

異議を留めない承諾前の第三取得者と抵当権の復活

増井隆彦*

Revival of Mortgage with a Third-party Prior to Consent without Objection

Takahiko Masui*

Abstract

In regard to the assignment of obligations, if the debtor has consented without objection, then according to Clause 468 Paragraph 1 of the Civil Code, even if the debtor is opposed to the assignee, they cannot oppose the assignee in this context. However, if it is transferred after the secured claims of this mortgage have been extinguished by settlement, then in regard to this transfer, if the debtor consents without objection, then the mortgage should not be revived to a third party acquirer that has existed since before the settlement.

キーワード

抵当権 債権譲渡 登記の公信力 第三取得者 弁済

はじめに

債権譲渡につき、債務者が異議を留めずに承諾した場合、民法第468条第1項の定めによれば、債務者は譲渡人に対抗することができた事由があっても、譲受人にはこれを対抗できないとされる。

しかし、抵当権の被担保債権が弁済により消滅した後に譲渡され、当該譲渡につき、債務者が異議を留めずに承諾した場合、弁済前から存在する第三取得者に対して、債権のみならず、抵当権をも復活するのか否か、直接の定めはない。

加えて、後順位抵当権者や物上保証人が存在する場合、これら第三者と債権譲受人との関係も直接規定がないことから、利害が交錯し、取扱いに問題が生じているところであった。この問題について、最高裁平成4年11月6日判決⁽¹⁾において、解決の基となる判断が示された。

*ますい たかひこ：大阪国際大学グローバルビジネス学部講師

すなわち、抵当権の被担保債権が弁済により消滅した後に譲渡され、債務者がこれに異議を留めずに承諾した場合は、弁済前から存在する第三取得者に対して、抵当権は復活しないと判示されたものである。

本稿では、この判決の事実関係から、経緯・争点になった部分を踏まえ、学説と照らし合わせながら、結論の妥当性を検討していくものとする。さらに、後順位抵当権者などの第三者が存在する場合の従前の判例として、大審院昭和8年8月18日決定⁽²⁾の事実関係や判示事項を合わせて検討することによって、債権譲渡につき、債務者が異議を留めずに承諾した場合の抵当権の取扱いに関する問題点を解題することを本稿の目途としたい。

I 民法第468条第1項と第三取得者

民法第468条第1項と第三取得者の関係は、規定に明確な定めがないために取扱いについて見解が分かれるところであった。しかし、以下に検討する判決により、第三取得者に対する関係において抵当権は復活しないことが明らかにされた。そこで、事実関係に基づき、判示された経緯を辿っていくこととする。

1. 事実の概要（最高裁平成4年11月6日判決）

昭和55年12月28日、売主Y₁（被告・控訴人・上诉人）と買主X（原告・被控訴人・被被告人）の間で、本件(2)、(3)、(4)、(5)の物件の売買契約が締結され（図1①の部分）、Xは内金としてY₁に200万円を支払った。そして、昭和56年1月30日、同じくY₁とXの間で、本件(1)の物件を売買対象物件として追加した（図1②の部分）。

Xは追加売買の内金としてY₁に150万円を追加して支払い、これによりY₁とXの間の売買代金総額は2,000万円となった。

その後、同年3月23日、Y₁からXに(1)、(2)及び(4)の物件について、前記売買による所有権移転登記がなされた（図1④の部分）。しかし、その間の同年2月4日、Y₁は訴外Aに対して負担している貸付金債務を担保するため、本件(1)の物件に抵当権（以下「本件抵当権」とする）を設定し、その旨を登記した（図1③の部分）。

そこで、同年5月26日、X、Y₁およびAの代理人訴外Bが協議の上、XがY₁に代わって本件抵当権の被担保債権である前述の貸付金の残金1,230万円（以下「本件貸付金債権」）を支払うこと、その支払いは、XのY₁に対する売買代金の残金に充当することとし、同日、XはBに対して1,230万円弁済した（図1⑤の部分）。

ところが同日、Aは本件貸付金債権をY₂（被告・控訴人・上诉人）に譲渡し、Y₁はその債権譲渡について異議を留めない承諾をした（図1⑥の部分）。その翌日の5月27日、Aは、本件貸付金債権の譲渡に伴うY₂への抵当権移転登記の付登記をしたので（図1⑦の部分）、Xは本件(1)の物件について、Y₁に対して所有権確認を、Y₂に対しては、抵当権設定登記の抹消を求めて訴えを提起した。

2. 第1審と原審の判断

第1審（高知地安芸支判昭63・1・28）は、Xの弁済により、本件貸付金債権が消滅し

たことを前提として、 Y_2 がその後に A より債権の譲渡を受けても、 Y_2 は、X に対し、 Y_1 の承諾を理由として本件抵当権が消滅していないことを主張できないとし、X の請求を認容した。

これに対して、原審（高松高判平 2・11・8）は、本件貸付金債権 および抵当権は、X の弁済によって生じた法定代位（民法第 500 条）によって X に移転し、この移転については、対抗要件を必要としないことを理由として、 Y_2 が債権譲渡を受けたとしても、対抗要件である抵当権移転の付記登記を具備したのは、X の法定代位が生じた日の翌日である。したがって、 Y_2 は、本件貸付金債権の取得を X に対抗することができず、当該債権とともに移転した本件抵当権の取得も X に対抗することができないとして、 Y_2 の控訴を棄却した。そこで、 Y_2 は原審の判断によれば、X は、本件貸付金債権の弁済により自らの B に対する売買代金債務を免れ、さらに、A の Y_1 に対する本件貸付金債権を法定代位によって取得するという一挙両得の不合理な結果を認容することになるなど主張して上告した。

