

賃料をめぐる抵当権の効力

鳥谷部 茂

- 一 はじめに
- 二 従来の判例・学説
- 三 担保法の改正
- 四 若干の批判的検討
- 五 むすび

一 はじめに

本稿では、賃料をめぐる抵当権の効力に限定して、従来の学説・判例を整理し、担保改正法の改正内容を確認したうえで、若干の批判的検討を行おうとするものである。

抵当不動産の賃料については、民法旧 371 条は、原則として抵当権の効力が及ばないとしていた。しかし、同条 1 項が「前条ノ規定ハ果実ニハ之ヲ適用セズ 但抵当不動産ノ差押アリタル後…ハ此ノ限ニ在ズ」と規定していたことから、抵当権実行後は及ぶという解釈も少なからず主張されてきた。ところが、判例は、法定果実である賃料に旧 371 条が適用されるのを否定し、賃料に対する物上代位を広く認めてきた。この物上代位についても、最判平成元・10・27 民集 43 卷 9 号 1070 頁以降の判例は、抵当権の実効性強化の色彩の強いものであり、その優劣の基準に疑問の声も少なくなかった。

バブル崩壊後の経済を立て直すために、平成 15 年の担保・執行制度改正法は、抵当権について、その効力は果実に及ぶとする不動産収益執行制度の導入、滌除に代わる抵当権消滅請求の導入、一括競売の拡張、抵当権に後れ

る短期賃貸借の対抗力の削除, 根抵当権の元本確定事由の削除等を実施した^{(1) (2) (3)}。

特に, 法定果実である賃料について, 新 371 条は, 「不履行があったときは, その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ」と規定したが, この規定がきわめて簡単な規定であるため, 果実に対して効力が及ぶ時期, 物上代位や抵当権実行と果実の関係, 賃借人保護との関係など, 解釈によって明らかにし

-
- (1) 「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善する法律」(平成 15 年法律第 34 号) が, 平成 15 年 7 月 25 日に成立し, 同年 8 月 1 日公布された。施行は平成 16 年 4 月 1 日。ただし, 施行以前ものについては旧法が適用される。
 - (2) 平成 15 年担保法改正前の論稿として, 以下のものがある。鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田=西原=高木先生還暦記念『金融法の課題と展望下巻』25 頁 (1990 年), 小田洋他「特集・賃料債権に対する物上代位」銀行法務 21・522 号 4 頁 (1996 年), 松岡久和「物上代位権の成否と限界 (1) ~ (3)」金融法務 1504 号 6 頁~1506 号 13 頁 (1998 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」NBL637 号 8 頁 (1998 年), 田中克志「抵当不動産の賃料債権と抵当権の効力」石田喜久夫先生古希記念『民法学の課題と展望』443 頁 (2000 年), 松岡久和「賃料債権と賃貸不動産の関係についての一考察」西原道雄先生古希記念『現代民事法学の理論上巻』59 頁 (2001 年), 生熊長幸『物上代位と収益管理』有斐閣 (2003 年), 高橋弘=鳥谷部茂編「シンポジウム・不動産担保法制 (1)」広島法学 26 巻 4 号 238 頁 (2003 年) など参照。
 - (3) 平成 15 年担保法改正後の論稿として, 以下のものがある。「特集=新しい担保・執行法制と金融実務」金融法務 1682 号 17 頁 (2003 年), 「特集=担保・執行法制の改正と実務への影響」銀行法務 21・624 号 4 頁 (2003 年), 「特集=改正担保・執行法の法律及び規則の概要と実務」判例タイムズ 1135 号 4 頁 (2004 年), 山野目章夫「新しい担保法制の概要」判例タイムズ 1127 号 14 頁 (2003 年), 松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点 (上) (下)」金融法務 1687 号 18 頁, 1688 号 19 頁 (2003 年), 谷口園恵他「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の解説 (1) ~ (7 完)」NBL768 号 8 頁~775 号 44 頁 (2003 年), 道垣内弘人他『新しい担保・執行制度』有斐閣 (2003 年), 鎌田薫他「特別座談会=担保・執行法制の改正と理論上の問題点」ジュリスト 1261 号 32 頁 (2004 年), 山野目章夫=小粥太郎「平成 15 年法による改正担保物権法・逐条研究 (2) ~ (3)」NBL779 ~ 780 号 (2004 年) など参照。

なければならない問題が生じている。

二 従来判例・学説

1 民法旧 371 条の適用—果実

抵当権は非占有担保であることから、民法旧 371 条は、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。

(1) 天然果実

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が及ばないとしてきた。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（滌除権者）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 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）。

(2) 法定果実

民法旧 371 条の果実に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った。

①旧 371 条適用否定説＝物上代位適用説 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を理由に、法定果実への適用を否定する見解である。そして、法定果実である賃料については、抵当目的物の交換価値のなし崩し的实现を意味するから、物上代位によって抵当権の効力が及ぶとする（372 条による 304 条の準用）。判例および従来の通説が採用する見解である（大判昭和 14・12・26 民集 18 卷 1646 頁）⁽⁴⁾。

②旧 371 条適用肯定説　　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から、法定果実にも 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、抵当権の効力が及ぶとする見解である（民法旧 371 条 1 項但書）。最近では、この学説が多数説となっていた⁽⁵⁾。

確かに、民法旧 371 条は 370 条を受けて規定されているが、前述のように、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（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。また、抵当権の実行によって果実に効力が及ぶかどうか、及ぶとすれば何時からかという問題と抵当目的物本体が滅失した場合の価値変形物に物上代位を認めるかどうかとは、両者の調整は必要であっても、別問題である⁽⁶⁾。詳細は、後に検討する。

2 民法 304 条—物上代位の拡張

(1) 賃料への物上代位

従来の判例は、抵当権を実行しうる場合には賃料への物上代位を否定して

(4) 我妻栄『新訂担保物権法』275 頁、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法』271 頁、川井健『民法概論 2 物権』397 頁（有斐閣）、角紀代恵「民法 370 条・371 条（抵当権の効力が及ぶ目的）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ』593 頁など参照。

