
論 説

動産売買先取特権の物上代位論

——相殺との優劣を通して——

清 原 泰 司

- I はじめに
- II 大阪地裁平成 17 年 1 月 27 日判決 (大阪地判平成 17 年)
- III 大阪地判平成 17 年事案の解決方法
 - 1 事案の整理
 - 2 基本的論点
- IV 「差押え」の趣旨に関する最高裁判例の検証
 - 1 動産売買先取特権に基づく物上代位権行使と破産宣告・一般債権者の差押えとの優劣の場合
 - (1) 最高裁昭和 59 年 2 月 2 日判決 (①判決)・最高裁昭和 60 年 7 月 19 日判決 (②判決)
 - (2) ①判決および②判決に対する評価
 - 2 抵当権に基づく物上代位権行使と代位目的債権譲渡との優劣の場合
 - (1) 最高裁平成 10 年 1 月 30 日判決 (最判平成 10 年)
 - (2) 最判平成 10 年に対する評価
 - 3 動産売買先取特権に基づく物上代位権行使と代位目的債権譲渡との優劣の場合
 - (1) 最高裁平成 17 年 2 月 22 日判決 (③判決)
 - (2) 調査官コメントの問題点
 - (3) 調査官コメントに対する批判
 - (ア) ③判決は最判平成 10 年に抵触しないとすると調査官コメントに対する批判
 - (イ) 調査官コメントの問題点の検証
 - (ウ) 調査官による第三債務者保護説「曲解」に対する批判
 - (4) 小 括

- V 抵当権に基づく物上代位権行使と相殺との優劣
 - 1 最高裁平成 13 年 3 月 13 日判決（最判平成 13 年）
 - 2 最判平成 13 年に対する評価
- VI 動産売買先取特権の物上代位権行使と相殺との優劣
 - 大阪地判平成 17 年事案の解決—
- VII おわりに

I はじめに

動産の信用売買がなされると、売主は、売買代金債権を被担保債権として、買主所有の動産上に動産売買先取特権を有する（民法 311 条 5 号・同 321 条）が、その動産が第三者（転買主）に転売され引き渡されると、当該動産上の動産売買先取特権の追及効は制限され、失効する（民法 333 条）。しかし、動産売買先取特権の効力は、転売と同時に買主が転買主（第三取得者）に対して取得する転売代金債権上に移行する（民法 304 条 1 項本文）。これが、動産売買先取特権に基づく物上代位権である。転売代金債権上への動産売買先取特権（物上代位権）の成立（発生）は、動産転売による動産上の動産売買先取特権（原担保権）の失効から売主を保護するものであるが、その権利行使のためには、売主は、転買主（第三債務者）が転売代金債権について「払渡し又は引渡し」をする前に、当該債権を差し押さえなければならない（民法 304 条 1 項ただし書）。このため、売主と、その「差押え」前に物上代位権の目的債権（以下、「代位目的債権」という）を取得した第三者との間に、その優先的擱取をめぐる争いが起こるのである。

この優劣問題を判示した最高裁判例として、① 最高裁（二小）昭和 59 年（1984 年）2 月 2 日判決（民集 38 卷 3 号 431 頁）〔以下、①判決という〕および② 最高裁（二小）昭和 60 年（1985 年）7 月 19 日判決（民集 39 卷 5 号 1326 頁）〔以下、②判決という〕があったが、近年、③ 最高裁（三小）平成 17 年（2005 年）2 月 22 日判決（民集 59 卷 2 号 314 頁）〔以下、③判決という〕が下された。

①判決は、動産買主の破産宣告後に、売主たる動産売買先取特権者が転売代金債権を差し押さえた事案であり、②判決は、一般債権者が転売代金債権を差し押さえた後、売主たる動産売買先取特権者が同債権を差し押さえた事案であり、当時の大方の予想を裏切り、いずれの事案においても、動産売買先取特権者優先の結論が導き出された。その後、1998年（平成10年）から2002年（平成14年）にかけて、抵当権に基づく物上代位権行使に関し、最高裁は相次いで新しい判断を示した¹⁾。これらの一連の最高裁判決の端緒となったのが、最高裁（二小）平成10年（1998年）1月30日判決（民集52巻1号1頁）〔以下、「最判平成10年」という〕であり、代位目的債権である賃料債権が譲渡され、第三者対抗要件が具備された後に、同債権を差し押さえた抵当権者（物上代位権者）との優劣問題に関し、抵当権者優先の結論が導き出されたのである。

最判平成10年の論理を前提とすれば、代位目的債権である転売代金債権が譲渡され、第三者対抗要件が具備された後に、動産売買先取特権者が同債権を差し押さえた場合、動産売買先取特権者（物上代位権者）優先の結論が導き出されることも予測された。しかし、③判決は、債権譲受人優先の結論を判示した。④判決は、かかる結論を導き出す理由として、抵当権と異なり、動産売買先取特権には公示方法がないことを挙げ、①および②判決の傍論において説示された法理を正面から承認し、転売代金債権の「譲渡」後は、物上代位権を行使できないと判示したのである。したがって、最高裁は、担保物権の「物上代位」の基本条文である民法304条1項に関し、抵当権と先取特権とで全く異なる解釈を行ったわけである²⁾。

ところで、代位目的債権の優先的擲取をめぐっては、物上代位権者と第三者（競合債権者）が争う事案以外に、物上代位権者と第三債務者（賃借人）が争うこともありうる。それが、賃料債権に対する抵当権の物上代位権行使と相殺との優劣問題であり、最高裁（三小）平成13年3月13日判決（民集55巻2号363頁）〔以下、「最判平成13年」という〕は、抵当権者優先の結論を判示した（この結論自体は妥当であるが、その理論構成には基本的な疑問がある³⁾）。同様の

問題は、先取特権についても起こりうる。それが、転売代金債権に対する動産売買先取特権者（動産売主）の物上代位権行使と第三債務者（転買主）の相殺との優劣問題である。そして、この問題が現実になったのが、大阪地裁平成17年（2005年）1月27日判決（金融・商事判例1210号4頁）〔以下、「大阪地判平成17年」という〕であり、動産売買先取特権者の転売代金債権に対する物上代位権行使と、転買主の買主に対する売買代金債権を自働債権とし、買主の転買主に対する転売代金債権（代位目的債権）を受働債権とする相殺との優劣が争われたのである。

私は、大阪地判平成17年の直前、原告代理人の要請を受け、原告の見解を支持する意見書を大阪地裁に提出したが、同判決は、原告の請求を棄却した。これに対し、原告は控訴したが、同判決の直後、㊦判決が下されたことを考慮し、結局、控訴を取り下げたため、同判決は確定した。他方、私は、同判決を厳しく批判する論考を公表した⁴⁾が、逆に、同判決を支持する論考⁵⁾が現れ、また、同判決と基本的に同じ立場に立つ㊦判決を歓迎する実務家の論考⁶⁾も現れた。

㊦判決および大阪地判平成17年はいずれも、公示方法が存しないという理由で、動産売買先取特権を一般債権と同視したうえ、動産売買先取特権に基づく物上代位権行使の要件としての「差押え」の趣旨についても、最判平成10年が採った第三債務者保護説ではなく、第三者保護説（優先権保全説）を採るのである。しかし、かかる解釈は、公示方法が存しなくても、法律の規定そのものが一種の公示方法⁷⁾ともいえる法定担保物権の存在を有名無実化するものであり、到底賛成することはできない。そこで、大阪地判平成17年を素材として、動産売買先取特権の物上代位権行使と相殺との優劣問題の考察を通して、動産売買先取特権の物上代位について、あるべき解釈論を提示する。

II 大阪地裁平成 17 年 1 月 27 日判決（大阪地判平成 17 年）

〔事 実〕

原告 X 株式会社（以下、X という）は、平成 15 年 6 月 25 日、訴外 A 株式会社（以下、A という）に対して溶融装置燃焼用空気予熱器 1 台（本件商品①）を 939 万 7500 円（消費税込み）で売却した。同日、A は、被告 Y 株式会社（以下、Y という）に対し、本件商品①を 945 万円（消費税別途）で転売し（本件転売代金債権①）、同日、引き渡した。

さらに、X は、同年 7 月 4 日、A に対し、水砕水熱交換器 1 台（本件商品②）を 498 万 7500 円（消費税込み）で売却した。同日、A は、Y に対し、本件商品②を 495 万円（消費税別途）で転売し（本件転売代金債権②）、同日、引き渡した。

他方、Y は、昭和 42 年 4 月 1 日、A との間に商取引基本契約を締結し、その取引基本契約には、A の資産状態の著しい悪化等の事由があるときは、A が Y に対して負担しているすべての債務につき期限の利益を失う旨の特約があった。

Y は、平成 15 年 2 月 19 日、A に対し、検収（納品）月末締め翌々月末 4 カ月手形払の約定で、コンダクターロール 4 本を 997 万 5000 円（消費税込み）で売却し（本件売買代金債権①）、同年 5 月 29 日、引き渡した。さらに、Y は、同年 5 月 22 日、A に対し、検収（納品）月末締め翌々月末 4 カ月手形払の約定で、ラジアントチューブ一式を 661 万 5000 円（消費税込み）で売却し（本件売買代金債権②）、同日、引き渡した。

ところが、A は、平成 15 年 8 月 6 日、破産宣告を受け、破産管財人が選任された。A は、同日、上記期限の利益喪失約定に基づき、本件売買代金債権①および②（以下、併せて「本件各売買代金債権」という）についての期限の利益を喪失した。

そこで、Xは、同月15日、本件商品①および②の売買代金債権を回収するため、動産売買先取特権の物上代位権に基づき、本件転売代金債権①および②（以下、併せて「本件各転売代金債権」という）のうち、1438万5000円に満つるまでの部分について債権差押命令および転付命令（以下、「本件差押・転付命令」という）を取得し、本件差押・転付命令は、同月18日、Y（第三債務者）に、同月20日、破産管財人に送達された。

これに対し、Yは、平成15年9月1日到達の内容証明郵便で、Xに対し、本件各売買代金債権を自働債権とし、本件各転売代金債権を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をした（以下、「本件相殺」という）。

原告Xおよび被告Yの主張は、以下のとおりである。

〔原告の主張〕

ア 動産売買先取特権に基づく物上代位と一般債権者による相殺との優劣は、物上代位権の行使としての差押えと相殺の意思表示の先後により決すべきであり、動産売買先取特権者が物上代位権を行使して債務者の第三債務者に対する債権の差押えをした後は、第三債務者は債務者に対して反対債権を有していたとしても、その反対債権を自働債権として、物上代位の目的債権を受働債権とする相殺をもって、動産売買先取特権者に対抗することはできないと解すべきである。その理由の要旨は、以下のとおりである。

（ア） 法定担保物権である動産売買先取特権を有する動産売買先取特権者と事実上担保的機能に対する期待を抱くだけの相殺権者とを比較した場合、実体法上、動産売買先取特権者の方が要保護性が高い。

すなわち、動産売買先取特権の立法趣旨は、動産売主は買主の信用をあらかじめ確かめることができない場合が多いため、先取特権を与えることによって、売主を保護し、動産売買を容易かつ安全ならしめようとした点及び動産売買先取特権の対象となる動産は買主の一般財産に組み込まれて総債権者の共同担保となるが、売主の債権はまさにこの共同担保増加の原因であるから、その動産によって担保されるのが公平の原則にかなうという点にある。

