

## 第6回講義の補足説明

2017/09/15

今回も、各自の判断で取捨選択して読んでいただければ良いです。若干のまとめと時間不足で省略したところの補足をしています。

### 1 譲渡担保実行の事実

判例のような権利移転的構成+集合物論に立つと、第三者に対する引渡請求において、譲渡担保権実行の事実は請求原因となりません。譲渡担保権者は、設定契約時から集合物について（担保目的という制約はありますが）所有権を取得し、その後に集合物に入った個々の物についても、その時点から所有権を取得し、個別に対抗要件を備えなくても対抗力は集合物全体についてすでに備わっています（篠原君とのやりとりで強調した部分）。それゆえ、譲渡担保権を実行していなくても、集合物に属する個々の物について所有権に基づく権利主張が可能です。設定者との関係では、譲渡担保設定契約に基づいて実行前には所有権行使に制約を受けますが、第三者に対する関係ではこのことは問題になりません。

これに対して、担保権的構成によりますと、譲渡担保権者が完全な（担保目的に拘束されない）所有権を取得するのは私的実行によってですから、そのことを主張しないと所有権に基づく引渡請求は、原則として、基礎づけられません。

もっとも、実行前においても譲渡担保権者には（完全な所有権ではなくても）物権的な権利があると考えるのであれば、抵当権に基づく妨害排除と同様、妨害排除や設定者への原状回復（引渡し）を求めることはできそうです。そのうえで、設定者が行方不明や非協力的で受領が期待できないときなどには、例外的に自らに対する引渡しも請求できる余地があります。

### 2 集合財産譲渡担保契約の目的物の特定性や公序良俗違反の主張・立証

#### (1) 集合財産譲渡担保における目的物の特定性

目的物の特定は、本件で言えば、 $\alpha \sim \gamma$  について X が所有権を取得していることを請求原因で基礎づける必要があるため、譲渡担保契約の中に目的物を定める条項があることや、具体的な  $\alpha \sim \gamma$  がその目的物に該当することを主張・立証することで行われます。原告の主張としてはその程度で足りるものと思われ（日下部君・出海君の質問だったですね）。

そのような特定の仕方では目的物の特定として不十分であるという Y の主張は、譲渡担保契約の有効性という法的評価の問題であり、新たに事実を主張するものではないので抗弁ではありません。もっとも、原告の請求権を否定するためには、被告が明示的に争う必要があると思われ。

#### (2) 集合財産譲渡担保の公序良俗違反

一般的には、無効原因の主張は、請求原因によって基礎づけられる法的効果を発生させないとする障害の抗弁です。本件で Y が B X 間の譲渡担保契約の公序良俗違反による無効を主張するのは、請求原因事実の存在を否定する否認ではありません。

公序良俗違反や強行法規違反（最近の有力見解では、両者を合わせて広義の公序良俗違反と考えます）に関する事柄は、法適用の問題であり、当事者の指摘がなくても、弁論の中に現れた事実を基礎に裁判所は違法な請求部分を棄却するべきであるとされます。しかし、

事実が明らかでなければ公序良俗違反という評価はできませんので、公序良俗違反という評価を基礎づける事実（たとえば、設定者に通常の営業の範囲内での処分権限が認められていないこと）は、やはり被告が立証しなければなりません。

### 3 XのYに対する返還請求の対象

B X間の約定では「仕事場と甲土蔵中にある製作済の美術工芸品およびその材料の所有権をすべて」とされています。「製作済」は譲渡担保設定時に製作済という意味ではなく、完成品を指し、譲渡担保設定後にAが作り上げた工芸品も含まれると解するのが合理的な意思表示です。

