

# 抵当権の物上代位と物的代位

なお い よし のり  
直 井 義 典

## 目次

はじめに .....	385
第1章 日本法 .....	386
第1節 沿革 .....	386
第1款 ボワソナード草案と旧民法典 .....	386
第2款 現行民法典 .....	387
第2節 学説 .....	387
第1款 旧民法下の学説 .....	387
第2款 現行民法典起草者の見解 .....	387
第3款 その後の見解 .....	388
(1) 肯定説 .....	388
(2) 否定説 .....	389
(3) 果実説 .....	389
(4) その他の説 .....	391
第3節 裁判例 .....	392
第1款 序 .....	392
第2款 民法372条・304条に関する裁判例 .....	392
(1) 平成元年判決以前の裁判例 .....	392
(2) 平成元年判決 .....	393
第3款 民法371条に関する裁判例 .....	394
第2章 フランス法 .....	394
第1節 フランスにおける物的代位 (subrogation réelle) .....	394
第1款 夫婦財産制における物的代位 .....	394
(1) 共通財産制における物的代位 .....	394
(2) 持参金制度における物的代位 .....	395
第2款 法的取戻権行使における物的代位 .....	396
第3款 生死不明者の取戻権行使における物的代位 .....	396
第4款 財団・負担付遺贈における物的代位 .....	396
第5款 戦争損害・都市計画における物的代位 .....	397

(1) 戦争損害 .....	397
(2) 都市計画 .....	397
第6款 担保権と物的代位 .....	397
(1) 収用補償金 .....	397
(2) 保険金 .....	398
(3) 賠償金 .....	399
第7款 小括 .....	399
第2節 物的代位に関する学説の展開 .....	399
第1款 擬制 (fiction) とする見解 .....	399
第2款 擬制説に対する批判 .....	400
(1) Saleillesの見解 .....	400
(2) Demogue・Aurengeの見解 .....	400
(3) Planiol・Henryの見解 .....	401
(4) 小括 .....	401
第3款 Capitantの見解 .....	401
第4款 第二次世界大戦後の見解 .....	402
(1) 序論 .....	402
(2) Rivesの見解 .....	402
(3) Chapuisatの見解 .....	403
(4) Lauriolの見解 .....	403
第5款 擬制説の見直し—Ranouilの見解— .....	403
第6款 小括 .....	404
第3節 賃料に対する抵当権の効力 .....	404
第3章 結語 .....	405
第1節 前章までの小括と私見 .....	405
第2節 今後の課題 .....	406

## はじめに

抵当権の賃料債権に対するいわゆる物上代位に関する研究は近年その数を増している。その理由として、第1に、民法典の規定が不明確であること、第2に、この問題に関する最高裁判決が出されたこと、が挙げられるだろう。以下、順に見ていくこととする。

民法典は、この問題について372条で先取特権の物上代位に関する304条の規定を準用するという形で規定しているため、賃料債権に対する抵当権の物上代位も問題なく認められるように見られる。ところが、371条が抵当権と果実の関係について規定しているため、この規定が法定果実に適用されるようにも見られ、そうだとすると、賃料債権に対する抵当権の物上代位は否定されるようにも見られる。このように、民法典の文言には不明確な部分があり、この問題に関する議論は混沌とした状況にあった。

しかしながら、不動産の価格が基本的に上昇を続けており債権回収に支障をきたさなかったためか、この点が問題とされた裁判例は思いの外少なかった。また、この問題が裁判で取り上げられたとしても執行事件で扱われることが多かったため、最高裁による結論の統一が期待しにくい状況にあった。そうした中で、最高裁平成元年10月27日判決（民集43巻9号1070頁）が賃料債権に対する抵当権の物上代位を無条件で肯定したことでこの問題は判例上は決着した。そして、実務ではこの判決の後には賃料債権に対するいわゆる物上代位の行使が急増しているとの指摘がなされている<sup>(1)</sup>。ところが、この最高裁判決が出された頃には、学説では賃料債権に対するいわゆる物上代位を全面的には肯定しない説が有力であり、多数説とも言われる状況にあったのである<sup>(2)</sup>。そうしたこともあって、この平成元年判決についても学説の評価は分かれている。

そうした学説の混迷をよそに、実務では賃料債権に対する抵当権の物上代位が可能であることを当然の前提として、問題はむしろ転賃料に対する

物上代位や賃料債権の先行譲渡と物上代位との関係に移行している<sup>(3)</sup>。

このようにこの問題は実務上の問題としては解決されているといえるのだが、なお学説は一致するところを見ない。その原因として、2つのことが挙げられるように思われる。まず第1に、この問題に関しては外国法における解決を紹介したすぐれた論考<sup>(4)</sup>がすでに存在しているものの、物上代位の可否という結果の部分に重点が置かれているためか、なぜそうした制度が存在しているのかについての考察は未だ十分なものではないように思われる。また第2に、そもそもいわゆる物上代位とは何かという問題が存外研究されていないように思われる。そのためか、これまで、わが国の法典中に散在する物上代位規定の統一的把握はなされず、また、外国法についてはわが国の物上代位と外国におけるいわゆる物上代位制度との異同が必ずしも意識されずに議論がなされてきているように思われる。そこで、本稿では、わが国の物上代位制度を統一的に把握し諸外国のいわゆる物上代位制度との比較を行うための準備的作業として、次のような問題を検討することとする。

第1に、民法典の起草過程をたどることで賃料債権に対する抵当権の物上代位に関するボワソナードや民法典起草者の見解を知ることである。これによって、ボワソナードと現行民法典の起草者とでは見解が全く異なっていたことが明らかにされる。第2に、この問題に関する学説の推移を見ることで、何がこれまで問題とされてきているのかを明らかにすることである。これまでの論考では旧民法下の学説に対する考察がなされていないことから、ここでは現行民法典起草者の見解よりも古く、旧民法典に関する学説から学説の推移をたどることとする。第3に、こうした学説がわが国の裁判例においてどのように作用しているのか、あるいはしていないのかが問題とされる。第4に、比較法の対象としてフランス法を取り上げる。フランス法を取り上げるのは、ボワソナードがフランス法を参照したと思われること、代位に関する学説が発達していること、そして、わが国

では物上代位に関してドイツ法との比較を試みる論考<sup>(5)</sup>はあるが、フランス法との比較を試みる論考<sup>(6)</sup>が近年に至るまで存在しておらず、それらの論考も未だ代位という制度全体を見渡したものとなっていないことによる。そこで、フランスにおける物的代位 (subrogation réelle) 制度全体を見渡すべく、フランスではいかなる場合に物的代位が認められているのかを考察し、そこから物的代位制度に共通する特質を析出する。次に、物的代位に関する本質論の展開をたどり、物的代位がフランスでどのような理由から認められているのかを考察する。そして、フランスにおける賃料債権に対する抵当権の効力の問題の処理を見ることで、日本とは異なる処理がなされていることを明らかにする。その結果、わが国の物上代位とフランスの物的代位とは異なる制度であることが明らかにされるであろう。

このように本稿はわが国の物上代位制度を統一的に把握するための基礎的作業として、賃料債権に対する抵当権のいわゆる物上代位を取り上げるものである。したがって、近年議論が特に活発な、賃料債権の事前譲渡や事前弁済の問題、転賃料債権に対する物上代位の問題、あるいは物上代位のための手続上の問題は取り上げない。

## 第1章 日本法

### 第1節 沿革

#### 第1款 ボワソナード草案と旧民法典

現行民法典304条(350条, 372条で準用)の原規定としてはボワソナード草案1138条<sup>(1)</sup>及び旧民法債権担保編133条が挙げられる。

先取特権の物上代位に関する草案1138条1項は、次のように規定する。

「①若シ先取特権ノ負担アル物カ第三者ノ方ニテ滅失シ又ハ毀損シ第三者此カ為メ債務者ニ賠償ヲ負担シタルトキハ先取特権アル債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ右ノ賠償ニ於ケル債務者ノ権利ヲ行フコトヲ得但其先取特権アル債権者ハ弁済前ニ適正ノ方式ニ従ヒ弁済ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ要ス

②先取特権ニ属シタル物ノ売却又ハ賃貸アル場合及ヒ其物ニ関スル法律上又ハ合意上ノ権利ノ行用ノ為メ債務者ニ金額又ハ有価物ヲ弁済ス可キ総テノ場合ニ於テモ亦同シ但災害ノ場合ニ於テ保険者ノ負担スル賠償ニ関シ第八三九条ニ記載シタルモノヲ妨ケス」

ボワソナードは本条の1項については賠償金への代位として、2項については価値への代位として説明する。そして彼は1項の注釈において、この規定は先取特権を拡張するものではなく、先取特権の負担ある物を代表している新たな価値の上に先取特権を移転することによって先取特権を保存するものであるとする。その上で、それは一種の物的代位 (une sorte de *subrogation réelle*) (イタリックは原文のまま) によると説明する。また、彼は同条2項の注釈では、動産先取特権の代位については、売却の場合に動産に対して先取特権者が追及権を行使できなくなることから規定したとする。そして、彼はここでフランスの法律を引用している<sup>(2)(3)</sup>。しかし、彼が抵当権につき賃料が代位物とならないものと考えていたのかは不明である<sup>(4)(5)</sup>。

現行民法典371条については、ボワソナード草案の1208条と1297条が原規定にあたるものとされている。彼によれば、1208条はフランス民訴法681条ないし685条<sup>(6)</sup>から起草されたものである。その内容は、抵当不動産の差押前は債務者は果実の譲渡などができるというものである。この規定については、ボワソナードの説明に見るべきものはない。また、1297条はフランス民法2176条<sup>(6)</sup>から起草されたものとされる。その内容は、不動産の第三取得者は委棄又は弁済の催告までは果実を収受できるというものである。しかし、ボワソナードがここでの果実を天然果実に限るのかについては手掛かりはない。

これらの問題に関する旧民法典の規定もボワソナード草案とほぼ同じである<sup>(7)</sup>。

ここまで見てきたように、ボワソナードは民法典では抵当権の賃料に対する効力については明確には規定していなかった。しかし彼がこの点につ

いて何等考慮していなかったというわけではない。彼は、日本訴訟法財産差押法草案105条で賃料債権に対する抵当権の効力について規定しているのである<sup>(8)</sup>。それは次のような規定である。

「①若シ其不動産、賃貸セラレタル家屋又ハ土地ナルトキハ其賃銀ハ登記ヲ為シタル日ヨリ之ヲ不動産ト看做シ以テ其不動産売買ノ代金ト其二合シテ之ヲ分配スヘシ

②右ノ財産、賃貸ニセサルモノナルトキハ差押人治安裁判官ノ許可ヲ得タル上穀類ノ収納ヲ為シシムルカ又ハ樹木ノ通常伐採ヲ行ハシメタル後其果実ノ売払ヲ為シシムルコトヲ得ヘク又ハ其土地ニ在ル儘ニテ売払ハシムルコトヲ得ヘシ、而シテ其売払ニテ得タル代金ノ高ハ賃貸ノ代金ニ等シク付託ヲナスヘク且ツ之ヲ分配スヘシ」

このように、ボワソナードは賃料債権に対する抵当権の効力については訴訟法で規定していたのであり、このことから保険金に関して民法典で定められていたような物上代位は、賃料については否定する趣旨であったように思われる。

## 第2款 現行民法典

旧民法典と現行民法典との間には、以下のような違いがある。すなわち、旧民法典では先取特権と抵当権について個々の物上代位を定めていたのに対して、現行民法典では先取特権の物上代位について304条で定めた上で抵当権についてはそれを準用していること、その結果として、旧民法典では認められていなかったように見られる抵当権の売買代金及び賃料への物上代位が法文の上では認められたことである<sup>(9)</sup>。

では、法典調査会での議論はいかなるものだったのだろうか。304条については、まず起草者である穂積陳重が次のように述べる。「本条ハ担保編第三百三十三條ノ文字ニ修正ヲ加ヘマシタ丈ケノコトデアリマシテ実質ニ於テハ歸スル所違ハヌ積リデアリマス」<sup>(10)</sup>。この説明に関して、賃料に対する先取特権の代位がなぜ認められるのかといった議論はなされていない。367条（現行372条）については、梅謙次郎は、既成法典の所々に散在している

規定を「此處ニ持テ来テ適用シタ方カ却テ便利デアラウ」<sup>(11)</sup>ということ規定したとする。ここで注目すべきは次の田部芳の発言である。田部は「三〇四條ノ第一項デハ売却、賃貸杯ニ依テ受クベキ金額ト云フモノハ之ハ果実ト云フコトハ論ズルマデモナカラウト思ヒマス併シ書キ方ヲ分ケルコトハ六カシイカラ無論一部分ヲ適用スルコトニ為ッテ前ノ果実デアッタナラバ前ノ箇條ニ規定ガアリマスカラ此處ニ重複シテ御書キニ為ルニハ及バヌデハナイカト思ヒマスガ」<sup>(12)</sup>と述べる。しかしこれに対する梅の答弁によれば、起草者としては371条は天然果実のみについての規定であり、賃料などの法定果実については372条のみが適用されるものと考えていたことは明らかである<sup>(13)</sup>。こうした起草者の見解は、抵当権については売却代金及び賃料への物上代位を認めていなかった旧民法典の立場とは異なるものであるということに注意が必要である。

## 第2節 学説

### 第1款 旧民法下の学説

本款では、旧民法に関する注釈書である宮城浩蔵『民法正義』における説明を見る。

賃料に対する先取特権の効力については宮城はこれを肯定している<sup>(14)</sup>。ここで注目すべきは、賃貸借が物権である<sup>(15)</sup>ことを前提としつつ、先取特権が生じた後に賃貸借がなされることによって価格が減少し、その部分を填補するものとして賃料が理解されているということである。抵当権の物上代位については宮城は説明していないが、先取特権の場合との対比からは、抵当権者に対しても賃料についての優先権を与えたものと見ることもあながち不当ではなからう。

### 第2款 現行民法典起草者の見解

梅は、304条は先取特権者を保護するための「便宜法」とする<sup>(16)</sup>。そして、売却代金・損害賠償金・保険金については、先取特権の負担ある物を代表するものであると説明する<sup>(17)(18)</sup>。これに対して、賃料についての梅の説明は不明確である。なぜ賃

料にも先取特権の効力が及ぶのかといえ、物の使用の対価であるから当然とするにすぎない。

富井も物上代位の規定は便宜法とする<sup>(19)</sup>。そして、売却代金についての物上代位は動産先取特権のように追及権がない場合に限らず適用あるべきものとし、その理由を担保物権の登記がある場合であっても第三取得者に対して担保権を実行するのは手数と費用とがかかることから債権者にとって便利であることに求める<sup>(20)</sup>。賃料については「賃借人カ支払フヘキ借賃ハ物ノ使用ノ対価ニシテ其全価格ノ一部ヲ代表スルモノナリ」<sup>(21)</sup>とする。ここで重要なのは、富井が売却代金に対する物上代位権と不動産そのものに対する先取特権の行使<sup>(22)</sup>をともに利用することを認めており、この場合に限っては「目的物ノ交替トイフヨリモ寧ロ其膨張ト見ルコト至当ナルヘシ」<sup>(23)</sup>としている点である。

