

動産売買先取特権による物上代位と第三債務者による相殺との優劣 —大阪地判平成17年1月27日金判1210号4頁—

村 山 洋 介

一 事実の概要

Xは、暖冷房装置等の設計および工事請負等を目的とする会社であるが、訴外A会社との間で、商取引基本契約を締結し、平成15年2月19日、コンダクターロール4本を代金997万5000円で売却し同年5月29日に引き渡し、また、平成15年5月22日までに、ラジアントチューブ一式を代金661万5000円で売却し同日、これらを引き渡した。なお、本件商取引基本契約には、A会社の資産状態が著しく悪化しまたはそのおそれありと認めるべき相当の事由があるときは、A会社がXに負担しているすべての債務につき期限の利益を失う旨の定めがあった。その後、Yは、平成15年6月25日、A会社に対し、溶融装置燃焼用空気予熱器1台を代金939万7500円で売却したところ、A会社は、同日、Xに対して、上記商品を代金945万円で転売して引き渡し、また、Yは、平成15年7月4日までに、A会社に対し、水砕水熱交換器1台を代金498万7500円で売却したところ、A会社は、同日、Xに対して、上記商品を代金495万円で転売して引き渡した。しかし、A会社は、平成15年8月6日、大阪地裁において破産宣告を受けたため、Yは、平成15年8月15日、上記商品の動産売買先取特権の物上代位権に基づき、A会社がXに対して有する同商品の転売代金債権1438万5000円について債権差押および転付命令の申立てを行い、同日、同命令が発せられて、その正本は、同月18日、Xに、同月20日、A会社の破産管財人に、送達された。

他方、Xは、A会社に対し、売買代金債権を有していたので、同債権を自働債権とし、A会社のXに対する上記商品の転売代金債権を受働債権として相殺する旨の意思表示し、その旨の内容証明郵便が、Yに同年9月1日に送達された。

そこで、Yは、Yの取得した本件差押・転付命令の送達後にされたXの相殺はYに対抗することはできないとし、Xに対して、本件差押・転付命令に係る1438万5000円と遅延損害金の支払いを求めた。これに対し、Xは、動産売買先取特権には、抵当権の登記のような公示方法が存在しないのであるから、動

産売買先取特権の物上代位による差押え前までに発生し、弁済期が到来した債権または弁済期が未到来でも受働債権の弁済期に先行する債権については、この債権を自働債権とし、動産売買先取特権の物上代位の目的債権を受働債権として相殺することができるかと解すべきであるなどと主張した。

二 判旨

二人互いに同種の目的を有する債務を負担する場合には、各債務者は、自己の債務につき弁済期の到来するのを待ち、これと相手方に対する反対債権とをその対当額において相殺すべきことを期待するのが通常であり、また、相手方の資力が不十分な場合においても、相殺によって反対債権について弁済を受けたのと同様な利益を受けることができるものであって、このような相殺の担保的機能に対する期待は保護すべきであり、一方で、動産売買先取特権の制度趣旨は、売買された動産は買主の一般財産に組み込まれて総債権者の共同担保となるが、売主の売買代金債権はこの共同担保増加の縁由をなすものであるから、その動産によって担保されるのが公平の原則にかなうという点にあり、動産売買先取特権に基づく物上代位の趣旨は、目的物である動産が転売された場合には、差押えを条件として目的物の転売代金債権に対して動産売買先取特権の優先弁済請求権を及ぼすのを妥当とするというものであるところ、本件においては、原告の本件各転売代金債権に対する物上代位権が成立する前に、本件各売買代金債権が成立し、その時点において、被告は、既に本件各売買代金債権を自働債権とする相殺の担保的機能に対する期待を有し、しかも、原告の上記物上代位権の行使としての本件各転売代金債権に対する本件差押・転付命令の送達前に、本件各売買代金債権の弁済期が到来し、相殺適状が生じているのであるから、被告の相殺の担保的機能に対する上記期待は、その後成立した原告の動産売買先取特権に基づく物上代位による本件各転売代金債権に対する優先弁済請求権よりも優先して保護するのが相当である。

