

---

種 別： 論説

タイトル： 動産譲渡担保権に基づく物上代位——動産・債権担保法改正における中間試案までの議論を中心に

著 者： 小山 泰史

所 収： 『上智法学論集』第 67 卷 1-3 合併号（平成 20 年 11 月）1-71 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 動産譲渡担保権に基づく物上代位 ——動産・債権担保法改正における中間試案ま での議論を中心に

小山 泰史

---

- I 問題の所在
- II 物上代位に関する「中間試案」までの議論の経過——「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」と法制審議会担保法制部会
- III 「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「担保設定者の処分権限」に関する議論の概要
- IV 「通常の事業の終了」をもたらす私的実行と「固定化」——「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「一部実行・連続実行」等に関する議論
- V 「倒産手続開始後に設定者が取得した財産に対する実行の可否」をめぐる議論の変遷と固定化
- VI 結びに代えて

## I 問題の所在

1 かつて最決平成 22・12・2（民集 64 卷 8 号 1990 頁）は、以下のように述べて、漁業組合の共済契約に係る漁業共済金請求権に対する物上代位を肯定した。

「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その

効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。もっとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。」

2 2022年12月に公表された「担保法制の見直しに関する中間試案」においては、上記最決平成22・12・2等を前提として、次のような提案がなされている。

## 「第1章 担保権の効力

### 第3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力

#### 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等

- (1) 新たな規定に係る集合動産担保権は、設定者が通常の事業を継続している間は、特定範囲に含まれる動産の売買、滅失又は損傷によって設定者が受けるべき金銭その他の物に対し、行使することができないものとする。
- (2) 上記(1)につき、次のような例外を設けるかは、引き続き検討する。
  - ア 当事者が別段の合意をした場合
  - イ 権限範囲を超える処分がされた場合
- (3) 第三者が特定範囲に含まれる動産を滅失又は損傷させた場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を設けないものとする。」

この規定の提案は、基本的には上記最決平成22・12・2の示した判例法理を明文化する方向を指向するものである<sup>(1)</sup>。また、最決平成22・12・2以

前に、既に最決平成 11・5・17（民集 53 卷 5 号 86 頁）が、個別動産の譲渡担保に基づき売却代金債権に対して物上代位を肯定したことを前提として、中間試案は以下のような提案を行っている。

## 「第 1 章 担保権の効力

### 第 I 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実体的効力

#### 3 物上代位

- (1) 新たな規定に係る動産担保権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 新たな規定に係る動産担保権の担保権者は、上記(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。
- (3) 新たな規定に係る動産担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣関係について、次のいずれかの案によるものとする。

【案 1.7.1】物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣は、上記(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的とする担保権が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

【案 1.7.2】物上代位とその目的債権を目的とする担保権との優劣は、物上代位を生じさせた目的物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的とする担保権が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする（注）。

（注）原則として【案 1.7.1】の規律によるが、目的物に設定された新たな規定に係る動産担保権の設定について登記がされたときは、登記の時点を基準とする考え方がある<sup>(2)</sup>。

---

(1) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」30 頁（2023 年）。

(2) 中間試案の物上代位と債権譲渡等との競合の提案に関する詳細な検討として、和田勝行「動産譲渡担保権に基づく物上代位の目的債権をめぐる競合問題に関する覚書」法学論叢 192 卷 1～6 号（2023 年）563 頁以下がある。

この「第1章第1、6」の提案が改正提案における物上代位の原則規定であり、集合動産に関する担保権の物上代位を定める「第1章第3、6」の提案がその特則として位置づけられる。

一見すると、これら新たな提案は、既存の判例法理を明文化する方向を基本姿勢としつつ、物上代位と他の担保権との優劣については、最判平成10・1・30（民集52巻1号1頁）が示す抵当権の賃料債権に対する物上代位と債権譲渡との優劣、及び、最判平成17・2・22（民集59巻2号314頁）が示す動産売買先取特権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣の異同を踏まえるなど、判例法理では明らかになっていない点については解釈に委ねるか、さらに検討を必要とする姿勢を見せるなど、比較的穏当な提案に落ち着いている印象を与える。

しかしながら、中間試案の他の部分では、例えば「新たな規定に係る担保権」について、「実行後に特定範囲に加入した動産に対する再度実行の可否」<sup>(3)</sup>や、「集合動産の一部について実行がされた場合に固定化が生ずる範囲」<sup>(4)</sup>など、最決平成22・12・2の示す「物上代位権行使が認められる「営業の終了」概念などに関係しうる他の提案が複数なされている。これらの新たな提案が、物上代位権行使にどのような影響を与えるのかについては、なおも検討を要するようと思われる。

3 一例を挙げればこうである。中間試案のある規定は、以下のような定めを置く。

## 「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行

### 1 新たな規定に係る集合動産担保権の実行の手続

新たな規定に係る集合動産担保権の実行について、次の規定を設けるものとする。

(1) 新たな規定に係る集合動産担保権の私的実行をしようとするときは、担

---

(3) 中間試案「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行 2」

(4) 中間試案「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行 1 新たな規定に係る集合動産担保権の実行の手続」「3 集合動産の一部について実行がされた場合に固定化が生ずる範囲」。中間試案補足説明108頁16行目以下を参照。

保権者は、帰属清算の通知（担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、これに加えて清算金の提供等）又は第三者への目的物の処分に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。

（中略）

- (3) 上記(1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合動産の構成部分であった動産の処分権限を失う。（以下、略）

この(3)について、中間試案の補足説明では、「新規加入物に対して担保権の効力が及ばなくなる一方で、既存の集合動産の構成部分について引き続き設定者が処分をすることができるのであれば、担保目的物の価値は減少し続けることになり、集合動産担保権者に不利益が生ずる。特に、後記2のとおり実行後の再度実行を否定し、一回実行すれば担保権は消滅するという従来の集合動産譲渡担保と同様の規律を採るとすると、このような結論は当事者の意思に反すると考えられる。・・そこで、本文(3)では、実行通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合動産の構成部分であった個々の動産の処分権限を失うものとしている。」<sup>(5)</sup>、と述べられている。

けれども、前掲最決平成22・12・2は、流動動産譲渡担保が実行された後に物上代位権が行使された事案であった<sup>(6)</sup>。果たして、「一度実行すれば集合動産譲渡担保権は消滅する」と解することが、当然に自明の理であると断定してよいかは、やや疑問がある。物上代位の目的債権の発生原因である、集合物を構成する個別動産（養殖魚）に譲渡担保権の効力が及んでおり、その価値変形物である共済金請求権に対しても担保権の効力が及んでいるなら<sup>(7)</sup>、担保物権の不可分性から、追加の実行としての物上代位権行使を認める余地もあるのではないかと。

---

(5) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」104頁2～9行目。

(6) 最決平成22・12・2の事実関係については、小山泰史「最決平成22・12・2判批」NBL950号（2011年）26頁ほかを参照。

(7) 栗田口太郎「最決平成22・12・2判批」事業再生と債権管理133号（2011年）14-15頁参照。小山・前出注(6)「最決平成22・12・2判批」28-29頁。

また、上記「第11、1(3)」において、実行通知の到達により設定者が個別動産の処分権を失うことは、いわゆる「固定化」の発生を意味するが<sup>(8)</sup>、最決平成22・12・2が示す物上代位の行使要件としての「通常の営業の終了」(不継続)との関係がどうなるのかは、一義的には明確ではない。

以上のように、「中間試案」は物上代位権を一般的に肯定するものの、その規律が単純に判例法理を明文化するだけにとどまるものであるのかについては、慎重な検討が必要であると考えられる。そこで、本稿は、中間試案までの検討の過程を参照しつつ、その各部分での検討が物上代位権行使についてどのような影響を与えるのかについて、若干の検討を試みるものである。

4 なお、法制審議会担保法制部会における審議の開始に先立ち、商事法務研究会が設置した「動産・債権担保法制に関する研究会」(以下、単に「研究会」という)において、現状の動産譲渡担保等に関する判例法理を前提としつつ、これらを明文化する際、どのような制度設計が可能かが検討された。

すなわち、同研究会の第1回資料(研究会資料1)では、「動産・債権等を目的とする担保に関する法制度を整備するに当たっては、「新たな担保物権を創設するという方向性」(以下、①とする)と、「財産権の移転のうち一定の態様のもの(例えば、担保目的でされた財産権の移転)について適用されるルールを設けるという方向性(以下、②とする)が示されている<sup>(9)</sup>。この2つの方向性は、上記研究会だけでなく、その後の法制審議会担保法制部会においても「①債務を担保する目的でされた一定の種類の契約を適用の対象として、その契約の効力を定める方法(以下「担保目的取引規律型」という。)、②質権、抵当権等と並ぶ担保物権を新たに創設する方法(以下、「担保物権創

---

(8) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」102頁22行目～34行目を参照。固定化の意義については、小山泰史「動産譲渡担保Ⅱ」森田修編『新注積民法(7)』(有斐閣・2019年)578～586頁を参照。本稿では、中間試案と同様、主として「実行対象である個別物を確定する」という意味で「固定化」を用いる。

(9) 研究会資料1・6頁。なお、この「研究会」と同時期に、中小企業庁が「取引法制研究会」を、金融庁が「事業者を支える融資・再生実務のあり方に関する研究会」を組織し、動産・債権担保法改正に関する議論を行っているが、これらはいわゆる「事業担保」の構想の検討が中心であり、本稿では取り上げない。

設型」という。) <sup>(10)</sup>」として基本的に維持されている。

ただ、議論の出発点において、研究会では当初、「担保目的で所有権を移転した場合のその契約の効力に関する規定として書いていくのか」(上記①)、あるいは、「新しいタイプの担保権を作るという法律として、ルールとして書いていくのか」(上記②)によって、個々の場面でのルールの仕組み方が変わってくるのが既に指摘されていた <sup>(11)</sup>。例えば、最判平成 18・7・20 (民集 60 卷 6 号 2499 頁) が言及する後順位譲渡担保権の設定については、担保権創設型 (②) であれば、抵当権と同様に、純粹に担保権を順位をつけて設定することになるのに対し、担保目的取引規律型 (①) によれば、第 2 順位者は、設定者がもはや所有権を有しないので、所有権ではなく、設定者留保権を取得することになる点が指摘されている <sup>(12)</sup>。

しかしながら、その後の法制審議会担保法制部会が中間試案をまとめていく過程で、担保目的取引規律型については、「動産や債権を目的とする担保取引としては、現行法においては、債務を担保するため動産の所有権を移転したり (動産譲渡担保)、留保したり (所有権留保) するなどの取引形式が用いられており、このような形式との連続性がある点で実務上も受け入れられやすい」とされる一方、担保権創設型にあっては、「担保物権を創設するだけでなく、債務を担保する目的で動産の所有権を移転する契約、債務を担保する目的で動産の所有権を売主に留保する売買契約などの担保取引については、新たな担保物権を設定する契約とみなす」等の規定を併せて設けることで、「担保目的取引規律型と担保物権創設型は規定の方法の違いにすぎず、ほぼ同様の実質を規律することができる」と評価されている <sup>(13)</sup>。

---

(10) 「担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明」3 頁。

(11) 研究会第 13 回議事録 4 頁。

(12) 研究会第 13 回議事録 24 頁。研究会第 14 回議事録 11～12 頁における議論も参照。

(13) 「中間試案に関する補足説明」3 頁。担保法制部会における議論について、生態長幸「担保目的取引規律型・担保物権総説型および動産譲渡担保権・留保所有権の実行方法について (1) (2・完)」立命館法学 397 号 92 頁・398 号 180 頁以下 (2021 年) を参照。また、生態長幸『担保法制の見直しに関する中間試案 (前注)』および『第 3 章 担保権の効力 第 1 個別動産を目的とする新たな章の規定に係る担保権の実体的効力』とその問題点」立命館法学 407 号 (2023 年) 170～176 頁も参照。

よって、以下では、物上代位に関する規律に関する議論の変遷を検討する過程では、断らない限り、担保目的取引規律型と担保権創設型を区別せずに論じることとする。

また、「研究会」での議論の段階、および、法制審議会担保法制部会の議論においても、特に異論がなく当初から修正が殆どなかった項目、例えば上記の「新たな規定に係る担保権」について、担保設定者について倒産手続が開始された場合に、破産手続・民事再生手続については別除権として(破産法2条10項、民事再生法53条)、会社更生手続については更生担保権として扱う(会社更生法2条11項)<sup>(14)</sup>等、これまでの異論のない判例法理を明文化した規定案については、必要な限りにおいて言及するに留める。

さらに、物上代位に関する「第1,7」の規律は、個別債権を目的とする譲渡担保権の実体的効力にも準用される(「第2,1」)が、本稿では、債権を目的とする担保権については扱わない。

## II 物上代位に関する中間試案までの議論の経過—— 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」 と法制審議会担保法制部会

1 2019年3月から2021年3月にかけて、公益社団法人商事法務研究会の下、「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」(座長:道垣内弘人

---

(14) 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」(2021年4月・商事法務研究会。以下「報告書」と略称する)「第5章各論4—動産・債権等を目的とする担保の倒産手続における取扱い 第1 別除権としての取扱い」同・報告書104頁、および、中間試案「第4章担保権の倒産手続における扱い 第16 別除権としての取扱い」22頁参照。別除権としての扱いにつき、担保法制部会資料32・5頁18~23行目。判例として、所有権留保について民事再生手続上別除権として扱う最判平成22・6・4(民集64巻4号1107頁)、譲渡担保を会社更生法上更生担保権として扱うとした最判昭和41・4・28(民集20巻4号900頁)。なお、会社更生手続においては、債務者に更生手続が開始されている場合は、物上代位権者は目的債権を差し押さえることができない(会社更生法50条1項)ことに注意。担保権者は、更生担保権の届出(同法138条1項)をすることによって物上代位権を行使することになる。伊藤眞=園尾隆司編『条解民事執行法〔第2版〕』(弘文堂・2022年)1780~1781頁。

教授、以下「研究会」と略称する)が組織され、28回にわたって論点の洗い出しと整理が行われた。その報告書が同年5月に公表され、その後法制審議会担保法制部会が発足し、中間試案に到るまでの議論がなされてきた。

そこで、まずこの「研究会」において、物上代位についてどのような議論がなされたかを概観する。

2 物上代位一般については、第2回研究会において、最初に以下のような論点整理がなされた<sup>(15)</sup>。

### 〔第1 物上代位〕

動産や債権等を目的とする新たな担保権に関する規定を設けるに当たり、その担保権に基づく物上代位権の行使を認めるべきであるか。どのような範囲の代償物について担保権を行使することができることとすべきか。例えば、次のような債権等についてどのように考えるか。

- ① 担保の目的である財産が譲渡された場合の代金債権
- ② 担保の目的である財産が毀損・滅失した場合に、その損害をてん補するために設定者に対して支払われる損害賠償請求権
- ③ 担保の目的である財産が賃貸された場合の賃料債権

同箇所における整理では、「動産や債権を含む様々な財産を目的とすることができる新たな担保権に関する規律を設けるとすれば、担保権が代償物に及ぶことを法定しなくても、当事者が設定行為において代償物を担保権の目的に含めておく(例えば、在庫商品について担保権を設定する場合に、併せて、商品が売却されたときの代金債権や、滅失した場合の保険金請求権等を担保権の目的としておく)ことによって担保権の効力を代償物にも及ぼすことができるため、あえて物上代位を認める実益は大きくない」として、「物上代位を認めない」とする整理(「A2」とする)が示された。この整理については、法務省の担当者から、制度として設けるのではなく、例えば目的物の売買代金債権への転化等が予見できる以上、当事者の設定行為に委ね、そ

---

(15) 研究会資料3・1頁以下。

れらを併せて担保権の設定を受ける、言い換えれば、物上代位をあえて肯定せず、当事者が価値代替物に広く担保権を設定する、という考え方である旨が紹介される。他方、物上代位が、「①設定者が担保の目的である財産の代償物を得ながら担保権の負担を免れるという利益を得ることは、担保権設定の趣旨に反する、②担保権はその目的である財産の価値を支配するという性格を有することなどを根拠とする」としたうえで、その趣旨は新たに設けられる担保権にも妥当するとして、新制度の下でも物上代位権を設ける案(「A1」とする)とが示されている<sup>(16)</sup>。

次に、以上の2つの考え方(以下、論点①とする)を前提として、売買代金債権に対する物上代位と、目的物が滅失、損傷した場合の損害賠償請求権に対する物上代位とが議論の俎上に載せられる。前者について、抵当権の物上代位については、目的物本体について実行が可能であるから物上代位を認めるべきでないとする説が有力だが、第三者が動産を即時取得しうる動産譲渡担保の場合にも同様の理が妥当するかは疑問とされる<sup>(17)</sup>(以下、論点②とする)。他方、損害賠償請求権については、物上代位肯定説が通説として紹介される一方、道垣内説に代表される物上代位否定説が紹介される<sup>(18)</sup>。加えて、民法371条を新たな担保権に準用すべきかについても検討がなされる<sup>(19)</sup>。

論点①については、A2の考え方との関連では、動産譲渡登記上、動産だけでなくその売却代金債権についても、私的実行が可能である(担保権の効力が及ぶ)ことを理由に物上代位は不要であるとの分析が示される。しかし、仮に物上代位の差押えが不要となるなら、差し押さえられた債権の債務者の地位が不安定となることが指摘され、また、動産譲渡登記の公示により代金債権が公示されると解することには疑問が呈される。また、代金債権を個別動産と別途担保の目的とするには、債権譲渡担保の法制が2017年の債権法改正後(特に譲渡禁止特約から譲渡制限特約への制度変更により)容易に

