

司法試験

民法～担保物権の重要事項

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



無料公開講座

重要事項習得講義ライブ

民法～担保物権の重要事項

今回は、「重要事項完成講座～知識編」(2016. 5月配信開始)のテキストのサンプルを使用して上記テーマに関する重要事項を学習していきます。なお、このテキストはサンプルなので、「知識編」のテキストは異なる場合があります。

平成28年6月5日

LEC専任講師 矢島純一

*「知識編」のテキストの重要度ランクの見方

・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範(要件)や法律効果などとして答案に書くことがある事項のうち、内容を理解して答案に書けるようにしておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。これら事項については重要度の高いものから順番に理解と記憶をして規範として答案に書けるようにしてください。

・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。これら記号がある事項については、重要度の高いものから読んで内容を納得できる程度の学習をしてください。

・条文の略記：I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段

・ナンバリングの大小関係：第1 1 (1) ア (ア) a (a)

*平成28年5月以降の矢島担当の主な新規製作講座

- ① **重要事項完成講座「知識編」** 必修7科目
合格に必要な基本重要知識のインプット用の講座
H28. 5月から科目単位で順次制作配信
- ② **重要事項完成講座「論文過去問徹底分析編」** 必修7科目
本試験で求められる法的思考と事例処理能力の習得用の講座
H28. 10月から科目単位で順次制作配信 (ライブ講義クラスも有)
注：講師作成の解答例は全面見直し
- ③ **矢島ゼミ**
論文対策から短答対策まで合格に必要な要素を凝縮したゼミ
H29. 1月開講
- ④ **重要事項完成講座「論文知識スピードチェック講座」**
H29. 1月開講
- ⑤ **重要事項完成講座「実践的な合格答案の作成編」**
H29. 3月開講
- ⑥ **選択科目総整理講座「労働法」**
合格に必要な基本重要知識のインプット用の講座
H28. 4月制作 H28. 5月配信
注：テキストはH28. 4月に全面改訂・講義も100%リニューアル

第5章 抵当権

1 抵当権の意義

→ 抵当権とは、債務者又は第三者が占有を移転しないで担保に供した不動産等から他の債権者に先立って優先弁済を受けられる担保物権をいう（369 I）。抵当権者は目的物の占有を抵当権設定者のもとに留めて交換価値だけを把握する。○

- ・ 抵当権の目的物：不動産（369 I）、地上権、永小作権（369 II）。○

（抵当権の内容）

369 条 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

2 地上権及び永小作権も、抵当権の目的とすることができる。この場合においては、この章の規定を準用する。

・ 抵当権設定契約は**諾成契約**であるが、目的物の所有者のみが締結しうる物権契約である。●

・ 抵当権の成立要件 ●

- ① 被担保債権の存在（被担保債権の発生原因事実）
 - ② 抵当権設定契約（諾成）
 - ③ 抵当権設定契約時に設定者が目的物の所有権を有していたこと
- ・ 抵当権を物権なのでそれを第三者に対抗するには**登記**が必要である（177）。○

・ 抵当権には付従性があるので抵当権を設定するには被担保債権が存在することが必要である。**もともと、将来発生する債権**を被担保債権として抵当権を設定することもできる（**付従性の緩和**）。なお、この場合でも**根抵当権と異なり将来発生する被担保債権の額やその発生原因事実は確定していることが前提**である。ちなみに、被担保債権の額又は価額は抵当権設定登記の登記事項である。

被担保債権の範囲

・ 抵当権の被担保債権は、後順位抵当権者の担保価値の把握についての予測可能性を不当に害さないようにするために、**元本及び満期**となった最後の**2年分の利息**その他の定期金に限られる（375 I）。もともと、抵当権設定者（債務者又は物上保証人）は、被担保債権を全額弁済するのが当然なので、抵当権設定者に対してはそのような限定はない。△

・ **遅延損害金**は、利息その他の定期金と逡算して2年分が被担保債権となる（375 II）。

・ 不当利得返還請求権と抵当権の被担保債権 ●

労働金庫Yから金銭を借り入れたXが、その貸金の担保として不動産に抵当権を設定したところ、その貸金は員外貸付であり労働金庫の目的の範囲外のものとして無効なものであった。その後、Xが、貸付が無効で被担保債権が発生していないので抵当権の担保物権としての付従性により抵当権も無効であるとして、所有権に基づく妨害排除請求権として抵当権設定登記の抹消を求めた事実でXの主張の当否が**問題**となった。

最高裁は、員外貸付が無効であったとしても、Xは、Yに対して、貸金同額の金銭の不当利得返還義務を負うのであり、XがYに債務を負っていることには変わりがないとした上で、本件抵当権は**経済的にはYのXに対する不当利得返還請求権を担保する**ので、Xが抵当権の無効を主張することは**信義則**上許されないとした（**最判昭44.7.4**）。

3 抵当権の効力～効力が及ぶ範囲

(1) 意義

→ 抵当権の効力が、抵当権が設定されている土地や建物に及ぶのは当然であるが、さらに、抵当地上に存する建物を除き、その抵当権の目的である不動産に「付加して一体となっている物（付加一体物）に及ぶ（370）」 ●

(抵当権の効力の及ぶ範囲)

370条 抵当権は、抵当地上に存する建物を除き、その目的である不動産（以下「抵当不動産」という。）に付加して一体となっている物に及ぶ。ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び第四百二十四条の規定により債権者が債権者の行為を取り消すことができる場合は、この限りでない。

(2) 付合物に対する抵当権の効力

→ 付合物（242本）は370条の付加一体物に含まれるため抵当不動産の付合物には 抵当権の効力が及ぶことには争いがない。○

・ 付合物とは「不動産に従として付合した物（242本）をいい、付合物の所有権は当該不動産に吸収される。例えば、土地上に根付いた木など不動産に付合して独立性を失ったものは土地の付合物となり、建物の増改築部分で建物と一体となって独立性を失った部分は建物の付合物となる。

