

転貸料債権に対する抵当権に基づく物上代位の可否

能 登 真 規 子

最二決平成二二・四・一四民集五四卷四号一五五二頁

平一一（許）二三号、債権差押命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件、破棄差戻し

事実

X（相手方、抵当権者）は、昭和六三年六月二一日、Aとの間で、他人のB銀行に対する金銭消費貸借契約に基づく債務について保証委託契約を締結し、同年一〇月二一日、Aらとの間で、XのAに対する求償債権等を被担保債権として、Aら共有の本件建物（昭和六三年九月二六日新築の三階建店舗兼共同住宅用建物）に極度額を一億九八〇〇万円とする根抵当権を設定することを合意し、同日、その旨の登記を経由した。

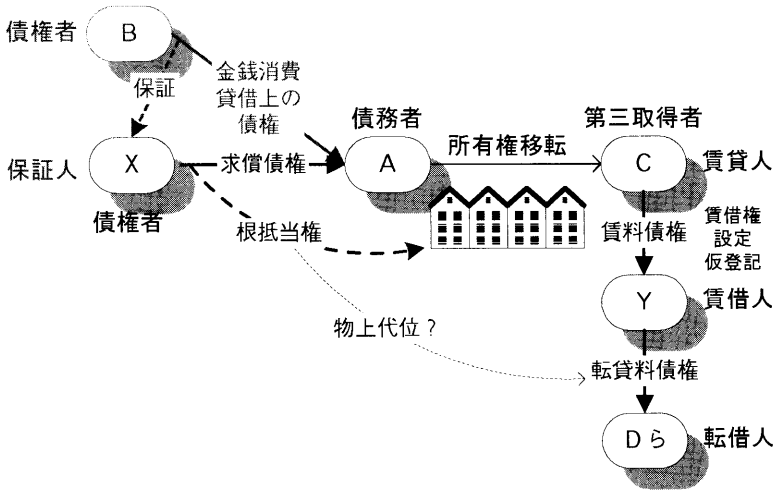
Xは、平成九年一〇月二八日、右保証委託契約に基づき、A

のB銀行に対する債務七二一六万二八一二円を弁済し、Aに対して同額の求償債権を取得した。

Cは、同日、Aから本件建物を買受（同月三〇日所有権移転登記）、同月三一日、Y（抗告人、抵当不動産の賃貸人）に本件建物を賃貸し（同年一二月一七日賃借権設定仮登記）、Yは、第三債務者Dらに対し、本件建物の部屋のうち七室を転貸している。

Xは、平成一〇年九月一〇日、横浜地方裁判所川崎支部に、本件根抵当権に基づく物上代位権の行使として、YのDらに対

する転貸料債権について差押命令を申し立て、同裁判所は、同



月一六日、本件債権差押命令を発した。

Yは、本件債権差押命令に対し、執行抗告を行った。

原審（東京高決平成一一・一一・二四判時一六九一七四頁）は、「民法三〇四条一項の『債務者』には、抵押不動産の所有者及び第三取得者のほか、抵押不動産を抵押権設定の後に賃借した者も含まれ、したがって、抵押権設定後の賃借人が目的不動産を賃借した場合には、その転貸料債権に対しても抵押権に基づく物上代位権が及ぶと解するのが相当である」として、Yの執行抗告を棄却した。

Y抗告。主な抗告理由は、以下のとおりであった。

①賃料債権についての物上代位を認める最高裁判決（最二判平成元・一〇・二七民集四三卷四号一五五二頁）はあるが、転貸料債権に対する抵押権に基づく物上代位については最高裁判所の判決がなく、かつ、転貸料債権への物上代位を否定した高裁判決（大阪高決平成七・五・二九判時一五五一号八二頁）に明確に反する、②所有者からの賃借人はあくまで独自の人格として独自の計算のもとで抵押不動産を転貸し、転貸賃料を取得しているものであるから、これを抵押不動産の価値のなし崩しの実現と見ることはできない、③抵押物件の所有者である抵押権設定者や抵押不動産の第三取得者を、民法三〇四条一項の「賃

貸・・・ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢」の「債務者」と読み替え、賃料に対する物上代位が認められるとしても、所有者からの賃借人までも「債務者」にあたる」と解釈することはできない。

判旨

破棄差戻し

「民法三七二条によって抵当権に準用される同法三〇四条一項に規定する『債務者』には、原則として、抵当不動産の賃借人（転貸人）は含まれないものと解すべきである。ただし、所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものであるのに対し、抵当不動産の賃借人は、このような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の弁済に供されるべき立場にはないからである。同項の文言に照らしても、これを『債務者』に含めることはできない。また、転貸賃料債権を物上代位の目的とすることができるとすると、正常な取引により成立した抵当不動産の転貸借関係における賃借人（転貸人）の利益を不当に害することにもなる。もつとも、所有者の取得すべき賃料を減少させ、又は抵当権の行使を妨げるために、法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上

