

「譲渡担保契約及び所有権留保契約に関する法律」 に対する批判的検討

——理論的一貫性を欠き、徒に複雑で、かつ設定者に対する
考察を欠き、中小零細業者に不利益を課す法律——

生 熊 長 幸*

目 次

- 1 はじめに
- 2 譲渡担保権および留保所有権の法的構成
 - (1) 譲渡担保権の法的構成
 - (2) 留保所有権の法的構成
- 3 動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点
 - (1) 動産譲渡担保権の対抗要件と優先順位
 - (2) 動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点
- 4 集合動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点
 - (1) 集合動産譲渡担保権の対抗要件
 - (2) 集合動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点
- 5 動産譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点
 - (1) 動産譲渡担保権の実行方法
 - (2) 動産譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点
- 6 債権譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点
 - (1) 債権譲渡担保権の実行方法
 - (2) 債権譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点
- 7 留保所有権のかかえる重大な問題点
 - (1) 所有権留保契約
 - (2) 留保所有権の対抗要件のかかえる重大な問題点

* いくま・ながゆき 岡山大学名誉教授 大阪市立大学名誉教授 元立命館大学大学院法務
研究科教授 立命館大学衣笠総合研究機構客員協力研究員

(3) 留保所有権の実行方法のかかえる重大な問題点

8 おわりに

1 はじめに

2021年（令和3年）4月より開始された法務省法制審議会・担保法制部会（部会長：道垣内弘人東京大学名誉教授）の審議も4年近くに及んだが、ようやく本年（2025年・令和7年）1月28日開催の第51回会議において「担保法制の見直しに関する要綱案」が決定され、本年2月10日の法制審議会で、この要綱案がそのまま「担保法制の見直しに関する要綱」（以下「要綱」という）として決定されて、本年6月6日「譲渡担保契約及び所有権留保契約に関する法律」（令和7年法56号）として交付された（施行は、公布の日から起算して2年6月を超えない範囲内において政令で定める日。以下、「法」と呼ぶ場合には、この法律を指す。また、単に条文のみで引用する場合には、この法律による条文を指す。）。

私は、担保法制部会（以下「部会」という）の審議を追って本誌にたびたび論文を掲載させていただいてきたが、上記法律が制定されたので、本稿では、改めて上記法律における動産譲渡担保権・債権譲渡担保権・留保所有権をめぐる問題点につき検討させていただくことにした。

今回の担保法制の見直しに関する部会における作業は、世界銀行の Doing Business のランキングにおいて日本の Getting Credit の項目の評価が低いというところから端を発し、動産譲渡担保権の対抗要件として通常使用されている占有改定は、観念的引渡しで公示として明確ではないという点などを手掛かりに¹⁾、審議を積み重ねてきたように思われる。その結果、「占有改定劣後ルール」にこだわり続けたことが最後まで影響を及ぼし、法は、

1) 担保法制部会第1回会議議事録21～26頁（藤澤治奈幹事・青木則幸幹事・沖野眞己委員・佐久間毅委員・笹井朋昭幹事各発言参照）。

これまでの担保物権法のルールをあちこちで覆し、新たなルールを作ったために、論理性に欠け、政策目的実現を理由に例外に例外を重ねるという極めて複雑なものになってしまった。しかし、私見によれば、同じ政策目的を実現するためには、「占有改定劣後ルール」を採らず、これまでの担保物権法のルールのもとで、単純明快な規律を設けることができたのである。ちなみに、私見の基本は、2004年（平成16年）に制定された「債権譲渡の對抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律」の制定の際の法制審議会「動産・債権担保法制部会」（部会長：鎌田薫早稲田大学教授〔当時〕）の考え方とほぼ同じであり、これまでの担保物権法のルールに依拠したオーソドックスなものである。

さらに、譲渡担保権は、これまで中小零細業者が費用も時間もかけずに手軽に利用できる担保方法と考えられてきたが、部会の審議では、被担保債権の効率的回収に重点が置かれ、担保権設定者の立場に対する考察を欠いたため、あちこちに中小零細業者に不利益をもたらす規律が設けられた。このことも、極めて重大な問題である。

なお、法2条（定義）に見るように、法で使用されている用語は、これまで一般的に使用されてきた用語とは異なり、語句と語句を繋ぎ合わせたかなりぎごちないものであるので、本稿では、その用語をできるだけ避けて（必要がある場合は、コメントを付してその用語を使用する）、原則としてこれまで使用されてきた用語を使用することにした。

2 譲渡担保権および留保所有権の法的構成

法は、動産譲渡担保権、債権譲渡担保権および留保所有権につき多くの規定を設けているが、法は、これらの権利につき所有権的構成を採るか、担保権的構成を採るか決断しないまま作られたので、用語の使用方法もすっきりしないものになっていると思われる。

(1) 譲渡担保権の法的構成

2条(定義)1号は、「譲渡担保契約」とは、金銭債務を担保するため、債務者または第三者が動産、債権その他の財産を債権者に譲渡することを内容とする契約をいうとし、同条3号は、「譲渡担保権」とは、譲渡担保財産の譲渡を受ける者が譲渡担保契約に基づいて譲渡担保財産について取得する権利をいう、としている。

譲渡担保権を担保権として構成するならば、譲渡担保権とは譲渡担保契約により譲渡担保財産の譲渡を受ける者のために設定される権利であるといえよいと思われるが、法は、そのような表現は使用していない。したがって、法は、譲渡担保権を所有権的(権利移転的)に構成しているように見える。

ところが、法は、第2条(定義)で、「譲渡担保権設定者」、「動産譲渡担保権設定者」および「債権譲渡担保権設定者」という用語を使用し、これらは、譲渡担保契約の当事者のうち譲渡担保財産(動産または債権)を譲渡する者をいうとしている。ということは、譲渡担保権とは、譲渡担保契約により譲渡担保財産の譲渡を受ける者のために設定される権利であるといっても差し支えがなく、法は、譲渡担保権を担保権的に構成しているようにも見える。

現に法に定める規定の多数は、譲渡担保権を担保権的に構成しているとみないと理解できないものとなっている。例えば、譲渡担保財産につき譲渡担保権の重複設定を認めて(7条)、同一の動産について複数の動産譲渡担保権が存在する場合の優劣の基準を定め(32条)、動産譲渡担保権と動産質権の競合とその優劣の基準を定め(35条)、譲渡担保権に基づく物上代位を認め(9条)、動産譲渡担保権者が優先弁済を受ける方法として、動産譲渡担保権を質権とみなして、民事執行法190条の担保権の実行としての競売の申し立てや(72条2項)、他の債権者の申し立てに係る強制競売や担保権の実行としての競売における配当要求(民執133条)を認め(72条1項)、破産手続および再生手続において譲渡担保権者を質権者と同様に別除権者と

して扱い、また更生手続において譲渡担保権者を質権者と同様に更生担保権者として扱う（97条）などである。

しかしながら、動産譲渡担保権の実行方法の一つとしての帰属清算方式における帰属清算金の支払に関して、60条4項は、動産譲渡担保権者は、帰属清算時における目的動産の価額が帰属清算時における被担保債権の額を超えるときは、その差額に相当する金銭（「帰属清算金」）を設定者に支払わなければならないとするが、後段は、「当該動産譲渡担保権設定者が、動産譲渡担保権当初設定者が有していた譲渡担保動産についての権利を譲り受けた者であるとき」は、「当該動産譲渡担保権者は、当該動産譲渡担保権当初設定者」「に対する帰属清算金の支払の債務の弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもって当該動産譲渡担保権設定者その他の第三者に対抗することができる」としている。法がこのような表現を使用しているのは、2条（定義）5号が、「譲渡担保権設定者」という用語の定義を、「譲渡担保契約の当事者のうち譲渡担保財産を譲渡する者（その者が譲渡担保財産について有する権利を他の者に譲渡した場合にあっては、その権利を現に有する者）」としているからである（傍線は筆者による）。しかし、譲渡担保の目的動産を動産譲渡担保権設定者から譲り受けた者は、自ら動産譲渡担保権を設定していないのであるから、法のようにこの者を「動産譲渡担保権設定者」と呼ぶことは適切ではなく、譲渡担保の目的動産の第三取得者というべきであろう（抵当権でいえば、抵当不動産の第三取得者である。民379条ほか）。部会資料も、第三取得者という表現を使用していた時期もあった。

したがって、法は、譲渡担保権の法的構成につき基本的には担保権的構成を採っているとみるべきと思われるが、所有権的構成を前提とした表現もあちこちに見られ、非常に分かりにくいものになっているといえよう。

（2）留保所有権の法的構成

（a）所有権留保契約および留保所有権の定義

2条（定義）16号は、「所有権留保契約」とは、動産の所有権を移転する

ことを内容とする売買契約等であって、当該動産の代金の支払債務その他の金銭債務を担保するため、その金銭債務の全部の履行がされるまでの間は、当該動産の所有権を移転すべき者に留保する旨の定めのあるもの等をいうとし、同条18号は、「留保所有権」とは、所有権留保の目的動産の所有権を留保する者が所有権留保契約に基づいて所有権留保の目的動産について有する権利をいう、としている。

ここで、2条18号が、目的動産の所有権を留保する者としながら、この者は目的動産につき留保所有権を有するとしているのは、分かりにくいのであるが、結局のところ、所有権留保契約により、目的動産の所有権は、契約上は売主等に留保されているが、売主に留保されている権利（留保所有権）は、所有権そのものではなく、法に定められている内容を有する権利のことと理解すべきことになるだろう。

(b) 留保所有権の法的性質

(ア) これまでの判例 この留保所有権の法的性質について、これまでの判例は、留保所有権を所有権的に構成し、売主等は、所有権を有するのであって、物権変動は生じていないから、留保所有権を第三者に対抗するためには対抗要件を必要としないとしてきた（最判昭和49年7月18日民集28巻5号743頁〔一般債権者に対する第三者異議の訴えのケース〕）。

(イ) 法 これに対して、法は、留保買主から留保売主への目的動産の引渡しがなければ留保所有権を第三者に対抗できないとして（109条1項）、留保所有権に原則として対抗要件を要求しているから、留保所有権を担保権的に構成しているといえる。

(c) 留保所有権の重複設定や他の動産担保権との競合は認められるか

(ア) 法 さらに、111条は、「第2章 譲渡担保契約」の規定（動産譲渡担保契約に係る部分に限る。）は、留保所有権について準用する（ただし、31条1項〔牽連性のある金銭債務のみを担保するための動産の譲渡の対抗力〕、38条〔転動

産譲渡担保」を除く）としている。そこで、動産譲渡担保権に準じて、留保所有権の重複設定が認められて（7条の準用）、同一の動産について複数の留保所有権が存在する場合の優劣の基準が定められ（32条の準用）、留保所有権と動産質権とが競合する場合の優先順位についての基準が定められ（35条の準用）、留保所有権に基づく物上代位が認められ（9条の準用）、留保所有権者が優先弁済を受ける方法として、民事執行法190条の担保権の実行としての競売を申し立てたり（72条2項の準用）、他の債権者の申し立てに係る強制競売や担保権の実行としての競売において配当要求（民執133条）をすることができるとされ（72条1項の準用）、破産手続および再生手続において留保所有権者は別除権者として扱われ、また更生手続において留保所有権者は更生担保権者として扱われることにしている（97条1項の準用）。

（イ）問題の所在　しかし留保所有権を担保権的に構成するからといって、動産譲渡担保権に準じて、留保所有権の重複設定や留保所有権と動産質権の競合などを認めるかは一つの問題である。留保所有権を担保権的に構成するということは、留保所有権に所有権そのものの効力を認めるのではなく、担保権に準じた効力を認めることに過ぎず、留保買主が目的動産につき譲渡担保権や動産質権を設定することができるとは、これまでの担保権の構成に立つ学説も考えて来なかったのではなかろうか。

