

判例評釈

動産譲渡担保の重複設定、劣後譲渡担保権者による実行及び設定者による目的物の処分

(最高裁判所第一小法廷平成一八年七月二〇日判決(平成一七(受)九四八))

民集第六〇巻六号二四九九頁)

田村 耕一

【要旨】(最高裁「要旨」より)

- 一 動産譲渡担保が同一の目的物に重複して設定されている場合、後順位譲渡担保権者は私的実行をすることができない。
- 二 構成部分の変動する集合動産を目的とする對抗要件を備えた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、当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められない限り、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。

【事実の概要】

上告人(Y)は、ブリ・ハマチ・カンパチ等の養殖・加工・販売等を業とする株式会社である。Yは、次の内容で養殖魚を目的とする集合動産根譲渡担保契約を締結していた(いずれも引渡は占有改定)。

- ・平成一二年六月三〇日に飼料業者(A)と現在及び将来有する売却債権等一切の債権(極度額二五億円)
- ・同年一二月七日に銀行(B)と現在及び将来有する一切の債権(極度額一〇億円)
- ・平成一五年二月一四日にC(Yの順位二番の大株主)と商取引及び金融取引に基づく債権(極度額三〇億円)

契約者	担保目的物	A 甲・乙・他の漁場の生簀内に存するY所有の養殖魚全部	その他の合意（Yの義務・権限）
B	甲の生簀内の養殖魚全部	C Aと同じ	<ul style="list-style-type: none"> ・目的物を無償使用 ・飼育生産管理 ・通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡可 ・第三者に譲渡された養殖魚は譲渡担保の目的物から除外 ・譲渡後は速やかに新たな養殖魚を生簀に搬入し補充 ・当然の用法で目的物を無償使用 ・善管注意義務をもつて目的物を通常の営業方法に従い販売（代金は運転資金に供してもよい）

平成一五年四月三〇日にYは農水産物の商社である被上告人(X)との間で、①（契約書第一章第一条によると大手量販店(D)へ出荷予定のYの所有する）養殖魚（以下「原魚」という）である甲漁場内の特定の二二基の生簀内のブリ一三万五二二尾（以下「本件物件1」）を、キログラム当たり六二〇円で売却し（各対象生簀にXが所有者であること及び後記預託期間を表示した明瞭な標識を設置する）、売買代金は、YのXに対する同日までの債務に充当（対当額により相殺）すること、②Xは、平成一六年四月三〇日まで、預託用原魚の飼育管理をYに預託すること、③Yは、Xから預託された原魚を買い戻し（買戻期間は平成一五年一〇月一日から平成一六年四月三〇日、買戻代

金は売り渡した預託用原魚の金額に飼育経費を加算して算出した金額）、これにファイル加工を行いXに販売し、被上告人はこれをDに販売する、との契約（以下「本件契約1」という）を締結した（なお、契約満了日とされた平成一六年四月三〇日にX所有の預託用原魚が残留する場合は契約を継続すること、Yに任意破産等の申立があった場合にXは契約期間中であっても本件契約1を解除できること、Yが支払不能の場合にXは原魚を第三者に売却する権利を有すること、が合意された）。

また、同日、YはXとの間で、Yの所有する養殖ハマチ計二七万二五六六尾（以下「本件物件2」）を一キログラム当たり六五〇円で売却し、Xは第三者への売却を目的として、同年七月三一日までに総ての目的物を生簀から移動するものとし、Yは総ての目的物が移動するまでXに代わり飼育を行う、との契約（以下「本件契約2」という）を締結した。（契約書第一章第一条には単にY所有のハマチを売却すると記されており、契約時には甲漁場に格納されていた。）

Yは、平成一五年七月三〇日、東京地裁に民事再生手続開始を申立て、同年八月四日に同開始決定された。

XはYに対し、本件契約1及び2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た。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及び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。

第一審（宮崎地裁日南支部判平成一六年一月三〇日、金融・商事判例一二四八号三七頁）は、「本件契約1及び本件契約2に関する各契約書の記載内容からすれば、本件契約1及び本件契約2が、いずれも売買契約の内容を含むものであると認めるのが相当」とした上で、「Aが占有改定により本件物件の引き渡しを受けた後であるから、Xが本件物件の所有権を取得するために、本件物件を民法一九二条により即時取得するしかないと解されるところ、Xは、即時取得の主張をしていない（そもそも、本件物件は、現在も甲漁場の養殖生簀内に格納されているのであるから、Xが、本件物件を即時取得する余地はない）」とした。また、Xの「集合物譲渡担保設定者であるYは、通常の営業の範囲内で目的物を売却処分することができるので、そのYの売却処分の結果、集合物の範囲を脱すれば、処分された目的物の譲渡担保権は消滅し、譲渡担保権の制約はなくなり、その買主であるXが所有者となる」との主張については、「Y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Aの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、現在も甲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」として採用しなかった。Xが控訴。

