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

Title	ドイツ法における将来動産と将来債権の譲渡担保： 商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保を念頭において
Sub Title	Sicherungsübereignung künftiger Sachen und Sicherungszession künftiger Forderungen : Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen und japanischen Rechts
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.1 (2015. 1) ,p.199- 234
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	池田真朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150128-0199

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.

ドイツ法における将来動産と将来債権の譲渡担保

——商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保を念頭において——*、**

水津太郎

一　はじめに
　1　問題関心
　2　対象と方法
二　処分行為の要件と効果
　1　将来動産譲渡
　　(一)　二重の構成要件
　　(二)　不真正の合意と拘束力の否定
　　(三)　動産搬入時移転
　2　将来債権譲渡
　　(一)　債権譲渡の合意
　　(二)　真正の合意と拘束力の肯定
　　(三)　債権発生時移転
三　譲渡担保の競合
　1　商品倉庫の譲渡担保
　　(一)　分割理論
　　(二)　対処と評価
　2　包括債権譲渡担保
　　(一)　早い者勝ち原理
　　(二)　正当化の試み
　3　両者の対比
　　(一)　分割理論と早い者勝ち原理
　　(二)　相違の理由とその合理性
四　ドイツ法と日本法
　1　商品倉庫の譲渡担保
　　(一)　分割理論とその基礎づけ
　　(二)　分析論・動産譲渡論・占有論
　　(三)　分割理論の制度的基盤
　2　包括債権譲渡担保
　　(一)　純粋な意思主義
　　(二)　早い者勝ち原理とその基礎づけ

㈢ 将来財産処分の平準化　1 倒産手続
五 おわりに　2 取得プロセス

一 はじめに

1 問題関心

本稿は、ドイツ法における将来動産と将来債権の譲渡担保の規律を対比することを目的とするものである。具体的には、流動財産譲渡担保の典型例とされる、いわゆる「構成要素の変動をともなう商品倉庫の譲渡担保」（以下、商品倉庫の譲渡担保）と、「包括債権譲渡担保」を念頭におく。

ドイツ譲渡担保法の研究は、実務上の需要に後押しされたこともあり、商品倉庫の譲渡担保[1]と包括債権譲渡担保[2]のいずれについても、質量ともに充実してきた。けれども、両者の研究は別個独立になされているため、全体の見通しはかならずしもよくない。他方、現在の日本においては、ＡＢＬ（Asset Based Lending）の文脈で、動産と債権をともに担保にとる融資形態が注目されている。この場合には、現行法を前提とすると、動産譲渡担保と債権譲渡担保が併用される。そうすると、二つの財産の取扱いをパラレルに考察する必要がでてこよう[3]。この視点は、ひるがえって動産と債権の各ルールをよりよく理解するためにも役立つはずである。ドイツでも問題状況は類似している。かの地でも二つの譲渡担保の「組み合わせ」[4]がしばしばみられるからである。そこで、本稿では動産と債権の対比という視点から、ドイツ法における商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保のルールを、横断的に分析・検討することを試みる。

もっとも、ドイツ譲渡担保法を包括的に考察するのは、紙幅の都合上困難である。本稿の対象は主として、同

一の将来動産・将来債権をめぐって複数の譲渡担保が競合したときの処理に限定される。ドイツ法ではこの問題につき、商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保で対照的なルールが通用している。また、前者のルールは日本とまったく異なる反面で、後者をみると、日本法とも比較可能な準則が定立されている。したがって、譲渡担保の競合というテーマは、ドイツ法内在的にも、日本法の観点からも興味深いものと考えられる。いうまでもなく本稿は、かの地の議論を日本にそのまま持ち込もうとするものではない。本稿の関心はむしろ、ドイツ法を日本の研究者の立場から眺め、ドイツ法の特色とその前提を浮き彫りにすることに向けられる。こうした作業は同時に、日本法のルールを新たな視点から位置づける意味を持つことになろう。

2　対象と方法

ドイツ動産・債権譲渡担保法一般の特徴としては、担保信託（完全権の移転と債務法上の拘束）、公示なき担保（占有改定・合意のみによる債権移転）、分離主義と無因主義（処分行為と義務負担行為の完全な峻別）、付従性の不存在（権利移転と被担保債権の切断）、物上代位の不適用（代位物は譲渡担保により捕捉する必要がある）が重要である。商品倉庫の譲渡担保・包括債権譲渡担保との関係ではとくに、分析論（集合物論・集合債権論の否定）、特定原則（商品倉庫の譲渡担保では通常「空間動産譲渡担保契約」が用いられ、包括債権譲渡担保では〈商品の供給・給付に基づき生じる、頭文字AからZまでに対する現在および将来の債権すべて〉といった程度でもよい）、（通常の営業の範囲内における）処分授権・取立授権、（原始的・後発的）過剰担保規制などに注意しなければならない。これらの点は先行研究によっておおむね明らかにされているため[5]、本稿ではあらためて取り上げない。

本稿の主たる関心はすでにみたように、商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保を念頭において、同一の将来動産と将来債権を目的とする譲渡担保が競合したときのルールを対比することにある。将来動産としては、譲渡

合意時には設定者に属していない動産、将来債権としては、譲渡合意時には基礎となる法的原因が存在しない債権（いわゆる狭義の将来債権）[6]を想定する。叙述の順序は次のとおりである。まず将来動産譲渡と将来債権譲渡につき処分行為の要件と効果を、おおむね判例・通説を基礎にしながら概説し（二）、次いで、商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保がそれぞれ競合した場合の規律に立ち入った（三）あと、ドイツの法状況を日本との比較を交えて明らかにする（四）。最後に、残された問題について、簡単な補足をくわえたい（五）。

二　処分行為の要件と効果

1　将来動産譲渡

㈠　二重の構成要件

動産譲渡の処分行為は、①物権的合意と、②引渡しから構成される（§ 929 BGB）。これらは処分行為の「二重の構成要件」[7]と呼ばれる。譲渡担保においては通常、「引渡し」（②）には占有改定が用いられる。

占有改定とは、譲渡人と譲受人が、譲受人に間接占有を取得させる法律関係を合意することで、「引渡し」を代替する方法をいう（§ 930 BGB）。間接占有（§ 868 BGB）の要件は一般的な見解によれば、(a)占有仲介関係、(b)直接占有者の占有仲介意思、(c)間接占有者が直接占有者に対して有する返還請求権の三点である。[8]

このうち、(a)の要件は、現在では担保合意で足りると解されている。[9] (c)の要件にもとくに問題はない。本稿との関係で重要な役割を演じるのは、(b)の要件である。

㈡　不真正の合意と拘束力の否定

(1)　概念規定

商品倉庫の譲渡担保の際には、処分行為との関係で、「あらかじめの合意」がなされる。まず最初に、「合意」と「あらかじめ」に分けて概念を整序しておこう。

第一は、「合意」の意味である。この点については、処分行為の二重の構成要件に対応して、(α)「あらかじめの物権的合意」と、(β)「あらかじめの占有改定」の双方を想定することができる。引渡しよりも前に物権的合意をなしうるか、という古典的問題では(α)のみが念頭におかれていた。これに対して、商品倉庫の譲渡担保では、譲渡人がなお所有権と占有のいずれも有していない動産が対象とされる。したがって、前倒しは、物権的合意(α)と引渡し(β)の双方についておこなわれることになる。[10] 両者をまとめるときには、「あらかじめの動産譲渡(担保)」と呼ぶことにしよう。

第二に、「あらかじめ」の意味が問題となる。この用語には、(i)真正のあらかじめと、(ii)不真正のあらかじめの二つの意味がある。[11] (i)を肯定する見解によれば、「事後の当事者の意思とは無関係に、所有権が自動的に移転する」。その結果、譲渡担保権者は将来取得される動産についても、設定者とあらかじめ合意を結んでおけば、当然に所有権を取得することができる。これに対し、(ii)の意味での「あらかじめ」によれば、「所有権と占有の移転に関する意思の合致が、それらの効力が生じるとされる時点まで存続している」ことが求められる。

(2) 不真正のあらかじめ

合意の前倒しが認められていると聞くと、真正型(i)が通用しているかのような印象を受ける。けれども、ドイツでは一般に、(α)「あらかじめの物権的合意」と、(β)「あらかじめの占有改定」のいずれについても、不真正型(ii)が前提とされている。[12]

したがって、あらかじめの動産譲渡担保が肯定されたとしても、このことは譲受人が将来の動産についても所有権を取得できることを確定するものではない。すなわち、先行譲渡の意味は、将来の処分を「準備」[13]する点に

ある。これにより、商品倉庫に新たな動産が搬入されるたびにあらためて合意を結ぶことの煩雑さが軽減されることになる。だが、これを反対からいえば、ドイツにおいて「あらかじめの動産譲渡担保」が認められているということは、せいぜいその程度の意味しか有していないことに注意しなければならない。

