

抵当権設定登記後の目的物の賃借人が、賃貸人に対して取得した債権を自働債権として賃料債権と相殺する特約は、賃料債権に物上代位権を行使して賃料債権を差押ええた抵当権者に対抗できない。

富田仁

最高裁(三小)平成一三年三月一三日判決(民集五五卷二号三六三頁、判タ一〇五八号八九頁、金法一六一一号九二頁、判時一七四五号六九頁、金判一一六三号三頁)

【事実】 X銀行(原告・被控訴人・被告)は、昭和五二年一〇月八日の約定により訴外Aに対し建設資金等の貸金債権(二六〇〇万円)を有し、A所有の本件建物(鉄骨四階建地下二階付きの店舗・事務所・車庫)に昭和六〇年九月二七日、本件根抵当権(極度額五〇〇万円)を設定し、登記が經由された。その後Aは昭和六〇年一〇月一四日、Yとの間で本件建物一階部分の賃貸借契約を締結し、YはAに対し、保証金三一五〇万円を預託した。平成九年二月三日、YとAは、右賃貸借契約を同年八月三十一日限り解消し、同年九月一日以降改めて保証金三三三〇万円の約定で賃貸借契約を再締結すること、この保証金には従前の賃貸借契約における保証金の一部を充当し、残額二八二〇万円は同年八月三十一日までにAがYに返還することを約した。しかし、Aがこの二八二〇万円の返還を期限までに履行できなかったことから、YとAは、平成九年九月二七日、同返還債務のうち一六五一万三五

〇〇円を同年末日限りAがYに支払い、その残額の二二六八万六五〇〇円の返還債務は、YのAに対する平成二二年九月分までの賃料(一ヶ月三〇万円)の支払い債務を相殺することとし、それぞれ各月の前月末日に対当額で決済することを合意した。

他方、Xは、Aが貸金返還債務の履行をしないため、本件根抵当権の物上代位権に基づき、本件賃料債権のうち差押命令送達時以降支払期にあるものから九〇〇万円に満つるまでのものについて債権差押命令の申立てをした。京都地方裁判所は、同申立てを認めて債権差押命令を発し、その正本は、Aに対して平成一〇年一月二八日に、Yに対して同月二四日にそれぞれ送達された。

そこで、Xは、Yに対し、平成一〇年二月一日から同年六月三〇日までの賃料合計一五〇万円の支払を求めて、本件訴訟を提起した。一、二審ともYが敗訴。一審判決(京都地判平成一一年二月一五日金判一〇九一号一〇頁)は、次のように論じた。「根抵当権が設定されその登記がなされた後に、当該の抵当目的物件について賃貸借契約が締結されかつその賃借人から賃貸人に保証金が授受され、この保証金返還請求権と賃料債権との相殺の合意がなされた場合においては(中略)、保証金を支払った賃借人は、右保証金支払の時点において右抵当権(根抵当権)の存在を認識し得たものであり、かつこれに基づき賃料に対して物上代位権が行使されることも十分に予想し得たものというべきである。従って、「登記という公示方法を前提として排他性を具備するに至った抵当権(根抵当権)に基づく物上代位権の行使は右保証金返還請求権を自働債権、賃料債権を受働債権とする相殺権の行使に優先する」。このように解さなければ「根抵当権者の目的物についての価値把握の期待を裏切ることになり、反面Yにおいては「抵当目的物件について賃貸借契約を締結し、多額の保証金を受領するという方法によって根抵当権の効力を無価値に」し、根抵当権者に著しい損害を招来させてしまうのである。原判決(大阪高判平成一一年七月二三日金判一〇九一号三頁)は、一審とはほぼ同様の理論構成を採ったのであるが、更に次のように加えている。「債務

者と第三債務者の質貸借契約が抵当権設定の前になされ、質貸借が抵当権に対抗することができるときは、Xの「物上代位もかく、抵当権設定登記後に質貸借契約が締結され、抵当権者に対抗できない本件においては、」Yの「物上代位に基づく差押えが控訴人による相殺に優先するとすべきである」とした。これに対してYは次のように上告した。

すなわち、上告理由は第三債務者（質借人）に対する物上代位の行使の表象が抵当権設定登記のみでは不十分であり、質借人の利害関係を考えると目的債権の差押えが必要であるとする。反対に、債権の相殺は相殺をなしている状況の存在が公知の事実であれば、それ自体が相殺の公示となるから、この観点からみれば本件における物上代位と相殺の公示は対等である。更に物上代位は抵当権保護を目的とする政策的な付加的機能であるが、相殺は当初から目された担保的機能を有する権利である。その上、受働債権消滅という点で弁済と同様であるから、相殺の合意は「払渡」にあたり、民法三七二条・三〇四条の趣旨からも相殺合意後の差押えは効力が存しない。一方、質貸人たる債権者と質借人たる第三債務者の関係は、債権者たる銀行と債務者の関係よりも信頼性及び継続性が強固であり、従って質借人の相殺はもとより期待されていたのであるから、その期待権は保護されるべきである。加えて、質貸人と通謀して根抵当権者を害する目的で根抵当権の効力を無価値にする意図は全くないと主張する。

【判旨】

上告棄却

「抵当権者が物上代位権を行使して質料債権の差押えをした後は、抵当不動産の質借人は、抵当権設定登記の後に質貸人に対して取得した債権を自働債権とする質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解するのが相当である。ただし、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、質借人のする相殺は