原審（福岡高裁宮崎支部判平成一七年一月二八日、金融・商事判例一二四八号三三頁）は、「本件契約は、形式上、〔1〕YからXに対する本件物件の売渡し、〔2〕XからYに対する本件物件の飼育管理の預託（委託）、〔3〕一定期間経過後におけるXからYに対する本件物件の売戻しの各合意からなる契約と解されるところ、このうち、〔1〕の合意に基づいて発生する売買代金債務それ自体は、XのYに対する既存の債務との清算（相殺）により、いったん消滅し、その後、〔3〕の合意により、双方に新たな債務（Yの売買代金支払債務及びXの本件物件移転債務）を生じさせるというのであるから、結局、本件契約は、〔1〕、〔3〕の合意部分は、再売買類似の契約であり、〔1〕の合意は、売買契約と解さざるを得ない。したがって、本件契約は、Yを売主、Xを買主とする本件物件の売買契約を本体としてこれを含む契約と認められるべきものであって、これをもって、譲渡担保権設定契約と認めることはできない。」とした上で、①譲渡担保権者は清算手続を経て初めて所有権を確定的に取得する、②商品に対する集合動産譲渡担保については制約する合意規定がない限り設定者独自の判断で通常の営業の範囲内において第三者に対して売却する権限を留保しているものと解すべき、と示して、「譲渡担保設定者において譲渡担保の目的物を通常の営業の範囲内で第三者に売却することが許容されている集合動産譲渡担保権にあつては、譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に確定的に移転取得させることができるという物権的地

位が設定者にとどめられているものと解さざるを得ず、……Yから本件物件を買い受けたXは、Yが有する上記物権的地位、すなわち、本件物件の所有権をX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。」として、A・B・Cの先行する譲渡担保権が設定されているというだけでは、Xの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ず、主張自体失当であるとした。Yが上告。

【判旨】一部破棄自判、一部破棄差戻

「本件契約1においては、YからXへの原魚の売却と同時に、XからYへの原魚の預託が行われるため、契約時に目的物に対する直接の占有は移転せず、Yが原魚の飼育管理を継続して行うこととされていること、当初の原魚の売買代金は、XのYに対する既存の債権に充当するものとされており、現実の代金の授受は行われないうこと、原魚を現実の商品として第三者に販売しようとする際には、いったんYがXから買い戻した上、改めてYからXに対し、加工品として販売するものとされており、実質的には、この加工販売代金との精算をもって、XのYに対する既存の債権の回収が行われることになること、Yが支払不能になった場合には、Xが原魚を第三者に売却することで、上記債権の回収が図られることになることが明らかである。これらの点に照らせば、本件契約1は、その目的物を上記債権の担

保とする目的で締結されたものにほかならない。そうすると、本件契約1は、再売買が予定されている売買契約の形式を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約1の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当である。

……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對抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手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、X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。」(本件契

約1につき、原判決を破棄)

「本件契約2が譲渡担保契約であると解すべき根拠はないから、以下、これが真正な売買契約であることを前提に、Xが本件契約2に基づいて本件物件2の所有権を取得したといえるかどうか、検討する。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ものと解するのが相当である。…：他方、對抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないといふべきである。本件においては、本件物件2が本件各譲渡担保の目的である集合物から離脱したと解すべき事情はないから、被上告人が本件契約2により本件物件2の所有権を承継取得したかどうかを判断するためには、本件契約2による本件物件2の売却処分が上告人の通常の営業の範囲内のものかどうかを確定する必要がある」といふべきである。」(本件契約2につき、売却処分が通常の営業の範囲内のものか確定していないとして差戻)

あるといふべきである。」(本件契約2につき、売却処分が通常の営業の範囲内のものか確定していないとして差戻)