(3) 拘束力の否定

そうすると、譲渡担保権者が将来の動産を取得できるのは、設定者が動産搬入時になお譲渡担保権者に所有権を譲渡し、かつ譲渡担保権者のためにこれを占有する意思を有している場合に限られる。そこで、合意の拘束力の有無が問題となる。

判例はこの問題につき、あらかじめの物権的合意（α）の拘束力を否定し、所有権移転の効果が生じる前であれば、設定者はこれを一方的に撤回することができるとする。もっとも、撤回には一定の制約がある[14]。すなわち、①撤回の意思は「対外的に表され」なければならない。また、②所有権譲渡意思は継続するものと事実上「推定」される。この立場によると、あらかじめの物権的合意とは、「まだ法律効果が発生せず、かつ当事者も拘束されない法律行為[15]」と規定されることになる。さらに、判例によると、あらかじめの占有改定（β）にも、合意の拘束力は認められない。占有仲介意思は、設定者がこれを一方的に撤回することができる。もっとも、ここでも一定の縛りが存する[16]。①撤回の意思が顧慮されるのは、「対外的に確定できる行為」によりなされた場合である。また、②占有仲介意思には継続の「推定」がはたらく。

これに対して、学説では、あらかじめの物権的合意（α）につき、拘束力の有無が争われている。通説は判例と同様に否定説にたつ[17]が、肯定説も有力である[18]。肯定説は、物権的合意の契約的性格を強調し、契約信義の一般原則を適用しようとするのに対し、否定説は、そのように解してしまうと、引渡しはあたかも物権的合意の効力が生じるための一条件にすぎなくなってしまい、動産処分行為の構成――物権的合意と引渡しを独立対等の要素

とする――に反するなどと主張している。

だが、本稿の文脈で重要なのは、ここでいう肯定説ですら、あらかじめの占有改定（β）の拘束力に関しては、否定説に与していることである。[19] 換言すれば、契約を起点とした拘束力肯定のロジックが適用できるのは物権的合意までであり、「引渡し」については拘束力を認めることができない。なぜなら、占有仲介意思は、「発せられた言葉に結びつけられた法的な拘束力では代替できない、事実的なもの」[20]だからである。こうしてドイツでは、合意から生じる占有移転の義務づけをもって現実の占有移転に置き換えることができない、という点には「争いがない」[21]とみられている。

㈢　動産搬入時移転

商品倉庫の譲渡担保の際に、動産所有権が譲渡担保権者に移転するのはいつか。この点については、あらかじめの動産譲渡担保にかかる合意時ではなく、動産が商品倉庫の所在場所に搬入された時だと解されている。[22] 古い判例の傍論によると、「現在まだ存在していない有体的対象の、現在の有体的引渡しなるものはありえない」[23]。

このことは、すでにみた動産処分行為の構造をめぐる議論からも明らかである。あらかじめの概念と合意の拘束力をめぐる議論は、動産所有権やその処分権が合意時に移転することはないことを前提としていた。あらかじめの動産譲渡担保が認められていることは、あらかじめの所有権・処分権の移転が認められていることを意味しないのである。[24]

2　将来債権譲渡

㈠　債権譲渡の合意

ドイツにおいては、債権譲渡も処分行為のひとつである。けれども、債権譲渡は動産譲渡と異なり、二重の構

成要件の構造を備えていない。[25] すなわち、「債権譲渡の合意」さえあれば、通知その他の公示がなされなくとも、第三者との関係も含めて債権移転の効力が生じる（§ 398 BGB）。これは、ドイツ民法典の立法者が、フランス型の対抗要件主義を意識的に排除した結果である。[26]

これに対して、債権質では、第三債務者への通知が求められている（§ 1280 BGB）。しかし、通知をおこなうと債務者の信用力は低下してしまう。債権譲渡担保の利用が普及したのはそのためである、といわれている。[27]

㈡　真正の合意と拘束力の肯定

(1)　真正の合意

このように、債権譲渡の処分行為を構成するのは、債権譲渡の合意だけである。だから、動産譲渡とは異なり、問題となるのはこの合意に限られる。

では、将来債権譲渡の合意はいかなる性格を有するのか。動産譲渡の概念枠組み（前述**1**㈡(1)〔203頁〕）を用いていうと、債権譲渡については真正型が通用している。すなわち、判例[28]によれば、債権を譲渡する旨の合意が債権発生時まで継続している必要はない。通説[29]もこれと同様である。

(2)　拘束力の肯定

そうすると、合意の拘束力の有無は問題とならないようにもみえる。けれども、譲渡人が債権譲渡の合意を、債権が発生する前に一方的に撤回しうるか、という問いは残されている。

判例は、譲渡人の相続人に対する将来債権譲渡の効力との関係で、「債権譲渡それ自体によってすでに、将来債権の譲渡人は、譲受人の［債権］取得の期待を、相反する処分によって害することができないほどに拘束される」[30]としている。学説でも、拘束力肯定説が通説である。[31]

㈢　債権発生時移転

このように、将来債権譲渡の合意は真正型であり、かつその拘束力も認められている。そうすると、将来債権譲渡においては、合意時に債権移転の効力が生じるかのようである。

だが、そのようには解されていない。すなわち、将来債権譲渡において債権が譲受人に移転するのは、譲渡合意時ではなく、債権が発生した時である。判例によれば、「将来債権譲渡のケースでは、処分そのものはすでに債権譲渡契約の締結により完成する。しかしながら、権利移転は債権発生とともにはじめて生じる」[32]。債権の移転時期については、学説も判例を支持している[33]。

三　譲渡担保の競合

1　商品倉庫の譲渡担保

㈠　分割理論

商品倉庫の譲渡担保が競合した場合に、両者の関係はどのように規律されるのか。債務者Bが甲商品倉庫に搬入される全商品を、まず債権者Aのために譲渡担保に供し、次いで債権者Cのために譲渡担保に供した場合に、AとCはいかなる関係にたつかが問題となる。

判例の準則[34]は次のように定式化されている。第一譲渡担保権者Aは、第二譲渡担保権が設定されるまでに搬入された商品α（旧在庫）のみを取得できる。その後に搬入された商品β（新在庫）を取得するのは、第二譲渡担保権者Cである。つまり、第一譲渡担保権者Aと第二譲渡担保権者Cは、それぞれ旧在庫αと新在庫βを取得する。その結果、担保目的動産は「分割」[35]されることになる。

この解決は、われわれの通念とは大きく異なっている。ドイツではなぜ、新在庫βについて第一譲渡担保権者

Aの優先が認められないのか。ここで理由に挙げられているのは、合意の拘束力の否定（二1㈡〔204頁〕）である。すなわち、譲渡担保設定者BがCと、第二譲渡担保の設定という第一譲渡担保権者Aとの合意と矛盾する内容を合意したことで、原則として、Bはそれ以降、①Aに対して所有権を譲渡する意思と、②Aのために占有を仲介する意思を有しないことを表明したとみられる[36]。こうしてBの撤回が認められた場合には、Bが新在庫βをCの譲渡担保に供する行為は、――Aとの間では契約違反があるにもかかわらず、無権利者ではなく――「権利者」[37]による処分と構成される。したがって、Cは、第一譲渡担保権設定につきたとえ悪意であっても、新在庫βの譲渡担保権を取得することができる。

これに対して、Cが旧在庫αを取得することは、通常であればできない。占有改定による善意取得は、Cが直接占有を取得する前の段階では認められていないからである（§ 933 BGB）。

㈡　対処と評価

けれども、この準則によると、第一譲渡担保権者Aの地位は著しく不安定になる[38]。この問題については、次のような対処が考えられている。

実務上一般に、AはBに対して、適時に在庫リストを提出するよう求めることとされている。これにより、リストに含まれた物についてはBの意思が継続していたことを、Aは容易に証明することができる[39]。また、BがCに譲渡担保を設定した場合にも、Aとの物権的合意を撤回する効力が生じるには、それが少なくともAにとって認識可能であることを要するうえに、全事情を総合的に評価することで、例外的に、Bはなお撤回意思を有していないと判断される余地がある[40]。とはいえ、Bの撤回意思がAに明示されればどうしようもない。この場合には、Aは、担保設定義務違反を理由として、Bにふたたび担保を供するよう求め、あるいは、損害賠償を請求することができる。だが、Bが倒産したときには、これらの手段も役に立たない[41]。

このようにみると、商品倉庫の譲渡担保では、譲渡担保設定者の契約違反の処分に対し、譲渡担保権者は十分には保護されていない。この意味で、商品倉庫の譲渡担保は、譲渡担保権者にとって「リスキー」[42]な担保であると評されている。

