抵当権の物上代位に基づく賃料債権の差押え

古　積　健三郎

日　次

序　説
第一章　賃料債権への物上代位と差押えの意義
一　第三債務者保護説の問題
二　賃料債権への物上代位と差押えの特質
第二章　差押えと相殺の関係
一　一般の融資債権が自働債権とされる場合
二　保証金・敷金返還請求権が自働債権とされる場合
結　語

序説

一　周知のように、バブル経済の崩壊にともない債権回収のための抵当権の実行が頻発し、その際、抵当不動産の賃料債権への物上代位の主張がなされるケースが急増した。ところが、賃貸人たる抵当権設定者が抵当権者によって賃料債権が差し押さえられる前に賃料債権をあらかじめ包括的に譲渡するという行為が横行し、かかる債権譲渡と抵当権に基づく賃料債権への物上代位の優劣関係を扱った下級審判例がいくつか現れ、これをめぐって活発な議論がなされた。[1] そして、この問題について、近時最高裁は、抵当権設定登記によって賃料への効力について公示が具備されることを根拠に、抵当権が優先するという判断を示した（最高裁平成一〇年一月三〇日第二小法廷判決・民集五二巻一号一頁）。当判決は次のように述べる。

「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、㈠　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、㈡　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、㈢　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、㈣　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。」

この判例の事案では、抵当権者による差押えの後に支払期が到来する賃料債権についての優劣関係が問題となって

いたが、判決の抽象論によれば、差押えの段階で既に支払期が到来していた賃料債権であっても、それが弁済されていない限り、これを差し押さえることによって抵当権は債権譲渡に優先するということになる。包括的債権譲渡が、抵当権者の債権回収を妨害する手段として使われていることが多い点に鑑みると、判決のような見解は債権回収実務上好意的にうけとめられるように思われる。本判決の評釈にもこれを支持するものが少なくない。[2]

二　しかし、一般論としてこの問題を検討する場合には、最高裁のように賃料に対する効力を広範に容認することには疑問が残る。抵当権は設定者に目的物の使用・収益権能が留保される非占有担保であるという点が、この判例によればほとんど形骸化されないだろうか。かつて、最高裁は、賃料債権への物上代位を肯定した際に、その根拠の一つとしてこれを認めても設定者自身による目的物の使用を妨げないという点を挙げていたが（最判平成元年一〇月二七日・民集四三巻九号一〇七〇頁）、これが本判決の考え方に影響を与えているように思われる。[3] しかし、目的物からの収益方法としては、自身による使用よりもこれを第三者に賃貸して対価を収受することが簡易である点に鑑みれば、第三債務者による弁済のない限り差押え前に支払期の到来した賃料をも抵当権者が取り立てることができるとすると、[1] 設定者に与えられた使用・収益権能は極めて限定化されるのではないか。実務上はあまりないことかもしれないが、たとえば、抵当権設定者が既に支払期が到来した賃料債権の弁済を受けずに有償で第三者に譲渡したとしよう。そして、その支払がなされないでいる間に抵当権者によって当該債権が差し押さえられたとしたら、これは債権譲渡に優先するので、結局譲受人は有効に債権を取得できないこととなり、それは債権譲渡人の契約責任の問題にも繋がる。このことは、設定者が賃料債権を譲渡することに対して萎縮的効果を与えることになるだろうが、これでは設定者の使用・収益権能は実効的とはいえない。自分自身で賃料を収受することと、対価と引換にこれを譲渡することは、

彼にとっての経済的効果の面でほとんど異ならないからである。

このように債権譲渡と弁済の間に大きな差異が生じるのは、結局、最高裁が民法三七二条が準用する民法三〇四条一項但書の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るからである。賃料債権に対する物上代位におけ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求める見解は、本判決が出る前に既に一部の学説によって有力に主張されていたが、[5] 本判決の直後、最高裁の第三小法廷も同様の見解をとるに至り（最判平成一〇年二月一〇日・判例時報一六二八号三頁）、この問題に関する判例の見解は確定されたといえる。しかし、このような見解は本当に正当なのであろうか。

三　他方で、これらの最高裁判決と前後して、賃料債権への物上代位に関わる新たな問題が表面化している。それは、抵当権者による賃料債権の差押えの前に、抵当不動産の賃借人が、抵当権設定者たる賃貸人に対して債権を有し、これを自働債権とする賃料債権との相殺の合意ないしは予約をしたときに、賃料債権に関して抵当権の物上代位と相殺のどちらが優先的効力を有するのか、という問題である。最近、この問題を扱う下級審判例が現れている。

仮に、相殺が弁済と同様に民法三〇四条一項但書にいう「払渡又ハ引渡」に該当することになると、賃料債権が差押えの後に支払期の到来するものであっても、賃料債権の支払期を問わず弁済が物上代位に優先するという最高裁の見解によれば、あらかじめ相殺の合意をしておけば、相殺の効力が物上代位に優先することになろう。これに対して、相殺が債権譲渡と同様に「払渡又ハ引渡」に該当しないとすれば、最高裁の見解では、常に物上代位が相殺に優先することになりそうである。したがって、この点の判断次第で相殺の効力が大きく左右されることになるが、はたしてこれは妥当であろうか。というのは、相殺は、債権の消滅原因になっている点では弁済に類似するが、その担保的機

能に鑑みると、担保のための債権譲渡にも機能的に類似するという点で、いわば二面的性質を有するからである。したがって、この問題に関しては、最高裁のように三〇四条一項但書の差押えの趣旨を第三債務者の保護として位置付け、債権譲渡はこの規定の射程に一切入らないという考え方の妥当性が改めて問われることになりそうである。

四　そこで本稿においては、抵当権の賃料債権に対する物上代位における、民法三七二条が準用する民法三〇四条一項但書の差押えの意義について論じることにする。[6] 以下においてはまず、差押えの意義を第三債務者の保護として位置付ける見解（以下ではこれを「第三債務者保護説」という）をとりあげ、その問題性を指摘し、賃料債権への物上代位においては差押えの意義はいかに解されるべきかを明らかにしたい。そして、これと関連する各論的問題として、最近現れた二つの下級審判例を中心に、相殺の合意ないし予約と物上代位の優劣の問題に対して検討を加える。これによって第三債務者保護説に内在する問題がより鮮明になると思われるからである。

注

（1）　この点についてはさしあたり、松岡久和「物上代位の成否と限界（1）～（3）」金融法務事情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（平成一〇年）参照。

（2）　清原泰司「判例批評」判例評論四七五号（平成一〇年）二一六頁以下、田高寛貴「判例批評」法学教室二一五号（平成一〇年）一〇六頁以下。

（3）　伊藤教授は、最高裁平成元年判決が賃料債権に対する物上代位を一般的に認めていたことから、包括的債権譲渡との関係について最高裁がこのような考え方を示すのは一貫したものである、という（伊藤進「包括賃料債権譲渡後の抵当権に基づく物上代位権の行使」NBL六三七号（平成一〇年）八頁以下）。

（4）なお、本判決は、賃料債権の支払期を単に債権の弁済期として位置付けており、この考え方によれば、支払期の到来していない賃料債権は、既に発生しているが期限が到来していないものとなりそうである。しかし、賃料は月々の使用の対価としての性質を有するので、このような位置付けがはたして妥当なものか否かは一つの問題である。

（5）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、同「物上代位における『払渡』前の差押えの意義」金融法務事情一四六六号（平成八年）六頁以下、同「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、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）など。

（6）物上代位全般に関して、民法三〇四条の差押えの意義を論じた最近の研究としては、山本克己「債権執行・破産・会社更生における物上代位権者の地位（1）～（4）・完」金融法務事情一四五五号三四頁以下、一四五六号二三頁以下、一四五七号二九頁以下、一四五八号一〇五頁以下（平成八年）、同「物上代位権の『保全』のための差押えと物上代位権を被保全権利とする保全処分」米田實先生古稀記念『現代金融取引法の諸問題』（民事法研究会、平成八年）一〇三頁以下がある。これに対して、本稿は賃料債権への物上代位における差押えの意義に焦点を絞って議論を展開するものである。

第一章　賃料債権への物上代位と差押えの意義

一　第三債務者保護説の問題

1　清原教授の見解

抵当権の賃料債権に対する物上代位において、差押えを第三債務者の保護のためのものとして理解する見解は、近

時、秦教授や清原教授によって主張されていた。[7]

とりわけ、清原教授は、従来から、物上代位制度の沿革などを分析したうえで、民法三〇四条一項但書の差押えは第三債務者の保護以外の何らの意味を持つものではない、と一貫した主張を続けている。[8]そこで、ここでは清原教授の見解をとりあげることにする。教授の見解を要約すれば、だいたい以下のようになる。

現行民法三〇四条は、ボアソナード民法草案一六三八条[9]に起源を有し、旧民法債権担保編一三三条を経たものであるが、[10]イタリア旧民法一九五一条[11]を母法とするボアソナード草案は、まず同条一項において、損害賠償請求権ないし保険金請求権に対する先取特権の物上代位を規定し、同条二項においてこれを売却と賃貸の対価に準用していた。そして、同条一項には「但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ適正ノ方式ニ従ヒ弁済ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ要ス」という但書が付いていたが、ボアソナードは、この但書に関して、第三債務者の二重弁済の危険の防止を目的とするという説明をしていた。そして、この但書の「異議」が、旧民法債権担保編一三三条一項但書の「差押」、さらには現行民法三〇四条一項但書の「差押」に受け継がれたのだが、このような沿革に鑑みれば、民法三〇四条一項但書の趣旨は、第三債務者の二重弁済の危険防止を目的とする、第三債務者保護の規定と解さなければならない。[12]また、このことは、保険金請求権に対する抵当権の物上代位に関するドイツ民法一一二八条一項の規定にも相応する。なぜなら、同条同項は第三債務者の二重弁済の危険の防止措置を規律するものだからである。[13]

