

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限 および特定動産譲渡担保に基づく物上代位

——法制審議会・担保法制部会「中間試案のとりまとめに向けた
検討（1）」に寄せて——

生 熊 長 幸*

目 次

- 1 はじめに
- 2 特定動産譲渡担保における目的物の使用・収益・処分権限
 - (1) 担保の目的物の使用収益権限
 - (2) 使用収益以外の設定者の権限
 - (3) 譲渡担保権者の権限
- 3 特定動産譲渡担保に基づく物上代位
 - (1) 部 会 資 料
 - (2) 部会資料の（説明）
 - (3) 担保法制部会における議論
 - (4) 検 討
- 4 む す び

1 はじめに

法制審議会・担保法制部会における審議も第一読会を終了し、早くも2022年（令和4年）1月の第12回会議から、「担保法制の見直しに関する中間試案のとりまとめに向けた検討」が開始されている。

本稿では、部会資料12「担保法制の見直しに関する中間試案のとりまと

* 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

めに向けた検討(1)」のうち、特定動産譲渡担保を前提に、当事者の有する権利および物上代位の問題を取り上げる。部会資料12は、部会資料2および担保法制部会第2回会議と第3回会議を踏まえたものであるので、これらについても適宜触れることにする。また本稿では、部会資料の引用の際に、部会資料の文言通りに引用する場合には、「 」を付けて引用し、筆者なりに要約して引用する場合には、「 」を付けないこととする。

なお、以下「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」という用語がしばしば登場するが、これは譲渡担保および所有権留保につき新たに立法をする場合に、その規定の設け方としていずれの方法を選択するかというものである。法務省の担当官の説明によると、担保目的取引規律型(部会資料2「第1総論」3「担保制度の規定の設け方」の【案2.1.3.1】)は、動産の所有権や債権を担保目的で移転する契約や、代金が支払われるまで目的物の所有権が売主に留保される売買契約の法的な効果を規律する規定を設ける方法であり、担保物権創設型(部会資料2第13の【案2.1.3.2】)は、動産や債権を目的財産とする担保制度を新たに立法によって創設する方法であるとされる¹⁾。

この問題につき、私はこれまで、担保物権創設型で立案した方が、部会資料の構想にも近いし、簡単・明瞭な立法になるだろうと述べてきた²⁾。

この点については、第12回会議の部会資料12「中間試案のとりまとめに向けた検討(1)」の前注2「担保物権創設型と担保目的取引規律型」において、おおよそ次のように述べられている³⁾。

担保物権創設型によると、担保権者が設定によって取得する権利が担保物権であることが明確になり、他方で設定者には所有権が残ることになる。これを前提に、その担保物権の内容などの法律関係を規定していくことになる。

1) 部会資料2 5頁以下、第2回会議議事録3頁以下。

2) 生熊長幸「担保目的取引規律型・担保物権創設型および動産譲渡担保権・留保所有権の
実行方法について(1)」立命館法学397号94頁以下〔2021年〕。

3) 部会資料12 2～3頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

担保目的取引規律型によると、抽象的には「所有権移転の効力は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲内において認められる」という判例の一般理論を出発点とすることが考えられるが、この一般論から具体的にどのような権能がどちらの当事者に帰属するかは直ちには明確にならないので、その内容を具体的に規定していくが必要になる。

もっとも、一読の議論においては、両者は必ずしも截然と区別されるものではないとの意見もあった。

そこで、今後の部会資料においては、いずれの方式で規定を設けるかはひとまず置いて実質的にいずれの当事者がどのような権限を有するかを中心に検討課題を設定し、（説明）の中で、いずれの方式からは具体的にどのような規定が考えられるかというイメージを可能な範囲で示すこととしたい。

したがって、部会資料12においても、担保目的取引規律型と担保物権創設型の両論併記で検討を進めるという方向性が示されている。

2 特定動産譲渡担保における 目的物の使用・収益・処分権能

(1) 担保の目的物の使用収益権限

(a) 部会資料

部会資料12「第1 個別動産を目的とする担保の実体的効力」「4 担保の目的物の使用収益権限」では、次のような提案がされている⁴⁾。

「新たな規定に係る担保権は、原則としてその内容に使用収益権限を含まず、設定者が目的物の使用収益をすることができるものとしてはどうか。」

なお、部会資料2「第2 個別動産を目的とする担保の実体的効力」「3 設定者の使用収益権限」もほぼ同様であり⁵⁾、このように、部会資料で

4) 部会資料12 5頁。

5) 部会資料2 13頁。

は、現在の実務で一般に行われている非占有型動産譲渡担保が提案されている。

(b) 部会資料12の(説明)⁶⁾

本文は、新たな規定に係る担保権は、原則として使用収益権限を内容に含むものではなく、設定者が引き続き使用収益することを原則とすることを提案するものである。担保物権創設型による場合、所有権は設定者に残されていることになり、新たな担保物権の担保権者に占有権原や使用収益権限を認める規定を設けない限り、設定者は所有権に基づいて目的物の使用収益をすることができるといえるから、特段の根拠規定は必要ない。もっとも、当事者の合意によって担保権者に物権的な使用収益権限を付与することができるという立場を採る場合には、その旨の規定を設けることが必要になる。他方、担保目的取引規律型による場合には、所有権移転の効果が債権を担保するという目的を達するのに必要な範囲で生ずるという一般論のみでは使用収益権限が原則としていずれに帰属するのかが明確にならないから、これにつき規定を設ける必要がある。

当事者の合意により、担保権者が使用収益権限を有するとは可能であるが、この合意により担保権者の使用収益権限を物権の内容とし、その担保権につき対抗要件を具備したときは、使用収益権限も対抗し得るものとするかという問題がある。この場合、当事者の合意は、単なる債権的な合意ではなく、担保権者が有する物権の内容を定めるものであるということになる。

(c) 第2回会議および第12回会議における議論

第2回会議においては、譲渡担保権者に使用収益権を与え(占有型動産譲渡担保)、それを債権的なものとはせずに物権的なものにするということ

6) 部会資料12 5頁以下。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

も考えるべきではないか、その場合、設定者が目的物につき何らかの処分をしても、譲渡担保権者は使用収益権を奪われることはないとした方がよいのではないかという意見があった（佐久間毅委員⁷⁾。第12回会議においては、①譲渡担保権者に使用収益権を与える合意については、債権的合意と解すべきであろうとする意見（大阪弁護士会・阪口彰洋幹事）と、②質権の場合には、私的実行はできないし、収益もできない、質物を奪われたとき質権に基づく返還請求もできないといった制約があり、そのような制約を免れるために譲渡担保権者に使用収益権を与える合意に物権的効力を認めることはあり得るのではないかという意見（佐久間委員）が見られた⁸⁾。

(d) 検 討

(ア) 設定者の目的物の占有権限、使用・収益権限 債務者または第三者所有の特定の動産につき、債権の担保のために譲渡担保権が設定される場合（債権担保目的で、債務者または第三者所有の特定の動産の所有権が債権者に移転される場合を含む）、一般には、非占有型動産譲渡担保が選択される。これは、動産を目的として動産質権が設定されるということになると、目的動産を質権者に現実に引き渡さなければならないので（民342条・345条）、引き続き当該目的動産を使用収益したい設定者としては、非占有型動産譲渡担保の設定にメリットを感じるからである。したがって、特定動産譲渡担保の場合は、原則として設定者に使用収益権能があるとすべきであり、これについては提案通りで異論はないであろう。

(イ) 占有型動産譲渡担保の可否 従来⁹⁾の学説は、譲渡担保権者が目的物を直接占有して、使用収益することができる占有型動産譲渡担保も認めてきた⁹⁾。しばしば、これを「譲渡質」と呼び、設定者が使用収益できる

7) 第2回会議議事録23頁。

8) 第12回会議議事録13頁、15頁。

9) 我妻栄・新訂担保物権法594頁、615頁〔岩波書店・1968年〕、鈴木祿弥・物権法講義〔5訂版〕369頁〔創文社・2007年〕、道垣内弘人・担保物権法〔第4版〕316頁〔有斐閣・2017年〕、松岡久和・担保物権法323頁〔日本評論社・2017年〕、生熊長幸・担保物権

非占有型動産譲渡担保を「譲渡抵当」と呼んだ。

部会資料 2 は、特定動産譲渡担保において、特約により使用収益権限が担保権者に帰属するとすることもできるが、この特約による使用収益権限は債権的な権利であって、担保物権創設型の場合は、実行開始前に設定者が目的物を第三者に処分したときは、担保権者はその占有権原等を当該第三者に対抗することができないと考えられる、仮に、特約による担保権者の占有権原等を第三者に対抗可能とすべきであるとすれば、担保権の物権的な内容として占有権原等を有するものとすることも含めて検討する必要があるが、この点についてどのように考えるか、としていた¹⁰⁾。部会資料12も、物権的効力を有する当事者間の合意を認めるべきかは、検討課題だとしている。

しかし、従来の学説は、特定動産譲渡担保には非占有型特定動産譲渡担保と占有型特定動産譲渡担保の2つの類型があるとしてきたのであり、私は、占有型特定動産譲渡担保も、利用は少ないにせよ、特定動産譲渡担保の一つとして認めるべきだと考える。そうとするならば、部会資料12にあるように、担保権者が使用収益権限を有するとする旨の合意により、担保権者の使用収益権限を物権の内容とし、その担保権につき対抗要件を具備したときは、目的動産の譲受人に使用収益権限も対抗し得るということになる(質権の目的動産の設定者による譲渡に準ずる)。第2回会議における佐久間委員の意見も同様ではなかろうか。また、第12回会議における佐久間委員の意見のように、動産質権者と異なり、譲渡担保権者は私的実行をなしえ、また目的動産の侵奪者に対して物権的返還請求権を行使し得ることになる。

