

# 物上代位における第三債務者保護説 および優先権保全説の再構成(1)

—— 抵当権に基づく物上代位に関して ——

生 熊 長 幸\*

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 最高裁判例のとり第三債務者保護説
- 3 304条1項但書の差押えの立法経緯および従来の判例・学説の考え方
- 4 最高裁判例のとり第三債務者保護説の問題点と再構成
- 5 優先権保全説の再構成 (以上、本号)
- 6 抵当権に基づく物上代位に関する平成10年判例以降の最高裁判例の妥当性
- 7 む す び (以上、360号)

## 1 はじめに

先取特権に基づく物上代位につき規定する民法304条は、同法372条により抵当権に準用されている（以下、民法の条文については、原則として「民法」という法律名を省略する）。そこで、抵当権者も、抵当不動産の売却、賃貸、滅失または損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物、あるいは目的物の上に設定した物権の対価に物上代位して、被担保債権を優先的に回収することができる。もっとも、これらのすべてに抵当権者が物上代位しうるかについては、従来から議論があったところであるし、現在もこれらのいくつかについては議論があることは周知の通りである<sup>1)</sup>。

本稿で取り上げるのは、372条の準用する304条1項但書は、抵当権者

---

\* いくま・ながゆき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 生熊長幸・三省堂テミス担保物権法39頁以下〔三省堂・2013年〕など参照。

は、抵当権設定者に物上代位の目的物（損害金、火災保険金、賃料などの金銭その他の物）が払い渡される前に、抵当権設定者の有する物上代位の目的債権（損害賠償請求権、火災保険金請求権、賃料債権など）を差し押さえなければならないとしているが、この差押え<sup>2)</sup>の趣旨をめぐる問題である。これについては、判例理論はほぼ確立したと思われるにもかかわらず、学説上はなお判例理論に対する様々な批判があるとともに、学説も多様である。私は「物上代位と収益管理」という書物<sup>3)</sup>において、この問題につき歴史的経緯を含めてこれまで詳細に論じてきたのであるが、それから10年以上も経過したので、その後の考察を踏まえて改めて論じることにした。

論点を予め示せば、第一に、抵当権に基づく物上代位において、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済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という考えを基礎として、最判平成10年1月30日（民集52巻1号1頁。以下「平成10年判例」という）において最高裁が採用しそれ以降判例理論とされている第三債務者保護説は、わが国における債権上の優先権の公示のシステムには適合せず、受け入れがたいのではないかと、したがって、第二に、判例の考えは、抵当権者は物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することを公示方法なしに第三債務者その他の第三者に対抗できるという従来の第三債務者保護説と同じと見るべきではないかと、第三に、平成10年判例登場以降の最高裁判例は、第三債務者保護説をとることによってそれぞれの事案において妥当な結論を導いてきたといえるかと、第四に、優先権保全説は、物上代位における372条によって準用される304条1項但書の差押えの趣旨は、① 目的債権の特定性の維持による物上代位

---

2) 民法304条1項但書の差押えは、歴史的には、物上代位権の行使の保全のための差押えと解すべきであるが（生熊長幸・物上代位と収益管理〔有斐閣・2003年〕133頁以下、特に164頁以下参照。同旨・安永正昭・講義物権・担保物権法〔第2版〕272頁〔有斐閣・2014年〕）、現在のわが国では、民事執行法193条2項により準用される同法143条の物上代位権の行使としての差押命令と解されているので、本稿でもそれを前提として論ずることとする。

3) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理。

権の効力の保全と、② 目的債権の弁済をした第三債務者および目的債権の譲受人や転付債権者等の第三者の不測の損害の防止とにあるとするが、抵当権者は物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが、そのことは公示されていないと考える優先権保全説からすると、②をあげるのは適切ではないのではないか、第五に、第三債務者保護説に立っても優先権保全説に立っても、抵当権に基づく物上代位と第三者との関係および第三債務者との関係で現在最も厄介な問題となっているのは、抵当権に基づく賃料債権への物上代位(派生的〔付加的〕物上代位)に関してであり、これについては、将来に渡る弁済期未到来の賃料債権の差押えや譲渡が、その後の不動産本体の物権的処分に優先する形で認められるべきか否かについて検討が必要なのではないか、そして、第六に、第三債務者保護説に立っても優先権保全説に立っても、第三債務者である賃借人の賃貸人に対して有する債権(自働債権)と賃料債務(受働債権)との相殺を抵当権者に対抗できるかについては、賃借人が賃貸人に対して有する自働債権と賃貸借契約との関係を重視すべきではないか、ということになる。

## 2 最高裁判例のとり第三債務者保護説

後述のように、大審院判例以来、判例は、抵当権に基づく物上代位においても、動産売買先取特権に基づく物上代位においても、304条1項但書の差押えにつき優先権保全説に立ってきたと言えるが<sup>4)</sup>、最高裁は、平成10年判例(前掲最判平成10年1月30日)において、突如として<sup>5)</sup>第三債務者保護説に立つことを明らかにした。

### (1) 平成10年判例のとり第三債務者保護説

この判例において問題となったのは、抵当権者が抵当権設定者所有の賃

---

4) 内田貴・民法Ⅲ〔第3版〕411頁〔東京大学出版会・2005年〕。

5) 内田・前掲注(4)412頁も、平成10年判例は、「予想外の判断」とされる。

貸建物に抵当権の設定を受け抵当権設定登記を備えた後で、抵当権設定者が抵当不動産の賃借人に対して取得する今後3年分の賃料債権を他の債権者へ代物弁済として譲渡し、債権譲渡につき第三者対抗要件が備えられたにもかかわらず、多額の被担保債権を有する前記抵当権者が、抵当権設定者が抵当不動産の賃借人に対して今後取得するであろう賃料債権を物上代位に基づき自己の債権額に満つるまで差し押さえて（民執193条2項・151条参照）、上記賃料債権譲受人を排除して賃料債権から優先弁済を受けることができるかという点であり、物上代位の目的債権の譲渡と抵当権者の物上代位の優劣の問題である。

これにつき最高裁は、民法304条1項但書の差押えの趣旨目的は、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、この債権の債務者（＝第三債務者）は、抵当権設定者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、この弁済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にして、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したのである（第三債務者保護説）。

その上でこの最高裁は、このような民法304条1項の趣旨目的に照らすと、同項の「払渡し又は引渡し」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、として、賃料債権が第三者に譲渡され債権譲渡につき第三者が対抗要件を備えた後であっても、賃借人が抵当権設定者（賃貸人）にまだ賃料を支払っていない部分については、抵当権者は賃料債権を物上代位により差し押さえて、被担保債権の優先弁済に充てることのできるとしたのである。

