

抵当権者による収益型債権回収について

梶 山 玉 香

- 一、はじめに
 - 二、抵当権者による収益型債権回収の現状と問題点
 - (一) 抵当権者による収益型債権回収の現状
 - (二) 問題点
 - 三、抵当権者による収益型債権回収可能性の検証
 - (一) 考察の順序
 - (二) 賃料に対する抵当権の効力
 - (1) 抵当権の拡張的効力
 - ① 効力拡張の構造
 - ② 三七一条一項但書による拡張
 - ③ 三七二条(三〇四条)による拡張
 - (2) 抵当権と目的物の使用収益
 - (三) 強制管理の活用可能性
 - (1) 強制管理手続の現状
 - ① 民事執行法上の取扱い
 - ② 強制管理の利用状況
 - (2) 抵当権実行としての強制管理
 - (3) 小 括
- 四、おわりに

一、はじめに

バブル経済の崩壊後、不動産価格は急落し、不動産市況はかつてないほどの低迷状態にある⁽¹⁾。強制競売も決して例外でなく、競売物件の価格は、担保権設定当時に予定されていた額を大幅に下回り、債権回収を著しく困難にしている。不動産自体の担保価値が下落した今、無理に売却して、被担保債権額には遠く及ばない一時金を手に入れるよりも、不動産の収益から僅かずつでも債権を回収しながら、値上がりを待つほうが得策である。そのような考えからか、最近、賃料債権から債権回収を図ろうとする動きが目立つ⁽²⁾。とりわけ、抵当権に基づく賃料債権への物上代位を全面的に認めた最高裁平成元年一〇月判決（以下、平成元年判決とする⁽³⁾）の存在が、このような傾向に拍車をかけた感がある。

目的物を売却せずに、その収益から満足を受けようという発想自体、決して不合理なものではない。現行法上、債権者は様々な方法で収益から満足を受けることができる。最も確実なのは、融資時に不動産質や譲渡質など収益回収を伴う担保権を設定することである⁽⁴⁾が、債務不履行後に、資料債権を差し押えて自ら取り立ててもよいし、強制管理を申し立て、しかるべき管理人に物件を委ねて収益をあげさせることも可能である。

しかし、債権者が抵当権を有しており、あくまでも抵当権者として、目的物件の収益を把握しようとするならば、話は別である。そもそも、抵当権の効力が、目的物件そのものの他に、何らかの形で物件の収益にまで及ぶことについて、未だ合意が得られていないからである。民法には、抵当権の効力が果実に及ばない旨を明言する規定（民三七

一条一項本文）がある。また、「抵当権は目的物の交換価値のみを把握し、その使用収益には一切関与しない」との観念、いわゆる価値権ドグマが存する。目的物件の売却代金から優先弁済を受け得る抵当権者が、収益についてまでも優先権を主張し、他の債権者の利益を害してよいか、との疑問もある。それ故、物上代位という間接的な形でさえ、学説では、賃料債権を抵当権の効力に服せしめることに否定的な見解が根強く主張されている。⁽⁵⁾ 少なくとも、物上代位がどの範囲で認められるか、他の債権者による差押え、質入れなどとの優劣はどのように決せられるのか、といった細かい点については未だ理論的決着をみていない。

さらに、実体法上、抵当権者が目的物件の収益まで把握していると仮定しても、それを実現するための手続は極めて不備である。抵当権の効力がどのような根拠で収益に及ぶにせよ、抵当権者が収益から債権回収を図るには、民事執行法一九三条所定の手続、すなわち、物上代位の手続によるほかない。同条は、債権執行に関する規定を準用しているから、賃料債権を差し押さえた場合と同様の扱いになる。収益から満足を受けるといふ抵当権者の要求自体は満たされるが、手続の性質上、専ら抵当権者の利益に資するものであるから、基本的に、目的物所有者その他の利害関係人に対する配慮はなされない。加えて、優先権であるため、物上代位がなされると、既に開始されている強制管理手続は取り消され、収益たる賃料はもちろん、⁽⁶⁾ 抵当物件の管理に要する費用に至るまで抵当権者に回収されてしまう。また、物上代位では目的物件所有者が賃貸人となる例が多いであろうから、所有者から占有、使用収益権能を剝奪し、専門家の手に委ねてしまう強制管理制度に比べ、執行妨害が生じやすく、収益もあがりにくい。

したがってより合理的に、収益からの債権回収を実現させようとするれば、抵当権者を強制管理手続の中へ取り込み、

同一手続内で優先的に処遇するなどの措置を講じるほうが望ましい。しかし、民事執行法上、抵当権者が強制管理を申し立てることも、抵当権者の資格で強制管理手続に参加することもできない、とされている。かつて、民事執行法の制定過程では抵当権に基づく強制管理制度の導入が検討されたが、実体法の構造が障害となって、見送られたからである。⁽⁷⁾先述のとおり、抵当権は価値権であり、目的物件の使用収益には関与できないので、強制管理を抵当権実行の一方方法として認めるためには、手続法だけでなく、民法の抵当制度全体に手を入れなければならない、と考えられているのである。⁽⁸⁾

このような事情から、資料債権への物上代位を肯定する立場では、しばしば、その根拠として、強制管理の代わりという消極的理由が挙げられる。⁽⁹⁾恐らく、本来は抵当権者が強制管理制度を利用できるよう立法的手当をなすべきであるが、それができない以上、物上代位制度によって抵当権者の需要に応えるしかない、との認識によるものである。しかし、實際上、物上代位が強制管理制度の完全な代役たり得ないのは既に述べたとおりである。また、この論拠は、物上代位という実体法の問題と、強制管理という手続法の問題を同一レベルで捉えている点でも、無理がある。理論的には、抵当権の効力が物上代位により収益に及ぶことを前提とし、その実行手続として現行制度に加え、もしくは置き換えて強制管理制度の導入を主張するか、或いは、物上代位という形をとらなくても収益は抵当権の効力に服するが、その場合の実行方法が現行法上存在しないので、物上代位の手続を借用する、⁽¹⁰⁾との表現が正確である。ただ、これでは、議論の焦点が、収益に対する抵当権実行の方法として、現行の物上代位手続と強制管理手続のいずれが適切か、に移ってしまい、根底にある実体法の問題については何の手掛かりも提供しないことになる。

民事執行法の立法者が抵当権実行方法としての強制管理制度導入を断念したのは、抵当権が目的物件の使用収益に
関与できないこととの理論的整合性を考えてのことであつた。最高裁判決以後も、一部の学説が賃料債権に対する物
上位に消極的な態度を示しているのも、同じ理由による。結局、鍵となつてゐるのは、抵当権者が、物上代位による
と否にかかわらず、目的物件の売却代金のほか、目的物件使用の対価たる賃料からも優先的に弁済を受領し得るか、
である。価値権ドグマの存在や正当性自体が疑問視されている現在⁽¹¹⁾、現行の抵当制度と収益からの満足、強制管理制
度が理論上本當になじまないものなのか、再検討が必要であらう。⁽¹²⁾

右のような問題認識に基づき、本稿では、現行制度の下で、抵当権者が最も無理なく、かつ合理的に目的物件の収
益から債権を回収する（以下、収益型債権回収と称する）ための方策を模索する。将来的には、強制管理手続を中心
に据えた収益型債権回収システムの構築を目指すものであるが、今回は、そのための準備作業として、さしあたり、
最も根本的な問題の検討に取り組みたい。すなわち、抵当権者が賃料債権に対し抵当権実行をなし得ることの理論的
検証が、本稿での作業内容である。右作業は同時に、現行抵当制度の下でも、手続法に手を加えるだけで、抵当権者
の強制参加手続への参加が可能になることの確認作業でもある。もつとも、先述のとおり、抵当権者による収益型債
権回収の手続として、現行の債権執行手続と強制管理手続のいずれが適切かは、本稿で扱う問題とは次元を異にする。
それ故、手続に関する問題は、本稿に必要な範囲で触れるにとどめ、別の機会に扱うことにしたい。⁽¹³⁾

(1) 総務庁統計局統計センターのホームページで公開されている最新の資料（財不動産研究所「市街地価格指数」）によれば、
平成二年三月末の地価を一〇〇とした場合、平成三年以降、下落の一途をたどっている。とりわけ、六大都市における地価

の急落ぶりは著しく、最高値（一〇三）を記録した平成三年から僅か五年で、半分以下の数値（四八・九）を示している。本年（平成九年）においても、全国平均で八六・三、六大都市平均では四四・九とそれぞれ前年度の数値を下回っており、回復の兆しは見られない。

(2) 一〇年ほど前から、実務家を中心に、物上代位や収益型担保、強制管理など、目的物の売却代金よりも収益からの債権回収に着目する論稿が発表されている（例えば、大西武士「抵当不動産の賃貸料に対する物上代位権の行使」金法一二〇七号四頁（一九八八年）、鈴木正和「賃料への抵当権の物上代位と強制管理」判タ七二三号五四頁（一九九〇年）。なお、本文第二章第一節掲載の表を参照のこと。

(3) 最判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁。

(4) 物件管理にかかる費用や労力への懸念から、実務では敬遠されがちである（岩城謙二「担保に関するアンケートの分析結果」別冊NBL一〇号三頁（一九八三年）。しかも、賃貸用物件など、目的物について賃貸借関係が既に存在し（又は将来の発生が予定され）、かつ担保権設定時に地価の異常な高騰（に伴う賃料の高額化）ないし下落を予想しなければ、収益から債権を回収することを発想しないであろうから、特殊な事情のない限り、収益型担保の設定は、ほとんど期待できない（新田宗吉「物上代位に関する一考察（四）」明治学院論叢三〇号六頁（一九八二年）参照）。

(5) 生熊長幸「抵当権に基づく物上代位の目的物に関する若干の問題について」判タ六七五号七頁（一九八八年）、道垣内弘人「判批」民商一〇二卷五号五八七頁以下（一九九〇年）など。

(6) 浦野雄幸「『住専』処理の残したものの——抵当制度改正の提言——」民事法情報一二〇号四頁以下（一九九六年）。

(7) ジュリ増刊民事執行法セミナー二〇三頁（一九八一年）。民事執行法制定にあたって、強制管理による抵当権実行を認めるべきである、との議論がなされたことについては、我妻榮ほか「特集強制執行法改正要綱と民法」ジュリ臨時増刊五一七号三二頁（一九七二年）参照。

(8) 抵当制度の抜本的改正を必要とするのは、浦野・前掲民事法情報一二〇号五頁。

(9) 鈴木緑弥『物権法講義（三訂版）』一七六頁（一九八五年）、鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田Ⅱ西原

高木還暦記念下巻『金融法の課題と展望』(以下論文①として引用)二五頁(一九九〇年)。

(10) 鈴木・物権法・一七六頁。

(11) 以前から、川井健教授は、抵当権が究極的には設定者の所有権に影響を与えることから、価値権としての説明では不十分であり、むしろ、実行により目的物の交換価値を取得し得る期待権として捉えるべきである、と主張しておられた(川井『担保物権法』一二頁(一九七七年))。また、抵当権の本質が価値権であることは否定しないまでも、これを基本的解釈準則とすることに對し批判的な見解は多い。詳細は、伊藤進「抵当権の学理上の課題」別冊NBL『担保法理の現状と課題』一九三頁以下参照(一九九五年)。

(12) 実際、ドイツにあつては、抵当権に我が国同様、非占有担保たる性質を有するが、抵当権の効力が物上代位の形で賃料にも及ぶこと(BGB一一二三条)、その実現には強制管理手続を利用し得ること(ZVG一四六条)が明文で認められている。

(13) もちろん、手続の問題は完全に切り離して考えられるものではなく、しかも、「現行民事執行法の立法者は明示的にその途(筆者注・強制管理の手続に準じた手続の導入)を拒絶している」という事情からしても、「民事執行法が物上代位のための手続として用意している債権執行ないし権利執行の手続の枠内で」、すなわち、現行手続を前提とした立論が望ましいのかもしれない(引用は、山本克己・第六七回民事訴訟法学会大会次第・五五頁より)。ただ、民事執行法の立法者が強制管理手続の導入を拒絶したのは、実体法上、抵当権と果実の関係が未整理であったせいである。抵当権者による収益債権回収が可能であることが確認されれば、そのための手続としてどのようなものがふさわしいかは、不完全な実体法理論を前提とした現行制度の枠にとらわれず、論じることが許されよう。

