

Title	〔最高裁判事例研究三五三〕 動産の買主が転売先から取り戻した 右動産を売主に対する売買代金債務の代物弁済に供した行為が破産 法七二条四号による否認の対象になるとされた事例 (最高裁平成九年一二月一八日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	二宮, 照興(Ninomiya, Teruoki) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.11 (1999. 11) ,p.163- 174
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991128-0163

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究 三五三〕

平九（最高裁判集五二巻
一〇号四二一〇頁）

動産の買主が転売先から取り戻した右動産を売主に対する
売買代金債務の代物弁済に供した行為が破産法七二条四
号による否認の対象になるとされた事例

否認権行使請求事件（平成九年一月一八日最高裁第一
小法廷判決）

〔事実〕

訴外A会社（以下「A」という）は、平成二年七月二七
日ころ、Y会社（本件被告・控訴人・被上告人、以下
「Y」という）からスーツ一〇六着、代金支払期日同年九
月一〇日の約定で買い受け、うち五〇着（以下「本件物
件」という）を訴外B会社（以下「B」という）に転売し
て引き渡し、Bから売買代金支払いのために振り出された
約束手形を受け取った。Aは、同年七月三十一日に第一回目
の手形不渡を出して支払を停止したところ、Yの要請によ
りBに対して本件物件の返還を求めた。交渉の結果、A B

Yの三者間で同年八月三日、AとBは本件物件の転売契約
を合意解除し、AはYに対する本件物件の売買代金債務の
弁済に代えて本件物件を譲渡する旨の合意が成立し、本件
物件は右合意に基づきBからYの事務所に直送された。そ
の後、Aは破産申立を行い同年九月四日に破産宣告を受け、
X（本件原告・被控訴人・上告人）が破産管財人に就任し
た。Xは、Aが転売契約の合意解除によりBから取り戻し
た本件物件をYに対する右物件の売買代金債務の代物弁済
に供した行為は破産法七二条一号、二号、四号に該当する
として否認権を行使し、Yに対し本件物件の返還に代えて
その価格の償還を求めた。

第一審（大阪地判平成六年三月七日金融法務事情九七二
号一八頁）は、①Aが再びその動産の占有を回復したとき
はBへの転売、引き渡しにより一旦行使できなくなったY
の動産売買先取特権が再び行使できると解するとしても、
AがもつぱらYの先取特権を回復させるために行つた合意

解除は、実質的には、義務がないのに Y に対して担保を供与する結果となるに等しく、これによって Y の先取特権を回復させることは、破産法七二条四号本文の趣旨に合致するから、B との合意解除 II A の占有回復 II Y の先取特権回復という効力は否定されるべきである、② Y が受けた代物弁済は、先取特権に裏打ちされない有害性のある行為であるから、破産法七二条四号により否認できる、③ 本件物件は既に処分されて Y の占有下にならないから当初の売買時点の評価による価格償還が認められると判断して、X の請求を認容した。

第二審（大阪高判平成六年二月一六日金融法務事情九七二号一四頁）は、① A が B との間で本件物件の転売契約を合意解除した行為は従前存した物上代位権が消滅して先取特権が行使できるようになるだけで A の一般財産を減少させる行為に当たらず、Y に対して義務がないのに担保を供する結果になるとはいえない、② 動産の買主が売主に対して先取特権の目的物である本件物件を売買代金債務の代物弁済に供する行為は、他の破産債権者を害する行為に当たらないと判断して、X の請求を棄却した。X はこれを不服として上告した。

〔判旨〕

原判決破棄、差戻し。

A B Y は、「本件物件を Y に返還する意図の下に」、転売契約の合意解除、物件の取戻し、代物弁済を行ったことが認められる。ところで、A がその所有権及び占有を回復したことにより、Y が本件物件に対して「再び先取特権を行使し得ることになるとしても、A が転売契約を合意解除して本件物件を取り戻した行為は、Y に対する関係では、法的に不可能であった担保権の行使を可能にするという意味において、実質的には新たな担保権の設定と同視し得るものと解される。そして、本件代物弁済は、本件物件を Y に返還する意図の下に、転売契約の合意解除による本件物件の取戻しと一体として行われたものであり、支払停止後に義務なくして設定された担保権の目的物を被担保債権の代物弁済に供する行為に等しいというべきである。」「なお、Y は、A の有する転売代金債権につき先取特権に基づく物上代位権を取得したものと認められるが、物上代位権の行使には法律上、事実上の制約があり、先取特権者が常に他の債権者に優先して物上代位権を行使し得るものとはいえない上、本件代物弁済の時点では本件物件の売買代金債権の弁済期は到来しておらず、Y が現実に転売代金債権につ

