HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	流動動産譲渡担保論一斑(三)
Author(s)	米倉, 明
Description	論説
Citation	北大法学論集, 18(4), 1-54
Issue Date	1968-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27866
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(4)_P1-54.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

流動動産譲渡担保論一斑 (三)

米倉明

第一章 序 説 (一八巻二号)
第二章 集合物論対分析論
一(4)まで (一八巻三号)
一(5)—二 (本号)
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

(5) 最後に、二個の問題を取扱う。それらの問題については、集合物論・分析論のいずれに依拠するかによって、同一結論に与える説明の巧拙如何という問題より以前の問題として、依拠する立場による実際上の差異を生じる可能性があり、このような可能性について考察の焦点が置かれねばならない。もっとも、そのうちの一つについては、実

務上の配慮がなされているために、このような可能性が現実化するに至らないようにはなっている。さて、二個の問題とは、流動動産譲渡担保が租税徴収上どのように取扱われるか、および、この種の譲渡担保は破産法上の否認権（破七二条）により否認されうるのかどうか、という問題である。前者については、これまでのところ、議論が若干なされてきた。[1] 後者については、筆者の知る限り、これまでのところ、議論がされていないようである。[2] そこで、以下においては、きわめて不十分であり誤りを犯しているのではないかと危惧しつつ、また、論及するべきであるにもかかわらず論及しない問題点もおそらくあると危惧しつつも、本稿のこの個所を借りて、これらの問題について筆者なりに検討を加えておきたい。[3]

（1）田中・前掲・別冊ジュリスト・銀行取引判例百選一三三頁、鈴木禄弥・前掲論文・二二九頁、我妻ほか六名・前掲座談会・金法二二九号一六頁（加藤発言）。これらの見解は、国税の法定納期限等後に加入した物についての譲渡担保権者の物的納税責任に関して、集合物論を採用してこの責任を否定するもの、あるいは、否定的な回答を導くには集合物論を採用することが有利であると説くものである。後述するような実務上の取扱いが未だなされない段階においてはそのように説くことも許されるけれども、後述するごとき実務上の取扱いがなされている現段階においては、そのように説くことは必ずしも当っていない。このことについては後に本文で言及する。

（2）わが国の文献についてそのようにいいうると思われるけれども、アメリカを別とすれば、ドイツについてもそのようにいいうるように思われる。Serick, a. a. O., Bd. II においては、以下の本文がこれからとりあげる問題は扱われておらず、そのような問題は同書 Bd. III において扱われる（例外はあり、Bd. II で言及する問題もある）もののようである（同書 Bd. II の序文参照）。なお、本稿の既述の部分において参照しえなかった Serick, a. a. O., Bd. II を筆者は近時参照しうるに至った――より早く参照し本章の既述の部分に関して参考に資することができなかったのは事務的な手続の故障に主たる原因があった。それはともかくとして――ので、今後はぜひとも参照してゆきたい。本章既述の部分については、同書 Bd. II は既述したこと以上の特記すべき説明を提出しておらない。もっとも、本章では説明を簡略にしている（本章の目的との関連において）ので、今後、必要に応じてより詳細な叙述をなす場合には、参考となるはずでてる。本章既述の部分が要求する程度の詳細さを前提にすれば、同書 Bd. II をあえて参照するまでもない。

(3) さらにいえば、破産法上の否認権についての問題と同様の問題は会社更生法第七八条の定める否認権についても存在するように思われる。本稿では、会社更生法上の否認権の問題について論及することを割愛した。今後の研究課題としたい。

(イ) 流動動産譲渡担保は租税の徴収上どのような待遇をうけるのか。まず、この問題から始めよう。

この問題については、国税徴収法第二四条（地方税法第一四条の一八にも同様の規定があるけれども、本稿では国税のみを考察の対象とすることにしたい）が問題になる。すなわち、同条によれば、設定者が国税を滞納した場合に譲渡担保権者は一定の要件の下に物的納税責任を負担させられることになっている（一項）。この物的納税責任は、「譲渡担保権者が国税の法定納期限等以前に譲渡担保財産となっている事実を、その財産の売却決定の前日までに、証明した場合には」課されえない。そして、この証明については、同法第一五条二項後段および三項（公正証書等によること、および、民法施行法第五条によって確定日付あるものとされる日に設定されたものとみなされること）が準用されるので（六項）、譲渡担保権者が物的納税責任を免れるためには、譲渡担保の設定につき公正証書等を用いて、かつ、設定された日とみなされるところの公正証書等の確定日付が法定納期限等以前であることを、売却決定の前日までに証明しなければならない。売却決定の前日までにこのような証明をなすことを、以下において、所定の要件を充足した証明（とくに法定納期限等以前の確定日付を取得することが問題となるであろう。以下もっぱらその点につき考える）をなす、と呼ぶ（あるいは、これと同旨の表現をとる）ことにしたい。

譲渡担保権者が所定の要件を充足した証明をなしえて物的納税責任を免れようとするには、譲渡担保設定につき法定納期限等以前に、公正証書等によって、確定日付を取得しておくことが必要となるであろう。譲渡担保設定の日に確定日付を取得しておくこと（設定そのものを公正証書によって行なったり、公証人の確定日付をとっておく）が最も望ましいであろう。法定納期限等が到来することは必ずしも予測しえないのであり、一旦それが到来した後に、そ

の到来以前の日に設定したことにつき確定日付を取得することは、すぐ次に述べるように、できないからである。譲渡担保の設定時点が法定納期限等後である場合、および、譲渡担保設定時点は法定納期限等以前であるが法定納期限等以前に確定日付を取得しえなかった場合には、公正証書等の日付を遡らせることはできないので、もはや法定納期限等以前の確定日付を取得しえないのであり、確定日付を取得しても（譲渡担保設定契約書に公証人役場において確定日付を付する場合のごとし）、その確定日付は法定納期限等後の日付であり、譲渡担保はその日付の日（法定納期限等後の日）に設定されたことになる（同法第一五条三項）。なお、実体上の担保設定の日と確定日付の日とが一致しない場合には、後者の日において設定されたことになるので両者の間に加入した物はすべて確定日付の日に加入したものとみなされることになる。

さて、かような規定の下において、次のようなことが考えられる。

譲渡担保設定契約締結時点が法定納期限等後とみなされる場合から始める。この場合としては、実体上の譲渡担保設定が法定納期限等後になされ、そして確定日付（それが法定納期限等後の日となることは先に述べた）を取得した場合、設定時点は法定納期限等以前であっても法定納期限等以前の確定日付を取得しえず、法定納期限等後の確定日付を取得したことにより、法定納期限等後に設定されたとみなされる場合が考えられる。これらの場合には、譲渡担保権者は同法第二四条の要件に従って（以下、このことにつき特には断わらない）物的納税責任を免れえない。集合物論・分析論いずれの立場を採用しても、この結論に変更をきたさない。

譲渡担保設定契約締結時点が法定納期限等後であって、そして、確定日付も取得していない場合についても、右と同様の結論になる。それでは、契約締結時点が法定納期限等以前であっても、その事実について譲渡担保権者が確定日付を取得しえなかった場合にはどのような結論になるか。譲渡担保権者が確定日付を取得して、その結果、法定納

期限等後に設定されたものとみなされる場合については、右において言及した。ここでは譲渡担保権者がおよそ確定日付を取得しない場合が問題となる。この場合にも、集合物論を採用しようと分析論を採用しようと、譲渡担保権者は物的納税責任を免れない。

ここで、次のことに注意しておきたい。集合物論を採用すれば、「集合物」についての譲渡担保設定契約締結の時点が法定納期限等以前であることについて所定の要件を充足した証明がなされるならば、以後加入する個々の物について譲渡担保権者は物的納税責任を免れる。というわけはこうである。個々の物は「集合物」の「部分」であり、加入時点を問わず、「集合物」譲渡担保に服する、個々の物についての譲渡担保は「集合物」について譲渡担保設定契約が締結された時点に設定されたものと解されうるからである。しかるに、分析論の場合には、個々の物についてはそれが集合に加入するさいに譲渡担保が設定されると考えられるので——この立場の下では、集合物論を採用した場合とは異なって、個々の物についての譲渡担保設定の時点を当初の譲渡担保契約締結の時点と解することができない——当初の譲渡担保設定契約が法定納期限等以前に締結されたことが所定の要件を備えて証明されたとしても、設定後に個々の物が現実に集合へ加入した時点が法定納期限等以前であるか、また、以前であることが証明されるかどうか（そしてその証明は所定の要件を備えてされるべきかそれとも他の方法によってでもよいのかも問題である）問題となる。個々の物についてそのような証明ができなければ、設定後に集合に加入した個々の物について譲渡担保権者は物的納税責任を免れないことになる。この点に関して、後述する国税徴収法基本通達第二四条の二十八が設定後に加入した個々の物についての譲渡担保設定時点を設定契約締結時にくり上げているので、譲渡担保設定契約が法定納期限等以前であることについて所定の要件を充足した証明がなされるならば、分析論を採っても、個々の物の加入が法定納期限等以前であることを証明することなくして譲渡担保権者は物的納税責任を免れうることになる。

譲渡担保設定契約締結の時点が法定納期限等以前であって、かつ、そのことが所定の要件を充足して証明される場合にはどのような問題が生じるか。このことについては右に述べたことからほぼ推察されるでもあろうけれども、以下まとめて述べておこう。

この場合の問題とは次のような問題である。

まず、法定納期限等以前に加入した物を問題としよう。集合物論によれば、かような物について譲渡担保権者は物的納税責任を負わない。法定納期限等以前に加入した物が問題なのであるから、分析論によっても結論は同じくなるといえるけれども、証明困難という問題が登場する。すなわち、加入する物について国税徴収法第二四条六項所定の要件を充足した証明をなしうるのかどうか、その実行可能性については疑問の余地があるように思われる。証明についていえば、分析論の立場に依拠して、個々の物の加入ごとにその物につき担保が設定されると解し、他方、物的納税責任が免除されるためには、所定の要件を充足して証明することを要すると法が定めていることを考えあわせるならば、加入する個々の物につき所定の要件を備えた証明をする（複数まとめてにせよ）ことを要すると解さざるをえない。さようなことは実行しがたいであろう。あるいは、そのような証明方法は当初の設定契約についてのみ具備されれば足り、物についてはそれが法定納期限等以前に加入したことを他のなんらかの方法で証明すれば足ると解しても、はたして物につきそのような証明がなされうるのか——証明するためには物の加入を正確に把握しなければならなくなるだろうが、そのことは実際上煩雑であり実行可能性が疑われよう——どうかが問題となる。また、物が法定納期限等以前に加入したことの証明資料が具備されたとしても、現に滞納処分が問題となっている物がその証明資料によって証明される物であることを立証しうるのか——立証されるには個々の物の加入、さらには離脱の状態が正確に把握され、問題の物件が終始留まっていたことを証明することが必要となる。問題は、個々の物の加入・離脱の状

態を正確に把握することが可能なのかどうかということである——どうかも問題であろう。

次に、法定納期限等後に加入した物を問題としよう。集合物論によれば、かような物については、譲渡担保権者は物的納税責任を負わない。すでに述べたように、この立場の下では、個々の物の加入の時点は当初の設定契約締結の時点と解されるからである。分析論によれば個々の物について譲渡担保がその加入の時点において設定されるのであるから、法定納期限等後に加入した物については、譲渡担保権者は物的納税責任を免れないことになる。

右において述べたように、分析論によれば、設定契約が法定納期限等以前に締結され、かつ、そのことが所定の要件を充足して証明されるとしても、譲渡担保権者は物的納税責任を負担させられる可能性が大きい。法定納期限等後に加入した物については、このことがとりわけあてはまる。集合物論を採るか、分析論を採るかという議論の実益はこのような場合における譲渡担保権者の物的納税責任について見出されるといえる。

ところで、右の点に関連して、国税徴収法基本通達に注意を払う必要がある。同基本通達第二四条の二十八は次のように規定する。

二十八 譲渡担保財産が集合物である場合において、その担保権設定後その集合物に加えられた財産については、集合物として同一性がある限り、当初の譲渡担保設定のための譲渡の時期をもって、その財産の譲渡担保財産となつた時として、この条第六項の規定を適用する取扱いとする。

このような規定によって国税徴収実務がとり行なわれるならば、分析論を採用したとしても、譲渡担保権者は安泰である。というのは、当初の設定契約締結の時点が法定納期限等以前であることが所定の要件を充足して証明されさえすれば、個々の物についての譲渡担保設定の時点が法定納期限等以前か後かを問わず、また、その証明如何ということを問題としないで、譲渡担保権者は物的納税責任を免れることになるからである。

基本通達第二四条の二十八に対しては、集合物論からも分析論からも次に述べるような説明を与えることができる。すなわち、集合物論によれば、かような規定は当然の事柄を確認したにすぎない、この規定は徴税当局が集合物論を承認していることを表明するものでもある、ということになるであろう。これに対して、分析論によれば、次のように論じることになるであろう。すなわち、このような取扱いは、譲渡担保設定契約締結の時点が法定納期限等以前であって、かつ、そのことが所定の要件を備えて証明されるという前提の下で、法定納期限等以前に加入した個々の物について加入時点が法定納期限等以前であることが証明されない場合、あるいは、個々の物が法定納期限等後に加入した場合について意味がある。右のような規定が設けられることによって、本来ならば譲渡担保権者が物的納税責任を負担させられるはずの場合にも、それが免れさせられるのである。しかるに、設定契約締結時点が法定納期限等後とみなされる場合（締結時点が法定納期限等後であって確定日付を取得した場合、締結時点は法定納期限等以前であるが法定納期限等後の確定日付を取得した場合）、設定契約締結時点が法定納期限等後で確定日付を取得しない場合、締結時点が法定納期限等以前であって、確定日付（法定納期限等以前のものにせよ後のものにせよ）による証明がない場合については、物的納税責任は免除されえず、また、この基本通達によって担保設定の時点を当初の担保設定の時点として扱うとしても、譲渡担保権者が物的納税責任を免除されないことに変りはない。意味のある場合について、右のような規定を設けて物的納税責任を免れしめるのはなぜか。そのような処置は、経済的統一性ある集合（右の規定で「集合物」とあるのはかような意味に解さなくてはならない）の価値を把握しようとする当事者の意図——法定納期限等以前に生じ、かつ、そのことが所定の要件までをも充足して証明された意図——が、後に出現する法定納期限等のためにくじかれることを阻止したい、徴税当局としては租税徴収を何にもまして優先させたいところであるけれども、担保設定契約が時間的に法定納期限等に後れず、しかもその存在および主張が厳格な所定要件