2　包括債権譲渡担保

(一)　早い者勝ち原理

「二重包括債権譲渡」[43]がなされ、同一の将来債権の譲渡担保が競合した場合に、相反する担保の優劣はどのように定められるのか。ここでは動産とは異なるルールが通用している。すなわち、債務者Bが将来債権群αを、まず債権者Aに担保のために譲渡した後、次いで債権者Cの譲渡担保に供した場合、時間的に先行するAは、Cを排してαを取得することができる。

基本となる判例[44]によると、この「早い者勝ち原理」――「多重に債権譲渡がなされた場合には時間的にみて最初におこなわれた債権譲渡のみが有効になる」――は、現在債権と同じように将来債権にも適用されなければならない。将来債権譲渡を有効とする以上、時間の順序以外に、「制定法と法的安定性の要求」に対応する基準は存しないとされる。

(二)　正当化の試み

けれども、将来債権譲渡がなされたときに債権が移転するのは、債権発生時であるとされていた（二**2**(三)〔207頁〕）。そうだとすると、なぜ早い者勝ち原理を適用できるのか。この問いは日本法との関係でとくに重要とみられるから、分析の深度を上げることにしよう。議論は非常に錯綜しているが、早い者勝ち原理の適用をどのような意味で認めるか、という視点から代表的ないし特徴的な見解[45]を分析すると、次のように整序することができる。

(1) 直接適用

まず、債権が移転するのは債権発生時であるが、移転の効力は譲渡合意時に遡って生じる、と捉える見解がある。「[将来債権譲渡の際には] 債権譲渡は債権が発生したときにだけ、かつその時点ではじめて有効になる。しかしながら、その効力は債権譲渡の合意の時点まで遡及する。したがって、譲渡人の処分権が問題となるのはこの時点である」[46]。この見解によれば、早い者勝ち原理は、現在債権譲渡と同じように将来債権譲渡にも直接適用されることになろう。

(2) 拡張適用

しかし、一般にはこうした考え方はとられていない。債権移転の効力は債権発生時に生じ、かつその時点から有効になる。そうすると、「[第一] 譲受人はプライオリティーを有しない」[47]ことになりそうである。だから、ここで早い者勝ち原理を維持しようとすれば、将来債権譲渡の合意時に、――債権移転は生じないにせよ――なんらかの効果の発生を観念することで、この原理の「拡張」[48]を試みなければならない。二つの構成を取り上げよう。

(a) 処分権の喪失　この見解によれば、将来債権が譲渡された場合、債権が譲受人に移転するのは、債権が発生した時点である。もっとも、譲渡人が譲渡合意時から債権発生時までの間に同一の将来債権を他の者に処分したとしても、「それらの処分は処分権が欠けていることによって無効である」[49]。だから、それぞれの譲渡合意の時点を基準として、早い者勝ち原理が適用される。この考え方が判例[50]・通説[51]である。ただし、処分対象が「将来発生する」債権なのか、譲渡合意時に現に存する「将来債権」なのかはあまり明確でない。前者が一般的なようであり、判例もそうである（三3(1)〔214頁〕参照）。

(b) 法的地位の喪失　これに対して、債権の処分権ではなく、「法的地位」に着目して議論を組み立てるものもある。債権譲渡によって将来の債権を新たな債権者に割り当てた者は、自己の財産から――債権発生時に直

接債権者になるという――「将来の法的地位」を切り出し、「事後に債権を再度［他人に］割り当てる可能性」を放棄したものとみることができる。[52] この意味で第一譲受人にプライオリティーが確保されるから、債権発生時には第一譲受人のみが債権者になるとする。

(a)と(b)の構成は、譲渡人が第一譲受人との合意に拘束されることを前提とするものとみられる。すなわち、譲渡合意時に譲渡人が処分権や法的地位を喪失する、という構成は、譲渡人が第一譲渡を一方的に撤回して処分権や法的地位を回復することができないことを含意するものと解される。[53]

(3) 適用擬制

適用擬制の考え方を理解するには、§ 185 II 1 Fall 2, II 2 BGB のルールに立ち入らなければならない。すなわち、無権限者の処分も、①「処分者が対象を取得した場合」にはその時点で有効となる（追完）（§ 185 II 1 BGB）。そして、②同一の対象につき相対立する複数の処分がなされていたときは、有効になるのは「先の処分のみ」である（§ 185 II 2 BGB）。たとえば、BがAに属する債権αをCに譲渡した場合に、Bがのちに Aから債権αを取得したならば、その時点でCへの処分が有効になる（①）。BがCだけでなく、Dにも債権αを譲渡していた際には、第一譲受人であるCが優先する（②）。この規律の趣旨は次の点にある。[54] 追完（①）は、処分者がみずからなした処分に拘束されることを定めたものである。追完が生じたときに、処分時の処分権限の欠缺を引き合いに出せるのはおかしい。もっとも、権利取得の効果は追完前には遡及しない（将来効〔*ex nunc*〕）。そうすると、複数の処分がなされていたケースではすべての処分が同時に有効になり、相互の優劣を決することができなくなる。②のルールが規定されたのは、この結論を避けるためである。

古典的な見解[55]は、この無権限多重処分のケースと将来債権譲渡の競合をパラレルに捉え、早い者勝ち原理の適用を正当化しようとした。「ある者が自己の名で処分した権利がそもそも存在しないのか、それとも他人に属す

るのかは、処分の有効性との関係では区別を要しない」。したがって、§ 185 II 2 BGB は、「対象が処分者に属さない場合」の処分の競合を念頭においているものの、「まだ存在していない対象の処分」の競合にも「類推」されなければならない。[56]

この見解によると、将来債権の第一譲受人は、譲渡合意をしただけではプライオリティーを確保できない。§ 185 II 2 BGB が参照されるのはそのためである。そうすると、この考え方は、本来であれば対等な複数の処分に優劣を付けるという意味で、早い者勝ち原理の適用を「擬制」するものと特徴づけることができよう。

(4) 将来債権の譲渡性

以上の議論は、次の二つの角度から分析することができる。

第一に、処分行為の性格につき、直接適用説と拡張適用説は、将来債権の処分も権限者の処分とみることから出発している。他方、適用擬制説では、無権限者の処分と捉えられている。別の角度からいうと、直接適用説と拡張適用説は譲渡合意時に焦点を合わせ、債権発生前の処分権（あるいは法的地位）の存在と譲渡合意によるその喪失——直接適用説によれば遡及的喪失——を肯定するのに対し、適用擬制説によれば、譲渡人の処分権は債権発生時にはじめて生じることが前提とされる。

第二は、将来債権の性格との関係である。直接適用説によると、現在債権と将来債権は遡及効を媒介として同列に取り扱われる。これに対し、拡張適用説と適用擬制説は、両者の性格の相違を譲渡の構造の相違に反映させるものである。

このようにみると、適用擬制説・拡張適用説・直接適用説の順に、将来債権の譲渡性が高く見積もられていると位置づけることができる。

3　両者の対比

㈠　分割理論と早い者勝ち原理

このように判例・通説によると、商品倉庫の譲渡担保の際には「分割」理論が適用され、第二譲渡担保設定時以降に取得された動産については第二譲渡担保権者が取得する。これに対して、包括債権譲渡担保では、（譲渡合意時の順に従った）早い者勝ち原理が適用される。ともに譲渡合意時の権利移転が否定されているにもかかわらず、優劣決定準則をみると、両者にはいわば正反対のルールが通用しているわけである。

㈡　相違の理由とその合理性

では、この優劣決定基準に関する相違をどのように評価すべきか。議論を整理すると、動産譲渡には債権譲渡とは異なり、引渡しが求められている、という点を重視する方向（1）と、動産譲渡も債権譲渡とともに、権利の処分という点では同じである、という思考を突き詰めていく方向（2）を区別することができる。

(1)　引渡し

動産譲渡の「引渡し」要件に着目することで、あらかじめの動産譲渡担保と将来債権譲渡担保の相違を正当化しようとする試みがある。[57] それによれば、動産譲渡と債権譲渡は「処分要件」と、――処分対象である権利の移転という意味での――「処分効果」が結合されているか否かで基本的に異なる。

債権譲渡の処分行為は、債権譲渡の合意のみから構成される。そうすると、処分要件の充足と処分効果の発生は、これを時間的に切り離すことが可能になる。将来債権譲渡の構造と規律は、この観点から説明することができる。将来債権譲渡の合意がなされれば、その時点で処分要件が充足される。他方で、「処分効果」すなわち債権移転は、「債権が発生する瞬間にはじめて」発生する。このように、譲渡合意によって処分要件が充足される以上、処分効果はなお生じないものの、合意時に「譲渡人の処分権の喪失と先行譲渡人の拘束」がもたらされる。

