

物上代位の本質に関する一考察

藤 野 博 行

2012年12月

九州国際大学法学会 法学論集 第19巻第1・2合併号 抜刷

物上代位の本質に関する一考察

藤 野 博 行

目次

- 1 はじめに
- 2 304条1項但書の「差押え」の意義に関する論点
 - (1) 学説
 - (2) 判例
 - (3) 小括（「差押え」の意義とは何か）
- 3 賃料債権に物上代位を認めるかについての論点
 - (1) 学説
 - (2) 判例
 - (3) 小括（賃料債権の物上代位を認めるべきか）
- 4 物上代位の本質についての学説
 - (1) 学説
 - (2) 判例
 - (3) 検討（抵当権に基づく物上代位の意義とは）
- 5 おわりに

1 はじめに

民法304条第1項は「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」とし、その第2項において「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」と規定する。抵当権に基づく物上代位について定める同372条は同304条を準用するので、抵当権者は抵当不動産の代

償物、代償的債権（以下「代替物」とする）に対して物上代位権を行使することができる。

抵当権に基づく物上代位に関しては、かなり以前から多くの論点について判例、学説の蓄積が存在した。なかでも、賃借権に対して物上代位権の行使を認めるかに否かについては議論が大きく分かれていたところ、最高裁は平成元年判決¹においてこれを認めるに至った。その後、バブル経済の崩壊により「土地の価格は上がり続ける」といういわゆる「土地神話」は崩壊し、平成3年をピークとして不動産価格は値下がりをはじめると、債権回収の困難という苦難に襲われた債権者たちはこれを乗り越えるために、債務者の有する賃借権に対して物上代位権を行使し、賃料債権より優先弁済を受けようとした。従来であれば、抵当権を実行して担保を競売に付することにより債権を回収することは容易に可能であったので、賃料債権に対する物上代位権の行使はイレギュラーな手段であったが、不動産価格の値下がりによりこのような手段にでもでなければ債権者は債権を回収することが難しくなったからである。しかし、賃料債権は代償物でもなければ純粋な代償的債権でもない。そのため、物上代位権の本質との関係において非常に重要な議論を提供している。

また、物上代位の本質論との関係では、304条の「差押え」の意義をいかに捉えるかについても、大審院以来の物上代位理論における大きな論点であった。この点については、最高裁が前述平成元年判決において賃借権に対する物上代位を認めると、抵当権設定者のなかには、賃料債権を第三者に債権譲渡し、あるいは賃借人の有する保証金返還請求権と相殺することにより、抵当権者が賃料に物上代位することを封じようとする者が現れはじめた。そこで、今度は抵当権設定者のこれらの行為と抵当権者の物上代位の優劣が争われることとなった。

このような状況のなかで、平成15年の民法改正により、天然果実についての民法370条と371条但書の接続が切断され、抵当権の効力が法定果実にも効力が及ぶに至り、さらに担保不動産収益執行制度（民事執行法180条2号）も採

用された。物上代位に関する大きな論点の一つである「賃料債権に対する物上代位の可否」は、法改正により一応の解決を見たのである。しかし、何事も本質的な部分での理論的担保がなければ、他の制度の整合性の面で後々他の問題が発生し、「枝葉」の理論が混乱することも考えられる。そこで本稿は、まず、民法304条2項の「差押え」の意義についての学説・判例と、賃料債権への物上代位の可否についての判例・学説を整理・検討する。そのうえで、売買代金や保険金請求権に対する物上代位の可否など、他の論点とのバランスにも配慮しながら、論点物上代位権の本質について考察していきたい。

2 304条1項但書の「差押え」の意義に関する論点

民法304条1項但書は、代替物を「払渡し又は引渡しの前」に差押える必要があるとする。この条文の意義に関して、一般債権者が抵当権者より先に差し押さえた場合にも抵当権者は物上代位権を行使することができるのかという点について議論が存在する。ここでは、まず判例・学説の動向を概観した後に、まとめとしてその意義を検討する。

(1) 学説

① 特定性維持説

第三債務者が債務者に弁済すると、支払われた金銭は設定者の一般財産に混入するため、代位の目的物との区別がつかなくなる。そして、このような状況ではもはや「払われた金銭の上に抵当権が存続する」ということはできないので、目的物の引渡又は払渡の前に差押えなければならない旨を規定したものが民法304条1項但書であるとする。また、代位の目的物が特定できるかという点に着目するので、目的物が一般財産に混入することを防ぐことができさえすればよい。よって、担保権者自身が差押えを行う必要は無く、先順位抵当権者は、後順位抵当権者や一般債権者が差押・転付命令を得た後であったとしても、

