

担保物所有者の再建原資と物上代位

東北大学大学院法学研究科准教授 阿部 裕介

I 問題の所在

- 1 東日本大震災における抵当不動産の損壊と保険金債権の帰趨
- 2 抵当不動産の損壊と抵当権に基づく損害保険金への物上代位の可否

II 最決平成22・12・2民集64巻8号1990頁

- 1 事案
- 2 判旨
- 3 本決定の意義
- 4 問題の所在
 - (1) 流動動産譲渡担保取引の目的と法律構成
 - (2) 構成個別物との関係での集合物譲渡担保権の効力内容
 - (3) 集合物譲渡担保権に基づく物上代位の可否
- 5 先例との関係
 - (1) 集合物譲渡担保における所有者の構成個別物処分権限——最判平成18・7・20
 - (2) 譲渡担保権に基づく物上代位の可否——最決平成11・5・17
- 6 判旨の分析
 - (1) 集合物譲渡担保権の効力範囲
 - (2) 物上代位の時期的制約
 - (3) 当てはめ：《通常の営業の継続》に関する具体的判断
- 7 本決定の射程と残された課題

III 抵当権に基づく物上代位への示唆

I 問題の所在

1 東日本大震災における抵当不動産の損壊と保険金債権の帰趨

2011年3月11日に発生した東日本大震災は、数多くの抵当不動産の損壊をもたらした。これに伴って、震災による抵当不動産の損壊で生じた保険金に抵当権者が物上代位できるかが実務的に検討されるようになった¹⁾。

もともと、そこでは、事業用建物の火災保険に地震危険担保特約がある場合の保険金への物上代位こそ考えられるものの、居住用建物の地震保険による保険金は、担保物の価値が実現したものとはいえないので物上代位の対象とならない可能性があり、抵当権者が物上代位権を行使した事例も少ない、とされていた²⁾。この解説は、被災者の生活安定のための保険としての、地震保険の特殊性³⁾を考慮したものと考えられる。

しかし、日本弁護士連合会が編集した資料は、物上代位という法律構成によるものか否かこそ明らかにされていないものの、東日本大震災後に住宅ローン債権者が地震保険金からの債権回収を実際に狙っていたことを浮き彫りにしている⁴⁾。そこでは、地震保険金をローン返済に充てるべきか不動産所有者が対応に苦慮している事例、地震保険金が抵当権者に取られないか心配している事例、全壊建物の取壊しのため所有者が抵当権者から取壊しの同意を得ようとした際などに抵当権者から地震保険による住宅ローン弁済を迫られた事例、実際に地震保険金を元手として住宅ローンを支払った事例、保険会社が抵当権者のために所有者への保険金支払いを差し止めた事例などが

1) 堂島法律事務所編著『Q&A 震災と債権回収・倒産対応』（商事法務、2011年）23頁。

2) 前掲注1) 25頁。

3) 地震保険に関する法律1条「この法律は、保険会社等が負う地震保険責任を政府が再保険することにより、地震保険の普及を図り、もつて地震等による被災者の生活の安定に寄与することを目的とする。」

4) 日本弁護士連合会編『東日本大震災無料法律相談事例集』（日本弁護士連合会、2013年）33頁以下。

報告されている。

ここでは、損害保険金が物上代位の対象になるとして、地震保険金も物上代位の対象となるか、という問題が提起されている。

2 抵当不動産の損壊と抵当権に基づく損害保険金への物上代位の可否

しかし、震災の場合に限らず、災害によって抵当不動産が被害を受けると損害保険金への物上代位が問題となる。そして以下に見るとおり、実はこの問題についても未解決の点が多く残されている、と本稿は考える。そこで本稿では、地震保険に固有の問題はひとまず捨象して、より一般的な射程を有する、抵当権に基づく損害保険金への物上代位の可否について論じたい。

もっとも、一般に、抵当権に基づく損害保険金への物上代位はすでに判例によって認められている、とされている⁵⁾。確かに、そこで紹介されている大審院判例は、いずれも、抵当不動産の滅失によって生じた損害保険金請求権への、抵当権に基づく物上代位が可能であることを前提とする判示をしている。しかし、そこで実際に争点となっていたのは別の問題であり⁶⁾、先例的意義を有するといえる大審院・最高裁判例は、実は存在しない⁷⁾。

学説は近時、とりわけ代替的物上代位と付加的物上代位の二分論の下で、保険金を代替的物上代位の代表例として扱っている。そして、物上代位が可

5) 柚木馨編『注釈民法(9)物権(4)〔増補再訂版〕』(有斐閣、1982年)59頁〔柚木馨・西沢修(大判明治40・3・12民録13輯265頁、大判大正5・6・28民録22輯1281頁及び大連判大正12・4・7民集2巻209頁を引用)、道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』(有斐閣、2008年)149頁(前掲大連判大正12・4・7を引用)。

6) 大判明治40・3・12・前掲注5)は、抵当不動産の第三取得者(被担保債権の債務者以外の担保物所有者)の取得した債権へ抵当権に基づいて物上代位できるかが争点となり、これを肯定した判決であり、たまたま当該事案においては第三取得者の取得した債権が保険金債権であったに過ぎない。同じく大判大正5・6・28・前掲注5)は、抵当不動産の滅失によって生じた動産に抵当権の効力が及ぶかが問題となった事案で、保険金への物上代位は比較対象として論じられているに過ぎない。

同じく大判大正12・4・7・前掲注5)では、民法304条但書の差押えが物上代位権者以外の一般債権者による差押えでも足りるか、転付命令発効後の物上代位差押えは有効かが問題となった事案であり、たまたま当該事案において差し押さえられた債権が保険金債権であったに過ぎない。

能であることを前提として、被担保債権の履行遅滞なしに、すなわち保険金発生後直ちに物上代位をなし得る、と説くのが通説となっている⁸⁾。

もっとも、古くは否定説も存在した。その内容は、保険法の観点から、保険金は担保物所有者が支払った保険料の対価であって、抵当不動産の価値代替物ではない、というものであった⁹⁾。

