

タイトル	抵当権に基づく物上代位と目的債権の包括的譲渡
著者	小林, 資郎
引用	北海学園大学法学研究, 40(4): 789-811
発行日	2005-03-31

抵当権に基づく物上代位と目的債権の包括的譲渡

小 林 資 郎

一 はじめに

抵当権に基づく物上代位の目的となる債権が譲渡されてその對抗要件を具備した後に、なお抵当権者がその債権に対して物上代位権を行使しうるかという問題については、古くから議論がなされてきたところである。この問題に対する最初の判例は、大決昭和五年九月二三日（民集九卷九一八頁）であった。事案は、旧耕地整理法に基づく補償金債権が譲渡されて對抗要件を具備した後、抵当権者が物上代位権を行使し、差押・転付命令を得た場合における債権譲渡と物上代位の優劣が争われたものであった。大審院は、民法三〇四条にいわゆる「差押」の趣旨は、債権の特定性の維持にあるのみならず、債権には登記の如き公示方法を欠くので、第三者を保護するために、当該債権に対する

抵当権に基づく優先権を公示することにあるとし、物上代位権を行使するためには、債権が第三者に譲渡される前に抵当権者自ら差し押さえることが必要であるとしたのである。

「差押」の趣旨をめぐっては、まず大判大正四年三月六日（民録二二輯三六五頁）が、代位目的物の特定性維持にあり、他の債権者による差押があれば、その被差押債権は優先権の目的として保全されているのだから、他の債権者が転付命令を得てもそれは抵当権者に対し効力を有しないとされた（同旨大判大正四年六月三〇日民録二二輯一一五七頁）。ところがこの判例に対して学説は強く批判し、この批判をうけられる形で、大連判一二年四月七日（民集二卷二〇九頁）は、差押は抵当権者自身がなすことを要し、それが優先権を保全するための要件であるとし、「抵当権者カ差押ヲ為サル間ニ他ノ債権者カ差押ヲ為シ転付命令ヲ受ケタルトキハ該命令カ規定ニ從ヒ送達セラルルニ因リテ差押債権者ノ債権ハ弁済サレタモノト看做サレ其ノ限度ニ於テ転付債権ハ差押債権者ニ移転シテ債務者カ第三者ヨリ受取ルヘキ債権関係ナキニ帰スルコトハ債務者カ其ノ債権ヲ他人ニ譲渡シタル場合ト異ルコトナシ」と断じ、判例を変更したのである。この事案は、物上代位と転付命令の優劣に関するものであったが、傍論で、このことは債権譲渡の場合と異ならないとしたことで、前述の昭和五年の大審院決定へとつながっていったのである。

この当時の議論は、民法三〇四条一項但書にいわゆる「差押」の意義をどうとらえるべきかということが中心であったといえよう。この問題は、その後も判例、学説によって活発な議論が展開されてきたことは周知の事実である。ところが、最判平成元年一〇月二七日（民集四三卷九号一〇七〇頁）が、それまで学説・判例に争いのあった、というよりもむしろ消極に解する見解が強かった賃料債権に対する物上代位権の行使を認めたことを契機として、抵当権実行を選択するよりも、目的不動産（特に建物）の賃料債権に対する物上代位の方法による債権回収を図る事例が急増したのである。その結果、抵当権設定者が転貸の形式をとって物上代位権の行使を回避しようとしたり、その債権回

収を妨害する目的で、将来賃料債権の包括的譲渡が一般的に行われるようになったとの指摘もみられる。

このような状況下で、最高裁は、平成一〇年の初め、相次いで二つの判決で、抵当権者は目的債権が譲渡された後
もなお物上代位権を行使しうるとの判断を示した。一つは最判平成一〇年一月三〇日民集五二巻一号一頁（以下①判
決という）であり、他の一つは最判平成一〇年二月一〇日判時一六二八号九頁（以下②判決という）である。本稿は、
これらの判決から派生する問題点のうち、賃料債権の包括的譲渡と物上代位、および債権譲渡と転付命令との関係に
しほってその検討を加えるものである。

二 賃料債権の譲渡と物上代位

（一）平成一〇年の二つの最高裁判決の概要

①判決の事案を簡略化すれば次のようなものである。XはAに対する三〇億円の貸金債権の担保としてBが所有す
るテナントビルに抵当権の設定を受けたが、このビルには賃借人が存在し、賃料は月額約七〇〇万円であった。Aは
平成三年三月に期限の利益を喪失し、平成四年一二月に倒産した。Bは、平成五年一月に、Yに対しこのビルの全部
を、賃料月額二〇〇万円、敷金一億円の約定で賃貸した。この契約には、①譲渡、転貸可能、②Bは各テナントとの
賃貸借契約を合意解除し、Yと各テナントが新たな賃貸借契約を締結するか否かはYの意思によるとの特約が付され
ていた。平成五年四月一九日、CはBに対して七〇〇万円を貸し付け、その翌日、BとCは、本件ビルについての平
成五年五月分から平成八年四月分までの賃料債権を右貸金債権の代物弁済としてBがCに譲渡する旨の契約を締結
し、Yはこれを承諾し、これについて確定日付を得た。平成五年五月一〇日に、Xは物上代位権に基づき、BのYに