何ら制限されるものでないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、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貸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いふべきであるからである。

そして、上記に説示したところによれば、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で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な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解するのが相当である。

以上と同旨の見解に基づき、本件建物について賃貸借契約を締結した上告人と京都新建築株式会社との間において上告人が本件根抵当権設定登記の後に取得した同社に対する債権と同社の上告人に対する賃料債権とを対当額で相殺する旨を合意していたとしても、被上告人による物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生した賃料債権については、上記合意に基づく相殺をもって被上告人に対抗することができないとした原審の判断は、正当として是認でき、原判決に所論の違法はない。」

【評釈】 一 最高裁判平成元年一〇月二七日判決（民集四三卷九号一〇七〇頁）が賃料債権に対する物上代位権行使について所謂無条件肯定説を採って以来、下級審裁判例には金融機関等による抵当不動産の賃料債権に対する物上代位権行使の事例が頻出している。また、その後の判例における物上代位の効力は、この判決の影響を受けまた

経済的要請を背景に従来と比較して明らかに拡張化の方向にある。この状況の下で抵当権による賃料債権への物上代位とこれに対抗する相殺予約の優劣に關しこの本件判決が登場した。両者の優劣の判断基準を求めて下級審、学説が紛糾していた問題に対し、抵当権設定登記後になされた相殺予約に關しては、物上代位権を行使した抵当権者が優先すると初めて判断された訳であり注目すべき判決である。

本判決の提示した判断の核心は、抵当権の設定登記に優劣の基準を求めるといふ点であつた。すなわち、抵当目的物の賃貸人に対して、保証金の返還請求権を有する賃借人は相殺特約に基づき、賃料を相殺により決済することはできないと判断するに際し、抵当権者の物上代位権の行使は登記を調査することにより当然予測可能であつたと論じたのである。このことは、相殺の担保的機能及び賃借人の抵当権設定登記の認知可能性を前提としながら、抵当権の物上代位の公示性を重視したと考へられる。すなわち、抵当権登記の重視といふ点では最高裁の従来路線に従つており、その結果当事者の事情という実質的側面を考慮に入れない形式的判断となつてゐる。

しかしながら、抵当権の物上代位に關するこれまでの最高裁の立場にもかかわらず、さらに抵当権設定登記の公示性の限界、賃借人保護を範疇に入れた考察を加味すると本件の判断を全面的に肯定することができないようにも思われる。⁽¹⁾ こうして、事案との関連性をみるならば、公示した抵当権を優先させる従来の最高裁判決の明確なルール提示にも限界が取り込まれるべきではないかとの疑問が生じる。いずれにしても、短期賃貸借からの抵当権の保護に端を発し、物上代位の拡張に及ぶ近時の最高裁判決の流れの上に位置づけられる重要判例であることは確かである。のみならず、保証金返還請求権の発生要件に關しては、果して判旨の前提を肯定してよいかにも疑問が残る。既に多くの評釈が出ているがこれらを参照しつつ整理を試みたいと考へた所以である。⁽²⁾

二 先ず問題の背景となる賃料に対する物上代位権行使の当否に關しては、古くは大判大正六年一月二七日民録

二三輯九七頁が民法三七一条の適用を否定し、物上代位の目的物について抵当権を実行し得る場合、賃料に物上代位を行使し得ないという立場を採った。³⁾その後、下級審には肯定説を採っていると思われるものも現れ、判例が分かれたままの状態でごく最近まで続いていた。この延長上に①最判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁(判夕七十七号一〇六頁、金法一二四七号二四頁、判時一三三六号九六頁、金判八三八号三頁)は、根抵当権の物上代位権行使が目的不動産上の賃借人が供託した賃料の還付請求権について認められるか否かが争われたケースにおいて、判旨は、無条件に賃料に対する抵当権の物上代位を認めた。⁴⁾この平成元年判決以降、抵当権の物上代位における賃料債権の差押えの事例が増加したことは上述の如くである。

一方、賃料相殺に関し民法五一一条が適用される一般債権による差押えと相殺の優劣についての判断として②最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号五八七頁(判夕二四九号二九頁、金法五八七号四頁、判時五九五号二九頁、金判二一五号二頁)は、債権が差し押えられた場合その差押と被差押債権の債務者がする相殺の優先問題及びその相殺合意が差押債権者に対抗できるかの二つの問題を包含するケースにおいて、判旨は債権が差押えされた場合、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、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、右債権及び被差押債権の弁済期の前後を問わず、両者が相殺適状に達しさえすれば、第三債務者は、差押後においても、右反対債権を自働債権として、被差押債権と相殺することができるとし、また貸付債権について、債務者に信用を悪化させる一定の客観的事情が発生した場合には債務者のために存する右貸付金の期限の利益を喪失せしめ、同人の銀行に対する預金等の債権につき銀行において期限の利益を放棄し、直ちに相殺適状を生ぜしめる旨の合意は、右預金等の債権を差し押えた債権者に対しても効力を有するとしている。⁵⁾

一般債権による差押えと相殺の優劣について判断した③判決の延長にあるものとして、③東京地判平成一〇年六月二五日(金法一五四二号六五頁、金判一〇五五号二四頁)は、貸貸借契約における保証金返還請求権を自働債権、