3. 判決要旨

このような経緯を受け、最高裁は次の判断を示した。すなわち、「本件抵当権は、X がその被担保債権である本件貸付金債権を法定代位したことによって消滅したところ、 Y_2 がその後に A から当該貸付金債権の譲渡を受け、債務者である Y_1 が異議を留めず債権譲渡を承諾しても、これによって、 Y_1 が Y_2 に対して本件貸付金債権の消滅を主張しえなくなるのは格別、抵当不動産の第三取得者である X に対する関係において、その被担保債権の弁済によって消滅した本件抵当権の効力が復活することはないと解するのが相当である」と判示して、 Y_2 の上告を棄却した。

以上のように、抵当権の被担保債権が弁済により消滅した後に譲渡され、当該譲渡につき、債務者が異議を留めずに承諾した場合、弁済前から存在する第三取得者に対して、抵当権は復活しないことが示された。

4. 本判決の問題点

(1) 求償権の発生の有無

原審は、X について民法第 500 条の法定代位を認めている。しかし、民法第 500 条の法定代位は、弁済をする者が正当な利益を有する時は、「弁済によって当然債権者に代位する」としたものである。弁済者に債権者が債務者に対して有していた債権およびその被担保権などを移転させる制度であり、債務者に代わって弁済した者の求償権の確保を目的としているが、この求償権は、本件の場合に発生しているか、という問題がある。

(2) 正当な利益

本件を民法第 500 条に当てはめていくと、まず、X が弁済をするについて正当な利益を有するか否かであるが、そもそも X が、本件 (1) の物件の売主ではない A に弁済したのは、本件 (1) の物件を Y_1 から買い受けた後、登記をするまでの間、A の Y_1 に対する債権担保のため、本件抵当権を設定したことが発端である。

なぜなら、Xの物件(1)の物件売買による所有権移転登記は、AのY₁に対する債権担保のための抵当権設定登記に後れる登記であるから、Xは抵当権付きの不動産取得となり、抵当不動産の第三取得者に当たるからである。

Xは、抵当不動産の第三取得者であるから、抵当権が実行されると、自己の手に入れた権利の価値が失われてしまうおそれがある。そこで、Xは、債務者に代わって弁済したのであり、抵当権を消滅させる実益があるといえる。このことから、Xが弁済をするにつき正当な利益を有することになり、民法第500条のいう「弁済をするについて正当な利益を有する者」に該当すると考えられる。

(3) 弁済による代位

次に、民法第500条の「弁済によって当然に債権者に代位する」のは、債務者に代わって弁済をするについて正当な利益を有する者が、債権者に対して弁済したことによる債務者への求償権確保のための代位である。この法定代位を認めるには、債務者に対する求償権の取得が必要になる(我妻栄・新訂債権総論249頁(1964)、水辺芳郎・債権総論332頁(1991)、安達三季生・債権総論講義〔第4版〕293頁(2000)など)⁽³⁾。

したがって、弁済者に求償権が存在しなければ、代位もあり得ないということになり、例えば、贈与の目的で債務者に代わって弁済した場合のように、いくら弁済をするにつき正当な利益を有するという要件を充足したとしても、贈与の目的で弁済されるのであれば、求償権は発生せず、代位もあり得ないことになる。

本件の場合、XがY₁に代わって、Aに本件抵当権の被担保債権を弁済しているが、本来は、Y₁に支払うべき物件の売買代金の残金を、Y₁ではなく、Aの本件抵当権の被担保債権に対する弁済として支払っている。これによって、Y₁のXに対する物件の売買代金債権と、AのY₁に対する被担保債権が消滅することになり、XのY₁に対する求償権は発生しないと考えられる。

(4) 代位が成立するための弁済

本件の第三取得者である債務者に対する求償権について、本件までに東京高判昭和60・12・18(判時1179号81頁)があった。

事案は、原告(被控訴人)Xは、訴外Aら物上保証人から根抵当権と差押さえなどの負担付きの不動産を、代金はこれらの負担の弁済額合計と定めて買受けた。Xは、当該根抵当権者であるB銀行との間で、主債務者の破産手続きにおけるB銀行への配当はXが受取ることにし、配当見込額を上乗せした金額を弁済額として定めた。

Xは当該弁済額を支払ったことから、弁済者代位によって配当金債権を取得したとして、破産管財人(控訴人)Yを相手方として、破産債権の確定を求めた事件の控訴審判決で、裁判所は「代位の要件としての弁済は、売主に支払うべき売買代金をもってした弁済ではなく、買主たる第三取得者が売買代金を既に売主に支払っていることを前提とし、右代金の支払いとは別個の出捐による弁済でなければならない。けだし、売主に支払うべき売買代金をもって弁済したのであれば、債務者に対する求償権自体が発生しないからである。」

