HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究 (2)
Author(s)	植本, 幸子
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 57(2), 263-276
Issue Date	2006-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/14535
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(2)_263-276.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究（二）

最判三小平成一七年二月二二日民集五九巻二号三一四頁

植本幸子

［事実］

ZはAに商品を売り渡し、Aはそれを平成一四年一から三月までにY_1～Y_3に売り渡した。平成一四年三月一日にAは破産し管財人としてBが任命された。Zは三月一一日に物上代位権の行使としてY_1から三二万八五九八円、同二〇日にY_2から二六万二一一二円、同二五日にY_3から一二三万八四六四円の支払いをうけ、これらの実行の不足分として四月五日に二六九五万八七八九円につき債権届出書を提出した。AのY_2に対する転売債権

について、Zは物上代位のための差押命令を翌年平成一五年一月二〇日に得、この債権差押命令は同一月二二日にY_2に送達され〔効力を発し（民執一四五条四項）〕た。一月二八日に、Bは破産裁判所の許可を得てY_1～Y_3らへの売買代金請求権をXに譲渡し、この譲渡のYらへの通知は同年二月四日になされた。四月三〇日にZはAのY_3に対する転売債権の債権差押命令を得、それは五月一日にY_3に送達された。

破産管財人BがY_1らに売買代金の支払いを求める訴訟を提起し〔日時不明〕、Z〔独立当事者〕参加人）は、動産先取特権に基づく物上代位権を行使しY_1らからその支払いをうけたとして、売買代金請求権がZに属することとY_1らの支払いにより消滅したことの確認を求めた。その後Yらへの売買代金請求債権をBから譲り受けたXが訴訟引受し、Bは訴訟から脱退した(1)。

Xは、民法三〇四条によると第三債務者からの「払い渡しまたは引き渡し」の前に債権差押え命令を得ることが必要とされており、その執行として第三債務者からの支払いが予定されているのであるから、支払いを受けた後に債権差押え命令を得たとしても執行の余地がない無効なものとなり、物上代位権の行使としては許されなくなるのでYらの支払いは弁済としての効力を欠く、と主張した。それに対しZとYらは、Zに対しYらが支払ったのは、債権差押命令があるまでは預かり金であり債権差押命令を得た段階で売買代金の弁済として扱われると合意されている。したがって、（Y_1への物上代位権行使については、執行抗告棄却決定につき許可抗告が認められているので、債権差押も認められる可能性が残されており）「動産先取特権に基づく物上代位権の実体要件がある以上、債権差押がなされるべき」であるところ、「Zは債権差押命令を得た後にYらからその支払いをうけたものと評価することができるのであり、その弁済は有効である」。仮に物上代位権の行使として債権差押命令を得る前に支払いをうけることが無効であるとしても、「Yらは、いずれも参加人に物上代位権があるとの認識に基づき代金を支払った者であるから、債権の準占有者に対する弁済として有効であり、これによってYらに対する売買代金請求権が消滅している」、と主張した。

東京地裁は、「民法三〇四条が『払渡または引渡』前の差押えを要求した趣旨は、主と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ことにあると考えられているから、破産者に対する動産先取特権に基づく物上代位権についての実体要件が存在している本件において、第三債務者である被告らが債権差押命令を要求せずに任意に参加人に売買代金を支払ったも

のである以上、参加人がその後に債権差押命令を得ることによって民法三〇四条の要件が充足（追完）されるものと解するのが相当」であり、第三債務者からの支払いを受けた後に債権差押命令を得ており、申立中の債権についても物上代位の実体要件が存在しているから、Yらからうけたの弁済は有効であり、破産会社の売買代金請求権は消滅したものというべきである、とした。そして、Xは破産管財人Bの地位をそのまま継承するに過ぎないから債権の消滅を認めざるを得ない立場にあり、Zが支払いをうけたことは、物上代位権の行使として適法といえるから権利濫用に当たらない、として、Xの請求を棄却しZの請求を認容した。Xは控訴し、三〇四条一項但書は物上代位権を行使するのに払渡しまたは引渡し前に差押さえることを要求しているがY1に対する差押えがないのでY1からZへの支払いは無効であり、ZのY2とY3への債権の差押えをしないで受けた支払いは無効であり、破産裁判所の許可を得て管財人から受けた債権譲渡はYらに通知をしたのでZに対抗できる、と主張した。