(5) 柚木馨＝西沢修『注釈民法（9）物権（4）』48 頁、鈴木禄弥『物権法講義（四訂版）』206 頁、川井健『担保物権法』54 頁（青林書院）、槇悌次『担保物権法』157 頁、近江幸治『担保物権法』134 頁（弘文堂）、道垣内弘人『担保物権法』116 頁（三省堂）、田中克志「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」（米倉明他編『金融担保法講座Ⅰ』）184 頁、鳥谷部「抵当不動産の使用収益権（1）」広島法学 26 卷 4 号 241 頁等参照。ただし、川井教授は、『民法概論 2 物権』397 頁（有斐閣）において①説に改説されている。

(6) 日本民法は従物という概念（87 条 2 項）と付加一体物という概念（370 条）を区分している。しかしながら、判例・学説は、この付加一体物としての構成部分や附合物（242 条）のほかに、従物、従たる権利、天然果実、分離物などにも抵当権の効力が及びうるとしてきた。

いた (大判大正6・1・27民録23輯97頁など)。その後、下級審判決が肯定例と否定例に二分した。否定例として、旭川決昭和40・9・13判例タイムズ183号184頁、大阪高決昭和54・2・19金融法務898号92頁、大阪高決昭和61・8・4判例タイムズ629号209頁などがあり、肯定例として、大阪高決昭和42・9・7判例時報506号39頁、東京高決昭和60・2・22判例時報1150号191頁、福岡高決昭和60・8・12判例時報1173号71頁、東京高決昭和63・4・22判例時報1277号125頁などがある⁽⁷⁾。

これに対して、最近の判例 (最判平成元・10・27民集43巻9号1070頁) は、①民法304条が372条によって準用されていること、②抵当権が非占有担保である点で先取特権と異なるものでないこと、③賃料への物上代位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ものでないことを理由に、目的不動産に対して抵当権が実行されている場合でも、実行の結果抵当権が消滅するまでは、賃料債権または供託金還付請求権に対して抵当権を行使できるとした。その後の最高裁判決は、後述するように、抵当権の登記時を基準に、抵当権の物上代位が債権譲渡や相殺に優先することを認め、物上代位の効力を強化してきた。ただし、転賃料への物上代位については、賃借人は抵当不動産に対する物的責任を負わないことや債務者に該当しないことなどを理由に否定した (最判平成12・4・14民集54巻4号1552頁)。

学説は、賃料への物上代位をめぐる細分化しつつあるが、物上代位を認めるかどうかについては、大別して2つに分かれている。

①物上代位肯定説 賃料は目的物の交換価値のなし崩しの実現であること、物上代位の限度で抵当債務も減少するので債務者にとっても抵当権者にとっても不利益でないことを理由に肯定するのが有力であった⁽⁸⁾。

②物上代位否定説=旧371条適用肯定説 前述のように、法定果実

(7) 鎌田・前掲論文41頁参照。

(8) 前掲注(4)の文献を参照。

は旧 371 が適用され、抵当権の実行までは効力が及ばないから、実行の開始後に物上代位による優先弁済の行使を認めるべきであるとするのが多数説であった⁽⁹⁾。この見解では、抵当権実行の差し押さえをせずに、実行と独立して物上代位を行使することは認めていなかった点に注意を要する。

その他にも、競売開始決定以降に限って物上代位を認める果実説や抵当権設定時以降に設定された賃借権に対してのみ物上代位を認める減価要件説などがあった⁽¹⁰⁾。

(2) 滅失・毀損の賠償請求権への物上代位

抵当権者は、第三者が抵当不動産を滅失または毀損した場合の損害賠償について物上代位権を行使することができる。抵当不動産の滅失の場合は不動産本体への抵当権が効力を失い、その本体そのものが損害金に代わるから、抵当権の物上代位の効力も不動産本体の登記時を基準に優先弁済を認めることが合理的である。抵当不動産の毀損の場合も、毀損部分について、滅失と同様に考えることができる。これに対して、判例・通説は、従来から、家屋が火災で消失した場合の保険金請求権については、差押えを優劣の基準に物上代位を認めてきた (大連判大正 12・4・7 民集 2 卷 209 頁)⁽¹¹⁾。

注意を要するのは、抵当不動産の滅失や毀損の場合は、損害賠償請求権等がその抵当不動産自体の変形物であるのに対して、抵当不動産に設置された従物や抵当不動産から生ずる果実の場合はその不動産本体が現存し、その本体の抵当権実行が可能であることである。

(9) 前掲注 (5) の文献および生態・前掲書 105 頁, 172 頁を参照。

(10) 松岡久和「物上代位権の成否と限界 (1)」金融法務 1504 号 7 頁以下を参照。

(11) 福岡高判昭和 32・8・30 下民集 8 卷 8 号 1619 頁, 川井健『担保物権法』62 頁 (青林書院), 小川英明「物上代位」『不動産法大系Ⅱ担保〔改訂版〕』165 頁, 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』371 頁 (2000 年) など。ただし, 我妻・前掲書 288 頁, 柚木=高木・前掲書 283 頁などは抵当権設定登記と質権の対抗要件の先後によって消すべきであるとする。

この差異は、抵当権の付加物に対する優先弁済権が、抵当不動産本体の登記を基準に決定されるのか、それとも、その付加物に優先権を及ぼすための差押えによって決定されるのかに影響を及ぼしうると考える。

(3) 物上代位権行使の要件

抵当権者が物上代位によって優先弁済を受けるためには、代位物の払渡または引渡前に差押えをしなければならない(304条1項但書)。この意義と機能をめぐって争いがある。①特定性維持説は、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ことにあるとする⁽¹²⁾。②優先権保全説は、差押えは代位物に対する抵当権者の優先権を保全するために抵当権者自らが差し押えることが必要であるとする⁽¹³⁾。③第三債務者保護説は、物上代位によって抵当権の効力が代位物に当然に及ぶことを前提として、二重払の危険から第三債務者を保護することに差押えの意義があり、抵当権者が代位物に対する抵当権の効力を第三債務者に主張するためには抵当権者自身による差押えが必要であるとする。前述のように、賃料への物上代位を積極的に肯定する最近の最高裁判例は、第三債務者保護説を採用している⁽¹⁴⁾。