こうして起草者の見解を見ると以下のことがわかる。すなわち、まず、梅も富井もボワソナードと同様に代表物という概念によって物上代位を説明しているということである。しかしいづれにおいてもボワソナードが重視した追及権という概念は問題とされていない。そのため、売却代金について起草者は常に物上代位を認めており、結果としてボワソナードよりも物上代位の範囲は広がっているのである<sup>(24)</sup>。

### 第3款 その後の見解

ここでは、その後の学説を(1)肯定説・(2)否定説・(3)果実説・(4)その他の説の4つに区分する。論者の見解を検討する前に(1)から(3)の説についてその内容を以下のように定義する。肯定説とは、債務者の債務不履行後は不動産の差押を要せず賃料債権のみの差押を認めるものである。否定説とは、債務者の債務不履行があっただけでは賃料債権の差押を認めないことはもちろん、不動産の差押後であってもそれを認めず、抵当権者は賃料債権から弁済を受けることは一切出来ないとするものである。果実説とは、民法371条と同様、不動産の差押後に限って賃料債権から抵当権者が弁済を受け

ることを認めるものである。

#### (1) 肯定説

民法施行後しばらくは起草者と同じく肯定説を取る論者が圧倒的多数を占めていた。たとえば岡松によると、賃料に対する先取特権の物上代位が認められるのは、賃貸借によって賃借人が権利を得ることによって賃貸物の価格を減ずることによってとされる<sup>(25)(26)</sup>。

その後肯定説を取る見解として代表的なのは、石田の見解と小林の見解である。

石田は富井と同様、現行民法の下では、物上代位は優先権を有する担保権に通ずる一般的原則であるとする<sup>(27)</sup>。ただ石田は、このことは担保権と物上代位権の重疊的適用を認めるものではないとする。また、304条の必要性を、先取特権者及び抵当権者が341条や371条によって特殊な場合にしか果実収受権を有しないことに求める<sup>(28)</sup>。

小林は、物上代位は目的物の価値が変形した場合でなければ生じることはなく、また、物上代位においては必ずしも本来の目的物が物理的若しくは法律的に滅失する場合であることを必要としないとする。そして小林は、賃料は利用価値が交換価値の一段階において評価されたものであるとして、賃料に対する物上代位を肯定する<sup>(29)</sup>。

こうした肯定説をまとめて、通説的見解としたのが我妻である。我妻は物上代位とは担保目的物に代わるもの(Surrogat)の上に先取特権・質権・抵当権の効力を及ぼすものとする<sup>(30)</sup>。そして、この3種の担保物権はいずれも目的物の交換価値を把握する権利であり、したがって代位物とは交換価値が具体化されたものということになる<sup>(31)</sup>。その上で抵当不動産の賃貸料については、交換価値のなし崩し的具體化であるとする<sup>(32)</sup>。

後述のように、このように賃料債権を目的不動産の交換価値の具体化と見る見解は強く批判され、近年はこうした肯定説の支持者は減ってきていたが、そうした中で新たな観点から肯定説を主張する見解として鎌田の見解と内田の見解が注目される。

鎌田は肯定説を支持する理由として次の点を挙げる。まず第1に、民法372条の文理上の理由を挙げる。そして第2に、賃料収入があがる不動産に関しては、債権者が目的物自体の売却によるのではなく賃料債権から優先弁済を受けることによって担保目的を達しようとするのは合理的なことであることが挙げられる<sup>(33)</sup>。しかし鎌田は現状では無条件肯定説に与する以外ないとしているのであり<sup>(34)</sup>、肯定説を積極的に支持するものではない。また、鎌田の指摘するように肯定説といえども弁済期到来前の物上代位を認めるものではないことには注意を要するだろう<sup>(35)</sup>。

内田はまず、それまでの肯定説の理由付けが不十分なものであったことを認める<sup>(36)</sup>。そして、賃料への物上代位が抵当権の本質に反する、という議論は根拠が薄弱であり、「価値権」説はドイツ法に特有な発想で、普遍的な真理ではないし、わが国の実態にも合致しない、として肯定説を主張する<sup>(37)(38)</sup>。また、債務者が債務不履行に陥った段階では、抵当権者が先を争って賃料に物上代位してもよいと主張する<sup>(39)</sup>。そして以上から、条文の文理に反してまで、あえて物上代位を否定する理由はないとするのである。

肯定説に対しては、以下のように多数の批判がある。

まず、法的には被担保債権の債務者と抵当権の設定者とは区別されるべきものであるとの批判がある<sup>(40)</sup>。また、我妻の見解を代表的なものとするなし崩し論については特に強く批判されている。賃料は所有者の経営努力の対価という性質を持つことから、なし崩し論は説得力を持たないという点が指摘されている<sup>(41)</sup>。それだけでなく、一般的には良好な賃貸借関係があることがその物件の資産評価を高めるものであることからすると、賃貸借の存在が物件価値の下落を意味するとの議論は、執行妨害的な賃貸借がなされた事例における判断を、一般の場合にまで押し広げているとも指摘されている<sup>(42)</sup>。さらに、なし崩し論は少なくとも主たる財貨とされる土地には妥当しないとされる<sup>(43)</sup>。また、設定者が第三者への賃貸により収益

を実現する場合と自己使用により収益を実現する場合とで、差異が生じるのはおかしいとも主張される<sup>(44)</sup>。

これらの批判に対しては、肯定説の側から反論がなされている。まず、天然果実との取り扱いとの均衡の問題は、先取特権についても妥当すると主張がなされている。また、物上代位権行使をむやみに促進して債務者の経済活動を阻害するという批判も妥当しないとされる。それは、少なくとも現在の無条件肯定説は債務不履行を要件としており、肯定説を取っても差押前には賃料債権の取立や譲渡が妨げられないということである<sup>(45)</sup>。

## (2) 否定説

肯定説の論者がその存在を前提としていたと思われる否定説をとる学説はあまり存在しないが、そうした中で否定説を主張するものとしては、中島の見解が挙げられよう。中島によると、賃貸により抵当不動産の価格が減少するから賃料は目的物の一部を代表する物とされる<sup>(46)</sup>。ここまでは肯定説の論者と同様だが、中島は法定果実については304条は準用されないとする。そしてその理由は、第1に、抵当権の本質が、設定者による抵当物の利用を妨げないものであること、第2に、抵当権に追及力があることから代物上に権利を行わせる必要がないこと、そして第3に、372条は特に抵当権者の便利を図るものとして規定されていることに求められている<sup>(47)</sup>。さらに中島は371条の「果実」には法定果実は含まれないものとしている<sup>(48)</sup>のである。

## (3) 果実説

傍論ながら果実説を主張するものと見られるのは、大判明治40年3月12日 民録13輯265頁における上告理由第1点(イ)である。これによると、民法372条が304条を「適用」ではなく「準用」するのは、抵当権が果実に及ばないことは371条によって明らかであるから、賃貸により債務者が受領する金銭に対して抵当権を行い得るといふ抵当権の性質に反する効力が発生することを妨げるためであ

るとされる<sup>(49)</sup>。

また、谷井によると、賃料への担保権行使は先取特権の性質上認められたのみであり、権利の性質を異にする抵当権の効力については、賃貸借の設定と抵当権の設定の前後を問わず、民法304条は準用されないものと解されている<sup>(50)</sup>。さらに、抵当権に関しては371条で370条はこれを天然果実に適用しない旨を明定していることから法定果実のみ304条を準用するものとは解しがたいとされる<sup>(51)</sup>。

果実説を最初に明確に主張したのは鈴木禄弥である。鈴木は抵当権の本質として、抵当権とはその実行までは目的物の使用・収益を設定者に委ねておく制度であることを挙げ<sup>(52)</sup>、また、賃料請求権に対する物上代位は、賃料請求権が天然果実の代物であるという見地から認められているというべきであるとする<sup>(53)</sup>。したがって、抵当権開始すなわち競売開始決定以前には物上代位は認められない。372条が304条を準用していることについては、この規定は抵当権者の権利実現の方法につき、賃料請求権に対して独立に執行することができる点に意義があるとする<sup>(54)</sup>。そして、抵当権に基づく強制管理の制度が欠けていることから、物上代位がその実行方法としてのみ用いられるとする<sup>(55)</sup>。

その後、果実説を主張して大きな影響力を有したのは、『注釈民法』における西沢の見解である。西沢はまず、賃料請求権その他の法定果実に一般的に物上代位を認めるよりも、これらのものに対する物上代位を否定し法定果実に対する371条の類推を認めること<sup>(56)</sup>が、より抵当権の特質に即した解釈であると主張する<sup>(57)</sup>。そして、抵当権の性質上、目的物利用の対価は、抵当権の把握する目的（価値）の範囲外であり、したがって、これらのものが抵当権による物上代位の客体となることがないものとされる<sup>(58)</sup>。以上をまとめて西沢は、追及力を有する抵当権にあっては、目的物の全部に追及して本来の権利を行使し得るかぎり物上代位を認める必要はないと結論づける<sup>(59)</sup>。

道垣内は、抵当目的物の第三取得者と抵当権者

との関係という視点から考察する。道垣内によれば、目的不動産の第三取得者は被担保債権の支払義務を負わず、抵当権の実行を甘受すべき地位にあるのみであるが、物上代位を肯定すると、第三取得者は自ら取得すべき賃料債権の対価を抵当権者に取得されたうえ、目的不動産に対する抵当権をも実行されるおそれがある。そのため、抵当不動産の剰余価値を第三者が算定することが不可能となり、抵当権設定者による抵当不動産の処分が制限されることとなるとする<sup>(60)</sup>。また、371条の「果実」には法定果実が含まれ<sup>(61)</sup>、抵当権の効力を及ぼすための手続は371条1項但書による権利行使として民事執行法193条第2文によるものとする<sup>(62)</sup>。

生熊は、抵当権設定後の賃貸借の設定であっても、賃貸借が設定されることは抵当権設定の段階で抵当権者は予期できるから、抵当不動産の担保価値の喪失はないとして、賃料債権への物上代位を否定する<sup>(63)</sup>。しかし、生熊は法定果実には抵当権の効力は一切及ばないとするものではなく、天然果実に371条が適用されるならば、法定果実である賃料債権にも民法371条の適用ないし類推適用を認めてよいとする。

ここまで見てきたように、果実説は鈴木や西沢のように抵当権の本質からアプローチするもの<sup>(64)</sup>、道垣内のように第三取得者との関係からアプローチするもの、生熊のように抵当権者の予期からアプローチするものに大きく分けられる。

こうした果実説に対する批判は以下のようなものである。

果実説は法定果実である賃料を天然果実と同じように扱おうとするものであるが、まず、この点に関する批判がある。それは、本来は不動産の付加一体物としての性格を持つ天然果実と、人的権利としての性格を持つ賃料債権とでは、その扱いを区別する合理的理由があるのではないだろうかというものである<sup>(65)</sup>。

果実説の中には抵当権の本質論から結論を導くものがあり、それに対しては次のような批判がなされる。まず、肯定説といえども弁済期到来前の

物上代位まで認めるものではないことが指摘される<sup>(66)</sup>。また、371条は天然果実を扱う規定として起草されたものであり、こうした起草者の意思に反してまで同条の果実に法定果実を含める必要はないとされる<sup>(67)</sup>。さらに、果実説では、物上代位権を行使するためには抵当権者は当面的目的物の競売までは不要と判断しているときでも競売を申し立てねばならないとされる<sup>(68)</sup>。

#### (4) その他の説

ここでは伊藤説・槇説・鈴木説を扱うこととする。

伊藤はまず目的物の賃料債権に真に利害関係を持つのは設定者自身ではなく設定者の一般債権者であるとして、設定者の一般債権者の利益との調和という視点から検討する<sup>(69)</sup>。ここで伊藤は3つの場合に分けて考察する<sup>(70)</sup>。第1は、抵当権設定に賃貸借設定が先行する場合であり、この場合には、抵当権の目的物は賃貸借の負担付きの不動産であるとして、賃貸借の負担によって抵当権者が把握した担保価値が減少することはないとされる。第2は、抵当権設定が賃貸借設定に先行する場合であり、この場合には、抵当権の目的物は賃貸借の負担のない不動産であったことから賃貸借が設定されることによって目的不動産の評価額が減少することから、設定者が賃貸人として受け取る賃料は、減少した交換価値のなし崩しの実現とも言えらる。第3は、賃貸借が第1順位の抵当権の設定と第2順位の抵当権の設定の間に設定された場合である。

伊藤説に対する批判として、抵当権の設定と賃貸借の設定の前後は現実には極めて判断が困難であることが指摘される<sup>(71)</sup>。また、不動産は賃貸されてもその使用価値を特別に損なうものではなく、不動産が第三者に賃貸されて減価を受けることは抵当権者において当然に予想すべきであるとの批判がある<sup>(72)</sup>。さらに、山本は次のように批判する。第1に、伊藤は競売による抵当権の実行と物上代位権の行使の重畳行使を否定するが、抵当権者が物上代位権を行使した場合の結論が不当であ

る。第2に、伊藤の見解は、物上代位の簡易迅速な回収方法としての機能をあまりに軽視するものである<sup>(73)</sup>。

槇はまず先取特権と抵当権の相異点を指摘する。槇によると、先取特権の目的動産は目的物の価値の漸次的実現形態であり、代位は当然のこととされる<sup>(74)</sup>。これに対して、抵当権における目的不動産の賃料はその賃料の本体が特徴的であることから、先取特権の場合とは別個の考慮が必要とされる<sup>(75)</sup>。この内土地の賃料は経済学上の地代であり<sup>(76)</sup>、計算上も利息的なものとしての取り扱いを受ける。これに対して建物のそれは、その価値の実現期間が、かなり長期的であるという特色をもっている。また槇によると、抵当信用は賃料実現のためのもっとも近接した基礎的条件ではなく、賃料は抵当信用のため最先順位でその決済に充てられるべき経済的規定を受けるものではないとされる<sup>(77)</sup>。以上から、槇は賃料に対する物上代位の発動はさしあたり阻止されているとする<sup>(78)</sup>。

しかし、槇によれば抵当権設定者側に信用危機による利息支払の遅滞を生ずればこのような関係は破綻するものとされる。そしてその場合には、天然果実については371条の規定が存在し、法定果実については、それが目的物の価値の漸次的実現の場合と同様の形態をとるところから、それに対する抵当権の効力は一種の物上代位と規定される<sup>(79)</sup>。それは抵当権の実行の着手とかかわりなく、債務者側に信用危機を生じた時より抵当権の支配に服するものと主張する<sup>(80)</sup>。物上代位の効力は、抵当債権の全額の担保を目的として生ずるものではなく、その役割は遅滞した利息債権の担保に限定される<sup>(81)</sup>。

鈴木正和によれば、抵当権の効力の及ぶ範囲に賃料債権が含まれているかという点については、物上代位の点を除けば民法は何も定めていないとされる<sup>(82)</sup>。そして、371条の規定は、抵当権が非占有の担保権であることから、抵当権設定後目的物件について物理的変化が生じる可能性が高いためその関係を規定したものであって、そのことをもって直ちに差押後の賃料債権にのみ抵当権の効

力が及ぶと解する根拠にすることには問題があるとする<sup>(83)</sup>。そこで鈴木は372条を以下のように解釈する。まず、目的物件が賃貸借により減価した場合には賃料債権に対する物上代位は認められる<sup>(84)</sup>。そして、もともと第三者に賃貸することを目的として建築された建物の場合には、建物に賃借人があることがその建物の価値となっていることから、当然に抵当権の効力は賃料債権に及ぶ<sup>(85)</sup>。