このように2つの趣旨が複合的に絡み合いながら、動産の売主を優先的に保護しようという法政策が決定されたものである。また、動産の売主の有する売買代金債権を強く保護して、動産取引の促進を図る必要性は、現代においても何ら変わるものではない。

次に、動産売買先取特権は法定担保物権であるから、動産を購入する者は常に動産売買先取特権を行使される可能性にさらされており、この意味においては、動産売買先取特権には公示がないのではなく、常に公示されているということもできる。

したがって、動産の購入者は常に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甘受しなければならない地位にあり、この限りにおいて、その者が抱く相殺への期待を過度に重視すべきではなく、相殺の自働債権と物上代位権の目的債権である受働債権が共に発生した時点では、受働債権に動産売買先取特権という法定担保物権が付着していることは相殺権者にも明らかなのであるから、相殺権者の相殺への期待を物上代位権の行使により優先弁済を受けられるという動産売買先取特権者の期待に優先して保護すべき理由はない。

- (イ) 動産売買先取特権に基づく物上代位権も相殺権も共に公示なき権利であり、差押えと相殺の意思表示のみがそれぞれ唯一の対外的な権利の表明方法であること、民法304条1項ただし書が、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は、第三債務者に対し物上代位権の存在を知らせ、その目的債権の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ことからすれば、差押えと相殺の優劣を判断する基準は、差押えと相殺の意思表示の先後とすることが最も明快であり、かつ、平等である。

イ そして、本件相殺は、本件差押・転付命令の送達後に後にされたものであるから、Yは、本件相殺による本件各転売代金債権の消滅の効果を本件差押・転付命令を取得したXに対抗できないというべきである。

したがって、Yは、Xに対し、本件各転売代金債権のうち、本件差押・転付命令に係る1438万5000円及び内金939万7500円に対する平成15年6月26日（AのYに対する請求の日の翌日）から、内金495万円に対する同年7月5日（AのYに対する請求の日の翌日）から各支払済みまで商事法定利率年6分の割合に対する遅延損害金の支払義務がある。

〔被告の主張〕

ア 動産売買先取特権に基づく物上代位による目的債権に対する優先弁済請求権と相殺の担保的機能に対する期待との調整をいかに図るかという観点からすれば、動産売買先取特権には、抵当権の登記のような公示方法が存在せず、公示方法は、差押え以外に存しないのであるから、動産売買先取特権の物上代位による差押えまでに発生し、弁済期が到来した債権又は弁済期が未到来でも受働債権の弁済期に先行する債権については、上記債権を自働債権とし、動産売買先取特権の物上代位の目的債権を受働債権として相殺することができることと解すべきである。

イ 本件においては、YのAに対する本件売買代金債権①は平成15年2月19日に、本件売買代金債権②は同年5月22日にそれぞれ発生した後、同年8月6日、Aが破産宣告を受けたことにより、本件期限の利益喪失約定に基づいて、本件各売買代金債権についての期限の利益を喪失し、その弁済期が到来し、その後、同月18日、Xの本件各商品の動産売買先取特権の物上代位権の行使としての本件差押・転付命令がYに送達された。

したがって、本件各売買代金債権は、本件差押・転付命令の送達前に発生し、その弁済期が到来していたのであるから、Yは、本件各売買代金債権を自働債権とする本件相殺による本件各転売代金債権の消滅の効果を本件差押・転付命令を取得したXに対抗できるというべきである。

〔判 旨〕 原告の請求棄却

「前提となる事実を総合すれば、① Xは、Aに対し、平成15年6月25日に本件商品①を、同年7月4日に本件商品②を売却したことにより、本件各商品についてその売買代金債権を被担保債権とする動産売買先取特権を取得

し、更に A が上記各売買の日と同じ日までに本件各商品を転売したことに
より、X は、本件各転売代金債権に対し動産売買先取特権に基づく物上代位
権を取得したこと、② X は、同年 8 月 15 日、上記物上代位権の行使として
本件各転売代金債権のうち、1438 万 5000 円に満つるまでの部分につき本件
差押・転付命令を取得し、本件差押・転付命令は、同月 18 日、Y に送達さ
れたこと、③ Y は、A に対し、X が上記動産売買先取特権を取得する前
である同年 2 月 19 日に本件売買債権①を、同年 5 月 25 日までに本件売買代金
債権②を取得し、同年 8 月 6 日、A が破産宣告を受けたことにより、本件期
限の利益喪失約定に基づき、本件各売買代金債権の弁済期が到来したこと、
④ Y は、本件差押・転付命令の送達後の同年 9 月 1 日、X に対し、本件各
売買代金債権を自働債権とし、本件各転売代金債権を受働債権として本件相
殺をしたことが認められる。

以上の事実関係を前提に検討するに、二人互いに同種の目的を有する債務
を負担する場合には、各債務者は、自己の債務につき弁済期の到来するのを
待ち、これと相手方に対する反対債権とをその対当額において相殺すべきこ
とを期待するのが通常であり、また、相手方の資力が不十分な場合において
も、相殺によって反対債権について弁済を受けたのと同様な利益を受けるこ
とができるものであって、このような相殺の担保的機能に対する期待は保護
すべきであり、一方で、動産売買先取特権の制度趣旨は、売買された動産は
買主の一般財産に組み込まれて総債権者の共同担保となるが、売主の売買代
金債権はこの共同担保増加の縁由をなすものであるから、その動産によって
担保されるのが公平の原則にかなうという点にあり、動産売買先取特権に基
づく物上代位の趣旨は、目的物である動産が転売された場合には、差押えを
条件として目的物の転売代金債権に対して動産売買先取特権の優先弁済請求
権を及ぼすのを妥当とするというものであるところ、本件においては、X の
本件各転売代金債権に対する物上代位権が成立する前に、本件各売買代金債
権が成立し、その時点において、Y は、既に本件各売買代金債権を自働債権
とする相殺の担保的機能に対する期待を有し、しかも、X の上記物上代位権

の行使としての本件各転売代金債権に対する本件差押・転付命令の送達前に、本件各売買代金債権の弁済期が到来し、相殺適状が生じているのであるから（甲1及び弁論の全趣旨によれば、原告X〔ママ―「被告Y」とすべきところである―筆者注〕のAに対する本件各商品の売買代金債権の弁済期は、Aの破産宣告により到来したものと認められる。）、Yの相殺の担保的機能に対する上記期待は、その後成立したXの動産売買先取特権に基づく物上代位による本件各転売代金債権に対する優先弁済請求権よりも優先して保護するのが相当である。

したがって、Yは、本件相殺による本件各転売代金債権の消滅の効果を本件差押・転付命令を取得したXに対抗できるというべきである。

これと異なるXの主張は、動産売買先取特権が法定担保物権であるのに対し、相殺の担保的機能は事実上のものにすぎないこと及び動産売買先取特権の要保護性などから、動産売買先取特権を優先すべきであるという価値判断に基づくものであるが、上記主張は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理しようとする相殺制度の目的及び担保的機能並びにこれらが経済社会における取引の助長にも役立っていることを軽視するものとして、採用することができない」（下線・ゴシック、筆者）と。

III 大阪地判平成17年事案の解決方法

1 事案の整理

大阪地判平成17年の争点は、AのYに対する売買代金債権（Xから見ると転売代金債権）を優先取得するのは、X（動産売主・動産売買先取特権者）なのか、それともY（相殺権者・転買主・第三債務者）なのかということである。本件事案を整理すれば、以下のようになる。

Xは、平成15年6月25日、Aに本件商品①を売却し、同日、Aは、Yに

本件商品①を転売して引渡したので、AのYに対する本件転売代金債権①上に動産売買先取特権に基づく物上代位権を有し、さらに、Xは、同年7月4日、Aに本件商品②を売却し、同日、Aは、Yに本件商品を引渡したので、AのYに対する本件転売代金債権②上に動産売買先取特権に基づく物上代位権を有していた。

他方、Yは、平成15年2月19日、Aに商品を売却し、Aに対し本件売買代金債権①を取得し、さらに、同年5月22日、Aに商品を売却し、Aに対し本件売買代金債権②を取得した。同年8月6日、Aが破産宣告を受けたので、Yは、Xに対し、同年9月1日到達の内容証明郵便で、Aとの間の商取引基本契約における期限の利益喪失約定に基づき、本件売買代金債権①②を自働債権とし、本件転売代金債権①②を受働債権とする相殺の意思表示を行った。これに対し、Xは、同年8月15日、上記の物上代位権に基づき、本件転売代金債権①②を差押え、差押・転付命令を取得し、同命令は、同月18日、Yに、同月20日、Aの破産管財人に送達された。

Xは、動産売買先取特権に基づく物上代位権と一般債権者による相殺との優劣は、物上代位権行使としての差押えと相殺の意思表示の先後により決すべきであると主張する。Xの主張に従えば、Xの差押・転付命令のYへの送達は、平成15年8月18日であり、Yの内容証明郵便による相殺の意思表示は、同年9月1日であるから、Xの物上代位権が優先することになる。

これに対し、Yは、動産売買先取特権に基づく物上代位権には「差押え」以外に公示方法が存しないという考えを前提として、その「差押え」までに発生し弁済期が到来した債権または弁済期未到来でも受働債権の弁済期に先行する債権を自働債権とし、代位目的債権である転売代金債権を受働債権とする相殺は可能であると主張する。Yの主張に従えば、Yの自働債権はそれぞれ、同年2月19日と同年5月22日に発生し、Aが破産宣告を受けた同年8月6日にそれぞれ弁済期が到来し、相殺適状に達しているため、Yによる9月1日の相殺の意思表示により、8月6日に遡及して相殺の効果が生じており、8月18日にXからYになされた差押・転付命令の送達は空振りとい

うことになり、Yが優先することになる。

以上のX、Yの主張に対し、大阪地判平成17年は、Xの物上代位権が成立する（平成15年6月26日、同年7月4日）前に、すでにYのAに対する自働債権が成立している（同年2月19日、同年5月22日）ので、その時点で、Yは、相殺の担保的機能に対する期待を有していること、しかも、Xの物上代位権に基づく差押・転付命令がYに送達された同年8月18日の前である同月6日に自働債権の弁済期が到来し相殺適状に達していることを理由に、「Yの相殺の担保的機能に対する上記期待は、その後成立したXの動産売買先取特権に基づく物上代位による本件各転売代金債権に対する優先弁済請求権よりも優先して保護するのが相当である」と判示し、Xの請求を棄却したわけである。

2 基本的論点

本件事案について考えられる処理として、松岡久和教授は、①先取特権に公示のないことを重視せず、その要保護性を強調して、先取特権成立時と反対債権成立時の先後を基準とする、②公示のない先取特権に基づく物上代位では、物上代位に基づく差押え時と反対債権の成立時期の先後を基準とする、③物上代位に基づく差押え時と相殺の意思表示がなされた時の先後を基準とする、という3通りのものが成り立つだろうと述べ、Yの主張を全面的に認容し、②の考え方を採った大阪地判平成17年が基本的には妥当であるとする⁸⁾。

