

## 補 足

### 問題

動産譲渡担保が二重に設定された場合、判例のような所有権的構成に従うと、後から譲渡担保設定契約を結んで融資をした債権者は、先に実行手続を行って目的物の現実の占有を取得しても、第一の債権者に負けるか？

### 基本の確認

第一の債権者 $G_1$ が債務者 $S$ （又は物上保証人 $B$ 。以下、簡略化のため繰り返さない）と目的物 $甲$ について譲渡担保権設定契約を結ぶと、判例のような所有権的構成では、 $G_1$ が $甲$ の所有権を取得する。しかも、176条についての判例の解釈（即時移転説とか契約時移転説という）では、 $G_1$ は $甲$ の所有権を直ちに取得し、他人物となった $甲$ を引き続き占有する $S$ は、 $G_1$ の占有代理人として直接占有することになる。逆に言うと、 $G_1$ は、占有改定による引渡しを受け、直ちに間接占有をも取得するのである。

このように、 $G_1$ が178条の対抗要件も備えてしまうと、 $S$ は完全な無権利者となり、 $S$ への（不完全な？）所有権帰属を前提とする二重譲渡は成立しない。第二の債権者 $G_2$ は、無権利者 $S$ からの取得者と構成されざるを得ず、 $G_2$ が譲渡担保権を取得できるか否かは、192条による即時取得の成否にかかってくる。

ところが、判例は、占有改定と即時取得の問題につき、一貫して否定説を採っているから、第二の譲渡担保権設定契約によって占有改定による引渡ししか受けていない $G_2$ は、たとえ $G_1$ の第一の譲渡担保権取得（したがって $S$ がもはや処分権限を持たない無権利者であると言うこと）について善意・無過失であっても、譲渡担保権を取得する余地がない。

### 今回提起された応用問題

それでは、 $S$ に対する $G_2$ の被担保債権の方が、 $G_1$ の被担保債権より先に弁済期が到来し、 $S$ が債務を弁済できなかったために、 $G_2$ が、私的実行によって $S$ から $甲$ の現実の引渡しを受けた場合にはどうなるだろうか。

### 私の最初の答え

譲渡担保権の実行による引渡しも、192条の「取引行為」による占有取得と考えられるから、その時点で善意・無過失等の他の要件も充たせば、 $G_2$ は $甲$ の所有権を即時取得できる。

### 指摘された難点

判例のような所有権的構成では、譲渡担保権の実行は、譲渡担保設定契約時にすでに移転している所有権に基づいて目的物の引渡しを受けることを意味するから、上記のように、 $G_2$ が譲渡担保設定契約時に所有権を即時取得できない以上、「譲渡担保権の実行」とは言えない。言い換えると、実行時に初めて即時取得によって所有権を取得できると解すると、実行はいったい何に基づくものなのかが説明できないのである。

私は、債権契約としての譲渡担保権設定契約に基づく引渡しだと考えてみた。即時取得が否定される結果、 $G_2$ は所有権こそ取得できないもの（つまり物権的には無効）、譲渡担保権設定契約は債権契約としては有効だからである。

しかし、抵当権の実行や質権の実行が、すでに取得された抵当権や質権の効力として構成されていることと対比すると、このような説明には無理がある。譲渡担保権設定契約は、有効な債権に基づいて $G_2$ が占有改定による引渡しを受けるところまでは正当化できるが、物権としての譲渡担保権の実行としての現実の引渡しまでは正当化できない。

このように考えると、どうやら理論的には $G_2$ が $G_1$ に勝てる見込みはなさそうである。

ただ、講義でも述べたように、 $G_2$ が現実の引渡しを受け、 $S$ に対する被担保債権がすでに消滅していると信じていたとすると、おおいに問題がある。たとえば、 $G_2$ について短期取得時効が成立する前に（実行後10年以内）、 $G_1$ から甲につき所有物返還請求を受けると、 $G_2$ は、甲の返還を余儀なくされる。その間に $S$ がすでに無資力になっていたり、 $S$ に対する被担保債権が短期消滅時効にかかっていたりすると、 $G_2$ は大きな損失を受けることになる。 $G_2$ の保護としては、せいぜい $G_1$ の所有物返還請求を権利濫用として否定する余地があるにとどまる（それは具体的状況次第であり、容易には認めがたい）。192条の即時取得の制度趣旨は、取引行為に基づいて善意・無過失で動産の占有を取得した者が被りうるこの種の不利益を回避し、取引の安全を守ることにある。そうだとすると、典型的な192条の適用場面と関係当事者の利益状況についてほとんど違いのない設問の場合において、即時取得の成立を一切認めない上記の結論には、利益衡量上は、なお納得のできないものが残る。

諸君も何か対処方法がないか考えてみて欲しい。