

種類物を用いた担保

担保の多様化についての一視点

やまだ せいいち
山田誠一

要 旨

今日の経済社会では、担保の機能をもつ多様な取引が行われており、それらの取引の性格は、担保物権を伴うかどうか、被担保債権が特定しているかどうか、担保の目的が特定しているかどうか等、多元多層的な構造をもつに至っている。そのなかで注目をすべきは、種類物を担保の目的とした取引が行われているということである。この種類物を担保の目的とした取引を、譲渡担保として法律構成をすることができないかが本稿の問題関心である。不動産譲渡担保についての判例による規律の内容を手がかりにして、種類物を目的とした譲渡担保の法律構成を検討すると、以下のような解釈論的主張を導くことができる。(1)債務者が被担保債権を弁済しない場合、債権者は、担保設定時に引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権を適正に評価して、その価額から被担保債権額を差し引いて残額があれば、それを清算金として、債務者に支払わなければならない、(2)債権者は、弁済期の前後を問わず、担保設定時に引き渡された物を、第三者に、何ら制約なく譲渡することができ、(3)債務者は、被担保債権を弁済すれば、担保設定時に引き渡した物と同種・同等・同量の物の返還を請求することができるというものである。

キーワード：譲渡担保、種類物、種類物を目的とした譲渡担保

本稿は、筆者が日本銀行金融研究所の国内客員研究員として行った研究の成果を基に作成したものである。なお、本稿で示されている内容および意見は筆者個人に属し、日本銀行の公式見解を示すものではない。

山田誠一 神戸大学教授 (E-mail:syamada@rokkodai.kobe-u.ac.jp)

1. はじめに

担保の機能をもつ取引の全体をみても、民法にもとづく担保、判例によって規律される担保、特別法にもとづく担保、さらに相殺・交互計算・一括清算と多様である。またそれらの取引の性格は、担保物権を伴うかどうか、被担保債権が特定しているかどうか、担保の目的が特定しているかどうか等、多元多層的な構造をもつに至っている。さらに、種類物¹を担保の目的とした取引という特殊な性格をもつものも認めることができる。

この種類物を担保の目的とした取引を譲渡担保として法律構成をすることができないか、というのが本稿の問題関心である。不動産譲渡担保についての規律の内容は、判例によって相当程度明らかになっている。そこで本稿では、不動産譲渡担保についての規律を明らかにし、それを手がかりにして、種類物を担保の目的とした譲渡担保についてのあるべき規律の内容を検討することにした。

2. 多様な担保取引

(1) 民法にもとづく担保

今日の社会経済においては、担保の機能²をもつ多様な取引が行われている³。そ

- 1 種類物とは、その物の種類および数量に着目して取引の対象とした物である。例えば、奥田 [1992] 40頁は、「法律上は種類物という物の種別があるわけではなく、不特定物というべきであるが、種類と数量とによって確定されて種類債権の目的物となるところから、種類物という語が慣用されている」とする。
- 2 担保の機能とは何かという問題がある。困難な問題であるが、本稿では、さしあたって、不十分ではあるが、被担保債権が存在しない場合を含めたものとして、金銭の融通、すなわち、信用の供与が行われたとき、金銭を融通した者（債権者）が金銭の融通を受けた者（債務者）にとってのほかの債権者に優先して、融通した金銭の回収を行うことを可能にすることを担保の機能とする。しかし、有価証券を貸し渡す方法で信用の供与を行い、その担保として金銭の支払が反対方向に行われる場合（国債の現金担保付き貸借取引、いわゆるレボ取引）、金銭の融通が介在しておらず、したがって、上記の定義は、このことを視野に入れることで、直ちに不十分であることがわかる。国債の現金担保付き貸借取引については、例えば、日本銀行金融研究所 [2000] 122～123頁参照。なお、国債レボ取引を含む債券レボ取引については、「正式には現金担保付債券貸借取引といい、貸借期間の終了時に対象銘柄と同種・同量の債券を返済する債券の消費貸借取引であるが、債券の借り手が貸し手に担保として現金を供するところに特色がある」とする鹿野 [2001] 205頁も参照。なお、「担保とは債権の満足を確保するための手段である」とする高木 [1993] 1頁も参照。
- 3 沖野 [1998] 161～162頁は、「民法典が設けた優先弁済効をもつ担保制度は…担保類型の限定や、抵当権に見られる優先弁済効を受ける被担保債権の限定など、とかく限定されている」としたうえで、その後、「限定された担保手段の拡大」と、「担保の多様化」という展開があったとして、その顕著な例として、「民法典の規定する担保内容の多様化（例えば、根抵当）所有権（債権、その他の権利）を借用したいわゆる非典型担保の進展（例えば、譲渡担保、売渡担保、代物弁済予約と仮登記担保、所有権留保、ファイナンス・リース）、担保的機能を有する制度 特に相殺 の活用（例えば、期限の利益喪失約款と相殺予約、代理受領・振込指定と相殺）」を指摘する。また、神田 [1993] 47～48頁は、資産金融の証券化として、当該資産を別会社（信託等会社形態以外の形態が用いられる場合もある）に移転して、その会社が当該資産を引当てとする資金調達を行うという仕組みが使われることがあり、このような別会社設立によって、「従来『担保』取引概念に渾然一体と含まれていた各種の機能のうち責任財産分離という機能は…（相当程度）達成される」とことを指摘する。

のような担保の機能をもつ取引のことを、担保取引と呼ぶならば、担保取引の主要なものは、民法によって規律されている。

すなわち、民法は、留置権（295条以下）⁴、先取特権（303条以下）、質権（342条以下）、抵当権（369条以下）という4種の権利を、担保物権とし、その要件と効果を定めている。そのほかに、民法は、買戻という制度を定めており（579条以下）、この制度は、担保制度の一種であると理解されているが⁵、現実にはあまり利用されていない^{6, 7}。

（2）判例によって規律される担保

現実に行われている担保取引は、民法によって規律されるものにはとどまらない。広く知られているとおり、現実に行われている担保取引として、譲渡担保があり、

4 留置権については、商法が、「代理商・問屋・運送取扱人・陸上および海上の運送人のそれぞれについて、その業態に応じた特殊の留置権」（商法51条、557条、562条、589条、753条2項）を定め、さらに、「業態と関係のない商人間の一般留置権」（同521条）を定めている（西原 [1973] 135頁参照）。

5 例えば、我妻 [1957] は、「買戻の経済的作用は、専ら、不動産の担保にある」とし（325頁）、「買戻は、権利の移転による、かつ融資した金銭の返還請求権を伴わない担保制度の一種といい得る」としつつ、さらに、「買戻は、民法施行以前から行われ、年季売買とも呼ばれた。土地の売買が禁止された時代には、脱法行為の手段に用いられたこともあるといわれるが、その当時でも、主たる作用は担保であったと思われる」とする（326頁）。買戻は、「主として債権担保のために用いられる」とする星野 [1986] 148頁も参照。

6 買戻の制度は、「所有権の帰属を不安定にし、不動産の改良を妨げるおそれがあるとして、厳重な制限を加えた。然し、そのことは、同時に、金融界の要請に背くことになり、再売買の予約の方法に訴えることによつてその制限を免れるものが多いことは、注目に値する現象である」とする我妻 [1957] 326頁を参照。また、「債権担保のための制度としては、それに適合した合理的な規定、より詳しくは、債権者に債権の弁済を十分に得させるようにはかると共にその得る利益もその限度に止まるような制約を課することとなるが、買戻の規定もそのようになっている。しかし、再売買一方の予約に関する規定は、担保のために用いることを考慮されていないから、債権者にとっての制約がなく、大きな（場合により必ずしも合理的でない）利益を得させる可能性がある。そこで、皮肉なことに、社会においては、本来担保のための制度である買戻が利用されることが少なく、再売買の一方の予約が用いられることが多かった」とする星野 [1986] 149頁も参照。さらに、民法は、買戻について、公益上の害を認めつつ、『金銭融通』の便益に着目して、全廃せず、適用を制限するという態度をとったことを指摘したうえで、「不動産所有権（ないし一般に財産権）の移転による担保供与の方法としては、買戻特約ないし再売買の予約の形をとる売渡担保のほかに譲渡担保があり、後者のほうが前者よりも金融取引としては合理的な制度であるとされ（売渡担保においては、譲渡担保におけると異なり貸金債権が残らないため、返済の請求はできず、目的物滅失の場合に一般財産への執行もできない）、売渡担保が譲渡担保かの不明瞭な契約は譲渡担保と推定すべきであるという考え方が有力であった上に、1960年代後半から70年代初頭にかけて担保契約たる代物弁済予約や売買予約につき清算ルールを導入した判例の展開...が譲渡担保に及んで...金融取引としての譲渡担保の合理化が大きく進められた。こうして、譲渡担保制度が売渡担保制度よりも合理的な制度であることはいっそう明確となり、買戻の場合のみならず再売買予約の場合を含めて売渡担保をめぐる諸問題は譲渡担保制度に引き寄せて扱う仕方での処理される傾向が裁判実務にも現われてきている。その向かう方向は売渡担保制度の譲渡担保制度への吸収であり、こうした趨勢のもとに、『金銭融通』の制度としての買戻の制度は、実際界では後景にしりぞいてしまっている」とする広中 [1994] 87～88頁も参照。

7 このほかにも、例えば、民法613条1項本文にもとづき、賃貸人が転借人に対して、賃料の範囲内で、転賃料の支払を求めることができると解され（星野 [1986] 214頁）、そうであるとすると、ここにも、転賃料債権を賃料債権の担保とする機能を認めることができる。

所有権留保がある。譲渡担保では、債権者が自己の有する債権の担保のために、担保目的物の所有権（権利）の移転を受け⁸、所有権留保では、債権者（売主）が自己の有する債権（売買代金債権）の担保のために、担保目的物（売買目的物）の所有権を移転せず留保する⁹ことが行われる。

