



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	流動動産譲渡担保論一斑（2）
Author(s)	米倉, 明; YONEKURA, Akira
Citation	北大法学論集, 18(3), 81-107
Issue Date	1968-01-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16090
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(3)_p81-107.pdf



論 說

流動動産讓渡担保論一斑 (二)

米 倉 明

- 第一章 序 説 (一八卷二号)
- 第二章 集合物論対分析論 一、(4)まで (本号) (5)、二、(一八卷四号)
- 第三章 担保物の範圍の確定方法
- 第四章 内容変更に関する諸問題
- 第五章 処分権授与は讓渡担保ならびに間接占有の成立を妨げないか
- 第六章 結 語

第二章 集合物論対分析論

本章の論点は次の二点である。

第一に、流動動産讓渡担保に関する法律問題を説明あるいは解決するに当って、分析論、集合物論のいずれがすぐれているか、分析論のほかに集合物論をもち出さなくてはならないのかどうか。

第二に、集合物論を採用すべきか分析論を採用すべきかを議論することは、流動動産讓渡担保に関する法律問題を処理するについて、はたしてどれほどの意義を有するのであるか。このような議論がとりあげないあるいは処理しない重要な問題が存在するように思われる。そのような問題としては、どのような問題が存在するか。

この場所を借りて次のことを断っておく。本章は問題を広く本稿全体にわたってとりあげるといって過言でない。集合物論、分析論という二つの立場をいろいろの角度から比較して優劣を総合的に検討し、かつこれら二つの立場の選択を論じる意義を考察しようとするれば、とくに一章を設けてそこでいろいろの問題を検討するのが便宜であろう。本章を設けた理由はここにある。その反面、本章において問題の対象が拡大することになるために説明が第一章あるいは後章における説明と重複することになる―筆者としても不本意ながら―個所もないとはいえず、また、重複を避けるために詳しい説明を他の個所に譲っている個所もある。このようなことは感心できないけれども、やむをえない面もあることとして寛恕を乞いたい。

一、第一点からはじめよう。第一点に対する回答は、諸々の問題を、集合物論、分析論それぞれに投げかけ、それぞれの立場がどのように反応するかを観察することによってえられるであろう。すなわち、作業の要点は、諸々の問題に対して、それぞれの立場がどのような処理を行なうか、より具体的にいえば、諸々の問題に対してそもそも説明を与えあるいは解決しうるかどうか、および、説明を与えあるいは解決しうるとしてその巧拙について検討することである。

そこで、それぞれの立場に投げかけられる問題が重要となる。筆者が用意した問題は以下(1)―(5)で扱う合計八個で

ある。配列の順序には別段深い意味はない。ただし、筆者の意図としてはこうである。すなわち、まず、流動動産讓渡担保の成否に関する諸問題をとりあげ—これらの諸問題を設定に関するものから始めて對抗要件に関するものへと配列した—、次いで、流動動産讓渡担保の有効・成立（対内・対外いずれの面においても）を前提として、集合物論あるいは分析論のいずれに依拠するかにより実際上の差異を生じる諸問題をとりあげることとする。

私見によれば、前者のグループに属する諸問題については、議論がかなりなされてきたのに対し、後者のグループに属する諸問題については、これまでのところ議論がはなだすくない。後者のグループに属する諸問題こそは、集合物論・分析論の採否を決定する重要なフアクターと思われる。これらの諸問題について、より一その検討がなされねばならないであろう。筆者は、これらの諸問題として、さし当り、租税徴収上ならびに破産法上の問題をとりあげたにすぎない。これらの問題のほかにも、後者のグループに属する問題が存在するかも知れない。このことを留保しつつ、筆者は、当面、右に指摘した問題のみについて、検討を行なうことにしたい。

なお、筆者はこの個所で次のことを断わらねばならない。すなわち、後者のグループに属する諸問題として、筆者は租税徴収上の問題ならびに破産法上の問題をとりあげることとした。これらの二個の問題のうち、破産法上の問題に関して（これについては従来全く議論がなされなかったとみられる）、集合物論・分析論のいずれに依拠するかにより実際上の差異がもたらされることは否定されえない。前章において、筆者は、集合物論・分析論のいずれに依拠するかによって差異がもたらされる問題は皆、無であるかのごとき叙述（前章三(1)(イ)）を行なったけれども、そのような叙述は、従来とりあげられてきた問題のみを前提とする限りでは正しい。しかしながら、集合物論・分析論のいずれを採用するかにより実際上の差異がもたらされる問題（この限りでは集合物論をもち出す必要のある問題）があることを本章においてははっきりさせておきたい。

さて、諸々の問題を検討することにする。これからとりあげる諸々の問題のうちの多くは、第一章において引用した文献⁽¹⁾によってすでに研究されているものであり、それらの問題について筆者があらたにつけ加えたことはほとんどない（外国法に言及していることがやや新味を出したといえようか）といつてよい。ただし、(5)の問題についてはこれまでほとんどあるいは全くとりあげられていなかった関係上、私見を述べることになった。以下の叙述においては、(1)―(4)については従来の議論を筆者なりに要約し（場合によって補足を加えたり、あるいは詳説することは後章へ譲りつつも私見を付加したこともある）、比較的簡単に処理し、(5)については従来の議論がすくないこともあって比較的詳細にとり扱った。外国法については、簡単に言及し（判例、契約例などについて具体的に紹介することは後章へ譲って）、その形式としても、註記という形式を採用することにした。⁽²⁾

(1) それらの文献のうち、流動動産譲渡担保の効力を承認する立場の文献としては、我妻・前掲論文・エルトマンの提案（民法研究所収）、鈴木祿弥・前掲論文・譲渡担保、鈴木正和・前掲書・譲渡担保の実務、の三者が代表的文献といえよう。分析論に依拠しつつ流動動産譲渡担保に否定的な立場を採る文献としては、松本・前掲論文・法協三一巻四号六一―八頁、末弘・前掲論文・新聞八二二号一―頁が代表的であろう。以下においても、筆者はこれらの文献に負うところが大きい。とりわけ、(1)―(4)の諸問題については、これらの文献の全部または一部に負うところが大きく、筆者としては別につけ加えたといえるほどのものがない。(1)―(4)の諸問題についてこれらの文献を逐一引用することは却ってことさらしく思われるので逐一引用を省いて、少々概括的にはなるが、ここで一括して引用することにしておく。

(2) アメリカ法に関しては、ブラウカー・道田・アメリカ商取引法と日本民商法Ⅱに負うところが大きい。以下において特に指示をしない場合でもこのことがあてはまる。ドイツ法の文献については、ドイツ法に関する詳細な資料を提供すると思われる *Service Eigentumsvorbehalt und Sicherungsbetragung*, Bd. II, 1986. を現段階において筆者は参照しえなかった。このことは遺憾である。今後、参照の機会をえたならば直ちに参照するつもりである。

