

# 動産を対象とする担保方法の比較検討（二・完）

大島 一悟

はじめに

一 制度の趣旨と効力

1 留置権

2 動産先取特権

3 動産質権

4 動産譲渡担保

5 動産の所有権留保

6 その他の特別法（立木抵当・動産抵当・企業財団抵当・企業担保）

7 動産・債権譲渡特別法

二 主要判例の整理と分析

1 主要判例の整理（以上、三二卷三号）

2 上記判例の分析と各制度の趣旨及び効力との整合性の有無

三 外国における動産を利用した資金調達方法

1 ドイツ法

2 フランス法

3 イギリス法

4 アメリカ法

5 日本法との比較

四 検討

1 検討の観点

2 各制度間の競合時の優劣

3 集合流動動産をめぐる問題

4 各制度の全体としての優劣

おわりに（以上、本号）

## 二 主要判例の整理と分析

### 2 上記判例の分析と各制度の趣旨及び効力との整合性の有無

#### (1) 留置権に関するもの

留置権の成立に関して、**[1]**は、建物の造作に関して生じた債権と建物本体との牽連性を否定したもので、造作に関して生じた債権を建物に関して生じた債権と同視できるかが争われたが、造作と建物を別物と取り扱った。この点、有益費については留置権が認められることとパラレルに考えるべきだとする見解もあるが、建物と造作の価値の違いや、「建物に関して」生じた債権の範囲が不明確であり、結論は妥当である。なお、**[2]**では、造作買取請求権に基づいて土地建物を留置できるかが争われたが、判決文の中で、「物の占有者がその物に関して生じた債権の弁済を受けるまでその物を留置することを得る」としている点から、造作に関して生じた債権である造作買取請求権がある場合には、その物である造作自体の留置はできることを確認した事例として取り上げた。また、**[3]**では、目的不動産が二重売買された際の買主に損害賠償請求権を根拠とする留置権は成立しないとされているが、その実質的根拠は、これを認めると一七七条の実質的基礎を奪う点にあるとされる。<sup>②</sup>

**[4]**は売買契約の代金債権と目的物の関係について争われたもので、売買契約の当事者でない目的物所有者である第三者からの引渡請求に対しても留置権の主張が認められた点で意義がある。また、本事案では、留置権が認められる場合には引換給付判決によるべきとしたが、当事者間の公平の観点からは妥当であると考ええる。

**[5]**は、不可分性につき、留置権が成立した目的物である不動産の一部を引き渡した後も、残りの目的物について留置権の行使を認めた。本件は三筆の土地が対象となり、その全体に関して留置権が成立した後の分筆及び譲渡が行わ

れたものであり、全体に関して留置権を認めるべきであり、制度趣旨である公平の観念に合致するとされる。<sup>③</sup>

商事留置権に関しては、**[6]**により、金融機関が強く保護されることが示されたが、手形に限らないで一般論として商事留置権の効力を強く認めたことについては、商事留置権には様々なものがあり、不動産にも商事留置権が成立するかが争われていることも考慮すると、「行き過ぎた一般論」であるとの指摘もある。<sup>④</sup> 実務上は、債務者が簡単に金融機関に受取手形を預けるわけにはいなくなり、手形の管理をせざるをえなくなる等の不都合が生じる。

**[7]**は、売渡担保に関する類似判例で、不動産を売渡担保に供した債務者は、担保権者からの譲受人による明渡請求に対して担保権者への損害賠償債権をもって留置権を行使できないとされたことと逆の結論のように思える。しかし、清算金は元の契約から生じたものであるし、目的物の価値の一部であるとすれば肯定できる。また、転売されると転得者に留置権を対抗できないとすると結論の妥当性を欠くし、仮登記担保の場合には同法三条二項の丸取り禁止の趣旨にも合致する。なお、仮登記担保の類似事例でも、判例によって留置権の主張が認められている。<sup>⑥</sup> 本件では、被告から目的物である不動産を取得した者から同日に転々と売買が繰り返されており、実質は被告と同視できる事案だと考えられる点からも、結論は妥当である。

**[8]**に関し、留置権者保護のためには、留置物の所有権が第三者に移転しても、留置物の使用や賃貸についての承諾を得ていた場合には、その対抗力を及ぼすことは妥当である。しかし、清水教授は、本判決に従えば、いったん承諾が与えられてしまうと、第三者の所有権取得後の使用開始であつても、新しい所有権者に対抗できてしまうことになり、これは「少々行き過ぎ」であると指摘される。<sup>⑦</sup> 清水説によると、譲受時までに使用が開始されていなかった場合、あらためて譲受人の承諾が必要かどうかの検討を要することになる。譲受人としては、譲渡時に使用されていない場合に留置権を対抗されると、不測の損害を被るからである。なお、本判決によると、新所有者は、留置物の使用等

によって、留置権の被担保債権が早期に回収されて留置権の負担から速やかに解放されることも期待できるとの長所もある。<sup>8)</sup> 本事案では、承諾を得て使用等を行っている留置権者の地位が、設定者の目的物処分のために不安定になる不利益を考慮しても、結論は妥当であったと考える。

趣旨との整合性について、[13]では牽連性が否定されているが、趣旨は「物に関し」て生じたとはいえないといえる[1]と、一七七条との関係が考慮されたと思われる[3]では理由が異なるものの、結論は妥当である。また、[4]では留置権の効力は第三者にも及ぶことを認め、[7]では譲渡担保設定者から目的物の譲受人に対しても留置権の主張を認めており、牽連性が肯定できる場合の結論は妥当と思われる。肯否の基準は、あくまで「物」との牽連性を重視すべきであり、牽連性が認められる場合には、[8]のように第三者への権利主張も認められるべきである。

なお、[6]事案のような商事留置権については、民事留置権とは制度趣旨が異なる点、成立要件が厳格な点、取引の安全への配慮がある点を考慮すると、効力が異なる点は肯定できる。

概して、牽連性が認められれば留置権の主張が認められ、趣旨に沿った結論になっていると思われるが、牽連性の有無の認定によって認められないものもあり、その判断基準を明確にすることが今後の課題と思われる。

(2) 動産先取特権に関するもの

[9]は、三三三三条の「引渡」に占有改定も含まれると示した。「引渡」に占有改定も含むとすると、引渡しの意味が空洞化し、動産物権変動に関する對抗要件が有名無実になる。例えば、フランス民法では現実の占有を要件にその効力を認めるものもあり、日本民法は取引の安全を重視しているといえる。本判決の西原評釈によれば、第三取得者が占有改定で引渡しを受けるのは、債権担保という意味合いの場合が多く、事情をよく知っている先取特権者である賃

貸人の権利の方を優先させるべきであるとされ、私見としても西原教授の指摘は妥当だと考える。

[10]は、動産売買先取特権者の物上代位権を強く保護した。我妻見解(通説)によると、一般債権者の差押え後あるいは転付命令取得後、または一般債権者への譲渡後であっても、物上代位権の行使は可能であり、妥当である。<sup>[10]</sup>ただ、その後の下級審判例で、物上代位権に基づく差押えには「担保権を証する文書」が要求されるようになってきたことについては、そのような文書を実際には準備できない先取特権者の保護が新たな問題とされる。<sup>[12]</sup>

[11]では、[13]と異なり、買主の一般債権者による転売代金債権の差押え後に、動産売買先取特権者が物上代位権を行使することを認めていた。しかし、[16]により、差押えの意義について、抵当権と区別し、抵当権の物上代位では、目的債権の譲渡後も抵当権者は当該債権に関して物上代位権を行使できるとされた。判旨によると、抵当権では設定登記によって公示されていることが抵当権を優先させる根拠とされる。<sup>[13]</sup>この点は、債権譲渡が抵当権を妨害する目的で使われるような場合には妥当するとしても、非占有担保である抵当権に、登記さえ具備すれば強力な効力を認めることとなりかねない。

それまでは、[11]のように、目的債権の差押え後には物上代位権が行使できても、目的債権譲渡後には、もはや物上代位権は行使できないとされてきた。この点、抵当権を詐害する目的で、「安価な賃料による賃貸+通常の賃料による転貸借」とすることが横行するという問題点があったが、三七一条で債務不履行後の果実には抵当権の効力が及ぶこととなった。ただ、詐害目的ではない正常の賃貸借までもが法律の制限を受けることになったとの批判がある。<sup>[15]</sup>また、目的債権の弁済期の到来の有無については、本判決は問題としていないが、それを目的物の本来の価値である代償的価値については妥当するとしても、派生的価値である賃料債権の場合には、同一に論じてもよいのか、設定者の使用収益権との関係で検討する余地があるのではないかとの指摘もある。<sup>[16]</sup>

