

〈判例批評〉

動産売買の先取特権者が、自ら強制執行により差し押えた後、他に競合する差押債権者等が生じた場合に、物上代位により優先弁済を受ける方法

(最高裁昭和62年(1987年)4月2日第1小法廷判決
(昭和60年(オ)第232号配当異議事件)『判例時報』
1248号61頁,『判例タイムズ』645号162頁,『金融・商
事判例』777号3頁—上告棄却。)

川 嶋 四 郎

1. はじめに

近時、最高裁判所は、動産売買の先取特権に基づく物上代位権を有する債権者は、自ら目的債権を強制執行によって差し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には、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をしまたはこれに準じる先取特権の行使の申出をしなければ、優先弁済を受けることができない旨の判決を言い渡した。

実体法上動産売買の先取特権を有する債権者の権利行使方法が、手続法上の障碍に直面し大きな問題のひとつとなっている今日、この最高裁判決は、確かに、一見したところ、先取特権者にひとつの新たな権利行使の途を開くもののように思われる。また、この判決に対する評価も、後に述べるように、おおむねこの判旨には好意的である。しかし、それにもかかわらず、この判決には、いくつかの重大な問題点が存在するように思われる。それは、この判決が動産

売買の先取特権者（その物上代位権者）に与えた（形式的な）権利行使の機会が、果たして実質的にも利用可能なものであるか否かという疑問に集約される問題である。

これまでのところ、このような視点から本判決を論じたものは存在していないように思われるので、本判決に対して敢えて螭螂の斧を振るうことを思い立った次第である。

2. 事案の概要と判旨

【事実】 訴外株式会社桑原商店（以下 A とする）は、1982年（昭和57年）7月9日に破産宣告を受け、X（原告、控訴人、上告人）が破産管財人に選任された。これに先立ち、A は、1982年（昭和57年）5月21日から同年6月30日までの間に、訴外ベスト工材株式会社（以下 B とする）に対して、コウハクネットほか75点の本件商品を売却しており、同年9月10日に X は、A の B に対する本件商品の売却から生じた売買代金債権12,964,300円に基づく債務弁済契約公正証書を B から受領した。しかし、X は、すでに本件商品が B から第三者の芝浦工事株式会社（以下 C とする）に転売されていたので、同月20日に、上記公正証書を債務名義として、B が C に対して有する転売（残）代金債権を差し押えた。その後、B に対する債権者である株式会社平和相互銀行（以下 Y_1 とする。なお訴訟承継の後は株式会社住友銀行）、株式会社埼玉銀行（以下 Y_2 とする）および株式会社東海銀行（以下 Y_3 とする）（以上 $Y_1Y_2Y_3$ は、被告、被控訴人、被上告人）も、B の C に対する上記（残）代金債権に対して仮差押えをしたので、同年10月4日に、C は、差押えの競合を理由に、すでに支払済みの分を除いた同転売（残）代金債権7,234,281円を供託し、その旨の事情届を提出した。

同年12月1日東京地裁は、この供託金7,234,281円につき本件配当表を作成した。その内容は、手続費用を控除した7,223,076円を、X、 $Y_1Y_2Y_3$ の届出債権額で按分して、X に1,018,244円、 Y_1 に1,335,217円、 Y_2 に4,555,446円、そして Y_3 に314,169円を配当するというものであった。これに対して、同年12月14日の配当期日において、X は、動産売買先取特権に基づく優先弁済権を主張して、 $Y_1Y_2Y_3$ の配当額に異議を述べたので、本件配当異議訴訟に至ったのである。

なお、X の差押命令申請書には、一方では請求債権として、「東京法務局所属公証人…作成昭和57年第726号債務弁済契約公正証書の執行力のある正本に表示された元本

金 12,964,300 円、ただし、A が B に対して昭和 57 年 5 月 21 日から同年 6 月 30 日までの間に売り渡したコウハクネット他 75 点の売買代金」と記載されており、他方で差押債権としては、「金 12,964,300 円、ただし、B が C に対して有する毎月 20 日締め、翌月 15 日支払いと定め、昭和 57 年 5 月 21 日から同年 6 月 30 日までの間に C に売り渡した別紙目録記載のコウハクネット他 75 点の売買代金債権にして支払期の早いものから頭書金額に満つるまで」と、記載されていた。

第 1 審の東京地方裁判所⁽¹⁾は、1984 年（昭和 59 年）3 月 30 日に、次のように判示し、X に対する請求棄却判決を言い渡した。

「……民法 304 条に定める『差押』は、担保権実行としての差押のほか強制執行としての差押も含むものと解すべきところ、動産の先取特権に基づく物上代位権を有する債権者は、自らその物上代位の目的たる債権を強制執行によって差し押えた場合、他に競合する差押債権者等があるときは、民法 304 条、法〔民事執行法——川嶋〕143 条、154 条及び 193 条の規定に鑑み、右強制執行の手續において、その配当要求の終期までに、担保権を証する文書を提出して先取特権の配当要求をし、優先弁済を受けることができるものと解するのが相当である。

右の見地に立って本件をみると、原告の本件異議が理由があるためには、本件配当事件において、第三債務者の芝浦工事が前示供託をした昭和 57 年 10 月 4 日までに、原告が執行裁判所に先取特権を証する文書を提出して先取特権に基づく配当要求をしたことが要件となるどころ、本件ではこの事実について何らの主張立証もない。」

これに対して、X は控訴し、おおむね次のように主張した。

〈民法 304 条は、物上代位の要件につき「差押」を掲げるのみであり、そのほかに配当要求をすることは要件とされていないのに、判旨のように、配当要求の終期までに、担保権を証する文書を提出して先取特権に基づく配当要求をしなければならないとすれば、物上代位権を有するが優先弁済権を有しない先取特権者という矛盾した概念を認めざるをえなくなる。しかも、第三債務者が、民事執行法 156 条に基づいて債務額を供託すると、先取特権者はたちまち優先弁済請求権を失なうことになり、先取特権者の権利行使の機会を実質的に奪ってしまう。さらに、差押申請書により、X が動産売買の先取特権を有し優先弁済されるべきことを主張したもので、すなわち、先取特権に基づく配当要求を

(1) 『金融・商事判例』777 号 3 頁、9 頁。

したものと言うべきであり、また、本件債務弁済契約公正証書には、AとBとの間の売買の事実が記載されていることはもちろん、Bが本件商品をCに転売した事実を確認する旨の記載があるので、この公正証書は、Xが先取特権に基づく物上代位権を有することを証明するに十分であり、民事執行法154条1項所定の「文書」に該当する。よって、Xは、本件差押命令申請のさい、担保権を証する文書を提出して先取特権に基づく配当要求をしたと言うべきである。〉

原審の東京高等裁判所⁽²⁾は、1984年(昭和59年)11月28日に、次のように判示し、Xの控訴を棄却した。

「……民法304条に定める『差押』は、担保権実行としての差押のほか強制執行としての差押も含むものと解すべきところ、動産の先取特権に基づく物上代位権を有する債権者は、自らその物上代位の目的たる債権を強制執行によって差し押えた場合、他に競合する差押債権者等があるときは、民法304条、法〔民事執行法—川嶋〕193条、143条、及び154条、及び165条の規定に鑑み、右強制執行の手続において、その配当要求の終期までに、担保権を証する文書を提出して先取特権の配当要求又はこれに準ずる先取特権行使の申出をしなければ、優先弁済を受けることができないものと解するのが相当である。〔第1審判決に、下線の部分が付加された。—川嶋〕