(1) 流動動産讓渡担保の設定に関する問題からはじめよう。

(イ) まず、客体に関して特定の原則が問題となる。周知のように、物権の客体は特定することを要する。流動動産について讓渡担保設定契約を締結（「在庫品一切」を担保に供すがごとし）しても、目的物が絶えず変動しており特定しないので、この契約は物権特定の原則を充足することができず、従って讓渡担保は有効に成立しえないのではないか、このようなことが問題となりうる。

集合物論によれば、この問題はそもそも問題にならないといえる。というわけは、こうである。すなわち、讓渡担保の客体（讓渡担保契約における讓渡担保財産）は「集合物」そのものであり、それは個々の物の変動とは独立に「集合物」の同一性がある限り—終始一定しているのである。従って、集合物論に依拠する限り、前述のごとき問題は生じないことになる。むしろ、「集合物」の内容である個々の物に讓渡担保は及ぶ。しかしながら、個々の物に讓渡担保が及ぶのは、個々の物そのものが客体（たんに讓渡担保に服するに止まらず、前述のごとき意味において讓渡担保の対象となるものを「客体」と呼んでおく）だからではなく、それが、客体たる「集合物」のいわば部分としての身分を有するからである。客体である「集合物」が讓渡担保に服する結果、「集合物」の部分である個々の物は当然に讓渡担保に服することになるのである。集合物論の立場からは、以上のように論じられるであろう。

これに対して、分析論（この立場によれば個々の物が客体であり、複数の物をまとめて呼ぶ便宜の手段として「集合物」「在庫品」などということばを使うに止まる）によれば、次のように回答することになるであろう。すなわち、「特定」ということばの意味が問題である。「特定」ということばを「特定」「固定」という意味に用いれば、客体が変動する場合には、不特定だともいえよう。しかし、物権の客体は特定することを要するという場合の「特定」ということばの意味は、権利の客体が明確に確定（「この物」というように）することである。このような意味におい

ては、客体が変動するからといって、直ちに、譲渡担保の客体が特定しえない（不特定）とはいえない。客体が変動するということは、或る一個の客体が当初からひきつづいて固定的に譲渡担保の客体となっているのではないということの意味するに止まる。集合が変動を伴うにせよ、客体はその時々において特定しているということも考えうる。そして、変動を伴うにせよ客体が特定されているのであれば、そのような客体につき譲渡担保の成立を承認することに障碍はあるまい。

右で述べたことについてより詳しく考えてみよう。変動の生ずる前の段階すなわち譲渡担保設定契約締結当時において存在する物（たとえば特定の倉庫に入庫されているもの）が特定しているといえることについて異論はないだろう。問題は、設定契約締結後に新たに加入する物である。将来加入するどのような物が担保物となるのかについて、譲渡担保設定契約において定められている場合もあれば、定めがなく契約の解釈によって決定されうる場合もあるだろう。いずれにせよ、将来現実に物が加入した時点において、契約あるいはその解釈によって確定された基準に照らして、その物が譲渡担保の客体であるか否かが決定される。担保物はこの時点（加入する時点）において特定されるといってよからう。

将来加入する物についていえば、客体は設定契約締結と同時に特定されえない。しかし、それだからといって将来加入する物についてはおよそ特定の原則は充足されないことになり、その設定契約によっては、もはや譲渡担保が有効に成立することはできないとはいえない。というわけはこうである。すなわち、特定の原則の要請することは、客体が特定されることであり、その特定された客体につき物権が成立するのである。注意すべきことは、特定の原則は客体の特定を要請するけれども、客体が設定契約締結時にすでに現存することまで要請するものではないということである。設定契約締結後に客体が特定することは特定の原則に抵触しない。従って、設定契約において客体を一義

的に特定しうる基準が設けられている場合には、客体は将来現実に参加する時点においてその基準に従って特定されることになる。

かくして、次のように述べることができよう。すなわち、設定契約当初から存在する物はもちろん後に集合に加入する物も特定性を具備するのであり、これらの特定の客体が集合から離脱するのである。流動動産讓渡担保には客體の変動が伴なうにしても、その変動は特定の客體の変動なのであって、変動によって客體の特定性が失なわれるものではない、と。

かようにして、集合物論・分析論いずれの立場に依拠するにせよ、内容の変動は讓渡担保の客體が特定していることに影響を及ぼさない、ということが出来る。両者の立場は、いずれも、結論において差異をもたらさないことになる。

結論へ至る過程、説明づけの巧拙という角度から眺めれば、集合物論の方が分析論よりも單純明快であることは否定されえないであろう。集合物論がそもそも民法の解釈論として成り立ちうるかどうかという根本問題が存在するとはむろんである。かような根本問題について肯定の立場を採用することを前提すれば（以下しばらくこの前提を採用しておく）、右のようということができよう。

(四) 次の問題は、讓渡担保設定契約において客體をどのように指定すべきか、という問題である。讓渡担保が有効に成立するためには、客體が特定されなくてはならない。客體を特定するためには設定契約において客體を指定しなければならぬ。或る集合に属する物をすべて讓渡担保に入れることが最もしばしば行なわれる。当而、この場合について考えてみよう。問題は、この場合、包括的な指定（○○倉庫内の○○（商品種類）一切、のごとし）をしさえすれば客體を特定するという要請を充足するのか、それとも、客體特定のためには個々の物ごとに逐一個性を記述し

て指定することを要するのか、集合物論、分析論、いずれの立場を採るかによって右の問題に対する回答を異にするものであるか、ということである。問題は客体特定という要件充足に関する。この要件が包括的指定によって充足されるとしても―筆者としては、包括的指定で足りと解することが取引実務にも適すると一応解するけれども―逐一的な指定をすることがビジネスの要請するところであって、実際には、逐一的な指定がなされることも、あるいはあるかも知れない。当面の問題はそのようなことではなく、どのような指定の仕方が客体特定という要件を充足するか、という問題である。

集合物論ならば、包括的指定で足り（「〇〇倉庫内の電気製品一切」という指定でも）、と回答することになるだろう。この立場の下では、最小限度「集合物」を特定しうる程度の指定があれば十分だと考えられるからである。

分析論を採用すれば、どのように回答することになるか。この立場によれば、客体は個々の物である。権利変動は個々の物について生じる。それゆえ、客体を特定するためには個々の物について逐一個性を指定することを要し、さらに、個々の物の出入があった場合にはその変動を逐一トレースすることを要する、ということになるであろうか。もしそうであれば、取引の実際面においてはなほ煩雑なことになるだろう。そもそもそのようなことは実行しがたい場合もあろう。この立場の下でも、集合物論の承認すると同様な包括的指定が承認されるのであるろうか。

たしかに、分析論の下では、権利変動は個々の物について生じる。しかし、権利変動が個々の物ごとに生じるということを理由に、個々の物の指定は逐一個性を指定して行なわねばならないことになるのであろうか。客体は個々の物であっても、指定としては、客体である個々の物を逐一指定しないで、複数の個々の物をまとめて指定することもできよう。そしてそのような指定によっても特定の目的が達成されるのであれば、包括的指定を斥ける理由もないだろう。特定の目的は、どの物に譲渡担保が及ぶか、どの物には及ばないか、をはっきり区別することにある。逐一個

