

# 流動動産譲渡担保設定者による不適正処分の効力

堀 竹 学

1. はじめに
2. 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巻6号2499頁（①最高裁判例）
    - 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）
  - (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、  
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）
    - 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）
3. 学説
  - (1) 学説の状況
  - (2) 追及効喪失説
  - (3) 即時取得説
4. 考察
  - (1) 流動動産譲渡担保の法的構成との関係
  - (2) 集合物動産譲渡登記と工場抵当法5条
  - (3) 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
5. おわりに

## 1. はじめに

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ている<sup>1)</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。ただし、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、学説では詳細な検討はなされていないが、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、定義しようとの試みはある。筆者もこれについて、検討を試みたことがある<sup>2)</sup>。

そして、この流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の処分でなく、その範囲を超えた処分（不適正処分）がなされた場合、その処分の効力はどのように解するのか、譲渡担保に関するものなので条文もなく問題となる。この点、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頁において、傍論ではあるが、「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。」と示した。

一方、学説は、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（不適正処分）がなされた場合、処分の目的動産が保管場所から搬出されていなければ、最高裁判例と同様に当該処分は効力を有さず、所有権は移転しないと解しており、この点については争いが無い。しかし、処分の目的動産が保管場所から搬出された場合には、その動産に流動動産譲渡担保の効力がもはや及んでいないとするものと、なお及んでいるとするものとに分かれる。

本稿では、これらの判例・学説を踏まえ、主に見解の分かれ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（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。以下では、まず、流動動産譲渡担保設定者による処分の効力について示した前記2件の最高裁判例およびそれらの下級審判例が、どのように判断したか示してみる。その上で、これま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（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に、いかなる効力（所有権の帰趨）となるか解釈した学説を分類し、検討してみる。そして、最後に、流動動産譲渡担保の法的構成との関係、工場抵当法5条との比較、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を着眼点に本論点について私見を述べてみたいと思う。

## 2. 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巻6号2499頁（①最高裁判例）

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巻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、水産株式会社）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し、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を目的物とする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。

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黒瀬漁場のいけす内の養殖魚全部を目的物とする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。

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を目的物とする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。

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。

なお、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。宮崎地裁日南支部は、請求を棄却した。この第一審判決を受けて、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、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有していることを認めている。

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。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示していない。

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ある<sup>3)</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>4)</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、水産株式会社) 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し、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を目的物とする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。

次に、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し、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を目的物とする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。

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。

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いけす内のブリ11万1978尾及び串間漁場内のいけす内のブリヒラ6万4780尾を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のと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尾および黒瀬漁場内のブリ9万3079尾（以下「本件物件」という。）は、Bおよび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、X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。この第一審判決を受けて、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ところ、福岡高裁宮崎支部は、Xの控訴を認容し、Yの控訴は棄却したので、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、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を設定すること、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脱した場合はない。そして、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という仮定的な場合については、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巻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巻6号2511頁、

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）

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）の原原審である宮崎地日南支判平成16年1月30日民集60巻6号2511頁では、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での担保目的物の処分が許されることを認めた。

そして、原告は、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ので、その被告の売却処分の結果、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、その買主である原告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、まず、本件契約は、形式上、再売買類似の契約であるので、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、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ので、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。

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、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。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。」とする。

その上で、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るが、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、および最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の原審、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、収益を上げさせ、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>5)</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>6)</sup>。

### 3. 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、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。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ない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>7)</sup>。最一小判平成18年7月20日民集60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、集合物是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>8)</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、場所的關係を失えば、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>9)</sup>。

また、最高裁判例<sup>10)</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>11)</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を重視すべきであり、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>12)</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>13)</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と解するものもある<sup>14)</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を保護するものである<sup>15)</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>16)</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）の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>17)</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>18)</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>19)</sup>。

また、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る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る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、個別動産の不適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ものがある<sup>20)</sup>。

さらに、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がある<sup>21)</sup>。

最後に、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。この判例にならない、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>22)</sup>。

#### 4. 考察

##### (1) 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>23)</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>24)</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旨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旨の合意（または処分権の授与）に基づくものとされる<sup>25)</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>26)</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>27)</sup>。我が国で唯一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搬出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った。

次に、判例<sup>28)</sup>・通説<sup>29)</sup>が採用している集合物論がある。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