対する賃料債権についての差押命令を得、その命令は六月一〇日にYに送達された。しかしその後Xは、Yが各テナントに対して有する転賃料債権について物上代位権を行使して差押命令を得たので、平成六年四月八日以降支払期にある分につき賃料債権の差押命令を取り下げた。本件は、XのYに対する債権取立請求である。原審（東京高判平成八年一月六日）は、民法三〇四条一項ただし書の「差押」の趣旨は、目的債権の特定性を保持し、これによって物上代位権の効力を保全するとともに、第三者が不測の損害を被ることを防止することであり、この第三者保護の趣旨に照らせば、払渡し又は引渡しの意味は債務者（物上保証人を含む）の責任財産からの逸出と解すべきであり、債権譲渡も払渡し又は引渡しに該当するといえるから、目的債権について、物上代位による差押えの前に対抗要件を備えた債権譲受人に対しては物上代位権の優先権を主張することができないとしてXの請求を棄却した。

②判決の事実を簡略化すれば次のようなものである。AはC銀行から一億一千万円の融資を受けるにあたりYと保証委託契約を結び、この契約に基づくYのAに対する事前求償権を担保するために、昭和六年六月、ABが共有する本件不動産に抵当権を設定した。AとBは、平成元年一〇月、本件不動産をDに賃貸し、平成六年六月分以降の賃料は月額一五七万円である。Xは平成五年一月一〇日、Eに対し六五〇〇万円を貸し付け、この債務を担保するため、AとBは、本件不動産についての同年一二月分以降の賃料債権をXに対して譲渡し、その対抗要件を具備した。平成六年一〇月一七日、Yは物上代位権の行使として、本件不動産についての賃料債権のうち差押命令送達時に弁済期にある分以降一億一千万円に満つるまでの部分について差押命令を得た。Dは平成六年一月分から平成七年六月分までの賃料を供託したので、執行裁判所は、右供託金から執行費用を控除した一二〇〇万円余を弁済金としてYに交付した。そこでXが、担保権排除を求めて第三者異議の訴えを提起したのが本件である。原審（大阪高判平成七年一二月六日判時一五六四号三一頁）は次のように述べて、Xの異議を斥けた。すなわち、将来の期間の賃料債権を譲

り受けた場合、譲渡契約の時点では賃貸借当事者間においても未だ発生していないものであるから、支分債権である賃料債権が移転する時期は、期間経過により支分債権である賃料債権が賃貸人に対し現実に発生すると同時に、債権発生後改めて譲渡手続を経ることを要せず、譲受人に移転すると解すべきである。そうすると、将来の期間に発生すべき賃料債権が支分債権として発生した時点で、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具現と第三者に対する対抗要件を具備した債権譲渡が競合する事態が起こり得る。この二つが同時である場合には、実体法上の権利に優劣があればその順序、優劣がなければ先に包括的な差押えあるいは対抗要件を講じた方が優先すると解すべきである。抵当権者は優先弁済権を有し、その目的不動産の賃料に対し物上代位性を認める以上、その物上代位に基づく権利の行使は抵当権の内容である優先弁済権に由来するものといふべきであるから、抵当権に基づく物上代位による差押えの効力の具現と対抗要件を具備した債権譲渡が同時である場合には、実体法上優先権が認められている抵当権に基づく物上代位による差押えが優先し、発生した支分債権である賃料債権を取り立てることができる。

最高裁の判決理由は以下のとおりである（二判決同旨であるので①判決を引用する）。

「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、右弁済前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として、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、(一) 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債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、(二) 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にはならず、(三) 抵当権の効力が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、(四) 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である。

そして、以上の理由は、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らずなく、当てはまるといふべきである。」

(二) 賃料債権の譲渡と賃料債権に対する物上代位の優劣をめぐる議論

債権譲渡という場合には、具体的に発生しているが弁済期が未到来の債権を念頭においているのが一般的である。

債権譲渡と物上代位の優劣という問題においても、譲渡および物上代位の対象となった債権は、例えば、前掲大判昭和五年九月二三日をみても、旧耕地整理法に基づく補償金債権であった。ところが賃料債権がこの考察の対象となる場合には、それが賃貸借契約成立の時点からその終了に至るまで毎月ごとに継続的に発生しているものであるがゆえに、既発生の賃料債権については通常賃貸人に弁済されているのが一般的である。したがって、賃料債権に対する物上代位権の行使という場合には、未だ弁済期の到来していない賃料債権、すなわち将来の賃料債権ということになるであろう。賃料債権に対する物上代位を認めた平成元年の最判以来、抵当権設定者による将来の賃料債権の包括的譲渡が物上代位と対立する事例が多くみられるようになり、いくつかの下級審判決がこの問題を扱い、学説上も、特に、②判決の原審判決(大阪高判平成七年二月六日判時一五六四号三二頁)を契機として、活発な議論が展開されている。⁽²⁾

まず、債権譲渡がその対抗要件を具備しなければ、そもそも物上代位との優劣などは問題とならないことはいうまでもない。そのことを前提として、まず、この対抗要件具備と、物上代位に基づく差押との先後で優劣を決すべきだとの見解(差押時基準説)と抵当権設定登記との先後で優劣を決すべきだとの見解(登記時基準説)、さらに、譲渡された債権の弁済期到来の有無によって決しようとの見解(具体的債権発生時基準説)がある。