を充足してなされている場合には、当事者の意図を尊重し（このような狭い範囲においてのみ当事者の意図を尊重するということについては批判の余地もあろう。しかし、そのような問題をここではとり上げない）、租税債権の介入を控えることにしよう、という政策的配慮に出るものであり、かような配慮の結果、特に通達をもって国税徴収の関係においては譲渡担保財産となった時点（設定の時点）をくり上げることにしたと解される。

ところで、基本通達のこの規定は、分析論を前提にすることをそもそも許すのであろうか。この規定があくまでも分析論を前提とし、分析論のもたらす欠陥をカバーするための特別の取扱いを定めた規定であると解するよりも、むしろ、この規定は集合物論からスタートした当然の規定であると解するのが卒直な考え方であろう。というわけは、こうである。基本通達第二四条の十二には、国税徴収法第二四条第三項により滞納処分ができる譲渡担保財産の範囲が掲げられている。それは次のとおりである。

十二　この条（国税徴収法第二四条のこと―筆者）第三項の規定により滞納処分ができる譲渡担保財産の範囲は、おおむね、次に掲げるとおりとする。

……

(2)　企業用動産等を一括して譲渡担保とした場合においては、集合物としての同一性のある限り、その譲渡担保権の設定後その集合物に加えられたもの（昭和三〇・一二・六　大阪地判）

（判決要旨）　構成物のたえず変動する在庫商品を一括して譲渡担保の目的とした場合には、個々の商品を離れた一個の集合物として一個の所有権を移転したものと解すべきであり、したがって在庫商品を構成する物であると認められるかぎり、契約当初から在庫商品を構成していたかどうかには関係はなく譲渡担保の拘束を受ける。（昭和三〇・一二・六　大阪地判・下民集六巻一二五九頁）

右の規定について注意すべきことは、集合物論を展開した大阪地裁判決（昭和三〇年一二月六日下民六巻一二号二五五九頁）がなんら別段のコメントなしに援用されていることである。かような事態から考えると、基本通達は集合

物論を前提とすると解する方が無理がすくないように思われる。

しかしながら、右の点についての議論は以上で終るわけではない。さらに、基本通達第二四条の二十八の（注）について考察しなければならない。この（注）は、いわく、

> 譲渡担保設定後その集合物に新たに財産が加えられたため、その譲渡担保財産の価額が、当初の譲渡担保財産の価額をこえる場合には、そのこえている部分に相当する財産については、国税との関係では、譲渡担保を新たに設定したものとして取り扱う。

この（注）の趣旨は、基本通達第二四条の二十八によれば加入する個々の物についての譲渡担保はその加入の時ごとに新たに設定されるのではなくて当初の担保設定の時から設定されていることになるけれども、「そのこえている部分に相当する財産」（以下、超過分という）については譲渡担保がその加入の時に（つまり譲渡担保契約締結の後に）新たに設定されたものとして処理する、ということであろう。この（注）の趣旨は、徴税上超過分は当初の譲渡担保契約によってカバーされない財産であると考え、それについてはその加入の時に別個に譲渡担保が設定されたと考えるところにあるといってよかろう。かような処理をする目的は、取引通念上は集合物の同一性が失われていない場合でも——従って基本通達第二四条の二十八の適用を受けるはずであるが——超過分がある限りはその部分を徴税責任の対象にしようということにあるのであろう。徴税上のこのような方策に対しては、もとより、批判の余地があろう。しかし、その批判をすることは本稿の目的なのではない。本稿の当面の目的は、流動動産譲渡担保が租税徴収上どのような待遇を受けているか、そして、その待遇は集合物論・分析論のいずれの立場によって説明されうるか、ということを検討することにある。従って、ここでは、徴税上の右のような方策についてあえて批評をくだすことをさし控えることにする。

当面の問題は、この（注）が集合物論・分析論のいずれによって説明されうるか、ということである。筆者によれば、この（注）の存在意義は、法定納期限等以前に譲渡担保設定契約が締結され（そのことが所定の要件を充足して証明され）、かつ、個々の物の加入により譲渡担保財産の価額が当初の譲渡担保財産の価額を、法定納期限等より後にこえるに至る場合である。この場合は、本来、基本通達第二四条の二十八により、譲渡担保設定の時点がくり上げられ、その結果、超過分についても物的納税責任が問われないはずであるが、この（注）により、超過分についての譲渡担保設定時点を法定納期限等後に止め、その部分を徴税責任の対象とすることになる。ところで、設定契約締結時点が法定納期限等より後とみなされる場合、締結時点が法定納期限等後であって確定日付を取得していない場合、締結時点が法定納期限等以前であって確定日付を取得していない場合、および、締結時点が法定納期限等以前である（そのことが所定の要件を充足して証明される）けれども、超過分を生じた時点が法定納期限等以前である場合、これらの場合については、この（注）の存在意義は乏しい。というわけはこうである。

初めの三個の場合には超過分がいつ生じようと――このような（注）がなく基本通達第二四条の二十八によって処理しても――個々の物はすべて集合物論・分析論を問わず、物的納税責任の対象となると考えられる。

最後の場合には、超過分について新たに譲渡担保が設定されたとして扱うにしても、その設定時点は法定納期限等以前（設定時点をこの（注）によって止め置くにしても）であるから、結局、右部分に相当する財産は、集合物論・分析論を問わず、物的納税責任の対象外におかれることになる。しかし、この場合については、一応以上のようにいうことができるけれども、設定時点をこの（注）によってくり上げないことにしたことが全く無意味とはいえない。むしろ意味があるというべきかも知れない。というわけはこうである。右にいう超過分が法定納期限等以前に加入したことを譲渡担保権者が証明することが問題である。この証明は「譲渡担保を新たに設定したものとして取り扱う」

と規定されていること、および、国税徴収法第二四条六項において、物的納税責任が免除されるためには譲渡担保を法定納期限等以前に設定したことを所定の要件を備えて譲渡担保権者が証明することを要すると規定されていることから考えるならば、所定の要件を充足することを要するであろう。かような証明をなすことはおそらく困難であろう。設定契約締結時点についてのみ所定要件を備えた証明をなすことを要し、設定契約締結後加入した物についてはこのような証明をなすことまでは要しなく、なんらかの資料によって証明すれば足る（そして売却決定の前日までに証明することも不要と解する）とかりに考えるとしても、そのような資料を整備することもまた困難であろう。また、滞納処分が問題となっている物が証明される物と同一物であることを証明することも――物の出入がある場合には――困難であろう。当初の譲渡担保財産がある場合（法定納期限等以前に設定されたことが所定の要件を充足して証明されるとする）に、新しく入庫（五〇万円相当分）したとする。この入庫分につき法定納期限等以前に担保の設定があったことが証明され、かつ、この入庫後において物の出入が全くなかったことが譲渡担保権者によって証明されれば、譲渡担保権者は物的納税責任を免れることになろう。このような（あまりないと思われる）場合を別として、通常は、滞納処分が問題となっているところの超過分について法定納期限等以前に加入したという証明がなされて、それが物的納税責任の対象外に置かれるに至ることは、おそらく、ないであろう。結局、当面問題としている場合には、譲渡担保権者は物的納税責任を免れないことになろう。この（注）が設けられたために、本来、基本通達第二四条の二十八によって加入時点の証明がなされないでも物的納税責任の対象外とされた物が、事実上、対象とされることになる。

さて、上述したところによりこの(注)の存在意義があると考えられる場合、すなわち、設定契約締結時点が法定納期限等以前であることが所定の要件を充足して証明された場合（超過分が法定納期限等以前に加入しようと後に加入し

ようと問わない）について考えよう。この(注)については、(イ)集合物論→(ロ)基本通達第二四条の二十八は集合物論より生じる結論の確認→(ハ)徴税上の配慮からとくにこの(注)が設けられた、と解するべきか、それとも(イ)′分析論→(ロ)′基本通達第二四条の二十八は分析論の帰結を(担保設定時点をくり上げることにより)修正するためにとくに設けられた→(ハ)′徴税上の配慮からこの（注）により再び分析論へ戻った、と解するべきであるのか。いずれと解するにしても完全には立場を貫くことはできないように思われる。すなわち、(イ)—(ロ)—(ハ)の系列は、集合物論→集合物論の確認→分析論（この（注）では「新たに設定したものとして取り扱かう」とされる——個々の物が加入した時点において——これは分析論的考え方であろう）と変転し、(イ)′—(ロ)′—(ハ)′の系列は、分析論→分析論の修正（個々の物が客体であることに変更を加えないでそれについての担保設定時点のみをくり上げた）→分析論、というように変転する。基本通達が集合物論を前提としていると断言しうるのか、それとも、分析論を前提としているのか、いずれであるのかを右のような系列からは決定することができない。先に、基本通達第二四条の十二を根拠にして、基本通達は集合物論を前提としていると解するべきだと述べたけれども、ここに至って、基本通達は分析論を前提としていると解することもできなくはないように思われる。そして、さらにこうもいえよう。すなわち、基本通達第二四条の十二そのものが分析論を前提としても理解しうるのである。というのは、物の集合が「集合物」として把握されようと、あるいは、分析論的に把握されようと、この基本通達が設定後に加入した物も滞納処分の対象である譲渡担保財産にふくまれると定めることを理解するのに妨げとはならないからである。「集合物」として把握すればもちろん、分析論的に把握しても、設定後に加入した物も譲渡担保物であることに変りはなく、そのような物はすべて国税徴収法第二四条三項の要件に従い、滞納処分の対象となる（滞納処分をなしても、同条六項により国税徴収ができなくなることがあるのは別論である）と考えられるからである。この基本通達が昭和三〇年一二月六日の大阪地

裁判決を援用していることは基本通達による集合物論の採用を示すものかどうか必ずしもはっきりしない。この判決は別段のコメントもなく援用されていることでもあり、また、集合物論・分析論いずれの立場を採用しても、設定後加入した物は滞納処分の対象となりうるのであって、集合物論を採用しなければそのような結論を導きえないことはないからでもある。右判決援用の趣旨は、基本通達としては分析論を採用するけれども、集合物論という立場もあり、かつ、それが下級裁判所によって採用されたことがあることを参考までに指示することにある、と解することもできなくはない。(1)

ところで、基本通達（すなわち、流動動産譲渡担保の徴税実務上の処理方法）が集合物論・分析論のいずれを前提とするか、というこれまでなしてきた議論には実益がない。譲渡担保設定契約締結時点が法定納期限等後とみなされる場合、設定契約締結時点が法定納期限等以前であって、確定日付を具備しない場合については、いずれの立場を採用しようとも、譲渡担保権者は物的納税責任を免れえない。譲渡担保設定契約締結時点が法定納期限等以前であることにつき所定の要件を充足した証明がなされる場合についても、いずれの立場に依拠しようとも、結果において変りはない。すなわち、この場合には、譲渡担保権者は物的納税責任を――全く負担しないとはいえないが（基本通達第二四条の二十八の（注））――負担しないのである。かようにして、基本通達がいずれの立場を採用しているかについて論じる益はないといってよいであろう。以上において、やや長く議論をしたわけは、国税徴収法ならびに同基本通達が二つの立場のいずれを前提とするかについて必らずしも断言しえないことを述べたかったことによる。(2)

（1）この判決の取扱った事件では、原告が内容の変動する在庫商品一切を担保のために譲渡するという契約にもとづき被告に対して物件（以下本件物件という）引渡を請求したところ、被告側が右契約によっては目的物件が特定されえないから右契約にもとづ

き本件物件の所有権が原告に移転する由がないとして拒絶したのである。この判決は集合物論により被告の主張を斥けて原告の請求を認容した。譲渡担保の客体は集合物として特定しているのであって、個々の物件は譲渡担保契約締結時から在庫しようと後に入庫しようと問わず、譲渡担保権に服するというわけである。本件物件が譲渡担保契約締結時においてすでに在庫商品（倉庫は一個）を構成しており、かつ、その後もひきつづいて在庫していたこと（このことは裁判所によって認定されている—下民六巻一二号二五六七頁参照）に着眼すれば、より一そう保守的な根拠づけによって同一の結論を導くこともできたであろう。すなわち、被告側の主張にもかかわらず、すくなくとも譲渡担保契約締結当時入庫している物件は特定されうるのであって、そのような物件については譲渡担保が設定されうる解しうる。かように解するならば本件物件について原告は譲渡担保権を取得したことになる。被告に処分権が与えられていることとの関連において、本件物件は処分を解除条件として担保のために譲渡されたと説明されることになろう。この判決はかような説明の仕方—各物件ごとに個別的に所有権が譲渡されそれを解除条件付所有権移転として説明する—を、それがあまりに技巧的であり、当事者の意思にもそぐわないという理由で却け、大胆に集合物論を採用したのである。この事件に即してみた場合に、集合物論をもち出すことは本件物件について原告の権利を容認する上での説明方法の差を生じるにすぎないのであり、また、この判決の展開する集合物論からも集合物論のもたらす実際的効用はどのような場合に発揮されるのかが明らかにされていない（もっとも、本件そのものの解決としては、そのような点まで判決文中において議論する必要はないとも思われる）。ともかく、下級審判決とはいうものの、この判決によって集合物論は一つの支柱をえたことになり、この意義は過小評価しえない。

(2) 流動動産譲渡担保はドイツ、アメリカの各租税法制の下でどのような待遇を受けているか、この点については資料が不足なために以下のごとき程度のことを述べうるに止まる。

まず、ドイツをとりあげよう。Reichsabgabenordnung 第三二八条によれば、設定者に対する租税債権にもとづいて国庫が譲渡担保財産に対し強制執行を行なった場合に、第三者（譲渡担保権者）は、自己が譲渡を妨げる権利（ein die Veräußerung hinderndes Recht）を有することを主張して、強制執行に対し異議の訴を提起しうる（同条一項一文）。この場合、「譲渡を妨げる権利」とはどのような権利かということは民法により決定されるものとされるのである（同条一項三文）。そして、譲渡担保権者の有する所有権は「譲渡を妨げる権利」に該当すると解されている。RG, 9. 4. 1929, RGZ 124, 73 [74-75]; Metz-Lenski-Lierow, Das Deutsche Steuerrecht, Bd. I, (in Loseblattform), SS. 225-226, Paulus, Die Behelfe des Sicherungseigentümers gegen den Vollstreckungszugriff, ZZP 64 (1950-51), 169 [175], Pendele, Das Steuerrecht der Abgabenordnung, 5 Aufl. (1956), SS. 197-198, Bühler, Steuerrecht, Bd. I, 2 Aufl. (1953), S. 403. なお、留保所有権につき同旨、Serick, a. a. O., Bd. I, § 16 III 1 参照。このことは

