

松 山 大 学 論 集
第 34 卷 第 1 号 抜 刷
2 0 2 2 年 4 月 発 行

動産譲渡担保の重複設定

渡 辺 幹 典

動産譲渡担保の重複設定

渡 辺 幹 典

目 次

- 一 はじめに
- 二 学説における議論
- 三 最高裁平成18年判決
- 四 近時の議論-「研究会報告」を中心に
- 五 私見
- 六 おわりに

一 は じ め に

2021（令和3）年、「法律関係の明確化や安定性の確保等の観点から、動産や債権を目的とする担保を中心として、担保に関する法制の見直しが必要だと考えられる」¹⁾として、法制審議会での担保法制部会の審議が開始された。バブル経済崩壊後は、それまで担保目的の中心であった不動産担保以外の資金調達方法が求められるようになり、特に動産および債権を目的とする担保が用いられることとなった。しかしそれらの担保手段として用いられる譲渡担保は、判例および学説によって理論が構築されてきたものであって、条文上の根拠を持たないものである。

所有権をはじめとする権利を担保目的で債権者に移転する譲渡担保は、条文の根拠はないものの、現在その有効性が疑問視されることはない。実務上、土地が担保目的物の主たるものであった時代から抵当権とともに不動産譲渡担保が用いられていたこと、および動産や債権を目的とする譲渡担保も判例および学説によって体系化されてきたことは、もはや説明不要であろう。しかしなが

ら、条文が存在しないがゆえ、各論点において学説が錯綜し、統一的な理解が未だ存在しないこともまた、事実である。

譲渡担保については、これまで多くの判例が積み重ねられ、また多くの論文が公表されてきた。その中で、過去には譲渡担保の立法提案がなされたこともあったが、現在に至るまで立法化されるには至っていない²⁾。しかしそのような状況の中でも、先に述べた法制審議会での議論に先行して「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告」³⁾（以後、「研究会報告」と表記）が公益社団法人商事法務研究会より、また「担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題」⁴⁾（以後、「検討課題」と表記）が東京弁護士会より公にされた。さらに民法学・倒産法学の研究者から成る「担保法研究会」の成果⁵⁾も公表されるなど、担保法制に関する議論が急速に進みつつある。

本稿は、以上の点を踏まえて、譲渡担保に関する論点のうち譲渡担保権の重複設定に焦点を当てようとするものである。譲渡担保の重複設定の問題は、従来から議論されてきた論点である。しかし初期の学説は、所有権的構成と担保権的構成のそれぞれから、譲渡担保が設定された目的物に後順位の譲渡担保権が設定された場合、どのように解するべきかを論じたものにとどまっていた。そのような学説の状況を大きく変えたのが、最高裁平成18年7月20日判決（民集60巻6号2499頁）（以後、「最高裁平成18年判決」と表記）である。最高裁平成18年判決は、最高裁が譲渡担保の重複設定についてその可能性を認めた初めての判決であり、同判決に対しては既に数多くの評釈が公表されている（三、3参照）。担保法制部会の議論、および「研究報告」が、重複設定に関する議論において最高裁平成18年判決を取り上げていることから、その重要性が明らかになる。

最高裁平成18年判決はまた、目的物が変動する集合動産譲渡担保であった点からも注目すべき判例である。集合動産譲渡担保については、集合物論に基づき、個々の動産の集合体である集合物を目的とする譲渡担保であるということは多くの学説が支持するところであるが、その「集合物」の理解についても

見解が分かれているのが現状である（二、2参照）。特に集合動産譲渡担保と特定動産譲渡担保との異同は、検討を要する問題の一つである。

本稿では、最初に問題検討の前提として、譲渡担保の法律構成および集合動産譲渡担保における集合物論に関する従来議論を確認し、次に最高裁平成18年判決までの判例、および譲渡担保権の重複設定に関する最初の最高裁判例である最高裁平成18年判決とその判例評釈における議論を検討することで、現在の問題状況を明らかにする。そして先に挙げた近時の議論も参照しつつ、私見を述べることにしたい。

なお、本稿は、検討の対象を（集合）動産譲渡担保に限定することとした。同じ「譲渡担保」という言葉で表現されるものであるが、不動産および債権譲渡担保については、それぞれの目的に応じた検討が必要であると考えからである。

二 学説における議論

1 譲渡担保の法的構成

学説においては、従前より同一目的物に対して譲渡担保権が設定された場合について議論がされてきたが、その際に、譲渡担保の法的構成に対応した二通りの見解が述べられてきた。すなわち、所有権的構成と担保権的構成である。これまで譲渡担保の論点については、所有権的構成と担保権的構成のそれぞれの立場から議論がなされてきたといえる。

現在では、譲渡担保において厳密な意味での「所有権の移転」を認める見解は見られず、譲渡担保権者への所有権移転を肯定する見解も、その「所有権」は担保目的に制限される、あるいは所有権から設定者に残される権利を除いたものとしている。学説を分類する際に、所有権は担保権者に移転するがその所有権は担保目的に制限され、設定者には設定者留保権等の権利が残るとする見解も「担保的構成」とされることが多い⁶⁾が、本稿では、設定者に物権的な権利を認めつつも譲渡担保権者に「所有権」が移転すると解する見解を「所有権

的構成」，譲渡担保権者に所有権は移転せず，設定者に所有権が残ると解する見解を「担保権的構成」と表記する⁷⁾こととしたい。

所有権的構成は「所有権の移転」という形式を重視するものであり，現在では担保目的に限るとの制限が付されているとされてはいるが，譲渡担保権の設定を担保目的物の「所有権」が担保権者に移転する行為と解する。所有権的構成に立てば，譲渡担保の設定により担保目的物の所有権が担保権者に移転するのであり，一物一権主義からは一つの物に一つの所有権しか認められない以上，譲渡担保設定行為が複数行われたとしても，後の譲渡担保「設定」時には設定者は所有権を有しておらず，そのままでは後順位担保権者は「譲渡担保権」を取得できない。この場合には，後順位担保権者が先順位譲渡担保権の存在を知らなかったときは譲渡担保権の即時取得が問題となるにすぎず，先順位譲渡担保権の存在を知りつつ「設定」された後順位譲渡担保権は無効ということになる⁸⁾。しかし動産譲渡担保の対抗要件が占有改定であり，かつ占有改定による即時取得を認めない判例の見解⁹⁾に従うならば，動産譲渡担保権の即時取得が認められることは稀であると考えられる。