これに対して、法は、留保買主は、目的動産につき有する権利を第三者に譲渡することができ、目的動産につき第三者のために動産譲渡担保権を設定したり動産質権を設定したりできるという考え方を採り、目的動産につき留保売主の留保所有権と第三者の動産譲渡担保権や動産質権が競合するという考え方に立っている。

（ウ）部会の考え方の変遷　もっとも、部会の考えも当初から法のような考えに立っていたわけではない。部会資料37-3第22は、目的動産の売買代金債権を担保する狭義の留保所有権については、目的動産の所有権は売主から買主には移転しておらず（所有権的構成）、したがって留保所有権と他

の担保物権との競合は生じないという提案であった²⁾。しかし、この提案を受けた第42回会議では、激論が交わされた³⁾。事務局の中心である笹井幹事は、所有権留保売買においては、代金完済まで所有権は留保売主にあるから、留保買主は、目的動産につき真正譲渡も譲渡担保権の設定もできない、したがって留保売主の留保所有権と留保買主の設定した担保物権との競合は生じないとした。これに対して、部会長は、所有権の所在に触れないまま留保所有権と他の担保物権との競合における優劣基準を作れないものかとの疑問を投げかけた。そして、所有権留保がなされても、その所有権は担保目的を達する限度に制限されるが、他のところは全部留保買主に行っているとする、留保買主のところにある権利は、担保設定による換金は何故できないのかという疑問が出され(沖野委員)、笹井幹事は、留保買主の有する物権的期待権の譲渡の余地はあると思われるが、留保買主による譲渡担保権設定についてニーズはあまりないのではないかと応えられた。

部会事務局は、この会議では、競合が生ずることを前提とした規律とすべきという意見が大半を占めたと理解し⁴⁾、その考えが部会資料42(要綱案たたき台2)第15 1の【案15.2】に反映され、この提案を受けた第45回会議では、特段の異論は見られなかった⁵⁾。そこで、この【案15.2】が部会資料46(要綱案たたき台3)、部会資料49(要綱案たたき台4)に承継され、要綱に至り、今回の法になったものといえる。

(エ) 検 討 ところで、譲渡担保権の場合は、譲渡担保権を担保権的に構成して、債権担保のために目的動産に譲渡担保権が設定されると考えると、抵当権の場合と同様、譲渡担保権設定者は目的動産の残余価値(目的動産の価額－被担保債権額)を把握しており、目的動産を動産譲渡担保権の

2) 部会資料37-3第22 3(説明)。

3) 第42回会議事録6～24頁。

4) 部会資料42(要綱案たたき台2)第15 1(説明)。もっとも、必ずしもそのような意見ばかりではなかったと思われる。

5) 第45回会議事録32～36頁。

負担のついたものとして譲渡したり、動産譲渡担保権を重複設定したり、後順位動産担保権を設定したりすることができるとしても、あまり違和感はないであろう。

これに対して、留保所有権の場合は、所有権留保売買等がなされ、目的動産が留保買主に引き渡されても、留保買主はまだ売買代金債務を支払っていないか一部しか支払っていないのであるから、譲渡担保権の場合と異なり、一般に被担保債権額（残代金債権額）の方が目的動産の価額より大きく、留保買主は目的動産の残余価値を把握する状態になってはいない。したがって、留保所有権を担保権的に構成する立場からしても、留保売主から目的動産の処分授權がなされていないにもかかわらず、留保買主に目的動産を処分する権限があり、留保買主は目的動産を留保所有権の負担付きで第三者に譲渡したり、第三者の債権担保のために目的動産に動産譲渡担保権を設定したり、動産質権を設定したりすることができるとすること（第42回会議の多数意見である）には、無理があるように思える（所有権留保契約には、目的動産の代金完済までは、留保買主は目的動産を処分することができないとの約定が存在するのが一般的であるから、このような約定の効力を否定することになる）。したがって、法は、譲渡担保契約に関する総則規定である6条（譲渡担保権設定者の処分権限）、7条（重複する譲渡担保契約）、動産譲渡担保契約の効力に関する規定である32条（動産譲渡担保権の順位）、および35条（動産譲渡担保権と動産質権との競合）を所有権留保契約に準用しているが（111条）、問題ではなかろうか。

留保所有権を担保権的に構成するとしても、動産譲渡担保権の場合に準じて設定者に目的動産の処分権限を認めるべきではなく、留保所有権に対抗要件を要求するとともに、留保所有権に基づく物上代位権を認め、留保買主の一般債権者の申立てによる留保目的動産に対する差押えがなされた場合や留保買主につき倒産手続が開始された場合に、留保所有権に担保権と同様の効力を認める程度でよいのではなかろうか。

また、実際問題としても、譲渡担保権の設定の場合と異なり、留保所有

権の設定の場合は、被担保債権の額と目的動産の価額の間には大きな差がないので残余価値はほとんどなく、留保買主に目的動産の処分権限を認めても、目的動産を譲り受けたり、目的動産に後順位担保権の設定を受けたりする第三者はほとんど現れないのではなかろうか。

したがって、留保所有権を動産譲渡担保権と基本的に同様なものと考えて、留保買主に目的動産の処分権限を認める法の考え方は、現実の所有権留保契約の実態から遊離しているのではないかと私は考える。

3 動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点

(1) 動産譲渡担保権の対抗要件と優先順位

(a) 動産譲渡担保権の対抗要件

(ア) 動産の引渡し 動産譲渡担保権の対抗要件は、動産の引渡しである(32条・35条)。動産の引渡しには、現実の引渡し、簡易の引渡し、占有改定および指図による占有移転があるが(民182条～184条)、動産譲渡担保権の設定の場合、設定者が目的動産を引き続き直接占有して使用・収益をすることが一般的なので、通常は占有改定により対抗要件が具備される。

(イ) 動産債権譲渡特例法3条1項による動産譲渡登記 譲渡担保権設定者が法人であるときは、動産債権譲渡特例法3条1項による動産譲渡登記も動産譲渡担保権の対抗要件となる。動産譲渡登記がなされたときは、当該動産について民法178条の引渡しがあったものとみなされる(動産債権譲渡特例3条1項)。

(b) 動産譲渡担保権の順位

譲渡担保権の重複設定も認められている(7条)。そして、同一の動産について数個の動産譲渡担保権が互いに競合する場合は、その動産譲渡担保権の順位は、その動産の引渡し(登記または登録をしなければ権利の得喪および変更を第三者に対抗することができない動産にあっては、登記または登録)の前

後による（32条）。

（c）動産譲渡担保権の順位についての2つの例外

しかし、動産譲渡担保権の順位について、次の2つの例外が設けられている。

（ア）占有改定劣後ルール （b）で見たように、数個の動産譲渡担保権が競合する場合は、動産譲渡担保権の順位は、目的動産の引渡しの前後によるが（32条）、占有改定の方法により引渡しがなされた動産譲渡担保権は、占有改定以外の方法による引渡し（現実の引渡し、簡易の引渡し、指図による占有移転。動産債権譲渡特例3条による譲渡登記も含まれる。）がなされた動産譲渡担保権または動産質権に劣後する（36条1項）。これを「占有改定劣後ルール」という。このルールが採用されたのは、占有改定は、観念的引渡しで公示として明確ではないから、できるだけ効力を弱め、登記による対抗要件に移行させようとしたことにある。なお、占有改定以外の方法による引渡しにより対抗要件を具備した動産譲渡担保権であっても、その後に動産譲渡担保権設定者が動産を現に所持して占有したときには、占有改定の方法で対抗要件を備えたものとみなされ（36条2項）、占有改定劣後ルールが適用される。したがって、設定者が目的動産を使用収益する通常の動産譲渡担保にあっては、動産譲渡担保権者は、登記による対抗要件を具備しなければ確実な優先権を確保しえないことになる。

（イ）牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権の対抗力および牽連性のある金銭債務を担保する動産譲渡担保権の順位の特例

α 牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権の対抗力
牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権とは、① 動産譲渡担保権の目的動産の代金債務、または② 動産譲渡担保権の目的動産の代金の支払債務の債務者から委託を受けた者が当該代金の支払債務を履行したことによって生ずるその者の代金の支払債務者に対する求償権に係る債務が被担保債権（利息、違約金等を含む）である動産譲渡担保権である（31条）。

そして、31条1項は、牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権は、目的動産の引渡しがなくとも、これを第三者に対抗することができるとし、31条2項は、この場合において、32条（動産譲渡担保権の順位）、35条（動産譲渡担保権と動産質権との競合）、36条（占有改定劣後ルール）、37条（牽連性のある金銭債務を担保する動産譲渡担保権の順位の特例）の適用については、動産譲渡担保契約に基づく動産の譲渡の時に占有改定以外の方法で目的動産の引渡しがあったものとみなすとしている。したがって、牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権は、対抗要件を具備することなしに、目的動産譲渡の時に占有改定以外の方法による対抗要件を具備したものと同様に扱われることになる。

このように牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権について、対抗要件を具備することなく第三者に対抗することができるとしたのは、狭義の留保所有権（法はこの用語を使用するのを止めたが、後述の7(2)(a)(v)に定める留保所有権がこれに当たる）を政策的に優遇し、対抗要件を具備することなく留保所有権を第三者に主張できる（109条2項）とするのであれば、これと同様の債務を担保する動産譲渡担保権についても対抗要件を不要とするのが一貫した取扱いと考えられるためであるとする⁶⁾。

β 牽連性のある金銭債務を担保する動産譲渡担保権の順位の特例
その上で、37条本文は、32条（動産譲渡担保権の順位は動産の引渡しの前後による）、35条（動産譲渡担保権と動産質権の順位）、および36条（占有改定劣後ルール）の規定にかかわらず、牽連性のある金銭債務を担保する動産譲渡担保権は、牽連性のある金銭債務を担保する限度において、競合する他の動産譲渡担保権、動産質権または企業価値担保権に優先するとする。ただし、37条ただし書きは、牽連性のある金銭債務を担保する動産譲渡担保権者が目的動産の引渡しを受ける前に、他の動産譲渡担保権者が、目的動産につき占有改定以外の方法による引渡しを受けたときや、他の債権者が目的動産

6) 部会資料33 11頁（説明）。

につき質権の設定を受けたときなど、他の約定担保権者が動産の担保価値を確定的に把握したと評価できる場合には、これらの競合する担保権者が優先する⁷⁾。

(2) 動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点

(1)(c)に挙げた動産譲渡担保権の順位についての2つの例外には、以下のような重大な問題があり、採用されるべきではなかった。

(a) 占有改定劣後ルールの問題点

占有改定劣後ルールには、理論上および實際上、重大な問題がある。

(ア) 理論上の問題

i 対抗要件の種類により優先劣後を設けていること 留保所有権および動産譲渡担保権を担保権的に構成すると、一種の約定担保物権ということになり、約定担保物権は一つの担保物権として、所有権や用益物権など担保物権以外の第三者の物権との関係でも、また、第三者の有する約定担保物権との関係でも、対抗要件を具備した時の前後により優劣が決まるのが、わが担保物権法における取扱いである⁸⁾。したがって、占有改定劣後ルールのように、対抗要件の種類によって優先順位に優劣を設けることは、この取扱いに反する⁹⁾。

この点につき、占有改定劣後ルールに賛成する論者の中には、担保権設定の第三者に対する対抗の問題（狭義の対抗問題）と、（第三者対抗力を備えた）担保権相互の優先劣後の問題（担保権の順位の問題）とは理論的に区別することができ、後者については、政策的観点から対抗要件の種類による