付記 Yは、本判決とは別の飼料会社(Z)との間においても平成一五年三月三十一日に合意された本判決と同様の契約につき争っており、Zの主位的請求は所有権に基づく物件の引渡、予備的請求は飼料代金請求権が一般先取特権又は共益債権に当たるとの主張であった。この訴につき、最高裁第一小法廷は本判決と同日付で、①目的物の直接占有が移転していないこと、②当初の原魚の売買代金はZのXに対する既存の債権に充当すること、③再売買において原価に年四・七五%の金利を乗じた額が加算され売買代金が定められること、④Xに信用不安が生じた場合にZが目的物を処分しうること、等が定められていることから、譲渡担保契約と解するのが相当であるとして、主位的請求は棄却、予備的請求は差戻の判断を下している(平成一七年(受)第二八三号、以下「関連判決」という)。なお、関連判決の第一審(宮崎地裁日南支部判平成一六年六月一日、金融・商事判例二二二二五頁)は売買契約と認定した上で承継取得は認めなかったが予備的請求を認容し、原審(福岡高裁宮崎支部判平成一六年一〇月二十九日、金融・商事判例二二三号四五頁)は、本判決の原審と同様の判断により譲渡担保契約ではなく売買契約であるとして、Xの所有権の承継取得(各譲渡担保権の負担付)を肯定していた。

【研究】

一 本判決における問題点

本判決及び関連判決については、既に幾つかの評釈があり、(1)譲渡担保として認定される基準（真正譲渡との違い）、(2)譲渡担保の重複設定の可否及び劣後する譲渡担保権者の実行の可否、(3)集合動産譲渡担保の目的物の処分（通常処分と不適正処分）及び即時取得、が指摘されている。

(1)の譲渡担保か真正譲渡かの判断については、本判決によると、契約（書）の形態を問わず、①目的物の占有、②（被担保）債権の存在、③受戻権（本件では買戻）、④支払不能時に目的物売却により債権回収に充てること、が契約当事者ではない「裁判所」によって「見出されれば」、譲渡担保として「認定」されており、関連判決も同様である。⁶⁰⁾

これに対しては、①につき買受けた物をそのまま保管させる仕入寄託は特殊な取引形態ではないこと、②につき本判決からは売主に対して反対債権を有する場合などは譲渡担保と認定されてしまう可能性があること、⁶¹⁾対等企業間の取引では単純な売買であつても「掛売」であるから何がしかの「金融的機能」があること、⁶²⁾③につき本件の「買戻」はDへの売却に当りXがYに加工させる趣旨であり、譲渡担保における買戻とは全く意味が異なること、⁶³⁾が指摘されている。また、占有移転を伴わない不動産の買戻特約付売買契約を譲渡担保と認定した最判平一八年二月七日（民集六〇巻二四八〇頁）に比して、とりわけ

「特段の事情のない限り」の説示がないことから、「買主に直接占有がなく、売買代金を既存債権で相殺した場合」の「動産売戻特約付売買契約」を例外なく債権担保目的であると言い切ってしまうのは、問題があると指摘されている。⁶⁴⁾

(2)の譲渡担保の重複設定については、従来より、担保的構成では抵当権に類して可能であり、所有権的構成では即時取得の問題となることが指摘されていた。本判決が譲渡担保の重複設定を認めたことから、「担保的構成」を宣言したとも評されるが、一方で「判例の趣旨は一義的に明瞭とは言えない」とするものもある。⁶⁵⁾その上で、本判決が先行する譲渡担保権者の優先権を確保する手続がないことを理由に劣後する譲渡担保権者の実行を認めなかったことに対しては、「どんな意味があるのか」という疑問が呈されている。⁶⁶⁾なお、先行する譲渡担保権者の権利を確保する方法につき、劣後する譲渡担保権者に物上代位権（最判平一一年五月一七日、民集五三巻五号八六三頁）を行使させ先行する譲渡担保権者が民事執行法一九三条一項によって差押えれば配当手続に入り優先配当を受け得るとの指摘がある。⁶⁷⁾

(3)の目的物の処分については、本判決が譲渡担保の設定者による「通常処分」を認めたことは評価されるものの、「通常」か「非正常」かの認定基準については、先述したような疑問が指摘されている。さらに、本件契約②の判示からは、「通常の営業の範囲」を越える売却処分であつても、集合物から離脱すれば処分の相手方は目的物を承継取得する余地があると説み取

れることが指摘されている。なお、本判決では本件契約1に関して譲渡担保の「即時取得」が可能であるかのように言及する点も、従来の判決にはみられなかった重要な点である。

