慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	集合動産譲渡担保法理をめぐる判例法の検討：二〇一三年日中韓担保法研究会報告
Sub Title	
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.4 (2014. 4) ,p.1- 29
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140428-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

集合動産譲渡担保法理をめぐる判例法の検討

——二〇一三年日中韓担保法研究会報告——

平野裕之

一　はじめに
二　譲渡担保の法的構成——担保の限度での所有権の移転＝譲渡担保権の設定
　1　所有権を移転させる合意をするもののその原因は「担保」
　2　「債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ」の「所有権移転の効力」
　3　「所有権移転」の衣を着た「譲渡担保権の設定」
三　集合動産譲渡担保の要件と「集合物」の意義
　1　集合動産譲渡担保の要件——「集合物」
　2　「集合物」理論の検討
四　集合物譲渡担保の構成財産の処分と限界
　1　集合物を構成する動産の譲渡の可能性
　2　譲渡担保権の物上代位について
五　集合物譲渡担保の競合及び他の担保権との衝突
　1　同一の集合物についての譲渡担保の競合
　2　他の担保物権との関係
六　おわりに

一　はじめに[1]

家具の量販店がその店舗の在庫商品を、養豚業者がその養豚場の豚を担保に融資を受けようとする場合、債権者としては、①債務者が営業を継続しこれらの商品を販売してその収益から返済を受けるが（債務者の営業活動尊重の要請）、②債務者が倒産するときには、これらの商品から債権を回収できることが望ましい（担保としての財産保全の要請）。この実務上の要請から生まれてきたのが、目的物と場所を特定し、その内容の変動を容認した包括的な一つの「財産」（**集合物**、**集合動産**ないし**流動動産**）を合意により定めて、あたかも一つの担保物権を設定するかのようにこれを債権者に担保のために譲渡するという方法である。[2] これを**集合動産譲渡担保**という。

集合動産譲渡担保では、①と②の二つの抵触する要請の調整が課題となり、債務者の商品の仕入れ・販売等の営業活動の自由を認めつつ、債権者の担保財産の確保の要請とどのように調整するのか、結果の妥当性とそれを支える理論の両面において適切な解決が模索されるべきである。この分野においては、集合動産譲渡担保の可能性を初めて認めた昭和五四年の最高裁判決以後、とりわけこの一〇年内において注目される判決が数多く出され、集合動産譲渡担保をめぐる法的諸問題が次第に解明されるに至っている。本稿では、集合動産譲渡担保をめぐる判例を概観しつつ、問題点について分析を加えてみたい。まず、集合物をめぐる特有の議論を見る前に、「物」の「譲渡」担保の法的構成について一瞥しておこう。

二　譲渡担保の法的構成——担保の限度での所有権の移転＝譲渡担保権の設定

1　所有権を移転させる合意をするもののその原因は「担保」

「担保」の目的で物を「譲渡」する合意とは、法的にどう理解すべきであろうか。[3] ただ単に所有権の移転だけを合意することは物権行為の独自性・無因性を認める立法を採用していない日本法では考えられず、売買、贈与等の「原因」が必要である。所有権の移転を認めてその「目的」が担保だというに止まらず、担保を「原因」とする所有権移転を認めることができるのであろうか。

古い判例には、担保を原因とする所有権の移転を認めず、これを虚偽表示として抵当直流特約付きの抵当権の設定行為がなされているものと認定したものがある（大判明三〇・一二・八民録三輯一一巻三六頁）。しかし、現在では担保を原因とした所有権の移転の合意（譲渡担保）の効力を認めるのが判例である。[4] 譲渡担保取引は、担保権設定の「形式」を採らず、形式上債権者を所有者とすること、またそれにより債務者（設定者）の債権者による差押えや後順位担保権者の出現を排除し、また、担保権の実行を自己の所有物として処分すること（私的実行）を可能とすることを狙っているが、そのような効力を容認しようというのである。

譲渡担保における当事者の「意思」は、売買のように完全な所有権の移転を考えていないことは明らかである。しかし、所有権者という形式を債権者が利用できることを容認していることも確かであり、債権的拘束に止まらず、売買等とは異なり担保を「原因」とする「所有権移転」であるが故に、所有権移転自体がその限度に限界づけられるはずである。その内容をめぐっては物権法定主義（民法一七五条）との関係で疑問が残される。次に判例を概観してみよう。

2 「債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ」の「所有権移転の効力」

担保を「原因」とした所有権の移転を容認しつつ（所有権の移転を認める考えを広く「所有権的構成」と呼んでおく）、判例は、「担保」という原因の限度にその効力を限定しようとしている（いわば「担保的」構成）。例えば、

最判昭五七・九・二八判時一〇六二号八一頁は、設定者（形式上は譲渡人）に物権的返還請求権を認める理由の説明に際して、「譲渡担保は、債権担保のために目的物件の所有権を移転するものであるが、右所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる」ものとし（傍点筆者。以下判決文の傍点は筆者によるものである）、①譲渡担保権者については、「債務者が被担保債務の履行を遅滞したときに目的物件を処分する権能を取得し、……優先的に被担保債務の弁済に充てることができるにとどま」り、②他方で、「設定者は、担保権者が右の換価処分を完結するまでは、被担保債務を弁済して目的物件についての完全な所有権を回復することができ」、目的物の不法占有者に対してその返還を請求することができるという。

判例上、「債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ」の「所有権移転の効力」という理解はもはや確立されているといってよいが、その内容は必ずしも明らかにされていない。[5] 判例は次に見るように、「所有権」が問題とされる個々の事例につき――物権的請求権者またその相手方、土地工作物責任の所有者、処分権、被保険利益等――解決を図るだけで、それ以上の一般論は明らかにしていない。外部のみ移転という説明は放棄され、フランスの一部の学説のような法律的所有権と経済的所有権の分離といった説明をするわけでもない。しかし、何ら躊躇することなしに、判例は「譲渡担保権」、譲渡担保権の「設定」等の担保物権かのような表現を用いており、[6] 譲渡担保権者の「所有権」がその内容は担保権に等しいことを認めている（所有権とは呼ばず「譲渡担保権」と呼んでいる）。次に判例を補足しつつ分析してみよう。

3 「所有権移転」の衣を着た「譲渡担保権の設定」

判例は、設定者と譲渡担保権者の両者に目的物の所有者としての被保険利益を認め（最判平五・二・二六民集四七巻二号一六五三頁）、集合動産譲渡担保の事例で、譲渡担保権者による物上代位を認めており（最判平一一・五・

一七民集五三巻五号八六三頁、最判平二二・一二・二民集六四巻八号一九九〇頁）、また、集合動産譲渡担保の事例につき、後順位譲渡担保権の成立の可能性を認めている（最判平一八・七・二〇民集六〇巻六号二四九九頁）。古い判例であるが、目的物の第三者による滅失・損傷については、被担保債権額の限度で、譲渡担保権者が所有権侵害を理由として損害賠償請求ができるに過ぎないとされている（大判大一二・七・一一新聞二一七一号一七頁）。それを超える額については、設定者が損害賠償請求権を取得することになる。この結果、所有権という形式は移転していても交換価値は被担保債権を限度としてしか取得しておらず、また、担保の保全のための管理権、そして担保の実行としての処分権しか有しないことになる。