差押えさえ行えば自らの優先権を主張できる²。この学説は物上代位の本質に関しては価値権説、賃料債権に物上代位を認めるかに関しては価値のなし崩し具体化説と親和性が高い。

② 優先権保全説

物上代位制度そのものが、担保権の確保のために政策的に与えられたものであるから、304条1項但書は優先権を保全し、かつ物上代位権を公示するため、担保権者が自ら差押えをしなければならないことを規定しているとする。この学説は、物上代位の本質における政策説、賃料債権に物上代位を認めるかに関しては否定説に親和的である。

③ 第三債務者保護説

抵当権の効力が抵当不動産の代替物に及ぶ場合、代替物の債務者（第三債務者）が抵当不動産の所有者に弁済したとしても、仮に、これによる債務の消滅を抵当権者に対抗することができないとすれば、第三債務者は二重弁済の危険に晒されることになる。そこで、第三債務者を保護するために、代替物が抵当不動産の所有者に弁済される前に抵当権者が差押えることを要求するのが304条1項但書であるとする³。民法の沿革に忠実な学説である。

④ 二面説

本説は、差押えが実際に有する機能に着目する。このような視点から観察するとき差押えは、物上代位の目的物である債権を特定する機能を有する一方で、差押により第三債務者に対する処分の禁止や弁済の制限がなされることにより、みずからの優先権を公示・保全する機能も有しているとも言える。このような二面性から本説は、債権の特定と優先権の公示の2つを物上代位の性質と捉える⁴。そして、物上代位に「公示」の機能がある以上、物上代位の目的物は担保権者本人が差し押える必要があるとする。

(2) 判例

① 大審院大正4年3月6日判決（民録21輯363頁）

【事案】X（銀行）は、Y1およびY2（以下、「Y1ら」とする）に対して金銭を融資し、担保として、鉱業権者Aにより収容対象となっている甲土地に抵当権を設定した。その後、一般債権者であるY3は強制執行として、Y1らがAに対して有していた補償金請求権を差押え、転付命令も得て、命令書はY1らおよびAに送達された。差押・転付命令の送達のおよそ4ヶ月後、Xは抵当権を実行し、Y1らの有する補償金請求権を差し押さえた。そこでAは、Y1らを受領者に指定して補償金を供託した。

【判断】補償金に対する差押えは、その価値代替物の特定性を保全すると同時に、その消滅を防止することにより、優先権者をして補償金上にその権利を行使することを可能とするものである。よって、優先権者が自ら差押えをする場合はもちろん、後順位抵当権者や一般債権者が補償金の差押えをした場合も、その補償金は優先権の目的として保存されるべきであり、優先権のある債権者が自ら先んじて差押えをする必要はない。

ただし、実際に差し押さえた者が後順位抵当権者や一般債権者であったとしても、彼らが優先的に弁済を受けるというわけではなく、配当は優先権者から行う。

② 大審院大正12年4月7日連合部判決（民集第2巻5号209頁）

【事案】Y1（保険会社）は、Y2との間で同人所有の家屋につき火災保険契約を締結した。一方でY2は、右家屋についてY3、Y4との間で抵当権の設定登記をなした。右家屋が滅失すると、X（一般債権者）は、Y2に対して有する貸金債権に基づき、Y3、Y4に先んじて火災保険金債権に対して差押・転付命令をなした。

【判断】抵当権は、目的物の滅失により債務者が受けるべき金銭に対しても実行することができるが、これを行うには、その金銭の引渡し前に抵当権者自身

が差押えをしなければならない。さらに、その差押えは抵当権者が自ら行わなければならない。他の債権者がその債権の保全ために差押えを行ったとしても、抵当権者の上記権利を保全する効果はない。

③ 大審院決定昭和5年9月23日判決（民集第9巻11号918頁）

【事案】X（抗告人）は、訴外Aより土地区画整理事業に伴い発生した補償金債権を譲り受け、Aとの連署をもって補償金の債務者B（旧東京市）に通知した。ところがBは、補償の目的となっている土地がC（保険会社）により抵当権の設定を受けていたため、保証金を供託したうえでXに通知した。Xはその後、自ら指定受取人とする供託書をBより受領したが、Cが本件債権の差押えを請求すると、裁判所はこれを許容し、担保権の実行として当該供託金の差押・転付命令を発した。

