

担保法制の見直しに関する中間試案に見る 動産譲渡担保権・留保所有権の実行方法とその問題点

生 熊 長 幸*

目 次

- 1 はじめに
- 2 新たな規定に係る動産担保権の実行方法
 - (1) 新たな規定に係る動産担保権の各種の実行方法
 - (2) 新たな規定に係る動産担保権の私的実行における担保権者の処分権限および実行通知の要否
 - (3) 帰属清算方式・処分清算方式による新たな規定に係る動産担保権の実行手続等
- 3 新たな規定に係る動産担保権の目的物の評価・処分または引渡しのための担保権者の権限および手続
 - (1) 中間試案
 - (2) 検 討
- 4 新たな規定に係る動産担保権の競売手続による実行
 - (1) 中間試案
 - (2) 検 討
- 5 所有権留保売買による留保所有権の実行
 - (1) 中間試案
 - (2) 検 討
- 6 む す び

1 はじめに

動産および債権を中心とした担保法の改正作業が2021年（令和3年）4

* 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

月より法制審議会・担保法制部会（部会長・道垣内弘人東京大学名誉教授）で行われており、2023年（令和5年）1月20日には、早くも「担保法制の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という）およびその「補足説明」（以下「補足説明」という）が公表された。担保法制部会は、昨年5月以降月2回ほど開催されており、部会の議事録は、部会が開催されてから3か月ほど経過してから公表されている（本稿再校時までには公表された会議議事録は、2022年10月11日開催の第26回会議までであったが、三校時までにはすべて公表された）。

本号は退職記念号のため紙幅が限られているので、本稿は、中間試案のうち新たな規定に係る担保権、すなわち譲渡担保権および留保所有権の実行方法を検討の対象とさせていただく（そのうちの第3章第8・第9・第12・第14のみ）。なお、部会資料を原文のまま引用した部分は「 」で表しているが、ほとんどは紙幅の関係で私なりに要約したものであることをお断りしておく。

なお、中間試案では、担保取引によって債権者が得ることとなる権利を指す用語として「新たな規定に係る担保権」という文言が用いられ、特に動産を目的財産とする場合には、「新たな規定に係る動産担保権」（さらに「個別動産担保権」、「集合動産担保権」という文言が用いられているが（中間試案（前注）参照）、現行法で言えば、前者は譲渡担保権および留保所有権のことであり、後者は動産譲渡担保権（個別動産譲渡担保権、集合動産譲渡担保権）および留保所有権のことである。もともと、留保所有権、債権譲渡担保権などの文言も使用されている。

2 新たな規定に係る動産担保権の実行方法

(1) 新たな規定に係る動産担保権の各種の実行方法

(a) 中間試案

中間試案「第3章 担保権の実行」「第8 新たな規定に係る動産担保

権の実行方法」「1 新たな規定に係る動産担保権の各種の実行方法」は、新たな規定に係る動産担保権の実行は、①担保権者に被担保債権の弁済として目的物を帰属させる方式(帰属清算方式)、②担保権者が目的物を処分し、その代金を被担保債権の弁済に充てる方式(処分清算方式)、および③民事執行法第190条以下の規定に基づく競売、のうち担保権者が選択したものにより行うものとする、とする。

(b) 検 討

中間試案第3章第8 1で問題となるのは、担保権者がこれらの実行方法のうちいずれでも自由に選択できるとしている点である。これらの実行方法のいずれを採っても、設定者にとって実質的な違いがないのであればこれでよいということになるが、実行方法の種類によって実質的な違いが生ずるということになれば、譲渡担保権設定者間で実行の方式につき約定がなされた場合には、約定された方式により担保権を実行しうるとすべきものとする。このことについては後述する((3)(d), 4(2))。

(2) 新たな規定に係る動産担保権の私的実行における担保権者の処分
権限および実行通知の要否

(a) 中間試案

中間試案第3章第8「2 新たな規定に係る動産担保権の私的実行における担保権者の処分権限及び実行通知の要否」は、被担保債権の不履行後、担保権者が帰属清算方式または処分清算方式による担保権の実行にとりかかる前に、設定者に対して担保権の私的実行をする旨の通知をする必要があるとすべきか、かかる通知は不要とすべきかにつき、通知が設定者に到達した時から1週間が経過したときから私的実行をなしうるとする【案8.2.1】(通知必要案)と、かかる通知を必要とせず、私的実行をなしうるとする【案8.2.2】(通知不要案)を提示している。