東京高裁は、Zの独立当事者参加は、確認の利益を欠き、民事訴訟法四七条所定の参加の要件を欠く不適法なものなので参加人の本件訴えは却下すべきであるとした。そして、民法三〇四条一項の先取特権者の物上代位における差押えの趣旨・目的は、「先取特権者のする差押えによって、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡しまたは引き渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り立てまたはこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的となる債権（目的債権）の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護し、または目的債権を譲り受けた第三者らが不測の損害を被ることを防止しようとすることにある」「（最判昭和六〇年七月一九日民集三九巻五号一三頁、平成一〇年一月三〇日民集五二巻一号一頁）」とした。そして、「抵当権設定登記によりその存在およびその効力が物上代位の目的債権に及ぶことが公示される抵当権と異なり、動産売買先取特権は、権利が存在することおよびその効力が物上代位の目的債権に及ぶことが対外的に明らかにされているわけではないから、債権譲渡の対抗要件を具備した目的債権の譲渡よりも動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使による差押えが優先するとすれば、債権譲渡により確定的に債権譲受人に目的債権が帰属したとの第三債務者の信頼を害することになることは明らか」であり、「また、動産売買先取特権者は、目的物が売却さ

れた場合に当該売買代金債権等に対して物上代位に基づく差押えをすることが出来るという点で」当該債権の譲受人とは「債権が二重に譲渡された場合の第一譲受人と第二譲受人と類似する関係に立つから、動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使と目的債権の譲渡とは、物上代位に基づく差押命令の第三債務者に対する送達と債権譲渡の対抗要件の具備との前後関係によってその優劣を決すべき対抗関係に立つと解するのが相当である」、とし、「以上より」、「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ができないものと解される」とした。そして、本件ではYらからZに交付された金銭は預入金であり、差押え命令が発せられた時点で売買代金の支払いとして処理する旨の合意が成立しており、Y_2とY_3については払渡し又は引渡し前に差押えがされたということができるが、Y_1については、物上代位の実体要件があるからといって差押えがなければ有効な支払いにはならず、また、Zは債権の準占有者とはいえないとして、物上代位に基づく差押命令の送達の前に債権譲渡の通知により対抗要件が具備されたY_1とY_3に対する債権について、Xの請求を認めた。Y_3が上告した。

［判旨］

「民法三〇四条一項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要する旨を規定している」が、この規定は、「抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである」とし、「そうすると、動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」A社は、X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し押さえたので、Y_3はXに対し、本件転売代金債権について支払義務を負う。最判二小一〇年一月三〇日・民集五二巻一号一頁、最判三小一〇年二月一〇日第三小法廷判決・裁判集民事一八七号四七頁については、「事案を異にし、本件に適切ではない」。以上のように

して、Y3の上告を棄却した。

1．本判決の位置づけ

本判決は「動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡されて第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできない」として、動産売買先取特権による物上代位に基づく債権差押命令送達が、第三者の債権譲受の対抗要件具備に遅れる場合に、物上代位の行使を実際に否定した初めての最高裁判決である。

2．先例

動産売買先取特権に基づく物上代位の行使と、目的債権についての他の利害関係者の権利行使の優劣については、一般債権者による差押えとの関係が問題となった①最判二小昭和六〇年七月一九日民集三九巻五号一三二六頁がある。第二小法廷は、物上代位に基づく差押えが一般債権者の差押に遅れることから先取特権者の優先権を否定した原審を破棄した。そして、動産売買先取特権に基づく物上代位のための差押えが、一般債権者の仮差押えや差押えに遅れていたとしても、転付命令に効力が生じるので配当期日において配当異議の申し出と配当異議の訴えにより優先配当を主張して配当表の変更を求められるとして、一般債権者の仮差押に遅れて転売債権を差し押えた動産売買先取特権者に優先配当を認めた。ここでは、三〇四条の差押えの趣旨が、特定性維持による物上代位権の効力保全、第三債務者や第三者の不測の損害の防止であるとされた(2)。

①判決は、傍論で一般債権者の差押え後の物上代位の行使を可能とした、②最判一小昭和五九年二月二日・民集三八巻三号四三一頁の流れに沿ったものである。②は三〇四条の差押えの「趣旨」を特定性維持による物上代位権の効力保全と第三者の不測の損害の防止であるとして、先取特権者は、債務者が破産宣告を受けた場合でも目的債権を差し押えて物上代位権を行使できるとした(3)。

