

論文式試験問題集
[民法・物権法、担保物権法]

〔民法・物権法、担保物権法〕

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは、Bとの間で、令和元年3月20日、AがBに金属スクラップ等を継続的に売却する旨の売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。
2. 本件売買契約には、Aは目的物の代金を毎月20日締めでBに請求し、Bは代金を翌月10日に支払うことが定められていた。Aは、本件売買契約に基づいて、Bに対して、令和元年3月21日から同年4月20日までの間に、金属スクラップ等を引き渡した（以下、同期間にAがBに対して引き渡した金属スクラップ等を「本件スクラップ等①」という。）。
3. その後、Bは、Cに対して、同年4月21日、本件スクラップ等①を転売して引き渡し、さらに、同年5月1日、Cに対する転売代金債権（以下「本件債権」という。）をDに譲渡し（以下「本件債権譲渡」という。）、その旨を内容証明郵便にてCに通知した。同通知は、同年5月2日にCに到達した。
Aは、Bに対して、同年5月10日、本件スクラップ等①の代金の支払を求めたが、Bは、当該代金を支払わなかった。

〔設問1〕

Aは、動産売買の先取特権による物上代位権を行使して、本件債権を差し押さえることができるか、論じなさい。

上記2、3の事実で代えて、以下の事実があったとする。

【事実】

4. 本件売買契約には、Aは目的物の代金を毎月20日締めでBに請求し、Bは上記代金を翌月10日に支払うこと、目的物の所有権は上記代金の完済をもってAからBに移転すること（この所有権についての定めを「本件条項」という。）が定められていた。
5. Eは、Bとの間で、令和3年3月1日、EがBに1億円を貸し付ける旨の金銭消費貸借契約（以下「本件消費貸借契約」という。）を締結するとともに、EのBに対する本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を担保するため、Eを譲渡担保権者、Bを譲渡担保権設定者とし、金属製品の在庫製品等で、Bが所有し、Bの工場等で保管する物全部（以下「本件在庫商品等」という。）を目的とする集合動産譲渡担保権（以下「本件譲渡担保権」という。）設定契約（以下「本件譲渡担保設定契約」という。）を締結した。そして、本件譲渡担保権に係る動産の譲渡につき、同日、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律3条1項の登記（以下「本件登記」という。）がされた。
なお、AがBに売却して引き渡した金属スクラップ等は、本件譲渡担保権設定契約にいう本件在庫製品等に含まれていた。また、本件登記がされたことで、本件登記後にAからBに引き渡された金属スクラップ等についても、本件登記がされた令和3年3月1日に対抗要件が具備されたものと扱われることになった。
6. Bは、AやEを含む取引関係者に対し、令和5年6月18日、事業を廃止する旨の通知をした。Aは、本件売買契約に基づいて、同年5月21日から上記通知までにBに引き渡した金属スクラップ等（以下「本件スクラップ等②」という。）の代金の支払を受けていなかった。
そこで、Aは、Bの事業廃止後の令和5年7月1日、Bに対し、本件条項によって留保していた所有権に基づき、Bの工場で保管されていた本件スクラップ等②の引渡しを求めた。しかし、Eが、そ

の前日に、本件スクラップ等も含め、Bの工場で保管されていた在庫商品等の全てを引き揚げていた。

〔設問2〕

Aは、Eに対し、本件スクラップ等②の引渡しを請求することができるか。考えられるEの反論を検討しつつ、論じなさい。

以 上

2023年1月29日

担当：弁護士 伊奈達也

参考答案

〔民法・物権法，担保物権法〕

第1 設問1

1 結論

Aは、本件スクラップ等①の売主として、動産売買の先取特権による物上代位権（民法311条、304条1項）を行使して、本件債権を差し押さえることはできない。

2 理由

(1) 動産売買の先取特権による物上代位権を行使して、当該動産の転売代金を差し押さえるには、その転売代金の「払戻し又は引渡し」の前に「差押え」をしなければならない（民法304条1項ただし書）。

動産売買の先取特権は、抵当権とは異なり公示方法が存在しない。そのため、同規定は、二重弁済の危険から第三債務者を保護するだけでなく、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も含むものといえる。

したがって、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考える。

(2) 本件では、本件債権が令和元年5月1日にDに譲渡され、その旨通知する内容証明郵便が翌2日にCに到達しているから、同日に本件債権譲渡の第三者に対する対抗要件が具備されている（民法467条2項）。

そうすると、Aが、本件スクラップ等①の売主として、動産

売買の先取特権による物上代位権を行使して本件債権を差し押さえる前に、目的債権である本件債権がBからDに譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられたといえる。

したがって、前記1のとおり、Aは、本件債権を差し押さえることはできない。

第2 設問2

1 Aの請求

Aは、Bから、本件スクラップ等②の代金の支払を受けていないことから、Eに対して、本件売買契約における本件条項によって留保していた所有権に基づき、本件スクラップ等②の引渡しを請求するものと考えられる。

