

流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣

堀 竹 学

1. はじめに
2. 裁判例
 - (1) 最高裁判例
 - (2) 下級審判例
3. 学説
 - (1) 民法333条説
 - (2) 民法334条類推適用説
 - (3) 民法319条類推適用説
 - (4) 担保権成立の先後で決する説
 - (5) 対抗要件具備の先後で決する説
 - (6) 流動動産譲渡担保の実行開始前後で分類する説
4. 考察
 - (1) 譲渡担保の法的構成との関係
 - (2) 流動動産譲渡担保の法的構成との関係
 - (3) 集合物の固定との関係
 - (4) 流動動産譲渡担保と動産売買先取特権との利益衡量
5. おわりに

1. はじめに

民法311条5号および321条により、動産の売買により生じた動産の代価およびその利息の債権を有するものは、その動産について先取特権を有する。この売買の対象となった動産を当該買主が譲渡担保に供した場合、その動産には譲渡担保権が存することになり、動産売買先取特権と動産譲渡担保権のどちらが優先するか問題になりうる。また、その動産の買主がメーカー等であり、その動産が原材料であるような場合に、当該買主であるメーカーが倉庫内にある搬入、搬出のある（いわゆる流動する）原材料を譲渡担保に供するような場合には、その原材料には流動動産譲渡担保権（または、集合動産譲渡担保権や流動集合譲渡担保権と呼ぶこともある。）が存することになる。この流動動産譲渡担保の場合にも、動産売買先取特権との優劣の問題が生じうる。さらに、譲渡担保の目的物が変動することから、目的物が流動しているのか固定されているのかで状況が担保目的物に対する考え方も異なるととらえることもできるので、特定の動産の譲渡担保よりも流動譲渡担保の方がこの問題が複雑となる。

そして、この動産先取特権と動産譲渡担保の優劣に関する過去の裁判例は、二つの事件（うち一つの事件は最高裁判所に上告されたもので、第一審判決、控訴審判決と併せて三

つの裁判例となっており、もう一つの事件は、第一審判決で確定している。）があるが、いずれも流動動産譲渡担保に関するものである。また、従来の担保目的物が不動産から債権・動産に移行している世界的な流れ¹⁾からすれば、担保目的物たる債権・動産の価値を広く設定できる流動債権・動産譲渡担保が益々重要になってくる²⁾。

そこで、本稿では、動産譲渡担保と動産先取特権の優劣の問題につき、流動譲渡担保を中心に検討してみたいと思う。その際には、まず、二つの事件（四つ）の判例しかないが、最高裁判例を中心に検討してみる。次に、学説は、流動動産譲渡担保の保護を図るべきとするもの、動産先取特権の保護を図るべきとするもの、双方の権利の保護のバランスを図ろうとするものがあるが、その論拠は様々である。それらの論拠から学説を評価・分類した上で、検討してみる。その検討を踏まえ、自説を述べることにする。なお、自説の展開にあたり、債権・動産譲渡担保が金融実務における担保融資手段の選択を広げるものとして期待されている³⁾ことから、動産譲渡担保による融資を促進するためには、動産譲渡担保の強化をすべきであるという観点を重視したい。また、その動産譲渡担保による融資を促進するために、動産譲渡担保権の対抗要件として動産譲渡登記によることが期待されている⁴⁾。そこで、流動動産譲渡担保の動産譲渡登記についても重視してみたい。

2. 裁判例

(1) 最高裁判例

最高裁が流動動産譲渡担保と動産先取特権との優劣について判断したものに最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁が一件ある。

同判例の事実の概要は以下のとおりである。X会社（原告、被控訴人、被上告人）は、昭和50年2月1日、訴外A株式会社との間で、以下のような内容の根譲渡担保権設定契約を締結した。すなわち、①A会社は、X会社に対して負担する現在及び将来の商品代金、手形金、損害金、前受金その他一切の債務を極度額20億円の限度で担保するため、A会社の第1ないし第4倉庫内および同敷地・ヤード内を保管場所とし、現にこの保管場所内に存在する普通棒鋼、異形棒鋼等一切の在庫商品の所有権を内外ともにX会社に移転し、占有改定の方法によってX会社にその引渡を完了したものとする、②A会社は、将来上記物件と同種または類似の物件を製造または取得したときには、原則としてそのすべてを前記保管場所に搬入するものとし、上記物件も当然に譲渡担保の目的となることを予め承諾するというものである。そして、X会社はA会社に対し、普通棒鋼、異形棒鋼、普通鋼々材等を継続して売り渡し、昭和54年11月30日現在で30億1787万311円の売掛代金債権を取得するに至った。一方で、A会社は、Y会社（被告、控訴人、上告人）から異形棒鋼（以下「本件物件」という。）を買い受け、これを前記保管場所に搬入した。その物件の価額は585万4590円であった。そして、Y会社は、本件物件につき動産売買の先取特権を有していると主張して、昭和54年12月、福岡地方裁判所所属の執行官に対し、右先取特権に基づき、競売法3条による本件物件の競売の申立てをした。

これに対し、X会社は、A会社は本件物件をY会社から買い受けて、前記保管場所へ搬入したので、X会社とA会社の根譲渡担保契約によりX会社は、所有権に基づき、被告がなした本件物件に対する前記競売手続の排除を求めて、第三者異議の訴えを提起した。

そして、第一審、控訴審ともにXの請求を認容したので、Yは最高裁に上告した。最高

裁は、以下のように第一審、控訴審とほぼ同様のことを述べて、上告を棄却した。

「構成部分の変動する集合動産であつても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどの方法によつて目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的とすることができるものと解すべきであることは、当裁判所の判例とするところである（昭和五三年（オ）第九二五号同五四年二月一五日第一小法廷判決・民集三三卷一号五一頁参照）。そして、債権者と債務者との間に、右のような集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によつてその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至つたものといふことができ、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分の変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となつた動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである。したがつて、動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となつた場合においては、債権者は、右動産についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができ、当該先取特権者が右先取特権に基づいて動産競売の申立をしたときは、特段の事情のない限り、民法三三三条所定の第三取得者に該当するものとして、訴えをもつて、右動産競売の不許を求めることができるものといふべきである。

これを本件についてみるに、前記の事実関係のもとにおいては、本件契約は、構成部分の変動する集合動産を目的とするものであるが、目的動産の種類及び量的範囲を普通棒鋼、異形棒鋼等一切の在庫商品と、また、その所在場所を原判示の訴外会社の第一ないし第四倉庫内及び同敷地・ヤード内と明確に特定しているのであるから、このように特定された一個の集合物を目的とする譲渡担保権設定契約として効力を有するものといふべきであり、また、訴外会社がその構成部分である動産の占有を取得したときは被上告会社が占有改定の方法によつてその占有権を取得する旨の合意に基づき、現に訴外会社が右動産の占有を取得したというを妨げないから、被上告会社は、右集合物について対抗要件の具備した譲渡担保権を取得したものと解することができることは、前記の説示の理に照らして明らかである。そして、右集合物とその後構成部分の一部となつた本件物件を包含する集合物とは同一性に欠けるところはないから、被上告会社は、この集合物についての譲渡担保権をもつて第三者に対抗することができるものといふべきであり、したがつて、本件物件についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができるものといふべきであるところ、被担保債権の金額及び本件物件の価額は前記のとおりであつて、他に特段の事情があることについての主張立証のない本件においては、被上告会社は、本件物件につき民法三三三条所定の第三取得者に該当するものとして、上告会社が前記先取特権に基づいてした動産競売の不許を求めることができるものといふべきである。これと同旨に帰する原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は、これと異なる見解に基づいて原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。」と判示している。

本判決は、①最一小判昭和54年2月15日民集33卷1号51頁を踏襲して、構成部分の変動する集合（流動）動産が譲渡担保の目的となりうることを認めたこと、②流動動産譲渡担

