



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	流動動産譲渡担保論一斑（4）
Author(s)	米倉, 明; YONEKURA, Akira
Citation	北大法学論集, 19(2), 41-82
Issue Date	1968-11-28
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16103">https://hdl.handle.net/2115/16103</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	19(2)_p41-82.pdf



論 說

流動動産讓渡担保論一斑 (四)

米 倉 明

第一章 序 說 (一八卷二号)

第二章 集合物論対分析論  
 一 (4)まで (一八卷三号)  
 一 (5)——二 (一八卷四号)

第三章 担保物の範圍の確定方法  
 一 (本号)  
 二——三 (次号)

第四章 内容変更に関する諸問題

第五章 処分權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

## 第三章 担保物の範囲の確定方法

本章の論点は次の三点である。

第一に、譲渡担保設定契約においてどのようなとりきめをなせば担保物の範囲を確定しうるか、どのようなとりきめをなした場合には担保物の範囲を確定しえないか。種々な態様のとりきめについて検討を加えねばならない。この第一の問題を考察することは、以下二個の問題を考察する基礎をなすともいえる。というのは、以下二個の問題は、第一の問題の発展ともいいうるからである。

第二に、担保物の範囲確定の基準時点を設けるべきか、しかりとすれば、それはどのような時点であるべきか。

第三に、担保設定の対象となる物のうちに第三者の所有物がふくまれている場合、担保物の範囲を確定させるには譲渡担保設定契約においてどのようなとりきめをなすべきか。ついでに、譲渡担保の法律構成にも言及する。

ここで早速、用語について断わっておくことが適当であろう。すなわち、本章においては（必要があればそれ以下でも）、担保物の範囲の確定、という語を用いる。その意味は、担保物が具体的に指定されて、その結果、担保権の及ぶ範囲が具体的に定まるということである。この場合、担保物の範囲の特定（担保物が特定されてその結果担保権の及ぶ範囲が特定される）といっても別段誤りとはいえない。というのは、確定、特定という語の使い分けははっきりせず、特定という語にも具体的に指定する、具体的に定まるという意味があると思われるからである。筆者は次のようなことを考慮して、確定という語を用いることにした。譲渡担保権が成立するには担保物の範囲が特定されることを要するという場合に、その特定という要件は、客体の抽象的な資格指定（たとえば「全商品のうち設定者の

所有物」というごとく）がなされたのみで充足されるとも受けとられるのではあるまいか。確定という場合にはそのように受けとられることはあるまい。讓渡担保権が成立するには、客体の抽象的な資格指定があるのみでは足りず、より一そう具体的な指定（どの物かについて）がなされなければならない。このことをはっきりさせるために、確定という語を用いることにしたい。もっとも、特定という語を用いることが右で述べたような意味で受けとられるかどうかも必ずしも断定しうる限りではなく、かりにそのように受けとられるとしても、確定という語を用いるからといって、そのような受けとられ方が全く排除されるかといえ、<sup>1)</sup> これもまた断定の限りではない。特定という語を用いればそのような受けとられ方がされるとしてもその場合には、客体の具体的指定という意味に用いることをはっきりさせておけば目的は達せられるであろう。特定という語の代りに確定という語を用いるのは、多分に筆者の語感にもとづくのであり、さほど深い根拠はない。語の用い方について、一応断っておくことにしたのである。

本章においては、上述三個の問題が順次とりあげられる。これらの問題に立ち入るに先立って、以下簡単に、これらの問題をとりあげることの必要性、重要性について——この必要性、重要性はあまりにも明白であって、説くまでもないかも知れないけれども念のために——一言しておきたい。

まず、第一の問題についていえばこうである。讓渡担保設定契約が締結されても、その契約において担保物が確定されなければ、讓渡担保権はそもそも成立しえない。従ってその効力発生之余地もない。当事者が讓渡担保権を設定する旨を約することを目的とするに止まる場合には——担保物が契約上確定されなくても——設定する債務は成立し、当事者は所期の目的を達成することができる。これに反して、当事者が或る客体についての讓渡担保権の設定そのものを直接に目的とする場合には、客体すなわち担保物が確定されなければ、讓渡担保権は成立しえない。客体が不確定な場合には物権は成立しえないからである。ここにおいて、どのような物が讓渡担保権の目的物なのか、どの

ような物は譲渡担保権の目的物でないのか、両者を区別する方法如何、が問題となる。筆者が担保物の範囲の確定方法如何と呼ぶ問題はかような問題である。

従来、担保物の範囲の確定方法として、種類、所在場所、量的範囲を設定契約において指定することが行なわれてきたといえる。種類、所在場所、量的範囲を指定するといっても、その指定の態様には種々のものが考えられる。その具体的な態様は後述するところであり、この場所できりあげる限りではない。ところで、そのうちの或るものによれば担保物の範囲は確定されるけれども、別の或るものによればしからず、ということもありえよう。担保物の範囲が不確定ということになれば、譲渡担保設定契約締結の意味が失なわれるのであるから、事は重大である。考えられる諸々の態様の指定につき、それが担保物の範囲を確定するものか否かを検討する必要がある。

重要性については、すでに以上述べたところから明らかであろう。次のような場合を想定すれば、なおさら、明白になるはずである。すなわち、譲渡担保権の設定が行なわれたところ、設定契約におけるときめによっては担保物の範囲が確定されないとする。従って譲渡担保権は成立していない。次いで、目的物——本来譲渡担保権の目的物であるはずの——に対して、設定者の他の債権者が強制執行をなしたり、あるいは、設定者が破産に陥入ったとする。かような場合に直面して譲渡担保権の主張が許されないこと（当面想定している場合においてはしかり）は、譲渡担保を供与された者にとってまことに痛手といわねばならない。

担保物の範囲確定の方法が明確にされていること、当該の指定によって譲渡担保が設定されるのかされないのか、されるとすればどの範囲の客体についてなのかを明確に知りうることは、譲渡担保権者にとってのみならず、客体を擱取しようとする他の債権者にとっても重要である。というのは、そのような債権者にとっては擱取しうる財産の範囲が明確なことがとりわけ重大な利害にかかわるからである。<sup>(3)</sup>

次に、第二の問題について述べればこうである。設定契約により担保物が確定され、従って讓渡担保権が一旦成立したけれども（設定者の所有物については讓渡担保権が効力を生じる）、その後、担保物と非担保物とが混在するに至り、両者が区別されがたくなったという場合を想定すれば、この場合には担保物の確定性が失なわれ、その結果、一旦効力まで生じた讓渡担保権も無効に帰するのではないか。担保物の範囲確定の時点を固定して、その時点において担保物の範囲が確定しその結果効力を生じた讓渡担保権は、その時点より後に生じた事情によっては影響をうけないというような処理をする必要がある。そのようにしなければ、担保物の範囲の確定方法を検討し担保物の範囲を確定することの実益が乏しいことになるだろう。また、このような処理をすることは讓渡担保権者の地位を安泰ならしめるために重要であるということまでもあるまい。

最後に、第三の問題について述べよう。担保設定の対象となる物のうちに設定契約締結当初から、第三者の所有物がふくまれている場合が考えられる。ここでいう「第三者の所有物」としては、たとえば、原材料供給者が設定者に賃加工契約にもとづき供給した物（所有権は原材料供給者に留まっている）、すでに第三者へ讓渡担保に供与されている物が考えられる。設定者の所有物と第三者の所有物とが混和・付合し、共有關係を生じている場合もありえよう。そのような場合にも第三者の所有物ありといえなくもなからう。担保物の範囲を確定する方法も、担保設定の対象をなす物がすべて設定者の所有物である場合に比して、第三者の所有物がふくまれている場合には、より一そう複雑な方法とならざるをえない。担保設定の対象となる物のうちに第三者の所有物がふくまれることはない、とはいえない以上、そのような場合についての担保物の範囲を確定する方法を検討することが必要である。設定契約締結当初から第三者の所有物がふくまれている場合に、第三者の所有物を分離することなく、それをふくめたままに讓渡担保に供与することが可能ならしめられるのかどうか、この問に対する回答は実際の取引にもすくなくならず影響を与

えるであらう。

この場所を借りて次のことを述べておく。すなわち、担保物の範囲の確定方法如何という問題に対しては、集合物論、分析論のいずれの立場を採るかにより当然に回答が与えられる、さらには回答が異なる、ということはない。複数の物の集合を一体として「集合物」として把握する立場を採るにせよ、そもそもその一体として把握されるのはどのような物なのか確定されねばならない。あるいはまた、個々の物ごとに譲渡担保権に服すると考える立場を採るにせよ、譲渡担保権に服する物はどのような物であるかが確定されねばならない。むしろ次のようにいうことができる。担保物の範囲が確定されてはじめて、その確定された複数の物を集合物論的に把握するか、分析論的に把握するか、という問題が登場する、と。担保物の範囲の確定方法如何という問題は、集合物論か分析論かという議論に先立つ問題であるということができよう。たとえば、設定契約により「○○倉庫内のコーヒーの総袋の三分の一の個数に当る個数の袋」（以下、たんに「三分の一」という）が譲渡担保に供与されたとする。集合物論分析論いずれの立場を採用しようとも、そのことから当然に「三分の一」を確定する方法がひき出される（従ってまた「三分の一」が確定される）こと、あるいはいずれの立場を採るかにより確定方法が当然に異なることにはならない。右にいう「三分の一」とはこの範囲の物であると確定されてのち、その「三分の一」の物の集合についての法律上の問題を処理するに当って、集合物論か分析論かという議論が生じてくるのである。「○○倉庫内のコーヒーの総袋」が譲渡担保に供与される場合のごとく、流動動産の全部が担保設定の対象とされる場合には、担保物の範囲は確定されていると解されるので、担保物の範囲の確定方法如何という問題を扱うことなく、直ちに、集合物論か分析論かという議論に立ち入ることができる。従来、担保物の範囲の確定方法如何という問題にさほど注意が払われることなく、集合物論か分析論かという議論の方が盛んに行なわれたのは、流動動産の全部が担保に供与されること（従って担保物の範囲が確定

していること)が念頭に置かれていたことに由るのではないかと思われる。

本章の問題を取扱うにさいしては、わが国の実務の実態を把握することが必要である。そして、それを把握するためには実態調査を行うことも必要である。筆者は、本稿においては、実務の実態を把握することなく、机上で(担保物の範囲の確定方法に關するところの)諸々の場合を想定し、それらの場合につき検討を加えるに止まる。従つて、本稿で触れられていない問題が実際に存在することは十分ありうるのであり、本稿をもつて、すべての問題に対して回答を用意するものということはとうていできない。本稿は担保物の範囲確定の問題に対する文字どおりの第一歩ではない。もっとも、「机上で……諸々の場合を想定」するといっても、全くの想像をめぐらすのではなく、ドイツ、アメリカにおいて実際に行なわれている担保物の範囲確定の諸方法を想定するのである。筆者によれば、そのような諸方法は——考えつかれやすい方法でもあるから——わが国の実務においても実行される可能性があり(すでに実行されているかも知れない)、実行された場合に果して担保物の範囲を確定しうるかにつき検討を加えておく必要がある。以上のことはともかくとして、わが国の実務の実態を把握することなく研究を進行させることはとうてい正攻法とはいえない。筆者としてもこのことを認めざるをえない。筆者は、執筆に關する時間的その他諸々の制約のためわが国の実務の実態を把握することを他日にゆずれ、本稿では、右に述べたような想定上の諸場合につき検討を加えるに止めることとしたのである。<sup>(4)</sup>

