

第14・15回 抵当権(2)・(3)：抵当権の効力の及ぶ範囲

2014/12/15・19

松岡 久和

【優先弁済を受けることができる範囲】

Case 14-01 債務者Sは甲・乙の不動産を所有している。甲に被担保債権4000万円の1番抵当権者G₁、同じく2000万円の2番抵当権者G₂がいるほか、4000万円の無担保債権者G₃がいる。次の場合配当はどうか（以下、競売費用・利息・損害金は考えない）。

- ① G₂が甲の競売を申立て、甲が5000万円で売れた。
- ② G₂とG₃が相次いで乙を差押え、乙が3000万円で売れた。

1 優先弁済的効力（369条）

- ・ 抵当権の実行方法：担保不動産**競売**、担保不動産**収益執行**（民執180条）または**物上代位**（民執193条1項後段）を選択可能。実行の申立ては換価権能に基づく
- ・ 優先順位に従う配当（177条、抵当権者間および質権との関係では373条。同順位も有）
- ・ 抵当目的不動産以外からの債権回収は、他の債権者との関係では（債務者との関係では制約なし。大判大15・10・26民集5巻741頁）、無担保部分についてのみ可（394条、破108条）
- ・ 物上保証人や抵当不動産の第三取得者の**物的有限責任**
これらの者は抵当不動産の価格の限度で責任を負うのみで、債務を負担しない。抵当権の実行によって回収できない債権は、債務者に対する無担保債権として残る。

Case 14-02 Xは、Aに対し、期限1年利率8%、遅延損害金利率16%の約定で1000万円を貸し付け、A所有の土地甲に抵当権の設定登記を備えた。その直後に、甲はAからYに譲渡され移転登記がされた。YはZに対する債務のため、甲に被担保債権額を500万円（期限1年、無利息）とする第2順位の抵当権を設定しZが登記を備えた。

それぞれの債務が元利金とも弁済されないまま、6年が経過した。甲の抵当権が実行されて生じた2800万円の売得金は、だれにどのように配当されることになるか。

2 優先権を主張できる被担保債権の範囲

- ・ 抵当権が設定できる被担保債権という要件の問題と混同しないよう注意
- ・ 元本＋利息債権・遅延賠償（遅延利息）債権等の計2年分（375条、不登83条・88条1号・2号）
※2年を超える利息については満期後の登記でカバー可能（375条1項ただし書）
違約金・損害賠償の予定は同条2項に含まれる
←後順位抵当権者や一般債権者の担保余力への期待と予測
- ・ 債務者・物上保証人および第三取得者に対しては制限がかからない（判例・通説）
←契約時の覚悟＋債務者や物上保証人の責任をそのまま承継する第三取得者の地位
※多様な反対がある：担保価値有効利用や予測可能性確保

【抵当権の効力が及ぶ目的物の範囲】

Case 14-03 Aは、劇場甲（時価3000万円）を新築する際に、Xから資金の融資を受け、Xのために甲に抵当権を設定し、抵当権設定登記がされた。その後、Aは、甲に5000万円をかけた音響装置乙を設置した。この場合において、Aの債権者Yが強制執行により乙を差し押さえて競売しようとしたとき、Xは、競売手続きを止められるか。

1 付加一体物（370条；建物と土地が別であることを明示する唯一の規定！）

(1) 付合物（242条）

- ・ 抵当権設定後の付合でも、原則として当然に付合物に効力が及ぶ（建物や登記・明認方法を備えた立木は土地とは独立した不動産なので土地の抵当権の効力は及ばないことに注意）

例外：①特約（370条ただし書・不登88条1項4号）、②詐害行為（370条ただし書）、③権原による付加物（242条ただし書）

(2) 従物（87条）と従たる権利

- ・ 抵当権設定前の従物については87条2項で抵当権の効力が原則として及ぶ（P I 343：湯屋営業道具と煙突、百 I 84=P I 345：観賞用石灯籠・庭石等の従物に対する強制執行と第三者異議）
- ・ 設定後の従物にも370条で効力が及ぶ（P I 344：建物抵当権者 vs 抵当権設定後の雨戸・扉・建具類の譲渡担保権者。破棄判決で結論不明。最高裁判例はないが通説は大審院判例を支持）
- ・ 建物の抵当権は敷地利用権に及ぶ（「従たる権利」、612条と借地借家法20条も参照。百 I 85、最判昭52・3・11民集31巻2号171頁）

