

動産譲渡担保権の重複設定と 後順位譲渡担保権者の権利

町 田 余理子

1. はじめに
2. 平成18年最判
3. 学説の状況
4. 「担保法制の見直しに関する中間試案」(令和4年12月6日)
の見解
5. 中間試案に対する意見
6. おわりに

1. はじめに

動産譲渡担保を重複設定することや、後順位譲渡担保権者が権利を行使することはできるのだろうか。現行法下においては、後順位担保権者が問題になるケースとして、譲渡担保が二重に設定されているが後順位担保権者に即時取得が認められない場合、すなわち、後順位担保権者が先順位担保権者の存在を知っている場合や知らないことについて過失がある場合、あるいは後順位担保権者の対抗要件が占有改定のみである場合が想定されている⁽¹⁾。

この問題について、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)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、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、配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続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」と判示し、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は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かった。

この点について様々な学説が存在しているなか、令和3年2月10日、法制審議会担保法制部会が設置され、令和4年12月6日、「担保法制の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という）および「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」が公表された。中間試案では、「新たな規定に係る動産担保権が同一の個別動産又は同一の集合動産を目的として数個設定されたときは、その順位は、原則として、対抗要件具備時の前後によることとされている」と、後順位譲渡担保権者の存在を認め⁽²⁾、劣後担保権者による私的実行の可否及び要件については、「新たな規定に係る動産担保権が同一の動産について複数設定されているときは、担保権者は、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り、私的実行をすることができるものとする⁽³⁾」としている。このような提案は、動産譲渡担保権につき、後順位担保権の設定の可否が必ずしも明確ではなかった平成18年最判が抱える問題を解決したとも考えられる。

なお、「中間試案」はあくまでも中間試案の段階であり、共通の理解が形成されている論点は必ずしも多くはなく、結論は今後の議論次第というところではあるが、そこで示された方向性は、今後の学説や実務にも影響を及ぼすと考えられる。本稿では、動産譲渡担保の重複設定が問題となったとされる平成18年最判を紹介した後、これまでの学説の状況や中間試案の内容についても、検討を行っていきたい。

2. 平成18年最判

(1) 事実の概要

Y（被告、被控訴人、上诉人）は、ブリ、ハマチ、カンパチ等の養殖、加工、販売等を業とする株式会社であるが、YはAとの間で平成7年8月10日に、Bとの間で平成12年6月30日に、集合動産譲渡担保契約を締結し、それぞれ占有改定の方法により目的物を引渡した。他方、YはX（原告、控訴人、被上诉人）との間で、Y所有の生簀に存するブリおよびブリヒラ（以下、「本件物件」という）について、売買ならびに飼育預託等に関する契約（以下、「本件契約」という）について、同契約に基づき本件物件を飼育、管理していた。

しかし、Yは、平成15年7月30日、東京地方裁判所に民事再生手続開始の申立てをし、同年8月4日、同開始決定がされた。その後、Xの申し立てに基づき、同年8月25日、本件物件について執行官保管の仮処分決定がなされ、執行官は本件物件をYの他の漁場にある生簀に移動させ、その保管をXに委託した。その後、同年9月16日、Xは本件物件の保管についての不相应な費用を要することを理由に、緊急換価の実施を求め、同年9月30日、宮崎地裁執行官は、特別売却の許可を得て、本件物件を売却した。

XはYに対して、本件契約に基づき、本件物件の所有権を承継取得したと主張し、本件物件の引渡し（実際は緊急換価代金の支払い）を求めた。これに対し、Yは、「本件物件には、本件契約に先立って、AおよびB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ない」と反論した（なお、Xは飼育料負担の基づく債権についても争っているが、本稿では割愛する）。

第一審の宮崎地判平成16年1月30日民集60巻6号2511頁は、「Aおよび

Bが設定を受けた集合物根譲渡担保権は、対象物の保管場所とされている漁場内に存在する養殖魚全部にその効力が及んでおり、その後、Xが、Yから本件物件を買受けたとしても、即時取得の要件を満たさない限り、本件物件の所有権を取得することはできないと解される」とし、Yの承継取得を否定した上で、「Xは、本件物件について現実の引渡しを受けておらず、占有改定による引渡しを受けているに過ぎず、占有改定による引渡しでは、即時取得をすることはできないと解される」とし、Xの即時取得も否定した。Xは控訴した。

原審の福岡高判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁は、「一般に、ある目的物につき譲渡担保権が設定された場合には、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、譲渡担保の目的物の所有権移転の効力が生じるにすぎず、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者に対する自己の債権額と譲渡担保の目的物の価額との清算手続を行って初めて、目的物の所有権を確定的に取得するものと解するのが相当である」とし、「集合動産譲渡担保権にあっては、通常、譲渡担保の目的物たる商品の所有権が元々譲渡担保設定者にあり、譲渡担保設定後においても、譲渡担保設定者が自己の判断に基づき、通常の営業の範囲内において、これを商品として第三者に売却することを当然に予定しているものであるから、これに対して譲渡担保権を設定する場合においては、そのことを当然の前提として譲渡担保権が設定されることが常態であり、譲渡担保権者は、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までの間は、譲渡担保設定者が通常の営業の範囲内においてする目的物の第三者に対する売却は、これを許容するのが通例である」とし、Xの承継取得を肯定した。Yは上告した。

(2) 判決の概要

最高裁は次のように述べ、一部破棄自判し、一部破棄差戻した。

「『本件契約の性質は譲渡担保契約である』とし、本件契約が真正な売買契約

であるとする原審の判断を否定した上で) 本件物件については、本件契約に先立って A および B のための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對抗要件が具備されているのであり、「劣後する譲渡担保の独自の私的実行の権限を認めた場合…先行する譲渡担保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化となりかねない」とし、X の私的実行を認めない上で、「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」と判示した。

すなわち、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判示し、その理由として、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た。

(3) 平成18年最判をめぐる見解

譲渡担保の重複設定に関し、平成18年最判の事案では、先行する譲渡担保権は集合動産譲渡担保動産であったが、後順位譲渡担保権の設定を認める意味として挙げられていることや、後順位譲渡担保権者にもとづく私的実行を否定すべきであることは個別動産譲渡担保が先行して設定されている場合にも同じように当てはまるとの理由から、先行する譲渡担保権が個別動産譲渡担保であった場合であっても適用されるべきとの見解⁽⁴⁾がある。しかし、譲渡担保では占有改定の競合により現実に生起する重要な問題を含んでおり、動産譲渡担保の法的構成をどうとらえるかによって、見解が異なってくる⁽⁵⁾。

