

# 担保法制の見直し (中間試案) の意義と課題

鳥谷部 茂

## I はじめに

### 1 担保法制見直し (中間試案) の意義

2022 年 12 月 6 日法務省法制審議会担保法制部会により「担保法制の見直しに関する中間試案」及び「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」が取りまとめられ、公表された (以下、前者を「中間試案」後者を「補足説明」と略す)<sup>(1)</sup>。

「中間試案」及びその「補足説明」<sup>(2)</sup>の前注では、担保目的取得規律型か担保物権創設型かが提案されているが、その双方により担保権としての意義・要件・効果がどれだけ明確にされ、他の債権者、差押権者、個別の担保権者 (譲受人、質権者、相殺権者、代理受領権者、保証債権者等) との対抗、優先弁済権、実行 (帰属清算や処分清算) の根拠が明らかにされたのであろうか。

民法典に規定された担保権である典型担保 (法定担保物権、約定担保物権、人的担保権等) の他に、譲渡担保、所有権留保などの非典型担保、特別法上の担保物権を含め、個別又は集合物に対する多様な債権確保手段が競合した場合に、一定の共通の基準でその合意、合意と内容の合致した公示方法、そ

---

(1) 法務省法制審議会担保法制部会「担保法制の見直しに関する中間試案」及び「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」について、コロナ禍の中、厳しい環境の下で、中間試案及び補足説明を作成し、公表されましたことを、法務省法制審議会担保法制部会代表の道垣内弘人教授及び同審議会委員の皆様には敬意を表します。ただし、本稿の内容は批判的検討が多く、十分な見直しとなるよう切望しております。

(2) 本稿での中間試案における該当箇所の各章、項目、頁は「担保法制見直しに関する中間試案の補足説明」(2023 年 1 月)による。

の公示を前提とした対抗力、その優先劣後の根拠、実行（第三者に対抗できる帰属清算・処分清算とその根拠）が明らかにされなければ、従来の民法・担保法・特別法の制度設計との矛盾が生じうる。

たとえば抵当権、根抵当権、保証制度などは、わが国の経済が発展する段階で極めて安定した担保手段であり、何度かの補充や改正を経て、互いに矛盾することのない共通の担保法理の下で、資金調達制度及び資金回収制度として我が国の金融担保制度を支えてきた。

債権回収を確保する手段が多様化しており、債権・集合債権を対象とする手段や集合流動資産を対象とする手段が交錯する場合に複雑な問題が生じるため、これらの手段について、その意義、要件を明確にし、当事者間での効力、第三者に対する効力や優先弁済権について、その要件に該当する合意の存否、その合意と合致する公示方法の存否、さらに優先弁済権における優劣を決する根拠や基準を明文化することは、今後の取引の安定性にとって不可欠である。これらが明確に規定されることによって、当該目的財産に対する利害関係人・第三者の権利や予測可能性を確保することができ、円滑で安定的な取引の発展に寄与することができるからである。その意味では、今回の立法作業は大きな意義を有するであろう。

## 2 担保法制の位置づけ

今回のこのような担保法制（上記各担保方法）は、従来の民法・担保法、特別法とどのように位置づけられるのか明確であろうか。その位置づけが明確にされることによって、その対抗関係や優先劣後関係、実行（その換価・回収）関係もより予測可能となるであろう。

今回の担保法制の見直しは、これまでの民法・担保法・特別法の制度設計と矛盾し、空洞化させるものではなく、これらを補充し、より確固な法理論の下に堅実に発展するように期待するものである。

## II 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力 (補足説明 5 頁)

### 1 民法・物権法・担保法等の制度設計による分類

中間試案及びその補足説明の第 1 章から第 4 章（債権譲渡担保、動産譲渡担保、所有権留保等）及び第 5 章（第 23 ないし第 27 の事業担保権、第 28 のファイナンス・リース、第 29 の普通預金を目的とする担保、第 30 の証券口座を目的とする担保）まで、「担保権」との用語<sup>(3)</sup>が、各当事者の実体的権利（要件<sup>(4)</sup>）を明確にすることなく多用されている（補足説明 5 頁、6 頁、19 頁、19 頁、51 頁、52 頁、58 頁、136 頁～169 頁、212 頁、214 頁、217 頁、218 頁、220 頁、222 頁、223 頁、224 頁、227 頁、228 頁等）。

#### (第 1 の類型)

「担保権」は、債権の回収を確保する手段である。我が国の民法・担保法では、物的財産を対象とする担保物権（支配権）と債務者・保証人の有する総財産を対象とする人的担保権（請求権）に分かれる。前者の担保物権には、

(3) 道垣内弘人『新注釈民法(6)物権(3)』(有斐閣、2019年)1頁は、「担保」という言葉は、1つは、「他の債権者よりも有利なかたちで、自分の債権を回収できるようにする手段、もう1つは、ある特定の財産に欠陥あったならば、それについて補いをすること、を意味しているものである」とする。同「担保、優先弁済権」法学教室157号(1993年)29頁も参照。しかし、瑕疵担保の担保は損失を補うという意味であっても、他より優先するという担保は、先取特権のような法定担保物権には妥当しても、約定担保の場合には保証であっても抵当権であっても担保の合意だけでは他より優先することにならない。対抗要件が必要だからである。それは「担保権」であっても異なる。