……本件差押命令の申請書には、請求債権及び差押債権として控訴人の主張するとおりの記載がされていることが認められるが、右記載自体において、桑原商店からベスト工材に売り渡された本件商品とベスト工材から芝浦工事に売り渡された商品とが同一であることが特定・表示されているとは必ずしもいえないのみならず、……本件差押命令申請は、先取特権に基づく物上代位権の行使としてではなく、あくまで強制執行としてなされたものであり(控訴人の主張も当然このことを前提とするものである。—原文)、右申請書には、先取特権を行使する趣旨は何ら示されていないことが認められるから、右申請の際、先取特権に基づく配当要求ないしこれに準ずる前示申出がなされたものともみることが到底できないものというほかない。」

これに対して、Xは、おおよそ次のような理由で上告した。

〈原判決は、第三債務者の供託前に所定の方法で配当要求することを要求するが、債権執行の実情からすると、そもそも時間的な余裕がなく、配当要求する方途は全く閉ざさ

(2) 『判例時報』1138号78頁、『金融・商事判例』777号3頁、6頁。

れてしまう。また、原判決は、現在の執行裁判所の制度上からも民事執行法上の解釈からも現実にはほとんどありえない事態、すなわち、強制執行としての差押えを申し立てた債権者が自ら配当要求をすることを優先弁済の要件としているが、このような解釈は、実体法により確立している動産売買の先取特権を手続法のレベルで否定することになる。さらに、原審は、本件で実体法上の判断を行わず、手続上の問題点のみを取り上げているが、これは、配当異議訴訟の目的に合致しない。

なお、X自身、本件強制執行を申し立てる前に東京地方裁判所に民事執行法193条に基づく担保権の実行を申し立てようとしたが、同庁は、担保権の存在を証する文書として、第三債務者Cの発行した右第三債務者が商品（AがBに売却したのと同じのもの）をBから買い受けた事実の実印を押印した証明書、第三債務者の印鑑証明書等の提出を要求したが、このような文書を手に入れることが不可能に近いことは明らかであろう。〉

最高裁判所（第1小法廷）は、これに対して、1987年（昭和62年）4月2日、上告を棄却する旨の判決を言い渡した。

【判旨】「動産売買の先取特権に基づく物上代位権を有する債権者は、物上代位の目的たる債権を自ら強制執行によって差し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出をしなければ、優先弁済を受けることができないと解するのが相当である。これと同旨の見解に基づき、本件配当表に過誤はないとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。」

3. 批評

判旨反対。

以下では、まず、本判決の意義および問題点を簡単に指摘し（→(1)）、次に、動産売買の先取特権を有する者の地位に関する判例・学説を概観し、その中における本判決の位置付けを行ない、特に本件原告が上述のような権利行使方法を採用するを得なかったことを指摘し（→(2)）、さらに、本判決がはらんでいる問題点を個別的に検討する中で判旨に疑問を呈しつつ私見を述べてみたい（→

(3))。

(1) 本判決の意義および問題点

まず、本判決は、動産売買の先取特権に基づく物上代位権を有する債権者は、自らその物上代位の目的たる債権を強制執行によって差し押えた場合に、他に競合する差押債権者等があるときは、その強制執行の手續において、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またはこれに準じる先取特権行使の申出をしなければ、優先弁済を受けることができないとした最初の最高裁判決であるという点に意義がある。さらにこの判決は、優先的満足を獲得しうるための配当要求の終期に関しても、本件のように債務名義を有する先取特権者が強制執行をした場合でも、第三債務者の供託の時点（民事執行法〔以下単に法とする〕165条）がそれに当たるとした点でも、注目に値する。

本判決は、債務名義を有しそれにより強制執行をした先取特権者による物上代位権の行使方法についてというあまり（頻繁には）起こりそうにない事件に関するものではあるが、このような特殊な事件が出現した背景には、先取特権者の物上代位権の行使を制限する現在の裁判実務のはらんでいる問題が厳然と存在するように思われる。したがって、その物上代位権の行使方法をめぐる諸裁判例の中で、本判決の位置を確かめる必要がある。また、本判決の措辞からすると、一定の場合にこのような先取特権者に権利実現の途を開くようにも読めるが、果たして現実にそうであるのかが検討されなければならないであろう。

さらに、本判決の個別具体的な問題に関しても、本判決の判旨があまりにも簡潔であり過ぎるので、同旨の裁判例を参考にして検討を加える必要がある。そのさいには、まず、原判決には存在した「民法304条に定める『差押』は、担保権実行としての差押のほか強制執行としての差押も含むものと解すべき」とする判示の部分が本判決では削除されたことの意味が検討されねばならず、また本判決のような先取特権者による物上代位権の行使方法の制限が正当化される理由や本件の特殊事情、さらには本件における執行裁判所の処置をめぐ

問題なども検討されねばならない。

(2) 本判決の背景とその位置付け

以下では、動産売買の先取特権者による物上代位権の行使をめぐる諸裁判例の中における本判決のもつ意味を考察することにより、本判決の出来した背景を探り、本件の位置付けを行ないたい。そして、後述のように最高裁昭和59年・60年両判決(→①)で動産売買先取特権者にかなり強力な地位が認められたにもかかわらず、特に下級審の裁判例では、法193条の「担保権の存在を証する文書」の意義が比較的厳格に解されており(→②)、さらにその文書が準備できない場合の動産売買先取特権の保全手段がほとんど認められていない今日において(→③)、本件は、確かに、判決文言からすれば一定の場合に権利実現の途を開くようにも見えるが、しかしその実質は動産売買先取特権者による物上代位権の実現を手続法(執行法)のレベルで制限するものであることを明らかにして行きたい。

このように、本件の法的な背景を見ることにより、本件のXがなぜ強制執行による差し押えをなしたのかが明らかになり、仮にそのようにせざるを得ない特別な事情がある場合には、先取特権者による物上代位権の行使に対する一定の明確な政策的な制限事由がないことを条件として、Xを保護すべき方向で考えるべきであるという基本的な価値判断が可能になるように思われるのである。

なお、先取特権の実行手続に関しては、周知のように、すでにこれまでに数多くの論文が公けにされている。以下の①②③では、それらを参考にした。

① 動産売買先取特権者(その物上代位権者)の地位

— 本判決の背景(その1)

動産売買の先取特権者(その物上代位権者)の地位に関しては、特に民法304条但書の「払渡又ハ引渡」の意味との関連で、これまでに、具体的な事件の結論を総合すれば、おおむね以下のような判例理論が形成されている^③。すなわち、動産売買先取特権の物上代位権者は、その差し押えの前に、第三債務者による目的債権の弁済がなされた場合、一般債権者が転付命令を得た場合(大審院

大正12年(1923年)4月7日民事連合部判決⁽⁴⁾の事例の場合)、または債権譲渡がなされた場合(大審院昭和5年(1930年)9月23日判決⁽⁵⁾の事例の場合)には、優先権を主張しえなくなるが、これに対して、債務者に破産宣告がなされた場合(最高裁昭和59年(1984年)2月2日判決⁽⁶⁾の事例の場合)または一般債権者が目的債権を差し押えたに過ぎない場合(最高裁昭和60年(1985年)7月19日判決⁽⁷⁾の事例の場合)には、なお物上代位権を行使して優先権を主張できる。

このように、最高裁判決上、動産売買の先取特権者は、つまるところ債務者の財産の中に目的債権が存在するかぎり、たとえ債務者の破産の場合でも破産債権者に優先して自己の債権の満足を得られ、また差押えをなした一般債権者にも優先して弁済に与えることができるという実体法および訴訟法上の基本的な価値判断がなされているのである。ここからは、明らかに、動産売買の先取特権者に対する比較的厚い保護の要請を看取できるのである。学説の多く⁽⁸⁾も、とりわけ象徴的な上記最高裁昭和59年判決に賛成している。したがって、まず本件で、Xが自己の物上代位権の執行法上の貫徹——満足——を期待したのは、判例の一般的な傾向から考え、基本的には正当であったと言えるであろう。

しかし現在、動産売買の先取特権者は、次に述べるように、その物上代位権の行使の過程で、大きな手続的障碍に直面しているのである。

② 物上代位権者の権利実現の制限(その1)