しかし、②の考え方を採るYの主張および同判決には全く賛成できない。なぜなら、②の考え方は、動産売買先取特権が法定担保物権であることを看過し、公示方法がないことを理由に一般債権と同視しているだけでなく、事実上の担保にすぎず、しかも公示方法の存しない相殺を、法定担保物権である動産売買先取特権との競合にさらしたうえ、相殺権者を最大限に保護した最高裁（大法廷）昭和45年（1970年）6月24日（民集24巻6号587頁）

〔以下、「最大判昭和45年」という〕の論理に依拠しており、ほとんど相殺¹の²結果をもたらす論理だからである。

動産売買先取特権は、公示方法がなくとも、第三者に対抗できる法定の担保物権であり、その要保護性は、事実上の担保的機能を有するにすぎない相殺よりも高いことは、XがA(ア)において主張しているとおりであり、一般債権者の差押えと相殺との優劣が争われた最大判昭和45年の射程は及ばないと解すべきである。

では、動産売買先取特権の要保護性を考慮し、①の考え方を採るべきであろうか。否である。本件では、転売代金債権の優先的擱取をめぐって争っているのは、物上代位権者と第三債務者だからである。③判決の事案のように、物上代位権者と転売代金債権譲受人のような第三者が争っているのであれば、動産売買先取特権の成立時を第三者対抗要件具備時とし、①の考え方を採ることも可能である（なお、③判決はこのような考えを採らず、動産売買先取債権を一般債権と同視し、「差押え」と債権譲渡の対抗要件具備の先後で事件を解決した点において、基本的な過ちを犯している）が、本件のように、物上代位権者と第三債務者が争っている場合には、物上代位権の「第三債務者」に対する対抗を問わなければならない。それは、原担保権の公示ではなく、物上代位権に基づく「差押え」である（最判平成13年は、抵当権に基づく物上代位権の「第三債務者」に対する公示を、原担保権の公示方法である抵当権設定登記と解した点において、基本的な過ちを犯している）。この点についても、XがA(イ)において主張しているとおりである。したがって、本件を処理する最も正当な考え方は、Xが主張する③の考え方である。

③の考え方について、松岡教授は、相殺の遡及効（民法506条2項）と調和しないとして批判する⁹⁾。しかし、遡及効があるといっても、相殺の意思表示の時点においても相殺適状にあることが前提である。本件では、Aが破産宣告を受けた8月6日に相殺適状が生じた後、相殺の意思表示が行われた9月1日の前である8月18日に、物上代位権に基づいて受働債権（転売代金債権）に対する差押・転付命令が第三債務者Yに送達されている。受働債権上

には、相殺適状が生じる以前の6月25日および7月4日に物上代位権という優先権が付着しており、しかも、Yが相殺の意思表示を行う前に、Xが物上代位権を行使しているのであるから、相殺の遡及効は問題とならない。よって、Xの物上代位権行使は、民法304条1項ただし書の要件を充たした正当なものであり、Xが優先すると解すべきである。

さらに、松岡教授は、③の考え方について、「Yのβ債権もAに対する売掛代金債権であった本件では、物上代位を絶対的に優先する結果は利益衡量的にも問題であろう」¹⁰⁾と述べる。しかし、③の考え方は、XとYの優劣につき、物上代位権に基づく差押えの時と相殺の意思表示の時の先後を基準とするだけのものであるから、Xの物上代位権に基づく差押えよりも先に、Yが相殺の意思表示をしていれば、Yが優先したのであるから、「物上代位を絶対的に優先する」ことにもならない。すなわち、③の考え方を採った場合でも、Yは、差押・転付命令が送達された8月18日より前に相殺の意思表示をしていれば、Xに優先していたのであり、松岡教授の批判は当たらない。

以上のように、私は、Xが主張する③の考え方が妥当と考え、Xがアの(ア)および(イ)において主張していることを全面的に支持するものである¹¹⁾。では、本件事案を解決する考え方として、なぜ、③の考え方が妥当なのか。以下、これについて論証する。

ところで、本件のXは、動産売買先取特権の物上代位権に基づき、転売代金債権を差し押さえているので、以下の論点が残存する。

- (i) 動産売買先取特権に基づく物上代位権は、いつ成立(発生)するのか(民法304条1項本文の解釈問題)、
- (ii) 成立した物上代位権の公示(第三者対抗要件および第三債務者対抗要件)とは何か(民法304条1項本文の解釈問題)、
- (iii) 成立した物上代位権行使の要件としての「差押え」の趣旨は何か(民法304条1項ただし書の解釈問題)。

これらの3点は、相互に密接不可分の関係にあるが、(i)および(ii)の論

点も、結局、権利実現の方法である(iii)の「差押え」の趣旨の解釈に集約される。なぜなら、「差押え」の趣旨についての解釈が、(i)物上代位権はいつ成立するのか、(ii)成立した物上代位権は、第三者および第三債務者に対して、どのような方法により対抗できるのか、という論点を、その解釈の前提とするからである。そこで、「差押え」の趣旨に関する最高裁のこれまでの論理を検証する。

IV 「差押え」の趣旨に関する最高裁判例の検証

1 動産売買先取特権に基づく物上代位権行使と 破産宣告・一般債権者の差押えとの優劣の場合

(1) 最高裁昭和59年2月2日判決(①判決)・最高裁昭和60年7月19日判決(②判決)

①判決は、民法304条1項ただし書にいう「差押え」の趣旨について、「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せられ、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ことにあるから、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理由はないというべきである。そして、債務者が破産宣告を受けた場合においても、その実質的内容は、破産者の所有財産に対する管理処分権能が剥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

とになるというにとどまり、これにより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」(下線, 筆者)と述べ、先取特権者は、債務者が破産宣告(現行破産法の破産手続開始)を受けた後においても、物上代位権を行使することができる」と判示した。

次に、②判決は、①判決を引用して、「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物を債務者に払い渡し又は引き渡すことを禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り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、物上代位の目的となる債権(以下「目的債権」という。)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、他面目的債権の弁済をした第三債務者又は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等が不測の損害を被ることを防止しようとすることにあるから、目的債権について一般債権者が差押又は仮差押の執行をしたにすぎないときは、その後に先取特権者が目的債権に対し物上代位権を行使することを妨げられない」(下線, 筆者)と判示した。

①および②判決によれば、先取特権者は、債務者の「破産宣告」や代位目的債権について一般債権者の「差押え」があっても、なお物上代位権を行使することができるとする反面、代位目的債権(転売代金債権)について「譲渡」や「転付命令」がなされ、同債権が債務者の帰属を離れば、もはや物上代位権を行使することができないということになる。したがって、代位目的債権が債務者に帰属している限り、たとえ債務者の破産宣告や一般債権者の差押えが先行していても、物上代位権者が優先すると解しているわけである。ということは、少なくとも、かかる解釈の前提として、物上代位権が、転売代金債権の発生と同時に同債権上に成立している(民法304条1項本文)ことを前提としているのである。つまり、物上代位権は、「差押え」(民法304条1項ただし書)によって成立するものではないということである。このように、両判決は、物上代位権の第三者(競合債権者)に対する関係についての解釈はともかくとして、物上代位権の成立時期については、極めて正当な

解釈を行っている。

では、成立した物上代位権の行使要件である「差押え」の趣旨について、これらの判決は、どう解しているのだろうか。

①判決は、「差押」の趣旨につき、「代位目的債権の特定性保持による物上代位権の効力保全」および「第三者の不測の損害防止」を挙げ、②判決は、この2点以外に「第三債務者の不測の損害防止」をも挙げる。このように、①判決は、「差押え」の趣旨として、従来の特定性維持説および第三者保護説を包含するかのような説示を行い、②判決は、それに加えて、第三債務者保護説をも包含するかのようなことを述べている。このことから、①および②判決は、特定性維持説と優先権保全説（第三者保護説）を融合した二面説を採ったという評価も生まれる¹²⁾。実際、最判平成10年の調査官コメントも、②判決が述べる「差押え」の趣旨の説明が「あいまい」であったことを指摘している¹³⁾。

(2) ①判決および②判決に対する評価

私は、①および②判決の見解の本質は、第三者保護説（優先権保全説）であると評価する。なぜなら、「代位目的債権の特定性保持」に言及していても、「第三者の不測の損害防止」を説示している限り、「差押え」の趣旨は、結局、「第三者の不測の損害防止（第三者保護）」との関係における「特定性保持」となり、「物上代位権（優先権）保全」となるのであり、「差押え」によって第一次的に保護されるのは、「第三者」だからである。

また、②判決が、①判決とは異なり、「差押え」の趣旨として、「第三者の不測の損害防止」に加え、「第三債務者の不測の損害防止」に言及していても、「第三債務者」は代位目的債権の弁済義務者であり、他方、「第三者」は代位目的債権の受領者であり、物上代位権者に対する関係において、それぞれの立場は全く異なる。つまり、「第三者」は、物上代位権者の競合債権者であるのに対し、「第三債務者」は、誰に対する弁済であろうと、その弁済が有効とされ免責されることに真の利益を有するからである。それゆえ、両

者のそれぞれの「真の利益」を同時並列的に保護することは論理的には不可能であり、②判決のように両者を並列した場合、「第三債務者」の利益は、結局、「第三者」のみに弁済したことによる免責となり、それは、「第三者」の利益の中に収斂されるのである。よって、②判決は、「差押え」の趣旨について様々なことを述べているが、二面説ではなく、紛れもなく第三者保護説である。

もつとも、①および②判決が第三者保護説であるなら、物上代位権の行使前における債務者の破産宣告による破産管財人の選任や代位目的債権に対する一般債権者の差押えがあった場合、これらの「第三者」保護のため、物上代位権行使の不可という結論が予測されよう。しかし、両判決は、いずれの場合についても物上代位権の行使を肯定した¹⁴⁾。その理由は、「破産宣告」や一般債権者の「差押え」が民法 304 条 1 項ただし書の「払渡し又は引渡し」に含まれず（代位目的債権が債務者の帰属を離れていない）、破産管財人や代位目的債権を差し押さえたにすぎない一般債権者は、物上代位権者と競合関係に立つ「第三者」に該当しないと判断されたからである（「第三者」概念の厳密化である）。

この両判決の判断は、その前提として、物上代位権者による「差押え」がなくても、動産の転売と同時に転売代金債権上に物上代位権（＝動産売買先取特権）という実体法上の優先権がすでに成立し付着している、と考えている。もし、大阪地判平成 17 年のように、あたかも物上代位権に基づく「差押え」によって初めて物上代位権が成立すると考えるのであれば、物上代位権者による「差押え」前の段階では、転売代金債権上にはそもそも物上代位権が成立していないため、破産宣告（破産手続開始決定）があれば、同債権は破産財団に組み込まれてしまい、別除権（破産法 65 条）の対象にはならないし、また、一般債権者により同債権が差し押さえられた場合にも、単に一般債権（無担保債権）が差し押さえられただけであり、いずれの場合にも破産宣告や一般債権者が優先することになり、そもそも物上代位権者との競合も生じない。つまり、物上代位権者による「差押え」によって初めて、あるいは