き物上代位権を行使し得る余地はなかったと認められるから、本件代物弁済が他の破産債権者を害する行為に当たるかどうかの判断につき右物上代位権の存在が影響を与えるものではない」ので、Aの本件代物弁済は、破産法七二条四号による否認の対象となる。本件は代物弁済目的物の返還に代えて価格償還を求める事案であるが、原審は否認権行使の時点における目的物の価格について認定判断していないため差し戻す。

〔評釈〕

判旨に反対する。

一 動産の売主は動産売買先取特権を有しており、買主が破産した場合にも別除権者として保護されているから（破産法九二条）、動産先取特権の目的物は破産財団を構成せず、その目的物は一般債権者の共同の担保とならない。従って、買主が倒産の危機に陥った際、動産売買の先取特権の存する物件を当該債権者（売主）に対する代物弁済に供しても、目的物の評価が被担保債権額（売買代金額）と同額であって売買当時に比べ価格の増加がないかぎり、破産債権者の共同担保を減少させる詐害行為にならないから否認の対象とならないというのが判例である（最判昭和四一

年四月一四日民集二〇巻四号六一一頁、以下「四一年判例」という⁽¹⁾）。四一年判例については、自力救済の結果の既成事実を追認するものであるとして疑問を呈する見解もあるが、学説の多くは担保物権の目的物は被担保債権の範囲内では初めから一般債権者の共同担保となっていないからその範囲内でなされる代物弁済には詐害性がないとしてこれを支持している⁽²⁾⁽³⁾。

四一年判例の事案は買主が自己の占有下にあった売買目的物を代物弁済に供したというものである。これに対して本件では目的物が一旦AからBに転売され、その転売契約が合意解除されたことにより目的物がAの下に取り戻されてから代物弁済に供されている点で異なる。目的物の転売によってYは先取特権者ではなくなるが（民法三三三条）、後述のように転売契約の合意解除によって再び先取特権者になるという説もあり、この説に立てば代物弁済時には目的物に先取特権が付着していたことになる。四一年判例によれば先取特権が存在する場合は否認できないが、判旨は再び行使できるようになった先取特権は実質的には新たに設定された担保権であるという論理により代物弁済の否認を肯定できるとした。そこで、右のような判旨の論理の当否及び四一年判例との関係が問題となる。

本件に関しては調査官解説をはじめ先行する評釈があるが、右判旨の論理については疑問を呈するものが多い。⁽⁴⁾

二 民法三三三条によると、動産先取特権はその目的物が債務者から第三者に譲渡され引渡しがなされると行使できなくなるが、債務者がかつて先取特権の目的物であった物の所有権と占有を回復した場合、債権者は再び先取特権を行使し得るかについては学説の対立がある。すなわち、第三者に引き渡されたことにより先取特権は完全に消滅してしまうという説(消滅説)⁽⁵⁾と、民法三三三条は追及(または追求)力を制限する規定であり、債務者が再び目的物を取得した時には債権者も再び先取特権を行使し得るようになるとする説(復活説、追及(または追求)力制限説など。以下「復活説」という)とがある。復活説の方が多くの支持を得ているようであるが、「単に追求力を制限したにすぎないから、先取特権の目的たる動産がいったん第三者に譲渡された場合でも、後にふたたびその目的物の所有権および占有権を得たときは、これに対して先取特権を行使することができる」⁽⁶⁾とか、「一応先取特権は消滅するが、後、債務者が動産の所有権と占有権をうれば、先取特権の復活を認めうる」⁽⁷⁾とか、「第三取得者に引渡した後は、その動産につき効力を及ぼしえない。(中略)追及力の切断であ

る」⁽⁸⁾など、説明の仕方は論者により異なる。この点についての判例はこれまでなかったが、第二審は復活説をとり、判旨及び第一審はいずれの説をとるかについて断定を避けた。