いずれも、経済的な実質に着目すると担保の機能をもつものであるが、民法は、譲渡担保や所有権留保の要件効果を、直接具体的には定めていない。したがって、これらの担保は、主として判例によって規律されている。

（3）特別法にもとづく担保

また、特別法にもとづく担保取引を視野に入れると、仮登記担保契約に関する法律（昭和53年6月20日法律78号。以下、仮登記担保法という）は、「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行うこと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...の効力等に関し、特別の定めをするもの」である（1条）。すなわち、仮登記

8 最高裁昭和46年3月25日第1小法廷判決民集25巻2号208頁（譲渡担保権者に清算義務を認めたもの）は、「貸金債権担保のため債務者所有の不動産につき譲渡担保形式の契約を締結し、債務者が弁済期に債務を弁済すれば不動産は債務者に返還するが、弁済をしないときは右不動産を債務の弁済の代わりに確定的に自己の所有に帰せしめるとの合意のもとに、自己のため所有権移転登記を経由した債権者は、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合においては、目的不動産を換価処分し、またはこれを適正に評価することによって具体化する右物件の価額から、自己の債権額を差し引き、なお残額があるときは、これに相当する金銭を清算金として債務者に支払うことを要する」とするが、ここでは、譲渡担保とは、金銭債権の担保のために、担保目的物の所有権を債務者から債権者に移転し、債務者が債務を弁済すれば、担保目的物の所有権は債務者に戻り、債務者が債務を弁済しなければ、担保目的物の所有権は債権者に確定的に帰属する旨の合意（および、担保目的物についての債務者から債権者への所有権移転登記）によって成立する法律関係をいうものと解することができる。なお、我妻〔1968〕592～593頁は、「担保の目的となる財産を移転することによって、信用授受の目的を達する制度」のなかで、「信用の授受を債権の形式で存続させ、信用を与えた者がその返還を請求する権利を有し、信用を受けた者がこれに応じない場合に目的物によって満足をえようとするもの」、すなわち、「消費貸借を締結し、その債務を担保するために担保物を移転するもの」を譲渡担保と呼ぶべきであるとする。また、譲渡担保とは、「担保の目的たる権利（特に所有権）を債務者または物上保証人（設定者）が債権者に移転し、債務が弁済されると設定者に復帰するが、債務不履行が生ずると、権利は確定的に債権者に帰属する（したがって債権は回収される）という形式をとる担保方法である」とする高木〔1993〕321頁も参照。

9 最高裁昭和49年7月18日第1小法廷判決民集28巻5号743頁は、「動産の割賦払約款付売買契約において、代金完済に至るまで目的物の所有権が売主に留保され、買主に対する所有権の移転は右代金完済を停止条件とする旨の合意がなされているときは、代金完済に至るまでの間に買主の債権者が目的物に対して強制執行に及んだとしても、売主あるいは右売主から目的物を買受けた第三者は、所有権に基づいて第三者異議の訴を提起し、その執行の排除を求めることができる」とするが、売買代金債権の担保のために目的物の所有権を売主に留保する旨の合意によって成立する法律関係をいうものと解することができる。高木〔1993〕363頁は、所有権留保とは、「売買代金の完済前に目的物の占有を売主より買主に移転する売買において、代金債権の担保のために、目的物の所有権を売主が留保する担保方法である」とする。道垣内〔1990〕302頁も参照。

担保法は、金銭債務の不履行によって債権者に権利が移転することを内容とする契約が、担保のために行われることがあることを前提とし、そのような契約の効力を定めたものである。

このほかに、企業担保法（昭和33年4月30日法律106号）は、「株式会社…の総財産は、その会社の発行する社債を担保するため、一体として、企業担保権の目的とすることができる」と定め（1条1項）、そのうえで、「企業担保権は、物権とする」と定めている（同条2項）¹⁰。

さらに、担保附社債信託法（明治38年3月13日法律52号。以下、担保法という）は、「社債二物上担保ヲ附セムトスルトキハ其ノ社債ヲ発行スル会社ト信託会社トノ信託契約ニ従ヒ之ヲ発行スヘシ」と定め（2条1項）、また、「社債ニ附スルコトヲ得ヘキ物上担保ハ左ニ掲クルモノニ限ル」として、動産質、証書ある債権質、株式質、不動産抵当等19項目を掲げ（4条）、そのうえで、「信託契約ニ依ル物上担保ハ信託証書ニ記載シタル総社債ノ為ニ受託会社ニ帰属ス」と定めている（70条1項）。すなわち、担保法にもとづく担保付社債においては、「信託により社債に設定される物上担保権が帰属するのは受託会社であるが、その物上担保権により利益を受けるのは社債権者であり…権利の帰属主体と権利より生じる利益の帰属主体とが一致しない」こととなる¹¹。

（4）相殺・交互計算・一括清算等

さらに、相殺（民法505条以下）は、担保的機能を有しているということが出来る¹²。なぜならば、相対立する債権を互いに有している者の一方（甲）が破産した場合、もう一方（乙）は、相殺をすることにより受働債権の範囲で、自働債権を優先的に回収することができる（破産法98条）¹³からである。また、ある債権（受働債権）が差し押さえられた場合、その後、その債権の債務者（第三債務者）が反対債権（自働債権）をもって相殺をすることができるかという問題について、「第

10 「企業担保権は、有形・無形を問わず企業財産の全体を支配する担保権であるが、企業を静的にとらえることなく、企業外に流出する財産は企業担保権から解放され、逆に企業内部に流入する財産には当然に効力が及ぶ。そして、担保権実行の段階において企業財産を構成する財産から優先弁済を受ける。かくて、常に流動を続ける企業財産の全体を支配する担保制度となっている」とする高木 [1993] 285頁参照。道垣内 [1990] 218頁も参照。

11 岡光 [1994] 71頁。前田 [2000] 539～540頁も参照。

12 例えば、平井 [1994] 220頁は、「債権の実質的価値は債務者の資力に依存するにもかかわらず、債権額によって差引計算をするのが公平に適うのだという相殺の制度が、結果的には担保的機能を果たすことになる」とする。奥田 [1992] 570頁も参照。さらに、山田 [2000] 88頁も参照。

13 平井 [1994] 220頁は、「破産の場合に典型的にみられるように、相対立する債権のうち受働債権を有する債権者は、いわば強制的に全額を弁済させられてしまうことになり、そのかぎりでは自働債権をもつ債権者は独占的に受働債権を確実に把握（債権を回収）することになるからである」とする。

三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべきである」とする最高裁判決¹⁴の見解にしたがうならば、破産の局面での相殺の担保的機能は、差押の局面でも、相殺適状に達した後であれば、同様に認めることができるからである。しかし、相殺適状に達する前は、第三債務者は相殺をすることができない¹⁵。そのため、銀行とその顧客との間では、顧客の銀行に対する預金について差押命令の発送があったとき、顧客の銀行に対する債務について期限の利益が当然に喪失する旨の約定が、一般に行われている¹⁶。差押の局面においても、直ちに相殺適状に至らせ、相殺をすることができるよう企図されたものである。このような約定の効力¹⁷について、最高裁判決¹⁸は、「契約自由の原則上有効である」との判断を行っている¹⁹。

このほかに、交互計算（商法529条以下）、一括清算（金融機関等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律 平成10年6月15日法律108号。以下、一括清算法という 参照²⁰）にも担保的機能を認めることができると考えられる。

さらに、デリバティブ取引の有担保化を実現するための方策として、相殺予約を

14 最高裁昭和45年6月24日大法廷判決民集24巻6号587頁。本判決は、このような見解を採用する理由として、民法511条は、「第三債務者が債務者に対して有する債権をもって差押債権者に対し相殺をなしうることを当然の前提としたうえ、差押後に発生した債権または差押後に他から取得した債権を自働債権とする相殺のみを例外的に禁止することによって、その限度において、差押債権者と第三債務者との間の利益の調節を図ったものと解するのが相当である」とする。この最高裁判決の見解を支持するものとして、例えば、奥田 [1992] 589頁、また、批判するものとして、例えば、平井 [1994] 231頁。

15 平井 [1994] 229頁、および、奥田 [1992] 590頁参照。

16 廃止される前の銀行取引約定書ひな型5条1項1号参照。なお、銀行取引約定書ひな型の廃止については、全国銀行協会 [2000] 84～85頁、および、加藤・阿部 [2000] 6～8頁を参照。

17 「相殺予約の対外効」と呼ばれている問題である。平井 [1994] 230頁参照。

18 前掲注14・最大判昭和45年6月24日。本判決は、銀行とその顧客との間の継続的取引の約定書に、本文として、「左の場合には、債務の全額につき弁済期到来したものとし、借主...の銀行...に対する預金その他の債権と弁済期の到否にかかわらず、任意相殺されても異議がなく、請求次第債務を弁済する」と定め、その第3号として、「借主...につき、仮処分差押仮差押の申請、支払停止、破産若しくは和議の申立てがあったとき」と定める条項があった事案について、「右特約は」、借主について、「信用を悪化させる一定の客観的事情が発生した場合においては」、銀行の借主「に対する貸付金債権について」、借主「のために存する期限の利益を喪失せしめ、一方、同人らの」銀行「に対する預金等の債権については」、銀行「において期限の利益を放棄し、直ちに相殺適状を生ぜしめる旨の合意と解することができるのであって、かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたない」との判断を示した。

19 平井 [1994] 232頁は、「一般に、当事者の特約の効力は、特別の規定や考慮のないかぎり、これを一般的に第三者に対抗することを許すべきではないが、相殺予約は、銀行取引に関して例外なく用いられており、少なくとも銀行取引に関しては一種の担保を創設したものと認めるほどの合理性を認めることができると考えられる。したがって、特約の解釈として担保的機能が当事者に認識されると認められるならば、そして、銀行取引に関与する第三者は特約の存在につき悪意であり、または特約の存在は公知の事実だと考えることにより、相殺予約の効力の対抗を認めるべきであろう」とする。奥田 [1992] 589頁も参照。

