

## 流動動産譲渡担保権に基づく物上代位

清水 恵 介

〔平成二二年二月二日最高裁第一小法廷決定、平成二二年（許）第一四号債権差押命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件、抗告棄却、民集六四卷八号一九九〇頁、判時二〇二号八頁、判タ二三三九号五二頁、金判一三五六号一〇頁・一三六二号二五頁、金法一九一七号一〇二頁〕

### 【事実の概要】

Yは、魚の養殖業を営んでいたものであり、平成二〇年二月九日及び平成二二年二月二五日、X（農林中央金庫）との間で、Xが所有する養殖筏等の養殖施設一式

及び当該養殖施設内の養殖魚<sup>①</sup>について、Xを譲渡担保権者、Yを譲渡担保権設定者とし、XがYに対して有する貸金債権を被担保債権とする譲渡担保権設定契約を締結した。

その設定契約においては、Yが当該養殖施設内の養殖魚を通常の営業方法に従って販売できること、その場合、Yは、これと同価値以上の養殖魚を補充することなどが定められていた。

平成二二年八月上旬ころ、当該養殖施設内の養殖魚二五〇匹が赤潮により死滅し、Yは、A（熊本県漁業共済組合）との間で締結していた漁業共済契約に基づき、

Aに対し、同養殖魚の滅失による損害を填補するために支払われる共済金に係る漁業共済金請求権を取得した。

Yは、上記の赤潮被害発生後、Xから新たな貸付けを受けられなかったため、同年九月四日、養殖業を廃止した。

Xは、同年一〇月二三日、当該譲渡担保権設定契約により設定された譲渡担保権の実行として、当該養殖施設及び当該養殖施設内に残存していた養殖魚をB（熊本県海水養殖漁業協同組合）に売却し、その売却代金をYに対する貸金債権に充当した。

Xは、平成二二年一月二九日、熊本地方裁判所に対し、上記の充当後の貸金残債権を被担保債権とし、当該譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、当該漁業共済金請求権の差押えの申立てをした。

同年二月三日、同地方裁判所は、同申立てに基づき債権差押命令を発付した。

Yは、当該漁業共済金請求権に当該譲渡担保権の効力は及ばないなどとして、上記命令の取消しを求める執行抗告をしたところ、原審は、これを棄却した（後記【原決定要旨】参照）。

そこで、Yは、原決定を不服として許可抗告をした。

#### 【本決定要旨】

抗告棄却（Y敗訴）。

「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填补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、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。」

上記事実関係によれば、Xが本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点においては、Yは目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、Yにおいて本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかったというべきであるから、Xが、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができることは明らかである。<sup>②</sup>」

【原々決定】熊本地決平成二二年二月三日平成二二(ナ)

一号

〔決定省略〕（債権差押命令の発付）

【原決定要旨】福岡高決平成二二年三月一七日平成二二

(ラ)七八号（金判一三五六号一四頁）

抗告棄却（Y敗訴）。

「確かに、集合物譲渡担保においては、集合物を構成する個々の動産につき、設定者によって通常の営業の範囲内で処分がなされている限りにおいては、設定者には新たな動産の補充が義務付けられ、新たに補充された動

産に対して譲渡担保権の効力が及ぶため、譲渡担保権者は、担保価値の維持を図ることができるから、通常の営業の範囲内において処分された動産に対しては、譲渡担保権の効力は及ばなくなると解すべきであり、処分にかかる売買代金債権等につき、物上代位を認めることはできない。

しかしながら、集合物を構成する個々の動産について、通常の営業の範囲を超える処分が行われた場合には、当然に新たな動産が補充されるとは限らず、担保価値の維持を図るためには、個々の動産の代替物ないし派生物に対して譲渡担保権の効力を及ぼす必要がある、また、物上代位権の行使を認めても、譲渡担保権者の把握する担保価値が拡大しなければ、第三者に不測の損害を与えることにもならないというべきである。

一件記録によれば、①Yは、平成二一年八月上旬ころに発生した赤潮により、養殖魚二五一〇匹が死亡する被害を受け、これによって漁業共済金請求権を取得したと、②Yは、養殖魚の餌代を調達するために、Xから繰り返し手形貸付を受けていたが、赤潮発生後、Xから今後の貸付は行わないと告げられたため、同年九月四日に

廃業したこと、③Xは、同年一〇月二三日、養殖筏等の養殖施設一式及び当時残存していた養殖魚を売却処分したこと、④Yは、平成二二年二月八日、第三債務者に対し、共済事故関係書類を提出して、漁業共済金請求手続を取ったことがそれぞれ認められるところ、Yが漁業共済金請求権を取得したのは、通常の営業の範囲を超える処分というべきであるし、Yにおいて、前記赤潮被害発生後、新たに養殖魚を補充した形跡がない（したがって、その後、赤潮被害によって毀損された担保価値が回復したとは認められず、漁業共済金請求権に対する物上代位権の行使を認めても、担保価値の拡大によって、一般債権者等に不測の損害を与えることはない。）ことを考慮すると、赤潮被害が発生した時点において、Yが直ちに廃業を決意しなかったとしても、赤潮被害発生後、通常の営業が継続していたとは認め難いから、本件譲渡担保契約の目的物は、赤潮被害発生時に実質的に固定化したものといえることができる。

したがって、本件譲渡担保権の効力は、物上代位により漁業共済金請求権の上に及ぶうえ、その行使についても上記固定化によって当然許されると解するのが相当で

あるから、漁業共済金請求権に対する差押えを認めた原命令が違法であるとは認められない。」

【許可抗告理由要旨】

「1 買受人に無用な負担を負わせるべきではないから、譲渡担保権は、実行により消滅すべきと解するべきであり、本件譲渡担保権は、私的実行により消滅したというべきである。

2 また、漁業共済金請求権の取得を通常の営業の範囲を超える処分として、漁業共済金請求権に本件譲渡担保権の効力が及ぶとしているが、赤潮の発生により申立人が漁業共済金請求権を取得した場合も、申立人は担保価値維持義務に基づき、新たな養殖魚を補充することを義務づけられる。この点について、通常の取引により養殖魚を売却する場合と変わりはない。

したがって、申立人の取得は通常の営業の範囲内の処分というべきである。

3 さらに、赤潮発生から申立人が養殖業廃業の決意をするまでの経緯から、本件譲渡担保権の目的物が固定化したのは、平成二二年九月四日というべきである。

4 以上のとおり、本件譲渡担保権実行後も本件譲渡担保権の効力が存続する<sup>▽</sup>している点、漁業共済金請求権の取得が通常の範囲を超えており、本件譲渡担保権の効力が及ぶ<sup>▽</sup>としている点、本件譲渡担保権の目的物の固定化時期を赤潮被害発生時としている点について、原決定には、法令の解釈に重要な誤りがあるので、申立人は原決定を破棄し、相当な判断が下されることを求める。」

## 【評釈】

- 一 本評釈の構成
- 二 本決定の評価
  - 1 〃営業の継続<sup>〃</sup>の評価
    - (1) 本決定の意義・特徴
    - (2) 物上代位権の行使基準時に関する本決定の傍論性
    - (3) 本決定にいう「特段の事情」の意義
    - (4) 「通常の営業を継続している場合」の評価
  - 2 権利行使基準時をめぐる各見解の評価
    - (1) 債務不履行時とする見解
      - ① 保全的差押えの可否
      - ② 付加（派生）的物上代位の区別
    - (2) 動産の補充を基準とする見解
      - ① 担保価値維持義務の視点

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位（清水）

- ② 保険金を用いた動産補充を確保する視点
- (3) 目的動産の固定化時とする見解
  - ① 「固定化」概念とその要否
  - ② 「元本確定」概念との対比
  - ③ 物上代位権行使との関係
- (4) 目的動産に対して譲渡担保権の実行がされた時とする見解
- (5) 小括
- 3 〃直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意<sup>〃</sup>の評価
  - (1) 本評釈の立場の中で
  - (2) 本評釈の立場を超えて
- 三 結語 — 残された課題
  - 1 流動動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位
    - 2 競合する債権者との優先関係
    - 3 物上代位規定の類推適用の要否

## 一 本評釈の構成

本決定をめぐる<sup>③</sup>は、既に多数の優れた評釈が存在しており、その主な論点については議論が尽くされた感がある。そこで、本評釈では、これらの評釈を踏まえつつ、

