HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	流動動産譲渡担保論一斑(一)
Author(s)	米倉, 明
Description	論説
Citation	北大法学論集, 18(2), 31-68
Issue Date	1967-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27861
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(2)_P31-68.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

流動動産譲渡担保論一斑(一)

米倉明

第一章　序　説（本号）
第二章　集合物論対分析論（一八巻三号）
第三章　担保物の範囲の確定方法
第四章　内容変更に関する諸問題
第五章　処分権授与は譲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

第一章　序　説

一　流動動産（原材料・商品）の譲渡担保（「内容の変更する集合物」の譲渡担保）は実際界において特定動産譲渡担保ほどには普及していないといえるようである。(1) かような事態に対して、通常、次のような説明がなされる。すなわち、流動動産譲渡担保の実用の度合が特定動産譲渡担保の実用の度合に及ばないのは、流動動産譲渡担保法の内容

が全く不確実と評されてもよいことに起因する、すくなくともそのことが重要な一因をなすといって大過がない。特定動産譲渡担保法の内容は、なお不十分であるにせよ、判例および学説の努力によって、かなりの程度まで確実化されてきた。しかるに、流動動産譲渡担保法においては様相を大いに異にする。まず判例をみれば、最上級審判例はこれまでのところ一件も存在しない。有力学説（集合物論）[2]に従った下級審判例[3]が存在するけれども、最上級審によってそのような下級審判例が容認されるかどうかは疑わしい。というのは、右有力学説の立場じたいが民法の解釈論上問題をふくむ立場だからである。次に、学説をみれば、特定動産譲渡担保法と比べて学説の論及じたいがすくない—従って法的処理方法についての考察が十分でないことにもなりがちである—上に、重要な論点をめぐって対立がみられる[4]。かように法内容が定かでないため、着実を尊重する実際界は流動動産譲渡担保を敬遠することになるのである。

流動動産の譲渡担保に対する実際界の需要がそもそも存在しない、あるいはきわめてすくないということはできない。実際界の需要はむしろかなりあるといえよう[5]。実際界の需要があるにも拘らず、流動動産譲渡担保法の内容が不確実なことが実際界による流動動産譲渡担保の採用を阻害しているのである[6]。あるいは—これは筆者の推測であるが—法的不確実が実際界の需要そのものまでも抑圧することになっているのかも知れない。いずれにせよ、法的不確実ということが、流動動産譲渡担保の普及を妨げている有力な原因であるということができる。

流動動産譲渡担保の不振という事態について通常なされる説明は以上のような趣旨の説明である。その説明にあるとおり、法内容は不確実である。最上級審判例が存在しないことは事件が最上級審に係属しなかったのであるからやむをえないといえよう。それはそれとして、それではこの種の譲渡担保法についての議論はどのようなものであったか。従来、流動動産譲渡担保に関して、議論が存在しなかったわけではない。筆者によれば、それにも拘らず、それ

らの議論は十分に展開されたとは評されえないばかりでなく、それらの議論によってほとんどとりあげられなかった重要問題もすくなからず存在する。かくして、従来の議論の整理をなし、その論じたりない問題をさらに論じ、さらには従来ほとんどとりあげられていなかった問題についても論及する作業を進め、流動動産譲渡担保法の内容の確実化を促進することは価値あることでもあり、必要なことでもあろう。

筆者は、原材料・商品の売主の代金債権を確保する方法として、「所有権留保」が実用可能性を有するかという問題をとりあげたことがある(7)。本稿のとりあげる問題は、売主（動産の供給者）の担保手段ではなくて、金融機関（金銭の供給者）の担保手段に関するものである。両者は全く同一の問題だとはいえないにせよ、密接な関連を有していることは容易に想像されうるところである。従って、本稿の作業を進めることは、筆者が以前に行なった「所有権留保」に関する研究にとっても有益な影響を与えずにはおくまい。実際、本稿において筆者は「所有権留保」に関する筆者の以前の研究につき補充ないし修正の必要を見出しその作業を行なったこともあることを断わっておきたい。

（1） このことはしばしば指摘されていることである。たとえば、加藤・譲渡担保・実態調査(東京地区)・私法二一号一九六頁参照。「実際界」のうちでも流動動産譲渡担保をかなりの程度採用している領域とそうでない領域とが存在することが想像されるであろう（地方銀行は都市銀行に比べて流動動産譲渡担保を採用することが多いようである—調査・金融機関における譲渡担保の実情・金法二一九号三五頁)。そのことはともかく、本文で述べたように特定動産譲渡担保ほどには流動動産譲渡担保は採用されていないということは一般論として誤りのないことであろう。地方銀行についてもこのことはあてはまるようである（前掲・調査・金法二一九号三六頁)。

（2） 我妻・集合動産の譲渡担保に関するエルトマンの提案（以下、「エルトマンの提案」と略称する)・民法研究Ⅳ一八八頁以下。現在、集合物論が学説においては支配的になりつつあるように思われる。鈴木禄弥・譲渡担保・経営法学全集9（企業担保）二三〇頁参照。

（3） 大阪地判昭和三〇年一二月六日下民六巻一二号二五五九頁。

（4）重要な論点をめぐる学説の対立を扱かうのは次章以下の役目である。ここでは触れない。対立が存在することもさることながら、特定動産の譲渡担保に比べて流動動産の譲渡担保についての学者の研究はすくない。文献としては、末弘・担保の為めにする商品全部の所有権譲渡について・新聞八二二号一〇頁、松本・売渡抵当及動産抵当論・法協三一巻二、三、四号とりわけ四号六一八頁以下、我妻・前掲論文・エルトマンの提案および鈴木禄弥・前掲論文・二二一頁以下、これらの四者が詳細に、あるいは、やや詳細に問題を論じているに止まる。このほか、学者あるいは実務家による簡単な研究・解説が散見される。それらについては、以下、随所で言及することとして、ここでは指摘することを省略する。

（5）正確なデータを提出することはできないけれども、実際界とりわけ地方銀行の金融実務における需要がかなりあることをうかがわしめるものに、前掲・調査・金法二二九号三五頁以下、法務時事・全銀協、地銀協、譲渡担保の設定事情につき大蔵省に回答・金法二一八号三頁がある。実務家（とりわけバンカー・ジュリスト）諸氏が流動動産譲渡担保について実務的な問題（たとえば、公示方法、担保物の管理方法）をしばしば議論することも、このような推測をなすことを許すのではあるまいか。このような実務家の研究として、次のものを挙げておく。伊藤宏・集合物の譲渡担保について―昭和三〇年一二月六日大阪地裁判決をめぐって―金法一一六号九頁以下、栗島・譲渡担保における公示手段と特定方法の実務―有体動産、特に在庫商品を中心に―金法一九七号一三頁以下、栗島―上代―林・銀行取引における譲渡担保の実務―機械・器具・流動動産・有価証券・債権・不動産―金法二二九号二八頁以下、鈴木正和・譲渡担保の実務・一八七頁以下。

（6）加藤・前掲・調査・私法二一号一九六頁のほか、鈴木禄弥・前掲論文・二一二頁、柚木・譲渡担保立法化の方途―動産抵当法の提唱―金法二二九号四頁。

（7）米倉・流通過程における所有権留保・法協八一巻五号、八二巻一、二号。

二　研究の必要性ならびに研究のおよその方向づけについては前段において述べたところから明らかであろう。続いて筆者が本稿においてとりあげる問題について一言しておく。前段では研究が従来の議論の検討のほか、従来ほとんどとりあげられなかった問題の究明にまで及ばねばならないと述べたけれども、本稿では後述する理由により、問題を限定した。本稿が「流動動産譲渡担保論一斑」と称するのはかような理由にもとづく。本稿がとりあげる問題は、

目次に示されているように—便宜上、煩をいとわず記してみれば—次の四箇の問題である。すなわち、(1)集合物論対分析論、(2)担保物の範囲の確定方法、(3)内容変更に関する諸問題、(4)処分権授与は譲渡担保ならびに間接占有の成立を妨げないか。これらの四題は、すでにしばしば論じられてきており、説明を加えるまでもなく一見してそれらの内容が看取される問題であるということができよう。(1)

これらの問題よりも、流動動産譲渡担保に関する問題であって未だほとんど論じられていない重要な諸問題、たとえば、(1)担保物に加工が施された場合、加工生産物にも担保権を及ぼさせるにはどのような方法を講じればよいか、それに付随してどのような問題があるか、(2)担保物の売却によって生じた代金債権（処分収入）について同様な問題が考えられる。そのような問題はどのように処理されるべきか、(3)譲渡担保権者と他の権利者（設定者の一般債権者、物件につき所有権を有する者が考えられる）との利害が衝突することはないか。あるとすれば、その調整方法はどのようなものか、(4)担保関係の公示方法としてはどのような方法が考えられるか、かような諸問題を考察する方がはるかに興味をひくであろう。(2)しかしながら、筆者は本稿においては、従来から議論のある諸問題にのみ焦点をあわせることとした。というのは次のような理由による。

第一に、従来ほとんど議論されていない諸問題はいずれも難問であって、筆者の能力不足・研究不足もあり、さし当ってはとりあげることができない。第二に、本稿の対象となる諸問題は、従来から議論されているといっても、筆者の考えによれば、それらの議論は決して十分なものとは評されえない。それゆえ、従来ほとんど論じられなかった諸問題に立ち入る前に、すでに議論のある諸問題についてより一そう考察を重ねておくことが研究の順序として適当だと思われるのである。

もちろん、これらの諸問題についてたとえ論じつくしたところで（本稿において触れられずに終った問題は絶無で

あると断言することは残念ながらできかねることであろう）、従来ほとんどとりあげられていなかった諸問題にまで論及しない限り、おそらく実際界の要望に十全にこたえることはできまい。このことを筆者も承認しないわけにはいかない。ただ、そのような重要問題の存在を意識しつつも、右で述べた理由により、さし当っては、従来から論じられた諸問題をとり扱かおうというのが筆者の当面の考えなのである。