7) 部会資料33 12頁（説明）参照。なお、民法330条の規定による第1順位の先取特権の成立時がその後削除されたことについては、部会資料42 18頁（説明）参照。

8) 森田修編・新版注釈民法（7）7頁〔占部洋之〕（有斐閣・2019年）、安永正昭・講義 物権・担保物権法〔第4版〕300頁（有斐閣・2021年）。

9) 植垣勝裕＝小川秀樹編著・一問一答動産・債権譲渡特例法〔三訂版増補〕35頁（商事法務・2010年）。

優先劣後を観念する余地がある、そもそも、民法自体が、抵当権の對抗要件を定める177条と抵当権の順位を定める373条を別個に規定しており、狭義の對抗問題と担保権の順位の問題を区別する素地は存在する、とする主張が見られる¹⁰⁾。

しかしながら、わが国では、政策的観点から優劣について特別の扱いをしているのは、法定担保物権としての先取特権だけである。民法が物権の得喪変更に第三者對抗要件を要求する177条の他に抵当権の順位に関する373条を設けているのは、抵当権の場合には重複設定がしばしば生じ得るから373条の規定を設けているのであって、いずれも對抗要件具備の前後によって権利の優劣を決めるとするもので、両者の間に考え方に違いがあるわけではない。

占有改定劣後ルールに賛成する論者の上記のような考え方は、「占有改定劣後ルール」を理論的に正当化するためのものであって、政策的観点を実現しやすいように、安易にこれまでのルールを変えてしまおうとする手法には賛成できない。

ii 占有改定により對抗要件を備えた動産譲渡担保権は、登記により對抗要件を備えた動産譲渡担保権には負けるが、登記により對抗要件を備えた動産の真正譲渡には勝つというアンバランス 「占有改定劣後ルール」を採った場合、占有改定により對抗要件を備えた動産譲渡担保権は、登記により對抗要件を備えた動産譲渡担保権には劣後するが、登記により對抗要件を備えた動産の真正譲渡には對抗できるというアンバランスが生ずることになる。

この点についても、占有改定劣後ルールに賛成する論者の中には、前者

10) 部会資料20 第1 4の(説明)や、和田勝行「担保法制の見直しによる「對抗要件」概念の課題」月刊登記情報762号8頁(2025年)参照。和田教授の前記論文は、日本登記法学会第9回研究大会(2024年11月)におけるご報告を基にしたもので、担保法制部会の立場から私の見解を批判されたものであるが、私も大変勉強させていただいた。このご報告に対する大会当日の私のコメントを基にしたものが、生熊長幸「和田報告および伊見報告に対するコメント」月刊登記情報762号24頁以下である。

は、（第三者対抗力を備えた）担保権相互の優先劣後の問題（担保権の順位の問題）であるのに対して、後者は、担保権設定の第三者に対する対抗の問題（狭義の対抗問題）であるから、このアンバランスを問題にする必要はないとするものが見られる¹¹⁾。

しかし、占有改定は観念的引渡しで公示として明確ではないという考えから、「占有改定劣後ルール」が提案されているのである。そして、動産譲渡担保権の取得も売買による目的動産の取得も、ともに取引として行われるのであるから、「占有改定劣後ルール」が採用されると、動産譲渡担保権を取得して登記による対抗要件を具備する場合には、目的動産につき占有改定により対抗要件を備えた動産譲渡担保権が存在するか否かを調査する必要はなく、他方、動産所有権を真正に取得し登記による対抗要件を具備する場合には、目的動産につき占有改定により対抗要件を備えた動産譲渡担保権が存在するか否かを調査する必要があるということになるのであるから、両者の間にアンバランスがあると認識するのが一般的であろう。

しかも、動産譲渡担保権の設定を受けるのは、相手方に対する融資の担保として行われるのであるから、担保の目的動産の権利関係につき丁寧な調査をする時間があるのに対して、動産の真正譲渡を受けるのは、通常、売買契約によるのであるから、売買の目的動産の権利関係の調査についても一般に迅速性が要求されるから（したがって、民法192条の即時取得の制度が存在する）、このアンバランスはより強く認識されるのではなかろうか。

iii 占有改定劣後ルールを採りながら公示なしに優先できる動産譲渡担保権や留保所有権を認めることは、理論的に矛盾している。法は、前述のように、占有改定は観念的引渡しで公示として明確でないという考えから、「占有改定劣後ルール」を設けている（36条1項、111条による36条1項の準用）。それにもかかわらず、法は、牽連性のある債務のみを担保する動産譲渡担保権や目的動産の売買代金債権のみを担保する狭義の留保所有権な

11) 和田・前掲注10) 8頁。

どについては、公示なしに第三者に対抗できるという規定(31条1項、109条2項)を設けている。このことは、法の公示に対する考え方が一貫性を欠いていることを如実に示しているといえよう。

(イ) 実際上の問題

i 少額の融資を受けようとする者から非占有担保の方法を事実上取り上げることになる 動産譲渡担保権の対抗要件としての引渡しは、これまで一般に譲渡担保権設定者から譲渡担保権者への占有改定であり(最判昭30年6月2日民集9巻7号855頁)、だからこそ設定に費用も時間もかからず、引き続き目的動産を使用することができる簡易な非占有担保として、少額の融資を受ける中小零細業者に動産譲渡担保権は利用されてきたのである¹²⁾。

しかし、占有改定劣後ルールが採用されると、融資をする側は融資を受ける側に動産譲渡担保権の対抗要件として動産譲渡登記を求めるようになる。ところが、法人ではない中小零細業者の場合は、動産譲渡登記を利用できないから(動産債権譲渡特例3条1項)、動産譲渡担保権の設定により融資を受けることは困難になる。また、法人である中小零細業者の場合は、動産譲渡登記を利用できるが、100～200万円程度の少額の融資を受けるには、動産譲渡登記をするために必要な費用(登録免許税7,500円、司法書士に対する10万円前後の報酬のほか登記関係の諸費用・消費税などが必要となり、実質的には金利が10～20%上乗せされると変わらない)や司法書士との打ち合わせに要する時間などを鑑みれば、動産譲渡担保権の利用を回避し、融資を受けることを断念する者や、金利のより高い無担保融資を受ける者が増えることになるう。

したがって、占有改定劣後ルールの採用は、少額の融資を受けようとする中小零細業者の動産譲渡担保権の利用を困難にすることができるといえる。

ii 「占有改定劣後ルール」を採用しても、融資をしようとする者が、目

12) 星野英一・民法概論Ⅱ319頁(良書普及会・1980年)参照。

的動産の権利関係を丁寧に調査する負担は軽減されない。部会が「占有改定劣後ルール」を採るに至った最大の理由は、動産譲渡担保権の一般的な対抗要件である占有改定は、観念的引渡しで公示として明確でないから、「占有改定劣後ルール」を採ることにより、目的動産に譲渡担保権の設定を受け登記による対抗要件を備えて融資をしようとする者にとって、占有改定による対抗要件を備えた動産譲渡担保権の存在の調査が不要となり、目的動産の権利関係を調査する負担が軽減されると考えたことにある。

ところで、動産譲渡担保権の設定を受けて融資をしようとする者が目的動産の権利関係を丁寧に調査する必要があるのは、動産売買におけるのとは異なり、目的動産の現実の引渡しを受けることは通常はないので、即時取得による保護（民192条）を受けることができないためである。したがって、動産譲渡担保権の設定を受けて融資をしようとする者は、動産譲渡担保権の設定者となろうとする者が目的動産の真の所有者であるか（占有改定による真正譲渡が存在しないか、賃借人・使用借人・留置権者などではなく所有者であるかなど）、優先順位の担保権（留保所有権、動産譲渡担保権や動産質権）が存在しないかなどを丁寧に調査することになるが、これまで実務家は調査をすれば権利関係はほぼ明らかになるとしてきた¹³⁾。

しかも、前述（(1)(c)(i)）のように、法は、牽連性のある債務のみを担保する動産譲渡担保権や目的動産の売買代金債権のみを担保する狭義の留保所有権などについては、公示なしに第三者に対抗できるという規定（31条1項、109条2項）を設けているのである。したがって、法のもとでは、目的動産に譲渡担保権の設定を受け登記による対抗要件を備えて融資をしようとする債権者は、公示がないが第三者に対抗しうる留保所有権や動産譲渡担保権の存否を調査しなければならないことになるのであって、「占有改定劣後ルール」を採用しても、融資をしようとする者が、目的動産の権利関係を丁寧に調査する負担は軽減されないことになり、実際上のメリット

13) 商事法務研究会主催・担保法制研究会報告書58頁（2021年）など。

はないということができる。

(ウ) 結 論 以上のように、「占有改定劣後ルール」の採用は、理論上大きな問題点を抱えているのみならず、実際上も有害無益なのであるから、「占有改定劣後ルール」は、採用されるべきではなかったのである。

(b) 牽連性のある金銭債務のみを担保する動産譲渡担保権の対抗力および順位の特例の問題点

このような特例が設けられたのは、前述のように ((1)(c)(i))、狭義の留保所有権と同様、担保の目的動産の代金債務など牽連性のある金銭債務を被担保債権とする動産譲渡担保権を優先的に保護しようとするためであるが、従来はこのような特例を設けなくても、牽連性のある金銭債務を担保する動産譲渡担保権や留保所有権は、目的動産から最優先順位で弁済を受けることができたのである。なぜなら、自己の所有する動産を所有権留保売買で買主に売り渡して現実の引渡しをすると同時に、売主が留保所有権につき占有改定により対抗要件を備えた場合（法と同様、留保所有権の担保権的構成を前提とする。所有権的構成であれば対抗要件を必要としない）、または自己の所有する動産を買主に売り渡して現実の引渡しをすると同時に、売主が買主に所有権が移転したその動産に売買代金債権を被担保債権とする動産譲渡担保権の設定を受けるとともに占有改定により対抗要件を備えた場合、売主は目的動産に最優先順位の留保所有権または動産譲渡担保権を取得できたからである（このことは、代金債務を履行した者の求償債権を被担保債権とする場合も同様である）。

ところが法は、動産譲渡担保権の対抗要件につき、占有改定劣後ルールを採ったために、売主は、留保所有権または動産譲渡担保権の対抗要件として占有改定ではなく所有権留保登記（改正動産債権譲渡特例法13条の2）または動産譲渡登記（動産債権譲渡特例法3条1項）を備えていないと、後から同一動産に動産譲渡担保の設定を受け登記により対抗要件を備えた動産譲渡担保権者や動産質権者に劣後することになる。しかし、売主に対抗要件

として所有権留保登記や動産譲渡登記を要求することは必ずしも現実的ではない。そこで、法は、上記のような特例を置く必要性に迫られたのであろう。

しかし、法は、動産譲渡担保権の占有改定による対抗要件は、観念的引渡しで公示として明確ではないとして、占有改定劣後ルールを採用しながら、上記のような特例を設けることは、理論的に一貫していないといわざるをえない。しかも、占有改定劣後ルールは、前述のように理論上大きな問題を抱えているだけではなく、実際上有害無益であり、採用されるべきではなかったのである。占有改定劣後ルールの採用に固執しなければ、例外に例外を重ねて複雑難解となってしまった法の目指しているのと同じ政策目的を、従来の簡単明瞭なルールにより導くことができたとは私は考える。

4 集合動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点

(1) 集合動産譲渡担保権の対抗要件

(a) 集合動産譲渡担保権の対抗要件

(ア) 集合動産譲渡担保権 動産譲渡担保契約は、① 集合動産の目的である集合物を構成する動産の種類、および② 集合動産の所在場所その他の事項、を指定することにより、将来において属する動産を含むものとして定められた範囲（＝「動産特定範囲」）によって特定された動産（＝「特定範囲所屬動産」）を、一体として、その目的とすることができ（40条）、これにより債権者が取得する権利が集合動産譲渡担保権である。