2 Eの反論

これに対し、Eは、次のように反論することが考えられる。すなわち、本件売買契約の締結により、Aは本件スクラップ等②の所有権を失い、その所有権はBに移転した。Aは、本件条項によって、本件スクラップ等②の代金債権の担保のために留保所有権を取得したにすぎない。

一方、Eは、Bとの間で締結した本件譲渡担保設定契約により本件譲渡担保権の設定を受けており、本件スクラップ等②も本件譲渡担保権の目的物に含まれる。

そのため、本件スクラップ等②について、Bを起点として、Aへの留保所有権の設定とEへの本件譲渡担保権の設定という

2つの物権変動があることになる。そして、本件登記がされたことで、本件登記後にAからBに引き渡された本件スクラップ等②についても、本件登記がされた令和3年3月1日に対抗要件を備えたものと扱われる。そうすると、Eは、同日に、本件スクラップ等②を目的物とする本件譲渡担保権の設定について対抗要件を備えたことになる。

一方、Aは、本件スクラップ等②についてBから留保所有権の設定を受けた後、何ら「引渡し」(民法178条)等の対抗要件を備えていない。

したがって、Aは、Eに対し、本件条項によって取得した留保所有権を主張することができず、Aの請求は認められない。

3 Aの請求の可否

(1) 売買契約において、売主と買主との間で代金が完済されるまで目的物の所有権を売主に留保する旨の特約（以下「所有権留保特約」という。）がある場合の法的構成としては、Eの反論のとおり、売買契約締結によって売主から買主に目的物の所有権が移転し、代金債権担保のために買主から売主に留保所有権が設定されるという構成（移転・設定構成）もあり得る。

しかし、以下の理由から、目的物の所有権は代金完済まで売主に留保され、代金完済の時点で買主に目的物の所有権が移転するという構成（留保構成）が妥当と考える。

まず、代金の完済をもって買主に所有権が移転する旨の所有

権留保特約と整合するのは、移転・設定構成ではなく、留保構成である。

また、そもそも移転・設定構成における留保所有権の目的物は、売主である留保所有権者が売買契約によって買主に引き渡した物であり、売買代金債権との間に具体的な牽連性が認められる。これに対し、譲渡担保権者は買主に対して有する債権の担保として、買主の責任財産の中で、当該目的物を含み得る集合物に譲渡担保権を設定したにとどまり、譲渡担保権者の債権と目的物との牽連性は留保所有権者に比べて具体的とはいえない。

したがって、所有権留保特約がある場合の法的構成は、留保構成が妥当である。

(2) 本件では、前述のとおり、Aは、Bから、本件スクラップ等②の代金の支払いを受けていない。そうすると、本件条項により、代金完済まではAからBに本件スクラップ等②の所有権は移転しないことから、本件スクラップ等②は本件譲渡担保権の目的物とはいえず、その効力は及ばない。

したがって、Eの反論は認められず、Aは、Eに対して、留保していた所有権に基づき、本件スクラップ等②の引渡しを請求することができる。

以 上

予備試験答案練習会（民法・物権法、担保物権法）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(15)		
「払渡し又は引渡し」及び「差押え」(民法304条1項ただし書)の意義(趣旨、目的)が問題となることを指摘していること		2	
動産売買の先取特権は抵当権と異なり公示方法が存在しないことを指摘していること		3	
「払渡し又は引渡し」や「差押え」(民法304条1項ただし書)の意義(趣旨、目的)を踏まえて、Aが、本件スクラップ等①の売主として、動産売買の先取特権による物上代位権(民法311条、304条1項)を行使して、本件債権を差し押さえることができるか否かについて論じていること		10	
〔設問2〕	(25)		
Aの請求の根拠について、所有権に基づく動産引渡請求権であることを指摘していること		2	
本件売買契約における本件条項を踏まえてAの請求について論じていること		2	
Aの請求の根拠について、所有権留保の留保構成に基づいて論じていること		3	
Eの反論の根拠について、所有権留保の移転・設定構成に基づいて論じていること		3	
Eの反論の根拠について、所有権留保の移転・設定構成を前提として、本件登記により本件譲渡担保権の設定に対し対抗要件を備えたことを指摘していること		5	
所有権留保の留保構成と移転・設定構成について、どちらの構成を取るべきか検討した上で、Aの請求が認められるか否かについて論じていること		10	
裁量点	(10)		
合計	(50)	50	

民法・物権法，担保物権法 解説レジュメ

第1. 総論

本問は，所有権留保の法的構成が問題となった最判平成30年12月7日民集72巻6号1044頁（以下「平成30年判例」という。）を題材に，動産売買の先取特権による物上代位，所有権留保に関する基本的理解を試すものである。

物上代位については，特に，動産売買の先取特権に基づくものと，抵当権に基づくものが問題となる。両者については，重要な最高裁判例もあり，比較検討して理解することが重要である。今回は，動産先取特権に基づく物上代位のみを取り上げたが，この機会に，抵当権に基づく物上代位についても理解を深めていただきたい。

