

判例研究

損害保険金請求権に対する集合動産譲渡 担保に基づく物上代位権行使の可否

——平成22年12月2日最高裁第一小法廷決定(平成22年(許)第14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)金融・商事判例1356号10頁——

池田 雅 則

〔事実〕

Y(抗告人)は、平成20年12月および平成21年2月頃、X(相手方)に対する貸金債務の担保のために、所有する養殖魚を対象とするいわゆる集合動産譲渡担保を設定した。この契約において、Yは、養殖魚を通常の営業方法に基づいて販売することができ、同時に同価値以上の養殖魚を補充することが義務づけられていた。

平成21年8月上旬頃に赤潮によって本件養殖魚が死滅し、その結果、Yは訴外A(共済組合)との間で締結されていた漁業共済契約に基づく損害填補を目的とする共済金請求権を取得した。しかし、赤潮発生後、YはXからの貸し付けを受けることができず、平成21年9月4日、本件養殖業を廃業した。

他方、Xは、平成21年10月23日、被担保債権を回収するため、残存する養殖魚に対して集合動産譲渡担保を実行し、売却代金を被担保債権に充当した。また、被担保債権の残額については、平成22年1月29日に、YのAに対する共済金請求権に対する物上代位を申し立てた。原々審(熊本地決平成22年2月3日金融・商事判例1356号15頁)は、Xの申立てに基づいて差押命令を発した。

これに対して、Yは、Xの譲渡担保権が目的物の売却によって消滅している

こと、および、集合動産譲渡担保においては個々の動産の処分は譲渡担保権設定者に委ねられており、譲渡担保権者は目的物の固定化までは物上代位できないことを理由として、本件共済金請求権に対して集合動産譲渡担保権が及ばないと主張し、差押命令に対して執行抗告を行なった。

原審（福岡高決平成22年3月17日金融・商事判例1356号14頁）は、以下のように判示して、Yの執行抗告を棄却した。

まず、譲渡担保権の消滅に関して、「一般に、譲渡担保が担保としての実質を有していることに照らし、譲渡担保の目的物が何らかの事情により金銭等に変形した場合には、譲渡担保権者の利益を保護するため、譲渡担保は当該代替物である金銭や債権の上に存続するものと認めるのが相当であり、本件譲渡担保権は、前記目的物の売却により消滅したとは認められず、前記目的物の売却前に発生した代替物である漁業共済金請求権の上に（集合物譲渡担保の特質から物上代位ができる時期については別途考慮しなければならない点は別として）存続しているものというべきである」として、売却による消滅を否定した上で、物上代位権行使の可能性を承認した。

次いで目的物の固定化に関しては、以下のように判示した。

「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り、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」と一般論を述べた上で、本件について、Yによる本件共済金請求権の取得が通常の営業の範囲を超える処分に該当し、赤潮被害の後補充がないことを踏まえて、「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うことができる」として、本件共済金請求権への物上代位を承認している。

これに対して、Yが本件許可抗告を申し立てた。

〔判旨〕 抗告棄却

「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すべきである。

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。」

〔考察〕

1 本決定は、集合動産譲渡担保に基づく物上代位の効力を認めた初めての決定であり、また、同時に通常の営業が継続している場合における目的物の滅失により発生する目的債権、すなわち共済金請求権については物上代位の効力を否定する決定である。もっとも、集合動産が目的となっていた場合ではないものの、動産譲渡担保に基づく物上代位を認めたものとしては最高裁平成11年5月17日決定（民集53巻5号863頁、以下「平成11年決定」と呼ぶ）があり、また本決定においても物上代位が承認されたことにより、少なくとも動産譲渡担保に基づく物上代位が認められることは、判例法上定着したと行って良いであろう¹⁾。さらに、本件では、物上代位の対象となる目的債権が、漁業共済金請求権という目的物の滅失による損害保険金債権であった点も、従来、物上代位の肯否について最高裁判所の判断のなかったところであって、この点でも意義のある決定ということが出来る。

このように、本決定は、これら三点についての判断を示したものである。以下、検討することにした。

2 まず、物上代位の基礎となる担保権の点についてである。本件は、すでに述べたように、譲渡担保契約に基づいて担保目的での所有権の移転が行なわれていた事案であり、このような動産譲渡担保に基づく物上代位を認めた公表裁判例は、上述の平成11年決定の他には見あたらない^{2, 3)}。