(b) 検 討

仮登記担保法においては、2か月の清算期間が設けられており（同法2条1項）、その間は、設定者は被担保債権を弁済して目的物を受け戻すことができる。新たな規定に係る担保権の私的実行の場合は、目的物が動産であることから、目的物の減価も考えるとその期間は短くならざるを得ないが、1週間とはいえ受戻権の行使期間を認めるべきであり、【案8.2.1】が妥当であると考えられる。とりわけ、部会資料の提案は、処分清算方式については、譲渡担保権者が第三者に処分すると同時に受戻権が消滅する取り扱いであるから（以下の(3)(a)(i)【案8.4.1】(1)および【案8.4.2】(1)参照）、この期間を設ける意味は大きい。

(3) 帰属清算方式・処分清算方式による新たな規定に係る動産担保権の実行手続等

(a) 中間試案

(ア) 帰属清算方式による新たな規定に係る動産担保権の実行手続

中間試案第3章第8「3 帰属清算方式による新たな規定に係る動産担保権の実行手続等」は、以下の【案8.3.1】または【案8.3.2】のいずれかの案によるものとする、とする。

【案8.3.1】は、(1)〔帰属清算の通知および担保権者による目的物の評価額を基準とした清算金の提供〕帰属清算方式による私的実行をしようとするときは、担保権者は、設定者に対し、目的物の所有権を担保権者に帰属させる旨、被担保債権の額、担保権者が評価した目的物の価額及びその算定根拠の通知（以下「帰属清算の通知」という。）をしなければならず、担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、帰属清算の通知に加えてその差額の支払又はその提供（以下「清算金の提供等」という。）をしなければならない、(2)〔受戻権の消滅時期〕担保権者が帰属清算の通知および清算金の提供等をしたときは、被担保債権は、その時における目的物の客観的な価額の範囲で消滅し、設定者は、そ

の後に被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができない(注1, 2)。(3)〔目的物の客観的価額を基準とした担保権者の清算金支払義務〕担保権者が帰属清算の通知等および清算金の提供等をした時における目的物の客観的な価額が被担保債権額を超えるときは、担保権者は、設定者に対し、その超える額に相当する金銭を支払う義務を負う(注1, 2)。(4)〔担保権者による目的物の評価額を基準とした清算金支払債務と目的物の引渡債務との同時履行〕担保権者は、帰属清算の通知(担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、これに加えて清算金の提供等)をしたときは、(1)に基づいて担保権者が通知した目的物の評価額と被担保債権額の差額の支払と引換えに、設定者に対して目的物の引渡しを請求することができる。(5)〔担保権者による目的物の評価額が著しく合理性を欠く場合〕(1)に基づいて担保権者が通知した目的物の価額が、目的物の種類、性質等を考慮して担保権者が通常把握すべき当該目的物に係る事情に照らして著しく合理性を欠くものであるときは、(2)から(4)までの効力は、生じない、としている。

これに対して、【案8.3.2】は、(1)【案8.3.1】の(1)から(3)までと同じ、(2)〔目的物の客観的価額を基準とした清算金支払債務と目的物の引渡債務との同時履行〕担保権者は、帰属清算の通知(担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、これに加えて清算金の提供等)をしたときは、目的物の客観的な価額と被担保債権額の差額の支払と引換えに、設定者に対して目的物の引渡しを請求することができる。(3)〔担保権者による目的物の評価額が著しく合理性を欠く場合〕【案8.3.1】の(1)に基づいて担保権者が通知した目的物の価額が、目的物の種類、性質等を考慮して担保権者が通常把握すべき当該目的物に係る事情に照らして著しく合理性を欠くものであるときは、(2)並びに【案8.3.1】の(2)及び(3)の効力は、生じない、としている。

なお、(注1)(注2)には、設定者の受戻しの機会等を確保するために、受戻可能な期間を一定期間延長する考え方があることが示されている。

(イ) 処分清算方式による新たな規定に係る動産担保権の実行手続

中間試案第3章第8「4 処分清算方式による新たな規定に係る動産担保権の実行手続等」は、以下の【案8.4.1】または【案8.4.2】のいずれかの案によるものとする、とする。

【案8.4.1】は、(1)〔第三者への処分による受戻権の消滅〕担保権者が担保権の実行として目的物を第三者に処分したときは、被担保債権は、その処分時における目的物の客観的な価額の範囲で消滅し、設定者は、その後被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができない（注1）、(2)〔処分清算方式により第三者へ処分した旨および担保権者による目的物の評価額・算定根拠等の通知〕担保権者が担保権の実行として目的物を第三者に処分したときは、担保権者は、設定者に対し、その旨、処分時における被担保債権の額、担保権者が評価した目的物の価額及びその算定根拠を通知しなければならない、(3)〔処分を受けた第三者からの引渡請求に対する設定者の引渡拒絶権〕設定者は、目的物の処分を受けた第三者からその引渡しを請求されたときは、担保権者が(2)の通知および担保権者による目的物の評価額を基準とした清算金の提供をするまでは、目的物の引渡しを拒むことができる、(4)〔目的物の客観的な価額を基準とした担保権者の清算金支払義務〕担保権者が担保権の実行として目的物を第三者に処分した場合において、その処分時における目的物の客観的な価額が被担保債権額を超えるときは、担保権者は設定者に対しその超える額に相当する金銭を支払う義務を負う、としている。