【判断】民法が「払渡又は引渡しの前」に差押えを要する旨規定するのは、まず、債務者が金銭その他の物の交付を受けた後、その金銭その他の物に対しなお抵当権を追求しようとする、債務者の固有財産との間に混雑を生じ、権利関係を複雑にするおそれがあるからである。また、債権には登記のような公示方法がないため、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要件とする趣旨を定めたと解するべきである。そして、このような抵当不動産に代位する債権を差押えることは、第三者に対する抵当権保全の要件であるがゆえ、その差押えは必ず抵当権者がこれを債務者に対してすることを要するとした。

④ 最高裁平成10年1月30日判決（民集第52巻1号1頁）⁵

【事案】Xは、Fに対して30億円を貸付け、その担保としてD建設所有の建物に抵当権の設定を受けた。しばらくしてFが倒産すると、DはYに対して建物の全部を賃貸したうえで、賃借権設定登記を経由した。さらに、DはEより金銭を借り受け、その対価としてDがYに対して有する賃料債権3年分を譲渡

し、確定日付ある承諾をもってYに通知した。Xは、右抵当権の物上代位権に基づいて、DのYに対する将来の賃料債権のうち、Aへの貸金債権相当額までの分を差し押さえ、この支払を求めた。

【判断】「民法372条において準用する304条1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」、第三債務者は抵当権設定者（債権者）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抵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。右のような民法304条1項の趣旨目的に照らすと、同項の『払渡または引渡』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を行使することができるものと解するのが相当」とした。

(3) 小括（「差押え」の意義とは何か）

判例は当初、特定性維持説を採っていたが、その後、優先権保全説、第三債務者保護説と変遷している。

平成10年判決の事案は、DがXの物上代位権行使を妨害する目的で賃料債権の譲渡を行うという詐害的な事案である。バブル経済の崩壊後、抵当権の実行として担保不動産を競売にかけるという方法では債権の回収ができない状況に至り、抵当権者は賃料債権から得られる利益により自らの債権を回収しようとし、対して抵当権設定者は、詐害的な賃料債権の譲渡や保証金との相殺によりこれから逃れようとして問題化したことは上述したとおりである。最高裁は、このような状況下において、第三債務者を保護することにより抵当権の効力を

強め、結果として抵当権者を守ることを意図して判例変更をしたのではあるまいか。

学説について、まず、特定性維持説のいうように、担保目的物が金銭などの代替物（あるいは派生物）に変化し、これがひとたび債務者の一般財産に混入すると、両者の区別が難しくなり権利関係が混乱する。よって、引渡し前に差押えをすることが必要だと考える点については間違っていない。しかし、差押命令が裁判所から債務者や第三債務者に送達されると、債務者に対しては債権の取立てなどの処分を禁止され、第三債務者に対しても債務者への処分が禁止される。つまり差押えは、その機能に着目して客観的に捉えるならば、特定性維持説のいう「特定性の保全」に加えて、「優先性の公示と保全」という役割を有しているのである。特定性維持説は、このような差押えの機能としての側面を看過しているのではあるまいか。

第三債務者保護説は上述したとおり、民法の物上代位制度の沿革に忠実な学説である。すなわち、そもそも民法のボアソナード草案は、差押えを「異議」(opposition)と規定したが、この「異議」は、1865年イタリア民法1951条をモデルとしている。同条は、「故障」(opposizione)という行為を受けなければ、第三債務者は自らの債務を債務者に弁済して免責されない旨規定していたところ、この「故障」とは、第三債務者が他の債権者に誤って弁済しないように、物上代位権の行使を通知する実体法上の行為をいう⁶。この点について、第三債務者保護説に批判的な学説は、「物上代位を行使するために差押えが必要な理由」という実体法的な目的の問題に対する答えが「差押えの効力としての弁済禁止効」により第三債務者が保護されるという、手続法的な問題にすり替えているとするが、そもそも304条1項の「差押え」は、沿革としては実体法的な意味があったのであるから、この批判は当てはまらないという主張もある。しかし、条文は確かに「差押え」を要求しており、民事執行法193条も、「担保権を有する者が目的物の売却、賃貸、滅失若しくは損傷又は目的物に対する物権の設定若しくは土地収用法（昭和26年法律第219号）による収用その他の

