

Priority — Assignments by Factoring and Tracing Rights of Movables-Sellers' Securities (4)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/10919

ファクタリングと

動産売買先取特権の物上代位の競合(四) 完

尾
島
茂
樹

目次

序章

第一章 ファクタリング

第二章 ドイツ法(第三節二まで一一八号)

第三章 イギリス法(以上一二〇号)

第四章 アメリカ法

第五章 日本法

第一節 わが国におけるファクタリング

序説

二 ファクタリングと債権譲渡(以上一二三号)

第二節 わが国における売買代金担保——動産売買先取特権とその物上代位——

一 動産売買先取特権

二 動産売買先取特権の物上代位

第三節 債権譲渡と物上代位

一 債権譲渡と物上代位——従来の学説——

二 集合債権譲渡担保と物上代位

三 小括

終章

一 考慮要因の列挙

二 考慮要因の検討——採るべき結論についての政策判断——

三 採るべき結論の法律構成

四 おわりに(以上本号)

第五章 日本法(承前)

第二節 わが国における売買代金担保——動産売買先取特権とその物上代位——

一 動産売買先取特権⁽⁴³⁾

わが国では、動産が売買されたときには、その代金が直ちに支払われるのでなければ、その売買代金を担保するための手段として所有権留保が行われることが多い。いうまでもなく所有権留保は合意によって行われる約定「担保権」である。なぜわざわざこのような約定がなされる必要があるのだろうか。

前述したように、ドイツにおいては、流通過程で動産が売買されるにあたってその代金が直ちに支払われなければ、所有権留保、特に延長された所有権留保の約定がなされるのが一般となっている。その理由としては、ドイツにおいては動産の売買代金を担保するための法定担保権が存在しないことが、重要だと考えられる。それに対して、わが国では動産売買代金担保のための法定担保物権として動産売買先取特権が予定されている(民法三二条六号、三三二条参照)。しかも先取特権には物上代位性があり(民法三〇四条)、延長された所有権留保と類似の効果が法律によって与えられているのである。それにもかかわらず動産売買代金担保のために所有権留保が行われるのは、動産売買先取特権という担保権自体があまり有用性をみいだされず、従って重視されてこなかったからだといえよう。⁽⁴⁴⁾

それでは、なぜ動産売買先取特権が軽視されることとなってしまったのであろうか。動産売買先取特権の立法趣旨は一般に他の一般債権者との間の公平の原則であるとされている。⁽⁴⁰⁾すなわち、売買の目的物が未だ引き渡されていらない段階では、売主は留置権(民法二九五条)や同時履行の抗弁権(民法五三三条)によって保護されることとなるが、売買の目的物が既に引き渡されている場合にはこれらは意味がなくなってしまう。⁽⁴¹⁾そこで立法者は、売主が買主に当該動産を売らなければその動産は買主の資産の中には存在しなかったのであるから、その動産の代金が支払われないかぎり一般債権者はその動産の価値から自己の債権の弁済を受けることができない、とすることが公平であると考えて、動産売買先取特権の制度を設けたのである。⁽⁴²⁾

こうして設けられた動産売買先取特権の代金回収手段としての効力は非常に強力であるはずである。なぜなら、法定担保として当事者の意思によらずして成立する上に、公示を必要としない担保物権として第三者にも主張できることになっているからである。しかしながら、動産売買先取特権には数々の法律上及び事実上の制約があり、有効な代金回収手段とはなっていないことが指摘されている。⁽⁴³⁾すなわち、買主の倒産という局面に限らないとしても、動産売買先取特権には、第一に目的物件が第三者に引き渡されてしまえば消滅すること(民法三三三条)、第二に目的物件が加工等により同一性を失うと行使できなくなること、第三に多くの場合に他の担保権に劣後すること、第四に実行方法が明確でないこと、第五に競売手続きに従うと目的物件をかなり低価でしか換価できないこと、第六にそもそも目的物件の特定が困難なこと、というような難点があるというのである。⁽⁴⁴⁾

また、先取特権にはその存在理由につき疑問がないわけではないが、⁽⁴⁵⁾立法の段階では、債務者の無資力が目前とされたときには、動産売買先取特権が有効な代金回収手段となることが意図されていたことは間違いないであろう。しかし、一般取引においては、売主は代金回収を別の人的または物的与信契約により保護するのを通例と

し、売主が買主に引渡済みの売買目的物に担保権を主張することは予定されなかった。⁽⁴⁶⁾それに加えて、動産先取特権の実行上(手続き上)の問題や、⁽⁴⁷⁾動産先取特権が公示の原則を欠くので一般債権者に不利益を与えること、及び公示性を欠く担保権は近代的担保制度が極度に嫌うものであることから動産売買先取特権に対する消極的な態度が強くなり、あまり利用されなかったものと思われる。

しかしながら、動産売買先取特権の存在理由あるいはその機能について認識が新たにされて実務でしばしば利用されるようになった結果として、二つの最高裁判決を契機に本格的な議論が行われることとなった。⁽⁴⁸⁾その後は、議論の中心が、実体法上の権利の存在いかんという問題よりも、動産売買先取特権とその物上代位の保全・実行という問題に移っているといえようが、⁽⁴⁹⁾いずれにしても、動産売買先取特権が実体法上どのような権利であるべきであり、どのような効力を有する(べき)ものかを議論する価値は残されているように思われる。

二 動産売買先取特権の物上代位

民法が定める担保物権には留置権を除き物上代位性が認められている(民法三〇四条、三五〇条、三七二条)。特に動産の先取特権にあっては債務者がその動産を第三者に引き渡した後にはその動産については担保権を実行できないので(民法三三三条)とりわけ物上代位が重要となる。しかしながら、先取特権自体が今まであまり議論の対象とされなかった関係で、物上代位が論じられるのは、それが三〇四条(いうまでもなく先取特権の規定である)で規定されているにもかかわらず、⁽⁵⁰⁾抵当権に関してなされるのが主であった。立法論としては、物上代位に関して、先取特権、質権、⁽⁵¹⁾抵当権についてそれぞれ緻密な規定が必要であることはかなり前から指摘されているが、⁽⁵²⁾解釈論としては、実際に訴訟に至るような紛争が生じている「⁽⁵³⁾抵当権の物上代位」が議論の中心になっていたの

である。そこで、動産売買先取特権の物上代位を論ずるにあたっては、抵当権の物上代位に関する議論がそのままあてはまるのか否かに注意が払われなければならないこととなる。すなわち、抵当権自体は登記という公示制度を有する担保物権であるにもかかわらず、動産の先取特権には公示がない点、また抵当権には追及力があるが、動産の先取特権には追及力がない点（このことは、前の「公示」がないことの結果だともいえるが）を考慮すると、一般債権者や担保目的物の取得者の保護という観点からそれらの物上代位に対する評価が分かれる可能性があるからである。以下に、わが国の物上代位制度の沿革から簡単にみていくことにする。

1 民法三〇四条の「差押」の沿革⁽⁴²⁾

物上代位の制度はボアソナードがイタリア旧民法一九五一条を参考として旧民法草案（ボアソナード草案）一六三八条を起草したことによりわが国へ導入された⁽⁴³⁾。これに修正が加えられた旧民法債権担保編一三三条を再修正して規定されたのが現行民法三〇四条である⁽⁴⁴⁾。その修正の過程で、現行民法が「差押」と規定しているものは「故障」（イタリア民法）、「異議」（ボアソナード草案）、「払渡差押」（旧民法）という様に変遷した。この変遷は、単に用語の違いにとどまらず、その背後にある物上代位の趣旨や物上代位権の行使の方法に関する考え方の変化に対応している⁽⁴⁵⁾。すなわち、イタリア旧民法で用いられている「故障」の原語は *opposizione* であり、執行手続きとは関係のない実体法上の行為とされている（イタリア民法と同年に作られたイタリア民事訴訟法は債権差押を他の物の差押と同じく *pignoramento* と称し債務名義を要求している⁽⁴⁶⁾）。そしてボアソナード草案中にみられる「異議」は第三債務者の保護のためになされるのであって、実体法上の行為で足りるとしたようである⁽⁴⁷⁾。他方、旧民法中の「払渡差押」から現行民法の「差押」に修正するにあたって、立法者は「差押」は他の債権者との利

害の調整を計るものであり、かつ執行法上の差押であると考えたようである⁽⁴⁸⁾。

以上の考察から、法継承史の立場からのみわが国の物上代位制度を論ずることは正当ではないということがいえよう⁽⁴⁹⁾。というのは、民法三〇四条はイタリア法からわが国に導入されたのであるが、そこで規定されている「差押」はわが国には存在しない *opposizione* の制度を指すものであり、わが国の民事訴訟法（民事執行法）に定められた債権差押手続きとは異なったものであると考えられるが、結局旧法においては民事訴訟法旧五九四条以下の債権差押制度によらざるをえなかったもので、わが国の法制度の中で固有の解釈を生じ、それを無視することができなくなったからである⁽⁵⁰⁾。

2 「差押」に関する判例・学説の変遷⁽⁵¹⁾

まず判例は大正四年の二つの判決（鉱業法・土地収用法と補償金に関する事件）で「差押」が必要なのは物上代位の目的たる債権の特定のためであり、物上代位権者が自ら差し押さえる必要はなく、その債権につき他の債権者が得た転付命令は優先権者（物上代位権者）に対しては無効であるとした。しかしこれらの判決には学説は批判的であった⁽⁵²⁾。それを受けて大審院は大正一二年に連合部判決（抵当権と火災保険金に関する事件）で従来の判例を変更し、「差押」は優先権保全の要件であって物上代位権者が自らこれをなすことを必要とし、目的債権が転付命令（や譲渡）によって債権者の帰属を離れた場合にはもはや物上代位権を行使できないとした。この判決は昭和五年決定（特別都市計画法、旧耕地整理法と補償金に関する事件）へと発展し、この判決では「差押」に第三者保護のための公示方法としての意味も付け加えられている。