もっとも、結論的に、 $\gamma$ はXのYに対する返還請求の対象に含まれないと思われます。B Y間の契約からほどなくAが完成品を乙土蔵に移したこと（CP⑥）およびZが供給した材料が甲土蔵に搬入されたこと（CP⑧）は、たしかにYやZの主張から推認されます。しかし、B Y間の契約後にZが搬入した材料やそれから製作したもの（ $\beta \cdot \gamma$ ）までB Y間で目的物とされていたことは明確ではありません（CP⑤からはむしろ契約当時に存在したものが対象で、B X間のように流動動産譲渡担保ではないようです）。Aがその材料を使って作品を製作した事実や、製作したとしてその作品を乙土蔵に移動させたという事実が立証されれば別ですが、設問から明らかな争いのない事実だけでは、Yは $\gamma$ について間接占有を取得していないと思われます。

### 4 通常の営業過程における譲渡担保目的物の適法な処分と所有権移転過程

授權という考え方を採れば、Bは他人であるXの物を売却する権限を与えられており、所有権はXからBを介さずに直接Yに移ります。もっとも、この場合も、売買契約はB Y間で締結され、BがYを代理してX Y間で締結されるものではありません。代理と授權は機能は似ているが、構成としては違います。

もっとも、判例が授權概念を認めているのかどうかは明らかではありません。授權という考え方を採らないのであれば、B X間の譲渡担保設定契約において、Bが通常の営業の範囲内で目的物を処分するときは、譲渡担保契約が一部解除されて、所有権がXからBに戻り、Bは自己の所有物をYに売ったことになる、と構成することになるでしょう。

### 5 集合物からの離脱（＝不適法な目的物の分離）の効力

#### (1) 必読判例③の読み方と射程

必読判例③が言う、「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」が具体的にどのような場合を念頭に置いているかは不明です。不適法な分離という事実行為によってその物の上の譲渡担保権が消滅とする理由も明確ではありません。通常の営業の範囲外で、かつ、即時取得も成立しない場合に、これがいったい誰のどのような利益を保護しようとしているのか疑問があります。また、この説示部分は、事案の解決には必要のない傍論なので、判例としての拘束力にも疑義があります。

この点に関連して、従来判例は、工場抵当権の対象となる動産が抵当権者の同意なく第三者に売却されて工場から搬出された事例において、この第三者に即時取得が成立しな

い限り、抵当権の効力が及んで、抵当権者は元の備付場所への返還を請求することができるとしていました（最判昭57・3・12民集36巻3号349頁<LEX/DB 27000098>）。この判決が、一般的に、いったん担保権の効力が及べば担保権者の同意を得ずに分離された構成物に対してもその担保権の効力は切斷されない、と解しているとし、必読判例③はこれとは矛盾します。

昭和57年判決の工場抵当の場合には登記による公示があるのに対して、必読判例③では占有改定によるため公示が不十分であることは、両者を区別する1つの要素でありえますが、それは第三者の即時取得の可能性の程度に違いを生じるにすぎないように思われます。

## (2) 担保権的構成による解決

譲渡担保を担保権的に構成すれば、BはXの譲渡担保権の負担の付着した所有権（あるいは設定者留保権、期待権など）を有効にYに譲渡できます。しかし、Yは物上保証人的地位につくことになり、被担保債権が弁済されるまでは、Xに対して負担のない完全な所有権の取得を主張することはできません。それゆえ、Xが私的実行によって $\alpha$ の所有権を取得すれば、Yは所有権に基づく返還請求に服することになります。

この場合でも、Yについて即時取得の適用が肯定されれば、Yは、Xの譲渡担保権の負担のない所有権を取得できますが、占有改定による即時取得を認めない否定説を採る限り、そのような例外的な結論は否定されます。

担保権的構成に立っても、通常の営業の範囲を超え、かつ即時取得が成立しない場合には、目的物の分離によって譲渡担保権が消滅することをどう正当化するのが、所有権的構成と同様に問題になります。必読判例③以前には、担保権的構成をとる説は、悪意者に対する追及を肯定していました。たとえば、悪意の第三者には、譲渡担保権者は、譲渡担保権を主張して、集合物を構成していた個々の物の返還を求めうるという見解（吉田眞澄「集合動産の譲渡担保(11)」NBL247号（1981年）48頁）、および、第三取得者が譲渡担保権者を害することを知っていた場合には、民法424条を類推適用して返還請求ができるという見解（下森定「集合物（流動動産）の譲渡担保」下森定＝須永醇監修『物権法重要論点の研究』（酒井書店、1991年）125-126頁）などが主張されていました。