所有権留保については，譲渡担保と同様に，学説においてその法的構成が議論されている。譲渡担保と比較すると，これまで，その法的構成が（受験レベルにおいて）問題となることはあまりなかったと思われる。もっとも，前述の最高裁判例が出たことで，今後，予備試験や司法試験でも取り上げられる可能性がある。実務上も重要な判例であり，この機会に，所有権留保についても理解を深めていただきたい。

第2. 設問1

1 出題の趣旨

設問1は，動産売買の目的物が転売され，転売代金債権が第三者に譲渡されて対抗要件が備えられた場合において，売買代金の支払を受けていない売主が動産売買の先取特権による物上代位権を行使して転売代金債権を差し押さえることができるかを問うものである。この点について消極的な判断を示した最判平成17年2月22日民集59巻2号314頁（以下「平成17年判例」という。）を前提として，「払渡し又は引渡し」及び「差押え」（民法304条1項ただし書）の意義を踏まえて，その可否を論じることが求められる。

また，その際には，最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁（民法判例百選I〔第8版〕の88事件，以下「平成10年判例」という。）を前提として，抵当権による物上代位権を行使する場合と，公示の有無という点から比較しつつ論じることが必要である。

2 解説

以下では，解答に必要な限度で解説をする。詳しくは，末尾に掲載した参考文献等や，各自の基本書，参考書等で確認されたい。

(1) 先取特権

ア 意義

先取特権とは，法律が定める一定の債権を有する者が，その債権の弁済がないときに，債務者の財産を売却して，その代金から他の債権者に優先して弁済を行けることができる法定担保物権である（民法303条）。

先取特権は，その目的となる債務者の財産の種類に応じて，債務者の総財産を目的とする一般先取特権（民法306条）と，債務者の特定の財産を目的とする特別先取特権に分けられる。特別先取特権には，特定動産を目的とする動産の先取特権（民法311条），特定不動産を目的とする不動産の先取特権（民法325条）がある。本問で問題となるのは，動産の先取特権のうち，動産売買の先取特権である（民法311条5号，321条）。

イ 基本的効力

(ア) 優先弁済的効力

先取特権の本質的効力は、一般債権者に対する優先弁済的効力である。他の担保物権者との競合・優劣は、先取特権の種類によって異なる。

(イ) 公示性と追及効がない

先取特権も物権である以上、本来であれば公示性がなければならない。しかし、債権者の総財産を対象とする一般先取特権及び動産先取特権は公示方法がない。そのため、動産先取特権については、第三取得者に対する追及効が否定されている（民法333条）。

なお、不動産先取特権には登記という公示方法がある。

(ウ) 物上代位性

先取特権は、目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、その効力が及ぶ（民法304条1項本文）。このような担保目的物の価値代償物・変形物に対する優先弁済権の行使を物上代位という。抵当権や質権についても準用されている（民法372条、350条）。

ウ 先取特権に基づく物上代位

(ア) 意義

前述のとおり、先取特権には物上代位性があり、目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、その効力が及ぶ（民法304条1項本文）。したがって、先取特権者は、これらについても優先弁済権を有する。

なお、一般先取特権の効力は債務者の総財産に及ぶから、物上代位は問題とならない。

(イ) 対象

動産売買において、売主が買主に目的物である動産を引き渡した後、買主が代金を支払わないとする。このとき、売主は、動産売買先取特権に基づき、売買目的物を差し押さえて換価し、売買代金を優先的に回収することができる（民法311条5号、321条）。

もっとも、前述のとおり、動産先取特権には追及効がない（民法333条）ため、当該動産が既に第三者に転売されて引き渡されている場合には、もはや当該動産について先取特権を行使することはできない。この場合には、売主は、買主が第三者に対して有する転売代金債権を差し押さえて、売買代金を優先的に回収することができる。

(ウ) 要件

物上代位に基づく権利行使のためには、「払渡し又は引渡しの前に」、「差押え」をすることが必要である（304条1項ただし書）。前者はいつまで行使できるか、後者はどのように行使できるかに係わる要件である。

これについては、物上代位は先取特権本来の効力として当然に認められる権利か、先取特権保護の見地から方が与えた特権か、先取特権者が自ら差押えを行うことを要するか、いつまでに差し押さえなければならないか、等が問題となる。後述のように、これらの問題点を巡り、学説の対立もある。

判例によれば、このような差押えが要求されるのは、先取特権者自身の差押えにより、物上代位の対象となる債権の特定性維持とともに、第三債務者または債権譲受人もしくは他の債権者の不測の損害防止を図るためであるという（最判昭和60年7月19日民集39巻5号1326頁、以下「昭和60年判例」という。）。

また、動産売買先取特権に関して、一般債権者が差押命令を受けたにとどまるときは、なお物上代位に基づく差押えによる優先弁済権の行使は妨げられない（昭和60年判例）が、かかる債権が譲渡されて譲受人が対抗要件を具備した場合は、もはや物上代位に基づく権利行使はできない（平成17年判例）という。