そして、三〇四条一項但書にいう差押えの意義は、物上代位は担保物権の価値権性から認められるのか、あるいは法律が特別に認めた特権であるのか、という本質論とは関連性がないものとして理解すべきである。すなわち、三〇四条一項の本文は抵当権の効力が保険金請求権等に及ぶことを明らかにするものであるのに対し、但書は第三債務者

の保護を規定するものというべきである。[14]

清原教授の立論は、主として保険金請求権に対する物上代位に関してのものであるが、教授は、このことが賃料債権に対する物上代位についても妥当する旨表明される。[15]

2　検　討

確かに、教授の紹介する物上代位の制度の沿革に鑑みれば、差押えの意義を第三債務者の保護として位置付けるべきかと思われる。既に谷口教授や吉野公証人によって、差押えの意義はもともと主に第三債務者を保護するためのものであったことは明らかにされている。[16] この際、いわゆる物上代位の本質論によっては差押えの意義が十分解明されないことも示唆されていたし、[17] その後の鎌田教授の研究によっても、かかる本質論が必然的に差押えの意義を左右するものではないことが示されている。[18] しかし、清原教授のような解釈論には、保険金請求権や損害賠償請求権に対する物上代位に関してはともかく、抵当権の賃料債権に対する物上代位に関しては賛成することができない。その理由は次のとおりである。

まず、清原教授が自説の根拠とされる物上代位制度の沿革は、イタリア旧民法一九五一条からわかるように、元来保険金請求権を中心にして展開されたものである。確かに、その後のボアソナード草案一六三八条と旧民法債権担保編一三三条においては物上代位の対象が拡大されているが、これらは先取特権に関する規定にすぎない。教授も指摘しているように、[19] 抵当権の賃料債権に対する物上代位は現行民法制定の際に新たに付け加えられたのであって、それまで存しなかったものである。したがって、これについてもそれまで論じられていたことが必然的に妥当するとはいえない。[20] しかも、現行法の条文では抵当権の賃料債権に対する物上代位も他と一括して規定されているが、その内容

については制定過程でほとんど議論がなされていないのである。[21] このように起草者の意思が不明確な問題に関しては、むしろ、問題となる権利の性質を考慮したうえでの客観的解釈という観点が重要視されるだろう。とすると、この問題については、抵当権ないし賃料の性質に則した別個の議論が必要となるのではないか。

しかも、このように代位の対象に応じて個別に議論するという手法は、教授が援用するドイツ法の構造にも相応する。ドイツ民法は、抵当権の賃料債権に対する効力については、一一二三条、一一二四条で規定している。それによると、抵当権の設定ないし登記によって抵当権の効力は賃料債権にも及ぶことになるが、抵当権者のための差押え（Beschlagnahme）の前に賃料債権が処分された場合には、その処分は抵当権者との関係でも効力を有することになり、ただ、差押えの後に支払期が到来する賃料債権が事前に処分されたならば、一部の例外を除いてそのような処分は抵当権者との関係で効力を有しないことになる。[22] これらの規定は、主に、抵当不動産の所有者の収益、経営の自由と抵当権者の利益を調整するものと位置付けられているが、[23] これは、抵当権は差押えすなわちその実行までには所有者の収益権能を奪わないという点を表現するものだろう。したがって、ドイツ法では、賃料債権への抵当権の効力の問題については、抵当権の実行としての差押えが抵当権設定者の使用・収益権能の限界を定めるものといえる。そこでは、第三債務者の保護のための差押えという観点は出ていない。清原教授が引用される保険金請求権に対する抵当権の効力を規律するドイツ民法一一二八条と、賃料債権に対する効力を規定する一一二四条はその内容を異にしているのである。

二　賃料債権への物上代位と差押えの特質

現行法は、損害賠償請求権、売買代金債権、賃料債権に関して、抵当権の物上代位を一つの条項によって規律している。しかし、そもそも賃料債権に対する抵当権の物上代位に関しては、抵当権の非占有担保性という観点から、明文の規定が存するにもかかわらず、その可否自体が従来から議論の対象となっていたのである。[24] したがって、賃料債権に対する抵当権の効力を容認する場合においても、そこで要求されている「差押」および「払渡又ハ引渡」の意義に関して、他の物上代位と区別して議論するのは決して不自然なことではあるまい。このように物上代位の対象の種類によって個別に差押えの意義を解釈するという手法は、既に鈴木禄弥教授が各国の法制の考察をふまえたうえで採用するところでもある。[25] かかる観点からは、賃料債権への物上代位においては、抵当権の非占有担保性との関係で差押えの意義を理解する必要があるのではないだろうか。そこで、以下では、非占有担保性との関連で賃料債権に対する物上代位を認めるべきか否かについて検討し、これとの関連で差押えの意義を論じることにする。

1　賃料債権への抵当権の効力

抵当権の非占有担保性とは、目的物の使用・収益権能を設定者に留保することを意味する。このことは抵当権の賃料債権に対する効力を一律に否定するものだろうか。筆者はそうではないと考える。

抵当権は、確かに実行前には所有者の使用・収益権能を奪わないものではあるが、実行段階においてはそうではない。実行たる競売によって所有者の使用・収益権能も奪われるからである。したがって、もともと抵当権には目的物の換価・優先弁済のために使用・収益権能にも干渉し得る効力が内在しているというべきであり、それゆえ、現行民法三七二条は、使用・収益権能から生じる賃料債権にも抵当権の効力が及ぶことを認めたのではないだろうか。かか

る実体法上の権能からすれば、抵当権による目的物換価の方法としては売却の他に賃貸（一種の強制管理）も考えられるが、現行民事執行法は抵当権自体による目的物の換価方法としては売却すなわち競売のみを導入するに止まったといえる。その意味で、抵当権による強制管理は認められないものの、賃料債権に対する効力すなわち物上代位自体は容認されるべきである。[26] この際、抵当権者には競売による満足に付加する形でかような権利が与えられることになる。抵当権が目的物の換価・優先弁済のためにその上のすべての権能に干渉し得るものならば、被担保債権の範囲内では売却と賃貸の双方から生じる対価を抵当権者に与えるのがむしろ合理的だからである。[27] そして、これらすべての権能が抵当権に内在するものとして位置付けられる以上、賃料債権に対する効力の対抗要件も抵当権設定登記になると解すべきである。

もちろん、抵当権実行の段階までは設定者に使用・収益権能を認める以上、それまでの使用・収益権能から生じるべき賃料債権については設定者に処分の自由が認められるべきである。かように解することによって、抵当権は実行前には設定者の使用・収益権能を奪わない点を反映している民法三七一条の規定との整合性を保つこともできる。

ところで、賃料債権に対する物上代位の可否については、従来、抵当権が目的物の交換価値を支配する権利であるという価値権利論との関連で議論されていた。しかし、日本における価値権理論は、本来、論者の描く抵当制度の理想像との関連で論じられたものであり、これを現行法における解釈論にそのまま直入することの問題性は既に内田教授によって指摘されている。[28] かかる指摘の正当性は、価値権理論を提唱された我妻博士が、解釈論においてはあえて賃料を交換価値のなし崩し的具体化と位置付けてこれへの物上代位を認めようとする点[29]からも裏づけられる。それゆえ、価値権理論は抵当権の効力に関する具体的解釈論において十分機能するものとはいえない。むしろ、売却代金も

賃料も、目的物に関する権利の対価として生じるものであり、目的物の換価という観点では両者の間には本質的な差異は存しないというべきである。解釈論として賃料債権に対する抵当権の効力を論じる場合には、抵当権に内在する換価権とは優先弁済という目的のために目的物上にいかなる権能を有するのか、といった観点からの議論が重要ではないか。すなわち、価値を中心に据える議論ではなく、目的物上の権能を中心に据えた議論が必要である。抵当権を物権ないし換価権として位置付ける場合には、これは当然のこととともいえる。[30]

近時でも、しばしば、抵当権は目的物の交換価値を基本的に把握するものであるという理解の下で、いわゆる使用ないし収益価値を表す賃料にもその効力を及ぼすことの妥当性が論じられるが、[31] このような交換価値把握という枠組みに依拠する議論によっては、賃料債権に対する抵当権の効力についての議論がかえって不透明になる危険性もある。というのはこうである。論者のいう交換価値とは目的物の処分・売却によって生じる代金を指すものといえるが、[32] かかる代金は目的物の使用によって得られる収益等を考慮したうえでの経済的評価によって定まるものである。したがって、観念的に交換価値、使用ないし収益価値という概念を定立することは可能ではあるが、現実には両者は重なり合って分離できない側面を有するのである。したがって、交換価値と使用・収益価値を分断したうえで、両者を各々独立のものとして比較し、使用・収益価値への抵当権の効力の可否を論じるということには、その出発点において限界があるのである。このことは、論者の一人が、一方で「不動産の賃料には、目的物の増加価値ないし派生価値としての性格が強く、売買代金債権・損害賠償請求権・保険金債権のように、単純に目的物の交換価値に代わるものではない」といいながら、他方で「そもそも使用価値を離れて抽象的に交換価値を観念することができるかどうかが問題であ」るとしている点に如実に現れている。[33][34]

本来、交換価値という概念自体が我国民法においては明文で規定されている概念ではなく、これを解釈論において使用する必然性は存しない。仮に、これが解釈論を展開するうえで有用な道具概念として活かされるならば、これを用いることも一つの選択肢ではある。しかし、これによって逆に各種の解釈論が不鮮明になるならば、もはやこれに固執する必要はないのではないか。[35] それに対して、目的物上の処分権能、使用ないし収益権能は民法自体が予定する概念であり（二〇六条）、これに則って解釈論を展開することは当然に許されると思われる。