異議を留めない承諾前の第三取得者と抵当権の復活

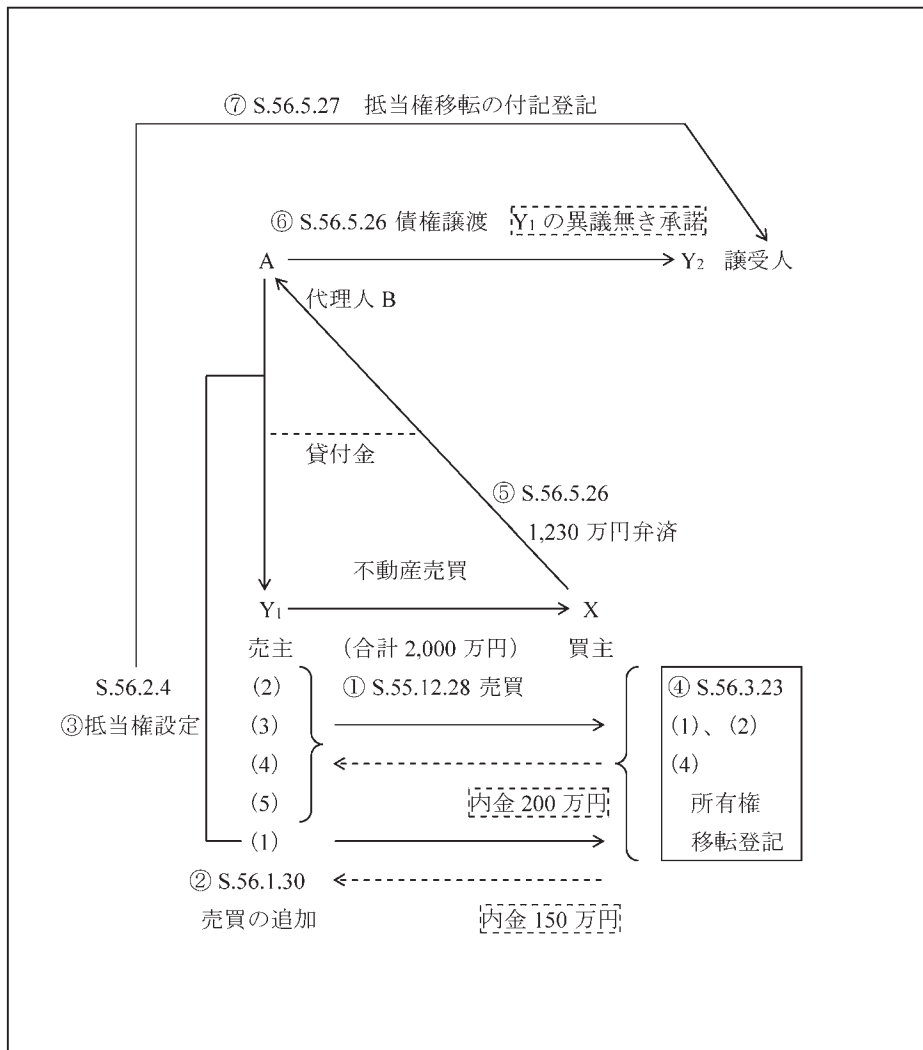
とした。

代位が成立するための弁済は、売買代金を既に売主に支払ったことを前提とし、売買代金の支払いとは別個の出捐による弁済でなければならないが、売買代金をもって弁済したのであれば、求償権自体は発生しないとするものである。

上記判決に基づけば、本件は、XがY₁に代わって、抵当権の被担保債権をAに弁済しているが、Y₁に支払うべき売買代金を充当しており、代位が成立するための弁済と売買代金の支払いとが別個の出捐によるものとは言えない。

〈図1 最高裁平成4年11月6日第三小法廷判決の事実関係〉

(平成3年(オ)第324号 不動産所有権確認等請求事件、判時1454号85頁、判タ815号128頁)



(上記図は、筆者の理解に基づいて作成したものである。)

ただし、上記判例と本件が矛盾するようであるが、弁済によって Y_1 の X に対する売買代金債権と、 A の Y_1 に対する被担保債権が消滅するだけで、 X の Y_1 に対する求償権は発生しないと捉えることができる。したがって、最高裁は、 X の請求を認容した原審の結論自体は支持しつつ、別段の法律構成で処理したものと考えられる。

(5) 抵当権の附従性による消滅

X が債務者 Y_1 に代わって行った、 A の Y_1 に対する本件貸付金債権の弁済は、当該貸付金債権を消滅させるが、これを担保する本件抵当権も担保物権の通有性である債権消滅における附従性によって消滅する。

しかし、 A が Y_2 に対して、本件貸付金債権を存在するものとして譲渡し、債務者である Y_1 がその譲渡につき確定日付のある証書で異議を留めずに承諾した場合、民法第468条本文の定めにより、 X が債権消滅を譲受人 Y_2 に対抗できなくなるが、附従性によって消滅した本件抵当権についても、債務者 Y_1 および第三取得者 X は、消滅を対抗できなくなるかという問題で、抵当権は復活しないことが判決で明確にされた。

民法第468条第1項は、債務者が譲渡人に対抗できた事由があっても、これを譲受人に対抗することができないと規定しているだけで、弁済によって消滅した抵当権付債権の債権だけでなく、抵当権をも譲受人に対抗できなくなるのか、また、債務者だけではなく、第三取得者をも存在している場合に、当該第三取得者も譲受人に対抗できなくなるのかについて、直接規定していない。このために問題が生じたのである。また、 Y_1 は X に無断で抵当権設定をしていることや、 X は弁済前に、 Y_1 および A の代理人訴外 B で協議していることから考えて、抵当権が復活するとなると X に酷である。その意味においても、判決は妥当な判断であったと考えられる。