特定動産の譲渡担保のみならず、流動動産譲渡担保にもあてはまることであろう。かような見解に従えば、譲渡担保権者は設定者の租税滞納により租税債権の攻撃を受けないで済むことになる。わが国の国税徴収法（第二四条）の方が譲渡担保権者にとっては脅威だといえよう。なお、Steueranpassungsgesetz においては、経済的な考察にもとづき、譲渡担保財産は設定者に属すると定められている（同法第一一条一号）。（中川・ドイツ税法調整法の研究(五)・税法学四八号一頁以下）。租税賦課という目的から、譲渡担保財産が、一定要件の下に、法形式上の所有者ではない者に帰属するものとして扱われるわけである（同法第一一条は、譲渡担保以外の場合についても、同様の扱いをすべき場合を定めている）。譲渡担保財産が設定者の財産として扱われるのは（同法第一一条の他の場合についてもしかり）、徴収手続においてではなく、租税額の決定にさいしてであると解されており、従って、先述した譲渡担保権者の異議訴権に影響を与えるものではない。World Tax Series, Germany, (1963), 1/5, 4a, 1/5, 4b, Scholz, Das Recht der Kreditsicherung, 3 Aufl. (1965), Rn. 267, Bühler, a. a. O., Bd. I, S. 163, Paulus, a. a. O., ZZP 64, 169 [173], なお、Mutz, Rechtliches oder wirtschaftliches Eigentums ?, NJW 63, 513 [514] および Serick, a. a. O., Bd. I, § 16 III 1 参照。

流動動産譲渡担保と実際上関係を有するかどうか疑問であるけれども、ついでに次のことを述べておこう。租税義務について、物的納税責任が定められている場合もある。関税倉庫 (Zollgutlager, Zollaufschublager) に入庫している物品 (Ware) および消費税の対象になる製品 (Erzeugnis) は、その所有権がなにびとに帰属していようと問わず（租税債務者以外の者に帰属していても）、それらの物をベースとして計算された租税額について責任の客体となる。Serick, a. a. O., Bd. II, § 22 III 2, Scholz, a. a. O., Rn. 267, Metz-Lenski-Lierow, a. a. O., Bd. I, § 62, Pendele, a. a. O., SS. 95-96. Bühler, a.a. O., Bd. I, S. 218.

次にアメリカ法の場合について言及しよう。連邦租税先取特権 (federal tax lien) は公示・登記されない限り、抵当権者・質権者・取得者・判決債権者に対しては有効ではない (Internal Revenue Code of 1954, § 6323) のであり、UCC の規定する担保権が旧来の担保権（抵当権・質権のごとし）と質的に差のないものと考えられる限り（そしてそのように考えてよいと思われる — UCC. §§ 1-201 (37), 9-102(2) を参照）担保権者は貸付をするに当って連邦租税先取特権が公示・登記されていないことを知れば安心である。Coogan and Mansfield, Federal Tax Lien and the Uniform Commercial Code, 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1251 [1254-1256, 1265], (1963). しかし、流動動産担保についてはそのように簡単にはいかない。というわけは、連邦最高裁判所は連邦租税先取特権と担保権とが競合する場合において、担保権が choate でなければ、その担保権は連邦租税先取特権に劣後する、という見解を採っているからである (choateness doctrine)。choate とは特定・確定と訳すべきであろう。この choateness という要請は、すくなくとも、担保権者について（このことは通常問題となるまい）、被担保債権の額について、担保物

について、提示される。Illinois v. Campbell, 329 US 362 [375] (1946), Coogan and Mansfield, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1251 [1256]. ここでは担保物についての choateness のみをとり上げておく。通常の抵当権のごとく終始同一の目的物を客体とする担保権についてはこのことは問題にならない。流動動産担保の場合に必らずみられるといえる爾後取得財産条項を伴なった担保権についてはこのことが問題になりうる。このような条項によっては担保物が特定されない (inchoate) と裁判所によって考えられる可能性がある。Gilmore, op. cit., vol. II, p. 1072, Coogan and Mansfield, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1251 [1256-1257, 1258-1260] (1963), Illinois v. Campbell, 329 US. 362 [375-376] (1946), なお、United States v. Ball Construction Co., 355 US 587 (1958). を参照。判例の分析については右に引用したギルモアの文献に詳しい。さて、連邦租税先取特権が担保権に優先するとして、その優先権の対象となる目的物はいかなる範囲のものか。この点についてギルモアによれば、連邦先取特権は連邦租税債権が賦課 (attach) された後に取得された担保物について担保権に優先すると判例はこれまでのところ考えているようである。Gilmore, op. cit., vol. II, pp. 1072-1073. なお、Internal Revenue Code of 1954. は Federal Tax Lien Act (Pullic Law 89-719, Nov. 2.1966) によって修正され、租税先取特権が公示・登記された後でも、なおその後、一定期間内に成立した担保権を保護しようというものである。Young, Priority of the Federal Tax Lien, 34 Chicago L. Rev. 723 (1967).

租税先取特権と私的担保権との競合、優劣という問題は、アメリカにおいても比較的近時になって盛んにとり上げられるに至ったのであり、未だ議論も十分尽くされてはいないといえるようである。当面の段階では、わが国の問題処理について参考になるものとして特記するものは見出せない。租税債権にも公示が要求されるという点は参考となる点と思われるけれども、それは流動動産担保権と租税債権の優劣の問題にのみ限られないことである。文献として次のものを挙げておく。Coogan, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Seured Transactions, 671 [720] (1963), Coogan, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 71 [86] (1963), Coogan, op. cit., 1 Coogan, Haganand Vagts, Secured Transactions, 161 [206-207] (1963), World Tax Series, United States, 1963, 1/2.2, 13/8.1 ブラウカー・道田・前掲書、六五六頁以下。須貝・米国連邦の租税優先権、税法学八六号一頁以下佐上・租税優先権の沿革と外国制度、法時二九巻九号四五頁以下。

(ロ) 流動動産譲渡担保は破産法上の否認権（破七二条）とどのような関係に立つのか、これが次の問題である。破産法上の否認権を問題とするついでに、関連のある問題として、詐害行為取消権（民四二四条）についても触れ

ておかねばなるまい。ここで先にこの問題について触れておこう。

まず、すでに財産状態が悪化していて流動動産譲渡担保を設定することによって無資力となるような事態にある者が譲渡担保を設定する場合をとりあげる。このような場合としては次のような場合が考えられる。すなわち、(1)設定者が新たに資金を既存債権者からにせよ新債権者からにせよ借用し、そのさい同時に新たな貸金債権を担保するために譲渡担保設定契約を締結し、その契約上の義務の履行として設定する場合、あるいは、資金を新たに借用することなく既存の債権者との間に新たに担保設定契約を締結し、その契約上の義務の履行として設定する場合（既存債権者から新たに資金を借用するとともに、新旧両債権をあわせて担保するために担保を供与する場合は、上述した二つの場合の混合形態と解しうるであろう）、(2)設定者が新たに資金を借用することなく、予め締結されていた譲渡担保設定契約にもとづき、その契約上の義務の履行として、設定者の財産状態が当面問題としているほど悪化している事態の下においてはじめて担保が設定され、以後流動動産譲渡担保が継続する場合、(3)設定者が新たに資金を借用することなく、また、義務なくして、既存債権者の一人の要求に応じてこれに対して直ちに担保を設定する場合もあるであろう。これらの場合について筆者は次のように考える。設定者が新たに資金を借用して（右(1)の前半の場合）、譲渡担保を、被担保債権額を常時超過する価値を有するような在庫品につき設定（実際上は、在庫品が被担保債権額に相当する、もしくは、それ以上の価値を有するように設定者は明示・黙示に義務づけられていると解されるであろう）した場合（この場合には設定者の一般財産の計数上の変化はない）にも、詐害行為の成立する可能性が大きい。というのは、在庫品が相当な価値の金銭に変じようとも、そのことは――動産がそれ以上に費消されやすい金銭に変じることによって（その金銭が事実上設定者の手元に残っていれば別として）――設定者の一般財産の事実上の担保力を減退させることだか

らである。なお、譲渡担保においては、債務弁済によって所有権が設定者に復帰することもあり、この点で純粋の売買と異なるけれども、一応所有権が移転するので、一般債権者の立場よりすれば、あたかも売買が行なわれ、一般担保が減少したことと同視してもよいであろう。右(1)の後半、(2)(3)の場合のごとく、在庫品が直接金銭に変じるとはいえず、もっぱら相当な価値の債権を担保するために供与される場合にも、共同担保が減少させられ、他の債権者がその債権の満足を受ける可能性が減退させられることになるので、この場合にも詐害行為が成立すると解されうる。(1)

詐害行為取消権が成立するためには、設定者ならびに受益者（譲渡担保権者）について、主観的要件が問題となる。主観的要件については次のようなことが考えられる。

設定者の善意悪意についてまず考える。集合物論によれば、当初の設定の時に設定者が善意でありさえするならば後に悪意となっても詐害行為取消権は成立しえない。これとは逆に設定者が当初から悪意であれば後に善意となっても（このようなことが実際上生じるとはおそらく考えられない）終始詐害行為取消権の（設定者についての）主観的要件が充足される。分析論によれば、設定者が当初善意であっても後に物が加入してきた場合に悪意になるならば、その時点から詐害行為取消権の主観的要件が充足されることになる。設定者が当初から悪意であれば、後に善意となることはおそらく考えられないので、終始詐害行害取消権の主観的要件が充足されることになる。かようにして、集合物論に依拠するか分析論に依拠するかによって差が生じうるように考えられるけれども、そのようなことは、右にも述べたように、当初善意であったのが悪意に変る場合にのみ限られることになるだろう。

今、設定者に詐害行為取消権成立の主観的要件が具備されたとする。問題は、譲渡担保権者についての主観的要件（悪意）である。これについては次のようなことが考えられる。集合物論によれば、当初の設定の時、譲渡担保権者

が善意であれば以後物が加入した時に悪意となっても譲渡担保権者についての詐害行為取消権の主観的要件は充足されない。当初の設定の時に譲渡担保権者が悪意ならば、譲渡担保権者についての詐害行為取消権の主観的要件が充足される。分析論によれば、譲渡担保権者が当初善意であっても、後に物が加入してきた時に悪意であれば、後に加入してきた物については詐害行為取消権の主観的要件が充足されることになる。設定者が一債権者のみを優遇する意思の下に流動動産譲渡担保を設定し、そのさいに、他に債権者があることを秘し、また財産状態が良好でもあるような外見を示してそのように譲渡担保権者をして信じこませ譲渡担保を継続していたところ、まもなく、譲渡担保をとることによって自己一人が優遇されていることを譲渡担保権者が知るに至ったというような場合である。この点は集合物論に依拠した場合のように簡明なそして譲渡担保権者に有利な解決がえられない。譲渡担保権者が当初悪意ならば――後に善意となることはおそらく考えられないので――終始詐害行為取消権の主観的要件が充足され集合物論の場合と変りはない。問題は、集合物論を採るか分析論を採るかにより差が生じる場合である。譲渡担保権者の立場からは、集合物論の方が有利な結果をもたらすことになる。

次に、流動動産譲渡担保が設定された当初の時点においては設定者の財産状態が良好であったけれども、その後、この種譲渡担保が継続中に財産状態が悪化して、新たに集合に加えられる物以外に財産がないという事態に至った場合についてはどのように考えるべきか。

集合物論を採るならば、当初の設定契約締結時において「集合物」が譲渡担保に供与されてしまっており、個々の物が後に加入するごとに譲渡担保が設定されるのではないから、財産状態悪化後の譲渡担保設定を問題にする余地がない。従って、詐害行為も問題にならないであろう。

これに反し、分析論を採るならば、財産状態悪化後に集合に加入する物について詐害行為が問題になる。というわ

けはこうである。この立場によれば、物が加入する都度、その物について譲渡担保が効力を生じる（設定される）のであるから、財産状態悪化の下で加入する物以外に財産がない場合に物を集合に加入せしめること、すなわち、その物につき譲渡担保を設定することは、詐害行為の疑いをかけられる余地がある。財産状態が悪化した事態の下で、物を集合に加入させること（譲渡担保に供与すること）は、譲渡担保権者のみを優遇し、設定者の他の債権者の満足を受ける可能性を減少させることになるからである。

詐害行為取消権成立のための客観的要件に関しては右のようにいうことができるとしても、当面問題としている場合についてそもそも主観的要件（「詐害の意思」）が充足されるであろうか。集合物論を採用すれば、このようなことを問題にするには及ばない。分析論を採用した場合には問題となる。設定者がその財産状態が悪化した時点当初には善意であったが後に悪意に転じた場合とか、その時点当初から悪意であった場合とかを場合の一型として想定しうるにしても、当面の問題とされているような場合――当初の設定時においては財産状態が良好であったが後に悪化した場合――において、設定者の悪意がそもそも成立するのかどうか筆者には疑わしく思われる。筆者は「詐害の意思」としては、たんなる害することの認識では不足であって、或る学説の唱える「誠実義務違反の認識」を要すると(2)解したい。かような見解を採用するならば、当面問題としている場合において取得した物を集合に加入させること、すなわち、譲渡担保に供与することによって無資力となることを設定者が知っておりながら、それを止めなかったとしても、「詐害の意思」を欠く、といいうると解する。当面問題とされている場合において個々の物が財産状態悪化の下で譲渡担保に入れられるといえるにしても、そのことは、財産状態の良好な時期に締結された契約（将来の在庫品は当然に担保に供される）にもとづき、すでに以前から行なわれている設定行為の継続として財産状態悪化後も自動的に行なわれるのであるから、すなわち、設定者は別段問題とされるべき理由のない過去において締結され、すでに事