保の特定性基準も最一小判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁を踏襲して種類、所在場所および量的範囲とし、本件事例においてもその特定性を肯定したこと、③流動動産譲渡担保の対抗要件に関し、集合物としての同一性が損なわれない限り、譲渡担保設定契約時になされた占有改定の合意によって、新たに構成要素となった動産についても対抗力が及ぶとしたこと、④流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準として、流動動産譲渡担保権者は、占有改定によって新たに集合物の構成要素となった動産は、民法333条の引渡しを占有改定により受けた第三取得者として、動産先取特権の追及力を制限し、流動動産譲渡担保権を主張できるとしたことの以上四点について、判断した。

①流動動産譲渡担保の有効性、②流動動産の特定、③流動動産譲渡担保の対抗要件については、本稿のテーマとは異なる。④の流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準が本稿のテーマである。そこで、本稿では、④の流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準について検討するため、①流動動産譲渡担保の有効性、②流動動産の特定については、本判決の結論通り、流動動産譲渡担保は有効であり、本件では流動動産の特定がなされているという前提で議論する。また、③流動動産譲渡担保の対抗要件については、④の流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準の問題と関わってくるので、適宜必要に応じ検討する。

(2) 下級審判例

下級審が流動動産譲渡担保と動産先取特権との優劣について判断したものに、まず、前述の最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁の原原審である福岡地判昭和56年12月25日民集41巻8号1559頁と原審である福岡高判昭和57年9月30日民集41巻8号1559頁がある。福岡地判昭和56年12月25日民集41巻8号1559頁、福岡高判昭和57年9月30日民集41巻8号1559頁、最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁が判示した内容はほぼ同じであり、最高裁判決を示したので、ここでは省略する。

次に、前述の最高裁判決とは異なる事件として、福岡地判昭和57年10月8日判時1079号77頁が唯一ある。

この判例の事実の概要は以下のとおりである。X会社（原告）と訴外A会社は、昭和50年2月1日、次のとおり根譲渡担保契約を締結した。すなわち、①A会社は、X会社に対して負担する現在および将来の商品代金、手形金、損害金、前受金、借入金その他商品取引上もしくはこれに関連して生ずる一切の債務につき、その弁済を担保するため、A会社がA会社の第1～第4倉庫および同敷地・ヤード内を保管場所とし、同場所に所有保管する普通棒鋼、異形棒鋼等一切の在庫商品を、極度額20億円の根譲渡担保として、その所有権を内外共に原告に移転し、占有改定の方法による引渡を完了する、②A会社が将来右担保物件と同種または類似の物件を製造または取得したときは、原則としてすべて右保管場所に搬入保管し、これらの物件も当然自動的に譲渡担保の目的となることをあらかじめ承諾するというものである。そしてX会社は、A会社に対し、合計額41億6410万4097円の債権を有している。一方で、本件の争いの対象となる動産（以下「本件物件」という。）は、元々Y会社（被告）が所有していたところ、A会社が昭和54年11月14日これをY会社より買い受け、前記保管場所に搬入した。そして、一方で、Y会社（被告）は、本件物件について、A会社に対する売買代金債権を被担保債権とする動産売買の先取特権を有するとして、昭和54年12月28日、A会社を債務者として福岡地方裁判所執行官に対し、先取特権に

基づき本件物件の競売申立てをなした。

これに対し、X会社は、A会社は本件物件をY会社から買い受けて、前記保管場所へ搬入したので、X会社とA会社の根譲渡担保契約によりX会社は、所有権に基づき、被告がなした本件物件に対する前記競売手続の排除を求めて、第三者異議の訴えを提起した。

福岡地裁は以下のように述べて、X会社の請求を認容した。

「1 集合物譲渡担保契約の効力

構成部分の変動する集合動産についても、目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的となしうるものと解される。ここに目的物の範囲の特定は、客観的一義的に目的物の範囲が確定される方法をもってなすべきところ、担保物の種類、その所在場所及び量的範囲の指定によってなすことが可能である。ことに、一定の所在場所にある物の全部を担保目的物とするという指定の場合には、それだけで客観的一義的に目的物の範囲が確定されたというを妨げない。前記認定一2（一）のとおり、本件譲渡担保契約はこの方式によるものであり、特定性の要件を満しているというべきである。」

「2 集合物譲渡担保の公示方法

構成部分の変動する集合動産に対する譲渡担保の公示方法は、個々の動産に対する譲渡担保におけると何ら変わるところはなく、目的物の占有を設定者に留保する形態においては、占有改定の方法によることができるものというべきである。この場合、譲渡担保の目的物は集合物それ自体であるから、一度設定契約時に集合物自体について占有改定がなされれば、以後その構成部分に変動があったとしても、集合物としての同一性を占有している以上は、集合物に対する譲渡担保としての対抗力を継続して有していると解されるのであり、個々の物が集合物に組み入れられる度ごとに、その物について新たに占有改定をなすことを要しない。

これに対し、被告は、占有改定は公示方法として極めて不十分であって、第三者に不測の損害を与えるおそれがあるから、集合物譲渡担保の対抗要件としては明認方法を要求すべきであると主張する。なるほど、占有改定が公示方法として現実の引渡や明認方法に比べて不十分であることは否定できないところであるけれども、譲渡担保の公示方法、さらには動産物権変動の公示方法として一般に承認されているところであって、集合物譲渡担保の場合にのみ、特にこれと区別して占有改定以外の公示方法を要求すべき理由はみいだせない

以上を本件についてみるに、前記認定一2（一）のとおり、設定契約時に集合物自体について占有改定がなされているのであるから、その後前記所在場所に搬入されて集合物の構成部分となった本件物件についても、対抗要件が具備されているといえることができる。」

「してみると、前記認定一2の事実のもとでは、原告は譲渡担保契約に基づき本件物件に対する所有権を取得し、かつ、これを被告に対抗することができる。

他面、民法三三三条にいう引渡には占有改定も含まれるから、被告は同条により本件物件に対する先取特権を行使できず、したがって、本件物件について申立てた先取特権に基づく競売手続は許されない。」と判示している。

本判決は、①流動動産譲渡担保の特定性基準は種類、所在場所および量的範囲とし、本件事例においてもその特定性を肯定したこと、②流動動産譲渡担保の対抗要件に関し、集合物としての同一性が損なわれない限り、譲渡担保設定契約時になされた占有改定の合意

によって、新たに構成要素となった動産についても対抗力が及ぶとしたこと、③流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準として、流動動産譲渡担保権者は、占有改定によって新たに集合物の構成要素となった動産を民法333条の引渡しを占有改定により受けた第三取得者として、動産先取特権の追及力が制限され、流動動産譲渡担保権を主張できるとしたことの以上三点について、判断した。

最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁と比べ、①流動動産譲渡担保の有効性だけが判示されておらず、②流動動産の特定、③流動動産譲渡担保の対抗要件、④の流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準については、最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁とほぼ同じ判断を示している。したがって、本稿のテーマである④の流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準は、同じであるといえる。よって、判例は、流動動産譲渡担保と動産先取特権の優劣を決する基準として、流動動産譲渡担保権者は、占有改定によって新たに集合物の構成要素となった動産を民法333条の引渡しを占有改定により受けた第三取得者として、動産先取特権の追及力が制限され、流動動産譲渡担保権を主張できるとしたとの統一した考えであるといえる。

なお、本判例も最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁も訴外A会社は同一であり、原告、被告はそれぞれ異なるが、共に大手商社という点では同じである。

3. 学説

(1) 民法333条説

この学説は、前述の裁判例の考え方と同様に、動産売買先取特権が存する動産に譲渡担保が設定された場合、譲渡担保権者を民法333条の第三取得者とみて、同条を適用することにより、動産売買先取特権が消滅すると考えるものである。しかし、この学説を採るものも、裁判例のように、譲渡担保の法的構成について所有権的構成を採ることからただちに民法333条を適用できるとするものではなく、利益衡量した結果、同条を適用すべきとする。