行政処分により債務者が受けるべき金銭その他の物に対して民法その他の法律の規定によつてするその権利の行使についても、同様とする」と、民法を前提とした規定を置いている。とすれば、沿革はともかく、現行法の解釈論としては手続法上の意味を与えざるを得ないであろう。そして、このように考えると、差押えは当然、競合する債権者との関係でも物上代位権を保全する手段となり、第三債務者保護説は、第三債務者に加えて債権者をも保護する手段になってしまうと言わざるをえない。また、物上代位権の行使を通知するために、わざわざ差押えを用いる必要はなく、他の手段を用いることも十分可能である。

優先権保全説は、抵当権の有する優先的地位の射程は政策的な問題であるとす。しかし、政策の問題としてしまつては、関連する他の問題や派生的問題に適切に、筋の通つた対処することが困難になるのではあるまいか。

特定性維持説のところでも述べたように、差押えは「特定性の保全」に加えて、「優先性の公示と保全」という、対抗要件的な役割も有していることは間違いない。これを第三債務者保護説のように民法の「沿革」という視点から捉えれば上述した問題が生ずる。しかし、二面説のように、その「機能」に着目して客観的に捉えるならば、問題は発生しないのではあるまいか。よつて、私見は二面説を採りたい。

3 賃料債権に物上代位を認めるかについての論点

304条1項本文が物上代位の目的物として定める「売却、賃貸、滅失、損傷によつて債務者が受けるべき金銭その他の物」とは、担保目的物の代償物（代償的債権）を想定している。ところが、賃貸借契約に基づき賃貸人が得る賃料債権は、担保目的物から派生的に発生するもの（派生的債権）であるから、304条1項本文に列举されている他の代替物とは性質が異なる。このような違いから、賃料債権に物上代位を認めると、物上代位理論を筋の通つた理論とすることが非常に困難となるため、この点を解決するべく、現在に至るまでさま

ざまな学説が打ち立てられている。

(1) 学説

① 果実説

果実説は「目的物の売却ないし目的物上の物権の設定の場合には、先取特権には、追及力が無く、もはや目的物自身に効力を及ぼしえないから、対価に対する物上代位が認められている」のに対して、「抵当権には追及力があり、抵当権は第三取得者の所有に帰した目的物上に存在するから、物上代位の必要が無いばかりでなく、追及効と物上代位を併存させることは、かえって混乱を生ぜしめる原因となる」とする。ただし、賃料債権については「賃料債権が天然果実の代物であるという見地」から、「抵当権はその現実的発動開始とともに始めてその効力を及ぼすと解すべき」とする⁷。

② 価値のなし崩しの具体化説

価値のなし崩しの具体化説は「抵当不動産の賃貸料は、交換価値のなし崩しの具体化と見るべきだから、物上代位の目的とすることは理論上不当ではなく、實際上意味がある」とする⁸。すなわち所有者が物を賃貸することにより得る賃料債権は、時の経過や賃借人の使用により減少した賃貸物の価値が姿を変えたものとするのである。

③ 否定説

過去より有力に主張されているものである。抵当権は非占有担保であるから、債権は抵当不動産を実行することにより回収すべきであり、抵当権者が賃料債権に対して物上代位することは、所有者の使用収益権を奪うことになるので、賃料債権に対する物上代位は否定されるべきとする。

ただし、最近の否定説は、物上代位と抵当権の実行が両立可能な債権（派生的債権）に抵当権の効力を及ぼすか否かの判断は政策的な問題であり、また抵

当権者にとって、派生的債権に対するインセンティブは例外的なものであるとして、理論的・政策的には否定すべきであるとしつつも、「解釈論としては、法改正の趣旨をも踏まえるなら、肯定せざるをえない」として、賃料債権に対する物上代位は最終的に担保不動産収益執行制度に一本化されるべきであると主張する⁹。

④ 減価要件説

減価要件説は、抵当権設定登記よりも後に設定された賃借権に対しては物上代位を認める。

この説は、そもそも賃料債権に対する物上代位を認めるかという視点は「抵当権設定者と抵当権者」の問題ではなく「抵当権者と一般債権者」の問題であるとしたうえで、以下の論拠を展開する。①賃料は、賃貸経営の組織を設立し、あるいは信用のおける不動産会社に募集を委託するなど、優良な賃借人を入居させることにより得られるので、賃貸人たる債務者の能力や努力に左右される。よって、賃料債権に対して物上代位を認めることは、抵当権者に対して、抵当権設定時に把握した担保価値以上の価値への実行を許すことになる。そこで、②まず抵当権者が抵当権を設定し、そのあと債務者が賃借権を設定した場合、担保は、後続する賃借権設定により価値が目減り（つまり「減価」）するので、抵当権者は減価分を賃料から取り返すことには意義がある。しかし逆の場合、抵当権者は最初から、賃貸による価値の目減り分を計算のうえ、通常の価値より低く担保を評価しているので、物上代位を認める必要はない¹⁰。