1) この平成11年決定は、後述するように、その事案の特殊性から、事例決定であると評価されており、必ずしも譲渡担保に基づく物上代位が一般的に承認されたとは断言できないものであった。たとえば、平成11年決定を、その事案の特殊性に鑑み、動産売買先取特権に基づく物上代位に類似するものであると評価するものとしては、たとえば、角紀代恵「判批」金法1588号45頁（2000）がある。

2) 債権譲渡担保に関して、一般論としては譲渡担保による物上代位の可能性を認めたものの、具体的な結論においては否定したものとして、東京地判平成14年8月26日金法1689号49頁がある。また、不動産譲渡担保に関しては、不動産賃料への物上代位を否定したものとして浦和地判平成12年10月31日判タ1085号223頁がある。

この平成11年決定の事案は、次のようなものであった。すなわち、輸入業者がその輸入品について譲渡担保権を信用状発行銀行のために設定すると同時に、その輸入品の貸渡しを受けるとともに処分権限の授与を受けていた。その後、この輸入業者は輸入商品の転売をした後に破産宣告を受けている。他方で、信用状発行銀行は、輸入業者から設定を受けた譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、輸入商品の転売代金債権に対して差押えを行なっている。最高裁は、譲渡担保権に基づく物上代位を認めるに当たって、特段の理由づけをすることなく、「右の事実関係の下においては」と判示しているにすぎない。このため、この決定については、いわゆる事例決定であり、その射程については慎重に検討する必要があると評価されている⁴⁾。他方で、学説においては、譲渡担保を担保的に構成する立場を中心に、動産譲渡担保が担保である以上は、物上代位が可能であると解するのが一般的であった⁵⁾。ただ、その根拠付けは、担保であるからというにすぎず、一般論にとどまっている。この点に関わって、譲渡担保の法律構成がいわゆる所有権的構成である場合には、物上代位を承認することは理論的に困難であるとの指摘もある⁶⁾。

これに対して、譲渡担保に基づく物上代位を否定する見解がないわけではな

3) もっとも、非公表ではあるが、集合動産譲渡担保に基づく物上代位を否定した裁判例がある。すなわち、東京地決平成11年12月22日とその抗告審東京高決平成12年9月21日である。これらは、両決定を紹介する森田浩美「譲渡担保と物上代位」山崎恒＝山田俊雄編『新・裁判実務体系12 民事執行法』315頁（青林書院、2001）によれば、店舗内の商品に譲渡担保が設定された後、弁済期徒過後、商品の一部が売却されたため、債権者が転売代金債権の差押えを申し立てた事件である。東京地裁は、集合物が変動しうる状態では差し押さええないとして申立てを却下し、抗告審である東京高裁においても、通常の営業の範囲での転売を認めている以上は、物上代位を観念しえないとして執行抗告を棄却しているようである。

4) このような評価をするものとして、たとえば、徳田和幸「判批」判時1697号193頁（2000）や秦光昭「判批」金法1557号5頁（1999）などがある。

5) たとえば、我妻栄『新訂擔保物權法』621頁（岩波書店、1968）や高木多喜男『担保物權法〔第4版〕』343頁（有斐閣、2005）などがある。

6) 近江幸治「判批」平成11年度重判78頁（2000）。

い⁷⁾。その見解によれば、通常の売買の連鎖においては、所有者は買主に対して代金債権以上の権利を取得せず、買主の有する転売代金債権に対して優先権を行使することができないにも関わらず、実質的に担保的な利益を把握するにすぎない譲渡担保権者が物上代位を認められるのは所有者と比較して保護が過大であるとする。また、本件のような滅失を原因とする場合については、理論的に背理とは評価できないものの、むしろ、譲渡担保権者が原因者に対して損害賠償請求権を有し、他方で設定者も設定者留保権侵害として損害賠償請求権を有するという構成をとるべきであると主張している⁸⁾。

他方で、このような物上代位を否定する見解に対しては、仮登記担保権において物上代位が法定されていること（仮登記担保法4条2項）を指摘するほか、所有権者の保護の弱さについてはそれ自体を問題とすべきであって、むしろ「所有権に基づく物上代位」という発想すら可能であると指摘する見解⁹⁾がある。