(2) 使用収益以外の設定者の権限

(a) 部会資料

部会資料12「第1 個別動産を目的とする担保の実体的効力」 「5 使用

↘法〔第2版〕279頁〔三省堂・2018年〕、安永正昭・講義物権・担保物権法〔第4版〕453頁〔有斐閣・2021年〕ほか。

10) 部会資料2 13頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

収益以外の設定者の権限」は、次のように提案する¹¹⁾。

- 〔(1) 新たな規定に係る担保権は、同一の目的動産の上に重複して設定することができるものとしてはどうか。
- (2) 新たな規定に係る担保権の設定者が担保権者の同意なく目的動産を真正譲渡することができるかどうかについて、どのように考えるか。
- (3) 新たな規定に係る担保権の設定者は、目的動産の占有を第三者が妨害しているときはその第三者に対する妨害の停止の請求を、目的動産を第三者が占有しているときはその第三者に対する返還の請求を、それぞれ請求することができるものとしてはどうか。〕

なお、部会資料2には、使用収益以外の設定者の権限については特に提案はなく、部会資料2-2に（説明）があったが、紙幅の関係で割愛する。

(b) 部会資料12の（説明）¹²⁾

(ア) 後順位譲渡担保権の設定 担保物権創設型では、抵当権や質権に関する規定ぶりからしても、この点について特段の規定を設ける必要はない。担保目的取引規律型の場合、「担保目的で動産を譲渡した者は、当該動産を更に担保の目的で譲渡することができる。」というような形で規定を設けることが考えられる。

(イ) 担保権設定者による目的動産の真正譲渡の可否 部会の会議では、積極説と消極説が見られた。設定者による目的物の真正譲渡に制約を加えるとする場合、質権や抵当権と異なる理由をどのように説明するかが問題となる。担保目的取引規律型によれば、質権や抵当権と規定の構造が異なるので、説明しやすいとも考えられるが、(ア)において担保目的での譲渡は認めることになるので、これとのバランスを失しないかが問題となる。これらの点については、動産の非占有型の担保権においては、設定者

11) 部会資料12 7頁。

12) 部会資料12 7～8頁。

による隠匿が容易であることや、担保権者にとって実行段階で確実に占有を取得し得るようにしておく必要性が高いことなどを真正譲渡を認めない根拠とすることが考えられるが、どのように考えるか。

(ウ) 担保権設定者による妨害停止請求権や目的動産の返還請求権の行使
部会資料12 第1 5(3)において、担保権設定者に妨害排除請求権や返還請求権を認めるのは、現行法の譲渡担保についての判例（最判昭和57年9月28日判タ485号83頁）を踏まえたものである。

なお、担保権者が物権的に目的物の使用収益を認められている場合に、この担保権者に妨害排除請求権や返還請求権を認めるべきか、担保権者に使用収益権限がない場合でも、妨害排除請求権や設定者（場合によっては担保権者自身）への返還請求権を認めるべきかも問題になる。部会資料12 第1 5(3)とのバランス上、明文の規定を設け、使用収益権限がない場合については、解釈に委ねることも考えられるが、どのように考えるか。

(c) 第12回会議における議論¹³⁾

(ア) 後順位譲渡担保権の設定 設定者に後順位譲渡担保権の設定を認めることについては、特に異論はなかったようである。

(イ) 担保権設定者による目的動産の真正譲渡の可否 これについては、見解の対立が見られる。① 設定者は譲渡担保の負担付きで目的動産を第三者に譲渡できるとすべきである、設定当事者間で目的動産譲渡禁止の特約がされても、これは債権的合意に過ぎないから、第三者は譲渡担保の負担の付いた動産を取得する（阪口幹事）、② 設定者により目的動産を処分されると、第三者の即時取得により譲渡担保権者は追及力を行使できなくなるリスクが高いし、第三者に引渡しがなされると、譲渡担保の実行が困難になるから、設定者による目的動産の第三者への譲渡は、簡単に認めるべきではない（片山直也委員）、③ 設定者による真正譲渡はできてよいと

13) 第12回会議議事録13～18頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

もなお思うが、問題は占有の所在が第三者へ移転することではないか、設定者が質権の設定をし、目的動産の占有が第三者である質権者に移転してもよいのか（佐久間委員）、④本来は、設定者は譲渡担保の負担付きの譲渡ができるはず、ただし、その場合、目的動産の所在が分からないとか実行もできないということが起こりうるので、担保権の実効性の観点から、占有のコントロールを担保権者から奪うような処分はできないということが、ポイントなのではないか（沖野眞巳委員）、⑤設定者の持つ何らかの物権の中に使用収益権が必ずしも含まれないという考え方によれば、設定者が目的物を譲渡しても、譲受人に目的物の使用収益権、目的物を占有する権限も移転しないので、設定者に目的物の譲渡を認めても、担保権者を害さないのではないかと（藤澤治奈幹事）、⑥重複譲渡担保権の設定は、非占有担保権の設定なので先順位譲渡担保権者を害することはないが、真正譲渡は、目的物の占有を譲受人に移すことになるので譲渡担保権者を害することになるから、後者を否定しても前者と平仄が合わないということはない（阿部裕介幹事）。

(ウ) 担保権設定者による妨害停止請求権や目的動産の返還請求権等の行使
これについては、第12回会議においては議論はなされていない。

(d) 検 討

(ア) 後順位譲渡担保権の設定 i 非占有型動産譲渡担保の場合

α 担保物権創設型 担保物権創設型にあつては、動産譲渡担保権設定者は譲渡担保権の設定された動産を所有していることになるから、部会資料2-2にも書かれているように、設定者は、第三者のために後順位譲渡担保権を設定することができると思える。

β 担保目的取引規律型 これに対して、担保目的取引規律型にあつては、設定者の有する権利は、所有権ではなく設定者留保権ということになり、後順位譲渡担保権の設定は、債権担保目的での設定者留保権の譲渡ということになるのか。道垣内教授は、二重に譲渡担保権の設定を受けた

者は、設定者留保権を担保目的として取得するに留まるとされている¹⁴⁾。そうすると、先順位の担保権と後順位の担保権とで担保の目的財産が異なってくるという可能性もあり、後順位譲渡担保権者が先順位譲渡担保権者に劣後して被担保債権の優先弁済を受けることができることについての理論的な説明は容易ではない。

これにつき、部会資料2-2は、実務において後順位譲渡担保権設定のニーズがあるという判断のもとに、担保目的取引規律型の場合にも、何とか後順位譲渡担保権の設定ができないか苦心を重ねているように見える。また、部会資料12の(説明)は、担保目的取引規律型の場合、「担保目的で動産を譲渡した者は、当該動産を更に担保の目的で譲渡することができる。」というような形で規定を設けることが考えられる、としている。これは、規定を設けて後順位担保権の設定が可能であることを明確にすることであるが、どうして担保目的取引規律型の場合、後順位担保権の設定が可能であるのかについての説明はない。

ところで、所有権には、使用、収益および処分権能がある(民206条)。非占有型動産譲渡担保の場合に、設定者の有する設定者留保権の具体的な内容について、明瞭な説明はなされていないが、設定者留保権は、①目的動産の使用収益権能¹⁵⁾、②目的動産の価値から先順位譲渡担保権者の被担保債権額を控除した価値(残存価値)、および③被担保債権の弁済期までに債務を弁済して目的動産を受け戻すことができる権能、から成り立っているということになるのではないか。そして、設定者は、この設定者留保権(物権とされる)を債権担保目的で第三者に譲渡することができる¹⁶⁾、実際には、①の目的動産の使用収益権能、および③の受戻権は、担保目的で設定者留保権を譲り受けた第三者には移転しない。結局、設定者から設定者留保権を債権担保目的で譲り受けた第三者に移転す

14) 道垣内・前掲注9)担保物権法〔第4版〕319頁。

15) 道垣内・前掲注9)担保物権法〔第4版〕316頁参照。

16) 道垣内・前掲注9)担保物権法〔第4版〕318頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生盤）

るのは、②の目的動産の価値から先順位譲渡担保権者の被担保債権額を控除した価値（残存価値）のみということになろう。そうとすると、設定者は、設定者留保権を債権担保目的で第三者に譲渡することができるというのは正確ではなく、②の目的動産の価値から先順位譲渡担保権者の被担保債権額を控除した価値（残存価値）のみを設定者は債権担保目的で第三者に譲渡することができるというべきではなからうか。このことは、実質的には設定者による目的動産への後順位譲渡担保権の設定ということと変わらないといえるのではないか。

以上のように、担保目的取引規律型の場合は、譲渡という表現を用い、担保物権創設型の場合は、設定という表現を用いるという点に違いがあるが、いずれの場合も、後順位譲渡担保権の設定を認めることができるといえよう。そうとはいえ、担保目的取引規律型を前提に後順位譲渡担保権の設定が可能であることを説明するのは、先に見たように、簡単なことではない。そこで、部会資料12は、(b)(ア)で見たように、担保物権創設型ではこの点について特段の規定を設ける必要はないが、担保目的取引規律型の場合、「担保目的で動産を譲渡した者は、当該動産を更に担保の目的で譲渡することができる。」というような形で規定を設けることが考えられるとしたのであろう（しかし、やはりその説明は容易ではない）。

以上の検討からすれば、後順位譲渡担保権の設定を認めようとするならば、端的に担保物権創設型で立案した方がよいのではないかと私は考える。

ii 占有型動産譲渡担保の場合 この場合には、目的動産を譲渡担保権者が直接占有しているが、設定者による目的動産の後順位非占有型譲渡担保権の設定は理論的には可能である。