⑤ 交換価値把握説

交換価値把握説は、抵当権の非占有担保性を保ちつつ、賃料債権などの使用価値や収益価値にも物上代位を認める手段を模索する。抵当権者は抵当権設定時に不動産の交換価値を確保し、抵当権実行時に具体化する。このとき、実行開始時より後に発生する賃料債権は、その時点の交換価値から派生した物とす

る。このように解することにより、抵当権設定者の使用・収益権に配慮しつつ、差押え以後に発生する賃料債権については抵当権者の優先権を及ぼしていこうとする。その論拠の要旨は以下のとおりである。

①抵当権者は、設定時より不動産の交換価値を把握している。そして、抵当権が実行されない限り、設定者は担保を自由に使用・収益できる。②しかし、いったん抵当権が実行されれば、設定時に順位を確保していた交換価値支配が現実化し、その使用・収益は制限を受ける（そしてこれは、抵当権の非占有担保性に矛盾することはない）。③使用・収益権能は所有権を根拠とするから、所有権に対する負担である抵当権が実行されれば、抵当権者は担保目的物より優先弁済を受けることができる。ここで、仮に競売手続が速やかに進めば競売代金が高くなるが、遅延した場合、これが長くなればなるほど競売代金は低くなる。また、落札までに時間的な間隔がある場合、その間に生じた果実や賃料を設定者に取得させることは、「競売手続を遅延させることにつき設定者にインセンティブを与え、売却代金を低減させて抵当権者を害する恐れ」が生ずる。④このことから、抵当権者は抵当権設定時から、将来の実行開始時の交換価値を潜在的に把握しているというべきである。⑤また、「抵当権者の支配に属する使用・収益価値は、抵当権者が抵当権の実行開始によって具体的に把握した時点での交換価値から派生する」ものである¹¹。

(2) 判例

裁判所は、平成元年10月27日判決により賃借権に対する物上代位を認めるまでは、大審院時代より否定説と肯定説にその判断を分けていた。以下では、これまでの裁判所の判断の変遷を概観する。

① 大審院大正6年1月27日決定（民録23輯97頁）

【事案】Aは、自ら所有する賃貸不動産に抵当権を設定した。その後、一般債権者（あるいは後順位抵当権者）Yが、Aが賃借人Bに対し有する賃料債権を差

し押さえた。これに対して、抵当不動産が競売にかけられたことにより、民事訴訟法（明治23年法）687条に基づき任命された競売不動産管理人Xが、賃料債権についても自らに管理権があるとして、転付債権の不存在確認を請求した。

【判断】まず、前提として法定果実には民法370条及び同法371条の規定が適用されない旨述べた後、民法372条の準用する同法304条の規定は、抵当権の目的物に対して抵当権の実行ができない場合に、抵当権者をしてその目的物に変わる債権の上に抵当権の行使を認める規定なので、目的不動産に対して抵当権を実行する場合には、賃料債権を差押えることはできない旨判示した。

② 東京高裁昭和31年9月4日判決（下民集第7巻9号2368頁）

【事案】Aは、X1との間で金銭消費貸借契約を締結し、甲建物（A所有）に根抵当権設定登記を経由した後、X2に賃貸した。その後、AはYに甲建物を売却、登記を移転し、YはX2に対する賃貸人たる地位を継承した。このような状況のもと、X1は、Aに対する抵当権の被担保債権の残金および遅延損害金の支払を受けるため、YがX2に対して有する賃料債権の差押え並びに本件の債権額に満つるまで、右賃料の取り立てを請求した。

【判断】「元来抵当権は、目的物の担保価値に着目し、その交換価値を優先的に支配して被担保債権の弁済に当てることができる権利」であり、「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照らして疑を容れないところであつて、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見意するから、この賃料債権につき物上代位に関する前記規定が準用せられるのは当然の事理といわなければならない」として、賃料債権に対する物上代位を認める。なお、①判例で述べられた民法371条の規定については、法定果実に同条の適用がないからといって、「法定果実たる賃料に対して抵当権の効力が及ばないと論拠にはならない」とした。

③ 大阪高裁昭和61年8月4日決定 (判例タイムズ629号209頁)