(3) 従物に対する抵当権の効力

→ 従物が抵当権の効力の及ぶ付加一体物に含まれるのかが問題とされている。付加一体物の意義をどう捉えるかについては、経済的価値的な一体性の有無を重視する見解と、物理的な一体性の有無を重視する見解とが対立している。○

判例は、付加一体物の捉え方につき物理的な一体性の有無を重視する見解をとつているといわれている。すなわち、従物は付合物と異なり物理的に独立性があるので付加一体物に含まれないと考えることになる。**もともと、従物は主物の処分に従うので（87Ⅱ）、抵当権設定行為を「処分」とみて、抵当権設定時から存する従物には87条2項を根拠に抵当権が及ぶとした大審判例がある（大判大8.3.15）。**

学説では、付加一体物の捉え方につき経済的価値的な一体性の有無を重視する見解が有力である。すなわち、抵当権は目的物の経済的価値を把握する権利であり、従物は主物の効用を助けて主物の経済的価値を高めるものであることから、従物が主物に付属した時期につき抵当権設定の前後を問わず、370条の「付加一体物」として抵当権の効力が及ぶとしている（370条説）。

・ 従物が不可一体物に含まれるとすると学説に対しては、従物は独立性があるため、主物と付加一体物とみることではできないとの批判がされている。

・ 抵当権の効力が及ぶ従物と第三者に対する公示手段

従物に抵当権の効力が及ぶとしても、抵当権のような物権は公示をしないと第三者に対抗できない（177）。土地や建物などの主物たる抵当目的物に抵当権が及ぶことは、抵当権設定登記により公示されているが、従物に抵当権の効力が及ぶことは登記により公示されているわけではない。そこで、従物に抵当権が及ぶことをどのように公示して、公示の不存在を主張するにつき正当な利益のある第三者に対抗できるようにすべきなのかが問題となる。

最高裁（昭和44年判決）は、前記大審判判決（大判大8.3.15）を引用して、抵当権設定時の従物に抵当権の効力が及ぶことを認めたが、その根拠として87条2項には触れずに、本件抵当不動産に設定された抵当権の効力が従物（取り外しのできる庭石等）にも及び、従物を抵当権の効力から除外する特段の事情がない限り、その抵当権の設定登記をもって、370条により抵当権設定時に存在した当該従物についても対抗力を有するとして、抵当権の対抗力が従物に及ぶことを肯定した（後掲最判昭44.3.28）。○

・昭和44年判決は、370条により抵当権設定登記の対抗力が従物にも及ぶ結果、抵当権の効力が従物にも及ぶことを認めたものであり、従物が370条の付加一体物に含まれるということを直接判示したのではない。しかし、實際上、従物が370条の付加一体物に含まれることを直接判示したものではない。○

ただ、この判例は、従物が抵当権設定時に既に存在していた事案のものであり、抵当権設定登記後の従物にまで本判例の射程が及ぶかは疑問が残る。この判例は、従物が370条の付加一体物に含まれ、抵当権設定当時の先後を問わず従物に抵当権の効力が及ぶことを一般的に肯定したものといえるかは不確かである。

*最判昭44.3.28 抵当権設定時に存在した従物に対する抵当権の効力と対抗力

(判旨)

本件石灯籠および取り外しのできる庭石等は、本件根抵当権の目的たる宅地の従物であり、本件植木および取り外しの困難な庭石等は右宅地の構成部分であるが、右従物は本件根抵当権設定当時右宅地の常用のためこれに付属せしめられていたものであることは、原判決の適法に認定、判断したところである。そして、本件宅地の根抵当権の効力は、右構成部分に及ぶことはもちろん、右従物にも及び(大判大正八年三月五日)、この場合、右根抵当権は本件宅地に対する根抵当権設定登記をもって、その構成部分たる右物件についてはもちろん、抵当権の効力から除外する等特段の事情のないかぎり、民法370条により従物たる右物件についても対抗力を有するものと解するのが相当である。

(論証例) 従物と付加一体物(370条説)、公示手段 論文試験で書きやすい説 ●

主物に抵当権が設定された場合、従物にも抵当権の効力が及ぶか否かが問題となる。

抵当権は担保目的物の経済的価値を把握する権利であることから、370条の付加一体物に当たるかは、物理的一体性ではなく経済的価値的一体性を重視して判断すべきである。そして、主物たる抵当目的物の従物は主物の効用を助けて主物の経済的価値を高めるものであるから、主物に付属したのが抵当権設定の前であっても後であっても、従物は付加一体物として抵当権の効力が及ぶと考える。

また、従物が主物と付加一体物となり主物に設定した抵当権の効力が従物にも及ぶと解する以上、主物である抵当目的物につき抵当権設定登記がされて抵当権に対抗力が認められる限り、その対抗力は、370条により、抵当目的物と付加一体となった従物にも及ぶと考える。

注：上記論証により、従物に抵当権の効力が及ぶことを、抵当権設定登記後に従物を譲り受けた第三者に対して対抗できることになる。

(4) 従たる権利に対する抵当権の効力

→借地上の建物に設定された抵当権の効力は、87条2項類推適用説か370条類推適用説により、建物の従たる権利である借地権にも及ぶ。○

・87条2項類推適用説なら、抵当権設定時の借地権に対して抵当権の効力が及ぶ。

・370条類推適用説なら、抵当権の設定の前後を問わず、借地権に抵当権の効力が及ぶ。

・判例も、土地賃借人の所有する借地上の建物に設定された抵当権の実行により、競落人が当該建物の所有権を取得した場合、特段の事情がない限り、建物所有に必要な敷地の賃借権も競落人に移転するとしている(最判昭40.5.4)。

