

先取特権をめぐる忘れられた幾つかの論点

——不動産の先取特権の「登記」・民法333条の
「行使することができない」の意味など——

今 尾 真

一 はじめに——本報告の意図

1 報告の契機

先取特権全般を考察する機会があり、その中で、理論的に未解明または考え方が収斂されていない論点に触れ、これらのいくつかを掘り下げる必要性を感じたため。

2 報告テーマ——取りあげる論点とその理由

(1)不動産の先取特権の「登記」の意味・機能
効力要件 VS 対抗要件 ?

(2)民法333条をめぐる問題

ア. 本条の趣旨理解

本条は、単純に第三取得者の取引の安全を保護するものと理解してよいか?

イ. 「行使することができない」の意味

目的動産が第三取得者に引き渡された場合、先取特権は消滅するのか?

3 報告の意図

理論的に重要であると思われ、かつ学説が鋭く対立してきたにもかかわらず（定説をみるに至っていない）、現在はあまり脚光を浴びていない問題を紹介し、皆さんの意見を伺って再検討した上で、結論について一定の方向性を見いだしたい。

二 不動産の先取特権の「登記」の意味

1 不動産保存・工事の先取特権の「登記」

(1)法文

・民法337条・338条……「先取特権の効力を保存するためには」と規定

→素直な文理解釈は“登記をしなければ先取特権の効力が生じない”という意味（⇒効力要件説）。

(2)判例・裁判例

→不動産保存の先取特権の登記に関するものとしては存在しないが、不動産工事の先取特権について、登記をしなければ先取特権そのものが発生しないとしている（効力要

件説：大判大6・2・9民録23輯244頁、大判昭9・5・21新聞3703号10頁、同旨の下級審裁判例として、東京高決昭44・11・28判タ246号296頁、浦和地判昭58・2・22判タ498号155頁、仙台高判昭62・5・28金法1162号85頁）。

(3)学説

ア. 効力要件説……古くは富井417頁・中島750頁、近時は道垣内63頁、石田（穰）130頁*
*石田説は登記を物権の効力要件＝成立要件と解して、不動産先取特権の登記も同様に解する。

〔理由〕

- ① 抵当権等の担保物権の登記の先後を問わず、先取特権につき保存行為完了後「直ちに」登記をすれば、抵当権等に優先することになる以上（339条）、このことは対抗要件主義の例外をなす。
- ② 本条の「効力を保存する」という文言、そして不動産工事の先取特権に関しても同様の文言（「効力を保存する」〔338条1項前段〕）を用い、しかも工事費用が登記された予算額を超えた場合には「先取特権は、その超過額については存在しない」としているので、これらの文言からも登記を効力要件と理解するのが妥当。

イ. 対抗要件説……末弘71頁、石田・下683頁、勝本・上212頁以下、我妻98頁、柚木＝高木79頁、注民(8)218頁〔西原道雄〕、高島214頁など。また、近時は鈴木321頁、安永483頁、生熊216頁など（通説）

〔理由〕

- ① 不動産の先取特権についてのみ物権変動における一般原則の例外を認めるの必要性を見いだしたい。
- ② 339条が登記のない不動産の先取特権の存在を窺わせていること、登記のない先取特権も目的不動産に対して担保不動産競売の申立てをなしうる実益がある。

2 不動産売買の先取特権の「登記」

(1)効力要件説……道垣内65頁（不動産売買の先取特権の登記につき、明確に効力要件説を説くものは少ない）

〔理由〕道垣内先生も、今ひとつ明快でない。

(2)対抗要件説……柚木＝高木79頁、注民(8)223頁〔西原道雄〕、我妻98頁、高島217頁、鈴木321頁、高木57頁、生熊217頁、安永484頁（通説）

〔理由〕

不動産保存・工事の先取特権と異なり、目的不動産にすでに抵当権等が設定されている場合には、売買契約と同時に登記がなされても、既登記の抵当権等に優先できる効力はなく、その意味で、こうした厳格な登記を要するとした実質的根拠が不明確である。

3 若干の考察

(1)効力要件説の評価すべき点

- ①法文の文言（「効力を保存する」、工事の先取特権については「先取特権は、その超過額については存在しない」等）に忠実である。
- ②保存行為後「直ちに」登記をすれば、抵当権等にも優先することは対抗要件主義の例外をなし、先取特権の強力な効力を定めていることを意味。
- ③不動産の先取特権に厳格な登記を要求した趣旨（後日の登記を認めると売主と買主が通謀して虚偽の登記をして第三者を害することを防ぐ）にも合致。