性を指定する、逐一変動をトレースする、というようなことをしないで、包括的な指定をするに止まっても、この目的を達成しうると思われる。先に言及したごとき、集合物論の承認するような包括的な指定によっても、特定という目的は十分達成されうる。

結局こういうことになる。分析論の下でも、包括的指定をすることに妨げはない。このような指定も、個々の物が客体であることに矛盾せず（個々の物が客体であることを否定せず、指定をまとめてしているのみ）、かつ、特定の目的を達成しうるからである。客体が個々の物か「集合物」かということと客体を指定する方法との間には論理上当然の結びつきは存しない、と筆者は解する。⁽¹⁾

かくて、客体の指定方法如何という問題に対して、集合物論、分析論のいずれの立場も、回答を同じくする、ということが出来る。回答に至るプロセスについては集合物論の方が分析論に比べて、より一そう単純明快であるということができよう。

以上で問題にしてきたように、在庫品全部の譲渡の場合には、全部譲渡という旨の包括的な指定をすればそれによって担保物が特定するけれども「在庫商品の総個数の三分の一」あるいは「在庫商品の総価額の四〇パーセント」を譲渡するというような「一部譲渡」（第一章三(2)(イ)参照）をする場合に、一部を譲渡するという指定（「〇〇倉庫内の電気製品の総個数の三分の一を譲渡する」というがごとし）があるだけでは特定の要件を充足するかどうか問題である。それだけの指定があるに止まるのでは特定の要件を充足しないであろう（「一部譲渡」によって担保物が特定されるかどうかという問題は第三章でとりあげる）。その場合にはなんらかの方法で譲渡されるべき「一部」を他の財産から区別する方法を講じてはじめて「一部」が特定されることになる。そのような方法を講じて「一部」を特定すれば（契約においてどの部分が「一部」かを指定するあるいは特定する方法を定めることになる）特定の要件は

説 充足されたと解してよいのか、それとも、ならにその内容たる個々の物につき細かく指定をすることが必要かという問題が生じる。この問題についても、全部の譲渡の場合と同様に、細かい指定を要せず、どの範囲の物が「一部」に当るのかさえ指定すれば足ると筆者は解する。

(1) ドイツ法を参照しておく。たとえば「全在庫品」(“das ganze Lager”) / “倉庫内の全ローリー” (“aller im Lager befindliche Kaffee”) と同じが、これを全部譲渡の指定に代って担保物が特定されることは異論なく承認されている。Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10 Aufl. (1957), § 180 II, 1, Anm. 4, Westermann, Sachenrecht, 5 Aufl. (1966), § 43 II 4, 2476; Baur, Sachenrecht, 3 Aufl. (1966), § 57 III 2. b によりて学説はむしろ、判例の傾向(判例と比べても右のような指定によって担保物が特定されるかどうかについての判例はきわめてすくないらしい)をもしりうる。はっきりと次のように述べる者もみうけられる。すなわち、担保物の特定のためには、特定場所にある一切の客体が譲渡される旨の指定があれば十分であり、それ以上に個々の物を指定する必要はない。Bähring, Die Sicherungsübertragung eines Warenlagers, NJW 59, 1067 [1067]; なら Paulus, Probleme und Möglichkeiten der institutionellen Ausformung der Sicherungsübertragung, JZ 57, 7 [8] 参照。

ドイツにおいては集合物論ではなく分析論が通説とされている。Staudinger Kommentar zum BGB, II Aufl. (1957), Allgemeiner Teil, Vorbem. zu § 90, Anm. 12, 13, b, Sergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 8 Aufl. (1952) I, Vorbem. zu § 90, III 2, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 25 Aufl. (1966), Überblick 3 e vor 90, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/1, 15 Aufl. (1959), § 121 III 1. 判例もまた分析論を採る。Wolff-Raiser, a. a. O., 判例が個々の物について「特定の占有設定」を承認するのをみれば、そのようにしている。Wolff-Raiser, a. a. O., § 180 II 1, § 67 I 2, Westermann, a. a. O., § 40 III 参照。なお、我輩・近代法における債権の優越的地位(初版第八刷)一五六—一五七頁(今世紀初期の判例について言及する)参照。

アメリカ法も参照しておく。アメリカ法と比べて、UCC (the 1962 Official Text) に関するのには、UCC, § 9-203 (1) (b) によれば、担保契約の形式的要件として担保契約は担保財産の記述をなくすべからず。とあるが、その記述に当たっては、逐一個別的な記述をすることは要請されない。すなわち、記述に当たっては、担保財産の type, its (型・種目) によって記述してよいのであり、要するに、記述によって担保財産が合理的に識別 (reasonable identification) されるならば、担保契約の形式的要

件としての記述としては十分であり、specificな記述をするよりもむしろは強かなう (UCC, §§ 9-110, 402)。UCC, § 9-110, 「……に所在する工場内の現在および将来の機械一切」 (“All the machines now or hereafter in the factory at …”) となし「X社Y薬種商の在庫品一切、薬品、化粧品、…その他債務者Z社への販売品および貯蔵品」 (“All inventory and stock in trade of the XYZ pharmacy, consisting of drugs, Pharmaceuticals, … toiletries, … and all other products offered for sale by the debtor, …”) とする記述は、担保財産の記述として十分であり、個々の物を逐一記述するよりも、たとえは「X社Y薬種商」の例のように bottle by bottle, pill by pill, box by box と担保物を指定するよりも、を要しない。そのほか、X社Y社の方の記述をこなすよりも、Z社がZ社に著したような記述よりも担保権よりもカンーられる担保物を識別しうることを解するよりも。Gilmore, Security Interest in Personal Property, (1965), Vol. 1, pp. 348-350. 同題所で引用する判例、Zachry Spivack, Secured Transactions, (1962), pp. 27-28.

アメリカにならうとも集合物論 (entity theory) であるべき方法をたどる。Williston, Transfers of After-Acquired Personal Property, 19 Harv. L. Rev. 557 [581] (1906), Coogan and Bok, The Impact of Article 9 on the Corporate Indenture, 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions under UCC, 1341 [1396-1398] (1963). (Zachry Spivack, Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions under UCC, 1341 [1396-1398] (1963), Gordon, The Security Interest in Inventory Under Article 9 of the Uniform Commercial Code and the Preference Problem, 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1161 [1168-1171] (1963). 著者、後二者はなすびに引用されて、Magruder) 著書の見解 (Manchester Nat'l Bank v. Roche, 186 F. 2d 827 [831] (1st Cir. 1951) / ブラウカー・道田・前掲書・七二二頁参照。しかし、集合物論、分析論とどういふ立場をめぐる議論は盛んにならうかである (なか、Williston, op. cit., 19 Harv. L. Rev., 557 [581] 以下は、entity theory はロサン・ロウとイロイはほとんど認められてはなかった)。UCC, Art. 9. がインベントリー担保として集合物論、分析論とすべの立場を採らうのかとどう問題か、アメリカで若干議論がある。Coogan and Bok, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1341 [1398] (1963) 注 UCC, が集合物論を採らうかと解する余地もあると説く。これは対して、UCC, Art. 9. は受取勘定債権 (Accounts receivables) の担保化、あるいはインベントリーの担保化について、集合物論を明白には採用してはならず、また、これはといって集合物論を拒否しているわけでもない。UCC, Art. 9. は、採用か拒否かという立場をめぐりしきつとたなべ、

その採用をケース・ロウの発展にまつているのだ、と説く立場もある。Gilmore, op. cit., vol. II, pp. 1307-1308.