(4) たとえば、担保の合意、被担保債権、担保目的(物)の特定、その合意に合致する公示・対抗要件などである。また、その効果(債権の回収を確保し回収するための権能)が発生するための実体的権利、債務者の実体的権利(清算請求権、受戻権、占有・使用収益権等)である。担保とは、所有権等を取得することが最終目的ではなく、債権回収の確保を目的とするものであるから、その大前提となる法理である。

法定担保物権として、留置権、先取特権があり、留置権は優先弁済権はないが、債務弁済まで他の物権者に対しても当該留保物の返還を留置できるという強力な効力を有し、先取特権は多様な種類の客体に対する優先弁済権の順位が定められている。前者の担保物権には、さらに、質権と抵当権・根抵当権があり、対抗要件が具備された場合にのみ第三者への対抗力及び優先的効力が認められている。いずれも各担保方法ごとに意義・要件・効果が定められている。

### （第2の類型）

他方、人的担保は、保証人のどの財産からでも回収できるが、当該財産に担保物権が設定されている場合は優先弁済ができない。しかし、その他に財産があればその財産、又は弁済後に債務者から求償ができるということで債権回収の確保手段すなわち担保権となっている。保証・連帯債務等についても、類型ごとに意義・要件・効果が定められている。以上は、いずれも民法等に規定があり、権利として法律上の明確な回収確保手段となっている。

### （第3の類型）

以上のほかに、債権回収方法として、判例法で肯定されているものとして、民法典に規定される制度を債権回収目的に利用して債権の回収を確保手段とするものがある。譲渡（所有権・債権）を回収手段とする譲渡担保、仮登記の順位保全効を確保手段とする仮登記担保、債権完済まで目的物の所有権を債権者に留保する所有権留保、相殺（差引計算）を回収手段とする法定相殺・相殺予約、受領代理権を回収手段のために委任する代理受領等がある。いずれも対象となる目的（物）に対して具体的な債権回収確保の手段が講じられている。その確保・回収手段の選択によって対抗力や優先権の差異が生じている<sup>(5)</sup>。

### （第4の類型）

さらに、特定の権限を設定するわけではないが当事者間で約款や約定により他への弁済を禁止し又は様々な義務による制約を課すことによって特定の

債権者への履行を確保する手段が用いられている。リース契約やネガティブクローズ・登記留保などである<sup>(6)</sup>。

## 2 民法・物権法・担保法・非典型担保のアプローチ

中間試案の第1章、第1及び1で用いられる「担保権」は、上述の第1類型から第4類型のなかのどのような意味で用いられているのであろうか。

法の見直しにあたり、現行の民法がどのような制度設計になっているか、これまで判例法によって発展してきた法理論のアプローチを確認したうえで、民法・担保法・判例法の制度設計と同じアプローチで調和する見直しを行うのか、現行の民法・担保法・判例法の制度設計と異なるアプローチで見直し、特例法として位置づける法制度を設けるかどうかが中間試案でも明記されるべきであった。

この冒頭の第1類型から第4類型の区分は、現行の民法等の制度設計によって区分される類型であり、それぞれ債権確保手段の異なる実体的権利に基づき実効力を導くというアプローチをとっている。

例えば、第1類型の、法定担保権でも、動産の留置権(295条)と動産先取特権(311条)、動産質権(352条)は、それぞれの意義・要件・効果が異なる。また、約定担保権でも動産質権は動産という物権的権利として、その意義・要件・効果の内容が明確に規定されている。それらの担保方法は、担

(5) 鳥谷部茂「債権の譲渡担保・その他の担保方法」米倉明ほか編『金融担保法講座 第3巻』(筑摩書房、1986年)、同「集合債権の譲渡担保と代理受領・振込指定一担保構造の比較を中心に」『非典型担保の法理』(信山社、2009年)177頁(初出:法律時報56巻12号(1984年)、同57巻1号(1985年)等参照。「仮登記担保契約に関する法律」は、仮登記担保法と略す。

(6) ファイナンス・リースについては、中間試案の第5章の第28に規定案の要否が提示されている。ネガティブクローズ(登記留保条項)については、遠藤俊英ほか編『金融機関の法務対策5000講IV担保編』「40165 担保留保条項による仮登記を命ずる処分」、「40178 追加担保設定予約とネガティブクローズ」(2018年)、長谷部茂吉ほか編『新銀行実務百科(中巻)』(金融財政、1981年)695頁以下等を参照。

保権であっても内容がまったく異なり、それぞれの独自の実体的効力が導かれる。法定担保権や約定担保権という概念それ自体から実体的効力が導かれているわけではない。したがって、それらをさらに包括する概念として「担保権」があるとしても、個別の効力を導く実体的権利としては存在しない<sup>(7)</sup>。

第2類型の人的担保も債権的担保であり、行為・給付を求める債権・請求権であり、法定担保権及び約定担保権のような第1類型の物的支配権と異なる。

また、第3類型は、民法に規定されている所有権やその所有権を、民法が規定する譲渡や譲渡予約を担保目的のために利用するアプローチをとっており、対象も手段も異なる。そのため、判例法でも異なる効力が与えられている。この点は、項目ごとに後述し検討する。