2　差押えの意義

右で触れたように、抵当権の賃料債権に対する効力については、目的物上の権能、とりわけ使用・収益権能に対する抵当権の効力のあり方という視点が重要である。そして、これが抵当権の実行の前後によって区別されるものであるならば、賃料債権に対する物上代位において要求される差押えの意義もこれに相応する形で理解するのが適切である。そこで、民法三七二条が準用する三〇四条一項但書の差押えの意義は次のように解されるべきではないだろうか。すなわち、ここでの差押えは抵当権の賃料債権に対する実行（手続）を意味するものであり、[36] その前に支払期が到来している賃料債権は、抵当権の実行前の使用の対価を意味するから、その処分権能は抵当不動産の使用・収益権能を有する所有者に与えられる。そして、「払渡又ハ引渡」は所有者に留保された処分権能の行使に該当するため、その前に賃料債権を差し押さえない限り抵当権の効力は否定されることになる。それゆえ、「払渡又ハ引渡」に弁済が該当するのは当然であるが、設定者に賃料債権の処分権限が存するという観点からは、債権譲渡も弁済と同様に扱う必要がある。[37] ただし、差押え後に支払期が到来する賃料債権についての弁済は、「払渡又ハ引渡」に該当しないと解すべきである。なぜなら、このような賃料債権はあくまで抵当権の実行段階における使用の対価を意味するため、抵当

権の拘束に確定的に服するべきだからである。[38]

要するに、ここでの差押えは、抵当権の賃料債権に対する効力の対抗要件ではないが、賃料債権に対する実行の手続を意味し（よって、これを規律するのは民事執行法一九三条であり、いわゆる保全のための差押え、仮差押えはこれには含まれない）[39]かつ、抵当権の賃料債権に対する効力が現実化し、設定者の処分権能を否定する実体法上の要件に該当する。したがって、抵当権の実行前には効力が現実化しないという点において、法定果実たる賃料に対する効力も天然果実に対する効力とほぼ同じことになる。ただ、天然果実について規定するのは民法三七一条であり、これに対する効力を発生させる要件が不動産差押えとなるのに対し、法定果実たる賃料について規定するのは民法三七二条であり、これに対する効力を現実化させる要件が債権差押えになる、という差異が生じるにすぎない。よって、差押えの前に包括的債権譲渡がなされた場合でも、抵当権設定登記が債権譲渡の対抗要件より先に具備されている限り、差押え後に支払期が到来する賃料債権については、抵当権の効力が債権譲渡に優先することになる。このような考え方は、抵当権の賃料債権に対する実行の手続が担保権の実行としての債権差押えである点を除けば、基本的にドイツ法の規律に相応することになる。[40]

ただ、このように解する場合でも、差押えが第三債務者の二重弁済を防止するという機能自体は認められる。というのは、差押えによってはじめて抵当権設定者の賃料取立権能が否定されるために、第三債務者が権利者を誤認して弁済するということも起こりにくくなるからである。むしろ、差押えにこのような機能が認められるからこそ、これを抵当権の効力が現実化するための要件とすべきなのであろう。というのは、抵当権設定者や第三債務者たる賃借人は抵当権の効力の現実化に直接利害を有しているため、これを認める前提としてそのことを彼らに認識させる措置が

必要となるからである。しかし、このことと第三債務者保護説の考え方は全く異なる。第三債務者保護説は、抵当権の効力は賃料債権に確定的に及んでおり、本来は抵当権設定者は賃料債権について一種の無権限者となるのだが、第三債務者が二重弁済をする危険性があるので、差押えのない限りいわば例外的に彼への弁済を有効にするという理論だからである。[41]

なお、従来より、物上代位における差押えは抵当権者自身によってなされる必要があるか否かが問題とされてきたが、ここでの差押えが抵当権の実行としての意味を持つものであるという観点からは、基本的には抵当権者自身による差押えが要求されることになる。ただし、現行の民事執行法は、他の債権者による差押えの場合に抵当権者の配当要求による権利行使も認めているので、このような配当要求を差押えに代えることもできるといえる。[42]もちろん、この場合には、配当要求の抵当権の実行としての効力は他の債権者の差押えの効力に左右されることになる。

3　類似の見解の検討

さて、私見のように、賃料債権への物上代位と債権譲渡の優劣の問題について、差押え前に支払期が到来している賃料債権については債権譲渡の優先を認めるとしても、差押え後に支払期が到来する賃料債権については抵当権の物上代位を容認する見解は、これまでも有力に主張されている。その代表的なものとしては、槇教授と松岡教授の見解を挙げることができよう。そこで最後に、これらに対して簡単な検討を加えて、私見との差異を明らかにし、本章のまとめとしたい。

①　槇教授の見解

槇教授は、「抵当不動産の使用価値と機能は所有者のために実現されるものであり、そこでの利用の態様が取引観

念上通常の利用の枠内にある限り、抵当権の介入は否定され、賃貸型の利用の場合の賃料に対する物上代位も差当っては認められない」が、「抵当債権について債務者に信用不安からさらに信用危機が生じ、具体的には債務者側に履行遅滞が生じたとき、前記の関係は破綻し、抵当権者は担保価値の相対的低下を前に、理論上は利息債権部分のために、賃料への物上代位が認められることになる」という。[43] そして、この観点から、差押えの前に支払期が到来している賃料債権が既に譲渡されていた場合には、もはや物上代位を認めることはできないが、差押えの後に支払期が到来するものについてはなお物上代位を容認すべきである、という考えを提示する。[44]

この見解は、抵当権の賃料債権に対する効力を段階的に理解するという点で、私見と共通している。ただ、教授は信用危機という事態を効力の分岐点と捉えるのだが、抵当権が実行段階までには使用・収益権能に干渉しないという観点からは、端的に差押えを効力の分岐点とする方が明解であり、それが、賃料債権の支払期が差押えの後に到来する場合に抵当権の効力が優先するという帰結を明快に導くのではないだろうか。さらに、槇説は抵当権は交換価値支配であるという枠組みに従っている点でも、[45] 私見とは異なる。

② 松岡教授の見解

次に、松岡教授は、物上代位を、価値的に本来の客体の代わりであるという意味での代替的物上代位の場合と、本来の客体に価値が付加されるという意味での付加的物上代位の場合に分類する。そして、賃料債権への物上代位は付加的物上代位に属するとしつつ、関係当事者の利益衡量をふまえ、賃料債権への物上代位を認めることの一般的妥当性を承認する。[46] さらに、包括的債権譲渡の優劣関係については、次のような見解を述べる。「賃料債権に対する付加的物上代位では、抵当権の登記によって潜在的に賃料債権にも物上代位権の支配が及んでいる。抵当権の対抗力を基

礎に、差押えを要件として優先弁済権が保全され、物上代位権は設定者の差押債権者や破産債権者に優先する。しかし、差押えによって物上代位権が行使されるまでは設定者に処分権があることから、既発生の賃料債権は、譲渡によって確定的に抵当権の価値支配から脱し物上代位権は行使できなくなり、その限りで債権譲渡が優先する。」「これに対し、未発生の賃料債権には抵当権の価値支配が及んでいるから、物上代位権の行使による差押えによって、登記のある抵当権者との相対的な関係では、債権譲受人は抵当権の価値支配から将来の賃料債権が脱していることを主張できない。」[47]

この見解は、その実質においては先に展開した私見にほぼ一致する。代位の対象に応じた議論を強調する点も私見と共通する。しかし、松岡説も、抵当権の効力を論じる枠組みとして価値支配という命題を維持するものであり、その点で私見とは異なる。筆者は、抵当権は目的物に対してどのように干渉し得る権能を有するのかという視点から、賃料債権の差押えを抵当権の実行として位置づけ、これによって目的物の使用・収益権能に対する抵当権の効力が現実化する、というのである。

注

（7）前掲注（5）参照。

（8）清原「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。

（9）ボアソナード民法草案第一六三八条（清原・前掲注（5）四二頁による。）

若シ先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者カ此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ右ノ賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ適正ノ方式ニ従ヒ弁済ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ要ス

先取特権ニ属シタル物ノ売却又ハ賃貸アル場合及ヒ其物ニ関スル法律上又ハ合意上ノ権利ノ行用ノ為メ債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ但災害ノ場合ニ於テ保険者ノ負担スル賠償ニ関シ第千三百三十九条ニ記載シタルモノヲ妨ケス

(10) 旧民法債権担保編第一三三条

先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ此賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ合式ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス

先取特権ノ負担アル物ヲ売却シ又ハ賃貸シタル場合及ヒ其物ニ関シ権利ノ行使ノ為メ債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ

(11) イタリア旧民法第一九五一条（吉野・後掲注(16)一三頁による。）

先取特権又ハ抵当権ノ目的タル物ガ滅失又ハ毀損シタルトキハ其ノ滅失又ハ毀損ニ因リ保険者ガ支払フベキ金銭ハ其ノ順位ニ従ヒ先取特権又ハ抵当権ニ依リ保全セラルル債権ノ弁済ノ引当トナルモノトス但シ其ノ金銭ガ滅失又ハ毀損ノ修繕ニ使用セラレタルトキハ此ノ限ニ在ラズ

