

譲渡担保の法的構成・再論

田 高 寛 貴

- 一 はじめに——問題の所在と本稿の目的
- 二 不動産譲渡担保権者の目的物処分
- 三 不動産譲渡担保の重複設定と担保権実行
- 四 結 語——法的構成論の担う役割と可能性

一 はじめに——問題の所在と本稿の目的

1 譲渡担保をめぐる現時の議論状況

譲渡担保に関する諸学説は、担保の実質に相応する解釈の帰結を導くため、いかにして「譲渡」の形式を超克していくか、いわば「譲渡」と「担保」の間隙を埋めるための法的構成を模索してきた。そして、判例も、形式上は何らの物権的権利ももたない設定者の第三者に対する権利主張を認め、また、譲渡担保権者の地位を担保権

者として扱うなど、譲渡担保を担保として扱う姿勢を一定程度みせるようになってきた。そうした状況にあって、現在の譲渡担保をめぐる議論の中心は、さまざまな局面における具体的解釈のあり方という各論的問題に移行してきており、法的構成に関しては、かつてほどさかんに論じられなくなっている。法的構成としての説をとろうが、目前にある具体的解釈を検討する上で直接影響するものではなく、法的構成を議論することの意義は見いだせない、という認識が広がっているようにも思える。¹⁾ また、現在の譲渡担保は、動産や売掛金を担保に資金調達を図るABLの制度設計に向けた基礎理論の構築として議論されることが多く、問題関心は、不動産から、流動動産、債権へと移行している。

このように、現在は必ずしも主たる関心事とはいえないにもかかわらず、本稿において、不動産譲渡担保も考察対象の中心に据えつつ、法的構成に立ち返って検討をしようとしているのは、譲渡担保の法的構成の議論の役割が過小評価されているという懸念を抱いていることによる。筆者は、あるべき譲渡担保の姿、効力を見据え、それを積極的に導出していく役割を、法的構成論は本来担うべきではないかと考えている。しかし、現在の法的構成の議論は、具体的解釈の問題を論ずる上で必要とされていないばかりか、あるべき譲渡担保の解釈論を展開していくうえで足かせにすらなっている、という感がある。法的構成の議論を意味あるものにするためにも、それぞれの法的構成が判例法理やあるべき解釈論をよりよく導ける理論たりえているのか、いま一度検証する必要があるように思われる。

動産や債権の譲渡担保に関しては、今後の旺盛な取引社会の需要も見込まれ、立法化も含めたさらなる発展が求められている。それに対し、不動産譲渡担保については、消極的に評価されるのが一般的であり、いわば、どう始末をつけるのかこそ議論されるべきともいわれる。逆の方向性が示されているが、いずれの途をたどるに

しても、あるべき譲渡担保の姿を構想し、具体的解釈論を牽引する役割を担うための法的構成を構想することが、いまこそ求められているといえるのではなからうか。

2 譲渡担保の法的構成と私見の位置づけ

譲渡担保の法的構成をめぐっては、これまで種々の議論が展開されてきた。大別すると、①譲渡担保権者は所有者そのものであって、設定者との関係で債権的拘束を受けるにすぎないとする見解（所有権移転構成）、②譲渡担保権者への所有権移転という効果は認めつつも、設定者にもなお物権的権利があるとする見解（設定者留保権説、二段物権変動説、物権的期待権説）、③譲渡担保権者は制限物権的権利を有するものとし、所有権は設定者にとどまるとする見解（制限物権的担保権構成）の三つに整理することができる。^④筆者が主張した私的実行型担保権（流担保特約付抵当権）説は、ここにいう③の制限物権構成に基本的には与するものであるが、私見をここで再度述べておきたい。^④

担保権の構成を志向する学説にあっても、上の②に掲げた設定者留保権説等は、所有権移転の形式を採った以上はそれを法的構成に反映させるべきであるとして、譲渡担保権者に所有権の帰属を認めようとするものである。しかし、「（所有権移転の形式を利用した）担保権の設定」という当事者の真意を基礎として譲渡担保の内容は規律されるべきである。中舎教授の論稿も示唆するところであるが、九四条の虚偽表示は、無効という消極的側面からではなく、当事者の有する真の意思にこそ法的効果が与えられるべきという積極的側面から把握しうるものであり、そうした見方をふまえると、譲渡担保も、所有権移転の外形については虚偽表示として効力を認めず、^⑥

所有権移転の形式を利用した「担保権設定」として譲渡担保契約を理解することは十分可能といえる。

では、所有権移転の形式を利用する担保権を設定するということの真意とは何か。清算義務の確立によって丸取りのうまみが否定された現時において、不動産譲渡担保がもちうる独自の存在意義として積極的評価をなしうるのは、私的実行を確実に行うことのできる担保権という側面である。抵当権でも私的実行はなしうるものの、後順位抵当権者等の出現によって、私的実行は容易に阻止されてしまう。この点、不動産譲渡担保によれば、後順位担保権者の出現を排することによって確実に私的実行が実現できる。そうした効用をもつ担保権であることを譲渡担保設定当事者の真意としてとらえ、それをそのまま法的構成の中核に据えようとしたのが、筆者の主張する私的実行型担保権説である。

3 本稿の目的

近時あらわれた譲渡担保研究のなかには、法的性質から演繹的に解釈論を展開する議論から脱却すべきことを指摘するものがあるが、¹⁾筆者の見解もまさにこれと軌を一にするものである。筆者の考える法的構成の議論は、譲渡の形式と担保の実質の齟齬を払拭する概念の構築をめざすというより、あるべき譲渡担保の姿、具体的解釈をふまえ、それを理論に反映させる道具を提供することを企図したものであった。その私的実行型担保権説が、譲渡担保の判例法理や、めざされるべき姿をよりよく導く理論となりえているのかを、発表から二〇年近くが経過した現在、自身において検証することは、本稿のひとつの目的でもある。

判例法理の理解には多様なものがありうるのであって、所有権的構成を維持しているとの前提で把握する見方

もありえないではない。ただ、筆者としては、あるべき解釈論へ判例法理を誘導するという見地から、ありうる多様な判例法理の理解のなから、可能な限りで私的実行型担保と整合する選択をし、もって判例法理を整理・定立することを志向するものである。

以下では、譲渡担保契約の各当事者がそれぞれどのような権利を有するのか、という問題に考察対象を限定したうえで、判例法理の現時における到達点を確認し、法的構成論がそうした具体的解釈にどう結びつくのかを明らかにすることを試みる。まず二では、譲渡担保権者の権利に関して、不動産譲渡担保における譲渡担保権者の目的物の処分について検討する。次に三では、譲渡担保権設定者の権利に関して、動産譲渡担保における譲渡担保権の重複設定の当否を検証し、あわせて私的実行型担保としての譲渡担保権の効力内容を明らかにする。以上の考察をふまえ、最後に四で、あるべき譲渡担保の効力を見据え、不動産譲渡担保、動産譲渡担保の今後を展望しつつ、法的構成論の果たすべき役割と可能性の一端を提示することとしたい。

