



Title	流動動産譲渡担保論一斑（5）
Author(s)	米倉, 明; YONEKURA, Akira
Citation	北大法学論集, 19(3), 1-34
Issue Date	1969-03-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16108
Type	departmental bulletin paper
File Information	19(3)_p1-34.pdf



論 說

流動動産讓渡担保論一斑 (五)

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 (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 (一九卷二号)、二―三(2)(1) (本号)、三(2)(1) (未定)

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

二 第二点に移ろう。一旦担保物の範圍が確定した場合において、その後の事情により担保物の範圍が不確定とな

る（担保物と非担保物とが混在しあって両者の判定・区別が困難になる）ならば、かつて成立しひとたび効力を生じた（設定者の所有物についての）譲渡担保権が失効することになるのかどうか。ある時点において担保物の範囲が確定して譲渡担保権が成立し効力を生じた以上、その後の事情如何により、一旦効力を生じた譲渡担保権が失効することにはならない、と解すべきではないか。ということとは、担保物の範囲確定の基準時点を設けるべきだ、ということになる。基準時点を設けるべきかどうか、設けるべきだとすれば、それはいつの時点であるべきか、これらのことが問題となる。そのほか、第三者の所有物が担保物中に入りきたり、混和、付合を生じた場合に生じる問題もとりあげておかねばならない。担保物の管理、立証に関する問題にも触れておきたい。以下、(1)(2)(3)(4)において順次これらの問題をとりあげる。

(1)まず、右のような意味での基準時点を設けるべきかどうかについて考える。結論を先にいえば、設けるべきだということになる。

担保物の範囲が一旦確定したという場合、設定契約締結当時担保設定の対象が設定者の所有物のみから成る場合とその他のうち第三者の所有物が加わっている場合とがある（後者の場合の範囲確定の方法については三で言及する）。これらのいずれの場合についても基準時点が問題となる。問題処理の考え方は両者の場合につき共通であるから、考え易い前者の場合について検討しておこう。さて、後に不確定になる場合としては、次のような場合が考えられる。以下考える場合はあくまでも例示的な場合でしかなく、実際にはそれら以外の種々な場合が存在するのである。このことを断わっておいた上で、次のような場合を挙げておく。すなわち、一定の倉庫内の一定場所にみいだされる商品がすべて担保のために譲渡されたとする。同じ倉庫内において右の場所と隣接した場所には、担保物と同種の商品が収容されているものとする。さて、担保物すべてを譲渡する旨の設定契約が締結された後に、担保物が所在

場所から移されて、隣接した場所に収容されていた商品(非担保物)と混じりあい、両者を区別することが困難になつたとしよう。もっとも、両者は混じりあつて区別困難といつても混和(民二四五条)してしまつたわけではなく、「一混在」とでもいうのが適當か)、在庫品の明細を記した帳簿のごときものなどを用いるならば区別されうとする。それにしても、当初は倉庫内の一定場所にみいだされる商品すべてが担保物とされ、どの商品が担保物であり、どの商品がそうでないかが明確であつたのに、その後に至つて、倉庫内のどの商品が担保物であり、どの商品がそうでないかが不明確になつたのである。このような場合、讓渡担保権が一旦成立し効力までも生じたのに、すでに生じていた効力を失ふことになるとすれば、讓渡担保権者の地位は不安定この上もない。讓渡担保権者は、一旦担保物の範圍が確定し讓渡担保権を取得したと思つていたところが、自己の知らない事情により担保物の範圍が不明確になつたために一旦取得した権利を失ふことになる。場合によっては、設定者が故意に、当面問題としてゐるような、担保物と非担保物との混在をきたすということもありえよう。そのような場合に――讓渡担保権が消滅するとすれば設定者に責任(担保権侵害)を問ひうるけれどもそれにしては――讓渡担保権者が讓渡担保権そのものを失なわなないと解する必要がある。

担保物の範圍が一旦確定した後には不確定になる場合としては、右に挙げた場合のほか、次のような場合も考えられよう。すなわち、一定倉庫内の商品が種類を問わず全部担保に供与される旨設定契約上とりきめられたとする。その後、設定者が商品を手し別の倉庫に収容した上で、設定者は仕入先との間の特殊事情により、その商品をそれが右にいう一定倉庫もふくめていかなる場所に収容されようとも担保に供与しない、設定者は右にいう一定倉庫内に入庫させないようにするけれども、かりに入庫しても担保には供与されたい旨讓渡担保権者に通知し、讓渡担保権者もそのことについて了承した。しかるに、まもなく、なんらかの事情により、このような非担保物が担保物

との混在をきたし、先に挙げた場合と同様な意味で両者を区別しがたくなった。このような場合にも、担保物の範囲は不確定になるわけである。あるいは、次のような場合も、一旦効力を生じた譲渡担保権が後の事情により効力を失うかという問題を提供する。すなわち、一定倉庫内にありかつ一定のマークをつけた（たとえばレッテル貼付）商品が—その倉庫にはレッテルの貼られない同種の商品が収容されており、これらの商品とレッテルの貼られた商品とが混在している—担保に供与される旨設定契約上とりきめられた後、レッテルの貼付されていた商品からレッテルが脱落した場合である。マークの消滅によって、担保物と非担保物との区別が設定契約にもとづいてはつけられなくなる。かような場合には、一旦成立していた（そして効力までも生じていた）譲渡担保権は効力を失なうことになるであろうか。以上挙げたいずれの場合についても、設定契約締結後の事情次第によって、譲渡担保権の効力が左右されることになるのであれば、譲渡担保権者の地位が不安定になることについては多言を要しまい。従って、基準時点を設ける必要がある、と云ってよいであろう。

(2)担保物の範囲確定の基準時点はいつの時点であるべきか。この問に対する答は、設定契約締結時、である。基準時点が設定契約締結時である、ということの結果はこうである。すなわち、設定契約締結時において設定契約上担保物の範囲が確定された場合には（確定されない場合には譲渡担保権はそもそも成立しえない）、その後の事情により担保物の範囲が不確定になっても、すでに成立・発効した譲渡担保権の失効をきたさない。なぜこのような意味での基準時点を設定契約締結時に求めるべきかといえは、その理由は次のとおりである。

当事者は設定契約において担保物の範囲を確定することに努力するのであり（この時点で確定されなければ、そもそも当初から譲渡担保権は成立しない）、その結果として成立した譲渡担保権が、その後の事情により、失効という運命に服するのは譲渡担保権者保護という見地から妥当でない。たとえば、設定契約締結により一旦譲渡担保権が成立

したとする。担保物たる設定者の所有物については讓渡担保権が効力を生じる。その後設定者が破産に陥ち入り、讓渡担保権者が権利を行使しようとする時に至って、たまたま担保物の範圍が不確定になっているとする。かような場合に、讓渡担保権の失効という処理をなし、讓渡担保権の行使が一切許されないというのでは、讓渡担保設定の意味はないといつても過言でない。かくては、設定契約において担保物の範圍を確定させるために努力をすることも、報われないことになる。讓渡担保権者の地位を安全ならしめるためには、設定契約締結時を基準時点と解するのが、最も妥当である。また、次のようにも考えることができよう。すなわち、ある客体につき讓渡担保権をこれから設定しようという場合に、客体が不確定であれば、讓渡担保権は成立しえない。これに対して、設定契約によって担保物が確定され、従つて一旦讓渡担保権が成立（そして担保物たる設定者の所有物については効力が生じる）した以上、その後生じたところの、設定契約とは関係のない事情により担保物が不確定になつたからといって、ひとたび生じた契約の効果が失われめられると解することは十分な理由を欠く。現状においては等しく客体不確定であるにしても、そもそも設定契約締結当初から不確定な場合と設定契約により一旦確定されて後に契約外の事情により不確定になつた場合とを同一に扱うわけにはいかない。後の場合には、契約外の事情によつては、一旦発生した効果が影響を受けることはないのであつて、讓渡担保権はその効力を維持する。残された問題は、不確定状態にある物のうちどれが担保物であるかの立証問題である。かように、立証の問題が残るに止まるのであり、一旦成立した讓渡担保権が失効するに至るものではない。このように解するべきであらう。¹⁾²⁾

(一) 讓渡担保権者が非担保物との混在を招来することに同意したとしても、このことに變りはない。彼は、一旦取得した讓渡担保権を失なわない。ひとたび取得された讓渡担保権は、彼が放棄でもない限りは、効力を存続するものと解さざるをえず、彼が混

