

流動資産担保権とその外延：比較法的観点から

第一章：論文の全体像

はじめに

20世紀後半において企業の資金調達にあたって固定資産（不動産、設備等）に加えて所謂「流動資産」の担保化を本格的に図る傾向が各国において見られる中で日本は特に流動債権担保化についてやや控えめな姿勢を示してきた。論文論文は先ず日本とオーストラリア及びイギリス（英豪の事情が非常に近いから原則的に同様に扱える）における流動資産担保化を比較しながら検討して、そして日本と英豪の事情をアメリカとカナダのそれとの比較を試みるものである。本稿は修士論文の縮小版で、内容を随分省いて殆どは要約にとどまるが、なるべく論文の全体像を与えるための要約に努めた。

流動資産担保化は従来浮動担保¹（英・豪・米・カナダ）と日本における集合物（動産）譲渡担保²をもって行なわれてきた。しかしアメリカは1950年代に入って、またカナダはアメリカに倣って1970年代に入って流動資産をはじめとして人的財産一般の担保化を図るために所謂人的財産担保化制度(Personal Property Security Regime)³が工夫されて導入された。また債権に関して日本は平成13年3月に含む中小企業資金調達を促進する方向で日本の経済産業省中小企業庁事業環境部による中小企業債権流動化研究会の最終報告書が公表され、比重は当然に集合債権に置かれているが、後述するように流動債権担保化についても少し触れ、日本における流動債権担保化の開拓を示唆するものかもしれない。

¹ アメリカとカナダは人的財産担保化制度制定以前の浮動担保法理には立ち入らないことにしたいが、英豪及びカナダのそれとやや異なり、州によるが特に後述する将来財産譲渡が必ずしも積極的に認められた訳ではない。

² 日本の企業担保はあまり利用されないようであるし、真の意味での「流動」資産概念を採用していないと思われるので触れないことにしたい。

³ アメリカの場合統一商事法典の第九編に当たり、カナダの場合各州の所謂人的財産担保化法(Personal Property Security Legislation)に当たる。

流動資産を引き当てとする担保化：問題の所在

流動資産とは企業の営業過程において循環過程を繰返す財産のことをいう。例えば在庫なら仕入れ、販売、再仕入れ、また売掛債権なら債権ができて、取立てられ、そしてまたできるという風に循環過程を繰返すと考えられる。流動資産が経るこの循環過程に照らして流動資産を引当てとする担保権を承認するにあたって重要なポイントを二つ指摘したい。第一に流動資産たる担保目的物を個別的に識別・特定させるのが無理、ということである。要するに目的物の流動からして担保権設定時点に存在した目的物が将来に渡って何回も入れ替わるということである。例えば在庫という流動資産を例に A 店たる担保権設定者は店舗・倉庫に置いている在庫（委託販売を別として）が営業過程において処分され、そして入れ替わりに再度別の（同種の）在庫が仕入れられるが、かかる在庫を引当に担保権を設定するとすれば担保権設定時からして厳密に言えば入れ替わりに仕入れられる在庫が将来財産に当たるが、後述のように目的物の価値を維持するためにかかる将来財産にも担保権を効力を及ぼしたい。しかしここで強調したいのは担保権設定時点において将来財産を個別的に特定できなく、その種類等のみが特定可能ということである⁴。このように流動資産担保化において目的物たる財産の種類等という抽象的なレベルにおける、特定、公示、分析が求められると考えられる。この点日本民法は財産法上高度と思われる特定性を要求するようで、かかる高度な特定性が日本における流動資産担保化の発展への障壁の一つと考えられる。

第二に担保目的物が担保権設定者の営業過程において将来処分されていくから何らかの形で処分される分を補充して担保価値を維持することが欠かせないことである。これは担保権設定時点からすれば将来財産を「把握」することを意味する。上記のように目的物が種類等で抽象的に定められ、特定されるが、かかる抽象的な目的物「枠」の中の財産の循環過程（例えば X 種の在庫という種類の動産なら仕入れ { A 段階 } 販売 { B 段階 } 入れ替わりの再仕入れ { C 段階 } 他方売掛債権という種類の債権なら債権ができて { A } 取り立てられ { B } そしてまたできる { C }）に鑑み、担保権の目的物補充方法として将来財産譲渡及び物上代位が考えられる。

一方将来財産譲渡という補充方法であるが、目的物を抽象的に（種類等を）定めることによって「目的物枠—例えば X 在庫」ができ、将来設定者企業にかかる枠に該当する財産（X 在庫）が搬入してくると、かかる財産を把握することになる。つまり財産の種類譲渡を行い、それが将来財産を把握することになり、従って将来財産譲渡の一形態（特定将来財

⁴ 目的物の特定として資産の種類、資産の所有者たる設定者という「人」、または目的物の種類と合わせて所在「場所」または「量」も考えられる。

産譲渡とは対照的)と考えられる。要するに上記の資産循環過程でいうと「A段階たるX在庫の仕入れ」と「C段階たるX在庫の再仕入れ」を把握することになる。ここで財産権・担保権の譲渡・設定においてその目的物の抽象的な特定たる種類譲渡は将来財産譲渡につながっていくことが明らかであり、日本民法上の高度な特定性要求及び将来財産譲渡に対する控えめな姿勢が互いに密接に関連することも分かる。

この抽象的に特定される財産の種類・目的物枠をもって行われる将来財産譲渡という目的物補充方法の具体例として日本に言えば集合物(動産)譲渡担保における集合動産という「枠」の譲渡を挙げることができる。集合動産は様々な同種の個別動産(例えば在庫)からなる、現存する一個の物たる集合物と通説上解される。これは民法が求める特定性、「物」概念における一物一権主義及び對抗要件(現存する抽象的な枠に対する占有改定であるが、これは後述するように将来財産に対する予めの對抗要件具備と理解できる気がする)実質的に将来財産譲渡を実行するものと理解できるではないか。この集合物概念は日本独特(浮動担保との比較は後述)の優れた工夫と見る⁵。ちなみに、日本は集合動産と並ぶ集合債権概念が認められず、また流動債権たる債権の抽象的な(種類の)譲渡も認められず、単に特定債権が将来発生という譲渡しか認められないよう⁶である。集合動産と並ぶ集合債権概念及び債権の包括的な譲渡を認める障壁として公示及び對抗要件具備が挙げられるが、流動資産における公示と對抗要件に関して後述したい。

そして英豪に関するが、将来財産譲渡という目的物補充方法として資産の種類(将来)譲渡を行う浮動担保が挙げられる。浮動担保はエクイティ上の財産権で、抽象的な特定で足りるから動産と債権はもちろん、他の将来財産類も対象とできる。しかし浮動担保は資産の種類譲渡を行うものと言っても資産が個別的に譲渡されると解され、つまり目的物の種類・枠内の財産への着目が強い。この点、抽象的に財産の種類譲渡を行う浮動担保と日本の集合物論とはどう異なるかが問題になり、後述したい。

⁵ しかしアメリカでも統一商事法典の制定以前類似の集合物概念が判例上存在したようであるが。。。

⁶ 債権譲渡において債権の特定要件として先ず第三債務者、そして発生原因、金額、発生時期であり、詳しくは最高裁平成11年1月29日(民集53巻1号151)。参考文献として池田真朗「中小企業債権の流動化 民法的側面からの評価と課題」ジュリスト1201号38、道垣内弘人「将来債権の包括的譲渡の有効性と對抗要件 最三小判平成11.1.29を踏まえて」ジュリスト1165号66。最高裁12年4月21日判決は(54巻4号1562)「譲渡人が有する他の債権から識別できる程度に特定されていれば足りる」とし、英豪及びアメリカ・カナダの特定性法理に近づく姿勢を示す。しかしこの事件において第三債務者が特定されていたので債権譲渡における特定性要件を著しく緩和したと解されなく、上記の池田論文pp41-2参照。