したがって、将来債権譲渡の競合を決するのは、早い者勝ち原理である。

これに対して、動産譲渡はこうした二段階の構造を有しない。処分要件の充足時と、処分効果すなわち動産所有権の移転時は「必然的に同時」になる。なぜなら、あらかじめの動産譲渡では、処分行為はまだ「半分」しか完成していないからである。すなわち、債権はもっぱら「観念世界」に組み入れられるのに対して、動産は「有体世界」に属するために、動産譲渡の処分行為では、債権譲渡とは異なり、物権的合意のほかに「実現行為」として「引渡し」が求められている。したがって、商品倉庫の譲渡担保では、譲渡人は動産が倉庫に搬入されるまで、これを一方的に撤回することができる。

将来債権譲渡の構造につき一般論を展開した判決では、この見解が明示的に引かれている。[58]

(2) 処分

しかしながら、この説明には批判も多い。批判者たちは、動産譲渡も債権譲渡も等しく権利の処分である、という視点から出発し、両者の規律の平準化を志向している。もっとも、その目指すところはまったく異なる。すなわち、商品倉庫の譲渡担保のルールを批判して、将来債権譲渡担保のルールに合わせようとするもの（a）がある一方で、まったく逆に、後者の考え方を批判して、前者に合わせようとする見解（b）も主張されている。

(a) 商品倉庫の譲渡担保のルールに対する批判　この見解は、「多重処分」の解決のバランスという視点から出発する。本稿の観点から興味深いのは、将来債権譲渡担保との対比である。判例法理によると、商品倉庫の譲渡担保の競合についてだけ、「遅い者勝ち原理」[59]が適用される。しかし、この場合には、「――占有改定が存しないために――まだ完成していない二つの矛盾した処分」が問題となっている点、占有仲介関係の開始と同時に双方の処分が「同時に」生じるという点では、将来債権譲渡担保の競合と同じように、§ 185 II 1 Fall 2 BGB（前述2(二)(3)〔211頁〕）の考慮があてはまる。[60] したがって、商品倉庫の譲渡担保の競合の際にも第一譲渡担保権者

の優先を認め、「早い者勝ち原理」を適用すべきである。[61]

この発想は、日本法の観点からはよく理解することができる。だが、ドイツでは右の見解は異説とみられており、「法的基礎を欠くだけでなく、実質的にも正当でない[62]」と断じられている。たとえば次の批判がある。①無権限処分の追完の際には、後から処分権が発生したケースが問題となっているのに対して、商品倉庫の譲渡担保では、処分行為の構成要件である占有改定を後から「完成」させることができるかが問われている。問題の構造が異なるから、両者の類比は失当である。[63] また、②早い者勝ち原理を適用すると、第二譲渡担保権者は担保を取得することができない。そうすると、第二譲渡担保の設定はつねにその者に対する詐欺的行為の性格を帯びることになる。これは行き過ぎではないか。[64] さらに、③撤回可能性の法理は法政策的にみても望ましい。この理論は、将来取得される動産について、一人の債権者が事前に、他のすべての債権者を押しのけてこれを独占することを妨げる。この意味で、構成要素の変動をともなう集合物の譲渡担保を認める場合には、「あらかじめの所有権譲渡の拘束力の否定」は捨て去ることのできない考え方である。[65]

(b) 将来債権譲渡担保のルールに対する批判　以上とは反対に、むしろ商品倉庫の取扱い、ないし先行処分の一般理論を参照しつつ、将来債権譲渡担保の理論や規律を批判する見解がある。以下の批判はいずれも、権利の発生前には処分対象が存在しないことを主張し、あるいは前提とするものである。

第一は、処分の対象に着目するものである。それによると、義務負担行為に基づいて将来の権利を移転することを内容とする債権債務関係を生じさせることができるのは疑いない。これに対して、「まだ存在していない対象――物または債権――」を「処分」できるかどうかは疑わしい。現存していない物を処分することは考えられない。このことは債権の処分にもあてはまる。「Nonens の処分は、わたしにとっては Nonsens のように思われる[66]」。この見解は、将来動産・将来債権の譲渡性を、ともに否定するものである。

第二の批判は、処分行為の法律行為的性格に目を向ける。すなわち、撤回可能性の理論は、「引渡し」の要求から導かれるのではなく、むしろ「処分対象の法的性格［動産・債権］とはかかわりのない法律行為上の考慮」によって根拠づけられる。法律行為はその *essentialia negotii*（本質的要素）につき当事者間に合意があることを要件とする。そして、処分行為の際には「処分対象の一義的な確定」がなされなければ、この点につき合意がなされたとはいえない。したがって、将来動産が発生するまでは「不完全な法律行為」が存するにすぎない。この理は、将来債権譲渡の際にも同じようにあてはまる。債権が具体的に定まっていない間はその *essentialia negotii* を欠く。そうすると、債権発生時までは合意の拘束力は生じない。「先行債権譲渡人はむしろ、あらかじめの物権的合意の際の譲渡人と同様に、債権発生時までの間、撤回権を有する」[67]。このように将来債権譲渡担保においても、権利発生前の処分行為の完成とそれによる拘束力の発生をともに否定し、譲渡担保設定者の撤回権を肯定するならば、早い者勝ち原理は「出発点において不適切」[68]であり、それらの担保が競合した場合には、商品倉庫の譲渡担保と同じように、分割理論によって規律すべきことになる。

第三に、処分権とその対象の関係から批判をくわえるものがある。「なんぴとも処分権［だけを独立に］放棄することはできないし、そうすることは許されてもいない。処分権を喪失するのは、当該対象そのものを処分したときだけである」[69]。処分権とは、移転や負担の設定によってある対象を処分する法的な可能性である。権利能力や行為能力のように、人に抽象的に付与される性格のものではない。このように、処分権は概念上必然的に対象と関連づけられている以上、対象が存在しないところに処分権だけを観念することはできない。したがって、将来債権の譲渡人は、譲渡合意の時点では目的債権にかかる処分権を有しない。「先行債権譲渡の譲渡人は、債権も処分権も、いずれも譲受人に移転することはできない」[70]。この構造は、あらかじめの動産譲渡担保において、動産が生じる前にはその物を処分しえず、したがってその段階では処分権も存しない、とされていることと同様

である。[71] このように捉えても、将来債権譲渡担保の競合に関する確立した判例法理、早い者勝ち原理を維持することは理論上不可能ではない。§ 185 II 2 BGB を類推適用すればよい[72]（前述**2**(二)(3)〔211頁〕）。この立場によれば、債権の処分権は債権発生時に生じると構成されるから、以上の論理と矛盾しない。

四　ドイツ法と日本法

1　商品倉庫の譲渡担保

(一)　分割理論とその基礎づけ

ドイツの判例・通説によれば、商品倉庫の譲渡担保が競合した場合には、分割理論が適用される（三**1**(一)〔207頁〕）。債権者Aが債務者Bから甲倉庫内に搬入される全商品につき譲渡担保の設定を受けたとしても、Bが事後他の債権者Cのために同一の方式で譲渡担保を設定すれば、Aが捕捉できるのは旧在庫αに限られ、第二譲渡担保設定時以降に搬入される新在庫βはCの担保に供される。これはAが、占有改定により（一七八・一八三条）、あるいはBが法人であるときには動産譲渡登記を経由する（動産債権譲渡特三条一項）ことで対抗要件を具備したならば、Bの意思いかんにかかわらず、将来の動産も含めて、Aに優先権が付与されると捉える日本法の立場と顕著に異なる。

ドイツ法の立場は、あらかじめの物権的合意と占有改定の合意には拘束力が認められず、設定者は将来動産を取得するまでは、所有権譲渡意思と占有仲介意思を一方的に撤回することができる、との考え方によって支えられている（二**1**(二)〔204頁〕）。物権的合意については拘束力を認める有力説もあるが、この立場ですら占有改定の合意については拘束力を否定する。これは、占有改定は現実の引渡しの代わりである（§ 930 BGB）という現行

法の構成に忠実なものである。まだ存在しない動産については現実にこれを引き渡すことができないのだから、「あらかじめの占有改定」がなされても、せいぜい動産取得のつど合意をおこなう煩雑さが軽減されるにとどまり、合意時に占有改定の効力が生じるわけではない。問題となるのは、現実に占有を取得した時点の取得者の意思である。この「意思」は、合意の拘束力によって認められる規範的な意思ではなく、「事実」としての意思をさす。だから、占有仲介者には合意の撤回が許される。このことから明らかなように、将来取得される動産の所有権は合意時には移転せず、また、その段階では処分権も存しないと捉えられている（二1㈢〔205頁〕）。