20 一括清算法については、神田 [1998] 18～20頁参照。また、一括清算を含むネットティングについては、例えば、神田 [1994] 7～15頁、和仁・野本 [1994] 50～58頁参照。

伴った国債の消費貸借が行われている²¹。消費貸借という契約を用いて行われる担保取引である。

3. 担保取引の性格 多元多層的な構造

(1) 担保物権を伴うかどうか

2. でみてきたように、今日の担保取引は、多様な展開を示しているが、それぞれの性格もまた、多様である。より実質に即していうならば、今日の担保取引の性格は、多元多層的な構造をもつに至っている²²。

まず、担保取引の性格を明らかにする際の最も重要な点は、その担保取引が担保物権である権利を伴うものであるか、そうでないものであるかである。担保物権とは、制限物権であり、担保権者はその担保物権を取得し、場合によっては、行使する²³。留置権、先取特権、質権、抵当権が担保物権であり、また、企業担保法にもとづく企業担保権も担保物権である。さらに、担信法にもとづく物上担保は、担保物権を用いたものであるといえることができる。

これに対して、担保物権を伴わない担保取引もある。譲渡担保、所有権留保、仮登記担保は、いずれも所有権²⁴を用いたものであり、担保権者が所有権を取得し（買戻、譲渡担保）、留保し（所有権留保）または、将来所有権を取得する地位を確保する（仮登記担保）という方法によって担保目的を実現する²⁵。相殺²⁶も担保

21 債務者から債権者に対して、担保の目的で、消費貸借の元本として国債を引き渡し、債権者（消費貸借の借主）は、同種・同等・同量の国債の返還債務を負い、それとともに、右の国債の市場評価額に相当する金額の金銭を支払う債務を、選択債権として（民法406条。第1次的な選択権は選択債権の債務者にある）負うこととし、債務者がデフォルトした際には、右金銭債権と、一括清算後の最終残額債権とを相殺する旨を予約するという法律構成が用いられている（坂本 [1995] 140～141頁、144～145頁参照）和仁・玄 [1995] 14頁も参照。なお、担保として国債の消費貸借が行われる点で、担保としての現金の差入れを伴う国債の貸借である国債の現金担保付き貸借取引（いわゆるレボ取引）とは、区別することができる。

22 神田 [1993] 48頁は、「従来『担保』取引概念は各種の機能を渾然一体として包含してきた。しかしながら、資産金融の証券化にみられるように、担保取引の『アンバンドリング』が発生しつつある」とする。

23 「民法上の担保物権は、担保に供すべき権利自体は設定者の手に留保し、その権利の上に担保的効力を有する制限物権を債権者が取得するという構成をとる」とする高木 [1993] 5頁を参照。

24 これらの担保取引では、物をその目的とした場合には、所有権を用いるが、例えば債権のような権利をその目的とした場合には、権利を用いることになる。すなわち、債権を目的とした譲渡担保では、担保権者は、債権を取得するという方法によって、担保目的を実現する。

25 このような点に着目し、譲渡担保と仮登記担保とを含むものとして、「財産権移転形式の非典型担保」という概念が用いられることがある（例えば、魚住 [1990] 39頁、水上 [1997] 212頁参照）。また、高木 [1993] 5～6頁は、譲渡担保、仮登記担保、所有権留保を含む概念として、「権利取得型担保（非典型担保）」を用い、物的担保の構成として、担保物権と、権利取得型担保とがあるとする。

26 将来相殺をすることができる状態を伴う取引という意味である。相殺予約（期限の利益喪失特約）がある場合は、「将来相殺をすることができる状態」が、相殺予約がない場合と比較してより強化されているが、担保物権を伴わない担保取引という点では、相違はない。

物権を伴わない担保取引であり、交互計算と一括清算も同様に担保物権を伴わない担保取引であるといえる²⁷。相殺予約を伴った国債の消費貸借は、消費貸借にもとづいて、担保権者が国債の権利を取得するという方法によって、担保目的を実現するものであり、したがって、担保物権を伴わない担保取引である²⁸。

(2) 被担保債権が特定しているか

担保取引の性格としては、さらに、特定の被担保債権を担保する取引であるか、被担保債権が入れ替わる担保取引であるかという点が重要である。被担保債権が入れ替わる担保取引を、一般に根担保という。民法は、根抵当についての規定を定めている(398条ノ2以下)。根担保の代表例である。仮登記担保法は、根仮登記担保について、実質的に、その効力を否定している(14条、19条5項)²⁹。さらに、根質、根譲渡担保、根所有権留保は、それぞれ有効であると解されている³⁰。根抵当でない抵当権は、特定の債権を担保する取引であり、根質でない質権、根譲渡担保でない譲渡担保、根所有権留保でない所有権留保も、同様に、特定の債権を担保する取引である。

民法が定める留置権(295条)においては、被担保債権と担保の目的となる物との対応関係が必要とされるため、特定の債権を担保する取引である。しかし、商人

27 相殺、交互計算、一括清算は、いずれも、担保権者が負う債務を用いた担保取引とすることができよう。

28 担保権者が、所有権・権利を取得するという方法を用いた担保取引として、買戻、譲渡担保、相殺予約を伴った国債の消費貸借があるが、買戻においては、金銭の融通を、売買代金の支払という形式で行うため、信用供与(金銭の融通)の結果を表現する債権が存在せず、したがって、被担保債権が存在しないが、譲渡担保においては、金銭の融通を、金銭の消費貸借という形式で行うため、信用供与(金銭の融通)の結果を、貸金返還債権が表現し、それが、被担保債権となる。相殺予約を伴った国債の消費貸借においても、一括清算後の最終残額債権が被担保債権であり、したがって、被担保債権が存在する担保取引という点で、譲渡担保と共通する。なお、買戻と同様に、権利を取得するという方法を用いた担保取引であって、金銭の融通を売買代金の支払という形式で行うものとして、現先取引がある。債券を売買の、したがって、担保の目的とする取引である債券現先取引については、「現先取引とは、一定期間後に一定の価格で買い戻すあるいは売り戻すことをあらかじめ約して債券を売却あるいは買い入れる、条件付きの債券売買のことをい(い)」、「債券の現先取引は債券売買の一形態ではあるが、実質的には当該債券を譲渡担保とした短期の資金貸借取引ととらえることができる」とする鹿野[2001]201~202頁参照(なお、日本銀行金融研究所[2000]122頁も参照)。

29 すなわち、被担保債権が不特定の債権である根担保仮登記は、競売手続において効力を有さず(14条)、また、破産手続・再生手続・更生手続においても効力を有しない(19条5項)。ただし、私的実行は、認められる。「根抵当権とは異なり、被担保債権についての公示方法が存せず...したがって、極度額により、優先弁済効を量的に制限することができない。その結果、目的物の全価額が、根仮登記担保によって支配されることとなり、余剰価値の利用が妨げられることにおいて、包括根抵当と同じ弊害が生じ、包括根抵当を禁止する民法と調和をはかるため優先弁済効を否定したとされている」とする高木[1993]320頁参照。道垣内[1990]245頁も参照。

30 根質について、我妻[1968]135頁、および、道垣内[1990]70頁を、根譲渡担保について、道垣内[1990]258頁を、根所有権留保について、高木[1993]363~364頁、および、道垣内[1990]305頁を、それぞれ参照。

間の留置権（商法521条）には、被担保債権と担保の目的となる物との対応関係が必要とされない³¹ため、被担保債権が入れ替わる取引であるといえることができる。一般の先取特権（民法306条）も、共益費用、雇人給料、葬式費用、日用品供給のための債権であれば、一定の要件のもとに、債務者の総財産を担保の目的として成立するため、被担保債権が入れ替わる取引であるといえることができる。動産の先取特権と不動産の先取特権は、特定の債権を担保する取引である。

さらに、相殺も、自働債権となる債権は入れ替わるため、被担保債権が入れ替わる取引としての性格を認めることができる³²。交互計算と一括清算も、同様と考えられる。相殺予約を伴った国債の消費貸借では、一括清算後の最終残額債権が被担保債権になる³³が、一括清算が行われた場合のその清算対象となる債権は入れ替わるものであるため、被担保債権が入れ替わる取引の一種といえることができる。

（3）担保の目的が特定しているか

さらに、担保取引の性格として、特定の物・権利を担保の目的とした取引であるか、そうではないかという点も重要である。根抵当を含む抵当権は、特定の物を担保の目的とした取引である³⁴。質権も同様である。

民法が定める留置権（295条）においては、被担保債権と担保の目的となる物との対応関係が必要とされるため、特定の物を担保の目的とした取引である。しかし、商人間の留置権（商法521条）には、被担保債権と担保の目的となる物との対応関係が必要とされないため、担保の目的が入れ替わる取引であるといえることができる。一般の先取特権（民法306条）は、債務者の総財産を担保の目的として成立するため、担保の目的が入れ替わる取引である³⁵。それに対して、動産の先取特権と、不動産の先取特権は、特定の物を担保の目的とした取引である。

構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保（以下、集合物譲渡担保という）について、最高裁判決³⁶は、「構成部分の変動する集合動産についても、

31 西原 [1973] 136頁参照。

32 沖野 [1998] 164頁は、「銀行取引では、銀行は当初から預金等を引当てとして貸付を行っているが、通常継続的な取引である銀行取引では、発生・消滅を繰り返す預金等の債権と貸付債権との間に個別に対応関係があるわけではなく、むしろ、（定期）預金等の債権の総計とのバランスで貸付が行われ、問題発生の時点で存在している貸付債権と預金等の債権の間での相殺が両当事者により予定され期待されている」と指摘する。山田 [2000] 96頁も参照。

