HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	齋藤, 由起
Citation	北大法学論集, 54(1), 247-274
Issue Date	2003-04-22
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15203
Type	bulletin (article)
File Information	54(1)_p247-274.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

齋藤由起

抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者は、他の債権者による債権差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を受けることはできないとされた事例

平成一三年一〇月二五日第一小法廷判決（最高裁平成一三年（受）第九一号、株式会社整理回収機構　対　株式会社北陸銀行、配当異議事件、上告棄却）民集五五巻六号九七五頁、判時一七七四号三五頁、金法一六三八号三七頁ほか

〔参照条文〕民法三七二条、三〇四条、民事執行法一九三条一項、一五四条

【事実】　Y銀行（被告・被控訴人・上告人＝株式会社北陸銀

行）・訴外A銀行（株式会社北海道拓殖銀行）・訴外B銀行・訴外C銀行の四行が債務者所有の建物（地上一〇階地下一階建て）に対して同順位の根抵当権の設定を受けていたところ、Aは、本件建物に対して有する根抵当権（極度額二〇億円）に基づく物上代位権の行使として、平成一〇年三月一七日、本件建物の賃料債権（以下、本件被差押債権とする）に対する債権差押命令（以下、本件差押命令事件とする）を申し立て、同月一九日、債権差押命令が発せられた。他方で、Yも、右根抵当権（極度額一〇億円）に基づく物上代位権行使として、同年四月一〇日、本件差押命令事件について配当要求を申し立てた。さらに、Yは右根抵当権に基づく物上代位権の行使として、平成一一年二月二日、本件被差押債権に対して債権差押命令を申し立て、同命令が発せられた。本件建物の賃借人は六社あったが、そのうち訴外Dと訴外Eは、本件差押命令の送達を受け、被差押債権相当分を供託した。この間、Aは平成一〇年一一月一六日、整理回収銀行に本件差押命令事件に係る請求債権を譲渡し、平成一一年四月一日、整理回収銀行とX（原告・控訴人・被上告人＝株式会社整理回収機構）が合併したため、Xが本件差押命令申立債権者の地位を承継した。執行裁判所は、平成一一年三月二三日、Yの本件配当要求を却下したが、Yが執行抗告したところ、抗告裁判所は、同年九月三〇日、本件却下決定を取り消す旨の決定をし、これが確定した（東京高決平成一一年九月三〇日平成一一年（ラ）第八一四号事件）。そして、右各債権配当事件の配当期日である同年一二月六日、配当表が作成された。配当の内訳は、Xの債権について二一九一万二九八六円、Yの債権のうち物上代位による差押えに係る分について三八六万九九三九円、配当要求に係る分について七一〇万八八六五円である。同日、XはYに対する配当額のうち配当要求に係る七一〇万八八六五円について異議を申し出たうえで、XはYに対して本件配当異議訴訟を提起した。Xは、民事執行法一五四条一項によって、配当要求可能な債権者は、執行力ある債務名義の正本を有する債権者および文書により先取特権を有することを証明した債権者に限定されるので、根抵当権者にすぎないYは根抵当権の実行として配当要求をすることができないとして、Yへの配当分のうち配当要求にかかる部分について変更を求めた。これに対して、Yは、先取特権に基づく物上代位権者は先行する債権差押事件に配当要求することが可能であり、これと根抵当権に基づく物上代位権者とを別異に取り扱うべき実質的理由はなく、根抵当権に基づく物上代位権者も配当要求をすることができると主張した。

第一審判決（東京地判平成一二年五月一五日）は、第一に、先取特権者は先行する債権差押事件において配当要求をすることによって物上代位権を行使できると解され、先取特権に基づく物上代位権者と根抵当権に基づく物上代位権者とを別異に取り扱うべき実質的理由は存しない、第二に、民事執行法一五四条が配当要求をすることができる者として抵当権者を掲げない理由は、債権については先取特権が成立することがあっても抵当権が成立する余地がないことによるものであって、同条の規定をもって根抵当権者の配当要求を排除する趣旨ではないことを理由にXの請求を棄却した。X控訴。

原審判決（東京高判平成一二年一〇月二五日）は、民事執行法一九三条により準用される同法一五四条は配当要求権者として抵当権に基づく物上代位権を行使しようとする者を掲げていないので、抵当権に基づく物上代位権者は配当要求権者に含まれないとしてXの控訴を認容し、Yへの配当分のうち配当要求に係る部分について、Xの請求どおりの変更を認めた（判旨はつづけてその理由を詳細に述べているが、後述（六）する）。

Yから上告受理を申立てた。Yの主張の第一は、本件における配当要求の必要性についてである。すなわち、本件では、債務者が同順位根抵当権者に対して抵当物件の賃料を極度額で按分して任意返済しており、Yは債務者の今後の弁済を信頼していたところ、Xが任意弁済を無視して賃料を物上代位に基づき差押えたのであり、Yには二重差押えをする時間的余裕がなく、先行差押事件が取り下げられることを期待して従属性を有する配当要求をよしとしたというのである。第二に、抵当権に基づく物上代位権の行使方法としての配当要求は、民事執行法一九三条二項および同法一五四条一項の解釈によって、また、抵当権と先取特権の要保護性の比較によって認められ、さらに、これは抵当権と先取特権との間で相互に準用される効力に関する規定を手続法の解釈によって逆転させないためにも必要不可欠な解釈であり、このように解しても先行差押えをした一般債権者等の利害関係人に対しても不合理な犠牲を強いることとはならないと主張した。

【判旨】 上告棄却。「抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者は、他の債権者による債権差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を受けることはできないと解するのが相当である。けだし、民法三七二条において準用する同法三〇四条一項但書の「差押」に配当要求を含むものと解することはできず、民事執行法一五四条および同法一九三条一項は抵当権に基

づき物上代位権を行使する債権者が配当要求をすることは予定していないからである。これと同旨の見解に基づき本件配当表の変更を求める被上告人の本訴請求を理由があるとした原審の判断は正当として是認することができ」る。

【評釈】 **一** 本判決は、抵当権者が先行する債権差押事件に配当要求することによって物上代位権を行使できるか否かに関する初めての最高裁判決である。本問題については、これまで学説では議論されていたが、本件以前は下級裁判決もなかったところである。

本判決は理由を簡潔に述べるにとどまる。そこで、以下では本判決の意義（**二**）を考え、配当要求の方法による物上代位権行使の可否に関する従来の学説を紹介（**三**）した後、判決理由について検討する。そこでは、民法三〇四条一項但書の「差押」に配当要求は含まれないという本判決の第一の理由について、「差押」の趣旨からのアプローチを試みると同時に、民法三〇四条の「差押」と民事執行法上の「差押え」概念が厳密に一致すべきかを論じる（**四**）。その際、先取特権に基づく物上代位権の行使方法が問題となった下級裁および最高裁の判決・決定も参照する。つづいて、民事執行法一九三条一項および同法一五四条一項が抵当権に基づく物上代位権者による配当要求を予定していないという第二の理由を、民事執行法の立法過程に遡って検討する（**五**）。さらに、本判決の実質的理由を判例時報の匿名コメントおよび原審判決を参照して検討し（**六**）、最後に、本判決の射程を考えたい（**七**）。

二 抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者は、他の競合する物上代位権者や一般債権者に先んじて「差押」（民法三〇四条一項但書）をする必要はない。しかし、他の物上代位権者や一般債権者の差押えより後であっても、その差押えの効力発生（第三債務者への送達時、民事執行法一四五条四項）から配当要求の終期（民事執行法一六五条）までの間に自ら「差押」（民法三〇四条一項但書）をしなければ、優先弁済権を主張することはできない。このように先行する差押えがある場合に抵当権に基づく物上代位権者がとり得る手段として考えられるのは、まず第一に担保権（抵当権に基づく物上代位権）に基づき当該債権を二重に差押えることである。しかし、差押えは、差押命令が第三債務者に送達されて初めて効力を生じるため（民事執行法一九三条二項、一四五条四項、後掲最三小判平成五年三月三〇日民集四七巻四号三三〇〇頁）、配当要求の終期までに時間的余裕がない場合には、物上代位権者にとっては、より