この最高裁判例は、抵当権に基づく物上代位につき第三債務者保護説を

とる理由として、① 民法304条1項但書の「払渡し又は引渡し」という言葉に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その目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由はないこと、② 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ないこと、③ 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ること、および、④ 対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位権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こと、の4点をあげた。

## (2) 動産売買先取特権に基づく物上代位に関する平成17年判例

その後、2005年(平成17年)になって、動産売買先取特権に基づく物上代位における304条1項但書の差押えの趣旨を論じた最判平成17年2月22日(民集59巻2号314頁。以下「平成17年判例」と呼ぶ)が現れた。

この判例は、304条1項但書の差押えは、「抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、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は、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」とした。この平成17年判例は、平成10年判例が登場する前に判例がとってきた優先権保全説の立場に立つものといえる。

その結果、現在の判例理論は、物上代位権の基<sup>もと</sup>となる権利につき、抵当権のように(そしておそらくは不動産先取特権の場合も)公示方法が存在し登記によって公示されているのであれば、それをもって物上代位の目的債権

上に物上代位権者の優先権が公示されているとして、第三債務者保護説をとり、物上代位権の基となる権利につき、動産売買先取特権のように公示方法が存在しないものについては、物上代位の目的債権上に物上代位権者の優先権は公示されていないとして、優先権保全説をとるという構成に立っている。

### (3) 平成10年判例の最も中心的な理由

(1)で見たように、平成10年判例は、抵当権に基づく物上代位における304条1項但書の差押えの趣旨につき第三債務者保護説をとる理由として4点をあげたのであるが、動産売買先取特権に基づく物上代位についての平成17年判例と対比してみると、平成10年判例の理由の中で最も中心的な理由は、③の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るという点であって、それ以外の理由は説得力のないものであることが明らかになる。

すなわち、平成10年判例の理由の①は、単なる文理解釈であり、304条1項但書の差押えの趣旨をどのように理解するかにより、いかようにも解することができるといえる。現に、平成17年判例は、動産売買先取特権に基づく転売代金債権への物上代位においては、304条1項但書の「払渡し又は引渡し」という言葉に債権譲渡を含むものと理解しているのである。

平成10年判例の理由の②も、物上代位の目的債権がすでに第三者に譲渡され債権譲渡につき対抗要件が備えられた後に抵当権者が物上代位により目的債権を差し押さえた場合、まだ第三債務者が弁済をしていない部分につき抵当権者は物上代位できるとしているのだから、第三債務者の利益が害されることにはならないのは、当然であって言わずもがなというべきである。

さらに、平成10年判例の理由の④も、304条の物上代位の場合は、抵当権者が物上代位の目的債権を差し押さえる前に第三債務者が抵当権設定者に債権を弁済してしまえばもはや抵当権者は物上代位権を行使しえない

し、債権譲渡後、抵当権者が物上代位の目的債権を差し押さえる前に第三債務者が債権譲受人に債権を弁済してしまえば、もはや抵当権者は物上代位権を行使しえないのであり、民法上の物上代位権は抵当権にとって債権質権のような強力なものではないから、説得的な理由とはいえない(抵当権者が物上代位の目的債権から確実に被担保債権の優先弁済を受けようとするれば、これらの債権に自ら質権の設定を受け、対抗要件を備えておく必要がある)。現に、動産売買先取特権に基づく転売債権への物上代位の場合には、平成17年判例も、転売代金債権が第三者に譲渡され、債権譲渡につき第三者対抗要件が備えられたときには、もはや動産売買先取特権者は転売代金債権に物上代位できないとしているのである。

### 3 304条1項但書の差押えの立法経緯 および従来の判例・学説の考え方

まず、304条1項但書の差押えの立法経緯および平成10年判例が登場するより前の判例・学説の考え方を概観しておく。304条1項但書の差押えの規定は、紆余曲折を経てきた規定であり、また304条1項但書の差押えの趣旨をめぐっては、判例・学説上、大きな対立が存在したからである。

#### (1) 304条1項但書の差押えの立法経緯

##### (a) ボアソナード草案および旧民法

民法304条1項但書の差押えの前身と考えられるボアソナード草案においては、抵当権者は第三債務者の設定者への「弁済ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ要ス」とされており(ボアソナード草案1138条)、次いで旧民法においては、抵当権者は「払渡差押ヲ為スコトヲ要ス」とされていた(旧民法債権担保編133条)。そして、「異議」または「払渡差押」は、いずれにしても、二重弁済の危険に陥る可能性のある第三債務者を保護するためのもの

と理解されていたようである<sup>6)</sup>。したがって、ここでは、担保物権の効力は物上代位の目的債権に及び、そのことを公示なしに第三者（第三債務者を含む）に対抗しようという考え（公示不要説）がその前提にあったと考えられる<sup>7)</sup>。つまり、物上代位権者は、物上代位の目的債権につき優先弁済権を有し、そのことを第三債務者に対抗できるが、目的債権上に物上代位権者が優先権を有することは公示されていないので、第三債務者はそのことを知らずに設定者に弁済してしまうことがあり、その場合、第三債務者は二重弁済を強いられるため、抵当権者は、第三債務者が設定者に弁済をする前に、「異議」を述べ、あるいは「払渡差押」をしなければならないとしたものであって、これらの「異議」または「払渡差押」は第三債務者保護のためと理解されていたのである。

(b) 現行304条1項但書の差押えの趣旨についての立法者の説明

これらに対して、現行304条1項但書の差押えの趣旨については、立法者（梅謙次郎博士）は、二重弁済の危険に陥る可能性のある「第三債務者の保護」をあげず、「代位の目的債権の特定性の維持」のみをあげている（特定性維持説<sup>8)</sup>。後者は、物上代位の目的債権が第三債務者により弁済されて金銭が債務者の一般財産に混入した後も、その一般財産に抵当権者が優先弁済権を行使できるとすると、債務者の一般債権者を害するというもので、債務者の一般債権者の立場を配慮したものと見える。

何故に民法典の制定の際に、差押えの趣旨として「目的債権の特定性の維持」だけが取り上げられることになったかについては、資料が見あたらない。

それでは、民法典制定過程において、ボアソナード草案や旧民法におけるのと同様に、担保物権の効力は物上代位の目的債権に及び、そのことを

---

6) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理3頁以下。

7) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理9頁。

8) 梅謙次郎・訂正増補民法要義卷之二物権編329頁〔1911年・明治44年完全復刻版〕。



公示なしに第三者（第三債務者を含む）に対抗しようという考え（公示不要説。したがって、第三債務者は二重弁済の危険に陥ることがある）がその前提にあったのか、それとも、民法典制定過程においては、物上代位権についての公示不要説は採用されず、物上代位権の行使前に第三債務者が債務者に弁済した場合、物上代位権の公示がなかったのだから（公示必要説）、もはや第三債務者は物上代位権者から二重に弁済を強いられることはないということになったのか。