㈡　分析論・動産譲渡論・占有論

この構成は、特殊ドイツ的なものなのか。たしかに、ドイツでは分析論がとられており、日本の判例[73]が集合物論を採用するのとは前提が異なる。だが、集合物論を採用したからといって、将来取得する動産にも占有改定の効力が当然に認められるわけではない。集合物それ自体は観念的存在であり、物理的にはこれを支配することができない以上、集合物概念を媒介とした占有改定の現在化の論理は、ある種の「フィクション」にすぎない、との評価がある[74]。このことは、――物の定義（八五条〔有体物〕）と立法者意思に反して――集合物なるものを観念したとしても、それだけでは十分でなく、観念的引渡し（占有改定）を観念的存在についても許容しなければ、対抗力の合意時への前倒しは基礎づけられないことを示している。

他方で、日本においてもドイツの規律を参照しながら、分析論を展開する有力説がある。だが、その主唱者はドイツとは異なり、「流動動産譲渡担保相互間の優劣は契約の前後によって決定されるべき」[75]としている。このように分析論にたちつつ分割理論をとらない、という立場は基礎づけられるのか。ドイツ動産譲渡法の特色は、本稿の文脈では、①義務負担行為から処分行為を切り離し（分離主義〔物権行為の独自性肯定〕）、②処分行為を物権的合意と引渡しから構成する（形式主義）点にある。そのため、あらかじめの占有改定の引渡しとしての効力

を否定する限り、かりにあらかじめの物権的合意に拘束力を付与したとしても、合意の時点では処分行為は完成しない。これに対し、日本では、①独立の処分行為を観念せず、義務負担行為と一体になった行為から物権変動の効力が生じる（一体主義〔物権行為の独自性否定〕）というのが一般的な理解であり、②物権変動の効力は「当事者の意思表示のみ」で生じると明定されている（一七六条〔意思主義〕）。そうすると、債権契約では当然に認められる合意の拘束力が――前倒しされた――「物権的合意」にも認められるか、というドイツの問題設定自体が成り立たない（①）。また、「引渡し」がなされていなくても、債権契約締結の時点で物権変動に必要な要件が充足される（②）。だが、日本法においても、「動産に関する物権の譲渡」を第三者に対抗するには、動産の「引渡し」が必要である（一七八条）。この次元ではドイツと同じように、「あらかじめの占有改定」の性質と効力の問題が生じるように思われる。この問いは、動産譲渡の法的構成よりは、むしろ引渡しの捉え方に位置づけられるからである。この点につき日本においては、公示力が弱いという点では現在動産の占有改定も将来動産のそれも同程度であるから、あらかじめの占有改定に対抗力を付与することも許される、と説くものがある[76]。この見方に従えば、占有改定は、現実の引渡しの代替という意味で「観念化」されるだけでなく、物理的にはだれも占有をなしえない時点で占有移転（引渡し）をおこなう可能性を開くものと捉えられることになる。

いずれにせよ、少なくとも分析論をとる場合には、占有改定の現在化を肯定し、あるいは動産譲渡登記具備時の対抗力の発生を認めたとしても、担保所有権はいつ移転するのか、合意の時点で第三者になにを「対抗」できるのか、という問題が残される。これは、将来債権譲渡において議論されている（後述**2**㈡〔222頁〕）のと、理論上同じレベルの問いである。

㈢　分割理論の制度的基盤

日本法の観点からは、分割理論によると商品倉庫の譲渡担保は担保として機能しえないのではないか、との疑

問が生じる。実際ドイツでも、これでは「遅いもの勝ち」だと批判して、早い者勝ち原理の導入を試みる見解があった（三3㈡(2)(a)〔214頁〕）。だが、この見解は異説の域をでていない。商品倉庫の譲渡担保は「リスキー」な担保（三1㈡〔209頁〕）であるが、それはそのようなものとして受け入れられている。この取扱いの背景には、次の事情があるものとみることができる。

ドイツ譲渡担保法では、所有権的（担保信託）構成がとられている。完全権が移転し、担保目的は債権的拘束にとどまるから、理論上後順位担保権を設定することができない[77]。また、譲渡担保には付従性が存しない。だから、債務者が被担保債権を弁済しても、所有権は自動的には設定者に復帰しない。そうすると、最初に譲渡担保の設定を受けた債権者の地位が、いきおい強くなる。そのうえ、現行法では、日本の特例法のような一般的な登記・登録制度は存しない。したがって、後続の与信者には、設定者の担保余力を認識するための制度的手当が与えられていない。このことは、新たな融資を受けにくくなる、という点で債務者にも不利になる。登記・登録制度がないことは、後順位担保権の設定を妨げる制度上の障害にもなっている。ドイツにおいて、比較法的にみても珍しいとされる、過剰担保の法理が発展しているのはそのためであるとみられる[78]。同法理は担保価値と被担保債権額の不均衡を規制するものであり、原始的過剰担保を無効とする一方で、後発的過剰担保の際には設定者に、契約に内在する解放請求権を付与するものである。後者の解放請求権は、担保価値が被担保債権額の一一〇パーセント（捕捉限度）を超える場合に生じる。

分割理論もまた、過剰担保の法理と同様の機能を果たしていると位置づけることができる。このことを示すものとして、合意の拘束力を否定する理論は、一人の債権者が将来取得される動産につき他の債権者を排してこれを独占することを妨げるものであるとされたり、早い者勝ち原理を導入すると、設定者が新たに融資を受ける際に問題が生じると説かれていたこと（三3㈡(2)(a)〔215頁〕）が挙げられる。分割理論は、――将来動産譲渡一般に

通用する――動産譲渡論と占有論の理論的帰結として説明されることが多いけれども、それが適用される商品倉庫の譲渡担保という場を顧慮すれば、その正当性は、ドイツ譲渡担保制度の仕組みそのものによって支えられていると評することができる。

2　包括債権譲渡担保

㈠　純粋な意思主義

ドイツでは動産と同じように、債権についても分析論が前提とされている。日本においても動産とは異なり、債権については「集合債権」を観念しないのが一般である。そうすると、集合債権の譲渡を個別債権の束を譲渡するものと捉える点では、両国の間に相違はない。

これに対して、債権譲渡の構造は基本的に異なっている。日本法はフランス型の対抗要件主義を採用している。したがって、同一の債権が二重に譲渡された場合には、確定日付ある証書による通知・承諾（四六七条二項）あるいは債権譲渡登記（動産債権譲渡特四条一項）によって、第三者対抗要件を先に具備したほうが優先する。将来債権の譲渡においても、債権発生前に第三者対抗要件を具備することができ、[79] かつ、その効力は債権発生時ではなく対抗要件具備時に生じるとみられている。[80] そうすると、債権が移転するのはいつかといった問題は、少なくとも二重譲渡の規律に関する限りでは理論的なものにとどまる。他方で、ドイツ法においては、処分行為としての債権譲渡の合意があれば、それだけで債権は譲受人に移転する。通知・承諾や登記は求められていない。このように純粋な意思主義が通用しているため、当事者間の債権移転効とその対第三者効が直接に結びつけられる。この枠組みによると、現在債権譲渡の競合は、譲渡合意の時間的な順序によって決せられる。なぜなら、第一譲渡合意によって第三者との関係も含めて債権が移転する以上、譲渡人がその後に債権譲渡の合意をしたとしても、

„nemo dat quod non habet（なんぴとも自己が有しないものを与えることはできない）" の原則によって「空振り」になるからである。[81] だが、この説明が将来債権にもあてはまるかどうかは疑わしい。第一譲渡合意がなされても、対象となる債権がまだ発生していない以上、第二譲渡は空振りにならないようにも思われるからである。

(二) 早い者勝ち原理とその基礎づけ

ところが、ドイツの判例・通説は、将来債権についても現在債権と同様に、早い者勝ち原理の適用があるとしている（三2(一)〔209頁〕）。債権者Aが債務者Bから将来債権群 α につき譲渡担保の設定を受けた場合には、Bが事後他の債権者Cに α を譲渡担保に供したとしても、のちに α が発生した時には、Aがこれを取得することができる。この規律はどのようにして正当化されるのか。

まず、債権移転の効力が生じるのは譲渡合意時ではなく、債権発生時である（二2(三)〔207頁〕）。この点には争いがない。日本の「契約時移転説」のなかには、債権移転の効力が生じるのは契約時であると主張するものがあるが、この考え方はドイツでは受け入れられていない。[82]

そうすると、前述の疑問があてはまりそうである。にもかかわらず、第一譲受人が第二譲受人に優先するとされるのはなぜか。本稿が取り上げたのは、次の三つの理論構成である（三2(二)〔210頁〕）。①債権発生時に債権移転の遡及効が生じる、②譲渡合意時に譲渡人は、(a)処分権あるいは、(b)（将来債権者となる）法的地位を喪失する、③無権限者が多重処分をしたあとで「対象を取得し」たために追完が生じた場合（§ 185 II 1 BGB〔将来効〕）には、「先の処分のみ」が有効になるとするルール（§ 185 II 2 BGB）を類推適用する。現在の判例は、処分対象が将来発生する債権であることを前提としつつ、譲渡合意時にその処分権が失われると構成している（②(a)に属する）。この解釈を可能ならしめているのは、（譲渡合意時に生じる）処分要件の充足（処分権喪失）と、（債権発生時に生じる）処分効果の発生（債権移転）が分離する、との理解である（三3(二)(1)〔213頁〕）。①と②は将来債権の