まず、譲渡担保を「債務担保のために目的財産（特に所有権）を債務者

または物上保証人から債権者に移転し、債務が弁済されると設定者に復帰するが、債務不履行が生ずると債権者はその財産につき私的実行の方法によって優先弁済を受けることができる判例法上の物的担保制度」と解する所有権的構成の立場では、二重の譲渡担保権設定は理論上難しく、即時取得の成否が問題となるにすぎないとされている⁽⁶⁾。その一方、「債権担保という実質的な目的を重視する立場であり、債権者は譲渡担保権という担保権を有するだけであって、所有権は実質的な意味において債権者に移転せず、担保権設定者に留保しているとする」担保権的構成からの立場では、先順位と後順位の各譲渡担保権の併存が認められる⁽⁷⁾。さらに、所有権的構成と担保権的構成の中間的な見解である設定者留保説（所有権移転的構成）の立場では、第三者は設定者留保権を担保目的として取得するにとどまるとする⁽⁸⁾。これらの見解のうち、平成18年最判は後順位譲渡担保権の概念を一応承認しつつ、先行する譲渡担保権者が本来有すべき優先権の確保という観点から後順位担保権者による私的実行の権限を否定しているため、設定者留保権説に近いとされている⁽⁹⁾。

さらに、平成18年最判が後順位譲渡担保権者に私的実行を認めない点につき、後順位譲渡担保権者に私的実行を認めない平成18年最判の結論は妥当であるといえるが、本判決の結論を肯定するためには、集合物に譲渡担保を設定した後でも、設定者に集合物を構成する個々の動産の所有権は帰属すると理解するしかないとする見解⁽¹⁰⁾や、平成18年最判は後順位担保権がどのような内容の権利と考えているかについては判然とせず、例えば、当該集合動産に先順位譲渡担保権へ割り付けられた後の残余価値がある場合に、後順位譲渡担保権にはこの割付残余価値について優先弁済権が認められるのか、先順位譲渡担保権が任意弁済などによって消滅した場合に後順位担保権者にどのような優先弁済権が認められるのかについては、今後の判例学説の展開に委ねられるとする見解⁽¹¹⁾や、営業資産の担保化を必要とする設定者からすれば、担保価値の有効利用という点で平成18年最判には疑問が残るといった指摘もある⁽¹²⁾。

なお、平成18年最判の調査官解説では、後順位譲渡担保権者に私的実行を認めない理由につき、後順位担保権者の権利として、①先順位譲渡担保権者から設定者に対して支払われる清算金に対する優先弁済権、②先行する全ての譲渡担保権が私的実行に至ることなく消滅した場合に最先順位譲渡担保権者になることのできる地位（順位昇進の期待権）を認めれば十分であるとの見解が挙げられている⁽¹³⁾。

その他、平成18年最判は、後順位譲渡担保権者には私的実行を認めないとしながらも、後順位譲渡担保権者の「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⁽¹⁴⁾、平成18年最判は、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」を認めたとの見解も存在している⁽¹⁵⁾。また、平成18年最判は後順位譲渡担保権者に私的実行を認めない理由として、配当の手続が整備されていないことを挙げているが、実行できない「後順位譲渡担保権」を認めることについてどれだけの意味があるのかには疑問が残るとの意見がある⁽¹⁶⁾。

3. 学説の状況

(1) 動産譲渡担保の重複設定

前述のとおり、譲渡担保権が重複している場合、所有権的構成の立場からは後に譲渡担保を設定した者は民法192条によって当該目的物の「(完全たる)所有権」を即時取得しない限り、当該権利は得られない。したがって、当該権利はオール・オア・ナッシングであるため、後順位担保権者といった存在は認められないと考えられている。また、設定者留保権説においても、譲渡担保権者は完全ではないが形式上は所有権を得ているため、後順位担保権者の存在は所有権的構成と同様、認めがたいと考えられている⁽¹⁷⁾。担保権的構成の立場からは、抵当権と同様に第一順位、第二順位

…と譲渡担保権の存在を重複して認めることが可能であるため、後順位担保権者の存在は肯定されていると考えられる。

なお、平成18年最判は、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許される」と判示しており、これは、後順位の譲渡担保を設定することを認めたものと理解されている⁽¹⁸⁾。この立場につき、平成18年最判以前でも集合動産譲渡担保を担保として扱うことはこれを肯定する最高裁判例（最一小判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁）の一般論に依拠して、実務的にも抵抗がないため、後順位譲渡担保権者の重複設定が許容されないというわけにもいかないといった見解がある⁽¹⁹⁾。しかし、後順位担保権者に担保物権の取得を認める趣旨であるならば、担保権的構成と親和的であるといえるが、平成18年最判は後順位譲渡担保権者には私的実行を認めていないため、その趣旨は一義的に明瞭とはいえないとの見解がある⁽²⁰⁾。

このような見解を受けて、中間試案では、動産譲渡担保の重複設定が可能であることを前提に、検討が進められている（後述「4. 「担保法制の見直しに関する中間試案」(令和4年12月6日)の見解」に続く）。

（2）対抗要件及び優劣関係

担保権的構成の立場からは、譲渡担保権の競合が認められるが、その優劣は設定ないし対抗要件具備の先後にしたがって順位が確定されると考えられる⁽²¹⁾。なお、動産譲渡担保の対抗要件としては、占有改定による引渡しや動産譲渡登記が存在するが、動産譲渡担保権が重複して設定されている場合の対抗要件については、原則として対抗要件の具備の前後によることとされている。

しかし、集合動産に1個の新たな規定に係る集合動産担保権が設定されている場合において、その設定後、個別動産担保権が設定された個別動産が加入したときには、解釈が定まっていない。その点につき、中間試案では、新たな規定に係る集合動産担保権と新たな規定に係る個別動産担保権との優劣関係につき、【案 4.1.1】（対抗要件具備時説）と【案 4.1.2】（加入時

説)の2つの説が併設されている(後述「4.「担保法制の見直しに関する中間試案」(令和4年12月6日)の見解」に続く)。

(3) 後順位譲渡担保権者の私的実行

平成18年最判は、後順位譲渡担保権者には私的実行を認めないと判示したものの、後順位担保権者の「権利」については何ら触れていない。

後順位担保権者に私的実行が認められない立場であっても、先順位担保権者に対する設定者の清算金請求権に対して、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など、後順位担保権者に何らかの権利を認める見解がある⁽²²⁾。また、目的物の価額が被担保債権に比して過大となった場合は担保解放請求権を設定者に求める見解⁽²³⁾もある。

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見解がある⁽²⁴⁾。この場合、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、先順位担保権者が有名無実にならないよう配慮すべきであるとしている。この点につき、中間試案では、「優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り」後順位譲渡担保権者は私的実行をすることができるとしているため、このような見解を踏まえた提案がなされているといえる(後述「4.「担保法制の見直しに関する中間試案」(令和4年12月6日)の見解」に続く)。

4. 「担保法制の見直しに関する中間試案」 (令和4年12月6日)の見解

法制審議会担保法制部会では、令和4年12月6日の第29回会議において、担保法制の見直しに関する中間試案が取りまとめられた。令和5年9月30日現在、中間試案にかかるパブリック・コメントを踏まえ、担保法制

