

動産譲渡担保法立法私案（1）

生 熊 長 幸*

目 次

第1章 はじめに

第2章 動産譲渡担保法の立法の趣旨

第3章 特定動産譲渡担保

1 特定動産譲渡担保の意義

2 特定動産譲渡担保設定契約・対抗要件

3 目的動産の使用収益権限

4 特定動産譲渡担保権の効力の及ぶ被担保債権の範囲

5 特定動産譲渡担保権の効力の及ぶ目的物の範囲

6 特定動産譲渡担保権の実行手続

7 受戻権の行使可能時期

8 受戻権の放棄と清算金請求権の行使の可否 (以上、本号)

第4章 集合動産譲渡担保

第5章 む す び

第1章 はじめに

私は、先に本誌に「不動産譲渡担保法立法私案」を公表した¹⁾。動産譲渡担保についても、これまで立法化の試みがなされてきたが²⁾、いまだ立

* いくま・ながゆき 大阪市立大学名誉教授 岡山大学名誉教授 元立命館大学大学院法務研究科教授

1) 生熊長幸「不動産譲渡担保法立法私案」立命館法学363・364号1頁〔2016年〕。

2) 鈴木竹雄＝四宮和夫＝新堂幸司＝前田庸「私法学会《民商法合同シンポジウム》譲渡担保立法の問題点」私法31号3頁以下〔1969年〕、椿寿夫＝山野目章夫＝中舎寛樹＝松井宏興＝伊藤進＝高木多喜男〔〈特集〉譲渡担保立法学』法時66巻2号36頁以下〔1994年〕、加藤雅信＝角紀代恵＝鳥谷部茂＝古積三郎「私法学会《シンポジウム》担保法学の当面すゝ

法化はなされていない。

動産担保においては、不動産担保の場合と異なり、典型担保としては、担保権設定者に担保目的物の占有を留める動産担保が存在しないので、担保権設定者に担保目的物の占有を留め、担保権設定者が担保目的動産を使用収益しうる動産譲渡担保に対する需要は大きい。

動産譲渡担保の対抗要件は、譲渡担保権者への目的動産の引渡し（民178条）であるが、通常は、占有改定による引渡しが行われている（民183条）。また、現在では、譲渡担保権設定者が法人である場合には、「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」（以下「動産債権譲渡特例法」と略称する）により、動産譲渡登記ファイルにおける譲渡登記も、動産譲渡担保の対抗要件として認められている（同法3条1項参照）。この辺りについても、検討すべき課題がある。

また、動産譲渡担保の場合は、不動産譲渡担保の場合と異なり、特定動産を目的とする譲渡担保（特定動産譲渡担保）以外に、一定の場所に存在するが、入れ替わりが予定された一定種類の多数の動産を担保の目的とする集合動産譲渡担保も、判例により認められている。そこで、立法にあたっては、この両者をどのような形で立法化するかも大きな問題となる。

本立法私案では、動産譲渡担保法の趣旨をまず規定した上で、特定動産譲渡担保と集合動産譲渡担保をそれぞれ別個に規定することとした。

第2章 動産譲渡担保法の立法の趣旨

仮登記担保法は、その第1条において、仮登記担保法の趣旨について規定する。そこで、先に公表した不動産譲渡担保法立法私案においても、その第1条において、法の趣旨について規定した。これに倣って、本立法私案第1条においても、法の趣旨について規定することにする。

↘ 課題」私法58号23頁以下〔1996年〕、椿寿夫＝近江幸治＝伊藤進＝角紀代恵〔特集〕非典型担保をめぐる解釈と立法」法時73巻11号4頁以下〔2001年〕など。

(趣旨)

第1条 ① この法律は、金銭債務を担保するため、債権者に債務者又は第三者に属する特定の動産の所有権を移転し、その不履行があるときは以下に定める手続により債権者がその動産の所有権を確定的に取得する方法、又は債権者がその動産を第三者に譲渡する方法により、被担保債権の回収を図ることを目的としてされた譲渡担保契約、売買契約その他の契約（以下「特定動産譲渡担保契約」という。）の効力等に関し、特別の定めをするものとする。

② この法律は、金銭債務を担保するため、債権者に債務者又は第三者に属する一定種類の動産、及び債務者又は第三者に将来属することのあるべき一定種類の動産の所有権を移転し、その不履行があるときは以下に定める手続により債権者がその動産の所有権を確定的に取得する方法、又は債権者がその動産を第三者に譲渡する方法により、被担保債権の回収を図ることを目的としてされた譲渡担保契約、売買契約その他の契約（以下「集合動産譲渡担保契約」という。）の効力等に関しても、特別の定めをするものとする。

第1条で、「金銭債務を担保するため」として、被担保債権を金銭債権としているが、非金銭債務の担保のために譲渡担保権を設定することもあり得、この場合は債務不履行を生じたときの損害賠償債務を担保することになる。仮登記担保法では、被担保債権を金銭債権としているので、ここではそれに倣うことにしたものである。

以下では、まず、特定動産譲渡担保について規定を設け、その後に、集合動産譲渡担保について規定を設ける。

第3章 特定動産譲渡担保

1 特定動産譲渡担保の意義

特定動産譲渡担保とは、債権担保の目的物が債務者又は第三者の所有に属する特定動産であり、担保権設定の時点で担保目的動産の所有権を債権担保目的で債権者に移転するものであって、被担保債権につき履行遅滞が生じたときの実行方法としては、公の機関（執行機関）の手による目的動産の換価ではなく、私的実行が予定されているものである（所有権移転型の担保）。