さらに、第4類型のアプローチは、債権的な合意のみで債務者を拘束するものであり、第1類型及び第3類型とも全く異なる実体的権利関係にある。

要するに、これらをまとめて「担保権」又は「動産担保権」という権利で包括して実体的権利を付与するというのは、現行の民法の制度設計とまったく異なるものであると認識せざるを得ない。以上から、今回の中間試案の見直しのアプローチは、以下のような疑問が生じうることを指摘せざるを得ない。それらの疑問点を明確にしたうえで、現行の民法の制度設計との関係を明確にし、堅実で、かつ、将来に矛盾や紛争を招かない新たな担保制度を築いていく必要があると考える。

3 中間試案第1章及び第1では、「担保権の実体的効力」との項目が用いられている（補足説明5頁、19頁等）。

繰り返しになるが、現行法の動産の留置権、動産先取特権、動産質権等は、「担保権」自体から効力が導かれているのではなく、動産の留置権、動産先取

---

(7) 確認の訴えで「担保権」という個別の権利の確認はできない。たとえば留置権や抵当権の存否は確認できる。仮に担保権があるとしても、その実体的権利の中身が保証なのか留置権なのか抵当権なのか明らかでなければ実体的効力を導くことはできない。

特権、動産質権等の当該実体的権利から効力が導かれている。もし、実体的効力を導くのであれば譲渡担保権、所有権留保権等の各担保方法の意義・要件・その公示方法と内容の一致する対抗要件等の実体的権利を明確にしたいうえで、当事者及び第三者に対する実体的効力を導くべきである。

第 1 の補足説明 5 頁 17 行目では、現行法の譲渡担保及び所有権留保は、目的物の所有権が債権者に帰属するため、設定契約後に目的物に付合が生じ、債権者が付合物の所有権を取得する場合には、担保権の効力も付合物に及ぶところ、現行法の譲渡担保権については抵当権に関する同法第 370 条が類推適用され、その効力が付加一体物に及ぶとするのが通説であり、これによると担保権設定と付合との先後を問わず、担保権の効力は付合物に及ぶと考えられるとする。

この説明では、債権者に所有権が帰属するとしながら、譲渡担保権には抵当権に関する同法第 370 条が類推適用されるから、担保権の効力は付合物に及ぶとする。債権者の所有権と譲渡担保権の関係が不明確なままで抵当権の類推適用で効力のみが付与されている。所有権が移転しない譲渡担保権に基づくのか、所有権に基づき自己の所有物への附合物に効力が及ぶのか明確にすべきである。補足説明では、移転した所有権か、所有権が移転しない譲渡担保権か、それらと抵当権との実体的権利の区分を明確にせずに、担保であることから結論のみ与えている(効力の操作)。この点は、附合物(民法 243 条)か従物(同 87 条 2 項)か付加一体物(同 370 条)かについても実体的権利からのアプローチの問題として、その根拠・要件・効力を明らかにしなければならない。

4 中間試案第 1 章第 3 以下では「動産担保権」という語が多用されている(補足説明 19 頁、32 頁、45 頁、46 頁、47 頁、59 頁、59 頁、63 頁、71 頁、77 頁、90 頁、94 頁、101 頁、110 頁等参照)。

動産の留置権、動産の先取特権は、法定担保物権であるが、両者は異なる内容の担保物権であり「法定担保物権」という用語から効力が導かれている

わけではなく、留置権、先取特権自体から効力が導かれている。同様に、動産の質権、動産譲渡担保、所有権留保も、「約定担保権」からではなく、動産質権がそうであるように、それらの個別の意義・要件・その公示と内容の一致する対抗要件から効力が導かれなければならない。

中間試案では、実体的効力が生ずる各債権確保手段の意義、要件、及び公示内容と一致する対抗要件が明確にされることなく、第2及び第3において、実体的な根拠のない効力が「担保権の実体的効力」として与えられている。

## 5 担保目的取引規律型と担保物権創設型（補足説明・前注3頁）

中間試案では、動産を目的とする非占有型の担保制度や債権を目的とする担保制度の規律を設ける方法としては、①債権を担保する目的でされた一定の種類の契約を適用の対象として、その契約の効力を定める方法（以下「担保目的取引規律型」という）、②質権、抵当権等と並ぶ担保物権を新たに創設する方法（以下「担保物権創設型」という。）が考えられるとする。

(1) 担保目的取引規律型は、中間試案では、仮登記担保法が「金銭債務を担保するため、その不履行があるときは債権者に債務者又は第三者に属する所有権その他の権利の移転等をするを目的としてされた代物弁済の予約、停止条件付代物弁済契約その他の契約で、その契約による権利について仮登記又は仮登録のできるもの」の効力等について民法等の特則を設けているのと同様の方法であり、動産や債権を目的とする担保法制についてこのような方法で規定を設ける場合は、例えば、債務を担保する目的で動産の所有権を移転する契約、債務を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約の効力等について民法等の特則を設けることが考えられるとする。また、動産や債権を目的とする担保取引としては、現行法においては、債務を担保するため動産の所有権を移転したり（動産譲渡担保）、留保したり（所有権留保）するなどの取引形式が用いられており、このような形式との連続性がある点で実務上も受け入れられやすいと考えられるとする。

(2) 担保物権創設型は、抵当権や質権等と並ぶ新たな担保物権を創設するも



のであるから、この方法によって設けられた規定は、動産譲渡担保や所有権留保の形式が用いられた取引などには、直接には適用されないことになる。しかし、そうすると非典型担保が残ることになり、担保取引に関する法律関係を明確化するという点では不十分な結果となりかねない。そこで、担保物権創設型による場合には、担保物権を創設するだけでなく、債務を担保する目的で動産の所有権を移転する契約、債務を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約などの担保取引については、新たな担保物権を設定する契約とみなすなどの規定を併せて設ける必要がある(担保として共通することを理由とする効力の操作か)。

