

権利質の物上代位性について

直井義典

はじめに

権利質の物上代位性については、民法三六二条が第九章第一節から第三節までの規定を準用しており、同章第一節に含まれる三五〇条が先取特権の物上代位性について規定する三〇四条を準用していることから、これを肯定する見解が通説となっている⁽¹⁾。もっとも、通説の論者によれば物上代位が想定されるのは、有価証券に化体されている債権が質権の目的となっているとき、第三者が目的債権を侵害した場合に生じる損害賠償請求権くらいであるとされる⁽²⁾。これに対して、権利質の物上代位性を否定する見解が近時主張されている。その説くところによれば、「物上代位の目的は、有体物である目的物が移転、消滅した場合に、それに代わる売買代金債権、賃料債権、損害賠償債権に対して優先済権を与えるものである。この点、債権質の場合には、質権の目的債権に対する質入れの効力として、民法四八一条類似の拘束力が生じるため、物上代位の規定は必要がない。したがって、債権質の場合には、民法三〇四

条の物上代位の規定は準用されないと解することになる。」とされる。⁽⁴⁾すなわち、損害賠償請求権を有する質権設定者は損害賠償請求権を消滅させてはならないという拘束力を受け続けるわけだから物上代位によるまでもなく、質権者は損害賠償請求権を取得するというのである。

この見解は、従来の学説が債権質の特質について十分な検討を加えることなく物上代位を認めてきたことに再考を促すという意味で、重要な意義を有するものと言える。しかしながら、こうした物上代位否定説には以下のような疑問がある。仮に債権質の目的債権を侵害した者に対しても第三債務者の場合と同様に四八一条が類推適用されるために質権者に対して損害賠償金を支払うことが要請されるとしても、これだけではその損害賠償金請求権が質権者に帰属することを正当化する論理を欠く。すなわち、債権侵害によって一旦消滅した目的債権に課されていた制約を、どのようにして損害賠償請求権上にまで及ぼしていくのかが明確ではないのである。

このように債権質の物上代位性をめぐっては、三〇四条の準用の可否が問われるわけであるが、問題はこれに止まらない。債権質の物上代位性は三〇四条の準用によってのみ説明されるのかという問題が残されているのである。

この問題については、「物上代位性は、このように担保物権の本質に深く根ざすものであるから、厳密な意味で物上代位の認められる場合以外にも、注意深く検討するならば、同趣旨の取扱い担保物権法の全篇の全領域にわたって種々の形で姿を現わしているものといえよう。」⁽⁵⁾との指摘がなされているところであった。この見解の論者は「厳密な意味での物上代位」として三〇四条の規定内容を想定し、それ以外に物上代位ではないものの物上代位と同趣旨の規定が存在すると理解しており、物上代位は三〇四条ならびにそれを準用する規定によってのみ認められるという通説の見解とは一線を画している点で注目に値する。しかし同趣旨の規定だというのならばなぜこれらの規定を物上代位規定そのものと理解してはならないのか。結局、この見解によっても、物上代位論は三〇四条の解釈論にとどまっ

てしまっている。ドイツ・フランスにおいては物上代位とは担保物権法の領域においてのみ認められている制度ではなく、担保物権法の領域においても物上代位は三〇四条の規定する内容に止まって認められているものではない。⁽⁶⁾ また、権利質の一種である株式質については物上代位を肯定する明文規定が置かれており、商法学者を中心にこれらの規定の解釈論が展開されている。⁽⁷⁾

これに対して、先取特権の物上代位性を定めた三〇四条の解釈論と株式質の物上代位性を巡る議論の狭間において、権利質の物上代位性を巡る議論は低調なままに終わっている。⁽⁸⁾ すでに紹介したように権利質の物上代位が問題となる場面が限られたものと考えられていることもあって、権利質の物上代位性について検討することには、あまり意味がないようにも見られる。しかしながら、権利質のうち特に債権質については、それが抵当権に類似する性質を有することが指摘されており、⁽⁹⁾ 権利質の物上代位性について検討することは、すでに議論が尽くされた感もある抵当権の物上代位性について、その目的物や要件を再検討する際の手がかりを与える可能性があるのである。

そこで第一章では、わが国の民法典の母法の一つでありなおかつ担保物権法の領域における物上代位規定が比較的整っているドイツ法における権利質の物上代位性について紹介することとする。その上で第二章では、こうしたドイツ法の規定を受けて起草されたわが国の規定について検討し、権利質の物上代位性について再検討することとする。具体的には、三六六条三項・四項の起草過程ならびに学説による位置づけを検討していく。

第一章 ドイツ法における権利質の物上代位性

ドイツにおいては、動産質ならびに権利質が認められている。

このうち権利質については BGB 一二七三条以下が規定しており、原則として動産質に関する規定が準用される(BGB 一二七三条二項)。

そこで以下では、権利質特有の規定を中心としつつも権利質について準用される動産質規定も含めて、権利質の物上代位性について定めた規定を概観することとする。

質権に関する BGB の規定のうちで物上代位を定めているのが、動産質実行の売却益に関する一二四七条・質物保全のための競売に関する一二一九条一項・権利質に関する一二八七条である。⁽¹⁰⁾以下順に、BGB がいかなるケースで物上代位を認めているのかを検討することとする。

BGB 一二四七条は、動産質の目的物が公の競売または自由売却によって売却されたことにより生じる収益の処遇について次のように規定する。

「質権者が弁済のために質物の売却代金を取得したときは、その限度で債権は所有者によって弁済されたものとみなす。その他の場合においては売却代金が質物に替わるものとす。」

本条は、第一文において、質権者が売却代金を取得した時は代金額の限度で被担保債権が弁済されたものと見なし、第二文において、質権者が売却代金を現に取得したわけではない場合には質物所有者に対する返還請求権ないし取得者に対する売買代金請求権が質物に代わるものと規定する。

通説によれば、このうち第二文が物上代位を定めたものとして理解される。そして、第二文は以下の三つのケースに適用される。第一は、質権者が代金を取得することなく質物を引渡してしまった場合に関するBGB一三三八条一項が適用される場合である。第二は、売却を行った質権者自身が競落したケースを扱うBGB一三三九条一項が適用される場合である。第三は、質物の売却は、買主が売買代金を現金をもって即時に支払うこと及びこれに従わないときは権利を失うことを定めてなされなければならないとするBGB一三三八条一項とは異なる質物売却方法が採られた場合であり、これは、BGB一三三八条一項が任意規定であることから質物所有者と質権者との間の合意によって別個の定めがなされた場合と、BGB一三三八条一項とは異なる売却方法を採用することが公平な判断に従って当事者の利益に適するとして質物所有者または質権者が別個の売却方法によるべき旨を請求した場合の二つに分けられる。