賃料債権を受働債権として相殺する旨を約した後、抵当権に基づく物上代位権の行使が認められるか否かのケースにおいて、判旨は返還請求権が確定期限付で取得され、また原告の抵当権設定登記の経由に関し被告が右債権を取得した後であることを根拠に、信義則等を考慮し被告の相殺の効力を否定できないとした。⁽⁶⁾④東京地判平成一〇年九月二二日（金判一〇二六号四九頁）は、貸金債権と賃料債権の相殺をする合意後、抵当権の物上代位を行使できるか否かが争われたケースにおいて、判旨は物上代位の差押えの時期が貸金債権者と賃料債権者の相殺効力発生の前である事を論拠とし、抵当権の物上代位を認めた。⑤東京地判平成一一年五月一〇日（金法一五五七号七八頁、金判一〇七九号五〇頁）は、賃貸借契約に基づく保証金返還請求権と賃料債権の相殺と根抵当権の物上代位権行使の優劣が争われたケースにおいて、判旨は抵当権に基づく賃料債権差押命令が保証金返還請求権の発生時期に先行していることを根拠に、根抵当権の物上代位を認めた。しかし、控訴審（東京高判平成一二年三月二八日金判一〇九一号三頁）において原判決は取り消され、賃料債権が建物明渡時に敷金から控除され消滅しているとし、未払い賃料が敷金から当然控除される予定であると判示した。②判決の延長外のものとしつつ、差押えと相殺の先後により優劣を決すべきとするものとして、⑥大阪地判平成八年一〇月三十一日（金法一四八六号一一六頁、金判一〇三〇号三一頁）は、賃貸借契約に基づく保証金返還請求権を自働債権、賃料債権を受働債権とする相殺の合意が抵当権による物上代位権行使に優先するか否かが争われたケースにおいて、判旨は保証金返還権と賃料債権の相殺適状に達し、相殺の意思表示がなされたのが、抵当権による差押以降であったことを根拠に抵当権に基づく物上代位権行使を認めた。⁽⁷⁾抵当権の登記と相殺との先後により優劣を決すべきと判断した例として、⑦東京地判平成一〇年三月一九日（金法一五二七号五五頁、判時一四六九号一三三頁、金判一〇四八号三五頁）がある。これは抵当権設定後取得された賃料債権と抵当権設定以前に有していた債権を抵当権設定後に相殺する合意及び抵当権設定以前の債権譲渡が抵当権の物上代位に優先するか否かが争われ、判旨は抵当権設定登記により物上代位の行使が目的物に及ぶこ

とは公示されているのであり、相殺予約の合意をすることだけに、根抵当権者からの物上代位を免れることは、根抵当権者の利益を不当に害するとし、根抵当権による物上代位を認めたケースである。また⑧東京地判平成一〇年九月二二日(金判一〇六二号四九頁)では、貸金債権を自働債権、賃料債権を受働債権とする相殺の合意が賃料債権に対する根抵当権の物上代位に基づく差押え前になされたことからその優劣が争われ、判旨は相殺の効力が発生するのは差押え後であること及び根抵当権設定登記により公示される根抵当権者の利益を害するとし、差押えが相殺に優先するとしたケースである。⑨東京地判平成二二年五月八日(判タ一〇五四号二〇〇頁)は、根抵当権設定登記後になされた賃料債権と金銭債務の相殺予約契約に基づく相殺と根抵当権による物上代位権行使の優劣が争われたケースにおいて、判旨は根抵当不動産の賃料債権に根抵当権の効力が及ぶことは根抵当権設定登記により公示されているとし、根抵当権に基づく賃料債権への物上代位権行使を賃料債権に認めた。⑩東京地判平成二二年五月一〇日(金法一五八七号七二頁)は、賃貸借契約に基づく賃料債権と敷金返還請求権の合意時期と根抵当権に基づく差押えが争われたケースにおいて、判旨は根抵当権の登記時期が相殺の合意以前であったことを理由に、根抵当権の物上代位を認めた。

⑪福岡高判平成二二年七月一八日(金法一六〇四号三二頁)は、根抵当権設定登記後に賃貸借契約締結及び保証金の支払いがなされ、保証金返還請求権が発生したため、根抵当権に基づく賃料債権への物上代位権の行使と相殺が争われたケースにおいて、判旨は根抵当権の効力が設定登記により公示されていることを根拠に、根抵当権の物上代位権行使としての差押えが優先するとした。更に⑫新潟地判平成二二年八月一〇日(金判一一〇五号四九頁)は、保証金返還請求権取得後設定された根抵当権に基づく物上代位権行使と相殺が争われたケースにおいて、判旨は根抵当権設定登記と反対債権取得時期の前後によりその優劣を決すべきとし、相殺を認めた。

右のような判断が示されている中で、本件において根抵当権設定登記時に基準が示されたことは、根抵当権の物上代位権行使の拡張化ひいては根抵当権の強化傾向を一層押し進めたように窺える。しかし、根抵当権の強化傾向は本件の

ような事案以前に最高裁判決により示されている事実も存する。それら諸判決は、従来からの抵当権における物上代位の効力の拡張あるいは抵当権自体の強化傾向につき、その限界をどこに引くかに疑問を招来させるのである。このような事情に鑑み以下では物上代位制度の沿革を簡潔にたどり、さらに本件以前に示された抵当権の物上代位とそれに関する最高裁判決の概要を検討したいと思う。

