

流動動産譲渡担保設定者による 通常の営業の範囲

堀 竹 学

1. はじめに
2. 裁判例
 - (1)最高裁判例
 - 1) 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁
 - 2) 最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁
 - (2)下級審判例
 - 1) 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁の下級審判例
(原審；福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁、原原審；宮崎地日南支判平成16年1月30日民集60巻6号2511頁)
 - 2) 最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁の下級審判例
(原審；福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁、原原審；宮崎地日南支判平成16年6月11日金法1735号57頁)
3. 学説
 - (1)学説の状況
 - (2)流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説
 - (3)流動動産譲渡担保設定者の通常営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説
 - (4)流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説
4. 考察
 - (1)債務者の事業継続のための担保
 - (2)目的物の補充義務（担保価値維持義務）
 - (3)後順位譲渡担保の設定と通常営業の範囲
5. おわりに

1. はじめに

中小企業や個人事業者には、資産として、不動産がなく、動産や債権しか保持していない場合が多くある。また、不動産資産があり、それを担保に融資を受けたとしても、不動産自体には基本的に変動がないので、その担保価値までしか融資を受けられず、事業継続のための資金調達には限界がある。そこで、現在、これらの事業者が、資金繰りをスムーズに進めるため、資産が変動する流動動産・債権譲渡担保の活用が期待されている¹⁾。そして、流動動産譲渡担保の目的物は、集合物としての同一性を維持しつつも、その構成部分は変動し、新陳代謝していくことが予定されているものである。そのような性質上、設定

者には、通常の営業の範囲内において、個別の動産を集合物から分離して処分する権限が当然に与えられていると解されており、その権限内で行われた処分の相手方は目的物につき完全な所有権を取得することができ、譲渡担保権の追及力はこれに及ばないことになるとされている²⁾。

この点について、最高裁判所は、①最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁で、はじめに認めた。ただし、同判決は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内についての定義を示すことがなかった。しかし、同日判決がなされた最高裁判例である②最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁は、第三者のためにさらに譲渡担保を設定することが、譲渡担保設定者にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分には当たらないと明示している。ただし、同判決も流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について、その定義を示していない。

これに対し、学説では前記の2件の平成18年7月20日の最高裁判決以前にも、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について定義しようと試みられている。また、同判決後は、②判決の評釈で補足的に述べられたものであるが、その定義について検討している。

本稿では、これらの判例・学説を踏まえ、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはいかなるものか、その定義について検討してみたいと思う。以下では、まず、前記2件の判例について、通常の営業の範囲の定義について明示していないものの、それらの事例も詳細に紹介した上で、それらの判例および下級審判例がどのように判断したかみてみる。その上で、これまで流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について、その定義を示した学説を分類し、検討してみる。そして、最後に、後に詳述する流動動産譲渡担保が債務者（設定者）の事業継続のための担保であるという観点³⁾を重視して、私見を述べてみたいと思う。

2. 裁判例

(1)最高裁判例

1)最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について関連する判例は2件あるが、まず、最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）の事案の概要について示してみる。Y（被告・被控訴人・上告人）は、ブリ、ハマチ、カンパチ等の養殖、加工、販売等を業とする株式会社である。Yは、A（株式会社）との間で、平成12年6月30日、Aを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場、黒瀬漁場ほかの漁場のいけす内に存するY所有の養殖魚の全部とする。
- ② 被担保債権は、養魚用配合飼料の売買取引によりAがYに対して現在及び将来有する売掛債権等一切の債権とし、極度額を25億円とする。
- ③ Aは、Yが上記目的物を無償で使用し、飼育生産管理し、通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを許諾する。
- ④ 上記③により第三者に譲渡された養殖魚は譲渡の目的から除外される。Yは、上記

④に基づき目的物を搬出したときは、速やかに新たな養殖魚をいけすに搬入し、補充しなければならず、Yが補充した養殖魚は、当然に譲渡担保の目的を構成する。

次に、Yは、B（銀行）との間でも、平成12年12月7日、Bを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、黒瀬漁場のいけす内の養殖魚全部とする。
- ② 被担保債権は、BがYに対して現在及び将来有する一切の債権とし、極度額を10億円（元本）とする。
- ③ Bは、Yが目的物をその当然の用法に従い無償で使用することを許諾し、Yは善良なる管理者の注意義務をもって管理する。
- ④ Bが目的物につき担保権を実行する場合には、Yに対し、保管替え又は処分のために目的物の現実の引渡しを求めることができる。

さらに、Yは、C（株式会社）との間でも、平成15年2月14日、Cを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場、黒瀬漁場ほかの漁場のいけす内に存するY所有の養殖魚の全部とする。
- ② 被担保債権は、YとCとの間の商取引及び金融取引に基づく債権とし、極度額を30億円とする。
- ③ Yは、善管注意義務をもって目的物を通常の営業方法に従い販売する。その代金はCの承諾を得てYの運転資金に供することができる。

以上のように、Yは、A、B、Cとの間でも、それぞれ重複して流動動産譲渡担保契約を締結したのである。なお、3件の契約はほぼ類似しているが、YとBとの間で締結された契約のみ他の2件の契約と異なり、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での処分権について定められていなかった。

その後、Yは、X（原告・控訴人・被被告人）との間で、平成15年4月30日に、①Yの所有する黒瀬漁場内の特定の21基のいけす内のブリ13万5212尾をXに売却する、②YからXへの本契約の目的魚を預託する、③YはXから買戻しできるとの各要素から成る内容の契約（以下「本件契約1」という。）を締結した。なお、Yにつき、破産等の申立てがあったときは、Xは、契約期間中であっても、本件契約1を解除することができる旨の条項があった。

また、Yは、Xとの間で、平成15年4月30日、Yの所有する養殖ハマチ計27万2566尾を、Xに売却し、Xにすべての目的物が移動するまでYがXに代わり飼育を行う旨の売買契約（以下「本件契約2」という。）を締結した。

そして、本件契約1の目的物および本件契約2の目的物となったものは、A、BおよびCの上記各譲渡担保（以下「本件各譲渡担保」という。）の目的物ともなったものである。

Yは、平成15年7月30日、東京地方裁判所に民事再生手続開始の申立てをし、同年8月4日、同開始決定がされた。その後、Xが、Yに対し、本件契約1及び2（以下、併せて「本件各契約」という。）により本件各物件の所有権を取得したとして、所有権に基づく本件各物件の引渡しを求める事案である。これに対し、Yは、〈1〉本件各契約は譲渡担保契

約と解すべきである、〈2〉本件各契約に先立って、A、BおよびCが本件各物件を含む養殖魚について本件各譲渡担保の設定を受け、対抗要件を備えている以上、Xは、即時取得の要件を満たさない限り、本件各物件の所有権を取得することはあり得ないなどと主張した。宮崎地裁日南支部は、Xの請求を棄却した。そこで、Xが控訴したところ、福岡高裁宮崎支部は控訴を認容したので、Yが最高裁に上告した。

最高裁判所は、本件契約1について、「本件契約1は、再売買が予定されている売買契約の形式を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意（前記1（5）ア（エ））がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約1の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当である。」として、譲渡担保契約と解している。これに対し、本件契約2については、契約の内容から問題なく真正の売買契約と解している。

その上で、本件契約1の判断について、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる」と解するのが相当である。」として、まず流動動産譲渡担保設定者に、通常の営業の範囲内で担保目的物の処分権を認めている。

そして、「重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである。また、被上告人は、本件契約1により本件物件1につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない。」としており、上告を認容している。しかし、劣後する譲渡担保の設定が流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分か否か明文では明らかにしていない。

