

動産・債権等を目的とする担保権の在り方(1)

5 第1 担保法制全体の構成

1 動産を目的とする担保権と債権を目的とする担保権のそれぞれについて、個別に規定を設けるものとする。動産と債権以外の財産権を目的とする担保権については、規定を設けるべき具体的な財産権があれば、個別具体的な財産権について規定を設けるものとする。

10 2 動産を目的とする担保権については、動産の所有権を移転する形式を採る契約のうち【担保の目的】でされたものを適用の対象とする規定を設けるものとする。

別案：動産を目的とする担保権について、非占有型の新たな典型担保物権を創設するものとする。

3 債権を目的とする担保権、動産及び債権以外の財産権を目的とする担保権については、権利質に関する規定を拡充するものとする。

15 別案：債権質を存置した上で、これに加えて【担保の目的】で債権譲渡がされた場合を適用の対象とする規定を設けるものとする。

4 動産を目的とする担保権と債権を目的とする担保権のそれぞれについて、個別に登記制度を設けるものとする。

20 ※ 設定者の総財産又は設定者が行う事業のための総財産を一括して担保の目的とする制度の要否やその内容については、別途検討する。

(説明)

1 はじめに

25 動産及び債権を中心とする担保法制全体の構成を検討するに当たっては、次のような点がポイントになると思われる。

① 担保権の目的財産の範囲

新たな規定を設けるに当たり、その目的となる財産権としてどのようなものを規定するか。

② 実体法上の担保権の種類

30 目的となる財産権の種類、占有型／非占有型の違い、所有権を移転する構成を採るかどうかという法形式の違いなどに応じた複数の担保制度を用意するか、これらの違いにかかわらず一つの担保制度を用意するか。

③ 対抗要件の在り方

35 前記②とも関連するが、動産を目的とする担保権と債権を目的とする担保権について別個の登記制度を設けるか、動産や債権を含む財産権を目的とする担保権について統一的な担保制度を設けるか。さらに、動産を目的とする担保権については引渡しを対抗要件とするかどうか、債権を目的とする担保権について通知及び承諾を対抗要件とするかどうか、これらを対抗要件とするとして登記との優劣関係をどうするか。

2 担保権の目的財産

(1) 民法は、不動産以外の財産権を目的とする約定担保権として、動産を目的とする担保権として動産質（民法第 352 条。なお、船舶、農業用動産、自動車、航空機、建設機械については、特別法により抵当権を設定することができるものとされている。）、債権その他の財産権を目的とする担保権として権利質（民法第 362 条第 1 項）を設けている。

5 このうち、動産を目的とする典型担保権である動産質は占有型の担保権であり、非占有型の担保権は設けられていないから、動産について非占有型の担保権に関する規定を整備する必要がある。また、民法は、構成部分の変動する集合動産¹を目的とする担保権についての規定を設けていないが、判例は集合動産を目的とする譲渡担保権の設定の有効性を古くから認めており、実務上も集合動産を目的とする譲渡担保権は重要な位置を
10 占めるに至っている一方で、集合動産譲渡担保に関する法律関係についてはなお不明確な点も残されていることから、集合動産を目的とする非占有型の担保権に関する規定を設ける必要性も高い。

また、債権を目的とする典型担保権としては債権質権があるが、将来債権を含む集合的な債権を目的とする担保権については規定がなく、集合動産についての規定を設ける
15 ののであれば、併せて規定を設けることが考えられる。

動産及び債権以外の財産権については、その内容が多様であることに鑑み、これらを包括する規定を設けるのは困難であると考えられるため、規定を設ける必要性が高いものについて個別に規定を設けることが考えられる。

3 担保権の種類

20 (1) 現行法においては、前記のとおり、不動産については抵当権、動産については動産質、債権その他については権利質というように目的となる財産の種類に応じて異なる担保権が用意されており、動産質及び不動産質は占有型、抵当権は非占有型というように、担保権者が目的物を占有するタイプの担保権と占有しないタイプの担保権とが区別して規定されている。

25 他方、UCC 第 9 編は、担保権を設定することを意図してされた取引に適用されることとされており（さらに、売掛債権等の売買にも適用される。）、動産だけでなく無体財産や債権を含む財産について、その種類や担保権者が目的財産を占有するかどうかによって担保権の種類を区分せず、一つの担保制度を設けている。また、UNCITRAL モデル法は、動産（ただし、一部例外が定められている。）を目的とする担保権及び合意による
30 真正の金銭債権譲渡（一部の規定を除く。）に適用することとされ²、「動産」とは不動産以外の有体又は無体の財産をいうとされている³。

(2) 目的物の種類や占有型／非占有型等の区別に応じて複数の担保制度を設けるか、一つの担保制度を設けるかについて考えると、このような担保制度を設けるメリットとしては、動産や債権以外の財産権についても規定の欠缺が生じないこと、数種の種類の財産権について一括して一つの担保権を設定することができることなどが考えられる。しかし、動産や債権以外の財産権について規定の欠缺が生じないという点については、現在
35

¹ 以下、「集合動産」という語は、構成部分の変動する動産の集合体を指して用いるものとする。

² UNCITRAL モデル法第 1 条第 1 項

³ UNCITRAL モデル法第 2 条(u)

でも権利質に関する規定があり、必要に応じてこれを拡充することによっても対応することができる（そもそも、動産及び債権以外の財産権が多様であることからすると、これらに共通して適用される規定として現在の権利質に関する規定以上に詳細な規定を設けることは難しい。）。また、数種の種類の財産権について一括して担保権を設定することができるとい点については、例えば設定者の総財産や設定者が行うある事業のために用いられる財産全体を一括して担保の対象とし、実行も一括して行うというニーズがあるのであれば、そのようなニーズを満たすことにつながると考えられる。しかし、このような担保制度が必要であれば別途包括的な担保制度を設ければ足り、担保制度について目的物の種類等を問わない統一的な制度を設ける必要はないのではないかと。

他方、例えば実体法上の効力に関する規定については、動産の場合には有体物であるために滅失した場合の物上代位の規定や付加一体物に担保権が及ぶかなどが問題になるのに対し、債権などそれ以外の財産権ではこのような点は問題にならないなど、動産を目的とする担保とそれ以外の財産権を目的とする担保とでは設けるべき規定の内容が異なる。また、動産を目的とする担保権については対抗要件として引渡しを認めるかどうかという問題がある一方、債権を目的とする担保権については通知や承諾を対抗要件として認めるかという問題があり、この点でも異なっているほか、担保権の実行も動産、債権、更にそれ以外の財産権では異なる方法によることになる。占有型／非占有型の区別に関しても、担保権者が占有する場合には例えば他人物を占有するに当たっての注意義務の程度などの規定の要否が問題となるのに対し、占有型においては設定者の使用収益権限が問題になるなど、やはり設けるべき規定の内容が異なる。このように、設けるべき規定の内容が財産権の種類や占有型／非占有型の違いによって重要な部分で異なっているため、これらを包摂する統一的な担保制度を設けることは困難であるし、仮に名目的に一つの担保制度に統一したとしても、適用される規定は動産と債権などの目的物の種類に応じて別々に設ける必要があると考えられる。

以上から、本文1では、動産と債権とを区別して別々に担保制度を設けることとし、設定者の総財産や設定者が行うある事業のための財産全体を一括して担保の目的とする制度については、これとは別に、その要否や内容について検討することとしている。

(3)ア 動産については、現行法上は非占有型の典型担保権は存在せず、非占有型の担保を設定するためには譲渡担保権や所有権留保などの非典型担保が用いられている。

動産を目的とする担保権についての新たな規定を設けるに当たっては、担保目的で動産の所有権を移転する契約や、代金が支払われるまで目的物の所有権が売主に留保する売買契約を適用対象とする規定を設けるという手法（担保目的取引規律型）と、新たな典型担保権として非占有型の動産担保権を創設するという手法（担保物権創設型）が考えられる。

研究会資料1においては、担保物権創設型によれば適用範囲が明確になる（当事者が新たに設けられた担保物権を設定するという契約を締結した場合に適用される）とした⁴が、法形式にかかわらず担保としての実質を有する取引について新たに設ける規定を適用しようとする（機能的担保概念）と、担保物権創設型を採ってもこのような

⁴ 研究会資料1，7頁

5
10
15
20
25
30
35

メリットがあるとはいえない。すなわち、担保物権を設定するという契約以外の形式の契約であっても、担保の目的で動産の所有権を譲渡する契約を適用対象としようとすると、典型担保権を創設するだけでなく、異なる法形式が採られていても担保目的であるということができればその典型担保権を設定したものとみなすというような規定を設ける必要があり、結局、「担保目的」であるかどうかという実質的な判断をしなければならなくなるからである。本文2の本案では、現行法上動産を目的とする非占有型の担保権としてはその所有権を移転する法形式が実務に定着していることから、現行の実務との連続性を考慮して、典型担保権を創設するという手法ではなく、担保目的での所有権の移転又は留保を適用対象とする規定を設けるという手法によることとしている。

なお、「担保目的」であるかどうかを明確に判断することができない場合があるとの指摘もあり、適用範囲を画する基準が「担保目的」でよいかどうかについては、引き続き検討が必要である。本文2の本案で「担保の目的」に【】を付したのはその趣旨である。

イ 判例は、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、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している（最判昭和57年9月28日集民137号255頁，最判平成5年2月26日民集47巻2号1653頁，最判平成7年11月10日民集49巻9号2953頁，最判平成18年10月20日民集60巻8号3098頁）。このような一般論により、判例は、譲渡担保権の設定者は正当な権原のない目的物件の占有者に対してその返還を請求することができること（上記昭和57年最判）、譲渡担保設定者は目的不動産について被保険利益を有すること（上記平成5年最判）、譲渡担保権者は担保権を実行して確定的に抵当不動産の所有権を取得しない限り、民法第378条（平成15年民法改正前のもの）所定の滌除権者たる第三取得者に当たらないこと（上記平成7年最判）、被担保債権の弁済期前に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえた場合は、少なくとも、設定者が弁済期までに債務の全額を弁済して目的不動産を受け戻したときは、設定者は第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることができること（上記平成18年最判）などを導いている。これらの判例法理は、譲渡担保において目的物の所有権が設定者から担保権者に移転していることから当然には導くことができず、その取引が担保としての実質を有していることを根拠とするものである。動産を目的とする担保権に関する新たな規定を設けるに当たって担保目的取引規律型による場合には、取引の形式に従って目的物の所有権が設定者から担保権者に移転したことを一応前提とした上で、上記各最判で示されたような、適用対象となる取引が担保の実質を有しているために所有権移転の効果が修正される部分について明文の規定を設けることになる。その際に、判例が示している「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」という一般的なルールのみを明文化し、その具体的な表れについては解釈に委ねることも考えられる。しかし、新たに明文の規定を設けるのであれば、「債権担保の目的を達するのに必要な範囲においてのみ所有権が移転する」ということが具体的にどのようなことか（担保権者及び設定者は目的物