ここで消滅説をとれば、本件代物弁済は先取特権の存する物件についてなされたものではなく、Aの一般財産についてなされたことになるから否認されて然るべきである。これに対して復活説に立つと、代物弁済時には目的物に先取特権が付いていたことになるが、判旨は、復活説をとった場合にも代物弁済の否認を肯定できるとする。そこで、以下には復活説に立った場合を前提に判旨の論理を検討することに⁽⁹⁾する。

三 判旨が、復活説に立った場合にも否認を肯定できるとする理由は、合意解除と目的物の取り戻しによる先取特権の復活は法的に不可能であった担保権の行使を可能にするという意味で新たな担保権の設定と評価できるといふものである。確かに、合意解除・目的物取戻しによりYは一旦失った先取特権を行使し得るようになる。しかし、本件では先取特権の復活によって破産者の一般財産に債権者の共同担保の減少があったとはいえないのではないかという疑問がある。すなわち、ある行為が否認の一般的要件として

の有害性を持つとされるにはその行為によってあるべき破産財団（＝破産者の一般財産）が減少する必要があるが、⁽¹⁰⁾本件では当初存在したYの売買目的物に対する先取特権が転売によりAのBに対する代金債権についての物上代位権に変わり、それが再び売買目的物に対する先取特権に形を変えただけであり、このように優先権が形を変えて存続している以上先取特権が復活しても破産者の一般財産の減少にはならないというわけである。第二審はこのように考え、転売契約の合意解除はAの一般財産を減少させる行為にあたり、⁽¹¹⁾たらないとして否認を認めなかった。これに対し、判旨は、本件代物弁済の有害性の判断にあたっては物上代位権の存在は影響しないと、その理由として物上代位権の行使には法律上、事実上の制約があるため先取特権者が常に他の債権者に優先するとは限らないこと、本件では代物弁済の時点で本件物件の売買代金債権の弁済期が未到来でYが現実に物上代位権を行使し得る余地はなかったことを挙げて

いる。
まず、物上代位権の行使に法律上、事実上の制約があるため常に他の債権者に優先するとは限らないという点について検討する。判旨はこの法律上、事実上の制約が具体的にどのようなものかについて明らかにしていないが、少な

くとも次の点はこれに該当しよう。⁽¹²⁾すなわち、①民法三〇四条により、YはBからAに転売代金が支払われる前に差押をしなければならないこと、②Yにとって、民事執行法一九三条一項による担保権の存在を証するための必要書類（AからBへの売買契約書や物品受領証など）を用意することが困難であること、③破産宣告後、右必要書類を調えるまでの間の保全処分が実務上容易に認められないことである。確かに物上代位権の行使は一般的には決して容易とはいえない。しかし、それが先取特権と比較して制約が大きいかといえれば必ずしもそうとは思えない。⁽¹³⁾すなわち、①の権利行使のために目的物の差押を要する点は動産先取特権も同様であり（民事執行法一二二条一項、同法一九〇条）、目的物が第三者に引渡されたり、加工等によって同一性を失えば先取特権も行使できないことを考えれば、物上代位権が転売代金の支払い前に差押を要する点が特に不利とはいえない。また、②の必要書類用意の困難性は、先取特権において民事執行法一九〇条所定の差押承諾文書を提出することが困難であることと大差ないと思われるし、③の保全処分の活用については同様の問題が先取特権においても議論されていて物上代位権だけの問題とはいえない。⁽¹⁴⁾このように先取特権自体も他の法定担保権に比べれば、法

律上、事実上の制約が少なからず存するといえるから、物上代位権には確かに右に述べたような制約があるが、それは先取特権に比べて特に大きなものとはいえず物上代位権から先取特権に変わったからといってその優先性にそれほどの違いがあるとは考えられない。