前者の理解に立てば、第三債務者は二重弁済の危険を負うので304条1項但書の規定を置いたのであるが、単に立法理由では、債務者の一般債権者の保護から「特定性の維持」だけが取り上げられたに過ぎないということになる。

詳細は別稿に譲るが<sup>9)</sup>、私は、民法典の立法者が差押えの趣旨として「第三債務者保護」をあげていないこと、および、民法典の立法者が差押えの趣旨として「目的債権の特定性の維持」をあげているが、これは民法典の立法者が、債務者の一般債権者との関係ではあるにせよ、物上代位権者は第三債務者以外の第三者との関係でも公示なしには優先弁済権を主張できないという考えを有していたと見られることから、民法典は、公示なしには第三債務者その他の第三者に対抗しえないという考え（公示必要説）に立って制定されたと見ることはできるのではないかと考えている。

しかし、この点については、資料が見当たらず、したがって、いずれの理解もありうるということになる。

## (2) 平成10年判例が登場する前の判例・学説の主な考え方

民法典制定以降、304条1項但書の差押えの趣旨をめぐって、様々な見解が展開され、判例も曲折を重ねてきたが、以下では主要なものを概観する。そして、これらの諸説に立った場合、抵当権に基づく物上代位の目的債権が、抵当権設定者の一般債権者により差し押さえられたとき（「ケー

---

9) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理15～18頁参照。

ス①)とする), 第三者に譲渡され債権譲受人が債権譲渡につき467条の對抗要件を備えたとき(「ケース②)とする), 差押債権者に転付され転付命令が第三債務者に送達されたとき(民執159条・160条参照。「ケース③)とする), および債権者のために質権の目的となり質権につき第三者對抗要件を備えたとき(364条参照。「ケース④)とする), のそれぞれにつき, 第三債務者が差押債権者, 債権譲受人, 転付債権者, または質権者に弁済する前に(「ケース①)においては, 差押命令が債務者に送達されてから1週間を経過すると, 差押債権者に第三債務者に対する取立権が認められる。民執155条), 物上代位権者が目的債権につき304条1項但書の差押えをすれば, 物上代位権者は第三債務者から目的債権から優先弁済を受けることができるか否かにつき, 検討する。

(a) 従来の第三債務者保護説

この説は, 次のように考える。抵当権の効力は物上代位の目的となる債権にも及ぶから, 第三債務者は, 抵当権設定者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ず, 抵当権者からの二重弁済を強いられることになる。そこで, 304条1項但書を置き, 抵当権者が物上代位の目的債権を差し押さえる前に, 第三債務者が目的債権の弁済をしてしまったときは, この弁済を抵当権者に対抗でき, 抵当権者からの二重弁済を強いられることはないとしたものであって, 304条1項但書の差押えは, 第三債務者保護のためのものであるとする。

この説は, (1)で見たように, 旧民法典制定当時(もっともこの頃は, (1)(a)で見たように, 差押えという概念は使用されていない)とられていた考えである(ボアソナードの見解)<sup>10)</sup>。

この説は, 第三債務者が二重弁済を強いられると述べているが<sup>11)</sup>, こ

---

10) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理6頁参照。

11) 平成10年判例より前に, 第三債務者保護説を打ち出した清原泰司教授も, 同様の見解をとられる(清原泰司・物上代位の法理74頁〔民法研究会・1997年〕)。

のことは、担保権者（ボアソナードは、先取特権者の物上代位を前提に説明している）は、物上代位の目的債権上の担保権者の優先権については、公示方法なしに第三債務者に対抗しようという考えを前提にしているといえる<sup>12)</sup>。

したがって当然ながら、従来の第三債務者保護説においては、平成10年判例と異なり、抵当権に基づく物上代位において目的債権上に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という考えは存在しなかったのである。

この説によれば、「ケース①」、「ケース②」、「ケース③」、「ケース④」のいずれの場合においても、第三債務者が差押債権者、債権譲受人、転付債権者、または質権者に弁済する前に、物上代位権者が目的債権につき304条1項但書の差押えをすれば、物上代位権者は第三債務者から目的債権につき優先弁済を受けることができる。

#### (b) 特定性維持説

この説は、次のように考える。物上代位の目的物（火災保険金など）が第三債務者の弁済により抵当権設定者の一般財産に混入した後も抵当権者が物上代位権を行使して設定者の一般財産から優先弁済を受けることができるとすると、設定者の一般債権者を害する。そこで、304条1項但書の差押えにより目的債権の特定性を維持し（債権の差押えには、設定者に対する取立てや第三者への譲渡等の処分の禁止、および第三債務者に対する債務者への弁済の禁止の効力がある。民執193条2項により準用される同法145条1項参照）、物上代位の目的物が設定者の一般財産に混入することを防止させることとしたとする。この説は、304条1項但書の差押えの趣旨は、物上代位の目的債権の特定性の維持による抵当権設定者の一般債権者の不測の損害の防止にあるとする<sup>13)</sup>。

---

12) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理45頁。

13) 我妻栄・新訂担保物権法291頁〔岩波書店・1968年〕。

この説は、抵当権の登記だけで物上代位の目的債権上に抵当権者が優先権を有することの第三債務者および第三者（債権譲受人等）に対する十分な公示と見ることはできないが（債権質権の場合と異なり、第三債務者に物上代位について特別の通知・承諾がないことが、抵当権設定登記だけでは第三債務者に対する物上代位権の公示として不十分だとする理由である）、抵当権者による物上代位権に基づく目的債権の差押えによって第三債務者に対しては優先権は公示される（民執193条1項・145条3項により差押命令が第三債務者に送達される。したがって、我妻説は第三債務者保護の趣旨も認めるといえる）、他方、目的債権の譲受人等の第三者に対しては、この差押えによっても優先権は公示されないが、この譲受人等を特に保護すべき必要はないとしている（我妻説は、ここで賃料債権への物上代位のような付加的価値に対する物上代位ではなく、火災保険金請求権や抵当不動産の滅失による不法行為に基づく損害賠償請求権など代償的〔代替的〕価値に対する物上代位を前提としている）<sup>14)</sup>。

したがって、この説も、平成10年判例と異なり、抵当権に基づく物上代位において目的債権上に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という考えを取ってはならず、目的債権上の優先権は、第三債務者に対しては304条1項但書の差押えにより公示され、第三債務者以外の第三者に対しては公示方法なしに目的債権上の優先権を対抗できると考えている。

この説は、かなり古い大審院判例に見られ（大判大正4年3月6日民録21輯363頁）、その後判例では採用されなくなったが、民法典制定後間もなくから近時に至るまで通説的地位を占めてきた。