在の招来に同意したことは直ちに放棄とは解されないからである。彼がその権利を行使するに當っては、どの客体について彼が讓渡担保権を取得したかを立証しなければならぬ。その立証が困難なために—それも自ら招いたことではある—結局、讓渡担保権を失なうと同然の結果を生じることが事實上はありうる。しかし、そのようなことは別論である。債権者の利害という視点からも問題を考える必要がある。讓渡担保権者が混在に同意したことによって直ちに讓渡担保権が失効するのでは、設定者の債権者が優遇されるのあまり、讓渡担保権者の債権者が冷遇されすぎることになりはしまいか。両者の利害調整をどのようにしてはかるべきか。それには上述したような考え方（讓渡担保権は効力を有し、客体たることの立証を讓渡担保権を主張する側に負わせる）が適用しているのではないかと、筆者は考える。客体確定の原則との関連でいえば、右の結論を導くために、客体が確定することは物権の成立・効力発生要件に止まり、物権の効力存続要件ではないと解するべきである。

讓渡担保権者が占有改定により対抗力をえるとした場合、それは客体が不確定になった時から公示の基礎たる占有を喪失したことにより消滅するのか（彼が担保物たることを立証した時から再び具備されるのか）。客体が不確定になった場合には、彼は占有権を喪失すると解される。ところで、民二〇四条のいずれの消滅事由もみいだされない。それならいかなる事由により、彼は占有権を失うのか。設定者の所持についていえば、設定者は混在するすべての客体について所持を有しているのであるから、その所持を介して讓渡担保権者の占有権が維持されないか。答は否であろう。設定者はすべての客体について担保物非担保物の区別なく所持を有している。しかし、讓渡担保権者が讓渡担保権者として担保物を事実的に支配するには、担保物が確定してはならない。ところが、混在の結果、事実的支配の客体が定かでないたのである。讓渡担保権者の事実的支配あり、占有権ありとはいえないであろう。さて、対抗力を具備するには、過去において占有移転がひとたび行なわれていさえすれば足るのか、それとも、それでは不足であつて、占有が継続していることを要するのか。筆者としては、前者と解するべきだと考える。とりわけ、讓渡担保権者の関知しない事由で混在が生じた場合に、彼が対抗力を失なうと解するのは不当な結果を導くので、すくなくともこの場合には、前者のごとく解するべきである。公示もないのに対抗力を付与するのは問題があるけれども、一旦公示をなした者の保護—すくなくとも右の場合—も無視しえないと思われる。

(2) ドイツ法から参照を始める。判例のうちには、基準時点を契約締結の時ではなく、破産開始の時と解した判例（設定者の破産管財人と讓渡担保権者との争いの事例）もみられた。RG. 9. 3. 1926, RGZ 113, 57 [61-62]。しかし、まもなく判例は基準時点を設定契約締結の時と解するようになり、その立場は今日まで維持されている。とらうてよ。既掲の RGZ 132, 183 [188] のは

か、BGH, 29. 4. 1958, NJW58, 945 [945], MDR58, 509 [510] 4402 評解 BGHZ 28, 16 [20]. 学説の基準時点を設定契約締結時とする。Serick, a. a. O., Bd. II, §21 II 5, III 2b, Westermann, a. a. O., §43 II 4, Schlegelberger-Helferich, a. a. O., Anl. zu §368 HGB, Rn. 159, Scholz, a. a. O., Rn. 274, Ertsh, Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, ACP128 (1928), 348 [348], Dreher, a. a. O., ACP 138 (1934), 350 [369]. 讓渡担保権者が担保物と非担保物との混在をきたすことに同意を与えた場合にはどのような法律関係が生じるか(前註(一)参照)については論じられていないようである。そのようなことは実際上存しないのであろう。そのような場合についてはともかく、基準時点を設けること、その時点を設定契約締結時とすることの根拠は、本文中で述べたことと同旨である。この問題に関しては Ertsh, a. a. O., ACP128 (1928), 344 [348] の説明が明快である。

次にアメリカ法はどうであろうか。動産抵当についての判例は、設定契約締結後の混在は抵当権を無効(void)ならしめないとどう立場を採用して来た。Blackfoot City Bank v. Clements, 226P. 1079 [1082] (1924), Merchants' Nat. Bank v. M'Laughlin, 2F. 128 [133] (1880)。いずれも第三者との関係で抵当権の効力が認められた事例である。これらの判例は、混在について設定者が同意を与えた場合には結果が異なるかのとき表現を採る。McC. J. p. 464, C. J. S. p. 670. 参照。UCC の下における判例を知りたかったけれども、果たしえなかった。右に挙げた判例からみて、アメリカでも一旦成立し効力を生じた担保権が後に担保物と非担保物との混在(すくなくとも担保権者の同意なくして生じた)によって効力を失なうことはないとい解されている。といえよう。

(3) ところで、ここで次のことを考えておこう。すなわち、設定契約締結後に第三者の所有物が担保物と混じりあった場合、その第三者の所有物はどのような法的処理を受けることになるのか。たとえば、一定倉庫内の全商品が担保設定の対象とされている場合に、第三者の所有物が混入したとする。その第三者の所有物の法的運命はどうなるか、これが問題である。第三者の所有物が加わる態様としては、混和せず混在しているに止まる場合、混和が生じた場合、付合が生じた場合、が考えられる。⁽¹⁾ 説明を単純化するために、以下においては、設定契約締結当初は担保設定の対象をなす物が設定者の所有物のみから成っていたところ後に第三者の所有物が加わる場合に問題を限定する。右契約締結当初から担保設定の対象をなす物に第三者の所有物が加わっている場合もむろんありうる。その場合について

も、問題処理の考え方としては変わりはないのであるから、説明の便宜上、設定者の所有物だけから成る場合のみをとりあげるのである。

まず、第三者の所有物が加わったけれども、担保物と混和を生じるまでには至らない（付合も生じない）場合。この場合には、第三者の所有物について即時取得（民一九二条）が問題となりうる。即時取得が成立しうるか否かについては、集合物論か分析論かという議論との関連で問題があることは既に述べた（第一章三(3)(四)）。

次に、混和が生じる場合。第三者の所有物が加わると同時に混和が生じることもあろう。そうではなくて、加入当初は混和を生じなかったところ後に混和が生じる場合もあろう。いずれにせよ、混和状態が招来された時点から混和の法理によって処理されることになる。場合によっては（あくまで一つの場合でしかない）、すでに担保物となっている設定者の所有物はすべて混和し、第三者の所有物はそのうち一部のみが混和し、残部は混和しないということも生じうるであらう（この部分のみまとめて別置されたりして。この部分については即時取得が問題となりうるであらう）。そのような場合には、次のような権利状態が生じる可能性がある。すなわち、讓渡担保権者の単独所有権（讓渡担保権）―混和が生じたさい担保物（設定者の所有物であった物）が主物である場合―、第三者の単独所有権（混和が生じたさい第三者の所有物が主物である場合あるいは混和しないままにある第三者の所有物について―、讓渡担保権者と第三者との共同所有権―混和が生じたさい主従の区別をつけえない場合―である。混和したさい問題となる主か従かについて、共有持分如何について、の判断・立証が困難な場合もあろう。この点は、次の付合の場合についてもいいうることである。

付合（民二四三条、二四四条）が生じる場合。混和に比べて、このような場合の、生じる可能性はあるいはすくないのでないかと筆者には思われるけれども、生じない、とも断言しえないであらう。賃加工契約にもとづき設定者に供

給された第三者所有の材料が本来の目的に用いられないで、入庫すると同時に担保物に固着せしめられ付合が生じる場合、あるいは、入庫後しばらく経てから固着せしめられ付合が生じる場合が考えられよう。付合が招来された場合には、その時点から付合の法理によつて処理されることになる。担保物のすべてについて付合が生じるとは限らず、ある担保物については付合が生じることなく、ある担保物については付合が生じるといふ状態も生じる可能性がある。この点は、第三者の所有物についてもいふことである。そのような状態が生じた場合を例としてとりあげてみれば、次のような権利状態が生じる可能性がある。すなわち、讓渡担保権者の単独所有権（讓渡担保権）―付合が生じなかつた担保物および付合が生じたけれども担保物が主物である合成物について―、第三者の単独所有権―付合が生じなかつた第三者の所有物および付合が生じたけれども第三者の所有物が主物である合成物について―、讓渡担保権者と第三者との共同所有権―付合した物の主従の区別をつけえない合成物―についてである。

(一) 第三者の所有物が担保物とともに加工される（民二四六条）こともありうる。加工によつてつくられた物（製品、加工生産物）の所有権はだれに帰属するのか。加工によつて生じた価格が材料の価格を著しく超える場合が実際には多く生じるであろう。そのような場合には加工生産物は加工者である設定者の所有に帰することになる（同条一項但書）。そこで、右法条は任意規定と解されることから、材料供給者に相当する第三者、讓渡担保権者がそれぞれ、設定者との間で、加工生産物の所有権が自己に帰する旨とりきめることが考えられる。かような場合には、第三者と讓渡担保権者との共有関係が生じる（民二四四条。二四三条も適用すべきであろう）と解すべきである。設定者の所有物（非担保物）も材料として加工に加えられる場合があり（民二四六条二項参照）、かような場合についても特約で設定者の所有権取得を排除することが考えられる。以上のような特約が競合することもありうるわけであり、複数の材料供給者（第三者、讓渡担保権者）の共有関係が生じると解すべきである。四宮・前掲解説・立教法学10・二三六頁。所有権留保の場合についてはあるけれども、米倉・前掲論文・法協八二卷二号一二五頁も、同種の問題について言及しており、不完全な叙述ながら同旨の方向を示している。この拙稿（法協八二卷二号一二五頁）では、民二四三条を排除したけれども、改説したいと思う。