について具体的にどのような権限を有し、どのような権限を有しないのか)を明確にすべきであるとも考えられる。そこで、担保権に関する法律関係をできるだけ明確にするという観点から、第2以下では、「債権担保の目的を達するのに必要な範囲においてのみ所有権が移転する」というルールだけでなく、問題になる局面におけるその表

5

ウ 動産を目的とする担保権に関する規定を新たに設けるに当たって担保目的取引規律型を採ることについては、次のような点が問題になる。

担保としての実質に鑑みて通常の所有権移転と異なる扱いがされるものの中には明文化になじまないものが含まれている。例えば、設定者が所有権に基づく物権的請求権を行使することができるという点については、物権的請求権そのものが明文化されていないため、担保目的の取引における物権的請求権の主体についてのみ規定を設けるのはバランスが悪い。また、所有権が移転するという形式を採ることによって本来生ずる効果が担保としての実質により修正される部分について、問題となり得る全ての場面で規定を設けることができるかという問題もある。

10

15

以上のほか、担保目的で所有権を移転するという法形式を採る取引がされた場合に、物権的な権利が設定者にも残っていると考えるのかも問題になる。譲渡担保については、譲渡担保権者を完全所有権者とせず、他方、設定者にも目的物についての何らかの物権が帰属していると解するのが通説となっているとされるが、これと同様に考えるのであれば、物権法定主義（民法第175条）との関係上、担保権者及び設定者の双方の権利を明確に物権と位置づける必要があるとも考えられる。現行法の下では慣習法上の物権と考えるほかないとの指摘もある⁶。一般的には慣習上の物権を認めることも可能であるが、動産を目的とする担保権について新たに明文の規定を設けるにもかかわらず慣習上の物権が残ることが適切かも問題になる。

20

これらの問題を回避し、担保目的の取引にふさわしい効果を過不足なく認め、また、設定者に留保される権利が物権的な権利であることを明確に位置づけるのであれば、担保物権創設型によることが簡潔で分かりやすいとも考えられる。本文2の別案は、このような考え方にに基づき、新たな担保物権を創設することとするものである。

25

(4) 動産を目的とする担保権と異なり、債権を目的とする担保権としては既に債権質が存在している。債権を目的とする担保として譲渡担保も用いられているが、対抗要件具備の方法の点でも実行方法の点でも質権と譲渡担保との間で大きな差はなく、特に個別の金銭債権の場合に質権を回避して譲渡担保を用いる合理的な理由は少ないと指摘されている^{7,8}。したがって、担保目的で債権譲渡がされた場合について新たに規定を設けようとしても、目的である債権が個別の金銭債権である場合には債権質に関する規定と同様の内容のものになる可能性が高い。現在の債権質に関する規定には集合的な将来債権を

30

⁵ 道垣内・担保物権法 305 頁

⁶ 道垣内・担保物権法 307 頁

⁷ 新注民(7)596 頁 [角紀代恵]、道垣内・担保物権法 350 頁

⁸ 被担保債権よりも担保権の目的である債権の額が大きい場合、担保権の目的である債権の弁済期が被担保債権の弁済期よりも早い場合に、譲渡担保に民法第633条第2項及び第3項を類推適用するかどうかという点については、見解が分かれている（新注民(7)597 頁 [角紀代恵]）。

目的とする場合などの規定がないが、担保目的の債権譲渡についてこれらに関する規定を設けるとすると、同様に債権質についてもこれらに関する規定を設ける必要があると考えられる。そうすると、債権質に関する規定と担保目的の債権譲渡に関する規定とはその内容においてほぼ重複することとなり、両者を併存させる必要は乏しいと考えられる⁹。

実務上は債権質が用いられるケースも多く、債権質を廃止して、担保目的で債権譲渡がされた場合に関する新たな規定を設けることになると、現在の実務で用いられている債権質について、あえて実質と異なる債権の移転形式を採らなければならないこととなるが、それは適当でない。そこで、本文3の本案は、動産に関する本文2の本案と異なり、債権については債権質に関する規律を拡充することとしている。

もっとも、現行法の下では、動産についても債権についても実務上は同様に譲渡担保が多用されており、これらについて明文の規定を設けるに当たって一方は債権質の対象とし、他方については担保目的の取引を適用対象とする規定を設けるという異なる手法を採ることは不自然であるとも考えられる。また、債権を目的とする非典型担保の余地をなくし、債権質に一本化するためには、担保としての実質を持つ債権譲渡について、これを債権質の設定契約をみなす旨の規定を設ける必要があるが、当事者が債権を譲渡する旨の意思表示をしたにもかかわらず、これを当事者の意思とは異なる他の契約とみなすことに問題がないかは、慎重な検討を要する。そこで、これらの問題を回避するため、担保目的の債権譲渡を適用対象とする新たな規定を設け、これと債権質を併存させることも考えられる。これが本文3の別案である。

4 登記制度の在り方

(1) 現行法においては、動産質権の効力要件は引渡し（民法第344条。ただし、占有改定は含まない。）、対抗要件は占有の継続（民法第352条）とされており、動産を目的とする譲渡担保においては、占有改定を含む引渡しが対抗要件である。また、債権質及び債権を目的とする譲渡担保の対抗要件は通知又は承諾である（民法第364条、第467条）。動産・債権譲渡特例法は、動産譲渡登記ファイルや債権譲渡登記ファイルに譲渡の登記がされたときは引渡しや確定日付のある証書による通知があったものとみなしており（同法第3条第1項、第4条第1項）、譲渡担保についてはこれによって対抗要件を具備することができることになる。また、債権質についてもこれらの規定の準用により、債権譲渡登記ファイルに質権設定の登記をすることで対抗要件を具備することができる（同条第14条第1項）。

(2) 登記制度については、現行法上は動産と債権とで区別して別々の登記制度が設けられているが、仮に目的財産の種類にかかわらず一つの担保制度を設けるのであれば、その公示制度についても、財産の種別にかかわらず一つの登記制度を設けることが考えられ

⁹ 動産・債権譲渡特例法による質権設定登記後に被担保債権が移転する場合は従前の債権者による質権設定登記を抹消して質権設定登記を改めて行う必要があるのに対し、債権譲渡登記後に被担保債権が移転する場合は「被担保債権の譲渡に伴う譲渡担保権の移転の合意」を登記原因として、担保権設定者の協力を求めることなく、譲受人名義の債権譲渡登記を実現することができるとの指摘がある（青山大樹編著『詳解シンジケートローンの法務』（金融財政事情研究会、平成27年）282頁）。このような問題については、登記制度の見直しによって対応することが考えられる。

る。このように目的財産の種類にかかわらず、担保権の目的となる場合には一つの登記制度を設けることにより、動産や債権以外の財産についても対抗要件を具備することができるというメリットがある。しかし、この（説明）の前記3記載のとおり、従来と同様に財産の種類によって区分して別の担保権を設けることとしたため、その公示方法としての登記制度についても、目的となる財産の種類ごとに登記制度を設けることになる。そこで、本文4では、動産を目的とする担保権と債権を目的とする担保権のそれぞれについて、個別に登記制度を設けるものとしている。

- (3) 登記制度の在り方については、①担保権者の権利内容を公示するものとするか、登記は担保権の存在を警告するものと位置づけ、その詳細（被担保債権額や弁済期など）については設定者から情報を取得するものとするか、②（担保目的取引規律型を前提として）現在の動産・債権譲渡登記と同様に譲渡の事実を登記するものとするか、担保権の設定の登記とするか（担保の実質を有することに着目して、被担保債権に関する情報や被担保債権の移転に伴う担保権の移転を公示することができるものとする）、③動産・債権譲渡登記と同様に共同申請とするか、登記の申請を担保権者が単独で行うことができるものとするかなどが問題になる。

詳細については対抗要件についての箇所で検討することとするが、UCCにおいては、債権者及び債務者のほか担保権の目的財産を特定してファイリングシステムに記載することとされているものの、特定方法は包括的なもので足り、また、被担保債権額の記載なども求められていない。このような登記制度にすれば、担保権者及び設定者にとっては登記が簡略化され、登記に要する手間は軽減されることになるが、設定者に対して融資しようとする者にとっては、担保に関する法律関係を把握するためのコストが上昇することになる。このような登記制度を採用するかどうかについては、実務上の必要性や、今後の実務の変更に必要なコスト等を含めて検討する必要がある。

第2 新たに規定を設ける動産担保権の効力

※第2では個別の動産を目的とする担保権を取り扱い、いわゆる集合物を目的とする担保権については別途検討する。

1 適用範囲等

次の契約の効力等については、2以下の定めるところによるものとする。

- (1) 【債務】を担保するため、動産の所有権を債権者【又は第三者】に移転し、その不履行があるときは債権者【若しくは第三者】がその動産の所有権を確定的に取得する方法又は債権者【若しくは第三者】がその動産を譲渡する方法により、その動産について他の債権者に先立って被担保債権の弁済を受けることを目的としてされた契約
- (2) 動産の売買契約であって、代金債務【その他の債務】を担保するため、その債務の履行がされるまで当該動産の所有権を売主に留保することを内容とするもの【三者間の契約で、所有権を第三者に移転する契約をどうするか】
- (3) ファイナンス・リース

(説明)

1 動産を目的とする担保権について、前記第1の本文2本案の方針に従って担保目的取引規律型の規定を設ける場合には、具体的に担保目的でどのような取引がされた場合に適用されるかが問題になる。本文は、この具体的な契約類型を規定するものである。

2 本文(1)は、従来の譲渡担保権、すなわち担保目的で動産の所有権を移転する取引を適用対象に含めようとするものである。

5 抵当権において特定物の引渡請求権等が被担保債権になり得ると考えられていることと同様に、被担保債権は必ずしも金銭債権に限定する必要はないと考えられる。もっとも、担保権の実行は目的物を換価するなどして金銭で回収しようとするものであるから、被担保債権が金銭債権以外の債権である場合には、実質的には債務不履行が生じた場合の損害賠償請求権が担保されることになると考えられる。

10 譲渡担保については被担保債権の債権者ではない者が担保権者になり得るとされているため¹⁰、動産の所有権が担保の目的で第三者に移転された場合についても、新たに設ける規定の適用対象としている。

