

# 担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および 「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする 新たな規定に係る担保権の実体的効力」とその問題点

生 熊 長 幸\*

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 「担保目的取引規律型」と「担保物権創設型」の対置は適切か——中間試案（前注）の問題
  - (1) 中間試案（前注）における説明
  - (2) 「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」の意義につき共通の理解はあるのか
  - (3) 担保目的取引規律型の方法により立案すると新たな規定に係る動産担保権の法的性質は当然に決まってくるものか
  - (4) 担保目的取引規律型の方法により立案すると担保物権の創設はありえないのか
  - (5) 担保物権創設型の方法により立案すると「第二質権」あるいは「非占有型質権」のような担保物権の創設となるのか
  - (6) 中間試案は、ニュートラルな立場を貫いているか
  - (7) ま と め
- [補遺] 要綱案の取りまとめに向けた検討(1)に関するコメント(1)
- 3 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力
  - (1) 担保権の効力の及ぶ範囲
  - (2) 果実に対する担保権の効力
  - (3) 被担保債権の範囲
  - (4) 担保の目的物の使用収益権限
  - (5) 使用収益以外の設定者の権限
  - (6) 担保権者の権限

---

\* 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

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力」とその問題点（生熊）

(7) 物上代位

(8) その他

(9) 根担保権

〔補遺〕要綱案の取りまとめに向けた検討(1)に関するコメント(2)

4 むすび

〔補遺〕本誌第404号掲載の拙稿に対する補遺

## 1 はじめに

2021年（令和3年）4月より開始された法制審議会・担保法制部会（部会長・道垣内弘人東京大学名誉教授。以下「部会」ともいう）は、2022年（令和4年）夏より審議のスピードを上げ、2023年（令和5年）1月20日には「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）および法務省民事局参事官室の名前で「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」（以下「補足説明」という）を公表し、同日から同年3月20日まで中間試案は、パブリックコメントに付された。

これまで、私は、公開された部会資料や部会の議事録を追いながら、検討を進め、本誌に度々論文を公表させていただいたが、中間試案の（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力」については、まだ検討させていただいていない部分もあるので、本稿ではその部分を中心に検討させていただく。

なお、「 」内の文章は、中間試案や補足説明そのままの記述であり、「 」のない文章は、私なりの要約である。

## 2 「担保目的取引規律型」と「担保物権創設型」の対置は適切か——中間試案（前注）の問題

中間試案の（前注）には、動産を目的財産とする非占有型の担保制度や債権を目的とする担保制度の規律を設ける方法としては、「担保目的取引

規律型」と「担保物権創設型」があるとして、担保目的取引規律型による立案と担保物権創設型の立案の違いにつき説明がなされている。この問題については、私は、本誌397号に論文を掲載させていただいたが<sup>1)</sup>、中間試案（前注）における説明は、基本的には従来と変わらないものであるが、さらに説明を付け加えている部分もあるので、中間試案を前提として、改めてこの問題につき検討させていただくことにした。

### (1) 中間試案（前注）<sup>2)</sup>における説明

中間試案は、（前注）において、動産を目的財産とする非占有型の担保制度や債権を目的とする担保制度の規律を設ける方法としては、①「担保目的取引規律型」、すなわち、債務を担保する目的でされた一定の種類の契約を適用の対象として、その契約の効力を定める方法と、②「担保物権創設型」、すなわち、質権、抵当権等と並ぶ担保物権を新たに創設する方法が考えられるが、この中間試案においては、担保取引に関する実質的なルールの内容についての試案を示すこととし、特段の言及のない限り、担保目的取引規律型によるか担保物権創設型によるかは中立的に表現することとしている、と述べている。

（前注）は、次のようにいう。担保目的取引規律型による場合は、例えば、債務を担保する目的で動産の所有権を移転する契約、債務を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約の効力等について民法等の特則を設けることが考えられる。動産や債権を目的財産とする担保取引としては、現行法においては、動産譲渡担保や所有権留保などの取引形式が用いられており、このような形式との連続性がある点で実務上も受け入れられやすいと考えられる。これに対して、担保物権創設型は、抵当権や質

---

1) 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)——法制審議会担保法制部会の議論に寄せて」立命館法学397号94頁以下（2021年）。

2) 中間試案 1頁。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

権等と並ぶ新たな担保物権を創設するものであるから、この方法によって設けられた規定は、動産譲渡担保や所有権留保の形式が用いられた取引などには、直接的には適用されないことになる。そこで、担保物権創設型による場合には、担保物権を創設するだけでなく、債務を担保する目的で動産の所有権を移転する契約、債務を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約などの担保取引については、新たな担保物権を設定する契約とみなすなどの規定を併せて設ける必要がある。

担保物権創設型についてこのようなみなし規定を設けるとすれば、担保目的取引規律型と担保物権創設型は規定の方法の違いに過ぎず、ほぼ同様の実質を規律することができるとも考えられる。ただし、動産譲渡担保は形式的には目的財産である動産の所有権を移転する契約であるから、例えば民法178条が適用されることになる。これに対して、新たな担保物権を創設し、対抗要件を引渡しとする場合には、同条は当然には適用されないから、別途規定を設ける必要がある。このように同じ実質を実現するとしても、必要となる規定が異なる場合がある。

そのうえで（前注）は、上記のように、中間試案は、担保目的取引規律型によるか担保物権創設型によるかは中立的に表現することとしている、と述べているのである。

## (2) 「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」の意義につき 共通の理解はあるのか

### (a) 問題の所在

そもそも、「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」の意義につき、共通の理解があるのかが問題となる。この点は、担保法制部会の会議の早い段階から問題となっていたが、結局十分煮詰められないまま中間試案に至ったように思われる。そのため、「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」と、それらにより創設された新たな規定に係る動産担保権の法的構成が密接に結びついているのか、担保目的取引規律型の方法によ

り立案すると担保物権の創設はありえないのか、担保物権創設型の方法により立案すると「第二質権」あるいは「非占有型質権」のような担保物権の創設となり、動産譲渡担保権や留保所有権は「第二質権」あるいは「非占有型質権」とみなすという扱いになるのか、などの疑問が生ずるが、これらについては担保法制部会ではいまだ説明されていないように思われる。

#### (b) 担保法制部会における議論

(ア) 笹井朋昭幹事の発言 担保法制部会の事務局の中心を担ってこられた笹井幹事(法務省民事局参事官)は、部会で度々次のように発言されている<sup>3)</sup>。担保目的取引規律型は、譲渡担保の場合、形式的には債権者に所有権が移転するという形をとる、所有権が移転したのであって、担保物権とは質的に少し違っている、担保物権創設型の場合は、新たな規定に係る動産担保権は、現在の典型担保物権に近いものということになる。

笹井幹事のこの発言からは、「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」とそれらにより創設される新たな規定に係る動産担保権の法的構成は密接に結びついているように見える。

(イ) 道垣内部会長の発言 それに対して、道垣内弘人部会長は、次のように述べられており、笹井幹事の発言とニュアンスがかなり異なっている。私自身は、この資料とは立場が異なるのかもしれないが、担保目的取引規律型を採った場合、笹井幹事と異なり、所有権の移転が原則になると考える必要はないと思う、所有権が移転しているという言葉遣いをしたとしても、通常の売買における所有権の移転と、所有権という概念自体を容許させているので、所有権移転がどういう意味を持つのかは変わってくるだろう<sup>4)</sup>。

部会長のこの発言からは、「担保目的取引規律型」と新たな規定に係る

---

3) 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)——法制審議会・担保法制部会の議論に寄せて——」立命館法学397号94～105頁参照(2021年)。

4) 第2回会議議事録14頁。

動産担保権の法的構成は、直接的には結び付いていないように窺える。

（ウ）水津太郎幹事の発言<sup>5)</sup> 水津幹事は、次のように発言されている。担保目的取引規律型と担保物権創設型とが対置されているが、扱っている問題がややずれているのではないかと、担保目的取引規律型は、債権担保の目的でされた契約の効力等を定める方法をとるものであり、担保物権創設型は、債権者が取得する権利を、新たに創設される典型担保物権と構成するものである、部会資料では、担保目的取引規律型によると、債権者が取得する権利は、「担保所有権」とされているが、新たに創設される典型担保物権が、制限物権型のものでなければならぬ理由はない、そうであるとする、担保目的取引規律型を担保物権創設型から区別する意味が分かりにくくなる気がする。

このように、担保目的取引規律型と担保物権創設型の意味について、共通の理解があるのかが疑問となる。以下、具体的な問題につき検討する。

### （3）担保目的取引規律型の方法により立案すると新たな規定に係る動産担保権の法的性質は当然に決まってくるものか

#### （a）笹井幹事の発言

笹井幹事は、(2)(b)(ア)で見たように、担保目的取引規律型により立案すると、譲渡担保の場合、形式的には債権者に所有権が移転したのであって担保物権とは質的に少し違っていると述べられる。笹井幹事は、新たな規定に係る動産担保権がどのように担保物権と違うのかについては明確に述べられていないが、担保物権とは少し質的に異なった法的性質を持った新たな規定に係る動産担保権が導かれると考えておられるようである。

このような笹井幹事の発言などからすると、担保目的取引規律型を採用か担保物権創設型を採用かで、債権者に認められる新たな規定に係る動産担保権の法的性質に違いが生ずるように見える。しかし果たしてそうなのか。

---

5) 第2回会議事録20頁。

なお、中間試案は、新たな規定に係る動産担保権につき、「担保権」という表現を使用している。したがって、債権者が取得する権利は、「担保権」であることには異論がないようであるが、これを「担保物権」と理解するとどのような支障が生ずるのかは、定かではない。

## (b) 検 討

担保目的取引規律型とは、仮登記担保法が、この法律は、債権担保目的の代物弁済の予約や停止条件付代物弁済契約等の効力等に関し特別の定めをするものとする（仮登記担保1条）としているのに倣ったものであるが、現在の譲渡担保権あるいは所有権留保についての最高裁判例のように、債権担保目的で目的物の所有権を移転することを目的とする契約（売買契約や譲渡契約など）あるいは代金債権担保目的で目的物の所有権を売主に留保する契約（所有権留保特約付き売買契約）が締結された場合に、民法の定める債権者への所有権移転や売主への所有権留保の効力をそのまま認めるのではなく、債権担保目的に制限して債権者への所有権移転や売主への所有権留保の効力を認めるという形で立案する方法であるということができよう<sup>6)</sup>。

つまり、笹井幹事は、担保目的取引規律型というものは、動産を目的財産とする非占有型の担保制度や債権を目的とする担保制度の規律を、最高裁判例の譲渡担保契約や所有権留保売買契約についての解釈論のような形で立案する方法であると考えられているのではないと思われる。