処分を権限者による処分と構成するのに対して、③は無権限者の処分と同視する。換言すれば、①と②は譲渡合意時に処分権（あるいは法的地位）の存在と（その遡及的）喪失を認めるが、③によれば処分権は債権発生時にはじめて生じる。他方、②と③は現在債権譲渡と将来債権譲渡の構造を区別するのに対し、①は両者の等置を志向する。

①の構成は、ドイツでは一般化していない。しかし、ヨーロッパ・国際的なルールのなかでは広くみられるものである（Art. 11:202 (2) PECL; Art. III.-5:114 (2) DCFR; Art. 2.1.22 PICC）。将来債権の財貨性を現在債権のそれと同じ程度に評価すべきとみるならば、この構成が最も簡明ということになろう。だが、遡及効が生じる理由を理論的に説明するのは、難しいように思われる[83]。②に類した方向は、日本法にも見いだされる。(a)契約時に「将来債権の処分権」が移転するとみる見解[84]と、(b)「将来債権の発生原因となる法律関係に基づき、債権発生時に原始的に債権者となるという法的地位」が移転すると捉える見解[85]がそうである。ドイツの判例を参照しつつ、(a)の「処分権」構成を志向するものも現れている[86]。だが、ドイツの判例のように、処分対象としての権利が発生しない段階で、その権利にかかる処分権を構成することには批判もある（三3〔2〕(2)(b)〔216頁〕）。処分権は人の属性・能力とは異なり、あくまで処分の対象と関連づけられている、というのがその理由である。この立場を前提に早い者勝ち原理を基礎づける者は、③に依拠している。③の見解の特徴は、(i)譲渡合意時には処分権は存在しない、(ii)債権移転効は債権発生時に生じるとしつつ、競合の対象は譲渡人がおこなった「処分」であると構成し、処分相互の優劣を問題とする点にある。この構成は、対抗要件主義をとる日本法のもとで、(i)と(ii)の命題を共有したうえで、将来債権譲渡の「対抗」の対象は「権利移転」ではなく「譲渡契約」である、と構成する見解[87]と親和的であるといえよう。もっとも、両者には異なる部分も多い。純粋な意思主義と対抗要件主義、分離主義と一体主義といった債権譲渡法制に由来する相違を除くと、とりわけ次の点が重要である。③は将来債権譲渡の競合を

「無権限」処分の競合に類するものとみ、したがって（現在債権の）権限譲渡が競合した場合を射程外においている。これに対して、対抗の対象を「譲渡契約」とする構成によれば、競合するのが現在債権譲渡であるか将来債権譲渡であるか、権限者による譲渡であるか無権限者による譲渡であるかは問われない。すべて譲渡契約の対抗というかたちで一元的に処理されることになる。

㈢　将来財産処分の平準化

もっとも、そもそもなぜ、包括債権譲渡担保の競合に早い者勝ち原理が適用されるのかが問題となりうる。商品倉庫の譲渡担保では分割理論が適用されていた。現在の判例に理論的基礎を提供した見解によれば、動産譲渡では債権譲渡とは異なり、処分行為の構成要件として、譲渡合意のほかに「引渡し」が求められているため、処分要件の充足と処分効果の発生、言い換えれば処分権喪失と権利移転の効力を時間的に切り離すことができないからであるとされる（三3㈡(1)〔213頁〕）。

けれども、ドイツ譲渡担保法では構造的に、一譲渡担保権者が担保目的物を独占する事態が生じやすい（前述1㈢〔220頁〕）。このことは債権を目的とする場合でも同様である。しかも、債権譲渡担保については動産譲渡担保とは異なり、譲渡合意のみでこれをおこなうことができる。実際、過剰担保法理の適用が問題となる典型的な例は、包括債権譲渡担保である。また、権利発生前の処分対象の存在や処分権の喪失を認めることには批判がある（三3㈡(2)(b)〔215頁〕）。右に引いた見解自体が、そもそも将来債権譲渡の有効性について、ドグマティッシュな観点からは疑問があるが、「慣習法」によって貫徹されていると説いている点[88]が興味深い。

このようにみれば包括債権譲渡担保にも、商品倉庫の譲渡担保と同様に、債権譲渡の合意の撤回、したがってまた分割理論の適用を認めようとする見解が主張されていること（三3㈡(2)(b)〔216頁〕）は驚くに値しない。また、早い者勝ち原理を維持する場合でも、無権限処分に類したものと構成する見解（§ 185 II 2 BGB 類推適用説〔③〕）

に依拠するもの（三3(二)(2)(b)〔217頁〕）が有力である（根拠づけの相違がもたらす影響につき、後述五1〔226頁〕）。

五　おわりに

最後に、本稿とかかわりが深いものの、紙幅の関係上論及することができなかった点につき、問題の所在を簡単に言及しておきたい。

1　倒産手続

第一は、倒産手続開始申立後または開始後に取得された権利の規律である。この問題はとくに包括債権譲渡担保について議論されている。倒産手続が開始すると、債務者の管理処分権は制限され（§ 80 InsO）、債務者がその後になした倒産財団に属する財産の処分は無効になる（§ 81 InsO）。のみならず、§ 91 InsO は財団保護の観点から、「倒産財団の対象上の権利」は「債務者の処分……に基づかなくても」、手続開始後にはこれを有効に取得することはできないと定める。

では、譲渡合意は手続開始前になされたけれども、目的債権が生じたのは手続開始後であった場合、譲渡担保権者は同債権から別除的満足（§ 51 ① InsO）を受けることができるか。判例によれば、平時になされた譲渡合意によって譲渡人はすでに処分権を喪失する。だから、§ 81 InsO によっては処分の効力を妨げられない。だが、目的債権が移転するのは債権発生時である。ここで § 91 InsO が適用されることになる。同条は財団保護のために、債務者の処分に基づかない権利取得を妨げているからである。[89] これに対して、譲渡合意時の処分権の喪失を否定する見解によれば、債権移転は § 81 InsO によって妨げられるとみるのが論理的である。この適用条文の相

違は、倒産手続開始申立後、保全処分が命じられて債務者の処分権が制限されている（§ 21 II ② InsO）間に、目的債権が発生した場合の処理に影響を及ぼしうる。すなわち、同条による処分制限の効力を定める § 24 I InsO は、§ 81 InsO を準用するにとどまり、§ 91 InsO を引いていない。したがって、§ 91 InsO 説によると、この場合には譲渡担保権者が債権を取得できることになりうるからである。[90] そのほか、譲受人が債権の源泉価値を優先的に把握している場合には異なる規律が妥当するのではないかを検討する必要がある、と指摘されている。[91]

以上の分析によると、商品倉庫の譲渡担保の目的動産が倒産手続開始後に取得された場合には、§ 81 InsO の適用がありそうである。あらかじめの物権的合意・占有改定によっては、処分権の喪失は生じないと解されているからである。もっとも、この点については § 91 InsO を引く見解もみられる。その論理整合性については別稿で検討することにしよう。

2　取得プロセス

第二は、取得プロセスの問題である。将来動産・債権が取得された場合にその動産・債権は、譲渡担保権者が直接取得する（直接的取得）のか、いったん設定者に「論理上の瞬間」移転したあとで譲渡担保権者に移転するのか（経由的取得）。

この問題の実益はとくに、商品倉庫の譲渡担保と賃貸人の法定質権（§ 562 BGB）の優劣、および § 91 InsO の適用可能性（同条は「倒産財団の対象上の権利」としている）にあるといわれている。だが、取得プロセスの構成そのものは法的評価を含まない。そこで、方法論上の問題として、直接的取得・経由的取得の対立から具体的な問題につき演繹的に結論を引き出すのは正当でない、との見方も有力である。また、ドイツではしばしば、取得プロセスの構成と処分権の存否の問題が、ばらばらに議論されている。[92] だが、両問題を切り離すことができる

のかについては、処分権の性質と対象を踏まえてあらためて検討をくわえなければならない。

＊　本稿の基礎になったのは、ＡＢＬ法制研究会における報告原稿である。報告の際には、本稿を献呈させていただく池田真朗教授（慶應義塾大学）をはじめ、中島弘雅教授（慶應義塾大学）、森田修教授（東京大学）、ドイツ法の共同研究者である、池田雅則教授（名古屋大学）、三上威彦教授（慶應義塾大学）、石田剛教授（大阪大学）、藤井徳展准教授（大阪市立大学）など、様々な先生方から多数のご教示をいただいた。ここに記してお礼申し上げる。いうまでもなく、本稿に残されている誤りは、すべて筆者の責に帰するものである。

