

# 賃料債権への物上代位制度に関する 日韓比較

朴 清 日

## 一 はじめに

本稿の目的は、賃料債権への物上代位制度について、韓国法と日本法の比較を通じて、抵当権がより健全で、かつ、実効性を有する債権回収方法として発展するための法理論を探ることにある。

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ている<sup>(1)</sup>。

---

(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 卷 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 卷 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 卷 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。

これに対して、賃料債権への物上代位制度については、抵当権者が抵当不動産を実行することができるときは、物上代位を認めないのが判例<sup>(2)</sup>及び通説<sup>(3)</sup>である。

他方、日本では、抵当権者は、法改正<sup>(4)</sup>により、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った<sup>(5)</sup>。両制度は、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<sup>(6)</sup>。

これに対して、韓国は、日本にはない傳賃権<sup>(7)</sup>という特有の制度を有している。したがって、本研究がそのまま妥当するとは限らない。しかし、傳賃権によらない賃貸借が増加する傾向にあるので、将来のために、賃料債権に対する物上代位を検討することに意義があると思われる。

---

(2) 大判 1981.5.26.80ダ 2109。

(3) 姜台星『物権法』853頁（大明出版社，2000年），郭潤直『物権法 [民法講義]』131頁（博英社，2008年），金相容『物権法』662頁（法文社，2006年），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），宋徳洙『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）頁など。

(4) 平成15年7月25日，「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」。

(5) 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）。

(6) 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100～101頁（2005年）。

(7) 傳賃金を支給し、他人の不動産を一定期間その用途に従って使用・収益した後、その不動産を返還して傳賃金の返還を権利受ける権利（韓国民法303条1項）。

以上のような問題意識の下で、本稿では、韓国民法の物上代位制度を整理した後、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の検討を通じて、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。

## 二 韓国民法における物上代位制度

### 1 物上代位の意義

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。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。

### 2 物上代位の立法過程

韓国民法に関する立法資料は、物上代位制度の本質、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。ただ韓国民法の物上代位規定は、満州民法と日本の学説を参考にして制定されたものと推測することができるだけであり、草案の物上代位規定は、差押えから「押留」への文言の変更のみを経て、そのまま可決され、現行民法に至ることとなったとされている<sup>(8)</sup>。

### 3 物上代位の適用範囲

韓国民法第 342 条は、担保が滅失、毀損、公用徴収された場合に認められる。旧民法<sup>(9)</sup>では、担保の売却、賃貸の場合でも物上代位が認められたが

---

(8) 權澈「物上代位に関する研究 (修士学位論文)」52 頁 (成均館大学大学院, 1993 年)。

（第 304 条、第 372 条）、物上代位は担保権者が目的物を実行することができない場合にのみ認められ、担保の売却や賃貸借の場合には、担保自体について担保権者が目的物を実行することができ、その売却代金や賃料については、物上代位を認める必要がないとし、現行民法ではこれを削除して、公用徴収を追加したとする<sup>(10)</sup>。具体的な原因として、①担保が滅失・毀損・公用徴収された場合の第三者の不法行為による損害賠償請求権、公用徴収による補償金請求権、火災保険の保険金請求権<sup>(11)</sup>、傳貫権返還請求権<sup>(12)</sup>、または②物上保証人の弁済者代位権への物上代位権を行使する場合<sup>(13)</sup>などがある。

#### 4 物上代位権の行使

（1）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しまたは引渡しを受ける前に差押えしなければならない。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<sup>(14)</sup>。

（2）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裁判所に提出して、債権差押え及び転付命令の請求する方法と、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。

