

## 論 説

### 抵当権の物上代位と差押えに関する考察

常葉大学法学部准教授 松本 研二

#### I はじめに

民法 372 条（以下、民法については条項のみを示す）が準用する先取特権の物上代位を規定する 304 条 1 項は、目的物の賃貸によって債務者が受けるべき金銭が物上代位の対象となることを示している。かつては、賃料は不動産の価値代替物にあたらないとして、304 条の文言にかかわらず、物上代位の対象となないとする説が唱えられたが、最高裁は、304 条の文言どおり、賃料が物上代位の対象となることを明らかにした（注1）。さらに平成 15 年には、371 条が改正され、被担保債権が債務不履行となった後に抵当不動産より生じた果実について、抵当権の効力が及ぶことが明らかになり、372 条は、これを受けて、賃料債権に対して物上代位による抵当権の行使を認めた規定と位置付けられることとなった（注2）。

バブル経済の崩壊以前は、賃料に対する物上代位権の行使は少なく、抵当不動産の競売による優先弁済権の行使が通常であったが、バブル崩壊後地価が急落し、抵当不動産の売却による債権回収が困難となる事例が続出した。そこで金融機関は、抵当不動産の売却に代えて、抵当不動産から生じる賃料債権に対して物上代位権にもとづく差押えを行い、債権の回収に努めた。これに対して少なからぬ債務者は、賃料債権の譲渡や相殺等によって、物上代位権の行使を阻むことを試み、法的紛争に発展した（注3）。

後述するように、抵当権者による物上代位権行使としての賃料債権の差押えと、差押の対象となった賃料債権の利害関係者（賃料債権の譲受人、一般の差押債権者・相殺権者、転付命令を受けた債権者、反対債権・敷金を有する賃借人）との優劣の判断において、過去最高裁は、概ねバブル経済の清算に向けた抵当権者保護の傾向を示した。近時最高裁は、抵当権者の物上代位権行使による差押え前に賃借人が賃貸人との間でした、抵当権設定登記後に取得した賃貸人に対する債権と差押え後の期間に対応する将来賃料債権とを直ちに相殺する旨の合意については、抵当権者に対抗できないとの判断（後記相殺判決②（注4））を示し

た。

筆者は、かねてより最高裁の判断は、金融機関保護に偏重しているのではないかとの感を抱いてきた。本稿は、相殺判決②に至るまでのそれら最高裁の判断を比較し、抵当権の物上代位権行使にあたっての差押えの根拠としての後述の第三債務者保護説が、果たして通有性を有するものか、それとも事案の特殊性のもとで金融機関を保護するための便宜的な根拠に過ぎないのかを考察するものである。

## II 判例の変遷

### 1. 債権譲渡判決（注5）

#### （1）概要

抵当権者Xの抵当不動産の賃借人Yに対する取立訴訟である。

X（ノンバンク）は、平成9年9月、Aに対して貸付けを行ったが、同日物上保証人Bが所有する建物について抵当権の設定を受け、登記を備えた。Aは、平成3年3月にXに支払うべき利息の支払いを怠ったため、期限の利益を喪失し、平成4年12月に倒産した。平成5年1月にBは、Yとの間で建物の賃貸借契約を締結した。Bは、平成5年4月にCにより借入れを受けるにあたり、貸金債権の代物弁済として、平成5年5月分から平成8年4月までのYに対する賃料債権をCに譲渡した。平成5年5月、Xは物上代位権の行使として、Aに対する貸付債権の残額に満つるまで、BのYに対する将来の賃料債権の差押命令を得、翌月差押命令はYに到達した。本事案では、BのYに対する賃料債権のCへの譲渡がXに対抗できないとして、XがYに対して賃料債権の支払いを請求できるかが問題となった。

#### （2）判旨と論拠

最高裁は、Xは、物上代位の目的である賃料債権が譲渡され、Cに対する対抗要件が備えられた後においても、自ら賃料債権を差押えて物上代位権を行使できると判示した。

調査官解説（注6）が示した論拠は、以下の4点である。

- ①債権譲渡は、372条で抵当権に準用される304条但書が以後の物上代位権の行使を認めない「払渡し又は引渡し」に当然に含まれるものではなく、債権譲渡により抵当権の効力が必然的に目的債権に及ばないとする理由はない。
- ②第三債務者は、物上代位による差押命令前に債権譲受人に弁済すれば足り、債権譲渡後の

物上代位を認めても利益は害されない。

③ 抵当権設定登記により、賃料債権に抵当権の効力が及ぶことが公示されている。

④ 債権譲渡を優先させると、これを用いた執行妨害を容認することになる。

### (3) レビュー

抵当権者が物上代位権行使するのに差押えを必要とした趣旨については、以下の 3 説が唱えられてきた。

#### ① 第三債務者保護説

第三債務者は、抵当権者による差押えの前は抵当権者に弁済してはならず、抵当権設定者に弁済すれば免責されるとすることにより、二重弁済を防止し、第三債務者を保護する考え方である（注7）。これによれば、差押えは物上代位権の保存ないし行使の要件であり、差押えは債務者や競合債権者に対する対抗要件ではなく、第三債務者との関係では、差押え前に弁済がされると物上代位権が消滅するという意味で差押えが対抗要件的機能を果たす（注8）。差押え時に第三債務者が未だ債権の所持人に弁済をしていない場合は、供託をすれば免責されるのであり、二重払いの危険は生じない（注9）。