しかし、中間試案の様々な規律に見るように（第1章第1 5(1)で新たな規定に係る動産担保権の重複設定を認め、第1章第1 7で新たな規定に係る動産担保権に物上代位を認め、第2章第5 1で同一の動産に設定された新たな規定に係る動産担保権と動産質権との関係を優劣関係として扱い、第3章第8 1および第12で新

---

6) 現在の最高裁判例は、譲渡担保権設定当事者間の問題（対内的関係）においては原則として担保権的構成に立つが、設定当事者の一方と第三者との関係（対外的関係）においては、設定者の有する権利の公示が十分になされないため、所有権的構成に立つことが多いが、担保権的構成に立つ判例も見られるというべきであろう（生熊長幸・担保物権法〔第2版〕282頁参照（三省堂・2018年））。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

たな規定に係る動産担保権に基づく競売手続による実行を認めるなど）、中間試案では、新たな規定に係る動産担保権の法的性質は、現在の最高裁判例の考え方とは大きく異なり、徹底して担保物権というべきものになっている。このことから明らかなように、債権担保目的に制限して契約の効力を認めるという形で立案するといっても、どの程度債権担保目的に制限して契約の効力を認めるかは論者により大きな幅があることから、担保目的取引規律型により立案される新たな規定に係る動産担保権の法的性質としては、様々なものが考えられるということになるのではなかろうか（(2)(b)(i)の道垣内部会長の発言参照）。すなわち、新たな規定に係る動産担保権の法的性質は、債権担保目的の契約ではあるけれど所有権移転あるいは所有権留保の効力をできるだけ維持しようという考えをとると、所有権の要素を大きく残したものとなり、債権担保目的の契約なのだから所有権移転あるいは所有権留保の効力を弱めて、担保物権としての効力を強めようという考えをとると、担保物権の要素を大きく取り入れたものとなり、さらには、債権担保目的の契約なのだから所有権移転あるいは所有権留保の効力をなくして、担保物権としての効力だけを認めようという考えをとると、端的に担保物権ということになる。このことは、現在の動産あるいは不動産を目的とする譲渡担保契約の解釈論として、譲渡担保権の法的性質について様々な考えが展開されている<sup>7)</sup>ことから容易に想像することができる。

したがって、担保目的取引規律型による立案といっても、それにより債権者に認められる新たな規定に係る動産担保権の法的性質については、笹井幹事の考えが唯一のものではなく、様々な考えがありうるというべきではなかろうか。

#### (4) 担保目的取引規律型の方法により立案すると担保物権の創設はありえないのか

(3)(b)で述べたように、担保目的取引規律型というのは、債権担保目的の

---

7) 道垣内弘人・担保物権法〔第4版〕304頁以下（有斐閣・2017年）、生熊・前掲注6）担保物権法〔第2版〕282頁以下など参照。



売買契約や譲渡契約あるいは代金債権担保のための所有権留保特約付き売買契約が締結された場合に、その契約に民法の定めによる所有権移転の効力あるいは売主への所有権留保の効力をそのまま認めるのではなく、債権担保目的に制限して契約の効力を認めるという形で立案する方法ということになるが、債権担保目的の契約の効力を債権担保目的に制限して認めるという形で立案したとしても、結局のところその契約の効力として債権者および設定者にいかなる権利が認められるかにつき規律を設けることになる。このことは、中間試案の大部分が、新たな規定に係る担保権が設定された場合に、債権者および設定者にそれぞれどのような権利が認められるかについての規律で占められている（中間試案「第1章 担保権の効力」、「第2章 担保権の対抗要件及び優劣関係」、「第3章 担保権の実行」）ことから明らかであろう。

そして、担保目的取引規律型の方法により立案した場合、債権者にいかなる権利を認めることになるかについては、(3)(b)で見たように様々な考えがありうるのであるから、債権者に認められる権利を担保物権とすることが排除されるということにはならないというべきであろう。現に中間試案に示された債権者の権利についての規律を全体として見れば、それは担保物権であるということも十分可能であると思われる。したがって、担保目的取引規律型の方法により立案しても、担保物権の創設はありうるというべきであるから、担保目的取引規律型と担保物権創設型とを対置するのは適当ではないというべきであろう。

(5) 担保物権創設型の方法により立案すると「第二質権」あるいは「非占有型質権」のような担保物権の創設となるのか

(a) 笹井幹事の発言と中間試案（前注）の記述

笹井幹事は、担保物権創設型の場合は、新たな規定に係る動産担保権は、現在の典型担保物権に近いものということになるとされる。

また、中間試案（前注）には、前掲のように、所有権移転の形式を採っ

た動産譲渡担保権あるいは所有権留保の形式を採った留保所有権といったものは、担保物権創設型では排除されるから、債務担保目的で動産の所有権を移転する契約、債務担保目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約などの担保取引については、新たな規定に係る動産担保権を設定する契約とみなすなどの規定を併せて設ける必要があるとする記述が見られる。

## (b) 検 討

このような笹井幹事の発言や中間試案（前注）の記述からすると、おそらく担保物権創設型で立案した場合は、新たな規定に係る動産担保権は、例えば「第二質権」あるいは「非占有型質権」といった名称を有する制限物権型担保物権になり、新たな規定に係る動産担保権は、例えば「第二質権」設定契約あるいは「非占有型質権」設定契約により設定されるということになるのではないと思われる。

しかし、私は、担保物権創設型で立案するということが、非占有型動産担保権を担保物権として立案することを意味していることにはなるが、「第二質権」あるいは「非占有型質権」といった名称を有する担保物権を新たに創設するのではなく、債務担保目的で動産の所有権を債権者に移転する売買契約や譲渡契約などにより債権者に認められる権利を動産譲渡担保権とし、売買代金債権等の債権を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する契約により売主に認められる権利を留保所有権とするという方法で、動産譲渡担保権および留保所有権を法律上の担保物権として創設することも可能だと考える。実際、中間試案は、(3)(b)で見たように、多くの場面で新たな規定に係る動産担保権を担保物権とほぼ同様に扱っていると見ることができるから、私には、中間試案は、担保物権創設型で立案されているといっても過言ではないように思える。

なお、動産譲渡担保権および留保所有権が制限物権型担保物権なのかであるが、制限物権とは、その権能が所有権の権能の一部に制限され、また

その限度で所有権の内容を制限する物権<sup>8)</sup>ということであれば、動産譲渡担保権および留保所有権も制限物権といって差し支えないであろう<sup>9)</sup>。

(6) 中間試案は、ニュートラルな立場を貫いているか

(a) 問題の所在

担保目的取引規律型と担保物権創設型の意義について、共通の理解がないということになれば、中間試案は立案の方法について中立的に表現する立場を貫いているかを問題にする意味はないのであるが、担保目的取引規律型と担保物権創設型の意義について仮に笹井幹事や中間試案(前注)のような考え方を前提とした場合、中間試案は、中立的に表現する立場を貫いているかを見てみよう。

(b) 妨害予防請求権等に関する規律

中間試案第1章第1「5 使用収益以外の設定者の権限」(3)に、新たな規定に係る動産担保権の設定者は、目的物の占有を第三者に妨害されるおそれがあるとき等はその第三者に対する妨害予防の請求権等を行使できるものとするという規律を設けている。中間試案第1章第1「6 担保権者の権限」には、これに対応する規律は存在しない。この中間試案は、部会資料21(担保法制の見直しに関する中間試案のたたき台(1))第1 5(3)および第1 6をほぼ踏襲している。

部会資料21をもとに審議された担保法制部会第25回会議において、道垣内部会長は、次のように発言されている。新たな規定に係る動産担保権の「法的な性質決定というのは隠れているはずなのです。つまり、所有権がどこにあるのか、それは所有権は設定者にあつて、担保権者といわれる人にはいわゆる制限物権としての担保権だけがあるのか、そういうことは一

---

8) 山野目章夫・物権法〔第5版〕2頁(日本評論社・2012年)、松岡久和・物権法2頁(成文堂・2017年)。

9) 高木多喜男・担保物権法〔第4版〕2頁参照(有斐閣・2005年)。

応、いろいろな条文から帰納して結論が出てくるのだらうけれども、最初の段階で担保権の設定ですと書くのか、所有権が担保の範囲で移っているのですと書くのかというふうな大上段の規律を置いていないのですよね。」「今の笹井さんの説明は、本当かなという気が私にはするのですが、どちらかといえば、これ（筆者注：部会資料21第1 5(3)の規律）は所有権が担保の目的の範囲で移転しているということがどこかの頭の中に残っていて、だから設定者は（筆者付加：妨害予防請求等を）できないかもしれない、物権帰属していないかもしれない、では（筆者付加：設定者が妨害予防等の請求権を行使できることを）書かなければいけない、それに対して担保権者の方は、そういう意味で物権が帰属しているのは明らかだから書かなくていいと、こういうので出来上がっているのではないかと思うので、これは恐らく何かの法律構成が黙示にというか、何となく前提とされてしまっていて、そこら辺を心を静めてニュートラルにという気持ちになって書かないと、いろいろなところでそごが生じてくるのではないかという気がします。すみません。」<sup>10)</sup>、と発言されている。

道垣内部会長の指摘の通り、確かにこの部分の規律は、笹井幹事の採られる担保目的取引規律型→所有権的構成を前提としたものであるということが出来る。それでは、ニュートラルに規律を作るということになると、どのようになるのか。おそらく動産譲渡担保権の法的性質については、現在のほとんどの学説は、債権者の側にも設定者の側にも何らかの物権的な権利があると考えているとあってよいと思われるから、中間試案第1章第1「5 使用収益以外の設定者の権限」にも「6 担保権者の権限」にも、第三者に妨害されるおそれがあるとき等はその第三者に対する妨害予防の請求権等を行使できるものとするという規律を設けるか、いずれにもこの種の規律を設けないということになるのではないかと思われる。しかし、中間試案は、部会資料21をほぼ踏襲しているから、担保目的取引規律型に

---

10) 第25回会議事録34頁〔部会長発言〕。

より立案するか担保物権創設型により立案するかにつき中立的に表現する立場を貫いているとはいえないことになる。

- (c) 中間試案（前注）「担保物権創設型についてこのようなみなし規定を設けるとすれば、担保目的取引規律型と担保物権創設型は規定の方法の違いに過ぎず、ほぼ同様の実質を規律することができるとも考えられる（ただし、……。このように、同じ実質を実現するとしても、必要となる規定が異なる場合がある。）」としている部分

もちろん第二質権あるいは非占有型質権といった担保物権を創設する場合には、動産所有権移転の対抗要件を引渡しとする178条は適用されないから、第二質権あるいは非占有型質権は、目的動産の占有改定による債権者への引渡しを対抗要件とするという規定が必要となるのは当然であるが、担保目的取引規律型による立案であっても、債権者の取得する新たな規定に係る動産担保権は、所有権そのものではなく、しかも解釈論ではなく立法を前提としているのであるから、その対抗要件として民法178条が適用されるというのは問題であり、中間試案第2章第4 1(1)のような規律が必要となると考えるべきであろう。