加工生産物について共有関係が生じると解するにしても、持分の大きさをどのようにして決定すべきか。加工当時における材料の価格に応じて持分の大きさが決定される（民二四四条参照）と解するべきであろう。それにしても加工生産物について、だれの材料がどれだけの量（価額）をもって加工に加ったかを知ることが容易ではあるまい。もっぱら技術上の問題でしかないといえはいい。もっとも、このような問題は、混和、付合の場合にも存在するように思われる。担保物管理を嚴重にして、担保物以外の物が混入して付合、混和を生じることがないようにする、加工するには他の場所である、というような方策を講じる必要がある。担保場所に番人でも派遣して管理に当らせることが考えられる。

(20) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 W5 参照。

(4) 本段二の末尾を借りて次のことを述べておきたい。問題は担保物の管理、立証に関する。なるほど、担保物の範囲が確定し、譲渡担保権が成立し、設定者の所有物について効力を生じたからには、その後の事情によっては、もはや、その効力は左右されない、と解することは妥当であろう。しかし、右にいうその後の事情が生じたため担保物の範囲の不確定状態がもたらされた場合に、譲渡担保権者が権利を主張しようとするにさいして、ある物についてそれが当初から譲渡担保権に服してきた物であることをどのようにして立証しうるのか。また、設定契約締結後に設定者の所有物（担保物）と第三者の所有物とが混和、付合した場合にも、混和物、合成物についての権利関係を明らかにすることが容易にはできかねるのではないか、という問題があることも先述した⁽¹⁾。右の第三者が複数登場することにもなれば、問題は一そう複雑化するであろう。設定者に対して、一旦確定した担保物の範囲を不明確にしない義務を負わせること、たとえば、担保物の間に非担保物が紛れ込まないように配慮する義務を負わせること、も立証軽減の一個の方法ではある。⁽²⁾ 設定者に担保設定の対象となっている物についての現状（数量・価額等）を調査して把握しておく義務とりわけて権利関係（どれが担保物か、混和、付合した場合の権利関係）を明確に把握しておく義務を負わせることも、これまた、立証軽減の一個の方法となる。設定者による現状把握、権利関係明確化が実行されてい

るならば(要するに担保物の管理が適切にされているならば)——それが比較的短かい時間間隔をおいてかつ詳細に
 されていなければならないほど、一旦確定した担保物の範囲がその後の事情によって不確定になった場合にも(設定者が非
 担保物の紛れ込みを防止する義務を負い、それを忠実に守っていれば、範囲が不確定となることも生じがたいであろ
 うが)讓渡担保権者は、讓渡担保権を行使しうる範囲を立証することが容易になるであろう。設定者をそのような任
 に当らせてもその誠実さに疑問があり義務履行について信用しがたい場合もあれば、あるいは設定者自身は誠実に履
 行する意思を有していても、実際上は右の義務履行のための事務に専念しえず、完全な履行を期しがたいという場合
 もありうる。このような場合に、担保物の管理を十分に行なうて、讓渡担保権行使のさいの権利立証の軽減をはかる
 (のみならず、担保価値の保存——出入の管理等——をもはかる)にはどのような方策を講じるべきか。

讓渡担保権者自身が担保場所に向向して(むろん補助者を使用することは妨げない)担保物の管理を行なうことが
 考えられる。あるいはまた、担保物の管理を行なうべき中立的な第三者(とりわけ、設定者の圧力に服しない第三者
)を讓渡担保権者が選任し——讓渡担保権者と設定者との両者が選任する(実際には讓渡担保権者が選任しそれに設定
 者が同意することになろう)ことも考えられる——この者(これまた補助者を用いて実際の管理に当らせることは可能
 である)に担保物の管理を委ねる(この者が自己の名において保管する)という方法も考えられる。いずれの場合に
 せよ、どのような管理がなされるべきか、といえ、それは次のような態様の管理である。担保物がそのような管理
 を受けることについて、設定者の同意(讓渡担保設定契約においてであれ、締結後においてであれ)を要するであろ
 うことは議論の出発点である。

さて、担保物の管理態様如何。担保物を一定の場所(担保物の所在場所。あらためて所在場所を変えない)にとど
 めて、管理者に預け、管理者の支配に委ねる。つまり、担保物の所在場所を変更することなく、担保物を設定者の支

配から引き離して（設定者の支配を排除して）、管理者の支配下に置くこととするのである。譲渡担保権者（補助者を用いる場合もふくむ）が担保物の管理に携わる場合には設定者から譲渡担保権者へ現実引渡がなされ（在来の所在場所たとえば倉庫は設定者から譲渡担保権者へノミナルな賃料のもとに賃貸、あるいは使用貸される）、中立的第三者が担保物の管理に携わる場合には設定者からこの第三者へ物件を担保物として保管するよう寄託し、同時に譲渡担保権者も担保物を保管のためにこの第三者へ寄託するものと解することができよう（担保物の所在場所が設定者から第三者へノミナルな賃料のもとに賃貸あるいは使用貸される）。管理の内容としては、何はさておき担保物の出入の管理が挙げられる。管理者（譲渡担保権者あるいは第三者―補助者が用いられる場合にはその者が直接に管理の任に当る）は担保物の性状を把握するほか、どれだけ担保物（数量、価額）が出入し、現在、担保場所にとりだけの担保物が収容されているかを把握する。とりわけて、管理者は、非担保物が紛れ込まないように配慮する。管理について重要なことは、設定者は担保場所への自由な立入りを禁止されるものとするものである。設定者が売却するために必要な（加工のために必要なこともあろう。加工を担保場所内では行なわせないことにする）担保物を担保場所から搬出するには、管理者の許可を要し、その監視の下でのみ行なうことができる。しかも、担保物を搬出することが許可されるのは、搬出によっても担保場所に収容されている担保物の価額が一定額（たとえば、その時点における被担保債権額を二〇パーセント超過する額）以下にならない場合に限る。管理者はたんに出入を監視しているのみでなく、同時に担保価値の保全にも配慮していなければならない。一定価額以下になれば、管理者からその旨を譲渡担保権者へ通知し、譲渡担保権者は設定者へ一定価額に達するまで担保物補充を請求することになる。あるいは設定契約において、設定者が担保物の価値を一定価額まで保全する義務を負う（搬出の都度、搬出分相当の担保物を搬入するまではしなくてもよいにしても）旨とりきめておき、管理者から直接設定者に担保物の価値が一定価額未満である

旨通知をなし、その通知受領後、設定者は担保物を補充することになる、というような態様も考えられる。搬出による担保価値減少について述べたけれども、同様のことは、搬出ではなく価格下落による担保価値減少の場合にもあてはまるであろう。⁽⁴⁾ かような管理方法（上述した方法はあくまでも一例でしかなく、種々のヴァリエーションがありうる）を採用すれば、担保物の現状が把握されるほか、担保場所内には担保物のみが収容され、かつ、常に一定価額の担保物を維持することができる（設定契約締結当初から、第三者の権利に服する物が既に収容されている場合には、担保物のみが収容されているとはむろんいえない）。もっとも担保物のみが収容される、ということは楽観的でありすぎる。設定当初から担保物のみが収容され、その後も設定者が誠実であつて非担保物を提供しないことがその前提をなしている。設定者が不誠実であればむろんのこと誠実でも、そしてまた管理者がどれほど注意していても、非担保物が紛れ込む可能性を完全に排除することはできないであろう。非担保物が全くの偶然により紛れ込むこともありうるからである。

上述の管理方法は、設定者自からに担保物の管理を委ねておくよりは讓渡担保権者にとって安全度の高い方法であると一応いふことができるに止まる。上述の方法は、種類を問わずとにかく非担保物を紛れ込ませるようなことをしないという設定者の誠実さを前提とし（策をめぐらして非担保物を紛れ込ませようとする設定者が登場すれば危険である）、また、偶然により非担保物の紛れ込みが起ることはきわめて稀であると前提すれば、最もその効用を発揮することになるろう。そもそも担保設定当初の目的物じたいが賃加工契約により設定者へ供与されている物であつたりする場合は別問題である。

この方法には次のような難点もある。すなわち、管理を適正に行なうについて費用がかさみはしないか、という点である。この方法によってえられる利点と経費負担の増大（それは設定者の負担となる旨とつきめられることが多い

