

# 物上代位における第三債務者保護説 および優先権保全説の再構成(2・完)

—— 抵当権に基づく物上代位に関して ——

生 熊 長 幸\*

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 最高裁判例のとり第三債務者保護説
- 3 304条1項但書の差押えの立法経緯および従来の判例・学説の考え方
- 4 最高裁判例のとり第三債務者保護説の問題点と再構成
- 5 優先権保全説の再構成 (以上, 359号)
- 6 抵当権に基づく物上代位に関する平成10年判例以降の最高裁判例の妥当性
- 7 む す び (以上, 本号)

## 6 抵当権に基づく物上代位に関する 平成10年判例以降の最高裁判例の妥当性

以下, 平成10年判例(前掲最判平成10年1月30日)以降の最高裁判例の事案の解決についての妥当性を検討する。

### (1) 抵当権に基づく物上代位と第三者

(a) 平成10年判例の検討(物上代位の目的債権である賃料債権の譲渡と抵当権に基づく物上代位)

#### i 平成10年判例の妥当性

前述のように, 平成10年判例(前掲最判平成10年1月30日)において問題

---

\* いくま・ながゆき 立命館大学大学院法務研究科教授

となったのは、抵当権者が抵当権設定者所有の賃貸建物に抵当権の設定を受け抵当権設定登記を備えた後で、抵当権設定者が抵当不動産の賃借人に対して取得する今後3年分の賃料債権を他の債権者へ代物弁済として譲渡し、債権譲渡につき第三者対抗要件が備えられた場合に、多額の債権を有する前記抵当権者が、抵当権設定者が抵当不動産の賃借人に対して今後取得するであろう賃料債権を物上代位に基づき自己の債権額に満つるまで差し押さえて（民執193条2項・151条参照）、前記賃料債権譲受人を排除して賃料債権から優先弁済を受けることができるかという点である。これにつき最高裁は、2(1)で見たように、304条1項但書の差押えにつき、第三債務者保護説をとり、304条1項の趣旨目的に照らすと、同項の「払渡し又は引渡し」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したのである。

しかしながら、物上代位の目的債権上の抵当権者の優先弁済権は、抵当権設定登記によっては第三者との関係においても公示されていないと考えるならば、第三者が物上代位の目的債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備したならば、もはや抵当権者は目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないということになる（優先権保全説によればこのようになる）。

ただ、平成10年判例の事案における抵当権設定者から第三者への3年分の賃料債権の譲渡は、明らかに抵当権者の賃料債権への物上代位を妨害しようとしたものである（抵当不動産は共同住宅店舗であり、従来の賃料月額合計額は700万円ほどであったが、従来からの複数の賃借人を新たな賃借人からの転借人として新たな賃借人の賃料を200万円に下げ〔したがって抵当権者が物上代位しうる賃料債権の額が減少する〕、しかも今後3年分の賃料債権を他の債権者からの新たな借入れの代物弁済としたもの）。したがって、平成10年判例は、結論的には妥当なものであったといえる。

優先権保全説からすれば、平成10年判例の事案のように、抵当権設定者

から第三者への3年分の賃料債権の譲渡が、抵当権者の賃料債権への物上代位の妨害目的である場合には、権利濫用(1条3項)や公序良俗違反(90条)を理由にこのような賃料債権の譲渡を無効とすることになる(第1審は、権利濫用に当たるとして抵当権者の物上代位を認めた。これに対し原審は、優先権保全説に立って抵当権者はもはや物上代位をなしえないとした)。

ii 将来の一定期間に渡る賃料債権の譲渡の特殊性

ところで、これまで一般に抵当権に基づく物上代位の目的債権として考えられてきたのは、抵当建物が滅失または焼失した場合の損害賠償請求権や火災保険金請求権のような抵当不動産の代償的(=代替的)価値である特定の債権である。このような代償的(=代替的)物上代位の目的債権については、従来の第三債務者保護説によれば、目的債権が第三者に譲渡され、債権譲渡につき第三者対抗要件(467条)が備えても、第三債務者が債権譲受人に弁済する前であれば、抵当権者はなお物上代位権に基づき目的債権を差し押さえて被担保債権の優先弁済を受けることができるのに対して、優先権保全説によれば、目的債権上の抵当権者の優先弁済権は公示されていないので、目的債権が第三者に譲渡されて債権譲渡につき第三者対抗要件が備えられた場合には、抵当権者はもはや目的債権につき物上代位しえない、とされることになる。しかしながら、代償的物上代位においては、目的債権の弁済期未到来ということはあまりないので、目的債権が第三者に譲渡されたときは、譲受人は、債務者から債務の弁済を受けてしまうことが多い。したがって、第三債務者保護説をとっても、優先権保全説と五十歩百歩のところがあり、抵当権者が火災保険金請求権等から確実に弁済を受けようとするれば、いずれの説を前提としても抵当権者が自ら質権の設定を受けておく必要があるといえる。

これに対して、平成10年判例の事案においては、抵当権設定者が賃借人に対して今後一定期間に渡り取得するであろう弁済期未到来の賃料債権を第三者に譲渡して、債権譲渡につき第三者対抗要件が備えられた場合、抵当権者は物上代位権に基づき第三者の譲り受けた期間と重複する期間の賃

料債権を差し押さえても被担保債権の優先弁済を受けることができないかが問題となったのである。これにつき単純に優先権保全説を適用すれば、抵当権者はもはや物上代位権に基づきその期間の賃料債権から被担保債権の優先弁済を受けることができないということになり、第三債務者保護説を適用すると、抵当権者はその期間の賃料債権を物上代位権に基づき差し押さえて、第三債務者である賃借人が抵当権設定者に弁済していない賃料債権（一般に物上代位による差押え後に弁済期の到来する賃料債権）から優先弁済を受けることができるということになる。このように物上代位の目的債権が将来の一定期間の弁済期未到来の賃料債権である場合については、単純に優先権保全説を適用する場合と、第三債務者保護説を適用する場合とでは、大きな違いが生ずる。平成10年判例は、物上代位権行使妨害目的の賃料債権譲渡のケースであったため、後者の考えを採用することにより妥当な結論を導いたのである。

しかし、これについては、抵当権設定者が賃借人に対して今後数年間に渡り取得するであろう弁済期未到来の一定期間の賃料債権を第三者に譲渡し第三者が債権譲渡につき対抗要件を備えた場合、優先権保全説を前提としても、第三者はその一定期間の賃料債権の取り立てを、目的不動産上の抵当権者の物上代位に基づく差押えや目的不動産の譲受人に対抗できると考えてよいのかというより根本的な問題があるのではないと思われる。もし、このような場合、今後数年に渡る賃料債権の譲り受けを、目的不動産上の抵当権者の物上代位に基づく差押えや目的不動産の譲受人に対抗できないとする考えに立つと、優先権保全説を前提としても、賃料債権につき抵当権者による物上代位に基づく差押えが効力を生ずる時までにはまたは目的不動産の譲受人が目的不動産につき所有権移転登記を経由する時までには弁済期の到来した賃料債権については、賃料債権の譲受人は賃借人から賃料の支払いを受けることができるが、物上代位に基づく差押えの効力が生じた後にまたは目的不動産の譲受人が目的不動産につき所有権移転登記を経由した後に弁済期の到来する賃料債権については、賃料債権の譲受人

は賃借人から賃料の支払いを受けることができないということになり、優先権保全説と第三債務者保護説との差はほとんどなくなるのである。すなわち、優先権保全説によると、抵当権者による物上代位に基づく賃料債権差押えが効力を生じた時より前に賃料債権の弁済期が到来したものについては、賃料債権の譲受人が賃料を収取することができるが、第三債務者保護説によると、抵当権者による物上代位に基づく賃料債権差押えが効力を生じた時より前に賃料債権の弁済期が到来したものであっても、賃借人がまだ賃料債権譲受人に弁済していないものについては、抵当権者が賃料債権を取り立てて被担保債権の優先弁済に充てることができるといったわずかの違いに留まるのである。このような考え方をとりうるのかについては、次の(b) ii で改めて述べる。

