務者の調査が行われるので、給付義務者(賃借人)を完全に特定して申請する必要がなく、管理人による適切な不動産管理が可能だという長所がある。しかし、申請時に高額の前納金・登録免許税を納付しなければならないし、収益から管理人の報酬や公課金などが控除されるなど、多くの費用がかかること、執行裁判所が定めた期間ごとに配当が行われるため、配当までに時間がかかる短所がある。さらに、抵当権の実行として差押えをしなければならない。したがって、物上代位と担保不動産収益執行制度の選択基準としては、画一的な基準はなく、両制度の長所と短所を考慮して事例別で判断することが適切であると思われる。

物上代位は、賃借人が把握できる賃料の支給状況や物の管理状況に問題がない物件と賃料が少額な物件について検討されるべきであり、担保不動産収益執行制度は、賃借人が把握できない場合や、賃借人を把握できるが賃料の支給や賃料の管理に問題が

ある物件及び賃料が高額な物件、つまり、管理人を置いても採算の合う収益物件について検討すべきである。したがって、担保不動産収益執行制度は、不動産賃料から債権回収のための選択肢として、一次的な債権回収方法としての賃料債権の物上代位を補完する二次的な機能の制度として、最終的に抵当権実行のための競売手続での高額換価のために不動産を適切に管理する機能を持つ制度に活用しなければならない。かかる考え方から3つの回収方法があるとするれば、それぞれ独自の機能を有する制度である必要がある。すなわち、強制管理に関する規定は、担保不動産収益執行は管理人を置いても採算の合う収益物件に適するのに対して、物上代位は担保不動産収益執行等がなされるまでの補充的な回収手段として位置づけられている。さらに、抵当権の実行は、これまでの賃料債権の帰属者である抵当不動産の所有者を交替させる効力を有する。したがって、このような抵当権実行の機能からは、抵当権実行は、賃料に対しても最期の最も強力な手段として強い効力を与える制度として中心に据えられ、抵当権実行は担保不動産収益執行によって補充され、さらに、その担保不動産収益執行は物上代位によって補充されるものとして位置づけることができる。

IV 今後の課題

結論的に、賃借人から賃料が入ってくるにもかかわらず抵当権設定者が抵当権者に弁済しないのであれば、抵当権者としては、物上代位によって賃料を回収できるとすることは必ずしも不当ではない。韓国でも、抵当権の拡張的な効力として、賃料への物上代位を検討するのも意義があると思われる。しかし、賃料への物上代位は、拡張として認めることにより、不動産価額の下落時における抵当権の効力を維持するために必要な制度である。日本の場合、賃料への物上代位が条文で規定していたが、判例及び学説は消極的な立場をとってきた。しかし、バブル崩壊という社会的な背景の下で最高裁元年の判決は賃料への物上代位を無条件的に肯定して、平成15年の担保・執行制度改正によって、抵当権について、その効力は果実に及ぶとする不動産執行制度の導入に至った。このような日本での一連の過程は、韓国でも示唆するところが大きい。しかし、これを無制限に認めることにはならない。抵当権は担保物権の女王と呼ばれる。抵当権が担保権としての中心的な機能をはたさなければならないし、非典型担保等への安易な逃避があってはならない。結局、抵当権の健全な発展のための理論構築が重要であり、完全な抵当権の効力を構築するために、日本とドイツの物上代位の理論の長短を分析し、望ましい立法を提案することが、今後の課題となるであろう。

参考文献

韓国文献

1. 姜東世「抵当権の物上代位」民法裁判の諸問題(韓国司法行政學會, 2000年)
2. 姜台星『物權法』(大明出版社, 2000年)
3. 高翔龍『物權法』(法文社, 2001年)
4. 同「物上代位制度の再検討小考」『私法の再問題(キムホンギョ博士還暦記念論文集Ⅱ)』(三英社, 1992年)
5. 郭潤直『物權法[民法講義]』(博英社, 2008年)
6. 權澈「物上代位に関する研究(修士学位論文)」(成均館大学大学院, 1993年)
7. 同「擔保物權の物上代位性に関する考察」首善論集第20輯(成均館大學校大學院, 1996年)
8. 金基善『韓国物權法(全訂版)』(法文社, 1985年)
9. 金柄斗「物上代位権の行使と差押え」比較私法第9巻2号(比較私法学会, 2002年)
10. 金祥洙「日本の担保法制の改正」比較私法11巻1号(比較私法学会, 2004年)
11. 同「抵当権に関する民法の改正」民事法学第43巻2号(韓国民事法学会, 2008年)
12. 金相容『物權法』(法文社, 2006年)
13. 金伸「物上代位の要件である差押えの行使方法」判例研究第3集(プサン判例研究会, 1993年)
14. 金容漢『物權法論(改訂版)』(博英社, 1993年)
15. 金曾漢 - 金學東『物權法(第9版)』(博英社, 1997年)
16. 金亨培外『民法學講義(第9版)』(新潮社, 2010年)
17. 金仁猷「日本の改正担保法上の不動産収益に対する抵当権の効力」比較私法12巻1号(比較私法学会, 2005年)
18. 金仁洙「抵当権者の物上代位権の行使—特に土地の収用に従う補償金と供託と関連して」『私法研究資料』第19集(法院行政署)
19. 金炯錫「抵当権者の物上代位と不当利得」ソウル大学法学第52巻第3号(ソウル大学法学研究所, 2011年)
20. 朴種斗『物權法(第5版)』(三英社, 2010年)
21. 朴駿緒編『註解民法[物權法(3)](第3版)』(韓国司法行政學會, 2001年)
22. 宋徳洙『新民法講義(第3版)』(博英社, 2010年)