これに対して、冒頭で紹介した、東日本大震災における地震保険金の帰趨をめぐる事例から示唆を得ると、別の観点からの疑問が浮上する。それは、損害保険金は通常、抵当不動産所有者による生活・事業基盤の再建のための原資となるところ、これに抵当権者が物上代位によって手をつけることを認めると、所有者の生活・事業基盤の再建が妨げられることになるのではないか、という疑問である。すなわち、抵当権に基づく保険金への物上代位は、滅失した担保の回復を図る抵当権者の利益と、生活・事業基盤の再建を図る不動産所有者の利益との対立が顕在化する一局面として位置づけることができるのである。

実務的には、すでにこのことを意識した対応はなされてきたかもしれない。前記1冒頭で紹介した、震災対応に関する実務的検討は、結論として、保険金への物上代位が可能だとしても、保険金は取引先にとって事業再建の原資であり、物上代位すると取引先が倒産を余儀なくされる可能性もある、と指摘している。そのうえで、抵当権者側の対応策としても、事業再建後の取引継続によって中長期的な利益を獲得するため、再築後の工場に再度抵当権を設定すると引換えに、取引先が保険金を取得することを認めることも

7) このように、保険金への物上代位の可否が従来争点化しなかったのは、保険金債権に抵当権者のために債権質権を設定し(柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4)』(有斐閣、1998年)164頁〔小杉茂雄〕)、あるいは抵当権に基づく物上代位を認める特約(柚木編・前掲注5)60頁〔柚木馨・西沢修〕)を入れる実務の影響とされている。

8) 松岡久和「物権法講義²²抵当権(3-1)」法学セミナー 692号56頁、57-59頁(2012年)。道垣内・前掲注5)149頁も、(代替的物上代位(同146頁)の注として、保険金への物上代位を肯定し、同155頁で、代替的物上代位一般について、被担保債権の弁済期到来前の物上代位を認めている。

9) 西島梅治「保険金債権に対する物上代位」法政研究(九大)23巻1号57頁(1955年)、特に64頁。

検討されてよい、という¹⁰⁾。しかし、こうした視座を抵当権に基づく保険金への物上代位の可否に反映させるための理論的な検討は、これまで不足していたように思われる¹¹⁾。

この点について理論的な検討を加えるための手がかりとして、本稿は、最決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁へ着目したい(Ⅱ)。もっとも、この決定それ自体は集合物譲渡担保権に基づく物上代位に関するものであって、抵当権に基づく物上代位と直接関係するものではない。しかし、本稿は、この決定の先例的意義を踏まえ、これに《担保物所有者の再建原資への物上代位に対する制約の要否》という、一段抽象化した視角に基づく分析を加えることで、抵当権に基づく保険金債権への物上代位への示唆を得ることができる(Ⅲ)、と考えるものである。

Ⅱ 最決平成22・12・2民集64巻8号1990頁

1 事案

魚の養殖業を営んでいたY(債務者、原告人)は、平成20年12月9日及び平成21年2月25日、X(債権者、相手方)との間で、原々決定別紙1～8記載の各養殖施設(「本件養殖施設」)及び本件養殖施設内の養殖魚について、Xを譲渡担保権者、Yを譲渡担保権設定者とし、XがYに対して有する貸金債権を被担保債権とする譲渡担保権設定契約を締結した(同契約により設定された譲渡担保権を「本件譲渡担保権」という)。その設定契約においては、Yが本件養殖施設内の養殖魚を通常の営業方法に従って販売できること、その場合、Y

10) 堂島法律事務所編・前掲注1)26頁。

11) 保険金債権に抵当権者のための債権質権が設定されている場合においても、抵当権者に債権質権の実行を認めてよいのか(設定契約の合理的解釈によってこれを制約すべきではないか)という形で、同じことが問題となるだろう(栗田口太郎「判批」事業再生と債権管理133号13頁、17頁(2011年)は、物上代位に対する制約を回避するために損害保険金債権に質権設定を受けることが債権保全上無難である、というが、債権質に同種の制約がかからないと考えるのは疑問である)。

また、いわゆる二重ローン問題における旧ローンをめぐる私的整理における保険金の扱いについても、一定の指針を与え、さらにはこれを理論的に正当化することができるだろう。

は、これと同価値以上の養殖魚を補充することなどが定められていた。

平成21年8月上旬ころ、本件養殖施設内の養殖魚2510匹が赤潮により死滅し、Yは、Z共済組合（第三債務者）との間で締結していた漁業共済契約に基づき、Z共済組合に対し、同養殖魚の滅失による損害をてん補するために支払われる共済金に係る漁業共済金請求権（以下「本件共済金請求権」という）を取得した。

Yは、上記の赤潮被害発生後、Xから新たな貸付けを受けられなかったため、平成21年9月4日、養殖業を廃止した。さらにYの主張¹²⁾によれば、Yは平成21年10月20日に被担保債権の期限の利益を喪失した、という。

Xは、同年10月23日、本件譲渡担保権の実行として、本件養殖施設及び本件養殖施設内に残存していた養殖魚を売却し、その売却代金をYに対する貸金債権に充当した。

Xは、平成22年1月29日、熊本地方裁判所に対し、上記の充当後の貸金残債権を被担保債権とし、本件譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、本件共済金請求権の差押えの申立てをした。同年2月3日、熊本地方裁判所は、同申立てに基づき債権差押命令を発付した。

Yは、本件共済金請求権に本件譲渡担保権の効力は及ばないなどとして、上記命令の取消しを求める執行抗告をした。具体的な抗告理由は、次のとおりである。

- ・ 目的物売却によって譲渡担保権は消滅しており、その後に生じた共済金請求権上には譲渡担保権の効力は及ばない。
- ・ 赤潮発生後も、廃業まではなお譲渡担保の目的物の固定化は生じていなかったもので、固定化するまで廃業の前に生じた共済金請求権には集合物譲渡担保の効力は及ばない。

なお、これと前後して、平成22年2月8日、YはZに対して本件共済金の請求手続を取っている。

12) 民集1996頁。

原決定（福岡高決平成22・3・17民集64巻8号1997頁）は、Yの抗告理由に対して次のように応答して、Yの抗告を棄却した。

- ・目的物の売却後も（被担保債権が完済されていない以上）、譲渡担保権は代替物の上に存続する。
- ・赤潮発生後、Yは構成個別物を補充しておらず、通常の営業を継続していなかったため、集合物譲渡担保の目的は赤潮発生時に固定化していた、すなわち構成個別物にその効力が及んでいたといえる。従って、その効力はその後にYが取得した共済金請求権に及び、固定化後の物上代位権行使も当然許される。