#### ② 優先権保全説（注10）

差押えは物上代位権を公示する手段であり、それによって他の債権者・債権の譲受人等を害さないことを目的とする（注11）。取引の安全のため、差押えは抵当権者自らが行わなければならず（注12）、抵当権者の差押えと競合債権者の優劣は、対抗要件の先後により決すべきとする考え方である。

#### ③ 特定性維持説

差押えの目的を代位物の債務者の一般財産への混入を防止することに置く考え方である。この説を探ると、差押えは、物上代位権行使する抵当権者自ら行わなくとも、当該抵当権者以外の第三者によるものでもよい（注13）。

これらのうち債権譲渡判決は、差押えの趣旨として第三債務者保護説に立つことを明らかにした。第三債務者保護説に立つと、競合債権者の保護や特定性の維持は、第三者を保護

することによる反射的利益に過ぎないことになる（注14）。

確かに、(2) ①で調査官が述べるように、債権を譲渡したのみでは、債権の帰属が変更されたのみで、目的債権が弁済されていない段階で「払渡し又は引渡し」がなされたとするには無理がある（注15）。また (2) ②にあるように、債権譲渡後の物上代位を認めて第三債務者の利害は害されることは首肯できる。しかし実際には、譲渡の対象となる賃料債権は、未発生のものがほとんどであり（注16）、抵当権の登記を確認することは容易であるとしても（注17）、単に賃貸人に早期の資金化のニーズがあり、賃料債権の譲受人に詐害意思がない場合にまで（注18）、譲受人に対して、抵当権の登記を確認して物上代位の可能性に思い至らせることを求めるのは酷ではないであろうか。以上から、(2) ③および④を論拠として第三債務者保護説を一般化することは疑問である。執行妨害は例外的現象であり、その場合には他の法理により、抵当権者との関係で譲渡の効力を否定すべきであろう（注19）（注20）。

## 2. 差押え判決（注21）

### (1) 概要

抵当権者Xが、配当を受けた一般債権者Yに対して、自己に全額支払われるべきであったとして不当利得の返還を請求した事案である。

X（銀行）は、従前よりAに貸付債権を有していた。Aは、Bに対して自己の所有する建物を賃貸していたが、平成3年7月15日にY（ノンバンク）が、Yの貸付金額に満つまるまで、AのBに対する将来の賃料債権を差し押さえた。Aは、Xからの申入れにより、貸付債権の追加担保として、平成3年7月19日に建物について根抵当権を設定し、登記を備えた。その後Aは、Xからの借入金の返済を怠ったため、期限の利益を喪失した。Xは根抵当権にもとづく物上代位権を行使して、平成4年10月にXの債権残高に満つまるまで、AのBに対する将来の賃料債権を差し押さえた。第三債務者であるBは、差押えられた賃料を供託したが、執行裁判所は、XとYの債権額に応じて按分し・配当した。そこでXは、Yが配当を受けた額につき、不当利得の返還を請求した。

### (2) 判旨と論拠

最高裁は、差押えが競合した賃料債権について、抵当権者Xと一般債権者Yのどちらが優先するかの問題について、両者の優劣は、Yの申立てによる差押命令の第三債務者Bへの

到達と抵当権設定登記の先後で決定されると判示した。

調査官解説（注22）が示した論拠は、以下の 3 点に要約される。

- ①本判決は、物上代位権の行使にあたっての差押えの意義について、債権譲渡判決に関して最高裁が示した第三債務者保護説を踏襲する。
- ②物上代位権の行使による差押えの前の賃料債権について一般債権者による差押えがされた場合は、第三債務者は一般債権者に弁済すれば足り、一般債権者は賃料債権の弁済を有效地に受領できるから、一般債権者の保護に欠けることはない。
- ③賃料債権差押えの有無の調査は困難で、本判決の結論は金融取引の安全を害するけれども、債権を目的とする担保設定においては避けられないことであり、やむを得ない。

### (3) レビュー

債権譲渡判決では、抵当権者と抵当権設定後の賃料債権の譲受人との優劣が問題となつたが、差押え判決では、抵当権設定前に賃料を差し押された一般債権者との優劣が問題となつた。本判決では、Y にかかる差押命令の B への送達が先であるから、一般債権者が優先し、抵当権者は配当を受けられないが、もし抵当権設定登記が先であれば、抵当権者が優先し、配当を受けられることになる。なぜなら、最高裁が「先後によって決する」と述べたことは、抵当権設定登記後的一般債権者との差押えであれば、抵当権者が優先することを意味するからである（注23）。

(2) ①のとおり、差押え判決は、債権譲渡判決を踏襲するものである。賃料債権を差し押された一般債権者は、賃料債権の譲受人と比較すると、賃借人との通謀による債権取得の可能性は考えにくいから、より保護すべき場合が多いであろう。もっとも債権の差押えは空振りに終わることがごく一般的（注24）であることからは、一般債権者の要保護性は小さいとも考えられる。しかし債務者の得意先に対する売掛債権を差し押さえる場合のように、だめでもともとのつもりで差し押さえる場合と異なり、賃料債権の場合は、現に賃借人が存在し、賃料債権が継続的に発生することが外観上も明らかであるから、やはり一般債権者の保護は図られるべきであろう。