の見直しに関する要綱案のとりまとめに向けて検討が進められている段階であるため、結論は今後の議論次第というところではあるが、そこで示された方向性は、今後の学説や実務にも影響を及ぼすと考えられる。以下、紹介を行っていきたい。

(1) 動産譲渡担保の重複設定

動産譲渡担保の重複設定について、平成18年最判は、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許される」と判示していることから、平成18年最判は後順位譲渡担保を設定することを認めたものと理解されている。しかし、現行法下においては、後順位譲渡担保権の設定を登記によって公示することはできず、後順位譲渡担保権者が行使できる権利が不明瞭であることから、動産譲渡担保の重複設定は積極的には利用されていないとのことである⁽²⁵⁾。

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があるとの指摘もある。それを受けて、中間試案では、第1章第5(1)で以下のような提案がなされている⁽²⁶⁾。

5 使用収益以外の設定者の権限

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

動産譲渡担保の重複設定が可能であるとする案が設けられた理由として、現行法の譲渡担保権が設定された動産に設定者がさらに譲渡担保権を設定した事案について平成18年最判が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こと、約定担保物権である質権や抵当権の設定者は、目的物について後順位の担保権を設定することができる(民法355条、373条)ことを挙げている。これらに加え、担保権設定後も担保としての余力がある場合にこれを活用するニーズに対応するため、新たな規定に係る動産担保権は重複して設定することができるとしている⁽²⁷⁾。

(2) 対抗要件及び優劣関係

①対抗要件について

動産譲渡担保の対抗要件について、中間試案では、第2章第4の1(1)で以下のような提案がなされている⁽²⁸⁾。

第4 新たな規定に係る動産担保権の対抗要件等

1 新たな規定に係る動産担保権の対抗要件等（2の留保所有権の場合を除く。）

(1) 新たな規定に係る動産担保権の対抗要件

ア 個別動産を目的とする新たな規定に係る動産担保権（以下この章において「新たな規定に係る個別動産担保権」という。）の設定は、当該個別動産の引渡し（占有改定を含む。以下同じ。）がなければ、これをもって第三者に対抗することができないものとする。

イ 集合動産を目的とする新たな規定に係る動産担保権（以下この章において「新たな規定に係る集合動産担保権」という。）の設定は、その構成部分である動産の引渡しがあれば、これをもって第三者に対抗することができないものとする。その構成部分である動産の引渡しがあった場合には、当該設定後に集合動産に加入した個別動産に及ぶ当該担保権の効力についても、第三者に対抗することができるものとする。

ウ 新たな規定に係る個別動産担保権又は新たな規定に係る集合動産担保権の設定については、登記をすることができることとし、登記がされたときは、目的物である個別動産又は集合動産の構成部分である動産について引渡しがあったものとみなすものとする。

現行法下では、動産譲渡担保の対抗要件は「引渡し」であるが、動産譲渡担保は担保権設定後も担保の目的動産を担保権設定者が利用できるメリットがあるため、ここでいう「引渡し」は、目的物の占有者がそれを手元に置いたまま占有を他者に移す占有改定（民法183条）の方法によって行われる。さらに、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（動産債権譲渡特例法）3条では、法人がする動産の譲渡につき、引渡しに代えて、動産譲渡登記ファイルに譲渡の事実を登記する方法による対抗要件具備が認められている。

なお、占有改定は公示性が乏しく、第三者から譲渡担保権の存在を知ることができないとの批判があるため、かつては部会では動産譲渡担保の對抗要件を登記に一元化するという案【案 4.1.1.3】⁽²⁹⁾も出ていた。しかし、登記に一元化することは、占有改定に比べればコスト増が予想されること、特定動産の真正譲渡においては、占有改定を含む引渡しを對抗要件とせざるを得ないと思われるが、真正譲渡と新たな譲渡担保の對抗要件を異なるものとする、当事者が真正譲渡のつもりで取引をしたが、事後的にそれが担保権の設定であると判断された場合の不利益が大きい（登記がないときは對抗要件を具備していない担保ということになる）という問題が指摘されている⁽³⁰⁾。

補足説明においても、對抗要件を登記に一元化することについては、公示性を高める観点からは有効であるが、對抗要件具備のコストが大きくなり、利便性が低下することになることが指摘されている。部会においても、對抗要件を登記に一元化することを支持する意見はなく、引渡しのうち、公示性に乏しい占有改定による對抗要件具備を認めることについては、①先立つ第三者による占有改定の存否が判然とせず、債権者は、先行する担保権の存在を知らずに担保権の設定を受けるおそれがあるという問題、②その存否や前後関係が争われた場合に立証が容易ではないという問題が指摘されており、占有改定による對抗要件具備を認めないことも考えられるものの、真正譲渡と新たな規定に係る担保権の設定とで對抗要件の内容が異なると、当事者が真正譲渡のつもりでその對抗要件を具備したのに、裁判所が新たな規定に係る担保権の設定であると認定した場合に、担保権の対抗力が否定される事態が生じかねず、当事者がそのリスクを負うこととなること、実務的にも、占有改定による對抗要件具備が認められないと、設定者が引き続き目的物を占有しようとすれば動産譲渡登記をする必要があり、取引コストが増大するおそれがあることから、引渡し（占有改定）と動産譲渡登記の2種類の對抗要件が認められている現行法を維持したとの説明がなされている⁽³¹⁾。

②優劣関係について

新たな規定に係る動産担保権相互の優劣について、中間試案では第2章第4の1(2)で以下のような提案がなされている⁽³²⁾(なお、紙面の都合上、「エ アからウまでにかかわらず、登記により対抗要件を備えた新たな規定に係る動産担保権は、占有改定により対抗要件を備えた新たな規定に係る動産担保権に優先するものとする」(以下、「登記優先ルール」という)は本稿では検討から外している)。

(2) 新たな規定に係る動産担保権相互の優劣

ア 同一の個別動産に数個の新たな規定に係る個別動産担保権が設定されて競合したときは、その順位は、原則として、当該担保権について対抗要件を備えた時の前後による。

イ 同一の集合動産に数個の新たな規定に係る集合動産担保権が設定されて競合したとき(その一部が重なり合って競合する場合を含む。)は、その順位は、原則として、当該担保権について対抗要件を備えた時の前後による。

本文ア(個別動産)及びイ(集合動産)では、「同一の個別動産又は集合動産について数個の新たな規定に係る担保権が設定された場合の順位について、原則として、対抗要件を具備した時の前後によって決める」としている。その理由としては、現行法においても、動産譲渡担保権が競合する場合には、その順位は対抗要件具備の前後によって定まると考えられており、新たな規定に係る動産担保権についても重複して設定できることが前提とされており、競合した担保権の順位については、現行法と同様の規律とするのが相当と考えられるとしている⁽³³⁾。

