

第12回講義(物上代位)の補足説明

2017/06/30

講義では扱えなかった部分を中心に掲載します。難しい論点にも立ち入っていますが、民法演習 I のテーマと重なっているため、理解を深めて下さい。

1 物上代位の手続の詳細

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(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号までのうちのいずれかの文書(通常は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)。具体的に、申立書には、[1]債権者、債務者及び所有者(その目的である権利の権利者)並びに代理人の表示、[2]担保権及び被担保債権の表示、[3]担保権の実行又は行使に係る財産の表示、[4]被担保債権の一部について担保権の実行又は行使をするときは、その旨及びその範囲(以上、民執規170条)、[5]第三債務者(民執規179条1項)を記載する。

2 取立訴訟の請求原因事実

細かくて聞き取りにくかったかもしれないので文献データ付で掲載する。

被差押債権の発生原因事実(賃貸借契約の締結、それに基づく目的物の引渡し、賃料債務の発生期間の経過)のほか、取立権の発生原因事実として、[1]差押命令の発令、[2]差押命令の債務者及び第三債務者への送達(民執145条3項。実務上は債務者への送達は債務者の債権の処分を防ぐため第三債務者への送達の翌々にされている。平野哲郎『実践民事執行法民事保全法[第2版]』(日本評論社、2013年)248頁)、[3]債務者への送達後1週間の経過(民執155条1項)、[4]取立権の範囲を主張立証すべきことになる。

具体的には、2006年6月6日にXが抵当権の物上代位権に基づき、抵当権設定者Aが賃借人Yに対して有する賃料月額600万円の賃料債権について「金***円に満つるまで」(***)の部分は被担保債権額の範囲で抵当権者が自由に指定できる)差し押さえる旨の債権差押命令の申立てを行い、翌日に、執行裁判所が債権差押命令を発して、その正本がAやYに送達されたこと(以上、**CP15**。債務者への送達から1週間が経過したことはカレンダー上明らか)、を主張・立証すれば足りる(伊藤滋夫編『民事要件事実講座 総論II 多様な事件と要件事実』(青林書院、2005年)206-209頁[松本明敏]を参照。文献を見なくても必読判例①の第一審の事実の箇所の原告の主張を真似すればわかる)。なお、抵当権の実行としての物上代位においても、抵当権設定登記は、必ずしも不可欠な要件ではないので、登記の具備は、請求原因事実ではない。

3 4~6月分の賃料に抵当権の効力が及んでいないというYの抗弁の可否

(1) 実体法上の問題

民法371条によっても2003年改正前と同様に債務不履行前に生じた未回収の賃料債権にも物上代位ができるとする考え方(松岡『担保物権法』50頁(2)、67頁の**補足**)や、物上代位の根拠規定は同条ではなく372条だとする考え方(中野貞一郎=下村正明『民事執行法[第7版]』(青林書院、2016年)699頁)では、Aが争ってもその主張は実体法上認められない。

(2) 手続法上の問題（この部分は講義では省略した）

仮に民法371条の文言を尊重して債務不履行前に発生した4月分から6月分の賃料債権にはXの抵当権の効力が及ばないと解したとしても、そのことを、Yが取立訴訟で争うことはできない。「第三債務者は、取立請求に対する抗弁として、被差押債権に関する実体上の障害・消滅・排斥事由を主張できるほか、差押命令の無効や執行の停止・取消しがあったこと等の手続上の事由も主張することができる。しかし、執行債権や実行担保権に関する実体的事由は、執行債務者が、請求異議の訴え、差押命令に対する実体抗告、担保権不存在確認の訴え等により主張すべきものであり、第三債務者が取立請求を拒む理由にはならない（通説・判例）」（中野＝下村・前掲715頁。割り注を省略）。Xの取立権は差押命令によって発生するので、XのAに対する債権や抵当権の問題は、YでなくAが争うべきである。

4 相殺の抗弁と再抗弁（講義では(1)(2)を軽く触れた）

(1) 相殺の抗弁の内容

判例に従って無制限説に立つことを前提に考えると、[1]自働債権の発生原因事実（CP①やCP⑥⑦⑨⑩）、[2]自働債権につき相手方に対して一定額について相殺の意思表示をしたこと（『要件事実1』123頁。本件が合意相殺だとすればCP⑨⑩）。また、差し押さえられた受働債権の相殺が許される旨を明らかにするため、[3]受働債権についての差押えの日時（CP⑮）、[4]自働債権について右差押え以前の発生又は取得の日時、を主張立証しなければならない（『要件事実1』137頁。CP①やCP⑥⑦⑨⑩）。