Ⅱ 民法第468条第1項と後順位抵当権者

最初に示した判例（最高裁平成4年11月6日第三小法廷判決）では、第三者・譲受人間について争点となっているが、同様の事例で、債務者・譲受人間についての関係を見ると、判例では、次のように、大決昭和8・8・18（民集12巻21号2105頁）⁽⁴⁾があった。

1. 事実の概要（大審院昭和8年8月18日決定）

事実関係は⁽⁵⁾、次のとおりである。 X 会社は、 A 銀行から6万円を借り入れ、これを担保するために、 X の所有する採掘権に3番抵当権を設定し、鉱業法による登記をした。 X は、 A に対して借り入れの一部の3万円弁済した。その後、 A は残り3万円の債権と抵当権を B に譲渡し、 B は当該債権を C に譲渡した。

X は、大正11年6月28日、当時の債権者 C に対して債務を完済した。しかし、 C は当該債権と抵当権を存在するものとして、これを D に譲渡し、 D は E に、 E は F に、 F は Y に、次々に譲渡されていった。

A から B 、 B から C 、 C から D 、 D から E 、 E から F への各債権譲渡について X は、異議を留めずに承諾した。 F から Y への譲渡（大正14年9月10日）については、 F から X

に通知がされていた（9月15日付け）。

AからYに移転していった抵当権については、それぞれ抵当権の移転登記がされていた。ただし、XがCに対して弁済したにも関わらず、抵当権の登記は抹消されなかった。その他、Gは大正15年6月10日、Xより本件採掘権を譲り受け、昭和2年1月20日に登記した。

昭和3年12月21日、Gの一般債権者Hが、本件の採掘権に対して強制競売の申立てをし、強制競売の開始決定がされ、手続きが進行した。その後、昭和4年4月21日、債務者Xとして、Yが抵当権の実行を開始するために、抵当権に基づく競売を申し立て、手続きが開始した。

次いで、GがHに対して請求異議の訴えを東京地裁に提起し、昭和4年7月8日、東京地裁は、強制執行の停止を命じ、以後、Yのためだけに手続きは進行した。XはYによる競売をやめさせるために、Yを相手に抵当権不存在を理由として、福島県の平区裁へ異議申し立てをし、当該申し立てについて、却下の決定がされたことから、福島地裁へ抗告した。

2. 原審の判断

原審は、債務者であるXが、譲受人に対して債権譲渡についての異議なき承諾をしており、Xは譲渡人に対抗しえた事由を譲受人に対抗し得ないとした。さらに、債権が譲渡前に弁済により消滅していても、譲受人Yに対する関係では消滅しておらず、これを担保する抵当権についても債権に随伴してYに移転したものと解すべきであるとした。

加えて、Xは、債権消滅とともに抵当権も消滅したと主張したが、この消滅により当然順位の上昇するような後順位抵当権者が、抵当権の消滅を主張するかは別として、債務者であるXは、抵当権の消滅を主張できないことを理由に、Xの抗告を棄却した。

これに対してXは、民法第468条第1項は、譲受人に対抗できないとするのは、異議を留めない承諾によって弁済により消滅した債権であり、抵当権まで含むものではないなどとして、大審院に再抗告したのが本件である。