これに対し、本件契約2について、「対抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないというべきである。」として、通常の営業の範囲を超えた売却処分は、流動動産譲渡担保設定者の処分権の範囲外で効力を有さず、所有権も移転しないとしている。ただ、同判例は、本件の売却処分が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内のものか否かも判断していない。

以上より、この最高裁判例は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはどのようなものか、その基準を示していない。

2) 最一小判平成18年 7月20日判タ1220号94頁

最一小判平成18年 7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の事案の概要は、次のとおりである。

Y（被告、被控訴人・控訴人、上告人）は、ブリ、ハマチ、カンパチ等の養殖、加工、販売等を業とする株式会社である。

YおよびA（水産株式会社）は、B（株式会社）との間で、平成7年8月10日、Bを譲渡担保権者、YおよびAを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場のいけす内に存するYおよびA所有の一切の養殖魚とする。
- ② 被担保債権は、BがAに対し現在又は将来有する一切の債権とし、極度額を14億円とする。
- ③ Yは、Bに対し、Aの上記②の債務を連帯保証する。
- ④ YおよびAは、上記被担保債権について期限の利益を失うまでは、通常業務の範囲内で担保物件を売却し、また、自己の責任及び負担においてこれを製品化することができる。
- ⑤ 上記④による売却又は製品化のため串間漁場から搬出された物件は、その搬出の時、譲渡担保の目的から当然に除外される一方、新たに串間漁場に搬入されたYまたはA所有の物件は、その搬入の時、譲渡担保の目的に当然に追加されるものとする。

Yは、C（株式会社）との間で、平成12年6月30日、Cを譲渡担保権者、Yを譲渡担保設定者とする次の内容の流動動産譲渡担保契約を締結し、占有改定の方法により目的物を引き渡した。

- ① 譲渡担保の目的は、串間漁場、黒瀬漁場ほかの漁場のいけす内に存するY所有の養殖魚の全部とする。
- ② 被担保債権は、養魚用配合飼料の売買取引によりCがYに対して現在および将来有する売掛債権等一切の債権とし、極度額を25億円とする。
- ③ Cは、Yが上記目的物を無償で使用し、飼育生産管理し、通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを許諾する。
- ④ 上記③により第三者に譲渡された養殖魚は譲渡担保の目的から除外される。Yは、上記③に基づき目的物を搬出したときは、速やかに新たな養殖魚をいけすに搬入し、補充しなければならず、Yが補充した養殖魚は、当然に譲渡担保の目的を構成する。

以上のように、Yは、B（契約の相手方はYおよびAである。）、Cとの間でも、それぞれ重複して流動動産譲渡担保契約を締結したのである。なお、2件の契約はほぼ類似している。

その後、Yは、X（原告、控訴人・被控訴人、被上告人）株式会社との間で、平成15年3月31日、①Yの所有する黒瀬漁場内の特定の17基のいけす内のブリ11万1978尾（23万1556kg）及び串間漁場内の特定の12基のいけす内のブリヒラ6万4780尾（12万3592kg）をXに売却する、②XからYに契約の目的魚を預託する、③XはYに売戻すことができるのと各要素から成る次の内容の契約（以下「本件契約」という。）を締結した。なお、Yにつき、破産等の申立てがあったときは、Xは、契約期間中であっても、本件契約を解除し、本件契

約の目的物とされている原魚を第三者に販売する権利を取得することができる旨の条項があった。

なお、串間漁場内のブリヒラ2万4722尾および黒瀬漁場内のブリ9万3079尾（以下「本件物件」という。）は、BおよびCの上記各譲渡担保の目的物であると同時に、本件契約の目的物ともなったものである。

Yは、平成15年7月30日、東京地方裁判所に民事再生手続開始の申立てをし、同年8月4日、同開始決定がされた。

Xは、平成15年8月9日、Yに対し、本件契約中の原魚の預託および売戻しに関する部分を解除する旨の意思表示をするとともに、同月21日、宮崎地方裁判所日南支部に対し、本件物件につき、Yを債務者として、占有移転禁止（債権者による保管を許す執行官保管）の仮処分命令の申立てをし、同月25日、これを認容する旨の決定を得た。そして、宮崎地方裁判所執行官は、この仮処分の執行として、同月27日から同年9月1日にかけて、本件物件を串間漁場及び黒瀬漁場から搬出した上、同月30日、民事保全法52条1項、49条3項の規定により本件物件を売却し、その売得金1億3645万4663円を供託した。

本件は、Xが、Yに対し、主位的に、Xは本件契約により本件物件の所有権を取得したとして、所有権に基づく本件物件の引渡しを求め、予備的に、本件物件につき負担した飼料代金請求権は一般先取特権又は共益債権に当たる旨を主張してその支払を求める事案である。これに対し、Yは、〈1〉本件契約は譲渡担保契約と解すべきである、〈2〉本件契約に先立って、BおよびCが本件物件を含む養殖魚について本件各譲渡担保の設定を受け、対抗要件を備えている以上、Xは、即時取得の要件を満たさない限り、本件物件の所有権を取得することはあり得ないなどと主張した。宮崎地裁日南支部は、予備的請求を認容し、主位的請求を棄却した。そこで、Xは主位的請求について控訴し、Yは予備的請求について控訴したところ、福岡高裁宮崎支部は、Xの控訴を認容し、Yの控訴は棄却したので、Yは最高裁判所に上告した。

最高裁判所は、①の最高裁判例と同様に、「本件契約は、再売買が予定されている売買契約の形式を採るものであり、契約時に目的物の所有権が移転する旨の明示の合意（前記1（4）ア（エ））がされているものであるが、上記債権を担保するという目的を達成するのに必要な範囲内において目的物の所有権を移転する旨が合意されたにすぎないというべきであり、本件契約の性質は、譲渡担保契約と解するのが相当である。」としているのである。

その上で、「本件各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその対抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである。」として、後順位の譲渡担保権の設定すること、また、それが特に私的実行される場合は、先順位の譲渡担保権の優先弁済権が侵害されるとしている。

そして、「各譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、上

告人にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分（前記1（2）エ、（3）ウ）といえないことは明らかである。また、被上告人は、本件契約により本件物件につき占有改定による引渡しを受けた旨の主張をするにすぎないところ、占有改定による引渡しを受けたにとどまる者に即時取得を認めることはできないから、被上告人が即時取得により完全な譲渡担保を取得したということもできない。」として、後順位の譲渡担保権の設定は、通常の営業の範囲内の処分といえないと明示している。その上で、通常の営業の範囲を超えた売却処分は、流動動産譲渡担保設定者の処分権の範囲外で効力を有さず、即時取得しない限り、①最高裁判例と同様に所有権も移転しないとしている。しかし、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の定義については、①の最高裁判例と同様に示されていない。

なお、本件は、YがXに対して、すでに譲渡担保が設定されている物件に対して、重複して譲渡担保を設定しているが、YはCに対しても重複して譲渡担保を設定しているという事案である。判旨の考えによれば、このCに対する譲渡担保の設定も通常の営業の範囲外の処分ということになる。

(2)下級審判例

1) 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁の下級審判例

（原審；福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁、原原審；宮崎地日南支判平成16年1月30日民集60巻6号2511頁）