33 和仁・玄 [1995] 15頁参照。

34 ただし、物上代位が生ずる局面では、担保の目的となる物・権利が入れ替わるということが生ずる（民法372条、304条参照）。

35 「目的物が特定しておらず...流動する債務者の一般財産が目的財産である」としつつ、「企業担保権に類似する」とする高木 [1993] 37頁参照。

36 最高裁昭和54年2月15日第1小法廷判決民集33巻1号51頁（事案は、目的物の範囲が特定されていないとして、集合物譲渡担保の成立が認められなかったもの）。

その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどなんらかの方法で目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的となりうるものと解するのが相当である」との見解を明らかにしている。さらにその後の最高裁判決³⁷は、債権者と債務者との間に、構成部分の変動する集合動産であり、その種類、所在場所および量的範囲を指定する等の方法によって目的物の範囲が特定されるような「集合物を目的とする譲渡担保設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至り、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分の変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである。したがって、動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合においては、債権者は、右動産についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができ、当該先取特権者が右先取特権に基づいて動産競売の申立てをしたときは、特段の事情がない限り、民法333条所定の第三取得者に該当するものとして、訴えをもって、右動産競買の不許を求めることができるものというべきである」との見解を明らかにしている。このような要件と効果が認められた集合物譲渡担保³⁸は、担保の目的が入れ替わる取引であるということができる。このような集合物譲渡担保でない譲渡担保は、特定の物を担保の目的とした取引である。また、所有権留保と仮登記担保も、特定の物を担保の目的とした取引である。

企業担保権は、まさに、担保の目的である物・権利が入れ替わる取引である³⁹。そのような性格を有する担保として、立法によって導入されたものである。

また、相殺は、受働債権となる債権は入れ替わるため、担保の目的である債権が入れ替わる取引としての性格を認めることができる⁴⁰。交互計算と一括清算も、同様と考えられる。

37 最高裁昭和62年11月10日第3小法廷判決民集41巻8号1559頁（事案は、目的物の範囲が特定されているとして、集合物譲渡担保の成立が認められたもの）。

38 「流出・搬入が繰り返されている在庫商品のように常に構成要素が流動している（入れ替わる）動産群を目的物とするもの」であり、判例によって、「集合動産全体が一個の集合物と観念され、この集合物上に譲渡担保権が成立すると構成することが可能となり、個々の動産には当然にその効力が及ぶ」との考え方が承認された（高木 [1993] 357～358頁参照）。

39 この点をとらえて、高木 [1993] 285頁は、「その性質は抵当権というより一般の先取特権に近い」とする。

40 沖野 [1998] 164頁参照。山田 [2000] 96頁も参照。

(4) 相殺予約を伴った国債の消費貸借の特殊性

デリバティブ取引の有担保化を実現するための方策として行われている相殺予約を伴った国債の消費貸借には、特殊な性格が認められる。すなわち、国債が担保の目的であるが、特定の国債が担保の目的となるのではなく、したがって、担保取引が終了する場合、担保権者が担保設定者に返還する国債は、担保設定時に担保設定者から担保権者に引き渡された国債と同種・同等・同量の物であれば足りる⁴¹からである。また、このことは、担保の目的である国債が入れ替わるということではない。なぜならば、担保の目的が入れ替わる取引では、時間の経過にしたがって、担保の目的は入れ替わるが、ある時点においては、特定の物・権利が担保の目的となっている。このことは、一般の先取特権においても、集合物譲渡担保においても、企業担保権においても妥当する。また、相殺においても、ある時点で、受働債権となる債権は特定している。これに対して、相殺予約を伴った国債の消費貸借においては、種類物である国債が担保となっているため、いかなる時点においても、特定の国債が担保となっていないといえることができる。

したがって、(3)では、担保取引の性格として、特定の物・権利を担保の目的とした取引であるか、担保の目的である物・権利が入れ替わる取引かという観点から検討を行ったが、そのほかに、さらに、種類物を担保の目的とした取引があり、相殺予約を伴った国債の消費貸借がそれに当たると考えることができる。

民法は、動産質権者に転質(348条)⁴²を、抵当権者に転抵当(375条1項前段)⁴³を認めている。いずれも、担保権者による担保権の処分であるが、原担保設定者と原担保権者との間の原担保取引が、特定の物を担保とした取引である点は、転質や転抵当が行われていない場合の担保設定者と担保権者との間の担保取引と相違はない。また、「譲渡担保権者がその目的物件につき自己の債権者のために更に譲渡担保権を設定」することも有効であると認められており⁴⁴、これを転譲渡担保と呼ぶ

41 国債の消費貸借(民法587条)が、借主が「種類、品等及ヒ数量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ為スコトヲ約シテ相手方ヨリ」、国債「ヲ受取ルニ因リテ其効力ヲ生ス(ル)」契約であることによる。坂本[1995]141頁参照。坂本[1996]21頁も参照。

42 高木[1993]65~66頁参照。道垣内[1990]76~77頁も参照。

43 高木[1993]216頁参照。道垣内[1990]150頁も参照。

44 最高裁昭和56年12月17日第1小法廷判決民集35巻9号1328頁参照(一方で、「譲渡担保権者は、特段の事情がないかぎり、譲渡担保権者たる地位に基づいて目的物件に対し譲渡担保権設定者の一般債権者がした強制執行の排除を求めることができる」とし、他方で、転譲渡担保が有効であることを前提として、「譲渡担保権者がその目的物件につき自己の債権者のために更に譲渡担保権を設定した後においても、右譲渡担保権者は、自己の有する担保権を失うものではなく、自己の債務を弁済してこれを取り戻し、これから自己の債権の満足を得る等担保権の実行について固有の利益を有しているから、前記の強制執行に対し譲渡担保権者たる地位に基づいてその排除を求める権利も依然としてこれを保有しているものと解するのが相当である」とした)。

ことができるが、転譲渡担保が行われた場合の原譲渡担保も、転質や転抵当が行われた場合の原質権や原抵当権と同様に、特定の物・権利を担保とした取引である。したがって、種類物を担保の目的とした取引である相殺予約を伴った国債の消費貸借は、転質・転抵当・転譲渡担保が行われる場合の質権・抵当権・譲渡担保とは異なるというべきである。

ところで、賃貸借において、その契約に際し、賃借人から賃貸人に支払われる金銭で、「賃借人の借賃債務その他の債務（目的物の毀損による損害賠償債務が中心である）を担保する目的のもので、契約終了のさい右の額を減額して賃借人に返還されるべきもの」があり⁴⁵、その金銭は、敷金と呼ばれている。敷金は、担保取引であるといえることができる⁴⁶。担保権者である賃貸人は、賃貸借終了時に、賃貸借契約時に担保設定者である賃借人から敷金として支払われた金銭を返還しなければならないのではなく、その金銭と同種・同等・同量の物を返還すれば足りる⁴⁷。担保取引が終了する際（賃貸借終了時）に、担保権者（賃貸人）が担保設定者（賃借人）に返還するのは、担保設定時（賃貸借契約時）に担保設定者から担保権者に引き渡された（支払われた）物と同種・同等・同量の物で足りるという点で、相殺予約を伴った国債の消費貸借と共通する。たしかに、金銭は種類物ではない。しかし、いかなる時点においても、特定の物・権利が担保の目的とはならない点で、敷金もまた、「種類物を担保の目的とした取引」であるといえることができる⁴⁸。

（５）種類物を担保の目的とした取引

（４）では、相殺予約を伴った国債の消費貸借と、敷金は、種類物を担保の目的とした取引であることが明らかになったが、これらのほかにも、種類物を担保の目的とした取引が考えられるかどうかということが問題となる。

種類物を担保の目的とした取引において不可欠な要素は、担保の目的である物・権利が、担保設定者から担保権者に移転することである。相殺予約を伴った国債の消費貸借においては、消費貸借によって、担保設定者から担保権者に、国債の権利

45 星野 [1986] 205頁参照。

46 「家屋賃貸借における敷金は、賃貸借存続中の賃料債権のみならず、賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当損害金の債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡がなされた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金返還請求権が発生するものと解すべきである」とする最高裁昭和48年2月2日第2小法廷判決民集27巻1号80頁を参照。なお、敷金の法律構成については、幾代・広中 [1989] 319頁参照。

47 幾代・広中 [1989] 319頁は、「賃貸人は敷金の所有権を取得するので、その目的の範囲内で自由に処分することができる」とする。

48 国債の現金担保付き貸借取引（いわゆるレボ取引）における現金担保の部分もまた、いかなる時点においても、特定の物・権利が担保の目的とならない点で、「種類物を担保の目的とした取引」であるように思われる。

が移転すると考えることができる⁴⁹。敷金においては、敷金の合意、すなわち、交付する金銭を担保とする旨の合意によって、担保設定者（賃借人）から担保権者（賃貸人）に金銭の所有権が移転すると考えられる⁵⁰。物の所有権・権利を移転するための法律構成としては、売買⁵¹や消費貸借のほか、譲渡担保が⁵²ある。そこで、以下の2つの節では、不動産譲渡担保における所有権の移転とそれに関連する問題に関する規律を、最高裁判決の見解を手がかりに考察し（4節）そのうえで、種類物を担保の目的とした取引を、譲渡担保を用いて行うことができないかを検討することにする（5節）。

4. 不動産譲渡担保における所有権の移転等に関する規律

(1) ねらい

不動産譲渡担保は、担保設定者から担保権者に所有権が移転し、すなわち、担保権者が所有権を取得するという方法によって、担保目的を実現する取引である⁵³。被担保債権があり⁵⁴、その被担保債権は特定している⁵⁵。また、担保の目的である不動産も特定している⁵⁶。したがって、担保の目的である不動産が入れ替わることはなく⁵⁷、また、担保取引の終了時に、同種・同等・同量の物を返還することで足りるものではなく、すなわち、種類物を担保の目的としたもの⁵⁸ではない。

以上のとおり、不動産譲渡担保は、種類物を担保の目的とした譲渡担保ではない。しかし、譲渡担保の特性である担保設定者から担保権者に所有権が移転するという

49 金銭の消費貸借においては、金銭の所有は占有と一致するという規律が妥当するため、消費貸借によって金銭の所有権が移転することが、必ずしも明晰とはならないが、例えば、年産等の米10キロの消費貸借においては、まさに、消費貸借によって米の所有権が移転する。金銭の所有は占有と一致するという規律については、最高裁昭和39年1月24日第2小法廷判決判例時報365号26頁参照。