であろう。そのことは設定者の營業遂行にも影響を与え、ひいては譲渡担保権者の債権回収に影響がおよぶことにもなる。という難点との比較衡量を慎重に行なう必要がある。次に、管理者の選任を誤って、設定者のコントロールに事実上服するような者を選任するに至っては（管理者そのものに問題がない場合でも、その補助者として直接に管理を司る者について問題が生じる可能性がある）、上述の方法を採用する意義が没却されることになる。この点は重大な問題であり、管理者の選任には慎重を期さねばならない。⁵³⁾

右に述べた方法からさらに一步を進めて、次のような方法を採用することは考えられないであろうか。全くの話題提供に止まることを承知の上、述べてみよう。以下に述べる方法は筆者にとってきわめて解決（説明）困難な問題（譲渡担保と信託との関係）に連なっている。当面の筆者にとってはそのような問題に携っている時間的余裕がそもそも与えられていない（本稿は既に過大の時間を費消した。筆者としてはともかく早く最終章へ至りたい）ので、以下においてはそのような問題に触れることなく、ごく表面的に担保方法を説明するに終始せざるをえない。

さて、その方法とはこうである。すなわち、担保物を債権者ではなくてそれとは別個の中立的な第三者（以下、受託者という）に譲渡担保として提供するのである。そのためには、債権者の要請によって設定者が受託者へ、債権者のために譲渡担保権を設定する（債権者を受託者とする譲渡担保権の信託）。先に述べた方法の下では、中立的な第三者は担保物の管理者たるにすぎないのに反し、今や、この者は譲渡担保権者そのものとなるのである。債権者と譲渡担保権者を同一人でなくさせるかのような契約も有効と解されていることはことさら指摘するまでもない。⁵⁴⁾担保物の管理方法―所在場所を変えず設定者の支配下においておくか、所在場所は変えないが受託者の支配下におくか―は受託者と設定者との間の合意によって定まる。譲渡担保権の実行期が到来した場合には、受託者は、債権者の承諾の下に（担保物によって満足を受けるか、一般財産に執行するかは債権者の決することと解するべきである）譲渡担保

権を實行し、債権者に債権の弁済を得させる義務を債権者に対して負うものと解するべきであらう。

右のような方法も可能だとは思われるけれども、同じく第三者を用いて管理を行なうにしても、たんなる管理者に止まる第三者を選任する方法と比べて、どのような利点があるのか。とりたてて挙げることでできる利点が伴うとは思われないのである。右のような方法は、採用しようとするれば採用しうる方法であるということができよう。強いて利点といえ、次のような点を挙げることでよいか。

すなわち、受託者を選任する方法の下では、担保物の管理方法は受託者の管掌するところであり、債権者としては思い煩う必要はない。債権者としては受託者を選任するかどうか、どのような者を受託者として選任するかということに配慮すれば足る。どのような管理方法を採るかについて煩う必要はない。債権者にとっての要点は、どのような方法であれ、讓渡担保権の確保、実現がなされるならば、受益の趣旨が貫かれるならば、足る。先述したとき、たんなる管理者に止まる中立的第三者を選任する方法の下では、そのような方法を採用すべきかどうかを検討すること、および、適切な第三者を見出すこと、の煩わしさがあるのとはより、担保物管理方法として、担保物の所在場所を変えないけれども設定者の支配下から引き離すべきか、通常の讓渡担保のように設定者の支配に委ねておくべきか、を債権者は検討しなければならない。引き離すべきだ(かつ、自から管理するよりも第三者にさせる方が得策だ)という判断がされたからこそ、管理者たる中立的第三者が選任されることになるともいえるのである。設定者の支配に委ねておこうというのであれば、通常の讓渡担保の場合と変わったところはないに等しく、手数をかけて管理者としての第三者を選任する必要性に乏しいといわねばなるまい。以上のようにみた限りでは、たんなる管理者たる中立的第三者を選任する方法は受託者を選任する方法よりも、債権者にとって煩わしさの度合が大きいと思われる。しかし、上述の点も、強いて探せば、という限定付で語らねばならない。というのは、管理者としての中立的第三者を選

任する方法の下でも、譲渡担保権者は担保物の支配を設定者に委ねるかどうかについて判断をする必要はなく、中立的第三者の判断に委ねることも考えられるからである。この場合でも、譲渡担保権者にとっての要点は、どのような仕方によるのであれ、担保物の管理が十分になされることにあり、十分になされなければ中立的第三者の責任問題が生じるに止まる。

あるいは、譲渡担保権の実行という点について次のようにもいえよう。受託者を選任する方法の下では、債権者は実行することについて承認を与えるかどうか（承認を与えず譲渡担保権を実行しないで他の財産に擱取するかどうか）を決定すれば足り、その承認の結果、受託者が、受託者のみが、実行しうる（実行する）ことになる。管理者でしかない中立的第三者を選任する方法の下では、譲渡担保権者は実行するしないにつき決定するほか、実行することにしたとしても、自からなすべきか、それとも、実行までも右の中立的第三者に代って行なわせるべきか、いずれを選択するかについて判断しなければならない。このように考えれば、実行という点に関しては、受託者を選任する仕方が譲渡担保権者にとって煩わしさがすくないことになる。しかし、右の点は、中立的な第三者を採用する方法のマイナスといえるかどうか疑わしい。むしろ、譲渡担保権者にとっては、選択の可能性が増加して望ましいことではないかとも思われる。受託者を選任する方法の方が実行に関して利点を有すると果たしていいきれるかどうか、問題があるように思われる。

さらに、強いて利点を探し出すならば、次の点も指摘することができる。すなわち、担保物と非担保物とが混在した場合、あるいは、混和・付合した場合のことを想定しよう。これらの場合に、たんなる管理者としての中立的な第三者を選任する方法の下では、あるいはまた、譲渡担保権者自から（補助者を用いることは妨げない）担保物の管理に携わる方法の下でも、譲渡担保権者は、混在している非担保物について、混和・付合によって生じた合成物につい

て、権利を主張する者(複数の者であることも考えられる)と交渉を持つことになる。このことじたい、煩わしいことであろう。受託者を選任する方法の下では、そのような交渉はすべて受託者との間でのみ行なわれ、その結果如何(即時取得が成立するかしないか、合成物についての権利関係如何)は債権者の関知しないところである。債権者が煩わしさを回避しようという点では一個の利点ではあろう。しかし、受託者を選任する方法を採用しなくても、担保物の管理、権利関係の明確化をはかることによって、権利主張をする者との交渉の必要性が生じることを減らしうるし、かりに生じても、権利関係が容易に立証されるので、争いを生じることもないことになる。従って、先述の点
が利点であるといっても、さほど大きな利点ともいうことはできない。

受託者選任の方法については、強いて探し出せば、上述の点を利点として挙げることができる程度に止まり、結局既述のごとく、この方法は採用しようと思えば採用しようする方法ということになる⁽¹⁰⁾。なお、追加的にいえば、両方法の得失判断に当っては、それぞれの方法のもたらす経費の増大の程度をも考慮にいれなければならないことはいうまでもない。

(1) この問題を、たんに立証の問題でしかないと軽く片づけることは机上では可能であるけれども、実際にはきわめて解決のし
がたい問題だといえるのではないか。正確に持分を決定することは実際に可能なのであろうか。そのようなことを可能にする技術が
開発されているのであろうか。筆者にとっては確答がたい。

(2) 担保物が非担保物との混在をきたすまでいかにしないにしても、設定契約上とりきめられた所在場所からはしいまに所在場所
を変更されるだけでも、讓渡担保権者にとっては立証の問題が生じる。ドイツの場合、實際取引においては、担保物が設定者によ
ってほしいまに所在場所を変えられることがないように、そのようなことをしないよう設定者を義務づけることが行なわれてい
る。たとえば、Deutscher Sparkassenverlag, Formular VII/62 Nr. 9308 (以下 Serck, a. a. O., Bd. II, §21 III 2e Ann. 63)によ
る。ゼーリックによれば、未公刊の由。筆者はこれまでのところ直接参照してないが、Nr. 3dは「わく」。「受信者は…讓渡された

物件を、第二号の規定に基づく場合を除き、本金庫 (Sparkasse) の予めの同意なくして、その時における担保場所からもち出す (entfernen) ことをしない義務を負う。なお、右と異なる仕方の物件保管がなされることによって本金庫の権利は害されるものではない。「担保物の所在場所が設定者によってほしいままに変更されたとしても、それだけで直ちに、一旦成立し効力を生じた譲渡担保権の効力が喪失せしめられるとは解されない。譲渡担保権者は担保物なることを立証することによって譲渡担保権を行使しう。しかしながら、実際には、その立証をなすことじたい煩わしいのであるから、立証の必要が生じないように事前に防止策を考案しようということになるわけである。

(3) 担保物の管理のために、譲渡担保権者はどのような方策を採用しているのか。これに回答するためには本来、周知な実態調査をする必要があるけれども、当面それを行なうことを省き、筆者の手にある文献によってみることにする。日本、ドイツ、アメリカ、いずれも、類似の方策を採用していることがうかがわれる。