(2)効力要件説の問題点

- ①登記のなされていない不動産の先取特権の効力を認める必要性・実益に対処できない。
→登記がなければ効力がないとすると、一般債権者にも先取特権を主張できないのでは？
⇨Cf. 336条によれば、一般の先取特権についてであるが登記なくしても一般債権者には優先する。。
- ②関係当事者間のきめ細かい利害調整ができない（→後述、対抗要件説の評価①を参照）。

(3)対抗要件説の評価すべき点

- ①先取特権の登記がなされない場合は、先に登記された抵当権等に優先するという効果は保存できないが、後にその登記がなされれば、それ以後登記された抵当権等とは一般の対抗問題として対抗要件具備（登記）の先後により優劣を決するとするのが利害の調整として適切。
- ②母法フランス法においても、不動産工事の先取特権（フランス法では不動産保存の先取特権は存しない）に関して、「登記によって……保存する（conserver）」の語を用いている（フ民2382条〔旧2110条〕）が、登記がなされていない先取特権でもその効力が完全に否定されるわけではない（フ民2386条2項〔旧2113条2項〕参照）とされている（H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, LEÇONS DE DROIT CIVIL, t.III, vol. I, Sûretés Publicité foncière, 7e éd., 1999, par Y. PICOD, n° 423, pp.407-408, L.AYNÈS et P. CROCQ, DROIT DES SÛRETÉS, 12e éd., 2018, n° 702, p.432. → § 338Ⅲ）。

(4)私見

以上より、我が国における不動産の先取特権（不動産保存・不動産工事・不動産売買の先取特権すべて）の登記について、登記のされていない不動産の先取特権の効力を認める必要性ないし実益および関係当事者間のきめ細かい利害調整といった見地からは、物権法の一般原則に従い、これを対抗要件と解するのが妥当であろう。

なお、登記を対抗要件とするときには、登記がなされなければ、第三者に優先弁済権を

主張することはできないが、目的不動産について、担保不動産競売を申し立てることはでき（我妻98頁、鈴木321頁）、この場合一般債権者と同じ立場で配当を受けることになることと解されている（生熊216頁）。しかし、登記のなされない一般の先取特権ですら、一般債権者に対抗できるとされていることから（336条本文）、ましてや、不動産の特別な先取特権にあっては、被担保債権と目的物の牽連性がある以上、その登記が対抗要件であるとしても、先取特権者は、登記なくして一般債権者には優先できると解する余地もあるように思われる。

三 民法333条をめぐる問題

1 本条の趣旨理解——【論点①】

(1)通説……動産取引の安全を図る趣旨

（梅405頁、富井406頁、石田・下674頁、柚木＝高木76頁、注民(8)209頁〔西原〕、星野216頁）

→動産の先取特権は、債権者による目的動産の占有を要件としない（公示を観念し得ない）ので、第三取得者が先取特権の目的物となっていることを知らずに債務者からその動産を譲り受けることが多く、こうした第三取得者を保護して動産取引の安全を図るため、先取特権の追及効を制限した。

⇔〈問題点〉

本条が先取特権の存在につき第三取得者に善意（・無過失）を要求していないことから、取引の安全のみの理由からでは説明できない（川井315頁、同・概論274頁、道垣内70頁）。

(2)有力説……債務者による先取特権の及んだ目的物処分を制限できないことを規定

（高島209頁、道垣内71頁）

→一般の先取特権（動産を対象とする場合、先取特権実行時に目的物たる要件を満たしている動産から優先弁済を受けるにとどまり、債務者の目的物処分を制限することはできない）や動産の先取特権（一方で、目的物が処分された場合には物上代位により先取特権者は保護されるとしつつ、他方で、債務者に目的物処分を認めるとの仕組みになっている）の双方とも、先取特権者が債務者による先取特権の及んだ目的動産の処分を制限することはできない。

(3)フランス法……動産の先取特権の追及効の有無を中心に類似の議論が展開

ア. 追及効存続説……近時の多数説（尊敬すべきクロック先生の考え）

→動産売主が第三者に対して追及権を行使できないのは、「動産については、占有は権原に値する」とのフランス古法の法諺（フ民2276条1項〔旧2279条1項〕に具体化されている）によって、第三者が保護されるからである（したがって、動産が買主のもとにとどまっている場合や第三者＝転得者が先取特権につき悪意の場合には、売主は