50 ここでも、金銭の所有は占有と一致するという規律が妥当するため、敷金の合意によって、金銭の所有権が移転することは、必ずしも明晰ではない。

51 買戻が、所有権を移転するための法律構成として売買を用いた担保取引である。

52 売買と区別して、譲渡担保を物の所有権・権利を移転するための法律構成として位置づけるのは、譲渡担保においては、被担保債権が存在し、売買を用いると、金銭の融通が、売買代金の支払という形式で行われるため、被担保債権が存在せず、その点で異なるからである。金銭の融通を受けた者（一般には、借主）に対して、返済の請求をすることができる点、および、金銭の融通を受けた者の一般財産に対して、強制執行をすることができる点で、被担保債権が存在する担保取引は、被担保債権が存在しない担保取引と比較して合理的である（広中〔1994〕88頁参照）。

53 3節(1)参照。

54 注25参照。

55 3節(2)参照。

56 3節(3)参照。

57 3節(3)参照。

58 3節(4)参照。

点、および、被担保債権が存在するという点では、不動産譲渡担保と種類物を担保の目的とした譲渡担保とは共通すると考えることができるように思われる。そして、この2つの点に関する不動産譲渡担保についての規律の内容は、判例によって、現在、相当程度明らかになっている。他方で、不動産譲渡担保以外の譲渡担保については、その規律の内容が、なお十分には明らかではない。したがって、不動産譲渡担保についての規律の内容を手がかりにして、譲渡担保の法律構成において検討を要する点を明らかにし、それをもとにして、種類物を担保の目的とした譲渡担保については、どのような内容の規律を考えることができるかを、検討することが、種類物を担保の目的とした取引の1つとしての種類物を担保の目的とした譲渡担保の検討として、有益であると考えられる。たしかに、不動産譲渡担保に関する規律は、担保の目的が不動産であることに由来するものもあり、それを種類物を担保の目的とした譲渡担保のために、直截に参照することは適切ではなく、この点には、十分に注意を払って、検討を進めていくこととする。

そこで、そのために、本節では、譲渡担保の法律構成として、とりわけ重要であると考えられる所有権の移転、清算金請求権の成立、および被担保債権の消滅に焦点を当てて、不動産譲渡担保についての規律の内容を明らかにすることとする。

(2) 不動産譲渡担保の成立

不動産の譲渡担保は、債務者所有の不動産を目的とする場合⁵⁹、不動産の所有権を債務者から債権者に移転し、「債務者が弁済期に債務を弁済すれば不動産は債務者に返還するが、弁済をしないときは右不動産を債務の弁済の代わりに確定的に自己の所有に帰せしめるとの合意」によって成立する⁶⁰。債権者は、自己のために所有権移転登記を行うことになる⁶¹。

(3) 債権者から第三者への譲渡担保の目的である不動産の譲渡

このような合意によって成立した譲渡担保においては、債務者が弁済期に債務を弁済すると、合意の内容どおり不動産は債務者に返還されるが、「被担保債務の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に目的不動産が譲渡担保権者から第三者に譲渡されたときは、右第三者がいわゆる背信的悪意者にあたる場合は格別、そうでない限り、譲渡担保設定者は、登記がなければ、その所有権を右第三者に対抗すること

59 債務者以外の第三者が譲渡担保を設定することも考えられるが、以下では、債務者が譲渡担保を設定した場合について、検討をすることとする。したがって、引用を除いて、原則として、債権者・債務者の語を用い、担保権者・担保設定者の語を用いない。

60 前掲注8・最1小判昭和46年3月25日参照。

61 「登記原因は、売買が多いが、『譲渡担保』を登記原因とすることが登記実務上認められている」とする高木 [1993] 330頁参照。道垣内 [1990] 258頁も参照。

ができない」⁶²。すなわち、被担保債務が弁済されることによって、所有権が、債権者（譲渡担保権者）から債務者（譲渡担保設定者）に移転（回復）する⁶³が、その所有権の移転は、民法177条によって規律され⁶⁴、登記がなければ第三者（債権者からの譲受人がその典型例となる）に対抗することができないと解することができる。

債務者が、弁済期に債務を弁済しないと、債権者は、「目的物を処分する権能を有するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得」する⁶⁵。この規律は、「譲渡を受けた第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合であっても異なるところはない」⁶⁶。すなわち、譲渡担保によって、債務者から債権者に目的物の所有権が移転

62 最高裁昭和62年11月12日第1小法廷判決判例時報1261号71頁。事案は、判例時報誌上のコメントによれば、XがAに対する債務を担保するため、X所有の不動産を譲渡担保に供し、Aへの所有権移転登記が經由され、その後、右債務が弁済され、譲渡担保権が消滅した後に、Aが右不動産をYに売り渡し、登記上は売買予約を原因とする所有権移転請求権登記が經由されたというものであり、XがYに対して、所有権にもとづいて右仮登記の抹消登記手続を求めて訴えを提起し、本判決は、Xの訴えを棄却した原判決に対するXの上告を棄却した。

63 この所有権の移転（回復）を、前掲注62・最1小判昭和62年11月12日は、「譲渡担保権の消滅」という。なお、水上[1997]215頁は、前掲注62・最1小判昭和62年11月12日は、「不動産譲渡担保において、被担保債務の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に担保権者から目的物を譲り受けた第三者は、民法177条の第三者に当たるとしてあり、譲渡担保について所有権構成を前提に、受戻しを債務弁済による所有権の復帰的変動ととらえているものと理解することができる」とする。

64 民法177条によって規律されるがため、背信的悪意者は第三者から排除されることになるとう理解することができる。背信的悪意者を民法177条の第三者から排除する規律については、最高裁昭和43年8月2日第2小法廷判決民集22巻8号1571頁参照。

65 最高裁平成6年2月22日第3小法廷判決民集48巻2号414頁。本判決の事案は、YがAから借り入れた金銭を担保するために、Y所有の不動産をAに移転し、贈与を原因とする所有権移転登記を経由したが、Yが右借入金の返済を怠ったところ、AがXに右不動産を贈与し、その旨の所有権移転登記を経由したというものであり、XがYに対して、所有権にもとづいて右不動産の明渡を求めて訴えを提起し、本判決は、Xの請求を棄却した原判決を破棄し、原審裁判所に差し戻した。なお、本判決より前に、既に、最高裁昭和57年1月22日第2小法廷判決民集36巻1号92頁は、「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は、目的不動産を処分する権能を取得し、...相当の価格で第三者に売却等をすることによって、これを換価処分し、その...売却代金等をもって自己の債権の弁済に充てることができる」との見解を明らかにしている。さらに、最高裁昭和57年4月23日第2小法廷判決金融法務事情1007号43頁は、「債権者が譲渡担保により目的不動産の所有権を取得したとして、右不動産の所有権を第三者に譲渡して所有権移転登記がされたときは」、譲渡担保の目的である不動産の価額と被担保債権についての「清算がなされていない場合であっても、右不動産の所有権が譲渡担保権者を経て第三者に移転するものと解するのが相当である」との見解を明らかにしている。本判決は、これらの見解を確認し踏襲するものとして位置づけられる。

66 前掲注65・最3小判平成6年2月22日。本判決は、その理由として、「そのように解しないと、権利関係の確定しない状態が続くばかりでなく、譲受人が背信的悪意者に当たるかどうかを確知し得る立場にあるとは限らない債権者に、不測の損害を被らせるおそれを生ずるからである」とする。また、水上[1997]218頁は、「債権者が、弁済期後に目的物を第三者に譲渡することは、その権能に基づく行為であり（この点が、処分権能に基づかない弁済期前の譲渡や、第二の譲渡が第一譲受人に対する債務不履行になる二重譲渡の場合とは異なる。）そうである以上、第三者は、その主観的態様にかかわらず目的物の所有権の取得を妨げられる理由はない」とする。

し、弁済期の到来により、目的物を処分する権能を有し、その権能にもとづき、債権者から第三者（転得者）に所有権が移転するため、債務者にとって、第三者（転得者）は、譲受人からの転得者であり⁶⁷、民法177条の第三者に当たらない。そのため、ここでは、背信的悪意者を民法177条から排除する規律が問題とならないものとなると解することができる⁶⁸。

（４）債務者の地位 いわゆる受戻権について

債務者は、被担保債権を弁済し、譲渡担保の目的である不動産の所有権を回復することができるという地位を有している⁶⁹。債務者は、この地位を、被担保債権の弁済期が到来し、弁済が行われないうちに、債権者が譲渡担保の目的である不動産を第三者に処分したとき⁷⁰は、その処分の時点、債権者が処分をせずに評価して決定した不動産の価額と被担保債権額の差額を清算金として、債務者に支払うかまたは提供したときは、その支払または提供の時点、または、債権者が処分をせずに評価して決定した不動産の価額が被担保債権額を上回らない場合、その旨を債

67 前掲注65・最2小判昭和57年4月23日は、譲渡担保の目的である不動産は、「譲渡担保権者を経て第三者に移転する」とする点を参照。

68 このような規律は、債権者債務者間の取決めにおいて、譲渡担保の目的である不動産の価額を決定するための方法を、不動産を換価するか（処分清算型）、不動産を換価せずに適正に評価するか（帰属清算型）のいずれとしているかによって、影響を受けない（前掲注65・最3小判平成6年2月22日参照）。この点については、帰属清算型譲渡担保と処分清算型譲渡担保の「いずれの型においても、『清算金の支払・提供（もしくは清算金が生じない旨の通知）または、目的物の第三者への売却等の処分』が受戻権の喪失事由となり、その際、処分の相手方たる第三者の主観的態様に制限は課されない」とする道垣内 [1998] 328頁参照。なお、譲渡担保において、不動産の価額を決定するための方法として、換価と換価せずに適正に評価するという2つの方法があることについては、前掲注8・最1小判昭和46年3月25日参照。