さらに、最高裁は先取特権の物上代位に関して、昭和五九年、六〇年に、物上代位権者が差し押さえる前に、

債務者に破産宣告があった事例(五九年判決)と他の債権者が(仮)差押をした事例(六〇年判決)につき判断を示した。これらの判決では、債務者に破産宣告あるいは他の債権者の(仮)差押があっても、物上代位権者はその後差押をして物上代位権を行使しようということが判示されている。また傍論ではあるが、物上代位の目的となっている債権につき債権譲渡がなされた場合には、もはや物上代位権の行使は許されないということも示している。

他方、先の大正一二年判決に対しては学説において強力に反対するものがあり、その後この説が通説を形成した。この説は以下のように主張する。すなわち、担保物権は物の経済価格を目的とするものであるから、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存続するのが本則であり、物上代位は当然の規定である。また、差押は特定性の保存のためになされるのであって公示のためになされるのではない。従って、物上代位の目的となっている債権が譲渡されたとしても、物上代位権は行使しようとされなければならない。債務者が有しない債権を差し押さえることができないというような論理を不当に適用して、不当に一般債権者に利益を与え、不当に抵当権者(物上代位権者)に損害を及ぼしてはならない、⁽⁴³⁾ ということである。

ところで、差押の意義に関してその後の学説は大きく分けて以下になる。⁽⁴⁴⁾

- (一) 第三債務者保護説
- (二) 第三者保護説
- (1) 对抗要件説中、差押の場合(質権設定の場合を含む)にも對抗しえないとする説
- (2) 对抗要件説中、差押の場合には對抗しうるが、譲渡またはこれに準ずる場合には對抗しえないとする説
- (三) 法定質権説
- (四) 特定説

(1) 譲渡の場合追及効を認める説

(2) その他の説

学説の詳しい内容については他に紹介するものがあるのでそちらに譲ることとして、学説の対立は以下の点によるものと一般的にいわれている。すなわち、物上代位制度の本質を、担保権の把握している「価値権」が担保目的物の交換価値(代位物)へ当然に及ぶものとして考えるか(価値権説)、あるいは交換価値に対して「特権」によって追及できるにすぎないものとして考えるか(特権説)、という相違である。⁽⁴⁵⁾ 前者のように考えれば、交換価値が特定しているかぎり物上代位は許され、「差押」は交換価値の特定のために行われるのであるから、誰がなしてもよいことになる(特定説)。反対に後者のように考えれば、担保目的物の滅失により担保物権は消滅するのが当然であるから、「特権」を行使するための要件である「差押」を物上代位権者が自らしなければならぬこととなる(第三債務者保護説、第三者保護説)。そして、特定説がその主張以来支持者を得て一旦は通説化した⁽⁴⁶⁾ が、現在では特定説に対する批判も強くなり、他の説も有力になりつつあるといえよう。

3 動産の先取特権の物上代位と抵当権の物上代位

現在でも特定説は多数説を形成していると考えられるが、しかしここで注意しなければならないことがある。それは物上代位の議論が主に抵当権の物上代位に関してなされてきたという事実である。⁽⁴⁷⁾ それゆえに、抵当権の物上代位に関してある立場を採っている者が動産の先取特権に関して同じ立場を採るかどうかは明らかではない、という問題が生ずる。⁽⁴⁸⁾ 抵当権には登記という公示制度があるが動産の先取特権には公示制度がないことと、動産の先取特権には担保目的物自体に対する追及力がない(民法三三三条)ことが、物上代位を考える上で重要と

ならう。

まず公示という面から考えてみよう。たとえば、前述した特定説について物上代位と差押を公示という観点からみた場合には、一方で、抵当権自体は登記によって公示されているから物上代位権行使には公示を必要としないので、物上代位の目的となっている債権が譲渡されても物上代位権を行使しうる、と考えれば、公示のない動産の先取特権の物上代位権は目的債権が譲渡された後は行使できなくなる。他方で、もともと動産の先取特権は公示なしで対抗できる担保物権であるから、その物上代位にも公示は必要ない、と考えれば、公示とは関係なく物上代位も可能となる。

ところで、物上代位権自体の公示を必要とする説は、その公示は差押によって行われると考えている。しかしながら、動産の先取特権が公示方法の存しない特別の法定担保物権であることを前提として、すでに登記によって公示されている抵当権についても物上代位を行うにあたつてなお差押を必要としていることから、差押を公示方法と考えることはできない、という批判がある⁽⁴⁶⁾。また、物上代位の公示は抵当権の登記による公示で足りるという考え方に對しても、抵当権の登記はあくまで抵当権自体の登記であつてそれは直接物上代位を公示していないので、物上代位権の公示としての機能は無条件に認めることはできない、という反論が可能であらう⁽⁴⁷⁾。

抵当権の物上代位と動産の先取特権の物上代位の相違を考える上で次に問題となるのは、それぞれの担保権の追及力である。たとえば、物上代位の制度に関して、もともと担保権の効力をできるだけその代位物に對しても及ぼすことを基本として、動産の先取特権についてはそもそも公示なしで主張できる権利なのであるから物上代位のときにも公示なしで第三者に主張しうるとしたときには、動産の先取特権にはそもそも追及力がないのであるから物上代位の目的となっている債権が譲渡された場合にも追及力は認められない、という解釈が成り立ち

うる⁽⁴⁸⁾。これに對して、もとの担保権が抵当権であらうと動産の先取特権であらうと目的が一旦価値変形物たる債権に変化してしまえばそれらは等しく債権を目的とする担保権であるから、追及力の有無に関してそれらを区別する理由はない、ともいえる。すなわち、抵当権に関しては、価値変形物たる債権自体には何等の公示もないが、抵当権自体に追及力があるという理由から、その債権が譲渡されたとしても抵当権の効力が及ぶ(追及力を認める)とし、他方、債権自体には公示がないというのは同様でありながら、動産の先取特権には追及力がないという理由から、その債権が譲渡された場合にはもはや追及力は認めないとするのは、形式的に過ぎはしないか、という批判が可能である。

ところで、代位権の効力の特色として次のような指摘がなされている。すなわち、「第一に、物上代位は本来の目的物上の担保権の効力をそのまま代位物上に移行させるものであり、したがって、代位権の前身である本来の担保権の効力が、追及力の欠除⁽⁴⁹⁾など一定の限定を受けていた場合には、代位権の効力もまた同様の限定を受けることになる。第二に、本来の担保権の優先的効力を支えてきた公示不要の特権の効力や登記などの公示力が、そのまま代位権のために無条件で永続的に延長されると限ったわけではなく、一定の限定を受けることになる⁽⁵⁰⁾」というのである。物上代位の効力はこの第一と第二の考慮の均衡の上に成り立ち、かつそのような限界を持ったものとして理解されなければならないといえよう。

最近先取特権についての物上代位が大いに論じられるようになったが、今までに抵当権について述べられてきたことを前提として論ずるものが多く、判例も別段区別していないといわれている⁽⁵¹⁾。しかしながら、以上の考察に鑑みると、もとの担保物権が抵当権であるのか動産の先取特権であるのかは、それらの物上代位の効力・限界を考える上で重要な要素となる可能性のあることは否定できないところであらう⁽⁵²⁾。そこで次節で扱う問題、すな

わち動産売買先取特権の物上代位の目的となつては、債権が譲渡された場合に物上代位権者は物上代位権を行使しうるか否か、という問題を考えるにあつては、いままで物上代位が論じられたのが主として抵当権の物上代位であつたことに注意を払い、公示(登記)と追及力の相違が物上代位に与える影響を念頭におく必要があらう。

注

- (403) わが国における先取特権制度の沿革については、尾崎三芳「先取特権制度の再検討1・2」法律時報五三卷三三〇四頁、五号一〇〇頁(昭和五十六年)参照。
- (404) 本稿第二章第二節参照。
- (405) 本稿注(86)参照。
- (406) 我妻栄・前掲注(3)六四頁は、動産の先取特権の中では不動産賃貸の先取特権がほとんど唯一の作用あるものと思われる、としている。
- (407) 岡松参太郎・注釈民法理由(中巻)(明治三〇年・有斐閣書房)三七〇頁以下、我妻栄・前掲注(3)八五頁、松坂佐一・民法提要物権法「第四版・増訂」(昭和五九年・有斐閣)二五一頁、星野英一・民法概論II(物権・担保物権)(昭和五一年・良書普及会)二〇四頁、川井健・担保物権法(昭和五〇年・青林書院新社)三〇七頁など参照。
- (408) 川井健・前掲注(407)三〇七頁、松坂佐一・前掲注(407)二五一頁以下。
- (409) 梅謙次郎・訂正増補民法要義卷之二物権編(明治四四年版復刻版)(昭和五九年・有斐閣)三六九頁以下。なお、鎌田薫はか「研究會・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八〇頁の鎌田薫発言。
- (410) 道垣内弘人「買主の倒産における動産売主の保護(一)」法学協会雑誌一〇三卷八号一四八六頁以下(昭和六一年)。
- (411) 買主の倒産の局面に関しては、道垣内弘人・前掲注(410)一四八八頁以下参照。
- (412) 我妻栄・前掲注(3)五〇頁以下参照。