二 不動産譲渡担保権者の処分権能をめぐって

1 弁済期徒過による処分権能取得の判例法理

（1）平成六年判決のもつ意味

譲渡担保権設定者は、弁済期後も譲渡担保権者による清算手続の完了——帰属清算では清算金の支払または清

算金がない旨の通知、処分清算では第三者への譲渡——までは被担保債務の弁済により目的物を受け戻せる、というのがかつての一般的な見方であった。ところが、最高裁昭和五七年一月二二日判決（民集三六卷一号九二頁）が弁済期徒過により譲渡担保権者は目的物の処分権能を取得する旨判示して以降、判例は一般論として、譲渡担保権者が目的物を処分すると受戻権を行使できないことを示すようになった。そして、最高裁平成六年二月二二日判決（民集四八卷二号四一四頁）は、帰属清算型でも弁済期徒過により譲渡担保権者は処分権能を取得し、一一七条の適用はないために、譲受人が背信的悪意者であっても設定者の受戻権行使は認められないことを明言した。

本判決は、帰属清算の合意は、譲渡担保権者の処分の前には無力であることを知らしめたものということもでき、本判決をもって帰属清算と処分清算の区別は契約類型としての意味を失ったとも評されている。⁸⁾ その可否についてはひとまず措くとして、ここで注目しておきたいのは、弁済期徒過をもって処分権能を取得するとされたことを反対解釈すれば、弁済期前は譲渡担保権者は目的物の処分権能を有しないという帰結が導けることである。もともと、この判決では、譲渡担保権者が処分権能のない状態で目的物を処分した場合にどのような効果もたらされるのかは明らかにされていなかった。

（2）平成一八年一〇月判決の登場

弁済期前で処分権能がない場合の扱いについて、傍論ながら、より踏み込んだ判断を示したのが、最高裁平成一八年一〇月二〇日判決（民集六〇卷八号三〇九八頁）である。同判決は、不動産譲渡担保において、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえ、その旨の登記がされたとき、設定者は、差押

登記後に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た。その理由については次のように述べられている。「設定者が債務の履行を遅滞したときは、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を取得するから……被担保債権の弁済期後は、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べきところ、譲渡担保権者の債権者による目的不動産の強制競売による換価も、譲渡担保権者による換価処分と同様に受忍すべきものといえるのであって、目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では、差押え後の受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくてもやむを得ない」。

他方、傍論ではあるが、弁済期前の差押えについては、次のような理由で、設定者が弁済期までに債務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とした。「弁済期前においては、譲渡担保権者は、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内で目的不動産の所有権を有するにすぎず、目的不動産を処分する権能を有しないから、このような差押えによって設定者による受戻権の行使が制限されると解すべき理由はない」。

この平成一八年一〇月判決は、平成六年判決が示した譲渡担保権者による目的物譲渡の場合の判断を、譲渡担保権者の債権者による差押えがなされた事例にも及ぼしたものと評価することができる。もつとも、譲渡担保権者の処分と譲渡担保権者の債権者による差押えとで、まったく扱いが同じとなるのかは議論の余地がある⁹⁾。本稿では、譲渡担保権者の債権者の差押えに特有の問題については立ち入らないこととし、平成一八年一〇月判決を、弁済期を基準として処分権能の有無により受戻権の主張の可否を判断する枠組みを明示した判決として位置づけ、さしあたり譲渡担保権者の目的物処分の事例を念頭に、以下考察を続けていくこととしたい。

2 従来の最高裁判例との関係

右の平成一八年一〇月判決は、受戻権行使の効果を「所有権の回復」と表現していることからすれば、譲渡担保を制限物権的に捉えているとはいいがたい。しかし、同判決が傍論で示唆した、処分権能のない譲渡担保権者が処分をしても受戻権行使ができるとしたことは、譲渡担保権者の所有権を否定するのと同様の帰結ともいえるものであり、判例が単純な所有権的構成にないのは明らかと云ってよいであろう。

(1) 弁済期前の処分・弁済後の処分をめぐる従前の判例

では、平成一八年一〇月判決は、弁済期前や弁済後における譲渡担保権者の不当な目的物の処分に関する従前の判例法理にどのような影響を与えるものといえるか。まずは従前の判例を簡単に確認しておこう。

(a) 弁済期前に譲渡がされた場合につき、大審院は、譲渡担保(売渡担保)権者は対外的には所有者である以上、譲受人が悪意であったとしても、有効に所有権を取得できるとした(大判大正九年九月二五日民録二六輯一三八九頁)。この判決は、譲渡担保権者に所有権があることを前提とするものといえるが、弁済期前における譲渡担保権者の目的物処分によって設定者の受戻権が消滅すると明言しているわけではなく、可能性としては、譲受人とその後に受戻権を行使した設定者との間で二重譲渡類似の関係が生じているとの見方もできなくはない。しかし、弁済期前には弁済の必要がなかったのであるから、登記をしようと思えばできたといえる場合にはあたらず、一七七条が適用できる局面にあるとはいいがたい。結論としては、処分に伴う受戻権の消滅を認めたとの解さざるをえないであろう。

(b) 債務者が弁済した後に譲渡担保権者が目的物を処分した事例について、判例には、譲受人が背信的悪意者にあたらぬ限り、設定者は登記なくして対抗できないとしたものがある(最判昭和六二年一月一二日判時一二六一号七一頁)。これも、譲渡担保権者に所有権があることを前提に、被担保債務の弁済により設定者への復歸的物権変動があったとみて、二重譲渡類似の關係と解したものと見える。ただ、(a)に記した弁済期前の処分とは異なり、この事例については、弁済後すぐに登記をせずにした設定者は、いち早く登記名義を得た譲受人に所有権を対抗できなくなるという形で、一七七条が適用される場合に組み入れて理解することも可能といべきであろう。

(2) 現時の判例法理の理解

では、これら判決によって形成された判例法理は、弁済期徒過によって処分権能を取得とした平成一八年一〇月判決を前提としたとき、なお維持されるものとみてよいか。筆者としては、判例も担保権的構成に向けて史の変遷を重ねていることをふまえ、平成一八年一〇月判決と整合しない部分については、判例法理の修正があったものとして整理する必要があると考える。平成一八年一〇月判決の理解として重要と考えるのは、譲渡担保権者の処分権能の有無が設定者の受戻権の主張の当否に決定的意味をもつとされたことである。処分権限のない譲渡担保権者から目的物を譲り受けた者は、無権利者からの譲受人と同様に処遇することを同判決は示唆していると解され、それを前提として現時における判例法理を筆者なりにまとめると、以下のとおりとなる。⁽¹⁰⁾

(a) 弁済期後の譲渡

① 「弁済期↓譲渡↓弁済」の場合、平成六年判決や平成一八年一〇月判決によれば、譲渡担保権者の譲渡は処分権限に基づく正当なものとして位置づけられることになり、設定者は、弁済による受戻権