＊＊　本稿は、平成二五年度科学研究費補助金（若手研究(B)：課題番号 22730092）の助成を受けた研究成果の一部である。

(1)　米倉明『譲渡担保の研究』一一三頁（有斐閣、一九七六年）〔初出一九六八年〕、古積健三郎「『流動動産譲渡担保』に関する理論的考察（一）（二・完）」論叢一三三巻二号一六頁、六号五一頁（一九九三年）、池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察（一）（二）」北法四五巻四号五一頁、五号九一頁（一九九四年）。本稿ととくに関連するのは、清水裕一郎「複数の譲渡担保の競合」法学研究論集三九号二一七頁（二〇一三年）。

(2)　藤井徳展「将来債権の包括的譲渡の有効性（一）（二・完）」民商一二七巻一号二二頁、二号一九〇頁（二〇〇二年）、石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』二六七頁（商事法務、二〇一三年）〔初出二〇一二年〕。倒産法の観点から平時の理論にも論及するものとして、和田勝行『将来債権譲渡担保と倒産手続』（有斐閣、二〇一四年）。

(3)　この視点については、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」金融法研究二一号八一頁（二〇〇五年）、中田裕康「将来又は多数の財産の担保化」金融法務研究会編『動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討』一四頁（金融法務研究会事務局、二〇一〇年）など。

(4)　Moritz Brinkmann, Kreditscherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen: Eine materiell, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und

europäischer Entwicklungen, Tübingen 2011, S. 367.「組み合わせ」方式の意義と限界につき、Thomas Grädler, Die Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen im deutschen Recht: Dargestellt am Beispiel der englischen floating charge, Tübingen 2013.

（5） 前掲注（1）（2）。そのほか、池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保―比較法のマトリクス』（商事法務、近刊）のドイツ法の箇所を参照。

（6） 将来債権の広狭二義につき、和田・前掲注（2）一七頁参照。

（7） Harm Peter Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, Sachenrecht, begründet von Harry Westermann, 8. Aufl., Heidelberg ua 2011, § 2, Rn. 10 [H.P. Westermann].

（8） Manfred Wolf/Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 29. Aufl., München 2014, § 4, Rn. 22, § 7, Rn. 30. 詳しくは、亀田浩一郎「ドイツ譲渡法理における占有改定の内容（一）（二）」法論八一巻一号一一七頁、四＝五号六一頁（二〇〇八～二〇〇九年）などを参照。

（9） Hansjörg Weber/Jörg-Andreas Weber, Kreditsicherungsrecht, 9. Aufl., München 2012, S. 135.

（10） したがって、これを「あらかじめの占有改定」に一括するのは不適切である。Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, § 9 VII 4 b, Fn. 26.

（11） 概念規定につき、Wieling, Sachenrecht I^2 (Fn. 10), § 9 VII 4 b, S. 333 m.w.N. 以下の引用文も同所。

（12） Statt vieler Fritz Baur/Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 51, Rn. 31.

（13） Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 4, Heidelberg 1976, § 49, S. 388.

（14） BGH, WM 1965, 1248. 以下の二点を撤回理論の制約と位置づける視点に関しては、vgl. Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), § 929, Rn. 84.

（15） その定式化は、Brinkmann, Kreditscherheiten (Fn. 4), S. 131.

（16） BGH, WM 1960, 1223.

（17） J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2011, § 929, Rn. 82 m.w.N. [Wolfgang Wiegand]; Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2013, § 929, Rn. 41 m.w.N. [Jürgen Oechsler].

（18） Wieling, Sachenrecht I[2] (Fn. 10), § 1 III 2 c, S. 37-38; Westermann/H.P. Westermann, Sachenrecht[8] (Fn. 7), § 37, Rn. 11-12.

（19） Wieling, Sachenrecht I[2] (Fn. 10), § 9 VII 4 b, S. 334; Westermann/H.P. Westermann, Sachenrecht[8] (Fn. 7), § 39, Rn. 11.

（20） Westermann/H.P. Westermann, Sachenrecht[8] (Fn. 7), § 39, Rn. 11.

（21） So Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), § 930, Rn. 33.

（22） Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), Anh zu §§ 929-931, Rn. 131; Münchkomm/Oechsler, BGB[6] (Fn. 17), Anh. §§ 929-936, Rn. 16.

（23） RGZ 67, 166.

（24） Alexander B. Simokat, Die Verfügungsmacht, Berlin 2014, S. 96.

（25） Westermann/H.P. Westermann, Sachenrecht[8] (Fn. 7), § 2, Rn. 11.

（26） 古屋壮一『ドイツ債権譲渡制度の研究』二八頁（嵯峨野書院、二〇〇七年）〔初出二〇〇三年〕。

（27） Baur/Stürner, Sachenrecht[18] (Fn. 12), § 58, Rn. 1.

（28） BGH, NJW-RR 2010, 192.

（29） Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 4. Aufl., München 2011, § 95, Rn. 30 [Hans Gerhard Ganter]; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2012, § 398, Rn. 71 [Jan Busche]; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., München 2014, § 398, Rn. 11 [Christian Grüneberg].

（30） BGHZ 32, 367.

（31） Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., München 1987, § 34 III, S. 585 mit Fn. 36; Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 398, Rn. 79 [Günter H. Roth].

（32） BGHZ 167, 363.

（33） Staudinger/Busche, BGB 2012 (Fn. 29), § 398, Rn. 71; MünchKomm/Roth, BGB[6] (Fn. 31), § 398, Rn. 79.

(34) BGH, WM 1960, 1223. この判決につき詳しくは、清水・前掲注(1)二二二頁。

(35) Peter Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl., Heidelberg ua 2012, Rn. 1310, 1362 und 1646a; ferner Ganter, in: Bankrechts-Handbuch I[4] (Fn. 29), § 95, Rn. 156; Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), Anh zu §§ 929-931, Rn. 280; Münchkomm/Oechsler, BGB[6] (Fn. 17), Anh. §§ 929-936, Rn. 19.

(36) BGH, WM 1960, 1223 と Bülow, Kreditsicherheiten[8] (Fn. 35), Rn. 1310 は①に照準を合わせるが、一般には、①と②の双方が挙げられる。Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), Anh zu §§ 929-931, Rn. 280; Münchkomm/Oechsler, BGB[6] (Fn. 17), Anh. §§ 929-936, Rn. 19; Ganter, in: Bankrechts-Handbuch I[4] (Fn. 29), § 95, Rn. 156. ①につき拘束力肯定説にたつ場合（二1〔1〕〔204頁〕参照）には、②に依拠することになる。

(37) Ganter, in: Bankrechts-Handbuch I[4] (Fn. 29), § 95, Rn. 154.

(38) Rainer Barbier, Konkurrierende vorweggenommene Sicherungsübereignungen: Bewältigung einer unbefriedigenden Rechtslage, in: ZIP 1985, S. 521.

(39) Hans-Jürgen Lwowski/Gero Fischer/Katja Langenbucher (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 9. Aufl., Berlin 2011, § 11, Rn. 9, auch vgl. Rn. 14 [Lwowski].

(40) Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), Anh zu §§ 929-931, Rn. 280, vgl. § 929, Rn. 84.

(41) Lwowski, in: Das Recht der Kreditsicherung[9] (Fn. 39), § 11, Rn. 9.

(42) So Ganter, in: Bankrechts-Handbuch I[4] (Fn. 29), § 95, Rn. 154, ferner vgl. Rn. 156.

(43) Peter Hänseler, Die Globalzession, Zürich 1991, S. 154. 包括債権譲渡担保の競合は、個別債権譲渡担保と同一の枠組みで処理される。Staudinger/Busche, BGB 2012 (Fn. 29), Einl zu §§ 398 ff., Rn. 106. 他方、包括債権譲渡担保（金銭信用）と延長された譲渡担保（商品信用）が競合した場合には、例外ルールが用意されている。この問題については、米倉明『所有権留保の研究』一四五頁（新青出版、一九九七年）〔初出一九六六年〕。

(44) BGHZ 30, 149. 詳しくは、米倉・前掲注(43)一六九頁。

(45) 期待権理論（§ 161 I BGB 類推適用説）はここでは取り上げない。その問題点につき、石田・前掲注(2)二八〇頁を参照。譲渡合意の拘束力との関係は、後掲注(53)。直近では、Florian Eichel, Künftige Forderungen, Tübingen

2014が新たな視点を提示している。この学説については、〔追記〕を参照。

(46) Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005, Rn. 775.

(47) So Bülow, Kreditsicherheiten[8] (Fn. 35), Rn. 1422.

(48) この言葉は、Bülow, Kreditsicherheiten[8] (Fn. 35), Rn. 1651.

(49) MünchKomm/Roth, BGB[6] (Fn. 31), § 398, Rn. 79. 同書が引くのは、Hänseler, Die Globalzession (Fn. 43), S. 156.