なお債権譲渡の場合も同様であるが、抵当権設定登記は単純な対抗要件ではなく、後の差押えを条件とする対抗要件で、公示は間接的で不完全なものであること（注25）に、留意すべきであろう。

### 3. 相殺判決①（注26）

#### （1）概要

抵当権者 X が、相殺により消滅を主張する抵当不動産の賃借人 Y に対し、賃料債権の支払いを求めた事案である。

X（銀行）は、A に対して貸付債権を有し、A が所有する建物につき根抵当権の設定を受け、登記を備えていた。その後昭和 60 年 11 月に A は、Y との間で賃貸借契約を締結し、保証金 3150 万円の預託を受けた。平成 9 年 8 月、A と Y は賃貸借契約をいったん解除し、保証金を 330 万円に減額して賃貸借契約を再締結した。そして平成 9 年 9 月、A と Y は新旧保証金の差額 2820 万円のうち、A が Y に直ちに返還できなかつた 1168 万 6500 円について、以後 37 か月間にわたり、賃料の弁済期ごとに相殺する旨合意した。平成 10 年 1 月、X は根抵当権の物上代位権にもとづき、A の Y に対する賃料債権の差押えを申し立てた。X は、差押命令による取立権にもとづき、Y に対して平成 10 年 2 月から同年 6 月までの賃料の支払いを求めた。

#### （2）判旨と論拠

最高裁は、X による根抵当権にもとづく賃料債権への物上代位と賃借人 Y が賃貸人 A に対して有する一般債権と賃料債権の相殺合意のどちらが優先するかの問題に対して、物上代位にもとづく賃料差押え後は、抵当権設定後に取得した債権と賃料債権の相殺を根抵当権者に対抗できないとした。

最高裁の論拠は、以下のとおりである。

- ①抵当権の登記によって物上代位権の行使がありうることが公示されており、優先的効力を認めて、第三者に不測の損害を与えることはない。
- ②賃借人は、保証金支払いの時点で物上代位権の行使を十分予想した。
- ③抵当権設定者が抵当不動産について賃貸借契約を締結し、多額の保証金を受領することにより、抵当権の効力を無力化できることは相当でない。

また調査官解説（注27）は、以下の根拠を提示する。

- ①「将来の差押えにより優先弁済権を取得しうる地位」は、抵当権設定登記により公示されていたことになり、差押えにより優先弁済請求権が現実化した後は、登記後に発生した債

権による相殺に対抗できる。

②相殺予約の第三者効や公示には問題があり、抵当権者に対抗できるとするのは困難である。

③本件における相殺の自働債権は保証金返還請求権であるが、その保証金はすでに解約された賃貸借にかかるものであり、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。

### (3) レビュー

最高裁の論拠①からは、相殺判決①は、債権譲渡判決の延長にあると考えられる（注28）。

相殺判決①については、主に以下の 2 点が問題になると考えられる。

第 1 に、支払いの差押えを受けた第三債務者は、その後に取得した債権による相殺をもつて差押債権者に対抗できないと規定した平成 29 年改正前民法 511 条の解釈について、債権が差し押さえられた場合、第三債務者が債務者に対して反対債権を有していたときは、その債権が差押え後に取得されたものでない限り、債権および被差押債権の弁済期の先後を問わず、両債権が相殺適状に達しさえすれば、第三債務者は相殺できるとして、相殺権者の相殺期待を重視した（いわゆる無制限説）判決（以下「昭和 45 年判決」）（注29）との関係である。無制限説は、現行法において、改正後の 511 条 1 項として明文化されている。自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後であれば、自働債権の弁済期が到来するまで相殺は認められないが、昭和 45 年判決によれば、第三債務者である銀行は、自働債権（貸付金）の弁済期が受働債権（預金）の弁済期より先であっても、債務者との間で相殺予約の合意をし、受働債権が差し押さえられれば期限の利益の放棄することを約すことにより、差押債権者（国）に対して相殺を対抗できる。

相殺判決①は、昭和 45 年判決との関係について述べていない。この点について、物上代位による賃料債権の差押えについては、昭和 45 年判決の射程外であり、昭和 45 年判決は、一般債権と租税債権の優劣を論じたもので、相殺判決①のような物権を背後に有する債権と一般債権との優劣を論じたものではないとの評価がある（注30）。しかし平成 29 年改正により 511 条 2 項が新設され、相殺権者の利益を重視する姿勢がより鮮明になった。すなわち支払いの差押え後に取得した債権であっても、その債権が差押え前の原因にもとづいて生じたものであれば、第三者は相殺を第三債務者に対抗できることとなったが、そのような中

で、抵当権者の利益を極めて重視する相殺判決①の判断が維持されるか、疑問が残る（注31）。

第 2 に、賃借人が自働債権とした新旧保証金の差額である不当利得返還請求権の性質である。相殺判決①の特異性は、当初の賃貸借契約を解除後、賃貸借契約を再締結した結果、多額の保証金の過払い分が発生したことにある。このことをもって賃借人による相殺にあたっての自働債権は、保証金返還請求権そのものではないと指摘されている（注32）。また当初の保証金は、実質的には賃料債権との関連の薄い貸金債権ではないかとの指摘がある（注33）。さらに保証金と敷金の関係が問題となる。敷金返還請求権については、後述のとおり抵当権者に比し、賃借人が強く保護される。判決文より保証金の性格は明らかでないが、実務上は敷金と性格が同一の保証金が一般的であると指摘されている（注34）。仮に自働債権を保証金返還請求権そのものと見れば、後述のとおり判断が逆転し、賃借人が抵当権者に優先する結論となることが予想される。