- (413) 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(1)」NBL三三四号一三頁(昭和六〇年)。
- (414) 詳細については、同前一五頁以下、同「最近の動産売買の先取特権の実行をめぐる諸問題(2)」NBL三三五号一八頁以下参照(昭和六〇年)。近時、特に動産売買先取特権やその物上代位の保全・実行に関する問題が活発に議論されている。最近の文献をあげると、先取特権一般を扱うものとして、霜島甲一「先取特権と民事執行」米倉明はか編・金融担保法講座IV(昭和六一年・筑摩書房)三一九頁、動産売買先取特権について、中野貞一郎「担保権の存在を証する文書」(民執一九三九条一項)「判例タイムズ五八五号八頁(昭和六一年)」、竹下守夫「動産売買先取特権の実行手続」日本弁護士連合会編・現代法律実務の諸問題(上)(昭和六一年版)(昭和六二年・第一法規出版)四一頁、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一一四頁(昭和六二年)、林田学「動産先取特権の実行(1)」ジュリスト八七六号一一〇頁(昭和六二年)、生熊長幸「動産先取特権の実行(2)」ジュリスト八七六号一一六頁(昭和六二年)、田畑豊「最近の保全事件の問題点について」日本弁護士連合会編・前掲本注三〇三頁、麻上正信「民事執行法の最近の実務上の諸問題」日本弁護士連合会編・前掲本注三三八頁以下、浦野雄幸「民事執行法の実務上の問題点」日本弁護士連合会編・前掲本注三九三頁以下、黒田直行「民事執行の現状と問題点」日本弁護士連合会編・前掲本注四四三頁以下、槇梯次「動産売買先取特権の効力とその実現」[第1回]「[第11回・完]」金融法務事情一一六九号六頁、一一七〇号一二頁、一一七一号一二頁、一一七三号三〇頁、一一七四号一五頁、一一七八号二八頁、一一七九号二七頁、一一八〇号三〇頁、一一八一号三〇頁、一一八三号二九頁、一一八四号三三頁(昭和六二・六三年)、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(1)」(「?」完)判例時報一二五三号一四八頁(判例評論三四七号二頁)、一二五六号一四八頁(三四八号二頁)、一二六〇号一四八頁(三四九号二頁)、一二六三号一六五頁(三五〇号一二頁)、一二六六号一七四頁(三五一号一二頁)、一二六九号一七三頁(三五二号一〇頁)、一二七三号一四八頁(三五三号二頁)(昭和六三年)。
- (415) 我妻栄・前掲注(3)五〇頁。
- (416) 前掲注(1)最一小判、前掲注(7)最一小判。なお、最一小判昭和六二年四月二日判例時報一二四八号六一頁、金融法務事情一一六八号二六頁、金融・商事判例七七七号三頁参照。

- (417) 新田宗吉「動産売買先取特権の物上代位と破産」加藤一郎・米倉明編・民法の争点Ⅰ一六九頁参照(昭和六〇年)。
- (418) 注(414)参照。
- (419) 物上代位については、富井政章「物上代位ヲ論ス」法学志林一〇巻六号五六九頁(明治四一年)、小林俊三「物上代位の本質に關する一考察」法学新報四三巻九号一〇九九頁(昭和八年)、石田文次郎「物上代位」法学論叢三二巻一七頁(昭和一〇年)、小川英明「物上代位」中川善之助ほか監修・不動産法大系Ⅱ(改訂版)(昭和五二年・青林書院新社)一四七頁、新田宗吉「物上代位に關する一考察(一)」「(五・完)」明治学院論叢・法学研究二五号一頁、二六号一四五頁、二八号八三頁、三〇号三一頁、三十一号一五七頁(昭和五五・五九年)、新田宗吉「物上代位」星野英一編集代表・民法講座3(昭和五九年・有斐閣)一〇五頁参照。
- (420) 教科書の物上代位の説明も、抵当権の物上代位として論じられることが多い。たとえば、我妻栄・前掲注(3)六一頁は、物上代位と差押の問題について「實際上抵当権について争われることであるから、そこに詳論する」としている。
- (421) 松本財団「強制執行法案要綱案」研究会「強制執行法改正と民法」ジュリスト五一七号三三頁以下の清水誠発言(昭和四七年)。
- (422) 民法三〇四条の沿革については、すでにいくつかの紹介がある。詳しくは、谷口安平「物上代位と差押」奥田昌道ほか編・民法学3(昭和五一年・有斐閣)一〇八頁以下、吉野衛「物上代位に關する基礎的考察(上)」金融法務事情九六八号七頁以下(昭和五六年)、新田宗吉「物上代位に關する一考察(三)」前掲注(419)明治学院論叢・法学研究二八号八七頁以下(昭和五七年)、東孝行「仲家暢彦・前掲注(5)二四頁以下参照」。
- (423) ボアソナード氏起稿再関修正民法草案註釈第四編完四八〇頁以下(出版年・出版社不明)。
- (424) それぞれの規定の内容については、東孝行「仲家暢彦・前掲注(5)二四頁参照」。
- (425) 同前二四頁。
- (426) 谷口安平・前掲注(422)一一〇頁。
- (427) 同前。
- (428) ボアソナード・前掲注(423)四八二頁。なお、新田宗吉・前掲注(419)「物上代位」一二三頁参照。

- (429) 梅謙次郎・前掲注(408)三二九頁は、差押についての説明をした後に民事訴訟法旧五九四条を引用する。富井政章・訂正民法原論第二巻物権(大正二二年版復刻版)(昭和六〇年・有斐閣)三五四頁は「此ニ所謂差押トハ債権差押ノ手続ヲ謂フモノトス」としている。
- (430) 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(3)」NBL三三六号二五頁参照(昭和六〇年)。
- (431) 同前。
- (432) 物上代位と差押についての判例・学説の変遷については、新田宗吉・前掲注(419)「物上代位」一〇五頁以下が詳しい。
- (433) 大判大正四年三月六日民録二一輯三六三頁、大判大正四年六月三〇日民録二一輯一一五七頁。
- (434) 確道文芸「物上代位ノ場合ニ於テ代表物タル債権ノ差押ヲ為セル債権者トニ対シテ優先権ヲ有スル債権者トノ關係(民法第三百四条ノ解釈)」(判批)京都法学会雑誌二一巻六号六八頁(大正五年)、雉本朗造「物上代位ト差押及ヒ債務者カ受クヘキ保証金債権ニ対スル強制執行ト差押債権者ニ優先スヘキ抵当権ノ職權斟酌」(判批)判例批評論叢三巻(昭和四年・内外出版印刷)一八二頁参照。
- (435) 大連判大正二二年四月七日民集二巻二〇九頁。
- (436) 大決昭和五年九月二三日民集九巻九一八頁。もっとも、この判決の採る以下のような立場、すなわち物上代位の「対象となる債権には二種類——即ち(i)清算金債権ないし補償金債権及び(ii)供託金還付請求権——あり、両者は連続性・同一性をもつもの」と観念されていた(傍点原文)。(吉田邦彦・後掲本注八二七頁)と理解しうる立場は、最小判昭和五八年一月八日民集三七巻一〇号一五一七頁によって変更されたと考えられる(吉田邦彦・後掲本注八二八頁参照)が、物上代位権者と転付債権者との優劣についての判断は、この最小判によつては直接なされていないと考えるのが妥当であろうと思う。前掲本注最小判についての判例評釈・研究として、塩崎勲「抵当権が設定されている宅地についての土地区画整理法上の換地処分に伴う清算金債権に対し差押・転付命令を得た者と施行者に対する右清算金支払請求の可否」季刊実務民事法七号一六二頁(昭和五九年)、山田二郎「抵当権の物上代位の目的と

なっている土地区画整理法上の清算金債権に対し差押・転付命令を得た者と右抵当権者との優先」金融法務事情一〇六四号三七頁(昭和五九年)、安本典夫「抵当権が設定されている宅地の土地区画整理法上の換地処分に伴う清算金債権に対し差押・転付命令を得た者と施行者に対する右清算金支払請求の可否」判例時報一一二六号二〇四頁(判例評論三〇九号四二頁(昭和五九年))、村田利喜弥「清算金に対する差押・転付命令と物上代位による差押えとの関係」手形研究三五九号一四頁(昭和五九年)、黒田直行「コメント」手形研究三五九号二二頁(昭和五九年)、堀内仁「抵当権が設定されている宅地の換地清算金債権に転付命令を得た者は施行者に対し右清算金の支払を請求できるか」手形研究三五五号六三頁(昭和五九年)、吉田邦彦「土地区画整理法一一二条一項により施行者が供託義務を負う場合の清算金債権とは、清算金を供託すべきことを請求しうるにすぎないものとして、その転付債権者の清算金請求を却けた事例」法学協会雑誌一〇二巻四号八二頁(昭和六〇年)、西澤宗英「抵当権が設定されている宅地についての土地区画整理法上の換地処分に伴う清算金債権に対し差押・転付命令を得た者と施行者に対する右清算金支払請求の可否」法学研究(慶応大学)五八巻五号八五頁(昭和六〇年)、栗田隆「物上代位権の目的となっている債権につき発せられた転付命令」ジュリスト八三八号一四六頁(昭和六〇年)、塩崎勲「抵当権が設定されている宅地についての土地区画整理法上の換地処分に伴う清算金債権に対し差押・転付命令を得た者と施行者に対する右清算金支払請求の可否」法曹時報三八巻九号二二六九頁(昭和六一年)。

(437) 前掲注(1)最一小判、前掲注(9)最一小判。

(438) 鳩山秀夫「抵当権——物上代位の為には抵当権者自ら差押を為すことを要するか」(判批)判例民事法(昭和一二年度)(大正一四年・有斐閣)一六六頁。

(439) 同前一一六八頁以下参照。

(440) 東孝行「仲家暢彦・前掲注(5)二八頁のまとめによる」。

(441) 同前二七頁以下、新田宗吉・前掲注(419)「物上代位」一〇七頁以下、同「物上代位と差押え」米倉明ほか編「金融担保法講座Ⅰ(昭和六〇年・筑摩書房)二八一頁以下、生熊長幸「物上代位における差押えについて」望月礼二郎ほか編「法と法過程」広中還暦(昭和六一年・創文社)七八四頁以下、生熊長幸「物上代位権行使の保全のための差押えと物上代位権の行使としての差

押え」法学(東北大学)五〇巻五号六四四頁以下(昭和六一年)、生熊長幸「民法三〇四条の差押えの趣旨について」民事研究三六三号一四頁以下(昭和六二年)、田中ひとみ「物上代位権行使と差押」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二四号六一頁以下(昭和六二年)参照。