(イ) 担保権設定者による目的動産の真正譲渡の可否 i 非占有型動産譲渡担保の場合 α 担保物権創設型 担保物権創設型にあっては、設定者は譲渡担保権の設定された動産を直接占有するとともに所有していることになるから、実体的にはこの動産を第三者に譲渡担保権の負担の付

いた動産として譲渡することができるということになる¹⁷⁾(設定者の有する権利は物権であるから、その処分を物権的に禁止することはできない)。第2回会議の笹井幹事の説明および第12回会議の阪口幹事の意見に賛成である。もっとも、特定動産譲渡担保の実行にあつては私的実行が主として想定されており、真正譲渡により目的動産の占有が設定者から譲受人に移転すると私的実行に支障を来すことが考えられるため、譲渡担保権設定契約において設定者が第三者に目的動産を譲渡しその占有を移転することは一般に禁止されているであろう。しかし、この特約は債権的効力しか有せず、これに違反したときは期限の利益の喪失という効果が生じるであろうが、設定者から第三者への譲渡担保権の負担の付いた動産としての譲渡は有効である。

もっとも、譲渡担保の負担が付いており、債務者が被担保債権の弁済期までに債務を弁済しなければ譲渡担保権が実行され目的動産を失ってしまうような動産であることを知りながら、対価を支払って買い受ける者は、抵当不動産の場合と異なり、実際にはほとんど存在しないであろう。

したがって、担保物権創設型にあつては、設定者が目的動産を譲渡担保権の負担の付いた動産として真正譲渡することはほとんど考えられず、実際に真正譲渡が行われるのは、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者の同意なしに目的動産を譲渡担保の負担のないものとして第三者に譲渡する場合、もしくは譲渡担保権者の同意を得て目的動産を譲渡担保権の追及を受けないものとして第三者に譲渡する場合であろう(ただし、譲渡担保権者は、被担保債権の弁済を受けないときは、売買代金債権に物上代位できる)。後者の場合は、譲受人は譲渡担保権の追及を受けない動産を有効に取得する。前者の場合は、譲受人が譲渡担保権の存在につき善意無過失で譲り受けて現実の引渡しを受けたときは、譲受人は譲渡担保の負担のない動産を即時取得するが(民法192条)、悪意有過失で引渡しを受けたときは、譲渡担保の負

17) 現行法の解釈論として、生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕295頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

担のある動産を取得する。譲受人の即時取得を妨げるためには、譲渡担保権者は目的動産にネームプレートを貼付するという方法があるが、ネームプレートの貼付に馴染む動産ばかりではないから、しばしば譲受人が譲渡担保の負担のない動産を即時取得し、譲渡担保権者は譲渡担保権の実行をなしえないという事態が生ずる。しかし、動産所有者であっても動産を処分権限を有していない者に預けていたときは、その者の無権限譲渡により第三者が即時取得し、所有者は所有権を失うことがあるので、以上の取扱いはやむをえないのではないか。

したがって、真正譲渡につき特段の規定を必要としないといってよい。

β 担保目的取引規律型 担保目的取引規律型にあつてはどうか。設定者の有する設定者留保権の具体的な内容は、前述のように、① 目的動産の使用収益権能、② 目的動産の価値から先順位譲渡担保権者の被担保債権額を控除した価値（残存価値）、および③ 債務を弁済して目的動産を受け戻すことができる権能、ということになろう。設定者はこのような内容を有する設定者留保権を第三者に譲渡することになるが、このような設定者留保権を対価を支払って譲り受ける者は、実際にはほとんど存在しないであろう。したがって、担保目的取引規律型にあつても、設定者の有する目的動産についての権利の真正譲渡が行われるのは、αの担保物権創設型の場合と同様であろう。いずれの場合も、αの担保物権創設型の取扱いに準じて処理されることになろう。したがって、ここでも設定者による目的動産の譲渡につき特段の規定を必要としないといってよいであろう。

ii 占有型動産譲渡担保の場合 この場合には、目的動産を譲渡担保権者が直接占有しているから、設定者による目的動産の第三者への真正譲渡は通常は考えられない。

(ウ) 担保権設定者による妨害停止請求権や目的動産の返還請求権等の行使
動産譲渡担保の目的動産を第三者が不法に占有したり、目的動産を第三者が滅失・損傷したりしている場合、担保物権創設型によると、所有権は設定者に、担保物権は債権者に帰属しているという構成であり、担保目

的取引規律型によると、設定者留保権（物権）が設定者に、債権担保目的での所有権が債権者に帰属しているという構成である。部会資料2-2は、担保物権創設型の場合も担保目的取引規律型の場合も、物権的請求権は設定者に帰属すべきであるとしており、部会資料12は、物権的請求権という表現は使用していないが、妨害停止請求権や目的動産の返還請求権は設定者に帰属するとしている。

私は、いずれの場合にも、設定者にも譲渡担保権者にも物権が帰属していると考えべきであるから、設定者と譲渡担保権者の双方に物権的請求権が帰属するとすべきではないかと考える¹⁸⁾。動産譲渡担保の目的動産を第三者が不法に占有したり、目的動産を第三者が滅失・損傷したりしていると、譲渡担保権者も、譲渡担保権を実行し被担保債権の優先弁済を受けるのに支障を来すことになるからである。

部会資料12では、占有型動産譲渡担保の場合には、妨害停止請求権や返還請求権を譲渡担保権者に認めるべきではないかとしているが、当然認めるべきである。そして同資料は、5(3)とのバランス上明文の規定を設けることも考えられるがどのように考えるかとするが、5(3)の場合に明文規定を設けるのなら、この場合も明文規定を設けるべきだということになる。

もっとも、部会資料12は、これらの妨害停止請求権や目的動産の返還請求権を物権的請求権と呼ぶことを避けている。しかしながら、担保物権創設型の場合も担保目的取引規律型の場合も、現在の多数の学説は、設定者および担保権者に物権的な権利があることを認めているといえようから、端的に物権的請求権というべきであり、また、敢えて明文の規定を設けなくても、抵当権などと同様、解釈論として設定者および担保権者にこれらの物権的請求権を認めれば足りるのではないかと考える。

18) 生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕312頁

(3) 譲渡担保権者の権限

債権担保目的で目的動産の所有権が債権者に譲渡された場合、譲渡担保権者には、目的動産を第三者に譲渡したり、被担保債権と切り離して債権担保目的で第三者に譲渡したりする権限が認められるか。

(a) 部会資料

この問題について、部会資料2は特に提案をしていないが、部会資料12は、次のような問題提起をしている¹⁹⁾。

「第1 個別動産を目的とする担保権の実体的効力」「6 担保権者の権限」

(1) 新たな規定に係る担保権の担保権者は、その担保する債権について不履行があるまでは、目的動産を第三者に譲渡することができないものとしてはどうか。

(2) 新たな規定に係る担保権を他の債権の担保とすること（担保目的で動産を譲り受けた者がその動産を被担保債権と切り離して更に担保の目的で第三者に譲渡すること）の可否について、どのように考えるか。

(3) 新たな規定に係る担保権の順位の変更、担保権の譲渡・放棄、順位の譲渡・放棄に関する規定を設けるかどうかについて、どのように考えるか。」

(b) 部会資料12の（説明）

(ア) 譲渡担保権者による目的動産の真正譲渡の禁止 これは、譲渡担保権者に、被担保債権の債務不履行が生ずる前に目的動産の譲渡を認める必要がないからである。担保物権創設型による場合には、譲渡担保権者は担保権者であるから、そのために特段の規定を設ける必要はないが、担保目的取引規律型による場合には、担保目的での譲受人は形式的には目的動

19) 部会資料12 8頁。

産の所有権を有するから、この旨の規定を設ける必要がある。

(イ) 譲渡担保権を他の債権の担保とすることの可否 転抵当および転質は認められているし、現行法の譲渡担保についても、転譲渡担保の有効性は認められている。そこで、担保物権創設型の場合、譲渡担保を他の債権の担保とすることが考えられる。担保目的取引規律型の場合は、担保目的で動産を譲り受けた者は、その動産を他の債権を担保する目的で第三者に譲渡することができる、というような規定を設けることが考えられる。

(ウ) 譲渡担保の順位の変更や転譲渡担保以外の譲渡担保の処分の導入の可否 抵当権の場合には、物的に編成された登記制度が存在し、抵当不動産ごとにこれに設定された抵当権の内容が公示されており、転抵当やそれ以外の抵当権の処分がなされても、その旨の公示がなされる。これに対して、新たな規定に係る動産担保権については、占有改定を対抗要件として維持する方向で議論がなされている。登記優先ルールや担保ファイリングの導入も議論されているが、動産について物的な編成での登記制度を設けることは困難であるから、債務者ごとに編成された登記制度とならざるをえない。このような制度の下では、譲渡担保の順位の変更やその他の譲渡担保の処分の制度を設けても、その対抗要件をどのように具備するか、実行された場合に適切な配分を実現することができるかなどの問題があるように思われる。そのようなデメリットを上回るだけの実務上のニーズがあるかどうかの問題となるが、どのように考えるか。

(c) 第12回会議における議論

第2回会議では、転譲渡担保や譲渡担保の処分については、複数の与信者間でファイナンスの組換えを行う際の対応方法の選択肢を広げられる点において実務の柔軟性を高めるとも思われ、導入可能性を検討すべきではないかとの意見が見られ(都市銀行・本多知則委員)²⁰⁾、これを受けて部会