本章でもドイツ法、アメリカ法、を参照する。とりわけドイツ法はゼーリックの名著第二卷(すでに引用し、これからもしばしば引用する)の詳細な研究があるので参照する上できわめて便利である。本章の問題に關しアメリカ法についてこれに比肩しうるほどの文献があるかどうか筆者は知らない。従つて、本章では、ドイツ法を参照する度合がアメリカ法を参照する度合よりもいきおい大きくなったことを断わっておかねばならない。また、問題によつて参

説  
照の度合の程度に精粗の差をつけることも行なつた。問題の重要性に依じてかような差別をすることも許されよう。もっとも、第一章末尾でも述べたように、これらの法についての資料作成が本稿の目的ではないので、精細な参照する場合でも限度があることはいうまでもない。

それにしても、これらの法の下で、どのような形で問題が現われどのように解かれているか、についてミニマムのイメージを創出するには努めた。後述の部分（註記されている）から判明するように、両法の下において、同様の問題が存在し、問題処理の仕方もまた同様である。確定された担保物の範囲が公示されるのかどうかという点では差がある。この点を除けば——この点は重大な差ではある——両法の間で決定的な差はないといえよう。ところで、これら両法はどのように交渉しあっているのか、いたのか、あるいは、両国の流動動産担保形態の相互交渉、影響ということがあるのか、あったのか。たとえば、ドイツ側からみてその流動動産担保形態がアメリカのそれによって影響を受けたかといえるのか。問題は、筆者にとつて興味ある問題である。たんに両法が問題、処理方法において類似している、相違しているというに止まらず、類似を生み出した、相違を生み出した原因の追求はもとより、さらに両法間の相互交渉（類似点の多い場合にはとりわけて。本章二で述べる *Basisvertrag* のごとし）の存否、相互交渉の具体的プロセスをも追求することは比較法・外国法研究の領域における一個の研究問題たりうる。本稿では右のような問題にまで追求の手が及んでいない。本稿の趣旨に照らせば、右のような問題の追求が不可欠の要素であることまではいいえないことでもあり、また、当面の筆者には問題をとりあげる準備がなされておらず、準備をなす余裕もないからである。いづれ機会をあらためて、右の問題をとりあげてみたい。

この場を借用して、ついでに次のことを述べておこう。筆者をしていわしめれば、流動動産讓渡担保について研究が従来ほとんどなされておらず、以下において担保物の範囲確定について筆者がなす乏しい作業すらされていないとい

う事實は、何百人もいる学者の怠慢を物語る以外の何ものでもない。<sup>(6)</sup>以下筆者のなす作業は取引実務を知らぬ者のなすたぶんにファンタジーの要素の濃いものであるけれども、従来、およそファンタジーすらめぐらされなかつたわけである。この種の讓渡担保が現実には盛んに行なわれていないということが抗弁となりうるのであろうか。現実に盛んに行なわれている取引形態（より広く、現実に生じている法律問題といつてもよい）のみをとりあげてその法的側面における問題点を指摘したり、その取引形態正当化の巧拙を争っていさえずれば法律学のなすべき仕事は終るのであろうか。断じてそうではない、と筆者は考える。たとえ現実には行なわれていない取引形態でも、その実用可能性を検討すること、もしできるならば新しい取引形態を推奨すること、も法律学のなすべき仕事である。本稿との関連においていえばこうである。流動動産はこれまでのところ實際上讓渡担保の客体としてさほど採用されていないようであるけれども、この種の動産はそもそも讓渡担保という方法を採用することによっては金融担保の手段たりえないのか、たりうると解した場合に、流動動産を担保手段として活用するにはどのような点に配慮すべきか、ということをお細かに検討し、担保手段を実際界に提供する努力を払うこと（努力の結果、流動動産は担保客体として不適当かどうか）という結論に至るかも知れないけれども、すくなくとも努力を払ってみることが法律学者の責任である、ということも許されるであろう。

法律学は、実際界が自からの必要に迫られて考え出した取引形態を、それが普及するのを待つてしかる後にその正当化作業に没頭する（というのが言いすぎであれば、法的な角度から検討する、と換言する）という守勢の立場に立つに止まらず、より攻撃的な立場に立って、法律学の側から新たな取引形態を実際界に向って提案するべきである。あるいは、そこまではしないにしても、振わない取引形態のネックはなにか、そのネックをいかにして解消しうるかというような点について立ち入って追求し、できることならば、改善策を提示するべきである。今日の法律学はかよ

うな作業をなすことを要請されているのではないか、そのような作業をなしてこそ、実用法学という名に値する度合が著しく高まるであろう、と筆者は考える次第である。

前置きが長くなりすぎたようである。急いで本論にはいることにしよう。

(1) これまででは、たとえば第一章三(2)、第二章一(1)(イ)においては、目的物の特定、客体の特定という表現を採用してきた。その場合の特定ということばの意味は、担保物が具体的に定まるということである。右の個所では、担保物がそのような意味で特定した結果、担保物の範囲がはっきり定まると担保物の範囲の確定と表現した。このさい用語を改めて担保物の確定、担保物の範囲の確定と呼ぶことにしたい。

(2) 担保物が設定者の所有物であっても、譲渡担保権は効力を生じえない。このことをとらえて、これまで、有効に成立しえない、というような表現をした。たとえば第二章一(1)(イ)参照。たんに、譲渡担保権は成立しえない、と表現すれば足りたところである。成立の問題と効力発生の問題とははっきり区別して考えるためにも、そのような表現をする方が適切であろう。以下においてはそのような表現方法を採用する。

(3) たとえば、設定契約において「○○倉庫内の全商品中、X会社より設定者に譲渡されたものを除く」旨の指定がなされたとする。かような指定によつては担保物の範囲は確定されず譲渡担保権は成立しないと解すれば、設定者の他の債権者(譲渡担保権者以外の債権者)が擱取するにさいして、譲渡担保権者によつて阻まれる(民訴五四九条)危険がない。ところが、このような指定によつても担保物の範囲確定という要請は充足され、譲渡担保権は設定契約締結時から効力を生じる(X会社から譲渡されたものを除く)と解するとすれば設定者の他の債権者は擱取にさいして譲渡担保権によつて害される可能性がある。彼が譲渡担保権の存在を知らなかった場合はむろんのこと、設定契約の存在内容を知つても、担保物と非担保物の区別づけをなしえない以上(かような区別づけは、設定者ならばともかく、他の者にはなしえない場合が多いであろう)、やはり害される可能性がある。設定契約の存在を知らない者はともかくとしてその存在・内容を知っている者もお害されることを免れ難いのは問題であろう。右のような指定によつてもそもそも担保物の範囲が確定されるのかされないのか、されると解する場合にはどの範囲の物が担保権に服するかということが他の債権者にとって設定契約じたいから判定しうる必要があるのではないか、これらの問題が指摘されよう。これすなわち、担保物の範囲確定の方法如何という問題である。設例の指定についていえば、それが担保物の範囲を確定するか否かは、譲渡担保権者の

債権者の擧取にも影響することが明らかであろう。この点については省略する（なお(4)(ハ)参照）。

(4) 従って、筆者が検討を加えた場合は、筆者の想定にかかる場合なのであって、場合を尽したとはいえず、また、甚だしいフアンタジーに陥ち入っているかも知れない。実務家諸氏からの教示を仰ぎたいところである。

(5) 担保物の範囲の確定方法如何という問題は、流動動産讓渡担保をとりあげる場合に真先にとりあげられるべきだともいえる問題である。しかるに従来、この問題にはさして関心がよせられてこなかった。筆者の知る限りでは、植林・前掲論文・法学雑誌七卷一号一〇五頁、田島・前掲論文・法学論叢三六卷一号二四頁以下が簡単に言及するにすぎない。いずれもドイツ法の紹介が主内容である。この問題は本稿の以下の叙述からも判明するように、「理論」的問題というよりは、実務——技術的問題という方が正しく、興味がとりわけひかれる問題であるとはいえない面がある。それにしても、この問題の有する実際的重要性を承認しないわけにはいかない。

(6) ブラウカー・道田前掲書Ⅱ四八四頁以下。最近（一九六八年六月末）、この点についての研究が現われたことは敬意を払うに値する（四宮・前掲解説・立教法学・10・一八九頁以下。一九八頁参照）。

一 第一点からはじめる。第一点の問題は、設定契約における担保物の範囲指定の仕方如何という問題である。以下においては、諸々の想定される態様の指定について、それらの態様の指定により担保物の範囲が確定されるか否かを検討する。筆者は、諸々の態様の指定に検討を加えるに当り、次の四方向から検討を加えることにした。すなわち、第一に担保物の種類の指定、第二に所在場所の指定（他の財産との区別づけ）、第三に量的範囲の指定、第四に、指定にさいして付された付帯条件の影響如何、である。これらの四方向を採用したことに關して、次の二つの点を述べておこう。

その一はこうである。流動動産讓渡担保の実務においては、担保物の範囲確定の方法として、担保物の種類、その所在場所および量的範囲、これらの事項の指定が行なわれているといつてよい。<sup>1</sup>流動動産讓渡担保においては、おそらくは、これらの事項の指定による（そしてそれらの総合による）以外に、担保物の範囲を確定する方法は見当らな

いであろう。かように考えた結果、筆者は、諸々の態様の指定につき検討を加えるに当って、前記の四方向を採用することが適當であると判断したのである。<sup>(2)</sup>

その二はこうである。担保物の範囲確定の方法として、実務上、担保物の種類、所在場所、量的範囲の指定が行なわれていると述べ、担保物の範囲確定の方法としてそのような方法以外には方法がないであろうと考え、さらに、諸々の態様の指定につき検討を加えるに当っても担保物の種類、所在場所、量的範囲それぞれの指定という視点を採用するからといって、筆者は、(a) 一方において、担保物の種類、所在場所、および量的範囲が態様を問わず一応なりとも指定されさえすれば担保物の範囲が確定される、と主張しているのではなく、(b) 他方において、担保物の種類、所在場所および量的範囲のすべてにわたり明示・正確な指定がなされない限り担保物の範囲は確定されない、と主張しているのではない。(a) についていえば、担保物の種類、所在場所、量的範囲がどのような態様にせよ一応なりとも指定されるならば担保物の範囲が確定される、ということとはできない。範囲確定の方法如何という問題はさほど容易な問題ではない。それゆえにこそ、本章においてこの問題がとりあげられるのである。(b) についていえば、担保物の種類、所在場所および量的範囲のすべてについて明示・正確な指定がなされなくても、それだからといって、直ちに担保物の範囲が確定されないということはできない。これらの事項のうちいずれかが明示されなかったり、それについて明示されたけれども不正確な指定がなされたりした場合にも、担保物の範囲が確定されないとはいえない。たとえば、所在場所が明示されなかったとしても、所在場所としての設定者の倉庫が一個しかない場合には、所在場所としてはその倉庫が指定されたと解される場合が多いだろう。また、たとえば、担保物の種類が明示的に指定されたけれども、その明示の指定が正確さを欠き、厳密には担保物の所在場所にそのような指定に係る物は現存せず、将来も所在場所に入ってくる見込みがないけれども、その指定に係る物に酷似した種類の物が所在場所に現存し将来もそこ