これらの判例からは、「担保」を「原因」とする所有権の「移転」の内容は、所有権移転の形式を用いた私的実行を許す担保物権の設定に等しいことが分かる。[7] 所有権移転という「形式」を用いた、「実質」は担保権の設定であるが、直截に担保権の設定とはしない所にこの取引の神髄があり、いわば玉虫色に輝く取引（以下、偏光的取引という）である。[8] 債権者に「所有者」という武器・防御を可能にするために所有権移転という形式を付与する取引であり、法律形式と実体との食違いを利用したねじれた取引そのものとして承認してよい。但し、第三者を害しないような運用が心がけられるべきである。

学説には、所有権移転という形式を用いて「担保」目的を実現することを認めず、非典型抵当権または無名の担保物権の設定そのものと理解する「担保権的」構成も有力である。[9] 確かに、*fiducia*（信託）から*hypotheca*（抵当権）へと進化していったローマ法の歴史に忠実である。また、物権法定主義を骨抜きにする所有権内容を認めるのであれば、無名の担保物権を肯定しても紙一重であり、私的実行可能な担保権者に第三者異議の権利を認めるなど、所有権という形式で実現しようとしていた内容を担保物権と構成しても実現可能なので、このような構成もあながち当事者の意図を無視した不当な構成ではない。しかし、その形式を隠れ蓑とする隠匿行為をす

るものではなく、ファイナンス・リース等のようにその形式を有効なものとして利用する意思を有しており、私見としては上記のように、そのような偏光的取引としての効力を認めてよいと考える。

三　集合動産譲渡担保の要件と「集合物」の意義

1　集合動産譲渡担保の要件――「集合物」

集合動産譲渡担保の問題を初めて扱った最高裁の判決である最判昭五四・二・一五民集三三巻一号五一頁は、「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」と判示した。本判決は、「集合物」という概念を認め（この点は次に検討する）、その要件につき、要するに「目的物の範囲が特定される」ことが必要であり、かつそれで足りることを明らかにした。特定のためには、①「所在場所」と②「種類」の特定が必要なことはよいが、「量的範囲」については疑問である。実際、この判決では、場所と種類の特定はあるが、「食用乾燥ネギフレークのうち二八トン」と量的に限定したため食用乾燥ネギフレークのどの二八トン部分が譲渡担保の対象であり、どれが譲渡担保の対象とならない部分なのかは区別できないため、譲渡担保契約を無効としているのである。但し、全部を対象としたうえで、責任を二八トン分に限定して二八トン分しか実行できないと物的責任に限度を設けることは可能であり、本判決の事例もそのような合意であったと契約解釈により有効性を認める余地はあった。(10)

2　「集合物」理論の検討

冒頭に指摘したように、在庫商品等、販売をして収益を獲得することを目的としている集合物を対象とした譲渡担保では、内容の変化を容認しつつ、いざというときに担保として機能しうることが要請される。法律学もこの実務の要請に応える必要があり、判例は「一個の集合物」という法理を採用したが、「集合物」の譲渡担保をめぐる学説を以下に見てみよう。

ここで対抗要件の説明も併せてしておこう。動産の譲渡（譲渡担保もこれによる）のための対抗要件には、民法では「占有改定」という無きに等しい公示方法（対抗要件）しか用意されていないが、特別法により**動産譲渡登記制度**が導入されている（「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」［平成一〇年制定］[11]）。そして、「集合物」の譲渡の対抗要件も占有改定になるが、下記のいずれの法理によるかで個々の動産についても譲渡を問題にするかが変わってくる。

(1) 集合物構成（集合物論）

通説は、一つの「集合物」の上の一つの所有権（＝譲渡担保権）を想定してこれを担保のために移転する（＝譲渡担保権を設定する）ことを認めている[12]。この構成も、個々の動産についても所有権移転を認めるか否かにより、更に二つの理解に分けられる。

(a) **二重の所有権移転肯定説**　通説的理解は、一つの集合物に一つの所有権が譲渡担保契約により創造され、これが移転せられる（譲渡担保権の設定）だけでなく、個々の動産の所有権も移転することを認める。譲渡担保契約後に集合物を構成するに至った動産については、集合物を構成すると当然に譲渡担保（権または契約）の効力が及び、その所有権が移転することになる。この場合、対抗要件については、集合物についての所有権移転の包括的な占有改定の対抗力が、集合物を構成するに至った瞬間に個々の動産にも及ぶことになる。

判例はこの立場であると評価でき、最判昭六二・一一・一〇民集四一巻八号一五五九頁は、「債務者がその構

成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至ったものということができ、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分が変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶ」ことを認めている。[13]

但し、一つの集合物の上の一つの所有権の移転は別として、個々の動産の所有権移転またその対抗力については、よく考えると疑義がある。一つの集合物について一つの担保物権の設定を認める立法においては、[14] 一つの担保物権が成立し、その対抗要件を充たした「担保物権の効力が」、新たに集合物に加わった動産に「及ぶ」だけである。ところが、所有権移転という形式を採用する譲渡担保では、個々の動産に「その効力が及ぶ」ということは「所有権移転」という効力が個々の動産に生じるものと構成せざるをえない。個々の動産についても所有権の移転を認めなければならないというジレンマを抱えることになる。その結果、個々の動産に関する限りでは、集合物構成時に初めて所有権が移転することを認めざるをえないが、仮登記のように当初の占有改定の時に対抗力を認めると擬制するわけにはいくまい。従って、対抗力も個別動産についての所有権移転と同時に生じると考えざるをえない。[15] この結果、個々の動産を問題にする限り、後述の分析的構成と変わらないことになる。但し、次の二重の所有権移転を否定する学説では、このジレンマは回避できる。

(b) **二重の所有権移転否定説（道垣内説）**　少数説として、「譲渡担保の目的物は集合物そのものであり、個々の動産は譲渡担保の直接の目的物ではない」として、集合物の一つの所有権が移転するだけで、個々の動産には譲渡担保の効力が及ばず、個々の動産の所有権は設定者に残されるという道垣内教授の見解がある。[16] なお、集合物論によらない類似の考えに**価値枠説**があり、集合物につき一つの所有権を認めるのではなく、「価値枠」

としてこれを支配する担保権として理解し、個々の動産にはその効力が及ばないという。[17] これらの考えでは、個々の動産についての所有権移転またその対抗を問題にする必要はなくなる。

