



Title	賃料債権に対する抵当権の物上代位と当事者の利害調整
Author(s)	其, 木堤; QIMUTI
Citation	北大法学論集, 54(1), 111-135
Issue Date	2003-04-22
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15198
Type	departmental bulletin paper
File Information	54(1)_p111-135.pdf



賃料債権に対する抵当権の物上代位と当事者の利害調整

其 木 提

目 次

はじめに

一 従来の裁判例

1. 大正期

2. 昭和期

3. 平成期
4. まとめ

二 学説

1. 減価要件説
2. 利益衡量論
3. 全価値把握説
4. 果実説

三 付随的問題——敷金返還請求権 むすび

はじめに

抵当権は、目的不動産の占有使用を設定者にとどめる非占有担保権である。ところが、民法三七一条によると、抵当不動産の差押までは抵当権の効力は果実に及ばないが、民法三七二条によると、抵当権の物上代位効が法定果実に及ぶ。前者はフランス法を、後者は強制管理制度を別立てにしたドイツ法を採用したといわれる。⁽¹⁾ その結果、果実については、実体法はフランスを、手続法はドイツ法を継受した最悪の立法となり、しかも立法者による説明が全くない極めてユニークな制度となったと

もいわれる。⁽³⁾

このような制度のもとで、賃料債権への物上代位に関する裁判例があり、立法的提案もあったが、平成に至るまでは議論があまり活発ではなかった。平成に至ると、賃料債権から債権回収を図る動きが目立つようになり、物上代位と賃料処分との衝突の問題が生じた。⁽⁵⁾ この衝突する権利のどちらを優先させるかは、結局、物上代位の可否の問題に還元されるが、最判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁をはじめとする一連の判例理論は抵当権に基づく賃料債権への物上代位を全面的に認め、最判平成一三年三月一三日民集五五卷二号三六三頁はそ

れを徹底した。

学説は、従来、①抵当権の追及力を理由として物上代位を否定する説や、②質料は交換価値のなし崩し的具體化であるとして物上代位を肯定する説（価値権説）⁽⁶⁾、③民法三七一条を重視して抵当権の実行後にかぎって物上代位を認める果実説などが主張されてきた。近時、③の果実説以外に、④貸借権が目的物の交換価値を減価させた場合にのみ物上代位を認める説（減価要件説）⁽⁹⁾、⑤債務不履行に陥った債務者に信用危機が生じた場合に物上代位を認める説や（信用危機説）⁽¹⁰⁾、⑥抵当権者、抵当権設定者などの関係当事者の利害状況から判断し（利益衡量論）⁽¹¹⁾、そのうえで、⑦抵当権の効力が質料債権に及ぶと判断する説があり（全価値把握説）⁽¹²⁾、同時に、立法論も進んでいる。右のうち、①は否定説、②⑤⑥は物上代位肯定説、③④は限定的肯定説であるが、②④は不動産の交換価値に着目する主張で、③⑦は抵当権の効力の範囲を重視する見解であり、⑤⑥は関係当事者の利害調整を意識するものである。

しかし、周知のように、地代は、②でいう目的物の交換価値のなし崩し的実現であるとはいえない。また、抵当権設定後の賃借権が目的物を減価させることは事実であるが、抵当権者の賃借人に対する妨害排除請求権を肯定した判例を見るかぎり、

④の減価要件説も再考する必要がある⁽¹⁴⁾。さらに、近時の学説をみるかぎり、抵当権や物上代位の本質論を展開するよりも、関係当事者の具体的利害状況を分析し、それを理論化する方向を目指しているようである⁽¹⁵⁾。すなわち、所有者にしてみれば、物上代位は目的物の所有権を保持することができる点で、目的物について抵当権が実行される場合よりも有利であるとして、その行使を不動産差押時から債務不履行時に繰り上げるのである⁽⁵⁾⁽⁶⁾。そのうえで、質料への抵当権の効力を論じている⁽⁷⁾。しかし、債務不履行時から抵当権実行着手時までの間の所有者及びその債権者の利益を害してよいかは疑問であり、質料債権への物上代位を考える際に、民法三七一条、被担保債権の範囲を制限する民法三七四条と結びつけて考える必要がある⁽¹⁶⁾。同時に、詐害行為取消権はもちろん、近時の債権譲渡、不動産収益性確保が要請される金融手法と併せて考える必要がある。

本稿は、右のような問題意識に基づき、現行制度を前提に、債務不履行時から抵当権実行着手時までの間の関係当事者の利害関係を分析し、③の果実説の有効性を検討する。順序としては、まず、従来の裁判例を整理したうえで、その社会背景を析出する（一）。次に、右の社会背景を前提に学説に対する批判的検討を行う（二）。最後に、特殊な問題として物上代位と敷

金返還請求権との関係を考えたい(三)。

一 従来の裁判例

まず、裁判例を大正期、昭和期、平成期に分けたうえで、学説との関係を考慮して、不動産差押の有無、および抵当権と賃借権の設定時期の先後に注意しながらその特徴や論拠をみよう¹⁷⁾。

1. 大正期

大審院時代の最上級審裁判例は1件しかない(①大判大正六年一月二七日民録二三輯九七頁)。それは、抵当権が実行され、競落許可決定後引渡前に、一般債権者が差押えた賃料債権について、競落人(抵当権者)のために選任された管理人が抵当権に基づく優先権を主張した事案である。大審院は、民法三七一条から法定果実を除外したうえで、民法三七二条によれば抵当権は「抵当権実行ヲ為シ得サル場合」に目的物に代わる債権の上に行使しうるとして、賃料に対する物上代位を否定した。事案が特殊であるため、先例とされていない¹⁸⁾。

2. 昭和期

昭和期には最上級審の裁判例がない。下級審決定は戦後9件あり(①東京高決昭和三十一年九月四日下民集七卷九号二三六八頁、②旭川地決昭和四〇年九月一三日判タ一八三号一八四頁、③大阪高決昭和四二年九月七日判時五〇六号三九頁、④大阪地決昭和五二年六月一七日北谷・判タ三八一三三頁、⑤大阪高決昭和五四年二月一九日金法八八九号九二頁(一番・大阪地決昭和五二年一〇月三十一日北谷・判タ三八一三三頁)、⑥東京高決昭和六〇年二月二二日判時一一五〇号一九一頁(一番・前橋地桐生支決昭和六〇年一月八日判時一一五〇号一九三頁)、⑦福岡高決昭和六〇年八月一二日判時一一七三三七頁、⑧大阪高決昭和六一年八月四日判タ六二九号二〇九頁、⑨東京高決昭和六三年四月二二日判時一一七七号二二五頁)、いずれも賃料債権に対する物上代位の可否をめぐる事案である。結論だけを見ると、物上代位肯定例(①③⑤⑥⑦⑨)と、否定例(②④⑧)及び⑤⑥の(一番)に分かれるが、理論構成は様々である。

事実関係の不明な②④を除くと、(I)不動産の差押前に物上代位権を行使した裁判例は6件で(①⑤⑥⑧及び⑤⑥の一番)、(II)抵当不動産の差押・競売申立以降に物上代位権を行使した裁判例は3件である(③⑦⑨)。このうち、賃料債権者が第三取得者(①⑦)あるいは物上保証人である事案もみられ

