

債権の上の先取り特権と物上代位に関する試論

安達, 三季生

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

112

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

23

(終了ページ / End Page)

69

(発行年 / Year)

2015-01

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010619>

債権の上の先取り特権と物上代位に関する試論

安達三季生

目次

はしがき 本稿の目的とその構成

第一章 「債権の上の先取り特権」は法認されうるか、その

効力に関する準則は何によるべきか

第二章 甲、乙、丙および一般債権者甲ダッシュの関係につ

第三章 第三取得者丁の地位について

第四章 まとめ（筆者の見解の特色）と法解釈学（実用法

学）の目的・方法

はしがき 本稿の目的とその構成

一 本稿の目的

本稿は、昨年発表した拙稿「試論 先取り特権の概念による『価値のレイ・ウンディカチオ、騙取金による弁済、

債権の上の先取り特権と物上代位に関する試論（安達）

預金の帰属者、転用物訴権および直接訴権など』の構成（法学志林一一〇巻三号、同四号二〇一三年）の続稿である。前稿では、従来、不当利得の法理などの様々な理論構成を用いて説明されてきた、表題所掲の諸制度、諸概念について、あらたに「債権の上の先取り特権」の概念を用いることによって統一的に捉え直すことを試みた（そこで取り上げた問題は、金銭の価値のレイ・ヴィンデイカチオ、騙取金による弁済、誤振込と収納代行者を用いた振替、預金の帰属者と岩原説、転用物訴権、保険金の直接請求権、履行補助者に関する直接請求権、使用者責任に関する直接請求権、委任契約における直接請求権―購入委託と販売委託、転貸借における直接請求権、三面関係における直接請求権、すなわち第三者のための契約、指図、不存在債権の譲渡に関するそれ、無権利者の譲渡における直接請求権である）。その際、それぞれの制度が如何なる形で、先取り特権として成立するか（主に成立論）について具体的に検討したが、「債権の上の先取り特権」一般の効力についての検討は不十分であった。ここでは、債権の上の先取り特権の中心的効力としての、第三債務者に対する直接請求権および優先弁済権の説明に留まった。のみならずそれ以外の問題点についてのわずかな説明、とくに目的債権の第三取得者に対する対抗力についての説明には看過しえない誤りがあった。本稿では、近時、次々に出される幾多の判例をフォローする形で、多くの学者によって論じられた、また現在も論じられつつあるこの問題（主に効力論）について、改めて取り上げ、前稿を補充したい。その際、当然ながら先取り特権の効力に関連して、抵当権や質権にも準用される物上代位の規定（三〇四条）をもとりあげる。けだし筆者の見解では、後述のように、先取特権や質権や抵当権の物上代位によって生じる代位物の上の先取特権や質権や抵当権もそれ自体、債権の上の先取り特権の性質を有するものとして捉えるべきだと考えるからである。

筆者の先取り特権に関する見解は、前稿を含めて、従来の通説的見解と異なるところが多いと思われる。それは筆者の、法解釈学ないし実用法学の目的・方法に関する考えが、一般的、通説的な見解に比べ、かなり特異なところがある。

あることにも起因していると考えられる。そこで筆者の見解を理解して頂くためには、法解釈学ないし実用法学の目的・方法に関する筆者の考えを多少とも明らかにすることが必要だと思われる。本稿の末尾に、この問題については、若干の考察を行う。

補論 念のため、前稿で述べた、先取り特権成立に関する一般的準則の説明についてあらためて要点を紹介しよう（志林一〇巻三号一五三頁以下参照）。一般的に、乙が甲に債務を負担する原因となった事実と同一の事実によって乙があらたに財産的価値ないし財産権Aを取得したという関係があったとき（典型的には乙が丙に対して債権を取得したとき）、その成立を疎外すべき特別の事情が無い限り、甲は乙に対する当該債権の満足を得るために、他の債権者に優先して財産権Aもしくはその代替物Aダッシュから優先弁済を受けることができる。つまりその財産権の上に先取り特権を取得する。

この準則を想到するにあたっては、松岡久和教授によって紹介されている Volker Behr の著作（松岡『価値追跡説』の転回と限界』『法と民主主義の現代的課題』三三四頁以下、同「ベールの『価値追跡』について」龍法八九年二巻二号一七九頁以下参照）から得た示唆によるところが多い。

もっとも彼においては幅広い比較法的研究にもとづいて、立法論として価値追跡説を提示するが、筆者は、わが国の現行の先取り特権の規定を踏まえた解釈論として提示している。

また彼においては、債務者に十分な資力がないうちにのみ「価値追跡」の権利を認めようとする趣旨のようである（彼の見解を基本的に支持される松岡教授はこのことを強く要求される）のに対して、筆者は価値追求権を「先取り特権」と構成することに対応して、債務者の資力を問題とせず¹に先取り特権を認めるべきだとする立場、換言すれば、債権の上にも端的に法定担保物権としての先取り特権の成立すべきことを、体系的法解釈によって認めるべきであると主張

する立場である（前掲志林一一〇巻三号一五八頁、一六二頁参照）。

二 本稿の構成

第一章では、まず債権の上の先取り特権を観念することが、可能かを論じる。そもそも現行民法典の規定では、一般財産の上の先取り特権の一つとしての債権の上の先取り特権は認めているが、特定財産の上の先取り特権としては、動産と不動産の上の先取り特権を認めているだけで、債権の上の先取り特権は認めていない。しかし学理上これを認めるべきだとする筆者の立場からは、その根拠を論じることが必要となる。次に、三〇四条は直接的には物上代位に関する規定であるが、筆者の見解では、実質的に、債権の上の先取り特権の効力に関する重要な規定でもある。ここで問題になる、二つの領域（代債的物上代位と派生的物上代位）の区別について論じる。

第二章では、債権者（先取り特権者）、債務者（先取り特権設定者）、第三債務者、先取り特権者以外の一般債権者の四者の登場する関係を取り上げる。

第三章では、先取り特権がその上に成立している債権を取得した第三取得者（譲受人、質権取得者、転付命令取得者）と先取り特権者との関係を中心に検討する。物上代位によって生じる債権の第三取得者の地位が考察されるのはいうまでもない。

第四章の（一）「まとめ」では筆者の見解を総括する。

（二）では「はしがき」に述べた趣旨にもとづいて、法解釈学ないし実用法学の目的・方法に関する筆者の考えを簡単に述べ、本文での債権の上の先取り特権についての筆者の——通説の立場から見ればおそらくは——特異な見解が生み出されるに至ったモチベーションを明らかにしたい。

第一章 「債権の上の先取り特権」は法認されうるか、

その効力に関する準則は何によるべきか

一 「債権の上の先取り特権」の概念は法認されうるか

前述したように、現行民法典の明文の規定では、一般財産の上の先取り特権としては債権の上に成立することが認められているが、特定財産の上のそれについては、動産と不動産についてのみ認め、債権の上のそれについては、認めていない。しかし筆者は、学理上これを承認すべきだと考える。その理由を述べよう。

第一に、民法三一四条は、動産先取り特権の一つとして、不動産賃借人が転貸したとき、貸主は、賃貸料債権を被担保債権として、転貸人が転借人に対して取得する転貸料金の上に先取り特権を取得する旨を定めているが、これは、端的に、転貸人の転借人に対する転貸料金債権の上に先取り特権を認めたものと解するほうが自然である。また商法八四二条は、船舶債権を被担保債権として、「未だ受け取らざる運送賃」の上に先取り特権を取得することを定めているが、これも端的に、運送賃債権の上に先取り特権を取得すると解したほうが自然である。第二に、約定担保物権として、債権の上の質権は、いうまでもなく認められているのであるから、これに対応する法定担保物権としての、債権の上の先取り特権についても法認するのが自然であろう。一般財産の上の先取り特権としては、債権の上のそれが認められていることも、特定財産の上のそれを肯認しうる証拠の一つとして挙げてよいであろう。第三に、いわゆる物上代位の規定は抵当権や質権にも準用されるが（三五〇条、三七二条）、この規定によって成立する、先取り特権者や抵当権者あるいは質権者が取得する第三債務者に対する権利は、債権の上の先取り特権と解し得るであろう（三

○四条、但書にいう差押えの意味が問題になるが、後述する。

尤も、この概念は、実は従来も正面からは認められてこなかっただけで、暗黙には認められていたというべきであろう。例えば、三〇四条の但し書きで、先取特権者が物上代位による権利行使をなし得る要件として「払い渡し又は引き渡し前の差押え」を要求する理由について、これに相当する旧民法の規定については、第三債務者の保護が挙げられていたのに対して、現行民法の起草者の説明では、特定性維持ということが挙げられたといわれる（生熊長幸「物上代位と収益管理」平成一五年、有斐閣、一六頁その他）が、第三債務者という観念は、債権という観念を抜きにしては考えられない。また現在の多くの学者も「物上代位によって生じる代位物」という表現のほかに、端的に「代位により生じる債権」という表現を用いているが、具体的に文献を列挙する必要もあるまい。

なお従来、前述のように条文の上でも、債権の上の先取り特権の観念を用いずに、敢えて動産の上の先取り特権の観念が用いられた理由としては、思うに観念的な存在としての債権の概念が十分に確立するに至らず、したがって債権の上の権利というよりは、債権の内容をなす物や金銭に着目して観念されたためであろう。そしてこの考え方は三〇四条但書の趣旨としての特定性維持説にも引き継がれ、差押えの前の払渡、引渡によって目的物は債務者の一般財産に混入し、混同の法理によって消滅することを防ぐため、と説明された。しかし観念的な財産としての「債権の上の権利」を観念するときは、差押えの前の支払いは有効な支払いと説明するだけで十分である。

補論 ちなみに観念的な財産権としての債権の観念が十分に確立しない段階での発想という点で類似するものとして、民法四二三条の債権者代位権を挙げることができる。すなわち債権取り立てのための差押えが、動産、不動産などの有体財産に限られ、債権そのものに対する差押えが認められなかった古い時代に、債権者は差押えさるべき財産を確保するために、一旦、債権者が債務者に代位して第三債務者から取り立て、有体財産に代えた上でこれを差押え、弁済に当てるが必要であった。そのために債権者代位権の制度が設けられた。しかし観念的な財産としての債権の観念が確立し、強制執行法によって債権そのものを差押えさる

ことが承認されている時代においては、これは無用の制度になっている。このような理由からドイツ民法典はこの制度を設けていない。(もっともフランス民法典にならってこの制度を設けているわが国の民法においても、現在では本来の制度の目的をはなれて、金銭債権以外の特定債権の保全の目的のために用いられている。制度の転用と称され、重要な役割を果たしている。その歴史的経緯については、拙著「債権総論講義」信山社、一九九五年、一〇一頁、内田貴「民法Ⅲ」、東京大学出版会、二〇〇五年、二九〇頁参照。

付言すると、かつて三ヶ月章教授は、わが国の民法の債権者代位権の規定の歴史的意義に関して、「新民法の制定を推進した実体法学者達の、既存の手続き法に対する無理解と無関心を示す記念碑的制度」だと酷評されたが(三ヶ月「わが国の代位訴訟・取り立て訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」・有斐閣「民事訴訟法研究6巻」一九七二年所収)、この批判は、本稿で問題にしている、わが国の「債権の上の先取り特権」が法認されるべきか否か、の問題を——なかなかよく法解釈学者の立場から——考えるに当たって、大いに参考になるであろう。三ヶ月教授の指摘される、手続法と実体法の不適合は、実体法における観念的財産権としての債権の観念の確立が未熟であったことに起因するとも言えるのではなからうか。

