

《論 說》

物上代位制度の法目的 (一)

—— 歴史的解釈・目的論的解釈・政策的判断の錯綜 ——

中 井 美 雄

もくじ

一 はじめに

二 判例理論の分析

(一) 民法三〇四条一項但書にいう払渡又は引渡前の「差押」(以上本号)

(二) 代位目的物に関する検討

三 学説の検討

四 おわりに——物上代位制度の法目的に関する議論の意義

一 はじめに

(一) わが民法は、先取特権、質権、抵当権に物上代位権を認めている(民法三〇四条、三五〇条、三七二条)。広く考えれば、それぞれ先取特権者、質権者、抵当権者を保護する法的手段と言いえようが、それが、どのような要件の下に、どのような目的物に対して認められるかということになると、それぞれの担保物権の場合において異なるよ

うにも思われる。また、物上代位権にどのような機能を担わせることができるか、ひいては、物上代位権の意義・目的、法的性質ということになると一筋縄ではいかない感も強い。例えば、物権には一般的には追及力があるとみられる。所有権であればそれが侵奪・侵害された場合、所有物返還請求権や妨害排除請求権等による権利内容回復のための追及力が認められる。しかし、抵当権の場合には、抵当目的物が第三者によって侵奪・侵害されたとしても現時点での最高裁判例のもとでは、抵当権自体に基づく返還請求や妨害排除は、抵当権が非占有担保権であるという理由で認められない⁽¹⁾。同じ物権ではあっても追及力に差異がある。物上代位権は、一種、物権の追及力に基づく担保物権の保護手段ともみられないこともないが、物上代位権は物権の追及力に基づく権利であるとも言い切れない。また、動産売買代金債権の先取特権の場合は、先取特権に目的動産に対する追及力が認められないために、債務者が第三者に対して有する売買代金債権に物上代位権を行使しうることを認めたとして、その補充性は顕著であるが、抵当権の場合には、必ずしもこの点が明確ではない。当然の如く民法三〇四条所定の目的物に物上代位権を行使しうるものとする見解もある。すなわち、補充性（本来の目的物件に対する抵当権実行が実効性をもたない場合にのみ物上代位が可能といった見解）は必ずしも必要ではないとも解されている。

最近では、債務者の破産宣告があった場合の動産売買先取特権に因る物上代位権の行使の可否を論ずる裁判例や、抵当権に関する裁判例に特徴的に多くみられる事例に、抵当権設定者（債務者及び物上保証人）の有する賃料債権に対する抵当権者の物上代位権の行使の是非、あるいは、賃料債権に因る一般債権者や債権譲受人・賃料債権への質権設定者と物上代位権者との優劣を論ずるものがある。最近の不動産事情も絡んで、抵当目的物たる不動産への抵当権実行による換価が著しく困難であったり、あるいは思うほどの競売価格を獲得することができないこともあって、抵当権設定者が有する抵当不動産の賃料債権への抵当権者の物上代位権行使事例が増えている。すなわち、近時にお

けるいわゆるバブル崩壊後の不動産不況の長期化に伴い、不動産関係融資の延滞が増大するとともに、それに対して、建築密度の稠密化や賃料水準の上昇に伴い賃料収入がきわめて大きな意味をもつようになり、抵当権者も、抵当不動産自体の処分による優先的な回収よりも、抵当不動産の賃料債権からの回収に大きな関心が集まり、物上代位権の行使に目が向けられる状況が醸成されてきた。他方、不動産に抵当権が設定されたとしても、基本的には抵当不動産の処分・利用は抵当権設定者の自由であり、抵当権者は本来そのことに干渉できないことも事実である。また、無限定に、抵当権者が抵当不動産の賃料債権に物上代位権を行使できるとすることは、かえって債務者の自主的・自立的経済活動を阻害することにもなりかねない。債務者が、抵当不動産を他に賃貸して得られる賃料を計画的に運用して抵当権者に対する債務を弁済してゆこうとする活動を妨げることにもなる。その接点をいかに探るかが今日の問題状況であろうと思う。むしろ、民法の条文上は、抵当権は、その目的物の賃料債権に対して物上代位権を行使しうることを認めている（民法三〇四条、三七二条）。しかし、抵当目的物には、抵当権者以外の者の法的関与がしばしばみられ、こうした者たちと物上代位権者との間の利害関係ないし優劣に衝突を生ずることが多い。この問題は、物上代位制度の法的性質やその目的をどのように理解するかという問題にも連なるものである。ここでは、抵当権者の賃料債権に対する物上代位権の行使と当該賃料債権の譲受人との法的関係をめぐる事例を手掛かりに、物上代位権の意義・機能、法的性質を再考してみたい。