特定動産譲渡担保の目的となる動産とは、不動産以外の有体物である（民86条2項）。自動車、船舶、建設機械など、登記または登録を所有権移転の対抗要件とする動産も譲渡担保の目的とすることができるが（抵当権の目的とすることもできる）、その対抗要件は、未登記または未登録のものであれば、目的動産の引渡し、既登記または既登録のものであれば、所有権移転登記または所有権移転登録となる。

2 特定動産譲渡担保設定契約・対抗要件

(1) 特定動産譲渡担保設定契約

特定動産譲渡担保設定契約は、債権者と譲渡担保権設定者との合意により成立する諾成・無方式の契約である。動産譲渡担保設定契約は、近時では「譲渡担保契約」としてなされることが多いが、「売買契約」、「買戻特約付売買契約」、「再売買予約付売買契約」などとしてなされることもある（集合動産譲渡担保契約についてのものであるが、最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁参照）。しかし、このような形式がとられても、それらの契約の目的が金銭債権担保である以上、譲渡担保設定契約として扱われるべきである。

(特定動産譲渡担保設定契約)

第2条 特定動産譲渡担保設定契約は、債権者と設定者の合意により

成立する。

(2) 対抗要件

(a) 特定動産譲渡担保権の対抗要件

特定動産譲渡担保権の対抗要件は、民法上は、目的動産の引渡しである(民178条。立法私案3条)。この「引渡し」は、現実の引渡し(民182条1項)、簡易の引渡し(民182条2項)、および指図による占有移転(民184条)であつてもよいが、多くは、譲渡担保権設定者に占有を委ねる占有改定による引渡しである(民183条)。これは、金銭を借り受けようとする者またはその者のために自己の動産を担保として提供しようとする第三者が、動産質権設定の場合と異なり、担保の目的とする動産を引き続き使用・収益したいために譲渡担保権を設定することが多いからである。

また、前述のように、現在では、譲渡担保権設定者が法人である場合には、動産債権譲渡特例法により、動産譲渡登記ファイルにおける譲渡登記も、動産譲渡担保権の対抗要件として認められている(同法3条1項参照)。そして、同法3条1項によると、動産譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該動産につき民法178条の引渡しがあったものとみなすとされている。したがって、占有改定による引渡しと動産債権譲渡特例法による動産譲渡登記ファイルへの動産譲渡登記は、同等の効力を有することとなる。

譲渡担保権設定者が個人や権利能力なき社団のように、法人でない場合には、動産債権譲渡特例法による譲渡登記を利用することができないとされた理由としては、①動産債権譲渡特例法は、事業者の資金調達の円滑化、資金調達手段の多様化という実務界からの要望に基づき、動産譲渡担保の安定性、実効性を向上させることを目的にしているが、法人が行う動産譲渡を対象とすれば、事業者が行う動産譲渡がほぼカバーされること、②個人が行う動産譲渡をも動産債権譲渡特例法の譲渡登記の対象にした場合には、事業用資産のみならず、生活のための財産を含む全財産を譲渡担保

に供するよう、与信者（融資者）から強要される事態が懸念されること、などが挙げられている。

（特定動産譲渡担保権の対抗要件）

第3条 ① 特定動産譲渡担保権は、動産の引渡しを対抗要件とする。

② 特定動産譲渡担保権設定者が法人である場合は、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第3条第1項による動産譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該動産につき民法第178条の引渡しがあったものとみなす。

③ 同一の特定動産につき、特定動産譲渡担保権につき複数の対抗要件が備えられたときは、先に対抗要件を備えた債権者が、先順位の特定動産譲渡担保権を取得する。対抗要件具備の時の先後が明らかでないときは、同一順位の特定動産譲渡担保権を取得するものとする。

(b) 対抗要件の競合

i 二重の占有改定による引渡し 同一の特定動産につき、異なった債権者の特定動産譲渡担保権の対抗要件として、二重に占有改定による引渡しがなされることがある。この場合、先に占有改定による引渡しを受けた特定動産譲渡担保権者が優先することになる。

問題は、後になされた占有改定による引渡しを受けた動産譲渡担保の効力をどのように扱うかである。譲渡担保権を古典的な所有権的構成で考えれば、先に占有改定による引渡しを受けた譲渡担保権者に目的動産の所有権は移転するから、譲渡担保権設定者は無権限者となり、もはや同一の動産につき譲渡担保権の設定はなしえないので、後になされた占有改定による引渡しを受けた動産譲渡担保者は、動産譲渡担保権を取得しえないことになる。もっとも、この譲渡担保権者が、譲渡担保権の設定を受けた時

に、すでに当該動産につき譲渡担保権の設定がなされていることを知らず、知らないことにつき過失がないまま、目的動産の現実の引渡し(民182条1項)を受けたときは、特定動産譲渡担保権を即時取得し(民192条)、先に占有改定による引渡しを受けた譲渡担保権者は、譲渡担保権を喪失することになるが、一般に、後から譲渡担保権の設定を受けた者も、占有改定による引渡しを受けたままであるから、このようなことは、通常起こりえない。