本決定の中で更に評価を加えておく必要を感じずるものとして、「営業の継続」（二一）、「権利行使基準時をめぐる各見解（二二）」、及び、「直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意」（二三）の三点を中心に採り上げ、論点の整理と若干の評価を試みることにしたい。

## 二 本決定の評価

### 1 「営業の継続」 の評価

#### (1) 本決定の意義・特徴

本決定は、事例限りの判断にすぎなかった最高裁平成一一年決定<sup>④</sup>から歩を進めて、しかし、流動動産譲渡担保権<sup>⑤</sup>に基づく損害保険金請求権への物上代位を肯定するにすぎないものとして慎重に射程を限定しつつ、法理的な判断に踏み切った点において画期的な決定である。

また、本決定は、物上代位の可否の問題を、譲渡担保権の効力が被代位債権に及ぶか否かという効力範囲の問題と、当該被代位債権に対する物上代位権をいつから行使できるかという行使要件の問題とに区別しており<sup>⑥</sup>、この点もこれまでの物上代位判例にみられない大きな特徴を成している。そして、かかる区別の上で、前者の問題

については、損害保険金請求権が一般に被代位債権たり得るもの<sup>⑦</sup>として、これを流動動産譲渡担保権の効力範囲に含め、後者の問題については、物上代位権の行使が妨げられる場合として、「譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合」を掲げる。すなわち、譲渡担保権の効力は及ぶものの物上代位権はなお行使できないといった場面が存在することを認めた。

そこで、ほとんどの評釈においては、本決定にいう「通常の営業を継続している場合」とは何か、また、かかる要件設定は適切か、更には、本決定が例外として掲げる、「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」とは何か、主な検討対象とされることになった。

(2) 物上代位権の行使基準時に関する本決定の傍論性  
しかし、ここで注目すべきは、本決定の各掲載誌に付された以下の匿名コメントが指摘する点である。

「本件の事案においては、保険金請求権に譲渡担保権の効力が及ぶかの点は、争点となっていたが、それ

が及ぶとして、いつの時点まで物上代位権を行使することができないかは、当事者間において争点となっていないかった。また、本件においては、債務不履行が生じて動産に対する譲渡担保権も実行されていたし、Yは営業を廃止しており、この点においてどのような説を採ったとしても、Xが物上代位権を行使することができることが明らかであり、この点は結論に影響しないといえるような事案であった。このような観点から、最高裁判所は、いつの時点まで物上代位権を行使することができないかの基準時に関しては、『通常の営業を継続している場合』にはできないということのみを示し、後の解釈に委ねたものと思われる<sup>⑧</sup>。

すなわち、この判示部分は傍論 obiter dictum にすぎず、厳密な意味における判例 ratio decidendi としての価値をもたないものといえよう。

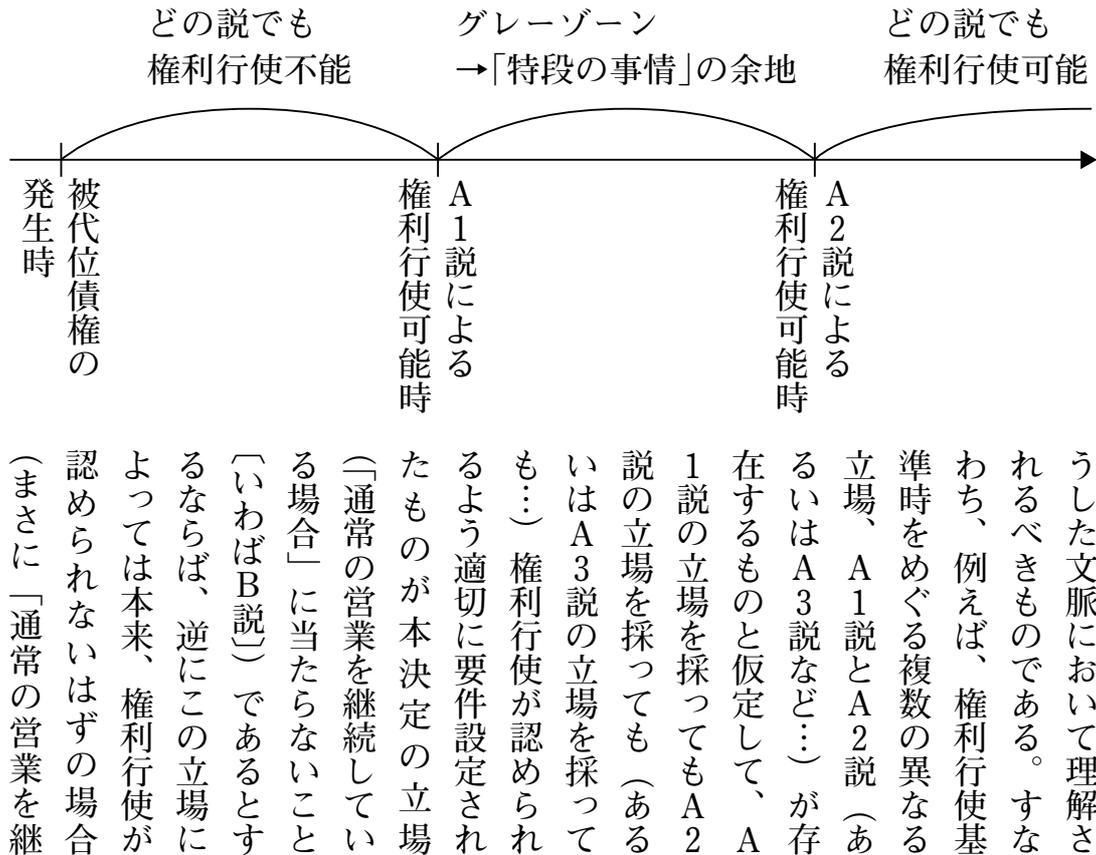
この点、確かに、本決定の判断枠組みからは、譲渡担保権の効力が保険金請求権に及ぶものである以上、一般の物上代位の場合と同様に、民法上は「差押え」(三〇四条一項ただし書)の要件が課されるだけで、原則として

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位(清水)

は、物上代位権の行使が許され、ただし、例外として、執行抗告訴訟において抗告人である設定者が「通常の営業を継続している場合」にあたることを立証したならば、いわゆる実体抗告が認められて債権差押命令が取り消されることになるものと思われる<sup>⑨</sup>。しかし、本件は、結果的には、「通常の営業を継続している場合」への該当性を認めず、原則通り、物上代位権の行使を認めたとにすぎない。

したがって、このことを重視するならば、本決定にいう「通常の営業を継続している場合」(権利行使の積極的要件として捉え直すならば、その場合に当たらないこと<sup>⑩</sup>)とは、権利行使基準時をめぐる他のいかなる学説をも排斥しない、いわば最大公約数としての意義を有するにとどまり、積極的な要件設定を行ったものと理解すべきではないから、「継続」概念の曖昧さを批判すること<sup>⑪</sup>にはおよそ意味がなく、むしろ本決定を契機とした学説による明確な定式化こそが期待されているものといえよう。

(3) 本決定にいう「特段の事情」の意義  
それゆえに、本決定にいう「特段の事情」もまた、こ



続している場合）」というのは、A1説の立場を採ってもA2説の立場を採っても（あるいはA3説の立場を採っても）権利行使が認められない場合を包含するばかりでなく、A1説の立場を採れば権利行使が認められないが、A2説の立場を採ればなお権利行使が認められる場合や、その真逆の場合をも包含することとなるため、こうしたいわばグレーゾーンにおいて他説の立場を排斥しないようにするためには、「特段の事情」による権利行使の余地をなお残しておく必要があるのである<sup>⑩</sup>（上記の図参照）。

以上の意味において、本決定は、本件で争点とされなかつたとはいえ、今後大きな争点となってくるであろう物上代位権の行使基準時につき、問題提起をしつつ自らは特定の見解を明らかにしないという巧みな判示を行ったものと理解すべきである。