69 この債務者の地位のことを、受戻権という。「譲渡担保権設定者の受戻権は、譲渡担保権者において譲渡担保権の実行を完結するまでの間に、弁済等によって被担保債務を消滅させることにより譲渡担保の目的物の所有権等を回復する権利（ある）」とする最高裁平成8年11月22日第2小法廷判決民集50巻10号2702頁を参照。ただし、前掲注65・最2小判昭和57年1月22日が指摘するとおり、この受戻権は、形成権ではない。なお、「判例が譲渡担保に対して、担保としての合理的な内容を与えるよう努力した最大の点は、いうまでもなく清算義務と受戻権の確立である」とする道垣内 [1998] 326頁も参照。

70 預託金会員組織ゴルフ会員権を目的とする譲渡担保についてであるが、最高裁昭和50年7月25日第3小法廷判決民集29巻6号1147頁は、第三者への売買契約締結をもって、ここでいう処分に当たると解していることがうかがわれる。なお、魚住 [1990] 47頁は、不動産譲渡担保において、売買契約締結時をもって処分とするか、所有権移転登記時をもって処分とするかについて、「債権者から第三者への譲渡と債務者の受戻権行使による所有権復帰とを二重譲渡の関係と捉えると、対抗要件の問題となるし、時期の明確さの点を考慮すれば、移転登記時説にも十分理由があるが、不動産取引の安定を図る観点からすると、債権者が清算金を支払っていないという買主（第三者）の関知しない事情によって所有権が取得できないことになるのは問題であり、むしろ第三者の地位を保護すべきものと考えられるから、契約時説が妥当なのではないか」とする。

務者に通知したときは、その通知の時点で失う⁷¹。債務者は、被担保債権を弁済して、譲渡担保の目的である不動産の所有権を回復することができるという地位を失うため、この後で、被担保債権相当額を債権者に弁済し、または、供託をしても、不動産の所有権は回復されず、したがって、譲渡担保の目的である不動産を譲り受けた第三者との関係は、民法177条によって規律されるものとはならない⁷²。

このような債務者の地位は、消滅時効にかからず⁷³、したがって、上記のいずれも行われない場合は消滅しない。

(5) 清算金請求権および被担保債権

不動産譲渡担保において、債権者は、「債務者が弁済期に債務を弁済しない場合においては、目的不動産を換価処分し、またはこれを適正に評価することによって具体化する右物件の価額から、自己の債権額を差し引き、なお残額があるときは、これに相当する金銭を清算金として債務者に支払うことを要する」⁷⁴。

そのような清算金の額は、債権者が譲渡担保の目的である不動産を第三者に処

71 最高裁昭和62年2月12日第1小法廷判決民集41巻1号67頁は、一方で、「帰属清算型の譲渡担保においては、債務者が債務の履行を遅滞し、債権者が債務者に対し目的不動産を確定的に自己の所有に帰せしめる旨の意思表示をしても、債権者が債務者に対して清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない旨の通知をしない限り、債務者は受戻権を有し、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させることができる」として、または「の時点以前には受戻権は失われないとの見解を示しつつ、他方で、」について、「債権者が清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない旨の通知をせず、かつ、債務者も債務の弁済をしないうちに、債権者が目的不動産を第三者に売却等をしたときは、債務者はその時点で受戻権については目的不動産の所有権を終局的に失い、同時に被担保債権消滅の効果が発生する」との見解を示した。本判決の事案は、XがYに対して負う貸金債務を担保するために土地に譲渡担保権を設定し、Xが右債務の履行を遅滞したため、Yが右土地をAに売却したというもので、XがYに対して、清算金の支払を求めて訴えを提起し、本判決は、Xの訴えを棄却した原判決を破棄し、原審裁判所に差し戻した。なお、本判決より前に、既に、前掲注65・最2小判昭和57年1月22日は、「不動産を目的とする譲渡担保契約において…債務者は、債務の弁済期到来後も、債権者による換価処分が完結するに至るまでは、債務を弁済して目的物を取り戻すことができる」との見解を示しており、本判決は、これを引用しつつ、確認し踏襲するものである。その際、本判決は、換価処分が完結するまでは取戻しができるとする理由として、「譲渡担保契約の目的は、債権者が目的不動産の所有権を取得すること自体にあるのではなく、当該不動産の有する金銭的価値に着目し、その価値の実現によって自己の債権の排他的満足を得ることにあり、目的不動産の所有権取得はかかる金銭的価値の実現の手段にすぎないと考えられるからである」とする。

72 「判例の所有権的構成によると債務の弁済による債務者への所有権の復帰と担保権者からの譲渡とは対抗問題となるのであるが…その前提として、受戻し自体は有効にされていなければならない」、前掲注65・最3小判平成6年2月22日においては、「右の前提問題である、弁済期後の目的物の譲渡によって、受戻権が消滅するかどうか争われているのであって、債務者（譲渡担保設定者）と第三者の対抗関係の問題ではない」と指摘する水上 [1997] 222頁参照。

73 前掲注65・最2小判昭和57年1月22日参照。「担保権の実行が完結するまでは、設定者は被担保債権を弁済し、譲渡担保権を消滅させ、目的物の完全な所有権を回復できるということはむしろ当然のことであり、これについて消滅時効を考える余地はない」とする道垣内 [1983] 1720～1721頁も参照。

74 前掲注8・最1小判昭和46年3月25日。

分したときは、その処分の時点、債権者が処分をせずに評価して決定した不動産の価額と被担保債権額の差額を清算金として、債務者に支払うかまたは提供したときは、その支払または提供の時点で、確定し、また、債権者が処分をせずに評価して決定した不動産の価額が被担保債権額を上回らない場合、その旨を債務者に通知したときは、その通知の時点で、清算金がないこと、すなわち、清算金請求権が存在しないことが確定する⁷⁵。

さらに、そもそも、このような清算金支払請求権⁷⁶は、上記のと の場合、それぞれ不動産の処分の時点、もしくは、清算金の支払または提供の時点で、成立すると解することができる⁷⁷。また、債務者が受戻権を放棄しても、不動産の処分もしくは清算金の支払または提供がない限り、清算金支払請求権は成立しない⁷⁸。

被担保債権は、債権者が譲渡担保の目的である不動産を第三者に処分したときは、その処分の時点で、債権者が処分をせずに評価して決定した不動産の価額と被担保債権額の差額を、清算金として債務者に支払うかまたは提供したときは、その支払または提供の時点で、または、債権者が処分をせずに評価して決定した不動産の価額が被担保債権額を上回らない場合、その旨を債務者に通知したときは、その通知の時点で消滅すると解することができる⁷⁹。

(6) なお解明を要する問題

不動産譲渡担保における所有権の移転、清算金請求権の成立、および被担保債権の消滅に関する規律の内容は、(2)から(5)で考察したとおりであるが、なお重要な問題がいくつか未解明である。

75 受戻権と清算金支払請求権の関係については、魚住 [1990] は、「債務者の受戻権は弁済すべき債務の存在を前提とするから、受戻権が存続する間は債権者の支払うべき清算金の有無及びその額は確定せず、逆に、債権者の支払うべき清算金の有無及びその額の確定は、とりも直さずその時点で債務者の受戻権が消滅することを意味するから、債権者の清算金支払義務及びその額の確定と債務者の受戻権の消滅とはちょうど裏腹の関係にあると解される」とし(42頁)、「清算金確定の基準時すなわち債権者の清算金支払義務が確定する時期の問題は、譲渡担保権実行の過程のどの段階まで債務者の受戻権を認めるのが合理的であり、当事者の通常の契約意思に合致するといえるかの判断の問題に帰着する」とする(45頁)。米倉 [1997] 1428頁は、前掲注71・最1小判昭和62年2月12日において、「受戻権消滅時 = 所有権の終局的移転時 = 被担保債権消滅時 = 清算金の確定基準時という連動フォーミュラが明示された」とする。

76 「譲渡担保権設定者の清算金支払請求権は、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行として目的物を自己に帰属させ又は換価処分する場合において、その価額から被担保債権額を控除した残額の支払を請求する権利で(ある)」とする前掲注69・最2小判平成8年11月22日参照。

77 の場合について、帰属清算型の譲渡担保において、債権者が、単に、「債務者に対し目的不動産を確定的に自己の所有に帰せしめる旨の意思表示...をしただけでは、未だ債務消滅の効果を生ぜず、したがって清算金の有無及びその額が確定しないため、債権者の清算義務は具体的に確定しない」としつつ、「債権者が目的不動産を第三者に売却等をしたときは...被担保債権消滅の効果が発生するとともに、右時点を基準時として清算金の有無及びその額が確定されるものと解する」とする前掲注71・最1小判昭和62年2月12日参照。

78 前掲注69・最2小判平成8年11月22日参照。

79 の場合について、前掲注71・最1小判昭和62年2月12日参照。

例えば、まず、弁済期前に、債権者が譲渡担保の目的である不動産を第三者に譲渡した場合の法律関係がある。第三者が所有権を取得するのはどのような場合かという問題⁸⁰と、第三者が所有権を取得とした場合の清算金支払請求権の成立時期はいつであり、その額の決定方法はどのようなものかという問題⁸¹がある。

さらに、弁済期前または弁済期後に、債権者が譲渡担保の目的である不動産を第三者に譲渡した場合に、清算金支払請求権が成立しているとき、債務者は、第三者に対して、清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張することができるかという問題⁸²がある。

