

担保目的取引規律型・担保物権創設型および 動産譲渡担保権・留保所有権の執行方法について(2・完)

——法制審議会・担保法制部会の議論に寄せて——

生 熊 長 幸*

目 次

- 1 はじめに
- 2 担保目的取引規律型・担保物権創設型について
 - (1) 担保目的取引規律型・担保物権創設型とは
 - (2) 担保目的取引規律型(【案2.1.3.1】)を目指す理由
 - (3) 担保法制研究会での議論
 - (4) 法制審議会・担保法制部会での議論
 - (5) 検 討
- 3 特定動産譲渡担保権の執行方法
 - (1) 担保所有権の執行方法についての報告書の考え方
 - (2) 特定動産譲渡担保権の各種の執行方法
 - (3) 私的実行の処分権限取得の要件
 - (4) 帰属清算方式による実行手続 (以上, 397号)[本誌397号掲載の「本稿(1)」に対する補足・補正]
 - (5) 処分清算方式による実行手続
 - (6) 私的実行を確実にするための手続
 - (7) 後順位譲渡担保権が設定された場合の取扱い
 - (8) 民事執行法の規定に基づく競売
- 4 集合動産譲渡担保権の執行方法
- 5 留保所有権の執行方法
 - (1) 部 会 資 料
 - (2) 部会資料の(説明)
 - (3) 担保法制部会第7回会議における議論

* いくま・ながゆき 大阪市立大学名誉教授 岡山大学名誉教授 元立命館大学大学院法務研究科教授

(4) 検 討
6 む す び

(以上, 本号)

〔本誌397号掲載の「本稿(1)」に対する補足・補正〕

本誌397号に掲載させていただいた「担保目的取引規律型・担保物権創設型および動産譲渡担保権・留保所有権の実行方法について(1)」(「本稿(1)」という)の校正終了までに公表されていた法制審議会・担保法制部会の部会資料および議事録は、部会資料4および第4回会議議事録までであった。その後、部会資料5・6・7および第5回から第7回までの会議議事録が公表された。部会資料6・7と第6回および第7回会議議事録は、本稿に直接関係するものである。

そこで、以下の「(5)処分清算方式による実行手続」以降については、これらの部会資料および会議議事録に基づいて検討することにするが、「本稿(1)」で論じた「3 特定動産譲渡担保権の実行方法」のうちの「(2)特定動産譲渡担保権の各種の実行方法」, 「(3)私的実行の処分権限取得の要件」および「(4)帰属清算方式による実行手続」については、これらの部会資料および会議議事録を参照できていなかったため、ここでは、これらの部会資料および会議議事録で変更が見られる点を中心に、補足・補正という形で簡単に検討しておきたいと思う。

なお、部会資料5では、今後の資料においては、i 当部会で制度の整備に向けた検討がなされている担保(これまで「担保所有権」と呼んできたもの)を指す用語として、「新たな規定に係る担保権」という文言を用いる、ii 担保目的取引規律型を採る場合、担保目的で所有権が移転されることで債権者が担保を得ることになる取引を「譲渡担保」、担保目的で所有権が留保されることで債権者が担保を得る取引を「所有権留保」と呼び、譲渡担保によって債権者が得る担保を「譲渡担保権」、所有権留保によって債権者が得る担保を「留保所有権」と呼ぶ、これらの用語は、担保目的取引規律型を念頭に置いた記述において用い、担保物権創設型を念頭に置き

た記述においてはこれらの用語を用いない、iii 特に現行法における「譲渡担保」「所有権留保」について述べる場合は、「現行法の譲渡担保」などとする、としている⁴⁸⁾。

「譲渡担保権」や「所有権留保」などの呼称を、担保目的取引規律型を前提とした呼称とすることは、これまでの学説からすると、議論の流れを分かりにくくすることになると考えるが、目的物の所有権の所在につき考え方が異なるものの、担保目的取引規律型であれ担保物権創設型であれ、契約の効力に力点を置くか、契約により作り出された担保に力点を置くかの違いに過ぎないと見る私の立場からすれば、大きな問題ではないので、本稿では、これまで通り、担保目的取引規律型か担保物権創設型かに拘らずに、「譲渡担保権」や「所有権留保」などの呼称を使用することにする。

(a) 「(2) 特定動産譲渡担保権の各種の実行方法」についての補足

これに対応するのは、部会資料6「第1 新たな規定に係る担保権の実行方法 1 新たな規定に係る担保権の各種の実行方法」⁴⁹⁾であるが、これまでと特に変更点はない。ただ、これは、動産譲渡担保の実行について検討したもので、所有権留保の実行については、部会資料7 第5で取り上げている。

担保法制部会第6回会議では、帰属清算、処分清算および民事執行法の手続による競売の3つの方法を認めることについて、理論的に問題はないのか、政策的判断であり問題はないのではないかなどの意見が見られたが、3つの方法を認めることについては、特に反対は見られなかった⁵⁰⁾。私は、実行方法として何を認めるかについては、手続的な公正が担保されているかで判断すればよいと考えるが、後述のように様々な問題があると思う。

48) 部会資料5 1頁。

49) 部会資料6 1頁。

50) 第6回会議議事録1～9頁。

(b) 「(3)私的実行の処分権限取得の要件」についての補足

これに対応するのは、部会資料6「第1 新たな規定に係る担保権の実行方法 2 新たな規定に係る担保権の私的実行における担保権者の処分権限」⁵¹⁾であるが、これまでと内容に特に変更はない。ただし、【案4.1.2.1】が【案6.1.2.1】に、【案4.1.2.2】が【案6.1.2.2】に、それぞれ変わっているほか、文言も変更されている。

担保法制部会第6回会議では、譲渡担保権設定当事者としてどのような者を想定するかにより受戻期間を設けるべきか否かの判断は異なるのではないか、目的物として設定者の事業継続に不可欠なものを想定するか鮮度の劣化が早い物が集合動産譲渡担保の目的動産になっているかなどにより、受戻期間も異なってくるのではないかと、などの意見が表明されるとともに、むしろ最初に一定の受戻期間を置くよりは、譲渡担保の実行の一定段階まで受け戻しが可能だとする方策の方が妥当ではないかとの意見も表明されている(大阪弁護士会・阪口彰洋幹事)⁵²⁾。私は、仮登記担保法のように、一定の期間を受戻期間として設けるとともに、(c)で述べるように誠実評価額の制度を止めて、適切な額の清算金の支払があるまでは受け戻せるという構想が妥当であると考えます。

(c) 「(4)帰属清算方式による実行手続」についての補足・補正

これに対応するのは、部会資料6「第1 新たな規定に係る担保権の実行方法 3 帰属清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等」⁵³⁾であるが、ここには、「本稿(1)」で記述したことと、一定の違いが見られるので、補正をさせていただくとともに、やや詳細に述べておきたい。

部会資料6 第1 3「帰属清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等」

「帰属清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等については、次の

51) 部会資料6 3頁。

52) 第6回会議議事録9～19頁。

53) 部会資料6 6頁。

とおりとすることが考えられるが、どのように考えるか。

- (1) 担保権者が帰属清算方式による私的実行をしようとするときは、担保権者は、設定者に対し、その旨、被担保債権の額並びに担保権者が誠実に評価した目的物の価額及び算定根拠を通知しなければならないものとする。
- (2) 担保権者は、(1)の通知（担保権者が誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超えるときにあっては、これに加えてその超える額に相当する金銭（以下「暫定的な清算金」という。以下「帰属清算の通知等」という。）をするのと引換えに、設定者に対して目的物の引渡しを請求することができる。
- (3) 担保権者が帰属清算の通知等をしたときは、設定者は、その後に被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができないものとする。
- (4) 担保権者が帰属清算の通知等をしたときは、被担保債権は、その時における目的物の客観的な価額の範囲で消滅する。
- (5) 担保権者が帰属清算の通知等をした時における目的物の客観的な価額が被担保債権額を超えるときは、担保権者は、設定者に対し、その超える額に相当する金銭（以下「最終的な清算金」という。）を支払う義務を負うものとする。」

(ア) 報告書と部会資料6との文言上の形式的な違い　報告書と部会資料6とでは、文言上には一部違いが見られる。

① 「引渡時支払金」から「暫定的な清算金」に　形式的なことではあるが、「誠実評価額」と被担保債権額との差額をこれまでは「引渡時支払金」としてきたが、部会資料6では、これを「暫定的な清算金」というとしている（第1 3(2)）。

② 「清算金」から「最終的な清算金」に　これも①と同様、形式的なことではあるが、①で、これまでの「引渡時支払金」を「暫定的な清算金」と呼び方を変えたことと関連して、部会資料6では、これまでの「清算金」を「最終的な清算金」というとしている（第1 3(5)）。

(イ) 報告書と部会資料6の基本的仕組みは同じ　報告書と部会資料6は、「誠実評価額」の制度を設け、譲渡担保権者は、設定者に対して、誠実評価額および算定根拠の通知（誠実評価額が被担保債権額を超えるときは、

それらの通知に加えて、その差額である「暫定的な清算金」の支払)をするのと引換えに、目的物の引渡しを請求することができ(第1 3(2)), また、譲渡担保権者が設定者に対してこれらの通知および「暫定的な清算金」の支払をしたときは、設定者は被担保債権の弁済をして目的物を受け戻すことができなくなる(第1 3(3)), つまり譲渡担保権者は目的物の確定的な所有権を取得するとする基本的仕組みの部分については変わりがなく、これについては「本稿(1)」で述べた通りである。

(ウ) 担保法制部会第6回会議での議論 担保法制部会第6回会議では、次のような様々な意見が表明されている⁵⁴⁾。① 清算金の支払と引渡しとが同時履行ということになると、譲渡担保権者が先に目的物を引き揚げてしまうという現行の実務とは大きくかけ離れた立法になるのではないか(片山直也委員), ② 清算金を確保するための手段としては、動産譲渡担保の場合も清算金支払義務と目的物の引渡義務を同時履行とするほかないのではないか(法務省民事局参事官笹井朋昭幹事), ③ 誠実評価額をめぐって後で紛争にならないことが望ましい、私的実行の前提として動産の占有を設定者から先に引き揚げるという実務があるのは事実であるが、清算金の確保に向けた政策的判断からも、設定者から先に占有を取り上げるというルール設計は難しいのではないか(都市銀行・本多友則委員), ④ 誠実評価額についての争いと客観的価額についての争いとで、どのように違ってくるのがよく分からない(佐久間毅委員), ⑤ 誠実評価額について設定者から争われないようにするためには、その評価においても客観的な価額の算定に近いようなものになっていくという実務になりそうである(本多委員), ⑥ 帰属清算における誠実評価額、客観的価額といっても、半ばファイヤーセールにおける売却価額を前提としてよいとすべきである(第一東京弁護士会・井上聡委員), ⑦ 誠実評価額が訴訟で争われるとすると、最終的な清算金の額も争われる状態なので、誠実評価額という概念を設けた意

54) 第6回会議議事録19~31頁。

味がほとんどなくなってしまう，そこで，誠実評価額の争いだけを担保権の実行としての民事執行手続として行うことが考えられないか（裁判所・中村さとみ委員），⑧客観的評価額とは違って誠実評価額は，非常に幅のある概念なので，かえってややこしくならないか，客観的評価額に基づく清算金を確保することが目的で，同時履行の抗弁権や留置権を考えているのであるから，供託請求権，供託請求の抗弁みたいなものを設けて，清算金確保を図ることも考えられるのではないか（阪口幹事）。

(エ) 「誠実評価額」を争う場の存在につき「本稿(1)」の叙述の訂正と部会資料6の考え方の問題点 「本稿(1)」では，報告書は，かなりあいまいであるが，それまでの議論の状況などからすると，「清算金（部会資料6の「最終的な清算金」）」の額については，設定者は訴訟で争うことができるが，「引渡時支払金（部会資料6の「暫定的な清算金」）」の額については，設定者は訴訟で争うことができないという考えに立っているのではないか，という前提で論述した。

i 部会資料6は，「誠実評価額」につき設定者は訴訟で争うことができるとする立場か ところが，部会資料6は，「誠実評価額の算定根拠の通知を提案しているのは，通知された誠実評価額が誠実に評価されたことを示し，場合によってはその金額を争うための機会を設定者に与えるためである。」とし，また，「誠実評価額を基準とするという考え方は，目的物の評価に関する担保権者の負担を軽減するものであるが，どのような額であっても通知をすればそれだけで手続が進行するというわけではなく，それが実際に誠実な評価によって算出されたものであるかについて，設定者は争い得る。」としており⁵⁵⁾，「誠実評価額」，したがってまた「暫定的な清算金」（従来の「引渡時支払金」）の額についても，設定者は争うことができることを明らかにしている。しかし，部会資料6でも，設定者はどのような場で争うことができるのか，誰がどのようにして「誠実評価額」と