(2) 次に、権利変動のプロセスが問題となる。集合に所属する個々の物は出入をくり返す。そのさい、出入する個々の物は、あるいは譲渡担保の拘束を脱し、あるいは譲渡担保の拘束に服する。問題は、かような権利変動をどのように法律構成するか、である。この問題は、従来、「集合物」の譲渡担保に関して最も論じられた問題であり、あえて説く必要は全くないと思われるけれども、叙述の統一をとる上から、ひとまず、言及しておく。

集合物論によれば次のような説明が与えられる。すなわち、この立場によれば、個々の物は「集合物」に属する限り、「集合物」のいわば部分として当然に譲渡担保に服するのであるから、個々の物が「集合物」から脱した場合には当然に譲渡担保の拘束を免れ（個々の物の買主は担保権を切断して所有権を取得することになる。設定者が処分権限外の処分をした場合は担保権の追及を免れえず、その場合には即時取得（民一九二条）の問題が生じる）、反面、個々の物が「集合物」に加入した場合には当然に譲渡担保に服することになる。

分析論によれば次のとおりである。すなわち、この立場によれば、個々の物は譲渡担保権者に対して条件付に譲渡されているのである。つまり、個々の物はそれが設定者によって処分されて集合を脱することを解除条件として、および、個々の物が（設定者により所有権を取得されて）集合に加入することを停止条件として、譲渡されているのである。それゆえ、個々の物の出入にさいして、これらの条件が成就し、それぞれ権利変動が生じることになる。個々の物が処分されて集合を脱するに当っては、解除条件が成就し、個々の物の所有権が設定者に復帰し、次いで、処分の相手方へ移転する（設定者が処分権限外の処分をすれば担保権の追及を免れえず、その場合には即時取得の問題が生じる）。個々の物が集合に加入するに当っては、停止条件が成就し、個々の物の所有権は当然に譲渡担保権者へ移転する。

以上が権利変動のプロセスについて、集合物論、分析論それぞれの立場からされる説明である。いずれの立場を採用しようとも、個々の物が出入に依りて当然に讓渡担保権の拘束を脱する（処分の方手方へ権利が移転すること、あるいは即時取得の問題がありうることも同じ）あるいはその拘束に服する、という結果において相違はない。⁽¹⁾

説明の巧拙という視点に立てば、集合物論の与える説明は単純明快だという感を受ける。これに対し分析論は精緻な法律構成を展開しており、その意味ではきわめて巧妙な説明を与えるといえよう。しかし、その説明が精緻であるだけに複雑、技巧的と評されることになるだろう。この問題に関しても、集合物論の与える説明の方がすぐれているといえようか。

(1) ドイツにおいては、分析論が支配的であり（この点については本章一(1)(四)注(1)で述べた）、その分析論の与える説明は、本文において分析論の与える説明として述べたところと同旨とみてよいであろう。Staudinger, a. a. O., Vorbem. zu § 90, Anm. 12, 13, Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 121 III 1. なお、我妻・前提論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一五〇頁以下におけるエルトマン (Oertmann) の学説参照。集合物論者としては周知のようにギールケを挙げることが出来る。その所説も本文において述べたところと同旨と解することができよう。Gierke, a. a. O., SS. 53-54.

アメリカにおいては集合論か分析論かという議論は、現段階の筆者の知る限りでは、わが国さらにはドイツほどには盛んではないようである（本章一(1)(四)註(1)参照）。そのような議論こそ盛んではないけれども、ここで問題にしている権利変動について定められ、説かれていることは、わが国およびドイツにおいて説かれていることと結果においては同旨とみてよい。判例を逐一挙げることをここではしないで、以下の文献の指示に委ねておく。

新しく集合に加入する物（新しく設定者によって所有権が取得された物）については、「爾後取得財産条項」(“After-Acquired Property Clause”)—そのような物について当然に担保権が及ぶ旨の条項—にもとづき、加入の時点において自動的に（担保権者と設定者の間に新たな讓渡行為がされることを要しない）担保権が及ぶ。UCC, § 9-204 (3), Gilmore, op. cit., vol. 1, pp. 27ff., pp. 354ff., Coogan, The Lazy Lawyer’s Guide to Secured Transactions Under the Code, I Coogan, Hogan and Vagts, Secured

Transactions, 71 [84-86] (1963). 爾後取得財産についての担保権の對抗力に関しては、次の(3)(イ)註(1)参照。

設定者は担保物の処分権を与えられることができ、それがために担保権の効力が影響を受けることはない。かつては、設定者に処分権を与えることが担保権の効力に影響すると考えられたこともあった(もともと、このことは次の(3)(ロ)に関する問題でもある)。UCC, § 9-205, Spivack, op. cit., p. 15, Coogan and Bok, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1341 [373, 1381ff.] (1963), Coogan, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 71 [88-89] (1963), Gilmore, op. cit., vol. I, pp. 391ff., pp. 354ff. 設定者が処分権限の範囲内で処分(売却)すれば、その買主は担保権を切断して物の所有権を取得し、設定者が処分権限外で売却しても、「営業の通常の過程における買主」(“Buyer in ordinary course of business”)とは「善意で、彼に対する売却が第三者が物品について有する所有権または担保権を害することについて認識なくして」その種の物品を売ることを業とする者から買う者」であると定義されている(UCC, § 1-201 (9), 詳細は同条参照)は保護される。すなわち、このような買主は売主(設定者)が設定した担保権が對抗要件を備えていても、また、買主がこの担保権の存在を知っていても、この担保権の對抗を受けない。UCC, § 9-307 (1), Spivack, op. cit., p. 111, Gilmore, op. cit., vol. II, pp. 693ff. なお、ブラウカー・道田・前掲書・六一八一―六二二頁参照。

(3) 次に、流動動産譲渡担保の對抗要件に関する諸問題ととりあげよう。

(イ) まず、「予めの占有改定」が問題となる。将来取得する物のために予め占有改定を行なうこと、すなわち、将来集合に加入する個々の物について譲渡担保権者が当然に占有改定によって占有権を取得するという契約を締結することが許されるのか。すなわち、そのような契約を結ぶことによって個々の物が加入した時に当然に譲渡担保権者は占有権を取得しうるのか。それとも、そのような契約を結ぶことは許されず、譲渡担保権者が占有を取得するには個々の物が加入した後に占有改定のとりきめをなすことを要するのだろうか。

