

部会資料2の補足（第2、5関係）

担保権設定者による行為の効力

1 設定者による目的物の譲渡

(1) 新たな担保物権を創設する方式を採った場合、その担保物権を設定されてもその所有権は設定者に帰属しているため、設定者が目的物を譲渡するとその所有権は譲渡の相手方に移転する。この場合に担保権者が担保権を行使することができなくなると担保を取る意味が乏しくなるため、担保権者は対抗要件を具備すればその相手方に対しても主張することができる（新たに設ける担保権を追及権のあるものとする）のが妥当であると

考えられる。

(2) 担保目的取引規律型を採るとしても、設定者が目的物の真正譲渡をする必要がある場合もあると考えられ、その余地を残しておくのが妥当であるように思われる。

設定者が担保所有権の負担のあるものとして目的物の真正譲渡をした場合には、その後被担保債務が弁済されると、目的物の完全な所有権は譲受人に帰属することになる。また、目的物の使用収益権は、（担保所有権者との最初の合意の内容や、設定者と譲受人との合意の内容にもよるが、）原則として譲受人が有することになる。このほか、設定者にそれまで帰属していた権限（後順位担保所有権の設定、無権原者に対する返還請求などの物権的請求、目的物を損壊した者に対する損害賠償請求など）も、譲受人が有することになる。なお、現行法の動産譲渡担保においては、設定者が第三者に対して目的物を譲渡し、相手方が悪意であるときは、相手方は設定者留保権を取得する¹とか、担保権的構成では譲渡担保権の負担の付いた権利を取得する²などといわれており、設定者は担保権の負担付きでその目的物を第三者に譲渡することができると考えられている。

もっとも、担保目的取引規律型の規定を設けると、担保の目的を達成するのに必要な範囲ではあるが、設定者から担保権者に対する所有権移転の効果が生じているため、上記のような効力の発生が理論的にどのように発生するのか（どのような権利が最初の設定者から譲受人に移転しているのか、設定者はそれを移転することができるのはなぜか）を検討する必要がある。この点については、所有権は担保権者に移転しているものの、設定者も目的物について一定の物権的な権利を有しており、これが移転するという説明が考えられる。もっとも、設定者が譲渡した権利が所有権とは異なる権利であると考えるのは不自然で技巧的に過ぎるのではないかという批判があり得る。

(3) 設定者が担保権の負担のないものとして目的物を譲渡した場合でも、担保所有権者が担保所有権の取得について対抗要件を具備している限り、譲受人が担保権の負担のない目的物の所有権を承継取得することはできない。もっとも、対抗要件が具備されていた

¹ 道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣、2017）318頁

² 松岡久和『担保物権法』（日本評論社、2017）336頁、安永正昭『講義 物権・担保物権法〔第3版〕』（有斐閣、2019）414頁

としても、即時取得の適用可能性を否定することはできないため、譲受人が善意・無過失である場合には、譲受人はその目的物を即時取得する。即時取得がされたときは、先行して設定されていた担保所有権は消滅する。

2 後順位担保権の設定

5 (1) 抵当権や質権の設定者は、目的物について後順位の担保権を設定することができる(民法第 355 条、第 373 条)。新しい担保物権を創設する場合にも、設定者が後順位の担保権を設定することを否定する理由はないと思われる。新しい担保物権を設定しても目的物の所有権は設定者に残っているので、設定者はその目的物(の所有権)に重ねて担保権を設定することになる。

10 (2) 担保権が設定された動産についても担保としての余力がある場合にこれを活用する実務上のニーズがあるとの指摘もあり、このようなニーズに対応しようとするれば、担保目的取引規律型を採る場合にも、設定者が目的物に重ねて担保権を設定することができるようにする必要がある。

15 設定者が、先順位の担保所有権の負担があることを前提として、重ねて担保目的での譲渡をした場合、その相手方は、目的物について先順位の担保所有権に劣後する担保を取得する。同一の目的物について担保所有権が重複して設定されているということが具体的にどのような法律関係を意味するのかは、実行方法とも関連するため、実行の箇所
20 で改めて検討するが、少なくとも最優先の担保所有権者によって実行がされた場合、その交換価値から最優先の被担保債権が満足されて余剰がある場合には、その余剰は、設定者や設定者の他の債権者に優先して、劣後する担保権者への弁済に充てられるべきである。また、実行によることなく、優先する担保所有権者の被担保債権が弁済によって消滅した場合には、劣後する担保権者の担保順位は上昇する。

25 なお、現行法の譲渡担保権が設定された動産に設定者が更に譲渡担保権を設定した事案について、最判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁は、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても」「後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである」と判示しているが、これは後順位の譲渡担保権を設定する余地を認めたものと理解されている。この点についての理論的な説明としては、
30 ①端的に先順位と後順位の譲渡担保権の併存を認める見解、②後れて譲渡担保権の設定を受けた者は即時取得によって譲渡担保権を取得することができるにとどまるという見解、③後れて譲渡担保権の設定を受けた者は設定者留保権を担保目的に取得するという見解などが主張されている³。

