

民法演習 I ・ 第12回講義（抵当権と物上代位）の補足説明

2017年6月28日

松岡 久和

昨年度までに生熊先生が作成され、若干の修正を加えた学習ポイントには、非常に詳しく答えが書かれていますので、基本的にはそちらに委ねることにして、私の講義との関係で補足すべきことに絞ってお示しします。また、今回も欠席者が3名あり、時間を延長しても問2を駆け足で終わっただけなので、私が用意した質問と重要な部分の解説・補足を以下に示します。松岡とあるのは『担保物権法』（日本評論社、2017年）。

1 予習課題の補足

(1) 1.の物上代位とは何かの関連

松岡12頁・53頁以下。学習ポイントの説明は、担保物権の物上代位に絞ったものでその限りで正しいが、物上代位は、もう少し広い内容を有している。

ある物に対する権利が、その物から生じた別の物や権利にも及ぶことを広く物上代位という。典型的には、動産先取特権の効力が、その物の転売代金債権に及び、先取特権者は転売代金債権から優先弁済を受けることができる、というものである（304条）。担保物権に限定して言えば、原担保物権の効力が価値変形物である債権にも及ぶというものである。

304条以外に、民法の定める物上代位には、権利質の場合の供託金や弁済として受けた物（366条3項・4項）、財産分離された場合の分離財産から派生した物や権利への拡張（946条）、遺贈の目的物の滅失等の場合の償金債権への物上代位（999条）、遺贈された債権の場合の弁済受領物への物上代位（1001条）がある。

（以下は読み飛ばしてよい）さらに民法以外に目を広げると304条等と同趣旨の規定として、国税徴収法53条（差押財産の損害保険金・共済金）、マンションの建替えの円滑化等に関する法律77条・86条（供託された保証金や清算金）、電話加入権質に関する臨時特例法12条、自動車抵当法8条、航空機抵当法8条、建設機械抵当法12条、仮登記担保法4条・5条、特許法96条、意匠法35条、商標法34条、実用新案法25条、農地法11条・55条、土地収用法104条、土地改良法123条、土地区画整理法78条・112条、鉱業法53条の2、都市再開発法93条・105条・118条の13、密集市街地における防災街区の整備の促進に関する法律249条、公共用地の取得に関する特別措置法35条、大深度地下法34条、特定多目的ダム法28条、金融機能の再生のための緊急措置に関する法律42条等多数のものがある（この補足を書くために全法令をいろいろな角度から検索してみた）。

(2) 4.の物上代位の問題点の関連

松岡86頁。

賃料債権に対する物上代位には、①管理懈怠による抵当物件の劣化、②抵当権の順位を反映しない債権回収、③居住者の入れ替わりの激しい学生マンション・法人名義の物件では、抵当権者による賃借人の把握が必ずしも容易ではないこと、④新規賃貸、賃貸借契約の解除などの積極的管理ができないこと、などの問題点や限界がある。担保不動産収益執行（以下、「収益執行」と略す）は、こうした問題点を解消する制度である。

(3) 7. 収益執行制度の関連

賃料債権に対する物上代位と収益執行の機能分担については、松岡89頁の図表5を下記に転載する。説明は同書87-88頁を読んで欲しい。

図表5 収益執行と物上代位の対比

	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

(4) 11.と12.の強制執行と担保権実行の開始要件の違いの関連

一般債権者の行う強制競売や強制管理には債務名義*が必要である。

これに対して、物上代位を含む担保権の実行には債務名義は不要で、通常はそれに代わって**登記事項証明書**等の法定文書の提出が必要（民執181条1項各号。とくに3号）。

*債務名義：請求権の存在及び内容を公証する文書であって、それに基づく強制執行が法律上認められているもの。確定判決が最も重要（民執22条1号）。強制執行認諾文言付公正証書（執行証書。民執22条5号）も使われることが多い。

2 問1について

以下のQ01～Q10は、問題を考える前提としての理解である。学習ポイントには記述がないので、要点のみを書いておく。

Q01 本件でBが普通抵当権にせず根抵当権を用いているのはなぜか。

普通抵当権だと、付従性の問題があり、融資毎に抵当権の設定し直しや被担保債権額変更の登記が必要で煩わしい。根抵当権だと一度の設定登記ですむ。

Q02 5において、合計4億円の融資なのに根抵当権の極度額が6億円となっているのはなぜか。

さらに追加融資を予定していたのかもしれない。元本が4億円でも、利息や遅延損害金についても期間の限定なく優先権を主張するためには、極度額はそれ以上しておく必要がある。375条は根抵当権には不適用で、根抵当権では極度額いっぱいまで担保される。