三 検討

1. 問題の所在

本判決は、動産売買先取特権による物上代位権の行使としての売掛金債権に

対する差押と右売掛金債権を目的とする第三債務者による相殺の優劣について、判断を示したものである。物上代位と相殺との優劣問題に関しては、バブル経済崩壊以降、抵当不動産から発生する賃料債権に抵当権者が物上代位権を行使する事例が多発したことを受け、主として、代位目的債権である賃料債権を受動債権とし、賃借人が取得する敷金返還請求権を自動債権とする相殺が許されるかという形で争われた。同問題を扱う複数の下級審で判断が分かれたが、最高裁は最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁において、右抵当権による物上代位と相殺の優劣問題について、最上級審としての判断を示すに至っている。これに対し、先取特権による物上代位権と相殺との優劣問題に関しては、最高裁判決はもとより下級審における判例の集積もみられず、また、学説においても同問題を正面から取り上げて検討するものは比較的少ない。最高裁は、平成期以降、上記の抵当権による物上代位と相殺の優劣問題の他、抵当権による物上代位と債権譲渡の優劣（最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁）、動産売買先取特権による物上代位と債権譲渡の優劣（最判平成17年2月22日民集59巻2号314頁）について、相次いで判断を示しており、先取特権による物上代位と相殺の優劣問題は物上代位権の優先弁済効力に関する残された重要な問題の一つとなっている。本判決は、下級審判例であるが、右問題を正面から取り扱うものであり、重要な判例であると考えるのでここで取り上げることにした。

2. 民法304条1項但書の差押えの趣旨

民法304条1項但書は、「先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない」と規定している。この先取特権による物上代位に要求される差押えの趣旨について、従前、これを画する二つの代表的な最高裁判例がある。最判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁（以下、「昭和59年判決」という）は、破産宣告後の動産売買先取特権による物上代位権行使の可否が争われた事案で、「先取特権者の差押えよって、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に

る」とし、民法304条1項但書の差押えの趣旨は、代位債権の特定性の維持による物上代位権の効力の保全と第三者の損害を阻止することにあることを明らかにした。また、最判昭和60年7月19日民集39巻5号1326頁（以下、「昭和60年判決」という）は、差押・転付命令と動産売買先取特権の優劣が争われた事案において、昭和59年判決で示された差押えの趣旨の他、第三債務者の不測の損害の防止を付加している。両最高裁判決が示す差押えの趣旨に関する学説の理解は分かれているが、これら二つの最高裁判例は、少なくとも差押えは第三債務者および第三者の利益を保護するために必要であり、差押えがない限り第三者および第三債務者との関係において物上代位の優先弁済効力を主張できないことを指摘している。これに対し、最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁（以下、「平成10年判決」という）は、抵当権による物上代位に関して、民法304条1項但書が要求する差押えは、主として第三債務者を二重弁済による危険から保護する趣旨であり、第三者対抗要件を具えた債権譲渡の後に抵当権者が差押えをして物上代位権を行使することを許容した。平成10年判決は、いわゆる第三債務者保護説を採用し、差押えに第三者保護の趣旨を含めずに債権譲渡人を劣後させたことから、昭和59年判決および昭和60年判決で示された物上代位に要求される差押えの趣旨との整合性が問題とされた。しかし、最判平成17年2月22日民集59巻2号314頁（以下、「平成17年判決」という）が動産売買先取特権の公示の欠如を理由に、差押えには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とし、差押前に第三者対抗要件を取得した債権譲渡を物上代位に優先させたことから、一般に、学説は、最高裁は基本担保権が動産売買先取特権か抵当権かにより差押えの趣旨に異なる意味を与えていると評している*1。

本判決も、「動産売買先取特権に基づく物上代位の趣旨は、目的物である動産が転売された場合には、差押えを条件として目的物の転売代金債権に対して動産売買先取特権の優先弁済請求権を及ぼすのを妥当とするというものである」と判示しており、「差押えを条件として」「優先弁済請求権を及ぼす」との意味内

*1たとえば、下村信江「動産売買先取特権者の物上代位権行使と目的債権の譲渡」判タ1197号91頁、島田佳子「動産売買先取特権者による物上代位権の行使と目的債権の譲渡」判タ1215号35頁など。