原決定はさらに、後者の点に関連して、次のような判断を付け加えている。

- ・集合物譲渡担保権は、通常の営業の範囲内でされた構成個別物には及ばなくなり、その処分の対価にも及ばない。しかし、Yが本件共済金請求権を取得したことは通常の営業の範囲を超える処分なので、本件譲渡担保権の効力は本件共済金請求権に及び、Xは、養殖魚が滅失した時点以降、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができる。

これに対して、Yより許可抗告があり、抗告許可決定がなされた。Yは抗告理由で、前述した執行抗告の理由を繰り返したほか、原決定が付け加えた判断に対して、次のように反論している。

- ・保険金を取得した場合でも、設定者は担保価値の維持すなわち構成個別物の補充を義務づけられるので、保険金を取得することは通常の営業の範囲内の処分である。

2 判旨

本決定は、結論としてXによる物上代位を認め、Yの抗告を棄却した。

まず、本決定は次のような一般論を定立した。

（判旨1）「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるか

ら、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。」

（判旨2）「もっとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。」

そのうえで、本決定は以上の一般論を本件の具体的事情に次のように適用している。すなわち、Xが本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点において、Yは目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されており、Yが本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかった。従って、Xは、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができる。

本決定は、以上のような判断に基づき、原審の判断を「結論において是認することができる」ものとした。

3 本決定の意義

本決定の意義を、本稿の問題設定と関係ある限度で抽出すると、次のようなことがいえる。

本決定の判旨1は、集合物譲渡担保権の効力が、構成個別物の滅失の際にその損害を填補する損害保険金請求権に一般に及ぶことを示した。すなわち、集合物譲渡担保権の効力が及ぶ損害保険金請求権の範囲を、その発生時期などによって限定しなかった点に、判旨1で示された判断の特徴がある。

他方で、本決定の判旨2は、損害保険金に対する物上代位権の行使の时期的な制限として、設定者が「通常の営業が継続している」期間における物上

代位権の行使を制約することで、担保物所有者の営業継続を保護した。これは、後掲最判平成18・7・20と並び、集合物譲渡担保権の効力を所有者の営業活動との関係で制約するものであるとともに、後掲最決平成11・5・17と並び、譲渡担保に基づく価値代替物への物上代位に対して、設定者との利害調整の観点から時期的制限を課するものといえる。

4 問題の所在

(1) 流動動産譲渡担保取引の目的と法律構成

動産の譲渡担保取引の一種として、流動動産譲渡担保取引がある。これは、一定範囲の動産に包括的に担保設定したうえで、担保設定後も、個々の動産の入れ替わりを認めるものである。その目的は、設定者（担保物所有者）の事業の継続と債権担保とを両立することにある。所有者が動産を原料として使用または売却して事業を継続することを認めつつ、新たに搬入された動産を担保とすることで債権担保の目的を達するのである。

そのための法律構成として、分析論は、流動動産譲渡担保取引を個別動産の譲渡担保の束として、すなわち、設定契約後も各動産について譲渡担保の解除と新規担保設定が繰り返されるものとして捉える。もっとも、この構成によると、新規搬入動産について、予め譲渡担保設定の対抗要件が具備されていると考えることは困難であるという問題があった。

これに対して、集合物論は、個別動産を構成要素とする「集合物」を譲渡担保の目的と観念するものであり、最判昭和54・2・15民集33巻1号51頁及び最判昭和62・11・10民集41巻8号1559頁は、この集合物論を採用したものとして理解されている。

(2) 構成個別物との関係での集合物譲渡担保権の効力内容

この集合物論の下では、集合物を構成する個別動産（以下、構成個別物と呼ぶ）とは区別された集合物が譲渡担保の目的として観念されるため、構成個別物との関係で、集合物譲渡担保権がどのような効力を持つか、ということ

が特に問題となる。この問題は本来、構成個別物に流動性を認めることの目的に即して論じられるべきもののように思われる。しかし、従前の学説の多くはこれを、主として集合物譲渡担保における構成個別物の流動性をどのように法律構成するかという問題と関連付けて論じてきた。

すなわち、森田修『債権回収法講義』の用語法¹³⁾に従うと、集合物論Ⅰの立場からは、集合物譲渡担保権の効力は構成個別物にも及んでおり、構成個別物の流動性は譲渡担保権者から設定者への処分授権によるものと考えられることになる¹⁴⁾。これに対して、集合物論Ⅱの立場からは、集合物譲渡担保の目的物はあくまでも集合物であってその効力は構成個別物には直接及ばず、集合物を《固定化》して流動化しない通常の譲渡担保にした時点ではじめてその時点での構成個別物に効力が及ぶ、と考えることになる。従って、構成個別物の流動性は、固定化前の構成個別物が譲渡担保の目的物でないことの論理的帰結だということになるのである¹⁵⁾。

(3) 集合物譲渡担保権に基づく物上代位の可否

集合物譲渡担保権に基づく物上代位の可否も、以上のような、構成個別物との関係での集合物譲渡担保権の効力という問題群を構成する一問題である。この問題はこれまで、主として構成個別物の売却代金への物上代位を念頭に置いて議論されてきた。

この問題については、そもそも譲渡担保権に基づく物上代位を一般的に否定する立場¹⁶⁾も存在するが、譲渡担保権に基づく物上代位一般を否定しない立場からは、やはり前述した集合物の法律構成との関連が指摘されていたところである。森田『債権回収法』はこの問題について、終局的には設定契約解釈の問題であるとしつつ、具体的には集合物論の法律構成からの演繹を志向する。すなわち、集合物論Ⅰによれば構成個別物に譲渡担保権の効力が

13) 森田修『債権回収法講義〔第2版〕』（有斐閣、2011年）146-147頁。

14) 森田宏樹「集合物の「固定化」概念は必要か」金融・商事判例1283号1頁（2008年）、山野目章夫『物権法〔第5版〕』（日本評論社、2012年）369-370頁。