実務的には(1)の譲渡担保として認定される要素、有効となる処分の基準が中心の問題となるものの、以上の既に指摘されている問題の多くは、いわゆる譲渡担保の法律構成に言及されている。もともと、本判決では、Xは譲渡担保の実行を求めたわけではないから、傍論として重複設定につき述べられているに過ぎない。しかし、注意すべきは、まず要旨には「同一」の目的物」とあるが判決文中では「同一」との言明はなく、一部に「後順位譲渡担保権者」とあるが判決文中では先行・劣後と表現されている点、また「競合」ではなく「重複」と表現されている点である。さらに、本判決では、(2)の重複設定に関する判断において集合物に関する言及がなく、(3)の目的物の処分につき検討する際に譲渡担保の法律構成がでてこない。目的物につき、具体的には、本件物件1に関しては、Xの重複する譲渡担保と認定しただけであり、重複した譲渡担保の目的物が「ブリー三万五二二二尾」の一尾」との個別動産なのか集合物なのか、特に言及されていない。ところが、その一方で、譲渡担保目的物の処分の問題とされた本件物件2に関しては、「本件物件2が本件各譲渡担保の目的である集合物から離脱した」として、「集合物から処分された個別動産」かのような思考がみとれる。もともと、「譲渡担保の目的を構成する動産」との表現も

使用されており、やはり目的物は定かではない。³¹⁾

担保の競合も含め今後起り得る問題を解決するには、譲渡担保の法律構成と集合物に関する議論はどの様に関わるのか確認しておく必要がある。そこで本稿ではこの点に着目し、以下では、とりあえず「同一目的物」への譲渡担保の重複であるならば、これまで問題となった事例と比較可能といえるため二で言及する。しかしながら、目的物が何かが明らかにされていない以上、本判決における「重複して設定」の意味を解明する必要がある。三で考察する。

二 譲渡担保が他の担保に劣後した判決例と本判決の比較

本判決は設定者との間で争われた事例であり、重複する譲渡担保権者間の問題につき判断されたわけではない。そこで本稿では、これまで先行の担保に対して譲渡担保が劣後した判決例を挙げ、本判決の意味を探る。

所有権留保目的物に対する留保買主の譲渡担保の設定につき、³²⁾最判昭五八年三月一八日(判例時報一〇九五号一〇四頁)は、「上告人(留保売主・筆者補足)は買主……が代金の分割払を怠ったため本件売買契約の目的である貸借権等及び本件不動産を何時でも他に処分することができる権利を有していたのに対し、被上告人(譲渡担保権者・筆者補足)は上告人が右の処分をする前に残代金を提供しなければ上告人に対し本件動産についての譲渡担保権を主張できない立場にあったことが明らかで

ある……もともと上告人に対して主張できない譲渡担保権についてその侵害があったものということはできない」とする。ここでは、まず留保目的物に対する譲渡担保の設定自体は肯定するものの、売買代金完済を待つて初めてその権利主張が可能になると判断されている。これは代金完済までは留保買主に「処分権原」がないことが理由であると考えられる。

不動産の場合には、譲渡担保の重複設定はほとんど起こり得ないものの、譲渡担保を抵当権（類似）と捉える場合、既に抵当権が設定されている不動産への譲渡担保の設定という事態が考えられる。以下、判決例を挙げる。

まず、最判昭五二年九月二一日（判例時報八三二号四七頁）は、「譲渡担保の目的不動産につき先順位の根抵当権が設定された場合において、譲渡担保権者がその担保権を行使したことに基づく清算金債務の有無及び数额を確定するにあたっては、特別の事情のない限り、目的不動産の適正な評価額から右根抵当権の極度額を控除したうえ、その残余価額と当該譲渡担保の被担保債権額とを比較すべきものであり、」として、先順位の抵当権が把握する価値に対しては、そもそも劣後する譲渡担保の効力が及ばないとする。もちろん、本判決と同様に「配当の手続」は整備されているわけではない（但し仮登記担保法二条二項参照）。しかし、特に帰属清算型の場合は、先順位抵当権の負担を譲渡担保権者が望むはずはないから、劣後する譲渡担保の実行時に先行する抵当権者の満足が「事実上」確保される

ことになる。³⁴（この判決文中では「先順位」根抵当権と表現されている。）

また、処分清算型については、東高判昭六一年一月二六日（金融・商事判例七六五号一頁）が「いわゆる処分清算型の譲渡担保契約の権利者が、目的物件の負担する抵当権を存続させたまま当該物件を処分することは事実上困難であり（もし、存続させたまま処分するとすれば、代金額は通常の価額から抵当債務相当額を差し引いたものとなるであろう）、したがって、抵当権付不動産に係る譲渡担保契約の当事者の通常の意味は、譲渡担保権利者が当該不動産を清算のため処分するにあたっては、同人において抵当債務を弁済し、その額を売却代金から差し引いて清算することを当然の前提としているものとみるのが相当である。」とする。したがって、やはり先行する抵当権者の満足は確保されることになる。