---

(16) 研究会資料3・3頁。

(17) 研究会第3回議事録3頁。

(18) 研究会第3回議事録3~4頁。

(19) 研究会第3回議事録4頁。

なったとすれば、A2のような考え方もあり得るが、対抗要件具備のコストについても考慮が必要であることが言及される<sup>(20)</sup>。

以上の議論に続けて、動産譲渡登記で仮に売却代金債権についても公示されていると考え、債権譲渡登記を備えた債権譲渡と競合した場合、動産譲渡登記の公示力が弱いために、むしろ動産売買先取特権と同等であると考えて、差押えと債権譲渡登記との先後で優劣を考えてはどうか、という見解が提示される<sup>(21)</sup>。しかし、抵当権の物上代位との類推で動産譲渡担保に基づく物上代位を考えるのであれば、むしろ登記の先後で決すべき、との考え方も示される。この論点は、「新たな担保権」につき物上代位を肯定することを前提として、中間試案にあっても論点として残ることになる<sup>(22)</sup>。

3 さらに、物上代位との関係では、

〔2 設定者が目的物について重複して担保権を設定した場合の法律関係

(1) 動産等を目的とする新たな担保権に関する規定を設けるに当たり、既に担保権が設定されている目的について後順位の担保権を設定することができることとするかどうかについて、どのように考えるか。また、後順位の担保権を設定することができるものとする場合に、どのような点に留意する必要があるか。〕との問題提起がなされた<sup>(23)</sup>。この関連では、後順位担保権の本来的効力の一貫として、仮登記担保法における実行（仮登記担保法第4条

---

(20) 以上につき、研究会第3回議事録5～7頁。

(21) 研究会第3回議事録9頁。

(22) その後の前掲・中間試案「第1章 担保権の効力第I 個別動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実効的効力7物上代位」(3)【案1.7.1】および同【案1.7.2】を参照。動産売買先取特権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣が問題となった事案（最判平成17・2・22民集59巻2号314頁）では、先取特権が売買目的物に対する追及効がない（民法333条参照）との対比では、追及効の認められる譲渡担保とは状況が異なること、および、動産売買先取特権に基づく物上代位では、差押債権者との関係では物上代位は後れてもよいとしていることが指摘される。研究会第3回議事録10頁も参照。

もともと、この第2回研究会の議事録18頁において、改正の方向の検討をするうえで、「動産譲渡登記の位置づけを現行法と同じにしておくかというのが論点になっている」との指摘がある。同21頁も参照。なお、本提案の②の不法行為に基づく損害賠償請求権については、加害者に対する担保権者からの直接請求を肯定すれば、物上代位は不要ではないか、との指摘がなされた。研究会第3回議事録11頁。

(23) 研究会資料3・10頁。

第1項、第2項)を参考にした制度が提案され<sup>(24)</sup>、この提案が、清算金への物上代位を効力の中心として、後順位担保権者の権利を認める考え方であるとされる<sup>(25)</sup>。この考え方では、後順位の譲渡担保設定の可能性を認めつつ、その私的実行を排斥した最判平成18・7・20(民集60巻6号2499頁)との関係が意識されるべきである<sup>(26)</sup>。もっとも、先順位の担保権が実行された際、後順位の担保権が消滅して目的物の所有権が買受人に移転する、いわゆる消除主義を採用する<sup>(27)</sup>なら、後順位担保権者による清算金への物上代位を観念する余地はないように思われる<sup>(28)</sup>。

なお、後順位担保権を設定者が設定できる権限を有する旨の同旨の提案は、第13回の研究会の資料においても示されている<sup>(29)</sup>。

4 さらにその後、物上代位の原則規定については、第13回の研究会で次のような案が示された<sup>(30)</sup>。

#### 〔6 物上代位〕

- (1) 新たに規定を設ける動産担保権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して担保権を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。ただし、担保権について動産譲渡登記がされているときは、登記事項証明書を交付するとともに物上代位権を行使する旨の通知をすれば足りるものとする。〕

---

(24) 研究会資料3・同11頁(2)。

(25) 研究会第3回議事録21頁(G氏発言)。

(26) 小山・前出注(8)572頁。

(27) 研究会第6回議事録25頁以下の議論を参照。

(28) もっとも、その後の研究会資料6・9頁以下「4 同一動産に担保権を有する者が複数いる場合の担保権実行(1)イ但書」では、消除主義を採りながら、先順位担保権実行後も被担保債権額を換価した目的物の売却額が上回る場合には、後順位担保権者に清算金に対する物上代位を認める提案が示されている。

(29) 研究会資料13・12頁「第3 担保権設定者の目的物の処分権限(2)」。

(30) 研究会資料13・18頁。

研究会資料 13 における説明では、動産譲渡担保に基づく価値代替的物上代位を認めた判例（最決平成 11・5・17 民集 53 巻 5 号 863 頁、最決平成 29・5・10 民集 71 巻 5 号 789 頁、最決平成 22・12・2 民集 64 巻 8 号 1990 頁）を引用しこれを肯定する方向を採用しつつ、抵当権の付加的物上代位を参考に、新たな動産担保権についてもこれを肯定する方向が採用されている<sup>(31)</sup>。

一方、「代償物である債権を目的とする担保権との優劣」については、抵当権および先取特権の物上代位について明文の規定を欠く中で、動産を目的とする担保権についてのみ物上代位と債権譲渡等との優劣について規定を設けることの困難さから、規定化は見送られる方向となった<sup>(32)</sup>。しかしながら、物上代位の公示が不十分であるのは、動産担保権に限らず抵当権でも変わらないとの指摘を受けつつ、次のような説明を新たに加えて、動産譲渡登記による物上代位権の公示を説明する。

すなわち、「現在の動産譲渡登記においては、何人も登記事項概要証明書（動産・債権譲渡登記特例法第 11 条第 1 項）、概要記録事項証明書（同法第 13 条第 1 項）の交付を請求することができるが、これらにはいずれも譲渡の目的動産を特定する事項は記載されておらず、利害関係人以外の者はどのような動産について譲渡がされたかを知ることができない。」「その公示の程度は抵当権設定登記と差があるから、物上代位の目的債権に担保権の効力が及ぶことの公示は動産譲渡登記によっては十分ではないとの考え方も成り立つ。」「しかし、そのような登記であっても元物について担保権者が第三者に対して優先権を主張することができる（逆に、その元物については他の債権者は担保権者に優先されてもやむを得ない立場にある）のであり、現在の動産譲渡登記における公示によっても元物について第三者の保護に欠けるところはないとされている以上、代償物について公示が十分ではないとする理由は乏しい<sup>(33)</sup>」、と。

以上を前提として、研究会資料は、新たな動産担保権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣は、抵当権の質料債権に対する物上代位に関する最判平成

---

(31) 研究会資料 13・20 頁。

(32) 研究会資料 13・20～21 頁。

(33) 研究会資料 13・21 頁 21 行目～34 行目。

10・1・30 (民集 52 巻 1 号 1 頁) と同様、動産担保権の対抗要件具備と債権譲渡の第三者対抗要件具備との先後によるべきことを示す<sup>(34)</sup>。

5 新たな動産担保権による物上代位の行使要件として、本提案では、執行裁判所が関わる民法 304 条 1 項但書の差押えとともに、「担保権について動産譲渡登記がされているときは、登記事項証明書を交付するとともに物上代位権を行使する旨の通知をすれば足りる」とした。その趣旨は、物上代位を私的実行として可能とする場合を想定し、第三債務者が誰に対して弁済すべきかが明らかになれば足りるから、差押えと並んでこの方法を列挙する<sup>(35)</sup>。また、物上代位の対象となる価値代償物については、ある法形式をとる取引を担保目的の取引であると推定する規定 (「担保目的取引規律型」) を設ける場合に、民法 304 条の列挙する価値代償物について、「財産権の移転」に伴う効果を基礎として修正を試みた<sup>(36)</sup>。

以上の提案について、登記事項証明書の送付による物上代位権行使については、担保権者が持ってきた登記事項証明書に書かれている動産と、自分が購入したり (第三取得者)、壊したり、借りたりした動産との同一性の判断の負担を第三者の側が負うことや、裁判所による物上代位命令の第三債務者への送付の際に裁判所のチェックが入る (被担保債権の弁済期の到来、売買目的物と債権との牽連性等) のに対して、登記事項証明書の送付による私的実行では、通知に対して第三債務者が弁済しなければならず、担保権の行使要件が充足されているかの確認ができない点が指摘された<sup>(37)</sup>。また、現在の登記事項証明書の記載内容では公示力が弱く、かえって動産売買先取特権に近いものとして評価すべきではないか、との指摘もあった<sup>(38)</sup>。登記事項証明書の送付による物上代位権行使を可能とするには、まず動産譲渡登記のあり方の見直しが必要であり、この提案は、その後の法制審議会では登場していない。

---

(34) 研究会資料 13・21 頁 34~36 行目。

(35) 研究会資料 13・21~22 頁

(36) 研究会資料 13・22~23 頁。

(37) 第 14 回研究会議事録 16 頁 (座長発言) および 17 頁。

(38) 第 14 回研究会議事録 17 頁 (J 氏発言)。

6 おおよそ第 21 回研究会において第 2 読会が終了し、第 23 回から研究会としての見解のまとめ作業が開始された。

研究会資料 21 (コメントつき) では、物上代位一般について、以下のようなまとめがなされている。

#### 〔6 物上代位

- (1) 担保所有権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 担保所有権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して担保権を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。
- (3) 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣関係については次のような考え方があり、引き続き検討するものとする。

案 1.6.1 担保所有権者は、担保権が設定されて第三者対抗要件が具備された債権に対しては、物上代位権を行使することができない。

案 1.6.2 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣は、元物に設定された担保所有権が対抗要件を具備した時点と、その目的である債権についての担保権が対抗要件を具備した時点との先後によるものとする。」

まず、【案 1.6.1】については、提案理由として、「債権者 A が売掛債権について先順位の担保権が存在しないことを確認した上で、これに譲渡担保権の設定を受けて融資をしたところ、これに先だって債権者 B のために在庫を目的とする譲渡担保権が設定されており、B が物上代位権の行使として売掛代金債権を差し押さえたというような場面が想定されるが、このような場面で B が優先すれば、A にとっては最先順位の担保権を取得したはずの売掛代金債権について B に優先されることになり、その保護に欠ける。B は売掛代金について担保権の設定を受けることもできたのにそうしなかったこ

とも考慮すると、このような場面ではAを優先させることが妥当であるとも思われる」とする。ここでは、「現在の動産譲渡登記においては、何人も登記事項概要証明書（動産・債権譲渡登記特例法第11条第1項）、概要記録事項証明書（同法第13条第1項）の交付を請求することができるが、これらにはいずれも譲渡の目的動産を特定する事項は記載されておらず、利害関係人以外の者はどのような動産について譲渡がされたかを知ることができない。」「その公示の程度は抵当権設定登記と差があるから、物上代位の目的債権に担保権の効力が及ぶことの公示は動産譲渡登記によっては十分ではない、という<sup>(39)</sup>。

これに対して、【案1.6.2】については、抵当権の質料債権に対する物上代位と債権譲渡との優劣が問題となった最判平成10・1・30（民集52巻1号1頁）を参照し、現在の動産譲渡登記であっても「元物について担保権者が第三者に対して優先権を主張することができる（逆に、その元物については他の債権者は担保権者に優先されてもやむを得ない立場にある）のであり、現在の動産譲渡登記における公示によっても元物について第三者の保護に欠けるところはないとされている以上、その代償物について元物の担保権者が第三者に優先しても不当ではない」とされる<sup>(40)</sup>。

研究会の議事録での議論は、【案1.6.1】を支持する委員が複数見られる。まず、この案が、「物上代位行使としての差押えと、それから目的債権の第三者対抗要件の先後で（優劣を）決める<sup>(41)</sup>」規律であることが確認される。そのうえで、「抵当権設定登記は誰でも、いつでも見ることができ」る。「そして、その目的物が明確に物的編成主義であるために記載されているというところが、（動産譲渡登記や占有改定とは）決定的に違う。」動産譲渡登記については、登記事項証明書を取得し得る者が限定されているから、公示力という点で、抵当権と動産譲渡登記を同一視して、動産譲渡登記で物上代位権が公示されていると解することはできない。よって、【案1.6.1】を支持すべきである、というわけである<sup>(42)</sup>。

---

(39) 研究会資料21 コメント付き・19頁8行目～22行目。

(40) 研究会資料21 コメント付き・19頁24行目～31行目。

(41) 第23回研究会議事録15頁（E氏、法務省担当者発言）。

これに対して、【案 1.6.2】を支持する立場の委員は、登記の公示力の違い（抵当権設定登記と動産譲渡登記）については、登記事項証明書を取得し得る者が限定されているからといって、動産譲渡の公示方法として対抗力が譲渡登記に与えられていることが説明できなくなると指摘する<sup>(43)</sup>。また、「不動産について抵当権設定登記がされているときと、個別動産についてシリアルナンバー等で特定された形で動産譲渡登記がされているとき」とでは、目的物の記載の程度に関してはあまり変わらない。さらに、占有改定でさえ動産譲渡の対抗要件とされ（民 178 条）、「動産譲渡担保権者は、もとの動産については、公示力がないとされる占有改定による引渡しによって対抗要件を備えた場合であっても、その動産が譲渡等されたときは、動産譲受人等に対してその担保権をもって追及することができる」のに、「それにもかかわらず、その動産が債権へと変形した途端に、動産譲渡担保権者に対して厳格な公示を備えることを求めるというのは、バランスが悪い」<sup>(44)</sup>。加えて、研究会資料 21 の説明コメントが指摘するように、譲渡担保の目的物である個別動産の売却代金債権についても担保にとっていけばよい、という価値判断を採用するなら、およそ約定担保権については物上代位は認めるべきではない<sup>(45)</sup>、という点が疑問として指摘されている。

結局のところ、【案 1.6.1】と【案 1.6.2】のどちらを採用するにしても、「対抗要件ないしは登記ファイル制度をどのように仕組むかという問題と多分絡んでくる<sup>(46)</sup>」ことは避けられない。

---

(42) 第 23 回研究会議事録 16～17 頁（B 氏発言）。同 17 頁の E 氏の発言も同旨。

(43) 第 23 回研究会議事録 17～18 頁（F 氏発言）。

(44) 第 23 回研究会議事録 18 頁（F 氏発言）。

(45) 第 23 回研究会議事録 18 頁（F 氏発言）。

(46) 第 23 回研究会議事録 16 頁（座長発言）。この点で、その後の中間試案ではいわゆる「担保ファイリング」の採用が見送られ、動産譲渡登記について目録などを設けることで後順位担保権を公示する、あるいは、目的物の記載を現行の制度より修正する方向が示されていることは、物上代位の議論においてもその「公示力」の強化の方向につながることとなろう。青木則幸「動産債権担保法制の見直しにおける担保ファイリング案と登記優先ルールの意義」登記情報 737 号（2023 年）42 頁以下、および、本橋寛樹「動産譲渡担保の公示に関する考察～動産譲渡登記と占有改定の比較を中心に」登記情報 737 号（2023 年）54 頁を参照。

7 他方で、第5回の会議では、特に流動動産譲渡担保を念頭に、物上代位について、次のような整理が研究会資料において示されていた<sup>(47)</sup>。

「動産・債権等を目的とする担保権についての検討事項(4)

第2 構成部分の変動する集合動産・集合債権の担保化

3 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限

- (1) 構成部分の変動する集合動産や集合債権が担保権の目的とされている場合には、設定者は、通常の営業の範囲で、その構成部分である財産を処分することができる旨の規定を設けることについて、どのように考えるか。
- (2) 前記(1)に規定する場合に、設定者が、通常の営業の範囲を超えてその構成部分である財産を処分したときに、担保権者がどのような権利を有するかについて、どのように考えるか。
- (3) 前記(1)に規定する場合に、設定者の担保価値維持義務に関する規定を設けるか、設けるとしてどのように規定するかについて、どのように考えるか。」

物上代位については、前掲の「第2、3(1)(2)」との関連で、以下のような整理がなされている<sup>(48)</sup>。すなわち、「担保権の目的である集合物の構成要素である個別動産や担保権の目的である債権が譲渡された場合に、担保権者がその代金について物上代位権を行使することができることとするかどうか問題となる」として、最決平成22・12・2(民集64巻8号1990頁)に言及しつつ、「これは、構成部分の変動する集合動産譲渡担保は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであることを理由としており、これを前提として考えれば、動産を目的とする担保権一般について物上代位を認めるかどうかはともかく、通常の営業が継続している場合においては物上代位は認められないとすることが考えられる」、と。

---

(47) 研究会資料5・3頁。

(48) 研究会資料5・13~14頁。

また、第2回研究会の物上代位一般（念頭にあるのは個別動産の譲渡担保）における整理を前提として、次の整理が示される。

「第2 構成部分の変動する集合動産・集合債権の担保化

5 第三者が個別動産を毀損した場合の法律関係

第三者が担保の目的である集合物の構成部分である動産を毀損した場合に、担保権者は設定者の第三者に対する損害賠償請求権に物上代位権を行使することができることとするかどうか、担保権者に独自の損害賠償請求権を認めるかどうかについて、どのように考えるか。」

続いて、以下のような整理（説明）が示されている<sup>(49)</sup>。

すなわち、「1 第三者が個別動産を毀損した場合の法律関係については、①個別動産の所有者である設定者が個別動産を毀損した第三者に対して不法行為を理由とする損害賠償請求権を取得し、担保権者がこれに物上代位権を行使することができるか、②担保権を有する担保権者独自の損害賠償請求権が成立するのかなどが問題になり得る。」「2 物上代位については資料3、第1において取り上げたが、動産等を目的とする新たな担保権について物上代位を認めないという考え方を採るのであれば、ここでも物上代位を認めないことになる。他方、一般的には物上代位を認めるとしても、前記のとおり、判例は通常の営業が継続している間は、個別動産が滅失した場合に保険金請求権への物上代位を否定しており、その趣旨は第三者が個別動産を毀損した場合の不法行為にも妥当すると考えられるから、通常の営業が継続している場合には物上代位を否定することが考えられる。」