迅速に効果が発生する他の手段が必要となる。Yの上告受理申立理由によれば、Yも含めた同順位根抵当権者が抵当物件の賃料から極度額で按分された額の任意弁済を受けており、Yも今後の弁済を信頼していたところ、Xが抜け駆け的に賃料に対して物上代位権を行使したのであり、Yには二重差押えをする時間的余裕がなかったという事情があり、本件も右の場面に当てはまるケースといえよう。そこで、このような場合に、差押えと同様に配当等を受ける資格を獲得するための手段であり（民事執行法一六五条参照）、執行裁判所への申立時に効力を生じる配当要求を、[1] 抵当権に基づく物上代位権の行使方法として用いることが考えられる。しかし、債権執行における配当要求の場合、配当要求権者として挙げられているのは有名義債権者と文書により先取特権を証明した債権者である（民執一五四条一項）ため、[2] 抵当権に基づく物上代位権者に配当要求資格が認められるかが問題となる。これが争われたのが本件であり、本件配当異議訴訟提起前の抗告審（確定）および本件第一審が抵当権に基づく物上代位権者に配当要求資格を認めたのに対して、原審および本判決はこれを覆した。

物上代位をめぐる問題としては、物上代位権行使のための「差押」（民法三〇四条一項但書）の趣旨について判例の変遷があったが、最高裁の現在の立場によると、差押えの趣旨は、「抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者（以下「第三債務者」という）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者（以下「抵当権設定者」という）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位におかれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗することができることにして、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にある」（最二小判平成一〇年一月三〇日民集五二巻一号一頁、最三小判平成一〇年二月一〇日判時一六二八号九頁も同旨）。

「差押」が具体的に民事執行法上のいかなる手続によるべきかについては、物上代位権者自身が債務名義に基づき強制執行による差押えや仮差押えをしたというだけでは物上代位権を行使したことにはならないとした最高裁判決が二件あり（強制執行による差押えについて最一小判昭和六二年四月二日判時一二四八号六一頁、仮差押えについて最三小判平成五年三月三〇日民集四七巻四号三三〇〇頁、これらの判決の詳細については後

述**四**参照)、物上代位権の行使としての仮差押えを否定する下級裁判決(後述**四**参照)もいくつかある。しかし、これらはいずれも先取特権に基づく物上代位の事案であり、抵当権に基づく物上代位権の行使方法が問題となることはなかった。また、物上代位権の行使方法として配当要求そのものが問題となったのは、先取特権の事案も含めても本件がはじめてである。もっとも、本判決の射程が先取特権に基づく物上代位の事案に及ぶかどうかは別の問題である(後述**七**参照)。

右の点のほかに、物上代位の対象に関して、賃料債権に対する物上代位の可否もまた長年の課題であった。この点、最二小判平成元年一〇月二七日民集四三巻九号一〇七〇頁が、建物の賃貸借契約後に根抵当権が設定された場合に、抵当不動産の賃借人が供託した賃料の還付請求権につき抵当権者が物上代位権を行使した事案について、「民法三七二条によって先取特権に関する同法三〇四条の規定が抵当権にも準用されているところ、抵当権は、目的物に対する占有を抵当権設定者の下にとどめ、設定者が目的物を自ら使用しまたは第三者に使用させることを許す性質の担保権であるが、抵当権のこのような性質は先取特権と異なるものではないし、抵当権設定者が目的物を第三者に使用させることによって対価を取得した場合に、右対価について抵当権を行使することができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることにはならない」として、抵当権に基づく物上代位権を賃料債権に対して行使することを認めた。その後、抵当権に基づく賃料債権への物上代位の事案に関する一連の最高裁判決(前掲最二小判平成一〇年一月三〇日、前掲最三小判平成一〇年二月一〇日、最一小判平成一〇年三月二六日民集五二巻二号四八三号、最二小決平成一二年四月一四日民集五四巻四号一五五二頁、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)がこれを踏襲していることから、賃料債権に対する物上代位を肯定するという最高裁の立場はいまや確立しているといえる。右のような判例状況の下、抵当権に基づく物上代位は賃料債権に代位する場合に使われることが多いといわれており、[3] このような実状は、抵当権に基づく賃料債権への物上代位をめぐる一連の判決との関係で、本判決が物上代位に「ブレーキをかける」とか「行き過ぎを牽制する」意義を有するとの評価[4]につながりやすい。しかし、本判決の射程が賃料債権以外の代位目的物にも及ぶ(後述**七**参照)とすると、理論的には、抵当権に基づく物上代位権一般の行使方法を限定的に判断した点に、本判決の重要性があるといえよう。

三　学説ないし実務の考えは四つに大別される。第一は、先取

特権および抵当権の両方について配当要求による物上代位権の行使を否定する説である[5]（第一説）。理由として、①民法三〇四条および民事執行法一五四条の文理により、先取特権および抵当権に基づく物上代位権行使は、担保権実行としての差押え（民事執行法一九三条）によるべきであって、他の債権者の債権執行事件における配当要求によることはできない[6]。配当要求の方法による物上代位権行使を認めるのは、実質的考慮が先立ちすぎて、文言解釈の域を越えている[7]。②民法三〇四条が物上代位権の行使に差押えを要求する本来の趣旨は第三債務者保護であり、担保権者自身による差押えが物上代位権の効力を保存する要件となるので、他の債権者による差押えでは足りない[8]。③民事執行法制定の際に、「文書により物上代位権（担保権）の存在を証明」した債権者への準用規定をおくことは立法者にとって容易であったのに、それがなされなかったのは、民事執行法の立法者意思としては、配当要求の方法による物上代位権行使を否定する考え方であったと思われる[9]。④実質的考慮により、民事執行法が二重差押えを正面から認めているのであるから、物上代位権者に優先権行使の方法として「債権差押命令」という手続を要求しても格別の手間をとらせるわけではない[10]。⑤配当要求の方法による物上代位権の行使をとくに認めなければならない実務上の必要があるとは認め難い[11]、といわれている。

第二は、先取特権に基づく物上代位の場合にのみ肯定する説である（第二説）。東京地裁執行部の実務はこの見解に依拠して行なわれている[12]。①民事執行法一五四条の文言上、抵当権者に配当要求資格が認められていないことは無視できない。②動産売買先取特権に基づく物上代位権者は、民事執行法一五四条の「先取特権者」の範疇に属することを是認し得るが、抵当権に基づく物上代位権者については同じようにいえない。③追及効の有無という点で抵当権者と動産売買先取特権者との間には要保護性に差異がある、との理由による。

第三は、先取特権に基づく物上代位についてのみ言及し、これを肯定する説である[13]（第三説）。①差押債権者や配当要求権者が競合した場合、物上代位権者としての再度の差押えを要求することは「差押」の形式を履践させるにすぎず無用な手段である[14]。②物上代位権行使の要件としての差押えの意義を、第三債務者との関係では担保権の効力の対抗要件、それ以外の者との関係では物上代位権行使の手続上の要件と理解した上で、民事執行法一五四条が他の債権者の申立てによって執行手続が開始されているときに配当要求による担保権実行を認める以上、第三債務者以外の者との関係では配当要求による物上代位権行

使を許さないとする理由がない。[15] ③配当要求をする旨の文書が第三債務者に送達されることにより、第三債務者との関係で、差押えの第三債務者保護機能は果たされる。[16] ④先取特権（物上代位権）を行使する者が、担保権の存在を証する文書を提出して先取特権（物上代位権）行使の明示の意思表示を要求するのは当然であるが、執行法上、この意思表示の典型が配当要求である、[17] との理由による。

第四は、先取特権および抵当権の両方について肯定する説である（第四説）。[18] ①最判昭和六二年四月二一日が、少なくとも先取特権の場合の民法三〇四条一項但書の解釈として、「差押」に配当要求を含めることを肯定していること、最二小判平成一〇年一月三〇日が民法三〇四条一項但書の趣旨につき第三債務者を二重弁済の危険から保護することにあると解していることに鑑みると、配当要求も民法三七二条で準用される同法三〇四条一項但書の「差押」に含まれると解することに問題はない。[19] ②担保物の交換価値を把握して被担保債権に関する権利の実行を確保する措置を既に講じているか否かという点で、担保権行使の準備が容易な約定担保権である抵当権者と、担保権行使の準備が困難な法定担保権である先取特権者との間で、要保護性を区別する必要はない。[20] ③先取特権についてのみ配当要求による物上代位権の行使を認める場合には、先取特権者を抵当権者より厚く保護しすぎることとなり、両者の間の公平を欠く。[21] ④差押えを、第三債務者の二重弁済の危険を防ぎ、物上代位するという明確な意思表示の形態であると考えると、配当要求のかたちでもそこで要求される事柄は充たされる。[22] ⑤民事執行法一九三条二項が、同法一五四条を準用している。[23] ⑥抵当権者の差押えによる優先弁済の利益、抵当権者の配当要求による利益、一般債権者の差押えや配当要求による利益、および第三債務者の二重弁済回避の利益の比較衡量によって、抵当権者の差押えによる優先弁済の利益と抵当権者の配当要求による利益は、他の二つの利益よりも優先して、同等に保護されるべきであるから、配当要求による物上代位権行使は適法と評価されるべきである、[24] との理由による。