[12]は、動産売主の、動産売買先取特権の行使の範囲について、一般論としては、請負人が工事に目的動産を用いた場合の請負代金債権には及ばないとの判断を示しており、妥当である。そして、本件のように請負人の債務の内容を判断し、実質は当該動産の転売代金債権と同視できる特段の事情がある場合に限り、先取特権の行使を肯定したことは、「実質的な判断をすると共に、理論的な基礎を提示しており、きわめて妥当な結論」であるとの評価がなされている。ただ、一般論として請負代金債権には及ばないという点に関し、石田教授は、動産の売主に先取特権が認められるのは、公平に適うというより、「当然の措置」であり、信用売りをせざるをえない売主の目的物に対する権利は、他の一般債権者が当該動産の転売債権やそれを用いて加工した物に対して持つ期待よりも当然に優先され、このような状況の場合には、公示の有無は関係なく、先取特権者が保護されるべきであると指摘される<sup>18)</sup>。

[13]の事案は、動産売買先取特権は、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も含むとし、その譲渡及び対抗要件具備後には、先取特権の行使ができない旨の判断をしたもので、抵当権に基づく物上代位を認め[16]とは結論が逆になる。つまり、第三者の不測の損害防止を重視した。しかし、本件については①差押えには対抗要件の意味は与えられていない、②本件での債権譲渡は、別除権の存在を認識しつつ、「執行逃れ」のために行われたものと推認されるとの指摘<sup>19)</sup>があり、本件事案に関しては判決の妥当性に疑問も残る。ただ、動産売買先取特権と抵当権とで、差押えの趣旨が異なることを明らかにし、動産売買先取特権に関しては、追及効がそもそもない以上、物上代位権の追及効も否定し、対抗要件を具備した債権譲渡に劣後することを「差押えの趣旨に盛り込んだ」との整理がなされている<sup>20)</sup>。

[14]は、動産売買先取特権の目的物が工場抵当法による工場抵当権の目的物となっても、先取特権が優先することを示したものである。工場抵当法と動産売買先取特権の優劣につき、明文規定がないので解釈により、工場抵当権を動

産質権に置き換え、三三四条を根拠に工場抵当権を優先させるべきであるが、動産上の権利を消滅させる手続がないことを理由に、本件のような場合には先取特権を優先させることが妥当とされる<sup>(21)</sup>。一方、物権の優先的効力の一般原則に従い、成立順位によって優劣を決めるべきであるとする考え方もある<sup>(22)</sup>。なお、実務上の留意点として、動産売買先取特権は、目的物が売却あるいは譲渡担保に供された場合には消滅することを根拠に、「きわめて弱い担保」なので所有権留保売買にしたり他の担保を徴求すべきであるとされている<sup>(23)</sup>。尾崎教授も、動産売買先取特権を認める「利害得失を考えると、弊害の方が大きい」と指摘される<sup>(24)</sup>。しかし、動産先取特権の趣旨の所で指摘した穂積陳重委員の発言からも、売主のために認められた動産売買先取特権の趣旨は担保を要求できない、いわば弱い立場にある売主に残された「唯一の担保」<sup>(25)</sup>であることも考慮すべきである。

[15]では、構成部分の変動がない限り、占有改定の方法によっても、先に設定された譲渡担保設定の効力は新たに搬入された物にも及び、譲渡担保債権者は、当該目的動産の先取特権者に対しても優先するとされた。しかし、個別の動産に先取特権を有する者と、包括的に譲渡担保の設定を受けた者を、同様に比較できるのか、結論の妥当性に疑問が残る。本判決については、三三三条の第三取得者は所有権取得者と考えられることから、判決は所有権的構成を採用したとの見解や、動産売買先取特権との優劣については、現実の占有が債務者に残っているにもかかわらず、形式論で排除するのではなく、「両担保物権の競合を認めた上でその優先順位を決定するほうが柔軟な解決を期待できる」との指摘がある<sup>(26)</sup>。

先取特権の趣旨からは、先取特権者の保護はより考慮される必要がある。特に譲渡担保や動産・債権譲渡特例法との関係では三三三条の「引渡」に占有改定を含めると、先取特権を定めた意味がなくなりがねないため、判例の姿勢には疑問が残る。趣旨との整合性については、引渡に占有改定を認めた[9]の影響が大きいと考えられ、[13]では前述の

ような問題がある。動産売買先取特権は、[14]では工場抵当権に優先するとされたものの、[15]で集合動産譲渡担保に劣後するとされ、今後の動産・債権譲渡特例法上の債権者との関係も含めて、法定された担保である本制度の趣旨を考えると、それに見合った効力が判例でも認められているのか検討の余地がある。

(3) 動産質権に関するもの

[17]は不動産質に関する事案のため、不動産に関する別稿にて詳しく検討するが、質権の効力に関する判断がされているので紹介した。本件では、一度有効に成立した不動産質権につき、その後不動産質の設定者に目的物の占有が移転されても、当事者間での当該質権の効力は有効とされた。質権者が占有を失っただけで当事者間の質権の効力まで失わしめる必要性は低く、質権者の期待、設定者の合理的意思を考えると、本判決は妥当である。

[18]は債権質の事案なので、債権に関する別稿で詳しく検討する。債権質設定者が破産した事案で、資金があつたにもかかわらず、家賃を支払わず、質権を設定していた自己の敷金返還請求権の発生を阻害したという事実関係からは、設定者の目的債権維持義務を認めた判断は妥当である。ただ、その維持義務に違反したかどうかの判断基準の設定と運用は厳格・適切になされる必要がある、資金ある債務者が先順位担保権者に本旨弁済をせず担保権実行を受けたとき、後順位担保権者から担保権消滅につき担保価値維持義務違反を問われるおそれがあるとの指摘がある。NBLでの特集<sup>(29)</sup>でも、実務に与える影響につき、破産管財人の注意義務について多くの指摘がなされている。

[19]の事案は、所有権留保と質権設定の優劣が争われた数少ない事案である。本件で争われたのは、所有権あるいは質権の即時取得の可否であつたが、その判決文の中で「一般の動産取引全部にはこれを期待することはもとより困難であり、金額の少ない動産についてはかような措置を執らなかつたことから買受人の過失を認めることはできない」

とされており、一般論としては質権の取得が認められ、所有権留保に優先すると考えることができる。

趣旨との整合性につき、判例の姿勢は、占有を要件とする質権の趣旨からすると、設定後には強力な効力を認め、占有を失えば第三者対抗力を失わせる点では趣旨に合致している。厳格な引渡し効力要件とされる理由は、質権の公示及び留置的効力を貫徹させるための両目的があるため、どちらかに限定する必要はなく、両方の目的を汲んでいると考える。

質権に関する判例では、おおむね趣旨に沿った通り、強い効力が認められていたと思える。成立要件・存続要件共に厳格なため、その分、強い効力が認められることは妥当であり、判例の姿勢も効力に見合ったものといえると思われる。ただ、不動産に比して動産は金銭価値が低いためか、動産が目的物となった裁判例は少ない。

#### (4) 動産譲渡担保に関するもの

成立に関し、[20]では、集合動産譲渡担保の特定性の要件が充足されれば、一個の集合物として譲渡担保の目的となりうると判断された点に重要な意義があるとされる。<sup>30)</sup>しかし、本件に関しては、動産の譲渡担保の対抗要件は、ネームプレート等への明認方法などを要求すべきだとの見解や、<sup>31)</sup>特定性が争われるのは、誰と誰の間で問題になっているのか、对人的配慮も入れるべきであるとの見解もある。<sup>32)</sup>

効力に関しては、[21]によると、譲渡担保設定者が会社更生手続を開始した場合、譲渡担保権者は取戻権を行使できないとし、結果として譲渡担保を「抵当権・質権と同一に扱おうということ」<sup>33)</sup>である。しかし、あくまでも、本判決は会社更生手続に限っての解釈であり、別の場合にまで妥当するかどうかは別問題である。また、本事実から一〇年以上経った後、仮登記担保法では、仮登記担保を会社更生手続上、抵当権とみなしており、更生担保権として扱われ

ること立法的解決がはかられたとの指摘<sup>(34)</sup>もある。また、[23]の法律構成については、譲渡担保は法形式的な面では所有権が移転しているので、原則として第三者異議の訴えを肯定し、目的物の価額が被担保債権額を上回るとき、又は弁済期未到来のときは、優先弁済請求の訴えによるべきとする説を採用したとされる。譲渡担保債権者間の優劣については、[22]により、先に抵当権設定を受けた者(抵当権順位が先の者)が保護されることが明確になったが、一般論としては妥当な結論だと考える。しかし、本件事案に限れば、先順位の抵当権者(工場抵当)の行った強引な取引には問題があつたとも思える。