55) 部会資料6 7頁以下。

いえるか否かを判断するのか、についての(説明)はない。

もっとも、部会資料6は、「誠実に評価した場合に暫定的な清算金が生ずるかどうかの立証責任については、これを担保権者に負担させる考え方と、設定者に負担させる考え方があり得る。」としているから⁵⁶⁾(これまでも、立証責任がいずれにあるかについては、法務省の担当官から時折提示されてきていたのであるが)、部会資料6は、「誠実評価額」、したがってまた「暫定的な清算金」の額について、設定者は訴訟で争うことができるという考え方に立っていると見ることができそうである。

ii 「誠実評価額」を訴訟で争うるとすると、「誠実評価額」導入の目的は達成されないのではないか　そうであるとすれば、次のような疑問が生ずる。すなわち、設定者が「誠実評価額」、したがってまた「暫定的な清算金」の額について訴訟で争う場合と、設定者が「最終的な清算金」の額について訴訟で争う場合とで、決着までに要する時間に違いが生じてくるのかである。裁判所は、目的物の価額の評価についての専門家ではないから、いずれの訴訟においても鑑定人を選任して目的物の価額を評価させることになるのではなかろうか。つまり、前者の「誠実評価額」を巡る訴訟においては、「誠実評価額の算定根拠の通知」といっても様々なものがありうるから、算定根拠の通知があっても裁判所はそれを鵜呑みにすることはできないし、また、設定者は「誠実評価額」といえるかどうかを争っているのであるから、裁判所としては、やはり鑑定人を選任して目的物の価額を評価させ、鑑定人による評価額を参考にして「誠実評価額」といえるかどうかを判断することになるのではないかと思われる。後者の「最終的な清算金」の額を巡る訴訟においては、これまでと同様、裁判所は鑑定人による目的物の評価額を参考にしてこれを導き出すことになる。却って「誠実評価額」といえるかどうかの判断には、部会資料6の(説明)も、「誠実に評価したといえるためにどの程度の調査が必要かは、担保権者が、善良な

56) 部会資料6 8頁。

管理者としての注意に基づいて評価したか否かの問題であり、事案ごとに判断するほかないが、目的物の性質や実行の緊急性がどの程度あるかなどが考慮されると考えられる。」としているように、「最終的な清算金」の額の算出の場合よりも考慮すべき要素が多くなり、裁判所にとって面倒なことといえる（もちろん、いずれ実際には、鑑定人による目的物の評価額に何割かをかけたものを「誠実評価額」とすることになろうが）。そうとすると、「誠実評価額」を巡る訴訟と、目的物の「客観的価値額」を巡る訴訟とで、結論が出るまでの期間には特段の差異はないということになるのではないかと思われる（^(ウ)の⑦⑧の意見にも類似の評価が見られる）。したがって、「誠実評価額」の制度を設けても、設定者の受戻権を早期に消滅させ、また、設定者から譲渡担保権者に目的物を早期に引き渡させるという制度の趣旨（^(イ)参照）は実現されないのではないかと考える。

iii 「誠実評価額」の制度の導入は、設定者に重大な不利益を課すことになるのではないかと それ以上に問題なのは、部会資料6も、報告書と同様、「誠実評価額」の制度を設けることによって、「本稿(1)」の3(4)で詳しく論述したように、これまでには見られなかった重大な不利益を設定者に課すことになるのではないかということである。部会資料6は、「誠実評価額」および「算定根拠の通知」（誠実評価額が被担保債権額を超えるときは、それらの通知に加えて「暫定的な清算金」の支払。これらをまとめて「帰属清算の通知等」という）の効果として、譲渡担保権者に設定者に対する目的物の引渡請求権を認め（設定者は目的物の引渡しを拒むことができなくなる）、また、設定者の受戻権の消滅（設定者はもはや被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができなくなる）を挙げている。ただし、部会資料6は、報告書と同様に、目的物の「客観的価値額」が被担保債権額を上回るときは、その差額を清算金として設定者は改めて譲渡担保権者に請求できるとする。

この「暫定的な清算金」と「最終的な清算金」の2段階方式の問題点については、「本稿(1)」の3(4)でも論述した。この制度の導入は、設定者に

次のような重大な不利益を課すことになる。

① 設定者が適正な額の清算金を得るためには通常2回の訴訟が必要であること

問題点のその1は、目的物の客観的価額と被担保債権額との差額である適正な清算金を設定者が得るためには、「誠実評価額」を巡る訴訟の場合、譲渡担保権者から提起された目的物の引渡請求訴訟に対する応訴であり、「最終的な清算金」を巡る訴訟の場合は、設定者からの譲渡担保権者に対する清算金請求訴訟という提訴であるという違いはあるにせよ、2回の訴訟を経なければならない可能性が高くなるということである。このことは、中小零細業者が設定者であることが多い譲渡担保であることを考えるならば、設定者に金銭的、時間的、精神的に大きな負担を課すことになるため、設定者は、これらの訴訟を断念してしまう可能性が高く、設定者は最終的な清算金を請求できるとする旨の部会資料6 第1 3(5)のような規律を設けても、結局、絵に描いた餅になってしまうのではなかろうか。設定者が適正な額の清算金を得るためには2回の訴訟を経なければならない可能性が高いと考えられるのは、1回目、「誠実評価額」といえるかどうかの争いであるから、目的物の客観的価額から一定程度低い価額を「誠実評価額」として譲渡担保権者が設定者に通知しても、裁判所はそれを「誠実評価額」と認定する可能性が高いこと、また、譲渡担保権者が、目的物の価額を高く評価し過ぎて「最終的な清算金」の額より高い「暫定的な清算金」を設定者に支払ってしまった場合は、今度はその差額を譲渡担保権者が設定者から返還を受けることになるが、実際に設定者から返還を受けることができるかどうか分からないこと、から、「誠実評価額」は「客観的価額」よりもかなり低く、したがってまた、譲渡担保権者が設定者に支払う「暫定的な清算金」の額は、「最終的な清算金」の額よりかなり低くなることが十分予想されるからである。

② 「最終的な清算金」請求権を被担保債権として留置権を行使できないこと

問題点のその2は、設定者が、仮に譲渡担保権者を相手に清算金請求訴訟を提起して勝訴判決を得たとしても、「暫定的な清算金」の支払または

提供の時にすでに目的物を譲渡担保権者に引き渡してしまっているから、「最終的な清算金」を被担保債権として目的物につき留置権を行使して譲渡担保権者に「最終的な清算金」支払債務の履行を間接的に強制することはできないため、譲渡担保権者が任意に支払ってくれないときは、設定者は強制執行という手段を取らなければならないし、その時点で譲渡担保権者が倒産していた場合には（譲渡担保により融資をする債権者は、まともな金融機関ばかりとは限らない）、「最終的な清算金」の回収不能という事態にも直面することが容易に予想されるという点である。

これまで、判例（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁）および通説が、帰属清算方式による私的実行において、設定者の目的物の引渡債務と譲渡担保権者の清算金債務とを同時履行としてきたのは、設定者の受戻権の確保と設定者の清算金請求権の確実な実現のためである（ウの②の笹井幹事の発言参照）。ところが、部会資料6の2段階方式は、一般に「最終的な清算金」の一部である「暫定的な清算金」の譲渡担保権者による設定者に対する支払または提供により、設定者の目的物の引渡債務についての同時履行の抗弁権を消滅させ、また設定者の受戻権を消滅させてしまうというものであるが、「誠実評価額」について設定者は訴訟により争うことができるとする以上、目的物を譲渡担保権者に早く確定的に帰属させるという制度の趣旨は実現されないし、この2段階方式は、動産売買契約において、買主が代金の一部だけの支払で、売主の同時履行の抗弁権を失わせることができるとするのと同じであり、譲渡担保権者の利益のために設定者に極めて大きな不利益を課すものと言わざるをえない。

この2段階方式の設定者にとっての不利益は、動産を目的とする担保の実行が、民事執行法の規定による競売で行われる場合と比較すれば歴然となる。この場合には、執行官が担保目的動産を差し押さえて入札または競り売りの方法で売却し、売得金（執行費用は控除する）を原資として差押債権者および配当要求をした債権者に弁済金を交付し、剰余金が生じれば、これを設定者に交付することになる（民執192条による同法139条・140条の準

用)。このように、競売手続においては、目的物の売得金(執行費用は控除する)が被担保債権額を上回ったときは、設定者は確実に剰余金(これは、私的実行における清算金にほぼ該当する)の交付を受けられる仕組みになっているのである。

したがって、私は部会資料6の2段階方式については賛成することができない。

3 特定動産譲渡担保権の実行方法(続き)

(5) 処分清算方式による実行手続

先に(2)で見たように、報告書第Ⅱ部第4章第1 1「担保所有権の各種の実行方法」は、譲渡担保権の実行方法として、譲渡担保権者は、処分清算方式による実行方法も選択することができるとし、部会資料6「第1 新たな規定に係る担保権の実行方法 1 新たな規定に係る担保権の各種の実行方法」も同様である⁵⁷⁾。処分清算方式が民事執行法の規定に基づく競売よりも優れているならば処分清算方式も認める必要があろうが、果たしてどうなのか。処分清算方式を認めるべきなのか。

(a) 部会資料6の構想する処分清算方式による実行手続

部会資料6の構想する「処分清算方式による実行手続」は、次のようなものである⁵⁸⁾。ここでは、担保権は譲渡担保権を、担保権者は譲渡担保権者を、設定者は譲渡担保権設定者を、それぞれ前提としているといっている。

部会資料6 第1 4「処分清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等」

「処分清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等については、次の

57) 部会資料6 1頁。

58) 部会資料6 11頁。

とおりとすることが考えられるが、どのように考えるか。

- (1) 担保権者が前記 2 の権限（筆者注：部会資料 6 第 1 2 の担保権者が私の実行に取りかかるための処分権限。以下同じ）に基づいて目的物を第三者に処分したときは、設定者は、被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができないものとする。
- (2) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、被担保債権は、その譲渡時における目的物の客観的な価額の範囲で消滅する。
- (3) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて担保権の目的物を第三者に処分したときは、担保権者は、設定者に対し、その旨、処分時における被担保債権の額並びに担保権者が誠実に評価した目的物の価額及び算定根拠を通知しなければならないものとする。
- (4) 設定者は、目的物の処分を受けた第三者から目的物の引渡しを請求されたときは、担保権者が(3)の通知（担保権者が誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超えるときにあっては、担保権者がその超える額に相当する金銭（暫定的な清算金）の支払又はその提供）をするまでは、設定者は、目的物の引渡しを拒むことができる。
- (5) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて担保権の目的物を第三者に処分した場合において、その譲渡時における担保の目的物の客観的な価額が被担保債権額を超えるときは、担保権者は、設定者に対し、その超える額に相当する金銭（最終的な清算金）を支払う義務を負うものとする。」

(b) 処分清算方式と帰属清算方式との異同

処分清算方式は、譲渡担保権者が、譲渡担保の目的物を第三者に譲渡し、第三者から支払を受けた代金を被担保債権の弁済に充てることにより、被担保債権の優先弁済を受ける方法であるが、部会資料 6 の構想する処分清算方式と帰属清算方式の異同は、次の点にある。

① 〔譲渡担保権者から設定者への通知の内容〕 処分清算方式の場合は、譲渡担保権者から設定者へ、目的物を第三者へ譲渡した旨、処分時におけ

る被担保債権の額ならびに誠実評価額および算定根拠を通知しなければならないが、目的物を第三者へ譲渡した旨の通知と誠実評価額等の算定期間以外は、帰属清算方式の場合と、特段の違いはない。

②〔目的物の第三者への譲渡による設定者の受戻権の消滅〕 処分清算方式の場合は、譲渡担保権者が私的実行の処分権限に基づき、譲渡担保の目的物を第三者に譲渡した時に、設定者の受戻権が消滅する。帰属清算方式の場合は、譲渡担保権者が設定者に対して、被担保債権額ならびに誠実評価額および算定根拠の通知(誠実評価額が被担保債権額を上回る時は、それに加えて、その差額である「暫定的な清算金」の支払)により設定者の受戻権を消滅させることができるが、処分清算方式の場合には、受戻権の消滅にこれらの通知等を必要としない。なお、部会資料6の(説明)では、第三者への譲渡により、受戻権とともに設定者の使用収益権限も消滅するとしており、これによって目的物を譲り受けた第三者は完全な所有権を取得することになるとしている⁵⁹⁾。

③〔誠実評価額の通知・暫定的な清算金支払等による設定者の目的物引渡し拒絶権の消滅〕 この点は、帰属清算方式の場合と基本的に同様であり、部会資料6は、譲受人からの目的物の引渡請求に対して、譲渡担保権者が設定者に対して、第三者に対して目的物を処分した旨、被担保債権額ならびに誠実評価額および算定根拠の通知、誠実評価額が被担保債権額を上回る時は、それらに加えて、その差額である「暫定的な清算金」の支払がなされるまでは、設定者は目的物の引渡しを拒むことができるとする⁶⁰⁾。逆に言えば、誠実評価額等の通知や「暫定的な清算金」の支払により設定者の目的物引渡し拒絶権は消滅する。

