

ドイツ法における 「通常の経営の範囲」に関する覚書

池 田 雅 則

はじめに

近年わが国においては、不動産を対象とする担保手段を中心にした担保取得だけではなく、動産や債権をも対象とした担保取得も拡大してきている。典型的には、ABL (Asset Based Lending) と呼ばれる手法の導入¹⁾であり、制度上は、動産債権譲渡特例法によってそのような動きは支えられてきた。しかし、動産や債権を対象とする担保の場合には、その対象財産の処分可能性ないし取立可能性を債務者ないし設定者（以下、両者をあわせて「債務者等」と呼ぶ）に認めておく必要があることは、近年の議論においても承認されている²⁾。なぜなら、もしそのような処分可能性や取立可能性が債務者等に認められないのであれば、債務者等はその経営を継続することができず、ひいては担保適格資産を保持したまま経営破綻しかねないからである。他方で、単純に債務者等に担保となった資産の処分や取立を認めるならば、担保権者にとって必要な担保適格資産が失われ、いわば担保の「空洞化」が生じることになる。そうであるとすると、どこまで債務者等による担保対象財産の処分ないし取立を承認し、どこまで担保権者の利益を保護するのかが問題となる。この点に関して、集合財産担保の領域では

1) ABL に基づく融資については、たとえば、中村廉平/藤原総一郎「流動資産一体型融資（アセット・ベースド・レンディング）の検討」金融法務事情 1738 号 52-61 頁（2005）などを参照のこと。

2) このような観点から、ABL において債務者の経営の自由を重視して、従来の担保権とは異なる担保として、新たな動産・債権担保を把握しようとする立場がある（たとえば、池田眞朗「ABL 等に見る動産・債権担保の展開と課題」堀龍兒ほか編『担保制度の現代的展開—伊藤進先生古稀記念論文集』275 頁以下（日本評論社、2006））。

「通常の営業の範囲」として議論されてきた³⁾。

本稿では、わが国と同様に譲渡担保を用いているドイツ法における議論⁴⁾とともに、抵当権の効力の及ぶ範囲に関して「通常の経営の範囲」についてのドイツ民法典（BGB）の規定を参考に、この問題の検討を行おうとするものである。

1. ドイツ法における「通常の経営の範囲」

ドイツ法において、わが国の集合動産譲渡担保に相当する「Sicherungsübereignung vom Warenlagern（商品在庫の譲渡担保）」では、通常の経営の範囲において担保提供者に目的動産の処分権限が認められるのが通例である^{5) 6)}。また、譲渡担保と並ぶ動産信用手段である所有権留保（Eigentumsvorbehalt）、とりわけ流通過程における所有権留保においても留保買主に対しては留保売主から処分授權がなされており、この処分権限に基づいて留保買主が目的動産を処分している。そして、処分権限に基づく処分であるか否かは、とりわけ債務者ないし留保買主の危機時期において問題とされている。また、所有権留保については民法典において若干の根拠規定を有するものの、譲渡担保は、判例法上承認されているにすぎず⁷⁾、とりわけ処分権限の範囲に関して明文規定があるわけではない。

3) 近年では、たとえば第74回日本私法学会ワークショップにおける議論（小山泰史「ABLにおける担保目的財産の処分をめぐる法律関係の検討」私法73号143頁（2011））などがある。

4) もっとも、ドイツ法においても、集合動産譲渡担保や集合債権譲渡担保は、判例法上承認されているいわゆる非典型担保であって、債務者等による処分について「通常の経営の範囲」によってその効力や第三者との関係を調整するための明文規定があるわけではない。その意味で、直接の示唆を得られるわけではない。しかし、このような検討を行うことには一定の意味があると考えている。すなわち、わが国の集合動産譲渡担保も判例法上承認された非典型担保であるほか、ドイツ法において、裁判所が「通常の経営の範囲」をどのように理解しているのかを確認することは、わが国にも参考になると考えられるからである。