これに対し，担保権的構成は，担保権者への所有権移転を否定し，担保権者が取得するのは担保権であって目的物の所有権は設定者に帰属したままであるとする。担保権的構成によれば，抵当権と同様に，後順位の譲渡担保権の設定は同一目的物について複数の担保権が設定されたことを意味することとなり，その順位は対抗要件具備の先後で決まると解されている。担保権的構成においても，第二順位の担保権者が第一順位の譲渡担保権の存在につき善意無過失の場合は，第一順位の譲渡担保権を即時取得しうるとされるが，占有改定による即時取得が認められない限り，現実の引渡しをうけた方が優先することとなるう。

2 集合動産譲渡担保に特有の事情

目的物が集合動産である場合には，さらに別の問題が生じる。それは，集合

動産譲渡担保が集合物を構成する個々の動産に対してどのような効力を及ぼしているかに関する見解の相違という形で表面化する。

すなわち、現在の通説的見解によれば、集合動産譲渡担保の目的物は、個々の動産の集合体である集合物であるとされる。しかし、集合動産譲渡担保の目的物を「集合物」であるとする、集合物と集合物を構成する個々の動産の関係が問題となる。集合動産譲渡担保について所有権的構成を採るとすると、そこで譲渡担保権者に移転する「所有権」について困難に直面することになる。つまり、譲渡担保権者に「何の」所有権が移転するかという問題である。

集合動産譲渡担保において、集合物を法律上も「1個の物」と考え、その所有権が譲渡担保権者に移転すると考える見解¹⁰⁾がある。この見解によれば、集合物を構成する個々の動産は集合物の構成部分になると解されるが、既に別稿¹¹⁾で論じたように、その場合、「構成部分」である個々の動産の所有権との関係が説明困難となる。特に、「構成部分」となった個々の動産が、なぜ第三者への売却により再び独立した物になるのか、またなぜ設定者がそのような処分をすることができるのか、集合物の「所有権」を認める立場から、これらの問題を説明することは困難である。集合物論に基づき譲渡担保を説明するならば、担保権的構成に拠ることになる。

集合物と集合物を構成する個々の動産の関係が如何なるものであるか¹²⁾は、担保権的構成を採ったとしても解決しなければならない問題である。この問題につき、集合物論の立場から主に二通りの考え方が提示されている。一つは、集合動産譲渡担保権は「集合物を目的とする担保権」であり、かつ集合物を構成する個々の動産にも譲渡担保権の効力が及んでいると解するものである¹³⁾。この場合、個々の動産の所有権は設定者に属するが、担保権者は実行前の段階であっても譲渡担保権の効力を個々の動産にも及ぼしていることになる。

これに対し、集合動産譲渡担保の目的物は集合物そのものであり、譲渡担保の効力は実行開始時点で初めて集合物を構成する個々の動産に及び、それ以前には集合動産譲渡担保の効力は個々の動産に及んでいないと解する見解¹⁴⁾も

存在する。この見解によれば、実行の段階に至るまで、譲渡担保は債権的な効力しか有しないことになり、通常の営業の範囲外での処分の場合などでも追及効が認められない結果となる。この問題は、後に再度取り上げることとする(五、3参照)。

三 最高裁平成18年判決

1 譲渡担保権者が取得する権利に関する判例

判例は、最高裁昭和57年9月28日判決(判タ485号83頁)が示した「譲渡担保は、債権担保のために目的物件の所有権を移転するものであるが、右所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる」との一般論をその後の判例においても広く採用し、譲渡担保においては一般的に所有権が譲渡担保権者に移転するとしつつ、事例に応じて担保的性格を認めてきたと評価することができる。また最高裁昭和57年1月22日判決(民集36巻1号92頁)は、帰属清算型では譲渡担保権者が清算金を支払うまで、処分清算型では譲渡担保権者が第三者に処分するまで、設定者は債務を弁済して目的物を取戻すことができるとする。さらに最高裁昭和62年2月12日判決(民集41巻1号67頁)は、清算金がない場合も、その旨の通知がなされるまで受け戻すことができるとする。これらの判決から、債権担保の目的を達するのに必要な範囲を超える部分については、設定者に目的物件の所有権が残っているということを意味しうるとされる¹⁵⁾

他方で、最高裁昭和56年12月17日判決(民集35巻9号1328頁)は、譲渡担保権者に第三者異議の訴えを認め、また最高裁昭和62年11月10日判決(民集41巻8号1559頁)は、譲渡担保の設定により動産売買先取特権の追及効は失われるとする。これらの判決は、担保権者に所有権があることを前提としていると見ることができる。

このように、判例は事案に応じて譲渡担保の所有権的な面と担保権的な面を使い分けてきたということが出来る。しかし同一目的物に譲渡担保権が複数設

定された事例に対する判決は、最高裁平成18年判決まで存在していなかったようである。

2 最高裁平成18年判決

最高裁平成18年判決は、本稿で取り上げた論点以外にも、第三者に譲渡された目的物に対する譲渡担保権の効力について重要な判断を示しているが、ここでは譲渡担保の重複設定に関係する部分の事実関係及び判旨についてのみ取り上げ、他の部分は省略することとする¹⁶⁾。