二、 抵当権者による収益型債権回収の現状と問題点

(一) 抵当権者による収益型債権回収の現状

我が国における収益型債権回収の手段としては、一般債権者による強制管理、賃料債権などの差押え、収益型担保（不動産質、質型譲渡担保）の設定及び抵当権実行（物上代位を含む）がある。このうち、抵当権者が収益の配当にあたって優先的取扱いを受けようとするれば、現在のところ、民事執行法一九三条所定の手続に則り、収益債権に対して抵当権を実行しなければならぬ⁽¹⁾。

表(一) 金銭債権を目的とする抵当権の実行件数 (『司法統計年鑑』より作成)

年	五八	五九	六〇	六一	六二	六三	一	二	三	四	五	六	七	八
数	三四	三〇	四五	六〇	一〇八	七七	八四	一四三	一三四	二八六	七三一	一、六一	二、三六六	二、四七三

右の表(一)は、抵当権実行の件数を目的物ごとに集計した資料から、各年の金銭債権に関する件数を抜粋し、まとめたものである。これを見ると、昭和六一年あたりから徐々に増え始め、平成二年に三ケタ、平成六年には四ケタと飛躍的に数字が大きくなっている。このうち、賃料債権に対する実行がどのくらい行われているか、については、概ね、以下の推測が成り立つであろう。すなわち、金銭債権を目的とする抵当権実行の中心は物上代位であるが、売却・滅失・毀損による物上代位、債権を目的物とする特殊な抵当権については判例・学説上特筆するような動きがない。それ故、このような激増は、賃料債権への物上代位の件数増加に起因すると解するのが自然である。事実、賃料債権へ

の物上代位を認めた最高裁判平成元年判決が出される頃から、判例集等で公表される判例数は多くなっており、実際の事件数も増加傾向にあることが推測できる。

さて、賃料に対する抵当権実行が全て物上代位手続によらざるを得ないという事情もあって、抵当権の効力が賃料へ及ぶか、との問題は、賃料債権に対し、抵当権に基づいて物上代位をすることが可能か、とほぼ同義に解されてきた。先述のとおり、抵当権と果実の関係については明文の規定(民三七一一条)が存在し、抵当権者による収益型債権回収の根拠としては、物上代位のほか、同条一項但書で認められた例外ケース、すなわち、抵当権実行への着手後の収益回収も考えられる。学説の中には、同条一項但書の範囲で、資料が抵当権の対象となり得る、との主張が見られる。が、従来、この規定のみを根拠に抵当権者の収益型債権回収の可否が論じられることは稀であり、むしろ、物上代位の問題に絡め、同条本文を根拠に、「物上代位」を否定し、又は但書の範囲で「物上代位」を肯定してきた。したがって、抵当権者による収益型債権回収に関する議論は、賃料債権に対する抵当権者の物上代位の可否を中心として展開され、その点に尽きていると言っても過言でない。

物上代位に関する議論は、既に多くの文献の中で紹介、分析されている⁽²⁾。詳細な内容は、それらに譲ることとし、以下では、これまでの議論の流れを見ておきたい。

抵当権者が賃料債権へ物上代位することができるか、との問題に対しては、従来、抵当権や物上代位の本質論からアプローチするのが一般的であった。例えば、物上代位を肯定する立場は、民法三七二条が同三〇四条を無修正で準用している以上、抵当権の効力は物上代位の形で目的物の価値変形物へ及ぶから、抵当物件の「交換価値のなし崩し

的具體化」である賃料債権も当然に物上代位の対象となる、とした。これに対し、否定説では、抵当権が設定者に使用収益権能を留めていることとの関係上、抵当権実行に着手されるまでは果実に手を出すことができず（民三七一条）、実行後は抵当権自体の効力が法定果実である賃料へ及ぶから、物上代位を認める必要がない、などと主張されてきた。

しかし、最近、「物上代位をめぐる解釈論上の重要問題のほとんどすべてについて、今日におけるもっとも有力な傾向、すなわち抵当権の価値権あるいは非占有担保としての特質ないし物上代位の本質から論理的・演繹的に具体的課題についての結論を導き出すという傾向に対して、全体的かつ根本的な見直しが迫られている⁽³⁾」との指摘がなされている。このような立場では、総じて、「抵当権者と設定者との利害状況の肌理細かな類型的考量⁽⁴⁾」が必要である、との問題意識が見られる。具体的には、賃貸借契約が目的物の交換価値を下落させるか否かによって物上代位の可否を判断し⁽⁵⁾、或いは、設定者の経済状態に応じて、抵当権の効力が直接又は物上代位の形で賃料に及ぶ時期を決する⁽⁷⁾。また、物上代位を全面的に肯定ないし否定する場合でも、価値変形物か否か、使用収益に関与できないか否か、ではなく、関係当事者の利益衡量を理由づけに用いるのが、近時の傾向である。例えば、物上代位以外の手段で賃料からの債権回収を図ることが抵当権者に期待できるか、物上代位権を行使した者以外の抵当権者、一般債権者の利益が害されないか、といった実質的な考慮がなされている⁽⁸⁾。

右のような対立を反映し、裁判所の判断も分かれていたが、先述のとおり、最高裁は平成元年判決において、抵当権者が賃料債権へ物上代位できる旨を明らかにした⁽⁹⁾。ただ、その理由は、「民法三七二条によって先取特権に関する

民法三〇四条の規定が抵当権にも準用されている」が、非占有担保という点では先取特権と同様であり、賃料債権に対し物上代位を許しても、設定者の目的物に対する使用を妨げないから、「前記規定に反してまで目的物の賃料について抵当権を行使することができないと解すべき理由はな」い、という形式的なものである。具体的な利益衡量にまで踏み込んだ最近の議論はもとより、伝統的な本質論からしても、あまりに形式的かつ簡素な論理構成であり、論争を終結させるに十分な論拠は示されていない。しかし、これにより実務上の取扱いは、ひとまず確定したため、以後、議論の焦点は、物上代位が無条件に許されることを前提に、転賃賃料への物上代位の可否、物上代位前に賃料債権が包括譲渡された場合の処理へと移っている。

(1) 強制管理手続へ抵当権者として配当要求することが可能ではないか、との見方もある。この点については、次章第三節で扱う。

(2) 鎌田・論文①が詳細であるが、最近のものとしては、榎佛次「賃料に対する抵当権者の物上代位」谷口知平先生追悼論文集二卷二七三頁以下(一九九三年)、松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)——賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非」金法一五〇四号六頁(一九九八年)等を参照されたい。

(3) 鎌田・論文①二八頁以下。

(4) 東海林邦彦「判批」判夕四二一四〇頁(一九八〇年)。

(5) 賃貸借契約が抵当目的物の交換価値に与える影響を考えるにあたっては、賃貸借契約の内容がどのようなものか、抵当権者に対抗できるか、契約締結と抵当権設定との時間的先後関係はどうなっているか。新田「物上代位に関する一考察(四)」法学研究三〇号四九頁以下。伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(上)」金法一二五一号九頁以下、「同(下)」一二五二号一二頁以下(いずれも、一九九〇年)(以下、(上)(下)として引用)。

- (6) 鈴木正和「賃貸抵当不動産の賃料と物上代位(下)」債権管理三二号一九頁(一九八九年)。
- (7) 槇悌次「動産売買先取特権の効力とその実現(5)」金法一一七四号一八頁以下(一九八七年)。
- (8) 鎌田・論文①六三頁以下、七一頁以下、松岡・前掲一二頁以下。なお、吉田光碩「抵当権者による賃料への物上代位と各当事者の利害調整」ジュリ一一一四号一一四頁以下(一九九七年)参照。
- (9) 最判平成元年一〇月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁。

(二) 問題点

我が国における抵当権者の収益型債権回収の現状を概観した。以下では、本稿の問題意識に基づき、若干の問題点を指摘し、次章での検討の素材としたい。

既に述べたとおり、抵当権者の収益型債権回収に関する議論は、専ら物上代位論として展開されてきた。これは、抵当制度における物上代位制度の位置づけにつき、混乱があるためであろう、と推測する。物上代位がなされると、抵当権の効力は代位の対象へ及ぶ。それ故、賃料債権へ物上代位ができるとなれば、結果として、抵当権は賃料へ効果を及ぼし得ることになる。しかし、抵当権の効力が賃料へ及ぶのは、物上代位の例に限られない可能性がある。物上代位とは、付加一体性ととともに、抵当権の効力が本来の目的物件以外のものへ及ぶ際の根拠の一つである。したがって、他の理由から、目的物件の収益が抵当権の効力に服することは十分に考えられる。

従来の議論では、価値権ドグマや民法三七一条一項本文から賃料債権への物上代位、ひいては抵当権者による収益型債権回収全てを否定し、又は、同条一項但書の要件のもとでのみ認める考え方が見られた。物上代位を肯定する立

場でも、しばしば、同規定の適用が法定果実に限定されることが強調されていた。確かに、そのような規律を前提とする限り、抵当権本来の効力を根拠とした収益型債権回収は考えにくい。しかし、それならば、右規律が果たして抵当権者による収益型債権回収全体に及ぶものなのかも、なお検討を要するのではないか。物上代位とは、抵当権の目的物でないものへ効力を及ぼす制度なのであるから、物上代位というフィルターを通すことで、本来は目的物でない収益へ効力を及ぼすことができる、とも考えられるからである。

物上代位論自体も、多くの問題点を抱えている。最近の学説は、本質論からは何も帰結できない、との問題意識から、より具体的な利益状況に目を向けている。

なるほど、先の議論を見るかぎり、物上代位を肯定する立場と否定する立場とで、抵当権や物上代位の本質に対する理解に大きな違いはない。抵当権が価値権にすぎないか、より強力な支配権であるかはともかくとして、少なくとも、先取特権と同様に非占有担保であること、売却手続に入るまでは設定者に使用収益権能が留保されていることについては、どちらの立場でも当然の前提とされている。また、物上代位を他の物へと変形した交換価値に対する当然の権利と捉えるか、専ら当事者の公平や担保権保護等の観点から説明するか、によって、結論が左右されるわけでもない。

それ故、関係当事者の利益状態を斟酌して結論を出す手法は、従来の議論に欠けていた視点を補うものとして、一応の評価ができる。しかし、それだけで全てが説明できるわけではない。抵当権者、抵当権設定者、一般債権者、物上保証人や第三取得者の置かれている状況への評価は、論者の価値観により全く違ってくるからである。例えば、物

上代位を否定する立場では、抵当権者が本来の目的物のほか、収益にまで手を伸ばすのは不合理であり、関係人の利益を害する行為である、とされる。これに対し、肯定説の論者は、抵当権者が目的物件の収益をあてにするのは合理的であり、逆に、債務不履行に陥った債務者が弁済もせず、収益を回収し続けるのは不当である、とする。しかし、抵当権設定の際、目的物件の収益まで含めて担保評価がなされているか、物上代位の結果、設定者や他の債権者が不利益を被るかは、一律に論じられない。賃貸用物件であれば、抵当権者が賃料収入へ期待するのは自然であろうし、目的物件を売却しないことが、却って設定者等の利益となる場合も多い。

また、このように利益衡量を重んじる立場でも、本質論と完全に絶縁しているわけではない。賃貸借契約の存在により交換（又は担保）価値が減少するか否か、との視点自体、賃貸借契約により抵当目的物の使用収益に制約が課された結果、売却に際し価格の下落を招くのであれば、下落分は対価として支払われる賃料で補われるべきである、との考えに由来しており、そこには、「価値変形物」⁽¹⁾的発想が認められる。結局、物上代位がまさに「代位」⁽²⁾である以上、少なくとも、何の「代わり」であるか、を意識することなく解釈論を展開することは不可能である。⁽³⁾さらに、賃料を何の「代わり」と見るか、は、論者が物上代位制度をどのように理解しているか、によって微妙に違ってくる。したがって、本質論のみから演繹的に具体的結論を導き出すことはできないとしても、本質論は各理論の基礎をなしており、その限りでなお存在意義を有している。⁽³⁾

「抵当権実行」と「物上代位権行使」との関係についても、これまでの議論で、どれだけ明確に意識されてきたのか、は甚だ疑問である。近時の学説は、物上代位権という概念をうちたて、物上代位権を行使することにより物上代

位がなされる、と説く。その是非はともかく、そのような表現が用いられたことで、あたかも抵当権とは別に、物上代位権という権利があるかのような誤解を生んだのではないか、と思われる。