以上の整理を前提として、第6回研究会においては、最決平成22・12・2の規律と、「流動的な集合物」につき、例えば、「譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合に、その通常の営業が継続しているときでも、譲渡担保権者は、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許される」か等<sup>(50)</sup>、物上代位について「固有のルール」があるかどうか

---

(49) 研究会資料5・16～17頁。

かが論じられた<sup>(51)</sup>。これについては、「通常の営業の範囲を超える処分をしたのに、まだ通常営業が継続しているといえるか」との疑問や<sup>(52)</sup>、そもそも「バルクセールを始めているような状況で、通常の営業の範囲を超える処分をしていると評価した上で、もう通常の営業は継続していない」と評価しうるのではないかと。さらに、被担保債権の弁済期が既に到来していることを要するのかどうか、座長より確認された<sup>(53)</sup>。

すなわち、最決平成22・12・2の事案のように、物上代位の目的債権が本来の目的物が滅失して金銭債権に転化したような場合(例、損害保険金請求権)には、債務不履行(被担保債権の弁済期の到来)がない場合であっても、物上代位権が行使できるという見解がある。これに対して、売買代金債権については、被担保債権の弁済期の到来が前提となっているとの指摘がなされる。さらに、集合物の個別物の処分後、当該個別物に対して担保権が追及していくことと、その個別物の売買代金債権に物上代位できることは両立するかという問題と、個別物の売却後、新たに代替物が補充されたとして、集合物全体に担保権が及ぶことと、売買代金債権に物上代位できることが両立しうるのか、という問題が提起された<sup>(54)</sup>。

しかし、従来は、集合動産については、流動性がある(担保設定者による個別物の処分が継続されている)間は、それが売却されていても物上代位性は認められないと解するのが一般的ではなかったかとの疑問が呈され、流動性が止まって固定化後に個別物が売却された場合に初めて物上代位が認められるのではないかと、との反論がされた<sup>(55)</sup>。加えて、売却代金債権については別途担保にとっておけばよく、その担保を取らなかった債権者を動産担保権の物上代位で救済する必要はないのではないかと、という点が議論された<sup>(56)</sup>。

---

(50) 研究会第6回議事録11頁(A氏発言)。

(51) 研究会第6回議事録2頁(法務省担当者発言)。

(52) 研究会第6回議事録11頁(A氏発言)。

(53) 研究会第6回議事録12頁(座長、G氏発言)。

(54) 研究会第6回議事録12～13頁(D氏発言)。

(55) 研究会第6回議事録13頁(G氏発言)。

(56) 研究会第6回議事録14～15頁。本稿Ⅱ章「2」の【提案A1】を参照。

この第6回研究会における物上代位をめぐる議論では、その直前に個別動産の「通常の営業の範囲内の処分」をめぐる効力の検討がなされ<sup>(57)</sup>、そちらの議論に関連づけて物上代位の要件が検討されている。周知のように、最決平成22・12・2の原審は、損害賠償請求権について物上代位を認めるに際して、新たに養殖魚の補充をしていないこと、及び、損害賠償請求権の取得が担保設定者の通常の営業の範囲内の処分とはいえないことを物上代位権行使の要件とした<sup>(58)</sup>。しかし、最高裁はこの原審の理論を採用せず、わざわざ判決理由を差し替えている。

研究会の議論では、「譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合に、その通常の営業が継続しているときでも、譲渡担保権者は、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許される」かについて、物上代位の対象が損害保険金請求権の場合と売却代金債権である場合とを明確に峻別し得ることを前提として議論している。「営業の終了」はあくまで損害保険金請求権の場合の物上代位の行使要件であり、その判決の射程が売却代金債権については妥当しないことは、研究会での議論でも明示されている<sup>(59)</sup>。換言すれば、売却代金債権については、最決平成22・12・2が示した「通常の営業の継続中であっても物上代位権行使を認める特約」の規律は及ばない、ということが含意されていると研究会では認識されていたのであろう。もっとも、売却代金債権について、個別物の処分が継続中であっても、損害保険金請求権の場合と同様、「通常の営業の継続中」（おそらくこの場合には通常の営業の範囲内での処分が継続していることと同義であるといつてよい）であっても、売却代金債権について物上代位を認める特約」を認める余地があるかについては、特段の議論はなされていない<sup>(60)</sup>。

なお、売却代金債権について物上代位を考える場合、処分した個別物の補充を考慮する必要性が生じるが、第6回研究会では担保価値維持義務についての議論はなされていない<sup>(61)</sup>。

---

(57) 研究会資料5・9～13頁特に11～12頁、および、研究会第6回議事録8頁。

(58) 小山・前出注(6)「最決平成22・12・2判批」28頁。

(59) 研究会第6回議事録10頁(F氏発言)。

(60) 研究会第6回議事録12～14頁の議論を参照。

8 続いて、第15回研究会においては、集合動産譲渡担保権等に基づく物上代位につき、次のような提案が示された。

〔5 集合動産を目的とする担保権における物上代位等

- (1) 集合動産を目的とする担保権は、設定者が通常の営業を継続している間は、集合動産の構成部分である動産の売買、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対し、行使することができないものとする。ただし、前記3(1)アの範囲を超える処分がされた場合は、この限りでないものとする。
- (2) 第三者が担保の目的である集合物の構成部分である動産を毀損した場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を置かないこととする<sup>(62)</sup>。]

上記「5(1)但書」で言及される「3(1)」は、以下のような規定である。

〔3 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限

- (1) 構成部分の変動する集合動産が担保権の目的とされている場合における設定者の処分権限や担保権者の権限について、次のような規定を設けるものとする。
  - ア 設定者は、通常の営業の範囲で、その構成部分である動産を処分することができる。
  - イ 設定者が通常の営業の範囲を超えてその構成部分である動産を処分するおそれがあるときは、担保権者は、その予防を請求することができる。
  - ウ 設定者が通常の営業の範囲を超えてその構成部分である動産を処分したときは、担保権者は、当該動産について、原状回復を請求することができる。]

---

(61) 資料として、研究会資料5・14頁を参照。

(62) 研究会資料14・12頁。

上記「5 (1)」は、最決平成 22・12・2 を前提として、個別動産について通常の営業の範囲内の処分<sup>63</sup>の継続中には物上代位を認めないとするものである。研究会資料 14 の説明では、第 6 回研究会（説明の中での標記は「一読（第 1 読会）」）での議論において、「通常の営業の範囲を超えて処分が行われた場合において即時取得が成立したときの売買代金請求権について上記平成 22 年最決の射程は及ばないのではないかという主張がされた。確かに、平成 22 年最決のように、設定者が担保権の目的である動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるという点に着目するのであれば、通常の営業の範囲を超えて処分が行われた場合には状況が異なるし、即時取得が成立し、担保権の効力が消滅したときにまで物上代位を認めないこととするのは、担保権者に酷であるとも考えられる。この点については、通常の営業の範囲を超える処分が例外的だとすれば、通常の営業の範囲を超えて処分がされた時点で通常の営業が継続しているといえな<sup>63</sup>」い、との整理がなされている。

上記提案「5 (1) (2)」の提案を受けて、第 15 回研究会では、「5 (1) 但書」の要否に対する質問がなされた。すなわち、「通常の営業が継続していればそれほど担保権者の保護は必要ではないとの価値判断」が前提にあるなら、「個別に通常の営業の範囲を超える処分がされていたとしても、その後、なお通常の営業が継続されているのであれば、個別の処分のいわば不当性を捉えて、そこだけ物上代位を許すということが」必要なのか、という疑問である<sup>64</sup>。これに対して、法務省の担当者は、「3 でも」「別に通常の営業の範囲を超えた処分がされて、あとから補充されればいいのではないかな」るので、「3 と 5 を整合的に考える必要がある」との返答をしている<sup>65</sup>。また、「3 (1) ウ」について、別の委員からは、処分される個別動産につき「即時取得」が争われるのであれば、担保権者とすれば新しい在庫を増やしてもらう方がよく、「補充義務あるいは担保価値維持義務で解決する」方が望ましい。同様に、物上代位についても、「5 (1) 但書」で通常の営業の範

(63) 研究会資料 14・13 頁 9 行目～17 行目。

(64) 研究会第 15 回議事録 30 頁（G 氏発言）。

(65) 研究会第 15 回議事録 31 頁（法務省担当者発言）。

囲を超えた以降の売買代金に物上代位で係っていけるとしても、実効性があまりない救済にとどまる、との指摘がある<sup>(66)</sup>。

以上の、研究資料15「5(1)但書」の前提となる「通常の営業の範囲内の処分」については、上記「3(1)」について、「現時点の処分行為、現時点の対抗要件具備の効力が、将来の入替動産に及ぶ」という集合動産を目的とする担保権に関しては、「担保価値維持義務、妨害排除請求権、妨害予防請求権、原状回復請求権、物権的請求権の中身として客観的な、しかし規範的な線がある」との指摘がある<sup>(67)</sup>。すなわち、個別動産の「搬出との関係で言えば『通常の営業の範囲』になるけれども、より一般的に、担保価値の維持を相当の範囲で維持しなければならないという設定者側の義務と裏腹の請求権が物権的に存在するという考え方を採ると、それは結局のところ、普通の処分する範囲でいればいい」、「あるいは普通に補充しなければいけない」という規範的な基準に収斂する、という指摘である<sup>(68)</sup>。

上記「5(1)」本文の、通常の営業が終了した段階で物上代位を認める規律は、最決平成22・12・2に沿った定め方である<sup>(69)</sup>。他方で、「5(1)但書」の規律は、もっぱら個別動産の処分から生じる売買代金債権について物上代位を認めるための要件であろう。ここでの議論の整理が、その後の法制審議会担保法制部会の議論を経て、中間試案の「第3 集合動産・集合債権

---

(66) 研究会第15回議事録31頁(C氏発言)。

(67) 研究会第15回議事録22頁(C氏発言)。

(68) 研究会第15回議事録21頁(C氏発言)。同19頁においては、譲渡「担保設定者と担保権者との間で維持すべき最低限の担保価値を約定」し、「担保価値が維持されていれば、担保目的物の処分が『通常の営業の範囲』によるものであるかはあまり関心は持たず、目的外の処分であっても処分後の担保目的物の価値が維持されるのであれば(担保権者は)口出しをしない」とされる(I氏発言)。また、同18頁では、「担保の目的財産が、入っては出ていく」「というのが集合動産譲渡担保の本質である」。「『通常の営業の範囲』という概念」であるなら、設定者との関係でその処分権限を画し、第三者との関係で承継取得を帰結する」が、これは「まず担保権者との関係で、あるべき担保価値の維持のために『出』をコントロールする概念として存在する」。「『通常の営業の範囲内の処分』として目的財産が出て行ったとしても、それらが何ら補充もされない場合には、少なくともそのままになってしまうので、補充義務が必要となる」から、「『通常の営業の範囲』と『補充義務』とは、強く関連する」とされる(同18頁B氏発言)。

(69) 第15回研究会議事録24頁における法務省担当者の説明。

を目的とする担保権の実体的効力」「6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」の「6 (1) (2)」につながっていくことになる。

なお、第 15 回研究会では、集合財産の担保設定者の一般債権者からの差押えに対して、担保権者が第三者異議の訴え（民執 83 条）を提起しうるかについても提案がなされた<sup>(70)</sup>。これについて、銀行取引約定書の期限の利益喪失条項に、「担保の目的物について差押え、または競売手続の開始があったとき」という条項が設けられていれば、差押命令が設定者に届く前に固定化が生じることが指摘された。すなわち、担保目的物である A 倉庫・B 倉庫のうち、A 倉庫にのみ差押えがあれば、差押えに対抗するために A 倉庫のみに固定化を生じて実行を開始しなければならないから、これは譲渡担保の一部実行を認めて、その一部についてのみ固定化を生じる余地を認めることになる<sup>(71)</sup>。

9 その後、集合動産の担保権に基づく物上代位については、全体案のとりまとめについて、研究会資料 21 において、以下のような提案が示された。

#### 〔4 集合動産を目的とする担保権における物上代位等

- (1) 担保権の目的が範囲によって特定され、当該範囲に、現に設定者が所有せず又は現に発生していない動産が加入し得る動産譲渡担保権は、設定者が通常の営業を継続している間は、担保権の目的の範囲に含まれる動産の売買、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に

---

(70) 「設定者の債権者による差押え

集合動産又は集合債権が担保権の目的とされていた場合において、設定者の債権者がその構成部分である個別動産又は個別債権を差し押さえたときは、担保権者は、【担保権の実行に着手するまでは、】第三者異議の訴えによってその不許を求めることはできないものとする。」研究会資料 14・11 頁 19～24 行目。その後の担保法制部会資料 3「第 1、5」も参照。また、生熊長幸「集合動産譲渡担保および集合債権譲渡担保の立案をめぐる問題について」立命館法学 402 号（2022 年）262 頁以下も参照。

(71) 第 15 回研究会議事録 29 頁（法務省担当者発言）。なお、法制審議会担保法制部会における中間試案公表後の部会資料第 31 の「第 1、9」においては、中間試案「第 11、1 (1)」を受けて、動産競売や動産の差押えによって固定化が生じることを提案していることに注意を要する。担保法制部会資料 31・2 頁 28～24 行目、および、同 4 頁末～7 頁 11 行目までを参照。

対し、行使することができないものとする。ただし、当事者が別段の合意をした場合及び設定者が有する権限を超える処分がされた場合は、この限りでないものとする。

- (2) 第三者が担保の目的の範囲に含まれる動産を毀損した場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を置かないこととする<sup>(72)</sup>。』

研究会資料 21 では、さらに、集合物・集合債権の担保設定者の処分権限については、以下のような提案がさらに示されることとなった。

## 〔2 集合動産・集合債権を目的とする担保を設定した設定者の権限

- (1) 動産譲渡担保権の目的が範囲によって特定され、当該範囲に、現に設定者が所有せず又は現に存在しない動産が加入し得る場合における設定者の処分権限や担保権者の権限について、次のような規定を設けるものとする。
- ア 設定者は、【通常の営業の範囲内で／担保権の目的である動産の構成について通常の過程で生じ得る変動の範囲内において】、担保権の目的である動産を担保権の目的から逸出させる権限を有する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときはこの限りでない。
- イ 設定者がその権限を超えて担保権の目的の範囲に含まれる動産を逸出させるおそれがあるときは、担保権者は、その予防を請求することができる。
- (2) 債権譲渡担保権の目的が範囲によって特定され、当該範囲に、現に設定者が保有せず又は現に発生していない債権が含まれる場合は、設定者は、担保権の目的の範囲に含まれる債権を取り立て、弁済として受けた金銭その他の物を収受する権限を有する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときはこの限りでない。
- (3) (1)及び(2)に規定する場合について、担保価値維持義務や担保権の目的の

---

(72) 研究会資料 21 コメント付き・37～38 頁

範囲に含まれる動産又は債権が処分又は取り立てられたときにおける補充義務については、規定を設けないものとする<sup>(73)</sup>。』

この規定の体裁では、弁護士委員から、「通常の営業の範囲内の処分については、……例えば、廉価売買などを考えたとき、『通常の過程で生じる変動の範囲内』という用語はあわない」という指摘があった<sup>(74)</sup>。「確かに担保権者は設定者が親族に廉価で売ったりするようなことは考えていないと思うし、許したつもりもおそらくない<sup>(75)</sup>」。通常の営業で生ずるような状況を超えた量的減少をおそらく気にして、その結果としてその量がそれほどでもない、普通の変動の範囲に収まっている場合に、その持ち出した後の譲渡先、あるいは譲渡価格が安くて「も、それは通常の営業で起こっている範囲にとどまって、また同じように補充されていくということであれば、一部流用が起こったとしてもそれほど気にならない。」「担保権の内容としては、結局通常の範囲で、あるいは通常想定されている構成物の変動の幅に収まっていれば、担保権としてはいいのではないかという考え方もある<sup>(76)</sup>」、と。

「実務的には、担保権者は日々その担保物の数量や品質の確認は行っていないし、「現実的に出来ない。担保設定契約書では、例えば、月末における在庫の数量を定めたり、担保評価額として幾ら以上を在庫として維持するという定めがされるのが一般的である<sup>(77)</sup>」。一方で、「確かに通常の営業の範囲外の方法で売却されると、契約書で合意した担保内容が確保されない危険性はあるかもしれ」ないが、「たくさん売れて一時的に在庫がなくなっても、その売上代金をもって新たな在庫を仕入れたり、新たな商品を製造して、それで確保されるのであれば、担保権者は許容する<sup>(78)</sup>」、という。

もっとも、補充義務や担保価値維持義務が本文「2(1)ア」のような設定者

---

(73) 研究会資料 21 コメント付き・28 頁 30 行目～29 頁 14 行目。

(74) 第 24 回研究会議事録 2 頁 (B 氏発言)。

(75) 第 24 回研究会議事録 2 頁 (B 氏発言)。

(76) 第 24 回研究会議事録 2～3 頁 (B 氏発言)。

(77) 第 24 回研究会議事録 3～4 頁 (C 氏発言)。

(78) 第 24 回研究会議事録 4 頁 (C 氏発言)。

の処分権限の裏返しであるとすれば、まさに設定者及び担保権者間の合意によるべきものであり、補充義務や担保価値維持義務について規定する必要性は小さい<sup>(79)</sup>とされ、動産の場合「通常の営業の範囲内において」等の文言が契約書にあれば、営業終了時には設定者の処分権限はないのではないかと、等の疑問が呈された<sup>(80)</sup>。また、動産については、以上のような規律でいいとしても、「通常の営業の範囲内において」等の文言が契約書にあれば、営業終了時には設定者の処分権限はないのではないかと、等の疑問が示された<sup>(81)</sup>。