例えば、売主の手に留保されたはずの目的物の交換価値が、目的物が現実に債務者（買主）の手許にとどまっているのにみすみす後発の譲渡担保権者に取られてしまうことは、動産売買先取特権者としては耐えがたいことであろうが、目的物の利用処分権はすでに100パーセント債務者側に移っているのであり、債務者がこれを担保提供して営業や金融上のメリット（あるいは反対給付）を享受することに對し、先取特権者としては本来何の文句もいえないのである（代金債権不払のさい、担保実行ができることは別として）。しかも占有改定とはいえ民法上は立派な引渡しであり、またそうであるからこそ譲渡担保権者としてはこれを安心して債務者に占有保管を委ね、かつ担保提供の見返りの給付（それが現実の融資であるか売掛による信用供与であるかは別として）を債務者に与えるのである。この意味で、譲渡担保の設定ならびに占有改定による引渡しは、文字通り民法333条所定の第三取得者への引渡しと認めてさしつかえなく、先取特権はその引渡しの時点で自動消滅することになるとする⁵⁾。

また、譲渡担保は簡便な、しかも強力な担保権として認識され、これに対する取引社会の需要は大きい。すなわち、金融機関等のように強い立場にない債権者も、設定手続も実行方法も簡略で、かつ強力な担保権としての譲渡担保を利用することにより、取引を拡大

し、典型担保として提供する物のない中小企業者も譲渡担保の利用により信用枠を拡大してきたのである。このように経済社会の活性化に対する譲渡担保の寄与は計り知れないものがあり、その発展形態として流動動産譲渡担保も登場してきている。これに対し、先取特権は法定担保物権であるといっても、同担保権があるから信用供与するというものではない。所有権留保をすることもなく、すでに売り切ってしまった物に対する権利にすぎない。したがって、流動動産譲渡担保権と動産売買先取特権との優劣については、利益衡量からすれば、譲渡担保の所有権移転の法形式からの解釈が許され、譲渡担保権者は民法333条の第三取得者に該当し、先取特権の効力が及ばないと解するとする⁶⁾。

さらに、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣の決定基準については、どちらを優先させるのが実務上妥当かという実践的問題と、条文操作によってどの様に基礎づけるかという解釈理論的な問題という二面における立場の相違によって、見解が分かれていると指摘するものがある⁷⁾。

そして、その論者は、まず流動動産譲渡担保と動産売買先取特権のどちらを優先させるのが実務上妥当かという実践的問題については、①現在の取引実務において譲渡担保は広く行われており、その効力をむげに制限してしまうとかえって債務者の金融の道を閉ざすことにもなりかねないということ、②目的物が高額化している現在、流動動産譲渡担保を無条件に優先させることは不意打ちの弊害を生じさせることの2点が重要であるとする。その結果、原則として流動動産譲渡担保が金融実務上の有効であることを認めつつ、第三者に対する不意打ちの弊害をなくすべきであるとされる。

その議論を踏まえた上で、条文操作によってどの様に基礎づけるかという解釈理論的な問題については、民法319条の先取特権の即時取得の規定を類推適用しようとする考えについては、即時取得制度の目的が、取引の安全を保護することにあるから、本来取引行為の存在しない法定担保物権には即時取得の余地がない。先取特権にも例外的に規定した民法319条は、条文上掲げられた三つの先取特権に制限して列挙されたものであり、動産売買先取特権には類推適用できないとする。次に、民法334条を類推適用しようとする考えに対しては、同条が直接占有型担保である質権に関する規定であり、譲渡担保には類推できないのではないかとする。それよりも、譲渡担保の所有権の移転という外形に注目するならば、むしろ民法333条の規定の方が近いとしている。しかし、動産売買先取特権者にも配慮して、既に動産売買の先取特権が存在していることを知りながらあえて目的物を譲渡担保にとったような者まで保護する必要はないから、この場合には、たとえ占有改定が民法333条の引渡しにあたるとしても、先取特権の方が優先すべきとしている⁸⁾。

このように民法333条適用説にあっても、判例と異なり、学説は動産先取特権者との利益衡量を図っていることがうかがえる。

(2) 民法334条類推適用説

この学説は、動産譲渡担保権の設定は、動産の担保権の設定である動産質権に近いものとみて、民法334条を類推適用する。そして、動産譲渡担保権を民法330条1項1号の第一順位として、同条同項3号の動産売買先取特権に優先すると考える。この説によれば、民法330条2項により、流動動産譲渡担保権者が、目的の動産が集合物の内容をなすことを知ったときに、当該動産の上に動産売買先取特権が存在することを知っていた場合には、先取特権が優先されることになる⁹⁾。

この説の論拠は、譲渡担保は、動産担保という性格から、質権と同質・同列と考えられ、従って、民法334条から330条の第一順位とされ、動産売買先取特権に順位的に優先する。また、動産売買先取特権の効力が弱く、330条1項の中でも劣後的地位に置かれていること、他方、実際上の使われ方を見ても、集合物譲渡担保ではかなり大きな与信枠（昭和62年最高裁判例では20億円）が設定されていることなどを考え併せると、譲渡担保が動産売買先取特権に順位的に優先すると考えるのである¹⁰⁾。

他にも、次の三点を挙げるものがある。まず、動産譲渡担保に一番接近した動産の法定担保物権は質権であり、譲渡担保制度の発展の経緯からして動産質権より効力を弱めることは妥当でない。次に、譲渡担保の順位をすべての動産先取特権より先順位とすることには、何らの類推の根拠規定を欠くものだけに疑問がある。第三には、譲渡担保を民法330条の第一順位の先取特権と同一順位と解しても不当な結果をもたらさないことである。すなわち、第一順位の先取特権中旅店の宿泊および運輸の先取特権は目的物が先取特権者の事実上の支配下にあり、不動産賃貸の先取特権も間接的とはいえ目的物は先取特権者の支配下にある。それゆえ譲渡担保が先に設定されていても、それを知らない先取特権者は先取特権の行使を期待しうる立場に立ち、その期待は保護されるべきだと解せられるし、他方譲渡担保がこの先取特権より後に設定される場合には、譲渡担保権者はそれらの先取特権の存在をある程度まで予測し得るのであって、不測の損害を被ることはないからであるとする¹¹⁾。

さらに、民法330条2項が適用されるのは、流動動産譲渡担保権者が、目的の動産が集合物の内容をなすことを知ったときに、当該動産の上に動産売買先取特権が存在することを知っていた場合であるとする論拠は以下のとおりである。すなわち、流動動産譲渡担保では動産が集合物に搬入されると自動的にその効力が及ぶので、譲渡担保権者は搬入されたこと、換言すると、動産に担保権が設定されたこと自体知らないことが多く、そのために同条同項を適用する余地はなく、常に譲渡担保権が優先すると考えられるが、その結論は譲渡担保権者に強い効果を与えすぎることになる。そこで、当該動産が集合物の内容をなすことを知った時点にしている¹²⁾。

(3) 民法319条類推適用説

この学説は、動産売買先取特権が存する動産に譲渡担保が設定された場合、民法333条が適用されることを前提とするもの¹³⁾と民法334条を類推適用されることを前提とするもの¹⁴⁾がある。その上で、民法312条から318条の先取特権者にしか適用されない民法319条の先取特権者の即時取得規定を類推適用しようとする考えである。