この判例は、従たる権利という用語や、87条2項類推なのか370条類推なのかを明示していないが、借地上の建物に抵当権が設定されて抵当権が実行されて建物が競落された場合、借地権が、主物たる建物に付属して社会経済的にその効用を助ける従たる権利として競落人に移転することを認めたものと評価することができる。

・従たる権利については、総則の分野の「従物」の項目で学習した。

(5) 抵当不動産から分離した物に対する抵当権の効力

→ 例えば、木材になる立木が植林された土地に抵当権が設定されている場合、明認方法など立木につき別に対抗要件を備えていなければ、立木は抵当不動産に定着する付合物となり土地と一体のものとして扱われる。このとき、抵当権設定者が、抵当権者に無断で、抵当不動産上の立木を伐採して、土地から搬出して第三者に売却して引き渡した場合に、搬出された立木に抵当権の効力が及ぶのかが問題となる。

この点については、抵当不動産から分離された物には抵当権の効力が及ばないとする見解、第三者が即時取得するまでは分離物に対しても抵当権の効力が及ぶとする見解など他にもいくつかの見解がある。

・工場抵当法により土地及び建物と共に抵当権の目的とされた工場機械などの動産が工場外に搬出された場合、第三者が即時取得しない限り、その動産には抵当権の効力が及び、抵当権者は当該動産を工場に戻すよう請求できるとした判例がある（**最判昭 57.3.12**）。なお、民法は動産に抵当権を設定することは認めていないが、工場抵当法は工場機械などの一定の動産に抵当権を設定することを認めている。△

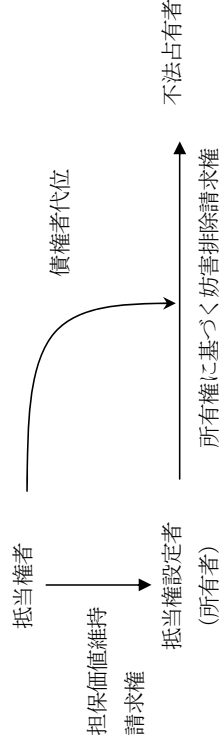
・なお、上記事例と異なり、分離物が抵当不動産上から搬出されていない事案においては、分離物に対する抵当権の効力を肯定した判例がある（**大判昭 74.20**）。△

4 抵当権の効力～様々な効力

(1) 所有権に基づく妨害排除請求権の代位行使

→ 抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定されるものであることから、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない。しかし、抵当権者は、第三者が抵当不動産を不法占有することで競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態（例：高額の敷金、低廉な賃料、暴力団員に占有させるなど）にあるときは、抵当権者が抵当不動産の所有者に対して有する右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権（担保価値維持請求権）を保全するために、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる。◆

また、抵当権者は、不法占有者に対し、所有者のために建物を管理することを目的として、直接抵当権者に対して建物を明け渡すよう請求できる。◆



・上記と同旨の判例がある（**大判平 11.11.24**）。これは、債権者代位権の成立に必要な被保全債権を肯定するために、担保価値維持請求権（奥田裁判官の補足意見に詳細あり）という概念を作り出した判例として有名である。なお、この判例は、傍論で、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである。」として、抵当権に基づく妨害排除請求権が認められる余地があることを指摘していた。ﾌﾟﾚ4

(3) 抵当権侵害に対する損害賠償請求 (709)

ア 抵当権侵害により発生する「損害」の意義

→ 抵当権者は、抵当目的物が破壊・毀損されるなどして抵当目的物の価値が下落した場合に、抵当権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求をすることができるのかという問題がある。

抵当権が目的物の担保価値（経済的価値）を把握する権利であることに鑑みて、抵当権侵害による「損害」が認められるには、抵当権侵害により抵当不動産の担保価値が下落して被担保債権の満足額に足りなくなることが必要で、その不足額が損害として認められると考えられる。●

・判例も抵当権侵害の不法行為における抵当権者の「損害」は抵当不動産の侵害の結果、抵当不動産の価値が被担保債権の額を下回った場合に限定して肯定されている（**大判昭 3.8.1, 大判昭 7.5.27**）。

関連問題：H22 司法論文民事系第2問の設問2

イ 損害の発生時期

→ 抵当権侵害による具体的な損害の額は被担保債権の弁済期が到来して抵当権を行使できるときにならないと確定できないので、その前に「損害」が発生したということはできず、弁済期到来後でなければ損害賠償請求できない。●

・判例も、抵当権侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権にかかる損害の額については、被担保債権の弁済期の到来時における目的物の評価額を基準に確定する旨を判示しており、弁済期前の「損害」発生を認めない（**大判昭 7.5.27**）。

関連問題：H22 司法論文民事系第2問の設問2

5 抵当権の効力～物上代位

(1) 物上代位の意義

→ 抵当権は、抵当権の目的物の売却、質貸、滅失又は損傷によって債権者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができる（372, 304 I 本）。抵当権のこのような効力を物上代位という。物上代位が認められた趣旨は、担保物権の優先弁済的効力を確保するところにある。○

・物上代位の対象となる債権者の受けるべき「金銭の他の物」は實際上ほとんどの場合が金銭となる。また、物上代位の対象となるのは、債権者が取得した金銭そのものではなく、債権者が取得した金銭の支払請求権となる。債権者が第三債権者から金銭を受領する前に、債権者は、債権者の第三債権者に対する金銭の支払請求権を物上代位で差し押さえることになる。物上代位権は、抵当権だけでなく質権や先取特権（304, 350, 372）、譲渡担保権（判例）にも認められている。○

・抵当権設定者が、抵当権の設定された不動産を売ったり質貸したりした場合、抵当権者は、抵当権設定者が有する売買代金債権や賃料債権に抵当権による物上代位権を行使して差し押えて被担保債権の満足を図ることができる（**最判平元.10.27**）。○