以上の場合には、質権者は売買代金債権を有し、あるいは、売買代金を受領したものと見なされるものの、被担保債権額が質物の売却価額に満たない場合にはその差額分について質物所有者のために売買代金債権が存続する⁽¹²⁾。そしてこれらの売却代金が質物に代わるものとされるのである。

第二文について通説は以下のように説明している。第二文の規定内容は、物権法の例外をなす。それは、売却益が当事者の意思によるのではなく代位の原理によって処遇されているからである。このことはすなわち、売却代金債権の全体が売主である質権者に帰属するのではなく、被担保債権額に対応する部分のみが質権者に帰属するということを意味する⁽¹³⁾。したがって、質物の売却益が被担保債権額を超えるときは売却益は二つに分かれたれ、質権者と質物所有者の双方に配分されることとなる⁽¹⁴⁾。

他方、学説は第二文の適用にあたり、質権が追及効をもちや有していないことを前提とする⁽¹⁵⁾。したがって、第二文は質物の売却が有効なものであった場合（BGB一四二条）、または、売却が不法ではあったが競落人が質物を

善意取得した場⁽¹⁶⁾合 (B G B 一二四四⁽¹⁷⁾条) に限って適用されることとなる。⁽¹⁸⁾

このように通説の論者は、売却代金債権の全体を質権者に帰属させずに被担保債権の範囲内でのみ帰属させている点で B G B 一二四七条第二文を物上代位を定めた規定であると理解し、その結果として質権が追及効を有する場合には適用されないものと理解しているのである。

質物保全のための競売につき一二一九条は次のように規定する。

「① 質物の腐敗またはその価格の本質的減少の恐れがあることによつて質権者の担保が害されたときは、質権者は質物を公の競売に付することができる。

② 前項の場合には売却代金が質物に替わるものとする。質権設定者の請求によつて売却代金は供託することを要する。」

本条は、質物の腐敗または価格の減少によつて担保力が害された時には被担保債権の弁済期が未到来であっても質権者は質物を競売できる旨、そして、その場合には売却代金上に質権を有することとなる旨、さらに、質権設定者は売却代金の供託を要求できる旨を定める。このうち、二項第一文が物上代位を定めたものと解されている。⁽¹⁹⁾ここでは、物上代位の目的物は金銭そのものである。本来であれば、質物が競売されたことにより売主である質権者は競落金所有権を取得することとなるはずであるが、本条の効果により質権者は競落金上に質権を取得するに止まる。被担保債権の弁済期以前には質権者には弁済を請求する権利が認められておらず、⁽²⁰⁾弁済期に金銭が弁済に充当されることによつて初めて質権者は金銭所有権を取得するのである。⁽²¹⁾しかし、競落金は質権者が占有しているために質権者による使い込み等の危険があることから、質権設定者には供託請求権が認められ、請求がなされた場合には供託が義務づけられていることとなる。ここでは供託費用は、質権者による質権設定者の権利侵害に関する B G B 一二一七条の場合

とは異なり、質権設定者の負担とされる。

権利質特有の物上代位規定としてはBGB一二八七条を挙げる事ができる。同条は次のように定める。

「債務者が第二二八一条、第二二八二条に規定するところに従って給付したときは、給付と共に債権者は給付した目的物を取得しかつ質権者はその目的物上に質権を取得する。給付が土地所有権の譲渡にあるときは、質権者は保全抵当権を取得する。」

また、BGB一二八七条の特則として、⁽²²⁾金銭債権を取り立てた場合の処理についてBGB一二八八条が定める。

- ① 第二二八一条に規定するところに従って金銭債権を取り立てたときは、質権者の利害を害することなくしうる限りで、質権者と債権者とは、取り立てた金額を被後見人の金銭投資に関する規定に従い利息付で投資し、かつ同時に質権者のためにこれに質権を設定するにつき互いに協力すべき義務を負う。投資の方法は債権者が定める。
- ② 取り立てが第二二八二条に規定するところによってなされたときは、取り立てた金額が弁済として債権者に帰した限度で、質権者の債権は債権者から支払われたものとみなす。」

これらの規定を理解するには、権利質制度全体の理解が必要であることから、権利質の概要を説明する。

BGB一二八〇条によれば、債権質は第三債務者に通知されることよって効力を生じる。このことは、債権質の効果として弁済の相手方ないしは方法をいかに定めようとも、第三債務者による過誤払いのおそれがないことを意味する。果たして、BGBは、質権の目的債権につき弁済の相手方を当初の債権者とはせず、弁済の相手方・方法をBGB一二八一条・BGB一二八二条において次のように質権の目的債権の弁済期と被担保債権弁済期の前後によって分けて定める。⁽²³⁾

一二八一条「債務者は質権者と債権者との共同に対してのみ給付することを得る。質権者及び債権者の各自は双方

の共同に対して給付すべきことを請求することを得る。給付に代えて双方のために債務の目的物を供託するか又はその物が供託に適さないときは裁判所の選任する保管者に交付すべきことを請求することを得る。」

一八二二条① 第一二二八条第二項の要件⁽²⁴⁾が生じたときは、質権者は債権の取立をなす権利を有しかつ債務者は質権者に対してのみこれを給付することを得る。金銭債権については質権者はその弁済に必要な限度でのみこれを取立てることを得る。質権者が取立権を有する限り、支払に代えて金銭債権を譲渡すべきことを請求することも妨げない。

② 質権者は債権に関し前項に定めた以外の処分をなす権利を有しない。第一二七七条に従い債権から弁済を求める権利はこれによって妨げられない。」

BGB 一八一条によれば、質権の目的債権の弁済期の方が先に到来したときは、目的債権の債務者は、質権者と債権者との共同に対して給付することを義務付けられるのであり、質権者及び債権者のそれぞれは、双方の共同に対して給付すべきことを請求する権利あるいは給付に代えて債務の目的物を供託するか又はその物が供託に適さないときは裁判所の選任する保管者に交付すべきことを請求する権利を有する。これに対して、被担保債権の弁済期が先に到来したときは、BGB 一八二二条が、質権者は債権の取立てをなす権利ならびに債権譲渡を受ける権利を有しかつ債務者は質権者に対してのみ給付することを得るものとする。また、質権の目的債権が金銭債権の場合には、質権者は被担保債権の範囲内でのみ取立てることができるものとされる。