受働債権についての差押えの日時が取立訴訟の請求原因の中で現れていれば、第三債務者の側が主張・立証する必要はない。

(2) 抵当権設定登記と反対債権の取得時期の先後関係の主張・立証責任

相殺の抗弁に対して、Xが、再抗弁として、自働債権の発生時以前に抵当権設定登記を行ったこと（CP⑮）を主張・立証すべきことになる。

第三債務者Yの側が自己の反対債権（自働債権）が抵当権設定登記より先に発生ないし取得したものであることを主張・立証すべきなのではないか、との疑問が生じる。たしかに、通常、物上代位に基づく債権執行の申立ては、民事執行法181条1項3号の抵当権の登記事項証明書の提出によって始まるが、同項1号・2号による申立てでもできる（登記がないので第三者に優先権を主張できないだけ）。したがって、抵当権設定登記がなされていること（そしてその時期）は、請求原因事実ではない。第三債務者は、抗弁として民法511条の制限にかからないことを主張・立証すれば足り、抵当権者の登記の欠缺について主張・立証する必要はない（民執181条1項1号・2号に基づく物上代位権の行使に対しては、対抗要件の抗弁を出して相殺を対抗できる）。それゆえ、抵当権設定登記の時点が第三債務者の反対債権取得時より前であるとの主張は、抵当権者の再抗弁として位置づけられる。

もっとも、反対の見解もあるので注意していただきたい。曰く、Xが抵当権に基づく物上代位を根拠に支払請求をしていることは明らかなので、Yは、511条の制限に代えて、反対債権の取得が抵当権設定登記より前であることを主張・立証しなければならない（伊藤滋夫編『民事要件事実講座4』（青林書院、2007年）[田中敦]116～117頁）。

(3) 304条1項ただし書の主張の位置づけ

すでに抗弁の中に事実がすべて揃っているため、304条1項ただし書の適用が問題になるだけであり、それが適用され相殺が認められると、反対債権取得前の抵当権設定登記という上記(2)の再抗弁は失当となる。

(4) 304条1項ただし書の例外の範囲

差押え前に相殺適状になっていたが、相殺の意思表示は差押え後に行ったという場合(相殺適状が必要なので、相殺の受働債権となる賃料債権は、差押え前にすでに弁済期にあったものに限られる)の処理については、次の両説が考えられる(松岡『担保物権法』73頁)。

①304条1項ただし書は差押え前に「払渡し又は引渡し」に相当するものに限られ、相殺が現実に行われてしまったことを要する、と厳しく解すれば、差押え後の相殺の意思表示では物上代位に対する相殺の優先を主張できない(清原説)。

②差押えと相殺の一般的な処理では、相殺の遡及効(506条2項)によって、差押え後に相殺の意思表示をしても差押えに対抗できる。物上代位に基づく差押えを異別に解する必要はないから、この場合も304条1項ただし書が適用され、相殺は物上代位に対抗できる。

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、判例(最判平21年7月3日民集63巻6号1047頁<LEX/DB 25440879>)収益執行開始後の相殺の意思表示による相殺の優先を肯定しているため、物上代位についても判例は②説を採用するものと思われる。

5 必読判例①(物上代位優先)と参考判例①(相殺優先)の相違と整合性

少々難しい議論で講義では省略した。詳しくは松岡・参考文献B(1)(2)金法1594号・1595号を参照。以下はそのダイジェスト版である。

(1) 差押え対象債権が将来債権であることでは違いを正当化できない。

以下の理由から、将来債権を受働債権とする相殺を否定する見解がある。[1]差押えの処分禁止効により差押え以後の相殺は効力を生じない。[2]差押え時に未発生賃料債権については、いまだ相殺の期待は現実的でなく、合理的なものでもない。[3]将来債権の差押えについての判例理論はまだ確立しておらず、差押え後も賃借人は使用収益ができることで保護されているから、それ以上に相殺による優先的保護まで与える必要は必ずしもない。この否定説によれば、相殺は主張できないので、物上代位が常に優先する。