- (d) 中間試案において、同一の動産につき新たな規定に係る動産担保権の重複設定を認め（中間試案第1章第1 5(1)）、また、新たな規定に係る動産担保権が設定された動産に動産質権の設定を認める（中間試案第2章第5 1）規律になっている部分

笹井幹事の考えられるように、担保目的取引規律型は、譲渡担保の場合、形式的には債権者に所有権が移転するという形をとる、所有権が移転したのであって、担保物権とは質的に少し違っているということになると、設定者は所有者ではないから、目的物の上に重ねて新たな規定に係る動産担保権や動産質権を設定できないことになる。道垣内部会長の採られる設定者留保権説の場合にも、設定者の有している権利は設定者留保権である

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

から、設定者留保権に担保権の設定をすることはできるが、目的物に重複して譲渡担保権は設定できないとされている<sup>11)</sup>。これに対して、中間試案は、中間試案第1章第1「5 使用収益以外の設定者の権限」(1)において、「新たな規定に係る動産担保権は、同一の目的物の上に重複して設定することができるものとする。」として、動産譲渡担保権設定者が同一の目的動産につき重複して動産譲渡担保権を設定することを認める立場であり、設定者留保権のようなものに担保権が設定されるというものではない。また、「第2章 担保権の対抗要件及び優劣関係」第5 新たな規定に係る動産担保権と他の担保物権との優劣関係「1 動産質権と新たな規定に係る動産担保権との優劣関係」は、動産譲渡担保権を設定した目的動産に設定者は動産質権を設定することができることを前提とした規律となっており、この場合も設定者留保権のようなものに動産質権が設定されるわけではない。このように、中間試案が、新たな規定に係る動産担保権の設定された目的物の上に重ねて新たな規定に係る動産担保権や動産質権を設定できるとしていることは、新たな規定に係る動産担保権を担保物権として扱い、設定者を所有者として扱っているというべきではなからうか。

(e) 担保目的取引規律型・担保物権創設型という振り分けは立法作業において足かせになっているのではないか

このように、極めて優秀な専門家集団による作業においてさえ、担保目的取引規律型・担保物権創設型にニュートラルな規律を作るという作業は貫徹していないし、貫徹することはできない事態に陥っているのではなからうか。

## (7) ま と め

(a) 中間試案の（前注）の考え方

以上の検討からすれば、中間試案（前注）は、動産を目的財産とする非

---

11) 道垣内・前掲注 7) 担保物権法〔第4版〕319頁。

占有型の担保制度や債権を目的とする担保制度の規律を設ける方法としては「担保目的取引規律型」と「担保物権創設型」が考えられるとして、その二つを対置させ、「担保目的取引規律型」による立案の場合には、債権者に認められる権利は、所有権移転の形式を採った動産譲渡担保権あるいは所有権留保の形式を採った留保所有権といったものになるが、これは担保物権と質的に少し異なるものであって、担保物権の創設にはならない、他方、「担保物権創設型」による立案の場合には、所有権移転の形式を採った動産譲渡担保権あるいは所有権留保の形式を採った留保所有権といったものは排除され、抵当権や質権のようなもの（筆者によれば、「第二質権」または「非占有型質権」のようなもの）が担保物権として創設される、という考えに立っているのではないと思われる。

#### (b) 私 見

私は、次のように考える。「担保目的取引規律型」というのは、債権担保目的の売買契約や代金債権担保目的の所有権留保売買契約の効力を現行民法に比べてどのように規制するかに重点を置いた説明であり、これによっても動産譲渡担保権や留保所有権といった担保物権を創設することはできると考える（前掲(2)(b)(ウ)の水津幹事の発言は、担保目的取引規律型により立案した「担保所有権」を新たに創設される典型担保物権とすることも妨げられないとする趣旨と思われるが、そうすると私見と同じことになる）。これに対して、「担保物権創設型」というのは、契約により債権者に認められることになった権利に重点を置いた説明であって、新たな規定に係る動産担保権「設定契約」により「設定される」という用語に拘らずに、債権担保目的で動産の所有権を債権者に移転する売買契約や譲渡契約などにより債権者に認められる権利を動産譲渡担保権とし、売買代金債権等の債権を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する契約により売主に認められる権利を留保所有権とするという形で、動産譲渡担保権や留保所有権といった担保物権を創設することはできると考える。



担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

このような私見によれば、「担保目的取引規律型」と「担保物権創設型」は、観点の違いに過ぎず、非占有型の担保制度や債権を目的とする担保制度の規律を設ける二つの方法として対立させるのは適切ではないということになる。

### (c) 結 論

以上の検討から、「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」の意味についても共通の理解があるとはいえないのであるから、このような用語の使用は混乱を招くと考える。

したがって、今回の立法作業において「担保目的取引規律型」および「担保物権創設型」という用語を対置させて使用するべきではなく、債権者および設定者間の法律関係および第三者との関係、実行方法等についての規律を明らかにすることで足り、それをもとに法案を作成していけばよいと考える。そして、中間試案により認められようとしている新たな規定に関する動産担保権は、まさに担保物権と呼ぶのに相応しいものになっていると私には思える。

### 〔補遺〕 要綱案の取りまとめに向けた検討(1)に関するコメント(1)

中間試案に対するパブリックコメントを経て（寄せられた意見は73通）、2023年4月25日に開催された担保法制部会第32回会議に提出された「担保法制部会資料28 担保法制の見直しに関する要綱案の取りまとめに向けた検討(1)」(以下「要綱案の取りまとめに向けた検討(1)」という)および『「担保法制の見直しに関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要（第3まで）」が、本稿の三校の時点で公表された。これらは、本稿に直接関係するものなので、簡単に触れておきたい。

#### (1) 要綱案の取りまとめに向けた検討(1)

「第1 新しい担保制度の規律方法等



1 新しい担保制度の規律方法等

動産等を目的とする担保取引についての新たな規定を設けるに当たっては、譲渡担保契約（その内容は後記 2 参照）や所有権留保契約を定義し、これらの契約の効力について規定を設けることとしてはどうか。」

(2) 説 明

本文は、新たに担保取引に関する規定を設けるに当たって、「動産抵当権」や「非占有質権」などの名称を有する物権を新たに設けるのではなく、譲渡担保契約や所有権留保契約を定義し、これらの契約の効力（これらの契約に基づいて譲渡担保権者や留保所有権者が有することとなる権利の具体的な内容等）について規定を設けるという方法を提案するものである。これは、現在の実務上譲渡担保等の取引形式が用いられており、その取引形式の効力等を規律する方が、現在の実務との連続性の観点からも受け入れられやすいと考えられることなどによる。なお、これらの契約の結果として譲渡担保権者や留保所有権者が有することになる権利を理論的にどのように説明するかについては解釈に委ねられ、例えば譲渡担保権が新たに設けられた担保物権であるという理解をおよそ否定するものではない。

(3) 検 討

要綱案の取りまとめに向けた検討(1)からは、担保目的取引規律型および担保物権創設型という用語は消え、両者を対置させていたこれまでの取扱いが改められた。この方向性は支持されてよいと考える。

### 3 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力

中間試案「第 1 章 担保権の効力」の「第 1 個別動産を目的財産とす

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力」とその問題点（生熊）

る新たな規定に係る動産担保権の実体的効力」は、以下の(1)から(9)に掲げるような規律を定めている。一見するところ特に問題はないように見えるが、結構問題を抱えていると考える。

## (1) 担保権の効力の及ぶ範囲

### (a) 中間試案

#### 第1章第1「1 担保権の効力の及ぶ範囲」

「新たな規定に係る動産担保権は、目的物に従として付合した物及び設定との先後を問わず設定者が目的物に附属させた従物（注1、2）に及ぶものとする。

ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び債務者の行為について民法第424条第3項に規定する詐害行為取消請求をすることができる場合は、この限りでないものとする。

（注1）本文において担保権の効力が及ぶとされる物をどのように表現するかについては、「付加一体物」という表現を用いることの可否も含めて今後検討する。

（注2）設定後に附属させられた従物については解釈に委ねるべきであるとの考え方がある。」

### (b) 補足説明<sup>12)</sup>

（ア）新たな規定に係る動産担保権の目的物である動産の付合物 抵当権および不動産質権は、目的物の付加一体物に及ぶとされ（民370条、361条）、付合物は、担保権設定と付合との先後を問わず付加一体物に当たり、担保権の効力が及ぶと考えられている。そして、現行法の譲渡担保権については、抵当権に関する民法370条が類推適用され、その効力が付加一体物に及ぶとするのが通説であり、これによると担保権設定と付合との先後を問わず、担保権の効力は付合物に及ぶと考えられる。そこで、新たな規定に

---

12) 補足説明 5～6頁。

係る動産担保権の目的である動産に従として物が付合した場合についても、1の本文で、担保権の効力は付合物に及ぶこととしている。

(イ) 新たな規定に係る動産担保権の目的物である動産の従物 現行法の譲渡担保権については、民法370条を類推適用するなどにより、従物が附属させられた時期にかかわらず従物に効力が及ぶとするのが通説であるといわれている。従物が主物の効用を継続的に高めていることからすると、新たな規定に係る動産担保権の場合についても、現行法の譲渡担保権についての通説と同様に、設定者が従物を附属させた場合には、設定との先後を問わず担保権の効力は従物にも及ぶすることに合理性があると考えられるため、1の本文で、その旨を記載している。

(ウ) 混和物または加工物 新たな規定に係る動産担保権の目的財産である動産について混和が生じた場合には、付合におけるこの(補足説明)の前記(ア)と同様の取扱いとするのが相当と考えられる(民245条参照)。

加工物については、加工された動産に担保権が設定されていた場合には、民法246条の区分に従い、設定者が加工物の所有権を取得するときは担保権が加工物に及び、加工者がその所有権を取得するときは担保権は加工物には及ばないが、償金に物上代位権を行使できるとすることが相当と考えられる。

(エ) 担保権の効力が及ぶ範囲を表現する文言 この(補足説明)の前記(ア)から(ウ)までの実質をどのように表現するか。民法370条の文言に従って「付加して一体となっている物」と表現することが考えられるが、目的物が不動産である場合と異なる問題もあるため(不動産に動産が付加する場合は、その主従関係は基本的には明確であるが、動産に動産が付加する場合は、両者の主従関係は様々であるため、これに応じた法律関係の検討が必要となる)、(注1)において、担保権の効力が及ぶとされる物をどのように表現するかについては、「付加一体物」という表現の可否を含めて今後の検討課題としている。