## (3) 道垣内説による解決（あくまで推測です）

適法な授權の範囲内の処分といえない場合にも、個々の動産が集合物の範囲から外れたときは譲渡担保権の対象からも外れるとする見解があります。古くは我妻665頁がそのような見解を採っており、道垣内説も結論的には同旨のように思われます。

道垣内説（集合物概念徹底説）によれば、固定化以前には譲渡担保の目的物は集合物自体であって、個々の構成物には譲渡担保の効力が及んでいないとされます（道垣内<sup>3</sup>337-340頁、同<sup>4</sup>344-348頁の固定化の効果の説明も参照）。第三取得者は、場合によって不法行為による損害賠償責任を負うかもしれませんが、集合物から離脱した個々の目的物の所有権を有効に承継取得できることになります。このように、道垣内説は、固定化以前の譲渡担保権者の権利を弱め、第三者の権利取得を安定化させることを指向しています。

必読判例③が、不適法な集合物からの離脱の場合にも分離された構成物について譲渡担保権の効力が失われるとしている点は、我妻・道垣内の見解を採用したとも評価できます。もっとも、本件に当てはめた場合の結論は、道垣内説をとっても変わらないのではないかと思います。Yへの譲渡時には、 $\alpha$ は、甲土蔵中にあり、集合物の範囲から外れていませんでした。また、Yへの譲渡後も、同じくBの直接占有下にあり、甲土蔵と隣接した乙土

蔵に移動されたにすぎず、この程度では、「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」に当たらないとも考えられるからです（講義で紹介した名古屋地判平15・4・9金法1687号47頁<LEX/DB 28082070>が、1階の売場の商品としていたものを店舗を一部閉鎖して3階に移した場合につき、社会通念上同一の店舗の範囲内だとして担保の効力が及ぶとしているのが参考になります）。道垣内説でもこのような判断はありうるところです。

#### (4) 不適法な分離の時期と所有権取得の論理

譲渡担保設定者と第三取得者との売買契約後に、設定者がその目的物を集合物から分離して引き渡した場合に第三取得者が所有権を取得とするのは、論理的には不可能ではありませんが（他人物売買の場合に売主が権利を取得すれば別段の意思表示や行為を要せず買主に権利が移転するというのと類似）、売買契約後の分離は抽象的な取引安全とも無関係で、正当化することがきわめて困難だと思われま

す。そうだとすれば、不適法な分離が契約前に行われていることが必要になります。その上でこの判断基準の適用例を考えます。たとえば、集合物への譲渡担保契約の設定を知っていても、不適法な分離があったことを知らないで取引した者は、たとえ当該処分が客観的には通常の営業の範囲を超えたり、即時取得では救済されない場合（例えば、最判平18・7・20判タ1220号94頁<LEX/DB 28111754>が問題にした譲渡担保の設定）であっても、買い受けた物が集合物に属しないと考えるときは、権利の承継取得を認める余地があります。集合物譲渡担保の公示性の不十分さを通常の営業の範囲内の処分や即時取得では補えない場合は、おそらくこうしたきわめて限定的な事例に限られるでしょう。

この場合の権利取得の論理は、不適法な分離によって、BからXに担保目的で行われた所有権移転の縛りが外れて所有権がBに復帰し、Yはそれを承継取得する、と構成されることになりましょう。ただ、これは適法な処分ではありませんから、取引の安全保護のために限定的に法がそのような効果を与えると説明する以外にはないでしょう。