(3) 本試案においては、担保取引に関する実質的なルールの内容についての試案を示すこととし、特段の言及のない限り、担保目的取引規律型によるか担保物権創設型によるかは中立的に表現することとしている。ただし、債権は現行法上も質権の目的となり得るため、担保物権創設型による場合には、債権質と区別された新たな担保権を創設する必要性自体が問題となり得る(新たな担保権を創設するのではなく、債権質に関する規定を修正することと定めることもあり得る)。そこで、本試案においては、債権を目的とする担保に関するルールを示すときは、差し当たって担保目的取引規律型によることを前提としてルールの内容を示すこととしている。

担保取引によって債権者が得ることとなる権利を指す用語として、「新たな規定に係る担保権」という文言を用いている(補足説明4頁)。特に動産を目的とする場合には、「新たな規定に係る動産担保権」という。「新たな規定に係る動産担保権の設定」とは、担保物権創設型によれば、新たに創設されることになる動産担保権を設定することをいい、担保目的取引規律型によれば、債務を担保する目的で一定の種類の契約を締結すること(例えば、担保目的で動産の所有権を移転する契約を締結すること)をいう。

その上で、「留保所有権」「債権譲渡担保」「債権譲渡担保権」など、担保目的取引規律型を前提とする表現を用いる場合もある。「留保所有権」とは、売

主が売買代金等を担保するために所有権を留保する取引（以下「所有権留保」又は「所有権留保売買」という。）によって債権者が得る権利をいう。「債権譲渡担保」とは、担保目的で債権を譲渡する取引をいい、「債権譲渡担保権」とは、債権譲渡担保によって債権者が得る権利をいう。また、将来発生する債権を目的とする債権譲渡担保によって債権者が得る権利を「将来発生する債権を目的とする譲渡担保権」という。

### Ⅲ 検討

#### 1 担保目的取引規律型と担保物権創設型の区分の問題

中間試案が当該箇所（中間試案1頁（前注））で「担保目的取引規律型」と「担保物権創設型」の区分に関する説明の中における、譲渡担保と仮登記担保について、両者の実体的権利の説明が、以下のような点で極めて不十分である。

第1に、譲渡担保では所有権移転の登記をしているのに対して仮登記担保の場合には債権者は順位保全の効力しか有しないこと、第2に、仮登記担保では清算期間経過後に初めて所有権が移転すること、第3に、清算期間後であっても清算が終了するまでは移転した所有権を受け戻すことができること、第4に、集合動産譲渡担保、集合債権譲渡担保、所有権留保、事業担保権、ファイナンス・リース等には異なる権利関係が少なくないこと。以上から、両者の個々の実体的権利が異なるのに、それらを見做して、それぞれの実体的権利に対応した適切な効力を導くことはできない。

実体的権利を明確にせずに「担保権」「動産担保権」を規定しても、当事者の所有権・債権の帰属を不明確にし、第三者との関係（権利の内容と一致した公示方法・対抗要件、設定者・債権者からの譲受人・差押え、第三者に対する物権的請求権・損害賠償請求権等）を説明できない。また、設定者（債務者）側の受戻権、清算請求権、使用収益権等の実体的権利も明確にされていない。「担保権」「動産担保権」からのみでは、実体的権利を見做した非合

理的な効力しか付与できない。

結論として、「担保目的取引規律型」「担保権創設型」「新たな規定に係る担保権」について、実体的権利の差異に基づく区分が明確でない。

## 2 非典型担保のアプローチ

中間試案による「担保権」「担保権の実体的効力」「動産担保権」の内容は、当事者の合意及びそれに基づく公示等の実体的権利に基づくものではない。前述 1 の区分の問題で指摘したように、中間試案は、譲渡担保や所有権留保における従来の担保権的構成及び「担保権説」に基づくものであり、各当事者が選択した担保方法の実体的権利の差異に基づかない、すべての非典型担保は「担保権」であるとの見解に基づくものである。例えば、不動産の譲渡担保は抵当権、動産譲渡担保は動産抵当権、債権・権利の譲渡担保は債権質・権利質であるとする見解があった。また、債権を目的とする担保については、債権譲渡担保は債権質類推適用説、代理受領や振込指定は債権質類似（無名）契約説などとする見解が有力に主張された。これらは、当事者が合意した債権譲渡（権利移転の通知等）、受領代理権の委任等の当事者の実体的権利の差異に関わらず、目的が債権回収や担保（債権回収目的）であれば、類似の典型担保と同様の効力を与えるという趣旨で単に効力のみを与えるアプローチであった。個々の当事者が採用した手段の差異を無視して、各当事者の具体的な実体的権利に基づかずに効力を付与するという効力の操作を行うものであった。しかし、その後の判例法理は、それぞれの各担保方法に異なる効力を与えてきた。現在も、代理受領は、債権質や債権譲渡担保と異なる法的性質と法的効力が与えられている。私見は、それらの各担保方法は担保構造が異なるのでその担保構造に応じた効力が導かれるという見解を提示してきた<sup>(8)</sup>。

