

物上代位

担当: 井上優 尾崎文保 武澤千斐呂

I. 物上代位総論

1. 物上代位の意義

(1) 制度趣旨

物上代位とは、担保物権の本来の目的物の売却、賃貸、滅失、損傷によって目的物所有者が得る債権（代償物。ほとんどの場合、金銭債権）に対して、担保権者が優先弁済受領権を行使することを認める制度を指す。また、担保権者の有するこのような権利を物上代位権という。

民法 304 条

- 1 項 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって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。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。
- 2 項 債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする。

質権につき 350 条、抵当権につき 372 条がそれぞれ 304 条を準用。これらは約定担保物権であり目的物所有者＝物上保証人の場合もあるため「債務者」は「目的物所有者」と読み替える。

(2) その他の担保物権の物上代位性

① 留置権: 否定 (事実上の優先弁済効を有するに過ぎないため)

② 仮登記担保

(a) 肯定説 (多数説)

理由: 仮登記担保も目的物の価値を優先的に把握する権利である

→ 304 条の類推適用により物上代位権行使が可能

(b) 否定説 (有力説¹)

理由: 仮登記担保の場合、担保権者は確定的な物権を取得していない

→ 債権侵害として不法行為責任 (709 条) を追及できるにとどまる

③ 譲渡担保・所有権留保

法的性質のとらえ方により帰結が異なる。詳しい話は次回発表班に任せたい！

... 今回の発表では、抵当権及び先取特権の物上代位を取り上げる。

¹ 道垣内 273 頁。

2. 物上代位における抵当権と(動産)先取特権の違い²

(1)約定担保性

物上代位関連の諸問題について考える際の視点の違いが生じる

①抵当権＝約定担保物権

→抵当権に対する関係当事者の期待を考慮して利益衡量を図るという観点

②先取特権＝法定担保物権

→債権者の通常の期待の保護・債権者間の公平という観点

(2)追及効(第三取得者に対する効力)

①抵当権＝追及効あり

②動産先取特権＝追及効なし

→売買代金債権への物上代位に関連

(3)公示制度

①抵当権＝登記により公示が可能

②先取特権＝本来的に公示を欠く担保物権

→債権譲渡と物上代位の優劣に関連

3. 適用範囲に関する問題

(1)問題の所在

「その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物(304条1項本文)」とは具体的にどのような債権か？

特に、抵当権に基づく競売申立て前における賃料債権への物上代位の可否(旧371条が前提)に関連して、そもそも物上代位が認められる根拠は何かが問題となった。

(2)価値権説と特権説の古典的対立

①価値権説

担保物権は目的物の交換価値を把握する権利であるから、目的物から派生した代償物についても当然に元の担保物権の効力が及ぶとする考え方。かつての通説。

賃料債権への物上代位について、通説は「交換価値のなし崩し的实现³」などとしてこれを肯定する。一方で、抵当権の非占有担保性を重視し、賃料債権への物上代位を否定する説も有力に唱えられていた。

②特権説(物権説)

担保物権は「物」を目的とする物権である以上、目的物が消滅すれば担保物権も消滅するのが原則だが、担保権者保護・金融促進という政策的見地から、担保権の実効性確保のため法が抵当権者に特

² 松岡19頁。

³ 我妻281頁。

別な保護を与えているとする考え方。

(3)法改正と近時の傾向

かつては抵当権の非占有担保性などを理由に賃料債権への物上代位を否定する下級審裁判例や学説が少なくなかったが、現在の判例⁴はこれを無条件に肯定する。

そして、民法371条改正により債務不履行後(=抵当権実行前)は賃料債権にも抵当権の効力が及ぶことが明らかになった。そのため、特権説だけでなく価値権説からも、抵当権に基づく賃料債権への物上代位を否定することは難しくなった。

また、現在では、両説はどちらも物上代位というひとつの制度の両面を示したものであり、これらの考え方から論理必然的に具体的な問題に対する答えが導けるものではないという見方が広がりつつある。したがって現在では、この問題における価値権説と特権説の対立はその実質的意義を失っているといえる。

4. 行使手続に関する問題

(1)問題の所在

304条1項但書が「その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない」としているのは何故か？
また、払渡し前・引渡し前とはどのような場合をいうか？

(2)差押えの意義

①特定性維持説

価値権説を前提とした従来の通説⁵。

本来、担保物権の効力は代償物にも当然に及ぶ。しかし、債権が弁済され設定者の一般財産に混入してしまっただ後にまで抵当権者に優先弁済権を認めると他の一般債権者が害されるおそれがある。そこで、物上代位の目的物の特定性を維持して一般財産との混入を防ぐため、担保権者に差押えを要求する。一般債権者保護が主眼。

特定性維持説を徹底すると、物上代位の対象が特定されていれば良いから、差押えは他の債権者が行うものでも足りる。また、特定性が維持されている限り、目的債権が譲渡されたり、転付命令が出されたりしても、弁済前なら物上代位権を行使できることになる。

②優先権保全説

特権説を前提とした説で、旧判例⁶がこの立場を採用。

物上代位は法の認めた特権なので、その特権を行使するためには法定要件である差押えを自ら行う必要がある。物上代位権を差押えによって公示するのがその趣旨であり、債権の第三取得者や差押債権者の保護に重点を置く。

したがって、他の債権者より先に差押えをすることにより、自らに優先権があることを公示する必要があるとする。

③第三債務者保護説

⁴ 最判平成元年10月27日民集43巻9号1070頁。

⁵ 我妻288頁以下、内田I410頁。

⁶ 大判大正12年4月7日民集2巻209頁。

現在の判例⁷はこれに軸足を置いているとされる。

物上代位権の行使につき差押えを要求する趣旨は、設定者や一般債権者の保護ではなく、目的債権の債務者、すなわち第三債務者が二重弁済の危険にさらされないようにするためである。担保不動産の第三債務者は、担保権者が実際に物上代位権を行使するかどうかかわからない。そこで、物上代位権を行使することを第三債務者に明示することが必要であるとする。

(3)近時の傾向

- ①特定性維持説では、債権譲渡・転付命令がなされる前(かつ、他の債権者の差押えではその配当要求の終期まで)に二重の差押えか配当要求をしなければ、物上代位権は行使できないとする傾向が強くなっている⁸。一方、優先権保全説においても、差押えを要求する趣旨に第三債務者の二重弁済防止のみを挙げ、他の債権者が先に差押えても担保権者自身が差押えをすれば足りるとする説が登場するなどしている。
- ②一般には第三債務者保護説に立っているとされる現判例も、決して特定性維持説や優先権保全説を排除しているわけではない。判例にもこれらの説を折衷したような表現がみられることから、第三債務者や債権の第三取得者、他の一般債権者の利益も考慮に入れた上で判断を下しているといえそうである。
- ③かつては、抵当権も先取特権も交換価値を把握する担保物権で共通するから、物上代位権行使手続に関しても両者に同じ論理が妥当すると考えられていた。しかし既に述べた通り、抵当権と先取特権には性質が異なる部分があり、具体的判断において一方で妥当する考えが他方で妥当しないこともある。例えば判例では、動産先取特権において目的債権の譲渡後に物上代位を認めない⁹一方、抵当権では認めるという判断¹⁰を後にしている。
詳しくは後述。