(4) 賃料への物上代位と債権譲渡・相殺との競合

非占有担保である抵当権は、いつから何を基準に使用収益に関与しうるとすべきであろうか。

最近の判例(最判平成元・10・27民集43巻9号1070頁)が、前述のよ

(12) 我妻・前掲書288頁、柚木=高木・前掲書280頁など。

(13) 川井『担保物権法』62頁、小川英明「物上代位」165頁、高木多喜男『担保物権法』137頁、内田・前掲書371頁、近江・前掲書143頁など参照。

(14) 清原泰司『物上代位の法理』72頁、101頁(平成9年、民事法研究会)が提唱し、最高裁判決の基礎となっている。ただし、③説に対しては、従来の多数説が支持してきた②説が妥当であるとする批判がある(生熊・前掲書202頁、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権(第2版)』408頁(2004年)など)。

うに、抵当不動産の賃料に対する物上代位を無条件に肯定して以来、その後の判例は、物上代位の効力を拡張してきた。たとえば、抵当不動産の賃料債権が債務者＝賃貸人によって第三者に譲渡された場合における債権譲渡と物上代位の優劣について、最高裁は、民法304条の「払渡又は引渡」には債権譲渡は含まれず、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でも物上代位権を行使できるとする。その理由として、①物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が及ばなくなるものではないこと、②このように解しても第三債務者の利益が害されないこと、③抵当権設定登記によって公示されており、債権譲渡が優先するとなると抵当権者の利益を不当に害することをあげる（最判平成10・1・30民集52巻1号1頁、最判平成10・3・26民集52巻2号483頁）。

また、抵当権の物上代位が相殺と競合した場合、最高裁は、抵当権の効力は物上代位の目的となった賃料債権にも及び、これは抵当権設定登記により公示されているから、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した（最判平成13・3・13民集55巻2号363頁）。

ただし、その後、相殺は認めないが、物上代位権が行使された場合において賃借不動産が明け渡された後は、賃料債権は敷金の充当によりその限度で消滅するとして、敷金の充当を優先させた（最判平成14・3・28民集56巻3号689頁）。

以上の判例の動向に対して、学説は3つに分れている。

①登記時基準説　判例と同様、抵当不動産から生ずる賃料は当該不動産の登記によって公示されているということを理由に、不動産本体に対する優先順位と同じ効力を賃料に対しても認め、抵当権登記後に債権譲渡の対抗要件を具備した場合には、物上代位を優先させる見解である⁽¹⁵⁾。

②差押基準説　従来判例が火災保険金請求権の質権と抵当権の物上代位が

競合した場合に質権の対抗要件と物上代位の差押えの先後によって優劣を決するとしたのと同様に、物上代位による差押えと債権譲渡の対抗要件の先後を基準として、優劣を決する見解である⁽¹⁶⁾。

③具体的債権発生時基準説 (既発生債権・未発生債権区分説) 物上代位に基づく差押えの時にすでに発生していた賃料債権については債権譲渡を優先し、未発生の方については物上代位権を優先させる見解である⁽¹⁷⁾。

抵当権者がいつから抵当不動産の使用収益権に干渉できるかは、抵当権者の明渡請求権に関する最大判平成 11・11・24 民集 53 卷 8 号 1899 頁とも関連する問題である。

3 最大判平成 11・11・24 の意義

上記最高裁大法廷判決は、抵当不動産の明渡請求を認めた判例であるが、抵当不動産の使用収益権の開始時についても貴重な指摘を行っている。①「抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することができない。」、②「第三者が抵当不動産を不法に占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げない」とした⁽¹⁸⁾。

この判決は、まず①で抵当権者は原則として抵当不動産の使用収益権につ

(15) 清原・前掲書 75 頁，高木・前掲書 142 頁など参照。

(16) 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 頁，田中克志『抵当権効力論』362 頁，近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権』148 頁 (成文堂)，生態・前掲書 261 頁など。

(17) 松岡久和「物上代位の成否と限界 (1)」金融法務 1506 号 17 頁参照。

(18) 生熊長幸「抵当権者による目的不動産の不法占有者に対する明渡請求」ジュリスト 号 71 頁，松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求権 (上中下) NBL681 号 6 頁，682 号 36 頁，683 号 37 頁など参照。

いては関与できないことを明示していることに注意を要する。そのうえで②では、抵当権者が抵当不動産の使用収益権に関与できるのは抵当不動産に対する侵害の時からであるとする。抵当権者が抵当不動産の明渡しを請求することも使用収益権への関与であるが、抵当不動産の賃料から優先弁済を受けることも使用収益権への関与である。本件大法廷判決は、使用収益権への関与の時点が抵当不動産への侵害に至った時点であるとしている。これによれば、賃料への優先弁済権の行使時点も、抵当不動産に対する侵害の時点ということになり、不履行があっただけで使用収益権への関与を認めるのは早すぎることになる。ただし、抵当不動産本体の明渡し賃料からの回収よりも重大な請求であることを理由に、両者の差異を説明できるであろうか⁽¹⁹⁾。

三 担保法の改正

1 民法新 371 条—果実に関する効力

前述のように、民法旧 371 条は、果実には抵当権の効力は及ばないとし、但書きで、抵当権実行の通知を受けた後はこの限りでないと規定していた。平成 15 年の改正法は民法旧 371 条を変更し、新 371 条では「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ」と規定した。その結果、債務不履行があるまでは、非占有担保である抵当権の効力は果実に及ばないが、不履行があった場合は天然果実にも法定果実にも抵当権の効力が及ぶこととなった⁽²⁰⁾。

ただし、新 371 条は、果実に対する抵当権の実行が被担保債権の履行遅滞

(19) 短期貸借保護制度は改正されたが、抵当権の侵害に関する抵当不動産の明渡請求の問題は残る。抵当不動産に対する使用収益権（抵当権の本質論）の問題として、明渡請求権の時点と賃料からの回収の時点についての相互の関係を明らかにする必要がある。

等があった場合に可能となることを規定するにとどまり、それ以上のものではない。すなわち、抵当権者は、次に述べるように、民事執行法の規定に従って担保不動産収益執行の開始によって差押えをした場合に、同法の規定する範囲で、果実から優先弁済を受けることができるのであって、そのような手続きを経ることなく当然に被担保債権の履行遅滞後の果実を取得できるわけではないとされている⁽²¹⁾。抵当権者が最も早く果実に権限を行使しうる時期が債務不履行の時点であることを規定しているにすぎないのである。