に入ってくる見込みがあるとする。かような場合には当事者は右にいう酷似した種類の物を指定したと解される可能性もあるだろう。要するに、問題は設定契約の解釈問題である。ここには、契約の解釈について説かれることがあてはまり、本章においてとくにとりあげねばならない問題はない。<sup>(3)</sup>

念のために次のことを述べておく必要があるかも知れない。すなわち、当事者が設定契約上どのように担保物の範囲を指定する(した)か、従ってまた、当該の設定契約にもとづき担保物の範囲が確定し讓渡担保権が成立するか否か、を判定するには、契約書のみを頼りにすべきではなく、契約書外の当事者のとりきめにも留意しなければならぬ。契約書上の指定からは担保物の範囲が確定されえないにしても、契約書外の明示黙示のとりきめによって、担保物の範囲が確定されることもありうる。たとえば、契約書上では、たんに、倉庫内の全商品、と指定されているにすぎず、複数個ある倉庫のうちどの倉庫なのか、それとも全倉庫なのか、契約書上からは確定しえないにしても、契約書上に表現されなかった当事者間のとりきめによれば、具体的な一倉庫が指定されていたというような場合には、その一倉庫内の全商品が担保物である。そのような場合には、担保物の範囲が確定されている(讓渡担保権の設定・成立)といつてさしつかえがない。讓渡担保設定行為は不要式行為であるから、契約書において担保物の範囲を確定しなければならぬ必要性はないのである。問題は、契約書ではなくて契約にあるといふべきである。<sup>(4)</sup>

(1) 鈴木正和・前掲書・一八七頁、鈴木祿弥・前掲論文・二二三頁参照。

(2) 實際取引において付帯条件が付されているのかどうか、いとすればどのような内容のものなのか、について今のところ筆者は知らない。この点につき、乏しい文献中に回答をみいだせない。しかし、付帯条件が付される可能性もあると思われるので、付されそうな条件のいくつかについて検討を施しておきたい。

(3) 設定契約の解釈に帰着する問題としても、様々の態様の問題が想定されるであろう。そして、そのような問題を提示して逐一検討を加えておくことが理想であろう。本稿では、そのような作業をすることを割愛したけれども、問題を軽視しているわけでは

ない。

(4) この点をはっきり述べるものとして、BGH, 10. 10. 1956, NJW 56, 1918 [1918], Serick, a.a.O., Bd. II, §21 II. 4. を挙げることができる。

さて、担保物の種類の指定から順次とりあげていくことにしたい。

### (1) 担保物の種類の指定

担保物の種類の指定の仕方としては、別段既定の仕方があるわけでもなく、たとえば、タバコ、コーヒー豆、サケカンヅメ、シャツ、ズボン、のごとき指定でも、それが担保物を確定するものであれば十分である。右に挙げたような態様の指定に止らず、種類についてさらに細部にわたる指定をすることもむろん考えられる。どの程度細部にわたって指定すべきか、そのような細部にわたる指定をする必要はないのか、という問に対して一概には答えられない。所在場所に区別を要する同種のあるいは類似の物が存在するかどうかということによって答は左右されよう。<sup>(1)</sup>

種類の指定が包括的であっても、そのような指定はそれじたい担保物の範囲を確定する方法として不適當である、とはいわれえない。たとえば「原材料」「動産」「在庫商品」という包括度の高い指定がなされても、それが、所在場所の指定、量的範囲の指定と相まって、担保物の範囲を確定させることも十分考えられるからである。<sup>(2)</sup>

なお、たとえば、「動産」という指定がなされた場合に、文字どおり「動産」が指定されたのか、そうではなくて、「動産」といっても従来設定者が営業上とり扱い、これからもとり扱うことが予想されるものをさすのかどうか、という問題もある。おそらく後者と解するべきであろう。この問題は設定契約の解釈問題であり、当面の問題とは直接にはかかわりがない。

(1) 指定方法と集合物論、分析論との関連については第二章一(1)(ロ)において触れておいた。当面の問題は同種または類似の物が

近くに存在する場合に、それらの物と担保物とを区別するためには、細かな点にわたって担保物を指定しなくてはならないかどうかである。担保物を非担保物から別置すれば、担保物について細かい指定をすることを要しないであろう。別置しないで、両者混在のままに担保物の範囲を確定しようとするれば、担保物につき細かい指定が必要となるであろう。

(2) ドイツでも一定場所にある物(同種類とは限らない)一切を包括的に担保物として指定することは、担保物の範囲確定の方法として十分な方法であると解されている。たとえば“sämtliche eingelagerte Bestände,” “Warenlager,” “der gesamte Bestand an Rohmaterial, Halbzeug und Fertigfabrikaten” (ウツレ)。Serick, a.a.O., Bd. II, §21 II 2. アメリカでも、UCC の担保物の表示(公示)法に関連し(UCC §§9-203, 110, 402(1) 参照)“all X's property” というような簡単な指定も担保物の範囲を確定するのに十分とされている<sup>1)</sup>と云える。Gilmore, op. cit., Vol. I, p. 350.

(2) 所在場所の指定(他の財産との区別づけ)

担保物の範囲を確定するためには、担保物を他の財産(非担保物——たとえば設定者の他の財産)から区別することが必要である。担保物を他の財産から分離して別置すれば、担保物の範囲は確定されるであろう。場合によっては、あえて別置しなくても他の財産から区別される場合もあろうし、技術上別置しがたい場合もあると思われる。

(1) まず、担保物を別置しなくても担保物の範囲を確定しようと考えられる場合から始めよう。「所在場所の指定」とか「範囲の確定」とかいう語からは、担保物を別置して、担保物と非担保物とを分離して、相互の境界をはっきりさせるといふことが想定されやすいけれども、「所在場所の指定」、「範囲の確定」という場合には、担保物非担保物との物理的分離のみならず、そのような分離がない場合をもふくめて、讓渡担保権によってカバーされる物とカバーされない物とが区別されることをさすことにする。さて、ここで問題にするのは、担保物が非担保物と混在しているけれども、両者ははっきり区別されうるという場合である。

担保物じたいメルクマルがつけられうる性質のものである場合には、設定契約上一定場所にみいだされる物のうちメルクマル（どのようなメルクマルかをはっきりさせて）つきの物のみを担保物とする旨とりきめる（将来集合に加わる物についても同様の扱いをする旨設定契約上とりきめておく）ことよって、担保物を別置しなくても担保物の範囲は確定されうるであらう。たとえば、担保物が機械・器具である場合には、機械・器具じたいにしかるべきマークをつけたり、ナンバーをつけたりすることができる。担保物である機械・器具が非担保物である同種の機械・器具と混在していても、つけられるマークあるいはナンバーを指定することよって、担保物を非担保物から区別することができる。非担保物の方にメルクマルをつけ、担保物の方にはメルクマルをつけないことよって、両者を区別することもできる。このような場合には、設定契約において「○○（メルクマル）の付けられていない機械・（器具）」のように指定することになる<sup>(2)</sup>。担保物の範囲確定の要請は、担保物——非担保物の区別をはっきり具体的につけることを求めるのであり、担保物の方にメルクマルをつけず非担保物の方にメルクマルをつけるという方式によっても、右の趣旨は充足されるからである。

場合によっては、担保物にあえてメルクマルをつけなくとも、担保物が非担保物からはっきり区別される場合もある。担保物が非担保物と種類を異にしている結果として、担保物じたいメルクマルを有しているともいえる場合がそれである。この場合には、担保物の種類を指定することにより、担保物の範囲は確定される。たとえば、機械が担保物である場合には、その機械が一定の倉庫において原材料（たとえば鉄くず）と混在していても——機械になんらかのメルクマルをつけることなく——機械（現在及び将来の機械一切）を担保物として指定することよって、担保物の範囲を確定することができる。

上述のごとき場合において、担保物が非担保物から区別され別置されるならば、担保物の範囲を確定するに当っ

て、一そう望ましいことはいうまでもない。

(1) この点につき、ドイツの文献が詳しく触れているので、参照しておこう。メルクマルを与える方法としては、讓渡担保権者の頭文字をかたどった板を担保物に貼りつけたり、あるいは直接に頭文字を担保物上に書く方法が考えられている。そして、設定契約において、一定場所内にある物のうち、そのようなメルクマルのつけられた物のみが担保に供与される旨とりきめられる。かような讓渡担保契約は Markierungsvertrag と呼ばれる。Serick, a.a.O., Bd. II, §21 III 2b. Scholz, a.a.O., Rn. 271 を参照。

Serick, a. a. O., Bd. II §21 III 2b, Ann 55 24, Commerzbank AG, Richtlinien für Sicherungsübereignungsverträge, 1963 (ゼーリツクによれば未公刊の由) 中の一文が引用されているので、ここで紹介しておく。その書の第四頁には、Markierungsvertrag (M—Vertrag) についての次のような文章がある。すなわち、「M—Vertrag の場合には、個々の讓渡担保物は T235 に従ってマークづけをすることにより、すなわち、彩色したり、文字を書きつけたり等々のことにより、あるいは、既存のメルクマルを書くこと(工場番号等々の指示)によって、特徴づけられる。(以下筆者略)」。これだけみた限りでは、M—Vertrag の一般的説明がみいだされるのみで、具体的にどのような色づけがされたり、あるいは、どのような文字が書かれるのか、ということまでは明らかでない。本文の説明の一参考資料として挙げておく。なお、T235 とは何をさすのか筆者にとっては不明である。右の書を筆者は直接入手しえなかつたので(おそらく未公刊であろう)、ゼーリツクの引用によって代用させていただく次第である。

(2) このような態様の指定のとりきめも一種の Markierungsvertrag ということができよう。Serick, a. a. O., Bd. II, §21 III 2c 参照。

(四) 次に、担保物を別置することによって担保物の範囲が確定される場合をとりあげる。一定倉庫内の商品の一部を担保に供与する場合に、メルクマルをつけて確定することが考えられる。担保物によってはメルクマルのつけえなものもあろうし、また、つけうるとしても実際に当事者がつけない場合もあろう。担保物を非担保物からいかにして区別すべきか。前段(イ)で言及したような、メルクマルをあえてつけなくとも担保物じたいにメルクマルが備わっていると考えられる場合でも、そのような担保物の全部ではなく一部が担保に供与される場合には、その一部を非担

保物である残部からどのように區別すべきかが問題となる。これらの場合には担保物を別置することが必要となる。

一定の場所（たとえば一定の倉庫、あるいは一定の室）にある現在および将来の商品（これも例である）をすべて担保に供与する場合には、問題は容易である。別置という問題は生じない、あるいは、解決済（設定契約締結に先立って、担保物を非担保物から分離して一個所にまとめた上、それらをすべて担保に供与する場合）である、ともいえるよう。

