

# 流動財産譲渡担保における設定者の目的財産の処分

堀竹 学

|   |    |
|---|----|
| 一．はじめに.....                               | 4  |
| 二．米国統一商事法典における担保権設定者の処分.....              | 6  |
| 1．米国統一商事法典（UCC）9編（担保付取引）における動産担保権の概要..... | 6  |
| (1) 米国統一商事法典（UCC）第9編320条（物品の買主）の条文.....   | 6  |
| (2) UCCにおける担保権の対象.....                    | 7  |
| (3) UCCにおける担保権の法的構成.....                  | 8  |
| (4) UCCにおける担保権の重複設定.....                  | 8  |
| (5) UCCにおける動産担保権の公示.....                  | 8  |
| (6) 流動動産担保権の設定.....                       | 9  |
| 2．通常の営業の過程における買主の保護.....                  | 9  |
| (1) UCC§9-320の概要.....                     | 9  |
| (2) 「通常の営業の過程における買主」の定義.....              | 10 |
| (3) 禁反言の法理による買主の保護.....                   | 13 |
| 1．通常の営業の過程における買主保護制度の初期草案.....            | 13 |
| 2．1998年の改正と担保権設定者でない売主からの買主の保護.....       | 18 |
| 3．禁反言の法理による買主保護の理論.....                   | 19 |
| 3．プロシーズによる担保権者の保護.....                    | 23 |
| (1) プロシーズの規定.....                         | 23 |
| (2) 金銭プロシーズへの追及.....                      | 26 |
| 4．担保目的債権に対する設定者の取立権.....                  | 28 |
| 三．わが国における流動財産譲渡担保設定者の処分.....              | 31 |
| 1．流動動産譲渡担保における担保権者保護の制度.....              | 31 |
| (1) UCC§9-320の趣旨との関係.....                 | 31 |
| (2) 譲渡担保に基づく物上代位権の行使の可否.....              | 31 |
| 1．過去の裁判例.....                             | 31 |
| (1) 裁判例の概観.....                           | 31 |
| (2) 売却代金債権に対する物上代位.....                   | 32 |
| (3) 賃料債権に対する物上代位.....                     | 34 |
| (4) 保険金請求権に対する物上代位.....                   | 36 |
| 2．学説.....                                 | 37 |
| (1) 肯定説.....                              | 37 |
| (2) 否定説.....                              | 39 |
| (3) 一部肯定説.....                            | 40 |
| 3．私見.....                                 | 40 |
| (1) 譲渡担保権の法的構成との関係.....                   | 40 |
| (2) 譲渡担保権者の優先弁済権の確保の必要性.....              | 42 |
| (3) 設定者に対する処分・使用収益授権と物上代位の可能性.....        | 44 |
| (4) 小括.....                               | 46 |
| (3) 流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使の特別な要件.....       | 47 |

|  |           |
|--|-----------|
| 1. 流動動産譲渡担保の特質 .....   | 47        |
| 2. 過去の裁判例 .....  | 47        |
| 3. 流動動産譲渡担保の法的構成との関係 .....   | 50        |
| 4. 流動動産の固定化の必要性 .....  | 53        |
| 5. 補充義務（担保価値維持義務）との関係 .....  | 56        |
| 6. 小括 .....  | 60        |
| <b>2. 流動動産譲渡担保における設定者の通常の営業の範囲 .....</b>   | <b>61</b> |
| (1) 裁判例 .....  | 61        |
| 1. 最高裁判例 .....   | 61        |
| (1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁（①最高裁判例）   | 61        |
| (2) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁（②最高裁判例）   | 64        |
| 2. 下級審判例 .....   | 66        |
| (1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁（①最高裁判例）の<br>下級審判例（原審；福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁、<br>原原審；宮崎地日南支判平成 16 年 1 月 30 日民集 60 卷 6 号 2511 頁） | 66        |
| (2) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁（②最高裁判例）の下級<br>審判例（原審；福岡高宮崎支判平成 16 年 10 月 29 日金法 1735 号 47 頁、原原<br>審；宮崎地日南支判平成 16 年 6 月 11 日金法 1735 号 57 頁）            | 68        |
| (2) 学説 .....   | 68        |
| 1. 学説の状況 .....   | 68        |
| 2. 流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者<br>の侵害意思を要する説 .....   | 69        |
| 3. 流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどう<br>かを客観的に判断して決する説 .....   | 70        |
| 4. 流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断<br>する説 .....  | 72        |
| (3) 債務者の事業継続のための担保 .....   | 72        |
| (4) 目的物の補充義務（担保価値維持義務） .....   | 75        |
| (5) 後順位譲渡担保設定と通常の営業の範囲 .....   | 78        |
| (6) UCC§9-320(a)およびプロシズ制度による調和との比較 .....   | 82        |
| 1. 物上代位による担保権者保護との関係 .....   | 82        |
| 2. 債務者の事業継続のための担保 .....  | 84        |
| 3. 取引の安全（第三者保護）の観点 .....   | 84        |
| (7) 小括 .....   | 85        |
| <b>3. 延長型流動債権譲渡担保における設定者の取立権 .....</b>   | <b>86</b> |
| <b>4. 流動動産譲渡担保における設定者の権限外の処分の効力 .....</b>  | <b>90</b> |
| (1) 裁判例 .....  | 90        |
| 1. 最高裁判例 .....   | 90        |
| (1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁（①最高裁判例）   | 90        |
| (2) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁（②最高裁判例）   | 92        |

|   |            |
|---|------------|
| 2. 下級審判例 .....  | 93         |
| (1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例) の<br>下級審判例 (原原審; 宮崎地日南支判平成 16 年 1 月 30 日民集 60 卷 6 号 2511<br>頁、原審; 福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁) .... | 93         |
| (2) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁 (②最高裁判例) の下級<br>審判例 (原原審; 宮崎地日南支判平成 16 年 6 月 11 日金法 1735 号 57 頁、原<br>審; 福岡高宮崎支判平成 16 年 10 月 29 日金法 1735 号 47 頁) .....          | 94         |
| (2) 学説.....   | 95         |
| 1. 学説の状況 .....  | 95         |
| 2. 追及効喪失説 .....   | 96         |
| 3. 即時取得説 .....  | 98         |
| (3) 流動動産譲渡担保の法的構成との関係.....  | 100        |
| (4) 集合物動産譲渡登記と工場抵当法 5 条 .....   | 102        |
| (5) 流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲との関係 .....  | 106        |
| (6) UCC§9-320(a)および禁反言の法理による買主保護制度との比較.....   | 107        |
| (7) 小括.....   | 109        |
| <b>四. おわりに.....</b>   | <b>110</b> |

## 一. はじめに

中小企業や個人事業者には、資産として、不動産がなく、動産や債権しか保持してない場合が多くある。また、不動産資産があっても、それを担保に融資を受けたとしても、不動産自体には基本的に変動がないので、その担保価値までしか融資を受けられない。さらに、不動産は、既に担保提供されていたりすることが往々にしてあるので、事業継続のための資金調達には限界がある。そこで、現在、これらの事業者が、資金繰りをスムーズに進めるため、資産が変動する流動動産・債権譲渡担保の活用が期待されている<sup>1</sup>。そして、流動集合動産譲渡担保の目的物は、集合物としての同一性を維持しつつも、その構成部分は変動し、新陳代謝していくことが予定されているものである。そのような性質上、設定者には、通常の営業の範囲内において、個別の動産を集合物から分離して処分する権限が当然に与えられていると解されており、その権限内で行われた処分の相手方は目的物につき完全な所有権を取得することができ、譲渡担保権の追及力はこれに及ばないことになるとされる<sup>2</sup>。

この点について、最高裁判所は、①最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁ではじめて認めた。同判決は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内についての定義を示すことがなかった。しかし、同日なされた最高裁判例である②最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁は、第三者のためにさらに譲渡担保を設定することが、譲渡担保設定者にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分には当たらないと明示している。ただし、同判決も流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について定義を示していない。

これに対し、学説では前記の2件の平成18年7月20日の最高裁判決以前にも、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について定義しようと試みられていた。また、同判決後は、②判決の評釈で、補足的に定義を検討するものもあった。

米国では、統一商事法典(UCC)第9編(担保付取引)320条(a)項において、通常の営業の過程における買主 *buyer in ordinary course of business* は、たとえその購入した動産に担保権が設定されていても、担保権の負担のない権利を取得できるとする。この規定は、UCCにおいて初期融資者の優越の法理<sup>3</sup>の例外の定めである。UCC§9-320(a)が通常の営業の過程における買主という文言を使用し、平成18年の最高裁判決等で示されている通常の営業の範囲内での処分と類似している。このようにUCCが初期融資者の優越の法理の例外として、通常の営業の過程における買主を保護したのは、①担保物件の販売

---

<sup>1</sup> 池田真朗「ABL等に見る動産・債権担保の展開と課題——新しい担保概念の認知に向けて」伊藤進先生古稀記念『担保制度の現代的課題』276頁(日本評論社、2006)。また、同論文277頁以下は、動産担保融資残高や、企業の土地、売掛債権、棚卸資産の金額(そのうち中小企業がいくらかの金額)を掲げ、動産・債権担保の有望性を示されている。

<sup>2</sup> 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁、最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁、我妻榮『担保物権法(民法講義Ⅲ)』666頁(岩波書店、新訂、1968)、加藤一郎＝林良平『担保法大系』698頁〔吉田真澄〕(金融財政事情研究会、第4版、1985)、松井宏興『担保物権法』215頁以下(成文堂、補訂版、2008)。

<sup>3</sup> 森田修『アメリカ倒産担保法「初期融資者の優越」の法理』154頁(商事法務、2005)。なお、同法理はアメリカ動産担保法における初期融資者が債務者からの債権回収において優越的地位を有するとして呼称されているものである。同書4頁。

による収益によって債務者が被担保債権の返済原資を得ることを通じて担保権者の利益にもなること、②取引の安全を図ること、③担保権者の利益はプロシーズ（UCC§9-315）によって図ることにある。

このような UCC が示した考慮は、①②についてはわが国でも学説で既に示されている。しかし、設定者の通常の営業の範囲とは何かについて、③に関連して物上代位制度というプロシーズと類似の制度が存在したりするので、パラレルに考えられるが、比較検討したものがない。さらに、物上代位制度だけでなく、ABL として、流動動産譲渡担保の設定と共に、その動産の売却代金債権に対して延長型流動債権譲渡担保が設定されることがある<sup>4</sup>。この流動債権譲渡担保においても担保権者の利益が強化される。よって、プロシーズ制度と、物上代位制度および延長型流動債権譲渡担保と近似した概念があり、流動財産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を画するのに、UCC と比較することが有用である<sup>5</sup>。そこで、UCC§9-320(a)における通常の営業の買主保護の制度の内容、その趣旨、改正の経緯、その範囲を拡張する禁反言の法理による買主保護の理論についてまず検討してみる。次に担保権者の利益保護を図るプロシーズ制度のあり方についてみる。

その上で、UCC の制度および理論と比較しながら、通常の営業の範囲とは何か、①流動動産譲渡担保が債務者（設定者）の事業継続のための担保であるという観点<sup>6</sup>、②取引の安全の観点、③担保目的動産が売却されても担保権者の一定の保護を物上代位制度によって図れることに着目して、検討してみる。

この検討をするにあたって、延長型流動債権譲渡担保契約による担保権者の保護については、流動債権譲渡担保において設定者が取立権を留保されていることと関連して問題がある。なぜならば、流動債権譲渡担保において設定者が目的債権を受領していない間は、担保権者には現実に債権回収の可能性があり保護されると考えられるからである。他方で、

---

<sup>4</sup> 山口明『ABL の法律実務』3 頁(日本評論社、2011)。

<sup>5</sup> 流動財産譲渡担保における設定者の担保目的財産の処分に関する UCC の先行研究としては、森田・前掲注(3)153 頁以下が挙げられる。ただし、同書は、UCC においてアメリカ動産担保法における初期融資者が債務者からの債権回収において優越的地位を詳細に検討するものであって、流動財産譲渡担保における設定者の担保目的財産の処分に関しては、その法理の例外として UCC§9-320 の概要を紹介するものである。また、同書は同法理の根拠として、UCC§9-315 に基づくプロシーズ制度、債権譲渡担保制度、ファイリング・システムについても詳述されており、本稿のテーマに非常に参考となるものである。しかし、流動財産譲渡担保における設定者の担保目的財産の処分について、これらの制度との関係では検討されていない。また UCC§9-320 の通常の営業の過程における買主の保護についても詳細な検討はされていないので、この点を本稿で明らかにしていきたいと思う。そして、この UCC§9-320 の通常の営業の過程における買主の保護制度との比較を通じて、本稿の主題である流動譲渡譲渡担保における設定者の通常の営業の範囲を明らかにしたいと思う。

また、角紀代恵『受取勘定債権担保金融の生成と発展』73 頁以下(有斐閣、2008)でも UCC において担保権者の取立権が認められる経緯や UCC9 編の公示と第三債務者保護を明らかにしており参考になる。

<sup>6</sup> わが国においては、池田真朗「ABL の展望と課題 ——そのあるべき発展形態と「生かす担保」論」NBL864 号 21 頁以下(2007)、池田・前掲注(1)280 頁が提唱されている考えである。

延長型流動譲渡担保は、ABLとして流動動産譲渡担保と共に設定される流動財産譲渡担保の一部であり、そうであることからすれば、債務者の事業継続のための担保でもある。よって、この延長型流動債権譲渡担保においても、設定者に担保目的債権の取立てを認め、それを被担保債権の原資にするか在庫の仕入れをして事業の継続を認めることが重要である。最一小判平成13年11月22日民集55巻6号1056頁では、流動債権譲渡担保においては、目的債権の取立権限が設定者（譲渡人）に留保されるという流動債権譲渡担保契約における独立の債権的合意であるとされている。しかし、担保目的での集合債権譲渡の場合において、このような目的債権の取立権限留保の合意がないときに、流動動産譲渡担保のように設定者に通常の営業の範囲内での目的債権の取立権限が与えられないのかが問題となる。ここでも、UCCにおける設定者の取立権のあり方を示してから、それを参考に、流動債権譲渡担保における設定者の目的債権の通常の営業の範囲も明らかにしたいと思う。

最後に、流動動産譲渡担保の場合において設定者の目的動産の処分が許される通常の営業の範囲を明らかにしたものを前提に、通常の営業の範囲を超えるか、担保権者から制限された処分権の範囲を超えるという権限外の処分を設定者がした場合の効力をいかに解するか検討する。この問題は、担保権者の保護と第三者の保護（取引の安全）とをいかに図るかという問題と関連し、先に検討したUCC§9-320(a)における通常の営業の買主保護の制度の内容、その趣旨、その範囲を拡張する禁反言の法理による買主保護の理論が参考になるので、ここでも比較してみる。

## 二. 米国統一商事法典における担保権設定者の処分

### 1. 米国統一商事法典（UCC）9編（担保付取引）における動産担保権の概要

#### （1）米国統一商事法典（UCC）第9編320条（物品の買主）の条文

本稿の検討対象の中心となるのはUCC §9-320（物品の買主）である。そこで、まずはこの条文を掲記する<sup>7</sup>。本章でUCC第9編全体の概要を概観して同条の位置を確認したうえで、次節2.通常の営業の過程における買主の保護において、同条の内容を詳しく検討する。

#### 米国統一商事法典（UCC）第9編320条（物品の買主）

(a) [通常の営業の過程における買主] (e)項に別段の定めがある場合を除き、農業経営にかかわる者から農産物を買う者以外の、通常の営業の過程における買主は、たとえ担保権が公示され、買主がその存在を知っている場合であっても、その売主によって物品に設定された担保権の負担のない権利を取得する。

(b) [消費者物品の買主] (e)項に別段の定めがある場合を除き、主として個人、家族、または世帯のために使用する、またはその使用のために物品を購入する者から物品を買う者は、たとえ担保権が公示された場合であっても、その買主が、次に掲げる場合には、その

---

<sup>7</sup> 本条の訳文には、田島裕『UCC コンメンタリーズ 第3巻担保付取引』80頁以下(レクシスネクシス・ジャパン、2009)、田島裕『UCC2001 —アメリカ統一商事法典の全訳—』445頁以下(商事法務、2001)があり、参考にした。

担保権の負担のない権利を取得する。

(1) 担保権について善意であり；

(2) 有償で；

(3) 主として個人、家族、または世帯の目的のために；かつ

(4) 当該物品を対象とする与信公示書の登録の前に買う場合

(c) [(b)項のための登録の効力] (b)項による物品の買主に対する担保権の優先順位に影響を与える限り、売主が住所をもつ管轄地 [州] においてなされた登録の有効期間は、第9編 316条(a)項および(b)項によって規律される。

(d) [源泉または鉱泉の通常の営業の過程における買主] 源泉または鉱泉で、または掘削後に、通常の営業の過程において石油、ガス、またはその他の鉱物を買う買主は、土地に対する負担から生じる権利の負担なしに権利を取得する

(e) [占有担保権は影響されない] (a)項および(b)項は、第9編 313条により担保権者の占有の下に置かれている物品に対する担保権に影響を及ぼさない。

## (2) UCC における担保権の対象

米国統一商事法典 (UCC) が対象としている担保物件は、物品 goods、設備 equipments、権原証券 documents、流通性証券 instruments、動産抵当証書 chattle paper、金銭債権 accounts、一般無体物 general intangibles、投資財産 investment property、金銭 money に分類される<sup>8</sup>。そして、動産である物品でも、UCC では、主には、消費者物品 consumer goods、在庫品 inventory、農産物 farm products の3種類を規定し、それぞれ別に規定されていたりする。例えば、本稿の検討対象である UCC§9-320 (物品の買主) に関する定めについては、それぞれ別の定めになっている。在庫品は UCC§9-320(a)で定められており、消費者物品については、その例外として UCC§9-320(b)で定められている。また、農産物については、食品担保法で規定されている<sup>9</sup>。本稿では、わが国の一般の動産と同様に捉えられる在庫品に関する規定を検討対象にしたいと思う。なお、UCC§9-102(a)(48)では、「在庫品 inventory」は、農産物以外の物品であって、(A)賃貸人である者によって賃貸される物品、(B)売買、リースまたはサービス契約により供与される目的で人により保持される物品、(C)サービス契約により人によって供与される物品、(D)原資材、加工中の仕事または事業の中で使用もしくは消費される資材からなる物品のいずれかを意味するとしている<sup>10</sup>。

---

<sup>8</sup> James J. WHITE & Robert S. SUMMERS, UNITED COMMERCIAL CODE, at 1151 (6th ed. 2010). 國生一彦『改正米国動産担保法』50頁(商事法務、2001)。

<sup>9</sup> UCC§9-320, Official Comment 4 (2014). 1985年のThe Food Security Actの1324条で、通常の営業の過程における買主は、売主が設定した担保権の負担なしに権利を取得するとしている。

<sup>10</sup> 本条の訳文には、田島裕『UCC コメントリーズ 第1巻総則・売買・リース』9頁(レクシスネクシス・ジャパン、2007)、田島『UCC2001 —アメリカ統一商事法典の全訳—』・前掲注(7)445頁以下があり、参考にした。



### (3) UCCにおける担保権の法的構成

次に、UCC§9-202では、委託販売もしくは、口座、動産証書、支払無体物または約束手形の売買に関して別に定められている場合を除き、権利、義務および救済方法に関する第9編の諸規定が、担保権の権原が担保権者にあるか、または債務者にあるかにかかわらず、適用されるとしている。わが国では、譲渡担保に関する権利・義務を検討する際に、その法的構成として、権利移転的構成を採用するのか、担保権的構成を採用するのかで、論理演繹的に解釈しようとする傾向があるが、米国では、わが国のいうところの権利移転的構成を採用しようが、担保権的構成を採用しようが、同一の結論になることが示されており、その法的構成は重要でない<sup>11</sup>。

### (4) UCCにおける担保権の重複設定

また、UCCでは、第9編第3章に公示 perfection および優先順位（原則は、UCC§9-322(a)(1)により、競合する担保権はファイリングまたは公示の早い順に優劣が決められる。）について規定されているように、同一物に対して担保権の重複設定することは可能である。わが国では、最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁において、同一の動産に対して譲渡担保の重複設定すること自体はできるとしているが、その設定は、設定者の通常の営業の範囲を超えるとしている。譲渡担保を重複設定することは債権的権利を与えたにすぎないとも考えられ、その内容を三. 2. (5)で検討してみたいと思う。

### (5) UCCにおける動産担保権の公示

UCCでは、動産担保権の公示について、①担保権者の占有による公示、および②ファイリングによるものの2種類である。後者は、わが国の動産譲渡登記と同じ機能を果たすことになる。前者については、担保権者が占有しなければならず、わが国で認められている占有改定によっては、公示が認められない。わが国では、通常、譲渡担保においては、設定者が占有する間接占有型担保であり、米国でも同様であるが、その場合には、ファイリングによってすることになる。

また、UCCのファイリングでは、UCC§9-501により担保物の所在場所によってファイル地が決定する担保物についても、担保物の所在場所に、何が担保物であるのか、担保物記載としての効力までは広く認められていない。正しく州が選択されていれば、占有場所の記載にかかわらず、ファイリングは有効となる。そもそも担保目的物の所在場所をUCC与信公示書に記載する欄がなく、担保目的物の特定のために用いられていない<sup>12</sup>。わが国の流動動産譲渡担保の成立のための特定基準として、最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁が、設定者の占有の場所的要素をその一つにしているのと対照的である。

---

<sup>11</sup> UCC§9-202, Official Comment 2 (2014). 田澤元章「アメリカ統一商事法典(UCC)の概要」日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズ2000-J-26 37頁(日本銀行金融研究所、2000)。

<sup>12</sup> 森田・前掲注(3)153頁。

## (6) 流動動産担保権の設定

UCC§9-204(a)により、事後取得財産に対し担保権を設定する旨の担保契約は有効であるとする。したがって、わが国での将来取得する動産に対しても流動動産譲渡担保の効力が及ぶとしていることと同様である。また、事後取得財産の公示の効力は、UCC§9-322(a)(1)により、担保権が公示されたときに生じる。わが国でも、動産譲渡登記時または占有改定時に、将来取得する動産の対抗要件を具備するとしていることと同様である。

次に、UCC§9-205(a)(1)(A)により、債務者が担保物の全部または一部を処分することは、担保権が債権者に対し無効または詐欺的であるとはいえないと定めている。これも、わが国において流動動産譲渡担保の設定が有効であることと同様である。

## 2. 通常の営業の過程における買主の保護

### (1) UCC§9-320 の概要

それでは、担保権設定者が担保物の処分をした場合について定める UCC§9-320 ほどのような制度かその概要をみていく。同法同条は、2001年7月に施行されたものである。

本条の規定は、旧 UCC§9-307 で規定されていたものである。本条は、担保権が公示されたとしても、物品の買主が担保権のない所有権を取得することを定めている<sup>13</sup>。また、公示された担保権の負担のない権利を取得できるような買主は、当然、公示されていない担保権の負担のない権利も取得する。また、UCC§9-317(b)は、本条が適用される買主以外にも、担保権の目的となっている有形の動産抵当証券、権原証券、物品、流通性証券、発行証券の買主は、その担保権の存在を知らず、担保権が公示される前に、買主がその代金を支払い、その担保物の引渡しを受ける場合、担保権の負担のない権利を取得している。ただし、この規定では UCC§9-320 と異なり、担保権が公示されている場合には、適用されない。さらに、第2編では、瑕疵があり取り消しうる権原の売主からの物品購入に関する総則を定めている (UCC§2-403)<sup>14</sup>。

担保物が担保権設定後に譲渡されることは、一方で担保物の散逸を招き担保権者を害するが、他方で、販売による収益によって債務者が被担保債権の返済原資を得ることを通じて、担保権者の利益にもなるという面も持っている<sup>15</sup>。これについては、わが国の流動動産譲渡担保においても同様のことがあてはまる。米国の動産担保法では、担保物が譲渡された場合に、譲受人へと帰属が移転した担保物に従来の担保権を存続させるという方法と、新しく債務者に帰属したプロシーズにも担保権を拡張するという方法の2つで、担保権者の利害を守っているとされる<sup>16</sup>。そして、通常の営業の過程における買主は、UCC§9-320(a)が適用されれば、担保権が公示されていたとしても、物品の買主が担保権の負担のない所有権を取得することになるので、担保権者の利益の保護は、前者ではなく、専ら後者で行うことになる<sup>17</sup>。このことは、わが国では、流動動産譲渡担保設定者が担保

<sup>13</sup> 田島『UCC コメントリーズ 第3巻担保付取引』・前掲注(7) 80頁。UCC§9-320 Official Comment 2 (2014).

<sup>14</sup> UCC§9-320, Official Comment 2 (2014).

<sup>15</sup> 森田・前掲注(3)152頁。

<sup>16</sup> UCC§9-315, Official Comment 2 (2014). 森田・前掲注(3)152頁。

<sup>17</sup> UCC§9-315, Official Comment 2 (2014).

権者から許諾された処分権または通常の営業の範囲内で処分された場合に、担保権者の保護としては、その処分代金について流動動産譲渡担保に基づく物上代位を認められれば、米国と比較しても、担保権者の利益の保護が劣るとはいえないのではないであろうか。後に検討してみることにする。

## (2) 「通常の営業の過程における買主」の定義

UCC§9-320(a)で示されていた「通常の営業の過程における買主」の定義については、UCC§1-201(b)(9)で定められている。同規定は、以下のとおりである<sup>18</sup>。

米国統一商事法典 (UCC) 第 1 編 201 条 (一般的定義)

(b) [統一商事法典] 他の編の個別的な条文または章に適用されるその編に含まれる定義に従い、以下の用語は、次のように定めるところによる。

(9) 「通常の営業の過程における買主 *buyer in ordinary course of business*」は、信義誠実に、その者に対する販売が物品に対する第三者の所有権または担保権を侵害するということを知らないで、かつ、質屋以外の、その種類の物品の販売業者から、通常の営業の過程においてその物品を購入する者をいう。もしその者に対する販売が、売主が営む種類の事業における通常のもしくは慣習的慣行、またはその売主自身の通常のもしくは慣習的慣行によるものであるならば、その者は通常の過程で物品を購入している。源泉または鉱泉で石油、ガスまたはその他の鉱物を売る者は、その種類の物品を販売する事業を営んでいる。通常の営業の過程における買主は、現金で、他の財産との交換によって、また担保付もしくは担保なしの信用で買うことができ、また、既存の売買契約により物品または権原証書を獲得することができる。物品の占有を取得する買主または第 2 編により売主から物品を回復する権利をもつ買主のみが、通常の営業の過程における買主であり得る。一括譲渡としてか、金銭債務の担保としてか、または全部もしくは一部の弁済として、物品を取得する者は、通常の営業の過程の買主ではない。

このように、UCC§1-201(b)(9)は、通常の営業の過程の買主を、質屋を除くその種類の販売物品の営業業者からの買主に制限している。したがって、UCC§9-320(a)は、主に在庫担保に適用される<sup>19</sup>。宝石商が宝石を販売したり、洋服屋が洋服を販売したり、自動車販売業者が自動車を販売する等の場合である<sup>20</sup>。その種類の物品の営業業者かどうかをいうのが問題となる場合として、ヨットを営業としてではなく販売した個人所有者が、営業として販売を行なっている仲介業者を通して販売した場合には、同条の適用はないことになる<sup>21</sup>。また、レンタカー会社が、主要な営業が自動車のレンタルで、時々自動車を販売して

<sup>18</sup> 本条の訳文には、田島『UCC2001 —アメリカ統一商事法典の全訳—』・前掲注(7) 7 頁以下、田島『UCC コメントリーズ 第 1 巻総則・売買・リース』・前掲注(10)10 頁があり、参考にした。

<sup>19</sup> UCC§9-320, Official Comment 3 (2014).

<sup>20</sup> WHITE & SUMMERS, *supra* note 8, at 1307.

<sup>21</sup> Kusler v. Cipriotti, 221 N.J.Super. 654, 535 A.2d 567, 5 UCC2d 492(Law Div. 1987).

いる場合に、たとえそのレンタカー会社から同社の在庫自動車を購入したとしても、その買主は、その種類の物品の業者からの買主とはならない<sup>22</sup>。

次に、UCC§9-320(a)は、農業経営に携わっている者からの農産物の買主を除外している。通常の営業の過程における買主は、信義誠実に、その者に対する販売が物品に対する第三者の所有権または担保権を侵害するということを知らないで、通常の営業の過程で物品を買う者として定義される。UCC§9-320(a)は物品に担保権が公示されている場合であっても、買主がその担保権の負担のない権利を取得する。UCC§9-102(b)(9)において、信義誠実に、第三者の担保権を侵害することを知らないで、購入するということは、不明確であるとされている。正確には、信義誠実の要件を付け加えることが一見不明確であるとされている<sup>23</sup>。また、UCC§9-320(a)が定める買主が担保権の存在を知っていても権利を取得することと矛盾するようにも見えるが、これらの要件を注意してみると矛盾しない<sup>24</sup>。担保権の存在を知っていても、担保権を侵害していなければ、UCC§9-320(a)は適用されるのである。担保契約上、売却が侵害にあたる条項があり、それを知ってした買主は、同条同項の適用が否定される<sup>25</sup>。しかし、通常、在庫品の担保権者は設定者に在庫品を自由に完全に販売できるようにしている。したがって、物品の販売は、担保権の存在を知っていても、担保権を侵害しないと信じている買主が存在することになる<sup>26</sup>。

旧 UCC§9-307(1)の規定がそうであったように、UCC§9-320(a)は、通常の営業の過程における買主に対する物品の売主によって設定される担保権だけに適用される<sup>27</sup>。以下のような典型例が挙げられる。まず、A（担保権者）が B（担保権設定者）に担保目的となる動産を売却するに当たり、当該動産に担保権を設定したとする。次いで、その種類の動産の業者でない B が当該動産を C に売却したが、C は A の担保権の存在につき善意であった。しかし、AB 間の担保権設定契約における B は A の同意なく売却しないという条項に反するものであった。さらに、C が D に当該動産を売却したが、D も A の担保権の存在について善意であった。この場合に、D が UCC§1-201(9)の通常の営業の過程における買主であったとしても、C は UCC§9-320(a)が定める担保権を設定した売主ではないので、同条同項の適用がなく、D は当該動産の担保権の負担のない所有権を取得できない<sup>28</sup>。ただし、当該種類の物品を取り扱う業者に物品の占有を黙諾も含め委託している場合には、通常の営業の過程における買主は、UCC§2-403(2)により、担保権の負担のない権利を取得する<sup>29</sup>。このように通常の営業の過程における買主を保護しようとする配

<sup>22</sup> 35 A.D.2d 35, 312 N.Y.S.2d 317, 7 UCC 932 (1970).

<sup>23</sup> WHITE & SUMMERS, *supra* note 8, at 1307.

<sup>24</sup> *Id.* at 1307.

<sup>25</sup> O.M. Scott Credit Corp. v. Apex, Inc., 97 R.I. 442, 198 A.2d 673, 2 UCC 92 (1964), Davis Country Sav. Bank v. Production Credit Ass'n, 419 N.W.2d 384, 5 UCC2d 559 (Iowa 1988), Transamerica Commercial Finance Corp. v. Union Bank & Trust Co., 584 So.2d 1299, 15 UCC2d 412 (Ala.1991).

<sup>26</sup> WHITE & SUMMERS, *supra* note 8, at 1308.

<sup>27</sup> UCC§9-320, Official Comment 3 (2014).

<sup>28</sup> Richard H. Nowka, SECTION 9-320(A) OF REVISED ARTICLE 9 AND THE BUYER IN ORDINARY COURSE OF PRE-ENCUMBERED GOODS: SOMETHING OLD AND SOMETHING NEW, 38 Brandeis L.J 9-11(1999).

<sup>29</sup> UCC§9-320 Official Comment 3 (2014). UCC§9-315 Official Comment 2(2014)でも

慮については、それでは十分でないとい指摘されている。そして、禁反言の法理によってより一層の保護を図ろうとする考えや、そもそも通常の営業の過程における買主に対する物品の売主によって設定される担保権だけに制限しようとする規律を改正しようとする考えがある。これらの考えは、通常の営業の過程における買主を、担保権設定者からの買主に制限するのではなく、担保権設定者からの買主からの転得者にも拡張しようとするものであり、より広く第三者を保護しようとする提言であり、担保権を制限しようとするものである。この点については、担保権設定者の処分権限、第三者の保護のあり方、担保権の制限と密接に関係するので、後に検討する。

UCC§9-320(a)により担保権の負担のない権利を取得できないとする制限は、設定者に販売の処分権が定められていない場合に適用されるものである。担保権者が契約の明文その他の方法で処分権を付与した場合には、同条同項による制限なしに、UCC§9-315(a)に基づき担保権の負担のない権利を取得することになる。さらに、担保権を放棄した担保権者が買主に対して担保権を主張することができない場合、その買主も担保権をの負担のない権利を取得する（UCC§1-103(3)参照）<sup>30</sup>。反対に、設定者の処分権が制限されていた場合には、UCC§9-315(a)に基づき担保権が存続することが前提となり、その例外としてUCC§9-320(a)により買主が担保権の負担のない権利を取得するには、その処分権を制限する担保契約の条項を知らない場合に限られることは前述のとおりである。

通常の営業の過程における買主の定義を定めたUCC§1-201(9)の最終文では、金銭債務の担保として、物品を取得する者は、通常の営業の過程の買主ではないとしている。よって、わが国の後順位権利移転型の担保権設定には、UCC§9-320(a)の適用がないことになる。

担保権者の占有にかかる担保権について、旧UCC§9-307には定めがなく、UCC§9-320において(e)項を新設して定めている。それは旧UCC§9-307(d)を適用する場面の具体例として挙げられているTanbro Fabrics Corp. v. Deering Milliken, Inc., 事件<sup>31</sup>の判例法理を否定したものである<sup>32</sup>。同事件の概要は以下の通りである。織布製造業者のYが織布加工業者と織布の製造販売の契約を締結していた。その契約上、Aがその織布の加工の注文を受けるまで、当該織布をYが占有することになっていた。そして、同時にYがAに有する一切の債権を担保するため、当該織布に担保権が設定されていた。このような状況でAは加工織布でなくYから仕入れた織布の原料そのものの売買契約を同業の織布業者Xと締結した。このように加工業者が同業者に自ら仕入れた原料を売却するということは織布ではよく行われていたことであった。そして、XがAに代金も払っており、その織布原料の引き渡しもAに請求していたが、Xは当該織布に担保権が設定されていることは知っていた。その後、Aの経営不振が明らかになり初めてXはYに対し当該織布の引き渡しを求めたが、Yは担保権を主張してそれを拒んだというものである。裁判所は、XはAの通常の営業の過程における買主として保護し、Yの担保権に基

---

このことは述べられている。

<sup>30</sup> UCC§9-320 Official Comment 6 (2014).

<sup>31</sup> Tanbro Fabrics Corp. v. Deering Milliken, Inc., 39 N.Y.2d 632, 350 N.E.2d 590 (1976)

<sup>32</sup> UCC§9-320 Official Comment 8 (2014). 森田・前掲注(3)155頁以下。

づく主張を認めなかった<sup>33</sup>。

そして、担保物を担保権者が占有している場合、UCC§9-317(b)と共に、通常の営業の過程における買主に、担保権の負担のない物品の所有権を取得することを妨げる。

UCC§9-320 (e)で定める担保権者は、UCC§9-320 (a)または(b)に定める担保権者である。UCC§9-313 は、担保権者が本条本項の目的で占有しているか否かで適用の採否を決定する。UCC§9-313(c)および(h)は、一定の場合には、担保物を第三者が現実占有している場合であっても、担保権者が担保物を占有していると定めている<sup>34</sup>。わが国では、譲渡担保の設定は通常設定者が占有しており、動産譲渡登記をしないのであれば、占有改定で對抗要件を具備するので、本条のような場合は、動産質権において該当するといえる。

### (3) 禁反言の法理による買主の保護

#### 1. 通常の営業の過程における買主保護制度の初期草案

それでは、UCC§9-320(a)の立法の経緯をみていき、通常の営業の過程における買主の保護制度がいかに当該買主を保護しようとしたかを示してみる。また、その保護が十分でないとして、さらなる保護のあり方が提唱されている。特に、UCC§9-320(a)が定める担保権設定者からの買主であることという要件の制定過程、およびその要件に対する考えを示してみる。

旧 UCC§9-307 が、通常の営業の過程における物品の買主が担保権から切断して当該物品の権利を取得することができるとしたのは、2つの根拠があるとされていた。すなわち、第1の根拠は、通常の営業の過程における買主が、債務者が当該担保物の営業者であると信頼していることに求めている。同条で買主が保護されるためには、買主は、その種類の販売物品の営業者から当該物品を購入しなければならない。そして、その買主は、売主が当該物品の完全な売却権限を有すると予期するので、その信頼があるとする<sup>35</sup>。第2の根拠は、在庫物品の担保権者は、債務者が物品を売却するであろうし、また黙示の同意により債務者が担保権の負担のない当該物品を売却する権限を有すると想定していることに求めている<sup>36</sup>。この根拠から、買主の保護は、担保権を設定している者が売主でなければならないという要件が導かれる。なぜならば、担保権者は、債務者が当該売却物品の営業者である場合にのみ、売却を想定しているからである。これに対し、第1の根拠では、売主が担保権を設定していることという要件は必然ではない。それでは、UCCの起草の過程を辿って、起草者の起草理由をみていくことにする<sup>37</sup>。

この旧 UCC§9-307 の通常の営業の過程における買主 *buyer in ordinary course of business* の保護の規則（以下、「*BIOC* 規則」という。）は、UCC 制定の第一仮草案に

<sup>33</sup> 森田・前掲注(3)155頁以下参照。

<sup>34</sup> UCC§9-320 Official Comment 8 (2014).

<sup>35</sup> Commercial Code Article VII §13 Note (Tentative Draft No.1, 1948), reprinted in 4 Uniform Commercial Code Drafts, 295 (Elizabeth Kelly, ed., Fred B. Rothman & Co. 1984).

<sup>36</sup> UCC§9-307 Official Comment 2 (Official Draft 1952), reprinted in 15 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 254.

<sup>37</sup> 以下で検討する UCC の初期草案策定および 1998 年改正の骨子は、Nowka, *supra* note 28, at 13-29 の分析に依拠している。

において示されていたものである。そして、同第一仮草案が、統一トラスト・レシート法（Uniform Trust Receipts Act）、統一割賦販売法（Uniform Conditional Sales Act）に定められていた同様の規定を採り入れ、物品または権原証券の通常の営業の過程における信義誠実の買主は、ファイリングされていたとしても、また買主が担保権もしくは与信公示書を知っていたとしても、在庫リーエンの負担のない当該物の権利を取得するとしていた<sup>38</sup>。また、通常の営業の過程における買主の定義には、現行 UCC§1-201(9)と同様に、その種類の物品または権原証券の販売業者から買わなければならないという要件を含めていた<sup>39</sup>。ここで示されている在庫リーエン inventory lien は、担保権 security interest と同等のものとされていたが<sup>40</sup>、後に 1949 年 9 月の草案では、在庫リーエンから、担保権に変更された<sup>41</sup>。この UCC 制定の草案では、BIOC 規則は、“his seller”と旧 UCC§9-307 (1)の文言で示されている「売主」が担保権を設定していることを要件としていなかったことが指摘されている<sup>42</sup>。

この仮草案において、通常の営業の過程における買主が在庫リーエンの負担なしに当該物の権利を取得できるとするのは、その売主がいかなるリーエンの負担もない物として自由に売却できる権限を有するとの印象を買主が有しているからである。そして、その印象が買主に当該物の完全な権利を取得できるという期待を抱かせるからである<sup>43</sup>。この根拠は、第一仮草案が発表した BIOC 規則の要件からも支持されていた。すなわち、同草案は、買主は、その種類の物品の販売業者から買わなければならないという要件を定めていた<sup>44</sup>。それは、売主にとって、その販売が通常であるか否かとその営業か否かということに関わるものであり、売主がリーエンの設定者としての地位にあるか否かとは関わらないからである<sup>45</sup>。売主のリーエンの設定者としての地位が買主の当該物品の完全な権利の取得の期待に直結するものではないからである。また、その期待は、担保権者が担保物を占有しない場合の担保付取引の性質によるものであり、担保権者の担保物が売却されることの想定や売却の許可とは関係ないものであると考えられていた<sup>46</sup>。

BIOC 規則と通常の過程における買主の定義規則とは第二仮草案でも基本的に修正されないでいた<sup>47</sup>。同第二仮草案でも、第一仮草案と同様に販売業者の販売物品に設定されているリーエンに対し、その販売業者から当該物品を購入する買主の保護を目的とするとさ

---

<sup>38</sup> Commercial Code Article VII §13(1) (Tentative Draft No.1, 1948), reprinted in 4 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 278.

<sup>39</sup> *Id.* §13(2), *supra* note 35, at 278.

<sup>40</sup> *Id.* VII §2(1), *supra* note 35, at 271.

<sup>41</sup> UCC§8-303(1) (1949), reprinted in 8 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 323-324.

<sup>42</sup> Nowka, *supra* note 28, at 15.

<sup>43</sup> *Id.* at 15.

<sup>44</sup> Commercial Code Article VII §13(2) (Tentative Draft No.1, 1948), reprinted in 4 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 278.

<sup>45</sup> Nowka, *supra* note 28, at 16.

<sup>46</sup> *Id.* at 16.

<sup>47</sup> Commercial Code Article VII §312(1) (Tentative Draft No.2, 1948), reprinted in 5 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 139 .