その他の個別的な問題として、天然果実と法定果実の関係はどうか。抵当権の実行との関係はどうか。物上代位との関係はどうか。これらに関連付ける規定は設けられなかった。以下に述べる担保不動産収益執行を可能にする規定が民法および民事執行法（180条以下）などに設けられたのみである。いずれも疑義のある問題であったから、旧371条但書きが果実と抵当権実行の関係を規定していたように、丁寧な規定がなされるのが望ましかった。

また、債務不履行があったときはその後に生じた果実に抵当権の効力が及ぶとしたことによって、抵当権実行の差押えがあった後に抵当権の効力が及ぶとしていた天然果実に関する従来の扱いが変更されたかどうか、明確ではない。

2 担保不動産収益執行

平成15年の改正法においては、前述のように、民法371条が改正され、同時に民事執行法180条を改正して、債務不履行を要件の一つとして、

(20) 松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点(上)」金融法務1687頁19頁、山野目章夫「新しい担保法制の概要」判例タイムズ1127号15頁、谷口園恵他「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の解説(4)」NBL772号46頁、道垣内弘人『担保物権法』139頁(有斐閣)、山野目章夫=小粥太郎「改正担保物権法・逐条研究(3)」NBL779号50頁など参照。

(21) 松岡・前掲金融法務1687号21頁、山野目・前掲は127号16頁、谷口園恵他・前掲NBL772号46頁、道垣内・前掲書145頁など参照。

天然果実だけでなく法定果実にも収益執行ができるようになった。この手続規定として、民事執行法(新180条2号)に担保不動産収益執行手続が新設された⁽²²⁾。

この手続については、一般債権者が債務者所有不動産の収益に対して行う強制管理手続に類似するので、強制管理に関する規定(民事執行法93条以下)が準用される(民事執行法新188条)。なお、一般の先取特権者もこの不動産収益執行を利用することができる(民事執行法新105条)。

担保不動産収益執行は、民事執行法181条1項に掲げる文書が提出されたときに限り、抵当権実行と独立して、開始する。執行裁判所は、収益執行開始決定を行い、これと同時に管理人を選任する(民事執行法94条)。開始決定では、債務者に対して収益処分を禁止し、天然果実および法定果実(賃料)を管理人に交付すべきことを命ずる(同93条)。開始決定を受けた債務者は、不動産の譲渡や抵当権の設定など収益を妨げない処分は許されるが、使用収益を伴う質権や用益権(短期賃貸借を除く)を設定しても効力を主張できない。管理人は、収益または換価代金から必要な費用を控除し、裁判所が定める期間ごとに計算して配当等を実施しなければならない(同106条,107条)。抵当権者は、自ら収益執行の申立てをしないと配当を受けることができない(同107条)。

収益執行手続は、不動産競売手続が開始され、買受人が代金を納付した場合には、これにより全ての抵当権が消滅するので、この時点でこの手続も終了することになる(同188条,111条,53条)。

3 担保不動産収益執行と物上代位等との関係

抵当不動産の収益である賃料への物上代位については、今回の改正による変更はないとされている。その結果、抵当権者は、賃料への物上代位と担保不動産収益執行のどちらでも、抵当権実行と独立して、選択できることにな

(22) 松岡・前掲金融法務1687号20頁、山野目=小粥・前掲NBL780号46頁など参照。

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）。

以上のように、担保不動産収益執行と物上代位との関係および抵当権実行との関係は、民事執行法の改正により、手続法の側面から明らかにされた⁽²³⁾。

四 若干の批判的検討

1 旧 371 条に関する判例・学説の評価

(1) 判例および従来通説は、旧 371 条を法定果実に適用しない理由として、① 370 条は一体物について規定したものであること、② 旧 371 条は 370 条を前提としていることをあげ、その結果、一体物でない賃料には適用すべきでないとしてきた。

①について、本来付加一体物の概念には構成部分や附合して分離できなくなった附合物のように独立性のない物が含まれるが、独立性のある従物や従たる権利は附合物や付加一体物には含まれない。しかし、そのうえで、判例・通説は、付加一体物でない従物や従たる権利についても、民法 87 条 2 項または 370 条によって、抵当権の効力が及ぶとしてきた⁽²⁴⁾。

②について、旧 371 条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

(23) 松岡・前掲金融法務 1687 号 19 頁，山野目＝小粥・前掲 NBL780 号 48 頁，谷口園恵他・前掲 NBL772 号 48 頁など参照。

(24) 我妻・前掲書 270 頁，柚木＝高木・前掲書 261 頁，柚木馨『注釈民法 (9) 物権 (4)』36 頁，高木多喜男『担保物権法 [第 3 版]』120 頁，近江・前掲書 129 頁，内田・前掲書 (第 2 版) 389 頁，道垣内・前掲書 133 頁参照。

て、ここだけ 370 条の厳格な付加一体物に限定すべきではない。旧 371 条が 370 条を前提としているとしても、旧 371 条が明記している「果実」の中に天然果実・法定果実を含めるかどうかを解釈する際に、一体物にとらわれることなく、抵当権の拡張された効力を考慮すべきであった。形式論のみをいうならば、民法は天然果実と法定果実の双方を指すときは単に「果実」と呼び、その一方のみを指すときは「天然果実」「法定果実」と分けて用いてきたともいえるのである⁽²⁵⁾。

(2) 賃料に対して物上代位以外に抵当権の効力が及ばないとする旧 371 条否定説では、抵当権実行の申立をしたが担保不動産の価格が下落して売却決定に至らず、しかし多額の賃料債権が未回収の場合でも物上代位の手続を取らない限り賃料から優先弁済を受けることができなかった。抵当権の実行は、抵当不動産に対する抵当権者の最も強力で、かつ、最後の優先弁済権の行使になるのであるから、実行申立後は設定者の賃料収受が停止されてもやむをえない。そうでなければ、最も強力な手段である抵当権実行申立後も、さらに実行を重ねて物上代位の手続を取らなければならなくなり、抵当権実行制度の意義が問い直されなければならなくなる⁽²⁶⁾。