この説によれば、「ケース①」、「ケース②」、「ケース③」、「ケース④」のいずれの場合においても、第三債務者が差押債権者、債権譲受人、転付債権者、または質権者に弁済する前に物上代位権者が目的債権につき304条1項但書の差押えをすれば、目的債権の特定性は維持されているから、

---

14) 我妻・前掲注(13)288頁以下、川井健・民法概論Ⅱ物権〔第2版〕348頁以下〔有斐閣・2005年〕など。

物上代位権者は第三債務者から目的債権の優先弁済を受けることができる。

(c) 優先権保全説

この説は、抵当権者は、物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが、抵当権者の目的債権上の優先弁済権は公示されておらず、このままでは第三債務者その他の第三者に優先弁済権を対抗できないと考える。抵当権者は、304条1項但書の差押えをなすことによって第三債務者による目的債権の弁済や設定者による目的債権の譲渡、担保権設定等の処分を禁ずることができる(民執193条2項・145条1項)。この差押え前になされた第三債務者による債務者等への弁済や第三者の目的債権の譲り受け、質権取得等の行為は、抵当権者に対抗できる。したがって、この説は、304条1項但書の差押えの趣旨は、① 目的債権の特定性の維持による物上代位権の効力の保全(この点でb説と同様)と、② 目的債権の弁済をした第三債務者(この点ではa説と同様)および目的債権の譲受人や転付債権者等の第三者の不測の損害の防止とにあるとする。

この優先権保全説は、従来の判例(大連判大正12年4月7日民集2巻209頁、最判昭和59年2月22日民集38巻3号431頁、最判昭和60年7月19日民集39巻5号1326頁。もっとも、後の2つの判例は、動産売買先取特権に基づく転売代金債権への物上代位に関するものであり、2(2)で見たように、動産売買先取特権については、現在も有効な判例である)であり、また近時の有力学説でもある<sup>15)</sup>。

この説によれば、「ケース④」の場合においては、第三債務者が差押債権者に弁済する前に、物上代位権者が目的債権につき304条1項但書の差押えをすれば、物上代位権者は差押債権者に優先して第三債務者から目的債権の弁済を受けることができるが(前掲最判昭和59年2月22日、前掲最判昭和60年7月19日〔いずれも動産売買先取特権に基づく物上代位のケース〕)、「ケー

---

15) 高木多喜男・担保物権法〔第4版〕150頁〔有斐閣・2005年〕、内田・前掲注(4)414頁、生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理190頁以下、202頁など。

ス②」および「ケース③」の場合においては、もはや抵当権者は、目的債権につき物上代位権を行使できず（前掲大連判大正12年4月7日〔抵当権に基づく物上代位のケース〕）、「ケース④」の場合においては、質権者が優先弁済を受けた残りにつき物上代位権を行使しうるにすぎない（これにつき、最高裁判例はない）。

(a)の従来の第三債務者保護説と優先権保全説とは、物上代位の目的債権上に抵当権者は優先弁済権を有するが、そのことは第三債務者およびその他の第三者との関係において公示されていないと理解する点で共通するが、優先権保全説は、したがって、抵当権者は物上代位の目的債権の譲受人や転付債権者等の第三者との関係では、物上代位権の効力を対抗できないとするのである。このような優先権保全説による物上代位権の効力の理解は、公示はなされていないが優先弁済権を有する法定担保物権である動産先取特権の効力とほぼ同様である。そこで、私は、優先権保全説は、物上代位権を、動産先取特権のような、公示はないが優先弁済権を有する権利のように考えているのではないかと述べてきたのである<sup>16)</sup>。

#### (d) 対抗要件説

この説は、(c)説と同様、抵当権者は、物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが、抵当権者の優先弁済権は公示されていないという前提で、304条1項但書の差押えは、物上代位権の公示方法（対抗要件）であると<sup>17)</sup>。

この説によれば、「ケース①」、「ケース②」、「ケース③」、「ケース④」のいずれの場合においても、抵当権者が物上代位の目的債権を差し押さえて物上代位権につき対抗要件を備える前に、目的債権につき差押債権者、債権譲受人、転付債権者、または質権者が登場しているので、抵当権者もはや物上代位の目的債権につき優先権を主張できない。

---

16) 生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理177頁以下、同・前掲注(1)担保物権法128頁。

17) 高島平蔵・物的担保法論 I 64頁以下〔1977年〕など。

#### 4 最高裁判例のとり第三債務者保護説の問題点と再構成

従来の第三債務者保護説と現在最高裁判例のとり第三債務者保護説とは、一見同じように見えるが、重要な点において違いがある。この点を検討して、最高裁判例のとり第三債務者保護説の再構成を提案したい。

##### (1) 従来の第三債務者保護説における優先弁済権の公示と304条1項但書の差押えの趣旨についての理解との整合性

従来の第三債務者保護説は、抵当権の効力は物上代位の目的となる債権にも及び、しかも物上代位の目的債権上に抵当権者が優先権を有することを抵当権者は公示方法なしに第三債務者およびその他の第三者に対抗しようと考えていた。したがって、民法は、304条1項但書を置き、物上代位権者は第三債務者が目的債権を弁済する前に目的債権を差し押さえなければならないとしたもので、従来の第三債務者保護説が、この差押えは第三債務者を二重払いの危険から保護する意味を有するとしていることは、整合性がとれているといえる。

もっとも、この場合、立法論としては、この差押えは、民事執行法の債権差押命令（民執193条2項・143条・145条）である必要はなく、物上代位権者から第三債務者に対してする通知（例えば、担保権の存在を証する文書の交付とともにする通知。動産債権譲渡特例法4条2項参照）でもよかったわけである。

なお、以上のような差押えの趣旨の説明は、実体法上からのものであり、手続法上からすると、この差押えは、第三債務者との関係での物上代位権行使の保全を意味し、また、現行解釈論上は、この304条1項但書の差押えは、民事執行法193条2項により準用される同法143条以下の差押命令でもあるから、物上代位権行使としての差押えも意味することになる。

## (2) 最高裁判例のとり第三債務者保護説の検討——第三債務者保護説の再構成

(a) 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

平成10年判例は、前述 (2(1)) のように、304条 1 項但書の差押えの趣旨目的は、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という点にあるとした。

はたして第三債務者は二重弁済を強いられる可能性はあるのか。この点につき有力学説から、第三債務者は二重弁済を強いられることはないとする批判がある。もっともこれらの批判は、平成10年判例の考え方に従った上での批判（内在的批判）ではなく、それとは異なった考え方を前提とした批判（外在的批判）である。