Q03 （前回の復習）本件の保証金はどのような性質のものか。

建設協力金と呼ばれる無利息消費貸借契約。

Q04 純粋共同根抵当とはなにか。これと対になる概念はなにか。

松岡208頁。純粋共同根抵当とは、共同根抵当権のうち、被担保債権の範囲や極度額を共通にする共同抵当権で、392条の負担割付の適用があるものをいう（398条の16。不登83条1項4号の共同抵当権の登記をする）。これに対して、複数の対象不動産から、それぞれの極度額まで優先権を行使できるものを累積共同根抵当という（398条の18）。累積共同根抵当では、各根抵当権は独立しており、392条は適用されない。

Q05 Bは、なぜ甲乙の競売を申し立てずに、債権の全額回収が望めない賃料債権への物上代位などという面倒な手続を行うのか。

1990年代以降のバブル経済崩壊後や、リーマンショック後の不動産不況の時代には、競売を申し立てても売れないことが多く、抵当権者はせめて利息・遅延損害金相当額くらいを回収しつつ、将来の不動産価額の上昇を待つ、という態度を取った。これが1990年代以降の賃料債権に対する物上代位の隆盛を生んだ社会・経済的背景である。現在は、不動産バブルが再燃しており、この設例はリアルではないが、遠くない時期にこのバブルが崩壊すれば、同じことが起きるだろう。

Q06 代物弁済とはなにか。

本来の給付に代えて他の給付をすることで元の債権債務を消滅させるもの（482条）。

Q07 将来発生する債権をも発生前の譲渡できるのか。

判例（最判平11・1・29民集53巻1号151頁<LEX/DB 28040232>）は、社会保険診療報酬支払基金に対する将来の診療報酬債権を8年3か月の長期にわたって譲渡した場合も有効であると認めた。以下がその主要な判旨。

①**特定性が必要** 「債権譲渡契約にあっては、譲渡の目的とされる債権がその発生原因や譲渡に係る額等をもって特定される必要があることはいうまでもなく、将来の一定期間内に発生し、又は弁済期が到来すべき幾つかの債権を譲渡の目的とする場合には、適宜の方法により右期間の始期と終期を明確にするなどして譲渡の目的とされる債権が特定されるべきである」。

②**発生可能性は不問** 「将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約にあっては、契約当事者は、譲渡の目的とされる債権の発生の基礎を成す事情をしんしゃくし、右事情の下における債権発生の可能性の程度を考慮した上、右債権が見込みどおり発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものと見るべきであるから、右契約の締結時において右債権発生の可能性が低かったことは、右契約の効力を当然に左右するものではない」。

③**公序良俗による制約** 「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある」。

松岡357頁の**補足**も参照。賃料債権は、上記判例の診療報酬債権と同じ意味で、将来債権ではない。賃貸借契約成立時に全期間についての賃料債権が発生し、ただその弁済期が期毎に来るという考え方もある。この考え方では、賃料債権は既発生 of 債権であり、賃貸借中の目的物の滅失によって消滅する（危険負担の債務者主義）。これに対して、抽象的には契約時に「使用できることに対する賃料債務」は発生するが、各期の到来毎に具体的な額で発生するとする考え方がむしろ判例・多数説ではないかと思われる。この考え方では、これから使用収益させることへの対価としての賃料債権は、将来債権である。目的物の滅失により以後の賃料債権は発生しなくなる。

Q08 将来発生する債権の譲渡の第三者対抗要件はどうなるのか。

判例（最判平13・11・22民集55巻6号1056頁<LEX/DB 28062423>）は、まだ発生していない将来債権の譲渡についても、譲渡時点で債権譲渡の第三者対抗要件（467条2項の確定日付のある証書による通知または承諾。あるいは、動産債権譲渡特例法4条1項による債権譲渡登記）を備えることができるとした（取立権限が譲渡人に付与されていた事例）。

Q09 Hは1億円の債権について1億2千万円の賃料債権を得ているが、取り過ぎではないのか。取り過ぎれば返さなければならないのではないのか。

真正の代物弁済では、本来の給付に代えて勘弁してもらおうというものであるから、清算特約をしない限り、債権額と代物の価額の大小は、原則として問題にならない（90条違反の暴利行為となるのは、代物の価額が債務額の数倍以上の場合で本件のような20%増は問題外）。

Q10 実際に発生するか否かわからない賃料債権によって代物弁済とするのはHには不利な取引ではないのか。

不利な取引であるが、Aが無資力状態でまったく貸金債権が回収できないよりは、まし。

Q11 Bの抵当権の効力は、賃料債権に当然に及んでいるのか。

予習事項3。松岡65頁。旧371条1項を素直に読めば、果実については抵当不動産の競売開始決定までは抵当権の効力が及ばないから、少なくともその時点までは賃料債権に対する物上代位もできないという考えが有力であった（果実説）。参考判例①が「無条件肯定説」を採用して、賃料債権にも抵当権の効力が及ぶことが判例法となった。