④〔担保目的物の客観的価額を基準とする譲渡担保権者の「最終的な清算金」支払義務〕 処分清算方式の場合も、「清算金」の有無は、目的物の「客観的価額」が被担保債権額を上回るか否かによって決まり、その点は、帰

59) 部会資料6 11頁。

60) 部会資料6 11頁。

属清算方式の場合と同様である。ただし、処分清算方式の場合は、その算定時は、目的物を第三者に譲渡した時であるのに対して、帰属清算方式の場合は、譲渡担保権者が設定者に対して帰属清算の通知等をした時である。いずれも、その算定時は、設定者の受戻権の消滅時期と一致させられている。

(c) 部会資料6の(説明)

処分清算方式を認めるべき理由については、(2)(b)(イ) i・iii で見た。部会資料6の(説明)も同様である⁶¹⁾。

処分清算方式の具体的な手続についての部会資料6の(説明)は、次のようなものである⁶²⁾。

(a)の(1)の処分清算方式における受戻権の消滅時期を目的物の第三者への譲渡の時としたのは、判例(前掲最判昭和62年2月12日)の考えと同じである。

(a)の(2)は、処分清算方式により目的物が第三者に譲渡されたときは、被担保債権は、譲渡価格ではなく、目的物の客観的な価額の範囲で消滅するとしたものである。

(a)の(3)の譲渡担保権者から設定者への「誠実評価額」と算定根拠の通知は、帰属清算方式におけるのと同様である((4)(d)ア)の(1)、「[本稿(1)]に対する補足・補正」(c)(イ)。誠実評価額の通知は、(a)の(4)に規定しているように、「誠実評価額」が被担保債権額を超えるときは、誠実評価額を基準とした「暫定的な清算金」の支払または提供があるまで、設定者は譲受人に対して目的物の引渡しを拒むことができるという意味を持つ。

(a)の(4)は、不動産譲渡担保の処分清算方式において、設定者に留置権を認めた平成9年4月11日の最高裁判決(集民183号241頁)の立場を踏襲している。学説上は、現行法上の処分清算方式における実行においては、設定

61) 部会資料6 2頁。

62) 部会資料6 11頁以下。

者に留置権を認める見解が多数であるが、留置権を認めるべきではないとする有力説もある。しかし、処分清算方式の場合は、担保権者が譲受人に目的物を処分した時点で設定者は確定的に所有権を失い、事後的に「最終的な清算金」を請求しようとしても、目的物を引当てにすることもできないため、設定者の担保権者に対する清算金支払請求権が十分に保護されないという事態が生じ得る。これらを踏まえ、設定者に「暫定的な清算金」請求権を被担保債権とする留置権を認めることとして設定者の保護を図っている⁶³⁾。

(a)の(5)は、「清算金」の額を目的物の第三者への実際の売買代金額とすると、売買代金額が不当に廉価であるようなときは、設定者の利益を害することになるので、設定者が、第三者への譲渡時の目的物の「客観的価額」が被担保債権額を超えることを証明できれば、その差額を「最終的な清算金」として請求できることにしたものである。ここでいう「客観的価額」とは、譲渡の時点で譲渡担保権者が誠実に譲渡先を探せば譲渡することができたであろう金額をいう。

(d) 担保法制部会第6回会議における議論

次のような意見が見られる。① 清算金の支払と目的物の引渡しを同時履行としたとしても、譲渡担保権契約の段階で、当事者間で目的物の引渡しを先履行とする特約をした場合、それを有効と認めてもよいのではないか(片山委員)、② 仮登記担保法において同時履行の抗弁権について強行法規性を持つとされており、それとの関係を考える必要があるのではないか(周藤関係官)、③ 留置権や同時履行の抗弁権は、公平の観点から認められているのであり、一般的には債務者の方が弱い立場にあり、これらの

63) 部会資料6 12頁。なお、報告書の(説明)では、譲渡価額が不当である場合であっても、設定者は、(a)の(5)の通り、譲渡時の目的物の「客観的価額」を基準とする清算金支払請求権を有し、これを被担保債権として留置権を主張することができることから、設定者の利益の保護も図られているとしていたが(報告書77頁)、この部分は、「誠実評価額」の制度と矛盾するので、部会資料6では、上記のように変更されている。

抗弁権を放棄するかは交渉力の強さに影響されるであろうから、予め譲渡担保の設定の段階で特約で放棄を自由にできるというのは問題ではないか(沖野眞巳委員, 阿部裕介幹事), もっとも, 実行段階でこれらの抗弁権を放棄することはあり得るだろう(阿部幹事), ④ 受戻権の消滅時期について, 処分清算の場合には, 第三者への処分の時としているが, 暫定的な清算金の提供がなくても設定者が目的物の所有権を確定的に失うというのは設定者に酷であり, 帰属清算に合わせて, 誠実評価額等の通知や暫定的な清算金の提供をした時とすべきではないか(中村委員), ⑤ 処分清算といっても, 100%子会社への処分とかグループの中での処分もあるわけで, このような場合は, 帰属清算型のルールで扱うこともあり得るのではないかと(井上委員), ⑥ 処分清算といっても, 著しい廉価の処分や贈与などの場合は, 第三者への処分により受戻権が消滅とするのは問題ではないかと(片山委員)。

(e) 検 討

(ア) 処分清算方式についてのこれまでの学説 これまで, 多くの学説は, 目的物の第三者への売買代金額が適正な売買代金額を下回る場合でも, 清算金の額は適正な売買代金額を基準として計算すべきことを前提に, 処分清算方式による譲渡担保権の実行を認めるという考えを採ってきた⁶⁴⁾。そして, 有力学説は, 処分清算方式を認めるべき理由として, 譲渡担保権の実行方法が帰属清算方式だけだとすると, 清算金が高額になるケースでは譲渡担保権者は譲渡担保権の実行をなしえなくなるということを挙げ⁶⁵⁾, 部会資料 6 もこの考えを採用している⁶⁶⁾。

これに対して, 私はこれまで, 処分清算方式による譲渡担保権の実行において, 目的物の売買代金額が適正な売買代金額を下回る場合でも, 清算

64) 高木・前掲注 19) 348頁, 道垣内・前掲注 14) 330頁など。

65) 道垣内・前掲注 14) 326頁, 松岡・前掲注 19) 329頁など。

66) 部会資料 6 2頁。

金の額は適正な売買代金額を基準として計算すべきとする考え方をとるならば、処分清算方式が認められる実益は、履行遅滞後清算金の支払前でも、譲渡担保権者は第三者に目的物を有効に譲渡して、早期に受戻権の行使を封じ得ること、および適正な価額で買い受ける者が見つければ、譲渡担保権者は清算金を用意しなくてすむことにあるということができよう。と述べ、①仮登記担保法は、帰属清算方式の方が合理的な換価方法と考えて、帰属清算方式のみを規定していること、②譲渡担保権の実行において処分清算方式によった場合、通常の売買と異なり、目的物の売主である譲渡担保権者ではなく設定者が目的物を占有している状態での売買であり、かつ、相応な価額で買い受ける者が現れるまで待つて売買するのではなく短期間での売買となるから、譲渡担保権者の親族、親しい知人、関連会社などにかんがりの廉価で売買することになるであろうこと、③廉価で売買されても、客観的価額と被担保債権額との差額である適正な額の清算金が支払われるまでは、譲受人からの引渡請求に対して設定者は留置権を行使して目的物の引渡しを拒むことができるのであるが、目的物が見も知らぬ第三者に譲渡されてしまうと、設定者は留置権を行使することなく泣き寝入りする可能性が高くなること、などから、被担保債権の履行遅滞後に、処分清算により実行することにつき譲渡担保権者と設定者が改めて合意したときを除いて、処分清算方式は認めるべきではなく、帰属清算方式によるべきであるとする見解を採ってきた⁶⁷⁾。

それでは、部会資料による処分清算方式の場合に、問題はないのであろうか。

(イ) 処分清算方式を巡る譲渡担保権者および譲受人と設定者との争い——設例の提示 分かりやすくするために、帰属清算の設例 ((4)(e)(ア)) に倣って、次のような設例で考える。譲渡担保権実行時の譲渡担保の被担

67) 生熊・前掲注19) 317頁。

保債権額は500万円とし、譲渡担保の目的物は甲機械とする。譲渡担保権者は、目的物である甲機械を譲渡担保権の実行として知人に600万円で譲渡し、設定者に対して目的物である甲機械の「誠実評価額」は600万円であるとして、「暫定的な清算金」100万円を提供してきたのに対して、設定者は、その機械は1200万円の価額を有し、「誠実評価額」は900万円を下らないはずで、「暫定的な清算金」は400万円以上にはなり、提供された100万円では「暫定的な清算金」とはいえない、と考えたとする。また、譲渡担保権者は、譲渡担保の目的物である甲機械の「客観的価額」は800万円であるから、「最終的な清算金」は300万円であるとして、設定者に支払又は提供した「暫定的な清算金」100万円を控除した200万円を提供してきたのに対して、設定者は、甲機械の「客観的価額」は1200万円であり、「最終的な清算金」の額は700万円である、と考えたとする。そして、もし裁判所が「誠実評価額」および目的物の「客観的価額」を判断する場合に、「誠実評価額」は700万円、したがって「暫定的な清算金」200万円、目的物の「客観的価額」は1000万円、したがって「最終的な清算金」は500万円と判断するものとする。

i 争いの①【受戻権の行使を巡る争い】 処分清算方式の場合には、目的物を第三者に譲渡した時に設定者の受戻権は消滅とする判例に部会資料は倣っているので(上記の(a)の(1))、受戻権の存続を争うためには、設定者が譲渡担保権者から第三者への譲渡が仮装のものであることを立証する方法も考えられるが、一般にこの点の立証は困難であるため、設定者が受戻権はなお存続するとして争うことは難しいであろう。

そこで、処分清算方式の場合、主に目的物の譲受人からの目的物の引渡請求に対して、提供された清算金の額が少ないことを理由に設定者は引渡しを拒むという形で、争いは生ずるであろう(次のii)。

ii 争いの②【目的物引渡しの拒絶を巡る争い】 処分清算方式の場合、設定者は譲渡担保権者から「誠実評価額」を基準とする「暫定的な清算金」の支払を受けるまでは、「暫定的な清算金」請求権を被担保債権とし

て留置権を行使して目的物の引渡しを拒むことができるが⁶⁸⁾、上の設例のような場合、目的物である甲機械の譲受人が、目的物の引渡しを拒む設定者に対して目的物の引渡請求訴訟を提起したのに対し、設定者は、譲渡担保権者から通知された「誠実評価額」、したがって「暫定的な清算金」の額が低すぎるとして、適正な「暫定的な清算金」の支払を受けるまで目的物の引渡しを拒むと主張することができるのか。すなわち、設定者は、目的物の譲受人の提起した目的物の引渡請求訴訟において、「暫定的な清算金」の額を争うことができるのかである。これについては、部会資料6は、明示的には述べていないが、帰属清算方式の場合には、前述のように、これを肯定するようと思われるから⁶⁹⁾、処分清算方式の場合も肯定することになるのであろう。そして、帰属清算方式の場合には、「[本稿(1)]に対する補足・補正」(c)(ウ)で述べたように、譲渡担保権者から設定者に対して提起された目的物引渡請求訴訟において、「誠実評価額」、したがってまた「暫定的な清算金」の額は裁判所により判断されるのではないかと考えられるから、処分清算方式においても、目的物の譲受人から設定者に対して提起された目的物引渡請求訴訟において、これらの額は裁判所により判断されることになるのであろう。

他方で、目的物の第三者への譲渡時における目的物の客観的価額が被担保債権額を上回るときに譲渡担保権者が設定者に支払うべき差額である「最終的な清算金」の額について争いがあるときは、設定者から譲渡担保権者に対して提起される清算金支払請求訴訟において、裁判所により決着が付けられることについては、異論がないと言える。

(ウ) 「誠実評価額」・「暫定的な清算金」の額を設定者は訴訟で争うことができるとした場合の問題点　先の設例では、目的物の譲受人からの引渡請求訴訟において、設定者が、譲渡担保権者は甲機械の「誠実評価額」

68) 部会資料6 13頁。

69) 部会資料6 7頁。

は600万円であるとして「暫定的な清算金」100万円を提供してきたが、甲機械の「誠実評価額」は900万円を下らないから、「暫定的な清算金」は400万円以上にはなり、提供された100万円では「暫定的な清算金」とはいえないと主張したのに対し、裁判所は、甲機械の「誠実評価額」は700万円であるから、設定者は、譲渡担保権者から「暫定的な清算金」200万円の支払を受けるのと引き換えに甲機械を譲受人に引き渡せとの判決を出す。設定者は譲渡担保権者から200万円の支払を受けるのと引き換えに、甲機械を譲受人に引き渡すことになる。