### i 第三債務者は二重弁済を強いられることはないとする有力学説

例えば、道垣内教授は、① 債権質権設定の場合は、対抗要件（民364条による第三債務者に対する質権設定通知または第三債務者の承諾）が具備されると第三債務者は質権設定を確実に知りうるが、抵当権に基づく物上代位の場合には、抵当権設定登記が存在するものの、第三債務者は自らの負う債務について抵当権者が物上代位権を有することを直接に知らされるわけではないこと、② とりわけ賃料債権への物上代位のような付加的（=派生的）物上代位が問題となる局面においては、抵当権者は担保不動産競売などにより権利行使をなしえ、必ずしも物上代位権を行使するとは限らないこと、などを理由に、抵当権者が物上代位権を行使する前に第三債務者が債務者に弁済しても、第三債務者は二重の支払いを強制されることはない、とされる<sup>18)</sup>。

この理由の①は、抵当権設定登記でもって、物上代位の目的債権上の抵当権者の優先弁済権を第三債務者には対抗できず、第三債務者に対する通知などがない限り物上代位を第三債務者に対抗できないという道垣内教授の考え方が前提となっている。もちろんそのような考え方を前提とすれ

---

18) 道垣内弘人・担保物権法〔第3版〕150頁〔有斐閣・2008年〕。



ば、第三債務者は二重弁済を強いられることはない。したがって、この点では教授は、判例理論に賛同されていない。

この理由の②は、付加的物上代位の場合、抵当権者は必ずしも物上代位権を行使するとは限らないことはその通りであるが、だからといって抵当権者が物上代位権を行使してきた場合に二重弁済を強いられないことの理由にはならないであろう<sup>19)</sup>。

平成10年判例は、これらの点をどのように考えているのかが問題である。

ii 平成10年判例が二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するためとする点は整合性がとれているか

第三債務者が目的債権につき債務者に弁済をしたにもかかわらず抵当権者から目的債権の二重弁済を強いられるということは、抵当権者が目的債権上の優先弁済権を第三債務者に対抗しようということが前提になっていくはずである。

それでは平成10年判例は、従来の第三債務者保護説のように、物上代位の目的となる債権上に抵当権者が優先権を有することを抵当権者は公示方法なしに第三債務者に対抗しようと考えているのか、それとも物上代位の目的となる債権上に抵当権者が優先権を有することが第三債務者に対して公示されていると考えているのか。この点は、平成10年判例からは明瞭ではない（この判例は、抵当権設定者からの物上代位の目的債権の譲受人〔第三者〕に対して、目的債権上の抵当権者の優先権は抵当権設定登記により公示されているから、抵当権者はなお物上代位権を行使しようとしたもの）。

しかし、その後に登場した最判平成13年3月13日（民集55巻2号363頁）。

---

19) また、高橋眞教授は、372条・304条は、物上代位の目的債権について抵当権者は抵当権を行使することができるかと規定しているだけであって、抵当権設定または履行期の到来の時から、物上代位の目的債権の受領権限が抵当権者に移転することを禁ずるものではなく、また差押えがされる以前に弁済を禁ずる根拠もないことを理由に、第三債務者には二重弁済の危険は存在しないとされる（高橋眞・担保物権法〔第2版〕122頁〔成文堂・2010年〕）。しかしこの理由も、抵当権者が物上代位権を行使してきた場合に二重弁済を強いられないことの理由にはならないであろう。

以下「平成13年判例」という)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した後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃借人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないとしたのであるが、その理由の中で、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に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るから、抵当権設定登記の後に取得した賃借人(第三債務者)の賃借人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人(第三債務者)の期待を、物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないと述べている。

そこで、平成13年判例は、第三債務者との関係でも、抵当権設定登記により物上代位の目的債権上に抵当権者が優先権を有することが公示されていると考えているといえよう。

このように、平成10年判例および平成13年判例の法的構成により、抵当権に基づく物上代位において、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済権を有することは、第三者のみならず第三債務者との関係においても抵当権設定登記により公示されているということになり、その結果、平成10年判例が、304条1項但書の差押えは、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ためのものであるとしたことは、整合性がとれているということになる。

### iii 従来の第三債務者保護説と最高裁判例のとり第三債務者保護説との違いとその背景

従来の第三債務者保護説は、物上代位の目的債権上に物上代位権者が優先権を有することは公示されていないが、第三債務者その他の第三者に対抗しようという考えに立つ。ただし、第三債務者との関係では、第三債務者に二重弁済を強いることのないよう304条1項但書の規定を置いたとする。

それに対して、平成10年判例および平成13年判例は、抵当権に基づく物

上代位に関しては、物上代位の目的債権上に物上代位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から、第三債務者および第三者に対抗しようという考えに立つ。ただし、第三債務者との関係では、第三債務者に二重弁済を強いることのないよう、304条1項但書の規定を置いたとする。その意味で、平成10年判例および平成13年判例も、304条1項但書の差押えの趣旨につき第三債務者保護説に立つ。

しかし、従来の第三債務者保護説と最高裁判例のとる第三債務者保護説とでは、物上代位の目的債権上に物上代位権者が優先権を有することが抵当権設定登記によって公示されていると考えるか否かの点で大きな違いがあるというべきである。

なお、前述のように平成17年判例は、動産売買先取特権に基づく転売代金債権への物上代位の場合につき、304条1項但書の差押えは、「抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである。」とした。このことは、平成17年判例は、動産売買先取特権に基づく転売代金債権への物上代位の場合、動産の売主は売買代金債権を被担保債権として転売代金債権の上に優先弁済権を有するのであるが、優先弁済権の存在については公示方法がないから、304条1項但書の差押えがなされる前に、転売代金債権が第三者に譲渡され対抗要件が具備された場合は、もはや動産売買先取特権に基づく物上代位をなしえないと考えていることになる。したがって、動産売買先取特権に基づく転売代金債権への物上代位については、平成17年判例は、304条1項但書の差押えは、物上代位の目的債権の第三債務者その他債権譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むとしていることになる。したがって、動産売買先取特権に基づく転売代金債権への物上代位についての平成17年判例は、優先権保全説に立つということになる。

このような最高裁の理論構成の結果、従来の第三債務者保護説の場合と異なり、抵当権に基づく物上代位の場合と動産売買先取特権に基づく転売

代金債権への物上代位の場合とで、304条1項但書の差押えの趣旨が異なることになった。

(b) 目的債権上の優先権は抵当権設定登記により公示されているという点  
それでは、抵当権に基づく物上代位の場合、目的債権上の優先権は抵当権設定登記により公示されているという最高裁判例の考え方は、理論的に問題がないのであろうか。これについても、学説からは有力な批判が寄せられている。以下、これにつき改めて検討する。

