

動産売買先取特権の法的位置づけと 立法的課題に関する一考察(二・完)

遠藤 研一郎

- 一 問題の所在
- 二 動産売買先取特権の法的背景
- 三 他の動産担保との優劣関係(流動集合動産譲渡担保との競合問題を中心として)(以上、七〇号)
- 四 (実体法的側面における)物上代位をめぐる議論
(1) 民法三〇四条の「差押」の意義に関する従来の判例・学説概観
① 大審院大正四年・一二年判決、昭和五年決定の位置づけ
② 学説の展開と最高裁昭和五九・六〇年判決
(2) 最高裁平成一〇年判決と動産売買先取特権の解釈に与える影響
(3) 若干の考察
- 五 動産売買先取特権の本来的実行方法
(1) 民事執行法一九〇条の位置づけと論点の指摘
(2) 判例・学説の動向と法制審議会担保・執行法制部会決定(中間試案)
(3) 若干の検討
- 六 動産売買先取特権に基づく物上代位権の実行方法
(1) 民事執行法一九三条の位置づけと論点の指摘
(2) 判例・学説の動向と法制審議会担保・執行法制部会決定(中間試案)
(3) 若干の検討
- 七 むすびにかえて(以上、本号)

四 (実体法的側面における)物上代位をめぐる議論

(1) 民法三〇四条の「差押」の意義に関する従来の判例・学説概観
動産の売主が、買主が有する転売代金債権上に物上代位権を行使するためには、民法三〇四条によれば、①「其ノ払渡又ハ引渡前ニ」、②「差押ヲ為スコト」が要件とされている。そもそも本条に関しては、以前より多面的に議論がなされてきたところであるが、その根幹をなす論点としては、大きく、(a)いつまで行使しうると解すべきかという側面と、(b)その物上代位権をどのような方法で行使するか、という側面の両面を挙げ得る。(a)については主として実体法上の問題として、(b)については主として手続法上の問題として議論がなされているため、(b)については後述する(六)こととし、ここでは、ひとまず(a)を取り上げることとすると、本問題は、より具体的に、「差押」にいかなる機能を持たせるかとい視点から出発し、「払渡又ハ引渡」という要件の具体的範囲と関連づけて、【ケース①】買主の一般債権者による売買代金債権の差押・仮差押以後に差押えた場合、【ケース②】買主の一般債権者が差押に引き続き転付命令まで取得した場合、【ケース③】転売代金債権を目的とする質権が設定された場合、【ケース④】転売代金債権が第三者に譲渡された場合、【ケース⑤】買主が破産宣告を受けた場合、のそれぞれにおいて売主は物上代位権を行使しうるか、という具体的問題を解決することを目的(具体的到達点)とした解釈論と位置づけ得る。そこで、以下では、民法三〇四条一項但書の「差押」(以下では、「差押」とは本条における差押を指し、それ以外の差押の場合には鍵括弧を付さないことと使い分ける)の意義に関する従来の判例・学説の変遷を概観してみる。なお、以下で取り上げる判例・学説は、動産売買先取特権に限らず抵当権に関するものが含まれており(むしろその方が多数である)、そもそも両者を区別すべきか否かは

議論の余地があるが、その点は後述することとし、概観する段階では特に意識しないこととする（結論を先取りすれば、筆者は、三〇四條の解釈をする限りにおいて両者を根本的な部分で区別する必要はないと考えている）。

① 大審院大正四年・一二年判決、昭和五年決定の位置づけ

現行民法典の審議においては、民法三〇四條一項但書の「差押」の趣旨は、第三債務者が目的債権を弁済し、金銭が担保目的物の所有者の一般財産の中に混入することを防止するという、いわゆる「目的債権の特定性の維持」にあるとされてきたことは既に明らかとなっておりである。この見解（以下、この見解を「特定性維持説」と呼ぶ）を突き詰めていけば、実際に代位物が債務者の一般財産に混入する以前（支払がなされる前）であれば物上代位権の行使が可能となり、その結果、前述の【ケース】のいずれの場合でも行使可能という帰結になりそうであるが、実際、立法後一〇年余りが経過して以降の大審院判決（①大判大正四年三月六日（民録二一輯三六三頁）；旧鉱業法による補償金への担保権者の物上代位の事例）、②大判大正四年六月三〇日（民録二一輯一一五七頁）；旧土地収用法による補償金への担保権者の物上代位の事例）は、本説を採用したとい得る。すなわち、①判決によれば、差押の意義を「一面代表物タル特定性ヲ保存スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ其消滅ヲ防止シテ優先権ヲシテ補償金上ニ其権利ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノ」とし、したがって、「優先権者自身ニ於テ差押ヲ為シタル場合ト雖モ其ノ補償金ハ優先権ノ目的トシテ保存セラルヘキ筋合ニシテ優先権アル債権者ハ之ニ対シ其ノ権利ヲ主張スルコトヲ得ヘク自己カ先シテ差押ヲ為ササリシコトハ其優先権ヲ行使スルコトノ妨ケトナルコトナシ」と判断したうえで、【ケース②】においても物上代位権の行使を認めていた。また、②判決も同様であった。

しかし、判例は、上記判例に対する当時の反対学説¹⁹を反映して、間もなく、判例変更することとなる。③大連判大正一二年四月七日（民集二巻二〇九頁）がそれである。本件は、抵当不動産所有者の取得した火災保険金請求権について抵当権者が物上代位権を行使した事案であるが、大審院は、抵当権者が物上代位に基づく差押をする以前に抵当不動産の所有者の他の債権者が差押命令・転付命令を取得した場合には、抵当権者もはや物上代位に基づき保険金請求権から優先弁済を受けることはできないものとした。そして、その判決理由の中で、
 抵当権者が物上代位権を行使するには「其ノ金銭払渡前ニ於テ差押ヲ為スコトヲ要スルモノニシテ其ノ差押ハ抵当権者自身ニ於テ之ヲ為スコトヲ要（する）」としており、その根拠としては、「抵当権ハ本来其ノ目的物ノ滅失ニ因リテ消滅シ債権者ノ受クヘキ金銭ニ付テハ当然存スルモノニ非スト雖民法ニ於テ特ニ如上ノ規定ヲ設ケタルハ畢竟抵当権者を保護センカ為ニ其ノ目的物ノ滅失ニ因リ債務者カ第三者ヨリ金銭ヲ受取ルヘキ債権ヲ有スルニ至ルトキハ其ノ債権ニ対シテモ抵当権者ニ之ヲ保存セシメ優先権ヲ行フコトヲ得セシムルヲ適当ト認タルニ因ルモノニ外ナラスシテ右債権ニ付抵当権者カ差押ヲ為スコトハ其ノ優先権ヲ保全スルニ欠クヘカラサル要件タルコト法文明白」であることとを挙げている。すなわち、物上代位の「差押」の趣旨について、物上代位は民法が特に担保権者保護のために認めたものであるから（＝特権論）、担保権者が物上代位の目的債権を保存する必要がある（＝担保権者が目的債権を自ら差押えることが優先権保全の要件である）と説いており、この理論が、以後、いわゆる「優先権保全説」と称されることとなる。

ところで、この判例変更を契機として、後の学説の展開において、「価値説（担保物権は価値権支配であり、その代償物は担保目的物の価値変形物であるから、担保権の効力は当然にその代償物に及ぶと解

する見解) ↓ 特定性維持説 ↓ 差押は代位権者自らが行なう必要はない) と (特権説 (担保権は目的物が消滅すれば当然に消滅するが、その代償物に対して法律が特別に政策判断として担保権の効力を及ぼすこととしたと解する見解) ↓ 優先権保全説 ↓ 差押は代位権者自らが行なう必要がある) との大きな観念的対立図式が広がり、両判決はその出発点として位置づけられてきた感がある。確かに両者は観念的には大きく対立する。しかし他方では、両説のいずれかの見解に立つからといって、結論的には直ちに大きな差異が出るという必然性はないのではないかという点も指摘しうる。すなわち、後述するように、特定性維持説に依拠するとしても、何らかの根拠に基づいて、目的債権が第三者に譲渡されたり転付されたりしたときにはもはや代位権の行使は許されないと解することや、物上代位権者自らが差押さえなければならぬと解することも可能であり、他方では、優先権保全説に立つと評される③判決においても、他の債権者の申立による目的債権についての転付命令が効力を生じた後に物上代位権者が目的債権を差押ええた事実で物上代位権行使を否定したにすぎず、他のケース (特に、他の債権者が単に目的債権を差押えただけにとどまる場合) まで一様に物上代位権の行使を否定する趣旨ではないとの理解も可能なようである。故に、筆者は、特定性維持説によるか優先権保全説によるかという理論的要素自体は、結論に差異が出る決定的な要素とはいえないと考える。そしてむしろ、その要素は、物上代位権者の「差押」に第三者 (ただし第三債務者を除く。以下では、「第三者」とは基本的にこの意味に用いる) に対する「公示」機能を認めるかどうかという観点に置き換えるべきであると考え。というのも、仮に三〇四条の「差押」に對第三者の公示機能を認めないのならば、第三者との優劣関係を決する場合、先取特権に関して言えば、そもそも同権利には他の公示手段が伴わないため、公示手段を伴わない権利の物上代位権をいかに解

釈するかという点に議論の方向性が向くこととなるし、抵当権に関して言えば、他に公示手段として認められる要素 (例えば、抵当権設定登記) によつて優劣を判断する可能性が出てくるのに対し、「差押」を公示手段と捉えるならば、その公示を基準にして優劣関係を決するという方向に導かれることとなりそうである。この差異こそが、対立する利害関係人の優劣をいかに決するかに関する出発点といえまいか。その意味では、①・②判決の採った特定性維持説も、③判決の採った優先権保全説も、いずれも「差押」非公示説」という大きな括りの中では一致することとなると考える。そもそも、③判決の「優先権保全」をいかなる意味に捉えるかは評価が分かれようが、少なくとも③判決の段階では差押に公示機能を認めていないように思われる。

そして、この着眼点を前提とすると、差押に對第三者の「公示機能」を認めたりディングケースとしての、④大決昭和五年九月二三日 (民集九卷九一八頁) に注目すべきである。本判決は、その後昭和五九年に最高裁判決が再び出されるまでの下級審判決に大いに影響を与えたものといえる。本事例は、抵当権の目的たる土地の補償金債権について債権譲渡がなされたが、本債権について抵当権者が物上代位権を行使したことにつき、その担保権実行の有効性が争われたものであるが、その中で、三七二条の準用する三〇四条における「差押」の意味を、「一面ニ於テ債務者カ金錢其ノ他ノ物ノ交付ヲ受ケタル後其ノ金錢其ノ他ノ物ニ對シ尙抵当權ヲ追隨セシムルカ如キハ債務者固有ノ財産トノ間ニ混雜ヲ生シ徒ニ權利關係ヲ紛糾セシムルニ止マルノ虞アルハ抵当權ノ存在ハ金錢其ノ他ノ物ノ交付ヲ受クル前ニ於テノミ之ヲ認ムルヲ至当ナリトシ抵当權ノ目的トシテ抵当不動産ニ代位スルハ債権其ノモノナルコトノ趣旨ヲ明ニスル」ことに求めるとともに、「同時ニ他ノ一面ニ於テ債権ニハ登記ノ如キ公示方法ナキニヨリ第三者ヲ保護スルノ方法トシテ不動産ニ代位スルコトヲ明確ニシ抵当權ヲ第三者ニ對

シ保全スルノ要件トスル趣旨ヲ定メタルモノ」と解したうえで、「其ノ差押ハ必スヤ債務者ニ対シテ為スコトヲ要スルハ当然」とした。本判決は、「差押」の意義について、一面において債権の特定性維持のためであることを言明しており、その点で特定性維持機能を完全に否定するものではないが、他面で、「差押」は物上代位権者自らが行なわなければならないとしており、結論的には①判決および②判決を否定すると同時に、結論を同一にしている③判決と④判決の間にも、先述のとおり差異が見受けられる点に特徴がある。すなわち、③判決は、物上代位の目的を「其ノ債権ニ対シテモ抵当権者ニ之ヲ保存セシメ優先権ヲ行フコトヲ得セシムルヲ適當ト認タルニ因ルモノ」としたうえで「差押」を「優先権ヲ保全スルニ欠クヘカラサル要件」として捉えており、第三者への公示という発想は出ていないのに対し、④判決に至っては、「差押」を「債権ニハ登記ノ如キ公示方法ナキニヨリ第三者ヲ保護スルノ方法トシテ不動産ニ代位スルコトヲ明確ニシ抵当権ヲ第三者ニ対シ保全スルノ要件トスル」趣旨と解しており、対第三者の公示機能的要素を認めているように思われる。両判決はそれぞれ、「ケース②」・「ケース④」の判決であったため、判決の結論自体には近接性が見られるが、「差押」の果たす機能という側面において位置づけは少なからず異なることに留意すべきではなからうか。