このほか、平成11年決定において問題となった転売を原因とする物上代位について、集合動産譲渡担保に基づく場合には、第三者への転売が通常の営業の範囲内であるか否かによって物上代位の可否が異なることを主張する見解¹⁰⁾もある。これは、集合動産譲渡担保においては、通常の営業の範囲内で転売された動産の売却代金についても設定者の自由に委ねる必要があることに基づいている¹¹⁾。この立場からも、物上代位を否定する見解に対しては、所有者との対比からだけで物上代位の可否を決定するのではなく、総合的な比較考量が必要であると指摘されている¹²⁾。

7) 道垣内弘人『担保物権法 [第3版]』334頁および308頁（有斐閣、2008）。

8) 道垣内・前掲注（7）308頁。

9) 松岡久和「判批」法教232号113頁（2000）。

10) 山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成」法時65巻9号24頁（1993）。

11) もっとも、この見解では、滅失を原因とする物上代位に言及しておらず、この点に関する立場は不明である。

12) 山野目・前掲注（10）24頁。

また、両当事者の利益衡量という観点からの整理¹³⁾によれば、売却代金への物上代位を肯定すると設定者の自由な経済活動を妨げる恐れがあること、そして、対抗要件が占有改定である場合には売却代金への優先権を認めると他の債権者の保護に欠けることの二点が物上代位を肯定した場合の不都合であるとされる。他方で、設定者による目的物の処分により第三者の善意取得が生じる場合や目的物の滅失の場合に、目的物に代わる代位物への物上代位を認めないと譲渡担保権者の保護に欠ける結果となること、そして、物上代位を否定することで譲渡担保が十分に利用されないことになれば、金融実務への影響が懸念されるという二点が否定した場合の不都合であるとされている¹⁴⁾。このような整理自体は、平成11年決定に際して行なわれたものであるが、しかし、本件においても同様の視点から両当事者の利益衡量を行なうことは無意味ではないと思われる。そのような観点からすると、たしかに、売却代金が問題となった平成11年決定におけるように、処分授權を前提とした転売をほぼ必然的に必要とする輸入信用の局面においては、転売代金に対する物上代位を認めなければ、金融実務への影響は大きいといえよう。他面で、本件のような集合動産譲渡担保の場合には、むしろ売却代金が対象であるならば、設定者の営業の継続の観点から物上代位によって売却代金が把握されること自体の問題性は大きいのではないだろうか¹⁵⁾、¹⁶⁾。また、本件での譲渡担保は、平成11年決定の事案とは異なり、動産債権譲渡特例法による譲渡登記によって対抗要件が具備されている。この動産債権譲渡特例法に基づく譲渡登記は、事実の記録にすぎない¹⁷⁾ とはいえ、占有の外観の変更のない占有改定と比較すれば、他の債権者

13) 河邊義典「判解」最判解平成11年度(上)458～460頁(2002)。

14) もっとも、河邊・前掲注(13)459頁によれば、いずれの場合であっても、それぞれに対する反論があり得るとされている。

15) 転売代金債権に対する集合動産譲渡担保に基づく物上代位に関して、動産譲渡担保とは異なって解しうると指摘するものとして角・前掲注(1)45、46頁がある。

16) この点を考慮して、本件の原審決定も本決定のいずれれもが、通常の営業が継続している局面において、譲渡担保権者による物上代位を否定する旨の説示を行なっているものと考えられる。

へ配慮は行なわれているとも評価できる。さらに、集合動産譲渡担保を用いることは、過度に不動産担保を偏重した与信を回避する上からも必要なことである¹⁸⁾とするならば、本決定のように、譲渡担保に基づく物上代位を肯定することには一定の意義があるといえるのではないだろうか。もっとも、上述したように、集合動産譲渡担保に基づく物上代位についてはなおその特質に基づいて検討すべき点があり、これについては、後に再度検討することにした。

3 次に、物上代位の対象となる「債務者の受けるべき金銭その他の物」の点である。本件は、譲渡担保目的物の滅失に備えてAとYとの間であらかじめ契約していた共済保険金が物上代位の目的である。この種の滅失による物上代位に関しては、抵当権に基づく物上代位について、すでに大審院の時代から、それを認めることを前提とした判決が存在している。たとえば、大判明治40年3月12日（民録13輯265頁）や大連判大正12年4月7日（民集2巻209頁）などである。また、通説も保険金に抵当権の効力が及ぶことを承認してきた。