——「担保権の存在を証する文書」の認定基準をめぐる裁判例の不統一——

(3) 竹下守夫「批評」『判例時報』1201号(『判例評論』332号)199頁, 202-03頁(1986)参照。

(4) 『民集』2巻209頁。

(5) 『民集』9巻918頁。

(6) 『民集』38巻3号431頁。

(7) 『民集』39巻5号1326頁。

(8) 伊藤眞「批評」『月刊・法学教室』47号70頁(1984), 小林秀之「批評」『ジュリスト』826号96頁(1984), 生熊長幸「批評」『民商法雑誌』92巻2号240頁(1985), 伊藤進「批評」『ジュリスト・昭和59年度重要判例解説』74頁(1985)など。

本判決の背景（その2）

法193条1項によれば、動産売買の先取特権者による物上代位権の行使には、「担保権の存在を証する文書」の提出が必要である。そこでどのような文書がこの「担保権の存在を証する文書」に該当するのかが問題となるが、この点に関して、特に本件のような（自動車等以外の）一般的な商品の場合についての裁判例は、必ずしも統一されているとは言い難いのが現状である。その概略を記せば、次の通りである⁽⁹⁾。

A. 「担保権の存在を証する文書」の意味を厳格に解する裁判例

この典型例は、東京高裁昭和59年（1984年）11月15日決定⁽¹⁰⁾である。これは、「担保権の存在を証する文書」とは、当該文書自体から、担保権の存在がその実行を許容するに足りる高度の蓋然性をもって直接に証明されるものと言い、債務者がその作成に関与していなければならないとした。そして、債権者作成の売掛金勘定残高確認明細書、債権届出書写、その職員名義の報告書と依頼書、メーカー作成の出荷データ受入れリストと確認書、第三債務者作成の確認書を個々の的に検討し、「担保権の存在を証する文書」に当たらないとしたのである。このような考え方は、準名義説と呼ばれている⁽¹¹⁾。

これと同じ傾向の裁判例としては、たとえば、（時間的には前後するが）東京高裁昭和58年（1983年）3月29日決定⁽¹²⁾（債権者の作成した報告書、納品書

(9) 以下の叙述については、中野貞一郎『「担保権の存在を証する文書」(民執193条1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——』『判例タイムズ』585号8頁(1986)、生熊長幸「動産売買先取特権の実行(2)——動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使」新堂=竹下編『民事執行法判例展望』116頁(1987)、富田哲「動産売買先取特権に対する一疑問——債権者平等という観点から——」『法政論集(名古屋大学)』115号429頁(1987)、林錫璋「動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使」『法律時報』59巻11号108頁(1987)、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(五)」『判例時報』1266号(『判例評論』351号)174頁(1988)などを参照した。

(10) 『判例タイムズ』548号154頁。

(11) 中野「前掲論文」(註9)15頁参照。

(12) 『判例時報』1078号86頁。

および請求書、さらに貨物受領書および「証」と題する書面が提出されたが、「担保権の存在を証する文書」に当たらないとした。)、東京高裁昭和59年(1984年)9月7日決定⁽¹³⁾(債権者の作成した成約明細書(控)、売上帳および請求書、訴外メーカーおよび第三債務者により作成された証明書が提出されたが、「担保権の存在を証する文書」に当たらないとした。)などが存在する。

なお、これらの裁判例のほか、結論的に「担保権の存在を証する文書」に当たらないとしたものには、たとえば、東京高裁昭和59年(1984年)7月3日決定⁽¹⁴⁾、東京高裁昭和60年(1985年)6月28日決定⁽¹⁵⁾、東京高裁昭和60年(1985年)10月8日決定⁽¹⁶⁾などが存在する。これらの立場は、準名義説と呼ばれている⁽¹⁷⁾。

B. 「担保権の存在を証する文書」の意味を緩やかに解する裁判例

これに対して、時期的には上述のAの裁判例に少し遅れつつも、「担保権の存在を証する文書」の意味を緩やかに解する裁判例も存在する。この典型例は、大阪高裁昭和60年(1985年)8月12日決定⁽¹⁸⁾であるが、それは、必ずしも公文書であることを要せず、私文書をもって足りるし、一通の文書によらず複数の文書によることも許されるが、それにより債務者に対する担保権の存在を高度の蓋然性をもって証明する文書であることを必要とするものであり、観点を調べてみれば、そこには、文書をもって担保権の存在を証明することを要する一種の証拠制限が存在すると言えるとし、債権者・債務者間の売買基本契約書、債権者の債務者に対する請求書、訴外メーカーの出荷案内書と請求書、債務者作成の納品書、第三債務者の受領書を総合的に判断して、それらが「担保

(13) 『判例タイムズ』545号136頁。

(14) 『判例時報』1126号40頁。

(15) 『判例タイムズ』566号149頁。

(16) 『判例時報』1126号40頁。

(17) なお、準名義説を採るのは、浦野雄幸『条解民事執行法』879頁(商事法務研究会1985)、同「民事執行関係判例回顧(昭和60年)(4・完)」『NBL』343号19頁、33頁(1985)参照。

(18) 『判例時報』1169号56頁。

権の存在を証する文書」に当たるとした。

これと同じ傾向の裁判例としては、たとえば、(時間的には前後するが)名古屋高裁昭和60年(1985年)5月24日決定⁽¹⁹⁾(債権者の債務者への納品書および請求書、売主の作成した総勘定元帳中の本件商品につき債務者との取引を記載した部分の写しおよび第三債務者から債権者に宛てた「本件商品を第三債務者が債務者から買い受け、商品は債権者から第三債務者への直送で引き渡しを受けた」旨の証明書が、「担保権の存在を証する文書」に当たるとした。)、名古屋高裁昭和62年(1987年)6月23日決定⁽²⁰⁾(受注者が債務者、出荷先が第三債務者との記載のある債権者宛ての各荷物受取書、債権者の債務者宛ての請求書(控)、債務者の作成した第三債務者宛ての請求明細書が、「担保権の存在を証する文書」に当たるとした。)などがある。これらの立場は、書証説と呼ばれている⁽²¹⁾。

なお、以上の裁判例のほかに、「担保権の存在を証する文書」に当たるとしたものとして、たとえば、東京高裁昭和60年(1985年)8月4日決定⁽²²⁾や仙台高裁昭和60年(1985年)11月27日決定⁽²³⁾などがある⁽²⁴⁾。そして、裁判例としてもこの立場が、主流を占めつつあるというのが現状である⁽²⁵⁾。

(19) 『判例タイムズ』562号110頁。

(20) 『判例時報』1244号89頁。

(21) 中野「前掲論文」(註9)15頁参照。

(22) 『判例時報』1173号66頁。

(23) 『判例タイムズ』603号86頁。

(24) 書証説を採るのは、中野「前掲論文」(註9)13頁、生熊長幸「批評」『ジュリスト・昭和58年度重要判例解説』135頁(1984)、今中利昭「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』1108号22頁、31-32頁(1985)、林田学「動産売主の先取特権による優先的回収の実現(3・完)」『NBL』383号38頁、46頁(1987)、小林秀之「民法判例レビュー」『判例タイムズ』643号90頁(1987)、槇悌次「動産売買先取特権の効力とその実現(第9回)」『金融法務事情』1181号30頁(1988)など。