最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁（①最高裁判例）の原審である福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁は、後記福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁と同様に、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許されると以下のとおり明示している。「本件各譲渡担保権のような商品（営業用商品）に対する集合動産譲渡担保権にあっては、通常、譲渡担保の目的物たる商品の所有権が元々譲渡担保設定者にあり、譲渡担保設定後においても、譲渡担保設定者が自己の判断に基づき、通常の営業の範囲内において、これを商品として第三者に売却することを当然に予定しているものであるから、これに対して譲渡担保権を設定する場合においては、そのことを当然の前提として譲渡担保権が設定されることが常態であり、したがって、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者が債務の履行を遅滞するなど、譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないような事態が生じるまでの間は、譲渡担保設定者が通常の営業の範囲内においてする目的物の第三者に対する売却は、これを許容するのが通例であるといえる。蓋し、譲渡担保設定者が譲渡担保権の目的物である商品を第三者に売却することにより得る営業収益から、被担保債権の回収を図ることができれば、譲渡担保権者の利益にこそなれ、これを禁止すべきいわれはないからである。したがって、商品の集合動産譲渡担保設定契約において、譲渡担保設定者の目的物たる商品に対する売却権限について、これを制約する約定がない限り、譲渡担保設定者は、譲渡担保権者の意思を離れて、独自の判断において、目的物たる商品を通常の営業の範囲内において第三者に対して売却する権限を留保しているものと解すべきである。」

そして、この判例は、譲渡担保設定者が譲渡担保権の目的物である商品を第三者に売却することにより得る営業収益から、被担保債権の回収を図ることができれば、譲渡担保権者の利益にこそなれ、これを禁止すべきいわれはないという譲渡担保権者の利益を配慮し

た結果であると、その論拠も明示している。

また、本件でのYの処分が、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内であることを以下のとおり示している。本件各譲渡担保設定契約には、YとAおよびCとの間については、「両者が被控訴人に対し、通常の営業の範囲内で、又は通常の営業のために、目的物である本件物件を第三者に売却することを許容する本件各任意売却条項が置かれているものであり、これは、集合物たる本件物件に対する本件各譲渡担保権の設定によっても、譲渡担保設定者たる被控訴人の本件物件に対する売却権原が当然には制約を受けないとする上記の事理を確認した条項と認められるべきものである。」もともと、本件各譲渡担保設定契約のうち、Bとの間の譲渡担保設定契約には、AおよびCとの間の譲渡担保設定契約にある本件各任意売却条項のような明確な形の規定は置かれていない。しかし、BとYとの間の譲渡担保設定契約証書には、「被控訴人による本件物件の通常取引による第三者に対する任意売却を積極的に禁止する条項は無論ないし、同契約がこれを禁止しているものとも解されない。殊に、同契約証書3条に被控訴人が「その当然の用法に従い無償で使用することを許諾する」とある（上記第2の2（2）カ）のは、他の合意内容と併せて検討すれば、これは、本件各任意売却条項と同趣旨の定めと解することもできるから」、Bに対する関係においても、上記AおよびCの場合と同様、「譲渡担保設定者たる被控訴人の本件物件に対する売却権原が当然には制約を受けないものと解するのが相当である。」「そして、商品を通常の営業の範囲内で第三者に売却するということは、当該商品の所有権を第三者に確定的に移転取得させることを当然の前提としているのであるから、譲渡担保設定者において譲渡担保の目的物を通常の営業の範囲内で第三者に売却することが許容されている集合動産譲渡担保権にあつては、譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に確定的に移転取得させることができるという物権的地位が設定者にとどめられているものと解さざるを得ず、そのように解したとしても、上記（2）において説示したところに照らせば、譲渡担保権者が譲渡担保権を行使して債権の回収を図らざるを得ないというような事態が生じるまでの間は、債権担保の目的を達するのに何らの支障もない。」

しかし、同判例も流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の定義については、示されていない。

なお、同判決は、流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとする論拠を明らかにしている。すなわち、「本件契約は、形式上、YからXに対し本件物件を売渡して、所有権がXに移転し、一定期間経過後におけるXからYに対し本件物件を売戻して、所有権が新たにYに移転するというものであるから、再売買類似の契約であるので、売買契約と解さざるを得ない。」とするのである。

福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁の原審である宮崎地支判平成16年1月30日民集60巻6号2511頁については、原告の主張である「集合物譲渡担保設定者である被告は、通常の営業の範囲内で目的物を売却処分することができる」旨を引用して、一般論として、そのまま流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許されることを認めるのにとどめておき、本件のYの処分が通常の営業の範囲内のものか否か判断していない。

2) 最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁の下級審判例

(原審；福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁、原原審；宮崎地日南支判平成16年6月11日金法1735号57頁)

最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁（②最高裁判例）の原審である福岡高宮崎支判平成16年10月29日金法1735号47頁は、福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁と同じく、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内での担保目的物の処分が許されるとしている（②最高裁判例も同様である。）。そして、この判例は、譲渡担保設定者が譲渡担保権の目的物である商品を第三者に売却することにより得る営業収益から、被担保債権の回収を図ることができれば、譲渡担保権者の利益にこそなれ、これを禁止すべきいわれはないという譲渡担保権者の利益を配慮した結果であると、その論拠を明示している点も同様である。

しかし、この判決は、上告審である②最高裁判例とは異なり（福岡高宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁とは同じである。）、流動動産譲渡担保の設定者による通常の営業の範囲内か否かについて、その事例で、「これを本件についてみると、現に、上記第2の2のとおり、本件各譲渡担保設定契約には、B及びCが1審被告等に対し、通常の営業の範囲内で、又は通常の営業のために、目的物である本件物件を第三者に売却することを許容する本件各任意売却条項が置かれているものであり、これは、集合物たる本件物件に対する本件各譲渡担保権の設定によっても、譲渡担保設定者たる1審被告等の本件物件に対する売却権原が当然には制約を受けないとする上記の事理を確認した条項と認められるべきものである。」としている。すなわち、最高裁判例②とは異なり、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとしている。そのことから演繹的に、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、譲渡担保設定者による任意の売却処分権の範囲内であるとしている。ただし、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の定義は示されていない。

また、同判決の原審である宮崎地日南支判平成16年6月11日金法1735号57頁も、「集合動産譲渡担保契約においては、一般に、設定者による目的物の処分が認められているところ、証拠（乙3、5）によれば、B株式会社及びC株式会社が設定を受けた集合物根譲渡担保についても、設定者による目的物の売買が認められているので、被告が原告に対して本件物件を売却すること自体は適法な処分であると言うことはできる。」として、最高裁判例②とは異なり、本件での流動動産譲渡担保設定者による処分は、後順位の譲渡担保の設定ではなく、売買であるとしていることから、譲渡担保設定者による任意の売却処分権の範囲内であるとしている。

3. 学説

(1) 学説の状況

前述のように判例は、後順位の譲渡担保の設定であれば、流動動産譲渡担保設定者による処分は、通常の営業の範囲外であるとしている。これに対し、売買であれば、流動動産譲渡担保設定者による処分は、通常の営業の範囲内であるとしている。そして、すべての判例が、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはいかなるものか、その基準を示していない。

これに対し、学説は、前記の2件の平成18年7月20日の最高裁判決以前にも、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲について定義しようと試みている。また、同判決後も、②判決の評釈で補足的に述べられたものであるが、定義しようとするものがある。しかし、相互の学説について検討されたものがなく、本稿で学説の整理を試みる。

かつては、字義どおり通常の営業とは、設定者の営業種類と異なるものを流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはしていなかった。すなわち、通常の営業の範囲内というのは、流動動産譲渡担保設定者が今まで行ってきた営業・取引における範囲内という意味である。流動動産譲渡担保設定者が今までと全く異なる営業をする場合、例えば、流動動産譲渡担保設定者である鉄鋼製品の加工専門業者が、加工材料となる鋼材を担保の対象としている場合に、これを加工せずに転売するという事は、通常の営業の範囲内と認められないとする⁴⁾。しかし、流動動産譲渡担保設定者が通常の営業により責任財産を増大させ、流動動産譲渡担保権者は債権回収をより図り易くなることからすれば、このように限定的に解する必要はない。そこで、近時の学説は、以下に紹介するように、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するか否かという要素を中心に検討している。しかし、これらの学説も短く言及しているので、必ずしもそれぞれの論者の意図するところとは異なるかもしれない。そこで、短い言及を参考に筆者なりに論理的に考えて学説を分類してみる。