以上の判決は、劣後する譲渡担保の実行につき「手続がない」という点で本判決と比較可能である。特に、留保目的物に対する譲渡担保設定に関する最判昭五八年三月一八日が、譲渡担保権者が残代金を提供することで譲渡担保を「主張」できるとも読める点は、本判決と異なる。なお、劣後する譲渡担保権者が先行する抵当権者に第三者弁済した場合の求償につき、東高判昭五二年五月一八日（判時八六〇号一六頁）は先の控除を理由に弁済時期が担保実行の前後にかかわらず債務者に対し償還を求めることができないとし、最判昭六二年七月一五日（民集

一四八号三〇七頁）は譲渡担保設定契約に特段の定めのない限り譲渡担保権の被担保債権の範囲には含まれないとする。

譲渡担保の実行は裁判所の関与しない私的実行であるから、優先する担保権者の満足が自発的に得られる必要がある。この点、不動産の場合は抵当権の追及効が当事者の行動に重要な影響を及ぼすため、自発的な処理が図られる。これに対して、動産への譲渡担保が重複した場合は、優先する譲渡担保の効力（追及効）が明らかではないため、当事者へ確たる影響を及ぼせる訳ではない（譲渡担保権者による物上代位は確実ではない）。この点、留保目的物に対する譲渡担保設定に関する最判昭五八年三月二十八日にあるように所有権を担保に利用する効果が、特に「登録」が對抗要件となっている動産においては、發揮される。したがって、動産譲渡登記制度を利用する場合は、一定の効果を上げることが可能である。もともと、本判決のようになお優先する（隠れた）譲渡担保の存在がつきまとい、また即時取得が弊となる。やはり、動産においては、当事者による自発的処理は困難なのであろうか。本判決が劣後する譲渡担保権者の実行権限を認めなかったのは、現時点では方策がないという判断が基礎にあるとするならば、妥当ということにならうか。

三 本判決の目的物は何か—本判決の理解

本判決は、重複した譲渡担保の目的物が何か明言していない。しかし、最終的には原資となる個別動産自体が各譲渡担保権者

によって重複的に把握されていることは、間違いない。もともと、判例は「分析論」を採っているとはいわれていないため、担保の重複設定とは何を意味している、あるいはどう解せばよいのだろうか。

本判決では、「本件物件1については、本件契約1に先だつて、A、B及びCのために本件各譲渡担保が設定され、……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」とあり、「これに劣後」とは「A・B・Cに劣後」と読むのが素直であろう。しかし、既にこの時点で一つ問題がある。目的物をA・Cは、「甲漁場・乙漁場ほかの漁場にYの有する養殖魚全部」、Bは「甲漁場にYの有する養殖魚全部」としている。

したがって、それぞれが「一個の集合物」となると、A・C間では確かに同一目的物で競合しているものの、Bは「別の集合物」である可能性がある。もともと、集合物は各漁場ごとに別々であり「共同担保」の状態であったと解するならば、甲漁場という集合物につき同一目的物であるといえよう。しかし、「共同担保」との発想は、集合物という概念自体に馴染むとは思われない。（そもそもAらの特定方法が適切かも問題である。）

そして、Xの目的物につき考えてみると、甲漁場のA・B・Cらの譲渡担保の目的物は、「養殖魚の全部」として表現されているのに対して、Xの目的物は、「契約（書）は「売買」であるから売買目的物を特定させる必要があつたとも考えられるものの、「特定の二・三基のいけす内のブリ、三万五、二尾」と

表現されている。さらに、本件物件2の対象である「ハマチ」も甲漁場に格納されており、甲漁場にそもそも何基の生簀があったのかは判決文中に明示されていない。

本件の目的である原魚は、稚魚から、二、三キログラム程度になるのに二年ほど必要であり、頻繁に入れ替るわけではない。したがって、単なる集合動産に近い流動動産である。また、養殖においては四キログラムを目安に大きいものがブリ、小さいものがハマチであるから、Xの特定は、同一種類を対象としつつ個体の大きさを基準とする方法であると捉えられる（本判決ではブリの方が安価な点が気になる）。もともと、養殖では生簀ごとに同じ大きさになっていると考えられるので、具体的には生簀ごとに判断されることになり、ブリ・ハマチが意味するのは特定の生簀である（故にXの本件契約においても「特定の生簀」が対象となっている。Xの本件契約の尾数も特定の生簀に格納されているはずの尾数を足したものに過ぎず、その数までという意味ではない）。したがって、発想としては原魚をパックした生簀、個別動産が妥当し、Xは、二、三個の譲渡担保を有していたとみることもできる。この場合は、集合物とそれを構成する個別動産への譲渡担保が存在していることになる。