（1）　これらの問題について簡単な展望を与えるものとしては、次の諸文献を挙げることができる。伊藤一夫・売渡担保に関する研究・司法研究報告書二六輯一五・五〇頁以下、高島・集合物担保と特定の原則・ジュリスト三〇〇号記念特集学説展望一四〇頁以下、田中・集合物の譲渡担保・別冊ジュリスト銀行取引判例百選一三二頁以下、注釈民法(9)三三二頁以下・譲渡担保（柚木―福地）、四宮・譲渡担保・総合判例研究叢書民法(17)二五一頁以下、植林・譲渡担保の法律構成に関する若干の疑問(一)・法学雑誌七巻一号一〇五頁以下、長谷部・商品の譲渡担保をめぐる諸問題・昭和三〇年一二月六日の大阪地裁の判決を中心に・金法九六号八頁以下、伊藤宏・前掲論文・金法一一六号九頁以下、鈴木正和・前掲書一六五頁以下。

（2）　これらの諸問題はいずれも困難な問題である。これらの諸問題を解決することはおそらくは立法によるほかないであろう。このことを指摘するものとして柚木・前掲論文・金法二二九号五頁がある。これらの諸問題の解決のため実際界によって努力が払われていることは（さらには合理的な解決が要望されてもいよう）、鈴木正和・前掲書一八八頁以下、伊藤宏・前掲論文・金法一一六号九頁以下、粟島・前掲論文・金法一九七号一三頁以下、粟島―上代―林・前掲論文・金法二二九号二九頁以下、堀内・譲渡担保の立法化へ・金法二一五号二頁、などからうかがい知ることができる。もっとも、これら実務家諸氏による研究においては、譲渡担保権を処分収入に及ぼす方法如何、譲渡担保権者と他の権利者との利害の衝突が生じうるのか、生じうるならばそれをどのように処理すべきか、という問題はとりあげられていない。筆者としては、これらの問題も研究するに値いすると考える。

三

さて、本稿が対象とする四箇の問題それぞれについての論点をこの個所でごく簡単に述べておくことにしたい。序説において本稿全体についてのみとおしをごく簡単にもせよ提供しておくことは読み手の便宜をはかる上で必要

だと思われるからである。以下本段三の叙述においては、問題を提示するに止めてある場合（その問題のうちには次章以下においてもやはり解決されていない問題もあり、また、次章以下において結論を与えられている問題もある）と、筆者の結論あるいはそれに近いものをも示してある場合（本章の性質上論証にまで立ち入ることは意図していない）とがある。後者は概して重要な問題に触れている場合である。かような不統一が生じたわけは、重要な問題についてはその結論だけでも早く示しておきたいと筆者が望んだことによる。

(1) 第一に、集合物論と分析論の対立がとりあげられる。集合物論、分析論それぞれの内容がどのようなものか、それぞれが他方をどのように批判しているか、流動動産譲渡担保の諸々の法律問題に関しそれぞれがどのような説明を与えているか、また、それらの説明にさいしてそれぞれが他方をどのように批判しているかについては、おそらく説明の必要はないであろう。この場所を借りて、念のために、それぞれの立場の内容についてのみ簡単に言及しておくことにしたい。この点について簡単にもせよ言及しておくことが以下の叙述の上で便宜だと思われるからである。

流動動産[1]を譲渡担保権の目的とするにさいして、一方、分析論は、法的な見地によれば個々の物が譲渡担保権の目的物であると考え（「集合物」なる物概念を民法上承認しえないものとする）、流動動産譲渡担保の法律問題を考察する場合にもこの立場に依拠するのに対し、他方、集合物論は、流動動産を経済的にのみならず法的にも統一性ある一個の存在と考えこれを一個の物として承認し、この立場から流動動産譲渡担保の法律問題を考察する。

分析論は物＝有体物主義、一物一権主義に忠実な立場であって、これについては多くの説明を要しまい。[2] これに対して、集合物論は物＝有体物主義、一物一権主義を破っている立場である。すなわち、集合物論は次のように説く。分析論が譲渡担保権の目的物は個々の物であると解してこれを基礎に流動動産譲渡担保における法律的変動を説明するのは当事者の意思に反した擬制に訴えるものである。流動動産そのものを物として承認し（「集合物」）、この立場か

ら流動動産譲渡担保における法律的変動を説明することが、当事者の意思に適合した法律論を提供するものである、と。(3)

集合物論によれば集合物そのものが、すなわち、内容の変更にも拘らず同一性を保って存続する集合そのものが、譲渡担保権の目的物である。個々の物そのものが個別的に法律的変動の目的物となるのではない。それでは、個々の物の法律的取扱いはどのようになされるか。それはこうである。個々の物は経済的にも個性を有するので、法的にもその個性を承認されてしかるべきである。それゆえ、個々の物は集合物に帰属している限りでは譲渡担保権の拘束を受けるけれども、個々の物としての独立性を有する関係においては独立の法律的変動に従う。個々の物はかように二面的性格を有する。かくして、流動動産譲渡担保においては、集合物の所有権は譲渡担保権者に属し、個々の物は集合物に帰属している限り譲渡担保権の拘束を受けるけれども、設定者が個々の物を集合物の経済的用法に従って利用する関係においては、個々の物の所有権は最初から設定者のもとに止まっている。(4)

以上のような考え方にもとづき、それぞれの立場は、流動動産譲渡担保における法律的諸問題―たとえば、内容変更の法律構成、譲渡担保権者による間接占有取得の可否―に対して説明を与える。

（1）　ここでいう流動動産、すなわち集合物の定義としては、Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 1905, S. 53 が与える定義（もっとも、ギールケは、定義であるとは述べていない）に従いたい。ギールケは集合物を「継続的な共同目的によって客観的に結合せしめられている為に、一般取引観念上単一のものとして取扱われる、多数の物の集合」と定義する（引用符内は我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一八七頁による）。ギールケの所説については、平野・民法におけるローマ思想とゲルマン思想・一四三頁以下参照。なお、集合物の意義ならびに集合物論についてのコンサイスな説明として小脇・集合物・民法基本問題一五〇講Ⅰ・九八頁以下参照。

（2）　分析論が集合物論に対抗する立場であると説くことに異論はないと思われるけれども、わが国においてだれが分析論者かと

問われた場合には必ずしもはっきり答ええない。分析論者といっても二種類がありうる。その一は分析論に依拠して流動動産譲渡担保の効力・対第三者対抗力を承認する者であり、その二は分析論に立ち流動動産譲渡担保につき消極的評価（効力の否定あるいは、対第三者対抗力の否定）を与える者である。後者がかって存在したことは明らかである(末弘・前掲論文・新聞八二二号一〇頁、松本・総括的意義における財産・私法論文集一巻二八八頁以下、松本・前掲論文・法協三一巻四号六一八頁）けれども、現在も存在するのかどうかははっきりしない。前者については過去においても現在においても定かとはいえないようである。前者としては前掲・注釈民法(9)三三三頁譲渡担保（柚木―福地）を挙げようとすれば挙げうるであろう。筆者はこの前者にくみしたい。しかし、あまりつよく固執するつもりはない。むしろ、流動動産の譲渡担保の効力を認めるという前提の下では集合物論、分析論いずれを採るかという議論にはさして効用がなく、このような議論に終始することなくより一そう重要な問題の検討に進まねばならないことを主張したい。実務家は、集合物論に対する最高裁判所の見解が定かでないので、安全を期するため、すくなくとも実務上は、伝統的な立場である分析論（ここでいうその一の立場）を指針とすべきだと考えているようである(粟島・前掲論文・金法一九七号一四頁、鈴木正和・前掲書一八八頁)。

(3) 我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一八九頁。

(4) 我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一八九―一九〇頁。Gierke, a. a. O., SS.55-56 参照。

さて、集合物論と分析論の対立について筆者が論じたいことは次のとおりである。

(イ) まず、集合物論をもち出さなくてはならないだけの必要性があるのかどうかということが問題となる。筆者は「必要がない」という結論に到達した。というわけは、次のようにいうことができるからである。すなわち、集合物論によって説明されうる問題は、集合物論をもち出すまでもなく、分析論によっても説明されうる問題であり、集合物論によれば説明されうるけれども分析論によっては説明されえないという問題は存在しないのである。たとえば、流動動産譲渡担保の租税徴収実務における取扱いを説明するためには、集合物論によらねばならないと説かれる。(1) あるいは、新しく集合に加わる物について譲渡担保権者が当然に間接占有を取得すること（「予めの占有改定」という問

題）を説明しようとすれば、集合物論に訴えざるをえない、すくなくともその方が説明しやすいと説かれる。(2) 筆者の考えによれば、これらの問題に対しては、分析論によってもさほどの困難なく説明を与えることができるのである。

集合物論を採用すれば、流動動産譲渡担保における諸々の法律問題を、分析論を採用した場合よりも、より一そうの説得力を伴って説明しうるのかどうか。たしかに、問題によってはこの問に対してイエスと答えてもよいようなものもある。しかし、そのような場合でも、分析論に依拠した説明が集合物論に依拠した説明と比べて説得力において著しく劣るとも思われない。また、次のようなことも指摘しうる。譲渡担保権が第三者の所有物にも及ぶかどうかという問題（さし当り本章三(3)(ロ)のごとく、集合物論を採用した場合には―集合物論の内容が明らかでないことにもより―分析論を採用した場合と比べて複雑な問題を伴なう法律問題も存在するのである。あるいは、予め占有改定をとりきめうるかという問題のごとく、集合物論によれば問題になりえないと一応考えられる問題でも、さりとて、集合物論を採用すればおよそ問題にならないとまではいいきれない問題も存在するのである（さし当り本章三(3)(ハ)）。