【案8.4.2】は、(1)【案8.4.1】(1)に同じ、(2)【案8.4.1】(4)に同じ、としており、【案8.4.1】との違いは、(3)の譲渡担保権者から目的物を取得した第三者から目的物の引渡請求を求められた設定者は、処分時における目的物の客観的な価額を基準とした清算金の支払を受けるまでは、目的物の引渡しを拒むことができるとする点にある。【案8.4.2】には（注2）が付いている。

なお、（注1）には、設定者の受戻しの機会等を確保するために、受戻

可能な期間を一定期間延長する考え方があること、また(注2)には、【案8.4.2】についても、【案8.4.1】(2)と同様の通知をしなければならないものとする考え方があることが示されている。

(b) 中間試案第3章第8-3の帰属清算方式による実行手続とその問題点

(ア) これまでの帰属清算方式による私的実行の方法¹⁾

(α) 清算金の算定方法および目的物の譲渡担保権者への引渡時期
これまで帰属清算方式の場合の清算金の算定方法および清算金が生ずるときの設定者の目的物の引渡時期について、判例(最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁)・通説は、譲渡担保権者が目的物の適正評価額から被担保債権額を控除した客観的に正当な額の清算金が生ずるときはこれを設定者に提供するまでは、設定者は目的物の引渡しを拒むことができるとしてきた(同時履行の抗弁権)。そこで、清算金の額は、目的物の適正評価額から被担保債権額を控除したもので、客観的に正当な額の清算金ということになる。

これは、売買契約において目的物の引渡しと代金の支払とが、原則として同時履行となっているように(民533条)、譲渡担保権設定者が客観的に正当な額の清算金が支払われないうちに目的物を譲渡担保権者に引き渡さなければならないとすると、その後、譲渡担保権者が清算金を任意に支払わないときは、譲渡担保権設定者は譲渡担保権者を相手に清算金請求訴訟を提起して勝訴判決を取得し、なお譲渡担保権者が支払わないときは、勝訴の確定判決を債務名義としてこの者を相手に強制執行を行わなければならないことになるし、さらに、このような手続をとったとしても、譲渡担保権者が倒産すると清算金の回収がほとんど期待できなくなるからである。このように、設定者の目的物の引渡義務と譲渡担保権者の客観的に正

1) 生熊長幸・担保物権法〔第2版〕315頁以下参照(三省堂・2018年)。

当な額の清算金支払債務とを同時履行としてきたのは、設定者の清算金請求権の確実な実現のためであり適切な方法であった。

（β）受戻権行使可能時期 受戻権行使可能時期について、判例（最判昭和62年2月12日民集41巻1号67頁）は、清算金が生ずるときは、譲渡担保権者が目的物の評価額を基準とした客観的に正当な額の清算金を設定者に弁済または提供するまで、清算金が生じないときは、その旨の通知を設定者に対してするまでは、設定者は受戻権を行使できるとしてきた。

なお、最判平成6年2月22日（民集48巻2号414頁。前掲最判昭和62年2月12日も同旨）が、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は、譲渡担保契約が帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分する権能を取得するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得し、債務者は、残債務を弁済して目的物を受け戻すことはできなくなる、とした。しかし、この判例の考え方に問題があることについては後述する（(c)(1)(α)）。

（イ）中間試案第3章第8-3における帰属清算方式の問題点

中間試案第3章第8-3の【案8.3.1】は、部会資料6第1-3で提示された案とは異なり、誠実評価額、暫定的な清算金、最終的な清算金という用語は使用していないが、(5)が付け加えられたこと以外は、基本的に部会資料6第1-3で提示された案と同様である。部会資料6第1-3は、清算金について2段階方式を採った。すなわち、譲渡担保権者が誠実に評価した目的物の価額（これを「誠実評価額」と呼んだ）を基準として清算金を算出し（これを「暫定的な清算金」と呼んだ）、譲渡担保権者が誠実評価額の通知と暫定的な清算金の提供をすれば、それと引換えに設定者に対して目的物の引渡しを請求できるものとし（同時履行の抗弁権）、また、それ以降は設定者は受戻権を行使しえない（受戻権の消滅）、ただし目的物の客観的価額が誠実評価額を上回っていたときは、後日その差額を「最終的な清算金」として設定者は担保権者に請求できるというものであった。