この他にも、①目的動産確定前には個々の動産が確定時に存在すれば、それから優先弁済を受けられるという期待権のみが認められ、②確定後は確定時に存在する個々の特定した目的動産から優先弁済を受けることができるという通常の譲渡担保権＝確定譲渡担保権を認める**期待権説**もある。[18] 期待権説は、確定までは個々の動産について所有権移転の効力を認めない点で、価値枠説や集合物の所有権のみの移転を認める学説と共通するが、「集合物」の上に「期待権」の成立を認めると共に個々の動産にも期待権の成立を認めようとしている。

(2) 分析的構成（分析論）

少数説として、「譲渡担保権は個々の動産の上に個別に成立する」と、個別動産の譲渡担保と同様に個々の動産が目的物であり、それが予め包括的に行われているものと考える、いわゆる分析的構成（ないし分析論）も主張されている。[19] これはドイツでは通説である。確かに担保物権ならば複数物の上に一つの担保物権の成立は可能であるが、あくまでも「所有権」という形式を採る以上は、個々の物の所有権しか想定できないとして、所有権という形式に拘泥する手堅い学説である。民法八五条の解釈として集合物という「物」概念を認めず、あくまでも在庫商品を構成する個々の動産である商品が譲渡担保の対象であり、将来新たに在庫商品になる動産に譲渡担保の効力が及ぶのは、その動産につき予めの所有権譲渡の合意・占有改定がされているものと考えれば足りると主張する。

(3) 議論の意義と検討

(a) 議論の実益　理論的には、真の所有権ならば複数の物に一つの所有権を認める必要はなく、所有権は主物・従物ごと、合成物の構成部分ごとに成立すると考えてよいが、他方、担保物権としては社会通念上一つの物

とされる。例えば自動車だけでなく、人為的に区切られた集合物や財団に、一つの担保物権の成立を認めてよい。譲渡担保が所有権移転という形式を採ることから所有権という構成に拘泥しなければならない必然性はなく、実質担保たる所有権は担保物権同様に複数の物の上に一つ成立するということも不可能な考えではない。しかし、集合物論か分析論かで、譲渡担保の成立時期をめぐる理解の差が生じ、その結果、法的効果の点で結論に大きな差が生じる可能性があり、実益のない理論レベルだけの議論ではないといわれている。

①集合物論では当初の契約で一つの集合物を対象とする譲渡担保が成立し、対抗要件も充たし、個々の動産は集合物を構成することにより、その効力の及ぶ目的物に含まれるだけである。集合物に一つの担保物権を認める法制で個々の動産にその効力が及ぶのや、抵当権の効力が従物に及ぶのと同様に考えるわけである。まさにそこに「集合物」を問題にする意義がある。そのため、集合物論では、個々の動産の組入れは新たな担保の供与ではなく（売却物の補充に過ぎず価値を維持するだけ。設定者からいうと担保価値維持義務の履行）、危機時期以降の組入れが否認や詐害行為取消しの対象にならないといわれている。[20]

②他方、分析論では、個々の動産が集合物に加入して順次譲渡担保が成立し、かつ対抗要件もその都度充たされることになる。そのため、設定者の危機時期以降の分については、否認や詐害行為取消しの対象になることから、債務者が無資力になったときに債権担保として機能してもらいたくて集合動産譲渡担保を選択しているのに、分析論では、まさにその時点では担保として機能しなくなってしまうという不都合があると批判されている。[21] しかし、分析論からは、それが本当に結論として妥当なのかは疑問であると反論される。[22]

なお、二重の所有権移転否定説からは、財産状態悪化後に組み入れられた物について債権者の優先弁済権を一切否定するのも適切ではないので、「集合物の価値を増加させる行為」のみを否認の対象とするという提案がされている[23]（後述のように本稿も基本的にこれに賛成）。

(b) **分析と本稿の立場**　繰り返しになるが、担保物権であれば、主物・従物、集合物、財団等複数の物や財産を一つの目的物（財産）として、その上に一つの担保物権の成立を認め、個々の動産にはその「効力が及ぶ」に過ぎないものと法的に構成することができる。対抗力についても、複数の物に一つの担保物権が成立し、その対抗要件が具備され、対抗力を具えたその一つの担保物権の効力が新たに目的物を構成するに至った動産に及ぶだけである。個々の動産ごとに一つの担保物権の成立や対抗要件を問題にする必要はない。抵当権でいえば、不動産ごとに一つの抵当権が成立し、その従物は集合物同様に内容が入れ替わるが、不動産の一つの抵当権の効力が新たに従物となった動産に「及ぶ」だけである（新たな別個の抵当権が従物に「成立」するのではない）。所有権は主物・従物、集合物を構成する個々の物ごとに成立するが、社会通念上一つの物と考えられる一つの自動車、一つの建物等に止まらず、人為的に区切った「集合物」を一つの目的物としてその上に一つの担保物権を成立させることは可能である。

ところが、譲渡担保では「担保」を原因としつつも「所有権の移転」という形式を採るため、所有権という形式に拘泥して個々の動産ごとの所有権だけしか認めないか、または、担保という実質を重視して特殊な所有権であり担保に等しい扱いを認め、複数の物の上に一つの所有権の設定・移転を認めるかが、上述のように議論されるわけである。この点、私見としても後者のように考えるが（従来、分析論を採用していたがこれを改める）、そうすると、先に述べたように二重の所有権移転を認めざるをえず、個々の動産の所有権の移転も認めざるをえない。[24] そのため、二つのレベルでの所有権移転（譲渡担保権の成立）とその対抗要件具備を認めざるをえなくなり、「集合物」理論の意味を再検討しなければならなくなる。

①まず、集合物についての一つの所有権の移転（譲渡担保権の成立）またその対抗要件具備については、集合物を対象とした譲渡担保同士の対抗関係に適用される。担保を原因とした所有権の移転（＝譲渡担保権の設定）

は後述のように複数可能であり、集合物レベルで優劣が問題とされる場合には包括的な占有改定または動産譲渡登記の先後で優劣が決められることになる。[25]

②これに対して、個々の動産については分析論と同じ内容とならざるをえず、集合物を構成した時点で所有権移転の効果（譲渡担保権の成立）が生じ、かつそれと同時に対抗力を充たすと考えるべきである。個別動産について、その後の第三者は即時取得をしない限り保護されないので、その対抗力を設定契約時に遡及させなくても譲渡担保権者の保護として不都合はない。他方で、分離により分離物は集合物ではなくなり、分離物に集合動産譲渡担保の効力が及ばなくなり設定者の所有に復帰することを認めるべきである（後述）。そして、詐害行為取消しや否認権行使の可否をめぐっては、従前の価値を維持するための目的物の補充行為については否定すべきであるが、従前よりも相当程度に集合物の価値を上げる新たな集合物の増加については、その増加分の匹敵する部分については取消し・否認の対象となることを認めてよい。[26] 集合物理論を認めたからといって当然に設定時が基準とされ、その後の集合物への新たな動産の搬入が取消し・否認の対象とはならないと同時に、信用不安後に仕入れた商品について当然に取消し・否認の対象になると考えるべきでもない。