(イ) 集合動産譲渡担保権の対抗要件 集合動産譲渡担保権の対抗要件は、集合動産譲渡担保権設定者から集合動産譲渡担保権者へ集合動産の範囲に属する動産の全部の引渡しである（41条1項）。設定者が法人であるときは、動産債権譲渡特例法による動産譲渡登記を対抗要件とすることもでき、この登記がなされたときは、当該動産について民法178条の引渡しがあったものとみなされる（動産債権譲渡特例3条1項）。

(ウ) 占有改定劣後ルール適用 集合動産譲渡担保権の対抗要件についても、占有改定劣後ルールが適用される (36条)。したがって、集合動産譲渡担保権が設定され、占有改定により対抗要件を備えても、占有改定以外の方法で目的動産の引渡し (動産譲渡登記による対抗要件を含む) を受けることにより対抗要件を具備した個別動産譲渡担保権、集合動産譲渡担保権または動産質権もしくは企業価値担保権に劣後する (36条1項)。

(b) 集合動産譲渡担保権の対抗力は、将来集合動産を構成することになる
個別動産にいつから及ぶか

集合動産譲渡担保権につき対抗要件が具備された後に、集合動産譲渡担保権設定者が買い入れて集合動産に加入した (集合動産の所在場所に搬入した) 個別動産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した時からか (対抗要件具備時説)、個別動産が集合動産に加入した時からか (加入時説) が問題となる。

ここでは、この問題を分かりやすくするために、占有改定劣後ルール ((a)(ウ)) を除外して検討する。これは、占有改定劣後ルールを前提とすると、集合動産譲渡担保権につき登記により対抗要件が具備され、その後に設定された動産譲渡担保権や留保所有権は占有改定により対抗要件を具備したという最も一般的なケースにおいては、対抗要件具備時説を採るか加入時説を採るかを検討するまでもなく、集合動産譲渡担保が優先してしまうからである。

(ア) 検討すべきケース 次のようなケースをどのように処理すべきか。

i [集合動産譲渡担保権設定者と個別動産についての動産譲渡担保権設定者または留保所有権設定者 (留保買主) が同一人であるケース] 集合動産譲渡担保権が設定され対抗要件が具備された後に、集合動産譲渡担保権設定者が、集合動産の構成部分になり得る個別動産を第三者から購入資金の貸付けを受けて買い受け引渡しを受けると同時に、第三者の貸付金債権担保のために当該個別動産に譲渡担保権を設定して占有改定による対

抗要件を具備し、または、集合動産譲渡担保権設定者が個別動産を第三者から所有権留保売買で買い受けると同時に、第三者の留保所有権につき占有改定による対抗要件を具備し、次いで当該個別動産を集合動産に加入させたケース（41条1項のケース）

ii 〔集合動産譲渡担保権設定者と個別動産についての動産譲渡担保権設定者、質権設定者または留保所有権設定者（留保買主）が同一人でないケース〕 集合動産譲渡担保権が設定され対抗要件が具備された後に、集合動産譲渡担保権設定者以外の者が、所有する個別動産に第三者の債権担保のために動産譲渡担保権を設定して占有改定により対抗要件を具備し、または所有する個別動産に動産質権を設定し、もしくは所有権留保売買で買主に引き渡した個別動産に留保所有権を設定して占有改定により対抗要件を具備し、次いで当該個別動産を集合動産譲渡担保権設定者が買い入れて集合動産に加入させたケース（41条2項のケース）

これらのケースにおいて、集合動産に加入した個別動産につき集合動産譲渡担保権と個別動産譲渡担保権、留保所有権または動産質権の競合という問題が生じ、個別動産につき集合動産譲渡担保権の対抗力はいつから及ぶといえるかが問題となる。

(イ) 対抗要件具備時説か加入時説か この問題については、対抗要件具備時と加入時との対立がある。

i 対抗要件具備時説 この説は、集合動産譲渡担保権設定者が将来第三者所有の個別動産を買い入れて集合動産譲渡担保権の目的である集合動産に加入させることを停止条件として、集合動産譲渡担保権の対抗要件具備時に、集合動産譲渡担保権の対抗力が個別動産に及ぶと考えるので、(ア) i・iiのケースでは、集合動産譲渡担保権が個別動産譲渡担保権や留保所有権などに優先する。

ii 加入時説 この説は、集合動産譲渡担保権設定者が、第三者所有の個別動産を買い入れて集合動産譲渡担保権の目的である集合物に加入させた時に、集合動産譲渡担保権の対抗力が個別動産に及ぶと考えるので、

(ア) i ・ ii のケースでは、個別動産譲渡担保権または留保所有権などが集合動産譲渡担保権に優先する。

(ウ) 法 部会は、(イ)のうちいずれの見解を採用のかにつき紆余曲折を繰り返したが、41条（集合動産譲渡担保権についての対抗要件の特例）1項は、集合動産譲渡担保権者は、集合動産に属する動産の全部の引渡しを受けたときは、集合動産に将来属する動産についても、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有することを第三者に対抗することができるとするから、(ア) i のケースについては対抗要件具備時説を採用。他方、同条2項は、同一の動産について集合動産譲渡担保権と個別動産譲渡担保権、または動産質権とが競合する場合において、個別動産譲渡担保権設定者または動産質権設定者が集合動産譲渡担保権設定者以外の者であるときは、将来集合動産に加入する個別動産についての集合動産譲渡担保権の対抗要件の具備時は、集合動産譲渡担保権者が集合動産に属する動産の全部の引渡しを受けた時または将来集合動産に加入する個別動産が集合動産に属した時のいずれか遅い時とするから、(ア) ii のケースについては加入時説を採用。

その理由は、(ア) i のケースについて加入時説を採用と、集合動産譲渡担保権設定者が個別動産を買い入れる際、個別動産に動産譲渡担保権や留保所有権を設定することにより集合動産の価値を毀損することが可能となること¹⁴⁾、他方、(ア) ii のケースでは、集合動産譲渡担保権設定者と個別動産譲渡担保権設定者または動産質権設定者もしくは留保所有権設定者が異なり、個別動産譲渡担保権または動産質権もしくは留保所有権の目的である動産がその設定の後に集合動産譲渡担保権の目的である集合物に加入することを予測することが困難であり、このような個別動産譲渡担保権、動産質権、留保所有権を保護する必要があることにある¹⁵⁾。

14) 部会資料33第4 2 (3) (説明)。

15) 部会資料46第4 2 (説明)。

(2) 集合動産譲渡担保権の対抗要件のかかえる重大な問題点

(a) 占有改定劣後ルールについて

個別動産譲渡担保権の対抗要件として、占有改定劣後ルールを採ることは、理論上問題があるのみならず実際上も有害無益であることは前述した(3(2)(a))。これに対して、集合動産譲渡担保権の場合は、融資額が高額になることが一般的であるから、譲渡登記を対抗要件としても、設定者に時間的・費用的に大きな負担をかけるということにはならないのではないかと考えられる。したがって、私は、集合動産譲渡担保権の対抗要件については、占有改定劣後ルールではなく、登記主義（譲渡登記のみを対抗要件として認める）を採るのが適切ではないかと考える。

(b) 個別動産譲渡担保権・留保所有権と集合動産譲渡担保権の競合において対抗要件具備時説を採る点

(1)(b)(ウ)で見たように、部会は、対抗要件具備時説と加入時説のいずれが理論的に適切かの検討を放棄し、部会の期待する結論に到達する説を、41条に持ってきたに過ぎない。集合動産譲渡担保権者が集合動産を構成する動産の全部の引渡し（占有改定）を集合動産譲渡担保権設定者から受けた時（集合動産譲渡担保権の対抗要件具備時）に、何故にその時から、将来において集合動産を構成する動産に集合動産譲渡担保権の対抗力が及ぶ（41条1項。対抗要件具備時説）といえるのかについては、部会は全く答えを出していないのである。

担保物権の対抗要件具備により担保目的物につき担保権者が第三者に対して担保物権を対抗できるのは、担保物権の対抗要件（占有改定を含む）具備により担保目的物につき担保物権の存在が公示（観念的引渡しである占有改定を含む）されているからである。したがって、担保目的物につき取引をしようとする者は、担保物権の対抗要件が具備されているか否かを調査し、具備されている場合、担保物権の存在を前提とした取引をする必要がある。

ところで、(1)(b)(ア) i・ii のケースは、第三者が、自己が所有する個別動

産を相手方に売り渡して引き渡すと同時に、相手方から代金債権担保のために当該個別動産に個別動産譲渡担保権または留保所有権の設定を受け対抗要件を具備したというものであり、この取引より前に、またこの取引とは無関係に、集合動産譲渡担保権契約がなされ、集合動産譲渡担保権につき対抗要件が具備されていたのであるが、上記第三者は、自己が所有する個別動産に将来集合動産譲渡担保権の効力が及ぶことを承諾しているわけではない。したがって、第三者は、自己が所有する個別動産を相手方に売り渡して引き渡すと同時に、相手方から代金債権担保のために当該個別動産に個別動産譲渡担保権または留保所有権の設定を受け対抗要件を具備すれば、当該個別動産に最優先順位の個別動産譲渡担保権または留保所有権を取得できるのは当然であり、対抗要件具備時説は採りえない。このことは、(1)(b)(ア) i のように相手方が当該個別動産を買い入れて集合動産に加入させれば当該個別動産が集合動産の構成部分となる集合動産譲渡担保権の設定者であっても、(1)(b)(ア) ii のように相手方がこのような集合動産譲渡担保権設定者でなくても、変わりはない。もし対抗要件具備時説を採るとしたら、個別動産の所有者が(1)(b)(ア) i ・ ii のような取引をすることを困難にするのであるから、個別動産の所有者の処分権を侵害することになるということもよい。

そして、当該個別動産がその後集合動産の所在場所に搬入されたときには、当該個別動産が集合動産譲渡担保権の目的である集合動産の構成部分になったのであるから、当該個別動産につき改めて対抗要件を具備しなくても、その時から当該個別動産についても集合動産譲渡担保権の対抗力が及ぶ（加入時説。これが集合動産譲渡担保権の設定を受けるメリットである）。したがって、(1)(b)(ア) i ・ ii のケースのように、当該個別動産が集合動産に加入する前に、当該個別動産に設定され対抗要件を備えた動産譲渡担保権または留保所有権は、集合動産譲渡担保権に優先すると考えるべきである。

また、(1)(b)(ア) i のケースについて加入時説を採った場合の問題点として(1)(b)(ウ)で指摘されていることは、43条の「動産の補充等による価値の維持

義務」により対処すべき問題だと考える。

結局、41条1項・2項の規定は、對抗要件具備時説および加入時説につき理論的に突き詰めることなしに設けられたものであって、重大な問題をかかえているといえる。

5 動産譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点

(1) 動産譲渡担保権の実行方法

被担保債権の弁済期が到来しても債務の弁済がなされないときは、動産譲渡担保権者は、動産譲渡担保権を実行して、被担保債権の優先弁済を受けることができる。

動産譲渡担保権の実行手続は、① 帰属清算方式による実行、② 処分清算方式による実行、または③ 民事執行法による担保権の実行としての動産競売手続であり、そのいずれかを選択することになる。また、動産譲渡担保権者は配当要求等によっても被担保債権の優先弁済を受けることができる。

(a) 帰属清算方式による実行

帰属清算方式による実行とは、動産譲渡担保権者が、被担保債権の弁済に代えて目的動産を自己に帰属させ、帰属清算時（以下の(イ)参照）の目的動産の価額が被担保債権額を上回るときは、その差額を清算金（「帰属清算金」。以下の(ウ)）として譲渡担保権設定者に支払うことにより行うものである。帰属清算時の目的動産の価額が被担保債権額を下回るときは、その差額分はなお債務者に対する一般債権として存続する。