3 本文(2)は、所有権留保を適用対象に含めようとするものである。

15 売買契約において、その代金債務を担保するために目的物の所有権が留保されるというケースだけではなく、それ以外の被担保債権を含むいわゆる拡大された所有権留保については扱いが分かれ得るが、本文(2)は差し当たり、売買契約において担保目的で目的物の所有権移転が留保される場合については、被担保債権が売買代金債権以外の債権を含む場合も適用対象に含めることとしている。

20 4 本文(3)はファイナンス・リースを規定の適用対象に含めようとするものである。その詳細な定義については更に検討する必要がある。

5 前記第1の本文2別案に従って新たな典型担保物権を創設する場合には、本文(1)~(3)の取引がされた場合には、新たな典型担保物権が設定されたものとみなす旨の規定を設けることが考えられる。

2 担保権が及ぶ範囲

(1) 新たに規定を設ける動産担保権の目的物に従物が附属させられた場合や、付合、混和、加工が生じた場合について、新たな規定を設けないものとする。

(2) 新たに規定を設ける動産担保権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後生じた目的物の法定果実に及ぶものとする。

(説明)

1 現行法の規律等

(1) 民法第370条は、抵当権は抵当不動産に付加して一体となっている物に及ぶと定めている。ここでいう付加一体物の範囲については付合物や従物との関係が問題とされているが、付合物は抵当権設定と付合との先後を問わず、付加一体物に当たると考えられている¹¹。従物について、判例は付加一体物に該当することを否定する（大判昭和5年12

¹⁰ 米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣、1976年）99頁

¹¹ 新版注民(9)81頁以下〔山崎寛〕、安永・講義256頁、道垣内・担保物権法141頁、松岡・担保物権法45頁

月 18 日民集 9 卷 1147 号) 一方、抵当権設定時に存する従物に対しては同法第 87 条第 2 項に基づいて抵当権の効力が及ぶとする (大連判大正 8 年 3 月 15 日民録 25 輯 473 頁)¹²。学説には、従物が同法第 370 条の付加一体物に該当することを肯定する見解¹³と否定する見解があるとされるが、これを否定する見解も、従物に対してはそれが従物になった時期と抵当権設定との先後を問わず、同法第 87 条第 2 項に基づいて抵当権の効力が及ぶと解する¹⁴ため、両説で具体的な結論は変わらない。なお、付合物に関する以上の議論は、抵当権設定者が抵当不動産に従として付合した物の所有権を取得する場合に関するものであり、抵当不動産自体が従として他の不動産に付合した場合は、抵当権は消滅すると考えられる (同法第 247 条第 1 項)¹⁵。抵当権の目的である建物と他の建物が合体して一棟の建物となり、両者の間に互いに主従の関係がないときは、抵当権は、新たな建物のうちの抵当建物の価格の割合に応じた持分を目的として存続する (最判平成 6 年 1 月 25 日民集 48 卷 1 号 2018 頁)。不動産質については抵当権に関する規律が包括的に準用され (民法第 361 条)、民法第 370 条も不動産質に準用される。動産質についてはその効力が及ぶ範囲に関する同条のような規定は設けられていない。

不動産譲渡担保については、抵当権に関する民法第 370 条が類推適用され、付加一体物に及ぶとするのが通説である¹⁶。これに対し、不動産譲渡担保権が設定された場合は所有権移転登記がされることになり、この登記を見た第三者は移転登記以降の従物には譲渡担保権が及んでいないと考える可能性があることを理由に、同条の類推適用を否定し、不動産譲渡担保権の効力が及ぶ範囲は、譲渡担保権者が設定者から目的物の所有権を取得した場合にその所有権の効力が及ぶ範囲にとどめるべきであるとする見解¹⁷がある。この見解によれば、不動産譲渡担保権の効力は、付合物及び設定時に存在した従物には及ぶが、設定後の従物には及ばない。動産譲渡担保権についても、その目的である動産と他の物が付合したり、目的である動産が加工されたりすることがあり、譲渡担保権が付合物等に及ぶかどうかが問題となる。この点について、不動産譲渡担保への同条の類推適用を否定する見解は、民法第 87 条第 2 項、第 243 条以下の適用により、譲渡担保権設定時に存在する従物及び設定との先後を問わず目的物に付合した物に及び、譲渡担保権設定後の従物には及ばないとする¹⁸。

(2) 民法第 371 条は、抵当権は被担保債権について不履行があったときはその後生じた

¹² 抵当権設定後の従物に抵当権が及ぶかについて、判例の立場は不明確である。判例も抵当権が及ぶという結論を採るとの理解 (松岡・担保物権法 47 頁) と、判例によれば抵当権は設定後の従物に及ばないという理解 (安永・講義 257 頁) がある。

¹³ 安永・講義 260 頁、道垣内・担保物権法 142 頁

¹⁴ 安永・講義 259 頁、道垣内・担保物権法 141 頁など参照

¹⁵ 高林龍・判解平成 6 年 28 頁。これに対し、合体した 2 つの建物のうち一方に担保権が設定されていた場合には、民法第 179 条第 1 項ただし書の類推適用により、各旧建物の価格の割合による共有となると解し、担保権はそれが設定されていた旧建物に由来する持分権の上に移行し存続すると解する見解 (鈴木祿禰「建物合体に関する法律案をめぐっての実体民法学的考察」ジュリ 1021 号 109 頁) もある。

¹⁶ 新版注民(9)853 頁 [福地俊雄]、高木・担保物権法 343 頁、安永・講義 410 頁、松岡・担保物権法 326 頁

¹⁷ 道垣内・担保物権法 313 頁

¹⁸ 道垣内・担保物権法 313 頁

5 抵当不動産の果実に及ぶと規定している。これは、平成 15 年に担保不動産収益執行制度が創設されるにあたり、抵当権の効力が担保不動産収益執行の開始後の天然果実及び法定果実に及ぶという規律を実体法上明確にしておく必要があると考えられたことから、旧民法第 371 条を改正して定められたものである¹⁹。そして、法定果実に対する執行方法としては、担保不動産収益執行のほか、物上代位が認められている。

譲渡担保については、原則として天然果実や賃料債権は設定者に帰属するとされており²⁰、賃料への物上代位が認められるかどうかには争いがあるが、これを認めるのが通説であるとされる²¹。

2 動産担保権の目的物の従物、付合物

10 動産を目的とする担保に関する新たな規定を設けるに当たり、担保目的で所有権を移転又は留保する取引（これが設定契約に当たる。）を適用対象とする規定を設けるという方式を採るとすると、担保権が及ぶ範囲は、特段の規定を設けなければ、設定契約によって担保権者が「所有権」を取得し、又は留保することとされた範囲である。これを前提とすると、設定契約前の従物については、民法第 87 条第 2 項によって担保権が及ぶ。また、設定

15 設定契約後に付合、混和、加工などが生じた結果、担保権者が付合物等の所有権を取得することとされる場合には担保権は付合物等に及ぶが、この結論は付合や混和等の規定に委ねれば足りると考えられる²²。

設定契約後の従物は、通常は設定契約時に財産権の移転の対象にはなっていないから、担保権者は当然には担保権を取得しない。もっとも、設定後の従物に対しておおよそ担保権

20 が及ばないとすると、例えば設定時から存在した従物を入れ替えたような場合にも新たな従物に担保権が及ばないことになり、不都合な場合も生じ得る。不動産譲渡担保権については民法第 370 条を類推適用する見解が通説であるとされていることからすると、同条と同様の規定を設けることにより、設定後の従物にも担保権が及ぶものとするとも考えられる。しかし、同条に関する判例は、従物は付加一体物に含まれないとしているため、同

25 条と同様の規定を設けたとしても、判例の理解によれば、これが設定後の従物に担保権を及ぼす根拠にはならない。そうすると、設定後の従物については規定を設けずに解釈に委

¹⁹ 谷口＝筒井・改正担保・執行法の解説 56 頁

²⁰ 道垣内・担保物権法 314 頁、松岡・担保物権法 326 頁

²¹ もっとも、譲渡担保権者は帰属清算型の実行によって所有権とともに賃貸人の地位の移転も受けられるため、法定果実への付加的物上代位を考える必要は少ないとの指摘がある（松岡・担保物権法 327 頁）。

²² 付合等によって償金の支払義務が生じた場合に、設定者と担保権者のいずれがこれを負担するかが問題になる。担保としての実質を考慮すると設定者が負担することが適切であると考えられるが、この結論は、担保目的の所有権の移転・留保を適用対象とする規定を設けるという方式を採った場合であっても、所有権が全面的に担保権者に移転するのではなく、設定者にもその物についての物権的な権利が残存していると考えることにより解釈によって導くことができると考えられるので、この点について特段の規定は設けない。

ねるほかないように思われる^{23・24・25}。

なお、前記第1本文2別案に従って新たな典型担保物権を創設する場合には、民法第370条と同様にこの典型担保物権が付加一体物に及ぶ旨の規定を設けることになる。

3 果実及び賃料

5 非占有型の担保権においては、設定者が担保の目的である財産を占有し、使用収益することができる点に利点があるから、動産を目的とする新たな担保権に関する規定を設けるに当たっても、設定者が天然果実や法定果実である賃料を取得することができるのが原則となる。

10 天然果実は元物から分離する時にこれを収取する権利を有する者に帰属するとされているから（民法第89条第1項）、天然果実の帰属について同条の規定に委ねるとすれば、後記4のとおり、元物である目的物を使用・収益する権限が原則として設定者にある旨の規定を設ければ、担保権の実行によって設定者が使用・収益権限を失った時まで分離した天然果実は設定者に帰属することになる。抵当権に関する民法第371条と比較すると、被担保債権について不履行が生じた後設定者が使用収益権限を失うまでに分離した果実につ

15 いて、抵当権の効力は及ぶが新たな規定に係る動産担保権は及ばない。

法定果実については、後記6記載のとおり物上代位を認めるとすると、民法第371条と同様の規定を設ける必要があるかどうか問題になる。抵当権に基づく賃料債権への物上代位の根拠を同条とし、民法第372条及び第304条は担保不動産収益執行と並ぶその実行

20 手続の一つを定めたものであると理解すれば²⁶、新たに動産担保権に関する規定を設けるに当たっても、賃料に担保権が及ぶという実体法上の根拠として民法第371条と同様の規定を設ける必要がある。本文2は、このような考え方にに基づき、抵当権に関する民法第371条と同様の規定を設けるものである²⁷。民法第371条と異なり天然果実を除外しているのは、天然果実については上記のとおり民法第89条第1項に委ねることとしたからである。

25 なお、抵当権が及ぶ賃料債権の範囲については、①差押え以後に発生したものに限定する考え方、②債務不履行後に発生していれば差押え以前に発生したものを含むという考え方、③差押え時に設定者に帰属していれば、債務不履行以前に発生していたものを含むと

