

# 別除権該当性における非典型担保権の 法律構成及び法形式の意義

—倒産財団帰属性要件の解釈を踏まえつつ—

加藤 甲斐斗

〔目次〕

- 第 1 本稿の目的—問題の所在
- 第 2 倒産財産帰属性要件の解釈に係る状況の確認
  - 1 所有権帰属説
  - 2 権利帰属説、価値帰属説
  - 3 実質説
- 第 3 倒産財団帰属性要件の歴史的沿革—取戻権説 VS 別除権説の文脈において
  - 1 国税徴収法 24 条 1 項制定以前の議論状況
  - 2 国税徴収法 24 条 1 項の制定とその後—価値帰属説から権利帰属説へ
  - 3 近年の議論状況—倒産財団帰属性要件不要論？
- 第 4 検討—倒産財団帰属性要件の解釈
  - 1 所有権帰属説の検討
  - 2 実質説の検討
  - 3 権利帰属説及び価値帰属説の検討
- 第 5 本稿の結論及び今後の検討事項

## 第1 本稿の目的—問題の所在

譲渡担保権を筆頭とする非典型担保権が譲渡担保設定者等の倒産手続との関係で取戻権（破産法 62 条、民事再生法 52 条 1 項、会社更生法 64 条 1 項）に該当するのか、それとも別除権、更生担保権（破産法 2 条 9 項、民事再生法 53 条 1 項、会社更生法 2 条 10 項。以下、別除権及び更生担保権をまとめて「別除権等」と呼称する。）に該当するのかという問題は、旧破産法時代から倒産法が提示する難問の 1 つである。ところで、取戻権と別除権等の最大の相違は、対象となる財産が「破産財団」や「再生債務者の財産」、「更生会社の財産」<sup>1)</sup>に帰属するか否か（以下、本要件を「倒産財団帰属性要件」と呼称する。）という点にあるとの説明が一般的である<sup>2)</sup>。そのため、各論者は、倒産財団帰属性要件こそが取戻権と別除権等の「識別子」であるとの認識の下、各種非典型担保権の実体的法律構成及び法形式<sup>3)</sup>（所有権の所在）から演繹的に非典型担保権の別除権該当性如何を結論付け、あるいは少なくとも実体的法律構成、法形式との連動性を意識して非典型担保権の別除権該当性如何を検討してきた<sup>4)</sup>。

しかしながら、倒産財団帰属性要件に係る解釈は現在必ずしも一致していないように見受けられる<sup>5)</sup>。さらには、近年において、譲渡担保権や留保所有権の

1) 我が国の倒産法は、「破産財団」、「再生債務者の財産」、「更生会社の財産」との用語を用いており、「倒産財団」との用語を用いていない。しかしながら、本稿では、便宜上、破産財団、再生債務者財産や更生会社財産を包含する概念として、「倒産財団」(bankruptcy estate)との用語を用いることとする。

2) 例えば、伊藤眞ほか編『条解破産法〔第3版〕』511-512頁（弘文堂、2020）参照。また、ドイツにおいても倒産財団に対する非帰属性（Nichtzugehörigkeit）は、取戻権の本質的基礎であると説明されている。Vgl. Jauernig/Berger/Thole, Insolvenzrecht, 24. Aufl., 2022, § 9 Rn. 2.

3) 「法形式」は様々な意味を包含する概念であるが、本稿では「担保目的物の所有権の所在」という意味で用いることとする。

4) 例えば、田高寛貴ほか『担保物権法〔第2版〕』145頁（日本評論社、2019）参照。

5) 倒産財団に対する担保目的物の帰属をめぐる混線を指摘するものとして、宇野瑛

実体的法律構成に関して所有権の構成に依拠しつつ、上記諸権利が別除権等に該当する余地を示唆する見解も主張されるに至っている<sup>6)</sup>。かかる見解は、譲渡担保設定者や留保買主に譲渡担保財産や留保目的物の所有権の全部又は一部が帰属することを要求せず、端的に譲渡担保権者等に帰属する所有権が「担保」としての性格を帯びていることに着目して、譲渡担保権や留保所有権の別除権該当性を肯定する。このような見解は、従来、「識別子」を担ってきた倒産財団帰属性要件との連動制を必ずしも意識したものではない、と位置付けることもできよう。

「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究報告書<sup>7)</sup>」によれば、此度の担保法改正において担保所有権者等<sup>8)</sup>を別除権者又は更生担保権者として処遇する旨提案する、とのことである。したがって、非典型担保権の別除権該当性如何は、立法的に解決することとなろう。しかしながら、この立法提案は、従来の判例法理<sup>9)</sup>を追認するものにすぎない。したがって、担保所有権者等を別除権者として処遇するにあたり、倒産財団帰属性要件がいかなる意味を果たすのか、説明するものではない。また、仮にこの提案が倒産財団帰属性要件を

---

人「倒産手続における留保所有権の法的性質決定論についての覚書」東北ローレビュー 9 号 13-35 頁 (2021)。また、垣内秀介「担保としての性質決定・再構成」角紀代恵ほか編『現代の担保法』125 頁 -133 頁 (有斐閣、2022) も参照。垣内教授によれば、各種非典型担保権の倒産法上の性質決定 (別除権か、取戻権かという問題) に関し、実体法上の技術的構成に拘泥せず、倒産法独自の方向性を強調する方向 (倒産法説) と倒産法上の規律に対する実体法上の基準を強調し、各規律の実体法的な根拠づけを重視する方向 (実体法説) との対立がみられるという。

- 6) 山野目章夫『物権法〔第 5 版〕』381 頁 (日本評論社、2012)、松岡久和『担保物権法』340、387 頁 (日本評論社、2017)、杉本和土「破産管財人による所有権留保付動産の換価—前提となる法的問題の検討」岡伸浩ほか編著『破産管財人の財産換価〔第 2 版〕』781 頁 (商事法務、2019)。
- 7) 商事法務編「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究報告書」別冊 NBL177 号 128 頁 (2021)。担保法制の見直しに関する中間試案 2 頁も同旨。
- 8) 担保所有権者については、商事法務編・前掲注 (7) 40 頁参照。
- 9) 最判昭和 41 年 4 月 28 日民集 20 卷 4 号 900 頁 (以下、「最判昭 41 年」と呼称する。)、最判平成 22 年 6 月 4 日民集 64 卷 4 号 1107 頁 (以下、「最判平 22 年」と呼称する。)

「識別子」としてなお機能させるものであるとすれば、本要件の文脈において、各種非典型担保権の法律構成や法形式（所有権の所在）はいかなる意義を有するのであろうか。

さらに倒産財団帰属性要件の解釈は、担保権実行中止命令（民事再生法 31 条）や担保権消滅許可制度（民事再生法 148 条）の終期とも直接的に関わる。なぜなら、担保権実行中止命令等はいくまでも「再生債務者の財産」に存する担保権に対して発令されるものであるからである。さらに、本要件の解釈は、責任財産の解釈や取戻権該当性の問題とも密接に関連すると考えられる。例えば、最判昭和 56 年 12 月 17 日民集 35 巻 9 号 1328 頁<sup>10)</sup>（以下、「最判昭 56 年」という。）の調査官解説は、譲渡担保財産が「設定者の一般債権者の責任財産に属しないと解すべきが基本である」ことに同判決の趣旨を求めることができると解説する<sup>11)</sup>。かかる解説と後述する別除権説、更生担保権説との整合性には疑問が残る。

したがって、倒産財団帰属性要件の要否、そして、本要件において、非典型担保権の法律構成や法形式はいかなる意味を持つのか、検討する必要性はなお存する。そこで、本稿では、倒産財団帰属性要件の解釈に係る従来の見解を整理しつつ、倒産財団帰属性要件に関して一定の私見を展開することとしたい。

## 第 2 倒産財団帰属性要件の解釈に係る状況の確認

倒産財団帰属性要件の要否及びその解釈を論ずるにあたって、まず、従来の学説が本要件を如何に解釈してきたのか、整理することとしたい。もっとも、脚注に引用する諸文献は、必ずしも「倒産財団に属する」との解釈について一般的な解釈を展開したものではなく、各論者が別除権該当性を肯定するにあたり倒産財団帰属性要件を如何に解釈しているかを執筆者が分析、考察したもの

10) 譲渡担保財産に対する強制執行に対して、譲渡担保権者は、特段の事情のない限り、第三者異議の訴えを提起することができる旨判示した事案である。

11) 遠藤賢治「判解」最判解昭和 56 年 830 頁参照。

にすぎないことにご留意願いたい。

## 1 所有権帰属説

旧破産法の立法担当者は、倒産財団帰属性要件を充足するためには破産者に目的物の所有権が帰属する必要があると解していたようである<sup>12)</sup>。この最も基準として明確な見解を本稿では「所有権帰属説<sup>13)</sup>」と呼称することとする。

## 2 権利帰属説、価値帰属説

非典型担保権（特に譲渡担保権）の実体的法律構成に関して担保的構成が主流を占めるに従い、破産者（以下、破産者、再生債務者及び更生会社をまとめて「倒産債務者」という。）に受戻権等の「物的権利」が帰属していることをもって、「倒産財団に属する」との要件を充足しうると解する見解も登場してきた。例えば、山本和彦教授は、「担保」の要件として、担保目的物の所有権の全部又は少なくとも一部が倒産債務者に帰属している必要がある<sup>14)</sup>との認識の下、フルペイアウト方式によるファイナンス・リースの担保目的財産は利用

---

12) 法律新聞社『破産法和議法精義』320-328 頁（法律新聞社、1923）。

13) 他に所有権帰属説に依拠するものとして、菅野孝久「破産と動産・不動産の譲渡担保」同『和議事件の申立・審理・裁判』289-293 頁（有斐閣、1991）、麻上正信＝谷口安平編『注解和議法〔改定版〕』314 頁（青林書院、1993）〔山田治男〕が挙げられる。また、栗田口太郎「実務家からみた動産・債権担保法制の課題」田高寛貴編著『担保法の現代的課題』256-260 頁（商事法務、2021）は、譲渡担保財産等の非典型担保権の目的たる動産や債権それ自体が倒産財団に帰属することを肯定すべく、担保物権創設型・担保目的取引規律型を統合した立法論として、目的動産や債権の上に担保権が設定されたものとみなす規定を設けるべきであると主張する。

14) 山本和彦「倒産手続におけるリース契約の処遇」金法 1680 号 9 頁（2003）。なお、山本和彦教授は、ある権利が倒産法上の別除権、更生担保権として処遇されるのであれば、当該権利は平時においても担保権設定契約として再構成されるべきであるとす。山本和彦「倒産手続における法律行為の効果の変容一『倒産法的再構成』の再構成を目指して」伊藤眞先生古稀記念論文集『民事手続の現代的使命』1189 頁（有斐閣、2015）参照。

権であると結論付ける<sup>15)</sup>。このような見解を本稿では「権利帰属説<sup>16)</sup>」と呼称することとする。

他方、後述する通り、譲渡担保権の実体的法律構成について信託的譲渡説が支配的であった当時から、譲渡担保権者に帰属する所有権の経済的実質が担保であること、そして、それ故に譲渡担保財産の経済的・実質的価値（余剰価値等）が倒産債務者に帰属することをもって「倒産財団に属する」との要件を充足しようと解する見解も主張されていた<sup>17)</sup>。本稿ではこのような見解を「価値帰属説<sup>18)</sup>」と呼称する。