(ア) 帰属清算の通知と目的動産の見積価額 α 帰属清算の通知 動産譲渡担保権者は、帰属清算方式による実行をする場合には、動産譲渡担保権設定者に対して帰属清算の通知をする。

帰属清算の通知には、① 目的動産をもって被担保債権の弁済に充てること、② 帰属清算時における目的動産の見積価額およびその算定根拠、③ 帰

属清算時における被担保債権の額、の記載が必要になる (60条 1 項)。

なお、目的動産を動産譲渡担保権設定者から譲り受けた者がいる場合、動産譲渡担保権者が動産譲渡担保権設定者に対してした帰属清算通知を、目的動産を動産譲渡担保権設定者から譲り受けた者に対する帰属清算の通知とみなす (同条 3 項)。動産譲渡担保権者が、設定者による目的動産の譲渡を承諾していたときは別である)。

β 目的動産の見積価額 目的動産の見積価額は、合理的な方法によって算出したものでなければならない (同条 2 項)。帰属清算の通知に記載された目的動産の見積価額が、合理的な方法により算出されなかった場合には、帰属清算の通知があったとはみなされないことになる。

(イ) 帰属清算時と被担保債権の消滅時期 帰属清算の通知の日から 2 週間を経過した時、または帰属清算の通知をした動産譲渡担保権者が目的動産の引渡しを受けた時のうち、いずれか早い時 (通常は前者である) を「帰属清算時」といい、被担保債権は、その時における目的動産の価額 (これは、目的動産の見積価額ではなく客観的な価額である) の限度において消滅する (同条 1 項。なお、(ア) α の帰属清算の通知の後、帰属清算時までの間に、当該動産譲渡担保権について実行の手續の一時停止を命ずる旨を記載した裁判等があったとき等については、同条 1 項括弧書き参照)。

(ウ) 帰属清算金の支払債務 動産譲渡担保権者は、帰属清算時における目的動産の価額 (客観的な価額) が帰属清算時における被担保債権額を超えるときは、その差額に相当する金銭 (「帰属清算金」) を動産譲渡担保権設定者に対して支払わなければならない (同条 4 項前段)。なお、目的動産を動産譲渡担保権設定者から譲り受けた者がいる場合、動産譲渡担保権者が動産譲渡担保権設定者に対してした帰属清算金の支払の債務の弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもって、目的動産を動産譲渡担保権設定者から譲り受けた者その他の第三者に対抗することができる (同条 4 項後段。動産譲渡担保権者が、設定者による目的動産の譲渡を承諾していたときは別である)。

(エ) 帰属清算金の支払の債務と目的動産の引渡しの債務の同時履行 帰属

清算金の支払の債務と目的動産の引渡し of 債務の履行については、民法533条の規定が準用され、同時履行の関係になる（同条5項）。

ただし、(ア)α②の目的動産の見積価額が(ア)α③の帰属清算時における被担保債権額を超える場合のその差額が、帰属清算金の額に満たないときは、当該差額に相当する部分の支払の債務の履行に限って目的動産の引渡し of 債務の履行と同時に履行となる（同条5項括弧書き）。しかし、この点に大きな問題があることについては、後述する（(2)(b)）。

(オ) 動産譲渡担保権設定者の留置権 動産譲渡担保権設定者は、帰属清算金の支払の債務の弁済を受けるまで、目的動産を留置することができる（同条6項）。動産譲渡担保権者から目的動産を譲り受けた第三者からの引渡請求などに対して留置権を行使しう。

(カ) 受戻権の消滅時期 受戻権とは、譲渡担保権の被担保債権の弁済期到来後、債務者または譲渡担保権設定者が、被担保債権額相当額の金銭を譲渡担保権者に支払って、担保の目的物を設定者に受け戻す権利であるが、この権利が被担保債権消滅時期（(イ)）に消滅するかは明確ではない。これまでの判例（不動産譲渡担保についての判例であるが、最判昭和62年2月12日民集41巻1号67頁、最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁）は、帰属清算金の支払義務が動産譲渡担保権者に生ずる場合、帰属清算金が支払われるか、提供されるまでは、動産譲渡担保権設定者は受戻権を行使することができるとしてきた¹⁶⁾。目的動産を使用収益してきた設定者である中小零細業者の保護を考えれば、この考え方が妥当であると思われるが、60条1項は、被担保債権の消滅時期を帰属清算の通知の日から2週間を経過した時等としているので、この時を受戻権の消滅時期と考えているようである。

(キ) 帰属清算方式による実行に必要な行為の受忍義務 動産譲渡担保権者が帰属清算の通知をしようとするときは、動産譲渡担保権設定者はこれ

16) 中間試案に対する批判であるが、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52頁以下参照（2023年）。

を拒むことはできない (63条)。

(ク) 動産譲渡担保権者による他の動産譲渡担保権者等に対する通知 動産譲渡担保権設定契約に基づき動産譲渡登記がされた動産譲渡担保権者は、被担保債権について不履行があり、かつ、目的動産の引渡し（占有改定による場合を除く）を受けたとき（目的動産の引渡しに先立って帰属清算の通知をした場合にあっては、帰属清算の通知をしたとき）は、遅滞なく、その時に改正動産債権譲渡特例法10条の5第3項に規定する競合担保登記目録に、同条4項に規定する特定事項が記録されている他の動産譲渡登記または同法13条の2第1項に規定する所有権留保登記において動産譲渡担保権者または留保売主として登記されているすべての者に対し、その旨を通知しなければならない (64条)。

(ケ) 帰属清算金の支払を目的とする債権の処分の禁止 帰属清算金の支払を目的とする債権については、動産譲渡担保権設定者は帰属清算時まで譲渡その他の処分をすることができない (65条1項)。帰属清算時の前に帰属清算金の支払の債務が弁済された場合には、その弁済をもって動産譲渡担保権に劣後する先取特権、質権または動産譲渡担保権を有する者に対抗できない (同条2項)。これらの者は、帰属清算金に物上代位をして優先弁済を受けることができるからである。

(b) 処分清算方式による実行

処分清算方式による実行とは、動産譲渡担保権者が、目的動産を第三者に売却し、売却代金を被担保債権の弁済に充て、目的動産の価額（客観的な価額）が被担保債権額を上回るときは、その差額を清算金（「処分清算金」。ウ）として譲渡担保権設定者に支払うことにより行うものである。第三者に売却した時の目的動産の価額（客観的価額）が被担保債権額を下回るときは、その差額分は、なお債務者に対する一般債権として存続する。

(ア) 処分清算譲渡・処分清算譲渡通知と目的動産の見積額 α 処分清算譲渡通知 被担保債権について不履行があった後に動産譲渡担保権者が

第三者に対して目的動産を譲渡（「処分清算譲渡」という）したときは、遅滞なく設定者に対して処分清算譲渡をした旨の通知をしなければならない（61条2項）。

処分清算譲渡通知の記載事項は、① 処分清算譲渡をしたこと、② 処分清算時における目的動産の見積価額及びその算定根拠、③ 処分清算時における被担保債権の額、である（同条同項各号）。

β 目的動産の見積価額 α ②の目的動産の見積価額は、合理的な方法によって算出したものでなければならない（同条3項）。処分清算譲渡通知に記載された目的動産の見積価額が、合理的な方法により算出されなかった場合には、処分清算譲渡通知があったとはみなされない。

(イ) 処分清算時と被担保債権の消滅時期 処分清算譲渡通知の日から2週間を経過した時または処分清算譲渡をした動産譲渡担保権者もしくは処分清算譲渡を受けた第三者が目的動産の引渡しを受けた時のいずれか早い時（通常は前者である）を「処分清算時」といい、動産譲渡担保権の被担保債権は、その時における目的動産の価額（客観的価額）の限度において消滅する（同条1項）。

(ウ) 処分清算金の支払債務 動産譲渡担保権者は、処分清算時における目的動産の価額（客観的価額）¹⁷⁾が処分清算時における被担保債権額を超えるときは、その差額に相当する金銭（「処分清算金」という）を動産譲渡担保権設定者に対して支払わなければならない（同条5項前段。なお、同条5項後段参照）。

(エ) 処分清算金の支払の債務と目的動産の引渡しの債務の同時履行 処分清算金の支払の債務と目的動産の引渡しの債務の履行については、民法533

17) 中間試案までは、清算金を譲渡担保権者が評価した目的動産の価額を基準として計算するという案も提示していたが（中間試案【案8.4.1】(3)）、この案を止めたことは、評価できる。なお、従来は、第三者への処分価額は、市場価格により客観的に形成されるとして、これを基準に被担保債権の消滅額・清算金の額を決めるべきとする説も有力であったが、私は、親族や知人など仲間うちで目的動産を廉価で譲渡することが多いことから、この考え方に反対した（生熊長幸・担保物権法〔第2版〕316頁以下参照（三省堂・2018年））。

条の規定が準用され、同時履行の關係に立つ（同条6項）。もっとも、同条6項の括弧書きに問題があると考えられることは、帰属清算方式による実行の場合と同じである（(a)(x)参照）。

(オ) 動産譲渡担保権設定者の留置権 動産譲渡担保権設定者は、処分清算金の支払の債務の弁済を受けるまで、目的動産を留置することができる（同条7項）。処分清算譲渡を受けた第三者からの引渡請求などに対して留置権を行使しうる。

(カ) 受戻権の消滅時期 受戻権が被担保債権消滅時期（(イ)）に消滅するかは明確ではない。これまでの判例（不動産譲渡担保権に関するものであるが、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、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が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、設定者は、清算金がある場合に譲渡担保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としてきた。この点については、清算金の支払までは設定者は受戻権を行使できるとすべきであるとする反対説も多かった。61条は、被担保債権の消滅時期を、設定者に対して処分清算譲渡をした旨の通知の日から2週間を経過した時等としているから（(イ)参照）、この時には設定者の受戻権が消滅としているのではないかと考えられる。しかし、処分清算譲渡の相手方は、動産譲渡担保権者の親族や知人であることが多く、また法は、処分清算譲渡をしても2週間は、譲渡担保権設定者は被担保債権を弁済して目的動産を取り戻すことができることは認めているのであるから、清算金が生ずる場合には、清算金の支払がなされるまでは、受戻権を行使しうるとする考え方もありうるであろう。

(キ) 処分清算方式による実行に必要な行為の受忍義務 動産譲渡担保権者が処分清算譲渡に必要な行為をしようとするときは、動産譲渡担保権設定者はこれを拒むことはできない（63条）。

(ク) 動産譲渡担保権者による他の動産譲渡担保権者等に対する通知 (a)(ク)

と同じ。

(ケ) 処分清算金の支払を目的とする債権の処分の禁止 (a)(ケ)と同じ。

(c) 担保権の実行としての競売の申立ておよび配当要求

(ア) 担保権の実行としての競売の申立て 動産譲渡担保権者は、担保権の実行としての競売により被担保債権の優先弁済を受けることもできる。担保権の実行としての競売の申立てについては、動産譲渡担保権を質権とみなして、民事執行法190条の規定を適用する（72条2項）。動産質権の場合と異なり、動産譲渡担保権の場合は、動産譲渡担保権者ではなく設定者が目的動産を直接占有していることが一般的であるから、動産譲渡担保権者は、同条2項により動産譲渡担保権の存在を証する文書を執行裁判所に提出して動産競売開始許可決定を受け、この許可決定書の謄本を執行官に提出し、当該許可決定が設定者（設定者と異なる債務者が目的動産を占有しているときは債務者にも）に送達されることが必要となる。競売による目的動産の換価の場合、目的動産が市場価格より極めて廉価で売却されることが多いので、競売の方法の改善が喫緊の課題となる。