容がやや不明確であるが^{*2}、物上代位に基づく差押えにより転売代金債権に対する物上代位権の優先弁済効力を主張しうることが確認されているといえる。

3. 相殺の第三者効

相殺の目的となる債権に第三者の権利が関与した場合、債務者は如何なる要件のもとに相殺の主張が許されるのか。このいわゆる相殺の第三者効の問題について、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁（以下、「昭和45年大法廷判決」という）は、現代社会における取引の助長に資する相殺の担保的機能を最大限保護する必要性を強調し、自己の債務に差押えを受けた第三債務者が差押債権者に対して反対債権を有していた場合には、相殺適状に達することを要件に差押後であっても相殺できる旨の判断を示している。最高裁は、比較的早くから相殺に対する期待利益を保護する立場を示しており、自働債権と受働債権の弁済期の先後関係を問題とする立場^{*3}を経た後、昭和45年大法廷判決においていわゆる無制限説を採用し、相殺の期待利益を最大限保護するに至った。また、債権譲渡と相殺との優劣に関しても、最高裁昭和50年12月8日民集29巻11号1864頁は、債務者は債権譲渡通知時点で反対債権を取得していれば足りるとしており、相殺の第三者効は、差押債権者および債権譲受人との関係において、極限まで拡大されるに至っている^{*4}。この点、本判決も、「二人互いに同種の目的を有する債務を負担する場合には、各債務者は、自己の債務につき弁済期の到来するのを待ち、これと相手方に対する反対債権とをその対当額において相殺すべきことを期待するのが通常であり、また、相手方の資力が不十分な場合においても、相殺によって反対債権について弁済を受けたのと同様な利益を受けることができるものであって、このような相殺の担保的機能に対する期待は保護すべきであ（る）」としている。本判決は、後述するとおり、動産売買

*2清原泰司「動産売買先取特権の物上代位と相殺との優劣」田邊光政編『最新倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題』（民事法研究会、2005年）146頁は、この意味を物上代位権の発生時期を「差押え」時と解しているとし、物上代位権の成立時期に関する基本的誤解があるとしている。

*3最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁

*4ただし、最高裁昭和50年判決は、「原審の確定した以上の事実関係のもとにおいては」との留保を付していることから、その射程については争いがある（潮見佳男『債権総論』（信山社、1994年）462頁以下参照）。

先取特権による物上代位と相殺の優劣に関する処理規範を明示していないが、少なくとも、第三債務者の相殺の担保的機能に対する期待は、動産売買先取特権による物上代位との関係においても保護されることを承認している。

4. 先取特権に基づく物上代位と相殺の優劣

(1) 優劣基準時

物上代位と相殺が代位目的債権を巡り競合した場合の優劣基準時について、最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁（以下、「平成13年判決」という）は、物上代位権の効力が代位目的債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されていることを主たる理由として、抵当権設定登記時を相殺との優劣基準時に求めるいわゆる登記時基準説を採用した。本判決に対しては、抵当権による物上代位に基づく差押えの趣旨を第三債務者保護に求め、第三者の権利との優劣を抵当権設定登記を基準とした平成10年判決を前提とする限り、第三債務者の相殺との優劣を第三者との優劣基準である抵当権設定登記に求める点に根本的な疑問がある^{*5}。しかし一方で、平成13年判決が、第三債務者たる相殺権者を第三者に準ずるものと捉え^{*6}、物上代位権の第三者対抗要件取得時を基準に相殺との優劣を決するとの解釈論的志向を含むとすれば、基本担保権が公示なくして第三者に対抗しうる動産売買先取特権に関しては、動産売買先取特権成立時を基準に相殺との優劣を決するとの理解も成り立ちうる^{*7}。しかしながら、平成17年判決が動産売買先取特権による物上代位と債権譲渡の優劣に関して動産売買先取特権による物上代位権の公示を問題とし、基本担保権である公示不要の先取特権の第三者効を遮断している以上、上記の理解は成り立ち得ず、その点で、平成13年判決は、動産売買先取特権による物上代位と相殺との優劣基準時について、先例的意義を持ち得ないものと解される。