80 古い大審院判決（例えば、大審院大正9年6月2日判決民録26輯839頁、大審院大正10年3月25日判決民録27輯660頁）にしたがって、第三者の善意悪意を問わず、第三者は、所有権を取得するという考え方（「所有権構成を採れば、担保権者が債務不履行ないし不法行為による損害賠償責任を負うことは格別、所有者から譲り受けた第三者は、その善意悪意にかかわらず所有権を取得するという結論になるうか」とする、水上[1997]221頁参照）がありうるが、「債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は、目的不動産を処分する権能を取得(する)」とする前掲注65・最2小判昭和57年1月22日の見解を敷衍するならば、弁済期前は、債権者は目的不動産を処分する権能を有していないことになり、登記簿上債権者が所有者として登記されていることを手がかりにして、弁済期前の譲渡担保であり登記簿上の所有者が処分権能を有していないことについて善意の第三者のみが、所有権を取得すると解することができる（「弁済期到来前の処分の場合には、債権者が未だ目的不動産の処分権能を取得していないのであるから」、第三者の取得した権利は譲渡担保を超えるものではなく、「善意の第三者は、信託法31条但書の類推適用又は民法94条2項の類推適用により保護される」との構成をとる余地はあり得るとする魚住[1990]47頁参照）。そのように解すると、第三者が悪意の場合は、債務者は弁済期に債務を弁済して所有権を回復することができ、そのことを、第三者に主張することができることになり、すなわち、弁済期前の第三者への処分によっては、受戻権は消滅しないということになる。しかし、そうであるとすると、受戻権の消滅と清算金支払請求権の成立とを一致させるという点((5)参照)を維持するならば、清算金支払請求権は、譲渡担保の目的である不動産が第三者に処分された後も成立しないこととなり、このような解決が妥当であるかは、なお検討を要する。弁済期前の譲渡は、そもそも、債権者の債務者に対する義務違反であるから、そのことにより、債務者の利益が害されることのないような内容の規律とすることが強く要請されるが、全体として整合的に、かつ、債務者の利益が擁護されるような内容の規律は、必ずしも容易には明らかにならない。

81 譲渡を受けた第三者が所有権を取得している以上、債務者の利益を擁護するためにも、清算金支払請求権は、譲渡の時点で成立すると解するべきである。その額は、原則として、譲渡時を基準として決定するが、不動産の価額が譲渡時より弁済期の方が高い場合は、その差額は債務者に対して補填されるべきである。清算金支払請求権の額が変動しようとの考え方により解決する方法もあるが、清算金支払請求権の額は譲渡時を基準として決定し、差額が生じた場合は、その差額は損害賠償として債権者が債務者に支払義務を負うという方法も考えられるように思われる。弁済期前に、債権者に対する債権者によって、譲渡担保の目的である不動産が差し押さえられ換価された場合も同様の問題が生ずる。

82 清算金支払請求権は、実質的には、譲渡担保の目的である不動産の対価のうち未払いである残額の支払請求権という性質をもち、そうであれば、買主（債権者）からの転得者に当たる第三者に対して、売主は留置権の主張をすることができようである。しかし、清算金が支払われる前に、譲渡担保の目的である不動産を第三者に有効に処分することができるということは、民事執行手続を用いずに担保を実行することができるという譲渡担保の本質的な性格であり、そうであるとすると、そのような譲渡担保を用いた当事者である債務者が、清算金支払請求権が支払われないリスクを負うべきであり、そのリスクを譲渡担保の当事者ではない第三者に負わせるべきではないとも考えられる。道垣内[1995]996頁は、「第三者からの目的不動産明渡請求に対して、債務者は清算金との引換給付を抗弁とすることはできない」とする。

ほかにも、清算金支払請求権が成立する場合であるにもかかわらず、無資力である債権者が譲渡担保の目的である不動産を第三者に、無償で、または、不当に低廉な価格で譲渡した場合、債務者は、清算金支払請求権を被保全債権として、詐害行為取消権（民法424条）を行使することができるかという問題も考えられる。

5. 種類物を担保の目的とした譲渡担保

(1) 検討項目

4節において明らかにすることができた不動産譲渡担保における所有権の移転等に関する規律の内容を参照しつつ、本節では、種類物を担保の目的とした譲渡担保についての規律の内容を考えることとする。

以下では、成立、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物の債権者から第三者への譲渡、および、債務者の地位・清算金請求権・被担保債権の3項目について、順に検討を加えることとしたい。

(2) 種類物を担保の目的とした譲渡担保の成立

債権者と債務者との間で、債務者が弁済期に債務の弁済をすれば、担保設定時に債務者から債権者に引き渡す物と同種・同等・同量の物を債務者に返還するが、債務の弁済をしないときは、債権者から債務者に、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物、または、それと同種・同等・同量の物を返還せず、そのことにより債務の弁済とする旨の合意⁸³によって、種類物を目的とした譲渡担保は成立すると解すべきである。

この合意により、民法176条にもとづいて、債務者から債権者に、担保の目的とした種類物の所有権が移転すると考えることができる。

(3) 担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物の債権者から第三者への譲渡

債権者は、弁済期前でも弁済期後でも、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物の第三者への譲渡を、何らの制約なく、することができる⁸³と解すべきである。この点が、種類物を譲渡担保の目的とすることにより導かれる最大の特徴で

83 不動産譲渡担保を成立させる合意に倣う。4節(2)参照。

ある⁸⁴。このことは、債権者と債務者との間で、債務者が弁済期に債務の弁済をすれば、担保設定時に債務者から債権者に引き渡す物と同種・同等・同量の物を債務者に返還する旨の合意をしているため、担保設定時に債務者から債権者に引き渡した物そのものについては、たとえ弁済期前であっても、それを処分する権能を債権者が有していると解することができるからである⁸⁵。したがって、第三者は、弁済期前の譲渡であっても、弁済期後の譲渡であっても、主観的な態様がどのようなものであっても、その譲り受けた物の所有権を取得する⁸⁶。

(4) 債務者の地位、清算金請求権および被担保債権

債務者の地位は、被担保債権を弁済すれば、譲渡担保の目的として担保設定時に引き渡した物と同種・同等・同量の物の返還（引渡し）を請求することができるというものである⁸⁷。この返還請求権は、いわゆる種類債権であるため、履行不能にはならない⁸⁸。しかし、債権者が同種・同等・同量の物を有していない場合は、強制執行⁸⁹をすることができない。そのような執行不能の場合には、債務者は、債権者に対して、損害賠償を請求することができる⁹⁰。

問題は、債務者が被担保債権を弁済しない場合の法律関係である。債権者が、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権を、適正に評価し、その価額から被担保債権額を差し引いて残額があれば、それを清算金として、債務者に支払わなければならないと解するべきである⁹¹。しかし、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権は、債務者の債務の弁済によって成立すると考えられるから、弁済がない限り、そのような返還請求権は成立しない⁹²。したがって、担保設定時に債務者から債権

84 不動産譲渡担保では、弁済期前の第三者への譲渡は、債権者の債務者に対する義務違反となることと、対照的である。また、転担保、したがって、転譲渡担保と異なる点である。3節(4)参照。

85 債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は、目的不動産を処分する権能を取得するとする不動産譲渡担保における規律と異なる点である。

86 弁済期後に弁済がなされた後の譲渡については、不動産譲渡担保の規律と異なり、弁済期後に弁済がなされないうちに行われた譲渡については、不動産譲渡担保と共通の規律である(4節(3)参照)。弁済期前の譲渡については、不動産譲渡担保についての規律が明確ではないこと(4節(6)参照)と対照的である。

87 不動産譲渡担保に倣う。4節(4)参照。

88 例えば、平井[1994]24頁参照。

89 種類債権の強制執行については、「代替物の一定数量であって執行債権が通常の種類債権である場合でも、その種類が債務名義で特定されていれば、それ以上の個別の特定は、債務者の行為をまつ必要がなく、執行官が執行の現場で目的物を決定すれば足りる」とする中野[2000]666頁参照。我妻[1964]30頁も参照。

90 履行不能ではない場合であっても、執行不能であれば、填補賠償を請求することができるとする最高裁昭和30年1月21日第2小法廷判決民集9巻1号22頁参照。平井[1994]75頁参照。

91 前掲注8・最1小判昭和46年3月25日参照。

92 不動産譲渡担保における債務者の受戻権に倣う。4節(4)参照。

者に引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権についての適正な評価とは、仮に弁済があった場合に成立すべき返還請求権の適正な評価ということになる。そして、清算金の額は、不動産譲渡担保における規律に倣うならば、返還請求権の評価額が被担保債権を上回る場合、債権者が債務者に清算金の支払または提供をしたときは、その支払または提供の時点で確定することになる⁹³。

被担保債権については、返還請求権の評価額が被担保債権を上回る場合は、債権者の債務者への清算金の支払または提供によって、返還請求権の評価額が被担保債権を上回らない場合は、債権者による債務者への通知によって、被担保債権は消滅すると解することができるように思われる⁹⁴。

債務者は、被担保債権を弁済しなかった場合、このような被担保債権を弁済すれば、譲渡担保の目的として担保設定時に引き渡した物と同種・同等・同量の物の返還を請求することができるという地位を、返還請求権の評価額が被担保債権額を上回る場合は、債権者の債務者への清算金の支払または提供により、返還請求権の評価額が被担保債権額を上回らない場合は、債権者による債務者へのその旨の通知により、失う⁹⁵。このような債務者の地位は、消滅時効にかからない⁹⁶。

(5) むすびにかえて

以上検討してきたところからは、(2)で示したような合意⁹⁷が行われた場合には、清算義務を課しつつ、その合意に即した効果を認めることができるように思われる。そうであるならば、種類物を用いた担保として、種類物を目的とした譲渡担保の可

93 4節(5)参照。しかし、担保の目的である種類物が具体的に何であるかによって解決が異なることになるとも考えられるが、清算金の額の確定を弁済期に固定すると、債権者による清算金の支払または提供時点という債権者の任意の選択によって決まる事柄にもとづいて、清算金の額が変動することを避けることができ、適切であるようにも思われる。しかし、清算金の額の確定時点を、弁済期とすると、被担保債権を弁済すれば、譲渡担保の目的として担保設定時に引き渡した物と同種・同等・同量の物の返還(引渡し)を請求することができるという債務者の地位の消滅、および、被担保債権の消滅も同時に生ずるとすることが、不動産譲渡担保についての規律との平仄を合わせる点からは望ましく、そうであれば、返還請求することができるという債務者の地位の消滅時期、および、被担保債権の消滅時期は、いつとするのが適切かという点も考慮に入れて、全体について、慎重な検討を要する。