然レドモ保険者ガ故障ノ申立ヲ受クルコトナク滅失又ハ毀損ノ日ヨリ三十日後ニ（被保険者ニ）支払ヲ為シタルトキハ（其ノ責ヲ）免ルルモノトス

公用徴収又ハ法律ニ依リ設定セラレタル地役ニ因リ支払フベキ金銭モ亦第一項ノ債権ノ弁済ノ引当トナルモノトス

(12) 清原・前掲注(5)一二～一七頁。

(13) 清原・前掲注(5)一八～二〇頁。
ドイツ民法一一二八条一項（清原教授の訳を引用。）
建物が保険に付せられた場合においては、保険者が被保険者に対して行った保険金の支払は、保険者又は被保険者が抵当権者に損害の発生を通知し、かつその通知の受領の時から一カ月を経過したときにおいてのみ、抵当権者に対して効力を有する。抵当権者は、この期間内においては保険者に対し、保険金の支払につき異議の申立てをすることができる。この通知を行うことができない場合には、これを行うことを要しない。この場合、一カ月の期間は保険金が弁済期となった時から起算する。
(14) 清原・前掲注(5)四〇頁。
(15) 清原・前掲注(5)二八〇～二八三頁、同「未発生の賃料債権の包括的譲渡と抵当権の物上代位権の優劣」和歌山大学経済理論二八〇号（平成九年）三九頁以下、同・前掲注(2)二二一～二二二頁。
(16) 谷口安平「物上代位と差押」奥田昌道他編『民法学3』（有斐閣、昭和五一年）一〇四頁以下、吉野衛「物上代位に関する基礎的考察（上）」金融法務事情九六八号（昭和五六年）六頁以下。
(17) 谷口・前掲注(16)一〇六～一〇八頁、吉野・前掲注(16)一三頁参照。
(18) 鎌田薫「物上代位と差押」（初出、昭和五七年）『民法ノート物権法①』（日本評論社、平成四年）一八八頁以下、一九六頁。
(19) 清原・前掲注(5)二六六、二六七頁。
(20) 並時発表された高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察（一）」東京都立大学法学会雑誌三八巻二号四三一頁以下は、物上代位制度の沿革を検討したうえで、現行民法とボアソナード草案ないし旧民法との断絶を強調する。
(21) 『法典調査会・民法議事速記録二巻』［商事法務研究会編］八一八～八二〇頁参照。
(22) ここでいう差押え（Beschlagnahme）は、ドイツ強制執行法一四八条一項による強制管理手続命令、あるいはドイツ

民事訴訟法八二九、八三五条による債権差押えによって生じる状態を指す（Vgl. Staudinger / Franz Scheribl, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1981, § 1123, Rdn. 10 ; Fritz Baur / Rolf Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992, § 39 V 2 ; Dieter Eickmann, Münchener Kommentar zum Bürugerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl., 1997, 1123, Rdn. 18–22.）。

周知のように、ドイツにおいては抵当権の実行手続としても強制管理手続が導入されているので、我が国とは手続法上の差異が存するが、抵当権の賃料債権に対する実体的効力に関しては、日本法の解釈論にドイツ法を参考とすることもできるだろう。そこで、以下においては適宜ドイツ法を参照することにしたい。

(23) Vgl. Harry Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, § 99 I 2 b) ; Soergel / Horst Konzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 6, 12. Aufl., 1989, § 1124, Rdn.2 ; Eickmann, a.a.O. (Anm. 22), § 1124, Rdn. 1–4.

(24) 従来の議論状況については、鎌田「賃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）二五頁以下参照。

(25) 鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、昭和四三年）一五六～一六三頁参照。

(26) 賃料債権に対する物上代位を否定する見解は依然として有力で、近時では、道垣内助教授が、抵当不動産の第三取得者の利益を考慮したうえで賃料債権に対する物上代位を否定する解釈論を展開している（道垣内弘人『担保物権法』（三省堂、平成二年）一一九頁）。すなわち、賃料債権への物上代位を容認すると、第三取得者が取得すべき賃料を奪われてしまう、というのである。

しかし、抵当権の設定ないし登記によって、抵当不動産の賃料債権も抵当権者に摑取されることが予定されているとすれば、一概に第三取得者が賃料を取得すべき地位に立つとはいえなくなるだろう。結局、この問題は抵当権の使用・収益権能に対する効力をどのように理解するかに係っているのである。

(27) もちろん、競売がなされれば、抵当権の目的物上の権能がすべて行使されたことになるので、その段階で賃料債権に対する効力も消滅する。

なお、山本教授は、賃料債権への物上代位を一応容認しつつ、一般債権者の保護、担保不動産の流通性の促進、競売の際の法律関係の安定化を目的として、賃料債権への物上代位の手続の不動産執行化を論じている。（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（平成一〇年）八〇頁以下）。この際、山本教授は、賃料債権に対する物上代位は、いわば抵当権者が競売によって得るべき配当の前倒しとして位置付け、これを競売による満足に付加する形で抵当権者に認めることを否定する見解を提示されている。

山本教授の問題意識ないし立論は傾聴すべきものではあるが、筆者は、現行民法には競売と賃料債権への物上代位を調整する明文規定がない以上、解釈論としては、抵当権者には競売代金に加えて賃料も与えられる、とするのが穏当ではないかと考える。教授は、このように付加的に賃料債権への物上代位を容認すると、ドイツとは異なって不動産質権を認めている我国民法においては不動産質権と抵当権の差別化が困難になる、というが（同一一一頁）、必ずしもそうとはいえない。というのは、後述のように、差押えを抵当権の実行と位置付け、その前後で賃料債権への効力を区別する場合、抵当権は、設定段階から目的物の使用収益権能を有する不動産質権とは内容を異にするからである。この点に関しては、「賃料債権をも視野に入れることができる不動産質という担保があるにもかかわらず、あえて非占有担保である抵当権を選択・設定しておきながら、後になって、その本来の債権回収方法では債権回収ができないからといって賃料債権に食指を動かすのは抵当権者の身勝手である」という指摘もなされているが（吉田眞澄「賃貸ビル担保の課題（上）ジュリスト一〇九六号（平成八年）一二五頁以下、一二九頁）、同様な意味で、そのようなこともいえないだろう。

(28) 周知のように、内田教授は短期賃貸借制度との関係で価値権理論の限界を論じている（内田貴『抵当権と利用権』（有斐閣、昭和五八年）五頁参照）。

(29) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、昭和四三年)二〇九、二八一頁参照。

(30) かつてのドイツにおいても、コーラーが抵当権などの担保権を価値権(Wertrecht)として位置付ける見解を展開した(Vgl. Josef Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, AcP 91(1901), 155 ff, usw.)。

しかし、既に松井教授が指摘しているように、コーラーが価値権という概念で意図していたものと我妻博士の理論の内容は必ずしも一致せず(松井宏興『抵当制度の基礎理論』(法律文化社、平成九年)九九～一一〇頁参照)、さらに、現在のドイツの支配的見解は抵当権を物権の一つとして強調し、その本質を換価権として位置付けているのである(Vgl. Martin Wolff / Ludwig Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, § 131 I ; Westermann, a.a.O. (Anm. 23), § 94 II 3 ; Baur / Stürner, a.a.O. (Anm. 22), § 36 II 2 a).)。それはまさに、抵当権が目的物上にいかなる権能を有するのかといった観点に立つものであり、よって、当然のことながら、賃料債権に対する抵当権の効力を論じる場合にも、価値支配というような議論はなされていない。せいぜい、競売の場合には抵当権者は目的物本体(Substanz)を摑取するが、強制管理の場合には利用(Nutzungen)を摑取する、といった表現が見られるだけである(Vgl. Soergel / Konzen, a.a.O. Anm. 23, Vor § 1113, Rdn. 1 ; Dietrich Reinicke / Klaus Tiedtke, Kreditsicherung, 3. Aufl., 1994, S.322.)。

なお、生熊教授は、現行民事執行法における担保権の実行手続が実質的に強制執行手続に等しいという点を根拠に、抵当権の換価権としての性質を否定しているが(生熊長幸「執行権と換価権」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、二八五～二八七頁参照)、権利行使に関する手続法上の扱いが直ちに実体法上の権利内容を左右するとはいい難い。そのことは、抵当権の実行手続に関しても強制執行手続を導入しているドイツ法においてさえ、抵当権を換価権として位置付ける見解が支配的になっていることからも裏づけられる。

(31) ごく最近のものとしては、高橋眞「賃料債権に対する物上代位の構造について」金融法務事情一五一六号(平成一〇年)六頁以下がある。この点については、高橋教授とは若干見解を異にするものの、松岡教授も価値把握という枠組みに依拠した議論を展開される(松岡・前掲注(1)金融法務事情一五〇四号九頁)。

(32) 高橋・前掲注(31)八頁。

(33) 松岡・前掲注(1)金融法務事情一五〇四号九～一一頁参照。

(34) 賃借権の設定による抵当不動産の交換価値の減少という視点を賃料債権の物上代位に可否に反映させようとする伊藤眞教授の見解（伊藤「賃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））も、価値支配という枠組みに依拠するという点で、筆者はこれに賛成できない。

(35) 松井教授は、抵当権を価値権として位置付けることに対して否定的立場をとっているが（松井・前掲注(30)）、筆者も本文に述べたような意味においてこれに賛成する。

なお、近時発表された大矢一彦「抵当権の性質について―抵当権価値権論への一疑問―」獨協法学四六号（平成一〇年）四四七頁以下は、抵当権を価値権ではなく換価権として捉え直すべきことを主張している。

(36) 従来、このことを明言するものとしては、鎌田・前掲注(24)四〇頁、同「供託賃料に対する抵当権者の物上代位」（初出、平成三年）前掲『民法ノート物権法①』二〇五頁以下、二一一頁、荒木新五「抵当権者による賃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。

(37) 債権譲渡が「払渡又ハ引渡」の文言から逸脱するものであるというならば、少なくとも、本条項を類推適用すべきであるということになる。

(38) 既に、筆者はこのような結論とるべき旨を別稿において主張している（拙稿「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―」筑波法政二三号（平成九年）一二七頁以下、一四六～一四八頁。