この部会資料6第13の清算金に関する2段階方式については、私は次のような問題点があるとして批判した²⁾。第1に、設定者が「誠実評価額」、したがってまた「暫定的な清算金の額」を訴訟で争うことができるとする以上、目的物の客観的価値を基準とした清算金との同時履行を主張できる場合とで、決着までに要する時間に大きな違いはないのであって(後者の場合も、裁判所は鑑定人による評価を参考に迅速に判断することができる)、目的物を譲渡担保権者に早く確定的に帰属させるという立案の趣旨は実現されない³⁾。第2に、この2段階方式は、設定者に重大な不利益を課すことになる。その1は、「暫定的な清算金」と「最終的な清算金」のそれぞれの額に納得がいかなければ、設定者にとっては清算金をめぐる2回の訴訟が必要になるという点であり、その結果、動産譲渡担保権設定契約においては設定者のほとんどが中小零細業者であることを考えれば、このような訴訟に耐えかねて納得のいかない清算金の額であきらめてしまう設定者が多数現れることになろう。その2は、譲渡担保権者からの暫定的な清算金の提供で、設定者は同時履行の抗弁権を失い、目的物を譲渡担保権者に引き渡さなければならないから、設定者がその後仮に「最終的な清算金」請求訴訟を提起して勝訴したとしても、担保権者が無資力になっていたときは、「最終的な清算金」を回収しえないという点である。

また、誠実評価額の通知と暫定的な清算金の提供だけで、設定者は受戻権を行使しえなくなるとしていることも問題である。動産譲渡担保権の目的動産は、中小零細業者がその事業の継続に欠かせないものとして日常的

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(2・完)立命館法学398号186頁以下(2021年)。

3) 基本的には部会資料6第13と同様な内容を有する部会資料15第52の(説明)は、
引渡請求において、設定者が目的物の正確な評価額を前提とした清算金との同時履行を主
張できるとすると、引渡請求の手續が長引くおそれがあるため、目的物の評価額は、担保
権者が帰属清算の通知等がされた時点で得られる資料を基に合理的に算出すれば足りると
するものであるとするが、他方で、担保権者は暫定的な清算金の額が一応の合理的な根拠
に基づくことを立証しなければならず、設定者は一応の合理的な根拠に基づくことを争う
ことができるとしている。

に使用している機械・器具などの場合も多いのであるから、設定者の受戻しの期間はできるだけ長く認めるべきである。民事執行法による競売の場合は、競売手続が開始されて手続が進行しても、買受人が代金を納付するまでに債務者は担保権者に被担保債権を弁済して、執行異議の申立て（民執191条）をすることにより手続を一時停止させ（民執11条2項、10条6項）、担保権不存在確認訴訟の認容の確定判決の謄本を提出すれば競売手続を取り消させることができる（民執192条による民執183条2項準用）とされていることとの対比でも、受戻権の行使期間をあまりに短くしているといえる。

中間試案の【案8.3.1】は、清算金という用語を、担保権者による目的物の評価額から被担保債権額を控除したものについてのみ用い（(1), (3), (4)）、目的物の客観的な価額から被担保債権額を控除したものについては(3)で「その超える額に相当する金銭」と呼んでいるが、むしろ後者こそ清算金というべきである。いずれにせよ、中間試案の【案8.3.1】は、上記の部会資料6第13と内容的には同じ清算金に関する2段階方式であって、受戻権の消滅時期についても(2)、同時履行の抗弁権の消滅時期についても(4)、部会資料6第13について述べたのと同様の理由から賛成できない。これまでの判例のように、目的物の客観的な価額を基準として計算した清算金（客観的な清算金）の設定者に対する支払または提供があるまでは、設定者は目的物の引渡債務につき同時履行の抗弁権を主張することができ、また受戻権を行使しようとすべきである。【案8.3.1】(2)には、受戻期間を一定期間延長すべきであるとする考え方がることが(注1)(注2)で示されている。

また、【案8.3.1】は、(5)を付け加えて、担保権者が設定者に通知した目的物の評価額が著しく合理性を欠く場合には、設定者の受戻権は消滅せず、設定者は目的物の引渡しを拒絶できるとしたが、裁判所が「著しく合理性を欠く」と判断しなければ設定者は敗訴するのだから、「誠実評価額」に基づく「暫定的な清算金」を提案した部会資料6第13より設定者には不利な案であって、設定者としては、この点を訴訟で争うことをあきら

めざるを得ないであろう。

これに対して、中間試案第3章第8-3【案8.3.2】は、部会資料6第1-3の清算金に関する2段階方式に対する批判を踏まえ、【案8.3.1】の(4)を変更し、目的物の客観的な価額を基準として計算した清算金(客観的な清算金)の支払または提供と目的物の引渡債務が同時履行の關係に立つとするものである。この案が示されたことは大きな前進であり、私は【案8.3.2】のこの(2)の部分については賛成する。