20) 部会資料2 20頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

資料12第1(2)(3)が提案された。第12回会議²¹⁾では、次のような議論が見られた。

(ア) 譲渡担保権者による目的動産の真正譲渡の禁止　これについては、特に議論はなかった。

(イ) 転譲渡担保，譲渡担保の順位の変更，譲渡担保の譲渡・放棄，順位
の譲渡・放棄などの導入の是非　実務家サイドからは、これらの導入の
必要性はある，ただし，動産譲渡登記制度の改定が必要とされるという趣
旨の意見が見られたが，譲渡担保の処分を正確に反映させる公示制度を設
けることについては，更に技術的な検討が必要であろうとされた。

(d) 検 討

(ア) 譲渡担保権者による目的動産の真正譲渡の禁止　i 非占有型動産
譲渡担保の場合　非占有型動産譲渡担保の場合は，目的動産を譲渡担保
権設定者が直接占有しているから，譲渡担保権者が目的動産を第三者に真
正譲渡することはほとんど生じない。

ii 占有型動産譲渡担保の場合　占有型動産譲渡担保の場合は，譲渡担
保権者が目的動産を第三者に真正譲渡することが生じうる。α 担保
物権創設型　譲渡担保権者は担保権しか有していないので，目的動産を
譲渡することはできず，譲渡しても無権限譲渡となる。ただし，第三者が
目的動産の譲渡人が所有者であると無過失で信じて譲受け現実の引渡しを
受ければ，動産を即時取得する。

β 担保目的取引規律型　譲渡担保権者は，債権担保の目的の範囲で
の所有権を有するとされるが，占有型動産譲渡担保にあっては，譲渡担保
権者に移転する権利は，所有権の権能のうち，①目的動産の使用収益権
能，および②目的動産の処分権能のうち，被担保債権の履行遅滞が生じ
たときに，目的動産を私的実行により換価して，被担保債権の優先弁済を

21) 第12回会議議事録19～25頁。

受ける権能である。したがって、担保目的取引規律型にあっても、譲渡担保権者は、目的動産を真正譲渡することはできず、譲渡しても無権限譲渡となる。ただし、第三者が目的動産を即時取得することはある。

γ ま と め したがって、担保物権創設型にあっても担保目的取引規律型にあっても、譲渡担保権者は目的動産の真正譲渡はなしえないということになる。担保物権創設型の場合は、このことは明瞭であるから、特段の規定を要しないが、担保目的取引規律型の場合は、このことについて上述のような説明を要することになり、厄介であろう。

(イ) 譲渡担保権を他の債権の担保とすることの可否 i 転譲渡担保
民法376条に規定されている転抵当は、抵当権者が把握している担保価値を被担保債権から切り離して他の債権の担保に供することであると通説的な見解である²²⁾。転譲渡担保も同様なものとして考えられている。

転譲渡担保が問題となった判例としては、次のようなものがある。すなわち、最判昭和56年12月17日(民集35巻9号1328頁)は、動産譲渡担保権者(ここでは「原譲渡担保権者」と呼ぶ)が、譲渡担保の目的動産につき自己の債権者に対して譲渡担保を設定したところ、原譲渡担保権設定者に対する一般債権者が目的動産に対して強制執行をしてきたという事案について、原譲渡担保権者は、「自己の有する担保権自体を失うものではなく、自己の債務を弁済してこれを取り戻し、これから自己の債権の満足を得る等担保権の実行について固有の利益を有しているから、前記の強制執行に対し譲渡担保権者たる地位に基づいてその排除を求める権利も依然としてこれを保有しているものと解するのが相当である。」として、第三者異議の訴えによる強制執行の排除を認めたものである。この判例の事案では、原譲渡担保権設定者に対する一般債権者による目的動産の差押えを、原譲渡担保権者が第三者異議の訴えを提起して排除しようとしたもので、これは再譲渡担保権者または転譲渡担保権者にも利益になるものであるから、目的

22) 生熊・前掲注 9) 担保物権法〔第2版〕102頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生懸）

動産の価額が原譲渡担保権者の被担保債権額を下回る場合に、これを認められたことには問題がないといえよう。

この判例は、原譲渡担保権者と自己の債権者との間の契約を「再譲渡担保契約」と呼んでいる。これは、この判例は譲渡担保につき所有権の構成に立っており、原譲渡担保権の設定により債権担保目的で原譲渡担保権設定者から原譲渡担保権者に移転した所有権を、自己の債権者に対する担保のために債権担保目的で債権者に譲渡したと構成しているから、原譲渡担保権者と自己の債権者との間の契約を「再譲渡担保契約」と呼んでいるのであろう。これに対して、高木多喜男教授が指摘されるように、譲渡担保を担保権的に構成すれば、原譲渡担保権者が、自己の有する権利（譲渡担保権）に自己の債権者に対する担保のために譲渡担保を設定することは、転譲渡担保ということになろう²³⁾。

ii 転譲渡担保の対抗要件 動産転質の場合、原質権の目的動産が転質権者に引き渡されることが効力発生要件であり（民344条）、転質権者の継続占有が対抗要件である（民352条）。また、転質権者が転質権を主たる債務者、原質権設定者などに対抗するためには、民法467条に従い転質権設定につき主たる債務者に対する通知または主たる債務者の承諾が必要である（民377条1項類推適用）。転抵当の場合は、転抵当権設定も不動産の物権変動であるから、登記が第三者対抗要件であり（民177条）、原抵当権設定登記への付記登記の方法による（不登4条2項・90条参照）。この付記登記により原抵当権につき転抵当がなされていることが公示される。また、転抵当権者が転抵当権を主たる債務者、抵当権設定者などに対抗するためには、民法467条に従い転抵当権設定につき債務者に対する通知または債務者の承諾が必要である（民377条1項）。これに対して、非占有型動産譲渡

23) 高木多喜男教授は、譲渡担保権者は、外形上所有者であるがゆえに、第三者のために譲渡担保権を設定することがある（最判昭56・12・17民集35巻9号1328頁はかかる事案）が、担保権的構成からみれば、転譲渡担保であり、転抵当に準じて考えればよい（米倉・譲渡担保の研究75頁）、とされている（高木多喜男・担保物権法〔第4版〕361頁〔有斐閣・2005年〕）。

担保の対抗要件が設定者から譲渡担保権者への目的動産の占有改定である場合には、目的動産を原譲渡担保権設定者が直接占有しているから、転譲渡担保の対抗要件は指図による占有移転(民184条)ということになろうか。つまり、転譲渡担保権設定者(=原譲渡担保権者)が、原譲渡担保権設定者に対して、以後目的動産を転譲渡担保権者のために占有せよと命じ、転譲渡担保権者がこれを承諾することである。また、転譲渡担保権者が転譲渡担保権を、主たる債務者、原譲渡担保権設定者などに対抗するためには、民法467条に準じて、転譲渡担保権設定につき原譲渡担保権者から債務者に対する通知または債務者の承諾が必要ということになろう(民377条1項に準ずる)。他方、非占有型動産譲渡担保の対抗要件が設定者から譲渡担保権者への動産譲渡登記である場合には、転抵当の場合のように、転譲渡担保の公示を登記ファイルに反映させられるかという難題が生ずる。前掲最判昭和56年12月17日の事案では、原譲渡担保権設定者に対する一般債権者からの差押えに対して、転譲渡担保権者からではなく原譲渡担保権者から第三者異議の訴えが提起されたのであるが、これはもしかすると転譲渡担保についての対抗要件具備がなされていなかったためかもしれない。いずれにしても、動産譲渡担保の転譲渡担保の対抗要件について、明らかにしておく必要があるが、なかなか厄介である。

iii 転譲渡担保権の実行 転譲渡担保権者は、転譲渡担保権および原譲渡担保権の被担保債権の弁済期が到来すれば、原譲渡担保権を実行し、原譲渡担保権者に優先して弁済を受けることができることになる。原譲渡担保権の実行は、転抵当の場合と異なり、原則として私的実行の方法によるから、転譲渡担保権者が、原譲渡担保権に基づき譲渡担保の目的動産について私的実行(帰属清算または処分清算)をすることになる。①目的動産の価額(800万円とする)が原譲渡担保権の被担保債権の額(1000万円とする)以下のときは、帰属清算により目的動産を転譲渡担保権者が取得するに当たり原譲渡担保権設定者に対する清算金の支払は生じないが、転譲渡担保権者の被担保債権の額(600万円とする)が目的動産の価額(800万円)に満

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

たなければ、その差額分（200万円）は、原譲渡担保権者との関係で転譲渡担保権者の不当利得となるから、原譲渡担保権者への返還が必要となる（転譲渡担保権者は600万円全額を回収し、原譲渡担保権者は被担保債権額1000万円のうち200万円を回収）。② 目的動産の価額（1200万円とする）が原譲渡担保権の被担保債権の額（1000万円とする）を上回るときは、帰属清算により目的動産を転譲渡担保権者が取得するに当たり、目的動産の価額と原譲渡担保権の被担保債権の額との差額（200万円）を清算金として原譲渡担保権設定者に支払うことになり（したがって、転譲渡担保権者は1000万円の価値を取得）、転譲渡担保権者の被担保債権の額（600万円とする）が1000万円を下回れば、その差額分（400万円）は、原譲渡担保権者との関係で転譲渡担保権者の不当利得となるから、原譲渡担保権者への返還が必要となる（転譲渡担保権者は600万円全額を回収し、原譲渡担保権者は被担保債権額1000万円のうち400万円を回収）。