2 果実

- ・ 果実には広く債務不履行時以後効力が及ぶ→担保不動産収益執行制度の根拠；抵当権の価値権性に対する理解の転換
- ※債務不履行以前に生じた未収取果実には文言上は及ばないが民執93条2項と不整合！

3 分離物

- ・ 判例は、現場に存在する限り搬出禁止（P I 342）・一括競売を認めるほか、即時取得していない占有者に返還請求を肯定したものもある（百 I 89：工場抵当権の及ぶ機械）
- ・ 学説には、判例を支持する見解のほか、分離物が抵当不動産から搬出され登記の公示が及ばなくなれば抵当権の効力が及ばなくなるという説（我妻）、分離により対抗力だけが失われるとする説（道垣内）などもある

【物上代位(1)－代替的物上代位】

Case 14-04 Xは、A所有の建物甲に抵当権の設定を受け、登記を備えた。

- ①甲が落雷により全焼し、AがY保険会社に対して保険金請求権を取得した場合、Xはそれにつき優先権を主張できるか。できるとしていつまで可能か。
- ②前問の場合、XがAのYに対する保険金請求権を差し押さえる前にAの債権者Zが差し押さえとき、XはZに優先権を主張できるか。
- ③②でZが転付命令まで得たときはどうか。
- ④Aの債権者ZがAのYに対する保険金請求権に対して質権の設定を受けたり、同請求権の債権譲渡を受けて対抗要件を備えたとき、XはZに優先権を主張できるか。

1 物上代位の意義と根拠

- ・ 目的物の価値変形物にも抵当権の効力が及ぶこと。
- ・ 古典的対立としての、**価値権説** vs **特権説**（物権説）と近時の傾向

2 物上代位の目的となる物や権利

- ①損害賠償債権 異論がない
- ②土地収用等の場合の替え地、補償金、清算金、仮差押解放金などの請求権
- ③保険金債権 通説は肯定するが、保険学者にはかつては反対説が多かった
※保険金債権上の質権と物上代位との優劣は未解決（最高裁判例なし）
- ④目的物の売却代金債権 有力説は否定←抵当権の迫及力・代価弁済制度との均衡
買戻代金債権（百 I 87=P I 346）に注意
これらの場合には、債務不履行がなくても**保全的な差押え**が可能だし必要

3 物上代位の要件－「払渡し又は引渡し」前の差押え（304条1項ただし書→372条）

- ※「差押え」（民執193・143条参照）の意義について争いがある
- ・ かつての説の対立と現在
（抵当権設定登記が他の債権者の差押えより前であることが当然の前提である点に注意）

- 優先権保全説**（特権説）：自ら先に差押えが必要
特定性維持説（価値権説）：設定者の一般財産に混入しなければ優先権を認めても他の債権者を害しないから、誰が差押えをしてもよい
→自ら先に差し押さえなくてもよいが、先行差押えがあれば配当要求の終期（民執165条）までに二重差押えが必要（配当要求では不可。P I 348）。

4 物上代位と競合する権利との優劣関係

- ・債権譲渡・質権設定・一般債権者の差押えとの関係
抵当権設定登記と競合する権利の対抗要件や差押えの効力発生時との先後による（百I 87=P I 349、350：登記時基準説、ただしいずれも賃料債権への物上代位の例）
- ・転付命令により執行が終了した後は物上代位はできない（P I 352）

【物上代位(2)－付加的物上代位】

1 抵当権に基づく賃料債権への物上代位の可否

Case 15-01 XはAに対する債権を担保するため、テナントY₁らがすでに入居していたA所有の賃貸ビル甲に抵当権の設定を受け、抵当権設定登記を備えた。その後、一部の賃借人が退去し、新たにY₂が入居した。Aが債務不履行に陥ったため、Xが抵当権の実行としての競売を申し立てたが、不動産不況の影響で買受人が現れない。そこで、Xは、AのYらに対する賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位を理由とする差押えをおこなった。XはYらに賃料を自己に支払うよう求めることができるか。

(1) 問題の所在 — 抵当権の本質論等との関係

- ・賃料債権に対する物上代位の時代背景
不動産不況による競売困難、高額賃貸物件の登場
- ・文言（372条→304条1項）←→非占有担保性・価値権性（369条、旧371条1項、民執46条2項）