それからアメリカとカナダの人的財産担保化制度においても抽象的な特定たる将来の種類
の譲渡・将来譲渡（集合物論か個別的な譲渡か微妙なところ）が認められる。

これら将来財産譲渡を伴う目的物補充方法は所謂爾後取得財産(After Acquired Property)
機能と呼ばれ、言い換えれば財産の種類譲渡 = 将来財産譲渡に当たると考えられる。

他方入れ替わりに搬入してくる同種の財産を待つことなく、むしろ本来の目的物が処分さ
れるとその価値を追求していくことも考えられる。これは物上代位に当たり、目的物が本
来占めた価値がかかる目的物の処分・販売の際他の財産類に変形すると、例えば動産・X在
庫たる目的物が販売に際して売掛債権に変形するとすると、かかる債権に対して物上代位
して把握するという訳である。従って物上代位は上記の流動資産の営業課過程における循
環過程でいうと「B段階」も加えて把握することを意味する。ちなみに物上代位を認める
とC段階は爾後取得財産にも第二次代償物にも当たり、この点アメリカ及びカナダの人的
財産担保化制度を参照されたい。従って本来の目的物たる流動資産の価値が循環する過程
においてあらゆる段階において価値を把握することになり（つまり在庫なら仕入れ、販売、
再仕入れという循環過程における全ての段階における価値把握）、爾後取得財産機能なる財
産類の（将来）譲渡よりも担保目的物の価値補充が徹底的に機能すると考えられる。

このように物上代位は流動資産の循環過程、恐らくより正確にその価値の循環過程に沿っ
て本来の目的物の価値を非常に効果的に追求し、把握し、目的物補充を果たせると言える。
このような価値追求は流動資産担保権の本質論につながるのではないかと思う。つまり流動
資産担保権はその対象とする流動資産の流動的な性質に鑑みて本質が価値権であると思わ
れる。この立場に立つと価値を追求する物上代位が流動資産担保化に非常によく合致する
とともに流動資産担保化を促進すると考えられる。目的物補充方法として物上代位を積極
的に認めてもいいのではないかと思われる。日本では既に目的物が処分される予定の特定譲
渡担保（しかし目的物が処分され得る以上流動資産担保権に近づくと言わざるを得ない）
に判例上物上代位が認められている⁷し、価値権説に立てば集合物（動産）譲渡担保にも物
上代位を認めるべきことになるのではないか。

実は世界各国において、利用度が高い流動資産担保化制度は殆どと言っていいくらい目的
物補充方法として物上代位そのもの（アメリカ、カナダ）あるいは物上代位的な効力を実
質的に認めている（英豪の浮動担保、具体的に一物一権主義とは反対{一権に数物}に、
同一担保権をもって数種類の財産の担保化を認めることによって物上代位的効力が実現さ
れる。例えば在庫類及びその売掛債権をとともに担保化することである）。

⁷ 大阪高裁、平成10年2月10日判決。

しかし日本では物上代位までもなく、爾後取得財産機能のみで十分ではないかという主張がある。この主張は恐らく流動資産担保化における物上代位がもたらす問題として日本では既に定着している債権流動化、民法上の債権譲渡禁止特約の第三者効力、現存集合債権譲渡担保及び下請取引における下請代金債権の流動化を図る所謂「一括決済方式」の諸制度との間で債権に関する競合という摩擦が生じるかもしれないことにあると思われる。そこで解決策として現在話題になっている関連課題の解決案が参考になるかもしれない。すなわち債権譲渡特例法の制定以来かかる一括決済方式と債権譲渡特例法それぞれの対抗要件具備制度との相互的な不調整とそれで生じる二重譲渡問題が指摘されている⁸。そこで一つの解決として債権の包括的な（将来）債権譲渡とそれに伴う予めの対抗要件具備が提案されている⁹。これは物上代位が生じると心配される債権競合的な諸課題の解決でもある気がする。詳しくは後述したいが、要するに流動資産担保化において債権の種類（包括的な）譲渡たる将来債権譲渡とそれに伴う予めの対抗要件が行われるからこそ対抗要件が機能すれば（公示問題、後述）二重譲渡をはじめとして競合的な摩擦の防止に随分寄与すると思われ、物上代位を認めても差し支えないと考えられる。

このように流動資産担保化における目的物補充方法の物上代位及び将来譲渡は流動資産担保化を可能ならしめる。例えば将来財産譲渡さえ可能なら流動資産担保化も実現可能であると考えられる。従って将来財産譲渡法理、物上代位法理、また将来財産譲渡及び物上代位が共に伴う公示問題が流動資産担保化の最前線にあることが明らかになる。これは流動資産担保化がやや未発展であるがこれから促進させようとするような日本¹⁰にとって重要かもしれない。

ここで目的物補充及び公示に関する根本的な課題の一つは将来財産譲渡・物上代位の法的構成に鑑み、流動資産という目的物に対して担保権がいつ生じるかということである。つまり担保権は例えば倒産における否認の関係で、また他の権利者という競合等において目的物枠内の流動資産（将来財産、及び将来できる代償物等）に対する対抗力がいつ「生じる」かということである。具体的に担保権設定時において将来財産・代償物に対して担保権が生じ、対抗力を確保できるか。これを肯定するのは日本の所謂強い集合物論、浮動担保に関する処分権授与説、アメリカ・カナダの人的財産担保化制度である。そこで担保権

⁸ 一般的に「中小企業金融と債権流動化 中小企業庁報告書を契機に」特集、ジュリスト1201号参照。

⁹ 中小企業債権流動化研究会（経産省、中小企業庁）最終報告書、p43，特にp49参照されたい。

¹⁰ 中小企業庁報告書は主に債権を引当とする資金調達を扱うが、流動資産を引き当てとする担保化も促進すべきことも示唆する。

成立時における対抗力を肯定するとすると、対抗要件を含んでその法的構成はどうか。それとも流動資産の流動的な性質（財産が企業に搬入してきて「取得」されてもなお営業過程において処分可能なため対抗力を認めるところではない）及び公示問題からして将来財産譲渡等を否定すべき、担保権が実行され、流動が止まり、目的物が最終的に特定されると初めて対応力が生じるであろうか。この立場として日本の所謂修正集合物論、浮動担保に関する将来財産担保化説が挙げられる。ここで日本及び英豪における説の分かれ方が類似することが分かるが、この議論を第二章において進めたいと思う。

そこで、終始論文は流動資産担保化の実現可能性を探るため先ず日本及び英豪の将来財産譲渡法理と物上代位法理をそれぞれ検討して、その比較を試み、将来財産譲渡及び物上代位の法的構成に鑑みてそれぞれ将来財産及び代償物に関する対抗力がいつ生じるかを検討するものである。その方向で将来財産譲渡及び物上代位を承認するために公示が非常に大事な役割を果たすと思われるが、論文は流動資産担保化における公示問題も取り上げて検討する。さらに将来財産譲渡の法理と法的構成に関する検討は各国の形式的に異なるがいずれも将来財産を当てにする目的物補充方法を比較する土俵ともなると思われ、この趣旨も含めて将来財産譲渡法理の比較を試みた。以下に論文で取り上げた将来財産譲渡及び公示に関する考察を要約してみたいと思う。

将来財産譲渡

通常之物権変動・財産譲渡の法的構成を大きく意思表示と対抗要件との段階に分けることができるであろう。各国を通じて例外を除いて原則として意思表示（国によるが意思表示に加えて書面、約因も求められるケースある。民法は意思主義が物権に関しては176条）で財産権の移転が有効に成立するが一定の「第三者」（民法上動産に関して178条、債権に関して467条1、2項）に対抗する（対抗力の）ために所謂対抗要件主義の傾向が見られる。これは民法上の立場であるし、また流動資産担保化に関してはアメリカ及びカナダの所謂人的財産担保化制度上の立場でもある（attachment と perfection の区別が採用され、attachment は意思表示・意思主義に相当し、民法ごとく対抗する必要がある「第三者」概念を含み、つまりかかる「第三者」の範囲以外 attach のみで対抗力が認められる。他方 perfection { 方法として登録、占有移転、無体財産に関して認明方法類似の所謂コントロール } は対抗要件・主義に相当する）。この意味では日本とアメリカ・カナダの立場は相互的な類似が強いと思われる。