²³ 設定後の従物については、移転する財産権の範囲に関する設定契約の解釈によって解決することができることも考えられる（担保権の目的物について将来従物が附属させられた場合には、当該従物についても担保目的で所有権を移転することが合意されているものと解釈する）。

²⁴ この点を明確にするには民法第370条を併せて改正する必要がある。同条を根拠として抵当権設定後の従物に抵当権の効力が及ぶことを明確にするため、同条の「付加して一体となっている物」を「従物及び従たる権利」に改めるものとして担保法改正委員会「抵当権改正中間試案」（ジュリ1228号185頁、解説は同号200頁以下）がある。

²⁵ もっとも、判例（最判昭和44年3月28日民集23巻3号699号）は、抵当不動産の従物について對抗要件が不要であるとするが、これは民法第370条の存在を前提としたものであるから、仮に同条と同様の規定を設けないとすると、設定契約後の従物に担保権が及ぶことを第三者に対して對抗することができるかという問題が生ずる。

²⁶ 道垣内・担保物権法148頁以下、安永・講義277頁

²⁷ これに対し、賃料に対する物上代位の根拠は民法第372条・第304条であり、民法第371条の「果実」は天然果実に限定されると理解すれば（中野・下村『民事執行法』（青林書院、2016年）699頁、水津太郎「抵当権に基づく賃料の把握」（法教421号73頁、2015年）、賃料に対する物上代位を認めるとしても（収益執行を認めないのであれば）民法第371条と同様の規定を設ける必要はなく、民法第372条と同様に民法第304条を準用する旨の規定を設ければ足りることになる。

5 いう考え方があり²⁸、動産の賃料についても同様の問題が生じ得るが、この点については
解釈に委ねられる。民法第 371 条を改正した平成 15 年民法改正の立案担当者は、履行遅
滞後に弁済期が到来する賃料債権だけでなく、その時点で既に弁済期が到来していた未払
賃料債権からも優先弁済を受けることができるとしており²⁹、同条の「その後生じた」を
削除すべきであるとの指摘もある³⁰。しかし、抵当権について規定の見直しをしないので
10 あれば、動産についてのみ異なる規定ぶりをするのは難しいため、本文 2 は現在の民法
第 371 条と同様の規定ぶりとしている。

なお、前記第 1 本文 2 別案に従って新たな典型担保物権を創設する場合にも、民法第 371
条と同様の規定を設けることになる。

3 担保権設定者の目的物の処分権限

(1) 新たに規定を設ける動産担保権の設定者は、担保権の目的物をその担保権の負担付き
で第三者に譲渡することができるものとする。

15 (2) 新たに規定を設ける動産担保権の設定者は、担保権の目的物について重ねて担保権を
設定することができるものとする。

(3) 新たに規定を設ける動産担保権の設定者の債権者が担保権の目的物を差し押さえた場
合については、規定を設けないものとする。

(説明)

1 1 動産譲渡担保において設定者が第三者に対して目的物を譲渡した場合には、相手方が悪
意であるときは、相手方は設定者留保権を取得する³¹とか、担保権的構成では譲渡担保権
20 の負担の付いた権利を取得する³²などとされており、逆にいえば、設定者には担保権の負
担付きでその目的物を第三者に譲渡することができる権限が残されていることになる。

新たに規定を設ける動産担保権においても、設定者が担保権の負担のない自己の物とし
て第三者に譲渡したが相手方が悪意であるか知らなかったことについて過失がある場合や、
25 設定者が担保権の負担のある物として目的物を譲渡した場合には、相手方は担保権の負担
付きで目的物を取得することになるものとするのが適切である。しかし、形式的には担保
権者に所有権が移転していることからすると、設定者がこれを第三者に譲渡する行為は他
人物の譲渡となり、相手方は目的物について何も権利を取得することができないことにな
るから、上記のような結論を導くためには、担保権の負担付きで（設定者に留保された権
30 利を）譲渡する権限が残されていることを明確化しておく必要がある。そこで、本文 1 は、
設定者が目的物を担保権の負担付きで譲渡することができることを明らかにしている。な
お、前記第 1 の本文 2 別案に従って新たな典型担保物権を設ける場合には、このような規
定は不要である。

動産に担保権が設定されて対抗要件も具備されていた場合には、設定者がこれを担保権

²⁸ 松岡・担保物権法 67 頁参照

²⁹ 谷口＝筒井・改正担保・執行法の解説 57 頁

³⁰ 松岡・担保物権法 50 頁

³¹ 道垣内・担保物権法 318 頁

³² 松岡・担保物権法 336 頁，安永 414 頁

の負担のないものとして譲渡しても、相手方は担保権の対抗を受けることになり³³、原則として担保権の負担のない所有権を取得することはできない。もっとも、相手方が善意無過失である場合には、即時取得の余地を否定することは困難であると思われる。登記制度の見直しをすとしても、動産の取引において登記を確認したり、登記事項をきっかけとして債務者に担保権が設定されているかどうかを確認しなければならないこととするのは、
5 動産の円滑な取引の障害となるからである。

2 譲渡担保権が設定された動産に設定者が更に譲渡担保権を設定した事案について、最判平成18年7月20日民集60巻6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」「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
10 べきである」と判示しており、これは、後順位の譲渡担保権を設定する余地を認めたものと理解されている。また、この点についての学説としては、①先順位と後順位の譲渡担保権の併存を認める見解、②後れて譲渡担保権の設定を受けた者は即時取得によって譲渡担保権を取得することができるにとどまるという見解、③後れて譲渡担保権の設定を受けた者は設定者留保権を担保目的に取得するという見解があり³⁴、平成18年最判はいずれとも
15 異なるが、清算金に対する優先弁済権等の限度でその効力を認めるという結論において上記③の見解に近いと評価されている³⁵。

動産を目的とする担保権に関する規定を設けるに当たっては、これが実質的に担保であることからすると、端的に後順位の担保権を設定することができるようにすることが考えられる。しかし、形式的には担保権者に所有権が移転していることからすると、設定者が担保権の目的物に後順位の担保権を設定することは他人物に担保権を設定することになって効力を生じないことになるから、後順位担保権の設定を認めるためには目的物に重ねて担保権を設定することができることを明確にする必要がある。そこで、本文2は、設定者が目的物について重複して担保権（質権を含む。）を設定することができることを明らかにしている。このような規定についても、前記第1の本文2別案に従って新たな典型担保物
20 権を設ける場合には不要である。

なお、担保権の目的物である動産の即時取得を認めるのであれば、担保権の即時取得についても認めざるを得ないように思われる。既に担保権が設定されている動産について、担保権の負担のないものとして新たに担保権が設定され、相手方が担保権を即時取得した場合には、相手方は最先順位の担保権を取得し、既に設定されていた担保権は即時取得された担保権に劣後することになる。
30

3 譲渡担保において、設定者の一般債権者が担保の目的を差し押さえ、強制執行の手續が開始された場合であっても、譲渡担保権者は配当要求をすることができない（民事執行法第133条参照）が、第三者異議の訴えによって上記強制執行の排除の排除を求めることができることとされている（最判昭和56年12月17日民集35巻9号1328頁、最判昭和58

³³ その上で、担保権の負担がないものとして譲渡がされていた場合には、その目的物は契約に適合しないものであるから、買主である第三者は、売主である設定者に対し、損害賠償、解除、代金減額、追完請求（担保権者との交渉や弁済により担保権を消滅させるように請求するなど）ができることになる。

³⁴ 宮坂昌利・判解平成18年度（下）849頁

³⁵ 宮坂昌利・判解平成18年度（下）851頁、道垣内・担保物権法319頁、安永、松岡・担保物権法337頁

年2月24日判タ497号105頁)。譲渡担保について担保的構成を採る学説の多くは第三者異議の訴えによる執行の全面的な排除ではなく担保目的に限定して優先弁済を認めれば足りるとしており³⁶、その手続として、第三者異議の訴えの一部認容として優先弁済を認める見解³⁷や、譲渡担保権者が配当要求をすれば民事執行法第133条の類推適用によりこれを認めるべきであるとの見解³⁸が主張されている（現行法の下では手続について見解が分かっているが、優先弁済を認めれば足りるという考え方に従えば、民事執行法第133条を改正して新たな規定に係る担保権者が配当要求をすることができるものとするようになる。）。他方、譲渡担保権は私的実行をすることができる点にメリットがあるとして私的実行の利益を重視し、積極的に第三者異議の訴えによって強制執行の不許を求めることを認めるべきであるとの見解もある³⁹。

動産を目的とする担保法制の見直しに当たっていずれの考え方によるべきかが問題になる。目的物の価値が被担保債権額を上回っている場合には、その上回る部分は一般債権者のための責任財産となるべきであるから、担保権者が一般債権者による強制執行を全面的に排除することができるのは適当ではなく、担保権者としては配当要求をすることができれば足りるとも考えられる。しかし、逆に余剰がない場合には担保権者が実行時期を選択することができるようにすべきであるから、このような場合には一般債権者による強制執行を取り消すことができることとする必要がある。そうすると、目的物の評価が必要になることとなり、手続全体が複雑なものとなるおそれがある。また、第三者異議の訴えによって強制執行の排除を求めることができないとすると、担保権者は一般債権者が申し立てた強制執行手続の中で被担保債権の回収を図るほかなく、私的実行をするという利益が失われることになる。

他方、設定者の一般債権者による強制執行に対して担保権者が第三者異議の訴えを提起することができるものとすれば、少額の債権を被担保債権として担保権を設定することにより、債務者は執行することができない財産を容易に作出することができるようになり、担保制度が執行妨害に悪用されかねない。

以上のとおりいずれの考え方にも問題点はあるが、私的実行をすることができることは譲渡担保権の大きな利点であり、これを踏まえて動産を目的とする担保法制を見直すに当たっても、このような利点を重視する必要がある。また、裁判所を通じた手続の利用可能性を認めるとしても、目的物の評価などの手続を要することとすれば、制度が複雑になるうえ、費用も多額なものとなるおそれがある。現在の譲渡担保においては設定者の債権者が目的物を差し押さえた場合には担保権者は目的物の価格が被担保債権額を上回るかどうかにかかわらず、第三者異議の訴えによって強制執行の不許を求めることができ、担保権者に優先弁済のみを認めることとした場合には担保制度が使いにくいものとなるおそれがある。このため、担保法制の見直しに当たっても、設定者の一般債権者が担保の目的である動産を差し押さえたときは、担保権者は第三者異議の訴えによってその不許を求めるこ