具体的には、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説、③流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説というように分類してみる。

(2)流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説

この説は、譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する目的でなされる処分の場合か、倒産間際に事業運転資金確保のために投売りするような場合に限られるというように、流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されたという客観的要件だけでなく、流動動産譲渡担保設定者が流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害する意思である主観的要件が必要だとする。

例えば、通常の営業の範囲内の処分であるか否かは、処分される動産の量により判断されるべきでない。一時期に大量の注文が設定者に入って、集合物を組成するほとんどの動産が売却されたとしても、すぐまた仕入があり集合物を組成する動産が増加するのであれば差し支えはなく、そもそも設定者の営業において通常（喜んで）行われる取引だからである。また、処分価格は重要なファクターとなろうが、季節商品をシーズン終了後に安く売却することもあり、決定的な基準とはなりえない。結論的には、まさに譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する目的でなされる処分の場合か、倒産間際に事業運転資金確保のために投売りするような場合に限られることになるとするものがある⁵⁾。この論者は、通常の営業の範囲外の処分というためには、ただ単に、量的減少や、ディスカウント販売などのように、一見外形的に流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するようにみえるものでも、それだけで判断せず、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思があることを求めている。

また、通常の営業の範囲内であるか否かは、譲渡担保設定契約、究極的には当事者が追求する経済的目的によって定まるとした上で、流動動産譲渡担保においては、目的物の処分による健全な営業を継続させつつ、同時に債権者への担保を提供するというのが当事者の目的となっている。通常の営業の範囲内であるか否かも、この目的に合致するか否かによって決定されるべきである。そうすると、設定者による完成品の売却は、危機的状態ではなされた投売りなどを除いて通常の営業の範囲内にあるといわなければならない。これによって債務者は営業資金を獲得して譲渡担保権者への返済や新たな商品の補充もできるからである。これに対して、無償の譲渡、すなわち贈与は単に担保を減少させる行為に過ぎず、通常の営業の範囲にあるとはいいがたいとするものもある⁶⁾。目的物の処分による健全な営業を継続させつつ同時に債権者への担保を提供するというのが当事者の目的であるから、危機的状態では投売りをするということは、流動動産譲渡担保設定者がその目的に反することを認識しているといえる。したがって、この論者は通常の営業の範囲外の処分というには、流動動産譲渡担保設定者に侵害意思があることを要件としていると考えられる。

さらに、通常の営業の範囲の定義を本格的に検討しようとするものではないが、具体例として、次のように示すものがある。すなわち、反対債権を有している買主が支払不能間近な時期に売買契約を締結したような場合には、代物弁済であれ、担保であれ抜け駆け的な回収を目的とするもので「通常の営業の範囲」外であると認定されるおそれも否定できないとしている⁷⁾。この論者も、支払不能間近な時期に売買契約を締結することを、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とするのだから、通常の営業の範囲外の処分というには、流動動産譲渡担保設定者に侵害意思があることを要件としていると考えられる。

(3)流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説

この説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決しているようである。

例えば、ある取引が「通常の営業の範囲内」でなされたかどうかは、客観的に判断され、個別の処分の許可よりも広く機能する判断基準である。個別の処分の許可には、ある取引（形態）が原則として通常の営業の範囲内にあることを明示して明確化する場合（明確化条項）と、ある取引が本来は通常の営業の範囲内にあるはずだが、例外的にそれから除外されることを明示する場合（除外条項）とが存在する。明確化条項の場合、その取引が「通常の営業の範囲」にあるかどうかは、取引の時期・態様から判断されるのに対して、除外条項では、その除外された事項に反して取引がなされれば、その事実だけで「通常の営業の範囲」を越えた処分と解される。もちろん、除外条項で個別の「許可」の範囲外とされた取引であっても、その処分を担保権者が黙認していた場合、特約が撤回されたと認定されれば、通常の営業の範囲内にあったと判断される余地はなお残されているとするものがある⁸⁾。この論者は、黙認も含め、当事者間の取り決めに反するか否かで決しているので、客観的に判断しているといえる。

そして、当事者に通常の営業の範囲内の処分に関するこのような合意がなされていない場合には、担保目的物の性質や譲渡担保権設定者において従来行われてきた営業内容・取

引態様等を考慮し、通常の営業の範囲内であるか否かを判断すべきであるとする⁹⁾。すなわち、当事者間の取り決めがない場合には、担保目的物の性質や譲渡担保権設定者において従来行われてきた営業内容・取引態様等、客観的な事項を考慮して決するとするのである。

次に、通常の営業の範囲内か否かは事後的にしか判断しようがないので、取引の安全を著しく害するおそれがあるだけでなく、理論的には、通常の営業の範囲は量的にしか定め得ないとする。すなわち、具体的に集合物の構成部分たるどの動産について処分権限が与えられているかという議論は不毛であるとする。そして、同時に異なる複数の第三者に通常の営業の範囲内での処分がなされたが、トータルで範囲を超えるという場合に、誰がその範囲で承継取得できるかという問題を残すことになったとするものもある¹⁰⁾。この論者は、理論的には、通常の営業の範囲は量的にしか定め得ないとしているのであるから、客観的な量のみで判断しているといえる。

さらに、通常の営業の範囲を超える処分とは、集合物を構成する動産が売却処分等によって離脱した場合に、本来期待されるべき動産の補充による担保価値の維持がおよそ期待できない場合であると考えられる。すなわち、流動動産譲渡担保権者の把握する担保価値が損なわれる場合であると捉えることが可能であるとするものもある¹¹⁾。流動動産譲渡担保物件の価値が被担保債権額を下回れば、すぐに侵害となるわけではないが、流動動産譲渡担保物件を補充することができないことになった場合等、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するおそれが確定的になったときに侵害と認めている。この論者は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけを充足すればよいと捉えているといえる。

(4)流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説

この説は、①譲渡担保契約の解釈、②設定者の営業活動の態様、③処分行為の反復継続性・目的物の補充可能性の有無、④譲渡担保権者の優先権に対する侵害の有無により判断されるとする¹²⁾。

①譲渡担保契約の解釈、③処分行為の反復継続性・目的物の補充可能性の有無、④譲渡担保権者の優先権に対する侵害の有無というように、客観面からの判断を主としている。しかし、②設定者の営業活動の態様については、基本的に態様の客観面からの判断が主であることは確かであるが、その態様は主観面も加味して判断することができる。すなわち、この説の論者は、流動動産譲渡担保設定者に処分権限が与えられたのは、事後に担保目的物として動産が補充されることを前提とするものであろうから、行為それ自体は通常の営業活動に属するものであっても、当初より補充の予定・見込みがなく、これにより譲渡担保権者の優先権を害するおそれのある取引であれば、「通常の営業の範囲」に属しない処分としている¹³⁾。行為それ自体は通常の営業活動に属するものであるから、客観的には流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の処分となることになる。しかし、当初より補充の予定・見込みがないにもかかわらず処分していることから、主観面を考慮していると思われる。また、当初より補充の予定・見込みがないというのは、客観的な状況からも判断される場合もあるだろうが、その営業の専門家であり、日常から取引先と営業を行っている流動動産譲渡担保設定者しかわかりえず、同設定者には補充の予定・見込みがあっ