実上もそれまで履行されてきているところの契約上の義務の履行を財産状態悪化の予期されなかったことを理由に拒むこともできず、自動的に果しているにすぎないのであるから、たとえ設定者が個々の物を譲渡担保に入れることにより無資力になることを知っているとしても、彼に「詐害の意思」（「＝誠実義務違反の認識」）ありとはいえないであろう。あるいは次のようにいいかえることもできよう。このような場合の彼の行為は「詐害の意思」ありとして取消されるに値いする不当な行為である、とは評されえない、と。彼の行為はそのままに承認され、譲渡担保取引は安全に保たれるべきである。かように考えるならば、分析論によっても、詐害行為は成立しないことになる。結局、集合物論・分析論のいずれに依拠するにせよ、詐害行為は成立しないということになる。設定者について主観的要件の成立を否定する以上、譲渡担保権者について主観的要件を論じる必要もない。

さて、破産法上の否認権をとりあげよう。故意否認（破七二条一号）から始める。ここでも、詐害行為についてすでに述べたごとく、場合を分けて考えねばならない。

まず、流動動産譲渡担保設定当時においてすでに設定者の財産状態が悪化しており、譲渡担保を設定することによって設定者が無資力となる場合に――譲渡担保が設定される場合としては、詐害行為に関して設定者の財産状態悪化の下において譲渡担保が設定される場合について述べられたいくつかの場合が考えられる――破産債権者は害されるといえるのか。筆者は、詐害行為取消権の場合と同様の考え方に従って害されると解する。[3] 害されるという結論を採用しても、設定者・受益者（譲渡担保権者）についての主観的要件（設定者の「故意」[4]・譲渡担保権者の悪意）がさらに充足されねばならないことはもちろんである。設定者についての主観的要件については、詐害行為取消権について先述したところと同様に考えうる。設定者の故意を前提とした譲渡担保権者の主観的要件についても同様のことがいえよう。従って、ここでは説明をくり返さない。結論をいえば、設定者の主観的要件によっては集合物論・分析

論のいずれに依拠しようと差を生じることはあまり多くはないであろうということ、譲渡担保権者が当初善意で後に悪意になった場合については集合物論の方が譲渡担保権者にとり有利であること、である。

それでは、設定契約締結時においては財産状態は良好であったけれども、後に財産状態が悪化して、新たに集合に加えられる物以外には財産がないという事態に至った場合にはどのような結論になるのか。ここでも、詐害行為取消権について述べたことがあてはまる。すなわち、集合物論によれば設定者（破産者）の意思如何を問わず、否認権は成立しない。この立場の下では、財産状態悪化の下で担保供与がなされたとは解されえないからである。分析論によっても結論に変りはない。というのは、この立場の下では財産状態悪化の下で担保供与がなされることになるけれども、そもそも「故意」が成立しないと考えられるからである。

危機否認（破七二条二―四号）を問題にしよう。破産法第七二条三号については検討することを省略する。この規定三号は二号の付属としての地位を有するもので、当面の議論においては比較的重要でないからである。

まず、破産法第七二条二号の場合（同条四号の場合と対比された「義務履行」としての担保設定、あるいは担保供与）を問題とする。いうまでもないけれども、流動動産譲渡担保契約においては、設定者が将来取得する物（在庫品）は譲渡担保に供与されねばならない、というよりも、より進んで、当然に供与される旨とりきめられる。かくて、将来の在庫品は当然に譲渡担保に供与されるのであるけれども、それは以前から存在している契約の一内容にもとづくのであり、本号で問題とされるところの「義務履行」としての担保供与といいうるであろう。本号が問題となる場合としては、本号の「危機」（「支払ノ停止又ハ破産ノ申立」があったこと）が到来する数月前に設定され、その当時においては設定者の財産状態は良好であったけれども、譲渡担保の継続中に設定者の財産状態が悪化して「危機」が到来し、その「危機」下において個々の物が集合に加入するに至った場合、および、「危機」到来の数月

前から流動動産譲渡担保設定が約されており、その約に従って、「危機」到来後に流動動産譲渡担保がはじめて設定された場合が、考えられる。

前者の場合について考える。集合物論を採用すれば危機否認は成立しえない。というわけはこうである。集合物論によれば客体である「集合物」については危機の数月以前にすでに譲渡担保が設定されており、危機後に個々の物が「集合物」に加入してもそのさい譲渡担保が設定されるのではないから、「危機」状態の下で「担保ノ供与」がなされたとはいえず、従って、本号の要件が充足されないことになる。これに対して、分析論を採用すれば次のようになる。すなわち、「危機」状態の下で個々の物が集合に加入することは、「危機」状態の下で「担保ノ供与」がなされたことになり——もちろん、譲渡担保権者が「危機」到来を知っていた（ことが管財人により立証された）と前提して——「危機」状態下で加入した個々の物についての譲渡担保設定は否認されうる（もっとも、破八四条参照。これは当面二号の場合のみでなく、後述する四号、七四条の場合にもいいうることである）ことになる。ここにおいても、集合物論を採るか分析論を採るかによって、実際上の差異を伴なう問題が存在するわけである。実際上もこのような場合は多く生じうるであろう。

なお、細かくいえば、譲渡担保権者が当初（「危機」が到来した当初）は善意であったけれども、後に悪意に転じることもありえよう。分析論の立場でも善意の時期に供与された物については否認権は成立しない。しかし、譲渡担保権者は早晩「危機」到来について知る（たとえば、立入検査をするなどの機会を通じて）ことが多いであろうから、善意の時期も長いものではなく、否認を免れることもさして期待しえないであろう。譲渡担保権者が右にいう当初から悪意であれば、後に善意になることは考えられないので、終始否認を免れないことになる。

後者の場合については、集合物論・分析論いずれの立場を採用しても、危機状態下における担保設定に変りはな

い。譲渡担保権者の善意悪意によって、否認の成否が決定される。集合物論に依拠しようと分析論に依拠しようと結論に差を生じない。もっとも、この場合についても、より細かく考えれば次のようなことが考えられる。集合物論によれば、譲渡担保権者が設定当初善意であれば後に悪意になってももはや否認されえない。分析論によれば、設定当初善意であっても後に悪意になれば、その時以後の担保供与は否認されうる。分析論に依拠すれば譲渡担保権者が不利になる可能性があるわけである。譲渡担保権者が設定当初悪意であれば、集合物論によれば否認を免れえず、分析論によっても（後に善意になることはおそらく考えられない）否認を免れえない。

つづいて、破産法第七二条四号について言及しておく。設定者が流動動産譲渡担保を義務なくして本号の示す「危機」状態（「支払ノ停止若ハ破産ノ申立アリタル後又ハ其ノ前三〇日内」）下において設定する場合が問題となる。ここにいう「義務なくして」とはどのような場合であろうか。義務なくして「危機」状態下において担保の設定がされる場合としては、そもそも担保設定義務が存しないのに「危機」状態の下において既存債権者の担保要求に応じて直ちに担保を設定する場合、および、既存債権者との間に「危機」状態下において新たに担保設定契約を結びその契約上の義務の履行として担保を設定する場合、が考えられる。

最初の場合について考えよう。担保の設定が「三〇日内」になされようと支払停止又は破産申立後になされようと、譲渡担保権者が本号但書の免責事由を立証しえない限りは、集合物論・分析論のいずれによっても、否認を免れない。

後者の場合は、一見したところ義務にもとづく担保供与（従って支払停止又は破産申立後になされた場合には破産法第七二条二号に当るかのごとく思われる）があるけれども、これまた、義務なくして担保を供与した場合に該当すると考えられる。というのは、本号にいう「危機」状態下に担保を設定すべき義務を設定者が本来負っていないにも

かかわらず、この状態下において新たに設定契約を締結して担保を供与することは、義務なくして担保を供与すると解されるからである。(5) これらの場合においても、担保設定が「三〇日内」にされようと支払停止又は破産申立の後にされようと問わず、譲渡担保権者が本号但書の免責事由を立証しえない限り、集合物論・分析論のいずれに依拠しようとも、担保の設定が本号の否認権の対象となりうることに変りはない。

以上のようにひとまず概言しうるけれども、本号但書に関してより細かく考えておくことにしよう。本号但書により譲渡担保権者が免責をえるには、担保設定が支払停止又は破産申立のされる以前（「三〇日内」）になされた場合には破産債権者を害すべき事実の不知につき、担保設定が支払停止又は破産申立のされた後になされた場合には支払停止又は破産申立のされた事実についての不知につき立証しなければならない。(6) このように設定時期による免責事由の相違が、注意を要するファクターになる。さて、担保設定が「三〇日内」になされその後継続し支払停止又は破産申立がなされた後も継続しているとする。集合物論によれば、譲渡担保権者は譲渡担保をそもそも基礎づけた（それがはじめて設定された）時点において（「三〇日内」の時点）破産債権者を害すべき事実につき不知であったことを立証することによって免責される。この立場の下では客体である「集合物」は、当初の時点において担保に供与されているからである。分析論によれば、「三〇日内」に集合に加入した物については破産債権者を害すべき事実についての不知を、支払停止又は破産申立後に集合に加入した物については支払停止又は破産申立のあった事実についての不知を立証しなければならない。集合物論によれば、譲渡担保を基礎づけた時点において破産債権者を害すべき事実を知らなかったことの立証がなされえれば、以後の物の加入にさいしての譲渡担保権者の主観にかかわりなしに本号の否認を免れうるのに対して、分析論によれば、「三〇日内」に集合に加入した物について免責事由の立証がなされえても（なお、同じく「三〇日内」の時期でも、譲渡担保権者が当初善意であったのに後に悪意に変じ、その時から以後

の担保供与が免責されないことも考えられる)、支払停止又は破産申立の後に集合に加入した物についても当然に免責の効果が及ぶことにはならない。かような点からみれば、集合物論の方が譲渡担保権者にとっては有利であろう。

しかし、次のようなことも考えられる。集合物論によれば、譲渡担保権者が譲渡担保の基礎づけられた時点において破産債権者を害すべき事実を知らなかったということの立証をなしえなければ、もはや免責をえる可能性がない。分析論によれば、譲渡担保が基礎づけられた時点において右事実について不知であったことを譲渡担保権者が立証しえなくとも、支払停止又は破産申立後に集合に加入した物については支払停止又は破産申立があった事実を知らなかったことを立証することにより免責をえる可能性がある。かように考えれば分析論の方が譲渡担保権者にとって有利である。もっとも、かように一応いいうるとしても、支払停止又は破産申立があった場合に、譲渡担保権者はその事実を知ることが——たとえ知らなかったとしてもやがては知るに至るのが——むしろ通常と思われる(譲渡担保権者は担保物についての報告を求めたり、担保物の所在場所に立入り検査をするなど知る機会がある)ので、実際問題としては、分析論に依拠することが譲渡担保権者にとって有利な結果をもたらす可能性は大きくないであろう。

譲渡担保が支払停止又は破産申立後に基礎づけられたとする。このような場合には、いずれの立場に依拠しようと、譲渡担保権者が免責をえるには、彼は支払停止又は破産申立のあった事実を知らなかったことを立証しなければならない。集合物論によれば、譲渡担保が基礎づけられた時点において譲渡担保権者が右事実を知らなかったことの立証がなされるならば、以後において右事実を知るに至ったからといってその時点から後に加入した物についての譲渡担保が否認されることにはならない。分析論によれば、譲渡担保が基礎づけられた時点において右事実についての不知が立証されても、以後において物が加入した場合について免責をえるには、依然として右事実について不知なことが立証されねばならず、この点から考えれば、集合物論の方が譲渡担保権者にとって有利である。譲渡担保が基礎

づけられた時点において右事実についての不知が立証されえなかった場合には、集合物論によればもはや免責をえる可能性はなく、分析論によっても同断である。というのは、当初の時期において不知が立証されないのに、後の時期について不知が立証されることはないと考えられるからである。

最後に無償否認（破産法第七二条五号）を問題としなければならない。

譲渡担保の設定は無償行為たりうるのであろうか。まさしく、しかりと思われる場合がある。既存債務の担保のために義務なくして、かつ、債権者側の譲歩（利率引下げ、弁済期の猶予など）もなくして、設定する場合がそれである。かような場合の設定は、債権額と担保物の価値が相当であっても、無償行為であると思われる。設定者側が出捐しているのに対して、債権者側はなんらそれに対して出捐していないと解されるからである。かような場合の設定が無償行為であって、破産法第七二条五号の適用を受けるものとすれば、同条四号の適用される余地はそれだけ失われるわけである。はたして、かような場合の設定は無償行為なのであろうか。このような問題を他の場合についてもあわせて検討しておく。

まず、資金の貸与を受けてそれとひきかえに譲渡担保設定義務を負い設定する場合（直ちに設定する場合もあれば、設定を後になす場合もあろう）から始める。譲渡担保の設定（の義務負担）と資金の交付とは対価的関係にあり、この場合の譲渡担保設定は有償行為である。

次に、既存の債権を担保するために義務なくして譲渡担保を設定する場合はどうか。無担保で貸付を受け、後に債権者の要求によって譲渡担保を設定するような場合がこれに当る。設定に当って、債権者側において利率引下げとか弁済期の延期などの処置を講じるならば、この場合の設定は有償行為といいうる。問題は義務なくして、債権者側による右のような処置もなくして、譲渡担保を設定する場合である。この場合の設定行為は無償行為であろうか。一見

したところ、設定者はなんらの対価を得ないで自己の側のみ出捐しているかのように思われるけれども、次のようにも考えることができる。すなわち、設定者の債務不履行があった場合、「代物弁済型」の譲渡担保においては所有権が確定的に譲渡担保権者に帰属する反面、債権が消滅する（ここに譲渡担保権者の対価的出捐を見出しうる）のであり、また、「帰属清算型」の譲渡担保においても所有権が譲渡担保権者に確定的に移転する反面、譲渡担保権者は対価的出捐（債権の消滅、清算による出捐）をなすのであり、「処分清算型」の譲渡担保においても譲渡担保権者は対価的出捐（債権消滅）をなすのであって、設定者の側のみが出捐するとはいえないのである（設定者が弁済した場合には所有権が設定者へ復し、設定者は出捐しなかったことになり、譲渡担保権者は担保物からなんらの利益も得なかったことになる）。かようにして、既存債権を担保するために義務なくして、かつ、債権者側による前記のごとき処置なくして譲渡担保を設定することは、無償行為ではなく、有償行為であると解することができる。

さて、譲渡担保の設定は有償行為であるとしても、それが無償行為と「同視スヘキ有償行為」であれば、破産法第七二条五号が適用されうる。債権額をはるかに超過する価値を常時有する在庫品が譲渡担保に供与されたごとき場合には、無償行為と「同視スヘキ有償行為」ありと解することが許されよう。無償否認が問題となるのはこのような場合であろう。(7)