15) 道垣内・前掲注5) 328頁。

及んでいるのでその価値代替物に対する物上代位を認めやすいのに対して、集合物論Ⅱによれば固定化までは構成個別物に譲渡担保権の効力が及んでいないのでその価値代替物に対する物上代位は問題とならない、というのである¹⁷⁾。

もっとも、集合物論Ⅱは構成個別物の処分を集合物の利用として捉えるところ、構成個別物の価値代替物は集合物の利用の対価とも考えられるので、賃料と同様の付加的物上代位を認める余地はあるようにも思われる。

他方で、集合物譲渡担保権に構成個別物への効力を認める集合物論Ⅰの立場からも、集合物譲渡担保が実現しようとしている設定者の営業継続の利益との観点からの制約は否定し得ないはずであり、この観点から、次の2種類の議論が存在した。

1つは、物上代位の対象範囲を限定する議論であり、具体的には、設定者による通常の営業過程でされた処分の対価への物上代位を否定するものである¹⁸⁾。

これに対して、物上代位の対象範囲を限定することなく、物上代位が可能となる時点のみを限定する見解も存在した。我妻栄『新訂担保物権法』は、

16) 道垣内・前掲注5) 308-309頁は、所有権に基づく物上代位は認められないところ、所有権という法律構成以上の権利を譲渡担保権者に認める必要はない、として、譲渡担保権に基づく物上代位一般を否定する。

なお、譲渡担保権に基づく損害保険金への物上代位に固有の問題として、譲渡担保権者は自ら損害保険の被保険利益を有するので(最判平成5・2・26民集47巻2号1653頁)、自ら被保険者となって損害保険金を請求すればよく、設定者を被保険者とする保険契約の損害保険金への物上代位を認める必要は乏しい、という指摘もある(道垣内・前掲注5) 309頁)。しかし、この最判平成5・2・26によれば、譲渡担保権者と設定者が両方も保険契約を締結していた場合、商法632条(当時：現保険法20条)の趣旨に鑑み(すなわち、モラルハザード防止の観点から)、保険金は各契約の保険金額に応じて両者の間で按分される、という。従って、譲渡担保権者が保険金全額を得るためには、設定者の保険金請求権に物上代位する必要があるだろう。

17) 森田修・前掲注13) 155頁。

18) 吉田真澄「集合動産の譲渡担保(11・完)」NBL 247号43頁、48頁(1981年)は、適正な処分の対価に対する物上代位は認められない、という。ただし、設定者が構成個別物の補充義務を履行しない場合は、処分を不当処分とみなしてその対価への物上代位を認めるべきだという。

山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成——限定浮動担保理論の構築のために」法律時報65巻9号21頁、24頁(1993年)も、通常の営業の過程でされた売却処分の対価に対する物上代位は認められない、という。

構成個別物の売却代金は仕入れと経営に充てることが予定されているので、原則として譲渡担保権の効力が及ばない、という¹⁹⁾。そのうえで、譲渡担保権者が担保権の実行に着手した場合、設定者の処分権限が停止されるのに加えて、設定者は構成個別物の売却代金の取立権限も失い、譲渡担保権の効力が売却代金上に及ぶ、という²⁰⁾。

5 先例との関係

以上のような問題の所在に照らすと、本判決の先例としては、集合物譲渡担保における所有者の構成個別物処分権限に関する最判平成18・7・20民集60巻6号2499頁と、譲渡担保権に基づく物上代位の可否に関する最判平成11・5・17民集53巻5号863頁とが挙げられる。これらの先例においては、譲渡担保設定契約において設定者が目的物の処分の対価をどのような活動の原資に充てることが予定されているかが、目的物処分の場合における譲渡担保権の効力を決するための重要な要素となっているといえる。

(1) 集合物譲渡担保における所有者の構成個別物処分権限——最判平成18・7・20

【事案】 集合物譲渡担保設定後、設定者が構成個別物を第三取得者に売却したが、その後、設定者に民事再生手続が開始されたので、構成個別物を買受けた第三取得者が設定者に対して所有権に基づき目的動産の引渡しを求めた事案。第三取得者が譲渡担保権者との関係で有効に構成個別物の所有権を取得しているかが争われた²¹⁾。

最判平成18・7・20は、次のとおり判断した。すなわち、構成部分の変動する集合動産譲渡担保権の設定者は、譲渡担保の目的を構成する動産を「通常の営業の範囲」内で処分する権限を付与されており、「通常の営業の範囲」内

19) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1968年）665頁。

20) 我妻・前掲注19)668頁。

21) その他にも様々な争点があったが、本稿との関連性の高い部分を紹介するにとどめた。

でされた処分の相手方は、集合動産譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に目的物所有権を取得する。しかし、集合動産譲渡担保権設定者の処分が「通常の営業の範囲」外である場合には、目的物が譲渡担保契約所定の保管場所から搬出される等して集合物から離脱しない限り、処分の相手方は目的物所有権を承継取得しない²²⁾。

このように、最判平成18・7・20は、設定者の通常の営業活動のために必要な範囲で、設定者に構成個別物の処分権を承認し、集合物譲渡担保権者の構成個別物に関する追及権を制限した。もっとも、この「通常の営業の範囲」は、もっぱら設定者の利益を保護するものではなく、設定者と担保権者との利害調整のための概念として用いられている。従って、この概念は、通常の営業活動による処分の対価が構成個別物の補充の原資に用いられることを予定し、そのことに裏打ちされたものであったと考えられる²³⁾。これによって、設定者の営業継続と債権担保との両立という、流動動産譲渡担保取引の目的が達せられるのである。

(2) 譲渡担保権に基づく物上代位の可否——最決平成11・5・17

【事案】 輸入商品の「信用状取引」（買主の委託に基づき、取引銀行が売主に対して支払義務を負う旨の信用状を発行することで、代金決済資金相当額を取引銀行が買主に融資する取引）に際して、取引銀行の買主に対する債権を担保するために輸入商品に譲渡担保を設定する、という基本契約が締結された。しかし、実際の譲渡担保設定は、輸入代金決済のため設定者が約束手形を振り出すごとに、対応する輸入商品に対して個別的行われていた。すなわち、個別動産に譲渡担保が設定された事案であった。この譲渡担保設定契約には、「貸渡し」特約（設定者に目的物の処分権限を与える特約）があり、設定者は譲渡担保設定後も目的物を第三取得者に売却でき、しかも譲渡担保権は売却に