「債権の上の先取り特権」の概念は、従来、直接訴権や不当利得などの法理によって説明されてきた幾多の、三面関係を含む複雑な法律関係(転用物訴権、保管を委託された金銭の銀行預金、騙取金による弁済、誤振込みの法律関係など)を統一的に説明するために有用な概念であることは、前稿で述べた。その有用性の論証自体が、この概念を正面から一つの法律概念として承認し得るための根拠ともなりうると考える。

また本稿では、正面から「債権の上の先取り特権」の概念を認めつつ、これを巡る具体的な法律関係、とりわけ効力に関する法律関係を説明する。これによって、——従来のような暗黙の承認のもとになされた説明と比べて——より簡明に、より統一的に、複雑な諸問題を説明しうると考える。

二 「債権の上の先取り特権」の効力に関する準則の根拠規定

現行民法典は「債権の上の先取り特権」を明文の規定によっては認めていないということは、これに関する法律関

係についての明文の規定が欠けていることをも意味する（正確にいえば、不動産転貸賃料の上の先取り特権のように、債権の内容たる金銭や物に着目して、動産先取り特権の形で設けられた規定はあるが、観念的な一個の財産権としての債権に着目した規定は存在しない）。そこで解釈によってこれを補充することが必要となるが、それは、関連する諸制度、諸規定を参考にして行うことになる。

第一に、前述したように、民法三一四条に定める「譲渡人又は転貸人が未だ受け取らざる金額」の上の先取り特権、および商法八四二条に定める「未だ受取らざる運送費」の上の先取り特権は、筆者の見解では実質的に債権の上の先取り特権であるが、規定の形式上は動産先取り特権に属するものとして規定されている。したがって動産先取り特権に関する諸規定の主たるものが、それらにも適用されることが予定されていると判断してよいであろう。このことを踏まえて、筆者は上記二つの場合だけでなく、解釈上、債権の上の先取り特権が成立していると解し得る諸関係のすべてについても、一般的に動産先取り特権の規定が類推適用されるべきだと考える。具体的には、債権先取り特権も動産先取り特権と同様に、一定の事由あるときは、法律上当然に、その成立が認められる。また公示方法を備えない動産先取り特権は、一般債権者に優先して弁済を受けることができるが、同様の関係は債権先取り特権でも認めることが必要であると考ええる。

第二に、債権の上の先取り特権は、債権の上の質権と同様に、債権を対象とする担保物権である点で共通する。ともに第三債務者が登場し、これに対する法律関係が問題になる（ただし前者は法定担保物権であるのに対して、後者は約定担保物権であるという違いはある）。他方では、債権の上の質権に関する法律関係は、債権譲渡のそれと類似するところが多い。ともに、第三債務者以外の、第三取得者が登場し、質権者あるいは譲受人と当該第三取得者との優劣関係が問題になるからである。そして一般的な扱いとして、債権譲渡の法律関係についての規定が債権質権にも適用される

旨が定められている（三六四条）。以上の事情を考慮すると、債権の上の先取り特権に適用されるべき準則を探求するために、債権譲渡と債権の上の先取り特権と比較対照することが必要であるといえよう。

もっともここで取り上げるべき重要な問題として、三〇四条の物上代位の規定の存在がある。筆者の考えでは、物上代位の規定によって発生する、先取り特権者あるいは質権者、抵当権者が取得する権利は、債権の上の先取り特権であるが、これについては、三〇四条が規定を設けており、第三債務者が払渡、引渡をなす前に元の先取り特権者達とは差押えることが必要だとされている。この規定は先取り特権一般に当てはまる規定と見るべきだと筆者は考える。そうだとすると、三〇四条が債権質権や債権譲渡の規定に優先して適用されるべきことになる。しかし筆者は、同条は第三債務者が二重弁済の危険を犯すことのないように設けた規定であり、専ら先取り特権者甲と債務者乙と第三債務者丙の関係を規定したものであり、第三取得者丁の地位について規定したものではない。そして第三取得者の地位については、解釈上、債権質あるいは債権譲渡における第三取得者の地位に関する規定が優先的に参照し準用されるべきであると考ええる。

しかし従来の通説・判例は、この規定を、物上代位が生じる場合の第三債務者の地位について規定しているのみでなく、その他の第三者、すなわち第三取得者の地位についても規定したものと解する。その前提にたつて、特定性維持説、物上代位権保全説、第三債務者保護説などに分かれた。そして各説はともにその立論の根拠を起草者の意思にしている。筆者の見解は、前述したように、同条ただし書きは、専ら第三債務者の地位についての規定であり、第三取得者の地位について規定していない。これについては、関連する諸制度、諸規定を参考に条理によって欠缺を埋めるべきであると考ええる。筆者の立場からは、従来の学説は、各々が自己の説に有利なように、起草者の起草目的を解釈していた嫌いがあるのではないかと考える。

補論一 なお「債権の上の先取り特権」の効力を考察するにあたっては、前述したようにこれに関連する諸制度、諸概念を参照して、究極的には条理によって決めるべきであるが、これに関連して一言すると、物権変動の一般法理も、ここで取り上げるべき重要な法理の一つである。ただし債権の上の先取り特権は、前述したように、債権質権や債権譲渡とも関連性を有するが、これらはいわゆる「準物権変動」であり、物権変動の一般法理が適用される余地があるからである。とくに、後述するように、物権変動の對抗要件としての引き渡しや登記に関連して、背信的悪意者排除の法理が近時、重要な意味をもっているが、この法理は、筆者が「債権の上の先取り特権」の具体的な問題を論じる際にも、重要な意味をもつものとして、取り上げる予定である。

補論二 物上代位によって生じる「債権の上の先取り特権」の特殊性
物上代位によって「債権の上の先取り特権が発生する」との命題について若干の説明を加えよう。

先取り特権及び質権、抵当権は、当事者の合意によることなく、一定の事由あるときは、物上代位を生じる。その結果、新たに発生する代替物（債権）の上に、（条文の明文では）先取り特権、質権、抵当権の効力を生じる（三〇四条三五〇条、三七二条）。しかし筆者は前述したように、これを「債権の上の先取り特権」の発生として捉えるべきだと考える。その理由は第一に、所掲の事由が存在するときは、当然に発生する。そして第二に、代位権者たる債権者は、何等の對抗要件を具備することなくして、第三債務者以外の他の一般債権者に対して、動産先取り特権に準じて優先弁済権を主張することができるからである。

なお、元の権利が質権や抵当権のときに次の点が問題になる。すなわち元の質権や抵当権について存在していた登記などの公示方法およびその効果としての対第三者対抗力が、物上代位の結果新たに発生する債権についても、なおその公示方法たる意味を持ち得るか、対第三者対抗力を生じ得るか、という点である。というのは、両者すなわち元

の権利と新たに発生した権利とは実質的に同一でも、対象を異にする異なった権利であり両者の公示方法は、異なるからである。実際上問題になることの多い抵当権の場合をとりあげると、これについては二つの場合を別けて論じる必要がある。一つめは代償的物上代位（例えば目的家屋の焼失のとき加害者に対する損害賠償債権の上に成立する）であり、二つめは派生的（あるいは付加的）物上代位の場合（新三七一条により、被担保債務の債務不履行のとき、その後の賃料債務の上に成立する）である。両者のうち、前者は比較的に二つの権利の実質的同一性が認識されやすいが、後者は比較的に二つの権利の実質的同一性が認識されにくいからである。また登記の公示力は第三債務者に対する関係と、第三取得者に対する関係とで区別して検討する必要がある。

近時の判例は、いづれについても区別することなく、肯定的に捉える傾向にあるが、学説には、疑問とする見解も少なくない（松岡久和教授、高橋眞教授その他）。筆者も判例の立場には批判的である。とりわけ派生的物上代位についてそうである。詳細は後に述べよう。なお派生的物上代位権は、かつてはそもそもこれを承認しうるか否かが争われた。しかしその後、判例・学説によって肯定され、現在は、平成一五年の民法三七一条の改正により、確認されている。ちなみに同条の改正と並んで、新設された民執法九三条以下の定めるところによって、抵当権者等は、被担保債務者の不履行のときは収益執行を申し立てることもできる。担保不動産収益執行の開始決定が出されると、管理人が選任され、管理人をとおして賃料債権から優先弁済を受ける。そして先に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収益執行がなされると、原則として物上代位の効力が停止し、抵当権者等は収益執行の中で配当を受けることになる（内田貴・民法Ⅲ（第三版）債権総論担保物権・東大出版会二〇一三年四六一頁以下参照）。

（追記）本来は本稿の末尾に記すのが適當かもしれないが、ここで、以上にとりあげた「債権の上の先取り特権」という新しい概念に関連して、いわばその法解釈学方法的な基礎付けについて補足しておく。ただし以上に述べただけでは、従来の

一般の考え方ないし判断碎組みに親しんだ読者の方たちからは、眉唾ものの議論だとして、排斥されるおそれが多分にあるかも知れないと危惧されるからである。そして筆者の主張をよりよく理解し、できれば支持して頂くためには、方法的検討が必要だと考えられるからである。

まず、わたしの言う「債権の上の先取り特権」の関係は物上代位のときにだけ生じるのでなく、もっと広く、不動産の転賃借の場合は勿論、いわゆる直接訴権の關係が成立する場合、転用物訴権など前稿でとりあげた、いろいろな場合にも生じると考えていることを確認しておきたい。このような主張に対しては、実定法上の根拠が無いのではないかと、と批判されそうであるが、この点についてのわたしの反論としては、既存の多数の関連した諸制度、諸法律關係を総合的に觀察、考察することを通して、いわば帰納的に、これらに共通する法則、あるいは新しい概念を析出し、あるいは発見し、このような法則、新しい概念をもちいて、あらためて既存の諸制度を再構成するとともに、これによって新しい解釈、新しい問題の解決を提示するというのがわたしのねらっている法解釈学の方法であって、この方法はひとことといえば「体系的解釈」ということになると思う。

筆者は、先取り特権や物上代位に関する諸規定のみならず、債権譲渡や権利質権に関する諸規定、物權變動に関する諸規定などの関連する諸制度を総合的に考察して、帰納的に、一定内容から成り立つ「債権の上の先取り特権」を析出し、これにより、あらためて諸制度の再構成と諸準則の提示を試みたわけである。このような体系的解釈では単純な演繹的論法のみでなく、帰納的論法が重要な意味を有するが、この論法は、法解釈のひとつの手法としての「類推」で用いられるほか、英米法の判例法において広く用いられたいる論法であることを指摘しておきたい。

ちなみに以上のような見解が筆者独自の考えでないことの傍証として、念のため「有斐閣・新法律学辞典・第三版・平成元年」の「法解釈学」の項目の説明を引用しよう。

「(前略) このように法解釈学は、……………、認識と実践の両面を含んだ活動であり、その点で実務家の行う法解釈とは質的には共通のものであるが、相対的には次のような特色をもっている。a 抽象性。個々の単純な事例を越えて、常に一般的な法則性を樹立しようとする。b 体系性。具体的妥当性の判断を越えて、法体系全体の整合性を重視する。c 自由。実定法およびその法定解釈に拘束されている実務家と異なり、立法論や新たな解釈論を提出して、立法や法定解釈を批判する自由をもつ。(傍点引用者)」

簡潔な表現ながら、筆者の見解もこの説明に過不足なく示されている。

なお本原稿末尾の方法論に関する叙述をも参照されたい。

蛇足ながら、やや挑発的なことを付記すると、二〇一四年の私法学会「私法」七六号一二〇頁以下に、ワークショップ「法解釈の方法について」が掲載されている。わが国の代表的な民法学者が多数集まって行われた議論の要旨が簡単に紹介されているが、筆者としては、最近の―おそらくは法科大学院制度の発足以降の―法学者の民法・法解釈学の傾向が、判例に則した議論の精緻化の反面、実務家の法解釈学からの、相対的な独自性としての「抽象性」、「体系性」、「自由」の特色が弱まっているのではないかと危惧するが、偏見であろうか。