(1) 事案の概要

Yは、Aとの間で、平成12年6月30日、Aを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者、目的物をY所有の漁場の生簀内に存するY所有の養殖魚全部とする集合動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により引き渡した。Yはさらに、平成12年12月7日にBと、目的物をY所有の甲漁場の生簀内に存するY所有の養殖魚全部とする譲渡担保契約を、平成15年2月14日にCとの間で、目的物をY所有の漁場の生簀内に存するY所有の養殖魚全部とする譲渡担保契約を、それぞれ締結し、占有改定の方法で目的物を引き渡した。いずれの譲渡担保契約も、Yが目的物である養殖魚を通常の営業方法に従い販売することを認めるものであった。

他方、Xは、Yとの間で、平成15年4月30日に、①Yの所有する特定の生簀内の養殖魚（ブリ）をXへ売却すること、②XからYへブリを預託し（預託期間は平成16年4月30日まで）、当該ブリの生簀へ所有者をXとする旨の標識を設置すること、③Yは預託期間内の平成15年10月1日から平成16年4月30日の間にXからブリを買戻し、加工の上Xに売却することを内容とする契約（以下、「本件契約」とする）を締結した。本件契約の目的物は、いずれもYがA、B、Cと締結した譲渡担保契約の目的物となっていたものである。

その後Yは、平成15年7月30日、東京地裁に民事再生手続開始の申立てを

し、同年8月4日、同開始決定がなされている。

このような事実関係のもとで、XはYに対し、本件契約により本件各物件の所有権を取得したとして、所有権に基づく本件各物件の引渡しを求めた。これに対してYは、本件契約は譲渡担保と解すべきであり、これらの契約に先立って、A、B、Cが本件各物件を含む養殖魚について本件各譲渡担保の設定を受け、対抗要件を備えている以上、Xは、即時取得の要件を満たさない限り、本件各物件の所有権を取得することはあり得ないなどと主張した。

第一審（宮崎地裁平成16年1月30日民集60巻6号2511頁）は、本件契約を売買契約と認定したものの、本件各物件は本件各契約締結前に譲渡担保契約に基づいて占有改定によりAに引き渡されていることから、Xが本件各物件の所有権を取得するためには民法192条により即時取得するしかないと解されるが、Xは即時取得の主張をしていないとしてXの請求を棄却した。

原審（福岡高裁平成17年1月28日民集60巻6号2527頁）は、本件各契約を売買契約と認定した上で、譲渡担保設定者において譲渡担保の目的物を通常の営業の範囲内で第三者に売却することが許容されている集合動産譲渡担保権にあつては、譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に確定的に移転取得させることができるという物権的地位が設定者にとどめられているものとして、A、B、Cが本件各譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないような事態が生じる前に、本件各契約を締結し、Yから本件各物件を買ったXは、Yが有する上記物権的地位に基づき、本件物件の所有権を承継取得したものと解するのが相当と判示し、第一審判決を取り消した上でXの請求を認容した。

Yから上告受理申立てをしたところ、最高裁は以下のように述べて、本件契約に関する部分について破棄自判とした。

(2) 最高裁判決

原審認定事実から、「本件契約は、再売買が予定されている売買契約の形式

を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当である。

したがって、本件契約が真正な売買契約であることを前提に、本件物件の所有権に基づく引渡請求（取戻権の行使）を認めることはできない。

またXの主張が譲渡担保の実行に基づく引渡しを請求する趣旨であるとしても、本件物件については「本件契約に先立って、A、B、Cのために各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその対抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、Xのために重複して設定されたということになる。このように重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである。また、Xは、本件契約により本件物件につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、Xが即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない」。

3 最高裁平成18年判決に対する評価

最高裁平成18年判決に対して、学説は、Xの引渡請求を認めなかった結論については概ね支持しているようであるが、その結論に至る理由付けについては、様々な見解が示されている。

(1) 後順位担保権者の取得する権利

最高裁平成18年判決は、譲渡担保の重複設定については肯定しているが、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても」との表現にとどまることから、傍論で述べられているにすぎないとの見解¹⁷⁾も示されている。しかし多くの学説は、最高裁平成18年判決を最高裁が譲渡担保の重複設定を認めたものと解している。

その場合、譲渡担保の法的構成がさらなる問題を生じさせることになる。最高裁平成18年判決の調査官解説¹⁸⁾は、判例は法的構成から機械的、演繹的に個別の法律問題を解決するというアプローチは採っておらず、具体的妥当性に配慮して担保としての実質を前面に押し出すことも少なくないことを指摘し、譲渡担保の法的構成論という見地だけから決定できないとする。そのうえで、現実問題として、先順位担保権者による私的実行を常に優先させる処理が直截かつ簡明であり、後順位担保権者には清算金に対する優先弁債権と順位上昇の期待権を認めれば十分であると述べ、結論において、後順位担保権者は設定者に留保されていた物権的な権利（設定者留保権）を担保目的に取得すると考える設定者留保権説に近いとする。

それでは、所有権的構成から最高裁平成18年判決の結論を導くことはできるであろうか。所有権的構成によれば、担保目的物の所有権は、担保目的に制限されつつも譲渡担保権者に移転するはずであるが、その場合に後順位担保権者は、いかなる権利を取得することになるのか。最高裁平成18年判決の結論を所有権的構成から説明することも可能であるとの見解¹⁹⁾も示されているが、学説は担保権的構成から説明を試みるものが多数である。担保権的構成を支持する立場から、判例は最高裁昭和41年4月28日判決（民集20巻4号900頁）以来、一般論としては譲渡担保を担保として取り扱っており、重複設定も認められるとの見解²⁰⁾ 重複設定を認める最高裁平成18年判決の結論を肯定するには設定者に個々の動産の所有権が帰属していると理解するしかないとの見解²¹⁾ 所有権的構成によれば、集合物およびこれらを構成する個々の動産の所有権が