[24]は、輸入商品を担保に取つた債権者による、目的物転売代金への差押えを、債務者の破産宣告後にも認められたものである。近江教授は、譲渡担保の性質は抵当権と同視できる以上、物上代位が認められるとされる。そして、本件での結論は正当とされる。<sup>(36)</sup>しかし、山野目教授は、「公示手段として十分とはいえない難い占有改定を単純に登記と置き換える思考法は、(中略)物上代位の差押え前になされた債権譲受を劣位に置く帰結に結びつくが、この結果が妥当であるかは、かなり疑問」であると指摘している。<sup>(37)</sup>

[25]では、集合物譲渡担保が重複設定された場合に、後順位者による私的実行は認められないとの判断がなされた。また、設定者の目的動産の処分権限については、通常の営業の範囲内かどうかで判断されることとなった。しかし、この点については、悪意の譲受人も、原則として所有権が取得できることになるとの指摘<sup>(38)</sup>がなされている。

[26]では、譲渡担保と所有権留保の競合の場合、所有権留保売主の方が、「所有権」があることから優先されること<sup>(39)</sup>が示された。この点につき、当該目的物の所有権が誰にあるのか等の基本的な事実の確認から検討がなされていると思われる。動産では公示方法が不十分であることを考えると、不動産とは別の観点から検討が必要がある。趣旨との整合性について検討を行う際には、譲渡担保目的物は占有改定によっても所有権が移転することの可否を前

提として確認しておく必要がある。この点、判例では占有改定によって認められ、先取特権の部分でも検討したように、占有改定に強い効力を認めすぎしており、設定者の一般債権者が差押をすることが許されるかにつき、譲渡担保債権者を優先しているが、自己の権利保全のために差押の重要性を考慮し、一般債権者による差押の余地を残すことも必要と考える。そう考えても、譲渡担保債権者も差押をすることが可能な以上、一般債権者を不当に劣後させる必要性は低い。さらに、弁済期後の処分は受戻権の消滅原因になるとされるが、判例のような背信的悪意者への譲渡は権利濫用等の一般原則を使うなどの方法により、結論の妥当性への配慮が必要だと考える。

なお、後順位担保権者による処分を判例は認めていないが、先順位担保権者の地位を考慮すると妥当であり、その際の譲受人は即時取得によって保護するしかない。

個別判例では、[21]は譲渡担保の制度自体が所有権移転を目的とするものではないとの趣旨からは妥当といえ、[7]も先述の通り目的物と精算金請求権に牽連性が認められることから妥当な結論といえる。しかし、[15]・[20]・[24]・[25]は上述の通りの問題があり、[15]に特に疑問が残る。譲渡担保は、質権のように占有移転及び債権者による占有が要求されず、先取特権のように法が明文で特に保護する必要性を認めているわけではない点を考慮すると、趣旨から導かれる以上に強い効力を認めすぎているか、検証が必要である。

[7]は留置権と、[15]は動産売買先取特権との、それぞれ優劣に関する判例であり、前述2(1)及び(2)を参照。

#### (5) 動産の所有権留保に関するもの

成立に関し、[27]は、破産会社への商品販売に際している点で、包括根所有権留保は禁止される旨を明確にした。包括根所有権留保は買主を不当に不利益にさせ、売主には不当な利益を与えたとして、公序良俗違反とされた。所有権

留保の目的物等の明示を要求している点で、妥当である。この考え方は、包括的な担保権の設定時には、個別の目的物への担保設定とは異なる配慮が必要であることを示していると思われる、後述の集合流動動産を目的とする担保権と個別動産を目的とする担保権での取扱いの相違についての参考になろう。

【28】では、自動車販売に関する所有権留保につき、代金を完済したユーザーへの目的物引渡請求は権利濫用になるとされた。しかし、権利濫用法理を用いると、当該目的物の所有者は元の旧所有者であることを認めることになり、ユーザー保護には不十分であるとの指摘がある。その場合の考え方としては、目的物が流通を予定される物であれば、通常の即時取得とは異なる、在庫商品即時取得とでもいうべき特別な法理の適用があるとの学説や、留保買主に転売権限が与えられると考えて留保売主から転買人への所有権移転を認める学説があるが、動産売買先取特権に追及効が制限されていることを考慮すると、転売容認型の場合には留保売主の追及効を制限する余地があるとの指摘もある。

【29】は、リース料支払と物件利用は対価関係にあるとし、リース業者が物件の取戻によって利得を得た場合には、利用者に対して清算義務が生じるとした。つまり、物件取戻時の交換価値と、リース期間満了時の交換価値の差額が清算されるべきとした。妥当な結論と考えられる。本判決に関する評釈は肯定的なものもあるが、庄教授は、本判決に關連して、清算額算出方法等の問題が残ると指摘している。

【30】は、所有権留保付売買で買主となった人から、自己のために盗難保険契約を行うことを認めた点で、法的には所有者ではない買主が自己のための契約を行うことができるとした。本件事案では買主が自己のために契約したと考えるのが妥当と思われる、判決の結論も支持したい。ただ、目的物の所有者はあくまで留保売主であり、事案によっては留保売主保護も考える必要があると思われる。また、目的物を留保買主が留保売主へ返還する合意があっても、返還までは留保買主が被保険利益を有するとすれば、留保売主は債権者代位権あるいは所有権に基づく物上代位によって

保険金請求権を行使できないかが問題になる点が指摘されている。<sup>45)</sup>

趣旨との整合性については、自動車が目的事物となった<sup>[28]</sup>のような場合には権利濫用としてもよいが、原則は売主に所有権が残る以上は売主が保護されるべきであろうが、売主が転売を容認している場合には、新たな買主には新たな所有権移転が生ずると考える学説が多い。<sup>46)</sup>ただ、自動車事案<sup>(28)</sup>にしてもコンピューター事案<sup>(29)</sup>にしても、結論としては妥当であると考ええる。なお、法律構成としては、自動車事案では権利濫用ではなく、学説の主張するように新たな取得者への所有権移転を肯定できるのではないかと考える。他にも、<sup>[27]</sup>では公序良俗が理由とされているが一般規定によらない解決は可能か、また<sup>[30]</sup>でも法律構成は適切であるかどうかについての検証は必要と思われる。ただ、目的物の売主が担保を設定できないような場合に所有権を留保する形にして販売が行われる実体から考えれば、その売主の保護と新たな取得者との利害調整が問題となるため、趣旨に沿った判決が示されていると考える。

#### (6) 動産・債権譲渡特例法に関するもの

<sup>[31]</sup>によると、登記の際に、債務物名、債権者名へ誤記があった場合、客観的に記載されている限度での対抗力しか与えられない。また、誤記の明白性についても、概要事項書をもって原債権者が確定するのではなく、入力時の過誤によってコード取り違えがあったことが明らかでないとしており、登記に誤記があった場合にこれが明白な誤記であるか否かについて判断を下したとされる。<sup>47)</sup>なお、原債権者と原債務者を反対に記載した場合の第三者対抗要件具備の効力が問題になった判例は現時点で見当たらない。

本法では、登記によって対抗要件が具備されるが、その点は問題がないのか。また、運用開始後の期間が短いにもかかわらず、判例等で争われた事案は見つけることができないが、他の制度との関係上も同法を優遇しすぎないように配慮が

必要と考える。主に債権を目的とする場合に問題になると思われるが、約定担保では当事者の合意のほか占有等の実質的な側面が要求され、他の利害関係者との調整が図られて公平が確保されるが、本法では広範囲の動産譲渡が認められ、担保としての実質的な部分が充足されているのが問題となる。今後の学説・判例の展開を注視したい。

### 三 外国における動産を利用した資金調達方法

#### 1 ドイツ法

ドイツでは、一九七四年から一九七六年にかけて破産が急増したことから、倒産法改革との関連で動産担保の法規制問題に関する議論が活発となった。動産担保の法規制が特に問題とされたのは、動産担保が広く利用されていたにもかかわらず、公示を欠いていたからである。<sup>(48)</sup>しかし、現在も資金調達方法としての動産担保の活用方法については、日本のいわゆる動産・債権譲渡特例法や米国の UCC 第九編のような制度は見当たらなかった。

ドイツ民法典の規定における動産担保に関する規定は「極めて不十分」<sup>(49)</sup>であり、動産を目的とする物権は、所有権、用益権、質権の三種に分かれるが、資金調達として利用できるのは動産質しかないと思われる。用益権は日本民法には規定はないが、物に変更を加えずに物から利益を収取しうる物権である。<sup>(50)</sup>質権は、ドイツでは動産と債権に認められ、日本のように不動産に認められるわけではない。動産質に関し、ドイツでは、中世に無占有質や動産抵当が認められた時代もあったようだが、現在は契約による占有質が原則である。動産質には、①契約質、②法定質、③差押質の三種があり、①が基本形態で日本の質権類似、②は占有取得を要件とするかどうかで二種があり、占有取得を要件とするものは、請負人が占有取得した注文者の動産上に取得する質権が、要件としないものとしては、宿屋の主人が