自らが賃貸人に対して有する債権をもって賃料債権との相殺を試みる賃借人は、賃料債権が抵当権者による物上代位の対象となることに無自覚である場合が多いであろう（注35）。また 608 条 1 項の必要費の返還請求権については、賃借人に賃料債権との相殺を認める必要性が高い。このように賃料債権との相殺に供する債権が一般の債権であっても、抵当権の登記がされているだけで、当然に賃借人の相殺が抵当権者の物上代位に劣後すべきとは思われない。そこで相殺が抵当権者に対する詐害性を有するかを事案ごとに判断し、詐害性が認定されればその効力を否定すべきと思われる（注36）。およそ賃借人による相殺は詐害的であるとして、そのような悪質な賃借人を前提に拘束力ある規範を定立すべきではないであろう。

ここで詐害性の認定にあたり参考となるのが、抵当権侵害に関する諸判例ではないであろうか。第三者が抵当不動産を不法に占有し、所有者による占有排除が期待できない場合、交換価値の低下を防ぐために、抵当権者による返還請求を認める必要が生じる。しかし最高裁（注37）は、そのような場合であっても、抵当権は非占有担保であるから、返還請求権が行使できる場合を限定した。すなわち最高裁は、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続きの進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときに、抵当権者は、所有者の不法占拠者に対する返還請求権を代位行使することができるとした。ここでは抵当権者固有の返還請求権を認めたのではなく、抵当権設

定者の返還請求権の代位行使を認めるにとどまったことが重要である。これに対して、抵当不動産の所有者が第三者に賃貸した場合は、最高裁（注38）は、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときという不法占有者に対して返還請求権を認めた客観的要件に、占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的という主観的要件を加えた厳格な要件のもとで、抵当権者固有の返還請求権を認めた。すでに述べたとおり、現行法では、相殺権者の期待は強く保護されるべきである。もっとも相殺判決①にみるように、賃貸人および賃借人が賃貸借契約を再締結して賃借人による保証金返還請求権の外形を作出し、賃料債権との相殺合意をするような場合は、例外的に詐害性を認め、相殺の効力を否定してよいであろう。

#### 4. 転付命令判決（注39）

##### （1）概要

債権差押え後転付命令を得た一般債権者Xが、抵当権ないし根抵当権を有するYの物上代位にもとづく差押えを優先させた配当表に対して、転付命令にかかる部分は無効であるとして、異議を申し立てた事案である。

Y（銀行および信用保証協会）は、Aが所有する建物について、昭和 56 年 8 月から平成 10 年 1 月にかけて抵当権ないし根抵当権の設定を受け、登記を備えた。Xは、平成 10 年 3 月に B（愛媛県）による用地買収にもとづく A の B に対する補償金債権を差し押さえ、同年 5 月 6 日に差し押された債権額の一部につき、転付命令を取得した。その翌日転付命令は、B に送達された。Yは、平成 10 年 5 月 13 日に抵当権ないし根抵当権の物上代位権の行使として、上記 A の B に対する補償金債権を差し押された。B が補償金債権の全額を供託したところ、Xが Y に対する優先弁済を認めた配当表に対し、異議を申し立てた。

##### （2）判旨と論拠

民事執行法 159 条 3 項は、転付命令が第三債務者に送達されるまでに金銭債権を他の債権者が差し押された場合、転付命令は無効となると規定する。最高裁は、転付命令は、第三債務者に送達されたときに他の債権者が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ると解した。そしてここにいう差押えには、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とした。

調査官解説（注40）は、賃料債権の譲受人よりも先に登記を優先させた抵当権者を優先させた債権譲渡判決は、あくまで債務者が任意に債権を譲渡した場合の判断であると述べた。そうすると転付命令が第三債務者に送達されるときをもって、他の債権者は差押えによる権利行使の機会は打ち切られ、配当に与ることはできなくなる。

### （3）レビュー

転付命令判決は、他の判決と異なり、賃料債権の取立をめぐる争いではない。物上代位権を行使した抵当権者の優位性に関して、転付命令判決は債権譲渡判決と逆の判断を示している。転付命令判決は、転付命令を 304 条 1 項但書の「払渡又は引渡し」とせず、あくまで執行手続の換価方法として債権が移転することを根拠として、解決を図ったものである（注41）。転付命令により被転付債権は債権者に移転し、執行債権は被転付債権の券面額で弁済されたものとみなされる（民事執行法 159 条 5 項、160 条）。もし被転付債権が弁済されない場合のリスクは債権者が負い、債権者は債務者の他の財産に強制執行することはできない。転付命令を得た一般債権者をして物上代位権を行使した抵当権者に優位させることを許容する根拠としては、一般債権者のこのような空振りリスクが指摘されている（注42）。そうすると転付命令には、権利移転効のみならず弁済効も認められるのであり、「払渡又は引渡し」と解することも可能であり（注43）、むしろこのように考えることが整合的である。そうであれば、転付命令に効力が生じることにより、もはや抵当権者は物上代位権による回収ができないこととなる。債権譲受人は譲渡人と特別な関係に立ちやすいのに対し、転付命令申立人は勤勉な債権者が多く、転付命令が執行妨害に利用される可能性は低いと指摘されている（注44）。