³⁶ 松岡・担保物権法 338 頁参照、新注民(7)559 頁〔小山泰史〕参照

³⁷ 新注民(7)559 頁〔小山泰史〕、三ヶ月章『民事執行法』（弘文堂、昭和56年）152 頁、高木・担保物権法 356 頁

³⁸ 高木・担保物権法 356 頁、中野＝下村・民事執行法 290 頁

³⁹ 松岡・担保物権法 338 頁

とができるものとするのが適当である。そして、担保目的取引規律型においては形式的には担保権者に所有権が移転しているから、特段の規定を設けなくても、担保権者は第三者異議の訴えを提起することができる。そのため、本文3においては、設定者の債権者による差押えについては規定を設けないこととしている。逆に、前記第1の本文2別案に従って新たな典型担保物権を設ける場合には、担保権者が設定者の一般債権者による強制執行の不許を求めることができるものとするためには、その根拠となる規定を設けるかどうかの検討も併せて必要となる。

4 設定者の使用収益権限

新たに規定を設ける動産担保権の設定者は、担保権者が目的物の引渡しを請求し、又は実行によって確定的に所有権を失うまで、目的である動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができるものとする。

(説明)

1 新たに規定を設ける動産担保権は非占有型の担保権であり、特約がされていない限り、
15 設定者が使用及び収益をする権限を有する。担保目的取引規律型を採用した場合には、担保の目的である動産の所有権は形式的には担保権者に帰属しているから、その形式からすれば担保権者が使用収益権限を有するのが原則である。そこで、使用収益権限が原則として設定者にあることを明らかにするため、本文を設けた。

20 なお、いつまで設定者に使用収益権が帰属するかについては、執行方法としてどのような規定を設けるかによる。動産については、不動産譲渡担保と異なり清算金の提供等に先立って目的物の引渡しを請求することができる旨の規定を設けるとすると、この引渡請求を受けるまでは設定者が使用・収益権限を有するが、引渡請求を受けて引き渡す義務を負うことになれば使用・収益権限を失うことになると考えられる。担保権者が引渡しを請求せず、設定者に占有させたまま帰属清算方式又は処分清算方式による実行をした場合には、
25 その所有権が確定的に担保権者又は第三者に移転した時点で使用・収益権限を失うことになると考えられる。

2 非占有型の担保権においては、設定者が担保の目的である財産を占有し、使用収益するが、その際に善管注意義務を負うかどうか、その旨の規定を設けるかどうかの問題になる。設定者が善管注意義務を負う旨の規定を設けることを提案する立法提案もある⁴⁰が、非占有型の担保権である抵当権についてはこのような規定は設けられておらず⁴¹、動産の非占有担保権についてのみ規定を設ける必要性は低いように思われる（もっとも、設定者が担保権の目的物を滅失させ又は損傷させた場合には、民法第137条第2号により期限の利益を失うことになる）。そこで、本文では善管注意義務に関する規定は設けていない。

5 担保権者による処分

(1) 新たに規定を設ける動産担保権の担保権者は、被担保債権の弁済期までは目的物を第

⁴⁰ 松本財団要綱試案〔208〕7頁

⁴¹ これに対し、留置権については留置権者の善管注意義務が規定され（民法第298条）、これが質権にも準用されている。

三者に譲渡することができないものとする。

(2) 新たに規定を設ける動産担保権の担保権者の債権者が担保権の目的物を差し押さえた場合については、規定を設けないものとする。

(説明)

5 1 譲渡担保権者が目的物である動産を処分した場合、①譲渡担保権者の所有権は債権担保
という目的の制限を受けたものであるため、処分の相手方は設定者留保権の制限の付いた
所有権を取得するにとどまり、第三者は即時取得の適用によって保護されるという考え方⁴²と、②譲渡担保権者による弁済期前の処分と、設定者による受戻しの結果生ずる復帰的
物権変動が対抗関係になるという考え方^{43・44}がある。動産を目的とする担保法制の見直し
10 に当たっていずれの考え方を採るかが問題になるが、担保としての実質に合わせてできる
だけ担保権に近い扱いをしようとする、上記①のように、担保権者は担保権の設定によ
って担保権の負担のない所有権を取得したわけではないから、担保権の負担のない所有権
を第三者に移転したり、目的物に担保権を設定したりすることはできないこととなる（た
だし、転担保については認められる）。このように考えると、担保権者が第三者に対して担
15 保権の負担のないものとして譲渡したり、担保権を設定したりした場合には、即時取得が
成立する場合を除いて、第三者は担保権の負担のない完全な所有権を取得したり最先順位
の担保権を取得することはできない（ただし、非占有型の担保権においては、担保権者は
通常は目的物を占有していないから、即時取得が成立するケースは少ないと考えられる。）。

もともと、譲渡担保においては、被担保債権の弁済期が到来した後は担保権者は私的実
20 行として第三者に目的物を処分することができるから、このような場合には第三者は完全
な所有権を取得することができる。同様に、動産担保権について新たな規定を設けるに当
たっても、最先順位の担保権者は、被担保債権の弁済期が到来した後は担保権の負担のな
い状態で目的物を第三者に譲渡することができるものとする必要がある⁴⁵。

担保目的取引規律型による場合には、形式的には所有権が担保権者に移転している（し
25 たがって、形式的には、被担保債権の弁済期の前後、弁済による譲渡担保権の消滅の前後
にかかわらず、担保権者から目的物を取得した第三者は完全な所有権を取得することがで
きるように見える。）ことを前提として上記の結論を導こうとすると、被担保債権の弁済期
前は、担保権者は目的物を処分することができないことを規定する必要がある。これに対
し、弁済期後に最先順位の担保権者が目的物を処分することができることについては、形
30 式的には担保権者に所有権が移転していることからすると改めて規定を設ける必要はない
と考えられるが、弁済期の到来によって確定的な処分権を取得すること（処分清算方式に
よる私的実行をすることができるようになること）を明確にするために、実行方法に關
する規定として設けることも考えられる（実行方法に関する箇所を検討する。）。なお、担保

⁴² 道垣内・担保物権法 322 頁

⁴³ 松岡・担保物権法 341 頁参照

⁴⁴ 不動産に関する事例であり、弁済による譲渡担保権消滅後の事案に関するものであるが、最判昭和
62 年 11 月 12 日集民 152 卷 177 頁は、被担保債務の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に目的物が
譲渡担保権者から第三者に譲渡された場合について、設定者と第三者は対抗関係に立つとしている。

⁴⁵ これに対し、第 2 順位以下の担保権者による処分の可否やその効果については、第 2 順位の担保権者
に実行の権限を与えるかどうかによるが、この点については実行の箇所を検討する。

権の設定者が被担保債権を弁済した場合も、担保権者が目的物を譲渡することができず、相手方は即時取得をした場合に限り権利を取得することができるが、この場合には既に譲渡担保権は消滅しており、その所有権は形式的にも設定者に帰属しているため、特段の規定を設けなくてもこの結論を導くことができる。

- 5 (2) 担保権者の債権者が目的物を差し押さえた場合について、判例（最判平成18年10月20日民集60巻8号3098頁）は、不動産譲渡担保の事案であるが、弁済期後に差押えがされてその登記がされた場合には、設定者は債務の全額を弁済しても第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることはできないとし、その傍論において、被担保債権の弁済期前に差押えがされても少なくとも弁済期までに債務の全額を弁済すれば第三者異議の訴えにより強制執行の排除を求めることができるとしている。動産譲渡担保においては多くの場合設定者が目的物を占有しているため問題になることは少ないとされるが、仮に譲渡担保権者の債権者が目的物を差し押さえた場合には同様に処理されると考えられる。

10 上記平成18年最判は、譲渡担保の構成等から論理必然的に導かれるのではなく、差押登記をした譲渡担保権者の債権者とその後に受戻権を行使した設定者のいずれが保護されるかという判断に当たって、弁済期後においては譲渡担保権者が目的不動産の処分権能を取得しており、設定者としては目的不動産が換価処分されることを受忍すべき立場にあることを重視したものとされている⁴⁶。これに対しては、差押えがされたにとどまる段階で受戻しを否定するのは妥当でなく、競売において買受けがされるまでは受戻しをすることができるという考え方も主張されている⁴⁷。

15 以上を踏まえて、動産担保についての新たな規定を設けるに当たってどのような規定を設けるかについて検討すると、まず、被担保債権の弁済期前に目的物について差押えがされた場合には、設定者が被担保債権を弁済することによって目的物を受け戻す機会を奪われるのは不当であるから、設定者は第三者異議の訴えによって強制執行の不許を求めることができることとすべきである（上記平成18年最判の傍論と同じ）。上記平成18年最判の傍論については、設定者が第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求める前提として被担保債権の弁済が必要であるかどうか議論されている⁴⁸が、できるだけ担保権として扱うとすると、第三者異議の訴えを提起するに当たって被担保債権の弁済をする必要はないものとすべきである（実質的にも、被担保債権を弁済しなければ強制執行の手續が進行するとすれば、設定者は目的物を受け戻すために被担保債権の弁済期より前に弁済することを強いられることとなり、担保権者の責任財産に本来は属しない財産の差押えによって設定者は不利益を被ることになる。）。以上の結論を条文上どのように表現するかについてであるが、上記のとおり、設定者は被担保債権の弁済をすることによって目的物を受け戻すことを期待することができる地位にあり、被担保債権の弁済期前はそのような設定者の地位は保護に値するものであるといえるから、民事執行法第38条の解釈上、被担保債権の弁済期前の設定者は「譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」として第三者異議の訴えを提起することができると考えられる⁴⁹。そうすると、同条のほかに特段の規定を

⁴⁶ 増森珠美・判解平成18年度1107頁

⁴⁷ 松岡・担保物権法345頁

⁴⁸ 増森珠美・判解平成18年度1109頁

⁴⁹ 第三者異議訴訟の審判対象は債務名義の執行力の排除を求め得る法的地位の主張であり、民事執行法

設ける必要はない。

次に、被担保債権の弁済期後については、前記のとおり不動産譲渡担保について換価が完了するまで受戻しを認めるかどうかについて見解が分かれているが、これまでの譲渡担保との継続性を重視して平成 18 年最判の立場を踏襲するとすれば、弁済期後に差押えがされた場合には設定者は第三者異議の訴えによって強制執行を排除することができないことになる。そして、(担保権の実行の箇所で検討する予定であるが、) 弁済期後は担保権者は処分権を取得し、設定者はいつ処分されてもそれを受忍しなければならない立場にあるとすると、弁済期後は被担保債権を弁済して目的物を受け戻すという設定者期待権は差押債権者の利益を排除してまで保護すべきものとまではいえず、民事執行法第 38 条の解釈によって第三者異議の訴えを提起することができないことは導くことができると考えられるため、別途規定を設ける必要はないと考えられる。