私見は、賃料について、旧 371 条を類推適用し、抵当権実行後には抵当権者が優先弁済権を行使できるとすべきであったと考える。抵当権の実行は、抵当不動産の帰属者をも交替させる最後で、かつ、最も強力な切り札であるから、抵当権設定登記以前に賃料に対して対抗要件を具備した第三者に対しても対抗できると考える。

(25) 民法 88 条, 89 条, 民事執行法 93 条 2 項, 122 条, 126 条は、いずれも天然果実か法定果実かを区分して規定する。これに対して、民法 189 条, 190 条, 575 条, 579 条, 992 条, 993 条, 1036 条など両者を含むときは、果実と規定する。ただし、民法 323 条, 324 条, 330 条は天然果実を指す場合に果実と規定する。

(26) 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分 (1) ~ (3・完)」大坂学院大学法学研究 23 巻 2 号, 24 巻 1 号, 25 巻 1 号が私見の基礎となっている。

したがって、賃料について、天然果実は一体物であるが法定果実は一体物ではないとの区分を基準として旧 371 条の適用または類推適用を否定した従来の通説・判例は、この点においてきわめて形式論的で、かつ、硬直的な解釈を採用してきたものであると評価することができる。このような理解によれば、最近の多数説である旧 371 条適用肯定説が妥当であったといえることができる。

2 新 371 条

新 371 条は、一般論として、抵当権の効力が果実に及ぶとした。しかし、この規定は、抵当権の実行と賃料を含む果実の関係を明示しているわけではない。したがって、具体的には、抵当不動産から生ずる果実に対して、物上代位をするときは物上代位の手続によることになり、担保不動産収益執行を利用する場合には新たに規定された収益執行手続により、また抵当権を実行する場合には実行の手続によって果実を収受または優先弁済を受けることになる。ところが、担保不動産収益執行については手続規定が設けられその関係が明確にされたが、①天然果実と法定果実の関係、②果実の収受時期と範囲、③果実と抵当権の実行との関係、④果実と物上代位との関係、⑤賃借人の地位の保護については、これらに関連付ける規定は設けられなかった。

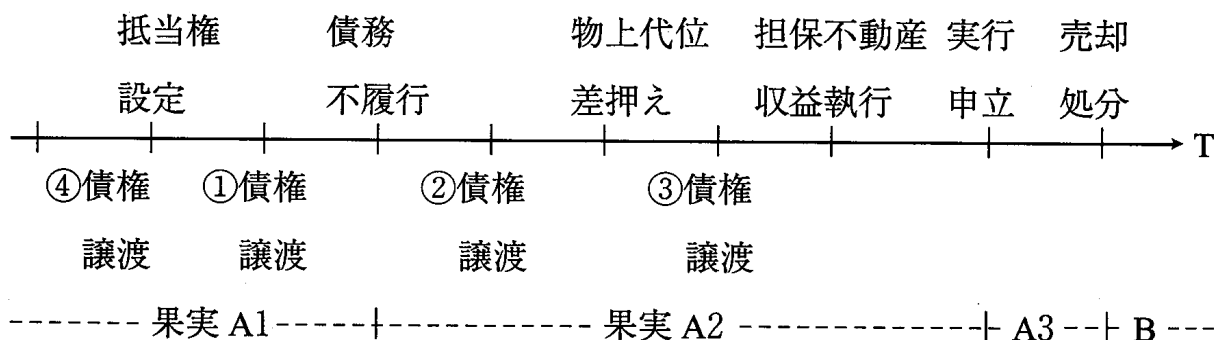
(1) 天然果実との関係

(a) 前述のように、法定果実に旧 371 条が適用されるかどうか争いがあった。判決および従来の通説は、天然果実にのみ適用されるとした。ところが、新 371 条は、天然果実だけか、それとも法定果実にも適用されるか明示せずに、果実に及ぶとした。これでは、用語が代わっていないことから、新 371 条も従来と同様に、天然果実にのみ適用され、法定果実には適用されないとの誤解を生じうる。前述のように、判例および従来の通説との関係では、天然果実および法定果実の双方に及ぶことを明示すべきであったと考える。

(b) また、従来、天然果実については、抵当権実行の差押えの時点から抵当権の効力が及ぶと規定されていたが、この内容は変更されたのであろうか。

立法担当者の解説では、天然果実に関する扱いを変更することについての特段の意図が示されていない⁽²⁷⁾。しかし、債務不履行後に生じた果実に及ぶとの文言では、図1の債務不履行以前に生じた果実（A1）に及ばない。及ぶのは債務不履行以降の天然果実であるA2及びA3の果実ということになる。さらに、「（天然）果実が生じた」とは、どのような物理的形状をいうのか特定の時点をきめるのは困難である。仮に、従来と同様に、抵当権実行の時点で存在するすべての天然果実に及ぶということであれば、「不履行があったときは、その後に生じた果実に及ぶ」としたことは、天然果実を特定する文言としては必ずしも適当ではなかったといえることができる。

〔図1〕



(2) 賃料からの収受時期と範囲

法定果実である賃料について、抵当権の効力はいつからどの範囲で及ぶのであろうか。

その前に確認しておかなければならないことは、抵当権の効力が天然果実に及ぶことと、第三者がいる場合においてその者に対抗できるかどうかとは別問題であるということである。従来の学説では、抵当権の効力が及ぶことは、即抵当権本体の順位で果実にも従物にも対抗力が当然に及ぶことを意味

(27) 松岡・前掲金融法務1687号20頁，山野目＝小粥・前掲NBL779号51頁，同780号48頁参照。

してきた。しかし、たとえば、乙果実が甲抵当不動産から生じた場合に、乙果実には民法 323 条に規定する種苗肥料の先取特権が成立する場合、乙果実が第三者の利用権限によって発生する場合、乙果実に第三者の明認方法（立木抵当）が施された場合などがある。また、乙従物が甲不動産に設置され抵当権の効力が及んだとしても（87 条 2 項）、その乙従物に第三者が動産売買先取特権を有する場合等がある。これらの場合、甲抵当不動産上の抵当権の効力は及んでいるが、第三者の権利が優先する場合があります、抵当権の効力が及ぶことと、抵当不動産本体の順位で対抗できるかどうかとは区分されなければならないと考える。