わが国の実務において、担保物管理の方策として、担保物出庫のさいには譲渡担保権者の立会の上処理することとしそのさい物件台帳に記入することにするとか、物件の移動状況を毎月末現在において譲渡担保権者のために設定者の作成する棚卸明細書によって明らかにし翌月五日までにその棚卸明細書を譲渡担保権者に提出しなければならぬことにするとか、さらに、譲渡担保権者は物件をいつでも検査しうる旨とりきめられる。プラウカー・道田・前掲書Ⅱ掲載の契約例 (四六七頁第五條、四七二頁第二二條、四七五―四七六頁第四條)、谷川・前掲書二二八頁掲載の契約例第六條。なお、立法論として、四宮・前掲解説・立教法字 10・二二六頁以下参照。

ドイツでは、設定者に一定の時間間隔において在庫品リストを譲渡担保権者に送付する義務を負わせたり、担保物を担保帳簿に記載する義務を負わせることが広く行なわれている。Scholz, a. a. O., Rn. 274 および、同書四二八頁掲載の契約例第七條参照。担保物保管状況を把握するための検査権が譲渡担保権者に与えられている。Haegeler, a. a. O., S. 147 掲載の契約例第六條参照。アメリカの場合でも、担保物管理の必要上、同様のことが行なわれているのではあるまいか。筆者の知りえた限りでは——野外倉庫制度 (Field Warehousing) に関するにすぎないが (この制度については註 5 (参照) —— 次のような扱いがなされている。担保物の管理に実際に従事している custodian は、担保物管理について記録をつけ、倉庫会社はそれを担保権者に提供する。その記録には、quantity-control records, valuation-control records がふくまれ、そのコピーが提供されるわけである。担保権者はこれらの記録から、担保物が債権担保にとって十分かどうかを知りうることになる。また、担保物保管状況についての検査 (inspection) も行なわ

れる。すなわち、担保物の管理の任に当る倉庫会社は（担保権者もまた時々みうけられる）、担保物について抜打ちのインスペクティオンをしなければ行なう。かようなことがなされるのは、担保物の管理に実際に従事している *custodian*（彼は倉庫会社の被用者でその指示を受けている）が設定者の圧力を受けて、出庫すべきでない場合にも出庫するなど担保物の管理の実際面において、倉庫会社、担保権者にとって望ましくないことが発生する可能性があり、そのようなことのないように警戒するためである。概していえば倉庫会社は倉庫をすくなくとも三ヶ月に一回インスペクトする。Comment, *Financing inventory through field warehousing*, 69 *Yale L. J.* 663 [678-679] (1960). 他の担保方法の下でも、ビジネスの必要上、同様の取扱いがなされているであろう、と筆者は推測する。

(4) 設定者の補充義務、担保価値保持義務については、四宮・前掲解説・立教法学10・二一三頁以下参照。

(5) 設定者が讓渡担保権者に自己の倉庫を提供しその占有に委ね担保物の管理をはかる方法は、わが国でも行なわれている。ブラウカー・道田・前掲書Ⅱ四七六頁掲載の契約例第五条、河本一浜上・讓渡担保実態調査・京阪神地区・私法二一号二二二頁参照。わが国の実務上、設定者、讓渡担保権者以外の第三者（後述するアメリカのごとき仕方では倉庫業者が、その他の者も可）によって、担保物が管理される（その所在場所を変えないで）ことが行なわれているかどうか知りえなかった。倉庫業者によるにせよそうでないにせよ、そのような者による管理が行なわれているにしても、おそらくは、盛行しているままではいえないであろう、と筆者は推測する。もっとも、これは筆者の狭い知見を基礎にしているに止まるから、訂正の可能性が大きいこというまでもない。

担保物の管理、監視方法として参考となるのは、アメリカの野外倉庫（*Field Warehousing*）という制度である。この制度は第二次大戦前にすでに盛行して今日におよんでいる。担保物の管理、監視という点においてこの制度が債権者の意図に合致することがその大きな理由である。その他歴史的な事情もあるが、動産担保法の歴史全般にふれることになるので省略する。詳細は後掲文献に一任する。以下においては、資料作成という眼からみれば十分でない点が多々あるけれども、一応のイメージを描きうることを目的として、ひとまずまとめておいた。

債権者（そのほとんどは銀行）から債務者（その典型的なものは比較的小規模な企業）に金融がなされ、担保物として債務者の流動資産が用いられる場合に、その担保化の方法として次のような方法が採用される。すなわち、債務者は独立の倉庫会社に対し、流動資産の所在場所を賃貸し、流動資産を倉庫会社に寄託する。倉庫会社は倉庫証券（流通性のないもの *nonnegotiable* が典型的）を発行し、債務者はこの証券を債権者に質入する。かようにして、流動資産が担保化されるわけである。担保物の所在場所を変更しな

いで倉庫が出向してくることになる。

倉庫会社は、custodian (倉庫番、保管人) を現場におき、物件の管理に従事させる。債務者は物件に対する支配を失ない、物件に対する支配は倉庫会社に移る。倉庫会社は物件所在場所が倉庫会社によって支配されていることを公示する(仕切り壁を設けたり、すべての入口を閉鎖したり、占有を公示するし、しを掲示したりして)。債務者が支配を失なう(倉庫会社が支配する)ということの具体的な内容は、右に述べたごとく物件を所在場所に閉じこめておくことのほか、債務者が物件に接近することは自由にはできなく、倉庫会社の承諾を必要とすることである。物件の出庫については、これもむろん自由にはできない。債務者が完済して証券を入手し、それを倉庫会社に呈示して出庫を受けることができることはいうまでもないけれども、担保継続中にも、債権者の定めたる一定の要件の下に出庫がなされることもある。債務者が野外倉庫制度を採用する気になるか否かは、債務者が物件を必要とする場合に債権者が出庫をオーソライズする(書面によるオーソライズがあれば証券の呈示がなくても倉庫会社は出庫する)ことについて、債権者との間に満足のいく了解に達するかどうかに依存する。債権者が出庫をオーソライズする型にもいろいろある。たとえば、次のことき型もある。一定価額を債権者が指定して、それだけの物件は出庫できないことにし、その価額を超過する物件がある場合には超過分相当の物件の出庫を承認するという型がある(maintained valuation formula)。物件の回転がはやい場合には、スベシフイクなオーソリゼーションは厄介なので、ミニマムの量(価額)を超える物件は引渡してよい旨倉庫会社に指示しておくわけである。出庫は、加工のため、あるいは、売却のためになされるといってよい。売却された場合、その処分収入を債権者に交付するか、売却代金債権に担保権が追及してゆくのか、というようなことについては、このいずれかが行なわれているようであるが、いずれが原則型かということは筆者にはわかりかねるところである。

物件の実際の管理には、倉庫会社によって任命される custodian が当る。彼は倉庫会社の指示の下に任務に従事する。給与も倉庫会社によって供される。倉庫会社は、通常、債務者の stock clerk を雇用して(この者は債務者から一旦解雇される。野外倉庫が解消すれば再び雇用される)任に当てる。そのようにすれば、物件の従前の保管方法を維持できるであろうし、物件の従前の保管方法に慣れている者が保管の任に当るならば、物件の保管もそれだけ確実にされようであらう。反面、担保価値保存の上で危険があり、その危険に対処するために抜打ちのインスペクションがなされるなどの方策が採用されていることは先述したとおりである(前註(3)参照)。

野外倉庫制度については、倉庫会社が債務者に従属している場合でもその保管により担保権は有効に成立するのかどうか、倉庫会

社の物件支配とはどのようなことをさすのか、*custodian* は債権者の元被用者であつてもよいのか、などの問題があるほか、近時は以上の問題よりも次の問題が注目的となつてゐる。この制度が定着化するにつれて当初とは異なる問題が登場してくることになつた。その一は、同一の物件についての複数担保権者の優劣の争いを如何に解決するかという問題であり、その二は、倉庫証券によつて表章される物件が倉庫に見当らない場合に、その損失はだれがどのような割合で負担するべきか、という問題である。

UCC の下でも、野外倉庫制度は行なわれており、行なわれることに妨げはない。担保物の管理、設定者の行動監視という点で、この制度は債権者の需要に應えるのである。野外倉庫を用いて担保化されようとする物件について、担保権は成立しうる。すなわち、UCC § 9-204(1) によれば担保権は、設定の合意がなされ、対価が与えられ、かつ、債務者が物件につき権利を有するに至つた時点において成立する。かような要件は、野外倉庫を用いて物件の担保化をはかろうという債権者—債務者間のとりきめによつて充足されるのが通常である。また、対抗力はどうかといへば、UCC § 9-304(3) の定める三つの方法のうちの一つの方法によつて対抗力が具備される。すなわち、担保権者名義で権原証券を発行するか、担保権の通知を受寄者が受けるか、あるいは物件に関して登録をするかである。野外倉庫制度の標準的な実務では、はじめの二つの方法によつて、対抗力が具備されることになる。といふのは、物件を預かると *custodian* は証券を発行し、その証券上、物件が債権者のために受けとられること、物件は債権者へ引渡されるべきことが、述べられているからであり、他方において、倉庫会社は、当初から、債権者の権利について通知を受けているからである。