一定の倉庫内に商品が入庫しており、それが担保に供与されるけれども、その倉庫内にある商品全部ではなく、一部が担保に供与されるような場合にはその一部を残部から區別して別置する必要がある。そうでなければ担保物たる一部とはどの一部なのか確定しえない。そこで、たとえば、その一部を特別の室に入れるとか、あるいは、特別の棚に配置するとかという方法が考えられる。要するに設定契約において別置した場所（「担保領域（場所）」と呼ぶがよからう）をはっきりさせた上、その担保領域内にある現在および将来の商品一切を担保に供与する旨とりきめることが、担保物の範囲を確定させるために必要かつ十分なことである。担保領域内の商品一切を担保に供与する旨とりきめた上、設定契約に明細書を付属させて、設定契約締結時に担保領域内にある担保物の数量価額はどれだけであるかを示すこと——証拠保全の目的で——は、担保物の範囲確定の要請に反することにはならない。<sup>(2)</sup>

設定契約において、担保領域内の商品の全部でなく一部（たとえば三分の一の個数）を担保に供与するのとりきめたに止まり担保物を別置しない場合には、担保物の範囲を確定したことにはならない。その一部がメルクマルその他なんらかの方法により設定契約上確定されている場合は別である。かような場合を別とすれば、担保領域を指定しても、さらに進んで担保物たる一部を別置しなければ、担保物の範囲は確定されないことになる。

(1) 四宮・前掲解説・立教法学 10・一九八頁参照。ドイツでは、設定契約においてとりきめられた場所(たとえば一室。室が多数ある場合もあろう)に存在する現在および将来の物すべてを担保物とする旨の設定契約は、担保物の範囲を確定する、と解されており、かようなタイプの設定契約は Raumsicherungsvertrag と呼ばれている。

この種の契約が担保物の範囲を確定するに否かについて直接とりあげて判示した判例に筆者は接しえなかったけれども裁判所はこの種契約によって担保物の範囲が確定されると解している、と理解してよいであらう。Serick, aaO, Bd. II, §21 III2a, のほか Baur, a. a. O., §57/III 2b 参照。学説も、この種の契約によって担保物の範囲は確定される、と解している。右に挙げたゼーリック、パウアーのほか Westermann, a. a. O., §43/II4 ("aller im Lager befindliche Kaffee") という仕方の指定により担保物の範囲が確定されると述べていることからすれば、Raumsicherungsvertrag によって担保物の範囲は確定されると解しているのであろう) 参照。実務家の解説として Scholz, a. a. O., Rn. 272 参照。

流動動産譲渡担保の実務において Raumsicherungsvertrag は広く行なわれているようである。卸売商、小売商への銀行の貸付担保手段として利用されている。Dönhoff, Sicherungsübereignung durch Raumsicherungsvertrag, BB56, 827[827]。通常は、設定契約において、一定の場所が指定され、さらに、見取図も設定契約に添付されているようである。ゼーリックは、証拠保全上これらのことがすべて書面によって明らかにされるのが望ましいと述べている。そのとおりであらう。Serick, a. a. O., Bd. II, §21 III2a。契約例を挙げよう。実際に用いられた例を示すのが適切であらう。

BGH, 13. 6. 1956, BGHZ 21, 52, NJW56, 1315. の事件において問題となった設定契約のうち当面の問題に関係ある部分のみを示しておく。この事件そのものの紹介を目的とするのでなく、そこに現われた契約を資料として紹介する。NJW 56, 1315 の方が BGHZ 21, 52 よりも契約の記載が詳しいので、前者を参照した。

### 第三条 担保物件

1 担保物件としては、担保場所(第四条)に現在存在するすべての物、および、貴銀行の当会社に対する債権の存在する限り、担保場所にもちこまれるすべての物をもってこれにあてる。当会社は担保物を常時十分に(第一条)もちこむことにする。このことはとりわけて減価あるいは売却の場合(第一二条)にあてはまる。

### 2 (原文において省略)

### 第四条 担保場所

1 担保場所は以下に掲げる場所 (Raum) とする。……(筆者略) (所在地) にある陳列ケース、販売場所、倉庫、製作場。それらの見取図は日付および署名入りで本契約に添付されてある。

2 とりきめによって担保場所を追加することもありうる。

関係部分は右のとおりである。右事件での会社 (設定者) は、靴を扱う業者 (Schuhgeschäft) であつた。事件での論点は、右に示した第三条、第四条ではなく、第五条 (担保権) の規定——会社に所有権留保下で供給された物については会社の有する期待権を担保のために譲渡する——が、担保物の範囲の確定を妨げるのではないか、という点であつた。BGH は、担保物の範囲の確定が妨げられるという見解を示し、譲渡担保は効力を生じる由なしと判示した。この問題には、担保物の範囲を確定するには担保物の法的身分 (それらが異なる場合) までも確定させる必要があるかどうか、という問題にかかわりを有する (後述、本章三)。

アメリカでも、設定契約において一定場所に存在する現在および将来の物をすべて担保物とする旨とりきめることは、担保物の範囲を確定させると解されている。ギルモアによれば、"All the machines now or hereafter in the factory at 59 Federal Street" という指定も、担保物の範囲を確定させるのに十分である。Gilmore, op. cit., Vol. I, p. 350. なお、Spivack, op. cit., p. 27 によれば、"drug store の在庫品に担保権を設定するには、"All inventory and stock in trade of the XYZ Pharmacy..." と指定することによって担保物の範囲は確定される。これらの見解も、おそく、ラインの Raumsicherungsvertrag に相対する契約に対して好意を示すであらう。判例には担保設定契約において設定者の "complete inventory of all parts and accessories now owned or which may hereafter be acquired" を担保に供する旨とりきめられた場合、UCC §9-110 を援用してかようなとりきめも担保物の範囲を確定する、と判示したものがあつた。Howarth v. Universal C. I. T. Credit Corp., 203 F. Supp. 279 [287] (1962)。おそく、この判例もドイツで Raumsicherungsvertrag と呼ばれてゐるとりきめによつて担保物の範囲が確定されると解するのだと推測することが許されるであらう。その他古い判例であるが、In re Coleman & Brown, 2 F. 2d. 254 [255] (1924) 参照。なお、古い文献であるけれども、動産抵当について判例を整理し、一定場所にある一定種類の在庫品一切を客体とする旨のとりきめも、客体を確定させるのに十分であると述べるものもある。Cohen and Gerber, Mortgages of Merchandise, 39 Colum. L. Rev. 1338 [1350] (1939)。

(c) Scholz, a. a. O., Rn. 272. ラインの契約書式例を左に掲げてある。Haegel, Eigentumsvorbehalt-Sicherungsübereignung, 2A Ufl. 1957, S. 145 以下。当面の問題に関係ある部分のみに止める。

第二条 貴銀行が第一条に定められた与信関係あるいはその他の法的根拠にもとづいて有する現在および将来の一切の債権を担保するために、債務者は本契約により貴銀行に対し、現在ある皮革製品の在庫品を一切讓渡する。この在庫品は：(筆者略)：所在の營業所およびそれに接続した倉庫におさめられている。現在の在庫品は、本契約に別に添付された在庫品リストに、数量、種類、仕入価格を示して、正確にかつ完全に記載される。……(筆者略)……

右第二条では現在ある在庫品についてのみ規定している。将来新たに担保場所へもちこまれる物についても担保権が及ぶことは第四条が規定している。当面の問題には直接関係がないので、紹介することを省略する。

(ハ) 担保物を別置することが技術的に不可能な場合もありうる。たとえば、或る一定のタンク内に貯蔵されている液体の一部を担保に供与する場合には、しかるべき仕切りを設けるなどして、一部を残部から区別することができるのでなければ——そのようにすることが技術上できないのであれば——担保物の範囲が確定されないから、一部を担保に供与する旨とりきめても讓渡担保権は成立しえないことになる。別置することが技術的に可能であっても、實際上当事者が別置することなく、たんに一部を供与する旨とりきめても、その結果は同断である。<sup>(1)</sup>

(一) かような場合には、タンク内の液体全部を担保に供与する旨とりきめるか、あるいは全部についての持分(たとえば三分の一)を担保権者に与える旨とりきめるか、いずれかの方法によって担保物の範囲を確定するほかないであろう。Scholz, a. a. O., Rn. 59, 273.

### (3) 量的範囲の指定

一定の所在場所にみいだされる物の、全部が担保に供与される場合には、担保物の範囲確定について問題を生じない。これに反し、一定の所在場所にある物の一部が担保に供与される場合には問題がある。

(イ) 一定の所在場所にある物の全部が担保に供与される場合(「全部讓渡」)についてまず検討する。たとえば「○

○倉庫内にあるサケカンヅメ全部」という指定がなされたような場合である。このような指定の下では（「全部譲渡」方式）担保物の範囲は確定されており、範囲確定という要請に限る限り、問題はない。一旦担保物の範囲が確定した以上は、後の事情により担保物の範囲が不確定になっても、確定性欠如により譲渡担保権（一旦確定したことにより設定者の所有物に成立し効力を生じた）の効力が失なわれるものでないことは次の二(2)で説くとおりである。さらに、次のことをこのさい述べておこう。すなわち、「全部譲渡」方式により、担保物の範囲は確定され、譲渡担保権は成立するのであり、たとえ、その指定にかかる物のうちに第三者の所有物がふくまれていても、この点に変わりはない。その第三者の所有物につき譲渡担保権が効力を生じるかどうかという問題は別問題である。かような点については三(1)で言及する。これらのことは、いずれも後述されるけれども、この個所でも一言しておくことが便宜であろうから、言及した次第である。

「全部譲渡」方式については、担保物の範囲確定という観点からみれば問題がないにしても、以下のごとき他の観点からみれば問題なしとはいえない。たとえば、設定者の重要財産である在庫商品を「全部譲渡」させた場合には、詐害行為（民四二四条）が、さらには、破産否認（破七二条）が問題となりうる。あるいはまた、「全部譲渡」された在庫商品の価額と被担保債権額との間の均衡が著しく失なわれかつ流質型の契約がなされた場合（常時価額の大きな在庫商品が存在することが予想される場合に、僅少の債権の担保として「全部譲渡」をとりきめた）には——むしろ具体的事情如何に依ることであるけれども——公序良俗違反（民九〇条）による設定契約の無効が招来される可能性もあろう。「全部譲渡」方式を採用しても、譲渡担保権者としては完全には安心しえないわけである。<sup>(1)</sup>これらの問題は「一部譲渡」において「一部」が確定された場合にも、存しうる問題ではある。本章では担保物の範囲確定の方法について検討を加えることが本旨であるから、上述のごとき問題についてこれ以上立ち入ることを避け

る。

「全部讓渡」方式が採用された場合すなわち、一定場所にある物の全部が担保に供与される旨の指定がされた場合には、それだけで担保物の範圍確定の要請にとつては十分であり、それ以上に、物を細かく記述する必要はない。<sup>(2)(3)</sup>この点について次のことを一言しておこう。一定場所にある物について記載(目録作成)する旨(どのような種類の物がどれだけあるか——数量、価格の記載、継続したナンバーを付するなど。新しく入ってきた物についても同様)がとりきめられることもありうる。そのような記載を設定者の手元に止めて置くだけではなく、そのような記載を讓渡担保権者に送付する旨ととりきめられることもありうる。<sup>(4)</sup>かようなとりきめは、讓渡担保権者をして担保物の現状を知らしめるに役立つであろうし、物が讓渡担保権に服することの立証にも役に立つであろう。よつて、物の目録への記載さらにはその讓渡担保権者への送付のとりきめは、決して無意味ではない。ただし、そのようなとりきめがなされなくても——本来設定契約は要式契約でないから。財産目録への記載、送付は原則として証拠保全のためになされる<sup>(5)</sup>と解すべきである——担保物の範圍は確定されるのである。

ついでに次のことにも触れておこう。設定契約を締結し、その結果讓渡担保権の成立した物(設定者の所有物については効力も発生する)についての目録作成さらにはその送付をとりきめるというのではなく、物(現存のものにせよ将来入ってくるものにせよ)が目録に記載された時においてはじめて讓渡担保権は記載されたその物について成立する、と特約することも許される。あるいは、目録に記載されかつその目録が讓渡担保権者に送付され到達した時にはじめて讓渡担保権は記載された物について成立する、と特約することも許される。これらの特約がなされた場合には、特約に指示されたことが実現されなければ、讓渡担保権は記載された物について成立しないのであり、この場合における目録作成、送付は、讓渡担保権者による担保物の現状把握、立証に仕えるにすぎない目録作成・送付とは意

説  
義を異にする。(3)

論

(1) Westermann, a. a. O., §43 II4, Serick, a. a. O., Bd. II, §2113c, Schlegelberger-Hefemehl, Kommentar zum Handels-gesetzbuch, 4Aufl. (1965), Anh. zu §368 HGB, Rn. 158.