差押時基準説(以下第I説という)は、債権譲渡がなされてその対抗要件を具備すれば、その後はもはや物上代位権を行使しえないとするものである。つまり、物上代位権行使のためには債権譲渡の対抗要件が具備される前に差押を先行させなければならないとする。その論拠については、債権譲渡は民法三〇四条一項但書にいわゆる『払渡』にあたる⁽³⁾と解し、『払渡』の語の意味解釈は、同但書が『払渡又ハ引渡』までに差押えをしなければならぬ、とする趣旨に照らして行わなければならないのであり、それが、『第三者が不測の損害を被ることを防止しようとする事』(昭和五九年最高裁判決)にもあるとすれば、譲渡を含めることに問題はないとする⁽³⁾。

これに対し登記時基準説（以下第Ⅱ説という）は、基本的には、抵当権設定登記によって物上代位の目的となる債権に抵当権の効力が及ぶことは公示されているとみることができるので、債権譲渡後の物上代位権の行使を認めても、債権譲受人の立場は害されないというにある。「もともと物上代位の目的となるような債権について譲受けまたは差押えをしようとする者は、相当な金融知識を有する者に限られよう。したがって、その債権の内容をあらかじめ十分調査すべきであり、そうすれば目的債権が物上代位の対象となっているかどうかは容易に知りうるから、その調査をしないで譲渡等を受けた第三者の利益は、抵当権者の利益に劣後してしかるべきである。」との主張に集約されていよう。

さらに具体的債権発生時基準説（以下第Ⅲ説という）は、債権譲渡が民法三〇四条一項但書の「払渡」にあたるかという視点から、弁済期の到来している賃料債権と弁済期未到来の債権とで扱いを異にしようとするものである。これによれば、債権譲渡の対象となる債権のうち、弁済期の到来していない将来の賃料債権については、譲受人は弁済を受けようにも弁済を受けられない、取り立てようにも取り立てることができないのだから、このような債権の譲渡をいつでも取立が可能な債権の譲渡と同様に弁済と同視しうる処分とみることには無理があるが、すでに弁済期の到来した賃料債権の譲渡は弁済と同視しうる処分と解してよいとされる。⁵⁾

そしてこの結論を導く理論構成としては以下の論理が明快である。すなわち、「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。物上代位権の追求効が

一般的には認められず、効力保全の要件たる差押え自体ができなくなるからである。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。抵当権者は、なお差押えによって目的債権が抵当権の価値支配から脱するのをくいとめ、優先弁済権を保全することができるのである。」と説明される。⁽⁶⁾

先述した大阪高判平成七年判決は、将来の賃料債権について物上代位による差押も債権譲渡も可能であるが、差押が現実化するのとは期間が経過して支分債権が発生した時点であり、債権譲渡の場合も、期間経過により支分債権が現実には発生すると同時に当該債権が譲受人に移転することになるので、差押と債権譲渡が競合する場合があります。したがって、その場合には実体法上の権利としては抵当権に基づく物上代位による差押に優先権が認められているとして差押を優先させたものである。しかし、既発生の賃料債権については、差押以前に債権譲受人に移転していることになるので、債権譲渡が優先することになるわけであり、したがってこの判決はⅢ説にたつものであるといえよう。ところがこの判決に対しては、債権譲渡の對抗要件具備の時期、差押の効力発生時期、債権の二重譲渡が行われた場合の処理など、理論構成に対する疑問が強く指摘されていた。⁽⁷⁾ これらの批判を意識してか、東京高判平成九年二月二〇日（判時一六〇五号四九頁）は、未発生⁽⁸⁾の賃料債権について、その譲受人の権利と右債権に対する抵当権者の物上代位権との優劣は、右債権の譲渡につき第三者に対する對抗要件を具備した時と抵当権設定登記を経た時の先後によって決すべきであるとし、債権譲渡も債権が転付命令の対象となりうる債権であれば對抗要件の具備によって弁済と同視しうる処分等があったものと解しうるが、将来発生する債権については譲渡、對抗要件の具備によっても弁済と同視しうる処分等があったものとみることができないと判断し、結論としてⅢ説を維持した。

これら三つの説に対する疑問点を整理しよう。

まず第Ⅰ説に対しては、やはり、民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」の意味を債務者の責任財産からの逸失と解し、「債権譲渡」もこれに該当する点、あるいは結果として「借り得」を許すことに対する疑問が指摘されている。⁽⁸⁾

また第Ⅱ説に対しては、「抵当権設定登記によって抵当権に基づく物上代位権は公示されている」ということに対する疑問がある。すなわち、かりにそう考えるのならば、そもそも第三債務者がなぜ目的物所有者に債務を弁済することができ、そのような「払渡」によってもはや物上代位権行使としての差押えができなくなるのかが疑問であるし、また、民法は、債権譲渡についても、債権質についても、第三債務者への通知または第三債務者からの承諾をもって公示することになっている。民事執行法上、債権の差押えがあったときも、債務者へ差押命令の送達が行われ、それによって差押えの効力が生じるのであり、このような債権の（価値）帰属を公示する法システムとの整合性に欠けることになるといわれる。⁽⁹⁾ さらに、第Ⅱ説に立った場合の理論面・実務面での解決困難な問題が指摘されている。すなわち、第Ⅱ説によれば、①後順位抵当権者が物上代位権を行使した場合であっても、その後には抵当権が実行されて先順位抵当権者が被担保債権全額の弁済を受けなかったときには、後順位抵当権者は、不当利得返還の義務を負うという不安定な地位におかれる。②債務者所有の不動産に抵当権を設定して他に連帯保証人がいる場合に物上代位権の行使を怠れば担保保存義務（民法五〇四条）違反が問題となるなど、物上代位権の行使が義務づけられることとなる。③当該目的物の担保価値が抵当権の被担保債権額をはるかに上回る場合であっても、抵当権の設定された不動産の将来の賃料につき譲渡担保や質権の目的としても、抵当権の物上代位が行使されれば、常にそれに劣後することになり、担保としての脆弱さを伴うことになって、その担保化の途を妨げられることになるというのである。⁽¹⁰⁾