23. 柳昌昊「日本の改正担保法と我が担保法改正の課題－民法改正案中担保権規定を中心として－」法制研究25号(2003年)
24. ユスンジョン「物上代位権の行使」民事裁判の再問題第10巻(2000年)
25. 梁彰洙「最近日本の担保物権法の改正－韓国民法規制に対する立法的検討の但書として－」『民法研究』8巻(博英社, 2005年)
26. 同「供託された土地収用補償金に対する物上代位の実行」『民法研究』3巻(博英社, 1995年)
27. 李相泰『物権法(六訂版)』(法元社, 2009年)
28. 李相泰「物上代位に関する研究」一鑑法学第8巻(建國大学法学研究所, 2003年)
29. 李相泰「物上代位に関する判例の立場」考試研究(2004年)
30. 李承翰「物上代位における払渡または引渡前の“差押え”に関して」民事判例研究第22巻(博英社, 2000年)
31. 李英俊『韓国民法論(物権編)(新訂2版)』(博英社, 2004年)
32. 李銀榮『民法 I (第5版)』(博英社, 2007年)
33. 李準賢「抵当権の物上代位と債権譲渡・転付命令」比較私法第14巻第1号(比較私法学会, 2007年)
34. 李海彬「抵当権の物上代位に関する研究(修士学位論文)」(ソウル大学大学院, 2010年)
35. 丁茶榮「物上代位に関する研究 - 民法改正試案上の差押え要件の廃止に従う諸般問題 - (修士学位論文)」(ソウル大学大学院, 2011年)
36. 池元林「民法講義(第8版)」(弘文社, 2010年)
37. ハンソンジン「物上代位と不当利得(修士学位論文)」(梨花女子大学大学院, 2012年)

日本文献

1. 新井剛「ドイツ強制管理制度(一) - 担保不動産収益執行制度のための比較法的考察 -」大阪学院大学法学研究31巻1・2号(2005年)
2. 同「ドイツ強制管理制度(二・完) - 担保不動産収益執行制度のための比較法的考察 -」大阪学院大学法学研究32巻1号(2005年)
3. 荒木新五「賃料債権に対する抵当権者の物上代位による差押えと賃借人の反対債権による相殺の可否(1. 東京地裁判決平成10. 6. 25 2. 東京地裁判決平成10. 7. 30)」判例タイムズ50(10)号(1999年)
4. 石田文次郎『投資抵当権の研究』(有斐閣, 1932年)
5. 生熊長幸『物上代位と収益管理』(有斐閣, 2003年)
6. 田中克志『抵当権効力論』(信山社, 2002年)
7. 伊藤進「包括賃料債権譲渡後の抵当権に基づく物上代位権の行使」NBL 637号(1998年)
8. 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(上)金融法務事情1251号(1990年)
9. 同「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(下)金融法務事情1252号(1990年)
10. 内田貴『民法Ⅲ [第2版] 』(東京大学出版会, 1996年)
11. 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(一)」大阪学院大学法学研究23巻2号(1997年)
12. 同「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(二)」大阪学院大学法学研究24巻1号(1997年)
13. 同「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(三・完)」大阪学院大学法学研究25巻1号(1998年)
14. 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権 [第2版補訂] 』(成文堂, 2009年)
15. 川井健『担保物権法』(青森書院新社, 1975年)
16. 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・金融法の課題と展望』(日本評論社, 1990年)
17. 同「判批」金融法務事情1492号(2006年)
18. 同「転賃料債権に対する抵当権者の物上代位」私法判例リマーカー1996(1996年)
19. 梶山玉香「物件価額の提供による抵当権の消滅—抵当権の本質論序説—」同法53巻1号(2001年)
20. 清原泰司『物上代位の法理』(民事法研究会, 1997年)