この日本とアメリカ・カナダとの相互類似なのに対して英豪法上、同一財産が同時にエクィティ上及びコモンロー上の対象になり得るケースが多い¹¹。エクィティ上の譲渡は原則的に対抗要件主義が採用されない¹²。しかしエクィティ上の債権譲渡に関しては債務者への通知という形で対抗要件主義が採用されるケースもある¹³。しかし同じ財産をコモンロー上譲渡するために原則として対抗要件主義が採用されることが多い。従って原則として英豪では意思表示（及び書面、約因）で財産権がエクィティ上移転し、意思主義がほぼエクィティ上の譲渡に相当し、そして対抗要件を具備すれば同財産に関するコモンロー上の財産権が移転することが多く、コモンロー上の譲渡が対抗要件主義に相当すると、原則として理解できる気がする。この意味では英豪法も日本、アメリカ及びカナダの意思主義と対抗要件主義派にも属すると理解できなくはないであろう。

しかし譲渡の目的物が将来財産の場合、譲渡がなお意思表示と対抗要件段階を含むが、それらに加えて目的物が未だ将来、つまり未だ譲渡人の帰属にはないことも配慮する必要がある。そこで目的物が譲渡人に取得されることが譲渡の成立及び対抗力の前提条件で、譲渡人による目的物取得なしで譲渡の成立及び対抗力が生じ得るかという課題が克服されなければならないのであろう。もちろん目的物取得なしで譲渡は履行不可能である。しかし譲渡は意思主義の下で意思表示をもって成立するが未だ履行不可能たる効力を有しないと解してもいいと考えられ、実は将来財産譲渡を認めるために譲渡における成立と効力発生

¹¹ しかしいつもその限りではない。一般的に Meagher, Gummow, Lehane, Equity: Doctrines and Remedies, (1992) Butterworths, Sydney, を参照されたい。

¹² 原則としてエクィティ上の将来財産譲渡は目的物が将来ということが関係なく、成立とともに完全に生じると解される。例えば Holroyd v Marshall 事件 (1862) 10 HLC 191 Lord Chelmsford 参照、また同点で Pennington, RR, “The Genesis of the Floating Charge” (1960) 23 MLR 630, at pp635-6。しかし目的物がそもそも取得されない可能性があるから、譲渡が成立とともに完全というよりも成立とともに対抗力が暫定的に生じるとも理解できるのではないと思われる。

¹³ エクィティ上の譲渡として信託に加えて通常の（完全な）譲渡と制限的な所謂チャージ式譲渡がある。そこで説が分かれるが完全な債権譲渡はダール対ホール原則たる対抗要件主義が適用されると議論する余地がある。しかし制限的な譲渡たるチャージなら対抗要件主義が採用されるかどうかは必ずしも明確ではないし、せめて流動資産担保化を図る浮動担保（フローティング チャージ）は特定及び対抗要件具備の無理からか、対抗要件はもともと求められていない。しかしチャージ式及びモーゲージ式担保権に関して対抗要件主義を採用する所謂会社チャージ登録制度（流動資産に対応するために緩い特定性要件たる登録事項（財産の種類、譲渡人等）とかかる事項に関する予めの対抗要件具備が可能）が特例法上英豪とも設けられるが、かかる登録制度は全ての担保権に適用されず、その場合はエクィティ原則が適用される。

の分離が必然的であると思われる。従ってそう解する有力な学説が日本に見られる¹⁴。つまり将来譲渡は意思主義において意思表示をもって有効に成立するが目的物が存在しないから履行不可能で、その意味で効力は未だ有しないということになる。

このように将来財産譲渡は成立、効力発生、対抗力・対抗要件という三段階的な区別・分析が望ましいと考えられる。しかし真の意味で将来財産譲渡においては（単に現存する財産を将来の時点で譲渡すると異なり）目的物に対する特定性がこの分離の可能性を左右すると思われ、後述する日本の債権譲渡法理ごとく高度な特定性を求めるならかかる分離が難しくなると考えられる。

かかる譲渡における成立と効力発生の分離は英豪法上（将来財産譲渡は特にエクイティ上一般論として積極的に認められ、かかる成立と効力発生の分離が見られる）認められるし、またアメリカ及びカナダの人的財産担保化制度上も認められる¹⁵。いずれも特定性要件が緩いことが興味深いであろう。

日本法に関して言えば債権は判例上かかる分離たる将来債権譲渡が一定の場合認められる。動産に関する将来譲渡は集合動産により、将来動産譲渡一般論があまり議論されないようである。日本の判例は将来債権譲渡において利害関係者の利益保護の名で高度な特定性を含む将来債権譲渡に関する「成立要件¹⁶」と理解できる要件が課されることが留意に値し、債権譲渡における成立と効力発生の分離の承認は一定のケースにとどまる。さらに言えば

¹⁴ 於保不二雄、「財産管理権論序説」（1995発行、昭和29年資料）有信堂高文社、その第二節「将来の権利の処分」、米倉明、「所有権留保の研究」（1997）p9脚注（5）。於保不二雄先生によれば、「将来の権利の処分」に関して財産権の処分の効果（効力発生）は譲渡という法律行為の成立時との時間的な分離が認められ、つまり成立時後例えば目的物が取得されたら譲渡の成立が所謂「追完」され得る（pp282-3、p297、299、300、327、参照）。しかも意思主義の下で将来の目的物関する譲渡の成立は十分に考えられる旨を説かれる（p285-6）。

¹⁵ attachment 要件として意思表示、書面、約因（エクイティ上の譲渡要件に由来すると推測が付く）に加えて「譲渡人の目的物に関する権利」という要件も課され、これが成立と効力発生の分離たる将来財産譲渡の可能性を妨げるようであるがそうは解されないよう（White and Summers, Uniform Commercial Code: Secured Transactions, 5th Ed, p756）である。またいずれにしても attachment と perfection が分離され、attachment 以前の perfection が認められるから perfection によって優先基準時さえ確保していればそれ以上法的構成にこだわることはないだろう。

¹⁶ 特定性要件（第三債務者、債権発生原因、債権額、将来発生期間の譲渡の始期と終期であり、最高裁平成11年1月29日、及び平成12年4月21日参照。当然ではなるがこの判例上の特定性要件は債権譲渡特例法上の登録事項とほぼ並ぶ気がする。また平成11年1月29日判決では将来債権譲渡に関する公序良俗要件及び債権発生確実性を問題とする所謂取引適格性要件も課されることも示唆される。詳しくは既述の道垣内弘人、ジュリスト1165号66論文参照。

民法は法律行為に当たる財産譲渡に条件（127条）を認めることによって将来財産譲渡一般論を認める道具を整備しているとも考えられる。要するに将来財産譲渡は基本的に将来目的物が取得されることを条件とする譲渡に相当すると考えられる。

将来財産譲渡における対抗力であるが、対抗要件主義において対抗要件はどうか、また対抗要件に基づく「第三者」に対抗できる地位たる対抗力は（下記対抗力を「いつ問題」とも呼ぶことがある）生じる時点がいつであろうか。対抗力は譲渡成立時に生じ（得）なければ真の意味での将来財産譲渡ではなくなることがいうまでもない。そこで日本民法、アメリカ・カナダの人的財産担保化制度が共通して対抗要件主義を採用するが、対抗要件主義において譲渡の成立時から対抗力を生じさせるために譲渡の成立に伴う対抗要件具備が必要であろう。つまり譲渡の成立時において目的物が未だ将来の間所謂「予め」対抗要件を具備することになる。