このように、学説においては各見解が種々の根拠を示しているのに対して、本判決は、「民法三七二条において準用する同法三〇四条一項但書の「差押」に配当要求を含むものと解することはできず」ないこと（「理由一」）と、「民事執行法一五四条および同法一九三条一項は抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者が配当要求をすることは予定していない」こと（「理由二」）、以上二点をもって、抵当権に基づく物上代位権者が、

他の債権者による債権差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を受けることを否定した。これは、右の学説のうち先取特権および抵当権の両方について配当要求を否定する見解の理由（三第一説理由①）と同旨であるが、これを支える実質的理由が示されていないため、必ずしも説得力のあるものとはいえないように思われる。そこで、以下に、本判決の理由づけを順次検討する。

四 (1) 「理由一」については、第一に、民法三〇四条一項但書の「差押」の趣旨から「差押」に配当要求を含むと解することができないという結論が導かれるかを考える。まず、「差押」の趣旨についての最高裁の現在の立場（「第三債務者保護説」。前掲最二小判平成一〇年一月三〇日、前掲最三小判平成一〇年二月一〇日）から考える。民事執行法上、第三債務者の二重払いを防止するのは、第三債務者に対する弁済禁止効がある場合である。この点、配当要求の効果は、差押えられた部分に相当する金銭の供託義務を第三債務者に課すにとどまる（民執一五六条二項）。これに対して、差押えの効果は、「第三債務者に対し債務者への弁済を禁止」することである（民執一四五条一項）。よって、民事執行法上、実際に第三債務者の二重払いを防止する機能を有するのは差押えのみであり、配当要求そのものにはこのような機能はないといわざるを得ない。この限りで、民法三〇四条一項但書「差押」の趣旨からは、同条項但書の「差押」に配当要求は含まれないという結論が導かれる。本判決もこのような考えに依拠しているものと評価できる（配当要求による物上代位権行使否定説の理由（三第一説理由②）にも合致する）。

しかし、配当要求はそもそも他人の執行手続に便乗する担保実行手続であるから、配当要求がなされる場合には、すでに先行する差押えがあるのが当然である。また、先行差押えがある限り、弁済禁止効はすでに第三債務者に及んでいるのであり、第三債務者保護目的は達成されている。[25] すでに先行差押えがあるという状況の下では、後続する物上代位権行使の方法が差押えであろうと配当要求であろうと、もはや第三債務者の保護は問題にならない。[26] したがって、「差押」の趣旨（「第三債務者保護説」）は、配当要求の方法によって抵当権に基づく物上代位権の行使を否定することの理論的根拠とはならないといえよう。原審判決が、民法三〇四条一項但書の解釈を理由として挙げなかったのは、この点を考慮したためであろうか。[27]

では、「差押」の趣旨について他の見解によるときはどうか。特定性維持説（旧通説）のうち、他の債権者が差押えをすれば物上代位権者は自ら差押えをしなくても優先権を主張できると

いう見解[28]によれば、そもそも先行差押えがある場合の物上代位権の行使方法如何は問題とならない。また、この説の中には他の債権者が差押えをしている場合にも抵当権者は自ら「差押」（民法三〇四条一項但書）をしなければ優先権を主張できないとする見解[29]もあるが、この見解によれば、先行差押えによって代位目的債権が特定されている以上、後続する物上代位権行使としての「差押」（民法三〇四条一項但書）は差押えでも配当要求でもよいという結論になろう。

「差押」の趣旨を物上代位権の行使の保全に求め、代位目的債権の払渡し・引渡しまたは第三者への譲渡前の物上代位権者自身による差押えを要件とする説（物上代位権保全説）も、先行差押えがある場合には抵当権者自身による配当要求で足りるとする[30]。従来の最高裁判例（最一小判昭和五九年二月二日民集三八巻三号四三一頁、最二小判昭和六〇年七月一九日民集三九巻五号一三二六頁。いずれも先取特権の事案である）は、「差押」の趣旨を代位目的債権の特定性の保持による物上代位権の効力の保全および第三者（右最二小判昭和六〇年は第三者のほかに第三債務者も挙げる）の不測の損害防止に求めるが、先行差押えが代位目的債権を特定することによって物上代位権の効力が保全され、また、先行差押えがある以上もはや第三者（譲受人等の第三者・転付命令を受けた他の債権者・第三債務者）の不測の損害の防止は問題とならなくなるのであるから、この立場からも、先行差押えによる配当要求の終期までに物上代位権者が配当要求をすることが物上代位権の行使としての「差押」として認められることとなろう。

「差押」の趣旨を物上代位権の公示に求める説は、抵当権者が自ら代位目的債権を差押えて優先権を公示する前に第三者が譲渡を受けたり一般債権者が差押えをした場合には、抵当権者はもはや物上代位権を行使できないと解するが、同一不動産の抵当権者間では抵当権登記により優先権が公示されているので、後順位抵当権者等の他の物上代位権者が差押えた場合には、抵当権者は差押えまたは配当要求をすることにより物上代位権を行使し得るとする[31]。

このように、「差押」の趣旨につきいずれの見解をとっても、少なくとも同一不動産の抵当権者間では、先行差押えがある場合、抵当権者は配当要求によって物上代位権を行使することが認められそうである。

(2) 第二に、民法三〇四条一項但書の「差押」概念と民事執行法上の「差押え」概念は、厳密に一致しなければならないか考えたい。法典調査会において、民法三〇四条については、主

に物上代位の目的物（特に建物滅失の場合の保険金請求権に対する物上代位の可否）が問題とされており、差押えの意義については十分な議論はなされなかった。[32] 民法三〇四条一項但書の「差押」の趣旨は、起草者である梅博士および富井博士によれば、代位物の特定性を維持し、これにより他の債権者の不測の損害を防止することに求められていた。[33]「差押」の具体的手続については、梅博士は、旧民事訴訟法五九四条以下の「差押」の手続によるとしていた。[34] 他方で、富井博士は、立法論としては差押えを必要条件とすることに対する疑問を呈しながらも、現行法の解釈として、弁済期到来後の差押えは旧民事訴訟法五九四条以下（債権執行における差押え）によるべきであるが、弁済期到来前には仮差押え（旧民事訴訟法七三七条）による権利行使を認めるべきだと解していた。その理由として、多数説のように差押えを狭義に解して純然たる執行行為のみを指すものとし、弁済期の到来が必要であるとすると「物上代位ノ規定ハ実際殆ト其効用ナキニ至ル」ことを挙げている。[35] この見解は、民法三〇四条一項但書の「差押」が理論的に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とを含み、とりわけ前者については仮差押えの手続によるべきだとすることにより、両者を手続的にも区別するものである。[36] その後も学説において、富井博士と同様に解する見解があり、[37] また、民法三〇四条一項但書の「差押」を法定質権の成立要件であると理解し、この差押えは優先権者の権利実行の方法として法律が定めた執行行為としての差押えではないが、特別法がないので民事訴訟法五九四条の規定（当時）を準用するしかないとの見解や、[38] 民法三〇四条一項但書の「差押」の趣旨を権利の保全に求め、原則として仮差押えの性質を有し、弁済期到来か否かにかかわらず手続は民事訴訟法の規定に従うべきだとする見解もあった。[39]

