

将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

——三つの高裁判例を中心にして——

古 積 健三郎

- I 目 次
- I 序 説
- II 三つの高裁判例の内容
- III 従来の判例の状況
- IV 各判例の検討と試論
- V むすび

I 序説

バブル経済の崩壊によって、不良債権の回収が大きな社会問題となった。債権回収の方法としては抵当権の実行が考えられるが、不動産の競売をしようとする場合、売却価格の下落や売却自体の困難さが問題となってくる。⁽¹⁾ 抵当不動産の競売を妨げる原因の代表例としては民法三九五条の短期賃貸借の存在を挙げることができ、⁽²⁾ 許害的な短期賃貸借はもとより、正常な短期賃貸借の場合でも、賃借権の存在は抵当不動産の売却価格の下落につながることは否定できないだろう。

そこで目的物の競売に代わって近時注目されてきているのが、抵当不動産に関する賃料債権への物上代位である。従来、賃料への物上代位の可否は、民法三七二条、三〇四条の明確な文言にもかかわらず、抵当権が非占有担保であり、⁽³⁾ 抵当不動産の所有者の目的物の使用・収益に基本的には干渉できない権利であるという点から、争われていた。しかし、最高裁判平成元年一〇月二七日判決（民集四三卷九号一〇七〇頁）が、賃料債権への物上代位を一般的に認める判断を示したことから、この問題には実務的には一応の決着がついた。そのため、実際に抵当権者が賃料債権への物上代位を主張する事例も増えてきているようである。⁽⁴⁾

ところが、実務では、抵当権者の賃料債権への物上代位に対するさまざまな妨害行為も問題となっているようである。たとえば、抵当不動産の所有者たる賃貸人があらかじめ自己の取得すべき賃料債権を包括的に第三者に譲渡するという事態が指摘されている。⁽⁵⁾ 仮にこのような債権譲渡が物上代位に優先するということになれば、債権譲渡の對抗

要件が具備された後には抵当権者はや質料債権への物上代位を一切主張できないことになりかねない。それゆえ、このような包括的債権譲渡と物上代位の優劣の問題は大きな意味を有するが、最近、まさにこの問題を扱った三つの高裁判例が相次いで出現した。

したがって、本稿では、質料債権への物上代位と包括的債権譲渡の優劣という問題を、かかる三つの高裁判例を中心にして検討したい。以下ではまず三判例の内容を紹介し、次に、これに批判的検討を加えながら私見の展開を試みることにする。

- (1) 不動産競売の最近の現状については、山崎敏充「東京地裁執行部における不動産競売の現状と課題」金融法務事情一四五四号（平成八年）六頁以下参照。
- (2) 短期質貸借に関する最近の問題については、升田純「短期質貸借をめぐる諸問題と最近の裁判例」金融法務事情一四五四号（平成八年）二〇頁以下参照。
- (3) 質料債権への物上代位の可否に関する諸学説の一般的検討はここでは控える。従来の学説の状況についてはさしあたり、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・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集下巻『金融法の課題と展望』（日本評論社、平成二年）二二五頁以下参照。
- (4) この点については、山崎敏充「抵当権の物上代位に基づく質料債権の差押えをめぐる執行実務上の諸問題」民事訴訟雑誌四二号（平成八年）一〇八頁以下、同・前掲注（1）八頁参照。
- (5) 古賀政治・今井和男「質料の物上代位と質料債権の譲渡」金融法務事情一四三九号（平成八年）七三頁参照。

将来の質料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

II 三つの高裁判例の内容

- a 大阪高裁平成七年二月六日第三民事部判決〔平成七年（ネ）第一六〇九号、第三者異議控訴事件〕（判例時報一五六四号三二頁、判例タイムズ九〇一号二八三頁、金融法務事情一四五一号四一頁）

【事実関係】

甲と乙は各々持分二分の一で本件土地建物を共有していたが、これを平成元年一〇月三十一日付けでBに賃貸した。この賃貸借契約においては、賃料は平成六年五月末日までには月額一四七万円、同年六月一日から平成九年五月三十一日までは月額一五七万円とされていた。平成五年一月一日、XはAに六五〇〇万円を貸しつけたが、この際、甲と乙はAの債務を連帯保証し、さらに、Bに対する平成五年一二月分以降の本件土地建物賃料債権をXに譲渡し、その旨を平成五年一月一三日配達の内容証明郵便でBに通知した。

昭和六二年五月三〇日、甲はCから一億一〇〇〇万円を借り受け、この債務につきYが連帯保証をしていた。その際、甲は保証債務の履行によって生じる甲への求償権をYが事前に行使できることを認めた。昭和六二年六月一日、Yは甲、乙との間で、この事前求償権の担保のために本件土地建物を目的とする抵当権設定契約を締結し、同日抵当権設定登記も済ませた。

その後、Yは、事前求償権を行使して、大阪地方裁判所に、本件土地建物の賃料債権のうち債権差押命令送達時に支払期にある分以降一億一〇〇〇万円に満つるまでの差押えを申し立て、同裁判所は、平成六年一〇月一七日に右申し立てを認める決定をし、その決定正本は、同月一九日に第三債務者であるBに送達された。そこで、Bは平成六年十一月分から平成七年六月

分までの賃料を供託し、Yはこの供託金および供託利息を、執行費用および事前求償権の一部に対する弁済金として受け取った。

XはYによる担保権行使の排除を求める第三者異議の訴え（控訴）を提起した（原審は大阪地裁平成七年六月一三日判決であるが、その内容は不明である。）。

【判旨】

原判決一部変更。Yによる賃料への執行は、平成六年一月分から平成七年六月分の賃料については既に終了しているので、この部分についてのXの第三者異議の訴えには利益がないとして、これを却下した。また、平成七年七月分以降の賃料については、以下のような理由によってXの請求を棄却した。

①「抵当権の目的たる土地建物が賃貸された場合は、抵当権者は民法三七二条、三〇四条により、目的土地建物の賃借人に対する現に発生した賃料債権のほか、既にその発生の基礎となる法律関係が存在し、将来においてその発生が確実又は相当程度に見込めるため、将来の期間に発生する継続的賃料債権についても抵当権の物上代位による差押えをすることができる。」

「もつとも、現に発生した賃料債権について、賃借人が弁済するなどして消滅した場合又は賃貸人が第三者へ譲渡するなどして賃貸人の責任財産から逸出した場合には、もはやこれに対し物上代位権を行使することはできない（なお、動産売買の先取特権の事例につき、債権が第三者に譲渡された場合には物上代位権を行使できないとした最高裁昭和五六年（オ）第九二七号同五九年二月二日第一小法廷判決・民集三五卷三号一頁参照）。「将来の期間に発生する継続的賃料債権を差し押さえた場合において、現実はその債権を取り立てることができるのは、期間が経過して支分債権である賃料が現に債権として発生し（この時点において現に発生した債権に対する差押えの効力が具現することになる）、かつ、その弁済期が到来した時点以降である