物上代位否定説の論拠のうち、物上代位によって、目的所有者の使用収益権能、収益に対する他の債権者の期待を害してはならない、との主張は、一見非常に説得力がある。部分的に物上代位を肯定する立場でも、民法三七一条一項但書との関係上、少なくとも抵当権実行前に使用収益へ関与するのは適切でない、とする。しかし、物上代位権の行使もまた、目的物件の売却と同じく、抵当権実行の一方法である以上、現実の行使は、通常の抵当権実行と同様、債務不履行時以降に可能となるはずである。それ故、「抵当権実行前に……」との批判は、より厳密に、「債務不履行に陥った時点から売却手続が開始するまでの間」、目的物所有者の使用収益権能を保護すべきではないか、と言い換えるべきであるが、こうなると、随分、当初の表現とニュアンスが異なる。債務不履行に至った段階でなお、目的物件所有者に自己の利潤のみを追及するような経済活動が無制限に許されるのか、競売が直前に迫った物件からの収益をあてにする一般債権者を保護しなければならないかは、再考の余地がある。また、先に売却手続へ着手しなければならない、というのであれば、同じ抵当権実行でありながら、本体への実行、すなわち、売却と優先する理由を示さなければならない。さらに言えば、仮に物上代位権の成立を認めたととしても、正常な経済状態にある設定者の果実収取権を直ちに奪うわけではない。そもそも「物上代位を認める」との表現自体が曖昧であり、「ある請求権について、物上代位権の成立を認める」と「物上代位権の行使を認める」の二通りに解釈することができる——それ故、本稿では、従来の議論を紹介する場合に限って用いてきた——のであるが、いずれにせよ、目的物所有者が賃料収入の

道を断たれるのは、物上代位権が実際に行使された後である。よって、その前の段階、すなわち、賃料債権への物上代位権が成立し、債務不履行によって行使が可能となり、現実の行使に至るまでの間、物上代位権の成立前に比べて、目的物件所有者の使用収益権能がどのような制約を受けるのか、を示さない限り、論拠として弱い。

確かに、抵当権の本質は価値権であるから、或いは、物上代位は交換価値の変形物へ及ぶから、といった抽象的な議論は不要である。しかし、もう一步踏み込んだ議論、例えば、抵当権者が、いつ、何を失った代わりとして、抵当目的物以外のものへ手を伸ばすことができるか、物上代位権の成立は目的物所有者から使用収益権能を剥奪するのか、といった点を明らかにするための基礎理論はなお、必要ではないだろうか。

(1) 伊藤教授は、抵当権設定後に締結された短期貸借契約の場合、賃料が「交換価値のなし崩しの実現」にあたる、と説く(伊藤・(上)一〇頁以下)。また、鎌田教授も、基本的には価値権説的理解に基づいている(鎌田・論文①三四頁)。

(2) 近時、ドイツ民法との比較から、我が国における賃料債権への物上代位制度に関しては「代償関係」が存在しない、との指摘がなされている(斎藤和夫「賃料債権」上への抵当権の物上代位」法学研究六三卷一二号二二〇頁以下(一九九〇年))。ドイツ民法上、賃料債権への物上代位の場合、そもそも抵当責任財産中に存立していた天然果実が用益権設定により逸失し、その代償として、賃料債権が抵当責任財産へ編入されるという「代償関係」が存在するが、我が国では、天然果実が抵当責任財産中に存在しないので、賃料債権をその代償として理解することができない、との主張である。ドイツ民法における賃料債権への物上代位は——本稿でも後述するとおり——用益権設定後、もともと抵当権の効力が及んでいた天然果実につき、用益権者が収取権を取得することになるため、用益権者が支払う賃料が代償物として抵当権の効力に服する、との構造を採っている。これに対し、我が国では、抵当権の効力が果実(少なくとも、天然果実)に及ばないことが明文で規定されている(三七一条)。確かに、このような天然果実の取扱い(恐らくは、代償関係なきところに物上代位を認めたと

とも含めて)は「『合理性』を欠缺する」(斎藤・二二八頁)のかもしれない。

また、松岡・前掲二二頁は、「代替的物上代位」と「付加的物上代位」を区別し、賃料への物上代位は後者に属する、とする。そうになると、「代わり」に固執して立論する必要はなくなる。しかし、「代わり」でないものまで何故、物上代位の枠組みで論じなければならぬのか、疑問である。特に、松岡論文では、抵当権が、物件の交換価値のほか、賃料債権まで価値把握している、との前提がとられており(二二頁)、物上代位として賃料へ効力を及ぼす必要性がないように感じる。

(3) 同様に、本質論の存在意義を主張する最近の文献として、下村信江「フランスにおける物上代位の本質論に関する一考察——抵当権の物上代位を中心に(上)」(阪法四六卷三号三七頁、「同(下)」(阪法四六卷五九頁(いずれも一九九六年)がある。

三、抵当権者による収益型債権回収可能性の検証

(一) 考察の順序

抵当権者が目的物の売却代金ではなく、専ら、或いは売却代金に加えて、賃料から満足を受けるには、その前提として、賃料が何らかの形で抵当権の効力に服していなければならない。また、賃料に対する抵当権実行に際しては、目的物所有者や占有者、後順位担保権者、一般債権者といった関係者の利益にも十分な配慮が必要である。しかし、前章で見たとおり、これまでの議論は、目的物の使用収益に關与し得ない抵当権者が、目的物使用の対価たる賃料に手を伸ばすことが許されるのか、という極めて抽象的なレベルにとどまっていた。それ故、熱心に論じられてきたわりには、賃料へ抵当権の効力を及ぼすための構造としてはいかなるものが考えられ、我が国の民法にはそのような構

造がないのか、賃料へ抵当権の効力を及ぼした場合、目的物の使用収益はどの程度の制約を受け、それは抵当権の性質上許されないものなのか、といった点は、はっきりしない。また、このような実体法の状況に応じて、手続法上も、抵当権者による収益型債権回収のための制度は十分に整えられていない。

そこで、本章では、賃料に対して抵当権の効力が拡張される際の法的構造、目的物の使用収益との関係について考察し、我が国の民法上、賃料にも抵当権の効力が及び得ることを検証する。その後、本稿での考察対象から外した制度上の問題を踏まえ、抵当権実行が関係者に与える影響やその除去策を検討し、賃料に対する抵当権実行の手段としては、強制管理手続が最も望ましいことについて触れたい。

なお、これらの検証作業に際しては、ドイツ法が参考になると思われる。ドイツでは、抵当権に基づく賃料債権への物上代位及びその実現手続が規定されており、抵当権者による収益型債権回収に対して、実体法及び手続法上、しっかりした手当がなされているからである。もともと、このように、ドイツ法、より広く外国の制度に範を求め、問題解決の手掛かりにしようとする発想自体は決して目新しいものではなく、ドイツの物上代位及び強制管理制度の紹介も、これまで様々なところで行われている。したがって、以下では、ドイツ法のために特別の項目を立てて紹介するようなことはせず、専ら本稿での問題意識及び考察対象に即して適宜ドイツ法上の取扱いを紹介し、これを参考に考察を進める手法をとりたい。

(二) 賃料に対する抵当権の効力

抵当権者による収益型債権回収について

(1) 抵当権の拡張的効力

① 効力拡張の構造

我が国の民法上、抵当権の目的となるのは、不動産及び地上権、永小作権である。よって、抵当権の効力が賃料へ及ぶとすれば、本来の効力が拡張された結果である。この抵当権の「効力拡張」ないし「拡張的効力」という概念は、ドイツ民法一一二〇条以下に見られる。そこでは、抵当権が、土地から分離された産出物（天然果実）及びその他土地の構成部分や従物（BGB一一二〇―一一二二条）、賃料債権（BGB一一三―一一二五条）、回帰的給付請求権（BGB一一二六条）、保険金債権（BGB一一二七―一一三〇条）、加筆された土地（BGB一一三一条）に「拡張される」旨規定されている。拡張的効力が及ぶのは、いずれも、土地にとって有用であり、経済的一体性があるなど、土地と密接に結び付いているものであるが、右のうち、賃料債権と保険金債権に対する効力拡張の根拠は、物上代位主義（Surrogationsprinzip）にある。⁽¹⁾

このように、物上代位制度までも抵当権の効力拡張の一つとして位置付けることは、しばしば、ドイツ法の特徴として紹介されるが、⁽²⁾ 実は、我が国の民法でも同様の構造が見られる。民法三七〇条以下には、目的不動産との「附加一体物」（三七〇条）、目的不動産から得られる「果実」（三七一条）及び目的不動産の「代償物」（三七二条が準用する三〇四条）といった本来、抵当権の目的でない物に、抵当権の効力が及び、⁽³⁾ 又は及ばないことを定める規定が並んでいるからである。担保物権法の教科書でも、「（抵当権の）効力の及ぶ範囲」という項目の下に、右に挙げた三つの客体（附加一体物、果実、代償物）が列挙されている。⁽⁴⁾

ドイツ法の理解によれば、抵当権の効力、厳密には物的責任 (Haftung) が拡張される場合、その効力ないし責任は、抵当権設定登記がなされた時点から、法律により成立する。⁽⁵⁾ もっとも、責任が具体化するのには、若干の例外はあるが、差押え (Beschlagnahme) 以降である。それまでは、拡張的効力の及ぶ物や権利を設定者が自由に処分し、抵当権の支配から解放することができる (BGB 1112 条一項、1114 条一項など) し、賃料債権の場合、履行期が到来して一定期間が経過すれば (BGB 1113 条二項)、当該債権に対する抵当権の効力は消滅する。

目的不動産に対する差押えは、原則として、「抵当権の効力の及ぶもの」に及ぶ (ZPO 八六五条一項、ZVG 二〇条二項)。したがって、拡張的効力に服する物や権利は、本来の目的物たる不動産を差し押さえることで、自動的に差し押さえられるのである。ただ、ドイツ法も、我が国と同様、強制競売と強制管理を別々の手続として扱っており、土地の売却代金からの満足を目的とする前者では、基本的に土地の収益には関与しない。それ故、賃料債権については、強制競売手続での差押えの効力が及ばず、別に強制管理手続での差押えを要する (ZVG 二二条二項)。

では逆に、拡張的効力が及ぶ物や権利に対する抵当権実行 (以下、拡張的実行と呼ぶ) は、本来の目的物に対する実行 (以下、本来的実行と呼ぶ) とどのような関係に立つのか。

理論的には、(Ⅰ) 本来的実行と一括してのみ実行できる、(Ⅱ) 本来的実行と一括することも、別に実行することもできる、(Ⅲ) 別々に実行しなければならない、の三通り成り立つ。(Ⅱ) や (Ⅲ) で本来的実行とは別に実行する場合には、(i) 二つの実行のうち、いずれかを選択し、一つの実行がなされれば他の実行はできない、(ii) 一つを実行した後、なお被担保債権額に充たなければ、もう一つの実行もできる、の二つの可能性がある。さらに、二つか

ら一つを選択するに際しては、(a)本来の実行を優先すべきである、(b)どちらが先であってもかまわない、及び理論的には、(c)拡張の実行を優先すべきである、の三つが考えられる。

右のうち、いずれの組み合わせになるかは、効力拡張の根拠によって異なる。例えば、我が国の民法三七〇条の場合、目的物との「附加一体性」を理由に効力を拡張している。この「附加一体物」が附合物のみを指すのか、従物までも含む概念であるか、については争いがあるが、いずれにせよ、目的物との結合関係が強く、いかなる場合にも独立性が認められない(強い附合)のでない限り、「附加一体物」のみを抵当権実行の対象とすることも考えられる。

事実、第三者がこれら「附加一体物」に対し強制執行をなす事例は、三七〇条で処理される典型的ケースである。また、目的物からの分離物については、抵当権に基づく動産競売の対象となるか、目的物と一括してのみ不動産競売に付されるか、との議論がある。⁽⁷⁾これらから察するところでは、抵当権者が抵当権実行に際して、分離前の「附加一体物」のみを競売することが当然の前提とされているようでもある。しかし、工場抵当法七条二項では、少なくとも差押えに関しては、本体の差押えを伴わなければ、「附加一体物」を差し押さえることができない、とされている。