民法三〇四条一項但書にいう「差押」の立法趣旨一つをとってみてもその意義が一義的に明確であるとはいえないようである。⁽²⁾ 本規定の制定当時においては、「目的債権の特定性の維持」ということがいわれ、それが後の判例・学説に影響を与えたという指摘があるが、他方、民法三〇四条一項立法の沿革を検討すれば、右条項の趣旨は、第三債務者保護の規定であるという指摘もあり、⁽³⁾ 解釈の根拠として、そのいずれかを一義的なものとして採用し難い状況にあ

る。今日において何故紛糾が生ずるのかについては具体的な事例に則して検討しなければ、その状況は明らかにならぬであろう。

(二) (1) この問題を検討するに際し、最高裁平成一〇年一月三〇日第二小法廷判決(民集五二卷一号一頁)ならびに最高裁平成一〇年二月一〇日第三小法廷判決(判時一六二八号三頁)の出現は興味あるところである。これらの判例は、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對抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押えて物上代位権を行使することができる旨判示した。この二つの判決は、従来、高裁判例が物上代位肯定と否定とに分かれていた論点について、判断を統一したものであるとも評価されている。⁽⁴⁾ ただ、抵当権の物上代位の目的となる債権が譲渡され、その對抗要件が備えられた後においても、抵当権者は物上代位権を行使しうるかという問題については以前から議論のあったところであり、むしろ、大審院判例は、これを否定していたと解されており、⁽⁵⁾ それとの関わりでいえば今回の最高裁判例の意義はどのようなものであるかがあらためて問われなければならないようにも思われる。むしろ、大審院判例の変更は小法廷によってもこれをなすことができるのであり(裁判所法一〇条三号、裁判所事務処理規則九条六項)、今回の事例もそれに該当するものであり、特に問題はないが、内容的にみれば検討を要する問題がかなり多く含まれているようにも思われる。右の二つの小法廷判決によって、この問題に関する最高裁の見解が固まったと評価する向きもあるが、いかなる場合にも、賃料債権の譲渡に抵当権者の物上代位権の行使が優先すると言いうるかという点については、若干の疑念がないわけではない。右の二つの最高裁判決において裁判の対象となった事実関係の下においては、これらの最高裁の判断を是認しうるとしても、その射程距離については慎重な判断を要するといえるのではないであろうか。

(2) 最高裁判例の内容

(a) まず、右の平成一〇年一月三〇日判決（民集五二巻一号一頁）の事実関係を指摘する。

X（原告・控訴人・被控訴人・上诉人）は、平成二年九月二八日、Aハウジング産業会社に対し、三〇億円を、弁済期同五年九月二八日と定めて貸し付けた。その際、Xは、本件建物の所有者B建設との間で、XのAに対する貸金債権を被担保債権とする抵当権設定契約を締結し、その旨の抵当権設定登記を経由した。Aは、平成三年三月二八日、約定の利息の支払いを怠り、右貸金債務について期限の利益を喪失し、平成四年一二月、倒産した。

Bは、本件建物を複数の賃借人に賃貸し、従来の一箇月当たりの賃料合計額は七〇七万円余であったが、本件建物全部をY（被告・被控訴人・控訴人・被上诉人）に賃貸し、現実にこれを利用してはYからの転賃借の形式をとることとし、平成五年一月一二日、本件建物の全部を、Yに対して、期間の定めなし・賃料月額二〇〇万円・敷金一億円・譲渡転貸自由という条件で賃貸し、同月一三日、その旨の賃借権設定登記を経由した。

Cは、平成五年九月一九日、Bに対して七千万円を貸し付けた。その翌日である同月二〇日、BとCは、本件建物についての平成五年五月分から同八年四月分までの賃料債権を右貸金債権の代物弁済としてBがCに譲渡する旨の契約を締結し、Yは、同日、これを承諾した。そして、B・C・Yの三者間で右の趣旨記載の債務弁済契約書を作成し、これに平成五年四月二〇日付の公証人による確定日付を得た。