⁷ 最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 卷 1 号 1 頁。

⁸ 例えば、鎌田 50 頁。

⁹ 最判昭和 60 年 7 月 19 日民集 39 卷 5 号 1326 頁。

¹⁰ 最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 卷 1 号 1 頁。

II. 抵当権に基づく物上代位

1. 抵当権に基づく物上代位総論

民法 369 条 1 項

抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の目的に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

民法 372 条

第二百九十六条(留置権の不可分性)、第三百四条(物上代位)及び第三百五十一条(物上保証人の求償権)の規定は、抵当権について準用する。

(1) 抵当権とは

約定担保物権のひとつであり、被担保債権の債権者は、目的物の占有を奪わずに、債務者が債務を弁済しなければ、目的物を換価して一般債権者より優先的に債権を回収できるという権利。

(2) 抵当権に基づく物上代位

民法 372 条より、以上の物上代位制度は抵当権について準用されるので、抵当権の効力は代償物に及ぶ。

(3) 物上代位制度の必要性(特権説的な説明)

物上代位制度がないと、目的物の滅失により抵当権が消滅しそうである。例えば抵当目的物たる家屋が焼失した場合においては、抵当権者は抵当権を失う一方、抵当権設定者は火災保険に入っていると、火災保険金により経済的損害が補填される。これでは、抵当権設定者のみが経済的損害を補填されることとなり、不当な結果となる。

そこで、抵当目的物が火災保険金請求権などに姿を変えたとき、それに対して抵当権が及ぶことを認めることで、抵当権の実効性を確保するための物上代位制度が必要となる。

2. 抵当権に基づく物上代位の範囲

民法 304 条 1 項本文

先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって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。

抵当権に基づく物上代位は、以下の 2 種類に分類できる¹¹。

¹¹ 松岡 I 12 頁、道垣内 144 頁。代替的物上代位に対しては、物上代位の補填的構成(物上代位は担保目的物の価値の滅失・減少を補填するものであるということ)があてはまるが、付加的物上代位にはそのまま妥当するわけではない。例えば、賃料債権は目的物から派生した増加価値である。土地は使用しても減価せず、建物の経年変化による減価は使用の有無に関わらず生じるからである。

(1)代替的物上代位

抵当権の効力が及んでいた物の代わりとして得られたものに対する物上代位。

(2)付加的物上代位

抵当権の効力の及んでいる物に対する抵当権実行手続としての物上代位。

以下では、このそれぞれについて論じる。

(1)代替的物上代位における物上代位の範囲

損害賠償債権、土地収用の補償金・清算金(土地収用法 104 条)などについてはほぼ異論がない。ここでは、解釈上問題となっている点について述べる。

①目的物の売却による代金債権

(a)従来通説

目的物の売却による代金債権は、目的物の価値変形物であるから、抵当権が及ぶ。よって、目的物は物上代位の対象である。

(b)現在の有力説¹²

物上代位の対象とすべきではない。

〈根拠〉

i)先取特権との違い

先取特権は、目的物が第三者に譲渡されると行使できないが(民法 333 条)、抵当権は対抗要件を備える限り追及力があるので、物上代位を認める実益がない。

ii)代価弁済制度¹³の存在

抵当権者が売買代金から債権回収をするためには、代価弁済制度が用意されている。代価弁済制度は、物上代位を認めると結果的に抵当権実行手続外での配当手続を認めることになってしまうために、合意を基礎とした制度として存在する¹⁴。

②火災保険金請求権

(a)物上代位否定説

物上代位制度について、価値権説を採る。すると、火災保険金請求権は保険料の対価であり、目的物の価値変形物だということはできない。ゆえに、物上代位は認められない。

(b)物上代位肯定説¹⁵

物上代位制度は、担保権の実効性確保や抵当権者の保護を趣旨と解すべきであり、この趣旨から考えると、火災保険金請求権に物上代位は認められる。(設定者のみ抵当権の負担から逃れるという利益のみを享受し、抵当権者は保護されない¹⁶。)

※なお、抵当権者は、設定者と、保険に関する約定を交わした上で、保険金請求権に質権を設定して

¹² 道垣内 145 頁、内田 I 403 頁、山本 115 頁。

¹³ 抵当不動産の第三取得者は、抵当権者の請求に応じて抵当権者に代価を弁済したときは、抵当権はその第三取得者のために消滅する(消滅するのは当該抵当権者についての抵当権のみである)という制度(民法 378 条)。

¹⁴ 道垣内 164 頁、内田 I 447 頁。

¹⁵ 道垣内 149 頁、内田 I 402 頁。なお、判例も同結論(大判明治 40 年 3 月 12 日民録 13 輯 265 頁、大判大正 12 年 4 月 7 日民集 2 卷 209 頁)

¹⁶ 道垣内 145 頁。

おく場合が多く、実務上はあまり問題とならない¹⁷。

③買戻代金債権

【CASE1】

S は、G 銀行のために抵当権を設定する以前に、甲を Z から 8000 万円で買い受けた。その際、S は引渡日から 3 年以内に甲を文化施設として使うこととされ、S がこの合意を守らない場合は、Z は甲を買い戻すことができるの特約が付され、その旨の登記がなされていた。その後、S がこの合意を守らなかったことから、Z が買戻権を行使したところ、S に 1 億円を貸し付けていた X と G 銀行が、相次いで、S が Z に対して有する買戻代金債権を差し押えた。

※買戻しの効果(民法 579 条)

買主から売主に、目的物が遡及的に復帰する。そして、G の抵当権は遡及的に消滅する。

〈判例の解決¹⁸〉

i) 抵当権の効力

買戻しによる所有権の遡及的復帰は、売買の後に生じた第三者よりも優先することを意味するものであり、買主とその債権者との関係では、S が G に抵当権を設定したという事実が当事者間で失われてしまうわけではない。

ii) 買戻代金の性質

買戻代金は、実質的には買戻権行使による目的不動産の所有権復帰についての対価と見ることができ、目的物の価値変形物(民法 304 条にいう「目的物の～金銭」としてみられる。(買戻代金債権は、現在の所有者のもとから所有権を取得する権利としての性格を有する¹⁹。)