現行民事執行法の立法担当者は、民事執行法一九三条一項後段の物上代位は、民法三〇四条等に定められている優先弁済権確保のために「差押」の手続を規定したものであると述べている。[40] 現在では、一般に、民事執行法一九三条は物上代位権行使の要件およびその手続を規定していると理解されている。[41] 他方で、物上代位権の行使としての差押えと物上代位権行使の保全のための差押えとを理論的に区別し、手続的には、弁済期到来後は物上代位権行使としての差押えである民事執行法一九三条による執行手続、弁済期未到来の場合には物上代位権行使の保全として処分禁止の仮処分、弁済期は到来したが「担保権の存在を証する文書」を入手しえていない場合にも物上代位権行使

の保全処分として処分禁止の仮処分によるべきだとする見解がある。[42]

以上のように、「差押」（民法三〇四条一項但書）の手続について、学説には、民法三〇四条一項但書の「差押」と民事執行法上の差押えの概念は、厳密には完全に一致しなくてもよいとする見解もある。また、近時の教科書の中には、物上代位権の行使としての差押えの場面において、他の債権者が物上代位の目的債権をすでに差押えた場合に、抵当権者は配当要求をすることによって物上代位権を行使することができるとするものもある。[43] このようにみてくると、民法三〇四条一項但書の「差押」が狭義の、すなわち執行法上の差押えそのものに限定されるかどうかは、その拡張を必要とする根拠を見出し得るかどうかにかかっており、民法三〇四条一項但書の「差押」には配当要求も含まれるとの解釈もあり得ることとなる。

ところで、前述（二）のように、民法三〇四条一項但書の「差押」の手続が民事執行法上のいかなる手続によるべきか、すなわち物上代位権を行使するための具体的方法、が問題となった先取特権に基づく物上代位権に関する下級裁および最高裁の裁判例が数件ある。民法三〇四条一項但書の「差押」の手続として、民事執行法一九三条一項は「担保権の存在を証する文書」の執行裁判所への提出を要件とするが、動産売買先取特権者にとってはこのような文書を直ちに収集することが困難であるため、[44] より容易な他の手段をとり得ないかが問題となるのである。抵当権に基づく物上代位権の行使の場合には、この文書の収集は比較的容易であるため（民事執行法一九三条一項、一八一条一項三号）、このような問題が生じることはあまりない。しかし、裁判所が民事執行法上のいかなる手続を物上代位権の行使としての「差押」として把握しているかを明らかにするためには、このような一連の判決を参照することにも意味があるといえよう。

物上代位権の行使に基づいて仮差押えをすることについては、動産売主Xが、買主の破産管財人Yに対して、動産売買の先取特権に基づく物上代位権により、転売代金債権の一部につき債権仮差押えを申請した事案に関する一審・二審の決定があり、いずれもこれを否定している。第一審（東京地決昭和五九年五月二一日判タ五二八号三〇四頁）は、民法三〇四条一項但書に基づく物上代位権の行使として仮差押えをすることも、物上代位権の保全のための仮差押えも認めなかった。その理由は次の四点である。①民法三〇四条一項但書、民事執行法一九三条一項二項、一四三条の文言によれば、物上代位権の行使方法とし

ては、民事執行法の規定による「差押え」が予定されているとみるほかない。②物上代位権の行使方法として仮差押えを認めるとすると、保全の必要を前提としない仮差押えを認めることになってしまう。③民事執行法によって物上代位権の行使方法として認められる差押えによる場合には、先取特権の存在について証明を要するはずであるのに、その他に仮差押えの利用を認めることになると、先取特権などについて疎明で足りることとなり、同じ物上代位権の行使方法でありながら差押えと仮差押えとの間に理由のない差異が生じる。④仮差押えである以上本案訴訟が予定されていることになるが、物上代位権の行使としての担保権の実行には債務名義を要しないのであるから、仮差押えを認めるとなると、本案訴訟が存しないことになる。その抗告審（東京高決昭和五九年一〇月二日判時一一三七号五七頁）も、右決定の理由①を挙げ、さらに、民事訴訟法（当時）上の仮差押えと担保権の実行との制度の差異に着目し、この両者は、「全く別個の根拠に基づく制度なのであるから、債務名義に基づく強制執行を保全することを予定する仮差押手続において担保権（物上代位権を含む）の保全を目的とする仮差押命令を発することが認められないことは明らかである」として、仮差押えによって物上代位権を保全することをも否定した。

また、次の二件の下級裁・最高裁判決は、将来における強制執行を保全する目的でなされた仮差押えは、先取特権に基づく物上代位権の行使としての「差押」に当らないとしたものである。すなわち、東京地判平成三年二月一三日判時一四〇七号八三頁は、動産売主Xが、買主Aに対する売買代金債権を被保全権利とする転売代金債権に対して仮差押えをした後で、Aに対する破産宣告がなされ、Xが破産管財人Yに対して動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使として転売代金債権につき差押命令を申立てたが、差押命令の転買人Bへの送達前にBが仮差押債権相当額を供託した事案に関するものであり、裁判所は、前掲東京地決昭和五九年五月二一日の理由③と概ね同旨の理由に基づき、金銭債権につき将来における強制執行を保全する目的でされた仮差押えは、物上代位権の行使として認められないとした。前掲最三小判平成五年三月三〇日は、動産売買先取特権に基づく物上代位権者が、売買代金債権を被保全債権として転売代金債権につき仮差押命令を取得し、次いで動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使としての債権差押・転付命令の申立てをしたが、その申立てが地裁で却下されて抗告審で審理されている間に、他の一般債権者が右債権の差押・転付命令を取得した事案に関し次のように述べた。動産売買先取特権に基

づく物上代位権者が「物上代位の目的たる債権につき仮差押えをした後、右債権について他の債権者の差押えがあったため第三債務者が民事執行法……に基づく供託をした場合において、先取特権債権者が右供託前に更に物上代位権の行使として右債権の差押命令の申立てをしたときであっても、その差押命令が右供託前に第三債務者に送達されない限り、先取特権債権者は、他の債権者による債権差押事件の配当手続において、優先弁済を受けることができない」。この判決は、直接には物上代位権の行使として差押えを申立てただけでは、優先弁済権を認められないとしたものであるが、裏面において、前掲東京地判平成三年二月一三日と同旨を意味している。したがって、最高裁も、結果的に物上代位権の行使方法として仮差押えを否定していると理解できよう。

最高裁は、さらに、債務名義に基づく強制執行による差押えも物上代位権の行使としての「差押」として認められないとしている。動産売買先取特権に基づく物上代位権者が債務者の転売代金債権を強制執行によって差押えた後で、一般債権者が本件転売代金を差押えた事案に関する前掲最一小判昭和六二年四月二日は、動産売買先取特権に基づく物上代位権者は、「物上代位の目的たる債権を自ら強制執行によって差押えた場合であっても、他に競合する差押債権者等があるときは、右強制執行の手続において、その配当要求の終期までに、担保権の存在を証する文書を提出して先取特権に基づく配当要求又はこれに準ずる先取特権行使の申し出をしなければ、優先弁済を受けることができない」とした。

以上のように、先取特権に基づく物上代位権の行使に関する裁判実務は、仮差押えや強制執行による差押えを民法三〇四条一項但書の「差押」として認めていない。この点で、裁判実務は「差押」を厳格に捉えており、やはり民事執行法一九三条一項による担保権の実行手続としての差押えを念頭においているといえよう。仮差押えや債務名義に基づく強制執行による差押えでは、物上代位権行使の意思が手続上明らかにならないので、右判決の結論は妥当といえよう。しかし、抵当権に基づく物上代位権の行使方法として配当要求を認める場合には、「担保権の存在を証する文書」の提出により、物上代位権行使としての意思はいっそう明らかとなり、仮差押えや強制執行による差押えと同様に解すべき必要はない。右に引用した最一小判昭和六二年四月二日および最三小判平成五年三月三〇日は、いずれも傍論において物上代位権者は先行する差押事件の配当要求の終期までに配当要求をすれば優先弁済を受けられる旨述べている。

右二判決からは、少なくとも先取特権については、担保権の実行手続である差押え（民事執行法一九三条一項・一四三条）だけでなく配当要求も、物上代位権の行使方法として認められていると理解できる。[45]

このようにみてくると、たしかに民法三〇四条一項但書の文言は「差押」となっているので、これに配当要求は含まれないとする本判決の「理由一」は、一つの素直な文理解釈である。しかし、「差押」の趣旨および民法三〇四条一項但書の「差押」概念と民事執行法上の「差押え」概念の相違という観点からアプローチすると、必ずしも「理由一」のいうようにはならない。また、「理由一」によれば、およそ物上代位権の行使としての「差押」に配当要求は含まれないということになるが、これは、先取特権に基づく物上代位権による配当要求を認めた（但し、傍論においてである）前掲最一小判昭和六二年四月二日および前掲最三小判平成五年三月三〇日と矛盾することとなる。[46]