② 学説の展開と最高裁昭和五九年・六〇年判決

(a) 差押Ⅱ対第三者公示説

前述の判例群を契機として、三〇四一条一項但書に関する解釈論が本格的に議論の対象となるが、その後の（裁）判例を大まかに分類すれば、後述の最高裁昭和五九年・六〇年判決までの間のうち、およそ、昭和四〇年代前半までには抵当権に基づく物上代位権の行使が、昭和五〇年頃以降は動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使が、それ

ぞれ争われた。しかしいずれも、④判決の「物上代位の差押に、対第三者の関係において、物上代位権の存在を公示するための機能を認める」という考え（以下では、これを「差押Ⅱ対第三者公示説」とする）をそのまま踏襲したと解され得るものが多くだされた（大阪地判昭和六年五月二日（法律新聞四七二八号一七頁）、高知地判昭和四年三月二六日判例時報五二六号七八頁、東京高判昭和四年七月一八日（金融法務事情七三四号三六頁）、札幌高判昭和五年七月三〇日（下民集二八巻五ノ八号八七六頁）、大阪高判昭和五年八月七日（NBL一九七号一八頁）、大阪高判昭和五年三月一四日（判例タイムズ四二二号八八頁）、大阪高判昭和五年三月一七日（判例タイムズ四二二号九〇頁）、東京地判昭和五年一月一四日（判例時報一〇〇二号一〇八頁）、東京高判昭和五六年三月一〇日（判例タイムズ四四二号一八八頁）、東京高判昭和五六年三月一〇日（判例タイムズ四四二号一七七頁）、大阪高判昭和五七年五月一八日（金融法務事情一〇三二号四三頁）、大阪高判昭和五七年六月二五日（金融法務事情一〇三二号四四頁）等）。また、学説上も、この差押Ⅱ対第三者公示説を妥当とする見解が有力に主張されることとなる。末川博見解⁵¹、高島平蔵見解⁵²、東孝行⁵³仲家暢彦見解⁵⁴、麻上正信見解⁵⁵、宗田親彦見解⁵⁶などがそれである。そして、この見解に立った場合、「ケース①」にとどまる場合にも担保権者には物上代位権を行使しえないかについて、前掲裁判例は、傍論にて否定するものが多く、また、学説上でも、東⁵⁷仲家見解が、「具体的妥当性の面から疑問が残るが、…現在の對抗要件に關して形成された法の解釈論を前提とするとき、これを肯定せざるをえない⁵⁸」としている。すなわち、本見解に従えば、公示（差押）が劣後する物上代位権者は、常に第三者に物上代位権を主張しえない可能性が高くなる。

(b) 差押Ⅱ対第三者非公示説

これに対し、学説上で徐々に通説化することとなったのは、筆者の

分類にしたがえば、「差押Ⅱ対第三者非公示説」であり、その中の「特定性維持説」である。その出発点として位置づけられ、かつ特定性維持説の特徴を最も強く打ち出しているのが、鳩山秀夫見解⁵⁷である。鳩山見解は、当時の通説的見解が③判決と一致している中、同判決を評釈し、次のような内容を展開して判例に反対した。すなわち、(a)担保物権は物の経済価格を内容とするものであり、物が滅失しても、その経済価格が残存するときは、担保物権はむしろ存続するのが本則であり、物上代位の規定はその担保権の性質に基づいた当然の規定であるⅡ(価値権論)、(b)要件としては、代位物が債務者の他の財産と混同されずに存在することのみを必要とし、差押はこのためにあるので、他の者の差押があればそれで足りる、(c)物上代位権の公示については、抵当権の登記であり、差押に第三者に対する公示機能を認めるべきではない、(d) (旧)民事訴訟法六〇一条は「債務者ハ債権ノ弁済ヲ為シタルモノト看做ス」と規定するのであって、第三債務者が払渡または引渡をしたものとみなすのではなく、したがって、他の債権者の受けた転付命令は、第三債務者が払渡す前に優先権者が優先権行使すればその効力を失う、と論じた。そして、本見解はその後、徐々に学説に浸透して通説的見解を形成することとなった⁵⁸。ただし、ここで留意すべきは、鳩山見解を推し進めると、前述の【ケース】①②⑤のいずれの場合でも、さらにいかなる者の差押であっても、物上代位権行使が可能と解することとなるが、それが必ずしも絶対的な帰結ではないということである。例えば、我妻栄見解⁵⁹によれば、特定性維持説に依拠しつつも抵当権者自身が差押をすることを要求しているし、清水誠見解⁶⁰によれば、同じく特定性維持説を前提に、物上代位権の行使以前に目的債権が第三者に譲渡されたり転付された場合には、担保権者には物上代位権を行使しえないと解するものもある。

他方、差押Ⅱ対第三者非公示説の中でも、特に昭和五〇年代以降、

「差押」の意義を「第三債務者の二重弁済の危険防止」という観点に見出す見解——いわゆる、第三債務者保護説——が出され、有力視されるようになった。例えば、鎌田薫見解⁶¹は、「物上代位の要件としての差押は、第三債務者に対して物上代位権が行使されたことを知らしめ、同時に物上代位物の本来の債権者への弁済を差し止めることによって物上代位権者の優先権を保全することを目的とする点で、指名債権質や転抵当の場合の第三債務者等に対する對抗要件と同一の機能を有するとともに、さらにこれを進めて(単なる通知・承諾にとどまらず)満足的な段階についてまで配慮したもの」と位置づける。同見解に従えば、物上代位権を行使する担保権者自身による差押が必ず要求されるとともに、対第三者の関係での優先権の順位は、差押の先後ではなく、担保権等の本来の順位に従うこととなる。また、吉野衛見解⁶²は、「物上代位のための差押に関する沿革からみて、物上代位は担保物権の価値権としての性質にかんがみ、法律が特に認めたものであり、したがって、民法三〇四条は、担保物権の効力が代位物の上に及んでいることを当然の前提としつつも、担保物権者による差押(ないしは配当要求)もその効力保存の要件としていると解すべき」であり、「すなわち、物上代位による差押は、物上代位権保全のための要件であって、この差押は、沿革的にはイタリア民法一九五一条の *opposizione* の系譜をひき、第三債務者から債務者への弁済を禁止することによって、右の差押は、わが民事執行法一四五条の差押命令というよりも、仮差押命令に近い性格のものといえる」と述べる。さらに、これらの見解を踏まえて、第三債務者保護説を発展させたのが、清原泰司見解⁶³である。本見解は、差押は第三債務者のみに対する對抗要件・効力保存要件であるとし、第三者との関係においては何らの差押の意義を認めない点で徹底しており、それまでの鎌田・吉野見解が結論付けた「代位目的債権に対する転付命令の確定後や同債権譲渡後になさ

れた差押は、民法三〇四条一項但書の「払渡又ハ引渡」に該当し、物上代位権をもち主張し得ない」という点についても、「不徹底である」と評価し、「差押」の意義は第三債務者の二重弁済の危険防止のみにあると考えるならば、その債権が債務者のもとを離れている場合であっても、第三債務者に二重弁済の危険が存する限り、担保権者による差押を認めてもよい」としている。本見解は、ポワソナード見解に目を配りつつ、それまであまり注視されてこなかった第三債務者に焦点を当て論立しており、学説に大いに影響を与え、また、後述するとおり平成一〇年において、最高裁の第一、三小法定のいずれもが本見解を採用する判決を出すこととなるという意味において、大いに注目し値する見解である。⁶⁵⁾

(c) 最高裁昭和五九・六〇年判決

このような中、⑤最判昭和五九年二月二日（民集三八卷三三号四三三頁）⁶⁶⁾および⑥最判昭和六〇年七月一九日（民集三九卷五号一三二六頁）⁶⁷⁾が出され、判例の立場が明確になった。⑤・⑥判例のいずれも、①④判決とは異なり動産売買先取特権に関する事例であり、位置づけには一定の配慮が必要であるが、何にしても本小稿のテーマとの関連でいえば、最も中心的に位置づけるべき判例である。

まず、⑤判決は、債務者が破産宣告を受けた後も先取特権者はおもな転売代金につき物上代位権を行使することができるが争われたものである。同判決は、「民法三〇四条一項但書において、先取特権者が物上代位権を行使するためには金銭その他の払渡又は引渡前に差押をしなければならぬ」と規定されている趣旨は、先取特権者のする右差押によって、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡し又は引渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の対

象である債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするところにある」としたうえで、「第三債務者による弁済又は債務者による債権の第三者への譲渡の場合とは異なり、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもって目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はない」とし、債務者が破産宣告決定を受けた場合においても「その効果の實質的内容は、破産者の所有財産に対する管理処分権能が剝奪されて破産管財人に帰属せしめられるとともに、破産債権者による個別的な権利行使を禁止されることになるといふにとどまり、これによる破産者の財産の所有権が破産財団又は破産管財人に譲渡されたことになるものではなく、これを前記一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はない」と結論付けた。すなわち、【ケース⑤】での物上代位権行使を可能としつつ、傍論部分において【ケース④】とは異なり【ケース①】にとどまる場合には物上代位権の行使は妨げないとしたもの、⁶⁸⁾と云い得る。

また、⑥判決では、一般債権者が仮差押命令を取得して第三債務者に送達された後に、物上代位権者が差押等を行なって優先弁済権を行使し得るかが争われた。同判決は、民法三〇四条一項但書の趣旨について⑤判決を引用しつつ同趣旨の内容を展開したうえで、「転付命令が第三債務者に送達される時までに、転付命令に係る金銭債権について、他の債権者が差押、仮差押の執行又は配当要求をした場合でも、転付命令を得た者が物上代位権を行使した先取特権者であるなど優先権を有する債権者であるときは、右転付命令は、その効力を生ずるものと解すべき」とであると判示した。ここでは、【ケース①】では物上代位権の行使ができること、【ケース③】および【ケース④】では物上代位権の行使ができないことが確認されたと位置づけられよう。

ところで、両判決は学説において好意的に受け止められたようであるが、判決理由で展開されている、物上代位権行使のための「差押」の意義に関する論理はいかなる趣旨か問題となった。⑤判決の評釈においては、(a)特定性維持説を取ったものと理解する見解もあるが、(b)第三債務者に対する関係では對抗要件としての意味を有しているが、債務者および第三者に対する関係では単なる被担保権実行の要件としての意味を有するにすぎないとみる見解が有力である。ただし、いづれにせよ、それまでの下級審裁判例の傾向であった「差押」対第三者公示説²¹⁾を否定したものと評価できる。

(2) 最高裁判平成一〇年判決と動産売買先取特権の解釈に与える影響
 このように、最高裁判昭和五九・六〇年判決が出されたことにより物上代位の「差押」に関する今まで不明確であった部分の判例の見解が明らかになり、いったん確定したと評価しうるし、実務上もこの部分の実体法判断は落ち着きを見せ、それ以降はむしろ執行手続に関する諸問題がクローズアップされることとなるといい得る(後述五・六)が、他方、バブルの崩壊等に起因して抵当権者が行使しうる物上代位権の範囲が問題となったことに伴い、議論が再燃し、下級審判決の見解が分かれる中、平成一〇年には物上代位の「差押」の意義を再検討する意味で注目すべき最高裁判例(⑦)最二小判平成一〇年一月三〇日(民集五二卷一頁)が出されることとなる(なお、続けて、⑧最三小判平成一〇年二月一〇日(判時一六二八号九頁)、⑨最一小判平成一〇年三月二六日(金融・商事判例一〇四四号三頁)が出されるが、⑧判決の判決文は⑦と同旨であり、⑨判決も同様の理論を前提していると思われるので、以下では⑦を検討材料とする)。事実の概要および判旨は次のとおり。