21. 同「判批」銀行法務21・47(9)号(2003年)
22. 清水俊彦「賃料債権への物上代位と相殺(再説)」判例タイムズ52(13)号(2001年)
23. 高木多喜男「未発生賃料債権についての債権譲渡と物上代位の競合時の優劣」私法判例リマークス1998(下)(1998年)
24. 同「賃料に対する物上代位(変わる担保・執行制度—その論点と立法的提言)」銀行法務21・46(3)号(2002年)
25. 同「抵当権の物上代位と相殺」銀行法務21・43(8)号(1999年)
26. 斎藤和夫「賃料債権」上への抵当権の物上代位—日本民法上の「収益型」物上代位(民法三七二条・三〇四条)の特異な「問題性」—」法学研究63巻12号(1990年)
27. 佐久間弘道「物上代位に基づく差押えの意義」金融法務事情1579号(2000年)
28. 同「賃料債権の包括的譲渡と物上代位による差押えの優劣」銀行法務21・530号(1997年)
29. 同「抵当権者の転賃料債権に対する物上代位」銀行法務21・522号(1996年)
30. 七戸勝彦『基本講義物権法Ⅱ担保物権』(新世社, 2014年)
31. 鈴木祿弥『抵当制度の研究』(一粒社, 1968年)
32. 同『物権法講義(四訂版)』(創文社, 1985年)
33. 水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(1)法学研究80巻3号(2007年)
34. 同「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(2)法学研究80巻4号(2007年)
35. 高橋眞『抵当権の改正と法理』(成文堂, 2008年)
36. 同「判批」私法判例リマークス8号(1994年)
37. 高島平藏『物的担保論Ⅰ』(成文堂, 1977年)
38. 鳥谷部茂「賃料をめぐる抵当権の効力」広島法科大学院論集創刊号(2005年)
39. 同「抵当不動産の使用収益権(1)」広島法学26巻4号(2003年)
40. 同「担保法の国際的動向—担保制度の多様性と共通性をめぐる比較研究—」比較法研究77号(比較法学会, 2015年)
41. 古積健三郎「換価説としての抵当権(4)」中央ロー6巻4号(2010年)
42. 同『換価権としての抵当権』(弘文堂, 2013年)
43. 道垣内弘人『担保物権法』(三省堂, 1990年)
44. 同『担保物権法(現代民法Ⅲ)』(有斐閣, 2004年)
45. 同「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡」金融法務事情21巻522号(1996年)
46. 中田英幸「抵当権に基づく賃料債権への物上代位に関する一考察—ドイツ法を手

がかりに-」法学(2005年)

47. 新田宗吉「物上代位に関する一考察(4)－抵当権の物上代位を中心として－」明治学院法学法學研究304号(1984年)
48. 林錫璋「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」桃山法学創刊号(2003年)
49. 平野祐之『民法総合三担保物権法』第2版(信山社, 2009年)
50. 太矢一彦「抵当権の性質について」獨協法学46号(2007年)
51. 同「抵当権に基づく妨害排除請求」東洋法学49巻2号(2006年)
52. 松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法〔第2版〕』(弘文堂, 2008年)
53. 松岡久和「物上代位の成否と限界(1)－賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非」金融法務事情1504号(1998年)
54. 同「物上代位の成否と限界(3)」金融法務事情1506号(1998年)
55. 同「抵当権の本質論について－賃料債権への物上代位を中心として－」高木古稀『現代民法学の理論と実務の交錯』(成文堂, 2001年)
56. 転賃料債権に対する抵当権の物上代位(平成12. 4. 14最高裁第二小法廷決定)民商法雑誌124巻2号(2001年)
57. 同「賃料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(1)」金融法務事情1595号(2000年)
58. 槇悌次「賃料に対する抵当権の物上代位」谷口知平先生追悼論文集2『契約法』(信山社, 1993年)
59. 柚木馨＝高木多喜男『担保物権法<新版>』(有斐閣, 1973年)
60. 横田敏史「抵当権の価値権説再考－ズーム・ブレイマー・コーラーの換価権および価値権に関する見解を手がかりに－」法学政治学論究78号(2008年)
61. 同「抵当権の本質をめぐる価値権説と換価説の関係について」法学政治学論究第88号(2011年)
62. 我妻栄『新訂担保物権法民法講義Ⅲ』(岩波書店, 1968年)
63. 同『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣, 1953年)

ドイツ文献

1. Eickmann, Muenchener Kommmntar zum Buergerlichen Gesetzbuch Band 6 SAC
henrecht 4, Aufl, 2002.
2. F.Wenzel, Erman buergerliches Gesetzbuch, Band II, 12 neu. Aufl, 2008.
3. Bassenge, Palandt Buergerliches Gesetzbuch, Band 7, 67neu. Aufl, 2008.
4. Eickmann, Muenchener Kommmntar zum Buergerlichen Gesetzbuch Band 6 Sach
enrecht 4, Aufl, 2004.
5. Zimmer, BGB Band 3 Sachenrecht, 2004.
6. Rohe, Kommmntar zum Buergerlichen Gesetzbuch Band 2, 2003.
7. Hans Wolfsteiner, J. von Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuc
h mit Einfuehrungsgesetz und Nebegesetzen, Buch 3 Sachenrecht, 2002.