35 担保目的取引規律型に従って新たな立法をする場合、真正譲渡と同様に、劣後する担保権の設定についても、上記の効果を理論的にどのように説明するか(設定者は何を目的として担保の目的での譲渡をしているのか、設定者はなぜその権利を譲渡することができるのか)が問題になる。ここでも、最初の担保目的譲渡の後も設定者に残された物権的な権利を担保目的で譲渡したという説明が一つの説明としては考えられるが、先順位の担保が弁済によって消滅した場合の順位上昇をどのように説明するかなどを考えると、先順位と後順位とで担保の目的財産が異なっているとみることは不自然であるよう

³ 宮坂昌利・最判解平成 18 年度(下) 849 頁

にも思われる。担保目的取引規律型を前提とした場合に、後順位の担保権の設定を理論的にどのように説明するかについては、なお検討が必要である。

5 (3) 設定者が、既に担保目的での譲渡をした目的物を担保所有権の負担のないものとして担保目的で譲渡した場合、相手方が善意・無過失であれば、相手方は担保所有権を善意取得することになる。担保所有権の善意取得があった場合、先行して設定されていた既存の担保所有権の帰趨が問題になるが、真正譲渡において即時取得が生じた場合と異なり、即時取得された権利と既存の担保所有権が完全に矛盾するわけではないので、既存の担保所有権が消滅するわけではないと考える余地もあるように思われる。目的物の交換価値はまず即時取得した担保権者への弁済に充てられるが、余剰があれば既存の担保所有権者への弁済に充てられると考えることもできるように思われる（実質的に、担保の順位が入れ替わることになる。）。

3 賃貸借

15 目的物の所有権を有していることは賃貸人として賃貸借契約を締結するための要件ではないので、（担保物権創設型か担保目的取引規律型であるかなどにかかわらず、）設定者は目的物を賃貸することができ、賃貸した場合の賃料債権は設定者に帰属する。

20 目的物を第三者に賃貸することが担保の設定契約において禁じられているということもあり得るが、その場合であっても設定者と賃借人との間の賃貸借契約が無効になるわけではない。賃貸が担保権者に対する関係で設定者の義務違反に当たる場合、例えば期限の利益を喪失して実行がされることも考えられるが、それによって賃借人が目的物の使用収益をすることができなくなった場合には、賃貸借は終了する（民法第 616 条の 2）。

4 その他

25 (1) このほか、目的物が正当な権原を有しない占有者に対する返還請求権などの物権的請求権を行使することができるか、目的物が第三者によって損傷された場合に、当該第三者に対して損害賠償請求をすることができるか（さらに、その範囲として、目的物の価値全体について損害賠償請求をすることができるか、被担保債権額を控除した剰余部分についてのみ損害賠償請求をすることができるか）、目的物について被保険利益を有するかなどが問題になると考えられる。

30 (2) 物権的請求権は、担保物権創設型の場合には設定者に帰属すると考えられる。担保目的取引規律型を採る場合であっても、設定者が使用収益を継続するのが原則であることからすると、実質としては、設定者に帰属することとするのが妥当であるように思われる。なお、現行法の譲渡担保について、判例（最判昭和 57 年 9 月 28 日判タ 485 号 83 頁）は、譲渡担保の設定者は正当な権限なく目的物件を占有する者に対してその返還を請求することができるとしている。

35 (3) 第三者によって損傷を受けた場合の損害賠償請求権については、例えば抵当権が設定された不動産が第三者の行為によって損傷された場合にも類似の問題が生ずる。この場合については、抵当権者は不法行為に基づく損害賠償請求をすることができるという見解と、所有者のみが不法行為者に対して損害賠償請求権を有する（抵当権者は物上代位のみをすることができる）という見解があるが、近時は後者の見解が多数であるとされる。新たな担保物権を創設する場合にはこれと同様に考えることになると思われる。

これに対し、譲渡担保においては、抵当権について近時の多数説を支持する見解の中にも、担保所有権者が一応所有権を有し、設定者は設定者留保権を有することを前提に、譲渡担保権者に直接の損害賠償請求権を認める見解がある⁴⁴。担保目的取引規律型を採る場合、現在の譲渡担保と同様に考えることになると考えられる。

- 5 (4) 現行法の譲渡担保について、判例（最判平成5年2月26日民集47巻2号1653頁）は、譲渡担保設定者は譲渡担保の目的不動産について被保険利益を有するとしている（譲渡担保権者も被保険利益を有するとしている。）。これは、譲渡担保が設定された場合、債権を担保する目的を達するのに必要な範囲内において目的不動産の所有権移転の効力が生じ、担保権者が目的不動産の所有権を確定的に自己の所有に帰属させるには清算手続をすることを要し、他方、設定者は換価処分の完結まで被担保債務を弁済して目的不動産を受け戻してその完全な所有権を回復することができるという、譲渡担保の趣旨や効力を根拠とする。これを前提とすれば、動産を目的とする担保権について規定を設ける場合、それが担保物権創設型であるか担保目的取引規律型であるかにかかわらず、設定者は被保険利益を有すると考えられる。
- 10

⁴⁴ 道垣内・担保物権法 315～316 頁