第二章 甲、乙、丙および一般債権者甲ダッシュの関係について

一 前述したように、債権の上の先取特権者甲の地位は、債権質権者甲あるいは債権譲渡における譲受人甲の地位と比較しながら検討することが必要である。その重要な違いとしては、債権質権の設定は甲と乙の合意によってなされるが、債権先取特権は甲と乙の合意によらず、法の定めるところによって当然に発生する。これに関連して、質権者甲が第三債務者丙に対抗するためには乙から丙への通知または丙の承諾が必要であるが、先取特権の場合、これに代って甲からの差押えが必要とされる。その理由を考えるに、いずれもこれらによって、丙に対し確実に先取り特権の成立しないし質権の設定、債権譲渡の事実を認識させる方法だという点で共通している。しかしその具体的な方法が違っている理由は何であろうか。債権譲渡の場合、譲渡によって権利を失う立場にある譲渡人からの第三債務者に対する通知によって、第三債務者丙は確実に、債権が譲渡人乙から譲受人甲に譲渡されたことを知るに至る。そして乙から丙に通知すべき義務は、甲と乙の間の債権譲渡契約が締結される際に、その付款として明示的もしくは黙示的に約定されていると解しうる。

質権設定の場合も同様である。それに反して、先取り特権の場合は、その成立は当事者の合意によるわけではない

から、その成立によって不利を受ける立場にある乙が、甲との約定によって、丙に通知すべき義務を負うということはない。したがってここでは、その成立によって利益を得る立場にある甲の側から丙に通知することになる。それは甲にとって有利な行為であるから、甲が自由になしうるとすれば、先取り特権が成立していない場合であるにも拘らず、成立していると偽って、これを行い、乙および丙に不当な損害を与える事態を生じるおそれがある。これを未然に防ぐためには、確実な証拠を提示して、甲が先取り特権を有することを公的機関によって認定してもらった上で丙に通知することにする必要がある。三〇四条が甲による差押えを要求しているのは、このような趣旨であると考えられる。

二 甲によって以上のような差押えがなされたときは、丙は乙に弁済してはならず、甲に弁済しなければならない。弁済によって乙の甲に対する債務は、他の一般債権者に優先して、弁済額の範囲で消滅する。丙の乙に対する債務も同様である。万一、乙の甲に対する債務が無効、不存在のときは、四七八条による債権の準占有者に対する弁済の規定が適用される。

それでは、甲が差押える前に、丙が先取り特権の存在を認めて任意に——通常は甲からの単純な請求に応じて——甲に弁済したとき、その弁済の効力はどうか。債権譲渡や質入れの場合に準じて扱うべきであると考ええる。債権譲渡について第三債務者に対する譲渡の對抗要件を備えないままで第三債務者が譲受人にたいしてなした弁済は有効である（我妻栄・新訂債権総論（民法講義Ⅳ）昭和三十九年岩波書店）とすれば、債権譲渡と同様に当事者の合意で成立する債権質入れの場合にも、第三債務者に対する對抗要件としての通知・承諾がなされなくとも、第三債務者は有効に質権者に有効に弁済をなしうると考えるべきである。いずれの場合も乙の甲に対する債務および丙の乙に対する債務は対当額で消滅する。同様な扱いは債権の上の先取り特権についてもなさるべきであり、甲による差押えがなされる前

に丙が甲に弁済したときも、乙の甲に対する債務および丙の乙に対する債務は対当額で消滅すると解しなければならぬ。

(但し一言加えると、債権譲渡(これについては学説上一般に詳細な議論がされている)の場合、二重譲渡の際の優劣についての通常の説明では、確定日付の早いほうが優先し、したがって第三債務者は早い方の日付を具備した譲受人に弁済すべきであること、また一方が確定日付のない譲渡で、他方は確定日付のあるときは、確定日付のある譲受人が優先することも疑問の余地がない。しかし両方の譲渡について、ともに確定日付の具備していないとき、いずれが優先するかについては、債務者が自由に選択して支払った方が優先すると解する考えと、事實上、より早く通知のなされた方が優先すると解する考えがある。容易には決め難い厄介な問題である(平井「債権総論」第二版一五一頁弘文堂一九八五年)。いずれにせよ、以上の問題は、両方の譲渡について、債務者が未払いの場合の問題であって、したがって一方が確定日付のない単純な通知による譲受人で、これに弁済された後に、第二の確定日付ある通知を具備した譲受人が現れても、もはや第二の譲受人は債権を取得しえない。この点は疑問の余地はないと思われる。しかしながら第一の譲受人が對抗要件としての単純な通知・承諾さえも全くないままに任意に譲受人に支払ったときについて、殆どの学者は取り上げていない。その理由はおそらく、論じるまでもなく当然に、第一の譲受人への弁済が有効で、第二の譲受人は権利を取得しえないとの考えによるのであろう。上述の筆者の見解はこれと同様な扱いを債権の上の先取り特権にもおこなうべきだと主張するに過ぎない。)

第三者の弁済の場合もこれに類似した関係を生じることを付記しよう。すなわち乙の甲に対する債務について、乙に対して債務を負う丙が第三者の弁済として、乙に代って甲に弁済したとき、乙の甲に対する債務は消滅するとともに、弁済者丙は乙にたいして求償権を取得する。この求償権と丙の乙に対する債務は相殺によって消滅する。

三 以上のような筆者の見解は、実は判例と異なる。判例は、第三債務者に対する先取り特権設定の對抗要件が備わる前に第三債務者丙がみずから承認して債権者に支払ったとき、その後同一債権を譲受して確定日付を得た第三取得者丁は優先的に債権を取得し得る、との判断を前提したうえで、第三取得者は第三債務者に対して債権を行使し得ると判示した(最三判・平成一七年二月二二日民集五九卷二号三一四頁)。やや詳しく説明しよう。先取り特権者甲は一

且、第三債務者丙から任意の弁済を受けた。その後、甲は物上代位権にもとづいて差押さえた（それによって先になされた任意の支払いを追認した、と甲側は主張する）という原審認定の事実関係を前提に、前掲最判は「民法三〇四条の趣旨・目的及び動産売買先取り特権の性質ならびに関係者の利益状況を総合すれば、先取特権者が差押えを得ないまま、第三債務者から物上代位権の行使として、債権の支払いを受けることはできず、第三債務者は目的債権の消滅を債務者（目的債権の債権者）又は目的債権を譲り受けた第三者に主張することができず、先取特権者も物上代位権の優先権を主張することはできないものと解される」との原審の判断を受け入れつつ、「前記事実関係によれば、動産売買の先取り特権者甲は、丁が本件転売代金債権を譲り受けて第三者に対する対抗要件を備えた後に動産売買の先取り特権に基づく物上代位権の行使として、本件転売代金債権を差押さえたというのであるから、丙は丁に対し、本件転売代金について支払い義務を負うというべきである」と判示した。

この判例に対する学説の批判は、もっぱら先取特権者の差押えによる債権取得と第三取得者の間の優劣の基準の問題に着目し、判例の採る基準に賛成するが（この問題については本稿では次章でとりあげる）、その前に問題となるはずの、先取特権者への任意の弁済が如何なる効力を有するかについては殆ど議論していない。しかし前述したような理由から、第三取得者が登場する前に先取り特権者に対して任意になした弁済は有効と解し、その後、債権を譲受した第三取得者は債権を取得し得ないと解するべきである。

四 債権の上の先取特権者甲は、差押えて初めて第三債務者丙から取り立て優先弁済に充て得る、また丙も差押えのなされるまでは債務者乙に有効に支払うことができるのが原則であるが、しかし筆者は例外的に、丙に先取り特権の存在を確実に知らせる事実が存するときは、甲による差押えと同様な効力を与えて然るべきであると考え。その

例として、前稿でも述べたように（志林一一〇巻三号一六六頁）、債務者からの通知がある場合（前述したようにこれは債務者にとって不利益な行為であり、債権質の場合に準じるわけである）、さらに甲から丙に対して、単純な形での通知ではなく、甲の先取特権の取得を証明しうるような確実な書面（例えば公正証書による書面）を丙に提示したときが考えられる。したがって丙は甲からの差押えがないからといって乙に支払うべきではなく、甲に支払うか、あるいは供託すべきだと考える（供託金還付請求権に先取り特権が生じる）。

五 同様な問題は、抵当権の物上代位によって、債権の上の先取り特権が発生する場合にも、登記の公示力の関係で問題となる。代償的物上代位のとときと、派生的物上代位のとときとで利益状況に若干の違いを生じる。代償的物上代位、例えば抵当家屋が第三者丙の過失で滅失した場合、加害者丙は損害賠償を支払うべき相手たる所有者が誰であるかを確認するために、豫め登記簿を調べることが一般に要求され、調査の結果、乙が所有者であることが判明するとともに、抵当権者甲が存在することが判明するはずである。したがって賠償義務者丙は——賠償請求権が差押えられるまでもなく——所有者乙に賠償を支払うべきでなく、甲に支払うか、供託をすべきであろう。それに対して派生的物上代位のととき、つまり賃貸家屋に抵当権が設定されていたときに、抵当権者たる債権者は被担保債務の不履行の後に生じる賃料債権に先取り特権を取得するが（新三七一条）、賃借人丙にとっては、抵当権の設定の事実を予め知らされているとは限らず（場合によっては抵当権設定時より先に賃貸借契約が締結されることもある）、いわんや被担保債務の不履行の事実も当然に知り得る立場にはない。したがって賃借人丙は抵当権設定の事実を書面によって知らされ、それとともに被担保債権不履行の事実を確実に知らされていたときのみ——甲による差押えがまだなされていない段階でも——乙ではなく、甲に支払うか供託するべきであろう。

以上のように、抵当権の登記の有する公示力の効力については、代償的物上代位のとときと派生的物上代位のとときと

で異った扱いが必要であらう。

なお抵当権の物上代位が、銀行取引の実務のうえで実際におこなわれている状態について簡単に述べると、まず代償的物上代位の場合、金銭消費貸借契約締結の際に、抵当権設定と同時に通常、火災保険に質権を設定させており、目的家屋の滅失のときは保険金から貸付金の回収がはかられる。そして保険金からの回収が得られないときにそなえて予備的に、債権者から第三債務者たる債務者に対して、抵当権設定の事実を通知し損害賠償債権を差し押さえることもある。つぎに派生的物上代位の場合、債権者、債務者、および第三債務者たる賃借人の間であらかじめなされる合意によつて、(債権者による差押え手続を経ることなく)賃借人から直接に債権者に賃料の支払いがなされるが、その際、賃料を全額支払わせることはしない。全額支払わせることにすると債務者たる賃貸人の収入の道を断ち、物件の劣化を早めることになるおそれがあるからだとされる(以上、後出の伊勢丈夫氏の説明による)。ちなみに当事者の合意によつて、賃借人から債権者へ任意の弁済がなされるという関係は、債権者からの差押さえに基づいて強制的に支払うという関係と対立する関係ではない。むしろ、いざとなれば差押えを経て強制的に取り立て得るという関係が存在することを前提にして、形式上は当事者の合意およびそれによる任意の支払いが導き出されるわけである。したがって両者を対立的に捉えるべきではない。また当事者の事前の合意にもとづく第三債務者の任意の支払いの関係は、前に三で紹介した平成一七年最高裁判例の事案のような、第三債務者たる賃借人の、事前の合意を前提にしない、単純な任意の支払い、とは区別する必要がある。これについても筆者は前述のように、債権譲渡の場合の對抗要件を具備する前の譲受人への第三債務者の任意の支払いと同様に扱って有効とすべきだと解するが、判例はこれを無効と解していることは前に紹介した。