(25) 生熊「前掲論文」(註9)120頁参照。

C. 本件について

まず、本件が提訴された昭和57年当時は、「担保権の存在を証する文書」に関する公刊された裁判例はほとんど存在しなかったように思われる。そこで、Xの上告理由にあるように、X自身、本件強制執行を申し立てる前に東京地方裁判所に法193条に基づく担保権の実行を申し立てようとしたが、同庁は、担保権の存在を証する文書として、第三債務者Cの発行した第三債務者が商品(AがBに売却したのと同じのもの)をBから買い受けた事実の実印を押印した証明書、第三債務者の印鑑証明書等の提出を要求したとされる。だから、まずXは、決して自己が先取特権者であることを看過して⁽²⁶⁾、本件訴えに及んだわけではないのである。そこで、Xは、いわば已むを得ず本件による特殊な手段を採用したようである。したがって本件では、「担保権の存在を証する文書」に関する裁判例の変遷に鑑み、しかもそれは手続法の変更とも言うものであり遡及的に評価・適用しうる性質のものであるので、一般的に言えばXの有する債務弁済契約公正証書が現在の裁判例に照らしてそのような文書に当たると判断されれば、裁判所はXに対して何らかの救済措置を取るべきではなかったかと考えられる。

とりわけこの救済措置の必要性は、以下で述べる物上代位権の保全処分に消極的な裁判例の存在によっても、一層増幅されるように思われる。

③ 物上代位権の権利実現の制限(その2)

— 保全処分(仮差押え・仮処分)に消極的な判例の傾向 — 本判決の背景(その3)

これまで見て来たように、一般に動産売買の先取特権者にとっては、「担保権の存在を証する文書」の入手は、訴訟手続上必ずしも容易ではないので、そのような文書を入手しうるまでの間、債務者が第三債務者に対して有する転売代金債権を保全しておくことができないか否かが問題となる⁽²⁷⁾。特にほとんどの

(26) なお、小林秀之「本件原審批評」『判例時報』1160号(『判例評論』320号)224頁、225頁(1985)参照。

裁判例において、債務者が倒産状態にある場合に、その保全が問題とされたのである⁽²⁸⁾。

A. 物上代位権の保全のための仮差押えを否定する裁判例

これに関する先駆的な典型例は、東京地裁昭和59年（1984年）5月21日決定⁽²⁹⁾である。本件では、おおむね次のように判示された。

〈本件の仮差押申請が物上代位権の行使としてなされているなら、それは、転売代金債権に対する差押えの方法により行うべきであり、金銭債権の執行を保全することを目的とする仮差押えによることは許されない。なぜならば、民法304条1項但書、法193条1項、2項、143条の各規定の文言によるかぎり、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に過ぎないからである。さらに、本件が物上代位権の行使としてではなく、その保全の趣旨でなされているとしても、次のような理由から許されない。まず第1に、仮差押えの必要性は、債務者が他に執行可能な財産を有していても、物上代位権の効力を保全する必要性が認められるかぎり仮差押えを認容するほかならうが、このような意味での必要性は、通常の仮差押えの必要性とは異質のものである。次に第2に、物上代位権の行使としての差押えが現にできない段階で、疎明により物上代位権の保全を認めれば、場合により、先取特権に

(27) 以下の叙述については、河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離（上）（中）（下）」『NBL』294号8頁、303号30頁、304号43頁（1984）、渡辺晃「動産売買の先取特権と債務者の破産（上）（中）（下）」—破産宣告後に物上代位権行使を認めた最判昭和59. 2. 2. をめぐって—」『NBL』313号16頁、321号33頁、324号44頁、328号30頁（1984-85）、生熊「前掲論文」（註9）116頁、竹下守夫「動産売買先取特権をめぐる最近の動向—民事執行法の制定過程と現在の課題—」『ジュリスト』875号114頁（1987）、同「動産売買先取特権の実行手続」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書・現代法律実務の諸問題（昭和61年版）（上）』41頁（第一法規1987）、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（六）」『判例時報』1269号（『判例評論』352号）172頁などを参照した。

(28) 野村「前掲論文」（註27）172頁。

(29) 『判例タイムズ』528号304頁。

なお、この抗告審決定である東京高裁昭和59年（1984年）10月2日決定『判例時報』1137号57頁も仮差押えによる保全を否定した。

より担保される売買代金債権の弁済期到来前にも仮差押えが求められる余地が生じ、民法が先取特権に認めている効力以上のものを認める結果となり問題である。さらに第3に、本案訴訟に当たるものが存在しない。つまり、仮に売買代金に関する訴訟が本案訴訟であるとする、その本案訴訟では先取特権または物上代位権まで確定されるわけではないし、本案訴訟をこのように解すると、当該仮差押えは通常の仮差押えに過ぎなくなる。また、物上代位権の存在確認訴訟が本案訴訟であるとする、そのような訴訟が仮差押えの本案訴訟としての適格性を有するか否か疑問であり、債務者からの本案の起訴命令の申立てがなされると、債権者は本案訴訟の提起（債務名義の取得）を強制されることになるが、これは、債務名義を要せずして担保権の実行を認める民事執行法の建前にも反することになるのである。〉

さらに、結果的に物上代位権の保全のための仮差押えを否定するものとしては、たとえば、東京地裁昭和59年（1984年）5月31日決定⁽³⁰⁾、大阪地裁昭和59年（1984年）6月29日決定⁽³¹⁾があり、これまでのところ、肯定例は存在しないようである⁽³²⁾。

B. 物上代位権の保全のための仮処分を否定する裁判例

まず、転売代金債権についての処分禁止の仮処分を否定する裁判例としては、東京地裁昭和59年（1984年）5月31日決定⁽³³⁾を挙げることができる。これは、おおむね次のように判示した。

〈先取特権において、当該目的物に対する支配を確立するために、買主に対してその目的物の処分を禁止する権利は何ら存在せず、したがって、買主におい

(30) 『判例タイムズ』530号279頁。

(31) 『判例時報』1137号95頁。

(32) これに対して、物上代位権の保全のための仮差押えを肯定する学説が有力に主張されている。たとえば、河野「前掲論文」（註27）304号48頁、竹下「前掲論文」（註27）『日弁連研修叢書』64頁、中野貞一郎『民事執行法（下）』320頁（青林書院新社1987）など。

(33) 『判例タイムズ』530号279頁。

てもこのような請求を受忍して目的物を保持すべき義務はない。この理は、当該目的物が売却され、売主がその売掛代金債権の上に物上代位をなしうるに至っても、また、買主が破産宣告を受けて破産管財人がその権利義務を承継することになったとしても、全く同様である。〉

結論的に同旨の裁判例としては、たとえば、東京高裁昭和60年(1985年)11月29日決定⁽³⁴⁾、広島高裁昭和61年(1986年)6月10日決定⁽³⁵⁾が存在する。

これに対して、転売代金債権についての処分禁止の仮処分を肯定する唯一の裁判例として、大阪高裁昭和60年(1985年)2月15日決定⁽³⁶⁾がある。ここでは、おおよそ次のように判示された。

〈先取特権と(又はそれに基づく物上代位権)は、それ自体債務者に対して、目的債権の取立てあるいは譲渡等の処分の禁止を求める権能を有しないとしても、係争物に関する現状維持の仮処分の内容は、目的物の現状不変更という消極的内容を持つものであるかぎり、権利の将来の実現を確保するに必要な範囲で許されるのであり、被保全権利に処分禁止の権能がないことから直ちに処分禁止の仮処分が許されないとは言えない。〉

このように、裁判例は否定的なものが多いが、学説上は逆に肯定説が有力に主張されている⁽³⁷⁾。

次に、動産売買の先取特権者たる地位を仮に定める仮処分を否定するものとして、大阪高裁昭和60年(1985年)6月24日決定⁽³⁸⁾がある。これは、この先取特権が法定担保権であり、債務者の設定行為が考えられないので、債権者と債務者との間に担保権の存在についての争いのある権利関係が存在するとは言

(34) 『判例時報』1174号69頁。

(35) 『判例時報』1200号82頁。

(36) 『判例時報』1157号123頁。

(37) たとえば、渡辺「前掲論文」(註27)328号34頁、林田「前掲論文」(註24)46頁、林「前掲論文」(註27)117頁、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)』50巻5号674頁(1987)など。