預めの対抗要件具備は最近日本の判例上将来債権譲渡において認められている¹⁷。また日本は動産に関しても「現存」する集合動産に対する譲渡成立時における占有改定の承認も預めの対抗要件具備と理解できる。英豪（対抗要件主義を採用する会社チャージ制度）もアメリカ・カナダも譲渡たる担保権設定時に伴う将来財産に対する預めの対抗要件具備を認める。

預めの対抗要件の具備であるが、具備する時点で対抗要件及び対抗力の基礎となる財産が未だ存在しない。従って預めの対抗要件に基づく対抗力は悪まで暫定的なものに過ぎず、将来、財産が譲渡人に取得された時点（目的物の取得）において対抗力が確定的になると解することが妥当ではないかと思われる。ここで一方対抗力が成立時から暫定的に生じることと、他方対抗力が目的物取得と同時に成立時に遡及すること（将来財産譲渡一般論の構築に寄与すると考えられる127条の条件付法律行為・譲渡と対抗要件との関連であるが、民127条3項は当事者の特約で条件成就の効果〔効力発生と対抗力と理解〕を遡らせることができる旨を定める）とは異なるところはないと考えられるが、どうか。

このように対抗要件主義は特に将来財産譲渡とは相容れない訳ではないことも明らかであろう。

しかし、将来財産譲渡一般論への抵抗としてかかる譲渡における公示が難しいことが挙げられる。流動資産担保化における目的物（価値）補充方法に関して特に日本の各説では公

¹⁷ 最三小判平成11.1.29は明確に述べていないが結論（未発生債権について預め対抗要件が具備された譲渡とかかる債権の差押債権者との競合事件）ではこれを支持している、道垣内、将来債権譲渡、p78。

示を問題とする主張が目立ち、後述する千葉説、道垣内説、伊藤（進）説を参照されたい。そこでこの流動資産担保化における公示に対する疑問を検討するために公示の機能とあり方に関して若干検討を加える必要があり、詳しくは後述する。

残る課題として日本は債権譲渡に関する控えめな姿勢の背後に民法467条上の債権譲渡における対抗要件具備たる第三債務者への通知は譲渡人の財務状態への疑問を湧かせ、譲渡人は信用を失う恐れを伴うということがある、と。従来その対策として譲渡自体（譲渡予約式）あるいは対抗要件具備を先送ることが行われてきたという。しかしいずれの方法も対抗力（債務者への対抗力たる抗弁事由の切断、また対外的な関係における対抗力）たる担保としての実効性を欠く。債権譲渡は通常の商取引としての定着が望まれる。

最後に流動資産担保化は将来財産譲渡（把握）のみでなく流動資産の将来譲渡（把握）、つまり目的物が譲渡人に取得されてもなお譲渡人たる担保権設定者の営業過程において処分され得ること（「処分権能」と呼ばれる）が将来財産譲渡・物上代位の法的構成をどう影響するかが課題である。具体的に将来財産が取得されてもまた処分され得ることは目的物取得と同時に譲渡の効力が発生すること

を阻害したり、成立時に生じる暫定的な対抗力が目的物取得と同時に確定的になることを阻害したり、するであろうか。これは第二章の方でより詳しく取り上げたい。

公示

各国共通して財産権一般の対外的な主張（対抗力）を認める要件として先ず公示しておくことを要求することが多く、言うまでもない。そこで公示の機能について言えば第三者（譲受人側の）保護たる取引安全のために財産権の存在を対外的に警告・知らせ、あるいは第三者（譲受人）が調査できるように知る道を整備しておくこと（公示のあり方による、後述）によって自ら競合しないように自己利益を保護する力を第三者に与えて初めて対外的に対抗することが認められる、と言っていいであろう。つまり原則として対抗力は公示という基本前提に立つ概念で、言い替えれば財産権の対抗力の前提条件が公示しておくこと、という風に対抗力と公示との相互関連を理解することができる。そこで原則として公示の手段は対抗要件と言っていいであろう。当然に対抗要件イコール公示とは必ずしも言えなく、対抗要件が公示の意義とは関係なく単に法律が求める要件に過ぎない場合も考えられる。

このように対抗力は前提条件が公示であるとする、公示が機能する範囲内財産権の存在が対外的に十分に知られ、取引安全が図られていることになり、かかる範囲が公示力であるとすれば、公示力に則って財産権の対抗力を認めるべきではないかと思われる。言い替えば公示力の範囲内対抗力が認められ得ると言っているであろう。これは流動資産担保化に関して言えば将来財産（代償物を含む）たる目的物に対する担保権の（設定・成立時から生じる）暫定的な対抗力を公示力の範囲内にとどめておくべきということになる。その次の課題として流動資産担保化において公示力がどの程度実現可能であろうか。その解は流動資産担保化における公示のあり方と実現可能な公示力に関する検討を必要とする。

流動資産担保化における公示のあり方であるが、流動資産は処分が予定されるから（処分権能）占有（債権なら取立権）を設定者に委ねる他なく、従って第一に非占有型担保化形態に当たる。第二に既述の通り特定が抽象的で、種類等以上特定・公示できない。従って具体的にどの財産（特にその量、質、具体的な内容）が担保化されているかを知るために譲受人側の担保権設定者・譲渡人へと直接調査する他ない。従って流動資産担保化における公示のあり方は譲受人側の調査に重点を置き、この譲受人による調査を基本とする公示仕組みを「調査公示」形態と呼びたい。しかし調査公示は単に譲受人側の調査のみではけしてなく、かかる調査を可能ならしめて調査を軌道に乗せるために担保権設定者・譲渡人側が担保権設定・成立時における財産の種類、または譲渡人自身の連絡先等を何らかの形で対外的に知らせるといふ風に簡易な「警告行為」を具備することによって譲受人側の調査を裏付けることが望ましい。かかる警告行為の最も典型的な例は恐らくアメリカ・カナダの人的財産担保化制度における簡易な登録制度（担保目的物たる財産の種類、譲渡人の連絡先がその重要な事項）で、要するに登録が具体的ではなくて譲受人の調査を助けるための最低限の情報に過ぎない制度である。流動資産なら現実的に譲渡人側からこれ以上情報を提供できないであろう。この警告行為はわずかではあるが、あるとないと公示力が随分左右されると思われ、非常に大事であると思われる。

他方、日本に関しては一方債権譲渡特例法上の登録事項の緩和によって同じく流動資産に対応できる「警告行為」的な登録制度が出来上がると思われるが、日本の債権譲渡実情に照らしてそうするために諸問題を解決する必要があることが既述の通りである。また簡易登録という形の警告行為制度を設けるなら調査公示に関する全体的な認識と対応も必要で、つまり調査公示とはかかる警告行為のみでなく、譲受人側の調査等もその基礎にあるという認識が大事であると思われる。

ちなみに日本民法上動産に関する占有改定の場合、また債権譲渡における第三債務者へ通知等の場合、譲受人側の調査に大きく頼り、調査公示形態に当たると理解する。かかる調

査を裏付けて軌道に乗せて調査に信頼性を与えるためにそれぞれ明認方法（流動資産担保化に関して伊藤眞説、千葉説参照）と債務者への確定日付証書による通知等という措置それぞれも警告行為に当たる、あるいはその側面も含むと理解できる気がする。このように譲受人側の調査自体と、担保権の存在及び効力を調査するにあたって手がかりとなる警告行為との組み合わせをもって公示力が実現される訳である。