六 相殺について

民法五一一条は、支払いを差し止められた第三債務者はその後取得した債権により相殺をもって差押債権者に対抗することが出来ない旨定める。この規定の趣旨は、相殺に対する当事者の期待を第三者のなす差押によって奪うことは出来ない、という理由による。したがってこの法理は債権譲渡や債権質入れにも妥当する。同様に債権の上の先取り特権にも基本的に妥当すべきである。乙の丙に対する債権の上に、乙に対する債権者甲が先取り特権を取得し、かつ甲が三〇四条による差押えをなす前に、丙が乙に反対債権を取得していたときは、相殺をもって、甲の差押え債権の行使に対抗することはできるが、甲の差押後にあらたに丙が取得した債権をもって相殺することは出来ないのが原則である。しかしここでも、その先取特権が抵当権の物上代位によって生じたものであるとき、抵当権登記の公示力との関係が問題となる。判例は、抵当権の登記の公示力を重視する（最三小判平成一三年三月一三日民集五五巻二号三六三頁）。

代償的物上代位と派生的物上代位を区別して検討する必要がある。

代償的物上代位るとき、例えば抵当権が設定されている家屋に損害保険がかけられていたとする。家屋が滅失したとき、保険金請求権が発生するが、抵当権の登記時より前に保険者丙が反対債権を取得しておれば、抵当権者甲が三〇四条による差押えの後に、丙に対して保険金の支払い請求をしたとき、丙は相殺をもって対抗しうる。しかし反対に、丙が抵当権登記後に反対債権を取得していたときは、丙は甲に相殺を対抗しえないと解するべきであろう。ただし建物とその滅失による保険金請求権の間には実質的な一体性が認め得るから、建物の抵当権の登記によって物上代位により発生すべき保険金請求権も公示され、保険者もこれを確知したと見做し得るであろう。したがって最三小判平成一三年三月一三日（民集五五巻二号三六三頁）が、抵当権登記の後に反対債権を取得した丙が甲に相殺をもって対抗し得ないとしたのは、もし代償的物上代位についてなら、首肯しうる。

しかし上記判決は、実は派生的物上代位のときの事案であつた。つまり乙が丙に賃貸している家屋に甲のために抵当権を設定していたとき、被担保債権の不履行後に生じる賃料債権に先取り特権が発生し、甲は三〇四条による差押えの後、甲は丙から直接に賃料を取り立てて優先弁済に充て得るという事情を前提に、抵当権登記前に丙が乙に取得した反対債権があれば、甲の請求に丙は相殺をもって対抗しうるが、しかしながら抵当権登記の後に取得した反対債権を有するときは対抗し得ないとするものであつた。しかし思うに、家屋の抵当権と賃料の上の先取り特権との間には、実質的同一性を認めることは困難であり、家屋の抵当権が公示されたからといって当然に賃料についても公示されたとは言い難いのではないか。実際にも借り主は家屋に抵当権が設定されていることを当然に確知しているとは言い難く（賃貸借契約の成立後に、抵当権の設定されることもある）、たとえ知つたとしても、被担保債務の不履行のときには直接抵当権者甲に支払うべき立場にあることまで、確知することは稀であろう。そうだとすると、五十一条の趣旨から考えても、借り主丙の期待を保護するためには、丙は原則として、甲の抵当権登記の後に乙に対して丙が取得した反対債権をもって甲に対して相殺をもって対抗し得る、と解するべきであろう。さらに、丙が家屋に抵当権の登記がなされたことを知らされ、かつ被担保債務不履行のときは抵当権者甲に支払うべき立場におかれていることを知らされて後に反対債権を取得したときのみ、相殺をもって対抗しえない、と解するべきではなからうか。

なお最一小判平成一四年三月二八日（民集五六卷三号六八九頁）は、反対債権が敷金返還請求権である場合について、敷金返還請求権の特殊な法的性質を理由に、抵当権登記の後に賃借人が取得した反対債権による相殺を認めるに至っている。

七 一般債権者甲ダッシュの地位

1 債権の上の先取特権については——物上代位によって債権の上の先取り特権が生じる場合も含めて——先取り

特権の効力として、三〇四条によって差押えて第三債務者から支払いを受ける場合、他の債権者に優先して弁済を受けることができる。他の一般債権者が差押えたときも配当要求して優先弁済を受け得る。ここで重要なことは、債権質の場合には、一般債権者に優先弁済権を對抗するためには、第三債務者以外の第三者に対する對抗要件としての、確定日付を備えた通知・承諾がなされることが必要であるが、債権の上の先取り特権では、これを必要としない。条文中の根拠としては、債権の上の先取り特権は、転貸賃料債権の上に賃料債権者が取得する先取り特権がそうであるように、動産先取り特権の形で扱われており、そしてこれを一般化することができるから、一般に債権の上の先取り特権は、動産先取り特権と同じく、一般債権者に対する特別の對抗要件を要せずして、優先弁済権を有すると解し得る。また実質的な利益衡量上の根拠を考えると、先取り特権は当事者の合意によらず、法律上当然に発生する権利であるから、権利者を手厚く保護するためには、なるべく権利行使の要件を簡易にすることが必要だからであると解することができる。もっとも物上代位によって債権先取り特権が発生する場合には、原形としての抵当権や質権に、登記などの公示方法が備わっており、物上代位によって生じる債権が実質的にはこれを受け継いでいるといえよう。

2 以下の判例は、次章で扱う、先取り特権の設定された債権（物上代位により生じる場合も含む）を三〇四条により差押えた者と当該債権の第三取得者との優劣の問題に近い問題であるが（従来、学者もこの文脈で論じることが多い。例えば内田貴「民法（Ⅲ）債権総論・担保物権」東京大学出版会 四一四頁）しかし理論上、厳密には一般債権者の地位に関する重要な問題の一つと見るべきであるから、ここで取り上げる。

最一判平成一〇年三月二六日（民集五二巻二四八三頁）は、「債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は、一般債権者の申し立てによる差押え命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決すべきである」とする。

事案は、派生的物上代位に関するものであり、質貸人乙の丙に対する将来の質料債権を一般債権者甲ダッシュが民法により差押えた後に、質貸人乙が、甲のために当該家屋に抵当権を設定し、その後、乙の甲に対する被担保債務の不履行のため、甲が前記質料債権に先取り特権を取得したとして、三〇四条による差押えをなし、その結果、甲の右の差押えと一般債権者甲ダッシュによる差押えの効力としての処分禁止との優劣が争われたわけである。仮に、本件で甲による抵当権の登記が先になされ、その後一般債権者甲ダッシュが差押え命令を得たのであれば——たとえ甲による三〇四条の差押えがその後であったとしても（後述の平成一〇年の二つの判例の基準に従えば）——甲は一定の手続きを経て優先弁済を得ることができたことは疑いない。その限りでは正当な判決である。ただし上記判例は、代償的物上代位のときと派生的物上代位のときと区別しないで、同じように、元の抵当権の登記の公示力を派生的物上代位によって生じる質料債権の上の先取り特権に認めているが、派生的物上代位のときは、質料債権と元の抵当不動産の間に同一性が乏しいことを考えると、同様の公示力を質料債権について認めてよいか疑問である。この点については、詳しくは次の章で取り上げる。

さてこの事案において問題になっているのは、一般債権者甲ダッシュの取得した差押命令の効果としての処分禁止命令の意味である。この中には弁済禁止や第三者への譲渡禁止が含まれることは当然であるが、担保物権の設定も同様に扱うべきであるというのが判決の立場である。

判示が、一般債権者による差押命令の効力として、その後になされる抵当権設定につき、処分禁止の効力を認めたことは正当であろう。もし仮に、差押命令送達の後になされる、他の債権者による抵当権設定の効力を優先して認めるならば、その者にだけ優先弁済権を与えると同様の結果を生じてしまい、配当期日までに配当要求した債権者に平等の弁済を与えるという法の建て前に反してしまうからである。なお原告側の上告理由（民集二二巻二五〇〇頁）に

は、抵当権が否定されると、優先弁済をうけられないのみでなく、一般債権者としての配当にもあずかれないことになって不公平だと主張するが、しかしこの主張は誤解に基づくものであって、甲は一般債権者として、配当要求することによって他の債権者と平等な弁済を受けることはできると解するべきである。

八 転貸賃料と物上代位

乙が甲に対する債務の担保のためにその所有する家屋に抵当権を設定し、その家屋を丙に賃貸し、丙が丁に転貸したとしよう。三一四条により、賃貸人乙は、賃借人丙に対する賃料債権の担保のために、丙の丁に対する転貸賃料債権の上に先取り特権を取得する。ところで乙の甲に対する債務が不履行になったとき、その後生じた乙の丙に対する賃料債権の上に、抵当権者甲は物上代位によって、先取り特権を取得する。したがって、より正確に言えば、乙は丙に対する賃料債権の取立のために丙の丁に対する転貸賃料金債権の上に先取特権を取得するが、この先取特権によって担保された賃料債権の上に、さらに、甲は乙に対する遅延債権の取立のために先取特権を取得する。このような先取特権の重疊的な結合の結果、甲は直接に一定の手続のもとに丁から取立てて優先弁済を受けることができる。但し優先弁済を受け得る金額には一定の制限がある。例えば乙の丙に対する賃料金が月三〇万円、丙の丁に対する転貸賃料が月五〇万円と定められていたとき、抵当権者甲は、乙の甲に対する、例えば二〇〇万円の被担保債務の弁済に充てるために、被担保債務の不履行後に生じた乙の丙に対する、賃料月三〇万円分について、丙の丁に対する転貸賃料五〇万円から乙ダッシュ（乙以外の、丙に対する一般債権者）に優先して取り立て、この三〇万円を甲ダッシュ（甲以外の、乙に対する一般債権者）に優先して、乙に対する被担保債権の弁済に充てることになる。したがって丁の丙に対する賃料五〇万円のうち残額の二〇万円分については丁が直接に丙に弁済すべきことになる（もっともこれについても甲は民法によって差押えて、乙に対する債権の弁済にあてることができるが、他の債権者と平等の割合に限られる。要するに甲

は丁から五〇万全額を取り立てて乙に対する債権の優先弁済に充て得るわけではない。但し、このとき甲は四二三条の債権者代位権を行使して、事実上、優先弁済を得ることができるかどうかが問題とされている。内田前掲書二九〇頁参照。

もっとも抵当権者甲の、物上代位による乙の丙に対する賃料債権の行使を妨げる目的で、乙、丙、戊が共謀して乙丙間の賃料五〇万円の賃貸借契約を解除して、あらためて乙と戊の間に一〇万円の低廉な賃料の賃貸契約を結び、戊と丙の間に五〇万円の転賃借契約を結ぶような、脱法的な行為があったときには、最高裁判例は、例外的に、転賃賃料五〇万円について、甲は物上代位権を行使し、これを差押えて優先弁済に充て得ることを認めた。不当な脱法行為を無効とする趣旨で賛成してよい。(最一小判平成二年四月一四日民集五四巻四号一五五二頁。なお従来この判例がとりあげられる際、上記三二四条が言及されることがなかったが、これも重要な論点の一つであることを指摘しておきたい。)

第三章 第三取得者丁の地位について

一 総説 1 原則的考察 第一章で述べたように、筆者の考えでは、民法の明文の規定上は、債権の上に先取り特権が成立しているときの第三取得者の地位について規定を設けていない。したがって関連する諸規定、諸制度との関連性の検討を通じて、条理によってその欠落をうめることが必要となる。そのため、筆者の見解では、物権変動の一般法理、動産先取り特権の第三取得者に対する対抗力法理、債権譲渡や債権質入れの対第三取得者対抗力に関する法理を取り入れて次のように解するべきだと考える。