このように、①と②判決はともに、動産売買先取特権者の物上代位に基づく差押えの趣旨を、特定性維持(4)と第三者の不測の損害の防止としている。

しかしその後、抵当権による物上代位と債権譲渡に関する③最判二小平成一〇年一月三〇日民集五二巻一号一頁と④最判三

小平成一〇年二月一〇日判時一六二八号九頁が、三〇四条の趣旨を第三債務者の二重払いの防止とした。そして、債権譲渡の対抗要件具備が払渡しまたは引渡しに該当しないとして、賃料債権の譲受人の対抗要件具備後に、抵当権者が賃料債権への物上代位についての差押えを行った場合において、物上代位の行使を認めた。

以上のように差押えの趣旨についての考え方の違いにより、①②は先取特権の場合につき第三者の一般債権に基づく差押えは「払渡しまたは引渡し」ではないとしていると評価しうる。また、③④は、抵当権の場合に、第三者の債権譲受の対抗要件具備が「払渡しまたは引渡し」に該当しないと明示したものである。

3. 学説

三〇四条の差押えの趣旨については、特定性維持説[5]、第三債務者保護説[6]、第三者の損害防止のための優先権保全説[7]、優先権保全説を明確化あるいは制限する対抗要件的機能説[8]に考え方が分かれる。その上で、いずれかを、あるいはすべてを融合ないし複合させて考える説があり、特に上記①②のように特定性維持と第三者の損害防止という二つを趣旨とする説が二面説と言われる[9]。

物上代位を制限する理由と利益衡量を見ると、(ⅰ)法律上当然に有される権利であるという考え方[10]、(ⅱ)第三債務者が保護される限りで認められるという考え方[11]、(ⅲ)特別に認められた権利であるので可及的に制限するのが望ましいとして、第三債務者以外の第三者の利益侵害を考え公示の観点から制限する考え方[12]に分かれているようである。特定性維持説は、(ⅰ)を前提として対象物が債務者の一般財産に混和する前に差押えを認めようとするもの、第三債務者保護説が(ⅱ)のように二重弁済の危険のみを物上代位権者に対立する利益として考えるように、この二つは、比較的物上代位を広く認める利益衡量に相応する。しかし、たとえば優先権保全説や対抗要件説に立つ場合に、実質的に善意の第三者を保護[13]するか一律に第三者というだけで保護しようとするかで考え方[14]が分かれるように、差押えの趣旨と物上代位の制限範囲の関連性が一義的に確定しているわけではない。

いずれの立場に立つとしても③判決までの議論は、主に抵当権に基づく物上代位と先取特権に基づく物上代位を区別せずに、抵当権に基づく物上代位を念頭に置く議論であった[15]。物上

代位の行使に制限的な立場は、抵当権に基づく物上代位を認めた③④判決を批判して、物上代位を制限するべきであるという議論を行った[16]。

先取特権に基づく物上代位と抵当権に基づく物上代位を区別する考え方は、債権譲渡が三〇四条の「払渡し又は引渡し」に入るという先取特権についての①②判決とは違って、債権譲渡が「払渡しまたは引渡し」に含まれないとする抵当権についての③④判決を支持し区別する文脈で主に述べられることとなった[17]。例えば、先取特権に基づく物上代位と抵当権に基づく物上代位の区別の理由を登記による公示と追及効の有無にあるとするものがある。そこでは、「動産売買先取特権は政策的な判断で特別に優先権が付与されたものであるとはいえ、第三者に不測の損害を与える可能性をおしてまでの効力は認められるべきではないし、そもそも追及効も認められてはいない[18]」、「抵当権に基づく物上代位権は抵当権の効力の一部であり、」「抵当権設定登記のある以上は、抵当権設定後の賃料債権の譲受人に対して物上代位権を対抗できるのは当然（民法一七七条）」である[19]、「物上代位権の優先性を抵当権の設定登記に求めるので、登記による公示を伴わない動産売買の先取特権については、本判決は及ばないと解すべきであろう[20]」、とされる。

それらに対する批判としては、条文に区別がないこと、賃料債権への物上代位を肯定するときには抵当権と先取特権の同質性を強調して三〇四条を準用しようとしてきたことから、先取特権と抵当権の物上代位における区別に対する疑問があり、抵当権に基づく物上代位においても債権譲受人の利益が考慮されるべきであるとされる[21]。