第Ⅲ説に対しては、弁済期到来の有無という区別について、「賃料の徴収」と「賃料債権の譲渡」を区別するのは困

難であるのみならず、例えば、譲受人がその対価を直接賃貸人に渡さず、賃借人を通じて「賃料債務の弁済」という法形式で支払えば、この区別を容易に潜脱できるし、同様のことは、「賃料の前払」と「将来の賃料債権の譲渡」の間にもいえるので、その基準とすることを疑問視する見解があり、¹¹⁾また、将来債権が転付命令の対象性を欠くということに対しては、現に債権として発生する以前であつても条件付債権として譲渡命令や売却命令（民事執行法一六一条）の対象にはなりうるし、処分禁止効（同法一四五条一項）も働くと考えざるをえないとの反論がある。¹²⁾

（三）平成一〇年判決の意義と派生するであろう理論上の問題

右にみたように、債権譲渡と物上代位の優劣については、判例・学説上、三つの説をめぐる対立があつた中で、最高裁は平成一〇年の二つの判決で、物上代位優先の判断を示した。債権譲渡の優先を認めていた大審院判例（大決昭和五年九月二三日民集九卷九一八頁）を変更し、判断の分かれていた下級審判決を統一したという意味で重要なものであつた。すなわち、これらの判決は、三〇四条一項但書の「差押」の趣旨は第三債務者の保護にあり、同項の「払渡又ハ引渡」には債権譲渡は含まれず、債権譲渡の對抗要件を備えられた後においても抵当権者は目的債権を差し押さえて物上代位権を行使しうるものであり、さらにこの理は物上代位による差押えの時点において目的債権の弁済期到来の有無にかかわらず妥当するものとした。弁済期到来の有無を問わないとした点で、いわゆる登記時基準説を採用したといえる。ところがこの判決に対しては、「物上代位権優先説を採った判決の結論及びその理論構成のいずれにも全面的に賛成する。」¹³⁾との評価と、「簡素にすぎる理由付けによつて提示された一般的な命題は新たに様々な問題を生み出すのでどうてい賛成しがたい。」¹⁴⁾との評価が対立している。

この問題の根本には、登記の公示力・対抗力と、抵当権の追及効をどのように理解すべきかという問題が存在する。

平成一〇年判決は、「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って公示されている。」と述べるだけで、その理論的論拠が明確ではない。抵当権登記による公示と対抗については、動産売買先取特権に基づく物上代位に関する判例との対比が必要である。すなわち、最判昭和五九年二月二日（民集三八卷三号四三一頁）は、民法三〇四条一項但書の「差押」の趣旨を、債権の特定性の保持、物上代位権の効力の保全及び第三者の不測の損害の防止に求め、第三債務者による弁済又は債務者による債権の第三者への譲渡の場合とは異なり、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもって目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はないとした上で、「債務者が破産宣告決定を受けた場合においても、その効果の実質的内容は、破産者の所有財産に対する管理処分権能が剝奪されて破産管財人に帰属せしめられるとともに、破産債権者による個別的な権利行使を禁止されることになる」とどまり、これにより破産者の財産の所有権が破産財団又は破産管財人に譲渡されたことになるものではなく、これを一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はない。」とし、先取特権者は、債務者が破産宣告決定を受けた後においても物上代位権を行使しうるものとした。最判昭和六〇年七月一九日（民集三九卷五号一三二六頁）も同趣旨を述べ、一般債権者が差押又は仮差押をの執行をしたにすぎないときは後に先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられないと判断している。すなわちこれらの判決は、破産差押者や差押債権者よりも先取特権に基づく物上代位権に優先権を認めており、抵当権に基づく物上代位権についてもこの結論が維持されるとすれば、この結論は差押え以前の段階で対抗力を認めなければ達成できないことになる。¹⁵⁾

追及効については、一方に「抵当権に追及効があることには異論がないことから、本来的には物上代位権の目的とされる賃料債権が譲渡されても、物上代位権を行使することは許される。ただ、民法三〇四条は、「払渡又ハ引渡」前

に差押することを要件としていることから、「払渡又ハ引渡」後は追及効は制限をうけ、物上代位権の行使ができなくなるだけである。」との理解があり、¹⁶⁾他方に、一〇年判決の、債権譲渡後の物上代位を認めても第三債務者の利益は害されないとの命題を正当としながらも、「だからといって逆に、第三債務者の利益の保護という理由から、物上代位が債権譲渡に優先するという結論は当然には出てこない。追及効を否定して、債権譲渡等によって物上代位権が原則として消滅するという理解をとつても、第三債務者は物上代位権者に対する支払いを拒絶して對抗要件を備えた債権譲受人に弁済をすれば足り、二重弁済の危険は生じないからである。」とした上で、追及効を認めることによる不都合を指摘して、これを認めることに疑問をなげかける見解がある。¹⁷⁾