しかし、いずれの論拠にも反論が可能である。[1]民法511条は差押え前の受働債権の発生を要件としておらず、将来債権の差押えができるのに相殺ができないのは均衡を欠く。[2]賃料債権は未発生といっても発生基礎が既に存在し、既発生・未発生は相対的な区別でしかない(賛成ではないが、後述のように契約締結時に全期間について賃料債権が発生していて厳密な意味での将来債権ではないとの説も有力)。[3]受働債権が現実化すれば相殺が可能となる以上、潜在的な段階でも相殺の期待は保護されるべきである。[4]相殺と差押えに関する無制限説・制限説のいずれを採っても、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より前に到来すれば相殺ができる。[5]民法511条は自働債権取得が差押えより前であれば相殺できるとしており、差押えの弁済禁止効の例外である。[6]相殺と同様の効果を持つ賃料の前払いは適法である。とりわけ、[4]は参考判例①〔差押えと相殺の無制限説〕の判示と整合的である。そして、抵当権者が差し押さえた賃料債権の支払いを求めうるのは、賃料債権が実

際に発生した後である一方、自働債権は差押え前にすでに発生しているから、賃料債権の発生時点では、常に相殺適状になっており、相殺が可能である（もっとも、相殺が可能であるというのは、相殺が優先することを意味しない。相殺が可能として初めて、相殺と物上代位の優劣を検討する前提が整う）。将来の賃料債権についても相殺が可能である以上、この点で、両判決の違いを説明することはできない。

なお、賃料債権は賃料支払時期に対応する期間の経過毎に発生すると考えるのがおそらく多数説です（だから期限未到来の賃料債権は将来債権）。これに対して、賃貸借契約の締結時にすでに抽象的な意味での賃料債権は発生していて、支払期限が各時期毎に到来するという構成も有力である。しかし、この考え方では、期間を定めない賃貸借契約の場合に契約締結時にどういう額の債権が発生したのか、また、期間を定めていても途中解約した場合にどうなるのか、などが説明しにくい。

(2) 本件の相殺予約や相殺契約が、銀行取引約定書による場合とは異なり、必ずしも周知性を有しないことも、結論の違いを正当化できない。

たしかに、この点は、相殺に対する期待の程度の違いを基礎づけることができる。しかし、参考判例①は、相殺予約や相殺契約という特約がなくても無制限説を採るので、特約の存在は、むしろ相殺に対する期待を強化する方向に機能する。また、多数説（通説？）も、特約の周知性は不可欠とはしない。それゆえ、この点も、両判決の違いを正当化できない。

(3) 物上代位の差押えが抵当権に基づくことも、結論の違いを正当化できない。

差押えが担保権に基づくことは、たしかに、物上代位を優先する要素とはなりうる。しかし、参考判例①の場合の差押えは、最も強力な一般先取特権としての租税債権に基づいていた。租税債権は、法定納期限以後に登記をした抵当権よりも優先する（国徴16条、地稅14条の10）。優先権の有無が結論に影響しないことは、参考判例①自体が判示しているので、判決文をよく確認していただきたい。それゆえ、この点も結論の違いを正当化できない。

(4) 差押えが登記済の抵当権の効力としての物上代位に基づくことが、両判決の違いを正当化できる唯一のポイントである。

必読判例①は、登記の公示力や対抗力を強調して、物上代位の優先の根拠としている。また、一連の最高裁判例において、抵当権の登記による公示力や対抗力という理由は、賃料債権を差し押さえたDのような一般債権者や、賃料債権の譲受人との関係で、抵当権に基づく物上代位が優先する根拠としても強調されている（参考判例②や一般債権者の差押えと物上代位の優劣に関する最判平10年3月26日民集52巻2号483頁）。

もっとも、このような理解に対しては、次のような強い批判がある。[1]参考判例②に対して、登記時を基準とする処理は設定者や債権譲受人の利益を不当に害する。賃借人が建物登記を閲覧することはほとんどなく、抵当権設定登記の公示性は机上の空論に等しい。価値判断としても、目的物自体の競売によっても債権を回収できる抵当権者より、反対債権の弁済を得ることが困難な正常賃借人を優先的に保護すべきである。[2]相殺は抗弁の対抗の問題であり、優先権の公示とは無関係である。第三者に対する対抗要件である登記を第三債務者に対する公示とは解せない。[3]賃借人は差押えまでは抵当権設定以後も賃借人に賃料を弁済できるから、賃料の支払を差止めるのは差押えの効果であり、登記の効果ではない。[4]賃料に対して、租税債権に基づく差押えとその法定納期限以後に登記さ

れた抵当権による物上代位とが競合した場合において、賃借人の反対債権取得が抵当権の登記時以後であるときは、三すくみとなって解決ができない（租税債権の差押えが物上代位に優先、物上代位が相殺に優先、相殺が租税債権の差押えに優先となると順位が決まらない）。