(2) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 II2, Schlegelberger-Hefemehl a. a. O., Anh. zu §363 HGB, Rn. 156, Haegeler, a. a. O., S. 91 のほか、第二章 I (註 II) を参照。なお、アメリカの動産抵当及び同法 Cohen and Gerber, op. cit., 39 Colum. L. Rev. 1338 [1350] (1939) 参照。

(3) 「全部譲渡」方式の、ドイツ、アメリカの態様については、すでに註(第二章 I) 註(1)、本章 I (1) 註(2)、本章 I (2) (B) 註(1) の形で前述したので、もはや繰り返さなす。

(4) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 III2e. 四宮・前掲解説・立教法学10・二二六頁参照。

(5) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 III4, III2e 参照。

(6) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 III2e 参照。ドイツでは、内容の変更する流動動産譲渡担保においてマンテル方式 (Mantel-Sicherungsübereignungsvertrag) を用いることがある、といわれる。この方式においては、財産目録の作成送付はたんなる証拠保全手段にとどまらず、担保設定の要件である。この方式が、財産目録の到達までも要件とする(到達時点において設定されるととりきめる)ことも考えられるけれども、その点は必ずしもはっきりしない。Serick, a. a. O., §21 III2d, e.

(D) 一定の所在場所にある物のうち一部が担保に供与される場合(「一部譲渡」)について検討する。この「一部」を設定契約上どのように指定するかが問題である。担保物である「一部」とはどの物なのか、契約上確定されなければ、当の設定契約は担保物の範囲確定の要請を充足しえないことになる。担保物である「一部」を残部から区別して別置することが、譲渡担保権者にとっては確実な方法であろう。

「一部譲渡」方式としては、後述のごとき態様が考えられる。いずれの態様にせよ、設定契約上たんに「一部譲渡」がとりきめられているに止まる場合には、その設定契約は担保物の範囲確定という要請を充足しえない。というの

は、たとえば、すぐ次に例示するような指定（「……の三分の一に当る個数の袋」）がなされても、その「三分の一」とは現在および将来の物のうちどの部分なのか設定契約からは不確定だからである。従って、この設定契約に基づいては讓渡担保権は成立しえない。「設定契約に基づいて」という点につき、次のようにいえるかも知れない。讓渡担保権者にとっては「三分の一」であればよく彼ほどの部分であろうと問わない。また、彼が讓渡担保権を主張する必要が生じた場合（たとえば讓渡担保権の実行）には、「三分の一」が確定されうる（その確定権を設定者、讓渡担保権者のいずれが有するかも問題である。後者は前者によって「三分の一」が定められるのを待つことなく、自ら「三分の一」を決定しうる、確定権は後者に属すると解するのが当事者の通常の意味に合致するであろう）のであるから、讓渡担保権の行使にとって別段の支障はない。従って、設定契約における「三分の一」の確定、ということに拘泥する必要はなく、契約外の事情（後に確定させうるといふごとき）により確定しうる場合には、すでに設定契約上確定されているとさえいふべきだ、そして、讓渡担保権の効力も契約締結後に確定された「三分の一」について契約締結時から生じると解するべきだ、と。

しかし、右の見解は採れない、というのは、他の問題をさておいても、そもそも設定契約上——設定契約外の事情（設定契約と関係のない事情）に依存しないで——「三分の一」がどの部分なのかですでに確定されなければ、設定契約の客体の具体性を欠き（物権設定の合意が成立したともいえない）、契約によっては讓渡担保権は成立しえない、効力も生じえない、と解されるからである（この点につき後述(4)(イ)参照<sup>1)</sup>）。また、こうもいえる。 「三分の一」という客体は具体的に定められてはじめて現実化するのであって、契約締結時にすでに存在しているけれども調査しない以上確定しない、というようなものではない。もし「三分の一」について既存ただし調査により確定するといえるならば、締結時にすでに確定されているといえなくもなからう。しかし、このようなことは「三分の一」につ

いははいえないのである。従つて、契約締結後に「三分の一」が定められた場合に、なぜ、譲渡担保の効力が締結時から生じることになるのか、と。

「一部譲渡」の態様としてはどのような態様が考えられるか。「一部」として割合（パーセンテージ、分数など）が指定される場合が考えられる。たとえば、「〇〇倉庫内の綿花袋の総個数の六〇パーセントに当る個数の袋」とか、あるいは、「〇〇倉庫内のコーヒー豆の袋の総個数の三分の一に当る個数の袋」というような指定がそれである。割合といっても、右に挙げた例のごとく総個数に対する割合、とは限らない。総重量に対する割合、総体積に対する割合、あるいは、総価額に対する割合であることもありえよう。

「一部」として一定の数量そのものが指定される場合が考えられる。たとえば「〇〇倉庫内のコーヒー豆の総袋のうち一〇〇〇袋」とか、「〇〇倉庫内の砂糖のうち三〇〇キログラム」というような指定が考えられる。あるいは、一定の囲いの中に飼われている羊について、「任意の時の総頭数のうち一五〇頭」を譲渡する旨指定することも考えられる。

「一部」として一定の価額が指定されることも考えられる。たとえば、「任意の時における〇〇倉庫内の小麦粉のうち三〇〇万円相当分」というような指定がそれである。価額が固定されていない場合も想定されよう。「〇〇倉庫内のサケカンヅメのうち、その時々において存在する被担保債権額に相当する分（個数）」のような指定がそれに当るであろう。<sup>3)</sup>

場合によっては、設定契約締結時の客体のみが確定し、以後の客体は確定しないこともありうる。たとえば、設定契約締結時に在庫していた商品については、特定のマークをつけこれらすべてを担保に供与するとりきめ、かつ、以後加わる商品についてはその合計分のうちの一定量のみを担保に供与する、というようなとりきめがなされた場合

である。かような場合には、締結時に在庫していた商品のみについて讓渡担保権が成立するに止まる。<sup>(4)</sup>

(1) この点については、以下の本稿において引用するように *Serick, a. a. O., Bd. II, §21 II* 以下に詳しく、「一部讓渡」方式による指定では担保物の範囲が確定しないということはアメリカでも説かれている。Gilmore, op. cit., Vol. I, p.350 は三台の機械のうちの一、二台、というような指定は担保物の範囲確定にとつて十分でない、という趣旨を説き、また、爾後取得財産のうちの一部を担保に供する場合には、供与する財産を確定する必要あり、という趣旨のことを説く。おそらく、ギルモアの説こうとする趣旨はドイツで説かれていることと同じであろう。ギルモアは、三台の機械中の一台という指定が担保物の範囲確定にとつて十分でない、と説くに続けて、次のように述べる。すなわち、三台の機械は種類、型、価額を異にするかも知れないのであり、担保物の記述は通し番号その他によつて客体たる機械を確定しうるし、また、確定させるべきだ、と。これによれば、もし三台の機械が種類、型、価額において全く差がなければ、三台の機械中の一台、という指定は担保物の範囲を確定するのに十分であることになるのであろうか。機械に限らず、個性を欠き、たんに、重量、体積、個数等によつてのみ確定されうるような物（均質、等価値の液体のごとし）については、全体のうちの一部分を指定することも、担保物の範囲確定にとつて十分だと考えるのであろうか。たとえ個性のない物が客体であっても、「一部讓渡」では担保物の範囲を確定しえないと筆者は解する。その理由は、本文において、述べたことが右のような物の担保供与についてもあてはまると解するからである。アメリカの判例について後註(3)参照。

(2) 設定契約の締結時に一〇〇〇袋以上あるかないか、将来の在庫量が一〇〇〇袋以上になる可能性があるかどうか、という観点から、次の四つの場合が考えられる。すなわち、(1)締結時に一〇〇〇袋以上あって、将来一〇〇〇袋以上になる可能性がある場合(2)締結時に一〇〇〇袋未満、将来一〇〇〇袋以上になる可能性がある場合、(3)締結時に一〇〇〇袋以上あって、将来一〇〇〇袋以上になる可能性がない場合、(4)締結時に一〇〇〇袋未満、将来一〇〇〇袋以上になる可能性がない場合。さて、かような四つの場合について、設定契約上現在および将来の在庫品につきなされた「一〇〇〇倉庫内のコーヒー豆の総袋のうち一〇〇〇袋」という指定がなからかの差を生じるであろうか。いずれの場合についてもたんなる指定によつては担保物の範囲は確定されず——当事者はどの一〇〇〇袋か指定していない、どの袋かについて具体的イメージをもたず、たんに一〇〇〇袋であればよいとする——かかる設定契約によつては讓渡担保権は成立しえない。実際に袋数を調べてみた結果、一〇〇〇袋未満の袋が収容されているにすぎないことがわかった場合には、当然担保物が確定することになりそうであるが、設定契約によつてそのようになったとはいえず、契約外の調査の結果確

定しえたのである。確定性具備という要請が充足されるのは、設定契約によって——契約外の事情を参酌しないで契約のみから——担保物の範囲が確定される場合である。一〇〇〇袋以上あればむろんのこと、一〇〇〇袋未満であるからといってその物が設定契約によって担保物として確定するわけでない。一〇〇〇袋以上ある場合には一〇〇〇袋選んではじめて確定し、一〇〇〇袋未満の場合でも調べてみればじめてそのことがわかる。設定契約外の作業の結果確定する。設定契約によって確定されるわけではない。