かくして、分析論のほかに、伝統的な物概念を修正する集合物論を主張するだけの必要がないということができよう。

(1) より詳細には次章で言及することであるが、この問題は国税徴収法第二四条一項・六項との関連で国税の法定納期限等以前に譲渡担保が設定された場合に、法定納期限後に集合に加わった個々の物につき、譲渡担保権者は物的納税責任を負うかどうかという問題である。この問題に対し、租税徴収実務の上では一定要件の下に否定的取扱いをしている（現行―昭和四二年八月現在―国税徴収法基本通達二四条の二八―旧基本通達では二四条の五八）。このような租税徴収実務をジャスティファイするには集合物論に依拠することを要する、と説く立場が有力である。鈴木禄弥・前掲論文・二二九頁、鈴木正和・前掲書一九九頁。なお、我妻ほか六名・座談会・譲渡担保をめぐる諸問題―主として動産を中心に―・金法二二九号一六頁（加藤発言）参照。

(2) 我妻ほか六名・前掲座談会・金法二二九号一五頁（我妻・加藤発言）。なお鈴木禄弥・前掲論文・二三二頁参照。

(ロ) 筆者はさらにこうも考える。集合物論をもち出す必要がないにしても—民法（八五条）の解釈として「集合物」概念を承認しうるとして—集合物論をもち出したところで、分析論に依拠した場合と比べて、同一の法律問題についての説明の仕方として劣ることになるとは思われず、また、さしたる実害を伴うともいえない。前者はさておき、後者についていえば、両者の立場による差異の存否を検討しても、法律問題の説明づけ（あるいは解決）という点における差異を見出すことは困難なのである。つまり、次のようにいってよい。先にも述べたように、集合物論によって説明されうる問題は分析論によっても説明されうる問題である。この逆も成り立つと筆者は考える。また、集合物論によって説明されえない問題は分析論によっても説明されえない問題であり、この逆も成り立つと筆者は考える（どのような問題がこれに当るかは次に述べる）。いずれか一方の立場が説明しうる問題であって他方の立場が説明しえない問題は、筆者が現段階において考える限りでは、存在しないといっても大過ないであろう。

ところで、右に述べたいずれの立場によっても説明されえない問題がすくなからず存在することに注意しなければならない。そのような問題は、たとえば、担保物の範囲を確定する方法という問題である。譲渡担保契約においてどのように目的物を特定すれば、その譲渡担保契約は所期の効果を生じうるのか。「倉庫内にあるコーヒーの全袋のうちの三分の一の個数の袋」とか「倉庫内にある生糸のうち甲所有のものは除外する」というがごとき指定をした場合の効果はどうか。このような問題に対しては、いずれの立場からも答は出てこない。このように、いずれの立場からも答が出されえない問題がすくなからず存在するのである。このような問題を、右に挙げた担保物の範囲を確定する方法如何という問題のほかにも例示すれば、すぐ後に述べる同一性存否の判断基準、設定者の処分権の範囲の決定のごとき問題を挙げうる。かように、いずれの立場に依拠しても答が出されえない重要問題がすくなからず存在することを思えば、集合物論か分析論か、それらのいずれを採るか、ということを議論することの実益は大きくないとい

るであろう。

もっとも、次のようにはいいうる。すなわち、いずれの立場も譲渡担保権設定の法律構成ならびに集合の内容変更の法律構成を当面の課題として考え出されたドクトリンであるといえる。このようにいうことが正しいならば、それらの立場のカバーする範囲がそれらの立場の成立の機縁にもとづいて限定されることになるのは当然ともいえる。かような事情は筆者としても認めざるをえない。しかし、ここで筆者は次のことを主張したい。すなわち、流動動産譲渡担保に関する重要な問題であって、これらの立場がカバーしえない問題がすくなからず存在するのであり、研究が集合物論を採るべきか分析論を採るべきかという議論に終始することなく、より一そう進展させられなければならない。このようにいうものの本稿において筆者がとりあげる問題は、主として、従来、集合物論か分析論かという議論のコンテクストにおいてとりあげられてきた問題である。このことは研究を進める上では既に議論されている問題の検討からまず始めるのが適当であると筆者が考えたことによる。それ以外の問題の研究は不要というのでないことはもちろんである。

(ハ)　ここで断わっておかねばならないことがある。それは同一性という問題に関する。この問題は集合について一旦成立した担保関係（集合物論なら集合そのもの（「集合物」）について担保関係が成立する。分析論では個々の物について成立した担保関係の総和という意味において、集合について成立するといってよかろう）が内容の変更にも拘らず存続するのはどのような場合か、という問題である。この問題は内容の変更に関係がある問題であるから、「内容変更に関する諸問題（第四章）」の一つとしてとりあげられるべきだとも思われる。しかし、この問題は一方、集合物論、分析論いずれにもかかわる問題ではあり、他方、すぐ後に述べるように、この問題に関し筆者が議論を展開する用意がない以上そのことにつき早く一言しておくことが望ましいと思われるので、この個所において触れることにし

た。

「同一性」という問題は、集合物論にとっても分析論にとっても重要な問題である。いずれの立場を採用しても集合の「同一性」が存続することは担保関係が存続する前提条件をなすと解してよいからである。というのはこうである。

集合物論によれば、担保関係（所有権譲渡）は集合そのもの（「集合物」）につき成立しかつ存続するのであるから、集合の同一性が失われた場合には、担保関係も消滅することになる。

これに対し、分析論を採用した場合にはどうか。この立場によれば、個々の物ごとに担保関係が成立し存続する。ただし、次のことに注意すべきである。すなわち、この立場によれば個々の物ごとに所有権譲渡がなされると考えることになるけれども、その場合、個々の物が全くの孤立した個々の物として譲渡されるのではなく、経済的統一体をなす集合の一分子という資格の下に譲渡される（かような資格の喪失が譲渡の解除条件をなす）と解すべきである。というのは、次のように考えることができるからである。分析論を採用するにしても、当事者が文字どおりの孤立した個々の物につき譲渡をなすにすぎないと解することは過度の擬制—分析論そのものがすでに当事者の意思との関連で擬制をなしているにせよ—をなすことになる。分析論を採用するにしても、当事者としては個々の物から独立した経済的統一体をなす集合の有する価値を利用しようと意図することを考慮にいれなくてはならない。このことを法的見地においても無視することはできない。とすれば、個々の物は集合の一分子としての資格においてのみ譲渡される。個々の物が集合の一分子として有する価値を目的として譲渡がされる。集合の存在を度外視して個々の物がそれぞれ孤立した存在として譲渡されるのではない。個々の物は当事者にとっては、集合の一構成分子としてのみ譲渡の目的たる意義を有する。以上のことが当事者の通常の意思であると説明することもでき、かような説明は分析論という

枠内にあることからなお擬制をなすことを免れていないにせよ、個々の物の孤立的譲渡の集積という説明に比べて、擬制の度合がすくないものであろう。このように考察すれば、集合の同一性という問題は分析論にとっても重要な問題であるということができる。個々の物についての担保関係は個々の物が集合の一分子たることを前提とすると解する以上、当初の集合の同一性が失なわれた場合（当初の集合の消滅）には当初の集合の一分子をなしていた個々の物に関する担保関係は消滅すると解さざるをえない。個々の物は、それが、譲渡担保契約において譲渡担保財産として指定された集合と同一の経済的統一性を有する集合の一分子たる資格を有しているならば、そしてそのような場合にのみ、当初の譲渡担保契約により拘束され続けるのである。譲渡担保契約において譲渡担保財産と定められた集合の同一性が失なわれた場合には、当初から担保の目的物であった個々の物が存在しようとも、その物についての譲渡担保権はもはや消滅し、その物は設定者の（負担のない）所有物となる。

かようにして、筆者は分析論の下でも、集合の「同一性」が失なわれた場合には、担保関係は消滅することになると解する。

以上のようなわけであるから、「同一性」存否の判断基準を提供することは、はなはだ重要なことといわなくてはならない。しかるに、かかる重要な問題につき、従来、ほとんど議論がなされていないのである。この欠欲はぜひとも補充されなければならない。しかしながら、この問題は困難な問題(1)であって、筆者は本稿においてこの問題に対する回答を与えることができない。この問題は残された問題の一つである。(2)

(1)　譲渡担保契約上の譲渡担保財産が「冬物背広（在庫品―以下同じ）」である場合に、譲渡担保財産が変動して「夏物背広」とかわったならば、集合の同一性は存続するか。あるいは、「家庭用電気製品」が「工業用電気機械」にかわった場合はどうか。「ラジオ」が「テレビ」にかわった場合はどうか。しょう油工場にあるモロミ一切を譲渡担保の目的物としたところ、そのモロミが加工

されてしよう油に変じた場合にはどうか。これらのほか、諸々の場合が想定されよう。いかなる場合に同一性があり、いかなる場合に同一性がないと判断しうるか。同一性存否の統一的判断基準を見出すことは困難であろう。おそらく、同一性存否の判断は、一方、取引上の観念、他方、当初の担保権を当然に及ぼさしめるべきか否かというたぶんに法政策的な考慮、これら両者の相互関連において各事例ごとにこれをくだすほかないであろう。