四　集合物譲渡担保の構成財産の処分と限界

1　集合物を構成する動産の譲渡の可能性

(1)　原則として処分有効

(a)　個々の動産の所有権移転を認めない学説

二重の所有権移転否定説や価値枠説のように、個々の動産に対しては「確定」までは譲渡担保の効力を認めないと、設定者に所有権が認められるため、設定者による処分に

支障はない[27]（担保権的構成でも、担保権の追及力を遮断するために、次説と同様に処分授権が必要になる）。但し、価値を維持する義務があるので設定者は在庫の補充を義務づけられる。期待権説では、確定までは個別動産の所有権移転はないが期待権の成立は認めるので、譲受人が即時取得しない限り期待権は消滅せず、期待権に基づき、債務者や第三者に対して処分された流動動産を元の状態に戻すよう請求することが認められる[28]。

(b) 個々の動産の所有権移転を肯定する学説　分析論を含めて個別動産に所有権移転（譲渡担保権の成立）の効果を認める立場では、設定者が集合物を構成する個別動産の処分ができなくなりそうである。しかし、冒頭に述べたように、集合動産譲渡担保ではその結論は不合理である。そのため、判例（最判平一八・七・二〇民集六〇巻六号二四九九頁）は、「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」と判示している。

集合動産譲渡担保では、一方で設定者の事業継続の利益保障、他方で、譲渡担保権者の保護を考えなければならない。この調和の下、「通常の営業の範囲内[29]」での処分が許されるのは、通常の営業が継続している限り、減った分は新たに補充され、常に当初予定された「集合物」の「価値」が維持されているからである。設定者が予定されていた「通常の営業」を停止するないし縮減する場合には、目的物の処分により「集合物」の価値が下がっても、その低下分は、取引通念上許容される相当期間を過ぎても補充されないことになる。その場合、債権者（譲渡担保権者）は、担保価値維持保存義務の履行として債務者に対して目的物の補充――当初予定した営業の再開――を求めることができる。信用不安がなくても、債務者がこれに応じない場合には、譲渡担保権者は期

限の利益を失わせ、後述の「確定」の効果（→六）を生じさせることができる。先の最判平一八・七・二〇は、「通常の営業の範囲を超える売却処分」か否かを問題にするが、処分授権を認めることと物上代位の否定とは、基本的にパラレルに理解してよいので、その後の後述する最判平二二・一二・二の「通常の営業を継続している場合には」という表現の方が適切であろう。通常の営業が継続している限りは、盗難、自然災害等で集合物が減少しても、目的物が補充され「集合物の価値」が維持されるからであり、処分が代物弁済であっても変ることはない。

以上のように、譲渡担保契約においては「通常の営業を継続している場合」には集合物に属する商品の処分が容認されており、これは設定者が自己の名で処分する権限である、いわゆる「処分授権」である。[30] この場合の処分は、債権契約としての売買契約は設定者と買主との間に成立し、所有権の移転は譲渡担保権者から（「担保」目的以外の部分は設定者から）買主に移転することになる。

(2) 処分授権に基づかない処分——集合物からの分離

前記最判平一八・七・二〇は、処分授権の及ばない処分がされた場合、傍論的ではあるが「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」と述べる。判決文を反対解釈すれば、分離物については譲渡担保の効力が及ばなくなり、[31] 恐らく設定者に所有権が復帰し、設定者が所有者として有効に所有権を移転できることになる。集合物を構成することは譲渡担保の効力が及ぶための要件であるのみならず、効力の存続要件でもあるというべきであり、判旨は正当である。[32] 分離の原因は問わないので、盗難でも同様であり、譲渡担保権者は担保価値維持保存請求権を被保全債権として、設定者の所有権に基づく返還請求権を代位（代位権の転用）行使するしかない。

2　譲渡担保権の物上代位について

(1)　物上代位の可能性

判例は（最判平一一・五・一七民集五三巻五号八六三頁）、設定者が破産し集合動産譲渡担保の目的物の代金債権について譲渡担保権者が物上代位に基づいて差押えをした事例で、譲渡担保権者は「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」る、と物上代位を認める。しかも、設定者の破産宣告後に物上代位による差押えがされた場合でも異なるところはないとする。

どうして物上代位ができるのかについては前記最判平一一・五・一七は何も言及していないが、その後の最判平二二・一二・二民集六四巻八号一九九〇頁は、集合物譲渡担保[33]において物上代位の可能性を認め、代金ではなく保険金債権への物上代位を肯定しつつも、法的根拠について、「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」と説明した。所有権の移転を認めつつ「担保」の目的の範囲内とし、本判決は目的物の「価値を担保として把握する」とまで言い切ったのである。

所有権的構成であっても、「担保」を「原因」とする所有権移転により譲渡担保権という所有権の形式の実質担保権を取得するに過ぎないので、所有権という形式を失った状態では担保権そのものとしての譲渡担保権の物上代位を認めることは必ずしも不可能ではない。そして、物上代位の要件である「差押え」（民法三〇四条一項類推適用）については、動産譲渡登記がない限り第三者に対しても物上代位を主張するための要件と考えるべきである。[34]

(2) 物上代位が認められる場面の制限

前記最判平二二・一二・二は、集合動産譲渡担保に新たな制限を認めた点でも注目されるものである。即ち、「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」と述べている。

先に見たように「通常の営業」が継続されていれば、目的物が減少しても、新たな目的物が補充され「集合物」の価値が維持されるので、①売却された目的物に譲渡担保の効力が及ばなくても不都合がないのと同様に、②処分授権の対象となっている目的物の代金債権に物上代位を認めなくても不都合はない[35]。問題は、通常の営業を廃止してしまった場合の、その際またはその後の在庫商品の処分ではなく、通常の営業がなされていた時期に生じた代金債権等が残っている場合のそれへの物上代位の可否である。処分授権が認められる在庫商品等についてはその代金債権等について物上代位を認めないというのであれば、その後に倒産しようと物上代位の対象外のままとなるのであろうか。この点、通常の営業がなされているので物上代位を認める必要性がないことが否定の理由であり、第三者に係わるので既になされた個別動産の処分の効力は否定できないが、その後に通常の営業が廃止され商品の補充がされない以上は、設定者の有する債権への物上代位がその時点から可能になると考えるべきである。こう考えると、先の最判平一一・五・一七が、処分授権に基づく有効な売買契約上の代金債権について、倒産後に物上代位を認めたことは背理ではないことになる。

五　集合物譲渡担保の競合及び他の担保権との衝突

1　同一の集合物についての譲渡担保の競合

最判平一八・七・二〇民集六〇巻六号二四九九頁は、養殖魚の集合動産譲渡担保の事例について次のように述べて、劣後する譲渡担保権の成立の余地を認めつつ、劣後する譲渡担保権者による引渡請求（私的実行）を否定している。

「本件物件1については、本件契約1に先立って、A、B及びCのために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、X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」。

前記判決は、劣後する譲渡担保権者の第三者に対する権利行使を認めたものではなく傍論的な価値しかないが、集合動産の譲渡担保は複数成立し、占有改定の先後により優劣を考えることができることを認めた点は非常に興味深い[36]。