22) この部分については、通常の営業の範囲を超える処分の効力（集合物からの離脱による承継取得の可能性）が問題となっているが、本報告との関連性が高くないので、立ち入らないこととする。

23) 粟田口・前掲注11)16頁注14。

よって失われた。ところが、設定者は第三取得者から売買代金を取り立てる前に破産し、破産手続申立てによって設定者が期限の利益を喪失したので、譲渡担保権者が売買代金債権について物上代位としての差押えを申し立てた。

最決平成11・5・17は、次のように、譲渡担保権に基づく物上代位を認めた。

「右の事実関係の下においては、信用状発行銀行である相手方は、輸入商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された輸入商品の売買代金債権を差し押さえることができ……る。」

このように、最決平成11・5・17は事例決定の体裁をとっているのであるが、いかなる事実が決め手となったのだろうか。最決平成11・5・17の調査官解説は、注目すべき事実として、①特定動産の譲渡担保であること、②被担保債権と担保目的物との牽連性（動産売買先取特権に準ずる関係）があること、③被担保債権の履行期が到来していること、④貸渡し特約が存在し、譲渡担保権者が目的物について追及権を失っていた事案であることを挙げている。そして、特に①を捉えて、集合物譲渡担保に基づく物上代位は射程外であると説いていた²⁴⁾。

もっとも、なぜこれらの事実が重要だったのだろうか。これは、次のように考えられる。すなわち、④の貸渡し特約によれば、転売によって設定者が取得する代金は、取引銀行への融資返済の原資として用いられることが予定されていたと考えられる。そうでなければ、譲渡担保権者が設定者による目的動産の処分及びそれに伴う追及権の喪失を認めるとは考えにくいからである。①個別動産を目的とすること（すなわち、処分後の担保目的物の補充が予定されていないこと）や、②被担保債権との牽連性は、このような貸渡し特約の趣旨解釈を支える事実であるといえる。

これに対して、③被担保債権の履行期到来に関しては、この決定の事案で

【 24） 河邊義典「判解」最判解民事篇平成11年度(上)439頁、462頁（2002年）。

は単に被担保債権の履行期が到来していただけではなく、設定者が破産に至っており、以後設定者が売買代金を取立銀行への融資返済の原資としてのために用いる可能性はなくなっていた。このような意味で、この点は物上代位を肯定する方向に作用したのではないだろうか。

以上のように考えると、集合物譲渡担保が最決平成11・5・17の射程外である理由は、次のように考えられる。すなわち、集合物譲渡担保においても、前掲最判平成18・7・20によれば、④貸渡し特約と同様の処分権限と、これに伴う構成個別物に対する追及権の喪失とが性質上当然に認められている。しかし、②牽連性は事業運転資金の融資と事業を構成する動産という形でより緩やかであり、①構成個別物の補充が予定されていることから、構成個別物の転売代金は第一次的には融資返済よりも新たな構成個別物の補充に用いられることが予定されており、この点で、最決平成11・5・17の射程外であったと考えられる。もっとも、③設定者が営業を停止した場合、転売代金は構成個別物の補充に用いられなくなるので、最決平成11・5・17の事案に接近すると評価し得た。

なお、この最決平成11・5・17は、売買代金債権が譲渡担保権に基づく物上代位の対象になるか、という問題を扱った決定として紹介されることが多い。しかし、この決定は③被担保債権の履行期到来を考慮要素に入れており、この要素は、譲渡担保権の効力が及ぶ範囲を限定する意味を持ってはいない。すなわち、この決定は、譲渡担保権の効力範囲のみならず、物上代位権行使の時的限界の問題をも併せて考慮していたことが分かる。そして、その時的限界は、まさに代替的物上代位に対して課されていたのである。

6 判旨の分析

以上を踏まえると、最決平成22・12・2の判旨は次のように分析することができる。

(1) 集合物譲渡担保権の効力範囲

本決定の判旨1は、構成個別物の滅失による損害保険金請求権について、それが何時発生したものであるかを問わず、集合物譲渡担保権の効力波及を認めている。これは、前記4(3)で紹介したような、債権の発生と集合物の「固定化」との先後で効力波及の有無を決する立場とも、通常の営業の過程で生じた債権への物上代位を否定する立場とも、一線を画するものといえる。

本決定が、「原審の判断は、結論において是認することができる」(下線は引用者による)としてその理由付けを支持しないことを示唆しているのも、そのためといえる。原審は、集合物譲渡担保権の効力が及ぶ債権の範囲を「通常の営業の範囲」を超える処分の対価でかつ固定化後に発生したものに限定していた。しかし、本決定の事案では、設定者は保険金請求権が発生した時点で直ちに通常の営業が継続できなくなっていたとまではいえず、その後譲渡担保権者から新たな融資を得られなかったので営業の継続を断念している。原審の判断基準によれば、本来、このような場合に物上代位を認めることはできないはずであり、その結論を回避するために、原審は著しく早い時点での固定化を認定するという操作を行っていた。これに対して、本決定は譲渡担保権の効力が及ぶ範囲については何らの限定も加えていないのである。

この点について、本決定は代替的物上代位と付加的物上代位の二分論に基づき、保険金債権への物上代位は代替的物上代位なので被担保債権の履行期到来前から効力が及ぶことを示したものである、と説明する評釈もあるが²⁵⁾、疑問である。本決定は、次の(2)で見るとおり、効力波及と物上代位権行使とを分離し、代替的物上代位であるはずの保険金への物上代位についてその行使が可能となる時点限定している。この考え方からはむしろ、付加的物上代位に被担保債権の履行期到来を要求する際にも、被担保債権の履行期到来前にすでに効力は及んでおり、被担保債権の履行期到来までは物上代

25) 栗田口・前掲注11)15頁。

位権の行使としての差押えができないだけである、と解する余地もあろう。本決定が効力波及と物上代位権行使とを分離したのは、原審のように発生時期を基準として物上代位の対象となる債権の範囲を限定することなく、物上代位権の行使時期だけを限定するためであると考えられる²⁶⁾。この発想は、付加的物上代位において履行期到来を要求する場合にも応用しうるものである²⁷⁾。従って、本判決はむしろ、付加的物上代位と代替的物上代位の二分論に拠ることなく、より細やかな利害調整を志向するものであると評すべきであろう。