さらに考えてみると、同一性があるかないかを議論することの実益は大きくない。というわけはこうである。まず、諸事例において、同一性があるといえばあるということもでき、同一性がないといえばないともいえるのであって議論に結着をつけることはできない。また、同一性があると判断すれば当初の譲渡担保権が当然に存続することになるけれども、同一性がないと判断した場合でも、同一性が失なわれた後に存在する物もまた譲渡担保財産になる旨を契約でとりきめることが許されるならば、同一性ありと判断した場合に比べて結果において差はあるまい。たとえば、モロミを譲渡担保にとる場合に、モロミが加工されてしよう油に変じた場合には、そのしよう油につき当然に譲渡担保が設定される旨の契約を予め締結することが考えられる。かようにして、同一性がないと判断した場合にも、当初の目的物にかわる物（代償物）が当然に譲渡担保権に服せしめられることになれば、同一性の存否を争う意味は乏しくなる。ここにおいて、代償物を一括して（それを集合物として把握するにせよ分析的に把握するにせよ）予めの契約により当然に譲渡担保にとること（所有権の移転、占有移転を予め約することになる。）が許されるかという問題が追求されなくてはならなくなる。同一性があると判断すればこの問題を回避しうるであろう。しかし、同一性の判断において、取引上の観念を全く度外視することはできないであろうから、同一性なしと判断せざるをえない場合を完全に排斥することはできまい。代償物が譲渡担保権に当然に服する旨を予め約することができるかという問題は、やはり、問題として残らざるをえない。同一性の存否を議論するに止まらないで、右のような問題をも追求することがより生産的であろう。

譲渡担保契約において譲渡担保財産を包括的に指定する（たとえば「第〇〇倉庫内の一切の繊維製品」）ならば、将来変動が生じても、集合物論、分析論いずれの立場を採ろうとも、当初の集合が同一性を保って存続していると解され、従って当然に譲渡担保権が存続すると解しうる可能性が大きくなる。それにしても、包括的指定が無制約になしうるのかどうか問題があるように思われる。

これまではもっぱら設定者と譲渡担保権者との間の関係を念頭において議論を進めてきた。ところで、同一性の存否という問題は租税と譲渡担保との関係においても重要である。租税の法定納期限等以前に甲集合につき譲渡担保が設定され（集合物論分析論を問わず、甲集合が譲渡担保契約上の譲渡担保財産）、その後、甲集合が乙集合に変じて、両者の間に同一性なしと判断されるとする。

また、乙集合につき当然に譲渡担保が設定される旨の契約（所有権移転、占有改定を予め約する、かかる契約が成立しうると前提する）が存在していたとする。さて、甲集合が乙集合に変じた時点（乙集合につき新しく譲渡担保が設定された時点）が法定納期限等より後であったとすれば、譲渡担保権者が乙集合につき物的納税責任を負う可能性が生じる（国税徴収法二四条一項、六項）。両者間に同一性ありと判断されれば、譲渡担保権者が乙集合につき物的納税責任を負うこともない（同法二四条六項、同法基本通達二四条の二八。ただし、物的納税責任を負う可能性がゼロということはできない—同通達二四条の二八の注参照。同通達二四条の二八、およびその注が集合物論、分析論いずれの立場によっても説明しうることについては第二章において触れる）。

甲乙両集合間に同一性なしと判断される場合でも、予め（法定納期限等以前に）将来乙につき当然に譲渡担保が設定される旨の契約がなされている場合には、その契約が尊重されて物的納税責任が免除されると解することは許されないか。これは困難な問題である。

譲渡担保契約上における譲渡担保財産の指定が包括的であればあるほど、甲集合じたいが同一性を保って存続しているという判断がくだされる可能性が大きくなり、物的納税責任の生じる可能性は小さくなる（この場合にも同通達二四条の二八の注は適用される）。包括的指定を承認するとしても、無制約に承認しうるのかどうか。これが問題となる。

（2）同一性の存否という問題をこれまでの議論が完全に無視していたとはいえない。すなわち、同一性が設定者の恣意により失なわしめられるおそれがあるという趣旨の指摘はなされており（伊藤宏・前掲論文・金法一一六号一二頁）、また、前注の最初の部分で挙げたごとき事例につき同一性の存否が考察されたこともある（税務大学校・集合物の譲渡担保に関する学説判例等・昭和四〇年度訴訟事務本校短期研修教材（プリント）一三六頁以下）。しかし、これまでのところ、同一性存否の判断基準は提出されていない。

(2)　第二に、担保物の範囲の確定方法がとりあげられる。すなわち、目的物を特定することによって担保権の及ぶ範囲を確定させる方法が問題とされる。目的物が特定されないならば、譲渡担保設定の効力が生じえないことはいうまでもない。従って、担保物の範囲を確定する方法如何という問題は重要な問題である。従来、この問題がとりあげられていなかったわけではない。[1] しかし、筆者はより一そう検討を加える必要があると考える。

(イ)　目的物を特定するためには譲渡担保契約においてどのような態様の指定をすればよいか。

およそ包括的に指定する（たんに「○○倉庫内の電気製品一切」のごとし）ことで足るのか。それとも、その反対の極として、文字どおり逐一個別的に目的物を指定することを要するのか。文字どおり逐一個別的に指定することを要すると考えるならば、そのことは目的物の特定にとっては申し分ないとしても、実行されがたいであろう。許されるならば、目的物をより包括的に指定することで足ると解することが実際的であろう。[2] 包括的な指定で足るとしても、その場合、どのような事項を用いどのように指定すれば実際的でありかつ目的物を特定するのに十分か。

一応考えられる仕方としては、目的物の種類、所在場所、量的範囲を指定することである。それでは、このような事項はつねに指定されなくてはならないかどうか。このような事項を指定すれば、つねに、特定の要請はみたされるのか。あるいはまた、これらの事項以外の事項としてどのような事項が考えられるのか。これらの問題が存在する。

種類（「○○倉庫内の種類を問わず一切の動産」という指定の仕方はあまりに包括的に過ぎるだろうか）、所在場所の指定もさることながら、量的範囲の指定の仕方には問題が多く存在するように思われる。従来、量的範囲を指定するには、多くの場合、「全部譲渡」という指定の仕方が採用されてきた。[3] たとえば、「甲倉庫内のコーヒー全部」というような仕方で指定されてきた。量的範囲の指定方法に関する議論も、もっぱら、「全部譲渡」を念頭に置いてきたといってよい。「全部譲渡」という指定の仕方についても、なお、問題が存在しないわけではない。「全部譲渡」ではあるけれども、「第三者の所有物を除く」という付帯条項が存在する場合には目的物を特定したことになるのかどうか。あるいは、集合全体についての持分を譲渡するという指定をすること（「甲倉庫内の原綿全体につき三分の一の権利を譲渡する」というがごとし）は、目的物を特定するのに十分であるのかどうか。これらの問題が存在する。

「一部譲渡」という指定の仕方を採用すれば、目的物を十分に特定しうるだろうか。ここで「一部譲渡」という指定の仕方は、目的物を数量、価額、あるいは割合によって指定する方法をさすことにする。[4] たとえば、次のような指

定がそれに当る。「甲倉庫内の砂糖のうち五〇〇キログラム」、「甲倉庫内のコーヒーのうち一〇〇〇万円相当分」、あるいは、「甲倉庫内の原綿の全袋（全個数）のうち四〇パーセントに当る個数の袋」。これらの指定によって、目的物は特定されるのであろうか。一部譲渡という指定の仕方を採用した場合については、これまでのところ、ほとんど論じられておらない。筆者は、このような問題についても検討を加えておく必要があると考える。

（1）簡単ではあるけれども、植林前掲論文・法学雑誌七巻一号一〇五頁がある。ただし、そこでは主としてドイツ法の下における問題処理方法の紹介がなされているに止まる。このほか、鈴木禄弥・前掲論文・二二二頁も目的物の限定方法に言及している。そこでは所在場所指定による限定方法がとりあげられている。譲渡担保の目的物の量的範囲に関しては、目的物の全部譲渡のみが前提とされているらしい。ドイツ法プロパーを扱かった論文で「一部譲渡」の問題に簡単ではあるが言及しているものに、田島・動産抵当の承認・法学論叢三六巻一号二四頁以下がある。

（2）包括的指定（種類、数量、所在場所による）が実際的であることは、当然のことかも知れないが、実務家によっても承認されているといってよかろう。しかし実務家はそのような指定の仕方ではなお担保物が不特定と解される可能性があることを慮って、設定時、搬入・搬出の都度、目的物についての明細な資料を設定者に提出させることを勧奨する（鈴木正和・前掲書一八七頁、粟島前掲論文・金法一九七号一五頁）。もっとも、その場合、文字どおりに逐一個別的な指定をすることが考えられているわけではなく、或る程度は、一括的な指定の仕方をせざるをえないと考えられているのであろう（電気製品についていえば、品種、規格を指定し、同品種、同規格の物、〇〇台というように指定することに止まり、それ以上に、細かく、個別の物件ごとに逐一その個性を明らかにすることまでは考えられていないようである）。逐一個別的な指定がされれば、特定という観点からは、さらには、譲渡担保権者の立場よりする担保物についての管理の上では申し分のないことであろう。しかし、実行性について疑問がある。

この指定の態様如何という問題は集合物論、あるいは分析論という立場によって回答を異にするのであろうか。分析論を採用すれば、包括的指定は排除されることになるのであろうか。この点は疑問である（鈴木正和・前掲書一八七頁参照―この点は第二章で言及する）。

（3）前掲調査・金法二二九号三七頁に掲載されている数字を参照すれば、担保物の範囲のきめ方としては全部譲渡という仕方が

最も多い。特定の場所にある担保物を「全部」譲渡するといっても、一種類だけの目的物についてなのか、数種類の目的物についても全部譲渡をなすのか（「甲倉庫内の動産一切」というごとく）、この点までは右調査からは不明である。

(4) 前掲・調査・金法二二九号三七頁には流動動産譲渡担保の担保物の範囲を確定する仕方として数量のみを指定する事例があることが記載されている。その詳細な内容が不明であるけれども、本文で述べる一部譲渡もそれに当るのではないかと想像される。