(4) 「通常の営業を継続している場合」の評価

もっとも、観念的には以上のように一応言えるものの、本決定の立場が、実際に、現存するどの説の立場を採っても権利行使が認められるよう適切に要件設定されたも

のであるか否かは、なお検証の余地がある。

例えば、本決定では、「目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚…に対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、Yにおいて本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかった」と述べ、目的動産本体に対する譲渡担保権の実行を営業の不継続を基礎づける一要素としているが、それ以上に、常にその実行がなければ営業の不継続を基礎づけられないというほどの要素ではないはずである。養殖施設が回復困難なほどに破壊されてしまった場合など、たとえ本体の譲渡担保権が実行されなくても営業を継続できなくなる場合もあるであろうし、養殖魚のみに担保権を設定していたケースを想定すると、残存養殖魚に対して譲渡担保権を実行しても、養殖施設が残存する限り、なお営業を継続できるという場合もあるであろう。

また、設定者が負う目的動産の補充義務に違反した場合など、目的動産の補充を物上代位権の行使基準に据える見解<sup>13</sup>からは、現に営業が継続していない状況においても、なお目的動産が補充される限り、物上代位権は行使できないこととなる。

あるいはまた、現に営業を継続しているか否かを基準にするならば、いったん営業を停止して再開したような場合において、停止中に物上代位権を行使できたものが再開後に行使できなくなるといった不安定な法的帰結を容認することともなろう。

したがって、本評釈の観点からは、本決定が「営業を継続する余地はなかった」との評価の下で物上代位権の行使を認められた点に鑑み、現に営業を継続していない場合であっても、「営業を継続する余地」がある限り、なお物上代位権行使を否定するとの解釈を採ることは、本決定の下でもなお排斥されていないといえる<sup>14</sup>。

ともすれば、最高裁平成一八年判決<sup>15</sup>が掲げた「通常の営業の範囲」概念に引きずられて、あたかも本決定の「継続」概念を所与の前提として議論を進める向きがみられるものの、必ずしもそのような議論を進める必要はなく、より純粹に、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位の権利行使基準時を模索すればよい。それが最高裁の発するメッセージであると捉える余地があるとの点にこそ留意すべきではなからうか。

## 2 権利行使基準時をめぐる各見解の評価

そこで、以下では、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位の権利行使基準時につき、本決定の評釈を中心に紹介されている各見解を採り上げ、論点の整理と若干の評価を加えておきたい。各見解はいずれも、その背後において重要な価値判断と結び付いており、軽々な評価は控えたものの、この問題をめぐる議論が乏しい現状では、差し当たりの私見を提示しておくことにも意味があると考え、あえて評価を試みる。

### (1) 債務不履行時とする見解

「物上代位権を行使するには、被担保債権が債務不履行（履行遅滞）にあること（弁済期を経過したこと）が要件として必要かどうかという問題」があり、「最高裁の判例の上では未解決の問題として残っている」とされ<sup>16</sup>る。言い換えれば、被担保債権がまだ債務不履行に陥っていない状況で物上代位権の行使を認めてよいかといった問題である。

この問題は、以下の二つの問題に区分して理解することができる。

#### ① 保全的差押えの可否

まず第一に、債務不履行前の段階での保全的意義を有するような物上代位権行使としての差押えが可能かという問題がある。

すなわち、物上代位権の行使を担保権の執行として捉える限り、他の担保権の実行と同様に、被担保債権の債務不履行が権利行使（Ⅱ実行）の要件となるが<sup>17</sup>、あくまで被代位債権に対する優先権を保全する趣旨で民法三〇四条一項ただし書にいう「差押え」を行うにすぎないというのであれば、たとえ債務不履行前であっても、担保権実行ではない物上代位権行使としての優先権保全を認めてかまわないといえる<sup>18</sup>。

もつとも、この点を承認するにあたっては、かかる物上代位権の保全手続が現行法上用意されておらず、法の欠缺を生じていることが障害となる。保全の必要性や本案訴訟を前提としない特殊な仮差押手続や第三債務者に対する供託請求の仕組みが用意されていればよいが、それらが存在しない以上、通常の債権担保権実行に準じた手続（民事執行法一九三条二項・一四三条以下）がとられる結果として、債務不履行前の物上代位権者に満足的

利益が与えられてしまう。しかし、それでよいかは問われよう。<sup>19)</sup>

## ② 付加（派生）的物上代位の区別

ついで第二に、前記①の差押えが可能であったとしても、いわゆる付加（派生）的物上代位については、なお債務不履行（履行遅滞）要件を要求して不履行前の権利行使を否定すべきではないかという問題がある。

ここに付加（派生）的物上代位とは、典型的には担保目的物の法定果実である賃料債権のように、担保目的物から派生した増加価値に対する物上代位をいう。そして、保険金請求権のように、目的物の価値の滅失・減少を機縁として、設定者に帰属することになった価値に抵当権の効力を及ぼす物上代位、いわゆる代替（代償）的物上代位<sup>20)</sup>とは異なり、担保権実行前における設定者の使用収益を確保する趣旨から、被担保債権の債務不履行後にのみ物上代位権行使が認められるとする（平成一五年改正後における民法三七一条参照）。

もつとも、こうした概念区分は、賃料債権に対する抵当権者の物上代位のは非を論ずる上で、それが他の被代位債権に対する物上代位と比べて異質であることを明らかにする

かにするために用いられ始め<sup>21)</sup>、それが担保物権法の一般的な体系書・教科書において受容されて流布したとの経緯をもつ、比較的新しい立論にすぎない。そのため、この区分に基づく各類型が、物上代位の法的根拠の相違<sup>23)</sup>を超えて、その解釈論上、債務不履行要件の要求のほかに、いかなる具体的相違を帰結することになるのか、<sup>24)</sup>あるいは、そもそも何が代替（代償）的で何が付加（派生）的かできさえ、論者間に共通理解が得られていないように思われる。

とりわけ、立論当初、付加（派生）的物上代位としては賃料債権に対するものだけが想定されていたが、その後、一部の売却代金債権をも付加（派生）的物上代位に含めて説明するものが現れている点が注目される。すなわち、かかる区分を行う見解が両類型の決定的相違として掲げる、被代位債権が担保権者の「最後の抛り所となるか否か<sup>25)</sup>」という形式面を重視し、目的物上の担保権本体が消滅する場合は代替（代償）的物上代位であり、存続する場合は付加（派生）的物上代位であると解するならば、<sup>26)</sup>追及効のある担保権（抵当権など）における目的物の売却代金債権に対するものは付加（派生）的物上代

位に属するものとして扱われることとなる。<sup>(27)</sup>

これを本件に照らしていえば、少なくとも流動動産を構成する個別動産の売却代金債権については、これを付加(派生)的物上代位の対象として捉える余地があるように思われる。なぜなら、設定者の権限ある売却によって目的動産が譲渡されると、譲渡担保権の効力は当該動産上に及ばなくなるが、当該動産を構成要素とする集合物上の譲渡担保権はなお存続しているのであるから、当該売却による代金債権が譲渡担保権者の「最後の拠り所」とはならないはずだからである。

また、担保権実行前における設定者の使用収益を確保するという付加(派生)的物上代位の實質面に着目しても、当該売却代金債権は流動動産を用いた事業の収益であり、この点では不動産事業の収益である賃料債権に等しいものと評価できる以上、これを付加(派生)的物上代位に属するものとみて、被担保債権の債務不履行前における権利行使を否定することが可能である。

これに対し、本件の被代位債権である保険金(共済金)請求権は、本来、代替(代償)的物上代位の典型的な対象とされてきたものである。しかし、これとて、集

合物全体が滅失したことにより生じた請求権でない以上、完全な代替ではないし、当該保険金が目的動産の補充に用いられる限り、担保権実行前は設定者の自由処分に委ねるべき請求権であるともいえるから、債務不履行前における権利行使を否定するため、これを付加(派生)的物上代位に準じて扱う余地もあるように思われる。

	代替(代償)的物 上代位	付加(派生)的物 上代位
債務不履行前	保全的差押え	差押不可?
債務不履行後	本来的差押え	本来的差押え

(2) 動産の補充を基準とする見解

例えば、譲渡担保権者による目的債権の差押えの前に新たに動産群が集合物に補充されたか否かが基準となるとする見解<sup>(29)</sup>や、「設定者の債務不履行時点で、目的物の滅失に対して設定者が目的物の補填・補充義務を怠り(あるいはこの義務を尽くしても)、目的物が存在しない