設定者から譲渡担保権者に移転している以上、設定者はいかなる権限に基づいて後順位の譲渡担保権を設定するのか説明できないとの見解²²⁾が述べられている。

(2) 後順位担保権の効力

最高裁平成18年判決は、譲渡担保の重複設定を肯定はしたものの、配当の手続きが整備されていないことを理由に、後順位担保権者の設定者に対する目的物引渡請求を認めなかった。この点について、多くの学説は賛成している²³⁾

しかし、手続きが整備されていないからといって、後順位譲渡担保権者という担保権者が私的実行できないのはおかしく、手続きが整備されていないことは理由にならないとの批判²⁴⁾がなされている。また、動産譲渡担保について物上代位権の行使を肯定し、民事執行法193条1項の適用を認めた最高裁平成11年5月17日決定（民集53巻5号863頁）²⁵⁾を引用し、後順位動産譲渡担保権者の物上代位権行使後に先順位譲渡担保権者が同様に民事執行法193条1項によって差し押さえをすれば、当然に配当手続きに入るはずであり、「先行する譲渡担保権者」は優先的に配当を受け得るとしたうえで、後順位動産譲渡担保権者に民事執行法190条による差し押さえと133条（配当要求）の類推適用を認める見解²⁶⁾もある。この見解は同時に、後順位動産譲渡担保権者に「私的実行（動産引渡請求権）」を認めても、先順位担保権者に民事執行法38条（第三者異議の訴え）による執行排除を認めればよいとする。ただし、このように解すると、結果的に後順位担保権者による実行は先順位担保権者によって阻止され、事実上後順位担保権者による実行は困難ということになり、後順位担保権を設定する積極的な意義は見出し難いとの指摘²⁷⁾もある。

また、最高裁平成18年判決によれば、後順位担保権者は私的実行が認められないことになる。それではそのような「担保権」に、いかなる効力が認められるのであろうか。調査官解説²⁸⁾は、後順位担保権者には清算金に対する優先弁償権と順位上昇の期待権を認めれば十分であるとし、同様の主張をする学

説²⁹⁾もみられる。この点につき、そのような後順位担保権は、「担保権と言うよりも清算金が存する場合にのみ清算金に対する優先弁済権を設定者に主張できる、言わば債権的権利に過ぎない」との指摘³⁰⁾がある一方で、最高裁平成11年5月17日決定が譲渡担保に基づく物上代位を肯定していることを根拠に、清算金に対する優先弁済権は物上代位による物権的効力を有するとする見解³¹⁾も見られる。また、後順位担保権者による実行は、設定者の一般債権者による目的物の差し押さえの場合と類似しており、その場合に先順位担保権者の利益は、配当要求では十分ではなく、先順位担保権者には第三者異議の訴えが認められるべきであるとする見解³²⁾もある。しかし他方、清算金に対する優先弁済を受ける方法も、配当手続きが整備されていない以上、欠落していることになり、配当手続きがないから認められないという最高裁平成18年判決の論理が当てはまることになるとの批判³³⁾もみられる。

順位上昇の期待権についても、判例法理に合致するか疑問との指摘³⁴⁾があり、この指摘につき、順位上昇の原則自体が担保権・担保法理から導かれるものである以上、所有権的構成を採る判例法理と合致しないということであろうかとの説明³⁵⁾がなされている。

(3) 最高裁平成18年判決の異なる捉え方

これまで見てきた見解とは別の視点から、最高裁平成18年判決を評価する見解も存在する。すなわち、本判決の意味は、「設定者が優先する譲渡担保の存在を理由にして劣後する譲渡担保権者の実行に応じなくてもよい」ということであって、各譲渡担保権者間の問題については白紙のままであるとするもの³⁶⁾である。またこの見解は、優先する譲渡担保権の存在から担保提供義務を内容とする設定者の抗弁と構成するほうが整合的ではなかったかとも述べている³⁷⁾。

四 近時の議論—「研究会報告」を中心に

前述のように（一．参照）、「研究会報告」および「検討課題」が公刊され、今後、動産担保法制に関する議論が大きく進展する可能性がある。ここでは、特に担保法制について網羅的な提案をしている前者が、最高裁平成18年判決を踏まえて、同一の動産に複数の譲渡担保権が設定された場合にどのような法制度を提案しているか、その概略を述べてみたい。

1 「譲渡担保」の法的構成

「研究会報告」は、動産譲渡担保を含む、「動産を目的とする担保制度に関する検討方針」において、担保制度の設け方として、担保の目的で動産の所有権を移転し、または留保する契約の法的な効果を規律する方法（担保目的取引規律型）と、新たな典型担保物権として非占有型の動産担保権を創設する方法（担保物権創設型）があるとした上で、担保目的取引規律型によることを主提案としている（第1章本文2）³⁸⁾ その理由として「研究会報告」は、①現行の実務との連続性を考慮する必要があること、②担保物権創設型によると、当事者がある財産権を他の当事者に移転した場合に、それが真正譲渡か担保目的の譲渡かで紛争が生じ、取引関係が不安定になる懸念があることを挙げる³⁹⁾

そして担保目的取引規律型の立法を行うときには、所有権移転型の担保については、所有権移転の効力は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲においてのみ生じることを明記することとし⁴⁰⁾ この場合に担保権者が取得する権利を「担保所有権」と定義している⁴¹⁾

2 動産譲渡担保の重複設定

「研究会報告」では、同一の動産について数個の担保所有権がある場合の優劣関係について、原則として、担保所有権の取得を第三者に対抗することができるようになった時の前後によって決することとし（案3.2.1.1）⁴²⁾ 譲渡

担保権の重複を肯定する。そして劣後担保所有権者による私的実行について、優先する全ての担保所有権者の同意を得た場合に限り、私的実行を認めることとしている⁴³⁾

その理由として「研究会報告」は、後順位譲渡担保権者による私的実行を否定した最高裁平成18年判決およびその後の学説の議論を参照しつつ、現行法の下で後順位譲渡担保権が利用されることはまれであるものの、明文の規定が整備されればそのニーズはあるからとしている⁴⁴⁾