(38) 『判例時報』1173号67頁。

えないこと、このような仮処分については、現行民事訴訟法の下では、それを許す規定がないことを、その理由として挙げた。

このような裁判例の動向の中で、たとえば、東京地裁の藤田判事⁽³⁹⁾は、同地裁では、最高裁昭和59年および昭和60年判決（→①）以前は仮差押命令を発令していたが、同判決以後は、再検討の結果、物上代位の実行・行使の保全のための仮差押え・仮処分は一切認められない取扱いにしたとされる。さらに、大阪地裁の田畑判事⁽⁴⁰⁾も、大阪地裁も仮差押えには消極的であり、最近は認められた事例がないとされる。

したがって、本件でXは、「担保権の存在を証する文書」を準備できない場合に、保全処分により物上代位権を保全することも、ほとんど不可能であった。

④ 本判決の位置付けと先取特権に対する基本的な価値判断

このように見て来ると、最高裁昭和59年および昭和60年判決（→①）で、動産売買の先取特権を有する者は、一定の強力な地位が承認されたにもかかわらず、裁判上、「担保権の存在を証する文書」の意味に関する裁判例が統一されておらず（→②）、さらにその文書を提出するのが困難な場合に物上代位権の保全もほとんど不可能（→③）というのが現状である。そして、取りも直さず、これが、本件の背景に横たわる問題であり、Xを本件のような措置に駆り立てた要因である。したがって、確かに本件は、最高裁昭和59年および昭和60年判決に続いて最高裁が動産売買先取特権の物上代位に関して判示したものであるが、しかし、この事案の背景とその内容の特殊性から、基本的には極めて限られた例外的な事例に関するものとして位置付けられる必要があるものと考えられる。しかも、後に述べるように（→(3)②）、本判決に従い動産売買の先取特権者が物上代位権を現実に行使するのは非常に困難であると考えられるので、

(39) 藤田耕三「動産売買先取特権に基づく保全処分——東京地裁保全研究会報告(1)——」『判例時報』1147号3頁、4頁(1985)。

(40) 田畑豊「最近の保全事件の問題点について——特に動産売買先取特権をめぐって——」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書・現代法律実務の諸問題(上)(昭和61年版)』303頁、327頁(第一法規1987)。

確かに、本件により、理論的には物上代位を行使する途がまたひとつ開かれたことになる⁽⁴¹⁾が、しかし、現実にはあまりそれを期待できないように思われる。

なお、この②③で述べられた問題を、ここで詳述する余裕はないが、少なくとも以下で本件を具体的に検討するさいに基本的な方向付けを行なうに必要な限度で、先取特権に対する根本的な価値判断に関する議論をごく簡単に見て行くことにしたい。

まず、動産売買の先取特権にあまり重きを置かない論者は、確かに、その先取特権は、民法上認められてはいるが、しかし、その立法趣旨は現在の取引関係では妥当しないし⁽⁴²⁾、特に債務者倒産の局面でのその優先的な満足は妥当ではなく⁽⁴³⁾、また、実体法上の優先権は執行法上の手続に則って初めて認められ⁽⁴⁴⁾、物上代位は手続法の定める範囲内で保護されるべき優先権に過ぎないとする⁽⁴⁵⁾。

しかし、これに対して、動産売買の先取特権を好意的に評価する論者は、現在売主に先取特権を認める合理的理由が全くないわけではなく、立法者がこの権利を認める方向に踏み切った以上は、その強制的実現方法を手続的に制限して全くそれを不可能とする解釈は正当ではなく⁽⁴⁶⁾、また、手続法の解釈として

(41) 小林「前掲批評」(註26)226頁、井上稔「配当手続」新堂＝竹下編『民事執行法判例展望』72頁、82頁(1987)、滝沢孝臣「強制執行手続における優先権の主張」大石＝岡田＝黒田編『裁判実務大系7・民事執行訴訟法』416頁、427頁(1986)、竹下「前掲論文」((註27)『日弁連研修叢書』)40頁、49-50頁、林「前掲論文」(註9)109頁、林田学「本件批評」『ジュリスト・昭和62年度重要判例解説』133頁、135頁(1988)。

(42) 富田「前掲論文」(註9)453-54頁参照。

(43) 藤田「前掲論文」(註39)8頁参照。

(44) 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(4・完)」『NBL』337号11頁、17-18頁(1985)。

(45) 浦野『前掲書』(註17)881-82頁。

ほぼ同旨、井上治典＝宮川聡「倒産法と先取特権——動産売買先取特権を中心にして——」米倉＝清水＝岩城＝米津＝谷口編『金融担保法講座IV』281頁、294頁(筑摩書房1986)。

(46) 竹下「前掲論文」((註27)『日弁連研修叢書』)55頁。

は、実体法上認められた権利実現が実際にも適正かつ迅速になされるようにすべきであるとする⁽⁴⁷⁾。

私見は、後者の立場が妥当であると考え。まず、民事執行法の立法担当者⁽⁴⁸⁾は、同法が実体法の改正に手を付けないことを前提にして立法されたとしていること、次に、最高裁昭和59年および60年判決（→①）が、基本的には動産売買の先取特権者を厚く保護する方向で判示されたこと（ここでは、最高裁判所がそのような政策決定をしたと評価できること）、さらに、権利者にとって、手続法はその権利救済を得るための一過程に過ぎず、その制度設営者は、特別な事情のないかぎり救済の完全な実現を保障すべきものでなければならぬと考えるからである。このような基本的な指針に従い、以下では本件の具体的な問題点について検討して行きたい。

(3) 本判決の具体的な検討

① 本判決の意義の確定

本判決は、動産売買の先取特権に基づく物上代位権を有する債権者は、自らその物上代位の目的たる債権を強制執行によって差し押えた場合に、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を証する文書を提出して先取特権の配当要求またはこれに準じる先取特権行使の申出をしなければ、優先弁済を受けることができない、とした最初の最高裁判決であるという点に意義があり、この点に関して以後先例的な価値を有すると考えられる。しかし、この意味内容は、決して一義的に明確であるとは言えないように思われる。

まず、本判決は、先取特権者が、本件のように自らその物上代位の目的たる債権を強制執行によって差し押えたという場合以外にも、他の一般債権者が差し押えを行なった後でも、先取特権に基づく配当要求または先取特権行使の申出により優先弁済を受けることができるという規範を定立したとする見解⁽⁴⁹⁾があ

(47) 中野貞一郎「動産売買先取特権の実行方法」『判例タイムズ』565号1頁、2頁。

(48) 田中康久『新民事執行法の解説（増補改訂版）』3頁（金融財政事情研究会1980）。

(49) 林田「前掲批評」（註41）134頁。

る。これは、前述した最高裁昭和60年判決（他の一般債権者の差押えの後でも先取特権者は物上代位権により差押えができるとした判決）を踏まえて、かつおそらくは動産売買の先取特権者の権利行使を容易にするという実践的な意図でもって、述べられたものであると思われる。しかし、先に述べたように、本件が極めて特殊な事案に関するものであり、かつこの判決自体に最高裁昭和59年および60年判決ほどのウェイトを置くべきではないとする私見からは、本判旨の一人歩きを防止するという意味でも、そのような見解は妥当でないように思われる。本判旨は、文字通り「自らその物上代位の目的たる債権を強制執行によって差押えた場合」にのみ通用する極めて例外的なものであり、かつこのような場合であっても先取特権は『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出』をしなければならないことを確認し強調したものであるに過ぎないという程度のものであると解するほうが文言に忠実であるように思われる。