(2) 種々の考え方とその適用

- ・**無条件肯定説**（百I 86）：(a)先取特権との共通の非占有担保性→単純準用、(b)目的物使用自体への不干涉。学説の論拠：(c)なし崩しの具体化／価値代表、(d)交換価値に反映する使用価値の前倒し

※無条件といっても被担保債権が債務不履行になっていることは必要

代替的物上代位と異なり、付加的物上代位は抵当権実行の一方方法！

- ・**果実説**：天然果実に関する旧371条との均衡により競売申立以後にのみ肯定
- ・**減価要件説**：抵当権設定後に抵当権者に對抗できる短期賃貸借が設定された場合にのみ肯定←売却価格減少に対する価値の填補

2 物上代位と賃料債権の包括譲渡の優劣

Case 15-02 Case 15-01において、XがAのYらに対する賃料債権αを抵当権に基づく物上代位により差押えたところ、Aはそれより前にαを担保としてZ₁に譲渡し、確定日付を備えていた。XとZ₁のいずれがYらに賃料の支払を請求できるか。

- ・**登記時基準説＋第三債務者保護説**（百I 87=P I 349）：両対抗要件の先後による
←304条1項ただし書の趣旨：第三債務者保護⇒第三者との関係は登記が対抗要件
①「払渡し又は引渡し」は債権譲渡を不包含⇒設定者の財産から逸出しても抵当権には追及効有…先取特権との違い
②債権譲渡後の物上代位でも、第三債務者は弁済・供託で免責され不利益なし
③物上代位権が目的債権に及ぶことは登記により公示されている。
④債権譲渡の優先させると執行妨害が可能
- ・**差押時基準説**：物上代位の対抗要件は差押え⇒債権譲渡は「払渡し又は引渡し」

- ① 差押え前には設定者は収益も処分も自由
- ② 債権譲渡後の物上代位を否定した判例（P I 331：動産売買先取特権）
- ③ 抵当目的不動産とは異なる債権には登記の公示力は及ばない
- ④ 執行妨害的債権譲渡は、公序良俗違反や権利濫用で否定
- ・ **二段階基準説**：差押え前に発生した賃料債権については債権譲渡優先、差押え後に発生する賃料債権については物上代位優先
 - ① 登記による価値把握は不完全で潜在的、差押えで顕在化
 - ② 差押え前の設定者の賃料債権処分の自由を保障⇒譲渡により責任財産から逸出；弁済を受けた債権譲受人は抵当権者に不当利得返還責任を負わない

3 転賃料債権に対する物上代位の可否

Case 15-03 Case 15-01において、Aが直接Yらに対して賃貸するのではなく、不動産管理会社Z₂に甲を一棟貸ししZ₂からYらに転賃する形が採られた。Z₂Yら間の転賃料額は賃料相場に見合っていたが、AZ₂間の賃料額は相場賃料額の60%程度であった。この場合、Xは、Z₂のYらに対する転賃料債権に対して物上代位ができるか。

- ・ **原則否定説**（P I 347：例外の定式は疑問。従前の執行妨害等要件説とほぼ同じ）
 - ① 抵当権の負担を負わない賃借人は民法304条の「債務者」には含まない⇒転賃料債権は抵当不動産の交換価値の変形物でない
 - ② 転賃形式による賃料債権への物上代位の意図的回避は執行妨害で不許；法人格濫用・賃貸借仮装など賃借人を所有者と同視できる場合
- ・ ほかに後順位賃借権限定説、全面肯定説、全面否定説も

4 物上代位と賃借人の相殺の主張の優劣

Case 15-04 Case 15-01において、XがAのYらに対する賃料債権αを抵当権に基く物上代位により差押えたところ、Yらは、建設協力金返還請求権や敷金返還請求権を反対債権βとして相殺を主張した。Xの物上代位は認められるか。

(1) 問題の所在

- ・ 登記を基準に物上代位を優先させる平成10年判決（上記2の百I 87=P I 349）と相殺の担保的機能が無制限に認める昭和45年大法廷判決（百II 42=P II 144）の枠組みの間の選択
- ・ 敷金返還に関する賃借人の正当な利益の考慮