客の持ち込んだ物に対して取得する質権が例として挙げられる。<sup>(52)</sup>そして、占有取得を要件としないものは、わが国でいうところの先取特権に相当する。<sup>(53)</sup>③は、債権者による動産への差押または仮差押によって生じる質権である。

しかし、質権制度は引渡が必要なため、「担保譲渡人の利害と一致しない」し「消費貸借の貸主にとっても実用的ではな」く、「公示を必要とする質権設定から隠された譲渡」へ、つまり、譲渡担保が利用されるようになった。<sup>(53)</sup>動産担保には、譲渡担保以外にも、所有権留保も含まれるが、ドイツ民法四五五条に所有権留保の規定がある以外は、明文規定がない。譲渡担保は日本と同様、慣習法によって認められ、ドイツでも有効とされてきた。譲渡人の目的物利用のため、占有改定による隠された譲渡により、動産を担保とすることが行われており、目的物が譲渡人の手許にない場合にも、動産を担保として譲渡することが行われている。<sup>(54)</sup>ドイツ民法での所有権留保の規定は、債権法の売買の項目に置かれており、売主の「代金請求権を担保」する方法として利用され、延長された所有権留保（買主が目的物を売却した際の代金あるいは代金請求権を売主に帰属させる合意により、売主の売買代金債権を担保する方法）も行われている。<sup>(55)</sup>その場合、当事者間で個別の合意があれば、合意が民法の規定に優先する。そして売主は買主から目的物を善意取得した第三者には所有権留保の主張ができず、買主に目的物返還請求を行うためには売買契約の解除が必要とされる。一方、買主は売買契約に基づく目的物占有権原を有し、売主からの目的物の譲渡を受けた第三者にも占有者の抗弁を主張できる。<sup>(56)</sup>

なお、日本の農業動産信用法に類似した「農業用益貸借人に固定資本信用の獲得を可能ならしめる法律」を承継した用益貸借信用法により、農業属具に対する登録質権を設ける方法で担保を提供する制度がある。しかし、現時点ではドイツには日本のいわゆる動産債権譲渡特例法のような制度はないため、<sup>(57)</sup>目的物の制限がなく動産を利用した資金調達を行う手法としては、譲渡担保や所有権留保が利用されることが多いようである。<sup>(58)</sup>また、流動動産についての

譲渡担保も行われており、その範囲の確定については一定場所にある物を包括的に担保とすることも行われている。<sup>(60)</sup> として譲渡担保権者は占有改定によって占有を取得するとされ、流動動産譲渡担保の場合には「予めの占有改定」も認められる。<sup>(61)</sup>

## 2 フランス法

フランスでは二〇〇六年に担保法の改正が行われた。現在では、動産に関しては、第二章第一節に動産についての担保として、不動産についての担保（第二章第二節）と区別され、明文が置かれている。

具体的には、二三二七条で、①動産を対象とする一般ないし特別先取特権、②有体動産についての質権、③無体動産についての質権、④担保として譲渡された又は留保された（動産）所有権の四つが動産についての担保として規定されており、それぞれに個別の条文がある。

二〇〇六年改正では①動産先取特権の順位の基準を規定すること、②有体動産の質権を改革すること、③無体動産の質権を現代化すること、④担保として譲渡又は留保される所有権を承認することが行われた。<sup>(61)</sup>

①では、特別先取特権が一般先取特権に優先すること、一般先取特権間及び特別先取特権間での優劣が明文化された。②では、実務の要請に従って、米国統一商事法典第九編により制度化された動産担保権を参考に、有体動産について一般制度として非占有質権が認められ、非占有質権は登記ファイルへの登記で効力が認められることとし、包括的な質権の設定・對抗要件具備を可能とした。そして要物契約ではなく、書面の作成を要求する要式契約とされ、将来の、また複数の動産の集合体にも質権設定が認められ、被担保債権も将来の不特定多数の債権をも目的とできる。なお、消費物を目的とすることも認められ、設定者は合意によって目的物を譲渡できるかわりに補充義務も明文化さ

れた。従来から行われてきた占有質権も要式契約となり、占有取得は對抗要件にすぎなくなり、流質の合意も許されるが、非占有質権と異なって留置権が認められる。両制度が并存されたのは、非占有質権では登記によって債務が公示されることを好まない者がいるからとされる。また、自動車質権も民法で明文化された。③では、債権質についての書面によることが要求されるが、公正証書による等の要件もなくなり、成立要件の緩和が行われた。債権以外の無体財産に関する質権は、特別規定がない限り有体動産質権の規定によるものとされる。④では、所有権留保が担保として明定され、売買に限定されないことも明記されたので請負契約においても認められることになった。そして公示については、第三取得者の即時取得を認める余地を残し、公示制度は設けられていない。なお、制度間の競合に関して、非占有質権は、占有質権との関係では登記と占有取得の先後で優劣が決まり、所有権留保との関係では所有権留保付きの目的物に対しては質権の即時取得は認められず、劣後する。<sup>(62)</sup>

### 3 イギリス法

英国（イングランド及びウェールズ）においては、フローティングチャージ（floating charge）と呼ばれる浮動担保制度が利用されてきた。具体的には、伝統的な不動産を目的とする固定担保に対し、会社が社債を発行する場合に、その社債権者のために、会社の絶えず変化する営業財産の上に設定される衡平法上の担保である。<sup>(63)</sup> 英国においては、一八七〇年に企業上の担保が判例によって認められ、以後、担保制度として利用されている。<sup>(64)</sup>

その特徴は三つある。①現在と将来の資産を目的とする、②チャージが設定された時点では、確認されない資産を目的とする、③実行などの一定の時点に至るまで、設定者が目的財産のコントロールを維持し、担保権者の介入を許さないチャージである。<sup>(65)</sup>

フローティングチャージは、その後、長期固定利率の借入れが会社にとって魅力的でなくなるに従い、社債のための担保制度から、銀行貸付のための担保制度という側面を強めた。そして、運用上は事業の価値ではなく、目的財産の価値をそれぞれ把握し、その価値を合算して担保価値の評価を行っている<sup>(66)</sup>。フローティングチャージ間の優劣については、原則として登記が優劣を決する<sup>(67)</sup>。しかし、後の特定担保との関係では、劣後することもあり、約款で特定担保の設定を禁止しても劣後する場合もある<sup>(68)</sup>。

#### 4 アメリカ法

動産を担保とする法制度は、米国では整備が進み、浮动担保と呼ばれる動産担保権が統一商事法典(UCC)第九編で明文化されている。ここでは、物的担保のうち、不動産以外の財産として、物品・手形・株式・積荷証券・債券・一般的な無形財産などが対象とされている。浮动担保権は、アメリカにおいては連邦最高裁判決によって明確に禁じられていた担保制度であったが<sup>(69)</sup>、領域的に施行されていた制定法や取引慣行を追認するかたちで、浮动担保権の制度が創設されることになった<sup>(70)</sup>。なお、UCCでは担保権を設定する場合のほか、債権の売買等も規定されているが、本稿では動産を対象としたものに限定して整理する。

UCC第九編は、従来の担保権の多様な法形式(質権や動産抵当権、所有権留保など)を廃止し、統一的に「担保権」概念を採用した。そして、担保財産の種類・占有の有無を問わずに原則として同一の法規定が適用され、必要に応じて、「担保財産の種類」ごとに特別規定が適用される<sup>(71)</sup>。

その特色は、①対象目的物の広さ、②特定性の緩さ、③担保権設定手続の容易さである。すなわち、①は動産の範囲として日本法では債権に該当する売掛債権や銀行預金を含み、②は集合物、将来取得物件、将来発生債権が含まれ、