三 わが国における抵当権の物上代位制度は、先取特権の物上代位に関する民法三〇四条一項の規定を準用しているのであるが、その沿革においてイタリヤ旧民法をその範とし規定されたと説かれて⁽⁸⁾いる。これを通してポワソナード民法草案一六三八条に採用されるに至り、旧民法の債権担保編一三三三条が規定された⁽⁹⁾。その後、民法起草段階において、起草者は物上代位が法定果実（賃料）に対し及び得るといふ見解を採り、現行民法の規定に至ったのである⁽¹⁰⁾。また、現行民法は担保物権（一般先取特権を除く先取特権、質権、抵当権等）に共通する物上代位を、その適用あるいは効果につき画一的に規定しているので、一般的に言ってもその作用に関し各担保物権の性格上柔軟な解釈をしなければならないと説かれて⁽¹¹⁾おり、それは規定の性質上当然の帰結であると考えられる。この担保物権制度における物上代位の意義は、目的物が滅失毀損により形を変じた場合、担保の手段としての物権の効力として、目的物の交換価値を把握することにより、その効力を代替物に及ぼして優先弁済に充てる権利であって、これが物上代位制度の法理であり意義であると説明されて⁽¹²⁾いる。

この法理を前提としながら、本件にみられるように賃料債権に対する物上代位権の行使を肯定することは正に抵当権の効力を拡張し、抵当権者の保護を図った判決と言える。近年においては本件判決と同様にこのような抵当権の強化の傾向が顕著に示されていた。

まず賃料債権譲渡と物上代位の優劣問題に関し、⁽¹³⁾最判平成一〇年一月三〇日民集五二巻一号一頁（判タ九六四

号七三頁、金法一五〇八号六七頁、判時一六二八号三頁、金判一〇三七号三頁）は、抵当権設定後に転貸借契約がなされその賃料債権を貸付債権の代物弁済とし、抵当権に基づく差押え前に賃料債権譲渡が確定日付ある証書をもって対抗要件を備えていたという事案である。判旨は民法三〇四条一項の「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できると判断した⁽¹³⁾。また、この判決と同様の見解を示したものとして最判平成一〇年二月一〇日（判タ九六四号七九頁、金法二五〇八号七三頁、判時一六二八号九頁、金判一〇三七号三頁）がある⁽¹⁴⁾。

抵当権に基づく妨害排除請求の代位行使に関しては、⁽¹⁴⁾最判平成一一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁（判タ一〇一九号七八頁、金法一五六四号六〇頁、判時一六九五号四〇頁、金判一〇八一号四頁）があり、これは根抵当権設定後抵当不動産に権原なく占有する者が存在するという理由から、抵当権を実行して競売を申し立てた買受人が現れなかったため、根抵当権者が設定者の所有権に基づき妨害排除請求権を代位行使できるか否かが争われたケースである。判旨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況が存する場合、抵当権の侵害と見ることができるとした。また、抵当不動産の所有者は抵当権に侵害が及ばないよう抵当不動産を維持管理することが予定されるのであるから、この状況において抵当権者は抵当不動産の所有者に対し右権利を行使し、右状況を是正し抵当不動産を維持保存させる請求権を有するとした。この結果、抵当権者は請求権保全の必要性が存する場合、民法四二三条に従い不法占有者に対し妨害排除請求権を代位行使することができる⁽¹⁵⁾と述べるに至った。

転貸料に対する物上代位の可否に関し、⁽¹⁵⁾最判平成二二年四月一四日民集五四卷四号一五五二頁（判タ一〇三五号一〇〇頁、金法一五八五号三〇頁、判時一七二四号六一頁、金判一〇九六号四九頁）がある。これは根抵当権設

定後設定者から本件建物を買受けた者が、本件建物に賃借権設定仮登記を経由し、その仮登記設定者は更に第三者に本件建物を転貸したのであり、根抵当権の物上代位権の行使が転貸料債権に及び得るか否かが争われたケースである。判旨は民法三七二条によつて準用されている民法三〇四条一項の債務者には、原則として抵当不動産の賃借人（転貸人）は含まれないとした。すなわち、所有者は被担保債権の弁済について抵当不動産をもつて物的責任を負担するのであるが、抵当不動産の賃借人は、この責任を負担するものではなく、自己に属する債権を被担保債権に供されるべき立場にないと判断したのである。しかし、続けて抵当権者は抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合に、転貸料債権に対する物上代位権の行使を容認すると述べるに至つた。¹⁶⁾

これら諸判決は、いずれも現在マスコミ等を取り上げられている不良債権問題に由来する経済的不如意を前提としており、時代性を窺わせる事例である。従つて法解釈面では抵当権制度の拡張あるいは強化という意味で重要視される判決である。まず⑬判決は、それまで債権譲渡による抵当権設定者の抵当権者に対する債権回収を妨害する事例が頻繁に勃興し、これ以前の事例が先取特権に基づく物上代位による債権譲渡の譲受人に対抗できないとされていた法解釈に対し、それを否定し物上代位の追及を容認したものであった。その判決理由は、抵当権の効力が物上代位の目的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こと、對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、抵当権者の差押え前に債権譲渡をすることにより、物上代位権の行使を免れ得ること、目的債権譲渡後抵当権の物上代位権行使により目的債権を差押えても第三債務者の不利益にならないこと等を挙げている。