又は残存目的物だけでは被担保債権を弁済することができなくなったと判断されたとき」に物上代位権の行使が認められるとする見解<sup>30</sup>、あるいは、売却と補充のどちらかの要素を欠くに至った場合に物上代位権の行使が認められるとする見解<sup>31</sup>がある。

このように動産の補充を物上代位権の行使基準に据える見解の論拠は、以下の二つの視点によって整理することが可能である。

#### ① 担保価値維持義務の視点

まず、設定者が負うべき目的物補充義務<sup>32</sup>、ないしより一般的には、担保価値維持義務<sup>33</sup>の視点が考えられる。すなわち、担保価値維持義務違反からは、期限の利益喪失（民法一二七条二号）が帰結されるほか、増担保請求や損害賠償請求の可能性が一般に挙げられるところ、これらに加えて、物上代位の権利行使要件としても機能するとの視点である。

しかし、期限の利益喪失に伴う付遅滞効により、債務不履行を理由にした担保権実行としての物上代位権行使が可能になるとする前記(1)の見解を前提とする限り、担保価値維持義務違反を独立の権利行使要件として捉える

必要性は乏しい。したがって、本見解は、債務不履行のみによっては物上代位権をなおも行使できないとする見解に立ち、かつ、担保価値維持義務違反に対する制裁的意義を強調して、同義務の実効性を確保する見地に立つという稀な前提の下でのみ妥当するものといえよう。

#### ② 保険金を用いた動産補充を確保する視点

これに対し、保険金請求権のような代償的価値への物上代位に特化した論拠として、保険金（ないしは代償金）を用いた動産補充を確保する視点からの基礎付けも考えられる。これは、より一般的には、流動動産譲渡担保の場面に限定することなく、およそ担保権侵害に基づく損害賠償や保険金の請求権に対する物上代位の可否を論ずる上で、保険金等を用いた損害の現実的填補を確保すべきとの見解に連なる<sup>34</sup>。

もつとも、設定者が受領した保険金の用途を直接拘束することが現実的に不可能である以上、この視点を重視することは、保険金請求権上の物上代位そのものを否定する見解に達することともなりかねない。したがって、補充の懈怠に対しては、前記の担保価値維持義務違反として処断するにとどまり、独立の権利行使要件として把

握することは困難であるように思われる。

### (3) 目的動産の固定化時とする見解

流動動産讓渡担保権本体の実行に関して論じられているのと同様に、物上代位権の行使についても、目的動産の固定化<sup>35</sup>が基準時となるとの見解が考えられる。

もつとも、固定化を物上代位権行使の判断要素として用いている原決定とは異なり、本決定は、固定化概念に一切触れていない。この概念に対しては、有力な不要論<sup>36</sup>が存在するほか、本件が、目的動産本体とは別個独立の客体である保険金請求権への物上代位権行使を問題にしている点に鑑み、最高裁としては、あえてこの問題を等閑視し、依然として解釈に委ねる姿勢を示したものとと思われる。

しかし、本評釈では、固定化の意義について、あえて管見を提示してみたい。

#### ① 「固定化」概念とその要否

そもそも「固定化」については、「いまだ概念定義が確立するまでには至っておらず、どの段階で固定し、どのような効果が生じるかについて、とりわけ企業再建の

局面で議論が続いている段階にある<sup>37</sup>」とされる。

例えば、「集合物を目的とする一個の讓渡担保権という状態から、構成個別物を目的とする特定動産讓渡担保権の集積に変化すること」を、最も広く共有されている理解として、狭義の「固定化」と称する<sup>38</sup>一方で、「『固定化』とは、①それによって集合動産の構成要素の流動性が停止し（流動停止効）、②その時点において保管場所の所在地に現実に存在した動産だけが讓渡担保権の目的となることに確定し（目的動産確定効）、その結果、③確定された目的動産について設定者が処分権限を喪失し、担保権者の同意なくしては処分が許されなくなり（処分禁止効）、かつ④固定化後に保管場所の所在地に搬入された動産は讓渡担保権の目的とならなくなる（事後非担保効）をいう<sup>39</sup>」として、概念を広く捉える見解もある（広義の「固定化」）。

しかし、前記のうち、狭義の「固定化」は、流動動産讓渡担保権を、集合物として捉えられる「価値棒」<sup>40</sup>支配の限定的浮動担保権と解する価値棒説や、讓渡担保の目的物は集合物そのものであり、個々の動産は讓渡担保の直接の目的ではないとする集合物論貫徹説<sup>41</sup>、「特定範囲

責任財産上の包括担保」説<sup>42</sup>のような見解に立った場合に意味をもつものであり、伝統的集合物論としての二重帰属構成<sup>43</sup>やいわゆる分析論<sup>44</sup>に立った場合には不要となる<sup>45</sup>。本決定が二重帰属構成を採ったとの理解<sup>46</sup>に立つ限り、この意味における固定化概念を採用しなかったことは当然ともいえよう。

その上で、「固定化」概念不要論の中には、「集合動産の流動性は、設定者に対する処分授権の反映」であるとしてこの点を重視するもの（流動性の喪失論<sup>47</sup>）がみられる。この立場では、前記③にいう処分禁止効を認めれば前記①②の効果も得られるから、それで十分と解するかのようであるが、しかし、他方で、前記④にいう事後非担保効は当然に帰結されないことから、広義の「固定化」概念との関係ではなお差異が存する余地があることとなる<sup>48</sup>。

## ② 「元本確定」概念との対比

つきに、「固定化」概念の意義を考察する上で、根抵当や根保証などの根担保にみられる「元本確定」概念（民法三九八条の六、三九八条の一九、三九八条の二〇、四六五条の二、四六五条の四など）を参照することが有

益であろう。例えば、「かつて債権と担保目的物が一対一に対応していたのに対し、根抵当などでは、一定の担保枠を想定し、その被担保債権が新陳代謝する（↓被担保債権の方が流動する）」と考えたが、流動動産譲渡担保では、（極度額のような固定的上限を持たないもの）一定の範囲内で新陳代謝するのが担保目的物となつていくわけである（↓担保目的物の方が流動する<sup>49</sup>）」などと説かれるように、被担保債権が流動する根担保と担保目的物が流動する流動動産譲渡担保とは、「似た面」をもつものとして対比させることが可能である。そうであるならば、流動性の停止を意味する「元本確定」と「固定化」とを対比させることにも一定の意義が存するよう<sup>50</sup>に思われる。

そこでまず、典型的な根抵当における「元本確定」制度の存在意義<sup>51</sup>について確認すると、これには、①優先弁済額を前もって確定して配当期日における計算を可能にするために、抵当不動産の換価手続が開始した場合に元本を確定させるといふ技術的意義<sup>52</sup>、②担保の余剰価値を活用させるために、被担保債権額が極度額を下回る場合に元本を確定させるといふ公益的意義<sup>53</sup>、及び、③設定者

の責任限度を早期に確定させ、あるいは担保権者による担保権を伴う被担保債権の処分を可能にするために、設定当事者の意思表示に基づいて元本を確定させるという私益的意義があるものとして整理することが可能である<sup>54</sup>。もつとも、これらの意義を「固定化」事由のために応用させるとすれば、以下の二点において異なる対応が必要となる。

すなわち、第一に、前記①の技術的意義は、私的実行手続を基本とする譲渡担保権には必ずしも妥当しないとの点であり、第二に、「固定化」事由がいまだ法定されていない以上、前記②のような公益的意義をもつ「固定化」事由を解釈論として導くことは困難と思われる点<sup>55</sup>である。

したがって、「固定化」事由としては、設定当事者の意思表示（合意又は一方的意思表示<sup>56</sup>）に基づく私益的意義<sup>57</sup>のものが認められるにとどまり、<sup>58</sup>その他は、流動動産譲渡担保権の実行プロセスの過程において「固定化」を生ずると捉えれば足りるといえよう<sup>59</sup>。

### ③ 物上代位権行使との関係

これを本件についてみると、被代位債権（保険金請求

権）は、譲渡担保権の本来の客体である流動動産とは異なる客体であつて、それ自体に流動性が備わっているものではなく、いわば固定化すべき流動動産の外側の問題であるから、仮に当該流動動産につき固定化が生じたとしても、被代位債権そのものは固定化の対象ではなく、流動動産の固定化が被代位債権を対象とする物上代位権の行使要件の問題に直結することもないはずである。