---

（9）朝鮮民事令第 1 条により、1912 年から 1959 年まで韓国で使用された日本の民法典のことを指し、現行の韓国民法に対応する言葉である。

（10）権徹・前掲論文（注 8）53 頁（成均館大学大学院，1993 年）。

（11）大判 2004.12.24.2004 ダ 52798。

（12）大判 1999.9.17.98 ダ 31301。

（13）大判 2001.6.1.2001 ダ 21854。

（14）朴駿緒編『注解民法 [物権法（3）]（第 3 版）』345 頁（韓国司法行政學會，2001 年）。

## 5 抵当権の物上代位に関する学説及び判例の検討

(1) 物上代位の趣旨及び本質 物上代位の趣旨について、大法院は、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と述べる<sup>(15)</sup>。物上代位の本質と関連して、学説は、価値権説<sup>(16)</sup>、物権説<sup>(17)</sup>、折衷説<sup>(18)</sup>があり、価値権説が従来の通説である。判例は、①価値権説の立場の判例<sup>(19)</sup>と②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<sup>(20)</sup>、③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<sup>(21)</sup>に分類される。

(2) 差押えの意味、趣旨及び可否 韓国民法は物上代位の行使要件として払渡しまたは引渡し前に差押えすることを要求している (第 342 条但書)。しかし、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。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)<sup>(22)</sup>、物権説 (優先権保全説)<sup>(23)</sup>、

(15) 大判 1975.4.8.73 タ 29 は、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るため、この規定のために不当利得の成立に如何なる支障を与えることではないとすべきである (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) として、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されて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ら根抵当権者であった人は所有者に不当利得返還を請求することができる」とした。

(16) 前掲注 (3) の文献を参照。

(17) 高翔龍「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)』87 頁 (三英社, 1992 年), 権澈・前掲論文 (注 8) 52 頁。現在、この学説をとる学者はいない。

第三債務者保護説<sup>(24)</sup>と第三債務者保護説を批判する学説<sup>(25)</sup>に分けられている。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<sup>(26)</sup>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

---

(18) 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方として、金仁洙「抵当権者の物上代位権の行使—特に土地の取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「擔保物権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)などがあり、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断絶を試みる見方で、李承翰「物上代位における払渡または引渡前の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「物上代位権の行使と差押え」84頁比較私法第9巻2号17頁(韓国比較私法学会, 2000年)などがある。さらに、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、それ以外は抵当権は当然に代位目的債権に効果が及ぶ」という。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)。

(19) 大判1975.12.30.74ダ2215, 大判1976.12.28.76ダ1878, 大判1980.5.27.80ダ726。

(20) 大判1994.11.22.94ダ25728。

(21) 大判1996.7.12.96ダ21058。

(22) 郭潤直・前掲書(注3)411頁, 金相容・前掲書(注3)629頁, 金容漢・前掲書(注3)467頁, 金曾漢-金學東・前掲書(注3)484頁, 宋徳洙・前掲書(注3)756頁, 李英俊・前掲書(注3)743頁, 李銀榮・前掲書(注3)564頁, 朴駿緒編・前掲書(注3)478頁など。

(23) 朴種斗『物権法(第5版)』610～611頁(三英社, 2010年)。

(24) 高翔龍・前掲論文(注17)657頁, 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188頁(2000年), 李相泰「物上代位に関する研究」一鑑法学第8巻9頁(建國大学法学研究所, 2003年), 李承翰・前掲論文(注18)467頁。

(25) 金炯錫・前掲論文(注18)532～537頁。

(26) 大判1987.5.26.86ダカ1058, 大決1992.7.10.ジャ92マ380, 381など。

という判例<sup>(27)</sup>に分かれる。差押えの可否と関連して、学説は、差押必要説<sup>(28)</sup>と不必要説<sup>(29)</sup>に分かれている。大法院判決は、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。

(3) 物上代位権行使の終期と期限を制限する趣旨 物上代位権行使の終期と関連して、大法院 1994.11.22. 宣告 94 ダ 25728 判決は、「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」・・・「物上代位権行使の方法と期限を配当要求終期として制限する趣旨は、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」という。

(4) 代位の公示可否 物上代位権行使のための代位の公示可否に関して学説の争いがある。代位物に対する差押えが公示の機能を持つことができると解釈する見方<sup>(30)</sup>があるが、通説は、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<sup>(31)</sup>という。

(5) 債権譲渡及び転付命令 債権譲渡及び転付命令と関連して、大法

(27) 大判 1994.11.22.94 ダ 25728, 大判 1998.9.22. 98 ダ 12812, 大判 2000.5.12.2000 ダ 4272, 大判 2003.3.28.2002 ダ 13539 など。