次に⑭判決では、それ以前の最判平成三年三月二二日民集四五卷三号二六八頁が、民法三九五条但書に従つて賃貸借契約を解除され無権原占有者となつた賃借人は、抵当権者による抵当不動産の明渡しに代位行使及び抵当権に基づく妨害排除請求を否認したのに対し、本判決でそれを改めるに至つたのである。すなわち、本判決は従来から

短期賃貸借保護の制度がその濫用によって抵当権を侵害する結果を伴う制度となつていると指摘されており、その弊害を是正するため抵当権者に所有者に代位して目的物の明渡し請求及び第三者の目的物侵害に対する妨害排除請求を認めると判示したのである。

最後に⑮判決は、前掲最高裁判平成元年一〇月二七日判決が抵当権者の賃料債権に対する物上代位権行使を無条件に認めて以来、抵当権の賃料債権に対する物上代位の行使制限は範囲を拡大されたのであるが、本件転賃料債権においては原則否定を最高裁が示すことにより、その範囲が確定されたと考えられる。しかしながら、判旨は原則否定を提示する一方、例外的に転賃料債権に対し抵当権の物上代位権行使を認める見解を示している。すなわち、その例外とは判旨で述べられている通り、抵当権実行を妨害する目的が存した場合あるいは抵当不動産所有者と賃借人が同一と認識される場合等が介在することである。

これら三つの最高裁判決は、抵当権の物上代位権行使に伴う社会的有用性を念頭におきながら法解釈の観点から抵当権の物上代位制度あるいはその行使を擁護したように考えられる。つまり、これらの判決は一面では経済的要請に鑑て、他面では抵当権法の柔軟な解釈を目指すことにより、物上代位制度の適用範囲を拡張し、実務における利用の維持あるいは増加をめざし、この制度ひいては抵当権制度の強化を図ったと考えられる。

四 本件は、抵当権の物上代位と相殺の優劣の問題に関し、物上代位について抵当権設定登記時にその効力の発生を認めたものである。しかし、その前提になる賃借人が支払った保証金の法的性質及び相殺と抵当権の物上代位との関係について疑問が残るため、以下ではこの点を考察することにした。

保証金は賃貸建物の建設資金を調達するため建物の完成後、賃貸借契約を結ぶ予約をもって賃借人が賃借人から借り入れる性質のものから発展したと説かれている。⁽¹⁸⁾このため現在の慣習的保証金はある種の多面性を有するので

あるが、⁽¹⁹⁾通常保証金は敷金とは異なり月額賃料を目安としないため高額であり、賃貸借契約の期間が満了するとその一部あるいは全額が返還されるのが一般的である。⁽²⁰⁾本件における保証金は敷金的性格であることを前提に、保証金返還については賃貸人が賃借人に賃貸借契約終了をもつて履行する旨で、合意したと解されている。しかしながら、本件の保証金が敷金的性格の保証金であるかには疑問を感じざるを得ない。なぜなら、本件における保証金の性格を考慮すると、初回の保証金の高額性が注目される。さらに賃貸人による保証金の流用に鑑みれば、⁽²¹⁾本件の保証金の法的性質は貸金的性格のものであると結論づけ得るのではなからうか。⁽²²⁾そうであるならば、賃貸人と賃借人との賃貸借契約における保証金の授受は、金銭消費貸借的性格を包含していることになる。それ故、敷金的性格である保証金は抵当権実行により所有者（賃貸人）が変更されるとその権利の承継に際して保証金も承継されるものであるが、⁽²³⁾本件の保証金は貸金的性格のものでして新賃貸人に承継され得ないと考えることができる。

また、本件では相殺予約は抵当権の差し押え以前の約定により取り決められたものであり、それ以前に設定され登記を基準にし差押えを条件とする抵当権には優先し得ないと判旨は解している。すなわち、この相殺予約の合意は、賃貸借契約締結により賃借人から保証金が支払われた後になされたのであるが、その契約締結以前の抵当権の登記により賃料債権に対する物上代位の効力は既に及んでいたと結論づけている。つまり、将来発生する賃料債権に対して登記は抵当権の物上代位の効力を保存するための要件であると解し得る。確かに抵当権設定登記は第三者に対する公示手段であるが、しかし目的不動産を賃借する際、果して通常不動産売買における譲受人と同様に賃借人が物上代位の効力保存要件である登記を見る注意力が備わっているのか疑問であり、反対に実社会を念頭に置くと賃借人の注意能力は、詐外目的の場合を除くすれば不動産の譲受人より少なからず軽減されるべきと思われるのである。換言すれば、賃貸借契約上賃借人に対し目的物に担保権が付着していることを認識する能力ないし義務が要求し得るか否かが問題であると考えられる。また、これに対し賃貸人（仲介業者）にその情報を開示する義務

を課し得るのかという疑問も生じさせる。一方、前述のように判旨は保証金を數金的性格のものとして解している。しかしながら、數金返還請求権は契約解除後に明渡しをしないと発生しないのであるから、明渡し前に賃料債権が抵当権に基づき差押えられた場合、數金返還請求権が発生する以前には相殺の期待は存するものの、相殺の実行は不可能であり、相殺予約は抵当権登記による物上代位の効力が保存されている状況では、何等の機能も果たせないように考えられる。⁽²⁵⁾