また、前述の理解の下では、仮に被代位債権が固定化の対象であつたとしても、担保権の実行そのものが固定化事由となるため<sup>60</sup>、物上代位権の行使要件として別途、固定化が必要となるものでもないであろう。

もつとも、他方で、権利行使要件の問題から離れるならば、物上代位権の行使が逆に、流動動産本体の固定化をもたらすことにならないかはなお問題となり得る。

この問題は、とりわけ売却代金債権への物上代位の場合に顕著となる。事業のライフサイクルを一体的に担保化する、いわゆる循環型 ABL<sup>61</sup>においては、かかる循環を断ち切るべきでないとの考えから、在庫商品を対象とする流動動産譲渡担保と在庫商品の売却代金債権を対象とする流動債権譲渡担保（ないしは物上代位）とを統

一的に理解すべきものとされる結果、売却代金債権への物上代位は、事業の循環を切断するとの点において、在庫商品に対する担保権実行と同視できるはずだからである。<sup>63)</sup>

そして、保険金請求権についても、その保険金が在庫商品の補充に用いられて事業の循環が継続する可能性がある限りにおいて売却代金債権に準じて扱い、保険金請求への物上代位は、在庫商品全体の固定化をもたらすものと解する余地がある。

しかし、そのような処理を超えて、本決定のように、設定者が営業を継続している場合に物上代位権の行使を許さないとする必要まであるかは疑問である。むしろ、物上代位権の行使が流動資産（在庫商品）の固定化をもたらすものと解することで、一部財産への担保権実行を無意味化し、全体財産への担保権実行に向けた決断を担保権者に迫ることによって、一定の抑止効果を作用させた方が望ましいといえよう。

#### (4) 目的動産に対して譲渡担保権の実行がされた時とする見解

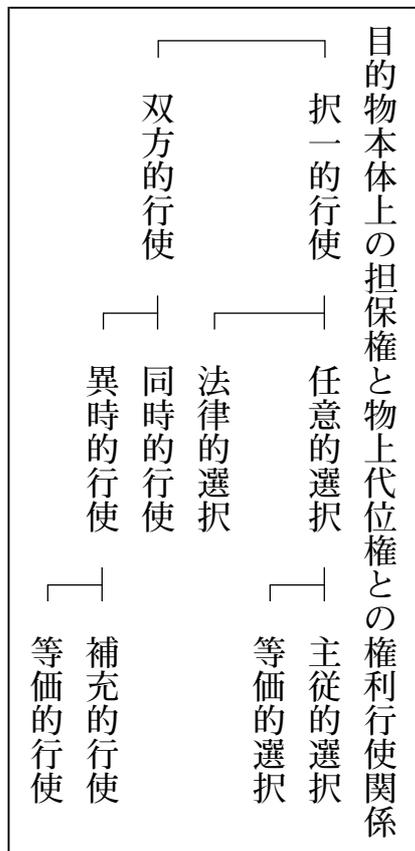
本件につき、目的物本体上の担保権と物上代位権との権利行使関係として、両権利の択一的行使ではなく（双方向的行使）、両権利の同時的行使でもなく（異時的行使）、かつ、両権利間に補充関係を認める立場（いわば双方向的異時的補充的行使説）を採った場合には、目的物本体に対して譲渡担保権の実行がされない限り、物上代位権を行使できないこととなり、したがって、物上代位権の行使可能時は、目的物（本件では目的動産）に対して譲渡担保権の実行がされた時であるとの見解に達する余地がある。

すなわち、両権利の行使関係としては、理論的には、①択一的行使か双方向的行使かの選択肢があるほか、後者（双方向的行使）の場合には、②同時的行使か異時的行使かの選択肢があり、更に後者の場合には、③補充的行使か等価的行使かの選択肢が現れる。すなわち、両権利間に補充関係を認め、目的物本体の担保権（主たる権利）が行使されてもなお被担保債権に残額がある場合にはじめて物上代位権（従たる権利）の行使が可能となるとす

るか(補充的行使)、それともかかる関係を認めず、いずれの権利を先に行使してもかまわないとするか(等価的行使)である。

この点、本件では、目的物本体上の担保権と物上代位権双方に対する異時的な権利行使を認めている。これは、本件目的動産である養殖魚の一部死滅により発生した保険金請求権に対する物上代位権が、死滅を免れた残部の養殖魚によって構成される流動動産本体上の譲渡担保権となおも併存しているとの流動動産特有の事情から正当化できる。

また、本件では、目的物本体上の担保権を先に実行し、その後、物上代位権を行使していることから、上記の補充的行使・等価的行使のいずれを採っても物上代位権行使が可能な事例であった。この選択は、物上代位の補充性を重視すべきか否かにより定まるものといえるが、債権を対象とする物上代位権行使の方が一般に手続が容易であると考えられることから、あえて動産本体への実行を強要するまでもないであろう。したがって、等価的行使と捉え、目的動産本体上の譲渡担保権の実行は、物上代位権行使の要件とはならないものと解すべきである。<sup>65)</sup>



(5) 小括

以上の考察からすれば、物上代位権を行使するにあたっては、債務不履行(履行遅滞)要件のみが課されるにすぎないものと解すべきである。<sup>66)</sup>「営業の継続」がなくなること(ないしは「営業の廃止」)は目的動産の流動性を事実上停止させるにすぎず(いわば事実上の固定化)、法的な固定化とは区別すべきものであろう。

また、いったん物上代位権を行使した以上は、原則として、流動動産本体にも固定化(広義)の効力が生ずるものというべきではなからうか。したがって、本決定を前提とした場合には、「通常の

営業を継続している場合」であっても、設定者が債務不履行に陥っている場合には、「特段の事情」があるものと解して、物上代位権の行使を認めるべきこととなる。<sup>67</sup>

### 3 直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意の評価

ここでは、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合であっても、損害保険金に係る請求権に対して物上代位権を行使することが許される「特段の事情」として、本決定が唯一例示する、損害保険金に係る請求権に対して直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意<sup>68</sup>について考察したい。

#### (1) 本評釈の立場の中で

この点まず、債務不履行要件のみを満たせば物上代位権を行使できるとする本評釈の立場に従う限り、当該合意が機能する場面は、保険金請求権が付加（派生）的物上代位に準じて扱われた結果、債務不履行前の物上代位権行使が否定される場合であってもなお、保全的意義をもつ物上代位権行使としての差押えを可能にするといっ

た限度にとどまることとなる。<sup>68</sup>

したがって、本決定の評釈の中には、合意の有効性を限定的に解すべきとする立場が多くみられるもの<sup>69</sup>、そのように解する必要はないといえよう。むしろ、本決定がこのような合意を許容したということは、営業の継続中も合意次第で債務不履行以外の要件を課さない物上代位権行使の無制限的運用が可能であることを意味するはずである。

#### (2) 本評釈の立場を超えて

なお、理論的には、本決定が明示する物上代位権の行使時期に関する合意を超えて、被代位債権の範囲に関する合意など、物上代位に関してどこまでの合意が許容されるかも問題となろう。

この点、本決定は、民法三〇四条を中心とする物上代位規定が、物権法定主義（民法一七五条）の下にありながらも、<sup>70</sup>完全な強行規定ではないことを示唆するかのようである。しかし、<sup>71</sup>抵当権の効力範囲に関する民法三七〇条ただし書のような「別段の定め」を登記する方法がなく、手続法上、被代位債権の範囲に関する特約の存在を

考慮する仕組みがつくられていないことに鑑みると、少なくともこの点に関して、民法三〇四条は強行法規であるものと解される。そうすると、同条を超える範囲の債権に対しては、いわゆる将来債権譲渡担保ないしは将来債権質の仕組みを用いて担保化するしかないであろう。<sup>71</sup>

そのため、物上代位と債権譲渡担保ないしは債権質とが場合に応じて使い分けられることを前提として、これらの利害得失を明らかにし、<sup>72</sup> 更にはより積極的な規範調整へと進んでいくことが今後の課題となるように思われる。<sup>73</sup>