もっとも【案8.3.2】(1)は、【案8.3.1】の(2)を維持しているから、担保権者による目的物の評価額を基準として計算した清算金の設定者に対する支払または提供により、設定者の受戻権は消滅することになる。この点については、【案8.3.1】につき上述したように賛成できない。【案8.3.2】(3)についても、【案8.3.1】(5)についてと同様の問題がある。

(c) 中間試案第3章第8-4の処分清算方式による実行手続とその問題点

(ア) これまでの処分清算方式による私的実行の方法⁴⁾

(α) 清算金の算定方法および目的物の買主への引渡時期 処分清算方式の場合の清算金は、譲渡担保権者が目的物を第三者に売却してその売買代金から被担保債権の弁済を受け、残額があればこれを清算金として設定者に支払うというものであるが、譲渡担保権者が目的物を適正評価額を大幅に下回る価額で第三者に売買する場合もありうる。そこで、下級審裁判例および多数学説は、目的物の売買代金額が適正な売買代金額を下回る場合でも、清算金の額や被担保債権の消滅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し、最判平成9年4月11日(裁判集民事183号241頁)も、目的物の売却額が適正な評価額であったかどうかを認定して清算金の有無およびその金額を確定すべきであるとしている。

4) 生熊・前掲注1)担保物権法〔第2版〕316頁以下参照。

また、目的物の買主への引渡時期については、設定者は、買主からの引渡請求に対して、譲渡担保権者に対する適正な額の清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張することができるものとしてきた（前掲最判平成9年4月11日）。

（β）受戻権の行使可能時期 受戻権行使可能時期について、前述のように、判例（前掲最判昭和62年2月12日、前掲最判平成6年2月22日）は、譲渡担保権者が目的物を第三者に処分したときは、もはや受戻権を行使することはできなくなるとしている。

（イ）中間試案第3章第8 4における処分清算方式の問題点

（α）受戻権の行使可能時期 まず、中間試案第3章第8 4【案8.4.1】(1)、【案8.4.2】(1)が、処分清算方式の場合の受戻権消滅時期は、目的物の第三者への処分の時であるとして、目的物の第三者への処分の時より後は設定者の受戻権の行使を認めないとしていることは、帰属清算の方法による実行の場合（(b)(i)）よりも受戻期間が極めて短く、譲渡担保権設定者にとって酷であり、妥当ではないと考える。

処分清算方式の場合の受戻権消滅時期がこのように短く設定されているのは、処分清算方式により譲渡担保権が実行されて第三者が目的物を買受けたときは、第三者の地位を早く確定すべきだという考えがあること、および、前述のように、前掲最判平成6年2月22日（前掲最判昭和62年2月12日も同旨）が、譲渡担保契約において、被担保債権の不履行後は、「債権者は、目的物を処分する権能を取得するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得し」、債務者は目的物を受け戻すことはできなくなる、としているからであろう。

前者についていえば、処分清算方式における目的物の買主になるのはどのような者かを検討する必要があるだろう。通常の動産の売買であれば、買主は代金の支払と引換えに売主から目的物の引渡しを受けることができるのであるが、動産譲渡担保における処分清算の場合には、第三者が譲渡担保

権者から目的物を買って代金を支払っても、目的物を占有しているのは譲渡担保権設定者であるから、設定者が譲渡担保権者の通知をした目的物の評価額および提供した清算金の額に納得がいかなければ、設定者は留置権を行使するから、買主は目的物の引渡しを受けることができない。したがって、譲渡担保権者および設定者の間で、目的物の評価額、清算金の額について合意が得られ、清算金が確実に設定者に支払われ、設定者から買主に目的物の引渡しが確実になされるような場合に、処分清算方式における目的物の買主が登場するのではなからうか。このような前提なしに登場する買主は、設定者の受戻権を早く消滅させたい譲渡担保権者の依頼を受けた譲渡担保権者の身内か極めて親しい関係にある者であろう。実務家からも通常は帰属清算により譲渡担保権者が目的物を取得してから第三者に売却するのであって、ダイレクトに処分清算で市場に出しているケースはほとんどないと指摘されるのも⁵⁾、このような事情を反映しているのではなからうか。そうであるとすれば、目的物の第三者への処分の時に受戻権が消滅するとする必要はない。担保法制部会第6回会議でも、受戻権の早期消滅については批判が多かった⁶⁾。このような批判を受けて、【案8.4.1】(1)には(注1)が存在するといえる。

また、売買契約における目的物の所有権移転時期については、判例(最判昭和33年6月20日民集12巻10号1585頁)は売買契約締結時説を採っているとされるが、売買契約は有償契約なのだから、買主が代金を売主に支払った時を原則とし、代金の支払いがないまま目的物の引渡しがなされたときは目的物の引渡し時と解すべきである⁷⁾。処分清算方式による私的実行の場合にも、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者から客観的に適正な額の清算金の支払または提供を受けた時に目的物譲受人は目的物の所有権を確定的