【事実の概要】Xは、平成二年九月、Aに三〇億円を貸付け、その担保としてB所有の建物に抵当権の設定を受けた(その建物はいわゆるテナントビルであり、Bは同建物の各部屋を賃貸して月額七〇〇万円余りの賃料を得ていた)。その後、Aは、平成三年三月に利息の支払を怠って期限の利益を喪失し、平成四年一二月に倒産したが、するとBは、その直後である平成五年一月、賃料月額二〇〇万円敷金一億円でこのビル全部を一括してYに賃貸し、その旨の登記も行なわれた。この契約には、①譲渡・転貸が自由にできる、②Bは、テナントらと賃貸契約を合意解除し、Yとテナントとが新たな賃貸借契約を締結するか否かはYの意思によるものとする、との特約が付されていた(実際には、従来のテナントがそのまま利用を継続)。さらに、平成五年四月には、BはCから七〇〇万円を借受け、その翌日、代物弁済としてYに対する賃料債権三年分をCへ譲渡し、確定日付あるYの承諾も得た。Xは、平成五年五月、本件抵当権の物上代位権に基づき、まず、BのYに対する将来の賃料債権のうちAへの貸金債権相当額までの部分を差押さえたが、Xは、平成六年四月、各転借人からYに支払われる転賃賃料を差押えたので、同月以降分についての差押は取下げた。そこで、XがYに対し、平成五年七月分から平成六年三月分までの賃料六五三三万円の支払を求めて訴訟を提起したのが本件である。第一審は(東京地判平成七年五月三〇日(金融商事判例一〇一一号九頁))、債権譲渡の對抗要件が具備された後の物上代位権に基づく差押は債権譲受人に劣後しつつ、BCYが債権回収妨害目的であったことを認め、Yの主張は権利濫用にあたるとしてXを勝訴させたのに対し、原審(東京高判平成八年一月六日)は権利濫用を否定してYを勝訴させたため、Xが上告した。

【判旨】①「民法三七四条において準用する三〇四条一項ただし書が

抵当権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要するとした趣旨目的は、主として、抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者（以下「第三債務者」という。）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者以下「抵当権設定者」という。）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位に置かれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗することができ、右ことにして、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にあると解される。」②「右のような三〇四一条の趣旨目的に照らすと、同項の『払渡又ハ引渡』には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるものと解するのが相当である。

けだし、（一）民法三〇四一条一項の『払渡又ハ引渡』という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、（二）物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、（三）抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、（四）対抗要件を備えた債権譲

渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきだからである。」

本判決は、①民法三〇四一条一項但書の趣旨は第三債務者の二重弁済の防止にあること、および、②債権譲渡は同条の「払渡又ハ引渡」に含まれず、その結果、物上代位権が優先すること、を明らかにしており、特に②の部分の詳細に根拠づけられている。本判決に対しては、学説上で多くの研究（評釈）が蓄積されているが、まずは、それらを素材として、本判決の位置づけについて二点確認しておく。第一に、本判決は、「差押」の意義についていかなる判断をしたかという点である。学説の中には、佐久間弘道見解²²の論ずるところと、「差押」の意義について、本判決は、先取特権に基づく物上代位権に関する前記第二小判昭60・7・19を變更するものではなく、さらに、右判例は、原則として抵当権にも適用されると解すべきことになる。すなわち、本判決は、抵当権の被担保債権額が目的不動産の価格を上回りかつ執行妨害の事案に関するものであつて、そのなかで示された『第三債務者の保護』は、単に右事案に対する物上代位権の優先性を結論づけるためのもにすぎないと解すべきである」というように、事例の特殊性を持ち出すものや、高橋眞見解²³のごとく、「本判決が第三債務者保護説をとるとしたのは、単に優先権保全説をとらないことを宣言しただけであり、差押の対抗要件としての性格を否定することによって、事実上は特定性維持説をとっているものというべきである」との分析もあるが、一般的には、（その当否は別として）以前の見解を判例変更して第三債務者保護説を採用するに至つたと解されている。第二に、本判決の射程距離に関し、特に動産売買先取特権の解釈にも影響を与える

か否か（最高裁昭和五九・六〇年判決が判例変更されたか否か）という点である。これに関し、動産売買先取特権については最高裁昭和五九・六〇年判決が維持され、抵当権と動産売買先取特権では解釈を異にすべきであるとの見解が有力であるが、他方では、本判決が民法三〇四条一項但書の趣旨目的に基づいて差押の意義を検討しており、抵当権と動産売買先取特権の差異に着目した理論を展開していない以上、それぞれにおいて「差押」の意義が異ならないと解する可能性も十分に指摘し得る。つまり、動産売買先取特権における物上代位について、平成一〇年判決の射程が及ぶ可能性が十分にあるのである。

(3) 若干の考察

以上のような判例・学説の流れについて、以下で若干の検討を加えることとする。

まず、判例・学説の分析からも明らかとなり、第三者との関係で「差押」に物上代位権の公示機能を認めるか（Ⅱ對抗要件として捉えるか）否かという点で、そこから導き出される効果が大きく異なるが、それについて考えるに、筆者は、「差押」に公示（對抗要件）としての機能を持たせるべきではないと解する。というのも、(a)動産売買先取特権について言えば、先取特権はそもそも公示のない法定担保物権であるので、物上代位になることにより直ちに公示が要求されるというのには疑問であるし、(b)抵当権について言えば、⑦・⑧判決が論ずるとおり抵当権自体の公示手段である抵当権設定登記により、物上代位権の存在も一応は公示しているといえるので、対第三者との関係では他に公示手段を設ける必要はないであろう。抵当権につき、「不動産自体の価値についての優先性が公示されているとしても：賃料債権についても当然に優先性を公示していると断じることは困難である」

との主張もあり得るが、抵当権設定をもって優先弁済権が発生すると同時に「確定的か不確定的かは別として」、同様に優先権を主張しうる物上代位権も観念しうると解するならば、抵当権設定登記を対第三者との関係での優劣の分岐点とすることは正当なものと評価することができる。

次に、特定性維持説、優先権保全説（ただし、三〇四条の「差押」に公示機能を持たせるものを除く）、第三債務者保護説という学説の理論的対立の位置づけについて考えてみる。この対立は、「差押」の意義を純理論的に見出すためには重要な意味がある。しかし、価値権論と特権論という物上代位の根本原理に関する対立とは切り離して「差押」の意義を考え得るならば、特定性維持説と優先権保全説を背反するよるに位置づける必然性はなく、また、物上代位の立法の沿革から主張された第三債務者保護説も、「二重弁済を強いられる危険のある第三債務者の保護」という視点がボアソナード草案から旧民法にかけて立法者が挙げていたという沿革は肯定するにせよ、果たして「差押」の機能をそれに限定してよいのかという疑問は拭えない。むしろ、立法経緯や制度の沿革等に固執しなければ、これらの説は共存することも可能と解することに積極的に反対することもできないのではないかとこの疑問がある。現に、近時の学説では、「二面説」・「多元説」的な解釈も有力に主張されていることは、各説の共存が可能であることを物語っている。また、近時、⑦・⑧判決評釈の中で、第三債務者保護説を批判する見解がある。例えば、松岡久和見解は、両判決を批評する中で、(a)物上代位の目的となる債権の譲受人の利益がまったく考慮されなくてもよいかは疑問である。本判決の理論に立つと、債務不履行時以降、債権譲渡を事実上不可能にして、抵当権設定者の賃料債権処分自由とそれによる経済的立ち直りの機会を完全に奪うことは妥当でない、(b)差押の趣旨が第三債務者保護に尽きるといふ論理を貫徹すれ

ば、第三債務者が弁済してもなお物上代位権者の優先権が存続すると解することとなる可能性があり、そうだとすると、そもそも第三債務者の弁済を差し止める必要も、二重払いの危険も生じないから、差押要件自体が無意味になり、第三債務者保護という立論の前提が疑わしくなるとしている。傾聴に値する。なお、この松岡見解にあたって留意すべきは、(a)については、物上代位の目的債権が「質料債権」に限った立論であるものの、これを「物上代位権の権限を極端に強めるべきではない」との価値観として捉えるならば、物上代位の目的債権全体に関わる可能性のある問題提起であること、(b)については、「差押」の意義が第三債務者保護に限られた場合に成り立つ批判であり、第三債務者保護としての機能自体を否定するのではなく、「差押」の他面的意義の一つとして第三債務者保護を位置づけることは可能であることである。

次に、動産売買先取特権に基づくものか抵当権に基づくものかという点で物上代位の「差押」の意義を区別する必要があるかどうか考えるに、筆者はその必要はないと解する。そもそも、動産売買先取特権と抵当権を区別して解釈すべきとの発想は、両担保物権に「公示」と「追及効」の有無で明確な差異があることから出されているようである。しかし、次の観点から問題点も指摘できるのではなからうか。まず、①公示の有無については、確かに動産売買先取特権が公示を伴わない担保物権であり、それに伴って債務者の有する物上代位の目的債権も第三者に対して公示されていないとい得るが、先にも述べたように、それは、法が公示を伴わないでも優先権を与えることを法定したことを尊重すれば、両者の公示性の有無によって直ちに解釈に差を設ける必然的理由にはならないと思われる。より具体的に問題になるとすれば、公示がないために「不測」の損害を被る第三者保護という側面であろうが、第三者の保護を図るべき利益状況が存する可能性は

筆者も肯定するが、第三者の視点から見た場合、例えば仮に、質料債権について、抵当権に基づく物上代位権を行使される可能性を認識しうるとするのならば、動産転売代金債権についても、動産売買先取特権に基づく物上代位権を行使される可能性を同じように認識しうると考えるところ、第三者を保護すべきか否かが担保物権自身の公示の有無によって大きく変わるものでもないように思われる。回収の局面においても、例えば、差押をしたにとどまる第三者や債務者が破産した場合の破産財団を考えた場合、そもそも、現行執行法制に従う限り、その後になされる他の債権者や担保権者による配当加入等をそれまでその存在を覚知していなくとも当然に覚悟すべきである。この利益状況は、抵当権者でも動産売買先取特権者でも同様である。動産売買先取特権者（物上代位権者）の出現によって差押債権者への配当が減少したとしても、それは、法が動産売買先取特権および物上代位制度を認めているから起こる結果論である。したがって、これをもって（少くとも解釈レベルでは）動産売買先取特権だけ消極的に位置づけるには違和感を感じる。また、債務者から物上代位の目的債権の譲渡を受けたり転付命令まで得た第三者との関係では、公示のない動産売買先取特権者が突然当該債権について優先弁済権を主張することにより、弁済を受けたのと同視しうるような第三者までが不測の損害を被りかねないとも言えそうであるが、これについてはそもそも筆者は、それが抵当権者であれ動産売買先取特権者であれ、このような場合には、物上代位の追及効が及ばなくなると解するため、やはり、動産売買先取特権の非公示性を強調すべき必要性がない。さらに、②追及効の有無に関し、動産売買先取特権には追及効が認められない（民法三三三条）ことをもって物上代位権の追及効をも否定し、反対に、抵当権には追及効が認められることから物上代位権にも追及効を認めるというような区別も疑問である。抵当権の本質の一つとして追及力は位

置づけられ得るが、それはあくまで抵当権本来の性質であり、物上代位権に内在する目的債権に対する追及力と担保物権に内在する本来の担保目的物への追及力を同一視すべき必然性はない。⁸¹⁾むしろ、抵当権事例であれ動産売買先取特権事例であれ、債権譲渡を受けた第三者や転付命令を得た第三者が保護されるべき利益状況は同様に十分想定しうるし、物上代位権の権限を極端に強くすべきでないという価値観も同様に是認しうる。そして筆者は、債権譲渡や転付命令があった場合には、抵当権・動産売買先取特権とも等しく、物上代位の追及効が遮断されるものと考ええる。両者で差異が生じるのは、あくまで本来的担保目的物に関する追及効の有無であり、その結果、抵当権の場合には第三取得者にも物上代位権の行使が可能と解するが、それは、物上代位の目的債権に対する追及効とは別次元の問題ではなからうか。⁸²⁾

他方、理論上、物上代位の目的債権のうち、質貸によって債務者が受ける金銭等（売却代金、保険金請求権等）は、一応区別して論じるべきであらうと思われる。両者を「派生的価値」と「変形的価値」という概念から区別するかどうかはなお検討を要するが、何にしても、(a)質料にあつては、担保権者（物上代位権者）の担保権の実現という要請と、非占有担保であることから生じる債務者の目的物使用・収益権の実現という要請の利益調整が必要となる（すなわち、非占有担保は、担保権実行まで担保目的物は設定者が自由に使用・収益することができ、そのことを特徴としているが、物上代位の効力が強力になりすぎると、第三者（例えば、債権譲受人）が結果的に債務者（設定者）の無資力リスクを負わなければならないことが危惧されるため、担保権設定者の質料処分が困難となり、その結果、担保権設定者の経済的立ち直りの機会を奪う結果となってしまうこととなる。そのため、両者の調整が必要となる）のに対し、(b)転売代金債権や火災保険金請求権