(イ) 配当要求・動産譲渡担保権者に対する配当または弁済金の交付 動産譲渡担保権者は、目的動産につき他の債権者により強制競売または担保権の実行としての競売が行われている場合、動産譲渡担保権は動産質権とみなされ、配当要求の方法で優先弁済を受けることもできる（72条1項。民執133条・141条1項・142条2項参照）。また、一般債権者による強制競売または他の担保権者による動産競売における動産譲渡担保権者に対する配当または弁済金の交付においても、動産譲渡担保権は動産質権とみなされる（72条1項）。

(d) 動産譲渡担保権に基づく第三者異議の訴え

動産譲渡担保権者は、譲渡担保権の目的動産に対する強制執行としての差押えまたは動産譲渡担保権に劣後する先取特権、質権もしくは動産譲渡

担保権に基づく担保権の実行としての競売による差押えがあったときは、民事執行法38条1項に規定する第三者異議の訴え（民執38条1項）を提起し、これらの差押えを取り消させることができる（73条本文）。ただし、目的動産の売得金の額が共益費用、動産譲渡担保権の被担保債権および動産譲渡担保権に優先する債権のうち配当要求があったものの額の合計額以上となる見込みのあるときは、第三者異議の訴えを提起できない（73条ただし書き）。これは、他の債権者により目的動産に対する権利行使が始まった場合、動産譲渡担保権者は、この手続の中で被担保債権の優先弁済を受けることができればそれで十分であるとする考えに基づく¹⁸⁾。

(e) 売却に伴う動産譲渡担保権の消滅

譲渡担保権の目的動産につき強制執行、担保権の実行としての競売等が行われたときは、動産譲渡担保権は消滅する（74条）。

(2) 動産譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点

処分清算方式による実行方法についても、帰属清算方式による実行方法におけるのと同様の問題点があると考えられるが、紙幅の関係で、ここでは帰属清算方式による実行方法における問題点を検討する。

(a) 法に至るまでの部会提案の経緯

帰属清算方式による動産譲渡担保権の実行方法については、処分清算方式による動産譲渡担保権の実行方法についてと同様、部会資料は紆余曲折を重ねた¹⁹⁾。これは、判例（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁）・通説が、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

18) 旧法のもとでも担保権の構成からすればこのようになると考えられることにつき、生熊長幸・担保物権法〔第2版〕297～299頁（三省堂・2018年）。

19) 中間試案までの経緯について、詳しくは生熊・前掲注16) 立命館法学405・406号45頁～54頁。

金が生ずるときは、譲渡担保権者がこれを譲渡担保権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（同時履行の抗弁権）、設定者と譲渡担保権者とのバランスを図ってきたのであるが、部会は、帰属清算方式による動産譲渡担保権の実行を、迅速に進めようとしたことに起因すると考えられる。

以下、部会提案の主要な流れを見る。

（ア）部会資料6 部会資料6第13は、私的実行を迅速に進めようとする考えから、清算金に関する2段階方式を採り、①譲渡担保権者は、譲渡担保権設定者に対して、帰属清算の通知をするとともに、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）が、被担保債権額を上回るときは、その差額（これを「暫定的な清算金」と呼んだ）を譲渡担保権設定者に支払うか供託する必要がある、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）、②譲渡担保権者は、誠実評価額の通知と暫定的な清算金の支払または提供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（同時履行の抗弁権）、③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、譲渡担保権設定者は、後日その差額を「最終的な清算金」として譲渡担保権者に請求できる、とした。

この部会資料6第13の清算金に関する2段階方式（「暫定的な清算金」と「最終的な清算金」）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²⁰⁾。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、目的物の客観的価額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、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²¹⁾。第2に、この2段階方式

20) 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）。

21) 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

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、このような訴訟に耐えかねて納得のいかなる清算金の額であきらめてしまう設定者が多数現れる可能性があることである。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、目的物の客観的価額を基準とした「最終的な清算金」の額の方が「暫定的な清算金」の額より大きいとして「最終的な清算金」請求訴訟を提起して勝訴したとしても、譲渡担保権者が無資力になっていたときは、「最終的な清算金」を回収しえないことである。第 3 に、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。

(イ) 中間試案第 3 章第 8 3 中間試案第 3 章第 8 3 は、【案 8.3.1】と【案 8.3.2】とを提案した。

【案 8.3.1】および【案 8.3.2】の (1) のいずれもが、譲渡担保権者は、帰属清算方式による私的実行をしようとするときは、帰属清算の通知をしなければならない、動産譲渡担保権者が評価した目的動産の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、その差額の支払または提供をしなければならない、というものであって、なお清算金に関する 2 段階方式を採用するもので

↘主張できるとすると、引渡請求の手続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。

あった。

ただ、【案8.3.1】が、(4)において、部会資料6第13と同様、(ア)に挙げた清算金に関する2段階方式の②を維持したのに対して、【案8.3.2】は、清算金に関する2段階方式に対する批判を踏まえ、(2)において、【案8.3.1】の(4)を変更して、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関係に立つとしたものである。私は【案8.3.2】のこの(2)の部分については賛成した。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。

(ウ) 部会資料30（担保法制の見直しに関する要綱案のとりまとめに向けた検討（2））第63および部会資料35（担保法制の見直しに関する要綱案のとりまとめに向けた検討（7））第4 中間試案後の部会資料30および35においても、清算金についての2段階方式が採られていた。例えば、部会資料30第63（帰属清算方式による動産譲渡担保権の実行手続等）は、概ね次のような規律であった。第63(1)は、帰属清算方式による動産譲渡担保権の実行をする場合には、動産譲渡担保権者は、動産譲渡担保権設定者に対して、「帰属清算の通知」をし、目的動産の見積価額が被担保債権額を超える場合にあっては、その差額（これを「暫定清算金」という）の支払または提供（これを「暫定清算金の提供等」という）をし【、かつ、帰属清算の通知および暫定清算金の提供等をした日から●週間を経過し】たときは、被担保債権は、その時における目的動産の価額の限度で消滅する、とした。この案は、中間試案【案8.3.2】よりも被担保債権の消滅時期を若干遅くしたものであるが、暫定清算金の支払または提供を要求するもので、なお清算金についての2段階方式を維持していた。

また、部会資料30第63(3)は、中間試案【案8.3.2】を継承し、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関係に立つとしたものであるが、ただし、【暫定清算金が最終清算金の額に満たないときは、暫定清算金】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できる、とした。

部会資料30第6 3は、中間試案【案8.3.1】(4)の暫定清算金の支払または提供と目的動産の引渡しを同時履行とする案を撤回したのであるが、その理由として、暫定清算金の額よりも最終清算金の額の方が小さい場合において、なお暫定清算金の支払と目的動産の引渡しとを引換給付の関係に立たせることは相当ではないことを挙げている。第6 3の(説明)²²⁾は、譲渡担保権者は本来支払うべき額よりも過大な支払を余儀なくされ、しかも帰属清算通知後、目的動産の状態が悪化していたような場合には、過払い分の回収リスクを負担することになる、というものである。そこで、第6 3(3)は、中間試案【案8.3.1】(4)の考え方を修正し、最終清算金の支払と目的動産の引渡ししが引換給付関係に立つが、【 】で最終清算金の額よりも暫定清算金の額の方が小さい場合に限り、暫定清算金の支払と目的物の引渡ししが引換給付に立つものとする考え方を示している、としている。

しかし、ここから、部会が、最終清算金の額よりも暫定清算金の額の方が小さい場合には、暫定清算金の支払と目的動産の引渡しとを引換給付の関係に立たせても、動産譲渡担保権者に不利益を及ぼさないという考えから、このような規律を設けたことが明らかになる。つまり、最終清算金の額よりも暫定清算金の額の方が小さい場合に、暫定清算金の支払と目的動産の引渡しとを引換給付の関係に立たせることは、譲渡担保権設定者にとって大きな不利益をもたらす可能性のあることが、部会では全く考慮されていなかったと考えられるのである。

(エ) 部会資料37-2 (担保法制の見直しに関する要綱案のたたき台1(2)) 第7 1 部会資料37-2に至り、ようやく清算金についての2段階方式は放棄された。部会資料37-2第7 1(1)は、動産譲渡担保権者が帰属清算の方式による

22) 部会資料30 15頁以下。

実行をする場合には、帰属清算の通知をすることが必要であるとするが、暫定清算金の支払または供託を要求しておらず、清算金についての２段階方式は採っていない。(4)は、帰属清算時の目的動産の価額が帰属清算時における被担保債権額を超えるときは、動産譲渡担保権者は、その差額に相当する金銭を清算金（帰属清算金）として設定者に対して支払わなければならないとし、(5)は、清算金（帰属清算金）の支払債務と目的動産の引渡しの債務の同時履行について規定している。ただし、(5)にも、括弧書きで、帰属清算通知における帰属清算時の目的動産の見積価額が帰属清算時における被担保債権額を超える場合のその差額（従来の「暫定清算金」の額）が、帰属清算金の額に満たないときは、当該差額に相当する部分の支払債務と目的動産の引渡債務が同時履行になるとしている。

清算金の２段階方式が放棄された理由について、部会資料の（説明）^{23）}は、暫定清算金の支払または提供を動産譲渡担保権者に要求しなくても、目的動産の引渡しには、帰属清算通知から２週間の猶予期間が設けられていることなどにより譲渡担保権設定者の保護が図られていること、暫定清算金の支払または提供を譲渡担保権者に要求すると、その実体的根拠の説明が困難であるし、帰属清算前に設定者が被担保債務を全額弁済した場合には、支払済みの清算金が不当利得となるなど法律関係が複雑になることなどを、挙げている。

他方、(5)の括弧書きについては、部会資料30第 6 3 (3)の隅付き括弧を採用したとするのみで、それ以上の説明はない。

（オ）部会資料42（担保法制の見直しに関する要綱案のたたき台〔以下、「要綱案たたき台」という〕）第 7 1、部会資料46（要綱案たたき台 3）第 9 1、部会資料49（要綱案たたき台 4）第 9 1 本稿で検討している清算金の引渡し債務と目的動産の引渡し債務との同時履行、その中でも、最終清算金の額よりも暫定清算金の額の方が小さい場合には、暫定清算金の支払の債務と目的物

23) 部会資料37-2 3～4頁。

の引渡し of 債務とが引換給付に立つという問題については、その後の部会資料においても変化は見られず、要綱第 9 1 に至り、60条 5 項となっている。

(b) 動産譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点

これまでの判例（不動産譲渡担保権についての判例であるが、最判昭和46年 3 月25日民集25巻 2 号208頁）・通説が、帰属清算金の支払の債務と目的動産の引渡し of 債務を同時履行としてきたのは、動産譲渡担保権設定者が目的動産を譲渡担保権者に引き渡したのに、動産譲渡担保権者が清算金を支払わない場合、設定者としては譲渡担保権者を相手に清算金の支払を求めて訴訟を提起しなければならないし、勝訴判決を取得し金銭執行をしても譲渡担保権者が無資力になっていれば、清算金の支払を受けることができないからである。したがって、60条 5 項が、帰属清算金の支払の債務と目的動産の引渡し of 債務を同時履行としたのは、これまでの判例・通説の考え方を踏襲したものであり、当然ながら適切である。

ところが、60条 5 項は、(1)(a)(イ)で見たように、括弧書きにおいて、目的動産の見積価額（例えば600万円）が帰属清算時における被担保債権額（例えば500万円）を超える場合 of その差額（100万円）が、帰属清算金の額（目的動産の客観的価額を800万円とすると、300万円）に満たないときは、当該差額（100万円）に相当する部分 of 支払の債務 of 履行に限って目的動産の引渡し of 債務 of 履行と同時履行となるとしている。