もっとも、火災保険金に付された質権との優劣が争われた事件¹⁹⁾を契機にそもそも物上代位の目的であり得るのかという観点から、議論がなされていた。すなわち、火災保険金などの損害保険金は、当事者間で締結された損害保険契約に基づいて保険契約者が支払う保険料の対価として保険事故の発生の際に保険会社によって受取人に対して支払われるものであり、担保目的物である抵当家屋に生じた保険事故を契機とするものの、あくまでも保険料の対価であって、担保目的物の代位物ではないというのである²⁰⁾。

17) 動産債権譲渡特例法における譲渡登記と同様の性質を持つ債権譲渡登記について、池田真朗『債権譲渡法理の展開』141頁（弘文堂、2001）などを参照のこと。

18) この点は、平成16年に行なわれた債権譲渡特例法の改正による動産譲渡登記制度の創設や事業プロセスに着目した与信手法の推進などの動きを背景としている。このような動きについては、たとえば、森田宏樹「事業の収益性に着目した資金調達モデルと動産・債権譲渡公示制度」金融法研究21号91頁以下（2005）などを参照のこと。

19) 鹿児島地判昭和32年1月25日下民集8巻1号114頁と福岡高宮崎支判昭和32年8月30日下民集8巻8号1619頁である。

これに対しては、そのように保険金が保険料の対価であるとしても、担保権者の保険金に対する利益を考慮して、当事者意思の推定や担保権者の保護から、物上代位を肯定する見解²¹⁾もあった。このような議論はあったものの、従来は、抵当権者が火災保険金請求権について質権の設定を受けるという実務の普及によって實際上問題とならなくなっていると評価されてきた²²⁾。

動産譲渡担保に関しては、抵当権と同様に解することができるか否かが問題となり得るものの、物上代位の局面においては、いずれの場合であっても、いわゆる「代替的物上代位」²³⁾であって、しかも滅失の場合には目的物が消滅するという点において両者は共通している。そうであるとすれば、目的物の滅失によって物的な支配権の客体が失われ、他方で、設定者には滅失を契機として物的支配の及ばない金銭債権が帰属するというのでは、設定者に望外の利益が帰属することになって、妥当ではなく、むしろ公平の観点から物上代位を認めるべきであるという抵当権における理解²⁴⁾が妥当しうると考えられる。そのように解するならば、動産譲渡担保に基づくものであっても、滅失の局面における物上代位を公平の見地から認めることができよう。

本決定においては、その説示から、譲渡担保における担保目的物の価値把握

20) このような立場に立つものとしては、たとえば、柚木馨編『注釈民法(9) [増補再訂版]』60頁 [柚木馨=西沢修] (有斐閣、1982)がある。

21) たとえば、大森忠夫「擔保物権の物上代位と保険金」『石田文治郎先生還暦記念 民法学の諸問題(二)』35頁以下 (有斐閣、1955)、西島梅治『保険法 [第2版]』263頁 (筑摩書房、1980)、田村諄之輔「保険金請求権に対する物上代位」商法の争点(第2版)259頁(1983)などがある。

22) このような指摘は、一般的であり、たとえば、道垣内・前掲注(7)149頁や内田貴『民法Ⅲ [第3版]』403頁(東京大学出版会、2005)などがある。

23) 物上代位を「代替的物上代位」と「付加的物上代位」とに区別し、前者に該当するのが「売買」や「滅失」、「損傷」であり、後者に該当するのが「賃貸」であるとする理解は近年一般的である。これに関しては、たとえば、道垣内・前掲注(7)143、144頁および松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金法1504号12頁(1998)などを参照のこと。

24) たとえば、内田・前掲注(22)401、402頁、柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(9)』164頁(有斐閣、1998) [小杉茂雄]などがある。

を根拠として、損害填補を目的とした損害保険金への物上代位を肯定していることが明らかである。この判旨を、いわゆる価値権を根拠とするものと理解すべきであるか必ずしも判然とはしないものの、従来の議論を前提とすれば、公平の見地に基づくとの理解を排除するものではないといえよう。

