

動産譲渡担保の法的構成－担保権的構成の再構築－ (Restructuring of the Chattel Mortgage System)

町田 余理子

I はじめに

II 学説整理

III 動産譲渡担保権者の権利帰属

- (1) 動産売買先取特権と動産譲渡担保
- (2) 動産譲渡担保に基づく物上代位
- (3) 重複する動産譲渡担保
- (4) 即時取得と動産譲渡担保

IV 結びにかえて

I はじめに

バブル経済崩壊後、不動産担保や個人保証に過度に依存してきた従来型の企業の資金調達方法を見直す必要があるとの認識が広まり、企業資産のうちの動産や債権を譲渡担保として資金を調達する手法が重要性を増してきている。とりわけ、不動産や人的保証を十分に有しない中小企業等が、在庫商品や工場の機械を担保にして資金調達をなす動産譲渡担保融資を行う金融機関等が多くなっていることが挙げられる。また、経済産業省においても、産業金融の活性化のため、企業の資金調達の多様化や地域金融機関の目利き能力の向上を促すべく、ABL (Asset Based Lending: 動産債権担保融資) の普及促進を目指して平成17年9月に「ABL研究会」、平成19年6月には「ABL協会」を設立しており、今後、中小企業を主に動産譲渡担保の役割はさらに大きくなっていくと考えられる。

また、大判大正13年12月24日(民集3巻555頁)をはじめとするかつての判例は、動産譲渡担保権を所有権と考える「所有権的構成」を採用していたが、仮登記担保に関する最一小判昭和42年11月16日(民集21巻9号2930頁)および不動産譲渡担保に関する最一小判昭和46年3月25日(民集25巻2号208頁)を受けてか、最二小決平成11年5月17日(民集53巻5号863頁、後述(2)判例)は動産譲渡担保権者に物上代位を認め、最一小判平成18年7月20日(民集60巻6号2499頁、後述(3)判例)は私的実行を認めないものの、後順位担保権者の存在を認められるかのような表現をとっており、動産譲渡担保権は「所有権」から「担保権」へとシフトしていっていると考えられる。

しかし、学説は、現在では形式的には所有権が移転し、実質は担保権部分しか有さないとする「所有権移転的構成(設定者留保権説)」が有力とされ、所有権的構成と担保権的構成のいいところを採用

したこの説は良説と解されつつも、結局第三者に対してはどの部分をどのくらい主張できるのかについてはあまり明らかにはなっておらず、実務においても権利の帰属が曖昧であり、その曖昧さゆえに未だ動産譲渡担保に手を出せない企業および専門家が存在するのも否定できない。

なお、動産譲渡担保を立法化する際に、かつて譲渡担保を動産抵当と動産質とに分けて立法化する動きがあり、その最たるものは昭和34年に作成された松本財団財産立法研究会の「動産担保法要綱試案」¹であるが、立法化には至らなかったが、動産譲渡担保を担保として制度化したいとする学会および実務の要望が存在していたことは事実である。しかし、平成17年10月に施行された「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」（以下、「特例法」という）においては、当初は登記対象となる譲渡目的を担保目的に限る方向で検討がなされたものの、結局、「動産譲渡を公示する制度」を整備するという枠において審議がなされ、登記対象となる譲渡目的は担保目的には限られないことになった。したがって、特例法は何らかの対抗要件を具備することを主な目的としているため、何が真正譲渡か、何が譲渡担保なのかについては特例法およびその審議の中では明らかにはなされていないと考えられる。

したがって、動産譲渡担保を純粋な「担保」として考える担保権的構成の立場から、担保権的権利を認めたとうえで、動産譲渡担保権者の権利帰属と動産に関連する民事法の諸規定、例えば、即時取得や動産売買先取特権等との兼ね合いも考慮しつつ、担保権的構成を強固な見解にするため、具体的な実行に向けての検討を行っていききたい。

II 学説整理

具体的な判例紹介・分析に入る前に、前提となる動産譲渡担保の法的構成についての学説を整理する²。なお、これらの学説は大きく分けて3つに分けることができる³。

まず、かつての通説といわれている所有権的構成が挙げられる。この説は、譲渡担保の理論は信託行為の理論であり、譲渡担保においては債権者が所有権者とみられ、ただその所有権を担保目的以上に行使してはならない債権的拘束を受けるにすぎないとする説⁴である。