これらの議論は、研究会資料 21 における以下の規律に反映された。

### 〔3 設定者の債権者による差押え

2(1)及び(2)に規定する場合において、設定者の債権者が担保権の目的の範囲に含まれる個別動産又は個別債権を差し押さえたときは、担保権者は、設定者が当該個別動産を担保権の目的から逸出させる権限又は当該個別債権を取り立て、弁済として受けた金銭その他の物を收受する権限を有する限り、第三者異議の訴えによってその不許を求めることはできず、また、配当要求をすることができないものとする<sup>(82)</sup>。]

この提案については、差押えによっても設定者の処分権限が存続する限り、担保権者は第三者異議の訴えを提起できないことと関係して議論されていた<sup>(83)</sup>。

第 24 回の研究会の議論で注目すべきなのは、物上代位との関係でも規定の提案上で登場する「通常の営業の範囲」という用語自体が、意味として狭いのではないかという指摘がなされていることである<sup>(84)</sup>。ここでの指摘が、

---

(79) 研究会資料 21 コメント付き・35 頁 24 行目～28 行目。

(80) 第 24 回研究会議事録 7 頁 (F 氏発言)。

(81) 第 24 回研究会議事録 7 頁 (F 氏発言)。

(82) 研究会資料 21 コメント付 36 頁 4～9 行目。

(83) 第 24 回研究会議事録 7 頁 (座長、F 氏発言)、同 8 頁 (法務省担当者発言)。

(84) 第 24 回研究会議事録 12 頁 (座長発言)。

後の法制審議会担保法制部会において、「通常の営業」に代えて「通常の事業」という用語<sup>(85)</sup>が提案される契機となったと考えられる。

ところで、上記提案の「2 (2)・2 (3)」および「3」を前提とすれば、担保設定者が通常の営業の範囲内の処分を継続している限り（営業の終了まで来ていないので）、譲渡担保権者は物上代位権を行使し得ず、かつ、第三者異議の訴えも提起できないことになる。この点について、研究会では、「本来、この動産譲渡担保権者も、対抗要件を具備していれば、破産管財人に対しては別除権者として対抗できる以上は、その別除権の行使としての物上代位による差押えを破産手続開始決定後であっても、できないとおかしい」のであり、「それとの整合性からすれば、動産譲渡担保が差押えに優先することにならなければ、理屈が通らない<sup>(86)</sup>」との指摘がなされた。すなわち、動産売買先取特権に基づく物上代位の場合、一般債権者の差押え、および、破産手続開始決定後も行使できるとするのが判例である（差押えにつき、最判昭和 60・7・19 民集 39 巻 5 号 1326 頁、破産手続開始決定につき、最判昭和 59・2・2 民集 38 巻 3 号 431 頁）。本研究会での提案「3」は、動産譲渡担保権に基づく物上代位を動産売買先取特権に基づく物上代位よりも弱める提案を行っている、という評価をすることができる。

ただ、このような評価も、「差押えがあれば担保設定者の処分権限が自動的に消滅する、ないし、担保権の実行通知によって固定化が生じる」という特約<sup>(87)</sup>を担保設定契約に入れておくことで、「3」の差押えの規律を排除する可能性も、従前の議論を前提とする限り、考えておく必要があると思われる。

10 第 27 回の研究会では、物上代位の原則規定について、次のような最終報告書の案が示された<sup>(88)</sup>。

---

(85) 例として、中間試案「第 3、2 (1)」等を参照。

(86) 第 24 回研究会議事録 14 頁（G 氏発言部分）。

(87) 例、道垣内弘人「集合動産譲渡担保の再検討——目的物の中途処分」『非典型担保法の課題』（有斐閣・2015 年）130 頁（＝初出・金融法研究資料編 5 号 128 頁以下（1989 年））。

(88) 研究会資料 25 コメント付き・18 頁 18 行目以下。

## 〔6 物上代位〕

- (1) 担保所有権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとする。
- (2) 担保所有権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとする。
- (3) 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣関係については次のような考え方があり、引き続き検討するものとする。

案 1.6.1 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的である債権を目的とする担保が対抗要件を具備した時点との先後によるものとする。担保所有権者は、担保権が設定されて第三者対抗要件が具備された債権に対しては、物上代位権を行使することができない。

案 1.6.2 担保所有権に基づく物上代位とその目的である債権を目的とする担保権との優劣は、元物に設定された担保所有権が対抗要件を具備した時点と、その目的である債権についての担保権が対抗要件を具備した時点との先後によるものとする。

(注) (1) について、当該担保所有権について担保ファイリングがされているときのみ、物上代位を認めるべきだとする意見がある。」

研究会資料 25 (コメント付き)における上記の物上代位の規律案と、その提案理由の説明については、これまでの研究会の議論から大きな変更はないようである。

なお、上記の(注)については、研究会で、担保ファイリングを備えることが「物上代位という実体的効力が導かれるための要件なのか、それとも物上代位権の行使として差押えをするときの便利な要件なのか」という問題があって、担保ファイリングがないときに物上代位権を否定するというふうにならずもつながるわけではないのではないか、との指摘がなされた<sup>(89)</sup>。

その後の「研究会報告書」は、集合動産の担保権に基づく物上代位について、以上の研究会資料 21 の案をそのまま採用した<sup>(90)</sup>。

この「研究会報告書」で示された物上代位の原則規定等は、その後の法制審議会担保法制部会でも維持され<sup>(91)</sup>、文言の整理はあるものの、「中間試案」にあってもほぼそのまま採用されるに到っている<sup>(92)</sup>。よって、以下では、法制審議会担保法制部会において、物上代位の原則規定および集合動産の担保権に関する物上代位の規定案について、研究会後に追加された議論の概要のみをまとめるに留めることとする。

11 担保法制部会当初の部会資料 2 での物上代位の原則規定に関する整理は、次のようなものであった。

## 〔5 物上代位

- (1) 非占有型の動産担保制度において、担保権は、その目的財産の売却【、賃貸】、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとしてはどうか。
- (2) 担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとしてはどうか。
- (3) 担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣関係については次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【案 2.2.5.1】担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

---

(89) 第 27 回研究会議事録 29 頁（座長発言）。

(90) 研究会報告書「第 3 集合動産・集合債権の担保化 4 集合動産を目的とする担保所有権における物上代位等」。研究会報告書 45 頁参照。

(91) 例として、担保法制部会部会資料 2・18 頁、担保法制部会資料 12・9 頁、担保法制部会資料 3 の第 1 の 6 を示す同 30 頁、担保法制部会資料 13・21 頁等。

(92) 中間試案「第 1 章 担保権の効力 第 3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」〔中間試案の補足説明〕90～91 頁参照。

【案 2.2.5.2】担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、元物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする<sup>(93)</sup>。】

上記「5 (3)」の2つの案について、どちらの案を基本とすべきかについての議論は拮抗した。片山委員から、付加的物上代位については、【案 2.2.5.2】ルールによる一方、代替的物上代位については、【案 2.2.5.1】ルールによるという意見が出された。一方、水津委員からは、むしろ逆に、付加的物上代位については、【案 2.2.5.1】ルールによりながら、代替的物上代位については【案 2.2.5.2】ルールによるとする見解が示され、議論は軌を一にしない<sup>(94)</sup>。

むしろ、担保法制部会の第2回の審議で示された、「担保の目的物について、そもそも例えば売却権限があるのか」、「売却したときにはどのような法律関係になるのか、そういうことの設定ないし議論を抜きにして物上代位について独立に語るというのは難しいのではないか」、という意見<sup>(95)</sup>が重要であろう。すなわち、「通常の事業の範囲」内で処分される限り、個別動産に対して集合動産の担保権は追及できないので物上代位を観念する必要があるが、その前提として、個別動産の処分権の範囲を検討すべきである、という指摘である。この点を踏まえて、部会資料2-2を加えての検討が第3回審議会でも継続された<sup>(96)</sup>。

例えば、売却代金債権等を個別に別途担保を取得すれば、物上代位の規定は不要ではないか、という点については、仮に物上代位の効力を今回の改正で弱めるなら、現行の約定担保物権に基づく物上代位の解釈論にも影響する

---

(93) 提案には、さらに「(注) (1) について、当該担保権ファイリングがされる時のみ物上代位を認め、あるいは物上代位の手続的要件として担保ファイリング登録事項証明書の提出をしなければならないとする意見がある。」、が付されている。

(94) 担保法制部会第2回会議議事録44～45頁。

(95) 担保法制部会第3回会議議事録3頁（道垣内部会長発言）、同第2回議事録39～40頁（藤澤幹事発言）。

(96) 担保法制部会第3回会議議事録1～15頁。

ので注意すべきであるという指摘がなされ<sup>(97)</sup>、【案 2.2.5.1】【案 2.2.5.2】のどちらが適当か等と絡めて議論がされている。また、物上代位の根拠規定として、抵当権であれば 371 条で賃料債権に係っていくことは説明できるが、新たな動産担保権では 304 条 1 項但書の準用は不可避ではないか、担保権の公示（例、動産譲渡登記）から売却代金債権についての物上代位が公示されるか、等が指摘されている<sup>(98)</sup>。ここで、担保権が、登記等（占有改定を含む）により売却代金債権についても公示されると解するなら【案 2.2.5.2】となりそうだが、なおも差押時を基準とする（差押えによって効力が公示される）と解するならば、【案 2.2.5.1】ではないか、という議論<sup>(99)</sup>がなされた<sup>(100)</sup>。

次に、これら 2 つの提案と大差のない部会資料 12 の【案 12.1.7.1】と【案 12.1.7.2】については、部会の第 12 回会議においても、第 2 回とほぼ同様の議論がなされるにとどまった<sup>(101)</sup>。

他方で、集合動産の担保権に基づく物上代位については、研究会の段階での議論から中間試案に到るまで、基本的な考え方に大きな変更はない。担保法制部会においては、まず部会資料 3 の「第 2、5<sup>(102)</sup>」において、最決平成

(97) 担保法制部会第 3 回会議議事録 15 頁（水津幹事発言）。

(98) 担保法制部会第 3 回議事録 5～6 頁（沖野委員、道垣内部会長発言）。第 3 回会議の議論全体の整理について、生熊長幸——法制審議会・担保法制部会『中間試案のとりまとめに向けた検討（1）に寄せて——』立命館法学 401 号（2022 年）286～287 頁参照。

(99) 担保法制部会第 3 回議事録 6～7 頁（片山委員、道垣内部会長発言）。

(100) 担保法制部会資料 12・10 頁 24～29 行目の第 2 回会議の意見の整理を参照。

(101) 担保法制部会第 12 回会議議事録 26～32 頁参照。部会資料 12・10 頁 24～29 行目の第 2 回会議の意見の整理で挙げられたものと同じ議論が展開されたにとどまり、むしろ物上代位について（3）の規律を設けることには抵当権や動産売買先取特権による物上代位への影響を懸念して、消極的な意見が目立った（例、水津幹事）。同議事録 30 頁を参照。また、部会資料 12 について詳論するものとして、生熊・前出注（98）280 頁以下を参照。さらに、粟田口太郎「動産・債権譲渡担保法制見直しの動向と展望」事業再生と債権管理 176 号（2022 年）82～83 頁も参照。

(102) 「第 2、5 集合動産・集合債権を目的とする担保権における物上代位等

(1) 新たな規定に係る担保権の目的物が集合動産である場合には、当該担保権は、設定者が通常の事業を継続している間は、特定範囲に含まれる動産の売買、滅失又は損傷によって設定者が受けるべき金銭その他の物に対し、行使することができないものとしてはどうか。ただし、【当事者が別段の合意をした場合及び】権限範囲を超える処分がされた

22・12・2(民集64巻8号1990頁)を踏まえて、担保設定者が通常の営業を継続している間は物上代位権を行使できないとした上、例外として、当事者が別段の合意をした場合にはその限りでないとする規律が出発点となっている<sup>(103)</sup>。もっとも、担保法制部会第14回会議では、部会資料13の「第2、5集合動産・集合債権を目的とする担保権における物上代位等について」に関して、「通常の事業が継続している状況下で、権限を超える処分がされたというだけで物上代位を認めなければならないか」という問題提起が佐久間委員からなされた<sup>(104)</sup>。すなわち、「当事者の別段の合意」も「通常の事業の範囲」も当事者(担保権者・担保権設定者)関係に依存するから、これら2つを区別する必要があるのか。別段の合意の但書は本来担保権侵害の際に物上代位をなし得ることを意図するが、通常の事業が継続される限り、補充でもって処理できるなら「通常の事業」が継続していることを意味するので、「権限の範囲」のみを独立して物上代位の行使要件として切り出す必要はない、という問題提起である。つまり、権限を超える処分が認定されているときは、既に個別動産の補充でもって対応しうる状態には既になく、通常の事業は継続していない状態になっているのではないか、という疑問である<sup>(105)</sup>。

加えて、被担保債権が不履行になって弁済が期待できない場合には、設定者の処分権限を失わせた上で物上代位をなし得ると解するか、それとも一足飛びに物上代位を認めるとすべきかについても、論点である旨が指摘された<sup>(106)</sup>。にもかかわらず、部会資料13「第2、5」の但書の体裁は、設定者の権限を失わせた上でさらにその権限を超える処分がされないと物上代位ができない、と解する余地があるようにみえる、という指摘がなされた<sup>(107)</sup>。

---

場合は、この限りでないものとしてはどうか。

(2)第三者が特定範囲に含まれる動産を滅失又は損傷させた場合における担保権者独自の損害賠償請求権については、特段の規定を置かないこととしてはどうか。」

(103) 担保法制部会資料13・21頁「第2、5」、および、担保法制部会資料21・13頁「第3、6」ほか。

(104) 担保法制部会第14回会議議事録13頁(佐久間委員発言)。

(105) 担保法制部会第14回会議議事録13頁(佐久間委員発言)。

(106) 担保法制部会第14回会議議事録15頁(阿部幹事発言)。

### Ⅲ 「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「担保設定者の処分権限」に関する議論の概要

1 以上の「研究会」ないしその集大成である「研究会報告書」、及び法制審議会担保法制部会における議論の経過からも明らかなように、物上代位、特に集合動産に関する担保権の物上代位の行使要件としては、「設定者が通常の事業（研究会報告書まで表現では「営業」）が継続している間は」物上代位権を行使できないとする最決平成 22・12・2 の原則論を継承しながら、その延長線上として、最決平成 22・12・2 の示す「当事者が「別段の合意」をした場合、および、「権限範囲を超える処分がされた場合」には物上代位をなし得るとする<sup>(108)</sup>。

よって、物上代位の行使要件をめぐる議論の中心は、集合動産等の「新たな規定に係る担保権」の設定者の処分権限の範囲（「通常の事業の範囲」）に関する規律にあるといい得る。そこで、以下では、法制審議会における「担保設定者の処分権限」に関する議論について、改めて議論の推移を検討していくこととする。

もっとも、「通常の事業の範囲」に関わる議論は、「設定者に倒産手続が開始された後に設定者が取得した財産に担保権の効力が及ぶか（固定化後の設定者処分権限の問題）<sup>(109)</sup>」、「設定者・担保権者間の行為について否認権が行使されうるか<sup>(110)</sup>」等、今回の改正の様々な局面に関わっている。「通常の事業の範囲」をめぐる議論が、これら全ての局面で物上代位と同じ文脈で語られるわけではないため、以下では、あくまで物上代位に関連する限度に

---

(107) 担保法制部会第 14 回会議議事録 15 頁（阿部幹事発言）。

(108) 中間試案「第 1 章 担保権の効力 第 3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」「中間試案の補足説明」90～91 頁参照。

(109) 例として、「中間試案第 19、2」。

(110) 「中間試案第 21」を参照。

において検討するに留める。

2 集合動産を目的とする「新たな規定に係る担保権」の設定者の処分権限については、部会資料 3 の「第 1、2」、部会資料 13 の「第 2、2」でそれぞれ示され、中間試案前の部会資料 21 の「第 3、3」では、以下のような提案となっていた<sup>(111)</sup>。

### 「第 3 集合動産・集合債権の担保化

#### 3 集合動産の構成部分である動産の設定者による処分

(1) 設定者が、通常の事業の範囲内で、かつ、権限範囲を超えて、集合動産の構成部分である動産を処分した場合には、次のいずれかの案によるものとする。

【案 3.3.1.1】 処分を受けた者は、その動産について権利を取得するものとする。

【案 3.3.1.2】 処分を受けた者は、設定者による処分が権限範囲を超えていることを知らなかった場合には、その動産について権利を取得するものとする。

【案 3.3.1.3】 処分を受けた者は、設定者による処分が権限範囲を超えていることを知らず、かつ、知らなかったことにつき過失がないときは、その動産について権利を取得するものとする。

(2) 設定者が、権限範囲を超えて、かつ、通常の事業の範囲を超えて、集合動産の構成部分である動産を処分した場合には、次のいずれかの案によるものとする。

【案 3.3.2.1】 処分を受けた者は、設定者による処分が通常の事業の範囲であると信じていた場合には、その動産についての権利を取得するものとする。

【案 3.3.2.2】 規律を設けず、処分を受けた者は、即時取得が成立するときに限り、保護されるものとする。

---

(111) この規定案に関する議論については、生熊長幸「集合動産譲渡担保および集合債権譲渡担保の立案をめぐる問題について」立命館法学 402 号 (2022 年) 245 頁以下を参照。

- (3) 前記 2 (1)並びに(1)及び(2)で処分を受けた者が集合動産の構成部分である動産について権利を取得しない場合に担保権者のとり得る手段については、引き続き検討する<sup>(112)</sup>。」

また、この「第 3、3」の前に、「第 3、2」は、以下のような提案を示す。

### 「第 3 集合動産・集合債権の担保化

#### 2 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限

新たな規定に係る動産担保権の目的物が特定範囲に属する動産の集合体であって、設定後に新たに動産がその集合体に参加することが予定されているもの（以下「集合動産」という。）である場合における設定者の処分権限や担保権者の権限について、次のような規定を設けるものとする。

- (1) 設定者は、通常の事業の範囲内で、集合動産の構成部分である動産を処分し、又は集合動産から逸出させる権限を有する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、その定めに従う。
- (2) 設定者が (1) の権限の範囲（以下「権限範囲」という。）を超えて集合動産の構成部分である動産を処分し、又は逸出させるおそれがあるときは、担保権者は、その予防を請求することができる<sup>(113)</sup>。」