この点については、本体の実行を差しおいて、通常、本体よりも価値の低い「附加一体物」のみから満足を受けることが現実的でないせいか、教科書等ではほとんど扱われていない。我妻博士の『擔保物権法』に、比較的詳細な叙述が見られる程度である。そこでは、従物に関し、「常に主物とともに競売その他の優先弁済を受ける手段を講ずべきであって、従物だけを換価することは許されない」とされている。「従物は主物と一体をなしてのみ社会的・経済的作用を営み、従ってまた抵当権の目的としての担保価値を維持するものであって、抵当権者といえどもこの関係を

無視することは許されない」からである。⁽⁸⁾これに対し、⁽⁸⁾ 抵当山林の立木が伐採された場合で、木材が未だ山林上に存するときには、⁽⁹⁾ 抵当権の効力及び対抗力が伐採木材になお及んでいることを前提に、「山林と一緒にして不動産競売手続によって競売することもできるが、伐採木材だけを動産競売の手続によって競売することも可能」と説明されている。⁽⁹⁾

他方、物上代位により抵当権の効力が拡張される場合、⁽¹⁰⁾ 抵当権者が本来の実行とともに、又はこれをなさずに、物上代位権を行使できるか、については、非常に議論されているところである。⁽¹⁰⁾ 判例は、賃料に関しては、「目的不動産について抵当権を實行しうる場合であっても、物上代位の目的となる金銭その他の物について抵当権を行使することができ」との立場（重疊的併存説）をとっている。⁽¹¹⁾ が、いずれか一方を選択すべきである、との考え方、双方を行使する場合であっても、本来の実行から先に着手し、功を奏しないときに限り、いわば補充的に物上代位権の行使を許すべきである、との考え方も有力である。ただ、ここでは、同じく抵当権の効力拡張が問題とされていないながら、三七〇条の場合と異なり、（三七〇条では、「附加一体物」の競売にあたる）物上代位権の行使が必ず本来の実行ともになさねなければならぬ、との主張が全く見られない。これは、三七〇条のような「一体性」を前提とする効力拡張でないためであろう。したがって、いずれの立場でも、物上代位により抵当権に服した代償物請求権が、独立して実行の対象となることを認めている。

以上のことから、「抵当権の効力が拡張された結果、⁽¹²⁾ 抵当権の支配下に入った物については、原則として、本来の目的物とは別に、差押え、換価することができる」との推論が成り立つ。すなわち、物上代位による拡張にあっては、

本来の実行と物上代位権の行使は、従来、全く別のものとして捉えられてきた。ただ、それらを同時になし得るか、どちらか一方を選択しなければならぬか、で見解が分かれていたにすぎない。三七〇条による拡張でも、「附加一物」は独立して抵当権実行の対象となるのが原則であるが、効力拡張の根拠がまさに目的物との「附加一体性」にあるがために、物理的一体性（附合物）や社会的・経済的一体性（従物）からの制約を受ける。それ故、物理的に本体から独立させることは可能であっても、本体と経済的一体性の認められる従物は、常に本体と運命をともにすることになる。しかし、物理的・場所的一体性の故に抵当権の効力が拡張されている附合物は、物理的に本体から分離された場合、一旦拡張された効力が消滅するわけではないとしても、もはや社会的・経済的一体性からの拘束は受けなため、原則に立ち返り、単独でも抵当権実行の対象となり得る。

要するに、抵当権の効力が拡張されると、抵当権の目的物以外の物や権利につき、抵当権が成立すると同じ結果が生じる。⁽¹²⁾それ故、それらの物や権利が独立性を有している限り、本来の目的物とは別に、抵当権実行の対象となすことができる。この点では、効力がどのような理由で拡張されたかによって、違いがない。ただ、本来の実行と拡張された物への実行との関係については、効力拡張の根拠が影響する。目的物との物理的・経済的一体性を根拠に拡張されている場合には、一体性が損なわれないような形で、すなわち、拡張された物への実行は、必ず本来の実行ともになさなければならない。三七一条一項但書による果実への効力拡張にあっても、本来の実行への着手後に初めて拡張されるというのであるから、果実への執行は、必然的に本来の実行を伴うこととなる。

では、物上代位を根拠とする場合はどうか。何も制約がなければ、どの抵当権から実行に着手してもかまわない。

つまり、判例のとおり、本来の実行をせずに、物上代位権を行使することも許されるはずである。しかし、本来の実行を優先すべきである、との主張も一見、説得力がある。物上代位が、まさに何かの「代わり」である以上、あくまでも補充的な役割のみが期待されるからである。この考え方では、抵当権者は本来の実行により満足を受けなかった場合に限り、物上代位権を行使することができることになる。ちょうど、抵当権者による抵当権実行と一般財産への強制執行の関係と同様に扱うのである（民三九四条一項）。が、物上代位権、換言すれば、代償性を根拠として生じた抵当権が、まさに担保権の実行が不能となった部分の「代わり」に成立するとすれば、予備的な性質は成立の段階でのみ考慮されるべきであり、一旦成立した後は、代償物請求権に対する抵当権も本来の目的物に対する抵当権と同等の扱いを受けるのではないか。抵当権によって担保された債権と無担保の債権というように権利自体に優劣がなければ、民法三九四条のような処理はできないはずである。

本項の考察から確認できたのは、①抵当権の効力が本来の目的物以外の物や権利へ拡張される場合、これらの物や権利の上に抵当権が成立したのと同じ扱いとなる、②したがって、拡張的効力の及ぶ物や権利は、基本的に単独で抵当権実行の対象となり得る、③抵当権実行に際しても、本来の実行と拡張的効力に基づく実行の両方、或いはいずれか一方を選択して行うことができるが、効力拡張の根拠によっては、一括して実行し、又は本来の実行を先にするよう求められることもある、である。

以上で明らかにされた効力拡張の一般的構造を踏まえ、次節以下では賃料（債権）への効力拡張に話を絞り、賃料（債権）へ抵当権の効力が及ぶのか否か、及ぶとすれば、どのような構成によるのか、等を見ていきたい。

② 民法三七一条一項但書による拡張

民法三七一条は、条文の構成を見る限り、抵当権の効力を抵当目的物と附加一体の関係にある物にまで及ぼす前条の規定を受け、果実には例外的に効力が及ばない旨を示した規定である。文言上、天然果実、法定果実の区別はなされていないが、右の趣旨に鑑みれば、同条にいう「果実」とは専ら天然果実を指し、目的物の「附加一体物」とはなり得ない法定果実は同条の射程外にある、と解されてきた⁽¹³⁾。しかし、最近では、条文の体裁にこだわらず、同条の趣旨を広く解し、売却手続へ着手されるまでは設定者に使用収益権がある旨を明言した規定であるから、適用にあたり法定果実を除外する必要はない、との考え方が一般化しつつある⁽¹⁴⁾。そのような考え方に立つとすれば、賃料債権へは同条但書により拡張されることになる。が、その場合、効力拡張の根拠は何であろうか。

三七一条の適用を天然果実に限る判例では、先述のとおり、「民法三百七十条ハ抵当権カ抵当地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物ニ及フコトヲ規定シタル迄ナレハ不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成スモノニアラサル法定果実ニ抵当権ノ及ハサルコト勿論ニシテ同第三百七十一条ニ所謂果実モ天然果実ノミノ謂ニシテ法定果実ヲ包含セサルコト亦多言ヲ俟タス⁽¹⁵⁾」との叙述が見られる。ここから推測するに、従来は、天然果実が三七〇条の「附加一体物」に含まれることを前提とし、三七一条一項本文でその例外を、同条一項但書では例外の例外、すなわち、原則に立ち戻れることを規定したものと理解していた。つまり、天然果実に限ってはあがあるが、三七一条一項但書による効力拡張の根拠は、目的物との「附加一体性」にある、と解されていたようである。

しかし、同条一項が何故に右のような例外及び例外の例外を定めたか、を考えると、やや違った要素が見えてくる。

最近はこの点についての詳しい説明が見られないが、少し古い教科書を見ると、同条一項の本文と但書の関係が次のように説明されている。すなわち、「目的物の用益権能を設定者の許に止めておくことが抵当権の本質だから」、天然果実には抵当権の効力が及ばない。しかし、「抵当権がすでに活動を開始した以上、その後の用益権能を含めた目的物の交換価値をもって抵当権の内容とするのが妥当」であるから、本来、用益権能は競落時まで設定者のもとにとどまるところ、「民法はこの用益権能を失う時期を早め、抵当権の実行着手の時としたのである」⁽¹⁶⁾と。同じ教科書で、法定果実に関しては「競落人と目的物の所有者（賃貸人）との間では……目的物の所有権の移転時期を標準として賃料の帰属を分ける⁽¹⁷⁾」として、ことから見ると、「附加一体性」ではなく、用益権能及びこれに伴う果実收取権が誰に帰属しているか、が重要な要素となっている。このように、三七一条一項但書が目的物の用益権能（及び果実收取権）を所有権から切り離し、近い将来に現れる買受人のため⁽¹⁸⁾、所有権よりも先に設定者から取りあげる趣旨であるとすれば、これは、他に考慮すべき事情がない限り、天然果実、法定果実のいずれにもあてはまる論理である。しかも、効力拡張というよりはむしろ、本来の効力から導かれる結論である。

三七一条一項但書の根拠として、もう一つ考えられるのは、物上代位である。同条は、物上代位の可否を論じる際、論拠として度々引用されてきたからである。前章で見たとおり、従来の議論では、同条が果実を抵当権の効力に服せしめない以上、法定果実である賃料にも抵当権の効力は及ばず、したがって物上代位も認められない、とか、但書の範囲でのみ「物上代位」を認める、といった主張、反対に、三七一条の適用が天然果実へ限られるのは、法定果実については物上代位が認められるからであり、法定果実に三七一条の効力が及ばないからこそ物上代位が可能である、

との主張がなされてきた。

しかし、法定果実たる賃料に三七一条の効力が及ぶか否か、と、賃料債権が物上代位の対象となるかどうかは、論理上別の問題である。⁽¹⁹⁾ そもそも、三七一条により抵当権の効力が及ばないから、果実は物上代位の対象とならない、との立論は、論理として適切ではない。この結論を導くには、同条が法定果実にも適用されること、及びあらゆる果実を抵当権のあらゆる効力の外に置いていることを前提とする必要がある。最近の理解に倣い、三七一条の趣旨を広く解するとすれば、そのような前提自体は成り立つ。すなわち、抵当権実行の着手時まで、目的物の使用収益に対する抵当権者の干渉を一切排除する旨を明言した規定であるとすれば、いかなる根拠であれ、果実への効力拡張は許されない。では、但書は、どのように解すればよいか。

三七一条の法定果実への適用を前提に、但書の範囲でのみ物上代位を認める、と主張する立場では、次のような論理構成になるであろう。すなわち、三七二条では賃料債権への物上代位は可能であるが、三七一条一項本文により、目的物の使用収益に関与し得ない、との制約が抵当権者に課されているので、同条との関係で不可能となる。したがって、但書の要件が満たされ、その制約が解消されれば、原則に戻って、賃料債権への物上代位は可能になる、と。このような考え方は、賃料に対する抵当権の効力拡張の根拠を物上代位に置かなければ、成り立たない。つまり、「三七一条により効力が及ばないから、果実は物上代位の対象とならない」というよりは、果実は基本的に物上代位の対象となるが、物上代位権の成立又は行使が三七一条の制約を受けている、と表現するほうが正確である。このような論理では、論者の意に反して、賃料債権への物上代位自体は肯定することになってしまう。

これに対し、鈴木祿弥教授のように、同条但書の範囲でのみ賃料への抵当権実行が許されるが、これを実現する手段がないので、物上代位制度を借用する⁽²⁰⁾、との考え方であれば、但書における効力拡張の根拠は、物上代位以外に求められる。しかし、三七一条が「附加一体性」による効力拡張、又は果実収取権の帰属に関する規定であるとすれば、同条の射程はその限りにとどまるのであって、物上代位に基づく効力拡張については何も語っていない。但書で抵当権の効力が及ぶのであれば、もはや物上代位の必要はない、との主張も説得力を欠く。理論上は賃料に対する抵当権の効力が発生する根拠が異なるのであるから、賃料が「附加一体物」として扱われるか、果実収取権の移転により当然に抵当権の支配下に入るか、に関係なく、何かの「代わり」と認められる限り、物上代位権が成立するからである。また、物上代位が、まさに抵当権の本来的効力が及ばない場合に、代償物へ拡張的効力を及ぼす制度である以上、少なくとも、三七一条一項但書の効力が及ぶまでの間は、物上代位の必要があるとも反論できよう。つまり、物上代位の対象となったものには抵当権の拡張的効力が及ぶが、逆に、抵当権の本来的効力又は附加一体を理由とする拡張的効力が及び、又は及ばないからといって、物上代位の可否の決定的論拠とはならないのである。