しかし、債権者の経済的目的はあくまでも債権担保、すなわち、債権者は当該被担保債権が回収できたならばそれで良いはずであり、債権者が譲渡担保設定時から完全な所有権を取得すると構成することは、債権者に過剰な権利を与えるのではないかといった、所有権的構成への批判が相次ぎ、債権

¹ 具体的な検討内容については、四宮和夫「譲渡担保法要綱試案(1)－(5・未完)」立教2号157頁以下、3号194頁以下、5号81頁以下、6号171頁以下、10号185頁以下(1961-1968年)、「譲渡担保立法の問題点」私法31号3頁以下(1969年)等が挙げられる。

² 詳細な学説については、拙稿「動産譲渡担保と動産に関連する民事法の規定について」岡山大学大学院社会文化研究科紀要28号143頁以下(2009年)を参照していただきたい。

³ 米倉明「譲渡担保の法的構成」『担保法の研究』57頁(新青出版、1997年)。

⁴ 四宮和夫「譲渡担保」『総合判例研究叢書』〔谷口知平＝有泉亨編〕70頁(有斐閣、1962年)。

者に対して、当該目的物の完全な所有権ではなく担保目的に限定した何らかの権利のみを与えるとするべきであるとする説が主張されてきた。

以下の2つの説はその点については共通している説⁵ではあるが、1つは物権法定主義や実務を考慮して、形式的には所有権が移転していることにすると考え、したがって、設定者には中身が十分に入っていない所有権の外枠みみたいなものが一応移転すると考える所有権移転的構成、もう1つは、抵当権などと同様、譲渡担保を純粹な担保権と考える担保権的構成（所有権非移転的構成）である。

以上の説をまとめると、所有権的構成によると、譲渡担保は、目的物の所有権が譲渡担保権者に完全に移転することを認めるため、したがって、同一物に対しては同一内容の物権は一つしか成立しないとする「一物一権主義」に基づき、「後順位譲渡担保権者」という存在は認められず、後に譲渡担保を設定された者は、即時取得（民法192条）の要件に当てはまらない限り、当該目的物への権利が得られないことになる⁶。

その一方、所有権移転的構成および担保権的構成によると、所有権は債権者に完全に移転していないため、後順位譲渡担保権者が存在する余地が出てくる。しかし、所有権移転的構成では形式上であれ、一応「所有権」が債権者に移転しているため、担保的権利を認める論理構成は困難であり、設定者留保権説を採用する道垣内教授も後順位譲渡担保および譲渡担保に基づく物上代位を否定している⁷。したがって、後順位譲渡担保権を認めるには、形式的にも実質的にも譲渡担保を「担保権」として考える担保権的構成の見解が最も容易であると考えられる。

III 動産譲渡担保権者の権利帰属

具体的な事案をもとに、以下、担保権的構成からの動産譲渡担保権者の権利帰属に対するアプローチを行っていくが、方法としては、判例が導き出している結論と担保権的構成から導かれるそれとの対比を中心に、担保権的構成の特徴を炙り出していく方法を採用する。

(1) 動産売買先取特権と動産譲渡担保

動産売買先取特権と動産譲渡担保が問題となった事案としては、最三小判昭和62年11月10日（民集41巻8号1559頁。以下、「昭和62年最判」という）が挙げられる。

⁵ 学説の多くは、これらを併せて「担保的構成」と考える（米倉明「譲渡担保の法的構成」『担保法の研究』57頁（新青出版、1997年）、道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』299頁（有斐閣、2008年）など）が、外観的には所有権移転がなされていることから、これらの説を所有権的構成の一種と考えるべきとする見解も存在する（鳥谷部茂「不動産譲渡担保の認定と効力」NBL849号30頁（2007年））。

⁶ 譲渡担保の大半は占有改定による引渡しによるが、判例は占有改定による引渡しでは即時取得を認めていないため（大判大正5年5月16日（民録22輯961頁））、結局、後に譲渡担保を設定された者は、当該担保物について権利を得られないといった状況が多いと考えられる。

⁷ 道垣内・前掲注(5)312頁。

【事実の概要】

X（原告、被控訴人、被上告人）は、Aとの間で保管場所に存在する「普通棒鋼、異形棒鋼一切の在庫商品」を譲渡担保とする根譲渡担保権設定契約を締結し、占有改定による引渡しを受けた。一方、XもAに対し、普通棒鋼、異形棒鋼、普通鋼々材等を継続して売り渡し、売掛代金債権を取得したが、Aは、Y（被告、控訴人、上告人）からも異形棒鋼（以下、「本件物件」という）を買い受け、これを前記保管場所に搬入したが、その後、Aが倒産した。そこで、Yが本件物件につき動産売買の先取特権を有していると主張し、福岡地裁所属の執行官に対して右先取特権に基づき本件物件の競売の申立てをしたので、Xは本件物件についても譲渡担保権の効力が及び、かつ引渡しを受けているとして、第三者異議の訴えを提起した。