他方で「研究会報告」は、後順位担保権者が先順位担保権者の同意を得ずに私的実行手続きを開始した場合には、先順位担保権者にはこれを阻止する利益があるとし、先順位担保権者が後順位担保権者あるいは第三者に対して目的物の占有の移転を妨げることができるものとしている⁴⁵⁾

「研究会報告」ではまた、集合動産譲渡担保における設定者の担保価値維持義務・補充義務についても言及している。「研究会報告」は、その具体的内容を明確に規定できるか否かの検討がさらに必要であるとしているが、実務家からは、通常の営業の範囲内における処分権限を有する間は、正当な理由のない限り、担保価値を維持する義務を負い、特定範囲から逸出させた動産の補充義務を負うことが明記される必要があるとの指摘⁴⁶⁾もある。

五 私 見

1 後順位譲渡担保権を認める意義

そもそも、後順位「譲渡担保権」の設定は、認められるべきなのか。最高裁平成18年判決に関する多くの評釈が指摘するように、最高裁平成18年判決を前提とする限り、後順位譲渡担保権の実効性は大きくなく⁴⁷⁾また必ずしも後順位譲渡担保権を肯定しなければならない必然性もない。しかし後順位譲渡担保権の設定を肯定することは、担保目的物の経済的な価値を設定者が十分に活用できるという点で、設定者にとって重要なものである⁴⁸⁾「研究会報告」においても、明文の規定が整備されればそのニーズはあると考えられている⁴⁹⁾ 讓

渡担保を「担保」であると解するならば、最高裁平成18年判決に関する議論とは切り離して、設定者の利益のために、後順位譲渡担保権の設定の可能性は認められるべきであろう。

2 後順位譲渡担保権者が取得する権利

最高裁平成18年判決に対する評釈において、所有権の構成から説明することは困難であるとの指摘があった（三，3，(1)参照）。確かに、たとえ設定者留保権あるいは物権的期待権が設定者にあるとしても、目的物の所有権が先順位譲渡担保権者に移転するとするならば、後順位譲渡担保権者が譲渡担保を設定できるのは設定者に残された設定者留保権あるいは物権的期待権に限られるはずである。そうすると、それはもはや「同一目的物に対する譲渡担保権の重複設定」とは言えないのではないか。この点につき、「設定者留保権に対する担保権設定は、目的物件自体に対する担保権設定ではなく、目的物件そのものに対する譲渡担保権の重複設定とは理論的に異なる」との指摘⁵⁰⁾がなされているが、その通りであろう。最高裁平成18年判決の評釈においても、先順位譲渡担保と後順位譲渡担保は非対称な権利であって抵当権とは異なるとの指摘⁵¹⁾が見られた。しかし最高裁平成18年判決は、「譲渡担保が、Xのために重複して設定されたということになる」と述べており、この文言は同一目的物に対する譲渡担保権が複数設定されたものを述べていると理解せざるを得ない。したがって、最高裁平成18年判決が所有権的構成に立っていると評価することはできないし、所有権的構成からの上記のような説明が「譲渡担保の重複設定」を説明するものと評価することもできないであろう。

さらに、後順位担保権を設定者留保権に対する譲渡担保権の設定だと解する見解は、三つ以上の譲渡担保権が設定された場合に、説明に窮することになるのではないか。すなわち、最高裁平成18年判決の事案では、AおよびCが、Xが引渡しを求めた生簀内の養殖魚に先順位の譲渡担保権を設定している（甲漁場の養殖魚については、さらにBがXに先行して譲渡担保権を設定してい

る)。この見解によれば、ABCXの関係をどのように説明することになるのか。この点につき、理論的にみれば、第3順位の譲渡担保権者は第2順位者が取得する設定者留保権の設定者留保権を取得すると説明する見解⁵²⁾も見られるが、「設定者留保権の設定者留保権」とは、いかなる権利なのか。そもそも所有権から担保機能を除いた部分を設定者留保権とするならば、その設定者留保権に残された「担保機能」とはどのようなものなのかを説明しなければならない⁵³⁾。また設定者留保権を後順位譲渡担保権の目的とすると、理論的には先順位譲渡担保権とは目的物が異なることから、後順位担保権者が実行したとしても先順位担保権はなお存続しているため先順位担保権者の地位は害されないことになるが、目的動産が後順位担保権者に引き渡された場合、先順位担保権者は現実的には非常に困ることになるとの指摘⁵⁴⁾もある。

他方、「研究会報告」が譲渡担保において移転する権利を「担保所有権」と表現し、所有権が移転すると解していることは先に見た通りである（四、1参照）。しかし、「研究会報告」を詳細に分析し、「研究会報告」が譲渡担保権について担保権設定的構成に立っているのではないかと考える見解⁵⁵⁾もみられる。この見解は、「譲渡担保につき所有権的構成を採れば、設定者は同一動産につき二重に譲渡担保権を設定することはできないが、担保権的構成を採れば、二重に譲渡担保権を設定することも可能となる」⁵⁶⁾と述べ、「研究会報告」が同一動産について複数の「担保所有権」が重複する際の優劣を論じていることを上記のように解する根拠としている。この見解も、譲渡担保権の「重複設定」を肯定するのであれば、担保権的構成に拠るべきであることを支持するものと言えるだろう。

以上の検討から、動産譲渡担保につき「重複設定」を認めるのであれば、譲渡担保につき担保権的構成に基づいて議論する必要があると考える。

3 「集合物」を目的とする譲渡担保

最高裁平成18年判決は、集合物を目的とする集合動産譲渡担保に関するも

のであった。しかし先に見た最高裁判平成18年判決の評釈の多くが、「譲渡担保権」もしくは「動産譲渡担保権」の重複設定として論じている。特定動産譲渡担保についても重複設定の問題は生じ得るし、動産譲渡担保につき所有権の構成から譲渡担保権の重複設定を説明することが困難であることは、先に見たとおりである（五、2、参照）。それでは「集合動産譲渡担保」であることが、担保権的構成から譲渡担保権の重複設定を肯定することに影響を及ぼすであろうか。