5) 商事法務研究会主催・第17回担保法制研究会議事録23頁以下。

6) 生熊・前掲注2)「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(2・完)」立命館法学398号196頁参照。

7) 生熊長幸・物権法〔第2版〕192頁以下(三省堂・2021年)。

に取得すると解すべきである。このように解さないと、設定者は清算金の支払を受けられないうちに受戻権が消滅させられることになり、明らかに不公平である。

後者についていえば、前述のように、前掲最判平成6年2月22日は、譲渡担保契約において、被担保債権の不履行後は、債権者は、処分清算型であれ帰属清算型であれ、目的物を処分する権能を取得するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得して設定者は受戻権を行使することはできなくなるとしたのであるが、この考え方は譲渡担保権を所有権的構成で考えていることから出てくるものであるといえよう。中間試案は、新たな規定に係る動産担保権の法的構成につき、重複して新たな規定に係る動産担保権を設定できるとする（中間試案「第1章 担保権の効力」「第1 個別動産を目的財産とする新たな規定に係る担保権の実体的効力」「5 使用収益以外の設定者の権限（1）」）など基本的に担保物権として考えているとみるべきであるから、被担保債権の不履行により譲渡担保権者が取得する権限は目的物を私的実行する権限であり、一般的に目的物を第三者に譲渡できる権限ではないというべきである。したがって、処分清算方式の場合に被担保債権の不履行後は第三者への譲渡により受戻権が消滅するとするのは適切ではない。また、中間試案第1章第1「6 担保権者の権限」（1）の部分には、被担保債権の不履行後は、譲渡担保権者が目的物を自由に譲渡できると解釈しうる記述になっているので、これも適切ではないと考える。

以上のように、実際上の観点からも理論上の観点からも、上記最高裁判例は妥当とは言えないから、今回の立案に当たっても、処分清算方式の場合の受戻権消滅時期につき【案8.4.1】（1）、【案8.4.2】（1）のような立案をすべきではなく、帰属清算方式の場合と同様、私は、目的物の客観的な価額を基準として計算した清算金（客観的な清算金）の設定者に対する支払または提供があるまでは、設定者は受戻権を行使しうるとすべきものと考えられる。

なお、【案8.4.2】においても、担保権者は、設定者に対して、処分清算方式により△年△月△日に〇〇(住所・氏名を特定する)に処分した旨および処分時における被担保債権額を通知しなければならないとすべきである。

(β) 清算金の算定方法および目的物の買主への引渡時期 中間試案第3章第8 4【案8.4.1】(3)が、目的物の客観的な価額ではなく譲渡担保権者が評価した目的物の価額を基準に計算した清算金の支払でもって、設定者は第三者に目的物を引き渡さなければならないとしている点は問題である。この点は、(b)(イ)において帰属清算方式における【案8.3.1】(4)につき述べたことと同じである。

これに対して、【案8.4.2】(3)は、処分時における目的物の客観的価額を基準とした清算金の支払があるまで、設定者は第三者に対して目的物の引渡しを拒むことができる(留置権を行使しうる)とするもので妥当である。

(d) 譲渡担保権者による私的実行方式の任意選択の可否

以上の私見のように、帰属清算方式であれ処分清算方式であれ設定者にとって実質的に同様に扱う立案ができるならば、譲渡担保権者はいずれの方式でも任意に選択することができるとしてよいが、現在提示されている案であれば、当事者間で帰属清算方式により実行する旨の約定がなされているときは、譲渡担保権者は帰属清算方式で私的実行をするべきであり⁸⁾、中間試案第3章第8 1の規律((1)(a)掲記)は妥当ではないということになる。

8) 道垣内教授は、判例においては、帰属清算と処分清算は、譲渡担保権者の選択しうる2つの清算方法と位置づけられており、両者を契約内容の区別とするのは、譲渡担保権者が用意した一片の文言に重きを置きすぎだし、帰属清算方式に統一することも實際上困難に思われるから、判例の位置づけが妥当であるとされているが(道垣内弘人・担保物権法〔第4版〕327頁(有斐閣・2017年)、賛成できない(生熊・前掲注1)担保物権法〔第2版〕316頁)。