---

(8) 鳥谷部「非典型担保の検討方法」『非典型担保の法理』（信山社、2009 年）5 頁（初出：国井和郎還暦記念『民法学の軌跡と展望』（日本評論社、2002 年）325 頁、鳥谷部・前掲『非典型担保の法理』177 頁、同「代理受領の担保構造とその効力」『非典型担保の法理』213 頁（初出：法律時報 61 卷 13 号 87 頁（1989 年））等参照。

### 3 実体的権利への対応

私見によると、実体的権利は担保構造の差異によって生ずる。譲渡担保の場合は、債権・所有権の移転の合意があり、移転の対抗要件を具備している（大連判大正13・12・24民集3巻555頁）。他方、設定者は被担保債権と利息を弁済して債権・所有権を受け戻すことができ、目的物と被担保債権に差額がある場合には清算金請求権を有し（最判昭和46・3・25民集25巻2号208頁）、清算金が支払われるまで、設定者にその債権・所有権に基づく使用収益権があるという見解である（設定者留保権）。他方、債権者には、債権回収を確保する手段として所有権移転の合意と所有権移転登記により、このような負担の付いた所有権が帰属し、債権者の権利行使はこのような実体的権利に基づくものである。ただし、設定者（債務者）には、受戻権、清算請求権、使用収益権が帰属し<sup>(9)</sup>、債権者が債権回収手段（対効力のある所有権）を行使する場合には、設定者のこれらの実体的権利を明確にし保護する必要がある。当事者間のみならず第三者に対しても対抗できることが必要であり、対抗要件の登記や通知にこれらの権利が設定者に存在することを明示した場合には、第三者にもこれらの権利を主張できるとの明文規定を設けることが、当事者の合意にも合致し第三者の不測の損害を回避できると考える。公示されない場合でも悪意の第三者にはそれらの権利を対抗できるとする配慮をすることにより、債務者・設定者の保護を貫徹すべきである。これによって当事者が合意した債権・所有権が債権者に帰属することを認めても債務者・設定者に不利益はない。担保権構成は、債権者の権利を対抗力のない担保権とすることで満足し、債務者に求められてきた保護をまったく無視している。債

---

(9) このような構成は、債権者の所有権は債権回収目的のためにあるから残債務全額の回収が出来れば満足をうけるものであり、特約による「まる取り」「無清算特約」を制限し、債務者に残債務弁済による受戻権を与え、差額がある場合は清算金の支払があるまで目的物の使用収益権が債権者にあるとして形成された判例法理である。多くの学説によっても歓迎されてきたものである。

権者の所有権は設定者留保権付の所有権とし、債務者の設定者留保権を実体的権利として第三者に対しても強く保護する公示を模索することが必要であるにもかかわらず、全く検討がなされていないように思われる。

#### 4 実体的権利又は「担保権」の公示方法の可能性

債権者は、一方で、第三者が差し押さえた場合には移転の対抗要件を備えた所有権・債権を有することを理由にこれを第三者異議の訴えで排除し、他方で、課税庁に対しては担保であることを理由に課税義務を負わないというように使い分けることができることから、「譲渡」でありながら「担保」であるとの主張ができる柔軟な構成を実務界では支持する。また、設定者（債務者）の倒産隔離のために、「担保権」であっても「譲渡」の登記を要求してくる。この財産（債権・動産等）を引き当てに証券を発行する必要性があるからである。

したがって、立法案が権利（債権・所有権）を移転しない「担保権」「動産担保権」を採用しても、実務界からは、公示方法・対抗要件を内容の合致しない「譲渡」とすることを要求されることが考えられる。実際に、バブル経済崩壊後の資産証券化・流動化では、債権回収確保手段として将来債権を包括的に譲渡し対抗要件を「担保」ではなく「譲渡」で具備することが立法化された<sup>(10)</sup>。「担保物権創設型」を支持する学説は、これを克服できるのである

---

(10) 譲渡担保では、債権者に所有権・目的債権は移転しないという担保権構成が支配的であったにもかかわらず、バブル崩壊後の不良債権処理や資産流動化の必要性から1998年10月「債権譲渡対抗要件特例法」が成立し「譲渡」の登記で譲渡担保にも対応できる立法が旧SPC法や金融円滑化法、金融再生関連法とともに制定された。さらに、2004年12月に動産を加えた「動産・債権譲渡対抗要件特例法」が制定され、動産の譲渡担保も「譲渡」登記で対抗要件を具備できるようになった。「譲渡」の対抗要件で担保の対抗も可能となった。その結果、債権譲渡担保の対抗要件として民法467条の譲渡の通知承諾と「譲渡」登記の2種類の対抗要件、動産譲渡担保にも民法183条の占有改定と「譲渡」登記の2種類の対抗要件が法定されることになった。そのため、担保譲渡と真正譲渡の公示・対抗に関する実体的権利関係も不明確になった。譲渡と担保を区分する大陸法系に対する両者を区分しない英米法系の影響でもある。

うか。当事者の実体的権利に基づかない内容の曖昧な『担保権』は、以上のような矛盾を促進していることになる<sup>(11)</sup>。

## 5 所有権・債権移転構成と所有権・債権非移転構成の区分

譲渡担保等について、担保権であり所有権移転ではないと主張しながら、設定、対抗公示、実行の各局面において、なし崩し的なすり替えを行っている。理論的には、所有権・債権非移転構成を主張しておきながら、所有権・債権移転構成を利用しているからである。以下その両者を図で示す。