将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

(その際、改めて差押手続を経る必要のないことはいうまでもない。)

② 「質貸人は、現に発生した質料債権のみならず、質借人が将来使用収益することにより発生する将来の期間の継続的質料債権についてもその成立を条件として譲渡でき、右将来の期間の質料債権について、右将来債権発生に先だち質借人に通知し又は質借人の承諾を得ることにより包括的に対抗要件具備の手段をとることができる。もつとも、将来の期間の質料債権を譲り受けた場合、譲渡契約時点では質貸借当事者間においても未だ発生していないものであるから、支分債権である質料債権が移転する時期は、期間経過により支分債権である質料債権が質貸人に対し現実に発生すると同時に、債権発生後改めて譲渡手続を経ることを要せず、譲受人に移転すると解すべきである(対抗要件についても、期間経過により逐次支分債権が発生する都度、改めてその手続を経ることを必要としないと解される。)

③ 「差押えによる関係的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すると、そのいずれが優先するかが問題となるが、その場合実体法上の権利に優劣があればその順序、実体法上の権利に優劣がなければ、先に包括的な差押えあるいは対抗要件を講じた方(保全的機能を認めるべきである)が優先すると解すべきである。」

④ 「抵当権者は、担保不動産につき他の債権者に優先して自己の債権の弁済を受ける権利を有するところ、その目的不動産の質料に対し物上代位性を認める以上、その物上代位に基づく権利の行使は抵当権の内容である優先弁済権に由来するものといふべきである。」「抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具現と対抗要件を具備した債権譲渡が同時である場合には、実体法上優先権が認められている抵当権に基づく物上代位による差押えが優先し、発生した支分債権である質料債権を取り立てることができる」と解するのが相当である。」

b 東京高裁平成九年二月二〇日第一九民事部判決〔平成八年（ネ）第四七一五号、供託金還付請求権確認請求控訴事件〕（金融法務事情一四七七号四五頁、金融・商事判例一〇一五号三九頁）

【事実関係】

AはBらに対し、本件建物の貸室を、賃料は各月末日限り翌月分を支払うとの約定で賃貸した。

Xは、平成六年二月四日、Aほか二名との間で、取引限度額を三〇〇〇万円とする継続的金銭消費貸借契約を締結し、同日、同契約に基づく借入金債務の担保として、AがBらに対して有する、平成六年三月分以降、消費貸借契約終了時までの本件建物の賃料債権を譲り受けた。AはBらに対し、右債権譲渡を内容証明郵便で通知し、同通知は同年二月四日または同月五日までにBらに到達した。

他方でYは、昭和五八年二月一四日、Aに対し、三億九〇〇〇万円を、最終弁済期昭和八八年一月一〇と定めて貸し渡し、同日、Aとの間で、右賃金債権を担保するため、A所有の本件建物につき抵当権を設定する旨の契約を締結し、かつ抵当権設定登記手続をした。平成七年四月一七日、Yは右抵当権に基づく物上代位により、本件建物の賃料債権の差押えを申し立て、同月一八日、東京地裁から差押命令を得た。同差押命令は、同月一九日にBらに送達された。

Bらは、Aの通知の後、Xに対して本件建物の賃料を支払っていたが、Yの差押えがなされ、かつこれによりXの債権譲受とYの差押えとの効力の優劣に疑義が生じたとして、民法四九四条後段および民事執行法一五六条一項に基づき、平成七年七月分以降の賃料（本件賃料）を供託した。

そこで、Xはこの供託金について還付請求権を有することの確認を求めた。原審（東京地裁平成八年九月二〇日判決、判例時報一五八三号七三頁・金融法務事情一四六四号二九頁）はXの請求を棄却。これに対してXが控訴。

将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

【判旨】

控訴棄却。理由は以下のようにまとめることができる。

① 「不動産の賃貸人は、未発生の賃料債権を譲渡することが可能であり、譲受人は、譲渡人（債権者）である賃貸人が債務者である賃借人に対し確定日付のある証書をもって通知し又は賃借人が確定日付のある証書をもって承諾することによって、未発生 of 賃料債権の譲渡につき第三者に対する対抗要件を具備することができるのであり、その債権の発生時又はその後に改めて対抗要件を具備する必要はない。」未発生 of 賃料債権が譲渡された場合 of 対抗要件 of 効力は、賃貸人の確定日付のある証書をもってする通知が賃借人に到達した時又は確定日付のある証書をもってした賃借人の承諾の時に発生するものと解するのが相当であり、そのように考えても格別の不都合はない。対抗要件 of 効力が未発生 of 賃料債権の発生時に生じるとの見解は、未発生 of 賃料債権が二重に譲渡されていずれも対抗要件を具備した場合に、その優劣を決し難いこととなる点から相当とは解されない。」

② 「抵当権 of 目的不動産が賃貸された場合においては、抵当権者は、民法三七二条、三〇四条 of 規定 of 趣旨に従い、目的不動産 of 賃借人に対する賃料債権に対し物上代位により抵当権を行使することができるものと解される（最高裁判平成元年一〇月二七日第二小法廷判決・民集四三卷九号一〇七〇頁参照）。」「目的不動産 of 賃料債権に対する抵当権者 of 物上代位権は、抵当権 of 一内容であるから、抵当権設定登記により、公示され、かつ、第三者に対する対抗要件を具備するものといふべきである。」

③ 物上代位権 of 行使につき、民法三七二条、三〇四条一項但書が差押えを要求している趣旨は、目的債権 of 特定性 of 維持と第三債務者 of 二重払等 of 第三者 of 不測 of 損害 of 防止にある。したがって、そこでの払渡または引渡は、厳格に解釈することを要するのであり（そうでないと、登記による対抗要件 of 具備が無意味になりかねない）、弁済またはそれと同視できる処分が

あつた場合をいう。目的債権に関する転付命令は、民事執行法一六〇条の規定の趣旨に鑑み、これに該当する。また転付命令に準ずる目的債権の譲渡もこれに該当する。「しかし、将来発生する債権等転付命令の対象とならない債権については、その譲渡がされ第三者に対する對抗要件が具備されても、右の弁済と同視できる処分等があつたものとすることはできないと解するのが相当である。なぜなら、そのような債権については、その譲渡の時点では一般に債務者からの弁済はあり得ず、第三者の不測の損害もさほど考慮する必要はないし、他面、抵当権者に物上代位権の行使としての差押えを期待することは、困難でもあるし、また望ましくもないと考えられるからである。もつとも、前述の趣旨に鑑みれば、このような債権の譲渡であつても、それにつき債権者が債務者に対し確定日付のある証書をもつて通知し又は債務者が確定日付のある証書をもつて承諾しているときには、右債権が転付命令の対象となる程度に具体化された時点で、何らの行為も要せず右の弁済と同視できる処分等があつたものとするとして差し支えないものと解される。」「本件で問題となつてゐる未発生の質料債権の譲渡は、その債権が転付命令の対象性を欠くものであるから（大審院大正一四年七月一〇日判決・民集四卷一二号六二九頁）、右の弁済と同視できる処分等があつた場合に当たらず、民法三七二条、三〇四条一項ただし書の払渡し又は引渡しに当たらないといふべきである。」「