4 第三に問題となるのは、流動資産を目的とする集合動産譲渡担保の場合において目的物の流動性を確保するために認められる「通常の営業の範囲」との関係において、物上代位の効力を判断した点である²⁵⁾。本件の事案それ自体においては、譲渡担保権者による物上代位のための差押えの際にすでに譲渡担保権設定者はその営業を停止しており、物上代位の障害とはなっていない。

この点について、原決定と本決定とでは、いくつかの点で異なった判断枠組みを示している。すなわち、原決定は、目的物の滅失の場合に発生する代位物に対して物上代位によって譲渡担保の効力が及ぶものの、集合動産譲渡担保では通常の営業が継続している間については物上代位が認められないとする。しかし通常の営業の範囲を超えた処分がなされた場合には、物上代位が認められる。そして、譲渡担保目的物の滅失による損害保険金請求権の取得が通常の営業の範囲を超えた目的物の処分であり、また、赤潮被害発生時点で、譲渡担保目的物が実質的に固定化していると判断している。つまり、この原決定では、物上代位権の行使が認められるためには、通常の営業の範囲を超えた処分があり、かつ、目的物の固定化が生じていなければならないとする。もっとも、目的物の固定化については、Yが主張するYによる養殖業の廃業の時点ではなく、赤潮被害の発生の時点で通常の営業が困難となっており、実質的に固定化が生じているとしている。このように解することによって原決定は、物上代位権の行使の要件を事実上緩和したことになる²⁶⁾。

25) 「通常の営業の範囲」と目的物の処分との関係については、最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁がある。また、この問題に関する学説については、たとえば、森田修「判批」法協124巻11号224頁（2007）や武川幸嗣「判批」判時1968号202頁（2007）、小山泰史『流動財産担保論』257頁以下（成文堂、2009）などを参照のこと。

これに対して、本決定においては、目的物の固定化を物上代位権の要件として明示することはなく、差押えの時点ですでにYが養殖業を廃業していたことで、通常の営業が終了していたとし、本件における物上代位権の行使を肯定している。そしてその前提として、通常の営業が継続している場合には、物上代位権の行使が否定されるとした。このように、原決定と本決定との両者とも、結論としては物上代位権の行使を肯定しているが、その枠組みは異なっている。とりわけ、本決定は原決定と異なって譲渡担保目的物の固定化には直接言及していない。むしろ、通常の営業が継続しているか否かのみを問題としている。また、この通常の営業に関しても、原決定では、通常の営業の範囲を超えた処分が行なわれたことを必要と解しているが、本決定はやはりこの点を問題としていない。

そもそも固定化の概念は、集合動産譲渡担保に関してその実行時点において問題とされてきた²⁷⁾。すなわち、固定化することによって、集合動産譲渡担保の対象である動産群の変動、つまり流入と流出が停止することになる。これによって集合動産譲渡担保は実行可能となる。もっとも、実行にあたって固定化を必要としないとの見解²⁸⁾もある。それによれば、集合動産譲渡担保が特定譲渡担保に転化し、しかもなお実行に至っていない段階を構想するのでなければ、固定化の概念は意義がなく、集合動産譲渡担保はそのような中間段階を

26) このような原決定の判断枠組みにおいて特徴的であるのは、損害保険金債権の取得をもって、通常の営業の範囲を超える処分であると解する点であろう。しかし、このような原審の判断枠組みについては、「通常の営業の範囲」がそもそも目的動産の売却を本質的な前提としなければならない集合動産譲渡担保において、設定者の経営の自由と譲渡担保権者の担保的利益の調整のための仕組みであるという点を看過するものではないだろうか。すなわち、目的物の滅失という事態の発生がそもそも通常の営業の範囲によって画されるべきであるのかは疑問の余地がある。

27) 固定化については、たとえば、道垣内・前掲注(7) 339、340頁や高木・前掲注(5) 373頁、田原陸夫「〈シンポジウム〉集合動産譲渡担保の再構成—担保権実行の局面から—」金融法研究・資料編(5)149頁(1989)などを参照のこと。

28) 山野目・前掲注(10) 26頁。

必要としないためである。本決定がこの立場に立つものであるかは不明である。さらに、そもそも本件において問題となっているのは、集合動産譲渡担保それ自体の実行ではなく、物上代位である。つまり、物上代位の客体は、本件の場合においては、損害保険金請求権であって、動産ではないのであるから、固定化は必要ないといえる。物上代位権の行使という観点からは、むしろ、本決定において示されているように、通常の営業が継続しているか否かが問題であるといえよう。