◆平成17年判例（下線は講師によるもの）

「民法304条1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ところ、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。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。」

前述のとおり、動産先取特権には公示方法がないことから、先取特権の対象となる物ないし権利の第三取得者の取引安全に配慮する必要があるため、このように判示したものといえる。

このような判示からすると、判例は、後述する「差押え」（民法304条1項ただし書）の意義について、従来の通説であった特定性維持説（代償物の特定性が喪失しない限り物上代位権を行使できるとする考え方）は採用していないといえる。

なお、後述のとおり、判例は、抵当権に関する平成10年判例において、債権譲渡は「払渡し又は引渡し」に該当しない旨判示したが、動産売買先取特権に関する平成17年判例では、債権譲渡が「払渡し又は引渡し」に該当するかについて明確に判断していない。判例によると、「払渡し又は引渡し」の意義が、抵当権の場合と動産売買先取特権の場合とで異なっている。

また、後記【参考文献等】に挙げた道垣内弘人教授の基本書によると、先取特権の物上代位における「払渡し又は引渡し」には、①実際に弁済等により代償物が債務者の一般財産に混入した場合のほか、②第三者が目的債権につき転付命令を得た場合、③目的債権が譲渡された場合が該当するという（さらに、④ある債権者が差し押さえ、配当要求の終期を迎えたときも該当するという。）。もっとも、③について、単に債権譲渡されただけで「払渡し又は引渡し」に該当するのか、それとも、債務者対抗要件や第三者対抗要件まで具備して初めて「払渡し又は引渡し」に該当するのかについては、特に言及されていない。

整理して理解することが難しい箇所であり、注意が必要である。

エ 抵当権に基づく物上代位

これに対して、抵当権に基づく物上代位については、抵当権の効力が目的債権にも及ぶことが抵当権設定登記によって公示されているため、目的債権が譲渡されて譲受人が対抗要件を備えた後であっても、第三債務者による弁済の前に差押えを行うことによって物上代位に基づく権利行使ができるという（平成10年判例）。

◆平成10年判例（下線は講師によるもの）

「民法三七二条において準用する三〇四条一項ただし書が抵当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とした趣旨目的は、主として、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置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と解される。

2 右のような民法三〇四条一項の趣旨目的に照らすと、同項の「払渡又ハ引渡」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、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も、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるものと解するのが相当である。

けだし、(一) 民法三〇四条一項の「払渡又ハ引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、(二) 物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、(三) 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みることができ、(四) 対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきだからである。

そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものというべきである。」

このような判示からすると、判例は、後述する「差押え」（民法304条1項ただし書）の意義について、優先権保全説（担保権者が差し押さえる前に第三者が登場すれば、もはや物上代位権は行使できないとする考え方）は採用していないといえる。

オ 先取特権と抵当権の違い

以上のとおり、判例は、「払渡し又は引渡し」及び「差押え」の意義について、動産売買先取特権の物上代位と抵当権の物上代位とで異なった解釈をしている。その理由は、前述のとおり、動産売買先取特権が公示のない担保物権であるのに対して、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おり、第三者の保護は考えなくてよいからである。

(2) 物上代位の要件である「差押え」の意義に関する説

ア 特定性維持説

物上代位は、抵当権、質権、特別先取特権（以下「抵当権等」という。）の価値権という本質から当然に認められるものである（価値権説）。そうすると、本来は、代位物が生ずれば「差押え」がなくても物上代位を行使できるといえる。しかし、払渡し又は引渡しによって代位物が債務者の一般財産に混入した後にまで抵当権等の効力が及ぶことを認めるのは、債務者の一般財産に対する優先権を承認することになって、特定物に対する権利である抵当権等の性質に反し、また、債務者の一般財産を引当てとする他の債権者を害することになる。そこで、代位物が払渡し又は引渡しによって債務者の一般財産に混入することを防ぎ、代位物の特定性を維持する、すなわち、物上代位の対象となる債権を特定するために「差押え」が要求されている。

他の債権者（後順位抵当権者や一般債権者など）による「差押え」があれば、払渡し又は引渡しによる代位物の債務者の一般財産への混入が防止されて特定性が維持されるので、抵当権者、質権者、先取特権者（以下「抵当権者等」という。）自身が改めて差し押さえる必要はない。もっとも、特定性維持説の中には、他の債権者が代位物を差し押さえた場合であっ

でも、抵当権者等自身による「差押え」が必要であるとする考え方もある。この抵当権者等自身の「差押え」は、他の債権者が先に差し押さえて転付命令を得た後や債権譲渡がなされた後であっても、まだ払渡し又は引渡しが行われていなければ可能であるとする。

イ 優先権保全説

物上代位は、抵当権者等の保護のために法律によって特別に認められた特権的効力である（特権説）。そうすると、「差押え」は、抵当権者等が物上代位による優先権を保全するためのものである。