このように、質権の被担保債権の弁済期未到来のうちに目的債権の弁済期が到来すると、BGB 一八一条に基づいて質権者と債権者との双方に対して弁済がなされることとなる。この場合の質権の処遇を規定するのがBGB 一八七条であり、同条に基づいて、取り立てた物の上に質権が設定されることとなる。学説は、この点について次のよ

うに説明する。目的債権の弁済がなされることによって質権の目的債権は消滅することとなるはずであるが、BGB一二七条の定める物上代位の作用によって質権そのものは消滅せずに給付された目的物上に存続する⁽²⁶⁾。このように物上代位によって質権を存続させる目的は、担保権者保護にあるという⁽²⁷⁾。そして、取立てられたのが金銭債権である場合についてはBGB一二八八条が金銭の投資方法ならびに質権設定方法について定めている。

他方で、質権者には給付された目的物の所有権は帰属させないという点にも学説は注意を払う。それはすなわち、給付された物の価値が被担保債権額よりも高い場合に質権者に所有権を帰属させると質権者には不当な利得が生じることとなってしまふので、給付された物の上に質権を取得させるにとどめるといふことである⁽²⁸⁾。ここでは、質権設定者ひいては設定者の一般債権者の利益が考慮されているのである。

以上のように、ドイツの債権質においては、目的物の売却代金への物上代位、保全のためになされた競売代金への物上代位、債権質の目的物が給付されたときの給付目的物への物上代位が規定されている。これに対して、わが国においては、権利質の物上代位性を認める見解においても、損害賠償請求権への代位が主として問題となると解されており、その他の類型についてはあまり検討されていない。ドイツにおける物上代位事例のうち売却代金については三〇四条に規定されているものの、給付目的物への物上代位については三〇四条では規定されていない。給付目的物への物上代位については三六六条三項・四項が定めを置いているのである。そこで、次章ではこれらの規定の位置づけを検討することとする。

第二章 わが国における権利質の物上代位性

それでは、わが国においては権利質の物上代位性はどのように定められ、物上代位性を定めた規定はどのように理解されてきたのか。

以下では、権利質を含んだ質権の物上代位性を認めた規定であることに異論のない三五〇条ならびにドイツでは物上代位規定とされる BGB 一二八七条に起源を有する三六六条三項・四項について民法典起草過程における議論ならびにその後の学説を検討する。

三五〇条は、草案三四六条として審議された。以下のような規定である。

「第三百四四条及ヒ第三百五五條ノ規定ハ質権ニモ亦之ヲ適用ス」

本条を説明したのは富井であるが、富井は、三〇四条を準用する規定は旧民法にはないが、質権にも適用して至当とするのみである。その後の議論では本条削除説が土方ならびに磯部によって主張され、それに対して梅が本条は動産質のみならず不動産質にも適用のある条文であることに注意を促す形で削除説に反論を加えて、結局削除案は否決されるに至る。²⁹この一連の議論の過程においては権利質については全く言及されていない。権利質について質権総則・動産質・不動産質に関する規定を準用する三六二条二項³⁰の議論の際にも権利質の物上代位性については全く言及されていない。³¹このように、三〇四条を準用する規定の議論においては権利質の物上代位性の問題は完全に忘れ去られた感がある。

ところが、起草者は別の箇所でも権利質の物上代位性に言及している。それが三六六条の議論である。

三六六条三項は目的債権の弁済期が被担保債権の弁済期よりも先に到来した場合について、質権者は第三債務者に対して供託を求めうる旨、ならびに、質権者が供託金還付請求権につき存在する旨を定め、同条四項は目的債権の目的が金銭でない場合の特則を定める。三項が原則として規定されていることから、以下では三項を中心に検討することとする。

まずは、三六六条三項の起草過程をたどることとする。

三六六条は草案三六四条として明治二十七年一月二七日に法典調査会で審議された。草案は以下のように定めていた。

〔① 質権者ハ質権ノ目的タル債権ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得

② 債権ノ目的物カ金銭ナルトキハ質権者ハ自己ノ債権額ニ対スル部分ニ非サレハ之ヲ取立ツルコトヲ得ス

③ 右ノ債権ノ期限カ質権者ノ債権ノ期限前ニ到来シタルトキハ第三債務者ハ其弁済金額ヲ供託スルコトヲ要ス

④ 債権ノ目的物カ金銭ニ非サルトキハ質権者ハ弁済トシテ受ケタル物ノ上ニ質権ヲ有ス〕

参照条文として挙げられていたのは債権担保編一〇八条二項⁽²⁾、明治二三年商法三八六条二項、民法六〇〇条、スイス債務法二二三条、ドイツ民法第一草案一二二七条・一二二八条一項・一二一九条、ドイツ民法第二草案一一八八―一一九五条、ドイツ民法七三六条であった。このうち第一草案一二一九条一項・二項と第二草案一一九四条がBGB一二八七条の原規定である。このように三六六条とBGB一二八七条とは規定内容に多少の差異はあるものの起源を同じくするのである。

ところが、現在のわが国の学説では三六六条と物上代位の関係は明確ではない。三六六条は、当初から物上代位とは無関係の規定として理解されていたのか。この点を明らかにするのが、起草過程をたどる目的となる。

草案三六四条の説明を行ったのは富井政章である。富井によれば、草案三六四条は草案三六五条⁽³³⁾と密接に関連するものとされる⁽³⁴⁾。そして、従来は民法・商法・民事訴訟法で債権質の執行方法が異なっていたのを、民事訴訟法に合わせて規定したのであるという。現行三六六条三項に関連しては、質権の被担保債権の弁済期が到来していなくても、質権の目的債権の弁済期が到来したときには質権者は取立てることができるというのでなければ質権の力が薄弱なものとなってしまう。この場合に、質に取った債権の目的物が金銭であるときは供託さえすればよいことから、三項の規定を置いたとする。また、四項については説明不要とする⁽³⁵⁾。

