HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	四ツ谷, 有喜
Citation	北大法学論集, 50(6), 271-288
Issue Date	2000-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/14997
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(6)_p271-288.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

民事判例研究

四ツ谷　有喜

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された事例

民法三〇四条、三七二条、四六七条

平成一〇年一月三〇日最高裁第二小法廷判決（平成九年（オ）第四一九号、大和ファイナンス株式会社　対　株式会社カスタミー、取立債権請求事件）民集五二巻一号一頁

〔事実〕　本件は、抵当権設定登記後に、抵当目的不動産の賃料債権が譲渡され、その対抗要件が具備された後に抵当権者が右賃料債権を抵当権に基づく物上代位によって差し押さえたところ、右賃料債権の債務者（以下「第三債務者」とする）であ

る賃借人が、右債権譲渡が抵当権者の差押に優先することを理由として、抵当権者による右賃料債権の取り立てができない旨主張したというものであり、事案は概略次のとおりである。

平成二年九月二八日、X（原告・被控訴人・上告人）は、訴外Aとの間に弁済期を平成五年九月二八日とする三〇億円の消費貸借契約を締結するとともに、同日に訴外Bとの間で右貸金債権担保を目的として、Bを右債権の物上保証人とする抵当権設定契約を締結し、その旨が登記された（以下、これを「本件抵当権設定契約」とし、この抵当権の目的不動産のうち、建物を「本件建物」とする）。平成三年三月二八日、AがXに対する右債務の約定利息の支払を怠ったことから、Aは右債務に関する期限の利益を喪失し、更に、平成四年一二月に倒産した。

A倒産の翌年である平成五年一月一二日、BはY（被告・控訴人・被上告人）に対し本件建物を賃貸し（以下これを「本件賃貸借」とする。なお、本件賃貸借契約の賃料は、月額二〇〇万円、敷金は一億円である。また、右契約以前、Bは他の複数の賃借人に対して本件建物を賃借しており、右契約締結後は、Yが右賃借人に対し本件建物を転貸するという形がとられたが、Bの右賃借人に対する従前の賃料の総額は月額七二五万余円であった）、翌一三日にその旨の登記を経由した。その後、平成五年四月一九日、Bは訴外Cから金七〇〇〇万円を借り受け（利息年九パーセント）、翌二〇日、Bは右債務の代物弁済として、BがYに対して有する本件建物の賃料債権（以下これを「本件賃料債権」とする）をCに対して譲渡し、Yがこの譲渡を確定日付ある証書をもって同日承諾した（以下これを「本件債権譲渡契約」とする）。

他方Xは、平成五年五月一〇日に、抵当権の物上代位権に基づき本件賃料債権のうち、同人の残債権三八億六九七五万余円に満つるまでを差し押さえ、右差押命令は、平成五年六月一〇日にYに送達された。そしてXが、平成五年七月から同六年三月までの九ヵ月分の従前賃料六五三三万円の取立てを求めて提訴したというのが本件である。これに対しYは、本件債権譲渡の確定日付は右差押命令に先行するから債権譲受人CがXに優先するのであって、Xは本件賃料債権を取り立てることができない、と主張した。

第一審（東京地判平成七年五月三〇日）は、B－Y間の賃貸借契約がAの倒産後であり、かつ、X－B間の本件抵当権に関する交渉決裂後に締結されていること、Xが本件建物について競売開始決定を得てこれについて登記手続がされた後にB－C間において消費貸借契約及び債務弁済契約が締結されているこ

と等を認定し、また、B、C及びYの取締役等に重任関係があること等を認定した上で、右消費貸借契約及び債務弁済契約が、「B、C及びYが相談の上、Xの債権回収を妨害する目的をもってなされたものと推認することができるから、YがB－C間の債権譲渡を理由にXの物上代位に基づく賃料債権の差押えはYに対抗できないと主張するのは、権利濫用に当たるものと言うべきである」として、Xの請求を認めた（月額賃料二〇〇万円の九ヵ月分である一八〇〇万円の支払を命じた）。