次に、いくつかの場合について無償否認を問題とし、集合物論を採用するか分析論を採用するかによって、結果において差異を生じるかを検討する。無償否認の場合には主観的要件は問題にならないので、主観的要件との関連において複雑な問題が登場することはない。

流動動産譲渡担保の設定された時点がすでに本号の「危機」状態（「支払ノ停止若ハ破産ノ申立アリタル後又ハ其ノ前六月内」）の下にある場合をまずとりあげる。かような場合としては、次のような場合が考えられる。すなわち

「危機」状態下において、資金を借用して（既存債権者からにせよ新債権者からにせよ）、その債権担保のために債権額をはるかに超過する価値を常時有する在庫品を譲渡担保に供与する（そのために債権額が全く名目的としか思われない程度のものと考えられる）ことを約し、その約に従って設定した場合、新たに資金を借用しないで既存債権者との間で債権額をはるかに超過する価値を常時有している在庫品を担保に供与する旨の契約を新たに結び、その契約上の義務の履行として設定する場合、新たに資金を借用せず、既存債権者との間に予め締結されていた担保設定契約（在庫品の価値が債権額をはるかに超過するものであることは他の場合と同じ）にもとづき、その契約上の義務の履行として「危機」下においてはじめて設定する場合、新たに資金を借用せず、既存債権者との間に新たに担保設定契約を締結もせず、また、既存債権者との間に担保設定の約も予めされておらず、「危機」下においてなされた既存債権者の要求に応じて直ちに、債権額をはるかに超過する価値を常時有している在庫品を譲渡担保に供与する場合、これらの場合が考えられる。

右に挙げたような場合について、集合物論に依拠する立場と分析論に依拠する立場とでは、結果の差異をもたらすであろうか。集合物論によれば、流動動産譲渡担保が本号の「危機」下において設定されたこと、および、無償行為（これと同視すべき有償行為）に当ること（「集合物」の価値が常時債権額を大きく超えること）が管財人によって立証されるならば、設定以後に加入する物の価値の大きさに関係なく、否認を免れない。分析論によれば、個別的に加入する物の価値の大きさ次第によって、或る加入は無償行為とはいえず、また或る加入は無償行為に当る（この加入が本号の「危機」下においてなされたこと、および、無償行為といいうる行為（これと同視すべき有償行為）であることの立証責任は管財人が負担する）というようなことも生じうる。かようにして、分析論に依拠する方が、譲渡担保権者にとって有利な場合もありうることになるであろう。ただし立証の煩雑さ、可能性の存否が問題ではある。

設定契約締結時には設定者の財産状態は良好であったけれども（その当時、資金を借用して、その金額をはるかに超過する価値を常時有する在庫品を譲渡担保に提供した）、その後に本号の規定している「危機」が到来した場合にはどのような処理がなされるべきか。集合物論によれば、本号にいう「危機」よりも前に「集合物」につき譲渡担保が設定されており、この「危機」状態下で個々の物が「集合物」に加えられても、そのさいに担保供与がされるわけではないのであるから、本号によって否認されることはない。分析論によれば、「危機」状態の下で集合に加入する物は「危機」状態の下で担保に供与されることになり、これらの物についての譲渡担保設定は加入する物の価値の大きさ次第によって、或る加入は否認の対象となり、或る加入は否認の対象とならないことが生じうることになる。かようなわけであるから、集合物論に依拠した方が、譲渡担保権者にとって有利であるといえるであろう。

以上によって、流動動産譲渡担保が破産法上の否認権と（ほかに詐害行為取消権とも）、いかなる関係に立つか、という問題の検討を終ることにする。以上の検討を顧みることにしよう。集合物論を採るか、分析論を採るかによって、差異が生じる場合もみられる。そして、譲渡担保権者にとっては集合物論の方が有利な結果を導く場合が多い、といえるであろう。分析論に依拠した方が譲渡担保権者にとって有利な結果を導くことが考えられる場合もないわけではないけれども、そのような場合も、実際問題としては、その有利性はあまり期待できないと思われる。ところで、諸々の場合のうち、譲渡担保権者にとって最も関心の深い場合はどのような場合であろうか。無償行為（破七二条五号）はやや特殊な場合であって、右の場合に当るとはいえまい。詐害行為取消権が問題になる場合にせよ、破産法上の故意否認・危機否認が問題になる場合にせよ、譲渡担保権者にとっては、譲渡担保の当初設定された時点がすでに設定者の財産状態が悪化している時期、あるいは、危機状態が到来している時期に当り、そのために譲渡担保の効力が奪われることになる場合よりも、設定者の財産状態に別段の問題のない時期に設定された譲渡担保が、後に設定者

の財産状態が悪化したためにくつがえされることになる場合の方が、より一そう問題は深刻であろう。設定者の財産状態良好な時期に設定契約のみがなされ、現実の設定は設定者の財産状態悪化あるいは危機到来後にはじめてなされ、そして、譲渡担保がくつがえされるのであれば、これまた、問題は深刻である。設定者の財産状態がすでに悪化している時期に、あるいは危機が到来している時期に、はじめて譲渡担保契約がされて設定された場合において、譲渡担保の効力が否定されるとしても、調査により危険を予期したはずだという理由で忍びもしえようが、譲渡担保設定の当初（直ちに現実に設定され以後継続している場合、設定契約が締結され現実の設定は後にもちこされている場合）は設定者の財産状態が良好であったが後にそれが悪化したり、さらには、危機が到来するに至って――これらのことは事前に予測されうるとは限らない――譲渡担保が効力を否定されるようになるということは、譲渡担保権者にとって耐えがたい不安をもたらすであろう。とりわけて、譲渡担保が比較的長期にわたって継続していた（譲渡担保権者としては単に設定契約に止らず現実にも担保が設定されていることによって、取引の安全について期待を寄せるところ大である）ところが、設定者の財産状態が悪化したり危機状態に陥入ったという場合に譲渡担保の安全が保証されないならば、譲渡担保金融にとって由々しい大事といわねばなるまい。比較的長期にわたって流動動産譲渡担保が継続してきている場合において、譲渡担保を設定者の財産状態の逼迫化から影響を受けなくするにはどのような方策を採ればよいか、これは流動動産譲渡担保金融にとって最も重要な問題の一つである。以下においては、もっぱら、このような場合について考察することにしたい。このような場合について、集合物論に依拠すれば、譲渡担保権者は安全であるのに反し、分析論に依拠すれば、そのようには断言しえないのである。(8)

(1)　ここで詐害行為取消権の客観的成立要件を吟味することは避けておく。ここでは次のことのみを述べておく。すなわち、右の客観的要件については、債務者の総財産の計数上の変化のみを問題にする立場と、そのような計数上の変化が生じなくとも、総財

産の実質的担保力が減じたかどうか、あるいは、一人の債権者が他の債権者を害して優遇されていないかどうか、を問題とするところのより実質的な立場（判例）があることは、周知の事実に属する（我妻・新訂債権総論一八七―一八八頁）。筆者としては後者の立場を支持したい。

（2）有泉・判民昭年八年度七四事件（大判昭和八年五月二日民集一二巻一一号一〇五〇頁）評釈。さらに筆者は、「責任秩序違背の認識」（下森・判例評釈・最判昭和四一年五月二七日民集二〇巻五号一〇〇四頁・法協八四巻五号七〇一頁、同・債権者取消権に関する一考察・志林五七巻二号八〇頁以下、私法二九号二八三頁以下参照）にも共感を覚える。ここではこれらについて吟味することを割愛する。

（3）故意否認の場合の「害される」ということの意味についても、注（1）で述べたと同様の立場、すなわち、破産者の総財産の計数上の変化のみを問題とする立場と、より実質的な立場（判例）とがあることは、これまた、周知の事実である（中田・破産法・和議法・法律学全集一五四―一五六頁）。

（4）この「故意」の内容について、たんなる加害の認識で足ると解する立場と、故意否認はその根拠を債務者の意思に置いている（主観主義）ものと解してより積極的な内容（加害の意図、意欲）を要すると解する立場（判例）とがあることは周知のことであろう（中田・前掲書一五六―一五八頁）。筆者は後者に賛成したい。そして、この「故意」も、詐害行為取消権の場合と同様、「誠実義務違反の認識」と解することができるのではないかと考える。

（5）支払停止もしくは破産申立の後又はその前三〇日内に新たに担保を供与する場合に、一旦、担保設定契約を締結してその履行として担保供与がされるという形式をとれば、破産法第七二条四号の適用を免れ、支払停止又は破産申立後の担保供与については同条二号が適用される（「三〇日内」の供与については二号も問題にならない）というのでは、同条四号の存在意義が失われてしまうことになるであろう。これらの点につき、加藤正治・破産法研究第二巻三〇二―三〇五頁、なお、Jaeger, KO, 8 Aufl., (1958), § 30, Anm. 49 参照。破産法第七二条四号の定める「危機」状態下において、新たに資金を借用してその返還債務確保のため新たに担保を供与することは、同号の行為にふくまれない。同号は担保供与に先立って債権の存在することを前提とする（但書に「債権者」とあるのもその一資料となる）と解されるからである（加藤正治・前掲書第六巻四〇七頁）。かような「危機」状態下において新たに資金を借受け、それに対して新たに担保を供与する行為が故意否認（破産法第七二条一号）を成立せしめうることは考えられよう。

（6）中田・前掲書・一六三頁、兼子・新版・強制執行法・破産法二一五頁。

（7）担保の設定が無償行為に当らないことにつき、加藤正治・前掲書第七巻八一―八二頁、第八巻一三七頁（根抵当の例）参照。

この点についてのドイツの判例・学説については、v. Caemmerer, Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, Festschrift Lewald, 1953, S. 449 ff., Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 95 ff., Serick, a. a. O., Bd. II, § 18 I 5 Jaeger, a. a. O., § 32 Anm. 7 参照（判例は無償行為でないという立場を採用するといえるようだが、この学説は岐れている）。担保物の価値が被担保債権額を大きく上まわる場合において、担保供与が無償給付と解されうる場合には無償否認（ド破三二条）の対象となることにつき、Wolff-Raiser, a. a. O., § 180 V2b und Anm. 30, Scholz, a.a. O., Rn. 407. 参照。なお、ドイツでは、過剰な譲渡担保の効力を制限して、担保物の価値のうち被担保債権額を超える部分については設定者の他の債権者に摑取の可能性を与えようとして、無償否認の規定の基礎にある債権者保護の思想を援用する見解がある。過剰な担保行為を抑制する一つの傾聴すべき見解といえよう。Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II/2, (1952), SS. 156–157.

（8）　流動動産譲渡担保と破産法第七二条二号との関係のごとき問題がドイツ法・アメリカ法の下で問題になっているかどうか、問題になっているとすればどのように問題にされているのか。以下において簡単に一瞥する。米・独いずれについても不十分であって、細部にわたっては専門家の御教示を仰ぎたいところである。

ドイツについては、この点がはっきりしない。もちろん、これには、当面の筆者の知り得た限りでは、という限定をつけねばならない。ドイツでも、譲渡担保と破産法上の否認権（ド破二九条以下、当面関係があるのは、ド破三〇条一号第二文）との関係について説明ないし議論はある。しかし、流動動産譲渡担保を焦点に据えた説明あるいは議論を筆者は今のところ知っていない。Wolff-Raiser, a. a. O., § 180 V2b ; Baur, a. a. O., § 57 V3 ; Scholz, a. a. O., Rn. 404-410 ; Jaeger, a. a. O., § 30 Anm. 44 参照。

アメリカに眼を転じよう。連邦破産法（the Federal Bankruptcy Act）第六〇条においては、偏頗的財産移転（preference）について規定がなされている。偏頗的財産移転とは、既存債務に対して、または既存債務のために（for or on account of an antecedent debt）、或る債権者に対して、または或る債権者のために（to or for the benefit of a creditor）、支払不能（insolvent）の債務者（破産者）がなし、または彼が効果をこうむった彼の財産の移転であって破産の申立の登録（the filing of the petition）がされる前の四ケ月以内になされたものであり（連邦破産法第七〇条(a)によれば破産財団を構成する（破産管財人に帰属する）破産者の財産を決定する基準時点は破産申立の登録の時であるので、この時より後の財産移転については偏頗行為は問題にならない。右の時より後に破産者がえた財産（「新得財産」）は破産財団に属さないといいうるが、この点に関し、正確には、どのような物・権利が破産財団に属するか、あるいはその反面属さないかについて定める同法同条の詳細な規定にもとづいて決定されることになる。Collier, Bankruptcy Manual, 2nd ed. (1954), § 60. 10, p. 643, § 70. 05, p. 934, § 70. 11, p. 940). かつ、そのような財産移転の結果、その債権者が、

同じクラスの他の債権者よりも大きい割合で自己の債権の弁済を受けるに至るものである（六〇条(a)(1)）。かような偏頗的財産移転は、右のような財産移転を受ける債権者が、右のような財産移転がなされる時に、債務者が支払不能であると信ずべき合理的理由を有した場合において、破産管財人によって否認されうる（六〇条(b)）。アメリカの破産手続についての簡明な解説については、伊藤正巳・米国破産法の特質・法律タイムズ四巻二号二四頁以下、ブラウカー・道田・前掲書Ⅱ・六七〇頁以下、七〇四頁以下参照。

ところで、UCC. § 9-108 には「爾後取得担保財産が既存債務の担保にならない場合」として次のような規定が設けられている。すなわち、「担保権者が貸付をし債務を負担し対抗力ある担保権を消滅させるなどの方法で新たな対価を与え、その対価の全部または一部を爾後取得財産によって担保することにした場合において、債務者がその担保財産に対する権利を、営業の通常の過程において取得したとき……（中略―筆者）……その担保権者のこのような爾後取得担保財産に対する担保権は、新たな対価について取得されたものとみなされ、既存債務の担保とはみなされない。」（訳文は、アメリカ統一商事法典研究会・前掲・法協八三巻一号四七頁による）。さて、或る債権者が債務者に貸付をなし、担保物として爾後取得財産を提供させる旨の契約が成立したとする。後に債務者が無資力に陥入り、かつ、そのような状態の下で、連邦破産法第六〇条(a)(1)の定めている破産申立の登録前四ヶ月以内に債務者によって担保財産が取得され（その担保財産につき当然に担保権が取得される）、また、その取得の時点において担保権者が、債務者が支払不能であると信ずべき合理的理由を有したとする。右の期間内に債務者によって取得された物について担保権者が担保権を取得することは、偏頗行為に該当して否認の対象となるのであろうか。この問題につき以下において簡単に示すような議論がある。