の行使を譲受人に対して主張することはできないことになる。

(b) 弁済期前の譲渡 ② 「譲渡→弁済→弁済期」の場合、弁済期より前の譲渡である以上、受戻権の行使はなお有効と解される。次に、③ 「弁済→譲渡→弁済期」の場合どうか。弁済後の譲渡である以上、さきの昭和六二年判決のように一七七条の適用される対抗問題として処理することも考えうる。しかし、筆者は、譲渡担保権者が処分権限を有していなかった点を重視すべきであって、②と同様、受戻権の主張は認められてよいと考える。ではさらに、④ 「譲渡→弁済期→弁済」の場合どうか。弁済期を徒過した以上、設定者としては目的不動産の換価処分を受忍すべきであり、もはや弁済をしても受戻権の行使は認められない、と解せなくもない。また、学説には、弁済期の徒過によって処分権能の瑕疵は治癒されるとするものもある。⁽¹¹⁾しかし、この場合の譲受人は、無権利者からの譲受人に擬することができるのであって、もともと不当な処分であったのに、弁済期徒過により有効な処分に変じるとして処分権能の追完を認めるのは、不当な処分を助長することにもなりかねず、妥当とは思われない。⁽¹²⁾筆者としては、この場合も受戻権行使はなお認められてよいと考える。

(c) 弁済後の譲渡 ⑤ 「弁済→弁済期→譲渡」の場合、弁済期後の譲渡ではあるが、すでに弁済が完了した時点で譲渡担保権者は処分権限を失っているはずであり、もとより弁済した後には弁済期徒過に言及することは無意味であるから、(b)の各場合と同様、受戻権は認められてよいであろう。では、⑥ 「弁済期→弁済→譲渡」の場合どうか。最高裁判昭和六二年判決を前提とする限り、弁済による受戻しにつき未登記であった設定者は、登記ある譲受人に対抗できないと解される。④とは異なり、弁済期を徒過した時点で処分権限が譲渡担保権者に発生している以上、設定者と譲受人は一七七条の対抗関係にあるとみることができ、弁済期までに弁済できなかった設定者にとっては甘受すべきものとしてよいであろう。弁済後に譲渡担保権者が目的物を譲渡した場合、譲受

人が背信的悪意者にあたらぬ限り、設定者は譲受人に登記なくして所有権を対抗できないとした昭和六二年判決の帰結は、この場合にのみ維持されるものと解される。

以上に示した筆者の判例法理に対する理解は、次の二点に集約される。第一に、弁済期前で処分権能をもたない譲渡担保権者の処分については、「無権利の法理」により、譲受人は原則として所有権を取得できず、設定者の受戻権行使はなお可能である。この局面における判例法理は、従来より担保権的構成の帰結として解かれてきたことと符合する。なお、この場合でも、九四条二項により、善意の譲受人は受戻権行使を拒けることが可能である。第二に、弁済期後には譲渡担保権者は処分権能を取得することになるが、弁済期に後れて弁済がなされた後に不当に譲渡がなされた場合は、一七七条の対抗関係にあるものとして扱われる。平成一八年一〇月判決の登場によって、これと矛盾する大正九年判決はすでに現在は意味を失ったとみられ、また昭和六二年判決は、弁済期後の譲渡の場合に射程が限定されると解するものである。

(3) 判例に対する種々の評価

平成一八年一〇月判決に対しては、従来の判例法理との整合性を問題視する向きもある。また、平成一八年一〇月判決の述べる弁済期前には処分権能がないとした点はいくまで傍論にすぎないものであるとし、依然として所有権的構成を維持していると評価するものもある。⁽¹⁴⁾ さらに、学説には、弁済期前は不当な処分であるが、物権法上は、第三者へ所有権を移転する効果を生じさせることができ、不当処分により所有権は処分を受けた第三者へと移転し、この処分が受戻しと競合した場合には、二重譲渡と同様に対抗問題となるのであって、結局、判例は譲渡担保権者の権利を所有権とするのと代わりはない、とする理解も提示されている。⁽¹⁵⁾

しかし、あるべき譲渡担保の効力を模索するという視点をも入れつつ判例を把握しようとするのであれば、平成一八年一〇月判決については、処分権能のない譲渡担保権者からの譲受人に対しては設定者は受戻権を行使できるとした判決と読むべきであり、担保権的構成へ大きく歩み寄ったものとの評価は、無理なく導きうる帰結でもあると考える。

3 帰属清算における譲渡担保権者の処分権能

以上に示したのは、譲渡担保権者による譲渡と設定者の受戻権行使の可否をめぐる判例法理に関する、筆者の理解である。筆者自身は、平成六年判決には疑問があり、これまで比較的多くの学説も主張していたように、清算金支払の実効性を確保するべく、帰属清算型を原則形態とする見方を維持したうえで、清算金支払前の処分については、譲渡担保権者に処分権限がないとして受戻権行使を認めてよいと、なお考えている。すなわち、譲渡担保権者に清算義務の履行を促すためには、清算金支払まで目的物の引渡しを拒めるといっただけでなく、清算金の支払までは処分が許されないという制約も課されてしかるべきではないか。こうした要請は、仮登記担保法の立法において帰属清算に一本化されたことにも表されている。清算金を用意することが難しい譲渡担保権者もいるであろうことを想定すれば、処分清算も譲渡担保においては許されてよいものと考ええる。しかし、それはあくまで譲渡担保契約において合意されていた場合に限られるべきであろう。

平成六年判決の判示からすれば、判例が今後こうした解釈を採用する可能性は非常に低いものと筆者も推察するが、かりに将来、不動産譲渡担保の立法がなされることがあるなら、処分清算特約を容認しつつも帰属清算を

原則とする方向性がとられるべきものと考ええる。

4 小括——法的構成の議論との関係

以上に述べてきた譲渡担保権者の目的物処分に関する考察が、譲渡担保の法的構成をめぐる諸見解においてどのように帰結されることになるのか、ここでまとめておく。

(1) 所有権的構成の帰結とその限界

所有権的構成と担保権的構成とは、譲受人と設定者の関係の調整が一七七条と九四条二項のいずれによってなされるのかに相違が見いだされるが、一七七条における背信的悪意者と九四条二項における善意無過失の判断は接近しており、結局いずれの法的構成によっても結論はそれほど変わるものではないとの指摘がある⁽¹⁷⁾。また、平成一八年一〇月判決の調査官解説でも、判例は依然として所有権的構成に依拠していると述べられているが、仮にそうだととしても、判例の帰結自体は担保権的構成によるものと同様であるなら、それは歓迎されるべきことといえよう。ただ、あるべき譲渡担保の姿を構想する見地からは、所有権的構成を積極的に採用することには批判的とならざるをえないし、弁済期前の処分権能を否定する判例法理を所有権的構成で説明することには難がある⁽¹⁸⁾と考える。

学説には、担保権的構成をとるのに不可欠となる公示が存しない以上、所有権的構成をとるべき旨を積極的に説くものもある。同説は、被担保債権の弁済期到来前に、譲渡担保権者が目的不動産を第三者に譲渡した場合で

も、設定者には第三者の出現より先に目的不動産の登記を回復することは期待できないから、一七七条の原則の射程外として、後に生ずべき物権変動を登記なくして第三者に対抗できるとすれば、所有権の構成によりつつ設定者を保護することも不可能ではない、とも述べる。⁽¹⁹⁾しかし、そのような解釈では、受戻権行使が認められる範囲が筆者の考える判例法理の理解よりも狭くなるのは疑いなく、筆者としては、具体的解釈の帰結についても積極的に支持することはできない。