第一審に対してYが、Cへの債権譲渡の確定日付がYに対する差押命令送達に先行するから、Xの本件請求は失当であることを理由に控訴し、原審（東京高判平成八年一一月六日）は、次のように述べてYの控訴を認容しXの請求を棄却した。すなわち原審は、CからBへ現実に送金がされていることから、CからBへの消費貸借契約がXの物上代位権行使を妨害するための通謀による虚偽のものであるとは認め難いとした上で、「民法三七二条、三〇四条一項により、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、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。民法三〇四条一項但書において、物上代位権者が物上代位権を行使する為には金銭その他の払渡又は引渡前に差し押さえをしなければならないものと規定されている趣旨は、右差押えによって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しようとすることにある。この第三者保護の趣旨に照らせば、右『払渡又は引渡』の意味は、債務者（物上保証人を含む。）の責任財産からの逸出と解するべきであり、債権譲渡も同条の『払渡又は引渡』に該当するものということができる（一般債権者が目的債権の差押えをし、転付命令を得る前の段階では、未だ責任財産から逸出したものといえないことは明らかである。）。第三者の不測の損害防止の趣旨は、公示方法が不完全な先取特権においてはもちろん、登記により公示がされている抵当権においても基本的に異なることがないと解すべきであるから（民法三七二条は、抵当権について民法三〇四条を準用するにとどまる。）、抵当権者は、民法三〇四条但書による差押前に債権譲渡を受けて対抗要件を備えた者に対して、物上代位権の優先権を主張することはできない」とし、将来の賃料債権も原則として譲渡可能であるから、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

示したのである。

これに対し、Xが上告した。上告理由第一点目は、抵当権者による物上代位権に基づく差押前に目的債権を譲り受け、これについて対抗要件を具備した者がある場合には抵当権者は物上代位権を行使することができない、ということについて、原審は将来発生する賃料債権についても同様に解するべきである、とするが、そのように考えるべきではなく、債権譲渡後も将来債権はなお抵当権設定者の責任財産から逸出していないとしている。そしてさらに第二点目では、原審が、B－C間の債権譲渡がXの債権回収の妨害を意図したものであってYは右譲渡の効力を主張してXの請求を免れることは権利濫用にあたるとまでの判断をすることはできない、と判断しているが、やはり第一審のとおりこの点については権利濫用と解するべきだと述べている。

〔判旨〕破棄自判。

「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、差押え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。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、（一）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、（二）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、差押え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、(三)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、(四)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だからである。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りなく、当てはまるものというべきである。以上と異なる原審の判断には、法令の解釈を誤った違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決のうち、第一審判決中X敗訴の部分を取り消して右部分に係る請求を全部棄却すべきものとした部分は破棄を免れ得ない。

〔評釈〕

一　本判決の位置づけ

本判決は、抵当権設定及び登記後に抵当目的不動産が賃貸され、その賃料が譲渡されて、これにつき対抗要件が具備された後に、抵当権者が抵当権の物上代位権に基づいて右賃料債権を差押えた場合において、抵当権者の右物上代位権行使を認めるものである。

まず、抵当目的不動産の賃料に対する抵当権の物上代位権行使の可否については、①最判平成元年一〇月二七日民集四三巻九号一〇七〇頁により肯定されており（なお、右判決は、賃貸人の地位承継があった事案であり、賃料の供託がなされており、供託金還付請求権への物上代位の可否が問われたというものである。そして、根抵当権は非占有担保権だが、賃貸借の対価につき抵当権行使ができると解しても、抵当権設定者の目的物使用を妨げないと判決では述べられている）、本判決はこれを承けるものである。

次に、賃料債権の譲渡と物上代位との関係で、本判決は後者を優先させたわけであるが、抵当権者による物上代位（民法三七二条）において準用される民法三〇四条一項では、「先取特権ハ其目的物ノ売却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受

クヘキ金銭其他ノ物ニ対シテモ之ヲ行フコトヲ得但先取特権者ハ其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」と規定しており、本判決では、(a)物上代位目的債権の払渡又は引渡前に物上代位権者による差押を同但書が要求した趣旨及び(b)債権譲渡が同但書にいう「払渡又ハ引渡」にあたるか否かを問題としている。以下では、順に、これらに関わる先例の状況を見ておくこととする。

(a)まず、前者についてであるが、これについては判例において変遷が見られる(この変遷には学説からの影響があることが見逃せないが、これについては、後述二参照)。すなわち、この点に関する最も古い判決であると思われる②大判大正四年三月六日民録二一輯三六三頁(土地収用による補償金に対する抵当権の物上代位権行使の事案であり、一番抵当権者と二番抵当権者及び抵当権設定者との間の争訟である)が、右趣旨を代位目的物の特定性の維持であるとし、抵当権者自身による差押でなくとも代位物が保全される、として二番抵当権者による代位目的債権の差押えに遅れてこれを差し押さえた一番抵当権者の物上代位権行使を優先させた。しかし、③大判大正一二年四月七日民集二巻二〇九頁(抵当目的物焼失による火災保険金請求権に対し、抵当権設定者の一般債権者が差押をし、これに遅れて抵当権者が物上代位権を行使したという事案であり、第三債務者である保険会社と抵当権者に先んじて右債権を差押えた一般債権者との争訟である)が、②判決とは異なり、物上代位権者自身による差押を要求し、④大決昭和五年九月二三日民集九巻九一八頁(土地区画整理による補償金に対して抵当権の物上代位権を行使した抵当権者と、抵当権者による差押前に現れた右補償金の譲受人との争訟である)も③判決と同様に解した。