転抵当の場合は、転抵当権者および原抵当権者への配当は、裁判所による配当手続の中で行われるが、転譲渡担保の場合には、転譲渡担保権者が原譲渡担保権者に対して不当利得返還義務を負う場合が生じ、これは両者の間で決着が付けられなければならないから、結構面倒である。

（ウ） 譲渡担保の順位の変更や転譲渡担保以外の譲渡担保の処分の導入の是非 部会資料12の（説明）では、動産譲渡担保においては、占有改定を対抗要件として維持する方向で議論がなされていること、動産について物的編成での登記制度を設けることが困難であることなどを理由に、導入に消極的な姿勢が見られる。私も、その点は指摘の通りであろうと考えるし（抵当権の順位の変更は、登記が効力発生要件となっており〔民374条〕、また、転抵当その他の抵当権の処分は、登記が第三者対抗要件である〔民177条、不登4条2項・90条〕）、特定動産譲渡担保の場合、目的動産の価値は、抵当不動産の場合と比べて、一般的にかなり小さいと見られるし、必要があれば関係者間で適宜処理されるのではないかと思われるから、このような制度は導入しなくてもよいのではなかろうか。

3 特定動産譲渡担保に基づく物上代位

(1) 部会資料

(a) 部会資料 2

部会資料 2 「第 2 個別動産を目的とする担保の実体的効力」「5 物上代位」は、次のような提案をした²⁴⁾。

〔(1) 非占有型の動産担保制度において、担保権は、その目的財産の売却【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行使することができるものとしてはどうか。〕

(2) 担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、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ものとしてはどうか。

(3) 担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣関係については次のような考え方があがるが、どのように考えるか。

【案 2.2.5.1】 担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

【案 2.2.5.2】 担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、元物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

(注) (1)について、当該担保権について担保ファイリングがされているときのみ、物上代位を認め、あるいは、物上代位の手続的要件として担保ファイリングの登録事項証明書の提出をしなければならないとするべきだとする意見がある。〕

24) 部会資料 2 18頁。

(b) 部会資料12

部会資料12「第1 個別動産を目的とする担保の実体的効力」「7 物上代位」は、次のような提案をしている²⁵⁾。部会資料2とほぼ同様であるが、(注)は削除されている。

- 〔(1) 新たな規定に係る担保権は、その目的財産の売却、賃貸、減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行使することができるものとしてはどうか。
- (2) 新たな規定に係る担保権の担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、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ものとしてはどうか。
- (3) 新たな規定に係る担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣関係については次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【案12.1.7.1】 物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

【案12.1.7.2】 物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、元物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。〕

部会資料2と12とで一部表現が異なるのは、部会資料5で、今後の資料においては、担保法制部会で制度の整備に向けた検討がなされている担保（これまで「担保所有権」と呼んできたもので、具体的には譲渡担保および所有権留保）を指す用語として、「新たな規定に係る担保権」という文言を用いる²⁶⁾としたことによるものである。

また、動産譲渡担保権者による物上代位と目的債権への質権の優劣につ

25) 部会資料12 9頁以下。

26) 部会資料5 1頁。

き、部会資料2の【案2.2.5.1】(動産譲渡担保権者による物上代位による差押えの時と目的債権への質権の対抗要件具備の時の先後による)が、部会資料12では【案12.1.7.1】になり、部会資料2の【案2.2.5.2】(動産譲渡担保の対抗要件具備の時と目的債権への質権の対抗要件具備の時の先後による)が、部会資料12では【案12.1.7.2】になっている。

(2) 部会資料の(説明)

(a) 部会資料2の(説明)

(ア) 判例および学説 現行法の動産譲渡担保権についての判例には、商品为目的とする譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された商品の売買代金債権を差し押さえることができるとしたもの(最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁)や、流動集合動産譲渡担保権の効力は、目的集合動産を構成する動産が滅失した場合に設定者に支払われる損害保険金請求権に及ぶとしたもの(最決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁)がある。

学説上は、少なくとも代替的物上代位(元の担保権の目的物が滅失又は毀損した場合の、その代償物に対する物上代位)については、動産譲渡担保権についても物上代位を認めるのが通説であるとされる。

(イ) 外国法 UCCにおいては、担保の効力が担保目的物の代替物であるプロシーズに及ぶ。プロシーズとは、担保目的物の売買、賃貸、使用許諾、交換その他の処分によって得られたもの、担保目的物から生じる権利、担保目的物の滅失、使用不能から生じる請求権、担保目的物の滅失・毀損などから生じる保険金などをいう。

(ウ) 物上代位の可否 代替的物上代位については、動産を目的とする非占有型担保権についても認められるべきであろう。付加的物上代位(元の担保目的物から派生した増加価値に対する物上代位)についても、抵当権に基づく付加的物上代位が認められていることを踏まえると認められるべきであろう。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

(エ) 代償物である債権を目的財産とする担保との優劣 判例は、抵当権に基づく物上代位とその目的債権の譲渡との優劣については、抵当権設定登記が債権譲渡の第三者対抗要件具備より先であれば物上代位が優先するとし（最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁）、他方、動産売買先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡されて第三者対抗要件が具備された場合は、これを差し押さえて物上代位権を行使することができないとしている（最判平成17年2月22日民集59巻2号314頁）。両者の取扱いの違いは、抵当権の場合には追及効があり、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るが、動産売買先取特権には公示方法が存在しないため、動産売買先取特権の効力が売買代金債権に及ぶことは公示されていないという点に求められる。このような理解を踏まえると、設定者が目的動産を第三者に譲渡した場合には、譲渡担保権者は（即時取得がされない限り）当該第三者に対して担保権を対抗することができる（追及効がある）から、この点では抵当権と共通しているが、譲渡担保権の公示方法は、抵当権の場合と比べると不十分である（占有改定による公示も不十分であるし、物的編成がされた公示制度を整備することも困難である）。

さらに、抵当権や先取特権の物上代位と債権の真正譲渡や目的債権を目的とする担保権の優劣関係について明文の規定が設けられていないとき、動産を目的とする非占有型担保権についてのみ明文を設けることができるかといった問題もある。

(オ) 動産譲渡担保において物上代位の目的となる債権 i 目的動産が譲渡された場合の売買代金請求権 譲渡担保の目的動産の売買代金債権の場合には、譲渡担保権に追及効があるとしても、目的動産が第三者に即時取得されてしまうことが多いから、売買代金債権への物上代位を認めることが適当であると考えられる。

ii 賃料債権への物上代位 譲渡担保権者の賃料債権への物上代位については、果実取収権の問題として処理すれば足りるとする見解などが主張

されている。しかし、設定者が目的物を第三者に賃貸している場合にその賃料からの回収を図りたいということも考えられ、被担保債権の弁済期が到来している限りそのような実行方法を否定する理由もないであろう。

なお、抵当権に基づく付加的物上代位の根拠を民法371条と考えるか民法372条・304条と考えるかという問題と同様に、ここでの実体法上の根拠を部会資料2第2 1(2) (担保の効力は、被担保債権の債務不履行後の果実に及ぶ)と考えるか、部会資料2第2 5(1)に【賃貸】を加えて5(1)と考えるかが問題となる。

iii 損害保険金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権への物上代位 設定者のみが保険契約を締結していた場合に、損害保険金請求権への物上代位を否定すれば、設定者は担保の目的である財産の代償物を得ながら担保権の負担を免れるという利益を得ることになるので、保険金請求権への物上代位を認めることを前提として、目的物の「滅失又は損傷」によって設定者が得る債権への物上代位を認めるというものになっている。

iv 物上代位を広範に認める外国法との関係 日本においては、物上代位制度が先取特権、質権、抵当権に共通な制度として設けられていることを踏まえ、物上代位の対象を拡大することについては慎重な検討が必要と考えた。

(b) 部会資料12の(説明)

本文(1)および(2)は、動産譲渡担保を物上代位において先取特権および民法304条を準用する質権や抵当権と同様に扱おうとするものである。

物上代位の目的となる債権について、これを直接の目的とする担保と物上代位の優劣については、当部会の審議においては、議論が収束していないことから、本文(3)においても、【案12.1.7.1】【案12.1.7.2】の両論併記を維持している。なお、これに関連する指摘として、目的債権を目的とする担保だけでなく、差押え、真正譲渡などとの優劣について規定を設けるべきとの意見もあった。

(3) 担保法制部会における議論

(a) 第2回および第3回会議における議論²⁷⁾

以下のように様々な意見が表明された。①担保目的物への追及と物上代位の行使との併用を認めるかについては、検討があるのではないか（藤澤幹事）、②第三者が即時取得するかどうかは動産譲渡担保権者には分からないから、目的動産の売買代金債権に物上代位するニーズはあるのではないか（佐久間委員）、③譲渡担保権に基づく物上代位と目的債権についての担保権の優劣について、【案2.2.5.1】（動産譲渡担保権者による物上代位による差押えの時と目的債権への質権の対抗要件具備の時の先後による）または【案2.2.5.2】（動産譲渡担保の対抗要件具備時と目的債権への質権の対抗要件具備時の先後による）のようなルールを設けるというのなら、抵当権や先取特権についても同様のルールを設けるということになるのか（道垣内弘人部会長）、④非占有型動産譲渡担保についても先取特権や抵当権についても、物上代位と代位目的債権を目的とする担保との優劣関係のみならず、代位目的債権に対する差押えや代位目的債権の真正譲渡等との優劣関係についても明確なルールを設けることが妥当なのではないか、代替的物上代位と付加的物上代位とで規定の内容を区別すべきかについても検討する必要があるのではないか（水津太郎幹事）、⑤動産譲渡担保に基づく物上代位と目的債権に対する担保権の優劣に関しては、動産譲渡担保の場合は、抵当権と同じレベルの公示は難しいので、【案2.2.5.1】が妥当なのではないか（第一東京弁護士会・井上聡委員）、⑥動産先取特権の場合は、公示はないのに対して、動産譲渡担保の場合は、不十分とはいえ公示があるのだから、抵当権に基づく物上代位に倣って【案2.2.5.2】でもいいのではないかと思っている（佐久間委員）、⑦占有改定でも、立派な公示といえるかはともかく、これによって対抗要件は具備できるところであるので、この辺を検討する必要があるのではないか（本多委員）、⑧債権者の

