

研究ノート

「物上代位と相殺の優劣」における適用規範論 ——その存在理由に対する疑念を起点として——

水 砲 藤 太 和 郎 夫

問題の所在
適用規範論の存在理由
分析視角の設定
従来の議論状況
一
判例
1 (1) 下級審裁判例
(2) 平成二三年判決
2 学説
三
二つの存在理由
四
適用規範の区別
物上代位と相殺の優劣における適用規範
適用規範論の意味とその位置付け

(一) 代位法律関係一般における適用規範

(二) 二つの制約原理と

一 問題の所在

賃料債権に対する抵当権者の物上代位による差押と当該債権を自働債権とする質借人による相殺の優劣は、近時判例および学説のなかではげしく争われている。そこでは論点が多面的かつ重層的に取り上げられているが、これらの網羅的考察は本稿の企図するところではない。本稿の考察

対象は、物上代位と相殺の優劣にはいかなる規範が適用されるのか、という適用規範論に限定される。この問題については後述する様々な見解が主張されている。けれども、本稿の問題関心は、「いざれが適用規範であるか」ということよりはむしろ、「『いざれが適用規範であるか』などという問題がなぜここでのみ争われるのか」、すなわち適用規範論の存在理由それ自体に対してもうけられている。換言すれば、物上代位と弁済、差押または債権譲渡などの優劣にあつては三七二条、三〇四条一項（以下、準用条文である三七二条を省略する）の解釈問題であることに異論がなく、適用規範論の展開などみいだされなかつたにもかかわらず、どうして物上代位と相殺の優劣にあつてのみ適用規範論が争点として取り上げられているのか、という点

に疑問を持っている。

本稿はこのような問題意識に基づき、物上代位と相殺の優劣も三〇四条一項の解釈問題にほかならないことを論証し、適用規範論の三〇四条一項の解釈論への再定位を試みるものである。

二 適用規範論の存在理由

(一) 分析視角の設定

本稿の問題意識にかんがみれば、三〇四条一項以外の適用規範を用いる見解の根拠と三〇四条一項を用いる見解に対する批判に着目しつつ、議論状況を分析していくことが不可欠である。この作業により、物上代位と相殺の優劣にあつてのみ、適用規範論の展開が争点化されたことの理由が明らかになるであろう。以下、判例と学説を分説し、この点を叙述していく。その際に、諸見解を「適用規範」と「優劣判断基準時」の組み合せにより、たとえば「五一一条・差押時説」というように表記することをあらかじめ断つておきたい。

(二) 従来の議論状況

1 判例

(1) 下級審裁判例

最三小判平成一三年三月一三日（民集五五巻二号三六三頁）（以下、「平成一三年判決」とする）前に公刊された下級審裁判例を時系列的に整理すると、以下の通りである。

- ① 大阪地判平成八年一〇月三一日（金判一〇三〇号三一頁）、② 東京地判平成一〇年三月一九日（金判一〇四八号三五頁）、③ 東京地判平成一〇年六月二十五日（金判一〇五号二四頁）、④ 東京地判平成一〇年七月三〇日（金判一〇五号二〇頁）、⑤ 東京地判平成一〇年九月二二日（金判一〇六二号四九頁）、⑥ 京都地判平成一〇年一一月一六日（金法一五八二号五四頁）、⑦ 京都地判平成一一年二月一五日（金判一〇九一号一〇頁）、平成一三年判決原々審）、⑧ 東京地判平成一一年三月二三日（判タ一〇四九号二五二頁）、⑨ 東京地判平成一二年五月一〇日（金判一〇七九号五〇頁）、⑩ 大阪高判平成一一年七月二三日（金判一〇九一号八頁）、平成一三年判決原審）、⑪ 熊本地判平成一一年一〇月一九日（金法一六〇四号三二頁）、⑫ 東京地判平成一二年三月二七日（金判一〇九七号三六頁）、⑬ 東京高判平成一二年三月二八日（金判一〇九七号三六頁）、⑭ 控訴

審）、⑭ 東京地判平成一二年五月八日（判タ一〇五四号二〇〇頁）、⑮ 東京地判平成一二年五月一〇日（金判一一三号二三頁）、⑯ 福岡高判平成一二年七月一八日（金法一六〇四号三二頁）、⑯ 控訴審）、⑰ 新潟地判平成一二年八月一〇日（金判一一〇五号四九頁）、⑲ 東京高判平成一二年一〇月一七日（金判一一三号二一頁）、⑯ 控訴審）。

これらの裁判例を「適用規範」如何に焦点を絞つて整理するならば、次の四つに分けることができる。⁽²⁾ なお、⑪は判旨未公刊ゆえに除外し、⑬は物上代位と相殺の優劣という問題処理枠組みをとらなかつたことから、(三)(二)を取り上げることにする。敷衍すると、次の通りである。

第一に、五一一条・差押時説がある。ここには③④⑨⑯⑮が属する。③は引用こそしないが最大判昭和四五年六月二十四日（民集二四巻六号五八七頁）（以下、「昭和四五年判決」とする）とまったく同旨をいい、「第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権及び受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべき」としたあと、「民法五一一条の文言及び相殺制度の本質からすれば、抵当権の物上代位に基づく差押を、強制執行による差押ひいては滞納処分と

しての差押などと別異に解すべき理由はない」と述べたうえで、登記の公示力を根拠とした信義則などによる相殺制限の余地を認めつつも、本件では登記前に保証金返還請求権が取得されていたことから相殺制限は認められないとして、結論として相殺を優先させた。これに対して、〔4〕〔9〕〔18〕は敷金の性質を有する保証金返還請求権〔4〕、保証金返還請求権〔9〕、敷金返還請求権〔18〕が自働債権とされた事案において、差押前の自働債権取得を要件とする五一一条の形式的適用により、物上代位の優先を結論した。たとえば、「本件差押命令は平成七年六月七日に発せられ同月八日にYに、同月一三日にAにそれぞれ送達されたものであるから、右差押え後に取得した右保証金返還請求権を自働債権として本件賃料債権と相殺することは、民法五一一条に照らして許されることは明らかである。よって、平成九年八月分以降の賃料がYのAに対する保証金返還請求権で相殺されたものとして扱うこととはできない」〔4〕といふ。以上、五一一条の適用根拠は、〔3〕においては物上代位による差押と一般の差押の同視に求められているが、〔4〕〔9〕〔18〕においては自明と考えられたためかまったく述べられていない。

第二に、五一一条・登記時説がある。ここには〔17〕が属す

る。〔17〕は昭和四五年判決を引用しつつ、「右民法五一一条の解釈に基づくならば」「差押前に第三債務者が債務者に對して取得した債権であれば、自働債権及び受働債権の弁済期の前後を問わず、両債権が相殺適状に達しきえすれば、第三債務者は、差押後においてもこれを自働債権として相殺をなすことができる」けれども、①登記の公示力の尊重、②抵当権者の期待の保護にかんがみれば弁済期の先後は問わないにせよ登記前に自働債権を取得していなければならぬとしているから、五一一条の適用を登記時に前倒ししたものと理解するのが相当であり、ここに属するものとみることができる。このような理解からは、〔17〕は①②から五一一条の「支払の差止め」を差押ではなく登記と解釈したものと読むことになろう。もつとも、〔17〕においては保証金返還請求権が登記前に取得されていたので、このような前倒しにもかかわらず相殺の優先が結論された。

第三に、三〇四条一項ただし書・差押時説がある。ここには〔2〕〔12〕が属する。〔2〕は登記後賃貸借が賃借人の賃貸人に對する賃金債権の保全回収を目的としていることを認定したうえ、①平成一〇年判決の趣旨、②登記の公示力、③抵当権者の利益、④昭和四五年判決の射程外という理由から、差押時以降に発生する賃料債権につき登記後になされた相

殺予約は「民法三七二条が準用する同法三〇四条一項但書にいう『払渡又ハ引渡』に含まれるものとは直ちに解し難い」とい、結論として物上代位を優先させた。ここでは差押前の「払渡し又は引渡し」に本件相殺予約が該当するかどうかのみが検討されている。他方、⑫は登記後の敷金差入の事案において、「第二債務者は、抵当権の物上代位による差押前の相殺を抵当権者に主張できることはもちろん、右差押後においても、自働債権が差押後に取得されたものでない限り、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、相殺することができる」と解釈したうえで、相殺合意による敷金返還請求権の発生時期の前倒しを容認し、相殺の優先を結論した。右解釈の理由として、①最一小判平成一〇年一月三〇日（民集五二巻一号一頁）（以下、「平成一〇年判決」とする）を引用しつつ、三〇四条一項ただし書における差押の趣旨は主として第三債務者保護にあるから「弁済と同様債務消滅の効果をもつ相殺も、民法三〇四条一項但書の『払渡又は引渡』に含まれること」、②登記後の弁済も有効であるゆえに「右公示力を理由に、抵当権の物上代位に基づく差押が強制執行による差押や滞納処分としての差押と異なり、常に相殺に優先すると解することはできない」から、弁済

期の先後を問わず差押前に自働債権を取得していれば足りること（なお、ここでは昭和四五年判決は引用されていない）を挙げている。②は③と同旨であり、それゆえ五一一条を適用したものと読むことも可能である⁽³⁾が、判決文中には三〇四条一項ただし書以外の条文は出てこないのでから、ここでは①に引続き「払渡し又は引渡し」の解釈論を展開していると読む方が素直であろう。つまり、⑫は差押前の相殺のみならず、差押前の自働債権取得をも「払渡し又は引渡し」に該当するとしたものと読むことができる。

第四に、適用規範が不明なものがある。ここには①⑤⑥⑦⑧⑩⑪⑯が属する。優劣判断基準につき、①⑤⑥⑧⑨⑩⑪⑯が属する。優劣判断基準につき、①⑤⑥⑧はこれを差押時とし、⑦⑩⑪⑯はこれを登記時とする。これらの判決文中には適用規範がまったく明示されていなが、前者に関しては議論上適用規範がまつたく明示されないが、前者に関しては議論上適用規範の推測がなされている⁽⁴⁾。相殺要件が厳格なものから敷衍すると、次の通りである。①は敷金の性格を有する保証金が登記後に差し入れられた事案において、返還請求権発生時期の合意による前倒しを認めつつも、主として物上代位権の公示力・対抗力は登記により具備される反面、相殺の担保的機能は事実上のものにすぎないことを理由に、「差押の効力発生前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされない限り」物上

代位が優先するとした。多くのものは三〇四条一項ただし書の適用を推測するけれども、五一一条の適用と読むものもある。⁽⁵⁾⑧は「被告主張の保証金返還請求権の履行期は、早くても平成一〇年二月であり……、原告の求める賃料債権のうち最も履行期が遅い平成一〇年二月分の賃料債権の履行期は同年一月末日であるから、その後に履行期が到来した保証金返還請求権での相殺は、少なくとも差押權者である原告に対しては効力を生じないものというべきである」とし、弁済期の先後関係を問題として物上代位の優先を結論した。⁽⁶⁾⑨のコメントは「物上代位權行使による差押えの場合の相殺の可否については、かつての最高裁判例が採つていた制限説によらしめるという考え方によつたものと評価できないこともない」と述べている。これに関しては次のように読むものがある。五一一条の適用を前提としたものともいいうが、「民法五一一条に全く言及しておらず、必ずしもかかる理解が妥当であるとは言えない」、結論としては、「民法四六八条二項類推説を採用したと理解する余地がある」。⁽⁷⁾⑩は登記前に建築協力金返還請求権が発生していた事案において、「自働債権が受働債権の差押え以前から発生している場合、第三債務者はその差押えの後にも相殺をすることができるのであって、このことは

差押えが抵当権の物上代位による差押えの場合でも、別異に解する理由はない」とし、①登記の公示力は登記後の第三者に対し意味を有するにすぎないこと、②差押の趣旨を二重払いの防止に限定する実質的な理由がないことなどを根拠にあげ、結論として相殺を優先させた。⁽⁸⁾⑪と同様、物上代位による差押を一般の差押と同視しているからか、五一一条を適用したものと読むものが多い。⁽⁹⁾なお、⑫は登記後の賃貸借であることを受働債権が将来賃料債権であることに着目して判断したものであり、一般的基準を定立てていない。すなわち、登記後賃貸借に基づく賃料債権と登記後に取得された貸金債権についての相殺合意につき、登記の公示力により確保された抵当権者の利益を害すべきでないという価値判断から、「いかに被告主張の相殺の合意が原告のした差押えの前にされたとしても、右合意に基く相殺の効力が具体的に発生するのは、差押えの効力が生じた後である平成一〇年四月以降毎月二五日の各弁済期なのであるから、本件差押命令による支払停止の効力により、右相殺はその効力を生じる由ないものというべきである」とし、物上代位の優先を結論した。これについては五一一条の適用を肯定したものと読むものがある。⁽¹⁰⁾

(2) 平成一三年判決

平成一三年判決は^{7][10]}の最上級審判決である。右判決は質貸借契約、保証金授受および相殺合意が抵当権設定登記後になされた事案につき次のように判示し、物上代位の優先を結論した。

「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質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つて、抵当権者に对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つ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とができるから、抵当権設定登記の後に取得した質貸人に対する債権と物上代位の目的となつ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質料債権に及んでいる抵当権の効力を優先させる理由はないといふべきであるからである。〔改行〕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質貸人に對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両

名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の質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對して相殺合意の効力を对抗することができないと解するのが相当である」。

以上の判決文からは、第一次的な優劣判断基準時を登記時とすることは分かるけれども、その条文上の根拠はまったく明らかでない。⁽¹¹⁾

では、調査官はこの点につきどのように述べているのか。調査官解説によれば、平成一三年判決は大要次の考え方に基づくものである。①物上代位と相殺の優劣の問題は、「抵当権設定登記により公示された（抵当権の一効力として対抗することができる）『自ら差押えをすることにより物上代位することができる権利』あるいは『自ら差押えをすることにより、抵当権設定登記時に設定され、かつ、対抗要件を備えた質権となるような権利』を第三債務者（賃借人）に對抗することができるか否か」の問題として把握されるべきこと、②五一一条は差押の処分禁止効と相殺の可否に関する規定であり、実体法上の特別優先権の行使としての物上代位における被担保債権の優先性と相殺との調