これに対して、譲渡担保権を担保権的構成で考えれば、二重に抵当権が設定された場合と同様に、先に占有改定による引渡しを受けた動産譲渡担保権者は、先順位譲渡担保権者となり、後に占有改定による引渡しを受けた動産譲渡担保権者は、後順位譲渡担保権者となる。もっとも、譲渡担保権を担保権的構成で考えた場合、後から譲渡担保権の設定を受けた譲渡担保権者による先順位譲渡担保権の即時取得も理論的には考えられるが、譲渡担保権を所有権的構成で考えた場合と同様の事情で、このようなことは、通常起こりえない。

立法私案第3条第3項は、同一の特定動産につき二重に対抗要件が具備された場合につき、先に対抗要件を備えた債権者が、先順位の譲渡担保権を取得する、として、本立法私案が、担保権的構成に立つことを明らかにしたものである。なお、集合動産譲渡担保に関する判例(前掲最判平成18年7月20日)ではあるが、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても」、として、二重の動産譲渡担保の成立を認める余地を残している。

したがって、譲渡担保権の目的動産から先順位譲渡担保権者が優先弁済を受けた場合、後順位譲渡担保権者はその余剰から優先弁済を受けることができることになる。後順位譲渡担保権者が、被担保債権の優先弁済を受ける方法については、後述する(6(1)(c))。

ii 占有改定による引渡しと動産債権譲渡特例法による動産譲渡登記の競合 同一の動産につき、一方の特定動産譲渡担保権者のためには、占

有改定による引渡しがなされ、他方の特定動産譲渡担保権者のためには、動産債権譲渡特例法による動産譲渡登記がなされた場合、いずれの譲渡担保権者が優先するかが問題となるが、占有改定による引渡しと動産債権譲渡特例法による動産譲渡登記ファイルへの動産譲渡登記は、同等の効力を有することとなる（立法私案第3条第2項参照）。その結果、先に対抗要件を備えた譲渡担保権者が優先することになり、立法私案によれば、後から対抗要件を備えた譲渡担保権者は、後順位譲渡担保権者となる。

iii 対抗要件具備の時の先後が明らかでないとき 対抗要件具備の時の先後が明らかでないときは、それぞれの譲渡担保権者は、同一順位の特定動産譲渡担保権を取得することとなる（立法私案第3条第3項後段）。

(c) 特定動産譲渡担保権設定者による目的動産の第三者への譲渡・現実の引渡しと譲渡担保権の追及効

譲渡担保権者が目的動産につき占有改定による引渡しを受け、特定動産譲渡担保権の対抗要件を備えたが、その後、譲渡担保権設定者が目的動産を第三者に譲渡し、第三者が現実の引渡しを受けた場合、譲渡担保権者は、この第三者に対して、目的動産上の譲渡担保権をなお主張できるかについては、現在、特段の争いはないと思われるので、これについては、敢えて立法私案には取り込まないことにした。なお、この点は、集合動産譲渡担保を構成する個々の動産の通常の営業の範囲を超えた処分と集合動産の保管場所からの離脱の問題とも関連するので、後述する（第4章3(2)）。

3 目的動産の使用収益権限

特定動産譲渡担保においても、不動産譲渡担保の場合と同様、譲渡担保の目的物を設定者が直接占有し、譲渡担保権の設定以前と同様使用収益できるのが一般的である。これは、例えば、設定者が所有し、事業活動に使用している工場の機械や印刷機などを動産譲渡担保の目的とするが、先にも述べたように、設定者としては引き続きこれらの動産を使用しながら、

事業活動を展開し、それにより得られる収益から貸金債務を弁済しようと考へて、これらの動産に譲渡担保権を設定することが多いからである。

もつとも、譲渡担保権者が目的動産の現実の引渡しを受け、これを使用収益することも妨げられないというべきである。

目的動産の使用収益権限を譲渡担保権者が有するか、譲渡担保権設定者が有するかは、譲渡担保設定契約の当事者がこれを自由に定めることができる。特段の定めがなく、占有改定による引渡しが行なされた場合は、目的動産の使用収益権限は譲渡担保権設定者にあると解すべきである。

譲渡担保権につき所有権的構成の立場から、譲渡担保権設定者が引き続き譲渡担保の目的動産を使用収益する場合につき、設定者は目的動産につき譲渡担保権者から賃借権の設定を受け、譲渡担保権者に賃料を支払うものとするとの契約が行なされることもないわけではないが(その代わり設定者が賃料を譲渡担保権者に支払っている限り、貸金債権の利息は支払わなくてよいとされる)、譲渡担保権につき担保権的構成の立場に立ち、設定者の支払うこの賃料は貸金債権の利息と解すべきであるから(抵当権設定の場合と同様に理解する)、利息制限法の上限金利を超えることはできないことになる(利息制限法3条参照)。したがって、動産譲渡担保の設定に当たり、目的動産の使用収益権限を設定者に認める以上、目的動産につき設定者と譲渡担保権者との間で、賃貸借契約は締結すべきではないし、賃貸借契約が締結されても、それは無効と解すべきである。

(特定動産譲渡担保権設定者の使用収益権限)

- 第4条 ① 特定動産譲渡担保権設定者は、譲渡担保権設定後も、引き続き目的動産を通常の方法で使用収益することができる。ただし、譲渡担保設定契約で、特定動産譲渡担保権設定者は目的動産を使用収益できない旨を定めたときは、この限りでない。
- ② 特定動産譲渡担保権設定者が、通常の方法以外の方法で目的動産を使用収益したとき、または、譲渡担保権者の承諾を得ずに第