(442) 柚木馨編・注釈民法(9)「増補再訂版」(昭和五七年・有斐閣)五二頁以下(柚木馨・西沢修執筆)。

(443) 新田宗吉・前掲注(419)「物上代位」一三三頁。

(444) たとえば、新田宗吉・前掲注(419)「物上代位」一三三頁は、差押の機能からの学説の分類で第一に「代位物の特定性の維持に求め、物上代位権の公示は登記で足り、とする学説(傍点筆者)」をあげる。物上代位を論じつつも「抵当権の物上代位」を論ずるため結局登記という公示が存在することを前提として論じているのである。

(445) 谷口安平・前掲注(422)一一五頁、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三二号二四〇頁(昭和五四年)。

(446) 今中利昭「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三九頁、四四頁(昭和五六年)、同「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)」金融法務事情一一〇八号二四頁(昭和六〇年)、河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離(中)NBL三〇三三三頁、三九頁注(29)(昭和五九年)、石川明「先取特権の物上代位と債務者の破産」金融法務事情一一〇〇号六二頁(昭和六〇年)、梅本吉彦「債務者の破産宣告と動産売買先取特権の物上代位」(判批)ジュリスト八三三二号一〇五頁(昭和六〇年)。

(447) 槇梯次・前掲注(414)金融法務事情一一七八号三〇頁参照。

(448) 香川保一・新版担保(基本金融法務講座)「3」(昭和三六年・金融財政事情研究会)二三四頁以下。

(449) 槇梯次・前掲注(414)金融法務事情一一七八号二八頁。

(450) 最一小判前掲注(1)について、柳沢秀吉・前掲注(8)一一三頁。

(451) 鈴木祿弥・抵当制度の研究(昭和四三年・一粒社)一一五頁以下、宗田親彦「破産宣告と動産売買先取特権(下)」NBL二一一二五五〇頁(昭和五五年)。なお、東孝行「仲家暢彦・前掲注(5)三一頁は、基本となる担保物権の区別の必要性を物上代位を

論ずる上での疑問点の一つにあげている。

第三節 債権譲渡と物上代位

一 債権譲渡と物上代位——従来の学説——

物上代位とその目的となっている債権の譲受人との関係という観点から物上代位の効力を考えた場合、判例は、前述したように傍論ではあるが債権譲渡の後にはもはや物上代位権の行使をなしえないとしている。これに対して従来の学説は以下のように分類することができる。

① 債権譲渡前に差し押えていなくとも弁済の前ならば差押を条件として物上代位権の行使を肯定する説⁽⁶⁸⁾

この説は、担保権が当然に担保目的物の交換価値も把握する点に物上代位の本質があるものと解し、従って物上代位の対象となる債権が特定している限り物上代位権の行使は許されるとする。そこで、物上代位権者が差し押さえる前に債権譲渡がなされた場合でも、その債権が支払われる前ならば物上代位権の行使を肯定する。

この考え方に対しては、まず担保権の公示⁽⁶⁹⁾一般債権者および第三債務者の利益という観点から次のような批判がある。第一に、一般債権者の利益を考えれば、ある債権が担保権の目的となっているか否かを明らかにするために公示が重要な役割を果たすことは否定できないし、公示のない担保権を制限的に扱おうとするのは諸外国の傾向であるといわれている⁽⁷⁰⁾。しかし、他方民法自体が公示のない担保権としての動産先取特権を認め、かつ現代の取引では動産の譲渡担保、所有権留保、リースのように公示の弱い担保(取引)(通常、目的物たる動産が債務

者の他の一般財産と同様に債務者によって占有されているから)が発達している⁽⁷¹⁾。一般債権者は容易に「公示なければ担保権なし」と考えることはできなくなってきたおり、それは債権に関しても同様である、ともいえる。

第二に、第三債務者の立場から公示を考えてみよう。ボアソナードは差押による公示によって第三債務者を保護しようとした⁽⁷²⁾。ボアソナード以後この考え方はほとんど無視されていたが、最近ではこの説が十分な根拠を有するという指摘もある⁽⁷³⁾。すなわち、特定説に対する批判として以下のように主張する。債務者の一般財産に混入していないことが特定だとすると、第三債務者が弁済する前の金銭債権は特定しているといえる。そこで先取特権が担保物権の本質から当然に金銭債権に及んでいることになるから第三債務者が債務者に弁済すること自体が禁じられなければならない、これを弁済したとしても二重払いを強いられるのが本来の効果であるはずである。従って、差押による公示によってはこの効果が生ずると解すべきである⁽⁷⁴⁾、というのである。

しかし特定説はそこまで考えているのであろうか。第三債務者の弁済との関係で特定説の代表的なものは「先行する差押・転付または譲渡によって新債権者となった者が担保権者が差押える前に弁済を受けたときは、——準占有者に対する弁済の要件を充たさなくとも、すべて有効な弁済となり——請求権は消滅し、物上代位も目的を失なうと解するのが正当であらうと思う⁽⁷⁵⁾」としている。そうだとすれば、第三債務者の保護はこれで十分に果たされているといえることになる。

次に①説に対して次のような批判も可能である。すなわち、①説は物上代位の目的となっている債権が譲渡された後でも弁済される前ならば物上代位権の行使を許すとしているが、そうだとすると、債務者に帰属しないような債権に対していかに「差押」をして物上代位権を行使するのか、というのである⁽⁷⁶⁾。この批判は後述する②(ト)説となつてあらわれることとなるので、そこでの議論に譲る。

② 譲渡前の差押を要件とする説

(a) 債権譲渡を民法三〇四条一項但書所定の「払渡」に含める説⁽⁴⁶⁾

この説は、民法三〇四条一項但書の「払渡」が債権の絶対的消滅たる債権者への債務者の支払いのみでなく、債権の相対的消滅たる債権譲渡も含むと解する。従って物上代位権者は債権譲渡の前に差押をしなければならぬとする。

この説に対しては以下のような批判がある。すなわち、民法三〇四条一項但書は「但先取特権者へ其払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」と規定しているが、この「払渡」とは文字どおり債務者が債権者に対して弁済すること⁽⁴⁷⁾(債権の絶対的消滅)と考えるのが「日本語の国語的表現どおり」⁽⁴⁸⁾であり自然であろう。債権譲渡を債権の相対的消滅と考えるにしても、それを「払渡」の本来の意義に含めることには困難が伴うと考えられる、⁽⁴⁹⁾というのである。そして、右のように文字通り「払渡」があるまでは物上代位権を行使しようと解するときは債権の譲受人が害されるという批判に対しては、抵当権の保険金請求権への物上代位の事例に関してではあるが、「民法の解釈としては、文字通り『払渡』のあるまでは、抵当権が追及し得ると解することが抵当権の性質に適するのみならず、そう解しても、取引の安全を害するおそれはいかに足りないものと思われる」という指摘がある。抵当権の「性質」と先取特権の「性質」の違いに注意を払わなければならないのは前述のとおりであるが、こと「払渡」の意義に関しては同様に解することが許されるかもしれない。

② (b) 債権譲渡があればもはや債権は債務者に帰属するものではないので、差押が不可能であるということ⁽⁵⁰⁾を理由とする説

債権譲渡が「払渡」に該当しないと考えた場合に、それにもかかわらず債権譲渡によって物上代位権の行使を

妨げることになる要因があるとすれば、物上代位の目的となるべき債権の状態が変化したことが考えられる。すなわち、「(物上代位権者)の担保物権にもとづく物上代位のための差押は(債務者)↓(第三債務者)債権がいかなる状況にある場合に許されるか、という問題に帰着する」⁽⁵¹⁾ことになる。より具体的にいえば、当該債権に対して差押のみがあった場合、債務者に対して破産宣告があった場合、債務者が当該債権を質入した場合、当該債権に対して転付命令があった場合、債務者が当該債権を譲渡した場合のそれぞれにおいて差押が許されるかどうかを問題とし、債権の譲渡があった場合にはもはや差押ができなくなると解することにより物上代位権の行使を否定するのが②(b)説である。②(b)説が問題とするところはあくまで差押の可能性であって、そのメルクマールとなるものが対象債権の帰属主体である。

②(b)説には以下のような批判がある。まず、そもそも物上代位の目的となつて債権を譲渡しようのか否かが問題となる可能性がある。物上代位の対象となつて債権につき判例は転付適格を認めており、⁽⁵²⁾同様に譲渡可能性を認める。しかしながら、民訴学者は他人の優先権の目的となつて債権について一般に被転付適格を否定する。また実体法学者の中には、「物上代位の目的である請求権については、民法上転付命令が無効であると解することもできる(実体法に基づいて手続法が行なわれるのだから、手続法の解釈は実体法の解釈に従う必要がある)」とする者もある。この見解の詳しい理由は示されていないが、この考え方を推し進めれば物上代位の対象となつて債権の譲渡可能性を否定する考え方も生まれるかもしれない。しかし右の見解が主として実体法上の権利たる物上代位が手続法上の行為たる転付命令によって害されるべきでないということを理由とする限り、実体法上の権利たる物上代位権と実体法上の行為たる債権譲渡との関係を考えるにあたっては、右見解の理由づけは及ばないこととなる。結局、被転付適格は場合を分けて考える必要があるという考え方が登場するこ

となる。すなわち、第一に、「転付を認めても優先権者の法的地位を害しない場合(もともと、実体法上、担保権の追及力が否定されている場合——民三三三条の準用——を含めて)には、優先権の付着は執行債権者の満足上の危険計算の問題として、被転付適格を認めてよい」とし、第二に、「目的債権の性質上、転付を認めたのでは優先権を害しあるいは優先権を与えた趣旨を没却することになるものは、被転付適格を否定すべきである」という。

次に、譲渡によって目的債権が債務者の帰属を離れると物上代位権行使のための手続法上の手段をとりえないことの当然の結果として、物上代位権の行使を否定することに対しては、「物上代位した担保権に実体法上追及力があれば、譲受人や転付債権者を相手方として民執法一九三条の差押命令の申立てが出来る筈であるから、やはり譲渡・転付後の物上代位権行使の可否は、少なくとも、第一次的には実体法上の追及力の問題として決せられねばならないと思う」という批判がある。