すなわち乙の丙に対する債権の上に、甲のために先取り特権が成立するとき、先取り特権者甲は乙の丙に対するの債権を差押えて(三〇四条)、一般債権者に優先して弁済を受けることができるが、その差押えは、先取り特権の成立

を第三債務者内に確定日付を備えて通知するのと同じ意味をも有する。したがって当該債権を乙から譲渡された（あるいは質権の設定を受けた）丁と差押えをなした甲との間の優劣は、基本的に債権の二重譲渡があったときの（あるいは債権譲渡と債権質入れとが競合するときの）優劣の問題と同じように処理されるべきだと考える。

このことは基本的には、抵当権や質権の物上代位の規定（三〇四条、三五〇条、三七二条）によって、債権の上に先取り特権が発生する場合にもあてはまる。

債権の上の先取り特権に関するこのような理解が、動産先取り特権における第三取得者の地位に関する規定と整合性を有するか、も検討すべき課題である。

2 判例の流れ概観 以上の見地から筆者の見解を具体的に述べる前に、簡単に従来判例の流れを時系列に沿って紹介しておこう。従来、この問題に関しては、判例・学説の上で多くの争いがあり、支配的な見解も著しい変遷を遂げた。その際、物上代位に関する三〇四条の但し書きの立法趣旨を如何に解するかの問題と関連させて論じる傾向があった。（これについては多数の先行研究がある。例えば谷口安平「物上代位と差押え」民事手続き法論集第四巻一一七頁二〇〇〇年信山社、生熊長幸「物上代位と収益管理」一七一頁、有斐閣平成一五年。新版注釈民法九柚木・高木編、小松茂雄執筆一五三頁、平成一〇年有斐閣。内田前掲四〇一頁、五一六頁、今尾真「動産売買先物特権に基づく物上代位とその目的債権の譲渡、明治学院大学法学研究七九号（一〇〇八年）四六頁以下）解りやすく、系統立った学説史の具体的な叙述は、実は、問題の本質に迫った理解なしには困難であることを、余計なことながら一言しておこう。判例の流れを見ると、一見したところ右往左往し、一貫性がないように見えるが、後に検討するようにその基底には統一的な法則性を見出し得るというのが筆者の見解である。

さてこの問題について、古くからの学者の通説は、いわゆる特定性維持説と呼ばれるものである（我妻栄民法講義Ⅲ、

新訂担保物権法二八八頁一九六八年岩波書店、柚木・高木「担保物権法」第三版二七〇頁一九八二年有斐閣 この説の根拠は、三〇四条但し書きの趣旨を、もっぱら代位物が債務者の一般財産に混入することを防ぐためと解する。この説では代位物たる債権が第三者に譲渡されても、弁済によって消滅しない限り、代位権を行使し得る。

もっとも判例は、従来、物上代位権保全説を採った。この説では、三〇四条の差押の意義を債権の保全に求め、第三債務者だけでなくそれ以外の第三取得者たる譲受人や転付命令をうけた債権者との関係でも、目的債権を保全するためと解する。したがってこの説では、物上代位の目的債権が第三者に譲渡されたり転付されると、その後、物上代位権者は優先権を行使し得なくなる（大連判大正二年四月七日民集二巻五号二〇九頁、大決定昭和五年九月三日民集九巻一一号九一八頁）。

ところが平成一〇年に予想外の判例が現れた。最二小判平成一〇年一月三〇日（民集五二巻一号一頁および最三小判平成一〇年二月一〇日（裁判集民事一八七号四七頁、判時二六二八号三頁）の判決である。それは第三債務者保護説と呼ばれているが、三〇四条の趣旨を第三債務者の保護におくと同時に、抵当権の公示力に差押えの公示力と同等な公示力を有することを認め、抵当権設定登記時と第三取得者への譲受の確定日付の時の前後によって、優劣を決定すべきだとする。なお平成一〇年三月二六日判決（民集五二巻二号四八三頁）も同様な趣旨の判例と見られているが、前に第三章七で述べてように、筆者は、一般債権者による差押命令の処分禁止の意味を如何に解すべきかに関する判例とみるべきだと考える。

しかしその後、抵当権に基づく派生的物上代位に関して、一般債権者甲ダッシュが転付命令によって当該債権（賃料債権）を取得した場合について、最三小判平成一四年三月二二日判決において、上記平成一〇年判例と事実上全く異なる判断をなし、大きな波乱を呼んだ。た。すなわち抵当権設定登記の後に、しかし代位権行使としての甲の差押

えの前に、転付命令を得た一般債権者が優先すると判示した。さらにその後、動産売買の先取特権が成立する事案について、最三小判平成一七年二月二日（民集五九卷二号三一四頁）は、先取り特権には、抵当権と違い公示方法を備えていないことを理由に、甲の先取り特権取得時ではなく、先取り特権を行使して差押えた時と、第三取得者丁が当該債権を確定日付を備えて譲受した時の前後関係によって、優劣を決めるべきとした。

3 動産先取特権の対抗と背信的悪意者排除の法理 筆者の見解を以下に述べるにあたって、先ず、動産先取特権の物權變動理論とこれに関連する背信的悪意者排除の法理について取り上げよう。債権の上の先取り特権は、法規定の上では（賃貸料債権の担保のために転賃賃料の上に存在する先取り特権のように）動産先取り特権の一つとして規定されている（三一四条末尾参照）ところから言っても、統一的に捉える必要があるからである。

ア 動産先取特権の対抗力 動産の上の先取り特権の対抗力については、三三三条により、債務者が、その動産を第三取得者に引き渡した後においては、これを行うことを得ない、旨の規定が設けられている。前稿では、この規定について、筆者は、第三取得者が悪意もしくは重過失のあるときに、保護されるのは条理からいって認めることはできず、その適用は第三取得者の善意無重過失のときに限られるべきだと述べた（志林一一〇卷三号一六三頁）。そしてこのことを債権の上の先取り特権にも当てはめ、善意、無重過失の第三取得者は同様に保護されて然るべきだと述べた。しかしこの説明は軽率であり、悪意者を排除する結論自体は妥当であるが、その理論的根拠付けはきわめて不十分であった。（このように考えるについては、その基底に、前述のように、本来は債権の上の先取特権と解すべき、不動産賃料債権の担保のため転賃賃料について、これが明文上では動産先取特権として規定されているところから、一般に債権の上の先取特権を動産先取特権に準じて扱ってよい、对第三取得者の関係でも然り、との憶測があったといえよう）改めて以下のように補充訂正する。

三三三条およびその適用において悪意者を排除する理論の根拠としては、次のような二つの根拠が考えられる（なおこの点について、前稿でも紹介したように、道垣内教授は、動産先取り特権が設定される動産は、日常生活上重要な意味をもった動産が多いことを挙げられている、したがって悪意の取得者を排除しない考えであるが、筆者はこの見解にはくみし得ないことを改めて述べておきたい）。

第一の考えは、動産先取り特権に公示方法が定められていないことは、この権利には、特殊の効力が与えられ、公示方法がなくても第三取得者に対しても完全な物権が成立し、したがって第三取得者は、本来は、その善意、悪意を問わず、先取り特権を對抗されるとする考えを前提にする。しかし解釈上、公平の見地から例外的に、一九二条の即時取得の特別規定の適用により、善意無過失の第三取得者は保護されて、先取り特権の負担のない完全な所有権を取得する、という考えである。三三三条の解釈に即時取得の規定を取り入れた星野英一教授の説はこれであろう（星野民法概論Ⅱ二〇九頁。前掲拙稿志林一一〇巻三号一六四頁参照）。

第二の考え方は、本来、物権は公示方法を備えているときのみ、第三者に対抗し得る、との原則を貫徹する考え方である。すなわち動産先取特権には公示方法が欠けていることを前提としたうえで、公示方法を備えない限り動産先取特権者は第三者に対抗しえない。それは不動産登記と同じであり、不動産登記を備えてなければ不動産物権変動を第三者に対抗しえないのと同様である。したがって動産先取特権の付着した動産を取得し、その対抗要件を備えた第三取得者は、その善意・悪意を問わず、保護され、優先的に権利を取得する、という考え方である（同旨、平野裕之執筆アルス九九頁）。もっとも基本的に第二の考え方をとった場合でも、近時、背信的悪意者排除の法理が判例・学説上認められるに至っていることを考慮にいて、これを導入することが考えられる。これを導入するならば、動産先取り特権の設定された動産の第三取得者に背信的悪意者に相当する事情があるならば、第三取得者は保護されず、

先取り特権者はこの者に先取り特権を對抗しうる、との帰結を導き出すことができる。

ここで参考になるのが、農業用動産に認められている、動産抵当についての考え方である。動産の上に例外的に認められている抵当権については、自動車抵当や航空機抵当の場合そうであるように、登記ないし登録によって公示されることになっている。しかし農業用動産の場合、そのような公示方法であるはずの登録制度が不完全であることに鑑みて、農業用動産抵当権者は悪意の第三取得者に対しては、抵当権を對抗しうるとの規定が設けられている（農業動産信用法一三条一項、二項。高木多喜男「担保物権法（第三版）三〇六頁、二〇〇二年、有斐閣参照」。この規定の趣旨を、動産先取り特権の場合にも取り入れることができるのではなからうか。そうだとすると、第二の考え方を採った場合にも、背信的悪意者排除の法理を、本来の物権変動の場合よりも、より広く、したがって本来の場合よりも要件を緩和し、かならずしも悪意の場合に限定することなく、重過失の場合にも、さらには事情によっては、単純過失の場合にも、導入してよいのではなからうか。

以上述べた第一の考え方と第二の考え方を比べると、後者のほうが、フランス法と同じく——ドイツ法と異なり——物権変動を、その当事者の間での物権変動の効力発生と第三者に対する対抗力の二段階に分けて規定する建て前を採るわが民法の体系に、一層適合するのではなからうか。

イ 背信的悪意者排除の法理について

この法理について、筆者はかつて、物権変動の對抗要件（一七七条）の意義と関連して論じたことがある。ここであらためて筆者の見解を述べよう。

登記の對抗要件の意義に関しては、かねてから相対的効力説、否認権説、不完全効力説、法定承継取得説など、多くの説が主張されたが、筆者は、登記を「両立し得ない物権変動の前後関係を決するための法定証拠」と解する。か

つて石坂晋四郎博士によつて「登記を両立し得ない物權變動の有、無を決するための法定証拠」とする説が主張されたことがある。法定証拠と解する点は共通するが、しかし何に関する法定証拠であるか、の点で異なっている。前後関係の事実認定のための法定証拠と解することは、債權譲渡の債務者以外の第三者に対する對抗要件が確定日付のある通知・承諾（四六七条二項）と定められている趣旨と共通する意義を一七七条に与える見解といえよう。法定証拠と解することは、先後関係の認定を自由心証主義に任せるよりは、通常、公平で簡易な事実認定に資するのみならず、取引の安全に役立つ。登記がなされていない限りは、權利變動が無いものと信じて取引し得るからである（以上のような法定証拠説については、拙稿「取得事項と登記」法学志林六五卷三号二九頁および「一七七条の第三者」一九七三年有斐閣「判例演習・物權法」四五頁参照）。

登記の對抗力をこのように理解すると、登記の有する法定証拠力を覆すような重大な事実が証明されたとき、つまり登記を先に得た者が、実際には、後に取得したという重大な証拠が存在し、かつこの者が悪意もしくは重過失のある者であったことが立証されたときは、例外的に、この者は登記の法定証拠力を援用することが認められなくなる。このように、背信的悪意者排除の法理は、法定証拠説の根拠自体から導き出される命題であり、したがって「原則と例外」の関係であるとはいえ、表裏一体の関係にある。その点で、「權利濫用」の法理や「信義則」の法理のような一般条項により一般法規の適用を制限する論法と比べ、背信的悪意者排除の法理を援用することは、比較的容易ではなからうか。もっともこの法理を後に考察するように、債權の上の先取特權の場合に実際に援用する際には、具体的な事情を考慮に容れ、場合にに応じてその要件をかなり緩和して用いることになる。