したがって、「差押え」は、抵当権者等が自ら行うことが必要となる。

これは戦前の大審院判決がとる考え方である。大審院は、代位物である債権には登記のような公示方法がないので、第三者保護の方法として債権への物上代位を「差押え」によって明確にしたのであり、「差押え」は第三者に対する物上代位権保全の要件、すなわち、物上代位によって抵当権等の効力が代位物に及んでいることを第三者に主張するための要件であるとしている（大決昭和5年9月23日民集9巻918頁）。

ウ 第三債務者保護説

民法304条1項本文とただし書は分けて理解すべきであり、本文の解釈である物上代位本質論は、ただし書の「差押え」の意義の解釈と論理必然的に結びつくものではなく、「差押え」の意義は、第三債務者の保護を目的とする。

すなわち、物上代位権の行使について直接の利害関係を有するのは第三債務者だけであり、第三債務者は、物上代位権の発生によって物上代位権者（抵当権者等）に代位債権を直接支払う義務を負うことになるが、物上代位権者（抵当権者等）の存在を通常知ることができないから、債務者に弁済してしまい、二重払いの危険に陥ることになる。そこで、このような第三債務者を保護するための措置として、抵当権者等自身の「差押え」が要求され、これによって抵当権者等が代位債権に対する抵当権等の効力を第三債務者に主張することができるようにしたとする。

したがって、この説は、「差押え」をいわば第三債務者に対する物上代位権の対抗要件と解するものである。

他方、第三債務者以外の第三者との関係では、抵当権については、代位債権に抵当権の効力が及ぶことは既に抵当権の登記によって公示されているから、登記の時期が優劣を決する基準となるとしている。

動産先取特権については、本来的に公示を欠くから、「差押え」が第三債務者の保護だけでなく、債権の譲受人や転付命令を得た差押債権者などの第三者の保護の役割も果たすことになる。

(3) 本問の検討

ポイントは、「払渡し又は引渡し」及び「差押え」の意義に関して、各自が依拠する見解に基づいて、論理一貫した論述をすることにある。

特定性維持説に立つ場合には、BからDに転売代金が譲渡されて対抗要件が備えられただけにすぎず、CからDに支払いがなされたわけではないから、Aは、動産売買の先取特権による物上代位権を行使して、本件債権を差し押さえることができるということになる。

優先権保全説や第三債務者保全説に立つ場合には、BからDに転売代金が譲渡されて対抗要件が備えられた以上、Aは、動産売買の先取特権による物上代位権を行使して、本件債権を差し押さえることはできないということになる。

なお、配布した参考答案是、平成17年判例に基づいて作成したものである。

第3. 設問2

1 出題の趣旨

設問2は、平成30年判例と同様の事実関係において、所有権留保の法的構成に関する理解を前提として、Aの請求及びEの反論について問うものである。本問の事実関係を前提に、AとEのそれぞれにとって有利な法的構成は何か、検討することが求められる。

2 解説

以下では、解答に必要な限度で解説をする。詳しくは、末尾に掲載した参考文献等や、各自の基本書、参考書等で確認されたい。

(1) 所有権留保

ア 意義

売買において買主の代金完済以前に売買の目的物が買主に引き渡される場合、代金債権の担保のために、買主の代金完済までに売主が目的物の所有権を自己に留保することをいう。買主が代金債務を履行しない場合、売主は留保している所有権に基づいて売買の目的物を取り戻して、そこから代金債権を優先的に回収することができる。

イ 法的構成

(ア) 留保構成

目的物の所有権は代金完済まで売主に留保され、代金完済の時点で買主に目的物の所有権が移転するという構成である。

所有権留保は、売買契約において、代金の完済時に売買目的物の所有権を買主に移転するという所有権移転時期の特約を付すること、すなわち、売買契約の付款の1つにすぎず、譲渡担保の場合と異なり、独立した設定契約がなされるわけではない。したがって、所有権留保における被担保債権は目的物自体の代金債権であって、譲渡担保の場合と異なり、被担保債権と目的物の間に緊密な関係があるだけでなく、個々の解釈論にあたっては売買契約の存在を無視することができない。

さらに、債権担保のために目的物の所有権が債権者に移転する譲渡担保と異なり、所有権留保の場合には、債権者は最初から目的物の所有者であり、所有権が移転しているわけではない。したがって、債権者は、登記や引渡し等の対抗要件を備えることなしに、目的物の所有権を第三者に対して主張することができる。

(イ) 移転・設定構成

売買契約締結によって売主から買主に目的物の所有権が移転し、買主から売主に留保所有権が設定されるという構成である。

所有権留保も、債権担保のために、債権者が目的物の所有権を保持し、債務が履行されると所有権が債務者に移転するが、債務が履行されなければ債権者が確定的に所有権を取得するという点では、譲渡担保と共通する。したがって、債権者（売主）の権利は所有権ではなく担保権として構成すべきである。すなわち、売買契約によって、目的物の所有権は買主に移転するが、所有権留保特約によって、売主は代金債権を被担保債権とする担保権（留保所有権）を取得する。