### 三 結 語 — 残された課題

最後に、以上で既に指摘した以外で、本決定後になお残されているいくつかの課題を指摘し、それぞれ若干の付言を行うことで結びに代えたい。

#### 1 流動動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位

多くの評釈が指摘するように、喫緊の課題は、本決定が明らかに射程外においた売却代金債権への物上代位を

どのように考えるかである。

この点、本評釈の立場からは、保険金請求権におけるのと同様に、目的動産の流動中も売却代金債権に対して譲渡担保権の効力が及ぶと解した上で、同債権に対する物上代位権の行使は、被担保債権の債務不履行時点から認めるとすればよいように思われる。<sup>74</sup> 効力範囲の問題と権利行使要件の問題とを区別する本決定の判断枠組みは、売却代金債権への物上代位に応用して何ら問題がないはずである。

また、いまだ試論の域を出ないものの、不動産担保権の法的実行方法が平成一五年改正以降、担保不動産競売と担保不動産収益執行、更には簡易化された収益執行として捉えられる賃料債権への物上代位とに複線化しているように、流動動産譲渡担保権についても、競売に相当する目的動産本体への私的実行のほかに、少なくとも簡易化された収益執行に相当するものとして、売却代金債権への物上代位の仕組みを積極的に評価するとの見方もまた可能ではなからうか。

## 2 競合する債権者との優先関係

かつて、目的動産本体の譲渡担保権が、動産売買先取特権や留保所有権など、他の債権者が有する担保権と競合する場合において、その優先関係が激しく争われたように、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位権をめぐっても、他の債権者との競合問題が生じ得る。

この点は、他の評釈<sup>75</sup>も指摘するように、動産先取特権に基づく物上代位の判例<sup>76</sup>に準じて「差押え」時を基準に優劣を決するのを基本とするまではよいと思われるが、流動動産譲渡担保権が動産譲渡登記によって公示された場合に、抵当権に基づく物上代位の判例<sup>77</sup>に準じて「譲渡登記」時を基準に優劣を決してよいかは、なお問題として残されよう。

## 3 物上代位規定の類推適用の要否

本決定が、事例判断である前掲最高裁平成一一年決定とは異なり、一般法理の形で流動動産譲渡担保に基づく物上代位を肯定したにもかかわらず、それが何条の類推適用に基づくものかを明示しなかった点（民法三〇四条か同三七二条か、あるいは同三五一条か）の評価も問わ

れよう。

この点は、前記2の問題の解決にも影響を及ぼすため、あえて判示を避けたとみることも可能であるが、いずれかの典型担保物権と同視し、既存の型にはめ込んでしまうことで、譲渡担保法理における独自の展開を妨げてしまふのではないかといった憂慮も背景にあると考えられる。これもまた、譲渡担保判例に多くみられる最高裁の慎重な姿勢を象徴するものといえよう。

(1) 決定文上、養殖魚の種類が明らかでないが、本件抗告理由によれば、ブリ<sup>78</sup>とのことである。

(2) 構成裁判官は、宮川光治（裁判長）、櫻井龍子、金築誠志、横田尤孝、及び、白木勇である。

(3) 若林茂雄<sup>79</sup>田子真也<sup>80</sup>栗原さやか<sup>81</sup>泉篤志<sup>82</sup>白井幸治<sup>83</sup>丸山真司<sup>84</sup>商事法務一九二四号五六頁（二〇一一年二月）、池田雅則<sup>85</sup>・筑波ロージャーナル九号二〇九頁（同年三月）、小山泰史<sup>86</sup>・NBL九五〇号二五頁（同年四月）、印藤弘二<sup>87</sup>・金法一九二二号四頁（同年五月）、田村耕一<sup>88</sup>・広島法学三五卷一号七七頁、遠藤元一<sup>89</sup>・銀法七三二号二二頁（以上は同年六月）、河上正一<sup>90</sup>・法セ六七七号八〇（八七）頁、六七九号八二（八九）頁（同年五月）、栗田口太郎<sup>91</sup>・事業再生と債権管理一三三三号一三頁

(同年七月)、今尾真①・明治学院大学法学研究九一号一五七頁、山本哲生・損害保険研究七三卷二号二〇一頁、田高寛貴・金判一三七二号二頁(以上は同年八月)、澤重信・銀法七三五号四四頁、片山直也・金法一九二九号一九頁、門口正人・金法一九三〇号四六頁(以上は同年九月)、森田修・同号五四頁、小山泰史②・判時二二二〇号一六二頁、今尾真②・月刊登記情報五一卷一〇号一〇八頁、古積健三郎①・民商一四五卷一五二頁、古積健三郎②・速判解九号八三頁、松本恒雄・現代民事判例研究会編『民事判例Ⅲ二〇一一年前期』一四四頁(以上は同年一〇月)、堀竹学・社会とマネジメント九卷一三三七頁(同年一月)、庄菊博Ⅱ杉江隆司・専修法学論集一二三号一四九頁、道垣内弘人・法協二二八卷二二号三三三九(三三四三)頁(以上は同年一二月)、渡邊博己・NBL九七〇号五三頁、古積健三郎③・リマークス四四号二二頁、直井義典・判例セレクト二〇一〇一七頁(以上は二〇二二年一月)、谷本誠司・銀法七三〇号六七頁、七四二号四三頁(二〇二一年五月、二〇二二年三月)、中川敏宏・法七六八六号二二四頁(同年三月)、池田雅則②・平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』一六三頁(信山社、同年三月)、藤村和夫・同書一九一頁、占部洋之・ジュリ一四四〇号七二頁(同年四月)、加瀬幸喜・法律のひろば六五卷五号五二頁(同年五月)、丸山絵美子・法教三八四号二二六(二二七)頁(同年九月)。本評釈では、これらの評釈を随所に略称

で引用させていただいた。

(4) 最二小決平成一一年五月一七日民集五三卷五号八六三頁

(5) 本決定にいう「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」を本評釈では、流動動産譲渡担保権と呼んでいる。集合動産譲渡担保権との表現では、構成部分の変動するとの要素を含まないものとして理解される余地があるからである。

(6) 粟田口・一五頁、片山・三一頁、松本・一四五頁参照。これに対し、門口・四八頁は、物上代位(の発生)と物上代位権の行使の意義は、その内容または効果を表したもので、異なるものではないとし、両者の区別を認めない。

(7) 肯定説が通説ともいえる中で、加瀬・五六頁は、損害保険金請求権に対する物上代位を一般に否定する見解を採る。

(8) 判時二一〇二号九頁、判タ一三三九号五三頁、金判一三六二号二六頁、及び、金法一九一七号一〇四頁

(9) 更に、相手方が立証責任を負う抗弁事由として、「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」が立証されれば、なお抗告は棄却されることとなる。

(10) 森田修・六〇頁は、「通常の営業の継続」がなくなることを権利行使の積極的要件として捉える。

(11) 田高・四頁など

(12) この点、本決定の判断枠組みの下では、「通常の営業を継続している場合」と「特段の事情」とで立証責任が抗告当事者双方に分配されてしまうこととなるが、権利行使基準時に関する見解がまだ定まっていない現状においては、その見解次第で物上代位の可否が変わり得るグレーゾーンの事案につき、物上代位権行使を認めるべき「特段の事情」の立証を、拠って立つ見解の主張を含めて担保権者である相手方の負担とすることは、必ずしも不合理といえないように思われる。

(13) 池田①・一二四頁、小山②・一六四頁、今尾②・一一九頁、古積②・八六頁など

(14) もちろん、今後の議論において、物上代位権の行使基準時が一定の立場に収斂されたならば、営業の継続に代えて、その立場に即した明確な要件設定があらためて行われるべきは当然である。

(15) 最一小判平成一八年七月二〇日民集六〇巻六号二四九九頁

(16) 抵当権に基づく賃料債権への物上代位に関するものとして、野山宏『最判解民事篇平成一〇年度(上)』三六～三七頁。

(17) 鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田喜久夫Ⅱ西原道雄Ⅱ高木多喜男先生還暦記念『金融法の課題と展望』七九頁(日本評論社、一九九〇年二月)。

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位(清水)

園部厚『書式債権・その他財産権・動産等執行の実務(全訂一二版)』三二頁以下(民事法研究会、二〇一一年一月)は、「債権等執行の場合と異なり、法令で明示的に定められているわけではないが(債権等執行について民執三〇条一項参照)、担保権が債権の弁済期が到来しても債務者が任意に履行しないとき、すなわち、債務が履行遅滞にあるときに実行または行使できるものであるという性質上、当然のことと解されており、実務上も確定した取扱いである」とする。