27) 第2回会議の議論については、部会資料2 38～45頁、第3回会議の議論については、部会資料3 3～15頁。

立場からすると、【案2.2.5.1】のルールのもとでは、譲渡担保権者は、保険金請求権とか損害賠償請求権についても担保を取っておくという行動に出るのではないかと(藤澤幹事)、⑨【案2.2.5.1】を採用ということが明確になれば、担保権者としてはそこから派生する債権についても担保にとることになる(井上委員)、⑩物上代位に関しては、代替的物上代位と付加的物上代位の類型論がかなり定着している、代替的物上代位については、本来的に担保権の効力が及んでいないものに物上代位をしていくのだから、物上代位は差押えの時を基準とする【案2.2.5.1】のルール、質料債権のような付加的物上代位については、本来的に抵当権の効力が及んでおり、そのことが公示されているというのが理屈になっているのだから、【案2.2.5.2】のルールと考えることもできるのではないかと(片山委員)、⑪類型論をとるのであれば、⑩の意見とは逆のルールとすることも考えられる、代替的物上代位では、担保権者は元の財産について担保権の実行をすることができないのに対して、付加的物上代位では、元の財産について担保権の実行をすることができるという点に着目すれば、代替的物上代位については【案2.2.5.2】ルールにより、付加的物上代位については【案2.2.5.1】ルールによることになりそうである(水津幹事)。

〔以下第3回会議〕⑫元物についての登記とかファイリングといった公示制度と、債権を対象とする登記制度なりファイリングなり、あるいは優先関係の決定が同じもので行われるのか、別の登記なりファイリングの制度になるのかによっても違ってくるのではないかと、後者であるときは、【案2.2.5.1】がよいかと考えるが、前者であれば、債権を担保にとろうとする者は、設定者や債務者に情報を出してもらって、競合する者がいないかを確認するので、【案2.2.5.2】も十分あり得るのではないかと思った(沖野委員)、⑬動産譲渡担保権者による売買代金債権への物上代位と売買代金債権の質権との優劣について、登記の制度とかファイリングの制度がある程度できるという前提のもとではあるが、売買代金債権に質権の設定を受けようとする人は、それを生み出すものになる物に関して誰かが先に

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

優先弁済の権能を押さえていないかどうかを登記とかファイリングを通して確認すべきだということはあってもよいのではないかと（佐久間委員），^⑭ 代位目的債権そのものについて担保権の設定を受けることができる以上，物上代位の効力は弱めてよいという視点が示されたが，その方向でルールを設けると，現行の約定担保物権に基づく物上代位の解釈にも影響を及ぼすことになるので注意した方がよい（水津幹事）。

(b) 第12回会議における議論

第12回会議においても，以下のような種々の意見が表明された²⁸⁾。① 債権を担保にとろうとする債権者からすると，動産譲渡登記があれば，一手間かければ動産譲渡担保権を把握できるということからすれば，引き続き【案12.1.7.2】を推してみたい（本多委員），② 何らかの動産を担保に取るときに，融資実務として，物上代位に頼らず，代替物とか付加物として予想されるものと一緒に担保に取るという方向を目指すのか，債権を担保に取ろうとするとき，何か元となるものの代替物かに想像を巡らせて元物に担保が付いていないかを見に行くという融資実務を目指すのか，どちらがよいのかという話ではないか，後者を目指すなら，調べれば分かるという状況が必要で，そういう状況が整うのであれば，【案12.1.7.2】の選択は十分あり得る（井上委員），③ 全てのことを考えながら全部担保化するというのも大変だろうという感じはする（道垣内部会長），④ 物上代位と目的債権に対する担保権の優劣については，規定を置かないという選択肢もあるのではないかと，規定を置く場合，価値変形物は別の財産であると考えて，損害賠償請求権や売買代金債権も併せて担保に取るのを原則と考えるべきではないか（【案12.1.7.1】が大原則になる）（片山委員），⑤ 付加的物上代位と代替的物上代位で区別するという考え方はありうるが，両者をきれいに分けることは難しい，無理に規定を設けるのはよくないと考える（佐久間

28) 第12回会議議事録26～32頁。

委員), ⑥ 物上代位と担保との優劣に関する規律を明確化するという方向性は望ましいものの, これについての規律を設けることは難しい(水津幹事), ⑦ 優先関係の規定が全くなくて解釈に委ねられるとすると, 非常に不安定になる, 決めておくことが大事なのではないか, もっとも, 対抗要件具備時点との優先で考えるときに, 占有改定も含むのかという問題があって, 私は仮に【案 12.1.7.2】を採用とすると, 登記に限るべきではないかと思っている(沖野委員), ⑧ ②で述べたどちらの融資実務を目指すのかを議論した上で, どちらかに決めることが大事だと思う, すべて解釈に委ねるということになる, いずれの解釈にも備えた対応をしておかなければならないことになる(井上委員)。

(4) 検 討

以上のように, 担保法制部会では, 動産譲渡担保の対抗要件としての占有改定と抵当権の対抗要件としての登記との公示の違いの評価, 代替的物上代位と付加的物上代位の意義の捉え方およびそのいずれかであるかにより取り扱いに差異を設けることの是非, 物上代位と目的債権に対する担保の優劣について規定を設けることの是非, 債権を担保に取ろうとする場合の融資実務の在り方などを巡り, 実に様々な見解が表明されたが, 未だ意見のまとまりを見ていない。以下, 私の考えを提示させていただく。

(a) 特定動産譲渡担保において物上代位の目的となる債権

(ア) 目的動産の売買代金債権 抵当権の場合には, 抵当権設定者が抵当不動産を第三者に売買しても, 追及効が認められるから, 抵当権設定者が第三者に対して取得した売買代金債権に物上代位できないとしても問題はない(ほぼ通説²⁹⁾)。

29) 内田貴・民法Ⅲ〔第4版〕498頁〔東大出版会・2020年〕, 道垣内・前掲注9)担保物権法〔第4版〕150頁, 安永・前掲注9)講義物権・担保物権法〔第4版〕318頁, 松岡・前掲注9)担保物権法57頁, 生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕41頁など。抵当権

非占有型動産譲渡担保の場合には、2(2)(d)(i)で検討したように、譲渡担保権設定者が目的動産を譲渡担保権の負担の付いた動産として第三者に譲渡することはほとんど考えられず、実際に行われるのは、設定者が譲渡担保権者の同意なしに目的動産を譲渡担保の負担のないものとして第三者に譲渡するか、譲渡担保権者の同意を得て目的動産を譲渡担保権の追及を受けないものとして第三者に譲渡するかであろう。前者にあつては、譲受人が譲渡担保権の存在につき善意無過失で譲り受けて現実の引渡しを受けることが多く、そのときは譲受人は譲渡担保の負担のない動産を即時取得し（民法192条）、後者にあつては、譲受人は譲渡担保権の追及を受けない動産を有効に取得する。いずれの場合も、譲渡担保権者は目的動産につき追及権を行使できず、また、代金額はまともな額であり、特定動産譲渡担保の目的動産の売買代金債権は、譲渡担保の目的動産の代替的価値と考えてよいのではなからうか。そこで、特定動産譲渡担保の場合は、目的動産の売買代金債権に譲渡担保権者は物上代位できるとするのが妥当であると考ええる。

もっとも、前述のように、特定動産譲渡担保の場合には、設定者が譲渡担保の目的動産を第三者に売買して第三者に占有を移転することは、通常は特約で禁止されているであろうから、前者のように、譲渡担保権者の同意なしに目的動産を設定者が第三者に売買するということは、設定者の資金的切迫を物語っている。したがって、このような場合、買主への目的動産の引渡しと引換えに設定者は代金を受領してしまうであろうから、目的動産の売買代金債権への物上代位権行使の機会も、売買代金債権への質権の設定の機会も、現実にはほとんどないのではないかと思われる。

これに対して、後者、すなわち譲渡担保権設定者が譲渡担保権者の同意を得て目的動産を譲渡担保権の追及を受けないものとして第三者に譲渡す

↘者は、抵当不動産への追及効または物上代位のいずれかを選択して行使すべきとする有力説もある（我妻・前掲注9）新訂担保物権法293頁、近江幸治・民法講義Ⅲ〔第3版〕143頁〔成文堂・2020年〕など）。

る場合においては、売買代金が直ちに設定者に支払われるとは限らないから、譲渡担保権者による目的動産の売買代金債権への物上代位の機会はあるであろう(前掲最決平成11年5月17日がそれである)。

(イ) 目的動産の滅失または損傷によって設定者が受けるべき金銭請求権

損害保険金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権など譲渡担保の目的動産の滅失または損傷によって設定者が受けるべき金銭の請求権は、目的動産の代替的価値と考えることができ、したがって動産譲渡担保権者にこれらの請求権に対する物上代位を認めることは妥当であるといえる。