る(6)。

(I) は、さらに、抵当権登記の前に質料債権が設定された事案(5)と、抵当権登記後に質料債権が設定された事案に(1)(6)(8)。前者では、短期質料債権以外の質料債権は引渡命令の対象となるため、目的物の減価の程度が低いとする否定例がある(5の一審)のに対し、短期質料債権以外の質料債権により担保価値の全部または一部が滅失ないし喪失したことを理由とする肯定例がある(5)。後者では、抵当権設定後の質料債権により担保価値の一部が喪失するとしても、本件建物はもとと質料債権を目的とするものであり、質料債権は使用収益権限のない非占有担保であることを理由とする否定例がある(6の一審)のに対し、質料は目的物の交換価値の漸次的実現であるとして民法三〇四条をそのまま準用する肯定例がある(6)。右と同様に、①も質料債権の設定により目的物の交換価値が減少するとして、質料債権については抵当権の効力が及ばないとした原決定を取り消した。他方で、競売開始決定前のことはともかく、その効力発生以降、物上代位権の行使と同時に、民法三七一条一項但書による抵当権の権利行使も認めるが、本件では競売開始決定もなく、質料債権の設定により目的不動産の価値が下落し被担保債権の満足を得られなくなる特段の事情もないことを理由とす

る否定例がある(8)。

(II) は、いずれも抵当権設定登記後に質料債権が設定された事案であり、物上代位肯定例である。裁判例の判断をみると、質料への物上代位は不動産の差押以降にのみ可能であることを明言する例(9)と、質料債権の実効性から見て質料は目的物の交換価値の一部実現に外ならないとする例に分かれている(3)(7)。

以上によると、物上代位否定説はともかく、裁判例は、果実説(8)(9)、減価要件説を採る裁判例に分かれている(1)(5)(6)(8)と(5の一審)⁽¹⁹⁾。価値権説を採る裁判例もあるが(3)(7)、それは抵当目的物の差押え競売開始決定以降に物上代位権を行使した事案であることに注意しなければならない。

3. 平成期

平成に至ると、質料に対する物上代位の可否をめぐる裁判例のほか、物上代位と一般債権者による差押などが競合する裁判例が増加した。そのなかで、判例は従来の通説である価値権説に従わずに、物上代位を肯定した。すなわち、まず(1)前掲最判平成元年は、不動産が差押えられた後に質料に対する物上代位がなされた事案であったが、最高裁はなんら制限を付けず

に物上代位を認めた。次いで、賃料債権の処分と物上代位の優先に関する最高裁判決が相次いだ。具体的には、(2) 一般債権者の差押、(3) 抵当権設定者による債権譲渡、(4) 第三債務者による相殺との對抗関係において、最高裁は、抵当権の賃料に対する物上代位が優先することを確立した。

(1) 平成元年の最高裁判決

周知のように、平成元年の最高裁判決は、抵当権設定前から賃借人が存在する建物をXが買受けた後に、先順位抵当権者の抵当権実行により競売開始決定がなされたところ、後順位抵当権者Yが賃借人の供託した賃料に物上代位権を行使した事案である。最高裁は、以下のような理由で賃料債権に対する物上代位を無制限に肯定した。すなわち、非占有担保であるという抵当権の性質は先取特権と異ならないし、賃料について抵当権を行使できるものと解しても、設定者の目的物に対する使用を妨げることにならないから、民法三七二条に反してまで賃料に対する抵当権の行使を否定する理由はない。以上の判旨から窺われるように、同判決は、抵当不動産の所有者が第三取得者であることや、後順位抵当権者が物上代位しているといった特徴を論じることなく無制限に物上代位を肯定した。理論構成として、果実説、減価要件説ないし価値権説を採らなかつたことは明ら

かである。

(2) 一般債権者の差押

平成元年の最高裁判決以降、物上代位と競合する問題として最初に現れたのは、一般債権者による賃料債権の差押である。これに関する事案は、①最判平成一〇年三月二六日金法一五八号三五頁(一番・東京地判平成五年八月二三日金法一三六九号八二頁、控訴審・東京高判平成六年四月一二日金法一三八七号一一八頁)のほか、②東京高判平成六年三月三〇日判タ八五四号二八二頁がある。

事案をみると、いずれも、賃借権が抵当権設定登記前に存在し、抵当権者が不動産を差押前に物上代位権を行使した場合であるが、(I) 抵当権が設定される前に一般債権者が賃料債権を差押えた場合(①)、(II) 抵当権の設定登記後、物上代位に基づく差押前に、一般債権者が賃料債権を差押えた場合に分けてみよう(②)。判決には次のように判断したが、物上代位は抵当不動産の差押を要件とする旨の説示がなく、抵当権と賃借権の設定時期の先後関係についての言及もない。

(I) では、一番は物上代位を優先させたが、控訴審は、抵当権の設定登記前に賃料の差押命令が第三債務者に送達されていたときは、差押の処分禁止効により、賃料債権に対して物上

代位権は行使できないとした。最高裁は、債権について一般債権者の差押と抵当権者の物上代位権に基づく差押が競合した場合には、両者の優劣は、一般債権者の申立て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前後によって決すべきであるとした（登記時基準説）。（Ⅱ）の判断は（Ⅰ）と同様である。すなわち、債権差押は民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」に当たらないとしたうえで、平成元年の判決を前提に、物上代位権は抵当権設定登記により公示され、第三者に対する対抗力を具備するものであるから、その後には質料債権を差押え、たに過ぎない一般債権者は、その差押に後れて物上代位権を行使した抵当権者に対抗することができないとした。この（Ⅱ）の場合に関する最上級審の判断は、次にみる物上代位と債権譲渡とが競合する場面で示されている。

（3）債権譲渡

裁判例は6件ある（①東京地判平成八年九月二〇日金法一四六四号二九頁、②東京高判平成九年二月二〇日金判一〇一五号三九頁、③最判平成一〇年一月三〇日金判一〇三七号三頁（一番・東京地判平成七年五月三〇日金判一〇一一号九頁、控訴審・東京高判平成八年一月六日金判一〇一一号三頁）、④最判平成一〇年二月一〇日金判一〇三七号三頁（一番・大阪地判

平成七年六月一三日金判一〇三七号一四頁、控訴審・大阪高判平成七年二月六日金法一四五一号四一頁）、⑤東京地判平成一〇年六月一日金法一五四二号六八頁、⑥東京地判平成一〇年七月三〇日金判一〇五五号二〇頁）。いずれも、抵当権設定登記後に、質料債権が譲渡されその対抗要件を具備した後、抵当権者が物上代位権を行使した事案であり、抵当権者と債権譲受人の優劣が争点となった。結論だけを見ると、③の控訴審は譲受人を優先させ、それ以外は抵当権者を優先させたが、理論構成が異なる。なお、債権譲渡の目的をみると、第三者が負担する債務を保証するために質料債権を譲渡した場合や（④とその控訴審）、貸金債務を担保するために債権譲渡を行った場合があり（③）、所有者が物上保証人である場合もある（③）。

抵当権設定後に質料債権が設定された事案（①③④）と、抵当権設定前に質料債権がすでに設定されていた事案とがあるが（②⑤⑥）、（Ⅰ）質料の物上代位とはほぼ同時に不動産競売開始決定をなされた事案と、（Ⅱ）抵当不動産の差押前に物上代位権を行使した事案とに分けてみる。

（Ⅰ）では、物上代位の差押時と債権譲渡の対抗要件の具備時の先後によってその優劣を決定している（差押時基準説）。具体的には、③の一番は、債権譲渡が対抗要件を先に具備した