しかし、新たな規定に係る集合動産担保権と新たな規定に係る個別動産担保権との優劣関係に扱っている本文ウでは、【案 4.1.1】(対抗要件具備時説)と【案 4.1.2】(加入時説)の2つの説が併記されている。

ウ 集合動産に1個の新たな規定に係る集合動産担保権が設定されており、その設定後に、個別動産担保権が設定された個別動産が加入したときは、新たな規定に係る集合動産担保権（が当該個別動産に及ぶ効力）と新たな規定に係る個別動産担保権との順位については、原則として、次のいずれかの案によるものとする。

【案 4.1.1】新たな規定に係る個別動産担保権について対抗要件を備えた時と新たな規定に係る集合動産担保権について対抗要件を備えた時の前後による。

【案 4.1.2】新たな規定に係る個別動産担保権について対抗要件を備えた時と当該個別動産が集合動産に加入した時の前後による。

新たな規定に係る集合動産担保権と集合動産に加入した個別動産に設定された新たな規定に係る個別動産担保権との優劣については、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、「集合物を目的とする譲渡担保権についての対抗要件具備の効力は、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」としており、新たに構成部分となった個別動産に譲渡担保権が設定されていたときは、この譲渡担保と集合動産譲渡担保権との優劣が問題となる。このうち、新たに構成部分となった動産に及んだ集合動産譲渡担保権の効力についての優劣の基準時は、集合動産譲渡担保権について対抗要件を具備した時とする立場と、個別動産が集合動産に加入した時とする立場があるとされ、判例はどのような立場を採ったのか明示していない。

【案 4.1.1】（対抗要件具備時説）は、新たな規定に係る個別動産担保権について対抗要件を備えた時と新たな規定に係る集合動産担保権について対抗要件を備えた時の前後によるものとする案であり、【案 4.1.2】（加入時説）は、新たな規定に係る個別動産担保権について対抗要件を備えた時と当該個別動産が集合動産に加入した時の前後によるものとする案である。

部会では、加入時説によると、新たな規定に係る集合動産担保権が設定された集合動産の構成部分の入れ替わりに際して、加入前の個別動産に新たな規定に係る動産担保権が設定されていた場合など、担保権者が予期せ

ぬりスクを負うとして、対抗要件具備時説を支持する意見があったのに対し、対抗要件具備時説は、集合動産への加入という事実行為の介在により個別動産に新たな規定に係る集合動産担保権の効力が及ぶことになる点を評価していないとの意見もあったため、この点については、両論があり得ることから、対抗要件具備時説と加入時説を併記するに至ったとされている。

(3) 後順位譲渡担保権者の私的実行

後順位譲渡担保権者の私的実行につき、中間試案では第3章第10で以下のような提案がされている⁽³⁴⁾。

1 劣後担保権者による私的実行の可否及び要件

新たな規定に係る動産担保権が同一の動産について複数設定されているときは、担保権者は、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り、私的実行をすることができるものとする。

「優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り」後順位譲渡担保権者は私的実行をすることができるとする案を設けた理由については、①平成18年最判も指摘しているとおり、劣後担保権者による私的実行については、優先担保権者が優先権を行使する機会が保障されるかという問題や、価格の下落が速い動産や構成部分の変動する集合動産を目的とする担保権において、優先担保権者が実行の時期及び方法を選択する利益が損なわれないかなどの問題があるため、劣後担保権者による私的実行を無制限に認めるのは相当でないが、優先担保権者が劣後担保権者による私的実行に同意している場合には、優先担保権者の利益は害されないから、劣後担保権者が私的実行をすることができるものとするのが考えられること、②部会では、同意を要件とした場合には、その有無を容易に知り得ない買受人にとって取引の安全が害されることや、濫用的な劣後担保権者が出現する可能性があることなどから、劣後担保権者による私的実行は一切許容しな

いこととすべきとの意見もあったが、優先担保権者が金融機関であり、劣後担保権者が商社、メーカー、小売り等の事業会社であるなど、劣後担保権者の方が目的物の評価や処分が容易であったり機動的な判断が可能であったりする場合があることから、劣後担保権者による私的実行を認めるニーズがあるとの指摘があり、同意の有無を容易に知り得ない買受人の保護は、即時取得によって図ることも可能である⁽³⁵⁾という理由が挙げられている。

また、私的実行にあたって同意を得るべき優先担保権者の範囲については、劣後担保権者による私的実行において優先担保権者が優先権を行使する機会が保障されるかという問題は、最優先担保権者以外の優先担保権者にも当てはまる問題であり、自分に優先する担保権者が私的実行をした場合には物上代位権を行使することによって清算金支払請求権を差し押さえることが考えられるが、清算金は、私的実行をした担保権者の被担保債権を上回る部分について生ずるものであるから、自分よりも劣後する者が私的実行をした場合の権利行使方法としては適当ではないことから、最優先担保権者以外の優先担保権者の利益を保護する観点から、劣後担保権者が私的実行をするに当たっては、全ての優先担保権者の同意を要するとしている⁽³⁶⁾。

5. 中間試案に対する意見

中間試案が公表された後、パブリック・コメントの手続が令和5年3月20日までの期間でなされた。その結果、中間試案に対し、合計73通の意見が寄せられ⁽³⁷⁾、意見が順次公表されている。以下、順に紹介していきたい。

(1) 動産譲渡担保の重複設定の可否

動産譲渡担保の重複設定の可否につき、賛成と反対の意見が見受けられ

た⁽³⁸⁾。

賛成意見として、「後順位の設定が認められている抵当権や質権と別異に解すべき理由は見当たらず、また、剰余価値を活用した資金調達を可能とすべきであり、同一の目的物について、新たな動産担保権の重複設定を認めることに賛成する」、「現行法における通説・判例を明文化するものであり、妥当である」、「重複して設定された担保権の優先順位について登記などの明確な公示がされることを前提に賛成する」、「多くの場合、非占有型の担保権の設定者は、担保権の目的物の使用収益をすることを前提としているので、提案として妥当である」等が挙げられる。

反対意見として、「設定者に所有権があるとしても、先順位担保権を害する後順位担保権を設定する権限は設定者にはなく、平成18年最判は、後順位担保権の私的実行は先順位担保権を害するののでできないことも判示している。規律を設けるのであれば、せめて、先順位担保権を害しない範囲での担保設定や譲渡が許されるに過ぎない旨…を明示するべきである（即時取得の成否は別論）。また、中間試案は、公示性のない占有改定をも対抗要件として認めており、果たしてまともな後順位担保権者や第三取得者が登場するのだろうか。さらに、現在は、担保権設定契約において、設定者が、担保権者に無断で担保を設定し、又は譲渡することは契約違反であると約定されることが多く（ネガティブプレッジ条項すらある）、まともな後順位担保権者や第三取得者が登場するのは、先順位担保権者の承諾がある場合に限られる」、「同一の買主について、狭義の所有権留保同士の重複設定を認めることには反対である」が挙げられる。