思うに、判旨が復活した先取特権を新たな担保権の設定と評価した背景には、本件のような経緯によって代物弁済を受けると物上代位権を行使するよりも売買目的物それ自体に対する極めて容易かつ確実な実行が可能で、Y が債権回収について有する実際上の地位が合意解除の前後で大きく違ふ以上これを同視することはできないという判断があると考えられる。この点については、「実体法上の優先的地位にもかかわらず、手続的制約から動産売買先取特権の実効的行使が必ずしも容易でない現実の中で、本件のような転売契約の解除はY にとって極めて確実な債権回収の手段となったのであるから、本件合意解除には価値的に同等という以上の効果があった⁽¹⁵⁾」とか、「代物弁済による債権回収が、物上代位権の実行による債権回収よりもはるかに確実かつ容易であることは明らかである⁽¹⁶⁾」として判旨に理解を示す立場もある。確かに、こうした価値判断は実態を率直に捉えており実務上の感覚としてよく理解できる。し

かし、A B Y 合意のもとに、Y が A の B に対する売掛債権を代物弁済として譲り受け、譲渡された売掛債権⁽¹⁷⁾について B が占有するスーツを代物弁済した場合を考えてみると、Y は物上代位権を行使するよりも代物弁済によって容易に債権回収ができた点では本件と同様であるが、この場合は先取特権の復活はない。このように先取特権の復活と本件物件の代物弁済によって債権回収が容易にできたことは直接の関係はないといえるから、代物弁済が可能になった点を捉えて復活した先取特権が物上代位権より有利であるとするのは妥当でないと考えられる。

次に弁済期未到来で物上代位権を行使し得る余地はなかったという点について検討する。弁済期が未到来であったも実体法上物上代位権が存在していることに変わりはない⁽¹⁸⁾。また、弁済期は債務者の支払停止を期限の利益喪失事由とする合意をすれば到来させることができるのであり⁽¹⁹⁾、物上代位権行使の障害となるとしても本質的なものとはいえない。従って弁済期未到来であるからといって現に存在する物上代位権を無視することはできないと思われる。

以上により、判旨の挙げる二つの理由によって復活する先取特権が物上代位権より優先する権利であることを基礎づけるのには無理があると思われる。なお、判旨の判断は

復活の前と後とで二つの先取特権を分断するものであるという指摘もあるが、⁽²⁰⁾判旨は復活する先取特権と復活前の物上代位権については言及しているものの、当初の先取特権と復活する先取特権との関係については何ら述べておらず、そのように解釈することにはためらいを感じる。

物上代位権は実体法上は先取特権に代わる優先権として同等の価値を与えられており、破産宣告によって影響を受けず宣告後も行使できると解されているのであるから、⁽²¹⁾破産手続の中でもその実体法上の効力を十分に尊重されるべきである。従って、判旨が述べる物上代位権の存在が有害性の判断に影響を与えないという論理と、復活した先取特権が新たに設定された担保権になるとする結論には賛成できない。

四 また、判旨は、関係者が目的物をYに返還する意図の下に代物弁済と合意解除・目的物取戻しを一体として行ったことを指摘し、債権者を害する担保権設定行為の目的物をもって行われた代物弁済であるが故に否認の対象になるとしている。これは代物弁済それ自体には有害性がないことを意味すると解されるが、もし合意解除・目的物取戻し行為が有害な担保権設定行為にあたるということであれば、⁽²²⁾端的に合意解除を否認すべきではないかと思われる。

この点について第一審は、破産法七二条四号の趣旨により、「Bとの合意解除II Aの占有回復II Yの先取特権回復という効力は否定されるべきもの」とし、また「Yが受けた代物弁済は、先取特権に裏打ちされない有害性のある行為である」として、合意解除の効力まで射程においた判断をしている。これはXが請求原因で、まず先取特権が否認され、その結果次の段階の代物弁済も否認されると主張しているのを容れたものといえるが、判旨の判断の背景にはこの第一審の考え方がありと解される。⁽²³⁾「合意解除II Aの占有回復II Yの先取特権回復の効力が否定される」という意味は、合意解除そのものの効力が否定されるとも読めるし、代物弁済の否認に付随して先取特権の効力だけが否定されるとも読めるが、否認とは破産者の詐害的な行為を否定するということであるから破産者の行った解除の意思表示を否認すると考えるべきであろう。ただ、そのように合意解除が否認されると、その効果をBに及ぼさなければならぬが、一般に否認権は破産宣告前の破産者の財産関係の変動を破産財団と相手方との間で相対的に遡及して無効にさせる権利であり、その効果は相対的なものと解されているから、⁽²⁴⁾本件のようにAを被告とする訴訟で処理するのは困難であろう。そして、本件では合意解除・目的