で、転貸借関係を作出したものであるなど、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は、その賃借人が取得すべき転貸賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することを許すべきものである。

以上のとおり、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を除き、右賃借人が取得すべき転貸賃料債権について物上代位権を行使することができないと解すべきである。

最高裁は、以上のように判示して原決定を破棄し、原告人が本件建物の所有者と同視することを相当とする者であるかどうかについて更に審理を遂げさせるため、本件を原審に差し戻した。

なお、差戻審（東京高決平成一二・九・七金法一五九四号九頁、金判一一〇三号二〇頁）は、本件賃貸借契約は、正常な取引によって成立したのではなく、むしろ、CとXとが、所有者が取得すべき賃料を減少させ、または抵当権の行使を妨げるために賃貸借契約を仮装したうえで、転貸借契約を作出したものと推認すべきであるとして、Xの抗告を棄却したようである。⁽¹⁾

研究

一 はじめに

本件は、本件建物に根抵当権の設定を受けた相手方が、物上代位権の行使として、右建物を賃借してこれを他に転貸している原告人の転借人に対する転貸料債権につき差押命令（原々決定）を得たところ、原告人が、右差押命令に対して執行抗告をし、抗告棄却決定に対して更に抗告を行ったものである。

主な争点は、抵当不動産の賃借人が取得する転貸料債権について、抵当権者が物上代位を行うことができるかということであった。

抵当権者がその抵当目的物の賃料債権について物上代位をすることができるといふ問題について、学説上、かつてはそれを否定する見解も有力であった⁽²⁾。

しかしながら、最高裁（最二判平成元・一〇・二七民集四三卷九号一〇七〇頁）がこれを肯定して以来、実務においては、⁽³⁾ 抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の利用が急増している。また、学説においても、⁽⁴⁾ 判例は無条件肯定説に確定したと言われており、⁽⁵⁾ 物上代位が可能であることを前提に議論が展開されてきている。⁽⁶⁾

賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位が他の債権者の差押え等との関係で劣後することはありえても、⁽⁷⁾ 現在のところ、実務においては、そのような物上代位そのものが否定される可能性はきわめて低いものとなっている。

二 下級審裁判例と学説

本決定が判断を示したのは、賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位が肯定されること、転貸料債権に対する抵当権に基づく物上代位も肯定されることになるかという問題である。⁽⁸⁾

賃料債権に対する物上代位が肯定されたとしても、民法三〇四条の「債務者」に賃借人が含まれるか、抵当目的物から生ずる果実ではあるがその「債務者」が取得するものとはいえない転貸料が物上代位の対象となりうるかという点が肯定されなければ、転貸料債権に対する物上代位は肯定されないことになる。

従来、転貸料債権に対する抵当権に基づく物上代位に関する下級審の取扱いは、限定的肯定説（後順位賃借権限定説・第三取得者類推説⁽⁹⁾）と原則否定説（執行妨害等要件説／債権者同視説・許害的賃貸借説⁽¹⁰⁾）とに二分されていた。

さらに、学説においては、先の二説（限定的肯定説、原則否定説）に加え、より積極的に物上代位を認めようとする肯定説、

転貸借であることを理由にする否定説、賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位そのものを否定するため転貸料債権への物上代位も否定する説などが主張されている。

肯定説（無条件肯定説・原則肯定説）

転貸借の多くは許害的なものであるとの認識から濫用的転貸借による執行妨害を防止する必要性と、平成元年判決との整合性を根拠として主張されている。

原賃貸借が抵当権設定登記の前になされた場合とその後になされた場合とを区別せずに、転貸料債権への物上代位を認めるべきであるとする。転貸料への物上代位は、原則的に肯定され、原賃貸借が執行妨害的でないことを賃借人が立証した場合に限り、例外的に否定される。¹¹⁾¹²⁾

肯定説（無条件肯定説、原則肯定説）は、無条件肯定説を採ったとされる平成元年判決のもたらす結果を転貸料債権においてもそのまま実現しようとするものであるが、賃借人が証明しなくてはならないとされる「執行妨害」の捉え方によっては多くの転貸借契約が正常な転貸借契約であると認められなくなり、転貸人（賃借人）と転借人の利益に多大な不利益をもたらすおそれがある。

限定的肯定説（後順位賃借権限定説・第三取得者類推説）

民法三七二条によって準用する場合には、民法三〇四条一項の「債務者」は「抵当権の目的たる不動産上の権利者」を指し、¹³⁾「抵当権の目的たる不動産上の権利者」には所有者、第三取得者の他に「抵当不動産を後に借り受けた賃借人」も含まれるとして、原賃貸借契約が抵当権設定後に締結されたものである場合に、転貸料債権に対する物上代位も肯定する裁判例・学説である。¹⁴⁾¹⁵⁾