以上のように考えた場合、「不履行があったときは、その後に生じた果実に及ぶ」との一般規定だけでは、第三者が当該賃料に対抗要件を具備した時点との関係で、①抵当権者がいつから果実を収受できるか明確ではない。また、②優先弁済権を第三者に対抗できるのはいつからか。さらに、③その賃料債権の範囲はどこまでか。賃料についても、物上代位の方法、担保不動産収益執行の方法、抵当権実行の方法を選択することができ、これらのどの手続を用いるかによって、異なりうる。以下では、抵当権の実行（そのための差押え）が行われた場合を中心に考えることとする。

①まず、第 1 に、抵当権者が抵当権の実行を行ったとき、賃料について他に賃料債権の譲受人や差押債権者等の第三者がいなければ、不履行時まで遡って未回収の賃料に優先弁済権を行使できる⁽²⁸⁾。新 371 条の文言では、不履行時以前に発生している賃料については抵当権の効力は及ばない。「その後に生じた」との文言からは、弁済期如何ではなく、賃料債権が発生していたか否かである（図 1 果実 A1 参照）。

②第 2 に、抵当権実行の申立までに賃料について対抗要件を具備した第三者

(28) 山野目章夫・前掲判例タイムズ 1127 号 16 頁は、「『及ぶ』という問題と、その及んでいるものに対してどのようにすれば抵当権者が実際に優先権を行使できるかという問題は、分けて考えることができる」とする。

がいる場合には、前述した賃料の譲渡担保と物上代位の競合に関する登記時基準説か差押基準説かの問題と同様の問題が生じる。不履行時から抵当権実行申立（差押え）までに生じた賃料については、抵当権者と第三者が競合するからである。これまでは、債権譲渡と物上代位との競合の問題としてしか議論されていなかったが、賃料の債権譲渡と抵当権実行の差押えとの競合の問題が生じうるである。この問題は、次に節を改めて検討する。

(3) 果実に対する抵当権実行の位置づけ

賃料については、前述のように、担保不動産収益執行による方法、物上代位による方法の他に、抵当権の実行によって優先弁済を受ける方法がある。その中でも、抵当権の実行による優先弁済権の発動をどのように位置づけるべきであろうか。旧371条1項但書は、果実と抵当権実行との関係を明示していた。すなわち、抵当権実行後の果実に及ぶとしていた。ところが、判例および従来の通説は賃料への適用それ自体を否定してきた。また、今回の改正によって、この規定は削除された。その結果、抵当権の実行は、賃料に関しては、新371条によって、担保不動産収益執行や物上代位と並ぶ一つの回収方法として位置づけられたことになる。しかし、抵当不動産の賃料に対して、全く同じ優先順位で同じ優先弁済権を有する3つの法的制度を設ける必要はない。もし、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。

このような観点から3つの回収制度をみると、強制管理に関する規定では、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⁽²⁹⁾。

たとえば、ドイツ民法 1124 条は、抵当権の実行に対して、それまでに対抗要件を具備したすべての賃料の事前処分を覆す効力を認めていた。これに対して、抵当権実行前の果実については、抵当権者も含めて自由競争に委ね、設定者の自由な処分を可能とし、先に対抗要件を具備した者が取得できるとしている。このような制度は、抵当権が実行という最期的手段に訴えたときは第三者の事前処分にも優先できるが、それ以外の場合は果実は第三者にも平等に関与できる公平な制度として位置づけられている。前述の図 1 でいうと、果実 A1, A2, A3 については、抵当権者の差押えと設定者の処分（その対抗要件）の先後によって優劣が決定される。逆に、果実 B については、先に設定者が事前処分を行っても（たとえば、3 年分の賃料を譲渡し対抗要件を具備していたとしても）、抵当権実行の時点から（賃料の前払い特約がある場合には翌々月から）それ以降の賃料については、抵当権が常に優先するとする（ドイツ民法 1124 条 2 項 1 文について、私は、比較法研究 63 号 122 頁において、「差押 3 ヶ月経過後の賃料に優先権を及ぼすことを認めている」

(29) 3つの方法に関して、相互の関係を位置づけるものは見あたらなかった。山野目＝小粥・前掲 NBL779 号 49 頁以下は、「抵当権者がいずれの手續を利用して、その効力は同一となるように解釈することが妥当であり、このような解釈が立案の趣旨にも沿うものであろう」とする。ただし、今回の改正が抵当権の本質論にどのような影響を及ぼすか、今後検討されるべき課題であるとも指摘する（山野目＝小粥・前掲 NBL779 号 50 頁、松岡・前掲金融法務 1687 号 21 頁も参照）。

また、担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリスト 1228 号 202 頁、206 頁は、「抵当不動産が差し押さえられた後は、抵当権の効力は、抵当不動産の天然果実及び法定果実に及ぶ。」として、賃料及び売買代金に対する物上代位を廃止する案を提示していた。これに対して、物上代位を残すべきであるとする見解として、高橋眞「強制管理」ジュリスト 1223 号 34 頁、古積健三郎「抵当権による収益管理制度と賃料債権への物上代位」法律時報 74 巻 8 号 40 頁などがあつた。

と紹介した。しかし、これは1933年の改正前の条文であって、現行法では、差押時の翌月以降の賃料に抵当権者の優先弁済権が及ぶ規定となっている。これは私の不注意によるものであって、明らかなミスである。ここで訂正させていただくと同時にお詫び申し上げます⁽³⁰⁾。

これに対して、わが国の判例および従来通説は、第1に、前述のように、賃料に旧371条を適用しないため、抵当権を実行しても、物上代位の手続を取らない限り、賃料に効力が及ばないとした。第2に、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時とした。これによれば、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。第3に、そのような可能性を残している旧371条を果実と抵当権実行の関係について新たな規定を置くことなく削除してしまった。

以上からみると、わが国の解釈および立法は、最も中心的であるべき抵当権実行の位置づけを不明確にしたままで、物上代位、担保不動産収益執行、抵当権実行などの選択肢を並列的に抵当権者に対して与えたことになる。これは、不動産価格が下落し、実行が困難であるという観念のもとに、賃料からの回収に頼らざるをえないというバブル崩壊期の現象にとらわれた対応に