図 所有権・債権移転構成と所有権・債権非移転構成の区分からみた実体的権利

	所有権・債権移転構成（移転型と略す） （≡担保目的取引規律型）	所有権・債権非移転構成（非移転型と略す） （≡担保物権創設型）	
動産	合意	・消費貸借・担保の合意 ・譲渡契約	・消費貸借契約 ・動産抵当権設定契約
	公示・対抗要件	・動産の譲渡の対抗要件（178条）により現実の引渡、簡易引渡、占有改定、指図による移転、譲渡登記・譲渡登録は対抗可 ・譲渡担保で移転の場合には占有改定で対抗可	・動産抵当の登記又は登録のみ ・動産質権の対抗は占有改定では不可 ・譲渡担保で非移転の場合は占有改定では対抗不可
	効力	・債権者の弁済を受ける権利 ・債務者の使用収益権、清算請求権、受戻権（債権者の所有権はこれらの負担付→所有権の弾力性）	・債権者の弁済を受ける権利 ・付従性の原則 ・債権者の満足（目的達成）による消滅
	実行	・所有権が債権者から第三者へ根拠：対効力を備えた所有権（留保権付） ・帰属清算・処分清算	・所有権は設定者から第三者へ ・執行法により抵当権の実行
債権	合意	・消費貸借・担保の合意 ・債権譲渡契約	・消費貸借・債権抵当設定契約
	公示・対抗要件	・債権譲渡の通知承諾（確定日付） ・債権譲渡登記	債権抵当設定登記 債権抵当権
	効力	・譲受人の弁済を受ける権利 ・債務者の使用収益権、清算請求権、受戻権（ゴルフ会員権、特許権等。一般債権では機能しない場合もあり）	・債権者の弁済を受ける権利 ・付従性の原則 ・債権者の満足（目的達成）による消滅
	実行	・帰属清算・処分清算	・執行法による取立権、債権執行

(11) 前述のように、課税庁が譲渡された財産を差し押さえると債権者は担保であるとして移転を否定（盾）し、債務者が差し押さえられると債権者が第三者異議の訴えを主張し排除（鉾）し、どちらも有利に使い分けができる。

不動産	合意	・消費貸借・担保の合意 ・不動産譲渡契約	・消費貸借・抵当権設定契約（民法 369 条以下）
	公示 対抗要件	・譲渡登記 ・譲渡担保原因の登記	・抵当権設定登記
	効力	・債権者の弁済を受ける権利 ・債務者の使用収益権、清算請求権、 受戻権（債権者は負担付き所有権を 取得） ・譲渡担保原因→第三者・転得者への 対抗 <sup>(12)</sup>	・抵当権の効力（民法 373 条以下）
	実行	・所有権は所有者→債権者→第三者 ・帰属清算・処分清算	・所有権は設定者→第三者 ・執行法による抵当権に基づく競売

## 6 移転型と非移転型の実体的権利関係からの検討

上記の図において、移転構成と非移転構成の区分によって、当事者の実体的権利を明確にしている。そこで指摘できるのは、対抗要件、弁済期前後による区分の意義、当事者の債権回収手段の合意・選択、対抗・優先弁済権、債務者の権利保護等がどのような実体的権利に基づいているのかを明らかにすることである。

(1) 第 1 は、対抗要件としての占有改定である。たとえば、動産の譲渡担保の対抗要件の引渡しについてである。移転構成では、占有改定も所有権移転に基づく譲渡担保の対抗要件としては可能である（178 条・183 条）。しかし、非移転構成では所有権が債権者に移転しない担保であれば、民法は占有改定を対抗要件とすることを認めていない（344 条・352 条）。

【裁判例】最高裁判決昭和 30・6・2 民集 9 卷 7 号 855 頁

動産について債務者 A が債権者 X と売渡担保契約を結び、債権者が占有改定により間接占有を取得したときは、債権者 X は、その所有権取得を A から動産を譲り受けた第三者 Y に対抗できるとした。

(12) 譲渡担保原因により第三者・転得者への対抗を認めるべきである。鳥谷部「不動産譲渡担保の認定と効力」『金融担保の法理』（信山社、2016 年）229 頁（初出：NBL849 号 23 頁（2007 年））、同「不動産の譲渡担保と登記」『金融担保の法理』249 頁、252 頁（初出：広島法科大学院論集 3 号 121 頁（2007 年））等参照。

以上のように、最高裁は、譲渡担保における所有権移転を否定しないからその対抗要件として占有改定でも対抗要件として認めたのであって、所有権が移転することがない担保権の設定・創設である場合の動産担保権の対抗力として認めたわけではない。その後の学説は、非移転型の譲渡担保においても占有改定が動産譲渡担保の対抗要件とするが、これは非移転型における移転型の対抗要件のすり替えである。一般的には、当事者の実体的権利が何かを基礎としなければ気づかない問題である。