整につき規定するものではないから、五一一条・差押時説は「ここでの問題が、適法な差押え後の実体法上の利益衡量であることを理解しない見解」であるといわざるをえな⁽¹³⁾こと、③ここで「参考」にされるべきは実体法上の特別優先権である債権質の設定と相殺の調整枠組み（四六八条二項準用）であるが、それは取引関係の利害調整という同条項の趣旨にかんがみ無制限説ではなくいわゆる制限説Ⅰ（弁済期先後関係説）により規制されると考えるのが相当であること、④抵当権設定登記により公示されるのは賃料であること、

債権の移転または流出ではなく「自ら差押えをすることに

より物上代位することができる権利」であるから、登記時

をもつて質権設定通知時と同視することはできず、差押前

にされた相殺はつねに有効である（三〇四条一項ただし書）

書）反面、登記に質権設定通知（三六四条）以上の効力を

与えるべき理由もないから、登記前に自働債権が発生した

とき（少なくともその弁済期が各賃料債権の弁済期に先立⁽¹⁵⁾つとき）には差押後の相殺も有効であること。ここでは五

一条・差押時説が相当でないことと差押前の相殺の有効性が三〇四条一項ただし書により基礎付けられることのみ

が示されるにとどまり、弁済期が受働債権より先の自働債

権が登記前に取得された場合における相殺優先を根拠付け

る条文は提示されていない。四六八条二項の類推とみる見解もあるけれども、調査官は「抵当権設定登記の時をもつて、債権質権の設定通知の時と同視することはできない」と明言してしまったゆえか、「類推適用」という表現をまったく使用しておらず、むしろ意識的に排除しているようにも見えるから、このように読むことはやや困難なようと思われる。なお、調査官が挙げた「参考条文」には四六八条二項は引かれていない⁽¹⁸⁾。

2 学 説

では、学説の議論状況はどうだったのか。これは大きく五つに分類することができる。整理して叙述すると、次のようになろう。

第一に、五一一条・差押時説（いわゆる「差押時基準説」）である⁽²⁰⁾。この見解の根拠は、物上代位による差押も

差押にほかならないから五一一条の「支払の差止め」に該当する、ということにある。これに対しても、次のような批判がなされた。すなわち、(1)物上代位権の公示は抵当権

設定登記であるゆえにその権利闘争時は登記時と解すべきだから物上代位による差押はその他の差押とは異なる⁽²²⁾、(2)

担保付債権による差押は一般債権による差押と異なり優先権を有するから五一一条によつては規律されない。しかし、

(1)の批判に対しては、そもそも抵当権設定登記による物上代位権の公示には疑問がある、という反論があつた。この点は後述するところ（第二）を参照されたい。また、(2)の批判に対しても、次の反論が提出された。すなわち、(a)昭和四年判決は差押と相殺の優劣につき国税債権という約定担保物権にも優先しうる強力な権利による差押に対するもの一般債権による差押と同様に五一一条を適用している、(b)物上代位による差押を国税債権による差押と同視しないと抵当権設定登記前に法定納期限が到来している国税債権がある場合に国税債権、物上代位、相殺の間で優劣が三すくみの状態になってしまふ。しかし、まず、(a)の反論に対して、次の再批判がなされた。(1)国税債権が約定担保権に優先しうるのは法定納期限後に担保権が設定された場合に限られるところ、昭和四年判決は滯納処分前から取引関係があつた者の相殺権との関係でこれを一般債権と同列に扱つたにすぎない、(2)昭和四年判決は国税債権が相殺に優先する旨の特別規定が国税徴収法にないことから、これと抵当権を同一に論ずるのは相当でない、(3)特別法の解釈は厳格であるべきだから、昭和四年判決の判旨を一般化・抽象化して物上代位と相殺の優劣の問題にまで及ぼすことは相

当でない、(2)国税債権の優先権は一般財産に対するものであつて約定担保物権のように特定財産に対するものではないから、昭和四年判決の射程は約定担保物権には及ばない。⁽²⁹⁾また、(b)の反論に対しても、次のような再批判が提出された。(1)国税債権が優先権を確保すると解することで別段の不都合はなく、本来相殺には劣後するはずの国税債権が取得した望外の利益は国税債権の優先性をもつて基礎付けられれば十分である、(2)昭和四年判決は法定納期限前から取引関係にあつた第三債務者に関する判断だから、右期限後に第三債務者が自働債権を取得した場合には同判決の射程外であり、このように解するならばそもそも三すくみ関係 자체が生じない。⁽³⁰⁾

第二に、五一一条・登記時説または四六八条二項・登記時説と三〇四条一項ただし書・差押時説を併用するもの（いわゆる「登記時基準説」）である。五一一条・登記時説または四六八条二項・登記時説をとることの根拠は、物上代位権は抵当権設定登記により公示されている、ということにある。五一一条説と四六八条二項説の相違は登記を「支払の差止め」とみるかあるいは債権質設定の「通知」とみるかに存するが、この相違にはそれほど関心が払われていないうまにみえる。⁽³⁴⁾他方、三〇四条一項ただし書・差

押時説をとることは自明のものとされているようである。

五一一条・登記時説または四六八条二項・登記時説を登記の公示力から導くことに対しても、二つの方向から批判が提示された。一つは、登記の公示力それ自体に対する批判であり、もう一つは、登記と「支払の差止め」あるいは「通知」の同定の困難性に対する批判である。

前者の批判は、次の二つのタイプに分けられる。(1)第三者一般または第三債務者以外の第三者に対する登記の公示力の承認または強調につき疑問を呈するもの、(2)第三債務者との関係に焦点を絞って登記の公示力の不當性を説くもの。(1)は物上代位と債権譲渡の優劣をめぐる議論の延長である。⁽³⁵⁾ 第三債務者以外の第三者に対する登記の公示力への批判とみられるものも取り上げるのは、後述のように相殺権者を「第三者」と規定すべきという考え方があるからである。このタイプの批判は、大要次の通りである。(a)抵当権設定登記は抵当不動産に対するものであり質料債権に対して当然に拡張されるものではない、(b)「不動産市場の交通整理」が本務である登記に「債権市場の交通整理」など知または承諾を公示としていることとの均衡がとれない、(d)「仮渡し又は引渡し」前の差押を要求している三〇四条

一項ただし書の趣旨を説明困難にする、(e)差押に第三者に(39)
対する優先権保全の意味を認める民事執行法一九三条二項、

同法一四五条一項および民法三九八条の二〇第一項二号と整合しない、(f)抵当権者は権利行使の選択権を有するから登記時に優先性が公示されているとはいえない、(g)もともと公示の存しない先取特権とのバランスを考えなくて良いのか、(h)物上代位権不行使が抵当権者の担保保存義務違反とされかねない、(i)賃料債権に対する物上代位においては保険金請求権などに対するそれと異なり事物の性質上登記の公示力・対抗力または追及力を肯定するのは相当でない、(j)転付命令確定後も物上代位権行使を可能とせざるをえず執行実務に混乱をもたらす、(k)過剰担保の問題が生じ設定者・譲受人が保護されず不動産の債権化・流動化を阻害する、(l)第三債務者をインフォメーションセンターとする債権譲渡理論と整合しない、(m)異議なき承諾による抗弁喪失あるいは差押命令の選別の要求を介して質借人に酷な結果となる、(n)清算期間経過後の清算金支払請求権の譲渡を許容している仮登記担保法六条一項と矛盾する、(o)抵当建物の火災保険につき質権設定の対抗要件を具備した質権が抵当権設定登記のいかんにかかわらず優先するとされていることと整合しない、(p)執行妨害防止の配慮は評価できる

としてもその点は例外的措置により対処すべきである。⁽⁵¹⁾ より精確に分析すれば、(a)ないし(i)は第三者一般に対する登記の公示力への批判、(j)ないし(p)は第三債務者以外の第三者に対する登記の公示力への批判である、ということになる。これらの批判に対する主要な反論としては、(a)原抵当権の被担保債権が転抵当権の拘束を受ける場合、抵当建物に対する質借権が抵当権の効力を服する場合のほか、債権譲渡特例法「平成一六年改正により動産債権譲渡特例法」とされたが、脱稿時現在未施行である。以下同様」の規律を考へれば物上代位権の第三者対抗要件を登記とすることがそれほど不当であるとは考えられない、(b)代位目的債権は流通性が一般的に高い債権とはいえないし、第三者に登記の調査を期待することは少なくとも平成一〇年判決後はそれほど不当なものとはいえないほか、第三者は差押前に弁済を受ければ保護されるのであるからその限りで第三者の利益にも配慮されている、(c)先順位抵当権者が一般債権者または後順位抵当権者の差押に劣後して差押えた場合に正当化根拠は登記の公示力・対抗力のほかに適切なものは見当たらない以上、登記の公示力・対抗力を考慮した問題処理枠組みが成り立たないとはいえない、というものが挙

げられる。(a)は第三者一般に対する登記の公示力への批判に対する反論、(b)(c)は第三債務者以外の第三者に対する登記の公示力への批判に対する反論に位置付けることができよう。後者のうち(c)は(b)とまったく前提を異にし、強度の公示力を承認し追及力までをも肯定するものではないことを強調しておかなければならない。(c)の反論を裏返せば、右第三債務者以外の第三者に対する登記の公示力への批判(j)ないし(p)は追及力肯定に対するものにすぎず、登記の公示力それ自体を退けるのに十分な理由たりえないということになる。他方、(2)は第三債務者の地位に着目しつつ登記の公示力の不當性を指摘するものである。このタイプの批判は物上代位と相殺の優劣の問題に特有のものといえる。これは次のようにまとめられる。(a)第三債務者保護説・平成一〇年判決によれば第三債務者対抗要件と第三者対抗要件は区別され、前者は差押、後者は登記とされるから、物上代位と債権譲渡の優劣にあっては格別、物上代位と相殺の優劣については登記の公示を承認できない、(b)債権譲渡特例法にみられるように第三者対抗要件と第三債務者対抗要件の結合は必然ではないから、第三者対抗要件が登記であるとしても第三債務者対抗要件を登記とすることはできない⁽⁵⁶⁾、(c)テナントビルに入る事業者などと異なり、

アパートに入居する学生などに対する登記簿閲覧を期待することはできず、登記を公示すると不測の不利益を与えることになる、(d)登記による画一的処理にしたがえば、⁽⁵⁷⁾相殺期待利益の不保護による賃貸借取引の萎縮という問題が生じうる反面、執行妨害を十全に排斥できないおそれがあるから、原則として相殺の優先を認めたうえで個別の事案毎に例外的処理を施していく方が判断枠組みとして優れている。しかし、(a)(b)の批判に対しても、相殺の担保的機能が説かれる場合には相殺権者は「第三債務者」ではなく「債権者」として性格付けられているのであるから、賃借人を「第三債務者」と規定するのは相当でない、(c)の批判に対しては、民法のシステムが賃貸借に関しても登記を紛争解決基準としていることからすると（一七七条、三九五条、六〇五条など）、賃借人にに対する登記の公示力・対抗力を否定することはできない、⁽⁵⁸⁾という反論がある。また、(d)の批判に対しては、敷金返還請求権を別個の枠組みにより保護する反面、登記前の賃貸借契約を相殺要件に付加することをもつて一定程度答えるとともに、予測可能性の点から登記による画一的処理の解釈論的優位を指摘するものがみられる。⁽⁵⁹⁾だが、(a)(b)に対する反論には、(i)債権質の場合と異なり、相殺を目的債権の消滅の問題、「第三債務者の

側面」ではなく担保的利益の問題「第三者的側面」と捉えている点に解消しがたい疑問がある、(ii)賃借人を「第三者」と把握することを貫徹するならば、物上代位と相殺の優劣を一七七条あるいは四六七条により規律しなければならないはずである、⁽⁶⁰⁾という再批判がなされている。また、(c)に対する反論は、第三債務者の抗弁につき、債権そのものの処分である債権譲渡や質権設定ですら通知が基準とされているのに、抵当権から派生するにすぎない物上代位権にあつては登記が基準とされるというのには第三債務者の地位の均衡という点で釈然としないものが残る、⁽⁶¹⁾という疑問に答える必要があろう。

これに対して、後者の批判は登記の公示力を別論としても、登記を「支払の差止め」あるいは「通知」と同定することは困難であるというものである。具体的には、次の通りである。一方、五一一条・登記時説は次の点が疑わしい。すなわち、(a)五一一条の文言は「支払の差止め」であるがこの効果を有するのは抵当権設定登記ではなく物上代位による差押であるゆえに（民事執行法一九三条二項、同一四五条）五一一条の適用は登記ではなく差押にあるというほかないから、同条を「抵当権設定登記後に取得した債権」と読み替えることはできない、(b)五一一条の類推適用は弁

済禁止効なきところでも可能という指摘があるけれども、弁済の制限がないところで相殺だけ制限されることがあるのか。⁽⁶⁶⁾他方、四六八条二項・登記時説にも次の問題がある。(a)賃貸不動産に対する抵当権設定を賃料債権に対する質権設定と同視し、抵当権設定登記を質権の通知または承諾に相当する觀念の通知とみなすことは困難である、(b)四六八条二項の類推適用が質権に肯定されたのはそれが目的の占有移転を要素とすることから債権譲渡に準じて扱つても不合理ではないという形態的類似性によるものだから、質権とは性質の異なる抵当権（ないし差押前の物上代位）につきこれを肯定することはできない、(c)現実に質権設定契約などがない以上、債権質との類比は一種の比喩であり四六八条二項の解釈により結論を導くことはできない。