この点に関して、集合動産譲渡担保に関する伝統的な通説の立場²⁹⁾によれば、集合動産譲渡担保はその本質において集合物を構成する動産の処分と補充を必要としており、集合物を構成する個別の動産の売却代金に対して譲渡担保の効力を及ぼすことが認められないというのである。つまり、通常の営業が継続されている場合には、物上代位を認めることができないということになる。また、理論的に考えるならば、たとえば、集合物それ自体を集合動産譲渡担保の対象として捉える立場³⁰⁾であれば、集合動産譲渡担保契約の直接の目的物は集合物それ自体であって、集合物を構成する個々の動産は集合動産譲渡担保の直接の目的物ではないと解している。そうであるならば、この立場からは、それらの個々の動産が仮に滅失し、その代位物を生じたとしても、譲渡担保の効力は及ぶことはないと帰結するように思われる。そして、このような理解は、たとえばいわゆる価値粋説³¹⁾と呼ばれる見解においても同様であろうと考えられる。というのは、いずれも個別の動産を直接の目的物と解するのではない点においては、共通しているからである。仮にそうであるとすると、このような立場からは、物上代位権の行使については、むしろ政策的な利害調整の観点が必要になるのではないだろうか。つまり、集合動産譲渡担保が設定されている局面における設定者による通常の営業の継続と集合動産譲渡担保権者の有す

29) 我妻・前掲注(5) 663～665頁など。

30) 道垣内・前掲注(7) 330頁。

31) 価値粋説自体については、たとえば、伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ699号92頁以下(1979)などを参照のこと。

る担保力の確保という利益との調整である。

もっとも、本決定は、そのような通常の営業が継続している場合であっても、当事者間において物上代位の目的である代位物やその請求権に対して譲渡担保の効力を及ぼすことをあらかじめ合意していたときは、物上代位が可能である旨を説示している。本件のような譲渡担保目的物の滅失の場合には、そのようなあらかじめの合意によって集合動産譲渡担保権者が物上代位によって損害保険金請求権を把握しようとすることは考えにくい。むしろ、このような特段の事情は、転売代金債権のような場合にこそ存しうるのではないだろうか。とりわけ、本決定の説示を前提とすると、集合動産譲渡担保は、本来の目的物である動産群のみを対象とすることとなり、転売代金債権などの物上代位の客体についてはその対象とならないことになる。またその一方で、設定者の処分によって第三者に譲渡されたものについても、もはや追及できないことになるからである³²⁾。したがって、そのような場合に債権者が債務者の事業のプロセスを一体的に把握しようとするならば、集合動産譲渡担保の他に、あらかじめの合意によって転売代金債権への物上代位の可能性を確保することが考えられよう³³⁾。

32) この点に関わって、最高裁平成18年7月20日判決（前掲注(25)）は、集合物からの離脱によって集合動産譲渡担保の効力が及ばなくなる可能性を示唆している。

33) もっとも、そのような局面において、物上代位によるべきか、それともむしろ転売代金債権を対象とした集合債権譲渡担保を設定するべきかについてはその利害得失をさらに検討する必要がある（この点を指摘するものに、たとえば、角・前掲注(1)45、46頁がある）。とりわけ、現行の動産債権譲渡特例法によって対抗要件を具備するのであれば、第三債務者については不特定のままであっても、集合債権譲渡担保契約を有効に締結し、第三者対抗力を確保しうるからである。他方で、物上代位による場合であれ、債権譲渡登記による集合債権譲渡の場合であれ、設定者に転売代金債権の取立・費消権限を委ねて、その営業の継続性を確保することは可能であると思われるし、第三債務者にとっては設定者への弁済によって債務を免れうるため、通常の状態においてはいずれの方法をも選択可能ではないだろうか。