例えば一〇〇〇万円の目的物を三〇〇万円の債権のために譲渡担保に供した場合、目的物が第三者により滅失されたとしても、譲渡担保権者は債権担保の限度で所有権を取得しているに過ぎず、交換価値の取得については三〇〇万円に限界づけられ三〇〇万円の損害賠償請求権しか取得せず、残りは設定者に留保されているので残り

の七〇〇万円の損害賠償請求権は設定者に帰属する。だとすると、設定者はこの残った設定者留保権部分を譲渡担保により移転できるはずである（担保価値が残っていなくても、被担保債権額を超える抵当権が設定された物件の所有者同様に、順位上昇により価値把握の可能性を目的とすることもできる）。その意味で、設定者は実行により権利を確定的に失うまでは後順位の所有権移転（譲渡担保権の設定）を可能とする法的地位があるということができる。

2　他の担保物権との関係

(1)　先取特権との関係

集合動産譲渡担保の場合には、その内容物は流動し、新たな構成物を他から仕入れてくることが当然に予定されている。目的物の代金が支払われていない場合には、売主には集合物を構成するに至った個々の動産につき動産売買先取特権（民法三二一条）が認められるので、この売主の先取特権と譲渡担保との関係が問題とされる。

(a)　判例は民法三三三条の適用を肯定　最判昭六二・一一・一〇民集四一巻八号一五五九頁は、集合動産譲渡担保を認め、また包括的に当初の占有改定の合意で対抗力を取得できることを認めた上で、この問題について、「動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合においては、債権者は、右動産についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができ、当該先取特権者が右先取特権に基づいて動産競売の申立をしたときは、特段の事情のない限り、民法三三三条所定の第三取得者に該当するものとして、訴えをもって、右動産競売の不許を求めることができる」と判示した。

民法三三三条は、動産先取特権は第三取得者に目的物が引き渡された場合には行使できない（＝消滅する）ことを認めているが、譲渡担保権者も「第三取得者」に該当するというわけである。ところが、その後の最判平七・

一一・一〇民集四九巻九号二九五三頁は、民法三七八条（当時）の第三取得者を滌除権者とする規定（現在は抵当権消滅請求権）につき、「確定的に抵当不動産の所有権を取得した第三取得者に限られる」とし、「担保権を実行して右の清算手続を完了するに至らない譲渡担保権者」は「いまだ……民法三七八条所定の滌除権者たる第三取得者ということができない」と判示しているのである。制度が異なれば同じ概念でも異なる扱いがされることは不合理ではないが、ここでの差別化が合理的かは疑問が残される。実質的に最判昭六二・一一・一〇は最判平七・一一・一〇により変更されたと考える余地はある。

(b) **学説は民法三三三条の適用を否定**　学説は、担保権的構成のみならず所有権的構成でも、民法三三三条を適用せず実質的に担保権同士の対抗関係としての処理を考えている。[37] 集合動産譲渡担保の占有改定は民法三三三条の引渡しには該当しないとし、民法三一九条を拡大解釈して、目的物が債務者の占有下にあり、先取特権者が譲渡担保について善意無過失である以上、先取特権者を保護すべきであるという考えがある。[38] 他方、譲渡担保に最も近い民法上の約定担保である質権に準じて、譲渡担保と先取特権の関係につき民法三三四条を類推適用して規律し、譲渡担保は民法三三〇条の第一順位の先取特権と同一順位の効力を有するものとする考えもある。[39] その他、構成はともあれ先取特権を集合動産譲渡担保に優先させようとする学説も有力である。[40] この点、譲渡担保に最も近い民法上の約定担保である質権に準じて、譲渡担保と先取特権の関係につき民法三三四条を類推適用して規律することが許され、民法三三四条二項が類推適用される結果、常に先取特権が優先すると考えるべきである。

(2) 所有権留保との関係

同様の問題は設定者が新たに仕入れた物が所有権留保の特約がされている場合にも生じてくる。所有権留保については、動産先取特権の民法三三三条のような規定はなく（その類推適用の問題は残るが）、完全に解釈に任さ

れる。[41]

この点については未だ判例はない。所有権留保の法的構成も問題になり、単に所有権が移転していないというだけであれば対抗問題は生じることはなく、譲渡担保権者による即時取得が問題になるだけとなる。そうすると、判例は占有改定では即時取得を認めないので、売却物が「集合物」に入っても売主の所有権が存続し、譲渡担保権者に所有権が移転することはないことになる。但し、この点、所有権留保の所有権の「留保」も譲渡担保同様に「担保」に必要な限度に限られると考えるならば、「担保」目的の所有権が優劣順位をつけて複数成立する可能性がある。そして、譲渡担保も成立するが、譲渡担保権者が設定者は当然他から仕入れること、その際に所有権留保がされる可能性を予見できることから、即時取得が認められず、所有権留保が優先するという処理ができるであろう。[42] そうすると、後順位譲渡担保権者同様に、所有権留保に劣後する譲渡担保権者による私的実行は許されないことになる。

六　おわりに

譲渡担保は、「担保」を「原因」として所有権を「譲渡」するという「ぬえ」[43]的な存在である。「担保」を「原因」とする所有権の移転である故、その効果は債権「担保」という「原因」に限界づけられ、付従性・随伴性という「担保」としての性格を持つ、まさに「ぬえ」のような正体不明の怪物である。「担保」ということを隠さず（隠匿せず）、所有権移転という形式と両立させるつもりで行われているのであり、ファイナンス・リース、サブ・リース等のように、実務がそれをそのまま認めることを要請する以上、この要請にこたえるのが法律学の任務である。

「集合物」に本来の所有権が一つ成立することを認めることはありえない。しかし、実質担保権の設定であり、判例の言葉を借りれば、「債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ」の「所有権の移転」については、集合物の上に一つの担保としての所有権（譲渡担保権）を認めることは可能と考えるべきである。但し、担保物権の設定と異なるジレンマが譲渡担保にはあり、個別動産に担保物権の効力が及ぶという形では説明できず、譲渡担保権の効力が及ぶというのは個別動産にも譲渡＝所有権移転という効果が及ぶことにならざるをえない。そのため、債務者の営業活動の保障と、債権者の担保の確保という二つの要請を調和させることが必要になり、集合物自体については担保価値維持保全義務が認められるが、個別動産には債務者に処分授権がなされており、いわゆる「確定」によって初めて処分授権に基づく処分権が消滅すると考えるべきである。