前掲の部会資料 21「第 3、3」が設定者の処分権限の範囲、特に設定者の処分、逸失ないし搬出の基準を示すのに対し、同「第 3、2」は、その処分権限に基づき個別物が処分された場合の効力を定める<sup>(114)</sup>。これらの規定案の前提にあるのは、いうまでもなく最判平成 18・7・20（民集 60 巻 6 号 2499

---

(112) 担保法制部会資料 21・12 頁 1～18 行目。

(113) 担保法制部会資料 21・11 頁 25～35 行目。

(114) もっとも、部会資料 3 の「第 1、2」につき、担保法制部会第 3 回会議では、本来はこの「通常の事業（営業）の範囲」という基準は、集合動産の流出についての基準であるところ、立法化にあたっては流入と併せて設定者の権限と義務、担保権の内容を画する基準（ただし担保価値維持義務ないし補充義務がその裏付けにあることに注意）として考えるべきことが指摘された。担保法制部会第 3 回会議議事録 39 頁（井上委員発言）・45 頁（沖野委員発言）。

頁)である。担保法制部会の第25回会議において、ある委員から、上記第3「2 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限」によれば、「設定者は通常の事業の範囲内で、集合動産の構成部分である動産を処分し、又は集合動産から逸失させる権限を有する」ので、「反対から」いえば、「通常の事業の範囲外であれば、集合動産の保管場所として、例えば倉庫が設定されているとすれば、そこから勝手に逸失させる権限は有しない」ことになることが指摘された<sup>(115)</sup>。

他方で、最判平成18・7・20は、傍論(「所在場所から搬出されずともその処分が通常の営業の範囲外であれば、譲受人は担保権の対抗を受ける」)ではあるが、「集合物から逸失した動産については、第三者がそれを担保権の負担のない状態で承継取得する余地がある」ことを示唆する。しかし、上記第3「3 集合動産の構成部分である動産の設定者による処分」では、「集合物の構成部分である状態で動産を処分した場合には書かれている」ものの、「構成部分から逸失させられてしまった状態で、そこで設定者が動産を処分したということについては書かれていない」。これについて、最判平成18・7・20の傍論の考え方を取るのか、それとも「3」のような結論を採るのか、を明確にする必要がある、と<sup>(116)</sup>。すなわち、「集合体から外れた状態に、通常の営業の範囲外で」倒産のような「状態が生じたときにどういうふうなことになるのかという」ことについて「3の話」とは別個議論を要する<sup>(117)</sup>のである。

加えて、債権と同様、集合動産について「処分し、あるいは逸失させ、といたったときに、その上で処分した代金を自らのために利用できるということも当然に(設定者の処分権限に)含まれ」、個別動産は「担保権の負担を外した形で処分できる<sup>(118)</sup>」とする必要がある。もっとも、「最低限、処分がいわゆる権限範囲に入っている場合だったら、引渡しの前であっても、(個別動産の譲受人が)その権利を取得するということは多分、コンセンサスが

---

(115) 担保法制部会第25回会議議事録42頁(藤澤幹事発言)

(116) 担保法制部会第25回会議議事録42頁(藤澤幹事発言)。

(117) 担保法制部会第25回会議議事録42頁(道垣内部会会長発言)。

(118) 担保法制部会第25回会議議事録43頁(井上委員発言)。

できる」が、「(譲受人が) 権限範囲を超えたときに、引渡しもないのに、主観だけで権利取得できていいのか<sup>(119)</sup>」というところ(最判平成18・7・20の傍論)に関しては、コンセンサスの形成は十分ではなかった。

以上について、中間試案の補足説明は、「第3、2」において「新たな規定に係る動産担保権の目的物が特定範囲に属する動産の集合体であって、設定後に新たに動産がその集合体に加入することが予定されているもの」について、集合動産を目的とする担保権の設定者の個別動産の処分権限を、「設定契約の時点で担保権の目的物が個別に特定された動産に確定しているのではなく、その後新たな構成部分が当該範囲に加入をすることが予定されている場合には、既存の構成部分を処分し、その代金を投下して新たな構成部分を取得するというサイクルが予定されているのが通常である<sup>(120)</sup>」ことを前提とするもの、と表現している。これは、研究会段階でも確認されたように、設定者が補充義務(担保価値維持義務)を履行する必要があることも含意している。

その後、以上の部会資料の第21の「第3の1」から「3」までの「逸出・加入」及び「処分」の概念について、これらをより明確にするための提案が部会資料25において追加され<sup>(121)</sup>、さらに部会資料27の「中間試案(案)」を経て、中間試案「第3、2」は若干の文言の修正を経てその提案にまで至り、中間試案後の担保法制部会の審議においても、部会資料28「第4 集合動産を目的とする譲渡担保権に関する規律」の「3 集合動産譲渡担保権設定者による処分」に至り、なおも中間試案「第3、2(1)」と同内容となっている<sup>(122)</sup>。

3 ところで、担保設定者の処分権限との関係では、以下の議論をも参照すべきであろう。すなわち、「中間試案」とりまとめ直前の部会資料21では、以下の提案がなされていた。

---

(119) 担保法制部会第25回会議事録44頁(阿部幹事発言)。

(120) 「中間試案の補足説明」22頁31～34行目。

(121) 担保法制部会資料25・2頁「3 集合動産を構成する動産の『逸出・加入』及び『処分』の概念等について(部会資料21第3の1から3までについて)」。

(122) 担保法制部会資料28・16頁35行目。

### 「第3 集合動産・集合債権の担保化

#### 1 動産の集合体に対する新たな規定に係る動産担保権の設定の可能性

新たな規定に係る動産担保権は、種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により特定された範囲(以下「特定範囲」という。)に属する動産の集合体(設定後に新たに動産がその集合体に加入することが予定されているものを含む。)を一括して目的とすることができるものとする(注)。

(注) 集合体として扱われるための適格性に関する何らかの要件(経済的若しくは取引上の一体性又は「取引上の社会通念に照らし、構成部分が変動しても集合体としての同一性を維持して存続すると認められる」ことなど)を必要とする考え方がある<sup>(123)</sup>。」

この提案に関連して、担保法制部会では、次のような議論がなされた。すなわち、「担保権の設定契約において、処分権限に合意による制約を付けることはできる」。「その合意による制約について、ある一定の事由が発生したときに、制約が強まったり、あるいは弱まったりするという<sup>(124)</sup>」。その点については、「従来の(部会)資料において、集合物への加入が止まる時点と、設定者が構成部分の処分権限を失う時点が異なることがあり得るかという問題として議論されていたところ、設定者の処分権限は担保権者から設定者に対して合意によって付与されているのだとすると、合意によって法律とは異なるタイミングで処分権限を失わせることもできるのではないかということ」になる、と<sup>(125)</sup>。

他方で、「部会資料の21で、集合動産の定義として、『設定後に新規加入の予定されているもの』とした上で、逸出については、設定者の権限として、『通常の事業の範囲内で処分又は逸出させる権限を有する』としつつ、そこについては、ただし書で、設定行為における別段の定めを許していると」していたので、部会「資料21は、新規加入物には及ぶのだけれども、設定行為に別段の定めをすると、逸出を許さないか、あるいは逸出された

---

(123) 担保法制部会資料21・10頁31～39頁、11頁1行目。

(124) 担保法制部会第26回会議事録24頁(道垣内部会長発言)。

(125) 担保法制部会第26回会議事録24頁(笹井幹事発言)。

後、処分したときの代金を全額担保権者への弁済に充てるのが、担保の中身として認められる、そういう担保権の設計ができるという前提に立っていると理解<sup>(126)</sup>」できるものであった。

この箇所の議論は物上代位に関してなされたものではなく、「どこかの一時点で存在する在庫を、優先的、排他的に把握するのにとどまらず、継続的に入ってき続ける在庫の価値を、ずっと継続して担保権者が排他的に把握することも、資料 21 は合意をすれば認めるという立場」（いわゆる累積型の担保設定の合意）であり、これと「再度実行を例外なく強行的にできないとする立場とはどのような関係に立つ<sup>(127)</sup>」のか、に関する議論であった。

4 では、この「特約」による処分権限の制約と、物上代位の行使要件（本稿 I 参照）との関係はどうか。

既に述べたように、「中間試案」第 1 章 担保権の効力 第 3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」が示す方向からすれば、「通常の事業の継続」中は物上代位を認めないという基本的な方向は、設定者の処分権限の範囲を広げる、もしくは狭める合意によって左右されることはなく、上記「第 3、6 (2) ア」の「別段の合意」は、個別動産の処分権限の範囲と直接関連づける必要はない。

他方、中間試案「第 3、6 (2) イ」の「権限範囲を超える処分がされた場合」に例外として物上代位を認めるかどうかは、「通常の事業の範囲」内の処分が「設定者に与えられた権限」によって画される限り、権限の範囲が「通常の事業の範囲」より特約により狭められている場合、さらに、「通常の事業の範囲」より特約により拡張されている場合に、その処分の相手方である譲受人が当該動産を取得しうるかの議論に関連することになる<sup>(128)</sup>。

「通常の事業の範囲」より狭められた処分権限しか設定者が有しない場合、客観的に定まる「通常の事業の範囲」内であるが狭められた処分権限を超え

---

(126) 担保法制部会第 26 回会議議事録 24 頁（井上委員発言）。

(127) 担保法制部会第 26 回会議議事録 24 頁（井上委員発言）。

(128) 中間試案「第 3、3 集合動産の構成部分である設定者による処分」が、その処分の効力を規律する。「中間試案の補足説明」23 頁 15 行～26 頁 13 行目を参照。

る処分をした場合には、中間試案「第3、6（2）イ」の権限の範囲について「別段の合意」が存在し、その範囲を超える処分がなされたため、物上代位権行使が可能となるとも考えられる。他方で、設定者が、「通常の事業の範囲」より広く定められた処分権を有する場合、「通常の事業の範囲」を超えても、約定の処分権限で拡張された範囲を超えた処分をしない限り、物上代位をなしえない、と解することとなろう。

このように考えると、前掲の「中間試案」「第1章 担保権の効力 第3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力 6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」においては、「通常の事業の継続中」には物上代位を行えないとしつつ、その例外として「ア 当事者が特段の合意をした場合」（特約による場合）と「イ 権限範囲を超える処分がされた場合」とされているが、「ア」も「イ」も、設定者の事業の継続中には物上代位をなしえない原則を修正する点では共通する。しかし、「ア」は、事業の継続中で、通常の事業の範囲内での処分が継続されている間であっても、個別事由を特約で定めることで、物上代位を可能にする特約、いわば「物上代位行使事由列挙型特約」であるのに対して、「イ」は、事業の継続中であつ通常の事業の範囲内での処分が繰り返されている状況で、個別物の処分が「通常の事業の範囲」を超える場合に、物上代位の行使を可能にする特約（事業範囲超過処分時物上代位行使特約）であり、こちらは、必ずしも特約の有無によって物上代位権の行使の可否を左右しない、といえよう。ただし、「イ」について、さらに処分権限の範囲を「通常の事業」から縮小ないし拡張する特約によって、物上代位権行使の範囲が変わる可能性がある、ということになる。

この点、本稿Ⅱの末尾で触れたように、「権限を超える処分が認定されているときは、既に個別動産の補充でもって対応しうる状態には既になく、通常の事業は継続していない状態になっているのではないか」、という指摘<sup>(129)</sup>、及び、中間試案「第3、2（2）」の原案である部会資料13「第2、5」の但書の体裁は、設定者の権限を失わせた上でさらにその権限を超える処分

---

(129) 担保法制部会第14回会議事録13頁（佐久間委員発言）。

がされないと物上代位ができない、と解する余地があるように見える、という指摘<sup>(130)</sup>は、いずれもあたらないというべきであろう。もっとも、この処分権限に関する諸合意を「ただ単なる契約というか、債権的な契約の問題として捉えるのか、どこまでの合意を、物権内容に関する合意として捉えるのか」という問題が<sup>(131)</sup>あるという指摘は、なお看過してはならない。

#### Ⅳ 「通常の事業の終了」をもたらす私的実行と「固定化」——「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び「中間試案」における「一部実行・連続実行」等に関する議論の概要

1 本章では、最決平成 22・12・2 が譲渡担保の私的実行後の物上代位権行使の事案であったことに鑑み、同様の実行方法が「新たな規定に係る担保権」の法制の下でも可能かどうかについて若干の検討を試みる。私的実行によっていわゆる「固定化」が生じ<sup>(132)</sup>、設定者の「通常の事業（営業）」が終了するとすれば、最決平成 22・12・2 の示す規律により物上代位が可能となるからである。

2 まず、法制審議会担保法制部会以前に、第 18 回研究会用の研究会資料 17 において、集合動産を目的とする担保権」の実行について、以下のような提案がなされていた。

「第 2 構成部分の変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行について

---

(130) 担保法制部会第 14 回会議事録 15 頁（阿部幹事発言）。

(131) 担保法制部会第 26 回議事録 26 頁（道垣内部会長発言）。なお、中間試案後の、担保法制部会資料 32・25～27 頁「第 8、3」【案 8.3.1】～【案 8.3.3】は、集合動産の担保権の設定者の処分権限につき、「通常の事業の範囲」を用いるかどうかについて、新たな議論を展開している。

(132) 「動産・債権担保法改正」以前の議論のまとめとして、小山・前出注（8）578～586 頁を参照。

1 構成部分が変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行の  
手続

動産譲渡担保権の目的物を範囲によって特定した場合の私的実行について、次のような規定を設けるものとする。

- (1) 動産譲渡担保権の目的物を範囲によって特定したときは、動産譲渡担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保権を実行する旨を通知しなければならない。
- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に動産譲渡担保権の目的物を特定するための範囲に含まれるに至った動産は、当該通知に係る実行手続の対象とならない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で動産譲渡担保権の目的物を特定するための範囲に含まれる動産を譲渡することができない<sup>(133)</sup>。」

以上の研究会資料 17 における提案は、その後、第 26 回研究会で、再度「第 11 構成部分変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行について」として取り上げられ、次のような提案に修正された。

「第 11 構成部分変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行について

1 構成部分変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行の  
手続

前記第 3、1 の担保取引（集合物を目的とする担保取引）における私的実行について、次のような規定を設けるものとする。

- (1) 集合物を目的とする譲渡担保権を実行しようとするときは、動産譲渡担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保権を実行する旨及び被担保債権の額を通知しなければならない。

---

(133) 研究会資料 17・6 頁。

- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産は、当該通知に係る実行手続の対象とならない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物に含まれる動産の処分権限を失う<sup>(134)</sup>。」

ここでは、「案 7.2.1<sup>(135)</sup>」を前提として、「実行にあたって実行通知をしなければならず、1週間の猶予期間を設けるという案を設けた関係<sup>(136)</sup>」で、「この案を採用するのであれば、本文(1)の記載はこれと重複するから、集合動産について新たに規定を設ける必要はない。これに対し、案 7.2.2においては動産の担保所有権一般については実行通知を要するものとはしていないため、集合動産に関する規定として、本文(1)のような実行通知に関する規定を設ける必要がある<sup>(137)</sup>」とされた。

3 また、「集合動産について1度実行がされた後に当該場所に参加してきた動産について担保権の効力が及ぶのか」について、「全部実行後の再度実行」（いわゆるシリーズ実行<sup>(138)</sup>）および一部実行の可否の検討も開始された。

---

(134) 研究会資料 23 コメント付き・4 頁 23 行～34 行目。

(135) 「2 私的実行の通知

【案 7.2.1】

15 (1) 担保所有権者が前記 1 ①又は②による実行をしようとするときは、被担保債権の弁済期以後に、前記 1 ①又は②による実行をする旨及び被担保債権の額を通知しなければならないものとする。

(2) (1)の通知が設定者に到達した時から1週間が経過したときは、担保所有権者は、後記 3 に従って目的物を自己に帰属させ、又は後記 4 に従って第三者に対して目的物を譲渡することができるものとする。

【案 7.2.2】

債務者が弁済期に被担保債権の弁済をしないときは、担保所有権者は、後記 3 に従って目的物を自己に帰属させ、又は後記 4 に従って第三者に対して目的物を譲渡することができるものとする。」研究会資料 22 コメント付き 20 頁 13～24 行目。

(136) 研究会第 26 回議事録 1 頁（法務省担当者発言）。

(137) 研究会資料 23 コメント付き・6 頁 6～9 行目。

(138) 「担保権実行後に新たに搬入された財産に対する担保の効力を認めて再度の担保権実行が許容されること。」（小林信明・大川剛平「将来財産に対する譲渡担保権の法的倒産手続開始後の効力」東京弁護士会倒産部編『担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題』（商事法務・2021 年）131 頁注（2））。沖野眞巳ほか「（座談会）2 包括担

「全部実行後の再度実行及び一部実行の可否<sup>(139)</sup>

- (1) 集合動産を目的とする譲渡担保権の設定において、その実行後に担保の目的の範囲を画するために設定された範囲に加入した新たな動産(新規加入物)も担保の目的とする旨の合意をすることができるかについては、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討する。
- (2) 集合動産を目的とする譲渡担保権において、その一部を実行することが可能かについては、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討する<sup>(140)</sup>。]

提案理由は、こうである。すなわち、「担保の設定に当たり、その目的の範囲の定め方として、いったん実行がされた後の新規加入物も担保の目的となることを定めることも原則として可能<sup>(141)</sup>」であるから、その合意を否定するならその正当化根拠を考える必要がある。まず、「実行後の新規加入物を担保の目的とすることの弊害としては、担保権者は設定者の事業が継続する限り被担保債権全額の満足を得るまで何度でも実行することができるため、設定者の営業活動に不相当な制限を加えることになったり、他の債権者(特にその集合物について劣後する担保権を有する債権者)に不当な不利益を与える<sup>(142)</sup>」。他方、「いつ実行通知がされるかは担保設定時には予測できず、実行通知がされた時点以降の担保対象の動産の累積の残高も予測できないから、当該累積の残高を基礎として与信がされるということは考えにくい。また、一旦実行がされれば事業の継続に致命的な影響があることも多く、その後に新規加入物が発生するということを確認に予測できる場合も少ない。したがって、当事者の合理的意思として、実行通知がされた以後に担保権設定