Q12 参考判例①が示した理由はどのようなものか。批判はないのか。

学習ポイント5-7頁の「6 [判例理論の問題点]」の箇所は、やや高度なので、余力のある人以外は、飛ばしていただいてもよい。批判への反論と判例を理論的に支持する見解として、松岡66-67頁。こうした論点は理解できるに越したことはないが、賃料債権に対する物上代位が最高裁判例によって実務的に定着した現在では、あまり問題とされることはない。起案においても、その論拠として371条又は372条を指摘すれば足りよう。

Q13 BがDに賃料債権を取り立てる根拠とする事実は何にか。

予習事項11・12

抵当権本体の実行は、通常、**抵当権の登記事項証明書**を提出して申立てをすることにより始まるが（民執181条1項3号）、物上代位の形での担保権の実行は、債権執行になるため、民事執行法193条1項後段により、同法181条1項1号から3号までの文書（通常は、やはり3号の登記事項証明書）を提出し、執行裁判所の差押命令を得て開始される（民執143条）。

差押え後についても、債権執行の規定が準用される（民執193条2項）。抵当権者は、債務者に対して差押命令が送達された日から1週間を経過したときは、その債権を取り立てることができ（弁済期未到来なら弁済期到来後のみ取立て可能）、第三債務者から支払を受けたときは、その債権及び執行費用は、支払を受けた額の限度で、弁済されたものとみなされる。差押債権者は、支払を受けたときは直ちに、その旨を執行裁判所に届け出なければならない（民執155条）。

第三債務者が支払わない場合には、差し押さえた債権の支払を求める**取立訴訟**を提起することになる（民執157条1項）。取立訴訟の要件事実については民法総合演習に譲る。

Q14 同一の賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位と債権譲渡が競合する場合、どちらがどういう基準で優先することになるのか。

対抗要件の先後による（参考判例②）。3つの判決理由の中心を占める2の物上代位の優先を説く「けだし、」以下の部分は、学習ポイントに抜き書きされているものを手がかりに判旨を読み直して欲しい。

Q15 では具体的に本件ではどちらが優先するのか。

これは各自で設例の事実を規範に当てはめて確認して欲しい。

Q16 本件ではBが6月分以降の賃料債権についてしか効力を主張していないので問題になっていないが、DがHに支払った3月分から5月分までの600万円についてはどうか。

予習事項9。松岡50頁・67-68頁の補足。けっこう難しい応用問題。

物上代位の根拠を371条に求め、同条を文字通りに理解すると（371条根拠説）、債務不履行後に生じた賃料債権に限定され、Aが3月に債務不履行になる前の2月末に生じている3月分の賃料債権には抵当権の効力は及ばない。文言には忠実であり、371条を収益執行と物上代位の共通の根拠とする2003年改正の趣旨に合致するが、改正前の判例法（債務不履行になる前に生じた未払賃料債権にも抵当権の効力が及ぶ）や収益執行の民執93条2項（前項の収益は、後に収穫すべき天然果実及び既に弁済期が到来し、又は後に弁済期が到来すべき法定果実とする）と整合しない。

物上代位の根拠を372条に求める見解では（372条根拠説）、債務不履行前に生じていた賃料債権のうち未払のものにも及ぶ。この問題処理は、2003年改正前と同じ扱いになるが、根拠条文を整えるという上記の立法趣旨に反する。

そこで松岡は、371条の「その後生じた」を立法の過誤として無視し、債務不履行前に生じていた賃料債権のうち未払のものにも371条により抵当権の効力が及ぶとしている。

以上から、3月分の200万円については、371条根拠説では抵当権の効力はそもそも及ばないが、それ以外の説では及ぶ。ただし、後者のように抵当権の効力が及んだと解しても、Bが差押えをする前にDがHに支払った賃料は、弁済＝「払渡し又は引渡し」（304条1項ただし書）が差押え前にされているので、物上代位権は消滅して、DはBに対する支払を拒める。

Q17 Bは、Dに対しては賃料請求ができないとしても、賃料を受け取っていたHに対して、不当利得返還請求をすることができるのではないかと（応用問題。講義では取り上げていないので読み飛ばしてもよい）。

371条根拠説では、3月分には抵当権の効力が及んでいなかったのだから、不当利得返還請求はそもそもまったくできない。それ以外の考え方では、論理的には不当利得返還請求は不可能でない。とりわけ、差押えの意義を、主としてDの二重弁済のリスクを避けることに求める第三債務者保護説（参考判例②）では、Hの保護は射程外なので、不当利得返還請求が認められる可能性が高い。