三者に目的動産を使用収益させたときは、債務者は、被担保債権の期限の利益を喪失する。

4 特定動産譲渡担保権の効力の及ぶ被担保債権の範囲

抵当権の場合には、抵当権の目的不動産に後順位抵当権が設定されたり、設定者の一般債権者が抵当権の目的不動産につき強制競売の申立てをしたりすることがあり、これらの債権者の債権の回収についても配慮する必要があるから、民法375条は、抵当権に基づく担保不動産競売においては、抵当権者は元本債権のほか満期となった最後の2年分の利息・遅延損害金に限り優先弁済を受けることができるとしている。

これに対して、不動産譲渡担保権の場合には、設定の時に譲渡担保権者への所有権移転登記がなされるから、譲渡担保権の目的不動産に後順位抵当権等の担保物権が設定されたり、設定者の一般債権者が譲渡担保の目的不動産につき強制競売の申立てをしたりすることはない。そこで、譲渡担保権者が目的不動産につき譲渡担保権の私的実行をする場合、目的不動産から優先弁済を受けることができる被担保債権の範囲について制限はなく、利息や遅延損害金についても満期となった最後の2年分に制限されない。

他方、仮登記担保権の設定の場合には、抵当権の場合と同様、後順位担保権（後順位抵当権など）の設定がありうるし、仮登記担保権設定者に対する一般債権者による強制競売の申立てがありうる。そこで、仮登記担保法は、かかる債権者による担保不動産競売または強制競売の申立てがなされ、先順位の仮登記担保権者が被担保債権の優先弁済を受ける場合には、利息および遅延損害金については、満期となった最後の2年分についてのみ優先弁済を受けることができるとしているが（仮登記担保13条2項・3項）、仮登記担保権者が、目的不動産につき私的実行をする場合には、仮登記担保権者は、利息および遅延損害金についても全額の優先弁済を受けることができるとしている（仮登記担保3条1項）。

特定動産譲渡担保の場合には、担保権的構成を前提とする本立法私案からすると、後順位特定動産譲渡担保権の設定がありうる。先順位特定動産譲渡担保権者が私的実行をする場合には、仮登記担保法に倣えば、先順位特定動産譲渡担保権者は、利息および遅延損害金についても全額の優先弁済を受けることができることになる(本立法私案第7条第1項は、この考えに立っている)。後順位特定動産譲渡担保権者は、これを前提に本立法私案第5条第3項後段の方法により、被担保債権の優先弁済を受ける。

特定動産譲渡担保が設定され、設定者に対する一般債権者が、目的動産につき差し押さえをした場合、譲渡担保権者は、第三者異議の訴え(民執38条)を提起して、一般債権者の申し立てた強制競売の手続を取り消させることができるとするのが判例の考え方であるが(最判昭和56年12月17日民集35巻9号1328頁)、担保権的構成によると、譲渡担保権者は、強制執行手続の中で、被担保債権の優先弁済を受けることができれば足りると解される³⁾。また、動産売買先取特権(民法311条5号・321条)の目的動産につき、特定動産譲渡担保権が設定され、譲渡担保権者が占有改定による引渡しを受けた場合についても、動産売買先取特権者が動産競売の申立てをしたときにつき、譲渡担保権者は、第三者異議の訴え(民執38条)を提起して、動産売買先取特権者の申し立てた動産競売の手続を取り消させることができるとするのが判例の考え方であるが(集合動産譲渡担保に関するものであるが、最判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁)、担保権的構成を徹底する立場からすると、民法334条を類推適用して、譲渡担保権が先順位の担保権、動産先取特権が後順位の担保権として、譲渡担保権者は、動産競売手続の中で、被担保債権の優先弁済を受けることができれば足りると解することもできよう⁴⁾。このような考え方に立ち、強制競売や動産競売が認められるとするならば、このような場合には、特定動産譲渡担保の被担保債権の効力の及ぶ範囲についても、利息および遅延損害金については、満期と

3) 生熊長幸・担保物権法〔第2版〕297頁以下〔三省堂・2018年〕。

4) 生熊・前掲注3)担保物権法〔第2版〕299頁以下。

なった最後の2年分についてのみ特定動産譲渡担保の効力が及ぶと考えるべきであろう。

しかし、これらの点については、なお反対説が多いと思われるので、本立法私案には特段の規定を置かないこととした。

5 特定動産譲渡担保権の効力の及ぶ目的物の範囲

特定動産譲渡担保の効力は、その目的動産のほか、目的動産に付加して一体となっている物に及ぶ。これについては、明文規定を置かなくても、民法370条が類推適用されるということで足りるであろう。

6 特定動産譲渡担保権の実行手続

(1) 特定動産譲渡担保権の実行方法

被担保債権の弁済期到来にもかかわらず債務者が被担保債権を弁済しないときは、譲渡担保権者は、譲渡担保権の目的動産につき公の執行機関によらない私的実行をすることができる。私的実行の方法は、原則として帰属清算の方法であり、弁済期到来後に、設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の方法を選択することにつき合意がなされたときは、処分清算の方法によることができるとすべきであろう。

(a) 帰属清算が原則的な私的実行の方法

譲渡担保権の実行方法としては、従来、帰属清算の方法と処分清算の方法があるとされてきたが、いずれが原則的な方法であるかについては、必ずしも十分な議論がなされてこなかった。