次いで、設定者は、甲機械の「客観的価額」は1200万円であるから、「最終的な清算金」の額は700万円であると考えて「暫定的な清算金」200万円との差額500万円を譲渡担保権者に請求したところ、譲渡担保権者がこれに応じないため、譲渡担保権者に対して「最終的な清算金」の支払を求めて訴えを提起したとする。この訴訟では、裁判所は、甲機械の「客観的価額」は1000万円だから「最終的な清算金」の額は500万円であり、譲渡担保権者は、すでに支払った「暫定的な清算金」200万円を控除した300万円を設定者に支払えという判決を出すことになる。そこで、設定者は譲渡担保権者に300万円の支払を請求する。

このように、処分清算方式においても、部会資料6の提案する「暫定的な清算金」と「最終的な清算金」の2段階方式を採り、「誠実評価額」・「暫定的な清算金」の額を設定者は訴訟で争うことができるとした場合、帰属清算方式につき〔本稿(1)〕に対する補足・補正〕(以下〔補足・補正〕という)の(c)(x)で述べたと同様の大きな問題があると考えられる。詳細は、〔補足・補正〕の(c)(x)で述べたのでそれに譲るが、要するに、〔補足・補正〕の(c)(x)のiiと同様、「誠実評価額」を訴訟で争いいうるとすると、目的物の譲受人が設定者に目的物の引渡しを請求し得る時期を早めるという目的は達成されないのではないかと、また、〔補足・補正〕の(c)(x)のiiiと同様、「誠実評価額」の制度の導入は、設定者にこれまでには見られなかった重大な不利益を課すことになるのではないかと(①設定者が適正な額の清算金を

得るためには通常2回の訴訟が必要であること、および②「最終的な清算金」請求権を被担保債権として留置権を行使できないこと、ということである。

設定者が譲渡担保権者に対して有する清算金請求権は、その物に関して生じた債権であり、その支払がなされるまで債権者である設定者はその物を留置しうることにより(民295条1項。同法296条により不可分性も認められている)、債務者である譲渡担保権者に対してその履行を間接的に強制することができる。それだからこそ、これまでの判例⁷⁰⁾および多数の学説⁷¹⁾は、清算金請求権を被担保債権として、譲渡担保の目的物を留置しうるとして、設定者の保護を図ってきたのではなからうか。この点、部会資料6の(説明)は、「処分清算方式による実行がされる場面では、帰属清算方式による実行と比べても、設定者の最終的な清算金の支払請求権を確保する必要が高いということが出来る。すなわち、——処分清算方式に

70) 不動産譲渡担保に関する判例であるが、最判平成9年4月11日裁判所ウェブサイト、集民183号241頁、最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁。

71) 内田・前掲注14) 614頁、山野目章夫・物権法〔第5版〕365頁〔日本評論社・2012年〕、363頁、高橋眞・担保物権法〔第2版〕291頁〔成文堂・2010年〕、生熊・前掲注19) 316頁以下など。安永・前掲注45) 421頁は、処分清算方式の場合、清算金請求権は、設定者から譲受人への譲渡によって初めて生ずるから、譲受けの時点で新たに発生した清算金請求権でもって、譲受人は当該目的物の留置権でもって対抗されるいわれはないが、被担保債権の履行期後は、仮に譲渡担保権者の引渡請求があれば当然設定者の清算金請求が対立する関係にあったのであるから、両者の間で潜在的に留置権の関係が生じていたともいえるので、その関係が譲渡により顕在化して、設定者は譲受人の引渡請求に対して留置権を対抗できると構成することもできるのではないかとされ、留置権の行使を認められる。私も、譲渡担保権者の処分権限は、清算金が生ずる場合には設定者の清算金請求権の負担を負ったもので、設定者は譲渡担保権者に対して潜在的に清算金請求権を有しており、処分清算により第三者が目的物を譲り受けることにより清算金請求権が顕在化すると考え、また、このことを譲受人は織り込み済みであるから、留置権の行使を認めてよいと考える。道垣内・前掲注14) 328頁は、留置権としてではなく、清算金未払いのため設定者の有する設定者留保権が消滅していないため、設定者は設定者留保権に基づいて目的物の占有ができる应考虑すべきとされる。しかし、設定者留保権は、目的物を使用収益できるとともに、被担保債権の弁済により目的物の回復を求めることができる権利であるから、処分清算により目的物が第三者に譲渡されたときには設定者はもはや受戻権を行使しえないという考え(道垣内・前掲注14) 328頁)に立つ以上、その時点で設定者留保権も消滅してしまっているのではなからうか。

おける処分については、担保権者が譲受人に目的物を処分した時点で設定者は確定的に所有権を失い、事後的に最終的な清算金を請求しようとしても、目的物を引当てにすることもできないため、設定者の担保権者に対する清算金支払請求権が十分に保護されないという事態が生じうる。これらを踏まえ、本文(4)〔筆者注：(a)の部会資料6 第1 4の(4)〕のとおり、設定者に暫定的な清算金請求権を被担保債権とする留置権を認めることとして設定者の保護を図っている。〕⁷²⁾。部会資料6は、帰属清算方式の場合には、暫定的な清算金の支払債務と目的物の引渡債務を同時履行としているのであるから、処分清算方式の場合の方が、清算金支払請求権の保護に資しているとはいえないであろう。留置権は、公平を図るために認められるものであり、「最終的な清算金」請求権を被担保債権とする留置権を認めることとして設定者の保護を図るべきであって、一般に「最終的な清算金」の一部であるに過ぎない「暫定的な清算金」の支払または提供により、設定者の目的物についての留置権を消滅させることができるとするのは、留置権の不可分性に反するものであり、買主の代金の一部の支払で、買主からの譲渡人に対して売主は売買の目的物についての留置権を行使できなくなるというのと変わらないといえるのではなかろうか。

そして、処分清算方式における2段階方式の設定者にとっての不利益は、〔補足・補正〕の(c)(v)iiiの末尾に述べた帰属清算方式における2段階方式の設定者にとっての不利益と同様、動産を目的とする担保の実行が、民事執行法の規定による競売で行われる場合と比較すれば歴然となると言えよう（〔補足・補正〕の(c)(v)iiiの末尾を参照されたい）。

したがって、処分清算方式においても、部会資料6の2段階方式については、賛成することができない。

担保法制部会第6回会議では、処分清算方式の場合、第三者への処分だけで受戻権を消滅させてしまっていないのかという意見が表明され（(d)の④

72) 部会資料6 13頁。

の意見)、私も同様に考えるが、私見は、次の(エ)で述べるように、処分清算方式はそもそも認めるべきではないと考える。

(エ) これまでの考え方と同様に設定者は「清算金」請求権により目的物の留置ができるとした場合、処分清算方式を存続させることは妥当か
それでは、「暫定的な清算金」と「最終的な清算金」との2段階方式を止め、これまでの考え方と同様、設定者は「清算金」請求権を被担保債権として目的物を留置できるとした場合、処分清算方式を存続させることは妥当であろうか。

i 帰属清算方式と処分清算方式における目的物の「客観的価額」の意味の違い

部会資料6は、処分清算方式の場合、設定者は目的物の「客観的価額」と被担保債権額との差額である「清算金」(最終的な清算金)を譲渡担保権者に請求することができるとしており((a)の(5))、この点は、帰属清算方式の場合と同じように見える([補足・補正](c)部会資料6第13(5))。

しかし、処分清算方式における目的物の「客観的価額」と帰属清算方式における目的物の「客観的価額」とでは、その意味は異なるのではなからうか。すなわち、処分清算方式における目的物の「客観的価額」につき部会資料6の(説明)は、(c)で見たように、「譲渡の時点で担保権者が誠実に譲渡先を探せば譲渡することができたであろう金額をいう」としている⁷³⁾。これに対して、帰属清算方式における目的物の「客観的価額」について部会資料6の(説明)では、「客観的な評価額」という表現を使用している程度で⁷⁴⁾、それ以上の詳しい説明は見られない。

この点につき、これまでの学説は、次のように理解していた。まず、帰属清算方式による目的物の価額については、目的物を適正に評価した額、すなわち「適正評価額」とするのが、通説であるといえよう⁷⁵⁾。それに対

73) 部会資料6 14頁。

74) 部会資料6 9頁。

75) 高木・前掲注19) 348頁、道垣内・前掲注14) 330頁、安永・前掲注45) 418頁、松井・前掲注20) 198頁、高橋・前掲注71) 290頁、生熊・前掲注19) 315頁など。

して、処分清算方式による目的物の価額については、実際に第三者に処分された価額ということになると、かなり低廉な価額で処分されることもあるから、適正な処分価額、すなわち「適正処分価額」とする説が有力である⁷⁶⁾。そこで、下級審裁判例には、目的物の処分の難易、処分のために許された期間の長短等諸般の事情を考慮して、「適正処分価額」が決定されるから、時価と比べて2割ほど下回っても適正処分価額と考えているものがある⁷⁷⁾。もっとも、実際の処分価額とする学説も根強いが⁷⁸⁾、有力学説の考えのように、これには賛成しがたい。

したがって、部会資料6は、有力学説の考えを反映して、目的物の「客観的価額」の意味について、処分清算方式におけるのと帰属清算方式におけるのとで異なった取り扱いにしていると見ることができよう。

私の理解からすると、帰属清算方式における目的物の「客観的価額」とは、目的物の「適正評価額」であり、目的物を譲渡担保権者自身が取得するのであるから、目的物が中古市場で取引される場合を想定した「適正評価額」ということになる。これに対して、処分清算方式における目的物の「客観的価額」とは、譲渡担保権の実行として第三者に目的物を売却する場合が前提となっているから、部会資料に記載されているように、抽象的には、「譲渡の時点で譲渡担保権者が誠実に譲渡先を探せば譲渡することができたであろう金額」ということになろう。しかしながら、処分清算方式における目的物の第三者への譲渡は、目的物を設定者が占有している状態で、しかも担保権の実行として行われる、多くは中古動産の売却であるから、売却の期間も譲受人も限定されざるを得ず、したがって、まともな形で譲渡が行われることは考えにくい。そのため、実際には、「譲渡の時点で譲渡担保権者が誠実に譲渡先を探せば譲渡することができたであろう

76) 高木・前掲注19) 348頁、道垣内・前掲注14) 330頁、松井・前掲注20) 198頁。高橋・前掲注71) 290頁は、帰属清算の場合と同様、適正評価額とする。

77) 高木・前掲注19) 348頁、生熊・前掲注19) 317頁参照。

78) 近江・前掲注20) 310頁、松岡・前掲注19) 329頁。

金額」を算出することは困難であり、その「客観的価額」は、目的物が中古市場で取引される場合を前提とした帰属清算方式の場合の「適正評価額」を大きく下回ることになるのではないかと考えられる。

その結果、同じ「客観的価額」でも、帰属清算方式の場合と比べて処分清算方式の場合は、相当低くならざるを得ず、したがって、当然ながら、清算金の額も帰属清算方式の場合と比べて処分清算方式の場合は、かなり低くならざるを得ないのではないと思われる。

(イ)で提示した設例では、処分清算方式の場合も、目的物の「客観的価額」も「清算金」の額も、帰属清算方式の場合の設例と同じ額としたのであるが、実際には、処分清算方式の場合の設例は、例えば、裁判所により判断される「客観的価額」は、帰属清算の場合の1000万円から、「譲渡の時点で譲渡担保権者が誠実に譲渡先を探せば譲渡することができたであろう金額」ということで700万円に、したがって「清算金」の額は500万円から200万円に、それぞれ下落するのではなからうか。

このように、帰属清算方式と比べて処分清算方式が選択された場合には、上の例であれば、目的物の「客観的価額」は300万円ほど低くなり、当然ながら「清算金」の額も300万円ほど低くなるのであるから、設定者にとっては、帰属清算方式が選択された場合に比べて、かなり不利になるといえるであろう(同様のことは、民事執行法の規定による競売が選択された場合にも生ずるのであるが、こちらはともかく競り売りであるから、そうだとしても正当化される)。

ii 「処分清算方式」の実際の利用　これまで述べてきたように、処分清算方式により譲渡担保権者が目的物を第三者に売却する場合、通常の売買と異なり、目的物の売主である譲渡担保権者ではなく設定者が目的物を占有している状態での第三者への売買で、かつ適切な価額で購入してくれる買主の登場を待っての売買ではなく短期間での売買であり、設定者が清算金の額を争い目的物につき留置権を行使することもあるから、処分清算方式により目的物を買受けるのは、譲渡担保権者の親族、親しい知人、関

連会社などに限られる。そして、iで見たように、帰属清算方式による場合と比べて処分清算方式による場合は、清算金の額はかなり少なくて済む。そこで、処分清算方式を認めると、譲渡担保権者が身近なものに目的物を安く入手させる手段として利用されたり、帰属清算方式によるよりも少ない清算金の支払で、とりあえず身近なものに目的物を取得させた上で自らが取得するという、帰属清算方式の抜け道として利用されたりする可能性が高いのではないかと思われる。