ことを理由に、債権譲渡の優先権を認めたと、物上保証人と賃借人の間の短期貸借は売却価額を著しく低下させること、物上保証人は抵当権者の物上代位による債権回収を予想していたのであり、債権譲受人はあえて物上保証人に融資しその担保として将来の賃料債権を譲受けたのは抵当権者の物上代位による債権回収を妨害する意図があったと推認し、債権譲渡の優先権を主張するのは権利濫用であるとした。これに対し、控訴審は、抵当権が非占有担保であることを理由に、債権譲渡の優先権を肯定したうえで、当事者の関係を考慮しても、一番のように権利濫用法理を適用することはできないとした。

(II) は、さらにふたつに分かれる。

その一は、物上代位による差押までに発生した賃料債権については債権譲渡を優先させ、未発生分については物上代位を優先させるものである(具体的債権発生時説)。すなわち、将来の賃料債権は支分債権であつたうえで、對抗要件を具備する債権譲渡の効力と物上代位による差押の効力は、いずれも将来の債権の発生時に同時に生じるとする。そして、両者が同時の場合、実体法上の優劣がなければ、先に包括的な差押あるいは對抗要件を講じた方が優先するが、抵当権は実体法上優先弁済権を有し、賃料について物上代位を認める以上、抵当

権が債権譲渡に優先する(④の控訴審)。

その二は、抵当権設定登記の對抗力を重視して、将来発生する債権について物上代位の優先権を認めるものである(①②③④⑤⑥)(登記時基準説)。その形式的理由としては、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おり、民法三〇四条の差押の趣旨が第三債務者を保護することにあるとすると、同項の「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對抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差押えて物上代位権を行使することができるとした。実質的理由としては、對抗要件を備えた債権譲渡が優先すると解するならば、抵当権設定者は、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、抵当権者の利益を不当に害するため、債権譲渡よりも物上代位が優先するとした。

(4) 第三債務者による相殺

物上代位と相殺の優劣に関する事件は8件ある(①東京地判平一〇年三月一九日金判一〇四八号三五頁、②東京地判平一〇年六月二五日金法一五四二号六九頁、③東京地判平一〇年九月二二日金判一〇六二号四九頁、④京都地判平一〇年十一月一六日金法一五八二号五四頁、⑤東京地判平一一年三月二三日判タ

一〇四九号二五二頁、⑥東京地判平一一年五月一〇日金法一五五七号七八頁、⑦東京地判平一二年五月八日判タ一〇五四号二〇〇頁、⑧前掲最判平成一三年三月一三日（一番・京都地判平一一年二月一五日金融・商事判例一〇九一号一〇頁、控訴審・大阪高判平一一年七月二三日金融・商事判例一〇九一号三頁）。いずれも質料債権を差押えた抵当権者に対して、質借人が、物上代位による差押前に質貸人との間で締結した質料債権を受働債権として相殺する合意の存在を主張した事案であるが、結論や理論構成は様々である。

事案をみると、(Ⅰ)不動産差押以後に物上代位した事案は一件のみで(⑦)、事実関係は抵当権設定登記後に質借人が質借権と自働債権を取得し、その後、物上代位と相殺が競合したものである。(Ⅱ)それ以外は、不動産差押前に物上代位した事案であるが、抵当権設定登記と質借権と自働債権取得の先後関係を見ると、裁判例は、(1)質借人が質借権と自働債権を取得した後に、抵当権が設定登記され、物上代位と相殺が競合した場合(②④)と、(2)抵当権設定登記後に、質借人が質借権と自働債権を取得し、物上代位と相殺とが競合した場合に分かれる(①③⑤⑥⑧)。裁判所の判断をみると、優劣の基準は、以下のとおりである。

(Ⅰ)では、物上代位を優先させた。すなわち、抵当権の効力は質料債権に及ぶとした判例を前提に、その形式的理由としては、抵当権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ためであるとし、実質的理由としては、相殺が物上代位に優先すると解するとすれば、担保権者でもない債権者が担保権者に遅れて相殺予約をすることによって物上代位権の行使を免れ、債権の満足を得ることになり、抵当権者の利益を不当に害するため、相殺よりも物上代位が優先するとした。

(Ⅱ)の(1)では、相殺を優先させた。すなわち、質借人はその債権を差押後に取得したものでないかぎり、差押後においても、自働債権及び受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、これを自働債権として相殺をなしうるとしたのもある(②)。あるいは、抵当権の公示は第三者との関係で意味を有すに過ぎず、自働債権が受働債権の差押前から発生している場合、質借人はその差押後にも相殺することができるとしたものもある(④)⁽²⁰⁾。

(Ⅱ)の(2)は、自働債権の発生時期と抵当権の効力の及ぶ範囲からみて、さらに三つに分けることができる。

その一は、自働債権である保証金返還請求権が物上代位によ

る差押後に発生するとして物上代位の優先を認めたものである(⑤⑥)。すなわち、賃貸借契約において、自働債権は建物明渡後に発生するから、自働債権の履行期は抵当権者が物上代位する賃料債権の履行期より後に到来するため、物上代位が優先するとしたものがある(⑤)。あるいは、自働債権が物上代位に基づく差押後の時点では未だ発生していないから、相殺は少なくとも物上代位権に対しては効力を生じないとしたものもある(⑥)。

その二は、自働債権である貸金返還請求権が賃料債権の弁済期に具体的に発生するとして物上代位の優先を認めたものである(③)。すなわち、抵当権者が賃料債権を差押える前に、借人と賃貸人との間で賃料債権を受働債権とする相殺の合意がなされたとしても、相殺の効力が具体的に発生するのは将来の賃料債権の各弁済期であり、差押による処分禁止効により相殺の効力は生じない。このように解さなければ、抵当権設定登記により公示されている抵当権者の利益が害される結果になるため、物上代位が優先するとした。

その三は、抵当権登記の対抗力を重視して物上代位の優先を認めたものである(①⑧)。すなわち、賃貸借契約が抵当権設定登記前になされ、賃貸借が抵当権に対抗することができる場

合であればともかく、抵当権設定後に賃貸借契約が締結され、抵当権者に対抗できない場合においては、物上代位に基づく差押が相殺に優先する(⑧の控訴審)。なぜならば、形式的には、抵当権の効力が賃料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、(①)、実質的には、賃借人は、自働債権取得の時点において、抵当権の存在とそれに基づき賃料に対して物上代位権が行使されることを十分に予想したのであり(⑧の一番)、相殺が物上代位に優先すると解するならば、抵当権設定者や担保権者でもない債権者などが、抵当権設定登記に遅れて相殺予約をすることによって容易に物上代位権の行使を免れ、抵当権者の利益を不当に害すからである(①と⑧の控訴審)。右の基準は⑧によって確認され、(Ⅰ)と同様の判断を見せた。

4. まとめ

以上、平成一三年三月一三日の最高裁判決までの裁判例を、不動産差押の有無と、賃貸借設定と物上代位の先後関係に注意しながらみてみた。その結果は、次のようにまとめることができる。

まず、裁判例の特徴をみると、昭和期における裁判例のほと

などは、貸貸人が抵当権者による質料債権への物上代位を争う事案であったのに対し、平成期には、抵当権者と一般債権者、債権譲受人、第三債務者が競合する事案が多くなった。また、昭和期においても、平成期においても、不動産差押の前または後に物上代位権が行使される裁判例と抵当権設定登記の前または後に質借権が設定される裁判例がみられたが、平成期には、抵当権設定登記後の質料債権の処分がとくに争われた。