- (b) 最判平成10年3月26日のケースの検討（一般債権者による賃料債権差押えと差押え後に抵当権設定登記を経由した抵当権者による賃料債権への物上代位）

i 最判平成10年3月26日のケース

最判平成10年3月26日（民集52巻2号483頁）は、372条により準用される304条1項但書の差押えの趣旨の問題とは関係ないが、(a)において問題提起をした賃料債権が将来の一定期間差し押さえられまたは譲渡された場合、賃貸不動産に設定された抵当権に基づく賃料債権への物上代位や賃貸不動産の譲受人になお対抗できると考えるべきかにつき、材料を提供してくれているので、ここで取り上げることにしたのである。

前掲最判平成10年3月26日は、抵当権の設定されていない債務者所有の不動産から生ずる賃料債権を一般債権者が2億2000万円ほどの債権額に満つるまで差し押さえ、それから1か月ほど後に他の債権者が当該不動産に根抵当権の設定および根抵当権設定登記を受けて、さらに1年ほど後に前記根抵当権者が被担保債権額5900万円に満つるまで同じ賃料債権を物上代位に基づき差し押さえたケースであり、一般債権者の将来にわたる賃料債

権への強制執行が優先するのか、抵当権者の賃料債権への物上代位が優先するかが争われたものである。この判例は、抵当権者が抵当権を第三者に対抗するには抵当権設定登記を経由することが必要であるから、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（民執145条4項）と抵当権設定登記の先後によって決せられ、この差押命令の第三債務者への送達が抵当権者の抵当権設定登記より先であれば、抵当権者は賃料債権から優先弁済を受けることができない、としたのである。

この最判平成10年3月26日は、債務者所有の不動産の生み出す賃料債権を債務者の一般債権者は、不動産から切り離して、自己の債権額に満つるまでかなりの長期間に渡って差し押さえることができ、その後に登場した当該不動産についての抵当権者や当該不動産の譲受人に対抗できるという考え方を前提に、一般債権者がこのような形で賃料債権の差押えをしたときは、その期間の賃料債権につき債務者（抵当権設定者）に対して賃料債権の取立て、譲渡その他の処分の禁止の効力、第三債務者に対して弁済の禁止の効力が生じているので（民執145条1項）、その後にその不動産に他の債権者が抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を備え、一般債権者が差し押さえた期間の賃料債権につき抵当権に基づく物上代位により差し押さえても、一般債権者の差押えに対抗できないとする。

ii 将来の一定期間に渡る賃料債権の差押えの特殊性

もっとも、債務者所有の不動産の生み出す賃料債権を債務者の一般債権者は、不動産から切り離して、自己の債権額に満つるまでかなりの長期間に渡って差し押さえることができ、その後に登場した当該不動産についての抵当権者や当該不動産の譲受人に対抗できるという考え方が妥当であるかという問題は存在する。

この問題につき私は、かつて詳細に論じたことがあるが<sup>33)</sup>、改めて簡単に述べると次のようになる。弁済期未到来の賃料債権の将来の一定期間分の差押え・譲渡（譲渡担保権の設定を含む）の特殊性である。これと、判

---

33) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理233頁～269頁。

例・多数学説のように、給料債権や医師の社会保険診療報酬支払基金に対する診療報酬請求権などの将来の一定期間分の差押え・譲渡(譲渡担保権の設定を含む)と同質のものとしてとらえることは不適切ではないかということである。

後者は、それ自体独立した財産権であるから、これらの債権が将来発生しなくなることがあろうとも、これらの債権の将来の一定期間分の差押え・譲渡・質権設定は可能であり、その場合競合するのは、同じこれらの将来の一定期間分の債権の差押債権者(二重差押えを含む)、譲受人(譲渡担保権者を含む)、質権者などである。

これに対して、賃料債権の場合は、将来の一定期間分の差押え・譲渡・質権設定は可能であり、その場合競合するのは、同じこれらの将来の一定期間分の賃料債権の差押え(二重差押えを含む)、譲渡(譲渡担保権設定を含む)、質権設定などに留まらず、賃貸不動産本体についての第三者による物権取得(所有権、抵当権、質権等の取得、強制競売や担保不動産競売による所有権の取得)との競合という問題も生じうる。そして、判例・多数学説は、将来の一定期間分の賃料債権の差押え、譲渡、質権設定は、賃貸不動産本体のその後の物権的処分に対抗しうると考えるのであるが(一般債権者により将来の一定期間分の賃料債権が差し押さえられた後に、賃貸不動産が第三者に譲渡されたケースについて、最判平成10年3月24日民集52巻2号399頁がある)、賃料債権は賃貸不動産の果実にすぎないという原点に立ち返り、将来の一定期間分の賃料債権の差押え、譲渡、質権設定は、その後の賃貸不動産本体の物権的処分に対抗し得ないと考えるべきではないかというのが、私の考えである。すなわち、将来の一定期間分の賃料債権の差押え、譲渡、質権設定は、その時点での不動産所有者には対抗できるが、その後その賃貸不動産につき抵当権の設定を受け対抗要件を備えた者やその後その賃貸不動産を譲り受け所有権移転登記を備えた者には対抗できない考えるのである。賃貸不動産所有者に対する債権者は、債権担保のためには賃貸不動産本体に抵当権などの設定を受けるべきであって、このような方法を取らず

に将来の一定期間に渡る賃料債権を差し押さえたり、譲渡や質権の設定を受けたりして、その後の賃貸不動産の物権取得者に優先して不動産の果実から弁済を受けうるということは、問題があると言うべきではなからうか。

判例・多数学説に立った場合の実際上の問題点としては、以下のような点を指摘できる<sup>34)</sup>。① 判例理論は、今後数年分の賃料債権の差押えや譲渡をその後に賃貸不動産につき設定された抵当権やその後の賃貸不動産の譲受に対抗しうるとするものであるが、賃貸人と賃借人との間の合意解約や賃借人の債務不履行を理由とする解除などによって賃貸借は終了し賃料債権は発生しないことになるのであり、今後数年分の賃料債権の差押えや譲渡といってもそのような賃料債権の価値は不確実なものである。② したがって、今後数年分の賃料債権をまともな対価を支払って譲り受ける者はほとんどいないのではなからうか（既存の債権の譲渡担保または代物弁済として取得することはある）。③ 一般債権者による今後数年分の賃料債権の差押えがなされたり、今後数年分の賃料債権の第三者への譲渡がなされたりした賃貸不動産を、任意の売買で買い受けあるいは競売で買い受けようとする者にとっては、登記簿上には賃料債権の譲渡や差押えの記載がないから、それらの存在を正確に把握することは困難であるし、また、今後数年分の賃料債権の譲渡や差押えであるから、賃貸不動産の評価も困難となり、賃貸不動産の流通を難しくする。

そこで、前掲最判平成10年3月26日に戻るが、一般債権者により賃貸不動産から生ずる将来の一定期間分の賃料債権の差押えがなされ、その後に賃貸不動産につき抵当権が設定されて抵当権設定登記がなされた場合は、一般債権者は、抵当権者による賃料債権に対する物上代位権の行使としての差押えが効力を生ずる時までには賃料債権を取り立てて債権の回収に充てることができるが、抵当権者による物上代位権の行使としての差押えが効力を生じた後に弁済期が到来する賃料債権については、抵当権者が取立権