帰属清算の場合には、譲渡担保権の実行により譲渡担保権者は譲渡担保の目的動産を確定的に取得することができるが、目的動産の価額の方が、被担保債権の額よりも大きいときは、その差額を清算金として譲渡担保権者は譲渡担保権設定者に支払わなければならない。そして、設定者から譲渡担保権者への目的動産の引渡しと、譲渡担保権者から設定者への

清算金の支払いの債務とは同時履行の關係に立つ(最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁〔不動産譲渡担保のケース〕)。したがって、客觀的に正当な額の清算金が設定者に提供されるまでは、設定者は目的動産の引渡しを拒むことができることになり、このことによって設定者に客觀的に正当な額の清算金受領の機会が確保されることになる。仮登記担保権の実行手続も同様な考えに立っている(仮登記担保3条。仮登記担保の場合は、通常、実行の時点では設定者に目的不動産の占有と所有権移転登記があるから、清算金の支払いの債務と土地等の仮登記に基づく所有権移転本登記手続の債務及び引渡しの債務の履行が同時履行の關係に立つ)。

(b) 処分清算の方法の問題点

これに対して、処分清算の場合には、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が目的動産を第三者に譲渡し、売買代金額と被担保債権額とを比較して、前者の方が後者よりも大きい場合には、その差額を清算金として譲渡担保権者は設定者に支払うことになる。

問題は、譲渡担保権者が目的動産を第三者に売買する場合に、その前提として譲渡担保権者は設定者から目的動産の引渡しを受けることができるかである。これについては、判例(前掲最判昭和46年3月25日)および多数学説⁵⁾は、譲渡担保権者は、清算金の支払いまたは提供なしには、第三者への譲渡の前提として設定者に目的物の引渡しを請求しえないとして、引渡しを先履行とすることを認めない。これは、設定者が確実に清算金の支払いを受けることができるようにするためであり、処分清算の場合も、清算金の支払い債務と目的動産の引渡し債務とは同時履行の關係にあるとされている。

それでは、清算金の額は、売買代金額と被担保債権額との差額ということになるか。この点については、下級審裁判例および多数学説は、目的物

5) 高木多喜男・担保物権法〔第4版〕348頁〔有斐閣・2005年〕、近江幸治・民法Ⅲ〔第2版補訂〕299頁〔成文堂・2007年〕ほか。

の売買代金額が適正な売買代金額を下回る場合でも、清算金の額は適正な売買代金額を基準として計算されなければならないとする⁶⁾。これに対して、近江幸治教授は、売却価格は市場価格により客観的に形成されるとして、実際の売買価格を基準に清算金の額が算定されるとされる⁷⁾。

ところで、不動産譲渡担保と動産譲渡担保とでは、処分清算の方法で譲渡担保権の実行がなされる場合に大きな違いが存在する。不動産譲渡担保の場合、譲渡担保権設定の時点で、対抗要件としての所有権移転登記が譲渡担保権者になされるのが一般的である。したがって、被担保債権の履行遅滞により、譲渡担保権者が目的不動産を第三者に譲渡し、第三者に目的不動産の所有権移転登記を備えさせることが容易であるので、しばしば設定者に清算金を支払わないまま譲渡担保権者から第三者への譲渡が行われる。これに対して、特定動産譲渡担保の場合、譲渡担保権設定の時点で、譲渡担保権者が具備する対抗要件としての目的動産の引渡しは、一般に占有改定による引渡しであって、引き続き目的動産を譲渡担保権設定者が直接占有しているから、被担保債権の履行遅滞により、債権者が目的動産を第三者に譲渡しても、第三者に目的動産を現実に引き渡すことはできない。もちろん、譲渡担保権者から目的動産の譲受人への民法184条の指図による占有移転により、譲受人に動産譲渡の対抗要件を備えさせることはできるが、目的動産の譲受人が、その後、譲渡担保権設定者からスムーズに目的動産の引渡しを受けることができるとは限らないので、特定動産譲渡担保の場合、債権者が、処分清算の方法を選択することはあまり多くないように思われる。もっとも、このように処分清算で、特定動産譲渡担保の目的動産を買い受ける者も、譲渡担保権者の親族等の親類縁者か譲渡担

6) 東京地判昭和50年5月26日下民集26巻5～8号417頁（もっとも、処分時における不動産取引の状況等の諸般の事情を合わせ考慮することが必要であるとする）、高木・前掲注5）担保物権法〔第4版〕348頁、道垣内弘人・担保物権法〔第4版〕330頁〔有斐閣・2017年〕など。東京地判昭和49年10月18日判時775号143頁も、譲渡担保権者は、担保物を不当に廉価に処分しないように注意する義務があるとする。

7) 近江・前掲注5）民法Ⅲ〔第2版補訂〕300頁。

保権者との繋がりが深い者または繋がりが深い企業などということになり、目的動産は一般の市場価格に比較してかなり低廉な価格で売買されることになるであろう。

そこで、実際の売買価格を基準に清算金の額を算出すべきだということになると、設定者に大きな不利益をもたらすことになるから、下級審裁判例および多数学説のように、一般的には清算金の額は適正な取引価額を基準として計算されなければならないというべきであろう。

このように見てくると、私的実行の方法は、帰属清算の方が合理的であり、原則として帰属清算がなされるべきである。譲渡担保権者が処分清算の方法をとることができるのは、弁済期到来後に、設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の方法で実行することにつき合意がなされたときに限られるというべきであろう(立法私案第5条第2項。仮登記担保3条3項参照)⁸⁾。