これに対して、差押えの意義を、第三債務者のみならずDのような第三者の保護にも求める見解では、差押え前の「払渡し又は引渡し」により優先権が消滅するとして、事後的な不当利得返還請求を認めない見解が有力である。

3 問2について

Q18 本問では賃料債権に対する物上代位と相殺の優劣が問題になる。これについて、参考判例③はどのような判断基準を示しているか。

判旨から判断基準を取り出すのが難しいので注意。この部分の理解が最も重要。

原則：抵当権設定登記と反対債権の取得時（相殺の期待の獲得時）の先後により、登記が先なら賃借人は相殺を対抗することができない。反対債権の取得が先なら賃借人は相殺を対抗することができる。

例外：差押え前の相殺は「払渡し又は引渡し」に該当し賃料債務は消滅。

Q19 Eの本案の保証金請求権との相殺の主張はどうか。

肯定される。学習ポイント(b)は相殺予約により、差押え前に相殺適状が生じているとしているが、賃料債権が差押え後に生じると考えると、相殺予約を理由にしにくい。相殺適状になるのを待って相殺できる(次のQ20)。

Q20 差押えによって賃料債権の処分が禁止されているのに、差押え後に相殺適状になった場合にも相殺が対抗できるのか。

最高裁は、差押えと相殺につきいわゆる無条件説を採用しており(最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁<LEX/DB 21033371>)、差押え後に取得した自働債権による相殺という511条の制約以外は、自働債権と受働債権の弁済期の先後や相殺適状になった時点の問題にせず、相殺が差押えに対抗できるとしている。これによれば、いつ相殺適状となったのかは問題にならない。

参考判例⑤は、収益執行と相殺の関係を論じたものであるが、賃貸借契約とそれに伴う保証金債権の発生時が抵当権の設定登記より先である事例において、収益執行開始後の相殺意思表示による相殺の優先を肯定している。

Q21 Gの本案の保証金請求権との相殺の主張もEと同じ扱いになるのか。

Gの保証金返還債権の取得は2011年5月20日であり、Bの乙についての抵当権設定登記がされた2011年3月19日より遅いため、判例の判断基準によって物上代位が優先する。それゆえ、Gは、Bにこの相殺を対抗できない。

Q22 Gの修理費用400万円の償還請求権を自働債権とする相殺はどうか。

雨漏りの修繕費用は、特約がなければ賃貸人御負担に属する必要費であり、賃借人は直ちにその償還を請求することができる(608条1項)。この必要費償還請求権は2016年5月初めに発生しているから、抵当権設定登記がされた2011年3月19日より遅く、Gは、やはり相殺をもってBに対抗することができない。学習ポイント9頁iiiとivはこれを克服しようとする試みで傾聴に値するが、裁判所に採用されるかどうかわからないので注意。

Q23 AG間の契約書中にもAE間と同じ特約条項が入っており、かつ「賃借人は保証金返還請求権と賃料債務とを対当額で相殺したものとみなすことができる旨」の定めもあるから、Gは、相殺をBに対抗できるのではないか。

参考判例③は、「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兩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」と判示しており、これによれば特約があっても優劣関係は逆転しない。

4 問3について(講義では扱えなかった部分)

Q24 Gの相殺の主張は認められるか。

敷金返還請求権は、賃貸借終了後家屋明渡完了の時にあってそれまでに生じた右被担保債権を控除しなお残額がある場合に、その残額につき具体的に発生するとする判例がある(最判昭45・2・2民集27巻1号80頁<LEX/DB 27000512>)。もっとも、賃貸借契約終了前においても、条件付きの権利として存在するとの判例もある(最判平11・1・21民集53巻1号1頁<

LEX/DB 28040187))。

しかし、いずれに解するとしても、敷金返還請求権が発生するのは、早くて2011年3月末（事実10）であり、乙について抵当権設定登記がされた同年3月19日より後れるため、Gは相殺をもってBに対抗することができない。参考判例④の第一審判決は、そのような判断をした。

Q25 GはBに1000万円を支払わなければならないのか。

参考判例④は、未払賃料債務への敷金の充当により、差し押さえられた賃料債権は消滅するとして支払義務を否定した。その理由は次の2つ（学習ポイントの②③）である。

- 1) **敷金充当と相殺との違い** 「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) **抵当権の覚悟すべき賃料債権の性質** 「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。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うべきである」。

なお、弁論主義が妥当するため、元賃借人のGが敷金充当を主張せず、相殺に固執していたとすれば、Bの請求は原則として認容されていたであろう。本人訴訟の場合には、裁判所が積明権を行使して、賃借人に敷金充当の主張を示唆することが、例外的にありうる。