---

34) 詳しくは、生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理258頁参照。

を行使して被担保債権の優先弁済に充てることができるかと解すべきではないかと私は考えるのである<sup>35)</sup>。また、このような場合に抵当権者が賃貸不動産につき抵当権の実行としての競売を申立て、第三者が賃貸不動産を買い受けたときは、賃料債権の上の差押債権者の差押えの効力は消滅すると考えるべきではなかろうか。

このような私見に類似する見解も多い<sup>36)</sup>。この問題は、今後なお検討されるべき課題ではないかと考える。

なお、最判平成24年9月4日(判時2171号42頁)は、一般債権者が債務者の有する賃料債権を差し押さえた後、賃貸建物を賃借人が賃貸人から譲り受けたケースにつき、「賃料債権の差押えを受けた債務者は、当該賃料債権の処分を禁止されるが、その発生の基礎となる賃貸借契約が終了したときは、差押えの対象となる賃料債権は以後発生しないこととなる。したがって、賃貸人が賃借人に賃貸借契約の目的である建物を譲渡したことにより賃貸借契約が終了した以上は、その終了が賃料債権の差押えの効力発生後であっても、賃貸人と賃借人との人的関係、当該建物を譲渡するに至った経緯及び態様その他の諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情がない限り、差押債権者は、第三債務者である賃借人から、当該譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができない」とした。このような場合、賃借人の賃貸建物譲受けによって賃貸借契約は終了しているので、賃貸建物の前所有者に対する債権者である差押債権者が、賃貸建物の譲受人に対して賃料債権額相当額をなお請求しうるとすることは明らかにおかしい。したがって、この判決は妥当な結論を導いており、学説上

---

35) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理262頁。

36) 松岡久和「物上代位の成否と限界(3)」金法1506号19頁以下〔1998年〕、同・「判例批評」民商120巻6号131頁〔1999年〕、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(下)」NBL714号32頁以下〔2001年〕、占部洋之「判例批評」法学教室254号115頁〔2001年〕、大西武士「判例批評」判タ974号81頁〔1998年〕など。

も異論はない<sup>37)</sup>。

この判決と前掲最判平成10年3月24日の考え方との違いは、賃貸不動産が譲渡された後、賃貸借契約がなお存続しているか否かに求められている。しかし、前述の私見のような立場からすれば、賃借人が賃貸不動産を譲受け賃貸借契約が終了した場合に限らず、賃貸不動産が第三者に譲渡された場合には、差押債権者は、賃借人から、賃貸不動産の譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができないということになる。占部教授も、賃料債権を差し押さえられている賃貸不動産を直接譲り受ければ、譲受人は賃料債権差押えの拘束をなお受けるが、賃貸不動産を一旦賃借人に譲り受けさせた上で賃借人からその不動産を譲り受ければ、賃料債権差押えの拘束を受けないというのは、不合理な区別であること、判例理論によると、賃貸不動産が譲渡された後は、賃貸不動産の所有者と賃貸人が分離する状況が生じ、不都合であること、収益不動産の流通や担保利用に悪影響を与えること、等をあげられて、前掲最判平成10年3月24日の再検討の必要性を主張されている<sup>38)</sup>。

以上のような私見に立った場合は、(a)の末尾で述べたように、(a)で検討した平成10年判例のケースにおいて、優先権保全説に立った場合と第三債務者保護説に立った場合とで、違いはほとんどなくなるのである。

### (c) 最判平成14年3月12日の妥当性 (転付命令と物上代位)

最判平成14年3月12日(民集56巻3号555頁)は、抵当権に基づく物上代位の目的債権につき、すでに一般債権者が転付命令を受け(転付命令は確

---

37) 松尾弘「判例批評」法セミ700号130頁〔2013年〕、山野目章夫「判例批評」金法1977号54頁〔2013年〕、小粥太郎「判例批評」ジュリ1453号〔平成24年度重判〕79頁〔2013年〕、我妻学「判例批評」金判1433号12頁〔2014年〕、松村和徳「判例批評」私法判例リマークス48号129頁〔2014年〕、占部洋之「判例批評」民商147巻6号90頁以下〔2013年〕、石渡哲「賃料債権の差押えと賃貸不動産の譲渡」石川明＝三木浩一編・民事手続法の現代的機能275頁以下〔2014年〕など。

38) 占部・前掲注(37)民商147巻6号90頁。

定)、転付命令が第三債務者に送達されたが、まだ第三債務者が転付債権者に弁済をしていない場合、抵当権者は、目的債権に対し物上代位に基づく差押えをして、優先弁済を受けることができるかにつき判断したものである。本件で物上代位の目的債権となったものは、県による土地収用において土地上の抵当建物につき建物所有者が県に対して取得した補償金請求権であって、代償的物上代位のケースである。

この問題につき、従来の判例(前掲大連判大正12年4月7日)は、物上代位の目的債権につき転付命令が第三債務者に送達された時は、転付債権は差押債権者に移転し差押債権者の債権が弁済されたものとみなされ(民執159条・160条)、債務者が第三債務者から弁済を受けるべき債権関係がなくなることは、物上代位の目的債権が第三者に譲渡された場合と同様であり、もはや抵当権者は目的債権につき物上代位権を行使することはできないとした。この判例は、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済権を有していることは公示されていないというこれまでの優先権保全説を代表するものであった(32)㉔参照)。

前掲最判平成14年3月12日の事案を優先権保全説に立って処理すると、補償金請求権の上の抵当権者の優先弁済権は公示されていないから、一般債権者の申立てによる差押命令および転付命令が第三債務者に送達されそれらの命令が確定した以上、もはや抵当権者は補償金請求権につき物上代位権を行使しえないということになる。

これに対して、第三債務者保護説の立場に立ち、転付債権の上に第三者が対抗要件を備えた担保物権を有している場合についてのこれまで判例理論を前提とすると、一般債権者の申立てによる差押命令および転付命令が第三債務者に送達されそれらの命令が確定しても、抵当権者はなお物上代位権を行使して優先弁済を受けることができるということになる。なぜなら、質権が設定され対抗要件が備えられた債権が第三者に転付されたケースにつき、最高裁判例(最決平成12年4月7日民集54巻4号1355頁)は、債権質権者は、転付債権につきなお質権を行使して優先弁済を受けること

ができるとしており、その上で、304条1項但書の差押えの趣旨につき第三債務者保護説に立つと、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先権を有することは、抵当権設定登記により公示されているので、このような債権が第三者に転付されても、抵当権者はなお物上代位権を行使しようということになるからである。

しかしながら、前掲最判平成14年3月12日は、一般債権者の申立てによる差押命令および転付命令が第三債務者に送達されそれらの命令が確定した場合、抵当権者はもはや目的債権につき物上代位をなしえないとした。それではこの判例は、優先権保全説を前提としているのか。この判例は、物上代位に基づく差押えの趣旨につき第三債務者保護説に立つか優先権保全説に立つかには触れないで、民事執行法159条3項により、物上代位の目的債権につき、転付命令が第三債務者に送達される時までには抵当権者が物上代位権による差押えをしなかった以上、転付債権につき物上代位権を行使することはできないとしたのである。

しかし、この論理は正しいとはいえない。なぜなら、民事執行法159条3項は、一般債権者の申立てにかかる転付命令が第三債務者に送達される時までには、他の一般債権者が目的債権につき差押え等をしなかったときは、転付命令は効力を生じ、他の一般債権者は目的債権から債権の回収をなしえないとしているものであるのに対して、ここで問題となっている差押えは、物上代位の目的債権につき一般債権者の申立てにかかる転付命令が第三債務者に送達された後になされた物上代位権の行使としての差押えであって、転付債権上の優先権の行使であるから、民事執行法159条3項が適用される場面ではないからである。そして、前述のように、第三債務者保護説に立てば、第三債務者が転付債権者に債務を弁済していない場合には、抵当権者はなお物上代位の目的債権を差し押さえて物上代位権を行使しようということになろう。