いずれの見解も所有権の帰属までを求めるものではなく、担保目的財産に対する何らかの持分の帰属を要求するものといえよう。したがって、所有権帰属説に比して倒産財団帰属性要件の内実が不明確ではあるが、本要件をなお「識別子」として機能させる見解であると評価することができる<sup>19)</sup>。

---

15) 山本・前掲注 (14) 9頁。

16) 他に権利帰属説に依拠しているものと思料しうるものとして、山木戸克己『破産法』148、154頁（青林書院新社、1974）、鈴木禄弥『物的担保制度の分化』388-390頁（創文社、1992）等。

17) 小野木常『破産法概論』111-112頁（酒井書店、1985、初出1940）、四宮和夫『総合判例研究叢書 民法（17）』210-211頁（有斐閣、1962）。

18) また、竹下守夫「目的物権引渡し済みのファイナンス・リース契約と会社更生法103条の適用の有無」金商813号47頁（1995）は、ファイナンス・リース契約について、リース物件の価値が債務者に帰属していることを理由として、債務者にリース物件の実質的な所有権が帰属していることを展開する。価値帰属説と親和的な考えであると分析できよう。ただし、竹下教授はそもそも平時の法律構成としてリースは隠れたる動産売買先取特権ないし所有権留保であると指摘される。

19) これに対して、「倒産財団に属する」と評価するためには、原則として倒産債務者側に所有権の移転あるいはその復帰が予定されていることを前提としつつ、価値の帰属がある場合、倒産法的再構成によってこれを「担保」として処遇する余地を肯定するものと見受けられる見解も存在する。すなわち、伊藤眞「証券化と倒産法理（下）—破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界—」金法1658号85頁（2002）は、フルペイアウト方式におけるファイナンス・リース契約において、リース物件の価値はユーザーが使い尽くすことを予定している以上、当該リース物件はユーザーの責任財産に属するものとユーザーの債権者は期待するはずであること等を根拠として、倒産手続との関係では当該リース契約を「担保権」として再構成するこ

### 3 実質説

先に述べた通り、譲渡担保権者等に帰属する所有権の実質が「担保」であることや倒産処理の合目的処理の観点を強調して、譲渡担保権や留保所有権を別除権、更生担保権として処遇する余地があることを肯定する見解<sup>20)</sup>を本稿では「実質説」と呼称することとする。

実質説は、必ずしも倒産財団帰属性要件を考慮せず、かつ各種非典型担保権の法律構成や法形式は別除権該当性には影響をもたらさないと解している見解であると評価することもできよう。もっとも、債権者側に形式上帰属する権利が別除権を基礎づける意味での「担保」に該当すると評価する場合、そのことは倒産債務者に何らかの権利等が「属する」ことを導くようにも思われる。この問題意識、換言すれば、実質説と権利帰属説や価値帰属説との同一性の有無については後に検討することとする。

---

とが可能であると説明する。

20) 担保としての実質に着目して別除権説に依拠する余地があることを指摘するものとして、山野目・前掲注(6)381頁。他方、倒産処理の法目的に適合的な解釈として、別除権説に依拠する余地があることを指摘するものとして、松岡・前掲注(6)340頁参照。

また、森田修編『新注積民法(7)』546頁(有斐閣、2019)[小山泰史]は、最高裁が一方では担保権としての実質に矛盾しない限りにおいて譲渡担保権者に所有権者としての権利主張を許し、他方では設定者にもこれと矛盾しない範囲で所有権者としての一定の権利主張を認めるものであり、譲渡担保によって、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ所有権移転の効力を生ずるとの立場を採ると紹介する。このような立場を前提とするのであれば、譲渡担保権者が譲渡担保設定者の倒産手続の中でその帰属する形式的所有権を取戻権として主張することは「担保権としての実質」に矛盾する。その結果、取戻権の行使は典型的に倒産法的公序ないし倒産法上の信義則に違反する(いわば格下げを受けた取戻権)、と理解することも可能であろう。



### 第3 倒産財団帰属性要件の歴史的沿革—取戻権説 VS 別除権説の文脈において

先に述べた通り、現在、倒産財産帰属性要件を巡る解釈は混線した状況にある。そこで、本章では、倒産財団帰属性要件が専ら問題とされてきた譲渡担保権の取戻権該当性、別除権該当性を巡る議論のさなか、我が国において本要件が如何に理解されてきたのか、議論の沿革を辿りつつ、分析、検討する。検討に当たっては、譲渡担保権の実体的法律構成及びその倒産手続上の処遇について重大な影響をもたらした国税徴収法 24 条 1 項の制定以前と制定以降とに分割して諸議論を分析することとしたい。

#### 1 国税徴収法 24 条 1 項制定以前の議論状況

##### (1) 信託的譲渡説からの当然の帰結—取戻権説

国税徴収法 24 条 1 項制定以前、譲渡担保の実体的法律構成は信託的譲渡説、すなわち、譲渡担保財産の所有権は譲渡担保権者側に完全に移転し、他方、譲渡担保権者は当該所有権を担保目的以外に使用しない契約上の義務を負担する、との見解が支配的であった<sup>21)</sup>。

信託的譲渡説によれば、譲渡担保設定者側に譲渡担保財産の所有権が帰属することはない以上、譲渡担保財産が「破産財団に属する」との評価をすることは困難である。したがって、譲渡担保設定者が破産した場合、譲渡担保権は別除権ではなく、取戻権に該当すると解する見解（取戻権説）もまた支配的地位を占めていた<sup>22)</sup>。なお、譲渡担保権者が破産した場合、譲渡担保設定者は取戻権を行使することはできない。これは旧破産法 88 条が指摘する通りである<sup>23)</sup>。

21) 信託的譲渡説に依拠するものとして、例えば、我妻榮『担保物権法』227 頁（岩波書店、1936）。

22) 取戻権説に依拠するものとして、我妻・前掲注（21）235 頁、柚木馨『担保物権法』393 頁（有斐閣、1958）等。

23) かつて譲渡担保権には、対内的にも譲渡担保財産の所有権が移転する強い譲渡



## (2) 別除権説の提唱—小野木説と四宮説

取戻権説に対して別除権説も少数ながら主張されていた。その嚆矢となったのが小野木博士である。小野木博士は、信託財産が「経済的」に債務者（委託者）に帰属するか否かに着目し、信託財産が経済的に帰属している限り、破産者たる委託者に当該財産が帰属する旨主張した<sup>24)</sup>。

さらに、その後、四宮教授も信託的譲渡説に依拠しつつ、ドイツ倒産法の議論状況を援用して別除権説に依拠することを明らかにしている。四宮教授によれば、「ドイツの判例・学説は早くから譲渡担保権者の取戻権を否定し、別除権的保護を与えるにすぎない。その根拠は種々に説かれるが、要するに、破産に際して財産の帰属を決める重要な要素は、実質的・経済的な帰属者が誰であるのかに存すること、債権者が取戻権を有すると同時に債権全額をもって破産財団の配当にあずかるのは不当であること、反面からいえば、担保物は債務者の財産から終局的に切断されていず、それに対する代償が債務者に支払われていないから、債務者の財産として破産財団に加えられるべきであることに存する」とのことである<sup>25)</sup>。すなわち、四宮教授も小野木博士と同様、「実質的・経済的な帰属」、譲渡担保権の場合、譲渡担保財産の「余剰価値」が破産者たる譲渡担保設定者に帰属していることをもって、その破産財団帰属性を肯定していたのである。

もっとも、四宮教授が下線部の論拠として引用する判例<sup>26)</sup>は、あくまでも譲

---

担保権と対内的には所有権は移転していないとする弱い譲渡担保権の 2 種類が存在していた。そして、後者の弱い譲渡担保の場合、対内的には所有権は移転していない以上、譲渡担保設定者の取戻権を肯定する余地が出てきてしまう。そこで、旧破産法 88 条は、弱い譲渡担保権でも対外的には所有権が移転していること、その所有権が譲渡担保権者に帰属する旨を表示する公示が存在する以上、譲渡担保権者側の債権者の信用を保護する必要があることを根拠として制定されることとなった。加藤正治著『破産法要論』185-186 頁（有斐閣、1934）参照。

24) 小野木・前掲注 (17) 111 頁。また、取戻権説に疑問を呈するものとして、中田淳一『破産法・和議法』117 頁（有斐閣、1959）。

25) 四宮・前掲注 (17) 210-211 頁。

26) RG v.23.12.1899, RGZ 24,45. 以下、本判例を「1899 年判例」と呼称する。

渡担保権者の破産手続において、譲渡担保設定者が取戻権を行使することができる旨判示したものである<sup>27)</sup>。

以上を前提とした小野木博士や四宮教授の主張にもかかわらず、国税徴収法 24 条 1 項の制定以前は、なお取戻権説が優位であった。この根拠として、旧破産法 88 条の影響が少なくないものとの指摘がある。すなわち、我が国の旧破産法は、譲渡担保設定者による目的物の取戻しを否定していたため、それ故にドイツ法における議論と歩調をあわせることができなかったのである<sup>28)</sup>。

## 2 国税徴収法 24 条 1 項の制定とその後—価値帰属説から権利帰属説へ

### (1) 国税徴収法 24 条 1 項の制定とその影響—担保的構成の台頭

信託的譲渡説が支配的な地位を占める中、租税法の分野では、早くから譲渡担保権の経済的実質に着目した規定が新設されることとなった。国税徴収法 24 条 1 項である。国税徴収法 24 条 1 項は、譲渡担保設定者が納税をすることができない場合、譲渡担保財産から国税を回収することを規定する。もっとも、国税徴収法 24 条 1 項は、譲渡担保財産が譲渡担保設定者から譲渡担保権者へ移転していることを肯定しつつ、他方、当該財産が経済的には譲渡担保設定者に帰属していること等をその正当化根拠とする<sup>29)</sup>。裏を返せば、譲渡担保財産の所有権の全部又は一部が譲渡担保設定者に帰属していることにその正当化根拠を求めているわけではない。

27) 信託的譲渡説に依拠しつつ、譲渡担保設定者の取戻権を肯定する根拠として、1899 年判例は譲渡担保財産が実質的及び経済的に譲渡担保権者の財産を構成しないことを指摘する。当該判例の理論は、取立又は担保の目的をもって裏書された証券については取り戻すことができるとする、破産法案の帝国議会委員会の議事において示された趣旨を補充したものであると説明される。この点について、松本丞治著『商法解釈の諸問題』522-523 頁（有斐閣、1955）。

28) 柚木馨「譲渡担保と国税徴収法との解釈論的調整について」曹時 12 巻 5 号 528 頁（1960）。

29) 吉国二郎ほか共編『国税徴収法精解〔第 20 版〕』276-277 頁（大蔵財務協会、2021）参照。執行面において「譲渡担保財産が担保権者の所有であることを認め」つつ、譲渡担保権者を第二次納税責任者に準ずるものと理解して、譲渡担保財産に物的納税責任を負担させたものであると説明する。