(∞) Westermann, a. a. O., §43 II4, Wolf-Raiser, a. a. O., §180 II 1 Ann. 4, Baur, a. a. O., §57 III2b. 以下ドイツの判例上、「一部譲渡」によつては担保物の範囲が確定されない(従つて譲渡担保権不成立、効力不発生。たとえば、設定者破産の場合に効力を主張しえない。)とされた事例を一、二例示しよう。当面の目的は、どのような態様の「一部譲渡」がなされた場合に担保物の範囲が確定されないと解されるかを知ることにあるので、各事件の詳細な紹介をすることを省く。ドイツの判例については、Seick, a. a. O., Bd. II, §211 以下において詳細な引用があるほか、RGの判例について、Dreher, Bestimmtheit und Bestimmtheit des Gegenstandes bei Überignung und Abtretung, ACP, 138 (1934), 350 [358ff.] が分析してゐる。ドイツの判例じたいに關心のある方は、これらの文献によられたい。

RG, 12. 12. 1913, Gruchots 58, 1029 [1030] ——比較的価値の大きな在庫品のうちから「ズボンつり用ゴムバンド (Gummiband für Hosenträger) 二〇〇〇ヤンク、絹バンド (seidene Bänder) 二〇〇〇ヤンク、ズボンつり (fertige Hosenträger) 三〇〇〇ヤンク」が譲渡される旨、設定契約においてとりきめられた場合について、RGは次のごとく判示した。かような指定は、譲渡される客体の種類、量を示すのみであつて、つまり、設定契約締結者は確定した客体ではなく在庫品中の一定部分のみを担保客体とすることを欲したことを示すのであり、担保物の範囲を確定しえない。田島・前掲論文・法学論叢三六卷一、二八頁註(8)参照。

RG, 4. 3. 1930, RGZ 127, 337 [340] ——異なった日に締結された設定契約において、粗製タバコ (Rohtabak) 一五〇〇〇キログラム、巻タバコ (Zigarette) 一〇〇〇〇〇〇〇箇、屑タバコ (Abfalltabak) 一二〇〇〇キログラムが、より詳しい指定もなく担保に供与された場合につき、RGは、かような契約は、右の各タバコが債務者の下にある全在庫品をさしてゐるのでない限り、譲渡されるべき客体の確定性を欠く、と判示した。おそらく、右の指定が粗製タバコなら粗製タバコの全部が譲渡されることをさしてゐるのであれば——タバコ倉庫内のタバコ一切でなくても、その倉庫内のタバコのうちの一部である粗製タバコに限るにせよ——確定性をそなえるというのであらう。

BGH下でも、譲渡客体は確定されていることを要し、在庫品の一部を数量的、あるいは価額的に指定したに止まる場合には、客

体は確定されえない」という立場は支持されてゐるといふべきである。BGH, 13. 6. 1956, BGHZ 21, 52[55]; BGH, 24. 6. 1958, BGHZ 28, 16 [19] 参照。ドイツの判例、通説の採用する確定性存否の判断規準については、後述(4)(イ)註(2)を参照された。

アメリカでも「一部讓渡」方式は担保物の範囲を確定しえないと考へられてゐる」といふてよからう。Gilmore, op. cit., Vol. 1, p. 350 参照。判例も——近時の判例を知りえなかつたけれども——同様の見解を採るといふてよからう。14 C.J.S. p. 669 参照。Jacobson v. Christensen, 55 P. 562 [562] (1898), Brown v. Camp, 275 F. 612 [613] (1921), Kibble v. Ragland, 263 S. W. 507 [510] (1924), West Springfield Trust Co. v. Hinckley, 154 N. E. 580 [582] (1927)。また、動産抵当に關する中、判例である。事例は、いずれもドイツの判例を例示した場合と質的に同一であるからその紹介を省略する。

ところで、注意をひくのは次のようなことである。一般論としては「一部讓渡」によつては担保物の範囲が確定されないと解されてゐるといへても、担保の客体が個性のないもの(均質・等価値)であつて、重量、体積、個数等によつて量的にのみ確定されるもの(たとへば、小麦などの穀物、穀物粉、ブドウ酒)については、「一部讓渡」も担保物の範囲を確定しようと解する立場がある。14 C.J.S. p. 670 によれば、かようにして確定された一部に對する動産抵当権はすべての目的のために——当事者間のみならず、對第三者との關係においても、という意味であろう——効力を有する。かように解することに筆者は疑問を抱く(前註(1)参照)。以下判例を一、二例示しよう。動産抵当に關する判例である。いずれも古い判例であつて、今日もなお判例としての価値を有するかどうか、という点は疑問なしとはいへない。近時のこの問題に對する判例を筆者は知りえないので断定的なことをいうことができない。さらに今日、右のような立場が通説的見解かどうかについても筆者は断言しえない。

McCornick Harvesting Mach. Co. v. Reynolds, 88 N. W. 130 [130, 131] (1901)——均質・等価値の yellow corn が指定された農場に積みかさねられていた。その量は一〇〇〇ブッシェル以上であつた。担保物の指定として「現在……(場所指定)……農場に積みかさねられてゐる yellow corn のうち五〇〇ブッシェル」という指定がなされた。かような指定は担保物の範囲を確定するかどうか論点であつた。裁判所は、担保物はその大きさ、形、性質等によつて他の物から區別されることを要するけれども、そのようなメルクマルによつては區別されえない物もある。量的にのみ確定される物がそれである。かような物については、右のような要請はなされない、かような物については、量および母体となつた集合が確定された場合には、担保物の範囲が確定されるという趣旨を判示した。

Barton v. Cochran, 47 P. 569 [570] (1897)——一定の穀物倉庫内(その中には、同一種類・等級の小麦が約一八〇〇ブッシェル収

容されていた)の小麦のうち五〇〇ブツシエルを担保に供与する旨の指定がなされた場合につき、動産抵当権は担保物の範囲不確定なるがゆえに無効に帰するものではない、と判示した。わが国の文献として、四宮・前掲解説・立教法学10・一九八頁参照。

(4) この場合についても、前註(2)で述べたのと同様な問題——締結後に加わる物の合計が一定量を超過する可能性があるかないか、ということが担保物の範囲確定に影響するかどうか——がある。この問題についても、前註(9)で述べたことがあてはまるであろう。結論をいえば、右可能性があらうとならうと、たんに将来加わる物の合計分のうち一定量のみを担保に供与する旨のとりきめによっては、担保物の範囲は確定されない。

(ハ) 「全部譲渡」に近い方式として、持分譲渡とでも呼ぶべき方式が考えられる。すなわち、たとえば、「〇〇倉庫内の全商品につき三分の一の持分」を担保のために譲渡する旨とりきめるように、一定の所在場所にある物すべてに関して、設定者と譲渡担保権者との共有関係が設定されるわけである。前段(ロ)で述べられたように在庫品の一部(不確定)が担保に供与される、のではなくて、全在庫品についての共有持分が担保のために譲渡されるのである。契約によって共有関係を発生させることについては現行民法上なら妨げがない。右のようなりきめも有効である。契<sup>ハ</sup>また、担保物の範囲確定の要請という観点に立つても、右のようなりきめには問題がない。譲渡担保権の及ぶ目的物の範囲が契約上確定されているからである。

契約上たんに割合(たとえば三分の一)のみが指定されているに止まる場合に、それが「一部譲渡」を意味すると解すべきか、それとも、「持分譲渡」を意味すると解すべきか。問題は契約の解釈に帰着する。そしてそのさいいづれを原則と解すべきかという問題が残る。この問題については、業界の慣行でもあれば(たとえば「持分譲渡」は行なわれていないといえることし)それは有力な判断資料となるけれども、「一部譲渡」も「持分譲渡」も普及していない(らしい)現段階においては、容易に結論を下しえない。担保権の確保という観点からは、「持分譲渡」と解する方が合目的的であろう。この観点に立って、原則的には「持分譲渡」と解すべきだと筆者は考える。設定契約にお

いて「一部讓渡」がとりきめられたと解される場合に、これを「持分讓渡」に転換しうるかどうか。たとえば「一部讓渡」として「三分の一讓渡」、「六〇パーセント讓渡」が行なわれた場合に、それらの讓渡によっては担保物の範圍が確定されない。その場合に、それぞれ、「三分の一の持分讓渡」「一〇分の六の持分讓渡」が行われたものと解しうるのかどうか。「一部讓渡」によって当事者の企図している法的效果は、不確定ではあるけれども「一部」の物につき完全な所有権（担保権）を取得することである。この効果が生じえない場合に、「一部讓渡」を「持分讓渡」として法的效果（すべての物につき割合的な権利を取得する）を生ぜしめることはできない。「一部讓渡」が「持分讓渡」の要件——当事者がすべての物につき共有關係を設定することに同意する——を充足していないからである。

- (1) ドイツでも同様に解されている。Serick a. a. O., Bd. II, §21 II 3a, Palandt, a. a. O., Einf. vor §1008 BGB Anm. 3a, aa.
- (2) Serick a. a. O., Bd. II, §21 II 3a. セーリックの同書同個所によれば、ドイツではこの持分讓渡は實際上行なわれていないようである。持分讓渡に関しては、当初指定の大きさの持分が維持されるべきか、それとも、当初持分を指定した時にそれによって把握された価額が維持される、従って、持分の大きさが変わる、変動して現存する総価額を分母に、当初把握された価額を分子とする割合の持分となる、と解するべきか。ショルツは通常の意思解釈によれば後者と解すべきだと答える。筆者も賛成する。
- (3) 四宮・前掲解説・立教法学10・一九〇、一九八頁は確定説だが、全体が一定してもそのうちの一部は確定しないであろう。

(4) 付帯条件の影響

担保物の種類、所在場所、量的範圍のしかるべき指定により、担保物の範圍が確定されると断言するのは早計である。というのは、以下に述べるように、設定契約における担保物の範圍の指定にさいして条件が付される結果として、担保物の範圍が不確定となる場合があるからである。付帯条件の内容は具体的事例により千差万別であろう。以

下においては、おそらくは最も実行されるように思われるものに限って検討を加えるにすぎない。

(イ) 付帯条件が設定者以外の者(第三者)の所有に属する物を除外するという趣旨である場合。たとえば、一定の倉庫内にある商品をすべて譲渡担保に供する旨とりきめられたさいに、「ただし、第三者の所有物を除く」という条件が付与された場合がそれに当る。設定契約締結当時においてすでに第三者の所有物が設定者の所有物と混在している場合もあろうし、設定契約締結後に第三者の所有物が設定者の所有物と混在するに至る場合もあろう(後の場合については、本章二において言及する)。設定者の所有物と第三者の所有物とを現在も将来もはっきり分離させ、前者のみを担保に供する旨とりきめたり、前者に特定のマークをつけることとしそのマークのついた物のみを担保に供する旨とりきめるならば、付帯条件をつける必要もない。ここでの問題は、そのような方策が採られなかった(採りえない)場合に生じる。第三者の所有物としては、賃加工契約に基づき材料供給者(この者が所有権者)が設定者に供給した材料、設定者によりすでに他の債権者へ譲渡担保に供与されている商品のごときものが考えられる。さて、かような趣旨の付帯条件に関して次の三点を述べておきたい。

第一に、かような趣旨の付帯条件が付されることによって、担保物の範囲は不確定なものとなる。「○○倉庫内の商品全部、ただし第三者の所有物を除く」という指定は、既述の「一部譲渡」(たとえば「全個数中の六〇パーセントの個数」の譲渡)とは異なる。というのは、「一部譲渡」の場合には文字どおり担保物の範囲は不確定であるけれども、右のような付帯条件付の担保供与の場合には、第三者の所有物を除外する、設定者の所有物が担保に供される、担保物は設定者の所有物全部である、という指定がなされており、その限りでは担保物は具体化されているといえなくもないからである。しかしそれにしても、右のような指定がなされているに止るのでは、どの物が設定者の所有物でどの物がそうでないか、ということが具体的に判別されえないのであるから、設定契約によって担保物の範囲が確