その他の意見として、「『新たな動産担保物権』を譲渡担保権とする場合、所有権の排他性により矛盾が生じる。二重に譲渡担保権を設定した場合は、二重譲渡と同じであり、対抗関係により一方の所有権しか成立しない。もし、二重の譲渡担保権と、二重譲渡を同じではないとする場合、立法的にどのように区別するか、極めて不自然な法体系になることが避けられない。…重複設定を可能にするためには、『担保物権創設型』にならざ

るを得ない」といった意見が挙げられる。

譲渡担保の重複設定が可能であれば、剰余価値を活用した資金調達が可能となり、担保価値の有効利用が促進されるメリットがある。しかし、先順位担保権を害する恐れや、占有改定を対抗要件として認めていることへの危うさから、譲渡担保の重複設定に否定的な見解もある。また、譲渡担保を純粋な「担保」と考える担保権的構成の立場からは、抵当権や質権と同様に、後順位の設定を認めることには抵抗がないと考えられる。しかし、所有権的構成の立場からは、後順位の設定は所有権の二重譲渡となってしまう。譲渡担保の法的構成の違いや、真正譲渡なのか譲渡担保なのか、その区別はどうするのかについても考える必要がある。

(2) 対抗要件および優劣関係

対抗要件および優劣関係についても、賛成と反対の意見が見受けられた⁽³⁹⁾。

①対抗要件について

引渡し（占有改定）と動産譲渡登記の2種類の対抗要件を維持する案の賛成意見として、「一律に登記が必要となると、担保取引のコストが増大するおそれがある」、「アについて、判例・実務に従うものであり賛成する。なお、設定者においてコストをかけず、より簡便に対抗要件を充足したいというニーズも未だに存することから、登記に一元化するという見解には反対である」、「イ・ウについて、実務上、保管場所に動産が現に存在しない場合であっても集合動産譲渡担保契約を締結することがあり、目的物の範囲が特定される場合には一個の集合物として譲渡担保の目的とすることができるものとされていることや（昭和62年最判）、動産・債権譲渡特例法において、保管場所に動産が現に存在しない場合にも動産譲渡登記をすることができるとしていることとも整合するものであり、賛成する」等、コストの問題や、現行の制度について特に不都合は生じていないため、あえてこれを改正する必要もないことから、賛成するといった意見が

挙げられる⁽⁴⁰⁾。

反対意見として、「占有改定は外形的には所有権が異なることが明らかではなく、当事者にしか分からない引渡し方法であり、外形的に分からない占有改定に対抗要件具備を認めるべきではなく、登記を含む第三者から見てわかる方法によって対抗要件を具備する仕組みとすべきである」、「占有改定による引渡しは、外観として担保権者のための占有であることは明らかではなく、公示性に欠ける。動産譲渡担保権の対抗要件については、登記制度等に統一することを積極的に議論するべきである」といった意見が挙げられる⁽⁴¹⁾。

占有改定は譲渡当事者間でしか知り得ない観念的な引渡しであり、外形に変化が生じない。そのため、先に占有改定によって対抗要件を備えた第三者が存在するか否か、存在するとしていつ占有改定をしたのかが判然としないため、公示性が乏しく、第三者から譲渡担保権の存在を知ることができないとの批判がある。かつては動産譲渡担保の対抗要件を登記に一元化するという案が部会で出ていたことから、占有改定を対抗要件として認めることに対しては、問題が残るとはいえる。しかし、登記一元化によるコストの問題や、現行法を維持したいとする見解もある。なお、本稿では取り上げなかった「登記優先ルール」に賛成した上で、「先行する占有改定による対抗要件具備のリスクは、登記優先のルールを設けることにより回避することができるため、引き続き占有改定による対抗要件具備も認めるべきと考える」と、登記優先ルールを前提に条件付き賛成をしている見解も存在する⁽⁴²⁾。占有改定による対抗要件と登記による対抗要件を併存させつつも、登記を優先するというルールについては、賛否が分かれるところではあるが⁽⁴³⁾、登記優先ルールを適用するためには、制度面で登記手続きの利便性や登記の公示性（閲覧のしやすさおよび公示される内容の充実）を高めることが必要との声がある⁽⁴⁴⁾。

②優劣関係について

中間試案第2章4の1(2)ア(個別動産)、イ(集合動産)が「同一の

個別動産又は集合動産について数個の新たな規定に係る担保権が設定された場合の順位について、原則として、対抗要件を具備した時の前後によって決める」とすることについて賛成する意見として、「現行法上は、動産譲渡担保権が競合した場合には、その順位は対抗要件具備の前後によって定まると考えられており、本提案は、この考え方に沿ったものであり、賛成する」、「現行法・現行実務を維持するものであり妥当である」、「中間試案は、平成18年最判の立場を前提としつつ、個別動産の担保（ア）、集合動産担保（イ）に分けて、規制を明確化しようとするものであり、賛成する」、「現行法上の約定担保権が競合したときは対抗要件の先後によって順位を定めることとされており、譲渡担保権についても、その順位は対抗要件具備の先後によるものと考えられていることから、提案に特段の異論はない」等が挙げられる⁽⁴⁵⁾。

譲渡担保権の順位を対抗要件具備の先後とする中間試案に対しては、現行法の理解とも整合するため、特に反対の意見は見当たらなかった。しかし、新たな規定に係る集合動産担保権と新たな規定に係る個別動産担保権との優劣関係を扱っている本文ウでは、【案 4.1.1】（対抗要件具備時説）と【案 4.1.2】（加入時説）の2つの案が併記されている。

【案 4.1.1】（対抗要件具備時説）に賛成する意見としては、「【案 4.1.1】は、判例法理との整合性が取れている（集合物論の帰結）」、「【案 4.1.2】によると、集合動産担保権者が認識できないままに、集合動産の中に集合動産担保権に優先する個別動産担保権の設定された動産が多数含まれることになるなどといった不都合が生じることも考えられ、妥当ではない」、「【案 4.1.2】によると、特定の集合動産について集合動産担保権の対抗要件を具備したにもかかわらず、集合動産担保権者の把握できないところで、担保権設定者が意図的に当該集合動産担保権に優先する個別動産担保権を設定した動産を集合動産に含めるといった事態も生じ得ることとなり、集合動産担保権者としては、集合動産の担保価値や融資の回収可能性について合理的に予測することが困難となり、集合動産担保融資に対する