国税徴収法 24 条 1 項の制定は、譲渡担保権の実体的法律構成に係る学説の転回をもたらしたとされる<sup>30)</sup>。以降の民法の諸学説は、譲渡担保権の担保としての経済的実質を実体的法律構成にも反映させる方向性に舵を切ることとなる。そして、このような民法の諸学説の努力により、譲渡担保権の実体的法律構成に関して、譲渡担保設定者側に何らかの物的権利が帰属することを許容する見解<sup>31)</sup>、すなわち、担保的構成が我が国の譲渡担保権の支配的地位を獲得するに至った<sup>32)</sup>。

## (2) 最判昭 41 年の出現

国税徴収法 24 条 1 項の後を追うように譲渡担保権の担保性に着目した判例が出現する。最判昭 41 年である。最判昭 41 年は、譲渡担保設定者たる更生会社の会社更生手続において、譲渡担保権者は取戻権者ではなく、更生担保権者に準ずる旨判示したものである。

最判昭 41 年それ自体は譲渡担保権者として処遇すべき特段の根拠を述べていない。もっとも、最判昭 41 年の結論に影響を及ぼした松田裁判官は<sup>33)</sup>、譲渡担保権を更生担保権として処遇すべき根拠として、専ら取戻権説に依拠した場合の弊害を論ずる。すなわち、取戻権説に依拠すると、譲渡担保権者と会社との間に債権債務が存在している場合、譲渡担保権者は債権者でありながら、取戻権者として目的物を取戻す結果、更生手続によらないで被担保債権の弁済を受けることとなる。このような結論は旧会社更生法 112 条 1 項に反する。また、非典型担保権である譲渡担保権が抵当権等の他の法定担保物権よりも強力な権利となるが、このような結論は会社更生法の体系及び理念上是認できな

---

30) 柚木・前掲注 (28) 522-523 頁、三ヶ月章「譲渡担保と租税」同『民事訴訟法研究 2 巻』243 頁以下 (有斐閣、1962) 参照。

31) 譲渡担保の「担保的構成」が譲渡担保設定者側に物的権利の帰属を肯定するものであることを指摘するものとして、例えば、田高寛貴『担保法の新たな展開 譲渡担保を中心として』145 頁 (勁草書房、1996) 参照。

32) 担保的構成の沿革に関しては、田高・前掲注 (31) 138 頁以下参照。

33) 蕪山巖「判解」最判解昭和 41 年度民事編 609-610 頁。

い。以上の2点が松田裁判官の述べる根拠である<sup>34)</sup>。

松田裁判官の見解は、譲渡担保権と法定担保物権との衡平を主たる根拠とする。その根底にある論理は、譲渡担保権の少なくとも経済的実質が債権担保契約であることに求められよう<sup>35)</sup>。したがって、松田裁判官の見解は、譲渡担保権と他の法定担保物権との租税上の公平をその実質的根拠とする国税徴収法24条1項と通有する面があると評価することもできよう。

### (3) 最判昭41年に対するアンチテーゼ—清算的取戻権説の提唱

最判昭41年以降、譲渡担保権の担保としての経済的実質を重視し、譲渡担保権者は取戻権者ではなく、別除権者に過ぎないと解する方向性が決定的なものとなった<sup>36)</sup>。

他方、最判昭41年や別除権説に対抗して、新たな取戻権説が提唱されるに至った。この新たな取戻権説の特殊性は、譲渡担保権者が取戻権を行使することを首肯する一方で、譲渡担保権者側に破産財団等に対する清算義務を課すことにある（以下、この取戻権説を「清算的取戻権説<sup>37)</sup>」と呼称する。）。

菅野裁判官を嚆矢とする清算的取戻権説の根拠は主として2つに集約される。清算的取戻権説の中核を担う1つ目の根拠は倒産財団帰属性要件（正確に言えば、破産財団帰属性要件）に係る解釈にある。すなわち、菅野裁判官は、「倒産財団に属する」との評価を与えるためには、倒産債務者たる譲渡担保設定者に目的物の所有権が帰属していることが必要であるとの解釈論の下、最判昭41年が譲渡担保財産の「更生会社の財産」該当性を論じていないことを指摘する<sup>38)</sup>。さらに、譲渡担保設定者側に帰属する清算金支払請求権や受戻権に

34) 松田二郎『会社更生法〔新版〕』230-231頁（有斐閣、1976）。

35) 松田二郎『私の少数意見』354頁（社団法人商事法律研究会、1971）。

36) 斎藤秀夫ほか編『注解破産法〔第3版〕上巻』576頁〔野村秀敏〕（青林書院、1998）。

37) 清算的取戻権説に依拠するものとして、菅野・前掲注(13)289-293頁、麻上＝谷口編・前掲注(13)314頁〔山田〕、上野久徳『新版 倒産整理と担保権』129-130頁（同文館出版株式会社、1989）。なお、「清算的取戻権」との用語は上野弁護士が提唱しているものである。

38) 菅野・前掲注(13)291頁。

関しても、譲渡担保設定契約に基づく「債権」にすぎない以上、これが倒産財団帰属性要件を基礎づけることはないと結論付ける<sup>39)</sup>。

清算的取戻権説の 2 つ目の根拠は、特に破産手続において譲渡担保権を別除権として処遇する必要性に乏しいことである。すなわち、菅野裁判官は、別除権説の主たる根拠は譲渡担保財産が被担保債権の価額を超過する場合、当該超過部分に相当する価値を譲渡担保権者が獲得し、反面、当該価値が破産財団に帰属しないという取戻権説側の不合理性にあると分析しつつ<sup>40)</sup>、判例<sup>41)</sup>が譲渡担保権者の清算義務を肯定した結果、取戻権説に対する批判はその根拠を欠くこととなったと指摘する<sup>42)</sup>。なぜなら、別除権説を採用せずとも、譲渡担保権者は清算義務という形で余剰価値を破産財団に返還することとなるからである。そして、破産手続においては、清算的取戻権説も別除権説もその帰結に大きな差異が生ずることはない以上<sup>43)</sup>、明文に規定のない別除権説に依拠する必要性はないと論ずるのである。

以上の 2 つが清算的取戻権説の主たる論拠である。価値帰属説との関係性からも考察を加えると、清算的取戻権説は、倒産債務者たる譲渡担保設定者に帰属する余剰価値の問題は倒産財団帰属性要件において処理するのではなく、譲渡担保権者と破産財団間の清算金の問題として理解すべきとの価値観に依拠していると分析することもできよう<sup>44)</sup>。

---

39) 現代財産法研究会編「譲渡担保の法理」ジュリ臨時増刊 240 頁 (1987)〔菅野孝久発言〕。

40) 菅野・前掲注 (13) 284 頁。

41) 最判昭和 43 年 3 月 7 日民集 22 卷 3 号 509 頁。

42) 菅野・前掲注 (13) 288 頁。

43) 破産管財人による財産換価の規定の適用可能性については、旧破産法 203 条の文言から譲渡担保権を対象としていると解することは困難であること等に鑑み、別除権説を支持すべき根拠にならないと指摘する。菅野・前掲注 (13) 288-289 頁。

44) 現代財産法研究会編・前掲注 (39) 240 頁〔菅野発言〕は、価値の分属は比喩的な表現に過ぎず、権利の分属ではない以上、倒産財団帰属性要件を基礎づけることはできないと指摘する。

#### (4) 清算的取戻権説に対する批判

もともと、清算的取戻権説は、別除権説を覆すには至らなかった。清算的取戻権説に対しては、価値や権利の分属を肯定しつつ、譲渡担保設定者側にも譲渡担保目的財産の価値や物的権利が帰属していることを指摘するもの<sup>45)</sup>や、清算義務を肯定することは譲渡担保権を「担保」として認めることを意味するに他ならないと指摘するもの<sup>46)</sup>がある。

また、譲渡担保権の担保としての性質が譲渡担保権者・譲渡担保設定者との間の債務的拘束であると解する限り、譲渡担保目的財産は設定者に帰属し、破産者の財産から優先弁済権が与えられる以上、その性質は別除権として理解するほかない、との指摘<sup>47)</sup>も存在する。さらに、譲渡担保設定者の受戻権等を債権的権利として構成することは難しい、との批判もあるところである<sup>48)</sup>。

#### (5) 別除権説の根拠の変遷—価値帰属説から権利帰属説へ

先に述べた通り、最判昭41年の登場をもって、譲渡担保権を別除権、更生担保権として処遇すべきとの方向性が固まっていくこととなる。また、譲渡担保権の実体法律構成に関しては、その詳細な法律構成はともかく、担保的構成が通説・判例となったため、旧破産法88条は事実上空文化し、平成16年の破産法改正によって削除されるに至った<sup>49)</sup>。

ところが、これに対して、別除権該当性の本質的要件である倒産財団帰属性要件を巡る解釈は大きな転換を迎えることとなった。すなわち、最判昭41年が出現し、そして、譲渡担保権の法律構成について担保的構成が確固たる地位を占めるにつれて、別除権説は、倒産財団帰属性要件充足の根拠を譲渡担保設

45) 斎藤ほか編・前掲注(36)579頁〔野村〕。

46) 谷口安平『倒産処理法〔第2版〕』228頁(筑摩書房、1982)参照。担保である以上、その法律構成はともかくとして別除権として処遇すべきということであろう。

47) 宗田親彦『破産法概説〔新訂第4版〕』459頁(慶応義塾大学出版株式会社、2008)参照。

48) 竹下守夫「非典型担保の倒産手続上の取り扱い」鈴木忠一＝三ヶ月章監『新・実務民事訴訟法講座13』377-378頁(株式会社日本評論社、1981)。

49) 須藤英章ほか『新しい倒産法解説』82-83頁(三省堂、2004)等。



定者や留保買主側に帰属する受戻権や停止条件付所有権という「物的権利」の帰属に求めていくこととなる<sup>50)</sup>。もっとも、旧破産法時代においては、価値帰属説的な考え方と権利帰属説的な考え方を折衷して、別除権該当性を肯定する見解も散見される<sup>51)</sup>。

何故、以降の議論が権利帰属説へと進んでいくこととなったのか、その根拠は必ずしも明らかではないが、主として3つの根拠を挙げることができよう。まず、1つ目の根拠として挙げられるのは、清算的取戻権説の出現である。先に述べた通り、清算的取戻権説は、最判昭41年に対する批判のみならず、同時に価値帰属説に対する批判でもあった。なぜなら、余剰価値の帰属の問題を倒産財団帰属性要件の問題としてではなく、清算義務の問題として処理すべき、との価値観が清算的取戻権の中核を構成していると考えられるからである。これに対して、倒産債務者に対する価値の帰属（正確には分属）をもって清算的取戻権説に対して反論するものも見受けられるが<sup>52)</sup>、これは何故、余剰価値の問題を清算義務の問題として処理してはならないのか、という清算的取戻権説の疑問に対する有効打とはなりえない<sup>53)</sup>。そのため、以降の別除権説は、清算的取戻権説に対する再反論として、倒産債務者に帰属する「価値」ではなく、「物的権利」の帰属に倒産財団帰属性要件充足の根拠を求めるようになったのではないかと推測される<sup>54)</sup>。