・物上代位の行使の要件 ●

抵当権者が、抵当目的物の売却、質貸、滅失、損傷等によって債権者が受けるべき金銭その他の物に物上代位をすることができるが、その私渡し又は引渡し前に差押えをしなければならぬ（372, 304 I 但）。

（留置権等の規定の準用）

372 条 第二百九十六条、第三百四十四条及び第三百五十一条の規定は、抵当権について準用する。

注：304 条は先取特権に関する物上代位の規定である。372 条の見出しの「等」には先取特権（304）と質権（351）が含まれている。なお、優先弁済効力がない留置権には物上代位権はない。

（物上代位）

304 条 1 項 先取特権は、その目的物の売却、質貸、滅失又は損傷によって債権者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。**ただし**、先取特権者は、その私渡し又は引渡しの前には差押えをしなければならない。

2 項 債権者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする。

(2) 物上代位の差押えと一般債権者の差押えの優劣

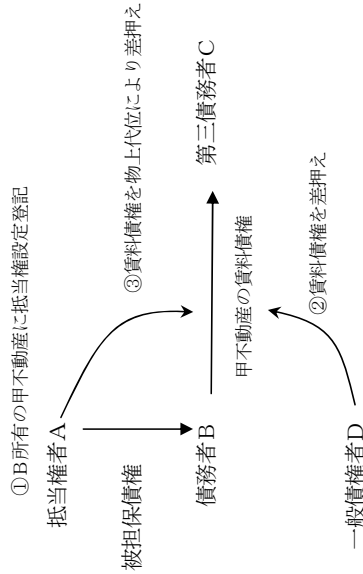
～物上代位〔ア〕抵当権 イ 動産売買先取特権〕と一般債権者の差押え

ア 抵当権による物上代位 v s 一般債権者の差押え

・問題の所在

一般債権者Dは、債務者Bが第三債務者Cに対して有する甲不動産に対して有する甲不動産についての賃料債権を差し押さえた。一方、Dの差押え前から甲不動産に抵当権の設定を受けその登記も具備している抵当権者Aは、物上代位権の行使として甲不動産についてのBのCに対する賃料債権を差し押さえた。

抵当権の物上代位権による差押えは、その差押えの対象となる財産権の目的が払渡し又は引渡される前にする必要があるところ(372, 304条1項但), この「払渡し又は引渡し」に一般債権者の差押えが含まれるとすれば、その差押え後は、抵当権者の物上代位による差押えができないことになる。そこで、一般債権者の差押えが、「払渡し又は引渡し」に含まれるのかが、一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位による差押えが競合した場合における両者における優劣を決する前提として問題となる。



・考え方 ◇

第三債務者は自己の債務が物上代位による差押えを受ける前はその債権の本来の債権者(前頁の図でいうと「債務者B」)に弁済する義務があり、その弁済をしたのさらにその債権に物上代位した抵当権者に弁済しなければならぬとすると第三債務者が二重弁済の負担を負うおそれが生じ第三債務者に酷であるため第三債務者の利益に配慮する必要がある。そこで以下のように考えていく。

抵当権の物上代位に差押えが要求された趣旨は、二重弁済の危険から第三債務者を保護するところにある。一方、抵当権の設定が登記により公示されていることで、差押え対象債権が物上代位の目的となることは一般債権者や債権の譲受人などの第三者も予想できる。そのため、抵当権の物上代位に差押えが要求されているが、そこには一般債権者や債権の譲受人などの第三者を保護する趣旨は含まれていない。

このように抵当権の物上代位に差押えが要求されている趣旨が第三債務者の保護にあり、第三者を保護することは含まれていないと考えると、304条1項但書の「払渡し又は引渡し」に一般債権者による差押えは含まれないと解される。したがって、一般債権者の差押え前に抵当権設定登記を具備した抵当権者は、一般債権者が抵当不動産から生じた賃料債権を差し押さえた後でも抵当権の物上代位による差押えができる。 H18-19

・上記と同旨の判例として後掲最判平 10. 3. 26 がある。

なお、同判例は、債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決せられるとしている(差押えの効力の発生時期は差押え命令が第三債務者に送達された時、民事執行法 145IV, 193II)。

*最判平 10. 3. 26

(判旨)

一般債権者による債権の差押えの処分禁止効は差押命令の第三債務者への送達によって生ずるものであり、他方、抵当権者が抵当権を第三者に対抗するには抵当権設定登記を経由することが必要であるから、債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は、一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決せられ、右の差押命令の第三債務者への送達で抵当権者の抵当権設定登記より先であれば、抵当権者は配当を受けることができないと解すべきである。

イ 動産売買先取特権による物上代位 v s 一般債権者の差押え

◆ 考え方

動産売買先取特権の物上代位による差押えと一般債権者の差押えとの優先についての優劣については、動産売買先取特権の物上代位の行使として差押えをすることができる（後掲最判昭60.7.19）。

この判例は、一般債権者の差押えを物上代位に劣後させている点で抵当権による物上代位と一般債権者の差押えの優先についての前記平成10年判例と似ている。

もともと、動産売買先取特権は抵当権と異なり登記で公示できないことから、**理由付けに違い**がある。

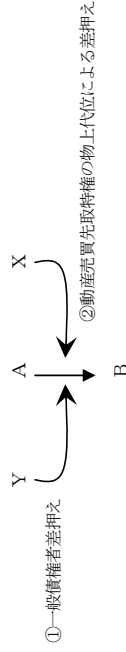
すなわち、動産売買先取特権の物上代位に差押えが要求される趣旨は、二重弁済の危険から第三者の保護を保障するだけでなく、債権の譲受人や転付命令を受けた者などの第三者の保護も含むと解されている。ただし、ここで保護されるべき第三者は無限定なものではなく、動産売買先取特権の物上代位に差押えが要求される趣旨は、目的債権の譲受人、又は、目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止するところであり、単に目的債権の差押えをした一般債権者はここでは第三者に含まれないと解されている。結論が同旨の判例がある（後掲最判昭60.7.19）。