こうした富井の説明に対しては、箕作麟祥が、供託した後はどうなるのか。質権の被担保債権の期限が到来したときに供託金に対して元の質権者が優先権を持っているという規定は、なくても自明であるということなのかという質問をする⁽³⁶⁾。これに対しては梅謙次郎がもつともな質問であるとしつつ、次のように説明する。一項の原則で、取り立てて優先権を行使できるというつもりである。外国では、既成法典のように債権者のためにとか利益のためにとか書いているものもある。このように書くと、債権者が受け取れるということしかわからず、優先権があるということはやはりわからないだろう。箕作が、これで明白だということならば、原案通りでかまわないとしたこと⁽³⁸⁾から、議論としてはひとまずこれで終結する。ただ梅はこれに以下のような補足説明を加えている。「此三百四条ノ精神ハ先取特權ノ目的物ニ代ハルヘキ金銭ノ上ニモ先取特權ヲ行フコトヲ得ルト云フノガ一体精神デアツテ其精神ハ総テノ場合ニモ嵌ラナケレバナラヌノデ言ハゞ精神ノ上カラ言フト債権ハ消ヘタ其金ガアルトキ金ニ及ブベキ積リデアツタ只文字カラ言ヘバ三百四条ハ「目的物ノ売却賃貸」是ハ当嵌リマセヌガ「滅失又ハ毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金額」ト云フ所ニ当嵌ラヌカモ知リマセヌガ精神ハ斯ウ云フ積リデアツタ或ハ言葉ガ足ラヌカモ知レマセヌ⁽³⁹⁾」

このように、起草者の一人である梅は、供託金上に質権者が優先権を行使できるという現行法三六六条三項の規定

を、滅失・毀損によって債務者の受けるべき金銭に対する物上代位でもって説明しているのである。⁽⁴⁰⁾

その後富井は、三項の存在理由につき、被担保債権の弁済期到来前には、債権者は取立てた物を自己のものにすることができないことから説明し、三項は質権の被担保債権の弁済期の方が目的債権の弁済期よりも遅い場合に限って必要となるとする。⁽⁴¹⁾ このような、被担保債権の弁済期到来前に目的債権の履行によって取立てられた物の所有権を質権者に帰属させるのは不適当であるという説明は前述したドイツ法における説明と同一である。

富井が三項の存在理由をこのように説明したのに対して高木豊三や横田國臣が三項削除説を主張する。これに対して、富井は、この規定がなければ債務者が使ってしまった供託金を払わないこととなるかもしれないとの理由を挙げ、存置論を擁護する。⁽⁴²⁾ この理由づけもまたドイツ法において見られたものである。これに対して梅は、三項を削除しても三項の規定する通りになると考えるところとしており、三項は当然の事理を明確にしたにすぎないと理解していたようである。⁽⁴³⁾

以上のように、わが国の民法典はBGBとは異なり、目的債権債務者が給付すべき相手方を質権者と債権者の共同とするのではなく、供託を義務付けていた。このように給付の相手方については大きく異なる制度を導入したにも拘らず、起草者は三六六条三項を物上代位規定であると理解していたのである。

それでは、起草過程以後の議論では三六六条三項はどのような趣旨の規定として理解されているのだろうか。実は、この点を明確にするものはほとんど存在しないと云ってもよい。法典調査会においては、三六六条三項が物上代位規定であることを明言していた梅自身にしても、大要、「質権者は供託金上に質権を有する。それは質権者の債権は弁済期が到来していないから、直ちに弁済を受けられるものとすれば債務者は期限の利益を失うこととなり、質権者が不当に利益を受けることになるからである。」と説明するのみで、物上代位については全く言及していないのである。⁽⁴⁴⁾

原案三六四条の説明者である富井も、三六六条と物上代位との関連については全く言及していない。⁽⁴⁵⁾

その後の学説の中にも、三六六条三項を物上代位規定であると明言するものは見られない。ところが、いくつかの注目すべき見解が存在する。

そのうちの 하나가岡松の見解である。岡松は三六六条三項の存在理由について「何トナレハ供託ニヨリ債権消滅スルヲ以テ供託金ハ即チ債権ノ変体タレハナリ」との説明をする。これ自体のみでは同項と物上代位との関係は全く見られないのだが、三〇四条の説明において以下のような表現が見られることに注目すべきである。「而シテ其効力ヲシテ充分ナラシムルニハ先取特権ノ目的物カ変体シタルトキハ其変体シタル物ニ対シテ先取特権ノ効力ヲ及ホサシムルコト最モ必要ナリ」。⁽⁴⁷⁾ すなわち、三〇四条の物上代位とは先取特権の効力を十分なものとするために先取特権の目的物が「変体」したものに先取特権の効力を及ぼすことを意味するというのである。そして岡松は、三六六条三項の説明では供託金を「債権の変体」と説明している。これらの説明を対比して考えた場合、岡松が明言してはいないものの、質権の目的たる債権の「変体」たる供託金に質権の効力を及ぼすことが債権質における物上代位の意味するところであると理解されるのである。

近藤の見解にも注目すべき点がある。近藤は三六六条三項について物上代位と関連した説明は一切しておらず、質権者は供託物上（供託物請求権）に質権を取得するというのみである。⁽⁴⁸⁾ ところが、担保物権の物上代位性に関する説明において、物上代位権行使において差押えは仮差押えによることも可能としつつ、「被担保債権が未だ弁済期に達せざるときは、第三債務者に対して供託を請求することを得る（民三六七Ⅲ〔現三六六条三項〕）」と論じる。⁽⁴⁹⁾ ここで近藤が三六六条三項を引き合いに出したことの意味については、単に供託請求が可能であることを示すに過ぎないと理解するのが自然ではある。しかしながら、それだけではなく物上代位の際に供託を請求できるのが十分に説明さ

れないこととなってしまふ。三六六条三項は物上代位を定めたものであると理解するからこそ、ここで三六六条三項が引き合いに出されたと考えるべきなのではないだろうか。このことは、近藤が物上代位を明文規定ある担保物権に限定することなく広く認めるべきであるとしていることからも支持されると思われる。

また、学説の中には「質権はその供託金……の上に存続する（三六七条三項〔現三六六条三項〕）」⁵¹との表現をとるものが見られることにも着目したい。三六六条三項の法文上は「質権は、その供託金について存在する。」とされているのであり、決して存続するとはされていない。法文上は質権の目的債権と供託金還付請求権との関係は明確ではないが、「存続する」との表現が採られることによって供託金還付請求権が質権の目的であることが明確にされる。論者がどの程度意識したものであるかは明確ではないが、この「存続する」との表現は三六六条三項の物上代位性を示唆するものと言えないだろうか。

このように三六六条三項と物上代位との関連を示唆する見解が散見されるものの、通説的見解ではこうした関連性は指摘されていない。三六六条三項は第三債務者のイニシアティブによる供託か質権者の請求による供託かを問わずに一般的に適用があると見てよく、⁵²その趣旨は「質権者に早期の回収の利益を与える必要はないが、第三債務者の支払は確保しておく方が妥当」⁵³とされるのみである。