なお、先の見解は、自説を補強するために、原判決が「民法304条に定める『差押』は、担保権実行としての差押のほか強制執行としての差押も含む」として、担保権者自らの差押えにこだわった判示をしたのに対して、本判決がかような判示を削ったことも自説を裏付けるとするが、この削除は、別の意味を持つものと考えられる。つまり、本判決の前提には、強制執行手続と担保権実行手続との厳格な峻別の理論が存在している（これは、判旨の中に「右強制執行の手続において」と明示されていることから明らかであろう。）。したがって、本判決は、強制執行の差押えをした先取特権者に改めて配当要求または先取特権行使の申出を要求するものであるので、その趣旨を明確化するために上記の部分が削除された（仮にそうでないと、配当要求または先取特権行使の申出が不要と見られるおそれがある⁽⁵⁰⁾。）と思われるのである。さらに、これは、「これと同旨の見解に基づき、本件配当表に過誤はないとした原審の判断…」とい

(50) 小林「前掲批評」(註26)226頁。

う本件最高裁判決の文言からも、裏打ちされるように思われる。

次に、本判決の「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出をしなければ、優先弁済を受けることができない」という部分は、果たして「配当要求」の場合だけではなく、「これに準ずる先取特権行使の申出」の場合にも「担保権の存在を証する文書」の提出が必要であるという趣旨なのかが問題となるように思われる。これは、「担保権の存在を証する文書」を必ずしも容易に入手できるとは限らないのが現状である（→(2)②）ので、その結果いかんが先取特権者の権利行使の死命を制する問題である。本件の判決文の中で、「担保権の存在を証する文書を提出して」の後に読点がないことから、これは配当要求の部分のみを修飾するとも解せなくはないであろうが、しかし素直に読めば、そしてまた、本判決が上述のように強制執行手続と担保権実行手続とを厳格に峻別していると考えられることからすれば、本判決はやはり、「担保権の存在を証する文書」の提出を「これに準ずる先取特権行使の申出」の場合にも要求していると思われる。なお、本件に関する調査官の解説⁽⁵¹⁾に引用された本件判旨には、「担保権の存在を証する文書を提出して」の後に読点が打たれており、その旨が明確化されている。

この問題に関し、本判決と相前後して言い渡された次の下級審判決は、本件とほぼ同旨の判決であるにもかかわらず、これとやや異なる立場に立つ。長くなるが、理由も述べられており、本件のような特殊な事例に関する唯一の類例であり、本件を考えるひとつの素材を提供してくれるので以下で紹介することにする。

東京地裁昭和62年（1987年）2月26日判決⁽⁵²⁾

【事案】A有限会社の従業員であるX（原告）らは、Xを選定当事者としてA社に対して未払賃金の仮払仮処分の申請をし、同事件の審尋期日において成立した和解調書に基づいて、A社のB社に対する運送賃債権に対して差押えをした。そこで、A社に対する債

(51) 伊藤博「本件解説」『ジュリスト』897号75頁。

(52) 『判例タイムズ』653号201頁（確定）。

権者であるY₁₋₇(被告)も同債権を差し押えたため、第三債務者であるB社が上記運送債権に相当する金銭を供託し、その旨の事情届が提出されたことにより、執行裁判所により配当表が作成された。この配当表は、供託金から手続費用を控除した残金について、XおよびYの各届出債権額に按分して配当するものであったが、Xは、Xらの債権が有限会社法46条、商法295条により使用人の一般先取特権を有するので、Y₁₋₇に優先して配当をなすべきであるとして、配当期日において異議を述べ、Y₁₋₇になされた配当分を全額Xらに配当するように求めて本件配当異議の訴えを提起した。

Xは、債務名義に基づく強制執行の手続を採った場合でも、その請求債権が一般先取特権を有するときには、特段の権利行使を要せずに優先弁済が受けられること、なんらかの権利行使を要するとしても配当表の作成までにすれば足りること、そしてXは債権差押申立書の請求債権の後に括弧書で「商法295条による先取特権を有する」と記載したから、配当要求に準じる権利行使があったものと解すべきであることを主張した。

これに対して、Y₁₋₇は、Xらが先取特権を有するとしても、法193条の規定に基づく担保権実行の手続を採らなかった以上、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をしなければ優先弁済を受けることができないとした。

【判旨】「一般先取特権に基づく物上代位権を有する債権者が債務名義に基づく強制執行により債権を差し押さえた場合、他に競合する差押債権者や配当要求権者があるときには、右強制執行手続において、配当要求の終期までに、担保権を証する文書を提出して先取特権に基づく配当要求またはこれに準ずる先取特権行使の申出をしなければ、優先弁済を受けることができないと解すべきである。すなわち、先取特権を有する債権者が同時に債務名義も有する場合、その債権者は担保権を証する文書を提出して担保権実行の手続を求めることも、それをせずに執行文の付された債務名義の正本を提出して強制執行手続を求めることもできるのであり、そのいずれによるかは債権者の選択に委ねられているところであるが、手続開始の要件等が異なるのであるから、どちらかを選択せねばならず(両者の性質を併有した手続を認めることはできない)、債権者が強制執行による手続を選択した以上、後に優先弁済権を確保しようとするときには、更に担保権行使の手続を要するのである。そうして、かかる担保権行使の方法は、他の債権者等多数の者が利害関係をもつ執行手続においてなされる関係から(差押債権者にとって配当要求の終期までに競合する差押債権者や優先権を主張する債権者が現れるか否かは配当額に影響するから重大な関心事である)、配当要求の終期までに担保権を証する文書を提出

して配当要求をするか（民執法154条）、これに準ずる行為をなすことを必要とすべきなのである。先取特権者が優先弁済を受けるにはかかる手続を必要⁷しないと、また、要するとしても配当表作成までにすれば足りるとする原告の主張は現行の民執法の解釈上いづれも採用できないものといわざるをえない。

…申立書に請求債権に先取特権があることを記載しただけでは、右申立書が配当要求に準じた先取特権を行使する趣旨の申出も併せてなしたと解するのは困難である。けだし、初めから先取特権による優先弁済権を行使する意思であるなら、担保権実行の手続をすれば足りたのであり、強制執行の申立てをしながらそれと同時に担保権実行としての権利行使があったものとは通常考え難いうえ、前述のように執行手続には利害関係をもつ多数の者が関与するのであり、手続的安定が求められるのであるから、権利行使の方法は一義的に明確にされなければならないというべきところ、前記のような記載があることのみをもってしては明確な権利行使の申出とは到底認め難いからである。」

この判決（以下では、この下級審判決と呼ぶ）は、一般先取特権に関する点や差押命令申立書に先取特権が明記されていた点で本件とは事実関係が若干異なるが、しかし、自ら強制執行をなした先取特権者が優先弁済を受けうる方法を判示した点で、あまりにも簡潔な本件を考えるに当たって参考になる。

まず前提問題として、この下級審判決は、本判決より一層明確な形で、強制執行手続と担保権実行手続との厳格な峻別理論を強調し、その立論の基礎としている。それ自体の当否は、ここでは留保せざるを得ないが、しかし、少なくとも特別な事情のある場合には、その厳格な理論を権利行使者のために緩和する必要があるのではないだろうか（→後述②）。

次に、本判決では、「他に競合する差押債権者等があるときは」と判示されていたが、その「等」の内容としては、この下級審判決が挙げるように配当要求が含まれるであろうし、また、仮差押えも含まれるのではないだろうか。

そして、問題の先取特権者による「担保権の存在を証する文書」の提出が、その「配当要求」の場合だけではなく、「これに準ずる先取特権行使の申出」の場合にも必要か否かについて、この下級審判決は、読点の位置から考え、前者の場合にだけそれを必要としているように思われる。しかし、この下級審判決では（でも）、実際にどのような行為が「これに準ずる先取特権行使の申出」に

当たるかは明確にされてはいないし、差押命令申立書の先取特権の記載だけでは足りないとしていること、しかもその他の判示内容から考えると、相当明示的かつ積極的な行為を要求していると考えられる。