れていた<sup>48</sup>。

1949年5月の草案でも、従前の草案と同じ概要のものであった。同草案は、これまでと同様に“his seller”という文言を含んでいなかった<sup>49</sup>。しかし、同草案のコメントでは、買主が借主（設定者）と共謀したり、その他不誠実な行為をしない限り、融資者を詐欺にかける者の危険をその種類の物品の販売業者からの買主が負うべきでないことを基に BIOC 規則が正当化されるとしている。これは、その種類の物品の販売業者からの買主の保護を基本にはしているが、当該販売業者が債務者であることを想定している<sup>50</sup>。しかし、この規則が買主の保護を図ろうとしたのは、債務者が担保権者から担保目的物の処分授權をされていないのに処分してしまったことを買主に不利益を被らせるべきでないということ根拠にするものであって、債務者により担保物が売却されることを担保権者が想定していることを根拠にするものではなかった<sup>51</sup>。

1949年9月の改正草案では、BIOC 規則は修正された。まず、在庫リーエンが担保権に変更された<sup>52</sup>。次に、担保物の買主は、①融資の借主（設定者）が貸主（担保権者）から担保物の売却の権限を与えられている場合には、どの担保権についても、たとえ担保権が公示されていても、当該担保権の負担のない権利を取得するが、②在庫担保については、たとえ買主が担保契約の条項を知り、借主（設定者）に担保物の売却の権限がなくても、通常の営業の買主は、当該担保権の負担のない物品の権利を取得するとしていた<sup>53</sup>。そして、修正された在庫品の定義では、債務者が製造者、加工者、販売者、または販売物品を保持しているか、販売準備している場合の物品の在庫であるとしていた<sup>54</sup>。したがって、この草案では、在庫物品の買主は融資の借主から買っていることになる。この定めにより、BIOC 規定は、担保権設定者からの買主でなければならないのかということが問題になった<sup>55</sup>。同草案のコメントでは、§8-303(1)は、物品が売却される場合を射程とするものであり、借主（設定者）が貸主（担保権者）のどの請求権の負担もなく自由に通常の営業の過程における買主に売却できる権限を定める§2-405(c)の特別規定であるとしている<sup>56</sup>。よって、同コメントは、BIOC 規則は、担保権設定者からの買主でなければならないという考えに好意的のようであった<sup>57</sup>。

1949年10月の改正草案では、9月の改正草案から、在庫担保について、たとえ借主に担保物の売却の権限がなくてもという文言を削除している。この削除により、BIOC 規則の要件として、売主が債務者であることという要件を除去したものであるとの印象も受

---

<sup>48</sup> *Id.* §312 Notes, *supra* note 35, at 173.

<sup>49</sup> Commercial Code §7-314(1) (Draft May, 1949), reprinted in 8 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 121.

<sup>50</sup> *Id.* at 121-122.

<sup>51</sup> Nowka, *supra* note 28, at 17.

<sup>52</sup> UCC§8-303(1) (1949), reprinted in 8 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 323-324.

<sup>53</sup> *Id.* at 323-324

<sup>54</sup> *Id.* §8-107(4), *supra* note 35, at 481.

<sup>55</sup> Nowka, *supra* note 28, at 18.

<sup>56</sup> UCC§8-303 comment 1 (1949), reprinted in 8 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 324.

<sup>57</sup> Nowka, *supra* note 28, at 18.



けるが、同草案のコメントでは、この変更について言及がなく<sup>58</sup>、そのような結論は確実にないとされる<sup>59</sup>。

1950年春の最終草案試案では、在庫担保において、たとえ担保権が公示され、買主が担保契約の条項を知っている場合であっても、通常の営業の過程における買主は担保権の負担のない物品を取得するとしていた<sup>60</sup>。したがって、買主が担保契約の条項を知っているととしても買主を保護しようとしていることから、借主（設定者）が売主であるという起草者の解釈がまた現れているようであるが、在庫品の定義の修正が疑問の余地を残した<sup>61</sup>。在庫品の定義は、売却のために保持されているか販売準備されている物品として、特に債務者と結び付けられなくなっていた<sup>62</sup>。この定義では、売主が債務者であるかどうかと関わりなく、通常の営業の過程における買主によって購入された物品が、売主の手元の在庫品であれば、BIOC規則が適用できることになる。しかし、同最終草案試案のコメントでは、在庫品の定義規定の修正は、意味の変更をしようとするものではなく、債務者の利用に従って分類するものとした<sup>63</sup>。さらに同コメントは、BIOC規則についても、売主は債務者であるとしていた<sup>64</sup>。

1952年の最初の公式草案では、1950年春の最終草案試案と同様に、通常の営業の過程における買主の売主が債務者であることは、文言上要求されていなかった<sup>65</sup>。しかし、同公式草案のコメントでは、在庫担保の場合には、担保権が設定されている物品であると買主が知っていたとしても、担保権者は債務者が当該物品を売却し、また売却する権限を有すると想定していることを根拠としている<sup>66</sup>。担保権者が在庫品の担保権を取得した場合には、明示またはその他の方法で売却権限が債務者に与えられていなくとも、債務者の担保物の売却の想定は、債務者が営業を継続し、債務を弁済するためという取引の性質上のものであると、起草者は信じていたとされる<sup>67</sup>。しかし、この想定がBIOC規則の唯一の根拠であるならば、通常の営業の過程における買主という要件は不要となる<sup>68</sup>。しかし、BIOC規則に、この要件が維持されているということは、在庫品売買固有の買主の期待を基礎にすることを示していると指摘されている<sup>69</sup>。

---

<sup>58</sup> UCC§8-307 comment 1 (1949), reprinted in 8 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 513.

<sup>59</sup> Nowka, *supra* note 28, at 19.

<sup>60</sup> UCC§9-307(1) (Proposed Final Draft Spring 1950), reprinted in 11 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 262.

<sup>61</sup> Nowka, *supra* note 28, at 19.

<sup>62</sup> UCC§9-109(5) (Proposed Final Draft Spring 1950), reprinted in 11 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 222.

<sup>63</sup> *Id.* at 222.

<sup>64</sup> *Id.* UCC§9-307(1) comment 2(a), *supra* note 35, at 262-263.

<sup>65</sup> UCC§9-307(1) (Official Draft 1952), reprinted in 15 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 253.

<sup>66</sup> *Id.* UCC§9-307 comment 2 (Official Draft 1952), reprinted in 15 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 254.

<sup>67</sup> Nowka, *supra* note 28, at 20.

<sup>68</sup> *Id.* at 20-21. 1 Law Review Commission, Study of the Uniform Commercial Code 241 (1955).

<sup>69</sup> Nowka, *supra* note 28, at 21.

以上のように、すべての草案では、“his seller”という要件は示されなかった。しかし、1954年から1956年のニューヨーク州法律改正委員会のUCCの1952年の公式草案の研究では、BIOC規則における売主が債務者でなければならないのか否かの問題が提起された<sup>70</sup>。そして、UCCの起草者の意思から売主を債務者に限定する考えや、反対に条文の文言に含まれていないことから売主を債務者に限定しない考えも示されていた<sup>71</sup>。同研究報告では、債務者でない者から購入した通常の営業の過程における買主の保護は、UCC§2-403(2)の委託にあたるか否かで判断する。そして担保権者の同意を得て、債務者が第三者にする物品の委託に、通常の営業における買主に担保権の負担のない物品の権利を取得する当該第三者の売却を認めれば十分であると提言している<sup>72</sup>。

そして、この提言を受けて、UCC編集委員会は1956年にBIOC規則を改訂した。

「農業経営にかかわる者から農産物を買う以外の、通常の営業の過程における買主は、たとえ担保権が公示され、買主がその存在を知っている場合であっても、その売主によって物品に設定された担保権の負担のない権利を取得する」と規定されたのである<sup>73</sup>。ここで初めて、“his seller”の文言が使用されたのである。コメントでは、通常の営業における買主の定義が(1)項を在庫担保の場合に制限してしまうので、以前の冒頭の在庫品においてという文言を削除したとしている。そして、その他の変更の理由は、ただ明確化にあるとしており、詳細に示されることはなかった<sup>74</sup>。結局、この変更で、1998年の改正UCC9編の採択まで、UCC§9-307(1)が改正されることはなかった<sup>75</sup>。

しかし、その種類の販売業者が担保物を売却する場合に、その買主の内心に形成される期待を保護するというBIOC規則の制度趣旨があった。そして、担保権設定者が売主であるという要件は、その制度趣旨において機能しないとされる<sup>76</sup>。一方で、1952年の公式草案のコメントで示されたBIOC規則の趣旨は、担保権者は債務者が当該物品を売却し、また黙示の同意により売却する権限を有しているとの想定であった。もし、BIOC規則の趣旨が、この担保権者の想定にあるならば、担保権設定者でない売主からの担保物の買主は、担保権者に劣後することになる。しかし、BIOC規則の趣旨が、担保物の買主の期待であるならば、担保権設定者でない売主からの担保物の買主にBIOC規則が適用されることになる。このBIOC規則には対立する趣旨があり、編集委員のコメントが明確に示されることもなかったことから、“his seller”の要件を維持するのか、担保権設定者でない売主からの担保物の買主にBIOC規則を適用するのか、UCC第9編の改正を研究する委員会によって解決が望まれることになった<sup>77</sup>。

---

<sup>70</sup> 1 Law Review Commission, *supra* note 68, at 242-243.

<sup>71</sup> *Id.* at 243-244.

<sup>72</sup> Law Review Commission, Report Relating to the Uniform Commercial Code 475 (1956).

<sup>73</sup> UCC§9-307 (Recommendation of the Editorial Board 1956), reprinted in 18 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 308.

<sup>74</sup> *Id.* at 308.

<sup>75</sup> UCC§9-307(1) (1958), reprinted in 21 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 439; UCC§9-307(1) (1962), reprinted in 23 Uniform Commercial Code Drafts, *supra* note 35, at 452; UCC§9-307(1) (1972).

<sup>76</sup> Nowka, *supra* note 28, at 25.

<sup>77</sup> *Id.* at 25.

## 2. 1998年の改正と担保権設定者でない売主からの買主の保護

1998年7月に統一法全国会議 National Conference of Commissioners for Uniform State Laws がUCC第9編の改正を承認し、UCC§9-307(1)は、UCC§9-320(a)になった。改正されたUCC§9-320(a)は、「(e)項に別段の定めがある場合を除き、農業経営にかかわる者から農産物を買う者以外の、通常の営業の過程における買主は、たとえ担保権が公示され、買主がその存在を知っている場合であっても、その売主によって物品に設定された担保権の負担のない権利を取得する。」としている。(e)項は、担保物を担保権者が占有している場合、UCC§9-317(b)と共に、通常の営業の過程における買主に、担保権を切断して物品の所有権を取得することを妨げるものである。同項はこの時に新設されたものである。

この改正で、(e)項に関する定め以外で修正された点は、“his seller”が、“the buyer's seller”に変更されただけで、残りの規律は同じ内容である。したがって、担保権設定者である売主からの担保物の買主だけに BIOC 規則が適用され、担保権設定者でない売主からの担保物の買主には BIOC 規則が適用されないままである。担保権設定者でない売主からの担保物の買主に BIOC 規則が適用されるかという問題に言及している者はほとんどなく、わずかに 1996 年 10 月の起草の起草委員会の考えが示されている程度である。そして、起草者はこの点について改正しないことで合意を得たとしているだけである<sup>78</sup>。

売主が担保権を設定していない場合について、その売主からの通常の営業の過程における買主の保護は、UCC§2-403(2)により図ると公式コメントはしている<sup>79</sup>。UCC§2-403(1)によれば、物品の購入者は、その移転者が有していた、または移転する権限を有していたすべての権原を取得する。ただし、制限された権利 interest の購入者は、購入した権利の限度でのみ、その権利を取得するとしている。しかし、UCC§2-403(2)によれば、その種類の物品を取引する商人に物品の占有を委託した場合、その商人に、通常の営業の過程における買主に対し、委託者のすべての権利を移転する権限を与えるとしている。UCC§9-320 の公式コメントで設例として挙げられているものは、通常の営業の過程における買主が、担保権設定者から買い受けた者からさらに買い受けた転得者であった場合である<sup>80</sup>。ここで、UCC§2-403(2)により担保権設定者でない売主からの買主を保護するには、担保権設定者を委託者、担保権設定者からの買受人を商人、その買受人からの転得者を通常の営業の過程における買主と解する必要がある。

しかし、この場合に、UCC§2-403(2)によっては、通常の営業の過程における買主の保護として、十分でないと指摘される<sup>81</sup>。なぜならば、公式コメントの設例とは異なり、担保権設定者がその種類の物品の営業者でない場合には、担保付取引で担保物の種類を扱う営業者に委託することはあまりないからである。しかし、営業者でない担保権設定者は自ら担保物を売却することを望んだとしても、担保契約か担保権者の同意による担保権設定

<sup>78</sup> Alvin C. Harrel, U.C.C. Article 9 Drafting Committee Considers October 1996 Draft, 51 Consumer Fin. L. Q. Rep. 60 (1997).

<sup>79</sup> UCC§9-320 Official Comment 3 (2014).

<sup>80</sup> UCC§9-320 Official Comment 3, Example 2 (2014).

<sup>81</sup> Nowka, *supra* note 28, at 28.

者の処分権が与えられることは通常ない。よって、担保権設定者が担保権者から処分権を求める可能性は低くなる。同様に担保権設定者が担保権者に売却を知らせる可能性も低くなる<sup>82</sup>。もし、担保権設定者は処分が禁止されていることがわかっているが、それでも売却しようとした場合、担保権設定者はたいてい担保権者にその処分禁止に反していることを知られたくないものである。また、もし、担保権設定者は、処分が禁止されていることを知らないならば、担保権設定者はたいてい担保権者に売却を通知する必要があると考えないものである。したがって、担保権者は担保物の売却を知らないことがほとんどである。たとえ知っていたとしても、担保権設定者から当該種類の物品を取り扱う営業者に物品の占有を委託することを担保権者が承認することは考えられない<sup>83</sup>。以上より、UCC§2-403(2)により、物品を設定者から移転された営業者を売主として購入した通常の営業の過程における買主が保護されることはあまり考えられない。

### 3. 禁反言の法理による買主保護の理論

それでは、UCC§2-403(2)でも保護されない担保権設定者でない売主からの通常の営業の過程における買主をどのように保護すればよいであろうか。この点について、UCC§1-103を担保目的物品の通常の過程における買主に適用しようとする考えがある<sup>84</sup>。UCC§1-103(b)は、統一商事法典の個々の規定によって否定されない限り、商慣習法および契約能力、代理関係、禁反言、詐欺、不実表示、強迫、強制、錯誤、破産または他の有効もしくは無効原因に関する法を含むエクイティおよびコモン・ローの諸原理は、本邦の諸規定を補足するとしている。公式コメントでは、担保権者が買主に対し担保権を主張することができない場合、買主は担保権の負担のない権利を取得できるとしており、UCC§1-103を引用している<sup>85</sup>。そして、論者はこの担保権者が買主に対し担保権を主張することができない場合こそ、禁反言の法理が適用される場合であるとする<sup>86</sup>。すなわち、担保権者が担保権設定者に物品の担保権の負担のない権利を移転して売却できる権限を付与したので、物品が購入されたとき、担保権者は担保権に基づいて担保目的物品の優先権を主張できない。このような帰結となる物品の処分権限を有することの状況証拠を担保権者は債務者に表示している。そして、これは、担保権者の表示が債務者からの最初の買主になされていることを示すものである。禁反言の法理が適用できるならば、買主が通常の営業の過程における買主であるかどうかに関係なく、担保権者は、その買主に対して担保権を主張することができないことになる<sup>87</sup>。

行為による禁反言の法理には、不実表示の場合と過失の場合があるが、ここで論じられているのは不実表示の場合である<sup>88</sup>。不実表示による禁反言の法理が適用されるには、5つの要件を充足する必要がある。①重要な事実の不実表示があること、②真実を知って不

---

<sup>82</sup> *Id.* at 28-29.

<sup>83</sup> *Id.* at 29.

<sup>84</sup> *Id.* at 30.

<sup>85</sup> UCC§9-320, Official Comment 6 (2014).

<sup>86</sup> Nowka, *supra* note 28, at 30.

<sup>87</sup> *Id.* at 31.

<sup>88</sup> *Id.* [FN88].

実表示がなされていること、③不実表示の受領者が現実に合理的に真実だと信じていること、④不実表示の受領者がその不実表示に従って行動することを不実表示者が意図していたこと、⑤不実表示の受領者が不実表示に従って行動するのを惹起されたことである<sup>89</sup>。

まず、第1の要件について、担保付取引では、契約で担保権設定者の目的物品の処分権を制限することはできるが、通常は担保権設定者に処分授權される。したがって、担保権設定者に担保物の処分権が存するとの印象を創出しているのは、担保権者であるといえる。実際には担保権設定者の担保物の処分権に制限がされていた場合には、重要な事実にも不実表示がなされていることになる<sup>90</sup>。

登録された与信公示書 *financing statement* が印象の不可欠な要素であるので、買主は担保権を知っており、また真実は印象とは矛盾するということも知っていることと解することも可能である。しかし、設定者からの買主は与信公示書を知っていることによって担保権設定者に担保物の処分権が存するとの印象は影響しないという考えは起草段階から現在まで維持されている。また、与信公示書には、担保権設定者の担保物の売却権限についての条項を通常含んでいない。よって、担保権設定者に担保物の処分権が存するとの印象が真実と矛盾するということを知っていると解することはできない<sup>91</sup>。なお、担保物が在庫品でなく、設備であっても買主の印象に変わりはない。設備であっても売却されることはあり、買主は、売主の権原、占有、使用を見て印象を形成しているからである<sup>92</sup>。

しかし、担保権者も、担保権設定者が担保物品を占有する必要があるため、創出された印象を基に禁反言を用いて買主を保護することは不公正であるとして争うかもしれない。なぜならば、担保権設定者がすべての権利に制限のない占有、使用権を有するという以外のどのような表示も現実的でなく、物品に公示する現実的な手段がないので、同意なしに物品を売却する権限が付与されていないということを買主が知っていることは現実的でないからである<sup>93</sup>。しかし、その前提となっている現実性が的確であるとしても、担保権者とその債務者を選択してしまい、不実表示をし、損失発生リスクを負うかどうか選択できる地位にいる以上、その損失は、有担保融資におけるコストである<sup>94</sup>。さらに、他の表示の実行不可能性は、債務者からの買主に担保権の負担のない物品の所有権を取得させるべき要請を強めるものである。もし真実を開示することができないならば、そのような真実は買主の権利を劣位に置くように用いられるべきでないといわれるのである<sup>95</sup>。

担保権者は、担保権者自身ではなく、債務者によって担保物の処分権限についての不実表示がなされていると主張するかもしれない<sup>96</sup>。しかし、たとえ債務者の不実表示に関して担保権者が正しいとしても、買主に担保権の主張をしているのは、債務者でなく担保権者であるので、検討されるのは担保権者の不実表示についてであるとされる<sup>97</sup>。

---

<sup>89</sup> *Id.* at 32. BLACK'S LAW DICTIONARY (ABRIDGED 10th ed. 2014).

<sup>90</sup> Nowka, *supra* note 28, at 32.

<sup>91</sup> *Id.* at 32-33.

<sup>92</sup> *Id.* at 33.

<sup>93</sup> *Id.* at 34.

<sup>94</sup> *Id.* at 34.

<sup>95</sup> *Id.* at 34.

<sup>96</sup> *Id.* at 34.

<sup>97</sup> *Id.* at 34.

次に、第2の要件である真実を知って不実表示がなされていることについて検討してみる。この要件では、担保権者の真実の認識が、買主の誤った印象の創出についての担保権者の有責性を認めることになる<sup>98</sup>。検討している設例のほとんどの場合に、担保契約は同意なしに担保物の売却を禁止しているので、債務者は担保権の負担のない物品を自由に売却できる権限が与えられていないことを、担保権者は知っている。すなわち、担保権者は買主の印象が真実と異なっていることを知っているとされる<sup>99</sup>。

不実表示の受領者が現実に合理的に真実だと信じていることという第3の要件は、買主の善意にあった。これについては、担保物の売却が禁止されていることを公示するものがないため、買主は債務者に売却権限がないことを知らないのである<sup>100</sup>。ここで、買主が真実を知る根拠は何であろうか。その根拠は担保権者または債務者から担保物の売却が禁止されていることを通知されることである<sup>101</sup>。

それでは、与信公示書とそのindexというUCCの登録が通知となるであろうか。与信公示書は一般的に債務者の担保物の売却権限についての規定を含んでおらず、担保権が存在するという事だけを示している<sup>102</sup>。さらに、UCC§9-502(1)(d)によれば、担保合意がなされるか、または担保権が成立する前に、与信公示書は登録され得るので、担保権の存在すら、登録された与信公示書で分からないこともある<sup>103</sup>。そして、買主に債務者の所在地を確かめ、その地域でのindexを調査することを強いるのは、時間と費用を掛けさせることになる<sup>104</sup>。また、ニューヨーク州法律改正委員会は、売主の売却権限の特別な調査は、実務的に通常ではなく、一般的な実務として要求されれば、営業行為を阻害するとしている<sup>105</sup>。さらに、UCC起草者であるギルモアも、商取引は財産権の複雑な調査をせず、また売却を申込み者の財産の占有を信じてなされることで、信義誠実な購入者は保護されるとしている<sup>106</sup>。したがって、買主は、UCC§2-103(1)(a)に定める商人の場合、事実上正直であり、かつ取引における合理的な商業上の公正取引基準を遵守することである程度に信義誠実であればよく、与信公示書とそのindexというUCCの登録が通知となって悪意になることはないとする<sup>107</sup>。

不実表示の受領者がその不実表示に従って行動することを不実表示者が意図していたことという第4の要件は、買主が証明するのが最も困難なものであるとされる<sup>108</sup>。その困難性は、不実表示が言葉なしに担保権者の行為によって創出された印象であるということにある<sup>109</sup>。禁反言の法理の要件である意図は表示の受領者の合理的な推論を通じて定ま

---

<sup>98</sup> *Id.* at 35.

<sup>99</sup> *Id.* at 35.

<sup>100</sup> *Id.* at 35.

<sup>101</sup> *Id.* at 35.

<sup>102</sup> *Id.* at 37.

<sup>103</sup> UCC§9-502, Official Comment 2 (2014).

<sup>104</sup> Nowka, *supra* note 28, at 37.

<sup>105</sup> 1 Law Review Commission, *supra* note 68, at 228.

<sup>106</sup> Grant GILMORE, *The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase*, 63 *Yale L.J.* 1057 (1954).

<sup>107</sup> Nowka, *supra* note 28, at 38.

<sup>108</sup> *Id.* at 38.

<sup>109</sup> *Id.* at 38.

り得ることになる<sup>110</sup>。

買主は、担保権者の表示が担保権設定者でない売主からの買主に担保物の売却が制限されていないと合理的に推論することを認めるものであるということが出来る。その表示は、担保権設定者に物品の担保権の負担のない権利を自由に移転して売却できる権限を付与したことを認めるという担保権者によって創出された印象であった。この行為は、買主に債務者の当該物品の売却が他の権利を侵害しないことを買主に推論させることを認めても、担保権者が当該物品の売買の事実を知らないために、担保権者がその売買を同意しているという推論を形成するには十分ではない<sup>111</sup>。しかし、担保権者が担保物の売却を予見しているだけでなく、担保物の売却を期待している場合、担保権者の行為によって創出される買主の印象と相まって、買主が担保権者の同意を合理的に推論することは認められる。そして、その推論が認められれば、担保権者の意図が認められることになるとする<sup>112</sup>。

この担保権者の債務者による担保物の売却の期待は、在庫品の場合には存在する。在庫品の担保権設定は、その担保権の性質上、債務者の売却を期待しているものだからである。しかし、設備の場合にも、担保権者は債務者によるその売却の期待を有している。なぜならば、中古設備の売買は、10億ドル市場であるからである<sup>113</sup>。ただし、どの設備品のどの担保権者にも、債務者による担保物の売却の期待があるとはいえない。そこで、論者は十分な中古市場があれば、中古市場による売買の期待を担保権者が有することになるので、禁反言の法理を適用するには、設備担保の場合には、十分な中古市場があることという要件を加えること提唱している<sup>114</sup>。そして、十分な中古市場があるというための要因としては、総売上を中心に中古品によって生み出されているビジネスであること、中古品を専門的に取り扱い、専門誌が中古品売買に向けられているビジネスであることなどが挙げられている<sup>115</sup>。

最後に、第5の要件は、不実表示の受領者が不実表示に従って行動するのを惹起されたことであるが、買主は、物品を他の権利の負担なしに取得していると信じて購入している。それは、買主に対する担保権者の表示によってなされるものである<sup>116</sup>。したがって、買主は表示に従って行為をしているので、この要件を充足することになる。

これらの要件をすべて充足すれば、禁反言の法理が適用されるが、その適用される者は、表示がなされた者とその利害関係人である<sup>117</sup>。そして、利害関係人とは、同一の財産権に対して相互的にまたは承継的に関係する者であると定義されている<sup>118</sup>。したがって、担保権設定者（債務者）からの買主だけでなく、担保権設定者（債務者）の買主からの買主（転得者）にも、禁反言の法理が適用されるのである。

---

<sup>110</sup> *Id.* at 38.

<sup>111</sup> *Id.* at 41.

<sup>112</sup> *Id.* at 41.

<sup>113</sup> *Id.* at 41-42. Nowka は、執筆当時の 1996 年および 1997 年の中古設備市場のデータを示している。

<sup>114</sup> *Id.* at 42.

<sup>115</sup> *Id.* at 42.

<sup>116</sup> *Id.* at 42.

<sup>117</sup> *Id.* at 43.

<sup>118</sup> *Id.* at 43. BLACK'S LAW DICTIONARY (ABRIDGED 10th ed. 2014).

論者がこのように禁反言の法理を適用したのは、担保権設定者でない買主（転売主）からの通常の営業の過程における買主にも、UCC§9-320(a)により保護される通常の営業の過程における買主と等しい要保護性があると考えたことにある<sup>119</sup>。両者は共に、その種類の物品を販売業者から当該物品を購入する者であり、与信公示書のindexの調査をすることは、実益がなく、活発な営業行為を阻害される<sup>120</sup>。また、その売主は、担保物の売却を期待する者である<sup>121</sup>。

結局、担保権者は不誠実な債務者を選択してしまっている。債権者は、取引において誠実であると呼べる程度の債務者を選択すべきであるとされる<sup>122</sup>。また、担保権者は、担保契約の当事者でなく担保物の処分に関する契約条項を知らない買主よりも、債務者の行動を監督しうるとの指摘もある<sup>123</sup>。担保権者も買主も不誠実な債務者からの被害者であるが、その損失を被るべきは不誠実な債務者を選択した担保権者であるとされる<sup>124</sup>。そして、論者は禁反言の法理の適用によって買主を保護することで、UCC§9-320(a)が定める“buyer’s seller”要件が削除される改正の原因となるであろうとしている<sup>125</sup>。

### 3. プロシーズによる担保権者の保護

#### (1) プロシーズの規定

UCC §9-315(a)は、担保権の売買、リース、使用許諾、交換その他の処分がなされても、その担保物に対する担保権または農業上のリーエンは、担保権者がその担保権または農業上のリーエンの負担のない物として処分を許した場合でなければ、その担保物に対して継続するとしている。また、担保権は、担保物の特定可能なプロシーズに付着するとしている。すなわち、担保物の処分がなされた場合、担保権者は担保物に対してもなお担保権を有すると共に、担保物のプロシーズにも担保権を有することとなる。ただし、担保権者が債権の担保として満足を受けられるのは当然どちらか一方である<sup>126</sup>。しかし、UCC§9-320(a)により担保権設定者が通常の営業の過程による売却をした場合には、担保権の負担のない担保物として買主は当該物に所有権を有することになる。したがって、担保権者は担保物のプロシーズの担保権を有するだけになってしまう。

この場合には、担保権者が害されることになるようにも思われるが、UCCは、担保権者の保護は、新規に債務者に帰属したプロシーズにも担保権を拡張するという方法により図ることができると考えていた。ただし、担保権者にプロシーズが与えられていることにより、設定者に担保目的物の処分権が担保権者から授権されているとするものではないとしている<sup>127</sup>。

---

<sup>119</sup> Nowka, *supra* note 28, at 44.

<sup>120</sup> *Id.* at 44.

<sup>121</sup> *Id.* at 44.

<sup>122</sup> *Id.* at 44.

<sup>123</sup> Robert DUGAN, Buyer-Secured Party Conflicts Under Section 9-307(1) of the Uniform Commercial Code, 46 U. Colo. L. Rev. 361 (1974-1975).

<sup>124</sup> *Id.* at 45.

<sup>125</sup> *Id.* at 45.

<sup>126</sup> UCC§9-315, Official Comment 2 (2014).

<sup>127</sup> UCC§9-315, Official Comment 2 (2014).



そこで、UCCにおけるプロシーズ制度は担保権設定者の処分権と密接に関わっているので、分析してみる。

UCC§9-102（定義および定義の索引）の(a)項(64)号では、プロシーズの定義について以下のように定めている<sup>128</sup>。

米国統一商事法典（UCC）第9編102条（定義および定義の索引）

(a) [第9編の定義] 本編において、

(64) 「プロシーズ proceeds」は、第9-609条(b)項で用いられる場合「進める proceed」[という動詞でとして用いられる場合]を除き、次の財産を意味する。

(A) 担保物の売買、リース、使用許諾、交換、またはその他の担保物の処分によって獲得されるもの；

(B) 担保物について取り立てられたもの、または担保物のために配当されたもの

(C) 担保物から生じる権利

(D) 担保物の価額の限度で、損失、不遵守、または担保物の使用妨害、欠陥もしくは権利侵害、または危害から生じる請求権；または

(E) 担保物の価額の限度で、かつ、債務者もしくは担保権者に支払われる限度で、損失、不遵守、または担保物の使用妨害、欠陥もしくは権利侵害、または危害の理由によって、支払われる保険給付金。

そして、UCC§9-315（担保物の処分およびプロシーズに関する担保権者の権利）では、プロシーズに関する担保権者の権利について、以下のように定めている。

米国統一商事法典（UCC）第9編315条（担保物の処分およびプロシーズに関する担保権者の権利）

(a) [担保物の処分；担保権または農業上のリーエンの継続；プロシーズ] 本条および第2-403条(2)項に別段の定めがある場合を除き、

(1) 担保権の売買、リース、使用許諾、交換その他の処分にかかわらず、その担保物に対する担保権または農業上のリーエンは、担保権者がその担保権または農業上のリーエンと切断して処分を許した場合でなければ、その担保物に対して継続する。；そして

(2) 担保権は、担保物の特定可能なプロシーズに付着する。

(b) [混合されたプロシーズの特定可能性] 他の財物と混合されたプロシーズは、次の限度で特定可能なプロシーズである。

(1) プロシーズが物品の形である場合には、第9-336条によって規定される限度；そして

(2) プロシーズが物品でない場合には、関係する種類 type の混合財産に関して、本編以

---

<sup>128</sup> 本条の訳文には、田島『UCC コンメンタリーズ 第3巻担保付取引』・前掲注(7) 11頁以下、田島『UCC2001 —アメリカ統一商事法典の全訳—』・前掲注(7) 404頁があり、参考にした。

外の法律により許された、エクイティの原則を含む追及方法によって、担保権者がプロシーズを特定した限度。

(c) [プロシーズに対する担保権の公示] プロシーズに対する担保権は、もし元の担保物に対する担保権が公示されているときは、公示された担保権である。

(d) [公示の継続] プロシーズに対する担保権は、その担保権がプロシーズに付着した後 21 日目に公示の効力を失う。ただし、次の場合はこの限りでない：

(1) 以下の諸条件が満たされている場合、

(A) 登録された与信公示書が元の担保物を対象としていること；

(B) そのプロシーズが、当該与信公示書を登録された事務所で登録することによって公示されうる担保物であること；そして、

(C) そのプロシーズが、現金売上金と一緒に獲得されたこと；

(2) そのプロシーズが特定可能な現金売上金である場合；または

(3) プロシーズに対する担保権が、その後 20 日以内に担保権がプロシーズに付着した時、(c)項による以外の方法で公示された場合。

(e) [プロシーズに対する公示された担保権が公示されていない担保権になる時] もし登録された与信公示書が元の担保権を対象としている場合、(d)項(1)号により公示された状態を維持しているプロシーズに対する担保権は、次のうち遅い方の時に、公示されない担保権となる。

(1) 登録された与信公示書の効力が、第 9-515 条の期間を徒過するか、または第 9-513 条により解除される時；または

(2) 担保権がプロシーズに付着した時から 21 日。

旧 UCC§9-306(1)には、売却代金、賃料が想定されていたが<sup>129</sup>、現行 UCC§9-102(a)(64)(C)では、担保物から生じる権利を加えたために、範囲が広がっている。これは、経済的等価性に実質的に着目して変形物への価値追及を認める判例<sup>130</sup>の展開を踏まえたものであり、農産物の収穫について設定されていた担保権のプロシーズとして、政府の農産物作付けプログラムの補償金が挙げられる<sup>131</sup>。また、現行 UCC§9-102(a)(64)(E)では権利侵害や物理的損傷による保険金を、現行 UCC§9-102(a)(64)(B)では配当としての現金や株式配当も含まれるようになった。さらに、以前は債務者がプロシーズとなる人的財産を受領していなければならないとしていたが、そのような受領の要件は理由がなく、1999 年改正の起草者はその要件を削除している<sup>132</sup>。

また、UCC のプロシーズは、わが国の民法 304 条に基づく物上代位のように主として債権が目的とされるのではなく、UCC§9-102(a)(64)の定義規定に示すように、(A)(B)(E)により、担保目的物の価値変形物とされるその物を対象としており、範囲が広がっている

---

<sup>129</sup> PRE-REVISION UCC§9-306, Official Comment 2(a) (2014). 森田・前掲注(3)116 頁。

<sup>130</sup> *McLemore, Trustee v. Mid-South Agri-Chemical Corp.*, 41 B.R.369 (Tenn. 1984).

<sup>131</sup> UCC§9-102, Official Comment 5.i (2014).

<sup>132</sup> James J. WHITE, Robert S. SUMMERS & Robert A. HILLMAN, *UNIFORM COMMERCIAL CODE* Vol.4, at 326 (6th ed. 2015).

る。UCC§9-315(a)(2)により、物自体が対象になるので、特定可能であることを要件としているのみで、わが国の民法 304 条ただし書が定める払渡しまたは引渡し前に目的債権を差し押える必要はない。なお、わが国の物上代位制度では、売買、賃貸、滅失損傷により生ずる債権だけが明定されているが、UCC§9-102(a)(64)(A)では、交換契約も定めている<sup>133</sup>。さらに、UCC では、プロシーズのプロシーズも認められている。

## (2) 金銭プロシーズへの追及

次に、プロシーズにより担保権が維持されるための要件として、UCC§9-315(b)により価値変形物に対して特定可能性がなければならないとする。しかし、特定するために、価値変形物を払渡しまたは引渡しの前に差し押えること等を要件とはしていない。ほとんどの場合、プロシーズの特定可能性は容易である。しかし、現金、小切手、その他金銭の支払いから生じる場合には問題となることがある。そして、その金銭が銀行口座に預けられる場合に特に問題である<sup>134</sup>。ここで、金銭のように価値変形物が物品でない場合には、エクイティの原則を含む追及方法によって特定可能であることとしている。金銭に関しては、古くは「金銭に目印なし *money has no earmark*」として、コモン・ロー上は他人が有する金銭に金銭が混和されるとその時点で追及はできないと考えられてきた。しかし、コモン・ローまたはエクイティのいずれにおいても疑問が呈され、追及可能であると考えられている<sup>135</sup>。

この点について、UCC 下でのリーディングケースが *Universal C.I.T. Credit Corp. v. Farmers Bank of Portageville* 事件<sup>136</sup>で、担保目的物の代金が他の資金と混和した後、銀行口座から引き落としがあったという事実だけではプロシーズは特定不可能ではないとする。同事件の概要は以下の通りである<sup>137</sup>。金融業者である X (原告) は自動車販売業者 A と在庫を担保として融資した。その融資契約の内容は、自動車メーカーから A に対する請求書に基づき X が支払いをした場合には、X は A が有する在庫自動車に担保権を取得する。そして、A が当該担保目的物である自動車を販売した場合には、X から A への貸付金に対し、直ちにその販売代金でもって弁済することを求められる。その弁済の方法は、A が Y 銀行 (被告) に開設した小切手口座からの小切手によるものであるとされていた。X は当該担保権についてした与信公示書にはプロシーズについても担保物記載がなされていた。このような状況で、X は A に対し 1969 年 12 月をもって X は A との当該融資契約の更新を拒絶した。そこで、A は Y と謀って、自動車販売代金 16,000 ドルについて振り出された小切手を X に送付しないで、Y に対する借方に記載し、Y に対する貸方勘定 12,000 ドルを相殺し、残り 4,000 ドルについて A は引き出した。これに対し、

<sup>133</sup> なお、UCC§9-102(a)(64)(A)では、リース、使用許諾によるとしているが、対象の範囲としては、わが国の賃貸借とパラレルに考えてよいと思われる。

<sup>134</sup> WHITE, SUMMERS & HILLMAN, *supra* note 132, at 328.

<sup>135</sup> 松岡久和「アメリカ法における追及の法理と特定性 —違法な金銭混和事例を中心に—」『現代における物権法と債権法の交錯』370 頁(1998)、直井義典「UCC における代償物に対する担保権の効力について」徳島大学社会科学研究所 21 号 7 頁以下(2008)に詳しい。

<sup>136</sup> *Universal C.I.T. Credit Corp. v. Farmers Bank of Portageville*, 358 F.Supp.317 (Mo. 1973).

<sup>137</sup> 森田・前掲注(3)58 頁注(39)に紹介されており、参考にした。

Xは自身の担保権が優先し、Yに対してプロシーズの返還を求めて提訴した。裁判所は、担保目的物の代金が他の資金と混和した後、銀行口座から引き落としがあったという事実だけではプロシーズは特定不可能ではないとする根拠として、旧 UCC§9-306(2)の公式コメント 2 を援用している。そのコメントでは、担保権者が金銭プロシーズに対して有する権利は、金銭プロシーズが債務者の小切手口座に入金され、債務者の事業活動の中で引き出された場合には、その金銭の受領者には担保権の負担を負わせるものではないことを原則とする。しかし、詐欺的譲渡によって通常の営業の過程外等で担保権者を害する意図で債務者と共謀して金銭を受領した者に対しては、担保権者はプロシーズの返還を請求できるとしていた<sup>138</sup>。

次に、**Brown & Williamson Tobacco Corp. v. First National Bank of Blue Island** 事件<sup>139</sup>は、設定者名義の銀行口座中の金銭に混和したプロシーズについて、特定可能である限り、その上に担保権が存続するとしている。同事件の概要は以下の通りである<sup>140</sup>。たばこメーカーである X（原告）は、卸売業者と在庫取引とその在庫商品を担保とする融資について契約を締結していた。そして、与信公示書に在庫商品とそのプロシーズは共に担保物記載がなされていた。A は取引の決済のために Y 銀行に小切手口座を開設していた。A の経営が困難となった 1969 年 2 月 17 日に本件口座に 713,586 ドルの残高があったが、そのうち 113,911 ドルは X からの仕入れ品の販売代金であった。同日 X は Y に 250,000 ドルの支払いを求めたが、Y は A の口座の残高不足を理由に支払いを拒絶した。他方で、Y の A の経営者である個人に対する期限未到来の債権等 252,567 ドルと他のたばこメーカーへの支払い等 247,170 ドルを口座から出金した。2 月 24 日に A は倒産し、管財人は、Y に対し 530,000 ドルの返還を求めて提訴したが、100,000 ドルで和解している。X は Y に対し、Y が自らの債権への弁済として引き落としした 252,567 ドルのうち、70,724 ドルは X の商品の販売代金によるプロシーズであるとして返還を求めて提訴した。裁判所は、設定者名義の銀行口座中の金銭に混和したプロシーズについて、特定可能である限り、その上に担保権が存続するとした論拠は、旧 UCC§9-205 は債務者が担保目的物を混和させても、担保権は無効とならないとしていることを述べる。その上で、旧 UCC§9-306(2)は混和が生じた以上、プロシーズ上の担保権は消滅するという起草者の一人であるギルモアの見解<sup>141</sup>を採らず、混和後もプロシーズが特定可能である限りその上に担保権が存続するとしている。そして、その特定可能性は追及可能性で決まり、その追及可能性は一般的に受け入れられている会計学の手法によるとしている。

なお、設定者名義の銀行口座中に混和したプロシーズ とその他の預金の残高が変動した場合には、プロシーズが銀行口座に預金された後、その預金残高の最低となった金額が特定可能性のあるプロシーズとなるという中間最低残高ルールが適用される<sup>142</sup>。例えば、

<sup>138</sup> UCC§9-306, Official Comment 2(c), PRE-REVISION ARTICLE 9(2014).

<sup>139</sup> **Brown & Williamson Tobacco Corp. v. First National Bank of Blue Island**, 504 F.2d 998 (7th Cir. 1974).

<sup>140</sup> 森田・前掲注(3)59 頁注(41)に紹介されており、参考にした。

<sup>141</sup> GILMORE, SECURITY INTEREST IN PERSONAL PROPERTY, at 735-736 (1965).

<sup>142</sup> UCC§9-315 Official Comment 3 (2014), WHITE, SUMMERS & HILLMAN, *supra* note 132, at 328-329. 松岡・前掲注(135)374 頁、直井・前掲注(135)8 頁。

Chrysler Credit Corp. v. Superior Court 事件では、自動車販売業者の在庫担保権は混和によって消滅しておらず、中間最低残高ルールを適用することでそのプロシーズとして追及できる金額を決した<sup>143</sup>。

以上より、UCCにおけるプロシーズは、わが国の物上代位制度のように第三債務者から債務者に払い渡される前に差押えすることが要求されるというものではなく、担保目的物が債権に変形し、その債権が履行され金銭となって一般財産と混和してもなお追及可能であるとしている。

また、米国連邦倒産法 363 条によれば、管財人は、告知と聴聞を経た後に、通常の営業の過程外で、財団所有財産を使用、売却、賃貸することができる ((b)項)。また、通常の営業の過程であれば、自由に財産の使用、売却、賃貸をすることができる ((c)項(1))<sup>144</sup>。このように、管財人に広く処分権を認められているが、担保権者が担保目的物の変形物に対し、プロシーズ制度によって追及をすることが可能であり、ここでもプロシーズにより担保権者の保護がなされている<sup>145</sup>。

これに対し、担保目的財産となっている現金・流通証券・権利証券・証券・預金その他の現金同等物を意味するキャッシュ・コラテラル ((a)項) の使用は、利害関係人が同意したか、または裁判所が告知と聴聞の後に許可をした場合を除き、使用、売却、賃貸をすることは認められない ((c)項(2))。現金は費消しやすく、担保物が消滅するおそれが高く、担保権者が担保物に有する権利を保護する必要があるからである<sup>146</sup>。

#### 4. 担保目的債権に対する設定者の取立権

UCC では、担保目的動産の売却代金債権もプロシーズになることは認められている。そして、担保目的動産が流動動産である場合には、その売却代金債権は担保権となり、わが国の流動債権譲渡担保と同様の構造となる。そこで、UCC における担保目的債権に対する設定者の取立権についての規律をみしてみる。

米国では 19 世紀には、建設業者の請負代金債権を金融機関に担保目的で譲渡することや繊維業者の売却代金債権をファクターに売却することがなされていた。しかし、どちらの場合も第三債務者は、債権の譲渡を通知され、譲受人に支払うように命じられていた<sup>147</sup>。この債権譲渡担保取引はファクタリング型と呼ばれる<sup>148</sup>。これに対し、20 世紀に入ると、非通知型の担保目的の債権譲渡がなされるようになった。アカウント債務者に譲渡通知は行わず、アカウント債務者は債権の譲渡後も譲受人に対し弁済を続けるというもの

---

<sup>143</sup> Chrysler Credit Corp. v. Superior Court, 17 Cal. App. 4th 1303, 22 Cal. Rptr. 2d 37, 23 U.C.C. Rep. Serv. 2d 921 (1st Dist. 1993).