(3)付加的物上代位における物上代位の範囲

①賃料債権

(a)賃料債権への物上代位が問題となった背景²⁰

i) バブル崩壊前

抵当権者の関心は、もっぱら抵当不動産の交換価値に向いていた。

ii) バブル崩壊後

地価の下落により、抵当不動産の売却による債権回収が困難になった。そこで、抵当権者が賃料からの債権回収が問題となるようになった。

(b)2003 年民法改正以前の議論状況²¹

i) 物上代位否定説²²

¹⁷ 道垣内 149 頁、内田 I 403 頁。

¹⁸ 最判平成 11 年 11 月 30 日民集 53 卷 8 号 1965 頁。本件の結論としては、G による買戻代金債権への物上代位が認められ、G は X に優先することになる。

¹⁹ 道垣内 147 頁。

²⁰ 内田 I 406 頁。

²¹ 詳しい議論状況は、松岡 I 6 頁以下、柚木＝高木 I 155 頁以下。物上代位否定説・物上代無条件肯定説以外にも、①競売開始決定以後に限って、結論的に賃料に対して抵当権の効力が及ぶことを肯定する果実説や、②一般債権者の利益を軸に、抵当権設定以後に設定された賃借権に対してのみ物上代位権を認める減価要件説などがある。

民法旧 371 条²³より、抵当権は差押えまでは目的不動産の果実に効力を及ぼさないとされている。ここで物上代位を認めると、抵当権設定者の使用収益活動の成果を収奪することになり、抵当権が非占有担保であり、抵当権実行前には設定者に使用収益権限があることの意味がなくなる。

ii)物上代位無条件肯定説

抵当権は目的物の交換価値を把握するものであるが、賃料は抵当不動産の交換価値をなし崩し的に具体化したものであるから、抵当権は及ぶ²⁴。あるいは、賃料は目的物の価値の一部の代表者である²⁵。ゆえに、物上代位は可能。民法旧 371 条は、法定果実には適用されない。

(c)判例の立場²⁶

物上代位無条件肯定説を採用。

〈根拠〉

i)抵当権と先取特権の同質性

抵当権と先取特権はともに非占有担保であり、先取特権については民法 304 条 1 項において物上代位を認めている以上、民法 372・304 条の規定に反してまで物上代位を認めない理由はない。

ii)抵当権設定者の利用権能との両立可能性

賃料に対する物上代位を認めても、抵当権設定者が目的物を使用すること自体は妨げられない。

(d)判例の立場に対する批判

i)賃貸不動産の交換価値の減少²⁷

賃貸人は賃料を全て抵当権者に取られるため、賃貸不動産の維持・管理ができなくなる。それにより、賃貸不動産が劣化し、賃料収入もなくなり、不動産の交換価値も減少する。

ii)囲い込みの危険²⁸

賃料に対する物上代位を無条件に認めると、後順位抵当権者が先順位抵当権者に優先して弁済を受けることが生じうる。すると、先順位抵当権者はより早く賃料の差押えをしようとするから、抵当権設定者は賃料収益を得ることが難しくなる。

(e)判例の立場の背景²⁹

(a) ii)より、賃料からの債権回収が問題となった。地価の上昇が期待できない中では、収益からの債権回収は経済的合理性がある。しかしながら、抵当権の順位に従った配当をする手続きがなかった。

(f)2003 年の民法改正

²² 鈴木 176 頁等。もともと、鈴木は「民事執行法のもとにおいても、抵当権にもとづく強制管理の制度が存在せず、競売完了までの賃料を抵当権者が取るほかの方法がかけていることにかんがみ、」物上代位の手続を借用せざるを得ないとする。他に、賃料は抵当不動産の利用価値に対応するものである以上、物上代位は否定されるとする考え(山本 115 頁で紹介)等もある。物上代位否定説に関する他の考えは、柚木＝高木 I 155 頁以下。

²³ 民法旧 371 条 ①前条ノ規定ハ果実ニハ之ヲ適用セズ 但抵当不動産ノ差押アリタル後又ハ第三取得者ガ第三百八十一条ノ通知ヲ受ケタル後ハ此限ニ在ラズ ②第三取得者ガ第三百八十一条ノ通知ヲ受ケタルトキハ其後一年内ニ抵当不動産ノ差押アリタル場合ニ限り前項但書ノ規定ヲ適用ス

²⁴ 我妻 281 頁以下。

²⁵ 柚木＝高木 II 266 頁。

²⁶ 最判平成元年 10 月 27 日民集 43 卷 9 号 1070 頁、内田 I 404 頁以下、山本 115 頁。

²⁷ 内田 I 405 頁以下、山本 115 頁。

²⁸ 内田 I 405 頁。

²⁹ 内田 I 406 頁。

i) 賃料債権に対する抵当権の効力の承認

民法 371 条を改正し、被担保債権の不履行後は、その後に生じた抵当不動産の果実に抵当権の効力が及ぶこととなった。

ii) 担保不動産収益執行³⁰の導入

抵当不動産の収益から優先弁済を受けるための手続として、担保不動産収益執行が民事執行法に導入された(民事執行法 180 条 2 号)。

iii) 物上代位の存続

物上代位は存続し、民事執行法には物上代位と担保不動産収益執行の調整規定³¹がおかれている(民事執行法 93 条の 4、188 条)。

② 転貸料債権

転貸料債権については、最高裁の平成 12 年 4 月 14 日の決定まで、下級審で立場が分かれていた。

(a) 後順位賃借権限定説³²

抵当権設定後の賃貸借に限って転貸料への物上代位を肯定する。

後順位転貸人の保護の必要性の低さ(転貸人は先行する抵当権に劣後することを承知で転貸している)や、第三取得者と比較した保護の必要性の低さ(第三取得者＝所有権者でも賃料に物上代位されるのだから、賃借人はそれ以上に厚く保護する必要はない)などを根拠とする。

(b) 執行妨害等要件説³³

原則的には物上代位を否定しつつ、例外的に執行妨害等に該当する場合には、転貸料債権を原賃料債権と同視して物上代位を肯定する。

304 条の文理(物上代位の客体に所有者からの賃借人を含むと読み替える余地がない)や、転貸料の性質(転貸料を抵当不動産の交換価値のなし崩しの実現とみるのは無理で、物上代位権の行使を許すことは物上代位の本来の趣旨にそぐわない)から原則として物上代位を否定するが、設定者と賃借人が実質的に同一視される場合や、賃貸借契約が物上代位権行使の妨害目的でなされた場合は、例外的に物上代位を肯定する。