ところで、本件では上告理由が抵当権の物上代位に対して相殺の担保的機能とその公示性の優越を主張している。これは上述の②判決における相殺の効力がその理論的背景をなす考え方である。しかし、②判決の事案は一般債権者の差押と相殺の優劣問題であり、相殺の担保的機能あるいは銀行の取引約定における相殺の公示性を根拠に、一般債権者の差押の先後を問わず相殺適状にさえ達すれば相殺可能とした判例である。本件のような抵当権設定後の賃貸借契約における賃借人の保証金返還請求権及び賃貸人の賃料債権の発生とは、根本的に問題を異にする。また、一般債権者の差押と抵当権者の差押の法的性質の違いを考慮しなければならない。確かに銀行の取引約定における相殺予約は、慣例として実務で用いられており、銀行取引上担保的機能として公示性が存するかもしれないが、本件事案のような抵当権設定後の賃貸借契約に関しては相殺が慣例的に用いられ公示性を具備したとして、抵当権の物上代位に優先性を有するとするのは、不当に抵当権者の利益を害するように感じられる。しかし、本件の判旨で述べられている通り、物上代位の効力が潜在的に存するものの差押が条件とされているのであるから抵当権者の差し押え以前においては相殺の行使は可能であろう。この点において相殺の担保的機能は達成されている。従って、本件自働債権差押後の相殺は差押債務者にとって相殺予約が存するものの公示という点において抵当権者には効力が及ばないと考えられる。他方補論として、抵当権者は最終的に抵当不動産自体から換価し優先的に代金の弁済を受け得ること、さらに差押をすることが物上代位の効力の発生条件とされているため権利行使の選択

権を抵当権者が有していることを考え合わせると、抵当権設定登記時に優先性が公示されていると結論づけるのは公平性に欠けている。従って、詐外目的がある場合は別としても弱者保護の観点から賃借人に何らかの保護が必要と考えられる。

また、本件における相殺予約が詐外的行為か否に関しては、抵当権設定登記後に賃貸借契約がなされたことから、賃貸人と共同し抵当権者からの債務返済の妨害を企図した詐外行為であるとする見方もできなくもない。しかし、賃借人は賃貸借契約時に抵当権の設定登記を認知しながら、抵当権が賃借人の保証金返還請求権と賃料債権の相殺予約に劣後すると考え、高額の保証金を支払い賃貸借契約を締結するのか、また反対に賃借人が抵当権設定登記を認知していないとして、賃貸借契約時に抵当権の存在を認知していたと考え難いのであり、その相殺予約は詐外目的と見て採れないように考えられる。さらに、賃貸人と賃借人の関係は、互いに債権債務が存し、賃貸人は賃料債権といった定期的収益から抵当権者及び賃借人に対する自らの債務返済を目的にし、他方賃借人は保証金返還債権を賃料債権と相殺することで債権の満足を得ようとしているのであるから、両者の関係を詐外的共同関係とみることは難しいと見るべきであろう。

五 抵当権の物上代位に関する本件までの最高裁判決の流れは、抵当権者保護という観点から判断されて来たものと解される。それは、最高裁の画一的判断、すなわち抵当権設定登記を基準として判決が下されており、相手方の状況を加味していないきらいが存すると考えられる。本件事案においては、それが殊更表面化しているように考えられ、例えば保証金の性質・賃借人及び賃貸人の詐害性を考慮しても、抵当権者の相手方に対する公平性に乏しい判断だったと感じられる。また反対に、抵当権の登記に関し、その公示性を本件において限界にまで延引したと評価することもできる。従って、事案の異なる場合においてどこまで本判決が妥当するかどうか疑問を残すとこ

ろである。更にいえば、私人間における賃貸借契約において賃借人は登記を確認する必要があるのか、あるいは一般的に認知可能と見るのか、また被担保債権額の認知は容易なのかは重大な問題となるであろう。他方、本件判断に関し上述の問題のほか、例えば賃料債権は抵当不動産から独立した財産であるため、設定者が処分権を有する以上差押えを基準とする自由競争にするべきと説くもの⁽²⁶⁾、正常な賃借人を確保することは抵当権者の利益にもなり、数カ月程度の敷金額について賃借人に優先性を認めても、抵当権者に不利益となるわけでないから、本判決の原則に例外を認めるべきと説くもの⁽²⁷⁾、差押えの趣旨は、第三債務者に対する物上代位権の對抗要件であるから、物上代位権と相殺の優劣基準は、物上代位権に基づく差押えに求めるべきと説くもの⁽²⁸⁾、先取特権の物上代位権と抵当権の物上代位権の追及力は、その性質を異にするものであり抵当権の物上代位権に関する本件の判断は、抵当権者に「与え過ぎ」の感があると説くもの⁽²⁹⁾、等が存し、本件判断の理論構成に関し種々の問題提起がなされている。

本件の判断に関しては、その事案を考慮すると結論には賛成できるが、上述したような疑問も残り、とりわけ保証金の法的取扱に関してあるいは登記を当然見ることができると主張する主体と登記を見ることを要求できない主体の区別を如何に判断するのか、また賃借人の詐外性をどう認定するか等が今後の課題であると思われる。

(1) 山野目章夫「批評」NBL七二一三号八頁以下、片岡宏一郎「抵当権の物上代位にもとづく賃料の差押えと第三債務者による相殺の優劣」銀行法務21五四四号一九頁以下