第一審である福岡地判昭和56年12月25日（民集41巻8号1571頁）、原審である福岡高判昭和57年9月30日（民集41巻8号1580頁）も、Yの主張を斥けたため、Yが上告した。

【判決要旨】

最高裁は以下のように判示し、上告を棄却した。

「債権者と債務者との間に、右のような集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者とその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至り（筆者注：下線）、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分の変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである」。

【小括】

昭和62年最判は、担保目的としての当該動産の引渡しとしての占有改定は、民法333条の「引き渡し」に含まれる結果、動産売買の先取特権の存在する動産が集合物の構成部分となった時点で、先取特権者の追及力は消滅し、譲渡担保権者は自らの権利を主張できると判示している。

参考として、動産売買先取特権と動産譲渡担保の競合についての学説のうち、この見解と整合的な民法333条適用説が挙げられる。この説によると、譲渡担保の設定、占有改定による引渡しは、文字どおり民法333条所定の第三取得者への引渡しであり、先取特権は右引渡しの時点で自然消滅する⁸とのことである。

⁸ 河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離（上）」NBL294号14頁（1984年）。

【担保権的構成からのアプローチ】

担保権的構成の立場からすると、言うまでもなく、動産譲渡担保の設定は担保権設定となる。そのため、動産譲渡担保権設定行為は、民法333条の「引き渡し」には該当せず、したがって、先取特権者には追及力が残っている状態となる。したがって、この場合、動産売買先取特権と動産譲渡担保が併存している状態といえる。

なお、参考として、動産売買先取特権と動産譲渡担保の競合の問題に関する学説のうち、担保権的構成を採用していると思われる学説が主要なものとしては2つ挙げられ、いずれの説も、動産売買先取特権の追及力を民法333条によって当然に否定するのではなく、動産譲渡担保を「担保」として扱っている説であるといえる。

① 民法334条類推適用説

動産譲渡担保に一番近接した動産の法定担保物権は質権であり、譲渡担保制度の発展の経緯からして動産質権より効力を弱めることは妥当でなく、動産先取特権と質権の順位に関し規定する民法334条を類推して、譲渡担保は民法330条の第一順位の動産先取特権と同一順位の効力を有すると解する⁹。

② 設定時前後説

譲渡担保権はあくまでも担保権の一種であり、他の担保権と競合したときに、いたずらに所有権理論をふりかざすべきではなく、あくまでも担保権の競合としてとらえ、昭和62年最判の場合は、動産売買先取特権が集合物譲渡担保権に優先していると考え¹⁰。

民法333条にいう「第三取得者」には譲渡担保権者は含まれず、競合・優劣の問題として捉えた上で、動産売買先取特権は先取特権の成立時（目的商品の債務者への納入時）を基準とするのではなく、その行使時を基準として譲渡担保権との優劣を決める¹¹。

(2) 動産譲渡担保に基づく物上代位

物上代位と動産譲渡担保が問題となった事案としては、前掲・最二小決平成11年5月17日（以下、「平成11年最決」という）が挙げられる。

【事実の概要】

輸入業者であるAは、銀行であるY（相手方）との間で、信用状取引についての基本約定を締結し、

⁹ 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論－動産売買先取特権を中心にして－」林良平先生還暦記念「現代私法学の課題と展望（上）」95頁（有斐閣、1981年）、角紀代恵「動産売買先取特権と集合物譲渡担保権の優先関係」ジュリ854号121頁（1986年）。

¹⁰ 堀龍兒「判批（昭和62年最判）」ジュリ912号105頁（1988年）。

¹¹ 森井秀雄「動産の譲渡担保と他の競合・優劣」金判増刊737号60頁（1986年）。

同取引によって負担する債務を担保するために、輸入商品等にYのために譲渡担保権を設定する旨を合意し、Yは、Aが本件商品を輸入するにつき信用状を発行し、Aに対して約束手形の振出を受ける方法により、輸入代金決済金相当額1000万円余を貸し付けるとともに、右約束手形金債権の担保として、各対応する本件商品に譲渡担保権の設定を受けたうえ、本件商品の貸渡しを行い、その処分権限を与えた。そして、平成9年10月24日から同年11月11日までの間に、AはBに対して、本件商品を売り渡した。