#### i 私 見

私は、かねてよりこの判例の考え方には問題がある旨を指摘してきた。すなわち、第一に、抵当権の登記は、不動産に抵当権が設定されていることを公示するものであり、抵当権者が抵当不動産につき優先弁済権を有することを公示しているが、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先権を有していることを公示するものではない。物上代位の目的となるのは債権であるが、わが国では、債権上の優先弁済権の公示方法は、債権質権の第三者対抗要件に見るように、第三債務者との関係では、第三債務者への質権設定の通知または第三債務者の承諾であり(364条・467条1項)、第三債務者以外の第三者との関係では、第三債務者への質権設定の通知または第三債務者の承諾が確定日付のある証書によってなされていることである(364条・467条2項)。すなわち、第三債務者との関係では、目的債権につき債権者が優先権を取得したことを第三債務者に通知しないと、債権者は目的債権上の優先弁済権を対抗できない。債権譲受人のような第三債務者以外の第三者は、第三債務者(当該債権の債務者)に問い合わせをして、その債権が現在誰に帰属しているか、またその債権上にいかなる権利が存在するかを知ることができるのであって(第三債務者〔当該債権の債務者〕が当該債権についてのインフォメーションセンターになっている)、その前提として第三債務者への質権設定の通知または第三債務者の承諾が必要となっている(364条・467条1項)。したがって、抵当権設定登記により物上

代位の目的債権上の抵当権者の優先弁済権が公示されているというのは、わが国のこれまでの債権上の優先弁済権の公示のシステムとは全く異なっており、また、この考え方を取ると、第三債務者およびその他の第三者に不測の損害を与えることになる。

なお、わが国では、債権質権設定者が法人である場合には、動産債権譲渡特例法による質権設定登記も認められているが(同法14条・4条)、この登記は、不動産登記とは全く別個の、債権譲渡登記ファイルへの登記である(同法8条)。したがって、第三債務者以外の第三者、例えば債権の譲受けや債権に譲渡担保権の設定を受けようとする者は、この債権譲渡登記ファイルを閲覧することとなるが(同法14条・4条1項)、もちろん抵当権に基づく物上代位の目的債権につき抵当権者が優先弁済権を有することは債権譲渡登記ファイルに記録されていない。また、動産債権譲渡特例法による質権設定登記がなされても、それだけでは第三債務者に質権設定を対抗できるわけではなく、登記事項証明書を交付してする第三債務者への質権設定の通知または第三債務者の承諾が第三債務者との関係での対抗要件である(同法14条・4条2項)。

要するに、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済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という考え方は、わが国における債権譲渡および債権上の優先弁済権の公示のシステムに適合しないということになる。

第二に、判例のとるこのような考え方は以下の点から考えても無理といわざるをえない。その1は、債権質権設定や集合債権譲渡担保設定の場合、この債権に質権を設定するあるいはこの範囲に属する債権に集合債権譲渡担保を設定するという方法で、目的となる債権あるいは目的となる債権の範囲が特定されて、第三債務者に通知されまたは第三債務者が承諾するのであるが、物上代位の目的債権については、当該債権が物上代位の目的債権に当たるか否かについても争いがあるのであって(抵当不動産の売買代金債権や火災保険金請求権などについては、抵当権に基づく物上代位の目的債

権になるかにつきなお争いがある。賃料債権については争いがあったし、今も異論がないわけではない)、それにもかかわらず目的債権上の抵当権者の優先権が、抵当権設定登記によって公示されているというのは、無理な話である。

その2は、例えば抵当建物が焼失し、抵当権者が火災保険金請求権に物上代位する場合、抵当建物は滅失しているから、建物所有権登記および建物抵当権設定登記は実体を欠く無効の登記となっている(借地借家10条1項・2項参照)。したがって、判例の考え方に立ったとしても、無効となった抵当権登記でもって物上代位の目的債権につき抵当権者が優先弁済権を有することが公示されているとはいえないことになろう。

## ii 判例理論に批判的な学説

私見と同様、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済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という判例理論に同調しない学説も多い<sup>20)</sup>、実務家の中にも同様の見解が見られる。

優先権保全説に立たれる内田貴教授も、判例理論には賛成されないことになろう<sup>21)</sup>。

(a) i で見たように、道垣内教授は、第三債務者に対する通知などがない限り物上代位を第三債務者に対抗できないという考えに立たれており、第三債務者との関係において、抵当権設定登記によって物上代位権が公示されていると考えるのは適切でないとされている<sup>22)</sup>。もっとも、教授は、第三債務者以外の第三者との関係においては、抵当権設定登記により物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済権を有することが公示されているという点が重要なのではなく、代償的物上代位については、抵当権者の優先弁済権を優先させるべきであり、賃料債権への物上代位のような付加的

---

20) 高橋智也教授も私見とほぼ同様である(高橋智也「同一の賃料債権に対する抵当権の物上代位と債権譲渡の競合・優劣」都立大学法学会雑誌40巻1号668頁〔1999年〕)。

21) 内田貴・前掲注(4)413頁以下。現時点では、内田貴弁護士と記述すべき所であるが、なじみの深い内田貴教授で記述させていただく。

22) 道垣内・前掲注(18)152頁。

物上代位については、被担保債権の弁済期が到来しているときは、賃料債権に抵当権の効力が及ぶことは明文の定めるところであるし、さらに、抵当権設定登記によって公示されているともいいやすい、とされ、結論としては最高裁判例はいずれも妥当であるとされる。

高橋眞教授も、代償的物上代位と付加的物上代位に分けて検討され、前者については、抵当権設定登記でもって目的物の変形物である債権上の優先権が公示されていると考えることはできないとされ、後者については、本来自由に処分することができる賃料等の付加的価値については、前者以上に抵当権設定登記による優先権の公示は否定されるべきである、とされる<sup>23)</sup>。

山野目章夫教授は、言わば「不動産市場の交通整理」が本務である登記に他の役割（たとえば「債権市場の交通整理」）を担わせることは、理論的には絶対にありえないということではないであろうが、その際には、慎重な利益状況の分析を必要とするとされ、「抵当権登記による物上代位権の公示」の思想は、支持しがたいとされ<sup>24)</sup>、一般的に言って、不動産登記簿上の抵当権登記をもって物上代位権の公示であるとする見解は、「債権の帰属を公示する法システムとの整合性に欠ける」という問題点があるとされている<sup>25)</sup>。

清水元教授も、抵当権設定登記をもって物上代位の目的債権上の抵当権者の優先弁済権の第三債務者その他の第三者に対する公示方法と考える判例理論に反対されている<sup>26)</sup>。