集合物論ならば、この問題はさして難問ではない。集合物論を採用すれば、このような問題は生じえない、ともいえよう。というわけはこうである。すなわち、集合物論によれば、「集合物」が譲渡担保の客体である。この「集合

物」につき一旦讓渡担保が設定されかつ占有改定がなされたならば、後に「集合物」に加入する個々の物は「集合物」の部分として、当然に、讓渡担保に服し、かつ、当然に、その個々の物についての讓渡担保は對抗力を取得する、と解されるのである。このことを角度を変えていい直せば、個々の物についての對抗力具備の時点（また所有權讓渡の時点）は「集合物」について讓渡・占有改定がされた時点であるといえよう。分析論の場合——「予めの占有改定」が承認されたとして——においては、個々の物について對抗力が具備される時点（所有權讓渡の時点も）は、その物の加入した時である。集合物論と分析論のこの点における差は後述(5)(6)において問題となる。

分析論によれば、「予めの占有改定」は停止条件付占有改定契約によってなされうる、と説明することにならう。すなわち、「予めの占有改定」のとりきめは個々の物が加入する（設定者が直接占有を取得する）ことを停止条件としてその加入時に当然に（あらためて意思表示をすることを要せず）讓渡担保権者が占有権を取得する旨の契約であり、かような契約も承認されると説くわけである。ところで、「占有」は事実的要素の濃いものであるから、占有改定によって讓渡担保権者が占有権を取得するに当たっても、それは物が存在することを前提としてはじめて可能なのであり、物が存在しないのに意思表示のみで（予めのとりきめをするのみで）讓渡担保権者の占有権を基礎づけえない（この点觀念化の徹底した所有權について停止条件付所有權讓渡契約がなされうるのとは異なる）、従って「真の占有改定」（物の存在を前提とする占有改定）のみが承認される、「予めの占有改定」は許されない、「予めの占有改定」のとりきめがなされても、個々の物が加入した後に、あらためて占有改定の意思表示がなされることによってじめて讓渡担保権者は占有権を取得しうる、と考える余地もないとはいえない。問題は民法第一八三条の解釈論である。同条（同条の文言上は「真の占有改定」についてのみ規定されているといえよう）が「予めの占有改定契約」を承認する余地を全く有しない——「占有」について右に述べたことを理由に——とは必らずしも断言しえない。当面の間

題は公示にある（予めの占有改定を承認することが公示という点で欠けることにならないかということが問題である）。公示という視点から考えれば、「真の占有改定」と「予めの占有改定」とにおいて、公示の作用については差がない（いずれも公示の程度において同程度である。公示を欠くといえればこれまたいずれの場合にもそのようにいえる）といえる。「予めの占有改定」を承認したとしても、公示という点において重大な弊害を生じるわけではない。当初から物が設定者の下に存在する（譲渡担保権者は占有権を有している）場合にせよ、物が当初は設定者の下に存在しなかったけれども後に存在するに至った（そしてその時点において当然に譲渡担保権者が占有権を取得するに至った）場合にせよ、権利状態の外的表章においては（一方は返還請求権が現実¹に生じており、他方は物が存在するまでは返還請求権が生じないけれども）差があるとは思われない。いずれの場合にせよ、第三者からは、譲渡担保権者の支配は判明しがたく、一方は当初から他方は物が存在するに至った時点からというちがいはあるにせよ、物はあたかも設定者のみの支配下にあるようにみられるであろう。さらにまた、「予めの占有改定」を承認しないで物が存在するに至った後に（すでに物の存在するより前に意思表示がされているのに）あらためて意思表示をせよと要請しても、別にそのことで公示作用に差をもたらすわけでもあるまい。この意思表示は第三者から判別されることなしになされうるからである。公示という点において「予めの占有改定」との間に差を生じないとすれば、両者を差別する理由が著しく薄弱になる。「予めの占有改定」を承認することが取引の需要に應じること、「予めの占有改定」が承認されないために物が加入するごとに占有改定の意思表示を要するとすれば煩に耐えないだろうし、その意思表示をしないうちに第三者がその物を差押えることにでもなれば、譲渡担保権者は如何とも仕方がないことを考慮すればなおさらである。占有が事実的要素と強固に結びついていることにもとづく異議については次のように考える。なるほど占有は事実と強く結びついている。とはいうもののこの意味は何か。占有を問題にする場合にはいかなる場合

にも事実の存在（物の存在）を要するという意味なのかどうか。この意味が、占有そのもの（これは物の存在する場合にのみ生じうる）ばかりでなく、占有の基礎づけに当っても物の存在を要するとし、それは意思表示のみによってはなされえないという意味だと解すること、「予めの占有改定」のとりきめがあるからといって物が存在するに至った時に当然に讓渡担保権者が占有を取得することにはならないという意味だと解すること、には疑問がある。当事者の占有の基礎づけについての意思の合致があり、そして、その合意の内容どおりの効果（当然に讓渡担保権者が占有取得）を生ぜしめても（物が存在するに至った時点において）不都合が生じないのに、「予めの占有改定」はなされえず、物が存在するに至って後に、その物についてあらためて占有改定をせよ、と当事者にとつて不便なこと、取引需要に応じえないことを要求することまでが許されるのか。当事者があらためて意思表示することを不要としており、また、そのことによって物権関係の公示上欠けるところはないのに、なおかつ、物が存在するに至ってからあらためてとりきめよと要求することまで許す意味だと解するのはあまりにも占有―事実の結びつきを強調しすぎるのではないか。それほどまでに占有―事実の結びつきを強調しなければならぬ根拠はいずこにあるのか。そのように占有―事実の結びつきを強調する根拠が明らかでないこと、「予めの占有改定」を承認することが不都合を来さないのみならずそれを承認することの方が経済的需要にも応じることから、「予めの占有改定」も民法第一八三条の承認するところであると解すべきである。

分析論の立場からは以上のように説明することになるだろう。分析論の立場から与える説明がこれまでのところ必ずしもはつきりしないので、上述した内容は、筆者なりに若干の解釈を加えて構成したものである。そして、筆者としても、上述したような分析論の説明は成立しうると考える。

もっとも、筆者としては次のようにも考える。占有改定方式（設定者のもとに担保物を止めておき、以後は設定者

が譲渡担保権者のために占有することを約する)による譲渡担保においては、譲渡担保権者は間接占有を取得しえず、彼はそのさい公示、という視点にもとづき所有権譲渡の存在のみによって当然に対抗力を与えられると解するならば(第一章三(4)(b)、第五章参照)、「予めの占有改定」という問題はそもそも生じないことになるであろう。かような立場を採用すれば、分析論を採用しても、「予めの占有改定」を問題にする必要がないことになる(「予めの占有改定」のとりきめ、占有改定のとりきめは、設定者が譲渡担保権者に対して担保物を保管する趣旨を明らかにしたにすぎず(当然のこの表明ともいえる)、譲渡担保権者の間接占有を基礎づけるものではない)。「予めの占有改定」についてはのちに再び説く機会がある(第四章)。