なお、この論点の論記は、後掲昭和60年判決の判旨の下線部分をキーワードにして手短に自分の言葉で分かり易く書く書けば足りる。

* 最判昭60.7.19 動産売買先取特権の物上代位と一般債権者の差押えの優先

〔事案〕

XはAに溶接用材等の動産を売り渡し、213万円余りの売掛代金債権を有していたが、AはXに代金を支払わないまま、それをBに転売した。そこで、Xは、Aに対する売掛代金債権を被担保債権とする動産売買先取特権の物上代位権を行使して、AがBに対して有する転売代金債権を差し押さえ、転付命令も得た。ところが、それに先立って、Aの債権者であるYが自己の債権を被保全債権として、転売代金債権について仮差押命令を取得していた。そこで、一般債権者が仮差押えをした後に、先取特権者が物上代位権を行使できるかが争われた。



〔判旨〕

3.0.4条1項ただし書が払渡し前に差押えを要求している趣旨は、「先取特権者のする右差押えによって、第三者債権者が金銭その他の物を債務者に払い渡し又は引き渡すことを禁止され、他方、債務者が第三者債権者から債権を取り立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的となる債権（以下「目的債権」という）の特定性が保持され、これにより、物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面、目的債権の弁済をした第三者債権者又は、目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとするところにあるから、目的債権について一般債権者が差押え又は仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられるものではないと解すべきである」とし、一般債権者による差押えの後の動産売買先取特権者Xの物上代位権の行使を認めた。

・補足～物上代位と転付命令の優先 △
抵当権の物上代位でも動産売買先取特権の物上代位でも、一般債権者が目的債権を差し押さえたり転付命令を受けてそれが第三者債権者に送達された後は、物上代位権を行使して差押えをすることができない（最判昭14.3.12）。 H18-19

・転付命令 △

民事執行法159条以下に規定される執行裁判所の決定による法定の債権譲渡のようなもの。転付命令は、条文上は「命令」と表記されているが法的には裁判所が口頭弁論を経ずにすることができ「決定」の意味である。

転付命令が第三者債権者に送達されると弁済効により債権が消滅するので（民執160）、その後の物上代位の差押えは空振りとなってしまう。

*民事執行法

（転付命令）

159条 執行裁判所は、差押債権者の申立てにより、支払に代えて券面額で差し押さえられた金銭債権を差押債権者に転付する命令（以下「転付命令」という。）を発することができる。
以下略

（転付命令の効力）

160条 差押命令及び転付命令が確定した場合には、差押債権者の債権及び執行費用は、転付命令に係る金銭債権が存する限り、その券面額で、転付命令が第三者債権者に送達された時に弁済されたものとみなす。

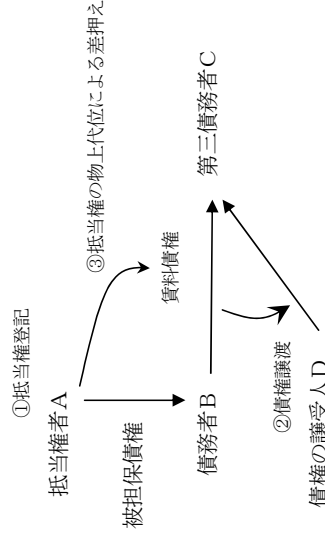
(3) 物上代位の差押えと債権譲渡の優劣

～物上代位 (ア) 抵当権 イ 動産売買先取特権) と債権譲渡の債権の譲受人

ア 抵当権による物上代位 v s 債権譲渡の譲受人

・問題の所在 ◇
 債務者Bは、第三債務者Cに対して有する質料債権をDに債権譲渡して対抗要件を具備させた。一方、債権譲渡の前からBの賃貸建物に抵当権を有しその登記も具備している抵当権者Aは、物上代位権によりその質料債権を差し押さえた。

抵当権の物上代位権による差押えは、その差押えの対象となる財産権の目的が引渡し又は引渡される前にする必要があるのであるところ (372, 304条1項但), この「引渡し又は引渡し」に債権譲渡が含まれるとすれば、その債権譲渡の後には、抵当権者の物上代位による差押えができないこととなる。債権譲渡が「引渡し又は引渡し」に含まれるのが、債権の譲受人と抵当権者の物上代位権による差押えの優劣を決する前提として問題となる。



・考え方 ◇
 判例は、抵当権の設定は登記により公示されており、第三者たる債権の譲受人 (D) は目的債権が物上代位の対象となることは予測できることに着目し、抵当権の物上代位に差押えが要求された趣旨は、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ころにあり、債権の譲受人のような第三者を保護することは含まれていないとした上で、抵当権設定登記の後に債権譲渡がなされた場合は、債権譲渡の対抗要件が具備された後でも、抵当権の物上代位の差押えを許容する (後掲最判平 10. 1. 30)。H18-19

・両者の優劣は、抵当権設定登記と債権譲渡の対抗要件具備の先後でまます。◇

* 最判平 10.1.30 抵当権による物上代位と債権譲渡との優劣

(判旨)

民法 372 条において準用する 304 条 1 項ただし書が抵当権者が物上代位権を行使するには**引渡し又は引渡の前に差押えを要する**とした趣旨目的は、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、右債権の債務者 (以下「第三債務者」という。) は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者 (以下「抵当権設定者」という。) 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して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、右弁済による目的債権消滅の効果も対抗することができるとして、**二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護する**という点にあると解される。右のような民法 304 条 1 項の趣旨目的に照らすと、同項の「**引渡し又は引渡し**」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**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。

けだし、(1)民法 304 条 1 項の『引渡し又は引渡』という言葉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右目的債権に及ばなくなると解すべき理由もないところ、(2)物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、**第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責される**のであるから、**抵当権者に目的債権の譲渡後に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はならず**、(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、(4)対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**からである。そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらずなく、当てはまるものというべきである。