三 債権譲渡と転付命令

債権が譲渡され、その對抗要件を具備した後であっても、抵当権者は当該債権を差し押さえて物上代位権を行使しうるとの判断は、転付命令の確定後における物上代位権の行使という問題にどのような影響を与えることになるのであろうか。前掲大連判大正一二年四月七日は、民法三〇四条一項但書の「差押」の趣旨に関して「優先権保全説」に立ち、抵当権者の差押以前に他の債権者が差押・転付命令を得たときは、その命令が送達されることによつて差押債権者の債権は弁済されたものとみなされ、その限度において転付債権は差押債権者に移転して債務者が第三者より受け取るべき債権関係は消滅するのであり、転付命令後は、物上代位権を行使しえないとしたものであったが、傍論で、このことは債権譲渡と異ならないとも述べていたのである。

平成一〇年判決の一般理論、すなわち、「民法三〇四条一項の「払渡又ハ払戻」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。」こと、及び「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。」ことからすれば、債権譲渡も転付命令も物上代位権者との関係では同様に扱うべきことにはならないのであろうか。

物上代位と転付命令の優劣については、大判大正四年三月六日(民録二一輯三六五頁)が、三〇四条一項但書の「差押」の趣旨は代位目的物の特定性の維持にあり、他の債権者による差押があれば、その被差押債権は優先権の目的として保全されているのであるから、他の債権者が転付命令を得てもそれは抵当権者に対し効力を有しないとして物上代位を優先させたのであるが、大連判大正一二年四月七日(民集二卷二〇九頁)は、差押は抵当権者自らがなすことを要し、それが優先権を保全するための要件であるとし、「抵当権者力差押ヲ為サル間ニ他ノ債権者力差押ヲ為シ転付命令ヲ受ケタルトキハ該命令カ規定ニ從ヒ送達セラルルニ因リテ差押債権者ノ債権ハ弁済サレタモノト看做サレ其限度ニ於テ転付債権ハ差押債権者ニ移転シテ債務者カ第三者ヨリ受取ルヘキ債権関係ナキニ歸スルコトハ債務者力其ノ債権ヲ他人ニ譲渡シタル場合ト異ルコトナシ」と断じて前記判例を変更したのである。その後、転付命令と物上代位の関係を取りあげた判例はみられなかったが、前項で扱った債権譲渡に関する平成一〇年の最高裁判決が、差押の趣旨に関して、第三債務者保護説に立ったことから、平成一〇年判決の批評などで、転付命令との関係に注目した論稿がいくつも見られたところであった。転付命令の場合にも債権譲渡と同様に物上代位を優先することを示唆する論者は、「転付命令の効果も法律の規定による代物弁済としての債権の移転であり、債権譲渡とその効果の点で区別する理由はないし、本判決が物上代位による差押えの趣旨・目的を第三債務者の保護にあると示していることからすると、転付命令による目的債権の移転の場合も、払渡し前に抵当権者が差し押さえることにより物上代位権を行使することができるものと解することもできよう。」¹⁸⁾といい、あるいは、「債権譲渡が「払渡又ハ引渡」に含まれないことになれ

ば、転付命令も同じ理由から「払渡又ハ引渡」に含まれないことになる⁽¹⁹⁾。」と述べ、さらには、「本判決は、一般債権者による差押や転付命令がされた場合の物上代位権の行使について判示するものではないが、おそらく、右の場合にも同様の見解が示されることになる⁽²⁰⁾と推測される。他方、平成一〇年判決は転付命令には及ばないと理解する立場からは、単に、「本判決の直接の射程は、代位の目的となる債権につき對抗要件を具備した債権譲渡がされた後に抵当権者が物上代位権を行使できるかという点に限られ、隣接する諸問題（代位の目的となる債権について転付命令が発せられ確定した後の物上代位の可否など）については及ばないことに留意すべきであろう⁽²¹⁾」とするものがある。また、「内容証明郵便一通でできる債権譲渡とは異なって、転付命令は公的な執行手続である。しかも執行が終了する転付命令の後には物上代位権行使を認める立場では、論理的に考えると、物上代位権者は配当要求の終期までに差押えまたは配当要求をする必要性すらなくなるはずであり、配当要求の終期を差押えの時間的限界としてきたこれまでの最高裁判例（最二判昭和六〇年七月一九日民集三九卷五号一三二六頁、最一判昭和六二年四月二日判時一二四八号六一頁、最三判平成五年三月三〇日民集四七卷四号三三〇〇頁）をも、少なくとも抵当権に関しては一挙に変更することになる。はたして、そこまで本判決に「覚悟」があるのだろうか⁽²²⁾との指摘も、逆説的ではあるが、このことを示唆していよう。

転付命令はたしかに公的な執行法上の手続であり、被転付債権はその同一性を保持したまま執行債権者に移転するのであるが、その効果は、代物弁済として債権譲渡がなされる場合と全く同様であるといつてよい。少なくとも、物上代位と競合するときには、その優劣は、転付命令の場合も債権譲渡の場合も相違はないはずである。しかしこの点において、かつては債権譲渡の場合と転付命令の場合とは扱いを異にすることを正当とする見解が支配的であった。すなわち、「転付命令は、すでに履行期が到来している債権に対してのみしか認められない。したがって、抵当権者と