<sup>144</sup> James J. WHITE & G.Eric BRUNSTAD Jr., SECURED TRANSACTIONS, at 177 (4th ed. 2013). ジェフ・フェリル=エドワード・J・ジャンガー『アメリカ倒産法(上巻)』423 頁以下(レクシスネクシスジャパン、2011)、福岡真之介『アメリカ連邦倒産法概説』84 頁以下(商事法務、2008)参照。

<sup>145</sup> 福岡・前掲注(144)203 頁以下参照。

<sup>146</sup> WHITE & BRUNSTAD Jr., *supra* note 144, at 177. ジェフ・フェリル=エドワード・J・ジャンガー・前掲注(144)425 頁以下、福岡・前掲注(144)86 頁以下参照。

<sup>147</sup> 森田・前掲注(3)31 頁以下、角・前掲注(5)91 頁。

<sup>148</sup> 森田・前掲注(3)31 頁。

である。この債権譲渡担保取引はストレート型と呼ばれる<sup>149</sup>。

このストレート型の債権譲渡担保取引は普及していったが、その有効性が問題となり、**Benedict v. Ratner** 事件<sup>150</sup>で、担保目的の債権譲渡において、譲渡人に担保目的財産を処分する権利またはその売得金を利用する権利を留保することは、法律上詐欺的であり無効であると判断された。この事件の概要は以下のようなものであった<sup>151</sup>。カーペット業を営む同族会社である A は、A の副社長の父である Y（被告）から 1921 年 5 月 23 日および同年 7 月 1 日の 2 度に分けて、15,000 ドルずつ合計 30,000 ドルの融資を受けた。その担保として A はその現在および将来の受取勘定債権の一切を Y に提供した。契約において、これらの債権の取立権を A が留保するとされ、A はその回収金を Y が回金請求するまでは自由に使用することができた。また、A は Y に対する会計報告の義務もなく、譲渡対象債権の債務者に対して譲渡通知もなされなかった。ただし、毎月 23 日に A は Y に対し既発生すべての債権のリストを交付することとされていた。5 月から 8 月までの間は、リストの残高は 100,000 ドルから 12,000 ドルで推移していたが、9 月に 9,000 ドルに急落した。そこで、Y は 9 月 17 日に事後の取立てについて回金を求めた。この時、A は支払不能に陥っており、Y もそのように判断していた。A は Y に対し 9 月 26 日までに小切手、約束手形、商業引受手形、合計 12,000 ドル弱をすべて交付した。そして、9 月 26 日に破産が申し立てられ、X（原告）が収益管理人に選任された。Y は X に対して Y に譲渡された債権から回収された金銭の回金を請求した。他方、X は Y に対し 9 月 17 日から 26 日までに Y が交付を受けた債権およびそこから受領した回収金を財団に返還するように求めた。第一審および控訴審共に Y が勝訴した。しかし、最高裁は全員一致で原審の判決を破棄した。特に、ブランドイス判事は担保目的の債権譲渡において、譲渡人に担保目的財産を処分する権利またはその売得金を利用する権利を留保することは、実効的な権原の処分およびリーエンの創出とは相容れないドミニオン留保があるために、詐欺があるとみなされ、無効であるとしている。

そして、**Corn Exchange National Bank and Trust Co. v. Klaunder** 事件<sup>152</sup>では、アカウント債務者に債権譲渡の通知がなされていない以上、担保権設定という資産の移転は生じておらず、債権者（譲受人と称する者）は無担保債権者にとどまると判示した。この事件の概要は以下のようなものであった<sup>153</sup>。A 社が経営不振に陥り、新たに運転資金を借り入れるにあたって、同社の大口債権者らは自身の債権が新たな借入金に劣後することを認めると共に、経営債権者委員会を設立した。その委員会は銀行 X（原告）から必要な資金をその都度融資を受けること、およびその融資の際には担保として A の有する売掛債権を譲渡することを取り決めた。売掛債権の譲渡にあたっては、譲渡は A の帳簿には記録されたが、第三債務者への通知はなされなかった。その後、A に対して破産申立てがなされ、A は破産宣告を受けた。A から X への債権譲渡がなされたのが、破産申立て前 4 ヶ月以内であったので、A の破産管財人である Y（被告）は、その債権譲渡を否認した。

---

<sup>149</sup> 森田・前掲注(3)31 頁。

<sup>150</sup> **Benedict v. Ratner**, 268 U.S. 353, 45 S.Ct. 566 (1925).

<sup>151</sup> 森田・前掲注(3)35 頁、角・前掲注(5)14 頁以下に紹介されており、参考にした。

<sup>152</sup> **Corn Exchange National Bank and Trust Co. v. Klaunder**, 381 U.S. 434 (Pa.1943).

<sup>153</sup> 角・前掲注(5)14 頁以下に紹介されており、参考にした。

裁判所は、その否認を認めた。旧破産法 60 条が定める破産申立て前 4 ヶ月以内になされた財産の移転において、債務者からの善意有償取得者も債権者も他の同順位の債権者に優越するために破産申立て前に完成されていなかった場合には、その移転は破産申立て直前になされたものとみなされる。そして、この債権者が移転時に債務者は支払い不能であると信じる合理的理由がある場合には、破産管財人はその財産の移転を否認することができるとしている。これを通常、善意有償取得者テストと呼ばれている。マリス判事は、この善意有償取得者テストは、財産の移転が先行する債務のためになされた場合にのみ、その移転時期を定めるために用いられるわけではない。よって、財産の移転自体は、現在の約因のためになされた場合であっても、移転時において債務者からの取得者や債権者に対して移転が完成していない場合は、当該移転は破産申立て直前になされたものとみなされ、従前の債務のためになされたものと扱われるべきであると判示した。これに対し、ジョーンズ判事の反対意見がある。債務者は移転時にその見返りを受けているので、本件の移転によって、債務者の財産は減少していない。破産法は支払不能の債務者が破産に至るまで担保提供を行うことによって、融資を受けることを否定するものではない。また、その融資によって債務者の経営が回復するかもしれず、すべての債権者の利益になることもある。よって、財産の移転が破産法 60 条に規定された時期になされた場合でも、その移転が否認の対象になるか否かは、従前の債務のためになされたのか、現在の約因のためになされたのか検討する必要があるとしている。

しかし、その後、ストレート型の債権譲渡担保取引の有効性を維持するために、**Benedict v. Ratner** 事件で債務者に取立権を与える契約を無効とした理論を否定する受取勘定債権法制定の動きが多く州で行われた<sup>154</sup>。そして、債務者に担保目的である債権の取立権も認められ、かつ将来債権譲渡を認める爾後取得財産譲渡条項が全面的に認められるようになっていった。

そして、UCC でもその流れを踏襲し、UCC§9-205(a)(1)は、担保権は、次のことだけを理由として、債権者に対し無効または詐欺的であるとはいえないとして、債務者の担保物の使用または処分の許可を認める合意を有効としている<sup>155</sup>。その使用权または処分権として、(B)に、担保物を取り立てる、和解する、強制する、またはその他の方法で処分することを挙げている。

また、UCC§9-406(a)には、アカウント債務者の（譲渡人への）弁済の抗弁が規定されている。同条同項前段には、アカウント債務者は、満期のきた金額または満期となる金額が譲渡されたこと、かつ、その支払いが譲受人に対してなされるべきであることを記載した正本化された通知を譲渡人または譲受人によってなされ、当該アカウント債務者が受理するまで、譲渡人にその支払いをすることによって、債務を消滅することができることと定められている。これに対し、担保権者がアカウント債務者に当該通知をして、アカウント債務者が受理し、かつ直接アカウント債務者から支払いがなされる場合には、担保権者が債務者にしたリコース・ローンまたはノンリコース・ローンの債権額をそれらの支払いが減少させることになるので、債務者の不履行は担保権者にとりそれほど重要な問題とはなら

---

<sup>154</sup> 角・前掲注(5)95 頁。

<sup>155</sup> UCC§9-204, Official Comment 2 (2014).

ない<sup>156</sup>。

しかし、現代の実務では、このような通知しての融資は通常行われていない。多くの場合、債務者のアカウント債権の譲受人の代理人として、債権が譲渡された後もアカウント債務者から取り立てを続ける<sup>157</sup>。UCC 第 9 編ではアカウント債権の担保付取引は、売買の形態をとっており、権利移転の形式をとっている。UCC§9-318(a)により譲渡人である債務者は当該債権の権利をもはや有していないと定められており、譲受人に債権が確定的に移転している権利移転的構成が採られている。その上で、譲渡人である債務者（設定者）に取立権が債権的合意で授權されている。

そして、UCC§9-607(a)により、担保権者は債務不履行後にアカウント債務者に対し、自らに支払いをするように通知した上（(1)号）で、アカウント債務者に譲渡対象債権の取立てが認められる（(3)項）。また、UCC§9-607(a)(2)では、UCC§9-315 により取得したプロシーズの満足も受けられるとしている。このように、譲渡人（設定者）または譲受人（担保権者）による債権譲渡の通知を当該アカウント債務者が受理していなければ、担保権者は担保目的の譲渡対象債権は権利行使できず、アカウント債務者は設定者に弁済することになる。

### 三. わが国における流動財産譲渡担保設定者の処分

#### 1. 流動動産譲渡担保における担保権者保護の制度

##### （1）UCC§9-320 の趣旨との関係

UCC では、新規に債務者に帰属したプロシーズも担保権を拡張するという方法で、担保権者の利害を守っていることから、UCC§9-320(a)における通常の営業の過程における買主が、担保権の負担のない権利を取得することができた。

わが国においても、流動動産譲渡担保において担保権者から設定者に処分権を契約上付与されていなくても、その担保権の性質上、通常の営業の範囲として処分権を設定者に広く認めると、担保権者の想定に反するので、担保権者の権利を害しないか考慮すべきである。そして、流動動産譲渡担保に基づいて物上代位権を行使することが認められ、その行使要件がそれほど厳格なものでなければ、UCC と同様に流動動産譲渡担保において設定者に通常の営業の範囲として処分権を広く認めることも可能となってくる。

そこで、まずそもそも非典型担保である譲渡担保においても、抵当権等と同様にその権利に基づいて物上代位権を行使することができるかを検討してみる。そして、それが認められるとして、特定動産譲渡担保だけでなく、流動動産譲渡担保に基づいても物上代位権がどのような要件の下に認められるかを検討してみる。

##### （2）譲渡担保に基づく物上代位権の行使の可否

###### 1. 過去の裁判例

###### （1）裁判例の概観

譲渡担保権に基づく物上代位の可否について判断した最高裁判例は、最二小判平成 11

---

<sup>156</sup> WHITE & BRUNSTAD Jr., *supra* note 144, at 389.

<sup>157</sup> *Id.*, at 389.



年5月17日民集53巻5号863頁のみであり、それまでその審級の下級審判例以外には、下級審判決さえも存在しなかった。この問題について、大判昭和8年12月19日民集12巻2680頁は、売渡担保（譲渡担保）の目的物である家屋の焼失により家屋の買主が火災保険金を受け取ったときは、売主はこれに対し右金額より買戻金及び保険料を控除した残額の返還を請求することができる」と判示しており、これが物上代位を認めた先例として引用されることがあるが、この事案は、担保権者（買主）である上告人が、目的家屋について、自己を被保険者（保険金を受け取る権利を有する者）として火災保険契約を締結したものであるから、担保権者（買主）が火災保険金を受け取ることができるのは、火災保険契約の効力として当然のことであり、物上代位とは直接関係がないとされている<sup>158</sup>。

平成11年の最高裁判例は、売却代金債権について物上代位を認めたものである。しかし、同判例の調査官解説では事例判決であるとされている<sup>159</sup>。また、物上代位の目的である目的動産の売却代金債権と被担保債権である目的動産の購入資金の貸付債権とのあいだに密接な関係があり動産売買先取特権と類似するものであったから、物上代位を認めやすかったとするものもある<sup>160</sup>。したがって、同判例が譲渡担保権に基づく物上代位の可否について、一般的理論を示したとはいえない。

その後のものとして、賃料債権に対する物上代位の可否に関する浦和地判平成12年10月31日判タ1085号223頁がある。この判例は、譲渡担保権者が設定者に目的物の使用収益をとどめた案件である。

さらに、近時、保険金債権に対する物上代位の判例として、最一小決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁が示された。この判例は、流動動産譲渡担保に関するものであり、保険金債権に対して譲渡担保権に基づく物上代位は認められるという前提で、専ら流動動産譲渡担保権に基づいて物上代位ができるのはいかなるか場合について判断されているものである。

以下では、譲渡担保権に基づく物上代位について判断された平成11年以降の3件の判例を紹介してみる。

## （2）売却代金債権に対する物上代位

譲渡担保権に基づく物上代位が可否について、唯一判断した最二小判平成11年5月17日民集53巻5号863頁は、信用状発行銀行において、輸入業者Aが破産宣告を受けた後、輸入商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、輸入業者Aが転売した輸入商品の売買代金債権の差押えを申し立てた事案である。その経緯は以下のとおりである。

X銀行（相手方）は、A会社が債権差押命令添付の商品目録記載の各商品（以下「本件商品」という。）を輸入するについて信用状を発行し、平成9年10月24日から同月30日までの間に、Aに対し、米ドル建て約束手形三通（邦貨換算による手形金額合計1092

<sup>158</sup> 河邊義典「判解」曹時54巻6号168頁(2002)、高木多喜男『担保物権法』343頁(有斐閣、第4版、2005)。

<sup>159</sup> 河邊・前掲注(158)175頁。

<sup>160</sup> 山野目章夫「判批」法教234号別冊判例セレクト'99 17頁(2000)、吉田光碩「判批」判タ1014号50頁(2000)。

万 4371 円) の振出しを受ける方法により、輸入代金決済資金相当額を貸し付けた。

そして、X は、各貸付けをするのに伴い、A から、約束手形金債権の担保として、各対応する本件商品に譲渡担保権の設定を受けた上、A に対し、本件商品の貸渡しを行い、その処分権限を与えた。

A は、平成 9 年 10 月 24 日から同年 11 月 11 日までの間に、B 会社に対し、本件商品を売り渡していた。

その後、A は、平成 9 年 10 月 30 日、破産の申立てをし、同年 11 月 12 日、破産宣告を受け、Y (原告人) がその破産管財人に選任された。A は、右破産の申立てをしたことにより、X との銀行取引約定に基づき、前記約束手形金債務について期限の利益を失った。

X は、平成 9 年 12 月 9 日、前記約束手形金債権を被担保債権とし、譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、A の Y に対する本件商品の売買代金債権の差押えを申し立てた。大阪地方裁判所は、同月 10 日、X の申立てを認め、譲渡担保権に基づく物上代位として、債権差押命令を発付した。この決定に対して、Y から執行抗告がされたが、大阪高裁は棄却した。そこで、Y は最高裁に許可抗告をしたのが本件である。

最高裁は、「信用状発行銀行である相手方は、輸入商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された輸入商品の売買代金債権を差し押さえることができ」、このことは債務者である訴外 A が「破産宣告を受けた後に右差押えがされる場合であっても異なるところはないと解するのが相当である。」として、譲渡担保権に基づき物上代位できる論拠を特に示すことなく、その行使を認めた上で、原審の判断は正当として許可抗告を棄却している。

そこで、この最高裁判例の原審である大阪高決平成 10 年 2 月 10 日金判 1046 号 40 頁を見てみると、「譲渡担保権は、破産手続においては別除権として扱われるものであり (会社更生手続と譲渡担保につき最高裁昭和三九年 (オ) 第四四〇号同四一年四月二八日第一小法廷判決民集二〇卷四号九〇〇頁参照)」、として、譲渡担保権の法的構成について、担保権的構成として捉えているように考えられやすい<sup>161</sup>。そして、譲渡担保権を担保権と捉えることから、担保目的物の売却により生じた代金債権を差し押えて物上代位権を行使することができるというべきであるとしている。しかし、最高裁判例は、譲渡担保権の法的構成について、所有権構成を基本にはしているが、個別の問題の性格によって担保目的という実質を考慮した修正を施しているとの指摘もある<sup>162</sup>。したがって、この判例が、譲渡担保権の法的構成について担保権的構成を採用したことから、譲渡担保権に基づく物上代位の行使を認めたものであるとは必ずしもいえない。

次に、「原告人は、譲渡担保設定契約において代位物に対する優先的権利を認める旨の特約がない以上、物上代位は認められるべきではないと主張するが、譲渡担保権は目的物の交換価値を支配する権利であり、これを認める旨の特約の有無の如何を問わず、民法三〇四条の適用を認めるのが相当である。また、原告人は、本件においては、破産会社が担保目的物の処分を許されており、処分した場合の売掛債権につき相手方は譲渡担保の予約

<sup>161</sup> この原審の判例評釈である堂園昇平「判批」銀法 81 頁は、判例は、譲渡担保権の法的構成について、担保権的構成がほぼ確立しているとされる。

<sup>162</sup> 松岡久和「判批」法教 232 号 112 頁以下。

をするなどの特別の保全措置を講じていないのであるから、担保目的物に対する追及権を放棄していたものと解すべき旨主張するが、抗告人主張の事情だけでは、直ちに相手方が担保目的物に対する追及権を放棄したものであるということとはできない。」として、予め売却代金債権の優先権を保全するような措置をしていないことから、譲渡担保権者が担保目的物の代替物に対する追及権を放棄したものであるとはいえないとしている。

### (3) 賃料債権に対する物上代位

賃料債権に対する物上代位については、下級審判決1件であるが、浦和地判平成12年10月31日判タ1085号223頁がある。同判例は、X会社(原告)が、主位的には、訴外AからAの所有に係る第三者に賃貸中の建物について譲渡担保権の設定を受けたことによって、予備的には、Aから債権譲渡を受けたことによって、それぞれ本件建物の賃借人に対する賃料債権を取得したと主張して、その一部の賃借人であるY(被告)に対し、Xが取得したという当該部分の賃料の支払を求めている事案である。以下では、本稿の論点である譲渡担保権に基づく物上代位の可否に関連する主位的請求のみ示すことにする。

Aは、本件建物を所有していたところ、本件建物のうち、以下の賃貸部分を以下の契約日に以下の賃料(月額)で被告に賃貸していた。

① 賃貸部分 1階102号室(約46.9平方メートル)

契約日 平成3年1月20日

賃料 14万円

② 賃貸部分 1階103号室(約46.9平方メートル)

契約日 平成2年12月24日

賃料 14万円

③ 賃貸部分 2階202号室(約39.6平方メートル)

契約日 平成2年12月24日

賃料 6万5000円

次に、Xは、平成2年10月1日、Aとの間で、Aに対する債権を担保する目的で本件建物の所有権の移転を受ける旨の譲渡担保契約(以下「本件譲渡担保契約」という。)を締結し、平成3年2月6日、当該譲渡担保を原因とする所有権移転登記を経由していた。ただし、平成10年8月19日、本件建物の競売手続において、第三者がこれを買い受けるに至ったため、原告の譲渡担保権は消滅した。

Xの本訴請求は、Xが本件建物に譲渡担保権の設定を受けた日の後である平成6年3月1日から当該譲渡担保権が消滅した日の前日である平成10年8月18日までの間の本件建物の前記賃貸部分の賃料債権(以下「本件賃料債権」という。)であって、その額は、計算上、合計1848万5321円となる。

そこで、Xは、賃貸中の建物について譲渡担保権が設定されたときは、当該建物の所有権が譲渡担保権者に移転するのに伴い、賃貸人の地位も譲渡担保権者に移転するものであって、賃貸人の地位の移転は、当該建物の所有権移転登記をもって対抗し得るものであるから、本件賃料債権も、本件譲渡担保契約に伴い、Aから原告に移転し、本件譲渡担保契約を原因とする所有権移転登記を経由したことによって、これを被告に対抗することができる」と主張している。そして、仮に譲渡担保権の効力を担保機能に限定するとしても、抵

当権に基づく物上代位権の行使として賃料債権の取得を認めるのが判例であるから、譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として本件賃料債権を取得し得るところ、Xは、物上代位権の行使としての本件賃料債権の差押えを申請したが、申請を却下されたため、その代わりに、Aに対する債務名義に基づき本件賃料債権の差押えをしているから、この点においても、本件賃料債権はXが取得しているものというべきであると主張している。

これに対し、Xは、本件建物の譲渡担保権者にすぎず、譲渡担保権の実行によって本件建物の所有権を確定的に取得した場合はともかく、その実行に至らなかった本件においては、Xは、譲渡担保権者として、当然に本件建物の使用収益権能を取得するわけではなく、本件賃料債権も取得していないとYは主張している。

浦和地裁は、「本件譲渡担保契約に伴い、本件賃料債権を取得したと主張するが、譲渡担保権は、譲渡担保権者に目的物の使用収益を委ねる場合は格別、その使用収益が譲渡担保権設定者にとどめられている場合には、当該目的物が譲渡担保権の設定当時第三者に賃貸中であつたとしても、その後も、譲渡担保権設定者において、第三者に賃貸し続けて目的物を使用収益し得るものと解されるのであって、譲渡担保権の設定によって、目的物の使用収益を譲渡担保権設定者にとどめる形態であつたにもかかわらず、譲渡担保契約の締結によって、直ちに譲渡担保権者が賃料債権を取得することになるという原告の主張は採用し得ない。」として、まず譲渡担保権者の賃料債権の取得を否定する。

その上で、本稿の論点である譲渡担保権に基づく物上代位について、「第二に、抵当権に基づく物上代位権の行使として抵当不動産の賃料債権の取得が認められていることから、譲渡担保権についても、物上代位権の行使として賃料債権の取得が認められるべきところ、現在の執行実務では、譲渡担保権に基づく差押えが認められていないことから、原告は、Aに対する債務名義に基づき、被告に対する賃料債権を差し押さえているので、これによって、本件賃料債権は原告が取得したことになる旨主張するが、抵当権に基づく物上代位権の行使として抵当不動産の賃料債権の取得が認められていること（最高裁平成元年一〇月二七日第二小法廷判決・民集四三卷九号一〇七〇頁、最高裁平成一〇年一月三〇日民集五二卷一号一頁参照）、また、原告の主張とは異なり、現在では、譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として目的物の交換価値の変形物に対する差押えが認められる場合もあること（最高裁平成一一年五月一七日第二小法廷決定・民集五三卷五号八六三頁参照）は否定し得ない。」として、賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位、および売却代金債権に対する譲渡担保権に基づく物上代位に関する最高裁判例を挙げ、それらについて物上代位が認められることを示している。

しかし、「譲渡担保権の目的物の果実についてまで直ちに物上代位権の行使が可能であるか否かについては、特に目的物の使用収益を譲渡担保権設定者にとどめる形態の譲渡担保権においては、慎重に検討されるべき問題であつて、譲渡担保権設定者が目的物を使用収益し得る場合の対価である賃料について譲渡担保権者による物上代位権の行使を認めることは、当該譲渡担保権の形態に矛盾するものといわなければならないばかりでなく、そのような場合には、目的物の使用収益を譲渡担保権設定者から奪い、譲渡担保権者に委ねる形態の譲渡担保権を設定することも可能なのであるから、仮に譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として目的物の賃料債権の取得が一般的に認められるとしても、目的物の使用収益を譲渡担保権設定者にとどめる譲渡担保権においては、その契約締結に際して、譲

譲渡担保権者において、譲渡担保権設定者の目的物の使用収益の対価については、物上代位権を行使しない旨あるいはこれを放棄する旨の了解があると解するのが相当であって、その対価である賃料についても物上代位権を行使する余地はなく、原告の右主張も、これを採用することができない。」として、目的物の使用収益を譲渡担保権者に委ねる形態の譲渡担保権を設定することも可能であるにもかかわらず、それをしなかったのであるから、譲渡担保権者において、賃料債権については、物上代位権を行使しない旨あるいはこれを放棄する旨の了解があると解されることを論拠に、賃料債権に対する譲渡担保権に基づく物上代位を否定している。

#### （４）保険金請求権に対する物上代位

近時示された最高裁判例である最一小決平成 22 年 12 月 2 日民集 64 卷 8 号 1990 頁は、保険金請求権に対する流動動産譲渡担保に基づく物上代位の事例である。保険金請求権について、譲渡担保権に基づく物上代位を認める記述がわずかにあるので本稿でも簡単に紹介する。

本件は、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権者が、譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、担保の目的である養殖魚の滅失により譲渡担保権設定者が取得した共済金請求権の差押えの申立てをした事案である。本件の経緯等は次のとおりである。

X（抗告人）は、魚の養殖業を営んでいたものであり、平成 20 年 12 月 9 日および平成 21 年 2 月 25 日、Y（相手方）との間で、本件養殖施設および本件養殖施設内の養殖魚について、Y を譲渡担保権者、X を譲渡担保権設定者とし、Y が X に対して有する貸金債権を被担保債権とする譲渡担保権設定契約を締結した。その設定契約においては、X が本件養殖施設内の養殖魚を通常の営業方法に従って販売できること、その場合、X は、これと同価値以上の養殖魚を補充することなどが定められていた。

平成 21 年 8 月上旬ころ、本件養殖施設内の養殖魚 2510 匹が赤潮により死滅し、X は、A 共済組合との間で締結していた漁業共済契約に基づき、A に対し、同養殖魚の滅失による損害をてん補するために支払われる共済金に係る漁業共済金請求権を取得した。X は、上記の赤潮被害発生後、Y から新たな貸付けを受けられなかったため、同年 9 月 4 日、養殖業を廃止した。

そこで、Y は、同年 10 月 23 日、本件譲渡担保権の実行として、本件養殖施設及び本件養殖施設内に残存していた養殖魚を売却し、その売却代金を X に対する貸金債権に充当した。

Y は、平成 22 年 1 月 29 日、熊本地方裁判所に対し、上記の充当後の貸金残債権を被担保債権とし、本件譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、本件共済金請求権の差押えの申立てをした。同年 2 月 3 日、熊本地方裁判所は、同申立てに基づき債権差押命令を発付した。これに対し、X は、本件共済金請求権に本件譲渡担保権の効力は及ばないなどとして、上記命令の取消しを求める執行抗告をした。

原審である福岡高裁は、X が本件共済金請求権を取得したことは通常の営業の範囲を超えるもので、本件譲渡担保権の効力は本件共済金請求権に及び、Y は、養殖魚が滅失した時点以降、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができるとして、X の執

行抗告を棄却した。そこで、Xは最高裁に許可抗告をした。

この点、最高裁は、「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権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。」として、流動動産譲渡担保は、担保目的物である集合動産を構成するに至った動産の価値を担保として把握するものであり、担保権の側面を示した上で、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶとしている。しかし、その他の論拠については示していない。

原審である福岡高決平成22年3月17日金判1356号14頁は、「譲渡担保が担保としての実質を有していることに照らし、譲渡担保の目的物が何らかの事情により金銭等に変形した場合には、譲渡担保権者の利益を保護するため、譲渡担保は当該代替物である金銭や債権の上に存続するものと認めるのが相当であり、本件譲渡担保権は、前記目的物の売却により消滅したとは認められず、前記目的物の売却前に発生した代替物である漁業共済金請求権の上に（集合物譲渡担保の特質から物上代位ができる時期については別途考慮しなければならない点は別として）存続しているものというべきである。」として、漁業共済金は、譲渡担保の目的物の代替物であり、譲渡担保が担保としての実質を有していることに照らし、それにも譲渡担保権の効力が及んでいるとしている。

なお、この判断以降の記述は、最高裁が集合動産譲渡担保特有の議論を判断したものである。「もっとも、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契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。」として、設定者は目的動産の営業の継続があれば、その集合動産譲渡担保の性質上、保険金債権について集合動産譲渡担保の物上代位性を否定している。なお、「上記事実関係によれば、相手方が本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点においては、抗告人は目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、抗告人において本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかったというべきであるから、相手方が、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができることは明らかである。」として、本件では設定者は目的動産を用いた営業の継続がないので、物上代位を認めている。

## 2. 学説

### (1) 肯定説

学説の多数といえるのが、肯定説であるが、その論拠として、譲渡担保権の法的構成について、担保権的構成説に立脚し、譲渡担保権の実体が担保権である以上、価値権的追及

権として当然に物上代位性が承認されることになるものがある<sup>163</sup>。この立場が通説といえる<sup>164</sup>。この見解を採る論者は、譲渡担保権の法的構成について、所有権的構成に立脚すれば、物上代位権は所有権に対する制限物権である権利（価値権的追及権）であるが、所有権にはこのような権利は与えられていないことから、物上代位を認めるのは理論的に困難であるとされる<sup>165</sup>。このように通説は、譲渡担保権の法的構成から論理演繹的に結論を導いている。

これに対し、譲渡担保権の法的構成について、たとえ所有権的構成に立脚しても、個別問題の性格によって担保目的という実質を考慮した修正を施せば<sup>166</sup>、譲渡担保権に基づき物上代位を認めることも可能である。したがって、譲渡担保権の法的構成によって、論理必然的に譲渡担保権に基づく物上代位の可否の結論が決まるのではないとするものもある<sup>167</sup>。

そして、譲渡担保権に基づく物上代位の可否について、実質的な衡量によって決すべきであるとする<sup>168</sup>。その衡量として、以下の点が挙げられている。

まず、所有権移転の法形式を譲渡担保権者が選択していることから、譲渡担保権に基づく物上代位を否定する点については、①所有権移転型の非典型担保である仮登記担保に物上代位が法定されていることとの比較、②所有権者は、違法処分者に対する単なる債権者となって優先権を主張できないというように保護が弱いことの問題を挙げられる<sup>169</sup>。

次に、譲渡担保権に追及効があることから、物上代位を否定するとの考えに対しては、善意取得（民法 192 条）や処分授權による転得者への追及効が遮断される場合には有用でないとされる。そして、第三者への引渡によって消滅する動産先取特権（民法 333 条）と同様、このことゆえ物上代位権による保護が必要になるとされる<sup>170</sup>。

さらに、売却代金債権について譲渡担保予約をしておくことで譲渡担保権者は自衛できるので、譲渡担保権に基づく物上代位を認める必要がないという考えに対しては、譲渡登記を利用せず、かつ第三者が不特定の場合については、譲渡担保権者は代位債権について

---

<sup>163</sup> 米倉明『譲渡担保』30頁(弘文堂、1978)、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権法』304頁、305頁(成文堂、第2版補訂、2007)、近江幸治「判批」ジュリ臨増1179号78頁(2000)、石田穰『担保物権法』678頁(2010)など。

<sup>164</sup> 近江「判批」・前掲注(163)78頁は、譲渡担保権の法的構成について、設定者留保権説（一般には担保権的構成に分類される。近江『民法講義Ⅲ 担保物権法』・前掲注(163)294頁以下、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』522頁以下(東京大学出版会、第3版、2005)など。ここでは、近江教授は、所有権的構成と担保権的構成の中間に位置するとされている。)に立脚すれば、道垣内・後掲注(173)308頁以下が提唱する物上代位性を否定する見解になるとされている。

<sup>165</sup> 近江「判批」・前掲注(163)78頁。

<sup>166</sup> 田井義信ほか『新 物権・担保物権法』353頁〔松岡久和〕(法律文化社、第2版、2005)。また、松岡・前掲注(162)113頁では、譲渡担保権の法的構成に関連する最高裁判例が、そのような判断をしてきたことを示される。

<sup>167</sup> 松岡・前掲注(162)112頁以下。

<sup>168</sup> 松岡・前掲注(162)112頁。山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成」法時65巻9号24頁(1993)。

<sup>169</sup> 松岡・前掲注(162)113頁。

<sup>170</sup> 松岡・前掲注(162)113頁、内田・前掲注(164)529頁。

第三者対抗要件の具備が遅れる結果、設定者の破産や代位債権の差押えといった事態において、破産管財人または差押債権者との関係で債権譲渡担保権を対抗できなくなるおそれがある。しかし、物上代位の方式によれば、これらの者との優劣関係は、差押時ではなく、本来の目的物に対する譲渡担保契約の対抗要件（動産の場合は占有改定）具備時との先後によって決まるものと考えられるため、かかる問題は生じないこととなるからであるとす<sup>171</sup>。また、後順位譲渡担保権者が物上代位権を行使したときや、代位債権に譲渡禁止特約（民法 466 条 2 項）が付されていたときも、物上代位の方式が有利に働く場面となる。したがって、延長契約を失念していた場合も含めて、物上代位権の選択的行使をなお認めていく必要はあるとされる。

最後に、譲渡担保権に基づく物上代位を肯定することによって、平成 11 年最高裁判例のような輸入与信取引を中心に中小企業者に対する与信枠が拡大されて、金融取引の一層の円滑化が図られることも期待されることとなるとしている<sup>172</sup>。

## （2）否定説

これに対して、譲渡担保権に基づく物上代位を全面的に否定しているのは道垣内教授である。道垣内教授は、賃料債権、売却代金債権、不法行為債権について、それぞれに検討し、すべて譲渡担保権の物上代位を否定されている<sup>173</sup>。

まず、賃料債権については、果実收取権の問題として処理すればたりるとする。

次に、売却代金債権については、問題になるケースとして、譲渡担保の目的物を第三取得者が何ら負担のない所有権を取得する場合を挙げる。この場合には、譲渡担保権が設定されていない物を売却された所有権者は、売買契約の債務不履行ないし自己の所有権を喪失させた不法行為として、損害賠償請求ができるだけである。もし、譲渡担保権者に売却代金債権について物上代位を認めると、当該譲渡担保権者に優先的に被担保債権を回収することができ、所有権者以上の権利を認めることになってしまう。しかし、譲渡担保権者は、所有権を取得する旨の約束を行っているのであって、いくら実質的には担保であっても、当事者の採った法形式以上の権利を認める必要はない。よって、売却代金債権について、譲渡担保権に基づく物上代位を否定する。また、自己の所有物を第三者により不当処分とされたときの所有者の権利について再考し、所有物の価値代替物に対する優先権を認めれば十分であって、あえて物上代位を認めるべきではないとする。

最後に、目的物が滅失または損傷した場合について、不法行為債権についての譲渡担保権の物上代位を検討される。まず、目的物が滅失・損傷してしまっていることから、物上代位を認めても背理ではないと利益衡量的に捉える。しかし、譲渡担保権者は目的物について一応所有権を有し、他方、設定者は留保権を有することを考えれば、譲渡担保権者は、不法行為者に対して直接損害賠償請求できるが、請求額は被担保債権の額の範囲に限定される。残りの分については、設定者が設定者留保権の侵害として不法行為者に直接の請求権を有すると考えるべきである。したがって、この場面については物上代位を認めるべき

<sup>171</sup> 松岡・前掲注(162)113 頁、清水恵介「判批」金判 1286 号 90 頁(2008)。

<sup>172</sup> 河邊・前掲注(158)175 頁、松岡・前掲注(162)113 頁、竹内俊雄「判批」ひろば 53 巻 8 号 71 頁(2000)。

<sup>173</sup> 道垣内垣弘人『担保物権法』308 頁以下(有斐閣、第 3 版、2008)。



ではないとする。

なお、この否定説の考えと同様に、基本的には譲渡担保権者は第三者に対して、直接に所有者としての権利（不法行為に基づく損害賠償請求権等）を主張することで足り、物上代位という制度を介する必要がないが、譲渡担保権者に所有者としての権利主張が認められない場合に限定して、物上代位の規定の類推適用を認めるという例外的に肯定する考えもある<sup>174</sup>。

### （3）一部肯定説

この学説は、売却代金債権、および滅失・損傷によって生じる保険金債権・損害賠償債権には物上代位を認めるが、賃料債権については物上代位を否定するものがある<sup>175</sup>。その論拠は、譲渡担保権と抵当権の実行方法の困難性の比較をするものがある。すなわち、抵当権について、2003年に担保不動産収益執行の制度（民執法180条2号）が創設され、賃料については執行手続による抵当価値の実現の困難があったことを考慮するならば、私的実行を認める譲渡担保について、賃料に対する物上代位を認める必要はないとするのである<sup>176</sup>。また、賃料のような派生的債権は、通常は物上代位が不可欠ではないし、譲渡担保の場合、収益からの債権回収を望むなら当初からそのように合意しておくことも可能であるから、物上代位を認める必要性は乏しいとするものもある<sup>177</sup>。

## 3. 私見

### （1）譲渡担保権の法的構成との関係

前述のように通説的見解では、譲渡担保権の実体が担保権であることから、物上代位性を認めようとしている。これに対し、否定説では、譲渡担保の所有権の移転形式から、純粹な所有権に認められない物上代位を否定するものであった。それでは、譲渡担保の法的構成は、このように所有権か担保権かというように極端に峻別するものであり、その両側面を配慮できないのであろうか。その法的構成の議論についてみる。

譲渡担保の法的構成については、周知のように大別して、譲渡担保は所有権移転の法形式をとるため、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転するという所有権的構成と、譲渡担保の実質からみて、所有権は移転せず、譲渡担保はあくまで担保権であるとする担保権的構成がある。

しかし、それぞれの説が強い根拠とする所有権移転の法形式と実質的に担保であることは看過できないことであるから、中間説がありこれが多数説となっている。たとえば、授

---

<sup>174</sup> 秦光昭「判批」金法1557号5頁(1999)。森田浩美「譲渡担保と物上代位」山崎恒＝山田俊雄編『新・裁判実務大系第12巻民事執行法』313頁(青林書院、2001)も、売却代金債権に対する物上代位権の行使について、第三者が即時取得した場合には、譲渡担保権は、もはや所有権を行使することはできないから、認めるべきであるとする。

<sup>175</sup> 高橋眞『担保物権法』295頁以下(成文堂、第2版、2010)、内田・前掲注(164)529頁以下。

<sup>176</sup> 高橋・前掲注(175)295頁。

<sup>177</sup> 内田・前掲注(164)529頁。

権説<sup>178</sup>、設定者留保権説<sup>179</sup>、物権的期待権説<sup>180</sup>などがある。これらの学説は所有権の移転という形式から所有権の移転を認めるが、その所有権は完全なものでなく、担保権により制限されているとしている。

結局、譲渡担保においては、所有権移転の形式をまったく無視することもできないし、また、所有権移転という形式を採っていても、担保権という実質を備えていることも無視できないと思われる。

すなわち、第三者に対する公示力がある不動産登記は登記原因が譲渡担保と記載されていても、所有権移転登記が行われており、それを第三者は認識することになる。また、動産・債権譲渡特例法（動産及び債権の譲渡の對抗要件に関する民法の特例等に関する法律）3条1項の動産譲渡登記では、譲渡の目的が何らの制限もなく、担保目的でも、所有権移転一般でもどちらでもよいことになっている。同法7条2項4号により登記ファイルには動産譲渡登記の登記原因が記録され、譲渡担保ならば、売買、贈与等と区別して譲渡担保と記録されるが<sup>181</sup>、不動産と同様に動産でも所有権移転登記がなされており、それを第三者は認識することになる。さらに、譲渡担保の実行においては、目的物を処分して清算する（処分清算）よりも、譲渡担保権者に目的物の所有権が帰属して清算すること（帰属清算）が原則であり<sup>182</sup>、将来的には完全な所有権移転がなされる可能性がある。よって、所有権移転の法形式は譲渡担保の法的取り扱いにおいては、十分考慮されるべきであるといえる。

他方で、譲渡担保設定契約における取引の実態や弁済による受戻しが認められていること<sup>183</sup>からすれば、譲渡担保が担保権の側面を有している、あるいは少なくとも担保的性格もあることから完全な所有権移転ではないことがうかがえる。この担保権の側面も譲渡担保の法的取り扱いにおいては、十分考慮されるべきである。

---

<sup>178</sup> 譲渡担保における所有権の譲渡とは、たんに外観にすぎず、その中の真意は、債権者をして債権担保の目的の範囲において目的物を管理処分する権限を取得させるもの、すなわち一種の撤回を許さない授権であるとみる。石田文次郎「売渡担保に於ける二形態」論叢32巻2号204頁以下(1935)。

<sup>179</sup> 譲渡担保の譲渡という観点をも生かして、譲渡担保の設定により目的物の占有はいちおう担保権者に移るが、それが単純な譲渡ではなく、まさに譲渡担保であるがゆえに、一応は所有権を譲り受けた担保権者が「所有権マイナス担保権」すなわち設定者留保権を設定者に観念的には返還し、その結果、設定者にも物権的な権利、つまり実質的には所有権マイナス担保権が留保されているというものである。鈴木禄弥『物権法講義』368頁(創文社、5訂版、2007)、道垣内・前掲注(173)300頁。

<sup>180</sup> 抵当権と譲渡担保の究極の目的が同一であり、両者の法的処理をできるだけ同一にすべきであることから、譲渡担保権者は実質的に所有権を取得したといえず、担保権実行の要件の具備とともに完全所有権を取得すべき期待権を有するものであり、設定者も債務の弁済により完全所有権を回復させようの意味での物権的期待権を有すると考えるものである。川井権『担保物権法』12頁、185頁(青林書院、1975)、川井健『民法概論2物権』461頁(有斐閣、第2版、2005)、松岡久和「譲渡担保(3)」法セ710号63頁(2014)。

<sup>181</sup> 植垣勝裕＝小川秀樹『一問一答 動産・債権譲渡特例法』75頁(商事法務、3訂版補訂、2009)。

<sup>182</sup> 川井『民法概論2物権』・前掲注(180)469頁。

<sup>183</sup> 最一小判昭和43年3月7日民集22巻3号509頁、最三小判昭和49年12月17日金法745号33頁、川井『民法概論2物権』・前掲注(180)471頁。