4．検討

（一）学説における本件の分析について考察する。本件で問題となるのは、民法三〇四条一項の「（a）払渡し又は引渡しに債権譲渡が含まれるかどうか」と、同項但書の「（b）差押えの趣旨」である[22]。

（a）については当然に、あるいは明言してはいないが、債権譲渡は払渡し又は引渡しに当たると本件で最高裁が述べている、とされる。批判として、（a）について明言しないのはおかしいという批判がある[23]。本件判決においても、区別には疑問が提起されている[24]。

（b）については、①②判決に従って、平成一七年判決は複合説でありそれは抵当権にも及ぶべきであるとして③④判決に

は従うものであるべきではないとするもの[25]、①②判決とともに③④判決においても第三債務者保護は例示にすぎず他を排斥しないので平仄が合い、③④判決を支持したうえでの複合説が可能であるとするもの[26]、①②判決と③④判決を合わせて考えて、先取特権の場合は複合説であり、抵当権の場合には第三債務者保護説であるという区分による[27]、という三つの考え方がある。

（a）の判断のあとで、あるいはそれとは別に第三者との優劣の判断がなされるべきであるという考え方[28]を、二段階説とここで名付ける。

二段階説によると、債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に含まれるとするなら、物上代位を行使するためには、債権譲渡前に差し押さえなくてはいけないため、その後の物上代位は行使できないことになり、本件では先取特権者は物上代位がそもそも認められないこととなる。しかし、その場合には、先取特権者と債権譲受人の「優劣の議論」は本件においては必要ではなく傍論となる。債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に含まれないとするなら、債権譲渡後でも物上代位のための差押えが認められるので、次の段階として、先取特権者と債権譲受人の「優劣の議論」が行われることになる。それとは逆に本判決が明言を避けているとして、「払渡し又は引渡し」に債権譲渡が含まれるのが本判決であると解釈した場合には、説明をすることなく直接的に先取特権者の行使を排斥できるメリットがある。また、本件の場合には、債権譲渡を管財人が行っているが、それとは違い、債権譲渡を債務者が行っていた場合には、後に否認や取り消しの可能性が高くなる。その場合に譲渡に遅れる物上代位権者の差押えをどう扱うかという面倒な議論も避けることができ、画一的な取り扱いが可能となる。

しかしながら、そうしてしまうと、債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に含まれないとした③④判決と本判決で、同一の条文を言い換えるという無理が出てしまう。従って③④判決を前提として、債権譲渡には当たらないとして物上代位権者の行使を認めた上で優劣を論じる二段階説によった方がより説得的であるように見える。

（b）については、本件に関するいずれの評釈も①②判決には従うとするので、③④判決の評価が問題となる。二番目の見解によって抵当権と先取特権に関してともに平成一〇年判決に合致すると解釈する場合にはその理由が明らかではない[29]。また、抵当権と先取特権で取り扱いを異にするということにつき、特に先取特権にのみ制限することについて批判がある[30]。とりわけ、公示なく認められる先取特権について物上代位についてのみ公

示を問題として取り扱うことについての疑問が提起されている。[31]公示は約定で設定される抵当権の物上代位にのみ要求されるべきことであるので、[32]この批判は妥当であろう。さらに、抵当権自体において物上代位の追及効について扱いが混乱しているために整合性についての疑問があるという見解がある。[33]

（二）既述（一）（ａ）のように、本判決が「払渡し又は引渡し」に債権譲渡が入らないと考えている場合には、（ｂ）の利益衡量のところで不測の損害が債権譲受人に生じているとは解釈しがたい。そのため、六〇年判決に従っているとは言い難いとされる。[34]

物上代位が法律上当然に認められるとしても、あるいは特別に与えられた制度にあるにせよ、債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に該当するとした場合に、先取特権が公示性を欠くことを理由に抵当権と先取特権を区別することは、明文上予定されていない区別である。債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に該当しないとした場合にも、明文の無いところで物上代位の行使についての制限を行っていると評価できる。明文のないところで制限を加える以上は、「不測の損害」を実質的に判断し制限の正当性を示すことが求められると言えよう。

（三）既述のような解釈上の疑問と批判とは別に、本判決の具体的妥当性についての批判が出ている。[35]