「差押え」を条件として、物上代位権が成立すると考えると、両判決が採った物上代位権者優先の結論は導き出し得ないのである。したがって、物上代位権の成立時期を正確に理解することは、「物上代位」制度を理解するための不可欠の基本的論点であり、両判決は、物上代位権の成立時期について妥当な判断を行っているといえる。

他方、両判決がその傍論で言及しているように、代位目的債権についての「譲渡」や「転付命令」があれば、それらは民法 304 条 1 項ただし書の「払渡し又は引渡し」に含まれ、代位目的債権の譲受人や転付命令を取得した一般債権者は、まさに物上代位権者と競合関係に立つ「第三者」と解しており、これらの「第三者」が現れる前に、物上代位権を行使せず、代位目的債権について差押えをしなかった物上代位権者は、これらの「第三者」に劣後するという結論が導き出される。それは、両判決が「差押え」の趣旨についてまさに第三者保護説を採っているからである。

しかし、第三者保護説は、物上代位権を第三者との競合関係に置くものであり、担保権者に物上代位権を付与して担保権者を保護する民法 304 条 1 項本文の趣旨を損ない、「物上代位」制度の原則規定を有名無実化するものであり、到底賛成することはできない。

2 抵当権に基づく物上代位権行使と 代位目的債権譲渡との優劣の場合

(1) 最高裁平成 10 年 1 月 30 日判決（最判平成 10 年）

最判平成 10 年は、「差押え」の趣旨について、「民法 372 条において準用する 304 条 1 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ることにして、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」(下線、筆者)と述べ、民法典施行後、初めて第三債務者保護説を採った。

(2) 最判平成10年に対する評価

「差押え」の趣旨に関し第三債務者保護説を採るということは、物上代位権者による「差押え」前において、すでに物上代位権が賃料債権上に成立していると考える。すなわち、賃料債権に対する抵当権の物上代位の場合には、債務者の債務不履行と同時に、同債権上に物上代位権が成立していることを前提とするのである(だから、物上代位権の付着した賃料債権のことを代位目的債権というのである)。この物上代位権の成立時期の解釈について、最高裁は、前掲の①および②判決と同様、最判平成10年においても、民法304条1項本文の解釈問題として捉えており、同項ただし書の「差押え」によって発生するという考えを採っていない。

このように、物上代位権の成立時期を正しく理解した場合には、民法304条1項本文のみしか存在しなければ、物上代位権の発生により、自己の債務に物上代位権が付着する結果、物上代位権者に直接の弁済義務を負うことになる第三債務者には、二重弁済の危険が生じることは容易に理解できよう。そこで、第三債務者の二重弁済の危険を防止する必要がある、そのために設けられた規定が、民法304条1項ただし書であり、同規定の「差押え」である。最判平成10年は、このような論理に従い、第三債務者保護説を採ったわけである。したがって、第三債務者保護説は、民法304条1項ただし書が設けられる前の第三債務者の立場・地位に着眼しているのである¹⁵⁾。そして、同ただし書が設けられた結果、物上代位権者による「差押え」前に、第三債務者が債務者や対抗要件を具備した代位目的債権譲受人に弁済しても、

その弁済は有効であり、それゆえ、かかる受領は不当利得とはならず、「差押え」をしなかった物上代位権者に不当利得返還請求権も発生しないのも当然のことである。

前述のように、第三債務者保護説は、民法 304 条 1 項本文に基づき物上代位権が発生した場合、物上代位権者に対する直接の弁済義務を負うことになり、物上代位権者への弁済を強いられる第三債務者の地位に着眼し、その二重弁済の危険を防止するため、民法 304 条 1 項ただし書が設けられたと考え、それゆえ、同ただし書の「差押え」の趣旨は、第一次的に（最判平成 10 年の言葉を借りれば、「主として」）第三債務者の保護に尽きる。そして、同ただし書が設けられた結果、物上代位権者の「差押え」があるまでは、第三債務者は、自己の直接の債権者、つまり代位目的債権における債権者（物上代位権者から見ると債務者）や同債権譲受人に弁済すれば免責される一方、未だ代位目的債権の弁済がなされていない段階で物上代位権者による「差押え」があれば、物上代位権者に弁済しなければならないのである。かくして、同ただし書が設けられた結果、第三債務者は、100 パーセント保護されている一方、第三債務者からの弁済を受ける債務者・競合債権者・物上代位権者も、第三債務者保護による反射的效果として二次的に保護されるのである。

このように、第三債務者保護説は、第三者保護説が競合債権者（第三者）を第一次的に保護し民法 304 条 1 項本文により認められた物上代位権を有名無実化するのとは異なり、同項本文の定める物上代位権付与の原則規定を生かしつつ、代位目的債権の弁済義務者（第三債務者）の弁済保護を通じて、その受領者をも保護するのであり、同債権をめぐるすべての利害関係者の利益を公正に考慮する説である。したがって、第三債務者保護説は、第三債務者以外の利害関係人の利益に配慮していないという批判¹⁶⁾や特定性維持説と同様な、非常に強力な物上代位権を導いたという批判¹⁷⁾は、全く失当である。

また、第三債務者保護説によれば、「差押え」は、物上代位権の「第三債務者」に対する対抗要件であり、物上代位権の「第三債務者以外の第三者」

に対する対抗要件は、原担保権の対抗要件（抵当権の場合は抵当権設定登記、先取特権の場合は公示なしに対抗可能）である。このように、物上代位権の対抗要件を、「第三債務者」に対する対抗要件と「第三債務者以外の第三者」に対する対抗要件とに分離することが、第三債務者保護説の神髄である。したがって、最判平成10年が、抵当権者（物上代位権者）と代位目的債権譲受人という第三者間の優劣につき、物上代位権は抵当権設定登記により公示されると述べ、抵当権設定登記と債権譲渡の対抗要件具備の先後を基準として判断したことも、極めて妥当である。

ところが、㊦判決は、「差押え」の趣旨につき、㊥および㊧判決よりもっと明確に第三者保護説を説示し、転売代金債権譲受人を導くわけである。

3 動産売買先取特権に基づく物上代位権行使と 代位目的債権譲渡との優劣の場合

(1) 最高裁平成17年2月22日判決（㊦判決）

㊦判決は、「民法304条1項ただし書は、先取特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旨を規定しているところ、この規定は、抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、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は、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。……所論引用の判例（最高裁平成9年(オ)第419号同10年1月30日第二小法廷判決・民集52巻1号1頁，最高裁平成8年(オ)第673号同10年2月10日第三小法廷判決・裁判集民事187号47頁）は、事案を異にし、本件に適切ではない」（下線、筆者）と判示した。

このように、㊦判決は、動産売買先取特権の場合、「差押え」の趣旨につ

いて、①および②判決の「あいまいさ」を棄て、正面から第三者保護説を採ったわけであるが、その判決理由があまりにも簡単であるため、調査官のコメント¹⁸⁾および解説¹⁹⁾から、その趣旨を理解するほかない。調査官は、③判決と最判平成10年の違いにつき、基本担保権（原担保権）が動産売買先取特権か抵当権かという点のみにあり、本件のポイントは、最判平成10年の示した法理が動産売買先取特権にも及ぶか否かにある²⁰⁾、と述べたうえ、同最判の法理についてはその調査官解説を引用し、以下のように説明する²¹⁾。

- (i) 抵当権は、登記により公示されるから、第三者に対する追及効を認めても、第三者に不測の損害を与えるおそれがないから、追及効を認めてもよい。
- (ii) 抵当権の物上代位権は、抵当権設定登記により公示されているから、その物上代位権に追及効を認めてもよい。
- (iii) 債権譲渡の對抗要件具備が抵当権設定登記に後れる場合には、もともと実体法上は抵当権者が優先すると考えられることから、債権譲渡後の物上代位権行使を認めても、債権譲受人の立場は害されない。
- (iv) 抵当権者は、自ら差押えをする前には、第三者に対抗すべき実体法上の権利としての物上代位権（目的債権についての優先弁済権）を行使できないのであるから、右の對抗要件の具備を第三者に対して主張するためには抵当権者自身による「払渡又ハ引渡」前に差押えを要すると解すべきことになり、物上代位権については、いわば差押えを条件として、抵当権設定登記の対抗力が認められていることになる。つまり、物上代位による差押えをした際に競合債権者が存在する場合には、抵当権設定登記の時期と競合債権者の對抗要件具備が具備された時期の先後により、両者の優劣が決められる、と。

そして、③判決の調査官は、最判平成10年につき、抵当権設定登記の存在により、抵当権者の差押えが、債権譲受人の對抗要件具備に後れたとしても、第三者（債権譲受人）の立場が不当に害されることはないものと考えてい

ると評するのである²²⁾。この評価は、正当である。問題は、動産売買先取特権に基づく物上代位権の第三者対抗についての説明である。同調査官は、以下のように述べる²³⁾。

(i) 動産売買先取特権は、債務者(買主)が動産を「第三者」に引き渡すと、その動産に先取特権の効力は及ばない(民法333条)。その理由は、先取特権は非占有担保権であり、目的物が動産の場合には公示方法が存在せず、追及効を制限することにより動産取引の「第三者」を保護しようとした。そうとすれば、動産売買先取特権に基づく物上代位権も、目的債権が譲渡され、債権が債務者から「第三者」に移転すると、もはや追及効がなくなるものと解すべきである。このような場合にも追及効があるとすれば、抵当権とは異なり、動産売買先取特権には公示方法がないことから、「第三者(債権譲受人)」の立場を不当に害するおそれがあるものと考えられる。(下線、筆者)

(ii) 動産売買先取特権は、目的物が第三者に譲渡され引き渡されたときに行使できないにもかかわらず、その効力の一つにすぎない物上代位権は、目的債権が譲渡され第三者対抗要件が備えられた後も行使できるというのではバランスを欠くように思われる。したがって、動産売買先取特権に基づく物上代位権行使による差押えが、債権譲渡の第三者対抗要件具備に後れる場合には、先取特権者はもはや物上代位権を行使できない。(下線、筆者)

そして、同調査官は、上記の解釈が最判平成10年の法理と抵触しないか否かについて、以下のように検討し、抵触しないと述べるのである。

① 最判平成10年が、民法304条1項ただし書の「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と説示したことに抵触しない。最判平成10年は、あえて「当然には」と慎重な言い回しをしていることなどからすると、他の事情の存在いかんによっては、債権譲渡が「払渡又ハ引渡」と同列に位置付けられることがあり得ることを暗に示唆するものということが出来るからである。

- ② 最判平成 10 年は、抵当権者に目的債権譲渡後における物上代位権行使を認めても、第三債務者の利益が害されることはないという。しかし、動産売買先取特権者に目的債権譲渡後における物上代位権行使を認めた場合には、競合債権者の利益が害されることがあるので、抵当権の場合と異なる配慮が必要である。したがって、第三債務者の利益が害されないからといって、動産売買先取特権者に目的債権譲渡後における物上代位権行使を認めてよいということにはならない。(下線、筆者)
- ③ 最判平成 10 年は、第三者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前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権行使を免れることができ、抵当権者を害するというが、抵当権設定後の債権譲渡、とりわけ賃料債権の譲渡は執行妨害である事案が少なくなり、また、将来にわたる包括的な賃料債権の譲渡を有効と認めるならば、賃料債権に対する抵当権者の物上代位の余地を奪うことになりかねない。しかし、動産売買先取特権の場合には、必ずしも上記のような問題を含むものとはいえないし、問題事案については個別的に権利濫用法理等を適用して処理すればよい、と。(下線、筆者)