他方、東京地裁は、平成五年五月一〇日、抵当権者であるXの物上代位権に基づき、BのYに対する本件建物に付いての賃料債権のうちXのAに対する貸付債権に基づく請求額である三八億六九七五万円余に満つるまでの部分を差し押さえる旨の差押命令を発し、右命令は同年六月一〇日にYに送達された。なお、Xは、その後、Yの転借人に対する本件建物の転賃料債権について抵当権に基づく物上代位権を行使して差押命令を得たので、同六年四月八日以降

支払期にある分については、右賃料債権の差押命令の申立てを取り下げた。第一審X一部勝訴。原審X敗訴。X上告。一部破棄自判、一部棄却。すなわち、原審におけるY敗訴部分の取消とXの請求棄却の部分を破棄し、Yの控訴を棄却した。

〔判決理由〕「1 民法三七二条において準用する三〇四条一項ただし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となる債権にも及ぶことから右債権の債務者（以下「第三債務者」という。）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者（以下「抵当権設定者」という。）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位に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あると解される。

2 右のような民法三〇四条一項の趣旨目的に照らすと、同項の「払渡又ハ引渡」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する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民法三〇四条一項の「払渡又ハ引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、②物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権

の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、③ 抵当権の効力が物上代位の目的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、④ 對抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきであるからである。

そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものというべきである。」

結論的には、原審（東京高裁判平成八年十一月六日判時一五九一号三二頁）の判断を退けて、第一審判決（東京地裁平成七年五月三〇日）の見解を正当とした。すなわち、Xの請求に関しては、一八〇〇万円（平成五年七月分から同六年三月分までの月額二〇〇万円の割合による賃料）の限度で理由があったとした。

最高裁判平成一〇年二月一〇日判決（判時一六二八号五頁）も、事実関係は右の最高裁判決とは異なるが、判旨においては全く同一であるといつてよい（原審は、大阪高裁判平成七年十二月六日判時一五六四号三一頁— 抵当権者の賃料債権に対する物上代位を肯定した）。この事件については事実関係を特に挙げることをしない。

(b) 右の最高裁判平成一〇年一月判決の特徴点は、まず、民法三〇四条一項但書の趣旨目的に論及し、抵当権者は、「其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」という規定の趣旨は、二重弁済の危険から第三債務者を保護するにあると述べている点である。また、右判決は、結論に至る理由づけとして四点を挙げている。特に、その中の第一点、すなわち、民法三〇四条一項（従って、同法三七二条）にいう「払渡又ハ引渡」には「債権譲渡」は含まれないとした点、また、第三点、すなわち、抵当権の効力が物上代位の目的物に及ぶことは抵当権設定登記によって公示されて

いるとした点、さらに、第四点の抵当権設定者は、抵当権者からの差押前に債権譲渡をすることによって、容易に物上代位権の行使を免れることができるという実質的な利益衡量の点である。

物上代位権の行使前に、賃料債権が第三者に譲渡される事例が目立つようになってきた。金銭債権の譲渡それ自体は当事者の自由であり、今日では、債権譲渡自体、資金調達的手段としても重要な機能を有することは否定できない。物上代位権行使前の債権譲渡も基本的には自由であるという他はない。しかし、先の平成一〇年最高裁判決もその色合いが濃厚であるが、抵当権者を害する意図のもとに、詐害的に債権譲渡がなされる場合が増大してきていることも事実であろう。正常な債権譲渡、正常に資金回収の手段として、あるいは担保の手段として債権譲渡のなされる場合も十分想定できるわけであり、このような場合の物上代位権との優劣をどのように解するかも検討の射程に入れておく必要がある。

債権譲渡と物上代位との優劣をめぐっては、これまでに多様な見解の存することも事実である。判例をみると、債権譲渡後の物上代位を否定する見解、既発生の債権についてののみこれを否定し、未発生の債権についてはこれを肯定する見解があり、また、学説上には、①債権譲渡と物上代位による差押との先後により決する見解、②債権譲渡と抵当権設定登記の先後により決する見解、③既発生の債権については差押を基準時とし、将来の債権については登記時を基準とする見解、④原則として、差押を基準時とする見解をとりつつ、抵当権者に損害を生ずるときに限り、譲渡の効力を制限して登記時を基準とする見解等がある。これら見解の相違は、過去の判例の種々相、あるいは代位目的物に關与する当事者の利益關係に対する配慮から生まれてくるものである。