③ 民法三七二条（三〇四条）による拡張

前節の考察により、三七一条の効力拡張と、三七二条、すなわち、物上代位を根拠とする効力拡張との論理上の依存関係を断ったので、本項では、最も純粋な形で、賃料に対する物上代位の法的構造、賃料が何の「代わり」か、を検討する。賃料への物上代位を認めるためにはどのような論理構成が必要であり、我が国の民法上、そのような構成をとることが可能かどうか、を探るためである。

前章で見たように、賃料債権への物上代位を肯定する立場では、従来、賃料を目的物の「交換価値の（なし崩し的な）具体化」、「価値変形物」、或いは「価値代表物」として捉え、目的物の交換価値を把握する抵当権にあっては、これらのものに効力を及ぼし得るのは当然である、と考えられてきた。が、賃料は「交換価値の具体化」ではなく、目的物利用の対価である。

そこで、賃料が目的物の「価値変形物」でも「価値代表物」でもないことを認めつつ、抵当権者の保護、設定者と抵当権者との均衡という政策上の理由から、物上代位を肯定する考え方が登場する。しかし、目的物を賃貸した結果、賃貸前に比べて、抵当権の効力拡張を認めなければならないほど、設定者・抵当権者間に不均衡が生じるであろうか。目的物が賃貸された場合には、目的物自体に抵当権を実行することが可能であるから、この点では抵当権者に不利益はない。「債務者が債務不履行にありながら法定果実を取得しているのは、公平的正義に反する⁽²¹⁾」とか、設定者が信用危機に陥った後は、使用収益権能を設定者側に留保した意味が失われる、といった見方もあるが、先に見たとおり、民法は、三七一条一項但書で同様の価値判断から、果実収取権を所有権移転に先立って設定者から剝奪している。既に同条で抵当権の性質に応じた利益調整がなされているにもかかわらず、賃料へ抵当権の効力が及ぶ時期を債務不履行時ないし信用危機時へ繰り上げるのは何故か、その必要があるか、ははっきりしない。

賃貸借契約の存在が交換価値の下落を招くことから、抵当権設定後に賃借権が設定された場合には、その下落分の「代わり」に物上代位を認める、という考え方が、最近、注目を集めている。これまで紹介した中では、最も立論に無理がない。しかし、昨今、社会問題となっている執行妨害型の賃貸借は別として、それ以外の正常な短期賃貸借に

つについては、抵当権設定時の担保評価にあたり、当然、予測すべきである。とりわけ、目的物が賃貸借用の不動産であれば、賃貸権の設定は予定通りのことであり、必ずしも交換価値、融資に際して予定した担保価値を下落させないし、抵当権者としても、賃貸権の設定時期に関係なく、賃料からの債権回収を期待している場合が多い。⁽²²⁾

果たして、賃料は何の「代わり」であるのか。賃貸権の設定により、抵当権者は何を失うのか。この点については、ドイツ法が手掛かりとなるかもしれない。先述のとおり、ドイツ民法一一二三条は、物上代位性を根拠として賃料債権への抵当権の効力拡張を規定しているからである。理由書によれば、賃料債権は天然果実の「代わり」として捉えられている。⁽²³⁾ すなわち、ドイツ民法では、未分離の天然果実は土地の構成部分として当然に（BGB九三条）、抵当権の効力に服する。また、分離された天然果実にも、抵当権の効力が土地と結び付いたあらゆる構成部分に及んでいくこと、土地と構成部分との結合が消滅したからといって責任から免れないことから、やはり抵当権の効力が及ぶ（BGB一一一〇条）。⁽²⁴⁾ しかし、目的物が賃貸される場合、果実収取権は賃借人に帰属しており、果実についての所有権は賃借人が取得する。この賃貸権及び果実収取権は、土地が差し押さえられても影響を受けない（ZVG二一条三項）。賃貸権が抵当権設定後に設定された場合であっても、同じである。他方、抵当権者としては、抵当権に服するはずの天然果実が、賃貸借契約の故に、抵当権の効力外に置かれることになってしまったため、その「代わり」として賃料債権に効力が及ぼされるのである。

このような考え方を我が国の民法へ持ち込むとすれば、次のようになるであろう。まず、我が国では、ドイツと異なり、天然果実には原則として抵当権の効力が及ばない。しかし、抵当権実行に着手された後は、本来の効力ないし

「附加一体性」を理由とする拡張的効力が及ぶ。したがって、三七一条但書によって天然果実に効力が及ぶ場合に限り、賃料への物上代位は許される、と。これは、かつて、鈴木禄弥教授が比較法的な考察から導き出した構成と同じである。⁽²⁵⁾ 結論から見れば、前項で紹介した考え方(三七一条を法定果実へ適用し、同条但書の範囲でのみ物上代位を認める)と同じであるが、鈴木説にあっては三七一条の適用を天然果実限定し、法定果実には天然果実の代物として物上代位を根拠とした抵当権の拡張を認めている。

以上、見てきたところでは、賃料に対する物上代位を理論的に説明するのは非常に難しい。ドイツ民法のように、法定果実を天然果実の代物と見る構成は明解であるが、目的物が農地以外である場合には、違和感を感じる。ただ、我が国において、ドイツ法流の法的構成を採るとすれば、鈴木教授の旧説のように、三七一条但書により天然果実が抵当権の効力に服した後でなければならない。そうすると、三七一条但書を果実収取権の帰属に関する特則と見て、同条を法定果実にも適用した場合と、結論的には変わらない。

また、物上代位を根拠として賃料への効力拡張を肯定する論者は、いずれも——成功しているか否かはさておき——賃料を何かの「代わり」と考え、或いは、設定者と抵当権者の利益状態を比較し、不均衡を解消するために抵当権者へ提供しなければならない「代わり」の範囲でのみ、物上代位を認めている。逆に言えば、「代わり」以上の部分については、物上代位を認めていない。この「認める」「認めない」が物上代位権の成否を意味するのであれば(この点については、次節二項参照)、本来的実行と物上代位権の重疊的行使を認めたととしても、理論上は、担保が不当に増加するわけではない。

- (1) Erman-Räffe, Vorbemerkung zu § 1120.
- (2) 斎藤和夫・法学研究六三卷一二号二二三頁。
- (3) 道垣内・担保物権法・一一一頁は、「抵当権の効力が及ぶ」には、「抵当権が実行されるとき競売の対象となる」と「その侵害について抵当権者が一定の請求をなすうる」の二つの意味がある、と指摘する。本稿での「効力が及ぶ」が、前者の意味であることは言うまでもない。なお、民法三〇四条は、三七〇条のような「抵当権ハ……及フ」ではなく、「先取特権ハ……行フコトヲ得」との表現を用いている。が、右のとおり、「抵当権の効力が及ぶ」は「抵当権が実行されるとき競売の対象となる」、換言すれば、「その物に対しても抵当権が実行できる」と同義であり、本文のような理解をすることの妨げとはならない。ただ、我が国では、物上代位を説明する際に、しばしば「物上代位権」なるものが観念されている（例えば、「先取特権者が有する権利を『物上代位権』とよぶ」（道垣内・担保物権法・五二頁）、「抵当目的物が『売却』された場合には、抵当権者はその売却代金の上に物上代位権を持つことになる」（近江・担保物権法・一四一頁）。三〇四条を素直に読めば、代物に対しては先取特権ないし抵当権を実行することができる、というのであるから、「物上代位権」の実体は先取特権や抵当権そのものではなく、（鈴木祿弥「物上代位制度について」『抵当制度の研究』一三七頁（一九六八年）では、「抵当権の設定とともに、抵当権者は、物上代位の目的たる請求権上に、法律上当然に債権抵当権を取得する」というのが我が国の通説的構成である、と説明されている）。しかし、わざわざ、「物上代位権」という概念を立てているのは、物上代位を根拠とする効力拡張が、ドイツのように直接的なものではなく、物上代位権行使の結果として捉えられているせいかもしれない。
- (4) 例えば、道垣内・担保物権法・一一一頁以下、我妻・担保物権法・二七六頁以下、高木・担保物権法・一二八頁以下。
- (5) Staudinger—Wolfsteiner, § 1120 Rdz. 2.
- (6) 建物についての保険金請求権は差押えを要しない（BGB一一二八条三項）。
- (7) 動産競売の対象となる、と説くのは、我妻・担保物権法・二六八、二六九頁。
- (8) 我妻・担保物権法・二七二頁。

抵当権者による収益型債権回収について

同志社法学 四九卷六号

八九（一九二九）

(9) 我妻・担保物権法・二六八頁

(10) この議論は、主に、売買代金への物上代位に関して見られる。追及力のある担保権の場合、目的物の所有権が誰に移転しても、その物に対して権利を実行できるため、売却による物上代位を許すべきではない、と考えられるからである。議論の詳細については、柚木薫編『注釈民法(9)』一五五頁〔柚木・西沢修〕（一九六五年）、道垣内弘人「抵当不動産の売却代金への物上代位」神法四〇巻二号四〇九頁以下（一九九〇年）。

(11) 最判平成元年一〇月二七日民集四三巻九号一〇七〇頁。

(12) 鈴木・『抵当制度研究』一三七頁参照。

(13) 起草者である梅謙次郎博士は、民法三七一条の「果実」は天然果実である旨明言している（日本近代立法資料叢書2法典調査会民法議事速記録二巻八一九頁参照）。学説では、我妻・担保物権法・二七五頁、柚木II高木・担保物権法・二六二頁〔柚木〕など。最近の学説でも、伊藤眞教授は、三七一条の適用を天然果実に限る（伊藤・（下）一二頁以下）。

(14) 鈴木・物権法・一七一頁、高木・担保物権法・一三〇頁、近江・担保物権法・一四〇頁など。

(15) 大判大正二年六月二日民録一九輯四八一頁、大判大正六年一月二七日民録二三輯九七頁、大判昭和九年五月八日新聞三七〇二号一三頁。

(16) 我妻・担保物権法・二七四頁以下。

(17) 我妻・担保物権法・二七五頁。

(18) この場合、設定者から剝奪された用益権能及び果実收取権が、抵当権者に帰属するわけではない点に、注意が必要である。我妻・担保物権法・二九六頁は、競売開始決定又は第三取得者への抵当権実行通知により、設定者又は第三取得者の天然果実收取権が「競落人に移る」としている。

(19) 果実論との論理必然性のないことを指摘するものとして、道垣内・担保物権法・一一七頁。但し、後述のドイツ民法のように、賃料債権を天然果実の代償と構成するのであれば、果実が抵当権の効力に服するか否かが重要になってくる。

(20) 鈴木・物権法・一七一頁、榎・担保物権法・一五七頁。

- (21) 近江・担保物権法・四七頁。
- (22) 鎌田・論文①六二頁、半田正夫「判批」ジュリ増刊『担保法の判例Ⅰ』一三五頁（一九九四年）。
- (23) Motive zum BGB III S. 663.
- (24) Motive zum BGB III S. 654.
- (25) 鈴木『抵押制度の研究』一五九頁以下。ただ、鈴木教授は、その後、三七一条の適用を法定果実にも認め、天然果実同様、但書の範囲で抵当権の効力が及ぶ、との説に改められた（前注(20)）。

(2) 抵当権と目的物の使用収益

① 抵当権設定後の使用収益

抵当権設定によって、目的物の使用収益は影響を受けないのが原則である。目的物所有者は、抵当権設定後も目的物を自ら使用し、或いは他人に使用させて対価を取得する等、自由な経済活動を営むことができる。このことは、抵当権設定後に使用などを許可された第三者の権利が「抵当権者に対抗できず、ないしは、劣後するため、売却・賃貸・他の物権の設定等の処分があっても抵当権者の権利は害されない、ということによって支えられている」⁽¹⁾。民法は、このような設定者の経済活動をさらに保障すべく、抵当権設定後に設定された賃貸借であっても、抵当権者（究極的には、買受人）に過度な負担とならないほど短期のものであれば、抵当権実行に際して消滅せず、買受人へ引き受けられる旨を規定している（民三九五条）。他方、抵当権者は、基本的に目的物の使用収益に参与することができない。ただ、若干の例外がある。