(2) 山野目(1)「前掲批評」NBL七二一三号六頁・同七一四号二八頁、前沢功「批評」銀行法務21五九〇号五六頁、小林明彦「異次元の権利競合における優劣判定基準の一つ」銀行法務21五九〇号六〇頁、同「実務上残された最大の論点に決着」金融法務事情一六〇七号六頁、石田喜久夫「孤立無援の論陣・その後」銀行法務21五九〇号六二頁、鳥谷部茂「抵当権の対効力を拡張する判決に疑問」金融法務事情一六〇七号七頁、同「批評」私法判例リマックス二〇〇二(上)三〇頁、松岡久和「理論的にも結論的にも支持できるが射程が問題」金融法務事情一六〇七号八頁、同「批評」判例セレ

- クト¹01号一七頁、三上徹「物上代位制度に残された問題点」金融法務事情一六〇七号九頁、新木新五「批評」判例タイムズ一〇六八号七九頁、清原泰司「批評」銀行法務21五九二号七六頁、道垣内弘人「批評」金融法務事情一六二〇号三三頁、占部洋之「批評」法学教室二五四号一四四頁、田高寛貴「批評」法学セミナー五五九号一〇九頁、能登真規子「批評」法律時報七四卷一〇一頁、下村信江「批評」阪大法学五一卷五号一三五頁、
- (3) 高木多喜男「抵当権設定登記後の転貸借と転賃料にたいする物上代位」私法判例リマックス一三五頁以下では、本判決に關し、抵当権者が目的物に抵当権を行使している場合、その行使以降目的物の物上代位をなし得ないとしている点に鑑みると、その反対解釈として抵当権行使前ならば物上代位をなし得ると読み取れなくもないとされる。
- (4) 鎌田薫「批評」法律時報六三卷六号一〇頁、伊藤眞「批評」金融法務事情二二五二号六頁・同二二五二号一二頁、また判例においては学説同様平成元年一〇月二七日判決以前判旨が分かれており、その詳細に關し高木(3)「前掲論文」を参照されたし。
- (5) 本判決は補足意見あるいは反対意見が存し、非常に意見のわかれた判決である。
- (6) 新木新五「批評」判例タイムズ九九五号四四頁
- (7) 石田喜久夫「批評」銀行法務21五四二号四頁、吉田光碩「批評」判例タイムズ九六五号三三頁、片岡(1)「前掲批評」一四頁、福永有利「批評」銀行法務21五四四号二四頁
- (8) 柚木馨編「柚木馨Ⅱ西沢修執筆・注釈民法(9)物権(4)(一九六五年)五二頁、清原泰司・物上代位の法理(一九九七年)一四頁以下、加藤一郎Ⅱ林良平編「清原泰司執筆・担保法大系第一卷(一九八四年)三三八頁以下では、イタリア民法を母法とするボワソナード民法草案一六三八条一項但書から、わが現行民法に至る変遷が詳述されている。
- (9) 旧民法一三三三条は「先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先チテ此賠償ニ於ケル債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ合式ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス先取特権ノ負担アル物ヲ売却シ又ハ賃貸シタル場合及ヒ其物ニ関シ權利ノ行使の為メ債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ」と規定する。すなわち、先取特権付きの物件から生ずる賃料は、目的物の代表として先取特権の効力が及ぶとする(宮城浩蔵・民法へ明治三年〜正義債権担保編第壹卷日本立法資料全集別巻六〇(一九九五年)復刻版六四五頁)。
- (10) 梅謙次郎・訂正増補民法要義物権編卷之二(一九一一年)三〇〇頁

- (11) 我妻栄・新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)(一九六八年)一七頁
- (12) 我妻栄・(11)前掲書二七七頁、高木多喜男・担保物権法(新版)(一九九三年)一〇頁、また抵当権の価値権論の妥当性について、鎌田薫「抵当権の効力」『価値権』論の意義と限界―司法研修所論集九一―一頁
- (13) 松岡久和「批評」民商法雑誌二〇〇六号二〇〇四頁、山田誠一「質料債権に対する抵当権者の物上代位をめぐる法律関係」民事研修五六号三頁、佐久間弘道「質料債権の譲渡に優先する抵当権者の物上代位の問題点と賃借人の相殺権」國學院法學三八卷三三頁・同四号三七頁、丸山健「批評」法律のひろば五一卷一一号四三頁、岩城謙二「批評」法令ニュース三三卷四号一四頁、清原泰司「批評」判例評論四七五号二六頁、田高寛實「批評」法学教室二一五号一〇六頁、野山宏「批評」ジュリスト一一三七号一〇二頁、升田純「批評」旬刊金融法務事情一五二四号四四頁、大西武士「批評」判例タイムズ九七四号七七頁、田島潤「批評」季刊不動産研究四〇卷四号三九頁、生熊長幸「将来にわたる質料債権の包括的差押え・譲渡と抵当権者による物上代位」金融法務事情一六〇八号六頁・同二六〇九号二三頁、秦光昭「抵当権の効力」をめぐる最近の諸問題(上)「登記情報三〇八号六頁
- (14) 本判決は、抵当権設定後に物上代位の目的物となる質料債権が第三者に譲渡され對抗要件が具備されたケースである。判旨は、抵当権者が自ら質料債権を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とする。
- (15) 本判決は、最判平成三年三月二二日民集四五卷三三三・二六八頁(判タ七五四号七〇頁、金法一一二八七号四頁、判時一三七九号六二頁、金判八六七号三頁)に変更を加えた判決である。松岡久和「批評」ZB「六八」一六八頁・同六八二号三六頁・同六八三号三七頁、伊藤進「批評」判時一七〇六号一八五頁、新春座談会椿寿夫「生熊長幸」佐久間弘道「三上徹」河野玄逸「抵当権者による明渡請求」銀行法務21五七号四頁、椿寿夫「抵当権の効力拡大現象」銀行法務21五七二号五頁、新春特別対談鈴木祿弥「升田純」最大判平一一・一一二四をめぐる諸問題「登記情報四五八号四〇卷一〇一頁、道垣内弘人「批評」ジュリスト一一七四号二八頁、山野目章夫「批評」金融法務事情一五六九号四六頁、牧賢二「批評」判例タイムズ臨時増刊号一〇三六号六〇頁、滝沢孝臣「批評」金融法務事情一五六九号六頁、山本和彦「批評」金融法務事情一五六九号五八頁、平井一雄「批評」ジュリスト一一八九号一〇〇頁、梶山玉香「批評」法律時報七二卷七号七五頁、斉藤和夫「批評」別冊法律時報二二二号二二頁、小杉茂雄「批評」金融法務事情一五八八号三五頁
- (16) 大西武士「批評」ZB「七二」三三六三頁、新木新五「暴走する「物上代位」に歯止め」銀行法務21五七七号四二頁、清原泰司「転貸は得する?」銀行法務21五七七号四四頁、佐久間弘道「法解釈論、執行実務、抵当権者の立証の難易等