ところが、近時の学説の中にも、三六六条三項の物上代位性を示唆する見解が見られる。

その一は、譲渡担保の物上代位性に関する論考の中に見られる「質権における民法三六八条〔現三六六条〕のような、物上代位権にもとづく任意の取立権というようなものはなく、必ず執行手続を要する」という表現である。⁵⁴三六六条の何項を物上代位規定と理解するのかが明確ではなく取立権に言及するものであることからは一項・二項を物上代位規定と理解しているようにも読める。しかし、三項・四項にしても供託金あるいは弁済として受けた物について

取立権を行使することとなるのであって、これらを物上代位規定から明確に除外しているわけではない。いずれにせよ、明文をもって物上代位を定めているわけではない三六六条について物上代位を定めた規定であると明示している点、極めて注目に値する。

その二は、加賀山の見解である。加賀山は三六六条三項について「この考え方は物上代位に似ているが、質権者は差押えを必要としない点で、物上代位そのものとは異なる⁽⁵⁵⁾」と説く。このように加賀山は三六六条三項が物上代位規定であることを明確に否定するわけであるが、「質権設定者の有する供託金還付請求権上に質権が成立する⁽⁵⁶⁾」という規定内容が物上代位に類似することを認める。ただ、手続面で差押えが要求されない点をもって物上代位性を否定するに過ぎない。逆に言えば、差押えが物上代位の本質的要素ではないとすれば、加賀山も三六六条が物上代位規定であることを肯定するものと理解されるのである。

それでは、差押えは物上代位の本質的要素であると言えるのだろうか。ドイツ・フランスではそのように解されていないことはすでに指摘されているところであるが、わが国においても事は同様である。

例えば、すでに比較的古くから我妻は、「物上代位性は担保物権の本質に適するものであり、差押は目的物を特定し債務者の一般財産に混入することを防ぐだけのものと解する⁽⁵⁷⁾」とした上で、補償金・清算金を支払うべき事業者は担保権者による申出のない限りその金銭を供託しなければならぬといった土地改良法の系統に属する制度⁽⁵⁸⁾の下では、担保権が当然に補償金・清算金等の請求権の上に及ぶことを指摘していた。そしてこれを法律上当然に生じる債権質権に類似した関係と見てよいとしつつ、供託後には、債権質権の目的たる債権の弁済金額が供託された場合と同様に担保権が供託金返還請求権上に移行するとして三六七条三項〔現三六六条三項〕を参照させる。この場合に差押えを要求するのが判例法理であるが、我妻は、これらの請求権に抵当権の効力が及んでいることが債務者以外の第三

者にわからないとは考えにくく、仮にわからなかったとしても、もともと債務者の一般財産から逸脱しているもの代位物が担保権者に独占されても一般債権者は異議を述べうるものではないとする。⁽⁵⁹⁾このように我妻は、金銭の供託が義務付けられている場合については、物上代位でありながらも差押えを要求していないのである。

また、旧商法二〇八条・二〇九条の解釈論として、株式の略式質の物上代位権行使において差押えは要求されないとの見解も存在していた。⁽⁶⁰⁾この見解を主張する清原は、三〇四条の差押えの趣旨については第三債務者保護説に立つことを前提に、「略式質の物上代位権行使の際に、この「差押」と同じ機能を果たすものが存在しているのであれば、もはや「差押」は必要ないということになる。」⁽⁶¹⁾と主張する。その上で、第二債務者である会社保護の視点から、略式質の物上代位権行使方法は、旧株券と引き換えにのみ新株券等が交付される場合には株券の継続占有であると説く。株主名簿を基準として新株式等が交付される場合も同様とされる。そして、後者の場合において、略式質権者が物上代位権を行使しないために会社にはその存在がわからなかった結果、会社が株主名簿上の株主に対して代位目的物を支払ってしまったときは、代位目的物の支払いに関して会社から予め公表され略式質権者もそれを知っているはずであるにも拘らず略式質権者は自己が物上代位権者であることを会社に対して知らせなかったのであるから、その責は略式質権者自身が負うべきである。会社による支払後に略式質権者から支払請求があった場合には、会社はそれを信義則違反若しくは権利濫用を理由に拒否できる、とする。⁽⁶²⁾

さらに、直接に権利質の物上代位について論じたものの中にも、差押えを不要と解する見解がある。石田は、権利質権者が第三者に対する損害賠償請求権上に物上代位権を行使する場合、「質入債権についての質権設定の通知・承諾によって代位物に質権の効力が及ぶことは公示されているというべきであり、代位物である請求権が支払われる前にそれを差し押さえる必要はない」と論じているのである。⁽⁶³⁾

こうした点にかんがみると、加賀山が三六六条三項の物上代位規定性を否定した根拠である差押えが要求されていないという点は、根拠となしえず、むしろ三六六条三項を物上代位規定であると認める方が適切であると考えられる。このほか、直接に三六六条三項について論じるものではないが、同項と物上代位の関連を示唆する見解が存在する。

道垣内の見解である。道垣内は、転抵当が設定されたが原抵当権の被担保債権の弁済期が先に到来した場合、原抵当権の被担保債権の債務者等に被担保債権額相当の金銭を供託させることを認め、それにより原抵当権は消滅するが転抵当権の効力は当該供託金返還請求権上に及ぶ、とするのが通説であるとし、「その根拠は、当該請求権が、転抵当権の目的たる原抵当権の消滅の対価であることから、物上代位の趣旨に求めるべきであろう。民法三六六条三項の類推適用による説が多いが、同項は、債権そのものが質権の目的である際の規定であり、原抵当権が転抵当権の目的であると考える以上、その類推適用を認めることは妥当でない。」⁽⁶⁴⁾という。

ここにおいて道垣内が通説に反対するのは、三六六条三項は債権そのものが質権の目的である場合にのみ適用されるのであり、この場面で同項を類推適用するのは適切ではないという点にある。すなわち、三六六条三項の適用場面で問題とされている。そこで道垣内が根拠として持ち出すのが物上代位の趣旨なのである。道垣内自身は三六六条三項の内容面での通説的理解に異を唱えているわけではない。そうだとすれば、少なくとも三六六条三項は物上代位の趣旨を体现した規定であると道垣内が理解しているものと考えることが許されるだろう。