以上より、譲渡担保権の法的構成は、たしかに所有権移転形式を採用しており、将来的には完全な所有権移転もありうるが、担保権的な側面も有するものである。純粋な担保権ではないものの、この担保権的側面から、物上代位性を肯定することは可能である。

## (2) 譲渡担保権者の優先弁済権の確保の必要性

譲渡担保権に基づく物上代位の可否が、その譲渡担保権の法的構成により、論理演繹的に決定されないことから、譲渡担保権の各論について決するには、やはり実質的な衡量が必要になってくる<sup>184</sup>。

譲渡担保権に基づく物上代位について否定説を採用する論者も、自己の所有物を第三者により不当処分とされたときの所有者の権利について再考し、所有物の価値代替物に対する優先権を認めることを考慮すべきとされる<sup>185</sup>。この点について、譲渡担保権者の優先権を物上代位により認めるのではないものは、民法 646 条 2 項の類推適用により図るべきとするもの<sup>186</sup>、目的物が民法 247 条 2 項類推適用により図るべきとするもの<sup>187</sup>がある。

民法 646 条 2 項類推適用説では、受任者たる設定者が、委任者たる譲渡担保権者のために、設定者の名で取得した目的物が転じた売却、賃料、保険金等の変形債権を委任者に移転しなければならないと構成することになる。しかし、判例・通説は、保険金債権については、譲渡担保権者および設定者は共に譲渡担保の目的物につき保険事故が発生することによる経済上の損害を受けるべき関係にあり、いずれも目的物について被保険利益があるとしている<sup>188</sup>。そうすると、設定者が自らのために取得した保険金については、譲渡担保権者は債権を取得できないことになってしまう。また、譲渡担保権者が設定者に処分権を授權している場合には、設定者は自己のために売却代金や賃料を取得しているのだから、どのような状況でも、たとえば設定者が債務不履行に陥っていても、譲渡担保権者には債権が移転されないことになってしまう。これでは、譲渡担保権者への保護は十分とはいえないと思われる。

次に、民法 247 条 2 項を類推適用する説は、まず譲渡担保権の目的は不動産や動産だけでなく債権にも成立しうることを示す。そして、譲渡担保の目的動産が添付により新「物」に置き換わった場合には、譲渡担保権は、その新「物」に存続することは同条同項より明らかである。そうだとすると、これを拡張して目的物が「債権」に代わった場合にも、その「債権」につき譲渡担保権の存続することを認めるとしても、あながち不当には思われまいとするのである<sup>189</sup>。しかし、譲渡担保権の目的物についての売却代金、賃料、

---

<sup>184</sup> 松岡・前掲注(162)112 頁。山野目・前掲注(168)24 頁。角紀代恵「判批」金法 1588 号 45 頁(2000)は、譲渡担保権に基づく物上代位の可否については、結局のところ、目的物をめぐる利害関係人、特に譲渡担保権者と一般債権者の間の利害をどのように調整するかという問題に帰着することになるとする。

<sup>185</sup> 道垣内・前掲注(173)308 頁。

<sup>186</sup> 平野裕之『民法総合 3』269 頁以下。

<sup>187</sup> 今尾真「所有権移転型担保に基づく物上代位について」私法 65 号 176 頁(2003)。

<sup>188</sup> 最判平成 5 年 2 月 26 日民集 47 卷 2 号 1653 頁、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4)』〔福地俊雄〕866 頁(有斐閣、1998)、森田・前掲注(174)313 頁、道垣内・前掲注(173)309 頁、近江『民法講義Ⅲ 担保物権法』・前掲注(163)305 頁。

<sup>189</sup> 今尾・前掲注(187)176 頁。

保険金等の債権が、譲渡担保権の目的物に対する合成物、混和物、加工物（民法 247 条 2 項）というには、概念的に乖離があるように思われる。また、論者は、これらの債権に譲渡担保権の存続を認める場合、対抗要件として第三債務者に対する債権譲渡の通知が必要であるとされる<sup>190</sup>。この点についても、債権譲渡が二重譲渡された場合において、譲渡担保権者の対抗要件具備が第三者に後れた場合には、譲渡担保権は存続しなくなってしまうのであろうか。最高裁判例は、一般債権者の差押と抵当権者の物上代位権に基づく差押との優劣は、一般債権者の申し立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決するとしている<sup>191</sup>。この考えに従えば<sup>192</sup>、一般債権者の申し立てによる差押命令の第三債務者への送達より先に、譲渡担保権者は、譲渡担保権の対抗要件を具備すれば、一般債権者に優先するものであり、他の担保物権と同様に保護されるもので妥当であると考えられる。

以上より、譲渡担保の目的物の变形債権に対する譲渡担保権者の優先権はやはり物上代位によって図るべきものであると考える。

それでは、譲渡担保権に基づく物上代位を認めるべきか、以下では実質的な利益衡量を行ってみる。まず、譲渡担保の目的物が滅失・損傷することにより発生する不法行為債権や保険金債権に対する物上代位については、目的物自体が消滅または価値減少するのだから、譲渡担保権の追及権を及ぼすことが不可能であるから<sup>193</sup>、積極的にこれを肯定すべきである<sup>194</sup>。

次に、譲渡担保の目的物の売却代金債権に対する物上代位についてであるが、まず仮登記担保との比較から考えて、肯定できる<sup>195</sup>。すなわち、仮登記担保法 4 条 1 項において、担保仮登記に劣後する先取特権、質権、抵当権は、債務者等が担保仮登記を備えた債権者から受ける清算金<sup>196</sup>に対して、物上代位することを認めている。また、これらの担保権と同様に後順位の担保仮登記の権利者にも先順位の担保仮登記の権利者が債務者に支払う清算金に物上代位することを認めている。先取特権、質権、抵当権と同様に、譲渡担保と同じ所有権移転型の仮登記担保に清算金に対する物上代位を認めていることから、売却代金債権について譲渡担保権に基づく物上代位が肯定できる。

さらに、譲渡担保は、その法的構成が、所有権移転の側面も、担保権設定の側面もある。ここで、所有権と担保権については、前者が自己の物に対して使用、収益、処分できる万能の権利であるのに対し、後者は、他人の物に対して債権の担保のために制限された権利であるに過ぎない。そうであるならば、所有権の方がより保護されてしかるべきであるに

---

<sup>190</sup> 今尾・前掲注(187)176 頁以下。

<sup>191</sup> 最一小判平成 10 年 3 月 26 日民集 52 卷 2 号 483 頁。

<sup>192</sup> 河邊・前掲注(158)179 頁以下は、この理は、譲渡担保権に基づく物上代位についても妥当するものと考えられるとする。

<sup>193</sup> 価値減少の場合には、減少部分が消滅するという意味で、その部分につき譲渡担保権の追及権を及ぼしえないといえる。

<sup>194</sup> 内田・前掲注(164)529 頁。

<sup>195</sup> 松岡・前掲注(162)113 頁。

<sup>196</sup> 仮登記担保法 2 条 1 項により、担保仮登記の権利者に、目的物の所有権が移転し、その移転の対価が、残債権と清算金であるので、清算金は売却代金債権と同じ性質のものとなる。

もかわらず、違法処分者に対する単なる債権者となり優先権を主張できないのは妥当ではない<sup>197</sup>。譲渡担保権は、何ら制限のない完全な所有権ではなく、その担保権的な側面から所有権も制限されるが、それでも所有権的側面があることから、純粋な担保権である抵当権等よりも保護されてしかるべきである。また、抵当権の場合には、単に競売申立てをすれば足りるのに対し、特定動産譲渡担保権の場合には、追及を実現するためにさまざまなコストがかかる可能性があることを留意すべきであるとの指摘もある<sup>198</sup>。

最後に、基本的には譲渡担保権者は第三者に対して、直接に所有者としての権利（不法行為に基づく損害賠償請求権等）を主張することで足り、物上代位という制度を介する必要があるという考えに対しては、第三者が善意取得（民法 192 条）をした場合や、設定者に対して処分授権をした場合には、第三者への追及効が遮断されるので、有用でないとの批判がある<sup>199</sup>。そこで、譲渡担保権者に所有権者としての権利主張が認められない場合に限定して、物上代位の規定の類推適用を認めるという考えもある<sup>200</sup>。この点、譲渡担保権者において第三者が善意取得したかどうかを判断するのは容易ではない<sup>201</sup>。したがって、善意取得に限定することは妥当でない。次に、設定者に対して処分授権する場合については、非占有担保である譲渡担保権において設定者に使用収益権を授権することが多いので、賃料債権にも関連するものである。そこで、次の(3)で処分・使用収益授権に基づき取得した売却代金債権、賃料債権について、譲渡担保権に基づく物上代位が認められるか否か検討してみる。

### (3) 設定者に対する処分・使用収益授権と物上代位の可能性

平成 11 年の最高裁判例の事案では、設定者に譲渡担保の目的物の処分権が与えられ、設定者は、その目的物を売却している。また、平成 12 年の浦和地裁の判例の事案では、設定者が元々賃借していた建物に譲渡担保が設定されたもので、特に譲渡担保権者に目的物の使用収益を委ねられていたものではなかった。

まず、売却の授権について、処分権を与えられた設定者が処分をした場合に備えて、目的物の売掛債権について譲渡担保の予約をするなど特別の保全措置を講じることができるのであるから、そのような保全措置を講じていなければ、譲渡担保権者は、担保目的物に対する追及権を放棄したものとみるべきとの考えがある<sup>202</sup>。物上代位を認めないのであれば、この売掛債権の譲渡担保について優先権を取得するには、一般債権者よりも早く對抗要件を具備しなければならないことになる。第三者が不特定の場合には、民法 467 条の對抗要件は具備できないので、一般債権者と同等の立場に立っており、目的物に譲渡担保を設定した意味がなくなる。第三者が不特定の場合が相当ありうると考えられるから、このような事態は大いに予期しうる。たしかに、動産・債権譲渡特例法による債権譲渡登

<sup>197</sup> 松岡・前掲注(162)113 頁。

<sup>198</sup> 山本克己「動産担保権に基づく物上代位の問題点」自正 50 卷 11 号 135 頁(1999)。

<sup>199</sup> 松岡・前掲注(162)113 頁。

<sup>200</sup> 秦・前掲注(174)5 頁、森田・前掲注(174)313 頁。

<sup>201</sup> 石田・前掲注(163)711 頁。

<sup>202</sup> 最二小判平成 11 年 5 月 17 日民集 53 卷 5 号 863 頁における抗告人の主張である。

記によれば、第三者が不特定の場合にも、対抗要件を具備することができる<sup>203</sup>。しかし、民法 467 条の対抗要件も認められていることや、債権譲渡登記にかかる登録免許税やその手続の煩のことも考えれば、譲渡担保権者に物上代位を否定して、債権譲渡登記を要求するのは酷である。

また、流動動産譲渡担保においては、その目的物は、集合物としての同一性を維持しつつも、その構成部分の変動し、新陳代謝していくことが予定されているものである。そのような性質上、設定者には、通常の営業の範囲内において、個別の動産を集合物から分離して処分する権限が当然に与えられていると解されている<sup>204</sup>。そして、単に商品の売却を自由になしうることのみならず、売却代金も自由に管理できることを合意するのが流動動産譲渡担保の特徴である。これに対し、特定動産譲渡担保の場合には、平成 11 年の判例の事案では売却代金の処分の自由を伴わない合意がなされている<sup>205</sup>。特定動産譲渡担保の場合は、流動動産譲渡担保と異なり、担保目的物の新陳代謝が行われ、担保目的物の補充、すなわち担保価値の維持が図られるわけではないから、譲渡担保権者としては、特定の目的動産に固執して、その価値を把握したいと当然思うものであるから、設定者には売却代金の処分の自由を伴わないという合理的意思が譲渡担保権者にはあると考える。したがって、譲渡担保権者は、担保目的物に対する追及権を放棄したものともみることができず、売却代金債権について物上代位できると解する。

次に、賃料債権について、譲渡担保権は非占有担保であり、設定者はその目的物を使用して収益を上げ、債務の弁済を図ろうとするものであるから、設定者に使用収益権をとどめる形態が通常といえる。しかし、平成 12 年の浦和地裁判例のコメントでは、目的物の使用収益を設定者にとどめるほかない抵当権とは異なり、譲渡担保権においては、目的物の使用収益を譲渡担保権設定者にとどめる形態のほか、譲渡担保権者に目的物の使用収益を委ねる形態も認められている。そうであれば、目的物の使用収益を設定者にとどめる譲渡担保権においては、譲渡担保権者は目的物の使用収益の対価については、物上代位権を行使しない旨あるいはこれを放棄する旨の了解があると解するのが相当であるとしている<sup>206</sup>。

たしかに、譲渡担保権者に目的物の使用収益を委ねることができたにもかかわらず、設定者に使用収益をとどめたのであるから、その収益の処分の自由も設定者にとどめたといえる。なぜならば、譲渡担保の目的物は存続し、その価値は基本的には維持されているといえるからである。また、その収益の一部等により債務が履行期に弁済されていれば、譲渡担保の目的物の価値を把握するだけでなく、現実化した目的物の金銭を取得する必要がないからである。

しかし、民法 371 条は、平成 15 年の改正により、債務不履行後は、抵当目的物の果実にも抵当権の効力が及ぶことにした。この改正は、抵当権の実行方法を、競売だけでなく不動産収益執行制度も新設し、多様化したことから、債務不履行後には果実にも及ぶこと

---

<sup>203</sup> 植垣＝小川・前掲注(181)52 頁。

<sup>204</sup> 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁。

<sup>205</sup> 小山泰史「判批」撰南 24 号 83 頁(2000)。

<sup>206</sup> 判タ 1085 号 224 頁。

を実体法上も明定するためであった<sup>207</sup>。これまでも判例<sup>208</sup>は、賃料債権について抵当権に基づく物上代位を認めていたが、学説も同条の改正により、肯定説に収束されていくものとみられている<sup>209</sup>。純粹な担保物権である抵当権でも債務不履行後は、賃料に対して物上代位を認めるのであるから、万能な権利である所有権の側面を有する譲渡担保権にも認めてもよいのではないかと思われる。また、債務の弁済がスムーズになされているときには、設定者に使用収益を認めていた譲渡担保権者も、設定者（債務者）が債務不履行に陥った場合にまで、その収益を設定者にとどめる意思があるとは思われない。さらに、金融取引において活用が益々期待されている譲渡担保においても、私的実行だけでなく、物上代位も選択できるようにして、その利用を促すべきである。したがって、設定者（債務者）が債務不履行に陥った場合には、譲渡担保の目的物の賃料債権に対して譲渡担保権者は物上代位をなしうると解する。

#### （４）小括

本章では、譲渡担保に基づき物上代位ができるか否か検討してみた。その際の判断の指標は、譲渡担保の法的構成のように概念的なものではなく、実質的な利益衡量であると考えた。具体的には、譲渡担保権者の価値変形物に対して一般債権者に対して優先権をいかに図るかを考慮した。そして、目的債権により利益状況も異なることから、目的債権ごとに検討してみた<sup>210</sup>。

その結果、①譲渡担保の目的物の滅失・損傷により発生する不法行為債権・保険金債権については、目的物自体が消滅することから、譲渡担保権に基づく物上代位を認めるべき

---

<sup>207</sup> 遠藤浩＝鎌田薫『基本法コンメンタール 物権』〔安永正昭〕245頁以下(日本評論社、第5版、2005)。

<sup>208</sup> 最二小判平成元年10月27日民集43巻9号1070頁。

<sup>209</sup> 遠藤＝鎌田・前掲注(207)〔幾代通・徳本伸一補訂〕248頁。内田・前掲注(164)408頁以下も、理論的・政策的には賃料債権に抵当権に基づく物上代位を否定すべきだとする。しかし、現に抵当権者が利用している物上代位制度を、不動産収益執行制度が実務的に使い勝手がよいと明らかになる前に廃止することに反対が多かったため、民事執行法は不動産収益執行と物上代位の調整規程(民執法93条の4、188条)を置いている。このことから。民法・民事執行法は、賃料への物上代位を容認していることを示している。その法改正の趣旨を考えるならば、肯定せざるを得ないとする。

<sup>210</sup> 元の担保目的物の価値の滅失・減少を填補するためその代りのものに権利が行使できる類型である代替的物上代位と、担保目的物から派生した増加価値に対して権利が行使できる類型である付加的物上代位との2種類に物上代位を区別することが近年観念されている。松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金法1504頁12頁(1998)、松岡久和「抵当権(3-1)」法セ692号57頁(2012)。そして、抵当権においては、代替的物上代位では、債務不履行以前においても、担保権の確保の点で物上代位権行使を認める必要があり、保全的差押ができる。これに対し、付加的物上代位では、債務不履行以前には、設定者の経済活動の自由を保障する必要があるため、原則として物上代位権の行使を認められるべきでないとされている。松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金法1504頁16頁注(18)(1998)、松岡久和「抵当権(3-1)」法セ692号60頁(2012)、松岡久和「抵当権(3-2)」法セ693号73頁以下(2012)。譲渡担保についても、この理は原則的にあてはまるものと考えられる。

である、②譲渡担保の目的物の売却により発生する代金債権については、設定者に処分権をする場合であっても、原則として譲渡担保権に基づく物上代位を認めるべきである、③譲渡担保の目的物を賃貸することにより発生する賃料債権については、設定者（債務者）の債務不履行後には、譲渡担保権に基づく物上代位を認めるべきであると解した。

平成 22 年の最高裁判例の流動動産譲渡担保の場合には、設定者に通常の営業の範囲内で目的物の処分権が認められるし、またその収益についても自由な処分権が与えられており、特定動産譲渡担保の場合では考慮されない要素が存在する。そこで、この特定動産譲渡担保に基づく物上代位の可否の考えを基に、次の(3)において流動動産譲渡担保に基づく物上代位の可否について検討してみたいと思う。

### （3）流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使の特別な要件

#### 1. 流動動産譲渡担保の特質

特定動産譲渡担保と異なり、流動動産譲渡担保の場合には、設定者に通常の営業の範囲内で目的物の処分権が認められるし、またその収益についても自由な処分権が与えられており、その権限内で行われた処分の相手方は目的物につき完全な所有権を取得することができ、流動動産譲渡担保の追及力はこれに及ばないことになる。特定動産譲渡担保の場合では考慮されない要素が存在するのである。前記平成 22 年の最高裁決定では、この流動動産譲渡担保の特質を考慮して、流動動産譲渡担保の法的構成、流動性に着目しながら判示している。また、学説においても、主にこの平成 22 年の最高裁決定の評釈の中で、流動動産譲渡担保の特質を考慮して、それに基づく物上代位の可否を検討している。

以下では、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の可否について、次に掲げる順で検討してみる。まず、流動動産譲渡担保権に基づき物上代位権を行使できるか否か判断した判例について、その時系列で、事例と判旨について検討してみる。その上で、判例・学説が着目した流動動産譲渡担保の法的構成と物上代位の関係、流動性と関わる固定化、流動性が健全に機能しているかの指標となる担保目的物の補充を検討し、最後に目的債権ごとに流動動産譲渡担保に基づく物上代位の可否を示してみたいと思う。

#### 2. 過去の裁判例

流動動産譲渡担保に基づく物上代位について初めて判断した事件としては、未公表ではあるが、東京地決平成 11 年 12 月 22 日、およびその抗告審である東京高決平成 12 年 9 月 21 日がある<sup>211</sup>。この事案は、債権者が、店舗内に現に保管され将来納入される債務者所有の一切の商品に対して譲渡担保の設定を受けたところ、被担保債権の期限の利益喪失後、債務者が一部の商品を販売したため、物上代位権の行使として、その売買代金債権の差押えを申し立てたものである。

原審である東京地決平成 11 年 12 月 22 日は、集合物譲渡担保において、集合物の構成部分の変動し得る状態にあっては物上代位権の行使を認めるのは相当でないとして申し立てを却下した。

---

<sup>211</sup> 森田・前掲注(174)315 頁以下。本文で以下に示す事案と判旨は、主に同論文から引用したものである。



これに対し、抗告審は、以下の理由により抗告を棄却した。すなわち、抗告人（債権者兼譲渡担保権者）は、相手方（債務者兼譲渡担保権設定者）によって通常の営業の範囲内で処分された商品に対しては譲渡担保の効力は及ばなくなる一方、相手方に新たな商品の仕入れと保管を義務付けることにより、その担保価値の維持を図りながら、相手方に対する債権の担保提供を受けているものであるから、抗告人が相手方の通常の営業による商品の処分を認めている間は、その売買代金債権について物上代位が観念される余地はないものであり、相手方が期限の利益を喪失し、抗告人が集合物譲渡担保の実行通知等を行うことにより集合物の構成要素を固定化して初めて、それ以後に相手方が販売した商品の売買代金債権についての物上代位が認められる、というものであるとした。

なお、この事案において、相手方は手形の不渡りにより期限の利益を喪失した後も、店舗内で営業を継続していたものであり、相手方が第三者から商品を仕入れ、これを販売していることが予期されるにもかかわらず、抗告人は、集合物譲渡担保の目的物を固定化したかどうか、仮に固定化した場合、申立てにかかる差押債権が固定化された目的物の売買代金であるかどうかを、何ら明らかにしていなかった。

以上から、この判例は、譲渡担保設定者が通常の営業の範囲内で処分権が与えられており、その範囲内で処分された物については、もはや譲渡担保の効力が及ばないとしている。その上で、その処分された物の代金は新たに物を仕入れることに充てることが予定されているので、その代金債権に対して物上代位をすることは認めていない。すなわち、流動動産譲渡担保においては、個別動産の売却→売却代金債権の発生と取得・取立て→新たな動産の補充という事業サイクルを継続することが予定されている<sup>212</sup>。この事業サイクルを停止させてしまう代金債権に対する物上代位は認められないとするのである。そして、流動動産譲渡担保設定者が債務不履行に陥り、流動動産譲渡担保権者が流動動産譲渡担保の実行を通知して、集合物を固定化することにより、流動動産譲渡担保が予定している事業サイクルが停止してしまう。そこで初めて担保目的物に対して物上代位することができるとしている。

次に、流動動産譲渡担保に基づく物上代位について判断した裁判例は、最高裁として初めて判断した最一小決平成 22 年 12 月 2 日民集 64 卷 8 号 1990 頁の事件である。本件は、前の「(2) 譲渡担保に基づく物上代位権の行使の可否」において事案を示しているので、ここではその経緯は省略する。

原審である福岡高決平成 22 年 3 月 17 日金判 1356 号 14 頁は、「譲渡担保が担保としての実質を有していることに照らし、譲渡担保の目的物が何らかの事情により金銭等に変形した場合には、譲渡担保権者の利益を保護するため、譲渡担保は当該代替物である金銭や債権の上に存続するものと認めるのが相当であり、本件譲渡担保権は、前記目的物の売却により消滅したとは認められず、前記目的物の売却前に発生した代替物である漁業共済金請求権の上に（集合物譲渡担保の特質から物上代位ができる時期については別途考慮しなければならない点は別として）存続しているものというべきである。」として、漁業共済金は、譲渡担保の目的物の代替物であり、譲渡担保が担保としての実質を有しているこ

---

<sup>212</sup> 小山泰史「流動動産譲渡担保に基づく物上代位」NBL950 号 28 頁(2011)。また、小山教授は、キャッシュフローの循環を維持するとも表現される。

とに照らし、それにも譲渡担保権の効力が及んでいるとしている。括弧書きで、集合物譲渡担保の特質から物上代位の行使時期について別途考慮が必要であることを示しているが、その他の点は、特定動産譲渡担保や流動動産譲渡担保というように限定がないので、譲渡担保一般の効力を示しているものと考えられる。

その上で、原審は、まず、「確かに、集合物譲渡担保においては、集合物を構成する個々の動産につき、設定者によって通常の営業の範囲内で処分がなされている限りにおいては、設定者には新たな動産の補充が義務付けられ、新たに補充された動産に対して譲渡担保権の効力が及ぶため、譲渡担保権者は、担保価値の維持を図ることができるから、通常の営業の範囲内において処分された動産に対しては、譲渡担保権の効力は及ばなくなると解すべきであり、処分にかかる売買代金債権等につき、物上代位を認めることはできない。」とする。この判示は、東京高決平成12年9月21日で示されたものと同様、流動動産譲渡担保が予定する個別動産の売却→売却代金債権の発生と取得・取立て→新たな動産の補充という継続的な事業サイクルを停止させてしまう代金債権に対する物上代位は認められないとするのである。

しかし、「集合物を構成する個々の動産について、通常の営業の範囲を超える処分が行われた場合には、当然に新たな動産が補充されるとは限らず、担保価値の維持を図るためには、個々の動産の代替物ないし派生物に対して譲渡担保権の効力を及ぼす必要があり、また、物上代位権の行使を認めても、譲渡担保権者の把握する担保価値が拡大しなければ、第三者に不測の損害を与えることにもならないというべきである。」として、通常の営業の範囲を超える処分が行われた場合には、動産の補充の場面で事業サイクルが継続されるとは限らず、譲渡担保権者保護のために、物上代位権行使を認めようとしている。また、その行使を認めても、当該流動動産譲渡担保が把握していた担保価値を拡大しなければ、一般債権等の第三者に不測の損害を与えるおそれもないとしている。

さらに、「赤潮被害発生後、新たに養殖魚を補充した形跡がない（したがって、その後、赤潮被害によって毀損された担保価値が回復したとは認められず、漁業共済金請求権に対する物上代位権の行使を認めても、担保価値の拡大によって、一般債権者等に不測の損害を与えることはない。）ことを考慮すると、赤潮被害が発生した時点において、原告人が直ちに廃業を決意しなかったとしても、赤潮被害発生後、通常の営業が継続していたとは認め難いから、本件譲渡担保契約の目的物は、赤潮被害発生時に実質的に固定化したものということができる。」として、担保目的物が補充されていないこと、および赤潮被害により通常の営業が継続していたと認めがたいから、担保目的物は実質的に固定化していたとしている。ここでの固定化は、一般にいわれている流動動産譲渡担保の実行通知ではなく、事実上のものであることが注目される。

そして、この固定化によって物上代位の行使は許されるとして、Xの執行抗告を棄却した。これに対し、Xは最高裁に許可抗告をした。

最高裁は、「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権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。」として、流動動産譲渡担保は、担保目的物

である集合動産を構成するに至った動産の価値を担保として把握するものであると担保権の側面を示した上で、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶとしている。担保目的動産を譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産としていることから、文理上構成個別物を指しており、集合物の定義について、集合物という一物とこれを構成する個別の動産を対象とする伝統的な集合物論を採用していると考えられる<sup>213</sup>。

その上で、「もっとも、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契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。」として、ここでも、今までの裁判例同様に、流動動産譲渡担保が予定する個別動産の売却→売却代金債権の発生と取得・取立て→新たな動産の補充という継続的な事業サイクルを停止させてしまう代金債権に対する物上代位は認められないとする。

しかし、「上記事実関係によれば、相手方が本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点においては、抗告人は目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、抗告人において本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかったというべきであるから、相手方が、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができることは明らかである。」として、本件では設定者は目的動産を用いた営業の継続がないので、物上代位を認めている。

以上より、この事件では、共済金請求権に対する流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件として、民法 304 条が示す差押え以外に、原審は、通常の営業の範囲を超える処分がなされ、かつ担保目的物が実質的に固定化したことを挙げている。これに対し、最高裁は、通常の営業が継続されていないことを挙げている。最高裁が基準として示した通常の営業が継続されていないことを実質的な固定化と評価すれば<sup>214</sup>、原審が実質的な固定化に加え、流動動産譲渡担保設定者が通常の営業を超える処分をしていることを行使要件としていることに違いがある。

### 3. 流動動産譲渡担保の法的構成との関係

流動動産譲渡担保の法的構成をいかに解するかにより、物上代位を認めるか否か結論が異なってくる。すなわち、流動動産譲渡担保の効力が個別動産に及んでいるか否かが、物上代位の可否を決定する。具体的には、個別動産に効力が及んでいないのであれば、物上代位は問題とならない。これに対し、個別動産に効力が及んでいるのであれば、価値変形物である限りは、物上代位を認めやすいことになる<sup>215</sup>。平成 22 年の最高裁決定もそれを

<sup>213</sup> 森田修「判批」金法 1930 号 57 頁(2011)、今尾真「判批」明学 91 号 177 頁(2011)。

<sup>214</sup> 小山・前掲注(212)29 頁。

<sup>215</sup> 森田修『債権回収法講義』155 頁(有斐閣、第 2 版、2011)。なお、森田教授は、分析

踏まえ、流動動産譲渡担保の法的構成を示していた。そこで、流動動産譲渡担保の法的構成をいかに解するか検討してみる。

流動動産譲渡担保の法的構成は、ドイツにおける伝統的通説でもある分析論というものがあり<sup>216</sup>、流動動産を一個の契約により一括して譲渡担保に供する場合でも、法的には個別動産ごとに複数の担保権が成立するとする<sup>217</sup>。この理論では、客体範囲の基準は、個別動産が譲渡担保権の個別的客体として特定されるための要件であり、抽象的な枠にとどまるものではない。したがって、流動動産譲渡担保の効力が個別動産に及んでいることになる。なお、個別動産が順次時期を異にして搬入されて債権者に帰属するのは、設定契約上、搬入を停止条件として所有権移転および占有改定を生ずべき予めの合意によるものであり、個別動産が設定者の営業活動に伴い順次搬出され、有効に処分されるのは、やはり設定契約における搬出を解除条件とする予めの合意（または処分権の授与）に基づくものとされる<sup>218</sup>。

これに対し、判例<sup>219</sup>・通説<sup>220</sup>は、集合物論を採用する。その理論は、以下のとおりである。すなわち、構成部分の変動する集合動産でも、上記基準により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することができる。それとともに集合物の管理利用権が設定者に与えられることは、特定物譲渡担保の場合と異ならない。また、この関係において、個別動産は、元来それぞれが一個の有体物としての独立存在を失うものではないが、集合物の構成部分としてそれに属する限り、譲渡担保権の支配に服するが（個別動産所有権も債権者に帰属する）、設定者に与えられた集合物管理利用権の行使により集合物から分離される限り、個別動産自体の法的運命にしたがい、第三者への有効な移転も可能となる。また、譲渡担保の対抗要件について、担保設定の対抗要件を占有改定とするが、それが当初の設定に具備されると、集合物としての同一性が損なわれない限り、構成部分が変動した後の集合物にも効果を及ぼす。したがって、後に加入した個別動産も当然債権者に引渡されたことになり、しかもその対抗力は当初の担保設定の対抗力具備の時期まで遡って認められるとする<sup>221</sup>。

---

論の立場からすれば、設定契約上の合意に従って売却に先立って構成担保物から担保権がはずされることになり、また、物上代位が生じるか否かも合意によって決まるとされる。ここでは売却代金について検討されているが、通常の営業の範囲外での売却、または、滅失・毀損、賃貸から債権が生じる場合などでは、担保権がまだ外れていないこともあるので、合意以外で決まる場合もあるように考えられる。

<sup>216</sup> 福地・前掲注(188)890頁。

<sup>217</sup> この説を採用するものとして、唯一、古積健三郎「流動動産譲渡担保に関する理論的考察(二)・完」論叢 133 卷 6 号 72 頁(1993)、古積健三郎「集合動産譲渡担保と動産売買先取特権」鎌田薫ほか編『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』141頁がある。

<sup>218</sup> 福地・前掲注(188)890頁。

<sup>219</sup> 最一小判昭和 54 年 2 月 15 日民集 33 卷 1 号 51 頁、最一小判昭和 57 年 10 月 14 日判時 1060 号 78 頁、最三小判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 卷 8 号 1559 頁。そして、最一小決平成 22 年 12 月 2 日民集 64 卷 8 号 1990 頁もこの考えを採用していると考えられる。

<sup>220</sup> 川井健『民法概論 2 物権』・前掲注(180)478 頁、福地・前掲注(188)887 頁、近江『民法講義Ⅲ 担保物権法』・前掲注(163)320 頁。

<sup>221</sup> 福地・前掲注(188)888 頁。

そして、譲渡担保の目的物は集合物そのものであり、対抗要件も集合物について備えられているにすぎない。すなわち、個々の動産は譲渡担保の目的物ではないのであり、集合物の構成要素としての地位しかなく、個別動産には譲渡担保の効力が及ばないとも考えられる。このように純粋な集合物にしか効力が及ばないとする考えもある<sup>222</sup>。

しかし、伝統的な通説である集合物論は、集合物に譲渡担保権が設定される結果、同時に、個別動産も直接に譲渡担保目的物となる二重帰属性を採用している<sup>223</sup>。

以上より、伝統的な集合物論の場合は、当初の譲渡担保設定の対抗要件を占有改定とすれば、それ以後の流動する（この場合、搬入する）集合物に効力を及ぼしうるが、分析論の場合でも、流動する（この場合、搬入する）集合物に、その都度占有改定を生ずべきとの予め（設定時）の合意により、それに効力を及ぼしうることになるので、それほど異なるところはない。対抗力が、集合物論では遡及するが、分析論では遡及しないという違いのみである。ただし、これについても動産譲渡登記によって対抗要件を具備すれば、将来動産についての現在処分が実体法上肯定されれば、分析論でも対抗力は遡及することになり<sup>224</sup>、違いはなくなる。

これらの説と異なり、集合物論の矛盾を解消するため<sup>225</sup>に生まれた価値枠論<sup>226</sup>という考え方もある。すなわち、集合物という概念で限定された価値枠にある有体的動産によって捉えられる限度の浮動的価値を担保的に支配するものとして、限定的浮動的担保として構成するものである。そして、流動動産譲渡担保が実行され、流動動産が固定されれば、特定の動産譲渡担保と同じように物（当該動産）に対して直接譲渡担保権の支配が及ぶとするものである。この考えを採れば、流動動産譲渡担保権が実行されない限り、流動動産譲渡担保権は価値枠の中で、担保的支配をしているだけであり、搬出されれば、追及力が失われるものである。

以上より、集合物の固定化前においては、個別動産に効力が及んでいるものが分析論と伝統的通説の集合物論であり、個別動産に効力が及んでいないものが純粋な集合物論と価値枠論である。

個別動産に効力が及ぶか否かについては、流動動産譲渡担保の効力を第三者の関係で強めるか弱めるかの判断が重要である<sup>227</sup>。この点、流動動産譲渡担保が実行開始まで優先

---

<sup>222</sup> 道垣内・前掲注(173)328頁。

<sup>223</sup> 道垣内・前掲注(173)328頁、330頁。

<sup>224</sup> 森田修「動産譲渡公示制度」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』108頁(有斐閣、2007)。

<sup>225</sup> 動産群が一つの物、一つの客体となるならば、本来は個々の動産の独立性は否定され、それはむしろ個々の動産の独立した処分の妨げになりかねない。しかし、少なくとも通常の営業に必要な処分の有効性を認めないと、この譲渡担保の経済的目的が達成されない。従来の集合物論は、これを集合物上の利用権という構成によって説明しようとするが、動産群を一体的に把握する権利が成立しているならば、個々の動産の処分・分離は実は係る権利の侵害ともいえ、これは単なる利用権によって基礎づけられることには無理があるとするのである。古積『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』・前掲注(217)140頁。

<sup>226</sup> 伊藤進「集合動産譲渡担保と個別動産上の担保権との関係 ―特に、動産売買先取特権との関係を中心として」法論 61 卷 1 号 92 頁以下(1998)。

<sup>227</sup> 道垣内・前掲注(173)328頁は、流動動産譲渡担保が設定者の有する多数の動産を一括

権を持たないとすれば、実行開始までは担保としての交換価値の把握が著しく減退してしまふことになる。そのように価値が減退すれば、流動動産譲渡担保を利用しようという機運はなくなる。流動動産譲渡担保権の利用促進という観点からは、実行時点に担保価値支配があることは当然重要であるが、実行前にも担保価値支配の確保がなければならない。流動動産譲渡担保にあまり担保価値支配がないのであれば、担保価値支配を高いものにするため、流動動産譲渡担保の利用を諦め、多数の特定動産の譲渡担保を設定せざるを得なくなってしまう。これでは、流動動産譲渡担保を認めることにより、担保価値支配を高めて高額の融資を可能にした趣旨、また何度も譲渡担保を設定しなくてもよい便宜を図った趣旨を没却することになる。このようなことから、流動動産譲渡担保に個別動産に効力が及ぶように解すべきである。

一方で、流動動産譲渡担保に個別動産の効力が及んでいないと解しても、流動動産が固定化されれば、特定動産譲渡担保と同様に個別動産に効力が及ぶことから、物上代位は認められうる。そこで、次の4.で、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権を行使するのに集合物の固定化が必要か否か検討してみる。

#### 4. 流動動産の固定化の必要性

流動動産譲渡担保の目的物は、集合物としての同一性を維持しつつも、その構成部分は変動し、新陳代謝していくことが予定されているものである。そのような性質上、流動動産譲渡担保設定者には、通常の営業の範囲内において、個別の動産を集合物から分離して処分する権限が当然に与えられていると解されており、その権限内で行われた処分の相手方は目的物につき完全な所有権を取得することができ、流動動産譲渡担保の追及力はこれに及ばないことになるとされる<sup>228</sup>。それゆえ、流動動産譲渡担保を実行するには、流動性を喪失させ、集合物を固定する必要がある。集合物が固定すると、債務者はそれまで有していた集合物中の個別動産の処分権を失い、また固定前には当然組み入れられていた新規の流入物も集合物に組み入れられないことになる<sup>229</sup>。このように固定化の概念は実行時点で問題とされてきた。そして、固定化する時期は、担保権者が未だ実行を望んでいないにもかかわらず、固定化させて実行を事実上強制するのは妥当でないことから債務不履行時では足りない。担保権者が、その担保権を行使する自由を有しており、また担保権が実行に着手された以上、譲渡担保設定者が集合物を構成する個別動産に対する処分権を剥奪するのは当然であることから実行着手時であるとされる。また、その着手であるが、具体的には、譲渡担保は担保権者の私的実行である以上、その実行の意思表示が設定者に到

---

して担保にとり、また、その公示方法も不十分であることに鑑みれば、第三者に不測の損害を与えて、一定の債権者を特に保護することになりかねないので、流動動産譲渡担保の効力を第三者関係では弱めていくのが妥当であるとされる。

<sup>228</sup> 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁、最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁、我妻・前掲注(2)666頁、吉田・前掲注(2)698頁、松井・前掲注(2)215頁以下ほか。

<sup>229</sup> 田原睦夫「〈シンポジウム〉集合動産譲渡担保の再構成—担保権実行の局面から」金融法研究・資料編(5)149頁(1989)。

達したときが基準とされる<sup>230</sup>。このほかにも、破産・民事再生・会社更生手続開始時にも流動動産譲渡担保設定者の処分権を喪失させるものであるから、固定化するとされるものもあるが、これについては争いがある<sup>231</sup>。

これに対し、固定化という概念を、流動動産譲渡担保が一旦は特定動産譲渡担保に転化したがるが、まだ実行には至っていない中間の段階を導くことに意義を有するものとして考えるのであれば、そのような概念は不要である。なぜならば、中間の段階を経ることなく実行に至るといふべきであるとするものがある<sup>232</sup>。しかし、固定化の意義を実行の段階を区分するためのものでなく、流動動産譲渡担保設定者の営業活動の終了に伴う個別動産に対する処分権の消滅と捉えるものがある。この考えでは、個別動産に対する処分と補充が停止することになる<sup>233</sup>。また、純粋な集合物論や価値枠論の立場では、個別動産は流動段階では譲渡担保の目的ではないため、譲渡担保の効力を及ぼす必要があり、この点を捉えて、「固定化」と表現しているものとするものがある<sup>234</sup>。

このように新たな観点からは固定化は必要なものと認められるが、流動動産譲渡担保に基づく物上代位を行使するには、この固定化をする必要があるのであろうか。まず、これまで一般的に示されてきた固定化の概念である実行通知の段階では、流動動産譲渡担保設定者の処分権が喪失され、集合物に新たに流入および流出がされなくなるのであるから、特定譲渡担保に転化したとして、物上代位の行使を認めてよい。次に、平成 22 年の最高裁決定が示すような通常の営業を継続していないような場合にも、実質的に固定化していると評価される<sup>235</sup>。この通常の営業の終了、すなわち実質的な固定化を要件として、物上代位権が行使可能とする見解がある<sup>236</sup>。この見解に従えば、固定化の概念を実質的なものにも拡張しており、その広義の固定化が流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件となる。

これに対し、通常の営業の継続がなされていない場合を、流動動産譲渡担保に基づく物

---

<sup>230</sup> 田原・前掲注(229)150 頁。

<sup>231</sup> 田原・前掲注(229) 150 頁、山口・前掲注(4)34 頁、須藤正彦「ABL の二方面での役割と法的扱い ―事業再生研究機構編『ABL の理論と実践』を読んで」NBL879 号 31 頁以下(2008)、栗田口太郎「ABL 実務の近時の動向と担保設定時・担保実行時における諸問題」事業再生と債権管理 126 号 129 頁など。

<sup>232</sup> 山野目・前掲注(168)25 頁。また、流動性を保ったまま在庫担保の換価がなされており、固定化の論理ではこれらを説明できないことから、固定化概念を不要だとする見解もある。森田修「「新しい担保」の考え方と執行手続」ジュリ 1317 号 208 頁以下(2006)。

<sup>233</sup> 小山泰史『流動財産担保論』281 頁(成文堂、2009)、小山泰史「判批」判時 2120 号 165 頁、池田雅則「集合動産譲渡担保に基づく物上代位の効力に関する覚書」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』185 頁(信山社、2012)。

<sup>234</sup> 池田・前掲注(233)185 頁。

<sup>235</sup> 小山・前掲注(212)29 頁。これに対し、物上代位の客体は、代償物たる債権であって、担保目的動産ではないので、固定化は必要ではない。むしろ通常の営業の継続が重要であると指摘するものがある。今尾・前掲注(213)176 頁、池田・前掲注(233)185 頁以下、池田雅則「判批」筑波ロー 9 号 220 頁。しかし、どちらの見解も通常の営業の継続を重視しており、通常の営業の継続がなされなくなった場合を実質的な固定化と呼ぶかどうかの差にすぎない。