なお、(2)(b)(i)iiで見たように、第17回担保法制研究会における議論の中には、譲渡担保権者が目的物を第三者に譲渡するときも、一度譲渡担保権者に帰属させてから第三者に譲渡するのが一般的であり、処分清算方式により譲渡担保が実行されることはほとんどないとする意見が見られた。また、譲渡担保権の実行手続が存在することにより、設定者がそれを回避するために、目的物を適当な価格で買い受ける者を見つけてきて、任意売却により処理されるのが原則になるという意見も見られたところである。

iii 処分清算方式を認めるべきであるとする理由の消滅 処分清算方式を認めるべきであるとする理由としては、前述 ((2)(b)(i) i・iii) のように、① 帰属清算方式しか認めないとすると、譲渡担保権を実行できなくなることもありうること（前述のように、有力学説もこの理由を挙げる）、② 処分清算方式においては目的物の有する現実の価値が明確になるという利点があること、③ 帰属清算方式しか認めないとすると、目的物の所有を望まない譲渡担保権者が、自分に帰属させた動産を第三者に処分するまでの間に目的物が下落して損失を被ることがあること、が挙げられている⁷⁹⁾。

上記②は、処分清算方式を認めるべき理由にはならないし、処分清算方式は、前述のように極めて制限された状況での売買であるから、処分清算方式によりその物の市場価額が明らかになるわけではなく、正確性を欠いているといえる。上記①は、現実にもそのようなことが生ずるのか疑問がある

79) 部会資料6 2頁。

し、部会資料6は、譲渡担保権の実行方法として、民事執行法の規定による競売も認めるという立場であるから、それを肯定する以上、上記①および③を心配する譲渡担保権者は、民事執行法の規定による競売を選択すればよいのだから、処分清算方式を存続させる理由は消滅したといえるのではなかろうか。

(オ) 結論 以上のように、部会資料6の構想する処分清算方式については、大きな問題点があると思われる。処分清算方式を認めるべきであるとしてきた従来の学説は、譲渡担保権の実行の方法としては、民事執行法による競売手続は利用しえないとの前提のもとで主張されてきたものである⁸⁰⁾。ところが、部会資料6は、動産譲渡担保権の実行手続として民事執行法の規定に基づく競売も認めようとしているのであるから、これが認められる以上、部会資料6が処分清算方式を認めるべきであるとして挙げた上記の理由は、理由として成り立たなくなるのではないと思われる。

動産譲渡担保権の実行手続として処分清算方式を選択できることにしようとするならば、処分清算方式が民事執行法の規定に基づく競売に勝る手続であることを示すことが必要であると考えられるが、部会資料6にはそれが示されているようには思えないどころか、(エ)iiで検討したように、処分清算方式は、帰属清算方式の抜け道として利用されることが予想される。したがって私は、動産譲渡担保権の私的実行の方法として処分清算方式を存続させるべきではないと考える。

(6) 私的実行を確実にするための手続

私的実行の手続は、これまで国家の手を借りずに当事者間で進めることが予定されていた。もっとも、譲渡担保においては通常担保目的物を設定

80) 内田・前掲注14) 615頁は、不動産譲渡担保を想定してのことかと思われるが、譲渡担保権者は費用・時間がかかり必ずしも適正価額で売却されるとは限らない競売手続を回避するために譲渡担保権を選択していることが多く、競売申立てを認める実益は乏しい、とされている。

者が占有しているので、例えば譲渡担保権者が帰属清算の手続を進め、清算金を提供しても設定者がこれを受け取らず、目的物を譲渡担保権者に引き渡さないときは、譲渡担保権者は、設定者を被告として目的物の引渡請求訴訟を提起し、裁判所に判決を求めることになる。また、一定の額の清算金の支払と引換えに目的物の引渡しを命ずる判決が確定し、清算金を提供してもなお設定者が目的物を引き渡さないときは、譲渡担保権者は、この判決を債務名義として執行官に対して動産引渡しの強制執行（民執169条）を求めることになる。このように、私的実行といっても当事者間で手続が順調に進まないときには、国家の手を借りる局面が生じてくる。

部会資料6は、帰属清算方式や処分清算方式において、担保目的物の評価が必要となることから、設定者に一定の受忍義務を課し、また、設定者が担保目的物の実行を困難にするような行為をするときなどに、譲渡担保権者が裁判所に実行完了前の保全処分を求めることができることとするものである。

(a) 評価・処分に必要な行為の受忍義務

(ア) 部会資料 部会資料6第2「新たな規定に係る担保権の目的物の評価・処分のための担保権者の権限や手続」は、次のように規定する⁸¹⁾。

1 「換価・処分に必要な行為の受忍義務」

「新たな規定に係る担保権の被担保債権について不履行があったときは、担保権者は目的物の評価・処分に必要な行為をすることができるものとし、設定者はこれを受忍する義務を負うものとする。」

(イ) 部会資料の(説明) 動産譲渡担保権の場合、目的動産は一般に設定者が占有しているから、帰属清算方式においては、譲渡担保権者が「暫定的な清算金」あるいは「最終的な清算金」の額の算定に当たって、また、処分清算方式においては、目的動産を譲り受けようとする第三者お

81) 部会資料6 14頁。

よび譲渡担保権者が売買代金等の条件を決めるに当たって、また、譲渡担保権者が「暫定的な清算金」あるいは「最終的な清算金」の額の算定に当たって、目的動産の状態の確認を必要とすることが考えられる。そのため、譲渡担保権者や譲受け希望者が、目的物の保管場所への立入りや目的物の提示を求めた場合に、設定者に受忍義務を課すことにした。

(ウ) 担保法制部会第6回会議における議論 次のような意見および法務省の担当官の考えが表明されている⁸²⁾。① 設定者に受忍義務を認める以外に、誠実評価額の算定に当たっては、納入伝票や注文伝票の提示義務も認める必要があるのではないかと(井上委員)、② 帳簿の開示請求権を認めてもよいかもしれない(笹井幹事)。③ 実行するかしないかを決めるために、譲渡担保権者が目的物を見に行くことができるという制度として仕組むことはありうるのではないかと(道垣内部会長)、④ そのような手段として位置付けることはありそうな気がする、ただ、そのようにした場合、それに違反してもあまり効果がないというものだとする、それを法的な権利として位置付ける必要がそもそもあるのかも検討してみる必要があるのかもかもしれない(笹井幹事)。

(エ) 検討 私は、前述のように、帰属清算方式において「暫定的な清算金」および「最終的な清算金」の2段階方式を設けるべきではないと考えるから、この問題は、「(最終的な)清算金」の算定に当たって、譲渡担保権者が、目的物の保管場所への立入りや目的物の提示を求めた場合に、設定者に受忍義務を課すべきか、というものになる。

ところで、被担保債権の履行遅滞の場合の譲渡担保権設定者の対応には、対照的な2つがあると思われる。その1は、譲渡担保権の実行による目的物の喪失は諦め、譲渡担保権者に目的物をできるだけ高額に評価してもらい、清算金が得られるケースであれば、より多くの清算金を支払って

82) 第6回会議議事録36～39頁、43～45頁。

もらう、清算金が得られないケースであれば、残債権額をできるだけ少なくしてもらい、という対応である。事業の継続を考えている設定者の場合はもちろんのこと、実際にはこのような対応が一般的と思われるが、このようなときには、設定者は譲渡担保権者による目的物の評価にできる限り協力することになるであろうから、部会資料6第2 1「換価・処分に必要な行為の受忍義務」のような規律は必要としない。その2は、経営状態が悪化して事業継続の見通しも立たなくなったため、徒に譲渡担保権の実行を妨害するという対応である。このような対応があることを想定すれば、部会資料6第2 1のような規律を設けることは肯定してもよいと考える。ただし、譲渡担保権者は、評価を理由に目的物の引渡しまで請求することはできないとすべきであろう。

もっとも、部会資料6第2 1のような内容は、一般に譲渡担保権設定契約書の中に規定されているようにも思われる。

また、私は、前述のように、処分清算方式は認めるべきではないと考えるから、この場合について触れる必要はないことになるが、仮に処分清算方式を認めるという立場に立った場合、部会資料の(説明)のように、譲受け希望者、あるいは譲受け希望者と称する者が、目的物の保管場所への立入りや目的物の提示を求めたとき、これをすべて受忍しなければならないとするのは、いささか行き過ぎのように思われる。少なくとも第三者の目的物の保管場所への立入りや目的物の提示には、譲渡担保権者の同行が必要だとすべきではなかろうか。

(b) 裁判所による実行完了前の保全処分

(ア) 部会資料 部会資料6第2 2「裁判所による実行完了前の保全処分」は、次のような提案になっている⁸³⁾。

2 「裁判所による実行完了前の保全処分」

83) 部会資料6 15頁。

「被担保債権について不履行があった場合において、設定者が、目的物の価格を減少させる行為若しくは実行を困難にする行為をし、又はこれらの行為をするおそれがあるときは、裁判所が担保権者に目的物を引き渡すことを命ずることができるという考え方について、どのように考えるか。」

(イ) 部会資料の(説明) 以下のような説明が見られる。動産は隠匿が容易であり、また即時取得制度があるため、譲渡担保権者が実行に着手した後、目的物を確定的に譲渡担保権者に帰属させたり、第三者に譲渡したりするまでに、目的物が隠匿されたり即時取得されたりして、実行が困難になることもあり得る。現行法上は、譲渡担保権に基づく引渡請求権などを被保全債権として執行官保管型の占有禁止の仮処分命令や引渡断行の仮処分など民事保全法の仮処分を利用することができるが、これらの仮処分においては設定者の審尋を要するなど密行的に手続を進めることが難しい。

そこで、民事保全手続ではなく、独立した手続として譲渡担保権者が目的物の占有者に対し、譲渡担保権の実行の準備として目的動産の引渡しを請求する手続を設けるかどうかという問題提起をしている。

(ウ) 担保法制部会第6回会議における議論 次のような意見および法務省の担当官からの回答が表明されている⁸⁴⁾。①この実行完了前の保全処分は、実行の要件が備わっていれば、実行に着手しなくても可能なか(阿部幹事)。②債務不履行があれば保全処分に着手できるということによい(笹井幹事)。③この保全処分は、現在の民事保全法での断行仮処分と同程度のを要求するとうまくいかない、民事執行法上の保全処分と位置付けると、裁判所は気楽に発令してくれるようだ(阪口幹事)。④担保権侵害がなければ保全処分が出せないとするとハードルが厳しくなるので、担保評価に必要なだから目的物を引き渡せというような保全処分を認めてもよいのではないか(片山委員)。⑤具体的な要件と保全処分の内容は、

84) 第6回会議議事録39～43頁。

相関するのではないか、引渡しまでしなければならないという保全処分の場合には、要件のハードルは上げなければならないだろう(松下淳一委員)、⑥この保全処分を民事執行法の保全処分として構成することも考えられる、部会資料では、民事執行法による競売を認めることも提案されているので、競売手続を行う場合の動産競売開始許可の手続とか動産競売の手続の保全手続として位置付けた上で、そのような申立てがなされていない場合であっても、私的実行の手続が行われているうちは保全処分を取り消さないというようなことも考えられるかもしれない(青木哲幹事)、⑦この保全処分を、執行法上の保全処分に類したものと位置付けることはあり得る、本体の手続は裁判所が関与しない私的実行手続きであるが、部分的に占有確保等のところを裁判所の力を借りるということはあるのであって、違和感は感じない(山本和彦委員)。

(エ) 検 討 判例は、抵当不動産につき設定者が第三者に抵当不動産を占有させ、そのことにより抵当権者が優先弁済を受けることが困難となるような状態があり、設定者が抵当不動産を適切に維持管理することができない場合には、抵当権者は占有者に対して直接自己への抵当不動産の明け渡しを求めることができるとする考え方を採っており(最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁)、私もこの考えに賛成するものであるが、抵当権の実行の場合と動産譲渡担保の実行の場合とでは、次のような大きな違いがあるといえよう。

すなわち、抵当権の実行の場合は、①目的物は不動産であり、設定者が目的物の価格を減少させる行為または実行を困難にする行為をしたとしても目的不動産の所在が変わるわけではないし、競売手続が進行している間、これらの行為が継続することが多いから、債務者の履行遅滞後、競売手続の過程で抵当権者への抵当不動産の明け渡しをさせても、抵当建物の損壊を除けば、価格減少行為の阻止等をほぼ図れること、②抵当権者への抵当不動産の明け渡しをさせても、占有が設定者から抵当権者の「管理