五　「理由二」は、民事執行法一五四条および一九三条一項が抵当権に基づく物上代位権者による配当要求を「予定していない」とする。担保権実行ないし物上代位権行使の要件を定める民事執行法一九三条一項によると、担保権実行（同条項前段）ないし物上代位権行使（同条項後段）は、「担保権の存在を証する文書」の提出による差押え（民事執行法一四三条）によって開始する。また、担保権実行ないし物上代位権行使の手続を規定する民事執行法一九三条二項によっても準用される同法一五四条によると、債権執行の場合に配当要求できるのは、有名義債権者と文書により先取特権の存在を証明した債権者である。したがって、文言そのものからは抵当権に基づく物上代位権者の配当要求を「予定していない」と評価できる。これは配当要求による物上代位権行使否定説の理由（三第一説理由①）とも合致する。

しかし、問題は、抵当権に基づく物上代位権を配当要求によっても行使できるとする規定をおかなかったことが（民事執行法一五四条参照）、抵当権に基づく物上代位権者による配当要求を解釈によっても認めないほどの強力な理由になるかであろう。この点につき、物上代位の扱いに焦点を合わせて、民事執行法の立法過程、すなわち強制執行法改正過程を遡ってみると次のことが明らかになる。民事執行法制定作業の各段階において、物上代位権実行の手続をいかに定めるかが課題の一つとして論じられた。強制執行法案第一次試案（昭和四六年一二月）は、その第一五三の（注）（現行民事執行法一九三条に該当する）において、物上代位権実行の手続につき特則を設けるべきか否

かについては、「(1) 物上代位権の目的と範囲 (2) 物上代位権の行使方法及びその優先権の順位 (3) 物上代位権の実行手続と強制執行手続とが競合した場合の処置」を考慮したうえでの検討事項としていた。しかし、第二次試案(昭和四八年九月)は、物上代位権による申立ての要件を規定したにすぎなかった(第二五五、第二五七。これらの規定は現行民事執行法一九三条に該当する)。物上代位について申立ての手続的要件を規定するにとどめたのは、立法担当者が物上代位の要件・効力を改めるには民法三〇四条等の物上代位の実体規定の改正が必要となり、しかも、この改正はきわめて困難であると考えたことによる。[47] その後、民事執行法(仮称)案要綱(昭和五二年二月)は、配当要求資格者に関する第一一(四) 12 (八)(現行民事執行法一五四条に該当する)において「差押に係る債権に対して質権などを有する者及び物上の担保権の目的物の消滅等により債務者が受けるべき金銭等に対して権利を行使できる者は、配当期日までに第二十五項(イ)の書面を提出して質権並びにその債権の原因及び金額を届けて疎明する方法により、配当要求をすることができるものとすること」と規定したが、これについても、「民法との調整が必要であり、成案には至らなかった」とのことである。[48] 以上の経緯より、たしかに民事執行法の立法者は最終的に配当要求権者から物上代位権者を除くに至ったが(この点は、配当要求による物上代位権行使否定説の理由(三第一説理由③)に該当する)、少なくとも積極的に排除するつもりではなかったと考えられる。また、民法三〇四条一項但書の「差押」に配当要求を含ませることによって手続が民法上の文言と乖離することを嫌い、民事執行法において物上代位権の行使手続として配当要求を規定するに至らなかった事実があるとしても、民法典の改正が困難であるという現状にあっては、民事執行法の立法過程においてこのようなことが議論されたことこそが実質的意義を有するといえよう。

以上、「理由二」は文理解釈としての強みはあるものの、民事執行法の立法者意思は、右解釈を積極的に支えるものではないように思われる。

六 このように、本判決からは、抵当権に基づく物上代位権者による配当要求を否定する実質的な根拠は読み取ることはできない。そこで、本判決を掲載する判例時報(一七七四号三五頁)の匿名コメントを参照するに、抵当権に基づく物上代位権者による配当要求を否定する根拠として挙げられているのは、民法三〇四条一項但書の差押えの趣旨(第三債務者保護説。この点についてはすでに**四**で検討した)のほかに次の点がある。

第一に、物上代位権行使の方法として配当要求のみで足りるとすれば、民法三〇四条との関係では、基本差押事件の取下げがあった場合には、担保権が目的債権に及んでいるといえるのかという点である。この点は、配当要求の従属性ゆえに、基本差押えが取下げられると同時に、配当要求の効果すなわち物上代位権行使の効果も消滅すると考えて差し支えない。たしかに、民法三〇四条一項但書の「差押」の効果が浮動的になることは否定できないが、本件上告理由のように、物上代位権者があえて差押えではなく配当要求を選択した以上、物上代位権行使の効果の消滅は物上代位権者が受忍すべきだからである。

第二に、物上代位権者により配当要求がなされたが、配当要求書の第三債務者への送達前に、差押債権者の取立て（民事執行法一五五条一項）があり、第三債務者がこれに応じたときも、配当要求により担保権の優先権が目的債権に及んでいるとして、物上代位権者が目的債権の取立てをした差押債権者に対して担保権の優先効を主張できるとしたのでは、不当利得返還請求権を許すことになり、債権執行手続自体に混乱を持ち込むことになるという。しかし、これは、抵当権に基づく物上代位権者による配当要求の場合に限ったことではなく、有名義債権者あるいは先取特権者が配当要求をする場合にも同様の事態は生じ得るのであり、債権執行における配当要求制度それ自体が抱える問題である。[49]

第三に、先取特権と抵当権の権利の性質等の差異に着目し、配当要求の方法で抵当権に基づく物上代位権を行使することを認めるべき利益衡量上の必要性がないという。この点につき右コメントは、原審判決と概ね同旨である。ところで、本判決が「同旨の見解に基づ」き正当であると是認する原審判決が依拠する理由は「理由二」と対応するが、本判決は「・・・・予定していない」との結論を述べているにすぎない。もっとも、本判決が上告を棄却していることから、本判決も、原審判決と同様の考慮に基づき民事執行法一五四条の類推適用を否定することまで含めて「予定していない」と述べているとも理解できるので、やや長くなるが原審判決を引用してこの点を検討してみる。民事執行法一五四条一項は虚偽債権に基づく配当要求を防止すべく、配当要求権者を原則として有名義債権者に限定したが、先取特権については、「当事者間の合意の下に被担保債権について予め担保権を確保する方法を講じることが困難である上、権利行使の基礎となる執行債権自体が特に社会政策的に保護すべき性質を有していたり（一般先取特権の場合）、あるいは、権利行使の基礎となる執行債権と債権執行の対象とされる

被差押債権との間に、その全部または一部について価値の同一性が認められる場合（特別先取特権の場合）に、配当要求を認めないと当該債権執行によって先取特権の機会を失ってしまうことになるので、公平の観点から、例外的に、差押えのほかに配当要求の方法を許容することにより、権利実行について選択の余地を認めた」。これに対して、約定担保権である抵当権の場合には、「設定を受けた担保物権に対する交換価値を把握して被担保債権に関する権利の実行を確保する措置を既に講じているものである上、物上代位権に基づいて債権執行をしようとするときには、債権差押の申立てにおいて必要とされている担保権の証明文書（民事執行法一九三条）も既に存在しているので、先取特権に基づく場合に比較して、容易に右申立てをすることができるのであるから、差押えのほかに配当要求の方法をも認めるべき格別の要請も必要性もない」。さらに、抵当権に基づく物上代位権者に配当要求による権利行使を許容すると、抵当権者が「債務名義に基づいて債権差押えをした一般債権者の差押手続を利用した上、配当要求では優先弁済受領権を行使する結果、抵当権者がその債権の全額につき満足を得るまでの間は、差押えをした一般債権者は、執行債権の満足が全く得られない状態を余儀なくされ・・・・一般債権者が被差押債権の一部差押えをするに止まるときには、差押えが競合する場合とは異なり、差押え範囲の拡張の効力を生じないから（民事執行法一四九条）、かかる差押債権者が自己の執行債権の満足をより早期に得るためには、再度、被差押債権の残余部分についても、自ら差押えをしなければならないという事態に陥ることにもなる」。原審判決は、以上の点を考慮して、民事執行法一五四条を類推して抵当権に基づく物上代位権者に配当要求を認めることを否定した。たしかに立法者意思としては、社会政策的配慮から特別に先取特権者に配当要求資格を認めた（注（2）参照）。先取特権は法定担保物権であり、「担保権の存在を証する文書」の収集が困難であるという現実に鑑みれば、差押えよりも容易な権利行使手段が認められるべき要請のあることは否定できない。しかし、このことは先取特権者に配当要求を認める根拠にはなっても、抵当権に基づく物上代位権者の配当要求を否定する理由にはならないのではないか。事実、抵当権に基づく物上代位権者による配当要求が否定されたのは、民法三〇四条一項但書の文言との関係によるものであり（**五**参照）、抵当権者に配当要求を認める必要性がないからではない。これに対しては、抵当権と先取特権の両方に基づく物上代位権の配当要求を肯定する立場からの批判（**三**第四説理由②③⑥）も考え