(2) 設定者留保権説について

では、讓渡担保権者が不当に目的物を第三者に讓渡した場合を設定者留保権はどのように説明するか。讓渡担保権者の所有権は債権担保の目的に制限を受けたものであり、他方、設定者は物権たる設定者留保権を有するのであるから、第三者は設定者留保権の制限のついた所有権を取得するにとどまるとする。そのことから、設定者に目的物の引渡しを請求できず、債務者が被担保債務を弁済すれば所有権を失うとの帰結を導く。⁽²⁰⁾設定者留保権という概念が具体的に何を意味するのかは判然としないうところがあり、受戻権と設定者留保権の関係についても必ずしも明らかではない。茫漠とした概念であるだけに、種々の局面で要請される効果を権利の内容に盛り込んで解釈することが比較的自由にでき、その意味では具体的解釈に破綻を来すことが少ないとはいえる。しかし、導かれる帰結が明らかでないというのは、具体的解釈に資する法的構成とはいいがたく、そうした観点からは消極的に評価せざるをえない。

また、九四条二項の適用がある場合にのみ讓受人が受戻権の行使を斥けることができる点、制限物権構成をとる筆者の見解とも共通する。ただ、讓渡担保権者に所有権があることを基本とする以上は、所有権的構

成をとる場合と同様、受戻権行使が譲渡担保権者から設定者への所有権の復帰として構成されることになる。設定者留保権説における論理必然ではないものの、一七七条による処理の妥当領域は、2(2)に示した筆者の見解よりも広範に及ぶものと推察される。

5 補論——設定者による目的物の引渡時期と留置権の主張

平成六年判決によれば、帰属清算の場合であっても、譲渡担保権者が目的物を処分してしまうと、もはや譲渡担保権者設定者は受戻権を行使しえなくなる。ただ、その後の判例は、譲渡担保権者に対して有する清算金支払請求権をもって、譲渡担保権設定者が譲受人に対して留置権を主張できることを明らかにしている。⁽²¹⁾ 譲渡担保権者による処分後には受戻権を否定する一方で、清算金の支払確保のために留置権を主張することを認めているのは、それはそれでバランスがとれているといえなくもない。⁽²²⁾ ちなみに、3で述べたように、筆者は、帰属清算型の場合、清算金の支払があるまでの間は、なお受戻権が認められる余地を残すべきと考えるが、かりにその立場をとったとしても、譲受人が善意の場合は受戻権が否定されることとなる。そのさいには、判例も認める留置権の主張は、清算金の支払を確保する有用な手段になると考えられる。

ここでは、清算金請求権を被担保債権とする留置権を判例が認めたことに関して、次の二つのことを指摘しておきたい。

第一は、弁済期前に譲渡担保権者が不当に目的物を処分した場合における留置権の主張に関するものである。弁済期前に目的物が処分された場合は、設定者の譲渡担保権者に対する損害賠償債権による留置権を譲受人に主

張することはできないとする（最判昭和三四年九月三日民集一三卷一一号一三五七頁）。しかし、債務者の債務不履行があつて譲渡担保権の実行として処分がなされた場合に比し、弁済期前に不当に処分がなされた場合は、債務者を保護すべき要請がより高いといえる。そうであるならば、弁済期前に処分がなされた事例については、担保権の構成を基礎に、譲受人は有効に所有権を取得しえないとし、さらに、譲受人が善意無過失であつて所有権を主張しうるときでも、損害賠償請求権を被担保債権とする留置権の主張を設定者に認める、と解するのが妥当と思われる。この場合の損害賠償請求権の内容は、清算金支払請求権と同様、実質的には目的物の評価額から被担保債権額を差し引いた額を基礎に算定されるのであり、両者は留置権の成立について同じく扱われてよいであらう。⁽²³⁾

第二に、清算金支払請求権をもつてする留置権の成立範囲についてである。帰属清算の場合、債務者への譲渡担保目的物の引渡請求は、特段の事情のある場合を除き、債務者への清算金の支払と引換えにのみ認容されるべきものと解するのが相当であるとしている（最判昭和四六年三月二五日民集二五卷二二号二〇八頁）⁽²⁴⁾。帰属清算型の場合は、目的物の引渡しが清算金の支払と引換えに行われることになるが、処分清算型の場合は、処分のために清算金の支払に先だつて目的物を譲渡担保権者に引き渡さなければならぬ。そうであるならば、特約によつて処分清算が合意された場合には、留置権が成立する余地はないと考えられる。平成六年判決をもつて、帰属清算と処分清算の別は、契約類型としての意味を失つたと解されている。しかし、清算金請求権をもつてする留置権が認められるか否かの判断基準として、帰属清算型と処分清算型の区別はなお一定の意味を有するものと解される。

三 動産譲渡担保権の重複設定と担保権実行

1 最高裁平成一八年七月二〇日判決

動産譲渡担保においては、目的物を設定者側において占有していることから、不動産におけるように、譲渡担保権者が処分をするという事態は通常は生じない。問題となるのは、譲渡担保権設定者の側で、目的物を不当処分したり、あるいは後順位の譲渡担保権を設定する事態である。

この問題について参考となるのは、養殖魚の譲渡担保に関する最高裁平成一八年七月二〇日判決（民集六〇巻六号二四九九頁）である。この判決については、流動動産譲渡担保の事例に関して、設定者が通常の営業の範囲を超える売却処分をなした場合に、処分された構成物になお譲渡担保権の効力が及ぶ余地を認めたと点が大いに注目される。ただ、本稿では、上述したような問題関心から、同判決が動産譲渡担保権の重複設定を認容しつつ、後順位譲渡担保権者による私的実行は認められない旨を判示したことについて、考察を進めていく。判決文中の該当部分の説示は次のとおりである。「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」。

2 重複設定の当否をめぐる諸見解

(1) 法的構成論と重複設定

譲渡担保について所有権の構成をとる場合、後順位譲渡担保権者は即時取得によって保護される余地はあるものの、基本的には後順位譲渡担保権の設定自体が否定される⁽²⁵⁾。これに対して、担保権的構成をとる学説の多数は、二重譲渡担保権の設定可能性を承認してきたといつてよい⁽²⁶⁾。担保権的構成のなかでも、制限物権的な構成をとった場合には、抵当権と同様にして、後順位担保権の設定は比較的容易に説明することができる。他方、設定者留保権説は、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転していることをふまえ、また、占有改定による即時取得が判例上認められていないことからすると、後順位の譲渡担保権者は、設定者留保権を担保目的として取得するにとどまる、としている⁽²⁷⁾。

では、平成一八年七月判決は、法的性質についてどのような前提をとっていると解されるか。学説の理解はさまざまである。私的実行は認められないとしつつも後順位抵当権者の存在自体は認めていることから、最高裁は担保権的構成を採用したとみるものがある⁽²⁸⁾。その一方で、この判決中で譲渡担保につき担保目的での所有権移転という説明がされていることをふまえ、重複設定を承認することが所有権的構成と矛盾するものではない、という見方をする向きもある⁽²⁹⁾。なかには、重複設定を許すかのような表現はとられているものの、後順位譲渡担保権者の私的実行を認めていない以上は、結論は所有権的構成と同じであると断ずるものもある⁽³⁰⁾。