なお、不動産譲渡担保についてはあるが、現在の判例は、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は、譲渡担保権の実行手続を行わなくても目的不動産の処分権能を取得し、第三者に有効に不動産を譲渡できるとする(最判昭和62年2月12日民集41巻1号67頁、前掲最判平成6年2月22日)。この判例理論と、譲渡担保権の実行方法としては帰属清算が原則であり、処分清算は、被担保債権の弁済期到来後に、処分清算の方法で実行することにつき渡担保権者と譲渡担保権設定者との間で合意がなされたときに限りすることができるとする上記規定は矛盾するわけであるが、本立法私案は、現在の判例法理に転換を求める立場である⁹⁾。

(c) 後順位特定動産譲渡担保権者の私的実行

判例(前掲最判平成18年7月20日)は、集合動産譲渡担保についてのものであるが、先順位譲渡担保権者が存在する場合には、後順位譲渡担保権者

8) 柚木馨=高木多喜男編・新版注釈民法(9)[改訂版]678頁[福地俊雄・占部洋之][有斐閣・2015年]も同旨。

9) 生熊・前掲注1)立命館法学363号・364号10頁。

は、自らは目的動産につき私的実行はなしえないとしている。すなわち、この判例は、集合動産譲渡担保に関して、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである。」とするのである。したがって、本立法私案第5条第3項は、このことを明文化し、また、後順位特定動産譲渡担保権者は、設定者が譲渡担保権者に対して取得する清算金請求権に物上代位することによって、被担保債権の優先弁済を受けることができることを明らかにした。

これらのことがらを条文に表すと次のようになる。

（特定動産譲渡担保権の実行）

第5条 ① 特定動産譲渡担保権の実行は、次に掲げる方法により行う。

- 1 動産を譲渡担保権者に帰属させる方法（以下「帰属清算」という。）
 - 2 動産を譲渡担保権者が第三者に譲渡する方法（以下「処分清算」という。）
- ② 前項第2号による譲渡担保権の実行は、被担保債権の弁済期到来後に、処分清算の方法で実行することにつき譲渡担保権者と譲渡担保権設定者とで合意がなされたときに限りすることができる。
- ③ 後順位特定動産譲渡担保権者は、目的動産につき第1項の方法により譲渡担保権を実行することができない。後順位特定動産譲渡担保権者は、第7条第1項により設定者が譲渡担保権者に対して取得する清算金請求権に代位することができる。

(2) 譲渡担保権の実行通知・清算期間の創設

(a) 清算期間の創設

仮登記担保法においては、仮登記担保の実行をするには、仮登記担保権者は、設定者に対して清算金の見積額を通知し、それから2か月間の清算期間を経過して初めて、清算金を設定者に支払い目的不動産を取得できるとしている(仮登記担保2条1項)。これは、抵当権の実行としての競売の場合は、競売が申し立てられ、買受人が現れるまでの数か月から1年ぐらいの期間は、債務者は被担保債権額を抵当権者に提供すれば、競売手続の取消しを求めることができ、目的不動産を失わなくて済むことを考慮したためである。

これに対して、現在の譲渡担保についての判例は、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者は、設定者に譲渡担保権の実行通知をし、それとともに、目的動産の価額が被担保債権額を上回るときには、客観的に正当な額の清算金を設定者に提供すれば、また、清算金が生じないときは、清算金がない旨の通知をすれば、それでもって譲渡担保権の実行手続は終了し、もはや債務者側は、被担保債権額相当額を支払い、譲渡担保の目的動産を受け戻せないとしている。

しかし、本立法私案は、特定動産譲渡担保権者は、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権を実行する場合には、譲渡担保権設定者に対して、清算金が生ずるときは、清算金の見積額の通知をし、清算金が生じないときは、清算金が生じない旨の通知をし、それから2週間の期間を清算期間として、この期間内は、債務者は、被担保債権額相当額の金員を譲渡担保権者に支払って、目的動産を受け戻すことができ、この清算期間が経過して初めて、譲渡担保権者は、清算金が生ずるときは、清算金を設定者に支払い、清算金が生じないときは、清算期間経過の時点で、目的動産を確定的に取得できるとしようとするものである。

清算期間を2週間として、不動産譲渡担保権の実行における清算期間より短くしたのは、動産の担保権の実行としての競売にはあまり時間を必要

としないこと、および動産の場合には、時の経過による価値の下落が早いことを考慮したためである。

現行法の解釈論においても、譲渡担保権の実行手続において、清算期間を規定する仮登記担保法2条を類推適用すべきであるとする有力学説が存在することからも¹⁰⁾、清算期間は設けるべきものとする。

（帰属清算の方法）

第6条 ① 特定動産譲渡担保権者が帰属清算の方法により譲渡担保権を実行する場合には、譲渡担保権者は、次条に規定する清算金の見積額（清算金がないと認めるときは、その旨）を債務者又は譲渡担保権設定者（以下「債務者等」という。）に通知し、かつ、その通知が債務者等に到達した日から2週間（以下、この期間を「清算期間」という。）を経過しなければ、譲渡担保権者は目的動産の所有権を取得することができない。ただし、次条第1号により清算金が生ずるときは、債務者等に清算金を支払ったときに限る。

② 前項の規定による通知は、同項に規定する清算期間が経過する時の動産の見積額並びにその時の債権及び債務者等が負担すべき費用で譲渡担保権者が代わって負担したものを明らかにしてしなければならない。