以上から、同調査官は、動産売買先取特権に基づく物上代位権行使と債権譲渡との優劣は、差押命令の第三債務者に対する送達と債権譲渡の第三者対抗要件の具備との先後により決すべきであると結論付ける。また、民法 304 条 1 項ただし書の「差押え」の趣旨は、動産先取特権の場合には、債権譲受人等の第三者の保護を主たる目的とし、副次的目的(反射的効果)として、特定性の保持にあることも否定されないとし、結局、代位目的債権譲渡後の先取特権者の物上代位権行使を否定すべきものとした^①および^②判決の傍論提示は、最判平成 10 年によって変更されてはいないと述べるのである²⁴⁾。

(2) 調査官コメントの問題点

- ③判決の調査官コメントには、以下のような問題点がある。

- ① 動産売買先取特権は、公示方法が存在しなくても、もともと「第三者」(代位目的債権の譲受人)に対抗できる法定担保物権ではないのか？ 逆に、「第三者」は、もともと、法定担保物権たる動産売買先取特権それ自体の対抗を受け、その優先を甘受しなければならない立場にいる者ではないのか？
- ② 動産売買先取特権に基づく物上代位権は、原担保権である動産売買先取特権それ自体の効力であり、それと同一性を有する優先権であるから、動産売買先取特権それ自体と同様、公示方法が存在しなくても、「第三者」に対抗できる優先権ではないのか？ 逆に、「第三者」は、物上代位権の優先を甘受しなければならないのではないのか？
- ③ 動産売買先取特権に基づく物上代位権の追及効が制限される根拠が、なぜ、民法 333 条になるのか？ 動産取引の安全のため、公示方法の存しない動産売買先取特権の追及効の制限により保護されるのは、動産所有権の取得者(転買主=第三債務者)である一方、代位目的債権の譲受人は、「第三者」(競合債権者)であり、民法 333 条の「第三取得者」とは異なるのではないのか？
- ④ 動産売買先取特権に基づく物上代位権行使の要件としての「差押え」の趣旨に、なぜ、第三者の利益が含まれるのか？

(3) 調査官コメントに対する批判

(ア) ㊦判決は最判平成 10 年に抵触しないとする調査官コメントに対する批判

㊦判決の調査官は、前掲(1)①～③において、最判平成 10 年と㊦判決が抵触しないと述べる。しかし、以下の理由により、その見解には賛成することができない。

- ① 最判平成 10 年が、民法 304 条 1 項ただし書の「払渡又ハ引渡」という言葉には「当然には」債権譲渡を含むものとは解されないと説示したのは、まさに、当然の文理解釈を述べたものであり、「当然には」という言葉を使ったのは、調査官が前掲(1)①に述べるような、「他の事情の

存在いかんによっては、債権譲渡が『払渡又ハ引渡』と同列に位置付けられることがあり得ることを暗に示唆する」というものではない。そのような言葉を使ったのは、債権譲渡が当然に「払渡又ハ引渡」に含まれると説示していた①および②判決とは違った文理解釈を採ることを明言するためである。調査官のような解釈には無理があり、言葉遊びの誇りを免れない。

- ② 転売代金債権の上には、「転売」と同時に動産売買先取特権の物上代位権がすでに成立しており（民法 304 条 1 項本文）、しかも、その物上代位権は、公示方法がなくても、「第三者」に対抗できる優先権である。原担保権たる動産売買先取特権それ自体が「第三者」に対抗できる法定担保権であり、動産売買先取特権に基づく物上代位権も、動産売買先取特権それ自体から生ずる効力であり、それと同一性を有する優先権である。したがって、動産売買先取特権者に、代位目的債権の譲渡後における物上代位権行使を認めても、第三者たる競合債権者は、もともとその優先を甘受しなければならない立場にあり、かかる第三者の利益が害されることは一切なく、調査官が前掲(1)②において述べるような、抵当権の場合と異なる配慮は全く不必要である。

また、調査官は、前掲(1)②において、第三債務者の利益が害されないからといって、動産売買先取特権者に目的債権の譲渡後における物上代位権行使を認めてよいということにはならないと述べる。しかし、第三債務者の利益が害されないのは、民法 304 条 1 項ただし書が存在するからであり、同ただし書によれば、第三債務者が第三者（競合債権者）に弁済していない限り、物上代位権行使を認めなければならないのである。第三者の保護は、第三債務者の弁済を保護することにより確保するというのが、諸国の立法例であり²⁵⁾、民法 304 条 1 項本文とただし書が定める「物上代位」制度についての正しい法解釈である。調査官の解説は、物上代位制度の基本構造を破壊する論理である。

- ③ 調査官は、前掲(1)③において、抵当権設定後の債権譲渡、とりわけ

賃料債権の譲渡は執行妨害である事案が少なくなく、また、将来にわたる包括的な賃料債権の譲渡を有効と認めるならば、賃料債権に対する抵当権者の物上代位の余地を奪うことになりかねないと述べる。しかし、この記述は不正確である。なぜなら、賃料債権に対する抵当権の物上代位権が成立（発生）するのは債務不履行時であり、そのような債務不履行後、抵当権設定者が行う賃料債権（しかも、その賃料債権上に物上代位権が付着している）の譲渡が執行妨害となり、抵当権者（物上代位権者）を害するのである。調査官が述べるような、抵当権設定後の賃料債権譲渡の場合には、債務不履行が生じていない限り、当該賃料債権上に物上代位権も付着しておらず、抵当権設定者の財産処分権自由の範囲内の問題であり、物上代位権との競合すら生じない。調査官は、賃料債権に対する物上代位権の成立時期を正確に理解していないと評さざるを得ない。

さらに、調査官は、前掲(1)③において、動産売買先取特権の場合には、必ずしも上記のような問題（執行妨害の問題）を含むものとはいえないと述べ、問題事案については個別的に権利濫用法理等を適用して処理すればよいと述べる。しかし、調査官は、動産売買先取特権の場合には、なぜ、抵当権のような執行妨害事例を含むものとはいえないのかについて一切説明していないのである。

動産売買先取特権に基づく物上代位権は、動産の転売と同時に転売代金債権の上に成立しているが、信用売買では、買主に信用不安がなく、売主・買主間の関係が良好であれば、売主（物上代位権者）は物上代位権を行使しないのが通常である。それゆえ、動産買主は、物上代位権の付着した転売代金債権を自由に第三者に譲渡することができるし、転買主（第三債務者）も、売主の物上代位権行使に基づく「差押え」がない限り、転売代金債権譲受人に対し弁済するであろう。そして、その弁済はすべて有効であり、受領者である譲受人の債権取引が保護される一方、第三債務者の弁済により、物上代位権の付着した転売代金債権はすべて

消滅し、物上代位権者と債権譲受人の間の優劣問題は全く起こらないのである。

これに対し、転売代金債権に対する物上代位権が行使されるのは、動産の売主と買主の間の信頼関係が破綻した場合、つまり倒産するなど買主に信用不安が生じる場合である。それゆえ、転売代金債権に対して物上代位権が行使されるのは、買主の売主に対する債務不履行が惹起しているケースである。そして、買主は売主に対する債務不履行を惹起しながら、他方で、代位目的債権たる転売代金債権を譲渡するのであり、債権譲受人も、そのような事情を知って、買主と債権取引を行うわけである。このような債権譲渡に、なぜ、執行妨害の問題が含まれないのであろうか？ 動産売買先取特権に基づく物上代位権自体は、動産の転売という早い時期に成立するが、その物上代位権が行使されるのは、買主（債務者）の債務不履行時であり、物上代位権行使と債権譲渡が競合するのは、買主の債務不履行時以後であるから、極めて執行妨害の可能性が高い。㊦判決事案の転売代金債権譲受人も、買主（破産会社）の元経理部長であった。㊧判決調査官は、物上代位権行使時期についての認識を欠いていると評さざるを得ない²⁶⁾。

以上のように、実的な理由からも、債権譲受人を保護する必要性は全くない。債権譲受人は、物上代位権の付着した債権を譲り受けただけであり、しかも、同債権について第三債務者による弁済がなされていない段階で、物上代位権者が「差押え」をすれば、それは適法な権利行使であり（民法304条1項ただし書）、物上代位権者が優先するのは当然である。したがって、㊦判決は、最判平成10年と明らかに抵触するのである。

（イ） 調査官コメントの問題点の検証

前掲(2)①～④に掲記の調査官コメントの問題点に対しては、次の2点から検証し、問題があるということが出来る。

(i) 動産売買先取特権制度の趣旨

法定担保物権としての動産売買先取特権が認められる趣旨は、動産の売買においては、売主は買主の信用を予め確かめることができない場合が多いから、この先取特権を与えて売主を保護し、動産売買を容易かつ安全にするためである。敷衍すれば、民法311条5号が、動産の売主に対し、動産売買代金債権を被担保債権とする法定担保物権としての先取特権を付与したのは、動産は、買主の一般財産に組み込まれて総債権者の共同担保となるが、売主の債権は、まさにこの共同担保増加の縁由をなすものであるから、その動産によって担保されるのが公平の原則に適うという理由からである。

したがって、買主の一般債権者（第三者）は、買主が所有する当該動産上の動産売買先取特権の成立を甘受し、動産売買先取特権の成立時（動産の売買時）から、公示なき動産売買先取特権の対抗を受けることになる。もっとも、当該動産が第三者に転売された場合、公示なき動産売買先取特権の追及効を認めることは、動産取引の安全を害するため、その追及効が制限され、当該動産に対する売主の先取特権は失効する（民法333条）。

以上により、前掲(2)の調査官コメントの問題点①に対して、「第三者」は、公示方法のない動産売買先取特権の優先を甘受しなければならず、同問題点③に対しては、民法333条により動産売買先取特権の追及効が制限され、保護されるのは、動産の「転買主（第三取得者＝第三債務者）」だけである、と反論することができる。

(ii) 動産売買先取特権に基づく物上代位権の追及効の制限の可否

民法333条により、動産上の動産売買先取特権は失効する。しかし、動産売買先取特権は、買主（転売主）の転買主に対する転売代金債権上に移行する（民法304条1項本文）。これが、動産売買先取特権に基づく物上代位権であり、原担保権である動産売買先取特権それ自体の効力であるから、原担保権の場合と同様、「第三者」は、公示方法のない物上代位権の優先を甘受しなければならない。そして、転売代金債権が譲渡された場合、譲受人（第三者）は、動産売買先取特権（物上代位権）という優先権の付着した債権を譲り

受けただけであり、やはり、動産売買先取特権者の優先を甘受しなければならない。したがって、前掲(2)の調査官コメントの問題点②に対して、「第三者」は、物上代位権の優先を甘受しなければならない、問題点③に対しては、民法 333 条は、物上代位権の追及効と無関係であると反論することになる。