(18) 被担保債権の履行期到来の前後で物上代位を客体代替的代位と満足的代位とに区分する、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(六・完)」千葉大学法学論集二五巻四号六三頁(二〇一一年)も、同様の考え方に基づくものといえる。

(19) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂六版)』六八〇頁(青林書院、二〇一〇年一〇月)は、仮差押えの規定(民事保全法二〇条以下、四七条以下)を類推適用すべきとする。

(20) 以上につき、松岡久和「物上代位権の成否と限界(二)―賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非」金法一五〇四号一二頁(一九九八年一月)、及び、高木多喜男『担保物権法(第四版)』一三八頁(有斐閣、二〇〇五年七月)参照。

(21) この区分は、特に平成一五(二〇〇三)年改正後は、

抵当権の果実への効力に関する民法三七一条の解釈論に絡めて採り上げられる傾向にある。しかし、同条が三四一条において先取特権に準用される点、及び、準用のない動産質権については貸料債権への物上代位がそもそも考え難い点（道垣内弘人『担保物権法〔第三版〕』八七頁（有斐閣、二〇〇八年一月）参照）に照らすならば、譲渡担保権を射程に含める見地からも、担保権一般の議論として構築することが可能である。

(22) 近時の教科書・体系書はこぞつてこの区分を採り上げる。

(23) 代替（代償）的物上代位は、民法三七二条・三〇四條を根拠とし、付加（派生）的物上代位は、平成一五年改正後の民法三七一条を根拠とする。

(24) 例えば、代替的物上代位では、担保権の順位をできるだけ反映させる必要があるが、付加的物上代位では、担保目的物本体によって債権回収が十分見込めることから、担保権の順位を反映させる要請はそう大きくないなどと説かれる（松岡・前掲（20）物上代位権の成否と限界（一）一六頁）。そのため、前者では、本体の担保権についての対抗要件具備時（抵当権設定登記時など）を基準に第三者との優劣を決し得たとしても、後者では、あくまで物上代位権行使としての差押時を基準に優劣を決すべきと解する余地がある。しかし、少なくとも判例は、被代位債権のかかる類型に応じた基準時の区別を行って

はいない。なお、目的物本体上の担保権と物上代位権との権利行使関係につき、両類型の解釈論的相違が現れるとの点につき、後掲（64）参照。

(25) 松岡・前掲（20）物上代位権の成否と限界（一）一二頁

(26) 豊澤佳弘『最判解民事篇平成一一年度（下）』九六一頁は、「目的不動産上の抵当権が消滅し、目的物自体の交換価値の直接的把握という本体的効力を失う場合にこれに代わるものとして認められる代替的物上代位と、目的不動産上の抵当権が有効に存続している状態で目的物の交換価値が具体化されたものに対して認められる付加的物上代位とに大別される」と説く。

(27) 現に、追及力を有すると考えられる建物区分所有法七条一項の先取特権に基づく売却代金債権への物上代位を、付加的物上代位を認めたものとして説明するものがみられる（本多健司「東京高決平成二二年六月二五日判批」別冊判タ三三三二号二四三頁（二〇一一年九月））。

(28) 極論すれば、流動動産を構成する目的動産の売却代金債権は、流動動産（集合物）との関係で法定果実（民法八八条二項）にあたるか解する余地もあるのではなからうか。この点、一般には、法定果実は「物の使用の対価」であり、「元物の対価」である売却代金と区別されると説かれるが（我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法〔第二版〕』一九三頁（日本評論社、二〇〇八年六

月)、集合物概念を前提とするならば、売却もまた「物の使用」であると解することが可能である。現に、本決定も、「目的動産を用いた営業」と判示しており、あたかも売却を目的動産の使用と解しているかのようである。

(29) 古積②・八六頁

(30) 今尾②・一一九頁

(31) 池田①・二二四頁

(32) 本件では、譲渡担保権設定契約中に当該養殖施設内の養殖魚と同価値以上の養殖魚を補充することが定められていた。

(33) 近時の判例(最判平成一八年一月二二日民集六〇卷一〇号三九六四頁)はこの義務の存在を認めている。この概念につき、拙著「担保価値維持義務について」月刊民事法情報二五〇号二〇頁(二〇〇七年七月)参照。

(34) 外国法の扱いを参照しつつ、こうした視点を前面に出すものとして、田高寛貴「担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察―所有権侵害に対する救済との調整の見地から」名古屋大学法政論集二二七号三四一頁(二〇〇八年二月)がある。もともと、結論的には、被担保債権の弁済期前における担保権者の損害賠償金の受領を原則として制限すべきとするにとどまり、弁済期とは独立に、当該金銭を用いた動産補充を確保する観点から物上代位権の行使を制限すべきとするものではない。

(35) 「固定化」概念は、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(五)一四六頁(一九八九年九月)に由来し、これが道垣内弘人『担保物権法』二九〇頁(三省堂、一九九〇年一月)に採用され(同『担保物権法(第三版)』三三九頁(有斐閣、二〇〇八年一月)、高木多喜男『担保物権法(第四版)』三三三頁(有斐閣、二〇〇五年七月)も参照)、実務上は再建型倒産手続の開始申立て又は開始決定による「固定化」の有無が争われる中で必須の概念とされるようになったものである。

(36) 山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成―限定浮動担保理論の構築のために」法時六五卷九号二五―二六頁(一九九三年八月)、森田宏樹「集合物の『固定化』概念は必要か」金判一二八三号一頁(二〇〇八年二月)、平野裕之『民法総合3担保物権法(第二版)』三〇四頁(信山社、二〇〇九年九月)

(37) 株式会社野村総合研究所『A B Lの普及・活用に関する調査研究報告書(経済産業省平成二〇年度A B Lイソフラ整備調査委託事業)』一七八頁(二〇〇九年三月)

(38) 森田修『債権回収法講義(第二版)』一六〇頁(有斐閣、二〇一一年四月)

(39) 栗田口太郎「倒産手続におけるA B L担保権実行の現状と課題―再生手続における集合動産譲渡担保権の取扱いを中心に」金法一九二七号八五頁(二〇一一年八月)

(40) 伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ

六九九号九二頁(一九七九年九月)、同「集合動産讓渡担保の法律關係―個別動産に対する効力の問題」『明治大学法学部創立百周年記念論文集』一二六頁(明治大学法律研究所、一九八〇年)。

(41) 道垣内・前掲(21) 担保物権法三版三三〇頁

(42) 下森定「集合物(流動動産)の讓渡担保」下森定Ⅱ 須永醇先生還曆記念『物権法重要論点研究』一〇八頁(酒井書店、一九九三年六月)

(43) 道垣内・前掲(21) 担保物権法三版三三〇頁

(44) 道垣内・前掲(21) 担保物権法三版三二七頁以下

(45) 森田宏樹・前掲(36) 集合物の『固定化』概念は必要か一頁

(46) 遠藤・一四頁、片山・三一頁、門口・四八頁以下、森田修・五七頁、今尾②・一一三頁、直井・一七頁など。本決定は、「讓渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産」を「目的動産」と称し、その「価値を担保として把握するもの」と述べていることから、二重帰属構成を採用するものとみられる。

(47) 森田宏樹・前掲(36) 集合物の『固定化』概念は必要か一頁

(48) 山口明『A B Lの法律実務―実務対応のガイドブック』三四頁以下(日本評論社、二〇一一年七月)。また、この相違を捉えて、「固定化」概念については、「なお議論する必要性が存在する」と説かれる(伊藤眞「集合債

権讓渡担保と事業再生型倒産処理手続再考―会社更生手続との關係を中心として」曹時六一卷九号二七六頁(二〇〇九年九月)。中島弘雅「A B L担保取引と倒産処理の交錯―A B Lの定着と發展のために」金法一九二七号八一頁(二〇一一年八月)も同旨。

(49) 河上・法セ六七九号八五頁

(50) 現実的にも、流動動産讓渡担保が同時に根讓渡担保であることが多いと思われるところ、その場合には、物上代位権行使が元本確定事由として考慮されることとなる(民法三九八条の二〇第一項一号本文)。