おそらくは、前掲最判平成14年3月12日は、このような結論を避けるために、民事執行法159条3項を適用したのであろうが、この規定の適用は

不適切というべきである<sup>39)</sup>。

したがって、この最判平成14年3月12日は、結論としては妥当であるが、この結論を導くためには、第三債務者保護説ではなく、優先権保全説に立つことが必要であるというべきであろう。

(d) 抵当権に基づく物上代位と第三者についてのまとめ

i 物上代位の目的債権が抵当不動産の代償的価値である特定の債権である場合

この場合については、(a) i において述べたように、第三債務者保護説をとっても、目的債権につき譲渡や転付がなされ第三債務者が債権譲受人に債務を弁済すれば、抵当権者はもはや物上代位権を行使しえないのであるから(372条による304条の準用)、優先権保全説と五十歩百歩のところがあり、物上代位の目的債権が火災保険金請求権などでこれから確実に優先弁済を受けようとするれば、いずれの説を前提としても抵当権者は自ら火災保険金請求権などに質権の設定を受けておく必要がある。したがって、物上代位の目的債権が抵当不動産の代償的価値である特定の債権である場合には、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済権を有することは公示されていないのであるから、取引の安全の観点から、優先権保全説によって処理すべきであると考ええる。

ii 物上代位の目的債権が抵当不動産の派生的(付加的)価値である賃料債権である場合

この場合については、賃貸不動産の生み出す賃料債権が賃貸不動産とは独立に将来に渡る一定期間差し押さえられまたは譲渡されたとき、賃貸不動産本体に対する抵当権の設定や賃貸不動産本体の譲渡に対抗できるかという問題につき検討する必要があるのではなかろうか。

判例(前掲最判平成10年3月26日)は、賃貸不動産の生み出す賃料債権が

---

39) 生熊長幸・わかりやすい民事執行法・民事保全法〔第2版〕271頁〔成文堂・2012年〕、高橋・前掲注(19)128頁。道垣内・前掲注(18)155頁は、前掲最判平成14年3月12日を妥当とするが、前掲最決平成12年4月7日との関係には触れていない。

賃貸不動産本体とは独立に一般債権者が債権額に満つるまで差し押さえた場合には、その後に他の債権者が賃貸不動産につき抵当権の設定を受け、次いで抵当権に基づく物上代位により賃料債権を差し押さえても、一般債権者は、債権額に満つるまで賃料債権を取り立てて債権を回収できるとするが、私は、賃料債権が一般債権者により債権額に満つるまで差し押さえられても、その後に賃貸不動産本体に他の債権者が抵当権の設定を受けて物上代位に基づき賃料債権を差し押さえたときは、物上代位に基づく賃料債権の差押え時以降に弁済期の到来する賃料債権については、抵当権者の物上代位が優先すると考えるべきではないかと思う。この点は、不動産本体本体から切り離れた賃料債権の処分（差押えや譲渡）よりも、不動産本体についての物権的処分（抵当権設定や譲渡）を優先させようとする考えに基づくものである。

また、判例（平成10年判例）は、すでに抵当権の設定されている賃貸不動産の生み出す賃料債権が賃貸不動産とは独立に将来に渡る一定期間第三者に譲渡され債権譲渡につき対抗要件が備えられ、その後に抵当権者が物上代位に基づき賃料債権を差し押さえたときは、第三債務者保護説を適用して、物上代位に基づく差押えまでに賃借人が賃貸人に弁済していない賃料債権（一般に弁済期未到来の賃料債権であるが、弁済期が到来したけれども弁済されていない賃料債権を含む）については、抵当権者は物上代位権を行使しようとした。これに対して、優先権保全説によると、抵当権者による物上代位に基づく差押えが効力を生ずる前になされた第三者への将来の一定期間の賃料債権の譲渡が、抵当権者の賃料債権への物上代位に優先することになり、いずれの説をとるかで大きな違いを生ずることになる。

この問題については、私は、抵当権者による物上代位に基づく賃料債権差押えの時までに弁済期が到来した賃料債権については、優先権保全説を適用して、賃料債権譲受人の賃料債権の譲り受けを優先させ、これについてはもはや抵当権者は物上代位権を行使しえないが（賃借人が賃料を弁済していない賃料債権についても、抵当権者は物上代位しえない）、物上代位に基づ

く賃料債権差押えの時に以降に弁済期の到来する賃料債権については、賃料債権譲受人による賃料債権の取収を認めず、抵当権者の物上代位を認めるべきではないかと考える。この点は、第三債務者保護説によるのではなく、不動産本体から切り離れた賃料債権の処分よりも、不動産本体についての物権的処分を優先させようとする考えによるものである。

いずれにしても、この問題については、今後なお検討されるべきであろう。

## (2) 抵当権に基づく物上代位と第三債務者

平成10年判例が抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは抵当権設定登記により公示されているという考えを、目的債権の譲受人等第三債務者以外の第三者との関係で述べたのに対し、平成13年判例は、物上代位の目的債権の債務者（第三債務者＝賃借人）との関係でも述べた点に特徴がある。わが国においては、債権の譲渡や債権への質権設定などの公示方法は、当該債権の債務者（第三債務者）への通知または当該債権の債務者（第三債務者）の承諾とされているのであって（民467条1項・364条）、平成13年判例はこれらとの整合性を欠き、平成13年判例の法的構成は受け入れがたい。

しかし、従来の第三債務者保護説は、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは、公示方法なしに第三債務者にも対抗できる、ただし、抵当権者は第三債務者が弁済する前に目的債権を差し押さえないかならなければならないという考えに立っているので、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは抵当権設定登記により公示されているという考えを否定しても、第三債務者保護説は成立する。そこで以下、第三債務者保護説に立った判例は、従来の第三債務者保護説の立場から見て、第三債務者との関係で事案を適切に処理しているかを検討してみよう。

抵当権に基づく物上代位と第三債務者との関係が問題となったケースとして、平成13年判例と最判平成14年3月28日（民集56巻3号689頁。以下、

「平成14年判例」という)とがある。そこで、平成13年判例については、妥当な結論を導いているのか、どのように考えるべきかにつき検討し、次いで、平成14年判例については、妥当な結論を導いているのか、また、平成14年判例は、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは抵当権設定登記により公示されているという平成10年判例のとり第三債務者保護説に立っているのかにつき検討する。

(a) 平成13年判例 (賃料債権への物上代位と保証金返還請求権による相殺)

i 平成13年判例の事案と判例の処理

平成13年判例は、およそ次のような事案に関するものである(単純化のため金額等を若干変更しており、また消費税については省略している)。B所有の甲建物につきAのために抵当権(正確には根抵当権であるが、本筋には影響しないので、以下「抵当権」とする)が設定され抵当権設定登記が経由されたが(昭和60年9月27日)、その後間もなくBとCとの間で甲につき賃貸借契約が締結され、賃借人Cは保証金3000万円を預託して(昭和60年11月14日。賃料額不明)、入居した。BとCは、平成9年2月3日、甲についての従前の賃貸借契約を平成9年8月31日限り解消し、同年9月1日以降、あらためて甲について、保証金300万円、賃料33万円の約定で賃貸借契約(「新賃貸借契約」とする)を締結すること、この保証金は従前の賃貸借契約における保証金の一部を充当し、保証金の残額2700万円は、平成9年8月31日までにBがCに返還することを約した。

しかしこの2700万円の保証金は、同日までにCに返還されなかった。そこで、BとCの間で平成9年9月27日、新賃貸借契約および2700万円の保証金返還債務について次のような合意がなされた。① 新賃貸借契約における平成9年10月1日以降の賃料を月額30万円とする。② BとCは、2700万円の保証金返還債務と平成9年9月分の賃料33万円とを、平成9年9月1日対当額で相殺した。③ BとCは、平成9年10月分から平成12年9月分までの月額30万円の賃料債務(合計1080万円)を保証金返還債務の