右のような見解をしばらく措くとしても将来加入する物について譲渡担保権者が当然に対抗力を取得しうるか、という問題に対しては、集合物論、分析論いずれの立場も肯定的な回答を与えることができるわけである。もともと、両者がいずれも肯定的回答を与えるにしても、両者が差異をもたらさないとはいえないのであり、このことについては本項(3)(4)で集合物論の与える説明を述べた末尾において言及した。そのことは別として、このような回答の基礎づけの巧拙をみれば、ここでも集合物論の与える説明の方がすぐれているように思われる。

(1) もともと、「予めの占有改定」が承認されず、あらためて意思表示をなすことを要するとしても、その意思表示が黙示の意思表示でも足ると解されるとすれば、譲渡担保権者が占有権を取得する上で支障はないであろう。筆者としては黙示の意思表示でも足り、流動動産譲渡担保の場合には、特に反対の意思が明らかかな場合を別として、契約の性質上、物が加入した時点において、その加入した物につき(複数個ある場合にはまとめて集合的に扱ってよい)占有改定の意思表示が黙示的になされると解する。かように考えるならば、「予めの占有改定」を承認したことと実質上同一である。

(2) ドイツ(そこでは分析論が支配的であることはこれまで註においてすでにくり返し述べた)では、「予めの占有改定」が許される、という見解が支配的である。詳細な点についてはここでは立ち入らない。Baur, a. a. O., § 51 V 6 b, Wolff-Raiser, a. a.

O, §§ 67 I 2, 180 II 1, Westermann, a. a. O, §§ 40 III, 43 II 3. 判例についてはこの文献の指示に委ねておく。アメリカについてみよう。細かいことを度外視して略言すれば、爾後取得財産条項—本章一(2)註(1)参照—をふくむ担保契約によって担保権が設定され、登録 (filing) がされることによってこの担保権はすでに存する物について対抗力を取得するといつてよく、将来加入する物については対抗力の取得を用意する。UCC § 9-302 (1). 将来集合に物が加入する場合 (設定者がその物につき所有権を取得した場合) には、その物に当然に担保権が及び、かつその物は、その時から当然に、対抗力ある担保権の客体となる。新たな登録行為を要しない。登録に当っては担保財産が記述されることを要し、将来集合に加入する物がこの記述に該当することを要することはむしろのである (登録するさいのその他の細かい要件については省略する)。UCC, §§ 9-204 (1), (3), 303 (1), 402 (1), Coogan, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 71 [85] (1963), Coogan, Priorities Among Secured Creditors and the "Floating Lien", 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 671 [687-698] (1963).

ドイツ、アメリカ、いずれにおいても、将来加入する物に当然に担保権が及び、かつ、担保権の対抗力も当然に具備されるという点においては同一だということになる。アメリカにおいては対抗力取得に登録が必要とされる点が異なることは別論である。

(四) 次に問題となるのは、処分権の授与は間接占有の成立を妨げないかどうか (さらに、讓渡担保の成立を妨げないかということも、ついできとりあげておこう)、ということである。

讓渡担保権者が設定者に対して、設定者の名および計算において個々の物を処分する権利を与える場合には、讓渡担保権者は間接占有を取得しうるのであろうか、そのような場合において、つまり、設定者が個々の物に対して自由な支配権を有している場合において、なお讓渡担保権者は間接占有を有しているといえるのであろうか、これが問題である。

集合物論によれば、このような問題はとりあげるに及ばないとさえいえよう。なぜならば、次のようにいうことができるからである。この立場によれば、客体は「集合物」そのものであり、「集合物」につき占有改定が成り讓渡担保権者は「集合物」について間接占有を取得している。設定者は個々の物について処分権 (それは「集合物」の利用

説
論
権能の一種である）を有するのであり、「集合物」じたいについての処分権を有するものではない。設定者が個々の物について処分権を有するとしても、譲渡担保権者が「集合物」に対する間接占有を有することを妨げるものではない。

これに対し分析論を採用した場合には、処分授權による間接占有の成否如何ということが問題となりうる。すなわち、設定者に処分を授權することは、間接占有成立のベースをなすべき占有代理關係の成立を妨げるのではないか、ということが問題となる。分析論の立場を採用した上で、この問題に対して否定的回答（処分授權は間接占有の成立を妨げない）をなすためには、次のように論じることにならう。すなわち、現行民法においては、占有改定の成立するためには、設定者が自己の占有物を以後譲渡担保権者のために占有する旨の意思を表示すれば足り（民一八三条）、両者の間に設定されるべき法律關係になんらの制限も存しない。むしろ、占有代理關係の存在は必要である。しかし処分授權をしても、設定者は占有代理關係の内容たる返還義務をすくなくとも抽象的には負っている（もし担保権が実行され、その時に未処分が残っている担保財産があれば引渡されなくてはならない）と考えられるので、やはり占有代理關係は存在すると解しうる。と。民法第一八三条の解釈上、このように解することもできなくはない。とすれば、分析論に依拠しても、当面の問題に対して、集合物論と同様の回答（結論）に到達しうることになるわけである。¹⁾

先述したごとく（第一章三(4)(b)、占有改定方式による特定動産譲渡担保においてすでに譲渡担保権者は間接占有を取得しえない——しかし、公示という視点より、譲渡担保権者は所有権譲渡によって対抗力を取得する——と考えるならば、処分授權が間接占有を妨げるか否か、という問題に対する回答は明らかでありそのような見解の下では、処分授權による間接占有の成否という問題は生じようもないとさえいえよう。もっとも、かような見解を採用す

るとしても、処分授權はなお讓渡担保権者の対抗力取得の妨げにならないかどうか問題になる。特定動産讓渡担保の場合について右のような見解を採用して、讓渡担保権者が間接占有なくして対抗力を取得するとしても、処分授權を伴う流動動産讓渡担保の場合にも同じ結論に達しうるのでどうか。処分授權が存するにせよ、流動動産讓渡担保に伴う公示・外的表章は特定動産讓渡担保のそれと比較してみても差を有しないのであるから、前者の場合にも讓渡担保権者は対抗力を与えられるべきである（なお第一章三(4)(a)(b)(i)末尾参照）。かように考えれば、分析論に依拠しても、処分授權は讓渡担保権者の対抗力取得を妨げないことになる。以上述べた点については第五章で再びとりあげたい。

集合物論、分析論のいずれ（さし当り右のごとき見解を別としておく）を採用しようとも、当面の問題に対して同一の結論を下すことができることは、以上において明らかとなった。また、ここでも、集合物論の提供する説明の方が分析論の提供する説明よりもすぐれているように思われる。

ところで、ここで、処分授權が讓渡担保の成立そのものを妨げはしないか、ということの問題としよう。この問題は讓渡担保の設定を問題にした個所できちんとあてがうべきであったともいえる。処分授權が讓渡担保に及ぼす影響をまとめて検討するという意味でここにとりあげておく。一体、讓渡担保を設定すると同時に、担保財産の処分権限を設定者に与える（設定者の名において処分する権限を与える。設定者に処分代金の交付義務も負わせないことも多い）場合には、当事者には讓渡担保を設定する意思があるのかどうか。とりわけ讓渡担保権者についてみれば、彼は担保確保にそもそも関心がないのであろうと解される。彼は、担保財産の自由な処分を設定者に委ねており、担保財産を確保して担保の実を挙げようという意思をもたない、設定者が破産に陥った場合には、彼は担保財産につき担保権を主張実行する（このような場合には担保権を主張実行しようと当初から意図しているかも知れない）であろうが、そ