(ロ) ついでに次のことを述べておこう。この問題がとりあげられる位置が問題とされるかも知れない。この問題がとりあげられる位置としては、最初（本論でいえば第二章）が最も適当な位置であると考えることもできよう。というのは、担保物の範囲の確定方法は、すくなくとも本稿のとりあげる他の問題に関する限り、それらの諸問題の前提をなす問題といってもよいからである。それにも拘らず、筆者はこの問題を第二番目にとりあげた。そのわけはこうである。従来、流動動産譲渡担保に関する諸問題は、もっぱら、集合物論と分析論の対立というコンテクストの中で論じられてきた。そこで、筆者もまずこの議論をとりあげて、集合物論か分析論かという議論は流動動産譲渡担保法の問題を考える上であまり実益を有しないということを主として論じることにした（あわせて、この議論のコンテクストの中で論じられてきた問題についてより一そう検討を加える必要がある、従来ほとんど論じられなかった問題を考察する必要があるとも論じたい）。さて、次に、従来十分にとりあげられなかったあるいはほとんどとりあげられなかった問題を検討する順序としては、諸々の問題を論ずる前提をなす問題からはじめることが適当であろう。かようなわけで、「担保物の範囲の確定方法」が第二番目にとりあげられたのである。

(3) 第三に、内容変更に関する諸問題がとりあげられる。内容変更に関しては、内容変更の法律構成じたいの問題、処分権の根拠、範囲、処分授権の撤回など重要な問題がすくなくないけれども、これらの問題に対して、筆者は、現段階においては、従来の研究[1]に対してとりたてて追加すべき見解を有しないので、次の諸点をとりあげるに止める。

(1)　内容変更の法律構成、すなわち個々の物が集合に加わって譲渡担保権の拘束を受けること、および、個々の物が集合から離脱して譲渡担保権の拘束を脱することにつき、集合物論、分析論それぞれの立場から法律構成がなされていることならびにそれらの内容については、紹介するまでもあるまい。同様なことは処分権の根拠についての両論の説明についてもいいうる。処分権の範囲―「通常の営業」の範囲内とは何か――について、また処分授権の撤回については、議論がされていないようであるけれども、これらの問題については所有権留保売買に関して議論があり（神崎・所有権留保売買とその展開・神法一四巻三号五四二頁以下、米倉・前掲論文・法協八二巻一号四六頁以下）、譲渡担保の場合にも、大略、同様に解することができると思われるのでとりあげることを省略する。

(イ)　まず、個々の物が集合から離脱して譲渡担保権の拘束を脱する時期が問題となる。処分権の範囲を逸脱して処分がなされた場合には、その処分は無効であり、処分された個々の物は譲渡担保権の拘束を脱しえない（処分の相手方は即時取得の保護を受けるに止まる）。それでは処分権の範囲内において処分がなされた場合に、処分された個々の物はいつ譲渡担保権の拘束を脱するのか。個々の物が集合から事実上離脱してはいないにせよ処分契約にもとづき所有権が移転した時か。あるいは、処分契約にもとづき所有権が移転しかつ事実上離脱した時か。それとも、処分契約にもとづき（所有権の移転の存否を問わず）事実上離脱した時か。当事者が契約によって右の時期を定めているならば、それによって右の時期が決定されると解してよい。当事者が契約によって右時期を定めなかった場合には、右時期はいつと解されるべきか。(1)

処分契約の無効、取消、解除により、所有権が処分の相手方に結局移転しない場合には、処分された個々の物に対して譲渡担保権が当然に及ぶのであろうか。処分された個々の物が集合から事実上離脱している場合には、個々の物が集合に事実上復帰してはじめて譲渡担保権の拘束に服するのであろうか。また、このような場合、設定者は個々の物を集合に事実上帰属させる義務を負うのであろうか。

個々の物が集合に加わって譲渡担保権の拘束を受けるに至る時期としては—当事者の特約がある場合は別として—個々の物が集合に事実上加わる時と解されるべきだと思われるけれども、他にどのような時期が考えられるであろうか。設定者が右の時期の到来を妨げることが考えられよう。そのようなことに対して譲渡担保権者は対策を持たないのであろうか。

(1) 個々の物が処分によって譲渡担保権の拘束を脱する時期如何という問題が存在することはすでに指摘されている（我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一五六頁）。その問題を考えてみたい。

(ロ) 次に、譲渡担保の目的物に第三者の所有物がふくまれている場合に、(1) 即時取得が問題となりうる。この問題に関連する問題として、周知のように、占有改定によって即時取得が成立しうるかという問題がある。しかしながら、このような議論について筆者は現在までのところとりたてて論じうる段階に至っていない。この問題については他日に譲りたいと思う。

即時取得の問題に関連して—結果的には集合物論を吟味することになるので、この個所が最適ともいえないが—次のことを述べておきたい。分析論の立場においては、即時取得が問題となりうる。というのは、この立場によれば個々の物が個別的に譲渡されるのであり、第三者の所有物についても個別的な譲渡が行なわれることに変わりはないからである。これに対し、集合物論の立場においては即時取得が問題になりうるのかどうか疑問を容れる余地がある。その理由はこうである。

集合物論（本章三(1)で略述したごとき）を採用するならば、譲渡担保の目的物中に第三者の所有物がふくまれている場合に、その第三者の所有物に譲渡担保権が及ぶのは譲渡担保権者が即時取得するからではないことになるだろう。

というのは、集合物論によれば、個々の物につき譲渡がなされるのではないから、第三者の所有物について、即時取得の成立要件であるところの、取得者と無権利者（または無権限者）間の取引行為が存在しないからである。一歩譲って、即時取得の成立要件である取引行為が存在するとしてもそのことの実益は大きくないであろう。というわけはこうである。集合物論によれば、個々の物は集合物に帰属する限り譲渡担保権に当然服するのである（この意味で個々の物は集合物の構成部分ともいえよう）から、第三者の所有物が集合物に帰属しているならば、即時取得の要件が充足されたか否か論ずることなく、当然に（譲渡担保権者が第三者の所有物であることを知っている場合にも）譲渡担保権の拘束に服する。かく解してこそ、集合物の一体性・統一性を主張する意義があるともいえる。

さて、集合物論によれば第三者の所有物にもそれが集合物に帰属している限り譲渡担保権が及ぶことになるとしても、同じく集合物論によれば個々の物はそれじたいとしての法的独立性を失なわないのであるから、第三者がその物についての所有権を失なうとは考えられない。というわけはこうである。集合物論はすでに本章三(1)で述べたように、個々の物が二面的性格を有するという考えのもとに、自己の所有物を自己の意思で担保に供した設定者といえどもその物についての所有権を失なわないと説く。この考え方によれば、設定者によって権利（権限）なくして自己の所有物を集合物に加えられた第三者が所有権を失なうと解することはできないであろう。第三者が所有権を失なわないとすれば、譲渡担保権と個々の物に対する第三者の所有権とはどのような関係に立つのか。ここでは論じることを避けるけれども、両者の調整如何が問題となることは想像に難くないであろう。

集合物論を徹底して、個々の物は（設定者の所有物であろうと第三者の所有物であろうと問わず）集合物の文字どおりの構成部分であると解することは許されないであろうか。もし許されるならば、個々の物は完全に集合物に吸収され、もはや独立の法的運命に従うことはなくなる。第三者はその所有物につき所有権を喪失する。この場合には譲

渡担保権と個々の物についての第三者の所有権との関係を調整する必要がない。

しかしながら、個々の物の経済的独立性を承認しつつ、あたかも個々の物が集合物に付合(民二四二条、二四三条)までもした(有形的一体化)かのごとき法的処理をすることは困難であろう。この意味で集合物論の徹底にも限度がある。

集合物に帰属する個々の物に当然に譲渡担保権が及ぶ場合は個々の物が設定者の所有物である場合に限る、設定者の所有物の集合のみについて集合物は成立するという考え方もありうる。この考え方によれば、譲渡担保の目的となった集合のうちにふくまれている第三者の所有物に譲渡担保権を及ぼさせるには、どのような方法があるのだろうか。第三者の所有物については個別譲渡がなされ、即時取得が成立する可能性があると考えるのであろうか。

(1) たとえば無効な売買契約にもとづき設定者が供給を受けたような場合。設定者が所有権留保売買により供給を受けることも考えうる。しかし、所有権留保売買が流動動産についてなされることは、わが国の場合には現在および将来も必ずしも期待されがたく、議論の実際的意味が乏しいと思われるので、所有権留保売主と譲渡担保権者と利害調整という問題をとりあげることを省略する。

(ハ) 次に、集合に個々の物が加えられることに関連して予めの占有改定が問題となる。すなわち、将来集合に加わる個々の物につき予め占有改定をとりきめることは許されるか、換言すれば、予め占有改定をとりきめておけば、将来個々の物が集合に加えられた場合にはその物につき当然に占有改定の効果が生じることになるのかという問題である。

集合物論を採用した場合には、この問題はさして難問とはいえない。この立場においては集合そのもの(「集合物」)が担保の目的物であり、譲渡担保契約によって集合物につき占有改定が成立すれば(譲渡担保権者は集合物につき間

接占有を取得する）後に集合物に加わる個々の物（個々の物は集合物に帰属する限り当然に、すでに対抗力を具備した集合物譲渡担保権に服する）について占有改定を問題にする必要がないからである。(1) ただし、このように解することができるからといって、集合物論を採用すれば、「予めの占有改定」を問題にする必要が文字どおりなくなるとはいえないのであり、この問題を検討する必要がやはりあるように思われる。このことについては本(ハ)末尾（第一点として述べる個所）で言及する。