【事案】 Xは、A所有の甲建物の抵当権の設定登記を経由した。その後Xは、この登記に基づき、抵当権の実行前に甲建物の賃料債権を差押えた。原決定がこの差押えを認めなかったため、取消を求めた事案。

【判断】 「抵当権は使用収益権限のない非占有担保たる性質上本来目的物の交換価値に影響を及ぼし被担保債権の実行に支障をきたすときに限り、民法395条但書により抵当権者の請求により解除しうること、抵当権と用益権との調整と均衡」に照らすと、「抵当権設定者と第三者との間における抵当不動産を目的とした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」賃借権に抵当権の効力は及ばない。しかし、「被担保債権の弁済期が到来し不動産競売の申立てがなされて開始決定による差押えの効力が発生した後は」、「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、抵当権はその選択に従い」物上代位権を行使することができるとする。

④ 最高裁平成元年10月27日判決 (民集43巻9号1070頁)

【事実】 Aは、Bのために抵当権が設定されている建物をCらに賃貸し、さらにYに対して根抵当権設定登記を経由した。その後、Aは建物をXに売却し、Xは賃貸人の地位を得た。Bが抵当権を実行したので、Yは配当加入する一方、Cらが供託していた賃料債権の差押・転付命令を得た。

【判断】 まず抵当権の非占有担保性を述べた後、「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自ら使用し又は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買いすべき理由はな」として、賃料

債権に対する物上代位権の行使を認めた。

(3) 小括（賃料債権の物上代位を認めるべきか）

この論点については、判例・学説とも非常の多くの見解が乱立していた。ところが、④判例の登場により賃料に対する物上代位が認められると、平成15年、民法370条および371条の改正により両者の接続が断ち切られ、371条には天然果実のみならず法定果実も含まれることとなり、担保不動産収益執行制度（民事執行法180条2号）も採用された。このように現在、事実上、賃料債権への物上代位は認められるに至っているが、この背景には、前述のとおりバブル経済の崩壊により不動産価格が暴落し、それ以前のように競売により債権を回収することが困難になったため、賃料債権へ物上代位を認めなければ抵当権者を保護できないという、いわば「経済社会の特殊事情」ともいうべき状況が存在したためと推測することもできる。この点について、否定説は賃料債権に物上代位をすることは、所有者の使用収益権限を奪うことになるという。確かに債務者の弁済期到来前であっても物上代位権の行使として賃料債権の差押えができるのであれば問題である。すなわち、弁済期到来前に、抵当目的物が滅失し、損害賠償請求権などの代替物として、流動性の高い金銭等に变化した場合ならともかく、派生的債権である賃料債権を時期に関係なく差し押さえることができるとすれば、それは正しく抵当権設定者の使用・収益権限に干渉する行為であり、抵当権の意義に反し許されない。よって、少なくとも派生的債権に対しての物上代位権の行使は、被担保債権の弁済期到来後のみ認められるべきである。さらに、賃料債権などの派生的債権に対して抵当権を実行し、差押・転付命令がなされると、抵当権設定者の使用・収益権能は失われ、賃料債権も抵当権者に移転するが、物上代位権の行使として賃料債権の差押・転付命令という手段に出たときも、抵当権設定者の被る不利益を客観的にみると異なることはない。なお、ここでも否定説の一部には政策論へ逃避する向きがあるが、やはり、関連する他の問題や派生的問題に適切に、筋の通った対処することが

困難になるので賛成できない。

価値のなし崩し具現化説についても、動産や、不動産であったとしても建物であれば経年劣化等による価値の減少が見られるであろうが、土地については劣化しないため価値が減少することもない。この点を説明することが困難であるから妥当ではない。

では、果実説についてはどうか。果実説は、抵当権の実行がなければ物上代位はできないと考える。確かに、抵当権の実行がなければ賃料債権に物上代位できないとする点は賛成できる。しかし、その根拠、すなわちなぜ、抵当権が実行段階に至ることを契機として物上代位ができるのかという点を明確に説明できていない。交換価値把握説は、この疑問を、抵当権の持つさまざまな価値について、物上代位の実際的な側面から精密に検討し、説明しようと試みている。よって、私見は⑤説を採る。