(オ) 担保権の効力の及ばない場合 目的物に従として付合した物や設

定者が目的物に附属させた従物であっても、設定行為に別段の定めがある場合や債務者の行為について民法424条3項に規定する詐害行為取消請求をすることができる場合には、新たな規定に係る担保権の効力を及ぼすべきではないため、その旨を第1 1本文ただし書に示している。

もっとも、設定行為に別段の定めがある場合であっても、民法370条ただし書の抵当権における別段の定めと異なり、これを公示する手段がない。この場合には、別段の定めによって除外された部分についてはそもそも担保権が及んでいないから、担保権の実行手続において目的物を買収した者はその従物を取得することができないものとしつつ、第三者保護については即時取得の規律によるということが考えられる。

#### (c) 検 討

この提案は、民法242条の「不動産の所有者は、その不動産に従として付合した物の所有権を取得する。」に倣うとともに、「設定との先後を問わず設定者が目的物に附属させた従物」にも及ぼすものであり、内容的には問題がないと考える。他方、民法370条は、抵当権の効力の及ぶ範囲につき、抵当権は、「その目的である不動産」「に付加して一体となっている物に及ぶ。ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び債務者の行為について民法第424条第3項に規定する詐害行為取消請求をすることができる場合は、この限りでないものとする。」とする。そこで、この中間試案についても、（注1）において、「本文において担保権の効力が及ぶとされる物をどのように表現するかについては、「付加一体物」という表現を用いることの可否も含めて今後検討する。」としている。

民法242条は、ある物の所有権を取得した場合にその物の付合物および従物も取得するとする規定であり、抵当権の効力の及ぶ範囲を定める民法370条は、ある物に担保権の設定を受けた場合にその担保権の効力はその物の付加一体物に及ぼすとする規定である。付加一体物は、その物の所有権の一部である付合物のほか、主物の常用に供するために主物に附属させた主物

から独立して所有権の対象となる従物も含むと解される<sup>13)</sup>。したがって、担保権の効力の及ぶ範囲につき、中間試案のように、従物概念を使用しても、付加一体物概念を使用しても、その範囲に違いが生じてくることはないと考えられるが、中間試案は、担保取引によって債権者が得ることとなる権利を「新たな規定に係る動産担保権」と呼んでいるように、担保権と位置づけているのであるから、抵当権の効力の及ぶ範囲を定める民法370条に準じて付加一体物とした方が、民法典との整合性が取れるといえる。(補足説明)には、「動産に動産が付加する場合は、両者の主従関係は様々であるため、これに応じた法律関係の検討が必要となる」とする部分があるが、付加一体物といえるかどうかの解釈論に任せればよいのではなかろうか。

## (2) 果実に対する担保権の効力

### (a) 中間試案

第1章第1「2 果実に対する担保権の効力」

「新たな規定に係る動産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、目的物の果実から優先弁済を受けることができるものとする。」

### (b) 補足説明<sup>14)</sup>

現行法の譲渡担保権について、賃料への物上代位が認められるかについては争いがある。新たな規定に係る動産担保権については、被担保債権について債務不履行があったときは、担保権者は、天然果実のほか、賃料などの法定果実からも優先弁済を受けることができるとするのが相当であり、目的物の果実から優先弁済を受ける範囲を不履行後に生じた果実に限定する必要もないと考えられる。そこで、第1 2のような規律にしている。

---

13) 生熊・前掲注 6) 担保物権法〔第2版〕34頁以下参照。

14) 補足説明 7頁。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

### (c) 検 討

この提案は、非占有担保である抵当権に関する民法371条の規定にほぼ準ずるものであるが、民法371条が「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。」としているのに対して、中間試案は、「目的物の果実から優先弁済を受けることができるものとする。」として、被担保債権の債務不履行より前に生じたが、設定者によりまだ收取されていない果実からも、新たな規定に係る動産担保権の担保権者は被担保債権の優先弁済を受けることができるとしている。

これは、民法371条の解釈論として、中間試案と同様の解釈論が有力なため、これに依拠したものといえるが、私見のように、非占有担保の場合には、被担保債権の債務不履行より前に生じたが、設定者によりまだ收取されていない果実については、担保権の効力は及ばないという考え方からすれば<sup>15)</sup>、中間試案も、民法371条に準じた規律にすべきということになる。

## (3) 被担保債権の範囲

### (a) 中間試案

#### 第1章第1「3 被担保債権の範囲」

「新たな規定に係る動産担保権は、元本、利息、違約金、担保権の実行の費用及び債務の不履行によって生じた損害の賠償を担保するものとする。

ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでないものとする。」

### (b) 補足説明<sup>16)</sup>

新たな規定に係る動産担保権について、当事者の意思を推測して、原則的な被担保債権の範囲を定めるものである。質権の被担保債権の範囲に関する民法346条にほぼ準じているが、質権実行の費用には、質物の評価費

---

15) 生熊・前掲注 6) 担保物権法〔第2版〕44頁参照。

16) 補足説明 8頁。

用など簡易な弁済（同法354条）をするための費用が含まれる一方、執行手続の中で回収される競売費用が含まれないことを踏まえ、新たな規定に係る動産担保権についても、私的実行を認める以上、これに要する費用を被担保債権の範囲に含める必要があるからである。なお、本文では、民法375条のように、利息等について「最後の二年分」を限度とする制約は設けていないが、これは占有改定を含む引渡しを新たな規定に係る動産担保権の対抗要件とし、被担保債権自体が公示されない以上、このような制約を設ける必要性に乏しいと考えられることによる。

### (c) 検 討

この規律は、質権の被担保債権の範囲に関する民法346条にほぼ準じており、3の規律自体については問題はない。

しかし、（補足説明）にあるように、民法375条のように、利息等について「最後の二年分」を限度とする制約は設けていないという点は妥当であろうか。動産質権の場合は、占有質であり担保権者である質権者が目的動産を直接占有するのが原則であるので（民法344条および民法345条による質権設定者による代理占有の禁止）、通常後順位の質権の設定はなされないから、質権の被担保債権の範囲に関する民法346条の規定は特に問題はない。これに対して、新たな規定に係る動産担保権（動産譲渡担保権および留保所有権）の場合は、非占有担保であり（中間試案第1章第1 4）、中間試案は、新たな規定に係る動産担保権は、同一の目的物の上に重複して設定することができるとして（中間試案第1章第1 5(1)）、後順位の新たな規定に係る動産担保権の設定を予定している。そうであるとするならば、被担保債権の範囲に関する規律も、占有担保である質権の規定に準ずるのではなく、非占有担保である抵当権の規定に準ずることが妥当であるという考え方も出てくるであろう。

なぜなら、中間試案第1章第1 3によれば、利息、違約金、および債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部につき、動産譲渡担保権者は

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効性」とその問題点（生熊）

目的動産から優先弁済を受けることができることになるが、第1順位の動産譲渡担保権者が被担保債権の弁済期到来後も、長期間譲渡担保権の実行をしないでいると、利息と比べて遅延損害金の率は高いので（利息制限法1条および4条によると、元本の額が100万円以上の場合、利息の上限金利は年15%であるが、遅延損害金の上限は元本の年21.9%となる。動産譲渡担保権者には、悪質な金融業者なども含まれる。）、遅延損害金がどんどん膨らんでいき、第1順位の譲渡担保権者が譲渡担保権の実行をする時点では、目的動産の換価代金はすべて第1順位の譲渡担保権者の被担保債権の弁済に充てられ、後順位譲渡担保権者は被担保債権の弁済を受けられないという事態が生じる。このような場合、後順位譲渡担保権者の被担保債権についても履行遅滞になっているのが普通であろうから、第1順位の動産譲渡担保権者が速やかに譲渡担保権の実行に取りかからないときは、後順位譲渡担保権者が自ら目的動産につき譲渡担保権の実行をすればよいのであるが、中間試案「第3章 担保権の実行」「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る担保権が設定された場合の取扱い」「1 劣後担保権者による私的実行の可否及び要件」は、後順位担保権者は「優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り、私的実行をすることができるものとする。」としているから、後順位譲渡担保権者は容易には自ら目的動産につき譲渡担保権の実行をすることができない。したがって、中間試案第1章第1 3のような規律では、後順位譲渡担保権の設定を受ける債権者の登場はほとんど期待できないであろう。

もっとも中間試案は、新たな規定に係る担保権は、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もできるとするから（中間試案第3章第8 1③、第12 1）、先順位譲渡担保権者が目的動産につき私的実行をしないでいる場合には、後順位譲渡担保権者は、担保権実行としての動産競売を申し立てることによって、先順位譲渡担保権者が実行をしないことによる遅延損害金の増大、したがって後順位譲渡担保権者の被担保債権の優先弁済の額の減少を防止することは可能であるが、動産競



売の手続では、中古動産は二束三文で買い受けられることが多いから、後順位譲渡担保権者の被担保債権の弁済にまで配当が回ってくることはほとんど期待できないのではなかろうか。

(補足説明)は、利息等について「最後の二年分」を限度とする制約を設けない理由として、被担保債権自体が公示されない以上、このような制約を設ける必要性に乏しいことを挙げているが、後順位動産譲渡担保権の設定を受ける者は、正確な情報が得られるかどうかはともかくとして、譲渡担保権設定者に先順位譲渡担保権者の被担保債権額、利息、弁済期などの融資条件を問い合わせ、そこで得られた情報などを参考に、融資の額、利率など融資条件を決めて後順位譲渡担保権の設定を受けることになるのであるから、中間試案が、担保余力の効率的な利用として、中間試案第1章第1 5 (1)で後順位譲渡担保権の設定を認める規律を置くのであれば、被担保債権の範囲に関する規律も、非占有担保である抵当権の規定に準じて、利息、遅延損害金と通算して2年分を超えることができないとする制約を設ける必要があると私は考える。

#### (4) 担保の目的物の使用収益権限

##### (a) 中間試案

第1章第1「4 担保の目的物の使用収益権限」

「新たな規定に係る動産担保権は、その内容に使用収益権を含まず、設定者が目的物の使用収益をすることができるものとする。」

##### (b) 補足説明<sup>17)</sup>

新たな規定に係る動産担保権は、設定者が目的物を使用収益しながら担保化するニーズに対応しようとするものであるため、本文はその旨を規定している。なおこの設定者が有する使用収益権限は、担保目的物の物権的な使用収益権限のことを指しており、当事者間で担保権者が使用収益をす