② (c) 差押を對抗要件と解する説

この説は、物上代位権者、債権者、第三債務者、一般債権者の利害関係の調整の鍵を「差押」であると考え、物上代位権者である債権者は払渡または引渡の前に差押をするという権利行使の要件によってその限度で代位目的物への支配を制限されるとする。そしてこのことは指名債権譲渡の對抗要件の場合(民法四六七条)と同様の関係であるとする。

② (c) 説に対しては、まず、そもそも物上代位を債権譲渡と同様に考えるのか、という批判がある。すなわち、担保物権は目的物の経済的価値を把握する物権であるので、担保目的物が何らかの理由で担保物権の支配から離脱しそれに代わるべきものが存在するときは、当然に担保物権の効力がその代償物に及んでいと考えられ

る。そうだとすると、物上代位の目的となっている債権には当然に担保物権の効力が及んでいるのだから、物上代位権者がその債権に対して改めて支配を獲得する必要もない。もともと担保物権の効力が及んでいるのだから物権変動すらない。後発的物権変動の場合に初めて問題となる公示や對抗要件に議論は、動産先取特権ならびにその延長としての物上代位の場合にはそもそも問題となる余地はない、というのである。

さらに判例の分析を通じて「差押」＝對抗要件という考え方を批判する者もある。まず判例の立場を確認する。すなわち、最高裁昭和五九年判決および昭和六〇年判決が、「物上代位権者の差押前に債務者に対し破産宣告がなされあるいは目的債権を一般債権者が差し押さえた場合にも、なお物上代位権の行使つまり担保権の効力の主張は妨げられないとしているのであるから、判例は、物上代位権者の差押を第三者に対する對抗要件または効力要件と見ているわけではないといわねばならない」とし、このことは、指名債権譲渡につき、譲渡人の破産宣告前に民法四六七条二項所定の對抗要件を具備していない譲受人は、債権の譲り受けを破産管財人に対して対抗しないとした最高裁判決との対比でも明らかであるとする。また判例は「債権の上に物上代位した担保権の効力を主張するには、債権に関する処分行為につき実体法の定める對抗要件(民三六四条・四六七条)の具備を要求していないといわねばならない」とする。以上のように判例理論を理解して、これを支持したいと思う、とするのである。

③ その他の考え方(特に先取特権の物上代位に関して)

(a) 物上代位の対象となっている債権の譲渡を当該債権が弁済により消滅する以前に物上代位権者の仮差押。差押がなされることを解除条件とする債権の移転と解する説

この説は、債権譲渡の効力を正面から否定することを避けながら、物上代位権者を保護するために債権移転の

効力に制限を加え解除条件付きのものと解する。

③ (b) 債権の絶対的消滅がない限り物上代位権者は優先弁済権を保持し続けるが、代位物たる債権に特定の先取特権者が存在することにつき善意・無過失の債権譲受人については、もはや物上代位権の行使はできないとする説⁽⁴⁵⁾

この説は取引の安全を重視して物上代位権者と債権譲受人間の利益衡量を行い、善意者保護の要請を重くみて、民法三三四条、同三三〇条一項二項を類推することにより物上代位権者は善意・無過失の譲受人には物上代位権を行使できないとする。逆に、債権譲受人が悪意の場合には物上代位権者は譲受人に対して被担保債権の範囲で不当利得返還請求権を行使しうるとする。

二 集合債権譲渡担保と物上代位

わが国においては、ファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合を論じたものはみあたらない。また、それを論ずる上で参考とされるべき、集合債権譲渡担保と動産売買先取特権の物上代位の競合という問題も現在に至るまでほとんど論じられていない⁽⁴⁶⁾。集合債権譲渡担保と動産売買先取特権の物上代位の競合について、唯一言及している論者は、「譲渡担保権者は、民法四六六条二項但書の譲渡禁止特約が善意無過失者には主張しえないとの解釈を類推して、この先取特権者の存在することにつき善意無過失で知らなかった場合に限り、この先取特権の物上代位権者に優先権を主張しうるが、その他の場合には、先取特権者が優先するものと解すべきである⁽⁴⁷⁾」としている。この見解は、理由づけは少々異なるが(類推すべきとされる条文が異なっている)、この論者の債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合の処理としての結論が、同様に集合債権譲渡担保と動産売買先取特権

の競合にもあてはまるとするものである。

三 小括

以上みたように、わが国においては物上代位の目的となっている債権が譲渡された場合にいかなる処理がなされるべきかにつき諸説があり、いずれの説にもそれぞれ批判があつて十分に説得的であるとはいえない。また、本稿が主題とするファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合については全く議論がなされていない。そこで、次章では、この問題がいかに処理されるべきかについて、一章から本章までに検討したところから得られる結論を示したいと考える。

注

- (42) 債権の譲受人が第三者に対する対抗要件を備えていることを前提とする。
- (43) 新田宗吉・前掲注(49)「物上代位」一三四頁の分類による。注に掲げる文献は、筆者が後のものを付け加えている。
- (44) 鳩山秀夫・前掲注(43)一六八頁以下、吾妻光俊・担保物権法(昭和三二年・青林書院)九四頁、我妻栄・民法研究IV(昭和四二年・有斐閣)一七五頁以下、柚木馨・高木多喜男・担保物権法(第三版)(昭和五七年・有斐閣)二七四頁以下、勝本正晃・担保物権法上(昭和四四年・有斐閣)四四頁、松坂佐一・民法提要物権法(第四版)(昭和五五年・有斐閣)二四五頁、柚木馨編・注釈民法(9)・前掲注(42)六一頁以下(柚木馨・西沢修執筆)、鈴木正和「物上代位と優先弁済権」金融法務事情一〇五四号五頁(昭和五九年)、森島昭夫「物上代位と差押」法学セミナー三七〇号一〇五頁(昭和六〇年)、塩崎勲・前掲注(43)ジュリスト八〇九号五四頁、三宅正男・前掲注(8)二〇〇頁三八頁、川上正俊・前掲注(8)二〇〇頁。
- (45) 宗田親彦「破産宣告と動産売買先取特権(下)」NBL二二二号四九頁(昭和五五年)。

- (456) 林田学「動産売主の先取特権による優先的回収の実現(3)」NBL三八三号四一頁以下(昭和六二年)。
 (457) 注(428)参照。
 (458) 鎌田薫ほか・前掲注(409)八二頁の鎌田薫発言。
 (459) 同前八一頁の鎌田薫発言。同旨、宗田親彦・前掲注(455)四八頁、山田二郎・前掲注(436)四三頁。
 (460) 我妻栄・前掲注(3)二九一頁。
 (461) 前述した、鳩山博士の大連判大正一二年判決の批評も、このような批判が可能であることを予定している。
 (462) 山下博章・担保物権法論(巖松堂・昭和三年)八七頁以下、末川博「物上代位の行使」法学論叢二六卷二二八頁以下、小川英明・前掲注(419)一六一頁以下。
 (463) 渡部晃・前掲注(8)(中の2)NBL三二四号四六頁。
 (464) 今中利昭・前掲注(446)判例タイムズ四二七号四二頁。
 (465) 同前参照。
 (466) 我妻栄「抵当権者が抵当家屋の火災保険金で優先弁済を受けるには自分で差押ねばならない」(判批ジュリスト一〇七号四〇頁)。
 (467) 横田秀雄・改訂増補物権法(明治四二年・清水書店)六〇九頁以下、嘩道文芸・前掲注(434)六八頁、同「民法第三百四条第一項但書ノ差押ノ性質」京都法学会雑誌一一卷一一号七〇頁(大正五年)、石田文次郎・担保物権法論上(昭和一〇年・有斐閣)七八頁以下、河野玄逸・前掲注(446)三七頁、鎌田薫ほか・前掲注(409)八三頁の鎌田薫発言。
 (468) 鈴木緑弥・前掲注(一)三五頁。同旨、鎌田薫ほか・前掲注(409)八二頁の鎌田薫発言、新田宗吉「物上代位」法学教室六三号一五頁(昭和六〇年)。
 (469) 大連判大正一二年四月七日前掲注(435)、最二小判昭和六〇年七月一九日前掲注(9)。
 (470) 大決昭和五年九月二三日前掲注(436)は債権譲渡の事案であるが、この決定の判決理由の一部は前述したように(注(436)参照)最二小判昭和五八年一二月八日前掲注(436)によって変更されたと解されている。しかし、物上代位の対象となっている債権の

- 譲渡性が否定されたのではないし、最一小判昭和五九年二月二日前掲注(一)、最二小判昭和六〇年七月一九日前掲注(9)は、傍論ながら物上代位の対象となっている債権が譲渡の対象となることを前提としている。
 (471) 兼子一・強制執行法「増補版」(昭和四八年・酒井書店)二〇四頁、宮脇幸彦・強制執行法(各論(昭和五三年・有斐閣)一五三頁以下(ただし一六三頁で物上代位の目的たりうる債権は一般債権者の転付を妨げないとしている)、三ヶ月章・民事執行法(昭和五六年・弘文堂)三九五頁など。反対、菊井維大・民事訴訟法(二)(昭和五五年・有斐閣)一八九頁(債権について)。
 (472) 星野英一・民法概論II(昭和五一年・良書普及会)二五五頁以下。なお、実体法と訴訟法の関係は古くから論じられている問題であり(兼子一・実体法と訴訟法(昭和三年・有斐閣)六八頁参照)、解釈上の重要な前提となることは否定できない。後述四七一頁参照。
 (473) 中野貞一郎・民事執行法下巻(昭和六二年・青林書院)五五七頁。
 (474) 同前。
 (475) 竹下守夫「先取特権者による物上代位権行使の目的となる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後に先取特権者が右債権に対し物上代位権の行使をすることの可否ほか」判例時報一二〇一号一九九頁(判例評論三三三二号三七頁)(昭和六一年)。
 (476) 香川保一・前掲注(448)二二八頁以下、東孝行・仲家暢彦・前掲注(5)三〇頁以下。
 (477) 河野玄逸・前掲注(446)三三頁。
 (478) 竹下守夫・前掲注(475)二〇三頁(四一頁)。
 (479) 最三小判昭和五八年三月二二日判例時報一一三四号七五頁。
 (480) 竹下守夫・前掲注(475)二〇三頁以下(四一頁以下)参照。
 (481) 新田宗吉・前掲注(419)「物上代位」の分類には「③その他」はないが、本稿と関連する範囲で筆者なりに付け加えた。
 (482) 今中利昭・前掲注(446)判例タイムズ四二七号四一頁、同「動産売買先取特権と物上代位(下)」NBL一九九号二四頁(昭和五四年)。