は、債務者の目的物使用・収益権との調整原理を考慮に入れる必要はなく、担保目的物にもはや追及できない担保権者が代わりに追及しうるものとして位置づけられるので、むしろ、担保権者の保護が必要と考えられる。このとおり、物上代位の目的債権としては、質料とそれ以外の債権では物上代位権行使にあたっての当事者の利益状況が異なり、それに伴う民法三〇四条一項但書における「差押」の意義も差異を設けて考えるべきであると解する。これに関し、古積健三郎見解が、「現行法は、損害賠償請求権、売買代金債権、質料債権に関して、抵当権の物上代位を一つの条項によって規律している。しかし、そもそも質料債権に対する抵当権の物上代位に関しては、抵当権の非占有担保性という観点から、明文の規定が存するにもかかわらず、その可否自体が従来から議論の対象となっていたのである。したがって、質料債権に対する抵当権の効力を容認する場合においても、ここで要求される「差押」および「払渡又ハ引渡」の意義に関して、他の物上代位と区別して議論するのは決して不自然なことではない。」と示していることは極めて妥当であると考ええる。

以上の考察から、①「差押」に公示機能を認めるべきではないこと、②特定性維持説・優先権保全説・第三債務者保護説は、それぞれ共存することが可能であること、③「差押」の意義につき、動産売買先取特権と抵当権とで区別をする必要はないが、物上代位の目的債権を「質料」とそれ以外に区別したうえで検討すべきであること、が導き出されるが、それを前提に筆者は、三〇四条の「差押」意義を次のように位置づけるべきであると考ええる。まず、(a)質料債権に関しては、特定性を維持する（優先権の消滅を防止する）ことによって物上代位権（優先権）を保全し（意義①）、また、第三債務者保護の機能を有する（意義②）ほか、担保権設定者の使用・収益権から生ずるその価値の処分を限界づけるためのもの（意義③）と解する。したがって、担保

権者の「差押」があるまでは、設定者は賃料を自由に処分することができることとなり、したがって、「差押」に先立って債権譲渡がなされた場合の譲受人は物上代位権者にも優先することとなる。なお、⑦・⑧判決の評釈の中で、既発生債権と将来債権とを区別し、既発生債権については抵当権設定者の処分の自由を確保しつつ将来債権の範囲でのみ物上代位権の優先を認める見解が有力に主張されており、論理的明確性からも魅力を感じるが、弁済期到来と物上代位権者の「差押」の先後は「差押」がいつなされるかに依存するため、債権譲受人にとっては非常に不確定であり、その結果、やはり設定者の処分の自由が阻害されるおそれを排除できない結果となってしまう以上、支持できないように思われる。また、⑦判決が指摘するところ、「差押」前の債権譲渡が自由に認められると、「抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができる」とことなってしまうが、このような担保権者を害するような行為は、別の法技術で対処すべき問題ではなからうか。他方、(b)賃料以外の債権にあつては、「差押」は、前述の意義①および②のみが実法的意味を有すると解する。したがって「差押」は、(a)と異なり、債権の特定性が維持され、かつ、第三債務者の保護が必要である範囲において、自ら「差押」を行なつたうえで物上代位権を行使することができるものと解する。ただしこの場合でも、「払渡又ハ引渡」前か否かの問題（＝追及効が遮断されていないかどうかという問題）は残る。

では、私見を前提に、最高裁判決のうち昭和五九・六〇年判決と平成一〇年判決の位置づけを考えてみる。前述のとおり、平成一〇年判決の展開する理論は物上代位一般に及び、昭和五九・六〇年判決を一部判例変更をしたとの見解が有力であるが、筆者は両判決を併存的に理解することも可能であると考える。すなわち、両者は、物上代位の

目的債権が「賃料」か「それ以外」かによって区別すべきである。本小稿で取り上げた主な判例を図表化すると次のようになるが、平成一

判例	ケース	担保物権の種類	物上代位の目的債権	「差押」の意義	物上代位の優位	備考
①	②	抵当権	旧鉱業法による補償金	特定性維持	○	
②	②	抵当権	旧土地収用法による補償金	特定性維持	○	
③	②	抵当権	火災保険金	優先権保全のための要件	×	傍論にて、②は④と同様であることを明示
④	④	抵当権	補償金	特定性維持＋代位権公示	×	
⑤	⑤	動産売買先取特権	転売代金	特定性維持＋第三者保護	○	傍論にて、ケース④では不可、①では可であることを確認
⑥	①	動産売買先取特権	転売代金	特定性維持＋第三者・第三債務者保護	○	傍論にて、ケース③および④では不可であることを確認
⑦	④	抵当権	賃料	第三債務者保護	○	

○年判決(⑦判決)は目的債権が賃料債権であるのに対し、昭和五九・六〇年判決(⑤・⑥判決)は転売代金債権である。したがって、「差押」の意義やそれに伴う当事者間の優劣基準は異なるものというべきであり、判例の位置づけも別個に捉えるべきである。そして、それを前提とするならば、筆者は、昭和五九・六〇年判決の結論および理由付けには概ね賛成するが、平成一〇年判決の理由付けには問題がある(結論は賛成)ものと解する。まず、昭和五九・六〇年判決は、「差押」の意義を(a)「物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに」、(b)「目的債権の弁済をした第三債務者が、不測の損害を被ることを防止しようとする」と、および(c)「目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者が、不測の損害を被ることを防止しようとする」とという点に求めている。(a)については特定性維持説の説くところであり、また、(b)については第三債務者保護説の説くところであるが、私見でいう変形的価値における「差押」の二つの意義にそのまま該当することとなる。なお、(c)については、判例の文言上は第三者との関係でも「差押」が実体的要件であるかのように見えるが、債権譲受人や転付命令を受けた債権者の保護は、物上代位権の追及力の遮断という効果から導き出されるものであり、「差押」は手続的要件にすぎないとも言い得る。ただしこの部分も、それに先行する下級審判決で展開されていた「差押」対第三者公示」という図式を否定した点で評価しうる。結局、昭和五九・六〇年判決は、同様に「賃料以外の債権」を物上代位の目的債権とした事案について判断した大正一二年大審院連合部判決(③判決)をより明確にし、「差押」に公示機能を認めた昭和五年判決(④判決)に導かれたその後の下級審判決を明確に否定したものと見て、積極的に位置づけることができよう。これに対し、平成一〇年判決は、物上代位の目的債権が賃料に関する事例とし

て位置づけられるが、「差押」の意義を第三債務者の保護という点のみに求めている点に問題がある。特に賃料債権の場合には、前述のとおり担保権設定者の担保目的物に対する使用・収益権の確保との調整が必要であるところ、担保権者を無制限に保護しうる結論には納得しえない。確かに、「差押」に第三債務者保護の側面があることには賛成する(第三債務者との関係で対抗要件となる)が、さらに担保権設定者の目的物使用・収益権を限界づけるという実体的機能を有していると思われるべきであり、したがって担保権者が「差押」を為すまでは担保権設定者は自由に目的債権を処分することができると考えるべきではなからうか。また、本判決は、前で示した判旨②の中で、(一)～(四)のとおりに、債権譲渡が「払渡又ハ引渡」に該当しないと論を展開しているが、(一)については、反対に「払渡又ハ引渡」に債権譲渡が含まれないという必然性もないこと、(二)については、第三債務者の利益が害されないことをもって直ちに、債権譲渡が「払渡又ハ引渡」に該当しないと論拠にはむすびつかないこと、(三)については、公示があることと追及効を認めることは別問題であり、なお、債権譲渡によって追及効が遮断しないのかを議論する必要があること、(四)については、別の法技術によってクリアする問題であり、いずれも決定的な論拠が示されているとは思えない。純理論的に言えばむしろ、平成一〇年判決のように抵当権者の「差押」前に債権譲渡がなされた場合には、追及効が遮断され、物上代位権は行使し得ないと考える(ただし、その結果として抵当権者に損害が生じるような場合には、例外的に抵当権者が物上代位権の権利行使を為し得るものと解し、本判決事例もこれに属するものと考えるため、結論自体は支持したい)。

(48) 生熊長幸「民法三〇四条・三七二条 先取特権・抵当権の物上代位」広中俊雄・雄二星野英一「民法典の百年Ⅱ」(有斐閣、一九九八年)五三七頁以下(特に、

五五〇頁）では、物上代位の目的債権の差押につき、旧民法の立法段階では、ボアソナード草案における「弁済前ニ適正ノ方式ニ從ヒ弁済ニ付キ異議ヲ述ブルコトヲ要ス」という表現が、民法再調査案および旧民法に至って、物上代位権者は「弁済前ニ合式ニ払渡差押ヲ為スコトヲ要ス」という表現に変更されたもの、いずれも二重弁済の危険に陥る可能性のある第三債務者を保護するためのものと理解されていたが、現民法の立法段階では、立法者は第三債務者の保護を挙げずに目的債権の特定性の維持のみを上げており、旧民法とは明らかに異なることを明らかにしている。

(49) 暁道文藝「判批」京都法学雑誌一巻二号（一九一六年）七二頁、雉本朗造「判批」「判例批評録第三卷」（内外出版、一九二九年）一八一頁

(50) 小林秀之「判批」ジュリスト八二六号（一九八四年）九六頁以下は、優先権保全説に立つたとしても、「第三者の差押が先行している場合は単なる差押だけの場合も含めてすべて物上代位は許されなくなると解することは、担保物権の本質が優先弁済権にあり優先弁済権は他の債権者と競合した場合にはじめて意義を有することや、物上代位の実行手続を規定する民法一九三条が準用する債権執行では先取特権者の配当要求による優先弁済を肯定しており、目的物が債権の先取特権とパラレルに考えるべきことから無理である」として

(51) 末川博「判批」論叢二六卷二号（一九三二年）三一四頁（特に、三一六頁）

(52) 高島平蔵「物的担保法論Ⅰ」（成文堂、一九七七年）六四頁以下

(53) 東孝行「仲家暢彦「動産売買先取特権に基づく物上代位と債務者の破産」執行法と倒産法との交錯の一面面」判例タイムズ四〇九号（一九八〇年）二頁以下（特に、二九頁以下）

(54) 麻上正信「判批」判例タイムズ四一〇号（一九八〇年）三〇五頁

(55) 宗田親彦「破産宣告と動産売買先取特権（下）」NBL二二二号（一九八〇年）四八頁

(56) 東「仲家・前掲（注53）二九頁以下

(57) 民法法例研究会「判例民事法（大正一二年度）一四〇事件（二六四頁以下）（鳩山秀夫）（二六四頁）

(58) 石田文次郎「担保物権法論上巻」（有斐閣、一九三五年）六〇頁以下、柚木馨「判例物権法各論」（巖松堂、一九三六年）一三三頁以下、勝本正晃「担保物権法上巻」（日本評論社、一九四〇年）四八頁以下、我妻栄「新訂担保物権法」（岩波書店、一九六八年）二八八頁以下、川井健「担保物権法」（一九七五年）五九

頁、柚木馨「高木多喜男「担保物権法（第三版）」（一九八二年）二七〇頁以下。また、今中利明「破産宣告の動産売買先取特権に基づく物上代位に及ぼす影響」判例タイムズ四二七号（一九八一年）三七頁以下（特に四四頁以下）は、「動産売買先取特権が公示を要しない担保物権であるからその実行は、動産の場合には民事執行法の定める当該動産の差押・競売であり、物上代位の場合には、代位物たる債権の差押・転付命令手続によるのであるから、民法第三〇四条による差押も、担保物権の実行手続としての差押であり、公示方法ではないと考えられる。：動産の売主は差押えなくとも、当然に先取特権という法定担保物権を取得しており、売渡動産が存在し、特定しうる限り担保物権の実行方法としてこれを差押競売することができ、破産債権者に対し優先権を主張しえ、売渡動産が存在しない場合には、当該動産の転買人なる第三債務者が弁済・引渡などをなして、債権の絶対的消滅がない限り破産債権者に対抗しえ、これを担保物権の実行方法としての債権の差押をなすことによつて、破産債権者に対し優先権を主張しうるものと解しうる」としており、実質的に特定性維持説と同視しうる。

他方、谷口安平「物上代位と差押」奥田昌道「玉田弘毅ほか編『民法学』」（有斐閣、一九七六年）一一五頁は、公示のない動産売買先取特権の場合には、物上代位権の保全のために担保権者側からの積極的な行為が必要であるとし、また、安藤次男「動産売買の先取特権とその物上代位」東北大学教養部紀要三一（一九七九年）二六四頁は、公示手段としての登記のある抵当権については特定性維持説をとりつつ、公示のない動産先取特権については差押「公示説をとっており、いずれも抵当権と先取特権で異なった結論を導き出しているものもある。なお、大審院昭和五年判決以降の下級審においても、少数ながら、特定性維持説に依拠する裁判例がある。東京地決昭和五年一〇月二日（法律新聞二四一〇号）一九頁、東京地決昭和七年九月二七日（法律新聞三五四一〇号）一六頁、名古屋高決昭和五年六月三〇日（ジュリスト七三七七号）六頁判例カード一三六番。