## 6 333条や334条の適用及び類推適用

### (1) 譲渡担保の法的構成との関係

判例のように譲渡担保の所有権的構成を採りますと、質権に関する334条を類推適用するのは困難でないかとも思われます。たしかに、担保権的構成の方が、質権との類比をより容易に肯定できます。しかし、所有権的構成も、担保権としての実質をできるだけ考慮するという方向にありますから、所有権的構成をとれば必然的に334条の類推適用が不可能になるわけではないでしょう。逆に、担保権的構成では、333条の適用には少々難があります。譲渡担保権者は完全な所有権を取得しておらず、「第三取得者」をかなり拡張して解釈しなければならないからです。

### (2) 334条類推適用とX・Zの優劣関係

334条類推適用説によれば、先取特権の成立を知っている譲渡担保権者は劣後することになります（334条⇒330条2項。条文の文言は「優先権を行使することができない」とあり、劣後するとは書いていませんが、劣後すると解するのが通説です）。先に譲渡担保設定契約を結んでいるXが、後に登場したZの先取特権の存在について悪意にはなりえないと考えますと、順位は逆転は生じません。ただ、現金売買でない動産売買の場合には法律上当然に先取特

権が発生しますので、代金後払いの形で材料等が供給されることは集合動産譲渡担保権者も契約時に当然に予定・予測しており（加賀山茂『現代民法 担保法』（信山社、2009年）51頁は、法律によって公示されているとします）、覚悟すべきだとも言えます。334条類推適用説を採れば、この程度の認識でも悪意の要件を充たして、320条2項により集合物譲渡担保権者は先取特権者に劣後すると解しようと思われま（道垣内<sup>3</sup>335頁注121、同<sup>4</sup>342頁注130が紹介する角紀代恵「必読判例①判批」法協107巻1号148頁は搬入時の現実の悪意が必要だと改説していますが、同・ジュリ854号121頁はその旨の主張をしていました）。そしてその結論は、材料供給者が所有権留保特約を備えていた場合に、譲渡担保権が即時取得できないため、所有権留保が譲渡担保に優先するという結論とも均衡が取れます。

逆に、必読判例①のように、集合物譲渡担保権者が333条で常に完全勝利するという結論になると、本件のように広範に集合物を担保として押さえる集合動産譲渡担保契約は、差押債権者や先取特権者等の第三者に過度な不利益を与えるとして、公序良俗違反の疑いが濃くなります。必読判例①の問題処理は、この観点との関係でも再検討を要するよう思います。

## 7 作品になった材料に対する動産売買先取特権の存否

333条が適用されるとする必読判例①に賛成するならば、先取特権自体が消滅しますので、この問題は検討を要しません。334条説など先取特権が残り、場合によっては譲渡担保に優先すると考える場合にのみ、本問は真剣な検討を要する問題となります。

製作品として加工された物（本件では $\gamma$ ）について材料提供者が先取特権を主張できるかどうかについては、従来、ほとんど議論がなく、旧版の『注釈民法(8)』では247条2項との関係に注意を喚起しつつ否定的なニュアンスが示されるのみでした。おそらく、321条が「その動産」すなわち売買目的物そのものを先取特権の対象として明示していることから、加工されて社会通念上別の物になってしまえば、先取特権は及ばない、と考えられていたのだらうと思います。

否定的な解釈の背景には、我妻栄の見解に代表されるように、動産売買先取特権のような公示のない優先権を極力認めるべきではないとの価値判断があるようです。しかし、動産売買先取特権制度は、約定担保を備えることが困難なまま物の供給を先履行しなければならない売主にとって、公平に資する有用な法定担保物権であり、このような物供給契約が現代経済社会において有するきわめて重要な意義を考慮すると、むしろ肯定的な評価を与えてしかるべきです（松岡『担保物権法』261頁）。また、売掛売買の場合に定型的に動産売買先取特権が生じることは、法定担保物権であるゆえ、すべての取引者が知っているとも言えます（加賀山・前掲51頁）。その立場から、この問題を再考しますと、加工によって所有権の移動が生じる場合にもその上の担保権を極力維持しようという247条2項の趣旨から、B自身が取得した物を加工したため同項が適用されない本件でも、作品 $\gamma$ に使われた材料の価格の範囲内で動産売買先取特権の効力が及ぶと考える方が妥当ではないかと思えます（なおB自身が加工しているため、自分自身に対する償金請求権は観念できず、物上代位は使えません）。『新版注釈民法(7)』421-422頁〔五十嵐清・瀬川信久〕は、動産売買先取特権が付合によっても消滅しないことを起草者が例としてあげていた旨を紹介しています。