次に、裁判例の判断基準をみると、昭和期の裁判例には、果実説（例えば、⑧）のほか、物上代位否定説（例えば、⑥の一審）、価値権説（例えば、③）、減価要件説（例えば、⑤⑥）を採る裁判例があった。しかし、平成に至ると、平成元年判決以降は、物上代位否定説と価値権説を採用する裁判例は全くみられない。果実説のように、不動産差押後に抵当権の優先権を認めた例もあるが（例えば、③③の一審、④の⑦）、それは抵当権者が劣後する差押時基準説、あるいは抵当権が優先する登記時基準説による判断であった。また、減価要件説によると思われる判旨もあるが（例えば、③③の一審）、ここでは質借権と目的物の交換価値との関係が争点となっておらず、もっぱら物上代位と自働債権の取得時期の先後関係が焦点となっている。

このように、平成に至ると、事案の特徴と裁判例の判断基準

は、昭和期とは異なっている。下級審は差押時基準説、具体的債権発生時説、登記時基準説に分かれていたが、最高裁は、差押時基準説を採らず、具体的債権発生時説の問題点を指摘したうえで、登記時基準説を採った。すなわち、まず、(1)平成元年判決は抵当権の効力が質料債権に及ぶとした。次に、(2)物上代位と差押が競合した事案では、抵当権登記と差押の先後を優劣の基準とし、(3)物上代位と債権譲渡が競合した事案では、抵当権設定登記時と債権譲渡の対抗要件具備時の先後を優劣の基準とした。右と同様に、(4)物上代位と相殺が競合した事案では、抵当権設定登記時と自働債権取得時の先後を優劣の基準としたのである。

以上のように、昭和の戦後期において、裁判例には、価値権説による物上代位肯定例があるほか、物上代位否定例もあった。その背景には、不動産自体の交換価値の恒常的な上昇が見込めるといふ経済情勢が窺える。この肯定説と否定説が対立する裁判例のほかに、果実説や減価要件説による裁判例もあった。その背後には、理論的には、非占有担保権という抵当権の本質論があり、実質的には、物上代位を無制限に認めると、目的物の所有者およびその一般債権者の利益を害する。抵当権設定後の短期質貸借などは売却価額を下落させ目的物の交換価値を侵

害するほか、それが執行妨害や遷延の原因にもなるという実態があつた。⁽²²⁾ところが、平成に至ると、判例は登記時基準説に定着した。その後には、バブル経済の崩壊に伴い、抵当不動産が値下がりし、担保権実行申立件数の増大により競売不動産の売却率の低下などがあつたのである。⁽²³⁾

しかし、土地抵当権の場合、地代は土地の交換価値のなし崩しの実現であるといえない。⁽²⁴⁾また、物上代位を否定するとしても、民法三七一条の存在を無視できない。さらに、賃借権の設定が抵当目的物の価値を減少させるか否かは、抵当権者の賃借人に対する妨害排除請求権を認めた判例から見直す必要がある。これに対して、判例は、バブル崩壊による経済不況という特殊の状況のもとで、政策的な観点から登記基準説をとつた。善解するなら、それは、金融実務の混乱を避けるためであろうが、先を急いで病的現象を解決するための基準を正常な取引にまで一般化しようとする姿勢である。⁽²⁵⁾今後、理論的にどれくらいの妥当性をもつかは疑問である。

ところで、右のように、裁判例は、質料と抵当目的物の交換価値との関係、賃借権の存在と抵当権目的物の交換価値との関係の問題として、物上代位を否定したものと肯定したもの或いは制限的に肯定したものに分かれているが、質料と抵当目的物

の管理維持費用との関係、質料と物上保証人および第三取得者ないし後順位抵当権との関係、質料についての担保設定の可否といったことを問題としているか否かは、判決からは読み取れない。そこで、以下では、右の問題を意識している学説を具体的に検討することしよう。

一一 学説

質料に対する抵当権の物上代位がそもそも原理的に認められるのは、古くから争われてきた。学説は、昭和初頭まで基本的に肯定論であつたが、本格的に議論し始めたのは昭和末期から平成初頭にかけてである。すなわち、大正期末までは、立法者の見解を含めて、学説には、質料が目的物の価値の一部であること、あるいは賃借権の存在によつて目的物の価値が下落することを理由とする肯定説のほか、民法三七一条の準用を考へる果実説もみられた。昭和の戦前期には、価値権説が圧倒的に優勢であつたが、戦後は、減価要件説があるものの、次第に果実説が有力化し、多数説を占めるに至つた。⁽²⁶⁾平成初頭に至ると、価値権説は支持者を失つて専ら批判の対象となる中で、減価要件説、利益衡量論、全価値把握説といった新たな見解が試みら

れた。

しかし、バブル経済崩壊による不動産価格の急落や質料の高額化に伴い、近時、目的物の交換価値ではなく、使用収益に着目する収益回収型担保の金融手法が意識されつつある。その現れか、判例は、将来債権の処分の有効性を認め、実務においては、不動産自体に担保を設定しながらも、不動産収益を返済原資とするプロジェクト・ファイナンスという金融手法も現れて⁽²⁹⁾おり、同時に、市場にリスクを転嫁して資金調達を行う資産の流動化・証券化も進んでいる。これは、不動産自体に対する実行に意味がない或いは今後不動産自体の交換価値の恒常的上昇が見込めないゆえ、収益から迅速に債権回収を図かうとするものであるが、同時に質料債権は抵当不動産本体とは独立した財産であることを意味する。物上代位を無制限に認めることは、この不動産の収益性確保の要請⁽³⁰⁾という金融法の流れにおいても、⁽³¹⁾ 黙過し難い事態であり、それが逆に担保不動産の流動化・証券化を抑制し、不良債権の温存を助長することになる。なお、抵当権者には、抵当権を設定する際に質料債権の実行を債務不履行時に行う抵当権も可能である⁽³²⁾。また、抵当権者には、詐害行為取消権の行使によって優先権を確保する手法があることはいうまでもない。

以下では、右の状況を前提に、物上代位を無制限に認める必要があるか否かを関係当事者の利害状況から検討してみよう。

1. 減価要件説

担保価値と質料の関係に着目し、質借権の設定が担保価値を減価させた場合にのみ抵当権者の質料債権への物上代位を肯定する説である⁽³³⁾。この説によると、抵当権者が優先的に把握するのは抵当権設定時の目的物の交換価値であり、それにとどめるべきである。質料への物上代位を肯定することは、⁽³⁴⁾ 抵当権設定者およびその一般債権者との利益考量上妥当ではないが、⁽³⁵⁾ 抵当権設定登記後に質借権が設定されると、目的物の価格が下落するから、この場合についてのみ質料に対する物上代位を認める。この説のいうとおり、質料への物上代位を無制限に認めることは関係当事者の利益にはならない。しかし、この説に対しては理論的には次のような疑問がある。

抵当権設定登記後の質借借は、正常なものであるも目的物の価額を押し下げる原因となりうるし、⁽³⁶⁾ 詐害的短期質借権ないし法占有は常に目的物を減価させることも事実である。しかし、質借権と抵当権との先後関係を執行裁判所が明らかにすることは困難であるし、⁽³⁷⁾ 抵当権者は、⁽³⁸⁾ 抵当権取得時に目的不動産の権利関係を調査し、⁽³⁹⁾ 抵当権設定後に目的物が質貸されることを予測

すべきであるので、賃借権による担保価値の減価を抵当権取得当初から考慮せざるを得ない。⁽³⁴⁾ もっとも、判例によると、第三者の不法占有により、競売手続の進行を害し適正な価額よりも売却額を下落させ抵当権者の優先弁済権の行使を困難とするような抵当権に対する侵害があるときは、抵当権者は、抵当不動産の所有者の不法占有者に対する妨害排除ないし明渡請求権を代位行使することができ、抵当権に基づく妨害排除請求も許される。⁽³⁵⁾ また、短期賃貸借の存在が抵当目的物の売却価額を下落させた場合には、抵当権者が短期賃貸借を解除しうる。⁽³⁶⁾ 解除判決が確定したときは、抵当権者と賃借人との関係のみならず、所有者と賃借人との間の賃貸借関係も終了し、所有者は賃借人に対して明渡請求をすることができる。⁽³⁷⁾