③貸付証書の登録という簡便な手続を担保権の完成方法としている。<sup>(72)</sup>

いわゆる動産については、「物品」として無形財産等と区別され、「物品」は主たる使用目的によって消費者物品、設備、農産物、棚卸資産に分類されて個別の規定に従う。

対抗要件を具備しない担保権の競合があつた場合の優先順位は、日本とは異なり、先に担保権を取得した者が優先するルール（UCC九—三二二条五項(b)）が定められた。また、第三者に対する担保権の主張に際しては、日本と同様に対抗要件具備が必要（UCC九—三〇一条一項）で、対抗要件を具備した者同士の場合には先に対抗要件を具備した者が優先する。しかし、例外として①売買代金担保権者、②取引の通常の過程にいる買主に関しては、先に対抗要件を具備した者よりも優先される。①は、与信関係が誰と誰の間で生じているかによって二種類に区分されるが（当事者間か、第三者が与信を行うかでUCC九—一〇七条は区別している）、この制度を認めた理由は、(i)融資を行う者に融資のインセンティブを与え、債務者が浮動担保権者以外に融資先を得られる可能性を増す点、(ii)伝統的に、コモントリの下、債務者が新たに商品を購入する際に寄与した新たな貸主には特別の優先権が認められてきた点、(iii)買主の爾後取得財産に既に担保権が設定され登録されているときに、売主が掛売をしようとしても担保とすべきものがない点にある。<sup>(73)</sup> ②の趣旨は、「取引の安全」へ配慮したものである。<sup>(74)</sup> このように、UCC九の制度下では登録制が原則であるが、占有が対抗要件となる場合（UCC九—三二〇条）もあり、日本の動産売買の即時取得に似ている。そこでは、物品の売買が通常の業務として行われた場合の買主について、引渡による占有取得を条件に対抗要件具備が認められる。さらに、電子信用状取引などによる電子的事実により、占有による対抗要件具備のほか、支配による対抗要件具備も、担保権の優劣を決する上で必要となり、投資財産、信用状権利（これと預金勘定は支配のみが対抗要件で、登録はできない）、電子 Chattel paper（動産抵当証券）、預金勘定について支配が対抗要件とされる。<sup>(75)</sup>

## 5 日本法との比較

以上、諸外国の制度を概観すると、大きく英米法と日本を含む大陸法で異なる。英米法では、制度としてはひとつの制度、英国ではフローティングチャージ制、米国では UCC 第九編によるルールがあり、全てはそれらを基本ルールとしているといえそうである。一方、大陸法では、質権や所有権留保が法定され、個別の制度をそれぞれ構成しているといえそうである。

例えば、フランスのように明文で先取特権や質権を明定することで、法律関係を明確にするという手法や、ドイツのように、明文での規定は少なくとも、譲渡担保や所有権留保を質権とは別の法律構成で考え、具体的な事案に応じた様々な手法を使い分ける方法は、日本の制度と親和性があると思える。ただ、日本の場合は動産債権譲渡特例法により、米国の UCC 第九編に近い制度も取り入れたため、資金調達的手法としては、多くのメニューが提供されている。ドイツのように、事実上は譲渡担保か所有権留保によらざるをえないのは、従来の日本にはあてはまるが、現在は米国流の UCC 第九編によって、調達者側からみれば、手法の選択肢は広がった。フランスも、米国の UCC 第九編を参考にした制度改革を進めており、この流れには逆らえないのかもしれないが、それに伴って発生する問題についても考慮しておく必要がある。

上記で紹介した各国の制度は、イギリス・アメリカでは制度は原則として一本化されており、優劣についても原則として登記によって優劣を決している。しかし、イギリスにおける特定担保の場合が包括的なフローティングチャージに優先するとされており、特別規定は一般規定に優先することとされており、わが国でも複数あるいは不特定の目的物を対象とできる集合流動産担保や動産・債権譲渡特例法による譲渡は個別動産を目的物とする担保に劣後するとの原則を適用できないだろうか。日本民法には規定はないが、先取特権に関する三二九条二項は特別の先取特権は

一般の先取特権に優先すると規定し、特別に認められた担保権の優先について規定している。

動産・債権譲渡特例法により、従来の制度よりも使いやすい同制度の利用が促進されると考えられるものの、對抗要件具備が容易であること、目的物の先取特権者よりも後で登記を得た同法上の債権者の方が優先する点など、問題が生じかねない部分もある。この点に関しては、米国では、例外として①売買代金担保権者、②取引の通常の過程に  
いる買主の二者は先に対抗要件を具備した者より保護されるとされており、利害関係者間の優劣の調整がなされている。動産・債権譲渡特例法は、UCCを参考にしたものといわれているが、当事者間の利害関係を調整するこのよう  
な規定は日本では見当たらず、立法者意思によると、売買代金先取特権者などは不利益を受けることになりかねない。  
この点の解決策としては、米国の上記例外規定を参考にする余地もあろう。ただ、UCCでも例外の例外としてUCC  
C九―三三四条(h)で建設モーゲージは定着物売買代金に優先するとされている点には注意を要する。

## 四 検討

### 1 検討の観点

これまででは、各制度及び判例の取扱いを個別に検討したが、以下では、各制度間の優劣につき、それぞれの競合の  
場合の優劣を検討する。その際、各制度の趣旨、すなわち留置権は当事者間の公平、先取特権は法が特に必要と認め  
た場合の債権者保護、質権は厳格な要件が課される一方で強力な効力が認められる点などをふまえ、競合時の優劣を  
検討する。原則として、明文のある場合にはそれに従い、明文なき場合は、①担保の合意の有無、②担保権者の実体的  
権利内容、③被担保債権との関連性の強弱、④担保内容の公示の有無、の観点から検討する。<sup>16)</sup>

これらの観点を使用する理由は、①では、約定担保の場合は必ず当事者間での担保設定の合意が必要であり、その内容を明確にしておかないと当事者間及び第三者に対して権利主張できない点に、②では、担保権者が権利主張するためには、①の合意あるいは法定担保権による、その根拠及び権利内容を明らかにすることで、他の権利との比較が可能になると考える点に、③では、債権者の当該目的物への期待は、その債権と目的物の関係の強弱によって異なると考えられる点に（先取特権では債務者の全財産を対象とする一般先取特権は、特別先取特権に劣後する三二九条二項がある）、④では、他の利害関係人は、公示があれば担保権の存在を知ることができるし、担保権者も目的物の直接占有等があれば、高い期待を有すると考えられる点にある。そして、①②③で認められる当事者間の権利をもとに、④で第三者への対抗力について検討を行うのが妥当と考える。

なお、動産・債権譲渡特例法上の「譲渡」に関しては、担保目的の場合に限定して検討する。

## 2 各制度間の競合時の優劣

### (1) 動産先取特権に関するもの

条文の順に従うと留置権から先に検討すべきと思われるが、先取特権に関しては明文があるため、先に検討する。先取特権間の優劣については、三三〇条に優劣が規定され、三三二条で同一順位者は債権額に応じて優先権を有する旨が明記されている。次に、追及効については三三三条で第三者に引き渡された後は効力がない旨が明記され、動産質との関係は三三四条にて動産質権者は第一順位の先取特権者（三三〇条参照）と同一とされることが規定されている。<sup>(28)</sup>

先取特権には、第二章 2 でみたように、一般先取特権として①共益費用、②雇用関係、③葬式費用、④日用品供給、



(2) 留置権に関するもの

留置権者には、②③④の観点から強い権利が認められ、質権との関係では、留置権には優先弁済権はないものの、留置することのできる留置的効力が認められるため、事実上は優先弁済を得られる。譲渡担保との関係では、留置権行使が認められ、②④の観点からも妥当である。また、動産・債権譲渡特例法との関係においても、留置権者が目的物を留置している場合、事実上の優先弁済を受けることができることになり、同様の観点から妥当である。

(3) 動産質権に関するもの

質権者には、①②③④の全ての観点から強い権利が認められ、目的物に関して譲渡担保や所有権留保売買が行われたとしても、質権を行使できる。しかし、動産・債権譲渡特例法との関係では、「引渡」の先後で優劣が決するため、<sup>(80)</sup>質権設定時に同法上の引渡しがなされていないかどうかの確認が必要となろう。この点については、質権では引渡のほか債権者による占有継続が要求され、目的物との附従性が強い等の②の観点も考慮すべきである。

(4) 個別動産譲渡担保に関するもの

所有権留保との関係では、所有権留保売主には所有権があり、譲渡担保設定で所有権移転が生じないとすれば、譲渡担保債権者は劣後することとなる(②の観点及び<sup>[26]</sup>参照)。ただし、即時取得(一九二条)成立の余地もある。動産・債権譲渡特例法の担保目的譲渡との競合では、譲受の前後で優劣を決するのが原則である。<sup>(81)</sup>両者の優劣に関しては、④の観点では動産・債権譲渡特例法が優先するとも思えるが、前提となる実体的権利からの検討が重要である。そして、②及び③の観点からの判断は事案によって異なると考えられ、優劣をつけることはできない。<sup>(82)</sup>

(5) 動産の所有権留保に関するもの

動産・債権譲渡特例法との関係では、譲渡担保と同様、登記が先にされたかどうかで結論が分かれることとなり、目的物によっては所有権留保での売買時にはその確認を先にする必要が生じると考えられる。しかし、②の観点からは所有権留保を優先させる余地もあろう。