しかし、Xの譲渡担保の目的物が「集合物」であった場合は、XはA・B・Cの「大きな集合物の中から小さな集合物」を担保にとつたのであり、「集合物」対「集合物」となる（甲漁場のみであるBも同様）。この場合、小さな集合物は大きな集合

物を構成する個別動産に該当するとして「集合物とそれを構成する個別動産への譲渡担保」と同様に考えるのか、あるいは構成動産が重複している場合を直接に「同じ集合物」と思考するのか。例えば、「一番、二番倉庫」と「二番、三番倉庫」の様に構成動産の一部のみが重なっている場合まで視野に入れて考えると、「同じ集合物」と解するのは集合物概念と相容れるのだろうか。担保としての効力の「集中」がより明確なのは、「特定の生簀」としているXである。大まかな指定よりは、製品名・商品名あるいは場所を限定する方が、より担保としての支配力が高まる。もともと、始めに大まかな指定をすれば総てを把握できるのも、逆に後からより細かい指定をすれば優先し得るといふのも、何れも問題があろう。しかし、真に問題なのは、この様な発想・疑問自体が、「有体物」に因われていることである。

これまで念頭におかれて検討されてきたのは、集合動産を構成する個別動産への第三者の関与であった。しかし、「集合物」対「集合物」とみた場合、従来の議論がどの程度耐えられるのかを確認する必要がある。

第一に、分析論によると、個別の原魚（あるいは生簀）ごとに譲渡担保が設定されたと解される。しかし、判例は集合物論を採っているとされており、本件契約2ではその様に思考されている。

第二に、集合物論を採った上で、個別の原魚も譲渡担保の日

の物となつていふ二重帰属を承認する。しかし、これでは「集合物」は設定時の目的物の範囲の特定の仕方と変らずに曖昧であり、分析論と大差はない。また、実行されるまでは、「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」とする見解からは、集合物の「同一性」の基準をどう考えるかにより、結論が異なる。

第三に、譲渡担保の目的物は価値であるとする価値権説の発想が考えられる。伊藤進教授による「特定動産」に代えて「集合物」に置き換え、……流動集合性に対応した理論構成を導入しながらも、その流動集合財産を特定した一個の担保目的財産として位置づけて、基本的には個別特定財産担保構成に接合させる手法によって対応してきているにすぎない。」という指摘は極めて重要である。価値そのものが目的物であると捉えることにより、実行前は「価値」について担保が重複していると整理できる。この様に捉えると、設定者の補充義務や担保解放請求も肯定される。その上で、優先する譲渡担保権者の担保が過剰な場合、あるいは設定者が価値を補充可能である場合は、優先する譲渡担保権者の把握する価値は侵害されていないので、劣後する譲渡担保権者の実行を認める可能性がある。この様な視角からは、仮に劣後する譲渡担保権者の実行を認めた場合の目的物の固定化は、優先する譲渡担保権者にどの様な影響を及ぼすのか。また、先に述べた個別動産の場合と同様に、私的実行故にこれらの判断基準と自発的処理がどうすれば有効に機能す

るかは、今後検討の必要がある。

以上から、本判決の理解は、①傍論部分であり劣後する譲渡担保権者の実行権限を否定するためだけに単に状態を表現したかっただけ、②目的物は個別動産、③価値権的発想、があり得よう。もっとも、何れの構成も把握している総量を物で表すか価値で表すかであるから、本判決では、終極的には把握している原資（価値）が重複しているので、何れにせよ劣後する譲渡担保権者に実行の可能性がないことを示せば十分であった、と①の様理解すべきであろう。

そうすると、本判決が「劣後する譲渡担保権者による私的実行を認めることはできない」とした意味は、優先する（隠れた）譲渡担保の存在をも考慮するならば、設定者が優先する譲渡担保の存在を理由にして劣後する譲渡担保権者の実行（目的物の引渡）に応じなくてもよいということであり、各譲渡担保権者間の問題については、未だ白紙のままといえる。この点につき、劣後する譲渡担保権者の実行権限を否定するよりも、優先する譲渡担保の存在から担保提供義務を内容とする設定者の抗弁と構成するほうが整合的ではなかったかと思われる。