UCC. § 9-108, comment 1. は、財産移転がどのような場合に既存債務のためのものとみなされるべきかについて決定することは連邦破産法によって州法に委ねられていると説明する立場がある（連邦破産法には「既存債務」の定義が置かれていない）。この考え方を採用すれば、当面の問題においては、UCC. § 9-108. (UCC が州によって採用されて州法となる）により、既存債務のための担保設定ありとはみなされないので、偏頗否認という問題も生じないことになる。UCC. § 9-108, comment 1. このような説明に対しては次のような反論がみられる。財産移転が偏頗行為かどうかという問題については、連邦破産法第六〇条(a)の一般的フレームによって答が決められるのであり、これは連邦問題である、この点につき連邦破産法は州法によって破られえないのである。州法に「既存債務」の定義を委ね、そして fictional definition を供給させ、その結果、貸付と担保供与とが時間的に大きく隔っている場合について、その担保供与は既存債務のためではない、従ってそれは連邦破産法第六〇条の適用範囲外にある、と説くことは ludicrous なことである。Gordon, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1051 [1173] (1963). なお、Coogan

and Bok, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, 1341 [1401] (1963), 参照。このような偏頗否認肯定の立場に対して偏頗否認否定の立場に立つ議論がなされる。第一に、連邦破産法第六〇条(a)(1)が予想し、好ましくない事態としてそれを阻止、是正しようとする事態は、破産間近になってから既存の無担保債権者に対してその要求に応じて担保を提供する場合なのであって、当面問題とされている場合のごとく既に当初から担保供与が契約されており、その契約上の義務にもとづいて担保が供与される場合は、同条が阻止、是正しようと予定している事態ではなく、そもそも同条の適用外の事態であり、偏頗否認の対象とならない、と論じられ、第二に、流動動産を一体として考えることによって、担保供与は当初担保供与が契約された時点において資金の貸付と同時になされているのであって、爾後取得財産は既存債務のために担保に供与されることにはならない。従って、同条(a)(1)に定める偏頗行為は存在しない、と論じられ、第三に、次のようにも論じられる。流動動産担保において実際上生じていることは、担保物の新陳代謝は価値的にみてほぼ等しい（担保のさしかえ）ということである。新たな担保物が供与されるのは担保物から離脱した物の補充としてなのであって、そもそも偏頗という問題はなんら生じない。よって当面問題としている場合に UCC. § 9-108 を適用して偏頗否認の対象外に置くことにしても、連邦破産法第六〇条の趣旨に反する結果を導くことにはならないのである。それゆえ、同法に特段の定めがなく、かつまた、もたらされる結果が同条の趣旨に反しない場合には、UCC. § 9-108 が尊重されるべきである。かように解することは正統（当）な担保取引を保護することにもなる。Coogan and Bok, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1341 [1392-1393, 1401-1402] (1963), Kennedy, Trustee in Bankruptcy Under the Uniform Commercial Code : Some Problems Suggested by Articles 2 and 9, 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1051 [1084 ff.] (1963), Gilmore, op. cit., vol. II, pp. 1305 ff. これらの議論に対しては、当面問題となっている場合も連邦破産法第六〇条(a)(1)をその字義どおりに読めばこれに該当すると解される可能性がある、流動動産を一体として考えることがはたして許されるかどうか（UCC. Art. 9. は集合物論を承認しないのではないか）、さらに流動動産譲渡担保において新たに担保に供与される物は担保権の拘束を脱した物の補充であることを理由に偏頗という問題は生じないといえるかどうか、四ヶ月の期間内に担保物が供与される反面、同時に、それに相当する価値の担保物が担保権の拘束を脱するのでなければ、担保権者は自己の既存債務につき出入が同時かつ相当する価値において行なわれた場合に比べて他の債権者よりも大きな割合の満足をうけることになり、このことは同条による偏頗否認の対象になることを免れえない、という趣旨の反論もある。これらの議論について詳細に紹介することは省略し、以下に掲げる文献に委ねておく。Gordon, op. cit., 1 Coogan Hogan und Vagts, Secured Transactions, 1161 [1170-1171, 1179], Coogan and Bok, op. cit., 1 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1341 [1401]. この Coogan and Bok の論文は偏頗否認は成立しないという立場を採るけ

れども、広く反対の立場の議論をも展開している詳細な論文である。

以上のように見解がわかれることは、破産管財人にとっても、担保権者にとっても困ることであろう。ギルモアは、これからの一〇年間判例は多様であろう、と説く。Gilmore, op. cit., vol. II, p. 1345. UCC §9-108, comment 1. によれば、UCC §9—108は判例法上正しいとされてきたことを明白にしたにすぎないとのことであるが、必ずしもそのようにはいえないのであろうか。それとも、一応そのようにいいうるとしても、今後は判例が流動化する兆しでもあるのであろうか。

以上において一瞥したアメリカにおける議論はまことに興味ぶかい。担保権者と破産管財人との争いについて、上述したように種々の見解が並び立つことは、問題の困難を示しているものであろう。上述したところからわかるように、法制を異にするわが国において、譲渡担保権者を保護するための法律構成という観点からみて最も参考となるのは、集合物論 (entity theory) であろう。否、参考となるというよりも、すでにわが国にも同旨の考え方があることでもあるから、アメリカの集合物論はわが国の集合物論者に自説の補強材料として利用されうるものである。

(6) これまで諸々の問題について集合物論と分析論とを対比させてきた。ここで、これまでの検討を顧りみることにしたい。

二つの立場が実際上の差異をもたらすかどうかについては、(1)—(5)までにおいて言及された計八個の問題のうち、(5)(ロ)の問題のみが実際上の差異をもたらす、ということができる。そして、(5)(ロ)の問題については、分析論に依拠するよりも集合物論に依拠する方が、譲渡担保権者を保護することになる。ここで次のことに言及しておきたい。それは分析論の下で、個々の物についての譲渡担保設定の時点をくり上げることができないかという問題である。分析論の下でも、個々の物についての譲渡担保設定の時点は、それらの物が集合に現実に加入した時点ではなく、流動動産譲渡担保契約締結時点であると当事者の間でとりきめうるならば、譲渡担保継続中に「危機」が到来した場合の危機否認（破七二条二号）において譲渡担保権者は安全な地位におかれることになるだろう。はたして、そのようなこと

が可能なのであろうか。譲渡担保権者と設定者とが流動動産譲渡担保設定契約を締結するに当って、将来集合に加入する個々の物の所有権は個々の物が現実に加入した時点においてではなくて、設定契約締結の時点において移転するものととりきめておくことが考えられる。つまり、当事者が当初の譲渡担保設定にさいして条件成就の効果をその成就以前に遡らしめる旨を約しておくわけである。かような契約は民法第一二七条第三項の下で許されると解される。(1) このようにして、「危機」状態の下で譲渡される個々の物もそれ以前の状態の下で譲渡されたことになり、否認権の対象たることを免れるわけである。しかし、所有権移転の時点を当事者間の特約により遡及させうるとしても、第三者対抗要件具備の時点までも当事者間の契約によって遡及させることは許されるか。対抗要件具備の時点までも特約によって公示——外的表章のない時点にまで遡らせて、そして、そのことを第三者に対して主張することを許すことは困難であろう。物が現存して公示——外的表章がそなわっているからこそ、それを根拠に物権変動を対抗しうるのであり、公示——外的表章がないにも拘らず対抗要件が具備されうるとは解されえない。対抗要件がそなわる時点は個々の物が集合に加入する時点（公示——外的表章を伴なうに至る時点）と解さざるをえない。かように解した上で個々の物の所有権移転の時点を「危機」状態よりも前に遡及させることは、「危機」状態よりも前に譲渡された個々の物について、「危機」状態の下で対抗要件を具備させることになる。とすれば、破産法第七四条第一項本文が適用され、(2) その結果、対抗要件具備が否認されうることになり、結局、譲渡担保権者は問題の個々の物の所有権取得を破産財団に対抗しえないことにもなるであろう。比較的遠い過去から継続してきた流動動産譲渡担保においては、この規定の要件が充足されることも決してすくなくはあるまい。(3) このように検討を進めるならば、分析論の下では、譲渡担保設定時点のくり上げにより譲渡担保権者の地位を優いなからしめようとすることは困難だといわざるをえない。この点に集合物論の利点があることは否定されえない。

すでにくり返し述べた説明の巧拙という視点から眺めると次のようにいえよう。すなわち、集合物論の与える説明はきわめてあざやかである。「集合物」という概念を承認することによって、(1)—(3)の計五個の諸問題が、さらには(5)の問題も、単純明快に説明される。分析論もこれらの諸問題に対して説明を与える。そして、その説明は集合物論に対して劣るどころか、既存の法道具を最大限度に活用している点において巧妙すぎるとさえいえよう。一体、いずれがすぐれた説明を与えるといえるのか。説明の巧拙の判定基準を、(1)その説明が現行法上根拠づけられうることのみならず、(2)説明が単純明快であること、におくとすれば、分析論の与える説明は(2)の点で難があるのに対し、集合物論の与える説明は(1)の点（諸問題に説明を与えるが、そもそも、「集合物」概念を民法上承認しうるかという点において問題がある。）で難がある。それぞれの立場は、(1)(2)いずれかにおいて優位に立てば他において劣位に立つ、といえる。このように考えるならば、集合物論あるいは分析論の説明の巧拙如何、については容易に甲乙をつけがたい、という結論を出すことが正当であろう。

筆者は、一方、「集合物」概念を現行民法の解釈論上承認することにためらいを感じ（分析論の方が民法の解釈論上よりすなおな立場であろう）、また、他方、分析論の与える説明も集合物論の与える説明に比べて拙劣ともいえない、集合物論の与える説明のように単純、明快な説明を与えないにしても、そのことは「集合物」なる概念を承認しないという前提の下ではやむをえない、と考える。従って、この限りにおいては、筆者としては、民法の解釈論上は分析論を支持せざるをえない、と考える。ところで問題は実際上の差異、「集合物」概念のもたらす実際面での有用性である。分析論を採用すれば、すでに言及したように破産法上の否認権との関係で譲渡担保権者が不利な地位におかれることになる。このことを黙視するわけにはいかない。反面、現段階においては集合物論を採用することによって譲渡担保権者に不利益がもたらされるような問題も見当らないので、実際的有用性という視点に立つならば、集合物

論を採るべきであろうか。[4] 採るべきだとすれば、民法第八五条との関連において解釈論が問題となるけれども、この点についてはすでに集合物論者により展開されている議論が援用されうる（本章一(4)参照）。ここでは、その議論をくり返すことを省略し、筆者としてもそのような議論は十分成立すると解することを述べておくに止める。

以上の検討の結果として、流動動産譲渡担保に関する法律問題を処理するに当って、分析論のほかに集合物論をもち出す必要があるのか、という問に対しては、次のように回答すべきだと筆者は考える。すなわち、実際上の結果ならびに説明の巧拙のいずれについても、分析論のほかに集合物論をもち出さねばならない必要はない、と一応いうことができる。従来議論されてきた問題のみに考察の範囲を限るならば、まさにそのようにいうことができよう。[5] しかしながら、詐害行為取消権、あるいは破産法上の否認権の問題にまで考察の範囲を拡張した場合には、集合物論の必要性が生じてくることを承認せざるをえない。集合物論がこのような問題について分析論に比べて譲渡担保権者を厚く保護すること、他の問題の解決説明についても分析論に比べて別段の遜色がなく、その他集合物論に依拠すれば譲渡担保権者が害されることになるような問題も見当らないこと、「集合物」概念も民法上容認されないことはないこと、これらのことを考慮したならば、分析論に代えて集合物論を採用すべきである、という結論に到達せざるをえない。くり返しいうように、従来とりあげられてきた問題のみを前提とする限りでは、分析論に代えて集合物論をもち出すには及ばないと筆者は考えるけれども、破産法上の否認権に関する問題のごとき譲渡担保権者保護の点において差異を伴なう問題が登場するに及んでは——この問題についても分析論の立場から譲渡担保権者を保護する結論がもし導出できるならば筆者としてはそれにくみしたい。現行民法（第八五条）の下では、その方が無理がよりすくないと思われるからである——右のような結論を採用せざるをえない。

(1) 注釈民法(4)一二七条（金山）三三二頁。

(2) 破産法条七四条一項本文には、「第三者ニ対抗スルニ必要ナル行為ヲ為シ」（傍点―筆者）とある。流動動産譲渡担保の場合に――分析論を前提とした場合のことであるが――予めの占有改定を承認すれば、右条文にある必要な「行為」をすることなくして、譲渡担保権者は対抗力を取得することになる。それにしても、自動的に対抗力が取得されて、その結果、物についての譲渡担保権者の排他的支配が確立し、破産債権者が害されるに至るという点では、「行為」がなされた場合と異ならないのであるから、右法条を適用すべきであると筆者は解する。

(3) 支払停止又は破産申立前に担保が設定され、後にこれらの事態が到来して、その下で対抗要件が具備されたことになる場合がここでは問題である。

支払停止又は破産申立の数月前に譲渡担保契約が締結され（将来加入する物の所有権はこの時点において移転するものと予めとりきめておく）、その後 譲渡担保が継続し、次いで支払停止又は破産申立がなされたとする。支払停止又は破産申立がされた後において加入した物（対抗要件が具備された物）については、譲渡担保権者が悪意つまり支払停止又は破産申立のあったことを知っているのであれば（管財人によってそのことが立証されるならば）、対抗要件具備が否認されうることになり、結局、譲渡担保権者は担保物取得を破産財団に対抗しえないことになる。所有権移転がそこまで遡及するととりきめられた時点が支払停止又は破産申立のなされた時点に接近している場合には、対抗要件の具備される日が所有権移転があったとされる日から「一五日」（破産法第七四条一項、本文参照）を経過しないうちに到来することもある。当初の譲渡担保設定契約において「支払停止又は破産申立後に集合に加入する物の所有権は支払停止又は破産申立の二日前の日に譲渡担保権者に移転するものとする」と予めとりきめておくような場合には、そのようなことが生じる。右一五日の期間の最後の日までに加入した物については、破産法第七四条一項本文は適用されえない。このような物については、譲渡担保権者は所有権取得を破産財団に対抗しうる。一五日を経過した日に加入した物については譲渡担保権者の悪意を要件として破産法第七四条一項本文が適用される。