①民法三七二条が準用する三〇四条の「債務者」を「抵当権の目的である不動産上の権利者」と読み替えることが可能であり、抵当権設定後に賃貸借契約を行った賃借人も含む、②抵当権設定登記後の賃借人は抵当権に劣後することを承知で転貸したのだから、保護の必要性は低い、③抵当権設定後の転貸借ならば、一律に物上代位が可能で、執行実務上の基準が明確である、④転貸料は抵当物の価値代表物であり、賃料と異ならないから物上代位の対象になる、⑤転貸料に対する物上代位を認めないと、転貸形式を用いた執行回避により賃料に対する物上代位が骨抜きにされる、ことなどを根拠とする。

前述の、抵当権設定登記と賃貸借契約の先後を問わず賃料債権に対する物上代位を認める平成元年判決を支持する見解からは、転貸料債権についてのみ前後関係で区別する理論的根拠は

ないとの批判がある。

原則否定説（執行妨害等要件説／債権者同視説・詐害的賃貸借説）

原則として、転貸料債権への物上代位を認めないが、抵当不動産と賃貸人が実質的に同一視される場合や原賃貸借契約が執行妨害目的で締結されている場合といった転貸料債権が抵当不動産の賃料債権と同視しうる場合には、詐害的、濫用的であるとして、例外的に転貸料債権への物上代位を肯定する裁判例・学説¹⁷⁾である。

以下のような理由が挙げられている。①三〇四条の「債務者」に賃借人を含めることは無理である、②物上代位の客体は、抵当不動産の所有者に帰属する債権であり、転貸料債権はその性質上、物上代位の客体とならない、③本来、抵当不動産の所有者が抵当権の物的責任を負う者であり転貸人は責任を負う立場にないので、転貸料に抵当権者が物上代位することができるとなると、正常な営業を行う転貸人を害する、④しかし、例外的に、所有者と賃借人が同一視される場合や、執行妨害に当たるような場合には、転貸料債権を原賃料債権と同視し、物上代位を肯定すべきである。

この執行妨害等説要件説によれば、「執行妨害」だと認定さ

れば、抵当権設定登記と賃貸借契約締結の先後を問わず、転貸料債権に対する物上代位を認めることが可能となる。原則的には転貸料債権への物上代位を否定する見解でありながら、「執行妨害」の判断基準によつては転貸料債権への物上代位を非常に広範に肯定することになる。その結果、肯定説（無条件肯定説・原則肯定説）と同じく、転貸人（賃借人）と転借人の利益に影響を及ぼすことになるのは必至で、何をもって「執行妨害」とするかが重大な問題となる。

否定説1（転貸料債権への物上代位否定説）

物的責任を負わない賃借人は民法三〇四条の「債務者」に当たらず、転貸料債権を物上代位の対象とすることは理論的に無理であると見解である。¹⁸⁾「もともと設定者は抵当不動産を自己使用とすることも無償で第三者に使用させることも自由なのであって、債務不履行が生じた後においても、そのこと事態が許されなくなるわけではないし、不当利得を生じるといってもない」という。¹⁹⁾

否定説2（賃料債権への物上代位否定に基づく否定説）

賃料債権に対する物上代位を否定する見解である。²⁰⁾

①抵当制度においては、抵当権実行までは、目的物の使用・収益権は設定者が保持する、②抵当権が目的物の果実に効力を

及ぼさないこと（三七一条）との調和、③ 抵当権設定者にできるだけ自由な経済活動を許すことがのぞましい、④ 抵当権登記以降に対抗要件をそなえた賃借権・地上権等は抵当権者に原則として対抗できないので（ただし、民三九五条） 抵当権者が損害を受けない、⑤ 目的不動産の第三取得者は、被担保債権の支払義務を負わず、ただ抵当権の実行を甘受すべき地位にあるにとどまると解されること、物上代位を肯定すると、第三取得者は自ら取得すべき賃料債権ないし物件の対価を抵当権者に取得されたうえ、目的不動産に対する抵当権をも実行されるおそれがある。とりわけ、後順位抵当権者が物上代位権を行使するとき、この弊害は大きい。

以上の点を理由に、賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位を否定する。その結果、転貸料債権についても、物上代位が否定されることになる。²¹⁾

三 本決定の検討

本決定は、「民法三七二条によって抵当権に準用される同法三〇四条一項に規定する『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」との解釈を示して、「法人格を濫用し、又は賃貸借を仮装した上で、転貸借関係を作成