一方で、学説は、抵当権に基づく物上代位と相殺の優劣に関し周知の通り登

*5第三債務者保護説の立場からも既に同様の指摘が為されている（清原・注(2)140頁以下）。

*6ただし、権利変動を前提とする対抗関係の枠組みで相殺権との優劣を決することは妥当ではない。相殺権に担保的機能が内在し、それを最大限尊重するとしても、最大限尊重された結果、あたかも最優先の担保権が付与された状態が生ずるだけで、相殺権を行使する前段階において優先的な掘取力が目的債権に及んでいるわけではない。

*7松岡久和「動産売買先取特権に基づく物上代位の差押えと相殺」金商1215号1頁

記時基準説と差押時基準説の対立がみられるが^{*8}、動産売買先取特権に基づく物上代位と相殺との優劣基準時については、差押時を基準とする立場が主流のようである。本判決も、「原告の上記物上代位権の行使としての本件各転売代金債権に対する本件差押・転付命令の送達前に、本件各売買代金債権の弁済期が到来し、相殺適状が生じている」とし、相殺との優劣を民法304条1項但書による差押命令が第三債務者に到達した時点を基準としている。しかし、相殺との優劣基準時を差押えに求めるとしても、その法律構成が問題となりうるが、本判決は、この点について明確な説示をしていない。この点、差押時を相殺との優劣基準時従前に求める学説は、その処理規範に関し、主として民法511条^{*9}または民法468条2項^{*10}を指摘している。

民法511条と468条2項は、ともに相殺の目的となる債権に関与した第三者の権利と第三債務者ないし債務者の相殺による利益との調整を図る規定である。しかしながら、債権総論部分に位置される民法511条は、その文言からも、一般債権者による強制執行に基づく差押えを前提としており、差押えにより債務者の責任財産に関与する一般債権者の権利と第三債務者の相殺の利益を調整する規定であると解される^{*11}。これに対し、動産売買先取特権に基づく物上代

*8学説状況については、齊藤和夫・水津太郎『「物上代位と相殺の優劣」における適用規範論』慶応義塾大学法学研究78巻4号（2005年）34頁以下が詳細である。

*9下村信江・前掲注(1)93頁、荒木新五「動産売買先取特権の現状と課題」堀龍兒他編『伊藤進先生古希記念論文集担保制度の現代的展開』（日本評論社、2006年）132頁

*10山本克己「抵当権に基づく物上代位と相殺」曹時53巻8号18頁。なお、清原・前掲注(2)134頁も、動産売買先取特権による物上代位に基づく差押えは、債権質権の第三債務者に対する通知に相当するとする。ただし、同説は差押え前の相殺の意思表示を要求することから、相殺との優劣問題は、民法304条1項但書の「払い渡し又は引渡」の解釈問題として処理されるものと思われる。また、今中利昭『動産売買先取特権に基づく物上代位論』（民事法研究会、2008年）191頁は、差押えまたは確定日付ある通知または承諾が基準時になるとする。

*11高木多喜男「抵当権の物上代位と相殺」銀法31頁、菅原治「抵当不動産の賃料債権に対する物上代位と相殺権の優劣」銀法558号32頁、山本・前掲注(10)15頁以下など。これに対し、「優先債権か否かは、担保権が第三者に対して優先権を公示しているか否かの問題であるのに対して、第三債務者がする相殺は、債権者（貸借人）に対する抗弁事由をもって差押債権者（抵当権者）に対抗しうるか否かの抗弁の問題であるから、優先権の公示とは無関係であり、したがって、優先弁済権の有無とは次元を異にする（佐久間弘道「物上代位に基づく差押えの意義」金法1579号24頁）」としている。優先債権の第三者に対する対抗問題と第三債務者による相殺の主張を区別すべき点は、指摘の通りと思われる。しかし、民法511条が、相殺権と受働債権に関与する第三者の権利の利益調整を含んでいるとすれば、差押えにより保全されるべき債権が一般債権か優先債権かどうかは、債権法理と物権法理の衝突における独自の調整が生じ、その適用規範を確定するうえで考慮されるべきであると思われる。