まず、前者の論拠は、動産先取特権の追及力の制限の解釈についても、動産先取特権者が、善意・無過失の場合は、いかに民法333条が動産先取特権の追及力を制限して動産取引の安全に資する趣旨をもつにせよ、債務者が終始一貫して直接占有をなし、先取特権者が善意・無過失であった場合について、占有改定後は先取特権の行使を許さないとするのは、実質的不均衡さは否定し難い。解釈論としては、民法319条を拡大し、類推適用することは、若干枠を超えたきらいはあるが、善意・無過失の動産売主を保護するため、やむをえないと考えるとする¹⁵⁾。

次に、後者の論拠は、目的物の上に先取特権を有するものと信じて契約を結んだ債権者の信頼を保護するために、取引行為の存在しない法定担保物権たる先取特権に善意取得の

趣旨を拡張する規定が、民法319条であるとまず解する。その上で、このような債権者の信頼が保護されなければならないのは、これらの契約関係にあっては、債権者側の給付が先履行の関係にあるからに他ならない。そうであるならば、民法312条から318条の先取特権者にしか即時取得の適用を限定する必要はない。流動動産譲渡担保権が成立後、設定者に対して動産が売却され、当該動産が集合物内に組み入れられた場合にも、動産売主は売却した目的物に対して先取特権を行使しようという期待を有しており、占有改定という不完全な公示手段しか具備しない流動動産譲渡担保権によって、動産売買先取特権者の期待が奪われることは妥当でないからであるとする¹⁶⁾。

以上のように、この説は、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣について問題が生じた場合、まず民法333条を適用するのか民法334条を類推適用するのか検討しなければならない。その上で、動産売買先取特権が劣後する場合に¹⁷⁾、民法319条が類推適用すべきかという問題になる。

(4) 担保権成立の先後で決する説

この学説では、流動動産譲渡担保権の目的物となる動産が搬入されたときと動産売買先取特権の成立時期の先後によって決するとする考えである。

その論拠は、動産売買先取特権と流動動産譲渡担保は、双方ともに、対抗要件により第三者に対抗しうる担保権ではないので、対抗要件具備の有無・先後によって決めるわけにはいかない。動産先取特権は、その成立により第三者に対してその効力を主張しえ、譲渡担保は占有改定により第三者にその効力を主張しうるのであるから、先取特権の成立時と、譲渡担保の目的動産が集合物の構成部分となった時、すなわち、譲渡担保設定契約で定められている所在場所に搬入された時の先後によることになるとする¹⁸⁾。また、譲渡担保の法的構成について担保権的構成を採ることを前提に、動産所有権の譲渡についてのみ対抗要件たりうる占有改定をもって譲渡担保の対抗要件とすることはできず、占有改定という観念的技巧のみによって対抗力を持たせることはできないとする。その上で、流動動産譲渡担保権も動産売買先取特権も公示性のない担保であることを考え、動産に担保権として先に付されている動産売買先取特権が流動動産譲渡担保権に優先しているとする¹⁹⁾。

(5) 対抗要件具備の先後で決する説

この説は、占有改定による対抗要件性を否定して、少なくとも第三者に対する関係では譲渡担保の主張を否定し、第三者が譲渡担保の所在を知ることができるような何らかの方法（明認方法）を講じたときに対抗要件の具備を認めることを前提とする。その上で、対抗要件を具備した流動譲渡担保である場合には、売主が設定者に動産を売却することによって一旦先取特権が発生したにもかかわらず、編入により遡及的に担保の客体となり、流動動産譲渡担保権と動産売買先取特権の競合を生じ、流動動産譲渡担保権が優先するとする²⁰⁾。

その論拠は、占有改定の場合、譲渡担保権者は間接占有者であり、その譲渡担保権が一般債権者に対抗できない以上、この間接占有を保護する必要がないので、民法333条は適用せず、売主は動産売買先取特権を行使しようと解すべきだとする。他方、譲渡担保権者が対抗要件を具備した場合には、買主の支配から離れ、買主が第三者に引き渡した場合に準じた状態となることから、流動動産譲渡担保権が動産売買先取特権に優先することになるとする²¹⁾。

(6)流動動産譲渡担保の実行開始前後で分類する説

この学説は、流動動産譲渡担保の実行開始の前後で分類して考えるものである。流動動産譲渡担保の実行が開始される前には、流動動産譲渡担保の目的物である動産の流動性が失われていないから、流動動産（集合物）を構成する個別動産に対して譲渡担保の効力が及ばないから、動産売買先取特権が優先すると考える。これに対し、流動動産譲渡担保が実行開始して担保目的物が固定されたときには、個別動産に対して譲渡担保の効力が及ぶから、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の競合が生ずるとする。そして、動産上の非占有担保として、流動動産譲渡担保と最も近似性がみられることから、動産抵当理論を援用すべきとする。具体的には、自動車抵当（自動車抵当法11条）、建設機械抵当（建設機械抵当法15条）、農業動産抵当（農業動産信用法16条）、航空機抵当（航空機抵当法11条）などでは、いずれもこれらの動産抵当権は民法330条1項に規定する第一順位の先取特権と同順位とされていることから、流動動産譲渡担保権もその順位として、民法330条1項3号の動産売買先取特権に優先すると解している²²⁾。また、動産抵当理論ではなく、動産質権に近いものとみて、民法334条を類推適用して、動産譲渡担保権を民法330条1項1号の第一順位として、同条同項3号の動産売買先取特権に優先すると考えるものもある²³⁾。

この説の論拠は、流動動産譲渡担保の法的構成について、集合物という概念で限定された価値枠にある有体的動産によって捉えられる程度の浮動的価値を担保的に支配するものとして、限定的浮動的担保として構成することを前提にする²⁴⁾。そして、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権との関係は、両担保権の担保力についての優劣に関わる価値判断の問題とされる。そして、この優劣の価値判断は比較衡量によってなされ、その比較衡量は、一般的には流動動産譲渡担保権については、単純にその目的物である流動動産を個別動産に行っているにすぎないとする。そして、重要なのは集合物を構成する個別動産に対する担保力につき比較衡量することであると指摘される。その上で、動産売買先取特権の場合は当該個別動産が目的物として特定されるのに対して、流動動産譲渡担保権の場合は個別動産についての流動性が前提とされるわけであるから、個別動産に対する担保力支配については動産売買先取特権の方を優先させるべきであると考えられる。しかし、流動動産譲渡担保権は、特に中小企業者に対する信用供与のための担保制度として、正常に機能する限りにおいては、その担保力を確保することも必要である。そこで、個別動産が流動性を失い確定的に集合物を構成するに至った時点においては、流動動産譲渡担保権の方を優先させる必要があるとする²⁵⁾。そして、流動動産譲渡担保権の方を優先する方法は、前述のように民法334条の類推適用によっている。

4. 考察

(1)譲渡担保の法的構成との関係

譲渡担保の法的構成については、周知のように大別して、譲渡担保は所有権移転の法形式をとるため、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転するという所有権的構成と、譲渡担保の実質からみて、所有権は移転せず、譲渡担保はあくまで担保権であるとする担保権的構成がある。

そして、本稿のテーマである流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣の決定基準に関し、民法333条の第三取得者は所有権者のみを対象としているから²⁶⁾、譲渡担保の法的

構成について所有権的構成を採れば、同条を適用して動産売買先取特権者は追及力が制限され、動産売買先取特権が消滅し、流動動産譲渡担保権者がもっぱら権利主張できるといふ考えに導き易い。判例はこのように解している²⁷⁾。これに対し、譲渡担保の法的構成について担保権の構成を採れば、流動動産譲渡担保を動産担保権たる動産質権、あるいは特別の動産抵当（自動車抵当（自動車抵当法11条）、建設機械抵当（建設機械抵当法15条）、農業動産抵当（農業動産信用法16条）、航空機抵当（航空機抵当法11条））と同視して、民法334条を類推適用する考えを導き易い。