### 第3節 裁判例

#### 第1款 序

この節では日本の裁判例を、抵当権の目的不動産の性質及び賃貸がなされた時期と抵当権が設定された時期の先後、さらに紛争当事者が誰であったのか、抵当権の目的物はいかなるものなのかといった点に注目しながら見ていくこととする。

#### 第2款 民法372条・304条に関する裁判例

##### (1) 平成元年判決以前の裁判例

まず、賃料債権に対する抵当権の物上代位が問題となった裁判例を挙げておく<sup>(86)</sup>。

- [1] 大判大正6年1月27日 民録23輯97頁 (= [20] 判決の上告審判決)
- [2] 大判昭和17年3月23日 法学11巻12号100頁
- [3] 東京高決昭和31年9月4日 下民集7巻9号2368頁
- [4] 旭川地決昭和40年9月13日 判例タイムズ183号184頁
- [5] 大阪高決昭和42年9月7日 判例時報506号39頁
- [6] 大阪地決昭和52年6月17日 判例タイムズ381号31頁 (北谷論文)
- [7] 大阪地決昭和52年10月31日 判例タイムズ381号31頁 (北谷論文)
- [8] 大阪高決昭和54年2月19日 判例時報931号73頁 (= [7] 決定の抗告審決定)
- [9] 名古屋地判昭和59年4月23日 民集43巻9号1078頁

- [10] 前橋地桐生支決昭和60年1月8日 判例時報1150号193頁
- [11] 東京高決昭和60年2月22日 判例時報1150号191頁 (= [10] 決定の抗告審決定)
- [12] 福岡地飯塚支決昭和60年5月17日 判例時報1173号71頁
- [13] 名古屋高判昭和60年7月18日 民集43巻9号1081頁 (= [9] 判決の控訴審判決)
- [14] 福岡高決昭和60年8月12日 判例時報1173号71頁 (= [12] 決定の抗告審決定)
- [15] 大阪地堺支決昭和61年2月24日 判例タイムズ629号209頁
- [16] 大阪高決昭和61年8月4日 判例タイムズ629号209頁 (= [15] 決定の抗告審決定)
- [17] 東京高決昭和63年4月22日 高民集41巻1号39頁

以上の裁判例を分析することとしよう。

まず、裁判の当事者であるが、抵当権者と抵当権設定者との間の争いがほとんどであり、その中で債務者自身が被告となっている裁判例が多くなっている。抵当権設定者が物上保証人であるケースは〔5〕と〔10〕だが、いずれも、債務者たる会社の経営者が物上保証人となっている事案であり、実質的には債務者と抵当権者との争いと言える<sup>(87)</sup>。

さて、これらの裁判例の取った物上代位に関する理論であるが、肯定説を取った裁判例 ([2]・[3]・[5]・[9]・[11]・[13]・[14]・[17])、否定説を取った裁判例 ([1]・[4]・[6]・[7]・[10])、果実説を取った裁判例 ([15]・[16])、その他 ([8]・[12]) と、細かく分かれている。しかし、こうした区分は一応のものにすぎず、個々の裁判例を詳しく分析する必要がある。

肯定説を取った裁判例の事案を見て目に付くのは、肯定説ではなく果実説によっても結論は変わらない事案、すなわち競売開始決定後の賃料に関する裁判例の多さである。また、賃貸借設定時期の不明な〔11〕を除いては、抵当権設定後に賃貸借が設定されていることが注目される<sup>(88)</sup>。肯定説によった裁判例の理由付けを検討すると、主とし

て文理上の理由と、賃貸が交換価値の一部実現をもたらすことの2つにまとめられる。そして、後者には前節で見た我妻等の説の強い影響が窺えるのである。

否定説を取った裁判例においては事案が不明確なものが多く正確なことは言いにくい。その中で際立っているのが、すでに指摘されているように<sup>(89)</sup>〔1〕を除いていずれも地裁の裁判例であることである。これらの裁判例の理由付けは、抵当権には追及力があること、及び、賃料が交換価値の一部実現とは言えないことである。このように果実説を取る学説の影響を受けたと見られる理由付けが多いことが特徴的であると言えよう。

果実説を取る裁判例の事案はいかなるものなのだろうか。これらの決定の事案の詳細は不明だが、競売開始決定も差押登記も存在していないようである。また、被担保債権は住宅ローン債権とされている。これらの決定における理由付けはどうだろうか。〔15〕決定は、賃料を交換価値のなし崩しの具体化とみるのは不可能であることを挙げる。また、〔16〕決定は、抵当権の非占有担保たる性質及び民法395条の規定の存在を挙げている。こうした理由付けは、肯定説に対する批判とはなっているが、なぜ371条により差押後は抵当権の効力が賃料債権に及ぶのかは説明されていない。

ここまでの裁判例の分析をまとめよう。これらの裁判例は債権者と債務者の争いが多いが、その理由付けを見る限りでは肯定説・否定説・果実説・その他の説に分かれている。だが注意すべきは、それらの説のうちの特定のものによるのでなければその結論が導き出せないような裁判例は少なく、裁判所としてはいずれの説によるのかそれほど考慮せずに、結論を導き出すための手段として特定の説を取るにすぎないと見ることができていることである。こうして見ると、学説で抵当権の本質論がかなり問題とされていたにもかかわらず、実際の裁判例ではこの点は何等問題とされていないと言えよう。ただ、どのような理論構成がなされているにせよ、近年、果実説で説明できる裁判例が増加していることが指摘できる。そうすると、果実

説は近時の裁判例の傾向をよく説明していたと言えよう。

## (2) 平成元年判決

〔18〕 最判平成元年10月27日 民集43巻9号1070頁 (=〔9〕判決の上告審判決)

この判例の事案の特徴から見ていこう。本判決では、抵当不動産の賃借人が供託した賃料の還付請求権に対する抵当権の物上代位が問題とされている。また、抵当不動産の第三取得者と抵当権者との間で争いが生じている。そして特に特徴的なのは抵当権者が原告となっているのではなく、第三取得者が不当利得を理由に提訴している点である。また、物上代位権を行使したのは、第2順位の抵当権者である。そして本件では、差押の後の、それも供託された賃料債権が問題となっており、賃貸借契約は第2順位の抵当権設定前から存在していた。したがって、否定説・伊藤説では物上代位は否定されるが、肯定説・果実説では物上代位が肯定される事案である<sup>(90)</sup>。こうした事案に対して最高裁は肯定説を取ることを明確にしたのである。

次に、本判決の理由付けの特徴を見ることとしよう。まず、すでに指摘されているように、「賃料は交換価値のなし崩しの実現だ」というそれまでの肯定説の用いてきた表現を避けていることが注目される<sup>(91)</sup>。したがって、同じ肯定説とはいえ我妻等の説とは異なる肯定説と言えよう。また、文理上の理由を補完するものとして、物上代位を認めても抵当権設定者の使用を妨げないことが挙げられているが、この点は抵当権の本質論から物上代位を否定・制限する裁判例を否定するものとなっている。このようにこの判決は肯定説を取るのだが、正面から賃料に対する物上代位の合理性を説いたものでない<sup>(92)</sup>。

本判決に対しては学説では批判が強い。肯定説の論者も、本判決が積極的な理由付けを欠いていることは認めている。また、これ以前の裁判例の分析をふまえて、賃料に対する物上代位を無条件に肯定する判断を示したことは唐突な印象を与え

るものであった、ともされている<sup>(93)</sup>。

### 第3款 民法371条に関する裁判例

果実説を主張する論者の多くは法定果実についても民法371条を適用すべきものとしていた。この点に関し、裁判例ではどのように考えられてきたのだろうか。

[19] 大判大正2年6月21日 民録19輯481頁

[20] 大阪控判大正5年10月19日 法律新聞1186号25頁

[21] 大判大正6年1月27日 民録23輯97頁 (= [1] 判決)

[22] 大判昭和9年5月8日 法律新聞3702号13頁

[23] 東京高決昭和31年9月4日 下民集7巻9号2368頁 (= [3] 決定)

民法典の起草者と同じく、これらの判例・裁判例は一貫して民法371条の「果実」には法定果実は含まれないとしている。その理由付けはいかなるものだろうか。まず、[19] 判決は理由を示さない。[20] 判決・[21] 判決は、371条が370条の例外規定であることから、法定果実については適用の余地がないことを理由とする。[22] 判決は、法定果実は抵当権の及ぶ範囲ではないことを理由とするが、なぜ抵当権の及ぶ範囲ではないのかについては理由を述べていない。[23] 決定は[19] 判決を挙げるのみである。

ところで、[21] 判決に対しては、371条が天然果実についてのみ規定していることが法定果実に抵当権の及ばない明らかな理由になるのか疑問であると批判されている<sup>(94)</sup>。また、[23] 決定に対しては、賃料を目的物の交換価値の漸次的実現とするならば、なぜ物上代位するまでもなく、賃料に抵当権の効力が及んでいると解することができないのか、その根拠が不明であるとの批判がなされている<sup>(95)</sup>。

こうして見ると、これらの裁判例の理由付けは結局は371条は370条の例外規定であるという点に帰着するよう見られるのである。

## 第2章 フランス法

### 第1節 フランスにおける物的代位(subrogation réelle)

この節では、フランスにおいて物的代位が認められているケースを概観することで、フランスにおいて物的代位が認められるための要件を抽出することを試みる。

#### 第1款 夫婦財産制における物的代位<sup>(1)</sup>

##### (1) 共通財産制における物的代位

フランス民法典中には物的代位という用語を用いる規定がある。それは、共通財産制に関する1406条2項である。同条は次のように規定する。

「②物的代位(subrogation réelle)の効果により、固有財産に代わる債権および補償金ならびに1434条<sup>(2)</sup>・1435条にしたがって使用又は再使用(emploi ou remploi)<sup>(3)</sup>によって取得された財産も、固有財産を構成する。」<sup>(4)</sup>

また、明文では規定されていないが、同じく共通財産制における固有財産の交換につき規定する1407条も物的代位を定めるものとされる<sup>(5)</sup>。

これらの規定は固有財産(biens propres)について定めたものであるが、固有財産とは妻又は夫の個人的必要のために充当<sup>(6)</sup>された財産のことであり、その所有者の意思に反して浪費されることはない。そうした所有者の意思を尊重すべくフランスの法律が取った方法が、固有財産の価値の保存という方法であると説明されるのである<sup>(7)</sup>。

固有財産たる不動産が交換された場合<sup>(8)</sup>については1407条が規定する。ここでは代位の基礎は夫婦の意思に求められており、擬制によるのではないとされている<sup>(9)</sup>。また、1407条においては、交換によって新たに得られた不動産の価値が元の不動産の価値よりも大きい場合は、新たに得られた不動産全体が固有財産となり、後は補償の問題が残るのみとされる<sup>(10)</sup>。これは夫婦の一方と夫婦共同体との間に不動産の共有が発生するのを避けるという要求に基づく<sup>(11)</sup>。物的代位が生じるためには、何らかの形式は必要とされておらず、交換が

なされると自動的に物的代位が生じるものとされている。同様のことは固有財産たる動産が交換された場合においても認められる<sup>(12)</sup>。

それでは、現行規定が制定された1965年より前の状況はどうだったのだろうか。まずここでも交換の場合が想定されるのだが、旧1407条は現行法と同様に固有財産の交換の場合には代位が生じるものと規定していた。ただこの条文では不動産についてしか規定がなく、動産の場合にも物的代位が生じるのかが問題とされたが、学説ではこれは異論なく肯定されていた<sup>(13)</sup>。次に、動産たる固有財産に不動産が代位する場合が想定され、学説はここでも代位を肯定する<sup>(14)</sup>。しかし民法典はこうしたケースを想定した規定を有していなかった。その理由は、法定の共通財産制 (le régime de la communauté) のもとでは固有財産たる動産はそれほど多くないからであると説明されていた<sup>(15)</sup>。ただ、固有財産たる金銭の不動産への再使用についてのみ、旧1434条・旧1435条によって規定されていたのである。固有財産たる金銭の不動産への使用についても民法典には規定がないが、これも金銭が固有財産とされることが稀であるためであり、物的代位が否定されているわけではないとされている<sup>(16)</sup>。しかしこの場合については物的代位を否定する見解も主張されており、旧1434条・旧1435条は例外的規定なのだから狭く解されねばならないとされる<sup>(17)</sup>。なお、動産を取得した第三者と夫婦との間の取引の安全のため、この場合には金銭が固有財産に由来することと購入が夫婦の一方のためになされることの2つの宣言が要求されている<sup>(18)</sup>。他方、固有財産たる不動産が動産によって代位される場合も想定される。この場合にも夫婦の意思と夫婦財産契約の不変性の原理から代位が肯定されていた<sup>(19)</sup>。旧1433条によれば、売却された固有財産たる不動産の代金債権は代位により固有財産となる。Aurengeはそこから固有財産たる不動産との交換によって取得された動産の価値についても固有財産性が推論されると主張する<sup>(20)</sup>。

以上の他に、固有財産が第三者の行為によって

滅失し、それに対して賠償金が支払われることが考えられる。Henryによると、こうした賠償金もまた、固有財産の売却代金と同様に考えられることからこの場合にも代位が生じるものとされ、固有財産とされる<sup>(21)</sup>。さらに火災保険金についても物的代位を肯定する古い裁判例がある<sup>(22)</sup>。

このように固有財産については、1965年の民法典改正前から物的代位を認める見解が見られ、1965年の改正により条文上も物的代位が拡張されたのである<sup>(23)</sup>。

## (2) 持参金制度における物的代位

次に持参金制度 (régime dotal)<sup>(24)</sup>における物的代位について見ることにしよう。

ここにおいても物的代位をもたらす、夫婦の意思の尊重及び夫婦財産契約の不変性という2つの原理が見られる<sup>(25)</sup>。そして、旧1553条が嫁資たる金銭の使用 (emploi) による不動産の取得を認めている。しかしそれによると、夫婦財産契約によりその金銭の使用について定められていることと取得された不動産の価値が嫁資たる金銭の額を超えないことが要件とされ、取得された不動産の価値が嫁資たる金銭の額を超える場合は嫁資たる金銭に相当する部分のみが嫁資となりそれを超える部分は嫁資外財産となる。また、この場合には共通財産制における交換について定める旧1407条の類推適用はない。それは、婚姻中に嫁資が増加してはならないとされていることによる<sup>(26)</sup>。これに対し、嫁資たる動産が他の動産と交換された場合には常に代位が生じる<sup>(27)</sup>。

嫁資たる不動産の譲渡が例外的に認められている場合<sup>(28)</sup>に、こうした不動産が他の不動産によって替わられた場合には代位は生じるのだろうか。不動産が直接に替わるのか間接に替わるのかによって結論が変わるものとされる。直接に替わる場合として考えられる交換の場合には旧1559条2項が嫁資となることを認めており、この規定は強行規定とされている<sup>(29)</sup>。不動産が間接に替わる場合とは、嫁資たる不動産が一時的に金銭に替わる場合である。こうした間接の代位はその基礎が配偶者の意思に求められており、Aurengeはこのこ