3. 決定要旨

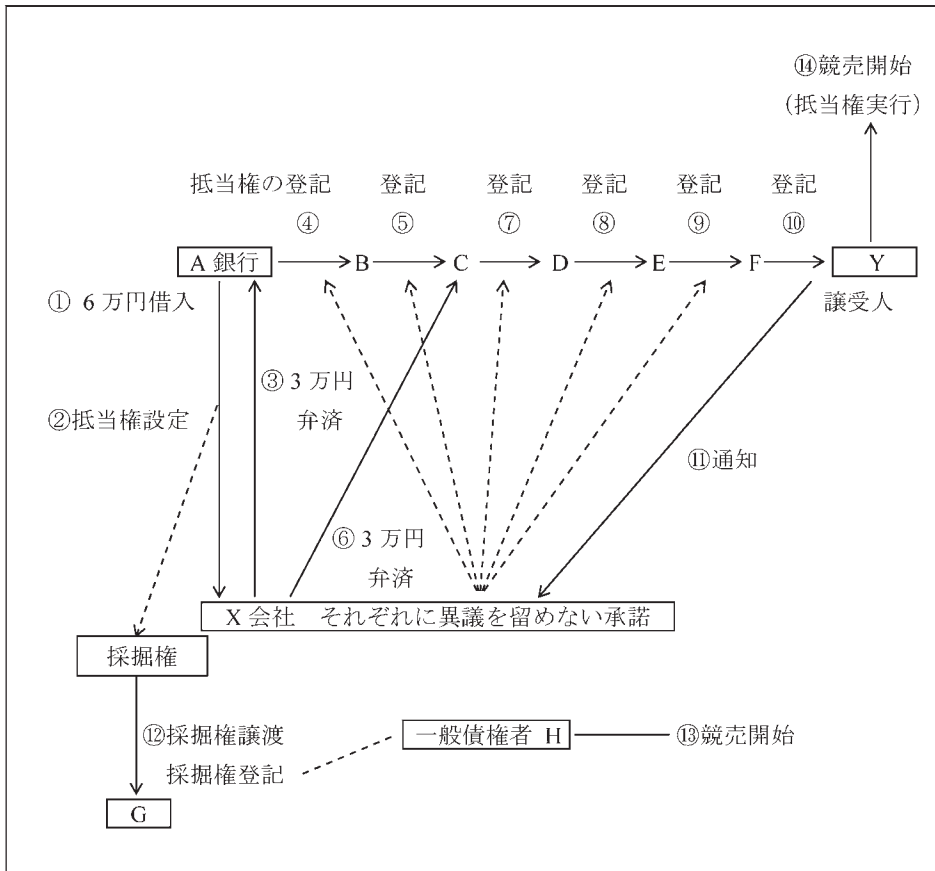
決定要旨は、次のとおりである。「抵当権ハ債権ニ従タル物権ナルヲ以テ債権ノ消滅ニ因リ其ノ債務ノ弁済ヲ担保スル抵当権ノ消滅スルハ当然ノ事由ニ属シ苟モ債権ノ消滅ヲ主張シ得ル者ハ抵当権ノ消滅ヲ其ノ消滅ノ登記ノ有無ニ拘ラス何人ニ対シテモ主張シ得ルモノト謂ハサルヘカラスト雖其ノ反面ニ於テ債権ノ消滅ヲ対抗シ得サル者カ抵当権消滅ノ登記ナキニ拘ラス債権ノ消滅ヲ理由トスル抵当権ノ消滅ヲ主張シ得サルコトモ亦否定シ得サル所ニシテ斯克解スルモ例ヘハ債務者以外ノ抵当権設定者或ハ先順位抵当権ノ消滅ニ因リ順位ヲ進メ得タル後順位抵当権者ノ如キ其ノ抵当権ノ消滅ニ付不測ノ損害ヲ被ラシムルコトナシ蓋此等ノ第三者ハ債権消滅ノ事実ヲ主張シ得ルモノナルヲ以テ債権ノ不存在ヲ前提トスル抵当権ノ消滅ヲ主張シ得ルコト説示ノ如クナレハナリ」として、Xの再抗告を棄却した。

この判例は、抵当権付き債権が弁済によって消滅したにも関わらず、債権者が抵当権消滅の登記をすることなく抵当権と共にこの債権を譲渡し、この譲渡について債務者が異議

を留めない承諾をした場合は、債務者は譲受人に対して債権と抵当権の消滅を対抗することができないとしたものであり、取引の安全を重視し、譲受人を保護する判断が示された。

〈図2 大審院昭和8年8月18日決定（第二民事部決定）の事実関係〉

（昭和7年（ク）第1602号 鉱業権競売事件ノ抗告事件、民集12巻21号2105頁）



（上記図は、筆者の理解に基づいて作成したものである。）

Ⅲ 民法第468条第1項に関する学説

1. 債務者と譲受人との関係

債務者・譲受人間についての学説をみると、多数説といわれるのは、上記判例（大決昭和8・8・18民集12巻2105頁）と同様の結論を採る。すなわち、民法第468条第1項の規定は、債権についての規定であり、債権譲受人保護を目的としており、当該条文から直接抵当権の復活まで導くことはできないが、債権について担保があるのと無いのでは、経済的に大きな違いがあることから、債務者の異議を留めない承諾を信じた譲受人に対して

は、債権だけではなく、抵当権をも取得させるべきである、とする見解である（我妻栄・新訂債権総論 539 頁（1964）、林良平・石田喜久夫・高木多喜男・債権総論 458 頁〔高木〕（1982）、奥田昌道・債権総論〔増補版〕 447 頁（1987）、石田喜久夫「債権譲渡について異議のない承諾と抵当の復活の有無」平成 4 年度重要判例解説・ジュリ 1024 号 80 頁（1993）⁽⁶⁾。

このように債務者・譲受人間の関係では、抵当権が復活するというのが多数説である。他方、抵当権の復活は認められないとする否定説（加藤一郎「債権譲渡」民法演習Ⅲ 141 頁（1958）⁽⁷⁾）がある。この見解によると、債務者・譲受人間の関係は、抵当権の登記の公信力の問題と捉えて、我が国の登記には公信力が認められない以上、抵当権の復活は認められないとする見解である。この説に対しては、担保物権の性質である被担保権の附従性を軽視しているのではないかという指摘がある（石田・前掲書 82 頁）⁽⁸⁾。しかし、債務者・譲受人間の関係は、判例と同様に、債権譲受人保護を目的とし、抵当権の復活を認めるのが多数決であり、学説の流れとみることができる。

2. 第三取得者と譲受人との関係

次に、最初に示した判例（最高裁平成 4 年 11 月 6 日第三小法廷判決）で争点となった抵当権の復活において、債権譲受人の異議を留めない承諾前の第三取得者と債権譲受人との関係を検討する。

最高裁は、異議を留めない承諾前の第三取得者と債権譲受人の間では、抵当権の効力は復活しないとした。これに対して、学説は第三取得者と債権譲受人との関係で、抵当権の復活を否定するか、あるいは、肯定するのかという点で分類している。これを解題するため、以下において、(1) 抵当権の復活を全面的に否定する説、(2) 抵当権の復活を全面的に肯定する説、(3) 抵当権の復活を制限的に認める説、(4) 無効登記流用の次元で考える説、(5) 債務者の抗弁喪失とする説、の 5 つの見解を検討する。