られる。

むしろ、すでに他の債権者によって差押えがなされている場合にまで、抵当権に基づく物上代位権の行使としてあえて二重差押えを要求することにどれほどの意味があるのかということこそが問われるべきであろう。「抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されている」とする判例の立場（前掲最二小判平成一〇年一月二〇日）を前提とすれば、不動産競売の場合に、差押前に当該不動産に登記をしていた抵当権者は、自ら競売を申立てなくても優先弁済を受けられること（民事執行法八七条一項四号）との手続上の均衡を考慮することもあながち間違いではないであろう。そうすると、たしかに抵当権者が物上代位権を行使するためには、抵当権者自身による民法三〇四条一項但書の「差押」、すなわち何らかのアクションは必要となろうが、同一の債権につき他人が先行して差押えをしている以上、このアクションが民事執行法上の「差押え」であるべき必要性は見出し難い。「差押え」と同様、「担保権の存在を証する文書」を提出することによって申立てを行なう配当要求であれば、物上代位権を行使する意思表示として十分であると考える。

七　最後に、本判決の射程を考えるには、本判決においては、「『抵当権に基づ』き物上代位権を行使する債権者が、『他の債権者による』債権差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を受けることはできない（文中の『　』は評釈者による）」とする前段部分と、「理由一」と「理由二」とからなる後段部分との間で、その内容にズレがあることに留意すべきである。前段は、前掲最一小判昭和六二年四月二日および前掲最三小判平成五年三月三〇日を強く意識しており、前段に重きをおいて理解すると射程範囲は非常に狭く解されることとなろう。後段は、これまで詳細に検討してきたように、主に民法三〇四条一項但書と民事執行法一九三条一項・一五四条の各条文解釈に依拠するものである。したがって、いずれを強調するかによって、とりわけ後述第二、第三の点で射程範囲に差異が生じる可能性がある。

第一に、本判決の射程は、賃料債権を代位目的物とする場合に限定されるのであろうか。本判決も本判決が同旨とする原審判決も、代位目的物の特殊性に着目していない。したがって、賃料債権以外の代位目的物にも及ぶと解される。(50)

第二に、抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者が、自らの債務名義に基づく強制執行による債権差押事件に配当要求する場合にも本判決の射程は及ぶか。抵当権に基づく物上代位

権者は抵当権の登記簿謄本を提出すれば担保権行使としての差押えをすることが可能であるので（民執一九三条一項・一八一条一項三号）、このような事態は現実には問題とならないであろうが、念のため検討する。判決理由前段は、あたかも「他の債権者の債権差押事件」に配当要求する場合に限定するかのような表現を用いており、判決理由前段を強調すれば、自らの強制執行による債権差押事件には射程が及ばないと考える余地もないではない。しかし、判決理由後段によれば、先行する差押事件が誰の手によるものかは抵当権に基づく物上代位権者が配当要求することを否定することに影響を及ぼさないと考えられる。従って、この場合にも、本判決の射程が及ぶと解される。

第三に、先取特権に基づき物上代位権を行使する債権者にも、本判決の射程は及ぶか。たしかに、「理由一」によれば、およそ物上代位の場合には三〇四条一項但書の「差押」に配当要求が含まれないのであるから、先取特権に基づく物上代位の場合も同様になる。[51] 判決理由後段に重点をおくとこのようになろう。しかし、本判決理由の文言が判決理由前段と後段の「理由二」において二度にわたって「抵当権に基づき物上代位権を行使する債権者」と限定づけを行なっていることに鑑みると、やはり先取特権に基づく物上代位権者には射程が及ばないと解される。

この問題を考えるにあたっては、**二**および**四**で紹介した二件の最高裁判決が示唆に富むものと思われる。動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使に関する前掲最一小判昭和六二年四月二日、前掲最三小判平成五年三月三〇日である。これらの二判決は、傍論において、動産売買先取特権に基づく物上代位権者は、先行差押事件において配当要求の終期までに差押えまたは配当要求をすれば優先権を主張できる旨述べている。この二判決は、調査官解説[52]および配当要求による物上代位権の行使を肯定する立場からは、先取特権につき配当要求による物上代位権行使を肯定したものであると評価され、他方で、否定する立場からは、自ら強制執行による差押え等をしているからこそ、後の配当要求が認められるのだと評価される。この傍論を事案に即して狭く解すると、先取特権に基づく物上代位権者は、自らの強制執行による差押事件に配当要求をすることによって優先弁済を主張できると理解できる。そこで、本稿では右の理解に依拠し、この説示が傍論にすぎないことを踏まえ、また、右二判決は、物上代位の基礎をなすのが動産売買先取特権であり、物上代位権者自身によって予め強制執行による差押えや仮差押えがなされている事案であるため、二判決と本判決との間には事案について差異がある点を念頭においてあえてこの二判決と

本判決との関係を検討すると、二判決は先取特権に基づく物上代位権者が他人の差押事件に配当要求する場合に言及したものではなく、他方で、本判決は抵当権に基づく物上代位権者の配当要求を全面的に否定するが（前述第二の点）、二判決を変更する趣旨ではないことが明らかになる。それゆえ、本判決は、少なくとも先取特権に基づく物上代位権者が配当要求をすることは否定していないのであり、この限りで本判決の射程は先取特権に基づく物上代位権者に及ばない。なお、最高裁としては、先取特権に基づく物上代位権者が他人の差押事件に配当要求した場合については、未だ判断をしていないということになり、この点についての判断は今後に残されているといえよう。

第四に、本判決は、先行する差押事件が同順位抵当権者による物上代位権の行使としての差押事件の事案であったが、先行する差押事件が他人（他の担保権者・一般債権者）の強制執行による差押事件である場合にも本判決の射程は及ぶであろうか。物上代位権行使の手続規定（民事執行法一九三条二項）が準用する民事執行法一五四条は、先行差押事件が強制執行による差押事件か担保権実行による差押事件かによって結論を異にするものではない。したがって、本判決の射程が及ぶと考えられる。

註

（1）差押えと配当要求とでその効力発生時に差があるのは、民事執行法の制定過程における立法上の妥協のたまものだといわれている。すなわち、配当要求に関する規定は交付要求に類推されるが、民事執行法が旧法よりも配当要求の終期を繰り上げた（民執一六五条、一五五条二項、旧民訴六二〇条一項）にもかかわらず、配当要求の効力発生時を第三債務者への送達時とすることに、国税当局から強い難色が示されたことによる。したがって、この両手段の効力発生時の差異については、理論的根拠はないといえよう。この点につき、『民事執行セミナー』ジュリ増刊（昭和五六年）二九二頁〔浦野発言〕、近藤崇晴「配当要求及び配当をめぐる諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座（一二）民事執行』（日本評論社、昭和五九年）一九七頁（二四一頁）参照。

（2）民事執行法一五四条は、有名義債権者も無名義債権者も同等に配当要求できるとした旧法下（旧民訴六二〇条一項）の徹底した平等主義に対する批判に応え、虚偽債権による執行妨害を排除すべく、現行民事執行法制定の際に、配当要求権者を有名義債権者と先取特権者に限定したものである。この点につき、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法（四）』（第一法規、昭和六〇年）〔松山恒昭〕五四一頁、近藤・前出注（1）二二九頁、田中