代金支払いが未了のうちに買主が第三者に目的物を売却した場合には、買主を起点として、売主に対する担保権（留保所有権）の移転と、第三者に対する所有権の移転という、二重譲渡関係になるため、売主は、登記や引渡し等の対抗要件を具備しないかぎり、目的物に設定された担保権（留保所有権）を第三者に対して主張することができない。

ウ 平成30年判例

平成30年判例は、本問と同様の事案において、留保構成を採用した。

◆平成30年判例（下線は講師によるもの）

「本件売買契約は、金属スクラップ等を反復継続して売却するものであり、本件条項は、その売買代金の支払を確保するために、目的物の所有権がその完済をもって被上告人からZ産業に移転し、その完済までは被上告人に留保される旨を定めたものである。

本件売買契約では、毎月21日から翌月20日までを一つの期間として、期間ごとに納品された金属スクラップ等の売買代金の額が算定され、一つの期間に納品された金属スクラップ等の所有権は、上記の方法で額が算定された当該期間の売買代金の完済まで被上告人に留保されることが定められ、これと異なる期間の売買代金の支払を確保するために被上告人に留保されるものではない。上記のような定めは、売買代金の額が期間ごとに算定される継続的な動産の売買契約において、目的物の引渡しからその完済までの間、その支払を確保する手段を売主に与えるものであって、その限度で目的物の所有権を留保するものである。

また、被上告人は、Z産業に対して金属スクラップ等の転売を包括的に承諾していたが、これは、被上告人がZ産業に本件売買契約の売買代金を支払うための資金を確保させる趣旨であると解され、このことをもって上記金属スクラップ等の所有権がZ産業に移転したとみることはできない。

以上によれば、本件動産の所有権は、本件条項の定めどおり、その売買代金が完済されるまで被上告人からZ産業に移転しないものと解するのが相当である。したがって、本件動産につき、上告人は、被上告人に対して本件譲渡担保権を主張することができない。」

(2) 動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律

平成16年に「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」が改正され、動産譲渡登記制度が創設された（名称も「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」となった。）。

この制度の対象は、担保目的の譲渡に限られないが、その目的は、事業の収益性に着目した融資を実現するために在庫商品その他を包括的に担保化することにある。

これによれば、法人が動産を譲渡した場合において、当該動産につき動産譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該動産について、民法178条の引渡しがあったものとみなされる（同法3条1項）。

なお、集合動産譲渡担保権について同法による登記がされている場合には、登記後に集合物に加入した物についても登記がされた年月日に対抗要件が具備されたものと扱われると一般的には解されている。

(3) 本問の検討

Aの請求では留保構成に基づいて、Eの反論では移転・設定構成に基づいて論じる必要がある。

参考答案のように、二重譲渡の関係にあることを前提としてEの反論を論じることは難しかったと思われる。もっとも、「本件登記がされたことで、本件登記後にAからBに引き渡された金属スクラップ等についても、本件登記がされた令和3年3月1日に対抗要件が具備されたものと扱われることになった。」という事実関係を前提とし、物権法で学んだ民法177条や178条等の知識を駆使すれば、Eの反論に気付くことは不可能ではない。

なお、Eの反論として、売買契約締結による所有権喪失の抗弁を主張し、Aの再反論として所有権留保特約の再抗弁を主張するというのでは不十分である。本問は法律実務基礎科目

(民事)ではなく、民法の問題なのだから、要件事実論のみで論じるのではなく、民法の解釈論を展開する必要がある。

【参考文献等】

1. 佐久間毅著「民法の基礎 2 物権 (第 2 版)」有斐閣 2019/3/30
2. 松井宏興著「担保物権法 (第 2 版)」成文堂 2019/4/1
3. 道垣内弘人著「担保物権法 (第 4 版)」有斐閣 2017/6/1
4. 石田剛ら著「民法Ⅱ 物権 (第 4 版)」有斐閣 2022/3/20

以 上

2023 年 1 月 29 日

担当：弁護士 伊奈達也

最優秀答案

37

回答者：T.M.

設問 1

1 Aが動産売買先取特権者であること

Aは、本件売買契約（売買契約。民法（以下略す）555条）に基づき、Bに対し、代金支払債権及び動産売買先取特権（311条5号）を有している。BがCに対し本件スクラップ等①を転売して引き渡した。動産売買先取特権は、債務者が第三者にその目的動産を引き渡した後は、その動産について行使することができないところ（333条）、これによって、Aは、本件スクラップ等①に対して本件先取特権を行使することができなくなった。

2 動産売買の先取特権による物上代位を行使して本件債権を差し押さえるためには、その「払渡し又は引渡しの前に差し押さえをしなければならない（304条1項ただし書）」BからDに対し本件債権譲渡がなされた後にAは本件債権を差し押さえようとしているところ、債権譲渡は「払渡し又は引渡し」に当たるかが問題となる。