残額2667万円と各月の末日に対当額で相殺する。④ BはCに対して保証金返還債務の残額1587万円を平成9年12月31日限り支払う。

Aは、抵当権の被担保債権について弁済を得られないため、平成10年1月23日、BがCに対して有する平成10年2月1日から同年6月30日までの本件建物の5か月分150万円の賃料債権につき抵当権に基づく物上代位による差押命令を申立て、差押命令がBおよびCに送達された。CがAの取立権の行使に応じないため、AはCに対して賃料の支払いを求めて本件訴訟を提起した。これに対して、Cは、これらの賃料債権は平成9年9月27日のBとCとの間の合意によって消滅していると主張した。

要するに本件では、抵当権設定登記のなされている不動産を賃借人が借り受けて保証金を賃貸人に預託し、それから10年以上経過した後に、賃借人が賃貸人に対して有する保証金返還請求権の一部と今後3年分の賃料債務とを相殺する旨の合意がなされた場合に、抵当権者の抵当権に基づく賃料債権への物上代位としての差押え・取立てがなされたとき、賃借人は相殺による賃料債権の消滅を抵当権者に対抗できるかというものである。

第1審・原審とも、賃料債権の上に抵当権者が優先弁済権を有することは抵当権設定登記によって公示されているから、その後に授受された保証金の返還請求権を自働債権とし賃料債権を受働債権とする相殺を抵当権者に対抗できないとして、抵当権者Aの請求を認めた。

最高裁も同様の判断であり、「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。」として、以下のような理由を挙げた。① 物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではない。② しかし、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により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

きる。③ したがって、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はない。④ 上記に説示したところによれば、抵当不動産の賃借人が賃貸人に対して有する債権と賃料債権とを対当額で相殺する旨を上記両名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができないと解するのが相当である。

平成13年判例の考え方によると、平成13年判例のケースとは反対に、賃借人が賃貸借契約締結の際に賃貸人に保証金を預け、その後に賃貸不動産につき賃貸人の債権者が抵当権の設定を受け設定登記を経由したケースについては、賃借人は賃貸人に対する保証金返還請求権を自働債権とし、賃料債務を受働債権とする相殺を、賃料債権を物上代位により差し押さえた抵当権者に対抗できることになる。これについては、賃料債権への物上代位のケースについてではなく、抵当権者が担保不動産収益執行の申立てをしたケースについてではあるが、判例（最判平成21年7月3日民集63巻6号1047頁）は、物上代位における相殺に関する平成13年判例を引用して、被担保債権について不履行があったときは抵当権の効力は担保不動産の収益（賃料債権等）に及ぶが、そのことは抵当権設定登記によって公示されると解される、そうすると、賃借人が抵当権設定登記の前に取得した賃貸人に対する債権については、賃料債権と相殺することに対する賃借人の期待が抵当権の効力に優先して保護されるべきであり、したがって、賃借人は、抵当権に基づく収益執行開始決定の効力が生じた後においても、抵当権設定登記の前に取得した賃貸人に対する債権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする相殺をもって管理人に対抗することができるとしている（この判例において、賃借人の賃貸人に対する自働債権は、賃貸借契約締結に

当たり賃借人が賃貸人の求めに応じて支払った3億1500万円の保証金の返還請求権である。これは消費貸借契約に基づく無利息の貸金債権としての性質を有する)。

## ii 平成13年判例の妥当性

ここで問題とする保証金とは、賃貸借契約において賃借人の債務不履行により生ずる損害賠償請求権の担保としての性質を有する敷金ではなく、賃貸借契約の締結に当たり、賃貸人から賃借人に預託が求められ、賃貸借契約発生から数年を経て分割もしくは一括で、または賃貸借終了の時に一括で、賃借人に返還されることが予定されている金銭を意味するものとする(法的には消費貸借契約に基づく貸金債権としての性質を有する)。

さて、平成13年判例は、上記理由の②のように、物上代位により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るという考えを前提としているのであるが、本稿はその考えは不適切であり、第三債務者保護説は、優先弁済権を公示方法なしに第三債務者その他の第三者に対抗できるという従来の第三債務者保護説によるべきだと考えるものであるから、その考えに従って以下検討を進める。

平成13年判例では、抵当権設定者が賃借人に対して有する賃料債権を抵当権者が物上代位権に基づき差し押さえた場合、この差押えより前に賃借人が抵当権設定者に対して取得した保証金返還請求権と賃料債権との相殺への期待とのいずれを保護すべきかが問題となる。

この問題とは異なり、一般債権者が受働債権を差し押さえた場合、判例(最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁)は、差押えの時に第三債務者が自働債権を有している限り、自働債権の弁済期到来を待って相殺をすることができ、この相殺を差押債権者に対抗できるとした(無制限説)。この最大判昭和45年6月24日は、差押債権者と第三債務者という一般債権者同士の争いにおいて、第三債務者の相殺への期待を、公示はされていないが保護したものである(相殺の担保的機能)。

平成13年判例のケースにおいては、賃料債権の上に抵当権者は物上代位権という優先弁済権を有しており、これを第三債務者である賃借人に主張

できるのであるが、他方で、賃借人も賃貸人に対する保証金返還請求権を有しており、賃借人は賃料債務との相殺の期待権を有しているといえる。

私は、抵当権者の物上代位に基づく賃料債権の上の優先弁済権と賃借人の賃貸人に対する保証金返還請求権でもってする賃料債務との相殺への期待とを比較するならば、後者が保護されるべきであると考え。その理由としては、① テナントビルなどにつき賃借人がビル所有者と賃貸借契約を締結する場合には、高額な保証金（敷金としての性質を有するものではなく、一般に無利息の消費貸借契約に基づく貸金債権としての性質を有するもので〔建築協力金という名目の場合もある〕、入居後5年とか10年後から賃貸人が賃借人に分割で返済する旨の約定があることが多い。前掲最判平成21年7月3日においては、賃借人は賃貸人の求めに応じて3億1500万円の保証金を預けている）を賃貸人に預託しなければならないことが多く（賃貸マンションに入居する場合においてもかなりの額の保証金を預託する場合もある）、賃借人はこれに応じなければ建物を借り受けることができないこと、② 新築のテナントビルにおいてはもちろんのこと、比較的新しいテナントビルにおいても、賃借人が保証金を預託する時には、すでにそのテナントビルには金融機関を抵当権者とする抵当権設定登記が経由されていることが多いのが実際であること（賃貸人は金融機関から融資を受けてテナントビルを建設していることが一般的だからである）、③ 賃借人としては、保証金の返還時期が到来しても賃貸人が賃借人に保証金を返還しないときは、賃借人が賃貸人に保証金を預託した時が抵当権設定登記の前であったか後であったかを問わず、賃貸人に対する保証金返還請求権と保証金の額に満つるまでの期間の賃料債務とを対当額で相殺する期待を有しているといえ、この期待は十分保護に値すること、④ 賃借人が入居してこそテナントビルなどの抵当権者は被担保債権の弁済を受けることができるという関係にあること、⑤ 保証金返還請求権はかなり高額の場合が見られるが、その場合であっても自働債権の額の上限は、預託した保証金返還請求権の額だから、一定の限定があり、抵当権設定者による将来に渡る賃料債権の包括的譲渡の場合と異なること、⑥