(c) 検討すべき課題の設定

① 民法三〇四条一項但書の趣旨目的—物上代位制度の意義・機能

民法三〇四条一項但書の趣旨目的に関する最高裁判平成一〇年一月の判決は、従来の右規定の趣旨目的に関する理解からするとかなり特異であるともいえる。すなわち、二重弁済の危険から第二債務者を保護するにあると述べている点である。このような趣旨の理解は、これまでにあまりいわれなかつた説明であると言わざるを得ない。

民法三〇四条一項但書の解釈に関する有名な先例に大審院大正一二年四月七日民事連合部判決（民集二卷二〇九頁）がある。この判例の事件内容は、火災保険金の支払いをめぐる争いであるが、火災保険に付してあつた家屋が焼失したために火災保険会社に対し保険金支払債権を有する者の貸金債権者が、この貸金債権に基づいて、大正一〇年五月三〇日に保険金支払債権に対し差押及び転付命令を受け、その命令は翌三十一日に債務者に送達された、他方、右債務者の別の債権者で焼失した家屋に抵当権を付していた抵当権者が大正一〇年六月七、八日に保険金債権に対し差押及び転付命令を受けた。そこで、先の転付命令を受けた一般債権者と後の物上代位権を行使した抵当権者との優劣が問題となつた、というものである。

この連合部判決は、民法三〇四条一項及び三七二条にいう金銭払渡前に抵当権者に於て差押をなすことを要するといふのは、その差押は抵当権者自身においてこれをなすことを要し、他の債権者がその債権保全のためになしたる差押は、抵当権者の権利を保全するための効力をもたないとしている。「抵当権は、本来、其の目的物の滅失に因りて消滅し、債務者の受くべき金銭に付ては当然存するものに非ずと雖、民法に於て如上の規定を設けたるは畢竟抵当権者を保護せんか爲に其の目的物の滅失に因り債務者が第三者より金銭を受取るべき債権を有するに至るときは、其の債権に対しても抵当権者に之を保存せしめ、優先権を行うことを得せしむるを適當と認めたるに因るものに外ならずして、右債権に付抵当権者が差押を為すことは其の優先権を保全するに缺くべからざる要件たること、法文上明白なればなり」としている。そして、債権の転付命令があつたときは、債務者は、差押債権者の債権を弁済したものと見な

され、その限度において、転付債権は差押債権者に移転することは明白であつて、債務者が第三者より金銭を受け取るべき債権関係なきに帰することは、債務者が其の債権を他に譲渡した場合と異なるものではないとも述べている。

右の連合部判決の特色は、括弧内に示した判決文の内容に尽きると思われる。すなわち、抵当権は、本来、抵当目的物の滅失によつて消滅すべきものであるが、債務者がその目的物の滅失によつて第三者より金銭を受け取るべき債権を有するに至つたときは、その債権に対しても抵当権を保存することを許したに過ぎず、したがつて、それによつて利益を受ける抵当権者自らが利益を受けるための保存手段を構すべきであり（自ら差押をなすべきであり）、他人の差押に便乗するがときは許さないとする趣旨のものである。いわゆる「物権説」にたつところにある。抵当権者の「差押」が、物上代位権行使の公示手段ということになる。

この見解に対しては、判例出現の当時、鳩山教授による批判があつた。⁽⁶⁾鳩山教授はつぎのように述べた。大審院連合部判決は、「担保物権が物の経済的価格を内容とするものなることを忘れたるものである。物権には物自体を目的とし、物の使用価格を対象とするものと、物の経済価格、交換価格を目的とするものがある。地上権、永小作権、地役権等所謂収益物権は物自体を目的とするものであるから物自体が滅失すれば之等の物権の消滅すべきこと勿論『当然』である。併し担保物権は物の経済価格を目的とするものであるから、物が滅失してもその経済的価格が残存するときは担保物権は寧ろ存続すべきが本則である。物上代位の原則は担保物権の此の性質に基いた当然の規定であるから、その要件としては唯担保の目的物に代るべき価格が尚独立して即ち債務者の他の財産と混合せられずして存在することのみを必要とすべきである。すなわち、「特定性説」にたつ見解を述べている。つぎのようにも述べている。