(c) 最高裁の解決³⁴——執行妨害等要件説の採用

【CASE2】

S は G 銀行から 1 億円を借り入れ、その担保として G 銀行のために自分が所有するビル甲に抵当権を設定し、その旨の登記をした。しかし S は、資金繰りに窮するようになり、期日が来ても G 銀行に 1 億円を返済できなかった。この時 S は、不動産管理会社 M に甲を一括して賃料月額 50 万円で賃貸し、M は甲の各部屋を A～H の 8 人に転貸し、月額 80 万円の賃料を得ていた。

³⁰ 管理人が選任され(民事執行法 94 条)、天然・法定果実の収取にあたり(同法 93 条)、執行裁判所の定めた期間ごとに配当を実施する(同法 107 条 1 項)。管理人が収受した収益からは、不動産の管理に要する費用が支出される(同法 106 条)。詳しくは、内田 I 460 頁、山本 116 頁・136 頁以下。

³¹ 賃料に対する物上代位の差押えがなされているところへ担保不動産収益執行が開始されると、原則物上代位の効力が停止し、担保不動産収益執行に移行する(民事執行法 93 条の 4)。ただし、担保不動産収益執行の開始決定が、物上代位の配当要求の期限の後に賃借人に対して送達された場合は、物上代位の効力はそのままである(同条第 1 項但書)。以上、内田 I 461 頁。

³² 松岡 II 13 頁以下。東京地裁・東京高裁等が採っていた説。

³³ 松岡 II 14 頁以下。大阪地裁・大阪高裁等が採っていた説。

³⁴ 最決平成 12 年 4 月 14 日民集 54 卷 4 号 1552 頁。

i)原則は物上代位を否定

抵当不動産の賃借人は、自己に属する転賃貸料債権を、被担保債権の弁済に供されるべき立場にはない。(抵当不動産の所有者が、被担保債権の履行につき抵当不動産をもって物的責任を負担。)また、物上代位を認めると、賃借人の使用収益権限が害されることとなる。

ii)例外としての物上代位の肯定

所有者の取得すべき賃料を減少させたり、抵当権の行使を妨げたりする目的で、法人格を濫用したり、賃貸借を仮装したりするなど、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合³⁵は、例外として物上代位を肯定する。

3. 抵当権に基づく物上代位の手続に関する問題

民法 304 条 1 項但書

先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。

(1)物上代位の手続に関する判例と学説

①判例

(a)特定性維持説の採用

初期の判例は、

- i) 抵当権その他の担保物権が目的物の代位物の上に効力を及ぼすのは、権利の性質上当然。
- ii) 法律が払渡しの前に差押えることを必要としたのは、代位物が弁済によって消滅することを防ぎ特定性を維持することを唯一の目的とする。
- iii) 従って、誰の差押えによっても、特定性が維持されている以上、担保権者は優先権を失わず、すでに他の債権者のために転付命令が発せられていても、それは優先権を有する担保権者の債権の範囲内では、これに対抗することはできない。
- iv) もともと、第三債務者が、担保権者が差押えをする前に、先行した差押えに従って、その差押え債権者に弁済すれば、代位物たる請求権は消滅するから、担保権者は、弁済を受領した債権者に対して償還を請求しうるのである。

という理由で、特定性維持説を採用していた³⁶。

例えば、土地収用法 65 条(現行 104 条)に定める差押えの趣旨について、「補償金が担保物を代表するの特定性を保全すると同時に、被収用者たる債務者が補償金を処分し収用者たる第三債務者が補償金を債務者に支払うことを禁じ、以て債務者をして補償金上に有する優先権を喪失せざらしむるに在り」と判示した³⁷。

(b)優先権保全説への転換

初期の立場に対し、判例は優先権保全説を採用する立場に転ずる。

³⁵ 例えば、賃料債権に対する物上代位を妨げる目的で、既存の賃貸借契約をいったん解約し、第三者に低廉な価格で賃貸し、その第三者がもとの賃借人に従来と同じ条件で賃貸する場合など(道垣内 148 頁)。

³⁶ 我妻 286 頁。

³⁷ 大判大正 4 年 6 月 30 日民録 21 輯 1157 頁。大判大正 4 年 3 月 6 日民録 21 輯 363 頁などでも特定性維持説採用。柚木=高木 II 270 頁以下。

- i)担保物権も物権だから、目的物が滅失するときは消滅するのが当然であり、民法がその代位物の上に担保物権の効力を及ぼさせたのは、担保物権者を保護しようとする特別の措置である。
- ii)従って、担保権者みずから代位物を差押えその消滅を防止しなければならない。そのことは、民法 304 条の条文からも明白である。
- iii)担保権者が自ら差押える前に、他の債権者が差押えて転付命令を得たときは、代位物たる請求権は、譲渡された場合と同様に、抵当不動産所有者の帰属を離れるから、物上代位権を行使する余地はなくなる。

という理論に改めたのである³⁸。

例えば、火災保険金請求権の事案において、たとえ他の債権者が差押えをしていても、抵当権者自身が差押えをなすことを要するとし、他の債権者が先に転付命令を得てしまい、債権者が差押えをできなくなると、もはや優先弁済権を主張することはできないとした³⁹。

(c)第三債務者保護説への移行

判例は長く優先権保全説を採っていたとみられるが、最近の判決⁴⁰でそれが変化した。すなわち、

- i)他の競合債権者との関係では、抵当不動産の代償物が物上代位の対象となることは明らかであるから、不動産について抵当権の登記が行われていれば、その代償物に物上代位権があることも公示される。
- ii)一方、抵当不動産の第三債務者は、自分に対する債権に物上代位権が及んでいることはわかっていても、抵当権者が実際にそれを行使するかはわからない。そこで、抵当権者自身が物上代位権を行使することを第三債務者に明示することが差押えの意味であり、第三債務者は差押えまでは債権譲受人に支払えばよいし、差押え後は供託すればよい。
- iii)差押えの時期については、他の競合債権者保護が目的ではないから、実際の払渡しまでに抵当権者が自ら差押えをすれば足りる。

という第三債務者保護説の立場に転じたのである。

しかしながら、その後、最高裁は転付命令が物上代位に優先するという判決⁴¹を出し、第三債務者保護説を修正しているとも考えられる。

②学説

(a)特定性維持説

従来の多数説であった⁴²。差押えの主体については考えが分かれるところがあり、差押えの主体については抵当権者自身であることを要求しない立場⁴³や、抵当権者自身が差押えをすることにより、第三債務者に対して物上代位の意思を明らかにすることが必要であるとする立場⁴⁴がある。