野外倉庫制度の発生は一九〇〇年よりわずか前とされており、当初は、カンヅメ製造業者の在庫品(カンヅメ)担保化のために用いられたけれども、その後(一九〇七年に公布された *Uniform Warehouse Receipts Act* も普及に与かつたといわれる)客体は拡大し、広く *commodity* の担保化に用いられるようになり、今日に及んでゐる。

野外倉庫制度については文献が多くあるけれども、ここでは、以下の文献を挙げておけば十分であらう。Gilmore, *op. cit.*, Vol. I, p. 146ff.; Comment, *op. cit.*, 63Yale, L. J. 683; Friedman, *Field Warehousing*, 42 Colum. L. Rev. 991 (1942). 簡単な説明を与えるものとして、Farnsworth and Honold, *Commercial Law, Cases and Materials*, 1965, p. 778ff. フニウカー・道田・前掲書 II 四九八頁以下。

ドイツの場合、アメリカの野外倉庫制度に相当する担保方法は存しないようである。野外倉庫制度にヒントをえて発達した担保方法として、後註(10)で述べる *Bassinvertrag* があつた。Haupt, *Sicherungsrechte mehrerer Gläubiger an einem Warenlager*, DB53, 1008

[1009]. 讓渡担保権者が担保物の所在場所を変えることなくその管理に当ることがなされているかどうか、筆者にとつて定かでない(第二章二註(7)参照)。

(6) 讓渡担保権の信託がどのようにして成立するかについては、四宮・前掲解説・立教法学2・一八二—一八三頁に詳細な解説がある。本文では、實際上、行なわれ易いであろう形態についてのみ述べた。

(7) 我妻・判例充渡抵当法・民法研究Ⅳ・七五頁、四宮・前掲書・総合判例研究叢書民法の八五頁、四宮・前掲解説・立教法学2・一八〇—一八一頁、鈴木祿弥・前掲論文・経営法学全集6・一七三—一七四頁。Sack, a. a. O., Bd. II, §1813, Scholz, a. a. O., Rn. 132, 133.

(8) 四宮・前掲解説・立教法学2・一八九—一九〇頁。

(9) この方法がどのような法律問題を伴なうかという点は、四宮・前掲解説・立教法学2・一八二頁以下に詳しい。たとえば、受託者の費用、受託者が過失なくして受けた損害の補償をどのようにして確保させるか、受託者が讓渡担保権者としての義務に反した場合に、その違法な行為の効果は債権者にもおよびるか、どうか、というような問題がある。これらの問題を伴なうことが、この法の普及をどの程度抑止することになるかという点については軽々に結論しえない。

(10) 受託者を選任する方法に関して次のことを述べておこう。それは、ドイツの *Basinvertrag* と呼ばれる担保方法のことである。この担保方法について詳細な文献も見当らず、そのため資料不足をきたし以下の説明も不十分なものにならないけれども、今後の探索の足がかりを供するために一応言及しておく。この担保方法においては、設定者の下において一定の場所に収容された物件が複数の関係債権者(すぐ後に述べる)のために、第三者(受託者)のコントロールを受けつつ、担保物としての役割を果たさしめられるのである。その一定の場所、実質上の共同担保の所在場所を *Basisort* と呼ぶ。この契約は次のときのものである。関係債権者、すなわち、物件売主(通常、所有権留保で供給する)および金銭債権者が共同して、債務者の了解の下に、中立的な受託者を任命する。受託者としては信託会社が任命されるのが普通の方法である。これらの関係債権者は自から担保権(留保所有権、讓渡担保権)を取得することなく、受託者が担保権を取得する。ここにおいて、債権者と担保権者とが分裂することになる。物件は受託者一人に属することになる。讓渡担保権者⇨受託者は、担保価値の維持に努め(在庫品の価値に配慮し、被担保債権の額をカバーしているかどうかを監視する)、必要とあれば、専門家の助力をえて、物件の性質を検査したりする。受託者自らが(補助者を用いることもあろう)担保物の管理の實際に当るとは限らないようである。受託者は設定者に物件の売却を許すけれども、その売却代金債権は

Bassinvertrag の採用されている領域は広いものではなく、採用されている領域として挙げうるのは、魚、果実、野菜のカンヅメ製造業である。担保物はおそらくカンヅメであろう。受託者を採用することによる費用は大きなものではなく、受信総額の〇・五パーセントの範囲内に止まるといわれている。

上述した担保方法は、受託者が担保物管理に従事する場合には、前註(5)で述べたアメリカの野外倉庫制度に似ているということができる。その場合でもむろん相違点があることは、前註(5)との対比上明らかであるからここではくり返さない。適用領域として、いずれの国においても、カンヅメ製造業が登場するのも興味深い。カンヅメ製造業にはどのような特殊事情があつて(Scholz, a. a. O., Rn. 133)。そのために野外倉庫制度、Bassinvertrag の適用領域となるのか。このような問題が残っている。

ドイツのように所有権留保売買が盛んに行なわれ、その結果、担保権の衝突(同一担保物、同一売却代金債権の帰属をめぐる争い)が生じている国においては、Bassinvertrag なる方法を採用して担保権者の一本化をはかることは合目的な方策である。これによつて担保権の衝突は回避されるからである。担保化されたカンヅメがさらに加工されるということはあるまいけれども、かりにそのようなことがあるとする。各担保権者が加工生産物について担保権を主張するということも生じうる。各担保権者が予め設定者との間で契約し、担保権が加工生産物にもおよびることにしておくのである。これまた、担保権の衝突の一態様である。担保権者が一本化されていれば、これも回避されうることになる。さらには、複数関係者の供与した物の間で混和、付合が生じて、合成物の権利関係をめぐつて争いが生じることもないことになる。担保権者の一本化をはからないで、一債権者のために、あるいは、全債権者のために、管理の任を果たすに止まる、第三者を任ずるのみでは担保権の衝突は回避されないであろう。わが国では、所有権留保売買が流動動産についてはされておらないといつて大過ないので、譲渡担保権者と担保権の衝突を惹起するような担保権者(そして譲渡担保権者と共同して問題解決に当る必要を有している担保権者)も存しないから、譲渡担保権者としては、受託者までも任命しなくても、管理者としての第三者を任命すれば足りることにならう。

Bassinvertrag については Haupt, a. a. O., DBS3, 1008; Przykowski, Kreditsicherung durch „Bassinvertrag“, BB53, 549; Seick, a. a. O., Bd. II, §19 I 1, §21 W3, Scholz, a. a. O., Rn. 133.

三 最後に第三点をとりあげる。ここでの問題は、担保設定の対象である物のうちに第三者の所有物がふくまれている場合に、設定契約において担保物の範囲を確定する方法如何、である。たとえば、一定の倉庫内の全商品を担保

に供与しよう(させよう)とする場合に、その全商品のうちに第三者の所有物がふくまれているならば、設定契約上どのような指定をなすべきか。この問題は第二点の問題とは異なる。第二点、第三点いずれにおいても第三者の所有物が問題となるけれども、第二点では担保物の範囲がひとたび設定契約上確定されたことが前提とされ、その後の事情によって確定性が害されるかどうかの問題となつたのに対し、第三点ではその前提を充足する方法が問題とされるのである。

「第三者の所有物」としては—既に述べたけれども念のためくり返しておく—材料供給者が賃加工契約にもとづき設定者に供給した材料とか、既に他の讓渡担保権者に対して讓渡担保に供与されている商品を想定すれば十分である。場合によっては、設定者と第三者との間でなされた所有権移転が終局的には結実するに至らず、結局、第三者が所有権を留めたということもありうる(所有権移転の原因行為が無効であったり取消されたり解除されたりした場合)。¹⁾あるいは、材料(商品)供給者が設定者に対し所有権留保売買により材料(商品)を供給する場合があるかも知れない。「第三者の所有物」が生じる場合としては、以上のごとき場合が考えられる。このうち、後の二個の場合は例外的な場合と考へてよいと思われれる。というのは、設定者と第三者との間の所有権移転が終局的に結実しない場合はむしろ変則的な場合であつてあまり生じない場合であり、材料・商品についての所有権留保売買も、わが国では、ほとんどあるいは全く行なわれていないことができるからである。そこで、「第三者の所有物」が生じる場合として、はじめの二個の場合を想定して検討すること²⁾で十分であらう。以下においては、「第三者の所有物」としては、はじめの二個の場合を念頭におくこととする。