萎縮的効果をもたらすことになる懸念がある」、「仮に【案 4.1.2】を採用した場合、『当該個別動産が集合動産に加入した時』についての立証が極めて困難かつ主観的にならざるを得ないことに鑑みると、対抗要件主義に基づく【案 4.1.1】を採用することが望ましいと考えられる」、「【案 4.1.1】は、対抗要件具備の時期に関して【案 4.1.2】よりも明確であり、取引の安全を図ることができる点で、妥当である」、「【案 4.1.1】に対して、個別動産担保権者の期待を害するという指摘があるが、個別動産担保権者は、担保権を設定する前に設定者の登記を確認して集合動産担保権の登記がなされていることを認識すれば、設定者との間で、担保目的物の動産を集合動産の場所的範囲とは別の場所に保管させるなど、当該動産を集合動産に加入させることを禁止する旨を合意することが可能である。また、設定後も、定期的にモニタリングをすることによって、設定者が動産を集合動産に加入させていないかどうか確認することが可能である。このように、個別動産担保権者としては、担保目的物の動産が集合動産に加入してしまうこと（不測の損害を蒙ること）を防止するために一定の方策を講じることは可能である。他方、【案 4.1.2】を採ると、集合動産担保権者としては不測の損害を回避するために有効な手段を取り得ない」、「個別動産に関する担保権がいったん最先順位で成立したのに、動産の移動によって集合動産譲渡担保権の対象に加入した途端、劣後的地位になることは合理的とは言えない。また、輸入ファイナンスについて特別の規定を置いて別個に救済することは困難であるという事情からも【案 4.1.1】が妥当である」、「【案 4.1.2】は、その趣旨は理解しうるものの、集合動産担保権の重複設定の場合における規律と理論的に整合しないと思われる」「集合動産担保とその他の新たな規定に係る個別動産担保権については、約定担保権相互の争いであるから、前者の対抗要件の先行具備により処理するのが相当である」等が挙げられる⁽⁴⁶⁾。

【案 4.1.2】（加入時説）に賛成する意見として、「集合動産担保を優先するような制度設計をするならば、将来担保物を構成する部分については、

個別動産担保に優先する制度にすべきと考えることから、個別動産との優劣関係については、実際に集合動産の加入という事実行為の介入という点を評価すべきであり、【案 4.1.2】を採用すべき」、「【案 4.1.1】によると、集合動産の構成物となる前に、個別動産に担保権を設定し対抗要件まで具備したにもかかわらず、当該個別動産が集合物に加入したとたんに、集合動産の対抗要件具備時点が個別動産の対抗要件具備時点より前であれば、常に個別動産の対抗要件が劣後することになるがそれは不当である。【案 4.1.2】によれば、集合動産へ担保権が設定され、対抗要件を具備した個別動産が加入すると、集合動産担保権が個別動産担保権に劣後することになるが、当事者間の契約において、対抗要件を具備した動産を集合動産に加入させないこと、もし加入させた場合には当該動産と同じ価値の動産を担保として差し入れることを合意すれば、この不都合は回避できる」、「【案 4.1.1】を採ると、個別動産譲渡担保権等が設定された個別動産を、それに優先する集合動産に加入させることで、当該個別動産譲渡担保権等を劣後させることができるようになり、個別動産の譲渡担保権者の期待を害する」、「個別動産担保権と集合動産担保権との優劣関係について、対抗要件具備の前後で優劣関係を決することは、集合動産担保権を常に優先させることになりかねない。集合動産担保権は設定後に加入した個別動産に対しても当該担保権の効力が及ぶものであるが、設定後に生産された個別動産に対して、設定前に個別動産担保権を設定することは不可能であるから、個別動産担保権者は、集合動産担保権者に常に劣後することになりかねず、公平とは言い難い」、「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る前の個別動産については、集合動産譲渡担保権の対抗力は及んでおらず、その所有者がこの個別動産を自由に処分でき、処分（譲渡担保権や留保所有権の設定、または真正譲渡など）を受けた者がこれにつき対抗要件を具備すれば、その後この動産が集合動産の構成部分になっても、この処分の方が集合動産譲渡担保権に優先すると考えるべきであり、【案 4.1.2】が妥当である」等が挙げられる⁽⁴⁷⁾。

その他の意見として、「【案 4.1.1】については、ある集合動産に集合動産担保権が設定されている場合に、当該集合動産へ後から加入する個別動産に担保権を設定した者の保護が必要と考えられるケースをどのように取り扱うか、検討する必要がある。(例：工場の機械類に集合動産担保が設定されている場合において、当該集合動産担保権者が追加的に機械類を購入するためのファイナンスに対応しなかったため、別の金融機関が追加購入機械類に個別動産担保を設定してファイナンスを行うケース)、【案 4.1.2】については、先行する集合動産担保権者としては、「個別動産が集合動産に加入した時」がいつなのかの判断が難しく、実務運用への懸念がある。また、在庫や設備の入れ替わりに伴い、新たに搬入・設置された動産に個別動産担保権が設置されていたことで、先行する集合動産担保権者が予期せぬリスクを負ってしまう可能性がある」等が挙げられる⁽⁴⁸⁾。

【案 4.1.1】(対抗要件具備時説)は、対抗要件を備えた時の前後で優劣を決めるため、シンプルでわかりやすいと考えられる。しかし、集合動産の構成物となる前に個別動産に担保権を設定して対抗要件まで具備した場合であっても、集合動産の対抗要件具備時点が個別動産の対抗要件具備時点より前であれば、常に個別動産の対抗要件が劣後することになるため、個別動産の譲渡担保権者にとって不当な結果となりうる。一方、【案 4.1.2】(加入時説)は、個別動産譲渡担保権に配慮したといえるが、先行する集合動産担保権者としては、「個別動産が集合動産に加入した時」がいつなのかの判断が難しく、先行する集合動産担保権者が予期せぬリスクを負ってしまう可能性がある。

その後、法制審議会担保法制部会第33回会議において、【案 4.1.2】の加入時説を採用するとの提案がなされている。その理由として、将来において集合動産の特定範囲に属するかが不明である時点で個別動産譲渡担保権の設定を受けた者が、その後に個別動産が特定範囲に属することとなったために集合動産担保権に劣後するとなるのは個別動産譲渡担保権者が不測の不利益を被ることになると考えられるためとしている⁽⁴⁹⁾。なお、加入

時説によると集合動産の担保価値が毀損されるおそれがあるという指摘もあったが、集合動産譲渡担保権の場合はあらかじめ動産譲渡登記を備えておくことによって登記優先ルールが適用され、個別動産譲渡担保権に優先させるという方策を採ることができるとのことである。

この点につき、現行法の登記の理解として、一般的には個別動産につき、将来譲渡した人が入手する予定の個別動産について、現時点で登記を具備したり、引渡しをしたりすることによって対抗要件を具備するということが認められていないことにも関係があると考えられる⁽⁵⁰⁾。しかし、将来債権についても譲渡行為が可能であり、あらかじめ対抗要件の具備ができるというのと同じように、「将来物」についてもあらかじめ担保権設定行為があって登記がなされていれば、あらかじめ対抗要件の具備がなされていると考えたり⁽⁵¹⁾、将来集合物となりうる個別動産について登記を備えた場合にその登記が有効と扱ったり⁽⁵²⁾等、優先順位を確保できる可能性を問う見解もある。将来債権と将来発生する予定である動産について、同じように扱うことができるのか、異なると考えるのか。これらの関係についても、今後改めて検討を行っていきたい。