なお、最高裁平成一〇年判決の後も、大西武士「抵当権者による物上代位権の行使と目的債権の譲渡」判例タイムズ九七四号（平成一〇年）七七頁以下は、関係者の利益衡量を根拠として、私見と同様の結論をとっている。

(39) この点につき、生熊教授は、民法三〇四条の差押えと民事執行法一九三条によってなされる差押えを同じものとして捉える見解に疑問を呈し、三〇四条の差押えには、物上代位権の行使としての差押えと弁済期未到来の場合になされる

物上代位権の保全のための差押えが含まれる、と解している（生熊「物上代位権行使の保全のための差押えと物上代位権の行使としての差押え」法学五〇巻五号（昭和六二年）六四一頁以下、六八〇頁）。そのうえで、教授は差押えの意義を対第三者との関係での「代位目的債権の保存」に求める（同六八二頁参照）。この考え方によると、賃料債権への抵当権者の物上代位の場合にも、保全のための差押えが可能になるようではある。

しかし、生熊教授が自説の論証の過程で引用する物上代位制度の沿革は、やはり保険金請求権等に対する物上代位を中心とするものであり、さらに、教授がとりあげる判例も基本的に動産売買先取特権の転売債権に対する代位に関するものである。それゆえ、賃料債権に対する物上代位の場合には差押えの意義を別個に考察すべきであり、設定者の目的物に対する使用・収益権能の確保という観点から、これには単なる保全のための差押えは含まれないと解すべきだろう。この点については、山本教授も、保険金請求権等の物上代位においては保全のための差押えを容認しつつ、抵当権の賃料債権に対する物上代位においては保全のための差押えを認めない見解を展開されているが（山本・前掲注(26)一二〇～一二一頁）、かような立論も、結局、抵当権の使用・収益権能に対する効力の特殊性を反映するものと思われる。

(40) ドイツにおいては、抵当権の効力は実行前には潜在的なものであり、実行段階にはじめて現実化すると説明され（Vgl. Baur / Stürner, a.a.O. (Anm. 22), § 36 II .2.a)aa)）、ドイツ民法一一二三、一一二四条が規律する賃料債権に対する抵当権の効力もその表れと位置付けられている（Vgl. Baur / Stürner, a.a.O. (Anm. 22), § 39 I. 1.; Eickmann, a.a.O. (Anm. 22), § 1124, Rdn. 1.）。

(41) 清原・前掲注(5)三一～三二、二八三頁参照。なお、最高裁平成一〇年判決もおそらくはこのような見解なのではないかと考えられる。野山宏「最高裁判所判例解説」法曹時報五〇巻六号一七〇九頁以下参照。

(42) この点に関連して、賃料債権に抵当権の効力が及ぶ対抗要件を設定登記と見るときには、一方で、先順位抵当権者が物上代位権を行使しないままに後順位抵当権者が賃料を収受した場合、後順位抵当権者には不当利得返還請求権の問題が生じ、他方で、物上代位権を行使しない抵当権者には担保保存義務違反の問題が生じるのではないか、という指摘が

なされている（田原睦夫「将来の賃料債権の譲渡と抵当権の物上代位」金融法務事情一四八四号（平成九年）一七頁以下、二三頁）。

しかし、私見による場合には、実行としての差押え等がなされない限り、賃料債権の処分権は抵当権設定者に留保されているのだから、後順位抵当権者がその上に権利行使することは有効なものといえる。さらに、物上代位による差押えが抵当権の実行の一つであるならば、基本的に実行の着手は抵当権者の裁量に属するものである以上、担保保存義務違反の問題が生じるのは極めて例外的なケースといえるのではないか。

(43) 槇悌次「抵当不動産の将来の賃料をめぐる譲渡と物上代位の衝突」民商法雑誌一一七巻二号（平成九年）一八五頁以下、二一二頁。

(44) 槇・前掲注(43)二一三～二一四頁。

(45) 槇・前掲注(43)一八九頁参照。

(46) 松岡・前掲注(1)金融法務事情一五〇四号一一～一四頁。

(47) 松岡・前掲注(1)金融法務事情一五〇六号二一頁。

第二章　差押えと相殺の関係

前章においては、抵当権の賃料債権に対する物上代位における差押えの意義を検討したが、本章においては、このことが物上代位と相殺の関係にどのように反映されるかを検討する。実務では、一般の融資債権を自働債権とした賃料債権との相殺のほかに、抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して交付した保証金・敷金の返還請求権を自働債権とす

る相殺の主張もしばしば問題となるようである。[48] 実際に、近時現れた下級審判例においても、この二つが問題となった。そこで、以下においては、この二つのケースを区別して論じていくことにする。

一　一般の融資債権が自働債権とされる場合

1　近時の東京地裁判決について

抵当権に基づく賃料債権への物上代位に対して、賃借人が抵当権設定者に対する融資債権を自働債権として賃料債権との相殺を主張するというケースの判例としては、東京地裁平成一〇年三月一九日判決（判例時報一六四九号一三二頁）がある。

事案は、抵当不動産たる建物の所有者に対して融資債権を有する者（被告）が、当該建物を賃借する契約を結び、同時にこれによって発生する賃料債権と融資債権を相殺する合意をしたというものである。この賃貸借契約と相殺の合意は、抵当権設定者が抵当権者（原告）に対して債務不履行となる時点でなされたものだった。訴訟では、抵当権者の物上代位に基づく賃料債権の差押えに対して、賃借人は相殺の効力を主張したが、判決は、以下の理由から、抵当権者の差押え後に支払期が到来する賃料債権については抵当権の物上代位を肯定し、相殺の効力を否定した。

「原告の物上代位による本件差押え後においては、その後の賃料債権発生時において債権差押えの効力と本件相殺予約による相殺の効力が同時に生ずることになるべきところ、前記平成一〇年一月三〇日最高裁判決の趣旨に照らして考えると、右のような状況において相殺予約に基づいて賃料債権を受働債権として行われる相殺は、民法三七二条が準用する同法三〇四条一項

但書にいう『払渡又は引渡』に含まれるものとは直ちに解し難い上、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既に公示されているものとみることができる以上、本件相殺予約による相殺が物上代位に優先すると解するとすれば、抵当権設定者に対して債権を有する第三債務者は、賃貸借契約を締結して抵当物件の賃借人となり、抵当権者による差押え前に相殺予約の合意をすることだけによって容易に抵当権者からの物上代位権の行使を免れ、債権の満足を得ることになるが、このことは抵当権者の利益を不当に害することになるものといわなければならない。また、被告の指摘する前記最高裁大法廷判決は[49]、そもそも抵当権者が物上代位に基づいて行った差押えについてのものではなく、本件とは明らかに事案を異にしている上、差押え以降に発生する賃料債権の帰属について右のように解しても、決して第三債務者の利益を不当に害することにはならないというべきである。」

本判決は、たとえ差押え前に相殺の合意がなされていたとしても、少なくとも差押え後に支払期が到来する賃料債権との相殺は物上代位による差押えに劣後するとしている。その根拠として本判決が挙げるのは、①民法三七二条準用の三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」に相殺が該当するとはいい難いこと、②抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは登記によって既に公示されていること、③このように解さないと、物上代位を容易に免れることができるようになってしまうこと、の三点といえる。ここには、最高裁平成一〇年判決の影響が明らかに見てとれる。

本件では抵当権者が遅滞に陥る日に賃貸借契約が締結されている点から考えると、本件賃貸借ないし相殺の合意は抵当権の実行を妨害する意図でなされている可能性が高い。その意味で、結論としては本判決には賛成するが、その基礎付けには次のような問題があると思われる。

まず、②の理由付けは最高裁の見解でもあり、また私見も同様の考え方をとるので、これ自体には異論がない。また、抵当権設定登記後に相殺の合意がなされた場合に、これが一般的に物上代位に優先するとすれば、まさしく③で述べられているようなことになるといえるので、③の理由付けにも私見としては異論はない。

問題であるのは①である。①の部分の文言からは、抵当権設定登記後になされた合意に基づく相殺は、民法三〇四条一項但書にいう「払渡又ハ引渡」に一切該当しないように思われるが、本判決は結論としては物上代位が優先するのを差押え後に支払期が到来する賃料債権に限定しており、この点からはむしろ、本判決は差押え前に支払期が到来していた債権についての相殺は「払渡又ハ引渡」に該当すると考えているように解される。いずれにせよ、最高裁が債権譲渡は「払渡又ハ引渡」に該当しないとしていることとの関係で、相殺はどうなるのかが本件では問題となるが、本判決のこの点に関する議論は非常に曖昧であるとしかいいようがない。ただ、②③の理由付けからすると、物上代位の優先効の根拠は、抵当権設定登記が相殺の合意より前に具備されている点にあるといえそうである。したがって、このことと「払渡又ハ引渡」の問題との関係を検討する必要がある。

2　物上代位と相殺の優劣の一般的基準

まず、私見も含め最高裁のような見解は、抵当権の賃料債権に対する優先効の根拠を設定登記による公示に求めている。具体的に言えば、これらの見解は、公示が債権譲渡等の他の権利変動よりも先に具備されているので抵当権の効力が優先する、という公示の原理に依拠しているのである。とすると、このような考えを前提とする限り、抵当権設定登記の前に、債権譲渡の合意がなされ、しかも対抗要件としての譲渡の通知がなされていた場合には、むしろ、債権譲渡の方が公示の具備の先後という一般的原理に基づいて優先することになるはずである[51]（無論、譲渡されるべ

き債権の範囲の特定性の要件が充足されることが前提である。）。最近、最高裁は、抵当権設定登記より先に一般債権者による抵当不動産の賃料債権の差押えがなされた事案において、一般債権者の差押えが抵当権に優先する旨の判断を示しているが（最判平成一〇年三月二六日・民集五二巻二号四八三頁）、これもそのことを反映するものといえるだろう。