④「抵当権者が、民法三七二条、三〇四条一項に基づき、物上代位権の行使として、目的不動産の質借人に対する質料債権を差し押さえた場合、継続的給付に係る債権に対する差押えとして、差押え後に発生する質料債権に対しても差押えの効力が及ぶ（民事執行法一九三条二項、一五一条）。この場合、差押えの効力は、差押命令が第三債務者に送達された時に生じる（同法一九三条二項、一四五条四項）。」

⑤よつて、Yの抵当権に基づく本件物上代位の権利は、もともとXの本件債権譲渡による譲受人としての権利に優先するものであり、本件債権譲渡は本件質料に関しては払渡し又は引渡しに当たらないから、本件差押えによつて、本件物上代位の権

利の効力は保全され、Yは物上代位権を行使することができる。

c 東京高裁平成八年一月六日第一二民事部判決〔平七(ネ)二六二三号・二六七一号、取立債権請求各控訴事件〕
 (判例時報一五九一号三三頁、金融・商事判例一〇二一号三頁)

【事実関係】

平成二年九月二八日、XはAに対し三〇億円を弁済期平成五年九月二八日と定めて貸しつけ、この債権の担保のために、B所有の本件建物およびその敷地に抵当権の設定を受け、その登記がなされた。

Bは本件建物の各部屋を複数の賃借人に賃貸していたが、平成五年一月一二日、Yに対し、賃料月額二〇〇万円、敷金一億円、賃借権譲渡・転貸自由という条件で、本件建物を一括して賃貸し、同月一三日にその賃借権の設定登記がなされた。

ところが、Aは、平成三年三月二八日にXに対する債務の利息の支払を怠り、貸金債務についての期限の利益を失っていた。そこでXは、BのYに対する賃料債権につき物上代位による差押えを申し立てたが、東京地裁は、平成五年五月一〇日、BがYに対して有する賃料債権のうち、差押命令送達時以降に支払期が到来する分から請求債権額三八億六九七五万六千六百二十二円に満つる部分の差押命令を発した。この命令は、同月一四日にAおよびBに送達され、またYには同年の六月一〇日に送達された。Xは、平成六年四月八日、Yの転借人に対する転貸賃料債権の差押も申し立て、同月一日にその命令が得られたので、同年四月八日以降が支払期となっている賃料債権の差押の申し立ては取り下げた。

平成五年四月一九日、CはBに対し七〇〇万円を貸しつけたが、翌日、BはCに対してその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のうち将来発生する平成五年五月分から平成八年四月分までの合計七二〇〇万円を譲渡

し、Yは同日この債権譲渡について確定日付ある証書による承諾をなした。

Xは物上代位を理由にBのYに対する平成五年七月分から平成六年三月分までの賃料債権の支払を求めた。原審（東京地裁平成七年五月三〇日判決）はこの請求を一部認容した。その理由は、本件の債権譲渡がXの債権回収を妨害する目的でB、C、Yによってなされたものであり、Yが債権譲渡の優先効を主張することは権利濫用になる、というものである。これに対して、XY双方が控訴。

【判旨】

一部取消・請求棄却。主たる理由は次のとおりである。

① 「抵当権者は、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對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和解すべきである。」

② 「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ためには金銭その他の払渡又は引渡前に差押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ところにある。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えることができる（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

将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

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對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。」

③ 「将来発生する債権の譲渡についても、その譲渡性が承認されるものである限り、右の法律関係が変わるところはない。確かに、本件のように、将来の質料債権の譲渡によつて担保権者の物上代位権の行使が制約されることにはなるが、本来抵当権については担保物の利益権能は設定者に留保されることから生ずるものとして甘受するほかない。もちろん、あまり高額の敷金の交付や長期の将来の質料債権の譲渡については、担保権の空洞化を意図した権利濫用として、第三者の保護より担保権者の保護を図る余地もあると考えられるが、本件については後記認定のとおりそのような事情を認めるに足りない。」

a↘c判決は、質料債権への物上代位の許容性を肯定しているが、これは既に触れた最高裁判例の立場に沿うものであり、当然であろう。ただ、これらの事件で特に問題となるのは、将来発生する多数の質料債権への一括した差押えによる物上代位が認められるかどうかという点であるが、現行法上、継続的に発生する将来債権の一括した差押えも可能となっているので（民事執行法一五一条参照）、この点も肯定されるべきだろう。

他方で、判例においては、将来債権の譲渡の効力も、既に債権発生の原因が確定し、その始期と終期を特定して譲渡債権の範囲が確定される場合には認められている（最高裁昭和五三年二月一五日判決・判例時報九一六号二五頁）。ただ、将来債権の譲渡の對抗要件の具備の方法が問題になるが、a↘cの事例では、譲渡される債権の債務者は特定の賃借人だけであるので、a↘b判決も認めるように、賃借人への一括した通知で足りるといえる。したがって、譲渡

されるべき債権の範囲の確定の点に問題がない限り(aとc判決はこの問題はないと判断したと思われる)、aとcの事例でも債権譲渡の効力を認めることができる。

かくして、aとcの事例では同一の質料債権に対し物上代位と債権譲渡の二つの効力が衝突することになるが、aとb判決は差押えの時点で未発生の質料債権については物上代位を優先させたのに対し、c判決は債権譲渡を優先させた。では、この問題に関する従来の判例状況はどのようなものであったのかを確認してみたい。

III 従来の判例の状況

抵当権による質料への物上代位と包括的債権譲渡の優劣関係について、正面から論じた判例は従来はなかったようである。ただ、大審院昭和一七年三月二三日判決(法学一一巻一二号一二八八頁)が、譲渡された将来の質料債権に対し物上代位は認められない旨の判断を示しているが、その理由は、質貸人を執行債務者、質借人を執行第三債務者とする差押命令は、質借人が質料債権譲受人に支払いをすることを禁止するものではないというものであり、この判例の先例としての意義は薄い。

しかし、前述の最高裁判決が抵当権の質料債権に対する物上代位を容認したことによって、近時では、この問題に関連する下級審の判例が出現している。まず、東京高裁平成六年三月三〇日判決(判例タイムズ八五四号二八二頁)は、一般債権者による質料債権への差押えがなされた後であっても、それより前に抵当権が設定され登記がなされている場合には、抵当権者は質料債権について物上代位を主張できると判断した。この判決は、民法三〇四条一項但