(3) 後順位譲渡担保権者の私的実行

優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り後順位譲渡担保権者は私的実行をすることができる案に対しては、賛成や条件付き賛成の意見はあったものの、反対意見は見受けられなかった⁽⁵³⁾。

賛成意見として、「担保権実行のバリエーションの一つとして、劣後担保権者の担保権実行を認めるのであれば、優先する全ての担保権者の同意を必要とすべきである」、「優先する担保権者の同意があるのであれば、その利益は害されない。また、劣後担保権者の方が目的物の評価や処分が容易であったり、機動的な判断が可能であったりする場合などがあることを踏まえると、劣後担保権者による私的実行を認める必要性も認められる」、「後順位譲渡担保権者の私的実行の可否については、最判の調査官解説に

よれば、清算金に対する優先弁済権と、優先担保権が消滅した場合に最先順位譲渡担保権者になることができる地位で足りるとされていたが、優先担保権者が同意している場合にまで、劣後担保権者による私的実行を否定する必要はない」、「中間試案の提案は、平成18年最判の枠組みを採用したものであり、支持できるものと考え、その提案に賛成する。優先権者の同意がない場合には、通常の民事執行によればよいので、後順位譲渡担保権に不利益とはならない」等、優先する全ての担保権者の同意を得ているのであれば、後順位担保権者の実行を認めても問題ないとの意見が挙げられる。

条件付賛成として、「対抗要件として具備した担保権者を外部から把握できるかどうかは、設定者の認識と表明に依存するため、当該担保権者の存否を漏れなく把握することは、事実上困難である。一方、登記優先ルールを採用するときは、当該担保権者は、動産譲渡登記によって対抗要件を具備した担保権者に劣後するので、そもそも同意を得るべき者から排除することができるから、動産譲渡登記によって対抗要件を具備した担保権者のみを本提案の同意の相手とすれば足り、この点、取引の安定に資する」等、登記優先ルール（指図による占有移転によって対抗要件を具備した担保権者は結論に影響しない）を条件に賛成とする意見が挙げられる。

その他の意見として、「同一の動産に担保権が重複した場合は、従来の判例のとおり、優先する担保権者を保護するべきである。現状では、自分が第1順位であることを確かめる方法がないため、優先する全ての担保権者の同意を得なければならない規則を設けても、適切に機能させるのは難しいため、登記や公示の在り方を考慮のうえ、検討を図りたい」との意見が挙げられる。

平成18年最判は、「劣後する譲渡担保の独自の私的実行の権限を認めた場合…先行する譲渡担保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化となりかねない」として、後順位譲渡担保権者に私的実行を認めなかったが、中間試案では、優先する全ての担保権者の同意

を得た場合に限り後順位譲渡担保権者は私的実行をすることができるとした。これに対しては、優先する全ての担保権者の同意を得ているのであれば、後順位担保権者の実行を認めても問題ないとの意見が大半であったが、自分が優先する担保権者であるかどうかを確認する制度や、優先譲渡担保権者を保護する制度を設けるべきであると考えられる。また、後順位譲渡担保権者による私的実行の効果として、後順位譲渡担保権者および同意をしたすべての優先譲渡担保権者の譲渡担保権が消滅し、被担保債権の私的配当により消滅すべき額について消滅するが、これらのことも含めて優先譲渡担保権者の同意に効果を持たせるとすべきとの見解がある⁽⁵⁴⁾。後順位譲渡担保権者による私的実行に対して同意をする意味や、優先譲渡担保権者への影響についてきちんと把握した上で、場合によっては優先譲渡担保権者を保護する制度が必要であると考えられる。

6. おわりに

動産譲渡担保権の重複設定については平成18年最判が「重複して譲渡担保を設定すること自体は許される」としていたが、後順位譲渡担保権者の私的実行については否定をしており、その他の権利についても触れていなかった。そのため、学説では、後順位譲渡担保権者に何らかの方法によって私的実行を認めるべきとしたり、私的実行が認められなくても何らかの権利を付与したりする見解が見受けられた。中間試案では、平成18年最判や学説等の見解を踏まえ、動産譲渡担保権の重複設定について「新たな規定に係る動産担保権は、同一の目的物の上に重複して設定することができる」と提案がなされている。この点につき、譲渡担保の重複設定が可能であれば、剰余価値を活用した資金調達が可能となり、担保価値の有効利用が促進されるメリットがあるが、先順位担保権を害する恐れや、公示性が低い占有改定を対抗要件として認めていることへの危うさ、また、二重譲渡と譲渡担保の二重設定の区別についても考える必要がある。

また、中間試案が、引渡し（占有改定）と動産譲渡登記の2種類の対抗要件が認められている現行法を維持したことについては、占有改定は観念的な引渡しであり、外形に変化が生じないため、公示性が乏しく、第三者から譲渡担保権の存在を知ることができないとの批判があるが、登記一元化によるコストの問題や、現行法を維持すべきとの見解もある。なお、本稿では取り上げなかった「登記優先ルール」に賛成した上で、占有改定による対抗要件を残すことに賛成する意見もある。なお、債権を目的とする譲渡担保権については「登記優先ルール」を採用せず、具備方法を問わず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優劣を決定することが提案されている（中間試案6・2）。これらの関係についても、今後改めて検討を行っていきたい。

さらに、譲渡担保権の順位を対抗要件具備の先後とする中間試案に対しては、現行法の理解とも整合するため、特に反対の意見は見当たらなかったが、その「対抗要件具備」の時点については、【案 4.1.1】（対抗要件具備時説）と【案 4.1.2】（加入時説）の2つの案が併記されていた。その後、法制審議会担保法制部会第33回会議において、【案 4.1.2】（加入時説）を採用するとの提案がなされているが、対抗要件を備えた時の前後で優劣を決めるシンプルな【案 4.1.1】（対抗要件具備時説）とは異なり、先行する集合動産担保権者としては、「個別動産が集合動産に加入した時」がいつなのかの判断が難しく、先行する集合動産担保権者が予期せぬリスクを負ってしまう可能性がある。また、将来債権の譲渡の場合にはこのような概念はなく、対抗要件具備の先後で優劣をつけるとするならば、将来債権と将来発生する予定である動産について同じように扱うことができるのかどうかについても、今後改めて検討を行っていきたい。

そして、後順位担保権者による私的実行につき、平成18年最判は、後順位譲渡担保権者に私的実行を認めなかったが、中間試案では、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り後順位譲渡担保権者は私的実行をすることができるとした。これに対しては、優先する全ての担保権者の同意