（b）清算金の額・目的動産の引渡しと清算金の支払いとの同時履行

清算金の額は、譲渡担保権者への目的動産の所有権移転時期に合わせ、清算期間が経過した時の動産の価額と被担保債権額とを比較して算出するものとする（立法私案第7条第1項）。清算金の額は、清算金の見積額に拘束されない。

また、現在の判例理論と同様、清算金の支払いと目的動産の引渡しとを

10) 鈴木祿弥「仮登記担保法雑考(4)」金法874号5頁以下、近江・前掲注5)民法Ⅲ〔第2版補訂〕299頁など。

同時履行として（立法私案第 7 条第 2 項）、設定者の清算金の確保を確実なものとした。

これらのことがらは、債務者側の保護を考えたものであるから、これらに反する特約を当事者間で締結しても、これを無効とする必要がある（立法私案第 7 条第 3 項）。ただし、被担保債権の弁済期到来後については、これらの規定に反する特約を締結しても、無効とはしていない（立法私案第 7 条第 3 項但書）。これは、被担保債権の弁済期到来後は、債務者側は、これらの規定に反する特約の締結を望まないなら、譲渡担保権者からのこれらの規定に反する特約締結の申出を拒むことも可能だからである。

（清算金）

- 第 7 条 ① 譲渡担保権者は、清算期間が経過した時の動産の価額がその時の被担保債権の額を超えるときは、その超える額に相当する金銭（以下「清算金」という。）を設定者に支払わなければならない。
- ② 譲渡担保権者は、設定者への清算金の支払いと引き換えに設定者から動産の引渡しを受けることができる。
- ③ 前 2 項の規定に反する特約で債務者等に不利なものは、無効とする。ただし、清算期間が経過した後になされたものは、この限りでない。

（c）処分清算をなしうる場合と処分清算の方法

本立法私案は、譲渡担保権の実行を、原則として帰属清算の方法によるものとし、処分清算の方法によることができるのは、被担保債権の弁済期が到来した後に、譲渡担保権の実行方法につき設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の合意がなされたときに限るものとしている（立法私案第 5 条第 2 項）。これは、先に見たように、帰属清算の方法が、合理的な譲渡担保権の実行方法と考えるからであり、また、被担保債権の弁済期到来後

は、債務者・設定者は、処分清算を望まないなら、譲渡担保権者からの処分清算の申出を拒むことも可能だからである。なお、譲渡担保権設定者の受戻期間を確保するために、処分清算の方法で実行することができる旨の合意がなされた場合も、その日から2週間を経過して初めて、譲渡担保権者は、目的動産を第三者に売却することができることとしている（本立法私案第8条第1項前段）。

処分清算の方法による場合、本来であれば、売主である譲渡担保権者が目的動産を直接占有している状態で第三者に売買し、代金の支払いと引き換えに譲渡担保権者から第三者に目的動産の引渡しが行なわれることが望ましいのであるが、この方法だと譲渡担保権設定者から譲渡担保権者への引渡しが清算金の支払いより先履行となり、設定者が確実に清算金の支払いを受けられるとは限らない。そこで、学説は、清算金の支払い債務と目的動産の引渡し債務とを同時履行の関係に立たせている（(1)(b)）。本立法私案も、第8条第2項でそのことを明らかにしている。

このような取扱いにするとすれば、(1)(b)で述べたように、譲渡担保権者は、目的動産の直接の占有が設定者のところにある状態で、この動産を第三者に売買せざるを得なくなり、このような状態にある動産を買い受ける者は、極めて限定されることになり、実際には、譲渡担保権者の親族や関係企業等が市価よりかなり低額で買い受けることが予想される。しかし、その代価をそのまま清算金の算出の基準とすると、清算金の額が帰属清算の場合と比べて非常に少なくなるか、清算金は生じない、もしくは被担保債権額の方が目的動産の代価より大きいという事態が頻繁に生ずるであろう。

そこで、本立法私案では、実際の代価がかなり低くなったとしても、清算金の算出の基準となる動産の代価は、通常取引価額からその1割を控除した金額を限度とすることにして、設定者の保護を図ろうとするものである。動産の代価を、通常取引価額からその1割を控除した金額まで引き下げることを容認したのは、動産質権の実行における目的動産の買い受

け価額は、一般に通常の取引価格と比べるとかなり低くなるからである。譲渡担保権設定者がこれを嫌うのであれば、処分清算に同意せず、原則である帰属清算を求めればよい。

(処分清算の方法)

- 第 8 条 ① 第 5 条第 2 項により、処分清算の方法で特定動産譲渡担保を実行することができる旨の合意がなされた日から 2 週間を経過した日より、譲渡担保権者は、目的動産を第三者に売却することができる。この場合において、譲渡担保権者は、目的動産の代価がその時の被担保債権の額を超えるときは、その超える額に相当する金銭（以下「清算金」という。）を設定者に支払わなければならない。ただし、目的動産の代価が、通常の取引価額より 1 割を超えて低いときは、清算金の算出の基準となる動産の代価は、通常の取引価額からその 1 割を控除した金額とする。
- ② 譲渡担保権者は、設定者への清算金の支払いと引き換えに設定者から動産の引渡しを受けることができる。

7 受戻権の行使可能時期

受戻権とは、譲渡担保においては目的物の所有権が譲渡担保権設定の時に譲渡担保権者に債権担保目的で移転するとされるが（本立法私案第 1 条）、被担保債権の弁済期到来により債務者が履行遅滞になっても、債務者・設定者が一定時期までに被担保債権額相当額の金銭を譲渡担保権者に支払うか提供することにより目的物の所有権を回復することができる権利である。