さて、ここで問題となっている相殺は、もともと特別の公示方法なくして効力が容認されるものであるため、そのような相殺の合意についても債権譲渡と全く同列に考えることはできない。しかし、相殺の合意も、債権譲渡と同様に、賃料債権を優先的に把握する効果を意図する以上、公示の点を除く他の点で債権譲渡と同等の要件を満たしていない限り、物上代位に優先する効力は認め難い。とすると、債権譲渡が物上代位に優先するには、公示の前提としていかなる賃料債権が譲渡の対象とされるのかが当事者間で合意・特定されなければならないから、相殺が物上代位に優先するためにも、少なくともこれに相当することが抵当権設定登記より前に相殺の当事者間で合意されている必要がある。すなわち、相殺の受働債権となるべき債権を指定した合意が抵当権設定登記に先行する必要がある。それゆえ、本判決が引用する最高裁昭和四五年六月二四日大法廷判決は、受働債権の差押え後に自働債権を取得した場合でない限り、一般的に相殺の効力を差押えに優先させているが、賃料債権に対する物上代位のための差押えの場合には、これに修正を加えなければならない。しかも、この際、抵当権設定登記よりも前に相殺の自働債権となるものが発生していることが必要である。というのは、民法五一一条は、相殺の対外的効力の要件として差押え前に自働債権を取得していることを要求していることから、相殺の対外的優先効が認められるには、相殺の合意ないし予約が存する場合でも、第三者が受働債権について利害を有する（抵当権設定登記）前に自働債権を取得していることが必要と解さ

れるからである。[52]

したがって、東京地判のような事案では、基本的に抵当権の効力が相殺に優先しうると見るべきことになる。もちろん、右で述べた相殺の合意が抵当権設定登記の前になされているようなケースでは、相殺を優先させるのが合理的といえる。賃料の優先的把握の合意が抵当権設定登記よりも早ければ、やはりそれは保護に値するからである。ただし、この場合でも、相殺の合意についての公示の欠如を根拠として抵当権の効力を優先させるという考え方もありえよう。

3　「払渡又ハ引渡」の意義

右で述べた基準によって抵当権が優先すると解される場合においても、仮に相殺ないしその合意が民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」に該当するならば、[53] 抵当権との優劣関係は修正されることになる。

まず、最高裁のような考え方を前提にする場合、相殺は「払渡又ハ引渡」に該当するといえるのだろうか。確かに、相殺は弁済と同様債権の消滅原因とはなっている。しかし、弁済のように債務者が現実の支払をするものではないので、はたして弁済の場合と同様の危険を語ることができるかは疑問である。

ただ、この問題に関しては、債権の準占有者への弁済に関する民法四七八条の規定と相殺の関係に関する最高裁の判例に注意する必要がある。周知のように、最高裁昭和四八年三月二七日判決（民集二七巻二号三七八頁）は、銀行が無記名定期預金債権を受働債権として相殺する予定の下に貸付をした際に、この貸付債権と預金債権との相殺に関して四七八条の類推適用を肯定し、この考え方はその後も維持されている（最判昭和五九年二月二三日・民集三八巻三号四四五頁）。いうまでもなく、民法四七八条は債務者を二重払いの危険から保護するための規定であるが、これに関しては、最高裁は、相殺の予約がなされたうえでの融資に関しては、弁済と同様の保護を与えるべきであるとい

う判断をとっているといえよう。とすると、民法三〇四条一項但書が債務者の二重払いの危険を防止する趣旨の規定であるというならば、差押えの前に相殺予約の下になされた融資に対しては、本条による保護も与えるべきもののように思われる。このように解する場合、本件では抵当権設定者と賃借人との間でなされた相殺の合意が抵当権者の物上代位による差押えに優先することになりそうである。しかし、最高裁の見解を前提にする場合、相殺の合意は受働債権となるべき賃料債権の支払期に関わらず物上代位に優先することになりそうであるが、これでは抵当権の実行の妨害を助長することになりかねない。そこで、このような不都合を回避するためには、抵当権の実行を妨害するためになされた相殺の合意については本条による保護を主張することは権利濫用となり許されない、といった手法が必要になりそうである。しかし、この際、権利濫用に関する主張・立証の負担は抵当権者側に課されることになるから、抵当権者の保護方法としては実効性に問題がある。[54]

それでは、相殺に対しては三〇四条一項但書の保護を与えないことにすればどうか。この場合には抵当権者の保護は徹底される。しかし、差押え後に支払期が到来する賃料債権についての相殺の合意についてはともかく、これより前に支払期が到来していた賃料債権についても相殺が抵当権者に対抗できないことになるというのはどうであろうか。通常、相殺の合意をなした当事者は支払期の到来によって賃料債権が消滅したと考えるだろう。しかし、その後の差押えによって、結局賃料債権は存続していたことになる。これでは弁済と比較してあまりにも不均衡にならないだろうか。

4　まとめ

右での検討からわかることは、最高裁平成一〇年判決の提示した枠組みの中で問題を検討する場合、どうしても相

殺と物上代位の妥当な調整を明快に導くことが難しい、ということである。ここに、抵当権の賃料債権に対する物上代位におけ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求める見解の限界が現れていると思われる。

私見のように、賃料債権に対する物上代位において、目的物の使用・収益権能に対する抵当権の効力の特殊性に民法三七二条の差押えの意義を見いだす場合、差押えより前に支払期が到来している賃料債権についての処分権限は抵当権設定者に留保されていることから、これを受働債権とする相殺も抵当権者に対する関係で有効と見るべきである。したがって、民法三七二条が準用する三〇四条にいう「払渡又ハ引渡」に相殺が直接該当するとはいえないとしても、少なくともこの規定を相殺に類推適用すべきである。もちろん、差押え後に生じる賃料債権についての処分権限は設定者には与えられず、したがってこれを受働債権とする相殺は抵当権者に対する関係で効力を有しない。私見では、弁済、債権譲渡、相殺すべてについて同様のことが当てはまることになる。[55]

二　保証金・敷金返還請求権が自働債権とされる場合

1　近時の大阪地裁判決について

抵当権者の物上代位に対して、いわゆる保証金の返還請求権を自働債権とする相殺が主張されたケースとしては、大阪地裁平成八年一〇月三一日判決（金融法務事情一四八六号一一六頁）[56]がある。

この事案では、賃貸借契約の当事者が途中で交代しているという特殊性があるものの、建物賃貸借契約の締結および保証金の交付は抵当権設定登記の具備よりも先になされていた。ここでの保証金はもともと敷金の性質を有するものだったが、抵当権の設定登記がなされた後に、新たに賃貸借契約の当事者によって、賃貸人が手形不渡の事故を起

こしたときにはその返還債務の期限の利益を喪失し、これと賃料債務を対等額で相殺できるという特約がなされていた。そして、賃借人が相殺の意思表示をなした後に、抵当権者（原告）は物上代位に基づき賃料債権を差押え、差押え後に支払期が到来する賃料債権の支払を賃借人（被告）に求めたのが本件である。

本判決は、賃借人と賃貸人の相殺の特約も当事者間では有効なものと判断しつつ、以下のような理由から物上代位による差押えが相殺に優先するという結論をとった。

「本件の差押は登記された本件抵当権の物上代位に基づく差押であるところ、物上代位権は担保物権の優先弁済権に由来し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、物上代位権を行うための差押の趣旨は、差押によって物上代位の目的とな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するとともに、多面右債権の弁済をした第三債務者又は右債権を譲り受け若しくは転付命令を受け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。他方、相殺についてはその担保的機能は肯定されるもののあくまで事実上の機能であって公示の方法もなく担保物権に認められているような優先弁済権までは認められない。これらの点を考慮すれば、抵当権の物上代位に基づく差押の効力の発生以前に第三債務者が反対債権を有していたとしても、差押の効力発生前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされない限り、差押の効力発生と相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされたのが同時である場合も含め抵当権の物上代位に基づく差押が相殺に優先するものと解するのが相当である。」

本件での相殺予約は抵当権設定登記に後れてなされているので、前述の私見によると、本判決の結論自体は正当な

ものといえる。確かに、抵当権設定登記より前に、賃貸借契約が締結され、保証金返還請求権の発生原因となる保証金の交付も同時になされているが、このこと自体は物上代位の優先性に影響を与えるものではない。賃借権が抵当権に優先する場合に賃料債権に対する物上代位を否定する見解も存するが、[57] 抵当権の賃料債権に対する効力は、あくまで抵当不動産の所有者の使用・収益権能との関係で問題となるものであり、たとえ賃借人の権利が抵当権に優先する場合であっても、賃貸人たる所有者の権利たる賃料債権に対する効力を否定する根拠にはならないと解すべきである。また、保証金の交付の時点においては、その返還請求権は賃貸借の終了段階で発生することが予定されていたのであり、これによる賃料債権との相殺に対する期待が抵当権より先に形成されていたとはいえず、相殺を抵当権に優先させることは困難である。

ただし、本判決の理由付けは問題である。本判決は、抵当権の担保物権としての優先性を根拠として、相殺が優先するには差押えの効力が発生する前にいわば確定的に相殺の効力が生じることが必要である、とするようである。しかし、担保物権の優先性もこれに先行する権利が存在しない場合にはじめて語ることができるものである以上、相殺の効力を享受できる地位が抵当権に先行する権利に該当するか否かを検討しないままに、抵当権の優先性を語ることは問題である。また、何故、差押えの効力が発生する前に相殺適状にならなければ、すなわち受働債権となるべき賃料債権の支払期さえも到来しなければ相殺が優先しないことになるのであろうか。その理由は明らかでない。さらに、本判決が前提としている民法三〇四条一項但書の差押えの趣旨の理解は、最高裁平成一〇年判決の理解と一致しておらず、この点も見直しを迫られることになる。[58]