本判決は第三者の不測の損害を理由として、明文からは「払渡しまたは引渡し」に明白には該当するといえない場合に物上代位を否定する。しかし、本件においては「第三者の不測の損害」が生じうる事案であるのかは不明である。（二）で述べたように、明文にない利益衡量を持ち出し本来の権利を否定する場合には、利益衡量に影響する事実が実質的に判断されるべきではないかと思われる。本件では動産売買先取特権者の存在を管財人が覚知し、そのような管財人から第三者が事情を知って債権を譲り受けている。このような場合には、「第三者の利益を保護する」に具体的妥当性があるのかどうか、実質的判断のために破棄差戻しさせるべきであったと思われる。

しかしながらそうしなかった本件の実質的判断としては、詐害性の高い場合に積極的な債権侵害などの余地のみを残そう[36]ということにある。つまり、詐害行為を立証できない場合には、「不測の損害」の範囲の単なる悪意や予見可能性が譲受人にある場合に先取特権者の追及を免れさせるというのが判例の考え方である可能性が高い。

本判決を前提とした上で物上代位の執行逃れを防止するため

に、破産法、民事再生法において別除権である動産売買先取特権について、破産管財人は、包括執行者としての義務を負うべきであるという指摘がある。破産管財人は、動産売買先取特権者に対して抵当権に与えるのと同等の手続的処遇を与えるべきであり、破産裁判所はこの解釈論の視点において、破産管財人を指導監督すべきなのである(37)。

さらに、本件では問題にならなかったが、債権譲受人の支払う代価についての代償的請求も問題となるのではないか。それは、本来の「払渡しまたは引渡し」とは違う場合に先取特権に基づく物上代位の追及力を「第三者の不測の損害」を理由として遮断するのであるから、代償である第三者からの代価への優先権を認めるべきではないかとも考えられるからである。公示により追及効が認められるのではなく、公示を欠くことが追及効の遮断の理由となりうるととらえるべきである。

もっとも、そうしたところで管財人は包括執行者として先取特権者への義務を認められない現状においては、転売債権を額面を下回らせずに譲渡する義務を負うわけではないし、転売を繰り返すと譲受人の名義が変わる差押えを困難にすることにもなってしまう。手続上破産管財人が別除権者のためにも行為する義務があるとする制度運用の改革と、実体法上の解釈との、両方の面での配慮が求められると思われる。

（四）さらに、最高裁では問題とならなかったが、本件は売主への支払いのあとの差押えについて、物上代位行使の要件の追完が問題となるような事案であった。そのことを考えると、執行潜脱についてはＹＺ間とＢＸ間のどちらにそれが強く認められるのか判断の分かれる事案であろう。このような場合とは違って、動産買主側の執行潜脱の疑いのみが強く認められるような場合であっても売主を救済することは、一律に第三者への譲渡により物上代位を否定する本件の立場によらず、個別に「第三者の不測の損害」を考える立場によっても、譲受人の態様が問題となる限り困難である。最高裁の立場は、売主への金銭支払いや債権譲渡時の主観を問わず、外形的にわかりやすい差押えや通知をもって判断することに主眼があるのではないかと推測される。執行潜脱を防止するという観点からは疑問に思う。

既述のように、本件判決は、①②判決のみに従うと考えても、①②③④判決を含めた流れとして考えても疑問点が指摘されており、具体的な解決としても問題があると指摘されている。将来の最高裁判決には、より具体的な利益衡量を視野に入れた解決と本来の制度趣旨を踏まえた解決が求められる。

（1）「同破産管財人は本訴脱退後も、目的債権の譲受人の代理人として訴訟追行をしているとされる（堀龍兒〈本件評釈〉私法判例リマークス三二号（二〇〇六　上）一八、一九頁）。さらに、Yらの主張によれば、XはAの元経理部長である（民集五九巻二号三二五、三五〇頁）。

（2）三〇四条一項但書の趣旨は、「先取特権者のする右差押によつて、第三債務者が金銭その他の物を債務者に払い渡し又は引き渡すことを禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的となる債権（以下「目的債権」という。）の特定性が保持され、これにより、物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面目的債権の弁済をした第三債務者又は目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとすることにある」。