一つは、右に挙げた短期賃貸借によって抵当権者が損害を被る場合である。抵当権者は、同賃貸借契約の解除を裁判所に請求することができる（同条但書）。この解除判決の効果については、賃貸借契約自体の消滅をもたらすのか、賃借権の対抗力が消滅するにすぎないか、が争われているが、判例は、一貫して前者の考え方を採っている。当事者の意向を問わず、賃貸借契約の効力を否定する⁽²⁾のであるから、目的物の使用収益関係に対する抵当権者の強力な介入である。ただ、解除請求が許されるのは、抵当権実行の可能性が具体化した後、すなわち、被担保債権の弁済期到来後である、と言われている⁽²⁾。正確には、債務不履行後の介入である。

今一つは、抵当権侵害の例である。抵当権も物権である以上、侵害に対しては物権的請求権を行使することができる。したがって、目的物を毀損したり、目的物の「附加一体物」を分離し、搬出する等、目的物の価値を減少させる行為があれば、行為者に対して、原則として返還や行為の差止めを請求し得る⁽³⁾。但し、抵当権者が目的物の使用収益に關与できない、という原則からの制約がある。第一に、使用収益権能は設定者にあるのであるから、設定者、又は設定者から使用を許された第三者が、「通常の用法で」使用収益する限り、抵当権者は、干渉することができない。したがって、「抵当権の侵害になるのは、抵当権者の承諾なしに、通常の用法を超えて⁽⁴⁾」、目的物の価値を減少させる行為がなされた場合のみとなる。第二に、抵当権者は占有権原を有しないから、返還請求権や明渡請求権を行使するとしても、設定者への返還、設定者への明渡しに限られる。最後に、同様の理由から、誰が占有しているも、また、その者が無権限であっても、通常の用法である限り、抵当権侵害にはならない⁽⁵⁾。また、解除判決を経た後の短期賃貸借人や、用益を目的としないために民法三九五条の保護を受けない短期賃借人であっても、不法占拠者と同様、抵当権

者は、明渡しを請求することができない、とするのが判例の立場である。⁽⁶⁾但し、このような考え方に對しては、抵当権実行の着手後、⁽⁷⁾或いはそのような限定なしに、抵当権侵害の発生を認めるべきである、との意見も強い。⁽⁸⁾

右に挙げた制約はあるが、抵当権者は、物権的請求権の行使により、設定者の意向には関係なく、目的物の使用収益関係を正常な状態に修正することができる。このような修正は、抵当権設定後、いつでも可能であろうか。古くは、「目的物の交換価値が減少しそのために被担保債権を担保する力に不足を生ずる」ことが抵当権侵害である、と考えられていた。⁽⁹⁾しかし、目的物の価格が被担保債権額を下回るか否かを基準とする場合、厳密には侵害の有無を抵当権実行まで判断できないため、抵当権者は實際上、手が出せなくなる。そこで、最近では、「目的物の評価額が債権額を下回る可能性（蓋然性）」があれば足りる、⁽¹⁰⁾としたり、⁽¹¹⁾抵当権の不可分性から、目的物の価格が下落すれば抵当権侵害がある、と見る考え方が主張されている。

② 物上代位権成立後の使用収益

民法三七二条が準用する三〇四条では、「先取特権ハ……行フコトヲ得」としている。したがって、文言を忠実に解する限りでは、代償物請求権上に成立するのは先取特権ないし抵当権である。古い文献では、物上代位の説明に際し「法定債権抵当」、「法定債権質」といった表現が用いられている。要するに、物上代位性を根拠として、債権に對する抵当権（又は質権）が成立すると捉えられていたのである。しかし、近時は、「物上代位権」を觀念するのが一般的である。⁽¹²⁾この権利の実体が抵当権そのものなのか、抵当権とは別の権利であり、物上代位権の行使を介して抵当権の効力が及ぶ、と考えられているのか、は定かでない。仮に、抵当権自体を意味するのであれば、抵当権設定後の

使用収益関係で述べたことがそのままあてはまるが、ここでは、一応「物上代位権」の概念を別に立てて考察することとする。

物上代位権の成立によって、目的物の使用収益がどの程度制約を受けるのか。この点を考えるにあたっては、まず、物上代位権がいつ成立するか、を明らかにしておかなければならない。最近の教科書によれば、抵当権者は、目的物の売却・賃貸・滅失・毀損により債務者（目的物所有者）に代償物への請求権が生じた時、価値権たる抵当権の本質から当然に、或いは抵当権者保護の観点から特別に「物上代位権を持」⁽¹³⁾つ。三〇四条但書の「差押え」が必要か否か、との議論は、物上代位権の行使段階での問題である。すなわち、既に成立している物上代位権を第三者へ主張するためには、抵当権設定登記の他、自ら「差押え」によって公示することを要するか、公示としては抵当権のそれだけで十分であるが、代償物が他の財産に混入し、特定性を失ってしまわないよう、払渡し又は引渡し前に「差押え」をしなければならぬか、の問題であるから、少なくとも、これまでは、物上代位権の成立時期自体に争いはなかったはずである。⁽¹⁴⁾

さて、民法三〇四条によれば、物上代位権を行使するためには、引渡し及び払渡しの前に「差押え」をしなければならない。したがって、物上代位権成立後、「差押え」がなされるまでは、目的物の使用収益には特に影響がないであろう。但し、経済活動というより大きな視点からすれば、物上代位権の成立が、場合によっては、設定者の自由を侵すことも考えられる。「差押え」が特定性確保のための要件にすぎないとすれば、他の債権者が代償物請求権を差し押さえたとしても、また、極端に言えば、第三債務者からの弁済や第三者への譲渡があったとしても、現実の払渡

しや引渡しがなされるまでは、物上代位権の行使が許される可能性があるからである。

しかし、最高裁は、先取特権に関する事例ではあるが、傍論ながら、請求権が譲渡された場合には、物上代位権の追及ができない旨示唆している⁽¹⁵⁾。それ故、実務では、賃料債権への物上代位を阻止するための手段として、現在及び将来の賃料債権の事前処分が横行し、裁判所はむしろ、妨害目的でなされる事前処分の効力を否定することに尽力してきた⁽¹⁶⁾。この点、ドイツ民法にあっても、物上代位により、賃料債権は発生時から抵当権に服してはいるが、差押えがなされるまでは、責任から自由に逸脱し得るため、「差押え時以降の期間」分の事前譲渡を無効とすることで均衡をとっている⁽¹⁷⁾（BGB一一二四条二項）。我が国においても、そのような解決策をとることで、設定者の経済活動の自由は保障され、抵当権者を度の過ぎた執行妨害から保護することができよう。

③ 競売開始決定後の使用収益

競売開始決定では、債権者のために不動産を差し押さえる旨の宣言がなされる（民執一八八条が準用する四五条一項）。開始決定の送達又は登記により差押えが発効した後、相対的な処分禁止効が働いたため、設定者は目的物を処分することができず、処分したとしても、執行手続との関係では効力が認められない（民執五九条二項・三項）。それ故、民法三九五条による短期賃貸借も、競売開始決定後に締結され、對抗要件を備えたとしても、同条による保護の対象とはならない⁽¹⁸⁾。

目的物の占有及び「通常の用法」での使用収益は、買受人によって代金納付がなされるまで、依然として設定者に認められる（民執七九・八三条）。もつとも、本稿で繰り返し述べているとおり、民法は、抵当不動産の差押えが

あつたとき、又は滌除権者が抵当権実行の通知を受け、その後、一年以内に抵当不動産の差押えがあつたときには、抵当権の効力が果実に及ぶ旨を規定している（民三七一条但書）。つまり、執行法上はなお使用収益が許されるにもかかわらず、民法では、抵当権者が売却手続に着手するや否や、設定者から果実収取権を剝奪する⁽¹⁹⁾。

なお、競売開始決定の前後には、抵当権者は、売却のための保全処分を用いて、債務者又は不動産の占有者の「価格減少行為」を禁止し、又は一定の行為を命じるよう裁判所に求めることができる（民執五五条・一八七条の二）。また、「不動産の価格の著しい減少を防止することができないと認めべき特別の事情」がある場合には、債務者や実体法上買受人に対抗できない権原による占有者の占有を解き、いきなり執行官の保管に付すこともできる（同条二項）。このように、同保全処分は目的物の使用収益関係に強い影響を及ぼすが、本来は、差押不動産の交換価値を売却完結まで維持するために設けられた制度である。したがって、民事保全法上の保全処分と異なり、実体法上の基礎は必ずしも想定されていなかった。しかし、平成八年の民事執行法改正で一八七条の二が新設され、抵当権者に限っては、競売開始決定前であっても同保全処分を利用できるようになったため、その性格が曖昧なものになってしまった。⁽²⁰⁾「価格減少行為」という異常な事態に関してではあるが、抵当権者にもみ、競売開始決定前までに、目的物の使用収益に対し、これほど強力な干渉を許した基礎には、民法三七一条一項但書に象徴されるとおり、債務不履行から競売開始決定の発令にかけて、抽象的であつた抵当権の効力が一気に具体化する（すべきである）、との認識があるのかもしれない。

(1) 道垣内・担保物権法・二二八頁。

- (2) 対抗力を消滅させるにすぎない、との主張もあるが（山野目章夫「判批」判タ七一三三四五頁（一九九〇年）、片山直也「フランスにおける詐欺的短期貸借排除の法理―民法三九五条但書の解釈に向けて」法学研究六四卷二二号二七五頁以下（一九九一年）など）、判例は、賃借権自体が消滅することを前提とし、解除請求訴訟を必要的共同訴訟として扱い（大判大正四年一〇月六日民録二二輯一五九六頁）、解除後の賃借人に対し貸借人からの明渡請求を認めている（最判平成六年三月二五日判時一五〇一号一〇七頁）。
- (3) 我妻・担保物権法・三四六頁、鎌田「抵当権（その二）」別冊NBL『担保法理の現状と課題』三四頁。
- (4) 鎌田「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号（以下論文②として引用）一一頁（一九九四年）。
- (5) 「抵当権ハ……抵当不動産ノ使用収益ハ無論其ノ占有ヲ為ス權利ヲモ包含セサルカ故ニ仮令何人カカ無権原ニ当該不動産ヲ占有シ其ノ使用収益ヲ為シタリトテ之カ為メニ例ヘハ抵当物ソノモノヲ損壞シ其ノ価格ヲ低減スル虞アルカ如キ場合ヲ外ニシテ抵当権ハ何ら増損セラレルコト無キハ多言ヲ俟タス」（大判昭和九年六月一五日民集二三卷一一六四頁）。
- (6) 最判平成三年三月二二日民集四五卷三号二六八頁。
- (7) 抵当権実行に着手した後は、不法占拠による侵害が顕在化するからである（小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成（二・完）」西南学院法学論集一四卷二号一六六頁以下（一九八一年）、道垣内・担保物権法・一四六頁）。また、手続法的見地から、福永有利「判批」手研四六三三三頁（一九九二年）。
- (8) 解除後の短期賃借人の扱いについては、特に、批判が目立つ。平成三年判決以後の動向については、小杉茂雄「詐欺的短期貸借に基づく占有者に対する明渡請求についての最近の最高裁判例の動向」民事法情報一二九号五頁（一九九七年）参照。
- (9) 我妻・担保物権法・三八三頁など。
- (10) 近江・担保物権法・一六五頁。
- (11) 鎌田・論文②一〇頁。

抵当権者による収益型債権回収について

同志社法学 四九卷六号

九七（一九三七）

(12) 前節注(3)参照。

(13) 近江・担保物権法・一四一頁。なお、道垣内・担保物権法・一一八頁は、「債務者」が金銭その他の物を受け取ることになったとき、その請求権に対して物上代位権の行使が認められる」としているが、後述の理由から適切な表現ではない。

(14) ただ、賃料債権への「物上代位が認められる」時を限定する考え方、例えば、三七一条一項但書に倣って、売却手続への着手時以降としたり、債務者が信用危機に陥った時、賃借権の設定により目的物の価格が下落した時にのみ、物上代位を認める立場である。これらの説が物上代位権の成立時期について異なる理解を有しているか、は必ずしもはっきりしない。例えば、三七一条但書の範囲で物上代位を認める立場であれば、売却手続への着手時に物上代位権が成立することになるか。これに対し、信用危機説では、「理念的・可能的には債務者側に信用危機を生じた時より、現実・具体的には物上代位権の行使ないし保全の手段がとられた時より、抵当権の支配に服する」(檜梯次「動産先取特権の効力とその実現(5)」金法一一七四号一八頁以下(一九八七年))と説いている。本稿の表現を用いれば、債務者側に信用危機が生じた時に「物上代位権が成立」し、債務不履行時以降その行使が許され、実際の行使時に抵当権の支配力が現実化する、と言い換えることができそうである。しかし、物上代位権が成立するのは、通説同様、目的物の賃貸等の事実が生じた時であるが、その行使が可能となるのは、一般の理解よりも早く、債務者が信用危機に陥った時以降である、とも読める。