補論 一七七条の對抗力に関する若干の補足的説明

（一） そもそも一七六条によつて当事者の意思表示だけで完全に物權變動の効力を生じることと、一七七条により登記なしには

第三者に対抗しないこととは、兩者をともに実体法上の規定と理解しようとする限り、「左手で与えたものを右手で奪う（末川博）」関係であつて、矛盾なく説明することは不可能ではなからうか。もっともこの点、公信説においては、一七七条は取引安全のために登記に公信力を与えた規定と解するから、両条を実体規定と解しても、その間に矛盾はないが、しかし登記に公信力を与えるということは、わが民法の基本的な法原則のひとつを真つ向から無視する点で、大きな難点があろう。

筆者の主張する法定証拠説は、より早く登記のなされた物權變動が通常、より先になされているのが普通であるという一般法則を踏まえ、事態に則した公正かつ簡易な事実認定を目的として、前後関係に関する事実認定上の争いにたいして、法定証拠制度を採用したものと解するので、両条に矛盾はない。

(2) なお筆者は法定証拠説の当然の帰結として、共に登記のなされていない物權變動の間では、自由心証主義によつてより早くなされた認定されたほうの物權變動が優先的効力を有すると解することになる。もっともわが国の判例の立場からは、互いに對抗しえない、したがって互いに既存状態を変えるよう請求することができない、とする立場である（フランスでは、意思表示による物權變動の早いほうが優先すると解されているようである。事実上、筆者の説に近いといえよう。（滝沢律代「物權變動の理論Ⅱ」一一三頁、有斐閣、二〇〇九年参照。同教授も法定承継取得説の立場から、同様に解されているようである）。ただし共に登記の無い者の間で優劣が争われるという事態は、仮登記や仮処分制度の利用のため、実際上は稀であり、その意味では、単に觀念上存在しうる論争ではなからうか。

(3) ちなみに筆者は、時効制度（とりわけ消滅時効制度および長期取得時効制度の一部）は法定証拠制度と解する（拙稿前掲「取得時効と登記」法学志林六五巻三号および「時効制度の存在理由」加藤・米倉編「民法の争点」参照）。近時の有力説として、「真実の権利者の保護」を制度の目的と解する説があるが（星野・草野説）、これを実体規定と解する限り、時効制度の適用によつて、真実の権利者が時に權利を失う結果となることを矛盾なく説明することはできないのではないか。採証上の法定証拠制度と解することによつてのみ、權利行使を怠つた者が權利を失う事態が時には発生することを合理的に説明しうる。ここでも時効の完成を阻止する方法として、権利者は訴えの提起の手段があり（一四七条）、これを怠つた権利者が權利を喪失するのはやむを得ないと解し得る。ちなみに時効制度が採証上の制度であると解することは、旧民法では、証拠編の中にこれが規定されていたことに鑑みても、決して不合理な説とはいえないであらう。証拠法上の規定が民法典に含まれることは、たしかに現行民法典では異例ではあるが、「民法典の性質上あり得ない」とまではいえないであらう。刑事法では法定証拠制度が重要な意義を有することはいふまでもない。

2 以上述べたところにしたがって債権の上の先取り特権（抵当権などの物上代位によって生じる場合を含む）を具体的に検討しよう。

二 個別的検討

1 典型的事例 典型的な事例を挙げる。甲の乙に対する債権の担保のために、乙の丙に対する債権の上に先取り特権が成立している場合、乙がこの債権を丁に譲渡し確定日付を備えた。他方、甲は先取り特権を行使するために、この債権を三〇四条により差押えたとしよう（差押えが当然に確定日付を備えていることはいまでもない）。なお筆者の見解では、前述のように、三〇四条は物上代位の場合のみならず、もともと債権の上に先取り特権が成立したときにも適用されると解する。このとき甲の取得する先取り特権と丁の譲り受けた債権のいずれが優先するか。確定日付のより早い方が優先するとの原則が適用される。したがって甲の差押えによる確定日付が早いときは、丁の取得した債権の上に、甲のために先取り特権が成立するから、甲は丙から取立て、甲の乙に対する債権の弁済に充てることができる。逆に、丁の譲受の確定日付が先であれば、甲は先取り特権を失い、丁はその負担のない債権を取得する。基本的には、債権の二重譲渡の場合の四六七条二項および債権の質入れについて同条を準用する旨の三六四条による。これについても明文の適用条文は存在しないが、条理によって、その欠落を補充するわけである。

（なお前述のように元来は動産先取り特権が成立していたが、三〇四条の物上代位によって債権の上の先取り特権が成立した場合についても、以上と同様な関係が成立する。不動産の上の先取り特権（三二五条）については、登記によって公示されている関係上（民法三三七条以下参照）、その物上代位によって、債権の上に先取り特権が成立する場合には、次段で述べる予定の、抵当権の物上代位におけると同様な問題を生じる。）

前掲の平成一七年の最高裁判決は、まさしくこの見解に則した判決である。すなわち甲、乙間の動産売買契約から生じた甲の乙に対する代金債権の担保のために成立した、目的動産の上の先取り特権が、乙から丙への転売により、

三〇四条の物上代位の規定の適用によって、乙の丙に対する転売代金債権の上の先取り特権に転化したときに、一方で、甲によって物上代位権の行使のために三〇四条但し書きの差押えがなされ、他方で、当該転売代金債権が乙から丁へ譲渡されて丙に譲渡通知がなされ、かように両者が競合した事案において、両者の優劣の決定の基準を確定日付の先後によるものとして、結局、丁の請求を認めた。

2 典型的事例における二つの類型と判例 ア 二つの類型 a 甲の乙に対する債権の担保のために乙所有の家

屋に抵当権が設定され、その登記がなされた。その家屋が丙の過失によって滅失したとき、三〇四条の物上代位（代償的物上代位）により、（筆者の見解では）甲は、乙に対する債権の担保のために、直ちに、乙の丙に対する損害賠償債権の上に先取り特権を取得する。この場合、一方で、これを行使するために、甲が同条但し書きによる差押えをなし、他方で、乙が丙に対する損害賠償債権を丁に譲渡し、確定日付を備えた譲渡の通知が乙から丙に対してなされた。このように甲の差押えと丁の譲受とが競合するとき、いずれが優先的効力を有するか。

b 甲の乙に対する債権の担保のために、乙所有の家屋に抵当権が設定され、その登記もなされたが、乙はその家屋を丙に賃貸した。甲は、被担保債権が債務不履行になった後に、あらたに発生した賃料債権の上に、三〇四条の物上代位（派生的ないし付加的物上代位）によって直ちに（筆者の見解によれば）先取り特権を取得する。この場合、一方で、甲は物上代位権の実行のために三〇四条但し書きの定める差押えを行った。他方では、乙は丙に対する賃料債権を丁に譲渡し、丙に対して確定日付を備えた譲渡の通知をなした。このように甲による差押えと丁の譲受が競合するとき、いずれが優先するか。

イ 判例 判例はaとbを区別することなしに、前述したように、甲による差押えと乙から丁への譲渡の先後を基準となさず、抵当権の登記の時期と譲渡の時期の先後を基準にする。したがって甲による抵当権の登記が先ずなされ、

ついで乙から丁に賃料債権の譲渡がなされ、さらにその後甲による差押えがなされたとき、丁ではなく、甲が優先するとした。このような判断の根拠として、登記の公示力を援用する。すなわち、抵当権の登記によって、乙の丙に對する債権の上に先取り特権の効力が生じうべきことを丁は、乙から譲受する前に知り得たはずであることを挙げる。

ウ 筆者の見解 筆者は判例の採用する基準に疑問をもつ。登記の公示力に意味を持たせることは賛成であるが、これを過度に重視している。またaとbとを区別して論じるべきではなからうか。

aの代償的物上代位の場合、元の形の建物と、その滅失のとき発生する損害賠償債権との間には実質的に一体性があるから、建物の登記による抵当権の公示力がその滅失のとき生じる損害賠償債権の上の先取り特権の公示力となりうる。しかしbの場合の派生的物上代位の場合、建物本体と賃料債権との間には一体性があるにしても、わずかである。建物の抵当権の登記による公示力が直ちに被担保債権の不履行のとき発生する賃料債権の上の先取り特権の公示力となりにくいではなからうか。両者を区別して論じるべきであらう。

まず、aの場合、丁は乙から損害賠償債権を譲り受けるにあたっては、その元の形である建物の登記簿を調べ権利関係を確かめた上で譲り受けるのが取引の常道であらう。したがって建物に抵当権の登記のあるときは、当然に損害賠償債権の上の先取り特権を知りつつ譲り受けたものとして扱われてやむをえない。そして甲のための先取り特権の発生の時期は（すなわち建物滅失の時期）は事実上、丁が債権を譲受した時期より先であったことは容易に了知するのであるから、筆者の見解では——債権の二重譲渡の場合の法理を準用して、本来は、丁への譲渡が甲による差押より先であるときは、丁が甲に優先するはずであるが——ここに背信的悪意者排除の法理を適用することによって、悪意の丁よりも、先に先取り特権を取得した甲を（甲による差押えの時期は後であるけれども）優先して、保護すべきではなからうか。それに対してbの派生的物上代位の場合には、建物の抵当権の登記があったときでも、賃料債権の上

に甲が先取り特権を取得したことを丁が当然に知ってこれを譲り受けたと見做すことは無理ではなからうか。丁が賃料債権を譲り受ける際に、甲のために先取り特権が発生していることを丁が知っていたことが甲によって証明されたとき（そのためには被担保債権の不履行の事実を知っていたことも甲は証明する必要がある）はじめて、甲は、背信的悪意者排除の法理の適用によって、丁に対抗して先取り特権を主張しうる、と解するべきであろう。

3 丁の取得が転付命令によるとき

ア 問題の所在 前述したように（本章二参照）、平成一四年の最高裁判決は、第三取得者丁が転付命令によって債権を取得した場合について、平成一〇年の第三債務者保護説による判決と矛盾するかに見える判断を行った。やや詳しく説明すると、甲の乙に対する債権担保のために乙所有家屋に抵当権が設定されていたが、丙（愛媛県）と用地買収契約契約を結び、これにより、地上建物について移転補償金債権を取得した。その後乙の一般債権者甲ダッシュがこれを差し押さえて、転付命令を得て第三債務者丙に送達された（したがって本件の場合、甲ダッシュが第三取得者丁の地位に就くことになる）。ところが、転付命令が確定する前に、同建物に抵当権を有した甲が物上代位による差押えを行った。このような事案について、仮に、平成一〇年の第三債務者保護説を適用すれば、抵当権の登記が、転付命令の発効期日より先になされている本件では、抵当権登記の公示力が、移転補償金債権にも当然に及ぶものと考えられ、抵当権登記が先になされている抵当権者甲が優先し、甲が丁、つまり本件の甲ダッシュの譲受した債権に先取り特権を行使し得ることになりそうである。

イ 判例 しかし最高裁は丁（つまり本件の甲ダッシュ）を優先させた。その理由として、民事執行法の規定を援用する。すなわち同法一五九条三項は「転付命令が第三債務者に送達される時までに他の債権者が差押え（中略）をしたときは、転付命令は、その効力を生じない」と規定している。最高裁は、物上代位による差押えを民執行法の同条項

にいう差押えと同視して、転付命令の第三債務者への送達までに物上代位による差押えをしていなければ、転付命令が優先するとした。おもうにこの判決が、一般債権者の差押えと物上代位権の行使のための差押えを同視するのは正当ではない。