50) 例えば、山木戸・前掲注(16)148、154頁参照。譲渡担保権について譲渡担保設定者に受戻権が帰属していることをもって、他方、所有権留保について留保買主に停止条件付権利が帰属することをもって倒産財団帰属性要件を充足する旨指摘する。また、鈴木祿弥・前掲注(16)388-390頁も譲渡担保設定者側に設定者留保権という物的権利が帰属するとの論理を前提としつつ、譲渡担保権が実質上一種の物的担保制度であることを根拠として、別除権説に依拠する。

51) 斎藤ほか編・前掲注(36)579頁〔野村〕、斎藤秀夫＝伊藤乾『演習破産法』347-348頁（青林書院新社、1973）、福永有利「動産・不動産の譲渡担保」判タ830号204頁（1994）。

52) 斎藤ほか編・前掲注(36)579頁〔野村〕。

53) 斎藤ほか編・前掲注(36)579頁〔野村〕も、価値の分属のほか、権利の分属や破産法の規定の適用可能性の観点から別除権説を立論する。

54) 菅野裁判官自身も譲渡担保権を担保物権として理論的に構成することが可能で



2つ目の根拠として挙げられるのは、譲渡担保財産等の担保目的物の価額が被担保債権の額を下回る、いわゆる担保割れが生じた場合における処理の困難性であろう。専ら価値帰属説に依拠すると、担保割れが生じていることが明白である場合等、担保目的物の経済的・実質的帰属を肯定しがたい局面において、当該目的物の倒産財団帰属性を肯定することが困難となる。さらに、倒産財団帰属性要件において、担保割れを考慮する場合、余剰価値の有無如何によって結論が異なる、すなわち、事案に応じて別除権該当性が揺らぐ結果、「識別子」たる倒産財団帰属性要件の明確性が喪失してしまうという欠点を価値帰属説が抱えている可能性があることも指摘できよう<sup>55)</sup>。

最後の根拠として挙げられるのは、強い譲渡担保・弱い譲渡担保とを識別するかつての判例との連動性である。弱い譲渡担保の場合、譲渡担保設定者側には対内的には所有権が帰属するのであり、このような対内的な所有権の帰属をもって「倒産財団に属する」と評価することは可能であったはずである<sup>56)</sup>。かかる判例の影響がなおも現在の議論に影響を及ぼしているのかもしれない。

いずれにせよ、以降の別除権説は、小野木博士、四宮教授、国税徴収法24条の立案担当者が意図した方向性、すなわち、余剰価値の帰属をもって倒産財団帰属性要件を肯定する方向性ではなく、より直截的に倒産債務者に受戻権等の「物的権利」が帰属することをもって倒産財団帰属性要件を肯定する方向性へと舵を切ることとなった。

---

あれば、別除権説は成り立つと指摘していた。譲渡担保設定者側に帰属する受戻権を「物的権利」として構成できるのであれば、つまり、所有権の分属を肯定することができるのであれば、倒産財団帰属性要件は否定されないという趣旨であろう。現代財産法研究会編・前掲注(39)252頁〔菅野発言〕参照。

55) 無清算型の譲渡担保の場合、取戻権を肯定し、他方、清算型の譲渡担保権の場合、別除権として処遇すべきことを指摘するものとして、本間義信「執行・破産と譲渡担保権者の地位」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟法講座10』123-124頁(株式会社日本評論社、1970)。後者の場合、担保としての譲渡担保権であることを根拠とする。

56) このような可能性を示唆するものとして、現代財産法研究会編・前掲注(39)240頁〔菅野発言〕、菅野・前掲注(13)291頁。

### 3 近年の議論状況—倒産財団帰属性要件不要説？

近年では、譲渡担保権を筆頭とする（特に権利移転型の）非典型担保権の倒産手続における処遇について、これを別除権、更生担保権と解する見解が多数説を占めている<sup>57)</sup>。もっとも、実質が担保であることを指摘する見解<sup>58)</sup>や担保権実行中止命令等を適用する必要性から逆算的に別除権該当性を肯定する見解等、倒産財団帰属性要件との関係性を明確に論ずる見解は必ずしも多くはない。さらに、譲渡担保権の実体的法律構成に係る判例の分析につき原則として所有権的構成を採用しつつ、具体的な局面に応じて担保的構成を採用している、との指摘<sup>59)</sup>も存在する。したがって、近年では、倒産財団帰属性要件の要否、また必要であると結論付ける場合におけるその理論的構成は「霧」に包まれてしまっているように思われる<sup>60)</sup>。

他方、以上の近時の方向性とは異なり、最判昭 41 年以降の判例は一貫して倒産財団帰属性要件を別除権該当性の本質、換言すれば、取戻権と別除権の「識別子」と位置付けているように見受けられる<sup>61)</sup>。すなわち、最判平成 20 年

57) 各種非典型担保権について別除権説、更生担保権説が多数であることを紹介するものとして、例えば、園尾隆司＝小林秀之編『条解民事再生法〔第 3 版〕』284 頁以下（弘文堂、2013）〔山本造美〕、田原睦夫＝山本和彦監修『注釈破産法〔上〕第 1 条－第 147 条』452 頁以下（金融財政事情研究会、2015）、伊藤眞ほか編・前掲注（2）526 頁以下、山本和彦『倒産処理法入門〔第 5 版〕』104 頁（有斐閣、2018）等。

58) 例えば、加藤哲夫『破産法〔第 6 版〕』185 頁（弘文堂、2012）は、譲渡担保は担保権としての実質を持つとの前提に立つ限り、破産手続では別除権の行使によることになる旨指摘する。

59) 森田・前掲注（20）546 頁〔小山〕、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権法〔第 4 版〕』612-613 頁（東京大学出版会、2020）等。

60) 他方、倒産財団帰属性要件を明確に重視しているものと見受けられるものとして、例えば、竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』279 頁（青林書院、2007）〔野村秀敏〕。また、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第 5 版〕』505-506 頁以下（有斐閣、2022）も別除権該当性の基礎として目的物が設定者に帰属していることが必要であることを指摘しつつ、手形の裏書譲渡では裏書人に手形が帰属していないことを根拠として、別除権該当性を否定する。

61) 他方、当該非典型担保権が別除権に該当するために、担保の目的物は責任財産に帰属するに至ったと理解する余地があることを指摘するものとして、宇野・前掲

12月16日民集62巻10号2561頁<sup>62)</sup>(以下、「最判平20年」という。)及び最判平22年は、それぞれ「担保の目的物も民事再生手続の対象となる責任財産に含まれる」、「再生手続が開始した場合において再生債務者の財産について特定の担保権を有する者の別除権・・・」と判示しており、担保目的物が倒産財団(あるいは民事再生手続の対象となる責任財産)に属することを明確に述べているのである。

そこで、以下、改めて倒産財団帰属性要件、換言すれば、「倒産財団に属する」との意味を如何に理解するべきか、上述した整理を前提としつつ、検討を進めることとする。

## 第4 検討—倒産財団帰属性要件の解釈

### 1 所有権帰属説の検討

結論から述べると、所有権帰属説を採用することはできないと考えられる。その根拠の1つとしては、最判平30年12月7日民集72巻6号1044頁(以下、「最判平30年」という。)の存在が挙げられよう。最判平30年は、二者間の所有権留保売買契約の事例において、留保目的物である金属スクラップの所有権は留保買主に移転しないことを根拠として、留保買主が当該目的物を譲渡担保に供することはできない旨を判示したものである。また、他の根拠として、譲渡担保権者が譲渡担保設定者を執行債務者とする動産執行において、第

---

注(5)28頁参照。また、留保目的物が別除権対象財産であることを根拠として、当該財産が破産財団を構成すると結論付けていると分析しうるものとして、杉本和士「破産手続・再生手続終了後の留保所有権により私的実行の可否」春日偉知郎先生古希祝賀論文集『現在民事手続法の課題』633頁(信山社、2019)。倒産財団帰属性の問題は要件ではなく、ある権利が別除権に該当した結果としての当該財産の法的評価ということであろう。

62) フルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約のうち、ユーザーについて民事再生手続開始の申立てがあったことを契約解除事由とする旨の特約が民事再生法の趣旨、目的に反し、無効である旨判示した事案。

三者異議の訴えを肯定する判例<sup>63)</sup>の存在も指摘することができよう。いずれの判例も所有権的構成に親和的な判例であるが、特に最判平 30 年が指摘する「留保目的物の所有権が留保買主に移転しない」との命題は、留保対象財産の所有権が留保買主に帰属することをもって当該財産の倒産財団帰属性を肯定することができるとする所有権帰属説に依拠する限り、留保所有権の別除権該当性を肯定することができない。

他方、倒産債務者側に担保目的物の所有権が帰属すべきとする所有権帰属説は論理必然的な解釈ではない。なぜなら、破産法 2 条 9 項における「破産財団」とは「法定財団」<sup>64)</sup>、すなわち、倒産法が最終的に目指す財産形態を意味する以上、倒産財団帰属性要件は、純粹民法的な観点だけではなく、倒産法的観点をも考慮することが許されて然るべきだからである。

以上より、倒産財団帰属財産について、「倒産債務者に所有権が帰属する財産」を指す、との命題は、各種非典型担保権に関する諸議論と整合性を保つことは困難であろう。したがって、所有権帰属説を採用することはできないと評価せざるを得ない。

## 2 実質説の検討

### (1) 問題の所在—実質説と権利帰属説、価値帰属説との関係性

実質説が、譲渡担保権者等に帰属する所有権が「担保」としての経済的実質を有することや再建型手続において譲渡担保権者等の権利実行を制約する制度を適用する必要性から別除権該当性を肯定する見解であることは上述した通りである。

---

63) 最判昭 56 年、最判昭和 58 年 2 月 24 日判タ 497 号 105 頁。もっとも、担保的構成に依拠する場合であっても第三者異議の訴えを提起することは可能であるものと解される。例えば、担保的構成に依拠しつつ、譲渡担保権者による第三者異議の訴えの提起を肯定するものとして、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改定版〕』302-303 頁（青林書院、2021）。譲渡担保権者の私的実行に係る利益や事業継続の利益を重視する。

64) 伊藤眞ほか編・前掲注 (2) 512 頁。

しかしながら、実質説は、倒産財団帰属性要件とは無関係な見解なのであろうか。すなわち、実質説が指摘する「経済的実質が担保である」との法評価は、倒産債務者側に何らかの権利ないし価値が帰属することを導くのではないか。

そこで、以下、わが国における担保制度の沿革を踏まえつつ、別除権該当性を基礎づける「担保」の意義について分析、検討を試みることにする。ところで、非典型担保権の倒産手続上の処遇を分析するにあたり、複数の局面でその「実質が担保である」との指摘がなされる。このような一例として、例えば、フルペイアウト方式におけるファイナンス・リース契約の双方未履行双務契約該当性を否定する局面が挙げられよう。もっとも、本稿は、あらゆる文脈における「担保としての経済的実質」に関して統一的な定義の定立を試みるものではなく、あくまでも別除権該当性を基礎づける担保、より正確に述べるのであれば、「取戻権と別除権の識別子としての担保」の定義を試みるものである。したがって、後述する定義は「物」を対象とする担保のみ念頭に置き、債権等の無体財産はさしあたり検討対象外とする<sup>65)</sup>。