「今日の判決のように解すれば上告論旨の言うように抵当権者等の物上代位権は極めて薄弱寧ろ有名無実のものとならう。抵当権者が差押を為すは少なくとも多少の時間は必要とする。然るに債務者は直ちに債権の譲渡を為すことが

出来る。例えば債務者が火災後直ちに其の友人に保険金債権を譲渡し、之れを保険会社に通知するならば、抵当権者は如何に敏捷に立廻つても遂に物上代位権を喪うの結果となる。この危険を避くるに方法が無いのではない。即ち抵当権者が予め保険金債権の上に債権質を設定するならばこの危険を避くることが出来る。併し債権質を設定しなくてはならぬということは即ち物上代位権が有名無実なるが為である。此の如く物上代位権を有名無実たらしむることは私は決して経済価格を目的とする担保物権の性質に適するものとは考えぬのである。一般債権者が火災保険金債権を差押え、転付命令を得た場合であっても、第三債務者が払渡又は引渡をする前に、優先権者が優先権を行使すれば、転付命令もその効力を失うべきものであると解している。ここには、物上代位権の意義・法的性質をめぐる見解の対立が明瞭に示されている。

この大審院判例の「債権譲渡」に関する説示は、いうまでもなく「傍論」である。しかし、この判示を受けて昭和五年九月二三日の大審院判決は、土地区画整理による補償金債権を土地所有者より譲渡を受けた者から通知を受けた東京市長が、他に右土地に抵当権を有する債権者が存在し、その者の同意がないことを理由に右補償金を供託し、その旨を債権譲受人に通知、その者を指定受取人とした供託書を譲受人が東京市長より受領した後に抵当権者からの本件差押の申請を裁判所が許容し、担保権の実行として右供託金に対して差押・転付命令を發したという事件で、以下のように判示した。「案ずるに、民法第三百七十二條第三百四條第一項に依れば抵当権は債務者が抵当不動産の売却滅失等に因りて他人より金銭其の他の物を受くべき債権に対しても之を行うことを得べしと雖抵当権者が其の権利を第三者に対し保全するに付ては金銭其の他の物の払渡又は引渡に因り債権消滅するに先ち債務者に対して差押を為すことを要するものとす。惟うに民法が『払渡又は引渡前に差押を為すことを要す』と為したる所以のものは一面に於て債務者が金銭其の他の物の交付を受けたる後其の金銭其の他の物に対し尚抵当権を追隨せしむるが如きは債務者固有

の財産との間に混雑を生じ徒に権利関係を紛糾せしむるに止まるの虞あれば抵当権の存在は債務者が金銭其の他の物の交付を受くる前に於てのみ之を認むるを至当なりとし、抵当権の目的として抵当不動産に代位するは債権其のものなることの趣旨を明にすると同時に他の一面に於て債権には登記の如き公示方法なきより第三者を保護する方法として不動産に代位することを明確にし、抵当権を第三者に対し保全するの要件とする趣旨を定めたるものと解すべければなり。斯の如く抵当不動産に代位する債権を差押うることは第三者に対する抵当権保全の要件なるが故に其の差押は必ずや抵当権者之を債務者に対して為すことを要するは当然の事理に属す。従て、抵当権者が其の差押を為すに先ち債務者に於て抵当不動産に代位する債権を第三者に譲渡せん乎抵当権は最早差押に因りて之を保全するに由なく爰に消滅に歸せざるを得ず。

この大正一二年連合部判決を契機とする「優先権（物権）保全説」（第三者保護説）と「特定性維持説」との対立に疑問を提起し、「第三債務者保護説」を主張するのは清原教授である。先に挙げた平成一〇年一月最高裁判決は「第三債務者保護説」に立つとみられるが、この点の検討も必要であろう。

いずれにしても、民法三〇四条一項但書にいう「差押」の意義をどのように解するかが基本的な課題であることは否定できない。それ以外に、以下の論点を本論文の課題としたい。