<sup>236</sup> 小山・前掲注(233)165 頁。

上代位が問題となっている処分だけが通常の営業の範囲を超えている一過性のケースと、流動動産譲渡担保設定者による営業が破綻しており、通常の営業が停止している中で当該処分が行われたという経営破綻ケースとに分けて検討するものがある。そして、経営破綻のケースでは、通常の営業が停止している以上は、もはや設定者は付与された処分権限に基づく処分と補充を行っていないことになり、集合動産の流動性は失われており、単に個別動産譲渡担保が存在しているに過ぎない状況にあると評価できる。そうであるならば、この場合においては、すでに固定化が生じているといえるのではないかとする<sup>237</sup>。この点では、広義の固定化が流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件となるとした考えと同じと評価できる。しかし、一過性のケースでは、物上代位のために、固定化を要求すれば、事業サイクルを停止させてしまうという懸念がある。この点を考慮すれば、流動動産譲渡担保に基づく物上代位に際して、固定化を必要としないとする<sup>238</sup>。ただし、この論者も事業サイクルの継続を重視し、設定者の経営が順調に推移している場合に一過性の通常の営業を超えた処分行為に基づく転売代金債権に対する物上代位を認めることに否定的である<sup>239</sup>。

通常の営業が終了して、担保目的物の対象となっている個別動産が処分され、補充されなくなっている以上は、担保権の実行通知がなくても、その担保目的物は実質的に固定されているといえる<sup>240</sup>。したがって、特定譲渡担保に転化しているといえ、物上代位権の行使を認めるべきである。また、固定化を厳格に解し、設定者の処分権がいまだ喪失せず、実質的に固定されている状況で通常の営業の範囲内での処分がなされた場合には、譲渡担保権者にはその処分された動産に対して追及効がなく、担保目的物が減少する一方という事態が生じてしまう。この場合には、固定化というかどうかは別として、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の行使を認めるべきである<sup>241</sup>。

---

<sup>237</sup> 池田・前掲注(233)186頁。

<sup>238</sup> 池田・前掲注(233)187頁。

<sup>239</sup> 池田・前掲注(233)187頁以下。なお、池田教授は、通常の営業を超えた処分行為自体が固定化をもたらすか否かは検討の余地があるが、全体として担保価値が維持されている限り、固定化しないと考えるべきではないであろうかとされる。そうすると、反対に、全体として担保価値が維持されていない場合には、固定化するとも考えられる。また、その場合には、設定者の経営が順調に推移しているとはいえないことがほとんどであるから、流動動産譲渡担保に基づく物上代位も認められやすくなる。したがって、一過性のケースであっても、流動動産譲渡担保に基づく物上代位が認められるような場合には、やはり固定化が生じているとも考えられるのではないであろうか。

<sup>240</sup> 古積健三郎「判批」民商 145 卷 1 号 63 頁(2011)は、平成 22 年の最高裁決定が営業の継続をしていないことを流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使の要件としたのは、固定化されていることに注目したのではないかと指摘される。すなわち、担保目的物が補充されているにもかかわらず、物上代位権の行使も容認してしまうと、譲渡担保権者に過ぎたる利益をもたらすことを危惧したのではないかとされる。

<sup>241</sup> なお、物上代位権を行使するには、被担保債権の弁済期が到来していることが必要である。物上代位権の行使としての債権差押えは、民執法 193 条に基づき行うものとされ、ほかに物上代位のための特別な差押えの規定はない。同条は担保権の実行としての差押えを規定するものであるから、被担保債権の期限到来後でないとなることができないからである。したがって、手続面が実体面に十分対応できていないとされている。安永正昭『講義 物権・担保物権法』272 頁(有斐閣、第 2 版、2014)。



それでは、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件として、固定化を不要とする場合はないであろうか。すなわち、通常の営業の終了という実質的に固定化される前の段階で、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の行使が認められる場合はないであろうか。まず、前述した一過性のケースが考えられる。このケースでは、通常の営業は継続されているが、通常の営業の範囲を超えた処分がなされていることが想定されている。平成22年最高裁決定の原審である福岡高決が、通常の営業の範囲を超えた処分であることを流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件の一つとしている。しかし、たとえ通常の営業の範囲を超えた処分がなされても、設定者の経営が順調に推移している形で通常の営業が継続していれば、担保目的物は補充され、担保価値の維持は図られることから、流動動産譲渡担保に基づく物上代位を認める必要はない<sup>242</sup>。この点は、前述のように、一過性のケースを予期された論者自身が認められるところといえる<sup>243</sup>。そうすると、通常の営業は継続していても、担保目的物の補充が十分でない、すなわち設定者の経営が順調に推移していない状況であれば、通常の営業の範囲を超えた処分がなされた場合には、担保価値の維持は図れないことから、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の行使を認めてもよいと考えられる。通常の営業が継続されているか否かではなく、端的に担保目的物として新たに補充されたか否かにより、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使の可否を決すべきとするものもある<sup>244</sup>。しかし、集合物における動産の補充は担保価値維持義務という担保契約、債権法の問題であるのに対して、動産への追及効および物上代位の問題は物権法の問題であり、直結する問題ではないとの指摘<sup>245</sup>もあり、補充義務違反であることが必然的に物上代位を肯定することにはならない。そこで、流動動産譲渡担保目的物の補充義務が果たされないことと流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使の可能性とを次の5.で検討してみることにする。

## 5. 補充義務（担保価値維持義務）との関係

流動動産譲渡担保物件の変動は、流動動産の価値の変動をもたらす。したがって、担保価値を維持するためには、流動動産譲渡担保設定者に目的物の補充義務が存すると解されている<sup>246</sup>。そして、学説は、この補充義務を果たすこと、またはそれを果たすことの見込みや予定を一つの指標として、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を画定しようとしているものが多い。この点については、本稿の主題であるので、後に詳しく検討するが、ここでも簡単に示してみる。

例えば、まず、補充義務の内容として、補充義務が果たせずに問題となるのは、流動動

---

<sup>242</sup> 小山「判批」・前掲注(233)164頁

<sup>243</sup> 池田・前掲注(233)187頁以下。

<sup>244</sup> 古積・前掲注(240)64頁。古積教授は、通常の営業の継続という要素によって物上代位権の行使の可否を決しようすると、「営業の継続」の解釈如何によっては、動産群の補充がなくても物上代位権の行使が認められない反面、逆に、新たに動産群が補充された場合であっても、その後営業が廃止されれば物上代位権の行使が認められる可能性があることに疑問を呈されている。

<sup>245</sup> 田村耕一「判批」広法35巻1号82頁。

<sup>246</sup> 我妻・前掲注(2)666頁、高木・前掲注(158)372頁、道垣内・前掲注(173)336頁、加藤＝林〔吉田〕・前掲注(2)698頁など。

産譲渡担保設定者にとって危機的状況の場合であり、その場合には実際に補充される可能性はそれ程高くない。そうであるならば、危機時点において補充義務の履行を求めるよりも、あらかじめ危機時期より以前に、担保価値の劣化が生じないように行動することを設定者に求めることが必要になるとする<sup>247</sup>。そして、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とは、処分行為の内容自体が通常の営業の範囲内の処分であっても、当初から補充の見込みや予定がない処分を行った場合について、通常の営業の範囲外の処分とするのである<sup>248</sup>。当初から補充の見込みや予定という流動動産譲渡担保設定者の主観面も基準にしている。

さらに、補充見込みや予定があっても、結果として補充されなかった場合であれば、担保価値に減少が生じている以上、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分と評価されることになるものがある<sup>249</sup>。ただし、このような場合であっても担保価値の減少が事後的に早期に回復されたときは流動動産譲渡担保設定者による補充義務は履行されていることになる。したがって、相当長期間補充されなかったため、担保価値の減少が固定化してしまったような場合に限定をしている。この考えでは、流動動産譲渡担保設定者の主観面は配慮せず、その客観的状況のみから判断している。また、結果的に補充されなかったとしても、遡って担保価値を減少させた処分が通常の営業の範囲外のものであることになる。

この補充義務が不履行となるような処分は、通常の営業の範囲を超える処分であるというべきであるが、同時に通常の営業の終了と捉え、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使を認める考えがある<sup>250</sup>。すなわち、平成 22 年最高裁決定の「通常の営業を継続している間」は、物上代位権の行使にかかる時間的範囲に関する概念で、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁の「通常の営業の範囲」は、処分授權にかかる客観的範囲に関する概念であるが、「通常の営業」自体は目的動産の補充を通じて担保価値が客観的・結果的に維持されることを前提とする同一のものであるとする。そうすると、補充義務が不履行となるような処分は、通常の営業の範囲を超える処分であるが、同時に通常の営業が終了している段階の処分であって、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権を行使できるということになる。

しかし、「通常の営業の継続」と「通常の営業の範囲」は、前者がその間は担保権実行を受けない状態を保障されるという利益を定めた契約法上の概念であるのに対し、後者はその範囲内で設定者に処分権限を認めるという流動動産譲渡担保の物権的内容であって、特約によって初めて認められるものではないという指摘がある<sup>251</sup>。通常の営業の範囲の捉え方にもよるが、担保目的物の補充義務を契約上定めたとしても、その義務違反が直ちに通常の営業の範囲を超える処分ということにもならない。例えば、100 の担保目的物の補充義務を契約上定めたが、80 しか補充できていないときに、担保目的物を 80 に減じ

---

<sup>247</sup> 池田雅則「動産譲渡担保目的物の処分と効力の及ぶ範囲からの離脱」金法 1823 号 75 頁以下(2008)。

<sup>248</sup> 武川幸嗣「判批」判時 1968 号 202 頁(2007)。

<sup>249</sup> 池田・前掲注(247)76 頁以下。

<sup>250</sup> 栗田口太郎「判批」事業再生と債権管理 133 号 15 頁以下(2011)。

<sup>251</sup> 森田・前掲注(213)60 頁以下。

る結果となる処分が通常の営業の範囲を超えた処分といえない場合もありえよう。そもそも設定者が通常の営業を継続している場合とはいかなる場合か定めた特約と担保目的物の補充義務の特約が異なることもある。また、それらの特約が同じ内容であっても、その特約違反は通常の営業の終了となっても、通常の営業の範囲を超えた処分といえないこともある。たとえば、在庫を残したままで、在庫の販売とは別の営業の継続が困難な状態に陥るような場合である。このように両者が一致しない場合がありうる。通常の営業の継続と通常の営業の範囲に差が生じるのは、前者は主として当事者間の問題に帰着するが、後者は流動動産譲渡担保設定者の処分の相手方である転得者の利益に配慮する必要があるからである。したがって、通常の営業は継続しているが、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業を超える処分がなされる場合は、十分想定できると考える。

それでは、通常の営業は継続しているが、流動動産譲渡担保権者が物上代位権の行使としての差押えを申し立てる前に、流動動産譲渡担保設定者が集合物に新たに担保目的物を補充した場合には、物上代位権の行使を否定されるが、補充されない場合には、物上代位権を肯定するという考え<sup>252</sup>は妥当であろうか。この点、担保目的物の補充のタイミングは設定者が選択できてよいはずであり、補充の前にいち早く差押えをしさえすれば賠償金や保険金を譲渡担保権者が受領できるとするのは疑問であるとの指摘がある<sup>253</sup>。たしかに、短期間補充がなされていないからといって、事業サイクルを停止させるのは妥当でないといえる。しかし、一定期間経過後も担保目的物が補充されないのでは、流動動産譲渡担保権者を害する。担保目的物が通常の営業の範囲内で処分されれば、その処分された動産は集合物から離脱するので、転得者に対し流動動産譲渡担保の追及効は生じない。また、担保目的物が通常の営業の範囲を超えて処分がなされても、集合物の保管場所から搬出されれば、追及効を失う可能性が高い<sup>254</sup>。もし、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使が認められなければ、補充義務違反に対する効果として流動動産譲渡担保権者が設定者にできるのは債務不履行責任の追及でしかないとすれば、目的物が減少した状況のまま譲渡担保を実行することが可能になるにすぎず、流動動産譲渡担保権者の保護として十分でない<sup>255</sup>。そこで、担保目的物の補充がなされないことは、民法 137 条 2 号の債務者が担保を減少させたときにあてはまり、同条同号により期限の利益が喪失されたときになる。この場合には、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使を認めるべきであると解する。さらに、補充義務が果たされていても、被担保債権の本来的な債務が不履行になっている

---

<sup>252</sup> 古積・前掲注(240)64 頁。

<sup>253</sup> 田高寛貴「判批」金判 1372 号 6 頁注(10)(2011)。

<sup>254</sup> 通常の営業を超えた処分の効力として、集合物の保管場所から搬出されれば、流動動産譲渡担保の追及効を喪失するという説(追及効喪失説)と転得者が即時すれば流動動産譲渡担保の追及効を喪失するという説(即時取得説)がある。また、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁は、傍論ではあるが、「對抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないというべきである。」として、追及効喪失説に親和的な考えを示した。

<sup>255</sup> 池田・前掲注(247)222 頁。

場合も同様に、物上代位権の行使を認めるべきである<sup>256</sup>。なぜならば、動産は不動産よりも減価・減耗（特に食品等）のリスクがある<sup>257</sup>上に、流動動産譲渡担保では、通常の営業の範囲内であれ、その範囲外であれ、処分されれば、追及効を失う可能性が高いので、債務不履行の段階に至っては、物上代位権の行使を認めるべきである<sup>258</sup>。以上より、債務不履行に陥っている場合にも、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使が認められると解し、この場合には、個別動産に対する処分と補充が停止するという意味での固定化は不要であると解する。ここで、被担保債権の不履行のみならず、担保保存義務違反に基づく債務不履行を物上代位権の行使要件とすれば、通常の営業の停止という要件はそれほど機能しないとも考えられる。しかし、被担保債権が不履行にならず、担保目的物の補充も現状で満たされている場合に、営業を停止した結果、今後の売り上げを見込めず、担保目的物も劣化するおそれがないわけではない。そこで、通常の営業の停止も物上代位権の独自の行使要件として意義はあるものと考えられる。

なお、債務不履行を流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件とすると、平成22年の最高裁決定の原審である福岡高裁が示した通常の営業を超える処分という基準は不要であると考え。通常の営業の範囲の判断基準であった担保目的物の補充義務についても、補充されないときは、前述のように補充義務違反という債務不履行を要件として流動動産譲渡担保に基づく物上代位権を行使できる。また、補充されてはいるが、通常の営業の範囲を超える処分であるとする場合があったとしても、被担保債権が債務不履行になっていれば、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位が可能である。担保目的物が補充されており、かつ、被担保債権が債務不履行になっていないのであれば、想定しにくい通常の営業の範囲を超える処分がなされても、補充されている担保目的物で被担保債権は十分に担保されており、事業サイクルの継続を通じて弁済を受けられるのだから、事業サイクルを停止させるおそれがある流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使を認める必要はない。それよりも、通常の営業を超える処分という基準を採用したことにより、平成22年の最高裁決定の原審である福岡高裁は、損害保険金債権（漁業共済金）の取得を通常の営業の範囲を超えた処分であると無理に判断しているが、異論が多い<sup>259</sup>。このように担保目的物の滅失・損傷によって生じる債権に対して物上代位の可否を検討すべきときに、

---

<sup>256</sup> 田高・前掲注(253)4頁。また、山本哲生「判批」損保73巻2号212頁以下(2011)は、被担保債権の債務不履行を要件として、流動動産譲渡担保に基づく物上代位を認める可能性を示唆されている。

<sup>257</sup> 栗田口太郎「倒産手続におけるABL担保権実行の現状と課題—再生手続における集合動産譲渡担保権の取扱いを中心に—」金融法研究28号18頁(2012)。

<sup>258</sup> 田高・前掲注(253)4頁は、被担保債権が特定債権の場合を考えると、被担保債権の不履行後は、譲渡担保権者はいつでも担保権の実行として目的物が処分でき、またこの段階では損害賠償請求権等に対して物上代位権を行使することを認められてよいとされる。また、松岡・前掲注(162)113頁は、流動動産譲渡担保について、転得者への追及効がないことと引き替えに、物上代位権を肯定すべきことを示唆される。

<sup>259</sup> 今尾・前掲注(213)190頁注(52)は、目的物の滅失により損害保険金債権を取得することが処分に当たることと違和感があるとされている。また、門口正人「判批」金法1930号53頁以下(2011)は、漁業共済金請求権の取得は、他に養殖魚が補充される限りは、集合物の価値に変動はなく、それ自体は、通常の営業の範囲と何ら関わりがないとされる。他にも、古積・前掲注(240)62頁、66頁注(12)。

この基準では妥当な結論が得られにくいといえる。

そこで、売却代金債権および不法行為債権・保険金債権等を目的とする代替的物上代位の行使要件について、売却代金債権と不法行為債権・保険金債権等を比較検討してみる。これまで検討してきた流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使要件としては、通常の営業の終了か、または債務不履行になっていることであると解した。通常の営業の終了では、事業サイクルが継続しておらず、補充がなされていないものであり、債務不履行では、補充義務違反に基づく場合には、担保目的物の補充が十分でないものであり、どちらの要件でも、担保目的物の補充に着目した。この点、売却代金債権については、担保目的物の売却、その売却金を原資にした担保目的物の補充が当事者間で予期されている。これに対し、不法行為債権・保険金債権等については、その損害賠償金・保険金等の使途が担保目的物の回復に用いられるか否かは、流動動産譲渡担保設定者の意思にかかっており、必ずしも担保目的物の補充の原資とする必要はないとされる<sup>260</sup>。しかし、不法行為債権・保険金債権等であっても、担保目的物が補充されないような場合（通常の営業の終了の場合）や担保目的物が十分に補充されない場合（補充義務違反の場合）に至っては、事業サイクルの停止、担保減少を避けるために、原資とすべきである。また、被担保債権の本来的な債務が不履行の段階では、売却代金債権の場合であっても、不法行為債権・保険金債権の場合であっても、どちらも流動動産譲渡担保権者の保護の必要性が高いといえる。したがって、売却代金債権および不法行為債権・保険金債権等を目的とする代替的物上代位については、すべて通常の営業の停止か、または債務不履行になっていることをその行使要件とすると解する。

次に、付加的物上代位の対象である賃料債権については、流動性のある動産が賃貸されることは、あまり想定できないかもしれない<sup>261</sup>。しかし、販売もレンタルもしている衣装や楽器等に流動動産譲渡担保を設定し、それらを賃貸することが想定できなくもない。この場合、通常の営業の終了の場合には、実質的に固定化しているので、特定動産譲渡担保と同じに考え、債務不履行を要件として物上代位権の行使を認めるべきである。販売等、通常の営業がなされていなくても、担保目的物自体が滅失するわけではないので、債務不履行になっていないのであれば、設定者の経済活動の自由をなお保障する必要があるといえる。これに対し、債務不履行の場合については、付加的物上代位の一般的な要件でもあり、また流動動産譲渡担保権者の保護を図るべきことはこの場合にもあてはまるので、物上代位権の行使は認められるべきであると解する。

以上より、流動動産譲渡担保に関し、代替的物上代位においても付加的物上代位においても、その行使要件として、特定動産譲渡担保に基づく物上代位の行使要件に加え、通常の営業の終了か、または債務不履行になっていることが必要であると考えられる。

## 6. 小括

本節では、特定動産譲渡担保に基づく物上代位について、売却代金債権および不法行為

<sup>260</sup> 小山「判批」・前掲注(233)165頁、池田・前掲注(247)222頁。

<sup>261</sup> 今尾・前掲注(213)191頁注(61)。

債権・保険金債権等を目的とする代替的物上代位は、単純に肯定し、賃料債権を目的とする付加的物上代位は、債務不履行を要件として肯定するという私見を前提に、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の効力が集合物に及んでいるのか、及んでいるとして流動動産譲渡担保に基づき物上代位権を行使するための要件を論じてみた。

まず、流動動産譲渡担保の法的構成としては、個別動産にも効力が及んでいると考え、固定化せずに集合物の状態であっても、物上代位の効力は及ぶと解した。その上で、通常の営業が終了している場合には、実質的な固定化が生じていると考え、特定動産譲渡担保と同じに考えられるので、物上代位権を行使できると解した。また、固定化が生じていない場合であっても、補充義務（担保価値維持義務）が履行されない場合や被担保債権の本来的な債務が不履行である場合には、流動動産譲渡担保権者の保護を図るために、物上代位権を行使できると解した。この結論は、どの代替的物上代位であっても、付加的物上代位であっても妥当するものであると考えた。

## 2. 流動動産譲渡担保における設定者の通常の営業の範囲

### (1) 裁判例

#### 1. 最高裁判例

##### (1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例)

前章 1.では、流動動産譲渡担保における債権者保護制度として、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の可否について、被担保債権について債務不履行になっていることを要件として判例・学説よりも広く解した。これは、UCC が動産担保権設定者に担保目的動産の処分権を広く認めている代わりにプロシーズ制度によって担保権者を保護していることとの比較になりうるものであった。それを踏まえ、本章では、UCC と同様に流動動産譲渡担保設定者に担保目的動産の処分権の範囲をいかに解すべきか検討してみたいと思う。特に、担保権者・設定者間の特約がない場合に、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分はいかなるものか検討してみるが、まずは裁判例からみってみる。

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について関連する判例は 2 件あるが、まず、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例) の事案の概要について示してみる。Y (被告・被控訴人・上告人) は、ブリ、ハマチ、カンパチ等の養殖、加工、販売等を業とする株式会社である。Y は、A (株式会社) との間で、平成 12 年 6 月 30 日、A を譲渡担保権者、Y を譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場、黒瀬漁場ほかの漁場のいけす内に存する上告人所有の養殖魚の全部とする。
- ② 被担保債権は、養魚用配合飼料の売買取引により A が Y に対して現在及び将来有する売掛債権等一切の債権とし、極度額を 25 億円とする。
- ③ A は、Y が上記目的物を無償で使用し、飼育生産管理し、通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを許諾する。
- ④ 上記③により第三者に譲渡された養殖魚は譲渡おの目的から除外される。Y は、上記④に基づき目的物を搬出したときは、速やかに新たな養殖魚をいけすに搬入し、補充しなければならず、Y が補充した養殖魚は、当然に譲渡担保の目的を構成する。

次に、Yは、B（銀行）との間でも、平成12年12月7日、Bを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、黒瀬漁場のいけす内の養殖魚全部とする。
- ② 被担保債権は、BがYに対して現在及び将来有する一切の債権とし、極度額を10億円（元本）とする。
- ③ Bは、Yが目的物をその当然の用法に従い無償で使用することを許諾し、Yは善良なる管理者の注意義務をもって管理する。
- ④ Bが目的物につき担保権を実行する場合には、Yに対し、保管替え又は処分のために目的物の現実の引渡しを求めることができる。

さらに、Yは、C（株式会社）との間でも、平成15年2月14日、Cを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場、黒瀬漁場ほかの漁場のいけす内に存するY所有の養殖魚の全部とする。
- ② 被担保債権は、YとCとの間の商取引及び金融取引に基づく債権とし、極度額を30億円とする。
- ③ Yは、善管注意義務をもって目的物を通常の営業方法に従い販売する。その代金はCの承諾を得てYの運転資金に供することができる。

以上のように、Yは、A、B、Cとの間でも、それぞれ重複して流動動産譲渡担保契約を締結したのである。なお、3件の契約はほぼ類似しているが、YとBとの間で締結された契約のみ他の2件の契約と異なり、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での処分権について定められていなかった。

その後、Yは、X（原告・控訴人・被上告人）との間で、平成15年4月30日に、①Yの所有する黒瀬漁場内の特定の21基のいけす内のブリ13万5212尾をXに売却する、②YからXへの本契約の目的魚を預託する、③YはXから買戻しできるとの各要素から成る内容の契約（以下「本件契約1」という。）を締結した。なお、Yにつき、破産等の申立てがあったときは、Xは、契約期間中であっても、本件契約1を解除することができる旨の条項があった。

また、Yは、Xとの間で、平成15年4月30日、Yの所有する養殖ハマチ計27万2566尾を、Xに売却し、Xにすべての目的物が移動するまでYがXに代わり飼育を行う旨の売買契約（以下「本件契約2」という。）を締結した。

そして、本件契約1の目的物および本件契約2の目的物となったものは、A、BおよびCの上記各譲渡担保（以下「本件各譲渡担保」という。）の目的物ともなったものである。

Yは、平成15年7月30日、東京地方裁判所に民事再生手続開始の申立てをし、同年8月4日、同開始決定がされた。その後、Xが、Yに対し、本件契約1及び2（以下、併せて「本件各契約」という。）により本件各物件の所有権を取得したとして、所有権に基づく本件各物件の引渡しを求める事案である。これに対し、Yは、〈1〉本件各契約は譲渡担保契約と解すべきである、〈2〉本件各契約に先立って、A、BおよびCが本件各物件を含む養殖魚について本件各譲渡担保の設定を受け、対抗要件を備えている以上、Xは、

即時取得の要件を満たさない限り、本件各物件の所有権を取得することはあり得ないなどと主張した。これに対し、宮崎地裁日南支部は請求を棄却した。そこで、Xが控訴したところ、福岡高裁宮崎支部は控訴を認容したので、Yが最高裁に上告した。

最高裁判所は、本件契約1について、「本件契約1は、再売買が予定されている売買契約の形式を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意（前記1(5)ア(エ))がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約1の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当である。」として、譲渡担保契約と解している。これに対し、本件契約2については、契約の内容から問題なく真正の売買契約と解している。

その上で、本件契約1の判断について、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる」として、まず流動動産譲渡担保設定者は、通常の営業の範囲内で担保目的物の処分権を認めている。

そして、「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、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する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。また、被上告人は、本件契約1により本件物件1につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない。」としており、上告を認容している。しかし、劣後する譲渡担保の設定が流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分か否か明文では明らかにしていない。

これに対し、本件契約2について、「対抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないというべきである。」として、通常の営業の範囲を超えた売却処分は、流動動産譲渡担保設定者の処分権の範囲外で効力を有さず、所有権も移転しないとしている。ただ、同判例は、本件の売却処分が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内のものか否かをここでは判断せず、原審に差し戻している。

以上より、この最高裁判例は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはどのようなものか、その基準を示していない。



(2) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁 (②最高裁判例)

最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁 (②最高裁判例) の事案の概要は、次のとおりである。

Y (被告、被控訴人・控訴人、上告人) は、ブリ、ハマチ、カンパチ等の養殖、加工、販売等を業とする株式会社である。

Y および A (水産株式会社) は、B (株式会社) との間で、平成 7 年 8 月 10 日、B を譲渡担保権者、Y および A を譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場のいけす内に存する Y および A 所有の一切の養殖魚とする。
- ② 被担保債権は、B が A に対し現在又は将来有する一切の債権とし、極度額を 14 億円とする。
- ③ Y は、B に対し、A の上記②の債務を連帯保証する。
- ④ Y および A は、上記被担保債権について期限の利益を失うまでは、通常業務の範囲内で担保物件を売却し、また、自己の責任及び負担においてこれを製品化することができる。
- ⑤ 上記④による売却又は製品化のため串間漁場から搬出された物件は、その搬出の時、譲渡担保の目的から当然に除外される一方、新たに串間漁場に搬入された Y または A 所有の物件は、その搬入の時、譲渡担保の目的に当然に追加されるものとする。

Y は、C (株式会社) との間で、平成 12 年 6 月 30 日、C を譲渡担保権者、Y を譲渡担保設定者とする次の内容の集合動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場、黒瀬漁場ほかの漁場のいけす内に存する Y 所有の養殖魚の全部とする。
- ② 被担保債権は、養魚用配合飼料の売買取引により C が Y に対して現在および将来有する売掛債権等一切の債権とし、極度額を 25 億円とする。
- ③ C は、Y が上記目的物を無償で使用し、飼育生産管理し、通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを許諾する。
- ④ 上記③により第三者に譲渡された養殖魚は譲渡担保の目的から除外される。Y は、上記③に基づき目的物を搬出したときは、速やかに新たな養殖魚をいけすに搬入し、補充しなければならず、Y が補充した養殖魚は、当然に譲渡担保の目的を構成する。

以上のように、Y は、B (契約の相手方は Y および A である。)、C との間でも、それぞれ重複して流動動産譲渡担保契約を締結したのである。なお、2 件の契約はほぼ類似している

その後、Y は、X (原告、控訴人・被控訴人、被上告人) 株式会社との間で、平成 15 年 3 月 31 日、①Y の所有する黒瀬漁場内の特定の 17 基のいけす内のブリ 11 万 1978 尾 (23 万 1556kg) 及び串間漁場内の特定の 12 基のいけす内のブリヒラ 6 万 4780 尾 (12 万 3592kg) を X に売却する、②X から Y への契約の目的魚を預託する、③X は Y に売戻すことができるとの各要素から成る次の内容の契約 (以下「本件契約」という。) を締結した。なお、Y につき、破産等の申立てがあったときは、X は、契約期間中であっても、

本件契約を解除し、本件契約の目的物とされている原魚を第三者に販売する権利を取得することができる旨の条項があった。

なお、串間漁場内のブリヒラ 2 万 4722 尾及び黒瀬漁場内のブリ 9 万 3079 尾（以下「本件物件」という。）は、B 及び C の上記各譲渡担保の目的物であると同時に、本件契約の目的物ともなったものである。

Y は、平成 15 年 7 月 30 日、東京地方裁判所に民事再生手続開始の申立てをし、同年 8 月 4 日、同開始決定がされた。

X は、平成 15 年 8 月 9 日、Y に対し、本件契約中の原魚の預託および売戻しに関する部分を解除する旨の意思表示をするとともに、同月 21 日、宮崎地方裁判所日南支部に対し、本件物件につき、Y を債務者とする占有移転禁止（債権者による保管を許す執行官保管）の仮処分命令の申立てをし、同月 25 日、これを認容する旨の決定を得た。そして、宮崎地方裁判所執行官は、この仮処分の執行として、同月 27 日から同年 9 月 1 日にかけて、本件物件を串間漁場及び黒瀬漁場から搬出した上、同月 30 日、民事保全法 52 条 1 項、49 条 3 項の規定により本件物件を売却し、その売得金 1 億 3645 万 4663 円を供託した。

本件は、X が Y に対し、主位的に、X は本件契約により本件物件の所有権を取得したとして、所有権に基づく本件物件の引渡しを求め、予備的に、本件物件につき負担した飼料代金請求権は一般先取特権又は共益債権に当たる旨主張してその支払を求める事案である。これに対し、Y は、〈1〉本件契約は譲渡担保契約と解すべきである、〈2〉本件契約に先立って、B および C が本件物件を含む養殖魚について本件各譲渡担保の設定を受け、対抗要件を備えている以上、被上告人は、即時取得の要件を満たさない限り、本件物件の所有権を取得することはあり得ないなどと主張した。宮崎地裁日南支部は、予備的請求を認容し、主位的請求を棄却した。そこで、X は主位的請求について控訴し、Y は予備的請求について控訴した。これに対し、福岡高裁宮崎支部は、X の控訴を認容し、Y の控訴は棄却した。そこで、Y は最高裁判所に上告した。

最高裁判所は、①の最高裁判例と同様に、「本件契約は、再売買が予定されている売買契約の形式を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意（前記 1(4)ア（エ））がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当である。」としているのである。

その上で、「本件各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその対抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように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、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する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。」として、後順位の譲渡担保権の設定すること、また、それが特に私的実行される場合は、先順位の譲渡担保権の優先弁済権が侵害されるとしている。

そして、「各譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、上告人にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分（前記1(2)エ、(3)ウ）といえないことは明らかである。また、被上告人は、本件契約により本件物件につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない。」として、後順位の譲渡担保権の設定は、通常の営業の範囲内の処分といえないと明示している。その上で、通常の営業の範囲を超えた売却処分は、流動動産譲渡担保設定者の処分権の範囲外で効力を有さず、即時取得しない限り、①最高裁判例と同様に所有権も移転しないとしている。しかし、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の定義については、①の最高裁判例と同様に示されていない。

なお、本件では、YがXに対して、すでに譲渡担保が設定されている物件について、重複して譲渡担保を設定していることが通常の営業の範囲内処分とはいえないとしているが、YはCに対して重複して譲渡担保を設定しているという事案である。判旨の考えによれば、このCに対する譲渡担保の設定も通常の営業の範囲外の処分ということになる。

## 2. 下級審判例

- (1) 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）の下級審判例（原審；福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁、原原審；宮崎地日南支判平成16年1月30日民集60巻6号2511頁）

最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）の原審である福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁は、後記福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁と同様に、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許されると以下のとおり明示している。「本件各譲渡担保権のような商品（営業用商品）に対する集合動産譲渡担保権にあっては、通常、譲渡担保の目的物たる商品の所有権が元々譲渡担保設定者にあり、譲渡担保設定後においても、譲渡担保設定者が自己の判断に基づき、通常の営業の範囲内において、これを商品として第三者に売却することを当然に予定しているものであるから、これに対して譲渡担保権を設定する場合においては、そのことを当然の前提として譲渡担保権が設定されることが常態であり、したがって、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者が債務の履行を遅滞するなど、譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないような事態が生じるまでの間は、譲渡担保設定者が通常の営業の範囲内においてする目的物の第三者に対する売却は、これを許容するのが通例であるといえる。蓋し、譲渡担保設定者が譲渡担保権の目的物である商品を第三者に売却することにより得る営業収益から、被担保債権の回収を図ることができれば、譲渡担保権者の利益にこそなれ、これを禁止すべきいわれはないからである。したがって、商品の集合動産譲渡担保設定契約において、譲渡担保設定者の目的物たる商品に対する売却権限について、これを制約する約定がない限り、譲渡担保設定者は、譲渡担保権者の意思を離れて、独自の判断において、目的物たる商品を通常の営業の範囲内において第三者に対して売却する権限を留保しているものと解すべきである。」

そして、この判例は、譲渡担保設定者が譲渡担保権の目的物である商品を第三者に売却することにより得る営業収益から、被担保債権の回収を図ることができれば、譲渡担保権

者の利益にこそなれ、これを禁止すべきいわれはないという譲渡担保権者の利益を配慮した結果であると、その論拠も明示している。

また、本件での Y の処分が、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内であることを以下のとおり示している。本件各譲渡担保設定契約には、Y と A および C との間については、「両者が被控訴人に対し、通常の営業の範囲内で、又は通常の営業のために、目的物である本件物件を第三者に売却することを許容する本件各任意売却条項が置かれているものであり、これは、集合物たる本件物件に対する本件各譲渡担保権の設定によっても、譲渡担保設定者たる被控訴人の本件物件に対する売却権原が当然には制約を受けないとする上記の事理を確認した条項と認められるべきものである。」もつとも、本件各譲渡担保設定契約のうち、B との間の譲渡担保設定契約には、A および C との間の譲渡担保設定契約にある本件各任意売却条項のような明確な形の規定は置かれていない。しかし、B と Y との間の譲渡担保設定契約証書には、「被控訴人による本件物件の通常取引による第三者に対する任意売却を積極的に禁止する条項は無論ないし、同契約がこれを禁止しているものとも解されない。殊に、同契約証書 3 条に被控訴人が「その当然の用法に従い無償で使用することを許諾する」とある（上記第 2 の 2(2)カ）のは、他の合意内容と併せて検討すれば、これは、本件各任意売却条項と同趣旨の定めと解することもできるから、」B に対する関係においても、上記 A および C の場合と同様、「譲渡担保設定者たる被控訴人の本件物件に対する売却権原が当然には制約を受けないものと解するのが相当である。」「そして、商品を通常の営業の範囲内で第三者に売却することは、当該商品の所有権を第三者に確定的に移転取得させることを当然の前提としているのであるから、譲渡担保設定者において譲渡担保の目的物を通常の営業の範囲内で第三者に売却することが許容されている集合動産譲渡担保権にあつては、譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に確定的に移転取得させることができるという物権的地位が設定者にとどめられているものと解さざるを得ず、そのように解したとしても、上記(2)において説示したところに照らせば、譲渡担保権者が譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないというような事態が生じるまでの間は、債権担保の目的を達するのに何らの支障もない。」

しかし、同判例も流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の定義については、示されていない。

なお、同判決は、流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとする論拠を明らかにしている。すなわち、「本件契約は、形式上、Y から X に対し本件物件を売渡して、所有権が X に移転し、一定期間経過後における X から Y に対し本件物件を売戻して、所有権が新たに Y に移転するというものであるから、再売買類似の契約であるので、売買契約と解さざるを得ないとするのである。

福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁の原審である宮崎地支判平成 16 年 1 月 30 日民集 60 卷 6 号 2511 頁については、原告の主張である「集合物譲渡担保設定者である被告は、通常の営業の範囲内で目的物を売却処分することができる」旨を引用して、一般論として、そのまま流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の担保目的物の処分が許されることを認めるのにとどめていただけであり、本件の Y の処分が通常の営業の範囲内のものか否か判断していない。

(2) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁 (②最高裁判例) の下級審判例 (原審; 福岡高宮崎支判平成 16 年 10 月 29 日金法 1735 号 47 頁、原原審; 宮崎地日南支判平成 16 年 6 月 11 日金法 1735 号 57 頁)

最一小判平成 18 年 7 月 20 日判タ 1220 号 94 頁 (②最高裁判例) の原審である福岡高宮崎支判平成 16 年 10 月 29 日金法 1735 号 47 頁は、福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁と同じく、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許されるとしている (②最高裁判例も同様である。)。そして、この判例は、譲渡担保設定者が譲渡担保権の目的物である商品を第三者に売却することにより得る営業収益から、被担保債権の回収を図ることができれば、譲渡担保権者の利益にこそなれ、これを禁止すべきいわれはないという譲渡担保権者の利益を配慮した結果であると、その論拠を明示している点も同様である。

しかし、この判決は、上告審である②最高裁判例とは異なり (福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁とは同じである。)、流動動産譲渡担保の設定者による通常の営業の範囲内か外かについて、その事例で、「これを本件についてみると、現に、上記第 2 の 2 のとおり、本件各譲渡担保設定契約には、B 及び C が 1 審被告等に対し、通常の営業の範囲内で、又は通常の営業のために、目的物である本件物件を第三者に売却することを許容する本件各任意売却条項が置かれているものであり、これは、集合物たる本件物件に対する本件各譲渡担保権の設定によっても、譲渡担保設定者たる 1 審被告等の本件物件に対する売却権原が当然には制約を受けないとする上記の事理を確認した条項と認められるべきものである。」としている、すなわち、最高裁判例②とは異なり、流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとしている。そのことから演繹的に、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、譲渡担保設定者による任意の売却処分権の範囲内であるとしている。ただし、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の定義は示されていない。

また、同判決の原審である宮崎地日南支判平成 16 年 6 月 11 日金法 1735 号 57 頁も、「集合動産譲渡担保契約においては、一般に、設定者による目的物の処分が認められているところ、証拠 (乙 3、5) によれば、B 株式会社及び C 株式会社が設定を受けた集合物根譲渡担保についても、設定者による目的物の売買が認められているので、被告が原告に対して本件物件を売却すること自体は適法な処分であると言うことはできる。」として、最高裁判例②とは異なり、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとしていることから、譲渡担保設定者による任意の売却処分権の範囲内であるとしている。

## (2) 学説

### 1. 学説の状況

前述のように判例は、後順位の譲渡担保の設定であれば、流動動産譲渡担保設定者による処分は、通常の営業の範囲外であるとしている。これに対し、売買であれば、流動動産譲渡担保設定者による処分は、通常の営業の範囲内であるとしている。そして、すべての判例が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはいかなるものか、その基準を

示していない。

これに対し、学説は、前記の2件の平成18年7月20日の最高裁判決以前にも、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について定義しようと試みられている。また、同判決後は、②判決の評釈で補足的に述べられたものであるが、定義しようとするものがある。しかし、相互の学説について検討されたものがなく、本稿で学説の整理を試みる。かつては、字義どおり通常の営業とは、設定者の営業種類と異なるものを流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはしていなかった。すなわち、通常の営業の範囲内というのは、流動動産譲渡担保設定者が今まで行ってきた営業・取引における範囲内という意味である。流動動産譲渡担保設定者が今までと全く異なる営業をする場合、例えば、流動動産譲渡担保設定者である鉄鋼製品の加工専門業者が、加工材料となる鋼材を担保の対象とする場合に、これを加工せずに転売するということは、通常の営業の範囲内と認められないとする<sup>262</sup>。しかし、この基準だけでは、設定者が、どのような在庫状況であっても、どのような経済状況であっても、通常の営業として処分できるのか明らかでない。米国では、UCC§9-205で担保権者と設定者の債権的合意により、設定者に目的動産の処分権を与えた場合には、設定者がその合意に基づいて処分できるのが原則であるが、さらに、そのような処分権の制限があっても、UCC§9-320(a)では、担保権を害する（担保目的動産の処分権に制限がある）ことを通常の営業の過程における買主が知らないことを要件として設定者の処分を完全に有効なものとしていた。これに対し、わが国の近時の学説は、以下に紹介するように、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するか否かという要素を中心に検討している。しかし、これらの学説も短く言及しているので、必ずしもそれぞれの論者の意図することとは異なるかもしれない。そこで、短い言及を参考に筆者なりに論理的に考えて学説を分類してみる。

具体的には、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説、③流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説というように分類してみる。

## 2. 流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説

この説は、譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する目的でなされる処分の場合か、倒産間際に事業運転資金確保のために投売りするような場合に限られるというように、流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されたという客観的要件だけでなく、流動動産譲渡担保設定者が流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害する意思である主観的要件が必要だとする。例えば、通常の営業の範囲内の処分であるか否かは、処分される動産の量により判断されるべきでない。一時期に大量の注文が設定者に入って、集合物を組成するほとんどの動産が売却されたとしても、すぐまた仕入があり集合物を組成する動産が増加するのであれば差し支えはなく、そもそも設定者の営業において通常（喜んで）行われる取引だからであ

---

<sup>262</sup> 堀龍兒「集合物譲渡担保契約を締結する際の契約書式の実際(下)」債権管理3号18頁(1987)。

る。また、処分価格は重要なファクターとなろうが、季節商品をシーズン終了後に安く売却することもあり、決定的な基準とはなりえない。結論的には、まさに譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する目的でなされる処分の場合か、倒産間際に事業運転資金確保のために投売りするような場合に限られることになるものがある<sup>263</sup>。この論者は、通常の営業の範囲外の処分というためには、ただ単に、量的減少や、ディスカウント販売などのように、一見外形的に流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するようにみえるものでも、それだけで判断せず、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思があることを求めている。