しかし調査公示において調査及び調査を裏付ける警告行為にもかかわらず譲受人は警告に気付かない、あるいはそもそも調査しないとどうなるか。そこで調査公示に実効性を与え、ひいて公示力を実現するさらなる方法が必要となると考えられる。その方向で第一に徹底した対抗要件主義では競合に当たって善悪意を関係なく、対抗要件具備（公示）の順で優劣が決まることは、公示してある権利関係を「調べろ」、「調べなければ劣後されるよ」という制度で、これは例えば債権譲渡における通知の場合第三債務者への調査、簡易な登録の場合その閲覧それぞれを強いり、かかる調査・閲覧を強いることが公示力の実現に寄与すると言えるであろう。

第二に従来英豪（判例）法上（しかし現在は制定法上対抗要件主義の採用が多く、すると日本・アメリカ・カナダの対抗要件主義と類似の処理が見られる）担保権をはじめとする財産権の競合に当たって対抗要件の具備順位ではなく、財産権の性質（原則として成立時とは関係なくコモンロー上の権利がエクィティ上のそれに優先する）及び譲受人の善意・無過失取得（ここで権利外観法理における譲渡人帰責・有過失たるエストoppel法理も働く）を基準に優劣が決まる。すると公示（警告行為）してある財産権を調査することが期待できる場合における調査しないことが悪意・有過失とみなされ（このように有過失・悪意が擬制されることは *constructive notice doctrine* である）それで優先するはずのコモンロー上の権利でも劣後され得る。これは以上徹底した対抗要件主義におけると同様に先行する、公示してある権利の調査を強いる働きを伴い、それによって公示力の実現に寄与すると考えられる。

このように流動資産担保化において公示及び公示力は譲受人等の調査自体、かかる調査を裏付ける担保権設定者・譲渡人等による警告行為、またかかる調査を強いることという三点からなると考えられ、かかる公示力をもって担保権の将来財産に対する（暫定的な）対抗力が基礎される。

調査公示において仮に正しい権利関係が発掘されないとすると公示力が欠いてきて公示が機能しなくなってしまう。調査自体、調査を裏付ける警告行為、調査を強いることの三点からなる公示力は目的物たる財産の種類、設定者の営業形態等、様々な事情によって違ってきて一般論を展開することが難しいと思われるが、公示力を強化するならばかかる三点の

内調査を裏付けて軌道に乗せる警告行為の強化で対策が立つと思われる。そこで日本の集合動産譲渡担保についてであるが、調査と調査を対抗要件主義で調査を強いることのみ(警告行為なし)からなる公示力は判例の立場のようで、すると担保権の将来財産たる集合動産枠に対する暫定的な対抗力を認めるため不十分ではないかという疑問が生じるが、確かに取引安全はある程度即時取得制度(民192条)によって図られると言えよう。しかし即時取得を別として警告行為を整備して公示力を実現すればかかる疑問が克服されるかもしれない。この方向で日本の学説上警告行為として認明方法が提唱されることが多いようである。認明方法との関連で第二章で取り上げる千葉説を参照されたい。またアメリカ及びカナダごとく不特定性・将来財産に対応できる簡易な登録制度の設けも考えられなくはないし、これは債権に関して債権譲渡特例法上の登録事項の緩和で実現可能であろうが、日本の事情に鑑みて克服する諸問題が存在することが既述の通りである。

調査公示が正しい権利関係を抽出しないという最悪の場合、第三権利取得者が調査した(正しくない)権利関係の信頼を保護し、善意・無過失取得を認めること(取引安全)か、または真の権利者を保護すること(静的安全)か、という困難な法政策的な価値判断を迫られる。

流動資産担保化におけるさらなる課題として目的物が以上の補充方法を通して把握されてもなお設定者の営業過程における処分権能に基づいて処分され得るとということが挙げられる。この担保権設定者が留保する目的物を処分する権限たる処分権能は目的物の各補充方法(将来財産譲渡、物上代位)をいかに影響するであろうか。具体的に目的物が企業に搬入・取得されても未だ処分され得る間は担保権の対抗力及ぶかという問題である。アメリカとカナダは対抗力をはっきりと肯定する。しかし英豪及び日本はここが説が分かるところであるが、英豪及び日本における説の分かれ方とその根拠が非常に近いが、詳しくは第二章で取り上げたいと思う。

物上代位

物上代位は代償物という将来財産を把握する意味で事後取得財産機能たる将来財産譲渡と大変類似し、同様な課題が生じると考えられる。例えば物上代位は法的構成がいかなるものか、法的構成に鑑みて担保権設定時を基準に代償物に対する担保権の暫定的な対抗力の承認、その関連で代償物に関する公示問題等が挙げられる。

先ず物上代位に関する法的構成説であるが、第一に代償物に関する担保権の成立、効力発

生、対抗力が本来の目的物のそれに服従するとする日本の特定性維持説がある。民法304条は物上代位に当たって代償物の「払い渡し、または引き渡前に」差押を要件とするが特定性維持説ではこの差押要件は本来の目的物と代償物との識別性たる特定性以上の意義がなく、つまり公示としての意義がないとすると理解する。かかる説は最近の最高裁判決に支持を得ていると思われる¹⁸。また、特定性維持説ごとく担保権が「自動的に」代償物に及ばずに、むしろ担保権者側から代償物に担保権の効力を積極的に及ぼす行為が必要であるとする立場もあり、この立場がさらに二つに分かれる。すなわち第二に担保権設定・成立時における、代償物に対する予めの対抗要件具備の仕組みを設けるアメリカ・カナダ制度を挙げられる。つまりまるで将来財産譲渡ごとく代償物に対する対抗力が予めの対抗要件具備に基づいて成立時から暫定的に生じると理解できる。第三に、民法304条の「差押」要件を狭く解釈し、差押に高度な公示及び特定性意義もともに含まれるとし、代償物が生じた時点において担保権者による差押という公示・対抗要件（警告行為とも理解可能？）が必要であるとする日本の競合債権者保護説がある。かかる説では担保権の代償物に対する対抗力が差押時点から初めて生じると理解し、公示を徹底する反面、担保権としての実効性が欠いてくると言わざるを得ない。

それから物上代位と公示であるが、爾後取得財産ごとく代償物も将来発生するが、爾後取得財産とは異なって種類が決まっていない。物上代位認められる代償物の範囲によるが、文字通り価値を追求していくから目的物の処分が生じる代償物は売掛債権、小切手、手形、現金、代物弁済（下取り）といった様々な形となりうる。そこで代償物の公示はどうか、また公示力はどれほど実現可能かが課題である。

将来財産譲渡たる爾後取得財産機能と同じく担保権の成立時から生じる暫定的な対抗力を認めなければ担保としての実効性が欠いてくるが、そのために代償物に関する調査公示は第三者・譲受人による調査、調査を裏付けるために代償物に関する警告行為、及び調査の義務付けという三点からなると考えられる。そこで公示力の実現に重要であると思われる警告行為は物上代位の法的構成説別に何かということ第一に特定性維持説では警告行為が本来の目的物の公示自体と物上代位に必然的な本来の目的物と代償物との識別可能性からなる。特定性維持説では、はたしてこのような警告行為で公示力が十分に実現され得るであろうか。既述ごとく調査公示において警告行為が大事であるが調査公示の全てではないので、譲受人の調査及びその調査を強いることも考えれば公示力が必ずしも不十分な訳ではないし、なおこの立場は最近判例上指示を受けているようである¹⁹。もちろん疑問の余地は

¹⁸ 大阪高裁、平成10年2月10日判決、参考文献と決定自由は金融法務事情1520号49。

¹⁹ 大阪高裁、平10、2月、10日、参考文献と決定理由は金融法務事情1520号49参照されたい。

ないとは言えない。第二にアメリカ・カナダでは担保権設定時における予めの代償物に対する簡易な登録仕組み（代償物の種類の予めの登録）に当たり、登録という警告行為のおかげで公示力に関する疑問の余地が少ない。第三に代償物が生じた時点において本来の目的物に対する公示・対抗要件に加えて差押という形での「追加」公示・対抗要件具備たる警告行為が競合債権者保護説に求められ、公示力に疑問の余地はないと言えよう。