イ 動産売買先取特権による物上代位 v s 債権譲渡の譲受人

一判例は、動産売買先取特権は抵当権と異なり公示の手段がないことから、動産売買先取特権の物上代位に差押えが要求された趣旨は、債権の譲受人等の第三者の保護も含むとして、債権譲渡の對抗要件が具備された後は、動産売買先取特権の物上代位権による差押えは許されないとしている（最判平17.2.22）。◇

- ・平成17年判決と前掲最判昭60.7.19の価値判断の違い ◇
債権を譲り受けて對抗要件を具備した第三者は、動産売買先取特権の物上代位による差押えをした者との関係で、単に一般債権者が差押えをした場合とは異なり、保護に値するだけの利害関係に入ったものと考えられる。

*最判平17.2.22

(判旨)

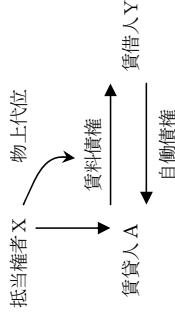
民法304条1項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前差押えをすることを要する旨を規定しているところ、この規定は、**抵当権とは異なり**公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の**第三者の利益を保護する趣旨を含む**ものといふべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する對抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえ物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。

前記事実関係によれば、D精粉は、被告が本件転売代金債権を譲り受けて第三者に対する對抗要件を備えた後に、動産売買の先取特権に基づく物上代位権の行使として、本件転売代金債権を差し押さえたというのであるから、原告は、被告に対し、本件転売代金債権について支払義務を負うものといふべきである。

- ・まとめ～動産売買先取特権の物上代位権の差押え ◇
動産売買先取特権の物上代位権の行使に差押えが要求された趣旨は、二重払いの危険から第三者債務者を保護することだけでなく、物上代位の目的債権の譲受人や目的債権を差し押さえられて転付命令を受けた者など第三者を保護するところにある(最判昭60.7.19)。

このことから、動産売買先取特権者は、目的債権が、単に一般債権者に差し押さえられたにすぎないときは、物上代位権を行使して目的債権を差し押さえることができず(最判昭60.7.19)、目的債権が譲渡されて譲受人が債権譲渡の第三者對抗要件を具備した後は、物上代位権を行使して目的債権を差し押さえることができない(最判平17.2.22)。

(4) 抵当権の物上代位による差押えと相殺の優劣



→例えば、上の図で、A所有の建物にXのために抵当権が設定され、その建物がAからYに賃貸されている場合に、Xの抵当権の物上代位権によるAのYに対する質料債権の差押えがされる一方、YがAに対して取得した別口債権を自動債権として質料債権を受働債権とする相殺をした場合、抵当権者Xの物上代位権の行使による差押えと借人Yによる相殺のいずれが優先するのかが**問題**となる。

最高裁は、「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、借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、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つた質料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が質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、従って、抵当権設定登記の後に取得した借人に対する債権と物上代位の目的となつた質料債権とを相殺することに對する借人の期待を物上代位権の行使により質料債権に及んでいり、**抵当権の効力が優先させる理由はない**」との理由で、**抵当権の物上代位により質料債権を差し押さえられた場合、その後、抵当不動産の借人が、抵当権設定登記後に借人に対して取得した債権を自動債権として質料債権と相殺しても、その相殺を抵当権者に對抗できないとした(後掲最判平**

13.3.13)。○ H18-19

関連問題：司法論文H25民事第1問の設問3

- ・平成13年判決は、質料債権に抵当権の物上代位の効力が及ぶことは抵当権設定登記で公示されているのでこのような結論をとつても借人に酷ではないとの価値判断のあらわれといえる。

(判旨)

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は賃貸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解するのが相当である。

けだし、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、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、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對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。

・補足

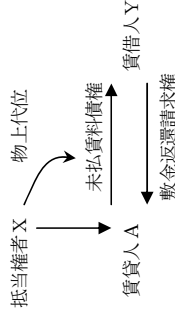
判旨 1 行目からも分かるように、抵当権者が物上代位による差押えをした「後」は、上記のような相殺をできないが、これは相殺を変えると、抵当権者が物上代位による差押えをする「前」であれば上記のような相殺をすることができ、その後になされた抵当権者の物上代位による差押えは差押え対象債権の不存在により空振りにならないことになる。

・補足

なお、平成 13 年判例の事案をみるに、抵当権者のために抵当権の設定登記がなされてから抵当権に基づく物上代位権の行使として本問賃料債権を差し押さえるまでの間に、債務者 P 及び第三債務者 R との間で一度賃借契約を締結して、保証金の差額返還額を減額した上で改めて賃借契約を締結して、自働債権となる保証金の差額返還請求権を賃料債権との相殺のためにわざわざ作り出していると評価できる特徴がある。この判例の特徴が妥当しない事案（自働債権が必要費の費用償還請求権の事例）を題材にして、この判例の射程を検討させる趣旨の題旨の出題が H 25 司法論文でされている。この点、考え方の 1 つとして、賃借人が賃貸人のために必要費の支出をした場合に、賃借人による費用償還請求権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする相殺により本来の費用負担者である賃貸人にその費用の負担を求めることに對する期待は強く保護されるべきであることを強調するなどして、H 25 司法論文の事案では、平成 13 年の判例の射程が及ばず、むしろ、賃借人による相殺を肯定するべき場合に当たると考えることもできよう。

関連問題：司法論文 H25 民事系第 1 問の設問 3

(5) 抵当権の物上代位による差押えと敷金の賃料債権への充当



→抵当権者が賃料債権に物上代位のための差押えをした後であっても、賃借契約が終了して賃借人が建物を明け渡した場合、賃借人は、未払いの賃料債務は敷金に充当されて消滅するため、抵当権者の物上代位権による未払い賃料債権に対する差押えはできないとして、未払い賃料の支払いを拒むことができるのが問題となる。