さらに、設定者留保権説の論者によれば、平成一八年七月判決が、後順位担保権者の取得する権利に譲渡担保の実行権限が含まれないとしたことは、設定者留保権を担保目的として取得していると考える説に親和的である

とも評されている。⁽³¹⁾ なお、同判決の調査官解説は、判決は従前の学説のいずれとも異なるものの、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、設定者留保権説に近いものと思われる、との見解を示している。⁽³²⁾

(2) 重複設定に対する否定的評価

これらいずれの法的構成が妥当であり、判決と親和的といえるかについては、後に考察することとするが、学説には、譲渡担保権の重複設定自体に反対するものも少なくない。

たとえば、設定者留保権説をとる道垣内説は、理論上は上述のような構成をもって後順位譲渡担保権の成立の余地を説明する一方で、次のように述べて、後順位譲渡担保権の設定自体に否定的評価を下している。「私的実行権限がないとすると、何ができるのか。清算金請求権に対し当然に優先権を行使できる、というのも考えられるが、ここにおいても、配当手続整備されていないのでダメ、という最高裁の理屈は妥当しそうである。先順位譲渡担保権が消滅したとき、当然に順位上昇の利益を受けると言うことも考えられるが、それが全体としての判例法理に合致するのかも疑問である」⁽³³⁾。

また、重複設定に否定的な別の論者は、有用性に乏しいことや、公示方法に問題があること等を指摘する。すなわち、「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疑問が残る。なるほど、集合動産であれば、不可分な個別動産の場合と異なり、対象物の量的範囲あるいは場所的な範囲を調整することによって担保価値を重複せずにかつ有効に利用することも、場合によっては、可能であろう。しかし、仮にそうであるとしても、そのような方法では同一範囲の担保余力を利用することは困難である。」「そもそも譲渡

担保の公示方法は、通常、占有改定によって行われており、これは先順位の譲渡担保権者が把握した担保価値の公示としてきわめて不十分である。」〔後順位での譲渡登記を行う者が先順位の譲渡担保権の内容を参考にすることは困難である。結局のところ、本判決を前提とする限りでは、後順位譲渡担保権の実効性は大きくないといえよう。〕⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

しかし、筆者は、後順位譲渡担保権の効力の問題として私的実行が許されないとすることと、設定が可能であるということは別であって、所有権的構成に依拠して後順位譲渡担保権の成立自体を否定する趣旨であると判解を理解すべきではないと考える。また、私的実行が許されないとしても、後順位譲渡担保権を設定するのには、次に述べるように、一定の意義、有用性が認められると解する。

3 重複設定の有用性

筆者は、とりわけ流動動産譲渡担保については、重複設定の有用性が認められるのであって、理論によってその途を封ずるべきではないと考える。たとえば、生け簀内の養殖魚について第一順位、第二順位の譲渡担保権が設定されたとする。第一順位の譲渡担保権の被担保債務が不履行となったことにより、第一順位の譲渡担保権が実行された（具体的には、養殖魚が私的実行により売却され、売却代金をもって被担保債務の弁済に充当された）とする。このとき、いったん養殖魚がすべて消失したとしても、営業が継続している限りは、新たな養殖魚が生け簀に補充される。そうなれば、第二順位の譲渡担保権者の順位が上昇して最優先順位者となり、自らのイニシアチブによる私的実行が可能な地位になる。このように、流動性があって、新陳代謝が繰り返されるといので

あれば、第二、第三の譲渡担保権者も、順位上昇の原則によって、順次優先権を確保することが可能となるのである。

以上に述べた順位上昇の利益を享受できるという可能性については、流動動産ばかりではなく、程度の差はあれ、個別動産においても同じく妥当するものといつてよい。⁽³⁶⁾ともかくも後順位譲渡担保には實際上、そのような効用が認められると考えるものであつて、これを許さないとする必要はない。むしろ、そのような金融を実現するための理論が模索されてしかるべきであり、判例法理がこれを許さない壁となつてゐると思われぬ。

動産譲渡担保の公示方法が十分整備されていないことは否定できない。設定者が不誠実な対応をすることによつて、第二譲渡担保権が設定され、知らぬ間に実行されてしまう事態も生じなくはない。逆に、すでに譲渡担保権が設定されているにもかかわらず、それを秘して譲渡担保権が設定されるということだつてありうる。しかし、そうした問題については、即時取得で対処すればよいのであつて、担保権の維持・管理に手数がかかるのは事実だとしても、だからといつて、重複譲渡担保の設定を封じてしまう必要はないと考える。

4 譲渡担保権の私的実行

他方で、重複設定は認められるとしても、判例のいうように、私的実行は第一順位の譲渡担保権者にのみ認められるものと考えられる。動産譲渡担保については、動産抵当の実現という要請のほか、不動産譲渡担保と同様、私的実行を確実にする（後順位担保権者によつて私的実行のイニシアチブが奪われることのないような）効力が認められるべきと解される。そうであるならば、不動産譲渡担保のように後順位抵当権の出現自体を阻止すること

はないとしても、私的実行が可能となる担保としての効用を認めるため、第一順位の譲渡担保権者のみが私的実行をなしうる、との解釈が必要となる。

後順位譲渡担保権者としては、自ら担保実行をすることはできず、第一順位の譲渡担保権者の売却を妨げることはできないものの、次に掲げる三つの方策をとりうるものと考ええる。

第一には、第一順位の譲渡担保権者の過剰な売却処分禁止を求める主張である。養殖魚であれば、出荷の時期が決まっているであろうから、ばら売りということは想定しがたいが、在庫商品などについては、そもそも譲渡担保権者が実行として売却処分できるのは被担保債権の範囲内に限定される、として、それを過剰に上回る商品の売却を阻止することが認められてよいであろう。

第二に、清算金請求権に対する優先権の主張である。第一順位の譲渡担保権者が譲渡担保権の実行として目的物の売却代金を被担保債権に充当し、なお余剰が生じたときには、第一順位の譲渡担保権者に対して設定者に支払われるべき清算金を自己に支払うよう主張することもできるとしてよいであろう。裁判所による競争手続によるわけではないから、後順位譲渡担保権者が配当を受けることは手続法上保障されるものではないが、ネームプレート等による公示を施すなどして、権利の存在を明示しつつ、清算金に対する自らの権利主張を自らの努力によりなすことは認められてよいであろう。

第三に、第一順位の譲渡担保権者の実行にさいして、あえて何もしないという選択肢も考えられる。養殖魚のようなものであれば、被担保債務への充当後に余剰が生じたとしても、これを設定者に留めおくこととし、これによって稚魚を仕入れさせて出荷できる段階まで養殖してもらい、必要があれば出荷の段階で譲渡担保権の実行としての処分をする、ということも十分に考えられる。設定者としては、後順位譲渡担保権の被担保債務も不

履行となった後にあっては、「通常の営業」を継続させるのに必要である等として、仕入れに必要となる余剰金を手元に置くことを権利として後順位譲渡担保権者に主張することはもはやできないといふべきであろうが、右のような実行方法を取りうることを説いて譲渡担保権者と交渉する余地は十分あるといえよう。