しかし、それぞれの説が強い根拠とする所有権移転の法形式と実質的に担保であることは看過できないことであるから、中間説がありこれが多数説となっている。たとえば、授権説²⁸⁾、設定者留保権説²⁹⁾、物権的期待権説³⁰⁾などがある。これらの学説は所有権の移転という形式から所有権の移転を認めるが、その所有権は完全なものでなく、担保権により制限されているとしている。

結局、譲渡担保においては所有権移転の形式をまったく無視することもできないし、また、所有権移転という形式を採っていても、担保権という実質を備えていることも無視できないといえる。すなわち、第三者に対する公示力がある不動産登記は登記原因が譲渡担保と記載されていても、所有権移転登記が行われており、それを第三者は認識するのである。また、動産・債権譲渡特例法（動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律）3条1項の動産譲渡登記では、譲渡の目的が何らの制限もなく、担保目的でも、所有権移転一般でもどちらでもよいことになっている。また、同法7条2項4号により登記ファイルには動産譲渡登記の登記原因が記録され、譲渡担保ならば、売買、贈与等と区別して譲渡担保と記録されるが³¹⁾、動産でも所有権移転登記がなされており、それを第三者は認識するのである。さらに、譲渡担保の実行においては、目的物を処分して清算する（処分清算）よりも、譲渡担保権者に目的物の所有権が帰属して清算すること（帰属清算）が原則である³²⁾。よって、所有権移転の法形式は譲渡担保の法的取り扱いにおいては、十分考慮されるべきであるといえる。他方で、譲渡担保設定契約における取引の実態や弁済による受戻しが認められていること³³⁾からすれば、譲渡担保が担保権の側面を有している、あるいは少なくとも担保的性格もあることから完全な所有権移転ではないことがうかがえる。この担保権の側面も譲渡担保の法的取り扱いにおいては、十分考慮されるべきである。

以上から、譲渡担保の法的構成には、両側面があることから、判例のように譲渡担保の法的構成によって、論理必然として民法333条適用説となったり、あるいは、反対に民法334条類推適用説となったりするわけではないと考えられる³⁴⁾。

(2) 流動動産譲渡担保の法的構成との関係

流動動産譲渡担保の法的構成は、ドイツにおける伝統的通説でもある分析論というものがあり³⁵⁾、流動動産を一個の契約により一括して譲渡担保に供する場合でも、法的には個別動産ごとに複数の担保権が成立するとする³⁶⁾。この理論では、客体範囲の基準は、個別動産が譲渡担保権の個別的客体として特定されるための要件であり、抽象的な枠にとどまるものではない。なお、個別動産が順次時期を異にして搬入されて債権者に帰属するのは、設定契約上、搬入を停止条件として所有権移転および占有改定を生ずべき予めの合意によるものであり、個別動産が設定者の営業活動に伴い順次搬出され、有効に処分されるのは、

やはり設定契約における搬出を解除条件とする予めの合意（または処分権の授与）に基づくものとされる³⁷⁾。

これに対し、判例³⁸⁾・通説³⁹⁾は、集合物論を採用する。その理論は、以下のとおりである。すなわち、構成部分の変動する集合動産でも、上記基準により目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的とすることができる。それとともに集合物の管理利用権が設定者に与えられることは、特定物譲渡担保の場合と異なる。また、この関係において、個別動産は、元来それぞれが一個の有体物としての独立存在を失うものではないが、集合物の構成部分としてそれに属する限り、譲渡担保権の支配に服するが（個別動産所有権も債権者に帰属する）、設定者に与えられた集合物管理利用権の行使により集合物から分離される限り、個別動産自体の法的運命にしたがい、第三者への有効な移転も可能となる。また、譲渡担保の対抗要件について、担保設定の対抗要件を占有改定とするが、それが当初の設定に具備されると、集合物としての同一性が損なわれない限り、構成部分の変動した後の集合物にも効果を及ぼす。したがって、後に加入した個別動産も当然債権者に引渡されたことになり、しかもその対抗力は当初の担保設定の対抗力具備の時期まで遡って認められるとする⁴⁰⁾。

以上より、集合物論の場合は、当初の譲渡担保設定の対抗要件を占有改定とすれば、それ以後の流動する（この場合、搬入する）集合物に効力を及ぼしうるが、分析論の場合でも、その都度占有改定を生ずべきとの予め（設定時）の合意により、流動する（この場合、搬入する）集合物に効力を及ぼしうることになるので、異なるところはない。ただし、対抗力が、集合物論では遡及するが、分析論では遡及しないという違いだけはある。

しかし、分析論では、譲渡担保の目的物は、あくまで個々の動産そのものとなるから、譲渡担保権者の権利も個々の動産それ自体に及んでいるので、動産売買先取特権との優劣をどのように決するかの問題になりうる。しかし、集合物論では、譲渡担保の目的物は集合物そのものであり、対抗要件も集合物について備えられているにすぎない。すなわち、個々の動産は譲渡担保の目的物ではないのであり、集合物の構成要素としての地位しかなく、個別動産には譲渡担保の効力が及ばない結果、動産売買先取特権との優劣をどのように決するかの問題になりえないとも考えられる。そこで、集合物論は、集合物に譲渡担保権が設定される結果、同時に、個別動産も直接に譲渡担保目的物となる二重帰属性を採用している。その考えによれば、動産売買先取特権との優劣をどのように決するかが問題となりうる⁴¹⁾。

このように、分析論でも、集合物論でも、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣の問題になりうるのである。

ところが、これらの説と異なり、集合物論の矛盾を解消するため⁴²⁾に生まれた価値枠論⁴³⁾という考え方がある。この考えが、前記3. 学説(6)流動動産譲渡担保の実行開始前後で分類する説の前提となるものである。すなわち、集合物という概念で限定された価値枠にある有体的動産によって捉えられる限度の浮動的価値を担保的に支配するものとして、限定的浮動的担保として構成するものである。そして、流動動産譲渡担保が実行され、集合物が固定されれば、特定の動産譲渡担保と同じように物（当該動産）に対して直接譲渡担保権の支配が及ぶとするものである。

この考えを採れば、流動動産譲渡担保権が実行されない限り、流動動産譲渡担保権は価

値枠の中で、担保的支配をしているだけであり、搬出されれば、追及力が失われるものであるから、個別動産に対する担保力支配については動産売買先取特権の方を常に優先させるべきということになる。すなわち、この判断により流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣をどのように決するかという問題にもはやならなくなるということである。

このように価値枠論を採用するか否かは別にして、流動動産譲渡担保の実行開始前にはこのように決することが妥当か、すなわち集合物が流動しているか固定されているかでこのように分けて考えるのが妥当か次章で検討してみる。

(3) 集合物の固定との関係

流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣の問題について、集合物が流動しているか固定されているかでこのように分けて考えるべきであるとするものの中で、価値枠論から論理的に考えるのとは別に、実質的に考える論拠として次のものがある。すなわち、動産売買先取特権に関しては、売買のときから目的動産は特定しているのに対して、流動動産譲渡担保は個々の動産が流動しているため、確定と離れては考えられないと、まずその差異を示す。そして、流動動産譲渡担保は、通常の動産譲渡担保と異なり、集合物という枠の範囲内に存する動産が担保目的物とされるが、個々の動産が変動、流動している場面においては、潜在的に担保目的物になる可能性は秘められているが、この段階では、かかる動産は処分、売却されることが容認されており、具体的、現実的に担保目的物の対象とされる動産か否かは、未だ確定してはいない。したがって、この流動段階において、最高裁が判示したように先取特権の主張を排除できるとすると、担保目的物となるかどうか未確定の動産をすべて流動動産譲渡担保権者が把握することになり、譲渡担保権者の保護に偏りすぎることになりはしないか。さらに、先取特権者は、売却した動産は買主の手許にそれが存するにもかかわらず、売却した動産を譲渡担保設定者（買主）に引き渡した時点ですでに、先取特権を主張する余地がなくなってしまう。しかし動産売買の先取特権は、明文のある法定担保物権であり、その根底には動産売主の保護を目的として規定されている点に鑑みれば、先取特権者（売主）が動産を譲渡担保設定者に売却した結果、そこに存するのであり、したがって先取特権者との関係においては、譲渡担保権者が担保目的物としてその価値交換を現実的に把握する必要性と法定担保物権者である先取特権者を比べれば、この時点では後者に比重が置かれると考えられるべきであるとする⁴⁴⁾。