以上のように、三六六条三項は起草過程においては物上代位規定として解されており、同項が物上代位規定であることに懐疑的な見解もその根拠は差押えが要件とされていないことを挙げるに過ぎない。そもそも差押えは物上代位権行使の絶対的要件ではなく、三六六条三項が差押えを要求していないことは、同項を物上代位規定であると解することの障害とはならないのである。

結 語

本稿は、三六六条三項を物上代位規定と理解するのを阻んでいるのは差押えが要件とされていない点のみであり、同項の原規定であるドイツ民法典において差押えは物上代位の要件とはされていないこと、起草過程では同項が物上代位規定であると理解されていたことから、同項は物上代位規定として理解すべきであるとの結論に至った。

このように理解することで、権利質権者が第三者に対する損害賠償請求権上に物上代位権を行使する場合には差押えは不要であるとの前述した石田説をより適切に根拠づけられるように解される。三〇四条は明文をもって差押えを要求しており、この点を無視することは許されない。これに対して、第三者が質権の目的債権を毀損したことをもつてその債権の弁済期が到来したものと解し三六六条三項を適用するのであれば、質権者は第三者に対して損害賠償金の供託を求めることができ、この供託金還付請求権上に当然に質権を存続させることができるのである。また、加賀山は三六六条三項の規定内容が物上代位と共通であることを認めており、物上代位には差押が必要とされる点を回避すべく権利質の物上代位性を否定したものと考えられるが、三六六条三項を物上代位規定と解することによって、差押えを不要としながらも損害賠償金請求権が質権者に帰属することも正当化できるように考えられる。

また、土地改良法の系統に属する制度についても、権利質が抵当権と類似した性質を有することを介在させて、差押えが不要であることを単なる条文解釈によってではなく、体系的に位置づけることができるのではないかと考えられる。⁶⁵

- (1) 柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法 第三版』(有斐閣・昭和五七年) 一五〇頁、高木多喜男『担保物権法 第四版』(有斐閣・平成一七年) 八五頁。
- (2) 道垣内弘人『担保物権法 第三版』(有斐閣・平成二〇年)(以下、「道垣内・前掲」とは同書を指すものとする。) 一一〇頁。我妻榮『新訂 担保物権法』(岩波書店・昭和四三年) 一九一頁は、債権質権に三〇四条が適用されるのは理論上当然であり、同条は、目的債権の侵害による損害賠償請求権、有価証券たる債権の滅失による保険金の場合に適用を見たとする。石田穰『担保物権法』(信山社・平成二二年) 二四二頁も、売却代金債権や質料債権に対する物上代位を否定する趣旨なのかは明確ではないものの、例として挙げるのは、目的債権の第三者による侵害に対する損害賠償請求権への物上代位である。
- (3) ほとんどの論者は債権質の物上代位性について詳細には検討しておらず、動産質の場合と同様に考えているようである(道垣内弘人『担保物権法』(三省堂・平成二二年) 八七頁では、権利質権の「物上代位も動産質とかわるところがないとされる」と明言されていた)。そこで、動産質の売却代金債権ならびに質料債権に対する物上代位の可否に関する議論を紹介しておく。
- 売却代金債権への物上代位については、質権には追及権があることを理由とする否定説(中島玉吉『民法積義 卷之二下 物権篇下』(金刺芳流堂・大正二二年第一〇版) 九二二頁、高木・前掲六五頁・一四一頁、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権 第二版補訂』(弘文堂・平成一九年) 一〇二頁、道垣内・前掲八七頁、石田・前掲一七四頁)と特に理由を示さない肯定説(吾妻光俊『担保物権法』(青林書院・昭和四三年) 四七頁、林良平編『注釈民法(8)』(有斐閣・昭和四〇年) 二八九頁(田中整爾)、柚木Ⅱ高木・前掲一〇七頁)に分かれるが、近時は否定説が有力である。もともと、肯定説の論者も含め、実際上の意義は少ないとする論者が多い(吾妻・前掲四七頁、我妻・前掲一三八頁)。
- 質料債権への物上代位については否定説が有力である(中島・前掲九二二頁、我妻・前掲一三九頁、星野英一『民法概論Ⅱ 物権・担保物権』(良書普及会・平成六年) 二二六頁、道垣内・前掲八七頁、石田・前掲一七五頁)。その理由は、質権設定者に質権を認めると質権の留置的作用を発揮させないこととなり、また指図による占有移転も成立しないことから、質権設定者は質権を失うものと解さねばならず、そもそも物上代位が問題とならないことに求められる(我妻・前掲・一三九頁)。
- 以上のように、動産質については売買代金債権・質料債権への物上代位を否定する見解が有力となっており、債権質についても動産質と同様に解するとの見解を通じて、債権質の物上代位に関する本文の見解につながっていく。
- (4) 加賀山茂『現代民法 担保法』(信山社・平成二二年) 三八四頁。
- (5) 『注釈民法(8)』八頁(林良平)。

- (6) 拙稿「ドイツ・フランスにおける物上代位論の展開」比較法研究七〇号（平成二年）二二六頁。これ以前にも、新田宗吉「物上代位に関する一考察（一）」明治学院大学法学研究二五号（昭和五年）一頁、特に二五頁以下、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎（一）」慶応義塾大学法学研究八〇巻三号二一頁、特に二四頁以下、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誌三九巻一号（平成一〇年）六九七頁、特に七〇九頁以下において指摘されていた。
- なお、ドイツにおける *dingliche Surrogation* の訳語については、それが担保物権法に限定されない広範な領域で用いられる制度であることから「物的代位」とするのが適当であると考えられる（ただし、前掲・拙稿では紙幅の関係上「物上代位」としている。）。
- しかし、本稿では担保物権法における *dingliche Surrogation* のみを扱うことから、以下では「物上代位」と訳すこととする。
- (7) 株式質の物上代位性については会社法一五一条～一五四条に規定がある。特に同法一五四条二項は質権者のための供託を規定しており、本稿で問題とする三六六条三項に対応している。会社法一五一条～一五四条の原規定である商法旧二〇八条・二〇九条は、株式質についても物上代位に関する民法の一般規定（三六二条二項・三五〇条・三〇四条）の適用があることを前提にその補充的特則を定めたものと理解されていた（『注釈民法(8)』三六六頁〔林良平〕）。これらの規定について詳細に論じるものとしては、清原泰司「物上代位の法理」（民事法研究会・平成九年）一〇七頁以下がある。
- (8) 後述するように、すでに三六二条二項・三五〇条の起草過程において、権利質の物上代位性の問題は等閑視されている。
- (9) 『注釈民法(8)』三三五頁〔林良平〕は「債権質は、その性質上、質的要素よりむしろ抵当的要素の強い質権である」と指摘し、『注釈民法(8)』三三八頁〔林良平〕ではさらに詳細に「権利質は物上質と異なり、物を留置してその利用を設定者から奪うという面の機能が少なく、換価優先弁済権能の面の機能が、その中心をなしている。この意味で交換価値の担保的支配という（価値権）、担保物権の基本的性格に純化された質権であり、また抵当権に近い性質を示すものである。」との指摘がなされている。
- (10) D. Strauch, *Mehrfacher Rechtssatz*, 1972, S. 26 は、本文に挙げたもののほかに質権が産出物にも及ぶ旨を定める一二二条、質物の売却方法に関する一二三三条二項、法定の質権について約定質の規定を準用する旨を定める一二五七条を BGB における質権の物上代位規定として挙げる。
- (11) 質物の売却については、BGB 一二三三条一項により、BGB 一二三四条ないし BGB 一二四〇条に従ってなされるものとされている。このうち、BGB 一二三五条が公の競売または自由売却によって売却する旨を定めている。自由売却とは、質物が取引所価格または市場価格を有する時のみ認められる売却方法で、質物売却について公の権限を有する商事仲立人または公の競売につき権限を有する者によって時価でなされる売却のことをさす（BGB 一二二一条）。