抗関係を認めたことにあると解すべきであつて、差押の弁済禁止効と関連付けるのは相当でない。⁽⁷⁰⁾なお、物上代位と相殺の優劣を第三者間の対抗問題と把握することに対してもは、貸借人を「第三債務者」と規定する立場からの批判が当てはまるけれども、これは五一一条による相殺制限と弁済禁止効の結合の否定という論旨に対する反論となるものではない。

第三に、三〇四条一項ただし書・差押時説（いわゆる「三〇四条一項ただし書説」）⁽⁷¹⁾である。この見解の提唱者によれば、「本優劣問題は、端的に、抵当権者はいつまでに物上代位権を差し押さえなければならないかという問題にすぎず、貸借人（第三債務者）の行う相殺が、同法三〇四条一項ただし書きの『払渡又ハ引渡』に該当するか否かをみればよ」く、結論としては「右の差押えの効力発生前に相殺適状に達し、かつ相殺の意思表示をしたか否かだけが決定的基準となる」。その理由は、次の通りである。すなわち、①第三債務者保護説によれば第三債務者に対する物上代位権の公示は第三者に対するそれと異なり差押と理解されること、②物上代位による差押は物上代位により発生し、差押債権者が差押によりえた擲取効果と第三債務者が両債権の対向状態発生により取得した相殺の期待の間に擬似対

抗関係を認めたことにあると解すべきであつて、差押の弁済禁止効と関連付けるのは相当でない。⁽⁷⁰⁾なお、物上代位と相殺の優劣を第三者間の対抗問題と把握することに対してもは、貸借人を「第三債務者」と規定する立場からの批判が当てはまるけれども、これは五一一条による相殺制限と弁済禁止効の結合の否定という論旨に対する反論となるものではない。

する以上、差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされた場合は格別、そうでない限り抵当権者の質料支払請求に応じなければならないこと。⁽⁷⁵⁾しかし、この見解に対しては、次のような批判が加えられた。(a)第三債務者保護説を究極の根拠として物上代位制度を相殺制度に対してつねに優先させるのは制度間競合の調整からみると均衡を失している、(b)①と③の論理関係が不明ないし疑問であり、結論の不当性を避けるためには③を修正して五一一条を適用したのと同様の帰結を承認しなければならない、(c)賃借人の敷金や保証金の返還をあまりにも危うくするものであり、結論的に不当である、(d)債権譲渡または質権設定の通知にはたんなる二重払いの危険の除去以上の効果が付与されていることに配慮を欠いており、これらにおける第三債務者の地位との均衡が取れない、(e)第三債務者としての側面からだけでなく、相殺への期待権という一種の担保権を有する第三者としての側面からも検討することが不可欠なのではないか。⁽⁸⁰⁾しかし、これらの批判は賃借人の相殺期待利益の不顧慮、換言すれば、差押前の相殺適状における相殺の意思表示という相殺要件の厳格性に対するものであつて、差押につき三〇四条一項ただし書を適用することに対するものではない。この批判が字義通りの三〇四条一項た

だし書説に対しても意味があるためには、三〇四条一項ただし書の適用と厳格な相殺要件が必然的に結合していないなければならない。事実、批判論者の一人である松岡は、「民法三〇四条一項但書では、物上代位権の行使が阻まれるのは、差押え前に『払渡又ハ引渡』がなされた場合に限られるから、差押え後にはじめて可能となる相殺は、差押え前の『払渡又ハ引渡』には含まれない」とい、三〇四条一項ただし書の適用は差押前の相殺適状あるいは相殺適状における相殺の意思表示という厳格な相殺要件を結論するところが「前提」であるとしている。⁽⁸¹⁾これは文理を根拠とするものであろう。しかし、右のような「前提」は自明なものではなく、「第三債務者の反対債権の取得をもつて『払渡』とみる」という可能性も提案されていたことを指摘しておかなければならぬ。

第四に、四六八条二項・差押時説（いわゆる「四六八条二項類推説」）である。⁽⁸²⁾この見解は平成一三年判決の後、はじめて主張されたものである。大要次のことを根拠とする。①差押を第三債務者对抗要件、登記を第三者对抗要件とする平成一〇年判決の対抗要件の構造は債権質の設定につき債権譲渡特例法のスキームを用いた場合に類比することができるから、そこにおけると同様に四六八条二項に準

じて解決するのが相当であること、②同条項の類推に反対するならば、債権質と物上代位は債権担保という点で共通性を有するにもかかわらず、両者における第三債務者の地位を異別に取り扱うことになつてしまい相当でないこと。⁽⁸⁴⁾

この見解によれば、物上代位と相殺の優劣は四六八条二項の解釈論に規定されることになる。⁽⁸⁵⁾ 四六八条二項・差押時説に対する抗論では、抜け駆け的な相殺が防げないから債権譲渡⁽⁸⁶⁾

特例法に固有の規律は物上代位に類比する共通性を欠く⁽⁸⁷⁾、という批判がなされた。けれども、(a)債権譲渡特例法のスキームを利用して債権質が設定された場合にも、相殺権濫用論などによる制限を加えない限り、抜け駆け的な相殺が許容されることとの整合性をいかに説明するのか、(b)不動産登記と債権譲渡特例法上の登記では公示手段として前者

が圧倒的に勝るというかもしれないが、そうであるとしたる登記を第三債務者対抗要件とし差押前に相殺がなされた場合にも物上代位を優先させなければ首尾一貫しない、(c)通知以前に債務者に対して主張できた一切の事由を第三者に主張できるという第三債務者の地位は、第三者は第三債務者の同意がなくても債権に関与できるという制度を採用したことの裏返しであるから、物上代位の場合にだけ抜け駆け的な相殺を防げないという実質的理由のみをもつてこの地位を剝奪することは困難である、という反論が提出されている。⁽⁹⁰⁾

第五に、適用規範が不明なものである。これは次の三つに分けられる。「差押時基準説」に属するもの、「登記時基準説」に属するもの⁽⁹¹⁾、いすれにも分類不能なもの。⁽⁹²⁾ ここでは適用規範は明らかでない。⁽⁹³⁾

(三) 二つの存在理由

以上の判例および学説の分析を整理すると、次の通りである。

第一に、登記時説からは、次の適用規範が主張された。

(1)五一一条〔17〕、「登記時基準説」、(2)四六八条二項〔登記時基準説〕。⁽⁹⁴⁾ (1)五一一条説、(2)四六八条二項説の論拠は、登記の公示力により登記が「支払の差止め」あるいは質権設定の「通知」と同定されることにあるが、一方では、登記の公示力に対する批判がなされ、他方では、右同定の困難性に対する批判がなされた。前者の議論は次のように整理できる。まず、(a)登記の公示力を一般的に肯定するもの、第三者にのみ肯定するもの、一般的に否定するものに分かれ、中間の立場をとる場合には、(b)相殺権者の第三債務者性を強調するか、第三者性を強調するかが問題になつた。

(a)では平成一〇年判決の理解および当否が理論および実際の両面から緻密に議論され、(b)では「相殺権者」の位置付けが諸制度との関連で問題とされた。他方、後者は、主として弁済禁止効および形態的類似性の不存在からいざれにせよ「登記」を「支払の差止め」あるいは「通知」と読み替えることは困難である、と批判するものであつた。

第二に、差押時説からは、次の適用規範が主張された。
 (1)五一一条 (〔3〕〔4〕〔9〕〔18〕、「差押時基準説」)、(2)四六八条二項 (「四六八条二項類推説」)、(3)三〇四条一項ただし書 (〔2〕〔12〕、「三〇四条一項ただし書説」、「登記時基準説」)。(1)五一一条説の根拠は物上代位による差押も差押にはかならないから「支払の差止め」に該当するというものであつたが、次のように批判された。(a)権利閑与時が異なる、(b)差押の性格が異なる。(a)は右登記の公示力に関する議論と同型である。(b)では国税債権による差押に五一一条を適用した昭和四五年判決の理解が争われた。(2)四六八条二項説の根拠は債権質設定の通知と物上代位による差押の類比から物上代位による差押も「通知」と同様に取り扱われるべきという点にあり、その基底には債権担保制度における第三債務者の地位の均衡という考え方がある。(3)「三〇四条一項ただし書説」には文理上三〇四条一項ただし書の適用は

厳格な相殺要件を結論するという前提から、実際上の妥当性を確保できないという趣旨の批判が多数なされていた。もっとも、この前提はからずしも共有されていたとはいえない (〔12〕、学説の提案)。なお、「登記時基準説」は三〇四条一項ただし書の適用により差押時の優劣判断をもおこなつていた。

第三に、適用規範が不明なものもあつた。多数の下級審裁判例 (〔1〕〔5〕〔6〕〔7〕〔8〕〔10〕〔14〕〔15〕〔16〕) のほか、平成一三年判決も少なくとも登記時の優劣判断につきいずれの規範を適用するのかが明確でなかつた。学説上も適用規範の不明なものが散見された。このような状況が生じた理由は、適用規範は自明であると考えたか、これを明示できなかつたかあるいはこれにつき関心がなかつたかのいずれかしかないのであるが、一は右の議論状況が示すように真ではないし、二、三はそれ自体が問題であるように思われる。

以上の整理によれば、物上代位と弁済、差押または債権譲渡などの優劣にあつては三〇四条一項の解釈問題であることに異論がなかつたにもかかわらず、なぜ物上代位と相殺の優劣にあつてのみ「いづれが適用規範であるか」などということが争われているのか、という本稿の問題意識については次のように答えることができよう。要するに、突

き詰めれば、積極的には、抵当権設定登記または物上代位による差押が法的構成または利益状況の観点から各々「支払の差止め」または「通知」と同視されるからであり、他方、消極的には、文理上三〇四条一項ただし書の適用は厳格な相殺要件を結論し実際上不当だからである。では、このような理由をもつて物上代位と相殺の優劣を三〇四条一項の解釈問題から放逐することが、はたして相当なのであろうか。

三 適用規範論の再定位

(一) 代位法律関係一般における適用規範・二つの制約原理と適用規範の区別

この問い合わせに答える前に、抵当権に基づく物上代位と第三債務者の抗弁および第三者の権利の優劣一般に関する適用規範につき、考察しておこう。⁹⁴⁾すでに述べたように、ここでは三〇四条一項の解釈問題であることが自明のものとさる。右のような適用規範論の展開はみいだされなかつた。もつとも、この点はさらに立ち入つてみておかなければならない。というのは、そこには意見の相違がみられ、また、明瞭でない部分も残されているからである。敷衍すると、

次の通りである。

物上代位と弁済、差押、債権譲渡などの優劣は、伝統的かつ一般的には三〇四条一項ただし書における差押前の「払渡し又は引渡し」により規律されるものと説かれている。⁹⁵⁾たとえば、物上代位と差押の優劣は差押が「払渡し又は引渡し」に該当するか、という定式で問題とされ、これに該当するならば物上代位が劣後し、そうでないならば物上代位が優先するとされている。この考え方によれば、物上代位権者と第三債務者および第三者の優劣は「払渡し又は引渡し」の解釈問題ということになる。これに対して、近時物上代位と債権譲渡の優劣についてではあるが、異なった提案をなすものが有力である。それは三〇四条一項本文の「債務者が受けるべき金銭」というテクストの利用を主張するものである。論者によれば、債権譲渡後の物上代位権行使が否定されるのは、債権譲渡がなされれば代位目的債権はもはや「債務者が受けるべき金銭」といえないからである。この考え方によれば、物上代位と債権譲渡の優劣は「払渡し又は引渡し」ではなく「債務者が受けるべき金銭」の解釈問題ということになる。

もつとも、いざれの考え方も主として抵当権設定登記後に弁済、差押、債権譲渡などがおこなわれた場合にもなお

物上代位権を行使できるか、という問題を念頭においていたことには相違がない。これを裏返せば、登記前にすでに弁済、差押、債権譲渡などがおこなわれていた場合に、どのように処理するのかは明瞭でないものである。かかる場合には抵当権ですら劣後するのだから物上代位も当然に劣後すると解される。この規律が一般的に受け容れられることは、優劣判断基準時を登記時におく見解が物上代位を最大限強力に認める立場として規定されていることから明らかである。伝統的かつ一般的な立場をこの規律にまで及ぼせば、たとえば登記前にすでに弁済がなされていた場合にも、三〇四条一項本文により物上代位は認められるけれども弁済は「払渡し又は引渡し」に該当するがゆえにただし書によりこれに劣後するということになろうが、右立場がこのような主張までなすものであるかどうかは不明である。これに対して、「債務者が受けるべき金銭」を使用する近時の有力見解は登記前に債権譲渡がなされた場合にも同じく「債務者が受けるべき金銭」に当たらないと解するものと思われる。ただ、それ以外の場合につきどのように考えているのかは伝統的かつ一般的な立場と同様、明らかとはいえない。

要するに、抵当権に基づく物上代位と第三債務者の抗弁

および第三者の権利の優劣一般が三〇四条一項の解釈問題であるといつても、ただし書の「払渡し又は引渡し」を使用するか、——債権譲渡についてであるが——本文の「債務者が受けるべき金銭」を使用するか、という意見の相違があり、また、抵当権設定登記前の弁済、差押、債権譲渡などにつき物上代位が劣後することをいかなる規範により基礎付けるか、という点が明瞭でないものである。では、どのように考えるべきか。

三〇四条一項の物上代位には、原理的に異なる二つの制約があると分析できる。⁽⁹⁷⁾ すなわち、第一に、原権利ですら対抗されると考えられる第三債務者の抗弁および第三者の権利には物上代位は劣後する。第二に、第一段階において物上代位が優先したとしても差押前に取得された第三債務者の抗弁および第三者の権利に対して物上代位が劣後することがある、というものである。第一段階の制約は物上代位の構造それ自体により基礎付けられる。つまり、物上代位が代位である以上、いかにこれを強力に認めようとしたとしても原権利を超える権利までは承認されえない、ということである。この意味において第一段階の制約は物上代位の内在的制約、ということができるよう。他方、第二段階の制約は第一段階の制約とは原理的にまったく異なるもので