また、通常の営業の範囲内であるか否かは、譲渡担保設定契約、究極的には当事者が追求する経済的目的によって定まるとした上で、集合動産譲渡担保においては、目的物の処分による健全な営業を継続させつつ同時に債権者への担保を提供するというのが当事者の目的となっている。通常の営業の範囲内であるか否かも、この目的に合致するか否かによって決定されるべきである。そうすると、設定者による完成品の売却は、危機的狀態でなされた投売りなどを除いて通常の営業の範囲内にあるといわなければならない。これによって債務者は営業資金を獲得して譲渡担保権者への返済や新たな商品の補充もできるからである。これに対して無償の譲渡、すなわち贈与は単に担保を減少させる行為に過ぎず、通常の営業の範囲にあるとはいいがたいとするものもある<sup>264</sup>。目的物の処分による健全な営業を継続させつつ同時に債権者への担保を提供するというのが当事者の目的であり、危機的狀態での投売りをするという事は、流動動産譲渡担保設定者がその目的に反することを認識しているといえる。したがって、この論者は通常の営業の範囲外の処分というには、流動動産譲渡担保設定者に侵害意思があることを要件としていると考えられる。

さらに、通常の営業の範囲の定義を本格的に検討しようとするものではないが、具体例として、次のように示している。すなわち、反対債権を有している買主が支払不能間近な時期に売買契約を締結したような場合には、代物弁済であれ、担保であれ抜け駆ける回収を目的とするもので「通常の営業の範囲」外であると認定されるおそれも否定できないとしているものもある<sup>265</sup>。この論者も、支払不能間近な時期に売買契約を締結することを、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とするのだから、通常の営業の範囲外の処分というには、流動動産譲渡担保設定者に侵害意思があることを要件としていると考えられる。

### 3. 流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説

この説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決しているようである。

例えば、ある取引が「通常の営業の範囲内」でなされたかどうかは、客観的に判断され、個別の処分の許可よりも広く機能する判断基準である。個別の処分の許可には、ある取引（形態）が原則として通常の営業の範囲内にあることを明示して明確化する場合（明確化

<sup>263</sup> 道垣内弘人「『目的物』の中途処分」『金融法研究・資料編(5)』130頁以下(金融法学会、1989)。

<sup>264</sup> 古積『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』・前掲注(217)139頁。

<sup>265</sup> 花井正志「判批」銀法664号27頁(2006)。

条項) と、ある取引が本来は通常の営業の範囲内にあるはずだが、例外的にそれから除外されることを明示する場合(除外条項) とが存在する。明確化条項の場合、その取引が「通常の営業の範囲」にあるかどうかは、取引の時期・態様から判断されるのに対して、除外条項では、その除外された事項に反して取引がなされれば、その事実だけで「通常の営業の範囲」を越えた処分と解される。もちろん、除外条項で個別の「許可」の範囲外とされた取引であっても、その処分を担保権者が黙認していた場合、特約が撤回されたと認定されれば、通常の営業の範囲内であったと判断される余地はなお残されているとすることがある<sup>266</sup>。この論者は、黙認も含め、当事者間の取り決めに反するか否かで決めているので、客観的に判断しているといえる。

そして、当事者に通常の営業の範囲内の処分に関するこのような合意がなされていない場合には、担保目的物の性質や譲渡担保権設定者において従来行われてきた営業内容・取引態様等を考慮し、通常の営業の範囲内であるか否かを判断すべきであるとする<sup>267</sup>。当事者間の取り決めがない場合には、担保目的物の性質や譲渡担保権設定者において従来行われてきた営業内容・取引態様等、客観的な事項を考慮して決するとするのである。

次に、通常の営業の範囲内か否かは事後的にしか判断しようがないので、取引の安全を著しく害するおそれがあるだけでなく、理論的には、通常の営業の範囲は量的にしか定め得ないとする。すなわち、具体的に集合物の構成部分たるどの動産について処分権限が与えられているかという議論は不毛であるとする。そして、同時に異なる複数の第三者に通常の営業の範囲内での処分がなされたが、トータルで範囲を超えるという場合に、誰がその範囲で承継取得できるかという問題を残すことになったとするものもある<sup>268</sup>。この論者は、理論的には、通常の営業の範囲は量的にしか定め得ないとしているのであるから、客観的な量のみで判断しているといえる。

さらに、通常の営業の範囲を超える処分とは、集合物を構成する動産が売却処分等によって離脱した場合に、本来期待されるべき動産の補充による担保価値の維持がおよそ期待できない場合であると考えられる。すなわち、流動動産譲渡担保権者の把握する担保価値が損なわれる場合であると捉えることが可能であるとするものもある<sup>269</sup>。流動動産譲渡

---

<sup>266</sup> 小山泰史「流動財産担保における『通常の営業の範囲内の処分』—カナダ法における『黙示の許可理論』をめぐる判例法理を参考として—」立命館法学 284 号 77 頁(2002)。

<sup>267</sup> 千葉美恵子「集合動産譲渡担保の効力(1) —設定者側の第三者との関係を中心にして—」判タ 756 号 44 頁(1991)、杉江隆「集合動産譲渡担保をめぐる近時の展開～最高裁平成 18 年 7 月 20 日第一小法廷判決を手がかりとして～」専法 41 号 28 頁(2007)。

<sup>268</sup> 片山直也「判批」金法 1812 号 40 頁(2007)。池田・前掲注(247)76 頁以下は、武川・後掲注(270)24 頁で指標にされる補充見込みや予定を検討されているが、補充見込みや予定があっても、結果として補充されなかった場合であれば、提供されている担保価値に減少が生じている以上は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分と評価するとされている。したがって、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲客観的に量的に判断している考えと分類できると思われる。

<sup>269</sup> 進士肇「判批」金判 1286 号 98 頁(2008)。論者は、さまざまな学説が挙げている例から導き出しているが、その例として、道垣内・前掲注(263)130 頁、古積『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』・前掲注(217)139 頁、武川・後掲注(270)24 頁を挙げられおり、分類した学説では別のカテゴリーに入るものである。しかし、他説の例を挙げながらも指摘されているところは、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えてい



担保物件の価値が被担保債権額を下回れば、すぐに侵害となるわけではないが、流動動産譲渡担保物件を補充することができないことになった場合等、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するおそれが確定的になったときに侵害と認めている。この論者は、動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけを充足すればよいと捉えているといえる。

#### 4. 流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説

この説は、①譲渡担保契約の解釈、②設定者の営業活動の態様、③処分行為の反復継続性・目的物の補充可能性の有無、④譲渡担保権者の優先権に対する侵害の有無により判断されるとする<sup>270</sup>。

①譲渡担保契約の解釈、③処分行為の反復継続性・目的物の補充可能性の有無、④譲渡担保権者の優先権に対する侵害の有無というように、客観面からの判断を主としている。しかし、②設定者の営業活動の態様については、基本的に態様の客観面からの判断が主であることは確かであるが、その態様は主観面も加味して判断することができる。すなわち、この説の論者は、流動動産譲渡担保設定者に処分権限が与えられたのは、事後に担保目的物として動産が補充されることを前提とするものであろうから、行為それ自体は通常の営業活動に属するものであっても、当初より補充の予定・見込みがなく、これにより譲渡担保権者の優先権を害するおそれのある取引であれば、「通常の営業の範囲」に属しない処分としている<sup>271</sup>。行為それ自体は通常の営業活動に属するものであるので、客観的には流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の処分となることになる。しかし、当初より補充の予定・見込みがないにもかかわらず処分していることから主観面を考慮していると思われる。また、当初より補充の予定・見込みがないというのは、客観的な状況からも該当する場合もあろうが、その営業の専門家であり、日常から取引先と営業を行っていない流動動産譲渡担保設定者しかわかりえない場合もあるので、主観面から判断して決めているというような場合もありえる。

したがって、この説は、流動動産譲渡担保設定者の営業活動による主観面、客観面双方から総合考慮していると捉えることができる。

#### (3) 債務者の事業継続のための担保

前述のように、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲についての定義は、判

---

るかどうかを客観的に判断して決めているので、この説に分類できるものとした。渡邊博己「集合動産譲渡担保権設定者の担保目的物処分とその効力 ―最一小判平成18・7・20が明らかにした法理と実務の対応」NBL867号26頁も、同様に他説の例を挙げながら、その例示の担保価値の維持が図られることが期待できないものという客観面に注視している。その上で、流動動産譲渡担保権者が把握する担保価値が損なわれたかどうかにより通常の営業の範囲内かどうか判断すべきとしている。したがって、同一の見解と捉えることができる。

<sup>270</sup> 武川幸嗣「判批」判評582号24頁(2007)。

<sup>271</sup> 武川・前掲注(270)24頁。

例は示していないが、学説は3つに分類することができた。この分類では、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけでなく、主観的要件も充足する必要がある。逆にいえば、この説は、3つの学説の中で、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲を最も広く認めているといえる。

これに対し、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけを充足すればよいので、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲を狭く解しているといえる。

最後に、③流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説は、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観面、主観面を総合して判断するので、判断の仕方によっては流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲が狭くなったり広がったりしうる。ただし、客観的には通常の営業の範囲外であるとある場合に、主観面につき流動動産譲渡担保設定者に過失があるときでも<sup>272</sup>、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外であるといえる。したがって、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説よりは、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を狭く解しているといえる<sup>273</sup>。

それでは、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲をどの程度を認めるべきであろうか。そもそも流動動産譲渡担保が注目されてきたのは、資産として不動産がない、また、不動産資産があっても、それを担保に融資を受けてもその担保価値までしか融資を受けられず、事業継続のための資金調達には限界がある。動産や債権しか保持してない多くの中小企業等に、資金繰りをスムーズに進めるためであった。そして、資金繰りがスムーズに行われることにより、当該企業の経営の行き詰まり、または倒産を避けることができ、債権回収の実効性あるものにするようになる。そこで、被融資企業の事業の継続を保つこと、すなわち債務者を生かす担保<sup>274</sup>が、融資者、被融資者双方の利益に資すものとの考えを中心に考えるべきである。その観点からすれば、できるだけ流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を広げて解することになる。具体的には、①流動動産譲渡担

---

<sup>272</sup> この説は、主観面・客観面を総合考慮するので、侵害の態様によっては、当然、過失がなくても、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外であると判断される場合もありうる。

<sup>273</sup> これに対し、客観的には通常の営業の範囲外であるか微妙な場合でも、主観面から、通常の営業の範囲外であると判断されることもある。論者が挙げている行為それ自体は通常の営業活動に属するものであっても、当初より補充の予定・見込みがなく、これにより譲渡担保権者の優先権を害するおそれのある取引が考えられる。したがって、この説は、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説と比べ、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の広狭は一概にはいえない。

<sup>274</sup> 池田教授によれば、正確には「債務者の経済活動を存続させるための担保」という呼称となる。池田・前掲注(6)26頁。

保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説のように、譲渡担保権者の優先弁済権を侵害意思がある処分の場合に限られると解される。

この債務者の事業継続のための担保の提唱者である池田教授は、これまでの担保は、債務者の債務不履行があった場合に担保権を実行して債権を回収する、ということが目的であるから、もっぱら「債権者のための担保」であったと指摘される。すなわち、債務者の資産の中から切り出して特定したものを換価処分して、優先的により多く債権を回収できる担保が「強い担保」であり、その際の価値評価方法が明確でかつ安定しており、また換価処分が確実でかつ処分方法が確立しているものが「良い担保」とされる。そして、この考え方は、その後債務者の経済活動がどうなるのかということとはほとんど念頭にない。まさに従来の担保は「回収、清算のための担保」なのであるとされる<sup>275</sup>。

このように回収、清算のための担保であれば、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を狭く解して、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の確保を図ることを重視すべきである。すなわち、客観的に流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害する処分がなされていることのみで、さらには、流動動産譲渡担保物件の価値が被担保債権額を下回ることになる処分がなされていることのみで、それは流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であると解することになる。

しかし、池田教授は、流動資産を担保とする融資には、担保法学での「良い担保」と「悪い担保」の概念のパラダイムシフトを提言されている。すなわち、「債務者のための担保」、より正確に言えば、「債務者の経済活動を存続させるための担保」が考えられる。そして、この「債務者のための担保」とは、債務者保護のためのものではなく、あくまで債権者を利するための担保が、債務者のためにもなるという意味である。ただし、議論の方向としては、債権者側から見る融資の観点ではなく、債務者側から見る資金調達の観点には立つものである。そして、中小企業を存続させるための運転資金の供給をどう図るかが課題である。求められるのは、それを保証する担保なのである。極論すれば、その場合の担保は強くなくてもよい。つまり、被融資企業が操業を続けている間は、担保対象たる売掛債権や在庫は次々に創出されるのである。そして、債務者が収益を得ることにより、債務の弁済をスムーズに行え<sup>276</sup>、債権者と債務者の共存共栄が図れるのである。このようなサイクルの中で、融資者側に予期外のリスクをもたらさないだけの担保が設定されればよいのであるとされるのである。

このように、債務者が運転資金の供給をスムーズに行うことにより、売掛債権、在庫を次々に創出することによって債務の弁済をなすには、通常の営業をできるかぎり従来どおり継続させることが望ましい。もし、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を狭く解すれば、このサイクルを停止させることになってしまう。それでは、債務者の収益性を低下させ、債務不履行の状態に陥る可能性が高くなる。そうすると、流動動産譲渡担保権の実行ということになるだろうが、動産担保に関しては、処分しようにも流通市場が整備

---

<sup>275</sup> 池田・前掲注(6)26頁。

<sup>276</sup> 内田貴「担保法のパラダイム」法教 266号 16頁(2002)も、資産の担保の重点が交換価値から収益性に移行してきたことを指摘されている。

されていないため、担保価値を実現できないことが問題とされている<sup>277</sup>。結局、債権者は債権の全額の回収できない可能性が高くなるのである。

これに対し、事業を継続させることにより、製造を進め現在の在庫よりもさらに増加する、あるいは製品開発によってより優良な製品が創出され在庫になることもありうる。また、これらの在庫がより債権回収の可能性の高い売掛債権に変容することもありうる<sup>278</sup>。したがって、債権者および債務者のためにも、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業はできるだけ広く解すべきことになる。そして、流動動産譲渡担保設定者の収益サイクルの中で、流動動産譲渡担保権者の予期外の不利益を被るときとは、抽象的にいえば、客観面では流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害されるときであるといえよう。

また、流動動産譲渡担保物件の販売、加工等は、やはり専門家（業者）である流動動産譲渡担保設定者が一番理解しているところである。客観的にみて流動動産譲渡担保設定者の処分が担保価値を下落させるというものであっても、流動動産譲渡担保設定者からすれば、今後の製造や取引に有用であり、将来的には収益につながるものである場合もある。したがって、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分というには、客観的に流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されているだけでなく、流動動産譲渡担保設定者が将来的にも収益を確保して債務の履行をすることができないと認知していること、すなわち侵害意思があることも併せて必要であると解する。

なお、担保権者と設定者の特約で、設定者に対して担保目的動産の処分権について制限がある場合には、設定者の通常の営業の範囲での処分権よりも、当然この特約が優先する。

#### （４）目的物の補充義務（担担保価値維持義務）

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分というには、客観面では流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されているだけでなく、流動動産譲渡担保設定者に侵害意思があることも必要であると解するとしても、流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されているとはどの程度かを定めなければ、具体的な基準とはならない。そこで、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するとはどの程度の状態に至ることをいうのか検討してみる。

ところで、流動動産譲渡担保物件の変動は、流動動産の価値の変動をもたらす。したがって、担保価値を維持するためには、流動動産譲渡担保設定者に目的物の補充義務が存すると解されている<sup>279</sup>。そして、学説は、この補充義務を果たすこと、またはそれを果たすことの見込みや予定を一つの指標として、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲、すなわち流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するとはどの程度のものなのかを画定しようとしているものが多い。

例えば、まず、補充義務の内容として、補充義務が果たせずに問題となるのは、流動動産譲渡担保設定者にとって危機的状況のときであるとする。そして、危機時点においては、流動動産譲渡担保の対象となり得る動産の補充を求めたとしてもそれがかなえられる可能

<sup>277</sup> 池田・前掲注(1)284頁。

<sup>278</sup> 池田・前掲注(6)23頁以下参照。

<sup>279</sup> 我妻・前掲注(2)666頁、高木・前掲注(158)372頁、道垣内・前掲注(173)336頁、加藤＝林〔吉田〕・前掲注(2)698頁など

性はそれ程高くないと考える。その意味では、補充義務の履行を求めても画餅に帰すといえる。そうであるならば、流動動産譲渡担保権者にとっては危機時点において補充義務の履行を求めるよりも、あらかじめ危機に陥るおそれのある場合、あるいは、担保価値の危殆化が生じるおそれのある場合において、担保価値の劣化が生じないように行動することを設定者に求めることが必要になるとするのである<sup>280</sup>。そして、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とは、処分行為の内容自体が通常の営業の範囲内の処分であっても、当初から補充の見込みや予定がない処分を行った場合について、通常の営業の範囲外の処分とするのである<sup>281</sup>。当初から補充の見込みや予定という流動動産譲渡担保設定者の主観面も基準にしている。

さらに、補充見込みや予定があっても、結果として補充されなかった場合であれば、提供されている担保価値に減少が生じている以上は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分と評価されることになるものがある<sup>282</sup>。ただし、このような場合であっても担保価値の減少が事後的に比較的短期間に回復されたときは流動動産譲渡担保設定者による補充義務は履行されているわけであるから、相当長期間補充されなかったため、担保価値の減少が固定化してしまっただけの場合にこそあてはまると限定をしている。この考えでは、流動動産譲渡担保設定者の主観面は配慮せず、その客観的状況のみから判断している。また、結果的に補充されなかったとしても、遡って担保価値を減少させた処分が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外のものだとすることになる。そして、それはある程度の期間のうちに補充がなされないような場合が流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害する程度だということになる。

しかし、担保契約における補充義務と設定者の通常の営業の範囲での処分権とは、本来直接的に関連するものではない。設定者の通常の営業として処分することは、その営業の形態に関するものであり、営業の対象となる担保物件の在庫状況とは直結するようなものではない。ただ、担保権者が把握している担保価値の減少をもたらし、担保権を害するので、たとえ通常の営業形態での処分であっても制限をすべきではないかということである。そうであるならば、本来は担保契約において、補充義務を定めるだけでなく、一定の在庫の数が減少した場合には、設定者の処分を禁止することを定めるべきである。しかし、実際には、そのような規定はなされていないようである。そのような定めをすれば、在庫処分ができず、設定者は売掛債権を創出して被担保債権の弁済の原資を得られなくなってしまう。また、動産は不動産よりも減価・減耗（特に食品等）のリスクがあるので、古い在庫を抱えることは、かえって被担保債権の満足を損なうおそれがある。ここで、担保契約に定められていない処分権の制限について、通常の営業の範囲を制限することで安易に実現すれば、第三取得者に不測の損害を与え、取引の安全に資さない。

UCC§9-320(a)では、担保物件の補充という点については、その適用の要件とはしていない。しかし、UCCでは、わが国のように即時取得制度がなく、設定者の相手方にしかUCC§9-320(a)の適用がなく、その転得者は担保権の負担のない完全な権利を取得するこ

<sup>280</sup> 池田・前掲注(247)75頁以下。

<sup>281</sup> 池田・前掲注(247)75頁、武川・前掲注(270)24頁。

<sup>282</sup> 池田・前掲注(247)76頁以下。

とができない。このような場合には、担保権はなお効力を有する。これに対し、わが国では、設定者の通常の営業の範囲外の処分であっても、転得者も即時取得することができ、当該動産の完全な所有権を取得することができる<sup>283</sup>。また、わが国の物上代位制度および延長型流動債権譲渡担保も広く解釈してみても、UCCにおけるプロシーズ制度の方がより幅広く担保権者に追及効を認めるものである。よって、第三者の保護は一定程度図られているので、担保権者保護のために、在庫担保物件の補充について、まったく考慮しないのも妥当でない。

債務者の事業継続のための担保の観点からみれば、在庫価値が流動動産譲渡担保権の被担保債権額を下回っていても、債務者（設定者）の運転資金の調達、在庫（製品等）の創出、売掛債権の創出、債務の弁済、さらに運転資金の調達という事業サイクルの回転により、将来的に在庫は補充される可能性はあるので、長期間経過後に補充される見込みがあればよいのではないかと思われる。また、在庫価値が流動動産譲渡担保権の被担保債権額を下回っていても、債務者（設定者）が債務不履行に陥っていなければ、この事業サイクルに乗っている債権者にとってはそれ程問題がない。もし、債務者が債務不履行に陥っているのであれば、債権者（流動動産譲渡担保権者）は、流動動産譲渡担保権を実行すれば、流動動産が固定する。流動動産譲渡担保は、固定化があると、担保物権の流動性が消失することから、設定者による処分権も消失する<sup>284</sup>。したがって、流動動産譲渡担保権者は、流動動産譲渡担保物件の流出を防げることができる。

以上より、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するといえるには、債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがないような場合と考える。それについては、実際に事業展開している債務者（設定者）が最も認識できるものであるから、処分時に債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがない認識が必要であると解する。もし、債務者の事業サイクルが回転し、補充見込みがあれば、多少の値下げの場合や在庫一掃セールであっても通常の営業の範囲内の処分といえる。もちろん、通常のセールでは考えられないような大幅な値下げは、通常の営業から逸脱するものであり、たとえ補充見込みがあったとしても、また流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するものでなかったとしても、例外的に通常の営業の範囲外の処分であると解する。

以上より、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とは、流動動産譲渡担保物件が将来的にも補充される見込みもなく、債務者（設定者）がそれを認識して処分する以外であると解する。

なお、このように流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を広く解することは、債権者の利益を害するのではないかとの懸念もある。しかし、債権の回収可能性を高めたければ、債権者が日常から債務者の事業をモニタリングや経営助言して、担保物件の補充可能性、事業サイクルの回転状況を把握すれば、債務者（設定者）の処分による担保物件が過少になったりすることも回避できるし<sup>285</sup>、またそうなったとしても流動動産譲渡担

---

<sup>283</sup> ただし、UCC でも前述した禁反言の法理による転得者保護の理論を採用すれば、転得者も保護される。

<sup>284</sup> 田原・前掲注(229)149頁、杉江・前掲注(267)6頁。

<sup>285</sup> 池田・前掲注(6)25頁。池田教授は、ABLの融資者は、被融資者を倒産させてしまえば、融資者の失敗であり、融資者もそのリスクを負うべきであるとされる。そして、その

保設定者の侵害意思を証明できることになると思われる。

#### (5) 後順位譲渡担保設定と通常の営業の範囲

①最高裁判例も②最高裁判例も、「本件各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその対抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように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、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する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。」としており、特に②最高裁判例は、「各譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、上告人にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分」といえないことは明らかであると明示している。すなわち、後順位の動産譲渡担保権者による私的実行に対し、先順位の流動動産譲渡担保権者に優先的に配当されるべき執行手續が民事執行法に法定されていないため<sup>286</sup>、先順位の流動動産譲渡担保権者の優先弁済権が侵害されることを論拠としている。しかし、①、②の最高裁判例はともに、劣後される譲渡担保が重複して設定されること自体は許されるとしている<sup>287</sup>。

---

ような事態を避けるために、債務者の事業をモニタリングや経営助言を行う必要があるとされる。いわゆるリレーションシップバンキングであるとされる。

<sup>286</sup> 民事執行法 133 条は、動産先取特権者および動産質権者に配当要求を認めている。しかし、譲渡担保権者は、民事執行法 133 条を類推適用して、配当要求をすることができないと解しているのが判例・通説である。最一小判昭和 56 年 12 月 17 日、最一小判昭和 58 年 2 月 24 日判時 1078 号 76 頁、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法』別冊法セ 202 号 406 頁以下〔森猛・渡辺秀男〕(日本評論社、第 6 版、2009)。その論拠は、民事執行法 133 条を、執行目的物につき実体法上優先権を有する者には手續上もその優先弁済権行使の機会を保障する趣旨とみて類推を説くのは、論理の飛躍であり、担保権の属性の差異に応じた手續上の処遇(競売申立権・配当要求権)を要する。先取特権の法政策的意義なり質権者の目的物を考慮して配当要求という第一次関門を簡易に通過させ、配当異議の起訴責任を執行債権者や債務者に負わせる法理、そのまま、自由な契約により目的物を債務者の占有に委ねたまま信用を与えている譲渡担保債権者・所有権留保債権者は、第三者異議の訴えをもって一般債権者の強制執行を排除し、私的実行を図りうるものである。中野貞一郎『民事執行法』558 頁(青林書院、新訂 4 版、2000)。これに対し、反対説もあり、その論拠は、執行目的物につき実体法上優先権を有する者には手續上もその優先弁済権行使の機会を保障する趣旨であること、また、譲渡担保権者は、民執法所定の担保権の実行としての競売によってその権利を行使することはできないから、配当要求を許されなければ第三者異議の訴えによる権利行使を認めざるを得ないが、譲渡担保権者が配当要求を望むならば、これを認める方が執行債権者の利益にも合致することを挙げられている。竹下守夫「譲渡担保と民事執行」ジュリ 809 号 89 頁(1984)。

<sup>287</sup> 学説も、これを認めるのが多数である。米倉明『譲渡担保の研究』77 頁以下(有斐閣、1976)、高木・前掲注(158)354 頁以下、山野目章『物権法』367 頁(日本評論社、第 5 版、2012)。しかし、後順位譲渡担保権の成立は認められないとする考えもある。道垣内弘人「集合動産譲渡担保論の新段階」金判 1248 号 1 頁(2006)。その論拠は、私的実行権限が

流動動産譲渡担保が債務者（設定者）の事業継続のための担保であるべきであるという発想からは、債務者（設定者）を存続させるための運転資金の供給を安定的に図る必要があった。すなわち、債務者（設定者）に運転資金の供給し、その資金を活用して、担保対象たる売掛債権や在庫は次々に創出されるのである。そして、債務者が収益を得ることにより、債務の弁済を行うというサイクルをスムーズに回すことが、債務者（設定者）の事業継続のための担保の本質である。そのサイクルをスムーズに回すためには、運転資金の供給を安定的に図る必要があるのである。そうであるならば、流動動産譲渡担保物件を後順位譲渡担保の目的物として融資を受けることは、運転資金の供給を図ることになるので、認められるべきである。また、①、②の最高裁判例の事案でも係争となった後順位譲渡担保以外にも、流動動産譲渡担保であるが、重複して譲渡担保を設定しており<sup>288</sup>、実務上も債務の担保の手段として譲渡担保の重複設定が行われている。

しかし、②の最高裁判例は明文で劣後する譲渡担保を重複して設定することは流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分としている<sup>289</sup>。これは、劣後する譲渡担保を重複して設定すること自体は許されるとしたことと矛盾するようにも思える。①、②の最高裁判例とも、その理由が十分に示されていない。けれども、①、②の最高裁判例と同じ考えを採用した学説がこのことを検討しているので、学説を紹介してみる。

例えば、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説のうち、通常の営業の範囲内であるか否かは、譲渡担保設定契約、究極的には当事者が追求する経済的目的によって定まると解した<sup>290</sup>論者が、言及している。その論者によれば、通常の営業の範囲内の処分とは、原則として、営業継続の資金などに当てるための売却処分を指し、譲渡担保権者の優先的地位を覆す譲渡担保の多重設定はこれに該当しないというべきであるからであるとする<sup>291</sup>。

また、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の一般的な定義については、言及していないが、後順位譲渡担保の設定について、それが通常の営業の範囲内であるか否

---

ない後順位譲渡担保権に意味があまりないからであるとする。また、清算金請求権に対する優先権行使を認めること、先順位譲渡担保権が消滅したとき順位上昇の利益があることは、従前の全体としての判例法理に合致するか疑問があるからであるとする。ただし、道垣内・前掲注(173)312頁は、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転していることと、占有改定による即時取得が認められていないことを考え合わせて、第三者は設定者留保権を担保目的としてではあるが、取得しているとされる。

<sup>288</sup> 係争となった譲渡担保は、流動性のない物であり、その他の譲渡担保は、流動性のあるものであるが、固定化されれば流動性はなくなるので、同レベルで捉えることが可能である。

<sup>289</sup> ①の最高裁判例も明示していないが、同様の事件で裁判官も同一なので、同じ考えであると思われる。

<sup>290</sup> 古積『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』・前掲注(217)139頁。

<sup>291</sup> 古積健三郎「判批」法セ増刊速報判例解説〔1〕83頁(2007)。古積健三郎「判批」民商136巻1号34頁(2007)では、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の処分が行われれば、流動動産譲渡担保権が消滅する結果、本来は譲渡担保権者に劣後すべき債権者に優先的な弁済を認めることになりかねないことになってしまうので、後順位譲渡担保の設定は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の処分とはいえないと説明されている。



かを示しているものがある。その論者は、集合動産譲渡担保の場合、設定者に対して通常の営業の範囲内での動産の処分を認め、これ以外の処分を認めないのが一般的である。つまり譲渡担保の設定により、設定者にあった所有権の処分権能は、担保権者に移転している、もしくは担保権者の承諾なくしては行使できない状態となったと解すべきである。そうすると、設定者によるどのような行為が通常の営業の範囲内であり、どのような行為が範囲外であるかが問題となるが、少なくとも後順位譲渡担保の設定は通常の営業の範囲外の処分と解するのが相当であるとしている<sup>292</sup>。後順位譲渡担保の設定は通常の営業の範囲外の処分と解する理由は、明示されていないが、判例も示した劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねなくなることから、流動動産担保権者の承諾はしないであろうという合理的意思を考慮して解したのではないかと考えられる。

そして、この論者は、後順位の譲渡担保権の設定が許されることと後順位の譲渡担保の設定が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であることとの関係について示している。すなわち、流動動産譲渡担保設定者による後順位譲渡担保権の設定行為は、他人物売買と同様に、通常の営業の範囲外の処分行為であり、後順位譲渡担保権者が譲渡担保権を即時取得した場合を除き、先順位譲渡担保権者には対抗できないと解される。そして、流動動産譲渡担保設定者と後順位譲渡担保権者との間の担保設定契約は有効であるが、先順位譲渡担保権者には対抗できないので、私的実行は認められず、先順位譲渡担保権が消滅した場合の順位上昇の地位および先順位譲渡担保権者が私的実行され、清算金が存する場合にのみ、設定者に対して清算金の引渡しを請求できる権利を有するにとどまる。このような後順位譲渡担保権は、担保権というよりも清算金が存する場合にのみ清算金に対する優先弁済権を流動動産譲渡担保設定者に主張できる、いわば債権的権利にすぎないといえるとするのである<sup>293</sup>。

これに対し、後順位譲渡担保の設定も通常の営業の範囲内の処分とするものもある<sup>294</sup>。まず、設定者がその事業を継続するためにその財産を譲渡担保に供した行為について、当時の諸般の事情に照らし、営業を継続するために仕入れ先に対する担保供与行為として合理的限度を越えず、かつ、他に適切な更生の途がなかったものと認められる限り、詐害行為とならないとする最二小判昭和44年12月19日民集23巻12号2518頁を挙げられる。その上で、後順位の譲渡担保の設定が、常に通常の営業の範囲内にはないと判断するのは行き過ぎであって、昭和44年最高裁判例のような事情が認められれば、当該処分の有効性を認め、通常の営業の範囲内の取引であったとの評価も可能であるとされるのである。

確かに、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とは、流動動産譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する意思があつてなされる処分の場合に限られると前述したように、流動動産譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する意思があつてなされる後順位譲渡

<sup>292</sup> 小田垣亨「判批」金法1807号32頁(2007)。

<sup>293</sup> 小田垣・前掲注(292)32頁以下。

<sup>294</sup> 小山『流動財産担保論』・前掲注(233)270頁以下。

担保の設定は許されるべきでない。しかし、流動動産譲渡担保を債務者の事業継続のための担保と捉える立場からすれば、先順位譲渡担保権に劣後する範囲での後順位の譲渡担保権を設定することは、債務者（設定者）の運転資金の供給に資するものといえる。そして、後順位譲渡担保権者よりも優先する先順位譲渡担保権者にとっては、債務者の事業サイクルがよりスムーズに回転することは、債権の回収を図りやすくなり、メリットは大きいといえる。ただし、先順位の流動動産譲渡担保権者を害さないために、後順位譲渡担保権者は、先順位の譲渡担保権が被担保債権の弁済等により消滅した場合に、順位が上昇する、また、先順位譲渡担保権が実行された場合には、設定者に清算金の引渡しを請求できるとどまるとすべきではある<sup>295</sup>。

UCCとも比較してみたいと思う。UCC§9-320(a)の定めは、通常の営業の過程における買主を保護するものであって、後順位の担保権設定は、当然、通常の営業の過程における売買ではないので、同条同項の適用はない。しかし、UCCでは、担保権の重複設定は認められていた。これに対し、わが国では、譲渡担保は非典型担保であるので、特別の定めがなく、②最高裁判例のように後順位譲渡担保権の設定が設定者の通常の営業の範囲外の処分とすれば、その権限外の処分となる。通常の営業という文言からは多少かい離するが、設定者の後順位譲渡担保の設定を有効に認めたいのであれば、理論的には設定者の後順位譲渡担保の設定は通常の営業の範囲内の処分であると解釈することによって、そのようにすることもできないわけではない。もちろん、事業と関係なく、私的に利用する意図で融資を受け、後順位の譲渡担保を設定することは、事業継続のためとはいえ、先順位の流動動産譲渡担保を害することになるので、当然通常の営業の範囲外ということになる。

しかし、UCCではわが国の動産物権変動の對抗要件に相当するものがファイリングか担保権者の占有による公示 perfection (UCC§9-313(a)) である。これに対し、わが国の動産物権変動の對抗要件制度は、民法 178 条に定める引渡しか、動産・債権譲渡特例法に定める動産譲渡登記である。そして、民法 178 条の引渡しには、担保権者自らが直接に占有しない占有改定も含まれ、譲渡担保は動産譲渡登記の形式を取らないのであれば、通常占有改定の形式で對抗要件が具備される。流動動産譲渡担保の場合には、特に事業継続のために設定者が在庫等の担保目的動産を占有する必要があるので、なおさら動産譲渡登記の形式を取らないのであれば、占有改定の形式で對抗要件が具備される。そうすると、後から譲渡担保権を取得しようとするものは即時取得しやすくなってしまふ。後から譲渡担保権を取得しようとする者が即時取得するには、占有改定では足りないという考えである判例・多数説<sup>296</sup>の否定説を採用したとしても、後から譲渡担保権を取得しようとする者が先順位譲渡担保権を過失なく知らずに先に実行して引渡しを受ければ順位が逆転して、先順位譲渡担保権が害されることになる。UCCでは動産を担保物として担保権を多重設定しても、§9-322(a)(1)によりファイリングまたは公示の先後で決せられ、後順位担保権者が担保権を即時取得するような制度はない。これとは異なり、わが国の對抗要件制度では、後順位担保権者が担保権を即時取得することがありえ、やはり後順位譲渡担保の設定

<sup>295</sup> 米倉・前掲注(287)77 頁以下。

<sup>296</sup> 最一小判昭和 35 年 2 月 11 日民集 14 卷 2 号 168 頁。山野目・前掲注(287)84 頁、近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法』76 頁以下(成文堂、第 3 版、2006)など。

を認めることは先順位譲渡担保権者を害するおそれが高い。

また、通常の営業の範囲内での在庫一掃の販売が認められ、担保権者が結果的に害される場合があることと対比して、通常の営業の範囲内での後で譲渡担保が設定され、かつ在庫すべてに即時取得が成立して、担保権者が害されることも同じではないかという疑問も呈されるかもしれない。しかし、前者の場合、担保権者は売却代金債権に対して物上代位が認められる可能性があるし、その売却代金債権を目的として延長型流動債権譲渡担保を設定しておくことも可能である。これに対して、後順位担保権の設定によって融資金が債務者に渡るとしても、先順位担保権者がそれに対して優先権を拡張する方法はない。

さらに、設定者が後順位の譲渡担保を設定することが、通常の営業の範囲内の処分であるか否かを判断するために、事業継続目的なのか、私的利用目的なのかを判断することが難しい場面もある。

以上より、設定者が後順位の譲渡担保を設定することを通常の営業の範囲内の処分と解することは妥当ではない。

しかし、事業サイクルをスムーズに回すためには、運転資金の供給を安定的に図る必要があり、流動動産譲渡担保物件に後順位の譲渡担保を設定して融資を受けることは、債務者の事業継続のための担保である流動動産譲渡担保のあり方としても望ましい。流動動産譲渡担保の場合には、設定者の通常の営業の範囲内の処分か否かということ判断して、その範囲内であると認め後順位譲渡担保の設定が有効であると認められるよりは、通常の営業の範囲という概念を用いずに、UCCのように原則として設定者が既存の担保権者の同意を得なくとも、端的に後順位譲渡担保の設定ができるようにすべきである。ただし、それには先順位譲渡担保権者が後順位譲渡担保権者に順位を逆転される余地のない、十分な保護制度が必要である。現行法は、UCCのように基本的にファイリング・システムを採用し、例外であっても担保権者が占有しているような対抗要件制度をわが国では採用していない。わが国の動産譲渡登記による対抗要件具備であっても、第三取得者にその登記の調査義務がなく、即時取得は可能である<sup>297</sup>。しかし、動産譲渡登記は占有改定よりも第三者からはその権利の公示が認識しやすくなり、第三取得者の即時取得も成立しにくくなる<sup>298</sup>。よって、流動動産譲渡担保の場合には、その対抗要件を動産譲渡登記に一元化することで、登記外の即時取得を排除する等の立法措置が必要であり、それが認められて初めて設定者の後順位譲渡担保の設定が物権的にも効力を有することになる。

## (6) UCC§9-320(a)およびプロシーズ制度による調和との比較

### 1. 物上代位による担保権者保護との関係

UCCでは、新規に債務者に帰属したプロシーズも担保権を拡張するという方法で、担保権者の利害を守っていることから、UCC§9-320(a)における通常の営業の過程における買主が、担保権の負担のない権利を取得することができた。

<sup>297</sup> 植垣＝小川・前掲注(181)38頁。

<sup>298</sup> 植竹勝＝飯田岳「動産譲渡担保をめぐる法的論点の概観」銀行実務 574号 42頁

(2007)は、動産譲渡担保設定後、担保目的物を取得する第三者の即時取得を防ぐ手段として、ABLにより動産譲渡担保権を設定する場合は、動産譲渡登記による対抗要件具備を原則とするべきであるとされる。

わが国において、流動動産譲渡担保において担保権者から設定者に処分権を契約上付与されることなく、その担保権の性質上、通常の営業の範囲として処分権を設定者に広く認めることは、担保権者の権利を害しないか問題となる。そうであるならば、流動動産譲渡担保に基づいて物上代位権を行使することが認められ、その行使要件がそれほど厳格なものでなければ、UCCと同様に流動動産譲渡担保において設定者に通常の営業の範囲として処分権を広く認めることもできる。

この点、まずそもそも非典型担保である譲渡担保に基づいて物上代位権を行使することができるかについては、最二小判平成11年5月17日民集53巻5号863頁がこれを肯定している。また、学説には、否定説<sup>299</sup>、一部肯定説<sup>300</sup>というものも少数存するが、多数説といえるのが、肯定説<sup>301</sup>である。私見もこの説に与した。

そして、それが認められるとして、流動動産譲渡担保に基づく物上代位権の行使について、民法304条が定める一般的な要件とは別に、特別の要件の下として、最一小決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁（原審；福岡高決平成22年3月17日金判1356号14頁）が、通常の営業が継続されていないことを挙げている。

通常の営業が終了して、担保目的動産の対象となっている個別動産が処分され、補充されなくなっている以上は、担保権の実行通知がなくても、その担保目的動産は実質的に固定されているといえる。しかし、私見では、通常の営業が終了して実質的に固定されている場合だけでなく、実質的に固定されていなくても、被担保債権の不履行の場合や、補充義務（担保価値維持義務）が履行されない場合に、流動動産譲渡担保に基づき物上代位することを認めた。UCCのプロシーズと同程度とまでに広範囲とはいえないが、売却代金債権に対して物上代位できるのであるのだから、設定者が担保物件を処分しても、その代価は取得できるので、UCC第9編と同様に、担保権者の保護を図られていると評価できる。また、現実に動産は不動産よりも減価・減耗（特に食品等）のリスクがあるから、当該動産の競売価格よりも売却代金の方が往々にして高額となり、担保権者の保護に資するといえるのではなかろうか。

なお、物上代位制度だけでなく、ABLとして、流動動産譲渡担保の設定と共に、その動産の売却代金債権に対して延長型流動債権譲渡担保を設定されることがある。この流動債権譲渡担保は、物上代位制度のように引渡しまたは払渡しの差押えをして行使して追及するというものでなく、担保として保持できるものであり、UCCにおけるプロシーズにより近いものとなる。したがって、延長型流動債権譲渡担保を設定することで、より担保権者の利益が図られる。ただ、この延長型流動債権譲渡担保は、ABLとして流動動産譲渡担保と共に設定される流動財産譲渡担保の一部であり、そうであることからすれば、債務者の事業継続のための担保でもある。したがって、この延長型流動債権譲渡担保においても、設定者に担保目的債権の取立てを認め、それを被担保債権の原資にするか在庫の仕入れをして事業の継続を認めることが重要である。そこで、延長型流動債権譲渡担保にお

<sup>299</sup> 道垣内・前掲注(173)308頁以下。

<sup>300</sup> 高橋・前掲注(175)295頁以下、内田・前掲注(164)522頁以下。

<sup>301</sup> 米倉・前掲注(163)30頁(弘文堂、1978)、松岡・前掲注(162)112頁以下、竹内・前掲注(172)71頁、近江『民法講義Ⅲ 担保物権法』・前掲注(163)304頁、305頁(成文堂、第2版補訂、2007)、近江「判批」・前掲注(163)78頁、石田・前掲注(163)678頁など。

ける設定者の取立権について、次節「3. 延長型流動債権譲渡担保における設定者の取立権」で検討してみたいと思う。

## 2. 債務者の事業継続のための担保

UCC§9-320により通常の営業の過程における買主を保護したのは、在庫物品の担保権者は、債務者が物品を売却するであろうし、また黙示の同意により債務者が担保権の負担のない当該物品を売却する権限を有すると想定しており、その売却の収益によって債務者が被担保債権の返済原資を得ることを通じて担保権者の利益にもなることにもあった。また、禁反言の法理により転得者保護を図ろうとする理論においても、担保権者の債務者による担保物の売却の期待は、その担保権の性質上、在庫品の場合には存在し、その売却代金から弁済を受けようとしていることにあった。そして、わが国でも同様に債務者の事業継続のための担保の観点<sup>302</sup>も指摘されているところである。