分析論を採用した場合には予めの占有改定のとりきめは停止条件付占有改定契約としてなされうると解されえないか。このことがまさに問題なのである。すなわち、占有改定は直接占有者と間接占有者の間における物に対する事実的支配の関係を基礎づけるものである。ところで、事実的支配の関係を基礎づけるに当って、現に全く事実的支配が存在しないことは妨げになりはしないか。事実的支配が存在しないのに、意思表示のみで事実的支配の関係を基礎づけうるのかどうか。(2) 問題は民法第一八三条の解釈である。同条の解釈上、占有改定のとりきめがなされうるのは現に物が存在する場合（この場合には占有代理人たるべき者の事実的支配が現存する）にのみ限られるのかどうか。この問題を考察しなければならない。(3)

すぐ次に述べるように（次に述べる第二点）集合物論にせよ分析論にせよいずれの立場を採っても、「予めの占有改定」を問題にする必要がないとも筆者は考えるけれども、そのような考えを別にすれば、「予めの占有改定」という問題は、右にいういずれの立場を採るにせよ、とりあげられなければならない。

さて、次の二点を付記しておきたい。

第一点はこうである。集合物論を採用すれば、「予めの占有改定」をそもそも問題にする必要がないとはいえない。たとえば、譲渡担保契約において「冬物背広在庫品一切」を譲渡担保財産と定めたところ、その後に在庫品が変じて

「レインコート」となった（これは「代償物」といえよう）とする。譲渡担保権者が「レインコート在庫品」をも当然に担保物としたい場合には、「冬物背広在庫品一切」を譲渡担保にとるにさいして、将来の集合物（「レインコート在庫品一切」）につき譲渡担保を設定する旨を予めとりきめておかねばならない。もっとも、「冬物背広在庫品一切」と「レインコート在庫品一切」との間に同一性があると解することが許されるならば別である。しかし、いかなる場合にも同一性が承認されうるとは限るまい。従って、同一性がなくなり、代償物について担保が及ぶように予めとりきめておかねばならない場合も生じうるであろう（本章三(1)(ハ)注(1)参照）。譲渡担保契約上の譲渡担保財産である集合物との間に同一性のない集合物にも当然に譲渡担保権を及ぼさせるには、所有権移転、ならびに―対抗要件具備のために―占有改定を予めとりきめておかねばならない。ここにおいて、「予めの占有改定」が問題となる。集合物論を採用した場合にも、「予めの占有改定」という問題から完全に絶縁されるとはいえないことになる。

第二点はこうである。後述するように（さし当り本章 三 (4)(ロ)(b)(i)）、筆者によれば占有改定によって譲渡担保権者が間接占有を取得するかどうかが問題なのであって、筆者は、譲渡担保権者は占有改定によっては間接占有を取得しえないけれども、所有権取得につき第三者に対抗しうると解する。かような見解を採用する筆者の立場によれば「予めの占有改定」を論じる必要は、集合物論を採ろうと分析論を採ろうと、存しないことになる。

（1）我妻ほか六名・前掲座談会・金法二二九号一五頁（我妻発言）。長谷部・前掲論文・金法九六号九―一一頁、鈴木正和・前掲書一八九頁。

（2）我妻ほか六名・前掲座談会・金法二二九号一五頁（我妻発言）。鈴木正和・前掲書・一八九頁も、理由ははっきりしないけれども、おそらく、本文と同旨の理由により、停止条件付占有改定契約の効力を疑問視するものと思われる。

（3）田島・前掲論文・法学論叢三六巻一号三四頁以下はドイツ民法第八六八条の解釈として予めの占有改定契約の成立を承認する。同論文の同個所の論調によれば、日本民法第一八三条の解釈としても論者は同旨の結論を採用するとみられる。

(4)　第四に、処分権授与は譲渡担保ならびに間接占有の成立を妨げないかという問題をとりあげる。

(イ)　処分権の授与は譲渡担保契約の成立そのものを妨げないか、という問題からはじめよう。論点は次のとおりである。

譲渡担保権者が設定者に個々の物を処分する権利を与える場合にも、その態様には様々なものがありうる。諸々の態様のうちには、設定者が設定者の名において処分することを許容され、かつ、処分代金を譲渡担保権者に交付する義務を負わない場合もありうる（通常、設定者が設定者の名においてかつその計算において—設定者のために—処分するといわれる場合はこの場合に該当するであろう）。さらに、処分代金交付義務が存在しないに止まらず、処分された個々の物に相当する価値の物を補充する（処分の都度補充せよとまでは要求されないにせよ）義務も存在しない場合がありうるだろう。[1] このような場合、設定者は担保の目的物につきほとんど無制約な支配を有しているわけである。譲渡担保権者にとって、かかる譲渡担保契約ははなはだ危険である。というのは、一方譲渡担保権者が債権の弁済を受けることなく、他方担保価値が減少するという危険が大きいからである。担当価値減少の危険についてみれば、担保補充義務がない場合には、担保価値減少の危険が大きいことはもちろんであり、担保補充義務があるにしても、はたしてその義務が忠実に履行されるのかどうか保証は存しない。形式的に考えれば、このような危険を伴なった処分授権といえども、法の禁ずることではなく、許されるということができよう。しかし、問題はそれに止まらない。このような授権をなすことから（そのことじたいが許されることには別に問題がないにしても）次のような問題が生じてくる。すなわち、譲渡担保契約締結の意思（所有権譲渡・譲受の意思）を当事者（とくに譲渡担保権者）は真に有しているのか。[2] もとより、取引の必要上および担保目的物の性質上、危険を伴なった処分授権もなさないわけにはいかないであろう。しかし、このことは当面の問に対する答とはなりがたい。問題は、危険を伴なうにせよ、譲渡担

保の設定にはなお合理性があること、所有権譲渡にはそれを真に当事者が意図するだけの合理性があることを説明しうるか、ということである。

以上の叙述では分析論を念頭に置いてきたけれども、集合物論についても同様なことがあてはまるであろう。というのは、集合物について譲渡担保権を設定するにしても、成分である個々の物について処分をなす権利が設定者に与えられるからには、集合物の担保価値は設定者の自由な支配下にあって思うままに減少させられ、譲渡担保権者が担保価値を喪失する危険は常時存在するのであり、しかも、そのような危険は譲渡担保権者じしんの作為にもとづくからである。このような処分権の根拠を集合物についての設定者の利用権能と解することもできよう。そのような利用権能つき（個々の物を設定者の自由な支配に委ね、集合物の価値減少をも招くことにもなる）の譲渡担保の設定が当事者の真意に出るかどうか、出ると考えうるだけの合理性があるかどうか、が問題である。このような問題に対してはどのように答えるべきか。

譲渡担保契約の態様につき次のことが考えられる。すなわち、設定者に個々の物を設定者の名において処分をなすことを許した上で、処分代金を譲渡担保権者に交付する義務を課するものとそうでないもの、処分された担保価値に相当する担保価値の補充をなす義務を課するものとそうでないもの、これらの両極端の中間に譲渡担保権者の請求があれば設定者に右のような義務が発生する旨を定めるもの、これらの態様が考えられよう。一方、処分代金交付義務の存否、他方、処分された担保価値に相当する担保価値補充義務の存否、それらに関する中間的態様、これらの組み合わせのうち、どのような組み合わせが原則型と解されるべきか。

担保補充義務についてなお次のことが問題となりうる。処分された担保価値に相当する担保価値の補充義務を設定者は負わないにしても、その時々の債権額に応じた額（特約で額の大きさを定めればそれによる）の担保価値を維持

する義務（担保価値全体がそれに満たない場合には補充する義務）を設定者は負うのではあるまいか。このような義務は処分代金交付義務の存否にかかわりなく、存在するのではあるまいか。このような義務をも設定者に課さない譲渡担保契約があるとすれば、そのような契約については、当事者が契約締結の意思を有したかどうかが問題となりはしないか。

（1）谷川・商品の売買二二八頁掲載の契約書式、並木・代金回収の法律一二七頁掲載の契約書式参照。これらの書式が実際に採用されるかどうかは確言しえないけれども、採用される可能性は大きいであろう。これらの書式によれば、設定者は処分代金交付義務を負わず、また、処分した価値に相当する価値の物を補充する義務も負わない。この点に関する限り、設定者は担保物に対する自由な支配を許されているわけである。もっとも、設定者は完全に自由な支配を許されているのではなく、個別的な処分とは一応別にではあるが譲渡担保権者の請求により債務の弁済、または、追担保提供の義務が発生することにはなっている。

（2）植林・前掲論文・法学雑誌七巻一号一〇七頁参照。

(ロ)　次に間接占有の成否が問題となる。処分権の授与は譲渡担保権者が間接占有を取得することを妨げるのではないか。民法第一八三条によれば、占有代理人たるべき者が自己の占有物を爾後本人たるべき者（譲渡担保権者）のために占有すべき意思（占有代理意思）を表示することにより占有改定がなされる。ところで、占有改定により本人（譲渡担保権者）の間接占有が基礎づけられるには、占有代理関係が存在することを要するであろう。わが民法上、間接占有を基礎づける法律関係につき別段の制約は存しない。しかし、それだからといって占有代理意思さえ表示されれば間接占有が基礎づけられるとはいわれえず、占有代理関係（その法律上の態様を問わない）の存在を必要とすると解すべきである。譲渡担保権者と処分権を有する設定者との間には占有代理関係が存在するのであろうか。