「流動集合動産譲渡担保と特定物の譲渡担保とは、目的物の流動性の有無や特定性の場面で差異を生ずる以上、両者は同列に論じ得ないとの指摘⁵⁷⁾もある。しかし他方で、いずれも動産を目的物とするものであり、最高裁判平成18年判決の事例のように同一動産について集合動産譲渡担保が複数設定されることは予想されることである。集合物を目的とする譲渡担保を考えた場合、集合物を1つの物と考え、集合物の「所有権」が移転すると解することが困難であること（二、2参照）を考慮すれば、集合動産譲渡担保についても、集合物を目的物とした担保権的構成に拠るべきである。

実行前の集合動産譲渡担保が集合物を構成する個々の動産に効力を及ぼしているか否かについては見解の分かれるところである（二、2参照）が、いずれの見解に拠ったとしても、「集合物を目的とした担保権」と理解することは可能である。しかし集合物を構成する個々の動産に注目すると、両説は、大きな差異を生じる。すなわち、譲渡担保の効力は実行開始時点で初めて集合物を構成する個々の動産に及び、それ以前には集合動産譲渡担保の効力は個々の動産に及んでいないと解する見解によると、実行前の段階では、譲渡担保権は個々の動産に及んでいないことになる。したがって、集合動産譲渡担保設定後に、集合物を構成する個別動産自体を目的とする譲渡担保権が設定された場合、両者の目的物は「重複していない」と解されることになる。その結果、集合動産譲渡担保権実行前に個別動産について実行が開始されると、集合動産譲渡担保権者は自己の権利を主張できないことになる。このように解してしまうと、

集合動産譲渡担保の効力は非常に弱いものとならざるを得ないことになるが、それは先順位担保権者である譲渡担保権者の期待を裏切るものである。譲渡担保権の優先弁済的効力を実効あらしめるためには、実行前の段階においても譲渡担保の効力が集合物を構成する個々の動産に及んでいると解することが必要である。集合物を集合動産譲渡担保の目的物であると解しつつ、担保としての実効性を確保するためには、集合物を構成する個々の動産に対しても譲渡担保の効力が及んでいると解する必要があると考える⁵⁸⁾

4 後順位譲渡担保権者による実行

後順位譲渡担保権を肯定するのであれば、「担保権」に相応しい内容である必要がある。また譲渡担保権の「重複設定」は、「重複」である以上、「同じ担保権」と考えるべきである。したがって本来は後順位であれ、譲渡担保権に基づく実行が肯定されるべきである。しかし最高裁平成18年判決は、「劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない」として、後順位譲渡担保権者による実行を否定する。学説の多くも、判例の見解を支持していることは、先に見た通りである（三、3、(2)参照）。近時の学説においても、最高裁平成18年判決を妥当とする見解⁵⁹⁾が述べられている。

「研究会報告」は、最高裁平成18年判決とは異なり、後順位譲渡担保権者による私的実行について、優先する全ての担保所有権者の同意を得た場合に限り、私的実行を認めることとしつつ、後順位担保権者が先順位担保権者の同意を得ずに私的実行手続きを開始した場合には、先順位担保権者にはこれを阻止する利益があるとし、先順位担保権者が後順位担保権者あるいは第三者に対して目的物の占有の移転を妨げることができるものとしている⁶⁰⁾

後順位譲渡担保権者による実行を認めた場合の問題は、最高裁平成18年判

決が指摘するように、先順位譲渡担保権者が優先権を行使することが困難である点にある。裁判所の関与する手続きのもとで先順位担保権者の優先権行使が保障される抵当権等とは異なり、譲渡担保権は私的実行を認める担保制度である。そのため、後順位譲渡担保権者が実行した場合に先順位譲渡担保権者がそれに気付かない可能性が考えられる。そのような状況においては、先順位譲渡担保権者に第三者異議の訴えを認めることで後順位譲渡担保権者の実行を阻止できると解したとしても、先順位担保権者のそのような権利行使は困難ではないだろうか。「研究会報告」は条件付きで後順位譲渡担保権者による私的実行を肯定するが、対抗要件が占有改定である動産譲渡担保においては、後順位譲渡担保権者が「全ての担保所有者」を知ることは、設定者の協力がなければ、相当に困難であると考えられる。

同様に、後順位譲渡担保権者にとっても、占有改定により対抗要件を具備した先順位譲渡担保権の存在を認識できない可能性がある。後順位譲渡担保権者の物上代位権行使を認めたとしても、清算金からの配当手続きが整備されていない現状では、最高裁平成18年判決の指摘を回避することはできない。また即時取得による権利取得も、占有改定による即時取得が認められない限り、不可能である。将来的には、立法により実行方法を整備するべきであろう。

しかし、先に見た、後順位担保権者による清算金への物上代位を肯定する見解の背景には、「一体、実行することのできない『後順位担保権』を認めることにどれだけの意味があるのだろうか？」⁶¹⁾との問題意識があるものと考えられる。また「検討課題」においても、複数の論者から、先順位担保権者の優先弁済権手段が確保される前提において、もしくは無剰余でない場合には、後順位担保権者による実行を認めるべきであるとの見解が示されている⁶²⁾。

繰り返しになるが、「重複設定」される譲渡担保権は、「同じ担保権」と考えるべきである。その上で、先順位担保権者の利益を保護するための構成を考えるならば、最高裁平成18年判決の評釈の中で、同判決を「設定者が優先する譲渡担保の存在を理由にして劣後する譲渡担保権者の実行に応じなくてもよ