② 物上代位権者と第三者との関係の検討

(ア) 一般債権者との関係

一般債権者による代位目的物の差押と物上代位権者の差押とが競合する場合、どのような視点でもってその優劣を判断するかが問題となる。

(イ) 質料債権の譲受人・質権設定者との関係

(ウ) 物上代位権相互の関係

これらの関係を検討することによって物上代位制度の趣旨・目的が明らかになる契機となるであろう。

③ 物上代位権行使の目的物をめぐる問題

- (ア) 担保目的物の売却によって生ずる「代金」
- (イ) 担保目的物の賃貸による「賃料」
- (ウ) 担保目的物の「滅失又は毀損に因りて受くべき金銭其の他の物」
- (エ) 担保目的物の損害保険金
- (オ) 土地収用法による「替地」

担保物権の種類に依じて、(ア)から(オ)に至る物上代位権行使の目的物に対する物上代位の適否が問題となる。売却代金については、先取特権、なかんづく動産売買代金の先取特権の場合は有意義であるが、抵当権の場合には、抵当権の追及力により目的不動産が売却されても、それに追及し抵当権を実行することが可能であるから、意義はないといえる。多くの論議を呼んできた、あるいは呼んでいるものは、(イ)、(エ)であるといえる。ここに掲げた代位目的物に対する取扱は、先取特権、質権、抵当権すべてに等しいというわけではなく、個別に物上代位権行使の可否を検討せざるを得ない。その可否を論ずる際には、具体的な経済状況のもとにおける物上代位の機能の分析にまで至らざるを得ないであろう。

(1) 最高裁判平成三年三月二二日判決(民集四五卷三号二六八頁)。短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすとして民法三九五条但書の規定によって解除された場合においても抵当権者は、賃借人ないし転借人に対し、当該不動産の明渡しを求めることはできないとした判例。その理由は、抵当権は非占有担保権であり、抵当不動産の占有はその所有者に委ねられており、第三者が何

らの権限なくして抵当不動産を占有している場合においても、抵当権者は、抵当不動産の占有關係について干渉し得る余地はない。

(2) 生熊長幸「民法三〇四条・三七二条（先取特権・抵当権の物上代位）」民法の百年Ⅱ個別的觀察(1)総則編・物権編五四七頁参照。

(3) 清原泰司「物上代位の法理」一七頁参照。

(4) 判例時報一六二八号三頁。佐久間弘道「賃料債権の包括的讓渡と抵当権にもとづく物上代位の優劣」（銀行法務21五四八号四頁）。下級審判例としては、大阪高判平成七・一二・六（金法一四五一号一頁）、東京地判平成八・九・二〇（判時一五八三号七三頁）、東京高判平成九・一二・二〇（判時一六〇五号四頁）、東京高判平成八・一一・六（判時一五九一号三三頁—本判決は、最判平成一〇・一・三〇の原審）などがある。

(5) 大審院昭和五年九月三日決定（民集九卷九一八頁）、大審院判昭和十七年三月三日判決（法学一一卷一二号一〇〇頁）、傍論ではあるが、大審院大正一二年四月七日連合部判決（民集二卷一〇九頁）参照。

(6) 鳩山秀夫「抵当権—物上代位の為には抵当権者自ら差押をなすことを要するか」判例民事法大正一二年四〇事件。

(7) 清原前掲二七頁

二 判例理論の分析⁽¹⁾

(一) 民法三〇四条一項但書にいう払渡又は引渡前の「差押」

民法三〇四条一項但書は、先取特権者は代位目的物の払渡又は引渡前に差押をなすことを要すと規定し、民法三五〇条・三七二条は、この規定をそれぞれ質権・抵当権に準用している。抵当権に限つていうならば、第一は、抵当権者は自身差押をなすことを要するか、すなわち抵当権者以外の者のなした差押でも足りるかという問題があり、第二に、差押のもつ意味が問題となる。第三は差押の時期である。

物上代位制度の趣旨をめぐっては見解の対立することはすでに指摘した。すなわち、価値権説（特定性維持説）と特権説（優先権保護説）の基本的対立であり、さらに、最近の平成一〇年にみられる第三債務者保護説の対立である。