とから法律で規定されていないが類似の場合にも代位を認めることができるとし、収用・追奪の場合をその例として挙げる<sup>(30)</sup>。

### 第2款 法的取戻権行使における物的代位

法的取戻権あるいは相続取戻権とは、尊属たる贈与者が子孫なくして先に死亡した受贈者を相続するときに与えられるものである<sup>(31)</sup>。

古い学説は旧747条の「原状で (en nature)」という文言は広く解釈されるべきだとして、取戻権は贈与された物が受贈者のもとで消滅した場合または受贈者によって有効な使用なくして消滅させられた場合にのみ消滅するものと解していた<sup>(32)</sup>。しかし、その後この考えは退けられ、2つの見解が主張されることとなる。第1の説によると、この条文は制限的に解釈されねばならず、贈与者は相続によって、贈与した物そのものが戻ってくるときにのみ取戻権を有するとされる。そして、未払いの代金を贈与者が受領できるのは代金未払いの間は売買契約を解除することができるからだと説明される<sup>(33)</sup>。他方、第2の説によると、この条文によって、譲渡された物そのものばかりでなく、物的代位によってそれを代表する物に対しても取戻権が行使される。これによると、代金債権と取戻訴権は例として挙げられているのみであって、制限列举ではないとされる。また、原状で相続財産中に存することが求められるのは、贈与者がただ何らかの価値を取戻すことを排除するためのものにすぎないと説明される<sup>(34)</sup>。

### 第3款 生死不明者の取戻権行使における物的代位

生死不明者が再び現れ、又はその生存あるいは死亡の確認がなされると、確定的な占有付与が取り消され、元々は生死不明者に属していた物の処理が問題となる<sup>(35)</sup>。そうした生死不明者の物に関する代位について規定するのが130条である<sup>(36)</sup>。この場合に物的代位が認められるのは、生死不明者自身の利益と生死不明者の死亡を前提としているその相続人や第三者の利益の両立を図るため

であるとされている<sup>(37)</sup>。このことから、確定的占有付与の後に生死不明者の物に抵当権が設定されたときは、この抵当権は存続するものとされる<sup>(38)</sup>。さらに、当初と比べて取戻される物について破損が生じていたりあるいは逆に改良がなされていたりしても、物的代位が生じた時点の状態で物が引き渡されるものとされているが、これは裁判において破損や改良が問題になるのを避けるためであると説明されている<sup>(39)</sup>。

### 第4款 財団・負担付遺贈における物的代位

財団とは、物又は価値の、贈与者が定めた一定の業務 (service) への永久的な充当と定義されている<sup>(40)</sup>。財団が設立された場合、あるいは負担付贈与がなされた場合にも代位が存するのかが問題とされる。これに答えたのが次の3つの裁判例である。

〔裁判例2〕 Dijon, 30 juin 1893: S. 1894. 2. 185.

〔裁判例3〕 Cass. civ., 29 avr. 1901: S. 1903. 1. 321.

〔裁判例4〕 Cass. civ., 1 août 1910: S. 1913. 1. 361.

これら3つの判決はいずれも遺言者 (財団設立者) 又は贈与者の意思の解釈から、そして意思の解釈のみから物的代位を認容したのである<sup>(41)</sup>。

こうした裁判例に対して、学説でも財団において物的代位が生じることは認められている。財団の当初の資金が使用されるということは、それによって取得される物が財団設立者によって定められたある一定の目的に充当されるということの意味する。そのことは再使用やその外の物の取り替わりについても同様であると解されているのである<sup>(42)</sup>。

次に、財団の設立手段でもある贈与とその取戻権に関する規定を見ることとしよう。その規定とは条件不履行による贈与取消に関する民法954条、忘恩による贈与取消に関する958条、そして夫婦間でなされた贈与の取消に関する1099-1条である。

まず954条に関してであるが、条文の文言に拘ら

ず、裁判例では関係者間に物的代位を認める合意がある場合には再使用によって取得された物に対して取戻権が行使されるものとする<sup>(43)</sup>。958条については、物的代位とのつながりは指摘されていない。ただ、贈与された物が原状で残っていればその物を、消滅していれば同等物を返還すべきものとされている<sup>(44)</sup>ことから、後者の場合には物的代位が認められているものと言えよう。1099-1条については、この規定が制定されたことにより、それ以前は取得された物を原状で返還すべきものとされていたのが、不完全な物的代位<sup>(45)</sup>が認められることで価値債務 (dette de valeur) に変わったとされる<sup>(46)</sup>。このことは家族のための物という概念が弱まり、物の価値に対する権利という概念が強くなっている近年の傾向にも合致するものとされる。ただその一方で、取戻権者からすると受贈者の支払不能のリスクを負わねばならなくなっていることが指摘されている<sup>(47)</sup>。

## 第5款 戦争損害・都市計画における物的代位

### (1) 戦争損害

戦争により破壊された居住不動産の再建に関する1941年7月12日の法律 (Loi du 12 juillet 1941, relative à la reconstruction des immeubles d'habitation partiellement ou totalement détruits par suite d'actes de guerre) 5条は再建のために補償金が支払われるものと規定しており、また12条は被災不動産上に設定されていた物権がそれに替わる不動産又は補償金に移転されることを定め、物的代位を認めている。

また、戦争損害に関する1946年10月28日の法律35条 (Loi du 28 oct. 1946, sur les dommages de guerre, art. 35) も重要である。この規定によって物的代位が生じる場合としてまず考えられるのが再建のための補償金 (indemnité de reconstruction) によって建物が再建される場合であるが、このほか、物権の移転が公示された後に、再建された建物が所有者によって譲渡される場合、被災建物が支払われるべき補償金に対する権利と共に譲渡される場合などにも物的代位が認められている。

このほかに賃貸借の移転について規定する、1948年の法律70条1項と1949年の法律1条1項<sup>(48)</sup>は、戦争によって損傷を受けた不動産について設定されていた賃貸借が、新たに修繕・再建された不動産に移転することを認める。こうした代位は賃借人の利益のために認められるものとされる<sup>(49)</sup>。

### (2) 都市計画

収用に関する1958年のオルドナンス<sup>(50)</sup>7条により、収用決定によって不動産上に登記された物権はすべて消滅するものとされているが、8条でこれらの物権は収用補償金に優先順位を保ったままで移転するものとされている。そして、収用補償金は収用法R. 13—65条によって、担保権が設定されていた場合に限っては行政庁のイニシアチブで供託されるものとされている。またこのオルドナンスの47条2項は、収用された不動産が他の場所に再建された場合にも先取特権や抵当権が移転することを規定している。先買権 (préemption) に関しても物的代位が問題とされ、収用法R. 13—65条が規定する。これによると、公用目的でZ. I. F. (土地取引介入区域) 又はZ. A. D. (長期整備区域) の中で先買権が行使された場合でその不動産に先取特権又は抵当権が設定されていた場合には、売却代金は先買権者によって供託される<sup>(51)</sup>。

## 第6款 担保権と物的代位

本稿で特に問題としている担保権の代位について見ることにしよう。

担保物権については民法典には物的代位を認める規定は存しておらず裁判例もまた物的代位を認めることにはそれほど積極的ではなかった。担保権について物的代位が認められるには特別法の制定を待たねばならなかったのである<sup>(52)(53)</sup>。

### (1) 収用補償金

物的代位について最初に定めた特別法は、1841年の公用収用に関する法律の18条 (Loi du 3 mai 1841, Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 18) である。

「解除の訴え、権利要求の訴え、その他いかなる物権的請求権も取用によって停止せず、効果を妨げられない。請求者の権利は代金上に移転し、不動産はそれらの権利から解放される。」

この場合にはもはや目的不動産に対して担保権を実行できず代金上に担保権を行使するのと等しいものと見られる<sup>(54)</sup>ことから滌除に近いものとして説明されている<sup>(55)</sup>。

## (2) 保険金

先取特権・抵当権の保険金に対する物的代位<sup>(56)</sup>については法律の規定がなく<sup>(57)(58)</sup>、裁判例も分かれていた。

物的代位を肯定した裁判例として次の2つがある。

〔裁判例5〕 Colmar, 25 août 1826: S. 1828. 2. 281.

〔裁判例6〕 Trib. civ. Rouen, 25 juillet 1828: S. 31. 1. 291.

「抵当権が設定されたものの火災によって抵当権が滅失するものとする、不動産が物的なものであれ目的によるものであれ、火災の後は何ものによっても代表されないこととなる。火災にあった物は代わりの資本により代表される。なぜならそれは権利所有者の利益の為になされた不動産の保険の結果だからである。抵当権はその存在している資本に行使される。」

次に、物的代位を否定した裁判例としては次のものがある。

〔裁判例7〕 Rouen, 27 déc. 1828: S. 1830. 2. 180. (〔裁判例6〕の控訴審判決)

こうした下級審の対立に終止符を打ったのが次の破毀院の判決である。

〔裁判例8〕 Cass. civ., 28 juin 1831: S. 1831. 1. 291. (〔裁判例6〕の上告審判決)

「抵当権は物の滅失により消滅する。保険金は売買代金ではなく保険契約の結果である。そして、保険金に抵当を設定することはできない。なぜなら、不動産と不動産とみなされるその付属物のみが抵当権の目的となるのであり、保険金には法に

よりこうした性質が与えられることがないからである。」

この判決は、目的物の消滅に伴い抵当権が消滅することと、保険金は保険料の対価であること<sup>(59)</sup>、保険金には抵当権が設定できないことを理由とする。

これにより、先取特権・抵当権の保険金に対する物的代位は否定されることとなった<sup>(60)</sup>。次の裁判例はいずれも担保権の保険金への物的代位を否定する。

〔裁判例9〕 Paris, 8 déc. 1879: S. 1880. 2. 234.

〔判決例10〕 Tribunal de l'Empire, 11 juillet 1881: S. 1882. 4. 33.

〔判決例11〕 Cass. civ., 2 juin 1886: S. 1886. 1. 449.

このように保険金への物的代位を否定していた裁判例に対して、物的代位を肯定すべく公証人実務は巧みな手段を考えだした<sup>(61)</sup>。それは、不動産所有者の有する保険業者に対する保険金請求権をあらかじめ抵当権者に譲渡しておくというものである。しかしながら、この方法には問題点があることが指摘されていた。それは第1に、民法1690条の要求する公示が必要とされること、第2に、抵当権者は抵当権の登記の順位ではなく債権譲渡の順位によって保険金の支払を受けること、さらに第3に、この方法は約定抵当権については有効だが、先取特権者や法定抵当権者の保護にはならないことである。そのため、1840年代以降の抵当権法改革の流れの中でこの点の改革が強く求められた<sup>(62)</sup>。

そこで、保税倉庫に寄託された商品についての1858年の法律10条 (Loi du 28 mai 1858, Loi sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux, art. 10) 及び、船舶抵当に関する1874年の法律17条 (Loi du 10 déc. 1874, Loi qui rend les navires susceptibles d'hypothèque, art. 17) によって先取特権・抵当権の物的代位が認められることとなった。しかし1874年の法律では抵当権の登記が異議に相当

するとされていたため、保険業者は二重払いの危険を免れるには常に保険金の支払い前に登記簿を見なくてはならなくなった。これに対する保険業者の反発が強く<sup>(63)(64)</sup>、1874年の法律を改正する1885年の法律 (Loi du 10 juillet 1885, Loi qui modifie celle du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime) によって1874年の法律17条は廃止された<sup>(65)</sup>。

しかし、保険金に対する先取特権・抵当権の物的代位に対する要求は強く、それは農村資産賃貸人の先取特権の制限と保険金の付与に関する1889年の法律2条 (Loi du 19 fév. 1889, Loi relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnité dues par suite d'assurance, art. 2)<sup>(66)(67)</sup>によって認められることとなった。この法律は保険金支払の原因を特に限定しておらず、非常に広く適用される<sup>(68)</sup>。立法理由としてMagnillatは売却代金や収用補償金と比べたときの衡平をあげる<sup>(69)</sup>。また、Aurengeは、物的代位を認めないと、こうした地位の改善をねらって無担保債権者が放火などの犯罪行為を行う誘因となると指摘する<sup>(70)(71)</sup>。なお、この法律に対しては被災建物の再建・修理のために担保権設定者が保険金を受け取る権限を認めなかった点につき批判がある<sup>(72)</sup>。

### (3) 賠償金

担保権についても、第三者の行為により生じる賠償金の問題となる。この問題を解決したのが、前述の1889年の法律の3条である。

この規定が存在するのは、保険金の場合と同様、賠償金が不動産の売却代金と同視されるためとされる<sup>(73)</sup>。それではこの規定はいかなる場合に適用されるのだろうか。この点については、制限的に解する説と1792条の建築業者の責任の場合などにも類推適用すべきとする説とがあるが、規定の仕方から制限的に解する説が多いようである。論者によれば、不動産の崩壊は戦争の場合を除いてはほとんどが隣人又は賃借人による火災であるから、制限的に解しても実際にはそれほど問題はないということも指摘される<sup>(74)</sup>。

## 第7款 小括

以上見たようにフランスではさまざまな領域で物的代位が認められている。しかし、物的代位を認める法律において見られるのは個別の物的代位の適用であり、そこに指導原理を見付けることはできない<sup>(75)</sup>。それでは、物的代位はいかなる場合に認められているのだろうか。物的代位が認められている領域に共通の要素を抽出することとしよう。

そうするとまず気付くのは、一定の資産内である物が失われ、そしてその結果、別の物が得られるという関係が見られる、すなわち2つの物の間に出所関係があるということである<sup>(76)</sup>。それをさらに詳しく見ると、物の取り替えが存在すること、元の物と新しい物との間につながりがあることという2つの要素が抽出されるのである。ところが、2つの物の間に出所関係が存在するのみでは物的代位が認められるのに十分ではない。物的代位が認められるには、さらに様々な考慮が働いているのである。そうした要素としてまず挙げられるのが第三者の保護<sup>(77)</sup>、別の言い方をすれば取引の安全である。また、ここで考慮されている要素としては、一定の資産の維持ということも挙げられる<sup>(78)</sup>。このほか、衡平が挙げられることも多い。

## 第2節 物的代位に関する学説の展開

### 第1款 擬制 (fiction) とする見解

物的代位は擬制であるとする見解は、古法時代から多くの論者によって主張されてきた<sup>(79)</sup>。これらの論者によると、代位によってある物の性質 (qualité) が他の物に与えられることから代位は擬制とされる<sup>(80)</sup>。したがって、物的代位は法律のみが定めることのできるものと解される<sup>(81)</sup>。また、個別の物については物的代位は認められず、物的代位は法的総体においてのみ認められるものとされた<sup>(82)</sup>。たとえばAubry=Rauは、物的代位を「ある物が他の物に取り替わって元の物を有していた者の所有物となり、その元の物の法的性質を呈することとなる結果生じる擬制」と定義す

る<sup>(83)</sup>。そして、その擬制の基礎は同一の法的総体に含まれる目的物の代替可能性とされる。また彼らは、個別の物や事実上の総体については物的代位を否定する<sup>(84)</sup>が、そうした場合であっても法律の規定によって物的代位が生じることは認めている<sup>(85)</sup>。

物的代位について初めてまとまった叙述を行ったFlachは、代位の特徴として変化と法的擬制(une fiction juridique)を挙げている<sup>(86)</sup>。そして、当事者の合意による代位はたとえ明示の合意によるものであれ認められないとする<sup>(87)(88)</sup>。その上で、代位は次の2つの場合に生じるとする<sup>(89)</sup>。第1は、法律によって認められた総体<sup>(90)</sup>の中に含まれた物が他の物に取って替わられたときであり<sup>(91)</sup>、第2は、法律によって物の法的性質が他の物に移転することが決定されたときである<sup>(92)(93)</sup>。