これに対し、転売代金債権（代位目的債権）が譲渡された場合、動産売買先取特権に基づく物上代位権の追及効が制限され、その行使を認めない見解は、物上代位権が公示されていないため、債権譲受人等の「第三者」保護が必要であるとし、「差押え」（民法 304 条 1 項ただし書）にその役割を求める。これが㊦判決である。そして、「仮に、第三債務者保護説を先取特権にも及ぼし、先取特権がもともと公示のない法定担保物権であることを強調して、債権譲渡があってもなお先取特権による物上代位ができるとすると、公示のない担保権の効力が余りに強すぎるとの批判を招くことになろう」²⁷⁾と述べるのである。

しかし、この見解は、第三債務者保護説を基本的に誤解している。民法 304 条 1 項本文により発生した物上代位権は、公示があろうとなかろうと、第三者は、その優先的効力の対抗を受けている一方、第三者の保護は、同項ただし書により第三債務者を保護することにより確保できるというのが、民法 304 条 1 項の法的構造である。つまり、物上代位権が認められたとしても、その行使要件として「差押え」が要求され、「差押え」前の第三債務者の弁済が保護されており、その結果として、弁済受領者である第三者も保護されているのであり、先取特権者だけが保護されているのではない。また、動産売買先取特権の物上代位権が行使されるのは、前述のように、買主に債務不履行が惹起した場合であり、極めて特殊な場合だけであり、公示のない担保権の効力が余りに強すぎるといふ批判は全く失当である。したがって、前掲(2)の調査官コメントの問題点④に対しては、「差押え」の趣旨に第三者の利益を含むべきではないと反論することになる。

(ウ) 調査官による第三債務者保護説「曲解」に対する批判

調査官は、「差押え」の趣旨につき第三債務者保護説を主張する私の論考を引用し、「民法 304 条 1 項ただし書の『差押え』の趣旨における第三債務者の保護を上記第三債務者保護説が説くように理解するならば、そもそも動産売買の先取特権の場合には、その存在が公示されていないから、物上代位権者は、第三債務者に対し、物上代位権の存在を対抗することができず、第三債務者は、債務者に代位目的債権を弁済したとしても、物上代位権者に二重弁済を強いられることはあり得ないとみる余地もある。したがって、動産売買の先取特権に基づく物上代位における差押えには『第三債務者の保護』は含まれないものということもできるであろう」²⁸⁾と述べる。

しかし、調査官コメントは、第三債務者保護説の内容を全く理解していない。抵当権のように公示方法がある担保物権は公示（抵当権設定登記）により、また先取特権のように公示方法がない担保物権は公示がなくとも、いずれの担保物権も、第三債務者を含むすべての第三者に対抗し、その優先性を主張できる権利である。したがって、動産売買先取特権の場合、その存在が公示されていなくても、民法 304 条 1 項本文により物上代位権を取得した物上代位権者は、第三債務者に対し、物上代位権の存在を公示なくして対抗することができるのであり、第三債務者は、債務者に代位目的債権を弁済したとしても、物上代位権者に二重弁済を強いられることになるのである。したがって、動産売買先取特権に基づく物上代位における差押えには「第三債務者の保護」が含まれ、それに尽きるのである。これに対し、その他の第三者は、もともと担保物権＝物上代位権の優先を甘受しなければならないし、物上代位権の発生によって物上代位権者に何ら弁済義務を負わないから、「第三者」を「差押え」の趣旨に含めてはならないし、そのような「第三者」の地位を考慮に入れる分析の必要もない²⁹⁾。

(4) 小 括

㊦判決の見解は、物上代位の基本条文である民法 304 条 1 項について、先

取特権と抵当権で異なる解釈を行っているが、動産売買先取特権および物上代位権の基本的な制度趣旨を曲解したものであり、不合理な解釈である。さらに、想起すべきは、ボアソナード博士が、「第三者」保護を厳しく排斥し、「第三債務者」の保護を唱えたのは、まさに先取特権についてであるということである³⁰⁾。したがって、「差押え」の趣旨について、抵当権と動産売買先取特権とで別異の解釈を行う必要は全くなく、最判平成10年の射程は、先取特権にも及ぶと解すべきである。

次に、本稿の課題である、動産売買先取特権に基づく物上代位権行使と相殺の優劣問題を解決するためには、公示方法のある抵当権についての同様の問題を判示した最判平成13年の論理を検証しなければならない。

V 抵当権に基づく物上代位権行使と相殺との優劣

1 最高裁平成13年3月13日判決（最判平成13年）

最判平成13年は、「抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできないと解するのが相当である。けだし、物上代位権の行使としての差押えのされる前においては、賃借人のする相殺は何ら制限されるものではないが、上記の差押えがされた後においては、抵当権の効力が物上代位の目的となった賃料債権にも及ぶところ、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に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るから、抵当権設定登記の後に取得した賃借人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はないというべきである。

そして、上記に説示したところによれば、抵当不動産の賃借人が賃借人に

対して有する債権と賃料債権とを対当額で相殺する旨を上記兩名があらかじめ合意していた場合においても、賃借人が上記の賃貸人に対する債権を抵当権設定登記の後に取得したものであるときは、物上代位権の行使としての差押えがされた後に発生する賃料債権については、物上代位をした抵当権者に対して相殺合意の効力を対抗することができない」(下線、筆者)と判示した。

2 最判平成 13 年に対する評価

最判平成 13 年の骨子は以下のとおりである。

(i) 抵当権の物上代位権に基づく差押え後は、賃借人(第三債務者)は、
抵当権設定登記後に取得した債権を自働債権とし、賃料債権を受働債権とする相殺をもって抵当権者に対抗できないという結論を述べる。

その理由として、

(ii) 抵当権の効力(物上代位権)が賃料債権に及ぶのは、物上代位権に基づく差押え後である。

(iii) 物上代位権は、抵当権設定登記により公示されている。

最後に、再度、結論として、

(iv) 賃借人が、抵当権設定登記後に自働債権を取得したときは、物上代位権に基づく差押え後に発生する(弁済期が到来する)賃料債権については、相殺合意の効力を抵当権者に対抗できない、と。

上記の(i)と(iv)に述べる結論自体は正当である。問題は、それらの理由として述べる(ii)および(iii)である。最判平成 13 年の事案は、結局、抵当権者(物上代位権者)と賃借人(第三債務者)の賃料債権(代位目的債権)に対する優先的擱取をめぐる争いであり、最判平成 10 年のような、抵当権者と賃料債権(代位目的債権)譲受人という第三者間の優劣問題の事案ではない。したがって、上記(iii)が述べる、「物上代位権は、抵当権設定登記により公示されている」という説示は、第三者間の優劣問題を解決する基準としては正当であつても、抵当権者と第三債務者の優劣問題を解決する基準としては正

当ではない。

これに対し、物上代位権行使と賃借人（第三債務者）の相殺との優劣が問題となっている事案では、「差押え」の趣旨についての第三債務者保護説を前提とするならば、「差押え」こそが、第三債務者たる賃借人に対する物上代位権の對抗要件である。それゆえ、最判平成 13 年が、物上代位権の公示に関し、「第三債務者」に対する公示と「第三債務者以外の第三者」に対する公示を峻別せず、第三債務者（賃借人）に対しても、抵当権設定登記が物上代位権の公示であると説示したのは不当なのである。

次に、最判平成 13 年が、前掲(ii)の基準において、「抵当権の効力（物上代位権）が賃料債権に及ぶのは、物上代位権に基づく差押え後である」と述べていることは正確ではない。賃料債権に対する物上代位権は、債務者（抵当権設定者・賃借人）の債務不履行と同時に、債務者が第三債務者（賃借人）に対して有する賃料債権上に及んでおり（だから、この賃料債権のことを代位目的債権というのである）、「差押え」によって初めて及ぶものではない。物上代位権は、「差押え」によって初めて代位目的債権に及ぶものでなく、「差押え」前において、民法 304 条 1 項本文所定の事由により当然に及ぶのであり、賃料債権に物上代位権が及ぶのは、抵当権の非占有担保性と優先弁済権確保との関係から、債務不履行時と解さなければならない。

これに対し、「差押え」によって初めて物上代位権が賃料債権に及ぶというのであれば、「差押え」前においては物上代位権が発生しておらず、当該賃料債権を物上代位の目的債権（代位目的債権）ということもできず、無担保債権たる当該賃料債権を受働債権とする相殺の期待を保護すべきことになる。また、かかる場合、抵当権者は無担保債権を差し押さえたにすぎないから、相殺権者との優劣関係については民法 511 条の適用が問題となり、論理的には賃借人優先が予測されよう。ところが、最判平成 13 年は、同条の適用を排斥し、抵当権者（物上代位権者）優先の結論を導き出したのである。論理矛盾というほかない。

抵当権者優先を導き出すためには、少なくとも最判平成 10 年の立場に立

つ必要がある。すなわち、「差押え」の趣旨について第三債務者保護説を採用するのであれば、物上代位権は、「差押え」前の債務不履行時においてすでに成立していると解さなければならないのである。公示方法のない動産売買先取特権の物上代位権行使が問題となった前掲①および②判決でさえ、物上代位権は、「差押え」前に成立していることを当然の前提としていたことは前述のとおりである。もっとも、最判平成13年は、前掲の基準(iii)において「物上代位権は、抵当権設定登記により公示されている」と述べているので、物上代位権と原担保権の同一性については正確に理解しているともいえる。しかし、物上代位権は、「差押え」によってその効力を生ずるという解釈は、公示方法のない担保物権の場合については、「差押え」によって物上代位権が公示されるという第三者保護説（優先権保全説・差押公示説）に転化するであろう。したがって、物上代位権の成立時期に関する最判平成13年の見解には賛成できない。

結局、最判平成13年によれば、抵当権者の物上代位権行使と賃借人（第三債務者）との相殺の優劣は、以下の基準の順により定まる。

- (i) 第一に、抵当権設定登記と自働債権の取得時期の先後、
- (ii) 第二に、物上代位権に基づく差押命令の第三債務者への送達と相殺の意思表示の先後、
- (iii) 第三に、物上代位権に基づく差押命令の第三債務者への送達と第三債務者により相殺される受働債権（賃料債権）の弁済期の先後により決する。

しかし、(i)の基準と(ii)の基準は、論理的に矛盾するものである。なぜなら、最判平成13年は、第三債務者（賃借人）に対して、物上代位権は抵当権設定登記により公示されると解し、「抵当権設定登記の後に取得した賃貸人に対する債権と物上代位の目的となった賃料債権とを相殺することに対する賃借人の期待を物上代位権の行使により賃料債権に及んでいる抵当権の効力に優先させる理由はない」として(i)の基準を示しておきながら、自働債権の取得時期が抵当権設定登記後の場合であっても、「差押え」前に相殺の

意思表示をすれば、相殺が優先するという(ii)の基準を適用しているからである。つまり、同判決は、「差押え」前に相殺の意思表示があれば、自働債権の取得時期にかかわらず、相殺優先を導くのである。