---

17) 補足説明 7～8頁。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

ることが合意されているとしても、それは賃貸借契約等に基づく債権的な権利と整理している。

### (c) 検 討

動産譲渡担保権は、従来の理解からすれば、譲渡抵当型と譲渡質型があるとされ、前者においては、譲渡担保権設定者が目的動産を直接占有し、目的動産を使用収益することができるとされ、後者においては、譲渡担保権者が目的動産の現実の引渡しを受けて、目的動産を使用収益することができるとされてきた。譲渡質型譲渡担保権を認めるとするなら、「ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでないものとする。」という規律を設けることになる。中間試案では、(a)に見たような規律が採られるとすると、新たな規定に係る動産担保権には、譲渡質型譲渡担保権は含まれず、担保権者が目的動産を使用収益する場合は、設定者から債権的な使用収益権限の設定を受ける必要があるということになる。設定者が目的動産を引き渡さない場合には、譲渡質型譲渡担保権であれば、担保権者が設定者に対して物権に基づいて目的動産の引渡しを請求することになるが、担保権者の使用収益権が債権契約に基づくものであるときには、担保権者が設定者に対して債権に基づいて目的動産の引渡しを請求することになる。

債権者が動産質権の設定を受けるのではなく、譲渡質型譲渡担保権の設定を受けるメリットとしては、目的物を使用収益できることおよび債権者に目的物の直接占有があるから目的物につき容易に私的実行をなすことにあると考えられるが、実際には譲渡質型譲渡担保権の利用は少ないと考えられるから、このような規律でも大きな問題は生じないであろう。

## (5) 使用収益以外の設定者の権限

### (a) 中間試案

第1章第1「5 使用収益以外の設定者の権限」

「(1) 新たな規定に係る動産担保権は、同一の目的物の上に重複して設定することができるものとする。

(2) 新たな規定に係る動産担保権の設定者が担保権者の同意なく目的物を真正に譲渡すること(注1)ができるかどうかについては、次のいずれかの案によるものとする。

【案 1.5.1】譲渡することができるものとする(注2)。

【案 1.5.2】譲渡することはできないものとする(注3)。

(3) 新たな規定に係る動産担保権の設定者は、目的物の占有を第三者に妨害されるおそれがあるときはその第三者に対する妨害の予防を、目的物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を、目的物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を、それぞれ請求することができるものとする。

(注1) ここで、「目的物を真正に譲渡する」は、担保権を消滅させる形で目的物の完全な所有権を譲渡することではなく、担保権を存続させたままで、設定者の有する権利(担保目的に制限された所有権を除いた所有権又は担保権に制約された所有権)を譲渡することを意味する。担保権者の同意を得てその担保権を消滅させ、目的物の所有権を譲渡することができることは当然の前提としている。

(注2) 【案 1.5.1】を採る場合であっても、所有権留保という類型を設けるときは、所有権留保については【案 1.5.2】を採るという考え方もあり得る。

(注3) このとき、担保権者の同意を得て、「担保権を存続させたままで設定の有する権利を移転すること」ができることを前提とする。」

(b) 補足説明<sup>18)</sup>

(ア) 5(1)の新たな規定に係る動産担保権の重複設定の可否について 重複設定を認める理由については、次の3点を挙げている。①集合動産譲渡担保に関する平成18年7月最判(筆者注:最判平成18年7月20日民集60巻6

---

18) 補足説明 8～9頁。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

号2499頁）は、「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」と判示しており、これは譲渡担保の重複設定の余地を認めたものと理解されている。② 約定担保物権である質権や抵当権の設定者は、後順位の担保権を設定できる。③ 担保としての余力がある場合にこれを活用するニーズに対応する必要がある。

(イ) 5(2)の設定者による目的動産の真正譲渡の可否について 次のような説明をしている。

i 真正譲渡とは、担保権を存続させたまま、設定者の有する権利を譲渡することである。

ii 現行法の譲渡担保権、質権及び抵当権の設定者が目的物を真正譲渡することができる（譲渡担保の場合、相手方は設定者留保権、あるいは譲渡担保権の負担の付いた権利を取得する）ことからすると、これを肯定することが考えられる（【案1.5.1】）。

iii 他方、真正譲渡ができるとすると、動産が担保権者の把握していない場所に移動されるなどして目的物の管理に支障が生ずるという観点から、設定者は目的物の真正譲渡ができない（譲渡しても無効）とすることも考えられる（【案1.5.2】）。

(ウ) 設定者の第三者に対する妨害排除請求権等 現行法の譲渡担保権について、最判昭和57年9月28日（判タ485号83頁）は、譲渡担保権設定者は正当な権限なく目的物件を占有する者にその返還を請求することができるとしている。新たな規定に係る動産担保権の設定者に対しても、妨害予防等の権限を認めることが相当であるため、本文(3)でその旨を記載している。

## (c) 検 討

(ア) 動産担保権の重複設定 中間試案第1章第1 5(1)は、動産譲渡担保権者が、目的動産の上に後順位動産担保権を設定することを認める。このことは、中間試案が、動産譲渡担保権を担保物権として構成し、譲渡担保権者が動産担保権の設定を受け、譲渡担保権設定者に所有権が残って

いることを前提としているとみるべきであり(2(6)(d)参照)、笹井幹事の考えられる担保目的取引規律型による立案からは導き出されないのではなかろうか。

重複動産担保権の設定は、前掲最判平成18年7月20日が、集合動産譲渡担保につき、「設定者が重複してこれに劣後する集合動産譲渡担保権を設定すること自体は許されるとしても」と述べていたことから、最高裁判例の考え方と矛盾するとはいえないであろう。したがって、動産譲渡担保権を設定した場合に、同一の動産につき後順位の動産譲渡担保権を設定することができる点については、問題はないと考える。

中間試案第1章第1 5(1)における新たな規定に係る動産担保権は、譲渡担保権に限られず、留保所有権も含む趣旨と思われるので、留保所有権についても検討する。所有権留保売買において、売買の目的動産につき代金債権担保のために売主が所有権を取得した買主から留保所有権の設定を受けた場合に(売主は占有改定により対抗要件具備)、買主がこの動産に動産譲渡担保権を設定したり、重複して留保所有権を設定したりすることができるか。所有権留保売買の目的動産につき新たな規定に係る動産担保権の設定を認めることは、留保所有権を担保物権として構成し、目的動産の所有権は買主に移転し、売主が買主から留保所有権の設定を受けたと構成することになる。したがって、所有者である買主が第三者から融資を受けてその担保のために目的動産につき第三者のために後順位の譲渡担保権を設定することは可能である(第三者は占有改定により譲渡担保権につき対抗要件を具備)。他方、所有権留保売買で動産を買い受け所有者となった買主が、目的動産に重複して第三者のために留保所有権を設定することはありえないが、留保所有権の目的動産を所有権留保売買で第三者に売買し((a)(2)のように、これを認めるべきかは一つの問題であり、【案1.5.1】のように、これを認めるとした場合)、第三者に目的動産を引き渡すとともに第三者から留保所有権の設定を受け占有改定により留保所有権につき対抗要件を具備するということは理論的にはありうるであろう(もっとも、この場合、先の

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

留保所有権を設定した買主が第三者に目的動産を所有権留保売買で譲渡したとき、第三者が先の留保所有権の存在につき善意無過失で譲り受け現実の引渡しを受けること、即時取得により先の留保所有権は消滅する）。

(イ) 設定者による目的動産の真正譲渡の可否 中間試案第1章第1 5 (2)は、真正譲渡が可能とする【案1.5.1】と真正譲渡はできないとする【案1.5.2】を列挙しており、その理由につき補足説明は、(b)(イ)のiiおよびiiiを挙げている。

中間試案が新たな規定に係る動産担保権（動産譲渡担保権）を担保物権としているならば、譲渡担保権設定者は動産譲渡担保権の負担のある動産の所有者であるので、目的動産を譲渡担保権の負担のある動産として、第三者に真正譲渡することができる（【案1.5.1】）ということに異論はない。

しかし、補足説明は、新たな規定に係る動産担保権（動産譲渡担保権）を担保物権とすることにつきためらいを見せているので、(b)(イ)のiiでは、現行法の譲渡担保権、質権及び抵当権の設定者が目的物を真正譲渡することができることとされていることを持ち出し、(b)(イ)のiiiでは、譲渡担保権者の目的動産の管理に支障をきたすという理由を持ち出し、それぞれの提案を正当化しようとしている。

ところが、中間試案の中ではほぼ異論がなく固まりつつある部分には、新たな規定に係る動産担保権の重複設定（第1章第1 5(1)）や、新たな規定に係る動産担保権が設定された動産に動産質権の設定を認め（第2章第5 1）、また、新たな規定に係る動産担保権の実行方法として、競売の申立てを認める（第3章第12）など、新たな規定に係る動産担保権を担保物権と位置づけないと理解できないような規律が列挙されている。

したがって、新たな規定に係る動産担保権を担保物権として位置づけ、【案1.5.1】を採用することが妥当であると考えられる。

【案1.5.1】の（注2）には、【案1.5.1】を採用する場合であっても、所有権留保という類型を設けるときは、所有権留保については真正譲渡はできないとする【案1.5.2】を採用するという考え方もあり得るとしている。中間

試案は、所有権留保についても担保権的に構成しているといえるから、目的動産の買主が所有者として、留保所有権の負担のある動産を第三者に真正譲渡することはできるというべきであろう(【案1.5.1】)。もっとも、動産譲渡担保の設定された動産の場合と同様、譲受人が留保所有権の存在につき善意無過失で設定者から目的動産の現実の引渡しを受けると、譲受人は留保所有権の負担のない動産を即時取得すると考えられるので、所有権留保売買契約においては、留保所有権の設定者である買主は目的動産を第三者に譲渡することができないとする約定が存在することが一般的であろう。しかし、留保所有権を担保権的に構成すれば、留保所有権の負担のある動産として設定者が目的動産を真正譲渡することができるとするのが筋であるから、留保所有権の負担のない動産の即時取得という問題は生じうるが、真正譲渡が可能とする【案1.5.1】の規律が妥当であろう。動産譲渡担保の場合と区別して規定を置く必要はないのではなからうか。

(ウ) 設定者の第三者に対する妨害排除請求権等 補足説明は、判例を挙げのみで、設定者に認められる権利がどのようなものであるかについては触れていない。この問題については、2(6)(b)で述べたように、譲渡担保権設定当事者にいかなる性質を有する権利を認めるかをはっきりさせることによって自ずから結論が導き出されるものであるから、その点をはっきりさせることが重要と考える。私見からすれば、中間試案は、新たな規定に係る動産担保権を担保物権として構成していると見るべきだから、設定者の有する権利は所有権ということになる。したがって、中間試案第1章第1 5(3)のような規律は設けるまでもないということになる。

## (6) 担保権者の権限

中間試案第1章第1「6 担保権者の権限」のうち(2)と(3)の問題については、私は本誌404号で私見を述べた<sup>19)</sup>。そこで、ここでは、中間試案

---

19) 生熊長幸「動産譲渡担保権・留保所有権の対抗要件と他の動産担保権との優劣関係、債権譲渡担保権の対抗要件の在り方など——「担保法制の見直しに関する中間試案」——」