これら大審院時代の判決はいずれも抵当権者による物上代位権行使の事案に関するものであった。他方で最高裁においては、同但書をめぐって二つの判決が出されており、事案はいずれも動産売買先取特権の物上代位権行使に関するものであった。すなわち、債務者の破産宣告後にされた先取特権者の物上代位権行使に関する⑤最判昭和五九年二月二日民集三八巻三号四三一頁(Aに対し工作機械を売り渡していたYがAの破産宣告後に右工作機械の転売代金に対して動産売買先取特権を行使したが、右代金の債務者Bが債権者不確知を理由に右代金債務を供託したため、Yが供託金還付請求権確認訴訟を提起し、これに対しAの破産管財人Xが反訴を提起したというものである)が、同但書の趣旨は、先取特権者のする差押えによって「第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡し又は引渡すことが禁止

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、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これにより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しようとすることにある」と判示しており、また、⑥最判昭和六〇年七月一九日判決（事案は、債務者の一般債権者による目的債権に対する差押後に先取特権者が右債権に対し物上代位権を行使したというものである）が、⑤判決を引用してこれと同趣旨の判決を下している。

（b）次に、目的債権の譲渡が民法三〇四条一項但書にいう「払渡又ハ引渡」にあたるか、という点についての判例の動向を概観すると、これについては③判決が傍論において、これを肯定する趣旨を判示し、これを引用して④判決及び⑦大判昭和一七年三月二三日法学一一巻一二号一〇〇頁が、同趣旨の判決を下している。また、最高裁判決においても、④判決及び⑤判決が傍論においてではあるが、債権譲渡が同但書にいう「払渡又ハ引渡」に含まれる旨を判示している。

ちなみに、本件事案と同様の事案についての下級審判決の状況についてであるが、本件原審が債権譲受人の優先を認めているのに対し、⑧大阪高判平成七年一二月六日判時一五六四号三一頁及び⑨東京高判平成九年二月二〇日判時一六〇五号四九頁が、本判決と同様に抵当権者の優先を認めているが、その理由づけは本判決とは異なるものであった(1)。

右のような状況にあって本判決は、抵当権者の物上代位権行使について、民法三〇四条一項但書が目的債権の払渡又は引渡前に物上代位権者による差押を要求した趣旨を第三債務者保護であるとした上で、債権譲渡が同但書にいう払渡又は引渡には含まれないから、抵当権者は、抵当権設定後、物上代位権行使のための目的債権に対する差押以前に目的債権が譲渡され対抗要件が具備された場合であっても右債権に対し抵当権に基づく物上代位権を行使し得る旨、判示している。つまり、本判決の判旨は、右（a）（b）いずれにおいても（特に（b）について）、従来の判例の立場とは異なるものであって、注目される重要判決である。

二　学説の動向

次に学説の動向をみよう。まず、民法三〇四条一項但書が目的債権の払渡又は引渡前の物上代位権者による差押を要求した

趣旨についてであるが、この点については梅博士の見解がまず検討に値しよう。すなわちそこでは、もし先取特権者が代価に対して物上代位権を行使することができなければ、先取特権は有名無実となることを指摘した上で、このような理由から先取特権者の物上代位権行使を認める民法三〇四条一項本文の規定は、便宜上、先取特権者を保護するために設けられたものであるから、この規定によって他の債権者の利益を大きく害することは不公平であり、かつ、目的物について先取特権が存在するか否かを他の債権者は知り得ないことから不測の損害を被るおそれがあるのであって、先取特権者は目的債権の払渡又は引渡前にこれを差押えなければならないと述べており、梅博士は第三者保護が同但書の趣旨であると捉えてはいるが、「第三者」の範囲については必ずしも明らかにしていない(2)。その後の学説においては、②判決が出された後、これを批判して差押は優先権の効力保全要件であるから物上代位権者自身による差押を必要とするのであって、民法三〇四条一項但書の趣旨は第三者保護であるとする見解が有力となった（この批判を受けて③判決が出された）。

しかし、③判決に対しては、鳩山博士が、担保権者自身による差押は不要であり抵当権の物上代位権の公示については抵当権の登記で足りると批判しており(3)、この鳩山博士の見解を支持する我妻博士は、「譲渡されても弁済されるまでは物上代位権者の優先的効力が維持されると解する以上、右のような〔すなわち、代位物たる請求権が譲渡された後に譲渡した者を債務者としてする〕差押も効力を生ずるとして妨げない。第三者に対しては、優先権は公示される。譲受人に対しては公示されないが、これをとくに保護すべき必要」はないと述べている(4)。