したものであるなど、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」を除き、転貸料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することはできないものとした。

例外的な場合を除き、抵当権者が転貸料債権に対して物上代位権を行使することはできないとする結論には賛成である。しかし、その理論構成には疑問がある。

本決定は、まず、「所有者は被担保債権の履行について抵当不動産をもって物的責任を負担するものである」が、「抵当不動産の賃借人は、このような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の弁済に供されるべき立場にはない」という。

しかし、「自己に属する債権を被担保債権の弁済に供されるべき立場にはない」のは、抵当不動産の賃借人ばかりでなく、抵当不動産の所有者である物上保証人、第三取得者も同じではなからうか。²²⁾ 「物的責任を負担する」ことと「自己に属する債権を被担保債権の弁済に供される」ことは同義ではない。

これまで、民法三〇四条の「債務者」を抵当不動産の「所有者」と読み替えることについてほとんど異論は見られなかった。²³⁾ しかし、物上保証人や第三取得者が負担するのは責任であつて債務ではないということは多くの論者が長い間、説いてき

たところである。物的責任を負う者は、抵当権実行前の有無に関わらず、その目的物の使用収益によって取得する債権をも奪われて当然であるべきか、民法三〇四条の「債務者」を抵当不動産の「所有者」とする読み替えを行うべきかどうかは再度検討される必要がある。

このような読み替えに関する先例とされるのは、大判明治四〇・三・一二民録一三輯二六五頁である。抵当不動産の第三取得者が取得した保険金請求権に対する物上代位が争われた事実で、確かに、所有者が債務者である場合と債務者以外の者である場合を区別するのは「不権衡」であるとして物上代位が肯定されている。しかし、そこで問題になっていたのは保険金請求権であり、保険金請求権が「目的物ノ変体タル金銭其他ノ物」であるとして物上代位は認められているのである。これに対し、賃料債権に対する物上代位は付加的物上代位、派生的物上代位と呼ばれ、肯定説の中でも賃料債権が「目的物ノ変体タル金銭其他ノ物」であるという位置づけは必ずしも重視されていないため、明治四〇年判決を先例として引き合いに出すのは適当ではない。

物上保証人や第三取得者が物上代位によって「自己に属する債権を被担保債権の弁済に供される」と解しえたとしても、保

険金請求権と賃料債権とは債権の性質が異なるのであるから、同一に扱うべきかどうかはさらに慎重な検討を要する問題である。

なお、本決定よりも広く物上代位を認めようとする現在の肯定説は、「債務者」を「不動産上ノ権利者」と読み替えるべきであると主張している。²⁴そして、その解釈の前提には、「抵当権者の把握している担保価値」が不当に奪われているとの認識が見られる。しかし、ここで前提にされている「抵当権者の把握している担保価値」の捉え方にも疑問がある。抵当権者が把握している物そのものだけでなく、抵当目的物の使用・収益に関する価値をも「抵当権者の把握している担保価値」に含めて解釈されているように思われるからである。物の価値が下落・低減され、従来のように債権回収が図れない昨今ではあるが、抵当権者が債権の特別な担保としたのは、担保目的物そのものであったはずである。抵当目的物の賃料債権が物上代位の対象として当然視されるに伴い、抵当権の効力の及ぶ範囲が拡大したかのような現象をもたらしている。しかし、抵当目的物の賃料債権に対しては当然に抵当権の効力が及ぶとはいえない（民法三七一条）のであるから、その賃料債権からの優先的な債権回収が図れなくなったからといって、「抵当権者の把握している

担保価値」が奪われたとするのは、過剰な抵当権者保護であるといえよう。

本決定は、民法三〇四条の「債務者」に賃借人が含まれるか否かという点で、原則的に賃借人は「債務者」に含まれないとし、転貸料債権への物上代位を否定した。しかし、このような理由づけは正当ではないと考える。

賃借人が適法に賃貸物を転貸したとき、転借人は賃借人に対して直接に義務を負う（民六一三条）。賃借人が賃料を支払わない場合、賃貸人は転借人に対して、賃料額の限度で転貸料の支払いを請求することができる。

本決定は、「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」であるか否かにより抵当権者が物上代位権を行使することができるか否かを決するものとした。しかし、物上代位は抵当目的物の所有者である賃貸人の有する権利に対して行うものであるから、物上代位を先述の六一三条によって認められている直接請求権に対して行うものと考えられるならば、転借人に対する権利への物上代位を認めることができるはずである。