まず、最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁のように判示すれば、常に先取特権の主張を排除できることになり、譲渡担保権者の保護に偏りすぎることになりはしないかという点については、反対に流動動産譲渡担保が成立していても、実行されない限り、常に動産先取特権に劣後することになるのではないか⁴⁵⁾という疑問がある。後述するが、筆者は民法333条を適用しても、民法319条を類推適用することも認めるので、動産先取特権者が常に劣後することにはならない。次に、動産先取特権の目的物が将来その目的物になるかどうかは未確定である流動動産譲渡担保権よりも、権利もまた物自体（買主の手許であるが）も現存している動産売買先取特権を利益衡量上、優先すべきという考えに対しては、流動動産譲渡担保が実行開始まで優先権を持たないとすれば、実行開始までは担保としての交換価値の把握が著しく減退してしまうことになる。そのような価値が減退した担保権を利用しようという機運はなくなる。流動動産譲渡担保権の利用促進という観点からは、実行時点で担保価値があることは当然重要であるが、実行前にも担保価値がなけれ

ばならないのは同様に重要である。あるいは、担保価値を高いものにするため、流動動産譲渡担保の利用を諦め、多数の特定動産の譲渡担保を設定せざるを得なくなってしまう。これでは、流動動産譲渡担保を認めることにより、担保価値を高めて高額の融資を可能にした趣旨、また何度も譲渡担保を設定しなくてもよい便宜を図った趣旨が無に帰することになりうる。

以上より、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣の問題について、集合物が流動しているか固定されているかでこのように分けて考えることには反対であり、またその前提となる流動動産譲渡担保の法的構成を価値枠論で捉えることも反対である。

(4) 流動動産譲渡担保と動産売買先取特権との利益衡量

これまでの検討により、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣の問題について、譲渡担保の法的構成により直ちに決することはできない。また、流動動産譲渡担保の法的構成について集合物論を採用しても分析論を採用しても差異はほとんどないし、その法的構成からは直ちに結論を導くこともできない。そこで、やはり流動動産譲渡担保か動産売買先取特権かどちらを保護すべきか実質的な利益衡量をすべきであると考え。以下では、前記(3)集合物の固定との関係で論じ終えた(6)流動動産譲渡担保の実行開始前後で分類する説を除き、動産譲渡担保か動産売買先取特権を利益衡量しながら、各学説の検討を試みたいと思う。

まず、(4)担保権成立の先後で決する説であるが、流動動産譲渡担保権の目的物となる動産が搬入されたときと動産売買先取特権の成立時期の先後によって決するとするのであるから、通常は目的動産を購入してから搬入されるので、常に流動動産譲渡担保が動産売買先取特権に劣後することになる。これは、流動動産譲渡担保の担保価値を減少させることになるので、流動動産譲渡担保が利用されなくなり、不動産の担保を持たない中小企業等にとり資金調達の方法を奪われることになるので妥当でない。

次に、(5)対抗要件具備の先後で決する説については、何らかの明認方法を講じることについて、公示手段として永続性、記載事項の範囲についても問題があるとの指摘がある⁴⁶⁾。また、流動する多数の動産にいちいち明認方法を講じるのが疑問である⁴⁷⁾。したがって、明認方法により対抗要件を具備することは困難である。しかし、動産・債権譲渡特例法による動産譲渡登記であれば、現実問題としては可能である。ただし、動産譲渡登記は、動産・債権譲渡特例法3条1項により、民法178条の引渡しがあったものとみなされる。そして、占有改定も民法178条の引渡しに含まれるのであるから、占有改定でも同様に対抗要件が具備されたことになるが、占有改定はこの学説では対抗要件として認めなかったことと矛盾が生じ妥当でない。よって、この学説も採用することができない。

結局、動産売買先取特権と比較して、流動動産譲渡担保が優位であるような効力（動産先取特権の追及効を制限）を認める民法333条を適用するべきか、流動動産譲渡担保も動産売買先取特権と同様に担保であるので、その担保という限度で認められる効力を与える民法334条を類推適用するべきか、ということになると思われる。なお、民法319条類推適用説は、どちらかの条文が適用ないしは類推適用された後の問題である。

この点、民法334条類推適用説は、流動動産譲渡担保を動産担保という性格から、動産質権と同質・同列と考えを基礎においている。これに対し、動産の譲渡担保は債務者の手許に目的物をとどめておくべきことに特徴があり、だからこそ動産抵当であるとされるの

であって、動産質権とは類似性がなく、民法334条の類推適用は無理であるとの批判がある⁴⁸⁾。もう少し詳しくみてみると、動産質権は担保権者が直接占有するものであり、設定者はその目的物を使用することができない。これに対し、流動動産譲渡担保は設定者が占有し、使用するので、設定者の収益性が高く、担保価値としては高いといえる。また、集合物であり、流動性があることから担保価値が高いといえる。この後者の理は、動産上の非占有担保である自動車抵当、建設機械抵当、農業動産抵当、航空機抵当に対してであっても、それらに集合物性、流動性が考えられないので、同様である。したがって、流動動産譲渡担保は、その価値としては、これらの担保物権よりも優越するものとする。

ところで、民法333条の趣旨は、不動産上の先取特権は登記によって公示されるが、動産上の先取特権は占有を要件とせず、公示を伴わないから、第三者は、その動産についていることを知らないでこれを譲り受ける場合が多い、そこで、このような第三者を保護して、動産取引の安全を図ろうとしたものである⁴⁹⁾。流動動産譲渡担保権者は、担保となる不動産を保持していない中小企業者等に融資をしやすいするために、多数の動産である集合物で、かつ設定者の営業も促進するように流動性がある動産を目的物にして、多額の融資の担保として流動動産譲渡担保を設定しているのだから、取引の安全を図られるべき第三者といえる。このように流動動産債権譲渡担保権者を保護することが、金融実務における担保融資手段の選択を広げるものとして期待されている動産譲渡担保による融資を促進することにつながる。また、動産先取特権者との利益衡量の観点からも、譲渡担保の目的物の利用処分権はすでに債務者側に移っているものであり、債務者がこれを担保提供して営業や金融上のメリットを享受することに対し、先取特権者としては本来何の文句もいえないのであるから⁵⁰⁾、リスクを冒して多額の融資をしている流動動産譲渡担保権者の利益が保護されるべきであると考えられる。なお、前記4. 考察 (1) 譲渡担保の法的構成との関係でも述べたが、譲渡担保は所有権移転の法形式を取り、譲渡担保には所有権の構成の側面も認められるので、流動動産譲渡担保権者が民法333条の第三取得者になりうることは問題ない。

ただし、民法333条説を採る論者にも、目的物が高額化している現在、流動動産譲渡担保を無条件に優先させることは、動産売買先取特権者に対する不意打ちの弊害を生じさせることを配慮すべきことの指摘があった⁵¹⁾。それに対する配慮としてなのか、動産売買先取特権者にも配慮して、既に動産売買の先取特権が存在していることを知りながらあえて目的物を譲渡担保にとったような者まで保護する必要はないから、この場合には、たとえ占有改定が民法333条の引渡しにあたるとしても、先取特権の方が優先するべきとしている⁵²⁾。

