

姫野講師による講義実況

中上級コース【講義編】

択一式対策講座【理論編】

*以下、□は、【理論編】のテキストの記述です。

3 抵当権者が物上代位権を行使するのに「差押え」を必要とした趣旨
抵当権者が物上代位権を行使するためには、その私渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならぬ(372条、304条1項ただし書)。その趣旨が問題となる【H20-15(特定性維持説と競合債権者保護説)】。

では、次に、抵当権者が物上代位権を行使するのに「差押え」を必要とした趣旨について説明していきます。この論点は、「なぜ抵当権者は差押えをしないと物上代位ができるのか?」というものです。

皆さんの中には、「条文に『差押えをなさい』と書いてあるのだから、差押えが必要な理由なんて考える必要はないのでは?」と思う方がいらっしゃるかもしれませんが、これは違います。

抵当権者が物上代位権の行使の目的とした債権には、競合する債権者一方向やすくいうと、「敵」が出現します。競合債権者とは、当該債権の譲受人、当該債権の差押債権者及び転付債権者であり、実は、今から説明する「なぜ抵当権者は差押えをしないと物上代位ができないのか?」が分ると、競合債権者との優劣も明らかになるのです。

(1) 学説

① 特定性維持説

この説は、担保物権が目的物の代位物に効力を及ぼすのは、権利の性質上当然のことであり、差押えは、代位物が弁済によって債務者の一般財産に混入することを防止し、特定性を維持することを目的とするのであり、物上代位権の公示は、当該担保物権の公示で足りるとするものである。この説によると、代位物について第三債務者により弁済がなされず特定性が維持されている限り、代位物につき他の債権者が差押えをし(注)、転付命令を取得し、また、他の債権者が譲り受けた後でも、物上代位権を行使することができるということになる。

(注)この説は、差押えが何人によってされてもこれにより特定性は保持されるため、抵当権者自身による差押えを必要とせず、他の債権者による差押えによっても物上代位権は保存されるとする。

まずは、特定性維持説です。この説は、抵当権者はその権利の性質上当然に物上代位権を行使できると考えます。そして、当然に物上代位権を行使できるにもかかわらず、なぜ民法は、差押えを要求したのかについて、債務者のお金と物上代位の目的であるお金とが混ざらないようにしたと考えます。

**姫野講師が
わかりやすく解説!**

このように、お金と混ざらないようにすることが差押えを必要とした趣旨ですから、差押えは抵当権者自身がする必要はないし、競合債権者が出現した場合でも、まだお金と混ざっていないのであれば、抵当権者による物上代位権の行使が優先することになります。

② 優先権保全説

この説は、物上代位は、当初の目的物に代わる債権に対して抵当権の行使を認めることが公平であることを実質的な根拠とする制度であり、物権の消滅に関する原則及び債権者平等の原則に対する例外をなすものであるから、法律によって特に担保権者のために認められたものであることを前提として、差押えは、第三者(他の債権者)を保護するためにするものであるとする。この説によると、代位物につき他の債権者が差押えをし、転付命令を取得し、また、他の債権者が譲り受けた後においては、物上代位権を行使することができないということになる。

次は、優先権保全説です。この説は、抵当権者はその権利の性質上当然に物上代位権を行使できるわけではなく、あくまで法律によって物上代位権が付与されたにすぎないと考えます。そして、抵当権者は、法律の規定により付与された物上代位権の行使による優先権を保全するため、差押えをしなくてはならないと考えます。

このように、物上代位権の行使による優先権の保全が差押えを必要とした趣旨ですから、差押えは抵当権者自身がする必要があるし、抵当権者が差押えをする前に競合債権者が出現した場合には、抵当権者は、競合債権者に負けてしまいます。

③ 第三債務者保護説

この説は、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、第三債務者は、当該債権の債権者である抵当不動産の所有者(抵当権設定者)に弁済しても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に對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すれば足り、当該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説明する。この説によると、代位物につき他の債権者が差押えをし、転付命令を取得し、また、他の債権者が譲り受けた後でも、物上代位権を行使することができるということになる。

最後は、第三債務者保護説です。この説は、今までの学説と異なり、抵当権という権利が性質上物上代位権を行使できるか否かという議論はせず、第三債務者を保護するために差押えをしなければならぬと考えます。物上代位の目的であるお金を握る第三債務者の関心事は、「だれに払うべきか?」ということです。

例えば、物上代位権の行使の目的が賃料債権であるとする、第三債務者である賃借人は、差押えがあれば抵当権者に払う、差押えがなければ賃借人に払うという判断をすることができますよね? このように、第三債務者の保護が差押えを必要とした趣旨ですから、競合債権者が出現した場合でも、第三債務者が競合債権者に弁済をしていない以上は、抵当権者による物上代位権の行使が優先することになります。

以上が学説ですが、判例は、どの立場を採用しているのでしょうか?