(59) 我妻・前掲（注58）二九〇頁

(60) 我妻栄編「判例コンメンタール担保物権法」（日本評論社、一九六八年）三〇三頁以下（清水誠）、同・別冊ジュリスト七八号・民法判例百選一（第二版）（一九八二年）一九五頁以下

(61) 鎌田薫「物上代位と差押」山田卓生「野村豊弘ほか「分析と展開 民法Ⅰ」（弘文堂、一九八二年）二五一頁以下、同「民法ノート物権法①」（日本評論社、一九九二年）一八八頁以下

- (62) 吉野衛「物上代位に関する手続上の二、三の問題」加藤一郎・林良平編「担保法大系第一巻」(金融財政事情研究会、一九八四年)三六九頁、同「物上代位に関する基礎的考察(上)」(中)「下」金融法務事情九六八頁以下、九七一頁以下、九七二頁以下(以上、一九八二年)
- (63) 清原泰司「物上代位の法理」(民事法研究会、一九九七年)。なお、昭和五九年判決以前に、既に、同「抵当権の物上代位性をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎・林良平編「担保法大系第一巻」(金融財政事情研究会、一九八四年)三三八頁
- (64) 清原・前掲(注63) 六五頁
- (65) なお、本見解は、論理構成はもとより、効果論の細部は差異が生じる(例えば、清原見解によると、「第三債務者の二重弁済の危険発生という発想は、たとえ価値変形物が債務者の一般財産中に混入したとしても、つまり価値変形物の特定性が失われたとしても、物上代位権は消滅しない、ということ」を大前提とするものである)としている(清原「判批」判例時報一六四三号二一九頁(判例評論四七五号二五頁))が、これは特定性維持説の帰結とは異なるもの、大部の効果論からみると特定性維持説と近接するものとい得る。前述のとおり、清原見解によれば、三〇四条の「差押」は、たとえ代位的債権が債務者の手元を離れようとも、その債権が存続する限り二重弁済の危険が存続していることを前提に、代位的債権が転付されたり譲渡された場合においても、それは「払渡又ハ引渡」に該当しないとしているが、これは、典型的な特定性維持説と結論的には大きな差異が生じない結果となるものと思われる。
- (66) 筆者が参考とした本判決に関する主な評釈として、遠藤賢治「判批」法曹時報四一巻一号(一九八九年)一四九頁以下、生熊長幸「判批」民商法雑誌九二巻二号(一九八五年)二四〇頁以下、石川明「先取特権の物上代位と債務者の破産」金融法務事情一〇〇号(一九八五年)五八頁以下、川上正俊「判批」一〇九九号(一九八五年)一七頁以下、伊藤進「判批」ジュリスト八三三三三・昭和五九年度重要判例解説(一九八五年)七四頁以下、渡部晃「動産売買の先取特権と債務者の破産(上)」(中のI)(中のII)(下)NBL三一三三三(一九八四年)一六頁以下、三二二号(以下、一九八五年)三三頁以下、三二四号四四頁以下、三二八号三〇頁以下、小林秀之「判批」ジュリスト八二六号(一九八四年)九六頁以下、三宅正男「判批」判例時報一一二六号(一九八四年)一九九頁以下(判例評論三〇九号三七頁以下)、鎌田薫・堀龍兒・小林秀之・森井秀雄・加藤雅信「研究会・債務者の破産宣告と動産売買先取特権の物上代位」判例タイムズ五二九号(一九八四年)六〇頁以下
- (67) 筆者が参考とした本判決に関する主な評釈として、道垣内弘人「判批」別冊ジュリスト一五九号・民法判例百選I(第五版)(二〇〇一年)一七四頁以下、小林秀之「判批」ジュリスト増刊・担保法の判例II(一九九四年)一六〇頁以下、和田吉弘「判批」一〇七巻一号(一九九〇年)一五〇頁以下、石井彦壽「判批」法曹時報四一巻三三三(一九八九年)一九九頁以下、竹下守夫「判批」判例時報二二〇号(一九八六年)一九九頁以下(判例評論三三二号三七頁以下)、住吉博「判批」民商法雑誌九四巻五号(一九八六年)七四頁以下。
- (68) 今中利昭「動産売買先取特権をめぐる最近の判例の動向と倒産法上の諸問題(下)」金融法務事情一〇八号(一九八五年)二四頁
- (69) 遠藤・前掲(注66) 一六三頁、竹下・前掲(注67) 二〇四頁、野村秀敏「動産売買先取特権とその実行手続をめぐる裁判例の動向(二)」判例時報一二五六号(一九八八年)一五〇頁
- (70) 三和一博「動産売買の先取特権とその物上代位」(取引保護の現状と課題(神田博司先生追悼論文集))(一九八九年、蒼文社)三七頁も、両判決を積極的に位置づけて、「物上代位権の行使における差押に公示手段としての意味を認めつつ、これを対抗要件として理解して、債権者自身が他の競争取引者に先立って行なわなければならないとする見解は不適切」と評している。
- (71) 抵当権の物上代位の目的債権が譲渡されて対抗要件が具備された後においても、抵当権者が物上代位権を行使することができるか否かにつき、物上代位肯定説(大阪高判平成七年二月六日判例時報一五六四号三二頁)、東京高判平成九年二月二〇日(金融・商事判例一〇一五号三九頁)と物上代位否定説(東京高判平成八年二月六日判例時報一五九二号三三頁)に大きく分かれていた。
- (72) 佐久間弘道「物上代位に基づく差押の意義―質料債権の譲渡と抵当権の物上代位との優劣に関する最一小判平10・1・30の見方」金融法務事情一五七九号(二〇〇〇年)二頁以下(特に、二八頁以下)
- (73) 高橋眞「判批」ジュリスト一一五七号・平成一〇年度重要判例解説(一九九九年)六八頁
- (74) 松岡久和「判批」民商法雑誌二二〇巻六号(一九九九年)一〇〇四頁以下(特に一〇一頁は、判例変更の手続がなされていないことを根拠とする、田高寛貴「判批」法学教室二二五号(一九九八年)一〇六頁以下(特に一〇七頁は、第三者に不測の損害を与える可能性をおしてまでの効力は認められるべきで

ないことと、追及効の有無を根拠とする）、伊藤進「判批」NBL六三七号（年）八頁以下（特に一四頁は、登記による公示と追及効の有無が異なることを根拠とする）

(75) 小磯武男「判批」金融法務事情一五三六号（一九九九年）二六頁

(76) 荒木新五「判批」判例タイムズ一〇六八号（二〇〇一年）八六頁

(77) 清原・前掲（注63）参照

(78) 高橋・前掲（注73）六九頁は、「差押えが第三債務者保護の意味を持つと同時に、目的債権が特定性を維持している段階において、その譲受人等との関係で對抗要件としての意味を有すること、また債務者の一般財産に混入した段階で優先権を喪失させ、特定性喪失後の一般債権者を保護する役割を果たすものとする」として、論理的には並行しうる」としている。

(79) 高木多喜男「担保物権法（第三版）」（有斐閣、二〇〇二年）一五〇頁は、「特定性ないし物上代位権の効力の保全と第三債務者保護、競合債権者の保護の効果は、…相互に矛盾することなく生じ」、「そのいずれが主であり、従であるかを確定する必要もない」としている。近江幸治「担保物権法（新版補正版）」（弘文堂、一九九八年）四八頁以下も同旨。

(80) 松岡・前掲（注74）一三三頁以下

(81) 松岡・前掲（注74）二二八頁以下は、①債務者の質料債権処分を自由を過度に制約すべきではないこと、②登記の公示力は第三債務者が物上代位権を知らないという前提と矛盾すること、③第三者にも保護に値する利益があること、④執行手続との関係を考慮し、結果的に、抵当目的物の質料債権譲渡後における物上代位を疑問視している。

(82) 松岡・前掲（注74）一三〇頁は、「既存の質料債権に対する物上代位権の追及効を否定するが、抵当不動産が第三者に譲渡された場合に抵当権の追及効を認め、第三取得者の下で発生する質料債権に対して物上代位権を行使できる」としている。

(83) 松岡・前掲（注74）は、代替的物上代位と付加的物上代位の場合に分類する。また、田中克志「抵当不動産の質料債権と抵当権の効力」磯村保ほか編「民法学の課題と展望」（成文堂、二〇〇〇年）四四三頁以下（特に、四五五頁以下）も、「交換価値の具体化としての売却代金請求権、損害賠償請求権等」と「収益価値としての質料債権」を区別して、二元的な構造把握が必要であるとしている。しかし、これに対しては、古積健三郎「抵当権の物上代位に基づく質料債権の差押え」筑波法政二六号（一九九九年）一頁以下が、（古積見解も、質料債

権とその他の債権を区別することには賛成するも）抵当権の効力を論じる枠組みとして「価値支配という命題を維持している点を批判している。すなわち、「交換価値とは目的物の処分・売却によって生じる代金を指すものといえるが、かかる代金は目的物の使用によって得られる収益等を考慮したうえでの経済的評価によって定まるものである。したがって、観念的に交換価値、使用なしいし収益価値という観念を定立することは可能ではあるが、現実には両者は重なり合って分離できない側面を有する。したがって、交換価値と使用・収益価値を分断したうえで、両者を各々独立のものとして比較し、使用・収益価値への抵当権の効力の可否を論じることには、その出発点において限界がある」としている（一三三頁）。

(84) 古積・前掲（注83）一一頁

(85) ただし、筆者は、目的債権について債権譲渡がなされれば、その時点で物上代位の追及効は遮断されるものと解するので、このような担保権設定者の利益を考慮するまでもなく、担保権者は物上代位権を行使しえないこととなる。

(86) 松岡・前掲（注74）、古積・前掲（注83）。なお、榎梯次「抵当不動産の将来の質料をめぐる譲渡と物上代位の衝突」民商法雑誌一一七巻二号（一九九七年）一八五頁以下（特に、二二二頁）は、「抵当不動産の使用価値と機能は所有者のために実現されるものであり、そこでの利用の様相が取引観念上通常の利用の枠内にある限り、抵当権の介入は否定され、質貸型の利用の場合の質料に対する物上代位も差当って認められない」が、「抵当債権について債務者に信用不安からさらに信用危機が生じ、具体的には債務者側に履行遅滞が生じたとき、前記の関係は破綻し、抵当権者は担保価値の相対的低下を前に、理論上は利息債権部分のために、質料への物上代位が認められることとなる」としており、「信用危機」という状態の発生を境として物上代位権の行使の可否を分けて論じている。

(87) 竹下・前掲（注67）一九九頁も、昭和六〇年判決を同様に位置づけている。

五 動産売買先取特権の本来的実行方法

(1) 民事執行法一九〇条の位置づけと論点の指摘
現行民事執行法一九〇条は、動産担保権の実行につき、債権者が執

行官に対して「動産を提出したとき」または「動産の占有者が差押を承諾することを証する文書を提出したとき」に限り開始する旨規定しているが、まずは、本条の位置づけを確認しておく。

動産競売に関し、旧法下での判例・実務の慣行は、執行官による目的動産の差押えを必要とせず、直ちに競売手続を進行し、競売期日に債権者が目的動産を執行官に提出したときは競売を実施し、目的動産を提出しないとき競売は不能となるので、競売申立を却下することとされていたが、執行官が現実に目的物を占有せずに換価手続を開始することは手続を不安定にするものであったために、現行法では、担保権の存在を推認させる事情を明らかにするために、前記の二つのいずれかの要件が課されることとなったとされている⁸⁸⁾。そもそも本規定を含む現行民事執行法の担保執行は、その実行について、立法段階では強制執行に準じて物的債務名義を要求すべきであるとの見解も主張されたものの、結局は、旧競売法のもとで八〇年余り行なわれてきた実務を重視し、債務名義を要求しないこととしたが、他方、現行法は執行裁判所の行なう競売手続では売却の効果に公信力を付与するために、債務名義に準じた執行名義（一八一一条、一九三条一項）を必要とするのを原則としている⁸⁹⁾。しかし動産競売については、執行官が執行機関であり、執行官は債務者が目的動産を占有しているかどうかや、債務名義に掲げられた特定物が執行対象物かどうかといった事実判断については専門家であっても、担保権の存在といった実体権の有無の判断については専門家ではなく、この判断は裁判所に委ねられるべきものである⁹⁰⁾。「担保権の存在を証する文書」という方式を採用することはできない。そこで、担保権者が執行官に目的物を提出するか、あるいは自ら占有していないときは占有者の差押承諾文書を提出しなければならぬものとして、担保権の存在を推認させる事情を明らかにすることを認めることとしたのである。