(2) 物上代位の時期的制約

本決定は、以上のように集合物譲渡担保権の効力が及ぶ保険金債権の範囲を限定しない代わりに、判旨2において、集合物譲渡担保権に基づく物上代位権の行使（としての差押え）が可能になる時期を制限している。

もっとも、本決定の調査官解説は、本決定の判旨1にのみ先例的意義を認め、判旨2は傍論として位置づけている。これは、本決定が結論として物上代位権の行使を認めており、判旨2のような制約を課するか否かは本件事案における結論を左右していないためである²⁸⁾。しかし、このような制約を予定しているからこそ、本決定は判旨1のように譲渡担保権の効力が及ぶ範囲を限定しなかったものといえるので、判旨2部分も重要な判示であると評価したい。

それでは、本決定が設定者の《通常の営業の継続》中に譲渡担保権者が保険金請求権に物上代位することを否定したのは、なぜなのだろうか。これは、通常の営業の継続中であれば、設定者が損害保険金を原資にして新しい構成

26) 従って、集合物譲渡担保権の効力が及んでいるといっても、「払渡し又は引渡し」（民法304条1項但書）前に差押えすなわち物上代位権の行使がなければ、支払いを受けた者に対して担保権者が不当利得返還を請求することもできないはずであり、このことは代替的物上代位の場合でも同様であろう。

27) 拙稿「304条・371条（物上代位と収益執行、改正後の制度の位置づけ）」法学教室406号14頁、16頁注14（2014年）。

28) 柴田義明「判解」最判解民事篇平成22年度(下)722頁、736-737頁（2014年）。

個別物を買入れることが予定されているところ、譲渡担保権者が損害保険金に物上代位すると設定者が営業を継続できなくなる可能性があるためであると考えられる²⁹⁾。つまり、「集合物」譲渡担保を設定した目的を達せられなくなるのである。このように、本決定は、構成個別物の補充は、設定者の義務としてだけでなく、営業活動の一環としての、権利としての側面も有する、ということを確認したものと評しうるだろう。

本決定の文理が、この理解を支える。本決定は、《通常の営業の継続》中における保険金請求権への物上代位を否定する理由として「集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものである」ということを挙げている（下線は引用者による）。もっとも、本件は構成個別物の売買によって生じた売買代金ではなく、その滅失によって生じた損害保険金への物上代位の可否が問題となっている事案である。それにもかかわらず、本決定が構成個別物の販売による営業継続にあえて言及しているのは、《通常の営業の継続》が構成個別物の補充を意味し、その一般的な態様としては構成個別物の販売代金はその原資となるためであると考えられる。そして、この理由付けを本件事案に即して目的動産の滅失の場面に置き換えると、前述のように、損害保険金を原資とした構成個別物の補充を保障するために保険金への物上代位を制約するということになると考えられる。最判平成18・7・20及び最決平成11・5・17に対する前記5の分析も、このような理解と整合的である。

本決定が、直ちに保険金への物上代位を認めるべき「特段の事情」として、譲渡担保権者が直ちに物上代位することを許す旨の合意が譲渡担保権者と設定者との間にある場合を挙げているのも、この観点から説明できる。このような合意がある場合、そのことは、当該集合物譲渡担保契約が、損害保険金を被担保債権の弁済に充て、構成個別物の滅失後は設定者に信用を与えないことを予定するものであることを意味するだろう。

29) 粟田口・前掲注11)16頁、小山泰史「判批」判例評論632号（判例時報2120号）16頁、18頁（2011年）。

この判旨2の判断は、集合物譲渡担保権の効力が及ぶ範囲ではなく物上代位の時期のみを制限する点で、前記4(3)の我妻説に倣うものといえるが、具体的な基準は、我妻説のような《譲渡担保権の実行着手》ではなく、設定者の《通常の営業の継続》の有無となっている。

(3) 当てはめ：《通常の営業の継続》に関する具体的判断

もともと、《通常の営業の継続》は多分に評価的で多義的な概念であり、その内実如何によって判旨2の意味するところは大きく左右されうる。

本件事案では、Xは平成22年1月29日に物上代位差押えを申し立てているが、これに先立って、設定者Yが構成個別物の滅失をきっかけに平成21年9月4日に廃業している。さらに（Yの主張によれば同年10月20日に）被担保債権の履行期が到来して、同年10月23日に譲渡担保権が実行されて養殖施設及び残存する養殖魚が売却されていた。従って、物上代位差押えを申し立てた時点で、いかなる意味においても《通常の営業の継続》が否定されることが明らかな事案であった。従って、《通常の営業の継続》が認められるか否かの具体的なメルクマールが何になるかは、残された問題であるといえる。

7 本決定の射程と残された課題

ここでは、本稿の問題関心に即して、被担保債権の履行期未到来や譲渡担保権者による譲渡担保権未実行の場合における保険金への物上代位の可否に焦点を絞りたい。

本決定によれば、設定者が営業を廃止していれば、譲渡担保権者はそれだけで当然に物上代位できるのだろうか。この決定の事案では、物上代位差押えの前に被担保債権の履行期到来や譲渡担保権者による譲渡担保権の実行があったが、それらの事実は、集合物譲渡担保権者が物上代位差押えをするにあたって必要ないのだろうか。逆に、営業廃止前であっても、物上代位が可能になることはないのだろうか。

もともとこの問題は、結局のところ、本決定が残していた、《通常の営業の

継続》基準をどのように解釈すべきか、という問題に還元されるだろう³⁰⁾。この点について、評釈類では大別して次のAとBの2つの方向が示されている。

A：譲渡担保権の未実行・被担保債権の履行期未到来

まず、《通常の営業の継続》は、譲渡担保権がいまだ実行されていない、または被担保債権の履行期が到来していないために譲渡担保権が実行できない状態にあることを意味する、という解釈が存在する³¹⁾。《譲渡担保権の実行着手》後のみ集合物譲渡担保権に基づく売買代金への物上代位を許容する我妻説(前記4(3))も、このような立場として位置付けることができるだろう。