しても、転付命令の対象となった債権はすでに弁済され、物上代位権の行使によって回収できるとの期待が乏しい⁽²³⁾。』
 としたり、「代位の目的となる債権について転付命令が発せられ確定した後の物上代位権行使の可否の問題については、債権譲渡と異なり、転付命令による債権の移転は、支払いに代えてなされるものであり、弁済されたものとみなされる（民執一六〇）ものであるから、転付命令確定後は物上代位権は行使できないものと解したい。担保法においてはその処理を割り切ったかたちですべきであり、その点、法により一律、代物弁済的に取り扱われる転付命令の場合と譲渡当事者の契約でどちらともなる債権譲渡の場合とで、結論が逆になっても、何ら問題がないようにも思われる。」との如くであった⁽²⁴⁾。

このような状況の下で、近時、結論において転付命令を優先させた最高裁判決があらわれた。それは、最判平成一四年三月一二日民集五六卷三号五五五頁である⁽²⁵⁾。事案を簡略化すると次のとおりである。Aは土地及びその地上建物を所有していたが、その建物には、B、Y₁、Y₂の抵当権又は根抵当権が成立していた。AとC県との間で、土地代金一一四三万円、建物移転補償金八七八四万円とする用地買収契約が締結され、その代金、補償金の一部はC、Y₁、Y₂の代理受領により支払われた。Aの債権者Xは、残代金全額、補償金の一部について差押命令、転付命令を得、転付命令は平成一〇年五月七日に送達された。他方Bらは、被担保債権の残額につき物上代位権の行使として、補償金債権の一部を差し押さえ、右差押命令は同年五月一四日に送達された。Cは残債権全額を供託した。その後執行裁判種において配当表が作成されたが、それは物上代位を優先したものであったので、Xが本件配当異議訴訟を提起した。原審は、未だ第三債務者から弁済のなされる前の転付命令は、その確定によって債権の同一性を保ったままで執行債権者に移転し、右移転によってその券面額で執行債権が弁済されたものとみなされるだけで、第三債務者の債務が消滅するわけではないから、三〇四条一項但し書きの「払渡又ハ引渡」にあたるとは解されないなどの理由で物上代位を

優先させた。Xが上告受理の申し立てをして受理された。

最高裁判決は転付命令を優先させたが、その理由は次のとおりである。「転付命令に係る金銭債権（以下「被転付債権」という。）が抵当権の物上代位の目的となりうる場合においても、転付命令が第三債務者に送達される時までには、当権者が被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、差押命令及び転付命令が確定したときには、転付命令が第三債務者に送達された時に被転付債権は差押債権者の債権及び執行費用の弁済に充当されたものとみなされ、抵当権者が被転付債権について抵当権の効力を主張することはできないものと解すべきである。ただし、転付命令は、金銭債権の実現のために差し押さえられた債権を換価するための一方法として、被転付債権を差押債権者に移転させるという法形式を採用したものであって、転付命令が第三債務者に送達された時に他の債権者が民事執行法一五九条三項に規定する差押えをしていないことを条件として、差押債権者に独占的満足を与えるものであり（民事執行法一五九条三項、一六〇条）、他方、抵当権者が物上代位により被転付債権に対し転付命令の効力を及ぼすためには、自ら被転付債権を差し押さえすることを要し（最高裁判平成一三年（受）第九一号同年一〇月二五日第一小法定判決・民集五五巻六号九七五頁）、この差押えは債権執行における差押えと同様の規律に服すべきものであり（同法一九三条一項後段、二項、一九四条）、同法一五九条三項に規定する差押えに物上代位による差押えが含まれることは文理上明らかであることに照らせば、抵当権の物上代位としての差押えについて強制執行における差押えと異なる取扱いをすべき理由はなく、これを反対に解するときは、転付命令を規定した趣旨に反することになるからである。」

すなわちこの判決は、転付命令が第三債務者に対する送達までの間に抵当権者が物上代位権の行使として被転付債権の差押えをしなかったときは、転付命令の効力を妨げることはできず、もはや抵当権者が被転付債権について抵当権

の効力を主張することはできないとしたものである。そしてその理由を、執行法上の観点から、一方で、転付命令なるものは、それが第三債務者に送達された時に他の債権者が民事執行法一五九条三項に規定する差押等をしていないことを条件として差押債権者に独占的満足を与えるものであるとし、他方、抵当権者が物上代位により被転付債権に對し抵当権の効力を及ぼすためには自ら被転付債権を差し押さえることを要するのであり、そうでなければ転付命令を規定した趣旨に反するといふのである。大正一二年の連合部判決が、差押の趣旨から結論を導いたのは全く異なる処理の仕方であつた。この点において、学説の対応は、結論の当否は分かれるものの、その理論構成については、これを疑問視する見解が強い。