占有」(国家の執行機関による抵当権の実行としての競売手続がスムーズに進むようにするための管理占有)に変わるだけであり、競売による換価代金を被担保債権の優先弁済に充て、余剰が生じたときは、設定者は執行官から余剰金を受け取ることができること、③ 抵当権の実行においては、被担保債権の履行遅滞の場合に、設定者は自己の極めて重要な財産である不動産を失うことが多く、経済的に破綻した設定者の窮状に付け込んで抵当不動産を占有し、抵当権の実行を妨げて利益を得ようとする者が存在すること、などの事情がある。それに対して、動産譲渡担保権の実行の場合は、① 目的物は動産であるから、債務者の履行遅滞前であっても、設定者による目的物の隠匿や第三者への譲渡がありうるし、また、これらは瞬時に行われるから、譲渡担保権者がこれらを阻止するのは容易ではないこと、② 私的実行であることから、清算金の支払い前に譲渡担保権者に目的物の占有を移転させると、設定者の清算金請求権の実現が困難になること、といった抵当不動産の実行の場合には見られない事情がある。

そもそも動産譲渡担保は、担保目的物を設定者の占有下におき、設定者による使用・収益を認めるものであるので、担保目的物につき登記または登録による対抗要件の制度がない動産の譲渡担保の場合には、設定者による目的物の処分という事態は生じることであるから、動産譲渡担保により融資をするということは、融資をする金融機関と融資を受ける側である設定者との間にある程度の信頼関係が存在することが前提となっているといえよう。そして、まともな金融機関であれば、動産譲渡担保により融資をしようとする場合、設定者が如何なるものであるかは、当然慎重に審査するであろう。したがって、多くの設定者は、事業の継続・発展を目指して金融機関から融資を受け、動産譲渡担保権の設定をしているとみるべきであり、被担保債権につき履行遅滞が生じたとしても、目的物の価格減少行為や隠匿行為などをする設定者は、極めて例外的存在なのではなかろうか。

もし設定者にそのような気配が見えるときには、設定者との間の信頼関

係が失われてきているのであるから、譲渡担保権者は、私的実行の方法による換価を諦めて、民事執行法の規定による競売手続を選択した方がよいように思われる。

このように見てくると、この問題については特に規定を設けないという対応でよいように思われる。

(7) 後順位譲渡担保権が設定された場合の取扱い

特定動産につき譲渡担保権が設定され、対抗要件が具備された後に、他の債権者が同じ動産につき設定者から二重に譲渡担保権の設定を受けることができるか、もしこれが可能だとすると、先順位譲渡担保権者および後順位譲渡担保権者は、どのようにして優先弁済権を行使することができるのか問題となる。

この点につき、部会資料は、後順位譲渡担保権を有効に設定できるという考え方のもとに、部会資料7第1「同一の動産に複数の新たな規定に係る担保権が設定された場合の取扱い」で、次のような規律を提案している。

(a) 劣後担保権者による私的実行の可否

ここでは、劣後担保権者と表現されているが、通常想定されているのは、設定者Aの有する動産甲にAが債権者Bのために譲渡担保を設定して占有改定をし、次いでAが動産甲に債権者Cのために譲渡担保を設定して占有改定をしたという場合である。Bが優先譲渡担保権者、Cが劣後譲渡担保権者になる。譲渡担保の目的物が特定の動産ではなく、集合動産であることもある。

留保所有権と動産譲渡担保権の重複設定はどうか。売主Bが動産甲を所有権留保売買でAに譲渡して現実に引き渡し（売主Bは甲につき留保所有権取得）、次いで買主Aが債権者Cのために甲に譲渡担保権を設定した場合（債権者Cは甲につき譲渡担保権取得・占有改定）、部会資料によれば、留保所

有権は、対抗要件なしに他の担保権者に対抗でき(部会資料4第13【案4.1.3.2】)、また、狭義の留保所有権は譲渡担保権に優先するから(部会資料5第11)、売主Bの留保所有権が優先する担保所有権になり、債権者Cの譲渡担保権が劣後担保権となる(私見によれば、留保所有権者Bが占有改定により先に対抗要件を具備したから、その後に占有改定を受けた譲渡担保権者Cに優先する)。この場合にも、次の(ア)の規律が適用される。

ここでは、同一動産につき、二重に動産譲渡担保が設定され、それぞれ対抗要件が具備された場合を前提に検討する。

(ア) 部会資料

部会資料7第1⁸⁵⁾「1 劣後担保権者による私的実行の可否等

新たな規定に係る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してはどうか。」

(イ) 部会資料の(説明) 最判平成18年7月20日(民集60巻6号2499頁)は、後順位譲渡担保の設定を認めたものと理解し、学説にもそのような考えが見られることから、後順位の譲渡担保の設定が可能であるとした場合、どのような方法で優先弁済を受けることができるのかを検討したとする。

i 優先するすべての担保権者の同意を要求する理由 優先担保権者に優先弁済権を行使する機会を保障する必要があること、優先担保権者が実行の時期や実行の方法を選択する利益を確保する必要があることによる。

ii 優先担保権者の同意なしになされた劣後譲渡担保権者による私的実行の効果 これについては、無権限処分として私的実行の効力は全く生じないという考え方と、私的実行は有効になされ、劣後担保権者または処分清算方式による譲受人は、優先担保権の負担が付いた動産を取得するという考え方がある。

iii 優先担保権者の同意なしになされた劣後譲渡担保権者による私的実行により

85) 部会資料7 1頁。

債権を回収した劣後担保権者に対する不当利得の成否　この私的実行が無効であるとすると、目的動産につき即時取得が成立しない限り、優先担保権者の権利はなお存続するから、優先担保権者は損失を被ったわけではないので、優先担保権者は、劣後担保権者に対して不当利得返還請求権を行使しえない。

iv 優先担保権者の同意なしに開始された劣後譲渡担保権者による私的実行に対する優先担保権者の対抗手段　この実行が優先担保権者の私的実行を妨害する行為に当たるとすれば、部会資料6第2の2の保全処分の利用も考えられよう。

(ウ) 担保法制部会第7回会議での議論⁸⁶⁾　次のような意見が見られた。①後順位譲渡担保の需要はないようであるが、重複した場合には、優先する担保権者を保護してほしいという意見が多数である(メーカー代表取締役・山崎洋一郎委員)。②優先担保権者全員の同意が必要とする案に賛成である。同意なくしてされた劣後譲渡担保権者の私的実行は、無効とすべきではないか。後順位譲渡担保権の設定は認めてよい。実行方法としては、民事執行法の規定による競売という可能性もある(本多委員)。③後順位譲渡担保権者の私的実行手続は認めないという判例法理をそのまま承継するのも一つの選択肢であり、民事執行法の規定による競売を認めることで足りるのではないかと、同意により劣後担保権者に実行を認めることについては懸念事項が多い(片山委員)、④担保ファイリング制度を導入した場合、実行との関係で、順位が確定する時期がいつかは詰めておく必要がある(藤澤治奈幹事)、⑤同意のない劣後担保権者の私的実行は、無効となるというべき(金融庁・尾崎幹事)。

(エ) 検 討　i 担保目的取引規律型で立法することによる後順位譲渡担保権容認の難しさ　報告書の(説明)では、担保目的取引規律型を前提と

86) 担保法制部会第7回会議事録1～7頁。

すると、譲渡担保権設定者には設定者留保権しか残されていないと考えられるため、設定者が有効に後順位譲渡担保権を設定できるとすることをどのように正当化することができるかについては、更に検討が必要であるとし、その上で、劣後譲渡担保権を設定した当事者の合理的意思は、目的物の所有権全体の交換価値から優先譲渡担保権者に次いで弁済を受けることを意図しているのが通常であると思われるとして、後順位譲渡担保の設定を認めようとした⁸⁷⁾。これに対して、部会資料では、この点についての検討はせずに、担保目的取引規律型の場合にも、劣後担保権の設定ができることを前提に検討を進めている。

しかし、このことは、譲渡担保権を一つの担保物権として構成することが合理的であることを意味しているのではなからうか。

前述のように、譲渡担保を担保目的取引規律型で立法するということは、結局のところ、譲渡担保権を所有権的に構成する立場であるから(2(5)(a))、設定者による後順位譲渡担保権の設定を認めることは困難である。設定者による後順位譲渡担保権の設定を認めようとするならば、端的に譲渡担保権を担保物権として構成し、設定者に所有権があるとした方が(担保物権創設型)、はるかに分かりやすいのではなからうか。

ii 後順位譲渡担保権者による譲渡担保権の私的実行を全ての優先する譲渡担保権者の同意を条件に認める規律の是非 集合動産譲渡担保に関する前掲最判平成18年7月20日は、二重の譲渡担保権の設定は許されるとしても、後順位譲渡担保権者の私的実行は、民事執行法による競売の場合と異なり、先順位譲渡担保権者の優先弁済の機会が保障されないことを理由にこれを認めないとした。そこで、部会資料の提案(ア)は、後順位譲渡担保権者による譲渡担保権の私的実行も、全ての優先する譲渡担保権者の同意があれば、認めようとするものである。

この提案には、次のような問題があるのではなからうか。

87) 報告書82頁。

第 1 に、後順位譲渡担保権者は、先順位譲渡担保権の設定があるままの状態では、自ら後順位譲渡担保権の私的実行をして目的物を取得しようと考えて後順位譲渡担保権の設定を受けるのか、それとも、目的物の客観的価額が先順位譲渡担保権者の被担保債権額を大きく上回るため、設定者が先順位譲渡担保権者に対して清算金請求権を有することになる可能性が高いから、この清算金請求権に物上代位をして自らの被担保債権の優先弁済を受けようとして、後順位譲渡担保権の設定を受けるのか。部会資料の(説明)は、後順位譲渡担保権の設定についてもニーズがあるとするのであるが、その場合、後順位譲渡担保権者は、おそらく後者の考えに立って、先順位譲渡担保権者が先に譲渡担保権の実行をすることを前提に後順位譲渡担保権の設定を受けているのではないだろうか。そうすると、後順位譲渡担保権者による譲渡担保権の私的実行を全ての優先譲渡担保権者の同意を条件に認めるとする規定を置く必要性がどの程度あるのか疑問となる。

もっとも、先順位譲渡担保権者 B の被担保債権の弁済期が到来したにもかかわらず、B が譲渡担保権の実行をしないために、被担保債権の遅延損害金が増えていき(民法 375 条 2 項のような規定により、優先譲渡担保権者が優先弁済を受けることのできる遅延損害金の額が制限されていればよいが、部会資料 2 第 2 6 は、制限を設けていない)、後順位譲渡担保権者 C の被担保債権が優先弁済を受けられる額が減少していくような場合には、C が自ら譲渡担保権の実行をする必要性に迫られるといえよう。しかし、この問題は、複数の動産譲渡担保の設定を認める立場で立法をするなら、先順位譲渡担保権者が目的物から優先弁済を受けることのできる遅延損害金の額につき、民法 375 条 2 項のような規定を設けて制限することで解決すべきではないかと考える。

第 2 に、先順位譲渡担保権者の全てが後順位譲渡担保権者の譲渡担保権の実行に同意した場合、後順位譲渡担保権者は、どのようにして譲渡担保権の私的実行をするのであろうか。部会資料の(説明)には、劣後担保権者が私的実行をすることについて全ての優先担保権者の同意を得る過程

で、優先担保権者と劣後担保権者との間で優先担保権者が取得する額やその支払い方法が合意され、この合意に従った分配がされることで実質的に配当手続と同様の状態が実現されることになるとの記載がある。

特定動産譲渡担保を前提として、次のような例で考えてみる。すなわち、譲渡担保権設定者がA、目的物甲の客観的価額が1000万円、先順位譲渡担保権者Bの被担保債権額が500万円、後順位譲渡担保権者Cの被担保債権額が300万円とする。

先順位譲渡担保権者Bの同意を得て、後順位譲渡担保権者Cが甲につき譲渡担保権の私的実行として帰属清算方式を選択した場合に、どのようなになるのか。この場合、譲渡担保権の私的実行は、Cと設定者Aとの間で行われるが、Aとしては、帰属清算により甲を譲渡担保権者Cに帰属させる代わりに甲の客観的価額の限度で、BとCに対する債務を消滅させ、甲の客観的価額が被担保債権額を上回る場合には、その差額を清算金として譲渡担保権者に請求することになる。ところが、Cは、先順位譲渡担保権者Bから譲渡担保権の実行についての同意を得ただけで、CとBとの間でBが取得する額やその支払い方法が合意されていたとしても、Cによる帰属清算では、AのBに対する500万円の債務は消滅しないので、Aとしては、Cによる帰属清算方式による私的実行を認めるわけにはいかないということになろう。結局、このケースでは、ABC三者の合意で、CがBの被担保債権500万円を弁済してBの譲渡担保権を消滅させ、また清算金として200万円をAに支払って甲を取得するか、後順位譲渡担保権者Cが、先順位譲渡担保権者Bの被担保債権500万円を弁済し(民474条)、弁済による代位でBの譲渡担保権を取得し(民499条・501条)、Cは800万円の被担保債権を有する(最先順位の)譲渡担保権者として、甲につき譲渡担保権の私的実行をして、清算金200万円の支払と引換えに甲の引渡しを受けることになるのではなからうか。後者は、弁済による代位の問題であって、これらの手続を行うには後順位譲渡担保権者Cは先順位譲渡担保権者Bの同意を必要としない。