書、三七二条によつて要求されている代位の対象の差押えは物上代位の對抗要件ではなく、当該對抗要件は抵当権設定登記によつて具備される、とし、さらに、差押えの意義は、目的債権の特定性の保持のほかに、「第三債務者に対し債務者への支払を禁止することにより第三債務者を二重弁済の危険から保護するとともに、既に『払渡又は引渡』を受けた第三者を保護しようとする」点にあるから、「払渡又は引渡」は、「弁済又は弁済と同視できる処分であつた場合をいう」と判断している。その背景には、動産売買先取特権の物上代位を一般債権者による目的債権（先取特権の目的物の転売によつて生じた代金債権）の仮差押えの後にも認められた最高裁昭和六〇年七月一九日判決（民集三九卷五号一三二六頁）、さらに債務者の破産宣告の後にも動産売買先取特権の物上代位を認められた最高裁昭和五九年二月二日判決（民集三八卷三号四三一頁）がある。

これに対し、東京高裁平成六年四月一二日判決（判例時報一五〇七号一三〇頁）は、一般債権者による賃料債権への差押えがなされた後に抵当権設定登記を経由した抵当権者は、もはや賃料債権に物上代位を主張できない、として、これと異なる判断をした原審の東京地裁平成五年八月二三日判決（金融法務事情一三六九号八二頁）を取消している。しかし、当判決は、抵当権が設定される前に既に一般債権者による差押えがなされているために、差押えの処分禁止効から物上代位の効力を否定しているのであり、先の判例の考えと相反するものではないだろう。

もちろん、これらの判例において抵当権との優劣が問題になっているのは、一般債権者による差押えであり、物上代位の対象となる債権の譲受、すなわち排他的地位を取得するものではない。それゆえ、これらの事案とa、b、cの事案は別種のものとして考えなければならぬ。すなわち、一般債権者による債権の差押えがなされた後でも物上代位の効力を認めるとしても、債権の譲渡がなされた場合にはこれとは別個に考える必要がある。そこで問題となるのが、

民法三〇四条一項但書における「払渡又ハ引渡」の意義である。この点に関して、前掲最高裁昭和五九・六〇年判決は、動産売買先取特権における転売債権に対する物上代位の事例において、債権譲渡は「払渡又ハ引渡」に該当すると見ている。しかし、aとcの事例は、代位の基礎となつている権利が抵当権であり、代位の対象が質料債権である、という点で最高裁の事例と異なり、さらに包括的な債権譲渡がなされているという特徴を有する。それゆえ、これらの点をどのように評価するかが問題となつてこよう。

(6) 判旨は次のとおりである。「民法三〇四条一項但書において、先取特権者が物上代位権を行使するためには物上代位の対象となる金銭その他の物の払渡又は引渡前に差押をしなければならぬものと規定されている趣旨は、先取特権者のする右差押によつて、第三債務者が金銭その他の物を債務者に払い渡し又は引き渡すことを禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り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、物上代位の目的となる債権（以下「目的債権」という。）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、他面目的債権の弁済をした第三債務者又は目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとするところにあるから、目的債権について一般債権者が差押又は仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられるものではないと解すべきである」。

IV 各判例の検討と試論

一 a判例について

1 本判決の理由付けの問題

既にa判例に関してはかなりの評釈ないし論文が出されているが、そのほとんどが判決の理由に対しては批判的である。私も本判決の理由は問題であると考える。

まず、本判決は民法三七二条・三〇四条一項但書が要求する差押えの意義を十分に論じていないが、これは非常に疑問である。なぜなら、本件で債権譲渡と物上代位の優劣を論じるには、債権譲渡が同条の「払渡又ハ引渡」に該当するか否かを判断しなければならず、その前提として差押えの意義を明らかにする必要もあるからである。

また、對抗要件を具備した債権譲渡の効力と抵当権者による差押えの効力が債権発生時に生じるとしている点については、多くの評者が批判的である。すなわち、この点が将来債権譲渡の對抗力の発生時期を債権発生時とするものであるならば、将来債権の二重譲渡がなされた場合の優劣を決定できなくなるおそれがある、というのである。

さらに、本判決は物上代位に実体法上優先権が与えられているというが、これも問題だろう。というのは、まさに将来債権の譲渡の効力と抵当権の効力の優劣に関する解釈が本件で問題になっているといえるからである。

このように本判決の理由付けには多くの問題があり、既に多くの評者によってこれに代わる諸説が提示されている。そこで、これらの説を概観することにする。

2 各評者の見解

(1) 秦光昭教授の見解

秦教授は「本判決は、物上代位権の保護に繋がる考え方として、実務上歓迎すべきである」としつつ、同時に、実体法上優先権が認められている抵当権に基づく物上代位による差押えが優先するという本判決の見解に対し、「このような帰結は物上代位権の對抗要件を抵当権の登記に求めることによつてはじめて可能となるから、そうであれば、直接にそのことを理由に物上代位の優先を認めることで足りるのではないか」と主張する。⁽⁹⁾

結論として、秦教授は、物上代位の對抗要件を抵当権の登記に求め、かつ、「払渡」前に差押えが要求される趣旨を第三債務者の（二重弁済の危険からの）保護にのみ求めるといふ見解を提示する。⁽¹⁰⁾

(2) 小林明彦弁護士の見解

小林弁護士は、本判決が債権譲渡の對抗要件具備時期を債権発生時としていると理解して、この点につき次のような批判をする。すなわち「債権譲渡の對抗要件を譲渡債権の債務者に対する通知・承諾とした民法の趣旨は、譲渡債権の債務者をしてインフォメーションセンターの役割を果たさせようとする点にある。」⁽¹¹⁾「将来債権が譲渡性を肯定されている以上、その二重譲渡（その債権契約）も当然にありうるのであり、その際に債務者に期待されているインフォメーションセンターとしての機能を考えれば、債権移転の効力発生時期以前においても、對抗要件の具備という概念を指定することは可能であり、また必要なのではないだろうか。」⁽¹¹⁾

他方で、同弁護士は、差押えの効力も債権発生以前に差押え通知の送達時に発生する、としたうえで、最高裁判例が動産先取特権に関して一般債権者による差押え後も物上代位が可能であるという立場をとっている以上、差押えを

物上代位権の對抗要件と解することはできないから、抵当権の場合には、抵当権設定登記が物上代位権の對抗要件ともなる、と主張する⁽¹³⁾。そして、差押えは物上代位権行使の手続要件にすぎず、目的債権について債権譲渡がなされた場合でも、譲受人は抵当権設定登記によって物上代位権の存在を知ることができるから、債権譲渡は「払渡又ハ引渡」には該当せず、債権譲渡がなされた後には、債権譲受人を執行債務者とする差押えが許される、という⁽¹⁴⁾。