3 新たな規定に係る動産担保権の目的物の評価・処分または引渡しのための担保権者の権限および手続

(1) 中間試案

中間試案第3章第9「新たな規定に係る動産担保権の目的物の評価・処分又は引渡しのための担保権者の権限及び手続」は、「1 評価・処分に必要な行為の受忍義務」として、被担保債権について不履行があった場合に担保権者が目的物の評価または処分に必要な行為をしようとするときは、設定者はこれを拒むことができない、とし、「2 実行完了前の保全処分」として、被担保債権について不履行があった場合に、設定者または占有者が目的物の価格を減少させる行為もしくは実行を困難にする行為をし、またはこれらの行為をするおそれがあるときは、裁判所は、担保権者の申立てにより、設定者または占有者に対し、(1) 価格減少行為または実行を困難にする行為を禁止し、または一定の行為をすることを命ずること、(2) 執行官への引渡しを命ずることおよび執行官に目的物の保管をさせること、(3) 占有の移転を禁止することを命じ、その使用を許すこと、につき、保全処分又は公示保全処分を命ずることができるものとし、「3 簡易迅速な目的物の引渡しを実現する方法」として、被担保債権について不履行があったときは、裁判所は、【担保権者が帰属清算の通知等および清算金の提供等または第三者に対する目的物の処分をするまでの間／目的物の評価または処分のために必要があるときは】、担保権者の申立てにより、清算金の見積額を供託させて、設定者または目的物の占有者に対し、目的物を担保権者に引き渡すべき旨を命ずることができる、とし、「4 実行終了後に目的物の引渡しを実現する方法」として、裁判所は、帰属清算の通知および清算金の提供等をした担保権者または目的物の処分を受けた第三者（以下「担保権者等」という。）の申立てにより、設定者または目的物の占有者に対し、目的物を担保権者等に引き渡すべき旨、担保権者が評

価した目的物の価額が被担保債権額を超えるときにあっては、その超える額に相当する金銭の支払と引換えに目的物を担保権者等に引き渡すべき旨を命ずることができる、とする。

(2) 検 討

(a) 評価・処分に必要な行為の受忍義務(第9-1)

動産譲渡担保は、原則として設定者が目的物の占有をする非占有担保であるから、動産譲渡担保権者が、目的動産の所在場所に立ち入って目的動産を見分すること、目的動産の評価に詳しい者を同行して見分に立ち会わせることは認められるべきで、設定者はこれを拒むことができないというべきであろう。問題は、動産譲渡担保権者に目的物を所在場所から搬出する権限も認めるべきかであるが、そこまで認めると、譲渡担保権の実行手続において、設定者に認められる権限を妨げるおそれがありうるから、次の(c)により対処すべきで、かかる権限は原則として認めるべきではないと考える。

(b) 実行完了前の保全処分(第9-2)

設定者または占有者が、目的物の価格減少行為や実行を困難にする行為をするというのは、経営的に破綻した設定者や第三者による私的実行妨害行為と評価されざるを得ないから、第9-2のような保全処分の手続を設けることは、妥当であろう。

(c) 簡易迅速な目的物の引渡しを実現する方法(第9-3)

この部分は、私的実行がなされて目的物が譲渡担保権者または第三者に帰属する前にも、担保権者の申立てにより、裁判所が設定者に対して簡易迅速にこれらの者に目的物の引渡しを命ずることができるとするものであるが、なぜこのような方法が認められるのか。

このような制度を設ける趣旨につき、補足説明は、非占有型の担保権に

においては目的物の占有が設定者にあり、担保権者がその評価をしたり処分したりすることがそのままでは困難であることを考慮したものであると述べている⁹⁾。したがって、(a)の(第9 1)において、例外的に目的動産を担保権者に引き渡さなければ目的動産の評価が困難である場合に限って、担保権者は裁判所に申し立てて、裁判所の命令を受けて、目的物の引渡しを受けることができるとすべきであろう。なお、第9 3には、担保権者が帰属清算の通知等および清算金の提供等または第三者に対する目的物の処分をするまでの間、担保権者の申立てにより、清算金の見積額を供託させて、設定者又は目的物の占有者に対し目的物を担保権者に引き渡すべき旨を命ずることができる、とする選択肢があるが、譲渡担保権者にそこまでの権限を認めるべきではないと考える。

(d) 実行終了後に目的物の引渡しを実現する方法（第9 4）

これは、民事執行法188条により準用される同法83条の引渡命令の制度を参考にしたものと考えられる。民事執行法の引渡命令の制度は、代金を納付した買受人が、競売により買い受けた目的物の引渡しを設定者から任意に受けることができない場合、本来であれば目的物の引渡請求訴訟を提起して債務名義を取得する必要があるのであるが、競売手続は国の執行機関によりなされるので、一種のアフターサービスとして、原則として代金を納付した日から6月以内であれば執行裁判所に引渡命令を申立て、この引渡命令を債務名義として目的物を強制的に買受人に引き渡させることができることにしたものである¹⁰⁾。もっとも、買受人からの申立てにつき、執行裁判所は、事件の記録上の資料に基づいて引渡命令を出すのであり