Aは同年10月30日に破産を申し立て、同年11月12日、破産宣告を受け、X（抗告人）が破産管財人に選任された。Aは、破産を申し立てたことによって、Yとの銀行取引約定に基づき、右約束手形金について期限の利益を失った。Aに対する破産宣告後である平成9年12月9日、Yは、右約束手形金債権に基づく物上代位権の行使として、AのBに対する本件商品の売買代金債権の差押えを申し立てた。大阪地裁がこの申立てを認め、債権差押命令を発したため、Xがこれを不服として執行抗告を申し立てた。

原審である大阪高決平成10年2月10日（金法1520号49頁）は、「譲渡担保権は、目的物の交換価値を把握する権利であるから、物上代位を認める特約の有無にかかわらず、民法304条の適用を認めるのが相当であり、また譲渡担保権者は、債務者が破産宣告を受けた後であっても、先取特権の場合と同様に、担保目的物の売却により生じた代金債権を差し押さえて物上代位権を行使することができる」として、Xの抗告を棄却した。そこでXは、最高裁に対して許可抗告（民訴法337条）を行った。

【決定要旨】

最高裁は以下のように判示し、抗告を棄却した。

「本件は、信用状発行銀行において、輸入業者が破産宣告を受けた後、輸入商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、輸入業者が転売した輸入商品の売買代金債権の差押えを申し立てた事案であり、「右の事実関係の下においては、信用状発行銀行であるY銀行は、輸入商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された輸入商品の売買代金債権を差し押さえることができ、このことは債務者であるAが破産宣告を受けた後に右差押えがされる場合であっても異なるところはないと解するのが相当である（筆者注：下線）」。

【小括】

譲渡担保権に基づく物上代位の可否という問題について、平成11年最決以前においては、最高裁判例はもとより、公刊された下級審判例もない¹²。

譲渡担保に基づく物上代位を否定するものとしては、所有権移転的構成（設定者留保権説）を採用

¹² 角紀代恵「動産譲渡担保権に基づく物上代位権の行使と設定者の破産」金法1588号43頁（2000年）。

する道垣内教授の見解があるが、その理由としては、「譲渡担保権者Aに物上代位を認められるとすると、Aは譲渡担保設定者Bが第三取得者Cに対して有する売買代金債権から、優先的に被担保債権を回収することができる」が、「AがBから当該動産を購入していたとすると、AはBに対して売買契約の債務不履行ないし自己の所有権を失わしめた不法行為として、損害賠償を請求するにとどまり」、「譲渡担保権者に所有権者以上の権利を認めることになる」というものである¹³。しかし、譲渡担保に基づく物上代位を否定してしまうと、譲渡担保権設定者が担保目的物を無断で売却して第三者がこれを即時取得したり、目的物が滅失した場合、目的物の価値代替物である金銭請求権に対して物上代位を行使できないことは譲渡担保権者の保護に欠け、不公平な結果が生じるとの批判も存在する¹⁴。

なお、破産手続開始決定後における物上代位権行使の可否については、動産売買先取特権に基づく物上代位の事案ではあるが、最一小判昭和59年2月2日（金判695号3頁。以下、「昭和59年最判」という）で、「債務者が破産宣告決定（筆者注：現在では破産手続開始決定）を受けた場合においても、その効果の実質的内容は、破産者の所有財産に対する管理処分権能が剥奪されて破産管財人に帰属せしめられるとともに、破産債権者による個別的な権利行使を禁止されることになるというにとどまり、これにより破産者の財産の所有権が破産財団又は破産管財人に譲渡されたことになるものではなく、これを前記一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はない（筆者注：下線）」と判示しており、平成11年最決も同様の趣旨であると解することができる。

なお、物上代位の目的債権につき、第三者に対して弁済あるいは譲渡がなされたり、第三者が転付命令を取得したりした場合の処理については、動産譲渡担保に基づく物上代位に関する公判された裁判例は今のところ（平成21年10月末現在）見当たらないが、動産売買先取特権に基づく物上代位の場合と抵当権に基づく物上代位の場合とで最高裁は結論を異にしている¹⁵。