実務家側からも、有力な批判がある。清水俊彦弁護士は、抵当権設定登記では、物上代位の目的債権の第三債務者への通知の効力を果たすことは

---

23) 高橋・前掲注(19)125頁以下。

24) 山野目章夫「抵当権の賃料への物上代位と賃借人による相殺(上)」NBL713号8頁(2001年)。

25) 山野目章夫・物権法〔第5版〕228頁〔日本評論社・2012年〕。

26) 清水元・プロGRESS民法・担保物権法〔第2版〕51頁以下〔成文堂・2013年〕。

できないことなどを理由に、判例の考え方を批判される<sup>27)</sup>。荒木新五弁護士も、抵当権の登記が不動産自体の価値についての優先性が公示されているとしても、賃料債権についても当然に優先性を公示していると断ずることは困難であるとされた<sup>28)</sup>。

### (c) 最高裁判例のとり第三債務者保護説の評価と再構成

平成10年判例および平成13年判例は、上述のように、抵当権に基づく物上代位の場合、目的債権上の優先権は抵当権設定登記により公示されており、このことを抵当権者は、第三債務者その他の第三者に対抗できるとしたわけであるが、その理論構成は、(b)にあげた多くの学説が指摘するように、「債権の帰属を公示する法システムとの整合性に欠ける」といえるから、受け入れがたいというべきである。

そのような考え方からすると、抵当権の登記がなされていても物上代位の目的債権上の抵当権者の優先弁済権は、第三債務者との関係においても、その他の第三者との関係においても、公示されていないのと同じことになり、結局の所、平成10年判例および平成13年判例のとり第三債務者保護説は、物上代位の目的債権上の抵当権者の優先弁済権は、公示方法なしに第三債務者その他の第三者に対抗できるとする従来の第三債務者保護説(1), 3(2)(a)と変わらないとみるべきである。

それでは従来の第三債務者保護説と最高裁判例のとり第三債務者保護説とで、なぜこのような違いが生じたのか。おそらくは、次のような事情に基づくものであろう。すなわち、従来の第三債務者保護説にあっては、抵当権者は、物上代位の目的債権につき当然優先弁済権を有するという考え方から、公示方法なしに第三債務者その他の第三者に対抗できるとしてきた。これに対して、最高裁判例のとり第三債務者保護説にあっては、物上代位の目的債権上の優先弁済権を公示なくして第三債務者およびその他の

---

27) 清水俊彦「賃料債権への物上代位と相殺(四)(下)」判タ1114号11頁以下〔2003年〕。

28) 荒木新五・「判批」判タ1068号87頁〔2001年〕。



第三者に対抗できるとすると、取引の安全を害することになると考え、かつ従来の第三債務者保護説と同様の、抵当権に基づく物上代位権につき目的債権上の優先弁済権を目的債権の譲受人等の第三者および第三債務者に対しても対抗できるとする結論を導く必要上、目的債権上の優先弁済権は、抵当権設定登記により公示されているとしたのではなかろうか<sup>29)</sup>。

それでは、なぜ判例はこのような結論を導く必要があったのか。おそらくは、物上代位権を行使する抵当権者と目的債権の譲受人等の第三者または第三債務者とが優劣を争った債権の多くが、抵当建物が滅失または焼失した場合の損害賠償請求権や火災保険金請求権のような弁済期の到来した特定の債権ではなく（物上代位の側からすると代償的物上代位のケース）、抵当権設定者の賃借人に対する将来の一定期間に渡り発生するであろう賃料債権であったこと（物上代位の側からすると派生的〔付加的〕物上代位のケース）、最高裁としては、このような事案における抵当権者（基本的には銀行等の金融機関である）の物上代位権行使の利益と目的債権（将来の一定期間に渡り発生するであろう賃料債権）の譲受人等の第三者または第三債務者（賃借人）の利益とを比較すると、原則として抵当権者の物上代位権行使の利益の方が保護に値するという考えがあったこと、そして、抵当権に基づく物上代位につき従来の判例のとる優先権保全説に立ってこれらの事案を判断すると、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者との関係では、権利濫用や公序良俗違反等の一般条項を用いることができないケースでは、抵当権者は賃料債権に物上代位できなくなってしまうし、第三債務者である賃借人との関係では、相殺予約によって、抵当権者の物上代位に基づく賃料債権への差押えの申立ての時に、賃借人が賃借人に対して有する自働債権と将来の一定期間の賃料債権との相殺がなされて、抵当権者の賃料債権への物上代位が賃借人による相殺に劣後してしまうこと、によるのではなかろうかと思われる。

---

29) 内田貴教授は、このことによって、最高裁は、結論的には特定性維持説と同様な、非常に強力な物上代位権を導いたとされる（内田・前掲注(4)413頁）。

いずれにしても、わが国における債権上の優先弁済権の公示システムからすると、抵当権に基づく物上代位において、物上代位の目的債権上に抵当権者が優先弁済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という考えは、受け入れがたいこと、したがって、判例の考えは、抵当権者は物上代位の目的債権上に優先弁済権を有することを公示方法なしに第三債務者その他の第三者に対抗できるという従来の第三債務者保護説と同じものと見るべきであって、最高裁はむしろ率直にそのことを表明すべきであると考ええる。ちなみに水津太郎教授は、ドイツ法の研究をもとに、「被代位物上の法律関係が代位物にも当然に維持される結果、抵当権者は公示なくして第三債務者その他の第三者に対して権利行使し得ることが原則であり、『差押え』はこの物上代位固有の制度構造から生ずる不都合を代位物毎に関係者の利益を顧慮して調整するための枠組みである」とされているのである<sup>30)</sup>。

そうとすると、問題は、抵当権に基づく物上代位につき第三債務者保護説に立つ平成10年判例以降の最高裁判例が妥当な結論を導いてきたといえるのかどうかである。これにつき改めて検討してみる必要がある(→6)。その前に、優先権保全説の述べる304条1項但書の差押えの趣旨につき、そのような説明が適切なのかにつき検討しておきたい。

## 5 優先権保全説の再構成

### (1) 優先権保全説の検討

優先権保全説は、抵当権者は、物上代位の目的債権上に優先弁済権を有するが、抵当権者の目的債権上の優先弁済権は公示されていないと考えている。そうとすると、抵当権者が物上代位権の行使としての差押え(民執

---

30) 水津太郎「抵当権に基づく物上代位における『公示』の要否とその基礎づけ」法学政治学論究59号460頁〔2003年〕。

193条2項・143条による目的債権に対する差押命令の第三債務者への送達。民執193条2項・145条4項参照)をする前に、第三債務者が設定者に目的債権を弁済したときは、まったく有効な弁済であり、抵当権者は第三債務者に対して二重の弁済を請求できないのは当然であるし、また、目的債権を第三者が譲り受けもしくは目的債権につき第三者が質権の設定を受けて第三者対抗要件(467条1項・2項・364条)を備えたときは、これらの第三者に対して抵当権者は目的債権上の物上代位権を対抗できないのは当然である。