4 物上代位の本質についての学説

物上代位の本質についての学説は、多少のニュアンスの違いはあるものの、大きく以下の3説に分けることができる。以下、概観する。

(1) 学説

① 政策説（鈴木説）

抵当権における物上代位制度は、当事者間の衡平、抵当権の強化、不動産金融の促進のために法が特別に認めた制度だと考える。この説にたつと、抵当権者が把握している抵当物の価値が減少・滅失した場合、抵当権者は損失を被ることになるが、抵当権設定者が担保価値の減少・消滅を契機として保険金請求権など別の価値を取得した場合には、上記の趣旨より抵当権者の優先権を認め、ただちにはその利益を抵当権設定者の一般財産には帰属させない。そしてこの説は、抵当権設定者が第三者に抵当不動産を売却するなど、抵当権が追求

効を失わない場合には物上代位権を否定する¹²。

② 価値権説

抵当物が滅失・毀損したとしても、抵当権設定者がこれに代わる物を得たならその物の上にも効力は及ぼすことができるのは、抵当権が担保目的物の交換価値を把握し、ここから優先的に弁済を受けることができる権利であるからとする¹³。

③ 政策説（内田説）

抵当権は目的物の滅失により消滅するところ、仮に抵当権設定者が第三者より損失の補填、あるいは賠償を受けた場合、抵当権設定者の損害は実質的に無である一方で、抵当権者は優先弁済権を失うことになり、全部または一部の債権を回収できない可能性が生ずる。これでは担保を設定した意味がなくなるため、担保権の実効性確保の観点から政策的に与えられた機能が物上代位権であるとする¹⁴。①説に比べると当事者の衡平に力点を置いた説といえよう。

(2) 判例

① 賃料債権に対する物上代位が論点となる判例・裁判例

賃料債権は派生的債権であるが、これに物上代位権を及ぼすか否かを判断する前提として物上代位の本質論を論じた場合、仮に価値権説を採れば、賃料債権に対する物上代位を認めやすい。一方で政策說的に捉えた場合、これに物上代位を認めるか否かは「政策的判断」となり、論理必然に認められるわけではない。以下では、判例・裁判例がこの点についてどのような判断をしているか概観する。

3(2)①判例は、民法371条が法定果実に適用されないことを理由にする。3(2)②裁判例は「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」として、価値権説（なし崩しの価値権説）を採る。

3(2)③裁判例は、民法370条、371条の法意に照らすと「目的物の利用対価は価値把握対象の範囲外」としつつも、一方で「賃借権が抵当権の対象である目的物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たすときに限り」抵当権の効力が及ぶとする。この裁判例については、価値権的な判断とも政策的な判断とも取ることが可能である。3(2)④の判例も、先取特権との異同や抵当権設定者が実際に被る損害など、個別事情から賃料債権に対する物上代位を認めており、物上代位の本質論には触れていない。

このように、判例、裁判例は必ずしも賃料債権に対する物上代位を認めるか否かの判断を導くにあたり物上代位の本質論を論じている訳ではない。ただし、民法370条の改正および不動産収益執行制度の創設により、今後は判例・裁判例の方向性も変わる可能性がある。

② 民法304条1項の「差押え」の意義が論点となる判例

民法304条2項の「差押え」の意義について、判例は特定性維持説から優先権保全説、そして第三債務者保護説と変遷している。判例が、物上代位の本質についてどのように考え、これらの結論を導いたかについて概観する。

まず、抵当権に基づく物上代位の本質について明らかな態度を示しているのは、1(2)②判例である。この判例は、担保目的物の滅失により抵当権も消滅するので、たとえ金銭などの代価を得たとしても抵当権の効力はおよばないとする。

そのほかの判例について、1(2)①判例は、「物上担保権を有スル債権者力担保物ヲ代表スル保証金ニ対シテ行使スル…」と述べていることから、価値権説に立っているようである。1(2)③判例も、「抵当権ノ目的トシテ抵当不動産ニ代位スルハ債権ソノモノナルコトノ趣旨ヲ明ニスル…」とするので、同じ立場であろう。1(2)④判例も「抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶ」としている。

このように、判例は優先権保全説に立つものは物上代位の本質については、

政策説的な見解をとり、特定性維持説に立つものは価値権説的な判断をしているようである。

(3) 検討（抵当権に基づく物上代位の意義とは）

物上代位権の本質はいかにあるべきか、上述した各種論点での検討をもとに考えていきたい。

価値権説に対して他説の論者は、抵当権は物権でありその定義は「一定の物を直接に支配して利益を受ける排他的権利」である¹⁵がゆえ、抵当権の目的物が消滅すると物権も消滅すると考えるのが論理的に正しいと批判する¹⁶。