(30) 田中克志『抵当権効力論』220頁、占部・前掲論文大阪学院大学法学研究23巻2号111頁、24巻1号39頁、25巻1号150頁、松岡「賃料債権と賃貸不動産の関係についての一考察」『現代民事法学の理論上巻』（西原道雄先生古希記念）87頁参照。この点に関する、鳥谷部「日独担保法の比較」比較法研究63号122頁は改正前の旧条文を元にしたもので、現行法は15日以降に差押えが送達された場合は翌々月分の賃料から回収できると変更されている。

すぎないものであると評価することができる。⁽³¹⁾。

3 物上代位に関する判例・学説の評価

(1) 売却・賃貸・滅失・毀損の差異

民法 304 条は売却・賃貸・滅失・毀損を区分せずに物上代位を規定し、これを抵当権に準用している。しかし、たとえば、抵当不動産が売却された場合の売却代金については、抵当不動産本体に対する抵当権自体は存続するので、判例・学説は、抵当権の実行かまたは物上代位かの択一的行使しか認めていないが、賃料の場合は物上代位と抵当権の実行の双方を認めている。したがって、売却・賃貸・滅失・毀損は、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⁽³²⁾。その結果、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られる。

(2) 抵当不動産本体・従物・従たる権利・賃料

(a) 判例は、抵当不動産本体か従物か従たる権利かを区分せずに、一律に登

(31) 高木多喜男「賃料に対する物上代位」銀行法務 21・601号 33頁は、「現在の判例法理を中心とする賃料の物上代位理論は、バブルの崩壊・不良債権の大量発生・不景気による不動産価額の低迷といった抵当制度をめぐる悪条件のもとにおいて生まれ、判例法理を支配しているのであり、このような経済情勢は、当分の間続くものとしても、未来永却のものとも思われず、したがって、現在の判例理論をベースにおいた民法改正は、慎重にしなければならない。」とする。内田『民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第2版〕』400頁も参照。

(32) 代位物によって代償的債権と派生的債権に分類する分析方法がある（高橋眞・金融法務 1516号 13頁、佐久間弘道・銀行法務 21・548号 4頁）。松岡久和「物上代位権の成否と限界（1）」金融法務 1504号 12頁では、代替的物上代位と付加的物上代位という分類を行っている。

記時を基準に効力を認める傾向にある。しかし、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。たとえば、最判平成6・7・14民集48巻5号1126頁は、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⁽³³⁾。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（87条2項）が、第三者への対抗力は別である。このことは、すでに本稿四2（2）でも指摘した。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。

(b) つぎに、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、前述の備付物、従物等の判例から明らかなように、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

(33) 道垣内弘人「工場抵当法三条の抵当物件目録の記載と対抗要件」ジュリスト1068号77頁など参照。賃料が建物から生ずる変形物として物上代位の対象となりうるとしても、建物本体が滅失し抵当権が消滅する火災保険金の場合と建物への抵当権が存続する賃料の場合を同一に論ずることは双方の性質の差異を無視することになる。いうまでもないことであるが、構成部分や附合物（424条）に対しては常に抵当不動産本体の優先順位で効力が及ぶ。

(34) 抵当不動産本体への登記の時点から、必ずしも賃料への公示を有するとはいえないとするものとして、山野目・前掲論文NBL714号30頁がある。

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⁽³⁴⁾。

さらに、賃料に対する抵当権の効力の及ぶ範囲について、新371条は「その後生じた抵当不動産の果実」と規定した。この規定は、物上代位、担保不動産収益執行、抵当権の実行のどの回収においても適用される一般規定である。しかし、立法担当者の解説では、担保不動産収益執行において被担保債権の不履行後に弁済期が到来する賃料債権だけではなく、その時点ですでに弁済期が到来していた未払賃料債権からも優先弁済できるとする。

前述のように、このような解釈は新371条の明文に反する。少なくとも正当な譲受人等の第三者に対しては、解釈するまでもなく、対抗できないことになる⁽³⁵⁾。

(3) 差押基準説か登記時基準説か

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。確かに、物上代位においても、抵当権実行を前提とするのが抵当権の効力の発動として明確である。しかし、両者の関係を明確にするのであれば、抵当権実行と独立して物上代位を認めることは、抵当権の実効性・効率性を高めることになる。したがって、私見は、物上代位という簡便で、かつ、抵当権の実効性・効率性を高める制度を残す

(35) 新371条の果実には、不履行後に生じた果実はもちろん、その時点ですでに弁済期が到来していた未払賃料債権もその対象となるとする見解がある（谷口＝筒井編57頁、近江・前掲書139頁、我妻＝有泉＝清水誠『コンメンタール担保物権法』130頁（2004年、日本評論社）。また、新371条により「抵当権の効力が担保不動産収益執行の開始後の天然果実および法定果実に及ぶということが実体法上明らかにされた」とする見解がある（田山輝明『担保物権法（第2版）』79頁）。

ことには賛成である。ただし、同時に、物上代位を認めることによって生じている弊害や賃借人が不利益を受けることのないように、制限を付すべきであると考えられる。

前述のように、従来の判例は、差押えを基準としていた⁽³⁶⁾。これに対して、最近の判例は、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。

私見は、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られる。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

(36) 大連判大正 12・4・7 民集 2 卷 209 頁，福岡高判宮崎支部昭和 32・8・30 下級民集 8 卷 8 号 1619 頁，高知地判昭和 43・3・26 判例時報 526 号 78 頁，福岡地判小倉支部昭和 55・9・11 金融法務 961 号 34 頁参照。

(37) 正常な譲受人と悪質な譲受人の認定とその排除が必要である。この認定を避けるために対抗の基準を移動させるのは司法の信頼を放棄することになる。

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⁽³⁷⁾。

ところで、判例は第三債務者保護説を採用するが、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。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ない⁽³⁸⁾と考える。

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⁽³⁹⁾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。