た場合もありうる。よって、主観面から判断して決しているというような場合もありえる。

したがって、この説は、流動動産譲渡担保設定者の営業活動による主観面、客観面双方から総合考慮していると捉えることができる。

4. 考察

(1)債務者の事業継続のための担保

前述のように、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲についての定義は、判例は示していないが、学説は3類型に分類することができた。この分類では、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外の処分といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけでなく、主観的要件も充足する必要がある。逆にいえば、この説は、3つの学説の中で、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲を最も広く認めているといえる。

これに対し、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説は、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲外の処分といえるためには、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観的要件だけを充足すればよいので、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲を狭く解しているといえる。

最後に、③流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害、設定者の侵害意思等、総合的に判断する説は、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害について、客観面、主観面を総合して判断するので、判断の仕方によっては流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲が狭くなったり広がったりしうる。ただし、客観的には通常の営業の範囲外の処分であるといえる場合、主観面につき流動動産譲渡担保設定者に過失しなくても¹⁴⁾、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であるといえるであろう。したがって、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説よりは、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を狭く解しているといえる¹⁵⁾。

それでは、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲をどの程度認めるべきであろうか。そもそも流動動産譲渡担保が目されてきたのは、多くの中小企業等は、資産として不動産がない、また、多少の不動産資産があり、それを担保に融資を受けてもその担保価値までしか融資を受けられず、事業継続のための資金調達には限界があった。そこで、担保物件としては動産や債権しか保持していない多くの中小企業等に、資金繰りをスムーズに進めさせるために、流動動産譲渡担保を活用しようとしたからであった。そして、資金繰りがスムーズに行われることにより、当該企業の経営の行き詰まり、または倒産を避けることができ、債権回収を実効性あるものにするようになる。そこで、被融資企業の事業の継続を保つこと、すなわち債務者を生かす担保¹⁶⁾が、融資者、被融資者双方の利益に資するものとの考えを中心に考えるべきである。その観点からすれば、できるだけ流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を広げて解することになる。具体的には、①流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説のように、譲渡担保権者の優先弁済権を侵害する目的でなされる処分の場合に限

られると解される。

この債務者の事業継続のための担保の提唱者である池田教授は、これまでの担保は、債務者の債務不履行があった場合に担保権を実行して債権を回収する、ということが目的であるから、もっぱら「債権者のための担保」であったと指摘される。すなわち、債務者の資産の中から切り出して特定したものを換価処分して、優先的により多く債権を回収できる担保が「強い担保」であり、その際の価値評価方法が明確でかつ安定しており、また換価処分が確実でかつ処分方法が確立しているものが「良い担保」とされている。そして、この考え方は、その後債務者の経済活動がどうなるのかということとはほとんど念頭にない。まさに従来の担保は「回収、清算のための担保」なのであるとされる¹⁷⁾。

このように回収、清算のための担保であれば、流動資産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を狭く解して、流動資産譲渡担保権の優先弁済権の確保を図ることを重視すべきである。すなわち、客観的に流動資産譲渡担保権の優先弁済権を侵害する処分がなされていることのみで、さらには、流動資産譲渡担保物件の価値が被担保債権額を下回ることになる処分がなされていることのみで、それは流動資産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であると解することになる。

しかし、池田教授は、流動資産を担保とする融資には、担保法学での「良い担保」と「悪い担保」の概念のパラダイムシフトを提言されている。すなわち、「債務者のための担保」、より正確に言えば、「債務者の経済活動を存続させるための担保」が考えられる。そして、この「債務者のための担保」とは、債務者保護のためのものではなく、あくまで債権者を利するための担保が、債務者のためにもなるという意味である。ただし、議論の方向としては、債権者側から見る融資の観点ではなく、債務者側から見る資金調達の観点には立つものである。そして、中小企業を存続させるための運転資金の供給をどう図るかが課題である。求められるのは、それを保証する担保なのである。極論すれば、その場合の担保は強くなくてもよい。つまり、被融資企業が操業を続けている間は、担保対象たる売掛債権や在庫は次々に創出されるのである。そして、債務者が収益を得ることにより、債務の弁済をスムーズに行え¹⁸⁾、債権者と債務者の共存共栄が図れるのである。このような事業サイクルの中で、融資者側に想定外のリスクをもたらさないだけの担保が設定されればよいのであるとされるのである¹⁹⁾。

このように、債務者が運転資金の供給をスムーズに行うことにより、売掛債権、在庫を次々に創出することによって債務の弁済をなすには、通常の営業をできるかぎり従来どおり継続させることが望ましい。もし、流動資産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を狭く解すれば、この事業サイクルを停止させることになってしまう。それでは、債務者の収益性を低下させ、債務不履行の状態に陥る可能性が高くなる。そうすると、流動資産譲渡担保権の実行ということになろうが、動産担保に関しては、処分しようにも流通市場が整備されていないため、担保価値を実現できないことが問題とされている²⁰⁾。結局、債権者は債権の全額を回収できない可能性が高くなるのである。

これに対し、事業を継続させることができれば、製造を進め現在の在庫よりもさらに増加する、あるいは製品開発によってより優良な製品が創出され在庫になることもありうる。また、これらの在庫がより債権回収の可能性の高い売掛債権に変容することもありうる²¹⁾。したがって、債権者および債務者のためにも、流動資産譲渡担保設定者による通常の

営業はできるだけ広く解すべきことになる。そして、流動動産譲渡担保設定者の収益（事業）サイクルの中で、流動動産譲渡担保権者が想定外の不利益を被るときとは、抽象的にいえば、客観面では流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害されるときであるといえよう。

また、流動動産譲渡担保物件の販売、加工等は、やはり専門家（業者）である流動動産譲渡担保設定者が一番理解しているところである。客観的にみて流動動産譲渡担保設定者の処分が担保価値を下落させるというものであっても、流動動産譲渡担保設定者からすれば、今後の製造や取引に有用であり、将来的には収益につながるものである場合もある。したがって、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分というには、客観的に流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されているだけでなく、流動動産譲渡担保設定者が将来的にも収益を確保して債務の履行をすることができないと認知していること、すなわち侵害意思があることも必要であると解する。

(2)目的物の補充義務（担保価値維持義務）

流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分というには、客観面では流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されているだけでなく、流動動産譲渡担保設定者に侵害意思があることも必要であると解するとしても、流動動産譲渡担保権の優先弁済権が侵害されているとはどの程度かを定めなければ、具体的な基準とはならない。そこで、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するとはどの程度の状態に至ることをいうのか検討してみる。

ところで、流動動産譲渡担保物件の変動は、流動動産の価値の変動をもたらす。したがって、担保価値を維持するためには、流動動産譲渡担保設定者に目的物の補充義務が存すると解されている²²⁾。そして、学説は、この補充義務を果たすこと、またはそれを果たすことの見込みや予定を一つの指標として、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲、すなわち流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するとはどの程度のものなのかを画定しようとしているものが多い。

例えば、まず、補充義務の内容として、補充義務が果たせずに問題となるのは、流動動産譲渡担保設定者にとって危機的状況のときであるとする。そして、危機時点においては、流動動産譲渡担保の対象となり得る動産の補充を求めたとしても、それがかなえられる可能性はそれ程高くないと考える。その意味では、補充義務の履行を求めても画餅に帰すといえる。そうであるならば、流動動産譲渡担保権者にとっては危機時点において補充義務の履行を求めるよりも、あらかじめ危機に陥るおそれのある場合、あるいは、担保価値の危殆化が生じるおそれのある場合において、担保価値の劣化が生じないように行動することを設定者に求めることが必要になるとするのである²³⁾。そして、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とは、処分行為の内容自体が通常の営業の範囲内の処分であっても、当初から補充の見込みや予定がない処分を行った場合について、通常の営業の範囲外の処分とするのである²⁴⁾。当初から補充の見込みや予定という流動動産譲渡担保設定者の主観面も基準にしている。