3 集合流動動産をめぐる問題

上記では個別動産を念頭に置いて整理・検討を行ってきたが、集合動産を目的とする場合に、個別動産と同様の前提で考えることができるか、特に集合流動動産の場合は目的物が随時入れ替わることもあり、異なる担保権者間の利害が対立する場合に問題となる。動産を担保とする場合は集合流動動産を目的とする場合も多いと考えられ、動産・債権譲渡特例法でも譲渡することが可能となっているため、個別動産と集合流動動産で同様の取扱いをしてよいか、また、譲渡担保あるいは動産・債権譲渡特例法と動産売買先取特権の関係での優劣は個別の動産の場合と異なるかについて検討する。

(1) 個別動産と集合流動動産の取扱い

当事者間（設定者と担保権者の間）では、集合流動動産への担保設定が認められるので、留置権や質権のように担保権者が目的物を占有している場合には個別動産が複数になった場合として扱うことができる。しかし、担保権者が目的物を占有していない場合、例えば動産売買先取特権者と譲渡担保債権者の競合時には、個別動産と集合流動動産で同様に扱うことができるか。

集合流動動産を目的とする譲渡担保債権者と動産売買先取特権者の競合時において、判例によると目的物が譲渡担保の目的として特定されている場所へ搬入されれば、三三三条によって譲渡担保債権者が優先することになる。搬入を引渡しと考えると、確かに判例通りの結論となり、個別動産と集合流動動産で差異はない。しかし、個別動産を目的とする場合と異なり、集合流動動産であれば、譲渡担保債権者は随時新たな目的物を担保とすることができ、動産売買先取特権者よりも目的物の対象が広いと考えることができる。<sup>83)</sup>

債権者が単一の動産のみを対象として担保権を主張できる場合と複数の目的物を対象にできる場合では、差を設けるべきで、単一の動産にしか権利主張できない者を保護すべきである。よって、同様の取扱いはできないと考える。

(2) 譲渡担保あるいは動産・債権譲渡特例法と動産売買先取特権の関係

集合動産譲渡担保権と動産売買先取特権は對抗要件を基準に比較ができないため、債権・担保権の強弱という観点から、原則として集合動産譲渡担保権を優先させるとの見解もある。<sup>84)</sup> また、集合物概念の実質は、価値的なものに対する優先的支配権であるとする説もある。<sup>85)</sup> しかし、担保権ではないにしろ、動産売買先取特権が当事者間の公平を趣旨として法定され、特に担保を取得できない立場の弱い売主にとっては、動産売買先取特権への期待が大きい点も考慮すると、必ずしも債権・担保権の強弱が集合動産譲渡担保権と比して弱いとはいえないと考える。

また、譲渡担保の効力は特定した場所に現存するものにか及ばないとはいえ、現存する他の目的物や将来的に搬入される目的物への効力も認められる点、及び利益衡量の観点からも先取特権者を優先させるべきである。

以上から、集合流動動産を目的とする場合には、個別動産を目的とする場合より先取特権者を保護する必要性・許容性は高く、個別の譲渡担保の場合に比して動産売買先取特権者を保護する余地は広くなる。

動産・債権譲渡特例法による譲渡と先取特権の関係でも、特に先取特権が他に担保を取ることができない立場の弱い債権者のための制度であることを考慮すると、個別動産を対象とする場合以上に先取特権者の保護の必要性は高い。また、特例法による譲受人は譲渡担保債権者同様に他の目的物をも対象とできることから、先取特権を優先させる許容性も肯定できる。

よって、どちらの場合にも動産売買先取特権が優先すると考える。このことは、後述4(3)で個別の動産を対象とした場合にも動産売買先取特権が優先すると考える点、及び前述三5で示した三二九条二項の、特別の担保は一般の担保に優先するとの考え方も矛盾しない。

#### 4 各制度の全体としての優劣

##### (1) 趣旨から認められる効力による各制度間の優劣を検討する意義

前述2及び3より、結果として、先取特権と譲渡担保あるいは、動産・債権譲渡特例法と他の制度の関係の場合に、当事者間の予期しない結果（当事者間の期待に沿わない結果）となりうる場合が生じることが想定される。そこで、これらの点を明確にした上で、本来あるべき制度間の優劣について考えたい。

ひとつの試みとして、第二章で検討した七つの制度のうち、その他の特別法による制度を除いた担保方法の中での優劣をつけると、判例によると以下のようになる。各制度によって、それぞれの制度趣旨が異なり、必ずしも競合が生じない場合もあると思われる、同じレベルでの比較は難しいことから、優劣を決するのは困難であるが、制度の効力を比較することで制度を利用する当事者の予測可能性向上に資すると考え、あえて順位付けを試みたい。なお、先取特権には種類が多く、一概に比較できないことから、動産を目的とした場合に他の権利と争われることが多いと思わ

れる動産売買先取特権を念頭に検討したい。

(2) 判例による優先順位

最初に、判例・実務による優劣を整理し、次に、趣旨から導かれる優劣を検討する。

まず、留置権は目的物を留置して弁済を間接に強制するだけの担保物権なので、法律上他の担保物権との競合や優先関係は生じないが、事実上優先的に弁済を受けない限り目的物を留置できるので、最も強い。**[7]****[8]**でも強い効力が認められている。

次は質権になると考える。質権設定契約は要物契約であり、占有を継続しなければ第三者に対抗できないなど、厳しい要件が課されている分、不可分性や優先弁済権、簡便な実行が認められ、強い効力が認められるからである。なお、動産質は三三四条より、三三〇条一項一号と同順位と扱われることから、動産売買先取特権(三三〇条一項三号)に優先する。所有権留保との関係でも、**[9]**より、質権が優先すると考えることができる。

動産売買先取特権の位置付けについては、**[14]**で工場抵当権に優先するものの、**[15]**より、判例では譲渡担保に劣後するとされている。

また、譲渡担保と所有権留保では、**[26]**より、所有権留保の方が優先するとされる。しかし、本判決は、所有権留保の目的物に譲渡担保を設定しても、譲渡担保債権者は優先できないとしたにすぎないと思われる。譲渡担保を動産抵当と考えると、**②**の観点からも妥当である。

なお、所有権留保と質権では、質権設定は裁判例**[19]**で、「一般の動産取引全部にこれ(括弧内は筆者…所有権留保買主の質入に際して質権者が設定時に所有者に目的物の権利関係を確認すること)を期待することはもとより困難な

ので…」としており、「金額の少ない動産については」<sup>(85)</sup>質権の即時取得が認められると考えられる。

譲渡担保と動産・債権譲渡特例法の関係は、立法担当者によると、引渡がされたときと同法上の登記がされたときの先後で決することになっているため同順位となるが、担保の実質と合致しているか検討が必要である。

以上から、留置権、質権、所有権留保、譲渡担保及び動産・債権譲渡特例法（両者は同順位）、動産売買先取特権の順になりそうである。

### (3) 趣旨から導かれる制度間の優劣

上記の判例・実務上の運用は趣旨に沿ったものになっているか。各制度の趣旨からは、動産売買先取特権は譲渡担保よりも優先すべきであると考ええる。なぜなら、確かに判例<sup>(9)</sup>では譲渡担保設定の際の「引渡」（三三三三条）は占有改定による場合にも認められるが、三一九条の適用を受けない三三二一条以下（動産売買先取特権も含む）の先取特権に十分な保護を与えるため、現実の引渡に限定すべきとの見解<sup>(86)</sup>もある。また、三一九条を三三三三条の場合にまで拡大し、債務者の所有物でなかった動産にまで先取特権が成立するのだから、当初から債務者の財産に属した物について債務者が目的動産の占有を続けている以上、善意無過失の先取特権者はその動産上に先取特権を行使できるとする説<sup>(87)</sup>もある。また、譲渡担保債権者は債務者の他の財産を担保目的物とすることもできる点を考慮すると、動産売買先取特権の方が対象が限定されており、保護する必要性は高い。なお、集合動産譲渡担保と動産売買先取特権との競合の場合には、個別動産の譲渡担保の場合よりも譲渡担保の目的物の範囲は拡大することから、動産売買先取特権を保護する必要性はより高まる。この点につき、<sup>[15]</sup>は三三三三条を根拠に引渡を肯定し、譲渡担保を優先させたが、学説は、<sup>(88)</sup>

①先取特権の成立時と個別動産の搬入時の先後で決する説、<sup>(89)</sup>

②約定担保権である集合動産譲渡担保権を原則として優

先する三三四条を類推適用する説<sup>(91)</sup>、③実行によって流動性が失われるまでは集合物を構成する個別動産に対して譲渡担保の効力が及ばない(価値枠論)ため動産売買先取特権が優先し、流動性喪失後は動産抵当の理論に準じて集合動産譲渡担保を優先させる説<sup>(92)</sup>などがある。私見は、上記の通り、動産売買先取特権の趣旨及び必要性と譲渡担保債権者の目的物への期待のバランスから、①説が妥当と考える。この点に関しては、動産・債権譲渡特例法の場合も同様といえる(ただし、立法者意思では同法上の登記を譲渡担保設定と同じく三三三条の「引渡」と考えることで、同法上の登記の保護が図られている<sup>(93)</sup>)。