---

保をめぐる問題」東京弁護士会倒産部編・同書252～258頁、264～269頁、および田高寛貴ほか「(座談会)動産債権担保権の実行、法的倒産手続における取扱い、及び所有権留保との関係」同書313頁(藤澤発言)も参照。

(139) なお、研究会資料23コメント付き・7頁では、番号の付記についてはペンディングとなっており、ここでは番号は付されていないことに注意。

(140) 研究会資料23コメント付き・7頁26～33行目。

(141) 研究会資料23コメント付き・7頁38～39行目。

(142) 研究会資料23コメント付き・8頁5～8行目。

者が取得した新規加入物にも担保権が及ぶとは考えにくいように思われ、複数回の実行を許容する集合動産譲渡担保のニーズがどの程度存在するかには、疑問もある<sup>(143)</sup>。」「これに対し、実行時点の集合動産の残高を基礎として与信額を算出するとしても、たまたま何らかの事情で現実の実行時点での残高が予測を大幅に下回った場合などには、全部実行後に範囲に加入する動産に当初の担保権の効力を及ぼさせるべきであるという考え方もあり得る」、という<sup>(144)</sup>。

第26回研究会では、「債務者は同じ」である「が目的物の保管場所が東京、埼玉にあったり、東京でも数か所にあったり、名古屋、北海道、大阪にあったりといった件で、しかし、その譲渡担保の実行日と、実際に現場で目的物を把握する日を違えた（執行官のスケジュールと実際の保全執行をする日にちを同一日とするため）」という事例<sup>(145)</sup>が紹介される。「場所的な特定をした」集合動産譲渡担保が「幾つかあって、それで東京、大阪と順次執行ができる」。「集合物が幾つかあってそれぞれの集合物全体を1つずつ実行したという評価もできる一部実行」であって<sup>(146)</sup>、このような事例は、「1つの集合物譲渡担保についての量的一部実行であり」かつ「(1)のシリーズ実行（全部実行後の再度実行）」でもあり得る事例と位置づけられる<sup>(147)</sup>。

第18回研究会用の研究会資料17および第26回研究会用の研究会資料23における以上の提案は、担保設定者に対する実行通知をもって私的実行が開始されることを定める。このとき、「具体的な実行のプロセスにおいては、実行の対象となる動産の範囲が確定していなければ、それを帰属させる意思表示をしたり第三者に譲渡したりすることはできないし、事前に引渡請求をすることもできないから、実行の対象となる動産の確定は実行のプロセスの初期の段階でする必要がある<sup>(148)</sup>」。「そこで、構成要素が変動する集合物を

---

(143) 研究会資料23 コメント付き・8頁9行～17行目。

(144) 研究会資料23 コメント付き・8頁18～21行目。

(145) 研究会第26回議事録8頁（C氏発言）。

(146) 研究会第26回議事録10頁（B氏発言）。

(147) 研究会第26回議事録8頁（座長発言）。

(148) その後の「研究会報告書」69頁以下では、私的実行の方法として、従来の判例法理で認められてきた帰属清算と処分清算が規定案として提案される。研究会報告書「第4章

目的とする担保権（担保権の目的を範囲によって特定した場合）の実行に当たっては、特定物を目的とする動産譲渡担保権の実行とは異なり、設定者に対して担保権を実行する旨の通知（以下「実行通知」という。）をしなければならないこととし、実行通知が設定者に到達した後に担保権の目的を画するための範囲に加入した動産（以下「新規加入物」という。）については、その実行の対象にならないこと<sup>(149)</sup>、とされた。すなわち、実行通知により、「その実行通知に係る実行のプロセスにおいてどの範囲の動産が譲渡等の対象になるかという実行手続上の問題<sup>(150)</sup>」にいわゆる「固定化」の効果を認めるものであった。

4 実行通知の結果、設定者によるその後の個別動産の処分は認められなくなる。「新規加入物に対する実行をすることができなくなる一方で、既存の構成要素について引き続き設定者が処分をすることができるとすれば、その実行手続の対象となる担保目的物の価値は減少し続けることになり、担保権者に不利益が生ずる。特に、担保権の実行が一回しか予定されておらず、一回実行すれば担保権は消滅するという従来の集合動産譲渡担保においては、このような結論は当事者の意思に反する<sup>(151)</sup>」。「累積的な集合物を担保権の目的とすることができるものとする場合<sup>(152)</sup>」には、担保権者の上記の不利益は一定程度回避することができるが、目的物の価格の評価をやり直したり、第三者に譲渡した目的物を引き渡すことができなくなったりすることがあり得ると、担保権の実行手続が混乱する。そこで、集合動産譲渡担保の実行通知が債務者に到達すると、債務者はその時点で集合物の構成要素となっている個々の動産の処分権を失う<sup>(153)</sup>」、として規定化された（上記第2・1(3)）。この意味での「固定化」が生じていれば、実行通知の到達によりその

---

各論3—担保の実行」の「3 帰属清算方式による実行手続等」（同73頁）、「4 処分清算方式による実行」（同77頁）を参照。

(149) 研究会資料23 コメント付き・5頁20～25行目。

(150) 研究会資料23 コメント付き・6頁26行～29行目。

(151) 研究会資料17・8頁1行～6行目。

(152) いわゆる「累積型」の担保権の設定を指す。「中間試案」106～108頁を参照。

(153) 研究会資料17・8頁6行目～11行目、研究会第18回議事録19頁の法務省担当者による説明。

時点で担保設定者の個別動産の処分権限が消滅するため、設定者による通常の事業（営業）の範囲内の処分だけではなく、事実上「営業の終了」も生じるのであれば<sup>(154)</sup>、最決平成 22・12・2 の示すとおり、実行通知の設定者への到達時以降は物上代位権の行使も可能となろう。これは、私的実行後に物上代位を行うという、最決平成 22・12・2 で実践された実行方法である。

もっとも、実行通知後に在庫品がさらに新規で納品されると、これらについて設定者が処分権を有しないとすれば、実行通知後、譲渡担保の対象ではない在庫品が積み上がっていく。担保権者がこれらの実行通知後の新規搬入分まで、追加的な私的実行が可能かについては、争いがある<sup>(155)</sup>。例えば、在庫に 1000 万円の価値があると信じて 1000 万円を貸し付けたところ、1 回実行してみたら在庫が少なく 900 万円分しかなかったときに、10 日後にまた在庫が入ってくるならもう 1 度実行をしようか、という選択肢<sup>(156)</sup>を認めるかどうか問題となる。累積的な担保設定が許容されるなら、実行通知後に搬入された動産についても、2 度目の実行等の複数回の実行（「シリーズ実行<sup>(157)</sup>」）が可能、と解釈する余地が出てくる<sup>(158)</sup>。複数回の実行を可能と

---

(154) 研究会第 18 回議事録では、実行通知により「いきなり七首を突きつけて、そこから搬入した分には及ばないけれども、ここにある分については、固定化というか対象を限定して処分し、事業の過程で回っているはずの在庫等の動産の動きを止めると、……、それは債務者にとって息の根を止められるようなところがある」という。同第 18 回議事録 23 頁～24 頁。

(155) 研究会第 18 回議事録 20～21 頁参照。「例えば、継続的に毎月 25 日に在庫が搬入される取引をしているケースで、法的整理の申立てが一番（在庫が）少ない 20 日に行われた場合、担保権者は 25 日に在庫が搬入されるということを期待」しており、「そのような期待を何らかの形で保護する必要がある」（研究会第 18 回議事録 27 頁 B 氏発言）。また、「場所で特定されている集合物動産の場合に、場所を動かす方は問題がある（中略）。動産を動かす場合も……、新しい倉庫を造る際に動かす場合もあれば、倉庫に雨漏りが生じて移さざるを得ないというようなケースもあります。こういう場合に、設定者の権限から外れてしまうのか、即ち、これが通常の営業の範囲内なのかどうか問題」であり（担保法制部会第 3 回会議事録 43 頁（大西委員発言）、実行時にそれまでの処分が設定者の権限の範囲内でないとされると、そもそも実行の対象とはならないことになる。

(156) 研究会第 18 回議事録 26 頁。

(157) 研究会第 18 回議事録 31 頁の表現。「集合動産を繰り返して実行できるかという点については、通常はできないと考えられているものの、……通常時であれば 1000 あったはずの在庫が、実行時に」「『設定者側』の作為により 700 に下がっているケース」がある（同

するためには、1回の実行通知によって直ちに担保設定者の処分権限を剥奪しない方がよい、という考え方を採用するのであれば、1回(目)の実行通知のみで設定者の処分権限が消滅し、物上代位も可能となる、という解釈は避ける必要がある。

このとき、「担保権実行までは担保設定契約に基づいて(担保価値維持義務としての)補充義務を負うが、担保権実行後までその補充義務がなお生きるのか。それとも、他の債権者との平等の観点から、その補充義務はもう負っていない」と考えて「以後は……補充しないようにすべき<sup>(159)</sup>」なのかについての検討も必要となる。「一定の搬入義務・補充義務が(担保価値維持義務として)あるとともに、一定の搬出が通常の営業の範囲で認められるという状況が、1回目の担保の実行後も続くと言うためには、累積的に譲渡ができる、という」前提が必要ではないか<sup>(160)</sup>。この「全部実行後の再度実行」を認めるかどうかの議論は、その後第19回の研究会でも議論が継続された<sup>(161)</sup>。

その後の「研究会報告書」において、「再度実行・一部実行」については、次のようにまとめられた。

#### 「第4 集合動産を目的とする担保所有権の私的実行について

##### 2 全部実行後の再度実行の可否

集合動産が担保の目的で譲渡され、一度その構成部分全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の譲渡の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることができるかどうかについて

---

第18回議事録28頁)。そうであれば、1回目の実行通知以降も設定者による処分を継続させ、担保目的財産の価値の回復を図ってから再度の実行を検討する方がよい、ということになる。

(158) 第18回研究会議事録23頁。

(159) 第18回研究会議事録26頁。

(160) 第18回研究会議事録27頁。

(161) 研究会第19回議事録6～7頁、9～11頁参照。なお、以上の点は、後述する「倒産手続開始の設定者が取得する財産に対して担保権の効力が及ぶか」の議論にも深く関係する。

は、仮に認めるとすればどのような範囲で認められるかなどを含め、制度が過度に複雑にならないかなどの観点も踏まえて引き続き検討する必要がある<sup>(162)</sup>。』

### 〔3 一部実行の可否

集合動産が担保目的で譲渡された場合において、担保所有権者が集合物の一部について実行することが可能かについては、集合動産担保所有権において複数回の実行を許容するかどうか、実行の対象である『一部』をどのように特定する必要があるかなどに留意しながら、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討する必要がある<sup>(163)</sup>。』

こうして、再度実行・一部実行に関する議論は、法制審議会担保法制部会における議論に委ねられることとなった。

5 法制審議会担保法制部会第7回会議では、部会資料7「第2 集合動産を目的とする担保権の私的実行について 1 集合動産を目的とする 担保権の私的実行の手続」において、以下の案が検討された。

## 〔第2 集合動産を目的とする担保権の私的実行について

### 1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続

集合物を目的とする担保取引における私的実行について、次のような規定を設けるものとしてはどうか。

- (1) 集合物を目的とする担保権を実行しようとするときは、担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。
- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産は、当該通知に係る実行手続の対象とならない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物に含まれる動産の処分権限を失う<sup>(164)</sup>。』

---

(162) 「研究会報告書」90頁。

(163) 「研究会報告書」92頁。

(164) 担保法制部会資料7・7頁16～26行目。

検討の焦点となったのは、実行によって流動性を喪失させ、集合物を目的とする一つの譲渡担保権を、個々の構成要素を目的とする複数の個別動産譲渡担保に転化させるプロセス、いわゆる「固定化」の意義であった。固定化概念の要否については従来から争いがあるものの<sup>(165)</sup>、少なくとも「集合物の構成部分は日々変動していくため、そのうちいずれが実行対象になるのか、すなわち、どの範囲で動産の所有権が譲渡担保権者又は第三者(処分清算方式で私的実行がされた場合の譲受人)に帰属するのかをいずれかの段階で確定する必要がある<sup>(166)</sup>」。本規定案での「実行通知」は、新たな規定による動産担保権について、担保権者から設定者について通知(実行開始通知)を送付し、その到達時をもって実行となる対象である個別動産を確定させる効果を持つ<sup>(167)</sup>。実行通知到達後に担保権を設定させるために設定当初定めた範囲内<sup>(168)</sup>に流入した個別物には担保権の効力は及ばず、実行対象にならないのが原則である<sup>(169)</sup>。もっとも、その後の検討過程で、「実行開始通知の効力は、例えば後順位の担保権者などの第三者の利害にも影響するため、これによって当事者の合意によって新規加入の停止と設定者の処分権限の喪失という二つの効果が生ずることやその時期を変更することはできないが、これに加えて、当事者の合意により、新規加入が停止する事由や処分権限の喪失事由を定めることは可能である<sup>(170)</sup>」とされ、また、「集合物の流動性を基礎づける二つの側面が、それぞれ異なる根拠によるとすると、当事者が定める新規加入の停止事由と処分権限の喪失事由が同一である必要はなく、これらが異なる時点で生ずることもあり得る<sup>(171)</sup>」、と解されている。

---

(165) 小山・前出注(8)578~583頁。

(166) 担保法制部会資料7・8頁11~14行目。

(167) 担保法制部会資料7・8頁24~28行目。

(168) 「中間試案」第1章第3、1は、「種類、場所、量的範囲その他の方法により特定された範囲に属する集合体」と定め、最判昭和62・11・10(民集41巻8号1559頁)による集合物の特定基準を採用している。「中間試案の補足説明」19頁以下も参照。

(169) 担保法制部会資料7・8頁24~28行目。

(170) 担保法制部会資料16・21頁32~36行目。

(171) 担保法制部会資料16・21頁36~38行目。

しかし、実行通知により設定者の処分権限が全て消滅し、実行の対象が全て確定すると解すると、いったんこれらについて実行がなされたものの、被担保債権全額を満足するに足りない状況が生じ、一方で、設定者が実行通知後に担保権の成立する範囲内に流入してきた個別物に担保権が及ばないと解すると、担保権者の保護に欠けるのではないか。この論点を扱うのが、「全部実行後の再度実行の可否」及び「一部実行の可否」であり、研究会での検討後、担保法制部会第7回以降でも扱われることとなった。

「実行後の再度実行の可否」については、「累積的な担保設定」（新たな規定に係る集合動産担保権について、担保権がいったん実行された後の新規加入物になお担保権の実体的な効力が及ぶという意味での）の合意が認められるかどうかを検討する必要がある<sup>(172)</sup>。また、「一部実行の可否」は、そのような累積的な担保設定の合意が認められないことを前提として、担保権者が集合動産の一部について実行した場合に、その一部についてのみ固定化が生じるか、を扱うものである<sup>(173)</sup>。

部会資料7は、以上の2点について、以下の問題提起を行う。

## 〔第2 2 実行後の再度実行の可否〕

担保の目的財産とされた集合動産について、実行の時点で存在する構成部分である動産全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の担保の効力が及んでいるものとして再度実行をすることができるかどうかについて、どのように考えるか<sup>(174)</sup>。〕

## 〔3 集合物の一部について実行がされた場合の効果〕

集合動産に担保権が設定され、担保権者が集合物の一部について実行した場合に、その他の部分について流動性が維持されるか、その他の部分についてその後の実行が可能であるかなど、一部実行がされた後の法律関係について、どのように考えるか<sup>(175)</sup>。〕

---

(172) 「中間試案の補足説明」106頁36行目～107頁2行目。

(173) 「中間試案の補足説明」108頁24～26行目。

(174) 担保法制部会資料7・10頁25～29頁。

(175) 担保法制部会資料7・12頁15～18行目。

担保法制部会第 7 回においては、累積的な担保権設定を認めると、過剰担保のように、濫用的な担保権実行もしくは担保権設定がなされてしまう（他から融資を受けるチャンスを事実上奪い取る形で担保を取って、さらに再度実行で根こそぎ回収を図る<sup>(176)</sup>であるとか、被担保債権の額を大きく超える動産に担保権が設定され、財産の処分や新たな資金調達が困難になる、担保債権者に対する弁済の原資がなくなる<sup>(177)</sup>等）とか、一度実行をしてしまえば設定者は事業の継続が困難になるから、果たしてそのような累積的な担保設定のニーズがあるかどうか疑問であり<sup>(178)</sup>、そのような配慮については、むしろ倒産手続開始後に設定者が取得した財産に担保権の効力が及ぶかどうかの論点で扱うべき<sup>(179)</sup>、という指摘がなされた。

また、一部実行については、研究会での議論と同様、「複数の保管場所を持つ債務者について、その保管場所や運送中の在庫なども含める趣旨で在庫一切という担保権設定をしたという事案において、そのうち A 倉庫の在庫について差し当たり担保権の実行をしたという場合に、それ以外の場所にある在庫についての実行可能性がどうなるのか」、及び、「運送中だった動産がその後 A 倉庫に運び込まれたというような場合には、A 倉庫が安全地帯になってしまって、A 倉庫に運び込まれた限りは二度と実行の対象とならないのか」等について、検討する必要があるとされた<sup>(180)</sup>。

6 以上の「第 2、2 実行後の再度実行の可否」及び「3 集合物の一部について実行がされた場合の効果」に関する議論を、物上代位の可否との関

---

(176) 担保法制部会第 7 回会議事録 26 頁（佐久間委員発言）、同 22～23 頁（井上委員発言）。むしろ、そのようなニーズには事業成長担保権で対応すべき、という指摘である。同 29 頁（本多委員発言）、同 31 頁（阪口幹事発言）も参照。