(1) 大審院大正四年三月六日判決（民録二一輯三六三頁）は、いわゆる価値権説の見解に立つ判例とされる。鉱業法により抵当不動産が収用され、設定者の取得した補償金請求権に対して、抵当権者が同法六九条に基づいて物上代位権を行使して差押をしたが、それ以前に他の債権者がその債権に基づいて差押・転付命令を得たという事件である。本判決は、①同法六九条は、民法三〇四条の原則を示したもので、ここでの「差押」は、代位物の特定性を保全する要件に過ぎず、他の債権者による補償金の差押があれば、その特定性は維持されており、物上代位権を行使する者が自ら差し押さえる必要はない、②劣後順位の抵当権者または一般債権者が、優先権を有する債権者よりも先に補償金の差押をなし、転付命令を得ても、この転付命令は抵当権者の利益である優先権を害するため、この転付命令は無効である、と判示した。すなわち、この判決は、差押の意味を代位物の特定性維持にあるとし、それ故、誰が差押をしても物上代位は認められると解するのである。この判旨については、その当時、批判が存在した。物上代位の場合に限って第三者を考慮せず、絶対的に優先権者を保護する理由は見出し得ず、取引の安全を害する。不動産先取特権において、登記がなくても先取特権は成立するが、担保物権は登記がなければその効力を生じないということの比較から、差押は優先権保全のための要件と解すべきであり、物上代位権者自らが差し押さえる必要があるというものがあった。

(2) その後に現れた前掲大審院大正一二年四月七日連合部判決は、大正四年判決の見解を改めた。いわゆる「優先

権保全説（物権説ないし特権説）」と言われるものである。火災保険金請求権に対する物上代位が問題となった事例であるが、火災保険金への物上代位を肯定した上で、そのためには、金銭支払前に抵当権者において差押をなすことを要し、しかも、その差押は、抵当権者自身においてこれをなすことが必要であり、他の債権者が債権保全のためになした差押は抵当権者の権利保全の効力を生じないとした。その理由は、抵当権は本来その目的物の滅失によって消滅し、債務者が受くべき金銭について当然に抵当権の効力が及ぶものではない。しかし、民法において物上代位の規定を設けたのは、抵当権者を保護せんがために、その目的物の滅失によって債務者が第三者から受け取るべき債権を有するに至るときは、その債権に対しても、抵当権者にこれを保全させて優先権を行使することを認めることが適当と判断したものである。従って、当該債権について、抵当権者自身が差押をなすことがその優先権保全のために不可欠の要件であることは法文上は明白であるとしたのである。他の債権者が転付命令を受け、それが債務者に送達されたときは、差押債権者の債権は弁済されたものとみなされ、抵当権者は、物上代位権を行使することはできないとした。この見解に対する批判は以下のようなものであった。担保物権の価値権性に着目して、担保物権は物の経済的価値を内容とするものであり、目的物自体が滅失してもその経済的価値が残存するときは、担保物権はむしろ存続するのが本則であり、物上代位の規定は、この担保物権の性質に基づいた当然の規定であるとし、従ってその行使のための要件としては、代位物が債務者の財産と混合されず存在することのみを必要とし、差押はこのためにあるので、他の者の差押があれば抵当権者自らの差押は必要ではないとする。物上代位権者自身の差押が必要とする右判例の見解は、物上代位制度の趣旨を没却するものであるという。抵当不動産に代位する債権を差し押さえることは、第三者に対する抵当権保全の要件であるので、その差押は必ずや抵当権者が債務者に対してなすことを要するという見解は他の大審院判例に引き継がれていた（大判昭和五・九・二三民集九卷一一号九一八頁）。

(3) そこに先に挙げた最高裁判平成一〇年一月三〇日判決及び同年二月一〇日判決が出現した。この両判決は、民法三〇四条一項にいう「払渡又は引渡」には「債権譲渡」は含まれないとしたが、抵当権者が自ら差し押さえることを必要とする点是否定していない。「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」とした。

(4) 抵当権者が自ら目的債権を差し押さえる必要があるという判例の見解は変わっていないと思われる。むしろ、問題は、この「差押」を何時までになせばよいか、また、なすべきかの検討に係っていると思われる。