(ウ) 賃料債権 譲渡担保権設定者が譲渡担保の目的動産につき賃借権を設定し、賃借人に対して有する賃料債権は、譲渡担保の目的動産の代替的価値ではなく、付加的価値(派生的価値)である。設定者に目的動産の使用・収益を認める非占有型特定動産譲渡担保にあっては、被担保債権につき履行遅滞が生じた場合、譲渡担保権者は目的動産について私的実行をすることにより被担保債権の優先弁済を受けることができるのであり、また、被担保債権の履行遅滞後も実行がなされるまでは設定者に使用収益権が認められるのだから、私的実行が開始されるまでは賃料債権については物上代位をなしえないとする考え方も十分成り立つ。

もっとも、抵当権に基づく設定者の有する賃料債権への物上代位につき、判例(最判平成元年10月27日民集43巻9号1070頁)は、物上代位をすることができるものと解したとしても、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げることにはならないことなどを理由にこれを肯定し、その後、2003年(平成15年)の担保・執行法制の改正において、担保不動産収益執行の制度が創設され、その実体法上の根拠規定として、民法371条が、「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。」と改正された。そこで、抵当権者は、抵当権設定者の有する賃料債権に物上代位できると解さざるを得なくなった³⁰⁾。した

30) 生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕44頁。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

がって、特定動産譲渡担保権者も、設定者の有する目的動産の賃料債権に物上代位できるという形で立案されることになろう（部会資料12第1 2）。

なお、抵当権が及ぶ賃料債権の範囲については、民法371条の文言上、差押え以後に発生した賃料債権に限定する見解³¹⁾、差押え時に存在していれば債務不履行以前に発生した賃料債権も含むとする見解³²⁾などが対立しているが、部会資料12は、後者の考えに立って立法すべきことを提案し、民法371条を改正することも視野に入れている³³⁾。そのため、部会資料12は、「第1 個別動産を目的とする担保の実体的効力」「2 果実に対する担保権の効力 新たな規定に係る担保権の担保権者は、その担保する債権について不履行があったときは、目的財産の果実から優先弁済を受けることができるものとしてはどうか。」としている。

(b) 払渡しまたは引渡し前の差押え

部会資料12の提案の7(2)は、動産譲渡担保権者が物上代位の目的となる債権につき物上代位をするときには、民法304条1項ただし書きに倣って、目的債権の債務者が目的債権を払い渡す前に目的債権を差し押さえなければならぬこととしているが、これは妥当というべきであろう。もっとも、動産譲渡担保権者の物上代位による差押えが物上代位の第三債務者の二重弁済に陥る危険を回避するためにあると考えるか（第三債務者保護説）、第三債務者のみならず、目的債権につき担保権の設定を受けた第三

31) 生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕44頁、道垣内弘人編・新注民(6)751頁〔古積健三郎〕〔有斐閣・2019年〕など。抵当権に基づく賃料債権への物上代位の実体法上の根拠規定を民法371条と見るべきなのか、民法372条により準用される民法304条なのかについて争いがある。この問題につき、私は、抵当権に基づく賃料債権への物上代位の実体法上の根拠規定につき、民法372条により準用される304条および民法371条の両者に求め、民法371条は、物上代位の目的となる賃料債権の範囲につき確認的に規定していることになるとする見解を採った。

32) 谷口園江=筒井健夫編著・改正担保・執行法の解説50頁〔商事法務研究会・2004年〕、道垣内・前掲注9)担保物権法〔第4版〕153頁など。

33) 部会資料12 5頁。

者や目的債権の譲受人との関係でも意味があると考えるか(優先権保全説)については、争いのあるところである。この問題は、(c)の問題と関連する。

なお、動産譲渡担保権者の物上代位に第三債務者の目的債権の払渡し前の差押えを要求することにより、第三債務者がこの差押えの前に目的債権を設定者に支払ってしまったときは、もはや物上代位権を行使しえないことになる。これを回避するためには、動産譲渡担保権者が物上代位の目的債権につき予め質権の設定を受け対抗要件を具備しておく必要があるが、これが可能なのは、目的動産の滅失・損傷などの場合の損害保険金請求権ぐらいである。

(c) 動産譲渡担保権者の物上代位と目的債権の譲受人または質権者との優劣

目的債権に対して物上代位による差押えをした動産譲渡担保権者と、差押えより前に対抗要件(民467条または364条)を具備した目的債権の譲受人または質権者は、いずれが優先するのか。なお、物上代位権者と目的債権の譲受人との優劣は、物上代位権者と質権者との優劣に準ずる。

以下の各場合について、いずれを優先させるのが妥当であるかをまず検討し、次いでそれに沿った立案につき(d)で検討する。

(ア) 売買代金債権に対する物上代位による差押えと質権との優劣(代替的価値に対する物上代位) 特定動産譲渡担保において設定者が譲渡担保の目的動産を第三者に売買して第三者に対して売買代金債権を取得したとき、この売買代金債権に対する譲渡担保権者の物上代位による差押えと、この差押え前にこの売買代金債権に対して質権の設定を受け対抗要件を具備した他の債権者と、いずれを優先させるべきか。

(a)で述べたように、特定動産譲渡担保においては、目的動産の売買代金債権は、基本的には目的動産の代替的価値(代償的価値)と考えてよいのではないかと思う。そうとするならば、対抗要件を具備していた動産譲渡担保権者の売買代金債権への物上代位は優先的に保護されるべきであっ

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

て、譲渡担保権者が売買代金債権に対し物上代位による差押えをする前に、他の債権者が売買代金債権に質権の設定を受け対抗要件を具備していたとしても、まだ売買代金債権の取立てをしていないときは、動産譲渡担保権者の物上代位が質権者に優先するという結論が妥当であろう。

(イ) 損害保険金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権に対する物上代位と質権との優劣（代替的価値に対する物上代位） 現在まだ発生しておらず、設定者が将来取得するかもしれない損害保険金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権というものは、現在はほとんど価値がないものであるから、譲渡担保権設定者に対する他の債権者がこれらの請求権に質権の設定を受け対抗要件（民364条。第三債務者以外の第三者との関係では、確定日付のある証書による第三債務者に対する通知または第三債務者の承諾が必要）を具備することは一般には考えられないが（動産譲渡担保権者自身が損害保険金請求権に質権の設定を受けることはしばしばある）、これらの請求権が現実発生したが特定動産譲渡担保権者がこれらの請求権に物上代位による差押えをしないうちに、設定者に対する他の債権者がこれらの請求権に質権の設定を受け対抗要件を具備することはありうる。これらの請求権は、目的動産の代替的価値というべきであるから、これらの請求権から動産譲渡担保権者は優先的に弁済を受けられるべきであって、対抗要件を具備していた譲渡担保権者が物上代位による差押えをする前に、他の債権者がこれらの請求権に質権の設定を受け対抗要件を具備していたとしても、まだこれらの請求権の取立て前であれば、動産譲渡担保権者の物上代位が質権者に優先するという結論が妥当であろう。

(ウ) 賃料債権に対する物上代位と質権との優劣（付加的価値に対する物上代位） 譲渡担保権設定者が賃借人に対して有する賃料債権につき他の債権者のために質権を設定して対抗要件（民364条）を具備させていたケースにおいて、質権者が質権の実行として賃料債権の取立て（民366条1項）をしていたところ、この賃料債権を動産譲渡担保権者が物上代位により差し押さえた場合、物上代位と質権の行使といずれを優先させるべきか。

抵当権に基づく抵当不動産から生ずる賃料債権への物上代位に関しては、判例（前掲最判平成10年1月30日）は、抵当権設定登記後に、抵当権設定者が抵当不動産から生ずる今後3年分の賃料債権を第三者への代物弁済として譲渡し債権譲渡につき第三者対抗要件（民467条）を備えた後で、抵当権者が賃料債権を物上代位により差し押さえたという事案につき、民法304条1項ただし書きの差押えの趣旨は、二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護することにあるとして、第三債務者保護説に立つとともに（これまで多数学説の採っていた優先権保全説は、物上代位における差押えの趣旨は、目的債権の第三債務者だけではなく、目的債権の譲受人や担保権者などの第三者の不測の損害の防止にもあるとしていた）、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位の行使を認めても第三債務者の利益が害されることにはならないこと、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見ることができること、などを理由に、抵当権登記を具備していた抵当権者の賃料債権への物上代位が賃料債権の譲受人に優先するとした。その後の判例も、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いう考え方を基本的に踏襲している（最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁、最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁³⁴⁾。

上記最高裁判例の考え方を支持する学説もあるが³⁵⁾、批判的な学説も多い³⁶⁾。私も、不動産の物権変動の対抗要件である抵当権設定登記により賃料債権への抵当権者の優先権が公示されているという論理には賛成できな

34) ただし、生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕135頁、高橋眞・担保物権法〔第2版〕128頁〔成文堂・2010年〕参照。

35) 道垣内・前掲注9)担保物権法〔第4版〕158頁。道垣内教授は、賃料債権のような付加的物上代位については、被担保債権の不履行後においては賃料債権に抵当権の効力が及ぶことは明文の定めるところであるし、抵当権設定登記によって公示されているともいやすいとされる。

36) 内田・前掲注29)民法Ⅲ〔第4版〕509頁、高橋・前掲注34)担保物権法〔第2版〕124頁以下、山野目章夫・物権法〔第5版〕293頁〔日本評論社・2012年〕、松井宏興・担保物権法〔第2版〕47頁〔成文堂・2019年〕など。

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

い（わが国では債権上の担保権の第三債務者その他の第三者に対する対抗要件は、確定日付のある証書による第三債務者への通知または承諾を必要とする〔民364条、動産債権譲渡特例法4条〕³⁷⁾。