(28) 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」24～25頁『私法研究資料』第19集（法院行政署）。

(29) 丁茶榮「物上代位に関する研究 - 民法改正試案上の差押要件の廃止に従う諸般問題 - (修士学位論文)」131頁（ソウル大学大学院，2011年）。

(30) 李英俊・前掲書（注3）611頁。

(31) 姜東世・前掲論文（注18）148頁。

院 1994.11.22.宣告 94 ダ 25728 判決は、「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」、大法院 1998.9.22.宣告 98 ダ 12812、2003.3.28.宣告 2002 ダ 13539、2000.6.23.宣告 98 ダ 31899 判決も「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、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採っている。

### 三 日本民法における賃料債権への物上代位

#### 1 抵当権に基づく賃料債権への物上代位の概観

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、当初、下級審及び高裁判決は、肯定説と否定説に分かれていた。【1】最二小判平成元年 10 月 27 日民集 43 卷 9 号 1070 頁は、賃料への物上代位を無条件に肯定した。その以降、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<sup>(32)</sup>。しかし、【1】判決以前の学説においては、鈴木教授の説<sup>(33)</sup>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収受は交換価値の済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

---

(32) 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 205 頁（2005 年）。

(33) 鈴木禄弥『抵当制度の研究』115 頁（一粒社、1968 年）。



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であるという反論がなされてきた<sup>(34)</sup>。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<sup>(35)</sup>が、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<sup>(36)</sup>。

## 2 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

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、判例・学説とも、原則として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場合があるとしていたが、法定果実については争いがあった<sup>(37)</sup>。

---

(34) 中田・前掲論文 (注 32) 205 頁。

(35) 旧民法第 371 条では、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が、平成 15 年の改正法では「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」と改正した。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、不履行時からは天然果実にも法定果実にも抵当権の効力が及ぶとされている。さらに、民法 371 条の手續規定として、民事執行法 (新 180 条 2 号) に担保不動産収益執行手續が新設された。鳥谷部茂「バブル経済後の不動産担保」広島法学 31 卷 1 号 275 頁 (2007 年)

(36) 抵当権の効力が果実に及ぶと規定しただけで、債務不履行と差押えの関係や賃料に対する対抗力の基準などが明確にされなかったからである。

(37) 我妻栄『新訂担保物権法民法講義Ⅲ』275～282 頁 (岩波書店, 1968 年), 鳥谷部・前掲論文 (注 6) 85 頁。

（１）賃料債権への物上代位を否定する判例及び学説<sup>(38)</sup> 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、減少したことに對し、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こと、③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<sup>(39)</sup>。

（２）賃料債権への物上代位を肯定する判例及び学説<sup>(40)</sup> その論拠としては、①賃貸借は不動産価値の減少をきたすこと、②賃料は交換価値の流動的の実現であること、③賃料は抵当権の目的物の交換価値の一部実現にほかならないこと、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<sup>(41)</sup>。

（３）【１】最二小判平成元年 10 月 27 日 平成元年判決は、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判決で

---

(38) 柚木馨＝西沢修『注釈民法（9）』48 頁（有斐閣，1965 年），鈴木禄弥『物権法講義（四訂版）』206 頁（創文社，1985 年），川井健『担保物権法』54 頁（青森書院新社，1975 年），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』292 頁（信山社，1993 年），近江幸治『担保物権』134 頁（弘文堂，1988 年），道垣内弘人『担保物権法』116 頁（三省堂，1990 年），鳥谷部茂「抵当不動産の使用収益権（1）」広島法学 26 卷 4 号 241 頁，同・前掲論文（注 6）86 頁など。

(39) 大判大正 6 年 1 月 27 日民録 23 輯 97 頁，旭川地決昭和 40 年 9 月 13 日判タ 183 号 184 頁，大阪高決昭和 54 年 2 月 19 日判時 931 号 73 頁など。

(40) 我妻・前掲書（注 37）275 頁，柚木馨＝高木多喜男『担保物権法＜新版＞』271 頁（有斐閣，1973 年），川井健『民法概論 2 物権』397 頁（有斐閣，2005 年）など。