最高裁は、敷金は、賃借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保するものであり、敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生するものであるとした上で、これを賃料債権等の面からみれば、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅するとしている。◇

同最高裁は、その上で、抵当権者が賃料債権に物上代位のための差押えをした後であっても、賃借契約が終了して賃借人が建物を明け渡した場合、賃借人は、未払いの賃料債務を敷金に充当して未払い賃料の支払義務を免れることになるので、賃借人は、抵当権者が物上代位による差押えをした後であっても、差押えの対象となつた賃料債権の消滅を主張することができる。◇

また、同最高裁は、このような敷金の充当による未払賃料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とすものではないから、民法 511 条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことも付言している。（後掲最判平 14.3.28）

(支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止)

511 条 支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。

〔事案の概要〕

本件は、抵当不動産について敷金契約の付随する質貸借契約が締結されたところ、抵当権者が物上代位権を行使して質料債権を差押え、取立権に基づきその支払等を求めた事案（取立債権請求事件）であり、質貸借契約が終了し、目的物が明け渡された場合における敷金の質料への充当は、上記物上代位権の行使によって妨げられるか否かが争点となっている。

〔判旨〕

質貸借契約における敷金契約は、授受された敷金をもって、質料債権、質貸借終了後の目的物の明渡しまでに生ずる質料相当の損害金債権、その他質貸借契約により質貸人が質借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする質貸借契約に付随する契約であり、敷金を交付した者の有する敷金返還請求権は、目的物の返還時において、上記の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、残額につき発生することになる（最高裁昭和46年（オ）第357号同48年2月2日第二小法廷判決・民集27巻1号80頁参照）。これを質料債権等の面からみれば、目的物の返還時に滅失する質料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになる。このような敷金の充当による未払質料等の消滅は、敷金契約から発生する効果であって、相殺のように当事者の意思表示を必要とするものではないから、民法511条によって上記当然消滅の効果が妨げられないことは明らかである。

また、抵当権者は、物上代位権を行使して質料債権を差押えする前は、原則として抵当不動産の用途関係に介入できないのであるから、抵当不動産の所有者等は、質貸借契約に付随する契約として敷金契約を締結するか否かを自由に決定することができる。したがって、敷金契約が締結された場合は、質料債権は敷金の充当を予定した債権になり、このことを抵当権者に主張することができるというべきである。

以上によれば、敷金が授受された質貸借契約に係る質料債権につき抵当権者が物上代位権を行使してこれを差し押えた場合においても、当該質貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、質料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅するというべきであり、これと同旨の見解に基づき、上告人の請求を棄却した原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

以下の項目はサンプリングテキストでは省略

第6章 譲渡担保

1 譲渡担保の意義

→譲渡担保の意義について大まかにいえば、債権担保のために、担保目的物である動産又は不動産の所有権を、譲渡担保権の設定者である被担保債権の債務者又は物上保証人から譲渡担保権者に移転させる形式をとっており、被担保債権が弁済されたときには設定者は目的物の所有権を取り戻すことができるが、被担保債権が弁済されないときは債権者が担保目的物の権利を確定的に取得するとの仕組みで債権担保をするものである。○

・譲渡担保は、法定されていない約定担保物権として判例により認められてきた非典型担保物権の1つである。譲渡担保は、担保目的物の事実上の占有を譲渡担保権者には移転させず、設定者の下に残しておくことができるため譲渡担保権の設定後も、設定者は担保目的物を利用できる。○

例えば、AがBに2000万円を貸し付け、Bがその貸金債務の担保のためにB所有の工作用機械に譲渡担保を設定した場合、その機械の権利はAに移転するが、Bはその機械を自己の占有のもとにおいてそのままそれを利用し続けることができる。

・譲渡担保は、譲渡可能な財産であれば動産・不動産、無体財産権などを問わずどのようなものでも目的物とすることができる。

・集合物に対する譲渡担保

判例は、構成部分の変動する集合動産であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどの方法により目的物の範囲が特定される場合には、1個の集合物として譲渡担保の目的となりうると判示している（最判昭54.2.15）。集合物に対する譲渡担保のうち、工場抵当法などの明文で規定されているものもある。 H189

・譲渡担保は、譲渡担保設定者と譲渡担保権者との間の設定契約で締結する。この契約は物権契約であるので目的物の所有者のみが締結しうる。設定者は債務者以外の者（物上保証人）でもよい。また、譲渡担保は目的物の所有権の移転の形式をとるため、抵当権と異なり、後順位の譲渡担保権というものは観念できない。○

- ・譲渡担保の**対抗要件**は、不動産なら登記、動産なら引渡しである（177, 178）。●
不動産登記実務では「譲渡担保」という登記原因を認めている。
目的物が動産の場合は対抗要件としての引渡しに占有改定も含まれるとするのが判例である（**最判昭 30. 6. 2**）。動産につき占有改定による引渡しをすることで、動産の譲渡担保に対抗要件を具備させるとともに、設定者は、担保目的物を利用することができる。
- ・譲渡担保権にも担保の実質に着目して物上代位が認められている（**最決平 11. 5. 17**）。

2 譲渡担保の法的構成

→譲渡担保の法的性質をどのように解するかについては多数の見解があるところ、大きくみると所有権的構成と担保的構成といわれる2つの考え方があり。判例は所有権的構成を基本としつつ（**最判昭 62. 11. 12**等）、必要に応じて事実ごとに担保としての実質に則して修正を加えているとされている（**最判昭 57. 9. 28**等）。○

(1) 所有権的構成

ア 意義

→譲渡担保は所有権を移転させる形式をとってなされるため、その**形式を重視**し、譲渡担保の設定により担保目的物の所有権が譲渡担保権者に移転し、譲渡担保権者は設定者に対して目的物を担保目的の以外に利用処分してはならないという債権的義務を負うにすぎないとの見解がある（**所有権的構成**）。●