5 小括——法的構成の議論との連関

動産譲渡担保の重複設定と、その場合の後順位譲渡担保権者の地位について、以上の考察をふまえつつ、譲渡担保の法的構成の議論に立ち戻って検証を試みよう。

これまで述べてきたように、後順位譲渡担保権者の私的実行が認められないことと、設定が認められないことの意味は別である。私的実行が否定されたからといって、後順位譲渡担保権の設定を否定すると同義としてとらえ、判決が所有権の構成のもとにあると理解するのは妥当ではない。

では、設定者留保権説はどうか。一定の物権的権利を設定者に認めつつも、所有権の本体は譲渡担保権者に移転すると解する同説では、第二順位、第三順位の譲渡担保権を設定することがうまく説明できない。かといって、理論上説明が不可能であるから重複設定など認められないという議論は、本末転倒であろう。また、設定者留保権は、平成一八年七月判決と親和的だとの見方もあるが、設定者留保権という権利がどのような内容をもつものかは明らかではなく、都合のよい帰結を導くためにいかようにでも用いることのできるブラックボックスのようなものである。逆にいえば、設定者留保権という概念からは、何ら具体的な効力のあり方も導きうるものではない。認められるべき効用をより積極的に主導する役割は、設定者留保権説では担いえないように思われる。設定

者留保権が第二譲渡担保権の対象となるという説明が、清算金に対する優先弁済権の限度でその効力を認める、という結論を導くものとなるのかも疑問である。

この点、筆者が提唱する私的実行型担保権説は、以上に述べたような動産譲渡担保の解釈を、直截に導くことのできる法的構成論となつていて、と考える。制限物権構成をとるから、後順位譲渡担保権の設定自体に疑問を差し挟まれる余地はなく、また、私的実行を確保するという趣旨において効力を認めるべきとするならば、第一順位譲渡担保権こそが、自らのイニシアチブで私的実行をすることが確保できる地位にあるものと解して、劣後する担保権によつてそれが脅かされることは許されるべきではないという形で、平成一八年七月判決の帰結をよりよく説明することもできるように思われる。⁽³⁷⁾

四 結 語——法的構成論の担う役割と可能性

1 譲渡担保の法的構成

以上の検討から、所有権の構成や、担保権の構成のなかでも設定者留保権説などは、どのように評価されるべきことになるかを、最後に示しておきたい。

判例は所有権の構成の基本姿勢を崩していない、という見方が根強く残っている。しかし、判例法理を単純な所有権の構成で基礎づけることはもはや不可能である。完全な所有権が一貫して譲渡担保権者にあることを認め

ながら、譲渡担保権者からの譲受人に対する設定者の権利主張を可能とする説明はできない。めざされるべき譲渡担保の効力が所有権の構成によって積極的に導けるわけでもない以上、所有権の構成をあるべき法的構成として基礎に据えることはできないものと考ええる。

では、設定者留保権はどうか。譲渡担保権者によって不当処分がなされた場合に、九四条二項による処理がなされることに関しては評価できる。しかし、何より問題なのは、設定者の有する設定者留保権なるものが、どのような内容でどういった効果をもたらすものか、また、設定者留保権の負担のある所有権を取得するとはどういうことなのか、設定者留保権という概念を示したところで、それ自体からは具体的な解釈論が導かれるものとはいえない。しかも、(筆者の考えるところによれば)有用性が認められるべき、そして判例も承認をしている後順位譲渡担保権の設定がうまく根拠づけられないという実際上の不都合もある。私的実行という側面に着目して議論をすすめていくことを考えたとき、設定者留保権説というのは、よりよい解決を提示する法的構成とは必ずしもいえないように思われる。

2 不動産譲渡担保の展望——法的構成の議論の必要性

(1) 不動産譲渡担保に対する評価

本稿冒頭でも述べたように、不動産譲渡担保は、金融機関等においてひろく用いられる担保手段とはなっていない。抵当権があれば十分であり、費用をかけて所有権の登記移転をするまでのことはない、というのが一般的な見方であろう。また、後順位担保権者の排除は、譲渡担保に供した不動産所有権の収益や担保価値の活用を妨

げる点で合理性に問題があるとの指摘もある。⁽³⁸⁾

筆者は、不動産譲渡担保については、私的実行による債権回収についての効用が認められるとは考えるものの、独自の存在意義をあえて探求すれば、そうしたところに行き着くということを描いたままでのことである。ただ、債権者が、後順位者を排除した私的実行を確実にする担保の設定を望み、それが前提ならば融資してもよい、といった場合も想定することはできるのであって、利用したいという需要があれば、それに応える必要はあると思われる。そのさいは、是認される効用である私的実行の確保に相応する効果の付与に努めるべきである。右に紹介した後順位担保権者の排除を問題とする見解に関していえば、譲渡担保に担保としての機能のみを認める解釈を貫ければ、ゆきすぎた目的物の把握という事態も回避しうると考える。

(2) 不動産譲渡担保の処遇

不動産譲渡担保に対する消極的評価を前提とした場合、今後どのような方向がめざされるべきか。

学説には、所有権的構成を徹底させることにより、「設定者にとつての過酷性を際立たせておいてそれを周知し、⁽³⁹⁾ 以て、不動産譲渡担保を回避するよう潜在的ユーザーに働きかける」提唱がみられる。しかし、譲渡担保が利用される場合としては債権者側の主導にかかるものが主であろうことを考えれば、設定者に知らしめることによつて譲渡担保の利用を抑制する効果は得られないばかりか、かえつて逆に作用するおそれすらある。

私的実行型担保という意義が辛うじて認められるとしても、抵当権の私的実行を可能とする法整備がすすめられた結果、不動産譲渡担保の完全無用論が拡大していくとすると、その行き着く先には、不動産譲渡担保を無効とする施策も十分考えられる。筆者は、より効率的な実行手続が抵当権において実現されるのは歓迎されるべき

ことであり、それによって不動産譲渡担保の存在意義がいつそう縮減されていくことに問題があるとは考えていない。しかし、金融取引の中核にはないとしても、譲渡担保という取引現象は、世の中で一定程度存在し続けることは疑いない。にもかかわらず、譲渡担保契約を全部無効として扱えば、所有権移転の効果のみならず、担保権設定の効果まで否定するのは行き過ぎであって、債権者を害する結果をもたらすことにもなりかねない。また、とりわけ判例の事案でもしばしば見受けられる親族間での取引などでは、真正譲渡と譲渡担保の区別が曖昧なことも少なくない⁽⁴⁰⁾。売渡担保概念を復活させる必要性はないとしても、⁽⁴¹⁾いずれとも判断しがたいものの一方を無効としてしまうことには問題があると考ええる。

そうであるならば、所有権移転の効果は認めない、その意味で無効という取扱いを是認しつつも、不動産譲渡担保の担保権設定としてあるべき効力を探求し、それを付与する解釈こそが要請されるように思われる。虚偽表示論を基礎とした私的実行型担保権説は、そうした道筋を描くことを企図したものである。