両者は、差押えという外形の点では共通するが、その目的も、その行使者も全くことなり、異質的なものである。すなわち一般債権者の差押えは、まさしく不特定の一般債権者が平等な弁済を得る目的で差し押さえるのに対して、三〇四条の差押えは、すでに抵当権や質権のように、優先弁済権もっている特定の債権者によって、優先弁済権の具体的な実現のために行われるものだからである。三〇四条の目的（一般的にいえば、債権の上の先取り特権行使の要件としての債権の差押えの目的）という点からいえば、前にも述べたように、これはむしろ債権質権設定や債権譲渡の場合の第三債務者ないし第三取得者に対する対抗要件としての、第三債務者に対する、質権設定者および債権譲渡人からの通知と、基本的に共通した性質を有するといわなければならない。けだし三〇四条が要求する債権の差押えは、何よりもまず、債権の上の先取り特権の第三債務者に対する対抗要件としての差押えだからである。したがってその結論の根拠づけとしては、妥当ではない。この判例については多くの学者は疑問を呈する。しかしこれを支持する説もある。もっともその理由として「転付命令を得た差押え債権者は、転付命令から、独占的満足を与えられているのであり、この意味で債権者間で相争うという状態が消滅しているからだ」と説かれる（道垣内弘人「担保物権法（第三版）一五五項二〇〇八年有斐閣。同旨前掲新版注釈民法九、一七六頁）。しかし債権の支払いに代えて、第三者に対する債権を譲渡する関係と整合的な説明ができないことを考慮すると、この説には賛成できない。

ウ 私見 筆者は、判例による事案の解決には賛成であるが、その根拠については次のように考えたい。背信的悪意者の法理の適否がここでは重要な問題となる。

a 甲が抵当権の物上代位によって、乙の丙に対する補償金債権の上に先取り特権を取得した時期は、丁（本件の場合では甲ダッシュ、以下同じ）が転付命令によって補償金債権を取得した時期より前であるが、他方、甲の先取り特権が第三債務者以外の第三者への對抗要件を得た時期は、甲の三〇四条による差押えの時期そのものであり、これは丁が転付命令により補償金債権を取得した時期より後である。したがって甲が、先取り特権の成立が事実上先だったこととおよび、丁が背信的悪意者だったことを、（すなわち丁の取得時、すでに甲の先取り特権の成立していることを知りながら、もしくは重過失によって知らずに、取得したことを）立証してはじめて、甲が優先することになる。本件の場合、前者の立証は容易だが、後者の立証はきわめて困難と言わざるをえない。けだしそれには二つの事情が存するからである。

b 第一には、前にアで述べたような、家屋の滅失のときに加害者が賠償金を払う場合と違って、補償金を県が支払う場合であり、このような場合、そのための手続きを県が行うについては、土地の権利関係も調査したうえで、場合によっては、補償金を抵当権者に支払って被担保債務を消滅させるとか、あるいは支払わずに補償金債権の形をとるならば、抵当権者のために質権を設定するとか、もしくは供託するとか、然るべき措置を権利者のために講じ、あるいはその仲介の労を取ることが期待されるのではなからうか。したがって補償金債権を転付命令によって取得しようとする丁のほうに、元の土地の権利関係を登記簿によって調査するよう要求するのは無理で、したがって丁の側が、元の土地に抵当権が設定されていない土地だと信じ、先取り特権の不存在を信じて譲り受けても、重大過失があったとは言いがたく、通常、背信的悪意者の認定に阻止的に働くといえよう。

第二に、丁が、国の関与してなされる転付命令によって補償金債権を取得したことである。甲による、先取り特権の取得のほうが先であっても、第三取得者丁の取得は、公的手続きを経た取得であるから、先取特権が存しないと信じて丁が取得しても、責められることは少く、通常、背信的悪意者の認定を阻止する付加的事情の一つといえよう。

思うに第一と第二の理由は、単独では、背信的悪意者の認定を否定する（したがって丁を勝たせる）事由になりえないが、両者が重なることによってその認定が（つまり丁を勝たせることが）可能かつ必要になるのではなからうか。いずれにせよ背信的悪意者の認定は諸般の事情を総合的に考慮して決定すべきであろう。

c ちなみに前掲判決は、第二の事由つまり丁が転付命令によって取得したときは、第一の事由つまり県による補償金の支払という事由がなくても、丁を優先させる趣旨と読み取れる。このような考えの背景には、仮に甲を優先させることにした場合、厄介な事態が生じるので、これを避けようとした意図が潜んでいたのではないかと考えられる。そこでこの場合に具体的に如何なる関係が発生するかを検討しよう。仮に甲を優先させたとしても、そのときは、一般的に見られる、債務の支払いに代えて債権を譲渡するときに、譲渡した債権が譲渡人に帰属する債権でなくて、他人に帰属する債権だった場合と基本的に変わらない。したがって甲が先取り特権を実行して、その結果、丁が一旦取得したはずの債権を失う場合でも、丁は、その代わりに、一旦転付命令の発効によって満足を得て消滅したはずの乙に対する債権が復活するかたちでこれを再取得することになる。このような結果は、丁が甲に優先するときと比べて、丁にとって好ましいものではなく、裁判所の下した転付命令が無効になることは裁判所の権威を貶めると見られなくもないが、しかし、転付命令は、もともと丁の選択にしたがって裁判所が転付債権を決定してなすものであるから、選択を誤った丁が不利益を被ってもやむを得ないと思われる。またこのことを考えるなら、裁判所の権威を問題にすることは全く無いと思われる。

第四章 まとめ（筆者の見解の特色）と法解釈学（実用法学）の目的・方法

一 まとめ（筆者の見解の特色）

前稿では主として、いかなる場合に「債権の上の先取特権」が成立するか、について具体的な事例をあげつつ論じたが、本稿では、主として「債権の上の先取特権」の効力について論じている。以下、これに関する筆者の見解の特色を列記しよう。

第一に、従来、判例・学説は一般先取特権と異って、特定先取特権については、債権の上の先取特権を正面からは認めてこなかった。単に事実上これを認めていたに過ぎない。正面から認めることによって、従来、不当利得法理の援用などによる極めて複雑難解な表現方法を用いて説明していた諸問題を、より解りやすく整理し体系的に把握しやすい形で説明することができ、さらには、より体系的でより現実在即した解決の途を指し示すことができると考える。

第二に、担保物権の物上代位の規定の適用によって生じる、「代位目的物に対する優先的支配権」（三〇四条、三五〇条、三七二条）も、債権の上の先取り特権の性質を有していると解し、統一的に把握する。

第三に、従来、債権の上の先取り特権が、明文の規定の上で、動産先取り特権の一つとしてとりあげられることがあった（不動産転貸貸料債権の上のそれなど、三三一条一号）。債権の上の先取り特権の効力を考えるとき、これを考慮する必要がある。動産先取り特権と同じく、第三者に対する対抗要件を備えないまま、一般債権者に対して先取り特権の効力としての優先弁済権を主張することができる。

第四に、物上代位に関する三〇四条は、物上代位によって債権の上の先取特権を取得した者が権利の行使のためになす差押えが、第三債務者に対する対抗要件であることを規定していると解釈しうるが、このことは、債権の上の先取り特権一般についてもあてはまる、と解される。このことと関連するが、債権質に関する法律関係は、債権の上の約定担保物権であって、債権の上の先取り特権と、基本的に類似する性質を有している。したがってとりわけ第三債

務者に対する問題の処理においては、債権質の規定を準用すべき場合がすくない。他方、債権質権の処理については、債権譲渡の規定が準用される。したがってその限りで、債権譲渡の規定が債権の上の先取り特権にも準用される。

第五に、三〇四条で定める差押えに関する規定は、前述のように、債権の上の先取り特権一般に適用されるが、その際、その適用は先取り特権者甲と設定者たる債務者乙と第三債務者丙および一般債権者甲ダッシュの四者間に限られ、第三取得者丁の地位については触れていないと解する。この問題については、いわば空白の領域であって、関連する他の諸制度を参考にしながら条理によって空白をうめなければならない。この点については、従来、三〇四条の立法趣旨を如何に解するか議論が、丁の地位を如何に解するか問題と、直接に結び形でなされていたのと大いに異なる。

第六に、以上の観点で丁の地位を検討するとき、債権の上の先取り特権の権利者甲と債権の第三取得者丁の優劣は、基本的に——債権譲渡の二重譲渡のときの優劣の基準として、確定日付けを具備した譲渡通知の先後関係が用いられるのに準じて——一方で、先取り特権者甲から第三債務者丙への通知の性質を有する三〇四条の差押えと、他方で第三取得者丁への確定日付をとまった通知の先後によって決するべきである、と考える。

第七に、物権変動に関する理論で、第三取得者に対する對抗要件たる登記の対効力に関して、背信的悪意者排除の法理が判例・学説によって承認されている。この法理は基本的には、準物権変動たる、債権譲渡にも、また債権質、および債権の上の先取り特権をめぐる法律関係にも適用されるべきである。

第八に、債権の上の先取り特権に関して背信的悪意者の法理を適用する場合、抵当権の物上代位によって発生する先取り特権においては、登記の公示力をどの程度考慮にいれるか、が重要である。筆者の立場からいうと、従来の判例は、一般的には過度に重視し過ぎており、また代償的物上代位の場合と派生的物上代位の場合を区別することなく

扱っているのは妥当でない。また丁が転付命令を得て債権を取得した場合の最高裁の判断は、当該事案の解決としては賛成しうるが、提示された一般的基準には賛成できない。

最後に、債権の上の先取り特権をめぐる諸問題（とくに物上代位を含めて、その効力に関する問題）は従来、体系的に充分に整理されないままに論じられてきた嫌いがあったのではなからうか、とりわけ丁の地位に関する判例の動向は混乱に陥っている観がある。本稿が、まがりなりにも、問題を整理して論じるための一種の座標軸を提供する意味をもつことができれば幸いである。

（追記）念のため、三〇四条の差押えの意義に関して、従来の学説・判例の立場と筆者の立場の差異を指摘しておく。従来の説のなかで特定性維持説は、物の上にのみ先取り特権を認める見解であるから、筆者の考えと異なる。優先権保全説と第三債務者保護説は、その命名の仕方にあらわれているように、それぞれの実体は別として、第三債務者の保護と第三取得者の保護のうちの一方のみを強調しているきらいがある。筆者は、両者を含めた命名が望ましいと考えるとともに、その際、前述したように、三〇四条の差押えの本来の意味は、第三債務者の保護にあるが、しかし関連する諸規程との関連から、これに付随的に付与される意味として、第三取得者の保護が加わっている、と解する。

二 法解釈学（実用法学）の目的と方法

1 本稿で試みた研究の基礎にある問題関心ないしモチベーションについて一言しよう。けだし本稿で試みた研究に対しては、大風呂敷を広げただけの研究で、法解釈学にとってどんな意味があるのか、それは立法論であって、裁判所に適用する、意味のある議論ではないのではないか、という疑問が投げ掛けられることが予想される。それに応

えたいと思うからである。

2 筆者は、法解釈学方法論については、恩師来栖三郎先生（代表的著作として「法とフィクション」東京大学出版会一九九九年がある）と川島武宜両先生から学ぶところが多かったが、川島先生が後期の論文「『法的推論』の基礎理論——『法的構成』による法的判断の構造と機能——」（『科学としての法律学』とその発展）で述べられている、「理論構成」の二つの意義に関する提言は、筆者の考えにほぼ一致する。それによると、理論構成には二つの異質的な意味の理論構成があり、それは「正当化的」理論構成と「指図的」理論構成である。正当化的理論構成とは、極く簡単に言って、裁判という法的判断を制定法、判例などの法源を駆使して、その正当化を行うことを主眼とする理論構成であり、指図的理論構成とは、裁判が適正・妥当になされるための指針を与えることを主眼とする理論構成である。そして同先生は、従来、多くの学者によって試みられてきた理論構成が主として、前者を目指したものであるが、しかし法学者にとって重要な課題は、むしろ後者の提示であるとされる。同先生の説く二項対立的な議論は鋭く、強い説得力がある。しかし筆者の考えるに、この両者は、言うまでも無く互いに切り離されたものではなく、両面が法解釈学にとって重要であり、その相互の関連を具体的に明らかにすることが、重要な課題である。