それは、その時に担保財産が存した（かつ一応彼の財産ということになっていたので）からであり、本来、彼としてはそのような場合に担保の実を挙げることを意欲してはいない、設定者の破産の場合にもたまたま設定者の下に存する財産（その価額の多少は全く問題でない）に対して実行することで満足し、担保の実を挙げうるかどうかは関心事でない、そのような場合に財産の大半が処分済みであり残りのものでは担保の実を挙げえなくなっているとしても仕方ないと考え、およそそのような場合にそなえて財産を確保する意思を有しない。設定者の他の債権者が強制執行した場合に、彼は担保権を主張する（そのことをはじめから意図しているかも知れない）であろうが、たまたまその時担保財産が存するからそのような行動に出るにすぎず（このさい担保の実が挙がるほどの担保価値が存するかどうかには関心が無い）、本来、担保財産を確保しておこう、それに他の債権者が擱取してくるのを防ごう、という意思はない。もともと、担保財産が存することを期待してないのである。担保設定の意思を譲渡担保権者が有しているといえ、いなくてもないけれども、その意思は、設定者にその名における処分権が授与されている以上、担保の確保をめぐらしているというよりは、先に述べた破産、強制執行の場合に偶然存在する担保財産を把握することで満足するに止まる―そのさいに担保の実が挙がるか否かについては関心が薄い―と解されざるを得ない。そして、この程度の意思を有するのみでは、譲渡担保設定の意思ありとして譲渡担保の効力を承認することは許されない（*ernstlicher Wille* を欠く）のではない（民九三条但、九四条）、このような疑いが抱かれる。かような疑いが当たっているとすれば譲渡担保契約は当事者間においても無効である。かような疑いは集合物論、分析論のいずれを採用しようとも生じるであらう。というわけはこうである。集合物論においては、「集合物」そのものについて処分権はなされていないにしても、「集合物」の成分である個々の物について処分権がなされている以上、「集合物」の担保価値の減少がもたらされるのであり、そのような担保価値減少を譲渡担保物権者は予め承知の上で処分権をしたと考えられるから

である。分析論においては、処分授權の対象である個々の物が讓渡担保の客体であるから、右に述べられたような疑いが集合物論を採用した場合よりも一そう強く抱かれる。

しかし、処分授權のなされていることを理由に当の讓渡担保設定は讓渡担保設定の意思なくしてなされたと直ちに断じることが早計である。というのは、処分授權と担保確保ということが両立すると解されると可能性もないとはいえないからである。処分授權という側面をとり上げるに止らず、より広く担保關係を考察する必要がある。讓渡担保契約上、処分授權がなされ、かつ、処分代金交付義務および処分された担保価値に相当する担保価値を補充する義務が設定者に課されていない場合でも、その時々³の被担保債権に相当する担保価値を維持する義務は当然設定者に課されていると解することができ、この義務を設定者が遵守することによって担保の実を挙げる⁴ことが期待される。また、実際にも、継続して營業を続ける企業についてみれば、個々の物の出入はほぼ均衡する——もつともある期間をとってみなければならぬが——のであり、担保価値が減少の一途を辿り担保の実を全く挙げえないという事態は多くないといえよう。あるいはまた次のようなこともいえる。讓渡担保権者が担保権者らしくふるまおうとすれば、たとえば、以下のようなことが考えられる。すなわち、設定者の名においてではなく、讓渡担保権者の名において処分されることにするとか、設定者の名において処分することを許すにしても、予め処分授權をすることをせず、設定者が個々の物を処分するに当っては処分の都度讓渡担保権者の承諾をえることにするとか、予め処分授權をすることにしても、処分の内容(価額、数量など)を詳細に讓渡担保権者に報告させ、処分代金も交付させることにするとか、処分された担保価値に相当する担保価値を補充させることにし、その補充について詳細に報告させることにするとか、さらに、設定者がこれらの義務を遵守するかどうかを人を常時派遣しておき監視するかかすれば、担保の実が挙がり、讓渡担保の設定が真に意図されているような外観をも備えるので先に述べた疑いを斥ける上で好都合とはいえる。しかし、

その反面において、設定者が譲渡担保権者の名において処分することは、譲渡担保権者の名を処分の相手方に知られることになり、そのことが設定者の財産状態の秘密を明らかにすることになり、その結果、設定者の取引上の信用を害することになりはしないか。そのようなことは設定者の営業にも影響を与えかねず、結局、譲渡担保権者にとっても好ましくない結果を生じる惧れがある。また、設定者の名において処分することを許しても、右に述べたような義務を設定者に課することは煩雑さを招き、かつ、出費を伴うであろう。そして、その煩雑さ、それに伴う出費、これらのものは多くの場合設定者の無視しえない負担となり、場合によっては設定者の営業にも悪い影響を与えるであろう。そのようなことは譲渡担保権者にとっても決して歓迎すべきことであるまい。以上のように考えれば、譲渡担保権者が設定者の名における処分の授權をなすなど設定者に対しフリー・ハンドを認めるからといって、譲渡担保を真に設定する意思がないとはいえない。譲渡担保権者は設定者の誠実さ、設定者の営業の規模、営業状態の不良、その将来の見込み、などを総合的に判断して、設定者にフリー・ハンドを与えるべきかどうか（さらにその程度）を決する。その決断に当って、譲渡担保権者が大巾なフリー・ハンドを設定者に与えても安全である、むしろ与えた方が好結果を生じると考えれば、譲渡担保権者はそのようにするであろう。この場合、譲渡担保権者は（設定者も）、譲渡担保を設定する意思を真に有しているのであって、譲渡担保権者は、経済合理性の判断にもとづき設定者にフリー・ハンドを承認しているに止まる。あるいは、フリー・ハンドを与えていても、譲渡担保が真に設定されたと解することを許すだけの合理性があるといいかえてもよい。

筆者は以上のような考えにもとづき、処分授權（その他設定者にフリー・ハンドを承認すること）は譲渡担保設定・成立と両立しないものではないと解する。この問題は、第五章において再びとり上げることにした。この問題については、集合物論、分析論いずれの立場からもいづれの立場においても問題になりえて、いずれの立場とも密

接な関係なく説明がなされることになる。

(1) ドイツでは、かつて(今世紀の一〇年代初)処分権授与によって讓渡担保権者は占有を取得しえず(処分権を与える関係は間接占有取得の基礎たる法律関係(下民八六八条)たりえない)、従って、讓渡担保は成立しえないという説が有力に唱えられたが、やがて処分権授与は讓渡担保権者の占有取得を妨げないという見解—讓渡担保権者と設定者の関係は下民八六八条にいう「類似の法律関係」に当ると解する—が支配的になった。この点につき、我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一五四頁、我妻・前掲・債権の優越的地位・一五二—一五三頁、一五七—一五八頁参照。今日でも同様に解されているのであろうか。讓渡担保について、讓渡担保権者が間接占有を取得する基礎的法律関係としては讓渡担保契約で十分である(賃貸借契約などと構成しなくても)と解されている(判例については後掲の文献の指示に委ねておく)けれども、処分権授与と讓渡担保権者の間接占有取得の関係をどのように考えるのか、についてははっきりしない。流動動産讓渡担保について、設定者への処分権(下民一八五条)がなされうるとされ、他方、「予めの占有改定」が承認されていることから考えるならば、処分権授与も讓渡担保権者の間接占有取得を妨げないと解されているのであろう。Westermann, a. a. O., § 43 II 2, 3, Baur a. a. O., § 57 III 1 a 51 V 6, Wolff-Raiser, a. a. O., §§ 180 II 1, 3, 67 I 2.