抵当権者は、被担保債権の弁済を受けられない場合、本来、抵当権の目的不動産につき担保不動産競売を申し立て、その換価代金から被担保債権の優先弁済を受けるべきであり、抵当権者は、相殺の対象にならない賃料債権へ物上代位できればそれで十分であると考えられること、⑦平成13年判例当時は、抵当権に後れて設定された短期賃借権については、旧395条による保護があり、担保不動産競売後も賃借人は短い期間ではあるが建物買受人との間で賃借権の存続を主張できたが、現在ではこの制度がなくなったので、抵当権者が保証金返還請求権と賃料債務との相殺を嫌うのであれば、抵当権者は抵当不動産につき担保不動産競売を申し立て、賃借人を追い出すという手段もあること、をあげることができよう<sup>40)</sup>。

したがってまた、平成13年判例は、賃借人と抵当権設定者である賃貸人が、抵当権者の抵当権に基づく物上代位としての賃料債権への差押え前に、保証金の返還請求権を自働債権とし、賃料債務を受働債権とする相殺を予め合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができないとしたのであるが、上記の私見からすれば、このような相殺の合意も当然抵当権者に対抗できることになる。

要するに、抵当権者は、物上代位の目的債権上に優先弁済権を有し、このことを公示方法なしに第三債務者その他の第三者に対抗できるという従来の第三債務者保護説に立ったとしても、抵当不動産の賃借人(第三債務者)が賃貸人に対して有する保証金返還請求権と賃料債務との相殺への期待の方が、抵当権者の賃料債権への物上代位に対する期待より優先すると

---

40) なお、鈴木祿弥博士は、賃料債権への物上代位は、立法論としては否定されるべきではないかとされ(鈴木祿弥・物権法講義〔5訂版〕250頁〔2005年〕)、また、内田貴教授は、賃料債権への物上代位は、理論的・政策的には否定すべきだとされており(内田・前掲注(4)407頁)、このような立場からしても、上記の私見は支持されるのではなからうか。

考えるべきであり、したがって、平成13年判例の結論は妥当性を欠くというべきではなからうか。

なお、以上のことは、賃貸借契約締結時に賃借人が賃貸人に預託せざるを得ない保証金について妥当することであって、賃貸借契約とは無関係に賃借人が賃貸人に金銭を貸し付けた場合には当てはまらない。この場合でも、抵当権者が賃料債権を物上代位に基づいて差し押さえる前は、貸金返還請求権と賃料債務との相殺を行うことができるが、差押え後に弁済期の到来する賃料債務との相殺は認められない<sup>41)</sup>。

学説の状況はどうか。実務家の中には、保証金返還請求権と賃料債務との相殺を認めるべきであるとする見解も多い<sup>42)</sup>。

### iii 優先権保全説による場合

それでは、優先権保全説による場合はどうなるか。この説は、抵当権者は、物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが、抵当権者の目的債権上の優先弁済権は公示されていないと考えている。また、ii で述べたように、私は、抵当権者の物上代位に基づく賃料債権の上の優先弁済権と賃借人の賃貸人に対する保証金返還請求権でもってする賃料債務との相殺への期待を比較するならば、後者が保護されるべきであるとする。そうすると、平成13年判例のケースのように、抵当権設定登記後に賃借人が賃貸人に保証金を預託した場合であっても、抵当権者が受働債権である賃料債権に対して物上代位権の行使としての差押え（現行法でいうと、民執193条2項・143条による目的債権に対する差押命令の第三債務者である賃借人への送達）をする前に、賃借人が賃貸人に対して有する保証金返還請求権を自働債権とし、保証金の額に満つるまでの賃料債権を受働債権として相殺したときはもちろんのこと、抵当権者が賃料債権を物上代位に基づき差し押さえた

41) 福永有利「物上代位と相殺権の優劣」銀行法務21 544号24頁〔1998年〕。

42) 荒木新五「民法判例レビュー64担保」判タ995号47頁〔1999年〕、同「民法判例レビュー74担保」判タ1068号87頁〔2001年〕、堀籠兒「民法判例レビュー72担保」判タ1054号65頁以下〔2001年〕、清水俊彦「賃料債権への物上代位と相殺(四)(下)」判タ1114号17頁(2003年)。

後に、賃借人が保証金返還請求権の弁済期到来を待って弁済期未到来の賃料債務を含む賃料債務との相殺を主張するときも、相殺を抵当権者に対抗できるというべきである。なお、賃貸人と賃借人との間で、賃貸人につき差押え、仮差押え、破産手続開始、民事再生手続開始などの申立てがなされたときは、賃貸人は保証金返還請求権につき期限の利益を喪失し、賃借人は保証金返還請求権と賃料債務とは対当額で相殺したものとみなすことができるとの相殺予約がなされているときは、抵当権者が賃料債権につき物上代位に基づき差押命令の申立てをした時に、保証金返還請求権の期限の利益は失われて保証金返還請求権と賃料債務との相殺が認められ、この相殺を物上代位をした抵当権者に対抗できることになる。

なお、以上のことは、賃貸借契約締結時に賃借人が賃貸人に預託せざるを得ない保証金について妥当することであって、賃貸借契約とは無関係に賃貸人が賃借人に金銭を貸し付けた場合には当てはまらない。このような場合、賃借人としても独自の担保権の設定を受けることができるからである。また、iiでも述べたように、この場合でも、抵当権者が賃料債権を物上代位に基づいて差し押さえる前は、貸金返還請求権と差押えの時までに弁済期の到来した賃料債務との相殺を行うことができるが、差押え後に弁済期の到来する賃料債務との相殺は認められないと考えるべきである。

私としては、以上のような優先権保全説による解決が適切であると考えられる。

私はかつて、この問題を論じた際に、賃貸借契約を締結するときに、賃借人が賃貸人に必然的に支払わなければならない保証金の返還請求権などと単なる賃借人の賃貸人に対する貸金の返還請求権とを区別せずに論じて、賃借人が賃貸人に貸し渡した金銭の返還請求権と弁済期未到来の賃料債務との相殺は、賃借人の金銭の授受の時が抵当権設定登記の前であれ後であれ、抵当権者に対抗できないとした<sup>43)</sup>。しかし、保証金のように賃貸借契約締結に当たり賃借人が賃貸人に預託しなければならない金銭の返

43) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理264頁。

還請求権の場合（このほか、賃借人の賃貸人に対する必要費償還請求権なども）は、賃借人の相殺への期待は特に保護する必要があるし、相殺の自働債権の額は、賃貸人に預託された保証金の額に限定されるので、上記のような見解に改めさせていただくことにする。

(b) 最判平成14年 3 月28日（抵当権者の賃料債権への物上代位と敷金充当）

i 平成14年判例の事案と判例の考え方

最判平成14年 3 月28日（民集56巻3号689頁。前述のように「平成14年判例」という）は、抵当権が設定され抵当権設定登記がなされている不動産につき、敷金契約の付随する賃貸借契約が締結されたところ、その後抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえ、取立権に基づき第三債務者である賃借人に対してその支払等を求めたケースにおいて、賃貸借契約が終了して目的不動産が明け渡された場合における敷金の賃料債権への充当は、抵当権者による上記物上代位権の行使によって妨げられるか否かが争われたものである。

この平成14年判例はまず、「賃貸借契約における敷金契約は、授受された敷金をもって、賃料債権、賃貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる賃料相当の損害金債権、その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする賃貸借契約に付随する契約であり、敷金を交付した者の有する敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生することになる」（最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁参照）。「これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになる。」とする。この点については、これまでの判例・多数学説からすると特に問題はない。その上でこの判例は、「敷金が授受された賃貸借契約に係る賃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し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、賃料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅するといふべきであ」り、したがって、敷金契約が締結された場合は、賃料債権は敷金の充当を予定した債権になり、このことを抵当権者に主張することができるといふべきであるとしたのである。

この判例は、その理由として次の点をあげている。①「このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法511条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことは明らかである」。②「また、抵当権者は、物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえる前は、原則として抵当不動産の用益関係に介入できないのであるから、抵当不動産の所有者等は、賃貸借契約に付随する契約として敷金契約を締結するか否かを自由に決定することができる」。