動産譲渡担保の場合、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が、清算金が生ずるときは、適正な額の清算金を設定者に支払うか提供すれば、また、清算金が生じないときは、債務者側にその旨を通知すれば、もはや債務者側は受戻権を行使しえないとするのが、現在の判例理論であり、通

説であるが、本立法私案は、特定動産譲渡担保の実行の場合にも、一定の清算期間を設け（本立法試案第6条）、その清算期間内は、債務者側の受戻権の行使を認めようとするものである。これは、典型担保の実行にも一定の時間を要し、その間は、債務者側はなお債権者に被担保債権を弁済して、担保権を消滅させることができることに合わせようとするものである。さらに、本立法試案第9条第1項は、清算期間経過後も譲渡担保権者が清算金を支払いまたは提供しないときは、なお設定者は受戻権を行使しようものとしている。

また、仮登記担保法にならって、清算期間経過後5年を過ぎたときには、設定者側は受戻権を行使しえないとした（立法試案第9条第1項但書）。

なお、例外的に認められる処分清算の場合は（本立法私案第5条第2項参照）、譲渡担保権者が目的動産を処分し、代金の支払いを受けるまでの間は、受戻権の行使ができるものとした（立法私案第9条第2項）。

（受戻権）

- 第9条 ① 帰属清算の方法により譲渡担保権を実行する場合には、債権者が債務者に対し、清算期間経過後、清算金の支払または清算金の提供をするまでの間、清算金が生じないときは、清算期間が経過するまでの間、債務者は、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的動産の所有権を回復することができる。ただし、清算期間経過後5年を経過したときは、債務者等は目的動産の所有権を回復することはできない。
- ② 処分清算の方法により譲渡担保権を実行する場合には、譲渡担保権者が目的動産を処分するまでの間は、債務者は、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的動産の所有権を回復することができる。ただし、譲渡担保権者が目的動産を処分する日から5年を経過したときは、債務者等は目的動産の所有権を回復することはできない。

8 受戻権の放棄と清算金請求権の行使の可否

被担保債権の弁済期が到来しても、被担保債権を弁済できるあてがない場合、債務者としては、帰属清算の方法で譲渡担保権の目的動産を譲渡担保権者に引き取ってもらい、目的動産の価額と被担保債権額との差額を清算金として受領したいと考えることも多い。被担保債権の履行遅滞後、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行に着手してくれればよいが、実行に着手してくれない場合が問題となる。譲渡担保権が設定されるときには、被担保債権の遅延損害金の利率が高いことが多いから、実行しないで放って置かれると、被担保債権額が増大し、結局、清算金がなくなってしまう事態が生じる。このようなときに、設定者が受戻権を放棄して譲渡担保権者に清算金の請求をなしうるかが問題となる。

この問題については、拙稿「不動産譲渡担保法立法私案」において、すでに不動産譲渡担保の場合につき、論じた¹¹⁾。そこで述べたのと同様の理由で、債務者が被担保債権につき履行遅滞に陥り、2年間を経過しても特定動産譲渡担保権の実行手続が行われない場合には、譲渡担保権設定者は、受戻権を放棄して、譲渡担保権者に清算金請求をすることができる、としてよいのではないかと考える。

確かに、不動産譲渡担保の場合には、抵当権設定の場合と比較してこのような結論を導いたのであるが、動産譲渡担保の場合には、比較すべきは、動産質権であって、動産質権の場合には、質権の効力の及ぶ被担保債権の範囲につき、民法346条が存在し、抵当権に関する民法375条2項のような規定は存在しない。しかしながら、動産譲渡担保の場合には、占有改定による引渡しでもって譲渡担保権者は対抗要件を備えることができるから、動産質権の設定の場合や不動産譲渡担保の設定の場合と違って、二重、三重の動産譲渡担保の設定が考えられる。この場合、判例は、後順位

11) 生熊・前掲注 1) 立命館法学363号・364号22頁以下。

譲渡担保権者の譲渡担保権の実行を認めない考えであるから（6(1)(c)。本立法試案第5条第3項前段も同じである）、先順位譲渡担保権者が、被担保債権の履行遅滞が生じて、譲渡担保権の行使をしないでいることが生じうる。そこで、債務者が被担保債権につき履行遅滞に陥り、2年間を経過しても動産譲渡担保権の実行手続が行われない場合には、譲渡担保権設定者は、受戻権を放棄して、清算金の請求を譲渡担保権者にすることができる。とすることが、譲渡担保権設定者との関係だけではなく、後順位譲渡担保権者との関係でも合理的ではないかと考えるものである。後順位譲渡担保権者が存在するときは、後順位譲渡担保権者は、設定者が譲渡担保権者に対して取得する清算金請求権に物上代位することができる（本立法試案第5条第3項後段。仮登記担保4条・13条参照）。

（受戻権の放棄と清算金請求権）

- 第10条 ① 被担保債権の弁済期到来後2年を経過しても特定動産譲渡担保権者が譲渡担保権の実行に着手しないときは、設定者は受戻権を放棄して清算金を請求することができる。この場合において、譲渡担保権者は、設定者から受戻権放棄の通知を受けた時より2月以内に、設定者に清算金を支払わなければならない。
- ② 譲渡担保権者は、設定者への清算金の支払いと引換えに設定者から動産の引渡しを受けることができる。