このように、この下級審判決は本件と異なる判示をしているが、本判決は、「配当要求」だけではなく、「これに準ずる先取特権行使の申出」の場合にも「担保権の存在を証する文書」の提出を要求するものと考えられる。そしてこれは、先取特権行使のいわば「援用」方法を明示したものと言える⁽⁵³⁾。しかし、まず確かに、強制執行手続と担保権実行手続とは別の手続ではあるが、しかしながら、自己の始動した強制執行手続に配当要求することの不自然さ（それゆえに、本件のXは、そのような措置を採らなかったとも言える。）から考えると、行為規範としてならともかく、少なくとも評価規範としてそのような行為を要求するのは（本件の）先取特権者には極めて酷である（本判決には、法154条1項の趣旨を勘案した節も見受けられるが、同条はあくまで他者の始動した強制執行手続への執行参加の規定であるので、それは妥当ではない。）。また、「援用」方法を判示したものとすると、最高裁は削除したとは言え「民法304条に定める『差押』は、担保権実行としての差押のほか強制執行としての差押も含む」ことを否定しているとは言えないので⁽⁵⁴⁾、民法304条の実体権の行使方法を法193条の規定以外にまたひとつ制限したものとなるであろう。

そこで、先取特権者（物上代位権者）の権利行使の成否は、「これに準ずる先取特権行使の申出」の内容にかかっているとされたであろう。しかし、本件では、「これに準ずる先取特権行使の申出」が存在したとはされなかったのである。

以下では、先取特権者の「配当要求」または「これに準ずる先取特権行使の申出」の終期を「配当要求の終期」とした点をも含めて、本判決の背後にある

(53) 伊藤「前掲批評」(註51)75頁。

(54) 仮に否定していたら、「これに準ずる先取特権行使の申出」だけでは、民法304条から、先取特権に基づく物上代位権を行使できないと考えられるからである。

正当化の理由を、個別的に検討して行くことにしたい。

② 本判決の正当化理由の検討

A. 手続選択者の自己責任 (?)

本判決について、動産売買の先取特権を有する物上代位権者で債務名義をも有する者は、どちらを利用して債権の回収をはかるかは全く自由であり、担保権実行手続ではなく強制執行手続を選択した者は、その不利益をも甘受すべきであるとする者⁽⁵⁵⁾がある。

しかし、上述のように、現在の先取特権者の物上代位権の行使方法をめぐる裁判例の状況からして、果たして物上代位権者に十全な選択の自由が存在するか否かは疑わしい（本件では、Xが提訴前に「担保権の存在を証する文書」に関する情報を東京地裁から得て、已むを得ず本件訴えに及んだのである。）また、権利者の合理的な意思解釈（優先弁済に与かりたいという意思）からしても、特別な事情を考慮することなく、選択の自由の名の下で容易に優先権を失権させるのは妥当ではないように思われる。さらに、そのようなXの合理的な意思を裏付けるものとして、本件のXが、差押えの後BC間の代金債権について譲渡や転付命令を得なかったことをも挙げることができるであろう。

B. 他の一般債権者の期待の保護 (?)

本判決について、配当要求の終期までにXによる優先権の主張がない場合は、他の一般債権者は平等配当を期待することになり、その後はそれに関する優先権の主張は認められないとする者⁽⁵⁶⁾もある。

しかし、本件のY₁₋₃のように、自ら終期を到来させた者が、終期までに優先権の主張がないことを期待するとしても、それは、保護に値する合理的な期待と言えるかどうかは疑問であるように思われる。さらに、そもそも実体権の存否などが事後的に配当異議訴訟で争われる可能性もあるので（→C）、その種の

(55) 滝沢「前掲論文」(註41)428頁、伊藤「前掲批評」(註51)75頁。

(56) 東京地裁昭和62年(1987年)2月26日判決(註52)204頁、井上「前掲論文」(註41)82頁、伊藤「前掲批評」(註51)75頁、林田「前掲批評」(註41)135頁。

期待の保護は絶対的なものではなく、むしろ真の権利者保護を優先させるべきではないだろうか。

C. 配当要求の終期との関係

本判決は、配当要求の終期が、本件のような先取特権者が優先弁済を主張する終期であると判示している。この点はこれまでほとんど論じられて来なかった⁽⁵⁷⁾が、本件はこれについても先例をなすものである⁽⁵⁸⁾。

一般に、立法担当者⁽⁵⁹⁾によれば、法改正の基本方針として執行手続の適正化を図るために、配当要求制度を合理化し、債務名義を有しない者の配当要求を認めないこととし、その終期を早めるなどの改正を行なったとされる。そして、第三債務者による供託時が配当要求の終期とされたことについては、差押債権が債務者の支配できる財産から形式的に離脱したと認められる時点で、独立した配当財団が形成されるからである⁽⁶⁰⁾と言われている。さらに、配当要求の終期に関して、民事執行法は、物上代位権者でもその終期までに配当要求をしなければ権利の上に眠るものとして失権効を受けると考えた⁽⁶¹⁾とする者もある。

しかし、もとよりこれらの見解は、本件のような事案をも入れて立論されてはいなかったのではないであろうか。つまり、配当要求の終期が、本件で問題となっているような物上代位権者でかつ債務名義を有する者が、債務名義を活用して差し押えた後に、物上代位権者としての地位で「配当要求」（または「これに準ずる先取特権行使の申出」）をすることを怠った事例までをも規律するとは考えられてはいなかったように思われるのである。したがって、本件のよ

(57) なお、富越和厚「売主の先取特権に基づく保全処分」丹野＝青山編『裁判実務大系 4・保全訴訟法』220頁、230頁（青林書院新社 1984）参照。

(58) この点に賛成する者として、浦野「前掲論文」（註44）18頁、富越「前掲論文」（註57）230頁、小林「前掲批評」（註26）226頁、林田「前掲批評」（註41）135頁。

(59) 田中『前掲書』（註48）3頁。

(60) 浦野発言『民事執行セミナー』291頁（有斐閣 1981）、鈴木＝三ヶ月編『注解民事執行法(4)』675頁（渋川満執筆）（第一法規 1985）。

(61) 吉野衛「物上代位に関する手続上の二、三の問題」加藤＝林編『担保法体系（第一巻）』366頁、388頁（金融財政事情研究会 1984）。

うな場合には、配当要求の終期による遮断は、必ずしも妥当なものではないであろう（配当要求の終期が、制度運営の便宜のために設けられたものとする、権利者の権利行使を制限するためにそれを援用することには、慎重を期すべきであろう。）。

しかもこのことは、自己の始動した強制執行に改めて自己が配当要求することの不自然さや、配当要求の終期がいつ到来するかは極めて不明確であること（債務者は多重債務を負っている場合が少なくなく、差押えが競合すれば供託義務が生じ（法 156 条 2 項）配当要求の終期が到来する（法 165 条 1 号）。）、そして配当異議訴訟（法 90 条）の存在を考えると一層明確化するのではないだろうか。配当異議訴訟は、執行裁判所が管轄するものではあるが、これは、訴えについての裁判であるから必要的口頭弁論に基づき判決手続で行なわれている。判例⁽⁶²⁾・通説⁽⁶³⁾によれば、そこでは原告の利益に配当表の変更をもたらす実体法上および手続法上の一切の事由を主張しうるとされている。しかも本件では、利害関係人のすべてが訴訟に関与している。そこで、基本的な考え方として、配当異議訴訟を、予め法 193 条所定の文書を用意できなかった者のための事後的な文書形成手続と捉えることはできないだろうか。しかし、それが不可能としても、配当要求の終期のもつ意味を、単に誰が配当に与かりうるかに関するだけの規定と考え、どのような資格で配当に与かりうるかは配当異議訴訟の終結（確定）を待って初めて明らかになる（配当異議訴訟で配当要求者の資格の変更が可能である。）と考えることはできないであろうか（この場合には、X の差押時に配当に与かりうる一般的・抽象的な地位を確保した考える。）。