四 売却代金債権を真の目的物とする動産譲渡担保

本判決中では明らかにされていないが、本判決の事例では、一定の大きさになった養殖魚は沖合三キロメートルの潮の速い場所にある甲漁場で生育され、出荷分ごとに波の穏やかな湾内

にある乙漁場に移されるという構成動産の連続性が存在しており、甲漁場と乙漁場はいわば同一工場内の入口と出口に相当する。また、水揚げ後は直ちに地元で加工・出荷され、例えば東京であっても、早朝に水揚げされた魚は翌日の午前〇時には量販店の店頭と並んでいる。養殖業者は量販店と緊密な関係にあり、売手・買手が固定された上で、水揚・加工・流通・販売という一連の流れがシステムとして構築されている。したがって、「甲漁場・乙漁場ほかの漁場にYの有する養殖魚全部」が意味するのは、システムが生み出す「価値」そのものを把握することに他ならず、企業担保的に捉える必要がある。本件物件1のみが譲渡担保とされたXについても、本件契約1の契約書では当初より量販店Dに出荷予定の原魚が対象であると明記されている点は、同様に思考することができる。しかし、この点は全く粗上に載っていない。

また、近時のキャッシュフローに注目した手法を視野に入れて、富川不可止教授は、流動動産を営業活動による資金循環を本来想定している「棚卸資産」と想定していない資産に分け、前者を営業循環動産、後者を営業循環外動産と分類することを提唱している。これは、流動動産、変質する動産を目的とする場合という理解にとどまらず、キャッシュフローと売却権限からみた分類である。営業循環動産を担保の対象とする場合、「物」に興味があるわけではなく、当初より物の変質した「価値」を把握するのが目的である。したがって、必ずしも変質を

予定する原材料に限られない。この目的を達するためには、物を把握した時点でその売却代金債権を補足することが求められる。既に具体的手法として、動産譲渡登記制度下では延長集合債権譲渡担保としての利用が提唱されている。²⁴⁾

とりわけキャッシュフローを目当てとする場合の譲渡担保の実行においては、単なる「物の引渡（掃帳清算・処分清算）」は上手く効果を發揮しない。予定されていた加工・流通のシステムに譲渡担保権者が割込んだ上で、本来の把握物である売却代金を得るやり方が最も実行コストが安く、特に商品にブランド力がある場合に効果を發揮する。この様な見方からは、「物」を把握するのはシステムに割込むための手段でもある。本判決でも、譲渡担保権者や魚を買取った第三者が魚を移送・加工・出荷しても構わないが、魚の病気・死亡の率、鮮度を考えると、そのまま「予定されていたシステム」に載せる方が好適であることは明らかである。そうすると、本判決の「買戻」は、初めから目当てであった売却代金を把握するために譲渡担保権者がシステムに割込む手続としての加工委託であり、従来の処分清算型における第三者への処分に該当しよう。²⁵⁾

キャッシュフローの把握を目的とする場合、資産の証券化において真正売買と構成するのが望ましいのと同様に、譲渡担保権者へ所有権が移転すると構成するのが適当とも考えられる。もともと、担保の実行前は個別動産への追及効は否定されるべきであり、かつ、キャッシュフローを具体的に把握する必要も

ないため、私見としては、浮動担保的な発想を取入れる必要があると考える。譲渡担保の目的物によって、当事者の採用した法形式や合意内容を基準として、法律構成が異なるのを肯定する必要がある。

- (1) 渡部晃「批判(上)」金融法務事情一七九四号(二〇〇七年)三一頁による。
- (2) 関連判決の原審につき、角紀代恵「批判」金融法務事情一七四八号(二〇〇五年)五三頁、宮川不可止「集合動産譲渡担保の目的物の買主と譲渡担保権者間における帰趣―その公示と公信―」金融法務事情一七五一号(二〇〇五年)三一頁、東山銀三郎「最新金融判例に学ぶ・営業店OJT」金融法務事情一七五五号(二〇〇五年)七一頁、小山泰史「批判」銀行法務21六六〇号(二〇〇六年)六九頁。
- (3) 渡部教授は、本判決と関連判決において当事者が採用した「売戻特約付売買契約」を否定して譲渡担保契約として認定したのは、所有権に基づく引渡請求を否定する結論のためだけであるとする(前掲「批判(上)」四〇頁)。また、消費者保護とは異なり、この様な「認定換え」は対等な企業間取引において「法的判定性」、「予測可能性」の観点からも慎重であるべきとする(前掲「批