## (2) 歴史的沿革

### 1) かつての原則的担保としての質権—主観的価値の捕捉

担保が慣習として発生した当初におけるその形態は占有質であったものとされる<sup>66)</sup>。なぜなら、物的担保制度は、人間の利用価値に着目した人的担保の延長線、換言すれば、人間の利用価値と物の利用価値を同一として理解した結果、発生したものだからである<sup>67)</sup>。このような占有質は、その起源通り、物の

---

65) 取戻権の根拠は、所有権等の物権のみならず、一定の債権も根拠となりうる。伊藤眞ほか編・前掲注(2) 487頁。もっとも、かかる一定の債権の例としては、賃貸借契約、使用貸借契約の終了に基づく目的物引渡請求権等であり、いずれも基本的には金銭を含む有体物の返還を求める性格のものである。

66) 小早川欣吾『日本担保法史序説』454頁(法政大学出版局、1979)。

67) 小早川・前掲注(66) 454頁。

使用価値<sup>68)</sup>、より正確に言えば、債務者側の「主観的」な利用価値を質とするものであった。いわば、質権は留置権と同様、その起源の当初は、債務者に心理的圧迫を与えることにより、弁済を促す形態の担保と出現しているといえる<sup>69)</sup>。

## 2) 投資抵当の台頭—客観的価値、交換価値の捕捉へ

もっとも、担保は使用価値から交換価値へ着目する制度へと進展していくこととなる。投資抵当の台頭である。投資抵当は、交換価値に着目したものであり<sup>70)</sup>、その物の占有は債務者に留保される<sup>71)</sup>。そして、このような投資抵当の台頭により、その担保財産の範囲も単一の有体物としての財産から包括的財産へ、さらには権利をも含むように拡張し続けていくこととなるに至った<sup>72)</sup>。そして、このような投資抵当の観念の下、所有権移転の法形式を採用しつつ、債務者側に財産の占有を残存させる形態の担保が出現する。これこそが譲渡担保権である<sup>73)</sup>。

## 3) 取戻権と別除権の識別子としての「担保」の定義化の試み

以上の歴史的沿革からすれば、現代において、有体物を対象とする「担保」の本質は、特定財産の使用価値から債権を回収するのではなく、専らその交換価値を把握することによって特定債権の回収を図ろうとする構造にあると評価することができよう。そして、交換価値（客観的価値）は、市場における共通認識がなければ成立しないのであるから、市場の成熟を前提とすることとな

68) 金森久雄ほか編『経済辞典〔第5版〕』606頁（有斐閣、2013）は、「使用価値」について、商品が人間のさまざまな欲望を満たすことができる労働の生産物であるとしつつ、その有用性やこのような有用性を持つ物を商品の使用価値として紹介する。

69) 我妻榮「資本主義と抵当制度の発達」同『民法研究Ⅳ』3-4頁（有斐閣、1967）。

70) 投資抵当の詳細については、石田文次郎『投資抵当権の研究』（有斐閣、1932）参照。

71) 小早川・前掲注（66）454頁。

72) 小早川・前掲注（66）454頁。

73) 譲渡担保権は、買戻特約付売買と賃貸借契約との結合によって出現してきたものであるとする。近江幸治『担保制度の研究』68頁（成文堂、1989）。

る<sup>74)</sup>。これに対して、質権は、(物に対する) 権利概念、当該物を取引する市場ひいてはその客観的価値(交換価値)を測定するプラットフォームが未成熟であったが故に積極的に採用されてきた過渡期の担保である、と評価することができるのではないか。

担保の経済的機能の1つとして、債務者に帰属する責任財産のうち特定の財産の価値を補足することによって、一般債権者として債務者の行動や債務者に属する責任財産を監督する負担から解放することが挙げられる<sup>75)</sup>。もっとも、質権のように、債権者が担保目的財産の直接的な占有を獲得する場合は、その保管場所の確保や担保目的財産の滅失による質権設定者からの責任追及の可能性等、別途のコスト、リスクが生ずる。したがって、質権は、債権者の管理責任の緩和、解放という経済的観点から分析すると、必ずしも洗練された担保と評価することはできないように思われる。実際、現代においては、権利の概念及び市場が成熟した結果、例えば、譲渡担保権や所有権留保、フルペイアウト方式におけるファイナンス・リース契約等の特定の物を用いた主要な非典型担保権は、基本的にはすべて債務者側に当該物の占有を委ねる方式を採用しているからである<sup>76)</sup>。担保権者の資産の増加も当然、担保を利用する目的を構

---

74) カールマルクス著・大内兵衛＝細川嘉禄監訳『資本論第1巻1』99頁(大月書店、1968)は、「有用物と価値物とへの労働生産物の分裂は、交換がすでに十分な広がりと重要性を持つようになり、したがって有用な諸物が交換のために生産され、したがって諸物の価値性格がすでにそれらの生産そのものに際して考慮されるようになったときに、はじめて実際に実証される。」と指摘する。商品の有用性としての使用価値と交換価値の明確な分離は、交換市場の発達が必要ということであろう。

75) 西内康人「担保の期中管理—担保価値維持義務の経済学的基礎付けとその解釈を中心として」田高寛貴『担保法の現代的課題』99頁(商事法務、2021)参照。いわゆるモニタリング費用削減説。また、他に担保の経済的機能を紹介するものとして、小塚荘一郎「担保の経済効果」角紀代恵ほか編『現代の担保法』45頁以下(有斐閣、2022)等。

76) もっとも、譲渡担保権の場合、理論的には譲渡担保権者側に譲渡担保財産の占有・利用を移す形態も観念することは可能であるとされる。なぜなら、財産の占有如何は譲渡担保権の要件を構成しないからである。我妻榮『新訂担保物権法』591頁(岩波書店、1986)参照。もっとも、たとえ買戻付売買契約の法形式を採用して



成する。ところが、担保権者自身が目的物を使用、管理すること自体が資産の増加という担保の原始的目的に抵触する側面がある。交換価値を把握することのみならず、他方、債務者に目的物を使用、管理させることでこのような目的の抵触のリスクを避け、自己の利益の最大化を目指すことが現在の担保であると評価することができよう。

そこで、本稿では、「担保」とは、「①対象となる目的物の使用価値、換言すれば、当該目的物の直接的ないし間接的な占有から生ずる経済的効用<sup>77)</sup>の終局的な享受を原則として放棄しつつ<sup>78)</sup>、②他方、当該目的物の処分から生ずる価値を排他的に独占することによって、③特定の債権の優先的回収を図るための経済的構造<sup>79)</sup>」とさしあたり定義することとする<sup>80)</sup>。以下、各構成要件について

---

いたとしても、目的不動産の占有を伴わない場合、特段の事情のない限り、当該売買は債権担保目的の契約、譲渡担保設定契約と推定される。最判平成 18 年 2 月 7 日民集 60 卷 2 号 480 頁参照。

77) 「効用」とは、消費者が財やサービスから得る満足を指す。金森ほか・前掲注(68) 377-378 頁参照。

78) 譲渡担保権と買戻付売買の基準として、占有の移転の有無を基準とする見解と担保目的の有無を基準とする見解とが存在する。後者に依拠するものとして、生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効能」加藤一郎＝林良平編代『担保法体系第 4 卷』474 頁以下(金融財政事情研究会、1985)。占有の移転がないことが論理必然的に目的財産に対する使用価値の放棄や特定債権の満足を導くものではない以上、直ちに「担保」ととらえるのは無理があろう。

79) 福田剛久「判解」最判解民事編平成 18 年度 252 頁は、「特段の事情」として、「契約締結後しばらくの間は買主に目的不動産の使用予定がなく、使用の必要が生じるときまで売主にその管理を委ねる意味で占有を移転しないままにしている場合」等を提言している。かかる場合、「特段の事情」を肯定することができるのは、買主が目的不動産の使用価値を放棄していないからである、と評価できよう。

80) 他方、無体財産、例えば、債権の場合、その使用価値を観念することはできるか。石崎悦史「使用価値を日本語で研究する意義と限界—マルクスの一文を事例として—」関東学院大学経済学会研究論集第 272 集 82-83 頁(2017)は、使用価値を考察する前提の立場として、使用価値の対象について、物に限定する立場と時代に合わせて拡大解釈可能であるとする立場が想定しうるとする。例えば、債権の場合、利息が使用価値としての機能を果たすのであろうか。もちろん、「特定債権の担保の目的」という③要件をもってすれば、あらゆる担保を網羅的に「担保」として落とし込むことはできるのかもしれないが、私見としては、先に述べた通り、担保の

説明する。

要件①に基づき、債権者は、原則として担保目的財産の使用価値から経済的便益、すなわち、効用を受けることを放棄することとなる<sup>81)</sup>。他方、当該価値は、約定の定めのない動産質権のように、双方とも事実上、享受することができないとする手法を採用することも可能であるが、当該価値及び利用権を債務者側に帰属させることによって債務者の経済活動、そして、被担保債務に対する弁済を促進することになるから、基本的には、担保設定契約に基づき、債務者側に帰属することになる（以下、かかる形式の担保を「非占有型の担保」と呼称する。）。

この場合、例えば、留保買主の目的物の使用価値及び利用権は、所有権留保に付随する使用貸借契約に基づくものではなく、所有権留保それ自体に基づいて発生するものと評価すべきであろう<sup>82)</sup>。なぜなら、使用価値の放棄が「担保」の要件を構成する以上、その裏側の問題である使用価値、利用権の発生及び帰属も担保権設定契約の効果に基づくものと解するのが相当だからである。これ

---

対象が有体財産、権利及び無体財産、価値そのもの（未成熟の権利）と変遷している現状、その対象の発達段階に応じて、「担保」の厳密な定義を別異に解すべき余地があると考えている。したがって、使用価値の定義、他の種類の財産や価値を対象とする「担保の定義」については将来の検討課題とする。以上に対して、「担保」については画一的な要件設定に親しまず、総合的な判断がされることが多いことを指摘するものとして、垣内・前掲注（5）135頁等。

81) 不動産質の場合、質権者は、質物たる不動産の使用収益をすることができる（民法356条）。もっとも、その根拠は当該不動産の使用価値が債権者にも債務者にも帰属しない、という事態が国民経済に反するという観点等から質権者に付与されたものである。梅謙次郎『民法要義巻之二〔復刻版〕』473-474頁（有斐閣、1984）。この利用権は質権設定者から質権者に積極的に付与したものではなく、政策的な観点から質権者に付与されたにすぎないと評価すべきである。また、不動産の使用はあくまでも善管注意義務に従う必要があり、これに抵触する場合、質権設定者は質権の消滅を請求することができる以上、質権者が不動産の使用価値の「終局的な享受」を得ているとまで評価することはできない。質権者が使用収益をする旨を約定した質権も同様であるというべきである。

82) 設定者や留保買主の目的財産の利用権限が設定者留保権、物権的期待権に求めるものとして、道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』316頁、369頁（有斐閣、2017）。