それらの議論を整理すれば次のようになる。

まず、他人の優先権の目的となつてゐる債権が転付命令の対象となるかという問題、つまり被転付適格の問題がある。裁判例によれば、質権の目的たる債権、身元保証金返還請求権などにつき適格性を認めている。この問題については、抵当権者の物上代位の対象となる債権は転付命令の対象とはならないとの見解とこれを肯定する見解が対立していた。否定説は、優先権の目的となつてゐる債権と転付した債権者は、その被転付債権を直ちに取立てることができないのみでなく、優先権が実行されれば再度の強制執行または不当利得の返還請求をなすべき複雑な法律関係を生じ、転付命令の簡明な決済の趣旨に添わず、このような債権は券面額を欠くと解している²⁶。これに對し肯定説は、転付命令による弁済の効果と優先権者の優先権の存続とは相いれないものではなく、転付債権者が他人の優先権の行使によつて弁済を受けられなくなる危険を承知した上で転付命令を求める以上、これを許して差し支えないことを理由とする²⁷。この問題について最近の最高裁決定に、質権が設定されている金銭債権であつても転付命令の対象となる適格があるとしたものがあるが、この決定は続けて、「もっとも、転付命令が発せられ、執行債権等が券面額で弁済さ

れたものとみなされた（民事執行法一六〇条）後に、質権が実行された結果、執行債権者が転付された金銭債権の支払を受けられないという事態が生ずることがある。」と述べ、事後的に、不当利得返還請求の可能性を認めている（最決平成一二年四月七日民集五四卷四号一三五五頁）。すなわち、転付命令が発せられても、他人の優先権が付着したままで執行債権者に移転することになる。そこで、「物上代位の目的債権につき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あり、かかる抵当権者の優先権の負担のついた債権を一般債権者は差し押さええて転付命令を受けることはできるが、転付債権者が第三債務者から債権の弁済を受ける前に、抵当権者が物上代位権に基づき目的債権を差し押さえれば、抵当権者が優先弁済を受けることができるということになる。……しかしながら、本判決は、……転付命令が第三債務者に送達された後には、抵当権者にはや物上代位権を行使しえないとしたのである。⁽²⁸⁾」との指摘がなされ、さらに、「抵当権に基づく物上代位の目的となつて債権の被転付適格は、その物上代位の負担の付いたものとしてではないだろうかとの疑念を拭い切れないのである。」として、本判決への疑問が提示されている。⁽²⁹⁾

次に、平成一〇年判決がうちだした民法三〇四条一項但書の「差押」の意義としての第三債務者保護説との関係である。平成一〇年判決が「差押」の趣旨が第三債務を二重弁済の危険から保護することにあり、債権譲渡は「払渡又ハ引渡」にはあたらないとして物上代位を債権譲渡に優先させる結論を導いたが、その理由は、物上代位を転付命令に優先させることにも妥当するとの指摘がある。特に、第三債務者は、差押命令が送達される以前にした弁済の効力を対抗でき、送達後は供託すれば免責されるから、その利益は害されないということ、及び、物上代位の効力は抵当権設定登記により公示されているということ、転付命令の場合にもあてはまることである。さらに、債権譲渡により容易に物上代位を免れうるのでは、抵当権者の利益を不当に害することになるということは、転付命令についても、

架空の債権を内容とする執行証書を作成してこれを債務名義として転付命令を得ることも不可能ではないのである。⁽³⁰⁾ 他方、第三債務者保護説からの退避を意味するのではないかとの指摘もある。すなわち、本判決が最判平成一三年一〇月二五日を引用し、執行手続きの論理で物上代位権行使を否定したのは巧みな論理構成であるとしつつ、「しかしながら、判旨は、目的債権の執行における配当要求の終期までに差押えを行わないと物上代位権は行使できない、というところをも意味しており、物上代位権者の差押えには、物上代位権保全の意味が与えられることになる。そのような差押え要件の意味づけは、先取特権に基づく物上代位について最高裁自身がこれまで繰り返し判示してきたことと一致しており、差押えの趣旨を、第三債務者保護のみならず、特定性維持・物上代位権の効力保全・第三者の不測の損害防止にも求めることになる。これは第三債務者保護説自体を撤回するに近い。」⁽³¹⁾とするのである。また抵当権登記による公示という側面から、「本判決は、抵当権に基づく物上代位権は、物上代位の目的債権の上に優先権を有するが、そのことは抵当権設定登記により公示されてはおらず、一般先取特権などと同様に、目的債権を差し押さえて初めて優先権を主張しうるのであり、差押え前に目的債権が転付されてしまった場合には、第三債務者が債務を弁済していないときでもはや優先弁済権を行使しえない（追及効を有しない）と考えていることになるのである。本判決は、平成一〇年最高裁判決とは異質なものであって、むしろ従来判例や有力説のとり物上代位保全説に接近するものである」といってよいのではなからうか。⁽³²⁾とする指摘すらある。

四 おわりに

平成一〇年の最高裁判決は、賃料債権の包括的譲渡と物上代位の衝突の問題で、物上代位を優先させる結論を打ち出したことと、民法三〇四条にいわゆる「差押」の趣旨に関し、第三債務者保護説を採用したという点で画期的なも

のであった。前者についていえば、そもそも、賃料債権が物上代位の対象となるかという問題が、使用収益権能を抵当権設定者に委ねるといふ抵当権の機能を重視して、これを否定的に解するのが学説上の多数説であった状況で、平成元年に最高裁がこれを肯定して以来、賃料債権に対する物上代位の事例が急増し、それに対抗するかのようになり、設定者が自己の有する賃料債権を将来にわたって包括的に譲渡することが行われるようになり、大判昭和五年九月二三日が対抗要件を具備した債権譲渡を優先させた先例（ただし、賃料債権ではない。）との関係で、最高裁の判断が待たれてきたところであった。平成一〇年判決は、譲渡の対象となった賃料債権にすでに弁済期が到来したものは含まれていない事案であったが（もちろん、このような場合が通常であろう）、物上代位を優先する根拠として、差押の趣旨を、「主として」、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護することにあるとしたのである。賃料債権の譲渡といっても、その目的、譲渡された賃料債権の範囲、弁済期到来の賃料債権もその対象となっていないか否かなど、その内容には多様性がある。したがって原則的には、平成一〇年判決の一般論が妥当すると考えてよいが、具体的場合においては、登記時基準説に立ちつつ、例外的場合をも念頭におくべきであろう。