(51) これに対し、平成一六年に立法化された根保証における「元本確定」制度は、責任の範囲についての保証人の予測可能性を確保したり(元本確定期日に関する民法四六五条の三)、根保証契約の締結時には予想できなかった著しい事情變更において保証人の責任を制限するといった社会的弱者保護のための公益的意義に基づく(吉田徹Ⅱ筒井健夫編著『改正民法の解説(保証制度・現代語化)』三四・四五頁(商事法務、二〇〇五年五月)参照)。

(52) 鈴木祿弥『根抵当法概説(第三版)』一一四頁(新日本法規、一九九八年一二月)

(53) 平成一五年改正前民法三九八条ノ二〇第一号は、「担保すべき元本ノ生ゼザルコトヲ為リタルトキ」を元本確定事由としており、公益的意義に基づくものと評し得た

が、規定が不明確で無用の紛争を生じさせているなどの理由（谷口園恵Ⅱ筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』四七頁（商事法務、二〇〇四年三月）参照）から削除された。

(54) 公益的意義と私益的意義の区分につき、拙著「東京高判平成二〇年六月二十五日判批」金判一三〇六号二二頁（二〇〇九年一月）参照。

(55) 例えば、本決定が掲げるように、「営業の廃止」をもって強制的な固定化事由と捉えることが考えられる。これは、平成一五年改正前民法二九八条ノ二〇第一号がいう「其他ノ事由ニ因リ担保スベキ元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」に該当し得る場合として「営業の廃止」が挙げられていた点（鈴木祿弥・前掲（52）根抵当法概説三版一四六頁）と符号するが、前掲（53）のとおり、同号は規定の不明確性から削除されている。これを固定化事由として捉えることは、同号の不明確さをめぐるかつての解釈論争を再燃させるおそれがあり、相当でない（田高四頁）。

(56) 石田穰『民法大系（三）担保物権法』七三二頁（信山社、二〇一〇年一〇月）は、「目的動産確定期日」なる概念の下で、設定当事者の合意又は一方的意思表示による固定化と同等の効果を認める。

(57) もっとも、担保権者による担保権を伴う被担保債権の処分を可能にするために、固定化を生じさせる必要は

ないであろう。被担保債権の譲渡により譲渡担保権の目的である集合物が随伴して移転するものと解することで、流動性を保ったまま担保権を譲渡することが可能であり、この点において根抵当とは状況が異なるからである。

(58) かつて激しく争われてきた再建型倒産手続の開始による固定化の有無については、伊藤眞「倒産処理手続と担保権―集合債権譲渡担保を中心として」NBL八七二号六〇頁（二〇〇八年一月）、及び、同・前掲（48）集合債権譲渡担保と事業再生型倒産処理手続再考―会社更生手続との関係を中心として二七五七頁が当然の固定化を否定し、現在はこれが有力説化している。

(59) この点において、実行から切り離された中間段階としての固定化概念を否定する山野目・前掲（36）流動動産譲渡担保の法的構成二五頁は、一理あるものといえる。

(60) この点、流動動産譲渡担保には、固定化を前提とする実行時回収型と、固定化を前提としない常時収益回収型とがあるとする見解がみられる（片山三二頁。集合債権譲渡担保につき、同NBL八五四号二八頁（二〇〇七年四月）参照）。また、森田修『新しい担保』の考え方と執行手続」ジュリ一三一七号二〇八頁（二〇〇六年八月）も、「近時の担保取引実務には、流動性を保ったまま在庫担保の換価がなされることの必要性を示唆するものが現れている」と述べており、実行によっても固定化を生じない場合の存することが指摘されている。

(61) 循環型A B Lとは、担保目的物が「原材料・在庫商品等（動産）→売掛金債権（将来債権）→預金（回収金）」と循環するA B L（動産・債権担保融資）をいう。

(62) 中島弘雅・前掲（48）A B L担保取引と倒産処理の交錯八二頁以下参照。

(63) 固定化に関して双方の譲渡担保が連動する理論的な根拠は、循環型A B Lにおける当事者間の統一的な担保契約目的に求められよう。

(64) 他方、前者（択一的行使）の場合には、担保権者が任意に選択するか（任意的選択）、法律上当然にいずれかの選択が行われるか（法律的選択）の区別があり得るものといえる。後者（法律的選択）は、例えば、物上代位の補充性に鑑みて、目的物本体への担保権の追及効が尽きた場合にはじめて物上代位が可能となるといった場合を指す。また、前者（任意的選択）については更に、主従的選択か等価的選択かの区別が可能であろう。すなわち、両権利間に主従の区別を認め、目的物本体の担保権（主たる権利）が行使されれば物上代位権（従たる権利）は消滅して行使不能となるが、物上代位権（従たる権利）が行使されても目的物本体の担保権（主たる権利）は消滅せずなお行使可能である（したがって、その範囲では双方的行使を認める。）とするか（主従的選択）、それともかかる区別を認めず、いずれの権利を行使しても他方の権利は消滅するものとするか（等価的選択）である。

前者（主従的選択）の例として、抵当権の実行と抵当不動産の賃料債権への物上代位との関係が挙げられ、後者（等価的選択）の例として、抵当権の実行と抵当不動産の仮差押えに対して供託した仮差押解放金の取戻請求権との関係（最一小判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九六五頁）が挙げられる。一般には、付加（派生）的物上代位の場合は主従的選択となり、代替（代償）的物上代位の場合は等価的選択となるものといえよう。

(65) もっとも、以上に述べた点は、これまで意識的に議論されたことがなく、議論の蓄積もみられない。例えば、択一的行使の規律を執行手続上どのように実現すべきであるかは必ずしも明らかにされていない。このような概念整理の仕方を含めて、議論の喚起を期待したい。

(66) 「被担保債権が弁済期を徒過し、不履行に陥っていて譲渡担保権を実行できる段階にあること」を権利行使要件とする田高・五頁は結論において同旨であろう。

(67) とはいえ、執行手続上、履行期の到来が既に証明されているとすれば、本件のように抗告訴訟で物上代位権行使の可否がことさら争われることはないように思われる。

(68) その限度を超えて、債務不履行前の段階で譲渡担保権者に満足の利益を与える担保権実行としての物上代位権行使を可能にする趣旨の合意を行おうとするならば、それは無効であろう。もっとも、同様の目的は、期限の

利益喪失約款を組み込むことによつて達成可能ではある。

(69) 小山①・三〇頁、遠藤・一六頁、門口・五一頁、庄

Ⅱ杉江・一六一頁以下、渡邊・五九頁以下など

(70) 物上代位権は、債権上に成立するものであるとはいへ、一種の法定担保であると説かれており、他の法定担保物権である留置権や先取特権と同様に、物権法定主義の規律に服するものといえる。

(71) 拙著「物的担保に基づく物上代位と債権譲渡担保―その競合と再構成」日本法学七一卷一号二〇八頁以下(二〇〇五年五月) 参照

(72) 池田①・二二二頁。通常の状況においてはいずれの方法をも選択可能である旨述べる。

(73) この点につき、詳細は、拙著・前掲(71) 物的担保に基づく物上代位と債権譲渡担保一六七頁のほか、拙著「物上代位―民法三〇四条一項ただし書を中心として」円谷峻編著『社会の変容と民法典』一三四頁(信山社、二〇一〇年三月)に委ねる。もつとも、これらの論稿は、保険金請求権に対して実務上用いられる債権質と物上代位との間での利害得失を採り上げていない。この点については、「保険質権の実務相談」編集委員会『保険質権の実務相談』二四頁(保険毎日新聞社、二〇一二年六月)が参考になる。とりわけ、同書が挙げる債権質の利点のうち、「根抵当権では物上代位権の行使により根抵当権が確定してしまうが、質権の取立権を行使すれば根抵当権

の確定を防止できる」との点は、根担保との比較における共通の利点であり、根譲渡担保権に基づく物上代位と債権譲渡担保(ないしは債権質)との比較にも一般化できよう。

(74) 松本・一四七頁参照。否定的見解として、小山②・一六五頁。

(75) 山本・二二四頁以下、今尾②・二二〇頁以下など

(76) 最三小判平成一七年二月二日民集五九卷二号三二四頁

(77) 最二小判平成一〇年一月三〇日民集五二卷一号一頁