ある。この判決が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 卷 7 号 965 頁を理由として挙げている。

### 3 賃料の物上代位と賃料債権の譲渡

従来の判例<sup>(42)</sup>及び学説は、登記時基準説<sup>(43)</sup>、差押時基準説<sup>(44)</sup>、具体的債権発生時基準説<sup>(45)</sup>、第 395 条但書類推適用説<sup>(46)</sup>の争いがあった。しかし【2】

(41) 東京高決昭和 31 年 9 月 4 日下民集 7 卷 9 号 2368 頁，大阪高決昭和 42 年 9 月 7 日判例タイムズ 214 号 216 頁 [判時 506 号 39 頁]，東京高決昭和 60 年 2 月 22 日判時 1150 号 191 頁，福岡高決昭和 60 年 8 月 12 日判タ 562 号 204 頁，東京高決昭和 63 年 4 月 22 日判時 1277 号 125 頁など。

(42) 従来の差押えを基準とした判例として、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 金融法務事情 961 号 34 頁などがある。他方、大決昭和 5 年 9 月 23 日民集 9 卷 11 号 918 頁，大判昭和 17 年 3 月 22 日法学 11 卷 2 号 100 頁，東京高判平成 8 年 11 月 6 日金商 1011 号 3 頁は、賃料債権譲渡後の抵当権に基づく物上代位権の行使を否定した。

(43) 清原泰司『物上代位の法理』75 頁（民事法研究会，1997 年），高木多喜男『担保物権法〔第 4 版〕』142 頁（有斐閣，2005 年）など。

(44) 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」金融法務事情 21 卷 522 号，近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権〔第 2 版補訂〕』149 頁（成文堂，2009 年），生熊長幸『物上代位と収益管理』261 頁（有斐閣，2003 年），鳥谷部・前掲論文（注 6）105～107 頁など。

(45) 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）。

(46) 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 21.567 号 12 頁。

最判平成 10・1・30 民集 52 卷 1 号 1 頁は、登記時基準説をとっている。

【2】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。

#### 4 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の競合

【3】最判平成 10・3・26 民集 52 卷 22 号 483 頁は、「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」と判断している。

## 四 日韓比較による検討

### 1 賃料債権に対する物上代位の是非

(1) 論議の実益 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ある議論は必ずしも多くない。その理由として、日本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く、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実行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<sup>(47)</sup>。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は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、賃料にも抵当権の効力が及ぶとすべきである<sup>(48)</sup>。さらに、韓国における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<sup>(49)</sup>。

(2) 本体に対する権利とそうではない権利等の区別の必要性 韓国では、抵当不動産の本体か、従物か、従たる権利かを区分しない。日本もこれらを区分せずに、一律に登記時を基準に効力を認める傾向にあるが、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

---

(47) 前掲注(1)の文献を参照。

(48) 鳥谷部・前掲論文(注6)95～96頁。

(49) 鳥谷部・前掲論文(注6)103頁。

らない<sup>(50)</sup>。たとえば、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<sup>(51)</sup>。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り、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<sup>(52)</sup>。

（3）韓国の民法改正作業 韓国の民法改正作業において、日本の担保不動産収益執行制度の導入に関する議論が提起された。法務部改正委員会では、担保不動産が長期賃貸され、賃料が定期的に支給される場合には、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性が提起されたが、韓国