転付命令は転付の対象となった債権について債権譲渡と同様の効果を生ずるのであり、とくに、平成一〇年判決が物上代位を優先させるにあたって示した第三債務者保護説に立った場合の実質的判断は、転付命令にもそのまま妥当するかの如くである。にもかかわらず、平成一四年判決は、転付命令が第三債務者に送達された時に他の債権者が民事執行法一五九条三項に規定する差押等をしていないことを条件として、差押債権者に独占的満足を与えるものであること、及び、物上代位による差押えも通常の債権執行における差押えと同様の規律に服すべきであることを理由として、転付命令を優先させたのである。実体法的には、第三債務者保護説からの撤退、あるいは優先権保全説への接近との評価が今後どのように推移してゆくかについてはなお見まもる必要がある。

注

- (1) この判例研究として、伊藤進 NBL六三七号八頁、生熊長幸 金判一〇四一号二頁、今井和夫 銀行法務21 五四八号一頁、清原泰司 判例評論四七五号二二頁、小磯武男 金法一五三六号二六頁、高橋眞 ジュリスト一五七号六八頁、野山宏 最高裁判所判例解説平成一〇年度(上) 一頁、大西武士 判タ九七四号七七頁、加藤新太郎 NBL六五八号七三頁、升田純 金法一五二四号四四頁、古積健三郎 私法判例リマックス一九九九年(下) 二六頁、秦光昭 金法一五一四頁五頁、佐賀義史 判タ一〇〇五号六二頁、田高寛貴 法学教室二一五号一〇六頁、松岡久和 民商一二〇卷六号一六頁など
- (2) この判例研究として、角紀代恵 判タ九一八号四一頁、同 私法判例リマックス一四号三二頁、小野剛 判タ九四五号二九六頁、村田利喜文弥 銀行法務21 五三三号四頁、吉田光碩 判タ九一六号二四頁、下村信江 阪大法学四六卷六号二四三頁など
- (3) 道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡」銀行法務21 五二二号一五頁
- (4) 秦光昭「物上代位における「払渡」前の差押えの意義」金法一四六号一三頁
- (5) 古賀政治II今井和男「賃料の物上代位と賃料債権の譲渡」金法一四三九号七四頁
- (6) 松岡久和「物上代位権の成否と限界(2)」金法一五〇六号二二頁
- (7) 注(2)の判例研究のほぼすべてがそうである。
- (8) 清原泰司 ①判決原審判決の判例批評 判例評論四六三号二〇〇二二頁
道垣内 注(3) 一二頁
- (9) 田原睦夫 金法一四八四号二三〇二四頁
- (10) 占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(-)」大阪学院大法学研究二三卷二号一〇六頁
- (11) 小林昭彦「将来の賃料債権の包括譲渡と物上代位に基づく差押えの優劣」金法一四五六号七頁
- (12) 清原 注(1) 二四頁
- (13) 松岡 注(1) 一一一頁
- (14) 松岡 注(5) 一五頁
- (15) 伊藤 注(1) 一五頁
- (16) 松岡 注(1) 一二八頁
- (17) 小磯 注(1) 三一頁、田高 注(1) 一〇七頁

- (19) 清原 注(1) 二九頁注(16)
- (20) 佐賀 注(1) 六三頁
- (21) 野山 注(1) 三三頁
- (22) 松岡 注(1) 一三三頁
- (23) 坂口彰洋「抵当権の物上代位と転付命令」銀行法務21 五六七号四九頁
- (24) 小杉茂雄「新版注釈民法(9)」一七六頁
- (25) この判決の判例研究として、吉岡伸一 判タ一一〇五号八〇頁、芹澤俊明 銀行法務21 四六卷一〇号六二頁、上原敏夫 金法一六五五号六頁、秦光昭 NBL七四一四号四頁、生熊長幸 判例評論五二六号一八二頁、田高寛貴 法学セミナー四七卷九号一〇四頁、内山衛次 法学教室二六六号一四四頁、並木茂 金法一六六二号四二頁・一六六三号六七頁、片岡宏一郎 金法一六五〇号四頁など
- (26) 鈴木忠一「三ヶ月章編」注解民事執行法「六〇八頁(稲葉威雄)、中野貞一郎編「民事執行保全法概説」一七〇頁(福永有利)など
- (27) 浦野雄幸「条解民事執行法」六八七頁、中野貞一郎「民事執行法(第二版)」五五七頁、遠藤巧「転付命令(2)」別冊ジュリスト 民事執行法判例百選一七五頁など
- (28) 生熊 注(25) 一八八頁
- (29) 並木 注(25) 一六六三号六九頁
- (30) 芹澤 注(25) 六三頁、上原 注(25) 八頁
- (31) 松岡久和「物上代位に関する最近の判例の転換(下)」みんけん五四四号七頁
- (32) 生熊 注(25) 一八九頁