ある。というのは、差押前に取得された第三債務者の抗弁および第三者の権利に対する物上代位の劣後は、右のような物上代位の構造それ自体によつてはけつして基礎付けることはできないからである。このような制約がいかなる理由に基づきどの程度まで認められるのかは「差押」の趣旨の解釈によつて異なることになる。第二段階の制約はいわば物上代位の外在的制約であると規定することができる。

各々の問題につき、第二段階の制約を認めない場合には優劣判断基準時を登記時におくことになり、これを認める場合にはそれを差押時におくことになる。従来の議論は、主として第二段階の制約を「払渡し又は引渡し」あるいは「債務者が受けるべき金銭」の解釈問題とし、また、第一段階の制約に関する適用規範については明瞭でなかつたものと分析できよう。しかし、この点は次のように理解すべきである。

第一段階の制約は第二段階の制約と原理的に異なり、物上代位の構造それ自身によつて論理的に帰結される内在的制約というべきものであるから、代位物が存在しない場合と同様、これは三〇四条一項本文により基礎付けるのが相当である。具体的には、抵当権設定登記前に弁済、差押、債権譲渡などがあつた場合には、弁済による消滅、債権差

押の効力、債権譲渡による帰属主体の変更などにより、「債務者が受けるべき金銭」が存しないからそもそも物上代位をなしえない。近時の有力見解の提案はこの点につきかつこの限度でのみ受け容れられうる。かかる理解が伝統的かつ一般的な見解と抵触するものではないことは右に述べた通りである。他方、第二段階の制約は物上代位の構造それ自身によつては基礎付けることができない外在的制約とみられるから、これは三〇四条一項ただし書により基礎付けるのが相当である。具体的には、伝統的かつ一般的見解にしたがい、抵当権設定登記後・物上代位による差押前の弁済、差押、債権譲渡などが「払渡し又は引渡し」に該当するか否かを問題とすることになる。近時の有力見解は債権譲渡につき文理上の困難を指摘するが、論者自身も認める通り⁹⁸、文理は決定的な批判たりえないのであろう。以上のような両段階の制約の原理的相違とその本文・ただし書という適用規範の相違への反映は、両段階の制約に関する証明責任の所在の相違を実質的および形式的に結論付けることになる。したがつて、かりに優劣判断基準時を差押時におくとしても、両段階の制約の区別の実益を否定し、たとえば債権譲渡が抵当権設定登記の前であるか後であるかどうかは問題にする必要がない、と断ずることはできない。

このような理解に異論をとなえるものは、次のいずれかの提案をなすものと考えられる。一方では、第一段階の制約についても三〇四条一項ただし書を適用する考え方（反対仮説Ⅰ）である。具体的には、抵当権設定登記前の弁済、差押、債権譲渡なども「払渡し又は引渡し」に該当するから物上代位が劣後する、というものである。ここでは第一段階の制約も第二段階の制約と同じく三〇四条一項ただし書の解釈問題となる。この考え方によれば、登記前に弁済、差押、債権譲渡などがなされている場合にも、物上代位権者は三〇四条一項本文により第三債務者および第三者に優先する権利を一旦取得し、この権利が第三債務者の抗弁および第三者の権利に劣後するのは同条項ただし書の適用の結果である、と説明されることになる。適用規範と効果を順に挙げてみると、三〇四条一項本文（対等的地位取得）、四八一条一項、四六八条二項、一七七条、四六七条など（第一段階の制約）、三〇四条一項ただし書（第二段階の制約）といふことになる。要するに、これらの考え方によれば、抵当権ですら劣後すると考えられる場合にも、物上代位権者は三〇四条一項本文により第三債務者および第三者に対しても優先的（反対仮説Ⅰ）あるいは対等的（反対仮説Ⅱ）地位を一旦取得することになるのである。しかし、物上代位が代位の一つであるにもかかわらず、なにゆえ物上代位権者が三〇四条一項本文により原権利を超える権利を一旦取得することができるのか、その根拠は明らかでない。

総じて、抵当権に基づく物上代位と第三債務者の抗弁および第三者の権利の優劣一般に関する適用規範は、次のように定式化できよう。⁹⁹ 抵当権設定登記前に弁済、差押、債権譲渡などがなされていた場合には、「債務者が受けるべき金銭」（三〇四条一項本文）が存しないからそもそも物上

差押、債権譲渡などがなされている場合にも、物上代位権者は三〇四条一項本文により第三債務者および第三者と同等の権利を一旦取得し、この権利が第三債務者の抗弁および第三者の権利に劣後するのは他の規範の適用の結果である、と説明されることになる。適用規範と効果を順に挙げれば、三〇四条一項本文（対等的地位取得）、四八一条一項、四六八条二項、一七七条、四六七条など（第一段階の制約）、三〇四条一項ただし書（第二段階の制約）といふことになる。要するに、これらの考え方によれば、抵当権ですら劣後すると考えられる場合にも、物上代位権者は三〇四条一項本文により第三債務者および第三者に対しても優先的（反対仮説Ⅰ）あるいは対等的（反対仮説Ⅱ）地位を一旦取得することになるのである。しかし、物上代位が代位の一つであるにもかかわらず、なにゆえ物上代位権者が三〇四条一項本文により原権利を超える権利を一旦取得することができるのか、その根拠は明らかでない。

代位をなすことができず（第一段階の制約）、このような事情がなかつたとしても物上代位による差押前に弁済、差押、債権譲渡などがおこなわれた場合には、「払渡し又は引渡し」（同条項ただし書）の解釈いかんによつては物上代位が劣後することになる（第二段階の制約）。

(二) 物上代位と相殺の優劣における適用規範

以上の理解によれば、物上代位と相殺の優劣における適用規範は次のように考えられることになろう。

第一に、抵当権ですら質借人の相殺の抗弁を対抗されると考えられる場合には、質料債権はもはや質借人のものであつて「債務者が受けるべき金銭」（三〇四条一項本文）とはいえないために、当然に物上代位が劣後する（第一段階の制約）。具体的には、抵当権設定登記前に質借人が自動債権を取得していいた場合が挙げられるけれども、立場によつては付加要件、すなわち弁済期先後関係、相殺適状、相殺適状における相殺の意思表示、賃貸借契約などまで要求されることになる。登記前の合意相殺についても考え方が分かることになろう。以上の規律は登記前に弁済、差押、債権譲渡などがなされた場合のそれと相応するものである。両段階の制約につきかかる要件を設定するか否かにより、「登記時基準説」「差押時基準説」「三〇四条一項ただし書説」「四六八条二項類推説」のいずれの具体的結論も引き出されうる。ただ、このような結論が三〇四条一項の解釈から導かれることと優劣判断基準時を差押時におくとしても証明責任の観点から第一段階の制約を無視することはできないことは、物上代位権者と第三債務者および第三者の優劣一般におけるのとまったく同様である。

しかしながら、二でみてきたように、從来物上代位と相殺の優劣は五一一条または四六八条二項の解釈問題とされるものである。第二に、第一段階において物上代位が優

先したとしても差押前に生起した事情により質借人による相殺の抗弁の対抗が認められるべき場合には、このような事情が「払渡し又は引渡し」（同条項ただし書）に該当するため、物上代位が劣後することになる（第二段階の制約）。具体的には、差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされていた場合が挙げられるけれども、立場によつては緩和要件、すなわち相殺適状、弁済期先後関係、自働債権取得などがあれば十分ということになる。差押前の合意相殺についても考え方が分かることになろう。以上の規律は登記後に弁済、差押、債権譲渡などがなされた場合のそれと相応するものである。両段階の制約につきかかる要件を設定するか否かにより、「登記時基準説」「差押時基準説」「三〇四条一項ただし書説」「四六八条二項類推説」のいずれの具体的結論も引き出されうる。ただ、このような結論が三〇四条一項の解釈から導かれることと優劣判断基準時を差押時におくとしても証明責任の観点から第一段階の制約を無視することはできないことは、物上代位権者と第三債務者および第三者の優劣一般におけるのとまったく同様である。

(二三)によれば、積極的には、抵当権設定登記または物上代位による差押が法的構成または利益状況の観点からで各々「支払の差止め」または「通知」と同視されるからであり、他方、消極的には、文理上三〇四条一項ただし書の適用は厳格な相殺要件を結論し、實際上不当だからであったしかしながら、このような理由により物上代位と相殺の優劣を三〇四条一項の解釈問題から放逐することは相当でない。というのは、次の通りである。

第一に、積極的理由について。抵当権設定登記または物上代位による差押を各々「支払の差止め」または「通知」と同定することから五一一条または四六八条三項の解釈問題とするならば、次のような結論を受け容れなければならぬ。まず、物上代位と相殺の優劣につき、登記前または差押前に自働債権が取得された場合のみならず、登記前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされていた場合（五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説）も、差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされていた場合（五一一条・差押時説、四六八条二項・差押時説）も、相殺の優先は五一一条または四六八条二項により結論される。なぜなら、登記前または差押前に自働債権が取得され

差押が各々「支払の差止め」または「通知」と同定され、登記前または差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示までなされていた場合にはこの限りでない、ということは正当化困難だからである。また、抵当権設定登記または物上代位による差押が各々「支払の差止め」または「通知」に該当するという以上、物上代位と弁済の優劣は四八一条一項または四六八条二項によつて決せられると解される。登記前に弁済された場合（五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説）も、差押前に弁済された場合（五一一条・差押時説、四六八条二項・差押時説）も、弁済の優先は四八一条一項または四六八条二項の解釈の帰結である。というのは、抵当権設定登記または物上代位による差押が相殺の場合に限つてのみ各々「支払の差止め」または「通知」に当たり、弁済の場合にはこれらに当たらない、といふことの理由をみいだすことは困難だからである。そればかりではない。物上代位と債権譲渡の優劣も、一般的の差押または債権質の通知と債権譲渡の優劣と同様、四六七条の解釈問題ということにならざるをえない。登記前に債権譲渡がなされた場合（五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説）も、差押前に債権譲渡がなされた場合（五一

条・差押時説（なお、四六八条二項・差押時説は、この場合には五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説と同一の規律を受け容れるようである。以下同様）も、債権譲渡の優先は四六七条から結論される。という理由は、抵当権設定登記または物上代位による差押を各々「支払の差止め」または「通知」と法性決定し、物上代位と相殺の優劣を一般の差押または債権質の通知と相殺の優劣と同一の適用規範により処理するのであれば、物上代位と債権譲渡の優劣も一般の差押または債権質の通知と債権譲渡の優劣と同一の適用規範により処理しなければ首尾一貫しないからである。要するに、物上代位と第三債務者の抗弁および第三者の権利の優劣はすべて、抵当権設定登記または物上代位による差押を各々一般の差押または債権質の通知へ置き換えたときにこれを判断する規範により規定されることになるのである。

しかし、このような結論を是認することはできない。一方、五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説については次の通りである。既述のように、この考え方を首尾一貫すれば、登記前に自働債権が取得されていた場合のみならず、差押前に相殺適状における相殺の意思表示、弁済、債権譲渡などがなされた場合にも、物上代位の劣後になるのである。

四八一条一項、四六八条二項、四六七条などから結論されることになる。このような考え方はさきに（三一）検証された、第一段階の制約につき三〇四条一項以外の規範を適用するもの（反対仮説II）と分析することができる。しかし、そこで述べたように、かかる考え方は物上代位権者が三〇四条一項本文により原権利を超える権利を取得することを一旦容認するものにほかならず、物上代位が代位の一つである以上、これを受け容ることは困難であるといわざるをえない。第一段階の制約は三〇四条一項本文の「債務者が受けるべき金銭」の解釈問題と考えるのが相当である。他方、五一一条・差押時説、四六八条二項・差押時説については次の通りである。既述のように、この考え方を首尾一貫すれば、差押前に自働債権が取得されていた場合のみならず、差押前に相殺適状における相殺の意思表示、弁済、債権譲渡などがなされた場合にも、物上代位の劣後から結論されることになる。このような考え方は、（少なくとも）第二段階の制約につき三〇四条一項ただし書以外の規範を適用するものと分析することができる。これは「物上代位と相殺の優劣」をめぐる議論のなかではじめて主張されたものである。しかし、このような企ては「払渡

し又は引渡し」前に差押を要求した三〇四条一項ただし書を空文ならしめるものであり、解釈論としてこれを受け容れることは困難である。論者自身もそこまで徹底するものではないであろう。さきに反対仮説として挙げることすらしなかつたのはそのためである。第二段階の制約は三〇四条一項ただし書の「払渡し又は引渡し」の解釈問題と理解するほかないように思われる。

第二に、消極的理由について。三〇四条一項ただし書の

適用と厳格な相殺要件の結合はかならずしも必然的なものとは解されておらず（¹²、学説の提案）、対案の論理的帰結が右に述べたような不都合をもたらすことにかんがみれば、少なくとも文理を決定的な理由として同条項の適用を排斥することは相当でない。

総じて、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と賃借人の相殺の抗弁の優劣に関する適用規範は、次のように定式化されよう。抵当権設定登記前に自働債権が取得されていた場合——立場によつては付加要件、弁済期先後関係、相殺適状、相殺適状における相殺の意思表示、賃貸借契約などまで要求されるほか、相殺合意がある場合についても議論がありうる——には賃料債権は「債務者が受けるべき金銭」（三〇四条一項本文）とはいえないから当然に物上

代位が劣後し（第一段階の制約）、このような事情がなかつたとしても差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされていた場合——立場によつては緩和要件、すなわち相殺適状、弁済期先後関係、自働債権取得などがあれば十分であるほか、相殺合意がある場合についても議論がありうる——には「払渡し又は引渡し」（同条項ただし書）がなされたものとして物上代位が劣後することになる（第二段階の制約）。