(15) 最判昭和五九年二月二日民集三八卷三三三頁。

(16) 最近の判例の動向については、田原陸夫「将来債権の譲渡と抵当権の物上代位」金法一四八四号一五頁以下(一九九七年)参照。

(17) ドイツ法の状況については、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産賃料の事前処分(一)」大阪学院大学法学研究二二三卷二九頁以下(一九九七年)に詳しい。

(18) 大判大正二年一月二四日民録一九輯一一頁。

(19) この点のずれをどのように理解すればよいか。かつて、竹下守夫教授が比較法的研究を基礎に、次のような推論を立てられた。すなわち、フランス法では、不動産競売手続における差押えにより債務者は収益権を失い、同手続内で債務者を管理

人とする管理がなされ、賃料は不動産の売却代金とともに債権者へ配当される。民法三七一条一項但書は、フランス法における果実の不動産化の制度を実体的側面だけ採り入れ、手続面では、強制競売と強制管理を峻別するドイツ流に倣ったため、実体法と手続法での扱いに乖離が生じたのではないかと（竹下・九〇頁以下）。

この乖離をうめる方法としては、「抵当権実行のためにも強制管理を認め、民法三七一条一項但書は強制管理による差押えのみに関するものとするであろう」と竹下教授は提案される（竹下・九一頁）。また、最近では、浦野・民法情報一二〇号三頁は、「抵当権の実行としての競売の差押えにつき強制競売の差押えの効力を準用することは、立法論としてはきわめて不適切」であり、「担保権の実行として強制管理を認めていないわが国の担保権の執行制度では、債務者（所有者）に対し、差押え後まえ目的不動産の使用、収益を認める実地上の必要性は皆無である。

(20) 売却のための保全処分をめぐる法改正の経緯については、梶山玉香「抵当権の実行と民事執行法改正」ジュリスト一一一五号一一四頁以下（一九九七年）参照。

(3) 小 括

以上の考察から、次のようなことが言えるであろう。

まず、抵当権が設定されただけでは、目的物の使用収益にほとんど影響は見られない。目的物が物理的に毀損される等、「通常の用法」を逸脱した方法で使用収益がなされ、目的物の価値が減少する場合、抵当権者は、物権的請求権を行使して正常な状態に戻すことができるだけである。物上代位権も同様に、単なる成立だけでは、設定者の使用収益権能を何ら拘束しない。

しかし、抵当権の支配力は、段階的に強化されていく。その節目の一つは、被担保債権の履行期にある。抵当権の

本来的実行や物上代位権の行使が可能となる時期である。民法三九五条但書の解除請求のような、使用収益関係への積極的介入も許される。もう一つは、競売開始決定前後である。差押えの処分禁止効及び民法三七一条一項但書により、設定者は目的物の処分権、果実收取権を失う。さらに、著しい価格減少行為がある場合には、保全処分により、占有までもが設定者から執行官へと移される。

右の結論は、賃料に対して抵当権の効力が及ぶ構造とも一致する。賃料に対して抵当権の効力が及ぶとすれば、民法三七一条を法定果実に適用するにせよ、物上代位による効力拡張を認めるにせよ、三七一条一項但書の範囲、つまり、抵当権の支配力が相当に具体化した後である。この段階に至れば、設定者の使用収益権能には、様々な点でかなりの制約が課されており、賃料を抵当権の効力に服せしめたとしても、自由な経済活動を侵害したことにはならない。

したがって、抵当権者が売却手続に着手した後は、賃料債権へ抵当権の効力が及ぶ。その根拠が三七一条一項但書と物上代位のいずれにあるか、は難しい問題である。本稿のように、三七一条一項但書の範囲内でのみ物上代位権が成立する、と考えれば、同じ結論が得られるが、あえて物上代位という形をとらなくても、抵当権の本来的効力が及ぶと考えればよいのではないか。いずれの場合であっても、本来的な実行からは独立して、賃料債権に対する抵当権実行が許される。ただ、多少問題となると思われるのは、三七一条一項但書を果実收取権から説明する場合、抵当権実行に着手された後、設定者の果実收取が認められなくなることはよいとしても、なぜ、果実收取権の帰属しない抵当権者が果実から満足を受けるのは何故か、の説明がつかない。つまり、三七一条一項但書の効力に基づき、抵当権者が賃料から債権を回収するためには、抵当権者以外に、将来の買受人のため、中立的な立場から果実收取権を行使

する者が必要となる。

(三) 強制管理の活用可能性

(1) 強制管理手続の現状

① 民事執行法上の取扱い

前節までの検討で、売却手続に着手した後は、抵当権者が収益型債権回収を行うことを確認することができた。それでは、そのような債権回収のためには、いかなる手続がふさわしいのであろうか。

現行の民事執行法で抵当権者が収益型債権回収を行おうとすれば、民事執行法一九三条所定の手続によるほかはない。⁽¹⁾ 旧競売法は、まさに「競売」による換価のみを念頭に置いていたため、取立て等の方法で換価しなければならぬ債権その他の財産権の実現手続については、何ら定めていなかった。民事執行法制定にあたって新設された同規定は、権利を目的とする担保権実行に対し、他の担保権実行と同じく、債務名義を求めなかったが、その他の点では、債権に対する強制執行手続に準じて扱っている。

民事執行法は、一般の強制執行手続に関する規定の大部分を担保権実行手続に準用している。しかし、強制管理に関しては、準用規定が存在しない。民事執行法の立法者が、担保権実行としての強制管理制度の導入を断念したためである。現行民法を前提としていた競売法が担保権実行のための強制管理を認めていなかったことから、実体法を触らずに、手続法だけの改正で担保権実行としての強制管理を可能とすることはできない、との判断がなされたらしい。⁽²⁾

したがって、民事執行法上、少なくとも、抵当権者が強制管理を申し立て、優先的に配当を受けることは無理である。また、一般債権者が申し立てた強制管理手続へ、抵当権者が配当要求の形で参加することについても、立法者は否定的である。⁽³⁾ 強制管理手続で配当を受けようとするれば、一般債権者と同様の資格、すなわち、執行力ある債務名義を取得する必要がある⁽⁴⁾、この場合は、当然、抵当権者としてではなく、一般債権者として扱われる。

このように、同じく収益型債権回収を目指しながらも、債権を目的とする抵当権実行手続と強制管理手続は、全く別の手続として進められる。それ故、両手続が同じ物件の収益を対象とした場合には、抵当権者及び一般債権者との間で利益を分配するという解決策がとれない。手続同士が衝突するため、両手続のうち、いずれか一方が実質上優先されることになる。同様の事態は、強制管理と一般債権者による賃料債権の差押えが競合したときにも生じるが、この場合には、差押えの先後で決せられる。つまり、強制管理が先行する場合、一般債権者がその収益を債権差押えの形でとることは許されない。一般債権者は、先行手続であり、かつ包括執行である強制管理手続へ配当要求の形で参加し、自己の権利を実現すればよい。⁽⁵⁾

これに対し、抵当権実行手続と強制管理が競合した場合には、手続開始の先後を問わず、前者が常に優先される。抵当権者の優先権が尊重されるからである。その結果、強制管理手続に服していた収益は、管理費用の分まで、全て抵当権者の手に入ることになる。民事執行法制定過程では、このような事態を回避するため、果実に対する抵当権実行と強制管理との調整規定を置き、抵当権者を強制管理の手続内で処遇する方法が模索された。とりわけ、第一次試案では、強制管理中の収益が物上代位による差押えの対象にならない旨の規定（第一次試案七四条四項）の設置が検

討されたが、採用に至らなかった⁽⁶⁾。したがって、現行制度では、「物上代位による個別債権執行により、本体の不動産に対する執行方法となされる債務名義による目的不動産に対する強制管理手続を取消しに至らしめる」⁽⁷⁾結果となる。

② 強制管理の利用状況

担保権実行の一方法として、強制管理制度の導入を求める声はあるが、表にあるとおり、強制管理の事件数自体は極めて少ない。昭和六二年までは年平均二〇件、それ以降は若干増加傾向にあるものの、それでも多い年で年間五〇件程度にとどまっている。しかも、事件の多くは取り下げられており、実際に手続が完了する例は一年に一件あるかなしかの状態である。強制競売の事件数が年に何万件という単位であることを考えると、実務上ほとんど機能していないと言ってよい。

表(二) 強制管理既済事件数の推移 (『司法統計年鑑』より作成)

年	総数	終結	他手続での配当	却下	取消	取下	その他
五五	一三三	一	一	二	一	一八	二
五六	三八	一	一	二	一	二四	一
五七	二〇	一	一	二	三	二	三
五八	二二三	一	一	一	二	一九	一
五九	一八	一	一	一	二	一四	一
六〇	二二三	一	一	一	三	一八	一
六一	二二二	一	一	一	一	二二	一
六一	二二三	一	一	一	二	二〇	一
六三	三三三	一	一	二	七	二三	一
一	五二	一	一	一	一八	二八	四
二	二七	一	一	一	一	一五	一
三	一八	一	一	一	四	一三	一
四	一三三	一	一	二	三	一八	一
五	三三二	一	一	一	三	二六	一
六	四七	二	二	一	四	四二	一
七	三三二	一	一	一	三	二九	一
八	五一	三	三	一	一〇	三八	一

この一五年間、事件数に大きな変化は見られないものの、平成元年前後と平成五年以降に僅かながら事件数が増え

ている。前者は、まさにバブル経済絶頂期にあたる。地価の異常な高騰に伴って、都心部の賃料が高額化した時期であるから、通常よりも、賃料債権への注目度が高かったものと思われる。後者は、逆に、バブル経済崩壊後の不況期である。地価暴落により、不動産の売却代金からの債権回収は望むべくもなく、やむを得ず賃料債権からの回収を試みたというのが実情であろう。注目すべきであるのは、取消し件数の増加である。総件数に対する取消し件数の割合は、例年ほぼ一割前後であるが、昭和六三年から平成四年及び平成八年については、三割から四割に及んでいる。偶然の結果かもしれないが、原因を特定することはできないが、抵当権に基づく物上代位の結果、賃料債権が差し押さえられると、強制管理手続は取り消されるため、その影響が少なからずあるのではないか、との推測が成り立つ。

ちなみに、ドイツにおいても、強制管理手続の利用は、全ての不動産執行数の約八〇九パーセントである。⁽⁸⁾ 年や地域により数字にはかなり幅があるが、経済危機にあっても、一五パーセントを超えることは稀である、と言う。その原因としては、かなりの費用と時間がかかることが挙げられている。⁽⁹⁾ 日本でも同じことが指摘されているが、とりわけ、ドイツの強制管理制度は、土地を債務者に保持させることを主たる目的としているため、債権者の満足は、利息のような継続的かつ回帰的給付を除き、あまり顧慮され⁽¹¹⁾ないし、また、収益の配当にあたって、⁽¹²⁾ 抵当権者は必ずしも優先的な取扱いを受けない点で、やや特殊な事情が存する。また、強制管理人の選任、管理の方法が専ら執行裁判所の手⁽¹³⁾に委ねられることも、問題とされている。十分な収益があがるか否かは、管理人の手腕にかかっているわけであるから、誰が管理人となり、どのような管理を行うかは、確かに債権者にとって大きな関心事である。

なお、強制管理手続は、強制競売手続とは別個独立に進められるが、強制競売が完了すると、目的物を失ってしま

う。その意味で、強制管理は、事実上、物件の所有権が強制競売によって買受人へ移るまでの暫定的措置である。収益から満足を受けるためには、長期にわたって収益活動を行うことが必要であるが、全債権者が強制管理手続に参加しない限り、そのように長期的な、安定した収益計画を立てることはできない。この点も、強制管理が敬遠される大きな原因である。