もちろん、本判決が提示した物上代位と相殺の優劣の基準によると、差押え前に支払期が到来した賃料債権につい

ては相殺の方が優先し、差押え後に支払期が到来する賃料債権については物上代位が優先することになる。本判決も、この結論の妥当性を認めるのだろう。それは結局、抵当権は実行前は設定者の使用・収益権能に干渉し得ないが、実行段階以降においては使用・収益権能にも干渉し得る、という発想に相応するものである。

2　保証金の特質

右で述べたように、相殺予約が抵当権設定登記に後れるときには、一般原理に従えば、差押え後に支払期が到来する賃料債権については物上代位が優先することになる。ただ、大阪地判の事案においては、相殺の自働債権とされたものが保証金の返還請求権であり、これをどのように考慮するかが問題となる。

保証金と称されるものには、一般の貸付金に当たるもの、賃貸不動産の建設資金に供されるもの（建設協力金）、敷金に当たるもの、権利金に当たるもの等があり、さらには、複数の性質を兼ね備えたものも存する、といわれる。[59] したがって、結局、個々の保証金契約の内容ないし解釈によってその性質が判断されることになる。この中で、一般の貸付金を除いて返還を予定しているものは、敷金と建設協力金である。そこでまず、保証金が敷金に該当する場合に、その返還請求権を自働債権とする相殺を一般の融資債権と比べて特に保護する必要があるか否かが問われる。[60]

確かに、物上代位の優先性を肯定する場合、賃借人は賃料を払っても敷金の返還がなされない危険性が高いので（賃貸人が無資力状態にあるから）、賃借人にはいわば二重の負担が課されるような結果となりかねない。これを防ぐためには、賃借人による相殺を物上代位に優先させることが必要になりそうである。しかし、このような危険は抵当権設定者たる賃貸人の資力悪化という事態から生じるものであり、それを第三者たる抵当権者が負担すべきか否かは別問題といえる。[61] ここではやはり、抵当権設定者の財産を構成する賃料債権について賃借人と抵当権者のどちらが優先

権を有するかが問題なのである。敷金は、賃貸借契約に伴って賃貸人が賃借人に対して有する債権の担保のために賃貸人に交付されるものであり、賃借人側が滞納賃料に敷金を充当することは許されない、と解されている。[62] いわんや、通常、交付した敷金の返還を担保する趣旨で賃借人が賃貸借契約を締結し賃料債務を負担するとは到底いえない。だからこそ、最高裁の判例や有力な見解[63]は敷金返還請求権は賃貸目的物の明渡時点に発生するとするのだろう。したがって、抵当権者に対する関係で敷金返還請求権を特別に保護する理由は見い出しがたく、やはり、差押え後に生じる賃料債権については物上代位が優先すると解すべきである。もちろん、債務不履行等がないかぎり賃借人に返還されるべき敷金が、賃貸人の一般財産に混入することによって、結果的に賃借人が損失を被ることは憂慮すべき問題ではある。しかし、これも当事者のなす契約から生じる危険であり、このような危険から賃借人を保護するという議論はもはや社会政策法の領域に属するものといえよう。したがって、これを抜本的に解決するには、敷金を中立的第三者に委託させるという特別規制を導入するしかない。[64][65]

これに対して、仮に保証金がいわゆる建設協力金に該当する場合には、事情が異なってくる。経済的見地からすると、この場合の保証金は抵当権の客体となる建物の一部に組み入れられている。とすると、抵当不動産に関して保証金返還請求権には抵当権にも優先する権能が与えられるべきではないのか、という価値判断も成り立つ。なぜなら、そもそも保証金がなければ、これに相当する建物部分は抵当権によって把握できなかったといえるからである。そして、この価値判断は建物から派生する賃料債権についても当てはまることになる。そこで、相殺予約が抵当権設定登記に後れるために、一般原理によればこれに基づく相殺が物上代位に劣後せざるを得ない場合でも、建築の費用に当てられた保証金の返還請求権の限度においては、いわば例外的に相殺が物上代位に優先する、と解する余地も出てこ

よう。この発想は、現行法の不動産保存および不動産工事の先取特権において、権利の公示が抵当権設定登記に後れる場合でも優先効が認められていること（民法三三九条参照）の根拠[66]とほぼ一致するものと思われる。

ただし、相殺予約をこれらと同様に扱うことには次の点で問題がある。まず、不動産工事の先取特権が与えられるのは工事の契約をなした債権者と解されており[67]、単なる建設資金を貸しつけた者は先取特権者となり得ない。さらに、不動産保存の先取特権においては保存行為完了後直ちに、また、不動産工事の先取特権においては工事に先立って、それぞれ登記がなされなければ対外的効力が否定される（民法三三七、三三八条参照）。後者は、物権法の一般原則を修正して優先権を与えるために課された要件といえる[68]。ところが、ここで問題となる相殺予約においては、保証金がどの程度不動産の建築費用に供されているのかが必ずしも明らかにされるわけではなく、その結果優先権を与えるべき債権額も不明確である。しかも、もともと相殺には公示方法が欠けている。したがって、建設協力金の返還請求権を自働債権とする相殺の予約に優先的効力を認めるべきか否かに関しては、これらの点をどのように評価するかが大きな意味を持つと思われる[69]。

注

(48)　「物上代位による賃料差押えと『不安の抗弁権』」金融法務事情一四七二号（平成九年）六四頁。

(49)　最高裁昭和四五年六月二四日大法廷判決（民集二四巻六号五八七頁）を指す。

(50)　本判決は、被告と抵当不動産の所有者の間でなされた合意を「相殺の予約」と称しているが、本件でなされた合意は賃料債権が生じると同時に相殺の効果が発生することを意図するものと考えられるので、あらかじめの相殺の合意ない

し契約という方が適切に思われる。予約というと、あらためて相殺の効果を発生させる意思表示が必要になりそうだが、本件での合意はそのような趣旨のものではないといえる。

(51) 槇・前掲注(43)二一四頁、石井眞司＝伊藤進＝上野隆司「鼎談　金融法務を語る」銀行法務21五四七号（平成一〇年）三四頁以下、四〇頁［石井、伊藤発言］参照。

(52) 最高裁昭和四五年大法廷判決も、差押え以前に自働債権を取得しているという要件を相殺予約等によって排除することまでは認めていない。

(53) この点はこれまでほとんど議論されてこなかったようであるが、これを肯定する見解としては、秦・前掲注(2)金融法務事情一四六六号一五～一六頁がある。

(54) なお、最判平成一〇年一月三〇日の原審（東京高裁平成八年一一月六日判決）は、差押えより前に債権譲渡の対抗要件が具備された場合には、もはや抵当権者は物上代位を主張できないという考え方をとりつつ、例外的に債権譲渡の効力を主張することが権利濫用になる可能性がある、としていた。しかし、当該判決は権利濫用の抗弁を認めなかった。このことは、権利濫用を主張・立証することの困難さを物語っているといえる。

(55) ドイツ民法一一二五条は、賃料債権を受働債権とする相殺の効力についても、賃料債権の取立て、処分と同様のことが妥当する旨規定している。これによれば、あらかじめの相殺の合意がなされた場合でも、抵当権者の差押え後に支払期が到来する賃料債権について、相殺の効力は抵当権者との関係で生じないことになる。この規定は、相殺の効力の限界を一般的に定めるドイツ民法三九二条（日本民法五一一条に相当する条文。ただし、本条では自働債権の弁済期が差押えの時期と受働債権の弁済期より早く到来することが要求されている。）にさらに限定を加えたものと説明されている（Vgl. Soergel / Konzen, a.a.O. (Anm. 23), § 1125, Rdn. 1; Eickmann, a.a.O. (Anm. 22), § 1125, Rdn. 1.）。

このように、債権の取立ないし弁済、譲渡、反対債権との相殺が同等に扱われるのは、ドイツ法が抵当不動産の所有者に賃料債権についてどのような権限を与えるべきか、という視点に立つからといえよう。

(56) 本判決の評釈としては、石田喜久夫「抵当権者の物上代位にもとづく差押えと第三債務者による相殺の優劣」銀行法務21五四二号（平成九年）四頁以下、片岡宏一郎「抵当権者の物上代位にもとづく賃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（平成一〇年）一四頁以下、吉田光碩「抵当権による賃料への物上代位と保証金との相殺」判例タイムズ九六五号（平成一〇年）三三頁以下がある。

(57) 伊藤・前掲注(34)参照。

(58) 本判決の考え方は、かつて最高裁が動産売買先取特権の転売債権に対する物上代位に関して示した判断（最判昭和五九年二月二日・民集三八巻三号四三一頁、最判昭和六〇年七月一九日・民集三九巻五号一三二六頁）に従うものといえる。

(59) 石外克喜「保証金返還請求権の担保化」金融法務事情九九六号（昭和五七年）六頁以下（九～一一頁）、奈良次郎「敷金・権利金・保証金・建設協力金」水本浩＝田尾桃二編『現代借地借家法講座第二巻』（日本評論社、昭和六一年）八三頁以下（一〇四～一〇七頁）参照。

(60) 賃料債権への物上代位と敷金返還請求権の関係を検討した論稿としては、既に、鳥谷部茂「賃料債権の物上代位と敷金返還請求権の保護」NBL六〇二号（平成八年）五一頁以下がある。