(3) 道垣内弘人助教授の見解

前二者の見解に対して、道垣内助教授は本件のような場合における賃料債権への物上代位に対して否定的立場をとる。

もともと道垣内助教授は、抵当権に基づく賃料債権への物上代位について否定的立場をとっているが、これを認めることを前提にした場合でも、以下の三つの理由から、抵当権設定登記を物上代位の公示ないし對抗要件と見るべきではない、と主張する⁽¹⁵⁾。第一の理由は、「かりに抵当権設定登記によって物上代位権も公示されていると考えるのなら、そもそも第三債務者がなぜ目的物所有者に債務を弁済することができ、そのような『払渡』（民法三〇四条一項但書）によってもはや物上代位権行使としての差押えができなくなるのか疑問」となる点である。第二は、登記によって公示が具備されとすることは、民法四六七条、三六四条などにおいて、債権の帰属を第三者に對抗できるようにするために、第三債務者にこれを直接知らしめることが必要とされていることとの不整合を生じさせる、という点である。さらに第三は、「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え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」という点である。

このような根拠から、道垣内助教は、三〇四条の差押えを抵当権における物上代位の公示方法と捉え、債権譲渡の對抗要件が差押えの前に具備されている本件のような場合には抵当権者は物上代位を主張できない、とし、この結論を基礎づけるために、民法三〇四条の「払渡」に譲渡が含まれるという法的構成を採用する⁽¹⁷⁾。

(4) 佐久間弘道氏の見解

佐久間氏は、物上代位が担保権の価値権たる性質から当然に導かれるものである、と主張し、これを理由として物上代位の對抗要件を抵当権設定登記と見る。すなわち「担保権は、担保物の変形物ないし代償物の上にも当然に及んでおり、したがって、登記によつて公示された抵当権の優先権は、代位物に対しても、従来の順位のまままで及んでいると解すべきである⁽¹⁸⁾」という。しかし他方で、民法三〇四条において要求される差押えは、既に登記によつて公示されている優先権を確定させるための手続要件であり、「払渡又ハ引渡」前に抵当権者が差押えをすることによつて登記による優先権を機能させることができる、とする⁽¹⁹⁾。そして、このような差押えが要求されるのは、代位物の特定性を維持するとともに、優先権を保全して第三者が不測の損害を被らないようにするためであるから、「払渡又ハ引渡」には、代位物が特定性を失つて債務者の一般財産に混入する場合のほか、特定性を失うことはないものの債務者の財産から逸出する場合も該当し、将来債権の譲渡もこの中に含まれることになる、と主張する⁽²⁰⁾。

それゆえ、佐久間説によれば、債権譲渡がなされれば、もはや当該債権について物上代位を主張できなくなるが、例外的に、債権譲渡が抵当権者に損害を及ぼす場合には、民法三九五条但書を類推適用して、抵当権者は債権譲渡の無効を主張して物上代位による差押えをできる、という⁽²¹⁾。

3 まとめと試論

多くの評者も指摘するように、本判決の理由付けには問題が多く、私もこれを支持することができない。ただ、賃料債権への物上代位を認める最高裁判例の存在を前提にこの問題を検討する場合には、未発生の賃料債権に関して物上代位を認めた結論は穩当と思われる。というのは、仮にこれについて物上代位の余地を否定してしまうと、差押え前に包括的債権譲渡行為がなされた場合には、抵当権者は一切賃料ついて権利主張できなくなるおそれがあり、物上代位を認めた意義がほとんど喪失してしまうからである。

そこで、物上代位を認めつつ本判決とは異なる理由付けを試みる秦教授や小林弁護士の見解が注目されるが、これらの理由付けにも限界があると思われる。というのは、道垣内助教授が指摘するように、抵当権設定登記を物上代位権の對抗要件とする場合、何故第三債務者による払渡等が差押え前に可能になるのかが問題となるが、この点に関する説明が十分ではないからである。秦説は差押えの意義を第三債務者の二重弁済の危険の防止に求めているけれども、債権譲受人の危険を考慮する必要はないのだろうか。この点につき、秦教授は、債権を譲り受けようとする者はもともとその債権の内容をあらかじめ十分調査すべきであり、そうすれば目的債権が物上代位の対象になっているかどうかを容易に知り得る、とも述べているが、そのように断定できるかは疑問である。その意味で、差押えを物上代位の公示として位置付け、債権譲渡後の差押えによる物上代位の主張を否定する道垣内助教授の見解は明快である。本来、賃料債権は所有者たる抵当権設定者の使用・収益権能から派生するものであり、設定者の使用・収益権能を実効的にするために、賃料債権の処分の自由も必要である。しかし、それにもかかわらず、私は次に述べる理由から、差押えの後に発生すべき賃料債権についての物上代位を認めるべきである、と考える。

抵当権は非占有担保であり、目的不動産の所有者の使用・収益権能を奪わないといつても、このことは抵当権の実行前においてしか妥当しない。競売すなわち担保の実行がなされれば、設定者は目的物の所有権を喪失し、使用・収益権能も喪失することになる。この際、抵当権者は目的物の換価によって優先弁済を受けることになるが、民事執行法は、抵当権の実行における目的物換価の方法として競売のみを導入しているので、現行法では売却だけが抵当権の実行における換価として考えられている。しかし、競売が設定者の所有権も奪い得るものである以上、抵当権は目的物の換価のためには所有権に内在するあらゆる権能に干渉し得るはずであり、本来、そのような換価権が抵当権に内在しているというべきではないだろうか。⁽²³⁾ それゆえ、抵当権は換価のために目的物の使用・収益関係にも干渉できる効力を潜在的に有しているのであり、この点についても抵当権設定登記によって対抗力が具備されていることになる。ただし、この効力は抵当権の実行時点にはじめて現実化するため、実行前には所有者たる設定者が目的物を自由に賃貸することができるのである。

したがって、民法三七二条、三〇四条が質料債権への物上代位を認めるのも、このような抵当権の効力を根拠とするものではないだろうか。⁽²⁴⁾ すなわち、ここでの質料債権は抵当権に基づく換価行為によって発生するものではなく、所有者による賃貸借契約を介して生じるものであり、かつ有体物でないため、直ちに抵当権の客体となり得ないが、抵当権の効力が目的物の使用・収益にも干渉し得ることから、特別に法律が当該質料債権にも抵当権の効力が及ぶことにしたといえる。⁽²⁵⁾ また、質料債権への効力も抵当権の本来的効力を根拠とするものであるから、その公示ないし對抗要件は抵当権設定登記になる、と解すべきである。これに対し、差押えの前に「払渡又ハ引渡」がなされた場合に物上代位を否定している点は、実行前には抵当権の使用・収益に対する効力が発動しないことから導かれる、という