しかし、民法333条は第三取得者に善意であることを要求していない。また、流動動産を抱える企業は掛で売買をしているのが通常であるから、流動動産に動産売買先取特権の存在について悪意となり易い。さらに、たとえ動産売買先取特権の存在を知っていても、買主（設定者、債務者）が売買代金を支払えば、その動産売買先取特権は消滅すると考えているのであるから、悪意というだけで劣後すると解するのは妥当でない。もし悪意というだけで劣後するようなことになれば、担保目的物を精査する勤勉な金融機関ほど、担保価値を低く見積もって融資額を減少したり、融資を行わなくなったりする可能性がある。金融実務における担保融資手段の選択を広げるものとして期待されている流動動産譲渡担

保による融資を促進するためにも、悪意者を排除すべきでないと考える。

それよりも、動産売買先取特権者に対する不意打ちを防ぐには、民法319条の類推適用を認めて、動産売買先取特権者の保護を図るべきであると解する。

この民法319条の類推適用については、即時取得制度の目的が、取引の安全を保護することにあるから、本来取引行為の存在しない法定担保物権には即時取得の余地がない。先取特権にも例外的に規定した民法319条は、条文上掲げられた三つの先取特権に制限して列挙されたものであり、動産売買先取特権には類推適用できないとの批判がある⁵³⁾。また、流動動産譲渡担保権者が明認方法を講じていた場合には、売主の過失が推定されるが、実務的にはこのような公示方法を具備することが難しいとの指摘があり、そうであれば、実際には先取特権の即時取得が認められる場合が多くなるとの批判もある⁵⁴⁾。

まず、即時取得制度の目的が取引の安全を保護することにあり、本来取引行為の存在しない法定担保物権には即時取得の余地がないとの批判については、動産売買先取特権も動産の売買の結果発生したものであり、その代金債務が履行されないのを担保しているのだから、売主が取引行為の一環として動産売買先取特権が存するとの期待は、即時取得の典型例である物の買主が所有権を取得できるとの期待とそれ程変わらないといえる。次に、明認方法では実際には先取特権の即時取得が認められる場合が多く、流動動産譲渡担保権が保護されなくなるという点については、動産・債権譲渡特例法による動産譲渡登記であれば、実際に利用される可能性があり問題ないといえる。特に、動産譲渡担保設定後、担保目的物を取得する第三者の即時取得を防ぐ手段として、流動動産譲渡担保権を設定する場合は、動産譲渡登記による対抗要件具備を原則とするべきであるとされていることからすれば⁵⁵⁾、動産先取特権の存在の有無に関わらず、流動動産譲渡担保権者に動産譲渡登記を要求することは酷ではないといえる⁵⁶⁾。

さらに、民法319条が類推適用できない悪意の動産売買先取特権者は、流動動産譲渡担保が設定される前に、その設定の可能性を知りうる場合もあるから、その場合には対抗手段として、売買契約の解除または当該動産に譲渡担保を設定すること⁵⁷⁾が考えられる。このように同条を類推適用することにより、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権のバランスを図る解釈は妥当であると思われる。

5. おわりに

以上より、流動動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣について、筆者は譲渡担保の法的構成および流動動産譲渡担保の法的構成のみから論理的に帰結するのではなく、双方の利益衡量を図りながら解決したいと考える。

そして、金融実務における担保融資手段の選択を広げるものとして期待されている流動動産譲渡担保による融資を促進するという観点から、流動動産譲渡担保の利益が動産売買先取特権の利益よりも優先すべきであるとした。その上で、原則民法333条を適用すべきであると解した。しかし、動産売買先取特権者の保護もまったく図らないのは妥当でなく、民法319条の類推適用を認め、動産売買先取特権者に即時取得の可能性を示した。それに対する、流動動産譲渡担保権者の取りうる手段は、まさに動産・債権譲渡特例法がこのような場合への対応を企図した同法の動産譲渡登記である。

今後、益々重要になってくる流動動産譲渡担保による融資を促進するためにも、動産・

債権譲渡特例法による動産譲渡登記の重要性が増していくものと思われる。

注

- 1) 松岡久和「譲渡担保立法の方向性」論叢164巻1～6号79頁（2008）。
- 2) 松岡・前掲注（1）102頁以下。同論文はこのような動向から、譲渡担保の立法化自体も集合財産譲渡担保を中心に行われるべきであるとされる。
- 3) 松田佳久「企業資産の包括担保化に対する妨害と対策－動産債権譲渡担保に係る登記制度を利用した企業資産の譲渡担保化促進の必要性－」銀法648号50頁（2005）。なお、特に流動債権・動産譲渡担保が期待されており、ABL（Asset Based Lending）と呼ばれる。ABLとは、企業が保有する在庫や売掛債権を金融機関へ担保提供等を行うことで資金調達をする方法のことである。小宮義則「ABLへの期待と普及に向けた取組み～ABL協会（仮称）について～」銀行実務574号22頁（2007）。
- 4) 松田・前掲注（3）50頁。植竹勝＝飯田岳「動産譲渡担保をめぐる法的論点の概観」銀行実務574号42頁（2007）は、動産譲渡担保設定後、担保目的物を取得する第三者の即時取得を防ぐ手段として、ABLにより動産譲渡担保権を設定する場合は、動産譲渡登記による対抗要件具備を原則とするべきであるとされる。
- 5) 河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離（上）」NBL294号14頁（1983）。
- 6) 中祖博司「集合物譲渡担保と動産売買先取特権の競合」NBL307号11頁以下（1984）。
- 7) 三上威彦「判批」法研62巻2号114頁（1989）。
- 8) 三上・前掲注（7）115頁以下。
- 9) 角紀代恵「判批」法協107巻1号148頁（1990）。
- 10) 近江幸治「集合動産譲渡担保と動産売買先取特権」ジュリ910号81頁（1988）。
- 11) 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」林良平先生還暦記念『現代私法学の課題と展望 上』95頁（有斐閣、1981）。
- 12) 角・前掲注（9）148頁。
- 13) 山田秀雄「集合動産譲渡担保と動産売買先取特権の優劣」NBL397号17頁（1988）。
- 14) 千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力（3）－設定者側の第三者との関係を中心にして－」判タ763号19頁（1991）。
- 15) 山田・前掲注（13）16頁以下。
- 16) 千葉・前掲注（14）20頁。
- 17) 民法333条適用説では、三上・前掲注（7）116頁のように、既に動産売買の先取特権が存在していることを知りながらあえて目的物を譲渡担保にとったような者まで保護する必要はないから、この場合には、たとえ占有改定が民法333条の引渡しにあたるとしても、先取特権の方が優先すべきと解しうる。また、民法334条類推適用説では同様の場合には、民法330条2項が適用されて先取特権が優先されることになる。したがって、動産売買先取特権が劣後するのは、既に動産売買の先取特権が存在していることを知らずに目的物を譲渡担保にとっている場合である。
- 18) 高木多喜男「流動集合動産譲渡担保の有効性と対抗要件」金法1186号18頁（1988）。
- 19) 堀龍兒「動産売買先取特権の存在する動産が譲渡担保権の目的たる集合物の構成部分となった場合の法律関係」ジュリ912号105頁（1988）、今尾真「流動動産譲渡担保権と動産売買先取特権との優劣に関する一試論（三）・完」明学67号302頁以下（1999）。