本決定は、賃貸借契約と転貸借契約とを区別することによって賃料債権に対する物上代位の限界を画そうとした。そして、

本決定は、転貸料債権への物上代位を原則として否定するが、例外的に認められるべき場合につき、「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」の例示として、法人格の濫用、賃貸借の仮装に基づく転貸借関係の作出を挙げる。しかし、この本決定が示した基準に対しては、抵当権者ではない債権者が債権回収目的で割込む賃貸借に対応できないのではないかの肯定説の立場からの危惧、理論的根拠に何ら触れられていないとの批判が、すでに示されているところである。

結局、本決定が抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位に何らかの限界を設けようとした点は評価できるが、なぜ、賃料債権に対する物上代位は可能であるのに転貸料債権に対しては物上代位が許されないということになるのかについては、いまだ説得的な説明はなされていないといわざるをえない。

四 おわりに

かつては、具体化された交換価値（代位物）の上に効力を及ぼすのが物上代位であると考えられており、賃料債権に対する物上代位は、賃料債権も「交換価値の済し崩し的な具体化」であるとみることによって肯定されていた。しかし、現在の肯定説は、このような理由付けを疑問視することから始まり、抵当

権者、設定者および一般債権者の利益状況の類型的考量や執行手続上の問題点についての具体的な考慮に基づいて展開されている。従来の肯定説と現在の肯定説は賃料債権に対する物上代位を肯定する論拠を異にしている。賃料債権への物上代位をより積極的に認めていく肯定説は、物上代位の「本質」や抵当権制度そのものにも多大な影響を及ぼしうるものであるが、どこまで意識的に主張されているのかは明らかではない。³³⁰

従来、抵当目的物の使用・収益は、抵当権実行までは抵当目的物の所有者に委ねられるものとされてきた。³³¹しかし、現在行われている賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位の多くは、抵当目的物の差押えとは無関係に、現に生じている収益を回収するものである。³³²しかし、抵当権者は貸貸人である抵当目的物の所有者とは異なり、抵当目的物である賃貸物件の管理には関与しない。そのため、実質的には、抵当権実行ではなく物上代位による差押えと同時に、抵当目的物の所有者は担保目的物の使用・収益を奪われ、その結果、賃借人は賃貸物件の管理の悪化という不利益を被りかねない。³³³この現象を当然視する見解も見られるが、これは従来の抵当権の考え方とは明らかに異なるであろう。³³⁴

使用収益からの債権回収を図る不動産質権制度においては、

債権者はその目的不動産の賃料を取得できる代わりに（民三五六条）、不動産の管理費用を負担しなくてはならないし（民三五七条）、利息を請求することもできない（民三五八条）。

この不動産質権制度との対比からしても、現在のように、管理に対する負担を負わないうえに、抵当目的物そのものについての優先弁済権を保持したまま、交換価値が崩壊的に具体化された部分を越えて、賃料債権への物上代位を肯定することには数々の問題がある。したがって、抵当目的物の使用収益を妨げない物上代位権行使方法が創設されない以上、あるいは、物上代位の対象が真に抵当目的物の減失・毀損に相当する賃料債権の部分（少なくとも賃料に含まれる管理・修理部分に相当する部分以外）に限定されない以上は、転賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位ばかりか、賃料債権に対する物上代位も否定すべきではないかと考える。

賃料債権に対する物上代位は認められるが、転賃料債権に対する物上代位は認められないという本件において最高裁が行った区別は、民法六一三条が存在する限りにおいて、十分な根拠となりえていない。抵当権に基づく物上代位について、その効力の範囲を無限定に拡大させ続けるのか、制度趣旨に立ち返って賃料債権に対する物上代位そのものを制限する方向で見直し

をするのか、重要な岐路にさしかかっているといえよう。

評釈・コメント一覽

- 荒木新五・銀法五七七号四二頁以下
清原泰司・銀法五七七号四四頁以下
佐久間弘道・銀法五七七号四六頁以下
吉田光碩・金法一五八二号四頁以下
野口恵三・NBL六九五号五六頁以下
松本明敏・金法一五八五号六頁以下
平井一雄・金判一一〇二号五五頁以下
荒木新五・判タ一〇三九号四七頁以下
占部洋之・法教二四二号一五四頁以下
古積健三郎・判例セレクト'00（法教二四六号）一九頁
鎌田薫・重判解（ジュリ一二〇二号）五九頁以下
松岡久和・民商一二四卷二号六五頁以下
富田一彦・判タ一〇六号六〇頁以下
- (1) 平井一雄「判批」金法一一〇二号五九頁に紹介がある。
(2) 学説、判例の状況については、鎌田薫「賃料債権に対する
(3) 抵当権者の物上代位」石田喜久夫・西原道男・高木多喜男先
生還暦（下）『金融法の課題と展望』（日本評論社、一九九〇
年）二六頁以下が詳しい。
(4) 高木新二郎「バブル経済崩壊がもたらした民事執行につい
ての諸問題」ジュリ一〇三〇号三五頁、山崎敏充「抵当権の
物上代位に基づく賃料債権の差押えをめぐる執行実務上の諸
問題」民訴四二号一〇九頁。
(5) 抵当権に基づく不動産競売手続が開始されているかを問わ
ず、抵当権の実行が不可能であるかどうかを問わず（抵当権
が現に実行されている場合や抵当権の実行可能性が残ってい
る場合も可能であり、抵当目的物に対する抵当権実行と重畳
的に物上代位権を行使できる）、物上代位の対象となる賃料
債権を区別せず（抵当権設定後の賃貸借であることは必ずし
も必要ではない）、もともと賃貸用物件であったか否かとい
う点で不動産の種類を区別せず、賃料全額について（ただし、
共益費・管理費が別項目になっている場合にはこれらを除
く）、賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位が可能であ
るとされる。
(5) 鎌田薫「判批」重判解（ジュリ一二〇二号）五九頁。た
だし、無条件肯定説（賃貸不動産の管理のために必要な経費も