前述したように、事業を継続させることにより、製造を進め現在の在庫よりもさらに増加する、あるいは製品開発によってより優良な製品が創出され在庫になることもあり、また、これらの在庫がより債権回収の可能性の高い売掛債権や弁済のための金銭に変容することもある<sup>303</sup>。したがって、債権者および債務者のためにも、設定者による通常の営業の範囲外の処分は、在庫の担保価値が被担保債権額を下回るようになる在庫品の売却の場合であるといったように通常の営業の範囲を狭い範囲ではなく、より広く解すべきことになる。

## 3. 取引の安全（第三者保護）の観点

UCC§9-320の以前の規定であったUCC制定当時から存する旧UCC§9-307が、通常の営業の過程における物品の買主が担保権の負担のない当該物品の権利を取得することができるとした2つの根拠のうちの第1の根拠は、通常の営業の過程における買主が、売主が当該物品の完全な売却権限を有するとの信頼に求めるものであった。そして、わが国でも流動動産譲渡担保においては、その性質上、設定者に通常の営業の範囲内での処分権が与えられており、第三者としても相手方である設定者に当該動産の完全な売却権限を有するとの信頼がある。UCC§9-320(a)では、担保物の在庫の状況はその適用には考慮されることはなかった。そうであるならば、第三者保護の観点からも、設定者による通常の営業の範囲外の処分は、在庫の担保価値が被担保債権額を下回るようになる在庫品の売却の場合であるといったように、通常の営業の範囲を狭い範囲ではなく、より広く解すべきことになる。

また、UCC§9-320(a)では、その適用に、担保権を害することを通常の営業の過程における買主が知らないことを要件としていた。しかし、わが国では、流動動産譲渡担保における設定者の通常の営業の範囲内の処分権を画するのに、このような買主（第三者）の善意を要件とはしていない。

---

<sup>302</sup> 池田・前掲注(6)21頁以下、池田・前掲注(1)280頁。また、内田・前掲注(276)16頁も、債務者が収益を得ることにより、債務の弁済をスムーズに行えるとして、同様の観点を示される。

<sup>303</sup> 池田・前掲注(6)23頁以下参照。

しかし、設定者による処分が通常の営業の範囲外である場合については、次々節 4.で詳しく検討するが、その場合、動産群が当初の保管場所から移動されてもされなくても、その上に有効に成立している権利関係は影響を受けず、当該処分の相手方（第三者）は目的物の所有権を承継取得することはできないとし、流動動産譲渡担保の対象である動産群から離脱した動産にも流動動産譲渡担保の効力はなお及んでおり、処分の相手方（第三者）が当該動産の所有権を取得するには即時取得によるしかないとする考えがある<sup>304</sup>。私見もこの考えと同様に解する。よって、UCC§9-320では、第三者（買主）保護として、第三者の担保権を侵害することについての善意という主観的要件を要求しているが、わが国では即時取得要件として、第三者に善意を要求していることで、同様と評価できる。

流動動産譲渡担保における対象動産については、設定者の処分を前提とするものである以上、設定者の処分権が付与されていると考えるのが通常だから、流動動産譲渡担保が設定されていると知っている相手方（第三者）に常にその処分された動産の所有権を取得させず、なお当該動産に流動動産譲渡担保の効力が及んでいるとすることは、その相手方（第三者）の取引の安全を害する。また、設定者に担保権者から処分授權が明示でなされていなくても、流動動産譲渡担保の性質上、設定者には通常の営業の範囲内での処分権があった。したがって、流動動産譲渡担保の場合に、処分の相手方（第三者）の取引の安全を図るため、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲であると処分の相手方（第三者）が信じていれば、たとえ処分の対象である動産に流動動産譲渡担保が設定されていることを知っていたとしても、その処分の相手方（第三者）に即時取得により保護すべきであると考えられる。この点も、UCC§9-320(a)が、通常の営業における過程の買主が、担保権の存在を知っていても、適用されるとしたことと同様である。ただし、UCC§9-320(a)では担保契約における設定者の処分権の制限についての善意であるが、わが国では、流動動産譲渡担保設定契約における制限だけでなく、通常の営業の範囲外であることについても善意でなければならない。ここで、設定者による通常の営業の範囲外の処分は、在庫の担保価値が被担保債権額を下回るようになる在庫品の売却の場合といったように通常の営業の範囲を狭い範囲で解することになれば、在庫品の状況を見て取引する第三者が即時取得することが難しくなり、第三者保護に資さない。よって、UCC§9-320(a)と同様に第三者保護を図ろうとするならば、この点からも設定者による通常の営業の範囲をできるだけ広く解すべきことになる。

#### （7）小括

本稿では、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはどの程度のものをいうのか、それを定義することを試みた。その解釈をするにあたり、運転資金の調達、在庫（製品等）の創出、売掛債権の創出、債務の弁済、運転資金の更なる調達という、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業サイクルをスムーズに回転させるという点を重視した。その結果、①流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とは、流動動産

<sup>304</sup> 米倉・前掲注(163)129頁、千葉・前掲注(267)46頁、古積・前掲注(291)民商136巻1号34頁、小田垣・前掲注(292)34頁、渡邊・前掲注(269)27頁、杉江・前掲注(267)31頁、進士・前掲注(269)98頁。

譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する目的でなされる処分の場合に限られる、②流動動産譲渡担保権者の優先弁済権を侵害するとは、債務者の事業サイクルが回転せずに、流動動産譲渡担保物件が補充される見込みがないことであると解した。

また、平成18年の最高裁判決で問題になった後順位の譲渡担保の設定については、通常の営業の範囲外の処分であると解した。それよりも通常の営業の範囲という概念を用いずに、UCCのように原則として設定者が既存の担保権者の同意を得なくとも、端的に後順位譲渡担保の設定ができるようにすべきであると解した。ただし、流動動産譲渡担保の場合には、その対抗要件を動産譲渡登記に一元化して登記外の即時取得を排除する等の制度設計が必要であり、それが認められて初めて設定者の後順位譲渡担保の設定が物権的にも効力を有することになると考えた。

### 3. 延長型流動債権譲渡担保における設定者の取立権

延長型流動債権譲渡担保契約による担保権者の保護については、流動債権譲渡担保において設定者が取立権を留保されていることと関連して問題がある。なぜならば、流動債権譲渡担保において設定者が目的債権を取り立てていない間は、担保権者には現実に債権回収の可能性があると考えられるからである。他方で、延長型流動債権譲渡担保は、ABLとして流動動産譲渡担保と共に設定される流動財産譲渡担保の一部であり、そうであることからすれば、債務者の事業継続のための担保でもある。よって、この延長型流動債権譲渡担保においても、設定者に担保目的債権の取立てを認め、それを被担保債権の原資にするか在庫の仕入れをして事業の継続を認めることが重要である。

それでは、担保目的での集合債権譲渡の場合に、目的債権の取立権留保の明示の合意がなければ、流動動産譲渡担保のように設定者に通常の営業の範囲内での目的債権の取立権限が与えられないのであろうか<sup>305</sup>。

この点について、流動動産譲渡担保における流動動産が、譲渡担保権実行時までには、債務者に処分権が認められることに对比して、流動動産譲渡担保における流動債権も、譲渡担保権実行時までには、債務者に取立権が認められることになるものがある<sup>306</sup>。しかし、設定者の処分権について、流動債権譲渡担保の場合と流動動産譲渡担保の場合で同様に解して良いであろうか。

これに対し、債権譲渡担保設定契約にあたり、債権取立権限が譲渡人（設定者）に留保されているが、これは債権譲渡担保設定契約と同時にされた目的債権の取立権限が設定者（譲渡人）に留保されるという流動債権譲渡担保契約における独立の債権的合意にすぎ、これをもって譲渡担保実行通知があるまでは債権が譲受人（設定者）に留められるものと解すべきでないとするものがある<sup>307</sup>。これは最一小判平成13年11月22日民集55巻6

<sup>305</sup> ここでは、流動債権が金銭債権であることを前提とする。

<sup>306</sup> 堀龍兒「集合債権譲渡担保契約の諸問題」『新担保・執行法講座第4巻〔動産担保・債権担保等、法定担保権〕』124頁(民事法研究会、2009)。

<sup>307</sup> 潮見佳男「担保のためにする債権譲渡における債権の帰属変更と第三者対抗要件」弘人＝大村敦史＝滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』89頁以下(有斐閣、2003)(以下、潮見『信託取引と民法法理』と略する。)、潮見佳男『プラクティス債権総論』473頁(信山社、第4版、2009)(以下、潮見『プラクティス債権総論』と略する。)、潮見佳男『法律学の

号 1056 頁でも「甲が乙に対する金銭債務の担保として、発生原因となる取引の種類、発生期間等で特定される甲の丙に対する既に生じ、又は将来生ずべき債権を一括して乙に譲渡することとし、乙が丙に対し担保権実行として取立ての通知をするまでは、譲渡債権の取立てを甲に許諾し、甲が取り立てた金銭について乙への引渡しを要しないこととした甲、乙間の債権譲渡契約は、いわゆる集合債権を対象とした譲渡担保契約といわれるものの一つと解される。この場合は、既に生じ、又は将来生ずべき債権は、甲から乙に確定的に譲渡されており、ただ、甲、乙間において、乙に帰属した債権の一部について、甲に取立権限を付与し、取り立てた金銭の乙への引渡しを要しないとの合意が付加されているものと解すべきである。」と示している。最一小判平成 19 年 2 月 15 日民集 61 卷 1 号 243 頁でもこの平成 13 年最高裁判決を引用して、この考えに立つことが示されている。そして、このように平成 13 年最高裁判決が考えるのは、既発生債権であろうが将来債権であろうが流動債権譲渡担保の設定は、譲渡対象債権の確定的な移転であるとしていることにある。すなわち、債権譲渡担保の法的構成を権利移転的構成と捉えているからである。債権譲渡担保については、動産・不動産の譲渡担保のように所有権的構成や担保権的構成との対立のように、権利移転的構成と担保権的構成との対立がそれ程なく、権利移転的構成が学説も多数で採られている<sup>308</sup>。債権譲渡担保の場合には、動産・不動産の譲渡担保のように設定者留保権に相当する（準）物権的地位を觀念することが困難であるからであるとされている<sup>309</sup>。また、金銭債権の譲渡担保の場合には、被担保債権額を提供して意思表示をすることにより、弁済受領や供託がされなくても権利が設定者に直ちに復帰するという形成権としての受戻権を考える意味も少ないとされている<sup>310</sup>。不動産や動産と異なって金銭には個性がなく、物としての金銭を回復することに特段の利益はないし、被担保債権額と譲渡した債権の額の差が小さい場合には、差額を清算する方が簡略だからである<sup>311</sup>。さらに、第三債務者の地位の安定を考えるべきであるともされている<sup>312</sup>。動産・債権譲渡特例法 4 条の債権譲渡登記では、譲渡の目的が何らの制限もなく、担保目的でも、権利移転一般でもどちらでもよいことになっている。同法 8 条 2 項 2 号により登記ファイルには債権譲渡登記の登記原因が記録され、譲渡担保ならば、売買、贈与等と区別して譲渡担保と記録されるが<sup>313</sup>、不動産・動産と同様に債権でも権利移転登記がなされており、それを第三者は認識することになる。そして、第三債務者も同法 4 条 2 項により譲

---

森 債権総論Ⅱ』619 頁(信山社、第 3 版、2005)、小野秀誠「判批」金判 1142 号 62 頁(2002)、平野・前掲注(186) 312 頁など。

<sup>308</sup> 松岡・前掲注(180)61 頁 (2014)、潮見『プラクティス債権総論』・前掲注(307)473 頁、伊藤義一「判批」ジュリ 1249 号 167 頁(2003)、小野・前掲注(307)62 頁、平野・前掲注(186) 312 頁、池田真朗「判批」金法 1652 号 25 頁(2002)など。これに対し千葉美恵子「いわゆる流動型集合債権譲渡担保と対抗要件」ジュリ 1223 号 79 頁(2002)は担保権者が担保目的債権の債権者ではなく、債権上の担保権を取得していることを根拠に担保目的となっている債権自体は設定者に帰属するとされる。

<sup>309</sup> 潮見『プラクティス債権総論』・前掲注(307)473 頁、松岡・前掲注(180)61 頁。

<sup>310</sup> 松岡・前掲注(180)61 頁

<sup>311</sup> 松岡久和「譲渡担保(2)」法セ 709 号 65 頁 (2014)。

<sup>312</sup> 松岡・前掲注(180)61 頁。

<sup>313</sup> 植垣＝小川・前掲注(181)91 頁。



渡対象債権の債務者に登記事項証明書を交付して通知がたとえなくても債権譲渡登記を見て認識することもありうる。よって、権利移転の法形式は債権譲渡担保の法的取り扱いにおいては、十分考慮されるべきであると共に、債権譲渡担保の場合には動産譲渡担保とは異なり第三債務者の地位の安定も考慮すべきという要素も加味される。したがって、債権譲渡担保の法的構成を権利移転的構成で捉えるべきであると解する。

UCC§9-318(a)により譲渡人である債務者は当該債権の権利をもはや有していないと定められていることから、譲受人に債権が確定的に移転している権利移転的構成が採られている。そして、UCC §9-205(a)(1)(B)でも、債務者が担保物の取立ての許可を認める合意を有効としており、担保権者と設定者の独立の債権的合意としているところであった。なお、わが国では、平成13年最高裁判例の事案のように、担保権者と設定者の間で締結された債権譲渡担保契約で設定者に譲渡対象債権の取立てを認めた条項を譲渡担保権設定通知で第三債務者に示す方式を採ることが考えられる。そして、同判例はこの譲渡担保権通知は、確定日付ある証書で行えば、民法467条が定める第三者に対する対抗要件を具備することになっているとしている。

また、流動動産の処分権は、設定者の倉庫等にあり、それが設定者のまさに本来業務として販売するものである。これに対し、流動債権の取立権は、売掛金の回収にあたり設定者の業務ではある。しかし、金銭を取得するということでは融資を受けた場合や営業外収入を得ること等となら変わらない。さらに、設定者は履行期が到来した被担保債権額については担保権者に弁済しなければならないということからすれば、設定者が取立てをした後、担保権者にその金額を弁済することと、担保権者がその金額を直接取り立てることとは同じである。したがって、流動財産譲渡担保が設定者の事業継続を図るための担保であるという趣旨からすれば、流動債権の設定者の取立権は流動動産の設定者の処分権よりも重要性は後退するものといえる。このように流動債権譲渡担保の場合には、流動動産譲渡担保とは異なる状況があり、同列には論じることができない。

さらに、流動債権の場合には、流動動産と異なり担保権者と設定者だけでなく、第三債務者に対しても二重弁済の危険が生じないように配慮しなければならない。そこで、債務者対抗要件を具備していなければ担保権者（譲受人）は第三債務者に取立てをすることができない。特に、民法467条の債権譲渡の対抗要件具備とは異なり、動産・債権譲渡特例法4条1項により債権譲渡登記ファイルに債権譲渡の登記により第三者対抗要件は具備されても、同条2項により譲渡対象債権の債務者に登記事項証明書を交付して通知がなされておらず、またその債務者からも当該債権譲渡の承諾がなければ、債務者対抗要件を具備しないサイレント型の債権譲渡がなされることがある。この場合には、担保権者（譲受人）は当該債権の取立てができず、その債務者も譲渡人（設定者）への弁済は有効である。もし、担保権者（譲受人）が当該債権譲渡の債務者対抗要件を備えない場合には、設定者は譲渡対象債権の通常の営業の範囲内での取立てができると考えられる。設定者が被担保債権について不履行に陥れば、担保権者は当該譲渡対象債権の登記事項証明書をその債権の債務者に交付して通知すれば良いので、設定者のそれ以前の取立ては、担保権者を害するような取立てではない。もし、ここで設定者に取立てを認めなければ、担保権者も譲渡対象債権の債務者に取立てできないことから、譲渡対象債権が消滅時効にかかることもありうる。

なお、譲渡対象債権が譲受人（担保権者）に確定的に移転している以上、担保権者が債務者對抗要件を具備する場合には、担保権者は第三債務者に譲渡対象債権の履行を請求できるし、第三債務者から担保権者（譲受人）への弁済は有効である。そして、あとは担保権者（譲受人）と設定者（譲渡人）の取立権留保に関する特約があれば、その債権的合意の不履行の問題として処理される<sup>314</sup>。もし、特約がなければ、担保権者（譲受人）と設定者（債務者）の間で清算されることになる<sup>315</sup>。

UCC§9-406(a)でも、アカウント債務者の（譲渡人への）弁済の抗弁が規定されており、同条同項前段には、アカウント債務者は、満期のきた金額または満期となる金額が譲渡されたこと、かつ、その支払いが譲受人に対してなされるべきであることを記載した、譲渡人または譲受人によって正本化された通知を当該アカウント債務者が受理するまでに譲渡人（設定者）に有効な弁済ができると定められていた。そして、UCC§9-607(a)により、担保権者は債務不履行後にアカウント債務者に対し、自らに支払いをするように通知した上（(1)号）で、アカウント債務者に譲渡対象債権の取立てが認められていた（(3)号）。また、UCC§9-607(a)(2)では、UCC§9-315により取得したプロシーズの満足も受けられるとしていた。動産・債権譲渡特例法4条では、債務者に対して二重弁済の危険を防止した上で、第三者對抗要件を簡素化する趣旨から規定されており、規定に際してはUCCの立法例も参考にされている<sup>316</sup>。債権譲渡登記で同一の構造が採られており、軌を一にするものである。

さらに、将来債権譲渡担保の有効性を認めた最三小判平成11年1月29日民集53巻1号151頁は、その有効性を原則認めるとしても「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべき」として、①譲渡人（設定者）の営業活動の範囲を著しく制約するような長期・多量な過剰担保である場合や、②譲渡担保権者以外の他の債権者に対し過剰な優先弁済となるような場合には効力を否定している。前者の設定者に対して過剰担保でもその効力が否定されることからすれば、前述のような設定者の取立権が認められても良いと考えられる<sup>317</sup>。

---

<sup>314</sup> 潮見『信託取引と民法法理』・前掲注(307)90頁。

<sup>315</sup> これに対し、道垣内・前掲注(173)344頁以下は、担保権者（譲受人）と設定者（譲渡人）の間で譲渡対象債権の取立権を譲受人に認める特約がなければ、担保である以上、債権質（民法366条3項）と同じく、譲渡担保権者は第三債務者に供託を請求することしかできず、その供託金上に被担保債権の弁済期到来まで譲渡担保権が存続すると解すべきであるとされる。なお、このことは個別の金銭債権の譲渡担保の項目で記述されているが、道垣内・前掲注(173)353頁で、集合債権譲渡担保といえども、結局、個々の債権ごとに権利関係を問題とせざるをえないので、同様に考えて良いとされる。

<sup>316</sup> 植垣＝小川・前掲注(181)49頁以下。

<sup>317</sup> 千葉・前掲注(308)78頁は、実行通知がなされるまで設定者に流動債権の取立権を付与することは、被担保債権よりも譲渡対象債権が多額であったとしても、流動債権譲渡担

このような設定者の流動債権の取立権を認めたとしても、担保権者は被担保債権を回収するのに問題なく、担保権者は保護されているといえる。

なお、債権譲渡担保の法的構成について、権利移転的構成を採用するので、設定者には権利が帰属しておらず、延長型流動債権譲渡担保において、債務者対抗要件が具備されていない場合であっても、譲渡人（設定者）には譲渡対象債権を第三者に譲渡することは認められないことになる<sup>318</sup>。

#### 4. 流動動産譲渡担保における設定者の権限外の処分の効力

##### (1) 裁判例

##### 1. 最高裁判例

##### (1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例)

前々節 2.では、本稿の主題である流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲について、検討してみたが、その範囲外の処分については、いかに取り扱われるのであろうか。設定者の通常の営業の範囲とは裏表の関係になり、設定者の通常の営業の範囲を画するの

---

保が不当に設定者の経済的自由を拘束したとはいえ、過剰担保として当該譲渡担保契約が公序良俗違反(民法 90 条)であると解される余地が減少する点を指摘されている。

<sup>318</sup> この点について、千葉・前掲注(308)79 頁以下は、担保権者が担保目的債権の債権者ではなく、債権上の担保権を取得していることを根拠に担保目的となっている債権自体は設定者に帰属し、担保権の実行通知がなされるまで設定者が取立権を有すると解する見解にあっても、設定者に譲渡対象債権の取立権があるため、担保権者（譲受人）が被担保債権を回収しようとしても担保目的財産がすべて消滅する危険が大きいとされる。そこで、被担保債権の額に比して、多額の債権を担保目的とすることで対処している。そのような担保目的財産を減ずるような第三者へ処分することは認められないとされる。これに対し、取立権限が付与されているので、通常の過程に従ったものであれば、譲渡は自由であるとする見解もある。安永・前掲注(241)429 頁。

仮に、債権譲渡担保の法的構成について、担保権的構成を採用しても、流動債権譲渡担保の設定者に担保目的債権の第三者への処分は認めるべきでない。流動動産譲渡担保における設定者の処分権は、設定者の倉庫等にあり、それが設定者のまさに本来業務として販売するものであった。これに対し、延長型流動債権譲渡担保における設定者の売掛金債権の回収はその資金を被担保債権の弁済の原資にしたり在庫を仕入れたりするというような本来想定される設定者の通常の営業業務とはいえようが、担保目的財産となっている譲渡対象債権を第三者に譲渡することは設定者の通常の営業業務とはいえない。また、担保目的財産が金銭債権である場合には、動産のように一旦換価して被担保債権の弁済を受けるといってものでなく、担保権者がその債権額すべて直接的に弁済を受けられるものであるから、当該担保目的債権を債権額より安価に譲渡されると、その代価が設定者のもとに残存していたとしても、債権譲渡は担保権者を害することになりうる。資金需要が高い設定者であれば、将来債権等の場合、履行期末到来の債権であるということで、期限の利益を考慮してもなお債権額よりもかなり安価な代価で譲渡してしまう可能性が高い。さらには、債権譲渡担保が二重設定された場合に、先に担保目的でなされた債権譲渡がサイレント型でなされたならば、第二譲受人が債務者対抗要件を備えて、第三債務者からの弁済を受領してしまうおそれがある。もちろん、第一譲受人は、第三者対抗要件を具備していた場合、この第二譲受人に対し不当利得返還請求できるが、それでも第二譲受人の資力の問題や行方不明の問題等があり、第一譲受人が害される可能性がある。

に、密接な関係を有する<sup>319</sup>。そこで、設定者による通常の営業の範囲外の処分（不適正処分）がなされ、当該処分の目的動産が保管場所から搬出された場合の効力（所有権の帰趨）について検討してみたいと思う。そこで、まず、過去の裁判例から検討してみる。

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について関連する判例は 2 件あるが、共に前々節 2. で示した判例である。まず、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁（①最高裁判例）についてであるが、事案は既に示しているので、ここでは省略する。

最高裁判所は、本件契約 1 について、債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないことから、譲渡担保契約と解している。これに対し、本件契約 2 については、契約の内容から問題なく真正の売買契約と解している。

その上で、本件契約 1 の判断について、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる」として、まず流動動産譲渡担保設定者は、通常の営業の範囲内で担保目的物の処分権を認めている。

そして、「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、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する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。また、被上告人は、本件契約 1 により本件物件 1 につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をすにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない。」としており、上告を認容している。しかし、劣後する譲渡担保の設定が流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分か否か明文では明らかにしていない。

これに対し、本件契約 2 について、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる」として、通常の営業の範囲内の売却処分は、確定的に処分の相手方に所有権が移転するとしている。

これに対し、「対抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産に

---

<sup>319</sup> なお、三.章 2.節(6)3.で同趣旨の議論を行ったが、そこでは通常の営業の範囲を広く解することの機能面の検討として扱ったものであり、本節 4.（特に(5)(6)）では不適正処分の効力を体系的に考察するという視座から取り上げる。

つき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないというべきである。」として、通常の営業の範囲を超えた売却処分は、流動動産譲渡担保設定者の処分権の範囲外で効力を有さず、所有権も移転しないとしている。本件では、XがYに対し引渡しを求めている魚は、いまだYの占有下にあるから、流動動産譲渡担保の目的物が集合物から離脱した場合について述べている部分は仮定的に示したものではある<sup>320</sup>。ただし、判旨の文理上、流動動産譲渡担保の目的物が集合物から離脱した場合には、所有権が移転することを示唆していると考えやすいが、なお、この判旨を集合物の構成要素でなくなれば取得すると読むか、少なくとも構成要素でなくなることが必要であると読むか問題になりうるとの指摘がある<sup>321</sup>。

(2) 最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁(②最高裁判例)

最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁(②最高裁判例)の事案についても前々節2.で示しているので、ここでは省略する。

最高裁判所は、①の最高裁判例と同様に、本件契約は、債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたものであるから、本件契約の性質は、譲渡担保契約と解している。

その上で、「本件各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその對抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように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、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する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。」として、後順位の譲渡担保権の設定すること、また、それが特に私的実行される場合は、先順位の譲渡担保権の優先弁済権が侵害されるとしている。

そして、「各譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、上告人にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分(前記1(2)エ、(3)ウ)といえないことは明らかである。また、被上告人は、本件契約により本件物件につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない。」として、後順位の譲渡担保権の設定は、通常の営業の範囲内の処分といえないと明示している。その上で、通常の営業の範囲を超えた売却処分は、流動動産譲渡担保設定者の処分権の範囲外で効力を有さず、即時取得しない限り、①最高裁判例と同様に所有権も移転しないとしている。本件では、XがYに対し引渡しを求めている魚は、いまだYの占有下にあるから、流動動産譲渡担保の目的物が集合物から離

<sup>320</sup> 宮坂昌利「判解」ジュリ1336号107頁。

<sup>321</sup> 道垣内・前掲注(287)1頁。

脱した場合ではない。よって、①最高裁判例と異なり、流動動産譲渡担保の目的物が集合物から離脱した場合については、あえて触れてはいない。

## 2. 下級審判例

(1) 最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例) の下級審判例 (原原審; 宮崎地日南支判平成 16 年 1 月 30 日民集 60 卷 6 号 2511 頁、原審; 福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁)

最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例) の原原審である宮崎地日南支判平成 16 年 1 月 30 日民集 60 卷 6 号 2511 頁では、X の主張である「集合物譲渡担保設定者である被告は、通常の営業の範囲内で目的物を売却処分することができる」旨を引用して、一般論として、そのまま流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許されることを認めた。

そして、X は、集合物譲渡担保設定者である Y は、通常の営業の範囲内で目的物を売却処分することができるので、その Y の売却処分の結果、集合物の範囲を脱すれば、処分された目的物の譲渡担保権は消滅し、譲渡担保権の制約はなくなり、その買主である X が所有者となることに争いはない旨主張している。この点、宮崎地裁日南支部は、「確かに、被告が本件物件を処分した結果、本件物件が集合物の範囲を脱しているのであれば、」本件物件は、「前記集合物根譲渡担保権の目的物ではなくなることになるが、本件物件は、現在も黒瀬漁場の養殖生簀内に存在するのであるから、本件物件は、未だ集合物の範囲を脱しておらず、前記集合物根譲渡担保権の目的物であると認められるので、原告の前記主張は、採用することができない。」として、流動動産譲渡担保設定者が、通常の営業内の売却処分をしても、集合物の範囲を離脱していない限り、その相手方は所有権を確定的に取得できないとしている。

これに対し、その控訴審であり、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁 (①最高裁判例) の原審である福岡高宮崎支判平成 17 年 1 月 28 日民集 60 卷 6 号 2527 頁は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許され、流動動産譲渡担保設定者による処分は、本件契約は、形式上、再売買類似の契約であるので、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとしている。

その上で、「商品を通常の営業の範囲内で第三者に売却するということは、当該商品の所有権を第三者に確定的に移転取得させることを当然の前提としているのであるから、譲渡担保設定者において譲渡担保の目的物を通常の営業の範囲内で第三者に売却することが許容されている集合動産譲渡担保権にあつては、譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に確定的に移転取得させることができるという物権的地位が設定者にとどめられているものと解さざるを得ず、そのように解したとしても、上記(2)において説示したところに照らせば、譲渡担保権者が譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないというような事態が生じるまでの間は、債権担保の目的を達するのに何らの支障もない。」として、流動動産譲渡担保設定者は通常の営業の範囲内で処分権限があることを原原審と同様に認めている、さらに福岡高裁宮崎支部は、流動動産譲渡担保設定者に、担保目的物の所有権を第三者に移転させる物権的地位がとどまっていることも示した。

そして、流動動産譲渡担保権者が「本件各譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざる

を得ないような事態が生じる前に、本件契約を締結し、被控訴人から本件物件を買い受けた控訴人は、被控訴人が有する上記物権的地位、すなわち、本件物件の所有権を控訴人に確定的に移転取得させることができるという物権的地位に基づき、本件物件の所有権を承継取得したものと解するのが相当である。」「本件物件につき対抗要件を具備した譲渡担保権である」「本件各譲渡担保権が設定されているというだけでは、所有権に基づく引渡請求に対する所有権喪失の抗弁たり得ないといわざるを得ない」として、原原審とは異なり、最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）と同様に、流動動産譲渡担保設定者が通常の営業の範囲内で処分すれば、その相手方は所有権を確定的に取得することを示している。この判例では、流動動産譲渡担保設定者による第三者に対する処分が通常の営業の範囲内のものと解しているため、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分の効力については何ら示していない。

（2）最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の下級審判例（原原審；宮崎地日南支判平成16年6月11日金法1735号57頁、原審；福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁）

最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の原原審である宮崎地日南支判平成16年6月11日金法1735号57頁は、最高裁判例②とは異なり、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であることからの、譲渡担保設定者による任意の売却処分権の範囲内であるとしている。

しかし、「B株式会社及びC株式会社が締結した集合物根譲渡担保契約においては、いずれも、保管場所であるB漁場又はC漁場に存在する養殖魚全部について譲渡担保権の効力が及ぶこととされていることなど、その契約の内容に照らすと、当事者の意思としては、本件物件が、当該売買契約に基づき、B漁場またはC漁場から搬出された場合に初めて集合動産譲渡担保権の対象から離脱することを前提として契約を締結していると考えられるのであるから、本件物件の売却が適法な処分であるからといって、本件物件が原告に売却されたことによって直ちに集合動産譲渡担保権の対象から離脱すると解するのは相当ではなく、本件物件が、当該売買契約に基づき、B漁場またはC漁場から搬出された場合に初めて集合動産譲渡担保権の対象から離脱するものと解するのが相当であり、本件物件がB漁場またはC漁場から搬出されていないことから、当該売買契約に基づき、売却処分の相手方は所有権を承継取得していないとしている。この判旨では、最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）の原原審と同様に、流動動産譲渡担保設定者の売却処分がたとえ通常の営業の範囲内の行為であっても、売却の対象動産が流動動産譲渡担保の目的である集合動産から離脱しない限り、相手方は所有権を取得できないことになる。

これに対し、その控訴審であり、最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の原審である福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁は、流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとしている。そのことから演繹的に、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、設定者による任意の売却処分権の範囲内であるとしている。そして、「商品を通常の営業の範囲内で第三者に売却するということは、当該商品の所有権を第三者に確定的に移転取得さ

せることを当然の前提としているのであるから、譲渡担保設定者において譲渡担保の目的物を通常の営業の範囲内で第三者に売却することが許容されている集合動産譲渡担保権にあっては、譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に確定的に移転取得させることができるという物権的地位が設定者にとどめられているものと解さざるを得ず、そのように解したとしても、・・・譲渡担保権者が譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないというような事態が生じるまでの間は、債権担保の目的を達するのに何らの支障もない。」

なお、流動動産譲渡担保権は、流動動産譲渡担保の目的物が、「売却のために保管場所から搬出されるまで、目的物に対してその効力が及んでいるということになるが」、「そのことをもって、1審原告が本件契約に基づき本件物件の所有権を承継取得したとの結論を左右するものではないというべきである（1審原告は、本件各譲渡担保権の負担が付着した本件物件の所有権を承継取得したということになる。）」としている。すなわち、流動動産譲渡担保設定者が通常の営業の範囲内において売却処分した場合、売却の相手方は所有権を取得しうが、売却の対象動産が流動動産譲渡担保の目的である集合動産から離脱しない限り、譲渡担保権の負担の付着した所有権を取得したことになるとしている。

以上より、最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）の原原審、最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の下級審判例である原審、原原審は、最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）と異なり、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲内のものであっても、第三取得者が確定的な所有権を取得するには、その処分された動産が集合物から離脱することが必要となるとしている。

しかし、第三者が確定的に所有権を取得できる条件として、目的動産の集合物からの離脱を加えることになれば、第三者はそのような動産の取引をすることを躊躇させることになり、流動動産譲渡担保設定者に、通常の営業の範囲内での処分権限を認めて収益を上げ、債務の履行を促すことを目的とする流動動産譲渡担保の機能を減退させることになり妥当でない。また、実際に行われる商取引において、売買契約と引渡しにタイムラグが生じるのが一般的であり、加えて目的動産が倉庫内に保管され集合物から離脱していない状況にとどまるのは特別な状況ではないので<sup>322</sup>、第三者の取引の安全を考えれば、目的動産の集合物からの離脱を第三者の確定的な所有権取得の要件にすべきではない<sup>323</sup>。

## （2）学説

### 1. 学説の状況

前述のように平成18年7月20日に初めて示された2件の最高裁判例は、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲内であれば、第三取得者はもはや流動動産譲渡担保に拘束されることなく、確定的に当該動産の所有権を取得するとしていた。これに対し、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲外である場合については、

<sup>322</sup> 小田垣・前掲注(292)33頁。

<sup>323</sup> 古積・前掲注(291)民商136巻1号34頁は、学説ではこの結論に争いはないであろうとされている。



最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）だけが、傍論で、権限に基づかない処分である以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないと示した。

この①最高裁判例の考えは、後述するように我妻博士が最初に示された集合物論の考えに沿ったものと捉えることができる。そして、①最高裁判例と同様に、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲外である場合について、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないとする考えが、我妻博士をはじめ学説にある。すなわち、流動動産譲渡担保の対象である集合物から離脱した動産は集合物を構成しなくなり、流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなるとしている。集合物から離脱した動産に、流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなる点を捉え、追及効喪失説と呼ぶことができる。

これに対し、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲外である場合には、動産群が当初の保管場所から移動されてもされなくても、その上に有効に成立している権利関係は影響を受けず、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないとする。そして、流動動産譲渡担保の対象である動産群から離脱した動産にも流動動産譲渡担保の効力はなお及んでおり、処分の相手方が当該動産の所有権を取得するには即時取得によるしかないとする考えがある。すなわち、流動動産譲渡担保の対象である動産群から離脱した動産を処分の相手方が当該動産の所有権を取得するには即時取得をしなければならぬ点を捉えて即時取得説と呼ぶことができる。

追及効喪失説と即時取得説の相違は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分において、処分された動産が保管場所から搬出された場合に、①動産群の当初の保管場所からの移動が、その移動した動産に対する流動動産譲渡担保の効力を喪失させることになるのか否かという点、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外の処分を通常防止できない流動動産譲渡担保権者の保護と、流動動産譲渡担保の効力として、その設定者に通常の営業の範囲内での処分を与えられていることを前提としている以上、取引の安全を図るための第三取得者の保護と、どちらを優先すべきかという点にある。

## 2. 追及効喪失説

この説は、最高裁判例と同様に、流動動産譲渡担保の対象である集合物から離脱した動産については、流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなると解する。流動動産譲渡担保の法的構成について、判例は、最一小判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁が、「構成部分の変動する集合動産についても、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。」として、一般論であるが初めて最高裁が集合物論を示し、その後の判例にも踏襲されている<sup>324</sup>。最一小判平成18年7月20日民集60

<sup>324</sup> 最一小判昭和57年10月14日判時1060号78頁、最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁。

巻6号2499頁（最高裁判例①）においても、明示していないが集合物論の考えから、流動動産譲渡担保の対象である集合物から離脱した動産は集合物を構成しなくなり、流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなるとしていると考えられる。この考えは、集合物論を提唱された我妻博士の考えに沿うものである。我妻博士は、集合物の観念を認めれば、集合物を構成する個々の動産の変動にもかかわらず、集合物は一個の物として同一性を失わず、流動動産譲渡担保権の支配に服するとされる。そして、流動動産譲渡担保設定者が個々の動産を処分するときには、その動産が流動動産譲渡担保の拘束を脱とするのである<sup>325</sup>。この理は、流動動産譲渡担保設定者が管理・処分の権限外で処分した場合にあっても貫かれる。すなわち、流動動産譲渡担保の対象である動産が、場所的関係を失えば、集合物を構成する性質を失うから、処分行為は常に有効であって、設定者の責任を生ずるだけであると解されるのである<sup>326</sup>。

また、最高裁判例<sup>327</sup>が、集合物特定の基準が、目的物の種類・量的範囲・所在場所の指定とされていることからすれば、指定された所在場所から搬出された個々の動産は、搬出の時点で集合物から離脱し、譲渡担保の拘束から解放されるとするものもある<sup>328</sup>。

さらに、流動動産譲渡担保設定者が集合動産を現に管理している点が重視すべきであり、仮に流動動産譲渡担保が設定されていることについて、処分の相手方が悪意であったとしても<sup>329</sup>、その相手方は保護されるべきであると指摘するものがある。その論拠は、流動動産譲渡担保については、その本質的内容から設定者の処分を前提とするものである以上、設定者の処分権が付与されていると考えるのが通常だからであるとする<sup>330</sup>。

なお、流動動産譲渡担保設定者による売却処分が通常の営業の範囲外の行為であった場合に、第三取得者が悪意（当該財産が流動動産譲渡担保の目的物を構成しているものであり、しかも、設定者が不当に処分したということを知っている）のときには、処分そのものは有効であって第三取得者が目的動産についての所有権を取得することまでをも否定することはできないにしても、流動動産譲渡担保権者は、そのような第三取得者に対しては、譲渡担保の効力を主張することができるかと解するものもある<sup>331</sup>。この考えは、流動動産譲渡担保の対象である集合物から離脱した動産については、流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなると解しながらも、例外的に第三取得者が悪意の場合に、流動動産譲渡担保権者

---

<sup>325</sup> 我妻・前掲注(2)664頁以下。

<sup>326</sup> 我妻・前掲注(2)665頁。

<sup>327</sup> 最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁。

<sup>328</sup> 小山泰史「判批」銀法673号76頁、佐伯一郎「判批」銀法668号48頁。

<sup>329</sup> 池田・前掲注(247)80頁注(49)では、実務研究会の会員から、実務的には、債権者は在庫データなどを設定者から受け取っており、そのデータ上の動産については担保として把握しているとの認識がある（すなわち、流動動産譲渡の設定について、悪意である。）のではないかと指摘があったとされている。

<sup>330</sup> 池田・前掲注(247)80頁。また、千葉・前掲注(267)45頁は、流動動産譲渡担保の公示方法が不完全な場合もあること、流動動産譲渡担保が在庫商品など流通を前提とした動産を客体としていることから考慮すると、当該動産は設定者の所有物であって流動動産譲渡担保の負担がないと譲受人が考えたとしても止むを得ないように思われる。我妻博士が、追及効喪失のように考えたのは、このような価値判断が背後にあるものと考えられるとされる。

<sup>331</sup> 吉田真澄「集合動産の譲渡担保(11・完)」NBL247号48頁。

を保護するものである<sup>332</sup>。

### 3. 即時取得説

この説は、流動動産譲渡担保の法的構成に関して、分析論の立場から、追及効喪失説が論拠とする集合物論の内容とそこから導かれる保管場所の重要性に疑問を提唱するものがある。すなわち、追及効喪失説は、保管場所から搬出されれば、集合物を構成する性質を失うから、流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなるとする。これは、集合物を観念的存在として捉え譲渡担保権の効力はその実行前には個々の動産には及ばないという見解があり<sup>333</sup>、この見解によれば、たしかに集合物から離脱した動産に対する追及効は基本的には認められなくなる。しかし、最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）も、先例となった最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁も、譲渡担保権の実行前における個々の動産に対する効力を容認する限り、場所的変動のみをもって譲渡担保の効力否定することはできないのではないかとされる<sup>334</sup>。そして、流動動産譲渡担保の対象である動産群は一体的に取り扱う特別の社会的要請はないのであり、個々の動産は従前と同じくその法的独立性を維持すると解すべきである。そうであるならば、動産群が当初の保管場所から移動されてもその上に有効に成立している権利関係は影響を受けることにはならない。よって、譲渡担保の客体となる動産群は一時的に保管場所を同じくするに過ぎないとするのである<sup>335</sup>。

その上で、通常の営業の範囲を超える処分と解釈されれば、これは無権限者による処分にすぎず、目的物の所在場所に関わりなく、処分の相手方は譲渡担保に優先する権利を取得することができない。ただ例外的に、第三取得者が流動動産譲渡担保の存在について善意無過失で取引に入り引渡しを受けたときに、即時取得が認められる余地が残るだけであるとされる<sup>336</sup>。

これに対し、集合物論の立場からであるが、同様に担保権実行前から流動動産譲渡担保の効力は個別動産に及んでいないと解することの理論的整合性からして、流動動産譲渡担保権の実行前であっても、個別動産が集合物を組成していたものであるかぎり、流動動産譲渡担保の支配力は原則として集合物内から分離・搬出された個別動産に対しても及んでいないと解するものがある。そして、個別動産の適正処分がなされた場合に、動産の譲受人が

---

<sup>332</sup> 下森定「集合物(流動動産)の譲渡担保」下森定＝須永醇監修『物権法重要論点研究』125頁以下(酒井書店、1993)は、流動動産譲渡担保設定者の詐害の意図を相手方が知っていた場合には、詐害行為取消権を行使することで、目的物の取り戻しおよび特定範囲への回復による優先権の主張が可能とするとして、流動動産譲渡担保権者の保護を図っている。山野目・前掲注(168)23頁以下は、民法424条の適用ではなく、類推適用すべきであるとするが、同じ考えである。

<sup>333</sup> 集合物論としては、道垣内・前掲注(173)328頁がある。また、価値枠説でも、同様の結論になり、伊藤・前掲注(226)92頁以下がある。