康久『新民事執行法の解説』（金融財政事情研究会、昭和五四年）一一六頁参照。

先取特権者が執行力ある債務名義なくして配当要求債権者として認められるのは、一般先取特権者については、権利の特殊性から、配当要求のための債務名義や仮差押えの登記を必要とすることが酷であるという社会政策的配慮によるのであり、動産先取特権者などは、配当要求を認めないと先取特権の行使の機会を失ってしまうことによる。この点につき田中・前出注（2）二五八頁、浦野雄幸『逐条概説民事執行法（全訂版）』（商事法務研究会、昭和五六年）一八七頁参照。

（3）山野目・後掲「本件判批」四四頁。

（4）松岡・後掲「物上代位に関する最近の判例の転換（下）」一四頁、山野目・前掲注（3）四三頁。

（5）香川保一監修『注釈民事執行法（6）』（金融財政事情研究会、平成七年）四二〇頁〔富越和厚〕、北秀昭「物上代位と優先順位」銀法五一一号（平成七年）八〇頁（八三頁）、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法（5）』（第一法規、昭和六〇年一六九頁〔田中康久〕、中野貞一郎『民事執行法（新訂四版）』（青林書院、平成一二年）六三六頁、天野勝介「物上代位権の行使――物上代位権行使の方法と時期」金法一五〇九号六頁（七頁）。

（6）鈴木・三ヶ月編・前出注（5）四二〇頁〔富越和厚〕、香川監修・前出注（5）一六九頁〔田中康久〕。

（7）天野・前出注（5）七頁。

（8）中野貞一郎『民事執行法（新訂三版）』（青林書院。平成一〇年）六〇六頁。

（9）天野・前出注（5）七頁。

（10）天野・前出注（5）七頁。

（11）北・前出注（5）八三頁。

（12）忠鉢孝志「東京地裁執行部における抵当権の物上代位をめぐる諸問題」銀法五六七号（平成一一年）一二頁（一七頁）。

（13）小林秀行「東京高判昭和五九年一一月二八日判批」判時一一六〇（判評三二〇）号二二四頁（二二六頁）、竹下守夫「最判昭和六〇年七月一九日判批」判時一二〇一（判評三三二）号、一九九頁（二〇六頁）、浦野雄幸「最判平成五年三月三〇日判批」民商一一〇号二号（平成七年）三六七頁（三八〇頁）。この立場の見解は抵当権に基づく物上代位権にも及ぶとも考えられそうであるが、評釈者としては、ここでの見解を独断によって安易に抵当権に基づく物上代位権の場合にも拡張することは差控えたい。

（14）浦野・前出注（13）民商三八〇頁。

（15）竹下・前出注（13）判時二〇六頁。

（16）竹下・前出注（13）判時二〇六頁。

(17) 小林・前出注（13）判時二二六頁。
(18) 吉野衛「物上代位に関する基礎的考察（上）」（以下、「基礎的考察」と呼ぶ）金法九六八号六頁、吉野衛「物上代位に関する手続上の二、三の問題」（以下、「二、三の問題」と呼ぶ）『担保法大系第一巻』（金融財政、昭和五九年）三六六頁、鎌田薫「物上代位と差押」山田卓他『分析と展開・民法Ⅰ（第二版補正版）』（弘文堂、平成一二年）二七六頁、鎌田薫他「債務者の破産宣告と動産売買先取特権の物上代位――最高裁昭和五九年二月二日第一小法廷判決をめぐって――」（座談会）判タ五二九号（昭和五九年）六〇頁（八二頁）〔鎌田発言〕、鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『金融法の課題と展望』（日本評論社、平成二年）二二五頁（七九頁以下）、村上正敏「抵当権に基づく賃料差押とその優先関係」東京地裁債権執行等手続研究会編著『債権執行の諸問題』（判例タイムズ社、平成五年）三八五頁、森倫洋「抵当権の物上代位の債権執行上の取扱」山崎恒・山田俊雄編『新・裁判実務大系・第一二巻民事執行法』（青林書院、平成一三年）二六六頁、大西武士「抵当権の物上代位権による配当要求」銀法五八四号（平成一二年）二四頁。
(19) 森・前出注（18）二八一頁以下。
(20) 森・前出注（18）二八二頁以下、大西・前出注（18）銀法三一頁。
(21) 森・前出注（18）二八三頁。
(22) 鎌田他・前出注（18）八二頁〔鎌田発言〕。
(23) 吉野・前出注（18）「二、三の問題」三七五頁以下。しかし、この理由づけは、見方を変えれば、否定説の根拠ともなり得るものである。それは次の理由による。たしかに担保権実行および物上代位権行使のための手続に関する民事執行法一九三条二項は同法一五四条を準用しているので、抵当権に基づく物上代位権行使の場合も配当要求が可能であるとの考えも可能かもしれない。しかし、準用された同法一五四条は、配当要求権者を有名義債権者と先取特権者に限定している。これを素直に考えれば、同法一九三条二項は物上代位権一般の行使の手続として一五四条を準用してはいるけれども、抵当権に基づく物上代位権者は、同法一五四条によれば、債務名義によってしか配当要求できないということになる。
(24) 大西・前出注（18）二八頁以下。
(25) 同旨の見解として、片岡・後掲「本件判批」五頁、宮川・後掲「本件判批」九〇頁。
(26) そもそも「差押」の趣旨につき最高裁が採用するに至った第三債務者保護説に対しては批判があり（生熊長幸「民法三〇四条・三七二条（先取特権・抵当権の物上代位）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅱ』〔有斐閣、平成

一〇年）五三七頁）、正当と考える。

(27) 萩澤・後掲「時の判例」一三〇頁は、本件一審判決および原審判決がともにこの点について触れていないのは、このような解釈を前提としていたものであることを指摘する。

(28) 我妻栄『担保物権法』（岩波書店、昭和一一年）二三一頁〔我妻旧説〕、勝本正晃『担保物権法上巻』（有斐閣、昭和二四年）、柚木馨『担保物権法（初版）』（有斐閣、昭和三三年）二五二頁、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法（第三版）』（有斐閣、昭和五七年）二七〇頁〔柚木説〕、川井健『担保物権法』（青林書院新社、昭和五〇年）六一頁。

(29) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、昭和四三年）二八八頁。我妻説は、代位目的物たる債権が「土地改良法の系統に属するもの」（補償金・清算金を支払うべき事業者が法律上供託義務を負う場合）については、供託義務を負う事業者は登記により担保権の存在を知悉しているので、物上代位権者自身による「差押」は不要であるとする。これに対して、「民法の規定及び土地収用法系統に属するもの」（代位目的物について法律上供託が要求されていない場合。例えば、担保不動産を滅失・毀損して損害賠償責任を負う不法行為者、損害保険契約者）については、目的物についての担保物権の登記だけで充分な公示とみて第三債務者の他の者に対する弁済の効力を制限するのは、第三債務者に対して酷であるので、物上代位権者自身による「差押」が必要であるとする。但し、我妻説は、この場合の「差押」は「担保権の存在を証する文書」によってなされるべきだと述べるが、民事執行法上の差押えによるべきか配当要求によるべきかにまでは言及していない。

(30) 鈴木禄弥『物権法講義（四訂版）』（創文社、平成六年）二〇一頁。

(31) 道垣内弘人『担保物権法』（三省堂、平成二年）一二〇頁。

(32) なお、債権も先取特権の目的物になることを二〇三条の中で明らかにして、同条一項但書を削除すべきとの土方委員の意見があったが、この意見について議論はなされていない。この点について、『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会、昭和五九年）三七六頁（三八〇頁）参照。

(33) 梅謙次郎『訂正増補民法要義巻之二物権編（昭和五九年復刻版）』（有斐閣、明治四四年）三二九頁、富井政章『民法原論第二巻物権』（有斐閣、大正一一年）三五四頁。

(34) 梅・前出注（33）三二九頁。

(35) 富井・前出注（33）三五五頁。

(36) 民法三〇四条一項但書の「差押」を、物上代位権の行使としての差押えと物上代位権の行使の保全のための差押えとに理論的・手続的に区別するという観点から従前の判例・学説を整理した研究としては、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」法学五〇巻六四一頁（六四六頁）がある。