判(上)」四二頁)。

- (4) 池辺吉博「新判例紹介」NBL八四〇号(二〇〇六年)六頁、田高寛貴「集合物担保」法学セミナー六二六号(二〇〇七年)八二頁。
- (5) 花井正志「重要判例速報」銀行法務21六六四号(二〇〇六年)二七頁。さらに、承継取得が否定される可能性が懸念される場合は、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も、実務的な見地から検討すべきであろうとする。
- (6) 渡部・前掲「批判(上)」四〇頁。
- (7) 田高・前掲八二頁。もつとも、同八二頁では、信用不安時のXの売却権の取決めから、譲渡担保の要素が含まれていたともみうるとする。
- (8) 渡部・前掲「批判(上)」三九頁。なお、不動産を目的とする場合にどの様な要素が在れば譲渡担保として認定されているかにつき鳥谷部茂「不動産譲渡担保の認定と効力」NBL八四九号(二〇〇七年)二三頁。
- (9) 渡部晃「批判(下)」金融法務事情一七九五号(二〇〇七年)五六頁。
- (10) 丸山絵美子「最新判例演習室」法学セミナー六二三号(二〇〇六年)一一九頁。
- (11) 道垣内弘人「集合動産譲渡担保論の新段階」金融・商事判例一二四八号(二〇〇六年)一頁。渡部・前掲「批

- 判(下)五六頁。田高・前掲八二頁。
- (12) 渡部・前掲「批判(下)五六頁。なお民事執行法一五四条の適用ないし類推適用も認めて良いとする。
- (13) 池辺・前掲六頁。小山泰史「判例セレクト二〇〇六(民法六)」法学教室三一八号別冊(二〇〇七年)二三頁は、通有性である「追及効」の対比が重要と指摘する。また、田高・前掲八四頁も、譲受人の完全な所有権取得を疑問とし追及力に言及する。
- (14) 関連判決につき、東山・前掲七〇頁は、地裁判決は所有権的に構成し、高裁判決は担保的に構成し、と評価する。
- (15) 丸山・前掲一一九頁は、この点につき、「所有権が譲渡担保権者に移転することを一応認める考え方と親和的である(が)」とする。
- (16) 道垣内・前掲一頁。
- (17) 最決昭五五年七月二五日(判例時報九七二号・二二九頁判例タイムズ四二二号七三頁)は、そもそも留保買主に横領罪が成立するとする。また、所有権留保売買の自動車を買主が譲渡担保に供した場合、譲渡担保権者による右自動車の売却処分は不法行為に当たるとされる(大阪高判平八年一〇月八日、判例時報一五九八号一〇一頁)。
- (18) 東地判平元年一月二七日(判例タイムズ七〇八号一五六頁)も、「特別の事情がない限り、右抵当権付の債権

額を控除すべきであり」とする。

- (19) 道垣内弘人「担保物権法第二版」有斐閣(二〇〇五年)三二七頁。
- (20) 研究会における伊藤進教授による指摘であり、「非典型担保総論」「科学研究費研究成果報告書 非典型担保の実態・解釈・立法」(四頁)、同様の指摘は、伊藤進「集合動産譲渡担保の法律関係―個別動産に対する効力の問題―」明治大学法学部創立一〇〇周年記念論文集(一九八〇年)一一七頁において、既に明らかにされている。
- (21) 個別動産上の担保との競合につき、伊藤進「集合動産譲渡担保と個別動産上の担保―特に、動産売買先取特権との関係を中心として―」法律論叢六一巻一號(一九八八年)五七頁。
- (22) 関連判決と併せると譲渡担保権者は、甲漁場につきA・B・C・X・Z、乙漁場につきA・C・X・Zともう一社あり、その一社が判明している中では最も早期に設定契約を締結している。
- (23) 以上の事実は、平成一六年三月にYより営業譲渡を受けたニッスイ、及びYと取引があった量販店(マルエツ)のHPによる。
- (24) 宮川・前掲三五頁。
- (25) 吉田光碩「延長型集合債権譲渡担保の可能性について」

判例タイムズ一八九七号（二〇〇六年）八三頁、同「延
長型集合債権譲渡担保の展開」同一二二二二号（二〇〇六
年）五四頁。

(26) 本判決においても甲漁場の名を付したプリがブランド
化されている。処分の相手方が設定者であった場合に、
これが譲渡担保という設定者の受戻とどの様な関係にあ
るのかは、本稿では留保する。

(27) 流動動産を目的とする場合、そもそも従来の法律構成
が妥当し得るのかという疑問もある。仔細につき伊藤進
「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリスト（一九七
九年）九七頁。