何故このような取扱いになったのかについては、(a)(ウ)で見た部会資料30 第 6 3 の（説明）から明らかになろう。部会資料30 第 6 3 は、中間試案【案 8.3.1】(4)は、暫定清算金の支払または提供と目的動産の引渡しを同時履行とする規律を提案していたが、これでは、暫定清算金の額よりも最終清算金の額の方が小さい場合に、譲渡担保権者は過払い分の回収リスクを負担することになるとして、中間試案【案 8.3.1】(4)を撤回し、最終清算金の支払と目的動産の引渡しが引換給付関係に立つとしたものであるが、

最終清算金の額（上記の例で300万円）よりも暫定清算金の額（上記の例で100万円）の方が小さい場合には、譲渡担保権者に不利益を生じさせないから、【 】で最終清算金の額よりも暫定清算金の額の方が小さい場合に限り、暫定清算金の支払と目的物の引渡しとが引換給付に立つものとするとしたと見ることができよう。

しかしながら、【 】のような規律を設けると、動産譲渡担保権設定者には、次のような回収リスクをもたらすことになる。すなわち、このような場合、譲渡担保権設定者は、目的動産の引渡し後、最終的な清算金300万円と暫定清算金100万円との差額200万円の支払を求めることができるが、動産譲渡担保権者が任意に支払わないと、動産譲渡担保権者を相手に200万円の支払いを求めて訴訟を提起しなければならず、勝訴判決を取得したとしてもなお支払いがなければ、金銭執行を行うことになるが、動産譲渡担保権者が無資力になっていたときは、その差額の回収をなしえないことになる。

部会では、【 】のような規律を設けることは、動産譲渡担保権者にとって利益があると考えて、このような規律を設けたのであろうが、【 】のような規律を設けると、動産譲渡担保権設定者にとって不利益が生じないかにつき、全く検討されなかったのではなかろうか。

結局、従来の判例・通説のように、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、譲渡担保権者が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いうことが、バランスの取れた最適の解決方法であり、60条5項の括弧書きは削除されるべきであるとする。部会では、動産譲渡担保権の私的実行の方法について、非常に多くの時間を費やしてきたが、結果的には徒労であったというべきであろう。

6 債権譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点

(1) 債権譲渡担保権の実行方法

債権譲渡担保権の被担保債権につき債務不履行が生じたときは、債権譲渡担保権者は、次のいずれかの方法により債権譲渡担保権を実行し、被担保債権の優先弁済を受けることができる。① 目的債権の直接取立 (92条)、② 帰属清算方式または処分清算方式による実行 (93条)、③ 民事執行法による担保権の実行 (民執193条)。

(a) 債権譲渡担保権者による目的債権の直接取立

債権譲渡担保権者は、目的債権を直接取り立てることができる (92条 1 項前段)。この場合において、債権譲渡担保権者の受けた給付の価額が、被担保債権の額を超えるときは、その差額に相当する金銭を債権譲渡担保権設定者に支払わなければならない (同条同項後段)。

同条同項後段の場合において、債権譲渡担保権設定者から目的債権についての権利を譲り受けた者がいるときは、債権譲渡担保権者が当該債権譲渡担保権の当初の設定者に対する同項後段の差額に相当する金銭の債務の弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもって債権譲渡担保権設定者から目的債権についての権利を譲り受けた者その他の第三者に対抗することができる (同条 2 項)。

(b) 帰属清算方式または処分清算方式による実行

法は、債権譲渡担保権の実行方法として、帰属清算方式または処分清算方式による実行方法も認めている (93条)。帰属清算方式による実行方法は、債務不履行後、債権譲渡担保権者が債権譲渡担保権の目的債権を自らに帰属させ、目的債権の価額と被担保債権額との間に差額が生ずるときは、その差額を譲渡担保権者が設定者に清算金として支払うものであり、処分清

算方式による実行方法は、債権譲渡担保権の目的債権を第三者に譲渡し、目的債権の価額と被担保債権額との間に差額が生ずるときは、その差額を譲渡担保権者が設定者に清算金として支払うものである。(a)の方法による実行が認められているので、目的債権の適正な評価額が問題となる(b)の方法による実行はあまり行われないのではなかろうか。

(c) 民事執行法による債権譲渡担保権の実行

債権譲渡担保権の実行方法として、民事執行法による担保権の実行（民執193条）が認められるかどうかについては、明確ではないが、法は、これを認める趣旨と考えられる。民事執行法193条は、金銭の支払を目的とする債権を目的とする担保権の実行は、担保権の存在を証する文書等が提出されたときに限り開始するとし、ほぼ債権に対する強制執行の手続を準用するとしており、債権譲渡担保権も金銭の支払を目的とする債権を目的とする担保権として、この手続を利用することができるであろう。もっとも、債権譲渡担保権の実行方法として、(a)の目的債権の直接取立が認められているから、民事執行法による債権譲渡担保権の実行はあまり行われないのではなかろうか。

(2) 債権譲渡担保権の実行方法のかかえる重大な問題点

ところで、法の定める債権譲渡担保権の実行方法のうち、(1)(a)の債権譲渡担保権者による目的債権の直接取立は、重大な問題点をかかえていると考える。

(a) 債権譲渡担保権者は目的債権を被担保債権の額を超えて直接取り立てることができる

92条1項は、債権譲渡担保権者は、目的債権を被担保債権の額を超えて直接取り立てることができるとするのであるが、この点は、これまでの民法366条2項に規定する債権質権の実行方法としての目的債権の直接取立の

場合と大きく異なる。民法366条2項は、債権質権者は、目的債権につき被担保債権の額を限度に直接取立権を行使しようとしているのである（もっとも、この規定は、92条1項に合わせて、債権質権の直接取立の場合も、債権質権者は被担保債権の額を超えて質権の目的債権を取り立てることができるように変更された。(d)参照)。

法が、債権譲渡担保権の法的構成につき所有権的構成（権利移転的構成）を採っているのであれば、そのような取扱いもありうるであろうが、法は、債権譲渡担保権の法的構成につき態度を明らかにしないまま、同一の債権についての重複した債権譲渡担保権の設定を認め、また、同一の債権について数個の債権譲渡担保権が競合した場合の優先順位を定めているのであるから、債権譲渡担保権の法的構成につきむしろ担保権的構成を採っていると理解した方が素直である。そうであれば、債権譲渡担保権者の直接取立権についても、現行の債権質権の場合に倣って、目的債権につき被担保債権の額を限度に直接取立権を行使しようとすべきであろう。

(b) 法は何故に債権譲渡担保権者は目的債権を被担保債権の額を超えて直接取り立てることができるとしたのか

法は、48条の譲渡担保権の目的債権の第三債務者の弁済等において、第三債務者は、債権譲渡担保権設定者が債権譲渡担保契約に基づく債権譲渡をしたことを第三債務者に通知し（民467条1項）、または第三債務者が同項の規定による承諾をした時より後に、債権譲渡担保権者に対してした弁済その他の債務を消滅する事由を債権譲渡担保権設定者等に対抗でき、債権譲渡担保権者は、被担保債権の弁済期が到来するまでは、債権譲渡担保権設定者に対し、その受けた利益の価額に相当する金銭を支払うことを要しないとした。

この規定によれば、第三債務者は、目的債権の弁済期到来前でも、また目的債権の額が被担保債権の額を超えていても、債権譲渡担保権者に目的債権の全額を弁済することができるし、債権譲渡担保権者は、被担保債権

の弁済期到来までは、債権譲渡担保権設定者に対し、第三債務者から支払を受けた金額と被担保債権額との差額を返済する必要がない。このことから、債権譲渡担保権者は、目的債権を被担保債権の額を超えて直接取り立てることができるとする92条1項に繋がったのであろう。

(c) 債権譲渡担保権者を供託所のように位置付けることは許されない

しかし、92条1項および48条の規定は、いずれも不適切であると考える。

(ア) 第三債務者の債権譲渡担保権者への弁済等についての48条の規定　まず、48条は、第三債務者が債権譲渡担保権の設定通知等を受けたときは、第三債務者は、被担保債権の額を超えて目的債権の全額を債権譲渡担保権者に弁済し、それを債権譲渡担保権設定者等に対抗できるとするものであるが、このことは第三債務者の債務の弁済を容易にしようとするものであって、法が債権譲渡担保権者を供託所に類するものと位置づけようとしているように見える。しかしながら、供託所であれば、債権譲渡担保権設定者としては、第三債務者が供託所に供託した金額が債権譲渡担保権者の被担保債権額を上回るときは、その差額の還付を確実に受けることができるが、債権譲渡担保権者の場合、次の(イ)でより詳しく述べるが、その差額を任意に支払ってくれるとは限らないし、債権譲渡担保権者が無資力になれば、その差額の返済を受けることができなくなるという不利益を被る可能性がある。

したがって、第三債務者は、被担保債権の弁済期到来後、被担保債権額の限度で債権譲渡担保権者に弁済しなければならないとすべきである。もちろん第三債務者としては、被担保債権の額や債務不履行の有無などを正確に把握できないこともあろう。それ故、もし第三債務者が、債権譲渡担保権者に実体に反した被担保債権の弁済をした場合には、現行の民法478条を活用して、第三債務者の善意無過失を要件として第三債務者を保護することによって、また、被担保債権の債務不履行の有無や債権譲渡担保権者が不明のときは、第三債務者は、民法494条2項の債権者不確知を理由とす

る供託を利用することによって、第三債務者と債権譲渡担保権設定者とのバランスを図るべきものと考ええる。

(イ) 債権譲渡担保権者の直接取立権の行使 次に、92条1項であるが、このような規定を設けると、債権譲渡担保権設定者に大きな不利益が生じ得ることが部会では見過ごされているといえよう。すなわち、目的債権の額が被担保債権額を上回っており、債権譲渡担保権者の直接取立権の行使により、第三債務者より目的債権全額の支払いを受けた場合、債権譲渡担保権者は、被担保債権との差額を設定者に支払うべきことになるが(92条1項後段)、債権譲渡担保権者が差額を任意に支払うとは限らない。その場合、債権譲渡担保権設定者は差額の支払を求めて債権譲渡担保権者を相手に訴訟を提起する必要に迫られるが、設定者の大半を占める中小零細業者にとっては、訴訟提起は時間的にも経済的にも大きな負担となる。また、勝訴判決を取得しても、その時点で債権譲渡担保権者が無資力になっていれば、設定者は、差額の回収を図ることはできない。48条および92条1項の規定は、債権譲渡担保権者はすべて資力のある善良な債権者であるという、現実から遊離した事実を前提としているといわざるを得ない。

したがって、92条1項は、現行の債権質権者の直接取立権に倣って(民366条2項)、債権譲渡担保権者は、自己の債権額に対応する部分に限り、これを取り立てることができるはずべきである。

なお、債権譲渡担保権の実行方法として、(1)(c)の民事執行法による債権譲渡担保権の実行を選択した場合には、債権譲渡担保権者は、執行裁判所に対して債権譲渡担保権の実行を申し立て(民執193条1項により債権譲渡担保権の存在を証する文書の提出が必要。また、民執193条2項による同法93条2項・144条準用)、差押命令は、目的債権の全部について発せられる(民執193条2項による同法146条1項準用)。金銭債権を差し押さえた債権譲渡担保権者は、その後、その債権を取り立てることができるが、被担保債権および執行費用の額を超えて支払を受けることはできない(民執193条2項による同法155条準用)。したがって、民事執行法による債権譲渡担保権の実行を選択した場