物上代位の承認は包括的な担保権につながる訳ではなく、本来の目的物との識別がある代償物（つまり本来の目的物の価値が変形した代償物）に対してしか物上代位できず、日本物上代位法的構成説における特定性重視がこれである。しかも物上代位できる範囲は当然い被担保債権の限度に限られる。かかる価値はもともと他の債権者が期待できる価値ではないから債務者たる担保権設定者の財務状態に変化をもたらさなく（内田貴、民法III参照）それで物上代位を認めて差し支えないであろう。しかし物上代位は担保権の効力をあまりにも包括的にするものとする立場（私は賛成しないが）もあると思われ、そこで物上代位の効力を制限しようと思えば物上代位できる代償物の範囲を制限して歯止めをかける手があり、アメリカ及びカナダではこれが（特に所謂売買代金債権担保権 *purchase money security interest* について）見られる。

第二章：爾後取得財産機能に関する法的構成説：個別財産の将来譲渡、及び枠・集合物自体の譲渡

ここで日本とオーストラリアの流動資産担保化における爾後取得財産機能に関する判例及び学説上の法的構成説（日本は集合物譲渡担保、オーストラリアは浮動担保）を取上げたいと思う。将来財産譲渡法理と法的構成の検討に照らして各法的構成説に関して目的物の譲渡（浮動担保は個別財産の将来譲渡、集合物譲渡担保は枠・集合物自体の譲渡）たる担保権の成立、効力発生、対抗力がいつ生じるかということを検討したい。またそれらに影響し得る公示と特定性と処分権能に関する考え方を各説ごとに明確にしたいと思う。特に対抗力が確定的に生じ、ひいては完全な財産権・担保権が生じる時点は対外的関係における競合を左右すると思われるから非常に重要なポイントだと考えられる。

枠・集合物自体の譲渡

日本の判例

日本の判例は流動財産の集合体（集合物）は一個の独立した「物」を構成し、従って所有権の対象となり得ることが認められ、すると譲渡担保権の目的物となり得るとされる。この集合物概念は動産に対してしか認められないようであるが、対抗要件問題を克服すれば動産に限る理由がなく、例えば債権にも当てはまらない理由がないであろう。ゆえに以下に一般論として話を進めたいと思い、「集合動産」よりも「集合物」、集合物内の財産を指すために「個別動産」よりも「個別財産」という言い方を使っていきたい。

判例上集合物は集合物を構成する個別財産の所有権が独立的に認められるのではなく、むしろ個別財産が集合体の構成部分と解され、集合体と融合する以上、一物一権主義に抵触しないが有体物主義は危ないと言わざるを得ない。個別財産が集合物の構成部分がゆえ担保の目的物に当たり、集合物譲渡担保の拘束を受け、追求効が設定者の処分権能の範囲外認められる。しかし判例は集合物の承認に精一杯で、処分権能の基礎等に関する理論をあまり展開していないようである。

判例が要求する集合物に対する特定性であるが、大まかに場所、量及び種類という三点組合せをもって目的物の「枠」を定めれば、特定性が十分とされることが多いようであるが、場所をなくして量と種類のみで特定性が高いならそれでいいと解する判例も学説²⁰もあるし、また場所のみの指定でかかる場所内一切の財産という場合でも特定性あると解する判例もあるという²¹。しかし判例上特定性たる集合物自体、ひいては集合物譲渡担保権の承認が法政策に左右されることがよく指摘され、具体的に当事者の利害調整のため特定性要件が拡大されたり（正常の集合物譲渡担保の場合）、縮小されたり（所謂駆込み型、倒産に瀕する債務者に設定が強制される集合物譲渡担保等）して、特定性が道具概念として利用されることがあるから特定性を論じる意義が必ずしも高いと思われない²²。ちなみに判例が挙げるこれらの特定性に関する基準に多くの学説が順じている²³。

他方、公示と対抗要件に関しては集合物という「枠」、一個の財産に対する予めの占有改定で足りるとというのが判例の立場で、つまり個別的な財産に対して特定性のみでなく公示も直接要求されない。抽象的な枠に対する予めの占有改定という公示・対抗要件方法で公示

²⁰ 「担保物権法」道垣内弘人 1990、p 283、n*。

²¹ 一般的に千葉、「集合動産譲渡担保の効力」(1)判例タイムズ No 756 (1991.7.15)(千葉)参照。

²² 千葉、p 34。

²³ 道垣内は場所をなくして高度な量と種類特定のみでいいとするし、また千葉はせめて場所と種類を要求するが、後述したいと思う。

力（後述）が一旦随分弱く見えるが、しかし後述するように必ずしもそうではない。また判例は公示・公示力に関する議論にあまり立ち入らない（しかし後述する千葉説は判例が公示として「集合物としての同一性」ということを求めると指摘する）。

判例と「いつ」問題だが、集合物が設定契約たる成立時点において現存するから成立、効力発生及び対抗力、またこれらの基礎をなす特定性と公示は全て集合物に対してなされ、従って効力発生と対抗力が成立に服従して設定とともに直ちに生じ（あるいは生じ得り）従って成立とともに完全な担保権が直ちに生じる訳である。個別財産の将来譲渡におけるごとく目的物がまだ取得されていないため効力発生がまだ、対抗力が暫定的ということが問題とはならない。なお、比重が現存・流動しない枠に置かれるから個別財産に対する処分権能（取得されても処分権能に基いてまた処分され得ること）が効力発生、対抗力、従って財産権たる担保権が直ちに生じることを妨げない（つまり実行まで効力発生と確定的な対抗力が先送られない）。このように集合物という現存する、特定、流動しない、一個の物のおかげで将来財産譲渡理論の困難さが回避されるが、有体物主義が犠牲にされる。しかし集合物という財産枠の譲渡は枠に該当する、将来搬入してくる財産の将来譲渡を実質的に意味すると言わざるを得ない。それで枠・集合物は将来財産譲渡法理の困難さを回避しつつ将来財産譲渡を実現するための道具と理解する。

ちなみに判例の立場は必ずしも譲渡担保に関する所有権説に限ると思われぬ。つまり仮に担保権説に立つとしても集合物理論が崩れる訳ではないと思われる。単に集合物所有権が担保設定者に留保され、かかる集合物に対する制限物権たる担保権が担保権者に移転することになる。結局集合物論は所有権説でも担保権説でも十分に成り立つと思われる。しかし日本の判例・慣習法上の制限物権理論（担保権設定者の受戻権、清算義務に基づく権利を物権的に構成すること）の未発達が集合物論に関する担保権説の短所であろう。この集合物論に関する担保権説の点について後述したいと思う。

日本：学説上の集合物論

米倉

米倉教授は日本における集合物譲渡担保理論の発展に大いに貢献されている。米倉は判例と同様に集合物という一個の物、ひいては所有権（米倉教授は譲渡担保につき所有権説を前提とする）を認める。しかし判例とは異なって集合物自体と集合物を構成する個別財産を

場合によって独立したものと見る。要するに集合物内の個別財産は集合物の「一部」だがまた独立した地位も持つ、所謂「二面性」がある²⁴。より具体的に個別財産は集合物の「一部」で²⁵、集合物を通して担保の拘束を受ける²⁶が、集合物の「構成部分」ではない²⁷と米倉教授は主張し、判例ごとく個別財産が完全に集合物と融合せず、集合物のみが譲渡担保の目的物となり、個別財産は目的物でない、と。しかし米倉によれば集合物譲渡担保の目的物は個別財産ではなく集合物自体だから担保が集合物の譲渡からなり、従って担保権の成立、効力発生、対抗力（判例と同様に対抗要件が集合物全体に対する予めの占有改定）特定性、公示が個別財産ではなく集合物の譲渡に関するものであり、結果としては判例の立場と殆ど変わらないと思われる。