## 第2款 擬制説に対する批判

19世紀にはほぼすべての論者が拠っていた擬制説であったが次第に批判がなされ、ついには放棄されるに至った。本款ではその放棄の過程を見ることとする。

### (1) Saleillesの見解

擬制説を最初に批判したと言われるのはSaleillesである<sup>(94)</sup>。

Saleillesによると、物的代位は法律の規定又は合意によって生じるが物的代位を法律による擬制としつつ合意による代位を認めることはできない。なぜなら、本当に物的代位が擬制だとするなら、それは法律で形式的に認められた場合にしか存在しようがないからであるとされる<sup>(95)</sup>。

彼は代位には2つの種類の物があると論じる<sup>(96)</sup>。1つは特別の権限による代位(une subrogation à titre particulier)であり、もう1つは総体的権限による代位(une subrogation à titre universel)である。特別の権限による代位とは、代金の再使用(remploi)によって得られた物に、元の物が有していたのと同じ性質を与えるものである。ここにおいて、ある物の他の物への同化という代位の効果が当事者の意思のみによって生じ

るか否かという下位区分が形成される。Saleillesによればこの同化が当事者の意思により生じるときは、もはや当事者の意思の解釈の問題にすぎないが、逆に、同化が法律の留保する領域で実現されるときは法の擬制と言いうるとされる。それに対して総体的権限による代位は、ある物が小さな資産(un petit patrimoine)を形成する物の一群を構成する場合に生じるものとされる。この場合には法は個人の意味により代位によってその構成物が修正され得る資産を形成することを認めている。Saleillesによるとこうした意思が認められるのは、充当(affectation)<sup>(97)</sup>が存することによるとされる。

以上見たようにSaleillesによると物的代位は、充当の意味によっても生じるのであって法律の規定によってのみ生じるものではない<sup>(98)(99)</sup>ということになる。Saleillesはこの時点では擬制説を完全には放棄していなかったのである<sup>(100)</sup>。

### (2) Demogue・Aurengeの見解

Demogueによると物的代位は元の物の喪失がなければ新しい物が存しないような場合に生じるものとされる<sup>(101)</sup>。そして彼は物的代位は立法者と当事者たる個人の暗黙の意思の実現であると主張する<sup>(102)</sup>。その上で、擬制に含まれるものは法律による決定と物そのものの有する性質との不一致であるが、物的代位の場合には立法者又は個人の暗黙の意思が論じられるのみであることからその意思の合理的かつ必要な解釈のみで十分であると論じ<sup>(103)</sup>、擬制であるとする必要はないとする。ただ、物の有する性質によって物的代位が認められるとはいえ、第三者の利益を保護するためには一定の制限が必要とされる。そこで、彼は充当の価値(valeurs d'affectation)という概念を持ち出す<sup>(104)</sup>。それは、ある物が物そのものとしてではなく、その有する金銭的価値によって考えられており、その金銭的価値が一定の目的に充てられているということである<sup>(105)(106)</sup>。

Demogueは、ある物についての権利と性質はしばしばその物の譲渡にも拘わらず存続するというものであるという物的代位に関する一般的射程を

導いている<sup>(107)</sup>。だが、そうした権利と性質の存続の仕方については、ある時は物そのものに与えられて他の所有者に追及しうるのに対し、ある時は他の物に移転するのみであるとされる。そして、後者が物的代位 (subrogation réelle) であるとするのである。そして、物的代位が生じるために新旧2つの物の間に必要とされるのは、元の物の滅失あるいは譲渡と新しい物の取得との間に相関関係があることのみであり、これは衡平からも導かれるとされる。

Demogueの説は、Saleillesの主張した充当の概念に拠って当事者の意思を重視しつつも、Saleillesとは異なり擬制説を全面的に排除して物的代位を返却義務や衡平から説明し<sup>(108)</sup>、さらに第三者の取引の安全との関係で公示を重視する見解である。また、Demogueは物的代位につき総体の場合と個別の物の場合とを同じ方法で説明しており、ここでは総体の概念が不要なものとされている<sup>(109)</sup>。

Aurengeは、まず物的代位とは所有者が物を喪失したにもかかわらず、さまざまな人のために物の存在を保証することであると定義する<sup>(110)</sup>。そして、物的代位の要件として、ある物の譲渡と関係する物の取得が存在することを挙げ、代位を目的物への価値の充当によって説明する。さらに価値の充当のみでは物的代位のすべての場合を説明することは不可能であるとして衡平 (équité) による理由付けを加える<sup>(111)</sup>。

こうしたAurengeの考えはDemogueのそれと同じであると言えよう。

### (3) Planiol・Henryの見解

PlaniolはDemogueと同様に、物的代位によって物の性質自体が変わることはなく個々の物に与えられた充当あるいは返還義務のみが変わるとして擬制説を否定する。また、総体の場合だけでなく個別の物についても物的代位を認め、充当がある場合と返還義務がある場合とに分けて論じる<sup>(112)</sup>。HenryによるとこうしたPlaniolの見解は、Demogueの見解とSaleillesの見解の折衷的なものとして評価されている<sup>(113)</sup>。

それではそのような評価をするHenryの見解はいかなるものなのだろうか。

彼はまず、物的代位は擬制であると言えるのか、そして仮に擬制であるとしても<sup>(114)</sup>それによって物的代位は狭い範囲でのみ認められるべきものとするべきなのかを問題とする<sup>(115)</sup>。そしてこれに対しては、擬制といっても恣意的なものではなく合理的なものであることから代位は狭い範囲で認められるものと解すべきではないと明言する<sup>(116)</sup>。その上で、Demogueにならい、充当のある場合と返還義務ある場合とに分けて考察する。代位の要件は、前者においては金銭上の価値が考慮されるものであることと一定の目的に充当されていることであり、後者においては金銭上の価値が考慮されるものであることと事実上の総体又は法的総体が構成される場合であることとされる<sup>(117)</sup>。

こうしたHenryの見解はPlaniolのそれと同じものである。

### (4) 小括

Lauriolは本款で取り上げた見解を3つの段階に分けて説明する<sup>(118)</sup>。第1段階はSaleillesによるものであり、ここでは総体が充当の意思によっても生じ、したがって当事者の意思によっても代位が生じうることが指摘されている。第2段階はDemogueによるもので、ここでは代位と総体の概念との区別が完全に否定されている。そして第3段階はPlaniolによるものである。彼によると、返還義務の場合にはそれが総体に関わる時にのみ代位が生じるものとされるのである。これらの論者は、代位が生じる理由を、権利の目的物が物そのものではなくその代表する価値であるとする点において一致しており<sup>(119)</sup>、効果の面でも、いずれの見解も代位は元の物の有する充当又は返還義務を新しい物に存続させるものにすぎない、としている点において一致しているのである<sup>(120)</sup>。

### 第3款 Capitantの見解

次に、第2款に挙げた諸見解と同じく擬制説を批判する見解ではあるが物的代位の本質の理解がこれらの見解とはやや異なっている、Capitantの

見解を見ることとしよう。

Capitantは物的代位の効果が常に同じになるというわけではないことを前提に、物的代位の適用範囲の確定をはかる<sup>(121)</sup>。まず彼は、擬制説による定義は明確性に欠けると批判し、その原因を物的代位が異なった状況で生じることに求めている<sup>(122)</sup>。

彼は物的代位の例として、3つのケースを提示する<sup>(123)</sup>。第1は生死不明者の取戻権に関する民法旧132条、第2は共通財産制のもとの固有財産に関する旧1407条・旧1434条、第3は動産先取特権者の未払い転売代金債権に対する優先権である。彼によると、第1の場合と第2の場合における物的代位は、それぞれ生死不明者あるいは夫婦の一方の利益を保護するために認められたものであるとされる<sup>(124)</sup>。また、こうした代位は、法律又は当事者の意思によって資産 (patrimoine) の中に特別の法的ルールに従う物のカテゴリーが形成される場合<sup>(125)</sup>には、つねに認められねばならない<sup>(126)</sup>。これに対して第3の場合には、物的代位の役割は第1・第2の場合とはやや異なっており、代位は衡平と正義とによって説明され、限定されたものとされる<sup>(127)</sup>。そして彼は擬制説を否定して、物的代位の役割は技術的なものと衡平の満足とにあるとするのである<sup>(128)</sup>。

Capitantによると代位により担保権は未払いの売買代金についてのみ行使される<sup>(129)</sup>。そして、不動産先取特権や抵当権については追及権があるためこうした代位には有用性はない。彼はその理由として優先権は物が資産の一部を構成しなくなったときには完全に消滅することを挙げる。したがって売買以外の場合には法律の明文規定又は当事者の意思決定が無い限り、先取特権や所有権の物的代位は生じないとされるのである<sup>(130)</sup>。

このようにCapitantは物的代位に関する一律の定義を放棄し、3つの例を挙げて、物的代位は技術的有用性 (utilité technique)<sup>(131)</sup>あるいは衡平 (équité) により認められるとする<sup>(132)</sup>。こうした見解は第2款にあげた見解とは異なっているが、代位を広く容認し擬制説を批判するという点では

一致しているのである。

しかしながら、こうしたCapitantの説に対しては経験則から議論しているため論理的ではなく、代位の効果が叙述されているのみで不十分であるとの批判がある<sup>(133)</sup>。だが、物的代位についてはその本質ばかりでなくその効果までもが1つものとして説明できるものではないことを明確にしたという点では重要な見解であると言うべきであろう。

#### 第4款 第2次世界大戦後の見解

##### (1) 序論

ここまで見てきたように20世紀の初頭には多くの論者の興味を引いた物的代位であったが、その後しばらくはあまり関心を持たれない。こうした状況が変化するのは、前節で見た戦争損害に関する一連の法律によるところが大きい。

##### (2) Rivesの見解

Rivesは、物的代位とは他の物によって替わられる一定の物の存在を前提とするものである、と定義する。しかし、こうした変化の効果は元の物が物の集合全体の要素として考えられているか、それとも反対にその物の個性が考慮されているかによって異なるものとされる<sup>(134)</sup>。前者の場合には、自動的に集合全体の従っている法制度にその新しい物も従うこととされる。ここには代位が存在するが、それは不完全なもの (subrogation imparfaite) である。これに対し後者の場合は、新しいものと元の物とのつながりがとりわけ重要となる。これが完全な代位 (subrogation parfaite) であると説明される。

追及権との関係についてはRivesは2つの場合に分けて論じる。まず、同一人に物的代位と追及権が属する場合が問題とされる<sup>(135)</sup>。彼はこの2つの制度が競合するものであることを認める。そして、抵当権のような物的担保権に関しては代位権と追及権は両立し得ないものと主張する。次に同一の物に関して物的代位権と追及権とがそれぞれ別の人間に属するときが問題とされる<sup>(136)</sup>。この場合については、彼は代位権は追及権に劣後するとする。その理由は、追及権については物そのもの

と追及権という特権との間に断絶 (rupture) が無いのに対し、代位権については物そのものと代位権との間にはいかなる関係も存しないことに求められている。

### (3) Chapuisatの見解

すべての物的代位に共通の特質として、Chapuisatは物的変化にもかかわらず権利が保存されることを挙げる<sup>(137)</sup>。

そこで、物的変化と権利の保存とに分けて考察がなされる。まず物的変化に関しては、Chapuisatは2つのことが基本となると指摘する。それは、物が独立したものであることと、新しい物が元の物から直接に生じた物であることすなわちPlaniolのいうところの出所の条件が満たされることである。次に、Chapuisatによると物的変化が生じることによって権利が保存できなくなるときには物的代位は存しないものとされる<sup>(138)</sup>。

### (4) Lauriolの見解

Lauriolはまず最初に、代替可能性は法的総体のみならず事実上の総体にも見受けられるとして、擬制説を否定する。さらに、擬制説を批判する説にしても権利が価値のみを目的とすると主張し、物そのものを重視しない点では誤っていると主張する<sup>(139)</sup>。

また、彼は物的担保における優先権の実行は物的代位として理解されるとする<sup>(140)</sup>。ここで物的代位が明文では売却代金と競売代金についてしか認められていないことが問題となる。彼は先取特権者や抵当権者が、担保目的物を代表する補償金を優先的に受領することが衡平にかなうことは認めるが、そのことのみから補償金に対する物的代位を認めるという結論を出してはいない。それを認める根拠としてLauriolは次の3つのものを挙げるのである。第1に、売却代金と補償金との類似性、第2に、担保目的物の破壊によって損害を被るのは、結局は所有者ではなく債権者であること、第3に、物的代位に関する19世紀末の議論では担保目的物に与えられた充当によって物的代位が生じるものと考えられていたことである。こうした理由付けによって、法律に規定されていないよう

な補償金についても物的代位が肯定されるとするのである。

### 第5款 擬制説の見直し—Ranouilの見解—

Ranouilは元の物と新しい物の間に存する類似性は擬制にすぎないと主張し、擬制に対するそれまでの無関心は正当なものとは言えず、物的代位はやはり類似性 (simulation) の考えから着想を得ているとして、擬制説の再評価を試みる<sup>(141)</sup>。そして、擬制説を批判する説が物的代位の本質として提起した充当・返還義務・衡平は、いずれも物的代位が認められた場合につき事後的に説明した物にすぎず、物的代位の十分な基礎付けを事前的に与えることには成功していないとして批判する<sup>(142)</sup>。

そこで彼女は物的代位の性質について考察する。そして第1に、物的代位には補足的性質があることを指摘する。また第2に、物的代位には普遍法 (droit commun) のルールを矯正する側面があるとする<sup>(143)</sup>。次にRanouilは代位を生ぜしめる物の取り替えについて考察する。まず物の取り替えがあっても物的代位が生じないことがあるとする<sup>(144)(145)</sup>。また、物的代位が生じるには少なくとも元の物と新しい物との間に何らかのつながりが無くてはならないものとされる (出所の条件)<sup>(146)(147)</sup>。ただしこれにも例外がある<sup>(148)</sup>。一部についてしか出所の条件が満たされないにもかかわらず全体について代位が生じる場合、さらには、出所条件が全く満たされないにもかかわらず物的代位が生じる場合が認められる。そしてまた、代位の意味は物的代位の一般的条件とはならず、こうした意思は金銭の使用・再使用を第三者に対抗するのに必要であるにすぎないとする<sup>(149)</sup>。さらに、元の物と新しい物の価値の同一性も物的代位の条件とはされない<sup>(150)(151)</sup>。

以上見てきたように、Ranouilにおいてもなお、物的代位の一般原理を打ち建てることが課題とされている。彼女は20世紀初頭以来の学説を批判して、やはり擬制による面が捨てきれないことを指摘する。そして、価値の同一性は不要であるとし

て、出所の条件、したがって物の取り替えの存在を物的代位の重要な要素とするのである<sup>(152)</sup>。

### 第6款 小括

古法時代以来、物的代位の本質として主張されてきた擬制説はSaleilles等によって批判され、ほとんど顧みられなくなった。しかしながら、近年Ranouilが再び擬制説に注目すべきことを主張しており、大変興味深い。擬制説を批判する形で物的代位の本質として主張されたのは、意思・充当・返還義務・衡平などであったが、Ranouilも指摘するようにいずれも満足できるものとは言えない状況にある。そして、Ranouilも物的代位の統一的な基礎を見付けることはできていないように思われる。