(a)　設定者が担保物を設定者の名において設定者の計算において処分する権利を有する場合に、譲渡担保権者と設

定者の間に占有代理関係が成立しているといえるのか。占有代理関係とは、占有代理人（所持者）が本人の占有すべき権利にもとづいて物を所持するために、本人に物を返還すべき義務を負う関係（占有代理人の所持ないしは占有が本人の占有から派生する）である、と通常説明される。(1) 設定者が担保物について右のような処分権を与えられている場合には、両者の関係を賃貸借その他どのような関係として構成しても、設定者が担保物の返還義務を負うことになるのは、譲渡担保権の実行期が至りかつその時点において担保物が処分されずに設定者のもとに残っている場合に限られる。返還義務が発生するか否かは偶然によって左右されるといえよう。占有代理関係は、所持者が返還義務を負う可能性が存在しさえすれば成立するといってよいのか。この点について明確な説明は未だ見当らない。この点についての説明はさておき、当面考えられる限りでは、設定者が処分権を行使することを許され、譲渡担保権者がはたして返還請求権を有するに至るかどうか決定しがたい—加えて、当事者としても、処分までも許容する以上は担保物返還義務の発生をすくなくとも第一次的には考えていないであろう—というような関係においては、譲渡担保権者が設定者の所持を介して物に対して事実的支配を有しているとはいえないように思われる。筆者は、流動動産譲渡担保において譲渡担保権者が間接占有を取得する（従って間接占有取得により対抗力を得るに至る）と解することに疑問を抱く。

集合物論を採用すれば以上のような問題は生じない、分析論を採用するからこそ以上のような問題が生じるのだ、という主張がなされるかも知れない。まことにそのとおりであると一応いえよう。というのは、個々の物についての処分権が与えられてはいるものの担保物である集合物そのもの—これについて譲渡担保権者は占有改定により間接占有を取得している（個々の物を処分する権利はこれを集合物の利用権と解することができ、集合物についてのかかる利用関係は、その公示作用を考慮すれば占有改定の基礎をなすに十分な法律関係であると解しうる。(2)）—についての処分権は与えられておらず、従って担保物についての処分権授与が譲渡担保権者の間接占有取得を妨げるかどうかとい

う問題は生じえないからである。この点において、集合物論が分析論に対してすぐれていると一応いうことができよう。しかし、筆者は必らずしもそのようには考えない。そのわけは次に説くとおりである。

（1）我妻・物権法（民法講義Ⅱ）三二三頁、田中・代理占有（間接占有）・総合判例研究叢書民法(24)二二四―二二五頁。舟橋・物権法（法律学全集）二九三頁は通常なされる説明と表現を異にした説明を与えるけれども、結果においては差異をもたらすものではないとする。

（2）我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究Ⅳ一八八―一八九頁。

(b)　筆者は流動動産譲渡担保においてのみならず、そもそも特定動産譲渡担保においても、譲渡担保権者は占有改定によって間接占有を取得しえないと解する。かように解するならば、集合物論を採用しようと、分析論を採用しようと、譲渡担保権者が間接占有を取得しえないことにかわりはない。なお、本章では（とりわけ以下では）いわゆる占有改定による譲渡担保のみをもっぱら考察の対象とする。筆者は、指図による占有移転による譲渡担保においても譲渡担保権者は間接占有を取得しえないと解するけれども、本章ではその点についての説明を省略する。

譲渡担保において譲渡担保権者は間接占有を取得しえないと解することにつき、まずその根拠が、次に設定者の占有権原如何が問題となる。

(i)　根拠について説明することからはじめよう。根拠については次の二点を指摘することができる。

第一点は、占有代理関係が成立するかどうか疑わしい、ということである。すなわち、設定者の返還義務が発生するか否かは譲渡担保権の実行期到来という偶然生じる事情に依存する。また、このことに加えて、当事者としても、譲渡担保権の実行期の到来するまでの関係をどのような関係として法律構成しようとも、担保契約としての性質上債務弁済を第一の目的となし、担保物返還義務の発生を例外的にのみ欲している、考えている、と解することができ

よう。かりに抽象的返還義務（もし譲渡担保権の実行期が到来すれば、設定者は担保物を譲渡担保権者に引渡さねばならないという意味での抽象的な返還義務）が存在すると説明しても、返還義務が具体的に発生するかどうかが不確定であることに変わりなく、譲渡担保権者の担保物に対する関係にはなんらの変更も加えられない。抽象的返還義務が存在するとしても、それが具体化するか否か不確定であること、かつ、当事者が具体化をすくなくとも第一次的には欲していないと考えられることが問題なのである。以上のような状態（譲渡担保権者の担保物に対する関係）を考慮すれば、返還義務の存在ひいては占有代理関係の成立が疑わしく思われる。(1)(2)

(1) 所有権留保買主の期待権に関するドイツの学説がこの問題について示唆を与える（山崎・所有権留保売買買主の所有期待権の譲渡について(一)—留保買主の期待権(一)—法と政治一七巻四号一一八頁以下）。

(2) 所有権留保売買の場合、売主と、目的物を直接に占有している買主（処分権の存否を問わず）との間に占有代理関係が存在するのであろうか。この場合には、占有代理関係が存在しない、と筆者は考える。その理由は、本文で述べたと同様である。さらに、この場合には本来売買であり、返還ということよりも所有権・占有の究極的移転が第一次目的とされていることがそれだけつよいともいえる。筆者は、「流通過程における所有権留保(三)」において、この問題に関して不十分な説明をなしたことがある（法協八二巻二号三〇一頁注（5））。すなわち、そこでは、筆者は「…占有改定の場合に或いは問題とされうる返還関係が存しないからである。」と述べたに止まり、その意味が十分に説明されていない。その意味は、本注で先に述べたとおりであることをここで断わっておきたい。

第二点は譲渡担保権者に間接占有を取得させなければならない必要性が存しないということである。

間接占有を承認されることの最も大きな実益の一つは占有訴権が与えられるということであろう。ところで、譲渡担保権者に占有訴権が与えられなくても譲渡担保権者は所有権にもとづく物権的請求権を用いることによって十分に役割を代行させうる。その場合、譲渡担保権者による所有権取得の証明も困難ではなかろう。譲渡担保権者は設定者

から譲渡を受けたこと、ならびに、その当時設定者が物を占有しており所有権者としての推定（民一八八条）を受けたことを主張・立証すれば十分であり、そのことは困難なことではあるまい。

最も問題となるのは対抗要件である。いうまでもなく動産に関する物権変動の対抗要件は占有移転（引渡）である（民一七八条）。占有移転を伴なわない動産に関する物権変動は対抗力を具備しうるのか、これが問題である。筆者はこの問題に対して肯定すべきだと解する。その理由は次のとおりである。

民法は動産に関する物権変動を占有移転をもって公示することとし、そのような公示を伴なった物権変動に対抗力を付与している。このように民法は公示の方法として占有移転を定めたけれども、この方法による公示の実現にはさして期待を寄せておらず、実質上は公示を伴なわない物権変動にも対抗力が与えられているといって過言ではない。このことは、いわゆる観念的な占有移転が承認されていること、即時取得の制度が設けられていることから明らかである。(1)(2) 上述のように占有移転による公示に対する民法の期待が薄いこと、ならびに、動産に関する物権変動が公示されるためには（対抗力を付与されるためには）占有移転を必ずしも伴なわなければならないというつよい趣旨（公示方法限定主義を明示した）の規定も見当らないことを考えあわせれば、次のように考えることは許されないか。

民法が占有移転をもって対抗要件としていることの究極の目的は、公示を備えた物権変動に対抗力を付与することにある。究極のねらいは公示にある。ところで、民法は公示（それが実現されている場合に物権変動に対抗力が付与される）の方法として占有移転を定めているけれども、占有移転の存在に執着するとは解されえない。というのは、かりに執着しても完全な公示ができるとは考えられないのであり、また、すでに述べたところから、民法じしん占有移転が完全な公示方法であって、公示にとりぜひとも必要な方法である、あるいは、不十分な方法にせよ公示の方法としては（物権変動に対抗力を付与する方法としては）占有移転に限る、とは考えていないように推測されるからで

ある。

民法の究極のねらいが公示にある—また、くり返し述べたように、民法は公示の方法としては占有移転に限るとも考えていないようである—とすれば、占有移転を伴なわない物権変動であっても、それが民法が公示ありとして対抗力付与を承認する物権変動(売主が純粋に賃借・占有している—占有改定による所有権移転—がごとし)と同一の公示・外的表章を伴なっているならば、対抗力を付与されてしかるべきである。ここに至って次のことが問題となる。

譲渡担保権者が担保物を直接占有しない場合において、「民法が公示ありとして対抗力付与を承認している物権変動と同一の公示・外的表章を伴なっている」物権変動とはどのようなものか。

民法の定める占有改定方式、あるいは、指図による占有移転方式による譲渡担保の設定がこれに当ると考えうる。それ以上に進んで、要するに実質上、第三者にとって右の方式が採用された場合と同様な事実状態がつくり出されさえすれば、右にいう「同一の公示・外的表章を伴なっている」に該当するのかどうか(占有改定方式を採る場合については、適例が考えられないが、指図による占有移転方式を簡略化して直接占有者に指図をしないとしても、物権変動に対抗力が付与されるのかどうか)。そのような場合にも物権変動に対抗力が付与されうると解することは、現行民法上許されるであろうか。

右に述べた「同一の公示・外的表章を伴なっている」に該当する場合が占有改定方式、あるいは、指図による占有移転方式を採用する場合に限られるとひとまずしよう。当面、占有改定方式による場合のみを考えれば、譲渡担保契約において、設定者が爾後は譲渡担保権者のために直接占有する旨をとりきめるならば、譲渡担保権者は間接占有を取得しないけれども、所有権取得を第三者に対抗しうる。かようにして、実質上は、占有改定方式を採った場合、譲渡担保契約(有効な)により譲渡担保が設定されさえすれば、譲渡担保権者は対抗力を有するに至ることになる。(3) 設定

者に処分権が与えられている場合も、第三者からみて担保物が設定者の支配下にあることにはかわりはなく、民法が対抗力を承認する占有改定による所有権移転と公示・外的表章の点において本質的差異があるとは解されない。この場合にも譲渡担保権者は対抗力を承認されるべきである。なお、かくして譲渡担保権者が取得する対抗力がいわゆる占有改定によって取得される対抗力とその内容を同じくするか否かという問題も存在する。