以上の結論は、前述のように、物上代位を担保不動産収益執行手続開始まで、またその双方を抵当権実行までの補充的な制度として位置づけることに

(38) 内田・前掲書 (第2版) 407頁, 409頁参照。第三債務者保護は、優先する者以外の者に支払った場合にも免責されるときに用いるのが適当である。

(39) 占部・前掲論文 25巻1号 181頁・187頁参照。賃料への物上代位を認めるのに、強制管理に競売を要しないとするなら、抵当権に二重の同じ効力を与えることになる。山野目章夫「抵当権に基づく収益管理制度の構想／付随型 (上・下)」NBL739号 31頁, 740号 64頁参照。

一致するものであると考える。

4 賃借人の保護

平成元年の最高裁判決が無条件に賃料に対する物上代位を認めてからは、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。その結果、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。以下では、賃料の物上代位によって生じる二重払いの危険と敷金の返還の問題に限定して取り上げる⁽⁴⁰⁾。

(1) 賃料二重払いの強制

賃料の前払い特約をしている場合において、物上代位による差し押さえが月末に到達された場合、賃借人は現在の賃貸人に対する自動引き落としをストップしないと翌月分の賃料が賃貸人のために引き落とされてしまう。しかし、差押命令は月末までに到達しているから、法律上は賃借人は差押債権者に再度支払いをしなければならない。わが国では、月末に差押命令が送達されることはまれではない。一般論として、一般市民にこのような事実上不可能なことを強制することが妥当であろうか。わが国では、借地借家法や担保・執行法の改正があったが、これに対応するような改正は行われなかった。ドイツ民法 1124 条 2 項 2 文は、差押えがその月の 15 日以降に送達されたと

(40) 強制管理制度を導入しても第三債務者（正常賃借人）の保護に関する明文規定がなければ、現状は変わらないことになる。強制管理をめぐる問題については、松岡久和「いま、担保法に何が起きているのか」銀行法務 21・599 号 46 頁以下、福永有利他「座談会・近未来の抵当権とその実行手続」銀行法務 21・600 号 22 頁以下等を参照。生態・前掲書 275 頁以下も参照。

(41) 松岡・前掲『現代民事法学の理論上巻』86 頁など参照。

きは、その処分（賃貸人への弁済）は、翌月の賃料に関する限度で有効となり、差押債権者に再度支払う必要はない旨を明文で規定している⁽⁴¹⁾。

(2) 敷金返還の不利益

敷金は多くの一般市民が経験する問題である。ところが、名称・内容・金額について地域によって取扱が異なること、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⁽⁴²⁾。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。私見は、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

(42) 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。この点では、賃借人の不利益を配慮した判決であると評価することができる。ただし、この判決では、建物明渡前に抵当権者が賃料回収の強制執行をしたときには何ら保護されないことになる。

(43) 鳥谷部「賃料債権の物上代位と敷金返還請求権の保護」NBL602号51頁、同「敷金返還請求権の発生時期と分別管理義務」法律時報75巻8号67頁、鳥谷部「日独担保法の比較—その特徴と課題」比較法研究63号121頁、生熊長幸「短期賃借権保護廃止と賃料債権への物上代位・収益管理制度は両立するか（上・下）」金融法務一六六〇号六頁、一六六一号一七頁、久須本かおり「賃料債権への物上代位と敷金返還請求権の保護」名古屋大学法政論集201号265頁等参照。

までの間、相殺の抗弁権を認めるべきであると提案してきた⁽⁴³⁾。

因みに、ドイツ民法条 551 条 3 項は、このような問題が生じないように、敷金の預託を受けた賃貸人に対して、賃貸人の財産と分離して信用機関への預金を義務づけ、その利息は賃借人に帰属することが明記されている⁽⁴⁴⁾。

以上、先に述べたように、判例は、賃料債権をめぐり、物上代位権を行使した抵当権者と債権譲受人の優劣を決する際に、第三債務者保護を登記時基準説の根拠として明言してきた。ところが、それを明言する判示の中では、物上代位を優先させることによる賃借人＝第三債務者の不利益については、一切言及していない。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。

五 むすび

いうまでもなく抵当権自体は、正当な優先弁済権の行使を保証する制度である。しかし、それ以外の点では抵当権といえども債権者側にも債務者側にも公平なルールのもとで信頼される制度であることが必要である⁽⁴⁵⁾。すなわち、最後の手段としてその不動産から回収することが必須である場合には抵当権に強い効力を認めなければならない。しかし、裁判例を見ていると、結論自体は妥当でも、必要以上に強い基準を呈示したり、必要以上の効力を与

(44) 敷金に関するドイツ民法 550 条 b は、2001 年の改正により、内容は変更されないまま 551 条 3 項となった。従前のドイツ民法 550 条 b については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』204 頁、鳥谷部・前掲 NBL602 号 55 頁など参照。

(45) 資金調達方法が多様化する中で、抵当権制度が債務者にとっても公平な資金調達方法として広く利用されるためには、銀行取引約定書の担保条項や抵当権設定契約証書等における過剰防衛的な条項を改めるべきである。銀行取引における担保条項の不均衡については、鳥谷部「担保」銀行法務 21・583 号 19 頁を参照。

えるものが少なくない。また、立法に際しては、対症療法に陥らない体系的でかつ実効性のある法理論を提示する必要がある。

私見の根本は、資金調達のための多様な制度が整備される中で、抵当権制度が公平な制度として広く利用され効果的に機能すること、抵当権の解釈・実現に携わる司法が公平であると一般市民から厚く信頼されることにある⁽⁴⁶⁾。

本稿では、従来判例が取ってきた法理と最近の立法を批判的に検討したが、思わぬ誤解や誤りを含むのではないかとおそれる。ご批判ご指摘を賜ることができれば、幸いである。

(46) 抵当権は、抵当権者の優先弁済権を確保するものではあるが、両当事者に信頼される公平な制度として一般市民に受け入れられることが必要である。現在の司法は、悪質な賃借人を排除するより、正常な賃借人を保護する短期貸借の対抗制度を廃止したり、抵当権の登記さえすれば当初予定もしていなかった賃料について、第三者が先に対抗要件を具備した場合でも登記時を基準に抵当権者を優先させるなど、一般市民の感覚からは不公平と思われることを平然と実行しているようにも思われる。