しかし、いずれにも反論は可能である。[1]民法395条・605条は、登記を見て契約するか否かにかかわらず、登記の対抗力・公示力を優劣決定の基準としている。DとXとの優劣は、登記の対抗力を基準とするのが簡明で妥当である。[2]物上代位と相殺は、同一の賃料債権に対する価値的支配の優先を争っているのであり、対抗要件を基準とすることに合理性がある。[3]必読判例①は、参考判例②の行き過ぎを修正し、「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」としている。抵当権が登記によって公示されることにより、物上代位権の順位が確保されている一方、差押え以前には抵当権設定者は賃料債権を処分する自由が保障されており、賃借人は「払渡し又は引渡し」を有効に行える。このことは、「登記により潜在的に賃料債権に及んでいた抵当権の物上代位の効力が差押えによって具体化する」という二段階基準説によって、簡明に説明できる。登記の対抗力・公示力で順位が確保されていても、差押えによる支配の現実化までは「払渡し又は引渡し」（本件では相殺）が可能であり、この理解は304条1項ただし書に整合する。[4]参考判例①は法定納期限を問題にしていなかったが、相殺を主張した銀行が法定納期限以前から顧客との継続的な契約関係に基づいて反対債権を有していたとみられる。法定納期限後に第三債務者が差押債務者に対する自働債権を取得した場合は同判決の射程外であり、この場合に差押えが相殺よりも優先すると解しても、同判決とは抵触しない。そのように理解すると、三すくみとされた事例は、租税債権の優先で決着し、むしろ、登記（と自働債権の取得時の先後、および税金に関しては法定納期限と抵当権設定登記や自働債権取得時の先後）を基準とする考え方に整合的である。

6 必読判例①（最判平13年）の本件へのあてはめ（講義の修正あり）

本件では、2002年4月1日の合意第3項に基づき、Yは、Dが強制執行を申し立てた2006年3月24日以降、毎月の賃料債権を保証金返還請求権などにより毎月月末に相殺したものとみなすことができる。第3項は、毎月末ごとに将来発生する翌月分の賃料債権について、Xの差押え前に相殺の合意をしているものと解される（相殺合意が差押後の相殺の意思表示である場合については、4(4)を参照）。

必読判例①（最判平13年）は、賃借人は、賃貸人に対する自働債権を抵当権登記の後に取得したときは、「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」と判示している。したがって、本件では、Yは、4月分から6月分の賃料についてのみ相殺の合意による賃料債権の消滅をXに対抗することができる（講義ではこの部分につき相殺が対抗できないとする板垣君の理解も成り立つとしたが、上記判示をみるとやはり「払渡し又は引渡し」によって相殺は対抗できそうである。お詫びして訂正する）。

では、YがAとの合意により、将来数年分の賃料について現在の段階ですべて支払うとして、それとYのAに対する保証金返還請求権と相殺する旨を、Xによる差押え前に定めた場合はどうなるか。最判平13年の「差押えがされた後に発生する賃料債権」という表現

からすれば、賃料債権が差押え前に発生していることを理由に、全額について相殺を認める余地はわずかながらある。しかし、抵当権者が差押え後の目的物の使用収益に対応する価値を優先的に支配していると考えれば、賃料債権を現在化させたとしても、差押え後の使用収益に対応する賃料については、やはり相殺の合意はXに対抗できないだろう。

7 本件合意と敷金充当の関係 (2)は講義では取り上げていない

(1) 7月分以降の賃料については相殺は対抗できない。

本件合意第2項の趣旨は、Yの建設協力金返還債務や保証金返還債務の期限の利益喪失特約であり、差押え後に毎月発生するはずのAの賃料債務を直ちに発生させて弁済期を到来させるというものではない。合意第3項も文言どおり、賃料債務の発生時に相殺の効力を生じさせるか(合意相殺であり個別の相殺の意思表示は不要)、相殺権を発生させる趣旨と考えられる。合意による相殺の効力は、各月に相殺適状となった時点で生じることとなり、必読判例①のいう例外(304条1項ただし書の差押え前の「払渡し又は引渡し」)には、該当しない。つまり、この特約をもって、7月分以降の賃料債務の弁済期が一旦に到来し、Xの差押え前にすべて相殺適状となっていたと解することはできない。この結論は、「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」という主要な判示部分とも整合する。

(2) 特約によっても敷金としての性質は失われない。

2002年4月1日の合意(☐⑨⑩)にそって保証金返還債権が現実化した場合には、保証金(敷金)としての性格を失い、相殺は可能になるが(しかし必読判例①によりXに対抗できない)、差引計算の主張ができなくなるのではないかと疑問がある。しかし、賃借人Yが自己の保証金返還請求権を確保するための自衛的な特約を行うと逆にその立場が弱くなるという結論は、説得力に欠ける。