なお、自働債権が敷金返還請求権である場合には、物上代位と相殺の優劣という問題処理枠組みを用いない考え方がある。抵当権設定登記後に敷金契約の付随する賃貸借契約が締結された事案において、⑨は五一一条の形式的適用により物上代位の優先を結論したが、控訴審たる¹³はいわゆる当然充當構成により敷金充当を優先させ、最一小判平成一四年三月二八日（民集五六巻三号六八九頁）も次のように判断してこれを支持した。「敷金が授受された賃貸借契約に係る賃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、当該賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡されたときは、賃料債権は、敷金の充当によりその限度で消滅するべきである。当然充當の物上代位に対する優先の根拠は、「抵当権者は、物

上代位権を行使して賃料債権を差し押さえる前は、原則として抵当不動産の用益関係に入れないものであるから、抵当不動産の所有者等は、賃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。したがって、敷金契約が締結された場合は、賃料債権者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」という点に求められている。調査官の言葉を借りて付言すれば、「抵当権者の物上代位も抵当不動産の所有者等が決定した法律関係を前提に賃料に及ぶにすぎない」、抵当権者は「抵当不動産の所有者等により敷金契約が締結されることを妨げることができず、その結果物上代位の効力が制約されること甘受せざるを得ない」。^(則) 学説においても、自働債権が敷金返還請求権である場合には別個の処理枠組みが妥当する、^(筋) といふ限度では右判決の考え方方に賛成するものが有力である。もしこのように解するのならば、賃料債権は敷金の充当が予定された債権であるゆえに、元来抵当権ですら容喙できない性質のものであり、したがって、「債務者が受けるべき金銭」(三〇四条一項本文)とはいはず、そもそも物上代位をなすことができない(第一段階の制約)、ということになる。

(三) 適用規範論の意味とその位置付け

以上からすると、物上代位と相殺の優劣も、物上代位と弁済、差押または債権譲渡などの優劣と同様、三〇四条一項の解釈問題にほかならないことになる。とするならば、従来適用規範をめぐって議論されてきたことにはなんらの意味も認められなくなるのか。

物上代位と相殺の優劣では、いかなる場合に両段階の制約が認められるのかが問題となる。第一段階の制約は物上代位の内在的制約であり、抵当権ですら賃借人の相殺の抗弁を対抗されると考えられる場合である。どのような場合がこれに当たるのか、すなわち抵当権設定登記前に自働債権が取得されれば十分なのか、あるいはその他の付加要件が要求されるのか、相殺合意がある場合にはどうか、¹⁰ といふことは「差押と相殺の優劣」「債権質と相殺の優劣」の議論を参照しつつ判断していくこととなろう。このような思考様式は、抵当権設定登記前に弁済、差押、債権譲渡などがなされていた場合における物上代位の劣後は、代位により客体が不動産から債権に置き換えられる以上、登記を差押または債権質の通知と類比しつつ判断することにならざるをえないのとまったく同様のものである。他方、第

二段階の制約は物上代位の外在的制約であり、第一段階において物上代位が優先したとしても差押前に生起した事情により質借人にによる相殺の抗弁の対抗が認められるべき場合である。ここでは「差押の趣旨」および「登記の公示力」の議論を踏まえ、執行妨害の危険と質借人の相殺期待利益に配慮しつつ、差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示までがなされていなければならぬのか、あるいはその他の緩和要件で十分であるのか、相殺合意がある場合にはどうかが確定していくこととなる。いうまでもなく、このような思考様式は抵当権設定登記後に弁済、差押、債権譲渡などがなされた場合にもなお物上代位権行使できることか、という問題についてのそれとまったく同様のものである。

このように考えるならば、適用規範をめぐる議論はまったく無意味というわけではない。五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説の論拠たる「登記の公示力」をめぐる議論は、差押前に自働債権が取得されただけで第二段階の制約（「払渡し又は引渡し」該当性）が基礎付けられるか否か、すなわち「差押時基準説」の相当性に関連する。四六八条二項・差押時説の基本発想、すなわち債権担保制度における第三債務者の地位の均衡という考え方は、とく

に「登記時基準説」に対する強力な批判となることに変わりがない。これに對して、五一一条・差押時説の論拠たる物上代位による差押と一般の差押の同質性をめぐる議論は、それが「支払の差止め」に物上代位による差押も含まれるかどうか、という問題に向けられている限度では意味がないといわざるをえない。もつとも、質借人の相殺期待利益などに関する実質的な主張は「差押時基準説」の基礎付けにそのまま援用されるものと思われる。五一一条・登記時説、四六八条二項・登記時説に對する登記を「支払の差止め」または「通知」と同定することは困難性である、といいう批判はそれ自身としては意味をなさない。優劣判断基準時を差押時とする考え方も第一段階の制約を無視することができず、代位により客体が不動産から債権へ置き換えられる以上、その判断は右法文などを手掛かりとするほかないことはいずれの見解に立つても変わりがないからである。三〇四条一項ただし書・差押時説は結論的に妥当でないが、「三〇四条一項ただし書説」に對してはそのままで妥当することになる。

要するに、適用規範をめぐる議論はまったく無意味にならぬわけではなく、——もちろんすべてではないけれども

ども——三〇四条一項の解釈論にふたたび位置付けられることになるのである。

四 結 語

以上総じて、本稿の結論は次の通りである。物上代位と相殺の優劣における適用規範論の存在理由は不相当または不十分なものであり、物上代位と相殺の優劣も物上代位と弁済、差押または債権譲渡などの優劣と同様、三〇四条一項の解釈問題にほかならないが、このことは適用規範をめぐる議論の全否定を結論するものではなく、その一部内容は三〇四条一項の解釈論へと再定位される⁽¹⁵⁾ことになる。

右のように本稿の結論をまとめると、五一一条説または四六八条二項説もこれらの法文を参考にするものにすぎず、適用規範が三〇四条一項であることは当然の前提だったのではないか、という疑惑が生ずる。しかし、「三〇四条一項ただし書説」に対する批判、「差押」の「支払の差止め」該当性をめぐる議論、三〇四条一項ただし書との「併用」を説く見解などをみれば、このような疑惑が当をえないことは明らかである。けれども、「ヒント」「枠組み」「類推」などの曖昧ともいえる表現、適用規範への関心の低さを示

す言明から⁽¹⁶⁾は、主要な関心事が具体的な判断枠組みの定立にあり、少なくとも右法文の「適用」の基礎付けにはなかつたこともまた明らかであろう。

(1) この点については、松岡久和「賃料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(1)～(3)完」金法一五九四号六〇一六八頁、一五九五号三三一四五頁、一五九六号六六一六九頁(二〇〇〇年一一一二月)、佐久間弘道「賃料債権の譲渡に優先する抵当権者の物上代位権の問題点と賃借人の相殺権(一)(完)」国学院三八巻三号一～三八頁、四号三七一八三頁(二〇〇〇年一二月一二〇〇一年三月)、山野目章夫「抵当権の賃料への物上代位と賃借人による相殺(上)(下)」NBL七一三号六一一二頁、七一四号二八一三三頁(二〇〇一年五六月)参照。その他、清水論文が網羅的である。清水俊彦「賃料債権への物上代位と相殺」判タ一〇一一号三五一四五頁(一九九九年一二月)、同「敷金の範囲に関する一考察—理論と実務 法解釈学と予防法学の交錯—」判タ一〇四〇号三三一四七頁(二〇〇〇年一月)、同「賃料債権への物上代位と相殺(再説)」『登記時基準説』への疑問一判タ一〇五六号八五十九三頁(二〇〇一年六月)、同「賃料債権への物上代位と相殺(三)最三小判平成二三年三月一三日の論理」判タ一〇六六号七六一八三頁(二〇〇一年一〇月)、同「破産法一

○三条一項後段の解釈（上）（下）判タ一〇二号三二一

一一〇二〇頁（二〇〇二年一月）参照。

四〇頁、一二〇二号三五一四五頁（二〇〇二年一一一二月）、同「賃料債権への物上代位と相殺」（上）（下）一最

一小判平成一四年三月二八日の論理」判タ一一三号四

五一五六頁、一一一四号一一一二一頁（二〇〇三年四一五月）。

（2）以下の分類の基本的枠組みは、藤澤治奈「平成一三年

判決判批」法協一二一卷二〇号一七四〇一七四二頁注六級審裁判例を、（1）「物上代位に関する民法三七二条、三〇

（二〇〇四年一〇月）と同一のものである。藤澤判批は下

四条の『払渡又ハ引渡』に、問題となる相殺が該当するか

否かをもつて結論を下すもの、（2）「五一一条の『支払ノ

差止……後ニ取得シタル債権』に、自働債権が該当するか

否かをもつて結論を下すもの、（3）「そのどちらにも当た

らず、例えば、相殺と物上代位のそれぞれの利益を考量し

て、どちらを優先させるべきかを決定するようなもの」に

分類し、（1）には①②、（2）には③④⑥⑨⑫、（3）には⑤⑦⑩⑬

⑮が属すると分析している。なお、下級審裁判例の網羅的

分析については、松岡「前掲注（1）相殺」（六〇一六八頁、

（2）（三三一四五頁）、（3）（完六六一六九頁）ほか、平成一三年判決後のものとして、山本克己「抵当権に基づく物上代位と

相殺」（曹時五三卷八号一一一五頁（二〇〇一年八月））、

下村信江「平成一三年判決判批」（阪法五一卷五号一〇〇三

（3）清原泰司「判批」金判一〇九八号六〇頁（二〇〇〇年九月）、松岡・前掲注（1）相殺（六三頁）、山本・前掲注（2）（三頁）、角紀代恵「平成一三年判決判批」民商一二八卷二号二三九頁（二〇〇三年五月）、藤澤・前掲注（2）一七四一頁注六参考。

（4）他方、後者については判決文上も議論上も適用規範はまったく取り上げられていない。その内容を敷衍すると、

次の通りである。（1）平成一三年判決の原々審である⑦は、

①登記の公示力、②抵当権者の利益を理由として、「少な

くとも、本件のごとく、抵当権（根抵当権）が設定されか

つその設定登記がなされた後に、当該抵当目的物件につい

て賃貸借契約が締結されかつ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

意がなされたような場合においては「物上代位が優先する

という。また、⑭は、登記後賃貸借に基づく賃料債権と登

記後に債務承認された資金債権につき相殺予約が締結され

ていたとしても、①物上代位の判例理論、②登記の公示力、

③当事者間の衡平にかんがみれば、「被告主張のような相

殺予約契約による相殺が物上代位に優先する：「『ういうこ

と』を是認することができない」とし、物上代位を優先させた。⑯では登記と何の先後が基準とされたのかは明らかでない。（2）⑩は⑦の控訴審であり、平成一三年判決の原

審にあたる。ここでは、「抵当権設定後に賃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」という限

定のもと、物上代位の優先が結論されている。また、¹⁶も登記後の賃貸借に基づき差し入れられた保証金の返還請求

権を自働債権とする相殺と物上代位の優劣が問題となつた

事案において、①登記の公示力、②一般的の差押との相違、③抵当権者の利益という理由から、「少なくとも、本件のように抵当権設定登記より後に成立した賃借権の場合には」物上代位が優先するとした。¹⁰¹⁶では抵当権と賃借権

の対抗が問題とされている。³¹⁵は¹⁸の原審であり、登記後に賃借権を譲り受けたものであるが、①物上代位権の実効性、②登記の公示力を理由として、「抵当権の目的である不動産の質借人は、抵当権の設定及びその登記後にされた賃貸人との間の合意に基づく敷金返還請求権と賃料債権との相殺をもって、抵当権に基づく物上代位として賃料債

権を差し押さえた抵当権者に対抗できないと解すべき」とする。¹⁵は登記と相殺合意の先後を基準とするものと読むことができる。

(5) 石田喜久夫「¹判批」銀法五四二号九、一一页（一九七九年一二月）、片岡宏一郎「¹判批」銀法五四四号一九、二一页（一九九八年二月）などのほか、直近のものとして、藤澤・前掲注（2）一七四一頁注六。これに対して、松岡・前掲注（1）相殺（1）六二頁、（2）三四、四四頁注二は慎重に疑

問を留保している。

(6) 清原・前掲注（3）六〇頁。

(7) 無署名「⁸コメント」判タ一〇四九号一五四頁（二〇〇一年三月）。

(8) 山本・前掲注（2）一三、二三頁。

(9) 松岡・前掲注（1）相殺（1）六一頁、山本・前掲注（2）一三頁、角・前掲注（3）二二八頁、藤澤・前掲注（2）一七四一頁注六。

(10) 清原・前掲注（3）六〇頁。

(11) 清水・前掲注（1）相殺（3）八三頁はこの点をとくに指摘し、「根拠条文すら示そうとしないで重大な問題を処理しようとするアカウンタビリティの欠如」と断ずる。

(12) 杉原則彦「平成一三年判決判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一三年度（上）』二六九頁（二〇〇四年七月）。

(13) 杉原・前掲注（12）二六六、二六八頁。もっとも、最早小判平成一四年三月二八日（民集五六卷三号六八九頁）

「以下、後注中「平成一四年判決」とする」は、物上代位と敷金充当の優劣に関して「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つて、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、民法五一一条によつ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」としており、物上代位と相殺

- の優劣につき五一条が適用されることを前提としている
ように読める。ここには矛盾が存しないか。清水・前掲注
(1)相殺四(下)一四、一四一~五頁注六七、六八参照。
平成一四年判決の調査官はこの疑問につき次のように答えるようである。物上代位による差押も処分禁止効を有する
から「差押え後に取得した自働債権をもつて代位目的債権
を相殺することができない」という意味では五一一条の適
用は「排除」されず、平成一三年判決は同条の適用を「不
要」としたに留まる。中村也寸志「平成一四年判決判解」
曹時五五卷九号一八四頁注九(二〇〇三年九月)。
- (14) 杉原・前掲注(12)二六七頁。
- (15) 杉原・前掲注(12)二六四、二六五、二六九~二七〇頁。
- (16) 藤澤・前掲注(2)一七四〇頁注五。
- (17) 杉原・前掲注(12)二六九頁。
- (18) 杉原・前掲注(12)二五七頁。そこで引かれているのは、
三〇四条一項、三七二条、五〇五条、民事執行法一九三条
である。
- (19) 以下、次の点に留意されたい。(1)括弧付表記について。
(1)「」により括られた事項は筆者により補足されたもの
である、(2)「」により括られた学説の通称については松
岡・前掲注(1)相殺(1)六一一六三頁、相殺(2)三三一三六頁、
山本・前掲注(2)一九、二三頁を参照したが、本稿の問題
意識からは「登記時基準説」と「二段階基準説」の区別は