定されないことに変わりはない。ところで、どの物が設定者の所有物でどの物がそうでないかということ立証によって判別されるのであり、設定契約そのものみに基いて判別されるには及ばないのだとは考ええないのか。右のような指定がなされたならば、それだけで担保物の範囲は確定されたといえないのか。この問題については次に検討する。

第二に、設定者の所有物か第三者の所有物かの区別づけは決して不可能なこととはいえないのであり、仕入帳簿記載とかその他の契約外の事情を参照することによって、このような区別づけの可能な場合もないとはいえない。そのような場合には、第三者の所有物を除くという趣旨の付帯条件も担保物の範囲を不確定ならしめるものでないといえるのではないか、設定契約したから担保物の範囲が確定される場合のみならず、設定契約したからは担保物の範囲は確定されないけれども、設定契約上或る程度の指定がなされていてそれに加えて契約外の事情を参照することによって範囲を確定しうる場合にも、その設定契約によって担保物の範囲が確定されていると解してよいのではないか、かような場合には、讓渡担保権が成立し設定者の所有物については効力を生じる、以上のようにも解される可能性がある。しかしながら、上述したような見解には問題があるように思われる。

すなわち、讓渡担保の設定はいうまでもなく当事者の合意によりなされる。その合意(物權設定の合意)は、具体的な客体について讓渡担保権を設定する合意でなくてはならない。ところで設定契約(「契約書」に限らない)そのものにおいて——すなわち、契約外の事情を参照することなく——担保物の範囲が確定される、設定契約のみに基いてどの物が担保物でありどの物がそうでないかが知られるのでなければ、将来加わる物についていえば、その加入の時点で、その物が果して担保物かどうか設定契約のみに基いて一義的に決定されるのであれば、具体的な客体について合意が成立した、ということはどうしてできないであろう。設定契約上、たんに「〇〇倉庫内の商品全部。

ただし、第三者の所有物を除く」という指定があるのみでは、どのような物が担保物であるかについての具体性が全く示されていないに等しい。つまり、この物を担保の客体とするという点についての共通のイメージが当事者の間にないわけである。譲渡担保権を成立させるベースとなる合意が存しないといえよう。仕入帳簿、仕入伝票等を手がかりとして調査をすれば、担保物を確定することもできよう。しかし、このことは設定契約をして担保物の範囲確定の要請を充足させるものではない。その設定契約にもとづき譲渡担保権が成立するものではない。このことは後述の(四)(ハ)についてもあてはまることである。

確定性をきびしく要求することは、譲渡担保権者以外の債権者を保護することにもなる。すなわち、在庫品のうちに第三者の所有物が混在している場合に（混和——民二四五条までには至らず、調査すれば区別されうる）たんに「第三者の所有物を除く」という趣旨のとりきめのみによって担保物の範囲が確定されると解するならば、右のような債権者が害されるおそれがある。つまり、設定契約の存在・内容を知っていても（存在も知らなければむろんのこと）、右第三者が摺取する、第三者の債権者が在庫品中にある第三者の所有物に摺取する場合（民訴六一四条以下により第三者の設定者に対する返還請求権を差し押えその取立をなす方法によることにならう）に——その場合、どの物が担保物でどの物が第三者の所有物であるかの区別づけが設定者にはなしえても彼らにはしえない場合が多いであらう——彼らは安んじて執行をしえない。譲渡担保権者の債権者が在庫品中の担保物に執行しようとする場合についても（彼が第三者の所有物の混在を知らない場合はむろんのこと、知っていても）同様のことがいえよう。設定契約そのものから担保物の範囲が確定されることを要請し、要請が充足された場合にのみ譲渡担保権が成立すると解するならば、譲渡担保権者以外の債権者が害されることを回避することができる。すなわち、設定契約上どの物が担保物でどの物が第三者の所有物かが確定しうるのであれば、第三者・第三者の債権者、譲渡担保権者の債権者はそれぞ

れ、第三者の所有物、担保物のみに対して安んじて執行することができることになるからである。ところで、次のようにもいえる。たんに「第三者の所有物を除く」という趣旨のとりきめがなされた場合に、そのようなとりきめによって担保物の範囲は確定されないと解したとしても、第三者・第三者の債権者にとっても讓渡担保権者の債権者にとっても実益は乏しい。前者にとっては設定者の所有物の混在が執行の妨げとなりうるし、後者にとってはそもそも執行の可能性が失われるからである。右の趣旨のとりきめによって担保物の範囲が確定されると解しても、これらの債権者にとっては実益が乏しい。前者にとっては担保物の混在が、後者にとっては第三者の所有物の混在が執行の妨げとなりうる、と。そのとおりである。いずれにせよ、前者後者の双方にとって擷取の対象が明確に定まらないのである。そのようなことを回避するためには、どのような確定方法を要請するのが適切であるかが問題である。担保物と第三者の所有物とが、設定契約上明確に区別されていること、担保物がそれにより確定されることが、右の目的に適している。なお、設定者の債権者については、設定契約上担保物の範囲が確定すれば、彼の擷取しうる可能性は全くなく、設定契約上では担保物の範囲が確定されない場合でも担保物の範囲は確定されると解するにしても結果は同様であり、またその場合に担保物の範囲が確定されないと解するにしても、第三者の所有物の混在することが彼の擷取にとって支障をもたらすことになる。彼にとっては確定性をきびしく解するかどうかという議論は実益に乏しい。いずれにせよ彼は害される可能性があるからである。

上述した理由により、<sup>(1)</sup>設定契約にもとづき讓渡担保権が成立するためには担保物の範囲が設定契約そのものにもとづき(契約外の事情を参照することなく)確定されることを要する、と解するべきである。設定契約上、担保物の範囲を指定するに当り、「○○倉庫内の商品全部、ただし第三者の所有物を除く」と指定するのみでは、担保物の範囲が確定されず、讓渡担保権は——設定者の所有物についても——成立しえない。<sup>(2)</sup>

第三に、次のようなこともいえよう。設定者の所有物と第三者の所有物とが混在する場合に、「ただし第三者の所有物を除く」という付帯条件を付することなく、たんに「〇〇倉庫内の商品全部」という指定がなされるに止まる場合には、担保物の範囲は確定される。この場合には、譲渡担保権が成立し、設定者の所有物については効力を生じる。どの物が担保に服しどの物が第三者の所有物(担保に服しない)かについての立証が問題とはなる。ところが、当事者が右のような付帯条件を付するならば譲渡担保権は成立しない。設定者の所有物についても譲渡担保権が効力を生じる由がない。このような相違が生じる(とくに設定者の所有物につき譲渡担保権が効力を生じるか否かという法的効果の面で)のは不合理ではないか。というのは、設定者の所有物と第三者の所有物とが混在する場合に、当事者が正直にも後者を除外しようとしたばかりに、設定者の所有物についてさえ譲渡担保権が成立しえないことになるからである。<sup>(3)</sup>

たしかに、そのように思われぬこともない。しかし、第三者の所有物を除外する旨の条件が付された場合に、当の設定契約が担保物の範囲を確定しえないものであると解することにも理由があるのだから(「第二」として先述した個所参照)、右のような相違が生じることもやむをえない。なお、右のような趣旨の条件を付さないでたんに「全部譲渡」がされたとしても、そしてそれが契約解釈上「一部譲渡」<sup>(4)</sup>ではなくまさに「全部譲渡」と解されても、譲渡担保権が成立しえない場合がある。この点については後述する(本章三(1)(イ)参照)。

(1) 譲渡の合意は確定した物についてのみ成立しうることにつき *Serick, a. a. O. Bd. II § 21 I 2.* そのほかに、次のことも追加しうるであろう。すなわち、譲渡担保において所有権譲渡(設定契約締結)と同時に占有移転(占有改定)が行なわれる(べきだ)とすれば——對抗要件を同時に具備させようとすれば——そのためには、担保物が具体的に定まっていることを要するであろう。なぜならば、譲渡担保権者が占有に事実的支配を取得するためには、事実的支配の客体たる物が具体的に定まっていなければならない

からである。そして、その具体性の程度は、この物というように（たんに設定者の所有物というように法的身分を指定するに止まらず）客体が直ちに——契約外の資料を用いないでも——一義的に定まる程度でなくてはならない。というのは、たんに、設定者の所有物のみ、という指定があるに止まり——かりにそのことによって所有権そのものは移転すると解するにしても——具体的にどれが設定者の所有物かは契約締結後に調査してはじめて判明するというのは、讓渡担保権者が占有し事実的支配を取得すると解することはできない、占有し事実的支配は個別具体的な物についてのみ成立しうるからである。たんに、設定者の所有物のみ、という指定をなすことによって所有権が移転すると解しても、對抗要件が伴わないとすれば、あまり実益はないであろう。むしろ、所有権も設定者の所有物が具体的に指定された場合に移転し、そのさい同時に占有改定も行なわれる、たんに、設定者の所有物のみ、という指定によつては、所有権そのものも讓渡されない、と解する方が、法的な關係を簡明にする上からいっても適切であろう。

(2) 担保物の範囲確定という要請の内容は、ドイツの場合には次のとおりである。設定契約締結時において既存の客体については、契約のみに基いて（契約書の内容に基いて、というのではない）、契約外の事情を参照（たとえば、仕入帳簿を参照して混在している担保物・非担保物を区別する）することなく、担保物を一義的に決定しうることであり、将来加入する客体については、所有権移転のさいに契約の内容を知っている人が直ちに、単純な外部から認識しうる現象に基づき（たとえば一定の場所への収容）によりどの物が担保物か、どの物は非担保物かを一義的に決定しうることである。この場合にも、どの物が担保物かを判定するのに契約外の事情を参照しなければならないとすれば（たとえば一定場所に収容された物件中に非担保物が混っており、それを発見するために仕入帳簿を参照しなければならない）、未だ担保物の範囲は確定されないと説かれる。以上が、ドイツの判例・通説の採用する立場である。既存、将来いずれの客体についても、範囲確定の決定的規準は契約そのものだといえよう。既掲の BGHZ 21, 52 [55f.] BGHZ 28, 16 [19], BGH NJW 56, 1918 [1918] のほか BGH, 4. 6. 1962, MDR 62, 643[619], 1. 4. 1963, MDR 63, 586 [587], ほか RG, 9. 3. 1926, RGZ 113, 57 [59], RG, 27. 2. 1931, RGZ 132, 183 [187], Westermann, a. a. O., §43 I 2, Wolff-Raisner, a. a. O., §180 II 1, Anm. 4, Serick, a. a. O., Pal. II, §21 I 2, II 1, II 3b, III 2, 3, Schlegelberger-Hefemehl, a. a. O., Anh. zu §368 HGB, Rn. 153.