(177) 部会資料 7・11 頁 31～33 行目。

(178) 担保法制部会第 7 回会議事録 26 頁（佐久間委員発言）、同 27 頁（大澤委員発言）、

(179) 担保法制部会第 7 回会議事録 27 頁（大澤委員発言）、同 29～30 頁（本多委員発言）。また、生熊長幸「集合動産譲渡担保の目的物の範囲の特定と実行方法」立命館法学 399・400 号（2021 年）51～54 頁も参照。

(180) 担保法制部会第 7 回会議事録 28 頁（藤澤幹事発言）。研究会での議論を前提とするコメントとして、松尾吉洋・石川直基「集合動産譲渡担保権の私的実行」金法 2172 号（2021 年）56 頁がある。

係でみると、最決平成 22・12・2 のように、個別物に対する担保権実行後、未回収債権についてさらに物上代位の差押えをする、という例は、形式上は「全部実行後の再度実行」に類似するものの、むしろ「一部実行」としての実質を有するように思われる。というのはこうである。すなわち、最決平成 22・12・2 は、個別物である生け簀の養殖魚に対して譲渡担保の私的実行がなされた後、設定者の廃業後に損害保険金請求権の実質を有する共済金請求権に対して物上代位の差押えがなされた事案であった。このとき、物上代位の差押えの対象である債権は、当初集合動産の担保権の実行対象となった動産の売却代金債権のように直接の牽連性があるとは限らず、一応別個の担保目的物であると解するなら、このような担保権の実行は、「一部実行」といってよいであろう。

ただ、研究会と法制審議会担保法制部会で議論された類型の「一部実行」は、あくまで別々の場所にある倉庫に複数の集合動産の譲渡担保が設定され、その一部が実行の対象となる、という事例である。これに対して、最決平成 22・12・2 は、本来の集合動産に対する私的実行と、それら集合動産についての損害保険金請求権に対する物上代位という、二段構えの実行形態である。本稿は、このような態様での実行も、当初の担保目的物とは異なる目的財産について、それぞれ実行がなされたと捉え、「一部実行」として検討するものである。

7 以上の担保法制部会第 7 回資料の検討を経て、集合動産の担保権に関する私的実行の手続一般については、担保法制部会資料 16 において以下のように提示された。

### 〔第 3 集合動産を目的とする担保権の私的実行について〕

#### 1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続

集合物を目的とする担保取引における私的実行について、次のような規定を設けるものとしてはどうか。

- (1) 集合物を目的とする担保権を実行しようとするときは、担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。

- (2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産には、担保権の効力は及ばない。ただし、その到達の時点で集合物の構成部分であった動産と分別して管理されていないときは、この限りでない。
- (3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物の構成部分であった動産の処分権限を失う<sup>(181)</sup>。」

部会資料 7「第 2、1」との違いは、(2) は部会資料 7「第 2、1」と異なり、担保権が及ぶか否かという実体法上のルールとして定められていること<sup>(182)</sup>、および、上記部会資料 16「第 3、1 (2)」は、(2) に但書が追加された点である。その本文において実行通知後の新規加入物には担保権の効力が及ばないことを原則とした上で、但書において「設定者が適切にその分別をしていない場合には、分別されていない新規加入物にも担保権が及ぶという例外を設けるもの<sup>(183)</sup>」と位置づけられる。

他方、部会資料 16 における「実行後の再度実行の可否」、「一部実行の効果」については、次のような提案とされた。

### 「第 3 2 実行後の再度実行の可否

担保の目的財産とされた集合動産について、実行の時点で存在する構成部分である動産全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の担保の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることはできないものとしてはどうか<sup>(184)</sup>。」

### 「第 3 3 集合物の一部について実行がされた場合の効果

集合動産に担保権が設定され、担保権者が集合物の一部について実行した場合には、当該一部が所在場所によって他の部分と区別される場合を除き、その他の部分にも上記 1(2)及び(3)の効果が生じるものとしてはどうか<sup>(185)</sup>。」

---

(181) 担保法制部会資料 16・19 頁 27～38 行目。

(182) 担保法制部会第 18 回会議事録 38 頁（工藤関係官発言部分）。

(183) 担保法制部会資料 16・20 頁 28～29 行目。

(184) 担保法制部会資料 16・22 頁 34 行目～23 頁 2 行目。

(185) 担保法制部会資料 16・24 頁 15 行～18 行目。

「全部実行後の再度実行の可否」について、「集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分となった動産を含む集合物に担保権の実体的な効力が更に及ぶという趣旨での累積的な担保権設定の合意をした場合に、その合意内容のとおり効力を認めるかどうかという問題<sup>(186)</sup>」につき、第7回会議（第1読会）において否定的な意見が強かった<sup>(187)</sup>ことを反映して、そのような累積的な担保設定の合意を認めないとした。また、一部の委員から、再度実行の禁止の規律は、いったん実行するとそれによって既存の担保権は全て消滅する、という前提があるのではないか、その前提があってこそ、先順位担保権の実行によって後順位担保権も固定化するのではないか、という指摘がなされた<sup>(188)</sup>。集合物の担保権については、劣後担保権は固定化せず、先順位担保権が実行された個別物には及ばず、その後の新規加入物について及ぶ、という解釈もあり得るのではないか、という指摘である<sup>(189)</sup>。この指摘を受ければ、「第3、1(2)但書」の規律の射程が問題となり得る。

また、「一部実行の可否」については、「担保権者は実行に当たって固定化が生じる範囲として集合動産の一部を指定することができるかという問題<sup>(190)</sup>」につき、「第3、2」において累積的な担保設定の合意が認められないならば、いったん実行が完了した部分に再度の実行を観念することはできないから、残部について2度目の実行をするためには、実行済みの部分と残部の部分とが所在場所によって区別されないと、残部について流動性が維持されないことになる<sup>(191)</sup>。「しかし、保管場所が前もって区別されている場合には、むしろそれぞれの保管場所毎に別々の集合物に対する担保権設定の合意がなされていると解するなら、一時実行ではなくその一つの合意部分に対する全部実行がなされたと解することになる<sup>(192)</sup>。」ただ、審議会では、

---

(186) 担保法制部会資料 16・23 頁 7～10 行目。

(187) 担保法制部会資料 16・23 頁 12～22 行目参照。

(188) 担保法制部会第 19 回会議議事録 5 頁（片山委員発言）、同 6～7 頁（阿部幹事発言）。

(189) 担保法制部会第 19 回会議議事録 7 頁（阿部幹事発言）。

(190) 担保法制部会資料 16・24 頁 23～24 行目。

(191) 担保法制部会資料 16・24 頁 33～36 行目。

(192) 担保法制部会資料 16・25 頁 10～14 行目。

このような合意の解釈によって、再度実行は原則として認められないという規律がすり抜けられることへの警戒感が示された<sup>(193)</sup>。

8 その後の「担保法制の見直しに関する中間試案」において、集合動産の担保権の再度実行・一部実行については、以下のようにまとめられた。

「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行

2 実行後に特定範囲に加入した動産に対する再度実行の可否

新たな規定に係る集合動産担保権の担保権者は、実行の時点で存在する構成部分である動産全部について実行をした後に新たに特定範囲に加入した動産に対して、当初の担保の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることはできないものとする(注)。

(注) プロジェクト・ファイナンス等の現在の実務に影響を与えることがないか、事業担保等の他の制度との関係にも留意しつつ、引き続き検討する<sup>(194)</sup>。]

「第11 3 集合動産の一部について実行がされた場合に固定化が生ずる範囲

前記1(1)の通知の到達による前記1(2)及び(3)の効果は、その集合動産全体について生ずるものとし、ただし、その通知において、【所在場所により特定された範囲／種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により特定された範囲】を実行の対象として指定したときは、この限りでないものとする<sup>(195)</sup>。]

「実行後の再度実行の可否」については、中間試案「第11、2」において「累積的な担保権設定」の合意は認められないとの整理がなされたのに対し<sup>(196)</sup>、「一部実行の効果」については、「少なくとも、固定化が生ずる一部と固定化が生じない残部とを明確に区別することができるなどの一定の要件を満たす場合には、実行通知において集合動産の一部を実行の対象として指

---

(193) 担保法制部会第18回会議議事録52頁(道垣内部会長発言)。

(194) 「中間試案の補足説明」106頁19～24行目。

(195) 「中間試案の補足説明」108頁16～20行目。

(196) 「中間試案の補足説明」108頁7～8行目。

定することによって、当該一部についてのみ固定化を生じさせることができる<sup>(197)</sup>」、と整理された。この経緯から見る限り、最決平成22・12・2のように、当初個別物について私的実行をした後に、集合動産の処分から派生した債権について物上代位で差し押さえる、という実行方法は、当初に私的実行する部分を選択し、その後物上代位権を行使することで、当初実行した担保の目的財産と異なる財産に新たな実行を行うという態様での「一部実行」と評価するならば、この中間試案の規律の下でも否定されていない、と評価できそうである<sup>(198)</sup>。

---

(197) 「中間試案の補足説明」109頁19～22行目。なお、和田勝行「集合担保の法的構成をめぐる議論と今後の方向性」ジュリスト1579号(2023年)25頁および26頁注(31)も参照。

(198) 他方で、中間試案では、集合動産に限らず、新たな規定に係る動産担保権の実行一般については、次の整理が示された。

「第11 新たな規定に係る集合動産担保権の実行

1 新たな規定に係る集合動産担保権の実行の手続

新たな規定に係る集合動産担保権の実行について、次の規定を設けるものとする。

- (1) 新たな規定に係る集合動産担保権の私的実行をしようとするときは、担保権者は、帰属清算の通知(担保権者が評価した目的物の価額が被担保債権額を超える場合にあっては、これに加えて清算金の提供等)又は第三者への目的物の処分に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。
- (2) 上記(1)の通知が設定者に到達した後に集合動産に加入した動産には、担保権の効力は及ばない。ただし、その動産が上記(1)の通知が到達した時点で集合動産の構成部分であった動産と分別して管理されていないときは、この限りでない。
- (3) 上記(1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合動産の構成部分であった動産の処分権限を失う。
- (4) 上記(1)の通知は、設定者の承諾を得なければ、撤回することができない。
- (5) 上記(4)の撤回は、上記(1)の通知の時に遡ってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。」「(中間試案の補足説明)101～102頁)。

上記の中間試案「第11 1」は、その(1)から(3)までは、「研究会報告書」の「第4 1」の(1)から(3)までにほぼ等しく、これに通知の効力発生時期に関する

(4)(5)を追加したものとなっており、大きな変化はみられない。ただし、上記(3)

(4)は、「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る動産担保権が設定された場合の取扱い」の「1 劣後担保権者による私的実行の可否及び要件」、「第10 2 優先担保権者の同意なくされた劣後担保権者による私的実行の効果」、及び「第10 3 新たな規定に係る動産担保権の私的実行にあたっての他の担保権者への通知」を前提とする(「中間試案の補足説明」90頁、92頁、94～95頁を参照)。特に、上記「第10、3」について、優先する担保権者の「私的実行がされた場合における劣後担保権者の権利行使方

## V 「倒産手続開始後に設定者が取得した財産に対する 実行の可否」をめぐる議論の変遷と固定化

1 以上の「(一部) 実行後の再度実行の可否」については、「平時において、集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分となった動産を含む集合物に担保権の実体的な効力が更に及ぶという累積的な担保権設定の合意の効力をどのように考えるかが問題となるが、仮に平時においてそのような合意の効力を認めるとしても、倒産手続開始後において異なる取扱いとすることはあり得る<sup>(199)</sup>」との問題提起もなされた。すなわ

---

法としては、設定者が受けるべき清算金請求権への物上代位」、すなわち、「劣後担保権者が清算金への物上代位権の行使によって被担保債権の回収を図ることができるよう、優先担保権者による私的実行に際して、劣後担保権者に対してその旨を通知することにより、劣後担保権者が権利行使をする機会を確保する」ことになる(「中間試案の補足説明」95頁28～30行目。この点につき、生熊長幸「担保目的取引規律型・担保物権創設型および動産譲渡担保権・留保所有権の実行方法について(2・完)」立命館法学398号(2021年)220～22頁を参照)。もっとも、優先もしくは劣後する動産担保権者が占有改定によって対抗要件を備えていた場合、この者に対して担保権の実行通知が送られるかどうかは定かではない。「新たな規定に係る担保権」について、中間試案では、それまで議論されてきた「担保ファイリング」構想を放棄して、動産譲渡登記を改良することを目指す案が示された(「中間試案の補足説明」51～57頁)。「新たな規定に係る担保権の私的実行に当たり、登記を備えている者を通知の相手方とするのであれば、通知の相手方の範囲が明確に画されることとなるから、担保権者の通知の負担は大きいものではない。また、登記を備える者に限って通知を受けられるものとすることによって、登記優先ルールとあいまって登記を備えるインセンティブが高まる結果、登記の公示性を高めることができる」(「中間試案の補足説明」96頁11～15行目)。本稿第1章で列挙した中間試案の「第1章第1、7 物上代位」の(3)における【案1.7.1】ないし【案1.7.2】のいずれが採用されるかによって、物上代位全般だけでなく、集合動産の担保権に基づく物上代位においてさえ、他の権利との優劣の決定基準が定まることになる。ただ、動産譲渡登記を物的編成主義の不動産登記に近づけるのが今後の改正の動向であるとしても、登記一元化を見送り、不完全な公示手段である占有改定をそのまま対抗要件として残す限り、不動産登記と同様の機能、例えば抵当権の順位の譲渡・放棄を動産担保権において実現することは困難になる。また、所有権留保についても物上代位が認められるなら、対抗要件を不要とする案(中間試案「第2章第4(1)(ア【案4.2.1.1】)でも、「引渡し」によるとする案(【案4.2.1.2】)でも、物上代位権の公示には問題が残る。

ち、「倒産手続開始後においてそのような合意の効力を認めるとすると、管財人又は再生債務者が費用を投下して事業を継続したことによって発生した動産が担保権者の優先弁済に充てられ、一般債権者の負担の下で別除権者が利得を得ることになって相当でないという問題が妥当」し、また、「担保権者による再度実行が行われるとその動産を用いることができなくなるから、担保権者による再度実行があり得る状態で事業の再生を目指すことは困難になる<sup>(200)</sup>」、というのである。

もっとも、既にみたように、中間試案「第 11、2」は、全部実行後の再度実行を認める累積的な担保権設定の合意を認めないとする方向を示している<sup>(201)</sup>から、以上の問題提起について詳しく検討する必要はないとも考えられる。そのため、以下ではこの「倒産手続開始後に設定者が取得した動産に担保権の効力が及ぶか」に関する議論について、物上代位に関連すると考えられる部分のみに絞ってごく簡単に検討するにとどめる。

2 従来、動産売買先取特権に基づく物上代位について、買主の破産手続開始決定後でも物上代位権行使が可能であるとされてきた（最判昭和 59・2・2 民集 39 巻 5 号 1326 頁）。また、動産・債権担保法改正の中間試案においても、「新たな規定に係る担保権」は、倒産手続においては別除権（破産法 2 条 10 項、民事再生法 53 条）ないし更生担保権（会社更生法 2 条 11 項）として手続外で行使し得ることとされている<sup>(202)</sup>。

他方で、本稿 I ですでに述べたように、中間試案における集合動産・債権を目的とする「新たな規定に係る担保権」に基づく物上代位については、担保設定者の事業が終了した場合にのみ物上代位をなし得ることを原則とし、例外として特約のある場合、および、設定者の処分がその処分権限を超える場合にも行使可能とする<sup>(203)</sup>。

---

(199) 担保法制部会資料 9・11 頁 23～27 行目。

(200) 担保法制部会資料 9・11 頁 28～33 行目。

(201) 担保法制部会での議論について、担保法制部会第 21 回会議議事録 12～29 頁を参照。

(202) 「中間試案第 4 章 担保権の倒産手続における取扱い 第 16 別除権としての取扱い」。  
従来の判例として、最判平成 22・6・4 民集 64 巻 4 号 1107 頁（所有権留保につき、再生手続上別除権として扱う）、最判昭和 41・4・28 民集 20 巻 4 号 900 頁（更生担保権）。

(203) 「中間試案」第 3、6。

では、集合動産の「新たな規定に係る担保権」の設定者につき倒産手続が開始されたとき、当該担保権者が別除権として物上代位をなし得る要件はどのようなか。

前提として、一般的には、担保への実行の着手が行われてはじめて設定者の処分権限が失われると解され、それまでは、設定者は通常の事業（営業）の範囲内で個別動産の処分権限を有すると解されている<sup>(204)</sup>。他方で、倒産手続の開始によって設定者が集合物のその時点での構成部分の処分権限を失うとすれば、事業の円滑な継続に支障が生ずる。また、会社更生手続においては、担保権者が担保権を実行することができないため、手続開始時の構成部分については設定者も担保権者も処分することができないことにならないかも問題になる<sup>(205)</sup>。

従来の議論としては、「倒産手続開始決定によって集合物は固定化し、その後の新規加入物には担保権は及ばないとする見解、倒産手続開始後の新規加入物にも担保権の効力は及び、譲渡担保権者による実行によって担保目的物が固定されるという見解、倒産手続開始時の価値枠で固定するという見解などがあるが、将来債権の譲渡と同様に、近時は倒産後の新規加入物にも担保権の効力が及ぶという見解が有力になっている」、とされる<sup>(206)</sup>。

3 中間試案直前の部会資料22「第19 倒産手続開始後に生じ、又は取得した財産に対する担保権の効力」「2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力」は、「二読資料から実質的な変更はない」とされ<sup>(207)</sup>、部会資料17の「第4 倒産手続開始後に生じ、又は取得した財産に対する担保権の効力」「2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力」