## 8 破産の場合の譲渡担保権の処遇 (設問(4))

会社更生法や民事再生法が適用される再建型手続において債務者の立ち直りを目指す場合には、譲渡担保を担保権扱いし取戻権を否定して別除権を与えるのが、学説の一致した方向と思われます。判例も、譲渡担保権の所有権的構成を維持しつつ(個別執行では第三者異議の訴えを認める立場は変わらないでしょう)、それぞれの倒産手続の目的に沿って、別除権構成を採ることになるでしょう。原告自身が別除権として権利主張していたため争点になっていなかった事例ですが、必読判例③も、所有権留保に関する最近の判例(最判平22・6・4民集64巻4号1107頁<LEX/DB 25442286>)も、譲渡担保や所有権留保が民事再生手続において取戻権ではなく別除権として扱われることを当然視しています。このように、倒産手続においては譲渡担保の法的構成にかかわらず、担保権としての処遇が定着しつつあると思われる。

さらに破産の場合にも譲渡担保権を別除権とした下級審裁判例があります(名古屋地判昭52・5・6金法877号34頁<LEX/DB 27487365>、同控訴審・名古屋高判昭53・5・29金法877号33頁<LEX/DB 27431739>、東京地判平9・1・28金判1038号11頁<LEX/DB 28030609>、東京地判平20・1・29判時2000号50頁<LEX/DB 28141166>、同控訴審・東京高判平20・9・11金法1877号37頁<LEX/DB 25451402>)。いずれも債権譲渡担保や手形の譲渡担保で、取戻権は主張されず、別除権の有無が争点になっていました)。そして、破産においても、私的実行の期間の指定(破185条)、担保権消滅の許可(破186条)など担保権に対する制約は、性質の許す限り譲渡担保にも適用する方が合理的ですので、別除権とすることが妥当です。

## 9 設問(5)

本件のような流動動産譲渡担保権の設定にも動産・債権譲渡特例法が適用されます。ただ、登記の効果は、動産物権変動の対抗要件である民法178条の引渡しを受けたことと同等でしかありません。たしかに、すでにXにつき譲渡担保の登記がされていますと、その業界に属する企業が取引を行う場合には、悪意や過失の推定が働き、Yのような第三者の即時取得は(現実に引渡しを受けても)成立しにくくなるでしょう。しかし、異業種の企業や消費者による所有権取得取引については当然に悪意や過失が推定ないし擬制されるわけではありません(なお、授權がある限り、処分は当然に有効で譲受人の善意・悪意を問わないことも、同法によって影響を受けません。コンビニの在庫商品全部に譲渡担保が設定されていることを知っていても、客は安心して購入できるという山野目教授の説明を紹介したとおり)。

逆に、Yが占有改定でなく動産譲渡登記を備えた場合に即時取得が可能かどうかについてはあまり議論がありません。178条の引渡しとのみ同等とする同法3条1項は、192条の即時取得の要件である占有の取得を充たさないとの見解があります(山野目章夫『物権法〔第5版〕』(日本評論社、2012年)77頁)。しかし、松岡は、引渡しと同等以上の公示性のある動産譲渡登記が備われば、占有取得要件は充たされていると解してよいと考えます(占有改定では公示性が欠けるとする佐久間毅『民法の基礎Ⅱ』(有斐閣、2006年)151頁も肯定しています)。

Zとの関係では、動産譲渡登記が用いられることは結論に影響しません。必読判例①の立場では、Xは、βについても譲渡担保の効力を対抗できることになり、333条が適用されます。これに反対する民法334条類推適用説も、動産譲渡登記が用いられたからといって否定されるわけではありません。