ドイツでは、周知のごとく、所有権移転が讓渡の合意および占有移転によってなされうる（下民九二九条以下）。そこで、客体的具体的指定、確定の要請が讓渡の合意は確定した客体についてのみ存しうるという理由のほかに、占有移転の必要を根拠としても提出されうる。すなわち、占有移転、担保権者による事実的支配の取得は、確定された（一義的、具体的に定まった）客体についての

み可能である」と。既掲の BGHZ 21, 52 [55], Serick, a. a. O., Bd. II, §21 I 2. 占有移転を對抗要件とするわが民法の下での取扱について前註(一)参照。

アメリカで採用されている規準はどのようなものであろうか。UCC §9-203 (1) (b) により、非占有担保権が成立するには、担保の合意を証する書面に設定者(債務者)が署名することを要する。この要件を欠く限り、債務者(第三者に対しても)に対してさえも担保権は成立しない。非占有担保権設定行為は要式行為とされている(UCC §9-203, Comment 1, 3, 5, Spivack, op. cit., p. 25, Coogan, How to Create Security Interests Under the Code and Why, 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 161 [171] (1963), Coogan, A Suggested Analytical Approach to Article 9, 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 271 [283-284] (1963)). 同条によれば、右にいう担保の合意を証する書面は——特段の形式を具備することを要請されていないが——担保財産についての記述をふくまねばならない。どのような記述が要求されるか。その記述は、specific たる必要はなく、記述された物をしてリーズナブルに識別されることを可能にするものであれば十分である(UCC §9-110)。その記述したいから物が識別されなくても、記述が担保物を確定しうるようなインフォメーションをふくむのであれば、担保権成立の要件を充足する、と解されている(UCC §9-110, Comment 1, Spivack, op. cit., p. 27)。アメリカの場合には、ドイツの場合と異なって担保権設定行為が書面によってなすことを要する要式行為なのであるから、担保の合意を証する書面の記述のみが担保物の範囲確定にとっての規準となると考えられる。その結果、次のようなことになるのであろうか。記述したいから直接担保物の範囲が確定される場合、そうではないがその記述のみに基いて担保物の範囲が確定される場合には、担保物の範囲が確定される。口頭での合意が成立していた物でも、記述のみに基いて判断した場合にそれが担保物として確定されるのでなければ、その物について担保権は成立しない。この点においてドイツと異なることになる。

(3) Schlegelberger-Hefemehl, a.O., Anh. zu §368 HGB, Rn. 157.

(4) 設定契約の文言上「全部譲渡」の趣旨が現われていても契約の解釈上「一部譲渡」(設定者の所有物のみを譲渡する)と解される場合がありうる。設定契約締結にさいして当事者双方とも第三者の所有物の存在を知っていたような場合には、「一部譲渡」の契約が締結されたと解するのが当事者の通常の意味に合致するであろう。その結果、担保物の範囲が確定されないことになる。Serick, a. a. O., Bd. II, §21 IV 1c 参照。

(d) 付帯条件が、設定者の所有に属することを条件として譲渡担保に供与するという趣旨の場合。たとえば、「○倉庫内の商品全部。ただし、物件が設定者の所有に属することを条件とする。」というようにとりきめがなされた場合がそれである。かような条件(法定条件であろう)を付することは担保供与の法的效果という面では当然の事の表明である。かような条件が付されなくても、法的效果としては、設定者以外の者の所有物に譲渡担保権が及ばないことに变りはない。この点については——先述しなかつたが——(イ)で述べた場合も同断である。しかし付するか否かにより担保物の範囲確定という面では差が生じる。「全部譲渡」のみがとりきめられた場合には設定契約上担保物の範囲が確定されるのに反し、右条件が付与された場合には、「第三者の所有物を除く」という条件を付したに等しい)担保物の範囲が不確定となる。<sup>(1)</sup>この点については(イ)において述べたことがあてはまるのでここではくり返さない。

ここで次のことを述べておく。すなわち、一定倉庫内にある全商品を担保に供与する場合に、設定契約においてたとえば「設定者は第三者の権利の負担のない商品を譲渡する。」というとりきめがなされたとする。このとりきめの趣旨が、(a)在庫商品一切を譲渡する、それらの商品はすべて第三者の権利の負担のないことを保証する、という趣旨であれば、担保物の範囲確定については問題がない。設定者が第三者の権利の負担を有する商品を譲渡した場合における債務不履行責任が問題となるのみである。(b)このとりきめの趣旨が、設定者は全在庫商品のうち第三者の権利の負担のない商品すなわち設定者の所有権のみに服する商品に限って譲渡する、という趣旨であるならば、担保物の範囲確定という観点から問題がある。<sup>(3)</sup>その理由についてはもはや説明を要しないであろう。右のごときとりきめの趣旨は譲渡担保権の成立をはかるために、(a)の趣旨と解するべきである。

(1) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 IV 1c. 四宮・前掲解説・立教法学10・一九八頁参照。

(2) 谷川・前掲書二二七——二二八頁掲載の「譲渡担保権設定約定書(浮動集合物品)」は、その前文に当る部分において「担

保提供者は債権者に対し、末尾目録記載の場所における自己所有の物件（以下、第3条に基き将来その場所に存在する物件を含めて、本件物件という）を譲渡し、占有改定の方法によりその引渡をした。」とし、その第二条は「担保提供者は、本件物件が自己の所有に属し、第三者により制約を受けていないことを担保する……」と定める。また、第三条は「将来約定場所に存在する担保提供者所有の物件は、その搬入の時にすべて本件担保の目的として債権者に譲渡されるものとする……」と定める。この約定書の趣旨は本文における(a)か(b)か。筆者には(b)のようにも解される可能性があるように思われる。しかし、在庫品のうちに第三者の権利に服するもの（たとえば、所有権留保売買によって供給された物件とか、供給者に所有権のある賃加工契約によって供給された物件）が存在することが異例だとすれば「目録記載の場所における自己所有の物件」とは全在庫品をさすと解される。(a)の趣旨に解される)ことにならう。もっとも、(b)のように解されるにしても、担保物の確定性は、担保物が契約のみから確定されなくても契約外の調査を加えて確定されるのであれば充足されると解するのであれば、確定性についての問題はない。筆者が反対に解することはすでに述べた。

Hagele, a. a. O., S. 145f. 掲載の契約例では、その第二条第一項において、皮革製品の設定契約締結時における全在庫品（所在場所は確定されている）が債権者（銀行）に譲渡される旨と引きめられ、第二項において次のように定める。「債務者は以下のことを保証する。譲渡された在庫品は債務者の自由な、負担のない所有物であること、従って譲渡された在庫品については、供給者の所有権留保もその他の者の請求権も存しないこと。」将来加わるものについては第四条において、設定契約締結時における在庫品と同様の条件で譲渡される旨定められている。将来加わるものについても、第二条第二項は適用されると解してよいであろう。

(ce) Scholz, a. a. O., Rn. 269.

(d) 付帯条件が物の出所を限定する場合。たとえば「○○倉庫内の商品全部。ただし、仕入先が甲会社のものを除く。」と引きめられた場合である。出所ではなくて、処分先について言及し、「ただし、甲会社に対して譲渡されるべきものを除く。」と引きめられるような場合もあろう。このような付帯条件も担保物の範囲を不確定ならしめる<sup>(1)(a)</sup>。

(1) Scholz, a. a. O., Rn. 269.

(2) かようなとりきめは、担保物についての具体性を欠き、讓渡担保設定の合意をも欠くと解されることにつき既述した(4)参照)。また、かようなとりきめは設定者の債権者にとって擱取の範囲を確定させえない可能性があり、讓渡担保権者の債権者にとつても同様である。これら債権者の擱取の範囲を明らかにするために、設定契約じたいから担保物の範囲が確定されなければ、担保物の範囲は確定されないと解すべきである(この点についても詳しくは(4)参照)。かようなとりきめによって担保物の範囲が確定されると解しても、設定者の債権者も讓渡担保権者の債権者もいずれも擱取するにさいして担保物非担保物の区別づけが困難(あるいは不能)なため支障をきたす可能性がある。そのために複雑な関係を生じるよりも、かようなとりきめによっては担保物の範囲は確定されず、設定者の債権者のみが擱取しうるといふ結果を導く方が関係を平明にすることにならう。設定契約上、担保物の範囲が確定されることが、讓渡担保権者の債権者にとつても設定者の債権者にとつても最良であらう。

(二) 付帯条件が、将来集合に加わる物について、その加入前に存在した物が出庫したその補充として加入した物のみをもって担保物とする趣旨である場合。たとえば、「本目録記載の在庫商品をすべて担保のために讓渡する。将来入庫する商品は、本目録記載の商品が出庫した補充として入庫するものに限って、担保のために讓渡されるものとする。」ととりきめられた場合が挙げられよう。右のとりにきめに付されている条件は将来入庫する担保物の範囲を不確定ならしめる。将来入庫する商品のうちには、出庫した商品の補充品として入庫する商品もあれば、そのようなものとしてでなく入庫する商品もあるだろう。どの物が前者かどの物が後者かを右のようなとりきめから確定することはできないのである。<sup>(1)(2)</sup>右のようなとりきめがされた場合には、当初の「本目録記載の在庫商品」のみが有効に担保に供与されたと解するべきであらう。

(一) BGH, I. 4. 1963, MDR 63, 586 [537] — 設定契約締結時に担保場所が存在している客体は全部讓渡されたけれども、将来加わる客体については、そのうちで、担保場所から離脱した客体の補充として加えられた客体のみを讓渡する旨のとりにきめが担保物の範囲の確定性を具備するかどうかについて、BGHは、否と判示した(この判例の事案は、具体的な事実関係が掲載されていないので知る由もなう)。Serick, a. a. O., Bd. II, § 21 III 3, Schlegelbecher-Hefemann, a. a. O., Anh. zu § 368 HGB, Rn. 157.

(2) 設定者の債権者、譲渡担保権者の債権者の攝取可能性と設定契約における担保物の範囲の確定性との関係についてはあえて説明を加えるまでもあるまい。既述したところから見当がつくはずである(本章のまえがきに相当する部分への註(3)および前段の註(2)参照)。

(補註) 以上で付帯条件として想定される可能性のあるものについて検討を終る。この場を借りて、一、二の追加をしておきたい。次のような付帯条件も、担保物の範囲を不確定ならしめるであろう。

すなわち、全在庫品を担保のために譲渡する旨と引きつらぬ上で、「ただし、設定者が留保を欲するものを除く。」という付帯条件が付加された場合には、担保物の範囲があまりにも不明確なものにされるといわざるをえない。この点につき、*Durel v. Buchanan*, 86 So. 189 [192-193] (1920) 参照。

また、全在庫品を担保のために譲渡する旨と引きつらぬ、続いて、「ただし、一〇〇万円相当分を除外する。」ことにするという付帯条件を付した場合にも、担保物の範囲を不確定ならしめるといえよう。このような場合は「一部譲渡」の一態様として挙げるのが適切かも知れないけれども、便宜上ここで触れておくことにした。

〔付記〕 本稿脱稿後印刷中に、四宮・前掲解説・立教法学10・一八五頁が公けにされた。本稿校正の過程で参照したけれども、印刷ならびに時間の制約があるために、十分に果せず、その解説に対する私見を述べることもできず、さらには、参照した旨述べている本稿中の場所にも適当でない箇所が生じたように思われる。機を改めて訂正するほかはない。