近時の最高裁判例において、動産売買の先取特権に関する事例であるが、単に、一般債権者が差押命令を取得したに止まる場合には、先取特権者が物上代位権を行使することはできないとすべき理由はないとして、一般債権者が差押命令を得たが、転付命令を得ていない場合には、先取特権者は物上代位権を行使して優先弁済を受けることができる旨判示したものである（最判昭和五九・二・二民集三八卷三号四三一頁、最判昭和六〇・七・一九民集三九卷五号一三二六頁）。この問題は、抵当権の場合にも生じうる問題である（動産売買の先取特権には公示手段はなく、また、先取特権は、特定の債権に他に優先する力を認めるものであり、物権としての性格は弱いとする点から考えれば、一般債権者を含む第三者との関係については、抵当権よりも厳しく考えなければならぬかもしれないが）。例えば、抵当設定者の所有する担保目的家屋が焼失し火災保険金債権に変わったときに、設定者の一般債権者がこの保険金債権を差押え、転付命令を得てしまった場合には、抵当権者はもはや物上代位権を行使するに由なしとなるかである。

初期の判例は、一般債権者や後順位抵当権者が代位の目的である債権を差し押さえて、転付命令を得てしまった場合でも、差押債権者が現実に弁済を受けるまでに、それらの者に優先する担保権者が、その債権を差し押さえれば、

これについて優先弁済を受けることが可能であると解していた（大判大正四・三・六民録二一輯三六二頁、大判大正四・六・三〇民録二一輯一一五七頁）が、右の大審院大正一二年連合部判決は、他の債権者が、代位の目的である債権を差し押さえ、転付命令を得たときは、その後に物上代位権者が差押をしても、これによって優先権を保全することはできないとした。

この問題についても、価値権説に立てば、差押債権者が現実には弁済を受けるまでは、抵当権者をできる限り保護しようとする理解につながり、抵当権者保護の機会をできる限り確保しようとする見解になる。しかし、民事執行法一六〇条の規定にしたがつて、差押命令及び転付命令が確定した場合においては、差押債権者の債権及び執行費用は、転付命令に係る金銭債権が存する限り、その券面額で、転付命令が第三債務者に送達された時に弁済されたものとみなせば、この場合にはもはや物上代位権の行使は許されないと解しうるのである。ただし、転付命令送達後の差押は債権者に属しない債権の差押ということになるからである。

(5) 担保権者が物上代位権を行使するに際し、自ら目的債権を差し押さえることを要するか否かという問題は、帰するところ、抵当権者を出来る限り保護しようとする立場に立つか、あるいは、競合する第三者（他の差押債権者）との利害調整の視点の下に、第三者の保護をも考慮して行こうとする立場に立つかの差異にあるように思われる。物上代位権行使の要件論としてこれらのことは議論されているが、その基底にある視点は、判例の考察によれば、三つに要約される。すなわち、抵当権者自身の保護をできる限り認めようとする立場、第三者の保護を図る立場、第三債務者の保護を目的とする立場である。しかし、率直に言って、これらの視点は、物上代位制度のそれぞれの一面を強調するものであり、それらのいずれかの一をもって、全てを説明できるものではない。抵当権者の利益をできる限り

保護しようとする視点に立てば「特定性維持説」に傾き、物上代位権は抵当権者にとつての特権であるから、他の第三者の存在も十分に意識されるべきであるという視点に立てば「優先権保全説」に立つことにはなろう。いずれにしても、第三債務者保護の要請が基底にあることは否定できないであろう。ただ、第三債務者の保護が物上代位制度の目的であるとして、民法三〇四条一項にいう「払渡又は引渡」という文言を字義どおりに受け取って、現実に払渡又は引渡がなければいずれの段階においても物上代位権者の差押が認められ、優先的地位を維持しうると解してよいかについては、なお、検討を必要とするように思われる。物上代位の目的はあくまでも債権であるということからすれば、債権の帰属に変更を生ずる場合には慎重でなければならないであろう。⁽²⁾

(1) 判例の分析については、すでに生熊長幸教授の分析がある。生熊長幸・前掲論文五三七頁以下。

(2) 生熊教授は、平成一〇年判決に関して、差押の趣旨について第三債務者保護説にたつことを前提にして、第三者が目的債権を譲り受けて對抗要件を備えた後も第三債務者の目的債権の弁済前であれば、なお抵当権者は目的債権を差し押さえて物上代位することができるとしたが、この点は民法の立法趣旨に適うものか、という疑問を提起される（前掲論文五七二頁）。

[未完]