位の場合には、転売代金債権に対する動産売買先取特権の優先弁済効力が民法304条1項但書の差押えにより第三債務者との関係で保全されると解すれば、この関係は、目的債権に債権質権の担保的効力が及んでいる場合に、右担保的効力の第三債務者対抗要件として準用される民法468条2項の適用場面と類似している。この場合、民法468条2項の「通知」を民法304条1項但書による差押命令の送達と読み替えることになるが、基本担保権が抵当権の場合には、物上代位権の効力が差押えに先行する抵当権設定登記により第三債務者との関係で公示されていると解する余地もある^{*12}。しかし、動産売買先取特権の場合には、右のような公示は存在せず、第三債務者は差押により物上代位の効力を認識し、かつそれにより弁済禁止効が生じるのであるから、民法468条2項の「通知」を民法304条1項但書による差押命令の送達と読み替えることも許されよう。したがって、動産売買先取特権と相殺の優劣については、民法468条2項の判断枠組みで処理する見解に与したい。なお、優劣基準時を差押時とした場合、債務者が差押え前に執行妨害的な意図を持って反対債権を取得させ、第三債務者に相殺の主張を行わせる余地が生じるが、そのような濫用的な相殺権の行使については権利濫用法理あるいは相殺権濫用法理等により対処すべきである。

(2) 相殺の期待利益

相殺との優劣基準時を差押に求めるとしても、さらに、差押時において第三債務者の保有する債権債務が如何なる状態にあれば相殺の主張が許されるのかが問題となりうる。この点について、抵当権による物上代位と相殺の優劣に関し下級審では判断が分かれていたが、平成13年判決は抵当権設定登記前に第三債務者が反対債権を取得していることを要求し、相殺の期待利益に関しては、いわゆる無制限説を採用している。一方で、本判決は、第三債務者に対する差押命令送達時において、両債権が相殺適状にあったことを理由に第三債務者の

*12平成13年判決の結論を支持する立場から、抵当権設定登記を民法511条の「支払いの差し止め」あるいは民法468条2項の「通知」と読み替える等の解釈論が展開されている(たとえば、高木・前掲注(11)32頁以下、秦光昭「抵当権の物上代位と相殺の優劣」金法1585号5頁、丹羽繁夫「抵当権の物上代位に基づく賃料債権の差押えと第三債務者による相殺の優劣」金法1569号97頁以下など)。

相殺を優先させている。しかし、本判決は、相殺の担保的機能を保護すべきこと、および相殺制度が経済社会における取引の助長に役立つことを述べるだけで、相殺適状を要求する実質的な理由を示していない。そのため、差押前の相殺の意思表示を要求しないことは明らかであるが、常に相殺適状にあることまでを要求するかは不明である。したがって、本判決がいわゆる相殺適状説を採用したものと即断し得ない。これに対し、学説では、抵当権による物上代位に関するものを含めると、相殺の意思表示を要求する見解^{*13}、相殺適状を要求する見解^{*14}、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来していることを要求する見解^{*15}、対立債権に担保的牽連関係を要求する見解^{*16}、反対債権の取得で足りるとする見解^{*17}などが主張されている。このうち、学説では、昭和45年大法廷判決の先例的価値承認し、第三債務者の相殺の期待利益に関しては無制限説を採用するものが多い。しかしながら、昭和45年大法廷判決は、民法511条の解釈論として、一般債権者による差押えとの関係において相殺の期待利益を判断するものであるし、また、そこで念頭にされている第三債務者の相殺に対する期待利益、すなわち担保的機能を内在した相殺による債権回収の利益は、預金担保貸付により債権債務の対立関係を作成させる銀行の担保的相殺の期待に還元されている^{*18}。したがって、動産売買先取特権による物上代位に対向する第三債務者の相殺の期待利益を昭和45年大法廷判決の無制限説のみによって評価する必然性はないと思われる。