いずれにせよ筆者が本稿で目指すところは、主としては、指図的理論構成であるが、それが直ちに裁判所によって採用されることを望むものではない。しかしそれによって導き出される大局的な立場に立った、具体的な問題の解決の妥当性が、新たな社会的要請に適合するものであるとして、先ずは、学者の間で次第に認知され、裁判官にも理解され、それとともにそれに正当化的理論構成が加えられ、何時かは、裁判所によっても次第に承認され、採用されるに至であろうことを期待する。ここでは、法律実務家の果たすべき役割と異なる、特殊な、法学者の果たすべき先駆的役割を重視する。そしてここでは立法論も重要な比重をもって提示され、長期的スパンでその役割を考える。

3 このような法解釈学の課題については、かつて、田中耕太郎博士が、従来の二百年にもわたる手形学説を巡るドイツの学説史上の果てしない論争に関連して「近代にいたって新しく登場した法現象の理解のためには、いたずらに伝統的なローマ法的観念（ドイツ普通法学では、ローマ法は有力な法源として認められた）に頼るべきではない。新しい酒は新しい革袋にいれなければならない」として、新しい概念による手形理論の構築を提唱されたことが想起される。ちなみに筆者は、田中博士の掲げられた旗印に応えて、——民法四六八条一項に定める、債権譲渡における債務者の意義を留めない承諾の研究を進めるうちに、同条が、手形法学の核心理論である抗弁切断の法理と連なることを見出し——抗弁切断の法理の解明のために、同博士が為替手形の振出の性質を説明するに当たって初めて用いられた「仮定的債権の譲渡」という概念を一層発展させ、「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權」という観念を析出し、この概念を用いて、ドイツ民法の指図 *Anweisung* やわが民法の債権譲渡における異議を留めない譲渡の承諾、両法で定める持参人払債券、ドイツ商法典の定める商人債務証券や商人指図証券、約束手形、為替手形、小切手について、再構成することを試みた。なお筆者は、一九七五年に、わが国の手形法学にとっては、その家元ともいべきドイツに留学する機会を与えられたのを利用して、ドイツの出版社から、*Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts*（手形・小切手法の一般理論）を上梓することができた。これはドイツの学界で予想外に高く評価され、専門雑誌で書評され、標準的な教科書やコメンタールで参考文献として掲げられた（詳しくは「手形・小切手法の民法的基礎」一九九七年、信山社、はしがき参照）

なお付け加えると、数年前に、筆者は上記概念を用いて、振込み、振替えについて新たに構成する試みを行った。抗弁切断の法理を含む点において手形、小切手と共通するからである（振込について志林一〇六巻二号、三号、四号、一〇七巻一号、一〇八巻三号。振替について一〇九巻三号、四号。）

4 筆者の考える法解釈学の在り方については、かつてイエーリング (Rudolf von Jhering) が自然史学ないし博物学の手法を法律学に導入し、多数の雑多な個別的諸制度から、それらに共通する法的元素 (juristische Körper) を析出し、これを組み立てることによって、多数の法制度を統一的、体系的に捉えるべきことを主張した構成法学と類似している。構成法学の歴史的意義については様々な評価がありうるが、筆者は、概念法学の頂点としてではなく、自由法学への、さらには法社会学への道を開く意味をもつものと考ええる。伝統的な観念や体系への無自覚的固執への反省、思考の硬直性への反省は、社会の要請に応じる自由な法発見へと導くからである。これについては前掲拙著の (追録三) で取り上げている。

5 ちなみに研究生活の出発点まで振り返ると、筆者は大学卒業の直前に偶然の機会から、当時予定していた司法研修所への入所を辞退し、特別研究生に採用して頂くことになった。研究生活の当初選んだテーマは、法社会的なテーマであった。すなわち大正末期から全国的に拡がった小作争議を背景に、小作立法の制定が挫折したその後に、応急的措置として政府によって制定された小作調停法の制定と施行の過程を客観的に、かつ全体的に捉え、法形成に關する一種の法則性を発見し、これを描き出すというものであった (日本近代法発達史講座・第七巻、一九五九年・勁草書房に収録されている)。このように様々な事象を客観的に考察し、その中から共通する法則性を探究するという手法は、その後、法解釈学に専念するようになってからも引き継がれ、一見無関係に見える諸々の法律関係の中から、共通する法原則を見出し、それによって個々の法制度を再構成し、その具体的問題の解明に役立たせる営為となつて生かされた。前述した登記の対効力と登記請求權に關する研究 (「登記請求權に關する試論」来栖教授古稀記念論文集第一法規所収)、時効の研究 (「取得時効と登記」志林六五巻三号所収) もそのような研究であるが、さらには、授權概念とくに処分授權の概念をもちいて、債權総論上の諸々の制度を統一的に捉える試みを行っている、例えば、債權譲渡におけ

る債務者の異議なき承諾、譲渡禁止債権の譲渡の同意、無権利者への弁済と権利者の追認、弁済供託の効力、債権引き受けの同意などの諸々の法律の統一的把握が試みられている（前掲「債権総論講義」信山社参照）。大筋では、前稿および本稿で試みている、「債権の上の先取り特権」に関する研究もこれに連なるものである。

6 以上、本稿で筆者が目指す法解釈学ないし理論構成（Dogmatik）の特色について述べたが、その具体的な研究の方法ないし手順については、前掲 Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts の序章で述べたところを参考資料として以下に引用しよう。古い文章をそのまま引用するについては躊躇する気持ちも禁じ得ないが、自分でも不思議に思う程、本稿での営為にも適合しているので、参考資料として引用することをお許し願いたい。

ちなみにフライブルグ大学の Fritz Rittener 教授は、前掲拙著のドイツでの出版について多大の援助・協力を賜った恩人であるが、拙著に寄せられた Geleitwort（緒言）の中の推奨の言葉として書いてくださった文章に、「注目すべき首尾一貫性と方法論を自覚した明敏さと教授上の熟練をもって（手形・小切手法の諸問題が）説明されている」とある。これは過分なお褒めの言葉と受け取っているが、いずれにせよ、この中にある「方法論を自覚した云々」の表現は、とりわけ筆者にとって有り難く思うところである。と同時に、「債権の上の先取り特権」を論じる本稿にもこの言葉が当てはまることを念願する次第である。

（参考資料）

「方法論について」（前掲拙著第一節 §1 Die Ausgangslage und Ziel der Arbeit『論文の出発点と目的』から翻訳する。前掲拙著「手形・小切手法の民法的基礎」序論六頁以下参照）

一（前略）私は、仮定的債務者の処分授權の概念が、すぐれて論理的な根拠から承認されなければならないところの、私法体系における一つの法的概念であることを強調したい。

かかる思考上の構成物は、現実に存する諸制度、すなわち現実の立法や判例の中に存在する諸制度と——両者は互いに類似して

いるけれども——区別しなければならない。前者はそれを用いて後者（すなわち法的現実）を体系的に、かつ現実に即して把握することのできるための手段である。この意味においてそのような思考上の構成物を、モデルと名付けることができる。

そのようなモデルからの論理的な演繹によって引き出される、具体的な法律問題の解決のための具体的な結論は、法の現実における実際の結論（解決）と時として喰い違ふことがありうる。個々の諸制度を説明するにあたっては、実際にそのような喰い違いが存在しているか否か、また如何なる点について存在しているかを吟味しなければならない。もしそのような喰い違いが特定の問題に実際に存在しているならば、（そのようなことは後に示されるように極めて稀にしか生じないにしても）そのような差異が何処から由来しているのかを探索しなければならない。それは立法者の特殊な経済政策的な考慮から生じていることもあり、あるいは支配的な見解が一定の思考方法（固定観念）に捉われているために生じていることもありうる。またそれ以外の理由によることもありうる。われわれはさらに、これらの、論理的推論から得られる結論と異なった法的現実の解決に対して価値判断を——事情に応じて立法論の形において、あるいは解釈論の形において——しなければならない。

二 われわれが、一方でモデルを法的現実に対置させ、他方で両者の関連を吟味することは、法的現実を体系的に、かつ同時に、現実に忠実に理解させるためである。もし諸制度の説明にあたって両者を分けることをしないならば、体系性の犠牲において現実性を優先させてしまうか、さもなくば、現実性の犠牲において体系性を優先させてしまうか、いずれかになるであろう。

モデルを通しての有用な認識は、しかしながら、唯だわれわれが妥当で有効性のあるモデルを開発した時にのみ期待される。そのようなモデルは、首尾一貫性があり、明確で多義的でなく、体系的に形成されていなければならないだけでなく、同時に、可及的に現実に対する適合性を有していなければならない。

三 それでは如何なる方法で、そのようなモデルに到達しうるか。

われわれが、あるモデルを構想したならば、それが法的現実と適合しているか否かを——あたかも仮説を検証する如くに——厳格に吟味しなければならない。このことを通して、第一のモデルよりも改善された、法的現実によりよく適合するとともに、首尾一貫性や、明確性や体系性の目標によりよく適合した、新しいモデルを捉えることができるであろう。そのような手続きを繰り返すことによって、最後に、最もすぐれたモデルを発見するに至るであろう。この手続きの過程において、時として、モデルの構成部分としての、新しい概念を開発することもあるであろう。

自然科学においてもまた、これと類似した、しかしながらもっと精確な手続きが適用される。その場合にはモデルの検証のためには実験が用いられ、そしてモデルは屢々数式によって表現される。自然科学におけるとは異って、法学においては、価値判断が

一定の役割を演じる。体系的な価値判断は、吟味の対象に対する体系的な認識に基づいてのみなしうるのである。

われわれは、有効性のあるモデルの助けを借りることによってのみ、複雑な法律問題の事例についてもその複雑な利益状況を精密に分析することができ、そしてそのようにしてのみ、その事例を容易に、かつわかりやすく取り扱うことができ、それに対する適切な解決を導き出すことができるのである。(以下略)

あとがき 年令と健康上の理由から、大急ぎで取りまとめたためもあって、参考文献の引用は最少限度に留めざるを得なかった。本稿で取り上げた問題は、近時の判例で多く争われ、多数の学者、実務家によって盛んに議論された問題であって、参考文献は極めて多い。本稿が、膨大な先行研究の蓄積に依拠していることをあらためて自覚し、謝意を表したい。それとともに、筆者はこれまでの判例、学説の見解とかなり異なった、無謀とも評されかねないような大胆な説を主張しているが、一種の混迷状態にあるといっても過言でない判例、学説の状況から一歩抜け出す方向に向かうために、一石を投じる問題提起の試みと受け止めて頂ければ幸いである。

末尾ながら、外出もままならない筆者のために今回も資料の収集に協力していただき、時には議論の相手にもなってもらった、日本政策金融公庫の伊勢丈夫氏に心からお礼を申し上げる。

また明治学院大学の今尾真教授は、これまで面識のない方であったが、物上代位に関してこれまで多くの論文を発表されている気鋭の学者である。筆者の高齢による知力への危惧から、共通の知人を介して、念のため完成原稿に目をとうして頂くよう依頼したところ、ころよくお引き受け頂いた。その結果、ご指摘頂いた点について、若干の補足的説明を行った。本稿の二箇所の「後記」がそれである(第一章末尾と第四章一末尾)。深甚の感謝を申し上げます。