先取特権をめぐる忘れられた幾つかの論点
——不動産の先取特権の「登記」・民法333条の「行使することができない」の意味など——

依然先取特権を行使できる）との学説（J.MESTRE, E.PUTMAN, et M.BILLIAU, TRAITÉ DE DROIT CIVIL, DROIT SPÉCIAL DES SÛRETÉS RÉELLES, 1996, n° 696, pp.117-118, M.CABRILLAC, Ch.MOULY, S.CABRILLAC, Ph.PÉTAEL, MANUEL DROIT DES SÛRETÉS, 10e éd., 2015, n° 742, p.551, Ph.SIMLER et Ph.DELEBECQUE, Droit civil Les sûretés La publicité foncière, PRÉCIS DALLOZ, 7e éd., 2016, n° 823, p.760, D.LEGEAIS, DROIT DES SÛRETÉS ET GARANTIES DU CRÉDIT, 12e éd., 2017, n° 699, p.461, L.AYNÈS et P.CROCQ, DROIT DES SÛRETÉS, 12e éd., 2018, n° 468, p.287, et n° 611, p.362.）

イ. 追及効切断説……判例・従来通説

→動産が譲渡された場合には、買主の動産の占有の有無や第三者の善意・悪意にかかわらず、当該動産はもはや買主の所有に属さず一般財産から逸出している以上、動産売主は先取特権等を行使できない（転売代金が支払われていない限りでそれに対する物的代位〔subrogation réelle、我が国の物上代位に類似する〕しか認められない）とする学説（A.COLIN et H.CAPITANT, COURS ÉLÉMENTAIRE t.II, 7e éd., 1932, n° 1097, pp.900-901, G.MARTY et P.RAYNAUD et P.JESTAZ, LES SÛRETÉS LA PUBLICITÉ FONCIÈRE, 2e éd., 1987, n° 442, pp.273-274, H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, LEÇONS DE DROIT CIVIL, t.III, vol. I, Sûretés Publicité foncière, 7e éd., 1999, par Y. PICOD, n° 195, pp.260-261.）。

⇒判例も、売却された動産が転得者のもとに存在するケースに関して、一般的な表現ではあるが、転得者の善意・悪意を問題とせず、フランス民法典旧2102条4号（現行2332条4号）は、「当該動産の第三取得者に対する債権の支払を追及する」ことを動産売主に認めるものではない、と判示した（破毀院1894年2月19日民事部判決〔D. P. 1894. 1.413, S.1895, 1, 457, note A.Wahl.〕）。

2 民法333条の「行使することができない」の意味——【論点②】

(1)学説

①先取特権消滅説……（我妻93頁・99頁、高木58頁、高島220頁、近江68頁、河上76頁、松岡285頁、生熊232頁）＝通説

→目的動産の第三取得者への引渡し後は先取特権が消滅すると解する見解。

②先取特権非消滅説……（中島738-739頁、石田・下674-675頁、勝本・上208頁、注民(8) 210頁〔西原〕）

→本条は先取特権の追及効を制限した規定にすぎず（先取特権は消滅しない）、後日債務者が目的動産につき所有権と占有を回復したときには再びこれに先取特権を行使できるようになるとする見解。

③先取特権復活説……（川井316-317頁、同・物権276頁）

→目的動産の第三取得者への引渡しにより先取特権はいったん消滅するが、債務者が目的物の所有権と占有を回復すれば先取特権が復活するとする見解。

(2)裁判例……大阪高判平6・12・16金判972号14頁

〔事案〕

動産売買先取特権の目的動産が転売契約により第三取得者に引き渡された後、転売契約を合意解除して目的動産を取り戻して先取特権者にこれを代物弁済した行為が破産法上の否認の対象になるか否かが争われた事案。

〔判決要旨〕

否認の対象にならないとの判断の前提として、債務者が目的動産の所有権とともに占有も回復した場合には先取特権を行使することができるとして、結論的には上記(1)の②または③の見解を採用した。

〔理由〕

目的動産が第三取得者に転売されると先取特権の行使はできなくなるが物上代位を行使でき、転売契約の解除により物上代位ができなくなる代わりに先取特権の行使が可能になるので動産売主の優先的地位はトータルとして変わらないと解して、転売契約の解除は買主〔=債務者〕の一般財産の減少をもたらすものではないとして否認権の成立を否定した。

【参考】

Cf.(i)上告審……最判平9・12・18民集51巻10号4210頁

→先取特権の消滅または存続に関する判断は留保して、債務者の一連の行為を新たな担保権の設定とみて破産法旧72条4号〔現行162条1項2号〕による否認の対象になるとした。