文言上、「払渡し又は引渡し」とは~~弁済~~その他の債務の履行としてなされる行為をさすと解されるところ、債権譲渡が当然にこれに当たると考えるべきでない。「差し押え」を要することとした法の趣旨は、目的物が債務者の一般財産に混入することを防止することによって目的物の特定性を維持することにある。これに照らせば、債権譲渡がなされた後でも、さらに差し押えをすることで目的物の特定性は維持することができる。したがって、債権譲渡は「払渡し又は引渡し」に含まれず、債権譲渡後に先取特権に基づく物上代位とし

不要

2

ての差し押えをすることはできると考える。

本件債権は、令和4年5月1日にBからDに譲渡され、これに係る内容証明郵便が翌2日にCに到達されたことにより第三者対抗要件を具備している（466条2項）。Aは、これにかかわらず、動産売買の先取特権による物上代位権を行使して、本件債権を差し押さえることができる。

設問 2

1 AのEに対する本件請求は、所有権に基づく返還請求権としての動産引渡し請求権に基づく。これをするためには、Aが本件スクラップ等②を所有し（ア）、Eがこれを占有していること（イ）が必要である。

Aは、次のように主張する。本件売買契約中の定めである本件条約は、所有権留保特約に当たる。これにより、Bの代金の関西があるまで本件スクラップ等②の所有権はAに留保されるところ、引渡しを求めた時点でAはBから代金の関西を受けていなかった。したがって、Aが本件スクラップ等の所有権を有している（ア）。また、本件スクラップ等②はEが引き上げるにより占有している（イ）。したがって、本件請求をする。

これに対し、Eは次のように反論する。本件譲渡担保設定契約に寄り、本件在庫商品等につきEが譲渡担保権を取得した。譲渡担保契約は所有権の移転を目的とする非典型担保権であるところ、これにより、本件スクラップ等②の所有権はBからEに移転した。した

10

2

2

3

がって、Aの本件請求は（ア）を満たさず認められない。

2 検討

なぜ？

（1） まず、所有権留保特約は契約として有効である。所有権留保特約は、債権担保を目的としてなされるものではあるが、所有権の移転を伴う売買契約に基づき、所有権は移転すると考える。

本件売買契約により、本件スクラップ等②の所有権はAからBに移転している。

（2） 次に、本件譲渡担保設定契約はBが所有し、Bの工場内で保管する物全部という集合動産を目的とするものである。これに係る動産は絶えず流動するところ、担保物権の有効要件である目的物の特定性を満たすかが問題となる。

集合動産を目的とする金融上の必要性があるし、種類・所在場所・量的範囲を指定することで特定性を維持することは可能である。したがって、集合動産譲渡担保は、種類・所在場所・量的範囲を指定することで特定性を満たすと考える。

本件譲渡担保設定契約は、種類を「金属製品の在庫製品等」とし、所在場所を「Bの工場等」とし、量的範囲を「全部」としている。これは、種類・所在場所・量的範囲を指定することで目的物を特定したといえる。したがって、本件譲渡担保権設定契約は集合動産譲渡担保として有効である。

譲渡担保設定契約は債権担保を目的とする契約であるが、その形式及び取引の安全を図る観点から、所有権の移転を伴うと考える。

本件譲渡担保設定契約により、本件スクラップ等②の所有権はBからEに移転している（70分経過）

（3） 動産売買に係る所有権留保特約と集合動産譲渡担保契約が競合した場合、どちらも「動産に関する物権の譲渡（177条）」に当たるところ、その優劣は、対抗要件具備である「引渡し」又は「登記（動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律3条1項）」の先後によって決すべきである。

Eは、Aが引渡しを受ける前の令和3年3月1日、本件スクラップ等②を含む在庫製品等につき、本件登記を具備することで第三者対抗要件を具備している。したがって、EがAに優先し、その所有権を取得する。

以上より、Aの請求はAの本件スクラップ等②の所有という要件を満たさないから、認められない。

以上（誤字修正含め85分）

不要

採点講評

(2023年1月29日 物権法・担保物権法)

第1 全体的な採点実感等

設問1は、多くの受講生が出題趣旨を正確に読み解き、書くべき論点に触れることができていたと思われる。一方で、設問2については、出題趣旨のとおり論じることができた答案は皆無であった。設問1は基本的な事項を問う問題であるのに対し、設問2は最新判例に基づき、今まで考えたことがない事項をどう考えるかを問う問題であるため、このような結果になったと思われる。

毎年、採点講評で指摘しているが、予備試験、ひいては司法試験に合格するためには、何よりも基本的な事項を正確に理解し、きちんと使いこなせるようになることが大切である。法学部1年生、2年生の受講生もいると聞いているが、初学者の方々は、まずは腰を据えてじっくりと民法の勉強をしてもらいたい。また、ある程度民法を勉強が進んでいる方々は、自分の理解が正確かどうか、もう一度よく復習をしてもらいたい。