（3）「先取特権者のする右差押によつて、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡し又は引渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取立て又はこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害を被ることを防止しようとすることにあるから、第三債務者による弁済又は債務者による債権の第三者への譲渡の場合とは異なり、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもつて目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はないというべきである」「そして、債務者が破産宣告決定を受けた場合においても、その効果の実質的内容は、破産者の所有財産に対する管理処分権能が剥奪されて破産管財人に帰属せしめられるとともに、破産債権者による個別的な権利行使を禁止されることになるというにとどまり、これにより破産者の財産の所有権が破産財団又は破産管財人に譲渡されたことになるものではなく、これを前記一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はない。したがつて、先取特権者は、債務者が破産宣告決定を受けた後においても、物上代位権を行使することができる」。

（4）「代位物の特定性が失われ、物上代位権が行使できなくなる事態に至るのを防止すること」（①判決につき、道垣内弘人・別冊ジュリスト一七五号一七四、一七五頁）。

（5）我妻栄『擔保物権法（民法講義Ⅲ）』四〇，一五七頁（一九三六　岩波書店）、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法〔新版〕』二八〇－二八六頁（一九七三　有斐閣）。

（6）清原泰司『物上代位の法理』一〇一－一〇五頁（一九

九七　民事法研究会）、同〈原審評釈〉金判一二一二号五九頁。

(7) 大連判大正一二年四月七日民集二巻二〇九頁、『注釈民法（八）物権（三）』一〇一頁（一九六五　有斐閣）。

(8) 道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡」銀法五二二号九頁、同『担保物権法[第二版]』一五一頁（二〇〇五　有斐閣）、渡辺隆生〈本件評釈〉金法一七四〇号四、五頁。

(9) 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権[第二版]』六四頁（二〇〇五　成文堂）。

(10) 柚木・既出注（5）二八一頁。

(11) 清原・既出注（6）一〇四－一〇五頁。

(12) 道垣内・既出注（8）『担保物権法[第二版]』六五頁。

(13) 堀・既出注（1）一九頁、同私法判例リマークス三一号三二、三三頁。

(14) 既出注（8）道垣内・六四頁。

(15) 今尾真「動産売買先取特権に基づく物上代位とその目的債権の譲渡－最高裁平成一七年二月二二日判決をめぐって－」法学研究（明治学院大学）七九号三七、五八－五九頁。

(16) 松岡久和〈③④評釈〉民商一二〇巻六号一〇〇四、一〇一一頁。

(17) なお、道垣内弘人『担保物権法』（一九九〇　三省堂）は、抵当権と先取特権の区別を解いているが（一二〇頁）、先取特権については特定性維持説（五四頁）、抵当権については優先権保全説（一二〇－一二一頁）によっている。先取特権の物上代位と違い抵当権の場合には、破産に遅れる物上代位のための差押えができなくなるとされ（一二〇頁）、平成一〇年判決後の扱い（道垣内・既出(12)一五三頁）とは異なる考え方をしている。

(18) 田高寛貴〈③評釈〉法教二一五号一〇六、一〇七頁。

(19) 伊藤進〈③④評釈〉ＮＢＬ六三七号八、一四号一五頁。

(20) 佐久間弘道〈③評釈〉銀法五四八号四、一三頁。

(21) 松岡久和〈③④評釈〉民商一二〇巻六号一〇〇四、一〇一一頁。

(22) 山野目章夫〈本件評釈〉金法一七四八号四九、五〇頁。そこでは、山本克己・後掲注(26)ＮＢＬ八〇九号一二、一四頁が引用されている。尚、原田剛〈本件評釈〉法セ六〇六号一一八頁は、物上代位の趣旨と差押えの趣旨を区別して説明する。

(23) 山野目・既出注（22）五〇頁。

(24) 堀・既出注（1）一九頁。

(25) 渡部晃〈本件評釈（上・下）〉金法一七四五号二〇、一七四六号一一七頁、（上）一七四五号二六頁、今尾真・既出注（15）三七－一四六頁、遠藤研一郎〈本件評釈〉銀法六五〇号七二、七四－七五頁。

(26) 山本克己〈本件評釈〉ＮＢＬ八〇九号一二、一四－一五頁、山野目・既出注（22）五〇頁参照。なお、第三者が「不測」ではないことから、厳密には判例変更があるとする（山野目五一頁）。

(27) 石毛和夫〈本件評釈〉銀法六四八号五五頁、市民と法三六号五九頁、下村信江〈本件評釈〉判例タイムズ一九七号八九、九二頁。渡部・既出注（25）二六頁（ただし、「②判決を修正・変更」した平成一〇年判決に批判的）。