さらに、補充の見込みや予定があっても、結果として補充されなかった場合であれば、提供されている担保価値に減少が生じている以上は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分と評価されることになるとするものがある²⁵⁾。ただし、このような

場合であっても担保価値の減少が事後的に比較的短期間に回復されたときは流動動産譲渡担保設定者による補充義務は履行されているわけであるから、相当長期間補充されなかったため、担保価値の減少が固定化してしまったような場合にこそあてはまると限定をしている。この考えでは、流動動産譲渡担保設定者の主観面は配慮せず、その客観的状況のみから判断している。また、結果的に補充されなかった場合には、遡って担保価値を減少させた処分が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外のものだとすることになる。そして、それはある程度の期間のうちに補充がなされないような場合が流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害する程度だということになる。

しかし、流動動産譲渡担保を債務者の事業継続のための担保という位置づけからは、この基準は妥当でない。債務者の事業継続のための担保の目的は、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の運転資金の調達、在庫（製品等）の創出、売掛債権の創出、債務の弁済、さらに運転資金の調達という事業サイクルをスムーズに回すことにあった。それが債権者および債務者双方の利益に適うものであった。しかし、在庫（製品等）の補充をある程度の期間に制限されるならば、この事業サイクルが在庫（製品等）の創出のところで停止してしまい易くなる。しかも、それは流動動産譲渡担保設定者の処分からある程度の期間が経過したときになって初めて補充ができていないと判明するものだから、論者が指摘されることに従えば、流動動産譲渡担保権者にとっては危機時点において意味のない補充義務の履行を求めることになってしまう。あるいは、処分の相手方に返還請求をしても、当該動産がもはや存しない可能性もある。それよりは、ある程度の期間内での補充の予定や見込みがなく、その期間内に結果的に補充されないからといって、通常の営業の範囲外の処分とするのではなく、通常の営業の範囲内の処分として、もう少し時間をかけてこの事業サイクルがスムーズに進むようにする方が、債権者（流動動産譲渡担保権者）にとり債権の回収を図りやすいといえるのではなかろうか。よって、流動動産譲渡担保設定者が処分した後結果的に補充されなかった場合も加えるのではなく、流動動産譲渡担保設定者が処分する段階のみで、通常の営業の範囲内か否かを判明する方が少なくともよいといえる。また、債務者の事業継続のための担保の観点からみれば、在庫価値が流動動産譲渡担保権の被担保債権額を下回っていても、債務者の事業サイクルの回転により、将来的に在庫は補充される可能性はあるので、長期間経過後に補充される見込みがあればよいのではないかと思われる。

さらに、在庫価値が流動動産譲渡担保権の被担保債権額を下回っていても、債務者（流動動産譲渡担保設定者）が債務不履行に陥っていなければ、この事業サイクルに乗っている債権者にとってはそれ程問題がない。もし、債務者が債務不履行に陥っているのであれば、債権者（流動動産譲渡担保権者）は、流動動産譲渡担保権を実行すれば、流動動産が固定する。流動動産譲渡担保は、固定化があると、担保物件の流動性が消失することから、流動動産譲渡担保設定者による処分権も消失する²⁶⁾。その結果、流動動産譲渡担保権者は、流動動産譲渡担保物件の流出を防ぐことができる。

以上より、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するといえるには、債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがまったくないような場合と考える。それについては、実際に事業展開している債務者（流動動産譲渡担保設定者）が最も認識できるものであるから、処分時に債務者の事業サイクルが回転せずに、補充の見込みがまったくない認識が

必要であると解する。

したがって、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とは、流動動産譲渡担保物件が将来的にも補充される可能性もなく、債務者（流動動産譲渡担保権者）がそれを認識して処分する以外の場合であると解する。

なお、このように流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を広く解することは、債権者の利益を害するのではないかとの懸念もある。しかし、債権の回収可能性を高めたければ、債権者が日常から債務者の事業をモニタリングや経営助言をして、担保物件の補充可能性、事業サイクルの回転状況を把握すれば、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の処分による担保物件が過少になったりすることも回避できるし²⁷⁾、またそうなったとしても流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を証明できることになると思われる。

(3)後順位譲渡担保設定と通常の営業の範囲

①最高裁判例も②最高裁判例も、「本件各譲渡担保が設定され、占有改定の方法による引渡しをもってその対抗要件が具備されているのであるから、これに劣後する譲渡担保が、被上告人のために重複して設定されたということになる。このように重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできないというべきである。」としており、特に②最高裁判例は、「各譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、上告人にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分」とはいえないことは明らかであると明示している。すなわち、後順位の動産譲渡担保権者による私的実行に対し、先順位の流動動産譲渡担保権者に優先的に配当されるべき執行手續が民事執行法に法定されていないため²⁸⁾、先順位の流動動産譲渡担保権者の優先弁済権が侵害されることを論拠としている。しかし、①、②の最高裁判例はともに、劣後される譲渡担保が重複して設定されること自体は許されるとしている²⁹⁾。

流動動産譲渡担保が債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業継続のための担保であるべきであるという発想からは、債務者（流動動産譲渡担保設定者）を存続させるための運転資金の供給を安定的に図る必要があった。すなわち、債務者（流動動産譲渡担保設定者）に運転資金の供給し、その資金を活用して、担保対象たる売掛債権や在庫は次々に創出されるのである。そして、債務者が収益を得ることにより、債務の弁済を行うという事業サイクルをスムーズに回すことが、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業継続のための担保の本質である。その事業サイクルをスムーズに回すためには、運転資金の供給を安定的に図る必要があるのである。そうであるならば、流動動産譲渡担保物件を後順位の譲渡担保の目的物として融資を受けることは、運転資金の供給を図ることになるので、認められるべきである。また、①、②の最高裁判例の事案でも係争となった後順位の譲渡担保以外にも、流動動産譲渡担保であるが、重複して譲渡担保を設定しており³⁰⁾、実務上も債務の担保の手段として譲渡担保の重複設定が行われているので、これを認めるべきである。

しかし、②の最高裁判例は明文で劣後する譲渡担保を重複して設定することは流動動産

譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分としている³¹⁾。これは、劣後する譲渡担保を重複して設定することができるとしたことと矛盾するようにも思える。①、②の最高裁判例とも、その理由が十分に示されていない。けれども、①、②の最高裁判例と同じ考えを採用した学説がこのことを検討しているので、学説を紹介してみる。

例えば、流動動産譲渡担保権の優先弁済権の侵害だけでなく、流動動産譲渡担保設定者の侵害意思を要する説のうち、通常の営業の範囲内であるか否かは、譲渡担保設定契約、究極的には当事者が追求する経済的目的によって定まると解した³²⁾論者が、言及している。その論者によれば、通常の営業の範囲内の処分とは、原則として、営業継続の資金などに当てるための売却処分を指し、譲渡担保権者の優先的地位を覆す譲渡担保の多重設定はこれに該当しないというべきであるからであるとする³³⁾。ただし、後順位の譲渡担保権の設定が許されることと後順位の譲渡担保の設定が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であることとの関係は、それ程明示されていない。