（3）不動産譲渡担保立法のあり方

必要性が低い、あるいは弊害が大きい、として不動産譲渡担保を抑止する立法論を展開しようとするのであれば、これを無効とするよりも、むしろ、（ある意味逆説的ではあるが）仮登記担保法のような立法を積極的に策定するのがより効果的ではないかと考える。仮登記担保法は、あるべき私的担保権実行の規範を定立したものと評価することができるが、実際には立法によって利用は激減した。それは、仮登記担保が不当な利用をされてきたことの証左ともいえよう。不動産譲渡担保についても、私的実行の手続規範としての立法を整備することによって不当な利用を廃し、その結果として利用がされなくなったとすれば、それはむしろ歓迎されるべき事態とい

てよい。その場合は、不動産譲渡担保のみを対象とした立法は実現が難しいであろうから、仮登記担保法と一体的な立法がめざされるべきこととなろう。

もちろん、立法するとなれば、利用しやすい法制となるのが望ましい。仮登記担保の課題としてしばしば指摘される、根担保の容認や、競売優先原則（仮登記担保法一五条）を是正することもこの機会にめざされてよいであろうし、現在は譲渡担保においてのみ認められている処分清算についても、厳格な要件の下で容認することも検討されてよいだろう。そうしたあるべき立法の方向性を打ち出すためにも、不動産譲渡担保の法的構成については、担保権の構成を徹底し、二三にも述べたような清算義務の実効性をもたせる解釈を展開することが要請される。また、仮登記担保法において譲渡担保にも共通に妥当する私的実行規範については、類推適用についても積極的に検討されてよいであろう。⁽⁴⁾

3 不動産譲渡担保の展望——「譲渡担保」概念の一体的把握

不動産譲渡担保とは異なり、不動産譲渡担保については、動産抵当の実現、流動財産の担保化という重要な意義をもつものであり、その意味では、動産と不動産の譲渡担保をまとめて同じ土俵で議論するのは適当ではない。しかし、私的実行型担保であるという側面において、両者は共通の基盤を有している。後順位譲渡担保権の設定は動産譲渡担保において（とりわけ流動動産の場合）は、一定の有用性が認められるものであり、不動産譲渡担保とは異なり、設定自体は認められてよい。しかし、私的実行のイニシアチブを確実にとることのできる担保としての意義や、そこから直截に導かれる、それを妨げる後順位譲渡担保権者の私的実行を許さないという効力に

については、不動産譲渡担保と動産譲渡担保とで変わるところはない。動産と不動産の両者にわたって追究をしていくことにより、より機能的・実践的な法的構成の端緒を見いだせるのではないかと考えている。

本稿では、譲渡担保の諸問題のうち、ごく限られた局面のみに焦点を絞って考察をすすめてきた。また、法的構成の議論についても、自身の私的実行型担保権説のほかは、設定者留保権説と所有権的構成に言及するにとどまる。考察対象をひろげ、より精緻な法的構成の議論の構築に向けて、研究を重ねてゆきたい。

注

(1) 松岡久和「譲渡担保立法の方向性」法学論叢法字論叢一六四卷一〜六号(二〇〇九年)八二頁は、所有権的構成と担保権的構成のいずれをとっても、実際には具体的解釈にそれほど相違が生じないことを指摘するが、ここには法的性質論のもつ意味が相対化していることが象徴的に示されているといつてよいだろう。

(2) 譲渡担保の研究・評釈等を網羅的に掲出した岡孝Ⅱ松岡久和Ⅱ和田勝行「譲渡担保関連文献目録(上)(下)」学習院大学法学会雑誌四五卷二号、四六卷一号(二〇一〇年)をみると、譲渡担保に関する議論の中心が、法的構成から各論的な検討へ、動産・不動産の譲渡担保から集合物や債権の譲渡担保、さらにはA B Lへと移り変わっていることが一瞥して分かる。

(3) 「所有権的構成」と「担保権的構成」の区分は論者によって様々である。譲渡担保権者に清算義務を課すこと等をもって担保権的構成と称するものもあるが(永石一郎「判批」金判一二六九号一一頁)、譲渡担保設定当事者間の関係においては、所有権の所在等々を問題とする必要はまったくない。第三者に対して譲渡担保権者が物権的権利を主張することができるか、という点においてこそ、法的性質を論ずる意味はある。また、学説には、譲渡担保権者への所有権帰属を認める二段物権変動説や物権的期待権説も所有権的構成として区分すべきとの見解もある(鳥谷部茂「非典型担保の法理」(信山社、二〇〇九年)二九一頁以下、千

葉惠美子「被担保債権の弁済期後における不動産譲渡担保権者・設定者の法的地位——譲渡担保論のパラダイム転換を目指して」加賀山茂還暦記念『市民法の新たな挑戦 加賀山茂先生還暦記念』（信山社、二〇一二年）二七三頁等）。しかし、重要なのは、設定者の第三者効を認めるか否かにあると考えるものであり、本稿では、担保権的構成という語は、そうした意味で用いるものとする。

(4) 田高「担保法体系の新たな展開——譲渡担保を中心として」（勁草書房、一九九六年）一五五頁以下等。

(5) 中舎寛樹「虚偽表示における当事者の目的（一）（二）名法八二号（一九七九年）七八頁以下、八三号（一九八〇年）三九七頁以下。

(6) 九四条二項における第三者保護の要件について、直接適用では条文の文言にそくして善意、虚偽表示を作出する積極的な意図がなく帰責性のみが存する類推適用では善意無過失になる、という理解を採るとすれば（中舎寛樹『民法総則』（日本評論社、二〇一〇年）一九七頁参照）、譲渡担保における第三者保護は、直接適用として、前者の判断基準が妥当することになると解される。

(7) 千葉・前掲論文二九五頁は、法的性質論から出発し、効力論を議論する思考方法から決別し、譲渡担保の担保物権の効力を合理化し、どのような効力を認めるかを検討するアプローチが求められると指摘する。

(8) 道垣内弘人「判批」法協一一二巻七号（一九九五年）九八六頁以下、半田吉信「判批」ジュリー一〇八〇号（一九九五年）一一二頁等。

(9) 平成一八年判決の調査官解説では、処分権能がある状態での差押えによっても受戻権が消滅するわけではなく、差押手続が取り消されるなど、差押えの効力が失われた場合に備えて受戻権は存続するとの見解が示されている（増森珠美「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成一八年度下一一〇六頁以下等）。

(10) 以下の叙述は、平成一八年一〇月判決の評釈において、筆者が、弁済期、差押え、受戻権行使の順序と、第三者異議の訴えの可

否の対応関係として分析したものの(田高「判批」平成一八年度重判(ジュリ一三三二号)七五頁)を基礎としている。

(11) 道垣内弘人「判批」法協二二八巻七号(二〇一二年)一九一〇頁等。

(12) 東京地判平成一〇年三月三一日金法一五三四号七八頁も、弁済期前に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を仮差押えした事例につき、譲渡担保権者が処分権限を取得していなかったとして設定者の第三者異議を認め、このことは仮差押後に弁済期が経過したことで左右されるものではない、としている(ただし、九四条二項類推適用により、当該事案における結論としては第三者異議を否定した)。