しかし、通説は右見解とは異なり、「差押以前において、所有者が物上代位の目的物たる請求権を第三者に譲渡し、または第三者の為に該請求権の転付命令が発せられたときは―いまだ請求権が特定性を保っていても―担保権者の権利は消滅する」としていた(5)。

その後、比較的近年になって同但書の沿革的研究がなされるようになり、イタリア民法に由来する民法三〇四条一項但書の「差押」の趣旨は、物上代位権保全のための弁済禁止、ひいては第三債務者の保護にあると指摘する見解が出始めた(6)。また、抵当権の物上代位に限定して、「抵当権の物上代位権は、公平の見地から、抵当権の価値権的性格と優先的効力に基づいて、抵当権に与えられた効力として認められ、抵当目的物の滅失・毀損があれば、当然に代位物に効力を及ぼすものと解せられ…、

代位物の特定性が維持されていれば、抵当権についての公示方法が具備する以上、原目的物との牽連性により、原目的物に関する公示方法（登記）をもって代位物に関する公示を覆い得るから、代位物についての独自の公示方法を要求することはかならずしも必要ではない。したがって、差押が公示の機能を有し得るとしても、差押は、代位目的物の保持を目的とするものと解すべきである」との見解が出され[7]、さらに、近時、民法三〇、四条の立法の沿革、特にボアソナード草案の検討を軸に、民法三〇四条一項本文が「担保金融の促進の為に担保権者に物上代位権を付与した担保権者保護の規定であるのに対して、同但書は、担保権者に対する物上代位権付与の結果、この者に代位目的物の支払義務を負うことになる第三債務者（代位目的債権の債務者）に対して担保権者の存在を知らしめ、もって、その二重支払の危険防止のために設けられた規定である」と指摘する見解がある[8]。

次に、目的債権の譲渡が同但書にいう「払渡又ハ引渡」に含まれるか、という点に関しては、大まかにいえば、これを肯定するものと否定するものに分けることができるが、その論拠は様々であった[9]。そして、いわゆるバブル崩壊による担保割れ及び短期賃貸借権設定による抵当権実行に対する執行妨害に対処するため、担保権者が抵当不動産の賃料債権に対し物上代位権を行使するという現象がみられたが、他方で賃料債権が担保のため、あるいは物上代位権行使妨害のため包括的に譲渡される、という事態が発生し、このような事案について下級裁判例が出されたことを契機として、同但書の趣旨及び「払渡又ハ引渡」の意味について、再度議論が白熱することとなった。

そこでの議論は概ね⑤⑥判決と同様に抵当権の物上代位権行使の場合についても譲渡が同但書にいう「払渡」に含まれる、として抵当権者の優先を認めないもの[10]と、これらの判決の事案は先取特権に関するものであってその射程は先取特権に限定すべきであり、他方で抵当権の物上代位権は抵当権の登記により公示されているから、この場合に目的債権の譲渡が同但書の「払渡」に含まれないと解しても、物上代位権による差押前に現れた目的債権の譲受人に対して不測の損害をもたらすものではないとするものに分かれていた[11]。

以上が、学説の概観である。

三　検討

（1）序

位置づけの部分で述べたとおり、本判決は、従来の裁判例とは異なり、民法三〇四条一項但書が代位目的物の払渡又は引渡前に物上代位権者による差押を要求した趣旨を第三債務者保護であるとし、また、目的債権の譲渡は同但書にいう払渡又は引渡に含まれない旨判示するものである。(12)

確かに、民法三〇四条一項但書の趣旨に関する沿革史的考察に鑑みれば、本判決が述べるとおり同但書の趣旨は第三債務者保護にウェイトがあるとみることができよう。(13)また、本判決の法的論理としても、従来考えられていたように債権譲渡により抵当権の効力が目的債権に及ばなくなると考える必然性はなく、むしろ本判決のように考えるのが、競合取引の処理の仕方として自然であると思われる。(14)さらに、本件事案においては、抵当権者Xと物上保証人Bとの本件抵当権に関する協議の決裂後、Xによる抵当目的不動産への抵当権実行の後に本件賃貸借契約及び消費貸借契約が締結されており、かつ、B、C及びYの代表取締役等の間に密接な関係があったことが第一審において認定されていることから、第一審が指摘したように、Xによる物上代位権行使の妨害を目的としてB、C、Yを当事者とする一連の契約が締結されたと見ることも可能であり、抵当権者であるXの請求を認めた本判決の結論自体は妥当なものであるとみることができよう。