(1) 抵当権の復活を全面的に否定する説

第三者と債権譲受人間において、抵当権の復活を全面的に否定する（抵当権は復活しないとす）説（於保不二雄・新版債権総論 315 頁（1972）⁽⁹⁾）がある。民法第 468 条 1 項の異議を留めない承諾の効力は、債務者が譲受人に対抗できなくなるのであり、当該効力は第三者の権利には何ら影響を与えず、債務者と譲受人との間に留まる規定だとする。

この説によれば、抵当権付き債権が弁済などによって消滅したにも関わらず、債務者が異議を留めない承諾をしたために、譲受人に対して債権および抵当権の消滅を対抗できなくなる場合であっても、「債権の消滅によって抵当権又は、保証債務は消滅するのであって、物上保証人・保証人・後順位担保権者・抵当不動産の第三取得者の権利には何ら影響を及ぼすことはない」とする⁽¹⁰⁾。

この立場によって利益を受けるのは、抵当不動産の第三取得者のような第三者である。債務者の行為だけで第三者の利益は害されてはならない、という譲受人側の第三者に対する利益を重視していると考えられる。

この説に対して、最初に示した判例（最高裁平成 4 年 11 月 6 日第三小法廷判決）のよう

に、債務者の行為だけで第三者の利益は害されてはならないといえるが、債務者の異議を留めない承諾後に第三取得者が生じた場合に、債務者の行為だけで第三取得者の利益を害したといえない、という指摘がある⁽¹¹⁾。

以上のように、債務者の異議を留めない承諾の効力を債務者と譲受人との間に留めており、第三者の権利には何ら影響を及ぼさないとするのは、債権譲受人と第三者の利益衡量の点で問題が残るためだと考えられる。

(2) 抵当権の復活を全面的に肯定する説

次に、上記で検討した説とは反対に、譲受人と第三者間で抵当権の復活を全面的に肯定する（抵当権は復活する）説（舟橋諄一・民商4巻3号128頁・(1938)）⁽¹²⁾を検討する。

この説によると、債務者の承諾を信頼して債権を譲り受けた者を保護すべきだという観点から、債権譲渡につき、債務者の異議を留めない承諾の効力は、「何人に対抗し得るものでなくてはならない」⁽¹³⁾とし、譲受人が債務者に対する関係において保護され、第三者にも対抗できるようにしなければ、この承諾を信頼した債権譲受人に対する債権取引の安全が害される、とする見解である。

この見解は、抵当権の附従性を強調して捉えるならば妥当だと考えられるが、他面、異議を留めない承諾の前に第三取得者が生じている場合、当該第三取得者が異議を留めない承諾に関与していないにも関わらず、債務者の異議を留めない承諾のために、当該第三取得者の利益が害されることも考えられ、譲受人を保護すべきだとして全面的に抵当権を復活させることは、債権譲受人と第三者間の利益衡量の点で大きな問題が残ると考えられる。

(3) 抵当権の復活を制限的に認める説

抵当権の復活の範囲に着目し、債務者の異議を留めない承諾によって債権譲受人と第三者間において抵当権の復活を制限的に認める説を検討する。この説によれば、債権譲渡につき、債務者の異議を留めない承諾前の抵当不動産に利害関係を有するに至った第三者との関係では、抵当権は復活しないとする。

他方、債務者の異議を留めない承諾後に抵当不動産に利害関係を有するに至った第三者に対しては、抵当権は復活する立場を採る（我妻栄・新訂担保物権法418頁〔我妻新説〕(1968)）⁽¹⁴⁾。この見解が、現在の通説とされる⁽¹⁵⁾。

このような抵当権の復活を制限的に認める見解を、第三取得者が生じた場合に当てはめてみると、異議を留めない承諾の前に第三取得者が生じると、抵当権は復活しないということになり、債務者の承諾のために当該第三取得者の利益は害されずに済む。

他方、異議を留めない承諾後に、第三取得者が生じた場合、抵当権は復活するということになり、承諾を受けた債権譲受人の利益を害さず、実際の当事者の利益をバランス良く調整しているように考えられる。

最初に示した判例（最高裁平成4年11月6日第三小法廷判決）の判断は、第三取得者が債務者の異議を留めない承諾の前に発生したことによって、被担保債権の弁済により消滅した抵当権は、債権譲受人・第三取得者間では復活することはないと判示していることか

ら、この通説の立場によったものと考えられる。

(4) 無効登記流用の次元で考える説

しかし、上記(3)の通説の見解で議論は落ち着いた訳ではなく、これに異論を唱える説がある。すなわち、抵当権の「復活」の問題としてではなく、対抗問題として無効登記流用の次元で考えようとする説である(林・石田・高木 前掲書〔高木〕458頁)⁽¹⁶⁾。

この説によると、民法第468条第1項の規定は、債権関係の次元において、譲受人保護を目的としたもので、この規定により、直ちに抵当権の復活を導くことはできないが、無担保債権の経済的価値が通常低いものであることから、譲受人保護のために抵当権は復活するという立場を採る。

しかし、債権譲受人と第三者の関係をみると、抵当権の登記をめぐる対抗関係があるにも関わらず、債権譲受人は弁済によって消滅した無効な抵当権の登記しか有していないため、復活した抵当権を第三者に対抗できる訳ではない。