以上のように考えると、判例が抵当権者の妨害排除ないし明渡請求権を認めるまでは、減価要件説には論理的明快さがあつた。しかし、右の判例を前提に考えるかぎり、減価要件説は理論的には成り立たない。

2. 利益衡量論⁽³⁸⁾

抵当権による物件管理制度が存在しない現行法のもとで、その代替的手段として物上代位の活用を考慮し、被担保債権の債

務不履行があれば、物上代位を肯定する見解である。その内容は次のとおりである。

(1) まず、抵当権者が、抵当不動産の売却代金から被担保債権の回収はできない、あるいは全額回収は不可能ではないにもかかわらず、あえて賃料債権に物上代位をするといった場合における関係当事者の利害状況に即して分析したうえで、物上代位を無制限に肯定する。すなわち、被担保債権の履行が遅滞している以上、目的物が売却されてもやむを得ない状態に陥っている抵当不動産所有者にしてみれば、抵当権者が賃料債権に物上代位してきても、それによって本来取得すべき賃料収入が不当に奪われたとはいえないだけでなく、本来ならば失つてもやむをえなかつた目的物の所有権を保持することができる。しかも競売による売却価格の目減りの危険や賃借人とのトラブルを回避できる点で、目的物自体について抵当権が実行される場合よりもはるかに有利であり、賃借人とくに抵当権者に対抗することのできない賃借人にとっても、賃借不動産が売却されるよりもはるかに有利である。(2) 次に、収益回収型担保との優劣を比較し、物上代位のメリットを強調する。すなわち、賃借人が入れ替わったり、被担保債権額が変動する場合には賃料の担保化は困難であり、質権または譲渡担保権は権利の存続期間の

制約のほか、物件管理に費用や労力がかかり、設定者の一般財産に対し過大な制約を課するため、物上代位のほうがメリットが大きい。

しかし、(一) 関係当事者の利害状況をみると、物上代位は設定者および他の債権者の利益になるとは言えない。まず、物上代位を無制限に認めると、目的物の管理維持費が確保できないことになる。すなわち、抵当権者は、賃料から被担保債権を短期間に回収しうる場合には、不動産の管理維持費用も含めて賃料に対して物上代位権を行使する。抵当権者が複数存在する場合に、先順位抵当権者が抵当不動産の管理維持を考えて、管理維持費用に対して物上代位権を行使しない場合もあろう。しかし、後順位抵当権者が管理維持費用に対して物上代位権を行使する恐れがあるため(平成元年判決)、先順位抵当権者が管理維持費を含めて賃料を収める可能性もある。その結果、すでに指摘されているように、物上代位権の行使を認めると、抵当物の所有者が物上保証人や第三取得者の場合には、賃料債権の処分が自由が害され、後順位担保権者が先順位担保権者に優先して賃料債権から優先弁済を受けることが可能となり、担保権の順位と矛盾する不都合が生じかねない。⁽³⁹⁾したがって、物上代位を無制限に認めることは、必ずしも所有者の利益にはならな

い。次に、右のように、抵当目的物の管理維持費用を確保できなくなり、目的物の荒廃が進むと、設定者に対する信用不安から賃借人が賃貸借を解約する事態が生じる(例えば、後述する三の⑤)。したがって、物上代位を無制限に認めることは、必ずしも賃借人の利益になるとはいえない。さらに、物上代位を無制限に認めると、抵当権の優先弁済権の範囲が拡大し、賃借人のような相殺権者、債権譲受人といった一般債権者の利益を害する。たしかに、一般債権者に抵当不動産の競売代金から債権回収の見込みがあれば、物上代位は関係当事者の利益になる。しかし、物上代位による債権回収が長引く場合や、抵当不動産に剰余価値がない場合には、他の債権者ないし後順位抵当権者は賃料から債権を回収できない不利益を受ける(例えば、一②の⑥の一審、3(2)の②、後述する三の④)。このことは、抵当物の価格が下落した場合にも同様である。もともと、物上代位を無制限に認めると、民法三七一条、民法三七四条が考える事態と比べて、他の債権者は抵当権の行使時期を予測することが不可能となり、事実上、他の債権者の債権回収ないし権利担保の可能性を奪うこととなる。

(2) 収益回収型担保権の可能性についてみてみよう。現行法上、不動産質や譲渡担保など収益回収を伴う担保権はあるが、

物件管理にかかる費用や労力の懸念から使われてない。⁽⁴⁰⁾しかし、それは不動産の交換価値が上昇することを前提とした行動に過ぎない⁽⁴¹⁾。冒頭で述べたように、現に、収益回収型担保の金融手法が進んでおり、抵当権に基づく物件管理制度も抵当不動産の管理維持を抵当権者に負わせる制度である。

右のように考えると、物上代位は関係当事者の利益になることを根拠に、物上代位を無制限に認めることはできない。

3. 全価値把握説

抵当権が目的物の交換価値のみではなく、使用収益価値をも抵当権設定時から（潜在的に）把握していると考え、被担保債権の債務不履行の場合に、物上代位を認める説である。⁽⁴²⁾その主な内容は次のように要約できる。

（1）競売期間が長期化すると、建物の存続可能期間が短縮して競売価額は漸減する。競売手続が速やかに終了するときには、将来の賃料債権の価値が競売価格に反映する。収益物件の場合には、抵当権者が、目的物の交換価値よりも、むしろ賃料収入を期待して、収益物件として評価する。（2）抵当目的不動産の競売によらずに債権の優先的回収が認められると、競売を当面回避できる点で、設定者にも利益がある。（3）そもそ

も使用収益を離れて抽象的に交換価値のみを把握しているという理解が問題であり、使用価値の変形である賃料債権をも担保把握する形で抵当権が成立していると考えれば、端的に抵当権の実行の一方法として、賃料債権にも物上代位権を行使できる構成することが可能である。

しかし、（1）抵当目的物の価値は時の経過によって減少することは事実であるが、賃料は目的物の交換価値のなし崩しの実現ではなく、むしろ交換価値の維持のために不可欠のものである。収益価値が反映した結果、交換価値の金銭評価が決まるのであって、当初から抵当権者が把握した交換価値には変わりがない。⁽⁴³⁾このことは、抵当権と賃借権の設定時期の先後および抵当権の実効性に関する裁判例からも読み取ることができ（例えば、一②の③、⑥の一番）。（2）前述したように、物上代位は必ずしも関係当事者の利益にはならない。繰り返しになるが、債務不履行だけで物上代位を認めると、抵当不動産の管理維持のための費用を確保できなくなり、物上保証人の賃料債権を処分する自由が害され、抵当権による債権回収が長引く場合や売却代金に余剰がなければ、一般債権者は不利な立場に立たされる。（3）不動産価値理論においては、交換価値・使用価値・収益価値はそれぞれ別個独立の価値として権利の対象に

(44)なる。抵当権が質料債権をも担保把握するという命題は、まず、現行物権法が、抵当不動産に対する抵当権の設定登記を抵当権の公示としていること、民法三七四条は被担保債権の範囲を制限していること、および抵当物件管理制度をもたないことに反する。(45)すでに述べたように、目的物の交換価値に着目した抵当権において、物上代位を無制限に認めると、他の債権者の債権回収が妨げられる。その結果、所有者の質料債権の譲渡などによる資金調達が可能となり、収益担保化制度自体の利用可能性も奪われてしまう。