しかし、賃借人に対する物上代位権の公示が抵当権設定登記であるなら、自働債権の取得時期が抵当権設定登記後の場合には物上代位権優先の結論を導く方が、論理的に一貫している。最判平成13年の論理では、「差押え」前に相殺の意思表示があった場合、なぜ、相殺が優先するのかということが説明されていないのである。この点につき、(i)の基準だけを強調すると、差押え前の相殺を保護する実質的理由の説明が困難になるという指摘が、東京地裁平成16年3月25日判決(金融法務事情1715号98頁)のコメントにおいて指摘されている。このような論理矛盾が生ずるのは、最判平成13年が、「第三債務者(賃借人)」に対しても、物上代位権の公示を抵当権設定登記と解しているからである。物上代位権の「第三者」に対する公示は抵当権設定登記であるが、「第三債務者」に対する公示は「差押え」と解するのが、「差押え」の趣旨に関する第三債務者保護説の立場である。債権質権の公示が、「第三者」に対する公示(民法364条・467条2項)と「第三債務者」に対する公示(民法364条・467条1項)とに峻別されていることを想起すれば、その正当性が容易に理解できるであろう。

次に問題となるのは、最判平成13年の前掲(i)の基準によれば、自働債権の取得時期が抵当権設定登記前の場合には、たとえ、物上代位権に基づく差押え後に相殺の意思表示がなされたときであっても、常に相殺が優先するとされる。この基準によれば、物上代位権者は、相殺の意思表示前に賃料債権(受働債権)を差し押さえたとしても、自働債権が抵当権設定登記の前に取得されていれば、絶対的に相殺が優先することになるのであり、かかる解釈は、民法304条1項ただし書の文言に抵触する上、法律により認められた優先権(物上代位権)が事実上の担保(相殺)に劣後するという極めて不当な結果にもなる。この点についても、前掲の東京地裁平成16年3月25日のコメントは、「抵当権設定登記以前に取得した自働債権による相殺であれば、

差押命令送達後に本来の支払時期が到来する将来賃料債権についても無制限に相殺が優先するのかという問題があるが、賃借人が有する自働債権については何ら公示がされていないことを考えると、この結論については検討の必要がある」と指摘している。正当な指摘であろう。

以上のように、最判平成13年の論理が不合理である理由は、第一に、物上代位権と相殺との優劣問題が、物上代位権者と「第三債務者」との間の優劣問題であるにもかかわらず、これを物上代位権者と「第三者」との間の優劣問題であると解したことにある。すなわち、物上代位権の「第三債務者」に対する対抗要件——最判平成10年が採った「差押え」に関する第三債務者保護説によれば、それは「差押え」である——のみを問題にし、債権消滅行為である「相殺の意思表示」（民法506条）が、同304条1項ただし書の「払渡し又は引渡し」に該当するか否かを検討すればよかったにもかかわらず、物上代位権の「第三者」に対する対抗要件である抵当権設定登記を、「第三債務者（賃借人）」に対する基準としたからである。

第二に、賃料債権に対して物上代位権の効力が及ぶ時期、つまり物上代位権の成立時期を「差押え」時と解する一方で、物上代位権は抵当権設定登記により公示されているという論理矛盾を犯しているということである。物上代位権の公示が抵当権設定登記であるなら、物上代位権と原担保権（抵当権）とは同一性を有し、「差押え」前に物上代位権はすでに成立しているのに対し、「差押え」は、物上代位権の発生・成立と無関係であり、発生・成立した物上代位権を行使するための要件であり、代位目的債権（物上代位権の効力が及んでいる債権）の債務者たる「第三債務者」に対する公示であると解するのが、論理整合的な解釈である。この点で、最判平成13年は、これまでの最高裁判例である①判決、②判決および最判平成10年のいずれにも抵触していると評価せざるを得ない。

VI 動産売買先取特権の物上代位権行使と相殺との 優劣——大阪地判平成 17 年事案の解決——

動産売買先取特権の物上代位権行使と相殺との優劣問題は、抵当権の物上代位権行使と相殺との問題と同様、物上代位権者と第三債務者との優劣問題と解すべきである。そのことを確認した上で、大阪地判平成 17 年の事案においては、まず、動産売主 X の物上代位権の成立時期を見なければならない。X の物上代位権が、買主 A の転買主（第三債務者）Y に対する転売代金債権（受働債権）上に成立したのは、平成 15 年 6 月 25 日および 7 月 4 日であり、この点については、同判決も正しく認定している。

問題は、そのようにして成立した物上代位権は、何をもって「第三債務者」に対抗できるかということである。民法 304 条 1 項本文と同項ただし書の関係を正確に理解すれば、物上代位権行使の要件としての「差押え」の趣旨は、第三債務者に物上代位権の存在を知らせ、以て、その二重弁済の危険を防止することのみにあるから、「差押え」がそのまま「第三債務者」に対する対抗要件となる。そして、本件の X の差押・転付命令が Y に送達されたのは、同年 8 月 18 日であり、Y の相殺の意思表示が行われた同年 9 月 1 日よりも早いため、X が優先することになる。以上が、私見による解決である。X は、適正に物上代位権を行使した一方、Y は、X の物上代位権に基づく差押え前に、代位目的債権を消滅させなかった、つまり民法 304 条 1 項ただし書の「払渡し又は引渡し」をしなかったことによる結果である。

これに対し、最判平成 13 年のように、物上代位権と相殺との優劣問題を、物上代位権者と第三者との優劣問題と理解し、同最判の論理に従うならば、次のようになろう。すなわち、動産売買先取特権およびその物上代位権の成立時期（平成 15 年 6 月 25 日、同年 7 月 4 日）は同日であり、いずれも公示を要せず、原担保権である動産売買先取特権の成立時から Y を含む第三者

一般に対抗している一方、Yの自働債権の取得時期（同年2月19日、同年5月22日）は、Xの動産売買先取特権の成立時期（同年6月25日、同年7月4日）より早いから、たとえ、Yの相殺の意思表示（同年9月1日）が、Xの物上代位権に基づく差押・転付命令のYへの送達（同年8月18日）の後であっても、Yの相殺が優先することになる。この結論に対しては、受働債権（転売代金債権）の上には、Yの相殺の前に、すでに物上代位権という法定の優先権が付着しており、Yは、「差押え」によりその優先権の存在を知ったのであり、それにもかかわらず、その後の相殺が優先するというのは、法定担保よりも事実上の担保を優先させることになり、賛成できない。このような結論が出るのは、転買主が「第三債務者」であるにもかかわらず、「第三者」と理解しているからである。

他方、大阪地判平成17年は、Yの相殺の担保的機能に対する期待を重視するという基本的立場に立ちつつ、以下のように説示した。

- (i) 動産売買先取特権に基づく物上代位権は、差押えを条件として、転売代金債権に対して優先弁済請求権を及ぼすものであると述べ、本件では、Yの自働債権の成立時期（平成15年2月19日、同年5月25日）が、Xの物上代位権の成立時期（同年6月25日、同年7月4日）より早い、
- (ii) Xの物上代位権に基づく差押・転付命令のYへの送達（同年8月18日）前に、Aが破産宣告を受けたことにより相殺適状が生じている（同年8月6日）ことを挙げ、Yの相殺の担保的機能に対する期待を保護すべきである、と述べ、相殺権者Yの優先を判示したわけである。

しかし、同判決は、(i)に述べるように、物上代位権が、「差押え」を条件として、転売代金債権に対して及ぶ、つまり物上代位権の発生時期を「差押え」時と解しているものであり、それは、物上代位権の成立時期に関する基本的誤解であり、到底賛成できない。物上代位権は、動産の転売、つまり転売代金債権の発生と同時に同債権上に及んでいるのであり、「差押え」がなされることによって、転売代金債権発生時に遡及して物上代位権の効力が顕在化するのである。他方、同判決が(i)に述べるように、Yの自働債権の成

立時期は、Xの物上代位権の成立時期の前であることは確かであるが、Xの物上代位権は、相殺適状が生じた平成15年8月6日の前である同年6月25日および7月4日においてすでに各転売代金債権（受働債権）上に付着しているのである。しかも、Xの物上代位権行使は、Yの相殺の意思表示より先に行われているのであるから、Xを優先すべきである。

このように、大阪地判平成17年は、物上代位権の成立時期を理解せず、動産売買先取特権者を一般債権者と同視する判決であり、相殺と差押えの優劣に関し無制限説を採った最高裁（大）昭和45年6月24日判決（民集24巻6号587頁）に依拠しているだけである。だからこそ、同判決は、上記(ii)において、Xによる差押・転付命令のYに対する送達前に相殺適状が生じていたことだけを理由に、Yの相殺の担保的機能の期待を保護すべきであると説示するのである。

しかし、相殺適状が生じる前に、すでに受働債権上に物上代位権が成立しているものであり、しかも、Xの差押えにより物上代位権がすでに受働債権上に付着していることを直接知った第三債務者Yの、相殺の担保的機能に対する期待だけを一方的に保護することは、事実上の担保による法定担保物権の無力化であり、到底賛成できない。

実際的にも、動産売主を保護することが、わが国の取引社会の実態に合っている。わが国では、本件のように、商品の売主が零細メーカー、買主が大手商社、転買主が巨大メーカーという場合が多く、転買主（第三債務者）である巨大メーカーは、商社を通じて、多数の下請け零細メーカーから機械・材料等の商品を購入する一方で、その商社を通じて自社製品を国内外に販売しているのが実情である。本件においても、Xの商品は、Aに売却された即日にYに転売されている一方で、巨大メーカーYは、商品の継続的・安定的な購入・販売のため、古くからAとの間に商取引基本契約を結び、さらに反対債権（自働債権）を確保するため所有権留保特約を付するなどしており、巨大企業は、売買代金債権確保のために容易に自己防衛の手段を講じている。他方、零細メーカーXは、売買代金債権確保のための自己防衛手段を講じる

ことができず、動産売買先取特権に頼るほかないというのが実情である。

したがって、動産売買先取特権が公示されていないことを理由に、その物上代位権行使を排斥し、転買主の相殺優先の結論を導くのは、動産売買先取特権が法定担保物権であることを看過するものである。

VII おわりに

物上代位権行使をめぐる諸問題を解決するためには、民法 304 条 1 項本文とただし書の関係を正確に理解することが必要不可欠である。すなわち、まず、同条 1 項本文所定の事由により「債務者が受けるべき金銭その他の物」の上に担保物権（物上代位権）が成立するのであり、その成立を前提として、同本文規定は、「債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる」と規定しているのである。これが、担保権者に物上代位権を付与し、担保権者を保護するという物上代位制度の原則規定である。

そして、物上代位権を付与され、代位目的債権に対する優先権者となった担保権者は、第三債務者に対し弁済を請求できる地位を取得し、第三債務者は、自己の債権者ではなく、物上代位権者に金銭等の代位物を弁済しなければならないのであり、二重弁済の危険に陥るのである。他方、第三債務者以外の第三者は、物上代位権の優先を甘受しなければならない。本来、物上代位制度の中には、第三者保護の発想は存在しないのである。以上が、民法 304 条 1 項本文に基づく解釈である。それゆえ、第三債務者の二重弁済の危険の存在を理解することは、物上代位制度理解のための基本である。