³⁸ 我妻 287 頁。

³⁹ 大判大正 12 年 4 月 7 日民集 2 卷 209 頁。

⁴⁰ 最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 卷 1 号 1 頁。

⁴¹ 最判平成 14 年 3 月 12 日民集 56 卷 3 号 555 頁。第三債務者保護説的に捉えれば、まだ支払いがなされていない以上、物上代位が優先しそうである。しかしながら、最高裁は民事執行法 159 条 3 項を根拠として、転付命令が優先すると判示した。これは、むしろ優先権保全説的な捉え方である(内田 I 414 頁以下)。

⁴² 我妻 288 頁以下、柚木＝高木 II 270 頁等。

⁴³ この立場は、民事執行法で、満足を得るためには、債権者が各自配当要求の終期までに差押え・仮差押えの執行または配当要求をしなければならないとする債権執行の規定(民事執行法 165 条)が、物上代位権の実行についても準用されている(同法 193 条 2 項)ことから批判されている。

⁴⁴ 我妻 291 頁。

(b)優先権保全説

初期の学説及び従来の判例の立場であり、現在も有力に主張されている。差押えは抵当権者自身が行わなければならないとされている。差押えの時期については、他の債権者が先に差押えた場合でも、配当要求の終期までに差押えれば抵当権の登記の順位で優先権を主張できるが、他の債権者が転付命令を得たときや、当該債権が譲渡されてしまった場合には、もはや物上代位をすることができないとする立場が有力である⁴⁵。

(c)その他の学説

判例が採用した第三債務者保護説や、差押えは請求権を特定する意味がある一方、第三債務者に対する処分・弁済の制限とかたちでその優先権を公示する意味の二面性を有しているとする二面性説などが主張されている⁴⁶。

(2)物上代位と他の手続に関する問題

・物上代位と債権譲渡

(a)問題点

物上代位の対象となる債権が譲渡され、すでに第三者に対する対抗要件も具備された場合、抵当権者はなお物上代位権を行使できるか。

(b)債権譲渡優先説⁴⁷

債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件も具備される段階にまでいたると、抵当権設定者には差し押えるべき債権がない。そのため、もはや物上代位権を行使することはできない。

(c)物上代位優先説⁴⁸

i)民法 304 条の文言

債権譲渡は「払渡しまたは引渡し」に該当しない。

ii)第三債務者の不利益の不存在

差押えが必要なのは、第三債務者の保護が目的であるところ、物上代位権を認めても第三債務者に不利益は生じない。(第三債務者は差押えまでは抵当権設定者に支払えばよいし、差押え後は供託すればよい。)

iii)第三者の不利益の不存在

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から、債権の譲受人との関係で物上代位権を認めても、不測の不利益は生じない。

iv)抵当権妨害の防止

対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するとすれば、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り、容易に抵当権の行使を妨げることができてしまう。

おまけ 物上代位と相殺

⁴⁵ 内田 I 411 頁。

⁴⁶ 柚木=高木 I 168 頁。

⁴⁷ 大決昭和 5 年 9 月 23 日民集 9 卷 11 号 918 頁、大判昭和 17 年 3 月 23 日法学 11 卷 12 号 100 頁。

⁴⁸ 最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 卷 1 号 1 頁。

1. 物上代位による賃料債権差押えと相殺の優劣

【CASE3】①2007年5月、AはBに6000万円を融資し、その際に債権の担保としてB所有の甲建物に抵当権の設定を受け、その旨の登記も得た。②その後、Bは甲建物をCに賃料月額100万円、賃貸期間5年で賃貸することになり、甲建物をCに引き渡した。③2007年7月、Cは甲建物を修繕し、Bに対して800万円の修繕費用償還請求権を取得した。④Bがこれを返済しなかったため、BとCは、CのBに対する2007年8月から向こう8ヶ月分の賃料支払債務と、BのCに対する修繕費用償還債務とを、それぞれ各月の前月末日に対当額で相殺することを合意した。⑤Aは、Bが債務を返済しないので、2007年12月から賃貸借終期までのBの将来の賃料債権に物上代位し、差押命令を得た。差押命令は2007年11月にCに送達された。⑥2008年5月、Aは2007年12月分から4ヶ月分の賃料400万円が未払であるとしてCに支払を求めた。これに対してCは、当該賃料債務は修繕費用請求権との相殺により消滅していると主張した。

(1) 差押えと相殺に関する一般論

判例は無制限説⁴⁹を採る。すなわち、他の債権者が差押えをする前に債権を取得していた者は、その債権を自働債権とする相殺をもって、差押えに対抗することができる。

これに対し、学説では制限説⁵⁰(弁済期の先後で決する立場)も有力だが、ここでは省略。

今回の事案では、いずれの説に立ってもCが勝つ・・・ことになりそうだが？

(2) 物上代位と差押えに関する一般論

物上代位による差押えと一般債権者の差押えが競合した場合、抵当権設定登記と差押命令の第三債務者への到達の先後によって優劣が決まる⁵¹。

(3) 判例⁵²

物上代位と差押えに関する考え方を優先し、Aの請求を認めた。

理由:(1)は一般債権者による差押えと相殺の優劣を判断したものであり、一方(2)は優先弁済者による差押えと一般債権者の権利行使の優劣を判断したものである。ここでは後者の問題であると考えられる。

2. 物上代位と敷金充当による賃料債権の消滅

【CASE4】①②及び⑤⑥は【CASE3】と同じ。

③CはBに対し敷金として1600万円を差し入れている。④2007年11月、CはBに2008年3月末日をもって賃貸借を解約する旨を通知し、現実に同日をもって甲建物をBに返還した。

(1) 敷金の性質

⁴⁹ 最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁。

⁵⁰ 潮見I 421頁。

⁵¹ 最判平成10年3月26日(前掲)。

⁵² 最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁。

不動産賃貸借契約において生じる一切の債権を担保するために、契約締結時に賃借人が貸貸人に対して交付する金銭を敷金という。

判例によれば、目的物の明渡時における被担保債権を控除した残額につき敷金返還請求権が発生する(明渡時説⁵³)。これに対し学説では、基準時を明渡時でなく賃貸借契約終了時とすべきであると説く見解(終了時説⁵⁴)も有力だが、今回の事案では契約終了と明渡しと同時になされているので、両説の結論に違いが生じることはない。

(2)問題の所在

いずれにせよ、今回のような事例で賃借人が敷金返還債権を取得するのは、ほとんど常に、抵当権設定登記より後となる。そうだとすれば【CASE1】と同様に、抵当権者の物上代位が賃借人による相殺に優先するのだろうか？