い」ということを述べたものと理解する見解（三， 3， (3)参照）は，再度検討するに値するものと思われる。この見解によれば，後順位の譲渡担保権も先順位の譲渡担保権と「同一の担保権」であって，私的実行も可能であり，ただ先順位担保権者の存在のために設定者が実行に応じなくてよいということになる。もちろん，設定者が故意に後順位担保権者の実行を認め，目的動産を引き渡すことで先順位担保権者が損害を被るおそれはあるが，そのような事態は，最高裁平成18年判決のように，後順位担保権者の実行を認めないとした場合であっても生じ得る。立法により実行手続を整備することが最善ではあるが，このような構成の可能性も検討すべきであろう。

六 お わ り に

本稿では，譲渡担保権の重複設定について論じてきた。譲渡担保権の重複設定は担保的構成を採用することで可能であり，また最高裁平成18年判決についても，担保権的構成から説明できることを確認した。他方で後順位担保権者による実行については，その必要性は肯定しつつも，現行法上は困難である，ただし最高裁平成18年判決の結論を設定者の抗弁と構成することで，後順位担保権者による実行の可能性を認める可能性があるとの結論に至った。

ところで，「研究会報告」では，設定者に目的物補充義務あるいは担保価値維持義務を認めることについても検討している⁶³⁾。設定者の目的物補充義務・担保価値維持義務については，通常の営業の範囲内で設定者に個別動産の処分権限を認めることの裏返しであるとも説明され，そうであるとすれば，まさに担保権者と設定者の間の合意によるべきものであるとも述べる。この考えを押し進めれば，目的物の範囲について当事者間の合意により変動させることも可能ということになる。したがって，たとえば被担保債権に比して担保目的物の価値が大幅に上回る状態となった場合には，設定者から担保目的物の一部解放を求めることを認めることも可能ではないだろうか。担保価値の有効活用という点では，後順位担保権と共通する要素があり，後順位担保権者による実行が

困難である現状においては、過剰となった担保目的物の解放を認めることで、その役割の一部を代替することの可能性も検討するべきであるが、この問題の検討については、なお他日を期すこととしたい。

注

- 1) 法務省「法制審議会担保法制部会資料1 (<https://www.moj.go.jp/content/001346936.pdf>)」1頁以下(2021年)。
- 2) 近時の立法提案として生熊長幸「動産譲渡担保法立法私案(1)」立命館法学383号200頁(2019年)、同「動産譲渡担保法立法私案(2・完)」立命館法学384号103頁(2019年)、同「債権譲渡担保法立法私案(1)」立命館法学389号115頁(2020年)、「債権譲渡担保法立法私案(2・完)」立命館法学390号183頁(2020年)。
- 3) 商事法務(編)『別冊 NBL No. 177 動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告』(2021年、商事法務)。
- 4) 東京弁護士会倒産法部(編)『別冊 NBL No. 178 担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題』(2021年、商事法務)。
- 5) 田高寛貴(編)『担保法の現代的課題 新たな担保法制の構想に向けて』271頁以下(2021年、商事法務)。
- 6) たとえば、森田修(編)『新注釈民法(7) 物権(4)』546頁(小山泰史)(2019年、有斐閣)。
- 7) 平野裕之『担保物権法』184頁(2017年、日本評論社)の区分を参照。
- 8) 平野・前掲注7)202頁。なお、実務家からは、動産譲渡登記制度がある現法下では、先順位担保権者は登記しておくことで相当程度のリスク回避が可能であり、先順位担保権者が不測の損害を被る可能性は低いとの指摘がある(前掲注4)「検討課題」309頁(田高寛貴ほか「座談会 動産債権担保権の実行、法的倒産手続における取扱い、および所有権留保との関係」における橋本知也発言)。
- 9) 最判昭和35年2月11日(民集14巻2号168頁)は、即時取得は、「一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要」するとしている。したがって占有改定では従来の占有状態に一般外観上の変更を生じさせないので、占有改定による即時取得は認められないこととなる。
- 10) 最高裁判所判例解説民事篇昭和62年度668頁(田中壯太)(法曹会、1988年)。
- 11) 集合物の「所有権」を認めることの問題点については、拙稿「譲渡担保権設定者による目的物の処分と集合動産譲渡担保権の効力」松山大学論集24巻1号160頁(2012年)参照。
- 12) この問題についての詳細は、拙稿「集合動産譲渡担保の効力に関する一考察(一)」関西

大学大学院法学ジャーナル第63号41頁以下参照。

- 13) 千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力(1)」判例タイムズ756号47頁(1991年), 同「集合動産譲渡担保の効力(4・完)」判例タイムズ766号47頁(1991年)。
- 14) 道垣内弘人『担保物権法(第3版)』328頁(有斐閣, 2008年)。
- 15) 森田修(編)・前掲注6)505頁(道垣内弘人)。
- 16) 集合動産譲渡担保権が目的物である集合物を構成する個々の動産に対してどのような効力を及ぼしているかについては, 拙稿・前掲注11)松山大学論集24巻1号164頁以下参照。
- 17) 道垣内弘人「集合動産譲渡担保論の新段階」金融法務事情1248号1頁(2006年)。今尾真「判批」明治学院大学法科大学院ローレビュー第8号65頁(2008年)も, 本判決の位置付けとして可能な解釈の一つとする。また松岡久和『担保物権法』337頁(2017年, 日本評論社)は, 最高裁平成18年判決が後順位譲渡担保権者の即時取得も私的実行も否定されていることを理由に, 傍論であるとする。
- 18) 『最高裁判所判例解説民事篇平成18年度(下)』850頁(宮坂昌利)(2009年, 法曹会)。
- 19) 古積健三郎「判批」民商法雑誌136巻1号31頁(2007年)。同論文は, 所有権の構成を採った場合でも, 「譲渡担保契約では設定者は債務不履行後に目的動産を債権者に引き渡すという合意が成立していると考えることができ, かかる合意に基づく当事者間の債権的引渡請求権は理論的に十分に認めることができるのではないか。」とする。
- 20) 渡邊博己「判批」NBL 867号24頁(2007年)。
- 21) 千葉恵美子「判批」ジュリスト1332号(平成18年重要判例解説)77頁(2007年)。
- 22) 今尾・前掲注17)明治学院大学法科大学院ローレビュー第8号67頁。
- 23) 例えば, 小田垣 亨「判批」金融法務事情1807号32頁, 34頁(2007年), 古積・前掲注19)民商法雑誌136巻1号32頁, 渡邊・前掲20)NBL 867号25頁。
- 24) 伊室亜希子「判批」明治学院大学法律科学研究所年報23号111頁(2008年)。
- 25) 最高裁平成11年決定の後, 最高裁平成22年12月2日決定(民集64巻8号1990頁)および最高裁平成29年5月10日決定(民集71巻5号789頁)においても, 譲渡担保権に基づく物上代位が認められている。
- 26) 渡部 晃「判批」金融法務事情1795号56頁(2007年)。渡邊・前掲20)NBL 867号25頁も, 最高裁平成18年判決の判断を前提にする限り, 後順位者の担保権実行に対して, 先行する譲渡担保権者に第三者異議(民事執行法38条)の類推などを認めてもよいのではなかろうかとする。
- 27) 渡邊・前掲20)NBL 867号25頁, 池田雅則「判批」金融法務事情1823号82頁(2008年)。
- 28) 前掲注17)851頁(宮坂昌利)。
- 29) 佐伯一郎「判批」銀行法務21 668号47頁(2006年)。
- 30) 小田垣・前掲注23)金融法務事情1807号32頁以下。