## ii 平成14年判例の妥当性

土地または建物の賃貸借契約の締結に当たり、賃借人は通常、賃貸人から敷金の預託を求められる。これは、平成14年判例のいう通り、「敷金契約は、授受された敷金をもって、賃料債権、賃貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる賃料相当の損害金債権、その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする」ものであるから、敷金の額が当該賃貸借契約において相当である限り合理的な契約であるといえる。しかしながら、この敷金は賃借人から賃貸人が直接預かるものであるから、賃貸借契約が終了し、賃貸不動産を賃借人が明け渡した時において、賃貸人に資力がないときは、賃借人が賃貸人に対して、預託した敷金から上記の被担保債権を控除した残額についての敷金返還請求権を行使しても、その回収は覚束ないことになる。

抵当権者が賃貸不動産の賃貸人の有する賃料債権について、物上代位に基づく差押えをしたということは、被担保債権につき賃貸人が履行遅滞に陥ったことを意味しており、賃借人としては、これまで賃料等の滞納がなく、賃貸人に対してその他の債務不履行もないにもかかわらず、賃貸借が

終了して賃貸不動産を明け渡しても、預託した敷金の返還を受けられそうにもないことを認識することになる。このような事態において、例えば賃料 6 か月分の敷金を賃貸人に預託していた場合、賃貸人と賃借人との合意で賃貸借契約を 6 か月後に終了させることにして、賃料債権へ物上代位してきた抵当権者に対して賃借人が賃料の支払いを拒み、賃貸人に対しても賃料未払いのまま 6 か月後に退去した場合、敷金による未払賃料債権への当然充当を賃借人は抵当権者に対抗できると考えるべきであろう。

その理由としては、① 不動産の賃貸借契約においては、賃借人が当該不動産につき賃貸借契約を締結しようと思えば、敷金は、賃貸人に預託しなければならない金銭であり（テナントビルでは数百万円から数千万円に上ることもあるし、居住用賃貸借の場合でも、数十万円から数百万円に上ることもある）、賃借人が賃貸借契約を締結して入居してこそ賃貸用不動産の抵当権者は賃貸人から被担保債権の弁済を受けることができるという関係にあること、② 敷金返還請求権を行使しても賃貸人の資力の関係で敷金の返還が得られそうにもない場合、賃借人は、今後の賃料債務を弁済せずに敷金による充当を考えても非難されるべきいわれはないこと、③ 抵当権は、被担保債権の弁済を受けられない場合、本来、抵当権の目的不動産につき担保不動産競売を申し立て、その換価代金から被担保債権の優先弁済を受ける権利であり、抵当権者は、相殺や敷金充当の対象にならない賃料債権へ物上代位できればそれで十分であると考えられることができること、をあげることができる。

以上のような理由で、私も平成14年判例の考え方は妥当であると考えられる。

iii 平成14年判例は平成13年判例のとり第三債務者保護説に立っているのか

それでは、平成14年判例は、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは抵当権設定登記により第三債務者との関係でも公示されているという平成13年判例のとり第三債務者保護説に立っているのか。

平成13年判例のとり第三債務者保護説に立っているとすると、本件のよ

うに、すでに抵当権が設定され抵当権設定登記がなされた不動産につき、敷金契約の付随する賃貸借契約が締結された場合、賃貸人と賃借人との間の敷金契約締結時には、賃料債権の上に抵当権者が優先弁済権を有することは公示されており、そのことを賃借人に対抗できるということになる。したがって、「抵当不動産の所有者等は、賃貸借契約に付随する契約として敷金契約を締結するか否かを自由に決定することができる」のは当然であるが、抵当権者が物上代位権に基づいて賃料債権を差し押さえて取立権を行使した場合、賃借人は賃料債権の取立てには応じざるを得ず、抵当権者の物上代位による賃料の取立てに応じないでいて、賃貸借契約が終了し目的不動産を明け渡しても、賃借人は、抵当権者に対して抵当権設定登記後に締結された敷金契約により賃料債権は敷金の当然充当によりその限度で消滅したと主張することはできない、という結論になるのではなかろうか。すなわち、この平成14年判例は、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは抵当権設定登記により第三債務者との関係でも公示されているという平成13年判例の第三債務者保護説の考え方には立っていないというべきであろう<sup>44)</sup>。

#### iv 優先権保全説による場合

それでは、優先権保全説による場合はどうなるか。この説は、抵当権者は、物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが、抵当権者の目的債権上の優先弁済権は公示されていないと考えている。この優先権保全説の立場からすると、iに掲げた平成14年判例の述べていることは、上記理由の①はともかくとして、受け入れることができよう。

#### v 敷金返還請求権と賃料債務との相殺予約の効力

平成14年判例は、賃貸借が終了して賃貸不動産を明け渡したときに、未納の賃料は敷金によって当然充当され、賃料債権を差し押さえていた抵当権者による物上代位に対抗できるというものであるが、敷金の額が高額で

---

44) この判例につき内田教授は、物上代位の優先に傾きすぎた判例理論を修正する動きの1つと理解できるかもしれないと述べられている(内田・前掲注(4)410頁)。

あるときなどは、賃貸借が終了して賃貸不動産を明け渡し、敷金による当然充当がなされても、なお敷金返還請求権が残ることがある。そこで、賃貸借契約存続中に、賃貸人につき差押えや破産手続開始等の申立てや、銀行取引停止処分等がなされたときは、敷金返還請求権につき期限の利益が喪失し、弁済期未到来の賃料債務と敷金返還請求権とを相殺できるなどとする賃貸人と賃借人との相殺予約や、賃貸人と賃借人との弁済期未到来の賃料債務と敷金返還請求権との合意相殺を、賃借人は賃料債権に物上代位による差押えをした抵当権者に対抗できるかが問題となる。

平成14年判例の調査官解説は、このような場合、相殺ないし相殺予約の自動債権である敷金返還請求権は敷金の性質を失っており、物上代位の対象となっている賃料債権との関係ではいわば一般債権であるから、賃料債権との相殺予約については、平成13年判例の射程が及び、賃料債権との相殺合意については、賃料の前払いの効果を物上代位をした抵当権者に対抗できるか否かという点が問題となると思われるとされている<sup>45)</sup>。

しかし、敷金の性質を有しない保証金について述べたことがここでもほぼ妥当する。すなわち、① 不動産の賃貸借契約においては、賃借人が当該不動産につき賃貸借契約を締結しようと思えば、敷金は、賃貸人に預託しなければならない金銭であり、賃借人が賃貸借契約を締結して入居してこそ賃貸用不動産の抵当権者は賃貸人から被担保債権の弁済を受けることができるという関係にあること、② 新築のテナントビルや居住用の賃貸マンションなどにおいてはもちろんのこと、比較的新しいテナントビルや居住用の賃貸マンションなどにおいても、賃借人が敷金を預託する時には、すでにそのテナントビルや賃貸マンションなどには金融機関を抵当権者とする抵当権設定登記が経由されていることが多いのが実際であること（賃貸人は金融機関から融資を受けてビルやマンションを建設していることが一般的だからである）、③ 敷金返還請求権を行使しても賃貸人の資力の関係で敷金の返還が得られそうになくなった場合に備えて、賃借人が賃貸人と上