含めてすべて物上代位権者が把握するものとされていること、差押えの要件をめぐる問題点)については、すでに、鎌田・注⁽²⁾七九頁にも指摘があり、立法論的には抵当権に基づく強制管理を可能にする等の措置を講じるべきだと主張されている。

(6) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法』⁽⁹⁾(有斐閣、一九九八年)(小杉茂雄)一五九頁。

(7) 可能性としてはありうるのであるが、最高裁の扱った事例においては、質料債権の譲受人との関係について最二判平成一〇・一・三〇民集五二卷一頁が、質料債権の差押債権者との関係について最一判平成一〇・三・二六民集四三卷四号一五五二頁が、質料債権と保証金返還請求権を相殺する場合をしていた賃借人との関係について最三判平成一三・三・一三民集五五卷二号三六三頁が、いずれも抵当権設定登記を基準に抵当権に基づく物上代位が優先するものと判断している。

(8) 転貸料債権を行使する手段としては、抵当目的物の所有者である貸貸人が転借人に対して有する直接請求権を債権者である抵当権者が代位行使することも考えられる(直接請求権については、加賀山茂「民法六一三条の直接訴権」*Comment*

directe)について」*阪法*二〇二号六五頁以下、*阪法*一〇三号八七頁以下を参照)。

しかし、この構成では、転借人への質料支払請求は、質料債権の額と転貸料債権の額の低い方を限度とし、また、転貸借契約の内容を貸貸人や抵当権者にも主張しうるものと解されるため、特に、転貸料が相場価格以上であるのに質料が低く抑えられている、いわゆる「許害的」賃貸借の場合でも、抵当権者は低く抑えられた質料の限度でしか権利を行使できないことに、物上代位制度の利用を可能にする必要性が感じられているようである。

(9) 東京地裁、名古屋地裁、仙台地裁などの取扱いであった。村上正敏「抵当権に基づく質料差押とその優先関係」*判タ*七八号三三頁、高木新二郎「東京地裁における最近の民事執行事件の状況」*金法*一三七八号一九頁、寺本榮一「名古屋地裁(本庁)における最近の民事執行事件の処理状況」*金法*一三七八号三三頁、合田悦三「仙台地裁(本庁)における最近の民事執行事件の処理状況」*金法*一三七八号四〇頁、忠鉢孝史「東京地裁執行部における抵当権の物上代位をめぐる諸問題」*銀法*五六七号一四頁など。