べきである。すなわち、ここでの差押えはまさに抵当権の質料に対する実行を意味し、「払渡又ハ引渡」は所有者が使用・収益権能を行使した結果を意味する。抵当権の実行としては競売のための不動産差押えだけが想定され、物上代位における質料債権の差押えはこれとは区別される傾向が強いが、後者を抵当権の実行から除外する理由はなく、むしろ、この差押えも目的物の使用・収益に関する抵当権の実行として位置付けられるべきである。それゆえ、既に発生した債権の譲渡も「払渡又ハ引渡」に含まれ、差押え前に債権譲渡の對抗要件が具備された場合には抵当権者は物上代位を主張できない、と解すべきである。債権譲渡も設定者の使用・収益権能の行使に該当するからである。しかし、差押え後に発生する質料債権の譲渡については別異に考える必要がある。このような債権は、抵当権の実行後の使用の対価をなすから、抵当権の効力に確定的に服するべきものである。したがって、これらについては差押えによって抵当権の効力が現実化し、債権譲渡との優劣関係は、抵当権の對抗要件たる設定登記の時点と債権譲渡の對抗要件が具備された時点の前後によって決定すべきではないだろうか。とすると、質料債権の譲渡が三〇四条の「払渡又ハ引渡」に該当するのは、実際に債権が発生し、債権譲渡の効果も発生した場合に限定されることになる。

ただ、このような解釈論も抵当権の効力に関する筆者自身の見解を前提にするものにすぎず、⁽¹⁾ 試論の域を越えるものではない。⁽²⁾ しかし、最高裁判例が質料債権に関して一般に物上代位を許容していることは、抵当権の使用・収益に対する効力を認めるものにほかならない。それゆえ、このような最高裁の見解を前提にする場合、⁽³⁾ 抵当権者の差押えの後に発生する質料債権に関して物上代位を認めるといふ本判決の結論は妥当である。ただ、その根拠は、三〇四条一項但書の差押えが抵当権の実行であり、この後に発生する質料債権には抵当権の効力が現実化する、という点にあるといふべきである。⁽⁴⁾

二 b 判決について

本判決も、a 判決の場合とほぼ同じケースにおいて同様の結論を導いているが、ただ、将来債権の譲渡の對抗要件の効力は通知到達時点に生じると明言し、この点においては a 判決のような問題がない⁽³⁴⁾。他方で、本判決は抵当権設定登記が物上代位の對抗要件になるとしており、この考えは、前掲東京高裁平成六年三月三〇日判決の考えと等しい。しかし、この場合には、物上代位の對抗要件が具備されているにもかかわらず、差押えが要求されていることの意味は何なのか問われることになる。

この点につき、本判決は、差押えの意義が、目的債権の特定性の維持と第三債務者の二重払い等第三者の不測の損害の防止にあると見たうえで、「払渡又ハ引渡」には弁済およびこれと同視できる処分のみが該当する、とし、この点を将来債権の譲渡が直ちに「払渡又ハ引渡」に該当しない根拠にしている⁽³⁵⁾。差押えの意義を第三債務者の不測の損害の防止に求める点は、前掲東京高裁平成六年三月三〇日判決と共通している。

このように、本判決では、なぜ差押えが必要になるのか、さらに、なぜ未発生の賃料債権が「払渡又ハ引渡」に該当しないのか、について詳細な説明がなされている。確かに、差押えに二重払いの危険を防止する機能を認めることはできるし、未発生⁽³⁶⁾の賃料債権においては二重払いの危険は少ないともいえるだろう。しかし、物上代位が抵当権設定登記によって公示されるにもかかわらず、第三者の不測の損害を問題として差押えを要求するという主張は一貫性に欠ける。また、第三者の不測の損害を考慮する必要があるというならば、将来債権譲受人の不測の損害の危険性も考慮しなければならぬはずである⁽³⁶⁾。それにもかかわらず、本判決が将来債権の譲渡を「払渡又ハ引渡」に包含させないのは、本判決も認めているように、登記による對抗要件の具備が無意味になりかねないからであろう。このこと

は、抵当権設定登記によつて對抗要件が具備されるとしつつ、差押えの意義を第三者の不測の損害の防止に求める見解に内在する矛盾を表すものにほかならない。したがつて、登記を對抗要件と見る場合、差押えの要請を第三者の損害の防止という目的によつて説明するのには限界があるのではないか。

したがつて、本件でも抵当権設定登記が債権譲渡の對抗要件より先に具備されているので、未発生の賃料債権に対して物上代位を認めるといふ結論は妥当であるが、その根拠はやはり、前述のような抵当権の効力の特質にあるといふべきである。

三 c 判決について

a b 判決に対し、c 判決は反対の結論をとつている。差押えより先に債権譲渡の對抗要件が具備された場合に物上代位を否定するという考え方は、前述の道垣内助教教授の見解に近い。確かに、最高裁判決は、動産売買先取特権の物上代位に関して、差押えの意義が第三者の不測の損害防止にあるとして、債権譲渡がなされた後には物上代位を否定する考えを示している点に鑑みれば、このような考え方は明快ではある。

しかし、未発生 of 賃料債権への物上代位の問題は、動産売買先取特権の転売債権への物上代位とは區別されるべきである。賃料債権への物上代位の問題は、抵当権が目的不動産の使用・収益に対していかなる効力を及ぼすものなのか、という観点から検討されるべきである。抵当権は、実行前には使用・収益には干渉し得ないが、実行段階においてはこれにも効力を確定的に及ぼすのである。かかる観点からは、差押えの前に債権譲渡の對抗要件が具備されていても、抵当権設定登記がこれよりも先に具備されている場合には、差押え後に発生する賃料債権については抵当権者

に優先権が与えられるべきである。

それゆえ、私は本判決の結論と理由付けの双方に賛成できない。本判決は、債権譲渡の優先効の主張が権利濫用と判断される可能性を認めているが⁽⁸⁷⁾、むしろ、差押え後に発生する質料債権については原則として抵当権者に優先権が与えられるべきである。

(7) 角紀代恵「民法判例レビュー」54(担保)「判例タイムズ九一八号(平成八年)四一頁以下、同「判例批評」私法判例リマークス14(平成九年)三二頁以下、北秀昭「抵当権者の質料債権に対する物上代位——他の第三者との関係と物上代位権行使の限界」ジュリスト一〇九九号(平成八年)一二二頁以下、小林明彦「将来の質料債権の包括譲渡と物上代位に基づく差押えの優劣」金融法務事情一四五六号(平成八年)六頁以下、佐久間弘道「質料債権の包括的譲渡と物上代位による差押えとの優劣」銀行法務21五三〇号(平成九年)四頁以下、道垣内弘人「質料債権に対する物上代位と質料債権の譲渡」銀行法務21五二二号(平成八年)九頁以下、秦光昭「将来債権の譲渡と抵当権に基づく物上代位との優劣」金融法務事情一四五五号(平成八年)四頁以下、吉田光碩「将来の質料債権の包括譲渡の後になされた抵当権に基づく物上代位の効力」判例タイムズ九一六号(平成八年)二四頁以下など。「五十音順」