物取戻行為は否認の対象となっておらず、否認を求められているのはあくまでも代物弁済行為であるから、その代物弁済行為自体に有害性がないというのであれば否認を否定すべきであつたと思われる。

なお、判旨が右のように代物弁済行為を合意解除・目的物取戻行為と一体として捉えて否認したのは、Y が物上代位権の行使よりも容易にほぼ完全な債権の満足を得たことが偶然ではなく、当初から A B Y の三者によって企図され、合意解除と代物弁済が同日に一括して行われたという点を重視したからであると思われる。しかし、そのように A B Y の意図を重視することは、客観的であるべき危機否認の要件に主観的要件を持ち込むもので適当でないと解される。

五 ところで、代物弁済が否認された場合、目的物が債権者の下に残存しているときは現物を返還することになる。すると、返還された目的物上に再び先取特権が付着することとは認めざるを得ないであろうから、結局債権者は優先権を行使し得ることとなり否認をする意味に乏しい²⁵⁾。これに対し、本件のように現物返還ができないため価格賠償をさせる場合、担保目的物がなければ債権者は再び先取特権を行使し得るようにはならないであろう。しかし、そのように債権者が従前の優先的地位を回復できないということは

否認の効果として過大ではないかと思われる。判旨は否認によって Y が先取特権を失うという点について特に言及していないが、Y は物上代位権の行使で満足すべきであつたのにそれ以上を求めて一旦失った先取特権の回復という破産法の許容限度を超えた行為をしたのであるから制裁としてやむを得ないと考えるのであろうか。しかし、法定担保物権として破産法上も別除権とされる先取特権をそのような理由で奪うことは妥当でないとと思われる。

六 以上の検討を踏まえ、判旨と四一年判例の関係を考えてみたい。判旨の考え方は、A の下にある物を代物弁済するのは破産法上許容できるが、転売された物を取り戻してまで代物弁済することは認められないというものである²⁷⁾。

これは、代物弁済がなされた時点で先取特権が存在する場合は否認できないという四一年判例の法理が常に適用されるわけではないということの意味している²⁸⁾。ただ判旨は、本件では先取特権の復活が新たな担保権の設定と同視できる点において単に代物弁済時に先取特権が存在する場合と異なるから否認を肯定しても四一年判例と矛盾しないと考えたようであり、およそ代物弁済は否認されるべきであるという立場ではないと思われる。しかし、先取特権の復活を新たな担保権の設定と見ることが妥当でないことは既に

述べたとおりである。従って、四一年判例と矛盾せず本件代物弁済を否認しようとする判旨の立場には無理があると解される。本件代物弁済を否認するのであれば、むしろ四一年判例を変更し、先取特権の目的物を代物弁済として受領する行為は原則として否認されるという立場を明確にした方が適当であったと考えられる。そのように先取特権者がその目的物を法定の手続によらずに引き揚げる行為は原則として否認されるべきであるという考え方は有力に主張されており、同様の見解を示す判例もある⁽²⁹⁾。確かに、法定担保権の実行は法定の手続によるのが原則である。しかし、担保権の実体的内容である「換価」は本来債権者が自ら行使できるはずのものであり、裁判所の手続によるべき理由は、行使の過程で一定の強制力が必要となったり恣意介入のおそれがあったりするからであると解されるから⁽³¹⁾、担保権の法定手続によらない実行が一切認められないというわけではないと思われる。担保目的物による代物弁済は先取特権者が法定外で満足を得る方法のひとつとして既に定着している。また、法定の手続によらない先取特権の私的実行は破産手続においても実務上許容される傾向にあり⁽³²⁾、先取特権の実行方法を法定の手続に限定する必要はないと考えられるので、代物弁済を禁じるのは妥当でない。手

続法は実体関係を観念的、事実に具体化することを目的とするものであるから、実体法上の担保物権の効力を手続法の中で軽減するような解釈は避けるべきである⁽³³⁾。この点、四一年判例は債務者の一般財産を減少させない範囲で先取特権者が代物弁済という方法で満足を得ることを認めており、先取特権が別除権として破産法上も優先的効力を維持されていることをできるだけ尊重しようという立場であり妥当であると解される。