- 31) 山下英久「後順位譲渡担保権についての考察」甲南法務研究5号108頁以下(2009年)。
- 32) 渡邊・前掲20) NBL 867号25頁。
- 33) 道垣内・前掲注17) 金融・商事判例1248号1頁, 今尾・前掲17) 明治学院大学法科大学院ローレビュー第8号67頁。
- 34) 道垣内・前掲注17) 金融・商事判例1248号1頁。
- 35) 今尾・前掲17) 明治学院大学法科大学院ローレビュー第8号65頁。
- 36) 田村耕一「判批」熊本法学111号125頁(2007年)。大島一悟「判批」広島法学31巻3号79頁(2007年)も、「判決は『私の実行を認めることはできない』とするが、それがYに対して実行することが許されないとするのか、対第三者に対して対抗できないとするのかは定かではない」と述べる。
- 37) 田村耕一「判批」熊本法学111号125頁(2007年)。
- 38) 前掲注3)「研究会報告書」28頁。
- 39) 前掲注3)「研究会報告書」31頁。
- 40) 前掲注3)「研究会報告書」32頁。
- 41) 前掲注3)「研究会報告書」40頁。
- 42) 前掲注3)「研究会報告書」78頁。
- 43) 前掲注3)「研究会報告書」106頁。
- 44) 前掲注3)「研究会報告書」107頁。
- 45) 前掲注3)「研究会報告書」109頁以下。ただし、その具体的方法については、引き続き検討が必要としている。
- 46) 栗田口太郎「実務家からみた動産・債権担保法制の課題」田高・前掲注5) 271頁以下。
- 47) 池田・前掲注27) 金融法務事情1823号82頁, 池田雅則「集合動産の譲渡担保」『民法判例百選I(総則・物権)[第8版]』201頁(2018年, 有斐閣)。
- 48) 池田・前掲注27) 金融法務事情1823号81頁。同論文は、最高裁平成18年判決の事案においては、先行する譲渡担保は単独ではなく、複数の譲渡担保が並行して設定されている点を指摘し、「動産の担保価値を複数の債権者がそれぞれ重畳的に把握しようとしていたことを意味しているのではないだろうか。すなわち、設定者にとっては、担保目的物の経済的な価値の効率的な活用ということになる。」と述べる。また小田垣・前掲注23) 金融法務事情1807号34頁以下も、「先順位譲渡担保権が設定されても、なお、集合動産に余剰価値があるならば、これを担保として活用すべきである」とする。
- 49) 前掲注3)「研究会報告書」107頁。
- 50) 池田雄二「判批」北大法学論集59巻3号1527頁(2008年)。
- 51) 森田修「判批」法学協会雑誌124巻11号2607頁。
- 52) 「倒産と担保・保証」実務研究会(編)『倒産と担保・保証[第2版]』587頁(和田勝行)(2021年, 商事法務)。
- 53) 前掲注4)「検討課題」304頁以下(田高寛貴ほか「座談会」における藤澤治奈発言)も、

同様の疑問を呈している。

- 54) 前掲注4)「検討課題」309頁(田高寛貴ほか「座談会」における藤澤治奈発言)。
- 55) 生熊長幸「動産譲渡担保権・留保所有権の法的構成・優劣および集合動産譲渡担保の対抗力について—動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書に寄せて—」立命館法学 395号 67頁以下(2021年)。
- 56) 生熊・前掲注55)立命館法学 395号 67頁以下。
- 57) 今尾・前掲17)明治学院大学法科大学院ローレビュー第8号 67頁。
- 58) 拙稿・前掲注11)松山大学論集第24巻第1号 164頁以下。
- 59) 生熊・前掲注2)立命館法学 383号 214頁以下, 同・前掲注2)立命館法学 384号 129頁。
- 60) 小田垣・前掲注23)金融法務事情 1807号 35頁は, 問題なのは「先順位担保権者がその存在を知らない後順位担保権者とその私的実行であり, 集合動産の余剰価値を利用する目的をもって, 設定者, 先順位担保権者および後順位担保権者の三者が合意の上で設定する譲渡担保は, これを否定する理由がない」と述べる。
- 61) 渡部・前掲注26)金融法務事情 1795号 56頁(2007年)。
- 62) 前掲注4)「検討課題」304頁以下(田高寛貴ほか「座談会」における園尾隆司, 橋本知也, 藤澤治奈の各発言)。ただし同座談会では, 否定的な見解も述べられている(堀内秀晃および田高寛貴の各発言)。
- 63) 前掲注3)「研究会報告書」66頁以下。