に対して、例えば、譲渡担保設定者の譲渡担保財産の利用権について、譲渡担保権が「買戻特約付売買取約+賃貸借契約」として出現してきたとの歴史的沿革<sup>83)</sup>等を重視して、あくまでも利用権の性質は賃借権であると解する立場も考えられる。しかしながら、例えば、不動産譲渡担保権者が被担保債権の弁済期前に目的不動産を売却した場合、譲渡担保設定者が被担保債務を弁済して当該不動産の所有権を受け戻すことが可能であると仮定したとしても、設定者に帰属する賃借権までも譲受人に対抗することができるわけではない。そうであるとすれば、少なくとも理論的には、譲渡担保設定者は、被担保債務の弁済をするまではその占有下にある不動産を譲受人に明け渡す必要があり、被担保債務を弁済するための手段を喪失することとなる。このような事態の発生は譲渡担保設定者の受戻権に対する事実上の制約を肯定するばかりでなく、目的不動産の占有及びこれを基礎とする事業活動等から被担保債権の弁済を図るという譲渡担保設定契約の経済的構造とも抵触するのである。譲渡担保設定者には受戻権という物的権利が帰属することを肯定するのであれば、譲渡担保設定者の利用権も譲渡担保設定契約という「結合した一つの法律行為」に基づいて生じ、その結果としてかかる利用権にもまた物的効力を認める余地があると解するべきではないか。

要件①の内容に戻る。形式的には、債権者が担保の対象となる目的物から効用を得ている場合であっても、正当な権限に基づき効用を享受していない場合、債権者は効用の享受を放棄していると解するべきである。「正当な権限に基づく享受」とは、目的物の使用に伴い当然に生ずる、いわば代償としての費用等を負担して当該物を使用することを意味する。そのため、債権者が「正当な権限」に基づき目的物の経済的効用を享受しているか否かは、当該担保目的物を使用する際に当然発生すべきリスクを甘受しているか否かによって決まるべきである。具体的には、危険負担の在所や固定資産税の終局的な負担者、修繕義務の有無、その費用の最終的な負担先等から総合的に判断することとなる<sup>84)</sup>。

83) このような歴史的沿革を紹介するものとして、近江・前掲注 (73) 68 頁。

84) 生熊・前掲注 (78) 475 頁は、買主への所有権移転登記費用、不動産取得税あ

さらに、「終局的な享受」とは、対象となる目的物の真正な所有者として使用価値を享受することを指す<sup>85)</sup>。したがって、債権者が当該財産の「終局的な享受」を放棄しているか否かは、被担保債権の額と目的物の価額の差異、買戻特約等、債務者側に目的財産を取り戻す手段が契約締結段階で定められているか否か、また、債務者に目的物の返還があった契機、時期等を考慮して決すべきである<sup>86)</sup>。

要件②により、債権者は、担保目的財産の処分する権能を有している必要がある。原則として、被担保債権に係る債務の弁済期経過後、債権者は処分権能を獲得することとなる。また、要件③に基づき、債権者は、譲渡担保財産の処分益が被担保債権の額を超過する場合、債務者に当該余剰価値を返還しなければならない。「特定の債権」を優先的に回収する意図を有するか否かは、債権者が当該財産の使用価値を放棄しているか、他方で目的物の処分権能を有しているか、換言すれば、要件①②を満たす場合、原則として、要件③は満たされると解すべきである。

以上の定義によれば、ある権利が取戻権と別除権の識別子としての「担保」に該当する場合、このような法的評価は、債務者側に抽象的な余剰価値<sup>87)</sup>ない

---

るいは固定資産税を売主が支払っていることも重要な間接事実となると指摘する。

85) 終局的な享受を放棄することと物上代位との関係性も問題となる。私見としてはこのような定義と譲渡担保権者等に物上代位を肯定すること自体は矛盾しないと考えている。なぜなら、終局的に放棄するのは「真正な所有者」として使用価値を享受することであるし、このような放棄はあくまでも債務者に被担保債権を弁済するための手段を与えることを目的とするものであるからである。したがって、債務者が被担保債務を弁済しない場合、真正な所有者ではなく、担保権者として物上代位することは問題がないと解する。

また、福田・前掲注(79)250頁は、「担保目的」の意味として、目的物件の所有権を取得することに契約の目的があるのではなく、当該物件の金銭的な価値に着目し、この価値を債権者に帰属させることによって、債権の排他的満足を図るものと理解しているようである。

86) 伊東秀郎「残された売渡担保の問題点」判タ246号11頁(1970)は、売買代金と目的物の価格との均衡性、不均衡である場合、当該不均衡を説明する合理的根拠の有無、再売買の予約期間の長短等を考慮すべき旨指摘する。

87) もっとも、担保割れ等により実際には余剰価値が存在しないケースも存在する。

し潜在的な清算金支払請求権の帰属を肯定することとなる。また、非占有型の担保である場合、倒産債務者には当該担保目的物の使用価値ないし利用権の帰属を肯定することとなる。もっとも、潜在的な清算金支払請求権は、財産権に引き直すとしても額が未確定の停止条件付債権であるから、これを所有権の一部としての物的権利と評価することは困難であろう。

### (3) 結論

したがって、以下では実質説は、少なくとも価値帰属説と同一の見解、より正確に述べるのであれば、実質説は非典型担保権者側の経済的状况に着目した見解であり、他方、価値帰属説は倒産債務者側の経済的状况に着目した見解にすぎないものであると結論付けることとする。また、以降は、「価値帰属説」が実質説も包含する見解であることを前提として議論を展開する。

## 3 権利帰属説及び価値帰属説の検討

### (1) 分析の視座

「倒産財団に属する」との評価を基礎付けるためには、当該目的物の所有権の少なくとも一部が帰属している必要があるのか、それとも、当該目的物の価値が帰属していれば足りるのか、比較法的観点、既存の判例との関係性から改めて分析、検討する。

### (2) 比較法的観点からの分析

#### 1) ドイツ倒産法との比較

我が国の破産法及び和議法は、ドイツ倒産法を母法とし、他方、会社更生法、民事再生法は米国連邦倒産法のチャプター 11 を母法とするものである。そこで、まずは、ドイツ倒産法において、譲渡担保権を筆頭とする非典型担保権が如何に処遇を受けているのか、その沿革等を辿ることとする<sup>88)</sup>。

---

本稿では、その存否及び額が明らかではない段階の余剰担保価値を「抽象的な余剰価値」と呼称する。

88) ドイツ法における譲渡担保の倒産手続上の処遇を紹介するものとして、松本・前掲注 (27) 517-518 頁、556-557 頁、田高・前掲注 (31) 93 頁以下。また、譲渡担保権の別除権該当性に関して詳細な歴史展開を論ずるものとして、清水裕一郎

## (i) 譲渡担保権の処遇

## i) RG v.9.4.1929, RGZ 124, 73, 75. (以下、「1929年判例」と呼称する。)の分析、検討

ドイツにおいては、譲渡担保の法律構成は所有権的構成、すなわち、所有権は譲渡担保権者に移転し、他方、譲渡担保設定者のために譲渡担保権者は目的物を処分しないとする契約上の義務を負担するに過ぎない、との見解が支配的である<sup>89)</sup>。

しかしながら、このような実体的法律構成が通説の見解であったにもかかわらず、譲渡担保権は、譲渡担保設定者の破産手続においては、取戻権(Aussonderungsrecht)ではなく、別除権(Absonderungsrecht)として処遇するとの判例<sup>90)</sup>が早くから確立されていた。以下、このような判例の1つである1929年判例の判決文を一部引用する<sup>91)</sup>。

譲渡担保設定者の破産手続において譲渡担保権を別除権として処遇する「窮極の根拠は、譲渡担保が所有権よりも劣った権利であり、経済的には質権と同等であるからではなく、破産にあっては物的関係のみならず、譲渡担保の基礎にある人的関係も即時に処理しなければならないことに求められる。譲渡担保権者は、同時に、物を取り戻しつつ、その残債権全額につき破産財団からの満足を要求することは許されない。譲渡担保権者は、譲渡の目的物の価値が譲渡担保権者の債権を上回らない場合のみ、その価値を請求できるのであり、それ以外の場合、破産財団にその価値を付与しなければならない。このような法的

---

「ドイツ法における譲渡担保権の担保的取り扱い」法学研究論集41号165-183頁(2014)。

89) Vgl. Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 57. Rn. 2.

90) RGZ 118.209. 1899年判例を引用しつつ、譲渡担保権は別除的満足を根拠づけるにすぎない旨判示する。1899年判例を引用していることから、本判例は譲渡担保設定者が破産した局面においても破産財団帰属性は経済的・実質的帰属から分析したものと理解できよう。したがって、四宮博士が別除権説を支持する判例として、1899年判例を引用していることは妥当であると評価できる。

91) 1929年判例を分析、検討するものとして、中野貞一郎「譲渡担保権者と第三者異議の訴え」同『強制執行・破産の研究』110頁(有斐閣、1971)等参照。



状態こそが譲渡担保権者に別除権を付与するという妥協に導く。」

1929 年判例に関して、興味深いのは、譲渡担保権の経済的実質、すなわち、質権と経済的近似性のみならず、破産手続における即時処理の要請の下、譲渡担保権者と譲渡担保設定者の人的関係をも重視していることである。この「人的関係」とは、譲渡担保権者と譲渡担保設定者との間の内部的関係を意味し、さらに詳細に述べるのであれば、譲渡担保権者が担保の目的を超えて譲渡担保財産の所有権を濫用してはならない契約上の義務を意味するものと考えられる。そして、譲渡担保設定者の破産手続において、その法形式を強調し、譲渡担保権者に取戻権の行使を肯定した場合、譲渡担保権者が譲渡担保財産を破産財団から引き上げつつ、他方、その被担保債権の全額をもって破産財団の配当を受けることとなるが、かかる事態は不当であり、上記義務に抵触する。これが 1929 年判例の判示内容の意味であると考えられる。

これに対して、清算の取戻権説のような考え方をするのであれば、譲渡担保権者に取戻権の行使を肯定しつつ、別途、譲渡担保権者に清算義務を課すことによって、このような不当な結論自体は防止できよう。

しかしながら、1929 年判例は、譲渡担保権者側の「法的状態」にこそ譲渡担保権の別除権該当性を基礎づける根拠がある、としていることに留意しなければならない。すなわち、同判例は、譲渡担保財産の現在価値が実際に被担保債権の額を超過しているか否かを判定していない。すなわち、譲渡担保財産には余剰価値が存在し、価値が破産財団を構成すると擬制して、譲渡担保権の別除権該当性を肯定しているのである<sup>92)</sup>。

すなわち、迅速な財産の管理・処分、そして配当が求められる破産手続においては、譲渡担保財産が余剰価値を有するか否か、そして、余剰価値の有無に係る判断を基に譲渡担保権の取戻権該当性、別除権該当性の如何を個別具体的に判断すること自体が倒産手続を遅延させる経済的コストと評価せねばならな

---

92) もっとも、ドイツ法は譲渡担保権者側の清算義務を肯定せず、被担保債権の額と目的物の価額との間に著しい差異が存する場合、譲渡担保を公序良俗違反とする余地を認めるに過ぎない。