(10) 近時の大阪地裁での取扱いであった。最上侃二「大阪地裁

- （本庁）における最近の民事実行事件の処理状況」金法一三七八号二四頁、原村憲司「転貸料への物上代位」金法一四三九号七一頁、吉野孝義「大阪地裁における民事執行の現状と課題」金法一四九六号一九頁など。
- (11) 宮崎裕二「判批」（本決定）法時六六卷四号一〇一頁。ただし、原貸借の賃料債権との関係では、いずれか一方を選択すべきであるとする。
- (12) 清原泰司「判批」金判一〇七七号五三頁以下、同「判批」（本決定）銀法五七七号四五頁。
- (13) 先例として挙げられるのが、大判明治四〇・三・一二民録一三輯二六五頁（抵当不動産の第三取得者が取得する保険金返還請求権への物上代位を肯定）である。
- (14) 【肯定】東京高決昭和六三・四・二二判時一二七七号一五〇二頁（競売開始決定後）、大阪高決平成四・九・二九判時一五〇二号一九頁（競売開始決定後）、仙台高決平成五・九・八判時一四八六号八四頁（短期貸借によって保護を受ける場合でも転貸してその差益を得る地位は保護されない）、大阪高決平成五・一〇・六判時一五〇二号一九頁（競売開始決定後）、大阪高決平成五・一〇・六判時一五〇二号一九頁（競売開始決定後）（前二件は同日決定）、東京高決平成七・三・一七判時一五三三号五一頁（本件原審）（競売開始決定前でも可能であることを明示）、東京高決平成一二・九・七金法一五九四号九九頁。
- 【否定】東京地決平成四・一〇・一六金法一三四六号四七頁（抵当権設定登記前に賃貸借契約締結）。
- (15) 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位（上）（下）」金法一二五二号六頁以下、一二五二号一二頁以下のうち特に一二五二号一六頁、山崎・注(3)一七頁など。
- 鎌田・注(2)八〇頁は「第三取得者の有する賃料債権が物上代位の対象となる以上、賃借人をこれよりも厚く保護する必要はないし、詐害的な短期貸借を抑止するという観点からも、少なくとも抵当権設定後の賃借人の有する転貸料債権については、これを認めることが必要とされるものと思われるが、抵当権設定前から存在する合理的内容の転借権については、抵当不動産の所有者が保持している価値を超えるものであり、転貸料に対する物上代位を肯定する論拠を見出すことは困難であろう」とする。
- (16) 【肯定】大阪高決平成七・六・二〇金判九八四号二三頁（抵当建物の所有者（原貸人）と転貸人（原賃借人）が実質的に同一会社）、大阪高決平成一〇・三・一二金法一五二六号

五六頁（実質的には所有者と転借人間に直接貸借契約が成立）、大阪高決平成一一・五・一九金判一〇七五号二四頁（従前の役員構成等からも極めて密接な関係にあることが推認され、貸借人と賃借人は実質的に同一の地位にあるものと同視できる）、大阪高決平成一二・三・二金法一五九〇号五六頁。

【否定】大阪高決平成七・五・二九金判九九四号二八頁、大阪高決平成七・一〇・二七高民四八卷三号二五三頁、大阪高決平成九・九・一六金判一〇四四号一五頁（執行妨害目的又は債権回収目的でなく、同族会社であっても適正な会計が行われていた）。

- (17) 志賀剛一「賃料に対する物上代位をめぐる諸問題」金法一三六三号一九頁、萩沢達彦「判批」リマックス一〇号一五〇頁、佐久間弘道「抵当権者の転貸料債権に対する物上代位」銀法五二二号二二頁、同「判批」（本決定）銀法五七七号四六頁、新美育文「判批」判タ九〇一五五〇頁、吉田光碩「抵当不動産の転貸料に対する物上代位について」判タ九〇七号七四頁、同「転貸料債権に対する物上代位を原則的に否定した最高裁判例の実務への影響」金法一五八二号四頁、原敏雄「判批」判タ八八二号五二頁、田原睦夫「判批」金法一四四一四四頁、荒木新五「判批」判タ一〇三九号五三頁、同「判

批」銀法五七七号四二頁、松岡久和「判批」民商二二四卷二二六頁など。

- (18) 高木多喜男「判批」リマックス一〇三八頁、高橋眞「判批」リマックス八号二八頁。

(19) 荒木新五「抵当権者による賃料債権に対する物上代位」金法一三七八号九三頁。

- (20) 柚木馨編「注釈民法（九）」（西沢修）五八頁、川井健「担保物権法」（青林書院、一九七五年）五七頁、横梯次「担保物権法」（有斐閣、一九八一年）一六〇頁、道垣内弘人「担保物権法」（三省堂、一九九〇年）一一九頁、同「判批」（最二判平成元・一〇・二七民集四三卷九号一〇七〇頁）民商一〇二卷五号八九七頁以下、高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察（一）（二）（三・完）」都法三八卷二四三頁以下、三九卷一六九七頁以下、三九卷二七五九頁以下のうち特に三九卷二七九八〜七九九頁など。

なお、鈴木祿弥『物権法講義』（創文堂、四訂版、一九九四年）二〇五〜二〇六頁、近江幸治『担保物権法』（弘文堂、新版補正版、一九九八年）一三八〜一三九、一四一頁は、抵当権実行（＝競売開始決定）前の賃料債権に対する物上代位を否定するものであり、折衷説と分類されたり、物上代位借

用説と呼ばれたりすることもある。鈴木祿弥「物上代位制度について」『抵当制度の研究』（一粒社、一九六八年）〔初出「抵当権に基づく物上代位制度について（一）（二）」民商法雑誌二五巻四号・六号〕一一五頁以下の一九九〜一六三頁では、抵当権の「現実的発動」としては「抵当権者自身による差押」が挙げられていたが、その後、修正されたようである。

(21) 道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位をめぐる最近の争点」自正四八巻七号一一五頁。