以上述べてきたような立場（占有改定による譲渡担保の設定によって、譲渡担保権者は間接占有を取得しえない）を採用すれば、譲渡担保権者による間接占有取得に対する懸念（予め占有改定をとりきめうるかという懸念もふくめて）にもとづき流動動産譲渡担保の実用性に疑いを容れる可能性も消滅することになる。

（1）我妻・前掲書・三七頁、舟橋・前掲書・六六頁、注釈民法(6)三八九頁以下（徳本）、鈴木禄弥・物権法講義二五八頁。

（2）鈴木禄弥・前掲書・二六〇頁は、立法論として、対抗要件の規定を削除して取引安全は即時取得によって確保することが簡明であると論ずる。四宮・譲渡担保法要綱（改訂第二試案）解説(二)立教法学3・一九八頁も占有移転は公示方法として不十分であるとし、譲渡担保法の立法にさいしては、譲渡担保権の対抗要件として占有移転を採用しないとする。

（3）最高判昭和三〇年六月二日民集九巻七号八五五頁は、設定者が担保物を占有する譲渡担保においては、譲渡担保権者は（譲渡担保契約の成立により）当然に占有改定によって間接占有を取得するものと解するのが正当であるという趣旨を判示している。なにゆえに当然に間接占有を取得すると解することができるのかについては触れていない（四宮・前掲書・譲渡担保九八―九九頁参照）。

(ii)　最後の問題は設定者の占有権原（占有取得の根拠）は何かという問題である。

譲渡担保権者は担保物について占有（直接占有も間接占有も）を有しない。設定者のみが担保物について占有・占有権を有しているわけである。設定者が占有権を有しているということができるのは、設定者が担保物を所持してお

り、所持することによって、担保物を利用するなど事実上の利益を享受する意思がある者（民一八〇条）とみられるからである。ところで、問題はこうである。通常、譲渡担保権者と設定者の間には占有代理関係が存在すると説かれる。設定者の占有は譲渡担保権者の占有すべき権利から派生すると考えられているわけである。しかるに、譲渡担保権者は占有を有しなく（占有代理関係不存在）設定者のみが有するという立場を採用すれば、設定者の占有は派生的な占有ではないと説くことになる。すなわち、彼の占有は他人から派生した占有ではなく固有の占有であると解さざるをえない。

設定者が固有の占有を有するとしよう。それでは彼はどのような権原にもとづいて固有の占有をなしうるのか。設定者（所有権を移転しもはや占有権原を有していないと一応考えられる）は、譲渡担保権者によって譲渡担保契約にもとづいて、担保物の占有を許容され、また許容することをこれに対し請求する権利を取得するに至る。かような債権が設定者に固有の占有を与える権原たりうるのか。筆者は疑問を有する。譲渡担保権者と設定者との関係をみれば、一方、設定者は従前所有者として占有し、譲渡担保契約締結後も占有を続け、他方、譲渡担保権者は間接占有（直接占有も）を有しない。設定者は譲渡担保契約締結の前後を通じて固有の占有を続けていることになる。これを如何に説明するかということが問題である。設定者は譲渡担保設定により占有権原を全く失ない、次いで譲渡担保権者によって占有を（それも譲渡担保設定前と同じく固有の占有を）許容されると説明するに代えて、次のように説明することは許されないであろうか。

従来所有権にもとづいて占有していた設定者は譲渡担保設定によって目的物の占有権原を全く失ない、その後の占有はあらためて譲渡担保権者によって許容されるのではない。譲渡担保設定によって形式上所有権が譲渡担保権者に移転したにせよそのことによって設定者から占有権原が全く失なわれたのではなく、設定者は固有の占有をなす権原

を留保しており、かかる占有権原にもとづいて占有をなし、譲渡担保権の実行期が到来するまではこの占有を妨げないように譲渡担保権者に請求しうる権利を有する。設定者が譲渡担保権者に対して有する占有許容請求権は設定者に対し固有の占有を与える権原ではなく、設定者が固有の占有を与える権原にもとづいてなしている占有が譲渡担保権者によって妨げられることを防ぐ手段にすぎない。譲渡担保契約において譲渡担保権者が設定者に担保物の占有を許容する旨の条項が設けられていても、そのことは設定者が自己に留保している占有権原にもとづく占有を譲渡担保権者は妨げない義務を負うことを確認したものと解すべきである。

このように説明する方がより卒直でもあり、また、両当事者の目的とする実質的関係にもより即しているのではなかろうか。両当事者の目的とする実質的関係により即している、というわけはこうである。動産抵当においては設定者は固有の占有を与える権原（所有権）を抵当権設定の前後を通じて有して—そのような占有権原を設定者は抵当権設定後、抵当権者から許与されたのではなく、その前から有している—占有し、抵当権者は占有を有しておらず抵当権の実行期到来まで設定者の占有を妨げない義務を負う。譲渡担保契約の両当事者は実質的にはこのような関係をめざしていると筆者は解する。(1) このような実質的関係に即して両当事者の担保物についての占有関係を理解するとすれば、設定者は譲渡担保設定によって占有権原を全く失ない、次いで譲渡担保権者に対する占有許容請求権を取得し、これが設定者の占有権原となると説明するよりも、設定者は譲渡担保設定によっても固有の占有を与える権原を失なわず、その権原にもとづき占有すると説明する方が実質的関係により即していよう。

さて、何が設定者に固有の占有—譲渡担保権者から派生した占有でなく—を与える権原であるのか。譲渡担保契約締結前においてはそれは所有権であった。譲渡担保契約締結以後は所有権ではありえない。筆者は設定者に固有の占有を与える権原を期待権と解する。設定者は債務の弁済を停止条件として所有権を取得しうる地位にある者（期待権

者）と理解される。この期待権にもとづいて設定者は固有の占有を有すると解することが許されないだろうか。ここにおいて二個の問題がとりあげられねばならない。すなわち、第一に、期待権は占有権原たりうるのか、占有権原たりうることの実定法上の根拠は存在するのかどうか、第二に、期待権が占有権原たりうるとしても、期待権は賃借権が賃借人に派生的な占有を与える権原たりうるに止まるのとは異なって、期待権者に固有の占有を与える権原たりうるのかどうか。これらの二点のいずれに対しても肯定的な答を与えうるであろうか。肯定的な答を与えうる根拠は民法典のどの規定に求めることができるのか。民法第一二九条がその根拠たりえないかどうか。これらの問題が検討されなくてはならない。(2)

かくして、譲渡担保において譲渡担保権者の間接占有が成立するかどうかという問題について、筆者は、譲渡担保権者の間接占有は成立しない、譲渡担保権者は間接占有なくして所有権取得の対抗力を有する、設定者は期待権にもとづいて担保物を占有する、ということが許されるのではないかと考える。

（1） 占有に関しては動産抵当権者と譲渡担保権者とでは事情を異にする。すなわち、動産抵当（のみならず一般に抵当）においては、抵当権者は占有を有しないと解されまた彼は占有を必要としない。譲渡担保権者にしても占有を必要としないであろう。しかしながら、譲渡担保権者の場合には対抗力を具備するために占有を有する必要がある。筆者のように譲渡担保権者は占有を有しないけれども所有権移転につき対抗力を有すると解するならば、占有を有しないと解しても実害はなく、占有なくして対抗力を有するという点で譲渡担保権者は動産抵当権者（法定の公示方法―たとえば自動車抵当法五条一項―を具備した）と差異がないことになる。

（2） 所有権留保買主の期待権に関するドイツの議論がこの問題について示唆を与える（山崎・前掲論文・法と政治一七巻四号一二四頁参照）。

四

本稿がとりあげる問題は上述したとおりである。次の二点を述べ、本章を終わることにする。

(1) 第一に、参照する外国法について断わりを述べておかねばならない。本稿はわが国における流動動産譲渡担保

の問題をとり扱かう。その研究の途上において筆者が必要と認める場合には、—従ってあらゆる場合につきつねに、というわけではない—アメリカ法またはドイツ法、あるいは両法を参照することとした。筆者がこれらの二法を参照するわけは、流動動産の担保化が盛行している国としてアメリカおよびドイツを指摘することができると筆者が考えるからである。このことはおそらく誤りのないところであろう。さらに、こうもいえよう。筆者がこれらの二国が参照されるに値いすると考えることは、たんにこれらの二国において流動動産の担保化が盛行しているという事実にのみもとづくのではない。そのほかにも理由が見出されるのである。その理由とはこうである。流動動産の担保化の問題に関し、一方、最新の立法をもって対処している国アメリカ、(1)他方、判例・学説の努力によって長年対処してきた国ドイツ、(2)それぞれの法を参照することは、われわれの研究にとり最も適当なことだと思われるのである。アメリカ法およびドイツ法は、われわれがわが国の問題を考えるに当り参考としうるものを多くふくんでいるであろう。筆者が本稿においてこれらの法を参照するのは、以上のような理由にもとづく。ただし、本稿の目的はわが国における流動動産譲渡担保の問題の検討であり、アメリカ法・ドイツ法下の問題処理に関して資料を作成することではない。従って、これらの外国法に関する判例・文献を網羅的に収集・紹介することを筆者は行なうものではないことを念のために一言しておく。

(2)　第二に、叙述の順序について、断わりを述べておく。叙述の順序は本章三において問題（第一—第四）がとりあげられた順序を追う。各問題についての論点に関する叙述の順序は、これまた、本章三において展開された順序にほぼ対応する。ただし、各問題についての論点に関する叙述の順序については、便宜上、変更を加えることがある。

(1)　UCC. Art. 9 Secured Transactions. シャタック・曾野訳・日米動産担保法の比較的一断面［1966］アメリカ班 1. 参照。

(2)　この点についてはドイツ民法に関する教科書を一見すれば明らかであり、この個所で教科書その他の文献を列挙することを省略する。