い<sup>93)</sup>。したがって、第三者異議の訴えの場合と同様に、譲渡担保財産の価額が被担保債権の額を超過するか否か、ひいては状担保権者側に帰属する所有権を「担保」として処遇すべき「特段の事情」が存するか否か<sup>94)</sup>、個別・具体的に判断すべきではないのである。これこそが1929年判例が破産手続の「即時の処理」との関係で对人的関係を重視する根拠ではないだろうか<sup>95)</sup>。すなわち、譲渡担保財産の抽象的な余剰価値に関しては、さしあたり破産財団に属するものとしてこれに財団に組み込み、当該価値の現実化及びその価値の配分は破産手続の中で処理するということであろう<sup>96)</sup>。

さらに、清算的取戻権説に対しては、かかる余剰価値については、総倒産債権者に帰属するものである以上、これを具体的な清算義務に引き直すべき必然性はないと反論することができる。むしろこの余剰価値を用いたさらなる投資活動を倒産制度の枠組みの下で行いうる余地を残す方が望ましいはずである。

結論として、1929年判例は、抽象的な余剰価値の帰属をもって倒産財団帰属性を肯定しているものと分析することができよう。

## ii) 立法による解決—ドイツ倒産法51条1号の制定

ドイツ法に再び焦点を戻すと、ドイツにおいては、早期から判例が確立したため、以降の学説も当該判例を支持する方向性を維持していくこととなる<sup>97)</sup>。

93) 木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』117頁(成文堂、1999)は、基本的所有権留保とそれ以外の非典型担保権とを識別するために管財人が投資した労力は、その付加的な報酬として財団の負担に帰すると紹介する。

94) 最判昭56年参照。

95) 中野貞一郎博士も1929年判例を参照しつつ、譲渡担保財産の余剰担保価値は、設定者の破産財団の中で現在化して、これを一般債権者の満足に充てるべきであるとする。中野・前掲注(91)110-111頁参照。

96) 譲渡担保権者は別除権者として処遇を受ける結果、倒産管財人が譲渡担保財産を占有している場合には、譲渡担保財産の処分を受忍しなければならない。この場合、当該財産の公正な処分ひいては妥当な価値の配当がなされることとなる。他方、譲渡担保権者は、処分代金に代償的取戻をすることができる。Vgl. Maria Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl., 2021, § 15. Rn.38.

97) Vgl. Wolfram Henckel/Walter Gerhardt, Jeager Insolvenzordnung Großkommentar, Bd1, 1. Aufl., 2003, § 51 Rn.3.

そして、ドイツ倒産法制定の際、譲渡担保財産も倒産財団を構成することが明文をもって規定されることとなった（ドイツ倒産法 51 条 1 号）。

このような立法の根拠は、譲渡担保権者を倒産手続に引き入れることによって有意義な倒産処理を実現することにあるとされる<sup>98)</sup>。また、いずれにせよ倒産債務者のあらゆる財産が換価されることをもって同 51 条 1 号の趣旨として説明するものもある<sup>99)</sup>。このような説明は概ね 1929 年判例の内容を敷衍したものと評価することができよう。さらには、譲渡担保権は純粋な目的物の譲渡ではなく、質としての経済的実質を有している以上、譲渡担保財産は、あたかも質権者の質物と同様に、譲渡担保権者に完全に帰属するわけではないと解する見解も存在する<sup>100)</sup>。このような見解は、倒産債務者たる譲渡担保設定者側に何らかの権利又は価値が帰属していることを根拠として別除権説を支持するものと評価できる。

## (ii) 所有権留保の別除権該当性

### i) 単純な所有権留保の処遇

我が国では、所有権留保に関しても別除権説が多数説であるが<sup>101)</sup>、他方、ドイツ倒産法は異なる立場を採用する。すなわち、ドイツ倒産法は、単純な所有権留保付売買契約に関しては、これを双方未履行双務契約として処遇する（ドイツ倒産法 107 条）。そして、倒産管財人が履行を選択した場合には、留保売主は、財団債権者として財団から債権を回収し、他方、履行が拒絶された場合には、取戻権限を行使しうる（同 47 条）。

他方、この立法については、所有権留保もその形式にかかわらず、一律に別除権とすべきとの意見も存在していた。それにもかかわらず、ドイツ倒産法が 107 条を規定した趣旨は、単純な所有権留保の場合、契約当事者間の履行は同

98) Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Verlag Kommunikationsforum 1985, Begründung zu 1.1.4.

99) Vgl. Maria, a.a.O., § 15 Rn.38.

100) Vgl. München Kommentar, Insolvenzordnung, Bd1, 4. Aufl., 2019, § 51 Rn.9.

101) 別除権説が多数説であることを指摘するものとして、例えば、園尾＝小林編・注 (57) 285 頁 [山本]。

時に処理することが予定されているからである（ドイツ民法 320 条）<sup>102)</sup>。換言すれば、留保目的物と売買代金債権との間には対価的均衡が存在し、かつ民法もこのような均衡を保護するための措置を設けていることにドイツ倒産法 107 条の趣旨は求められるのである。

## ii) 所有権留保と別除権

これに対して、拡張された所有権留保の場合<sup>103)</sup>や延長された所有権留保の場合、留保所有権者は留保買主の倒産手続において別除権を行使しうるとどまる。また、単純な所有権留保の場合においても、留保売主が売買代金債権と留保所有権を第三者に譲渡した結果、留保所有権の担保としての意味が変容し、譲渡担保権と同列のものとなった場合、第三者は留保買主の倒産手続において別除権を有するにすぎない<sup>104)</sup>。なぜなら、この場合、所有権留保の目的が売買代金債権の担保から他の債権の担保へと変容する結果、留保目的物と売買との間の連結が解消されるからである<sup>105)</sup>。

単純な所有権留保の場合、留保目的物と売買代金債権との間に対価的均衡が存在する。したがって、留保買主について倒産手続が開始した場合、当該目的物に権利はもちろん当該目的物の余剰価値すら典型的に倒産財団に帰属しないと擬制する基礎が存在すると理解することもできる。これに対して、当該留保所有権が売買代金債権以外の債権の担保を目的とする場合、留保目的物と売買との連結はもはや認められない。したがって、留保所有権者と留保買主双方の義務は同時処理すべき関係性にはない。そのため、この場合、留保所有権者を

102) Vgl. Walter Gerhardt/Diederich Eckardt/Peter A. Windel, Jeager Insolvenzordnung Großkommentar, Bd4, 2. Aufl., 2021, § 107 Rn. 74.

103) もっとも、被担保債権のうち売買代金の完済がなされていない場合、留保所有権は別除権ではなく取戻権となる。Vgl. Andreas Schmidt, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Aufl., 2022, § 51 Rn. 13.

104) BGHZ 176, 86ff. これに対して、真正ファクタリング方式の方法によって譲渡がなされた場合、第三者は取戻権を有する。なぜなら、ファクタリングによって譲渡されても留保所有権の性質が異なることはないからである。Vgl. Maria, a.a.O., § 14. Rn. 39.

105) Vgl. München Kommentar, Insolvenzordnung, Bd2, 4. Aufl., 2019, § 107 Rn. 8.

別除権者として保護する必要性が乏しいばかりでなく、留保買主側に留保目的物に権利や余剰価値が帰属しないと擬制する基礎も欠けることとなる。

このような基礎の欠缺及び権利や余剰価値の倒産財団への帰属の可能性が別除権該当性を基礎づけていると理解することも可能であろう。

### iii) 所有権留保と倒産財団帰属性要件

先に述べた通り、所有権留保の別除権該当性は当該契約の内容や譲渡の如何等によって左右されることとなる。もっとも、単純な所有権留保の場合も倒産財団帰属性が直ちに否定されるわけではない。すなわち、単純な所有権留保の場合も留保売主の留保所有権を取戻権と位置付けつつ、倒産管財人の選択権によるコントロールを介在させることによって、留保売主の換価権と倒産財団の充実に調整を図ることとなる<sup>106)</sup>。

したがって、所有権留保の場合、それが原則として取戻権として処遇を受けうるというだけであり、倒産財団帰属性要件が典型的に欠けると評価することはできないであろう。

## 2) 米国連邦倒産法との比較

### (i) 米国連邦倒産法と担保権

米国連邦倒産法は、倒産財団に帰属する財産の解体・清算等を目的とするものであり、倒産財団に帰属する財産に存する担保権は、自動的停止 (Automatic stay) によってその実行を禁止されることとなる。その結果、倒産債務者は、担保目的物の使用収益を継続することができる。他方、担保権者は、適切な保護 (Adequate Protection) の提供を求めることができ、そして、適切な保護を欠く場合等、正当な事由が存する場合、自動的停止の解除を求めることができる。

では、我が国の倒産法はドイツ法を母法とするものであるが、米国連邦倒産法による影響も強く受けている。それでは、米国連邦倒産法は、倒産財団帰属性の問題を如何に検討しているのだろうか。

---

106) 木川・前掲注 (93) 128 頁。

## (ii) 担保目的物の倒産財団帰属態様の分析

米国連邦倒産法における倒産財団帰属性要件を論ずるにあたっては、まずもって統一商法典第9編、いわゆる担保取引 (Secured Transaction) に係る規律を参照する必要がある。そして、第9編によれば、動産を対象とする特定の取引が担保取引に該当するか否かは、当事者間が特定の債権の担保を意図していたか否かに依存し、当該取引の対象となる目的物の所有権の在在は問題とはならないと解される<sup>107)</sup>。では、担保取引との関係において、倒産財団帰属性要件は如何に解釈されているのか。

米国連邦倒産法においては、倒産財団は、倒産手続開始決定当時、債務者に帰属するすべての法律上及びエクイティー上の財産権 (all legal or equitable interests of the debtor in property) 等から構成される (542条 (a))。したがって、例えば、譲渡抵当の場合、債務者の倒産においては、債務者が目的物を受け戻す権利<sup>108)</sup> や担保余剰に対する権利<sup>109)</sup> が倒産財団を構成することとなる。かかる点のみを分析すれば、倒産債務者が「権利」を有しているか否かが倒産財団帰属性の標識となるようにも思える。

もともと、担保目的物の価額が被担保債権の額を超過する場合、換言すれば、余剰価値が存在する場合、既に適切な保護は提供されているものとして、担保権者は適切な保護の欠缺を根拠とする自動的停止からの解除を求めることはできない (362条 (d) (2) (A))。その趣旨は、余剰価値が存在する場合、倒産債務者等の担保目的財産の使用等によって担保権者側が不利益を被ることはないからであるとされる。裏を返せば、担保目的物の余剰価値については倒産財団に帰属し、倒産債務者はこれを活用することができるということである。

すなわち、少なくとも担保目的物の倒産財団帰属性の文脈においては、倒産債務者側に余剰価値が帰属している限り、担保目的物は倒産財団との「連結」

107) ブラッドフォード・ストーン著・渋谷年史訳『アメリカ統一商法典』397頁 (木鐸社、1994) 等。

108) See COLLIER ON BANKRUPTCY ¶ 541.05 (Richard Levin & Henry J. Sommer eds., 16th ed.) .