有意味でないから前者で一括した。(2)文献引用法について。
(1)同一著者の複数文献中に適用規範が確定または推測でき
るものとできないものが含まれる場合には、行間から改説
したことが読み取れない限り、当該複数文献はすべて適用
規範が確定または推測できるものに含まれる適用規範を主
張するものとして引用した。(2)「批判」「反論」などに引
用された文献には、同一見解に与するわけではないけれど
も当該「批判」「反論」などの正当性は共有するというも
のも含まれている。(ハ)藤澤・前掲注(2)一七二八一七二
九、一七四〇頁注五は優劣判断基準につきどのように考
えるとしても物上代位と相殺の優劣は一次的には三〇四条
一項ただし書の「払渡し又は引渡し」の解釈問題であると
しているようであり、以下の分類には当てはまらないから、
後掲注(18)(三二)のなかで特別に採り上げることにする。

(20) 鳥谷部茂「賃料債権の物上代位と敷金返還請求権の保
護―住宅金融専門会社問題の処理をめぐる一事例から―」
NBL六〇二号五四一五五頁(一九九六年一〇月)、石
田・前掲注(5)九一一一頁、片岡・前掲注(5)一八一二一
頁、吉田光碩「[1]判批」判タ九六五号三五一三六頁(一九
九八年五月)、「五一一条の明示はないが右記文献を引用」、
中田眞之助「[1][3]判批」『不況下の賃貸借契約―最近のビ
ル・不動産判例』二二〇一二一九頁(三省堂、一九九九
年三月)「五一一条の明示ないが右記文献引用」、片岡宏一

郎 「物上代位に基づく賃料の差押えと第三債務者による保証金との相殺の優劣」金判一〇六二号三頁（一九九九年五月）、荒木新五「**〔3〕〔4〕判批**」判タ九九五号四六一四八頁（一九九九年五月）「五一一条の明示ないが右記文献引用」、同「**〔3〕判批**」Credit & Law一六号六〇一六三頁（一九九九年五月）、平井一雄「**〔3〕判批**」『民法拾遺第一巻』六一二一六一四頁（信山社、二〇〇〇年六月）「初出、金判一〇六六号（一九九九年五月）」「かなならずしも明瞭でない」、野口恵三「**〔3〕判批**」NBL六六七号七四一七五頁（一九九九年六月）、清水・前掲注（1）相殺三九、四四頁〔三〇四条一項ただし書も適用する〕、鳥谷部茂「**〔9〕判批**」リマーカス二一号二〇一二一頁（一〇〇〇年七月）、塩崎勤ほか「**〔座談会〕『差押えと相殺』**」の現在—最大判昭和四五・六・二四から三〇年を機に『無制限説』を再検証し、抵当権の物上代位との優劣を考える—銀法五七九号二九、三一頁〔一〇〇〇年八月〕、佐久間弘道「**差押えと相殺**」無制限説の今日的意義」銀法五七九号三六一三七頁〔一〇〇〇年八月〕、清水・前掲注（1）敷金三七一三九頁、佐久間・前掲注（1）相殺権〔二三〕頁、〔二〕完七七頁、平井一雄「賃料債権への物上代位と相殺再論」平出・高窪古稀『現代企業・金融法の課題（下）』七四九一七五〇頁（信山社、二〇〇一年一月）、荒木新五「平成二三年判決判決批①」Credit & Law一三九号七四一七五頁〔一〕〇〇一年

四月）、鳥谷部茂「平成二三年判決判批①」金法一六〇七号七一八頁〔二〇〇一年四月〕、石田喜久夫「平成二三年判決判批」銀法五九〇号六二一六四頁〔二〇〇一年五月〕、清水・前掲注（1）相殺（再説）八五頁注一、八七、九三頁、山野目・前掲注（1）相殺〔下〕三〇一三一頁、荒木新五「平成二三年判決判批②」Credit & Law一四三号三〇一三五頁〔一〇〇一年八月〕、北河隆之・市川英一「平成二三年判決判批」不研三三卷四号七五一七六頁〔二〇〇一年一〇月〕〔三〕〇四条一項ただし書も適用する〕、清水・前掲注（1）相殺〔三〕八三頁「ただし、五一一条（あるいは、せいいぜい四六八条二項）を出发点とするしかなく」としており、四六八条二項・差押時説にも親和的である）、荒木新五「平成二三年判決判批③」判タ一〇六八号八七一八八頁〔二〇〇一年一月〕、下村・前掲注（2）一〇一六頁「ただし、〔三〕〇四条か五一一条かという処理枠組みの選択は便宜上のものであつて」という）、能登真規子「平成二三年判決判批」法時七四卷二号一〇四頁〔二〇〇一年一月〕、鳥谷部茂「平成二三年判決判批②」リマークス二四号三三一三三頁〔二〇〇二年二月〕、山野目章夫「平成二三年判決判批」ジュリー一二三四号（平成二三年度重要判例解説）七〇一七一頁〔一〇〇一年六月〕、清水・前掲注（1）破産〔下〕三九一四一頁、同・前掲注（1）相殺〔四〕〔下〕一六頁注七二「ただし、「いざれにせよ、」の意味での民法四六

八条二項類推適用論が理論展開の方向として正しいことは間違いない」ともいう。

- (21) 石田・前掲注(5)一〇頁、片岡・前掲注(5)一九、二〇頁、吉田・前掲注(20)三五頁、中田・前掲注(20)二一八頁、荒木・前掲注(20)③④判批四七頁、平井・前掲注(20)民法拾遺六一二一六一三頁、野口・前掲注(20)七四頁、塩崎ほか・前掲注(20)二九三一頁「佐久間発言」、佐久間・前掲注(20)三七頁、同・前掲注(1)相殺権(二二二一九頁、(2)完七七頁、平井・前掲注(20)平出・高達古稀七四頁、鳥谷部・前掲注(20)平成一三年判決判批①八頁、石田・前掲注(20)六三頁、清水・前掲注(1)相殺(再説)八七、八九頁注二六、山野目・前掲注(1)相殺(下)三〇頁、清水・前掲注(1)相殺(3)八〇頁、下村・前掲注(2)一〇一六頁、鳥谷部・前掲注(20)平成一三年判決判批②三三頁、清水・前掲注(1)相殺(4)(下)一六頁注七二。
- (22) 高木多喜男「抵当権の物上代位と相殺」銀法五六四号三二一三三頁(一九九九年七月)、関沢正彦「物上代位に基づく賃料差押えと保証金返還債務との相殺」金法一五五二号五頁(一九九九年七月)、小林明彦・稻葉譲「抵当権の物上代位と賃借人からの相殺」銀法五六七号七五頁(一九九九年九月)、丹波繁夫「抵当権の物上代位に基づく賃料債権への差押えと第三債務者による相殺」石田・前掲注(5)一〇頁、片岡・前掲注(5)一九頁、五六九号一〇一頁(二〇〇〇年一月)、藤田昌宏「抵当権による物上代位に基づく賃料差押えと第三債務者による相殺の優劣」判タ一〇二一号三四頁(二〇〇〇年四月)、野口恵三「[7]判批」NBL七〇二号七二頁(二〇〇〇年一月)、前澤功「平成一三年判決判批」銀法五九〇号五八頁(二〇〇一年五月)、田高寛貴「平成一三年判決判批」法セ五五九号一〇九頁(二〇〇一年七月)、山本・前掲注(2)一七一一八頁。
- (23) 菅原胞治「[2]判批」銀法五八八号三四頁(一九九九年二月)、高木・前掲注(22)三二、三三頁、小磯武男「[9]判批」銀法五七〇号六一頁(一九九九年一二月)、塩崎ほか・前掲注(20)二八、三〇頁「潮見・菅原発言」、清原・前掲注(3)六二頁、佐伯一郎「賃料債権に対する物上代位と最近の問題状況への考察」銀行実務五〇三号一〇九頁(二〇〇一年三月)、潮見佳男「債権総論II(法律学の森)[第二版]」債権保全・回収・保証・帰属変更」三五七頁(信山社、二〇〇一年四月)、清原泰司「平成一三年判決判批①」銀法五九二号七九頁(二〇〇一年七月)、山本・前掲注(2)一五一六頁、清原泰司「平成一三年判決判批②」市民と法一〇号五頁(二〇〇一年八月)、富田仁「平成一三年判決判批」成城六九号三三六頁(二〇〇二年一二月)、角・前掲注(3)二三〇頁、藤澤・前掲注(2)一七二八一一七二九頁。
- (24) 石田・前掲注(5)一〇頁、片岡・前掲注(5)一九頁、

- (吉田・前掲注(20)三五頁、中田・前掲注(20)二一八頁、片岡・前掲注(20)三頁、平井・前掲注(20)民法拾遺六一三頁、佐野口・前掲注(20)七四頁、佐久間・前掲注(1)相殺權(1)二三頁、鳥谷部・前掲注(20)平成一三年判決判批①八頁。
- (25) 塩崎ほか・前掲注(20)二九頁「佐久間発言」、佐久間・前掲注(20)三七頁、同・前掲注(1)相殺權(1)二八一二九頁、荒木・前掲注(20)平成一三年判決判批①七五頁、同・前掲注(20)平成一三年判決判批②三四一三五頁。
- (26) 菅原・前掲注(23)三四頁、潮見佳男「制限説・無制限説をめぐる議論の回顧と展望」銀法五七九号四〇、四二頁注一三(二〇〇〇年八月)。
- (27) 高木・前掲注(22)三四頁注二。
- (28) 石田・前掲注(20)六三頁「想定批判」、小磯武男「平成一三年判決判批」金法一六三三号六二頁(二〇〇一年二月)。
- (29) 菅原・前掲注(23)三四頁、潮見・前掲注(26)四二頁注一三、秦光明「抵当権の物上代位と『相殺』」銀法五七九号五三頁(二〇〇〇年八月)、松岡・前掲注(1)相殺(2)三七頁、山本・前掲注(2)一六頁。
- (30) 秦・前掲注(29)五一五三頁。
- (31) 松岡・前掲注(1)相殺(2)四〇頁。
- (32) 五一一条・登記時説と三〇四条一項ただし書・差押時説を併用するものは、古積健三郎「抵当権の物上代位に基づく質料債権の差押え」筑波二六号二六一三八頁(一九九九年三月)、小林II稻葉・前掲注(22)七五一七七頁「五一一条が「ヒント」になるという」、小磯・前掲注(23)五六一六二頁「物上代位による差押にも五一一条の適用がある」というが、結論として小林II稻葉を支持する」、丹波・前掲注(22)一〇一一〇二頁「五一一条の「縮減」適用といふ」、藤田・前掲注(22)三四一三五、三七頁注一六「五一一条につき「直接適用はできないけれども、その説示の趣旨は参考にすべき」という」、松岡・前掲注(1)相殺(1)六〇頁、(2)四三一四四頁「五一一条、三〇四条一項ただし書の「枠組による処理」という」、小林明彦「平成一三年判決判批①」金法一六〇七号六一七頁(二〇〇一年四月)、「小林II稻葉と同旨であるが、「条文上の根拠」は五一一条ではないか、五一一条の「延長」において理解できるという」、同「平成一三年判決判批②」銀法五九〇号六〇一六一頁(二〇〇一年五月)、松岡久和「平成一三年判決判批①」金法一六〇七号八一九頁(二〇〇一年四月)、岡内真哉「平成一三年判決判批」銀法五九三号六六一六九頁(二〇〇一年八月)「五一一条の「類推適用」という」、松岡久和「平成一三年判決判批②」法教二五八号別冊付録(判例セレクト二〇〇一)一七頁(二〇〇一年三月)、古積健三郎「抵当権の質料債権に対する物上代位と差押えー判例の整合性ー」みんけん五五九号一一一一二頁(二〇〇三年一月)。

一月)、他方、四六八条二項・登記時説と三〇四条一項た
だし書・差押時説を併用するものは、高木・前掲注(22)三
〇一三五頁「平成一〇年判決を前提とする、四六八条二項
の明示ないが質入債権の「法理論」を「類推適用」する」、
秦光昭「抵当権の物上代位と相殺の優劣」金法一五八五号
五頁(二〇〇〇年七月)、同・前掲注(29)五〇一五三頁、
前澤・前掲注(22)五六一五九頁「平成一〇年判決を前提と
する、四六八条二項の明示ないが債権質の判例理論を『そ
のまま適用』という」、小磯・前掲注(28)金法一六三三号
六二頁「四六八条二項の明示ないが『質権設定通知と相殺
の優劣に準じて』といふ」。

- (33) 古積・前掲注(32)差押二九一三一頁、高木・前掲注
(22)三二一三三、三四頁 小林・前掲注(22)七五、
七五一七六頁、小磯・前掲注(23)六二二頁、丹波・前掲注
(22)九七一九八頁、藤田・前掲注(22)三四頁、秦・前掲注
(32)五頁、同・前掲注(29)五〇一五一二頁、松岡・前掲注
(1)相殺(2)三九一四一頁、小林・前掲注(32)平成一三年判
決判批①六頁、松岡・前掲注(32)平成一〇年判決判批①九
頁、前澤・前掲注(22)五七一五八頁、小林・前掲注(32)平
成一三年判決判批②六〇一六一頁、岡内・前掲注(32)六七
頁、小磯・前掲注(28)六二頁。
- (34) たとえば、松岡・前掲注(1)相殺(2)三八一四四頁は五
一条説をとるが、四六八条二項説を排斥する根拠をとく