(2) 種々の考え方とその適用

- ・ **登記時基準説**（P I 351：からふね屋事件）・ **二段階基準説***：抵当権設定登記と反対債権取得時の先後で決めるが（相殺予約があっても同じ）、差押え前に相殺がされると（差押前に相殺適状になっていて差押後に相殺の意思表示をした場合の扱いは不明）「払渡し又は引渡し」に当たり物上代位権は消滅（304条1項ただし書）
 - ←登記の公示力・対抗力
 - * 差押え前の差押え等の賃料債権処分を認めるため二段階基準説に近い
- ・ **差押時基準説**：差押後に反対債権を取得したのでない限り、相殺が優先ただし執行妨害的な相殺は相殺権の濫用

(3) 敷金返還請求権の問題点と意外な解決

- ・ 敷金返還請求権の発生は明渡時（P II 222）⇒つねに相殺は物上代位に劣後←→敷金預託がないと借りられない；多数物件は建設資金融資で抵当権設定済；敷金返還請求権の担保による自衛は困難
- ・ 明渡時の未払賃料債権への**敷金充当**（P I 353）
 - ① 敷金返還請求権は未払賃料債権等を控除した残額で発生

- ② 敷金充当は敷金契約の当然の効果で相殺のような意思表示を要しない
- ③ 抵当権者は差押前には用益関係に介入不可 → 賃料債権は敷金の充当を
敷金契約締結の有無は所有者の自由 → 予定した債権

【担保不動産収益執行】

1 制度導入の理由

- ・ 賃料債権に対する物上代位の限界や問題点
 - ・ 限界：頻繁に入れ替わる賃借人の把握は困難、多数賃借人への手続きの煩瑣さ、悪質な賃借人の追い出しや空室補充は不可能
 - ・ 問題点：管理費までの収奪による物件の荒廃、抵当権の順位反映は不確実
⇒物上代位の難点の解消、(副次的に)管理人による執行妨害の排除や予防
- ・ 賃料債権に対する物上代位を肯定する平成元年判決（1の百I86）⇒新371条（根拠規定）
- ・ 担保・執行法の合わせての改正 ← → 民事執行法制定時の挫折

2 制度の概要

- ① 競売と並ぶ独立の執行方法としての位置づけ（民執180条）
競売との併用も可能⇒買受人登場まで収益執行が存続
抵当権者は競売のみを申立て、他の者が申し立てた収益執行に加わらなくてもよい
- ② 強制管理規定の準用（民執188条→93条以下）
管理人報酬・管理費用の優先的な確保
管理人による賃貸借契約の解除や新規締結も可能（民執95条）
不動産収益執行の存続期間には特段の制約なし
- ③ 物上代位制度の存続
← 抵当権者の既得権保護の要請、小規模不動産における費用対効果の問題
ただし収益執行が物上代位に優先：収益執行中は物上代位は不可、先行物上代位も
収益執行手続きに吸収

3 主要な問題点

- ・ 抵当権の本質論および民371条のまづい定式化
- ・ 物上代位の問題点の未解決・存続 → 管理費用相当額の控除等の処理で一部改善
- ・ 収益執行と物上代位の好ましい機能分担は可能か（参考図）
→ 競売・任意売却のための準備作業としてある程度小規模不動産でも活用可

	収益執行	物上代位
費用	大	小
登記	要	不要
密行性	無	有
管理	可	不可
賃借人把握	容易	難
迅速性	無	有
規模	大	小
賃貸形態	共同住宅等	一戸建

【参考文献】

- ・賃料債権に対する物上代位の全般につき、松岡久和＝上原敏夫＝甲斐哲彦「物上代位」鎌田薫ほか編『民事法Ⅱ 担保物権・債権総論』（日本評論社、2005年）63-82頁
- ・賃料債権に対する物上代位の根拠につき、松岡久和「抵当権の本質論について」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』（成文堂、2001年）3-36頁
- ・賃料債権に対する物上代位と債権譲渡の関係につき、松岡久和「賃料債権の譲渡と物上代位の優劣」（百I 87等の判批）民商120巻6号（1999年）1004-1024頁
- ・転貸料債権に対する物上代位につき、松岡久和「転貸料債権に対する抵当権の物上代位」（略称・最決平12・4・14の判批）民商124巻2号（2001年）226-258頁
- ・賃料債権に対する物上代位と相殺の関係につき、松岡久和「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1594号60-68頁、1595号33-45頁、1596号66-69頁（いずれも2000年）
- ・高橋眞＝島川勝編『市場社会の変容と金融・財産法』（成文堂、2009年）