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

第1章第1 6の(1)について私見を述べさせていただくことにする。

(a) 中間試案

第1章第1「6 担保権者の権限」

〔(1) 新たな規定に係る動産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、目的物を第三者に譲渡すること（目的物の完全な所有権を第三者に移転させること）ができないものとする。〕

(2) 〔新たな規定に係る動産担保権の処分等〕〔略〕

(3) 〔新たな規定に係る動産担保権の処分等の対抗要件〕〔略〕

(b) 補足説明<sup>20)</sup>

i 第1 6(1)の規律を設けたのは、担保権者は、被担保債権につき不履行が生じた場合に目的物からその満足を得ることができれば足りるからである。

ii なお、被担保債権の不履行後に目的物を第三者に譲渡することは、処分清算型の私的実行に該当すると考えられる。

(c) 検討

中間試案第1 6(1)の規律は、新たな規定に係る動産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、目的物を第三者に譲渡すること（目的物の完全な所有権を第三者に移転させること）ができると解釈しうる余地を残している。

これは、最判平成6年2月22日（民集48巻2号414頁）が、「不動産を目的とする譲渡担保契約において、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、右譲渡担保契約がいわゆる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

---

↘に寄せて」立命館法学404号270～276頁（2023年2月）。

20) 補足説明 10頁。



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、清算金がある場合に債権者に対してその支払を求めることができるにとどまり、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ものと解するのが相当である。」としているからであろう。

しかし、中間試案の補足説明は、前記(b)の ii で、被担保債権の不履行後に目的物を第三者に譲渡することは、処分清算型の私的実行に該当すると考えられるとしている。私もそのように解釈すべきであると思う。

そうであるとするならば、第 1 6 (1)の規律は、誤った解釈を生み出す余地があるので、第 1 6 (1)は、新たな規定に係る動産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生じたときは、第 3 章 (担保権の実行) の規定により動産担保権の実行をすることができる、と改めるべきではないかと考える。

また、中間試案の補足説明が、(b)の ii で、被担保債権の不履行後に目的物を第三者に譲渡することは、処分清算型の私的実行に該当すると考えられるとしていることは、新たな規定に係る動産担保権の担保権者の有する権利は、担保物権であって、所有権ではないと考えているといつてよいように思う。

## (7) 物上代位

### (a) 中間試案

#### 第 1 章第 1 「7 物上代位」

- 「(1) 新たな規定に係る動産担保権は、その目的物の売却、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する。
- (2) 新たな規定に係る動産担保権の担保権者は、上記(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する。
- (3) 新たな規定に係る動産担保権に基づく物上代位とその目的債権を

目的とする担保との優劣関係について、次のいずれかの案によるものとする。

【案1.7.1】物上代位とその目的債権を目的とする担保との優劣は、上記(2)の差押えがなされた時点と、その目的債権を目的とする担保権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1.7.2】物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣は、物上代位を生じさせた目的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とする担保権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）

（注）原則として【案1.7.1】の規律によるが、目的物に設定された新たな規定に係る動産担保権の設定について登記がなされたときは、登記の時点を基準とする考え方がある。」

(b) 補足説明<sup>21)</sup>

(ア) 物上代位の可否等について (α) 物上代位を認める理由 先取特権は、本文(1)に掲げる債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使でき（民304条）、この規律は質権及び抵当権にも準用されている（同法350条、372条）。

現行法の動産譲渡担保権について、判例は、譲渡担保権の物上代位を認めており（最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁、最決平成29年5月10日民集71巻5号789頁、流動集合動産譲渡担保の場合につき、平成22年最決）、また、譲渡担保権者と設定者は、それぞれ目的物について被保険利益を有するとされている（最判平成5年2月26日民集47巻2号1653頁）。

学説上は、動産譲渡担保権について、少なくとも代替的物上代位は認めるのが通説であるとされる。所有権留保については、見解が分かれている。

(β) 中間試案の立場 新たな規定に係る動産担保権にも、代替的物上代位を認めるのが妥当であり、抵当権に関する判例からすれば、付加的

---

21) 補足説明 12～14頁。

物上代位を認めるのが適当であるので、本文(1)はそのような規律として  
いる。また、物上代位を行使するための要件については、質権や抵当権と  
同様に扱うのが適当と考えられることから、本文(2)を設けている。

(イ) 物上代位の対象となる物について (α) 目的物の売買代金への  
物上代位 抵当権の場合には、抵当権には追及力があることから、抵当  
不動産の売買代金への物上代位を近時の多数説はこれを否定しているが、  
新たな規定に係る動産担保権の目的動産の場合は、買主が即時取得したと  
きは、担保権者は担保権を行使できなくなるし、買主が即時取得しない  
ときでも、担保権者は事実上担保権の実行が困難になるので、本文(1)は、  
売買代金への物上代位を認めることとしている。

(β) 賃料への物上代位 学説上は、これに否定的な見解もあるが、  
担保権設定者が目的動産を賃貸に出して賃料を取収している状態で、被担  
保債権の弁済期が到来した場合に、担保権者が担保権の実行により目的物  
を所有して管理するまでの意思までは有していないが、その賃料からの回  
収を図りたいというニーズも考えられるので、本文(1)では、賃料への物  
上代位を認めることにしている。

(ウ) 物上代位の目的である債権を目的とする担保権と物上代位との優劣関  
係 判例は、抵当権に基づく目的債権への物上代位と目的債権の債権譲  
渡との優劣については、抵当権設定登記の時と債権譲渡の対抗要件具備の  
時との先後によるものとし(最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁)、動産  
売買先取特権に基づく売買代金債権への物上代位と売買代金債権譲渡との  
優劣については、物上代位による売買代金債権の差押えの時と売買代金債  
権の譲渡の対抗要件具備の時との先後によるものとする(最判平成17年2月22  
日民集59巻2号314頁)。これは、抵当権の場合には、抵当権設定登記により物  
上代位の目的債権に及ぶことが公示されているのに対して、動産売買先取  
特権の場合には公示方法がないので、売買代金債権を差し押さえるまでは、  
優先権が公示されないという考え方に基づくものであると考えられる。

新たな規定に係る動産担保権が公示されているということに重点を置く

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

と、抵当権の場合と同様、【案1.7.2】になるが、新たな規定に係る動産担保権についての公示は不十分であるということを強調すると、【案1.7.1】を採用ことが考えられる。もっとも、新たな規定に係る動産担保権の公示方法として、動産譲渡登記がなされたときは、【案1.7.2】を採用ということも考えられるので、これを（注）に明記している。

### （c） 検 討

特定動産譲渡担保に基づく物上代位の問題については、部会資料2および部会資料12を対象に検討し、本誌に論文を掲載させていただいた<sup>22)</sup>。部会資料2および部会資料12についての事務局からの（説明）および第2回、第3回および第12回会議における議論は、前記論文を参照していただくことにして、本稿では、中間試案第1章第1 7について、私見を簡単に述べさせていただくことにする。

（ア） 中間試案は担保権者の有する権利を担保物権と認めているのではないが 補足説明は、新たな規定に係る動産担保権の担保権者に物上代位を認めることが妥当である旨の理由を挙げているが、この担保権者がいかなる権利を有する者であるかについては触れていない。しかし、中間試案は、担保権者の有する権利を担保物権と理解するからこそ、物上代位を認めることになっていると解さざるを得ないであろう。

（イ） 物上代位の対象となる物について （α） 目的物の売買代金への物上代位 これについては、補足説明の通り、担保の目的動産が譲渡されると、担保権者による目的動産に対する担保権の実行は困難になるであろうから、肯定してよいと考える。

（β） 賃料への物上代位 中間試案は、一方で目的動産の価額が早期に下落する可能性が高いということを理由に、担保権の実行手続が迅速に

---

22) 生熊長幸「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——」立命館法学401号280～299頁（2022年）。

進むような仕掛けを用意しようとしている(私は、本誌前号でも述べたように、このような手続にしても迅速に進むとは言えないし、設定者に不利益を与えるだけだと考えるが<sup>23)</sup>)。そのことと私的実行をしないでいる担保権者に、賃料債権への物上代位を認めようとするのは矛盾しないのであろうか。

(ウ) 物上代位の目的である債権を目的とする担保権と物上代位との優劣関係 補足説明の現行の判例の考え方についての理解は適切であるが、私は、判例が、抵当権の場合には、抵当権設定登記により物上代位の目的債権の上に抵当権者が優先権を有していることが公示されていると考えていること自体が妥当ではないと考える<sup>24)</sup>。これは、抵当権設定登記は不動産上に抵当権者が優先権を有することの公示方法であり、債権上の担保権の第三者対抗要件は、民法364条によるのであるから、抵当権設定登記をもって抵当権者が物上代位の目的債権に優先権を有することが公示されているというのは、無理な構成であるからである。したがって、【案1.7.1】が適切であるということになる。

## (8) その他

### (a) 中間試案

#### 第1章第1「8 その他」

「民法第296条(担保権の不可分性)及び第351条(物上保証人の求償権)の規定を新たな規定に係る動産担保権について準用するものとする。」

### (b) 補足説明<sup>25)</sup>

抵当権について、民法372条が、同法296条(留置権の不可分性)、および同法351条(物上保証人の求償権)の規定を準用しており、これらは、

---

23) 生熊長幸「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」立命館法学405・406号51～54頁(2023年3月)。

24) 生熊・前掲注6)担保物権法〔第2版〕123～134頁。

25) 補足説明 14頁。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

新たな規定に係る動産担保権についても、担保権としての性質から妥当さと考えられるから、このような規律を設けようとするものである。

### (c) 検 討

この規律自体は、妥当であるが、ここにも中間試案は、担保権者の有する権利を担保物権と理解していることが現れている。

## (9) 根 担 保 権

中間試案第1章第1 9(1)は、新たな規定に係る動産担保権の設定は、【一定の範囲に属する】不特定の債権を担保するためにもすることができるものとして、根担保権を認める方向性を示しており、これ自体には賛成であるが、公示方法をどうするかなど、課題は多い。そこで、本稿ではこの問題にはこれ以上立ち入らないことにする。

〔補遺〕要綱案の取りまとめに向けた検討(1)に関するコメント(2)