4. 果実説

抵当権実行後にかぎって、質料債権への物上代位を認める見解である。すなわち、抵当権の非占有担保という本質と、抵当不動産に対する抵当権の設定登記が抵当権の公示であることを理由に、民法三七一条一項但書は、抵当権実行着手時までは設定者の使用収益権を認める趣旨であると解し、そしてその「果実」に法定果実をも含める見解である。(47)なお、民法三七一条一項但書によって、法定果実に抵当権の効力が及ぶとしても、民事執行法においては、抵当権者が競売手続きにおいて、法定果実から優先弁済を受けることはできないゆえ、抵当権者が債権

執行手続を採らなければならず(民執法一九三条一項第二文)、(48)そのためには、物上代位の手続を借用することになる。(49)

質料債権は、法的には賃貸不動産と別個独立の財産であるが、質料債権の処分は賃貸不動産本体の権利処分に対抗できない。

このことは、目的物の使用収益権と所有権を奪う抵当権の実行のときも同じであり、それが当事者の利益にもなる。すなわち、抵当権による不動産差押以降にかぎって、目的物の使用収益に抵当権の効力が及ぶことによって、物上代位を無制限に認める場合の抵当権設定者や第三取得者の利益が確保され、後順位抵当権者の優先弁済権などの弊害も避けられ、(50)抵当不動産の管理維持費用も確保しやすい。また、抵当権による不動産差押前には、権利担保が可能であり、設定者の資金調達手段が確保される。目的物の競売代金から債権回収する見込みがなく、抵当権権による債権回収が長引くなどの場合においても、競売直前の目的物からの収益は当事者とりわけ一般債権者の利益になる。これによって不動産の安定的な利用と質料の担保化が最大化し、一般債権者の予測可能性が高まる。

ところで、右の考えに対しては、民法三七一条を法定果実に適用するのは立法趣旨に反するのみならず、(51)抵当権の実行があつても設定者の通常の使用収益は妨げられない民事執行法四六

条にも反するという批判がある⁽⁵²⁾。しかし、起草者の意思は絶対ではない。法定果実に三七一条の効力が及ぶか否かという問題と賃料に対する物上代位の可否の問題との間には、論理必然的な関係はなく、民事執行法四六条は積極的に差押後の使用収益権を認めただけでもない⁽⁵⁴⁾。

また、利益衡量論からは、果実説に対して、抵当権者が賃料債権から多くの弁済を受けるために競売を申立てながら、競売手続を進行させないといった奇妙なことになりかねないとする反論がある⁽⁵⁵⁾。さらに、全価値把握説からは、抵当権者は当面目の物の競売までは不要と判断していたり、買手が現れる見込みが乏しいと予測されるときでも、競売申立が必要であるとする果実説に問題があると批判される⁽⁵⁶⁾。しかし、物上代位を無制限に認めることと、抵当権者が競売手続を進行させずに被担保債権を回収することは実質的には同じことであり、抵当権による物件管理制度がない現状において、抵当不動産の管理費用の問題、競売までの他の債権者の利益を考えると、抵当権者による競売申立が物件管理制度の代替的手段になりうるように思われる。

三 付随的問題——敷金返還請求権

最後に、賃料債権への物上代位と敷金返還請求権との優劣関係についてみてみよう。

右にみたように、競売開始決定以降にかぎって、抵当権の効力が賃料債権に及ぶと解する果実説が妥当である。しかし、これは、抵当権実行前に、抵当権者が一般債権者として賃料債権を差押えることを否定するわけではない。そこで、一般債権者として差押えたときに、賃借人の賃貸人に対する債権との優劣の問題が生じる。また、抵当権者が競売を申立てた後、賃料債権から優先弁済を受けるための手続きを採る際、賃借人が敷金返還請求権を行使したときには、賃料債権への物上代位と敷金返還請求権との優劣関係が問題になる。

以下では、下級審裁判例を整理したうえで、抵当権者が競売を申立てた場合における敷金返還請求権と物上代位との優劣関係を検討してみよう。

一般的に、建物の賃貸借契約において、保証金や敷金などが授受される。保証金の性質は、貸金である、敷金である、またはそれら両方の性質を併有する場合もあるといわれる⁽⁵⁷⁾。敷金は、賃貸人の債権を担保するために賃借人から交付される金銭であ

るが、その性質を決定するには、当該契約を解釈し、建物の種類などに応じた各地方の慣習を考慮し、そしてとくに金額を考へる必要があるとされる。⁽⁵⁸⁾ 裁判例の判断はまちまちであるが、敷金の担保的機能や賃借人保護の目的を考えると、三ヶ月ないし数ヶ月の家賃額に相当する金員のみを敷金とみるべきであろう。⁽⁶¹⁾ この敷金の法的性質については、学説は債権質権説と停止条件説（終了時説、明渡時説）に分かれるが、⁽⁶²⁾ 最判昭和四八年二月二日民集二七卷一八〇頁（①）は明渡時説を採った。下級審は分かれるが、ほとんどは抵当権者が競売を申立てずに質料債権を差押えた事実であり、競売申立以降に関する事案はない。

まず、賃借人が賃貸不動産を明渡していない場合をみよう（②）大阪地判平成八年一〇月三一日金判一〇三〇号三二頁、③東京地判平成一二年三月二七日金判一〇九七号三六頁、④東京地判平成一二年五月一〇日金法一五八七号七二頁）。

抵当権者が質料債権を差押える前に、賃貸借契約の当事者が明渡期日を確定し明渡までの質料を敷金返還請求権と対等額で相殺することを合意した場合では、建物明渡までの質料債務と敷金返還請求権とを相殺する合意が物上代位に優先するとした事案がある（③）。これに対し、抵当権者が質料を差押えた後

に、相殺について予約完結の意思表示をした場合では、合意によって敷金の返還時期を定めることができるから、明渡前に敷金返還請求権が発生するとした事例と（②）、特段の事情がない限り、敷金返還請求権は明渡時に具体的に発生するから、賃貸借継続中は質料債権と相殺することはできないとした事例がある（④）。⁽⁶³⁾

次に、賃借人が賃貸建物を明渡した場合をみよう（⑤）東京地判平成一〇年七月三〇日判時一六七七号七八頁、⑥最判平成一四年三月二八日裁時一三一二号三頁（一番・東京地判平成一二年五月一〇日金判一〇七九号五〇頁、控訴審・東京高判平一二年三月二八日金判一〇九一三三頁）。

抵当権者による質料の差押後に賃借人が賃貸借契約を解除して建物を明渡した場合（⑤）、あるいは差押前に賃借人が解約して差押後に建物を明渡をした場合に（⑥の一番）、敷金返還請求権は明渡後に発生することを理由に、民法五一一条を適用して、相殺の対抗力を否定した事例がある一方で、①の明渡時説を前提にしたうえで、敷金が授受された賃貸借契約に係る質料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差押えた場合においても、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、質料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅す