また、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の一般的な定義については、言及していないが、後順位譲渡担保権の設定について、それが通常の営業の範囲内であるか否かを示しているものがある。その論者は、集合動産譲渡担保の場合、設定者に対して通常の営業の範囲内での動産の処分を認め、これ以外の処分を認めないのが一般的である。つまり譲渡担保権の設定により、設定者にあった所有権の処分権能は、担保権者に移転している、もしくは担保権者の承諾なくしては行使できない状態となったと解すべきである。そうすると、設定者によるどのような行為が通常の営業の範囲内であり、どのような行為が範囲外であるかが問題となるが、少なくとも後順位譲渡担保権の設定は通常の営業の範囲外の処分と解するのが相当であるとしている³⁴⁾。後順位譲渡担保権の設定を通常の営業の範囲外の処分と解する理由は、明示されていないが、判例も示した劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねなくなることから、流動動産担保権者の承諾はしないであろうという合理的意思を考慮して解したのではないかと考えられる。

そして、この論者は、後順位の譲渡担保権の設定が許されることと後順位の譲渡担保の設定が流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であることとの関係について示している。すなわち、流動動産譲渡担保設定者による後順位譲渡担保権の設定行為は、他人物売買と同様に、通常の営業の範囲外の処分行為であり、後順位譲渡担保権者が譲渡担保権を即時取得した場合を除き、先順位譲渡担保権者には対抗できないと解される。そして、流動動産譲渡担保設定者と後順位譲渡担保権者との間の担保設定契約は有効であるが、先順位譲渡担保権者には対抗できないので、私的実行は認められず、先順位譲渡担保権が消滅した場合の順位上昇の地位、および先順位譲渡担保権者が私的実行され、清算金が存する場合にのみ、設定者に対して清算金の引渡しを請求できる権利、を有するにとどまる。このような後順位譲渡担保権は、担保権というよりも清算金が存する場合にのみ清算金に対する優先弁済権を流動動産譲渡担保設定者に主張できる、いわば債権的権利にすぎないといえるのである³⁵⁾。

この論旨は、後順位譲渡担保権の設定は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分であるから、後順位譲渡担保権者は、先順位譲渡担保権者には自己の譲渡担

保権を対抗できない。しかし、流動動産譲渡担保設定者との間の担保設定契約は有効であるので、先順位譲渡担保権に劣後する範囲での譲渡担保権を有するものである。しかし、この考えによれば、先順位譲渡担保権に劣後する範囲で、後順位の譲渡担保権を設定することは、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内であり、その後順位譲渡担保権の効力として、私的実行は認められないということと結論的には同一である。

また、流動動産譲渡担保を債務者の事業継続のための担保と捉える立場からすれば、先順位譲渡担保権に劣後する範囲で、後順位の譲渡担保権を設定することは、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の運転資金の供給に資するものである。そして、後順位譲渡担保設定者よりも優先する先順位譲渡担保権者にとっては、債務者の事業サイクルがよりスムーズに回転することは、債権の回収を図りやすくするものであり、そのメリットは大きいといえる。ただし、先順位の流動動産譲渡担保権者を害さないために、後順位譲渡担保権者は、先順位の譲渡担保権が被担保債権の弁済等により消滅した場合に、順位が上昇する、また、先順位譲渡担保権が実行された場合には、譲渡担保設定者に清算金の引渡しを請求できるにとどまるとすべきである³⁶⁾。

①、②の最高裁判例や学説は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲での処分は、第三者に所有権が移転するものであるという元来の想定にとらわれすぎているように感じられる。流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲での処分を債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業サイクルをスムーズにすることからすれば、後順位譲渡担保権の設定のように、所有権が移転しないものであっても、その範囲内の処分とすべきである。また、範囲内の処分と解するか範囲外の処分と解するかはそれ程効果に差がないとしたが、範囲内の処分と解するよりも、範囲外の処分と解した方が、流動動産譲渡担保設定者による譲渡担保権の侵害として譲渡担保権者から損害賠償責任を問われやすくなる。また、範囲外の処分という構成から、事実上、流動動産譲渡担保設定者が、後順位の譲渡担保権を設定してさらなる資金調達をすることを躊躇することもありえる。このような事態になれば、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業サイクルの回転を停滞させることにつながりかねない。

以上より、流動動産譲渡担保設定者が後順位の譲渡担保を設定することは、通常の営業の範囲内であり、流動動産譲渡担保権者の保護は、その後順位の譲渡担保権の効果の解釈によって図るべきであると解する。

5. おわりに

本稿では、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲とはどの程度のものをいうのか、それを定義することを試みた。その解釈をするにあたり、運転資金の調達、在庫（製品等）の創出、売掛債権の創出、債務の弁済、運転資金の更なる調達という、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業サイクルをスムーズに回転させるという点を重視した。

その結果、①流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分とは、流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害しているだけでなく、流動動産譲渡担保設定者が侵害意思がある場合に限られる、②流動動産譲渡担保権の優先弁済権を侵害するとは、債務者の事業サイクルが回転せずに、流動動産譲渡担保物件が将来的にも補充される可能性がまったくないことである、③流動動産設定者が後順位の譲渡担保を設定することは、通常の営業

の範囲内の処分である、と解した。

筆者は債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業サイクルをスムーズに回転させるという点を強調しているが、債権者が債権の回収を十分に図れないようであれば、やはり流動動産・債権譲渡担保の融資は停滞してしまう。そのためにも、債務者（流動動産譲渡担保設定者）の事業サイクルが停止していないかどうかの判断をする債権者（融資者、流動動産譲渡担保権者）のモニタリングの在り方が今後重要になってくると思われる。

注

- 1) 池田真朗「ABL等に見る動産・債権担保の展開と課題——新しい担保概念の認知に向けて」伊藤進先生古稀記念『担保制度の現代的課題』276頁（日本評論社、2006）。また、同論文には、277頁以下で、動産担保融資残高や、企業の土地、売掛債権、棚卸資産の金額（そのうち中小企業がいくらかの金額）を示して、動産・債権担保の有望性を示されている。
- 2) 最一小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁、最一小判平成18年7月20日判タ1220号94頁、我妻榮『担保物権法（民法講義Ⅲ）』666頁（岩波書店、新訂、1968）、加藤一郎＝林良平『担保法大系』698頁〔吉田真澄〕（金融財政事情研究会、第4版、1985）、松井宏興『担保物権法』215頁以下（成文堂、補訂版、2008）。
- 3) 池田真朗「ABLの展望と課題——そのあるべき発展形態と『生かす担保』論」NBL21頁以下（2007）、池田真朗・前掲注（1）280頁が提唱されている考えである。
- 4) 堀龍児「集合物譲渡担保契約を締結する際の契約書式の実際（下）」債権管理3号18頁（1987）。
- 5) 道垣内弘人『『目的物』の中途処分』『金融法研究・資料編（5）』130頁以下（金融法学会、1989）。
- 6) 古積健三郎「集合動産譲渡担保と動産売買取特権」鎌田薫ほか編『民事法Ⅱ－担保物権・債権総論』148頁以下（日本評論社、第2版、2010）。
- 7) 花井正志「判批」銀法664号27頁（2006）。
- 8) 小山泰史「流動財産担保における『通常の営業の範囲内の処分』—カナダ法における『黙示の許可理論』をめぐる判例法理を参考として—」立命館法学284号77頁（2002）。
- 9) 千葉美恵子「集合動産譲渡担保の効力（1）——設定者側の第三者との関係を中心にして——」判タ756号44頁（1991）、杉江隆「集合動産譲渡担保をめぐる近時の展開～最高裁平成18年7月20日第一小法廷判決を手がかりとして～」専法41号28頁（2007）。
- 10) 片山直也「判批」金法1812号40頁（2007）。池田雅則「動産譲渡担保目的物の処分と効力の及ぶ範囲からの離脱」金法1823号76頁以下は、武川・後掲注（12）24頁で指標して示されている補充見込みや予定があっても、結果として補充されなかったのであれば、提供されている担保価値に減少が生じている以上は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外の処分と評価するとされている。したがって、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲を客観的に量的に判断している考えに分類できると思われる。
- 11) 進士肇「判批」金判1286号98頁（2008）。論者は、様々な学説が挙げている例から導き出しているが、その例として、道垣内・前掲注（5）130頁、古積・前掲注（6）149頁、武川・後掲注（12）24頁を挙げられており、分類した学説では別のカテゴリーに入るものである。しかし、他説の例を挙げながらも指摘されているところは、流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決めているので、この説に分類できるものとした。渡邊博己「集合動産譲渡担保権設定者の担保目的物処分とその効力——最一小判平成18・7・20が明らかにした法理と実務の対応」NBL867号26頁も、同様に他説の例を挙げながら、その例示の担保価値の維持が図られることが期待できないものという客観面に注視している。その上で、流動動産譲渡担保権者が把握する担保価値が損なわれたかどうかにより、通常の営業の範囲内かどうか判断すべきとしている。したがって、同一の見解と捉えることができる。