(1) 賃料債権に対する抵当権実行については、現行法上、物上代位の手続(民執一九三条)以外に特別な手段が用意されていない。しかし、本来、どのような根拠で抵当権の効力が賃料債権へ及ぶか、によって、理論上は、差異が生じるはずである。すなわち、賃料への効力が民法三七一条の制約を受けないとすれば、抵当権の効力は、その設定時又は賃貸借契約が締結された時から賃料へ及ぶ。他方、民法三七一条但書の下でのみ、賃料が抵当権に服するのであれば、抵当権の効力が及ぶのは、抵当不動産の差押え又は滌除権者への抵当権実行通知時以降となる。また、物上代位を原因とするのでなければ、その実現にあたって、賃料(債権)の「差押え」(民三〇四条一項但書)は求められないはずである。本来的効力が及ぶ場合はもちろん、目的物との附加一体性を理由として効力が拡張される場合にも、売却に際し、抵当目的物以外の物又は権利の「差押え」を要しないからである。

民事執行法一九三条の手続は、債権執行手続であり、まず、担保権者が自ら「担保権の存在を証する文書」を裁判所へ提出し(民執一九三条一項二文)、これを受けて、裁判所が差押命令を発することにより開始する(同条二項)が準用する(四三条)。物上代位にあつては、これが民法三〇四条但書で求められる「差押え」にあたる。物上代位以外の原因による抵当権実行でも、物上代位手続に則つて行われる限り、「差押え」が必要となる。

(2) ジュリ増刊民事執行セミナー二〇四頁以下(一九八一年)。
(3) 物上代位権が強制管理手続への配当要求の形では実現され得ないためであるらしい。物上代位権の行使にあつては、収益に対する請求権を個別に差し押さえる必要があるが、これは、強制管理による不動産の差押えのような包括的な差押えでは代替できない、とされる。この点から見る限り、民事執行法の立法者は、抵当権者が賃料債権から満足を受けるのは物上

代位の事例に限られると考えていたようである。もともと、一九三条一項二文で「賃料」を挙げているのは、立法者が賃料債権への物上代位を肯定する立場の表明というよりも、何ら評価を加えず、三〇四条の文言そのままを移行させただけである、と言われる。この点に関しては、民事執行セミナー二〇四頁以下。

(4) 民事執行セミナー二〇四頁以下。

(5) 逆に、賃料債権の差押えが先行している時に、後から強制管理の開始決定があるとき、「個別執行と包括執行の関係のよ

うに見て、強制管理のほうに取りこめる」という扱いができないか、との問題提起もある(民事執行セミナー二〇九頁)。

(6) 民事執行セミナー二〇五頁。

(7) 浦野・前掲民事法情報二二〇号五頁。

(8) Steiner-Hagemann, § 146 Rdz. 41.

(9) Steiner-Hagemann, § 146 Rdz. 42 f.

(10) 鈴木忠一・三カ月章『注釈民事執行法③』四三九頁「富越和厚」(一九八四年)。

(11) Hahn-Mugdan, Die Gesamten Materialien zu den Rechts-Justizgesetzen Band 5, S. 63.

(12) ZVGの文言上は、継続的かつ回帰的給付に限り、抵当権者の優先権を認め(ZVG一五五条二項)、元本債権については、差押えの時期が早い者から順に満足を受ける(ZVG二一条)。但し、異論がある(本文次項参照)。

(13) Steiner-Hagemann, § 146 Rdz. 43.

(2) 抵当権実行方法としての強制管理

右に述べたような状況にもかかわらず、近時の学説が、抵当権実行手続への強制管理制度導入に固執するのは何故であろうか。

まず、抵当権実行の方法として強制管理を認めると、先に述べた抵当権実行と強制管理との間で、手続同士の衝突は回避される。ドイツ法では、債権差押え (Pfändung) 後に抵当権者が強制管理のために不動産を差し押さえると、差押えがなされた月 (一五日を過ぎてなされた場合には、翌月) の賃料までは先の差押えの支配下にあるが、その後の賃料は、強制管理に服することとなるし、⁽¹⁾ 強制管理のための差押えがなされると、管理中の賃料債権は以後、差押えの対象とならない。⁽²⁾

しかし、抵当権者を強制管理手続内で優先的に扱おうと、手続開始後、しばらくは管理収益の全てが抵当権者への配当に費やされてしまい、事実上一般債権者から配当の機会を奪ってしまうことになる。そうならば、多くは強制管理の申立てを取り下げてしまうことが予想される。⁽³⁾ この点について、ドイツ強制競売強制管理法では、少し複雑な配当方法が採られている。配当については、同法一〇条が、強制競売手続での優先順位を規定しており、強制管理手続でも、収益は基本的にその順位に従って分配される。すなわち、債権者は八つのグループに分けられ、⁽⁴⁾ 抵当権など物権を有する者は第四順位、一般債権者は第五順位である。但し、先述のような強制管理制度の特殊性から、収益からは、まず土地の維持管理に必要な費用 (強制管理人への報酬を含む) が控除されるし、第二、三、四順位の債権は、利息などの継続的かつ回帰的給付についてのみ、優先的に処遇される (一五五条二項)。その結果、⁽⁵⁾ 抵当権の被担保債権は、第五順位に繰り下げられる。この第五順位内での順位については、同法一四六条が一条を準用していることから、実体法上の優先権に関係なく、⁽⁶⁾ 差押えの時間的先後により決せられる、と解する立場と実体法秩序によるべきである、とする立場が対立している。条文の構成上は前者のように解釈できるが、後者では、⁽⁵⁾ 抵当権者を冷遇すれば、

強制管理を利用せず、強制競売へ流れていく危険性が指摘されている。⁽⁷⁾

強制管理制度の利点は、関係者の利益を尊重しつつ、債権者のために、最も効率のよい資産運用が目指される点にある。例えば、強制管理手続が開始すると、債務者は収益の処分が禁じられ、目的物の管理、果実の収取及び換価、必要に応じて占有に至るまで、管理人の手に委ねることとなる。これにより、占有型及び賃借権設定型の執行妨害は著しく減少し、管理人によって築かれた健全な賃貸借関係から、確実な収益が生み出されその一方で、債務者の生活権に対しても、配慮がなされる。強制管理手続が開始した後も、他に居所がない債務者には居住に必要な限度で建物の使用を許し(民執九七条)、賃料収入に頼っていた債務者には収益の中から生活費が与える(民執九八条)。いずれも、ドイツ法に倣って設けられた規定である。

最後に、民事執行法上、民法三七一一条一項但書に基づく抵当権実行の方法が存在しないことから、そのための手段として強制管理を認めるべきである、との主張がある。当時の通説的見解に従って、賃料債権からの債権回収方法として物上代位しか予定しなかった民事執行法に対し、賃料からの債権回収は三七一一条一項但書によるのが本筋である、との認識のもとに、不備を指摘するものである。しかし、別の観点からも、三七一一条一項但書に基づく抵当権実行には、強制管理が適切ではないか、と思われる。前章で述べたとおり、三七一一条一項但書が設定者から用益権能及び果実収取権を取りあげたとしても、抵当権者に帰属させるわけにはいかない。しかし、買受人は、売却許可決定が得られるまで果実収取権を取得し得ない。したがって、厳密に言えば、抵当権者以外の者が果実収取権を行使し、得られた収益を分配する手続がふさわしく、強制管理は、まさに、そのような要求に応える制度だからである。

- (1) Stöber, Forderungspfändung, 10. Aufl. (1993) Rdz. 231f. 債権差押えが抵当権者によってなされていた場合でも同様である。²⁹⁾
- (2) Stöber, aaO. Rdz. 231.
- (3) この点を指摘するのは、民事執行セミナー二〇八頁。
- (4) 但し、第六順位の債権は強制管理手続において予定されていない。(Steiner-Hagemann, § 155 Rdz. 41)。
- (5) Zeller-Stöber, § 155 Rdz. 5.
- (6) Steiner-Hagemann, § 155 Rdz. 89 ff.
- (7) Steiner-Hagemann, § 155 Rdz. 90.

(3) 小 括

強制管理制度は、現在、ほとんど利用されていない。債権回収という面だけを見れば、長期にわたり少額の配当を受ける強制管理手続は、強制競売に比べてはるかに効率が悪い。しかも、強制競売や物上代位権の行使により手続が妨げられる可能性があるため、不安定である。ただ、物件を売却するまでの間であれば、強制管理に付すことには多大なメリットがある。債務者や他の債権者の利益を考慮することができ、執行官が管理人として占有すれば、執行妨害の防止もできる。抵当権者を強制管理手続に参加させると、収益の大半が抵当権者の手に入る危険もあるが、この点については、ドイツ法のように利息に関してのみ優先的に処遇し、元本債権に関しては按分比例で分配するというのも一つの方法である。売却までの暫定的措置として考えれば、必ずしも実体法上の優劣関係を貫く必要はないであ

ろう。

なお、売却までの暫定的措置という観点からすれば、立法論的には、売却のための保全処分の中で、執行官保管命令とともに強制管理を命じることが、最も望ましいように思われる。ドイツでは、抵当権侵害を理由とする（BGB 一一五四条二項）仮処分として（ZPO 九三八条二項）、強制管理（Sequestration）を命じることができる。管理の内容は裁判所の裁量で定められるが、あくまでも保全目的でなされるものであるから、収益は債務者に渡され、或いは、供託される。債権者に配当されるとしても、利息分のみである、売却までの期間、執行妨害対策も兼ねた債権回収方法として検討してみる必要があるのではないか。

四、おわりに

本稿は、抵当権者による収益型債権回収に対し、積極的な立場から考察を加えてきた。抵当権者は目的物の使用収益に關与すべきでない、との原則を堅持する立場からすれば、このような視点そのものが批判の対象となるかもしれない。しかし、抵当権に基づいて売却手続が進められれば、最終的には、使用収益権能を含め、所有権そのものが設定者から失われてしまう。抵当権に対抗できない利用権も、消滅する。それでも、被担保債権の満足が得られるのであれば、少なくとも抵当権者にとっては利益がある。しかし、抵当不動産の価値が下落し、被担保債権額に満たない場合、無理に低額で売却したとしても、誰の利益にもならない。

従来、賃料に抵当権を及ぼすと、設定者の自由な経済活動が害される、という理由から、抵当権者による収益型債

権回収の可能性は、出発点の段階で否定されがちであった。しかし、本稿での考察は、必ずしもそうでないことを示し、抵当権実行の方法として強制管理手続が利用できれば、むしろ関係人にとって利点が多いことを明らかにできたのではないか。鎌田薫教授は、賃料債権への物上代位をめぐる利益状況についてではあるが、次のように述べておられる。「被担保債権の履行が遅滞している以上、目的物が売却されてもやむをえない状態に陥っている抵当不動産所有者にしてみれば、抵当権者が賃料債権に物上代位してきても、それによって本来取得すべき賃料収入が不当に奪われたということはできないだけでなく、本来ならば失ってもやむを得なかった目的物の所有権を保持することができ、しかも競売による売却価格の目減りの危険や賃借人とのトラブルを回避することができるといってよい。賃借人とくに抵当権者に対抗することのできない賃借人にとっても、賃借不動産が売却されるよりもはるかに有利であろう」⁽¹⁾。

右のことは、物上代位のみならず、広く民事執行制度全体にあてはまる。「売れない」物件を「売る」ことに固執する必要はない。「売れない」のであれば、「売らない」で債権回収を図る道を探る。それにより、設定者の使用収益活動が妨げられるというのならば、できるだけ関係者の利益を害しないような方法を模索する。そのような発想の転換をもたらすきっかけとなれば、収益型債権回収システム構築の準備作業たる本稿の目的は一応達成される。

(1) 鎌田・論文①六八頁以下。

〔付記〕 本稿の校正段階で、最高裁平成一〇年一月三〇日判決に接した。将来の賃料債権の包括譲渡に対し、物上代位が無条件に

優先する旨を判示したものである。本稿は、抵当権の本来的効力として競売開始決定以後は、賃料債権まで押さえることができるものであるが、物上代位であってもほぼ同様の結論が得られるものと考えてきた。しかし、物上代位を根拠として抵当権の効力を賃料へ及ぼすとした場合、このように強い効力が物上代位に与えられるとすると、本稿での検討内容も、かなりの修正を要するようになる。将来債権、既発生債権の区別なく、また、差押えの時点を考慮することもなく、物上代位の優位性を認めた同判決は、私にとって予想外であり、脱稿後の短期間での考察では、十分に対応することができない。できるだけ、早い時期に別稿で取りくみたいと考える。