民法の答案では、①まず当事者が何を実現したいのか（お金を返してもらいたい、土地や建物を明け渡してもらいたい、受けた損害を賠償してもらいたい等）という「**生の希望**」を把握することが大切である。次に、②その希望を実現するためには、どのような**権利（＝法律効果）**が発生すればよいかを考える。その後、③その権利が発生させるためにはどのような**要件（＝法律要件）**が必要かを整理する。④整理後、ある要件について解釈が必要な場合には、その**解釈を示す（＝判断枠組みまたは規範の定立）**。その上で、⑤問題文中の事実関係からその要件を満たすかどうかを論じることになる。⑤の際には、なぜその事実がある要件や判断枠組みないし規範に該当するのか、適切に**事実を評価して説明**する必要がある。

普段の民法の勉強においても、以上の答案の書き方を踏まえた上で基本書や判例等を読むと、格段に理解が深まると思われる。

第2 各設問について

(1) 設問1

設問1は、動産先取特権に基づく物上代位について問う問題である。設問1では、問題文に書くべきことを明記していることから、何を書けば分からなかったという受講生は少なかったと思われる。

一方で、書くべき事項を間違えている答案も、わずかながらあった。このような答案を書いている受講生は、是非しっかりと復習していただきたい。

また、書くべき事項はあっているが、問いを繰り返す、前置きが長い答案など、書き方に難のある答案が散見された。設問1のような問題では、端的に結論を示し、その後に理由を述べる方が分かりやすい。問いに対してオウム返しに答えるということも重要である。

(2) 設問2

設問2は、所有権留保の法律構成について問う問題である。多くの受講生は、所有権留保の法律構成は当然に留保構成であると考えており、他説、すなわち、移転・設定構成について考えたことはなかったと思われる。この機会に、他説についても学んでおくと、所有権留保についての理解が深まるとと思われる。

設問2は、最新判例に基づいて出題した。特に、Eの反論については、判例を知らなければ書けないと思う受講生もいると思われる。しかし、Eの反論、すなわち、移転・設定構成に基づく主張について、気付くためのヒントは問題文中にある（本件登記が設定されたこと等）。また、Eの反論を論じるための知識は、動産の二重譲渡の優劣は「引渡し」（民法178条）によって決するという、ごく基本的なものさえあれば足りる。その場で考えれば、およそ解答できないということはない。

予備試験では、考えたことがない問題が出題される。落ち着いて基本から論理的に考えることができれば、初見の問題も何とか解答できるはずである。本問は、まさにこのような基本から論理的に考えることを求めているのである。

なお、Eの反論として、本件スクラップ等②の所有権を即時取得したと論じる答案が何通かあった。しかし、Eは譲渡担保権を設定しようとしているのであって、所有権を取得しようとしているのではないから、かかる主張は認められないと思われる。

また、本件スクラップ等②の譲渡担保権を即時取得したと論じる答案もあった。譲渡担保権の即時取得という構成はあり得なくはないが、現実には、動産譲渡担保権の設定時には、対象物の権利関係を徹底的に調査するのが通常であり、そのような調査をすれば、代金を支払わない限り本件スクラップ等②の所有権がBに移転することはないことはわかるはずである。したがって、無過失の要件を満たさず、譲渡担保権の即時取得という構成も認められないと思われる。

第3 今後の勉強について

毎年述べていることであるが、改めて、以下の点について注意しておきたい。

民法は、私法の基本法であり、その考え方は様々な法律を理解する上で重要となる。財産権に関する民法の規律を理解していなければ刑法の財産犯は理解できないし、民法で定められた権利を実現する過程を規律する民事訴訟法も理解できない。正直、民法が不得意な人は、予備試験にも司法試験にも合格することは難しいのではないかとと思われる。

確かに、民法は範囲が膨大であり、一朝一夕に理解できるものではない。そのため、いくら勉強してもいつまでたっても論文が書けるようにならない、どのように勉強したらいいかわからないと途方に暮れることもある。出題者も、受験生時代には同じ思いを抱いていた。しかし、だからといって、勉強をおろそかにすれば、いつまでたっても民法はできるようにならない。そう考えて、出題者は、民法は毎日勉強していた。先が見えないようであるが、毎日コツコツと勉強を続けるしかない。その積み重ねを厭わない姿勢こそ、法曹になるために最も重要な資質の一つではないだろうか。

もちろん、自分で勉強を続けていけば、壁にぶつかることもある。そのようなときには、大学の民法の先生や、私たち弁護士、直近の合格者に質問してもらいたい。

最後に、受講生の皆さんにお伝えしたいことがある。それは、予備試験も司法試験も、「限られた時間の中で解答を作成しなければならない」ということである。問題も難しく、およそ100点満点をとれるような問題になっていない。完璧な答案を書くことなど不可能である。そのような試験の特性を把握した上で、どこまで書けば評価されるのか、その相場感をしっかりと研究してもらいたい。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2023年1月29日分 得点分布表
物権法・担保物権法
出席者 26名 平均点 23.1点

得点分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	2
11~15	4
16~20	3
21~25	3
26~30	10
31~35	2
36~40	2
41~45	0
46~50	0