本来、相殺に担保的機能が内在するとしても、それは相殺の結果における債

*13清原・前掲注(2)147頁以下および今中・前掲注(9)192頁は、動産売買先取特権による物上代位と相殺の優劣に関し、この理を述べる。

*14山本・前掲注(10)23頁

*15杉原則彦『最高裁判所判例解説民事編平成13年度(上)』269頁

*16平井一雄「金融商事判例研究」金判1066号58頁以下、深川裕佳『相殺の担保的機能』(信山社、2008年)438頁以下

*17藤田昌宏「抵当権の物上代位に基づく賃料差押と第三債務者による相殺の優劣」判タ1021号35頁、高木・前掲注(11)32頁、石田喜久夫「抵当権の物上代位に基づく差押と第三債務者による相殺の優劣」銀法542号4頁、松岡久和「賃料債権に対する抵当権の物上代位と賃借人の相殺の優劣(2)」金法1595号43頁(ただし、差押前に相殺適状にある場合には、相殺の遡及効を理由に相殺の主張を認めている。)など。また、下村・前掲注(1)93頁、荒木・前掲注(9)132頁は、動産売買先取特権との関係においても、昭和45年大法廷判決の無制限説が妥当するとしている。

*18高木・前掲注(11)33頁

権回収の可能性を意味するに過ぎず、相殺自体に相殺前の目的債権に対する担保的な支配権能が内在しているわけではない。しかしながら、債権回収を実現しうる相殺の期待利益を保護することにより、その範囲において第三債務者は第三者を排除して優先的な債権回収を実現する地位を取得し、相殺は単なる簡易決済や債権回収手段としての役割を超え、担保としての機能を発揮することになる。したがって、相殺の期待利益保護を承認する限りにおいて、物上代位と相殺の優劣問題は、すなわち同一債権を巡る物上代位権と相殺権の担保的利益の競合問題としての意味を持つことになる。その際、動産売買先取特権による物上代位権と相殺権の担保的利益の優劣を直接規律する規定が存在していない以上^{*19}、両者の担保としての内容を比較検討し、その担保利益の調整を図ることが有益であると思われる^{*20}。以下、右視角に基づき若干の検討を試みたい。

転売代金債権に対して動産売買先取特権による物上代位権を行使する場合、物上代位権の目的債権は担保動産自体の価値が変更した転売代金債権に特定されている。そのため、動産売買先取特権による物上代位権は、被担保債権と担保目的物との価値が均衡し、かつ被担保債権の優先弁済の対象となる目的債権が転売代金債権に集中した担保手段となっている。この点は、抵当不動産から生じる包括的な賃料債権が物上代位権の目的となる抵当権の場合と異なる点である^{*21}。

これに対し、相殺の対象となる債権は、民法508条以下に一定の相殺禁止債

*19民法468条2項に準じて処理する場合にも、動産売買先取特権に基づく物上代位権に対向する第三債務者の相殺の期待利益を如何なる範囲で保護するかという問題は依然として残る。

*20同様の視角から法定相殺および相殺予約の第三者効を検討するものとして、鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままでよいか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望2債権総論(2)』(1991年、日本評論社)343頁以下がある。なお、相殺の意思表示必要説から、相殺の担保的機能に対する期待を動産売買先取特権による物上代位権者との関係で保護することは、法定担保物権の無力化に繋がるとの指摘がなされている(清原・前掲注(2)147頁)。同見解は、相殺の期待利益保護の範囲を一般債権者による差押えと優先権をもつ担保権者との関係で明確に区別し、かつ先取特権の担保権としての要保護性から相殺の期待利益保護の範囲を確定しようとする点で、多くの示唆を含んでいる。しかし一方で、動産売買先取特権には一定の政策上の配慮から公示なくして第三者効が付与されているとしても、そのことから、直ちに、代位目的債権に生じる担保的利益(非典型担保としての相殺の担保的利益を含め)を排除しうる効力を付与し得るかはなお検討の余地があるように思われる。