確かに、先取特権は必ずしも公示なくして債権者平等の原則を破り、約定担保物権に優先しうる点において、一般債権者及び約定担保権者に損害を与える可能性があるとの指摘<sup>(94)</sup>が以前からなされており、不動産賃貸や旅館宿泊、運輸の先取特権を動産質と同順位とする明文規定がある(三二九条二項但書、三三〇条一項)ことから、動産質と譲渡担保を同じとすれば動産売買先取特権は上記第一順位の先取特権に劣後することから譲渡担保にも劣後することになる。しかし、設定契約が要物契約であり、質権者には占有を継続することが必要である質権と、譲渡担保を同様に解するのは、制度趣旨や要件が異なることから②説は妥当でないし、③説によると事実上は搬入時に動産売買先取特権が消滅することにつながり、賛同し難い。また、動産・債権譲渡特例法との関係では、前述のように米国においては先取特権者保護の例外規定がある点を考慮すると、同法においても同様の配慮が必要である。

前記四つの観点から検討した場合も、譲渡担保設定契約で所有権移転があるとすれば②の観点から譲渡担保が優先するが、所有権移転がないとすれば②の観点では立場の弱い売主保護の制度趣旨から先取特権が優先し、特に集合流動産の場合には③の観点も加わるため先取特権が優先することになる。これは、前述三五で触れた三二九条二項で示された特別の担保は一般の担保に優先するとの考え方や、[27]のように包括的に目的物を担保とする者の権利主張を

制限する考え方も合致する。

以上から、動産売買先取特権の順位は所有権留保には劣後するが、譲渡担保には優先する地位にあると考える。<sup>(95)</sup>

よって、留置権、質権、所有権留保、動産売買先取特権、譲渡担保及び動産・債権譲渡特例法（両者は同順位。ただし、所有権移転が伴う場合には②の観点から所有権取得者が優先する）の順になるべきと思われる。なお、実際の運用上は、動産・債権譲渡特例法による登記がなされてしまうと、当該目的物に質権が設定されたり、所有権留保で売買がされたり、あるいは譲渡担保が設定されたとしても、常に同法が優先することになり、事実上は同法にかなり強い効力が認められることになる。動産を担保の目的物とする必要性がある点には異論はないが、登記のみで認められる（登記が簡単にできるといわけではないが、外形上は不明瞭な点是否定できない）同法の効力について、結論の妥当性を検討する際には特に慎重に検証を行う必要があると考える。

### おわりに

本稿では、目的物を動産に限定し、各担保制度について、それぞれの制度趣旨や効力、関連判例等を通じて現状の優劣を示したうえで、本来あるべき優先関係についての検討を行った。その際には、制度趣旨もふまえて、四一で用いた観点から、個別の担保権についての検討と相互比較を行った。そして、前述四四の通り、判例及び実務による担保方法の優劣と、本来あるべき優劣とは異なる点との結論を示した。

異なる担保制度が競合する場合には、それぞれの担保権の実体について制度趣旨もふまえて検討を行い、実体に見合った効力を認めるべきで、当事者間での不公平が生じないように配慮が必要と考える。また、その前提として、競

合が生じない場合でも、その制度趣旨や担保の実体等から、それぞれの担保権には適切な効力が認められるべきである。

実際の運用上は、結論の妥当性も重視する必要があると思われる、原則論としての優劣を示したものの、本稿での優先位が妥当かどうかについては、更なる検証が必要である。また、その実体と効力の関係のほか、前期四つの観点以外の要素についても検討が必要である。

- (1) 高崎尚史「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕一七三頁(二〇〇五年)。
- (2) 清水元「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕一七一頁(二〇〇五年)。
- (3) 三和一博「判批」担保法の判例(二)ジュリスト増刊二二七頁(一九九四年)、田山輝明「判批」リマークス五号三四頁(一九九二年)。
- (4) 高橋宏志「判批」倒産判例百選〔第三版〕一二九頁(二〇〇二年)。
- (5) 最判昭和三四年九月三日民集一三卷一三〇一頁(一九九四年)。
- (6) 最判昭和五八年三月三十一日民集三七卷二五二頁(一九九八年)。
- (7) 清水元「判批」リマークス一七号一六頁(一九九八年)。
- (8) 中村慎「判批」判タ九七八号四五頁(一九九八年)。
- (9) 西原道雄「判批」民法判例百選Ⅰ一七八頁(一九七四年)。
- (10) 我妻栄「新訂担保物権法〔民法講義Ⅲ〕」(岩波書店、一九七一年)二九〇頁。
- (11) 伊藤進「判批」昭和五九年度重要判例解説七五頁(一九八五年)。
- (12) 伊藤・前掲〔注1〕七六頁、道垣内弘人「判批」民法の基本判例八八頁(一九八六年)。
- (13) 道垣内弘人「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕一七五頁(二〇〇五年)、小林秀之「判批」担保法の判例(二)ジュリスト増刊一六一頁以下(一九九四年)。

- (14) 道垣内弘人「判批」民法の基本判例〔第二版〕八七頁(一九九九年)。
- (15) 鳥谷部茂「バブル崩壊後の不動産担保」広島法学三二巻二号二六五頁(二〇〇七年)。
- (16) 高橋真「判批」平成一〇年度重要判例解説七〇頁(一九九九年)。
- (17) 近江幸治「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕一七七頁(二〇〇五年)。
- (18) 石田喜久夫「判批」リマークス二〇号三三頁以下(二〇〇〇年)。
- (19) 角紀代恵「判批」平成一七年度重要判例解説七六頁(二〇〇六年)。
- (20) 島田佳子「判批」平成一七年度主要民事判例解説三五頁(二〇〇六年)。
- (21) 津島一雄「工場抵当・財団抵当の実務」〔商事法務、一九七二年〕七〇頁以下。
- (22) 柚木馨Ⅱ高木多喜男「担保物権法〔第三版〕」〔有斐閣、一九八二年〕七四頁。
- (23) 森井英雄「判批」担保法の判例(一)ジュリスト増刊二七一頁(一九九四年)。
- (24) 尾崎三芳「先取特権制度の再検討」法時五三巻五号一〇四頁(一九八一年)。
- (25) 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」奥田昌道編『現代私法学の課題と展望(上) 林良平先生還暦記念論文集』(有斐閣、一九八一年)九九頁。
- (26) 山野目章夫「判批」民法の基本判例〔第二版〕九九頁以下(一九九九年)。
- (27) 千葉恵美子「判批」民法判例百選Ⅰ〔第四版〕二〇七頁(一九九六年)。
- (28) 高田淳「判批」法学セミナー六二八号一一五頁(二〇〇七年)。
- (29) 相澤光江ほか「特集 破産管財人の注意義務」二つの最一判平成一八・二二・二二を讀んで」NBL八五一号一四頁以下(二〇〇七年)。
- (30) 吉田真澄「判批」昭和五四年度重要判例解説七六頁(一九八〇年)。
- (31) 吉田・前掲(注30)。
- (32) 玉田弘毅「判批」民法判例百選Ⅰ〔第二版〕二二七頁(一九八二年)。
- (33) 近江幸治「判批」民法判例百選Ⅰ〔第四版〕二〇二頁(一九九六年)。
- (34) 玉田弘毅「判批」ジュリスト増刊〔基本判例解説シリーズ〕四号一〇三頁(一九七九年)。