動産売買先取特権に基づく物上代位については、昭和59年最判は「第三債務者による弁済又は債務者による債権の第三者への譲渡の場合とは異なり（筆者注：下線）、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもって目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はない」と、弁済および譲渡がなされた場合と差押えがなされた場合とを区別しており、さらに、動産売買先取特権者が目的財産を差し押さえる前に目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた最三小判平成17年2月22日（民集59巻2号314頁）においても、「民法304条1項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには

¹³ 道垣内・前掲注(5)300頁。

¹⁴ 河邊義典「判解（平成11年最決）」最判解説民平成11年度456頁。

¹⁵ 動産売買先取特権に基づく物上代位と抵当権に基づく物上代位の具体的な比較・検討については、拙稿「動産売買先取特権に基づく物上代位」岡山大学大学院社会文化研究科紀要23号17頁以下（2007年）を参照していただきたい。

払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要する旨を規定しているところ、この規定は、抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである（筆者注：下線）として公示方法の有無を根拠に物上代位を否定している。

その一方、抵当権に基づく物上代位の場合においては、最二小判平成10年1月30日（民集52巻1号1頁）において、「抵当権の効力が物上代位の目的債権についても及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害する（筆者注：下線）」と、債権譲渡がなされた場合においては、債権譲渡後に差押えをなした抵当権者の物上代位権の行使を認めている。なお、第三債務者に転付命令が送達された後に抵当権者が目的債権に対して物上代位による差押えをした場合は、最三小判平成14年3月12日（民集56巻3号555頁）は転付命令を優先させ、抵当権に基づく物上代位の効力を否定している。このことから、最高裁は、抵当権の物上代位に関して、民法304条の「払渡し又は引渡し」には、債権譲渡は該当しないと解しているものの、転付命令の送達（≠確定）は該当すると解していると考えられる。

【担保権的構成からのアプローチ】

担保権的構成からは、動産譲渡担保は担保であり、抵当権に類似する権利として扱われるため、抵当権に民法372条の準用により民法304条が適用されて物上代位が認められている以上、動産譲渡担保についても物上代位を認めた平成11年最決は、担保権的構成からはなじみやすい帰結であると考えられる。したがって、担保権的構成に立っても、平成11年最決と同様の帰結であると考えられる。

なお、第三者に対して物上代位の目的債権が譲渡された場合の処理については、動産譲渡担保＝担保という立場からは、動産譲渡担保権者は占有改定であれ、動産譲渡登記であれ、民法178条による引渡しを受けていると解されている¹⁶ため、対抗要件を具備しているとはいえる。しかし、占有改定は「まったくの当事者間の合意で行われる者に対するものであって公示の機能を有するものではなく、「公示されないものの第三者に対する『対抗』要件として扱うのは矛盾している」¹⁷として、譲渡担保を公示なくして対抗力を有する「動産抵当」としての物権と考える立場からは、この場合の物上代位

¹⁶ 大判明治43年2月25日（民録16輯153頁）は、「民法第178条ニ所謂引渡ハ必スシモ物ノ現実ノ授受アル場合ニノミ限ルモノニアラステ占有ノ改定ニ因リ物ノ現実ノ授受ト同視スヘキ場合ヲモ包含スル」と民法178条の引渡しには占有改定を含むと判示し、動産譲渡登記については、動産・債権譲渡特例法3条において「法人が動産…を譲渡した場合において、当該動産の譲渡につき動産譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは、当該動産について、民法第178条の引渡しがあったものとみなす」と規定している。

¹⁷ 近江幸治『民法講義Ⅲ〔第2版補訂〕』311頁（成文堂、2007年）。

権の効力は認められにくいとも考えられうる。

その一方、特例法による動産譲渡登記を備えた場合には「公示」がなされているため、債権譲渡がなされた後に当該目的債権に差押えをなしても、抵当権に基づく物上代位の場合と同様、物上代位権の効力は認められると解してもよいと考える。しかし、同じ譲渡担保で同じ民法178条の引渡しとしての対抗要件を備えている以上、結論を異にすると考えることについては、さらなる検討を要すると考えられる。