権が列挙されているものの、原則として双方が負担する「同種の目的を有する債務(民法505条1項)」となっており、相殺債権に同種性以外の制限は付されていない。したがって、相殺者には、自己が保有する債権と同種性をもった債務者のあらゆる債権の中の特定の債権を、右債権と同種性を有する自己のあらゆる債権の中の特定の債権に充当する権限が付与されていることになる。これを第三債務者の相殺の期待利益の内容として敷衍すれば、相殺により自己が保有する債務者に対する包括的な債権を債務者に負担する包括的な債務によって回収を実現する期待となる。このことは、担保としての効力が転売代金債権に集中する動産売買先取特権による物上代位権と転売代金債権以外の債権からの弁済が可能な相殺権とが、転売代金債権の優先的掘取を巡って競合しているという状況にあることを意味している。このような場合、第三債務者の相殺の期待利益保護要件、換言すれば動産売買先取特権者との関係において第三債務者が相殺により享受しうる担保利益の範囲は、一定の範囲で制限されると解したい。すなわち、民法304条1項但書による差押命令の送達時に両債権が相殺適状にあるか、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より先に到来する場合に限定され、少なくとも自己の債務について履行遅滞をしたうえで相殺をする期待によっては、担保の効力が目的債権に集中する動産売買先取特権による物上代位権者に優先しえないと解したい。ただし、物上代位による差押え前に相殺の意思表示がなされている場合には、右相殺は民法304条1項但書の「払渡し又は引渡し」に含まれ、動産売買先取特権者は物上代位権を行使することはできないものと解する。相殺は観念的な債権債務の決済手段であるけれども、自己の債権を用いて代位債権を消滅させる点で弁済と同様の機能を有し、相殺による代位債権の消滅は民法304条1項但書の「払渡し又は引渡し」にあたりと解される^{*22}。

*21 秦・前掲注(12)5頁は、抵当権に基づく物上代位権は、「抵当権設定登記の時点ですでに発生している目的債権のほか、その後発生することのあるすべての物上代位の対象となる債権を目的とする浮動担保でもある」と指摘する。さらに、抵当権者にはこのような包括的な債権担保手段が確保されている他、賃料債権に物上代位権を行使する場合には、抵当権者はなお存続する抵当権自体による優先弁済が可能である。これに対し、動産売買先取特権においては、民法333条により動産売買先取特権の追及効が制限されているため、先取特権者は、担保目的物が引渡された場合には、被担保債権と価値が均衡し、かつ担保の効力が集中する転売代金債権に対し物上代位権を行使するよりない。

(3) 期限利益喪失特約の効力

最後に、本件事案では、第三債務者と債務者との間で、債務者の負担する債務につき、いわゆる期限利益喪失特約が締結されている。本判決は第三債務者の相殺の主張を是認するにあたり、この特約の存在を考慮していないが、仮にこのような特約の第三者に対する効力を承認する場合、相殺の意思表示必要説に立たない限り、第三債務者は事前に期限利益喪失特約を締結し、差押時に対立債権の相殺適状を作出させることにより、容易に物上代位の効力を排除することが可能となる。しかし一方で、昭和45年大法廷判決は、期限利益喪失特約を含む銀行取引約定書の相殺予約の対外効を無制限に肯定する判断を示している。私見は、さしあたり、昭和45年大法廷判決は、預金担保貸付により債権の対立関係を作成したうえで、銀行取引約定書5条の期限の利益喪失特約により相殺適状を作出し、同7条の差引計算条項により対当額での相殺を実現しようとする、いわば一連の銀行による貸付金に対する債権回収手段の合理性を差押債権者との関係において承認するものと解し、したがって、相殺適状を作出する特約が常に第三者との関係で有効となることまでを認めたものではないと解したい。この点は、物上代位と相殺予約の優劣に関する問題と関連しており、改めて別稿での検討を試みたい。

5. 本判決の評価と課題

動産売買先取特権による物上代位に基づく差押時を基準に相殺の期待利益を評価し、その際、両債権が相殺適状にあることを理由に相殺を優先させる本判決の結論には賛成する。しかし、差押時を相殺との優劣基準時とする場合の法律構成、対立債権が相殺適状にない場合に保護される相殺の期待利益の範囲、期限利益喪失特約の対外的効力の問題などについて、検討すべき課題が残されている。

*22藤田・前掲注(17)29頁、小磯武男「抵当権者による物上代位権の行使と目的債権の譲渡」金法1536号32頁以下、今中・前掲注(10)186頁以下など。なお、高木・前掲注(11)30頁は、登記時基準説を前提に、(代位債権たる債権を消滅させてはならないという)拘束に反する相殺は無効であるとし、相殺は「払渡又ハ引渡」には当たらないとする。