(3)敷金返還債権についての例外的処理の承認

判例⁵⁵は、今回のような事案において賃借人の敷金充当が優先することを認めた。

理由: 賃貸不動産が明渡された時点で、相殺その他特別の意思表示を必要とすることなく、敷金契約の当然の効果として未払賃料の支払に敷金が充当されるため、賃料債権もその限度で当然に消滅する。これは賃借人の行為たる相殺の結果ではない。そのため、物上代位と相殺の優劣問題とは異なる。

また、賃貸借契約にあたり「従たる契約」として敷金設定契約が締結されることは抵当権者の側からも予測し得ることで、敷金による充当を予測することは可能だといえる。それに、もしこのような場合に抵当権者の物上代位が優先されるならば、抵当権の設定された建物を借りる人がいなくなってしまう。そうすると賃料債権への物上代位もできず、抵当権者にとっても不利である。以上のことから、判例の結論は妥当であるといえる。

Ⅲ. 先取特権に基づく物上代位

1. 概説

(1)先取特権とは

民法第 303 条(先取特権の内容)

先取特権者は、この法律その他の法律の規定に従い、その債務者の財産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

(先取特権に基づく)物上代位

＝目的物の交換価値について権利を有していた先取特権者に、その代償価値に対して権利を行使

⁵³ 最判昭和 48 年 2 月 2 日民集 27 卷 1 号 80 頁。

⁵⁴ 潮見 II 178 頁。

⁵⁵ 最判平成 14 年 3 月 28 日民集 56 卷 3 号 689 頁。

することを『法律上』認めたもの⁵⁶。

代金債権が未払いになることを予測していれば、所有権留保を使えばよい。

そのような事前の合意がないときに使うのが先取特権⁵⁷(=法定担保物権)。

日本の民法は、先取特権を比較的広く認めるフランス法を継受している⁵⁸。

ただし先取特権は公示を伴わないので、他の債権者と競合した場合に問題になることが多い。

従来は、その有用性に疑問があったが、昭和 50 年代に入り、動産売買の先取特権について、売買代金への物上代位を厚く保護する裁判例が続出し、にわかに関心を集めるようになった⁵⁹。

特に最近では、買主の財産状況が悪化した場合において、動産の売主が買主(債務者)の第三者に対する転売代金債権に物上代位の権利を行使することが多くなっている⁶⁰。

売主A→転売人B→買主C

という関係で、AがBに対する自らの債権を回収するために、BのCに対する転売代金債権に代位するのが典型的な例。

(2)先取特権に物上代位を認める必要性

333 条から、追及効がないので転売後の目的物に対して行使できないため。

ただし、一般先取特権は債務者の全財産を対象とするので、物上代位は問題にならない。

また、不動産先取特権(債務者の特定の不動産を目的物とするもの)は、登記によって追及効があるので、抵当権と同様、売買代金に物上代位する必要はないという説が有力⁶¹。

→以下では、動産先取特権(債務者の特定の動産を目的物とするもの)を念頭におく。

ちなみに、先取特権に基づく物上代位のメリットは、目的物が通常は市場価格で転売されているので、競売に比べて高額での回収が期待できること⁶²。

2. 先取特権に基づく物上代位が認められる範囲

(1)総論

民法 304 条 1 項本文

先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって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。

例: 転売代金債権、賃料債権、火災保険金請求権など

⁵⁶ 高橋 50 頁。後に述べる特権説からの定義。

⁵⁷ 内田 II 510 頁。

⁵⁸ 内田 II 512 頁。

⁵⁹ 内田 II 510 頁。

⁶⁰ 高橋 51 頁。

⁶¹ 内田 II 509 頁、近江 44 頁。

⁶² 池辺 143 頁。

先取特権の種類によって、それぞれ物上代位が認められる範囲が異なり、論者によっても異なるが、詳しくは省略。

たとえば、目的物の賃料に対する物上代位について、不動産賃貸の先取特権・旅館宿泊の先取特権・運輸の先取特権については否定しつつ、それ以外の動産先取特権については認める見解⁶³や、それらを区別せずに、単に先取特権の行使を認める必要があると述べる見解がある⁶⁴。

(2)判例

・請負代金債権に対する物上代位の可否(最決平成 10 年 12 月 18 日民集 52 卷 9 号 2024 頁)

「請負工事に用いられた動産の売主は、原則として、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対して動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使することができないが、請負代金全体に占める当該動産の価額の割合や請負契約における請負人の債務の内容等に照らして請負代金債権の全部又は一部を右動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情がある場合には、右部分の請負代金債権に対して右物上代位権を行使することができる」

売主A→買主(請負人)B→(注文者)Cという事例。

債務者が有する債権が、転売代金債権ではなく、請負代金債権のときでも、売主Aは物上代位権を行使できるかが争点。

かつて、大審院判例は、このようなケースにおいて、物上代位を否定していた⁶⁵。

しかし、本決定では、

原則: 請負代金に対しては物上代位することはできない。

例外: 請負代金債権の全部又は一部が、動産の転売による代金債権と同視できるときは、その部分に対して物上代位権を行使することができる。

として、原則否定説を承継しながら、例外が認められる基準を示した。

学説からは、請負代金には実質的に材料代金が含まれているから、請負人の報酬請求権の上に物上代位権を行使できるとすることが、公平を旨とする物上代位制度の趣旨に適すると主張がある(全部肯定説)⁶⁶。

3. 304 条 1 項但書の趣旨(先取特権に基づく物上代位と、他の権利との優劣)

(1)総論

民法 304 条 1 項但書

先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。

⁶³ 道垣内 62,63 頁。

⁶⁴ 高橋 50 頁。

⁶⁵ 大判大正 2 年 7 月 5 日民録 19 卷 609 頁。

⁶⁶ 小林・山本 40 頁(我妻・松坂・近江説の孫引き)。

「払渡し又は引渡し」の意味や、差押えは具体的にいつまでになされなければならないかという問題を考えるためには、「差押え」が要求される趣旨を明らかにする必要がある。

以下では、先ず代表的な判例を2つ紹介した後、学説の対立を概観し、それを踏まえた上で判例を再検討することにする。

(2)判例

①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差押えとの優劣(最判昭和60年7月19日民集39巻5号1326頁)

「民法304条1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物上代位の対象となる金銭その他の物の払渡し又は引渡し前に差押をしなければならないものと規定されている趣旨は、先取特権者のする右差押によつて、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ところにあるから、目的債権について一般債権者が差押え又は仮差押えの執行をしたにすぎないときは、その後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るものではない」

(最判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁参照(債務者が破産した場合でも、先取特権者による物上代位を肯定した判例))

304条1項但書の趣旨を指摘しながら、動産売買先取特権者は、債務者が有する転売代金債権が一般債権者に差押えられた後でも、物上代位権を行使することができると判示。

②動産売買先取特権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣(最判平成17年2月22日民集59巻2号314頁)