「第2 譲渡担保契約に関する総則的な規律」について

### (1) 「2 譲渡担保権の被担保債権の範囲」

後順位担保権者の利益保護を図る必要性は高くないことを理由に、利息や遅延損害金を最後の2年分に制限する規律を設けていないが、本文で述べたように賛成できない。

### (2) 「3 譲渡担保権設定者の処分権限の制限」

「譲渡担保権設定者は、譲渡担保権者の承諾を得なければ、金銭債務を担保する目的以外の目的で、その目的である財産権を処分することができない。」

譲渡担保権設定者による目的動産の真正譲渡を禁ずる中間試案の【案1.5.2】を採用している。これは、①譲渡により目的動産の管理が困難に

なること、② 実行できたとしても清算金の提供等を誰に対して行うかなどの判断が困難になること、③ Aを譲渡担保権設定者として動産登記をした後、Aが譲渡担保権者Bの承諾なく、その目的である動産をCに譲渡担保権の負担付きで譲渡することを認めた場合には、Cを譲渡人とする動産登記上では当該譲渡担保権が公示されない（Cを検索キーにして検索しても当該譲渡担保権の存在が判明しない）ことになるため、譲渡担保権者であるBや新たに譲渡担保権者になろうとする者が不測の不利益を被る恐れがある、などの理由による。しかし、①については、真正譲渡を禁じても、無断譲渡は起こりうること、②については、清算金の提供は真正譲受人に行うべきこと、③については、Aを指定して検索することによってAからCへの譲渡担保の負担付きの真正譲渡を知ることができることなどから、真正譲渡を認めるべきではないかと考える。

### (3) 「4 譲渡担保権者の処分権限」

「譲渡担保権者は、譲渡担保の実行手続によらなければ、その目的である財産権を譲渡することができない。」

このように表現が改められたので、私の指摘した問題点は解消した。

### (4) 「5 物上代位」

「(1) 民法第304条の規定は、譲渡担保権について準用する。

(2) 前記(1)において準用する民法第304条の規定に基づいて行使することができる債権を目的とする担保権（債権質又は債権譲渡担保権をいう。）が設定されているときは、当該規定に基づく権利の行使と当該担保権の順位は、前項において準用する民法第304条第1項ただし書の差押えと当該担保権についての対抗要件の前後による。」

(2)では、中間試案の【案1.7.1】が採用されている。その理由としては、公示制度が完備された抵当権とは異なり、譲渡担保の対抗要件は、占

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

有改定のように公示性が必ずしも十分でないものも含まれること、および動産・債権譲渡登記により対抗要件を具備した場合においても、譲渡担保権が設定された動産または債権の具体的内容が記載された登記事項証明書を請求できる者は限定されていることが挙げられている。中間試案の【案1.7.1】の採用は私見と同じであるが、結局は物についての対抗要件により物上代位の目的債権についての優先権が公示されていると考えることに無理があるということではないかと思われる。

## 4 む す び

担保法制立案の作業は、中間試案に対するパブリックコメントを踏まえて、さらに急ピッチで進展するものと思われるが、中間試案ではまだ詰められていない問題もあり、今後どのようにまとめられるのかを見守っていくことにしたい。

### 〔補遺〕 本誌第404号掲載の拙稿に対する補遺

以下は、本誌第404号（2022年第4号）掲載の拙稿「動産譲渡担保権・留保所有権の対抗要件と他の動産担保権との優劣関係、債権譲渡担保権の対抗要件の在り方など —— 「担保法制の見直しに関する中間試案」に寄せて——」（以下、「上記論文」という）に対する補遺である。

上記論文の印刷中に、上記論文（252頁掲載の中間試案第2章第4 1(2)ウ、259頁～263頁）に直接関係する2022年10月27日開催の担保法制部会第27回会議事録が公開された。そこでの議論は、上記論文にとって極めて重要であるので、それを紹介し、若干の検討をさせていただく。

### (1) 問題の所在

集合動産譲渡担保権設定者が、この集合動産譲渡担保権の目的である集



合動産の所在場所に搬入されれば集合動産の構成部分になりうる動産甲を、第三者から購入資金の融資を受けて売主から買い受けて引渡しを受けるとともに、この動産甲に第三者の貸付金債権担保のために動産譲渡担保権を設定し甲につき第三者のために占有改定をし、次いでこの動産を集合動産の所在場所に搬入した場合、甲上の第三者の個別動産譲渡担保権と集合動産譲渡担保権はいずれが優先するか、という問題につき、上記論文252頁に掲げたように中間試案第2章第4 1(2)ウは、甲上に集合動産譲渡担保権の対抗力が及ぶのは、集合動産譲渡担保権の対抗要件が具備された時であるとする【案4.1.1】(「対抗要件具備時説」または「設定時説」という)と、個別動産譲渡担保権の設定された甲が集合動産に加入した時であるとする【案4.1.2】(「加入時説」という)とを併記し、いずれかの案によるものとするとした。いかなる議論を経て中間試案に至ったのか。

## (2) 第27回会議における議論

この点につき議論がなされた上記第27回会議の資料となったのは、部会資料23「担保法制の見直しに関する中間試案のたたき台(3)」であり、その(説明)の部分には、上記論文260頁以下に記載のように、加入時説をとるのが相当と思われるが、どう考えるかという問いかけがあった。上記第27回会議では、道垣内弘人部会長が、加入時説に立って議論を進められ、議事録の7頁にも及ぶ意見の交換がなされた。主な意見は以下のようなものであった<sup>26)</sup>。

- i 井上聡委員(第一東京弁護士会)は、次のような意見を述べられた。
- ① 今までは、対抗要件具備時説をベースに議論をしてきたように思うので、加入時説を採るべきではないかという問題提起には、非常に唐突感を覚える。
  - ② 加入時説を採ると、新しく加入するものに担保権が付けられていたら、集合動産譲渡担保の構成部分がどんどん空洞化していく。

---

26) 第27回会議議事録3～10頁。

ii 道垣内部会長は、井上委員に対して次のような質問をされた。集合動産譲渡担保が設定され、登記により対抗要件が備えられ、その後集合動産の所在場所に入る前に設定者の下に来た動産を設定者が第三者に真正譲渡し占有改定による引渡しがなされ、次いで集合動産の所在場所に搬入された場合、集合動産譲渡担保権者が勝つということになるか。集合動産の所在場所に入っていない物を第三者が購入して、集合動産譲渡担保権者が勝つなんて言う理屈があり得るのか。対抗要件の先後で物権的な優劣が決まると考えたら、それは真正譲渡にも同じルールが適用されるはずであって（筆者注：中間試案は、動産譲渡担保権と真正譲渡の優劣については、登記優先ルールを採っていない）、そうしたときには設定時説（筆者注：対抗要件具備時説と同じ）というのは非常におかしな結論（筆者注：第三者は集合動産譲渡担保権の効力の及ぶ動産を譲り受けることになる）になりはしないか。

iii これに対して、井上委員は、真正譲渡であれば集合動産譲渡担保権者が勝つという結論ではないと思う、私が申し上げたのは、今までは加入時説で議論していなかったのではないか、加入時説を採ると、原則として悪意でひっくり返しを行うことが容易にできてしまうことを容認するということにならないのかという懸念を持っている、と答えられた。

iv 続いて、青木則幸幹事は、次のような意見を述べられた。井上委員の意見とかなり重なる。ただ、①集合動産譲渡担保の成立要件として、場所的な特定については緩和してもよいといった議論があったと思うが、そうすると加入する前なので処分できるというのがどういう状況なのだろうか思い浮かばない。②加入時説を採ると、うまくやれば個別動産の方が集合動産譲渡担保よりも強い、つまり、勤勉に頻繁に担保を書き換えれば、そちらの方が勝ってしまうというような、そういう例外事案が出てこないのだろうか。

v 阿部祐介幹事は、次のような意見を述べられた。①登記優先ルールのもとでは、登記をした集合動産譲渡担保権者は、その後に占有改定により対抗要件を備えた動産譲渡担保権者に優先するから、加入時説をとって

もよいかもしれない。ただ、それは加入時説が自然だからというよりは、登記優先ルールがあるから。② 登記をしなかった集合動産譲渡担保権者は、加入時説を採ることによって、新規加入物についての優先順位が下がるということもあり得るが、これに関しては、集合動産譲渡担保権者に関しては特に登記を促すという判断のもとで一応是認しうるかなと思った。③ しかし、登記優先ルールを採った場合には、加入時説を採っても、集合動産譲渡担保が設定され登記による対抗要件を具備したときには、その後の留保所有権や個別動産譲渡担保は常に劣後してしまうという問題がやはり生じてしまうような気がして、これについては別途対応が必要かなと思った。

vi 以上の議論を経て、道垣内部会長は次のように発言されている。① これまでの話をまとめると、集合動産譲渡担保が勝つという意見が多いけれども、なお一定、議論もあり得ないではない。集合物の外で集合物への加入前に譲渡され対抗要件が具備されてから倉庫に入った場合は、私は譲受人が勝つのは当然だと思うが、それでも議論はあるのかもしれない。② 対抗要件の具備時が加入時であると決めて、その前提の下に、対抗要件の先後で優劣を決めるとしてしまうと、多少問題がある。③ 中間試案の落とし所はこれから探っていくわけだが、どちらかという対抗要件具備時みたいなものはある程度明らかにしないまま出発して、集合動産譲渡担保に個別動産譲渡担保の目的物が加わった場合などについて、優劣関係をもう少し丁寧に規定せざるを得ないだろうということか。④ したがって、少なくとも加入時説を採り、場合によっては、集合動産譲渡担保権者が軒並み負けるという結論を出すということで中間試案を出すべきではないというまとめでよいか。

vii この後、阿部幹事は次のように述べられた。井上委員や青木幹事は、登記を備えていない集合動産譲渡担保権者であっても、後の加入前に個別動産に担保権の設定を受け占有改定により対抗要件を具備した者に勝てるという意見なのか。私は、登記優先ルールの下で、登記を備えた集合動産譲渡担保権者に優先順位を与えればそれで十分かなと思った。

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

viii これに対して、道垣内部会長は次のように言われている。阿部幹事の考えは、登記優先ルールでほぼ決着がつくので、加入時説でもいいのではないかというもののようであるが、集合動産譲渡担保も登記されており、その後個別動産に譲渡担保が設定され登記により対抗要件が備えられ、次いで集合物に加入したという場合には、どちらが勝つのかという問題は多分残る。集合動産譲渡担保については、登記による対抗要件はなく、その後個別動産に譲渡担保が設定され登記により対抗要件が備えられ、次いで集合物に加入したという場合には、登記優先ルールにより個別動産譲渡担保権者が勝つというのが、阿部幹事や井上委員の意見ではないかと思う。

ix これにつき、井上委員は、次のように述べられた。私が問題にしていたのは、集合動産譲渡担保に登記により対抗要件が備えられ、その後個別動産に譲渡担保が設定され登記により対抗要件が備えられ、集合物に加入した場合に、後の個別動産譲渡担保権者が勝つのはおかしいという点にあった。