このように考えて来ると、本判決は、間接的かつ結果的に配当異議訴訟において主張しうる異議事由をも制限したものとも言える。これは確かに、配当異

(62) 大審院大正 12 年（1923 年）6 月 2 日連合部判決『民集』2 卷 352 頁（傍論）。

(63) 宮脇幸彦『強制執行法（各論）』482 頁（有斐閣 1978）、田中『前掲書』（註 48）236 頁、中野『前掲書』（註 32）442 頁など。

議訴訟により配当要求の終期の規定の「潜脱」を防止する意義を有するという評価もできなくはないであろうが、しかし、それは、真の権利者保護の途（その者の実質的な権利行使の途）が広く開かれていることを前提にして初めてそのように評価できるものではないだろうか。したがって、それは本件では妥当しないし、また X は、決して権利の上に眠る者でもないであろう。

本判決は、一見したところ、先取特権者（物上代位権者）に新たな権利行使の途を開いているように見えるにもかかわらず、実質的にはその活用は極めて困難であるように思われる。

D. 執行裁判所の権限

さらに、本判決の背後には、判決機関と執行機関との分離の原則の下で、形式性・迅速性を重んじる執行裁判所の権限に由来する問題も潜んでいるように思われる⁽⁶⁴⁾。

まず、差押えの段階について、X の差押命令申請書からは、請求債権は売買代金債権であり、かつ差押債権とは（特殊な）目的物およびその数量（コウハクネット他 75 点）さらには金額が一致するように思われ、執行裁判所が、X に動産売買の先取特権に基づく物上代位権の行使の意思を予め確認してもよかったように思われる。差押命令の発令前の債務者・第三債務者の審尋は禁止されている（法 145 条 2 項）が、その反対解釈として債権者審尋は自由に行なえるはずであるし、当然のことながら優先権の行使が債権者の合理的な意思とも考えられるからである⁽⁶⁵⁾。

次に、配当期日において、執行裁判所は、X を一般債権者として扱っているが、これは妥当だろうか。配当期日において執行裁判所は、実体権の存否および実体関係の確定であっても、事実が明白な場合には、訴えによらずに判断できるとする見解⁽⁶⁶⁾もあり、本件には（法 194 条の文書に該当すると思われる）

(64) 東京地裁昭和62年(1987年)2月26日判決(註52)204頁からも、これが窺われる。

(65) 小林「前掲批評」(註26)226頁。

(66) 田中『前掲書』(註48)230頁。

公正証書⁽⁶⁷⁾も存在するので、Xの優先権を考慮して配当表を作成することも可能だったのではないであろうか。また、差押命令申請書の記載事項より判断して、差押時に黙示の主張を認めることも可能であったように思われる。たとえば、債権執行の場合には、仮差押債権者は、配当要求をしなくても当然配当に与えられるという例⁽⁶⁸⁾も存在するからである。

③ ま と め

以上で見て来たように、本判決の正当化理由はいずれも十分ではないように思われる。本判決は、その背景である物上代位権の権利行使・保全方法をめぐる裁判例の動向から見ても、Xに酷である。また、Xは、債務弁済契約公正証書を所持していた。しかも、当初Xは、本件強制執行を申し立てる前に東京地方裁判所に法193条に基づく担保権の実行を申し立てようとしたが、同庁は、担保権の存在を証する文書として、第三債務者Cの発行した右第三債務者が商品(AがBに売却したのと同じのもの)をBから買い受けた事実の実印を押印

(67) この債務弁済契約公正証書の記載内容は明らかではないが、たとえば、おおよそ一般には、次のような事項が記載されているとされる(少し前のものであるが、河津圭一「債務弁済契約公正証書をめぐる二、三の問題」『公証』52号80頁(1978)に挙げられている新宿公証人役場に備え付けられているとされる旧来の用紙を参照)。すなわち、第1条には、「債務者は何年何月何日債権者より借受けた金何円也を弁済することを約し債権者はこれを承諾した。」と記載され、第2条には、「債務者は次の事項を履行することを諾約した。尙、元金は…(以下略)」と記載されているとする。この公正証書の内容次第で本件のXが保護されるべき度合いが変わるように思われる。しかし、仄聞するところによれば、債務弁済契約公正証書からは、確かに、先の債務(契約)自体は特定できるが、しかし、その具体的内容、たとえば具体的な商品の詳細の特定は、同公正証書だけからは、通常不可能であるようである。この債務弁済契約公正証書については、さらに、増田沖三「公正証書による債務弁済契約と印紙税」『公証』29号28頁(1969)、同「債務弁済契約公正証書の問題点」『公証』56号33頁(1979)などを参照。なお、本件の公正証書が、「担保権の存在を証する文書」に当たるとする者もある。小林「前掲批評」(註26)225頁、林「前掲論文」(註9)109頁参照。なお、富越「前掲論文」(註57)228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『日弁連研修叢書・現代法律実務の諸問題(上)(昭和61年版)』329頁、349頁(第一法規1987)参照。

(68) 竹下守夫=上原敏夫=野村秀敏『ハンディコンメンタール民事執行法』351頁(上原敏夫執筆)(判例タイムズ社1985)参照。

した証明書、第三債務者の印鑑証明書等の提出を要求したとされる（Xの上告理由参照）が、これらを手に入れるには相当な困難が予想され、もしもこのような公正証書を得るために債務者と交渉したら転売代金債権を譲渡されるおそれもあるように思われる（これは、不法行為・不当利得には当たらない⁽⁶⁹⁾）。

このような事情をも勘案すると、本件のような場合には、強制執行をした先取特権者も配当期日で初めて先取特権に基づく優先権の主張が許されると解すべきではなかろうか。本件のXは、まず強制執行による差押えにより配当を受けうる一般的な資格を確保したと考え、次に、配当異議訴訟で初めて優先権を主張できると解したい。この場合の配当異議訴訟は、上述のように、法193条の機能不全を解消するための代替的な作用——「担保権の存在を証する文書」形成作用——を果たすことになる。

④ 本判決の射程距離

まず、すでに債務名義を得ている賃金債権者が、その債務名義に基づき強制執行の申立てをする事例が実務的に存在する⁽⁷⁰⁾とされるが、本件によれば、雇人給料の先取特権による優先弁済を主張するためには、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、先取特権に基づく配当要求またはこれに準じる先取特権の行使の申出をしなければならなくなる⁽⁷¹⁾。

また、物上代位権が、被担保債権に基づき、目的債権に対して通常の仮差押えをした場合も、本件によれば、優先弁済を主張するためには、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、先取特権に基づく配当要求またはこれに準じる先取特権の行使の申出をしなければならなくなる⁽⁷²⁾。

なお、他者の開始した強制執行手続において、動産売買の先取特権者が、先

(69) 大阪地裁昭和61年（1986年）5月16日判決『判例タイムズ』596号92頁。

(70) 井上「前掲論文」（註56）82頁。

(71) 東京地裁昭和62年（1987年）2月26日判決、前註52とその本文とを参照。

(72) これはすでに、最高裁判所事務総局編『民事執行事件に関する協議要録』165頁（法曹会1985）で示されていた。なお同旨、浦野「前掲論文」（註44）18頁、小林「前掲批評」（註26）226頁。

取特権に基づく配当要求またはこれに準じる先取特権行使の申出をして優先弁済を受けることができるか否かの点については、上述のように本件は判示していないと見るべきである。

本件については、伊藤博最高裁判所調査官の解説（『ジュリスト』897号75頁）、小林秀之助教授の批評（『法学セミナー』1988年7月号130頁）、林田学講師の批評（『ジュリスト・昭和62年度重要判例解説』133頁）がある。なお、原審判決の批評としては、小林秀之『判例時報』1160号（『判例評論』320号）224頁、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(4)」『NBL』337号11頁がある。いずれも、おおむね判旨に賛成である。