5) たとえば、ドイツにおける信用担保契約に関する実務上のひな形には、「通常の経営の範囲」に関する規定が設けられている（Wittig, in: Lwowski/ Fischer/ Langenbucher, Das Recht der Kreditsicherung, 9. Aufl., 2011, § 11, Anhang 1 zu § 11 u. Anhang 2 zu § 11）。

6) ここでいう「通常の経営の範囲」は、商品倉庫の譲渡担保においてその目的物である在庫商品を設定者が処分する際に譲渡担保の効力の範囲から離脱するための枠として機能しており、わが国における「通常の営業の範囲」と同趣旨のものであるといえよう。

7) 周知のように、ドイツにおける譲渡担保に関しては、債務者破産時の破産財団

他方で、周知のように、BGB1122条は、抵当権の効力の及ぶ範囲から従物が離脱する要件として「通常の経営の範囲内における従物性の廃止」なる要件を規定している⁸⁾。そこで、まず抵当権の効力の範囲に関する1122条を取り上げて⁹⁾、「通常の経営の範囲」がどのような内容を持つものであるのかを確認した上で、譲渡担保の領域における「通常の経営の範囲」の議論を紹介することとする。

2. BGB1122条における「通常の経営の範囲」

ドイツ民法典は、抵当権の効力の及ぶ範囲から従物などが離脱する場合の要件を定めている（BGB1121条、1122条）。このうち、1121条は、従物などの売却と搬出によって抵当権の効力の及ぶ範囲からの離脱を認める規定であり、1122条は、売却に代えて産出物や構成部分については「通常の経営の範囲内での分離」によって、従物については「通常の経営の範囲内での従物性の廃止」によって、同様に離脱を認めている¹⁰⁾。

の確保の要請、あるいは、所有権留保との競合の解決という視点から、ドイツ法曹大会における立法提案など、立法化ないし法的規制が企図されてきた（この間の事情については、たとえば、田中克志「西ドイツの動産担保改革議論について」富大経済論集29巻3号61頁以下（1984）などを参照のこと）。さらに、近年では、ヨーロッパにおける法の調和（Harmonisierung）を踏まえて、動産譲渡担保権の登録化が議論されている（たとえば、Eva-Maria Kieninger, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), S.210ff. など参照）。

- 8) ドイツ法における抵当権の効力の及ぶ範囲に関して、この点を詳細に検討するものとして、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産従物の処分（1）（2・完）」民商111巻3号59-92頁（1994）、同巻5号195-231頁（1995）がある。
- 9) 担保物権に関しては、この他、抵当権者の防禦権に関する1135条において従物の搬出が「通常の経営法則（den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft）」に反した場合と規定されているほか、権利質における質権者の取立権限に関する1285条においては「通常の取立（die ordnungsmäßige Einziehung）」という表現が用いられ、さらにやはり権利質における債権者の告知義務に関する1286条においては、「通常の財産管理の方法に従って（nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung）」との表現が用いられている。さらに、「通常の財産管理」あるいは、「通常の経営」という表現は、財産法の領域では役権や占有、さらに用益賃貸借に関する条項においても用いられている。なお、ドイツ法において「通常の管理」という概念を検討したものとして、Klaus Waldherr, Der Begriff der "ordnungsmäßigen Verwaltung" im BGB, 1998がある。
- 10) 1121条は次のような内容である。
「（1）産出物およびその他の土地の構成部分ならびに従物は、債権者のための土地の差押以前に、売却されかつ土地から搬出された場合には、責任を免れる。
（2）搬出以前に売却がなされた場合において、その取得者は、抵当権に関して善

これらの規定は、担保に影響を及ぼす経済的な部分にも抵当権の効力が及ぶ必要があるという点¹¹⁾を踏まえて、抵当権の効力が従物などに及ぶことを認めた BGB1120 条を前提としている。すなわち、1120 条によって抵当権の効力の範囲に含まれるものの、産出物や構成部分、従物については土地所有者がその自由な経済的な活動を完全には制限されるべきではなく¹²⁾、そのために、これらの規定によって効力の限界が定められているわけである。