そこで、この見解では、復活した抵当権に対する無効登記の流用の次元と捉えて、無効登記流用の効力を、譲受人は債務者の異議を留めない承諾前に生じた第三者に対しては主張できないが、異議を留めない承諾によって抵当権が復活した後に生じた第三者に対しては主張できるとしたものである。

ただし、この説によると、第三者の中には物上保証人は含めない取扱いをしている。このように解すると、物上保証人は、当事者であるために抵当権の不存在を主張することができないことになる。

債務者の異議を留めない承諾によって、物上保証人が再び抵当権の負担を負わされるのは酷なようでもあるが、この説では、物上保証人は弁済によって消滅した抵当権の無効登記を抹消することが可能であったにも関わらず、これを放置したことによって善意の債権譲受人が生じた場合に、債権譲受人の利益を優先するのはやむを得ない、とする⁽¹⁷⁾。

この説には問題点があり、物上保証人に対する取扱いは、物上保証人だけではなく、後順位担保権者が存在する場合にも当てはまるのではないか、という点である。例えば次のような指摘がある。

後順位抵当権者が、弁済によって消滅した先順位抵当権の抹消登記を怠っていると、順位上昇を譲受人に対抗できなくなるのではないか、という指摘があり(下森定・法学セミナー1983年12月号115頁)⁽¹⁸⁾、後順位担保権者の取扱いに疑問が残るところである。

最初に示した判例(最高裁平成4年11月6日第三小法廷判決)に、上記の抵当権の「復活」の問題としてではなく、対抗問題として無効登記流用の次元で考える見解を当てはめると、債務者の異議を留めない承諾後の第三取得者には、譲受人は無効登記の効力の復活は主張できないが、異議を留めない承諾前には、譲受人は無効登記の効力の復活を主張して第三取得者に対抗できることになる。したがって、第三取得者が生じる場合は、通説の立場を採った場合と同様の結論に至ると考えられる。

(5) 債務者の抗弁喪失とする説

次に、先の指摘（下森・前掲書 115 頁）のように、無効登記の流用の次元では一貫して取り扱われないのは法的構成として問題があるとして、債務者は単に抗弁（例えば、弁済による債権の消滅）を喪失するのみだという説がある（池田真朗・債権譲渡の研究 439 頁（1993）⁽¹⁹⁾）。

この見解によれば、債務者の異議を留めない承諾前に抵当不動産に利害を有するに至った第三者は、債権譲受人に対して、債権の消滅のみならず、当該債権を担保する抵当権の消滅をも対抗できるとする。

他方、異議を留めない承諾後、新たに抵当不動産に利害を有するに至った第三者は、債務者の異議を留めない承諾により債権消滅を対抗できない結果、当該債権を担保する抵当権の消滅をも対抗できなくなるとする見解である。

ただし、この見解にも問題点があり、債務者の異議を留めない承諾の後に生じた第三者の取扱いである。この第三者については、前掲書の説明において（池田・前掲書 440 頁）、「債務者による異議を留めない承諾があった後に、新たにそれら第三者となった者については、基本的には債務者の受けるサンクションをそのままに甘受しなければいけない（既に抗弁喪失の状態となっているところに参入したことになる）と考えられる」⁽²⁰⁾と説明する。

しかし、この見解に対しては、第三者が異議を留めない承諾後に登場した場合であっても、実体法上、抵当権は消滅しているのであるから、抵当権の抹消登記の有無に関わらず、抵当権の負担を譲受人に対して負わなくて良いはずである。この観点から、異議を留めない承諾後の第三者は、譲受人に対抗できないとすることは、不完全ではないかという指摘⁽²¹⁾がある。

この説（池田・前掲書 439 頁）に、最初に示した判例（最高裁平成 4 年 11 月 6 日第三小法廷判決）を当てはめると、債務者の異議を留めない承諾前には、第三取得者は債権の消滅を対抗することができる結果、当該債権を担保する抵当権の消滅をも対抗できることになる。

他面、異議を留めない承諾後に第三取得者が生じた場合には、債務者の異議を留めない承諾の効力を受け、債権消滅を対抗できない結果、当該債権を担保する抵当権の消滅をも対抗できない、ということになる。この結論からみて、第三取得者が生じるときは、通説の見解を採った場合と同様の結果になるといえる。

以上のように、学説では、債務者の異議を留めない承諾による抵当権の復活について、譲受人と第三者間では全面的に復活を肯定する説や、全面的に復活を否定する説よりも、譲受人と第三者のどちらを保護すべきかという利益衡量の問題から、制限的に復活を認める見地から取り扱う流れにあると考えられる。

おわりに

債権譲渡につき、債務者が異議を留めずに承諾した場合、民法第 468 条第 1 項の定めによれば、債務者は譲渡人に対抗することができた事由があっても、譲受人にはこれを対抗できないとされる。本論で検討したように、抵当権が設定されている債権が弁済により消

滅した後、債権譲渡につき、債務者が異議を留めないで承諾した場合、抵当権まで復活するのか、明確な定めはなかった。また、債権につき第三者が存在するときは、債権の譲受人との関係が問題となった。

本論で検討した2つの判例は、民法第468条第1項において、直接明確にされていなかった抵当権の復活を、第三取得者に対する関係と、債務者自身が抵当権設定者である場合に該当する事例であった。前者の第三取得者に対する取扱いは、これまで該当する判例がなく解釈が分かれていた。前者においては、抵当権の被担保債権が弁済により消滅した後に債権譲渡され、債務者が異議を留めない承諾をした場合であっても、弁済前の第三取得者に対しては、抵当権は復活しない、という点が明らかにされた。