94 不動産譲渡担保に倣うが、債権者が第三者に処分した場合が問題とならない点で、不動産譲渡担保と異なる。4節(5)参照。

95 不動産譲渡担保に倣うが、債務者が第三者に処分した場合が問題とならない点で、不動産譲渡担保と異なる。4節(4)参照。

96 前掲注65・最2小判昭和57年1月22日参照。

97 債権者と債務者との間での、債務者が弁済期に債務の弁済をすれば、担保設定時に債務者から債権者に引き渡す物と同種・同等・同量の物を債務者に返還するが、債務の弁済をしないときは、債権者から債務者に、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物、または、それと同種・同等・同量の物を返還せず、そのことにより債務の弁済とする旨の合意。

能性は認められてよいと考えられる^{98, 99}。ただし、このような担保の可能性を具体化するためには、債権者倒産時、および、債務者倒産時の法律関係について、さらに検討を加える必要がある。

最後に、本稿の全体を簡単に要約することで、むすびにかえることとしたい。今日の社会経済においては、担保の機能をもつ多様な取引が行われており、それらの取引の性格は、多元多層的な構造をもつに至っている。そのなかで、注目をすべきは、種類物を担保の目的とした取引があるということであり、この取引は、いかなる時点においても、特定の物・権利が担保の目的とはならないという点が特徴的であり、集合物譲渡担保のような担保の目的が入れ替わる担保とも区別することができ、また、転担保とも異なるものである。種類物を担保の目的とした取引として、現に行われているのは、相殺予約を伴った国債の消費貸借であり、そこでは、消費貸借という法律構成を用いることによって、担保の目的である物の所有権・権利の移転が行われているが、物の所有権・権利を、担保のために移転する法律構成としては、譲渡担保がある。譲渡担保については、不動産譲渡担保に関する規律が相当程度明らかになっており、そのため、不動産譲渡担保に関する規律を手がかりにして、種類物を担保の目的とした担保についての検討を行うことが有益である。不動産譲渡担保に関する規律のなかで、ここで特に着目すべきは、被担保債権の弁済期到来後弁済前にする債権者の目的物の処分により譲受人は確定的に所有権を取得すること、債務者は被担保債権を弁済し譲渡担保の目的である不動産の所有権を回復することができ、その地位は、弁済期到来後、債権者が譲渡担保の目的である

98 このように考えることができるならば、種類物を担保の目的とした譲渡担保を含めて譲渡担保を定義しようとする、金銭債権の担保のために、担保目的物の所有権を債務者から債権者に移転し、債務者が債務を弁済すれば、担保目的物の所有権が債務者に戻り、または、担保目的物として引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権が債務者のもとに成立し、債務者が債務を弁済しなければ、担保目的物の所有権が債権者に確定的に帰属し、または、担保目的物として引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権が債務者のもとに成立しない旨の合意によって成立する法律関係となるか。仮にこのように譲渡担保を理解したとしても、「担保の目的となる財産を移転することによって、信用授受の目的を達する制度」のなかで、「信用の授受を債権の形式で存続させ、信用を与えた者がその返還を請求する権利を有し、信用を受けた者がこれに応じない場合に目的物によって満足をえようとするもの」を譲渡担保と呼ぶとする我妻 [1968] 592頁との抵触はない。

99 種類物を担保の目的とした譲渡担保をこのように考えた場合、相殺予約を伴った国債の消費貸借との関係は、さしあたり、次のように整理することができるように思われる。両者は、被担保債権が弁済された場合に債権者が返還すべきものが、担保の目的として引き渡された物と同種・同等・同量の物である点で共通する。両者は、被担保債権が弁済されなかった場合の法律関係が異なる。相殺予約を伴った国債の消費貸借においては、国債の返還債務と金銭の支払債務の選択債権、および、右の金銭債権と被担保債権との相殺という法律構成を用いるのに対して、種類物を担保の目的とした譲渡担保では、譲渡担保の実行として、担保として引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権の評価と差引計算を行う。すなわち、種類物を担保の目的とした譲渡担保では、譲渡担保の実行として形成された規律に依拠することにより、相殺、および、選択債権という法律構成を用いない。これらの相違が、経済的な実質において、どのような相違をうむか、あるいは、うまないかについては、なお、引き続き検討を要するところである。

不動産を処分せずに評価して決定した不動産の価額と被担保債権額の差額を清算金として債務者に支払うか提供したときは、その支払または提供等の時点で消滅すること、また、の支払または提供等の時点で、清算金の額は確定し、清算金支払請求権は成立することである。そこで、これらを手がかりにして、「債権者と債務者との間で、債務者が弁済期に債務の弁済をすれば、担保設定時に債務者から債権者に引き渡す物と同種・同等・同量の物を債務者に返還するが、債務の弁済をしないときは、債権者から債務者に、担保設定時に債務者から債権者に引き渡す物、または、それと同種・同等・同量の物を返還せず、そのことにより債務の弁済とする」旨の合意に与えられるべき効果を考えるならば、債務者が被担保債権を弁済しない場合は、債権者が、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物と同種・同等・同量の物の返還請求権を適正に評価して、その価額から被担保債権額を差し引いて残額があれば、それを清算金として債務者に支払わなければならない、債権者は、弁済期前でも弁済期後でも、担保設定時に債務者から債権者に引き渡された物の第三者への譲渡を何ら制約なくすることができ（種類物を譲渡担保の目的とすることにより導かれる最大の特徴であり、とは異なる）、債務者は、被担保債権を弁済すれば、譲渡担保の目的として担保設定時に引き渡した物と同種・同等・同量の物の返還を請求することができ、その地位は、債権者の債務者への清算金の支払または提供等により消滅し（に倣う）また、清算金の額は、債権者が債務者に清算の支払または提供をしたときは、その支払または提供の時点で確定する（に倣う）というものである。そして、このように解することができるならば、上記のような合意が行われた場合には、清算義務を課しつつ、その合意に即した効果を認めることができるのではないかというものである。

参考文献

- 幾代 通・広中俊雄、『新版 注釈民法(15)』、有斐閣、1989年
- 魚住庸夫、「帰属清算型の譲渡担保における清算金の有無及びその額の確定時期」、『最高裁判所判例解説民事篇 昭和62年度』、法曹会、1990年、34～54頁
- 岡光民雄、『逐条解説 新担保附社債信託法』、商事法務研究会、1994年
- 沖野眞己、「取引上のリスクと担保」、『ジュリスト』1126号、有斐閣、1998年、160～169頁
- 奥田昌道、『債権総論(増補版)』、悠々社、1992年
- 加藤史夫・阿部耕一、「『銀行取引約定書ひな型』の廃止と留意事項の制定」、『金融法務事情』1579号、金融財政事情研究会、2000年、6～10頁
- 神田秀樹、「一括清算法の成立」、『金融法務事情』1517号、金融財政事情研究会、1998年、18～21頁
- 、「担保法制の理論的構造と現代的課題」、『金融研究』第12巻第2号、日本銀行金融研究所、1993年、37～52頁
- 、「ネットिंगの法的性質と倒産法をめぐる問題点」、『金融法務事情』1386号、金融財政事情研究会、1994年、7～15頁
- 坂本哲也、「デリバティブ取引の有担保化における法的問題 - 日本国債を用いる場合の法律構成を中心に」、『金融研究』第14巻第2号、日本銀行金融研究所、1995年、135～167頁
- 、「デリバティブ取引の『有担保化』の各種法律構成とその特質」、『金融法務事情』1440号、金融財政事情研究会、1996年、19～24頁
- 鹿野嘉昭、『日本の金融制度』、東洋経済新報社、2001年
- 全国銀行協会、「銀行取引約定書ひな型の廃止と留意事項について」、『金融法務事情』1578号、金融財政事情研究会、2000年、84～85頁
- 高木多喜男、『担保物権法(新版)』、有斐閣、1993年
- 道垣内弘人、『担保物権法』、三省堂、1990年
- 、「日本民法の展開(3) 判例の法形成 - 譲渡担保」、広中俊雄・星野英一(編)『民法典の百年1』、有斐閣、1998年、311～339頁
- 、「判例研究」、『法学協会雑誌』100巻9号、法学協会、1983年、1711～1722頁
- 、「判例研究」、『法学協会雑誌』112巻7号、法学協会、1995年、983～1003頁
- 中野貞一郎、『民事執行法(新訂第4版)』、青林書院、2000年
- 西原寛一、『商行為法(3版)』、有斐閣、1973年
- 日本銀行金融研究所(編)、『新しい日本銀行 - その機能と業務』、有斐閣、2000年
- 平井宜雄、『債権総論(第2版)』、弘文堂、1994年
- 広中俊雄、『債権各論講義(第6版)』、有斐閣、1994年
- 星野英一、『民法概論IV(合本新訂)』、良書普及会、1986年
- 前田 庸、『会社法入門(第7版)』、有斐閣、2000年
- 水上 敏、「譲渡担保権者が被担保債権の弁済期後に目的不動産を譲渡した場合における受戻しの許否」、『最高裁判所判例解説民事篇 平成6年度』、法曹会、1997年、208～223頁

- 山田誠一、「相殺の基本とその応用 - 民法が定める相殺」、『法学教室』233号、有斐閣、2000年、87～96頁
- 米倉 明、「判例研究」、『法学協会雑誌』114巻11号、法学協会、1997年、1423～1441頁
- 我妻 栄、『債権各論 中巻1』、岩波書店、1957年
、『新訂 債権総論』、岩波書店、1964年
、『新訂 担保物権法』、岩波書店、1968年
- 和仁亮裕・玄 君先、「デリバティブ取引と担保」、『金融法務事情』1426号、金融財政事情研究会、1995年、13～19頁
・野本 修、「スワップ契約とネットィング」、『金融法務事情』1386号、金融財政事情研究会、1994年、50～58頁