最後に集合動産譲渡担保の「確定」に言及して終わろう。個別動産についての所有権移転（譲渡担保権の成立）を認めない考えでは、いつ個別動産にその効力が発生するのかを考える必要があり、その時点として「確定」という概念を設定する意義がある。他方、個別動産に当然に所有権移転の効果を認める本稿のような立場では、「確定」の意義は、①設定者の処分授権に基づく処分権の消滅、②譲渡担保権者の私的実行が可能になること、③既存の債権及びそれ以降の債権に対する物上代位の成立といった諸効果が発生することに認められる。②については、実行ができるようになるだけで、その「実行」をするか否かは自由であり、帰属清算型でも譲渡担保権の「実行」により債権者に完全な所有権が初めて移転することになる。「確定」により譲渡担保権を実行できる段階に入っても、直接に集合物に一つの担保物権を認める立法における担保物権と同様に一つの譲渡担保権のままであり、「確定」により一つの集合物の譲渡担保権から確定した特定物たる個々の動産についての譲渡担保権に変わると考える必要はない。(44)

（1）　本稿は、二〇一三年一一月二三日・二四日にかけて中華人民共和国山東省青島において行われた「日中韓担保法研究会」における筆者の日本側報告の報告原稿に手を加えたものである。この報告の圧縮版は山東大学法学院（法学部）の機関誌に中国語訳が掲載されるが、詳細バージョンは各所属大学の機関誌に掲載するということになったため、本誌に掲載するものである。「日中韓担保法研究会」は五年計画で、日中韓の担保法の比較研究をするものであり、日本側参加者は、青木則幸（早稲田大学）、近江幸治（早稲田大学・日本側代表）、片山直也（慶應義塾大学）、道垣内弘人（東京大学）、鳥谷部茂（広島大学）及び筆者により構成されている。

（2）　なお、商品といった流動動産だけでなく、特定物（店舗に飾ってある〇〇作の絵画等）を目的物に含めることもでき、この場合には処分授権の対象から除外され、他方、企業の施設のように販売目的の商品ではないが従物同様に内容が変動することが容認されている集合物を対象とすることもできる（小山泰史『流動財産担保論』［成文堂・二〇〇九年］二五九頁参照）。最後の場合には従物と同じ規律がされるべきであり、逆にいうと従物でも内容の変動が容認されている場合には、主物が譲渡担保に供されても――また抵当権が設定されても――処分授権が認められているといっていよい（逆に、高価従物論のように、予定していない高価な従物については、そもそも譲渡担保の対象から除外することも考えられる）。

（3）　ローマ法で最初に用いられた物的担保の方法は、動産・不動産ともに、債務の弁済後に返還をするという約定のもとで、厳格な方式で目的物の所有権を債務者が債権者に譲渡するとfiducia（信託）であった。しかし、債務者にとって財産を失うという過酷な結果をもたらし、また、債権者にとっても債権をとるか物をとるかという選択を迫られるものであるため、債権者が目的物を売却しその代金から債権の満足を受けるという担保方法が求められ、共和制の末期になると、ギリシャにおいて認められていたhypotheca（抵当権）という、所有権を持たない債権者に目的物を売却できる権利を与えるというタイプの物的担保がローマ法にも認められるようになった（古積健三郎『換価権としての抵当権』［弘文堂・二〇一三年］一五頁以下参照）。

（4）　不動産では、不動産登記を申請する際に登記原因証明情報が必要とされる（不登法六一条）。この点、現在では通達によって譲渡担保を「原因」とする所有権移転登記申請が認められている（昭和五四年民三二一一二号民事局長通達）。しかし、債権額も利率も弁済期も何も記載されず、また、実行されて確定的に現在の名義人の所有者になっ

ているのかも登記簿からは不明である。

(5) 戦前の大審院時代には、大判明四五・七・八民録一八輯六九一頁（目的物は土地）は、「債権担保の目的を達せんとするものなるが故に、①所有権の移転は此目的を遂行するに必要なる範囲内に於て其効力を生ずるものと為さざるべからず。②而して之を為すには所有権は第三者に対する外部関係に於ては債権者に移転するも、当事者間の内部関係に於ては移転することなく、債務者は依然所有権を有する」（①②追加）と判示したが、その後、大連判大一三・一二・二四民集三巻五五五頁は、「債権担保の目的を以てする財産権譲渡の場合に於て当事者は或は内部関係に於ても外部関係に於ても財産権を譲受人に移転するの意思を以て譲渡を為すことあり」（強い譲渡担保＝内外部共移転）、「或は内部関係に於ては財産権を移転せす外部関係に於てのみ之を移転するの意思を以て譲渡を為すことあり」（弱い譲渡担保＝外部のみ移転）、「其の何れなるや当事者の意思明ならざる場合に於ては、其の意思は内外共に財産権を移転するに在りと推定」した。しかし、戦後は①の説明だけが引き継がれ、恐らく譲渡担保は内外部共に所有権を移転するものと理解しているものと思われるが、その内容は解明されないままになっている。

(6) 判例も判決文において「譲渡担保権」、「譲渡担保権者」と、担保権的な表現を何ら躊躇なく用いている。しかし、「譲渡担保権」という表現を使いながら、設定また設定者については、「譲渡担保が設定された場合」、「譲渡担保設定者」、「譲渡担保設定契約」と敢えて「譲渡担保」という判例が多かったが、この点も、最判平八・一一・二二民集五〇巻一〇号二七〇二頁、最判平九・七・一七民集五一巻六号一八八二頁、最判平二二・一二・二民集六四巻八号一九九〇頁では、「譲渡担保権設定者」という表現が採用され、最判平一二・七・七や最判平二二・一二・二金法一五九九号八八頁では「譲渡担保権設定契約」とまでいわれるに至った。但し、最判平一八・一〇・二〇金判一二五四号二三頁は「設定者」とのみいい、最判平一八・七・二〇判タ一二二〇号九〇頁は依然として「譲渡担保設定者」としており、判例の表現が完全に統一されたわけではない。本稿では「譲渡担保権」で表現を統一することにするが、契約については譲渡担保契約（詳しくいえば譲渡担保権設定契約）と称しておきたい。

(7) 判例は、一方で、設定者に物権的な期待権を認めるかのようであるが、他方で、所有権の移転自体を「担保」に必要な限度に限定しており、所有権の内容の分属を認める設定者留保権説あたりに整理するのが適切であると評されている（道垣内弘人『担保物権法（第三版）』［有斐閣・二〇〇八年］三〇〇頁）。なお、所有権留保においても、「留

保所有権者が有する留保所有権は、原則として、残債務弁済期が到来するまでは、当該動産の交換価値を把握するにとどまるが、残債務弁済期の経過後は、当該動産を占有し、処分することができる権能を有する」というのが判例である（最判平二一・三・一〇民集六三巻三号三八五頁）。

(8) このような偏光的取引について、拙稿「契約の『実質』と契約解釈、隠匿行為、脱法行為等」みんけん六六九号（二〇一三年）一九頁以下参照。

(9) 抵当権説として、米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣・一九七六年）四四頁以下、担保権説として、高木多喜男『担保物権法（第四版）』（有斐閣・二〇〇五年）三三三頁、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権法（第二版）』（成文堂・二〇〇五年）三二〇頁、槇悌次『担保物権法』（有斐閣・一九八一年）三一八頁、田髙寛貴『担保法体系の新たな展開』（勁草書房・一九九六年）一五二頁以下、加賀山茂『現代民法担保法』（信山社・二〇〇九年）六四二頁等。説明の差に過ぎないが、①他の担保権的構成は譲渡担保契約を当事者の用いた文言に拘泥せず担保権の設定と契約解釈をするのであるが、②加賀山教授は、当事者の真意は担保権の設定であるとして、所有権の移転を虚偽表示として無効とし、隠匿行為である担保権の設定を有効と考える担保権的構成を採用する。