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ひ、第三者への有効な移転も可能となる。

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>30)</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搬出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>31)</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>32)</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ふ<sup>33)</sup>。流動動産債権譲渡担保権者を保護することが、金融実務において担保融資手段の選択を広げるものと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から、この考えは採用することができない。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、当該動産はは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、当該動産にはは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>34)</sup>に生まれた価値枠論<sup>35)</sup>という考え方があつた。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、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ことになり、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。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があることは当然重要であるが、実行前にも担保価値がなければならぬのは同様に重要であり、この考えは採用することができな

い。なお、この場合にあっては、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>36)</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。

## (2) 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を、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、同規則同条同項2号が適用されることになる<sup>37)</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、集合物概念を指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>38)</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不要になっている動産譲渡登記制度の下

では、集合物概念そのものが不要にもなっているといえる立法の状況である。このことからすれば、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、それ程説得力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。

したがって、流動動産譲渡担保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ても、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>39)</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>40)</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>41)</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>42)</sup>。これに対し、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）とは異なって、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>43)</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ときにも、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うよりも、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するのが通常であると、考えたからである<sup>44)</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取得させず、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、その処分の相手方は即時取得により保護されるべきであると考えられる。

### (3) 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。したがって、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が広がれば、その範囲外の処分がなされた場合、第三者は即時取得でしか保護されないと構成してよいと思われる。反対に流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲が狭ければ、第三者の保護は即時取得制度のみで図ることは妥当ではない。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、第三者が所有権を確定的に取得するには即時取得することを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について、判例は示していないが、学説は一般的に定義しようと試みている。そして、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る<sup>45)</sup>。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の処分といえるためには、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による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の処分といえるためには、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による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による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、客観的に通常の営業の範囲外の処分である場合に、主観面につき流動動産譲渡担保設定者に過失があるにすぎないときでも<sup>46)</sup>、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>47)</sup>。

このような学説の状況ではあるが、私見では、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のように、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に限られると解する<sup>48)</sup>。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のは、債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがまったく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（流動動産譲渡担保設定者）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、補充の見込みがまったくない認識が必要であると解する<sup>49)</sup>。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いるので、実際には、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よりも、さらに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、以下のとおりである。すなわち、そもそも流動動産譲渡担保が目目されてきたのは、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ので、動産や債権しか保持していない多くの中小企業等に、動産を活

用して資金繰りをスムーズに進めさせるためであった。そして、資金繰りがスムーズに行われることになれば、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、債権回収を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>50)</sup>が、融資者、被融資者双方の利益に資する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、できるだけ流動資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。

なお、このように流動資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の懸念がある。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をして、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（流動資産譲渡担保設定者）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>51)</sup>、またそうなったとしても流動資産譲渡担保設定者の侵害意思を証明できることになることから、それ程問題ないと考えられる<sup>52)</sup>。

以上のように、私見では、流動資産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲をかなり広く考え、債権者にモニタリングや経営助言といった負担を強いている。流動資産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲がかなり広いので、第三者は流動資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、流動資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、補充の見込みがまったく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、流動資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、補充の見込みがまったくないと知っている）のであれば、相当の負担を強いられている債権者の利益を害してまでその第三者を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。

## 5. おわりに

流動資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資産譲渡担保の目的動産群から離脱した場合には、流動資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、流動資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。

流動資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、流動資産譲渡担保設定者が不適正に処分したことにより、流動資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。その衡量のために注視すべきことは、流動資産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲をどこまで認めるかということである。私見では、それを相当広く解するので、その範囲を超えて流動資産譲渡担保設定者によって処分されたような場合には、搬出された動産になお流動資産譲渡担

保の効力が及んでいると解してよいとした。

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。

本論点は、実務上非常に重要な事項であるが<sup>53)</sup>、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ところである。