109) 高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』93頁 (商事法務研究会、1996)。

を解消することはできないのである。

したがって、米国連邦倒産法においては、担保目的物の帰属は、倒産債務者に対する財産権の有無が一義的な標識であるが、余剰価値もまた標識を構成するといえよう。

### (iii) 結論

以上の検討によれば、米国連邦倒産法は、権利帰属説的のみならず、価値帰属説的な発想にも依拠していると評価できると考えられる。

### (3) 既存の判例のとの整合性

不動産・動産の譲渡担保権や所有権留保の場合、権利帰属説と価値帰属説いづれに依拠しようが譲渡担保設定者側に存する受戻権等の物的権利を根拠として、権利帰属説であろうと価値帰属説であろうと倒産財団帰属性要件の充足を肯定できることは先に述べた。では、他の非典型担保権との関係ではどうか。以下、他の類型の非典型担保権に係る判例を分析する。

#### 1) フルペイアウト方式によるファイナンス・リース

最判平 20 年は、リース業者は、リース利用権者の民事再生手続との関係では別除権者として処遇される旨判示する。その判旨において、最判平 20 年は、担保としての機能を有する財産は「リース物件」であると指摘する<sup>110)</sup>。もっとも、フルペイアウト方式によるファイナンス・リースにおいては、リース物件の所有権はリース利用権者に移転することはないため、リース利用権者がリース業者に対してリース物件を担保目的物として供することは不可能である。したがって、同リースにおける担保目的財産はリース物件の利用権と解する見解が有力であり、かかる利用権説及び権利帰属説に依拠する限り、リース物件ではなく、リース利用権が倒産財団帰属財産を構成すると理解するのが論理的な帰結となろう<sup>111)</sup>。

110) リース物件が担保目的物であると理解するものとして、竹下・前掲注 (18) 47 頁、伊藤眞「ファイナンス・リース・ユーザーの会社更生手続における未払リース料債権の法的性質」金法 1428 号 65 頁 (1995) 等。

111) リース利用権説に依拠するものとして、山本・前掲注 (14) 9 頁等。他方、ファイナンス・リースの所有権は、リース業者とリース利用権者双方に分属すると

しかしながら、利用権説には難点が存在する。なぜなら、本見解に依拠する場合、その担保権実行終了時期は、リース業者がリース契約を解除した時点と分析せざるを得ないからである。すなわち、リース業者がリース契約を解除した段階で、リース利用権は担保目的財産として消滅する、換言すれば、リース利用権は、「再生債務者の財産」から逸出するのである<sup>112)</sup>。また、利用権説に依拠した場合、担保権消滅許可請求を用いたとしてもリース物件それ自体の受戻しを肯定することができず、不当であるように思われる<sup>113)</sup>。

## 2) 債権譲渡担保及び手形譲渡担保

手形の譲渡担保権や債権の譲渡担保権に関しては、債務者側には何ら権利が属していない状態となっていると見受けられる。例えば、債権の譲渡担保権に関しては、既に生じ、又は将来生ずべき債権は譲渡担保設定者から譲渡担保権者に確定的に譲渡されることとなる<sup>114)</sup>。

それにもかかわらず、手形の譲渡担保、債権譲渡担保についてはこれを倒産手続上、別除権として処遇するのが一般的な見解であると解される<sup>115)</sup>。かかる結論と権利帰属説とは整合しないのではないか<sup>116)</sup>。むしろ、このような局面に

---

の見解に依拠するのであれば、権利帰属説からもリース物件の倒産財団帰属性を肯定することができよう。

112) フルペイアウト方式によるファイナンス・リースについて、リース業者がリース契約を解除した時点で担保権の実行が完了することを判示する裁判例として、東京地判平成15年12月22日判タ1141号279頁。

113) 山本・前掲注(14)14頁、田原睦夫＝印藤博二「ファイナンス・リースの担保権能に関する法律構成を示した東京地裁判決」田原睦夫『実務から見た担保法の諸問題』314頁(弘文堂、2014)、伊藤眞ほか編著『担保・執行・倒産の現在一事例への実務対応』340-341頁(有斐閣、2014)。

114) 最判平成13年11月22日民集55巻6号1056号、最判平成19年2月15日61巻1号243頁。

115) 手形の譲渡担保について別除権として処遇する旨示すものとして、例えば、名古屋高裁昭和53年5月29日金判562号29頁等。他方、債権譲渡担保について別除権として処遇していると分析しうるものとして、例えば、大阪高決平成21年6月3日金商1321号30頁、福岡高決平成21年9月7日判タ1321号278頁等。

116) もっとも、債権譲渡担保の場合、債権譲渡人側に買戻権が付与される場合があり、これは受戻権と類似の機能を有する。白石大「債権担保法の立法に向けた検討



においても清算ルールを前提として、債務者側に抽象的な余剰価値が帰属するからこそ、倒産財団に「属する」との評価が可能であるというべきではないだろうか。実際、遠藤賢治調査官は、譲渡担保権財産の余剰担保価値が「一般債権者の責任財産に属しないとするのは、譲渡担保権者に過ぎたる権利を付与したことになる」旨指摘しており<sup>117)</sup>、責任財産帰属適格、倒産財団帰属適格として「権利」という形式を絶対的に要求しているわけではない。

#### (4) 倒産法の目的と倒産財団帰属性要件の解釈

非典型担保権においては、債務者側に当該目的物に係る物的権利が帰属するの可否かは必ずしも明らかではない。例えば、所有権留保の場合、留保買主に帰属する物権的期待権についてもこれが純然たる物的権利であるか、それとも彼に帰属する価値に対して物的権利としての形式を付与したに過ぎないのかは必ずしも明確ではない<sup>118)</sup>。また、権利であると構成してもそれが差押可能財産であるのかひいては倒産財団に帰属せしめる程度の権利であるのかについても自明であるとは言えない<sup>119)</sup>。

先に述べた通り、倒産財団帰属性要件充足の有無を検討するにあたっては、純粹民法的観点からのみならず、倒産法固有の合目的な観点も考慮すべきである。では、価値帰属説と権利帰属説のいずれを採用すべきであろうか。以下、倒産法の目的に照らしつつ、簡単な考察を行う。

倒産法の正当性の 1 つは、倒産財団の価値最大化を図りつつ、最大化した価

---

課題] 田高寛貴編著『担保法の現代的課題』31 頁 (商事法務、2021)。したがって、かかる買戻権や取立権限が倒産財団帰属性要件を充足させる余地はある。他方、指名債権を対象とする譲渡担保において、譲渡担保設定者の受戻権を否定するものとして、鳥谷部茂「債権譲渡担保論の批判的検討 (一)」広島 31 卷 4 号 29-30 頁 (2008)。

117) 遠藤・前掲注 (11) 830 頁。田中壯太「判解」最判解昭和 62 年 682 頁も同旨。

118) 竹下守夫『担保権と民事執行・倒産手続』280 頁 (有斐閣、1990) は、目的物の所有権の価値分属を肯定しつつ、留保買主に帰属する条件付所有権はこの価値を法的権利のレベルで表彰したものと説明する。

119) 物権的期待権についてこれが譲渡担保権の対象となるか否かを検討するものとして、松田佳久『物権的期待権の譲渡担保化』3 頁以下 (日本評論社、2021) 参照。

値を倒産債権者に分配することにある<sup>120)</sup>。このような目的を達成するためには、その前提として、倒産手続開始決定時における倒産財団に属するあらゆる財産、権利の現在価値を確定する必要がある。なぜなら、現在価値を起点として、はじめて目指すべき最大価値の定義、そして、これを実現するための手続の選択、実施が可能となるからである。そのためには、各種財産や権利は手続開始段階で差し当たり価値へと転化した、と擬制する必要がある。そうであるとするれば、倒産財団を構成する本質的要素は「財産」や「権利」ではなく、むしろこれらが内包し、そして、手続開始を契機として（擬制ではあるが）実現するに至った「価値」にこそあると解することができよう。

したがって、少なくとも取戻権、別除権の「識別子」たる倒産財団帰属性要件を分析するにあたっては、差し当たり抽象的な余剰価値や使用価値の帰属から分析すれば足りると解するべきである。

## 第5 本稿の結論及び今後の検討事項

以上の検討に基づき、私見は、価値帰属説、つまり、実質的・経済的帰属の観点から倒産債務者への帰属を肯定することができるのであれば、当該財産は「倒産財団に属する」と評価するに足りるものと解する。もっとも、価値帰属説は受戻権や物権的期待権の帰属をもって「倒産財団に属する」との評価を妨げるものではない。すなわち、物的権利の帰属は、経済的帰属の典型的な局面である以上、当然に「倒産財団に属する」との評価を導く。他方、先に述べた通り、倒産債務者に物的権利が帰属していないとしてもこのこと自体は「倒産財団に属する」との評価を否定するものではない。

そして、価値帰属説の依拠する「価値」とは、原則として、抽象的な余剰価値を指す。もっとも、非占有型の担保である場合は抽象的な余剰価値の他、担

---

120) See Thomas H. Jackson, *The Logic And Limits of Bankruptcy Law*, 1986, at 82pp.

また、Jacksonの財産価値最大化理論を紹介するものとして、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』39頁以下（有斐閣、2002）。

保目的物の使用価値（基本的には利用権という形をとるものと考えられる）をも意味すると解する。そして、「抽象的な余剰価値」の実態は、当該権利が「担保」としての性質を有する限り、倒産債務者に帰属する抽象的な価値、換言すれば、具体的な清算義務に転化する前の価値を指す。抽象的な余剰価値は、債権者に帰属する権利が「担保」との評価を受ける限り、倒産債務者に帰属する。他方、使用価値とは、非占有型の担保である限り、倒産債務者に帰属する価値である。したがって、検討会の提言は立法による強制的解決ではなく、現行の倒産法の解釈からも導くことができる正当な解釈を確認したものであると評価できよう。

そして、価値帰属説に依拠する限り、各種非典型担保権の法律構成及び法形式は倒産財団帰属性を否定する要因とはならず、その要件充足性如何において決定的な要素とはならない。なぜなら、債権者に帰属する所有権が「担保」を目的とする限り、倒産債務者側に抽象的な余剰価値が帰属するからである<sup>121)</sup>。

次号では、各種非典型担保権の法律構成、法形式について一定の私見を展開しつつ、価値帰属説の下では各種非典型担保権の担保目的財産はいかなる態様により倒産財団に帰属していると評価しうるのか、各論的な検討をすることを予定している。そして、以上の各論的な検討を前提として、担保権実行中止命令等の終期を以下に解するべきであるか、換言すれば、担保目的物の「再生債務者の財産」該当性を喪失する時期はいつの時点なのか等、分析、検討することとしたい。

本研究は科研費（課題番号：19K13571）の助成による成果である。

---

121) 垣内・前掲注(5) 131頁は、倒産法説に関して、当該見解があくまでも各種非典型担保権が実体法上「担保」として性質決定されていることを前提としている、と分析することも可能であるとする。本稿にいう価値帰属説も譲渡担保権者等に帰属する所有権が「担保」であることを前提とするものである。