Cが処分清算方式を選択して譲渡担保権を実行しようとする場合も、Bの譲渡担保権の負担が付いたままの甲を買い受ける第三者はいないから、Cは先順位譲渡担保権者Bの被担保債権を弁済し、弁済による代位でBの譲渡担保権を取得することになり(民499条・501条)、Cは800万円の被担保債権を有する(先順位)譲渡担保権者としてこの甲を第三者に譲渡し、甲の客観的価額と被担保債権額800万円との差額をCがAに支払うのと引き換えに、AはCからの譲受人に甲を引き渡すということになろう。これらの手続を行う場合も、後順位譲渡担保権者Cは先順位譲渡担保権者Bの同意を必要としない。あるいは、ABCと譲受人との合意により処理するかである。

したがって、全ての優先担保権者の同意があったときは、劣後担保権者は譲渡担保権を実行し得るという規律を置くことは適切ではないと考える。部会資料の提案は、設定者の立場に対する考察を欠いているのではなかろうか。

集合動産譲渡担保における後順位譲渡担保権者による私的実行についても同様である。

後順位譲渡担保権者の行った私的実行は無効であり、即時取得が成立しない限り、譲渡担保権者Cまたは譲受人は目的動産を取得しえないことになる。

(b) 譲渡担保権の私的実行に当たっての他の担保権者への通知および後順位譲渡担保権者の清算金請求権に対する物上代位

ここでも、同一動産につき、二重に動産譲渡担保が設定され、それぞれ対抗要件が具備された場合を前提に検討する。

(ア) 部会資料

部会資料7第12「新たな規定に係る担保権の私的実行に当たっての他の担保権者への通知⁸⁸⁾

88) 部会資料7 5頁。

新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行に当たってとらなければならない
手続については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【案7.1.2.1】 新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行をするときは、
知れている劣後担保権者に対してその旨の通知をしなければならないものとする。

【案7.1.2.2】 設定者は、新たな規定に係る担保権の担保権者から私的実行を
する旨又は私的実行をした旨の通知を受けたときは、【劣後担保権者／その
他の担保権者】に対してその旨の通知をしなければならないものとする。」

(イ) 部会資料の(説明)⁸⁹⁾ i 後順位譲渡担保権者の清算金請求権に對する物上代位 先順位譲渡担保権者が行う私的実行においては配当手続がなく、また、先順位譲渡担保権者に、目的物の客観的価額と自己の債権額の差額である清算金を後順位譲渡担保権者に支払う負担を課すことは相当ではない。そのため、私的実行がされた場合における劣後担保権者の権利行使方法としては、設定者が受けるべき清算金請求権への物上代位が考えられる(仮登記担保法4条1項参照)。譲渡担保権については、物上代位に関する一般的な規定を設けることが検討されており、清算金への物上代位についてもこの規定に委ねることで足りると考えられる。

ii 私的実行が行われる旨の後順位譲渡担保権者への通知 後順位譲渡担保権者が清算金請求権への物上代位により優先弁済を受ける機会を確保できるように、後順位譲渡担保権者に先順位譲渡担保権者による私的実行が行われる旨の通知をする必要があると考えられる。【案7.1.2.1】を採る場合には、先順位譲渡担保権者に知られていない後順位譲渡担保権者には、通知がされない。また、【案7.1.2.1】に違反してなされた私的実行を無効にしてよいかも問題となる。【案7.1.2.2】を採る場合には、設定者はすべての譲渡担保権者の存在を知っているわけだから、すべての後順位譲渡担保権者が私的実行を知り得ることになるが、設定者がこの通知義

89) 部会資料7 6頁以下。

務を懈怠した場合、その効果をどのようなものにするかが問題となる。

(ウ) 担保法制部会第7回会議における議論⁹⁰⁾ 次のような議論が見られる。①担保権者としては、設定者が通知をするという制度を望むが、通知がされなかったときも私的実行を無効とするべきではない(本多委員)。②同一債務者に対して何らかの形で担保ファイリングに載るような担保権を有している債権者に対して全部通知をするという方法を採用と、目的物の同一性の識別はファイリングを緩やかにする限り、困難であるから、信用不安とかプライバシーとかの問題が生じてくる可能性がある(道垣内部会長、本多委員)。③設定者からの通知が望ましい、義務が履行されなくてもそれはやむをえない、優先担保権者への通知は不要である(沖野委員)。

(エ) 検 討 先に検討したように、後順位譲渡担保権者に私的実行を認めないという私見によれば、後順位譲渡担保権者が目的動産から優先弁済を受ける方法は、清算金請求権に対する物上代位権の行使か、目的動産に対する民事執行法の規定による競売の申立てということになる。

仮登記担保法の場合には、仮登記担保権者は登記簿を閲覧することにより後順位担保権者の存在を知りうるが、動産譲渡担保の場合には、対抗要件が占有改定であるということになれば、先順位譲渡担保権者は、後順位譲渡担保権者の存在を必ずしも知りえない。そこで、【案7.1.2.2】がよいのではないかとと思われるが、【案7.1.2.1】の規律も併存させてもよいのではないかと考える。もっとも、これらの通知がなされなかったとしても、私的実行の無効といった特段の効果は生じないとせざるを得ないであろう。

90) 第7回会議議事録7～15頁。

(8) 民事執行法の規定に基づく競売

(a) 部会資料

(2)(a)で見たように、報告書は、動産譲渡担保権者に、譲渡担保権の実行方法として、民事執行法の規定に基づく競売を認めるという考え方に立っている(報告書第Ⅱ部第4章第1 1③)。部会資料6も同様である⁹¹⁾。

その上で部会資料7は、「第3 新たな規定に係る担保権の競売手続による実行について」において、次のような規律を提案している⁹²⁾。

- 1 新たな規定に係る担保権の担保権者は、民事執行法第190条の動産競売開始の申立てをすることができるものとしてはどうか。
- 2 新たな規定に係る担保権の担保権者は、他の担保権者が申し立てた担保権実行としての動産競売において、配当要求をすることができるものとしてはどうか。
- 3 担保権者が担保権の目的物を差し押さえた場合は、その担保権者に優先する新たな規定に係る担保権の担保権者は、その競売の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができるものとする。ただし、目的物の価額が手続費用並びに当該優先する担保権者の債権及びこれに優先する債権の合計額を超えるときは、この限りでないものとしてはどうか。

(b) 部会資料の(説明)⁹³⁾

(ア) 民事執行法190条以下の手続による動産競売の容認 譲渡担保権者は、私的実行のほか、民事執行法190条以下の規定に従い動産競売の申立てをすることもできるものとすることを提案している。譲渡担保権設定者が目的物の引渡しを拒絶し、差押えを承諾する文書も提出しない場合には、動産譲渡担保権設定契約書や登記事項証明書などの「担保権の存在を証する文書」を提出して動産競売開始許可決定を受け、許可決定書の謄本

91) 部会資料6 1頁。

92) 部会資料7 13頁。

93) 部会資料7 13~16頁。

を執行官に提出して、動産譲渡担保権者は、動産競売の申立てをすることができる（民執190条2項・1項3号）。

(イ) 集合動産譲渡担保の競売手続による実行 集合動産譲渡担保の実行も、民事執行法の規定による競売により行うこともでき、執行官による集合動産の差押えの時点で集合物の構成部分となっている動産が差押えの対象になり、一度実行した後の再度の実行が予定されていない通常の集合動産譲渡担保においては、執行官による差押え後の新規加入物については集合動産譲渡担保の効力は及ばなくなる。実際に差押えをする際には、対象となる動産が所在する場所を明らかにする必要がある。

(ウ) 劣後譲渡担保権者の動産競売申立ての認容 一般債権者が、譲渡担保権者の意思にかかわらず譲渡担保の目的物につき動産執行の申立てをすることができること（部会資料2第2 2。民執129条2項により無剰余の場合を除く）との均衡上、劣後譲渡担保権者も優先譲渡担保権者の同意なしに動産競売の申立てができるものとすべきである。動産競売手続においては、配当手続が整備されているため、優先譲渡担保権者は確実に被担保債権の優先弁済を受けることができることから、私的実行の場合と取扱いが異なっても合理性を欠くとは言えない。

(エ) 配当要求による優先弁済権の行使 他の担保権者による動産競売の申立てに対して、譲渡担保権者は配当要求の方法で優先弁済を受けることもできることとした。また、劣後譲渡担保権者の動産競売申立てに対して、優先譲渡担保権者は、売得金で自己の被担保債権の全部が満足させられないときは、第三者異議の訴え（民執38条）を提起できることとした。もっともこのように申立て担保権者に配当される売得金が生じない場合は、動産競売手続は執行官により取り消されるが（無剰余取り消し。民執192条による同法129条の準用）、これに対する執行異議の審理は執行裁判所が行う。他方、優先譲渡担保権者が第三者異議の訴えを提起したときは、この審理は受訴裁判所が行うので、無剰余といえるか否かにつき両者の判断が異なることがあり得るが、この点については引き続き検討を要する。

第1順位、第2順位、第3順位の譲渡担保権者がいて、第3順位の譲渡担保権者が動産競売の申立てをした場合、第2順位の譲渡担保権者の被担保債権だけでは無剰余にならないが、第1順位の譲渡担保権者の被担保債権も合わせると無剰余になる場合、換価の時期を選択する利益を保護する観点から、第2順位の譲渡担保権者も第三者異議の訴えを行使できるものとしている。

(オ) 動産競売手続において他の優先動産譲渡担保権者が優先弁済を受ける機会 劣後譲渡担保権者が動産競売の申立てをした場合、優先譲渡担保権者には、競売開始の通知がなされるわけではなく、配当も当然に認められるわけではない。優先譲渡担保権者の保護をどうすべきかについては引き続き検討する。

(カ) (オ)において、優先譲渡担保権者が配当要求もせず、第三者異議の訴えも提起しなかった場合、この者の譲渡担保権は消滅するのか 譲渡担保の目的動産につき、一般債権者の申立てによる強制競売で、譲渡担保権者が優先権を主張せず、売却されて第三者が動産を取得したときは、第三者は、即時取得しない限り譲渡担保権の負担のある動産を取得するという考え方(部会資料2第2 3の(説明))からすれば、(カ)の場合も同様の扱いになる。これに対して、優先譲渡担保者の申立てに係る動産競売において、劣後譲渡担保権者が配当要求など優先権行使の手続を行使しなかった場合は、競売申立て債権者の譲渡担保権に劣後するものであり、優先担保権者による処分清算方式での私的実行がなされたときに譲受人が完全な所有権を取得することとのバランスからも、劣後譲渡担保権は消滅するものとする。

(c) 担保法制部会第7回会議における議論⁹⁴⁾

次のような意見が見られる。①(a)の部会資料の3は、それでよいので

94) 第7回会議議事録33～41頁。

はないか。普通は第三者異議の訴えが先行し、判決手続で決着がついていれば、執行異議よりも第三者異議の訴えの結論が優先することになるのではないかと(山本委員)、②①の意見に賛成。順位を異にする3人の担保権者がいて、第3順位の担保権者が競売を申し立てた場合、第2順位の担保権者が配当要求をしないまま競売手続が終了した場合、第2順位の担保権は消滅するとしてよいのではないかと。第1順位の担保権者が配当要求をしないまま競売手続が終了したときは、買受人は第1順位の担保権の負担の付いた動産を買い受ける(青木〔哲〕幹事)。③優先担保権の負担の付いた動産を買い受けるという仕組みは、裁判所や執行官としては認め難いのではないかと。設定者に目的動産上のすべての担保権者を届けさせる義務を課した上で、優先担保権者に手続に参加する機会を与え、それでも届けないときは、優先担保権者は劣後担保権者に不当利得返還請求権を認めるのがよいのではないかと(中村委員)。④買受人は、優先担保権の負担の付いた動産を買い受ける、ただし、普通は、善意無過失の買受人として即時取得により保護されるということで良いのではないかと(山本委員)。他にも検討課題の指摘が見られた(藤澤幹事、中村委員など)。

(d) 検 討

(ア) 動産譲渡担保権者に民事執行法の規定に基づく競売の申立てを認めることの是非 これまで、譲渡担保権の実行は私的実行であるから、国家の執行機関の手による民事執行法の規定に基づく競売手続を申し立てることはできないものと考えられてきた。民事執行法190条は、「動産を目的とする担保権の実行としての競売」としており、判例は、譲渡担保を所有権的に構成し、質権や先取特権のように担保物権として位置付けていないから、譲渡担保の実行をこの条文に基づいて行うことは想定していないといえよう。しかし、譲渡担保を担保物権として位置付ければ、この条文に基づいて、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行のために競売手続を利用することも可能となる。