判例は…(続きは、講義にて)

中継!

基礎的なことからしっかりと土台の構築ができる「択一式対策講座【理論編】」。記述式問題の解法から論点理解、答案作成までの全てを凝縮した「記述式対策講座」。姫野講師の講義は非常にテンポよく行われ、講義の合間には試験勉強に対するポジティブな考え方の話なども織り交ぜながら進んでいくので、飽きることがありません。ここでは紙面ではありますが、姫野講師の講義の一部を実況中継し、どのような講義が展開されているのかをご紹介します。

記述式対策講座

記述式対策講座の講義実況中継を紙上で行うことは困難であるため、ここでは、私の記述式問題の解法に対する考え方を明らかにしておきます。

1 総説

「記述式問題を解く」ということは、**2個の作業を行うことを意味しています。2個の作業とは、「論点検討作業(どのような登記を、どのような順序で申請すべきかを検討する作業)」と「答案作成作業(問題文の指示に従い、実際に答案用紙に解答を記入する作業)」**です。これらの作業は、それぞれ性質が異なり、同時に行うとミスが生じやすいため、分離して行う必要があります。

2 論点検討作業

(1) 記述式問題の構造

記述式問題が作成される過程においては、まず、出題される論点が決定され、その後、具体的な問題文が作成されます。出題される論点は、それを構成する要素(以下「論点構成要素」といいます。)に分解され、問題文全体に配置されます。

そのため、「記述式問題を解く」とは、**問題文全体に配置されている論点構成要素を収集し、論点を再構築していく作業であるといえます。**私は、この論点構成要素の収集と再構築は、「**論点喚起**」と「**検証**」によって実現することが望ましいと考えています。

(2) 「論点喚起」と「検証」

「**論点喚起**」とは、**問題文に配置されている論点構成要素を含む論点をいくつか挙げておくこと**をいい、「**検証**」とは、**問題文を読み進めていく中で、その挙げた論点が出題されているかを確認すること**をいいます。

例えば、商業登記法の記述式問題において、申請会社情報として、A種類株式を取得の対価とする取得請求権付株式であるB種類株式が示された場合には、取得の請求がされる可能性のほか(会社法166条)、B種類株式に対して譲渡制限株式又は全部取得条項付種類株式に係る事項が設定される可能性を意識しておくことが、論点喚起です。

(3) 問題文を読む順序

論点喚起と検証を合理的に行うためには、**問題文を読む順序を工夫する必要があります。**ここでは、私が不動産登記法の記述式問題の問題文を読む順序を示しておきます。

私は、どのような出題形式の問題であっても、下記の順序で問題文を読みます。**読む順序を決めておくことは、出題形式が異なる問題を解き慣れた出題形式の問題であるかのように作り変える効果もあります。**

例)「不動産登記法」の記述式問題の問題文を読む順序	
① 依頼内容及び問い(論点検討作業に必要なものに限る。)	論点検討作業
② 答案作成上の注意事項(同上)	
③ 不動産情報(全部事項説明書)	
④ 登記原因となる事実又は法律行為(ノ事項関係及び別紙)	答案作成作業
⑤ 依頼内容及び問い(実際に答案作成に必要なものに限る。)	
⑥ 答案作成上の注意事項(同上)	

3 答案作成作業

(1) 答案作成作業の重要性

論点検討作業により申請すべき登記が確定した後は、答案作成作業に入ります。記述式問題を解く場面における花形が論点検討作業であることは間違いありませんが、実際に採点されるのは答案用紙ですから、その重要度は計り知れません。私は、この**答案作成作業においては、「収集」と「表現」が重要であると考えています。**

(2) 「収集」と「表現」

答案作成作業において重要なのは、**徹底的に問題文の指示に従うこと**です。すなわち、記述式問題には、**答案を作成するための情報が示されていますので、その情報をしっかりと収集し、答案に忠実に表現することが重要です。**答案を作成するための情報の多くは、「答案作成に当たった際の注意事項」に示されていますが、それ以外の箇所にも示されていますから、問題文全体から探し出す必要があります(私が「収集」という用語を使っている意味は、ここにあります)。

なお、答案用紙へ忠実に表現するためには、申請情報(書)の正確な暗記が必要であることはいうまでもありません。

記述式問題の合理的な解法
II

2個の作業に分離し、行うこと

論点検討作業	
論点喚起	…問題文に配置されている「論点」を挙げておく
検証	…挙げた論点が出題されているかを確認する

▼

答案作成作業	
収集	…問題文から「答案を作成するための情報」を探し出す
表現	…答案用紙に忠実に表現する

問題文を読む順序も重要!