の諸点からもバランスのとれた判例「銀行法務21五五七号四六頁、松岡久和「批評」民商法雑誌一二四卷二二六頁、またこの判例以降転貸料債権に対する物上代位権の行使を認めた事例として、東京高判平成二二年九月七日金法一五九四号九九頁、金判一〇三三二〇二頁がある。

(17) 鈴木祿弥「最近担保判例雑考(6)」判例タイムズ五〇六号四〇頁、近江幸治「高裁民法判例研究」法律時報五七卷九号九二頁、また最高裁平成三年三月二二日判決の「批評」につき判決に反対するものとして、岩城謙二「批評」NBL四七号六頁、生熊長幸「批評」ジュリスト九八号三三〇頁、小杉茂雄「批評」法学教室一三三三九二頁がある。

(18) 吉田光碩「質貸建物の所有権移転と保証金返還債務の随伴性」判例タイムズ九四七号一一頁、幾代通一「広中俊雄編一石外克己執筆・新版注釈民法(5)債権(6)」(一九八九年)三三二頁

(19) 篠田省二編・同執筆「敷金・権利金・保証金」現代民事裁判の課題⑥(一九九〇年)二〇九頁、石外克己「保証金返還請求権の担保化」金融法務事情九六号一〇頁、田尾桃二「水本浩編一奈良次郎執筆・現代借地借家法講座(一九八六年)一〇四頁、遠藤浩二「林良平」水本浩編一池田浩一執筆・現代契約法大系第三卷(不動産の賃貸借・売買契約)(一九八三年)二七頁では、保証金の性質は、敷金と類似するもの・建設協力金・貸金・即時解約金・権利金と類似するもの・貸金でありながら質借人の債務を担保するもの・継続的消費寄託契約上の金銭・これら性格を併用するもの、等が存在するとされる。

(20) 近江幸治「建物の新所有者に対する敷金・保証金の返還請求と抗弁権の付着した敷金返還債権による相殺」判例時報一三八八号一八七頁

(21) 質貸人の債務返済に用いられたと推測される。

(22) 片岡(一)「前掲論文」一七頁、また質貸借契約における保証金の法律的性質が事実関係から貸金的性格のものとした事例として、東京高判昭和五八年二月一九日判タ五二三号一六二頁

(23) 最判昭和五一年三月四日民集三〇卷二二五頁判時八一二二五七頁、東京高判昭和五八年二月一九日判タ五二三号一六二頁、東京地判平成七年八月二四日判タ九〇四号一五六頁、東京地判平成八年六月一七日金法一四八八号六〇頁

(24) 我妻栄・債権各論中巻一(民法講義V2)(一九五七年)四七三頁、星野英一・民法概論IV(契約)(一九八六年)二〇六頁、鳥谷部茂「質料債権の物上代位と敷金返還請求権の保護」NBL六〇二号五三頁、敷金返還請求権が明渡し後に発生するとした判例として、最判昭和四八年二月二日民集二七卷一八〇頁金法六七七号四五頁、最判昭和四九年九

月二日民集二八卷六号一一五二頁判時七五八卷四五頁

(25) 鳥谷部 (24)「前掲論文」五六頁では、質料債権と敷金返還請求権の相殺の問題に関し、敷金返還請求権は不動産明渡し時点を不確定期限として敷金預託の時点から発生し、明渡しの終了をもって現実の相殺権の行使を可能にするという提案を呈される。

(26) 鳥谷部 (2)「前掲論文」八頁

(27) 松岡 (2)「前掲論文」九頁

(28) 清原 (2)「前掲批評」八一頁

(29) 石田 (2)「前掲論文」六三頁

追記

本評釈は二〇〇一年二月三日の判例研究会で報告したものであり、出席された先生方や院生の方々からご批評とご教示を受けた。参加された専修大学助教授田高寛貴先生からも多くのご助言を頂いた。記してお礼を申し上げます。

(とみた・じん) 本学大学院博士課程後期2年