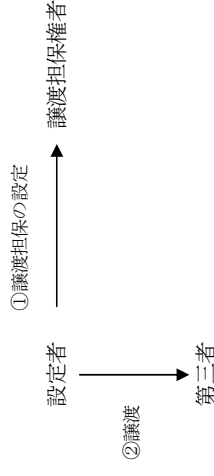
イ 所有権的構成と譲渡担保権者による目的物の処分の効力

・譲渡担保権者が、被担保債権の弁済期の前に、目的物を第三者に譲渡した場合、所有権的構成からは、対外的には譲渡担保権者が目的物の所有者となるため、第三者は目的物の所有権を有効に承継取得できることになる。このとき第三者が悪意であっても結論は変わらない（**大判大 9. 9. 25**）。○

・譲渡担保権者による目的物の第三者への譲渡が、被担保債権の弁済がされた後であった場合は、所有権的構成からは、譲渡担保権の設定により設定者から譲渡担保権者に移転した目的物の所有権が、弁済により目的物の所有権が譲渡担保権者から設定者に復帰するため、譲渡担保権者を起点とする設定者と第三者への二重譲渡類似の関係となり、設定者と第三者は対抗関係となる。したがって、先に対抗要件を具備した者が優先する（**最判昭 62. 11. 12**）。○ H27-14-E

ウ 所有権的構成と設定者による目的物の処分

・譲渡担保権の設定者が目的物を第三者に譲渡した場合、所有権的構成からは、設定者を起点とする譲渡担保権者と第三者への二重譲渡の関係となり、譲渡担保権者と第三者は対抗関係となる。したがって、先に対抗要件を具備した者が優先する。○



・目的物が動産であって、設定者が譲渡担保権者に占有改定により目的物の引渡しをしていった場合、所有権的構成からは、その引渡しにより設定者は動産につき所有権を確定的に喪失し無権利者となるため、第三者の保護は即時取得で図ることになる。◇

・例えば、魚を養殖している生簀にいる魚について、その魚に関する通常の営業の範囲内での設定者による魚の処分は許しつつ、魚の餌の代金債権を被担保債権として、その魚全体に譲渡担保権を設定した場合のように、構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保（集合動産譲渡担保）においては、譲渡担保権の設定者の通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されている（最判平 18. 7. 20）。しかし、その範囲を超える処分は、譲渡担保権者の処分権限に基づかない処分となる。したがって、譲渡担保権者が、第三者に対して処分権限の範囲を超えた処分（売買や譲渡担保の設定）をした場合における第三者の保護は即時取得の問題となる。判例は、占有改定では即時取得を認めていないので、第三者が占有改定による引渡しを受けたに過ぎない場合は、目的物に関する即時取得できない。◇ H27-14

(2) 担保的構成

ア 意義

一 譲渡担保の法的性質につき、譲渡担保の所有権移転の形式を重視するのではなく、譲渡担保はあくまでも**担保目的**にされるとの**実質を重視**して、譲渡担保権の設定により譲渡担保権者は担保権を取得するにすぎず、目的物の**所有権は譲渡担保権者に移転しない**との見解を担保的構成という**(担保的構成)**。◇

・担保的構成の中でも様々な見解が存在している。
担保的構成の1つに、譲渡担保権を抵当権として構成し、担保目的物の設定者に完全な所有権がとどまり、譲渡担保権者は担保権のみ取得するとの見解がある(純粋な担保的構成)。しかし、この見解に対しては、譲渡担保は、抵当権と異なり、担保目的物につき所有権移転の形式を採っているため、純粋な担保的構成を採るのは無理があるとの批判がなされている。

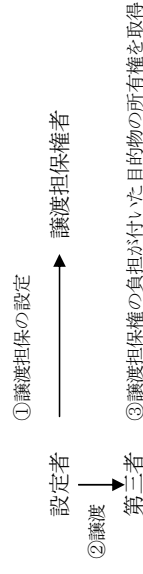
別の担保的構成として、譲渡担保の所有権移転の形式を**一応尊重**するとともに、担保の実質も考慮して、**設定者のもとに所有権から担保権を控除した物権的権利(設定者留保権)**〔譲渡担保権の負担が付いた目的物の所有権〕が残り、一方で、**譲渡担保権者は、その控除された担保権(担保物権)を取得する**説明する見解がある。

イ 担保的構成と譲渡担保権者による目的物の処分の効力

・譲渡担保権者が、**被担保債権の弁済期の前に、目的物を第三者に譲渡した場合**、担保的構成からは、**譲渡担保権者は所有権を有さず、担保権のみを有していること**になるため、**第三者は、目的物の所有権を取得せず、担保権のみを取得すること**になる。**ただし**、**第三者が譲渡担保権者を完全な所有者であると信頼していたときは**、目的物が不動産なら9.4条2項の類推適用、目的物が動産なら1.9.2条の即時取得により、それぞれの要件を充足する**第三者は完全な所有権を取得**しうる。◇

ウ 担保的構成と設定者による目的物の処分

・譲渡担保権の設定者が目的物を第三者に譲渡した場合、**担保的構成**からは、目的物の所有権は設定者のもとにとどまるため、**目的物の所有権を有する設定者による処分は有効なものとなる**。ただし、**設定者が処分をした目的物は、譲渡担保権の負担が付着したもので、第三者は、譲渡担保権の負担が付着した目的物を取得することになる**。



以下の項目はサンプルテキストでは**省略**

第5章 抵当権	3
1 抵当権の意義	3
2 被担保債権の範囲	4
3 抵当権の効力～効力が及ぶ範囲	5
4 抵当権の効力～様々な効力	10
5 抵当権の効力～物上代位	14
以下省略	
第6章 譲渡担保	26
1 譲渡担保の意義	26
2 譲渡担保の法的構成	27
以下省略	

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16547