- (12) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, 1888, S. 833 は、BGB 一二四七条の原規定について、質物の売却によって取得された財産は、質物所有者にとつてはその所有権の地位に立ち、その他の権利者にとつてはその権利の負担ある物の地位に立つという原理を述べたものと説明した上で、競売において質権者自身が競売した場合に質物所有者が質権者に対して有する請求権ならびに第三者が競売した場合の取得者に対する請求権を代位物と解する。
- (13) Mot. III, S. 833 にも、質物の売却によって質権者に対して支払われる金銭が無制約に質権者に帰属するとするのは行きすぎである。質権者が破産した場合に質権者に金銭を無制約に帰属させることによって、質物所有者その他の権利者が損害を被る可能性がある。質権者は金銭上に担保権のみを取得するという解決と、質権者に支払われる金銭全体が帰属するという解決の中間的な解決が妥当である。よって質権者は金銭上に担保権を有するに止まらないが、売却代金債権はその他の権利者との権利関係から被担保債権の範囲内で質権者に帰属することとなる、との説明が見られる。
- (14) Staudingers Kommentar, 2009, § 1247, Rn 2 [W. Wiegand] ; Soergels Kommentar, 13 Aufl., 2001, § 1247, Rn 1 [Habersack] ; M. Wolf, Sachenrecht, 21 Aufl., 2005, Nr. 840.
- (15) A. Gerken, Die Sicherung des Pfandgläubigers durch dingliche Surrogation, 1964, S. 164 ; Staudinger / Wiegand, a. a. O., § 1247, Rn 5.
- (16) 二つでの善意の内容は、担保物件を売却した債権者が担保権を有しないこと、ならびに、担保目的物の売却が適法でないことを知らぬことを意味する (K. H. Schwab = H. Prütting, Sachenrecht, 28 Aufl., 1999, Nr. 815.)。
- (17) このケースについては、新田・前掲五〇一五一頁が詳しく。
- (18) Staudinger / Wiegand, a. a. O., § 1247, Rn 5 und 6. なお、強制執行による質物の売却についても本条は適用される (新田・前掲五一頁)。
- (19) Mot. III, S. 812.
- (20) 土地の毀損によって抵当権の担保力が害されたときで、相当期間内に抵当目的物の所有者が危害を除去しない場合、抵当権者は直ちに土地から弁済を求めることができるとする BGB 一一三三三条も参照。
- (21) E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2 Aufl., 1979, S. 348.
- (22) Staudinger / Wiegand, a. a. O., § 1287, Rn 2.
- (23) ただし、BGB 一二八一条・BGB 一二八二条は任意規定とされている (BGB 一二八四条)。
- (24) 被担保債権の全部または一部の弁済期が到来したことを指す。

- (25) H. Prütting, Sachenrecht, 34 Aufl., 2010, Nr. 511 は代位を動産取得の方法の一種とした上で、BGB 一四七三条・BGB 二〇一九条・BGB 二一一一条など並びに二一八七条をその例として挙げる。
Prütting, a. a. O., Nr. 837 参、BGB 二一八七条を代償原理 (Surrogationsprinzip) の規定として説明しており、Struch, a. a. O., S. 26; H. J. Wieling, Sachenrecht, 5 Aufl., 2007, § 16 II 4a und b; H. Westermann = K. -H. Gursky = D. Eickmann, Sachenrecht, 8 Aufl., § 129, Rn. 9 und § 136, Rn. 5 が同条を物上代位規定とするなど、BGB 二一八七条が物上代位規定であることに異論はないようである。
- (26) Wolf, a. a. O. (Sachenrecht), Nr. 849; W. Lütke, Sachenrecht, 2 Aufl., 2010, Nr. 671.
- (27) Getken, a. a. O., S. 2; Staudinger / Wiegand, a. a. O., § 1287, Rn. 1; Wolf, a. a. O. (Sachenrecht), Nr. 849. また、M. Wolf, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, Jus 1976, 34 は BGB 二一八七条には物権保持機能があると説明する。
- (28) Prütting, a. a. O., Nr. 837.
- (29) 『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務・昭和五九年）六二九—六三五頁。
- (30) 原案では三五九条とされている。
三五九条 ① 質権ハ権利ノ上ニモ之ヲ設定スルコトヲ得
② 前項ノ権利ニ付テハ本節ノ規定ノ外第一節ノ規定ヲ準用ス」
議論の過程で起草者である富井が「第一節」を「前三節」と改めている。
- (31) 前掲速記録二・六九五—六九八頁。
- (32) 債権担保編一〇八条 ② 質ト為シタル債権ニ関シテハ質取債権者ハ其利息ヲ收取シ之ヲ自己ノ債権ニ充当ス然レトモ債務者ノ特別ナル委任ヲ受ケテシテ其元本ヲ受取ルコトヲ得ス但裏書ヲ以テ取引ス可キ証券ニ関スルトキハ此限ニ在ラス」
一見して明らかのように、同項は草案三六四三条項・四項の原規定とは言えない。これらの規定は、草案起草時にドイツ法を参照して新規に設けられたものである。
- (33) 草案三六五条「質権者ハ前条ノ規定ニ依ル外民事訴訟法ニ定ムル執行方法ニ依リテ質権ノ実行ヲ為スコトヲ得」（この規定は「民事訴訟法二」が「民事訴訟法ノ」と変えられたのみで三六八条となったが、昭和五四年の民事執行法制定時に削除された。）
- (34) 前掲速記録二・七二三頁〔富井〕。
- (35) 前掲速記録二・七二四頁〔富井〕。