## 5. 敷金判決（注45）

### （1）概要

抵当不動産について敷金（保証金）契約が付随する賃貸借契約が締結され、抵当権者が物上代位権の行使として賃料債権を差押えた場合、賃貸借契約が終了して目的物が明け渡されたことに伴う敷金の賃料への充当が、抵当権者に対抗できるかが問われた事案である。

A は、X（銀行）に対して、昭和 59 年 2 月に A 所有の建物について根抵当権を設定し、翌月登記した。A は A' に対して建物を賃貸し、A' は平成 5 年 8 月に Y（(社)公開経営指導協

会) に転貸した。その際、Y は賃料 10 か月分程度の保証金を A' に差し入れた。賃貸借契約では、契約期間は 2 年で、Y および A' それぞれに解約権が付与され、解約申入れ後 6 か月経過時に終了する旨定められていた。X は平成 10 年 6 月、根抵当権にかかる物上代位にもとづき、A' が Y に対して有する賃料債権の差押命令を得た(注46)。同 3 月に Y が解約を通知したことにより、賃貸借契約は同 9 月に終了し、Y は退去した。Y は、保証金返還請求権を自働債権とし、平成 10 年 4 月分から 9 月分までの賃料債権を受働債権とする相殺の意思表示をした。X は、平成 10 年 7 月分から 9 月分までの賃料(原審で 7 月分の賃料の請求を取り下げ)につき、供託の方法による支払いを内容とする取立訴訟を提起した。なお原審(注47)で Y は、敷金が授与されている賃貸借については、賃料債権は建物明渡時に当然に敷金から控除されて消滅するのであり、X よりの差押えにかかる賃料債権は、建物からの退去により、当然に保証金から控除されて消滅したとの主張を追加した。

## (2) 判旨と論拠

最高裁は、敷金返還請求権は、目的物の返還時に被担保債権を控除した残額につき発生するとした判例(注48)からは、目的物の返還時に残存する賃料は、相殺のように意思表示を必要とすることなく、敷金の充当により当然に消滅するとした。また抵当権者は、物上代位権行使による賃料債権差押え前は、敷金契約の締結に介入できず、賃料債権は、敷金の充当を予定した債権として、抵当権者に対抗できるとした。それゆえ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判示した。

調査官解説(注49)は、実質的理由として、以下の 3 点を挙げている。

- ①敷金返還請求権が保障されなければ、抵当不動産の賃借人が見つからなくなる恐れがある。
- ②賃貸借契約で敷金差入れは通常であるから、抵当権者も予想すべきである。
- ③賃借人には、賃貸人無資力時に差引計算による回収期待がある。

## (3) レビュー

目的物の返還時に残存する賃料は敷金の充当により当然に消滅すると敷金判決が述べた点は、従来の判例法理(注50)から素直であると評されている(注51)。しかし昭和 48 年判決は、賃貸人の保護を図った事案であり、通説を明文化した(注52)現行の 622 条の 2 第 2

項からは、敷金を未払債務の弁済に充当することができるのではなくまで賃貸人であり、賃借人からの充当請求は認められていない。また現行法が、賃貸人が主体とはいえ、充当という行為によって賃料債権が消滅するとしたことからは、現在でも当然消滅構成が当然に妥当とするといえるか、疑問である（注53）。

敷金判決は、賃借人の主張が当然消滅構成に依拠しているとはいえる、実質的に賃借人による相殺が主張されたともいえる事案である。確かに賃借人による相殺は、当時の通説からも認めにくく、原審は相殺予約の合意も認めていない。しかし相殺判決①でみた抵当権者保護の枠組みは、敷金判決において適用の余地なしとはいえないであろう。

## 6. 相殺判決②

### (1) 概要

建物の根抵当権者で物上代位権を行使して賃料債権を差し押された抵当権者が、賃貸人に対して有する債権と賃料債権を相殺した建物の賃借人に対抗できるかが問われた事案である。

A は、平成 10 年 10 月から令和 9 年 9 月までを期間として、建物を Y（介護保険法にもとづく各種事業を行う会社）に賃貸した。Y は、平成 29 年 9 月に A に貸付け（Y の A に対する債権を指して「債権 1」）を行った。X は、平成 29 年 10 月、A は X（信用金庫）のために建物に根抵当権を設定し、その旨登記した。B は、平成 29 年 11 月に Y より借り入れを行い、また別に Y に対して建築請負工事にかかる債務を有していた。B の債務について、Y は A との間で連帶保証契約（Y の A に対する債権を指して「債権 2」、債権 1 と債権 2 を合わせて「本件債権」）を締結した。平成 31 年 1 月に Y は、本件債権の残額に満つるまで、将来の賃料につき期限の利益を放棄して、A との間で相殺する旨合意した。X は令和元年 8 月、根抵当権にもとづく物上代位権の行使として、差押命令送達時以降の A に対する債権額に満つるまでの賃料債権につき、差押命令を申し立てた。X は、Y が相殺した主張する額につき、自らへの支払いを請求した。

### (2) 判旨と論拠

最高裁は、抵当不動産の賃借人は、抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをする前は、賃貸人に対する債権と賃料債権の相殺を抵当権者に対抗できるが、賃料債権の差