5 さらに、この問題は、次のような派生的な問題を生じるのではないだろうか。すなわち、本件説示が示すように、集合動産譲渡担保において設定者の経営が継続している限り、当事者間における特約がなければ、物上代位が否定されるのであれば、動産が転売されることによって生じる転売代金債権を確実に把握する方策を債権者、すなわち譲渡担保権者において講じなければ、譲渡担保の目的物が減少する一方であるという事態が発生しかねない。そのため、一方においては、本決定が示すように、譲渡担保権者は、転売代金債権への物上代位をあらかじめ特約しておくことが必要となろう。また、他方においては、譲渡担保権者は、設定者に対して、経営の継続中においては集合動産譲渡担保の目的物の範囲に含まれる動産の価値を一定に維持することを切実に求めることになる。しかし、この後者の対策をとったとしても、その違反に対する効果として譲渡担保権者が設定者に求めるのが、債務不履行でしかないとするならば、結局のところ、目的物が減少した状況のまま譲渡担保を実行することが可能になるにすぎず、実効性の点で問題があろう³⁴⁾。

もっとも、このような理解は、本件において判示された通常の営業の継続中における損害保険金に対する物上代位の可否の問題が、転売代金債権に対しても同様に妥当するという立場を前提とするものである。では、そのような理解は可能であろうか。損害保険金と転売代金債権との大きな相違は、いずれも代替的物上代位によって生じるものであるとはいえ、譲渡担保設定者の営業が継続している限りにおいて、目的物の売却は関係当事者において合理的に予期される範囲であり、また、必要なものであるといえる。これに対して、損害保険金は、その用途が目的動産の回復に用いられるか否かは、売却の場合以上に設定者の意思にかかっているものであり、そもそも損害保険金を生じること自体が通常の前記の範囲といえるのであろうか。そうであるとすれば、損害保険金

34) もっとも、このように補充義務違反ないし担保価値維持義務違反を設定者による債務不履行として理解することでは、その効果として不十分であるとしても、それは設定者に経営の自由を承認する以上はやむを得ないとの考えることもできよう。

の発生という事態そのものが譲渡担保設定契約における当事者にとって通常の経営の結果とは言い難いであろう。また、不動産譲渡担保に関する事案に関して、最高裁は、不動産所有者のみならず、不動産譲渡担保権者についても目的不動産に関する被保険利益を有することを承認しており、同様に解することができるのであれば、集合動産譲渡担保権者は、自ら目的物について保険を付すことによって危険を回避することが可能になるといえよう³⁵⁾。そのように考えるならば、転売の場合よりもむしろ滅失の場合にこそ、物上代位による保護を集合動産譲渡担保権者に与えるべきであるということになりそうである。そうであるにもかかわらず、本決定が集合動産譲渡担保による物上代位権の行使を通常の営業の継続中について認めないと判示したことを踏まえるならば、転売の場合にあっても本決定と同様に、通常の営業の継続中についてはその物上代位権の行使を認めないという帰結になろう。

では、物上代位権の行使が認められる「通常の営業の停止」をどのように解すべきであろうか。本決定においては、差押えの時点ですでに営業を廃業していたため、廃業が通常の営業の停止を意味することは異論がないと思われる。しかし、原決定のように、営業を実質的に廃止したとという時点まで営業の停止をさかのぼらせることが許されるのかについては、本決定は直接判示するところではない。

この点に関して、伝統的な通説³⁶⁾や本決定などにおいて、通常の営業の継続中に物上代位権の行使を否定したのは、営業の継続によって目的動産の販売が継続されることを前提としている。その点からするならば、目的動産の販売が中止された時点において、廃業になお至っていない場合であっても、営業の中止が実質的なされたといえるのではないだろうか。この点に関して、原決定は赤潮被害の後に新たな補充がなかったことを考慮しているのであって、

35) もっとも、そのように解することによって、かえって設定者のモラルハザードを誘発する可能性は否定できないし、そうでないとしても、その保険に関わる費用についてどのような負担を行なうことが実務的に適切であると解されるのかは議論の余地がある。

36) 我妻・前掲注(5) 663～665頁など。

販売の側面をとらえているわけではない。しかし、ここで問題となっている通常の営業とは、目的動産の売却とその補充を一連の過程としてとらえることができるものである。そうであるとするならば、売却と補充のどちらかの要素を欠くに至った場合には、設定者はもはや通常の営業を行っていないといえるのではないだろうか³⁷⁾。

37) 本件の場合には、集合動産譲渡担保契約において、設定者に対して通常の営業の範囲内における販売が認められると同時に、その価値と同価値の動産（養殖魚）の補充が義務づけられていることも、このような理解と矛盾するものではないといえるのではないだろうか。