(483) 今中利昭「動産売買先取特権(行上の諸問題)」民事特別法の諸問題二卷(関西法律特許事務所開設二〇周年記念論文集(昭和六〇年・第一法規出版)一八八頁、同「動産売買先取特権と集合物譲渡担保権による債権回収」自由と正義三七卷一号五五頁(昭和六一年))。

(484) 今中利昭・前掲注(483)自由と正義三七卷一号六三頁。

(485) 同前六三頁。同・民事特別法の諸問題二卷一八四頁以下。

終 章

本章では、前章までの検討をふまえて、序章で述べた本稿の主題に対する私見を述べる。

一 考慮要因の列挙

まず、以下に本稿の主題を考察するにあたって考慮すべき、比較法的考察から得られた要因を列挙することにする⁽⁴⁸⁶⁾(政策的要因と法制度的、法解釈的要因は特に区別しない)。

(1) ドイツについて

日本法との法制度的相違

〔D-1a〕代金債権担保が約定担保たる「延長された所有権留保」によっており、また転売債権への追及に関し

ては、転売債権が前もって譲渡されるという構成をとる。

〔D-1b〕債権譲渡が重複した場合の処理には原則として優先原則が適用され、「早い者勝ち」となる(對抗要件主義を採らない)。

考慮すべき要因

〔D-1〕債権譲渡担保とファクタリングで違いがあるか。

〔D-2〕優先原則の修正を行うか——ファクタリングは公序良俗違反か。

・留保買主の「契約違反」

・延長された所有権留保についての銀行の善意・悪意

〔D-3〕ファクターが償還請求権を留保するか否かを考慮するか(真正・不真正ファクタリングを区別するか)。

〔D-4〕債権譲渡がなされる契約の動機・目的を考慮するか。

〔D-5〕ファクタリングの法的性質を考慮するか。

〔D-6〕ファクタリングの手数料控除を考慮するか。

〔D-7〕ファクタリングは取立授權の範囲内か(代金回収方法にすぎないか)。

〔D-8〕留保買主が債権の対価として受け取った資金を留保売主への弁済のために使うことを義務づけることを考慮するか。

〔D-9〕ファクターがクライアントにすでに現金を支払っているか否かを考慮するか。

〔D-10〕譲渡を受けた債権を他の債務の担保としては使わないことを考慮するか。

〔D-11〕延長された所有権留保が公示のない担保であることをどう評価するか。

(2) イギリスについて

日本法との法制度的相違

[E-a] 債権譲渡について、制定法上の譲渡とエクイティ上の譲渡が存在する。

[E-b] 債権譲渡が重複した場合には、債務者に対して先に通知をした譲受人が優先する(ディール対ホール原則)。

[E-c] 代金債権担保が約定担保たる「権原留保」によっており、また転売債権への追及に関しては、債務者が転売債権について責任を負うという信託義務を負う(エクイティ上の追及権)という構成をとる。考慮すべき要因

[E-1] エクイティ上の追及権を債権譲渡(と類似のもの)と構成して、競合を債権の二重譲渡と構成しうるか。

[E-2] 競合が債権の二重譲渡だととして、ディール対ホール原則が適用されるか。

[E-3] ファクターが追及権者のあることを知っていることを考慮するか(BFPルール、*tabula in naufragio*)。

[E-4] 競合の優先関係について「早い者勝ち」を適用するか。

[E-5] 権原留保を公示なしに主張しうるとすることが妥当か。

(3) アメリカについて

日本法との法制度的相違

[A-a] 債権に対する担保(売買)も代金債権担保もいずれも約定担保であり、登録によって対抗力を備える。考慮すべき要因

[A-1] 統一商法典が「担保のための移転」と「売買」を同一に扱うことから、償還請求権の有無についても優先権の決定にあたって問題とならない(九一〇二(一)(b))。

[A-2] 売掛債権の善意・有償の譲受人は対抗要件を備えていない譲受人に優先する(九一三〇一(一))。

[A-3] 売買代金債権につき、その売買の目的物に対して設定される担保権は他のものとの優先順位の上で有利に扱われる。

[A-4] 担保権は担保目的物とそのプロシードに及ぶ(九一三〇六(二))。同様に第二次プロシードにも及ぶと考えられている。

[A-5] 在庫商品に対する対抗力ある担保権はそのプロシードにおいても一定の条件(対抗力の期間制限)の下で対抗力を有する(九一三〇六(三))。

[A-6] 売買代金担保権は一定の場合、プロシード上の競合する他の担保権に優先する(九一三二二(四))。

[A-7] プロシードに対して新たな対価が与えられていることを重視するか。

[A-8] 政策判断として、債権担保金融が売買代金債権担保よりも重要であることが一般に認められている。

[A-9] 売買代金担保権者は「同一性のある売上代金(現金的プロシード)にのみ優先権を有する(九一三二二

(三)。

(4) 日本について
基本的法制度

「J-1a」債権譲渡につき対抗要件主義をとり、対抗要件として通知・承諾を規定している(四六七条)。

「J-1b」売買代金債権担保として動産売買先取特権が公示のない担保物権として法定されており(三二一条六号、三二二条)、物上代位も法定されている(三〇四条)。

「J-1c」民法三〇四条が「払渡」または「引渡」前に差し押えることを要求している。
考慮すべき要因

「J-1」一括してすべての債権を譲渡するのは公序良俗違反か。

「J-2」ファクタリングにおける債権譲渡の性質を考慮するか。その際に、償還請求権の有無を考慮するか。

「J-3」動産売買先取特権が公示のない担保権であることをどう評価するか。

「J-4」物上代位が当然の規定か、特権の規定か。

「J-5」もとの担保権がどのような効力を有する担保権であるのか、物上代位の効力に影響するか。

「J-6」第三債務者の保護をどのように考えるか。

「J-7」三〇四条の「払渡」の意義をどのように考えるか。

「J-8」実体法と手続法の交錯をどのように考えるか。

「J-9」差押を対抗要件と解しうるか。

「J-10」物上代位では、対象たる債権に当然に担保権が及ぶのか、新たに担保権が設定されるのか。

「J-11」物上代位の対象たる債権の譲渡が条件付きのものとして考えられるか。

「J-12」物上代位権者が存在することについての債権譲受人の善意・悪意を考慮するか。

ここで各国に共通する要因を抜き出して書き直すと、以下ようになる。

★四か国に共通のもの

「D-1a」「E-1c」「A-13」「J-1b」||「共-1」売買代金債権を有利に扱うための何らかの規定をおいているか、あるいは何らかの方法を認めている。

★三か国に共通のもの

「D-2」「E-13」「J-12」||「共-2」売買代金担保権者の存在についての債権譲受人の善意・悪意を区別するか。

「D-11」「E-15」「J-13」||「共-3」公示のない担保権をどう評価するか。

★二か国に共通のもの

「D-2」「J-11」||「共-4」債権の包括譲渡が公序良俗違反になることがあるか。

「D-5」「J-12」||「共-5」ファクタリングにおける債権譲渡の法的性質。

「E-1b」「E-11」「J-1a」「J-1c」「J-19」||「共-6」転売代金債権への追及を債権譲渡と類似のものと考えて、追及権と債権譲渡の競合を債権の二重譲渡と同様に考えられるか。

「D-9」「A-17」||「共-7」転売代金債権自体に対価が与えられているか否かを考慮するか。

「D-1b」「E-14」||「共-8」権利が重複した場合に「早い者勝ち」として処理するか。

「D-3」「J-2」Ⅱ「共-9」償還請求権の有無を考慮するか。

二 考慮要因の検討——採るべき結論についての政策判断——

ここで一つ前提としなければならないことがある。本稿の比較法的考察はいずれも動産の売主の担保の追及権と債権譲受人の競合という問題を扱った。従って、わが国の法をみる場合に他国の政策判断は物上代位一般にあてはまるものではなく、動産売買先取特権の物上代位に限った政策判断であるといえる。そこで以下の考察は、動産売買先取特権の物上代位に関する問題に限って扱っていく。

1 債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合

ところで、比較法的検討の主眼を本稿の主題に限ったため、本稿の二章から四章までの考察は「債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合」の問題について直接示唆を与えるものではない。この問題について比較法的示唆を得るとすれば、物上代位制度の母法にさかのぼってそこでなされている議論を参照することが必要となるが、前にも述べたように、この問題についてはわが国の法制度に固有の考慮が必要となっているので、法継承上の議論は特にこの問題に関しては直接重要な意味を有さなくなってきたといえよう。そこで、「債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合」の問題は直接にはわが国の固有の法制度とその解釈から解決すべき問題だということになるが、外国で採用されている政策判断も具体的事実が類似する場合には間接的にわが国における解釈に参考とすることができよう。そこで、その観点から前に列挙した要因を検討すると、まず「共-1」が考慮に値する。そして、動産の売主に優先権を与える必要があることを前提として「動産売買先取特権が必ずしも