- (35) 梅善夫「判批」民事執行法判例百選四八頁以下(一九九四年)。
- (36) 近江幸治「判批」平成一一年度重要判例解説七八頁(二〇〇〇年)。
- (37) 山野目章夫「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕二〇三頁(二〇〇五年)。
- (38) 千葉恵美子「判批」リマークス三五号二頁(二〇〇七年)。
- (39) 道垣内弘人「判批」商法(総則・商行為)判例百選〔第四版〕一二九頁(二〇〇二年)。
- (40) 道垣内・前掲(注39)判批。
- (41) 安永正昭「所有権留保における担保的機能の限界」金法一〇三三号六頁。
- (42) 千葉恵美子「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕二〇九頁(二〇〇五年)。
- (43) 神崎克郎「判批」商法(総則・商行為)判例百選〔第四版〕一五七頁(二〇〇二年)。
- (44) 庄政志「判批」昭和五七年度重要判例解説七五頁(一九八三年)。
- (45) 竹濱修「判批」商事法務一七二九号五八頁(二〇〇五年)。
- (46) 神崎克郎「所有権留保売買とその展開」神戸法学一四卷三号五三三頁以下(一九六四年)、米倉明「所有権留保の研究」(新青出版、一九七七年)三〇一頁以下、鈴木祿弥「物権法講義・四訂版」(創文社、一九九四年)三二六頁等。
- (47) 松井雅典「判批」判タ一二四五号三五頁(二〇〇七年)。
- (48) 田中克志「西ドイツの動産担保改革議論について」富大経済論集二九卷三号二九九頁(一九八四年)。
- (49) 永田誠/ロルフ・ゼーリック「ドイツ動産担保法 概観と基本的思惟」八一頁(テイハン、一九九八年)。
- (50) 山田晟「ドイツ法概論Ⅱ(第三版)」一九二頁以下(有斐閣、一九八七年)。
- (51) 山田・前掲注(50)二三三頁。
- (52) 山田・前掲注(50)二五九頁。
- (53) 永田ほか・前掲注(49)八五〜九二頁。
- (54) 永田ほか・前掲注(49)九二〜四頁、一三二頁以下。この点、連邦最高裁判所一九九七年一月二七日決定(WM(一九九八)二二七頁、BB(一九九八年)四三八頁)は、讓渡担保を慣習法によるものではなく、担保契約の信託に基づく担保であるとして、債務者による目的物返還請求権が制度的に内在するものではないとしたため、讓渡担保の法的性質について問題提起がなされている

- (R・ゼーリック著・杉下俊郎訳『世紀の変わり目を前にしたドイツの譲渡担保、所有権留保、倒産法(増補版)』(尚学社、二〇〇〇年)一九一頁以下)。
- (55) 山田・前掲注(50)一一九頁以下。
- (56) 田村耕一「ドイツにおける所有権留保の横断的考察(一)」広島法学二二巻四号二五九頁以下(一九九八年)。
- (57) 現時点では、ドイツで動産債権譲渡特例法に類似する制度は見当たらない(二〇〇八年九月、オリバー・ケストラー弁護士にヒアリングした)。
- (58) 池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察(一)」北大法学四五巻五号一一六頁以下(一九九五年)。
- (59) 米倉明「流動動産譲渡担保論(四)」北大法学一九巻二八二頁(一九六八年)。
- (60) 米倉明「流動動産譲渡担保論(二)」北大法学一八巻三三五頁(注一)、同五〇四頁(注二)(一九六八年)。
- (61) 平野裕之「フランス担保法改正予備草案」慶応法学九号二〇三頁以下(二〇〇八年)。
- (62) 平野裕之「二〇〇六年フランス担保法改正の概要 改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」ジュリスト一三三三五号三六頁以下(二〇〇七年)。
- (63) 黄宗楽「イギリス浮動担保に関する研究」阪大法学九一号三七頁(一九七四年)。
- (64) 黄・前掲注(63)七二頁。
- (65) 青木則幸「イギリスにおける浮動担保制度の再評価について」早稲田法学七九巻一四四頁。
- (66) 青木・前掲注(65)五二頁以下。
- (67) 青木・前掲注(65)四八頁。
- (68) 黄・前掲注(63)二二六頁。
- (69) 青木則幸「アメリカ統一商事法典第九編における浮動担保制度の史的考察(一)」早稲田法学七九巻二七五頁(二〇〇四年)。
- (70) 青木・前掲注(69)七七頁。
- (71) 三林宏「動産・債権・権利の担保化と對抗要件制度(序論)」早稲田法学六九巻四号二七四頁(一九九四年)。
- (72) 日本銀行信用機構室「米国の動産担保法制について(資料)」日本銀行調査月報二〇〇三年八月号一二八頁(二〇〇三年)。
- (73) 小山泰史「アメリカ法における浮動担保と売買代金担保権の競合(一・完)」民商法雑誌一〇六巻一七三頁以下(一九九二年)。

- (74) 三林・前掲注(71)二八五頁。
- (75) 國生一彦『改正米國動産担保法』(商事法務、二〇〇一年)一四一頁以下。
- (76) 制度間の効力比較に際しては、各制度の内容を同一の基準で比較することで、担保としての実体に見合った効力を認め、客観的な比較を行うことができると考える。そして、これらの基準設定に際しては、鳥谷部茂「集合債権の譲渡担保と代理受領(上)」法時五六卷二二号一〇四頁以下(一九八四年)、同「代理受領の担保構造とその効力」法時六一卷一三〇八七頁以下(一九八九年)からヒントを得た。①ないし④の関係は、被担保債権のない抵当権の効力が認められないのと同様に、①②③の実体的権利が認められることを前提として④の検討がなされるべきである。
- (77) 法定担保の場合には合意は不要であり、この点は問題とならない。そして、約定担保と法定担保の関係については、ワークシヨップ「集合動産譲渡担保をめぐる」判タ八〇五号二頁(道垣内発言)(一九九三年)も参照。
- (78) 不動産に関する規定ではあるが、目的物売却に伴う権利の消滅に関し、民事執行法五九条四項に目的物買受人に対する留置権の規定がある。
- (79) 林良平編『注釈民法(八)』(西原道雄)(有斐閣、一九六五年)一七七頁以下。
- (80) 植垣勝裕ほか「一問一答動産・債権譲渡特例法」(商事法務、二〇〇五年)四〇頁。
- (81) 荒木新五「新しい保証制度と動産・債権譲渡登記制度(補訂版)」(日本法令、二〇〇七年)一六二～三頁では、後の譲受人が現実の引渡を受けた場合には即時取得が成立することがあるとされる。
- (82) 鳥谷部茂「集合動産・債権譲渡担保規定の立法をどう考えるか」椿寿夫ほか編『法律時報増刊 民法改正を考える』(日本評論社、二〇〇八年)一七五頁は、債権譲渡の場合には第三債務者が特定していれば五〇年間の、特定していなくても一〇年間の存続期間の登記が可能である点につき、スタートラインの公平性が必要であるとの指摘がある。動産においても同様に考えると、登記によって一〇年間の動産譲渡登記を可能とする点に問題がないかの検討が必要となろう。
- (83) 鳥谷部茂「非典型担保の検討方法」潮見佳男ほか編『民法学の軌跡と展望』(日本評論社、二〇〇二年)三三九頁。
- (84) 前掲注(77)二二頁(千葉発言)。
- (85) 伊藤進「動産譲渡担保」法時七三卷一一号一八頁(二〇〇一年)。
- (86) 本裁判例は、所有権留保の対象となっている自動車を買受けた質屋営業者に質権の即時取得が認められるかが争われた事案で、

結論としては質屋営業者に過失が認められ、即時取得は否定された。本件では質屋営業者に自動車の所有者を確認するべきだったとしたが、傍論で一般の動産取引全部に妥当するわけではなく、金額の少ない動産については確認をしなかった「買受人の過失を認めることはできない」としており、結果として質権の即時取得が認められると考えられる。この点は、効力の問題として所有権留保と競合するとはいえないものの、結論から質権を所有権留保に優先させた。

(87) 植垣ほか・前掲注(80) 三一頁。

(88) 末弘蔵太郎『債権総論(現代法律学全集六卷)』(日本評論社、一九三八年) 六九頁。

(89) 石田文次郎『担保物権法論下巻』(有斐閣、一九三六年) 七一九頁以下・七五六頁以下。

(90) 高木多喜男『流動集合動産譲渡担保の有効性と対抗要件』金法二一八六号一八頁(一九八八年)。

(91) 田原・前掲注(25) 九四頁、近江幸治「判批」昭和六二年度重要判例解説八一頁(一九八八年)、千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力(3)」判タ七六三三号一七頁(一九九一年) など。

(92) 伊藤進「集合動産譲渡担保と個別動産上の担保権との関係」法律論叢六一巻一号九二頁(一九八八年)。

(93) この分類は、千葉・前掲注(27) によった。

(94) この点に関して、UNCITRAL担保取引立法ガイドでは占有改定による引渡には対抗要件具備が認められておらず、参考値すると考える。

(95) 荒井勇「先取特権の担保物権中における地位―現行の先取特権の一覧及びその順位―」金融法務事情九二号二二頁(一九五六年)。

(96) 仮に、動産売買先取特権が譲渡担保に劣後するとしても、不動産賃貸や運輸の先取特権(三三〇条一項一号)と譲渡担保ではどちらが優先するかの問題がある。この場合は、動産売買の場合と異なり、先取特権者が目的物を直接ないし間接占有しているのだから、占有改定による譲渡担保権者よりも優先すべきではないかとも思われる。この議論については、森井英雄ほか「(研究会) 動産売買先取特権と集合動産譲渡担保の競合・優劣」判タ五三三六号一〇九頁以下(一九八四年)が興味深い。