<sup>334</sup> 古積・前掲注(291)民商136巻1号36頁。

<sup>335</sup> 古積・前掲注(291)民商136巻1号37頁。

<sup>336</sup> 古積・前掲注(291)民商136巻1号38頁。なお、古積・前掲注(291)民商136巻1号40頁注(25)は、認定されるケースは極めて稀であるが、譲渡担保の存在を知りつつも、通常の営業の範囲内の処分であると信じて取引に入った第三者も保護に値するとされる。

流動動産譲渡担保の負担のない所有権を取得できるのは、流動動産譲渡担保権者とその設定者の間で流動動産譲渡担保の効力をこの範囲では認めないという追及効を制限する合意があるからであるとする。これに対し、個別動産の不公正処分がなされた場合には、このような合意が当事者間でないので、当該動産に流動動産譲渡担保の効力が及ぶものと解するのである。その上で、譲受人の保護を善意取得制度によって救済しようとする<sup>337</sup>。

また、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分において、単に集合物からの離脱をもって譲渡担保権の追及力が第三取得者に及ばないとすると、設定者が意図的に担保動産を集合物から離脱させることにより、当該動産に流動動産譲渡担保の効力を消滅させることが可能となってしまう。そうであるならば、流動動産譲渡担保設定者の信用が悪化した状態を除けば、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外の処分を防止できない流動動産譲渡担保権者にとって負担が大きすぎるとの指摘がある。その上で、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分行為があっても、その処分された個別動産について、流動動産譲渡担保の追及効は及ぶ。ただし、取引の安全確保の観点から、当該処分行為が流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外であることにつき善意無過失の買受人は即時取得によって保護されるべきであるとするものもある<sup>338</sup>。

さらに、工場抵当に関する最二小判昭和57年3月12日民集36巻3号349頁が、「工場抵当法二条の規定により工場に属する土地又は建物とともに抵当権の目的とされた動産が、抵当権者の同意を得ないで、備え付けられた工場から搬出された場合には、第三者において即時取得をしない限りは、抵当権者は搬出された目的動産をもとの備付場所である工場に戻すことを求めることができるものと解するのが相当である。」として、工場抵当権の目的動産が工場から搬出された場合であっても、第三取得者が即時取得しないかぎり、当該動産には工場抵当権の効力がなお及んでいるとする。その論拠は、「抵当権者の同意を得ないで工場から搬出された右動産については、第三者が即時取得をしない限りは、抵当権の効力が及んでおり、第三者の占有する当該動産に対し抵当権を行使することができるのであり（同法五条参照）、右抵当権の担保価値を保全するためには、目的動産の処分等を禁止するだけでは足りず、搬出された目的動産をもとの備付場所に戻して原状を回復すべき必要があるからである。」として、工場抵当法5条の規定に求めている。この判例にならい、第三取得者による即時取得がないかぎり、搬出された動産には流動動産譲渡担保の効力が及んでおり、当該動産の返還請求を認めてよいとするものもある<sup>339</sup>。

---

<sup>337</sup> 千葉・前掲注(267)46頁。譲受人の善意無過失は、流動動産譲渡担保設定者の売却処分が適正でないことについてであるとされる。

<sup>338</sup> 小田垣・前掲注(292)34頁。また、米倉・前掲注(287)129頁も、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分において、当該動産が集合物から離脱をすることで譲渡担保権の追及力が第三取得者に及ばないとすると、流動動産譲渡担保権者の地位が弱体にすぎるとのではないかとの懸念を示される。そして、問題となっているのは流動動産譲渡担保権者と処分行為の相手方との利益調整であるが、それは即時取得によって図るのが妥当であるとされる。渡邊・前掲注(269)27頁も同旨である。

<sup>339</sup> 進士・前掲注(269)98頁、千葉・前掲注(267)46頁、杉江・前掲注(267)31頁。

### (3) 流動動産譲渡担保の法的構成との関係

以上の学説では流動動産譲渡担保の法的構成から理論づけようとするものが多いので、流動動産譲渡担保の法的構成と設定者の不適正処分 of 効力 of 関係をみていく。流動動産譲渡担保の法的構成については、本章 1. 節の流動動産譲渡担保に基づく物上代位の可否において示してみた。それを前提に、まず分析論から検討してみる。流動動産を一個の契約により一括して譲渡担保に供する場合でも、法的には個別動産ごとに複数の担保権が成立するとされる<sup>340</sup>。この理論では、客体範囲の基準は、個別動産が譲渡担保権の個別的客体として特定されるための要件であり、抽象的な枠にとどまるものではない。なお、個別動産が順次時期を異にして搬入されて債権者に帰属するのは、設定契約上、搬入を停止条件として所有権移転および占有改定を生ずべき予めの合意によるものであり、個別動産が設定者の営業活動に伴い順次搬出され、有効に処分されるのは、やはり設定契約における搬出を解除条件とする予めの合意（または処分権の授与）に基づくものとされる<sup>341</sup>。したがって、流動動産譲渡担保の対象である個別動産が集合体から離脱することを条件として譲渡担保の効力が及ばなくなることになると考えることができる<sup>342</sup>。

しかし、分析論の立場では、流動動産譲渡担保設定者が権限外の処分行為をした場合には、解除条件は成就しないので、流動動産譲渡担保の効力はなお及び、相手方は即時取得により保護される余地があることになるとも考えられる<sup>343</sup>。わが国で分析論の立場を明示されている古積教授は、前述のように流動動産譲渡担保設定者が権限外の処分行為をした場合であっても、流動動産譲渡担保の効力は及んでおり、相手方は即時取得により保護されるとされる。その論拠は、流動動産譲渡担保の対象である動産群は一体的に取り扱う特別の社会的要請はないのであり、個々の動産は従前と同じくその法的独立性を維持すると解すべきである。そうであるならば、動産群が当初の保管場所から移動されてもその上に有効に成立している権利関係は影響を受けることにはならない。よって、譲渡担保の客体となる動産群は一時的に保管場所を同じくするに過ぎず、保管場所からの搬出は重視すべきでないというものである。

次に、判例・通説が採用している集合物論の立場から検討してみる。その理論は、以下のとおりであった。すなわち、構成部分の変動する集合動産でも、上記基準により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することができる。それとともに集合物の管理利用権が設定者に与えられることは、特定動産譲渡担保の場合と異ならない。また、この関係において、個別動産は、元来それぞれが一個の有体物としての独立存在を失うものではないが、集合物の構成部分としてそれに属する限り、譲渡担保権の支配に服するが（個別動産所有権も債権者に帰属する）、設定者に与えられた集合物管理利用権の行使により集合物から分離される限り、個別動産自体の法的運命にしたがい、第三者への有効な移転も可能となる。

---

<sup>340</sup> この説を採用するものとして、古積「流動動産譲渡担保に関する理論的考察(二)・完」・前掲注(217)72頁、古積『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』・前掲注(217)141頁がある。

<sup>341</sup> 福地・前掲注(188)890頁。

<sup>342</sup> 池田・前掲注(247)73頁。

<sup>343</sup> 米倉・前掲注(287)129頁。

集合物論にあっても、通説は、集合物に譲渡担保権が設定される結果、同時に、個別動産も直接に譲渡担保目的物となる二重帰属性を採用している<sup>344</sup>。そうすると、個々の動産は従前と同じくその法的独立性を維持すると解されるので、動産群が当初の保管場所から移動されてもその上に有効に成立している権利関係は影響を受けることにはならないという理は、この場合もあてはまるので、流動動産譲渡担保の効力はなお及び、相手方は即時取得により保護される余地があることになるとも考えられる。ただし、二重帰属性を採用したとしても、一個の集合物という観念を重視すれば、保管場所から搬出された動産は、集合物を構成する性質を失うから、当該動産に流動動産譲渡担保の効力は及ばなくなり、第三取得者は確定的に所有権を取得できると解することも可能である。

これに対し、集合物を観念的存在として捉え譲渡担保権の効力はその実行前には個々の動産には及ばないという考え<sup>345</sup>では、集合物という一個の物という概念が重要である。そうすると、保管場所から搬出された動産は、一個の集合物を構成しなくなり、当該動産に流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなると解しやすいといえる<sup>346</sup>。しかし、この考えは、個別の動産の処分、差押え、侵害において流動動産譲渡担保権者の権利が弱くなってしまう<sup>347</sup>。流動動産債権譲渡担保権者を保護することが、金融実務における担保融資手段の選択を広げるものとして期待されている動産譲渡担保による融資を促進することにつながるのだから、この考えは採用できない。ただし、この場合にあっても、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分は、無権限になされた処分であり、適正に保管場所から搬出されておらず、当該動産はいまだ集合物を構成していると捉えることもできる。そう考えれば、当該動産にはいまだ流動動産譲渡担保の効力が及んでおり、第三取得者を保護するには即時取得によるべきであると解することができる。

これらの説と異なり、集合物論の矛盾を解消するため<sup>348</sup>に生まれた価値枠論<sup>349</sup>の立場

---

<sup>344</sup> 道垣内・前掲注(173) 328 頁、330 頁。判例としては、最三小判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 卷 8 号 1559 頁、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁(①最高裁判例)がある。

<sup>345</sup> 道垣内・前掲注(173)328 頁。

<sup>346</sup> 森田修「判批」法協 124 卷 11 号 2611 頁(2007)は、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁(①最高裁判例)は、この考えと整合的であるとされる。

<sup>347</sup> 道垣内・前掲注(173)328 頁。今尾真「判批」明治学院大学法科大学院ローレビュー 8 号 68 頁以下は、流動動産譲渡担保の有用性・必要性のみを強調して、法律上の根拠がないことを奇貨として、拡大されてきたこの担保の強大な効力を合理的な範囲に限定していくための法的根拠または法的基礎を模索しなければならないとされる。そして、流動動産譲渡担保の効力を第三者と関係では、弱めていくのが妥当であり、流動動産譲渡担保設定者による不適正処分の場合に、処分された動産が集合物から離脱すれば、流動動産譲渡担保の効力は当該動産に及ばなくなるとされる。

<sup>348</sup> 動産群が一つの物、一つの客体となるならば、本来は個々の動産の独立性は否定され、それはむしろ個々の動産の独立した処分の妨げになりかねない。しかし、少なくとも通常の営業に必要な処分の有効性を認めないと、この譲渡担保の経済的目的が達成されない。従来の集合物論は、これを集合物上の利用権という構成によって説明しようとするが、動産群を一体的に把握する権利が成立しているならば、個々の動産の処分・分離は実は係る権利の侵害ともいえ、これは単なる利用権によって基礎づけられることには無理があるとするのである。古積『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』・前掲注(217) 140 頁。

<sup>349</sup> 伊藤・前掲注(226)92 頁以下。

で検討してみる。この考えは、集合物という概念で限定された価値枠にある有体的動産によって捉えられる程度の浮動的価値を担保的に支配するものとして、限定的浮動的担保として構成するものであった。そして、流動動産譲渡担保が実行され、集合物が固定されれば、特定の動産譲渡担保と同じように物（当該動産）に対して直接譲渡担保権の支配が及ぶとするものである。この考えを採れば、流動動産譲渡担保権が実行されない限り、流動動産譲渡担保権は価値枠の中で、担保的支配をしているだけであり、搬出されれば、追及力が失われるものであると考えることになる。しかし、この考えでは、流動動産譲渡担保が実行開始まで、動産売買先取特権等他の諸権利に対し個別動産の優先権を持たないとすれば、実行開始までは担保としての交換価値の把握が著しく減退してしまうことになる。そのような価値が減退した担保権では、それを利用しようという機運はなくなってしまう。流動動産譲渡担保権の利用促進という観点からは、実行時点で担保価値支配があることは当然重要であるが、実行前にも担保価値支配がなければならぬのは同様に重要であり、この考えは採用できない。なお、この場合にあっても、集合物を概念的な存在と考える説と同様に、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分は、無権限になされた処分であり、適正に保管場所から搬出されておらず、当該動産はいまだ集合物を構成していると捉えることもできる。そう考えれば、当該動産にはいまだ流動動産譲渡担保の効力が及んでおり、第三取得者を保護するには即時取得によるべきであると解することになる<sup>350</sup>。

以上より、流動動産譲渡担保の法的構成をどのように解しても、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分がなされ、保管場所から動産が搬出された場合に、当該動産に対し、流動動産譲渡担保の効力が及んでいるとも及んでいないとも解することができる。

#### （４）集合物動産譲渡登記と工場抵当法 5 条

動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下「動産・債権譲渡特例法」という。）7 条 2 項には、動産譲渡登記の必要的登記事項が規定されている。そして、同法同条 5 号に「譲渡に係る動産を特定するために必要な事項」も必要的登記事項であると定められている。同規定には、その事項は「法務省令で定めるもの」としており、動産・債権譲渡登記規則 8 条 1 項は、1 号で動産の特質によって特定する場合について、2 号で動産の所在によって特定する場合について定めている。そして、流動動産譲渡担保は、一般に在庫担保のようなものが考えられやすいことから、動産譲渡登記では、

---

<sup>350</sup> この説の提唱者である伊藤教授は、不当処分すなわち設定者の担保価値保持義務に違反しての個別動産の処分の場合には、その個別動産についての集合物からの解放は認められず、当該動産が集合物を組成したものであることを対抗することができれば、当該動産に流動動産譲渡担保の効力を及ぼすことができるとされる。そして、その集合物を組成するものであったことを対抗する手段として、流動動産譲渡担保設定者が相手方に流動動産譲渡担保の組成物である旨を告知し、流動動産譲渡担保権者には処分の旨を告知するという管理義務が守られていることが重要になるとされる。その上で、即時取得の主張が登場する余地があるとされる。伊藤進「集合動産譲渡担保の有用性の検討(下)」手研 325 号 7 頁、9 頁(1982)。

同規則同条同項 2 号が適用されることになる<sup>351</sup>。このように集合物動産譲渡登記では、流動動産譲渡担保の効力が及ぶ範囲を画するのに、動産の保管場所にあることが基準となるように思える。

ところで、集合物概念を措定する法技術的な意義は、将来取得する動産についても、占有改定された時点ではなく、流動動産譲渡担保設定契約の時点に遡って、占有改定によって第三者対抗要件を備えることを可能にする点にあった。すなわち、集合物概念は、①集合物の占有改定により第三者対抗要件を具備し、②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も及ぶという集合物の同一性を重ね合わせることににより、将来取得する動産についての占有改定の効力を当初の流動動産譲渡担保設定契約の設定時まで遡及するという、占有改定の現在化の機能を営んでいる。しかし、動産譲渡登記では、目的物の物理的な支配を前提としないので、登記は現に存在する動産だけでなく、将来取得する動産についても行うことが可能であり、当初の譲渡契約時点において対抗要件を具備することができることを示されており、集合物概念を媒介とした占有改定の現在化のフィクションを用いる必要は、もはや存しないということになるとの指摘がある<sup>352</sup>。

このように、集合物概念は、占有改定の現在化のフィクションを用いて、流動動産譲渡担保をその設定契約時に遡及して第三者対抗要件を認めなければ、流動動産譲渡担保の効力を弱くしてしまい、利用促進されなくなるとの危惧を解消するためにあった。すなわち、集合物概念の重要性は、新たに保管場所に搬入された動産にも流動動産譲渡担保の効力をその設定契約時に遡及して及ぼすことであって、保管場所から搬出されたときは、適正処分であろうが不適正処分であろうが集合物から離脱するというわけではない。

また、その占有改定の現在化のフィクションが動産譲渡登記制度の下では、集合物概念が不要にもなっているという立法の状況からすれば、適正処分であろうが不適正処分であろうが保管場所から搬出すること自体が、集合物からの離脱を意味し、その搬出された動産には流動動産譲渡担保の効力がもはや及ばないと集合物概念に基づいて論理演繹的に説明することは、それ程説得性があるものとはいえない。

さらに、そもそも動産譲渡登記では、登記は現に存在する動産だけでなく、将来取得す

---

<sup>351</sup> 植垣＝小川・前掲注(181)82 頁。これに対し、在庫担保のように動産の所在によって特定するのでなく、ある企業で製造された一定のもののように動産の特質によって集合物を特定されることもありうる。そうであるならば、保管場所からの搬出は、当然には集合物からの離脱を意味しないことになるものがある。森田修・前掲注(346)2614 頁、2624 頁注(28)。しかし、登記事項証明申請書(動産譲渡)では、動産を特定する事項では集合動産の場合は必ず動産の保管場所の所在地を記載しなければならない。植垣＝小川・前掲注(181)311 頁。また、動産譲渡登記における登記事項証明書では、【動産区分】が集合動産の場合には、【特質・所在】の項目には動産の所在が記載されることになっている。植垣＝小川・前掲注(181)338 頁。したがって、流動動産譲渡担保においては、集合物の特定は、少なくとも動産の保管場所の所在地によってはなされることになる。

<sup>352</sup> 森田宏樹「事業の収益性に着目した資金調達モデルと動産・債権譲渡公示制度」金融法研究 21 号 90 頁以下(2005)。吉田光硯「動産譲渡登記制度の創設とその問題点」阪法 55 卷 3・4 号 663 頁も、動産・債権譲渡特例法の改正が、将来債権の譲渡に債権譲渡登記が可能であるとした債権譲渡特例法を改正する形で立法したことから、森田教授のような考えが将来的には主流を占める可能性を示唆されている。



る動産についても行うことが可能であり、目的物の物理的な支配を前提としないことからすれば、流動動産譲渡担保の目的動産が保管場所にあるということは、流動動産譲渡担保の効力の及ぶ範囲との関係では、重要でないといえる。UCCでも在庫品の特定は、そもそもその在庫品の所在場所でなされていない。また、UCC§9-315(a)(1)により、担保権者から設定者に処分権がなされていないか、§9-320(a)が適用されていない場合には、担保物が売却されても担保権の効力はなお及んでいた。

したがって、流動動産譲渡設定者による通常の営業外の処分（不適正処分）がなされた場合に、その処分された動産が保管場所から搬出されただけでは、当該動産に流動動産譲渡担保の効力はなお及んでいると解する。

次に、流動動産譲渡担保設定者による不適正処分の効力について、工場抵当法5条を類推適用等できないか、その関係について検討してみる。

工場抵当法2条1項本文は、工場所有者が工場に属する土地について工場抵当権を設定した場合、建物を除くほか、土地に付加して一体をなしたる物（付加物件）および土地に備え付けた機械、器具、その他工場の用に供する物（供用物件）にも工場抵当権が及ぶとされる。また、同法同条2項より、工場の所有者が工場に属する建物に抵当権を設定した場合にも、その建物の付加物件および供用物件に効力が及ぶ。そして、工場抵当法3条1項および2項により、工場に属する土地または建物の供用物件について、目録を公示方法として対抗要件としている。この目録に記載されていない物については、第三者に対抗できないとするのが判例である<sup>353</sup>。この供用物件については、同法5条1項により、第三取得者に引き渡された後であっても、なお工場抵当権の効力は当該供用物件に及んでいる。ただし、同法同条2項により、第三取得者は即時取得することは可能である。一方、同法6条2項により、工場の所有者が、抵当権者の同意を得て、供用物件を土地または建物から分離したときは、これらにつき抵当権は消滅する。したがって、その供用物件である動産が、抵当権者の同意を得ないで、工場から搬出された場合には、同法5条より、なお工場抵当権の効力は当該供用物件に及んでおり、第三者が即時取得しない限り、抵当権者は、搬出された目的動産を元の備付場所である工場に戻すことを求めることができる<sup>354</sup>。このように、工場抵当法5条1項が、供用物件である動産が工場から搬出されても、なお工場抵当権の効力が及ぶとしたのは、目的物の一体性を維持する目的からである<sup>355</sup>。

そして、流動動産譲渡担保の場合にも、個別動産の法的独立性を容認しながら、集合物としての一体的処理を意図する点では、工場抵当権における土地または建物（主物）と供

---

<sup>353</sup> 最一小判平成6年7月14日民集48巻5号1126頁は、「供用物件のうち右土地又は建物の従物に当たるものについて三条目録の記載を要しないとすれば、抵当権設定の当事者ないし第三者は、特定の供用物件が従物に当たるかどうかという實際上困難な判断を強いられ、また、抵当権の実行手続において、執行裁判所もまた同様の判断を余儀なくされることとなる。」として、特定の供用物件が従物にあたるか否かの判断を回避するために、このように解している。

<sup>354</sup> 最二小判昭和57年3月12日民集36巻3号349頁、近江『民法講義Ⅲ 担保物権法』・前掲注(163)261頁。

<sup>355</sup> 近江『民法講義Ⅲ 担保物権法』・前掲注(163)261頁、千葉・前掲注(267)46頁。

用物件たる動産（従物）との関係に類似している。したがって、流動動産譲渡担保の場合にも、個別動産に対して流動動産譲渡担保の効力が及んでいる限り、すなわち、集合物としての場所的一体性と経済的一体性が充たされる限り、工場抵当法 5 条と同一の処理がされるべきであるとするものがある<sup>356</sup>。これに対しては、機能的経済的結合関係が認められる工場抵当権における土地または建物（主物）と供用物件たる動産（従物）と異なつて、流動動産譲渡担保の対象とされる動産群は、一時的に共通の保管場所に集められているにすぎず、社会経済上ないしは取引通念上機能的に結合したものとはいえないとの批判がある<sup>357</sup>。

この点、動産・債権譲渡特例法 7 条 2 項 5 号による動産の特定を動産の所在による方法で行う場合に、保管場所に動産が存在しない場合にも、動産の譲渡登記をすることができるのは、流動動産譲渡担保における当事者の意思は、設定契約時または登記時において保管場所に存在する動産の交換価値を譲受人に把握させるといふよりも、当該流動動産によって生み出される事業収益を債権回収の裏付けとしようとしているのが通常であると考えたからである<sup>358</sup>。よって、保管場所に存在する動産の交換価値を譲受人に把握させようとしていないのであるから、流動動産譲渡担保の対象とされる動産群には集合物としての場所的一体性はそれ程重視されていないが、当該流動動産によって生み出される事業収益を債権回収の裏付けとしようとしているのであるから、流動動産を経済的一体とみて、そこからの事業収益は重視しているといえる。

しかし、工場抵当権における供用物件と流動動産譲渡担保における目的動産とは、その流動性において違いがある。すなわち、工場抵当権における供用物件は、流動性がないので、設定者の処分を前提とするものでなく、工場抵当権が設定されていると知っている相手方に当該供用物件の所有権を得させず、なお当該供用物件に工場抵当権の効力が及んでいるとしても、その相手方の取引の安全を害するおそれがない。したがって、工場抵当権が設定されていると知らない相手方についてだけ即時取得により保護すれば足りる。しかし、流動動産譲渡担保における対象動産については、設定者の処分を前提とするものである以上、設定者の処分権が付与されていると考えるのが通常だから、流動動産譲渡担保が設定されていると知っている相手方に常にその処分された動産の所有権を得させず、なお当該動産に流動動産譲渡担保の効力が及んでいるとすることは、その相手方の取引の安全を害する。

したがって、流動動産譲渡担保の場合に、工場抵当法 5 条と同一の処理がされるべきではなく、処分の相手方の取引の安全を図るため、流動動産譲渡担保設定者による処分が授権されたものか通常の営業の範囲内のものであると処分の相手方が信じていれば、たとえ処分の対象である動産に流動動産譲渡担保が設定されていることを知っていたとしても、その処分の相手方に即時取得により保護すべきであると考えられる。

---

<sup>356</sup> 千葉・前掲注(267)46 頁、杉江・前掲注(267)31 頁。

<sup>357</sup> 古積・前掲注(291) 民商 136 卷 1 号 37 頁。

<sup>358</sup> 植垣＝小川・前掲注(181)82 頁以下。

(5) 流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲との関係

流動動産譲渡担保設定者には通常の営業の範囲内で処分権が認められているのであるから、流動動産譲渡担保の存在を知っているだけをもって即時取得を否定することは、その処分の相手方（第三者）の取引の安全を害することになってしまう。しかし、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲外であることを知っていた場合には、もはや第三者の取引の安全を害するとまではいえないとも考えられる。第三者が信じるべき流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の程度までしか、その第三者は即時取得では保護されないと構成してよいと思われる。そこで、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲をいかに考えるかを示した上で、第三者が購入した動産の所有権を確定的に取得するには、当該動産が集合物から離脱しただけでは認められず、即時取得することまで要求してよいか検討してみる。

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分というには、前々節2.で論じたように、学説は、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説、③流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説という3類型に分類することができた。

この分類では、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけでなく、主観的要件も充足する必要がある。逆にいえば、この説は、3つの学説の中で、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲を最も広く認めているといえた。

このような学説の状況ではあるが、私見では、この説に与し設定者の処分が譲渡担保権者の優先弁済権を侵害することだけでなく、その意思を有して処分した場合に限られると解した。ただし、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するといえるには、債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがないような場合と考える。それについては、実際に事業展開している債務者（設定者）が最も認識できるものであるから、処分時に債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがない認識が必要であると解する。このように流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するといえる場合をかなり狭く解しており、設定者の通常の営業の範囲を広げているといえる。

このように広く解したのは、個別動産の売却→売却代金債権の発生と取得・取立て→新たな動産の補充という事業サイクルを継続すること、すなわち債務者を生かす担保が、融資者、被融資者双方の利益に資すものとの考えを中心に考えたからである。

なお、このように流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を広く解することは、債権者の利益を害するのではないかとの懸念がある。債権者（担保権者）は物上代位制度や延長型債権譲渡担保の設定により担保目的動産の追及が幅広く認められた。また、それだけに限られず、債権者が日常から債務者の事業をモニタリングや経営助言して、担保物件の補充可能性、事業サイクルの回転状況を把握すれば、担保物件が過少になったりすることも回避できる。

以上のように、私見では、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲が広いので、

第三者は流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲であると大抵の場合信じるであろう。また、流動動産譲渡担保物件の価値が被担保債権を下回っているかどうかというように主観の認定が微妙な場合でなく、債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがないという認識が分かりやすい状況では善意悪意も明快になりやすいので、第三者を主観の認定で不当に害することはないであろう。もし、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲であると第三取得者が信じていない（債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがないと知っている）のであれば、モニタリングという負担を強いられている債権者の利益を害してまで保護する必要はないといえる。

したがって、第三者が所有権を確定的に取得できるのは、即時取得の場合に限定してよいと考える。

#### （6）UCC§9-320(a)および禁反言の法理による買主保護制度との比較

UCC§9-320(a)では、たとえ担保契約上、担保物の売却を禁止する条項があったとしても、それを知らない通常の営業の過程における買主は、担保権の負担のない権利を取得できる。

わが国では、設定者による処分が通常の営業の範囲外である場合には、当該処分は権限に基づかないものである以上、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないとする<sup>359</sup>。そして、流動動産譲渡担保の対象である動産群から離脱した動産にも流動動産譲渡担保の効力はなお及んでおり、処分の相手方が当該動産の所有権を取得するには即時取得によるしかないとする考えがあり、私見もこのように解した。

UCC§9-320(a)では、第三者（買主）保護として、担保権設定者の担保物の処分が制限されていないことについての善意を要求しているが、わが国では即時取得要件として、第三者に善意を要求していることから、同様と評価できる。しかし、UCC§9-320(a)では、担保権設定者から直接購入した第三者に限られており、担保権設定者からの買主から購入した転得者は含まれない。これについては、UCC§2-403(2)で転得者の保護を図ろうとするのが、UCCの公式コメントの立場であったが、実際に適用されるのは困難であったことが指摘されていた。そこで、禁反言の法理を適用することにより、転得者の保護も図ろうとするものであった。その種類の物品を取引する商人に物品の占有を委託した場合に限定されるUCC§2-403(2)による保護とは異なり、第三者保護の射程を広げる禁反言の法理を適用すれば、転得者保護については、わが国の即時取得による保護とより一層同様の保護と評価できる。

UCC§9-320(a)が、通常の営業における過程の買主が、担保権の存在を知っていても、担保契約における担保権設定者の処分権の制限についての善意であればよかった。この善意の対象については、禁反言の法理を適用する場合も同様であった。この点についても、わが国でも即時取得を適用するための善意は、UCCと同様に流動動産譲渡担保の存在ではなく、設定者の処分権が制限されていることについてであると解する。なぜならば、流動動産譲渡担保については、設定者にその担保目的動産の処分を前提とするものである以上、設定者の処分授権がされていると考えるのが通常であり、また処分授権がされてい

---

<sup>359</sup> 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

くても設定者には通常の営業の範囲内で担保目的動産の処分することが認められている。流動動産譲渡担保が設定されていると知っているだけで相手方に常にその処分された動産の所有権を得させず、なお当該動産に流動動産譲渡担保の効力が及んでいるとすることは、その相手方の取引の安全を害する。よって、流動動産譲渡担保の場合に、処分の相手方の取引の安全を図るため、設定者に担保目的動産の処分権の制限がなく、かつ設定者による処分が通常の営業の範囲内であると処分の相手方が信じていれば、たとえ処分された担保目的動産に流動動産譲渡担保が設定されていることを知っていたとしても、その処分の相手方は即時取得により保護すべきだからである。

ここで論拠として示した取引の相手方（第三者）が設定者の処分権が付与されているとの期待は、BIOC 規則の初期からの起草理由に示されていた。旧 UCC§9-307 が、通常の営業の過程における物品の買主が担保権の負担のない当該物品の権利を取得することができるとしたのは、2つの根拠があるとされていた。すなわち、第1の根拠は、通常の営業の過程における買主が、債務者が当該担保物の営業者であると信頼していることに求めているものであった。同条で買主が保護されるためには、買主は、その種類の販売物品の営業者から当該物品を購入しなければならない。そして、その買主は、売主が当該物品の完全な売却権限を有すると予期するので、その信頼があるとするのである。第2の根拠は、在庫物品の担保権者は、債務者が物品を売却するであろうし、また黙示の同意により債務者が担保権の負担のない当該物品を売却する権限を有すると予期していることに求めているものであった。

前述の取引の相手方（第三者）が設定者の処分権が付与されているとの期待という論拠は、BIOC 起草理由では第1の根拠の方であった。そして、禁反言の法理を適用するにあたっては、第1の根拠である買主の債務者が担保物の完全な売却権限を有しているとの信頼の方を重視するものであった。このことから禁反言の法理による買主保護の理論は自説に親和的なものといえる。

ただし、UCC では、BIOC 規則でも、禁反言の法理でも、担保契約における担保権設定者の処分権の制限についてのみ善意であればよかった。わが国では、流動動産譲渡担保設定契約における制限だけでなく、通常の営業の範囲外であることについても善意でなければならない。なぜならば、わが国では、流動動産譲渡担保設定契約に担保目的動産の処分権に関する定めがなくても、その流動動産譲渡担保の性質上、設定者は通常の営業の範囲内で担保目的動産の処分が可能であると解したからである。しかし、その通常の営業の範囲について、在庫の補充義務を果たすことの見込みや予定で画定しようとする考えが多かった。これに対し、UCC での通常の営業については、その種類の物品の営業者からの購入としているだけで<sup>360</sup>、在庫の補充見込み等による制限はない。以上より、UCC と同様に第三者保護を図ろうとするならば、この点からも設定者による通常の営業の範囲をできるだけ広く解すべきことになる。

また、禁反言の法理による買主保護の理論では、買主に与信公示書の index の調査を要求することは、実益がなく、営業行為を阻害されるとして、否定していた。わが国の動

---

<sup>360</sup> ただし、禁反言の法理による買主保護の理論では、担保物である設備(その種類の販売業者ではない)の購入であっても適用されることがあり、より広い範囲であるといえる。

産譲渡登記制度では、UCCの与信公示書の登録のようなものもないので、処分の相手方である買主（第三者）に流動動産譲渡担保設定契約の調査等までも要求すべきではない。

さらに、禁反言の法理による買主保護の理論の論者の衡量として、担保権者も買主も不誠実な債務者からの被害者であるが、その損失を被るのは不誠実な債務者を選択した担保権者であるべきということになるとされている。やはり選択権を有する担保権者よりも第三者の保護をより図るべきであるという示唆が得られる。そうすると、担保権者の利益についてはいかに図るかという問題があるが、これについてはUCCではプロシーズで図られているところである。そこで、わが国でも、プロシーズ制度に類似している物上代位制度や、約定のものであるが、実質的によりプロシーズに近い延長型流動債権譲渡担保を利用することで、担保権者の利益を図ることを検討すべきであると思われる。この点については、自説は、流動動産譲渡担保に基づく物上代位の行使要件として、通常の営業が終了していることという要件か、被担保債権が債務不履行に陥っているか、担保目的物の補充が一定期間なされないという要件のいずれかを充足すればよいとしており、判例・通説よりも広く物上代位を認めるものである。

UCCにおける担保目的動産の第三者の保護、動産担保権者の保護のあり方と親和性を有するといえる。

#### （7）小括

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分（不適正処分）をした場合、原則として当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできない。しかし、その処分された動産が流動動産譲渡担保の目的動産群から離脱した場合には、流動動産譲渡担保の効力がなお及んでいるのか否か見解が分かれるところである。それらの見解は、流動動産譲渡担保の法的構成からは、論理演繹的に決せず、集合物論の立場からも、分析論の立場からも、傾向があるとはいえ、どちらにも解することができた。

流動動産譲渡担保の効力が及んでいるか否かを決する重要な要素としては、流動動産譲渡担保設定者が不適正に処分したことにより、流動動産譲渡担保権者を保護する必要性と第三取得者を保護する必要性を比較衡量することであると考えられる。

動産譲渡登記では、登記は現に存在する動産だけでなく、将来取得する動産についても行うことが可能であり、目的物の物理的な支配を前提としないことからすれば、流動動産譲渡担保の目的動産が保管場所にあるということは、流動動産譲渡担保の効力の及ぶ範囲との関係では、重要でない。したがって、動産が搬出されただけでは、不適正処分をされた担保権者になお流動動産譲渡担保の効力が及ばなくなっていることはないと解した。

一方、第三取得者の取引の安全を図るため、その第三者が即時取得により保護されるための善意は、流動動産譲渡担保の存在ではなく、流動動産譲渡担保設定者による処分が通常の営業の範囲内にあることについてであると解した。

これらの考え方は、UCC§9-320(a)が、通常の営業における過程の買主が、担保権の存在の善意でなく、担保契約における担保権設定者の処分権の制限についての善意で足りたことと同様である。しかし、UCC§9-320(a)では担保権設定者からの転得者には適用されず、その転得者を保護するには、禁反言の法理による転得者の保護の理論によらなければならない。わが国における流動譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分について第

三者に即時取得により保護する考えと、この UCC での禁反言の法理による買主保護の理論では同様の結果をもたらし、そこでの善意の対象も同一であった。

本論点は、実務上非常に重要な事項であるが<sup>361</sup>、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁（①最高裁判例）の傍論部分で述べられているにすぎないものであって、今後の判例が注目される場所である。

#### 四. おわりに

本稿では、UCC§9-320(a)の規定を示し、同条同項が通常の営業の過程における買主を保護した趣旨を示してみた。その趣旨とは、①担保物件の販売による収益によって債務者が被担保債権の返済原資を得ることを通じて担保権者の利益にもなること、②取引の安全を図ること、③担保権者の利益はプロシーズによって図ることにあつた。

このような考慮は、わが国では、①流動動産譲渡担保が債務者（設定者）事業継続のための担保であるという観点、②取引の安全の観点、③担保権者の一定の保護を物上代位制度によって図れるという観点であり、それらの観点についても概観してみた。

具体的な検討として、本稿では、まず、UCC§9-320(a)に基づく通常の営業の過程における買主保護のあり方、また、同条による保護だけでは十分でなく、禁反言の法理による買主保護の理論を援用して転得者が保護されていることについて示した。また、UCC§9-315 によるプロシーズを検討し、UCC がいかに幅広く、担保目的動産の価値変形物に対して追及効を及ぼしているかを示した。

その上で、UCC§9-315 によるプロシーズと比較してわが国の流動動産譲渡担保に基づく物上代位について検討した。私見では、①通常の営業が終了して担保目的物の補充が一定期間なされず実質的に固定されている場合や、②担保権者保護のため補充義務（担保価値維持義務）が履行されない場合、あるいは、③被担保債権の不履行が生じている場合に、流動動産譲渡担保に基づき物上代位することを認める。①の場合については、通常の営業が終了して、担保目的動産の対象となっている個別動産が処分され、補充されなくなっている段階では、担保権の実行通知がなくても、その担保目的動産は実質的に固定されているといえることから説明できる。このような枠組みは、UCC 上のプロシーズと同程度に広範囲とはいえないが、売却代金債権に対して物上代位することで、設定者が担保物件を処分しても、その代価を取得できるので、UCC 第 9 編と同様に、担保権者の保護が図られていると評価した。

また、流動動産譲渡担保については、運転資金の調達、在庫（製品等）の創出、売掛債権の創出、債務の弁済、運転資金の更なる調達という、債務者（設定者）の事業サイクルをスムーズに回転させるという債務者の事業継続のための担保であることを重視すべきことを指摘した。さらに、第三取得者の保護を図る観点も考慮すべきである。したがって、通常の営業の範囲外の処分とは、担保権者の優先弁済権を侵害する意思を有してなされる処分の場合に限られ、担保権者の優先弁済権を侵害するとは、債務者の事業サイクルが回

---

<sup>361</sup> 花井・前掲注(265)27 頁は、最一小判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 卷 6 号 2499 頁(①最高裁判例)が傍論で判示した集合物からの離脱により、第三者は所有権を確定的に取得できることを前提に、保管場所を変更するなどして集合物から離脱した状態を作出する必要性が実務上重要であると指摘されている。

転せずに、担保物件が将来的にも補充される見込みがないことであることと解される。

債務者（設定者）の事業サイクルをスムーズに回転させるという点を強調しているが、債権者も債権の回収が十分に図れないようであれば、やはり流動動産・債権譲渡担保の融資は停滞してしまう。そのためにも、債務者（設定者）の事業サイクルが停止していないかどうかの判断をする債権者（担保権者）のモニタリングの在り方が今後重要になってくると思われる。

平成 18 年の最高裁判決で問題になった後順位の譲渡担保の設定については、通常の営業の範囲外の処分であると評価される。確かに、事業サイクルをスムーズに回すためには、運転資金の供給を安定的に図る必要があり、流動動産譲渡担保の対象物件に後順位の譲渡担保を設定して融資を受けることは、債務者の事業継続のための担保である流動動産譲渡担保のあり方としても望ましい。しかし、事業目的のための後順位譲渡担保の設定なのか、私的利用目的のための後順位の譲渡担保の設定なのか判別は難しい。それよりも通常の営業の範囲という概念を用いることなく、UCC のように設定者が既存の担保権者の同意を得なくとも、端的に後順位譲渡担保の設定ができるようにすべきであると解した。ただし、そのためには先順位譲渡担保権者が後順位譲渡担保権者によって順位を逆転される余地のない、十分な保護制度が必要である。現行法は、UCC にみられるファイリング・システムのような、例外であっても担保権者が占有しているような対抗要件制度を基本的には採用していない。流動動産譲渡担保の場合には、その対抗要件を動産譲渡登記に一元化することで、登記外の即時取得を排除する等の立法措置が必要であり、それが認められて初めて設定者の後順位譲渡担保の設定が物権的にも効力を有することになる。

延長型流動債権譲渡担保契約による担保権者の保護については、流動債権譲渡担保において設定者が取立権を留保されていることと関連して検討する必要がある。なぜならば、流動債権譲渡担保において設定者が目的債権を取り立てていない間は、担保権者には目的債権からの債権回収の可能性があるからである。判例では、流動債権譲渡担保における目的債権の取立権限は、設定者（譲渡人）に留保するという流動債権譲渡担保契約における独立の債権的合意に基づくものとされている。しかし、担保目的での流動債権譲渡の場合において、このような目的債権の取立権限留保の合意がないときに、流動動産譲渡担保のように設定者に通常の営業の範囲内での目的債権の取立権限が与えられないのか問題となる。

この点については、米国では、UCC§9-205 で設定者に担保目的債権の取立権限を留保することができるとしている。そして、米国でもこの独立の債権的合意で考えるのが通常である。すなわち、通常の営業の過程においては担保権の負担のない債権として取り立てることができる、というような UCC§9-320(a)に相当する規定はない。ただし、米国では、設定者に取立権を授権することがほとんどである。そして、UCC§9-406(a)でも、アカウント債務者（第三債務者）の（譲渡人への）弁済の抗弁が規定されており、同条同項前段には、アカウント債務者は、満期のきた金額または満期となる金額が譲渡されたこと、かつ、その支払いが譲受人に対してなされるべきであることを記載した、譲渡人または譲受人によって正本化された通知を当該アカウント債務者が受領するまでは、譲渡人（設定者）に有効な弁済ができると定められている。そして、UCC§9-607(a)により、担保権者は債務不履行後にアカウント債務者に対し、自らに支払いをするように通知した上（(1)号）



で、アカウント債務者からの譲渡対象債権の取立てが認められている（(3)号）。また、UCC§9-607(a)(2)では、UCC§9-315により取得したプロシーズの満足も受けられるとしている

わが国の債権譲渡担保は権利移転的構成に立脚し、設定者の取立権は基本的に担保権者からの授権に基づくものとするが、譲受人（担保権者）が債務者対抗要件を具備しない間は、たとえ、取立授権がなされていなくても、設定者は通常の営業の範囲内で担保目的債権の取立てができると解した。このように解したのは、わが国の動産・債権譲渡特例法4条が第三債務者の二重弁済の危険を防止する仕組みになっていることのほか、立法に際してUCC§9-406(a)の立法例も参考にされたことを根拠とする。

最後に、流動動産譲渡担保において設定者の通常の営業の範囲を明らかにした上で、その範囲を超えるか、担保権者との特約による処分権限外の処分を設定者がした場合の効力をいかに解するかを検討した。

UCC§9-320(a)では、保護されるのは、担保権設定者から直接購入した第三者に限られており、買主から購入した転得者は含まれない。これについては、UCC§2-403(2)で転得者の保護を図るのが、UCCの公式コメントの立場であったが、実際には適用が困難であったと指摘されていた。そこで、学説は、禁反言の法理を適用することにより、転得者の保護を図ろうとしている。その場合に要求される善意とは、担保目的物につき設定者の処分権が制限されていることを知らないことである。

本稿は、譲渡担保権者の保護を図りながら、担保物件の第三取得者の取引の安全も図るため、第三取得者は即時取得をして初めて担保権の負担のない権利を取得できると解した。そして、UCCにおける議論も参考に、即時取得の要件である善意の対象は、流動動産譲渡担保の存在ではなく、設定者による処分がその権限外であることについてであると解する。

(2017年2月)