合も、債権譲渡担保権者は、目的債権について取立権を行使できるが、被担保債権額および執行費用の額を超えて取立権を行使することはできないのである。

このように、担保法制部会で、債権譲渡担保権設定者の立場についての検討がなされてこなかったことは重大な問題である²⁴⁾。

(d) 債権質権に基づく直接取立権

さらに、債権質権の実行方法としての債権の直接取立等に関する規定である民法366条1項・2項（「債権の目的物が金銭であるときは、質権者は、自己の債権額に対応する部分に限り、これを取り立てることができる。」）も、92条1項に合わせて、改正されることになった。

この結果、債権質権の場合においても、目的債権の額が被担保債権額を上回っていても、債権質権者の直接取立権の行使により、第三債務者より目的債権全額の支払いを受けることができ、この場合、債権質権者は、被担保債権との差額を設定者に支払うべきことになるが（改定民法366条1項）、このことは、(c)(i)で述べたと同様、債権質権設定者に時間的・経済的に大きな負担を負わせることになる。この改定もまた、債権質権者はすべて資力のある善良な債権者であるという、現実から遊離した事実を前提としているといわざるを得ない。したがって、改定民法366条も、不適切であり、現行法の取扱いを変更すべきではないと私は考える。

24) 以上、生熊長幸「バランスを喪失した債権譲渡担保権および債権質権の実行方法」立命館法学413号191～194頁（2024年）。

7 留保所有権のかかえる重大な問題点

(1) 所有権留保契約

(a) 所有権留保契約

所有権留保契約とは、① 動産の所有権を移転することを内容とする売買契約等であって、当該動産の代金の支払債務その他の金銭債務を担保するため、当該金銭債務の全部の履行がされるまでの間は、当該動産の所有権を当該動産の所有権を移転すべき者（売主等）に留保する旨の定めのあるもの（2条16号イ）、または、② 動産売買契約等の買主等が、第三者に対して売主等に対する動産の売買代金その他の金銭の支払を委託し、売主等が動産の売買代金等の支払を受けたときに、その第三者に当該動産の所有権を移転することを約する契約であって、当該金銭の償還債務等を担保するため、その金銭債務の全部の履行がされるまでの間は、当該動産の所有権をその第三者に留保する旨の定めのあるもの（2条16号ロ）、である。

(b) 留保所有権・留保売主・留保買主

㍿ 留保所有権および留保所有権の法的性質 所有権留保契約においては、代金債務等または償還債務等の弁済がなされる前に目的動産が買主に引き渡されるが、その代金債務等または償還債務等の担保として、目的動産の所有権が売主または代金債務等を支払った第三者に留保される。この売主または第三者に留保された権利を留保所有権という（2条18号）。

この留保所有権の法的性質について、法は、担保権的構成を採っているとみるべきことは、前述した（2(2)(b)(i)）。

(i) 留保売主等・留保買主等 留保所有権を有する者を留保売主等といい、所有権留保契約の当事者のうち、被担保債権の全部が履行された場合に売買の目的動産の所有権の移転を受ける者を留保買主等という（2条19号・20号）。

(2) 留保所有権の対抗要件のかかえる重大な問題点

(a) 留保所有権の対抗要件

(ア) 目的動産の引渡しまたは所有権留保登記 α 目的動産の引渡し
留保所有権の対抗要件は、目的動産の留保買主から留保売主への引渡しであり、引渡しがなければ留保所有権を第三者に対抗できない（109条1項）。もっとも、留保買主は、売主から目的動産の現実の引渡しを受け、それを使用収益するのが一般的であるから、目的動産の留保買主から留保売主への引渡しは、通常は占有改定によりなされる。

なお、登記または登録をしなければ権利の得喪・変更を第三者に対抗することができない動産の場合は、留保売主等を所有者とする登記または登録が、留保所有権の対抗要件となる（109条1項括弧書き）。

β 所有権留保登記 所有権留保登記の制度が新設された（改正動産債権譲渡特例法13条の2）。留保所有権につき所有権留保登記がなされると、目的動産について引渡しがあったものとみなされる（同13条の2による3条1項準用）。もっとも、所有権留保登記は、留保買主等（留保所有権設定者）が法人であるときにのみ利用できる（同13条の2による3条1項準用）。

(イ) 占有改定劣後ルール 留保所有権の対抗要件としての引渡しは、(ア) αで述べたように、通常は占有改定であるにもかかわらず、ここでも占有改定劣後ルール（3(1)(c)(ア)参照）が適用される。すなわち、占有改定により対抗要件が具備された留保所有権は、動産譲渡担保契約の規定（36条）の準用により（111条）、占有改定以外の方法による引渡しまたは所有権留保登記（(ア)3）により対抗要件が具備された留保所有権に劣後する（占有改定劣後ルール）。

占有改定劣後ルールが採られたのは、占有改定により留保所有権につき対抗要件が具備されても、動産譲渡担保権の場合と同様、占有改定は観念的引渡しで公示として明確ではないということにある。

(ウ) 対抗要件なしに第三者に対抗しうる留保所有権 ところが、109条2項は、(ア)(イ)に例外を設け、①(1)①(2条16号イ)に規定する所有権留保

売買契約における売買の目的動産の代金の支払債務（その利息、違約金、留保所有権の実行の費用及び債務不履行によって生じた損害の賠償を含む）のみを担保する留保所有権、および②(1)(a)②(2条16号ロ)に規定する所有権留保契約における求償債務（所有権留保の目的動産の代金の支払債務を履行したことによって生ずるものに限る）（その利息、違約金、留保所有権の実行の費用及び債務不履行によって生じた損害の賠償を含む）のみを担保する留保所有権は、留保所有権の目的動産の引渡しがなくとも、第三者に対抗することができるとしている。

(b) 留保所有権の対抗要件のかかえる重大な問題点

(ア) 留保所有権の法的性質 留保所有権の法的性質については、これまでの判例のように所有権的構成を採ることも可能であるが、法は担保権的構成を選択した(2(2)(b))。担保権的構成を採るならば、留保所有権も一つの約定担保物権ということになるから、公示の原則が適用され、第三者に対抗するためには対抗要件が必要となる。

(イ) 一定の留保所有権は対抗要件なしに第三者に対抗できるとせざるを得なかった理由 ところが、109条2項は、これに例外を認め、109条2項に掲げる一定の留保所有権((a)(ウ))は、対抗要件なしに第三者に対抗できるとして、公示の原則に明確に反する規律を設けている。

ところで、動産譲渡担保権と留保所有権の大きな違いは、動産譲渡担保権の場合は、一般には貸金債権担保のために設定者所有の動産に譲渡担保権を設定するから、被担保債権と譲渡担保権の目的動産との間には特段の関係がないのに対し、留保所有権の場合は、一般には留保所有権の目的動産の売買代金債権、または目的動産の買主から委託を受けて目的動産の売買代金を支払った第三者が買主に対して有する償還金債権を担保するために、売買の目的動産に留保所有権を設定するから、被担保債権と留保所有権の目的動産とは、密接に関連しているという点にある。このことは、留保所有権のほとんどが、109条2項((a)(ウ))の対抗要件なしに第三者に対抗

しうる留保所有権であることを意味する。しかも、これらの留保所有権は、目的動産について占有改定により対抗要件を具備することで最優先順位の約定担保物権になることができるのであって、留保所有権について担保権的構成を採っても、109条2項のような規定を設ける必要はなかったのである。

何故に、法が109条2項のような規律を設けることになったか。これは、法が、動産譲渡担保権に倣って、留保所有権についても占有改定劣後ルールを採用し（111条による36条の準用）、また、前述のように（2(2)(c)）、留保買主にも目的動産の処分権限を認め、留保所有権と留保買主の設定した動産譲渡担保権または動産質権との競合を認める立場を採ったからである。

このような法のもとでは、留保所有権者（留保売主）が留保所有権につき目的動産の占有改定により対抗要件を具備しても、その後留保買主から目的動産につき譲渡担保権の設定を受け登記により対抗要件を備えた動産譲渡担保権者や、動産質権の設定を受けた者に劣後することになるが、留保所有権者（留保売主）に(a)(7)βの所有権留保登記を要求することは現実的ではないし、所有権留保登記による対抗要件を具備しえない場合も存在する。そこで、留保売主（留保所有権者）の保護のために、法は、公示制度に明確に反する109条2項を設けたものと考えられる。

しかも、そのことによって、法は、一方で、占有改定による対抗要件は観念的引渡しで公示として明確ではないということで、占有改定劣後ルールを採用しながら、他方で、公示なしに第三者に対抗できる留保所有権を認めるという大きな矛盾を、留保所有権の対抗問題においてもかかえることになってしまったのである。

わが国においては、目的動産の権利の外観と権利の実体が異なっている場合がしばしばあるために、即時取得（民法192条）の制度が設けられているが、即時取得が認められないケース（動産譲渡担保権や留保所有権の設定の場合は、設定を受けた者には通常現実の引渡しが必要とされない）、このようなケースに当たる）については、目的動産の権利関係についての調査が必要となり、

調査をすれば目的動産の権利関係はほぼ判明するのであるから、占有改定劣後ルールはそもそも採用すべきではなかったのであり、占有改定劣後ルールを採用していなければ、109条2項のような公示の原則に明確に反する規定は設けなくて済んだのである。

要するに、法は、留保所有権についても占有改定劣後ルールの採用に拘ったために、公示の原則に反する規律を設けるという重大な誤りを犯してしまったといわざるをえない。

(3) 留保所有権の実行方法のかかえる重大な問題点

(a) 留保所有権の実行方法

留保所有権の実行方法については、動産譲渡担保権の実行方法についての規定が準用される(111条による60条～65条の準用)。

(b) 留保所有権の実行方法の問題点

その結果、動産譲渡担保権の実行方法としての帰属清算方式や処分清算方式におけるのと同様(5(2)(b))、目的動産の見積価額と被担保債権額の差額が、目的動産の客観的価額と被担保債権額との差額(帰属清算金または処分清算金)より小さいときは、留保所有権者(留保売主)は、留保所有権設定者(留保買主)に対して、前記差額の支払または提供と引換えに目的動産の引渡を受けることができ、留保所有権設定者(留保買主)は、その後に帰属清算金または処分清算金との差額を留保所有権者(留保売主)に対して請求しなければならず、回収におけるリスクを負担させられることになる。したがって、留保所有権の実行においても、目的動産の引渡しと目的動産の客観的価額と被担保債権額との差額(帰属清算金または処分清算金)の支払または供託を同時履行の関係に立たせるべきである。

8 おわりに

以上、「譲渡担保契約及び所有権留保契約に関する法律」の主要な問題点を検討してきた。4年近くにも渡る法制審議会・担保法制部会の委員・幹事および部会事務局の皆さんの努力には敬意を表するものではあるが、できあがった法律は、残念ながら、理論的一貫性を欠き、徒に複雑で、かつ設定者の立場についての考察を欠き、中小零細業者に不利益を課す規律があちこちに見られるという重大な問題点をかかえるものとなってしまった。

また、集合動産譲渡担保権と個別動産譲渡担保権または留保所有権との競合の問題でも、十分な理論的検討を回避し、安易に対抗要件具備時説を原則としたことも甚だ問題である。

仮登記担保法の立案の中心を担われた法務省大臣官房参事官²⁵⁾吉野衛氏が、著「新仮登記担保法の解説」（金融財政事情研究会・1978年）のはしがきで、「法律は、一般大衆のためにあるものであり、一部の専門家の独占物としてはならないことは、いまさらいうまでもない。」と書かれていたことを思い出すと、今回公布されたこの法律が、一般大衆から、また法学を専攻する学生、大学院生からも、遠く離れた存在になってしまうのではないかという点も大いに危惧されるところである。

25) 「新仮登記担保法の解説」執筆時の肩書。