- 12) 武川幸嗣「判批」判評582号24頁(2007)。
- 13) 武川・前掲注(12) 24頁。
- 14) この説は、主観面・客観面を総合考慮するので、侵害の態様によっては、当然、過失がなくとも、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲外であると判断される場合もありうる。
- 15) これに対し、客観的には通常の営業の範囲外であるか微妙な場合でも、主観面から、通常の営業の範囲外であると判断されることもある。論者が挙げている行為それ自体は通常の営業活動に属するものであっても、当初より補充の予定・見込みがなく、これにより譲渡担保権者の優先権を害するおそれのある取引が考えられる。他方で、行為それ自体は通常の営業活動に属するとは少し言い難いものであっても、補充の予定・見込みがあると流動動産譲渡担保設定者が認識して取引をしたが、補充されることはなかったような場合には、主観面から、通常の営業の範囲内であると判断されることがありうる。したがって、この説は、②流動動産譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分権限を超えているかどうかを客観的に判断して決する説と比べ、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲の広狭は一概にはいえない。
- 16) 池田教授によれば、正確には「債務者の経済活動を存続させるための担保」という呼称となる。池田真朗・前掲注(3) 26頁。
- 17) 池田真朗・前掲注(3) 26頁。
- 18) 内田貴「担保法のパラダイム」法教266号16頁(2002)も、資産の担保の重点が交換価値から収益性に移行してきたことを指摘されている。
- 19) 池田真朗・前掲注(3) 26頁以下参照。
- 20) 池田真朗・前掲注(1) 284頁。
- 21) 池田真朗・前掲注(3) 23頁以下参照。
- 22) 我妻・前掲注(2) 666頁、高木多喜男『担保物権法』372頁(有斐閣、第4版、2005)、道垣内弘人『担保物権法』336頁(有斐閣、第3版、2009)、吉田・前掲注(2) 698頁など。
- 23) 池田雅則・前掲注(10) 75頁以下。
- 24) 武川・前掲注(12) 24頁。
- 25) 池田雅則・前掲注(10) 76頁以下。
- 26) 田原睦夫「集合動産譲渡担保の再検討——担保権実行の局面から——」金融法研究・資料編(5) 149頁(1989)、杉江・前掲注(9) 6頁。
- 27) 池田真朗・前掲注(3) 25頁。池田教授は、ABLの融資者は、被融資者を倒産させてしまえば、融資者の失敗であり、融資者もそのリスクを負うべきであるとされる。そして、そのような事態を避けるために、債務者の事業をモニタリングや経営助言を行う必要があるとされる。いわゆるリレーションシップバンキングであるとされる。
- 28) 民事執行法133条は、動産先取特権者および動産質権者に配当要求を認めている。しかし、譲渡担保権者は、民事執行法133条を類推適用して、配当要求をすることができないと解しているのが判例・通説である。最一小判昭和56年12月17日民集35巻9号1328頁、最一小判昭和58年2月24日判時1078号76頁、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法』別冊法セ202号406頁以下〔森猛・渡辺秀男〕(日本評論社、第6版、2009)。その論拠は、民事執行法133条を、執行目的物につき実体法上優先権を有する者には手続上もその優先弁済権行使の機会を保障する趣旨とみて類推を説くのは、論理の飛躍であり、担保権の属性の差異に応じた手続上の処遇(競売申立権・配当要求権)を要する。先取特権の法政策的意義なり質権者の目的物を考慮して配当要求という第一次関門を簡易に通過させ、配当異議の起訴責任を執行債権者や債務者に負わせる法理、そのまま、自由な契約により目的物を債務者の占有に委ねたまま信用を与えている譲渡担保債権者・所有権留保債権者は、第三者異議の訴えをもって一般債権者の強制執行を排除し、私的実行を図りうるとするものである。中野貞一郎『民事執行法』558頁(青林書院、新訂4版、2000)。これに対し、反対説もあり、その論拠は、執行目的物につき実体法上優先権を有する者には手続上もその優先弁済権行使の機会を保障する趣旨であること、また、譲渡担保権者は、民執法所定の担保権の実

行としての競売によってその権利を行使することはできないから、配当要求を許されなければ第三者異議の訴えによる権利行使を認めざるを得ないが、譲渡担保権者が配当要求を望むならば、これを認める方が執行債権者の利益にも合致することを挙げられている。竹下守夫「譲渡担保と民事執行」ジュリ809号89頁（1984）。

- 29) 学説も、これを認めるのが多数である。米倉明『譲渡担保の研究』77頁以下（有斐閣、1976）、高木・前掲注（22）354頁以下、山野目章『物権法』320頁（日本評論社、第4版、2009）。しかし、後順位譲渡担保権の成立は認められないとする考えもある。道垣内弘人「集合動産譲渡担保論の新段階」金判1248号1頁（2006）。その論拠は、私的実行権限がない後順位譲渡担保権に意味があまりないからであるとする。また、清算金請求権に対する優先権行使を認めること、先順位譲渡担保権が消滅したとき順位上昇の利益があることは、従前の全体としての判例法理に合致するか疑問があるからであるとされる。ただし、道垣内・前掲注（22）312頁は、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転していることと、占有改定による即時取得が認められていないことを考え合わせて、第三者は設定者留保権を担保目的としてはあるが、取得しているとされる。
- 30) 係争となった譲渡担保は、流動性のない物であり、その他の譲渡担保は、流動性のあるものであるが、固定化されれば流動性はなくなるので、同レベルで捉えることが可能である。
- 31) ①の最高裁判例も明示していないが、同様の事件で裁判官も同一なので、同じ考えであると思われる。
- 32) 古積・前掲注（6）148頁。
- 33) 古積健三郎「判批」法セ増刊速報判例解説〔1〕83頁（2007）。古積健三郎「判批」民商136巻1号34頁（2007）では、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の処分が行われれば、流動動産譲渡担保権が消滅する結果、本来は譲渡担保権者に劣後すべき債権者に優先的な弁済を認めることになりかねないことになってしまうので、後順位譲渡担保の設定は、流動動産譲渡担保設定者による通常の営業の範囲内の処分とはいえないと説明されている。
- 34) 小田垣亨「判批」金法1807号32頁（2007）。
- 35) 小田垣・前掲注（34）32頁以下。
- 36) 米倉・前掲注（29）77頁以下。

〔付記〕

本稿は、2010年度鳥根県立大学学術教育研究特別助成金による研究成果に基づくものである。

キーワード：債務者の事業継続のための担保 債務者の事業サイクル

優先弁済権の侵害 目的物の流動性 目的物の補充 後順位譲渡担保

(HORITAKE Manabu)