るとした判例もある(66)。

学説では、敷金は賃借人側の担保ではないから、賃借人側には考慮すべき相殺の期待はない旨の指摘がある(64)。しかし、賃料債権に対する一般債権者の差押えないし物上代位が優先すれば、賃借人の敷金返還請求権が認められない結果となり、賃貸借取引の萎縮や競売価格が低下する恐れが生じる(65)。また、明渡時説によると、敷金の担保的機能は失われないが、敷金返還請求権と未払いの賃料債務との相殺はあり得ない。そこで、敷金返還請求権は預託時に条件付きながら既に発生しているという見解(66)と、不安の抗弁権による相殺を認める主張が現れた(67)。しかし、それによると、所有権の移転に伴い敷金も引継がれる場合には、敷金の担保的機能が失われる不都合がある(68)。これに対して、敷金を賃借人の責任財産から別除する構成を採れば、敷金返還請求権が明渡時における賃料債権と当然に差引計算される(69)。かかる立場では、敷金の担保的機能や敷金の承継および確定の問題と整合性をもち、当事者の意識とも合致する(70)。また、賃貸借取引の萎縮や競売価格の低下する恐れがなく、逆に目的物の価格が高くなるので、関係当事者の利益にもなる(71)のみならず、敷金が建物の維持改善に使用される共益債権または優先債権であるならば、抵当権者は既に利益を受けているといえる(72)。なお、

このことは、「物」に対する賃借人の優先権を認める必要費用償還請求権にもいえよう。

以上のように考えると、敷金返還請求権については、一般債権者による差押の場合だけではなく、抵当権による競売申立以降もその優先権を認めるべきであると考ええる。

むすび

本稿は、冒頭で述べた問題意識に基づき、賃料債権への物上代位に関する判例と学説を整理分析し、その付随的問題としては敷金返還請求権との優劣関係をみてきた。それは以下のようにまとめることができる。

まず、近時の権利担保の進展から果実説の有効性を論じた。すなわち、判例法理は、バブルの崩壊以降の経済不況のなかで生まれたものであるが、このような経済情勢は当分の間続くとしても、未来永劫のものではない。近時、担保評価は交換価値把握型から収益還元型の手法へと変化しつつあり、金融制度も不動産の証券化・流動化へと進展している状況にある。この流れを併せ考えると、賃料への物上代位を無制限に認めるべきでない。

次に、右の状況と現行の物権法理を前提に、被担保債務の不履行時から抵当権実行着手時までの関係当事者の利害状況を分析し、結果的には、果実説の有効性を論じた。すなわち、詐害行為取消権や一般債権者として債務者の一般財産を確保できる抵当権者に物上代位を無制限に認めることは、必ずしも所有者およびその債権者の利益になるとは言えない。現行の物権法を前提にする限り、抵当権は抵当不動産の使用収益価値を抵当権設定時から把握しているとは言えない。したがって、物上代位を無制限に認めず、抵当権実行後にかぎって質料債権への物上代位を認めるべきであり、これによつて当事者の予測可能性は明確となり、設定者の資金調達や一般債権者の利益が保護される。これは、執行制度を別とすれば、民法三七一条の果実法理や民法三七四条の被担保債権の範囲の制限をみるかぎり、フランス法を継受した現行法とも合致するであろう。

最後に、付随的な問題として敷金の特殊性と関係当事者の利害状況から、敷金に関する賃借人の優先権を広く認めるべきことを論じた。

注

- (1) 竹下守夫「不動産執行法の研究」九〇頁（一九七七年）。
- (2) 鈴木祿弥「抵当制度の研究」一一二頁（一九六八年）。
- (3) 小川浩三「担保権の物上代位と債権譲渡（2・完）」N B L七三一号四二頁以下（二〇〇二年）。
- (4) 我妻栄ほか「特集・強制執行法改正要綱と民法」ジュリ臨時増刊五一七号三二頁（一九七二年）。
- (5) 高木新二郎「バブル経済崩壊がもたらした民事執行についての諸問題」ジュリスト一〇三〇号三五頁（一九九三年）。
- (6) 我妻栄「新訂担保物権法」二八二頁（一九六八年）。
- (7) 鎌田薫「質料債権に対する抵当権者の物上代位」石田喜久夫Ⅱ西原道雄Ⅱ高木多喜男先生還暦記念論文集「金融法の課題と展望（下）」三五頁以下（一九九〇年）。
- (8) 道垣内弘人「判批」民商法雑誌一〇二巻五号四一頁（一九九〇年）、鳥谷部茂「判批」法時・私判リ二〇〇二号三二頁、近江幸治「担保物権法「新版補正版」」一四二頁（一九八八年）。
- (9) 伊藤眞「質料債権に対する抵当権者の物上代位（上・下）」金法一一二五号六頁、一二五二号二二頁以下（一九九〇年）。
- (10) 槇梯次「動産売買先取特権の効力とその実現（5）」金法一一七四号一五頁以下（一九八七年）、同「質料に対する

る抵当権の物上代位」『谷口知平先生追悼論文集2』二七三頁以下（一九九三年）。

(11) 鎌田・前掲注(7)三頁以下。

(12) 松岡久和「物上代位の成否と限界(1)」(3)「金法一五〇四号六頁以下、一五〇五号一三頁以下、一五〇六号一三頁以下（一九九八年）、同「賃料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(1)」(3・完)「金法一五九四号六〇頁以下、一五九五号三三頁以下、一五九六号六六頁以下（二〇〇〇年）、同「抵当権の本質について」高木多喜男先生古稀記念『現代民法学の理論と実務の交錯』三頁以下（二〇〇一年）。

(13) 内田貴ほか「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリス ト一二二八号一八一頁（二〇〇二年）。

(14) 同様な視点は、内田貴ほか・前掲注(13)一九二頁以下にも提起されている。

(15) 東海林邦彦「判批」判夕四二一四〇頁（一九八〇年）、鎌田・前掲注(7)三三頁以下。

(16) 同様な視点は、鳥谷部・前掲注(8)によって提起されている。

(17) 従来の裁判例は、東海林・前掲注(15)、鎌田・前掲注(7)四一頁以下、道垣内・前掲注(8)五一頁、松岡・前掲注(12)論文（一九九八年）(3)、(二〇〇〇年)にも整理されている。なお、本稿は、転賃料に対する物上

代位の問題を扱わない。転賃料債権への物上代位に関する判例・学説については、松岡・前掲注(12)論文（一九九八年）(2)一三頁以下を参照。

(18) 道垣内・前掲注(8)。

(19) 東海林・前掲注(15)四〇頁。

(20) このほか、破産事件ではあるが、新潟地判平一二年八月一〇日金判一一〇五号四九頁、東京高判平一三年四月二五日金判一一三〇号四一頁は同様な判断を示した。

(21) 具体的債権発生時説によると、債権譲渡が抵当権設定登記に先行する場合や将来債権の二重譲渡の場合に不合理な結果となる（東京高判平成九年二月二〇日金判一〇一五号三九九頁）。なお、小林明彦「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」金法一四五六号七頁（一九九六年）、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21五二二号（一九九六年）一四頁。

(22) 伊藤・前掲注(9)論文(下)一七頁。

(23) 高木多喜男「賃料に対する物上代位」銀行法務21六〇号（二〇〇二年）。

(24) 鈴木・前掲注(2)一五六頁、片岡義広||小宮山澄み江「抵当権に基づく賃料に対する物上代位(上)」NB L四二五号三三頁（一九九九年）、伊藤・前掲注(9)論文(上)一〇頁。