(8) 秦・前掲注(7)五頁、吉田・前掲注(7)二六頁。また、道垣内・前掲注(7)一四頁、佐久間・前掲注(7)一二頁もほぼ同旨と思われる。

この点については、既に高木教授が、二重譲渡の場合の優劣問題を考慮しつつ、将来の債権譲渡の對抗要件は通知到達あるいは承諾の時に発生するという見解を示している(高木多喜男「集合債権譲渡担保の有効性と對抗要件(下)」NBL二三五号(昭和五六年)二三頁以下)。

(9) 秦・前掲注(7)五頁。

将来の質料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

- (10) 秦・前掲注(7)五頁。なお、秦教授の見解については、秦「抵当権に基づく物上代位権を巡る最近の判例と今後の課題」白鷗法学六号(平成八年)七七頁以下も参照。
- (11) 小林・前掲注(7)七頁。
- (12) 小林・前掲注(7)七頁。
- (13) 小林・前掲注(7)八、九頁。
- (14) 小林・前掲注(7)九、一〇頁。
- (15) この点については、道垣内弘人「判例批評」民商法雑誌一〇二巻五号(平成二年)五八七頁以下を参照されたい。道垣内助教が賃料への物上代位を否定する理由は、主として抵当不動産の第三取得者の利益の保護にある。
- (16) 道垣内・前掲注(7)一二、一三頁。
- (17) 道垣内・前掲注(7)一五頁。
- (18) 佐久間・前掲注(7)八頁。
- (19) 佐久間・前掲注(7)九頁。
- (20) 佐久間・前掲注(7)一〇、一一頁。
- (21) 佐久間・前掲注(7)一一頁。
- (22) 差押え前に債権譲渡の對抗要件が具備された場合には物上代位を否定する道垣内助教も、この問題を考慮している(道垣内・前掲注(7)一〇頁参照)。
- (23) 秦・前掲注(10)白鷗法学六号九六頁。なお、民法三〇四条一項但書が要求している差押えの意義を第三債務者の二重弁済の危険の防止にのみ求める見解は、主として保険請求権への物上代位に関して、既に清原教授によつて主張されていた(清原泰司「抵当権の物上代位性をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎・林良平編代『担保法大系第一巻』(金融財政事情研究会、昭和五九年)三三八頁以下)。

(24) 抵当権のような担保権に換価権が内在するか否かという点については、周知のように議論があり、換価権の存在を否定する見解の例としては生熊教授の説を挙げることができる(生熊長幸「執行権と換価権—担保権の実行としての競売をめぐる—」岡山大学創立三十周年記念『法学と政治学の現代的展開』(有斐閣、昭和五七年)二六三頁以下)。生熊教授は、現行民事執行法が担保権の実行を強制執行手続の一つとして構成しているとして、担保権には私的な換価権はなく、競売申立権しか存在しない、という見解を展開している(同書二八五—二八七頁)。

しかし、抵当権者が優先弁済をうけることができるということは、目的物を換価する実体法上の権能が抵当権に内在することから派生するものではないだろうか。目的物の換価が一種の強制執行手続によってなされなければならないとしても、そのことは直ちに実体法上の換価権の否定にはつながらないだろう(なお、中野貞一郎「担保執行の基礎」民商法雑誌九三巻臨時増刊号)②)『創刊五十周年記念論集II・特別法からみた民法』(昭和六一年)二〇八頁以下、二二一頁参照)。このことは、担保権の実行についても強制執行手続が整備されているドイツにおいてさえ、抵当権のような担保権を換価権(Verwertungsrecht)として捉える見解が支配的になっていくことから裏づけられる。Vgl. Martin Wolff/Ludwig Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, §131 I; Harry Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, §94 II 3; Baur/Rolf Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992, §36 II 2a); Staudinger/Franz Scherübl, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1981, Einl. zu §811 III ff., Rdn. 24.

(25) このように考える場合、抵当権は実行段階においては目的物の占有関係に干渉し得ることになるので、たとえば、抵当権に基づく不法占拠者に対する明渡請求権を認める余地も生じる。したがって、最高裁平成三年三月二二日判決(民集四五巻三号二六八頁)が抵当権が非占有担保である点を理由としてこれを否定したことには疑問が残る。

(26) なお、抵当権設定登記がなされる前に、目的不動産に関して賃貸借契約が締結され、かつその對抗要件が具備されている場合には、抵当権は賃借権に劣後するため、抵当権者も賃借人の使用・収益を干渉することはできなくなる。そこで、この点が賃料債権への物上代位を認めることの障害になるかどうか問題となり、実際、伊藤眞教授は、このような場合

将来の賃料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

の物上代位を否定する解釈論を提示している（伊藤眞「質料債権に対する抵当権者の物上代位（上）（下）」金融法務事情一
二五一号六頁以下、一二五二号一二頁以下（平成二年））。伊藤教授は、その根拠として、賃貸借が抵当権設定に先行して
いる場合、抵当権は賃借権の負担のついた不動産を目的としている点を指摘する。

しかし、抵当権が賃借権に劣後するとしても、抵当権は目的物の所有者の使用・収益権能に干渉し得る点には変わりがない。なぜなら、抵当権の権能は賃借人に対する関係でしか制限されないからである。とすれば、所有者の使用・収益権能から派生する質料債権について物上代位を認めることはできるはずである。

(27) なお、伝統的見解（大審院大正二年六月二日判決・民録一九輯四八一頁、我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』（岩波書店、昭和四三年）二七五頁、柚木馨¹¹高木多喜男『担保物権法（第三版）』（法律学全集19）』（有斐閣、昭和五七年）二六二頁）が、民法三七一条の果実には法定果実は含まれないという立場をとっているのに対し、近時では、民法三七一条の果実に法定果実も含まれるとする見解が多数になってきているけれども（鈴木祿弥・後掲注（28）二〇〇頁、川井健『担保物権法（現代法律学全集7）』（青林書院、昭和五〇年）五四頁、道垣内弘人『担保物権法』（三省堂、平成二年）一一六頁）¹²一七頁、椿寿夫編『現代民法講義3・担保物権法』（法律文化社、平成三年）六一頁（吉田眞澄執筆）、近江幸治『担保物権法（新版）』（弘文堂、平成四年）一四〇頁など）、結論において私は前者を支持する。三七一条は抵当権の効力に関する三七〇条の例外を定めた条文であり、その射程は有体物にしか及ばない、というのが素直であろう（最近でも、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（東京大学出版会、平成八年）三七四頁が私見と同じ結論をとる。）。もともと、民法起草者の一人である梅謙次郎博士も同様の見解をとっている（『法典調査会・民法議事速記録』二巻、『商事法務研究会編』八一九〜八二〇頁（梅謙次郎）参照）。