Cf.(ii)東京高決平3・7・3判タ772号270頁、大阪高決平元・9・29判タ711号232頁

→執行実務との関係で、先取特権の追及効の制限（ないし消滅）を前提として、先取特権に基づく目的動産の引渡請求権や差押承諾請求権は認められないとした。

⇔(iii)東京高決昭60・5・16判タ554号319頁、東京高判平元・4・17判タ693号269頁

→先取特権者は差押承諾請求権を有するとする。

3 若干の考察

(1)【論点①】について

我が国の動産の先取特権の第三取得者への追及効が制限されることの趣旨を考えると、333条は、フランス法における判例および従来の多数説の考え方を前提に規定されたのではないかといえる（旧民法債権担保編148条や160条も第三取得者の善意・悪意を規定していない。また、法典調査会民法議事5〔近代立法資料〕529頁によれば、磯部四郎委員の「第三取得者ハ善意ト悪意トヲ問ハヌ訳デ御座イマセウカ」との質問に対して、起草委員からは、「御説ノ通り本案ハ善意悪意ヲ問ハヌデアリマス」との回答がなされている〔穂積陳重発言〕。もっとも、穂積委員は、本条の趣旨説明では、取引上の信用保

先取特権をめぐる忘れられた幾つかの論点
——不動産の先取特権の「登記」・民法333条の「行使することができない」の意味など——

護ないし信用取引を保護する趣旨であるとも発言している)。

《私見》

本条の趣旨としては、まったく動産取引の安全を図ることを趣旨としないわけではないが、債務者による目的物の処分を制約するものではないことを主眼として、その反面、先取特権者の保護は物上代位により保護されることを確認した規定であると理解すべきではないか。

(2) 【論点②】 について

ア. 3つの学説の当否

③説……何故先取特権が復活するのかの理由が明らかでないとの疑問が湧く。

①説……目的動産を悪意で取得した第三取得者にも先取特権を行使できない、と考えるならば、目的動産の処分・引渡しにより先取特権は消滅すると解する考え方(前記①の見解)がそうした結論を導き出すのに親和的(逆にいえば、悪意の第三取得者に対しては先取特権を行使できるとすれば、この場合には目的動産に対する先取特権は消滅していないといえるからである)。

⇔しかし、民法が先取特権を物権と構成している以上、目的動産に先に成立した他物権ないし制限物権たる先取特権が、動産の先取特権には公示が存しないとしても、その目的物の処分・引渡しにより消滅するとしてよいかは、にわかには賛成しがたい(公示のない動産の先取特権については対抗理論を用いることができないとしても、物権法一般の規律にあっても、目的物に対する複数の物権の競合・衝突におけるその帰属や優劣決定をするに際し対抗理論を用いる場合、劣後する者の物権が消滅するか否かは理論的には明らかでない〔結果的には、物権消滅のように取り扱われるとしても、劣後者は、物権取得等を相手方に対抗・主張しえないだけで、目的物には物権が及んでいる〕、ともいえるのではないだろうか)。

②説……《私見》の論理構成

i) 本条の趣旨を債務者の目的動産の処分権を制約するものではないという点に求め(道垣内71頁参照)、かつ、公示が存しないゆえに動産の先取特権の物権としての追及効を制限した(例外的に先取特権者は物上代位や319条により保護されるとした)政策的な規定が本条であるとの理解に立脚すれば、目的動産が第三取得者に処分・引渡しになされても、理論的にはそれに先取特権が及んでいる——ただし、第三取得者には先取特権の行使を主張できないが、債務者が目的動産の所有権と占有を回復すれば、先取特権は消滅していないので、行使要件を再び充足した——と解することができよう。

ii) また、目的動産が処分された場合に、債務者がその対価として第三取得者に取得する金銭その他の請求権に対して、先取特権者が物上代位権を行使できる(304

条)ということも、本来の先取特権は目的動産自体に行使できないとしても、それに置き換わった代償物に先取特権の優先弁済的効力を及ぼすという点で、一概に先取特権が消滅したとはいえない(本来の目的物に対する先取特権が、目的物の代償物にその優先弁済的効力を及ぼすという形で転化したという意味では、先取特権が消滅していないともみ得る)ように思われる。さらに、本条の「先取特権は、……行使することができない。」という文言(「先取特権は、……消滅する。」ではない)との関係でも、こうした解釈は適合的であろう。

四 まとめ

1 不動産の先取特権の「登記」の論点について

⇒対抗要件説。

……見解の違いにより、結論においてさほど差異を生じない(純粹に理論的問題)。そこで、民法体系(対抗要件制度の採用・登記のない一般の先取特権の許容等)・実務上の多少のメリットから、この説を支持すべき。

2 民法333条をめぐる論点について

(1)【論点①】⇒333条は債務者の目的物処分を制限できない旨を規定したもの(=有力説)

(2)【論点②】⇒先取特権非消滅説(=有力説)

……333条の趣旨理解および物上代位の制度構造から上記の解釈が整合的だから。

以上

[付記] 本報告で取りあげた論点に関する判例・学説の詳細および私見等については、道垣内弘人編『新注釈民法(6)―物権(3) 担保物権総論・留置権・先取特権・質権・抵当権(1)』(有斐閣、2019)の「先取特権の章」〔今尾真執筆〕を参照されたい。