- (25) 清水俊彦「判批」判タ一〇六六号八三頁。
- (26) 鎌田・前掲注(7)三三頁以下、吉野衛「物上代位に関する基礎的考察(上)」金法九六八号六頁以下(一九八一年)参照。
- (27) 齋藤和夫「賃料債権への抵当権者の物上代位」法学研究六三卷一二号二一八頁(一九九〇年)、松田佳久「不動産価値理論に基づき考察した抵当権の把握する価値」ジュリスト一一六二号一三六頁以下(一九九九年)。
- (28) 道垣内弘人「将来債権の包括的譲渡の有効性と対抗要件」ジュリスト一一六五号(一九九九年)六六頁以下。
- (29) 江口直明ほか「日本におけるプロジェクト・ファイナンスの法律的側面(上・中・下)」金法一五六五号三六頁、一五六六号四二頁、一五六七号七四頁以下(二〇〇〇年)。
- (30) 山野目章夫「抵当権の賃料への物上代位と賃借人による相殺(上)」NBL七二三号九頁(二〇〇一年)。
- (31) 鳥谷部・前掲注(8)三三頁。
- (32) 青木則幸「アメリカ法における賃料譲渡制度の現状——不動産収益の担保化に関する制度的研究に向けて——」早稲田大学大学院法研論集九四号(二〇〇〇年)一頁以下、同「アメリカ法における賃料譲渡制度の史的考察(一)」「(五・完)」早稲田大学大学院法研論集九五号一七九号、一〇〇号、一〇一号(二〇〇〇年)二〇〇—
- (33) 伊藤眞・前掲注(9)。
- (34) 鎌田・前掲注(7)六二頁、半田正夫「判批」ジュリスト増刊「担保法の判例I」一三五頁(一九九四年)。
- (35) 最大判平成一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁。
- (36) 最判平成八年九月二三日民集五〇卷八号三三七四頁。
- (37) 最判平成六年三月二五日判時一五〇一号一〇七頁。
- (38) 鎌田・前掲注(7)六三頁以下。なお、債務不履行を前提とする信用危機説がある(横・前掲注(10))。具体的には、抵当不動産が通常の利用過程にあるかぎり、賃料については抵当権の介入を排除するが、設定者に信用危機を生ずれば、このような関係は破綻して、利息債権分による抵当権の担保力の低下と目的不動産を資本と見立てた場合の利息分としての賃料と対応関係が生じ、賃料債権は抵当権の支配に服するとされるが、結果的には、物上代位肯定説と差がない(鎌田・前掲注(7)五八頁)。しかし、抵当権の規律は設定者の総財産の状態を問題にしない(高橋眞「賃料債権に対する物上代位の構造について」金法一五一六号(一九九八年)一一頁)。すなわち、債務者に信用危機が生じても、目的物に対する抵当権の追及力・優先的効力が失われないし、設定者が物上保証人・第三取得者の場合はなおさらである。また、民

法三七四条によると、利息債権については抵当権の及ぶ範囲が制限されている。

(39) 鎌田・前掲注(7)六七頁参照。

(40) 岩城謙二「担保に関するアンケートの分析結果」別冊 NBL一〇号三頁(一九八三年)。

(41) 新田宗吉「物上代位に関する一考察(四)明治学院論叢三〇号六頁(一九八二年)。

(42) 松岡・前掲注(12)論文(一九九八年)(1)六頁以下。

(43) 高橋・前掲注(38)七頁。

(44) 松田・前掲注(27)。

(45) 鳥谷部・前掲注(8)三三二頁。

(46) 鳥谷部・前掲注(8)三三二頁。

(47) 梶山玉香「抵当権者による収益型債権回収について」

同志社法学四九卷六号(一九九八年)八二頁。

(48) 道垣内弘人・前掲注(8)、同『担保物権法』一一七頁

(一九九〇年)、半田・前掲注(34)一三三頁。

(49) 鈴木祿弥『物権法講義』一五四頁(一九六四年)、近江・前掲注(8)一三八頁以下。

(50) 道垣内・前掲注(8)一一九頁。

(51) 伊藤・前掲注(9)論文(下)一二頁、榎・前掲注

(10)論文(一九九三年)二八七頁、鎌田・前掲注(7)

三八頁、松岡・前掲注(12)論文(一九九八年)(3)

一四頁。

(52) 伊藤・前掲注(9)論文(下)一二頁、松岡・前掲注(12)論文(一九九八年)(3)一四頁。

(53) 道垣内・前掲注(48)(一九九〇年)一一七頁。

(54) 高橋・前掲注(38)一三頁

(55) 鎌田・前掲注(7)六六頁。

(56) 松岡・前掲注(12)論文(一九九八年)(1)一四頁。

(57)『新版注釈民法(15)』(石外克喜)三三二頁(一九九八年)。

(58) 幾代通「敷金」『総合判例研究叢書民法(一)』一五〇頁以下(一九五六年)、月岡利男「借家関係と敷金・権利金等」『新借地借家法講座・第三卷 借家編』二四頁(一九九九年)。

(59) 月額賃料の四倍(東京高判昭五六年三月三〇日判夕四四六号一〇四頁、東京地判平一二年三月二七日金判一〇九七号三六頁)、八倍(東京高判平一二年三月二八日金判一〇九一三号三頁)、一〇倍(東京地判平一〇年七月三〇日判時一六七七号七八頁、大阪地判平五年八月四日判時一四九七号一〇五頁)、八〇倍に相当する金員を敷金とみる事例がある一方で(東京地判平一二年五月一〇日金法一五八七号二頁、大阪地判平八年一〇月三十一日金判一〇三〇号三一頁)、賃料月額の三〇倍または五五倍に相当する金員は実質的には貸金であるとした事例もある(名古屋地判昭四〇年四月二七日判時四一九号四五頁、

- 東京地判平五年一〇月一八日判タ八六五号二六五頁。
- (60) 名古屋地判昭四〇年四月二七日判時四一九号四五頁。
- (61) 松岡・前掲注(12) 論文(一九九八年)(三) 六九頁。
- (62) 石外・前掲注(57) 三一九頁。
- (63) なお、貸貸人が破産した事案ではあるが、敷金返還請求権を自働債権とする相殺が優先すると、その額を確定することは不可能であり、未払い質料や解約後明渡までの質料相当損害金等に対する敷金の担保的機能が失われ、破産財団ないし他の破産債権者の利益を不当に害する恐れがあるし、破産財団の換価処分に伴い貸借の目的物が第三者に譲渡される場合には、再度の敷金交付の要否が問題になるとして、相殺の抗弁を斥けた事案もある(大阪地判平成五年八月四日判時一四九七号一〇五頁)。
- (64) たとえば、秦光昭「抵当権の物上代位と『相殺』」銀行法務21五七九号(二〇〇〇年)五二頁。
- (65) 「座談会『差押えと相殺』の現在」銀行法務21五七九号(二〇〇〇年)二九頁「佐久間」。
- (66) 鳥谷部茂「質料債権の物上代位と敷金返還請求権の保護」NBL六〇一号(一九九六年)五四頁、片岡宏一郎「抵当権者の物上代位にもとづく質料の差押えと第三債務者による相殺の優劣」銀行法務21五四四号(一九九八年)一八頁、小林明彦「稲葉謙」「抵当権の物上代位と賃借人からの相殺」銀行法務21五六七号(一九九九年)七七頁注2。
- (67) 例えば、片岡・前掲注(66) 一八頁。
- (68) 松岡・前掲注(12) 論文(一九九八年)(3) 六八頁。
- (69) 松岡・前掲注(12) 論文(一九九八年)(3) 六八頁以下。
- (70) 座談会・前掲注(65)「今中」二八頁、清水・前掲注(25) 八二頁。
- (71) 座談会・前掲注(65) 二九頁「佐久間」。
- (72) 今中利昭「浦田和栄」倒産実務における相殺権をめぐる諸問題」銀行法務21五七九号(二〇〇〇年)五四頁、清水・前掲注(25) 八二頁。