に述べておらず、むしろ同・三九頁の叙述(「民法四六八
条二項の類推適用の可否は結論を法的にどう構成するかの
問題であり論拠にはならない」)からはいずれでもよいと
いふ態度が看取される。

- (35) 物上代位と債権譲渡の優劣における公示の議論に関し
ては、松岡久和「物上代位の成否と限界(3)―包括的債権譲
渡と抵当権の物上代位の優劣―」金法一五〇六号一三一二
六頁(一九九八年二月)、下村信江「質料債権への物上代
位と将来の質料の一括的譲渡」高木古稀『現代民法学の理
論と実務』四九一五五頁(成文堂、二〇〇一年一二月)、
生熊長幸「民法三〇四条の差押えの趣旨・再論」『物上代
位と収益管理(大阪市立大学法学叢書(五四))』一八四一
一九三頁(有斐閣、二〇〇三年三月) 参照。
- (36) 片岡・前掲注(5)一九頁、中田・前掲注(20)二一六頁、
片岡・前掲注(20)三頁、平井・前掲注(20)民法拾遺六一〇
頁、同・前掲注(20)平出・高窪古稀七四五頁、潮見・前掲
注(23)三五七頁、荒木・前掲注(20)平成一三年判決判批③
八七頁、能登・前掲注(20)一〇二一一〇三頁、鳥谷部・前
掲注(20)平成一三年判決判批②三三頁。
- (37) 山野目・前掲注(1)相殺(上)八頁、荒木・前掲注
(20)平成一三年判決判批②三五頁、同・前掲注(20)平成一
三年判決判批③八七頁。
- (38) 平井・前掲注(20)民法拾遺六一〇頁。

- (39) 片岡・前掲注(5)一九一二〇頁、清水・前掲注(1)相殺四四頁。
- (40) 佐久間・前掲注(1)相殺權(三四頁)。
- (41) 富田・前掲注(23)三三六一三三七頁。
- (42) 石田・前掲注(5)九頁、清水・前掲注(1)相殺四四頁。
- (43) 片岡・前掲注(5)二〇頁。
- (44) 古積・前掲注(32)差押八一八頁、鳥谷部・前掲注(20)⑨判批二二頁、塩崎ほか・前掲注(20)二三、二五、二七頁、「佐久間、潮見発言」、佐久間・前掲注(1)相殺權(三二頁)、鳥谷部・前掲注(20)平成二三年判決判批①七一八頁、潮見・前掲注(23)三五六一三五七頁、下村・前掲注(2)一〇一四一〇一五頁、能登・前掲注(20)一〇三頁、鳥谷部・前掲注(20)平成二三年判決判批②三二一三三頁、富田・前掲注(23)三三六一三三七頁、古積・前掲注(32)判例一一二三頁。
- (45) 片岡・前掲注(5)二〇頁、荒木・前掲注(20)③④判批四七、四八頁注一四。
- (46) 鳥谷部・前掲注(20)⑨判批二二頁、塩崎ほか・前掲注(20)二三、二五頁、「潮見、佐久間発言」、佐久間・前掲注(1)相殺權(一)三三一三四頁、(二)完三九一四一頁、鳥谷部・前掲注(20)平成二三年判決判批②三三頁。
- (47) 塩崎ほか・前掲注(20)二五頁、「佐久間発言」、佐久間・前掲注(1)相殺權(三)三〇一三一頁。
- (48) 塩崎ほか・前掲注(20)二五頁「佐久間発言」、佐久間・前掲注(1)相殺權(三)一三二頁。
- (49) 佐久間・前掲注(1)相殺權(三四頁)。
- (50) 堀龍兒「¹⁷判批」判タ一〇五四号六六頁(二〇〇一年五月)、清水・前掲注(1)相殺四(下)一二頁。
- (51) 荒木・前掲注(20)③④判批四八頁注一四、塩崎ほか・前掲注(20)三一頁「佐久間発言」、佐久間・前掲注(1)相殺權(一)九一〇頁、(2)四九一五二頁、堀・前掲注(50)六六頁、山野目・前掲注(1)相殺(上)六頁。
- (52) 秦・前掲注(29)五〇頁。
- (53) 秦・前掲注(29)五一頁。
- (54) 松岡・前掲注(1)相殺(2)四〇頁。
- (55) 荒木・前掲注(20)③④判批四七頁、同・前掲注(20)③判批六二頁、塩崎ほか・前掲注(20)二九頁「佐久間発言」がすでに同旨を主張していたが、もつとも強力かつ明晰にこの点を主張したのは、清原・前掲注(3)六〇一六二頁、同・前掲注(23)平成二三年判決判批①七八一七九頁、同・前掲注(23)平成二三年判決判批②四一五頁。その他、佐久間・前掲注(1)相殺權(一)二四頁、清水・前掲注(1)相殺(再説)九一頁、同・前掲注(1)相殺(三)七九頁、角・前掲注(3)二三六、二三二頁も同旨である。
- (56) 清水・前掲注(1)相殺(再説)九一頁、同・前掲注(1)相殺(三)七八一八〇、七八頁注二〇、七九頁注二七、

同・前掲注(1)相殺四(下)一二、一五一六、一六頁注

七五。なお、優先債権か否かは担保権が第三者に対しても優先権を公示しているか否かの問題であるのに對して、第三債務者がする相殺は第三債務者が抗弁事由をもつて差押債権者に対抗しうるか否かの抗弁の問題であるから、優先権の公示とは無関係である(塙崎ほか・前掲注(20)二九頁、「佐久間発言」、佐久間・前掲注(20)三六一三七頁、同・前掲注(1)相殺権(二七頁)。本注清水引用箇所も同旨と読みうるテクストあり)、といふ批判があるが、これは詰まるところ、第三者対抗要件と第三債務者対抗要件の必然的結合に対するものと読むことができる。といふ理由は、たしかに右批判は登記の公示力・对抗力による問題処理に対する批判とも読まれうるが(松岡・前掲注(1)相殺(2)三九、四〇、四五頁注八参照)、しかし「抗弁の問題」の時的限界を画するのは第三債務者対抗要件の具備時期であり、それは第三債務者に対する公示がなされた時であるといふことにかんがみれば、右批判の主眼は登記の公示力・对抗力による問題処理ではなく、第三者対抗要件を当然に第三債務者対抗要件とみなす論理にあると考えられるからである。

(57) 鳥谷部・前掲注(20)敷金五一頁注一を参照しつつ、山野目・前掲注(1)相殺(上)八頁が指摘する。その後、富田・前掲注(23)三三五一三三六、三三八頁がこの問題をと

くに採り上げている。

(58) もつとも詳細に述べるのは、清水・前掲注(1)相殺四四五頁、同・前掲注(1)相殺(再説)八七、八九頁注二九、九二一九三頁、同・前掲注(1)相殺(3)八〇一八一、八一八二、八三頁、同・前掲注(1)相殺四(下)一二、一二頁注五二、一七一二二頁。

(59) 塙崎ほか・前掲注(20)三〇頁「潮見発言」、潮見・前掲注(26)四一頁、松岡・前掲注(1)相殺(2)四〇頁、潮見・前掲注(23)三五七一三五八、三五九頁、下村・前掲注(2)一〇一四、一〇一六頁、生熊長幸「抵当権に基づく質料債権への物上代位権の行使と質借人による賃料債権を受動債権とする相殺等」『物上代位と収益管理』(大阪市立大学法學叢書(五四))二八一頁(有斐閣、二〇〇三年三月)。

(60) 松岡・前掲注(1)相殺(2)四〇頁。

(61) もつとも詳細に述べるのは、松岡・前掲注(1)相殺(2)三五、四一一四三頁、相殺(3)完六八一六九頁。

(62) 山本・前掲注(2)一六、一九頁。その他、清水・前掲注(1)相殺(3)八〇頁、角・前掲注(3)二三一一二三三頁も同旨である。

(63) 清水・前掲注(1)相殺(3)八〇頁。

(64) 三上徹「平成二三年判決判批」金法二六〇七号一〇頁(二〇〇一年四月)がすでに債権譲渡や質権との対比を指摘していたが、本文の批判それ自体は、山本・前掲注(2)

一九頁。その他、清水・前掲注(1)相殺(3)七八一七九頁、

同・前掲注(1)相殺(4)(下)一五一六頁、角・前掲注

(3)二二八頁注二、二三三頁も同旨である。

(65) 登記に賃料受取権を否定する力がないことは、荒木・

前掲注(20)〔3〕判批四七頁、同・前掲注(20)〔3〕判批六二頁

がいち早く指摘していたが、本文の批判それ自体は、塙崎

ほか・前掲注(20)二九、三一頁「佐久間発言」、佐久間・

前掲注(20)三七頁、同・前掲注(1)相殺(3)七八一二八頁。

その他、清水・前掲注(1)相殺(再説)八九頁、同・前掲

注(1)相殺(3)七七頁も同旨である。

(66) 清水・前掲注(1)相殺(再説)八九頁注二、九〇頁

注三一。

(67) 佐久間・前掲注(1)相殺(3)七八頁。

(68) 清水・前掲注(1)相殺(4)一四四頁、同・前掲注(1)

敷金三八頁注一七、同・前掲注(1)相殺(再説)八八一八

九頁、同・前掲注(1)相殺(3)七八頁、同・前掲注(1)相殺

(4)(下)一五頁。

(69) 藤澤・前掲注(2)一七四〇頁注五。

(70) 小林Ⅱ稻葉・前掲注(22)七五頁、小林・前掲注(32)平

成一三年判決判批①六頁。その他、藤田・前掲注(22)三四

頁も同旨である。

(71) 清原・前掲注(3)六〇一六三頁、同・前掲注(23)平成一
三年判決判批①七七一八頁、同・前掲注(23)平成一三

年判決判批②一一七頁。

(72) 清原・前掲注(3)六一一六三頁。

(73) 清原・前掲注(3)六〇一六二頁、同・前掲注(23)平成一三

年判決判批①七八一七九頁、同・前掲注(23)平成一三年

年判決判批②四一五頁。

(74) 清原・前掲注(3)六一頁、同・前掲注(23)平成一三年

年判決判批①七八一七九頁、同・前掲注(23)平成一三年

年判決判批②七九頁。

(75) 清原・前掲注(3)六一一六三頁、同・前掲注(23)平成

一三年判決判批①八一頁、同・前掲注(23)平成一三年判決

判決判批②七頁。

(76) 松岡・前掲注(1)相殺(2)三五頁。

(77) 清水・前掲注(1)敷金四七頁付記。

(78) 佐久間・前掲注(1)相殺(3)七八頁。

(79) 山本・前掲注(2)一九頁。その他、清水・前掲注(1)

相殺(3)八三頁付記も同旨であろう。

(80) 生熊・前掲注(59)二八一頁。

(81) 松岡・前掲注(1)相殺(2)三三頁。

(82) 小磯武男「平成一〇年判決判批」金法一五三六号三三
頁(一九九九年一月)が紹介する意見。なお、北河Ⅱ市
川・前掲注(20)七六頁も参照。

(83) 山本・前掲注(2)一六一二四頁。なお、角・前掲注

徹するが、債権譲渡特例法のスキームとの対比および第三債務者の地位の均衡に関する山本所論に好意的な態度を示す。

(84) 山本・前掲注(2)一七一八頁。同・一八頁によれば、平成一〇年判決は登記の第三者対抗要件性を不完全なものとみている可能性もあるが(「第二の理解」(同・八頁))、登記の第三者対抗要件性が弱まれば弱まるほど差押命令の第三債務者への送達により第三者対抗要件と第三債務者対抗要件が同時に具備される場合に近づくだけから、この場合にも物上代位と相殺の優劣は四六八条二項に準じて解決されるのが相当ということになる、要するに、平成一〇年判決をどのように理解しても本文の解釈は変わらない。

(85) 山本・前掲注(2)一九、一二三、二四頁。

(86) 山本・前掲注(2)二〇一四頁、角・前掲注(3)一二一一二三三頁。

(87) 松岡・前掲注(1)相殺(2)四五頁注八。

(88) 山本・前掲注(2)二〇頁。

(89) 山本・前掲注(2)二〇頁。

(90) 角・前掲注(3)二三三頁。

(91) 塩崎ほか・前掲注(20)二七一八、三〇頁〔潮見発言〕、三上・前掲注(64)九一〇頁、潮見・前掲注(23)三五八一三六〇頁、堀・前掲注(50)六六頁、渡部昭「判批URERU三四三号五一五四頁(二〇〇一年五月)、

手塚宣夫「質料債権に対する抵当権者の物上代位について」半田古稀「著作権法と民法の現代的課題」六二四一六二五頁(二〇〇三年三月)、生熊・前掲注(59)二七九一二八頁「差押前の現在質料債権との相殺につき三〇四条一項ただし書により相殺を優先させることは明白であるが、差押前に取得された自働債権と現在質料債権の差押後における相殺につきどの規範により相殺優先を結論したのかは不明である」。

(92) 峯崎二郎「抵当権の物上代位による金融機関の債権回収上の諸問題」金判一〇五五号一九頁(一九九八年一二月)、菅原・前掲注(23)三四一三六頁、関沢・前掲注(22)五頁、塩崎ほか・前掲注(20)二八一二九、二九一三〇、三〇一三一頁【今中、菅原発言】、菅原胞治「銀行取引と相殺」銀法五七九号四五一四六頁(二〇〇〇年八月)、野口・前掲注(22)六八一七一頁、佐伯・前掲注(23)二〇七一〇九頁、上野隆・高山満「平成二三年判決判批」信用保険月報四四卷六号五一五二頁(二〇〇一年六月)、田高・前掲注(22)一〇九頁、李又又「物上代位と相殺に関する考察」最高裁平成二三年三月一三日判決を手がかりに「愛知学院大学法学部同窓会創立四十周年記念『法学論集第三卷』六六四一六六七頁(二〇〇一年一月)「平成二三年判決支持」、道垣内弘人「担保物権法(現代民法III)」一四九一五〇頁(有斐閣、二〇〇四年八月)「差押