しかし、本判決が、民法三〇四条一項但書の趣旨を目的債権の特定及び第三者保護に求める⑤⑥判決とは異なり、第三債務者保護のみに求めており、⑤⑥判決が留意していた「第三者保護」を少なくとも抵当権の物上代位権の場合に考慮しないとしたことが妥当であるかについては、検討されるべきであるし、また、このような態度は抵当権の物上代位権に限定すべきであるのか、それとも本判決は先取特権の場合も射程の範囲内に含むものであり従って⑤⑥判決を実質的に変更するものと捉えるべきであるのかは、検討を要するといえよう。更に、本件事案の債権譲渡の対抗要件具備方法が第三債務者の承諾によっていることから、このことと本判決が採用する民法三〇四条一項但書の趣旨である第三債務者保護との関係も明らかにすべきであると思われる。以下、順に検討する。

（2）民法三〇四条一項但書の趣旨に関する検討

先に述べたとおり、⑤⑥判決は、民法三〇四条一項但書の趣

旨として目的債権の特定及び第三者への不測の損害の防止を挙げている。これに対し本判決は後者については全く考慮しておらず、むしろ「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」ると述べている。

本判決が依拠する右のような考え方に対しては、従前次のような批判があった（とくに道垣内助教授）。すなわち、抵当権による物上代位権がその登記により公示されていると見るならば、第一に、「第三債務者も物上代位権の存在を知ることができるはずであり、債権質の目的債権の債務者と同じく供託義務が課される」のではないか、「第二に、債権の（価値）帰属を公示する法システム全体との整合性が欠けることに」なるのではないか、第三に、⑤判決との関係について「先取特権は本来的に公示を欠く物権であるから、物上代位の場面だけで公示に拘泥する必要がないのに対し、抵当権はその物上代位の場面も含め厳格に公示されていなければならず、物上代位権の行使による差押がなされるまでに第三者が登場したときには、抵当権者の権利行使を先取特権者の場合よりも制限する方向をとるべきである、とする考え方もできる」と、そこでは述べられている。(15)

以下、右三点について論じることで本判決の妥当性を検討することとする。

まず、第一点目については、債権質の場合に比して抵当権者は常に物上代位権を行使するとは限らないことから、抵当権の登記による物上代位権の公示によって必然的に第三債務者の供託義務が生じるとはいえないであろう。

第二点目について見れば、債権の帰属を公示する法システムは、民法の債権譲渡のみではなく、特定債権法及び債権譲渡特例法も存在しており、必ずしも統一的であるとはいえないというのが現在の状況である。また、債権譲渡特例法の仕組みを例にとると、同法においては債権譲渡登記によって譲渡の対抗要件が具備されて債権の帰属関係が明らかにされるが、他方で第三債務者は自己が第三債務者である債権について債権譲渡登記によりその帰属関係を調査することを要求されておらず、自ら当該譲渡について承諾するかまたは譲渡について通知されるまでは譲渡人に弁済することで足りるとされている。(16) このように、債権の帰属関係が登記等によって公示されているにもかかわらず、第三債務者が従前の債権者に弁済することも可能なのであり、かつ、抵当権者の物上代位権行使が必然的でないことを考え合わせれば、抵当権の登記によって物上代位権が公示されることと、物上代位権に基づく差押までの間、第三債務者が従

来の債権者に弁済し得ることは矛盾しないといえよう。

最後に第三点目について述べる。この指摘は、抵当権の物上代位の公示と第三者に対する不測の損害との関係に関連するものと思われ、本判決が従来の判例とは異なり債権譲渡を民法三〇四条一項但書に言う「払渡」に含まないとすることから、本件事案との関係でいえば、差押前に現れた債権の譲受人Cが被るであろう損害が問題となろう。

本判決を前提に考えると、賃料債権を譲り受ける者は、債権を譲り受ける場合の通常の調査に加えて賃貸目的不動産の登記についても確認した上で当該賃料債権を譲り受けよ、と要求することになろう。このことの妥当性について考えてみると、①判決が抵当目的不動産の賃料に対する抵当権者の物上代位権行使を無条件に認めており、抵当権者が常に右賃料に対して物上代位権を行使するとまではいえないものの、このことは前提となっており、かつ、賃料債権の譲渡を受ける場合には、少なくともその発生原因である賃貸借契約の存在を確認するものと思われるが、そこには賃貸目的不動産が明記されているのが通常であって、これから賃貸目的不動産の登記を確認することは極めて容易である。更に、私人間の契約によって差押禁止財産を創設することはできないとするのが判例の採る立場であると思われること[17]と①判決を考え合わせると、本来無条件に認められている賃料債権に対する抵当権の物上代位権行使が、抵当権設定後にされた私人間の契約である債権譲渡によって無に帰せられるべきではないといえる。

以上に述べたことから、民法三〇四条一項但書の趣旨を第三債務者の保護に限定し、抵当権の物上代位権の公示については抵当権の登記によることで足りるとする本判決の立場は、是認し得るものであると思われる[18]。