米倉：二面性の根拠

省略

米倉と公示

省略

米倉と「いつ」問題

省略

米倉と財産法の改正

省略

²⁴ 米倉、譲渡担保の研究、p 127。ちなみに日本で最初に集合物論を紹介した我妻教授もこのように集合物の所有権と個別財産の所有権を分離させているが、米倉の方がこの理論を徹底的に展開するからこのペーパーでは米倉に集中し、殆ど我妻には触れないこととする。

²⁵ 米倉、譲渡担保の研究、p 127。

²⁶ 米倉、譲渡担保の研究、p 114。

²⁷ 米倉、譲渡担保の研究、p 127。

集合物論：近時の推移 修正集合物論

近時の学説は米倉・判例らしい集合物論が例えば目的物の不当処分にあたって導く個別財産への追及効をはじめとして、強い効力を利害関係者（一般債権者、第三取得者等）との調整という趣旨で弱める²⁸べし、米倉・判例らしい集合物論を修正しようとする姿勢を示す。そこで近時の学説において集合物らしい枠・容器という特定方法（流動資産に関しては特定方法としてそれしかない）も維持されてはいるが、かかる枠・容器とそれを「構成」する個別財産とを完全に切離し、実行あるいは固定化（後述）という最終特定段階以前は目的物が「空の枠」に過ぎず、担保権が一切個別財産には及ばない、と。言い替えれば仮に成立とともに暫定的な対抗力が生じているとしても目的物が取得されてもそれが確定的にならず、実行・固定化までは確定的にならないし、効力も実行・固定化以前は発生しない。この所謂弱い・修正集合物論説は千葉説という例外を除いて近時有力（道垣内説、伊藤進説）になりつつある気がする。

道垣内説

省略

道垣内と対抗力

省略

伊藤進：価値枠説

省略

千葉説

まとめて言うと千葉は有体物主義を緩和し、判例ごとく枠たる集合物に個別財産が融合する（強い集合物論における二面性を採用しない）と解し²⁹、従って現存する枠に対する譲渡

²⁸ 道垣内弘人、「担保物権法」（1990）三省堂、p 280。

²⁹ 千葉、「集合動産譲渡担保の効力」（1）判例タイムズ No 756（1991.7.15）（千葉）。

になり、将来財産譲渡における成立、効力発生、対抗力の分離を問題としなくてもいい。処分権能の根拠として当時者の合意による、と。

千葉と公示

枠に対する爾後取得財産権能・譲渡の公示だが爾後取得目的物に対して担保的効力を及ぼすことがある他の民法上の制度たる工場抵当権（設定後付属される機会等）及び抵当権（設定後付属される従物）の制度との類推から、爾後取得財産へと効力を及ぼすために公示が必要であると主張する³⁰。そこで判例と強い集合物論ごとく爾後取得財産に対する公示は枠に対する予めの占有改定によることが一般的に財産権を認めるために不十分であると道垣内と同様に認識する。そこで占有改定をもって爾後取得財産に担保権の効力を及ぼすには公示・公示力が十分であるように、判例は爾後取得財産が「集合物としての同一性」を保つ必要があると判じる方向で、千葉は集合物に個別財産間の客観的経済的結合・一体性、及び場所的近接性・一体性を要求する³¹。つまり爾後取得財産は集合物という枠との客観的な、場所的あるいは経済的つながりがあれば占有改定でも公示が十分であると千葉は主張する。

ここで千葉は黙示的に認識しているのが公示力であると思われ、つまり公示力が十分かどうかということである。後述するが公示力に関して財産権の対外的効力（対抗力）が公示力の範囲内でしか認める訳にはいかないことが千葉に認識されていると思われる。なぜ集合物は客観的な、場所的あるいは経済的なつながりを伴えば占有改定で公示が十分かというと、これらが第三権利取得者側の調査（ここで調査が公示の役割を果たすと思われ、これを以下に「調査公示」呼ぶが、より詳しく後述する）を可能ならしめ、まして占有改定枠組みにおいてかかる第三取得者の調査を最高限度で可能ならしめ、従って公示力を最高限度で保つからであると思われる。

他の論者は財産権の承認と公示・公示力を結び付けるが、具体的に財産権が認められ得る範囲を公示力の具体的な範囲と結付け、その上で公示のあり方に鑑みて公示力を解明しようという検討があまり見当たらない気がする。千葉はこれらの課題に取り組む点で高く評価すべきであると思われ、この点、千葉説は所謂調査公示の発達しているアメリカとカナダ

³⁰ 千葉、「集合動産譲渡担保の効力」(1)、pp 41 - 2。抵当権設定後目的物に付属される従物に対して抵当権の効力が及び、また工場抵当権に関して抵当権設定後付属される機械等に抵当権が及ぶことを挙げ、かかる効力は抵当権の本来の登記による公示に基礎付けられる。

³¹ 千葉、p 42。

の人的財産担保化制度と類似する側面がある。しかし千葉は残念に詳しくは公示のあり方と公示力の話を展開されていない気がする。

また、比較法的観点から大変面白いのは日本の学説では爾後取得財産機能は将来財産譲渡と捉えられないということである。千葉も将来財産譲渡とは構成しないが、爾後取得財産が集合物になぜ服従するかと問い、附合という軸から爾後取得財産権能を捉えることが英豪法上の爾後取得財産に対する将来財産譲渡的構成と似てくると思われる。

石田（債権）説

省略

分析論

省略

浮動担保法的構成説との比較

浮動担保に関する法的構成説は大きく分けて二つの派に分かれる³²。二つとも流動資産担保化において個別財産がそれぞれ譲渡されると説き、目的物が現存しない場合将来譲渡となると説く点で共通する。エクィティ上の将来財産譲渡は前述ごとく目的物取得がない間、譲渡の成立とともに暫定的な対抗力を生じ（またエクィティ一般原則とは別に流動資産担保権に関して会社チャージ登録制度上予めの登録たる対抗要件具備が認められる）、この点で対立はないが浮動担保に関する法的構成説の二派が対立するのは目的物が取得されたらかかる暫定的な対抗力が確定的になるかどうかという点、つまり取得されても目的物が処分権能に基づいてまた処分され得ること（処分権能から生じる不特定性）の処理という点であると思われる。要するに日本判例と後述するアメリカ・カナダごとく処分権能から生じる不特定性が克服されておらず、法的構成に影響すると解される。

具体的に第一に所謂将来財産担保説（*mortgage of future assets theory*）がある。この派に属する学説と判例は流動的な目的物の流動が止まり、目的物が特定され、確定的に担保

³² Pennington, RR, “The Genesis of the Floating Charge” (1960) 23 MLR 630。もちろん、派ごとに説が若干分かれる。

の対象とされるまでは譲渡・財産権（効力発生を認めない、対抗力は既述ごとくエクィティ上の譲渡だから暫定的に成立とともに生じると見ることができ、従って効力発生も遡及する）を認めるわけにはいかないと主張する。つまり目的物が流動し、処分され得る間は債権的な地位しかない、と³³。目的物の流動が実行・{自動}結晶化（固定化）によって止められた時点ではじめて目的物に対する財産権たる担保権が完全に生じる（効力が発生すると同時に遡及する、対抗力が確定的になる）と説かれる。

英・豪において浮動担保に関する集合物論説がないか。浮動担保とは目的物たる個別財産それぞれの将来財産譲渡からなると解されるが、一物一権主義が採用されず、唯一の担保権で複数の目的物を担保化できるから集合物論に見えるかもしれないが。日本の判例と強い集合物論ごとく個別財産がとても枠とは融合しないが、仮に制限財産権主義の下で、しかも目的物取得以前暫定的な対抗力を前提に、米倉らしい一物一権主義違反（二重所有権）とは逆に複数の個別財産が一個の（制限財産権）担保権の対象となれる意味では、一種の集合物論なのか。それとも集合物論よりも一物一権主義の不採用と成立に服従する予めの暫定的な対抗力のおかげで集合物に見えるに過ぎないのか。