ところで、競売開始に関する本要件は、動産質権や旅店宿泊・運輸の先取特権に基づく場合、通常、目的物は担保権者が占有していると考えられるので、その権利実行については問題ない。しかし、特に動産先取特権など、担保権者が担保目的物を占有しない場合、債権者または第三者から差押えの承諾を得なければならぬこととなるが、実際に債務者が差押を承諾する場合というのは稀であるため、本条の要件は満たされず、動産競売ができないことになってしまう。これをどのように法的評価すべきか。仮に動産売買先取特権の競売実行を積極的に解するならば、先取特権の実行方法を確保するためにはどのようにしたらよいか、また、先取特権を実行しようになるまでの間それをどのように保全すべきかが問題となる。

(2) 判例・学説の動向と法制審議会担保・執行法制部会決定（中間試案）

これに関し、判例学説上は、大きく、【A】動産売買先取特権の実行につき、民事執行法一九〇条の要件が任意に満たされる場合に限定されるとする見解（厳格説）と、【B】動産売買先取特権の実行につき、民事執行法一九〇条の要件以外にも何らかの形で認めるとする見解（緩和説）に分類しうるが、詳細は以下のようである。

まず、判例については、最高裁判例はなく、下級審裁判例は、一時緩和説への揺らぎが見られたが、現在は全体的に厳格説を採用しているようである。すなわち、まず①東京地決昭和六〇年三月十五日（判例時報一一五六号八〇頁）が動産売買先取特権自体を被保全権利とした仮差押えを否定し、②浦和地決昭和六〇年二月二一日（判例時報一一五五号二八五頁）が、先取特権確認、動産引渡請求、差押承諾請求のいずれかを本案訴訟とする執行官保管の仮処分を否定し、③東京地決昭和六〇年三月九日（判例タイムズ五五〇号三二二頁）も、先取特

権に基づく物上請求権としての妨害排除請求権を被保全権利とした執行官保管の仮処分、差押を仮に承諾する旨の意思表示を命ずる仮処分、目的物の引渡の断行仮処分をいずれも否定した。これに対し、③の抗告審である④東京高決昭和六〇年五月一六日（判例時報一一五七号一八頁）が、差押承諾請求権を被保全権利とした執行官保管の仮処分を認めて注目を集めたが、同事件に関する本案訴訟である⑤東京地判昭和六三年六月二九日（判例時報一三〇四号九八頁）は、差押承諾請求および引渡請求権の双方を否定した。その抗告審である⑥東京高決平成元年四月一七日（判例時報一三一六号九三頁）は、再度、差押承諾請求権を肯定したが、その後、差押承諾請求権を被保全権利とした執行官保管の仮処分について、⑦大阪高決平成元年九月二九日（判例タイムズ七一〇号二三二頁）および⑧東京高決平成三年七月三日（判例時報一四〇〇号二四頁）が否定する裁判例が出されるに至っている。

これに対し、学説は、嚴格説による見解も有力ではあるが、緩和説が多数説といえる。ただし、どのように緩和するかについては次のように見解が分かれている。民事執行法一九〇条が明文で定める方法以外の動産売買先取特権実行手段としては、保全処分（仮差押・仮処分）や本案訴訟が考えられるが、まず、【B-①】旧競売法下（および①判決以前）の執行実務は、動産売買先取特権の被担保債権を被保全権利として目的動産を仮差押えて執行官に占有を取得させることとしていた。すなわち、旧競売法の下では、競売の申立てがあつた場合には目的動産の占有の有無にかかわらず売買期日の指定をなし、売買期日の債権者が目的動産を執行官に提出したときは競売を実施し、提出しない（できない）ときには競売の実施が不能となり競売申立てが却下される取扱いがなされていたところ、競売申立て段階においても目的動産を占有していない場合には、例外的に申立てから競売期日までの間に債務者の任意の協力を得ることができるところを除き、實際上

は競売実施が困難となるので、執行実務上は前述のような仮差押をして執行官に占有を取得させたうえで競売の申立てをするという方法をとっていたのである。そして、学説上では、このような旧競売法下の取扱いを現行法でも認め、または、動産売買先取特権自体を被保全権利とする仮差押により、執行官に目的物の占有を取得させたうえで先取特権に基づく競売申立てを行い得るという見解（仮差押先行説）がある。しかし、これに対しては、仮差押は金銭債権の強制執行手続の実効性を確保するための制度であり、換価に進まないことが前提とされているのに対し、ここで保全しようとしている権利は債務名義なしに競売を開始せしめる権利ないし換価権なのであるから、両者は馴染まないという批判などがなされている。つぎに、【B-②】動産売買先取特権者に債務者に対する目的動産引渡請求権や差押承諾請求権を認め、または実質的にそれと同視しうる結論を導き出す見解がある。すなわち、動産売買先取特権を被保全権利とした執行官保管の仮処分を認め、その執行に基づいて執行官が目的物の占有を得れば、それに基づき動産競売の申立てをなしうるという見解（執行官保管仮処分先行説）、動産の先取特権者に競売申立ての前提として売主の目的動産に対する引渡請求権を認め、引渡しを命ずる本案判決または断行の仮処分命令を得ることによって売主が現実には目的物の占有をしたうえで、それを執行官に提出することにより動産競売の申立てをなしうると（および、その保全として、執行官保管の仮処分を認める）という見解（物引渡執行先行説）、動産売買先取特権者に債務者に対する差押承諾請求権を認め、差押えを承諾する旨の意思表示を命ずる本案判決または断行の仮処分命令を得て、動産競売の申立てをなしうると（および、その訴えを本案訴訟とした執行官保管の仮処分を認める）という見解（意思表示執行先行説）がある。しかし、これらに対しては、目的物の価値支配や追及効の弱い動産売買先取特権にあつて、目的物の引渡請求

権や差押承諾請求権を認めることは困難であるなどの批判がなされている。さらに【B-③】民事執行法一八一条や一九三条との整合性から要件緩和を導く見解がある。すなわち、担保権実行における執行名義も基本的には債務名義と同一の性格を有し、民事執行法一九〇、一九三条は債務名義たる文書がなくても担保権の実行ができるように要件を緩和するための特則であり、これに該当しない場合には、本則に戻り、先取特権について債務名義に相当する格式文書たる物的債務名義（先取特権を内容とした民事執行法二二条各号の文書ないし一八一条一項一号および二号の文書）があれば動産競売の申立てをなしうる（および、その保全のために、先取特権を被保全権利とした仮差押を認める）とする見解（物的債務名義説）や、民事執行法一九〇条の要件が備わらない場合、実体異議が認められていることからすれば、物的債務名義たる文書を含めてより広く、「担保権の存在を証する文書」をもって動産競売を開始することができ、これに併せて、差押を現実に行うことができるよう「債務者が目的動産を直接に占有していることを証する文書」が提出されるならば、差押承諾文書に準じて扱うべきである（および、担保権存在文書の取得のため執行受認訴訟、先取特権確認訴訟等によるときはこれを本案とする仮差押えが許される）とする見解（担保権証明文書説）がある。しかし、これらに対しては、担保権の実行に関する民事執行法の法的枠組みを踏み出しているとの批判がなされている。

このように解釈論が混迷をする中、法制審議会担保・執行法制部会は、立法の必要性を認識し、平成一四年三月一九日に公表された要綱中間試案にて、民事執行法一九〇条の改正の可能性を指摘している。それによれば、「動産担保権の実行としての競売につき、執行官に対して目的動産を提出し、又は占有者の差押承諾文書を提出することができない場合…であっても、一定の文書を提出した場合には、執行官が

債務者の住居等を搜索して目的動産を差し押さえることにより手続を開始することができるものとするかどうかについて、なお検討する」とある。

(3) 若干の検討

筆者は、総論的には、前述のごとく、動産売買先取特権の実効性を手続的にも確保すべきであるとの見解に立っており、解釈論上からすると筆者は仮処分で保全措置をとる【B-②】説に傾斜するが、本質的には本条における解釈論にはいずれも限界があり、緩和説の方向から立法的解決を図るべき（現行法一九〇条は一部改正すべき）問題として位置づけたい。具体的な改正の方向性としては、現行法の動産競売開始手続である、債権者が執行官に対して「動産を提出したとき」または「動産の占有者が差押を承諾することを証する文書を提出したとき」に限り開始するという要件に加え、「占有を有しない動産の競売」においては、執行裁判所に「動産担保権の存在を証する文書」を提出することも、競売申立の要件として加え、それに基づいて執行裁判所が執行官に目的物を差押えて競売するよう命ずることにより開始決定がなされる、と立法すべしと解する。

第一に、そもそも民事執行法一九〇条は、「動産競売」に関する規定であるので、その内容には、「動産質権」や「旅店宿泊・運輸の先取特権」なども含まれるが、これらは、通常、目的物を担保権者が占有していると考えられるので、その権利実行についてはあまり問題とならない。むしろ、今回の改正議論でも焦点となっており、目的物を担保権者が占有していないタイプの担保権の実行をいかに確保するかが問題となる。そして、その典型例は、動産売買先取特権であるため、それを中心に考える必要がある。しかし、前述のとおり、(a) 動産売買先取特権に基づく動産競売は、本条の限定された要件により執

行開始の申立が困難であるうえ、(b)保全手続としての仮差押・仮処分も判例によって否定されているのが現状である。しかし、動産先取特権が法定担保物権として実体法上認められている以上、手続法においても、その権利を適切に行使しうる方法を確保する必要があると思われるため、現行法の要件を何らかの形で緩和する必要がある。したがって、「一定の文書」を提出した場合に執行官が目的物を差押えて競売手続を開始しうる途を確保すべきであると解する。第二に、「一定の文書」の範囲をいかにするかという問題があり、一つの可能性としては「確定判決や公正証書に限る」とすることも考え得る。しかし、それでは要件が厳格すぎるように思われる。不動産競売の場合でさえ、登記簿の謄本や一般先取特権の存在を証する文書の提出で足りるとしていることや、動産売買先取特権に基づく物上代位権行使の場合に担保権の存在を証する文書の提出で足りるとしていることとの整合性を考えると、動産の本来の実行の場合にも、「動産担保権の存在を証する文書」をもって競売申立の要件とすることでたりるものと解する。第三に、やや補足的な面について三点触れておく。まず、非占有の動産先取特権の行使が容易になる結果、破産財団の財産が減少するとの指摘もあるが、むしろ、民法上で動産売買先取特権を規定している以上、致し方ないことであり、もし、破産財団の財産確保を優先するのならば、実体法における先取特権の規定自体を改正するのが本筋であると思われる。また、再建型倒産手続において企業の再建が困難となるおそれも指摘もあるが、これについては、会社更生法三七・六七条、民事再生法三一条、商法三八四条等にみられるような、いわゆる「担保権実行禁止」規定に委ねる問題ではないかと考える。さらに、実務面からすると、種類物の継続的な売買が行われている等の事案では、書面上で特定された目的動産と現に債務者が占有する同種の動産との同一性の判断が容易ではないことから、実際には差押ができない場合が

少なくないとの指摘もあるが、同一性の判断すらできない以上は動産売買先取特権が実効性を確保できなくとも致し方ないと言わざるを得ない、いわば「わりきり」の問題と考える。

(88) 最高裁判務総局編「執行官提要」(一九六八年)二二二頁

(89) 浦野雄幸編「基本法コメンタール 民事執行法(第四版)」(一九九九年)四六六頁。なお、例外として、農業用機械、二〇トン未満の漁船、牛馬当の農業用動産があり(農業動産信用法二条二項、農業動産信用法施行令一条)、この場合には、民事執行法一二三条二項が準用され、執行官は占有者の住居等へ強制的に立入り、または、捜索・開扉等の強制力を行使することができる。

(90) 浦野雄幸「民事執行法の諸問題(八)——担保権の実行の特質(その二)——」法曹時報三五卷二四四頁以下、同「最近の動産売買の先取特権の実行をめぐる諸問題(1)」(4・完)NBL三三四号八頁以下、三三五号一八頁以下、三三六号二頁以下、三三七号二頁以下(以上、一九八五年。特に、三三四号一五頁以下参照)

(91) 高地茂世「動産売買先取特権の実行と破産手続」法律論叢七一巻六号(一九九九年)によれば、その要因の一端は、「平成一〇年一月一日施行の新民事訴訟法制定以前においては、民事執行法および民事保全法が手続の迅速性を主眼として決定主義を採っていることから最高裁の判断を受ける機会がなかった」とにあるとしている。