なお、本件事案に即していえば、第一審認定のとおり、B、C、Yの代表取締役等の間に密接な関係があり、かつ、Xによる本件不動産に対する抵当権実行の後に本件賃貸借契約、消費貸借契約及び代物弁済契約が締結されていることを考え合わせれば、抵当権の公示による物上代位権の公示に言及するまでもなく、譲受人Cは本件賃料債権がXの物上代位権の目的債権となるであろうことを知っていたといえ、Cにとって、これに基づく賃料債権に対する差押が不意打ちであるとはいえないことから、Cに対する不測の損害はなかったであろう。本判決以後も、他の競合する債権者との関係処理については、抵当権者の公示（抵当権設定登記）をメルクマールとする判決例が出されているが[19]、仮にそれ以前の立場―すなわち、民法三〇四条一

項但書の「差押」に「第三者保護」的機能があるとして、物上代位の差押と他の債権者に関する対抗要件（第三債務者への通知到達、差押命令の送達など）との先後によるとの見解[20]―に拠ったとしても、本件のような抵当権者の物上代位権行使につき悪意の第三者は保護に値しないとして、抵当権者の請求を認めた本判決と同様の結論が導き得たものであったことを付言しておきたい。

（3）本判決の射程―抵当権と動産売買先取特権との区別の必要性について

これまで繰り返し述べてきたとおり、本判決は⑤⑥判決と異なり、民法三〇四条一項但書が物上代位権者による差押を要求する趣旨を、第三債務者保護に求め、かつ、目的債権の譲渡は同但書にいう払渡に含まれない旨判示するものである。

物上代位制度については、もととなる抵当物権の種類等により要件・効果に相当の差異があるべきであるとの指摘がみられることから[21]、本判決の右結論は抵当権に基づく物上代位権行使に限って妥当するものであり、先取特権については従来の最高裁の立場が維持されるとも考え得る。また、この点については、「動産売買先取特権は政策的な判断で特別に優先権が付与されたものであるとはいえ、第三者に不測の損害を与える可能性をおしてまでの効力は認められるべきではないし、そもそも追及効も認められてはいない」から、先取特権については⑤⑥判決の考え方が維持されるとの指摘も見られる[22]。

しかし、本判決は民法三〇四条一項但書自体の沿革に基づいて同但書にいう差押の意義を第三債務者保護に尽きる旨判示しており、この考え方を貫徹するならば、先取特権についてのみ差押に第三債務者保護以外の趣旨を見出すということは難しいであろう。問題となるのは、本判決が抵当権の物上代位については抵当権の登記をもってその公示とみることができる旨判示しているのに対し、動産売買先取特権については、登記による公示という方法が不存在であることから、この場合をも本判決の射程内に含むことは、目的債権の譲受人等の第三者に不測の損害を与えるのではないか、という点にあるといえよう。

この点、動産売買先取特権の物上代位がすべて本判決の射程の範囲内に含まれる、とは言い切れないが、少なくとも、例えば、甲に対して継続的にAという種類の商品を供給しており、従って甲に対する動産売買先取特権者である乙がいて、他方で

乙と同じくAという種類の商品を製造し、これを甲に対して継続的に供給している丙が存在し、その丙が自己の債権を担保するために、甲が商品Aを第三者に売却することで将来取得する売掛代金債権の譲渡を受けていた場合については、本判決の射程の範囲内にあるとすることによって妥当な結論を導くことができるものと思われる。なぜなら、本判決が抵当権の物上代位権の公示を抵当権の登記に求めており、賃料債権の譲受人に対し賃貸目的不動産の登記を調査することを間接的に求めていると解し得ることと比較して、右のような場合、甲に対して継続的に商品を供給する丙は、乙の動産売買先取特権については調査するまでもなく予測可能である。にもかかわらず、抵当権とは異なり、物上代位権の基礎となる先取特権の公示方法が存在しない、という理由のみによって、右のような場合を本判決の射程外であるとして丙を優先させるならば、丙は乙の物上代位権の存在を知りながら、甲の第三者に対する売掛債権を取得することとなり、他方で乙は債権回収の途を閉ざされることになる。従って、少なくとも右のような事案については、本判決の射程の範囲内にあると捉えるべきではないかと思われる。

（4）第三債務者承諾型の債権譲渡と民法三〇四条一項但書の趣旨との関係

最後に、本件事案が第三債務者Yと抵当権者Xとの争訟であり、かつ、本件債権譲渡の対抗要件具備方法が第三債務者の承諾によるものであったこととの関係で、このような場合において、抵当権債権者を優先させたとしても、なお、民法三〇四条一項但書の趣旨である第三債務者保護を貫徹し得るかについて検討しておきたい。