「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」

以上から、判例は、「差押え」が要求される趣旨は、

「物上代位の目的となる債権の特定性の維持・優先権の保全にとどまらず、第三債務者の保護も図ろうとするものである」

とし、一般債権者による差押え・仮差押え後でも物上代位権を行使できるが、債権譲渡後は行使できないという結論をとっている。

(3)学説

総論で述べた特権説vs価値権説の対立は、304条1項但書の理解をめぐっても顕在化する。

①優先権保全説(かつての判例、特に大判大正12年4月7日民集2巻209頁)

物上代位制度の理解につき、特権説(物上代位制度は、担保権者保護のためにとくに認められた制

度であるとする立場)を採る。

その上で、物上代位権は担保権に付随する当然の権利ではないから、304条1項但書の「差押え」による公示によって、物上代位権を対第三者関係で保全する必要があると考える⁶⁷。

最判平成17年(債権譲渡との優劣)のような事例では、先取特権者は第三者が登場する前に差押えなければならぬので、債権譲渡後には物上代位権を行使できないことになる。

②特定性維持説(従来通説)

物上代位及び担保権の性質の理解につき、価値権説(担保権は目的物の交換価値を支配する権利なので、物上代位は当然の制度であるとする立場)を採る。

その上で、304条1項但書で差押えが要求されるのは、代償物(転売代金など)が債務者の一般財産に混入すると、そのうちの部分に担保権の効力が及んでいるのか不明になるから、特定性維持のためだと解する⁶⁸。

最判平成17年のような事例では、先取特権者は、債権譲渡後でも実際に弁済される(=債務者の一般財産に混入してしまう)までは差押えることができることになる。

批判としては、「執行法との関係で、物上代位権者が自ら差押えをすることなく物上代位を行使できると解する余地はなく、特定性維持説の意義は失われた」とするものがある⁶⁹。

ただし、この立場を採る学説も、執行法との関係を考慮し、物上代位権者自身の差押えを必要と解するのが一般だという反論もある⁷⁰。

③二面性説(近時の判例?)

304条1項但書で差押えが要求されるのは、上記①②の両方の趣旨を含んでいるものとする。

すなわち、「差押え」には、目的物の変形した代償物を特定するところに中心的意義があるが、一方で、その優先性を公示する意味も実質的に有しているとする⁷¹。

近時の判例にも、①と②を融合していると評価されるものがある⁷²。

④新たな学説

以上①②の説は、物上代位制度の意義から演繹的に314条但書の趣旨を導き出そうとするものであるが、別のアプローチによる説も唱えられている。

1つは、民事執行法上の手続的制約に求める説である。

これについては、民事執行法にかかわるので省略するが、最高裁の立場は、現行民事執行法からも導かれるとも言われ⁷³、実体法の解釈には手続法も無視できないと思われる。

もう1つは、当該担保物権の趣旨から、その実体的効力の範囲を確定しようとする説である。

ここでは、担保物権を一まとめにして考えてきた従来議論と異なり、それぞれの担保物権の性質か

⁶⁷ 道垣内 65 頁。

⁶⁸ 道垣内 65 頁。

⁶⁹ 新判例 139 頁(今尾真)(鎌田説の孫引き)。

⁷⁰ 法セ 375 50 頁(鎌田)、近江 48 頁(高木教授の見解を支持)。

⁷¹ 近江 46 頁。

⁷² 前掲最判昭和 60 年 7 月 19 日。

⁷³ 判例講義 184 頁(占部)。

ら、304条1項但書の趣旨を個別的に導き出そうとしている。

そして先取特権の性質については、それが債権者の通常の期待を保護し、債権者間の実質的公平の確保を目指すものであるということと、公示性を欠いているということが特に重要である。

よって、「先取特権による物上代位権の行使は、代償物が他の財産に混入し完全に特定性を失うか、あるいは、第三者が代償物につき排他的な権利を有するに至るかするまでは、認められてしかるべきである」とする⁷⁴。

近時の判例でも、目的債権が譲渡された後の差押えについて、抵当権による物上代位は行使可能としている一方で、先取特権による物上代位の行使は否定して区別している⁷⁵。

(4)学説を踏まえた上での判例の再検討

①判例の流れ

判例の大きな流れは、

特定性維持説(大判大正4年3月6日民録21輯363頁)

→**優先権保全説**(大判大正12年4月7日民集2巻209頁、当時の学説に従う)⁷⁶

→**二面性説(?)**(前掲最判昭和59年2月2日、前掲最判昭和60年7月19日)

道垣内説(?)(最判平成10年1月30日と最判平成17年2月22日の違いから)

『保護すべき第三者の範囲』という観点から、大審院・最高裁の判例をまとめると、「差押・転付命令を得た債権者、および債権譲受人は保護すべき第三者であるが、転付命令を得ていない差押債権者、仮差押債権者、および破産管財人は保護すべき第三者ではない」ということになる⁷⁷。

②一般債権者による差押えとの優劣(前掲最判昭和60年7月19日)

「特定性が保持」「物上代位権の効力を保全」→(特定性維持説)、「第三者等の不測の損害の防止」→(優先権保全説)⁷⁸との文言が見られ、二面性説を採っているように捉えることができる。

さらに、「第三債務者(中略)が不測の損害を被ることを防止」ともあり、第三債務者保護説のような記述も見られる。

この判例が述べる「差押え」の意義からは、目的債権の譲渡があった場合、もはや先取特権者が物上代位権を行使できないことは明らかであるが、最判平成10年では逆の結論が採られた。

→最判平成10年の登場により、本判例の意味が変化。

すなわち、304条1項但書で要求される差押えの趣旨が、抵当権の場合と先取特権の場合とで異なることになり⁷⁹、本判例の射程には抵当権の場合は含まれないこととなったと解される。

しかし、平成10年判決が、抵当権と先取特権について、それらの公示の有無を理由に別異取扱いをすることに対しては、学説上以下のような批判もある。

⁷⁴ 道垣内 64 頁。

⁷⁵ 最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 巻 1 号 1 頁、前掲最判平成 17 年 2 月 22 日。

⁷⁶ 民法講座 3 110 頁(新田宗吉)。

⁷⁷ 判例講義 184 頁(占部洋之)。

⁷⁸ 百選 I 175 頁(道垣内弘人)。

⁷⁹ 百選 I 175 頁(道垣内弘人)。

(a)本来、抵当不動産の使用収益権限は抵当不動産所有者に残るはずだが、「抵当権設定登記により物上代位権は公示されている」とすることにより、抵当権設定後も所有者が有効に賃料を収受できることの説明が困難になる。