(3) 重複する動産譲渡担保

重複する動産譲渡担保が問題となった事案としては、最一小判平成18年7月20日（民集60巻6号2499頁。以下、「平成18年最判」という）が挙げられる。

【事実の概要】

魚の養殖業者であるY（被告、被控訴人、上诉人）は、債権者ABCに対し、生簀内の養殖魚を対象とする集合動産譲渡担保を設定し、占有改定の方法により引渡しをした一方、当該譲渡担保の目的物となっている養殖魚を「本件契約①②」をもってX（原告、控訴人、被被告人）に譲渡し、同じく占有改定の方法による引渡しをした。その後、Yに対して民事再生手続が開始されたため、XはYに対し、本件契約①②は売買契約であるとして、所有権に基づき当該養殖魚の引渡しを求めたが、Yは本件契約①②は譲渡担保契約であって、その譲渡担保設定はAらが先行しているため、Xが民法192条の即時取得の要件を満たさない限り、所有権を取得できないと反論した¹⁸。

第一審である宮崎地判日南支部平成16年1月30日（民集60巻6号2511頁）は、本件契約①②はともに売買契約であるとし、Xの請求を棄却したため、Xが控訴した。

原審である福岡高判宮崎支部平成17年1月28日（民集60巻6号2527頁）も第一審と同様に、本件契約①②はともに売買契約であるとしたが、「商品の流動集合動産譲渡担保契約において、譲渡担保設定者独自の判断で第三者に売却する権限を留保しており、譲渡担保設定者であるY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物権的地位がとどめられている」として、XはYの物権的地位に基づき本件物件の所有権を承継取得したとし、第一審判決を取り消し、Xの所有権を認めたため、Yが上告した。

【判決要旨】

最高裁は以下のように判示し、本件契約①は譲渡担保契約であるとした上で、原審を破棄し、上告を認容したが、本件契約②部分については真正売買であるとした上で、原審を破棄して差し戻した。な

¹⁸ 本件契約①②の法的性質についての争点は、争点の都合上、省略する。

お、本件契約②部分については真正売買であると判示したため、動産譲渡担保の競合を問題とする本章においては、争点を異にすると考えられるため、省略する。

「本件契約①に先立って、A、B及びCのために本件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（筆者注：下線）」。

【小括】

平成18年最判は、後順位譲渡担保権者の「存在」を認め、動産譲渡担保の重複設定を許したと解することができるような表現をとったものの、後順位譲渡担保権者の私的実行は認めていないため、結論は所有権的構成と同じであるといえる。

学説においても、私的実行を認めないとしながらも、後順位担保権者の「存在」自体は認めていることから、最高裁は担保的構成を採用したとの見解がある一方¹⁹、判例は、債権担保目的を達成するために必要な範囲内での所有権移転という点を強調しており、その趣旨から担保目的での「所有権移転」を認めたと過ぎず、その意味で担保権重複設定と所有権的構成とは矛盾しないとの見解も存在している²⁰。

なお、後順位担保権者の「権利」については、平成18年最判は何ら触れていないものの、平成18年最判とは異なり後順位担保権者の私的実行を認める立場からは、民事執行法133条、190条を類推適用し、先取特権者や質権者と同様に配当要求を認めるとする²¹。しかし、後順位担保権者の私的実行の際には、先順位担保権者に対して民事執行法38条を類推適用して第三者異議を認め、先順位担保権が有名無実にならないよう配慮すべきである。

また、後順位担保権者に私的実行が認められないとする立場であっても、先順位担保権者に対する担保権設定者の清算金請求権に対して、平成11年最決で認められた譲渡担保に基づく物上代位をなしたり、債権質の設定を受けたり等、清算金請求権を押さえることも考えられる²²。いずれにせよ、抵当権と異なり私的実行が認められる譲渡担保においては、複数の担保権者を認めてしまうとアンフェアな状況が生じやすいことは否めず、慎重な判断が必要である。

¹⁹ 渡部晃「判批（平成18年最判）」金法1795号56頁（2007年）。

²⁰ 片山直也「判批（平成18年最判）」金法1812号39頁（2007年）。

²¹ 渡部・前掲注（19）56頁、河邊・前掲注（14）451頁。

²² 森田修「判批（平成18年最判）」法協124巻11号123頁（2007年）。

【担保権的構成からのアプローチ】

担保権的構成では動産譲渡担保の設定は担保権設定であるため、後順位担保権者の存在は当然認められる。平成18年最判においては、訴外ABCとXが重複して譲渡担保設定契約をそれぞれYと締結しているため、ABCが先順位の譲渡担保権者、Xが後順位の譲渡担保権者となる。