有用な手段とはいえない現在では(略)、所有権留保の効力を強くすることによって売主を保護しなければならないであろう」という価値判断もあるが、同様に動産の売主を有利に扱うことを前提として、例えば「買主が破産に陥ったとしても売主が先取特権により優先的回収をはかることは許されてよい」という価値判断も可能である。ドイツ、イギリス、アメリカではいずれも約定による代金債権担保が行われているが、わが国には法定担保たる動産売買先取特権が存在するのであり、政策的に動産の売主を保護することが必要であれば、動産売買先取特権の効力を強める方向で解決をはかるのが筋ではあるまいか。

そうだとすると、次に「共-3」が問題となる。公示のない担保権の効力を強めると、取引の安全が害されることになるのは否定できないところであろう。しかし、後述するように、取引の安全を害しないような解釈が可能であるならば、公示のない担保権であることは、さして重要でないといえよう。

では、「共-6」はどうであろうか。二重譲渡説、特に②(C)説をわが国の解釈論として主張することに対しては、まず以下のような疑問がある。すなわち、民法四六七条では譲渡人が債務者に対して通知することが対抗要件であるとされている。翻って②(C)説を考えてみれば、差押をなすべき物上代位権者は債権を取得しようとする者であり、債権譲渡で考えれば譲受人ということになる。確かに、イギリス法における債権譲渡では譲受人が債務者に通知することが対抗要件となっており、その理論をエクイティ上の追及権にも及ぼして、追及権者が債務者に先に通知をすれば債権の譲受人に優先するという考え方もある。しかし、物上代位権者(債権譲受人に相当する)が差押をすることを民法四六七条の対抗要件と同様に考えるのには少々無理があることは否めない。

次に考慮すべき要因として「A-4」「A-5」「A-6」がある。アメリカでは担保権は担保目的物のプロシードにも及び、そのプロシードについても一定期間対抗力を有する。アメリカではもとの担保権は登録によって公

示されることになっているが、プロシードに対する担保権が直接登録されるのではないので、公示されるわけでもない。それでも一定期間は対抗力を付与しようとするのは、担保目的物の価値変形物があるかぎり、担保権の効力をそれに及ぼしていこうする発想の現れであろう。そこで、担保権というものがそういう効力を有するものとして理解されるべきものならば、わが国の物上代位を考えるにあたっても（「J-4」）、物上代位は当然の規定であると解するのが妥当となろう。

以上の考察を前提とすると、物上代位の対象たる債権（転売債権）には当然に担保権が及ぶと考えるのが妥当である。それでは、その債権が譲渡された場合にはいかなる処理が妥当となろうか。まず「J-5」を考えてみる。担保権が価値権を把握する権利であることを強調すると、対象が価値変形物に移った場合にも、もとの担保権が把握していた価値を把握することが必要であり、かつそれで十分だということになる。そうだとすれば、もとの担保権の効力を価値変形物へそのまま及ぼすというのが、ひとまず妥当だということになる（「J-10」）。しかし、日本の民法の物上代位が必ず請求権Ⅱ債権を対象とすることから、おのずから物上代位ゆえの制約が生ずることもまたやむを得ない。もとの担保権の効力をそのまま債権に及ぼす上での最大の制約は、もとの担保権の公示の有無にかかわらず、物上代位の対象たる債権自体はなんらの公示もなくして担保権の対象となっていることである。ところで、公示はある権利が存在することを一般に知らせ、取引に入る者に注意を促す機能を有する。そうだとすると、公示はないがある権利が存在することを知っていた者は保護する必要に薄いといえる。そこで「共-2」をみてみると、債権の譲受人につき善意・悪意を区別するという価値判断が各国でなされていることがわかる。また、「A-2」も考慮することができよう。このことを重視すれば、わが国の債権譲渡と物上代位の競合の処理についても、もとの担保権がいかなる担保権であれ、債権の譲受人が担保権者の存在につき善意であ

れば「優先」し、悪意であれば担保権者が「優先」するという政策判断が妥当となろう。

次に、「J-6」、「J-7」、「J-11」をまとめて検討する。第三債務者の保護に関しては、債権の準占有者への弁済の要件を満たさなくともすべて弁済は有効であるとすれば十分に達成される。三〇四条の「払渡」の意義に関しては、文字どおり払渡（債務の弁済）がなければならぬとするのが妥当であろう。債権譲渡を条件つきのものとするに関しては、譲渡の効力を正面から否定せずに物上代位権を行使させようとする点に工夫がみられるが、譲渡の効力が不安定なものとなるし、技巧にすぎるのではないかと思われる。

なお、アメリカで競合の処理について採られている結論「A-9」は、払渡または引渡前の差押を必要とするわが国の法制度では採用し難いと思われる。また、アメリカでの議論は担保設定に関する登録制度が完備していることを前提としており、アメリカでの結論がそのままわが国にも妥当するとは思われない。さらに、純粹に「早者勝ち」とする「共-8」は、債権譲渡に関して対抗要件を規定し、物上代位について差押を規定するわが国の法制度にはなじまないであろう。

2 集合債権譲渡担保と動産売買先取特権と物上代位の競合

そこで、先に「債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合」について採った結論がファクタリングにも妥当するか否かが問題となるが、まず、それを考える上で前提となる「集合債権譲渡担保と動産売買先取特権の物上代位の競合」を論ずることにする。ところで、「債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合」を考えるにあたっては別段債権譲渡のなされる原因を考えなかったが、この「債権譲渡」が暗黙のうちに念頭におく債権譲渡の原因は、債権の譲受人が債権の譲渡人に対して有する特定の債権に対する担保のため、あるいは代物弁済のた

め、ではなからうか。というのは、それらは指名債権譲渡が行われるときの一般の原因であるからである。そうだとすれば、「集合債権譲渡担保と物上代位の競合」では債権は担保のために譲渡されるのであって、信用供与者（債権譲受人）は信用受領者（債権譲渡人）に対して消費貸借による金銭債権を有している債権者にすぎない。従って「集合債権譲渡担保と物上代位の競合」には前述した「債権譲渡と物上代位の競合」の結論がそのまま妥当すると考えてよい。

なお、「D-8」は「集合債権譲渡担保と物上代位の競合」の場面で考慮すべき要因であると考えられるが、その実行性は疑わしいのではなからうか。また、アメリカでは債権担保金融が売買代金債権担保よりも重要だという政策判断があるとされるが（「A-8」）、それほど強いものとは思われない。

3 ファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合

それでは、債権譲渡がファクタリングによってなされた場合にはどうであろうか。まず考慮しなければならぬ要因として「D-1」「D-4」がある。つまりファクタリングの特徴を重視するか否かである。それに関して、第一に、償還請求権の有無でファクタリングの債権譲渡の法的性質を問題とすることがある（「共-5」「共-9」）。私は、償還請求権の有無にかかわらずファクタリングの債権譲渡の性質は売買であるとするのが妥当であると考ええる。以下にその理由を述べる。さしあたって、償還請求権を留保しないファクタリングを債権の売買だとすることは比較的容易に受け入れられよう。問題となるのは償還請求権を留保したファクタリングである。償還請求権を留保しているがゆえに債権を担保とする消費貸借だという意味あいが強くなるからである。しかし以下のようにこの場合も債権の売買であるといえる。すなわち、もっとも重要なことは、ファクタリングでは特定

の債権に対する対価の支払いが行われるのであって、構造的には債権の取立をファクターが代行しているという性格が強いということである。このことは償還請求権を留保したファクタリングでも同様である。この点が消費貸借の担保を集合債権で行う集合債権譲渡担保と根本的に異なるところである。要するに、ファクタリングではクライアントの代わりにファクターが債権を取り立てるのであり、前払いファクタリングではその取立金が取立の前にファクターからクライアントに支払われ、満期方式ファクタリングでは文字どおり取立金をファクターがクライアントに支払うのである。「ファクターが、割引方式ないし前払方式によって、債権の期日前に金融供与を行なうか、あるいは債権の満期日になってはじめて代金を支払う約束であるかは、債権譲渡の実質関係を決定する要素ではない。そのような違いは、債権譲渡代金の支払期日の相異をもたらすだけである」⁽⁹⁾。そうだとすると、ここに消費貸借は存在せず、取立金と債権の「交換」＝債権の売買が行われるのみである。償還請求権を留保したファクタリングでさえも債権の売買であるとすれば、いわんや償還請求権を留保しないファクタリングも債権の売買であることに問題はなからう。結局、ファクタリングの特徴として、第一にこれは債権を担保とする金融ではなく、債権の買取りであることが強調されなければならない。従って、ファクタリングの債権譲渡の法的性質は売買であるといえるのである。

第二に集合債権譲渡担保とファクタリングの区別の上で重要となる要因は、譲渡された債権の金額に対して支払われる金額の割合の違いである。一般に、わが国においては何かを担保として信用を供与する場合には担保とされた物の価値の約半分しか信用を供与しないといわれている。集合債権を譲渡担保として金融がなされる場合も同様に考えられよう。これに対して、ファクタリングにおいてはあくまで債権の対価が支払われるのであって、それが支払われるときに譲渡された債権の額から控除されるものは、その債権の満期までの利息と手数料のみで

ある。ドイツにおいては手数料の控除の額に関して議論が生じているが（「D-6」）、手数料があまりに高額となってファクターから支払われる額が債権の対価とは呼べないくらい低額ならば格別、通常の手数料であれば額の多少の問題は生じないと思われる。以上の考察に鑑みれば、集合債権譲渡担保とファクタリングは、ドイツでは区別して論じられ、イギリス、アメリカでは区別されないが、それらは区別して論ずるのが妥当である。

それでは「ファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合」はどのように解決されるべきなのか。債権譲渡担保の場合には、債権譲受人の善意・悪意で区別を設けた。それは、他の担保権の存在につき悪意で債権を担保にとる者は保護に値しないという利益衡量によるものであった。しかし、前に述べたファクタリングに関する考察を前提とすると、その利益衡量はファクタリングには妥当しない。なぜならば、ファクタリングでは、形の上では単にファクターがカスタマーに対するクライアントの債権を譲り受けているが、ファクターは第三債務者（カスタマー）に代わってクライアントに取立金を立替払いをしているという性格が強く、債権に対する担保権者というよりは第三債務者の代位弁済者の性格が強いからである。この意味ではファクタリングは代金回収方法（取立方法）にすぎないともいえる（「D-7」）。従って他の債務の担保とされているわけでもない（「D-10」）。そうだとすれば、物上代位権者が物上代位の対象とすべきものはカスタマーに対するクライアントの債権（アメリカ法いうところの第二次プロシード）だということになり、カスタマーに対するクライアントの債権に対する競合の問題は生じなくなる。