(10) 目的物を場所と種類で特定しつつその「三分の一」という指定について、特定性を充たしその特定した集合物の「三分の一の持分が譲渡担保の目的となる」という提案がある（道垣内・前掲書三三三頁）。

(11) 動産登記の件数は、法務省の登記統計では二〇〇五年が二二八件（一万四七七四個）、二〇〇六年が八六〇件（三万七八〇個）、二〇〇七年が一四四六件（五万九二四個）、二〇〇八年が二三〇六件（三万六四三個）、二〇〇九年が二八九九件（五万五四九個）、二〇一〇年が三五六六件（一三万三六四八個）、二〇一一年が二一三五件（一三万五五六八個）、二〇一二年が一五五四件（六万六一一二個）となっている（政府の e-STAT の「登記統計」で調べることができる）。

(12) 我妻栄『民法講義Ⅲ 新訂担保物権法』（岩波書店・一九七一年）六六三頁、柚木馨・高木多喜男『担保物権法（第三版）』（有斐閣・一九八二年）五五五頁以下など通説。

(13) 但し、集合物に一つの所有権を認めるのか、個々の動産の対抗力を遡及させるのかは明言しておらず、集合物論ではなく「集合物」という特定の基準を設定しただけであり分析論と両立する理解であるともいえる。

(14) 韓国では「動産・債権等の担保に関する法律」が制定され（二〇一〇年六月一〇日制定、二〇一二年六月一一日施行）、集合動産についても動産担保権を設定することができる（三条二項）。本法の翻訳については、金鉉善・鳥谷部茂「韓国における『動産・債権等の担保に関する法律』及び関連法規〈翻訳〉」広島法学三六巻一号（二〇一二年）九六頁、その解説として、同「動産・債権の譲渡及び担保に関する法律の日韓比較」同前二六六頁がある。

(15) 我妻・前掲書六六五頁は、「個々の物は、集合物を構成する限りにおいて、そしてその限りにおいてのみ、集合物としての拘束に服する」といい、「それ以上の分析的説明は必要ではない」というが、賛成しえない。

(16) 道垣内・前掲書三二八頁。

(17) 伊藤進「集合動産譲渡担保の法的構成」『明治大学法学部創立一〇〇周年記念論文集』（明治大学法律研究所・一九八〇年）一一七頁以下。類似の学説に「特定範囲責任財産上の包括担保」と構成する学説がある（下森定「集合物（流動動産）の譲渡担保」『物権法重要論点研究』［酒井書店・一九九一年］一一〇頁以下）。

(18) 石田穣『担保物権法』（信山社・二〇一〇年）七二八頁。物権的期待権であれば、所有権とは異なりいくつも成立し、その後順位を想定するということは、それほど違和感はないであろう。

(19) 古積健三郎「『流動動産譲渡担保』に関する理論的考察（2・完）」法学論叢一三三巻六号（一九九三年）五五頁以下、特に六二頁以下が分析論を採用。

(20) 米倉・前掲書一五九頁、安永正昭『講義 物権・担保物権法』（有斐閣・二〇〇九年）四〇六頁。

(21) 安永・前掲書四〇六頁。

(22) 古積・前掲論文五七頁。

(23) 道垣内・前掲書三二七頁（詐害行為については、民法三七〇条但書を類推適用する）。

(24) 集合物論と分析論との間には結論に大きな差異はなく、集合物論の方が、説明が明確であること、及び、当事者の意思に合致することが挙げられるに過ぎず、その他、本文に述べた結果の差が見られるだけであることは、古積・前掲論文五六頁が指摘するところである。集合物論における「目的物の範囲の特定」は、結局は個々の動産の特定に還元できることも指摘されている（同六一頁）。

(25) 分析論からも、二重の集合動産譲渡担保の優劣決定に限っては、抽象的な枠の指定が重要な意味を持つことが認

められている（古積・前掲論文六八頁、七一頁）。主物・従物についても、一つの担保物権の設定と同様に、担保としての所有権移転は一つの自動車、一つの建物、一つの土地として従物も含めて一つの所有権として移転（譲渡担保権の設定）が認められるべきである。

(26) 但し、既に対抗要件を充たした抵当権の効力が及ぶだけなので、新たな従物の設置は詐害行為取消権や否認権の対象にならないというわけではなく、民法三七〇条は民法四二四条の適用を認めており、同様の解決は集合物についても可能であると思われる。従って、既存の従物の価値を維持するような取り替え等は取消し・否認の対象にはならないが、既存の価値を大きく超える新たな従物を設置する行為は、取消し・否認の対象になると考えるべきである。

(27) しかし、まさにこの点が批判されており、分析論からも、価値枠説に対してであるが、個々の動産の上の担保的支配を否定することは、集合動産譲渡担保がその成立時期に係わりなく、他の担保物権に対して劣後することを認めることになるとして、政策的見地から賛成し難いと評されている（古積・前掲論文六八頁）。

(28) 石田・前掲書七三五頁。この点からして期待権は個々の動産について認めるものといえようか。

(29) 「通常の営業の範囲内の処分」をめぐって詳しくは、小山・前掲書一二三頁以下参照。別個の集合動産譲渡担保権の設定は、商品はありながら担保権が成立し担保権のない商品が補充されないので許されないかのようである。しかし、後順位譲渡担保権の設定は判例も認めており、後順位譲渡担保権の存在により先順位譲渡担保権者は害されないので、その設定は許されるというべきである。

(30) 分析論からは、「商品の売却・搬出が、譲渡担保設定の合意の解除条件になっていると解釈できる」という理由により説明がされている（古積・前掲論文六九頁）。第三者に個々の動産に質権を設定して搬出した場合には、解除条件とはされていないので譲渡担保権は消滅せず、即時取得が成立しない限り、質権者に対して返還請求ができるという。

(31) 学説も、「場所的関係を失なえば、集合物を構成する性質を失うから、処分行為は常に有効」であるという（我妻・前掲書六六五頁。高木・前掲書三七二頁等も同旨）。

(32) 抵当権の効力の及ぶ従物についての理論との整合性が問題となるが、①抵当権では主物についての登記という公示があるという差があること、また、②直截に抵当権の効力が及ぶというだけの構成では済まず、個々の動産につい

ても所有権移転を問題にしなければならないことなどの差から、両事例における分離物への効力に差を認めることはあながち不合理ではあるまい。

(33) 養殖魚の集合動産譲渡担保の事例であるが、養殖施設も対象となっており、企業活動自体を担保する意図であり、漁業財団抵当または企業担保の実を挙げることが目的とされていたと評されている（田村耕一「判批」広島法学三五巻一号［二〇一一年］八四頁）。