押えをした後は、抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と差押え後の期間に対応する将来の賃料債権との相殺を抵当権者に対抗できないとした。

最高裁の論拠は、以下の 2 点である。

- ①登記後に取得した債権と差押え後の期間に対応する将来の賃料債権を相殺することに対する賃借人の期待は、抵当権の効力に優先して保護されるべきでない。
- ②賃借人が登記後に取得した債権を自働債権とし、将来の賃料債権を受働債権とする相殺をもって、抵当権者に対抗できないことは、相殺判決①で賃借人が登記後に取得した債権と将来の賃料債権とを相殺適状になる都度対当額で相殺する旨をあらかじめ合意していた場合と異なることはない。

調査官解説（注54）の要点は、以下の 2 点である。

- ①相殺判決②は、相殺合意により差押え間に将来債権が消滅したか否かではなく、将来の賃料債権に対する抵当権者の優先弁済権と賃借人の相殺期待の問題である。
- ②将来の賃料債権について即時に相殺ができる状態を作出されてされた相殺合意の効力は、抵当権の効力に優先させるべきでない。

### (3) レビュー

相殺判決①と相殺判決②の違いは以下のとおりである。相殺判決①では、相殺予約にもとづき、将来の賃料債権の弁済期が到来する都度、抵当権の登記後に賃借人が取得した債権と相殺した。これに対し相殺判決②では、賃借人が将来の賃料について期限の利益を放棄したうえで、抵当権の登記後に賃借人が取得した債権と相殺したものである。そうすると相殺判決①では、相殺の効力が発生するのは、あくまで抵当権者による差押え後であるのに対し、相殺判決②では、相殺の効力が発生するのは差押え前であり、相殺判決①の枠組みからは、賃借人は相殺合意の効力を抵当権者に対抗できるようにも思われる（注55）。さらに相殺判決①の場合と同様、相殺権者の期待を重視する現行法制からは、当然に抵当権者を優先することは疑問であり、相殺合意により将来債権が消滅するのではないとした調査官解説①には疑問がある。

もっとも賃借人による期限の利益の放棄による賃料の前払いを当然に有効とできるかは、別に考える必要がある。ここで対比すべきと思われるのが、長期間にわたる賃料の前払いを建物の譲受人に対抗できるかが問われた判決（注56）である。

昭和 38 年判決の概要は、以下のとおりである。A は、昭和 29 年 11 月に B より 7 年の期間でビルを賃借して引渡しを受け、当該期間中の賃料全額を B に前払いした。Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>は、ビルの部屋を A より転借した。B に対して貸金債権を有していた X は、代物弁済によって B からビルの譲渡を受け、移転登記を経由して賃貸人たる地位を承継した。その後 X は、A からの賃料の不払いを理由に賃貸借契約を解除し、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に対して明渡しを請求した。最高裁は、A から B への賃料の前払いは X に対抗できるとして、X を敗訴させた（注57）。

昭和 38 年判決は、たとえ長期の賃貸借期間に対応するものであっても、賃借人による賃料の前払いを建物の譲受人に対抗させ、原賃貸借契約の解除から転借人の保護を図るものである。これに対して相殺判決②では、賃借人の保護は問題とならず、むしろまだ借りていない期間の長期間の賃料を積極的に支払うことの不自然さが際立つ。そうすると賃借人の行為に詐害性を認め、抵当権者を賃借人に優先させることが妥当であろう。

### III 総 括

#### 1. 6 判例の横断的比較

これまでにもレビューの中で、適宜判例間の比較を行ったが、ここでこれまで触れてこなかった横断的比較を試みたい。

債権を取得した第三者に対して抵当権者を優先させた債権譲渡判決と劣後させた転付命令判決を比較すると、債務者の意思の介在という違いはあるものの、転付命令を 304 条 1 項の「払渡または引渡し」と見なかった最高裁の判断を前提とすると、両者の間に本質的な相違はないようと思われる。

相殺判決①では、一連の賃貸借契約の解除、再締結により、賃貸人に一旦受け入れた保証人の返還義務を生じさせており、また相殺判決②では、物件の未利用期間にかかる将来の賃料につき、期限の利益を放棄することにより相殺に供しているという不自然さがあり、当事者の詐害的意図が読み取れる。もっとも保証金と賃料間の相殺であれば抵当権者が優先し、敷金による賃料の充当であれば抵当権者が劣後するというのであれば、保証金と敷金の違いはそれほど明確ではなく、法的安定性を欠く。この点、敷金判決の原審で、当初の保証金との相殺から敷金の充当へと主張に変化が見られ、認められたことは、保証金と敷金の違いが曖昧であることの証左といえよう。

## 2. 結 語

思うに、抵当権の物上代位権の行使としての差押えと債権譲渡・差押え・相殺との優劣につき、抵当権者を優先させた第三債務者保護説は、抵当権登記と債権譲渡・差押え・相殺の先後により優劣を決するという判断と直結するものではない。いうまでもなく優先権保全説は、抵当権登記を基準として優劣を判断することと相容れない。第三債務者保護説は、優先権保全説を排斥することを通じて、抵当権登記を基準として優劣を判断することを許容する意義を持つに過ぎないのである。