UCC Art. 9. の下では担保権の対抗力は一定の公示方法を具備することによってえられる。問題は、一応、対抗力を具備した担保権が、まさに設定者に処分権が与えられていることを理由に、対抗力を否定されるというようなことはないか、ということである。UCC. § 9-205 はこの点をはつきりさせた。UCC. § 9-205 は設定者が担保財産について処分をなしうるがゆえに、あるいは、また、担保権者が設定者に処分収入の清算を要求しないがゆえに—その他詳細については同条を参照されたい—担保権は債権者(設定者の他の債権者)に対して「無効とならず、また、詐害行為の対象となるものではない。」(“is not invalid or fraudulent against creditors”) (かっこ内は、アメリカ統一商事法典研究会・アメリカ統一商事法典の翻訳(4)・法協八三卷一号四三頁による)。右のような場合にも、担保権は第三者に対して効力を維持するというわけである。もっとも、このような立場が確立するまでには、曲折を経た。より詳細には、第五章において言及する。UCC. § 9-205 の下では、担保権者は設定者に処分権を与えても、UCC. 所定の公示方法を具備(UCC. §§ 9-302 (1), 402 (1) 参照) してれば、第三者によって担保の実を奪われることはなごうとせぬ。Glimore, op. cit., vol. I, pp. 40ff., 354ff., Coogan, op. cit., I Coogan, Hogan and Vagis,

Secured Transactions, 71 [88-89] (1963), Coogan, op.cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 671 [689-691], Spivack, op. cit., pp. 151ff.

処分権の授与はドイツ、アメリカいずれにおいても担保権の対外的効力を脅かすものではないといつてよいであろう。

(2) 植林・前掲論文・法学雑誌七巻一号一〇七頁参照。

(3) このような推測は全く机上の推測であろうか。必ずしもそうだともいえないように思われる。Coogan, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1341 [1402] (1963). 参照。

(4) 次に、「集合物」という物概念がそもそも承認されるのか、という問題を取りあげねばならない。これまで(1)―(3)の諸問題を取りあげた場合には、この問題に対してイエスと回答することが前提とされていたけれども、はたしてそのような前提を採りうるものかどうか。(1)―(3)において諸々の問題がとりあげられたこの段階においていわずに前提をなす問題について触れる必要がある。この問題についても、すでに盛んに議論がなされているので、簡略にとり扱うことにする。

「集合物」という物概念を民法解釈論上承認することに消極的な立場は、次のように論じる。「集合物」概念を承認することは、民法の予定する一物一権主義および有体物主義と相容れない。従って、流動動産譲渡担保に関する法律問題を処理するに当たっては、集合物論によるのではなくして分析論によるのが現行民法に忠実な態度である、と。

これに対して集合物論者は次のように論じる。なるほど、分析論は現行民法にきわめて忠実な立場であるかも知れない。しかし、分析論のごとく、数多の物につき個別的に権利変動が生じると構成することは、当事者の意思に反するところの、多分に擬制的な構成である。そのような擬制的構成を採ることなく、より直截な構成をすることが望ましい。当事者(法律の素人)にとつては、「集合物」は一個の実体、物、である。この考え方をそのままに法律構成し、流動動産譲渡担保に関する法律問題を処理しえないであろうか。そのようなこともできない、と。集合物論者

は「集合物」概念を承認する。その根拠は二つある。その一は、「集合物」なる経済的統一体が存在し独立の取引対象とされていることである。その二は、「集合物」について物権が設定されていることは、設定者による個々の物の搬入、搬出（このことは「集合物」の利用権能の内容をなす）を通じて、十分に公示されている、ということである。⁽¹⁾

「集合物」概念が民法の解釈論上承認されるかという問題について筆者は次のように考える。すなわち、民法第八五条は有体物主義を採用しているので「集合物」は承認されないと解するのがすなおな解釈であるとひとまずいうことができよう。このような理由により、筆者は、分析論にくみしたい気持を捨てきれないのである。しかし、同条の解釈上「集合物」概念がおよそ承認されうる可能性がない、とまでは断言しえないであろう。集合物論者の挙げる根拠にも十分理由がある。結局、この問題について、民法第八五条は決め手にならない。決め手は「集合物」概念の有用性（この概念使用のもたらす実際的結果如何、および、この概念使用は議論を明快ならしめ、説得力あるものにするかどうか（説明の巧拙）、これらのことが有用性を判定するメルクマルである）であろう。この「有用性」についてはさらに検討の上、とりわけて、以下の(5)で扱う諸問題を考察した後、結論を下すことが適当である。⁽²⁾

(1) ドイツにおいては、分析論が支配的であること、アメリカにおいては必ずしもはっきりしないこと、これらのことについてはすでに述べた（本章一(1)(a)註(1)参照）。

(2) この点については、アメリカにおいて集合物論が主張される場面は現段階の筆者の知る限り、後述する本章一(5)(b)の問題（破産法上の否認権と流動動産讓渡担保との関係）が登場する場合であるといつてよいことが想起される。アメリカにおいて、右の問題がどのようにとり扱われるかについては本章一(5)(b)註(8)において言及する。

**On Some problems about chattel mortgage
on shifting stock in trade (2)**

Akira YONEKURA

Associate Prof. of Civil Law
Faculty of Law
Hokkaido University

He discusses the following points:

1. What is the utility of "Entity Theory"? He concludes that there is no utility of this doctrine but one exception. The one exception is in the case as to the voidable preference of the Bankruptcy Act (Art. 72). In this case, only "Entity Theory" can lead to the useful solution for the secured party.
2. As to security interest on shifting stock in trade, there has existed two points of view, or two doctrines, "Entity Theory" and "Analytical Theory." And the focus of discussion lies usually in the choice of one of these two doctrines. However, he doubts, how useful or fruitful is this approach? There are many important problems unsolved. Important problems, for example, how to decide the scope of the collateral, or how to identify the floating mass, remains unsolved, independent of the choice of doctrine. He concludes that "Entity Theory or Analytical Theory" Approach has not so much utility.