(61) 片岡氏は、「事情変更の原則の適用の一場合として、賃借人はいわゆる『不安の抗弁権』（敷金の返還が受けられなくなるのではないかとの不安）をもって、相殺権を行使できるのではないか」と述べるが（片岡・前掲注(56)一八頁）、かかる抗弁権が賃貸人に対する関係で容認されるとしても、そのことが第三者たる抵当権者との関係でも妥当するか否かは別問題である。

(62) 我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店、昭和三二年）四七三頁、石川明「敷金・権利金・更新料・立退料等の性質」中川善之助＝兼子一監修『不動産法大系Ⅲ』［改訂版］（青林書院、昭和五〇年）五八〇頁、奈良・前掲注(59)八七頁等。

(63) 最判昭和四八年二月二日（民集二七巻一号八〇頁）、我妻・前掲注(62)四七二頁。

(64) 鳥谷部教授は、この問題の当面の解決方法として、「敷金の預託によって、賃借人の敷金返還請求権は法律上発生しており、その支払期限が不動産明渡の時点であると解すること」とし、「賃貸人および賃借人は、敷金預託の時から相殺の利益（相殺権）を取得し、これを第三者に対抗できる」とする案を提示する（鳥谷部・前掲注(60)五六頁）。

確かに、敷金の預託とともに返還請求権が発生しているとすれば、一般債権者の差押えに対しては相殺の効力を主張することができるだろう。しかし、敷金の契約が抵当権設定登記に先行していない限り、私見によれば、抵当権者との関係で相殺の効力を一般的に優先させることは難しい。さらに、賃貸借関係が終了しない段階で敷金返還請求権が発生しているとするのは、やはり敷金契約の趣旨に相応しないものと思われる。鳥谷部教授の賃借人の救済という問題意識には共感を覚えるが、これを実現するためには、教授が紹介するドイツ民法五五〇条bのように、敷金を賃貸人の一般財産から分離し、これを信用機関に寄託するという特別措置を導入するしかないのではないだろうか。

(65) なお、破産法一〇三条一項後段は、破産財団との関係で敷金返還請求権による賃料債権との相殺を一般に容認するようにも読める規定であるが、これについては近時の下級審判例（大阪地判平成五年八月四日・判例時報一四九七号一〇五頁）が、同条も敷金返還請求権が具体化しない限り相殺を容認するものではない、という判断を示している。敷金契約の本来の趣旨からすれば、この判決の考え方は当然ともいえる（四宮章夫「破産と相殺に関する若干の考察」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題下巻』（成文堂、平成七年）三九五頁以下、四〇九～四一一頁も同旨）。ただ、同条は賃貸人の破産という局面において賃借人保護という社会政策的見地から、本来は認められない敷金返還請求権による相殺を特別に容認したものと考える余地もあろう。しかし、仮にそう解することができるとしても、これをさらに抵当権者と相殺の一般的優劣関係に類推することは無理である。

(66) 林良平編『注釈民法(8)』（有斐閣、昭和四〇年）二二三頁［西原道雄執筆］参照

(67) 前掲注(66)一六二～一六三頁［甲斐道太郎執筆］参照。

(68) 前掲注(66)二一七、二二〇頁［西原執筆］参照。

(69) この問題に関してはドイツにおいて興味深い議論がなされているので、それを簡単に紹介することにする。

既に触れたように、ドイツ民法には、抵当権の賃料債権に対する効力と、その取立て、譲渡およびこれを受動債権とする相殺との優劣関係について、明文の規定が存する（一一二四条、一一二五条）。そこでは、抵当権者のための差押えの後に支払期が到来する賃料債権については抵当権が優先することになっているが、このような債権が賃貸借契約当事者の約定によって前払いされるというケースが頻発し、これが抵当権者に対する関係で効力を有するか否かが判例上問題となった。

戦前のＲＧ（ライヒ裁判所）は、この場合には、そもそも賃料の決定に関する契約上の取決めにより、前払い分は賃料債権として生じないものであるがゆえに、賃料債権のあらかじめの処分という問題も生じない、という理由から、このような前払いを一般的に有効なものと判断していた(RGZ 144, 194, 196.)。しかし、戦後のＢＧＨ（連邦裁判所）は、このようなＲＧの見解を覆し、前払いも賃料債権のあらかじめの処分に該当するという見解を示すに至った（BGHZ 37, 346, 351.)。

ただ、このような前払いによって賃貸人に供された金銭が賃貸建物の建設費用に当てられた場合には、ＢＧＨも、賃料の支払いが抵当権者の把握する物の価値を高めているという事実を根拠に、その効力を容認しており（BGHZ 6, 202, 205.)、これに関しては学説上賛否両論がある。これを批判する見解の代表としてはヴェスターマンの説が挙げられる。彼は、抵当不動産の所有者と賃借人の間の債権的契約によって抵当権者の物権的地位を侵害することはできない、と批判する（Westermann, a.a.O. (Anm. 23), § 99 I 2 b).）しかし、これに対しては、ディーター・アイクマンが次のような反論をしている。すなわち、賃貸借契約当事者間でなされる前払いの約定は賃料債権の処分に関わるものなので、単なる債権契約ではない。このような約定・前払いが登記簿において示されていないとしても、その物権的効力を容認することは法体系に反するものではない。なぜなら、そのようなことは他の多くの場面においても認められているからである（Eickmann, a.a.O. (Anm. 22), § 1124, Rdn.27.)。この際、アイクマンは、判例の結論を支持する根拠として、前

払いによる抵当不動産の価値の増加の観点の他に、賃料の前払いをした賃借人の経済的保護の要請の観点に立つドイツ強制執行法五七条cやドイツ民法五五七条aの規定の類推を主張しているが（Eickmann, a.a.O. (Anm. 22), § 1124, Rdn. 28 ; auch Baur / Stürner, a.a.O. (Anm. 22), § 39 V 3 b).）、これについては、これらの条項は賃貸人に対する関係での賃借人の保護を規律するものであり、第三者たる抵当権者との関係にもこれを妥当させることはできない、という批判がなされている（Soergel / Konzen, a.a.O. (Anm. 23), § 1124, Rdn. 6）。

いずれにしても、以上の議論は、相殺の場合にも自働債権が建設費用債権であるときには同じような形で妥当するとされているのである（Eickmann, a.a.O. (Anm. 22), § 1125, Rdn.5 ; Soergel / Konzen, a.a.O. (Anm. 23), § 1125, Rdn.2.）。

なお、ドイツにおけるこれらの問題を詳細に検討した研究としては、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分（一）（二）」大阪学院大学法学研究二三巻二号九九頁以下、二四巻一号三九頁以下（平成九年～、未完）がある。

結　語

包括的債権譲渡と賃料債権への物上代位の優劣を判断した最高裁の見解によれば、弁済と債権譲渡が抵当権設定者にとって同じ経済的機能を有することが多いにもかかわらず、双方の間に大きな差異が生じることになる。そして、このことは、近時の下級審判例に現れている賃料債権を受働債権とする相殺と物上代位の優劣の決定を困難にするものと思われる。このような難点は、結局、賃料債権への物上代位における差押えの意義を第三債務者の保護として位置付けることから生じるということが、本稿での考察によって明らかになったのではないかと思う。

賃料債権を有する抵当不動産の所有者にとっては、経済的には、弁済、債権の譲渡、反対債権との相殺のすべてが同等の意味を持つことが多く、これらのうちのどれを選択するかによって法的に大きな差異が生じるというのは不都合というしかない。このような不均衡を回避するためにも、三七二条ないし三〇四条一項但書の意義を、抵当権に内在する権能ないしは設定者に留保されるべき権能との関連で理解する必要があるのではないだろうか。抵当権は実行前には目的物の使用・収益権能を設定者に委ねるものであり、設定者の使用・収益権能から派生する賃料債権についても、実行すなわち差押えの前に支払期が到来するものの処分権は設定者に留保されているというべきであり、これらの処分は抵当権者に対する関係でも効力を有すると解さなければならない。他方で、差押え後に支払期が到来する賃料債権は、抵当権実行後の使用の対価を意味するものであるから、これは抵当権の効力に確定的に服するべきである。そして、弁済、債権の譲渡、反対債権との相殺のいずれも賃料債権の処分権限に関わるものである以上、右のことはこれらすべてに対して同等に妥当しなければならないのである。最高裁のような峻別論はこの点で大きな問題を残している。

今回の最高裁判決によって、他の物上代位、例えば保険金請求権に対する抵当権の物上代位についての差押えの意義もどのように理解すべきかについて、改めて議論がなされることも予想される。[70] もとより、代位の発生原因に応じて個別的検討を加えるという本稿の視点によれば、これについては賃料債権とは全く異なる議論が必要となる。今後、物上代位における差押えの意義については、各発生原因の間の差異、各客体の特質を考慮するという視点からの議論が一層望まれる。[71]

注

(70) 松岡・前掲注(1)金融法務事情一五〇六号二六頁［追記］参照。

(71) 前述の鈴木教授の他にも、既に新田教授がこの点を強調している（新田宗吉「物上代位」星野英一編代『民法講座3』（有斐閣、昭和五九年）一〇五頁以下、一三八頁）。最近でも、筆者とは議論の枠組みが異なるものの、高橋教授もこのような考え方を主張しており（高橋・前掲注(31)一三～一四頁）、それ自体は筆者も正当であると考えている。

［付記］脱稿後、小磯武男「抵当権者による物上代位権の行使と目的債権の譲渡」金融法務事情一五三六号二六頁以下、菅原胞治「抵当不動産の賃料債権に対する物上代位と相殺権の優劣」銀行法務21五五八号三二頁以下、前掲注(69)古部論文（三・完）大阪学院大学法学研究二五巻一号一三三頁以下に接した。

さらに、差押えと相殺の関係については、東京地裁平成一〇年六月二五日判決（金融・商事判例一〇五五号二四頁）が出ている。