(28) たとえば、鈴木祿弥教授は、法定果実にも民法三七一条が適用されるという見解をとり、これによって抵当権実行後
にのみ質料債権への物上代位を容認する解釈論を展開しているが（鈴木祿弥『物権法講義〔四訂版〕』（創文社、平成六年）
二〇〇、二〇六頁）、ここで教授が考えている抵当権の実行とは、競売のための抵当不動産の差押えであることは明らかで

ある。また、近江・前掲注(27)一四〇頁など。

(29) だから、差押えのためには被担保債権につき債務不履行が生じていることが当然必要である。この点については、鎌田・前掲注(3)四〇頁、荒木新五「抵当権者による質料債権に対する物上代位」金融法務事情一三七八号(平成六年)九一頁以下、九三頁参照。

(30) この点で、前述の佐久間説が、物上代位権は抵当権設定登記によって公示されるとしつつ、債権譲渡も「払渡又ハ引渡」に該当するとしている点には賛成できる。

(31) なお、私見に対しては、現行の民事執行法は抵当権の実行における強制管理を導入していないので、抵当権の使用・収益に対する効力に対して手続法が否定的立場をとっているという批判も考えられる。しかし、民事執行法一九三条が定める手続がまさに抵当権の使用・収益に対する実行の手続に該当すると見るべきなのである。

(32) 抵当権の効力ないし本質に関する詳細な検討は、別の機会に譲りたい。

(33) この場合、債権譲渡の對抗要件は差押えの前に具備されているが、差押えによって所有者の使用・収益権能、およびこれに含まれる質料債権の処分権は奪われることになるから、差押え後に発生する債権の譲渡の効力は抵当権者との関係で生じない、と解すべきである。

(34) これに対し、原審(東京地裁平成八年九月二〇日判決、判例時報一五八三号七三頁)は、債権譲渡の對抗要件の効力と差押えの効力が債権発生時に生じると判断していた。

(35) この見解は、古賀Ⅱ今井・前掲注(5)論文において既に展開されている。

(36) だからこそ、動産売買先取特権の物上代位に関する前掲最高裁昭和五九・六〇年判決は、「払渡又ハ引渡」に債権譲渡が該当するという判断を示していたといえる。

(37) なお、堀龍兒氏は、将来債権の譲渡担保の実務における有用性の観点から、b判例の原審判決が差押え後に発生する質料債権について物上代位を一般的に認める結論を採用した点に憂慮を示し、c判決に近い見解を主張している(堀龍兒

将来の質料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

「民法判例レビュー」56（担保）判例タイムズ九三三三号（平成九年）五八頁以下、六五頁）。

しかし、実務における有用性という観点からは、物上代位の有用性も見過ごせず、将来債権の譲渡を優先させる原則を採用することが妥当であるとはいいい切れない。

V むすび

抵当権の質料債権に対する物上代位に関しては、やはり、抵当権の本来的効力に関する解釈が大きな意味を有している。抵当権は目的物の使用・収益にも干渉する効力を潜在的に有しているのであり、これとの関連で民法三七二条、三〇四条における差押えの意義を理解する必要がある、というのが筆者の考えの骨子である。⁽³⁸⁾したがって、この考えが妥当するのはあくまで質料についてであり、質料債権以外の権利への物上代位については、これとは別個の考察が必要であろう。⁽³⁹⁾

本稿で扱った判決のうちb判決は確定したが、a c判決に対しては上告がなされたようである。抵当権の質料債権に対する物上代位と包括的債権譲渡の優劣という実務上も大きな意味を有する問題に関して、最高裁がどのような判断を示すのかを注目したい。

(38) ドイツ民法一一二三条は、抵当権の効力は目的物についての使用質貸借および利益質貸借の質料債権にも及ぶとしてつ(一項)、抵当権者のための差押え(Beschlagnahme)の前に支払期から一年経過することによって質料債権は抵当権の

拘束から免れる、と規定している(二項)。さらに、同一一二四条一項は、抵当権者のための差押えの前に質料の取立てや質料債権の処分がなされた場合、これらは抵当権者に対して効力を有する(処分が第三者への債権の譲渡である場合には、抵当権の負担は消滅し、第三者が債権の上に権利を取得した場合には、その権利は抵当権に優先する)、と規定しているが、同時に、同条二項は、差押時に進行中の月より後の期間分の質料債権の処分は抵当権者に対する関係で無効となる、とす(ただし、差押えが月の一五日より後に生じたならば、翌月分の質料の処分は有効となる)。

ドイツ民法一二四条の趣旨は、所有者の抵当不動産の経済的利用を確保しつつ、所有者による質料のあらかじめの処分によって抵当権者が害されることを防止する点にあるとされている(Vgl. Dieter Eickmann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl., 1986, §1124, Rdn. 1-2; Soergel/Horst Konzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 6, 12. Aufl., 1989, §1124, Rdn. 2; Westermann, a. a. O., §99 I 2b); Baur/Stürner, a. a. O., §39 V 3b.)。本文で展開した私見は、このドイツ民法の立場に極めて近い。

(39) 福岡高裁宮崎支部昭和三二年八月三〇日判決(下民集八巻八号一六一九頁)は、抵当不動産に関する将来の火災保険金請求権に質権が設定され、その對抗要件が具備された場合には、抵当権設定登記が質権設定の對抗要件が具備される前になされていても、差押えがこれより後になる限り、抵当権者は保険金請求権に対して物上代位を主張できない、としており、質料の物上代位に関する私見とは反対の結論をとっている。この結論の当否については、本文に述べたような意味で、別個の考察が必要である。

〔付記〕本稿は、法と手続研究会(佐藤彰一立教大学法学部教授・代表)における筆者の報告(平成九年五月一〇日、立教大学)をもとにしたものである。研究会においては出席者の方々に貴重なご意見を多く賜った。ここに謝意を表す次第である。

また、脱稿後に、清原泰司「物上代位の法理—金融担保法の一断面—」(民事法研究会、平成九年)、市川尚「質料債権将来の質料債権の包括的譲渡と抵当権における物上代位の衝突

に対する物上代位と質料債権の譲渡との優劣——東京高裁平成九年二月二〇日判決——」銀行法務21五三五号（平成九年）四頁以下、田原睦夫「将来の質料債権の譲渡と抵当権の物上代位——大阪高判平7・12・6、東京高判平9・2・20をめぐって」金融法務事情一四八四号（平成九年）一七頁以下に接した。