以上から、本文(2)は担保権者の債権者が目的物を差し押さえた場合に設定者が第三者異議の訴えを提起してその排除を求めることができるかどうかについて、規定を設けないこととしている。

6 物上代位

(1) 新たに規定を設ける動産担保権は、その目的財産の売却【、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) 担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して担保権を行使するときは、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。ただし、担保権について動産譲渡登記がされているときは、登記事項証明書を交付するとともに物上代位権を行使する旨の通知をすれば足りるものとする。

(説明)

1 現行法の規定及び学説

先取特権は、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先取特権を行使することができることとされており（民法第 304 条）、これが質権及び抵当権についても準用されている（民法第 350 条、第 372 条）。

動産譲渡担保権についての裁判例には、商品をも目的とする譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された商品の売買代金債権を差し押えることができるとしたもの（最決平成 11 年 5 月 17 日民集 53 卷 5 号 863 頁、最決平成 29 年 5 月 10 日民集 71 卷 5 号 789 頁）、流動集合動産譲渡担保権の効力はその目的である集合動産を構成する動産が滅失した場合にその損害をてん補するために設定者に対して支払われる損害保険金請求権に及ぶとしたもの（最決平成 22 年 12 月 2 日民集 64 卷 8 号 1990 頁）がある。

学説上は、少なくとも代替的物上代位⁵⁰については、動産譲渡担保権についても物上代

第 38 条第 1 項はこの法的地位を「強制執行の目的物について所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する」場合と表現するが、それは、特定の財産に対する強制執行により第三者の権利圏が侵害を受け、その侵害について執行を受忍する理由がない場合を指すと理解されている（中野＝下村 282 頁、新基本法コンメンタール民事執行法 114 頁〔松村和徳〕）。

⁵⁰ 元の担保権の目的物が滅失又は毀損した場合の、その代償物に対する物上代位

位を認めるのが通説であるとされる⁵¹。これに対し、動産の買主Aが引渡しを受けていても、買主Bに二重に譲渡がされ、買主Bが即時取得した場合に、AはBに対する売買代金債権について優先権を認められないことを指摘し、設定者が目的物を売却した場合の売買代金について物上代位を認めると、所有権を取得するという当事者の選択した法形式以上の権利を認める必要はないとして、売買代金債権への代替的物上代位を否定する見解がある⁵²。

また、所有権留保についても、物上代位を認めることができるとの見解がある⁵³が、問題となる代償物を個別に検討した上で物上代位を否定する見解もあり⁵⁴、見解は分かれている。

2 外国法，立法提案等

松本財団要綱試案は、動産を目的とする非占有型の担保物権として動産抵当及び譲渡抵当⁵⁵を設け、これについて抵当権に関する民法の規定を準用することとしている（〔201〕2）⁵⁶。このため、動産抵当及び譲渡抵当について同法第304条及び第372条が準用されることになる。また、松本財団改訂第二試案第4は、譲渡担保（債権担保のために相手方に財産権を移転することによってその効力を生ずるとされる）の目的物が滅失、毀損その他の事由によって他のものになった場合には、特約がない限り、譲渡担保の効力はそれらのものに及ぶ旨の規律を設けている⁵⁷。

アメリカ法（UCC）においては、担保の効力が担保目的物の代替物であるプロシーズに及ぶ。プロシーズとは、(A)担保目的物の売買、賃貸、使用許諾、交換その他の処分によって得られたもの、(B)担保目的物の取立によって得られたもの、(C)担保目的物から生じる権利、(D)担保目的物の滅失、使用不能から生じる請求権、担保目的物上の権利の瑕疵・無効により生じる請求権、担保目的物の損害から生じる請求権、(E)担保目的物の滅失・毀損などから生じる保険金をいうと定義されている⁵⁸。

UNCITRAL モデル法においても、担保目的物上の担保権は、その特定可能なプロシーズに及ぶとされ（第10条）、プロシーズとは、担保目的物に関して受け取るすべてのものをいい、担保目的物の売却その他の譲渡、賃貸、ライセンス又は支払の受領によって受け取るもの、法定果実及び天然果実、保険金、担保目的物の欠陥、損傷又は滅失から生じる請求権並びにプロシーズのプロシーズを含むと定義されている（第2条(aa)）⁵⁹。

3 物上代位の可否

代替的物上代位は、①設定者が担保の目的である財産の代償物を得ながら担保権の負担

⁵¹ 新版注釈民法(9)669頁〔福地＝占部〕、安永・講義411頁、松岡・担保物権法327頁

⁵² 道垣内・担保物権法315頁～316頁

⁵³ 松岡・担保物権法382頁

⁵⁴ 道垣内・担保物権法370頁

⁵⁵ 動産抵当は、債務者又は第三者が占有を移すことなく動産を債務の担保に供することであり、譲渡抵当は、債務の担保のために動産の所有権を移転し、目的物の占有を移さないものである（松本財団要綱試案〔201〕1。私法31号6頁）

⁵⁶ 私法31号6頁

⁵⁷ 四宮・解説(3)90頁

⁵⁸ 池田ほか・マトリクス35頁、77頁以下

⁵⁹ 曾野＝山中・対訳(1)109頁、114頁

を免れるという利益を得ることは、担保権設定の趣旨に反すること⁶⁰、②担保権はその目的である財産の価値を支配するという性格を有することなどを根拠とするとされている⁶¹。新たな規定に係る担保権についてもこのような趣旨は妥当すると考えられ、また、この(説明)の前記1のとおり、現行法の下での動産譲渡担保について代替的物上代位を認めた判例もある。付加的物上代位についても、抵当権に基づく付加的物上代位が認められている

5
これを踏まえると、これを認めることが適当であると思われる。
これに対し、動産を目的とする担保権設定契約の当事者は目的物の代償物や賃料について別途担保権設定契約を締結しておく(例えば、在庫商品について担保権を設定する場合には、併せて、商品が売却されたときの代金債権や、滅失した場合の保険金請求権等を担保権の目的としておく)ことによってこれらに対する優先権も確保することができるから、物上代位を認める必要はないという考え方もある。しかし、一読の議論においては、想定される代償物の全てについてあらかじめ担保権を取得しておくことは困難であることなどが主張された。また、仮に代償物である債権等について独自に担保権を設定することができることを根拠として物上代位を否定するとすれば、抵当権や質権などの約定担保権の物上代位も同様の根拠で不要であることになりかねず、これらの約定担保権と扱いを異にする理由を説明することが困難になる。

10
15
以上から、本文(1)は、新たに規定を設ける動産担保権についても物上代位を認めるものとした。

4 代償物である債権を目的とする担保権との優劣

20
動産を目的とする担保権について物上代位を認める本文(1)の立場からは、目的物の代償物が他の担保権の目的となっていた場合の処理が問題となる。先取特権又は抵当権の物上代位とその目的物の代償物を目的とする担保権との優劣関係も同様に問題になるが、判例は、抵当権に基づく物上代位とその目的である債権の債権譲渡の優劣については、抵当権設定登記が債権譲渡の第三者対抗要件具備よりも先であれば物上代位が優先するとする(最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁)。他方、動産売買先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡されて第三者対抗要件が具備された場合は、これを差し押さえて物上代位権を行使することはできないとしている(最判平成17年2月22日民集59巻2号314頁)。

25
30
35
抵当権や先取特権の物上代位と目的債権の債権譲渡との優劣については、上記のような判例法理があるものの、明文の規定が設けられていない。また、物上代位との優劣関係が問題になるのは債権譲渡だけではなく、転付命令、質権の設定、相殺なども考えられるが、これらについて網羅的に適切な規定を設けることは困難であるように思われる。抵当権及び先取特権の物上代位についてもこのように明文の規定を欠く中で、動産を目的とする担保権についてのみ規定を設けるのは難しいと考えられる。そこで、本文では、物上代位に関する規定を設けるとしても、その目的である債権の譲渡との優劣関係については特段の規定を設けず、解釈に委ねることとしている(これに対しては、法律関係の明確化の観点から明文の規定を設けることも考えられる。その場合には、抵当権や先取特権の物上代位

⁶⁰ 道垣内・担保物権法 149 頁、松岡・担保物権法 54 頁

⁶¹ 松岡・担保物権法 54 頁、安永・講義 276 頁

と目的債権の譲渡担保との優劣関係に関する明文の規定が設けられていないこととの整合性をどのように説明するかが問題になるが、この点についての説明が困難であるとする、むしろこれらについても明文化を検討することも考えられる。)

5 なお、この点について、一読の議論においては、現在の動産譲渡登記は公示が十分ではないことから、先取特権の物上代位と同様に、物上代位に基づく差押えと債権譲渡の先後関係によって優劣関係を決定すべきであるとの意見がある一方、物上代位についての公示が不十分であるのは抵当権についても同様であるなどとする意見もあった。

10 そこで、改めて判例法理が先取特権に基づく物上代位と抵当権に基づく物上代位とで、目的債権の譲渡との優劣関係を判断する基準を異にする根拠についてみると、上記平成 17 年最判の担当調査官は、次のように説明している⁶²。すなわち、上記平成 10 年最判は、抵当権だけでなくこれに基づく物上代位権にも追及効があるとみることにより、物上代位の目的債権が譲渡された場合にも抵当権者はこの債権を差し押さえることができると考えるものであり、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たため、抵当権設定登記の存在により、その後債権を譲り受けた譲受人の立場が害されることはないと考えている。これに対し、上記平成 17 年最判で問題になった動産売買先取特権は目的物が第三者に引き渡されるとその動産には及ばないこととされており、動産売買の先取特権に基づく物上代位権も目的債権が譲渡されて債権が債務者から第三者に移転すると追及効がなくなるものと解すべきであるため、物上代位権の行使による差押えが債権譲渡の第三者対抗要件の具備に遅れる場合には先取特権者は物上代位権を行使することはできない。

15 新たに規定を設ける動産担保権は第三者に対しても追及効がある担保物権であるから、この点では抵当権と共通している。もっとも、現在の動産譲渡登記においては、何人も登記事項概要証明書（動産・債権譲渡登記特例法第 11 条第 1 項）、概要記録事項証明書（同法第 13 条第 1 項）の交付を請求することができるが、これらにはいずれも譲渡の目的動産を特定する事項は記載されておらず、利害関係人以外の者はどのような動産について譲渡がされたかを知ることができない。これを前提とすれば、一読の議論において指摘されたように、その公示の程度は抵当権設定登記と差があるから、物上代位の目的債権に担保権の効力が及ぶことの公示は動産譲渡登記によっては十分ではないとの考え方も成り立つようにも思われる。しかし、そのような登記であっても元物について担保権者が第三者に対して優先権を主張することができる（逆に、その元物については他の債権者は担保権者に優先されてもやむを得ない立場にある）のであり、現在の動産譲渡登記における公示によっても元物について第三者の保護に欠けるところはないとされている以上、代償物について公示が十分ではないとする理由は乏しいように思われる。