(37) 高嶋平蔵『担保物権法』（成文堂、昭和五二年）六六頁。

(38) 川名兼四郎『物権法要論』（金剌芳流堂、大正四年）二一二頁。曄道文芸「大判大正四年六月三〇日判批」京都法学会雑誌一一巻一一号七〇頁（七三頁）。なお、川名説は、弁済期未到来の場合は、仮差押えを認める。

(39) 横田秀雄『物権法（第一九版）』（清水書店、大正五年）六一〇頁、勝本・前掲注（28）四四頁。勝本説は、差押えの趣旨を特定性維持に求めるが、横田説同様、差押えが仮差押えの性質を有するものと解しており、旧民事訴訟法七三七条以下の規定によるべきだとする。

(40) 浦野雄幸『条解民事執行法』（商事法務研究会、昭和六〇年）八七九頁。

(41) 香川保一監修『注釈民事執行法（八）』二三二頁（三村量一・大澤晃）、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法（五）』三二〇頁（渋川満）、星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、昭和六二年）二五五頁、高木多喜男『担保物権法（新版）』（有斐閣、平成八年）一三三頁、近江幸治『担保物権法（新版補正版）』（弘文堂、平成一〇年）一四四頁。

(42) 生熊・前出注（36）六四一頁。なお、中野貞一郎教授は、理論的にも手続的にも物上代位権の行使としての差押えと物上代位権の行使の保全のための差押えとを区別するこの見解を支持し、現行法が被担保債権の弁済期到来前の民法三〇四条にいう「差押」の方法を備えていないことを、「一種の『法の欠缺』がある」という。ただし、中野教授は、物上代位権の行使の保全のための差押えは民事保全法における仮差押えの規定（民事保全法二〇条以下、四七条以下）を類推適用すべきだとする。中野・前出注（5）五八九頁。

ただし、このような学説上の見解に対し、裁判実務では物上代位権行使の保全のための差押えは概ね否定されている。最一小判昭和五九年二月二日民集三八巻三号四三一頁が、動産売買先取特権者が、債務者の破産宣告後に、債務者の第三債務者に対する転売代金債権を物上代位権行使として差押えることを肯定したことにより、動産売買先取特権に基づく物上代位をめぐる裁判例が増加した。そこでは、動産売買先取特権者にとって「担保権の存在を証する文書」を直ちに収集することが困難であることから物上代位権を行使するためにいかなる保全手段をとり得るかが問題となり、このような事例において、

先取特権者が物上代位権を保全するため仮差押えや仮処分を申請し、この可否が問題となった下級裁判決がいくつか存在するが、物上代位権行使の保全のための差押え（仮差押え・仮処分）は概ね否定されている。

物上代位権の行使の保全のための仮差押えは、二件において否定されている（東京地決昭和五九年五月二一日判タ五二八号三〇四頁、大阪地決昭和五九年六月二九日判時一一三七号九五頁）。物上代位権行使の保全のための仮処分は、大阪高決昭和六〇年二月一五日判時一一五七号一二三頁（大阪地決昭和五九年一二月一八日の抗告審）を除いて、否定されている（東京地決昭和五九年五月三一日判タ五三〇号二七九頁、大阪地決昭和五九年一二月一八日判時一一五七号一二四頁、東京高決昭和六〇年一月一八日判時一一四二号六一頁（東京地決昭和五九年五月三一日の抗告審）、大阪地決昭和六〇年四月一五日決定判時一一七三号七一頁、大阪高決昭和六〇年六月二四日判時一一七三号六七頁（大阪地決昭和六〇年四月一五日の抗告審）、東京高決昭和六〇年一一月二九日判時一一七四号六九頁、広島高決昭和六一年六月一〇日判時一二〇〇号八二頁）。

(43) 高木・前出注（41）一三三頁、近江・前出注（41）一四四頁。その他、この見解については前述本文三第四説参照。

(44) 浦野・前出注（2）一八七頁。

抵当権の場合、不動産競売の申立てと同じ法定文書（民執一八一条一項一号～三号・二・三項）であるが、担保権の登記のされた登記簿謄本がその典型例である（民執一八一条一項三号）。

動産売買先取特権の場合、実務では、私文書で足り、複数の文書を総合して証明されるものでもよいが、後日作成されたような文書ではなく、取引過程で作成された文書に高度の証明力を与えている。書面は、当事者を異にする二つの売買を結びつけて証明できるものでなければならない。具体的には、売主・買主間の売買契約を立証する書面である。具体的に、売買契約書・納品書・商品受領書・手形・売上帳などと、買主から転買人にその対象となる動産が確かに転売されたことを立証する書面である売買契約書・納品書・商品受領書・転買人作成の転買証明書などが必要となる。

動産売買先取特権の場合の「担保権の存在を証する文書」については、中野貞一郎「『担保権の存在を証する文書』（民執一九三条一項）――動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使をめぐる裁判例――」判タ五八五号（昭和六一年）八頁、一五頁、佐藤歳二「最判昭和六二年四月二日判批」『昭和六二年度主要民事判例解説』判タ六七七（昭和六三年）五〇頁（五一頁）、鎌田他・前出注

(18) 判タ八八頁以下〔堀・小林発言〕参照。
それゆえ、「担保権を証する文書」は、その担保権の種類によって立証の困難さに差があり、一般に、抵当権の存在の立証は容易であるが、動産売買先取特権の存在の立証が困難であるといわれている。
(45) 八木良一「最判平成五年三月三〇日解説」『判解平成五年度』(第二三事件) 五六九頁(五七四頁)。
(46) 坂田・後掲「本件判批」二五八頁も、本判決の論理は、先取特権に基づく物上代位権の行使として配当要求が実務上認められていることとの整合性が問題だとする。
(47) 浦野雄幸「強制執行法の立法作業と強制執行法案要綱案(第二次試案)の公表について」曹時二五巻一一号(昭和四八年)一八四一頁、一八四六頁、同「強制執行法案要綱案(第二次試案)について——第一次試案との主要相違点について(一)」ジュリ五五〇(昭和四八年)七四頁、八八頁。
(48) 香川監修・前出注(5)四二四頁〔富越和厚〕。
(49) 例えば、先取特権者により配当要求がなされたが、配当要求書の第三債務者への送達前に差押債権者の取立てがあり、第三債務者がこれに応じて弁済した場合にも同様の問題は生じるのではないだろうか。このとき先取特権者は、先取特権の優先効を主張し、その分につき不当利得返還請求をできるのではないだろうか。右と同様の事態の下では、一般債権者が債務名義に基づき配当要求し、かつ、合計債権額が差押債権額を上回る場合も、配当要求をした一般債権者は、先に弁済を受けた差押債権者に対して、債権額で按分した額につき不当利得返還請求をできるということにはならないであろうか。
(50) 山野目・前出注(3)四四頁
(51) 本判決の射程が先取特権に基づく物上代位の場合にも及ぶと解するものとして、松岡・後掲「物上代位に関する最近の判例の転換(上)」一〇頁、萩澤・前出注(27)一三一頁、坂田・前出注(46)民商一二五八頁。
(52) 八木・前出注(45)五七四頁。

＊ 本判決に関する解説・評釈および研究としては、松岡久和「物上代位に関する最近の判例の転換(上)・(下)」みんけん五四三号(平成一四年)三頁、五四四号三頁、山野目章夫・金法一六五二号(平成一四年)四一頁、大西武士・判タ一〇七九(平成一四年)六一頁、宮川聡・摂南二七号(平成一四年)八一頁、片岡宏一郎・金法一六二九号(平成一四年)四頁、生熊長幸『平成一三年度最高最重要判例解説』ジュリ一二二四号(平成一四年)七二頁、佐藤歳二・判時一七九四号(判評五二五号)(平成一四年)一八二頁、萩澤達彦・法教二六〇号(二〇〇二年)一三〇頁、坂田宏・民商一二七巻二号(平成一四年)二五一頁、大西武士・NBL七五一号(平

成一四年）六五頁がある。

本件原審判決に関する解説としては、五十嵐満『平成一三年度主要民事判例解説』判タ一九〇六号（平成一四年）一九〇頁がある。

※再校の段階で、我妻学・法時・別・私判リ二六号（二〇〇三年＜上＞一三四頁、東京地裁民事執行センター）、実務研究会編著『民事執行判例エッセンス二〇〇二』判タ一一〇三号（二〇〇二年）二一〇頁に接した。