なお、抵当権説によると、動産譲渡担保は抵当権と同様に解されるため、後順位譲渡担保権者であっても民事執行法180条の類推適用によって、私的実行ではあるが申し立ては可能であると考えられる。しかし、不動産の競売の場合のように、必ずしも登記が設定されるわけでもないため、後順位譲渡担保権者が申し立てをしたとしても、どのように自分よりも先順位の譲渡担保権者を把握するべきかといった問題も残っている。

しかし、担保権的構成（抵当権説）を主張する米倉教授によると、対抗要件は債権譲渡と同様に「確定日付ある証書」²³によって行われる。また、現在のところ法人がする譲渡に限定されるものの、動産譲渡登記制度も対抗要件具備として有効であると考えられるが、単に「譲渡」と表現がなされる登記となっているため、真正譲渡の場合と担保権設定の場合とは区別がなされていないと考えられる²⁴。

なお、松本財団財産立法研究会における譲渡担保権要綱の内容は、譲渡担保の設定方法を占有ではなく登録ないし公正証書の作成とし、無権利者からの譲渡担保の即時取得にはこの時期における善意無過失を要件とし、しかも、二重譲渡担保の場合には第2の譲渡担保権は、第1の譲渡担保権を犠牲にするものではなく、第2順位の譲渡担保権となる²⁵というものであった。

(4) 即時取得と動産譲渡担保

上記(3)平成18年最判においては、即時取得と動産譲渡担保の関係も争点となった。

第一審は、本件契約①②はともに売買契約であるとした上で、「本件契約①及び本件契約②が締結されたのは、本件物件について前記集合物根譲渡担保契約が締結され、同契約に基づいてAが占有改定により本件物件の引き渡しを受けた後であるから、Xが本件物件の所有権を取得するためには、本件物件を民法192条により即時取得するしかない」と解されるところ、Xは、即時取得の主張をしていないし、「Xは、集合物譲渡担保設定者であるYは、通常の営業の範囲内で目的物を売却処分することができるので、そのYの売却処分の結果、集合物の範囲を脱すれば、処分された目的物の譲渡担保権は消滅し、譲渡担保権の制約はなくなり、その買主であるXが所有者となる」と主張するが、「本件物件は、現在も…養殖生簀内に存在するのであるから、本件物件は、未だ集合物の範囲を脱しておらず、

²³ 米倉明「譲渡担保の研究」50頁（有斐閣、1976年）。

²⁴ その理由として、所有権移転の形式を採る担保権が残ることや、「動産譲渡を公示する制度」の整備を前提としているため、ファイナンス・リースおよび所有権留保が対象外とされていることが挙げられている（鎌田薫ほか「シンポジウム 動産・債権譲渡公示制度の整備に向けて」金融法21号119頁〔森田宏樹発言〕（2005年））。

²⁵ 四宮和夫「譲渡担保法要綱試案解説（4）」立教6号200頁（1964年）。

前記集合物根譲渡担保権の目的物であると認められる」としてXの請求を棄却した。そのため、Xが控訴した。

原審は、「商品の流動集合動産譲渡担保契約において、譲渡担保設定者独自の判断で第三者に売却する権限を留保しており、譲渡担保設定者であるY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物権的地位がとどめられている」として、XはYの物権的地位に基づき本件物件の所有権を承継取得したとし、第一審判決を取り消し、Xの所有権を認めたため、Yが上告した。

【判決要旨】

「Xは、本件契約①により…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（筆者注：下線）」。

【小括】

動産譲渡担保の対抗要件については、占有改定の公示力は弱いとされながらも、最一小判昭和30年6月2日（民集9巻7号855頁）および昭和62年最判において、占有改定で足りるとすると判示されている。なお、最一小判昭和30年6月2日（民集9巻7号855頁）が動産譲渡担保契約締結と同時に占有改定による引渡しをなされることを認めているため、契約と同時に対抗要件具備がなされるといえる。

しかし、最高裁は、真正売買の事案ではあるが、大判大正5年5月16日（民録22輯961頁）、最一小判昭和32年12月27日（民集11巻14号2485頁）等が、「占有改定のように外観上従来の占有状態に変更を生じていないときは、従前占有を他人に委ねた権利者等の利害を顧慮する必要があった」として、占有改定による即時取得を認めておらず、平成18年最判においても同様の立場を採用していることから、真正売買においても譲渡担保設定においても、占有改定の扱いは同様であると考えられ、対抗要件が占有改定にとどまる場合は、いずれにしても即時取得を認めることは困難であるといえる。