前の相殺の優先につき三〇四条一項ただし書により相殺を優先させることは明白であるが、登記前の自働債権取得における相殺の優先がどの規範により基礎付けられたのかは不明である】。

93) 一般的基準につき自説を展開しないものがここに属する。桜井英喜「賃料に対する抵当権の物上代位に関する諸

問題」法律実務研究九号一二二一—一二三頁（一九九四年二月）、小林明彦「債権執行における第三債務者から相談を受けた弁護士としての留意点」自正四六巻一二号九五一九

六頁（一九九五年二月）、福永有利「物上代位権と相殺権の優劣」銀法五四四号二四頁（一九九八年二月）、菅原・前掲注（二十三四一三六頁）難波孝一「最近の民事執行における諸問題—裁判実務の現場から—」東京弁護士会弁護士研修委員会編『平成一〇年度秋季弁護士研修講座』二七〇頁（一九九九年二月）、村山洋介「〔125〕判批」広法二四卷一号一六九一八〇頁（二〇〇〇年六月）、潮見

前掲注(26四一頁、副田隆重「〔8〕[16]判批」判タ一〇六〇号八七一八八頁(二〇〇一年八月)、道垣内弘人「平成一三年判決判批」金法一六二〇号三三一三六頁(二〇〇一年九月)、占部洋之「平成一三年判決判批」法教四五四号一二四一一五頁(二〇〇一年一月)「法定相殺につき不明」、高木多喜男『担保物権法(第三版)』一四三一一四四四頁(有斐閣、二〇〇一年三月)、富田・前掲注23三三四四頁。

（一三三八頁、村山洋介「賃料の処分と物上代位（III抵当不動産の使用収益権）」広法二六卷四号二四四—二五〇頁（二〇〇三年三月）、角・前掲注3）二三一—二三八頁、近江幸治「担保物権（民法講義III）〔第二版〕」一五〇—一五一页（成文堂、二〇〇五年四月）。なお、いわゆる当然充当構成の是非に焦点を当てた文献は除外してある。

（94）以下、「差押」については差押命令が第三債務者に対する送達されていること、「債権譲渡」については確定日付ある通知または承諾がなされていることとする。

（95） 我妻榮『新訂擔保物權法（民法講義III）』二八八、二九〇一二九二頁（岩波書店、一九六八年二月）、柚木馨編『注釈民法（9）物權（4）（改訂版）』六〇一六三頁「柚木馨」
〔西沢修〕（有斐閣、一九七一年七月）、柚木馨・高木多喜男
男『担保物權法（法律学全集一九）（第三版）』二七〇一二
七五頁（有斐閣、一九八一年九月）、柚木馨・高木多喜男
編『新版注釈民法（9）物權（4）』一六七一七八頁「小杉茂
雄」（有斐閣、一九九八年二月）、高木・前掲注（93）一三
七、一四〇一一四四、一四七一一五一頁、道垣内・前掲注
（92）一四六一一五二頁、近江・前掲注（93）六一一六五、一
四一一五二頁など。「払渡し又は引渡し」というテクス
トを明示しないものもあるが、三〇四条一項ただし書
存しない。

- (96) かつてもこのような主張はみられたが（石田文次郎『擔保物權法論上巻』八〇頁（有斐閣、一九三五年六月）「初出、論叢三・二巻」一号（一九三五年一月））、近年において嚆矢となつたのは、山崎敏充「抵当權の物上代位の基づく質料債權の差押えをめぐる執行実務上の諸問題」民訴四二号一三五頁注三四（一九九六年三月）であり、松岡・前掲注(35)成否と限界(3)一九、二一、二五頁注四六、同「平成一〇年判決判批」民商一二〇巻六号二〇二〇頁（一九九九年九月）などに受け容れられている。なお、質權設定の場合も債權譲渡と同様に解しうるかが問題とされているが、本文では「債權譲渡」で代表させることにする。
- (97) 以下の分析は、水津太郎「抵当權に基づく物上代位における『公示』の要否とその基礎付け—ドイツ法における dingliche Surrogation の制度構造からの示唆—」慶應法政論究五九号四七六—四七七頁（二〇〇三年一二月）における物上代位の制度構造の分析を基礎としているが、制度構造、制約原理、適用規範の相互関係の立ち入った分析については別稿に委ねることにしたい。
- (98) 松岡・前掲注(96)一〇一五頁。
- (99) 以下の定式につき、次の二点の留保を付しておく。第一に、「将来」質料債權につき抵当權設定登記前に弁済、差押、債權譲渡などがなされたとしても、抵当權がこれらに当然に劣後するわけではなく、したがって、この場合は

第一段階の制約にあたらない、という考え方を否定するものではないことである。将来質料債權の処分をめぐる問題状況については、とくに次の文献参照。古部洋之「ドイツ法における抵当不動産質料の事前処分(1)～(3)完」阪学二三巻二号九九一～五四頁、二四卷一号三九一～七二頁、二五卷一号一三三一～九五頁（一九九七年三月～一九九八年九月）、生熊良幸「将来にわたる質料債權の包括的差押え・譲渡と抵当權による物上代位—解釈論的・立法論的提言—」『物上代位と収益管理』（大阪市立大学法学叢書（五四））二二三三一～二七四頁（有斐閣、二〇〇三年三月）「初出、金法一六〇八一～六〇九号（二〇〇一年四月）」、松岡久和「質料債權と質貸不動産の関係についての一考察—将来の質料債權の処分によって所有權は『塩漬け』されるか—」西原古稀『現代民事法学の理論上巻』五九一～一〇一頁（信山社、二〇〇二年一月）、片山直也「フランスにおける不動産質料の詐害的な処分に対する法規制の変遷および質料債權の担保化の実務(一)完—我が国における近時の解釈論・立法論を踏まえて—」法研七五卷七号一一三四頁、九号一九一～七八頁（二〇〇二年七一九月）、中田裕康「将来の不動産質料債權の把握」みんけん五四七号三一～五頁（二〇〇二年一月）、片山直也「フランス私法におけるフロード（Fraude）法理の一素描—不動産質料の詐害的な処分に対する法規制の変遷を中心として—」日仏二三号一

七九一二三五頁（二〇〇五年一月）。第二に、本文の定式は賃料債権を不動産本体の代價物または付加物とみることを前提として構築しているが、これを天然果実の代價物とみる解釈を否定するものではなく、そうした場合には不動産本体と天然果実に対する抵当権の効力の相違から第一段階の制約につき過重方向の修正が必要になることである。

このような留保は、平成一五年改正により旧三七一条の内包していたフランス法主義が期せずして脱落したことから（この点を鋭く指摘し、旧三七一条の制度趣旨の解明を試みるものとして、高橋智也「フランス不動産差押制度における果実の不動産化手続 (immobilisation des fruits)」について(1)(2)―実体法規範と手続法規範の総体的把握へ向けて―」法雜五〇巻四号八六一八九四頁、五一巻二号四三六一四七〇頁（二〇〇四年三一一月）「脱稿時現在未完」）、我が国特異の問題性（斎藤和夫「賃料債権」上への抵当権の物上代位―日本民法上の「収益型」物上代位（民法三七二条・三〇四条）の特異な『問題性』―法研六三巻一二号二〇三一三三三頁（一九九〇年一二月））が消滅し、天然果実との代償関係を根拠として物上代位を肯定するドイツ法的解釈が受け容れやすくなつたのではない

か、という認識を基礎としている。賃料債権に対する物上代位をめぐる近時の問題状況については、とくに次の文献参照。高橋眞「抵当権による賃料の把握について―価値権

(100) 事実、五一一条・差押時説（あるいは四六八条二項・差押時説）にたち、適用規範につきもつとも詳細な分析を加えた清水研究は、(1)差押前に相殺適状における相殺の意思表示がなされた場合および差押前に相殺適状にあり差押後に相殺の意思表示がなされた場合、(2)差押前に弁済がなされた場合、(3)差押前に債権譲渡がなされた場合には、なお三〇四条一項ただし書の「払渡し又は引渡し」の解釈問題であるという（清水・前掲注(1)相殺四四、四四頁注四五、同・前掲注(1)敷金三九頁注一九、二〇、同・前掲注(1)相殺（再説）八七頁注一〇、同・前掲注(1)破產

(下) 四〇一四一頁注三七。ただし、(3)につき、清水・前掲注(1)相殺四(下)一三頁注五七は一七七条または四六七条の(類推)適用の問題であるとする。しかし、その根拠は明瞭でない。これらは「物上代位自体の行使の要件の問題」であり、「物上代位と相殺の優劣問題」とは「次元の異なる問題」であるというが、行使要件問題と優劣問題の振り分けの基準が提示されていないからである。清水説は五一一条・登記時説を「『物上代位と相殺』の場合にだけ何故、突然に、しかも、画一的に『差止』(＝差押え)を『登記』と読み替えることになるのか不明である」(同・前掲注(1)相殺四(下)一三頁)と痛烈に批判しているが、「『物上代位と相殺』の場合にだけ」を「『物上代位と相殺』の一定の場合にだけ」、「『登記』を「『物上代位による差押』に置き換えれば、この言明はそのまま自説に対する批判に転化するようでもある。

(101) 以下の定式についても、前掲注(99)の留保と付言が妥当する。

(102) 第二段階の制約につき、次の点を付言しておく。ここでは差押前に相殺適状に達しかつ相殺の意思表示がなされた場合には「払渡し又は引渡し」に該当することを前提とした。弁済の場合との均衡などの理由からこの結論にはほとんど異論が存しない(この点については、松岡・前掲注(1)相殺(2)三四、五六頁参照)。高木・前掲注(22)三

三頁は否定説として引用されることが多いけれども、平成一〇年判決とバランスをとればこうならざるをえないのではないかというふうに留まつておる(同・三四頁)。高木説として引用するのは必ずしも相当でない。藤澤・前掲注(2)一七三〇、一七四二頁注九、一〇は相殺の場合には物上代位に対抗できないとしても債務者に対する元の債権が復活するだけだから弁済の場合と異なり「二重払いの危険」は「あり得ない」、したがつて、差押の趣旨がただ「二重払いの危険」回避のみにあるというなら相殺権行使は「払渡し又は引渡し」に該当しないといわざるをえないというが、この言明の趣旨は平成一三年判決が相殺権行使の「払渡し又は引渡し」該当性を認めることは「二重払いの危険」回避という理由だけからは正當化されえないという点にあり、藤澤所説が否定説を主張しているわけではけつしてない。なお、藤澤所論は「三〇四条一項ただし書説」に対する重要な内在的批判になつていてることを指摘しておく。

(103) なお、藤澤・前掲注(2)一七二八一一七二九、一七四〇頁注五は登記時の優劣判断をも含め、一次的には三〇四条一項ただし書の「払渡し又は引渡し」の解釈問題とすべきというふうである。この考え方を突き詰めれば、登記前に自働債権が取得された場合のみならず、登記前に相殺適状における相殺の意思表示、弁済、債権譲渡などがなされた場合にも、物上代位の劣後は三〇四条一項ただし書から

結論されることになる。このような考え方はさきに（三）検証された、第一段階の制約についても三〇四条一項ただし書を適用するもの（反対仮説¹）と分析することができる。しかし、そこで述べたように、物上代位が代位の一つである限り、かかる考え方を支持することはできない。

（104） 中村・前掲注（13）一八六頁。

（105） 松岡久和「物上代位に関する最近の判例の転換（下）」

みんけん五四四号一二一一五頁（二〇〇二年八月）、中山

知己「平成一四年判決判批」判評五二八号一九一一〇頁

（二〇〇三年二月）、松岡久和「平成一四年判決判批」法教

二七〇号別冊付録（判例セレクト二〇〇二）一八頁（二〇〇三年三月）、道垣内弘人「平成一四年判決判批」ジュリ

一二四六号（平成一四年度重要判例解説）六六頁（二〇〇三年六月）、安永正昭「平成一四年判決判批」金法一六八

四号三八一四〇頁（二〇〇三年九月）、古積健三郎「敷金

に関する一考察—充当と承継の問題—」新報一一〇巻七・

八号一二三一一二四頁（二〇〇三年一一月）、生熊長幸

「平成一四年判決判批」民商一三〇巻三号五四七一五五三

頁（二〇〇四年六月）など。

（106） 最後に、平成一五年担保・執行法改正との関連につき若干触れておく。平成一五年改正により賃料債権に対する立

物上代位の根拠条文は新三七一条になった、と主張する立場がある（議論状況につき、生熊長幸「担保不動産収益執

行と民法三七一条改正および敷金返還請求権に関する若干の問題」一〇一一一〇二頁（二〇〇四年七月）。このようない見解によれば、立案担当者には物上代位の実体法上の解釈に影響を及ぼす意図はまつたくなかつたにもかかわらず（谷口園恵・筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』八、五一一五一、五五頁注三九（商事法務、二〇〇四年三月）参照）、賃料および転貸料をめぐつて展開されてきた従来の判例および学説の蓄積は、平成一五年改正後には少なくともそのままで援用できなくなってしまう。

平成一五年改正前には、「賃料債権に対する物上代位権者と第三債務者その他の第三者の優劣」は主として「差押」の趣旨（三〇四条一項ただし書）との関連において争われてきたし、また、「転貸料債権に対する物上代位の可否」は「債務者」（三〇四条一項本文）には賃貸人も含まれるかというかたちで争われてきたからである。本稿の分析は、このような見解に対し、新三七一条のテクストでは三〇四条一項の下で認められてきた物上代位とその制約原理を規律するのは困難なのではないか、という問い合わせを提起することになる。

（107） 前掲注（20）（32）の「」内補足、前掲注（34）の叙述参考。