抵当権登記の第三者に対する公示力は、單なる物上代位権行使の可能性を超えて、債務者の財産的危殆時における物上代位権行使の蓋然性が生じている場合に認めるべきである。特に建築年数が短い建物については、抵当権が残存していることが普通であるが、問題は債務者が債務不履行を起こしており、物上代位権行使のおそれが現実化しているかどうかであり、第三者には認識困難なものである。このように第三債務者保護説は、債務者の詐害的意図を封じることに資するが、抵当権登記の公示力をあまりに強調し過ぎるものであり、初めから債務者に詐害的意図があると決めつける点で、妥当とは思われない。むしろ優先的保全説をベースとして、詐害的事例については、権利濫用法理等を活用し、アドホックに対応すべきであろう。この点、債権譲渡判決の原審（注58）は、将来の賃料債権の譲渡は、抵当権の空洞化をもたらす危険があるから、一定の制約を受けるとし、賃貸人がした将来 3か年の賃料債権全部を有効とは考えられず、せいぜい 1年間の限度で有効とすべきであり、原告請求の賃料債権はその 1年間の範囲にあるから、権利の濫用にあたらないとして、原告を敗訴させたことが注目される。差押え判決についても、賃料債権を差し押さえ、配当を受けた一般債権者には、詐害的意図は感じられず、抵当権者に優先させることが考えられる。相殺判決①および相殺判決②については、相殺権者の相殺期待を重視する現行法制のもとでは、本来相殺を抵当権者の物上代位権行使にあたっての差押えに優先させるべきであるが、ともに 1. で述べた不自然さに鑑み、相殺権の行使を権利濫用として、抵当権者を優先させるべきであろう。

## IV おわりに

バブル崩壊後の不良債権処理としての抵当権実行や物上代位権行使の促進には、過剰融資という貸手責任（Lender Liability）という要素を差し置いても、金融秩序の回復という喫

緊の要請があり、抵当権者を優先した一連の最高裁の判断には、それを後押しした側面が見られる。しかし金融機関の保護を最優先し、物上代位権行使にあたっての差押えの意義を第三債務者保護説に求め、事案ごとの個別の要素を深慮しなかつたことには、疑問が残る。

近年、土地・マンション価格は、著しい上昇を示している。その背景に金融機関の日銀当座預金残高を増加させることにより、政策的に企業や家計への融資を拡大させるゼロ金利政策・量的緩和策（注59）のもとで増加した貸付けがあることは、想像に難くない。もし外国人投資家による投機資金の撤退等を契機として、不動産価格が再び下落に転じた場合、不良債権問題の再燃が危惧される。金融政策の方向付けにより、金融機関が融資を拡大せざるを得ない状況に置かれたことに鑑みれば、今後本稿でみたような事例が再発した場合、金融機関の帰責性が小さいとして、これまで以上に、金融機関保護の要請が強まることも予想される。そうすると賃料からの回収にあたり、金融機関による物上代位権の行使としての差押えを優先させた一連の最高裁の判断は、今後さらに支持を得るかも知れない。

#### (脚注)

- 
- (注1) 最判平元・10・27 民集 43 卷 9 号 1070 頁。
  - (注2) 安永正昭『講義物権・担保物権法[第 4 版]』(有斐閣、2021 年) 317 頁。
  - (注3) 杉原則彦[判解]ジュリ 1220 号 (2002 年) 99 頁
  - (注4) 最判令 5・11・27 民集 7 卷 8 号 2188 頁。
  - (注5) 最判平 10・1・30 民集 52 卷 1 号 1 頁。
  - (注6) 野山宏[判解]ジュリ 1137 号 (1998 年) 103 頁。
  - (注7) 第三債務者保護説を唱えた代表的な文献として、吉野衛「物上代位に関する基礎的考察(上)」金法 968 号 (1981 年) 7 頁。
  - (注8) 野山宏「判解」最判解[民事篇] 平成 10 年度 19 頁。
  - (注9) 安永・前掲注 (2) 328 頁。
  - (注10) 優先権保全説に立つ判例として、大判大 12・4・7 民集 2 卷 209 号。
  - (注11) 高橋眞「判批」平成 10 年度重判解 69 頁。
  - (注12) 松井宏興『担保物権法[第 2 版]』(成文堂、2019 年) 46 頁。
  - (注13) 柚木馨=高木多喜男『担保物権法[第 3 版]』(有斐閣、1982 年) 272 頁。
  - (注14) 野山・前掲注 (8) 24 頁。
  - (注15) 松岡久和「判批」民商 120 卷 6 号 (1999 年) 1015 頁。
  - (注16) 野山・前掲注 (8) 28 頁。
  - (注17) 四ツ谷有喜「判批」北法 50 卷 6 号 (2000 年) 1612 頁。
  - (注18) 佐久間弘道「判批」金法 1579 号 (2000 年) 23 頁は、当初から賃貸用ビルとして建設され抵当権の負担が軽微な場合は、詐害意図はなく、正常な譲渡担保の場合が多く、第三債務者保護説により、賃料債権を担保として金融を受ける道が閉ざされることを指摘する。升田純「判批」金法 1524 号 (1998 年) 47 頁も同旨。これに対して清原泰司「判批」判時 1643 号 (1998 年) 218 頁は、債権譲渡判決の事案が起きた当時は、賃料債権の包括的譲渡のほとんどは執行妨害目的でなされており、不良債権問題の早期解決の要請から、債権譲渡判決の