(22) 「賃借人の本来的な負担は抵当権が実行されたときに賃貸料を失うということであつて、收受している転貸賃料を取り上げられて、抵当権の被担保債権の弁済にあてられるのは不当である」という主張に対し、「そのことは抵当不動産の第三取得者でも同じことである」と再反論した物上代位肯定説には、「理論的破綻」があらわれていると評されている（道垣内・注⁽²¹⁾一一五頁）。

(23) 高橋眞・注⁽¹⁸⁾三二頁は、「賃料等、抵当目的物より派生する財産については、本決定（注…東京地決平成四・一〇・一六金法一三四六号四七頁）のような賃借人はもとより、物上保証人や第三取得者に対して無制限に物上代位を認めて良いかどうか、物上代位権の行使を認める時期や条件と関連し

て、なお問題となる余地があると思われる」とする。

(24) 鎌田・注⁽⁵⁾六一頁は、民法三〇四条の「債務者」を広く「抵当不動産上の権利者」に読み替え、抵当権者に帰属すべき価値を不当に奪う結果にならないか否かという観点から、物上代位の可否を判断すべきであるとする。

(25) 鎌田・注⁽⁵⁾六一頁。

(26) 松本明敏「判批」金法一五八五号七〜八頁は、執行妨害要件説のように、所有者と転借人の間に直接賃貸借契約が締結されていると評価するのであれば、「端的に所有者を執行債務者として（形式上の）転借人に対する賃料債権を差し押さえることをみとめるべきであるともいえ、それにもかかわらず、なお、転貸借関係を前提とする転貸賃料債権の差押えの方法によるからには、さらなる説明が必要」であるとし、信義則を根拠とするべきであると主張する。

(27) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、一九六八年）二七六頁。

(28) 鎌田・注⁽²⁾三四、四〇、五四〜五六、六一〜六三頁。

(29) 荒木新五「判批」（本決定）銀法五七七号四三頁は「抵当権の効力等に関する近時の裁判例や学説のなかには、「初めに抵当権者（の利益）ありき」とし、抵当権者の利益と衝突

する権利者の利益についてはすべて「執行妨害」のレッテルを貼って排除することを当然視し、しかる後に排除のための理論を考え出したとしか思えないようなものがみられた。」
と言う。

(30) 制度構造に対する理解の共有の必要性を説くものとして、高橋智也・注⁽²⁰⁾三八卷二号四三四～四三五頁。

(31) 我妻・注⁽²⁷⁾二八一～二八二頁は、「抵当不動産の賃料は、交換価値の消し崩しの具体的な具体化とみるべき」であるとの理由で、賃料を物上代位の目的とすることを肯定し、「抵当権は設定者から目的物の用益権能を奪わないことを特質とする」としながら、「その用益権限を他人に与えることによって対価を生じた場合には、抵当権の効力をその上に及ぼしても」よいとするが、抵当目的物を自ら使用しようと、他人に貸して収益を得ようと、それは抵当権設定者の才覚によるものであるから、この場合にことさらに区別する必要はないと考える。

(32) 小杉・注⁽⁶⁾一六三頁。

(33) 抵当権者が賃料債権に物上代位しようとする場合、共益費や管理費が区別されているときには純粹に賃料の部分だけが差し押さえられるようであるが、共益費や管理費が賃料に組

み入れられて区別されていないときには、共益費・管理費も含めたすべてが差し押さえられている。そのため、賃貸人が抵当不動産である賃貸物件の管理を放棄し、管理が悪化したその物件から賃借人が退去していくことは容易に想像できよう。

(34) 古積健三郎「判批」(本決定)判例セレクト¹⁰⁰(法学教室二四六号)一九頁は「抵当権者は優先弁済のために目的物の所有権すら奪うことができ、目的物の使用・収益権能から生じる賃料債権を奪うのもこれを超えるものではない」と言う。

また、小林明彦「抵当権に基づく物件管理制度の創設を」銀法五七七号一頁は、「賃料への物上代位は、債務者に債務不履行があつて担保権実行の要件が具備された後における使用収益価値の剝奪機能の発動としてこれを理解することができる」とする。

(35) 鎌田・注⁽⁵⁾、小林・注⁽³⁴⁾一頁などは強制管理制度の導入を提唱する。

山本克己「抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の効果と手続についての覚書」論叢一四二卷五〇六号(一九九八)八〇頁以下、特に一〇二頁は、現行民事執行法が不動産担保

転貸料債権に対する抵当権に基づく物上代位の可否（能登）

権者による強制管理を明示的に否定していることから、それに代わるものとして、賃料債権に対する物上代位においては、抵当権者による抵当不動産所有者の賃貸人としての地位の差押えを行い、執行裁判所が管理命令（民執一六七条一項、一六一条一項）を出すことで対処すべきであると主張する。