20 以上からすると、新たに規定を設ける動産担保権に基づく物上代位とその目的債権の譲渡との優劣関係については、上記平成 10 年最判と同様に、動産担保権の対抗要件具備と債権譲渡の第三者対抗要件具備との先後によって判断することになるのではないかと。

5 私的実行の可否

民法第 304 条第 1 項ただし書は、物上代位権を行使するには代償物等の払渡し又は引渡

⁶² 志田原信三・判解平成 17 年度 142 頁以下

しの前に差押えをしなければならないと規定している。新たに規定を設ける担保権に基づく物上代位権は、裁判所の手続を通じて行使される場合には債権執行の手続を準用して行われることになると考えられる（民事執行法第 193 条）が、この場合には同様に差押えを要するものとするのが考えられる。

5 一読の議論においては、これに加えて、新たに規定を設ける担保権について私的実行を認めるのであれば、物上代位についても私的実行を認めるべきであるとの指摘があった。私的実行によって物上代位権を行使することができるものとする場合には、裁判所を通じた手続において差押えが果たしている役割をどのような方法で実現するかが問題になる。10 抵当権者が物上代位権を行使するのに差押えを必要とした趣旨について、判例は、抵当権の効力が物上代位の目的債権にも及ぶとすれば第三債務者は抵当権者に無断で抵当権設定者に弁済してよいのか不安定な地位に置かれるため、抵当権者からの差押え前は抵当権者に弁済してはならず、15 抵当権設定者に弁済すれば免責されるという仕組みを採用して第三債務者を保護しようとしたとしている（最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 卷 1 号 1 頁）。他方、公示方法が存在しない動産売買の先取特権に基づく物上代位について、同項ただし書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としている（最判平成 17 年 2 月 22 日民集 59 卷 2 号 314 頁）。このような趣旨を私的実行において実現する方法として、例えば、担保権者は、第三債務者に対し、引渡し又は払渡し前に登記事項証明書⁶³を交付するとともに物上代位の目的債権の履行を担保権者に対してするように求める通知をしなければならないとし、この通知を受ける前であれば設定者に対して弁済することによって免責され、20 通知を受けた後は担保権者に弁済しなければならないものとするにより、第三債務者を保護することが考えられる。

6 物上代位の要件

前記 5 のとおり、物上代位の私的実行を認めることとした場合には、物上代位権を行使しようとする者が実際に担保権を有していることを明確にするため、私的実行に当たっては物上代位権の行使の要件として登記を要求し、25 実行時には登記事項証明書を交付するとともに物上代位の目的である債権の履行を担保権者に対して行うように求めるものとするのが考えられる。このような制度とする場合には、物上代位権の行使を私的実行として行うためには、担保権の設定登記がされていなければならないことになる。

これに対し、物上代位権の行使を裁判所の手続を通じて行う場合には、裁判所が担保権の有無を判断した上で差押命令を発令するかどうかを判断するから、30 第三債務者にとっては設定者に弁済をしてはならないことは明確になる。そして、裁判所が登記以外の資料（例えば、担保権の設定契約書）によって担保権の存在を認定することができるのであれば、裁判所の差押え手続を通じて実行する場合には、登記がされていないときであっても、物上代位権を行使することができるものとするのが考えられる。

35 本文(2)は、以上から、抵当権等と同様に原則として物上代位権の行使に当たっては払渡し又は引渡し前の差押えが必要であることとした上で、その担保権について登記がされている場合には差押えを要せず、第三債務者に対して登記事項証明書を交付して物上代位の

⁶³ 現在の動産譲渡登記制度においては、動産の譲受人は登記事項証明書を取得することができる（動産債権譲渡特例法第 11 条第 2 項第 1 号）。

目的債権について担保権者に対して履行すべきことを通知すれば足りるものとしている。

7 後順位の担保権者による物上代位権の行使

5 新たに規定を設ける担保権に基づく物上代位権の行使が認められるとしても、同一の目的財産について複数の財産権が設定されている場合に、後順位の担保権者による物上代位権の行使を認めるかどうか問題になる。物上代位権の行使も担保権の実行行為の一態様であるため、後順位担保権者に担保権の実行を認めないとすれば物上代位権の行使も認められないこととなる。この点については実行の箇所を検討する。

8 物上代位の対象となる代償物等

10 (1) 民法の典型担保権の物上代位の規定は、先取特権に関する民法第 304 条が物上代位について規定し、抵当権については同条を準用する形で設けられているが、物上代位の目的となる代償物の範囲は先取特権と抵当権とで異なっており、担保権の性質を踏まえて個別に検討する必要がある。そして、動産担保権についての新たな規定を設けるに当たって担保目的取引規律型によるとすると、財産権が移転した場合には生ずる効果をベースとして、その実体が担保であるという観点からの修正を行うことになると考えられる。

15 (2) 目的物が譲渡された場合の売買代金請求権

20 目的物が譲渡された場合の売買代金請求権が抵当権に基づく物上代位の対象となるかどうかについては、抵当権者は抵当不動産が売却されても抵当権を実行することができることなどから、近時の多数説はこれを否定している⁶⁴。同様に考えれば、動産担保権についての新たな規定を設けるに当たっても、目的物の売買代金に対する物上代位を否定することも考えられる。しかし、抵当権者は目的物が譲渡されたとしても抵当権を実行することができるが、動産等の担保権の目的物については、その担保権について對抗要件が具備されていたとしても、即時取得を否定することは難しい⁶⁵。また、担保権者が担保権設定者に対して目的物を処分する権限を付与している場合には、担保権者は処分の相手方に対して追及権を有しない。これらの場合には、担保権者はその動産について担保権を実行することができなくなるから、抵当権の場合と異なり、売買代金について物上代位を認めることも考えられる⁶⁶。その上で、物上代位ができるのを即時取得がされた場合や担保権者が設定者に処分権限を付与していた場合に限定するかどうか問題になるが、これらを要件とすると制度が複雑になるおそれがある。

(2) 賃料

30 現行法上の譲渡担保権者の賃料への物上代位については、果実収取権の問題として処理すれば足りるとして物上代位を否定する見解⁶⁷が主張されており、また、譲渡担保権者は帰属清算型の実行によって直接の権利者として賃料を取り立てることができるため、法定果実への付加的物上代位を考える必要は少ないとの指摘がされている⁶⁸。しかし、

⁶⁴ 安永・講義 270 頁、道垣内・担保物権法 150 頁、松岡・担保物権法 57 頁。抵当権に関する立法論においても、売買代金債権への物上代位を否定することを明確化することを提案するものがある（改正委員会・中間試案 206 頁、207 頁）

⁶⁵ 植垣＝小川・一問一答 37 頁参照

⁶⁶ 譲渡担保における代替的物上代位の必要性を指摘するものとして、松岡・担保物権法 327 頁

⁶⁷ 道垣内・担保物権法 314 頁

⁶⁸ 松岡・担保物権法 327 頁

担保権設定者が目的物を第三者に賃貸している場合に、譲渡担保権者が自らこれを所有して管理する意思までは有していない(したがって帰属清算方式の実行は行わない。)が、その賃料からの回収を図りたいということも考えられ、そのような実行方法を否定する理由もないように思われる。

5 そこで、本文(1)は、賃料への物上代位ができることを前提としている。抵当権に基づく付加的物上代位の根拠を民法第 371 条と考えるか民法第 372 条・第 304 条と考えるかという問題と同様に、ここでの物上代位の実体法上の根拠を前記 2 の本文(2)と考えるかこの本文(1)と考えるかが問題となり、本文(1)の「賃料」を加えるかどうかはこの点をどのように考えるかによる。

10 (3) 目的物が滅失又は損傷したことによって設定者が取得する債権

目的物が滅失又は損傷したことによって生ずる債権としては、保険金債権と不法行為に基づく損害賠償請求権が考えられる。

15 現行法上の譲渡担保については、損害保険金請求権への物上代位権の行使を肯定したもの(最判平成 22 年 12 月 2 日民集 64 卷 8 号 1990 頁)がある。また、判例は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している(最判平成 5 年 2 月 26 日民集 47 卷 2 号 1653 頁)ものの、譲渡担保権者が常に目的物について損害保険契約を締結しているとは限らず、設定者のみが保険契約を締結していた場合に損害保険金請求権への物上代位を否定すれば、設定者は担保の目的である財産の代償物を得ながら担保権の負担を免れるという利益を得ることとなる。そこで、本文は、保険金請求権への物上代位を認めることを前提として、目的物の「滅失又は損傷」によって設定者が得る債権への物上代位を認めることとしている。

20 これに対し、現行法上の譲渡担保について、不法行為に基づく損害賠償請求権に対する物上代位を認めるかどうかについては、これを肯定する見解のほか、譲渡担保権者は一応所有権を有しているため、不法行為者に対して被担保債権の額の範囲で直接損害賠償請求権を行使することができるから、物上代位を認めるべきではないとする見解⁶⁹もある。この見解は、所有権留保についても物上代位を否定する⁷⁰。この点については、担保権に関する新たな規定を設けるにあたり、財産権の移転のうち担保目的のものに適用される規定を設けるという方法を採用する場合には、基本的には担保権者は所有権を取得していることから、自ら直接の権利者として損害賠償を請求することができると考えられるため、物上代位は否定されるとも考えられる。他方で、担保取引としての実質からできるだけ担保権と同様に扱うという立場からすれば、抵当権者が損害賠償請求権に対して物上代位権を行使することができることに争いが無いことと同様に、損害賠償請求権への物上代位を認めるべきであるとの考え方も成り立ち得る。そこで、この点については解釈に委ねることとしたい。

35 (4) プロシーズ

この(説明)の前記 1 記載のとおり、比較法的には、目的物の代償物に対する担保権の効力を日本法の物上代位より広範に認める制度も存在する。これを参考として、動産

⁶⁹ 道垣内・担保物権法 315 頁

⁷⁰ 道垣内・担保物権法 370 頁

や債権を目的とする担保法制の見直しに当たって物上代位の範囲を拡大することも考えられる。もっとも、日本法の物上代位制度の改正という形で担保権の効力を拡大していく場合には、物上代位制度が先取特権、質権、抵当権に共通の制度として設けられていることを踏まえる必要がある。すなわち、日本法においてはこれら担保物権に共通の制度として物上代位制度が設けられていることから、動産や債権を目的とする担保権について新たに設ける規定において物上代位の対象を拡大するとすれば、他の担保物権に基づく物上代位についてもこれと整合的なものとなるよう対象を見直す必要が生ずる。特に抵当権などのように実務上多用されている担保物権の効力が拡大することによる実務上の影響は大きいため、物上代位の対象を拡大するかどうかについては、それを支える実務上のニーズがあるかどうか、代償物である債権そのものを目的とする担保設定などの他の方法によってそのニーズを充足することができないかなどの観点から、慎重に検討する必要がある。