本件事案における債権譲渡に対するXの承諾が、単なる承諾であるのか異議を留めざる承諾であるのか本判決からは明らかではないが、これが、後者であるとすると、民法四六八条一項によれば、債務者は異議を留めずに債権譲渡を承諾したときは、譲渡人に対抗し得べき事由を譲受人に対抗し得ないことになる。抵当権の登記後物上代位権による差押前に抵当目的不動産の賃料が譲渡され、第三債務者である賃借人がこれについて異議なき承諾を与えた場合、本判決により抵当権者の優先が認められて賃借人は抵当権者に賃料を支払うこととなる一方で、右承諾との関係では、なお譲受人に賃料を支払わなければならなくなり、民法三〇四条一項とは別の場面で第三債務者は二重弁済の危険を負う可能性が残されることとなる。

しかし、次のような理由から、譲渡に対する異議なき承諾に拘らず第三債務者は二重弁済の危険を負担しないものと思われる。すなわち、民法四六八条について最判昭和四二年一〇月二七日民集二一巻八号一四頁が、「民法四六八条一項本文が指名債権の譲渡につき債務者の異議をとどめない承諾に抗弁喪失の効果を認めているのは、債権譲受人の利益を保護し一般債権取引の安全を保障するために法律が附与した法律上の効果と解すべきであって、悪意の譲受人に対してはこのような保護を与えることを要しない」と判示し、他方で、本判決が抵当権の物上代位権は抵当権の登記により公示されていると判示しており、かつ、①判決が抵当権の物上代位権を無条件に認めていることから、賃料債権譲り受け当時、譲受人は抵当権の物上代位権の存在について悪意であるといえ、したがって、第三債務者は譲渡に対する異議なき承諾に拘らず物上代位権者への債務弁済に加えて、譲受人に賃料を弁済する必要性は存在しないといえよう。

以上述べたことから、本件事案のような第三債務者承諾型の事案においても第三債務者は保護されるのであって、本判決が示す民法三〇四条一項但書の趣旨である第三債務者保護は貫徹し得るといえよう。

（注）

（1）⑧判決は、将来の期間に発生する継続的賃料債権について、差押あるいは債権譲渡がされたときは、その効力が具現化するの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点であるから、将来発生する賃料債権については差押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いうことになるとした上で、抵当権者の物上代位による権利行使が抵当権の優先弁済権に基づくから、実体法上抵当権に基づく物上代位による差押が優先するとして、抵当権者の優先を認めている。他方、⑨判決は本判決と同様に、物上代位権の第三者に対する対抗要件は抵当権の登記により発生することを理由としているが、民法三〇四条一項但書における差押の趣旨を従来の最高裁判決と同様に目的債権の特定性の維持と第三者の不測の損害の防止とし、債権譲渡も原則として同但書にいう「払渡又ハ引渡」に含まれるが、これが将来発生する債権の譲渡の場合は、将来発生する債権等が転付命令の対象とならないことから、右「払渡又ハ引渡」に該当しない、として抵当権者の優先を認めている。

（2）梅謙次郎『民法要義巻之三』（明法堂・一九〇四年）三〇〇頁。なお、新田宗吉「物上代位」星野英一他編『民法講座第三巻』（有斐閣・一九八四年）一〇六頁は、同但

書によって保護されるべき第三者の範囲について、梅博士の見解は必ずしも明快ではない旨指摘している。

(3) 鳩山秀夫「判例民事法大正一二年度四〇事件」(有斐閣・一九二四年) 一六四頁以下。

(4) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店・一九六八年) 二八八頁。

(5) 鈴木禄弥『抵当権制度の研究』(一粒社・一九六八年) 一一六頁。債権譲渡を民法三〇四条一項但書にいう払渡に含むものとして、古くは、山下博章『担保物権法論』(厳松堂・一九二八年) 八五頁。最近のものとしては、例えば、高木多喜男『担保物権法〔新版〕』(有斐閣・一九九三年) 一三五頁、近江幸治『担保物権法〔新版補正版〕』(弘文堂・一九九八年) 四九頁など。

(6) 吉野衛「物上代位に関する基礎的考察(上)」金法九六八号(一九八一年) 七頁。さらに、谷口安平「物上代位と差押」奥田昌道他編『民法学3』(有斐閣・一九七六年) 一〇八頁以下が、沿革的研究から、第三債務者保護の制度趣旨を強調しており、これが本判決にも影響を与えていることが推測される(本判決を担当する野山宏調査官によるジュリスト一一三七号及び法曹時報五〇巻六号(一九九八年)における本判決の評釈でも注目されている)。なお、鈴木・前掲書(注5)も沿革史的研究及び物上代位権に関する比較法的見地からこれを検討するものであるが、抵当権に基づく物上代位については法定債権質権と見るべきである旨主張されている(同書一三八頁)。