次に、もし上記の民法 304 条 1 項本文だけしか存在しないのであれば、第三債務者は常に二重弁済の危険を強いられ、不安定な地位にさらされる。そこで、第三債務者の二重弁済の危険を防止するために設けられたのが同項ただし書であり、物上代位権付与に伴う第三債務者の保護を図っているのである。このように、物上代位制度の中には、担保権者に対する物上代位権付与

に伴う第三債務者の二重弁済防止規定が必ず存在する。例えば、公用徴収関係の法律では、第三債務者たる事業施行者に対し、物上代位権の及んでいる補償金・清算金等の「供託義務」を課し、その二重弁済の危険を完全に防止しているのである³¹⁾(例えば、土地区画整理法 112 条 1 項本文・土地改良法 123 条 1 項本文)。したがって、民法 304 条 1 項ただし書の「差押え」の趣旨は、第三債務者の保護しかあり得ず、第三債務者以外の第三者の保護は、第三債務者の保護の反射的効果として確保すればよいのである。

ところが、㊸判決は、動産売買先取特権に公示方法がないことを理由に、「差押え」の趣旨として、「第三者」の利益保護を挙げ、「第三者」との関係において動産売買先取特権の劣後を招来し、また、大阪地判平成 17 年は、「第三債務者」との関係において、同様の結果を招来したのである。他方、最判平成 13 年は、抵当権の物上代位権行使と「第三債務者」の相殺との優劣に関し、物上代位権の「第三者」に対する公示（抵当権設定登記）を基準としたため、物上代位権の「第三債務者」に対する公示（差押え）が無意味化し、物上代位権に基づく「差押え」を行っても、物上代位権者は「第三債務者」たる相殺権者に劣後することを可能にした。また、物上代位権の成立時期についても、これらの判例は、「差押え」時と解し、㊶および㊷判決にも反する解釈を行っている。これらの判例の迷走は、「第三者」保護を強調する多数学説の影響によるものであり、今や判例理論はますます混乱しているといってよい。今一度、物上代位制度の原点に立ち返り、最判平成 10 年が到達した法理を想起すべきである。

注

- 1) 一連の判決の概略について、清原泰司「動産売買先取特権の物上代位権行使と代位目的債権譲渡の優劣」南山法学 29 卷 2 号 2 頁以下（2006 年）。
- 2) 判決に対する批判として、清原・前掲注(1) 6 頁以下、特に 37 頁以下参照。
- 3) 清原泰司「判批」銀行法務 21・592 号 78 頁以下（2001 年）、同「抵当権の物上代位と相殺の優劣」市民と法 10 号 4 頁以下（2001 年）。
- 4) 清原泰司「動産売買先取特権の物上代位と相殺との優劣」田邊光政編代『今中利昭先生古稀記念 最新 倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題』122 頁以下（民事

法研究会，2005年)。

- 5) 松岡久和「動産売買先取特権に基づく物上代位の差押えと相殺の優劣」金融・商事判例 1215号1頁(2005年)，荒木新五「動産売買先取特権の現状と課題」堀龍兒ほか編『担保制度の現代的展開(伊藤進先生古稀記念論文集)』132頁(日本評論社，2006年)。
- 6) 渡辺隆生「先取特権に基づく物上代位と債権譲渡の優劣」金融法務事情 1740号4頁以下(2005年)，平野英則「動産売買の先取特権に基づく物上代位と目的債権の譲渡」銀行法務 21・679号55頁以下(2007年)。
- 7) 今中利昭『動産売買先取特権に基づく物上代位論』14頁(民事法研究会，2008年)。
- 8) 松岡・前掲注5)1頁。
- 9) 松岡・前掲注5)1頁。
- 10) 松岡・前掲注5)1頁。
- 11) 今中利昭弁護士も，私見と同じ見解である(今中・前掲注7)191頁，192頁の注(145))。

もつとも，今中弁護士は，物上代位権行使の「差押え」時を基準とすることに¹加え，物上代位権の存在およびその行使は，確定日付ある通知または承諾によって第三債務者および第三者に対抗しようと考え，そのような「通知・承諾」時も基準になるとし，相殺がそれより前に完了した場合には相殺が優先し，そうでない場合には物上代位権が優先すると解する(今中・前掲注7)189頁，191頁)。しかし，物上代位権行使の要件として認められているのは「差押え」だけであるから，そのような解釈には賛成できない。

- 12) 近江幸治『民法講義 III 担保物権法〔第2版補訂〕』64-65頁(弘文堂，2007年)。
- 13) 金融法務事情 1508号69頁，ジュリスト 1137号103頁。
- 14) ①判決が下される前，学説，実務家および下級審判例においては物上代位権の行使を否定する立場が大勢であったにもかかわらず，動産売主(物上代位権者)の優先を主張し，物上代位権行使肯定の論陣を張ったのは，今中弁護士である。当時の「動産売買先取特権の物上代位と破産宣告」に関する議論の状況については，今中・前掲注7)5-11頁に興味深く述べられている。また，①判決が物上代位権行使を肯定した衝撃の大きさと実務的に画期的な判決であったことについては，鎌田薫ほか「債務者の破産宣告と動産売買先取特権の物上代位——最高裁昭和59年2月2日第一小法廷判決をめぐって」判例タイムズ 529号61頁〔堀龍兒発言〕(1984年)参照。
- 15) 高橋眞教授は，「372条・304条は，一定の原因により債務者の受けるべき金銭等に対し，²抵当権を『行使することができる』と規定しているだけであって，³抵当権の設定ないし履行期の到来の時点から，右金銭等の受領権限が抵当権者に移転することを規定するものではなく，また差押えがされる以前に弁済を禁ずる根拠もない。したがって抵当権者が物上代位権を行使するまでは，第三債務者は自己の債権

者に弁済すればよく、二重弁済の危険は存しない。したがって第三債務者保護説は、その前提を欠く」(高橋眞『担保物権法』134頁(成文堂、2007年))と述べる。

しかし、「抵当権を行使することができる」と規定しているのは、その前提として、物上代位権が、一定の原因により債務者の受けるべき金銭等の上に成立しているのであり、物上代位権が成立していなければ、その行使もできないのである。権利の「成立」を前提として、「行使」という文言を使っている同様の文言は、民法333条にも規定されている。すなわち、同333条は、先取特権の追及効を制限し、動産が第三取得者に引き渡された後は、「その動産について行使することができない」と規定されているが、そのような行使不可の前提として、第三取得者に引き渡された動産上に先取特権は成立していないことを当然の前提としているのである。権利が成立していないから、行使もできないのである。さらに、物上代位制度を定める公用徴収関係の法律においても、「前項に規定する先取特権、質権又は抵当権を有する債権者は、同項の規定により供託された清算金又は減価補償金についてその権利を行うことができる」(土地地区画整理法112条2項)と定めているが、物上代位権を「行うことができる」前提として、物上代位権が清算金等の上に成立しているのであり、第三債務者たる事業施行者の二重弁済の危険を防止するため、その清算金等の「供託義務」を課しているのである(同法112条1項本文)。

法解釈とは、文言だけを見るのではなく、その制度趣旨を理解した上で行うべきである。物上代位権は、民法304条1項本文所定の一定の原因により債務者の受けるべき金銭等の上に成立しているのであり、物上代位権という優先権の付着した債権の債務者(第三債務者)は、もし同304条1項ただし書が存在しなければ、優先権者たる物上代位権者に弁済しなければならないのであり、自己の債権者に弁済してはならないのである。高橋教授は、「差押えがされる以前に弁済を禁ずる根拠もない」と述べるが、優先権者に弁済しなければならないのは当然のことであり、その当然の根拠は、民法304条1項本文自体に示されている。他方、優先権者への弁済を否定することは、同本文規定の否定であり、物上代位制度の否定となる。

また、高橋教授は、「抵当権者が物上代位権を行使するまでは、第三債務者は自己の債権者に弁済すればよく、二重弁済の危険は存しない」と述べるが、それは、民法304条1項ただし書が存在するからである。同ただし書が存在しなければ、第三債務者は物上代位権者に弁済しなければならず、第三債務者に二重弁済の危険が生じるのであり、第三債務者保護説は、その前提を欠かないのである。結局、高橋教授は、第三債務者保護説が、どの段階における第三債務者の立場を問題にしているかについて基本的に誤解しているのである。だからこそ、同教授は、「論理的には、譲受人等は弁済の受領後でも不当利得としてその価値を返還すべきものでなければならない。野山調査官はこれを否定するが、その理由は示されていない」(高橋眞「判批」ジュリスト1157号70頁(1999年))と述べるのであろう。しかし、第三債

務者保護説を正確に理解すれば、譲受人等の不当利得返還義務が生じないのは当然であり（清原泰司「物上代位論——二つの最高裁判決を素材として——」桃山法学 2号 8頁以下（2003年）参照），最判平成10年の野山宏調査官がその返還義務を否定したのも当然のことである。

- 16) 松岡久和「判批」民商法雑誌 120 卷 6 号 124 頁（1999 年），山野目章夫『物権法〔第 2 版〕』240-241 頁（日本評論社，2004 年），平野・前掲注 6）60 頁など。
- 17) 内田貴『民法 III 第 3 版 債権総論・担保物権』413 頁（東京大学出版会，2005 年）。
- 18) 金融・商事法務 1215 号 25 頁（2005 年）。
- 19) 志田原信三「判解」法曹時報 58 卷 6 号 157 頁以下（2006 年）。
- 20) 志田原・前掲注 19）161 頁。
- 21) 志田原・前掲注 19）167-168 頁。
- 22) 志田原・前掲注 19）168 頁。
- 23) 志田原・前掲注 19）168-170 頁。
- 24) 志田原・前掲注 19）170 頁。
- 25) 清原泰司『物上代位の法理』58 頁以下（民事法研究会，1997 年）。
- 26) ㊦判決に賛成する実務家は，調査官と同じく，正常な状態で行われる債権取引と物上代位権行使が行われる時の債権取引とを区別していない（渡邊・前掲注 6）5 頁，平野・前掲注 6）61 頁）。
- 27) 内田・前掲注 17）517 頁。
- 28) 志田原・前掲注 19）174 頁の注(14)。
- 29) 第三者の地位をも考慮に入れた分析の必要性を主張する見解として，高橋眞「物上代位と債権譲渡——『公示』の背後にあるもの——」金融法務事情 1775 号 25 頁（2006 年）がある。しかし，この見解は，物上代位制度を第三者との競合にさらし，物上代位制度を骨抜きにし，問題を複雑化するだけである。この見解に対する批判として，「物上代位制度の本質は担保物権の効力の及ぶ限界線は何かということ を明らかにすることであるはずである」（今中・前掲注 7）141 頁）という今中弁護士 の指摘は示唆的である。今中弁護士の解釈視点は，物上代位権の対象債権は「物上代位権付債権」であるということであり，「物上代位」制度に対する基本的立場は私見と同じであり，民法 333 条による物上代位権の追及効制限に反対する（今中・前掲注 7）142 頁）。
- 30) 清原・前掲注 25）15 頁，52 頁参照。
- 31) 土地区画整理法 112 条 2 項に基づく清算金請求権上の物上代位権と一般債権者の転付命令の優劣が問題となった最高裁（一小）昭和 58 年 12 月 8 日（民集 37 卷 10 号 1517 頁）の評価については，清原・前掲注 25）69 頁参照。