(34) 動産譲渡担保については占有改定で対抗力を認めるのは、第三者の取引安全保護は即時取得（民法一九二条）により保護できるからである。物上代位では「債権」が問題になるので、占有改定がされているので物上代位も当然に対抗できるとしても、債権の譲受人等は即時取得により保護されるとはいえないのである。

(35) 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」『財産法の新動向』（信山社・二〇一二年）一八八頁は、集合動産譲渡担保の対象になっている個別動産が順調に処分され、補充されている限りは物上代位を認めるべきではないと主張する。このような形での営業の継続こそが保護されるべきであり、集合動産譲渡担保権者にとってもこのことは合理的な予期の範囲内であるという。また、弁済期の到来後であることも物上代位のためには必要とされる（小山泰史「流動動産譲渡担保における『弁済期到来時』の持つ意味」みんけん六三七号［二〇一〇年］二頁以下（「弁済期到来時」ルールと呼んでいる））。特約の可能性については、代金については「設定者の営業活動が終了してその個別動産に固定化が生じ、一方で設定者の処分権限が消滅した段階で、初めて譲渡担保の効力が売却代金債権にも及び、物上代位が可能になる。よって、譲渡担保設定者の営業活動継続中に物上代位権行使を認める特約は、その効力を否定されるべきである」と主張されている（小山泰史「判批」判例評論六三二号（判例時報二一二〇号）［二〇一一年］一六五頁）。

(36) 学説も後順位譲渡担保の可能性を認める（安永・前掲書四〇九頁、石田・前掲書七二九頁等）。この判決の射程が集合動産譲渡担保だけに限られるのか、特定動産譲渡担保にも及ぶのかは議論の余地がある。確かに、長期にわたるため予め後順位でも譲渡担保権たる地位を確保しておく要請が強いのは集合動産譲渡担保に特にいえることである。しかし、そのような必要性の有無で考えるべき問題ではないし、判決文でも限定はない。そのため、本判決の後順位譲渡担保の可能性を認めた点については、特定動産譲渡担保にも及ぶと考えるべきである。

(37) 角紀代恵「動産売買先取特権と集合動産譲渡担保の優劣関係」ジュリスト八五四号（一九八六年）一一八頁以下参照。但し、判例を容認する学説もある（河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離（上）」NBL二九四号［一九八三年］一三頁以下）。

(38) 野沢純平「動産売買先取特権の効力と問題点Ⅳ」NBL一八〇号（一九七九年）三四頁以下。千葉恵美子「判批」椿寿夫編集代表『担保法の判例Ⅱ』（有斐閣・一九九四年）五頁は、集合動産譲渡担保設定時に既に成立していた先取特権については民法三三〇条二項を類推適用する。

(39) 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」『林還暦・現代私法学の課題と展望（上）』（有斐閣・一九八一年）六九頁以下。民法三三四条二項も類推適用すると優先できず、劣後することになる。

(40) 他方、分析論は、民法三三三条を類推適用して、譲渡担保権を先取特権に優先させるべきであると主張している（古積・前掲論文七〇頁）。民法三三三条の類推適用であり、先取特権は消滅せず、譲渡担保に劣後するだけである（古積健三郎「『流動動産譲渡担保』と他の担保権の関係(2)」彦根論叢二八九号［一九九四年］一一八頁以下、古積健三郎・松尾弘『物権・担保物権法（第二版）』［弘文堂・二〇〇八年］三七四頁［古積］）。担保権的構成に立つ立場からは、流動動産譲渡担保は常に動産先取特権に劣後し、単に一般債権者に優位する程度の担保物権に過ぎないという学説が主張されている（今尾真「流動動産譲渡担保権と動産売買先取特権との優劣に関する一試論（1）～（3・完）」明治学院論叢法学研究六五号［一九九八年］、六六号［一九九二年］、六七号［一九九三年］頁以下）。個々の構成物である動産には譲渡担保の効力は生じないという学説では、先取特権の実行に対して譲渡担保権者は何ら異議を述べえないことになる（道垣内・前掲書三二六頁［但し、固定後は民法三三四条、三三〇条を類推適用する］）。価値枠説も同様である（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」法律論叢六一巻一号［一九八八年］九一頁以下）。

(41) この問題については、清水裕一郎「所有権留保の法的性質に関する一考察—所有権留保と譲渡担保の競合の解決を目的として（1）（2・完）」明治大学法学研究論集三七号（二〇一三年）三七三頁、三八号（同前）二五一頁参照。

(42) 分析論からも、所有権留保について担保権的構成を前提として、所有権留保のほうが先に成立し対抗要件も備えているので、所有権留保が譲渡担保権に優先すると主張されている（古積・前掲論文七〇頁）。

(43) 「ぬえ」とは日本の伝説上の妖力をもった怪獣であり、頭は猿、胴は狸、尾は蛇、手足は虎、声はトラツグミに似るといわれ、それが転じて、つかみどころがなくて、正体のはっきりしない人物・物事を指して使われている。

(44) ①集合物論で二重の譲渡担保権の成立を認める判例では、「確定」により集合物の上の一つの譲渡担保権という二重の外枠部分がなくなり個別動産の譲渡担保だけになる（処分授権の効力も消滅）。②集合物の上の一つの譲渡担保権だけを認める学説では、確定により個々の動産の譲渡担保権に変わり、集合物の一つの期待権が確定により個々の動産の譲渡担保権が成立し通常の譲渡担保権になる。③他方、分析論では個々の動産の譲渡担保権だけで処分授権の効力が失われる前後の時点が重要であるが、その説明のために「確定」という概念は特に必要ではない。

①説として、固定化により、設定者は集合動産中の個別動産の処分権を失い、新規流入物は集合物に組み入れられないことになるとして、集合物を対象とする譲渡担保から、特定後は単に多数の特定動産について一個の共同譲渡担保権になるという説明がされている（田原睦夫「集合動産譲渡担保の再検討」金融法研究・資料編(3)［一九八九年］一四九頁）。他方で、処分権を失うから流動性がなくなるだけであり「固定化」といった概念は不要とする考えもある。「構成部分の変動という集合動産の流動性は、設定者に対する処分授権の反映なのである。担保権の実行通知によって処分授権が撤回されれば、その時点で流動性を失うことになる」と説明する（森田宏樹「集合物の『固定化』概念は必要か」金融・商事判例一二八三号［二〇〇八年］一頁も、「固定化」概念を不要とする）。なお、固定化後に新たに集合物に組み入れられた動産については、集合物を譲渡担保の対象とし、固定により個々の動産の譲渡担保の成立を認める学説では、譲渡担保の対象にはならないが（道垣内・前掲書三四〇頁）、本書の立場では本文の①～③の効果が生じるだけなので、新たな動産への効力を認める余地はある。