ここで翻って、我々が問題としようとしている抵当権の賃料債権に対するいわゆる物上代位について見ると、ここまでの議論には全く登場していないことに気付く。フランスではこの問題は物的代位の問題としては扱われていないのである。それではフランスではこの問題はどのように扱われているのだろうか。この点の考察が次節の課題である。

### 第3節 賃料に対する抵当権の効力

賃料に対する抵当権の効力についてフランス法は、抵当権設定者に対する関係と抵当不動産の第三取得者に対する関係とにつき、別個の条文で規定する。

前者について定めるのが旧民事訴訟法685条である<sup>(153)</sup>。この規定は起草過程では691条として次のように定められていた。

「①支払催告以前に不動産が確定日付のない賃貸借によって賃貸されている場合は、債権者又は競落人の要求によってこの賃貸借は無効を宣告される。

②賃貸借に確定日付がある場合には、差押の通知の日以降に支払われる賃借料及び小作料は、689条の定める果実と同様、差押えることができる。」<sup>(154)</sup>

この規定は、護民院 (Tribunat) の要求で「不動産化について疑義が生じないようにするために」付け加えられたものとされている<sup>(155)</sup>。

旧民訴法685条の規定を見ると明らかなように、ただ単に支払催告があるだけでは不動産所有者の不動産に対する管理・処分権は制限されない。それに対して支払催告が騰記されると、債務者の不動産に対する管理・処分権は制限されることとなる<sup>(156)</sup>。

旧民訴法682条<sup>(157)</sup>及び685条については「差押登記と競売の間に受領される果実に対して、その果実をもたらした不動産と同一の性質を与える擬制 (fiction) であり、その結果、果実の売却代金は完全に不動産の売却代金とみなされ、順位にしたがって与えられる。抵当権者は無担保債権者に対して優先権を有する。」<sup>(158)</sup>と説明されている。そして、これらの規定が存在しなければ動産には抵当権が設定できないことから、賃料も含めて果実の代金は全債権者に按分で分配されることとなる<sup>(159)</sup>。こうした果実の不動産化 (immobilisation des fruits) の原理として、異なる時に登記された抵当権者や先取特権者の間の不平等を避けるための衡平のルールが挙げられている<sup>(160)(161)</sup>。

次に抵当不動産の第三取得者に対する関係について規定する民法2176条について見てみよう。この規定は共和暦8年の草案には見られないが、すでに破毀院の所見85条として登場している<sup>(162)</sup>。また、1804年2月23日には85条としてこの条文が國務院 (Conseil d'État) に提案されている<sup>(163)(164)</sup>。この規定が天然果実のみならず賃料のような法定果実にも適用されることは当然の前提とされているようである<sup>(165)(166)</sup>。

さらに、賃料の事前譲渡<sup>(167)</sup>については現在では、1955年の公示に関するデクレ (Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955, portant réforme de la publicité foncière, art. 28 et 30) 28条により3年をこえる賃料の譲渡・前払いは登記されねばならないものとされ、30条ではそれらの登記が無いときは譲渡・前払いを第三者に対抗できないものと定められている。

以上のように、フランスでは抵当権と賃料の関係は、物的代位としてではなく抵当権の効力が及ぶかという観点から考察されていることがわかる。また、果実の不動産化<sup>(168)</sup>が第三取得者の用益権を制限するものと見られていることにも注目すべきである。さらに、日本で近年問題となることの多い賃料の前払いや譲渡についてはデクレで規定されており、問題が生じないようにしている。

### 第3章 結語

#### 第1節 前章までの小括と私見

前章までの考察からどのようなことが言えるだろうか。

日本法の起草過程からは、ポワソナードは賃料債権に対する抵当権の効力については訴訟法で定めるべきものとしていたのであり、彼の民法草案においてはこの問題につき直接に定める規定は存しないことが明らかとなる。また彼は抵当権の保険金等に対する効力を「一種の物的代位」として説明しており<sup>(1)</sup>、フランスの物的代位制度からこの制度が起草されたことが窺える。これに対し、現行民法典の起草者は、賃借権が債権とされたにもかかわらず、賃借権が設定されることによる価値の低下を代位を認める理由とし、それが後の肯定説につながっていく。そして最高裁も肯定説を取ることを明言した。

フランス法の考察からは、まず、物的代位は一定の資産内での物の取り替え及び物の間につながりが存在し、第三者の保護が図れる場合に限って認められていると言える。また、物的代位の本質論については当初主張されていた擬制説は強く批判されたが、物的代位の本質の説明は未だ十分にはなされていない。そして、賃料債権に対する抵当権の効力の問題は「果実の不動産化」の問題として民法典及び民事訴訟法典で定められている。

こうした考察から、賃料債権に対する抵当権の効力の問題について日本では物上代位として説明されているのに対してフランスでは抵当権の効力そのものの問題として論じられており、物的代位の問題としては論じられていないことが明らかに

された。

このようにわが国の物上代位の内にはフランスの物的代位とは異質のものが存している<sup>(2)</sup>。近年わが国で填補型物上代位と付加型物上代位<sup>(3)</sup>が存するという指摘がなされているのは正当である<sup>(4)</sup>。前者がフランスの物的代位に相当するものであり、後者はそれを超えて政策的考慮によってその可否が決定されるものと考えられる<sup>(5)</sup>。

それでは、付加型の物上代位である賃料債権に対する抵当権の物上代位の問題につきどのように考えればよいのだろうか。付加型の物上代位を考察するにあたっては、まず、これが填補型の物上代位のように元の物と新たに得られた物の間に密接な関係が存するというわけではないことが注意されるべきである。したがって、付加型の物上代位においては、フランスで物的代位が認められる条件となっている、第三者の保護と衡平という点が填補型の場合以上に重視されねばならないだろう。この内、第三者の保護という点から考えてみよう。民法典の文言からは、抵当権設定者の一般債権者などの第三者が賃料債権に対する抵当権の物上代位は否定されているものと解することはあり得る。よって、この点からは抵当不動産の差押前の物上代位は否定されるべきである。次に、衡平という点から考えることとしよう。この点においては、填補型の物上代位に比べるとこうした付加型の物上代位を認めることが衡平にかなうかというのはかなり疑問となってくるが、逆に物上代位を否定することが衡平にかなうと積極的に言うこともできない。このように微妙な判断ではあるが、衡平という点からも物上代位は否定されてよいと考える。

さらに、日本法の起草過程からも果実説が支持される。それは、旧民法典では賃借権が物権でありそのことから宮城が賃料債権に対する抵当権の物上代位を肯定していたのに対して、現行民法典では賃貸借は債権とされていることによる。そして、現行民法典の起草過程で395条但書が追加されることで抵当権と利用権との調和を図ったことに着目すると、たとえ抵当権設定後の賃貸借の設定

により抵当不動産の価値が減少したとしても、それは395条但書の問題とされるべきなのである。

したがって、私見としては物上代位についてはここではひとまず果実説を支持することとしたい。ただ理由付けは、第三者の保護の要請に求められるべきである。

さて、こうなると最高裁平成元年判決をどう評価するかが問題となってくる。この判決は肯定説を取ることを明確にしている。一方、私見は第三者の保護から果実説を取るものであったが、この判決が出されたことで第三者保護をそれほど問題としなくてよくなったのではないかと考えている。すなわち、この判決で肯定説を取ることが明確にされた結果、この判決後に取引をなす者は賃料債権については抵当権者によって物上代位がなされることを覚悟しておけるようになったのである。したがって、肯定説を取る判決が出された現在、その取り扱いを改める必要はないと考える。

## 第2節 今後の課題

最後に今後の課題について触れておこう。

フランス法については、物的代位の一応の特徴のようなものを物的代位が認められる場合を考察することによって析出した。しかしながら本稿はあくまで法文及び学説から考察したため、そうした代位を求める社会の状況に関する考察が希薄となっている。また、学説についても網羅的に論じたものではなく、物的代位の可否についての結論について立ち入らずに、物的代位が主張されているケースをひとまず取り上げたにとどまっている。したがって、フランス社会の状況の考察及び個々のケースにおける物的代位の可否についての考察が必要となろう。そして、賃料債権に対する抵当権の効力を物的代位としてではなく果実の不動産化として規定した原因も探らねばならない。また、本稿は物的代位本質論と裁判例の対応関係も考察していないが、この点の考察も欠くことはできないだろう。

日本法については、本稿では賃料債権に対する抵当権の物上代位のみを考察しており、他のケー

スの考察が必要となる。特に、信託法14条についてはすでに古くいわゆる代位とは異なるとの指摘がなされているところであり<sup>(6)</sup>、興味をもたれるところである。

フランス以外の外国法であるが、物上代位の本質論については、わが国の学説に影響を与えているドイツ法・スイス法の考察も必要である。ドイツ法は抵当権の効力の及ぶ範囲が日本法とは異なっており、この点に注目すべきであろう。

## 注

【はじめに】

- (1) 山崎敏充「抵当権の物上代位に基づく賃料債権の差押えをめぐる執行実務上の諸問題」民訴雑誌42号(平成8年)109頁によると、東京地裁執行部での賃料債権差押えの申立ては平成元年には年間数件であったものが平成6年には1400件を超えている。
- (2) 鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」『金融法の課題と展望 下』石田=西原=高木還暦記念(平成2年)26頁以下。
- (3) 道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位をめぐる最近の争点」自由と正義48巻7号(平成9年)122頁。
- (4) 鈴木禄弥「抵当権に基く物上代位制度について(一)・(二・完)」民商法雑誌25巻4号(昭和25年)201頁, 25巻6号366頁(後に、鈴木禄弥『抵当制度の研究』(昭和43年)115頁以下に所収)。
- (5) 新田宗吉「物上代位に関する一考察(一)~(五・完)一抵当権の物上代位を中心として」明治学院大学論叢法学研究25号(昭和55年)1頁, 26号145頁, 28号(昭和57年)83頁, 30号(昭和59年)31頁, 31号157頁。
- (6) 高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察(一)~(三・完)一フランスsubrogation réelle理論の歴史的展開からの示唆一」東京都立大学法学会雑誌38巻2号(平成9年)431頁, 39巻1号(平成10年)697頁, 39巻2号(平成11年)759頁。その外フランスの代位について論じたものとして、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(上)・(下)」阪大法学46巻3号(平成8年)285

頁, 46巻4号535頁などがある。

【第1章】

- (1) フランス語原文 (G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, tome 4, 1889*) による。
- (2) Boissonade, *op. cit.*, n° 273.
- (3) Loi du 31 mai 1841, art. 17 à 19. (後述, 第2章第6款(1)参照。)
- (4) 高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察(一) — フランス *surogation réelle* 理論の歴史的展開からの示唆 —」*東京都立大学法学会雑誌*38巻2号 (平成9年)446頁は, 旧民法では抵当権の賃料に対する物上代位を認める余地はないと論ずる。しかし, 後述する宮城浩蔵の見解のように物上代位を認める可能性もあるのであって「物上代位を認める余地はない」とまで言い切れるのか疑問も残る。新田宗吉「物上代位に関する一考察(三) — 抵当権の物上代位を中心として —」*明治学院大学論叢法学研究*28号 (昭和57年)92頁も参照。
- (5) 鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」『*金融法の課題と展望 下*』石田=西原=高木還暦記念 (平成2年) (以下では, 『*課題と展望*』として引用する。)31頁以下は「抵当権者による賃料債権への物上代位については否定的な考えを採用していると理解することができた。」とする。
- (6) これらの規定については, 第2章第3節参照。
- (7) ボワソナード草案1138条が旧民法債権担保編133条に, 草案1207条が債権担保編201条に, 草案1208条が債権担保編202条に, 草案1297条が債権担保編286条に対応する。
- (8) ボワソナードの財産差押法草案については, 三ヶ月章「ボアソナードの財産差押法草案における執行制度の基本構想」(三ヶ月章『*民事訴訟法研究 第六巻*』(昭和47年)159頁以下所収)参照。
- (9) 新田・前掲(三)・明治学院大学論叢法学研究28号103頁。
- (10) 『*法典調査会民法議事速記録二*』(昭和59年・商事法務研究会)376頁。
- (11) 法典調査会・前掲速記録二・819頁。
- (12) 法典調査会・前掲速記録二・819頁。
- (13) 角紀代恵「民法三七〇条・三七一条 (抵当権の効力の及ぶ目的)」広中俊雄・星野英一編『*民法典の百年II 個別的考察(1) 総則編・物権編*』(平成10年)619頁, 角紀代恵「法定果実と民法三七一条一項但書」星野英一・平井宜雄編『*民法判例百選 I (第四版)*』(平成8年) (以下では, 百選として引用する。)180頁, 伊藤眞「賃料債権に対する抵当権者の物上代位(下)」*金融法務事情*1252号 (平成2年)12頁。ただし, 藪重夫「法定果実と民法三七一条一項但書」星野英一・平井宜雄編『*民法判例百選 I (第三版)*』(平成元年)185頁は, 371条の法定果実への適用を否定するのが立法趣旨であったと言い切れるか疑問とする。
- (14) 宮城浩蔵『*民法正義 債権担保編 第一巻*』(第6版) (明治26年)648頁。
- (15) 旧民法では賃借権は物権とされていた。小柳春一郎「ボワソナード草案賃貸借規定と日・仏法学」*法律時報*70巻9号 (平成10年)54頁参照。
- (16) 梅謙次郎『*民法要義 卷之二 物権篇*』(明治29年)291頁。
- (17) 梅・前掲・289頁以下。
- (18) ただ梅は, 保険金については「主として」保険物を代表するものとしており, 保険料相当額については先取特権の負担ある物の単なる代表物とは言い切れないものと見ていたのではないかと推測される。
- (19) 富井政章「物上代位ヲ論ス」(以下では, 「物上代位」として引用する。)法学志林10巻6号 (明治41年)574頁, 富井政章『*民法原論 第二卷 物権下*』(大正3年) (以下では, 『*原論*』として引用する。)353頁。
- (20) 富井・前掲「物上代位」・572頁, 富井・前掲『*原論*』・350頁。
- (21) 富井・前掲「物上代位」・572頁, 富井・前掲『*原論*』・350頁。
- (22) 抵当権については377条が存在することから物上代位の行使により消滅とする (富井・前掲『*原論*』・356頁)。
- (23) 富井・前掲『*原論*』・356頁。