(50) BGHZ 135, 140; BGH, ZIP 2009, 2347. 両判決につき、和田・前掲注(2)三九・四二・一七〇頁。

(51) 前掲注(49)のほか、Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV (Fn. 13), § 49, S. 390; Larenz, Schuldrecht I: AT[14] (Fn. 31), § 34 III, S. 585.

(52) Bülow, Kreditsicherheiten[8] (Fn. 35), Rn. 1422, 1651. 直接債権者になる、という点については、Rn. 1419.

(53) Vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV (Fn. 13), § 49, S. 390. なお、譲渡合意の拘束力だけを理由に、早い者勝ち原理を導くことができるか否かが争われている。これを認める判例・学説もある。しかし、譲渡合意の拘束力は、譲渡人が合意を撤回できないとするものにすぎない。拘束力が認められたからといって、処分の優先性が基礎づけられるわけではない。「処分は、――義務づけとは異なって――拘束するものではなく、直接効果をもたらすものである」。Eichel, Künftige Forderungen (Fn. 45), S. 356-357, 384.

(54) Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 185, Rn. 47, 60 [Frank Bayreuther].

(55) この点につき、Knut W. Nörr/Robert Scheyhing/Wolfgang Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 1999, § 9 I, S. 108 [Pöggeler]

(56) Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1910, Bd. 2/1, München/Leipzig 1914, § 9, S. 187 Fn. 23, § 12, S. 221 und § 60 V, S. 388, 392. von Tuhr については、於保不二雄『財産管理権論序説』二九三頁（有信堂、一九五四年）〔初出一九三六年〕。現代の支持者につき、Ganter, in: Bankrechts-Handbuch I[4] (Fn. 29), § 96, Rn. 179 mit Fn. 373 m.w.N.

(57) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV (Fn. 13), § 49, S. 387-391, ferner § 47, S. 277, 324.

(58) BGHZ 135, 140（Serick の引用）。その後、BGH, ZIP 2009, 2347は同判決の命題を維持するとしつつ、処分要件

と処分効果が例外的に分離する点につき、Staudinger/Busche, BGB 2005, § 398, Rn. 63 a.E.（前掲注（29）の前版。新版でも変更なし）の参照を指示している。

(59) Richard Giesen, Mehrfachverfügungen des Sicherungsgebers nach 930 BGB, in: AcP, Bd. 203 (2003), S. 229.

(60) Giesen, Mehrfachverfügungen (Fn. 59), S. 234 mit Fn. 68.

(61) そのほか、§ 161 I BGB と § 1209 BGB を理由に挙げている。詳細は、清水・前掲注(1)二二五頁参照。

(62) Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), Anh zu §§ 929-931, Rn. 278, 280.

(63) Stepfan J. Geibel, Die Kollision zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und antizipierter Sicherungsübereignung, in: WM 2005, S. 966. § 161 I BGB と § 1209 BGB も根拠にならないという。

(64) Münchkomm/Oechsler, BGB[6] (Fn. 17), Anh. §§ 929-936, Rn. 18.

(65) Staudinger/Wiegand, BGB 2011 (Fn. 17), Anh zu §§ 929-931, Rn. 142-143. ただし、第一譲渡担保権者の利益にも一定程度配慮している。前掲注(40)対応本文参照。

(66) Max Ernst Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, in: DJZ 1904, S. 54; ders., Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Gruchots Beiträge, Bd. 48 (1904), S. 465.

(67) Brinkmann, Kreditsicherheiten (Fn. 4), S. 133-134, 163-164. 同趣旨はすでに、Wolfgang Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis: Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, Marburg 1933, S. 142.

(68) Brinkmann, Kreditsicherheiten (Fn. 4), S. 165.

(69) BGHZ 135, 140 に対する批判として、Ludwig Häsemeyer, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.3.1997, in: ZZP, Bd. 111 (1998), S. 85. 重要な先行研究は、Dietrich Eckhard, Vorausverfügung und Sequestration, in: ZIP 1997, S. 960. 他の支持者につき、後掲注(70)(71)のほか、Brinkmann, Kreditsicherheiten (Fn. 4), S. 168 m.w.N.

(70) Reinhard Bork, Die Verfügungsbefugnis bei der Vorauszession, in: Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meinck (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 304.

(71) Jüngst Simokat, Die Verfügungsmacht (Fn. 24), S. 96-98; ferner ders., Vorausverfügungen über künftige Forderungen

im vorläufigen Insolvenzverfahren, in: NZI 2012, S. 61-62.

(72) Eckhard, Vorausverfügung (Fn. 69), S. 961; Bork, Die Verfügungsbefugnis (Fn. 70), S. 304.

(73) 最判昭和六二年一一月一〇日民集四一巻八号一五五九頁。

(74) 森田・前掲注(3)九一頁。この視点によると、動産譲渡登記によって対抗要件が具備された場合には、集合物論に依拠する必要はなくなる。

(75) 古積・前掲注(1)(二・完)六七頁。

(76) 米倉・前掲注(1)一三二頁。

(77) ただし、譲渡担保の目的である権利が被担保債権の消滅を解除条件として移転された場合には、設定者は、債務を完済する前に権利の回復に対する「期待権」を有し、この期待権を担保に供することで新たに融資を受けることができる。けれども、条件を付したかどうかが判然としないケースは、無条件の譲渡担保と解釈される(BGH, NJW 1984, 1184; NJW-RR 2005, 280)。また、実務では、債権者の不利になる解除条件は付されないのが通常である。

(78) 詳しくは、前掲注(5)所収の石田剛執筆部分。日独の先行研究についても同所を参照。

(79) 最判平成一三年一一月二二日民集五五巻六号一〇五六頁。

(80) 最判平成一九年二月一五日民集六一巻一号二四三頁を参照。先駆的なものとして、池田真朗『債権譲渡法理の展開』三七九頁(弘文堂、二〇〇一年)。なお、要綱仮案第19－3。

(81) Bülow, Kreditsicherheiten[8] (Fn. 35), Rn. 1648. このように早い者勝ち原理は一般に、*nemo dat quod non habet*(あるいは„*nemo-plus-iuris*"命題)によって基礎づけられている。これに対し、同原理の「最も重要な第一の支柱」は、法秩序が財産の分配の仕方を私人の意思に委ねていること、つまり「私的自治」だというものがある。Eichel, Künftige Forderungen (Fn. 45), S. 392 mit Fn. 250.

(82) 石田・前掲注(2)二七七頁、和田・前掲注(2)一七一頁。

(83) 白石・後掲注(87)一四二頁も参照。

(84) 森田・前掲注(3)八八頁。

(85) 中田・前掲注(3)二四頁。

(86) 和田・前掲注(2)一七三頁。
(87) 白石大「将来債権譲渡の対抗要件の構造に関する試論」早法八九巻三号一七一頁（二〇一四年）。
(88) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV (Fn. 13), § 49, S. 389.
(89) 和田・前掲注(2)四六頁。
(90) 和田・前掲注(2)五七頁注一八二。
(91) 和田・前掲注(2)一八九頁。もっとも、ドイツでは、商品倉庫の譲渡担保と包括債権譲渡担保が組み合わされた場合には、過剰担保とされるおそれが高い点に留意すべきである。Vgl. Ganter, in: Bankrechts-Handbuch I[4] (Fn. 29), § 95, Rn. 87, 91, auch Rn. 127, 128.
(92) 和田・前掲注(2)一七四頁も参照。

〔追記〕前掲注（45）の末尾に掲げた近時の研究（Eichel）によれば、将来債権譲渡の構造は、債権を事前に処分する（「先行譲渡」モデル〔S. 352〕。これが「完全に支配的な」〔S. 354〕コンセプトであるとされる）ものではなく、「債権取得の見込み」を「現在」処分するもの（S. 429, 430）と捉えられる（「将来債権の現在譲渡」モデル〔S. 353〕）。この「見込み」は、法的原因の有無にかかわらず（狭義の将来債権であっても）、特定可能性を充足した時点で生じる。将来債権譲渡の処分対象は、（将来生じる）債権ではなく、（現在存する）取得の見込み――債権の「前段階」ないし「一部現実化した胴体」（S. 430）――であると構成している点に特徴がある。本稿との関係では、この見解が、処分権はその対象の存在を前提とするという命題（三**3**㈡(2)(b)〔216頁〕参照）を受け入れつつ、譲渡合意時の処分権を構成しうると説いている（S. 366）反面で、処分要件と処分効果を分離する構成（三**3**㈡(1)〔213頁〕参照）を厳しく批判していること（S. 358）が興味深い。もっとも、同書に接しえたのは脱稿直前であったため、本文の分析に十分に取り入れることはできなかった。このモデルの適切性や従来の見解との異同、将来動産譲渡への波及効などについては、別稿で検討することにしたい。