以上のような議論を経て、(1)の末尾で見たように、中間試案には、対抗要件具備時説（【案4.1.1】）と加入時説（【案4.1.2】）とが併記されることになった。

### (3) 第27回会議における議論に対する若干のコメント

i と iii の井上委員の唐突感はその通りだと考えるが、道垣内部会長の発言のように、対抗要件具備時説が集合動産譲渡担保権の個別動産への対抗要件の具備時としておかしいものではないかを考えていただきたかったし、個別動産の所有者が個別動産を集合動産譲渡担保権設定者に売り渡し、集合動産の所在場所へ搬入される前の個別動産に譲渡担保権の設定を受けるとともに譲渡担保権につき対抗要件を具備した担保権者の立場、あるいは個別動産を集合動産譲渡担保権設定者に所有権留保売買で売り渡し、集合動産の所在場所へ搬入される前の個別動産に留保所有権の設定を受けるとともに留保所有権につき対抗要件を具備した担保権者の立場につ

いても考慮していただきたかったと思う（これらの担保権者は、自己の所有していた物に買主から担保権の設定を受けようとするのであるから、先に設定された集合動産譲渡担保権をひっくり返すという意識はない）。

ii の道垣内部会長の井上委員に対する質問は、対抗要件具備時説の問題点として集合物への加入前の真正譲渡を例に挙げられていたので（部会長の指摘されるように、対抗要件具備時説を採ると、この場合にも受け入れがたい結論を導く）、井上委員には十分受け止められなかったのであろう。

iv の①の青木幹事の意見については、以下のように述べておく。集合動産譲渡担保権として認められるためには、種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により、担保権の及ぶ客観的な範囲が特定されていることが必要であり<sup>27)</sup>、その客観的な範囲は第三者にも認識可能でなければならず、個別動産がその客観的な範囲に入ることが加入ということになる。目的物の特定方法として「在庫一切」を認めるべきかについては議論があるが、私は、所在場所は担保権の及ぶ客観的な範囲の特定にとって重要な要素になると考える。例えば、設定者が買い受けた一定数量の家電製品というだけで、担保権の及ぶ客観的な範囲が特定されているといえるかであるが、この家電製品は、設定者の倉庫ではなく第三者のどこかの倉庫にも保管されていることもあり、倉庫の特定がなされないまま、これらを集合物として、集合動産譲渡担保権の目的とすることは困難であろうから、所在場所の指定は、集合物にとって重要な要素と考えるべきではないかと思う。

v の阿部幹事の意見については、①で加入時説が自然だからというよりは、登記優先ルールがあるから加入時説をとってもよいかもしいとされており、加入時説には必ずしも納得されていないように見受けられる。また、③で、登記優先ルールのもとでは、加入時説を採ってもその後の留保所有権や個別動産譲渡担保は常に劣後してしまうので、別途対応が必要かもしれないという指摘をされているが、ここには個別動産譲渡担保権に

---

27) 補足説明 20頁。

についても登記優先ルールを採ることの困難さが現れているのではないか。

viの道垣内部会長のまとめについては、部会で加入時説を支持する意見があまり見られなかったことを反映して、個別動産に集合動産譲渡担保権の対抗力がいつから具備されるかについては明らかにしないまま出発して、集合動産譲渡担保に個別動産譲渡担保の目的物が加わった場合などについて、優劣関係をもう少し丁寧に規定せざるを得ないということだろうかとされ、加入時説についてはトーンダウンされている。

また、viiiで道垣内部会長は、先行する集合動産譲渡担保権も後の個別動産譲渡担保権も登記により対抗要件が具備されて、次いで集合物に個別動産が加入したという場合には、加入時説によるのか対抗要件具備時説によるのかという問題が残るとされた。

#### (4) ま と め

以上の議論を参考にして、この問題をまとめると次のようになるのではないと思われる。

- (a) 集合動産譲渡担保権が対抗要件を具備し、次いで個別動産につき動産譲渡担保権が対抗要件具備、その後個別動産が集合動産に加入した場合

これについては、それぞれの対抗要件が登記であるか占有改定であるかにより、次の4つのケースが考えられる。①集合動産譲渡担保権が登記により対抗要件を具備し、次いで個別動産につき動産譲渡担保権が占有改定により対抗要件を具備したケース、②集合動産譲渡担保権が登記により対抗要件を具備し、次いで個別動産につき動産譲渡担保権が登記により対抗要件を具備したケース、③集合動産譲渡担保権が占有改定により対抗要件を具備し、次いで個別動産につき動産譲渡担保権が登記により対抗要件を具備したケース、④集合動産譲渡担保権が占有改定により対抗要件を具備し、次いで個別動産につき動産譲渡担保権が占有改定により対抗

要件を具備したケース。

以下、登記優先ルールを採るか採らないか、および担保法制部会がこれまで暗黙の前提としてきた対抗要件具備時説を採るか、それとも加入時説を採るかの組み合わせにより、①～④のケースは次のような結論になる。

i 登記優先ルール+対抗要件具備時説による場合 ①と③は、一方にのみ登記があるケースなので、登記優先ルールにより処理され、①では登記を備えた集合動産譲渡担保権者が、③では登記を備えた個別動産譲渡担保権者が優先する。②と④は、双方に登記があるか、双方とも占有改定のみかのケースなので、登記優先ルールでは処理できず、対抗要件具備時説により、いずれの場合も集合動産譲渡担保権者が優先する。したがって、輸入ファイナンスの場合の個別動産譲渡担保権を優先させようとするれば、①②④の場合に備えて、輸入ファイナンスの場合の個別動産譲渡担保権を集合動産譲渡担保に優先させるための特別の規律を必要とする。

ii 登記優先ルール+加入時説による場合 iと同様、①と③は、一方にのみ登記があるケースなので、登記優先ルールにより処理され、①では、登記を備えた集合動産譲渡担保権者が、③では、登記を備えた個別動産譲渡担保権者が優先する。②と④は、登記優先ルールでは処理できず、iとは異なり、加入時説により、いずれの場合も個別動産譲渡担保権者が優先する(②は(2)ixで井上委員が批判されたケース)。したがって、輸入ファイナンスの場合の個別動産譲渡担保権を保護しようとするれば、①の場合に備えて、輸入ファイナンスの場合の個別動産譲渡担保権を集合動産譲渡担保権に優先させるための特別の規律を必要とする。

iii 登記優先ルールを採らず、集合動産譲渡担保権についてのみ登記一元化ルール+加入時説による場合(私見) ①と②は、双方に対抗要件があり、登記優先ルールを採らないので、加入時説により個別動産譲渡担保権が集合動産譲渡担保権に優先する。③と④については、集合動産譲渡担保権についてのみ登記一元化ルールを採るため、集合動産譲渡担保権の登記のなされていない集合動産譲渡担保権の対抗力は認められないので、個別動産譲渡



担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

担保の効力のみが認められる。したがって、輸入ファイナンスの場合の個別動産譲渡担保権は、集合動産譲渡担保権に優先するから、これを優先させるための特別の規律を必要としない。

iv 登記優先ルールを採らず、集合動産譲渡担保権についても登記一元化ルールを採らない立場+加入時説による場合 ①～④のいずれについても、双方に対抗要件があり、登記優先ルールを採らないので、加入時説により、個別動産譲渡担保権が集合動産譲渡担保権に優先する。したがって、輸入ファイナンスの場合の個別動産譲渡担保権は、集合動産譲渡担保権に優先するから、これを優先させるための特別の規律を必要としない。

(b) 集合動産譲渡担保権が対抗要件を具備し、次いで個別動産につき留保所有権が対抗要件具備、その後個別動産が集合動産に加入した場合

留保所有権につき登記により対抗要件が備えられることは、登記・登録を所有権移転の対抗要件とする場合を除きほとんど考えられないので、留保所有権については占有改定により対抗要件が備えられたことを前提とすると、これについては、次の2つのケースが考えられる。①集合動産譲渡担保権が登記により対抗要件を具備し、次いで個別動産につき留保所有権が占有改定により対抗要件具備したケース、②集合動産譲渡担保権が占有改定により対抗要件を具備し、次いで個別動産につき留保所有権が占有改定により対抗要件具備したケース。

中間試案では、留保所有権と動産譲渡担保権の競合の場合については登記優先ルールは採られていない。このことは、第2章第4 1は、2の留保所有権を除くとし、登記優先ルールは、1エに定められており、また、「2 留保所有権の対抗要件等」「(1)留保所有権の対抗要件の要否」のイにおいて、拡大された留保所有権は、動産の引渡しを対抗要件とするとし、その（注2）で、この場合には、登記優先ルールを採用することが考えられる、としていることから明らかであろう。そこで、①②いずれの場



合でも、担保法制部会がこれまで暗黙の前提としてきた対抗要件具備時説を採るのか加入時説を採るのかが、集合動産譲渡担保を優先させるのか、留保所有権を優先させるのかの基準となる。

i 対抗要件具備時説による場合 ①②いずれの場合でも、対抗要件具備時説に立つと、集合動産譲渡担保権が留保所有権に優先する。そこで、代金債権のみを担保する狭義の留保所有権を優先させるべきだとする考えに立った場合には、特例が必要となる。

ii 加入時説（私見）による場合 ①②いずれの場合でも、加入時説に立つと、留保所有権が集合動産譲渡担保権に優先する。そこで、代金債権のみを担保する狭義の留保所有権を優先させるべきだとする考えに立った場合にも、特例を必要としない。

## (5) 結 論

### (a) 集合動産譲渡担保権と個別動産譲渡担保権の競合

以上のように、集合動産譲渡担保権と個別動産譲渡担保権の競合の問題については、これまでの対抗要件具備の先後により優劣を決するという原則に対する特例である登記優先ルールを採ると、対抗要件具備時説を採る場合はもちろん加入時説を採る場合も、集合動産譲渡担保権に輸入ファイナンスにおける個別動産譲渡担保権を優先させるべきだとすれば、さらにそのための特例を設ける必要が出てくることになる。

これに対して、登記優先ルールを採らなければ、iiiの考え（私見）によるときも、ivの考えによるときも、加入時説により、先行する集合動産譲渡担保権に個別動産譲渡担保権が優先することになり、特例を設けることなく輸入ファイナンスのための個別動産譲渡担保権を優先させることができる。

### (b) 集合動産譲渡担保権と留保所有権の競合

中間試案は、この場合については登記優先ルールを採らないから、対抗要件具備時説によれば、集合動産譲渡担保権が留保所有権に優先し、加入

担保法制の見直しに関する中間試案（前注）および「第1章 担保権の効力 第1 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力」とその問題点（生熊）

時説によれば、留保所有権が集合動産譲渡担保権に優先する。狭義の留保所有権を優先させるべきだとすれば、対抗要件具備時説によれば、狭義の留保所有権は他の担保権に当然優先するという特例を設ける必要があるが、加入時説によれば、そのような特例を設ける必要はない。

### (c) む す び

私は、前掲論文で述べたように、加入時説が集合動産譲渡担保の目的である集合物に加入した個別動産に対する集合動産譲渡担保の対抗力が及ぶ時期として相応しいものとするし、以上の検討のように、登記優先ルールを採らず、また加入時説を採ることによって、この問題は、簡明に解決されると考える。