(一) 材料・商品(流流動産)が所有権留保売買によって供給されることは、わが国では行なわれていないといつて誤りではないから、この場合を除外して考へることに異論はあるまい。流流動産所有権留保が普及している事態の下では異なる態度を採らねばな

らないけれども、すくなくともさし当つてのわが国では、事態が全く異なるので、所有権留保下にある物を考慮外におくことも許される。所有権移転の原因行為が不完全なために所有権が第三者に留まるといふ場合は、生じはするけれども、これをもって、第三者の所有物が担保に供与される典型であるとはいへまい。典型かそうでないか、いずれにしても、本文の以下の個所で検討されることは右の場合にもあてはまるのであるから、議論する益はない。変則的な原因にもついで生じた第三者の所有物よりは、ノーマルな原因にもついで生じた第三者の所有物を念頭におく方が順当ではないかと考えた結果、前者のごとき所有物を除外して考えることにしたにすぎない。

さて、第一に、担保物の範囲を確定する方法について一般的に検討し、第二に、担保物が法的身分を異にする場合における確定方法如何について検討することにしよう。

(1) 担保設定の対象をなす物のうちに第三者の所有物がふくまれている場合において担保物の範囲を確定するにはどうすればよいか。

(1) 一定の倉庫内の商品全部を担保に供与させようとする場合、その商品のうちに第三者の所有物がふくまれており、混和をきたしてはいないにせよ、設定者の所有物と区別することが困難であるとす。この場合に担保物の範囲をどのようにして確定するか。これが問題である。このような区別しがたい場合に比べて、次のような場合には確定ということとは困難をもたらしさない。すなわち、担保物が第三者の所有物から直ちに明確に区別されうる——担保物を場所的に別置するまでもなく——場合においては問題はない。たとえば、一定の倉庫内に設定者所有の鉄板が収容されており、他方、その周辺には数種の金属くすが配置されているとする。数種の金属くすは、第三者（注文者）が設定者に合金製造のため供給したもので、その所有権は第三者に属するものとしよう。かような場合に、鉄板に譲渡担保権を設定するには、設定契約において、右倉庫内の鉄板全部を担保に供与する旨とりきめることにより、あえて鉄板を金属くすから分離・別置するまでもなく、担保物の範囲は確定される。担保物が第三者の所有物から——右に挙げた場

合ほどには直ちに区別できるとはいわれえないにしても——比較的容易に区別され別置されうる場合には、これまた問題がない。かような場合には、担保物を別置して一定の場所に集めた上、その場所にみいだされる物すべてが担保に供与される旨とりきめればよいからである。担保物と第三者の所有物とが混在している場合に、担保物をそれじたいでは区別されがたいにしても、担保物にマークをつけることによって担保物を確定しうる場合もあろう。そのような場合には、マークづけをすることが確定方法として十分な方法であり、担保物を別置する必要はない。⁽²⁾この場合、別置するとか、マークづけを実際に行なわれないならば、区別が困難であつて、以下述べる問題に包含されることになる。

さて、本筋に戻らう。担保物と第三者の所有物とが混在し——混和するまでには至つておらず、資料を用いて細かく調べれば両者を区別しうるとする——区別することが容易でない場合の担保物の範囲の確定方法如何。設定契約上どのような態様の指定をなせばよいのか。

「全部讓渡」方式を採用すれば、右の場合にも、担保物の範囲を確定しうるのではないかと思われる。この方式の下では、担保物の範囲は確定する。たとえば、「○○倉庫内の商品全部」という指定がなされるならば、担保物の範囲はきわめて明確である。というのは、この指定の趣旨は、○○倉庫内にみいだされる商品がすべて例外なく担保に供される、すべてを担保物とする、ということだからである。当事者が「全部讓渡」方式によって設定契約を締結した場合に、締結当初から第三者の所有物が混在していたとしても、そのことによって確定性が害されることはない。そして、確定すれば、すべての物につき讓渡担保権は成立する。というのは、設定契約（讓渡担保権を設定、成立させることを直接目的とする契約）は確定した物について讓渡担保権を成立させるといふ合意が成ることによって成立し、その効果として、確定した物に讓渡担保権を成立させるからである（もっとも、後述のごとく、合意の内容が不法な場合は別である）。設定契約成立にとつては確定した物について合意が成ることを要し、また、それで足り、そ

の物がなびとの所有に属するかということは問うところでない。設定契約が成立しその効果として譲渡担保権が成立しても、譲渡担保権の効力発生という問題は残る。譲渡担保権が効力を生じるのは設定者の所有物についてのみであり、第三者の所有物についてはそのようにはいえない。担保物の範囲不確定（このような場合には物権設定を直接目的とする設定契約を構成する合意が存しないといえよう）のため譲渡担保権がそもそも成立しえない場合には、設定者の所有物についても譲渡担保権の効力が生じないこというまでもない。担保物の範囲は確定していても、成立した設定契約に効果が伴わない場合（後述のごとく、合意の内容が不法と評価される場合）、すなわち、譲渡担保権不成立の場合には、設定者の所有物についても譲渡担保権の効力が生じないことになる。

「全部譲渡」方式を採用すれば、譲渡担保権者は、第三者の所有物が混在していても、そのことにつき懸念を抱く必要がない。彼は設定者の所有物について譲渡担保権を取得するからである。ところが、ここに一個の問題がある。その問題とはこうである。すなわち、設定契約の解釈によれば、それが第三者の所有物をも担保に供しよう（担保客体として扱い、第三者を排除して担保権に服せしめよう）という趣旨に解される場合（当事者双方が第三者の所有物の存在を知っていた場合にはかように解される可能性がある）には、その成立した設定契約は公序良俗に反する契約として効力を与えられない（民九〇条）、設定契約成立の効果としての譲渡担保権成立という効果は生じない、と解される。³⁾ たしかに、右のような契約にもつき譲渡担保権が成立すると解しても第三者の所有物については―当事者がどのように考えていようと―譲渡担保権は効力を生じえないから、第三者にとつて実害はないといえる。しかし、実害はないにしても、第三者の所有物の存在を知らながらその第三者の権利を排除してその物を担保権に服せしめようという態度は他人の財産権無視、財産秩序に対する侵害的態度として否定的評価を受けざるをえない。かような視点から、右のごとき契約は公序良俗違反の契約として、譲渡担保権をそもそも成立せしめえないと解

される。あるいは、「全部讓渡」方式を採用した設定契約の解釈上、「全部讓渡」方式は担保物の範圍確定の便法として採用されそのような(「全部讓渡」の趣旨の)表現が採られたにすぎず—というのには、第三者の所有物を除くことを明言するならば、担保物の範圍の不確定が明らかになるから—、実は、第三者の所有物について讓渡担保権を成立させること(第三者の権利を排除して担保権に服せしめること)を欲してはいない契約、設定者の所有物のみに限って「全部讓渡」する契約と解されるかも知れない。「全部讓渡」がなされた場合には、このように解する方が当事者の意思に適合することが多いであろう。そのような場合には、当の設定契約は設定者の所有物のみに関する契約(「一部讓渡」と解されるのであり、設定者の所有物は設定契約にもとづいては確定されないことになる。したがって、担保物の範圍不確定ゆえに讓渡担保権は成立しえない⁽⁴⁾)。さりとて、設定契約が第三者の所有物をもふくめて全部の物につき(第三者の権利を排除してでも担保にとろうとする)讓渡担保権を成立させる趣旨の契約と解されるならば、前述のごとく、当の設定契約は公序良俗違反の契約と解されることになる。

第三者の所有物をもふくめて「全部讓渡」する旨の設定契約が公序良俗違反の契約であると解した場合、その契約によっては讓渡担保権はそもそも成立しえない(設定者の所有物についても)と解するべきか、それとも、その契約は設定者の所有権の限度において讓渡担保権を成立させる(効力を発生)と解するべきか。後者のように解するとすれば、第三者の所有物の存在を知りそれをも担保に供しようとする者の方が、第三者の所有物の存在を知りそれを除外した者よりも有利な待遇を受け妥当でないから、前者のように解するべきである。

「○○倉庫内の商品全部。ただし、第三者の所有物を除く」という趣旨の指定が、前述したごとく(本章一(4)(イ)参照)、担保物の範圍を不確定ならしめるので實際上採用しがたいとすれば、「全部讓渡」方式への需要はいきおい高まることになる。しかるに、この方式にも、担保物の範圍を確定しえないという理由とは異なった理由にもとづく(

- (1) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 N 4 参照。
- (2) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 N 4 参照。
- (3) BGB-RGRK, 11 Aufl. (1959), §930 (Johannsen), Anm. 14; Serick, a. a. O., Bd. II, §21 N 1c 参照。
- (4) Serick, a. a. O., Bd. II, §21 N 1c.