(7) 柚木馨編『注釈民法(九) 物権(四)【増補再訂版】』(有斐閣・一九八二年) 六一頁(西沢修執筆分)。

(8) 清原泰司『物上代位の法理』(民事法研究会・一九九七年) 一七頁。なお、本稿では直接触れていないが、民法三〇四条一項但書の趣旨を検討するに際して、物上代位の本質論からそれを導き出す、というのが従来の検討の仕方であったのに対し、清原教授は、本文に述べたようなことから、同但書にいう「差押」の意義の解釈に際し、物上代位本質論は前提とされるべきではない旨指摘している(同書二七頁)。この他、差押の趣旨を物上代位権者の優先弁済権の確定、目的債権の特定性の維持及び第三債務者の二重弁済の危険防止に求めるものとして、山本克己「抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の効果と手続についての覚書」法学論叢一四二巻五・六号(一九九八年) 八四頁以下。

(9) 肯定するものとして例えば、吉野衛「物上代位に関する基礎的考察(下)」金法九七二号(一九八一年) 七頁、否定するものとして、柚木編・前掲書(注7) 六一頁(柚木・西沢執筆分)。

(10) 例えば、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21五五二号(一九九六年) 一五頁。

(11) このように解するものとして、例えば、小林昭彦「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劣」金法一四五六号（一九九六年）九頁以下、秦光昭「物上代位における『払渡』前の差押えの意義」金法一四六六号（一九九六年）。また、⑤⑥判決以前から、このように解するものとして、柚木編・前掲書（注7）六一頁（柚木・西沢執筆分）。

(12) 本件事案のような場合における物上代位権者と目的債権の譲受人との関係を本判決のように一律に決めることが実体的な利害の調整として適切であるかはなお問題であるとし、本判決が述べる理論については、賃貸借の内容、賃貸借と抵当権の対抗関係、抵当権者の順位・性格等の事情によって例外が認められる可能性が高い、と指摘するものとして、升田純「本判決評釈」金法一五二四号（一九九八年）四七頁。

(13) 本判決が、同但書にいう物上代位権者による差押の趣旨について第三債務者保護説を採ることを明確にしたものであると評価するものとして、清原泰司「抵当権者による物上代位権の行使と目的債権の譲渡」判例評論四七五号（一九九八年）二二頁（判時一六四三号二一六頁）。また、野山・前掲（注6）一七三二頁も、本判決が同但書の趣旨について第三債務者保護説を採用しているものであると述べている。

(14) 野山・前掲（注6）一七三五頁以下でも強調されるところである。この点、かつて「所有権の二重譲渡」の説明についての議論が盛んであったが、今では仮象的問題（Scheinproblem）とされて、あまり問題とされなくなっていることを想起すべきであろう（北海道大学民事法研究会吉田邦彦教授発言）。

(15) 道垣内・前掲（注10）一二頁。

(16) 債権譲渡特例法二条二項、同条三項参照。

(17) 債権譲渡禁止特約付債権であっても、これを差押えることが可能である旨判示するものとして、最判昭和四五年四月一〇日民集二四巻四号二四〇頁。

(18) これとは異なり、賃料が既発生の場合と未発生の場合とに分けて、一般的には前者については債権譲渡の対抗要件と物上代位による差押の先後によって優先関係が決まり、後者については抵当権登記を前提として物上代位による差押が優先するとした上で、賃料債権の譲渡によって抵当権者が害される場合については、「権利濫用、信義則違反、虚偽表示等の一般法理により救済するか、他の担保権法規の類推適用により救済する方法を考慮すべきである」と述べるものとして、大西武士「本判決評釈」判タ九七四号（一九九八年）七九頁。

(19) 本件事案とは逆に、債権譲渡後、抵当権登記がされ、抵当権の物上代位に基づいて賃料債権が差押えられた、

という事案に関する最判平成一〇年三月二六日民集五二巻二号四八三一頁が、譲受人の優先を認めている。

(20) 例えば、道垣内弘人『担保物権法』(三省堂・一九九〇年)一二〇頁以下。なお、内田貴『民法Ⅲ』(東大出版会・一九九六年)三六八頁以下参照。

(21) 鈴木・前掲書(注5)一一五頁。

(22) 田高寛貴「時の判例―本判決評釈」法学教室二一五号(一九九八年)一〇七頁。

なお、本判決を契機として、抵当目的不動産の賃料債権に対する抵当権の物上代位権行使については、多くの議論がされているが、これについて、複数の執筆者により多面的に検討を加えるものとして、「抵当権の物上代位による債権回収」銀行法務21 五六七号(九月増刊号)(一九九九年)。