将来財産担保説は日本でいう修正・弱い集合物論と大変類似すると考えられる。しかし将来財産担保説では公示が不十分だから暫定的な対抗力が確定的にはならない、つまり財産権が認められないという訳ではないことを留意して頂きたい。浮動担保はエクィティ上の担保権で、エクィティはもともと対抗要件を求めないし、公示不足で財産権・担保権を認めないことはせめて従来あまり考えられない。反面競合において効力が比較的弱いことは既に述べた。

もちろん、制定上エクィティ上の財産権・担保権にも適用される公示・対抗要件制度が主に20世紀に入ってから現れてきて、例えば英・豪の所謂会社チャージ制度を挙げることができる。かかる登録制度は真の意味での担保権（設定者からの財産権移転）しか対象でないし、登録が担保権の法的構成を一切左右しないから、例えば将来担保権説に立てば登録・公示にもかかわらず実行までは担保権・譲渡がない。しかしもちろん会社チャージ登録制度は公示という趣旨があり、担保権の対抗要件、ひいては対抗力に関して規制はするが、それはオーストラリアとイギリスの立場が異なる。イギリスでは登録しなければ担保権者は会社の他の一般債権者に対抗できなくなり、公示の役割が大きい。しかしオーストラリアでは登録しないことは他の担保権者への対抗はできないが一般債権者に対抗できるとされ、担保権者同士のための公示制度に過ぎない。しかし登録が浮動担保の効力発生に関して規定しない以上、対抗力が例えば将来財産担保説では実行・固定化まで暫定的に生じるに過

³³ “Mere Equity”, “Equity”, “Personal Equity” という言い方をする。

ぎない、日本の将来債権譲渡ごとく予めの対抗要件具備仕組みに過ぎないと理解する。

処分権限授与説

他方、所謂処分権限授与説（licence）説もある。この説では、設定契約時点で直ちに流動的な目的物に対して物権・財産権が生じるが、処分権能から生じる不特定性のため、かかる担保権は完全なものではなく、処分があることを解除条件とする財産権・担保権ということになる。つまり将来財産担保説と一緒に処分権能から生じる不特定性のため目的物が取得されても完全な財産権・担保権が認められないが、解除条件付譲渡という処理は将来財産担保説と随分異なる。

集合物譲渡担保と浮動担保との類似性

日本の学説は分析論を別として流動資産担保化とは枠・集合物の譲渡からなると解する。判例と場合によって強い集合物論ごとく集合物・枠のみに着目すれば枠が現存するから将来財産譲渡までもなく、既存、特定財産譲渡ごとく譲渡の成立、効力発生、対抗力ともが直ちに枠に対して生じ、従って担保権者にかかる枠に対して財産権・担保権が直ちに認められ、地位が強い。他方浮動担保では個別財産が将来譲渡の対象とされると解されるが、かかる将来譲渡は成立と効力発生（目的物取得）が分離され、成立とともに暫定的な対抗力が生じ、目的物が譲渡人・担保設定者に取得されたら効力発生（遡及）も確定的な対抗力（処分権限授与説）も生じると解される。すると集合物論でも浮動担保処分権限授与説でも目的物が取得されたら担保権・譲渡の成立に服従する確定的な対抗力が生じ、実質的に両者に差が少ない。浮動担保処分権限授与説ではかかる対抗力が解除条件にかかっているとは言っても集合物譲渡担保でも目的物が処分権能に基づいて処分されたら同様に担保の拘束から開放される。

また集合物という現存財産枠の譲渡は結局枠に該当する、将来搬入してくる財産の将来譲渡を実質的に意味すると言わざるを得ない。それで枠・集合物は将来財産譲渡法理の困難さを回避しつつ将来財産譲渡を実現するための道具であると理解すれば、集合物譲渡担保と浮動担保との実質的な法的構成には相違が非常に少ないと言わざるを得ない。しかも個別財産に関する対抗力たる完全な担保権が生じる時点が変わらないことも考えれば、両者は同じ問題を違った角度から見ているに過ぎない、形式的に異なるに過ぎないことが分かる。

他方処分権能のため実行、または固定化・結晶化まで効力発生も確定的な対抗力も生じないとする浮動担保将来財産譲渡説及び日本の修正集合物論という立場も、また実質的に同様であると考えられる。しかも特定性（修正集合物論と浮動担保）または公示不足（修正集合物論）が何らの方法で十分に備えれば実行または固定化・結晶化まで効力発生も確定的な対抗力を先送らなくもよし、日本判例・強い集合物論と浮動担保処分権能授与説との差が消えてゆくであろう。

第2章少括

流動資産担保化における爾後取得財産機能に関する法的構成は日本では集合物という枠自体の譲渡、英豪では個別将来、流動的財産の譲渡とそれぞれ解され、形式的に随分異なる構成を取る。例えば日本は強い集合物論と判例・千葉ごとく集合物を認めるために有体物主義を緩和するのに対して、浮動担保は一物一権主義（複数の財産対象の一個の財産権）の方を緩和する。しかし流動資産担保化は財産類の譲渡・担保化なのでこれらの原則のいずれかを緩和しなければならないと考えられる。日本分析論的な構成では個別財産の譲渡とはいえ流動的な目的物の特定として財産の種類が欠かせなく、また民127条の条件付譲渡において予めの対抗要件・成立に暫定的な対抗力を認めるのが可能、さらに処分権能のため譲渡が解除条件付譲渡になるという風に理解する限り浮動担保に関する処分権能授与説と異なるところがないであろう。

集合物論と浮動担保とが実質的に大変類似するところがあると思われる。要するに両者は処分権能の処理が厄介な課題を生じるし、処分権能（及び修正集合物論は公示不足）のために譲渡の効力も対抗力も実行、固定化・結晶化まで先送る処理（修正集合物論、浮動担保将来財産担保説）も、処分権能にもかかわらず目的物取得と同時に譲渡の効力も確定的な対抗力も生じるという処理（日本判例・千葉、強い集合物論、浮動担保処分権能授与説）も日本の集合物論説の中でも英豪の浮動担保説の中でも見られ（米倉の二面性、処分権限授与説の解除条件付譲渡という風に処理が若干は異なるが）、また日本と英豪のそれぞれの二派の処理方法が実質的に同一の効果を得られる。

日本では近時集合物論では枠内の個別財産に対する特定性と公示が不十分であるから批判される傾向がある。個別財産の特定性と公示により「忠実な」姿勢であたかも個別財産に対する将来財産譲渡におけるごとく個別財産に着目し、従来の通説たる強い集合物論及び

判例の立場を修正し、個別財産に対する不特定性、公示不足のため効力発生及び確定的な対抗力を実行・固定化まで先送る傾向が近時日本の学説上目立つ。しかし日本近時の学説が指摘するほど流動資産担保化における公示と特定性が弱いものかのであろうか。公示と特定性を何らの形で十分に備えることができれば効力発生及び確定的な対抗力を実行・固定化まで先送ることはないであろう。

結論

流動資産担保化は将来財産の把握とそれに伴う様々な困難なところがある。しかし対抗要件たる公示方法を流動資産の特徴に対応させれば公示力を十分に実現し、ひいて将来財産に対する担保権の対抗力を認め、流動資産担保化を促進してもいい気がする。流動資産担保化の法的構成及びあり方は国によって実質的に大変類似するところがあると思われる。これらの類似の認識及び理解は各国における流動資産担保化の促進につながると考えられ、今後の研究を期待したい。