(4) さて、設定者の所有物と混在している第三者の所有物の法的運命はどうなるか。「全部讓渡」方式によって担保に供与された物のうちに第三者の所有物がふくまれている場合、その第三者の所有物について讓渡担保権者の即時取得が問題となりうる。そのさい、即時取得成立の要件が存在するかどうか、集合物論を採るか分析論を採るかという事実と即時取得成否とはどのような関係にあるのか、というようなことが問題になるわけである。ここでは、この問題については立ち入らない(即時取得の問題については次章で言及する。なお、第一章三(3)(4)参照)。

第三者の所有物が設定者の所有物と混和したり、付合を生じたりすることも考えられる。それらの場合には、それぞれ、混和の法理、付合の法理が適用されることになる。その結果、設定者と第三者との共同所有関係が生じることもあり、そのような場合をも、第三者の所有物がふくまれている場合の一つとして考えることにしたい。設定契約締結の時点において混和、付合が生じている場合に、担保物の範囲を確定するには、設定契約上どのような指定をなすべきか。たとえば、設定者の所有物 a, b, c, \dots, n と第三者の所有物 a', b', c', \dots, n' とが混和、付合し、合成物 A, B, C, \dots, N が生じたとする。合成物についての権利関係としては、設定者の単独所有権、第三者の単独所有権、共同所有権が考えられる。担保物の範囲確定の方法如何。

「全部讓渡」方式を採用すれば、担保物の範圍は確定され、讓渡担保権は成立する。讓渡担保権が効力を生じるのは、設定者の単独所有権に属する物および設定者の共有持分権に属する物（その持分の限度において）である。そのさい、第三者の権利につき、讓渡担保権者による即時取得の成否が問題となる余地はある。

「全部讓渡」方式の設定契約が、第三者の権利をも排除して客体を担保権に服させようとする趣旨であるならば、その設定契約は公序良俗違反の契約として讓渡担保権を成立せしめえない、と解するべきである。このことは前段(4)において述べた考え方にしたがっているにすぎない。「全部讓渡」方式の設定契約が、担保設定の対象となる物のうち第三者の権利に服する物（単独所有権に服する物のみ、あるいは、そのほか、共有持分権に服する物をもふくめ）を除外するという趣旨の契約と解されるのであれば、これまた前段(4)で説いたように、讓渡担保権は成立しえない。

(1) 「全部讓渡」方式以外には、おそらく、確定方法はないであろう。その場合でも、単純な「全部讓渡」の合意によることを要する。つまり、「全部讓渡」方式が採られてもそれが本文の以下の個所で言及されていることと契約と解釈される場合には、確定方法としては不適當である。「全部讓渡」方式以外の方法といえ、設定者の単独所有に属する物、第三者の単独所有に属する物、共有に属する物、それぞれを担保設定前に区別することが考えられる。そのようなことがされず（されえない）場合には、担保物の範圍確定の方法としては、「全部讓渡」方式以外には見当らない。

(2) 担保設定の対象となる物すべてについて設定者が権利を有し、担保物の有体的範圍は明確ですべての物が担保物となる。ただし権利の種類を異にする—それらの権利一切を担保に供する場合を考えよう。設定者が担保供与に先立って調査の結果、物件すべてについて権利を有する（種類は異なるけれども）ことを知り、それら一切を担保に供与しようとする場合を想定せよ。かような場合には、設定契約上どのような指定をなせばよいか。この問題の内容を

より一そうはつきりさせねばならない。それは次のとおりである。

(4) たとえば、次のような場合を想定する。設定者の所有物と第三者の所有物とが付合したとする。両者の間で全面的に付合が生じ、両者のそれぞれが残りなく他の一方の物と付合した、その結果生じた複数の合成物につき、設定者の単独所有権あるいは設定者と第三者との共同所有権が生じたとする。設定契約上、「全商品につき設定者の共有持分権譲渡。設定者が所有権を有する物については所有権譲渡」というとりきめがなされたとしよう。この場合、單純に「全部譲渡」をとりきめたならば、すべての物に譲渡担保権が成立し、その効力は設定者の権利の限度で生じると解される。しかし、「全部譲渡」の合意をすることは危険を伴なう。なぜならば、そのような合意は、合成物について第三者の権利の存在することを無視して（それを排除して）合成物を担保権に服せしめようとする合意と解される可能性がないとはいえず、そのように解されるならば、すでに述べた考え方により（(1)（4）参照）、譲渡担保権は成立しえないことになるからである。そのように解されうる場合としては、さし当り、次の場合を挙げることができよう。すなわち、当事者双方が第三者の共有持分権の存在を知っている場合については、右のように解される可能性がある。第三者の権利を無視する意図の下に設定契約が締結されたのではなくて、当の設定契約は、設定者が全部の物について有する権利のみを担保に供するのだ、設定者の権利に全く服しない物をも担保に供しようとするのでなく、第三者の権利に服しはするけれどもやはり設定者の権利にも服する物を担保に供しようとするのだ、という趣旨の契約であることを明らかにするためには、たんに「全部譲渡」という指定をするに止まるに代えて、設定者のどのような権利が担保に供されるのかを契約上示すことが適当であろう。ところで、権利の種類指定があるのみでは、具体的な物について、これは設定者の単独所有権に服し、あれば共有持分権に服するということが設定契約にもとづいては確定されえず、別途の資料を用いて調査をすることによってはじめて確定されるものとする。

さて、かような想定された場合においては、担保物の範囲は、讓渡担保権のおよぶ有体の物という側面に關する限り、きわめて明確であるけれども、そしてまた、全部の物につき設定者の有している権利（第三者の有している権利ではなく）をすべて担保に供するという趣旨も明らかだけれども、その有体の物の法的身分が異なるために、次のようなことが問題となりうる。すなわち、当面の場合についていえば、ある物は設定者の単独所有権に服し、ある物は設定者と第三者との共同所有権に服している。「全商品につき設定者の共有持分權讓渡。設定者が所有權を有する物については所有權讓渡」（「全商品につき設定者の所有權讓渡。設定者が共有持分權を有するに止まる物については共有持分權讓渡」という趣旨の指定も同趣旨）という趣旨の指定の下では、どの物について共有持分權が讓渡され、どの物について所有權が讓渡されるのか、確定されえない。このようなことでは担保物の範圍を確定することにはならないのではないか。担保物の範圍の確定ということは、担保物の法的な身分についてまでも確定することを要請するのではないか、それとも、担保物の有体的な範圍さえ確定すれば足りるのか、このことが問題となる。

右のごとき問題が生じる例、すなわち、担保物の有体的側面は確定されているけれども、法的身分の側面はそうではないという例を他にも想定しておこう。混和の場合、二重の讓渡担保の場合がそれである。

混和の場合についてはさして説明を要しまい。一定の場所内に容器が備えられており、設定者所有の液体甲が a b c : n の容器中に收容されていたとする。その量は必ずしも一致してはいなかったけれども、各容器にはいづれも相当量の甲が收容されており、すくなくとも各容器の半分までははいつていたと仮定する。第三者所有の液体乙（甲と類似の性質で価値もほぼ等しい）が a b c : n の容器のそれぞれすべてに混入して混和をきたし、また、すべての容器が完全に満されたとしよう。かような場合、混和の結果、混和物は設定者の単独所有權に服するか、あるいは、設定者と第三者との共同所有權に服するか、のいづれかであろう。また、どの容器にはいつている混和物がそのいづ

れであるか、ということとは、混和前には各容器内に甲がどれだけはいっていたかを調べることによって判明するであろうけれどもそれをしない以上は、直ちにはわからないとも仮定しよう。かような設例において、設定契約上、「各容器の内容すべてについて設定者の共有持分権譲渡。設定者が所有権を有する場合には所有権譲渡」ととりきめたならば、担保の客体の有体的側面は確定されるにしても、法的身分の側面は不確定だということになる。

次に、二重に譲渡担保が行なわれた場合をとりあげよう。といっても、正確にいえば、次のような場合のことである。担保物のうちに、設定者がすでに第三者に対して譲渡担保に供与した物がふくまれていることもありうる。この場合、設定者としては、自己の所有物については所有権を、すでに譲渡担保に供した物についてはそのことを前提として自己に与えられた地位を、担保のために譲渡しようと考えられる。

問題は後者に関する。設定者がすでに譲渡担保に供した物について有する地位とはどのような地位であるのか。あるいは、次のようにも換言しえよう。一体設定者はすでに譲渡担保に供した物についてなんらかの権利を有するのか、有するとすればそれはどのような権利なのであるか、と。ところで、このような問題に対して回答するに当たっては、譲渡担保なる担保方法をどのように法律構成するか、という問題に遭遇せざるをえない。そこで、以下(甲)においては、まず譲渡担保の法律構成如何について検討し—いかに構成するか、構成したことによって問題がどのように処理されることになるか—次いで設定者の地位の譲渡担保化という本稿における流れに復する(後述(乙))ことにしたい。