を得ているのであれば、後順位担保権者の実行を認めても問題ないとの意見が大半であったが、自分が優先する担保権者であるかどうかを確認する制度や、優先譲渡担保権者を保護する制度を設けるべきであると考える。また、後順位譲渡担保権者に私的実行の効果として、後順位譲渡担保権者および同意をしたすべての優先譲渡担保権者の譲渡担保権が消滅し、被担保債権の私的配当により消滅すべき額について消滅するが、これらのことも含めて優先譲渡担保権者の同意に効果を持たせるとすべきとの見解がある。なお、優先譲渡担保権者の同意を欠く後順位譲渡担保権者の私的実行に対しても、中間試案では対策を講じているが、これらのことについても、今後改めて検討を行っていきたい。

注

- (1) 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科学研究科紀要28号156頁（2009年）。
- (2) 商事法務編『担保法制の見直しに関する中間試案』4頁、33頁（商事法務、2023年）。
- (3) 商事法務編・前掲注（2）150頁。
- (4) 水津太郎「動産譲渡担保権と動産売買先取特権の優劣——譲渡担保権の重複設定との関係」加藤新太郎ほか編『21世紀民法学の挑戦——加藤雅信先生古稀記念』29頁（信山社、2018年）。
- (5) 宮坂昌利「判解（平成18年最判）」ジュリ1336号106頁（2007年）。
- (6) 福地俊雄『新版注釈民法（9）』834頁〔柚木馨＝高木多喜男編〕（有斐閣、2001年）。
- (7) 米倉明『譲渡担保の研究』101頁（有斐閣、1976年）。
- (8) 道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』319頁（有斐閣、2017年）。
- (9) 宮坂・前掲注（5）107頁。
- (10) 千葉恵美子「判批（平成18年最判）」ジュリ1332号77頁（2007年）。
- (11) 森田修「判批（平成18年最判）」法協124巻11号124頁（2007年）。
- (12) 池田雅則「判批（平成18年最判）」『民法判例百選Ⅰ（総則・物権）〔第6版〕』199頁（有斐閣、2009年）。
- (13) 宮坂昌利「判解（平成18年最判）」曹時60巻6号237頁（2008年）。
- (14) 渡部晃「判批（平成18年最判）」金法1795号56頁（2007年）。
- (15) 片山直也「判批（平成18年最判）」金法1812号39頁（2007年）。

- (16) 渡部・前掲注(14) 57頁。
- (17) 設定者留保権説を採用する道垣内教授は後順位担保権の成立を否定している(道垣内・前掲注(8) 319頁)。
- (18) 商事法務編・前掲注(2) 90頁。
- (19) 渡邊博己「判批(平成18年最判)」NBL867号24頁(2007年)。
- (20) 丸山絵美子「判批(平成18年最判)」法セ623号119頁(2006年)。
- (21) 米倉・前掲注(7) 77頁。
- (22) 森田・前掲注(11) 234頁。
- (23) 野口和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権——ドイツ法の分析を中心に——(1)」民商114巻2号218頁以下(1996年)。
- (24) 渡部・前掲注(14) 56頁、河邊義典「判解(平成11年最決)」最判解説民平成11年度451頁(2002年)。
- (25) 森・濱田松本法律事務所「『担保法制の見直しに関する中間試案』の公表」企業再生・債権管理ニュースレター2023年2月号(<https://www.mhmjapan.com/content/files/00066421/20230216-045122.pdf>)。
- (26) 商事法務編・前掲注(2) 23頁。
- (27) 商事法務編・前掲注(2) 68頁。
- (28) 商事法務編・前掲注(2) 30頁。
- (29) 法制審議会担保法制部会第4回会議(令和3年7月13日開催)担保法制部会資料4「担保法制の見直しに向けた検討(3)」(<https://www.moj.go.jp/content/001353134.pdf>)では、「【案 4.1.1.3】新たに設ける担保物権を登記する登記制度を設け、特定動産を目的として当該担保物権が設定されたことの対抗要件をその登記に一元化する。」との案が出されていた。その理由としては、「現行法の動産譲渡担保の対抗要件として認められる占有改定について、公示性が乏しく第三者から譲渡担保権の存在を知ることができないとの批判があることを踏まえ、引渡しを対抗要件とせず、より公示性に優れた登記制度に対抗要件を一元化する」という考え方があり得る。登記に一元化することにより、第三者にとっては先行する担保物権の存否を知ることが容易になる、対抗要件具備の先後が問題になった場合に、その判断が容易になるなどのメリットが考えられる」とのことであった。
- (30) 生熊長幸「特定動産譲渡担保・集合動産譲渡担保および動産所有権留保の対抗要件と担保権の優劣を決める基準——担保法制の見直しに関する中間試案の取りまとめに向けた検討(3)に寄せて——」立命403号365頁(2022年)。
- (31) 商事法務編・前掲注(2) 92頁。

- (32) 商事法務編・前掲注(2) 32頁。
- (33) 商事法務編・前掲注(2) 34頁。
- (34) 商事法務編・前掲注(2) 17頁、90頁。
- (35) 商事法務編・前掲注(2) 90頁。
- (36) 商事法務編・前掲注(2) 91頁。
- (37) 法制審議会担保法制部会第32回会議(令和5年4月25日開催) 部会資料29-1「『担保法制の見直しに関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要(第3まで)(令和5年5月9日誤記修正) i 頁(<https://www.moj.go.jp/content/001395754.pdf>)。
- (38) 法制審議会担保法制部会第32回会議(令和5年4月25日開催) 部会資料29-1・前掲注(37) 13頁。
- (39) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2「担保法制の見直しに関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要(第4から第10まで) 2頁以下(<https://www.moj.go.jp/content/001396840.pdf>)。
- (40) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 2頁。
- (41) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 4頁。
- (42) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 6頁。
- (43) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 13頁以下。
- (44) 有吉尚哉「資金調達への動産・債権譲渡担保の活用と対抗要件の在り方(特集 担保法改正中間試案を読む)」金法2207号9頁(2023年)。
- (45) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 6頁。
- (46) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 6頁。
- (47) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 10頁。
- (48) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 部会資料29-2・前掲注(39) 11頁。
- (49) 法制審議会担保法制部会第33回会議(令和5年5月23日開催) 議事録21頁〔森下宏輝関係官発言〕(<https://www.moj.go.jp/content/001400489>。

pdf)。

- (50) 法制審議会担保法制部会第33回会議（令和5年5月23日開催）議事録・前掲注（49）25頁〔笹井朋昭幹事発言〕。
- (51) 法制審議会担保法制部会第33回会議（令和5年5月23日開催）議事録・前掲注（49）26頁〔片山直也委員発言〕。
- (52) 法制審議会担保法制部会第33回会議（令和5年5月23日開催）議事録・前掲注（49）26頁〔藤澤治奈幹事発言〕。
- (53) 法制審議会担保法制部会第33回会議（令和5年5月23日開催）部会資料29-2・前掲注（39）95頁。
- (54) 富山聡子＝中祖康智「同一の動産に複数の動産譲渡担保権が設定された場合の取扱い（担保法制への提言——実務家の視点から——）」金法2173号54頁（2021年）。