また、後者の債務者が抵当権設定者であって、債権譲渡につき、異議を留めないで承諾した場合は、債務者は債権消滅を債権者に対して主張できないことから、抵当権の消滅も対抗できないものと示された。

このように判例の立場は、取引の安全を重視し、債権の譲受人を保護する見解を採っていることが明確となった。

他方、学説では、債務者の異議を留めない承諾による抵当権の復活について、譲受人と第三者間では全面的に復活を肯定する説や、全面的に復活を否定する説よりも、本質的に譲受人と第三者のどちらを保護すべきかという利益衡量の観点から、制限的に復活を認める見地から取り扱う流れにあることが明らかとなった。

本論で検討したように、債権譲渡につき、債務者が異議を留めないで承諾した際に、本来、誰を保護すべきか、事例によって差異があり、一律に定めると保護されない相手方に酷な場合も考えられる。判例や学説も取引の安全を重視するが、債務者自身、自らの理解のもとで、いかなる効果が生じるのか承知の上で異議を留めないで承諾しているのか疑問である。

このような重要な効果を生じさせる決断を、債務者自身の不確かな判断に一律に委ねることにも疑問が残る。昨今の取引の実状をより適切に反映させるために、規定の改正が必要だと考えられる。

〈注〉

- (1) 平成3年(オ)第324号 不動産所有権確認等請求事件、判時1454号85頁、判タ815号128頁。
- (2) 昭和7年(ク)第1602号 鉱業権競売事件ノ抗告事件、民集12巻21号2105頁。
- (3) 我妻栄『新訂 債権総論』、岩波書店、249頁、1964年。
水辺芳郎『債権総論』、法律文化社、332頁、1991年。
安達三季生『債権総論講義〔第4判〕』、信山社、293頁、2000年。
- (4) 昭和7年(ク)第1602号 鉱業権競売事件ノ抗告事件、民集12巻21号2105頁。
- (5) 図2参照
- (6) 我妻栄 前掲書(1)、539頁。
林良平=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論』、青林書院、458頁〔高木〕、1982年。
奥田昌道『債権総論〔増補版〕』、悠々社、447頁、1987年。
石田喜久夫「債権譲渡について異議のない承諾と抵当の復活の有無」、平成4年度重要判例解説、

ジュリスト 1024 号 80 頁、1993 年。

- (7) 谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅲ 債権総論』、有斐閣、141 頁〔加藤〕、1958 年。
- (8) 石田 前掲書 (3)、82 頁。
- (9) 於保不二雄『新版 債権総論』、有斐閣、315 頁、1972 年。
- (10) 於保 前掲書 (6)、315 頁・316 頁。
- (11) 石田 前掲書 (3)、81 頁。
- (12) 舟橋諄一、民商 4 卷 3 号、128 頁、1938 年。
- (13) 舟橋 前掲書 (9)、128 頁。
- (14) 我妻栄『新訂 担保物権法』、岩波書店、418 頁、1968 年。
- (15) 米倉明『民法判例百選Ⅱ〔第 2 版〕』、79 頁、1982 年。
奥田 前掲書 (3)、448 頁。
前田達明『口述債権総論〔第 3 版〕』、410 頁、1993 年。
山田誠一、金融法務事情 1364 号 52 頁、1993 年。
- (16) 林=石田=高木 前掲書 (3)〔高木〕、458 頁。
- (17) 林=石田=高木 前掲書 (3)〔高木〕、458 頁以下。
- (18) 下森定、法学セミナー 1983 年 12 月号、115 頁、1983 年。
- (19) 池田真朗『債権譲渡の研究』、弘文堂、439 頁、1993 年。
- (20) 池田 前掲書 (16)、440 頁。
- (21) 角紀代恵、判例評論、420 号、24 頁、(判例時報、1476 号 194 頁)、1993 年。

〈参考文献〉

- 我妻栄『新訂 債権総論』、岩波書店、1964 年。
水辺芳郎『債権総論』、法律文化社、1991 年。
安達三季生『債権総論講義〔第 4 判〕』、信山社、2000 年。
林良平=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論』、青林書院、1982 年。
奥田昌道『債権総論〔増補版〕』、悠々社、1987 年。
石田喜久夫「債権譲渡について異議のない承諾と抵当の復活の有無」、平成 4 年度重要判例解説
ジュリスト 1024 号、1993 年。
谷口知平=加藤一郎編『民法演習Ⅲ 債権総論』、有斐閣、141 頁、1958 年。
於保不二雄『新版 債権総論』、有斐閣、1972 年。
舟橋諄一 民商 4 卷 3 号、1938 年。
我妻栄『新訂 担保物権法』、岩波書店、1968 年。
米倉明『民法判例百選Ⅱ〔第 2 版〕』、1982 年。
前田達明『口述債権総論〔第 3 版〕』、1993 年。
山田誠一 金融法務事情 1364 号、1993 年。
下森定 法学セミナー 1983 年 12 月号、1983 年。
池田真朗『債権譲渡の研究』、弘文堂、1993 年。
角紀代恵 判例評論、420 号、24 頁、(判例時報、1476 号 194 頁)、1993 年。