この立場によれば、本件事案では、遅くともXが譲渡担保権を実行した平成21年10月23日(Yの主張を前提とすると、被担保債権の履行期が到来した同年10月20日)に、Xは物上代位差押えをなしうるようになった、ということになるだろう。

しかし、なぜ《通常の営業の継続》を履行期未到来と読み替えるべきなのだろうか。そのように解さないと、物上代位の可否をめぐる基準が不明確なものとなってしまう、という指摘もあるが³²⁾、本決定に対する内在的理解とはいいい難いところがある。これとは別に、集合物譲渡担保権者の物上代位に対する制約は、設定者(目的物所有者)の構成個別物処分権限が被担保債権の履行期到来まで保障されることの裏返しである、としてこの解釈を説明する評釈も存在する³³⁾。しかし、そうであるならば、設定者の処分権限に基づく

30) 柴田・前掲注28)737-738頁。

31) 田高寛貴「判批」金融・商事判例1372号2頁、4頁(2011年)は、「通常の営業の継続」の本質は、担保権実行が可能な時期になったか否かであり、「通常の営業の継続」という表現は、担保権実行が可能になる時期を、根担保である本件事案に即して具体化したものにすぎない、と説く。松本恒雄「判批」民事判例Ⅲ(2011前)144頁、147頁(2011年)もこれを支持する。柴田・前掲注28)737-738頁は、本決定の解釈としてこのような理解も排斥されてはいない、と評する。

32) 田高・前掲注31)4頁。

33) 古積健三郎「判批」民商法雑誌145巻1号52頁、62-63頁(2011年)。占部洋之「判批」重判平成23年度(ジュリ臨増1440号)72頁、73頁(2012年)も、「通常の営業の継続」の解釈という形こそ明示してはいないが、物上代位に対する時期的制約を設定者の処分権の保障と関連づけている。

処分の対価には、通常の営業の終了後であってもおよそ譲渡担保権の効力は及ばないはずではないか。そうであるとすれば、物上代位の時期（判旨2）ではなく譲渡担保権の効力が及ぶ範囲（判旨1）について、通常の営業の継続中に生じた保険金への物上代位を否定するはずではないだろうか。この説明は、集合物譲渡担保において債務不履行まで設定者に構成個別物の処分権限が保障されるということから出発しているが、そもそも何のために設定者に処分権限を保障する必要があるのか、という観点が脱落しているように思われる。

B：設定者による構成個別物補充の継続

これに対して、《通常の営業の継続》は設定者による構成個別物の補充が継続されていることを意味する、という解釈も有力である³⁴⁾。

この立場によれば、本件では、Yが養殖業を廃業した平成21年9月4日に、構成個別物の補充が停止され、Xによる物上代位が可能になった、ということになるだろう。

それでは、なぜ《通常の営業の継続》を構成個別物補充の継続と読み替えるべきといえるのだろうか。この解釈を、譲渡担保権者が新規搬入物への効力と物上代位との両取りをしないよう、集合物譲渡担保の目的物の《固定化》を物上代位の要件とするものとして説明する評釈も存在する³⁵⁾。確かに、新規搬入が停止されれば両取りは生じなくなる。しかし、第一に、《固定化》は個別動産の新規搬入が継続していても新規搬入物に譲渡担保の効力を及ぼさないというものであって、新規搬入の停止とは一致しない。実際、本決定の原審は通常の営業が継続していなかったことを「固定化」と言い換えていたのに対して³⁶⁾、本決定は固定化の語を避けている。加えて、前記6(2)のように物上代位の目的物は補充のための原資となることが予定されていると考え

34) 粟田口・前掲注11)16頁、池田雅則「判批」筑波ロー・ジャーナル9号209頁、224頁（2011年）、同「集合動産譲渡担保に基づく物上代位の効力に関する覚書」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』（信山社、2012年）163頁、183頁。

35) 古積・前掲注33)63頁。

36) 民集2000頁。

ると、物上代位を認めれば新規搬入は止まるはずであり、両取りの懸念は、設定者が保険金以外の財産を原資として補充を行う場合にしか妥当しない。そもそも、両取りの禁止に主眼があるのであれば、担保権者がいずれか一方を選択することは許されて然るべきであるが、そのような選択権も担保権者には与えられていないのであって、集合物譲渡担保権者の物上代位に対する制約には、単なる両取りの禁止に解消されない意味があると考えられる。

それでは、集合物譲渡担保権者の物上代位に対する制約には、いかなる意味があるのだろうか。前記6(2)のように、集合物譲渡担保権者の物上代位に対する制約には、設定者が保険金を用いて構成個別物を補充することを保障する意味があると考えられる。そうすると、補充が成されないことが確定した時点で、物上代位に制約を加える必要はなくなるのであって、《通常の営業の継続》を構成個別物補充の継続と読みかえる解釈は、このような観点から正当化されるべきであろう。

もちろん、被担保債権の履行期が到来し、譲渡担保権が実行されることによって通常の営業が継続できなくなり、その結果として補充が停止される場合はあるだろう。その限りで、Aの解釈とBの解釈は部分的に重複する。しかし、Bの解釈によれば、すでに補充の停止が生じている場合には、被担保債権の履行期到来まで物上代位を制約すべきではない、ということになるだろう³⁷⁾。

もっとも、このような意味での《通常の営業の継続》を物上代位に対する制約としても、別段の考慮によって制約が解除されることはありうる。本件とは逆に、被担保債権の履行期到来後も補充は続いていた場合、いくら営業継続中だからといって物上代位を抑止しても、担保権者が被担保債権の債務名義を有していれば、債権執行によって保険金を取り立てることが可能ではなくである。そもそも、物上代位は本来、担保権者と一般債権者との利害調整

37) 逆に松本・前掲注31)147頁は、設定者の補充義務違反によって期限の利益喪失が生ずるはずなので、譲渡担保の実行が可能になったか否かをメルクマールにすれば足りる、という。しかし、本件事案では（Yの主張を前提とする限り）、構成個別物の補充停止後も、期限の利益喪失は10月20日まで生じていなかったようである。