確かに、仮に目的物が消滅すると、その担保として設定された抵当権も消滅すると考えるのが自然である。しかしそれは、上の定義の「物」という文言に重きを置いて解釈した場合の結論である。

物権には所有権のほか、抵当権に代表される担保物権などの制限物権も存在するが、両者は「すべての物に対してまず特定の人所有権を認め、他の全ての物権は、この所有権を一時的、一面的に制限する関係¹⁷」にある。つまり物権には、物の有するさまざまな属性に対する支配の程度に応じて、物のすべての属性を「支配」する所有権と、一部の属性を一時的に「支配」することにより、所有権を制限する物権である制限物権の2種類が存在するのである。

確かに、物権とは物に対する権利ではある。しかし実際には、権利者は物そのものではなく、物が持つさまざまな属性から利益を得ている。この点を考慮して厳密に定義すると、物権とは、物が有するさまざまな属性の全部または一部を直接「支配」することにより、利益を享受する権利であるといえる。そして、このように「支配権」に重きを置いて解釈をするならば、物権の定義という「物」とは、各種属性の支配が及ぶ客体にすぎないということとなる。

このような考察に基づき再度、物上代位について考えると、非占有型の担保物権である抵当権は、目的物が有する様々な属性うち、価値という属性の一部または全部を一時的に「支配」することにより、所有権を制限する物権という

結論を導くことが可能である。よって、たとえ物が消滅したとしても、目的物の「価値」と代替物の「価値」の間に何らかの連続性があれば、いまだ代替物にも支配は及び、物上代位の効力は及ぶと考えることも十分可能なのではあるまいか。

ただし、価値権説を採るとはいえ、3(1)②説のように、価値が使用や経年劣化により徐々に金銭等に変化すると考えるのは行き過ぎと考える。上述したように、目的物の種類によっては価値が減少しない場合もあることはもちろん、抵当権を設定した不動産を自己使用した場合、抵当権者は経年劣化等による減少分を把握できないにもかかわらず、抵当物権がたまたま賃貸物権であった場合、これを把握できることになり、法的バランスに欠ける点もあげられる。

また、価値権説を採ったとしても、賃料債権への物上代位の可否という論点の説明が困難とはならないことは上述したとおりである。価値権説を上述のように解すると、抵当権の設定を「交換価値の把握」とみる交換価値把握説とも親和性がより高くなり、理論として一貫するのではあるまいか。

よって、私見は価値権説を採る。

5 おわりに

以上、抵当権に関する論点のうちのいくつかを題材に、物上代位権の本質について検討してきた。結論をまとめると、差押えの意義については二面説、賃料債権への物上代位については交換価値把握説をとるが、これはいずれも物上代位の本質についての価値権説と親和性が高く、他の枝葉の論点とも理論的に整合性が取れると考える。

物上代位に関する各種論点は、民法370条の改正や担保不動産収益執行制度の整備により、対症療法的な対処がなされているが、あくまでも「対症療法」なのであり、本質論の議論はまだまだ混沌としている。今後も、学界の議論の行方を注視していきたい。

物上代位の本質に関する一考察

注

- 1 最高裁平成元年10月27日民集43卷9号1070頁。
- 2 高木多喜男『担保物権法(新版)』(1993年)133頁, 我妻栄『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』(1968年)17頁。
- 3 山口安平『民法学3』115頁。
- 4 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権(第2判)』(2005年)64頁。
- 5 判例タイムズ964号73頁, 金融法務事情1508号67頁ほか。
- 6 山口・前掲注3, 内田貴『民法3債権総論・担保物権(第3版)』(2005年)413頁, 生熊長幸『物上代位と収益管理』(2003年)140頁。
- 7 鈴木録弥『抵当制度の研究』(1968年)118頁, 『物権法講義(4訂版)』(1994年)205頁。
- 8 我妻・前掲注2 281頁。
- 9 内田・前掲注6 407頁。
- 10 伊藤眞「賃料債権に対する物上代位(上)」金融法務事情1251号6頁, 1252号12頁(1990年)。
- 11 松岡久和「抵当権の本質論について」高木多喜男古稀記念『現代民法学の理論と実務の交錯』(2001年)3頁, 「物上代位の成否と限界(1)」金融法務事情1504号6頁。
- 12 鈴木・前掲注7 119頁。
- 13 我妻・前掲注2 280頁。
- 14 内田・前掲注6 401頁。
- 15 我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法(総則・物権・債権)』(2005年)316頁。
- 16 近江・前掲注4 57頁など。
- 17 我妻ほか・前掲注15 314頁。