以上のとおり、先取特権の復活を認めながら代物弁済の否認を肯定するには問題が多い。もし否認を肯定するとすれば消滅説に立つほかないと解されるので、復活説に立つても否認を肯定するという判旨には賛成できない。

- (1) 同旨の判例として、最判昭和五三年五月二五日金融法務事情八六七号四六頁。
- (2) 霜島甲一「判批」法学協会雑誌八四巻三号四二〇頁(一九六七)。
- (3) 中田淳一「判批」民商法雑誌五五巻五号八一二頁(一九六七)、石川明二大原誠三郎「判批」法学研究四一巻一頁一〇頁(一九六八)、生熊長幸「判批」法学三三巻二頁八九頁(一九六九)、小山昇「判批」倒産判例百選(別冊ジュリスト五二号)六八頁(一九七六)。

- (4) 本件に関する先行評釈として次のようなものがある。
山下郁夫「本件解説」ジュリスト一一三二号一〇八頁(一九九八)、判旨の論理に理解を示すものとして、佐藤鉄男「本件判批」法学教室一二二号二八頁以下(一九九八)、宇野聡「本件判批」私法判例リマックス(平成一〇年度判例評論)(上)一四四頁以下(一九九九)、判旨の論理に疑問を呈するものとして、野村秀敏「本件判批」判例評論四七五号四二頁以下(一九九八)、町村泰貴「本件判批」平成九年度重要判例解説(ジュリスト一一三五号)一三七頁以下(一九九八)、関沢正彦「本件判批」金融法務事情一五二四号六二頁以下(一九九八)、田頭章一「本件判批」民商法雑誌一一九卷一号一二七頁以下(一九九八)、その他、吉田光碩「本件判批」判例タイムズ九七二号八五頁以下(一九九八)。
- (5) 我妻栄『新訂担保物権法』九九頁(岩波書店、一九六五)、柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法』八〇頁(有斐閣、法学全集、第三版、一九八二)。但し、高木多喜男『担保物権法』五一頁(有斐閣、新版、一九九三)は「追及力を制限する」としており消滅説ではないと解される。
- (6) 林良平編『注釈民法』(8)『二二〇頁(西原道雄)(有斐閣、一九六五)。
- (7) 川井健『担保物権法』三一六頁以下(青林書院、一九七五)。
- (8) 近江幸治『担保物権法』五三頁(弘文堂、新版補正版、一九九八)。
- (9) 野村・前掲注(4)四三頁以下は、本件で目的物がBからYに直接返還されていること及びAがBに約束手形の返還を要する事案であったことから、Aに所有権と占有の回復があったか否かを問題とし、手形の返還前に目的物の直送があった場合、結局Aは占有を回復せず従ってYの先取特権も復活しなかったことになる可能性を示唆する。しかし、野村教授も言うとおりこの点は事実関係が明らかでなく訴訟上も第一審以来問題とされていなかったので、本稿でもAは所有権と占有の回復をしたものとして論を進める。
- (10) 斎藤秀夫Ⅱ麻上正信編『注解破産法(上)』四三二頁以下(宗田親彦)(青林書院、第三版、一九九八)。
- (11) 第二審は、「債務者が再び右動産の譲渡、引渡しを受け、その所有権及び占有権を回復したときは、右物上代位権は消滅し債権者は、再び右動産に対して先取特権を行使することができるに至る」とし、「右転売自体はともかく、これを解消した行為がAの一般財産を減少させる行為にあたるということができない」として否認を認めなかった。
- (12) 道垣内弘人「買主の倒産における動産売主の保護(一)―所有権留保の効力を中心にして―」法学協会雑誌一〇三巻八号二三頁以下(一九八六)が物上代位権の欠点として述べている内容を参考とした。