部会資料は、譲渡担保を担保物権として位置付けるものではないが、動産譲渡担保権者に民事執行法の規定に基づく競売の申立てを認めるという提案をしている。私は、これにつき賛成するものであるが、それならなおさらのこと、部会資料も、譲渡担保権を担保物権として明確に位置付けるべきではないかと考える。

動産譲渡担保権者に民事執行法の規定に基づく競売の申立てを認めてよいと考えるのは、前述のように ((5)(e)(ii))、譲渡担保権の実行方法の一つとしての処分清算方式がまともに機能しているとは思えないことにある。そうであるならば、動産質権や先取特権などと同様に、動産譲渡担保権の実行方法として、民事執行法の規定に基づく競売の手続を認めた方がよいと思われるのである。

もっとも、この場合に問題となるのは、動産を民事執行法の規定に基づいて競売にかけても、その動産が取引価額に比較してかなり廉価でしか競り落とされないことである。民事執行法および民事執行規則上は、いろいろの手立てを講じて、まともな価額で売却されるような工夫をしているが(民執規111条・115条・117条など)、高額な動産などについては、広く買い手を募ることができる方法(例えば、インターネット競売など)を導入することなどが必要ではないかと考える⁹⁵⁾。

(イ) 民事執行法の規定に基づく競売の申立ての方法 目的物を通常直接占有していない動産譲渡担保権者は、民事執行法の規定に基づく競売の申立てをどのようにして行うべきか。これについては、前記(b)(7)の部会資料の(説明)の通りである。

もっとも、金銭消費貸借につき民事執行法22条5号の執行証書が存在し、また譲渡担保権設定契約書が公正証書で作成されている場合には、譲渡担保権者は、これらの証書を提出することができれば、動産競売開始許可決定を取得することなく、執行官に対して動産競売の申立てをすること

95) 中西正＝中島弘雅ほか・民事執行・民事保全法〔第2版〕203頁〔有斐閣・2021年〕。

ができるとすることも考えられるかもしれない。

(ウ) (b)の(ウ)劣後譲渡担保権者の動産競売申立ての認容・(b)の(エ)配当要求による優先弁済権の行使 これらについては、部会資料の(説明)の通りでよいと思う。劣後譲渡担保権者の申立てに係る動産競売手続において、優先譲渡担保権者が配当要求をして、執行官が無剰余取り消しをした場合には、優先譲渡担保権者は第三者異議の訴えを提起する必要はないが、優先譲渡担保権者が無剰余と考えるにもかかわらず動産競売手続が執行される場合には、執行異議の申立ておよび第三者異議の訴えのいずれでもなしうるとする取扱いがよいと考える。

(エ) (b)の(オ)(カ)他の譲渡担保権者が優先弁済を受ける機会の確保 譲渡担保権者が、動産競売の申立てをして動産競売が開始されたときは、設定者が占有している動産を執行官が差し押さえるので(民執192条による123条の準用)、優先譲渡担保権者や劣後譲渡担保権者が存在するときは、設定者はその旨をこれらの譲渡担保権者に通知すべきものとすべきではなかろうか。設定者がその通知を怠ったときは、これらの譲渡担保権者は、配当要求をしないで優先弁済を受ける機会を失することが多いが、優先譲渡担保権者の場合は、動産競売における買受人または買受人からの転得者が即時取得するまでは、なお目的動産上に譲渡担保権が存続する((b)カ)。劣後譲渡担保権の場合は、目的動産の売得金を優先譲渡担保権の被担保債権の弁済に充てて剰余金が生じないときは、当然消滅することになるが、剰余金が生ずるときも、清算金請求権への後順位譲渡担保権者の物上代位のときと同様((7)(b)(エ)参照)、劣後譲渡担保権は消滅するとしてよいのではなかろうか。

4 集合動産譲渡担保権の実行方法

本稿脱稿後、本稿に関係する重要な資料が公開され、校正の段階で他の

個所への加筆が増えたため、紙幅の都合上、このテーマについては改めて本誌次号で論じさせていただくことにした。

5 留保所有権の実行方法

(1) 部会資料

部会資料7は、留保所有権の実行について、次のように述べている⁹⁶⁾。

部会資料7「第5 所有権留保売買による留保所有権の実行

所有権留保売買による留保所有権の実行方法として、部会資料6第1、3及び4の帰属清算方式及び処分清算方式による私的実行並びに前記第3の民事執行法の規定に基づく競売を認めるものとしてはどうか。留保所有権の実行に関して、譲渡担保権の実行と異なる規律を設ける必要はないか。」

部会資料は、留保所有権の実行方法として、譲渡担保の場合と同様に、帰属清算方式、処分清算方式および民事執行法の規定に基づく競売を認めることを提案している。その上で、部会資料は、留保所有権の実行に関して、譲渡担保権の実行と異なる規律を設ける必要はないかを部会に問いかけている。

(2) 部会資料の(説明)⁹⁷⁾

(a) 所有権留保の実行と売買契約の解除および帰属清算方式

所有権留保においては、売買契約の解除が必要か否かについては争いがあるが、基本的には相手方に帰属している物権的期待権を消滅させて完全な所有権を回復するという方式での実行が予定されていると考えられ、これは動産譲渡担保の私的実行における帰属清算方式に対応する。そこで、

96) 部会資料7 24頁。

97) 部会資料7 25～27頁。

所有権留保においても帰属清算方式による私的実行をすることができることとし、その手続を明文化することが考えられる。

この手続は、すべて動産譲渡担保の実行方法における帰属清算方式の場合と同様（[[「本稿(1)」に対する補足・補正] (c)参照) とすることが考えられるが、清算金がない場合にその旨の通知を要するとする見解は一般的ではないのでどうすべきか、また、誠実評価額の制度の導入は所有権留保の円滑な実行を阻害するものとならないかなどの検討は必要であろう。

(b) 売買契約解除の選択も可

留保所有権の実行方式が認められた場合、代金債務の不履行があったときに、民法541条等に基づく契約解除は否定されるべきかが問題となるが、所有権留保売主は、それぞれの要件を満たす限り、いずれを選択することもできその効果を調整する必要はないと考えてよいのではないかと思われる。

(c) 処分清算方式および民事執行法の規定に基づく競売も可

所有権留保は、留保された所有権が買主に移転しないことを確定させ、売主が完全な所有権を回復することによって実行することが予定され、第三者に目的物を譲渡するという実行方法は予定されていないと思われるが、売主が完全な所有権を回復するという形式にこだわらないのであれば、処分清算方式や民事執行法の規定に基づく競売によって実行することも考えられるので、これらによる実行も認めるものとしている。

(3) 担保法制部会第7回会議における議論⁹⁸⁾

次のような意見が見られる。① 解除と所有権留保の実行を併存させる案でよいが、両者は効果においても違いが出てくること（倒産手続きや損害賠償請求など）を認めるべき（阪口幹事、井上委員）。② 譲渡担保の実行の場

98) 第7回会議議事録41～45頁。

合の誠実評価額をここに持ち込むと、現在の所有権留保の実務より重くなるのが懸念される(周藤関係官)。^③代金債務の不履行の場合、狭義の所有権留保は、担保権の実行ではなく、所有権に基づく取戻しという扱いでよいのではないかと(片山委員)。^④法定解除が可能だとすれば、倒産手続との関係で留保所有権者がすごく有利な立場にたったりすることがないか。判例は、解除権の行使自体を担保権の実行と評価しているのではないかとも思え、解除権の行使は、担保権の実行であると評価した方がいいのではないかという気もする(藤澤幹事)。^⑤所有権留保の合意がない場合には、^④のように考えることはできないので、これとのバランスをどう考えるかという問題があろう(道垣内部会長)。

(4) 検 討

(a) 動産譲渡担保と所有権留保との機能的差異と私的実行の方法

動産譲渡担保は、一般に債務者に融資をした債権者の金銭債権の担保として、債権者が設定者所有の動産に担保権の設定を受けるものであるから、被担保債権と担保の目的動産との間に特別の結びつきはない。これに対して、所有権留保(ここでは狭義の所有権留保を対象とする)は、売主が買主に売り渡した動産の売買代金債権の担保として、その動産の所有権を代金債権が完済されるまで売主に留保するという形で行われるものであるから、被担保債権と担保の目的動産との間には密接な関連がある。

所有権留保売買の売主は、買主が代金を支払わない場合に、売買の目的動産を引き揚げて、それを中古市場で売買し、残代金債権の一部あるいは全部の回収を図ろうとするのであるから、所有権留保売買の売主は、その種の動産を換価する中古市場を背後に有している場合が一般的である。その際、所有権留保売主は、その動産を中古市場で換価してから、被担保債権と換価代金の清算を行う(処分清算方式)のではなく、その動産を自己に確定的に帰属させてから中古市場に売りに出す。そこで売主は、その動産を査定して査定金額が被担保債権額(残代金債権)を上回る場合は、そ

の差額である清算金の支払と引換えに買主からその動産の引渡しを受けることになり、査定金額が被担保債権額（残代金債権）以下の場合には、その旨を買主に通知して（この場合にも、買主は清算金がない旨および残代金債権がいくらかを通知する必要がある）、目的動産の引渡しを受けるとともに、残代金債権を買主に対して請求することになる。つまり留保所有権の実行は、通常、帰属清算方式によりなされているといえよう。

したがって、所有権留保の実行方法としては、処分清算方式は設ける必要がないし、処分清算方式は、前述のように問題のある制度であるから(3(5)(e)(Ⅱ))、処分清算方式は設けるべきではないと考える。

なお、帰属清算方式において、「暫定的な清算金」と「最終的な清算金」という2段階方式を採るとしたら、譲渡担保の私的実行の場合に述べたと同様の理由で（[[本稿(1)]に対する補足・補正] (c)(Ⅱ)）、その2段階方式には賛成できないし、(3)の②の意見のように、手続としてあまりに複雑でもある。

民事執行法の規定に基づく競売を所有権留保の実行として認めるべきかであるが、この方法によっては目的動産は一般に低廉な価格でしか売却できないから、所有権留保売主の残代金債権の回収にとっても適当な方法とは考えられない。したがって、この方法を認めた場合、利用されるのは、帰属清算の手続をしても買主が目的物の引渡しに応じないようなときに限られるのではなかろうか。

なお、帰属清算方式および民事執行法の規定に基づく競売の制度が設けられていることによって、買主が目的物の適当な買い手を探してきて、売主の同意を得て任意売却に進むことはありうるであろう。

(b) 所有権留保売買契約の解除

留保所有権を担保物権としてとらえて、その実行方法を認めるなら、所有権留保売買契約の解除は認めないという考え方もあるが、私は、部会資料の（説明）と同様、所有権留保売買契約を代金不払いの債務不履行を理

由に解除するという方法も認めて差し支えないと考える⁹⁹⁾。

6 む す び

以上、法制審議会・担保法制部会の部会資料、議事録および担保法制研究会の研究会資料、議事録、報告書をもとに、動産譲渡担保権および留保所有権の立法のあり方、およびそれぞれの実行方法に焦点を当てて検討した。

担保法制部会での検討は精力的に進められており、部会資料や議事録の公開との関係や、担保法制研究会の報告書の配列と担保法制部会での審議の順序のずれなどから、本稿の依拠した資料も一貫しないものになってしまい、本稿が読みにくくなってしまったことをお詫びしたい。

本稿でも、担保法制部会で示された部会資料や担保法制研究会の報告書について、いくつかの重大な疑問点を提示させていただいた。特に実行方法については、債権者の権利行使に力点が置かれ、設定者の立場についての考察が十分になされていないのではないかと危惧される。誤解に基づいて論述している点もあるかもしれないが、ご批判をいただければ幸いである¹⁰⁰⁾。

99) 生熊・前掲注19) 372頁。

100) 本稿校正の段階で、大阪弁護士会所属の弁護士有志により開催されている大阪担保法制研究会の山本健司ほか「動産譲渡担保権の私的実行①②」金法2171号56頁以下、2172号48頁以下(2021年10月)、富山聡子ほか「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」金法2173号54頁(2021年11月)などに接した。前者は、部会資料の誠実評価額の制度には反対するのであるが、実行通知到達時に譲渡担保権者は設定者に目的物の引渡しを請求できるとして、清算金請求権との同時履行の抗弁権や留置権は認めず、設定者は清算金の発生が見込めるときは、譲渡担保権者に見込額の供託を請求できる、帰属清算の場合、目的物の評価額が客観的評価額より低かったときでも、通知をすれば受戻権は消滅とする。この提案は、清算金の見込額について争いがあるときは、引渡請求訴訟において争うことができると考えているようであるから、部会資料同様、2段階方式となる。後者は、劣後譲渡担保権者はすべての優先譲渡担保権者の同意を得て私的実行をすることができるが、私的実行が行われた場合、優先譲渡担保権は、劣後譲渡担保権者から被担保債権の私的配当を受けなくても消滅とするもので、設定者に対する配慮は見られるが、同意をする優先譲渡担保権者が出てくるのが問題となる。