---

(204) 担保法制部会資料9・10頁12～13行目。

(205) 担保法制部会資料9・10頁32～35行目。

(206) 「中間試案の補足説明」162頁15～21行目。野村剛司・赫高規・赤木翔一「担保法制への提言第7回 倒産手続中に生じ又は取得した財産に対する担保権の効力」金法2177号(2022年)64頁、72頁以下、小林・大川・前出注(138)144～147頁。倒産手続開始によって固定化が生じるかについては、小山・前出注(8)585頁を参照。集合債権譲渡担保に関する議論の簡単なまとめとして、小山泰史「日本民法学史・流動(集合)債権譲渡担保」平井一雄＝清水元編『日本民法学史・続編』(信山社・2015年)217～255頁特に251～254頁。

(207) 担保法制部会資料22・30頁25行目。

と軌を一にする。

その部会資料 17 の「第 4、2」は、以下のような提案であった<sup>(208)</sup>。

## 〔2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力

集合動産を目的財産とする担保権の設定者について倒産手続が開始された場合に、この担保権の効力が、倒産手続開始後に管財人又は再生債務者が当事者となった契約に基づいて取得した動産に及ぶか否かについては次のような考え方があるが、どのように考えるか。

【案 17.4.2.1】倒産手続が開始された後に取得した動産には担保権の効力が及ぶが、優先権を行使することができるのは、倒産手続開始時まで取得した動産の評価額を限度とする（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 17.4.2.2】倒産手続が開始された後に取得した動産であっても、担保権者が担保権を実行するまで（実行通知が設定者に到達するまで）に取得したのものには、担保権の効力が及ぶ（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 17.4.2.3】倒産手続開始後に取得した動産には、担保権の効力は及ばない（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によって処分権限を失う。）。

この提案の前身は、担保法制部会資料 9 の「第 1、2」である。すなわち、  
〔2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力 集合動産を目的財産とする担保権の設定者について倒産手続が開始された場合に、この担保権の効力が、倒産手続開始後に管財人又は再生債務者が当事者となった契約に基づいて取得した動産に及ぶか否かについて、どのように考えるか。〕  
との問題提起<sup>(209)</sup>に対して、「①手続開始後の新規加入物にも担保権は及ぶ一方で設定者も処分権限を失わないこととするが、担保権者が把握すること

(208) 担保法制部会資料 17・31 頁 1～14 行目。

(209) 担保法制部会資料 9・9 頁 10～13 行目。

ができる価値は倒産手続開始時の評価額を限度とする、②民事再生手続及び会社更生手続においても、その開始によって、その後の新規加入物には担保権が及ばなくなるとともに、設定者は個別動産の処分権限を失うものとする」ことが考えられる。さらに、動産については「集合動産」が担保権の目的財産であることからすると、「③手続開始後の新規加入物にも担保権は及ぶ一方で設定者も処分権限を失わないこととするが、管財人又は再生債務者に『固定化』の権限を付与し、管財人又は再生債務者の意思表示があったときは、それ以降に生じた新規加入物には担保権は及ばず、設定者は個別動産の処分権限を失うものとする(担保権者も実行開始通知をすることによって同様の効果を生じさせることができるので、どちらかがあった時点で効果が生ずる)。」との3つの考え方が示された<sup>(210)</sup>。

部会資料9の以上の説明は、「現在では民事再生手続又は会社更生手続の開始によって『固定化』は生じないという見解が有力である」ことを出発点としている<sup>(211)</sup>。

4 流動動産譲渡担保においては、最決平成22・12・2の示すとおり、「通常の営業(事業)」が設定者に継続される限り原則として物上代位は認められないのであるから、倒産手続が開始されることによって「通常の事業(営業)」が継続されなくなるのかが、重要である。まず、倒産手続の開始によって、直ちに設定者の事業(営業)の全てが終了するとは考えにくい。破産手続開始決定が出て、営業活動ないし設定者の事業がすぐさま清算に到るわけではない。ましてや、民事再生の申立てがなされても、再生手続自体が事業の継続を目指す手続である以上、事業活動の終了を観念する前提を欠く。また、実行後ないし倒産手続開始後の新規流入物に担保権の効力が及ぶなら、個別動産の売却と新たな仕入れという循環が継続することが前提とされるから、この時点に到ってもなお「事業(営業)活動」の終了が生じたといえるかは微妙である。

これらの点に関連して、中間試案「第19、2」は、以下のような規定案を

---

(210) 担保法制部会資料9・10頁17～27行目。

(211) 担保法制部会資料9・10頁28～29行目。

示す。

〔第 19 倒産手続開始後に生じ、又は取得した財産に対する担保権の効力

## 2 倒産手続の開始後に取得した動産に対する担保権の効力

新たな規定に係る集合動産担保権の設定者について倒産手続が開始された場合に、当該担保権の効力が、管財人又は再生債務者を当事者とする契約に基づいて倒産手続開始後に取得した動産に及ぶか否かについては次の 3 案のいずれかによるものとする。

【案 19.2.1】倒産手続が開始された後に取得した動産には担保権の効力が及ぶ（注）が、優先権を行使することができるのは、倒産手続開始時まで取得した動産の評価額を限度とする（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 19.2.2】倒産手続が開始された後に取得した動産であっても、担保権者が担保権を実行するまで（実行通知が設定者に到達するまで）に取得したのものには、担保権の効力が及ぶ

（注）（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によっては、処分権限を失わない。）。

【案 19.2.3】倒産手続開始後に取得した動産には、担保権の効力は及ばない（なお、設定者は、担保権の効力が及ぶ動産について、倒産手続の開始によって処分権限を失う。）。

（注）ここで「担保権の効力が及ぶ」とは、倒産手続が開始した後に取得した動産の換価価値から担保権者が優先弁済を受けることができるという趣旨であり、個別の動産が担保権の目的になることを必ずしも意味しない（集合物論を前提とすれば、倒産手続が開始した後に取得した動産を含む集合物が担保権の目的になると構成される。）<sup>(212)</sup>。〕

倒産手続開始によって「固定化」が生じ、設定者の処分権限が消滅すると解するなら、その時点で「通常の事業」も終了して、以後、別除権としての

---

(212) 「中間試案の補足説明」161 頁 27～162 頁 12 行目。

物上代位権行使が可能となるとも解し得る。【案 19.2.1】および【案 19.2.2】は、倒産手続の開始によっても設定者の処分権限は消滅しないとするから、通常の事業が継続されるため、物上代位をすることは認められない。【案 19.2.3】のみが、倒産手続の開始によって物上代位が可能となる、と解し得る。もっとも、中間試案「第3.6(2)ア・イ」の例外、すなわち、通常の事業が終了していない段階でも「ア 当事者が別段の合意をした場合」、および「イ 権限範囲を超える処分がされた場合」については、例えば民事再生手続の再生債務者が、当初の担保設定者の地位をそのまま承継して、当該「集合動産に係る新たな担保権」者との間の特約に拘束されるのかを検討する必要がある。

5 なお、研究会段階からなされた議論で、「倒産手続開始後によっていわゆる「固定化」が生じ、新規加入物が生じない「いう場合でも、その後に費用負担の問題が生じる」ことが指摘されていた<sup>(213)</sup>。このとき、「ある商品の在庫が担保となっているとして、ある商品を得ればその代金でまた新しく在庫を仕入れることができる」場合に、譲渡担保権者がその実行をせず(設定者に)処分権限を与える場合、担保権者としては「自分が担保権を持っていたものが担保権の対象から外れて、その対価が別に物上代位をするわけでもなく、新しいものになっていく」ならば、「担保権者がその費用<sup>(214)</sup>を負担している」とみる余地もある。そのいっぽうで、「在庫が増えたりその価値が増えていくという場面を考えると、循環していても結果的に倒産財産の中からお金が新しく出て、担保の目的物が補充されていく」場面では、「購入費用等を倒産財団が負担している<sup>(215)</sup>」とされる。

集合動産では、実行時・倒産手続開始時に担保権の効力を止める(固定

---

(213) 研究会第21回議事録20頁(法務省担当者発言)。

(214) 研究会資料19・1頁「第1動産・債権等を目的とする担保権の倒産手続における取扱い 1 担保の目的である財産に係る費用の負担譲渡担保権の設定者について倒産手続が開始した場合に、倒産手続開始後に生じた担保の目的である財産に係る費用の負担者に関する規律を設けるかどうかについて、どのように考えるか。」この点につき、「研究会報告書」129頁以下、中間試案「第4章第20 担保権の実行がされた担保目的財産に関する費用の負担」および「中間試案の補足説明」164頁を参照。

(215) 研究会第21回議事録21頁(法務省担当者発言)。

化)するのが一般的にとらえ方であるとするれば、「そこから後は、もう数次の実行はできない」こととなり、実行後等の担保権者の費用負担等を議論する必要はなく、逆に、実行後ないし倒産手続開始後に新規流入する動産・債権に担保権の効力が及ぶと解した場合（累積的な譲渡担保の設定である場合）に初めて、実行後等の費用負担の問題を考える必要が生じることになる<sup>(216)</sup>。

## VI 結びに代えて

1 中間試案公表後のパブリックコメントでは、中間試案「第1、7 物上代位」の(1)(2)については、「現在の判例通説の立場に沿うもの」であり、現行法の抵当権等と同様に扱う点で異論はみられない<sup>(217)</sup>。しかし、同(3)については賛否が分かれる。【案1.7.1】に賛成する意見では、動産譲渡登記を抵当権設定登記による公示と同列に扱うことは困難であるという評価を出発点として、その公示性の低さから、「新たな規定に係る担保権」による物上代位の差押えの時点と、目的債権を担保の目的とする債権担保権が対抗要件を具備した時点とを基準時とすべき、という意見が顕著である。また、【案1.7.1】を前提に、【注】の規律に賛成する意見もあった。これに対して、【案1.7.2】を支持する意見としては、動産への担保権設定と同時にその保険金請求権等への担保権設定を併用する実務対応はなされていないので、【案1.7.1】は支持できないであるとか、動産担保権の対抗要件具備が登記による場合に限ってこの案を支持する意見があった<sup>(218)</sup>。また、2つの

---

(216) 研究会第21回議事録23頁(G氏発言)。一部実行後の残部実行を認める必要は、累積型でないスクリーンショット型の譲渡担保設定では不要であることとなる。「スクリーンショット型」と「累積型」については、「動産・債権担保法制に関する研究会」研究会資料18・10頁～11頁注(28)および研究会資料24・27頁注(74)、さらに、(最終)報告書149頁注(237)に詳しい記述がある。また、井上聡「担保権者が把握するものと一般債権者に残すもの」東京弁護士会倒産法部編『担保法と倒産・金融の実務と理論——担保法の検討課題』(商事法務・2021年)91頁、中原利明「銀行取引実務の視点から」ジュリスト1579号(2023年)43頁も参照。また、費用負担について、田高寛貴ほか・前出注(138)318～320頁も参照。

(217) 担保法制部会資料29-1・22頁35～37行目。

案の折衷案を主張する意見もみられた<sup>(219)</sup>。

この2つの案の採否は、今後の動産譲渡登記の制度設計によるところが大きいことは確かだろう。

2 次に、中間試案「第3、2 集合動産を目的とする新たな規定に係る担保権を設定した設定者の権限」の(1)については、反対する意見はみられず<sup>(220)</sup>、設定者が「通常の事業の範囲」内で個別動産を処分し得る点には、コンセンサスがあるといってよい。ところが、「第3 集合動産・集合債権を目的とする担保権の実体的効力」「6 新たな規定に係る集合動産担保権における物上代位等」については、賛否が大きく分かれている。

おそらくその理由は、最決平成22・12・2の理解にあると思われる。まず「第3、6(1)」については、「通常の事業の範囲」内での処分により「担保権の付着しない」態様で個別動産が処分される以上、物上代位は認められるべきであるとの意見に対して、(1)に反対する意見は、通常の事業を継続している間に物上代位権行使を認めないという制約は、被担保債権の債務不履行を要件としない代替的物上代位(最決平成22・12・2のように損害保険金請求権の場合等)の場合に限定すべき、とする<sup>(221)</sup>。

最決平成22・12・2が示した「通常の事業の継続中は物上代位権行使ができない」というルールの特例である「別段の合意」((1)(ア))について、例えば、「設定者の処分権限を当事者間で合意できるなら、物上代位も当事者間の合意によってよい」という賛成意見に対して、最決平成22・12・2の判示事項の趣旨も不明であるから明文化は避けるべき、との反対意見がみられる<sup>(222)</sup>。さらに、通常の事業の継続中でも設定者の処分「権限範囲を超える処分がされた場合」に物上代位を認める「(2)(イ)」については、最決平成22・12・2を前提とすればこの例外を規定すべきである、という賛成意見のほか、「33、3 集合動産の構成部分である動産の設定者による処分」と関

---

(218) 担保法制部会資料29-1・24頁23~32行目。

(219) 担保法制部会資料29-1・25頁21行目。

(220) 担保法制部会資料29-1・43頁2行目~44頁23行目。

(221) 担保法制部会資料29-1・59頁19~27行目。

(222) 担保法制部会資料29-1・59頁5~7行目、同15~16行目。

連づけての検討が不可欠、という指摘がなされた<sup>(223)</sup>。他方、反対意見として、通常の事業の継続中は、権限の範囲を超える処分がなされても新規の補充で担保価値は維持され、物上代位を認める必要はない、であるとか、「通常の事業の継続」と「通常の事業の範囲」の関係の整理が必要である、等の指摘がなされた<sup>(224)</sup>。

3 中間試案後の担保法制部会の審議過程で、「新たな規定に係る担保権」に基づく物上代位を認めるルールは、規定として生き残ると予想されるが、集合動産の担保権に関する物上代位の特則が規定として残るかどうかは、やや微妙な状況であろう。意見の分布から見ると、再度、最決平成22・12・2の射程を再検討する必要があるようである。

また、「第11、3 集合動産の一部について実行がされた場合の固定化が生ずる範囲」については、賛成意見が圧倒的多数を占め<sup>(225)</sup>、また、「所在場所で特定された範囲」または「種類、所在場所、量的範囲の指定その他の方法により特定された範囲」での一部実行で、その特定された範囲でのみ固定化するとする案（例、場所の離れた複数の保管場所に個別物が所在している場合）に賛成がみられた<sup>(226)</sup>。このような規律は、特定された範囲でのみ固定化が生じ、残余の範囲では流動性が維持されるため、担保設定者の事業の継続にも資するものである。

その一方で、「第11、3 実行後に特定範囲に加入した動産に対する再度実行の可否」について、これを否定する中間試案の提案については賛否が分かかれ、反対する意見の側は、「中間試案に関する補足説明」で示されたニーズ（例、ストラクチャード・ファイナンス等）に加え<sup>(227)</sup>、「集合債権については累積的な担保設定を認める実務が定着している」こととのバランスの点から、疑問を呈している<sup>(228)</sup>。

---

(223) 担保法制部会資料29-1・60頁21～22行目、同29～30行目。

(224) 担保法制部会資料29-1・60頁37～61頁3行目、同61頁8行目。

(225) 担保法制部会資料29-3・9頁19行～10頁27行目。

(226) 担保法制部会資料29-3・10頁33行～11頁5行目。

(227) 担保法制部会資料29-3・6頁29行目以下、および、「中間試案に関する補足説明」107頁参照。

(228) 担保法制部会資料29-3・6頁30～38行目。同様に、中間試案「第19 2 倒産手続の

4 では、最決平成22・12・2の事案のように、「新たな規定に係る(集合動産の)担保権」が実行され、未回収の債権についてさらに物上代位をすることは、この新たな制度の下でも可能か。上記の中間試案「第11、3」及び「第11、2」は、先順位の集合動産の担保権が実行されれば、後順位担保権も全て消滅することを前提とるように見える<sup>(229)</sup>。民事執行法上の動産競売の規定(民執190条)の規定を準用し、私的実行に加えて法的実行を可能とする提案を行い「中間試案第12、1」、特に「第12、5」の【案12.5.1】及び【案12.5.2】は、いずれも消除主義を採用する。私的実行もこれに倣うものと予想され、いったん私的実行のなされた「新たな規定に係る担保権」は、これにより消滅するものと解される<sup>(230)</sup>。

以上を前提とすれば、「中間試案」は、最決平成22・12・2のような、「私的実行後の物上代位権行使」を認めないという方針を採用するようにみえる。けれども、本稿でのこれまでの検討の過程からは、「動産・債権担保法改正に関する研究会」及び法制審議会担保法制部会の議論を通じて、判例の帰結を変更するような議論は看守できなかった。むしろ、「全部実行後の再度実行」や「一部実行の可否」についての議論からは、最決平成22・12・2の認めた実行の方法を許容する余地もあると思われる。したがって、この点については、判例を新たな立法で修正するという方向は、未だ採られておらず、なお今後の議論に委ねられている、と理解すべきであろう。

---

開始後に取得した動産に対する担保権の効力」についても、3つの案について賛否が分かれた。担保法制部会資料29-4・43頁~49頁25行目を参照。

(229) 「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る動産担保権が設定された場合の取扱い」「4 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知」は、そのような制度設計を前提とするように読める。また、担保法制部会資料29-2・100頁13行目のパブリックコメントは、明らかにそのような理解に立脚している。

(230) 中間試案に対するパブリックコメントでは、「私的実行により全ての担保が消滅する」という理解がみられる(担保法制部会資料29-2・100頁13行目)。また、中間試案「第10 同一の動産に複数の新たな規定に係る動産担保権が設定された場合の取扱い」「4 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知」(「中間試案の補足説明」100~101頁)は、私的実行により全ての担保権が消滅する、という制度設計を前提とするように読める。

動産譲渡担保権に基づく物上代位——動産・債権担保法改正における中間試案までの議論を中心に〔小山 泰史〕

\* 本稿は、科研費基盤（C）〔課題番号 22K01260〕の補助による研究成果の一部である。

（本学法科大学院教授）