(92) 宮本孝文「保全命令利用による動産売買先取特権の実行ないし保全」判例タイムズ七六五号(一九九一年)二四頁以下(特に、三〇頁)、富田哲「動産売買先取特権に対する一疑問——債権者平等という観点から——」名古屋大学法政論集一一五号(一九八七年)四二九頁以下(特に、四五頁)、井上治典「宮川聡、倒産法と先取特権——動産売買先取特権を中心に——」金融担保法講座IV(筑摩書房、一九八六年)三一一頁、藤田耕三「東京地方裁判所における会社更生事件の現況と問題点」民事訴訟雑誌三〇号(一九八四年)九〇頁、宗田親彦「破産宣告と動産売買先取特権(下)——公示のない担保権の効力をめぐって——」NBL二二二号(一九八〇年)四四頁以下(特に五一頁)

(93) 現行の民事執行法制定以前は、動産売買先取特権者の権利行使は、競売法三条により目的動産を競売する方法、他の債権者が目的動産に強制執行をした場合に配当要求をする方法、民事訴訟法五六五条による優先弁済請求権の訴えに

よる方法があった。

(94) ただし、このような実務は学説上は認知されていなかったことを指摘するものとして、三ヶ月章「民事執行法」(一九八一年)四六一頁

(95) リーディングケースとして、大決昭和二年五月二六日(民集一五卷九一五頁)がある。旧競売法三条に關し、債権者が目的動産の占有を有しない場合に競売の申立てをなしうるか、申立てができるとしても競売の実施ができるか問題となったが、本判決は、「競売期日ニ至り債権者カ目的物ヲ提出シ得サル等其ノ他實際上競売ヲ為シ能ハサル場合ニ於テハ其ノ時ニ於テ之ニ応スル手続ヲ為セハ足ルヘク初ヨリ委任ヲ拒絶スヘキニ非ス蓋委任當時ニ於テ債権者カ目的物ヲ占有セサルモ後ニ其ノ占有ヲ取得スル等競売可能ナル場合固ヨリ有リ得ヘキカ故ナリ其ノ他執達吏カ初ヨリ債権者ノ委任ヲ拒絶スヘキ理由存セサル」とした。

(96) 今中利明「井原紀昭」千田適「民事執行法下における動産売買先取特権の実行」(上)「NBL」三三四号(一九八一年)二〇頁以下、二四〇号(一九八一年)三八頁以下(特に、二三四号二四頁、今中利明「法的整理手続きにおける全面的管理処分権者の動産売買先取特権に対する責任について」『民事特別法の諸問題 三卷』(第一法規出版、一九八五年)四五頁以下(特に、四六七頁以下)、富越和厚「売主の先取特権に基づく保全処分」『裁判実務大系4』(青林書院、一九九九年)二〇九頁以下(特に、二二七頁)、荒木新五「動産売買先取特権による債権回収」『金融法務事情』三三九号(一九九一年)二二頁、鈴木忠一「三ヶ月章編」『注解民事執行法 第五卷』三〇九頁(小倉頭)、霧島甲一「先取特権と民事執行」米倉明ほか編『金融担保法講座IV』(筑摩書房、一九八六年)三一頁以下(特に、三三四頁以下)

(97) 辰野久夫「動産売買先取特権に基づく動産競売の申立と債務者の破産宣告」民事執行法一九〇条をめぐって(上)「NBL」三二二号六頁以下、三二二号三二頁以下(以上、一九八五年。特に三二二号二頁以下)、林田学「動産売主の先取特権による優先的回収の実現」(三)「先」NBL三六一号(一九八六年)六頁以下、三八〇号(一九八七年)二五頁以下、三八三号(一九八七年)三八頁以下(特に、三八七号三九頁)、同「動産売買先取特権再考」『民事手続法学の革新 下巻』(有斐閣、一九九一年)三二七頁以下(特に、三三二頁以下)、小林秀之「動産売買先取特権と保全処分判例タイムズ五五八号二二〇頁(特に、二二二頁)、同「動産売買先取特権の物上代位と債務者の破産宣告」ジュリスト八二六号九六頁(特に、九九頁) 谷口安平「担保権の実行と自力救

濟」米倉明ほか編『金融担保法講座』(筑摩書房、一九八六年)二二四頁

(98) 河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離」(上)・(中)・(下)「NBL」二九四号八頁(一九八三年)、三〇三号三〇頁、三〇四号四三頁(以上、一九八四年)(特に、三〇四号四四頁以下)、野村秀敏「動産売買先取特権とその実行手続をめぐる裁判例の動向」(一)「判例時報」二六三三号(一九八八年)一六九頁以下、三ヶ月章「民事執行法」(弘文堂、一九八一年)

(99) 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」動産売買先取特権を中心にして「奥田昌道ほか編『現代私法学の課題と展望』(上巻)』(有斐閣、一九八一年)六九頁以下(特に、八三頁)

(100) 竹下守夫「担保権と民事執行・倒産手続」(有斐閣、一九九〇年)一三六頁以下(特に、一六八頁以下)、同「動産売買先取特権に関する民事保全」中野貞一郎ほか編『民事保全講座』(第三卷)『法律文化社、一九九六年』一四〇頁以下(特に、一五四頁以下)、同「動産売買先取特権をめぐる最近の動向」ジュリスト八七五号(一九八七年)一一六頁、横梯次「動産売買先取特権の効力のその実現」(第二回)『金融法務事情』一七〇号(一九八七年)一五頁、中祖博司「先取特権の効力と破産法上の諸問題」判例タイムズ七〇七号(一九八九年)二九頁以下(特に、三四頁)

(101) 中野貞一郎「手続法からみた担保法の現代的課題」(上)「NBL」四一三号(一九八八年)一一頁以下、石川明「動産売買先取特権における売主の先取特権の行使」『金融法務事情』二四二号(一九九〇年)五五頁、吉田光碩「動産売買先取特権に基づく動産競売の実行方法について」判例タイムズ七一八号(一九九〇年)三八頁以下(特に、四〇頁)

(102) 「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」(法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp>) から入手) 六〇頁

六 動産売買先取特権に基づく物上代位権の実行方法

(1) 民事執行法一九三条の位置づけと論点の指摘

債権者が動産売買先取特権に基づく物上代位権を行使するには、民事執行法一九三条に基づき、「担保権の存在を証する文書」が提出されることが必要である。本条は、民法のほか土地収用法などの担保目的

物の取用・補償等の行政処分を定める法律（土地取用法一〇四条、公共用地の取得に関する特別措置法三五条、農地法五二条三項、土地改良法一〇六条二項・一〇七条・一二三条、森林法三七条・六四条、鉱業法九八条、採石法二五条等）において認められている「物上代位」制度に関し、その行使方法について規定するものである。問題は、この「担保権の存在を証する文書」とは具体的にどのような文書を指し、担保権者ほどの程度の文書を提出すればこの要件を満たすこととなるのかであり、判例・学説上で以前より議論のあるところである。そもそも約定担保の場合には、通常は担保権設定契約書が存在するからこれを提出すればよい（不動産質権者や抵当権者の場合には、民事執行法一八一条一項一〜三号に定める文書を必要とするが、これについても一般的には登記簿謄本（三号）を提出すればよい）ので大きな問題とはならないが、法定担保物権である動産売買先取特権の場合には、「担保権の存在を証する文書」の提出は必ずしも容易ではないため問題となる。

(2) 判例・学説の動向と法制審議会担保・執行法制部会決定（中間試案）

本問題に関し、従来の学説では、中野論文以降、「準債務名義説」と「書証説」という二つの抽象的基準の対立図式の中で意識的に論じられてきた。本問題が本格的に議論されはじめた当初の裁判例（①東京高決昭和五八年三月二十九日（判例タイムズ四九七号）一六頁、②東京高決昭和五九年七月三日（判例タイムズ五四四号）二七頁、③東京高決昭和五九年九月七日（判例タイムズ五四五号）一三七頁、東京高決昭和五九年一月十五日（判例タイムズ五四八号一五四頁）等）¹⁰⁴は、担保の存在証明を厳格に解したことをもって、いわゆる【A】準債務名義説（提出された各別の文書それ自体から、強制執行で必要とされる債務名義とバランスを失しない程度に高度の蓋

然性をもって担保権の存在が証明されるものでなければならぬとする説）に立ったものとされ、判例自体を高く評価する学説も有力に主張された。これに対し、最高裁昭和五九年判決（最判昭和五九年二月二日（民集三八卷三号四三二頁））：動産売買先取特権者は債務者が破産宣告を受けた場合であっても目的債権を差押さえて物上代位権を行使できるとした判例）を契機に、実務上で物上代位権の行使による債権差押命令の申立が増加したことを受けて、「担保権を証する文書」の厳格性が疑問視され、裁判例でも個々の文書の厳格性を緩和する動きが見られるようになり（④東京高決昭和六〇年三月十九日（判例時報一一五二号一四四頁）、⑤名古屋高決昭和六〇年五月二十四日（判例タイムズ五六二号一一〇頁）、⑥大阪高決昭和六〇年八月二日（判例タイムズ五七〇号七一頁）、⑦東京高決昭和六〇年八月一日（判例時報一一七三三六六頁）、⑧仙台高決昭和六〇年一月二七日（判例タイムズ六〇三三〇八六頁）、⑨大阪高決昭和六一年七月二十四日（判例時報一一一五五九九頁）、⑩大阪高決昭和六二年一月二六日（金融法務事情一一七三三〇四八頁）等）、学説上でも、いわゆる【B】書証説（提出された文書が担保権の存在を証する文書であるか否かは、具体的事案における裁判官の自由な心証に委ねられ、複数の文書の総合的な認定によることもできるとする説）¹⁰⁵が支配的となった。そして、近時の執行実務においては、抽象的基準としては【B】説で異論のないところとなつていくようである。ただし、書証説の見地に立ったからといって「担保権の存在」全体としての証明自体が緩和されたとは言えず、一般的には、当該取引の際に債務者が関与して作成されたものは高度の証明力を有するといえるが、債務者の関与なしに事後的に作成されたものや、債務者が倒産状態に陥つた後に債務者によつて作成されたものは証明力が低いと解されることが指摘されている。また、⑪東京高決平成一〇年一月二三日（判例時報一六四一八九頁）は、「債務名義に準じるような公文書であることを要する旨の規定はないから、債務名義に準じ

るような格式性は必要なく、複数の文書を総合して裁判所の自由心証によって、担保権の存在を高度の蓋然性をもって証明できる文書であれば足りる」として、明確に書証説に立つことを明らかにしつつも、他方で、「必ずしも債務者が作成に関与した文書でなければならぬというものではないが、一般的には、債権者が一方的に作成した文書、債権者や第三債務者が事後的に作成した文書には、右のような証明力が認められ難く、債務者が関与して作成された文書以外の文書にそのような証明力が認められるのは、特別の場合であると考えられる」とし、具体的当てはめにおいて担保権の存在を証明する文書が提出されたとはいえないものとしており、書証説をとった場合にも証明は厳格に行なうべきことを確認したものと見えよう。

なお、やや別の角度からの議論であるが、法制審議会担保・執行法制部会では、「一般先取特権の実行等を容易にする観点から、その実行等に必要とされている担保権の「存在を証する文書」（民事執行法一八一条一項四号、一九三条等）につき、その内容を明確にする等の見直しをすることがについて、なお検討する。」との中間試案を示しており、これは動産売買先取特権にも波及する問題として捉えられよう。

(3) 若干の検討

まず、解釈論としては、動産売買先取特権という制度を維持する以上は手続面でも同制度に実効性を持たせるべきという価値衡量に加え、従来の議論で既に指摘されているとおり、民事執行法が担保権実行の手続開始の要件として債務名義を要求せず私文書による担保権証明で足りるとした立法経緯、コンピュータ処理の発達等のために債務名義に準ずるような定型文書の作成は行なわれにくいという取引実務などを考慮すると、抽象的基準としては【B】説が妥当であろう。準債務名義説に立つたうえで「将来の先取特権の実行、行使に備えるな