- (24) 高橋・前掲・458頁参照。
- (25) 岡松参太郎『註釈 民法理由 中巻』(第8版)(明治32年)344頁。
- (26) 横田秀雄『物権法 全』(第3版)(明治39年)470頁,三瀨信三『物権法提要 下巻』(第4版)(昭和3年)70頁,山下博章『担保物権法論』(訂正再版)(昭和7年)76頁も同様。横田秀雄「物上代位ヲ論ス」『法学論集 第一巻』(大正9年)264頁,石田文次郎『担保物権法論 上』(昭和10年)72-73頁も参照。
- (27) 石田・前掲・66頁。
- (28) 石田・前掲・73頁。
- (29) 小林俊三「物上代位の本質に関する一考察」法学新報43巻9号(昭和8年)1107頁以下。
- (30) 我妻栄『新訂 担保物権法(民法講義Ⅲ)』(昭和43年)17頁。
- (31) 我妻・前掲・17頁・276頁。
- (32) 我妻の見解を支持するものとして,松坂佐一『民法提要 物権法 第四版増訂』(昭和59年)305頁,吾妻光俊『担保物権法』(昭和32年)93頁,柚木馨=高木多喜男『担保物権法 第三版』(昭和57年)266頁などがある。
- (33) 鎌田薫「供託賃料に対する抵当権者の物上代位」(後に,鎌田薫「物上代位と差押」『民法ノート 物権法①』(平成4年)205頁以下に所収)(以下では,法律時報として引用する)法律時報63巻6号(平成3年)14頁。
- (34) 鎌田・前掲法律時報・15頁。
- (35) 鎌田・判例評釈・私法判例リマークス1991(平成3年)(以下では,リマークスとして引用する。)32頁,「シンポジウム 抵当権の賃料債権に対する物上代位」金融法研究14号(平成10年)(以下では,金融法研究として引用する。)84頁〔松岡久和〕。
- (36) 内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(平成8年)373頁,秦光昭「抵当権に基づく物上代位権を巡る最近の判例と今後の課題」白鷗法学6号(平成8年)80頁。
- (37) 内田・前掲・373頁。三和一博「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲」『現代民法学の基本問題 上』(昭和58年)429頁以下も参照。
- (38) この点に関しては松岡・前掲(1)・金法1504号11頁も参照。
- (39) 内田・前掲・374頁。
- (40) 伊藤・前掲上・金法1251号9頁。
- (41) 伊藤・前掲上・金法1251号10頁。
- (42) 物部康雄「抵当権による賃料債権への物上代位を認めることの実際的な意義について」金融法務事情1502号(平成9年)54頁。
- (43) 菅野佳夫「抵当権の物上代位と賃料等の問題点」判例タイムズ699号(昭和63年)44頁。
- (44) 三林宏「抵当権に基づく物上代位と賃料債権」法律時報58巻11号(昭和61年)119頁。
- (45) 松岡・前掲(1)・金法1504号14頁,鎌田・前掲リマークス32頁。
- (46) 中島玉吉『民法釈義 卷之二 下 物権篇 下』(第10版)(大正12年)655頁。
- (47) 中島・前掲・1067-1068頁。
- (48) 中島・前掲・1066頁。
- (49) 民録13輯267頁。
- (50) 谷井辰蔵『抵当権の諸問題』(昭和12年)110頁。
- (51) 谷井・前掲・111頁。
- (52) 鈴木禄弥・『物権法講義 四訂版』(平成6年)(以下では,『講義』として引用する。)206頁。
- (53) 鈴木禄弥『抵当制度の研究』(昭和43年)(以下では,『抵当制度』として引用する。)159頁。
- (54) 鈴木禄弥・前掲『抵当制度』・159頁。
- (55) 鈴木禄弥・前掲『講義』・206頁。
- (56) 田中克志「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅰ』(昭和60年)184頁も,天然果実と法定果実との結果のバランスの点から,法定果実についても371条が適用されるとする。
- (57) 柚木馨=西沢修『注釈民法(9) 増補再訂版』(昭和57年)48頁。
- (58) 柚木=西沢・前掲・58頁。
- (59) 柚木=西沢・前掲・54頁。
- (60) 道垣内弘人『担保物権法』(平成2年)119頁,道垣内弘人・判例評釈・民商法雑誌102巻5号(平成2年)597頁。
- (61) 道垣内・前掲『担保物権法』・117頁。
- (62) 道垣内・前掲判例評釈・598頁注(1)。

- (63) 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」判例タイムズ(昭和63年)675号7頁。
- (64) 田中・前掲・184頁も、抵当権の本質から法定果実に対する物上代位を否定する。藪・前掲・185頁、及び、近江幸治『担保物権法 新版』(平成4年)141頁も同旨か。
- (65) 伊藤・前掲下・金法1252号16頁。
- (66) 鎌田・前掲リマークス・32頁。
- (67) 大窪誠・判例評釈・法学〔東北大学〕55巻1号(平成3年)214-215頁、松岡・前掲(1)・金法1504号14頁。
- (68) 松岡・前掲(1)・金法1504号14頁、前掲金融法研究・86頁〔松岡〕。
- (69) 伊藤・前掲上・金法1251号7-8頁。
- (70) 伊藤・前掲上・金法1251号9頁以下。
- (71) 榎悌次「賃料に対する抵当権の物上代位」林良平・甲斐道太郎編集代表『谷口知平先生追悼論文集2 契約法』(平成5年)(以下では、谷口追悼として引用する。)289頁。
- (72) 榎・前掲谷口追悼・288-289頁。
- (73) 山本克己「抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の効果と手続についての覚書」法学論叢142巻5・6号(平成10年)87頁以下。
- (74) 榎悌次「動産売買先取特権の効力とその実現」金融法務事情1174号(昭和62年)(以下では、金法として引用する。)18頁参照。
- (75) 榎・前掲金法・18頁。
- (76) 経済学上の地代は、土地の等級を反映し、土地の等級はその土地の豊度と市場への距離によって決まる(日高普『経済原論』(昭和58年)191頁。)
- (77) 榎・前掲谷口追悼・283頁。
- (78) 榎・前掲金法・18頁。
- (79) 榎・前掲谷口追悼・293頁、榎・前掲金法・18頁。
- (80) 榎・前掲金法・19頁。
- (81) 榎・前掲谷口追悼・293頁。
- (82) 鈴木正和「賃貸抵当不動産の賃料と物上代位(下)」債権管理22号(平成元年)16頁。
- (83) 鈴木正和・前掲下・債権管理22号16-17頁。
- (84) 鈴木正和・前掲下・債権管理22号18頁。
- (85) 鈴木正和・前掲下・債権管理22号18-19頁。
- (86) 〔2〕判決は、全くの傍論にすぎないのだが、肯定説の先例とされることも多いことから、ここで取り上げておく。
- (87) これに対して鎌田・前掲『課題と展望』・51頁は、「被担保債権の債務者たる設定者が賃料債権者であるケースは存しない。」とするが、〔5〕・〔10〕は実質を見れば設定者が賃料債権者であるケースと言うべきであろう。
- (88) 宮川不可止・判例評釈・手形研究446号(平成2年)15頁も、〔11〕を除いて抵当権設定後の賃貸借の事案であり、〔11〕のみが無条件肯定説と評価しうる。
- (89) 鎌田・前掲『課題と展望』・51頁。
- (90) 鎌田・前掲リマークス・35頁。
- (91) 内田・前掲・373頁、秦・前掲・85頁、道垣内・前掲判例評釈・595頁。
- (92) 小林亘・判例評釈・金融法務事情1265号(平成2年)25頁
- (93) 伊藤・前掲下・金法1252号16頁。
- (94) 鈴木正和・前掲下・債権管理22号17頁。
- (95) 鈴木正和・前掲下・債権管理22号17頁。

## 【第2章】

- (1) フランスの夫婦財産制については稲本洋之助『フランスの家族法』(昭和60年)155頁以下、特に286頁参照。
- (2) 1434条によらずに使用・再使用が行われると物的代位を放棄したものとみなされ第三者に対抗できなくなる。ただし夫婦間の関係については1434条は何らかの効果を定めるものではない(V. Ranouil, *La Subrogation réelle en droit civil français*, 1985, pp. 129, 135 et 141.)。
- (3) 「使用・再使用」とはそれぞれ、固有財産たる金銭を物の取得に使うことであり、固有財産たる物の売却に由来する金銭を新たな物の取得のために使うことである(J. Champion, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 214. Voy., A. Colmer, *Droit civil Régimes matrimoniaux*, 8<sup>e</sup> éd., 1997, n° 619.)。

- (4) フランス民法典の翻訳に当たり、神戸商業大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(14)～(18)仏蘭西民法 I～V』(復刊版)(昭和31年)及び法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—家族・相続関係—』(法務資料433号)(昭和53年), 同『フランス民法典—物権・債権関係—』(法務資料441号)(昭和57年)を参照した。
- (5) Champion, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 211 et 213.
- (6) この充当の性質につき議論があったが黙示の契約による充当とされている (A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Paris, 1913, p. 187 et s.)。
- (7) Henry, *op. cit.*, p. 186.
- (8) C. Stora, *De la subrogation réelle*, Paris, 1901, p. 243. は不動産の交換が物的代位の生じる場合として最も単純かつ重要であるとする。
- (9) Stora, *op. cit.*, pp. 243-244.
- (10) J. Aurenge, *La subrogation réelle*, Paris, 1910, p. 86. Stora, *op. cit.*, p. 247.
- (11) フランス民法典が共有に対して消極的な姿勢をとっていたことについては、山田誠一「共有者間の法律関係(三)」法学協会雑誌102巻3号(昭和60年)492頁以下。Voy., Stora, *op. cit.*, pp. 247-248; Henry, *op. cit.*, p. 192.
- (12) Aurenge, *op. cit.*, p. 86; Henry, *op. cit.*, p. 190. Voy., Ranouil, *op. cit.*, p. 102.
- (13) G. Baudry-Lacantinerie= J. Le Courtois= F. Surville, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., tome 14, 1901, n<sup>o</sup> 374.
- (14) Aurenge, *op. cit.*, p. 87.
- (15) Voy., Aurenge, *op. cit.*, p. 87; Stora, *op. cit.*, pp. 243 et 256.
- (16) Stora, *op. cit.*, p. 258.
- (17) この見解に対する反論につき, voy., Stora, *op. cit.*, pp. 259-260.
- (18) Aurenge, *op. cit.*, p. 90; Stora, *op. cit.*, p. 261; Henry, *op. cit.*, p. 204.
- (19) Aurenge, *op. cit.*, p. 91; Stora, *op. cit.*, p. 249.
- (20) Aurenge, *op. cit.*, p. 91. Voy., Stora, *op. cit.*, pp. 249-250.
- (21) Henry, *op. cit.*, p. 276.
- (22) [裁判例1] Bordeaux, 19 mars 1857: S. 1857. 2. 534.
- (23) Ranouil, *op. cit.*, p. 257. も1965年法はそれ以前の学説・判例を確認したものとする。
- (24) 持参金制度(嫁資制)の廃止については稲本・前掲・243頁・246頁を参照。
- (25) Aurenge, *op. cit.*, p. 92. Stora, *op. cit.*, p. 272. Voy., Henry, *op. cit.*, p. 210; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Paris, 1954, n<sup>o</sup> 131.
- (26) Stora, *op. cit.*, p. 276.
- (27) Aurenge, *op. cit.*, p. 102.
- (28) Voy., Lauriol, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 129. ただし, 1942年法で改正された旧1556条2項により, 夫が同意した場合には裁判所の許可によって再使用を条件に譲渡が認められることとされたため, 譲渡が認められる範囲は大幅に広げられた。
- (29) Aurenge, *op. cit.*, p. 107.
- (30) Aurenge, *op. cit.*, pp. 109-110.
- (31) これは例外的相続とも呼ばれるが例外的相続には他の種のものもあることから本稿では法的取戻権・相続取戻権という表現を用いる (G. Baudry-Lacantinerie= A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., tome 6, 1899, n<sup>o</sup> 669.)。
- (32) J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> éd., 1822, tome 2, p. 192.
- (33) Aurenge, *op. cit.*, p. 131; Henry, *op. cit.*, p. 357.
- (34) Aurenge, *op. cit.*, p. 134; A. Magnillat, *De la subrogation réelle*, 1912, Lyon, p. 236. Voy., Baudry-Lacantinerie= Wahl, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 719 et 722
- (35) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, tome 1, 1896, n<sup>o</sup> 195; T. Huc, *Commentaire théorique & pratique du code civil*, tome 1, 1892, n<sup>o</sup> 445.
- (36) 130条「その存在が法的に認められた生死不明者

は、その現存する状態でその有する財産及びその不在の間に取得すべきであった財産、譲渡された財産の対価、資産の使用によって得られた財産、又はその収益を取戻す。」

- (37) Aurenge, op. cit., p. 137.
- (38) Maleville, op. cit., tome 1, pp. 129-130.
- (39) Huc, op. cit., n° 444.
- (40) Henry, op. cit., p. 250. は、物が財団に充当される条件として、こうした物が自由に処分できないものであることを挙げる。
- (41) Voy., M. Planiol= G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome 3, avec le concours de M. Picard, 1926, n° 31.
- (42) Ranouil, op. cit., pp. 45-46.
- (43) Ranouil, op. cit., p. 43. 前述の裁判例 3・4 も参照。
- (44) Malaurie, op. cit., n°461.
- (45) 不完全な物的代位については, Voy., Malaurie, op. cit., nos 906, 918 et s; Ranouil, op. cit., p. 128.
- (46) Malaurie, op. cit., n° 726.
- (47) Idem
- (48) Loi n° 48-1360 du 1 sep. 1948, art. 70 alinéa 1; Loi n° 49-1096 du 2 août 1949, art. 1 alinéa 1.
- (49) Lauriol, op. cit., n° 279.
- (50) Ordonnance n° 58-997 du 23 oct. 1958, portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique.
- (51) Ranouil, op. cit., pp. 87 et 197.
- (52) 担保権と代位権とがかかわるものとしては、抵当への代位 (subrogation à l'hypothèque) も挙げ得るが本稿では扱わない。これについては, Voy., Ch. Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, *Rev. crit. de leg.*, 1866.; Jacques Monteil, *La subrogation aux droits d'hypothèque*, 1933.
- (53) *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, par G. Ripert, 4<sup>e</sup>éd., tome 1, 1948, n° 2527. は、債権の支払への物の充当は債権の起源と公示とによって基礎付けられるのであり、この場合

に物的代位が生じるとすると第三者への公示が欠けることとなるから、物的代位が認められるには法律の規定が存することが必要であるとする。

- (54) 1841年法の制定前だが, Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, tome 20, 1836, n° 327. は、取用補償金は売却代金と同視できるとしていた。
- (55) G. Baudry-Lacantinerie= P. De Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil, du nantissement des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée*, 2<sup>e</sup> éd., tome 2, 1899, n° 1397; Henry, op. cit., p. 275.
- (56) この問題については, 大森忠夫「担保物権の物上代位と保険金」(石田文次郎先生還暦記念『私法学の諸問題(二)商法・労働法』)(昭和30年) 55頁以下参照。
- (57) Planiol= Ripert, op. cit., tome 2, n° 3823; Baudry-Lacantinerie= De Loynes, op. cit., tome 1, nos 280 et s. は保険金は保険料の対価にすぎず, 法律に定めが無いことから物的代位は否定されるとする。Voy., Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4<sup>e</sup> éd. tome 2, 1907, n° 3445; Troplong, *Le code civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente des privilèges et hypothèques*, tome 4, 1833, n° 890.
- (58) Duranton, op. cit., n° 328. は、次節で見る擬制説により物的代位は狭く解釈されるべきであり, 類推適用は許されないとして物的代位を否定する。そして, このことは保険契約締結後に抵当権を設定した抵当権者であっても変わらないとする。
- (59) Aurenge, op. cit., p. 120. は民法2093条・2094条により担保不動産の価格の上のみ先取特権・抵当権が行使されるものと解されていたとする。
- (60) この問題に関する肯定説・否定説の論拠は, 大森・前掲56頁註(5)に詳しい。
- (61) H. et L. Mazeaud= J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 3, 1<sup>er</sup> volume, 3<sup>e</sup> éd., par M. de Juglart, 1968, n° 588; Henry, op. cit., p. 291; Aurenge, op. cit., p. 121; Baudry-Lacantinerie=