この種の譲渡担保が支払停止又は破産申立の前三〇日内にはじめて基礎づけられた場合にも、所有権移転時期を遡及させることが考えられるけれども、このような場合にはそもそも担保の基礎づけじたいが破産法第七二条四号によって否認されることが多いであろう。同条同号但書によって否認されえない場合にはどうか。支払停止又は破産申立の直前の時期に、たとえば二日前に、担保が基礎づけられ、その時譲渡担保権者が破産債権者を害すべき事実を知らなかった（そのことにつき譲渡担保権者が立証しえた）とする。なお、将来集合に加入する物の所有権は右の二日前に移転する旨のとりきめが担保の基礎づけに当ってなされているとする。さ

て、その後に支払停止又は破産申立があり、それを譲渡担保権者が知ったとする。その知った時（より正確には、管財人によって立証がなされ「知った」とされる時）から以後において加入した物については、破産法第七四条一項本文によって、対抗要件具備が否認されうることも生じてくる。所有権移転があったとされる日から一五日以内に加入した物については、所有権移転はむろんのこと、対抗要件具備も否認されえない。支払停止又は破産申立のかなり以前（たとえば二五日前）において担保が基礎づけられた場合にはどのようなことになるか。担保の基礎づけに当って、右の時点（二五日前の日）において、担保物の所有権が移転するものとりきめられたとする。右の時点において破産債権者を害すべき事実を知らなかったことを譲渡担保権者が立証しうるとすれば破産法第七二条四号の否認権は働かない。対抗要件具備否認の問題については次のようにいえよう。支払停止又は破産申立がなされた時には破産法第七四条一項本文にいう「一五日」の期間は経過しているのであるから、支払停止又は破産申立のあったことを譲渡担保権者が知っているにもかかわらず、「一五日」を経過していないがゆえに対抗要件具備を否認されえないというようなことはなく、譲渡担保権者が支払停止又は破産申立を知った時以後は、すべて対抗要件具備を否認されうることになる。

（4）集合物論を採用した場合には、第三者の所有物に譲渡担保権が及ぶかどうかについて、分析論を採用した場合に比べて、複雑な問題が伴なう可能性があることはすでに述べた（第一章三(3)(ロ)）。また、集合物論を採用した場合には「予めの占有改定」という問題を回避しうるといいうるにしても、およそそのような問題から完全に絶縁されるともいいきれないことについてもすでに述べた（第一章三(3)(ハ)）。これらの問題は本来本章においてとりあげられるべき問題かも知れないけれども、前章においてもすでに若干言及しておいたことでもあるので、本章では省略し、第四章においてとりあげることにした。この個所においては、次のことを述べておくに止める。

前者の問題については、設定者の所有に属する物の集合のみを集合物として把握し、第三者の所有物は集合物に属さず、これについては個別譲渡がなされる（そして即時取得が問題となりうる）とでも解するならば、分析論を採用した場合と差異をもたらさないことになるであろう。設定者の所有物の集合のみを集合物として把握するに止まるよりも、なにびとの所有物であろうと経済的一体性を有する集合に属する限り、すべてこれらを集合物に属するものと解する（そして、第三者の所有物にも当然に譲渡担保権が及ぶと解する）方が、「集合物」を承認する立場により徹するともいえよう。しかし、設定者の所有物の集合のみを集合物として把握するに止まるにしても、「集合物」承認の意義はある（破産法上の否認権の問題）と考えられる。

次に、後者の問題についていえばこうである。集合物論を採用したからといって、「予めの占有改定」の問題から文字どおり完全

に絶縁されうるとはいえない。流動動産を内容とする甲集合について譲渡担保を設定し、将来甲集合が消滅してかわりに甲集合と同一性を有しない乙集合が生じた場合には、乙集合について当然に譲渡担保が設定されかつ当然に占有改定が成立する旨をとりきめるとしよう。このような場合に、集合物論を採用するからといって、乙集合について当然に占有改定が成立するという結論を導くことはできない。乙という集合物について「予めの占有改定」が問題となる。この点をとらえて集合物論の難点と呼べばそれも許されなくはあるまい。しかし、以上のような場合を度外視して、考察の範囲を当面の問題（個々の物が将来加入する場合に当然に占有改定がなされうるか）にのみ限定すれば、集合物論に依拠する以上「予めの占有改定」は問題となりえないのであり、「完全に絶縁されうるとはいえない」からといってこのことをもって集合物論の難点とまで呼ぶことは妥当でないようにも思われる。難点と呼ぶか呼ばないかはともかくとして、集合物論を採用しても、なお「予めの占有改定」が問題となりうる場合があるとすれば――しかも、流動動産譲渡担保の場合に、甲集合がそれと同一性のない乙集合に変じることも往々ありうることであろう――そのような場合にも備えて、「予めの占有改定」の問題がとりあげられるべきである、ということはできよう。

(5) 前章三(1)(イ)および(ロ)において、筆者が分析論のほかに集合物論をもち出す必要がないと述べたのは、従前問題とされてきている問題に考察の範囲を限定した上での立言である。その後、筆者は流動動産譲渡担保に関しては、破産法上の否認権（詐言行為取消権も）もまた無視しえない問題を提起することを知った。その結果として、本文で述べたように、集合物論をもち出す必要がある――「集合物」概念が民法上承認されうるかどうかについては、同法第八五条の解釈としては否定に解することがむしろすなおな解釈であると筆者は考えてはいるが――という結論に到達したのである。かようにして集合物論の必要性があることが承認されるにしても、それだからといって、流動動産譲渡担保に関する問題が集合物論か分析論かということを議論することのみによってすべて処理されるとはいえないことむろんである。

二、さて、第二点（本章冒頭を参照）に移ろう。第二点に関しては、流動動産譲渡担保に関する問題は、集合物論対分析論というコンテクストにおいて登場する問題に尽きるのかどうか、そのようなコンテクストに属さない重要問題が残っているのではないか、このことがとりあげられねばならない。結論をいえば、そのような問題がすくなからず存在するのである。そのような問題について詳論することは本稿の目的の範囲内に属していない。(1) 従って、以下に

おいては、問題の項目を列挙し、それぞれについて簡単なコメントを付加するに止める。以下において言及される問題によって問題が尽きるというつもりはない。以下においては、筆者の眼からみて、さし当り重要と思われる問題をとりあげたにすぎない。そして、第二点の問題を考察する目的からすれば、それで十分であると考えられる。というわけはこうである。たとえ網羅的でないにせよ、以下において言及されるような問題が存在することが示されるならば、そのことによって、従来の議論のようにもっぱら集合物論か分析論かという問題にのみ関心を集中することは流動動産譲渡担保をめぐる問題の処理についてさほど大きい意義を有しない、ということが支持されるのであり、これまさに第二点の問題を論じる目的に適するからである。

それではどのような問題があるのか。以下、五個の問題をとりあげる。これらの問題は第一章二、三(1)(ロ)(ハ)において言及された問題である。当然のことであるけれども、以下においては、前章での説明を補う必要があると思われるものには説明を補っておくことにした。

第一に、集合（物）の同一性存否の判断基準如何という問題がある。内容の変動に伴なって、集合そのものの同一性も影響を受けることがある。従前の集合について存在していた担保権が新たに成立した集合にも当然に及ぶかどうかを決定することが右判断基準を設定する作業の実益である。この問題に関しては、集合物論か分析論かを議論することはなんらの結論も導かない。この問題については、すでに前章三(1)(ハ)においてより具体的に言及したのでこれ以上言及しないことにする。

第二に、担保物の範囲の確定方法如何という問題がある。担保物の範囲が確定しなければ、担保権は有効に成立しえない。どのような仕方でならば、範囲が確定され、あるいは、されないのか、これが問題である。この問題についても前章三(1)(ロ)、(2)(イ)においてすでに言及済みであり、また、次章において論じられる予定でもあるから、この個所

では説明を施す必要はないであろう。ここでは、集合物論か分析論かという議論はこの問題についても生産的でない、というに止めておこう。

第三に、代償物に譲渡担保権を及ぼす方法如何、という問題がある。この問題についてもまた、集合物論か分析論かという議論は生産的ではない。有体の物の集合を「集合物」として把握しようと分析的に把握しようと、そのことはこの問題の解決に結びつくものとは考えられない。この問題は次のような内容の問題である。流動動産に譲渡担保権を設定しうるとしても、当初の担保物が姿を変えて他の財産（代償物——加工されてできた加工生産物、担保物あるいはその加工生産物が売却されて代金債権を生じた場合にはその売却代金債権）に変った場合、代償物に譲渡担保権が及ぶような方法が考案されることが望ましい。加工生産物に譲渡担保権を及ぼさせる方法についてはさほど問題はない。すなわちこの場合には加工生産物の所有権を譲渡担保権者に帰属させること及び加工生産物について「予めの占有改定」をとりきめることによって、目的は達成される。問題は、将来生じる売却代金債権をどのようにして把握するか、ということである。将来発生する債権について債権譲渡をとりきめておくことには問題がないとしても（譲渡契約においてどの程度債権を特定すべきかという問題があるが）、譲渡担保権者は債権譲渡の対抗要件（第三債務者に対する通知またはその承諾——民四六七条）をいかにして具備しうるか、ということが問題となる。将来、債権が発生した時点において、譲渡担保権者は当然には第三債務者を知りえないのである。譲渡担保権者が後に第三債務者を知りえたとしても、対抗要件を具備するまでにすでに債権が譲渡され対抗力までも具備されてしまうことも生じうる。将来において債権が発生したならば当然に（第三債務者への通知またはその承諾なくして）債権譲渡の対抗力が具備されるような方法が必要となる。その場合に、公示をいかにして十分になすかとか、それと関係を有することでもあるが、第三債務者の保護をどのようにして実現するのかというような問題が生じうる。これらの問題を解決する

ためには、しかるべき立法的措置を講じなければなるまい。

流動動産譲渡担保が有効に成立しうるとしても、譲渡担保権者が担保物の売却代金債権を十分に把握する方法を有しないならば、彼はこの種の譲渡担保を採用することに消極的になるだろう。流動動産譲渡担保契約を締結した譲渡担保権者は、担保物の状況につきつねに監視し担保確保の実を挙げうるとは限らず、譲渡担保権の実行期にたまたま設定者の下に存在する担保物を摑取することのみをもって満足するほかはないという事態に遭遇することもありうる。そして、実行期にたまたま設定者の下に存在する担保物の価値が被担保債権を満足させる保証はない。なるほど設定者は担保物の価値が被担保債権を満足させるようにする義務を明示・黙示に負うけれども、その義務が忠実に実行されるかどうかについて保証はない。かように考えるならば、譲渡担保権者たる者、実行期に設定者の下にある担保物を摑取することをもって甘んじるわけにはいかないであろう。譲渡担保権者は、担保物としては実行期に設定者の下に存在するもののみをもって忍ぶとしても、そのようなことによって生じる危険をカバーするものとして、売却代金債権を取得することを望むであろう。そのことによって、流動動産譲渡担保のもたらす危険をたとえいささかなりとも（というのは債権を担保にとったとしても、期待どおりの回収ができるかどうかを考えてみるだけでもわかるように、安全度は必らずしも大きくないからである）減じたい、それさえもできないならば、流動動産を譲渡担保にとることには、消極的にならざるをえない、かように彼は考えることになろう。しかるに、とりわけ、このような債権取得の対抗要件具備方法が現段階では不備なのである。筆者は第一章の最初の部分（第一章一）において、流動動産譲渡担保の実用化を阻んでいるのは、この種の譲渡担保法が不確実だということであると述べた。その場合に、筆者としては、この種の譲渡担保そのものの成否、第三者対抗力具備の可否というような問題を念頭においていた。これらの問題のほかに、代償物（とりわけ売却代金債権）に譲渡担保権を及ばしめる適当な方法が今のところ見当らな

いということも——これをもこの種の譲渡担保法が不備、あるいは不確実であるというかどうかは用語の問題である——この種の譲渡担保の実用化を阻害する一要因である、あるいは、すくなくとも、一要因たりうる、ということが許されるであろう。流動動産を譲渡担保にとる金融機関は、どのような方策を講じて、右の不備をカバーしているのであろうか。その実態を調査する機会を筆者は有しなかったので確言しうる限りではない（しかるべき方策によって十分にカバーされているかも知れない）けれども、(2) かりに将来の売却代金債権に譲渡担保権を及ばしめる適切な方法が設けられるならば、(3) そのことは、現段階よりも一そうこの種の譲渡担保の実用化をうながすことになるだろうと筆者は考える次第である。

第四に、他の債権者との利害の衝突が生じうるのではないか、という問題がある。まず、次のことを述べておこう。設定者の債権者が担保物に強制執行をなす場合には強制執行債権者が、設定者が破産に陥入った場合には破産債権者が、譲渡担保権者によって害されることになり、どのようにしてこの弊害を除去すべきか、すくなくとも、緩和すべきかという問題は、特定動産譲渡担保においてのみならず、流動動産譲渡担保においても重要な問題であることに変りはない。目的物が流動動産なるがゆえに、この問題が生じないとか、生じるけれども解決が容易であるというようなことはないと考えられる。しかし、このような問題は流動動産譲渡担保をとりあげる場合に考察外に置きえない問題ではあるにしても、その解決は特定動産譲渡担保と共通になされうるのであり、かような意味では流動動産譲渡担保の問題としてとりあげるには及ばないことになる。

他の債権者との利害の衝突としては、右のようなことよりも——いささか先走りすぎた臆測とも評される危険があるけれども——次のようなことが考えられる。すなわち、流動動産譲渡担保が普及（右第三において述べた代償物にまでも担保権が及びうる法的手段が開拓されたとする）するに至るならば、設定者に対して原材料・商品を売却した者