であって、担保権者と設定者との利害関係は問題にならない。例外的に担保権者と設定者との利害調整が必要になるのが、被担保債権の履行期到来前に物上代位ができる場合であり、この場合だけは、物上代位ができないと債権執行もできないので、物上代位を抑止すれば設定者の利益が守られるのである³⁸⁾。これに対して、被担保債権の履行期到来後は、物上代位に対して制約を加えることに営業の継続を保護する意味はない。従って、この場合には結局のところ通常の営業の継続による物上代位の制約は解除され、営業継続の有無にかかわらず物上代位が認められると解すべきだろう。

Ⅲ 抵当権に基づく物上代位への示唆

以上のように、最決平成22・12・2は、集合物譲渡担保権の効力を構成個別物の滅失によって生じた損害保険金に一律に及ぼしつつ、《通常の営業の継続》中における物上代位を制限した。前記Ⅱ7のBのように《通常の営業の継続》を構成個別物補充の継続として捉えるなら、この制約は、「固定化」などといった集合物譲渡担保のメカニズムに特有の考慮によるものではないと考えられる。すなわち、この最決平成22・12・2の議論からは、一段抽象的な《担保権設定契約上予定されていた担保物所有者の経済活動のための、再建原資への物上代位に対する制約》という視角を検出しようだろう。

この視角は、抵当権にも及び得るものである。抵当権は非占有担保として構成されているところ（民法369条1項）、これは、担保物所有者による担保物の利用を確保するためであると考えられている。このことは、担保権設定契約上予定されていた担保物所有者の経済活動のために担保権の効力が制約されているという点で、集合物譲渡担保において設定者に構成個別物の処分権が認められることと共通している。そこで、以上の議論を抵当権に基づく損

38) 従って、保険金を用いた設定者の営業の継続を完全に保障するためには、保険金を差押禁止債権（民執152条）として債権執行をも禁止する必要がある。しかし、地震保険法ですら地震保険を差押禁止債権とする規定を持っていないのであって、通常の損害保険の場合に解釈で差押えを禁止するのはなおさら困難である。

害保険金への物上代位に応用できるかを検討したい。

この点について、最決平成22・12・2の評釈の中には、抵当権に基づく保険金債権への物上代位の場合は保険金債権発生後直ちに物上代位しうる、ということをも前提として、抵当権と集合物譲渡担保との差異を説明する評釈もある。抵当権に基づく物上代位への制約を否定すべき理由としては、抵当権設定者は不動産を再築して抵当権を再設定する義務を負わない（従って、抵当不動産の再築のために保険金への物上代位を封ずる必要がない）、ということが指摘されている³⁹⁾。しかし、抵当権者に物上代位による保険金の取得を認めるよりも、不動産を再築して抵当権を再設定した方が、両当事者にとって（すなわち、設定者のみならず抵当権者にとっても）合理的な場合も多いだろう。実際、前記Ⅰ2で紹介したように、東日本大震災への対応に関する実務的検討も、抵当権者に対して、再築・抵当権再設定を合理的な対応として選択肢に入れるよう助言していたところである。

これに対して、最決平成22・12・2の議論を抵当権に基づく物上代位へ応用することを志向する評釈も存在する。もっとも、この評釈は、《通常の営業の継続》を被担保債権の履行期未到来（前記Ⅱ7のA）と解するものであり、そのことを前提として、被担保債権の履行期到来前は、保険金は設定者が目的物の修繕に利用すべきではないか、と論じている⁴⁰⁾。これに対して、《通常の営業の継続》を構成個別物の補充（前記Ⅱ7のB）と解する立場からは、抵当権の場合、建物につきその修繕を前提として通常の利用を継続している限り、保険金への物上代位は制約される、と読み替えるべきことになるだろう。

この議論は、建物の損壊が、当該建物をその同一性を保って修繕しうる程度のものであることを前提としており、その限りでは妥当なものと考えられる。ただし、前記Ⅱ7で論じたのと同様、一般の債権執行との関係を考慮すると、設定者が目的物の利用を継続していても、被担保債権の履行期到来後

39) 小山・前掲注29)164頁。

40) 田高・前掲注31)5頁。

は、物上代位に対する制約に設定者の修繕・利用継続を保護する意味は認められないので、物上代位は制限されなくなるだろう。

しかし、建物を取り壊して再築する必要がある場合には、別個の考慮を要する。すなわち、この場合、再築建物に当然に抵当権再設定の効果を認めるのは困難である。ここに、前記Ⅱで論じてきた集合物譲渡担保と抵当権との違いが表出する。前記Ⅱで論じてきた集合物譲渡担保においては、構成個別物が完全に入れ替わっても集合物が同一性を保って担保目的物となり、対抗要件具備の効力も及ぶ。このことが、集合物譲渡担保に基づく物上代位を制約する議論の前提に存在していたのである。抵当建物を取り壊して再築する場合にはこの前提が妥当しないので、たとえ所有者が担保価値維持義務の一種として目的建物の再築・抵当権再設定義務を負うとしても、抵当権者が所有者にその履行を強制する手段は損害賠償以外にないと考えられる。そこで、法的には抵当権者に無制約の物上代位を認め、これを抵当権者側の交渉材料として、所有者との間で、保険金を原資とした建物の再築と引き換えに再築建物上に抵当権を再設定する合意が成立するよう促す、という方向も考えられるだろう。

従って、結論としては、特に抵当建物が再築を要する場合、抵当権に基づく保険金債権への物上代位には、集合物譲渡担保に基づく物上代位への制約に類する時的制約を及ぼすべきではない、とも考えられる。しかし、建物をその同一性を保って修繕しうる場合には、同様の制約を課すことも合理的であると考えられる。いずれにしても、こうした考慮は抵当権の効力が及ぶ範囲ではなく物上代位の行使時期に反映される方が適切であるので、抵当権の効力は保険金に一応（その発生時期を問わず）及ぶと考えたうえで、物上代位に対して必要な制限を課すべきであろう。

このように、最決平成22・12・2から示唆を得ることによって、少なくとも、抵当権に基づく保険金への物上代位についても、保険金は価値代替物なので発生後直ちに物上代位しうる、という抽象的な議論（前記Ⅰ2）からの脱却が促されるだろう。

* 本稿は、平成24年度科学研究費補助金（基盤研究A）・課題番号24243018による研究成果の一部である。また、本稿の執筆に際しては、東北大学民法研究会において中間報告の機会と出席者からの貴重なご意見・ご指摘をいただいた。

（あべ ゆうすけ）