(13) 占部洋之「判批」判評五九〇号(判時一九九三号)二三頁、荒木新五「判批」判タ二二三四号(二〇〇七年)四四頁等。

(14) 金子敬明「不動産の譲渡担保——判例の立場をどのように説明すべきか」千葉大学法学論集二八巻一―二号(二〇一三年)二一八頁以下。なお、同論文では、仮登記担保法において、清算期間の経過時に被担保債権が目的物の価額の限度で消滅するとされていることをふまえ、不動産譲渡担保では設定時に被担保債権がすでに消滅していると解する余地のあることも示唆する(一九六頁以下)。そうした構成も理論的にはありえなくはなく、そのように解しても解釈上同様の帰結を導くことはできる。ただ、そのような理解は判例の立場を理解する上で必然ではないし、かつ、譲渡担保のあるべき解釈論を思考するものともいえない。被担保債権の存在を前提としない担保権というものを措定すること自体、種々の局面で迂遠な概念操作を強いられることになるように思われる。

(15) 尾島茂樹「不動産譲渡担保に関する判例理論について——譲渡担保権者の『処分権能』をめぐる」名法二四七号(二〇一二年)二二八頁。なお、同論文では、「処分権能」アプローチよりも、「受戻権」アプローチのほうが、判例法理をとらえる視角として、より整合的な説明が可能となる旨を指摘する。筆者としては、処分権能の有無に、より強固な意義が認められてよいと解するものであり、判例法理の形成において重要な意義をそこに見いだそうとするものである。

- (16) 高木多喜男『担保物権法（第四版）』（有斐閣、二〇〇五年）三四頁、横悌次『担保物権法』（有斐閣、一九八一年）三四七頁等。
- (17) 松岡・前掲「讓渡担保立法の方向性」八四頁以下。
- (18) 増森・前掲「判解」一一〇三頁。
- (19) 松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法（第二版）』（弘文堂、二〇〇八年）四一三頁以下（古積執筆）。
- (20) 道垣内・前掲書三一四頁。
- (21) 最判平成九年四月一日裁時一九三号一頁、最判平成一一年二月二六日判時一六七一号六七頁。最判平成一五年三月二七日金法一七〇二号七二頁も参照。
- (22) 道垣内弘人「判批」金法一五八一号九一頁。
- (23) 田高「私的実行型担保法規範の定立（４）」専法八一号（二〇〇一年）二〇頁、道垣内弘人「判批」リマークス二〇号（二〇〇〇年）一七頁。なお、判例は、不動産の二重讓渡において登記を得た第二讓受人に対して占有をする第一讓受人が売主に対する損害賠償請求権を被担保債権とする留置権を主張できないとしており（最判昭和四三年一月二一日民集二二卷二二号二七六五頁）、この場合の留置権の成立についても、これと同様に解して否定するものが多い。この点、金子・前掲論文二二〇頁は、讓渡担保権設定時において潜在的に清算金請求権が存在するとして二重讓渡事例とは異なり留置権が認められるとするが、この点に関しては筆者も見解を同じくするものである（なお、田高「請負代金債権を担保する留置権の第三者効」内池慶四郎先生追悼論文集『私権の創設とその展開』（慶應義塾大学出版会、二〇一三年）参照）。
- (24) 判例には、清算金支払の前に目的物不動産の明渡しを請求できるとしたものもある（最判昭和五一年二月一七日金法七七八四号三三三頁）が、この事案においては、讓渡担保権設定者が、清算金との引換給付を主張しなかったがゆえに、このような判断が示されたものと解される（岡部眞純「判批」担保法の判例Ⅱ（ジュリスト増刊、一九九四年）四八頁）。

- (25) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、一九六八年)六四九頁以下等。なお、所有権的構成をとるドイツにおける譲渡担保権の重複設定をめぐる議論については、清水裕一郎「複数の譲渡担保の競合」明治大学大学院法学研究論集三九号(二〇一三年)二一七頁以下に詳しい。
- (26) 米倉明『譲渡担保の研究』七七頁、高木多喜男『担保物権法(第四版)』(有斐閣、二〇〇五年)三五四頁以下、山野目章夫『物権法(第二版)』三〇二頁等。
- (27) 道垣内弘人『担保物権法(第三版)』(有斐閣、二〇〇八年)三二二頁。なお、鈴木祿弥『物理担保の分化』(創文社、一九九二年)三八六頁は、設定者留保権に担保権を設定することは、目的物上の後順位担保権が設定されたのと同じ結果になる、としている。
- (28) 渡部晃「判批」金法一七九五号(二〇〇七年)五六頁等。
- (29) 片山直也「判批」金法一八一二号(二〇〇七年)三九頁等。
- (30) 町田余理子「動産譲渡担保の法的構成——担保権の構成の再検討」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要二九号(二〇一〇年)一八五頁等。
- (31) 道垣内・前掲書三二二頁。
- (32) 宮坂昌利「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成一八年度八五一頁。
- (33) 道垣内弘人「集合動産譲渡担保論の新段階」金判一二四八号(二〇〇六年)一頁は、後順位譲渡担保権の成立に消極的な立場をとる。
- (34) 池田雅則「判批」民法判例百選Ⅰ(第六版)(別冊ジュリ一九五号、二〇〇九年)一九九頁。なお、渡邊博己「判批」NBL八六七号二五頁も参照。
- (35) なお、学説には、後順位担保権の設定自体が、通常の営業の範囲外であって許されないとみるものもある(足立公志朗「判批」

福島大行政社会論集二四卷二号（二〇一一年）三二頁。しかし、後順位譲渡担保権をもっては私的実行が認められないという前提をとる限り、そのような懸念は無用であると考ええる。

(36) 今尾真「判批」明治学院大学法科大学院ローレビュウ八号（二〇〇八年）六二頁は、譲渡担保の目的物が個別動産の場合と流動産の場合とで区別して論ずる必要性のあることを強調する。

(37) なお、大島一悟「判批」広島法学三二卷三号（二〇〇八年）七九頁は、後順位譲渡担保権を認める意味をもたせるためにも、先順位担保権者の権利を害さない範囲内では、その譲渡担保権者の私的実行は認められるべきであるとしつつ、手続に関する法的整備や判例法理が整うまでの間は、判決のいうように、後順位者の私的実行は難しい、とする。しかし、譲渡担保につき私的実行型担保として性質決定をし、かつ、私的実行を確保するために他の担保権者の実行を阻止する効力まで付与すると解したならば、判例法理の集積を待つまでもなく、後順位者の私的実行は認められない、とする帰結が導かれるべきものと考ええる。

(38) 松岡・前掲「譲渡担保立法の方向性」八一頁。

(39) 金子・前掲論文二二二頁。

(40) 平成一八年七月判決の事案も、実際には、譲渡担保が代物弁済なのかが判然としないうところがあったと考ええる（田高『クロススタディ物権法』（日本評論社、二〇〇八年）二九八頁参照）。

(41) 田高・前掲『担保法体系の新たな展開』二五三頁以下。

(42) 中舎寛樹「譲渡担保と既成法規——類推適用の可否を中心として」法時六六卷二号（一九九四年）四八頁以下。