抵当権による物上代位についての上記最高裁判例に倣うと、譲渡担保権者が目的動産につき占有改定による対抗要件を具備した時に賃料債権の上に譲渡担保権者が優先権を有することが公示されているから、その後、譲渡担保権者の物上代位による差押えの前に賃料債権につき他の債権者が質権の設定を受けて対抗要件を備えたとしても、動産譲渡担保に基づく物上代位が優先するということになりそうである。

しかしながら、公示の先後の問題以前に、賃料債権への物上代位と質権のいずれが保護されるべきかを考えるべきではなからうか。賃料債権への物上代位は、付加的物上代位であり、代替的物上代位の場合と異なり、譲渡担保権者は目的動産につき私的実行をすることにより被担保債権の優先弁済を受けることができるのであるから、賃料債権への譲渡担保権者の物上代位を認めるとしても、賃料債権にすでに質権の設定を受け対抗要件を具備していた者に当然に優先すべきだとする必要はないと考える。

(d) 立案の仕方

以上の検討からすると、物上代位についての類型論、すなわち代替的物上代位か付加的物上代位かにより取り扱いを異にすべきであるとする考えが妥当ではないかと考える。非占有型譲渡担保において付加的価値からも担保権者が優先弁済を受けることができるという点については、見解が分かれるところであり、付加的物上代位をそれほど保護する必要はあるまい³⁸⁾。

もっとも、代替的物上代位であるか付加的物上代位であるかにより、他の債権者の質権との優劣に違いが出てくるかについては、類型論を採る学

37) 生熊・前掲注9)担保物権法〔第2版〕132頁以下。

38) 内田・前掲注29)民法Ⅲ〔第4版〕503頁は、派生的債権（付加的債権）に抵当権の効力を及ぼすか否かは純粋に政策的な選択の問題であるとする。

説においても必ずしも明確になってはいないようである。

鈴木祿弥博士は、抵当権は、その実行までは、目的物の使用・収益を設定者に委ねておく制度（民369条1項）であるから、抵当権者が抵当権実行前に賃料債権に物上代位することは認められないし、抵当不動産の売買代金債権への物上代位も抵当権には追及効があるから認められないという立場を前提にされ、損害保険金の場合に限らず不動産本体の代物への物上代位に関しては、立法論上のみならずわが民法の解釈においても、第三債務者から設定者に対する弁済を防ぐためにも法定債権質主義（抵当権者にはこれらの債権につき法律上当然に質権の設定が認められ、質権について特段の対抗要件を備えていなくても、債権に質権の設定を受けた者や債権の譲受人などの第三者に対しても第三債務者に対しても物上代位権を主張できるとする説）が採用されるべきであろうとされた³⁹⁾。その後博士は、前掲最判平成10年1月30日以降の判例を参照し、抵当権の目的不動産が滅失した場合の損害保険金請求権への物上代位につき、抵当権の存在自体が登記によって公示されている以上、物上代位による差押えがなされれば物上代位の目的たる債権もまた抵当権の物上代位権により拘束されていることが公示されていると見ることができるとされた⁴⁰⁾。

高橋眞教授は、代償的物上代位（=代替的物上代位）の場合、他の債権者への処分に残った場合でも、抵当権者が優先権を主張できるとすることは適切であるが、そのためには、抵当不動産と価値変形物との価値的同一性およびそれが周知されていることを考慮して、立法による手当を講ずべきである。他方、賃料債権などの派生的価値（=付加的価値）については、抵当権設定者は本来これを自由に処分することができるのであるから、賃料債権につき処分を受けた第三者の対抗要件具備の時と物上代位権者による差押えの時の先後で優劣を判断すべきとされた⁴¹⁾。

39) 鈴木祿弥・抵当制度の研究133～139頁〔一粒社・1968年〕。

40) 鈴木・前掲注9)物権法講義〔5訂版〕245頁。

41) 高橋・前掲注34)担保物権法〔第2版〕125頁以下。

山野目章夫教授は、付加的物上代位につき、賃料債権に関する権利関係を知ろうとする者に対して、抵当権の登記のみをもって賃料債権への物上代位権の行使を覚悟せよとするのも無理がある、そこで、物上代位権者の差押え前に賃料債権に質権の設定を受け対抗要件を具備した質権者は、物上代位による差押えがなされるまでは賃料債権を優先的に取り立てることができる⁴²⁾、松岡久和教授も、ほぼ同様の見解を採られる⁴³⁾。

内田貴教授は、代償的債権（＝代替的債権）の場合、その上に抵当権の効力が及ぶことや、それが抵当権の登記で公示されているという説明はそれなりに説得的であるが、派生的債権（＝付加的債権）の場合、事情は全く異なり、抵当権の効力を及ぼすか否かは純粹に政策的な選択の問題である、派生的債権の場合、第三者はこれに抵当権が及ぶことを当然に予期すべきだとはいえないとされている⁴⁴⁾。

私は、次のような立案が妥当ではないかと考える⁴⁵⁾。

（ア）代替物上代位の場合　特定動産譲渡担保における目的動産の滅失・損傷などの場合の損害保険金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権、売買代金債権など、代替物に対する物上代位については、鈴木博士がかつて主張されたような法定質権説に立って立案することが、最もよい立案の仕方といえる。しかし、目的動産の滅失・損傷などの不法行為に基づく損害賠償請求権や目的動産の売買代金債権などの債務者（物上代位権者から見れば第三債務者）は、動産譲渡担保の存在を知らずに弁済することが多いから、法定債権質説を採ることは酷になると考えられるので、【案12.1.7.2】による立案が妥当ではないかと思われる。

42) 山野目・前掲注36) 物権法〔第5版〕292頁以下。

43) 松岡・前掲注9) 担保物権法70頁。

44) 内田・前掲注29) 民法Ⅲ〔第4版〕502頁以下。

45) 筆者は、物上代位権を、法定担保物権である動産先取特権のような、公示はないが優先弁済権を有する権利のように考え、物上代位による差押え前に登場した目的債権の譲受人や質権者などの第三者には優先権を主張できないとする優先権保全説が妥当としてきたが（生熊・前掲注9) 担保物権法〔第2版〕129頁、141頁）、本文のように改めたいと思う。

【案12.1.7.2】による立案が正当化される理由は次の通りである。【案12.1.7.2】によると、目的動産の滅失・損傷などの場合の損害保険金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権の譲受人や質権の設定を受けた者などの第三者は、物上代位による差押えの前に対抗要件を具備しても対抗要件を備えた動産譲渡担保権者の物上代位に劣後することになるが、目的動産の代替的価値であるこれらの請求権の譲受けや質権取得は通常は行われないのであるから、これらの請求権を譲り受けまたは質権の設定を受けようとする者は、これらの請求権が発生する元となった動産に譲渡担保や他の担保物権の設定を受け対抗要件を具備している人がいなかったかを十分調査すべきであって、それを見落とししたときは譲渡担保権者に劣後してもやむをえないということがその理由となる（譲渡担保権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは、譲渡担保権の対抗要件により公示されているという理由ではない）。

また、(a)で述べたように、目的動産の売買代金債権は、特定動産譲渡担保においては、基本的には目的動産の代替的価値（代償的価値）と考えてよいと思われる。そうとするならば、動産の売買代金債権につき質権の設定を受けまたは売買代金債権の譲渡を受けようとする者は、既に他の債権者への譲渡や質権の設定がなされていないかを調査するだけでなく、売買の目的動産に譲渡担保権の設定を受け対抗要件を具備した者がいなかったかをも十分調査すべきであって、それを見落とししたときは対抗要件を備えた譲渡担保権者の物上代位に劣後してもやむをえないということがその理由となる。

代替的物上代位についての以上の私見は、第12回会議における本多委員や井上委員の見解（(3)(b)）に近いのではなかろうか。

(イ) 付加的物上代位の場合 他方、賃料債権など付加的物上代位については、特に譲渡担保権者の物上代位を優先させる必要はなく、動産譲渡担保権者は、目的債権を差し押さえた時に初めて賃料債権に対して優先権を第三者に対抗できるとするのが妥当である。したがって、特定動産譲渡

特定動産譲渡担保における当事者の有する権限および特定動産譲渡担保に基づく物上代位（生熊）

担保権者の物上代位による賃料債権の差押えの時と他の債権者が賃料債権に質権の設定を受け対抗要件を具備した時の先後により優劣を決めるという【案12.1.7.1】による立案が妥当であると思う。

したがって、私見は、高橋眞教授の類型論とほぼ同じことになりそうである。

4 む す び

以上、本稿では、担保法制部会資料12の「中間試案のとりまとめに向けた検討(1)」のうち、特定動産譲渡担保における当事者の有する権限の問題および特定動産譲渡担保に基づく物上代位の問題につき検討した。そして、これらの問題においても担保目的取引規律型で立案する場合の説明に苦慮されていることが、部会資料の（説明）から窺えた。

法務省の担当官は、担保目的取引規律型の場合、「所有権移転の効力は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲内において認められる」という判例の一般理論を出発点とすることが考えられるとされるのであるが、この判例の一般理論は、もともと譲渡担保を所有権的に構成していた時代から脱却し、所有権的構成によると妥当な解決を図れないと考えられるケースにおいて、担保権的構成に立った結論を導き出すための説明として生まれてきたものであり、今回の法務省の担当官からの提案のように譲渡担保や所有権留保をこれまでの判例よりも担保権的に構成しようとする場合に、その一般理論で説明することが困難になり、したがって個別に規定を設ける必要があるとされるのは当然であると考えられる。しかしながら、このような形で立法を行った場合、今度はそれらの規定についての説明を困難にし、権利関係を複雑にしていく虞があるのではないかと危惧される。そのような意味で、私は、やはり担保物権創設型による立案が適切ではないかと改めて感じさせられた次第である。