(2) 第2は、所有権の移転時期に関する弁済期到来前と弁済期到来後の区分である。

学説・判例には、譲渡担保における所有権の移転時期又は処分権限の発生時期を弁済期の到来前後で区分する見解が有力である<sup>(13)</sup>。ここでは、担保という曖昧な内容からどのような説明を与えるのが良いか効力の操作を行っている。第1に、当事者間には、弁済期の到来で直ちに所有権が移転するとか処分権限が発生するとの合意があるとは限らない。一般的には、譲渡担保の場合、最初の契約時で所有権移転の合意を行ない所有権移転登記又は占有改定による対抗要件を具備する。この当事者の合意及び第三者への効力を権限が発生していないとみることは妥当ではない。仮に弁済期が到来したとしても、それだけで遅滞となるとは限らない。第2に、差額がある場合には清算期間が必要であり、清算金の支払なしに処分できるとの合意・特約があっても、非清算特約やまる取り特約は制限されなければならない。第3に、弁済

---

(13) 最判平成18・10・20民集60巻8号3098頁は、譲渡担保原因の登記をしている場合であっても、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たときは、設定者は、差し押え後に債務の弁済をしても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はできないとした。その理由を、設定者の弁済期が到来したときは、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権限があるからであるとした。反対に、弁済期が到来する前は、債権者は処分をする権能を有しておらず設定者による受戻権の行使が制限される理由はないとした。鳥谷部「不動産譲渡担保と登記」前掲『金融担保の法理』252頁以下参照。



期は第三者には不明でありこれを基準とするのは客観的な判断基準にならない。第4に、不動産譲渡担保では譲渡担保原因の登記を行っている場合には、設定者が受戻権を有していることを第三者は登記簿から知ることができた。従来の裁判例で受戻権は弁済期後でも清算金の支払いまでは所有権の受戻権を行使できるとしてきた。仮登記担保法でも弁済期後の清算金弁済までは所有権の受戻権を行使できるとする。このような状況で、かつ、第三者に対する関係について処分権限を持ち出すのは、その実体的権利を明らかにしないまま、適当な結論を先取りしようとする効力の操作になると考える。

(3) 第3は、主たる債権回収手段の選択合意である。冒頭の第1類型から第4類型までの多様な担保方法のなかで、当事者が債権回収確保の主たる手段として選択し合意したのは、動産質権、譲渡担保、所有権留保、自動車抵当かである。この債権回収の主たる手段を補充する特約がある。譲渡担保又は所有権留保であった場合、その債権回収の主たる手段は所有権移転又は留保の合意とそのために対抗要件を具備した債権回収方法である。当事者は、債権確保手段として対抗できる所有権移転・留保によって債権回収を確保し、回収する方法を合意し選択したのであり、私的自治として尊重すべきである。この効力を認めなければ、債権者・債務者の所有権も担保権もそれに見合う公示がないから、双方の権利は対抗できない権利となる。判例が債権者の権利は、所有権であるが実体は担保権であるとか、債権者の所有権は不完全である、あるいは不確定であるとするのは債権回収目的であるため清算請求、使用収益権、受戻権が設定者に残っているからである。それを超えて債権を有利に回収するための不当な「まる取り」や「非清算特約」「目的物の明渡特約」等のその他の付随特約については、債権回収に必要な限度以上の特約を無効・制限したのが最高裁判例法理であった(前述Ⅲ検討3実体的権利への対応を参照)。すなわち当事者が選択した主たる債権回収手段である所有権は、対抗できる実行のために維持するが、残債務回収以外の特約は制限するという債務者の負担付きであるということである。この債務者に対する債権

者の負担すなわち設定者留保権は、第三者や背信的悪意者に対する関係でも保護すべきであった。

中間試案における担保権は、その設定により、所有権が移転しているのか移転しないのか、所有権がどこにあるのか不明である。その担保権は、保証のような担保権か、動産質のような担保権なのか、その性質や要件が不明である。債権回収の手段が違法であればこれを無効とすべきであるが、債務者・設定者の諸権利（使用収益権・清算請求権・受戻権）を保護することによって債権回収の主たる手段が債権回収のみに制限されるとする判例法理を見直すべきである。

(4) 第4は、債権回収確保手段であるがゆえの債務者の保護である。

非典型担保における判例法は、譲渡担保、仮登記担保において債権回収確保目的の貫徹のためには、性質上異なる特約がある場合でも債務者に目的物の使用収益権、清算請求権、受戻権を認めてきた。

ところが、担保であるという最近の非移転構成の下では、受戻権は認められていない。移転した所有権を受け戻すのが受戻権だからである<sup>(14)</sup>。また、金銭債権の譲渡担保のように個性がないものは相殺や充当で足り、受戻権は必要でない場合がある。しかし、債権回収目的である場合において債権全額を弁済したとき（債権者は100%満足し目的を達成した時）は、そのために移転した権利は元に復帰すると考えるのが道理（一種の原状回復請求権）である。残代金全額が回収でき差額があれば当然返還請求ができ、残額が返還されるまで目的物の使用収益権が債務者に留まるとする判例法理が確立してきた。弁済期後の受戻しの場合に留置権を行使できないとする見解もあるが、差額の不当利得返還義務が消滅するわけではない。以上が当事者の実体的権利から導かれる結論である。

---

(14) 仮登記担保法2条（清算期間経過2か月後の所有権の移転）及び11条（残代金全額弁済又は供託による土地等の所有権の受戻し）は、明文で所有権の受戻権を規定する。

債務者を保護することを出発点（まる取り禁止、非清算特約の無効等）として発展し形成されてきた非典型担保に関する法理論であるにもかかわらず、最近の担保であるとの主張はどのように変容してしまったのか。この点でも、当事者の実体的権利には基づかず、どのような効力を与えるべきかとの観点から効力の操作を行っているのではなかろうか