らば、継続的取引における担保権の存在の立証のための必要文書の作成とその定型化を心掛けるべきであろう」との指摘もあるが、文書作成コストを全く無視した理論は是認しがたく、また、そのような文書を備えない企業は先取特権を享受しえなくても仕方ないとの価値衡量もあるが、わが国の市場構成員の大半を占める中小企業を中心に考えるならば、優先権付与の条件として厳格な証拠力を備える個々の文書を要求することは妥当とは思われず、各文書を総合して目的物の特定に成功するのならば、それは十分保護に値すると解する。ただし、書証説にあつても、担保権の存在の証明が緩和されたと解するべきではないことは明らかであり、やはり、高度の蓋然性をもって証明されなければならぬであろう。この場合の具体的な証明の難易度は、前述の裁判例から導き出される若干の基準としては、一般的に次のようなものが挙げられよう。第一に、債権者や第三債務者が独自・事後的に作成したのではなく、債務者も関与して作成された文書は証明力が高い（ただし、債務者が倒産状態に陥った後に債務者に作成されたものは証明力が低い）。第二に、（目的動産が転売された事実の証明の要否にかかわらず）物上代位権の根拠である売買目的動産と転売代金債権の価値の同一性（売買の目的物の転売の目的物が同一であれば足りる）の証明が必要であるところ、債権者から第三債務者へ目的物が直送された場合には、証明が比較的容易である（具体的文書として、例えば、債権者の出荷に関する文書と第三債務者の目的物受領に関する文書）。これに対して、第三に、債務者がいったん在庫として組み入れた後に転売する場合には、当該商品が決済済み在庫商品や他の流通経路で仕入れた商品との混入する可能性がでてくるため、その可能性を否定しなければならぬが、製造番号等で識別しうる手段がない限り、債務者が取引当時作成した在庫管理に関する文書等なしには目的物の立証が困難といわざるをえない。ただし、このような場合でも、

例えば、在庫が滞留することはありえないことや出荷数の少ない商品であれば、決済済み在庫商品ではないことや他の流通経路で仕入れた商品ではないことを裏付ける文書が証明文書となり得る。

他方、以上のような解釈論を前提とするならば、立法論として「存在を証する文書」をより明確化することには反対する。そもそも本立法議論は、一般先取特権（特に労働債権）保護の観点からの提案であるが、少なくとも現在の学説・判例の状況をそのまま踏襲するならば、現行法の規定のままでも、実行が困難であるというわけではなく、また、むしろ具体的な文書を一九三条等に例示することによって「実務上要求される証明の程度を厳しくする方向に作用する可能性」¹⁰²も指摘することができる。このようなことからすると、むしろ、例示をしない現行法を維持して抽象性を確保し、あとは実務上の柔軟な解釈に委ねるべきではなからうか。

(103) 中野貞一郎「担保権の存在を証する文書」(民事執行法一九三条一項)

—動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使をめぐる裁判例—判例タイムズ五八五号(一九八六年)八頁以下

(104) なお、生熊長幸「動産売買先取特権の実行(2) —動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使—」新堂幸司・竹下守夫編・民事執行法判例展望(ジュリスト八七六号(一九八七年)一一六頁以下)では、①・②決定に加え、東京高決昭和六〇年二月五日(判例タイムズ五五六号一四二頁)を掲げ、どちらの説に立つかはつきりしないものとしているが、ここでは、中野論文にしたがって位置付けておく。

(105) 浦野雄幸「最近の動産売買の先取特権の実行をめぐる諸問題(4・完) NBL三三七号(一九八五年)一頁以下(特に、一九頁以下)は、「商品売買の先取特権について具体的にいえば、債権者、債務者間で作成された(署名または記名・押印のある)売買契約書またはこれに準ずる文書により、目的商品の売買がなされ、その所有権の移転、債務者に対する引渡がなされたことが各日時、場所を特定して証明できることが必要であり、債務者の署名・記名および押印のない文書や他の各種文書(納品書、請求書、指図書等)を総合して売

買契約が成立したことを立証できるというものでは、「執行名義」としてのタイムル性に欠ける」としている。

(106) 例えば、今中利昭「動産売買先取特権をめぐる最近の判例の動向と倒産法上の諸問題(下)」金融法務事情二〇八号(一九八五年)二二頁は、その当時の状況について、「民事執行法一九三条の「担保権の存在を証する文書」に関して：筆者補足 全国の裁判所を証明を強く要請することになってきました。その後、担保権の存在を証する文書は、少なくとも債務者のサインがないといけないようなことを要求し始めました。そして、今度は転売代金債権、転売代金債権が存在することの証明が必要であるということも言い出してきました。そういう傾向になりまして、この最高裁判決(昭和五九年判決：筆者補足)がとりました、破産宣告後の先取特権が行使できるという先取特権者にとっては恵みの雨を、民事執行法一九三条一項の規定の解釈によって奪うような傾向が出てまいりました」と分析している。

(107) ただし、直ちに完全に書証説に移行したわけではなく、例えば、東京高決昭和六〇年一〇月八日(判例時報一一七三三六七頁)は、準主義説に位置づけられる。

(108) 今中・前掲(注106)三三頁、倉田卓次「動産売買先取特権ないしこれに基づく物上代位権を被保全権利とする転売代金債権に対する処分禁止仮処分の適否」金融法務事情一一一〇号(一九八六年)二二頁、中野・前掲(注103)

(109) 原敏雄「判批」判例タイムズ六七七号(一九八八年)三〇一頁、東京地裁債権執行等手続研究会編「債権執行の諸問題」判例タイムズ社、一九九三年)三七一頁(秋吉仁美)

(110) なお、大阪高決平成二二年二月一日(判例時報一七二三号六五頁)は、製造番号等が付されていない生ビールの樽詰の売買契約であり、かつ、直送(債権者から第三債務者への目的物直送)ではない事案につき、①債権者は大阪府下では卸売店を経ずに直接小売店に販売する形態をとっており、他県の卸売店から当該商品の仕入れを行なうことは鮮度・コストの点から無理であること、②債務者から第三債務者への本件商品の売却納品までの期間は遅くとも七日以内に限定され、したがって、債務者から第三債務者へ当該商品が売却納品された期日と債権者から債務者へ当該商品が売却納品された期日とが接近していること、という二点を示した債権者の取引担当者が事後的に作成した報告書を採用して、動産売買先取特権に基づく物上代位における目的物の同一性の証

明を認めた。

(111) 浦野・前掲(注105)二〇頁

(112) 「担保執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」(法務省ホームページ) (<http://www.moj.go.jp>) から入手) 五九頁

七 むすびにかえて

以上、本小稿では、できる限り動産売買先取特権を有効に活用しようようにすべきであることを前提に、その解釈論や立法の可能性に関する試論を試みた。筆者の個人的見解は、各所特に、二および三、六の「若干の考察」の部分)で既に述べてあるが、再度、本考察で筆者が至った結論(主張)だけをごく簡単に列挙すれば、次のとおりである。二では、わが国が動産売買先取特権制度の意義に関し、わが国の民法が同制度を立法化し、なお維持していることを尊重し、かつ、売主が期待する「公平」という観点や取引実務上の有用性の観点をも踏まえるならば、動産売買先取特権が必ずしも消極的に解すべき制度ではないことを示した。三では、主として集合動産譲渡担保との優劣関係に関し、財団・企業担保法からの視点から眺めた場合、少なくとも確定前の集合動産譲渡担保との関係において動産売買先取特権が劣後するとの解釈は妥当でないことを示した。四では、動産売買先取特権に基づく物上代位の権利行使の可能な範囲に関し、平成一〇年判決(第三債務者保護説)を批判的に捉え、「差押」の意義を多面的に理解すること、結論的には、他の第三者の差押や債務者の破産宣告にとどまる場合に限り動産売買先取特権を行使しうること(昭和五九・六〇年判決を支持)を示した。五では、二および三と対応する動産売買先取特権の実行手続に関し、民事執行法一九〇条の解釈論に限界があること、したがって法改正が必要であること、具体的には、執行裁判所が関与

する形での競売開始決定を立法すべきであることを示した。六では、四と対応する物上代位権の実行手続に関し、民事執行法一九三条の「担保権の存在を証する文書」の解釈につき、書証説を維持すべきであることを示した。

ただし、このような試論を展開したとしても、本文でも既に示したとおり、なお筆者自身の中で残された問題は山積みである。特に、流動集合動産譲渡担保、企業担保など、動産売買先取特権の法的位置づけを決定するのに重要な制度自体の考察自体を留保しているが、そのほか、動産売買先取特権の法的位置づけそれ自体の中で、特に今後の研究課題としたい点を若干指摘しておく。

第一に、本文中でも既に問題としてきた、動産売買先取特権と「公示」の関係についてである。そもそも、法律が「債権者平等の原則」という大命題がある中で特に特定債権保護のために特権(優先弁済権)を付与する制度が「先取特権」であるが、現行民法はその法的構成を「物権」として位置づけた(債権者平等の原則を破る特殊な効力を債権に与えるという構成ではなく、債務者財産の価値を優先的に支配しうる物権として構成した)ことにより、必然的に、排他性が生じ、物権取引の安全を保障するための「公示」を問題とせざるをえなくなるにもかかわらず、先取特権は「公示」なくして優先権を付与させるものであるため、第三者を害することにはならないかという点から、本規定の位置づけが問題となっているのである。そして、この問題点をどのように評価するかということこそが、動産売買先取特権に関する諸問題の根幹をなすものといえよう。筆者は、先取特権を物権として構成した以上は、公示がなくとも第三者にも広く特権を主張しようという法政策判断を現行民法が行なつたとみるべきであると考え、さらに、確かに先取特権が公示を欠くことによつて他の債権者に不測の不利益をもたらす可能性があることを全く否定するものではないが、そ

れは、全ての種類の先取特権に共通して言えることは考えない。特に、「動産売買先取特権」に絞って言えば、そもそも動産の「占有」が実際にはどれほど公示手段として有効に機能するか疑わしいと古くから言われる中、動産売買先取特権だけを取り上げて公示が備わっていないことを理由に、特別問題視することは果たして妥当なのであろうかとの疑問を拭えない。ただし、本問題は、近代動産担保法における「公示の原則」に遡った詳細な検討の必要性を感じる。

第二に、公示の問題とは別に、「動産売買先取特権」が今後も保護強化されていくべきものであるかどうかは検討が必要である。そもそも現行民法典では一五種の先取特権を定めているが、社会の移り変わりによって、存在意義を失っているものもあれば強化すべきものも考え得る。そのような中で、動産売買先取特権がどのように位置づけべきかは一つの大きな問題であろう。今回の法改正議論でも、「動産売買先取特権」に関して言えば、実体法的改正には触れられておらず手続法の改正にとどまっておられ、本小稿もそれに沿って実体法の立法論に紙面を割かなかつたが、解釈論よりも立法論に傾斜し、法政策の観点から多角的に検討されるべき問題もある。例えば、動産売買先取特権自体を存続させるのか（所有権留保等の約定担保に役割を移行させるべきではないかとの議論）や、反対に、権利強化を前提とした動産質権との関係如何などは、その筆頭であろう。本小稿で展開したとおり筆者は、現時点では動産売買先取特権を維持し強化していく方向で考えているが、なお詳細な検討が必要であると考える。

第三に、実体法と手続法の位置づけについて。これは、動産売買先取特権（およびその物上代位）の行使手続に関連した両法の位置づけについては、前述のとおり既に様々なところで論じられているところであり、筆者もやはり、実体法上で動産売買先取特権がある以上は、手続法はそれに沿った手続を実現させる使命を負っており、手続法に

よってその権利がうまく行使し得ないというのでは本末転倒であるといわざるを得ないと考える。担保物権である以上は、「被担保債権」と「担保目的物」の存在・範囲が明確に特定されていることが必要であることは当然としても、それがクリアーできるのであれば、当該権利の今後の行方はどうであれ、その権利行使が困難となるような解釈論は支持し難く、解釈論で限界があるのならば、積極的に立法措置を講じるべきである。ただし、これが当該論点を越えて普遍的な命題となり得るのかは、さらに検討したい。

(113) なお、本小稿では触れなかったが、質料債権に対する物上代位と質借人による相殺の優劣について争われたものとして最判平成一三年三月二三日（民集五五卷二号三六三頁）がある。本判決は、物上代位に関して現在主要な論点と考えられているものうち、最後に残された論点に実務的な決着を付けたものと評価されており、本来であれば、本小稿でも、四において、【ケース⑥】として考察対象とすべき問題であった。しかし、物上代位の解釈に関して是最判平成一〇年一月三〇日の延長線として捉え、大きな論理修正がないと評価しうることに加え、いわゆる無制限説を採用した最判昭和四五年六月二四日（民集二四卷六号五八七頁）以降協調されてきた「相殺の担保的機能」との価値競合も改めて検討しなければならないと思われるため、本小稿では割愛した。別稿で論じたい。

〔付記〕脱稿後、質料債権の物上代位による差押と当該債権への敷金充当に関する最判平成一四年三月二八日（金融法務事情一六四六号三五頁）に触れた。注（113）に掲げた平成一三年判決とあわせて、別稿で論じたい。