## 注

- 1) 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）ほか。
- 2) 堀竹学「流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲」総合政策論叢20号1頁（2011）。
- 3) 宮坂昌利「判解」ジュリ1336号107頁。
- 4) 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）。
- 5) 小田垣亨「判批」金法1807号33頁（2007）。
- 6) 古積健三郎「判批」民商136巻1号34頁（2007）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。
- 7) 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。
- 8) 我妻・前掲注（1）664頁以下。
- 9) 我妻・前掲注（1）665頁。
- 10) 最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁。
- 11) 小山泰史「判批」銀法673号76頁、佐伯一郎「判批」銀法668号48頁。
- 12) 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、流動動産譲渡担保の設定について、悪意である。）のではないかとの指摘があったとされている。
- 13) 池田雅則・前掲注（12）80頁。また、千葉恵美子「集合譲渡担保の効力（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。
- 14) 吉田真澄「集合動産の譲渡担保（11・完）」NBL247号48頁。
- 15) 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（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。山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成－限定浮動担保理論の構築のために」法時65巻9号23頁以下（1993）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。
- 16) 集合物論としては、道垣内弘人『担保物権法』328頁（有斐閣、第3版、2008）がある。また、価値枠説でも、同様の結論になり、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巻1号92頁以下（1988）がある。
  - 17) 古積・前掲注（6）36頁。
  - 18) 古積・前掲注（6）37頁。
  - 19) 古積・前掲注（6）38頁。なお、古積・前掲注（6）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。
  - 20) 千葉・前掲注（13）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。
  - 21) 小田垣・前掲注（5）34頁。また、米倉明『譲渡担保の研究』129頁（有斐閣、1976）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。渡邊博巳「集合物動産譲渡担保設定者の担保目的物処分とその効力 ― 最一判平成18・7・20が明らかにした法理と実務の対応」NBL867号27頁（2007）も同旨である。
  - 22) 進士肇「判批」金判1286号98頁（2008）、千葉・前掲注（13）46頁、杉江隆司「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31頁（2007）。
  - 23) 福地俊雄『新版注釈民法（9）物権（4）』〔柚木馨＝高木多喜男編〕890頁（有斐閣、1998）。
  - 24) この説を採用するものとして、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巻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。
  - 25) 福地・前掲注（23）890頁
  - 26) 池田雅則・前掲注（12）73頁
  - 27) 米倉・前掲注（21）129頁。
  - 28) 最一小判昭和54年2月15日民集33巻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巻8号1559頁。
  - 29) 川井健『民法概論2 物権』478頁（有斐閣、第2版、2005）、福地・前掲注（23）887頁、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権』320頁（成文堂、第2版補訂、2007）など。
  - 30) 道垣内・前掲注（16）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巻8号1559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）がある。
  - 31) 道垣内・前掲注（16）328頁。
  - 32) 森田修「判批」法協124巻11号2611頁（2007）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）は、この考えと整合的であるとされる。
  - 33) 道垣内・前掲注（16）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の関係では、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。
- 34) 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・前掲注(24)『民事法Ⅱ 担保物権・債権総論』140頁。
- 35) 伊藤・前掲注(16)92頁以下。
- 36) 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)。
- 37) 植垣勝裕＝小川秀樹『一問一答 動産・債権譲渡特例法』82頁(商事法務、3訂版補訂、2009)。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とするものがある。森田修・前掲注(32)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において、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(37)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(37)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なされることになる。
- 38) 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巻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。
- 39) 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実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。
- 40) 最一小判昭和57年3月12日民集36巻3号349頁、近江・前掲注(29)261頁。

- 41) 近江・前掲注（29）261頁、千葉・前掲注（13）46頁。
- 42) 千葉・前掲注（13）46頁、杉江・前掲注（22）31頁。
- 43) 古積・前掲注（6）37頁。
- 44) 植垣＝小川・前掲注（37）82頁以下。
- 45) 堀竹・前掲注（2）10頁以下。
- 46) 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、過失がなくとも、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。
- 47) これに対し、客観的には通常の営業の範囲外の処分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の処分であると判断されることもある。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。他方で、行為それ自体は通常の営業活動に属するとは少し言い難いものであっても（客観面）、補充の予定・見込みがあると流動動産譲渡担保設定者が認識して取引をしたが、補充されることはなかったような場合には、主観面から、通常の営業の範囲内であると判断されることがありうる。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て、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。
- 48) 堀竹・前掲注（2）13頁。
- 49) 堀竹・前掲注（2）16頁。
- 50) 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」NBL26頁（2007）。
- 51) 池田真朗・前掲注（50）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、そのような事態を避けるために、融資者は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。
- 52) 堀竹・前掲注（2）17頁。
- 53) 花井正志「判批」銀法27頁（2006）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）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。

付記：本稿は、2010年度島根県立大学学術教育研究特別助成金による研究成果に基づくものである。

キーワード：集合物からの離脱 保管場所からの搬出 占有改定の現在化 流動性  
通常の営業の範囲の広狭

(HORITAKE Manabu)