結論が予測できたとする。

- (注19) 佐久間・前掲注(18) 22 頁。
- (注20) 田高寛貴「判批」ジュリ 1149 号(1999 年) 123 頁は、抵当権や物上代位権の有用性を維持するためには、妨害目的での賃料債権譲渡を阻止する必要があり、執行実務における事例ごとに個別に詐害性を確認するのが困難である以上、公示・対抗要件という形式的基準による判断枠組みを設定すべきであるとするが、債権の譲受人の利益に一切配慮しないのは、疑問である。
- (注21) 最判平 10・3・26 民集 52 卷 2 号 483 頁。差押え判決と同日に言い渡された最判平 10・3・26 民集 52 卷 2 号 513 頁は、差押え判決と基礎となるべき事実関係が全く同一である。
- (注22) 野山・前掲注(8) 319 頁。
- (注23) 占部洋之「判批」法教 216 号(1998 年) 100 頁。
- (注24) 鳥山泰志=藤沢治奈『民法 3 担保物権』(有斐閣、2021 年) 72 頁。
- (注25) 天野勝介「判批」民商 120 卷 4・5 号(1999 年) 843 頁。
- (注26) 最判平 13・3・13 民集 55 卷 2 号 363 頁。
- (注27) 杉原・前掲注(3) 100 頁。
- (注28) 清水俊彦「判批」判タ 1066 号(2001 年) 77 頁。
- (注29) 最判昭 45・6・24 民集 24 卷 6 号 587 頁。
- (注30) 小磯武男「判批」金法 1633 号(2002 年) 61 頁。
- (注31) 白石大「判批」民法判例百選I[第 9 版](2023 年) 173 頁。
- (注32) 占部洋之「判批」法教 254 号(2001 年) 114 頁。
- (注33) 松岡久和「判批」セレクト(2001 年) 17 頁。道垣内弘人「判批」金法 1620 号(2001 年) 35 頁。
- (注34) 荒木新五「判批」判タ 1068 号(2001 年) 87 頁。
- (注35) 荒木・前掲注(34) 88 頁。
- (注36) 鳥谷部茂「判批」リマークス 2002<上>(2002 年) 33 頁。
- (注37) 最判平 11・11・24 民集 53 卷 8 号 1899 頁。
- (注38) 最判平 17・3・10 民集 59 卷 2 号 356 頁。
- (注39) 最判平 14・3・12 民集 56 卷 3 号 555 頁。
- (注40) 三村晶子「判解」最判解[民事篇]平成 14 年度 285 頁。
- (注41) 松下淳一「判批」民事執行・保全判例百選[第 3 版](2020 年) 163 頁。綿引穣「判批」判タ 1125 号(2003 年) 212 頁。芹澤俊明「判批」銀法 608 号(2002 年) 63 頁。
- (注42) 芹澤・前掲注(41) 64 頁。
- (注43) 片岡宏一郎「判批」金法 1650 号(2002 年) 5 頁。
- (注44) 阪口彰洋「判批」銀法 567 条(1999 年) 50 頁。
- (注45) 最判平 14・3・28 民集 56 卷 3 号 689 頁。
- (注46) 敷金判決は転貸賃料債権への物上代位であり、最決平 12・4・1 民集 54 卷 4 号 1552 頁はこれを原則として否定しているが、敷金判決ではこの点が問題とされていない。古積健三郎[判批]法セ 574 号(2002 年) 104 頁。
- (注47) 東京高判平 12・3・28 民集 56 卷 3 号 721 頁。
- (注48) 最判昭 48・2・2 民集 27 卷 1 号 80 頁(以下「昭和 48 年判決」)。
- (注49) 中村也寸志「判解」最判解[民事篇]平成 14 年度 366 頁。
- (注50) 大判大 15・7・12 民集 5 号 612 頁を指しているものと思われる。星野英一『借地・借家法』(有斐閣、1969 年) 269 頁は、債権者に債務の履行を請求する実益はないとして、債権者はまず敷金をもって弁済に充てるべしとする。
- (注51) 道垣内弘人「判批」ジュリ 1246 号(2003 年) 66 頁。
- (注52) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017 年) 308 頁。
- (注53) 荒木新五「判批」判タ 1099 号(2002 年) 82 頁は、先の星野の見解と異なり、賃借人の賃料未払い等が発生したときに賃借人が担保権の実行として敷金を充当するか、充当せず未払い分を請求するかは自由であるとして、当然消滅構成を批判する。

- (注54) 川崎直也「判解」ジュリ 1602 号（2024 年）118 頁。
- (注55) 深川裕佳「判批」法セ 835 号（2024 年）111 頁。
- (注56) 最判昭 38・1・18 民集 17 卷 1 号 12 頁（以下「昭和 38 年判決」）。
- (注57) 瀬戸正二「判解」最判解[民事篇]昭和 38 年度 8 頁によれば、613 条 1 項は、賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は賃貸人に対して直接に義務を負い、転借人は転借料を前払いしたことを賃貸人に主張できない旨規定するが、賃貸人の地位承継の場合は、賃借人が賃料の前払いをもって賃借人に対抗できることに異論はない。
- (注58) 東京高判平 8・11・6 民集 52 卷 1 号 28 頁。
- (注59) 花輪俊哉=小川英治=三隅隆司『はじめての金融経済』（東洋経済新報社、2002 年）294 頁。