- 20) 半田吉信「判批」法時56巻1号115頁以下（1984）。
- 21) 半田・前掲注（20）116頁。
- 22) 伊藤進「集合動産譲渡担保と個別動産上の担保権との関係 ―特に、動産売買先取特権との関係を中心として―」法論61巻1号94頁以下（1988）。なお、伊藤進教授は、船舶抵当については、商法849条により先取特権が優先するとされているが、船舶という高価な物件の建造に伴う債権担保に優先させるための政策的配慮であるとも考えられるから、このような規定になっていると指摘されている。したがって、流動動産譲渡担保は、船舶抵当の規定に準拠するよりも他の動産抵当権に準拠するのが妥当とされる。
- 23) 伊藤進「判批」判タ668号40頁（1988）〔権利移転型担保論 私法研究著作集第五巻所収、86頁以下（1995）〕。伊藤進教授は、こちらの論稿では、それほど論拠を示されないが、このように解することが企業担保権に近似することを指摘されている。
- また、物権変動につき、流動動産譲渡担保権の設定という第一段階では生じず、その流動動産譲渡担保権の実行という第二段階ではじめて生じるという二段階説も同様の結論を導いている。すなわち、流動動産譲渡担保の設定という集合物という概念で限定された価値枠内にある第一段階では、個別動産の権利関係に直ちに物権変動を及ぼすものでないで、動産売買先取特権の主張だけが認められる。これに対し、固定化と呼ばれる流動動産譲渡担保の実行の第二段階では、動産売買先取特権と流動動産譲渡担保権の競合が生じ、その優劣を決する基準については、立法的解決を図るべきであるが、現行法では、民法334条を類推適用して、動産譲渡担保権を民法330条1項1号の第一順位として、同条同項3号の動産売買先取特権に優先するとしている。福地俊雄「流動動産譲渡担保の基本的性格および効力」民商110巻6号965頁以下（1994）。
- 24) 伊藤・前掲注（22）91頁。
- 25) 伊藤・前掲注（22）79頁以下。
- 26) 近江・前掲注（10）81頁。
- 27) 最小三判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁の調査官解説である田中壯太「判解」ジュリ908号73頁（1988）。
- 28) 譲渡担保における所有権の譲渡とは、たんに外観にすぎず、その中の真意は、債権者をして債権担保の目的の範囲において目的物を管理処分する権限を取得させるもの、すなわち一種の撤回を許さない授權であるとみる。石田文次郎「売渡担保に於ける二形態」論叢32巻2号204頁以下（1935）。
- 29) 譲渡担保の譲渡という観点をも生かして、譲渡担保の設定により目的物の占有はいちおう担保権者に移るが、それが単純な譲渡ではなく、まさに譲渡担保であるがゆえに、一応は所有権を譲り受けた担保権者が「所有権マイナス担保権」すなわち設定者留保権を設定者に観念的には返還し、その結果、設定者にも物権的な権利、つまり実質的には所有権マイナス担保権が留保されているというものである。鈴木祿弥『物権法講義』368頁（創文社、五訂版、2007）。
- 30) 抵当権と譲渡担保の究極の目的が同一であり、両者の法的処理をできるだけ同一にすべきであることから、譲渡担保権者は実質的に所有権を取得したといえず、担保権実行の要件の具備とともに完全所有権を取得すべき期待権を有するものであり、設定者も債務の弁済により完全所有権を回復させる意味での物権的期待権を有すると考えるものである。川井権『担保物権法』12頁、185頁（青林書院、1975）、川井健『民法概論2物権』461頁（有斐閣、第2版、2005）。
- 31) 植垣勝裕＝小川秀樹『一問一答 動産・債権譲渡特例法』75頁（商事法務、3訂版補訂、

- 2009)。
- 32) 川井・前掲注(30)『民法概論2物権』469頁。
- 33) 最一小判昭和43年3月7日民集22巻3号509頁、最三小判昭和49年12月17日金法745号33頁、川井・前掲注(30)『民法概論2物権』471頁。
- 34) 松岡・前掲注(1)99頁、103頁は、譲渡担保の法的構成が相対化してきており、問題解決に絶対的な意義のあるものでなくなってきていることを指摘されている。
- 35) 福地俊雄『新版注釈民法(9)物権(4)』〔柚木馨=高木多喜男編〕890頁(有斐閣、1998)。
- 36) この説を採用する論者として、唯一、古積健三郎「流動動産譲渡担保に関する理論的考察(二)・完」論叢133巻6号72頁(1993)、古積健三郎「集合動産譲渡担保と動産売買先取特権」鎌田薫ほか編『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』141頁(日本評論社、2005)がある。
- 37) 福地・前掲注(35)890頁
- 38) 最一小判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁、最一小判昭和57年10月14日判時1060号78頁、最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁。
- 39) 川井・前掲注(30)『民法概論2物権』478頁、福地・前掲注(35)887頁、近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権』320頁(成文堂、第2版補訂、2007)。
- 40) 福地・前掲注(35)888頁。
- 41) 道垣内弘人『担保物権法』328頁、330頁(有斐閣、第3版、2008)。
- 42) 動産群が一つの物、一つの客体となるならば、本来は個々の動産の独立性は否定され、それはむしろ個々の動産の独立した処分の妨げになりかねない。しかし、少なくとも通常の営業に必要な処分の有効性を認めないと、この譲渡担保の経済的目的が達成されない。従来は集合物論は、これを集合物上の利用権という構成によって説明しようとするが、動産群を一体的に把握する権利が成立しているならば、個々の動産の処分・分離は実は係る権利の侵害ともいえ、これは単なる利用権によって基礎づけられることには無理があるとするのである。古積・前掲注(36)『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』140頁。
- 43) 伊藤・前掲注(22)92頁以下。
- 44) 櫻本正樹「流動動産譲渡担保の効力—先取特権との関係について—」中部女子短期大学紀要26号168頁(1997)。
- 45) 古積・前掲注(36)論叢133巻6号68頁、古積・前掲注(36)『民事法Ⅱ担保物権・債権総論』141頁は、このような結論になる価値枠説は、流動動産譲渡担保の担保としての有用性が著しく減少してしまうので、妥当でないとする。
- 46) 半田・前掲注(20)115頁。
- 47) 櫻本・前掲注(44)167頁。
- 48) 中祖・前掲注(6)12頁、三上・前掲注(7)116頁。
- 49) 平田春二『基本法コンメンタル物権』〔遠藤浩=鎌田薫編〕206頁(日本評論社、第5版、2005)。
- 50) 河野・前掲注(5)14頁。
- 51) 三上・前掲注(7)115頁。
- 52) 三上・前掲注(7)116頁。
- 53) 三上・前掲注(7)115頁。
- 54) 千葉・前掲注(14)14頁。
- 55) 植竹=飯田・前掲注(4)42頁。
- 56) そもそも動産譲渡登記制度の立法趣旨は、動産を活用した資金調達的手法として、動産譲渡

担保に供して金融機関等から融資を受ける方法と動産を流動化・証券化目的で譲渡して、譲渡代金を受領することにより資金調達をする方法を促進することにある。そして、その対抗要件は占有改定によって行われていたが、後から登場した第三者に即時取得されて、目的動産に対する権利が失われるおそれがあり、資金調達のために動産を活用することを困難にしていた。その即時取得を防ぎ、動産が資金調達に活用されるために動産譲渡登記制度が創設されたのである。植垣＝小川・前掲注（31）7頁以下。

また、今尾・前掲注（19）299頁、303頁は、公示手段を事実上持たないに等しい流動動産譲渡担保（非典型担保）が、法定担保物権である動産売買先取特権よりも優先させるというのは不公平な解決策であると指摘されている。しかし、動産譲渡登記を流動動産譲渡担保権者に要求するのは、動産売買先取特権者への配慮だけでなく、流動動産譲渡担保の公示手段が事実上なかったという問題をも克服するものといえる。

- 57) 所有権留保の設定は、売買契約締結時に通常行われるものだから、この時点では、第三者による流動動産譲渡担保の設定の可能性を知りうることはあまり考えられない。したがって、悪意の動産売主（先取特権者）が、対抗手段として当該動産に所有権留保の設定をすることは難しいといえる。

キーワード：ABL（Asset Based Lending） 動産譲渡登記 譲渡担保の法的構成
流動動産譲渡担保の法的構成 悪意の譲渡担保権者の保護
動産売買先取特権の即時取得

（HORITAKE Manabu）