(5) 第 5 は、実行における対抗力、優先権、実行権限である。当事者の実体的権利と内容が合致しない公示が対抗要件となることは、民法上・不動産登記法・民事執行法上認められていない。設定者（債務者）の諸権利の内容が、公示されることにより、第三者に対しても、対抗でき優先できるような制度とすべきである。

しかし、本中間試案でも、対抗要件やその公示を必要とすべきかどうかの選択肢が各所で提示されている。各債権回収手段から生ずる実体的権利を明確にしない、内容の曖昧な「担保」「担保権」からの中間試案は、多様で複雑な債権回収確保手段との対抗、優先順位、実行権限・根拠等において、安定した法制度として期待できるものでなければならない。

(6) 第 6 は、移転型と非移転型の選択肢の立法をどうするか。

立法形式としては、第 1 に、移転型で債務者の物権的負担付きであることを公示し債権者への権利・所有権移転の登記を制度化する方法が考えられる（図・所有権・債権移転構成）。

第 2 に、移転型で債務者・設定者に所有権とその旨の登記が行われその上に債権者の動産抵当権又は債権抵当権の登記登録を行う制度が考えられる（図・所有権・債権非移転構成）。

第 3 に、第 1 の所有権譲渡方式と第 2 の動産抵当の双方を入り口で当事者が選択できる制度の 3 通りが考えられる。第三の場合は、譲渡方式と抵当方式とを峻別して立法し、当事者の選択にゆだねるが、実体的権利も公示・対抗もまったく別の公示・対抗でそれぞれの実体的権利とそれぞれの公示・対抗によって異なる効力が生ずることになる。

これらの譲渡方式と抵当方式は、設定内容も公示も対抗力も異なるが、双方の実行方法における連結として仮登記担保法に参考となる方法・規定が示されている。所有権取得の順位保全の仮登記を「抵当権とみなす」という方法であった。ここから、本稿の立法提案は、執行手続きで債権回収を確保するための対抗力のある動産譲渡・債権譲渡を「動産抵当・債権抵当とみなす」との明文規定を設けることである。このためには、その前提として抵当方式の執行手続規定があらかじめ整備される必要がある<sup>(15)</sup>。

留意しなければならないのは、所有権・債権**移**転構成と所有権・債権**非**移転構成は、それぞれ異なる実体的権利に基づくものであり、担保目的であることを理由に、有利な主張を選択して行使することを認めるべきでない。たとえば不動産の譲渡担保において設定者が差押えられた場合に債権者が所有権取得を理由に第三者異議の訴えを主張し、他方で課税庁が債権者の所有権登記をもとに差し押さえた場合に担保権であるから所有権取得はないというような二枚舌の主張を認めるべきではない。

#### IV むすび

非典型担保の中でも、譲渡担保、仮登記担保、所有権留保は、大正、昭和、平成の時代を通してきわめて多くの裁判例が積み重ねられてきた。そこには、多くの研究者、法曹、実務家のその時々々の努力や検討が結晶となって示されてきた。

特に、法的構成が所有権的構成や、担保的構成、担保権構成などと推移し

---

(15) 仮登記担保法は、13条で担保仮登記の優先弁済権、14条で根担保仮登記の優先弁済権の否定を規定している。ただし、「みなし規定」を設ける場合にも、両者の実体的権利として所有権取得の順位保全効の対抗力と所有権の対抗力の差異が存在することに留意しなければならない。実体的権利を無視して担保であることを理由に両者の効力の操作を行うことは慎むべきである。

てきた。その結果として、不動産登記も所有権移転（原因 譲渡担保）が認められ、仮登記担保法が成立し、動産・債権譲渡対抗要件特例法等も制定され、個別的な対応が行われてきた。

今回の「担保法制見しに関する中間試案」やその補足説明は、今後どのように立法化されるのかは目下その課題を検討中である。

本稿では、移転型と非移転型の選択肢を提示したが、これまでの不動産登記における「所有権移転」や動産債権対抗要件特例法の「譲渡」、その他の特別法の公示制度（たとえば、自動車の車検制度による「所有者・使用者」の登録等）を前提として発展してきたそれらの非典型担保を、非移転型の担保権構成から公示制度と担保権を合致させる法改正は、きわめて難解な重大事業となるであろう。譲渡でない譲渡担保、所有権がとどまらない所有権留保は、公示・対抗制度との不一致だけではなく、そもそも法律用語の問題としても矛盾がある。

本稿で提示した移転型と非移転型じたいは、双方矛盾しないものである。前者は、所有権移転（設定者留保権付き）を前提として債務者保護の公示対抗を工夫する案であり、後者は所有権が移転することのない動産抵当権、債権抵当権、不動産抵当権を実体的権利としそれと合致する登記制度を準備することになる。それらの双方を併存させる改正案又は立法案である。さらに本稿では、執行手続きの段階において双方を連結させる立法案をも提示した。

従来の非典型担保において、これまでの判例法理は、所有権移転の合意があり所有権移転の対抗力の下で設定者・債務者の設定者留保権を保護するという方向で形成されてきたものである。判例はこれを当事者間では相当の成果をあげてきたが、第三者に対する関係では発展を欠いた。これらの沿革と公示対抗制度を踏まえて、担保法制の見直しをご検討下さるよう期待するものである。