---

(50) 鳥谷部・前掲論文（注6）103～104頁。

(51) 最判平成6・7・15民集48巻5号1126頁。

(52) 鳥谷部・前掲論文（注6）104～105頁。

では賃貸借において傳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、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、賃料という収益に対して執行をする根拠が弱いという点などを理由に韓国民法改正案には反映されなかった。しかし、韓国では、傳賃制度の活用度が高いが、民法改正委員会が議論をしていた 2004 年に比べて家賃制度が増加している。そして、新たな制度の導入により積極的に活用することができる機会になり得る。抵当権は不動産の価値を支配する処分権であるが、不動産の賃料は果実に該当する。韓国民法は抵当不動産の差押えがあった後、抵当権設定者がその不動産から取得した果実又は收受することができる果実に抵当権の効力が及ぶようにしている（韓国民法第 359 条）。韓国では原則として果実は抵当権の効力が及ばないが、差押えがあった後は、抵当権者がその担保のすべての価値を把握するようにするのが妥当である。果実まで換価できるという点などによると、法定果実に対して抵当権の効力を認めることも無理ではないように思われる。すなわち、抵当不動産が賃貸された場合、その収益の賃料債権については、その差押えがあった後は、抵当権設定者が受ける賃料については、韓国民法第 359 条の規定により抵当権の効力が及ぶので、再考する余地があると思う。

## 2 担保不動産収益執行制度と賃料への物上代位

(1) 両制度の長短 韓国では、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る。しかし、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は賃料への物上代位に対する議論にも実益があると思う。さらに、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ない。他方、第三債務者を特定して申請を必要があるため、賃借人が不明な場合には、申請ができないこと、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ことなどの短所がある。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（借借人）を完全に特定して申請する必要がないこと、管理人による適切な不動産管理が可能であることなどの長所がある。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ことなどの短所がある。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。

（2）担保不動産収益執行制度の導入の可能性への示唆 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である。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として提案し、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、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である。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。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、大法院には、既に抵当権者の妨害排除



請求権を認める判決<sup>(53)</sup>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、合理的な回収方法を認める必要があるということは否定できない。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収益権に干渉する権利を収益執行という形で認めることが妥当である。

(3) 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 物上代位は、賃借人が把握できる賃料の支払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払い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ることができる。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

---

(53) 大判 2006.1.27.2003 ダ 58454。

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<sup>(54)</sup>。

## 五 むすびに代えて

日本における不動産担保の効力は、バブル経済期前後を基準として、不動産本体の交換価値のみを基礎とする傾向にあったが、最近では、担保不動産の賃料などの収益価値を基礎として評価する傾向に、不動産担保の機能が価値権から収益権へ変遷している<sup>(55)</sup>。これに従って、多くの立法及び法改正が行われた。各国の事情及び経済状況などによって変わりうるが、かかる日本における不動産担保の効力の変遷は、韓国においても注目すべきものであると考える。

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。さらに、賃料から優先弁済を認めることで、不動産不況における後順位抵当権者の期待保護が図れ、これにより、後順位抵当権による資金調達が容易になる。そして、賃料から抵当権の被担保債権の利払が優先的になされれば、とりあえず元本回収のために抵当権が発動されることはなく、費用のかかる「担保権の実行としての競売」という事態を回避することができるのである<sup>(56)</sup>。したがって、抵当権が収益機能に基づいて再構築されるのが望ましい。しかし、賃料債権に対する抵当権の効力を強化することにより、他の債権者との競合が生じうる。他

---

(54) 鳥谷部・前掲論文（注6）100～101頁。

(55) 鳥谷部・前掲論文（注34）266頁。

(56) 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）」大阪学院大学法学研究25巻1号181頁（1998年）

の債権者との間では公平な基準が提示されなければならないが、今の日本の判例が採っている登記時基準説については再考しなければならないと思われる。登記時基準説によると、抵当権の効力は強化されたが、しかし、逆に、不動産本体への抵当権設定よりも先に賃料債権について動産・債権譲渡特例法の対抗要件が具備されてしまうと、この立法及び判例法理では、抵当権は実行前も後も全く賃料から回収できず、賃料のない不動産本体価格からの回収ができるにすぎない<sup>(57)</sup>。賃料に対する物上代位の差押えの前は、自由競争を認めるべきであり、正当な利益を有する他の債権者が譲渡を受け対抗要件を具備した場合には、物上代位は劣後するとする差押基準説が公平であると考えられる。

以上のような視点から、今後の課題としては、差押えを基準として抵当権者と第三者との優劣関係を決するドイツ民法 1124 条を参考にして賃料を巡る抵当権の基礎的な法理を明らかにしたい。

---

(57) 鳥谷部茂「債権譲渡担保と抵当権の再構築」11 頁『東アジア国家担保的再構築』（中国青島，2013 年）。