なお、以上のように考えると、さらに考慮すべきものとして「共-7」が考えられる。以下にそれぞれの利益状況を考えてみよう。まず、ファクターが既にクライアントに債権の対価を支払っている場合については、物上

代位の目的たる債権につき既に民法三〇四条にいう払渡がなされているので、もはや物上代位権者は何らの権利も主張しえないことになる。こう解すると物上代位権者に酷ではないかという批判があるが、もしクライアントが現金売買で転売していれば同じ状況になるのであり、やむを得ないといえよう。次に、未だファクターがクライアントの債権に対価を支払っていない場合には、物上代位権者は転売債権には権利を主張できない。満期方式のファクタリング契約がなされていると転売債権の満期にファクターはクライアントに転売代金の対価を支払うことになるが、この債権こそが前にみたように物上代位の目的となり、物上代位権者はこの債権に対して物上代位権を行使すればよく、物上代位権者の利益は十分に保護される。従って、カスタマーに対するクライアントの債権についての競合問題は生じない。すなわち、カスタマーからはファクターが弁済を受けることとなる。

三 結論の法律構成

1 債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合

それでは、二で採った結論はいかなる法律構成によって支えられるものだろうか。「債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合」という問題に関しては、「債権譲渡と物上代位の競合」について従来わが国で論じられてきた様々な考え方を検討する必要がある。しかしながら、それらは五章三節にみたところ「動産売買先取特権の物上代位」を明確に念頭においた議論ではない点に注意しなければならない。そこでここではその点に注意しつつ従来の考え方を参考として「債権譲渡と動産売買先取特権の物上代位の競合」の処理の法律構成を検討する。まず、ある担保の目的物が価値変形物たる債権に変わった場合に、もとの担保権が公示されていたか否かは、

その債権自体に対する公示としてはあまり意味がないのではないか。登記があるからといって、登記をみるだけではある債権が価値変形物なのか容易に分かるものではないであろう。公示という面から従来論じられた「抵当権の物上代位」と「動産売買先取特権の物上代位」は区別する必要があるものと思われる。

次に、本章二で物上代位にもとの担保権の効力をできる限りそのまま及ぼすのが妥当だという政策判断が明らかになった。そこで、抵当権と動産売買先取特権について追及力という面から検討する場合には民法三三三条が問題となる。民法三三三条は「先取特権者ハ債務者カ其動産ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ其動産ニ付キ之ヲ行フコトヲ得ス」と規定する。動産の先取特権に関するこの性質がそのまま物上代位にも及ぶものであるとすると、債権の譲渡は民法三三三条の「引渡」にあたることとなり、もはや物上代位権の行使ができなくなるとの解釈も可能となる。現に、そもそも債権が先取特権の目的となっている場合には、その債権を譲り受けた者が對抗要件を備えたときは先取特権をその債権に行使しえないと一般に解されている。ところで、民法三三三条は「引渡シタル後」と規定するだけで、引き渡された相手方の主観的要件については触れていない。そこで、民法三三三条の解釈としては、先取特権の目的であることを知りつつ譲り受けた者に対しても先取特権は行使できないというのが通説である。しかし、この規定が動産に対する取引の安全を確保するために設けられた規定だとすると、悪意で動産を譲り受けた者は保護に値しない、保護されるためには善意の譲受人であることが必要だ、という解釈も十分成り立つ。このことは先取特権の目的が債権である場合にも同様にあてはまる。私は、本章二で採った政策判断を前提とし、民法三三三条の解釈として物上代位の目的たる債権の譲受人が保護されるには善意であることを要すると解する。

それでは、目的債権が譲渡された後に、具体的にいかなる手続きによって動産売買先取特権の物上代位が行使

されるのか。まず、「J-8」を考慮しなければならない。私は、手続法によって実体法上の権利が制限されるべきではないと思う。物上代位と差押の問題で例をあげるならば、物上代位権が実体法上の権利として民法三〇四条に規定されているにもかかわらず、それを実行する手続法の規定が存在しない、あるいは不備であるとしても、物上代位をできるだけ実現するように解決しなければならないであろう。実体法で決められた権利はできる限り実現させなければならず、実体法が間違っているのなら、実体法上の規定を改めたり解決による内容的修正が施されるべきであるからである。

結局具体的手続きは以下のようになる。債権譲受人が善意であれば債権は確定的に譲受人に移転し、従ってもはや物上代位権を行使することはできないので問題はない。債権譲受人が悪意の場合については、債権が弁済によって絶対的に消滅するまでは相対的に担保権の効力が及んでいるので、物上代位権の行使が可能となる。そこで、物上代位権の行使が可能であるとして、いかなる理由によって差押が可能とするのが妥当であろうか。思うに、物上代位の目的となっている債権には当然に先取特権の負担（債権質権類似の負担、あるいは代位権の負担、ともいえる）が付着しており、それが相対的に悪意者に対しては追及していく、とは考えられないだろうか。負担付の債権が譲渡されると解するのである。この考え方が担保権の本質に最もよく合致するものである。この負担には公示性がないが、悪意者に対してのみ主張しうるにすぎないのであるから、取引の安全の問題は生じない。この負担は担保権に基づいて物上代位権者は債権を差し押え、物上代位権を行使することになる。

2 集合債権譲渡担保と動産売買先取特権の物上代位の競合

「集合債権譲渡担保と動産売買先取特権の物上代位の競合」の処理の法律構成は、第一に考察した「債権譲渡

と動産売買先取特権の物上代位の競合」と全く同じ法律構成が妥当することになる。

3 ファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合

「ファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合」の処理の法律構成は、以下のように考える。物上代位権者の側からは、ファクタリングの性質からカスタマーに対するクライアントの債権には追及することができず、ファクターに対するクライアントの債権に物上代位権を行使する、というのが本章二で得られた結論であった。ファクターに対するクライアントの債権は、まさにカスタマーに対するクライアントの債権の価値変形物である。ある物が担保権の目的となっている場合に、その価値変形物にも担保権の効力を及ぼすというのが物上代位であるから、この場合には、新たな物上代位(二回目の物上代位)がなされたといえよう。従って、ファクターがすでにクライアントに弁済していれば(債権の対価を支払っていれば)、三〇四条一項但書の「払渡」の前に差押がなかったのであるから物上代位権は消滅する。反対に、ファクターがクライアントに未だ弁済していなければ、物上代位権者はファクターに対するクライアントの債権を払渡前に差し押さえて物上代位権を行使することとなる。⁽⁴⁸⁶⁾

4 おわりに

本稿では、動産売買先取特権の物上代位の目的となっている債権がファクタリングによって譲渡された場合にいかなる処理がなされるべきかにつき、事実状況の類似性に注目して、まず外国法(ドイツ法、イギリス法、アメリカ法)で採られている政策判断を参照しつつ採るべき結論を決定し、その結論を支えるべき法律構成を明らかにした。

にした。

しかしながら、残された課題も少なくない。第一に、実際上は、本稿では考察の対象外とした、動産の添付に関する問題や手形の問題が重要である。すなわち、前者は、クライアントが動産を転売するに際してその動産に付合、混和、加工が生じた場合にいかなる処理が妥当となるのか、という問題であり、後者は、カスタマーに対するクライアントの債権につき手形が振り出されていた場合にそのことをどう考慮すべきか、という問題である。

第二に、外国法の議論を参照できなかった、実体法と手続法の交錯の問題がある。わが国では、動産売買先取特権を問題とする場合には実行手続きをあわせて考察しなければならぬと思われるが、本文では、少なくとも実体法で決められた権利は実現できる方向で解釈すべきであるとしたため、手続法的には少々強引な無理な解釈に陥っているかも知れない。この点をもう少し検討してみる必要があると思う。

以上のように本稿には残された課題もあるが、私としての結論は本章に示したとおりである。批判を待ちつつ、検討を進めていきたいと思う。

注

(486) 以下の考察・記述方法には、道垣内弘人「買主の倒産における動産売主の保護(六・完)」法学協会雑誌一〇四巻六号八八八頁以下の示唆を受けている。

(487) 同前九二三頁。

(488) 林田学・前掲注(3)四一頁。なお、鈴木祿弥・前掲注(1)四〇頁参照。

(489) 第四章第三節参照。

- (490) 「優先」することの意義については後述する。四七一頁参照。
- (491) 田辺光政・前掲注(17)一六一頁。
- (492) 林良平編・注釈民法(8)二〇九頁(西原道雄執筆)。
- (493) 同前二〇九頁以下(西原道雄執筆)。
- (494) 同前二〇九頁(西原道雄執筆)、梅謙次郎・前掲注(409)四〇五頁以下。
- (495) 田島順・担保物権法(昭和九年・弘文堂)七五頁、柚木馨・判例物権法各論(昭和十一年・巖松堂)一七九頁参照。
- (496) 近藤英吉・改訂物権法論(弘文堂書房・昭和十二年)二一〇頁も同旨である。
- (497) 今中利昭・前掲注(446)判例タイムズ四二七号三八頁、同・前掲注(446)金融法務事情一一〇八号二三頁。
- (498) 中野貞一郎「動産売買先取特権の実行方法」判例タイムズ五六五号二頁(昭和六〇年)。
- (499) 栗田隆・前掲注(436)一四八頁。
- (500) この構成は鈴木禄弥・前掲注(1)三九頁以下とは異なった形で現在一般に考えられている物上代位の効力を拡大したものである。鈴木説は、先取特権の目的動産が転々と譲渡された場合の追及について示唆に富んでいると思う。