のみならず、一般的に、主位的な抗弁が認められない場合に、それと矛盾する予備的抗弁を主張することは妨げられない。必読判例①によって、相殺予約または相殺合意の抗弁がXの物上代位に対抗できないとして4~6月分の限度でしか相殺の抗弁が認められない場合、Yが、相殺予約ないし相殺合意による保証金返還債権の現実化を主張せず、差引計算の抗弁を主張することは可能だろう(相殺を主張しつつ、差引計算をも重ねて同時に主張するのは、主張に矛盾があるが、予備的抗弁は順位の付いた選択的主張である)。実際、必読判例②における賃借人側の争い方はまさにこのとおりで、1審では相殺を主張して退けられたが、2審と最高裁では差引計算が認められた。

8 問(3)の賃料減額合意や賃料一部免除

(1) 実質的な相殺合意?

設問(3)の合意の趣旨には不明確なところがあるが、事前指示のように、賃料債権400万円分の減額や一部免除とセットにして建設協力金や保証金の返還債権も減額し清算するも

のとも解せる。そうだとするとこの合意は、単純に賃料額を減額・一部免除する合意ではなく、特約によって実質的に相殺の実を挙げようとするものと思われる。そのため、形式のいかんにかかわらず、抵当権者には対抗できない、という結論になるだろう。

***補論** 敷金返還債権を反対債権とする相殺自体が、必読判例②によって、必読判例①の例外として認められたと理解できる可能性もある。必読判例①の事例は、合意による保証金の一部返還債権が反対債権であったが、賃料の95か月分（講義では約100か月分とアバウトに述べた）という高額の保証金を10か月分に変更して差額の85か月分の返還を約したものである。その返還を約束された債権は、敷金返還債権ではなく、貸金債権だったと解される。すなわち、必読判例①は、敷金返還債権による相殺が物上代位に優先する可能性を完全には否定していないと読める。もし、そのように理解できれば、実質的に相殺と類比できる(3)の合意も、逆に、適正な敷金の範囲内の自衛措置なので、敷金充当が認められる範囲では、抵当権者に対抗できる可能性がある。ただ、必読判例②は必読判例①を変更・修正しておらず、両者を別の問題として判断しているので、このような判例の読み方はかなり難しい。

(2) 単純な賃料減額合意や一部免除？

これに対して、設問(3)の合意が、文字どおり、建設協力金・保証金が返還されない間、賃料を減額・一部免除する趣旨だとすると、賃料額をどのように定めるのかは賃貸借契約の当事者の自由なので、必読判例②の論理に従い、抵当権者は差押え前には抵当不動産の用益関係に介入できないという結論になる。

このような合意は、相殺と異なって、賃料を減額・一部免除してもAの債務は減らないので、設問(3)の合意は、Aが一方的にYに利益を与える行為であって、詐害行為取消しや否認の対象となりうる。もっとも、Aが決定的な危機（債務超過や支払不能）に陥る前にこうした合意がなされていると、取消しも否認も難しい。その成否は、権利濫用構成同様、事件の具体的事情次第となる。

また、賃料の一部免除については、他人を害する権利放棄は許されないという一般的な権利濫用法理を援用して効力を否定する考え方があるかもしれない。しかし、371条により、抵当権者は、債務不履行前には賃料債権に対する物上代位や収益執行ができない。必読判例①②とも抵当権者による干渉には抑制的な態度を採っているので、「Aが決定的な危機（被担保債務の不履行）に陥る前に行われた賃料の一部免除も、抵当権者の物上代位の利益を害するので無効である」とは言いにくい。

9 判例データ等の補充

同一の賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位と一般債権者の債権差押えとの競合については、抵当権設定登記と差押えの効力発生時期の先後によって優劣が決まる（最判平10・3・26民集52巻2号483頁<LEX/DB 28030605>）。なお、差押債権者と物上代位との優劣については、先取特権の事例であるがすでに最判昭60・7・19民集39巻5号1326頁<LEX/DB 27100017>）。

敷金返還請求権は、賃貸借契約が終了して明け渡した時点で具体化する（最判昭48・2・2民集27巻1号80頁<LEX/DB 27000512>）。もっとも抽象的な意味では、敷金返還請求権は、敷金預託時点で発生し、具体化前に確認請求や差押えが可能である（最判平11年1月21日民集53巻1号1頁<LEX/DB 28040187>）。この2つは、詐害行為取消権の被保全債権との関係でも取り上げた。