9) 補足説明 83頁。

10) 田中康久・新民事執行法の解説〔増補改訂版〕211頁（金融財政事情研究所・1980年）、生熊長幸・わかりやすい民事執行法・民事保全法〔第2版〕151頁（成文堂・2012年）、中野貞一郎＝下村正明・民事執行法578頁（青林書院・2016年）、上原敏夫＝長谷部由起子＝山本和彦・民事執行・保全法〔第6版〕150頁（有斐閣・2020年）、中西正＝中島弘雅ほか・民事執行・民事保全法〔第2版〕186頁（有斐閣・2021年）など。

(民執83条参照)、動産譲渡担保権の私的実行の場合には、このようなものは存在しない。したがって、私的実行の場合には引渡命令の制度の創設は無理なのではないかと考える。

4 新たな規定に係る動産担保権の競売手続による実行

(1) 中間試案

中間試案第3章第12「新たな規定に係る動産担保権の競売手続による実行等」は、1 新たな規定に係る動産担保権は、民事執行法190条以下の規定に基づく競売によって実行することができる、新たな規定による動産担保権の担保権者は、2 設定者に対する他の債権者が申し立てた動産に対する強制執行手続および他の担保権者が申し立てた担保権実行としての動産競売手続において、配当要求をすることができる、3 その担保権者に劣後する他の担保権者または一般債権者がその目的物を差し押さえたときは、その強制執行の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができるが、担保の目的物から被担保債権の全額の配当を受けることができるときは、この限りではない、4 [略]、5 [略]、とする。

(2) 検 討

新たな規定に係る担保権を担保物権として構成するならば、中間試案第3章第12 1～3は、考え方としては適当だと思う。2・3につき、現行法上は、民事執行法133条に配当要求をなしうる債権者に動産譲渡担保権者が挙げられていないことから、譲渡担保権を担保権的に構成する学説の多くも、配当要求による優先弁済を認めないという見解を採ってきたところである¹¹⁾。

ただ、動産の強制競売や担保権の実行としての競売においては、目的動

11) 生熊・前掲注1)担保物権法〔第2版〕298頁以下は、中間試案第3章第12 2・3と同様の解釈論を採っている。

産がまともな価額では売却されないのが実情であるから、譲渡担保権設定者からすれば、帰属清算方式により目的動産の正常な評価額を基準として清算金の支払を受けた方が有利であるといえる。したがって、動産譲渡担保権者は、譲渡担保権の実行方法として民事執行法190条以下の規定に基づく競売を任意に選択できるとする（2(1)）ならば、これに合わせて、動産がまともな価額で売却される市場を構築することが喫緊の課題になると考える。

5 所有権留保売買による留保所有権の実行

(1) 中間試案

中間試案第3章第14「所有権留保売買による留保所有権の実行」は、留保所有権の実行として、帰属清算方式および処分清算方式による私的実行ならびに民事執行法の規定に基づく競売を認めるものとする、としている。

(2) 検討

所有権留保売買の売主は、一般的に売買代金の不履行があった場合に、目的物を処分する手段を有しているといえるから、通常は帰属清算方式により実行をすることになろう。中間試案第3章第14のような取り扱いでよいと考えるが、それぞれの実行方法についての中間試案に問題があることは、上記で述べた通りである。

6 む す び

以上、新たな規定に係る動産担保権の実行手続について検討してきたが、中間試案の段階に至っても、なお大きな問題点が存在しているように私には思える。担保権者による評価額を基準とした清算金の支払または提

供があれば、設定者は目的物を引き渡さなければならないとしてよいのか(所有権留保売買の場合にはありうるかと思われるが)、処分清算方式をなお存続させる必要があるのか、被担保債権の不履行が生じたとき、譲渡担保権者は目的物を処分する権限を取得し、設定者は受戻権を失うという考えが正しいのか、などもう一度検討していただければ幸いである。とりわけ動産譲渡担保権設定者の大半が中小零細業者であり、動産譲渡担保権の目的動産の多くは設定者がその事業の継続に欠かせないものとして日常的に使用しているものであることを忘れてはならないと考える。今回の新たな規定に係る動産担保権の実行手続についての中間試案は、これまでのこの種の立法と比べても、債権者の効率的権利実現に大きく傾き、設定者の立場への配慮が乏しいもののように思われるが、そのように感じるのは私だけであろうか。

〔補遺〕

本稿2(3)(a)(ア)の帰属清算方式における受戻権の消滅時期に関して、補足説明65頁の(5)には、「昭和62年2月最判のとおり、担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合には、帰属清算の通知に加えて、その差額の支払又は提供をすることによって、担保権者が確定的に目的物の所有権を取得する」との記載があり、【案8.3.1】(2)の受戻権の消滅時期についての中間試案が、前掲最判昭和62年2月22日の考えに沿っているような説明となっているが、本稿2(3)(b)(ア)(β)で述べたように、この最判は、目的物の「適正評価額」(=客観的な価額)を基準とした清算金の支払または提供をするまでは受戻権を行使できるとしているもので、誤解を生じさせる説明になっているといえよう。