(28) 山野目・既出注（22）五〇頁、下村・既出注（27）九二頁。国分貴之〈原審評釈〉銀法六四六号四六、四九－五〇頁は、原審が債権譲渡を「払渡しまたは引渡し」に含まれないとした上で、「先取特権に基づく物上代位と債権譲渡とは、物上代位に基づく差押命令の第三債務者に対する送達と債権譲渡の対抗要件の具備との前後関係によってその優劣を決すべき対抗関係に立」つとするものとして読めるとする。そして、最高裁判決は、「払渡しまたは引渡し」に債権譲渡が含まれると解しうるとする（同五一頁）。

(29) 山野目・既出（22）五〇頁。

(30) 堀・既出注（1）一八、一九頁、遠藤・既出注（25）七二、七四頁。

(31) 中山知己〈本件評釈〉法学教室三〇一号八〇、八二頁。

(32) 道垣内・既出（17）一二〇頁（一九九〇）。

(33) 遠藤・既出注（25）七二、七四－七五頁、渡部・既出注（25）（上）一七四五号二〇、二五頁。

(34) 堀・既出注（13）三二、三三頁、既出注（21）山野目・五一頁。

(35) 渡部・既出注（25）（下）一七四六号一一七、一二二頁。

(36) 下級審裁判例として東地判平成一四年五月一七日金法一六七四号一一六頁は、動産売主の債権者が行った転売代金の譲渡の詐害行為取消を認めた事案である。売主Ｙが機械を債務者Ａに四億二一五万円で売り渡し、その後銀行Ｘが債務者Ａに対する銀行取引上の債権担保のためにＡが第三債務者Ｂに対して有する転売代金債権四億二七八七万円につき債権譲渡を受けた。譲渡の一ヶ月後にＹが転売代金債権を物上代位により差し押さえたのに対し、Ｘが第三者異議を申し立て当該転売債権の帰属について確認を求めた。東京地裁は、物上代位による差押えの趣旨として第三債務者保護を述べた上で、動産売主は、目的物が売却された場合に物上代位に基づく差押えができるので、当該転売代金の譲受人とは債権の二重譲渡の場合の第一譲受人と第二譲受人に類似する関係に立ち、対抗関係に立つとした。しかし、ＡからＸへの債権譲渡については、譲渡当時Ａには害意があり、かつＡが債務超過で実質的に無資力であり当該債権譲渡が詐害行為と

なるとの認識をXが有していたとしてYの債権の限度で詐害行為取消による取消を認めた。

(37) 渡部・既出注(25)(下)一二〇―一二一頁。

[参考文献(本件評釈と判例研究)]

石毛和夫〈本件評釈〉銀法六四八号五五頁、今尾真「動産売買先取特権に基づく物上代位とその目的債権の譲渡―最高裁平成一七年二月二二日判決をめぐって―」法学研究(明治学院大学)七九号三七頁、同法教三〇六号別冊判例セレクト二〇〇五・一七頁、遠藤研一郎〈本件評釈〉銀法六五〇号七二頁、遠藤曜子〈本件評釈〉法律のひろば五八巻一〇号五七頁、下村信江〈本件評釈〉判タ一一九七号八九頁、中山知己〈本件評釈〉法教三〇一号八〇頁、原田剛〈本件評釈〉法セ六〇六号一一八頁、堀龍兒〈本件評釈〉私法判例リマークス三二号(二〇〇六 上)一八頁、山野目章夫〈本件評釈〉金法一七四八号四九頁、山本克己〈本件評釈〉NBL八〇九号一二頁、渡部晃〈本件評釈(上・下)〉金法一七四五号二〇、一七四六号一一七頁、渡辺隆生〈本件評釈〉金法一七四〇号四頁、無署名・市民と法・三六号五九頁。

下級審については、石毛和夫〈一審評釈〉銀法六三四号六八頁、同〈原審評釈〉銀法六四〇号三六頁、清原泰司〈原審評釈〉金判一二一二号五九頁、国分貴之〈原審評釈〉銀法六四六号四六頁、平井一雄〈原審評釈〉銀法六四三号七九頁がある。

脱稿後入手したものとして、特定性維持説に立つ佐伯一郎〈本件評釈〉大宮ローレビュー二号八七頁、第三債務者保護説に立つ清原泰司「動産先取特権の物上代位権行使と代位目的債権譲渡の優劣」南山法学二九巻二号一頁がある。(以上二〇〇六年五月現在)