- (36) 前掲速記録二・七三一頁〔箕作〕。
- (37) 前掲速記録二・七三一―七三二頁〔梅〕。
- (38) 前掲速記録二・七三二頁〔箕作〕。
- (39) 前掲速記録二・七三二頁〔梅〕。
- (40) 穂積陳重も前掲速記録二・七四七―七四八頁において、梅が草案三六四条三項を草案三〇四条（＝現行三〇四条）によって説明した旨を改めて指摘している。
- (41) 前掲速記録二・七三二―七三三頁〔富井〕。
- (42) 前掲速記録二・七三四頁〔富井〕。
- (43) 前掲速記録二・七三四頁〔梅〕。
- (44) 梅謙次郎『民法要義 卷之二 物権編』（私立法政大学Ⅱ中外出版社Ⅱ有斐閣書房・訂正増補改版三一版・明治四四年）四九六頁。
- (45) 富井政章『民法原論 第二卷物権』（有斐閣・大正二二年）五三二頁。
- (46) 岡松参太郎『註釈民法理由 中巻』（有斐閣書房・明治三〇年）五〇七頁。
- (47) 岡松・前掲三四二頁。
- (48) 近藤英吉『改訂物権法論』（弘文堂書房・昭和一三年三版）二八六頁。
- (49) 近藤・前掲二〇―二二頁。担保物権の性質について論じる同書一九四頁においては、第三者による担保目的物の侵害においては物上代位の原則により損害賠償請求権につき担保権を行使しうるために担保権者は被担保債権の弁済期前であっても損害賠償請求権を差し押さえて第三者が支払うべき賠償金の供託を請求し得るとして三六六条三項を参照させているが、同所で三六六条三項が参照される理由は記載されていない。
- (50) 近藤・前掲二〇五頁は「物上代位は、吾民法の明文上は、単に担保物権についてのみ認められるに過ぎないが、担保物権につき之が認められる趣旨に徴し、売渡担保については勿論（同趣旨）、広く一般に、所謂特別財産（財産主体の他の財産と法律上別段の取扱を受けるもの。例之租統財産、破産財団妻の留保財産、営業財産、交付財産、海産等）に属する各個の物又は財産権についても、これを認むべきである。」とする。
- (51) 我妻・前掲一九二頁。高木・前掲八六頁も同様。
- (52) 道垣内・前掲一一三頁。この点は、古くから指摘されていることである（『注釈民法』8）三六一頁〔林良平〕参照。

- (53) 道垣内・前掲一一四頁。
- (54) 堂園昇平「債務者の破産と譲渡担保権にもとづく物上代位」銀行法務21五六〇号（平成十一年）八二頁。
- (55) 加賀山・前掲三八五頁。
- (56) 加賀山・前掲三八五頁。
- (57) 我妻・前掲二八八頁。
- (58) 土地改良法一二三条一項は、先取特権、質権又は抵当権を有する者から供託をしなくてもよい旨の申出がない限り、土地改良事業を行う者は補償金又は清算金を供託しなければならないとする。同条二項は「前項の先取特権、質権又は抵当権を有する者は、同項の規定により供託された補償金又は清算金に対して、その権利を行うことができる。」と規定し、差押えを要することなく担保権が供託金還付請求権上に及ぶことを明らかにしている。
- (59) 我妻・前掲二八八―二八九頁。
- 船越隆司『担保物権法 第三版』（尚学社・平成一六年）一五〇頁は、土地収用法一〇四条が差押えを要求しているのに対して土地改良法一二三条が差押えを要求しない理由につき我妻は明確にしていなと指摘して次のように説明する。すなわち、前者の場合には、抵当権が消滅するので補償金上に及ぶ抵当権を保全するため支払前の差押えを要する。これに対し後者の場合には、抵当権は替地の上に移行し存続する。この場合に給付される清算金等に対しては抵当権の被担保債権の期限が到来していない限り抵当権の実行たる差押えができない。ゆえに、法はやむを得ない措置としてこれを供託させて還付請求権の上に抵当権の効力を及ぼしたのである。後者の説明は三六六条三項に類似するが、船越は三六六条三項と物上代位との関係については特に論じていない。
- (60) もっとも、会社法一五一条―一五四条に関する通説的見解は、民法の原則であること以外には特に理由を挙げることなくこの場合であっても差押えを必要と解する（酒巻俊雄『龍田節編集代表『逐条解説会社法 第二卷 株式一』（中央経済社・平成二〇年）三四五頁（行澤一人）、江頭憲治郎『株式会社法 第四版』（有斐閣・平成二三年）二二七頁）。
- (61) 清原・前掲一二六頁。
- (62) 清原・前掲一二六―一二七頁。
- (63) 石田・前掲二四二頁。もっとも、通知・承諾が要求されるのは指名債権の質入れの場合のみであり（三六四条）、指図債権の場合にも同様に説明できるかについてはなお検討の余地があるように思われる。

(64) 道垣内・前掲一九二頁。三六六条三項類推適用説は、我妻・前掲三九七頁などにみられる。

(65) 同様のことは、抵当権の被担保債権弁済期以前に生じた保険金請求権に対する抵当権者の物上代位権行使についても言える。ただし、この場合には保険者には抵当権の存在が知らされておらず当然に知りうることもできないから、保険者に対して抵当権の存在を知らせるための制度を別途取り入れる必要があると思われる。そして、それが差押えであることを否定するものではない。このように解した場合には、差押えの趣旨は第三債務者保護にあるということになろう。

なお、フランスにおいては一九世紀後半に、抵当権の登記が保険金支払に対する異議に相当する旨の立法がなされた結果、事実上、保険者は支払前に登記簿を確認しなければならないこととなったが、保険者による反発のためにこの法律はほどなく廃止されている(ごく簡単には、拙稿「抵当権の物上代位と物的代位」本郷法政紀要八号(平成十一年)三九八―三九九頁参照)。

〔付記〕本稿は、平成二四年度科学研究補助金・基盤研究(C)の研究成果の一部である。

(なおい・よしのり 連合法務研究科准教授)