7 被担保債権の範囲

新たに規定を設ける動産担保権は、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し、ただし、設定行為に別段の定めがあるときはこの限りではないものとする。

(説明)

1 担保権の被担保債権については、原則として、担保権者と設定者が設定行為において自由に決定することができる。もっとも、質権の被担保債権については民法第346条が設けられており、元本、利息、違約金、実行費用、質物の保存費用、債務不履行又は質物の隠れた瑕疵によって生じた損害の賠償請求権が含まれるとされている。これは、当事者の意思のみに委ねると利息等については明らかにされないことが多いことから、当事者の意思を推測して設けられた規定であると説明されている⁷¹。同条において定められる被担保債権の範囲は抵当権の被担保債権よりも広いが、その理由として、後順位質権者や質物の第三取得者が生ずることは実際上少なく、第三者の利害と衝突することが少ないこと、他の債権者が質権の目的物を債務者の財産として期待することが少ないことなどが挙げられている⁷²。

動産を目的とする非占有型担保権については、基本的には事業者が設定することが多いと考えられるが、質権について民法第346条が設けられた趣旨に照らせば、当事者の意思を推測してデフォルトの被担保債権の範囲を定めておくことには一定の意味があると考えられる。また、第三取得者が現れる可能性は、設定者が占有する以上質権ほど小さいとはいえないが、後順位担保権者が現れる可能性は担保としての余力がどの程度あるかという観点からすると、抵当権よりも動産を目的物とする点で共通する質権に近いと考えられる。そこで、非占有型の動産担保権についても質権と同様の趣旨が当てはまると考え、本文においては質権に関する民法第346条と同様の規定を設けることとした。

利息、違約金（違約罰、損害賠償の予定）、債務不履行に基づく損害賠償が原則として被

⁷¹ 梅謙次郎『訂正増補民法要義 卷ノ二物権編』（有斐閣、明治43年）437～438頁

⁷² 新注民(6)483頁〔直井〕

担保債権に含まれることについては、異論は少ないと思われる。他方、非占有担保権においては設定者が目的物を引き続いて占有するのが通常であることからすると、目的物の保存費用を担保権者が負担することはまれであると考えられるし、目的物の隠れた瑕疵によって担保権者が損害を被ることもまれであると考えられる。

5 質権については、これらのほか、質権実行の費用が被担保債権に含まれているが、ここには質物の評価費用など簡易な弁済充当（民法第 354 条）をするための費用が含まれる一方、競売費用は執行手続の中で回収されるから含まれない。動産を目的とする非占有担保権についても私的実行をすることができるとする、強制競売の費用のように競売手続の中で回収することはできないから、私的実行に要する費用を被担保債権に含めておく必要がある。

10 2 担保権の被担保債権については、利息や遅延損害金などについて民法第 375 条と同様に期間の制限を設けるかどうかの問題になる。新たに規定を設ける担保権についても後順位
15 の担保権を設定することができるとする、後順位担保権者の保護を図るため、期間を制限することも考えられる。しかし、ここでも、後順位担保権者の出現可能性は目的物が動産である点で共通する動産質権と同様であると考え、動産質権と同様に、利息等の期間の制限を限定する規定を設ける必要はないのではないか。

8 その他

前記 1～7 のほか、根担保、転担保、物上保証人の求償権に関して必要な規定を設ける。

20 (説明)

1 譲渡担保については、不特定の債権を被担保債権とすること（根譲渡担保）も可能であるとされている⁷³。不動産譲渡担保に関するものであるが、判例も、譲渡担保権によって担保されるべき債権の範囲については、強行法規又は公序良俗に反しない限り、その設定契約の当事者間において自由にこれを定めることができ、根抵当権に関する同法第 398 条の
25 3 の規定に準ずる制約を受けないものと解すべきであるとしており（最判昭和 61 年 7 月 15 日集民 148 号 307 頁）、根譲渡担保が有効であることを前提としている。そこで、動産を目的とする担保権について新たな規定を設けるに当たっても、根担保について必要な規定を整備する必要がある。

30 根譲渡担保については、上記昭和 61 年最判のように極度額を定めることを要しないという見解が通説であるとされる⁷⁴が、これに対しては、設定者の責任を明確に限定するために極度額について明示の合意を必要とすべきであるとの見解⁷⁵も主張されている。また、債権の範囲についての定めのない包括根譲渡担保についても有効であるとの見解が通説であるとされる⁷⁶が、その効力を否定すべきとする見解⁷⁷も主張されている。

⁷³ 新版注民(9)665 頁〔福地俊雄＝占部洋之〕、新注民(7)552 頁〔小山泰史〕、道垣内・担保物権法 311 頁、松岡・担保物権法 317 頁

⁷⁴ 道垣内・担保物権法 311 頁、新注民(7)553 頁〔小山泰史〕、新版注民(9)670 頁〔福地俊雄＝占部洋之〕参照

⁷⁵ 松岡・担保物権法 318 頁

⁷⁶ 新版注民(9)670 頁〔福地俊雄＝占部洋之〕参照、松岡・担保物権法 318 頁参照

⁷⁷ 新版注民(9)665 頁、671 頁〔福地俊雄＝占部洋之〕、新注民(7)553 頁〔小山泰史〕、道垣内・担保物権

以上の学説状況も踏まえ、被担保債権の範囲を定める必要があるが、極度額の定めは不要（動産を目的とする根質権においても極度額の定めは不要である。）とした上で、民法第398条の2以下の規定を参考に必要な規定を設けることが考えられるが、どのように考えるか。

- 5 2 このほか、転担保、物上保証人の求償権に関する規定を設けることが考えられる。

第3 権利質に関する規定の見直し

※第3では個別の債権を目的とする担保権を取り扱い、いわゆる集合債権を目的とする担保権については別途検討する。

10 1 適用範囲

債務を担保するため、債務者が有する債権その他の財産権を債権者に譲渡する契約は、質権設定契約とみなす。

(説明)

15 本文は、前記第1本文3の本案に従って、債権その他の財産権を目的とする担保権については権利質に関する規定を拡充した上で権利質に一本化することを前提に、当事者が担保目的で債権その他の財産権を譲渡した場合には、これを質権設定とみなすこととするものである。

20 2 債権質の対抗要件

前記1の場合において、民法第467条の通知又は承諾がされたときは、債権の譲受人は、質権をもって第三債務者その他の第三者に対抗することができる。

(説明)

25 新たに規定を設ける債権担保権の対抗要件としてどのようなものを規定するかにもよるが、債権譲渡担保と同様に通知又は承諾を対抗要件とするとすれば、担保目的で債権譲渡がされた場合には、民法第467条に従い、譲渡人が債権譲渡の通知をしたり第三債務者がその承諾をしたりすることになると考えられる。しかし、この債権譲渡が前記1に従って質権の設定とみなされると、その対抗要件としては質権設定の通知又は承諾が必要であり（民法第364条）、債権譲渡の通知又は承諾によっては質権設定を対抗することができない。そこで、債権譲渡の形式で担保権設定がされた場合にも担保権設定の対抗要件を具備することができるという譲渡担保の実務を維持するため、本文は、担保目的で債権譲渡がされてこれが質権設定とみなされる場合には、譲渡の通知によっても質権設定の対抗要件を具備することができるものとした。

35 3 第三債務者の免責

前記2の通知又は承諾がされた後に、債権の譲受人（質権者とみなされる者）に対する弁済その他の債務を消滅させる事由が生じたときは、第三債務者は、民法第366条第2項に規定する部分を超える部分についても、これをもって譲渡人（質権設定者とみなされる者）に対抗することができる。債権の譲受人から更に債権を譲り受けた者がある場合にお

いて、その対抗要件具備時より後にその者に対する弁済その他の債務を消滅される事由が生じたときも、同様とする。

(説明)

- 5 1 債権質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って取
立てをすることができ（民法第 366 条第 2 項）、質権の目的である債権の弁済期が被担保
債権の弁済期前に到来する場合は、質権者は第三債務者に対して供託を請求することが
10 できるにすぎない（同条第 3 項）⁷⁸。また、質権者はその目的である債権を第三者に譲渡した
としても完全な債権譲渡をすることはできず、考えられるとすれば転質をすることができ
るにすぎない。しかし、前記 2 に従って譲渡通知によって質権の対抗要件が具備された場
合には、第三債務者はそれが質権であることを認識しないまま、質権者や質権者から債権
を譲り受けた第三者に対して全額弁済したり、被担保債権の弁済期前に弁済したりする
15 ことが考えられる。このような場合に、第三債務者を免責する必要がある。受領権者として
の外観を有する者に対する弁済（民法第 478 条）によって免責することも考えられるが、
この場合には債権の譲渡人は自ら債権譲渡という形式を選択し、これに沿った対抗要件具
備をしているため、第三債務者が免責されるために善意無過失を要件とするのは適当では
20 ない。さらに、第三債務者に何らのリスクを負担させないため、本文は、譲渡の対抗要件
が具備されている場合には、第三債務者は譲受人に対して弁済すれば免責されることとし
た。これに対しては、第三債務者にリスクを負担させることは適当でないとしても、第三
債務者が担保目的での譲渡がされたことを知っていた場合には免責を認めないという立場
もあり得る。
- 2 なお、担保目的の債権譲渡がされてこれが質権設定とみなされる場合であっても、その
対抗要件が質権設定の登記であったり、質権設定の通知・承諾がされた場合には、本文の
ような特別の免責を認める必要はないと考えられる。

⁷⁸ 債権を目的とする譲渡担保については、その目的である債権の弁済期が被担保債権の弁済期よりも先に到来する場合でも譲渡担保権者が取り立てて被担保債権に充当することができるという見解（角紀代恵「債権非典型担保」椿寿夫編『担保法理の現状と課題（別冊 NBL31 号）』（商事法務研究会，1995）80～81 頁）と、債権質と同様に譲渡担保権者は第三債務者に供託を請求することしかできないとの見解（道垣内・担保物権法 352 頁）がある。

担保目的の債権譲渡を債権質とみなすのではなく、動産担保権と同様に債権の移転構成が採られた債権担保権に関する新たな独自の規定を設けるとすると、法律関係を単純化するため、前者の見解に従ってこのような場合にも譲渡担保権者に取立権がある旨の規定を設けることが考えられる。