なお、先順位の譲渡担保において特例法による動産譲渡登記がなされた譲渡担保の目的物について、立法者は「譲受人に登記の有無を調査する義務が認められるかどうかにかかわる²⁶」とのことであるが、悪意が推定されるとして、即時取得が成立しないとする見解もある²⁷。

【担保権的構成からのアプローチ】

担保権的構成は、動産譲渡担保＝担保権と考えているため、「所有権」の即時取得は問題にはならな

²⁶ 植垣勝裕＝小川秀樹『一問一答動産・債権譲渡特例法〔改訂版〕』35頁（商事法務、2005年）。

²⁷ 近江・前掲注(17)314頁。

いものの、「担保権」の即時取得を認める余地が考えられる。

民法192条では「その動産について行使する権利」につき、即時取得が認められているが、即時取得が認められる権利については、所有権および質権に限られるというのが通説として考えられている²⁸。しかし、立法者は当初案では、「即時ニ其動産ノ所有権ヲ取得ス」としていたが、即時取得の規定につき所有権以外の権利につき適用を認めるため、あえて「所有権」でなく「権利」と規定するに至っている。また、所有権以外の権利につき、質権のみに適用を許すか否かについては立法時においても問題となったようであるが、留置権および先取特権については被担保債権と同時に当該動産を占有した際には民法192条の適用を認め、旅店宿泊・運輸の先取特権等については、民法319条を適用し、賃借権については別途対抗要件が存在するため適用がないとのことである²⁹。したがって、所有権および質権以外の権利については他の規定との兼ね合いでたまたま適用されないだけであり、所有権と質権に積極的に限定しなければならないという意図ではないと考えられる。したがって、譲渡担保の即時取得という法的構成も成立する余地があると考えられる。

後順位担保権者に即時取得を認める余地があると考えられるケースとしては、担保権設定者が事前に当該動産を第三者に売却していた場合（売買→譲渡担保型）、後順位担保権者が先順位担保権者の存在を知らずに譲渡担保の設定をした場合（譲渡担保→譲渡担保型）が挙げられ、後順位担保権者が「善意無過失」であるならば、譲渡担保権の即時取得を認める余地が考えられる。なお、即時取得は「動産を占有している無権利者を真権利者と誤信して、これと取引した者に、あたかも前主が真権利者であったかのように、契約どおりの権利を取得させる」³⁰趣旨であり、担保権的構成によると担保権設定者は何らかの権利は残っているため「無権利者」とはいえず、譲渡担保→譲渡担保型は厳密な意味では即時取得が問題とならないといえそうであるが、担保権設定者が当該動産に対して「完全な所有権」を有していると後順位担保権者が過失なくして誤信した点については、売買→譲渡担保型と同様であるため、即時取得の射程に入ると考えられる。

なお、判例においては上記のとおり占有改定による即時取得は認めていないが、特例法における動産譲渡登記を備えた（後順位）担保権者であれば、登記により「外観上従来の占有状態に変更を生じ」といえるため、即時取得が認められる余地があると考える³¹。とはいうものの、実務は動産譲渡登記+占有改定は占有改定と同様に解しているため、動産譲渡登記による即時取得を認めることに対しては消極的である。

なお、即時取得が成立しない場合は、上記(3)で述べた後順位担保権の問題となる。

²⁸ 好美清光『新版注釈民法(7)』193頁〔川島武宜＝川井健編〕(有斐閣、2007年)。

²⁹ 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編〔復刻版〕』61頁(有斐閣、1983年)。

³⁰ 好美・前掲注(28)124頁。

³¹ 銀行研修社『動産担保融資事例集』25頁(銀行研修社、2007年)。

V 結びにかえて

譲渡担保については、古くから立法を射程に入れた研究がなされているものの、未だ立法化はなされていない。その理由としては、譲渡担保の権利客体の多様性や譲渡担保の法的構成や個々の問題処理について多様な見解が対峙していることが挙げられているが³²、本稿においては「動産譲渡担保」に焦点を当て、「担保権的構成」からのアプローチを試みた。しかし、「譲渡」と「担保」の2つの側面を持つ動産譲渡担保の「担保」としての面を最大限に考慮して検討したものの、未だ煮詰まっていない部分も存在する。また、他の譲渡担保、とりわけ、在庫商品と売掛債権を担保にして融資を行うABLが導入されている以上、債権譲渡担保との関係性も残された検討課題であると考えられる。今後の研究課題としたい。

³² 松岡久和「譲渡担保立法の方向性」論叢164巻1－6号72頁（2009年）。