---

45) 最高裁判例解説〔民事篇〕平成14年度(上)370頁（注25）〔中村也寸志〕。

記のような相殺予約を結んでおくことは合理的な行為であり、また、賃貸人の資力が悪化した場合に、賃貸人と借借人との間で相殺の合意をすることも合理的な行為であること、④ 平成14年判例のいうように、敷金契約が締結された場合は、賃料債権は敷金の充当を予定した債権になるから、このような相殺の予約や相殺合意の効力を抵当権者に対抗できることとしても、抵当権者に不測の損害を与えるとはいえないこと、⑤ 敷金返還請求権はかなり高額の場合が見られるが、その場合であっても自働債権の額の上限は、預託した敷金返還請求権の額だから、一定の限定があり、抵当権設定者による将来に渡る賃料債権の包括的譲渡の場合と異なること、⑥ 抵当権は、被担保債権の弁済を受けられない場合、本来、抵当権の目的不動産につき担保不動産競売を申し立て、その換価代金から被担保債権の優先弁済を受ける権利であり、抵当権者は、相殺の対象にならない賃料債権へ物上代位できればそれで十分であると考えられること、⑦ 平成14年判例当時は、抵当権に後れて設定された短期賃借権については、旧395条による保護があり、担保不動産競売後も借借人は原則として短い期間ではあるが建物買受人との間で賃借権の存続を主張でき、賃貸借終了・建物明渡し後に借借人は建物買受人に敷金の返還を請求できたが、現在ではこの制度がなくなり、競売により抵当権に後れる賃借権は消滅し、建物買受人には敷金返還請求権を行使できなくなったので、建物賃借人に賃料債務との相殺の機会を与えることが妥当であること<sup>46)</sup>、⑧ 抵当権者が敷金返還請求権と賃料債務との相殺を嫌うのであれば、旧395条の短期賃借権保護制度が廃止された現在では、抵当権者は、被担保債権の履行遅滞後早めに抵当不動産につき担保不動産競売を申し立て、借借人を退去させるという手段もあること、をあげることができよう。

---

46) 敷金は、本来借借人の賃貸借契約における債務不履行の損害賠償請求権の担保のためのものであり、借借人に債務不履行がなかったときは賃貸不動産明渡し後に賃貸人は借借人に返還すべきものであるから、借借人が無資力になり返還することができなくなるのではないよう、敷金を賃貸人ではなく、信頼できる敷金保管機関に預託できる仕組みを作ることが本来は必要というべきである(安永正昭「判例批評」金法1684号40頁〔2003年〕)。

したがって、敷金返還請求権を自働債権とし、賃料債務を受働債権とする相殺予約および相殺合意を、賃借人は賃料債権に物上代位した抵当権者に対抗できると解するのが妥当な解釈論というべきであろう。

## 7 む す び

これまでの検討から、以下のことがらを指摘することができるであろう。

第一に、平成10年判例および平成13年判例によって打ち立てられた、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは抵当権設定登記により公示されているという考えは、わが国における債権上の優先権の公示方法のシステムには適合せず、受け入れることはできないこと。

したがって、第二に、平成10年判例および平成13年判例の考え方は、抵当権者が物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することは、公示方法なしに第三債務者および第三債務者以外の第三者に対抗できるという従来の第三債務者保護説と実質的には同じものとして扱うべきこと。

第三に、最高裁判例として現れた事案において、平成10年判例および平成13年判例のとり第三債務者保護説をそのまま適用した結果、妥当とは思えない結論が導かれているものがあり（平成13年判例。平成10年判例は、抵当権者の物上代位権行使妨害目的の債権譲渡であったため、結論的には妥当なものであった）、逆に、これらの判例のとり第三債務者保護説の適用回避により、妥当な結論が導かれているものがあること（平成14年判例および前掲最判平成14年3月12日）。

第四に、優先権保全説は、抵当権者は物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが優先弁済権は公示されていないので、物上代位権は、物上代位権に基づく差押えをするまでは第三債務者およびその他の第三者に優先弁済権を対抗できない権利（私見によれば、一般先取特権や動産先取特権のような権利）であると考えるのであるから、優先権保全説は、むしろ端的

に、372条により準用される304条1項但書の差押えは、物上代位の目的債権上の優先弁済権を保全して、物上代位権を行使するためのもの、というべきではないかと思われること。

第五に、第三債務者保護説と優先権保全説との優劣を検討する場合に、抵当不動産の滅失・焼失などの場合の不法行為に基づく損害賠償請求権や火災保険金請求権などに対する代償的(代替的)物上代位と、目的不動産から将来の一定の期間に渡り発生することが予定される賃料債権などに対する派生的(付加的)物上代位とを分けて考察する必要があること。

第六に、代償的物上代位にあっては、取引の安全上、優先権保全説を採用することが妥当であると思われること(前掲最判平成14年3月12日)。

第七に、派生的物上代位である抵当権に基づく賃料債権への物上代位については、将来の一定期間に渡る弁済期未到来の賃料債権の一般債権者による差押えや第三者への譲渡が、その後の不動産本体の物権的処分(賃貸不動産への抵当権の設定や賃貸不動産の譲渡)に優先する形で認められるべきか否かについて検討が必要であると思われること。

第八に、第七の点についてこれまでの判例(前掲最判平成10年3月26日、前掲最判平成10年3月24日)と異なり消極に解する立場に立てば、次のようになろう。すなわち、一般債権者が債務者である賃貸不動産所有者の賃借人に対して有する賃料債権を自らの債権額に満つるまで差し押さえても、その後に賃貸不動産につき債権者が抵当権の設定を受けて抵当権に基づく物上代位により賃料債権を差し押さえたときは、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力が生ずる時までに弁済期が到来した賃料債権の部分については、一般債権者がこれを取り立てて債権の回収に充てることができると解すべきであるが、物上代位に基づく賃料債権の差押えの効力が生ずる時以降に弁済期の到来する賃料債権については、抵当権に基づく物上代位が認められると解すべきであろう(この点は、前掲最判平成10年3月26日と異なる。第三債務者保護説でも優先権保全説でも同様である)。他方、すでに抵当権の設定されている賃貸不動産につき、一般債権者が債務者である賃貸

不動産所有者の賃借人に対して有する賃料債権を自らの債権額に満つるまで差し押さえても、その後に抵当権に基づく物上代位による差押えがなされたときは、物上代位による賃料債権の差押えの効力が生ずる時までには弁済期が到来した賃料債権の部分については、一般債権者がこれを取り立てて債権の回収に充てることができるかと解すべきであるが、物上代位に基づく賃料債権の差押えの効力が生ずる時以降に弁済期の到来する賃料債権については、抵当権に基づく物上代位が認められると解すべきである（この点は、平成10年判例とほぼ同様であるが、第三債務者保護説に立ってこの結論を導くのではなく、優先権保全説を前提としつつも、前記の第七についての消極説に立ってこの結論を導くものである。若干の違いについては、6(1)(a)ii 末尾参照）。

第九に、第三債務者保護説（従来の第三債務者保護説である）に立っても優先権保全説に立っても、第三債務者である賃借人の賃貸人に対して有する債権（自動債権）と賃料債務（受働債権）との相殺を抵当権者に対抗できるかについては、賃料債権の上への抵当権者の優先弁済権も公示はなく、他方、賃借人の賃貸人に対して有する債権と賃料債務との相殺への期待（相殺の担保的機能）についても公示はないのであるから、賃借人が賃貸人に対して有する自動債権（保証金返還請求権、敷金返還請求権、必要費償還請求権など）と賃貸借契約とが密接不可分に関係している場合には、賃借人の相殺への期待を保護すべきではないかということ。

裁判というものは、限られた時間内に判決を出さざるを得ず、理論的な整合性よりも妥当な結論を導くことを第一義とするものであろう。しかし、結論の妥当性につきもっと思慮深くあってしかるべきではないかと思われる最高裁判決が意外と多い。その上に理論的整合性に欠けるとと思われるものもある。最高裁判例は、ある意味では立法に準ずる強力な効力をもつものであるから、影響力は極めて大きい。最高裁判所も一度公にした法的構成は、法的安定性の観点から容易には変えないのであろうが、より柔軟に対応する必要があるのではないかと感じられる次第である。