（売主――以下たんに売主という）が害されることになる。つまり、売主が設定者に目的物につき担保的な効力を有する権利を留保しないで供給した場合に、その供給した物が設定者によって譲渡担保に供与されるならば、売主は代金債権確保の上で不利な立場に置かれる可能性が大きくなる。設定者による代金債務不履行があれば、売主は売買契約を解除しうるけれども、解除前に譲渡担保が設定された（かつ占有改定もなされた）場合はもちろんのこと（民五四五条一項但書）、解除後でも売主が目的物の引渡を受けない間に譲渡担保が設定された（かつ占有改定もなされたとする）場合には、譲渡担保権者の地位をくつがえすこと（目的物取戻し）はできない。[4] 動産売買の先取特権（民三二二条）も売主にとっては頼りとするに足りない。[5] 不利な地位に立たされる売主の地位を強化するにはどのような方法が考えられるだろうか。売主としては代金債権担保手段として、方法がないわけではない。すなわち、代金債権担保のために買主の不動産に抵当権を設定させるとか、人的担保を提供させるとか、という方法があろう。しかし、これらの方法によりえない場合もないとはいえまい。担保物として利用しうる物としては供給物以外にはないというような場合がそれである。売主が所有権留保という方法に依存するということも全く考えられないわけではない。この方法によれば、譲渡担保権者の攻撃から売主の利益を守りうると考えられる。もっとも、譲渡担保権者による即時取得（民一九二条）が生じるのではないかという懸念が抱かれよう。これに対しては、譲渡担保権者が占有改定（譲渡担保の場合にはこれがなされることが多い）をなすに止まっている限り、即時取得は成立しえないと解することにより、[6] あるいは、そのようなことを前提として譲渡担保権者が担保物を自己が引渡を受けた形式をつくる（たとえば、担保物の所在する設定者所有の倉庫を借りて、譲渡担保権者の従業員＝占有機関――設定者の従業員を転用（譲渡担保権者の従業員とする）してもよい――を置いて担保物の保管に当らせる。倉庫まで譲渡担保権者が出向いてそこで担保物を現実に受取ることにするわけである）という対策を講じる場合には、[7] 即時取得成立のために必要な

善意・無過失という要件を厳しく解することにより、即時取得の成立を制限することも考えられよう。この善意・無過失という要件は、所有権留保売買の普及度と密接な関連を有しており、この種売買の普及度が低い場合には、即時取得成立を抑止する道具としてはさして期待できないであろうが、[8] 一つの可能性を有しているとはいいうるであろう。ところで、目的物が流動動産である以上、それが加工、とりわけ処分されることはむしろ当然に前提とされる。売主が所有権留保をなしても、担保の実を挙げるには、代償物（とりわけ売却代金債権）にまでも担保を追及する必要がある。他方、所有権留保によって物についての担保権取得を阻止される譲渡担保権者は、将来の売却代金債権を担保にとろうとすることになるであろう。かようにして生じる担保の争奪において、売主・譲渡担保権者のいずれに勝利を収めしめることが妥当か、法政策上望ましいか。[9] この場合において、いずれかの者がひとたび担保権を設定してしまえば（そしてまた対抗力を取得してしまえば）、もはや他の者は全く排斥されてしまうことになってもよいのか、そのような結果を放任することが、設定者の金融可能性、あるいは原材料・商品調達可能性を減じることになりはしないか、もしなるとすればどのような法対策を講じるべきか、さらに進んで、たとえば売主側の担保権をとくに優先させることにするというようなことを考えるべきであるのかどうか。このような困難な問題が登場してくるであろう。

流動動産譲渡担保が——本段二において第三として述べたごとく——譲渡担保権者をしてその採用につき積極的ならしめるには、代償物（とくに売却代金債権）に担保権が及ぶことが保証されることを要するといってよい。しかし、そのような保証がなされるならば、右に述べたごとき厄介な問題が生じてくる可能性がある。

以上のごとき問題を処理するにさいして、集合物論か分析論かという議論は実り豊かではない。

第五に、公示方法（公示してそのことによって対抗力をえさせる）の整備が問題となりうる。この問題は特定動産

譲渡担保についても問題となることであり、実際にも、問題とされていることは説明を要しないことである。[10] かようにこの問題は譲渡担保一般について問題となることではあるけれども、特定動産を目的物とする場合よりも流動動産（大量かつ新陳代謝をくり返す）を目的物とする場合には、目的物を逐一個別的に個性を明らかにして公示する――たとえば公簿上に記載することにより――ことがより一そう困難となるであろう。[11] 流動動産を目的物とする担保権の存在を公示するに当っては、目的物の種類・数量・所在場所を指定する（そして公簿に記載する）ことによって公示する以外に実行可能な方法はあるまい。つまり、逐一個別的な個性記述方法を放棄することである。[12] 公示が目的物の種類・数量・所在場所によってなされることになっても、担保権の存在を示すという目的を無に帰せしめるとも思われない。第三者が公簿の記載から担保権の存在を知りうる状態にあることは必要であるが、その必要は右のような公示方法によって満されると思われる。[13] このように一応いいうるとしても、公示方法については多くの問題が残っている。右のような公示の仕方を採用するとしても、公簿の記載事項としてどのような事項を記載すべきか（種類・数量・所在場所のほかに、債権者の氏名・住所・債権額等も記載することにするのか）。それらの事項記載の具体性の程度にも段階が考えられ、いずれの段階を要求するか、というような問題が直ちに提出される。このほかにも、多くの問題が考えられよう。公示方法に関する問題は、担保権者・設定者・第三者の利害調整・手続の簡便さ、公示費用の軽減というような視点から解決されるのであって、集合物論を採用するか分析論を採用するかによって異なる解決が導かれるものではない。

以上の五個の問題がさし当って考えられる。そして、これら五個の問題はいずれも解決を要する重要な問題であるということができる。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、研究範囲がより一そう拡げられなければならない。集合物論か分析論かというコンテクストにおいても、問題は未だ尽きないのである

けれども、かりに尽くされたとしても、流動動産譲渡担保法の問題としてはより一そう重要な問題が残っていることに注意を怠ってはならない。

(1) 前章二・三(1)(ロ)参照。

(2) 前掲・調査・金法二二九号七三頁によれば、担保物が処分された場合に、譲渡担保権が売却代金債権にも及ばしめられることも行なわれているようであるが、詳細を知りえない。

(3) 売却代金債権を譲渡させる旨をとりきめる方法よりも一歩進んで、当初の目的物について担保権が設定されたならばその売却代金債権にも当然に担保権が及び、かつ、対抗力も当然に—譲渡の通知・承諾なしに—具備されるような方法が考案されることが望ましい。売却代金債権が発生すればそれは当然に担保権者に属し、第三債務者は担保権者に支払わなければならなくなる。このような方法は民法が予定している担保物権の物上代位(民三〇四条、三五〇条、三七二条参照)と趣旨を同じくするものである。民法の定める物上代位のごとく担保権者にとってあまり実効性のないもの(そもそも「差押」を要するほか、判例が物上代位権行使について要求している要件をみよ—我妻・担保物権法・民法講義Ⅲ・一五八頁、柚木・担保物権法・法律学全集・二五二頁以下、注釈民法(8)三〇四条(林)一〇一頁以下、注釈民法(9)三七二条(柚木・西沢)六〇頁以下)では存在していても無意味である。右に述べたような方法は、担保権者にとってより一そう実効性があるように思われる。しかし担保権存在の公示をどのようにして実現するかとか第三債務者の保護をどのようにして確保するかというような問題が残る。

担保権を売却代金債権に及ばしめる方法如何という問題は今後研究されるべき重要問題の一つである。この問題については、アメリカの処分収入上の担保権(security interest in proceeds)についての法規制(UCC. § 9—306)が参照されるべきものと思われる。また、アメリカにおける受取勘定債権(accounts receivable)の譲渡についての法規制(UCC. § 9-204(2)(d))もまた参照されるべきものである。さし当っては、ブラウカー・道田・前掲書五一四頁以下、六一二頁以下、Gilmore, op. cit., vol. I, pp. 250 ff. Gilmore, op. cit., vol. II, pp. 728 ff., Coogan and Cordon, The Effect of the Uniform Commercial Code upon Receivables Financing — Some Answers and Some Unresolved Problems, 2 Coogan, Hogan and Vagts, Secured Transactions, 1581 [1596 ff.] (1964) 参照。

(4) 解除前・解除後いずれの場合についても解除の効果についての通説の説くところに従って結論を出しておく(我妻・債権各論

上・民法講義V$_1$・一九八―一九九頁、注釈民(13)五四五条（山下）四一七―四一八頁参照）。なお、譲渡担保契約が締結され、設定者がひきつづいて目的物（動産）を占有している場合には、当然に占有改定が成立していると解するならば（最判昭和三〇年六月二日民集九巻七号八五五頁）――このように解するならば、本文の場合、「占有改定もなされた」と断わる必要もない――売主が解除によって譲渡担保権者から目的物を取戻しうる可能性はなはだしく狭いものとなる。

（5）動産についての先取特権の追求力が弱いと解されるからである。ここでも通説に従う（我妻・前掲・担保物権法六三頁、柚木・前掲・担保物権法六六―六七頁、注釈民法(8)三三三条（西原）二〇九、二一〇頁）。

（6）占有改定により即時取得は成立しうるかという周知の問題である。判例は否定的であると解されている。ここでは、この理解にひとまず従っておこう。我妻・物権法（民法講義Ⅱ）一三七―一三八頁、舟橋・前掲・物権法・二四三―二四七頁、川島・民法I・総論・物権一八一―一八二頁、金山・物権法・総論・三六六―三六八頁、鈴木・前掲・物権法講義・二七〇―二七一頁参照。

（7）ブラウカー・道田・前掲書三一五頁、四七六頁参照。このような方法を採用すれば、占有改定によっては即時取得しえないという処理を前提にしても、譲渡担保権者は別段困惑することはないわけである。占有改定によって即時取得しうるかどうかという問題につき、否定的立場を採用するとしても、現実引渡がなされたという形式が採られ（現実引渡による即時取得成立）た場合には、即時取得の成立を認めざるをえまい。

占有改定によっては即時取得しえない危険（ド民九三三条――取得者が所有権を取得するのは彼が現実引渡を受ける時であり、かつ、その時に取得者が善意であることを要する）を譲渡担保権者（取得者）がのがれる方法としてドイツでは、次の仕方が考えられている。ここでは、ごく簡単に述べておくに止める。詳細は後掲の文献に委ねておく。譲渡担保権者としては、現実引渡を受けた（現実引渡による所有権移転の場合にはその現実引渡の時点に善意であれば即時取得が成立する――ド民九二九条一文、九三二条一項一文）といえる事態をつくり出すことが必要となる。そこで、担保物の所在場所を変更しないで、設定者をして担保物を譲渡担保権者の従業員（多くの場合、設定者の従業員を譲渡担保者のそれに転用する―占有補助者）に引渡させ（この者が倉庫の鍵をもつなどして管理の実際に当る）設定者に対しては担保物の利用を許容する、というような方法が採られることになる。このような方法は担保物の管理に当る者が不誠実であれば、担保の実を挙げえない危険が大きいといわれている。Baur, a. a. O., § 52 II 3, Serick, a. a. O., Bd. II, §23 I 2, Boehmer, a. a. O., II 2, S. 32, Westermann, a. a. O., § 48 I 1, Münzel, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, MDR 51, 129 [131] 参照。実際には、この方法はほとんど行なわれていないようである (Serick, a. a. O., Bd. II, § 23 I 2 Anm. 7)。このような方法を採用しても、所有権留保の普及との関連で即時取得の他の要件（善意）が充足されず、結局、

即時取得が成立しないことになる場合が多い（次注（8）参照）ので、あえて工作をするだけの効用が乏しいからなのであろう。なお、ついでながら、目的物の所在場所を変えないで、かつ、担保権者から担保物の管理を委ねられた者の手によって管理させつつ、担保にとる方法として、アメリカには野外倉庫制度(Field Warehousing)なる制度があることを注意しておこう。この制度の下では、倉庫営業者が担保物を設定者の倉庫において直接に占有する（担保物の所在場所を変更せず、倉庫の方が出向してくることになる）。設定者の従業員のうちの一人が解雇されて、倉庫営業者に雇われて担保物の実際の管理に当る。この制度については、さし当り、ブラウカー・道田・前掲書三一六、四九七―五〇〇頁、Gilmore, op. cit., vol. I, pp. 146 ff, Gilmore and Axelrod, Chattel Security : I, 57 Yale L. J. 517 [521-523] (1948)参照。

（8）この点、所有権留保売買の普及しているドイツの場合が参考になる。Serick, a. a. O., Bd. II, § 23 I 1-6. 米倉・前掲論文・法協八一巻五号四九三―四九四頁、五〇三頁注（17）参照。次注（9）掲記の Serick-Mezger-Riesenfeld, S. 6 も参照。

（9）この担保の争奪という問題は、ドイツにおいて問題となっている（米倉・前掲論文・法協八二巻二号参照）。UCC の下での原材料・商品上の売買代金債権担保権 (purchase money security interest) の処遇については、UCC § 9-312 (3)、ブラウカー・道田・前掲書六二九頁以下を参照されたい。そのほか、Serick-Mezger-Riesenfeld, Kollisionen zwischen der dinglichen Sicherung von Lieferantenkredit und Bankkredit, 1964 SS. 59-62, Gilmore, op. cit., Vol II. pp. 784 ff., The Purchase Money Priority, 76 Harv. L. Rev. 1333 [1377-1383] (1963), Hogan, Purchase-Money Security Interests, 2 Coogan, Hogan and Vagts, 1961 [1994-2008] (1964) も参照されるべきである。この問題に立ち入ることは本稿の本旨ではないので、これ以上言及することをさし控える。

（10）四宮・前掲解説・立教法学3・一九四頁以下参照。

（11）目的物が流動するからといって、目的物が不特定であるとは解されえないことにつき本章一(1)(イ)参照。流動しているがその時その時において特定している目的物について存在する担保権をどのように公示すべきかがここでの問題である。

（12）ブラウカー・道田・前掲書五四二頁参照。

（13）この点について筆者は、所有権留保に関してではあるが、言及したことがある（米倉・前掲論文・法協八二巻二号二九八頁以下）。そこでは目的物の流動することは目的物不特定という結論を導くものではないという点が必らずしもはっきり述べられていない。ここで、目的物の流動はその不特定という結論に連なるものでないこと、流動するが各時点ごとに特定している目的物上の担保権の存在を公示するにはどのような方法が最もすぐれているか、これが問題であることをよりはっきりさせておきたい。公示方法

整備という問題は大問題であってそれじたい独立のテーマとして扱われるべきであり、本稿並びに右論文の不備もそのような場において補うべきである、また、そのようにしたいと筆者は考えている。