このことは、一般先取特権者が、債務者の有する金銭債権甲から優先弁済を受けようとする場合と比較すれば分かりやすい(債権先取特権のような制度がわが国において存在すれば、債権先取特権の目的は、一般先取特権と異なり特定の債権ということになるので、それを例にとるのが一番よいのであるが、わが国においては債権先取特権がないので、一般先取特権を例にとる)。一般先取特権者は、債務者の責任財産に属する動産、不動産、債権その他の財産権につき優先弁済権を有する(303条・306条)。したがって、一般先取特権者は、債務者の責任財産に属する金銭債権甲から優先弁済を受けることができる。しかし、この一般債権者の優先弁済権は、甲債権の上に公示されているわけではない。この場合、一般先取特権者は、民事執行法193条により、同法181条1項4号の一般の先取特権の存在を証する文書を執行裁判所に提出し、甲債権に対して差押命令(民執193条2項・143条による目的債権に対する差押命令)を申し立て、差押命令が発令されることにより一般先取特権の実行は開始される。この差押命令により債務者(甲債権の債権者)は甲債権の取り立て、甲債権の第三者への譲渡、甲債権への第三者のための質権の設定等の処分を禁止され、また第三債務者は債務者への債務の弁済を禁止される。差押命令が債務者に送達されてから1週間が経過すると、一般先取特権者は、甲債権の取立権を行使して被担保債権の優先弁済に充てることができる(民執193条2項・155条)。逆に、一般先取特権者の申立てにかかる甲債権の差押命令が第三債務者に送達される前に(民執193条2項・145条4項)、第三債務者が債務者に甲債権を弁済したときは、

一般先取特権者は第三債務者に対して二重の弁済を求めることはできないし、また、債務者が甲債権を第三者に譲渡し第三者が債権譲渡につき対抗要件を備えたときや債務者が第三者のために質権の設定をし質権設定につき第三者対抗要件を備えたときは、一般先取特権者は、先取特権をこれらの第三者に主張できない（もっとも一般先取特権の場合は、債務者のすべての責任財産が目的物となるから、一般先取特権者がこれらの第三者に先取特権を主張できないときは、債務者の責任財産に属する他のものにつき先取特権の行使することになる。したがって、一般先取特権ではなく、債権先取特権の方が例としては適切なのであるが、わが国では債権先取特権がないのでこれを例に取るができない）。

この場合の一般先取特権者の差押えは、一般先取特権の行使としての差押えであって、この差押えを、目的債権の弁済をした第三債務者および目的債権の譲受人や転付債権者等の第三者の不測の損害の防止のためということはない。

それに対して、物上代位権の行使としての304条1項但書の差押えの趣旨について優先権保全説は、前述のように、① 目的債権の特定性の維持による物上代位権の効力の保全と、② 目的債権の弁済をした第三債務者および目的債権の譲受人や転付債権者等の第三者の不測の損害の防止とをあげる。しかしながら、優先権保全説は、物上代位の目的債権上の優先弁済権は公示されていないと考えているから、優先権保全説を前提とした場合、目的債権の弁済をした第三債務者および目的債権の譲受人や転付債権者等の第三者には不測の損害は生じないといえる。したがって、これまでの優先権保全説においては、物上代位の目的債権上の優先権の公示についての考え方と304条1項但書の差押えの趣旨についての説明との間で、整合性がとれていないといえるのではなからうか。

それでは、これまでの優先権保全説は、304条1項但書の差押えの趣旨についてなぜこのような説明をしてきたのだろうか。これはおそらくは、一般先取特権などと異なり、物上代位権についてはその効力および公示に

関して民法上特に規定されていないので、判例・学説は、第三債務者保護説に準じて、304条1項但書の差押えが第三債務者および第三債務者以外の第三者にとって、どのような意味を有しているかだけを述べ、その際、優先権保全説によれば公示はないが優先弁済権を有する権利である物上代位権は、実体法上、第三債務者およびその他の第三者との関係において公示のない法定担保物権と同様の弱い効力しか有していない権利であるということが意識されなかったためではないかと思われる。

もし逆に、物上代位権というものは、実体法上、目的債権上に優先弁済権を有するが、第三債務者およびその他の第三者との関係において公示のない法定担保物権と同様の弱い効力しか有していない権利であるという前提で考えるならば、304条1項但書の差押えの趣旨として、上記の②をあげるのは不適切であり、一般先取特権の行使としての債権の差押えの場合と同様、物上代位権の行使としての差押えであるといえれば十分であろう。この差押え（民執193条・145条の手続による）により、物上代位の目的債権につき第三債務者の弁済や、設定者による目的債権の譲渡や質権設定等の処分は禁止され、物上代位権者は目的債権から優先弁済を受けることができる。そしてこのことの裏返しとして、物上代位の目的債権につき物上代位権者の差押えの効力が生ずるより前に（民執193条・145条3項参照）、第三債務者が債務者に弁済し、または第三者が目的債権を譲り受けて対抗要件を具備し、もしくは目的債権に質権の設定を受けて対抗要件を具備したときは、第三債務者の弁済、第三者の債権譲受け、または債権質権設定を、物上代位権者に対抗できることになるのである。

なお、物上代位の目的債権が存在するが、抵当権者の被担保債権の弁済期未到来の場合には、抵当権者は物上代位権の行使としての差押えをすることはできない。この場合にも強制執行の保全手続である仮差押えや処分禁止の仮処分のような手続が存在すればよいが、現行法ではそのような手続は整備されていない。解釈論として、抵当権者の被担保債権の弁済期未到来の場合には、類推適用により仮差押えや処分禁止の仮処分を使うこと

ができるというのであれば<sup>31)</sup>, 304条 1 項但書の差押えには, このような仮差押えや処分禁止の仮処分も含まれることになる。これは, 物上代位権の目的債権上の優先弁済権の保全の役割を果たす。

そうすると, 目的債権上に優先弁済権を有するが, 優先弁済権が公示されていない物上代位権にとって, 304条 1 項但書の差押えは, 物上代位の目的債権上の優先弁済権を保全して (民執193条 2 項・143条・145条により, 物上代位の目的債権の現状が維持される), 物上代位権を行使 (その第一段階が差押えである) するためのもの, というべきはないかと考える<sup>32)</sup>。

---

31) このような学説も多い。生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理154頁以下参照。

32) 内田・前掲注(4)413頁もほぼ同旨。生熊・前掲注(2)物上代位と収益管理44頁では, 「物上代位権の目的債権上の優先弁済権を保全するためのもの」としたが, 「かつ物上代位権を行使するためのもの」を付け加える。