- (13) 道垣内・前掲注(12)一八頁以下は、先取特権自体にも次のような欠点があるとす。すなわち、①目的物が第三者に引き渡されれば行使できないこと(民法三三三條)、②目的物が加工等で同一性を失ってしまうと行使できないこと、③他の担保権に實際上劣後することが多いこと、④民事執行法一九〇條の定める実行方法が明確でないこと、⑤競売手続で換価した場合の価格が低額であるのが一般であること、⑥目的物件の特定が困難であることである。
- (14) 動産先取特権の執行と保全に関する近時の学説と判例の動向については、伊藤眞「動産売買先取特権と破産管財人(上・下)―東京高判平元・四・一七をめぐって―」金融法務事情一二三九号六頁以下、同一二四〇号一二頁以下(二九九九)、青山善光「判批」新倒産判例百選(別冊ジュリスト一〇六号)一三〇頁以下(一九九〇)が詳しい。
- (15) 佐藤・前掲注(4)一二九頁。
- (16) 宇野・前掲注(4)一四七頁。
- (17) 大阪地判昭和四八年六月三〇日判例時報七三一号六〇頁は、売掛債権を代物弁済として譲り受けることは否認の対象とならないとする。また、大阪地判昭和五七年八月九日判例タイムズ四八三号一〇四頁は、代金債権を譲渡担保に供しても否認の対象にならないとする。
- (18) 同旨、町村・前掲注(4)一三八頁。
- (19) 同旨、吉田・前掲注(4)八八頁。
- (20) 関沢・前掲注(4)六四頁。
- (21) 最判昭和五九年二月二日民集三八卷三号四三一頁。
- (22) 同旨、町村・前掲注(4)一三八頁。
- (23) 同旨、田頭・前掲注(4)一三三頁。
- (24) 斎藤川麻上・前掲注(10)四一九頁(宗田親彦)。
- (25) 同旨、伊藤眞「破産法」二九〇頁(有斐閣、新版、一九九一)。
- (26) 大阪地判昭和五九年二月二四日判例タイムズ五二八巻二一七頁は、破産管財人は、先取特権の付着している目的物を破産法二〇三條一項により換価することができるが、右先取特権に優先する債権がない限り、結局目的物の換価額が被担保債権額に満たないときは換価額全額を先取特権者に支払わなければならないとする。
- (27) ちなみにYがAから代物弁済を受けたのは八六着であるが、上告されているのはBに転売された五〇着についてだけである。YからAへの売買後、Aの所有、占有下にあった三六着については、第一審が四一年判例を踏襲して否認を認めなかった。
- (28) 山下・前掲注(4)一〇八頁は、「動産先取特権の実行方法を制限する現在の実務の立場を前提にすると、抵当権等の場合と同様に先取特権の目的物による代物弁済が否認の対象にならないとする四一年判決の考え方は検討の余地がある」とし、判旨は「四一年判決の射程を明らかにする

意味を持つ」としている。

- (29) 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」米倉明ほか編『金融担保法講座IV質権・留置権・先取特権・保証』二九八頁以下(筑摩書房、一九八六)は、動産売買先取特権者による目的物の取戻行為は、「たんに計算上のプラスマイナスから否認の対象にならない」とは言い切れない」とし、「売買行為および売主の買主に対する商品引揚行為の具体的状況との関連で、社会通念上も売主が商品を引き揚げる行為に出てもやむをえないとみなされる場合を除いて、原則的に否認の対象にならない」とする。
- (30) 最判昭和四一年一月一七日金融法務事情四六七号三〇頁(一九六七)。
- (31) 谷口安平「担保権の實行と自力救済」米倉明ほか編『金融担保法講座III非典型担保』二二二頁(筑摩書房、一九八六)。
- (32) 大阪地判昭和五九年二月二四日・前掲注(26)は、先取特権者が法定の手続によらずにその目的動産を搬出してこれを処分したことに対して管財人が損害賠償請求した事案について、破産会社には損害がないとして管財人の請求を棄却した。
- (33) 石川明「動産売買の先取特権と買主の破産」金融・商事判例八二七号二頁(一九八九)は「手続法は実体関係を

観念的ないし事実的に具体化することを目的とするものであるから、実体権の手続法的修正は必要最小限にとどめなければならぬ」とし、「実体権の手続的要請からする修正にあたり安易な利益衡量に基づく場当り的な解決をしていたので、全体統一的、体系的な学問的研究は成立しない」とする。

(追記) 脱稿後、山下郁夫「本件解説」法曹時報五一巻六号一四〇頁以下(一九九九)、田中信人「本件判批」平成一〇年度主要民事判例解説(判例タイムズ二〇〇五号)二六二頁以下(一九九九)に接した。

二宮照興