- De Loynes, op. cit., tome 1, n° 281; Planiol= Ripert, op. cit., tome 2, n° 3826.平野裕之「物上代位(フランス抵当法)」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』(別冊NBL31号(平成7年))276頁。
- (62) Aurenge, op. cit., p. 122; Baudry-Lacantinerie= De Loynes, op. cit., tome 1, n° 282; Lauriol, op. cit., n° 687; Planiol, op. cit., n° 3446.大森・前掲58頁以下。
- (63) Magnillat, op. cit., p. 200.
- (64) 保険会社は防衛策として, 保険会社の同意なき船舶の担保化を禁止する条項を保険証券に挿入したため, 船舶については所有者が信用を得ることができなくなった(Lauriol, op. cit., n° 687.大森・前掲59頁)。
- (65) Stora, op. cit., p. 398.なお, 鈴木禄弥『抵当権法の研究』(昭和43年)120頁の記述は誤りである。Voy., Duvergier, t. 85, p. 519 note.
- (66) この法律の立法過程についてはBaudry-Lacantinerie= De Loynes, op. cit., t. 1, n°s 285 et s.が詳しい。Voy. aussi, S. 1890. 2. 174. note (3-4-5)。
- (67) この規定はLoi du 13 juillet 1930, art. 86.により廃止されたが, 同法の37条がこれと同様の規定を置いており, 現行保険法典L. 121-13条に至っている。
- (68) Ranouil, op. cit., p. 88.
- (69) Magnillat, op. cit., p. 200.
- (70) Aurenge, op. cit., p. 121.
- (71) Aurenge, op. cit., p. 128.は, この法律は新しい権利を定めたのではなく, 不適切な裁判例を修正するために必要とされたものにすぎないとする。
- (72) この点につき注目されるのが1851年のベルギー抵当権法10条(loi du 16 déc. 1851, sur la révision du régime hypothécaire, art. 10)であり, この規定によれば建物の再建・修繕が可能とされる。
- (73) Henry, op. cit., p. 279.
- (74) Mazeaud= Mazeaud, op. cit., n° 588.
- (75) Planiol= Ripert, op. cit., tome 3, n° 26.
- (76) Idem
- (77) Planiol= Ripert, op. cit., tome 3, n° 31.
- (78) Lauriol, op. cit., n° 277.
- (79) Ranouil, op. cit., p. 57 et s; Lauriol, op. cit., n°s 6 et s.高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察(二)」東京都立大学法学会雑誌39巻1号(平成10年)716頁以下。Voy., L. Thézard, De la nature et des effets de la subrogation, 1879, n°s 1-3; Planiol= Ripert, op. cit., tome 3, n° 27.
- (80) Lauriol, op. cit., n° 9; Aurenge, op. cit., p. 24.
- (81) Magnillat, op. cit., p. 271; Aurenge, op. cit., p. 24.
- (82) C. Aubry= C. Rau, Droit civil français, 6° éd., tome 9, par P. Esmein, 1953, § 576.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(上)」阪大法学46巻3号(平成8年)295頁。Voy., Lauriol, op. cit., n° 16; J. Flach, De la Subrogation Réelle, Revue historique de droit français et étranger, 1868, p. 477 et s; C. Aubry= C. Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4° éd. tome 6, 1873, § 575.
- (83) Aubry= Rau, op. cit. tome 6, § 575.
- (84) Idem
- (85) 法律による例外的な物的代位としてあげられているのは, 民法1407条, 1434条, 1435条, 1558条, 1559条の場合である。
- (86) Flach, op. cit., p. 450.
- (87) Idem
- (88) Lauriol, op. cit., n° 19.は, 擬制説の論者の中で当事者の合意による代位を認めないのは, Flachのみであるとする。
- (89) Ranouil, op. cit., p. 58.
- (90) Flachによると, 総体とはあるつながりによって結び付けられた物の集合であるが, その各構成物は独立した存在であるか少なくとも思考によって分けられるものである。(Flach, op. cit., p. 453.)。Voy., Aurenge, op. cit., p. 34.
- (91) Flach, op. cit., p. 454.
- (92) Flach, op. cit., p. 453.
- (93) こうした代位によって移転するのはDumoulinのいう外在的性質のみであるとされる(Ranouil, op.

- cit., p. 59; Lauriol, op. cit., n° 21; F. Chapisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle*, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 645.). 外在的性質・内在的性質については高橋智也・前掲(二)・717頁以下参照。
- (94) Ranouil, op. cit., p. 60. はDemogueが最初に擬制説を批判したとする。Saleillesが物的代位を擬制と見る見解を完全には放棄していなかったことから自覚的に擬制説を最初に批判したのはDemogueであるとも言える。しかしここでは擬制説批判の萌芽としてSaleillesの見解から取り上げることとする。Voy., L. Hugueney, note S. 1913. 1. 361.
- (95) R. Saleilles, note S. 1894. 2. 185; Cerban, op. cit., p. 52. もまた同様の指摘をする。
- (96) S. 1894. 2. 185-186.
- (97) 充当に関しては、下村・前掲(上)・299頁参照。S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976. n° 6. によると充当概念を初めて学説に導入したのはSaleillesであるとされる。
- (98) Henry, op. cit., p. 65; Stora, op. cit., pp. 228 et 425.
- (99) Saleillesは後にDemogueらの説を受け入れて物的代位の擬制としての側面を完全に否定し、代位は眞の法的現実 (une véritable réalité) であるとする (S. 1903. 1. 321)。Voy., Henry, op. cit., p. 66; Aurenge, op. cit., p. 36; Ranouil, op. cit., p. 64.
- (100) Lauriol, op. cit., n° 25.
- (101) R. Demogue, *Essai d'une Théorie Générale de la Subrogation Réelle*, Rev. crit. de leg. 1901, p. 236 et s.
- (102) Demogue, op. cit., p. 248.
- (103) Idem
- (104) Demogue, op. cit., p. 249.
- (105) Idem
- (106) なお, Guinchard, op. cit., n° 202. は担保については常に充当が存在するとし, その理由として, ローマ法では担保は物そのものに課されており物から生じる価値 (prix) に課されていたのではな
- かったが, それが次第に債務者の資産内の動産から生じた価値の優先的充当の概念へと変化してきたことを挙げる。
- (107) Demogue, op. cit., p. 303.
- (108) Voy., Ranouil, op. cit., p. 65; Planiol= Ripert, op. cit., tome 3, n° 29.
- (109) Henry, op. cit., pp. 67 et s. et 306.
- (110) Aurenge, op. cit., p. 2.
- (111) Aurenge, op. cit., p. 60 et s.
- (112) M. Planiol, note D. 1902. 1. 33
- (113) Henry, op. cit., p. 69.
- (114) Henry, op. cit., p. 377 et s. は代位は擬制ではなく, 技術的手法であるとする。
- (115) Henry, op. cit., p. 101.
- (116) Henry, op. cit., p. 102 et s. は新たな擬制が正義と衡平によって (de justice et d'équité) 認められるとする。
- (117) Henry, op. cit., pp. 110-111.
- (118) Lauriol, op. cit., nos 29 et s.
- (119) Lauriol, op. cit., n° 35.
- (120) Lauriol, op. cit., n° 33. Lauriolはこの点については論者に独創性がないとする。
- (121) H. Capitant, *Essai sur la Subrogation Réelle*, Rev. trim. dr. civ. 1919, p. 385.
- (122) Capitant, op. cit., p. 387.
- (123) Capitant, op. cit., pp. 387-388.
- (124) Capitant, op. cit., pp. 388-389.
- (125) Capitantはそのような例として, 相続の限定承認・負担付贈与・代襲相続人指定・例外的相続を挙げる。
- (126) Capitant, op. cit., p. 389.
- (127) Capitant, op. cit., p. 390. Voy., Capitant, op. cit., p. 409 et s; Lauriol, op. cit., n° 38.
- (128) Capitant, op. cit., p. 394.
- (129) Capitant, op. cit., p. 409. では第1段階 (premier degré) でしか生じないと表現する。なお, 代位が技術的役割を果たす場合ではあるが例外的相続の場合には物的代位は元の物の譲渡により取得された金銭によって新たなものが取得される第2段階では生じないとする。Capitantは条文の制限的

な文言と取戻権の性質から、この場合に代位を第2段階で生じさせることは不可能であるとして、そのように規定された理由を故人の遺志に求めている (Capitant, op. cit., p. 406.)。

(30) Capitant, op. cit., p. 414.

(31) このように物的代位を法的技術とする見解に対して Cerban, op. cit., p. 56. は法的技術とはある法概念を作用させることを目的とするものであり、そういうものでしかありえないことから、たしかに物的代位は法的技術ではあるものの、それは物的代位が認められるすべての場合に存在するのであって Capitant のあげる第1の場合・第2の場合のみに見られるものではない、と批判する。

(32) Lauriol, op. cit., n° 39.

(33) Lauriol, op. cit., nos 43 et s.

(34) G. Rives, Subrogation réelle a titre particulier et propriété immobilière, Rev. trim. dr. civ. 1968, n° 2.

(35) Rives, op. cit., nos 29 et s.

(36) Rives, op. cit., nos 33 et s.

(37) Chapuisat, op. cit., p. 645.

(38) Chapuisat, op. cit., p. 646.

(39) Lauriol, op. cit., n° 35. こうした指摘は日本における抵当権の本質に関する価値権説に対する批判とも似て興味深い。

(40) Lauriol, op. cit., nos 684 et s.

(41) Ranouil, op. cit., p. 58 et 61.

(42) Ranouil, op. cit., p. 66. Ranouil は返還義務は結局充当に吸収されてしまうとして、返還義務と充当の区別を否定する。

(43) Ranouil, op. cit., p. 71 et s.

(44) Ranouil, op. cit., pp. 145 et 147.

(45) この点につき Ranouil は、出所について「ある資産内の物の消滅がその資産における新しい物の出現の直接の原因であること」とする Lauriol の定義 (Lauriol, op. cit., n° 236.) を物的代位と単なる物の取り替えとを混同するものとして批判する (Ranouil, op. cit., p. 172.)。

(46) Ranouil, op. cit., p. 171.

(47) 金銭の場合には立証の関係で新たに得られた金

銭が個別化されていなくてはならないとされる (Ranouil, op. cit., p. 250.)。

(48) Ranouil, op. cit., p. 253.

(49) Ranouil, op. cit., pp. 186-187.

(50) Ranouil, op. cit., p. 145.

(51) Chapuisat, op. cit., p. 661. は等価性を物的代位の条件として挙げつつも、等価性は補足金を支払うことで容易に満たせることから、すでに長いこと物的代位の基本的条件ではなくなっているとする。

(52) Ranouil, op. cit., p. 272.

(53) ベルギー抵当権法104条も参照。

(54) Baron Locré, Esprit du code de procédure civile, tome 3, 1816, pp. 191 et s.

(55) Locré, op. cit., p. 192.

(56) Glasson= Morel= Tissier, Traité théorique et pratique d'obligation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3<sup>e</sup> éd., tome 4, 1932, nos 1273 et s.

(57) 旧民訴法682条は、天然果実・人工果実について不動産化を定める規定である。

(58) P. Cuche, Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution, 3<sup>e</sup> éd., 1933, n° 205.

(59) Idem; Bonnecase= Laborde-Lacoste, Précis élémentaire de procédure civile et voies d'exécution, 1952, n° 1223.

(60) Bonnecase= Laborde-Lacoste, op. cit., n° 1223.

(61) H. et L. Mazeaud= J. Mazeaud, op. cit., n° 440. は、無担保債権者が不動産差押え手続を長引かせてその間に得られる果実から支払を受けるのを避けるためとする。Voy., Glasson= Morel= Tissier, op. cit., n° 1275.

(62) Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, tome 2, 1836, p. 667.

(63) Fenet, op. cit., tome 15, 1836, p. 344.

(64) この当時は小作料が高騰しており<sup>(164a)</sup>、抵当権の果実に対する効力の問題は重要であったと思われるが、こうした中で、何ら異論なく85条が採択された原因はよくわからない。抵当権の登記についての議論が中心としてなされたためであろうか。

- (16a) 小作料の推移については吉田静一『近代フランスの社会と経済』(昭和50年)22頁第1表,160頁第1表参照。これによると1773年から1793年のわずか20年間に小作料は実に2.3倍になり,1798年から1804年までの6年間でもおよそ17%上昇している。
- (16b) Baudry-Lacantinerie et De Loynes, op. cit., tome 3, n° 1955; Aubry et Rau, op. cit., tome 3, 4<sup>e</sup> éd., p. 410; Marty-Raynaud, op. cit., n° 332.
- (16c) なお,フランスには賃貸借を果実の売買と見る見解がある(Voy., M. Mémin, Les vices de consentement dans les contrats de notre ancien droit, 1926, p. 125.)。
- (16d) 賃料の事前譲渡についてはすでに19世紀のかなり早い段階から問題が生じていたが, Cass. 3 nov. 1813: S. 1814. 1. 459. は, たとえ賃料の事前譲渡がなされていたとしても不動産の譲渡後に得られる賃料については譲渡された不動産上に抵当権を有する者には対抗できないものと判示している。
- (16e) 不動産化が生じる時点は, 民法と民訴法の規定とで異なっている。これを第三取得者と設定者との違いから説明するのが通説(Baudry-Lacantinerie et De Loynes, op. cit., tome 3, n° 2199.)である。これに対して, Ripert, op. cit., 3<sup>e</sup> éd., tome 2, 1949, n° 3914. 及び G. Ripert= J. Boulanger, Traité de droit civil, tome 3, 1958, n° 931. は民法の規定は民訴法の規定によって修正されたものと理解する可能性を認めている。

### 【第3章】

- (1) G. Boissonade, Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, tome 4, 1889, n° 272.
- (2) 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(下)―抵当権の物上代位を中心に―」阪大法学46巻4号(平成8年)555頁は, フランスの物的代位はわが民法の物上代位よりも広い概念であるとする。たしかに抵当不動産の競落代金に対して抵当権の物的代位を認めるなどわが国の物上代位よりも物的代位の方が広い場合もある。しかし, 賃料債権に対する抵当権の物上代位などのように

物上代位の方が広い場合もあるのであり, 一般に物的代位を物上代位よりも広い概念とすることは適切ではない。

- (3) 山本克己「抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の効果と手続についての覚書」京都大学法学論叢142巻5・6号(平成10年)83頁。
- (4) 斎藤和夫「『抵当権の物上代位』の法構造」『慶応義塾大学法律学科開設百年記念論文集 法律学科編』(平成2年)277頁以下, 松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金融法務事情1504号(平成10年)12頁, 「シンポジウム 抵当権の賃料債権に対する物上代位」金融法研究14号(平成10年)84頁〔松岡〕も参照。
- (5) 賃料債権に対する抵当権の物上代位の問題が政策的判断にかかっていることを強調するものとしては, 斎藤和夫「『賃料債権』上への抵当権の物上代位」法学研究〔慶応義塾大学〕63巻12号(平成2年)218頁, 山川一陽『担保物権法』(平成9年)108頁, 小杉茂雄『新版注釈民法(9)』(平成10年)159頁がある。
- (6) 石田文次郎『担保物権法論 上』(昭和10年)65頁註七。