(b)「債権者が債権を譲渡した場合」と「債権者が『払渡又は引渡』を受けた場合」を区別する点についても、「債権の回収」という観点からは、法的取扱いを異にするほどの違いが両者の間に存在しない

80。

③債権譲渡との優劣(前掲最判平成17年2月22日)

抵当権の場合との結論の違いから、担保権の性質に着目したものと捉えられる(=道垣内説)。

すなわち、抵当権は登記によって公示されているが、先取特権には公示がないことが、両者の結論を分けているものと解される。

しかし、このような理解については、「動産先取特権は、もともと公示がないにもかかわらず法定担保物権として一般債権者に優先する地位が認められているのであるから、物上代位の場合においてのみそのことを問題視する解釈論には疑問」とする批判がある⁸¹。

なお、この判決により、「304条1項但書の『払渡し』に、債権譲渡が含まれることとなった」と説明されることがあるが⁸²、異論もある。

すなわち、債権譲渡と転付命令について、これらは債務者に対する「払渡し・引渡し」の問題ではなく、譲渡や転付命令によって、債権が債務者に帰属するものではなくなったため、物上代位権が行使できなくなったのであるとする⁸³。

この見解では、債権の帰属が変わっていない限り、債務者が破産宣告を受けた後においても、また一般債権者が目的債権について差押えまたは仮差押えの執行をしたにすぎない場合においても、物上代位権の行使は妨げられない。

先取特権は公示なき担保物権として、一般債権者に対しては優先権を主張できるからである。

4. 先取特権に基づく物上代位についてのまとめと最近の動向

(1)まとめ

先取特権には追及効がないことから、物上代位を認めることが必要。

しかし、先取特権は公示を伴わないため、他の債権者など第三者を害するおそれがある。

→304条1項但書「差押え」の意義・時期は、「公示のない担保権の効力を一般債権者との関係でどの程度承認すべきかという実体面の法的政策判断に帰着」する⁸⁴。

紹介した主な判例は以下の3つ。

⁸⁰ 判例講義 184 頁(占部洋之)。

⁸¹ 法教 301 81 頁(中山知己)(国分貴之「判批」銀法 646 号 50 頁を孫引き)。

⁸² 法教 301 81 頁(中山知己)。

⁸³ 高橋 53 頁。

⁸⁴ 新判例 139 頁(今尾真)(道垣内説の孫引き)。

- ①最決平成 10 年 12 月 18 日(請負代金に対する物上代位の可否)
- ②最判昭和 60 年 7 月 19 日(一般債権者による差し押さえとの優劣)
- ③最判平成 17 年 2 月 22 日(債権譲渡との優劣)

304 条 1 項但書をめぐるとの学説の対立は以下のとおり。

- ①優先権保全説(←特権説から)
- ②特定性維持説(←価値権説から)

ほかに、①②両者の趣旨を含むとする③二面性説や、物上代位制度の意義から切り離して考える新しい 2 つの説もある。

(2)先取特権の現状

民法典施行後、特別法によって認められた先取特権は数多く、先取特権はますます増加しているというのが実情である⁸⁵。

わが国の取引界においては、動産売買についても 1～2 ヶ月後の支払や手形決済などによる信用取引が通常であるため、同時履行の抗弁権による売買代金の確保はほとんど機能せず、動産売買先取特権がそれを補完する機能を営んでいる⁸⁶。

動産売買先取特権は、近時における売買商品の大型化・高額化に伴い、特に買主倒産という事態に直面した際の約定担保物権を有しない売主の売買代金債権確保の手段として、にわかに脚光を浴びることとなった⁸⁷。

以上から、先取特権とそれに基づく物上代位は、今後の実務において重要な位置を占めていくのではないかと思われる。

⁸⁵ 内田 II 512 頁。

⁸⁶ 小林・山本 43 頁(小林秀之『判批』民事執行法判例百選 218 頁以下を孫引き)。

⁸⁷ 小林・山本 43 頁(野村秀敏『判批』民事執行法判例百選 214 頁以下を孫引き)。

[参考文献]

- ・池辺 池辺吉博『債権回収の進め方[初版]』(2006 日本経済新聞社)
- ・内田Ⅰ 内田貴『民法Ⅲ[第3版]』(2005 東京大学出版会)
- ・内田Ⅱ 内田貴『民法Ⅲ[第2版]』(2004 東京大学出版会)
- ・近江 近江幸治『担保物権法[初版]』(1988 弘文堂)
- ・鎌田 鎌田薫『物上代位と差押』「法学セミナー No. 375」(1986 日本評論社)
- ・小林・山本 小林秀之・山本浩美『論点講義シリーズ 02 担保物権法[第2版]』(2000 弘文堂)
- ・潮見Ⅰ 潮見佳男『プラクティス民法 債権総論[第3版]』(2007 信山社)
- ・潮見Ⅱ 潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得』(2005 新世社)
- ・新判例 川合健・鎌田薫・山野目章夫『新判例マニュアル 民法Ⅱ[初版]』(初版) (2000 三省堂)
- ・鈴木 鈴木禄弥『物権法講義[3訂版]』(1985 創文社)
- ・高木 高木多喜男『担保物権法』(1998 有斐閣)
- ・高橋 高橋眞『担保物権法[初版]』(2007 成文堂)
- ・道垣内 道垣内弘人『担保物権法 [第3版](現代民法Ⅲ)』(2008 有斐閣)
- ・判例講義 奥田昌道・安永正昭・池田真朗『判例講義 民法Ⅰ 総則・物権[初版]』(初版) (2002 悠々社)
- ・百選Ⅰ 「別冊ジュリスト No.175 民法判例百選Ⅰ 総則・物権」(2005 有斐閣)
- ・法教 301 「法学教室 No.301」(2005 有斐閣)
- ・法セ 375 「法学セミナー No.375」 (1986 日本評論社)
- ・松岡Ⅰ 松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」「金融法務事情」1504号(1998 金融財政事情研究会)
- ・松岡Ⅱ 松岡久和「物上代位権の成否と限界(2)」「金融法務事情」1505号(1998 金融財政事情研究会)
- ・民法講座3 星野英一編集代表『民法講座3 物権(2)[初版]』(1984 有斐閣)
- ・山本 山本敬三 民法第二部講義レジュメ(2007)
- ・柚木＝高木Ⅰ 柚木馨＝高木多喜男『新版 注釈民法(9) 物権(4)』(2000 有斐閣)
- ・柚木＝高木Ⅱ 柚木馨＝高木多喜男『担保物権法[第3刷](法律学全集19)』(1982 有斐閣)
- ・我妻 我妻榮『新訂擔保物権法[第3刷](民法講義Ⅲ)』(1971 岩波書店)