これらの規定のうち 1120 条が原則的な規定であり、1121 条と 1122 条はその例外を構成する。対象動産によって、抵当権の効力の及ぶ範囲からの離脱の要件は異なる¹³⁾ものの、これらの例外的な離脱規定は、土地所有者による経営を容易にすることが目的であるとされている¹⁴⁾¹⁵⁾。もっとも、立法過程においては、もっぱら従物¹⁶⁾について抵当権者の立場から容易に

意であることを債権者に対して対抗できない。取得者が物を土地から搬出したときは、搬出の際に土地差押えに関して善意であった場合に限り、搬出以前になされた土地差押えの効力は取得者に対して効力を有する。」

また、1122 条の規定は、以下の通りである。

「(1) 産出物および構成部分が通常の経営の範囲内において土地から分離された場合において、土地差押以前に土地から搬出されたときは、売却を要することなく、その責任は消滅する。ただし、搬出が一時的な目的によるときはこの限りではない。

(2) 従物性が通常の経営の範囲内において土地差押以前に廃止された場合には、売却を要することなく、従物は、その責任を免れる。」

なお、ドイツ民法典の翻訳に際して、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 (3) 独逸民法 [Ⅲ] 物権法』(有斐閣、復刻版、1988)を参照した。

- 11) Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3., 1899, S.363. 第一草案理由書は、さらに、不動産抵当権の効力がその地上の従物などに効力を及ぼすことをローマ法以来の伝統であるとも指摘する (Mugdan, aaO)。

- 12) Soergel/ Konzen (2001), § 1121 Rn. 1.

- 13) 1122 条によれば、従物にあっては、土地差押以前における従物性の廃止が必要であるのに対して、分離した産出物や構成部分にあっては、土地差押以前の搬出が必要である。

- 14) Soergel/ Konzen, § 1122 Rn. 1.

- 15) Mugdan, aaO (Anm.11), S.369. によれば、効力の及ぶ範囲からの離脱について、産出物については土地所有者による自己使用や換金が想定されており、その他の物については交換あるいは更新が想定されている。

- 16) Zusammenstellung der gutachtlichen Aueßerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt in Reichs-Justizamt, Bd. 3., 1890 (Neudruck 1967), S.305f. この点は、当時の法曹大会においても同様であって、従物ないし農業用具に対する抵当権の効力が議論の対象となっていたようである。たとえば、Gutachten des Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Hermes zu Berlin, Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages, Bd. 1., 1890, S.276ff. や Gutachten des Herrn Professor Dr. Kohler in Berlin, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. 3., 1889, S.145ff. などである。

離脱を認めるべきではないとする立場と土地所有者の経営の自由を強調する立場とが対立していた。すなわち、離脱要件として「通常の経営の範囲」という文言を含まなかった第一草案¹⁷⁾に対して、従物の処分を制限する目的で「通常の経営における売却」を離脱要件とする修正提案がなされ、議論されている^{18) 19)}。その上で、離脱の要件を、売却を伴う場合と伴わない場合とで分けて、売却を伴わない離脱要件として、産出物と構成部分に関する「通常の経営の範囲における分離」と搬出、従物に関する「通常の経営の範囲における従物性の廃止」が規定されるに至っている²⁰⁾。これらの議論に際しては、一方で抵当権者の利益が強調され、他方で土地所有者の経営の自由の保護と「通常の経営の範囲」という文言の曖昧さとが焦点になっていた^{21) 22)}。

つまり、大きな枠組みとしては、抵当権者と土地所有者の利害対立の調整を図るという目的がこの規定の立法趣旨であり、その上で、土地所有者

17) 第一草案 1068 条。すなわち、第一草案においては、現行法の 1122 条に当たる規定は準備されておらず、1068 条への批判を踏まえて設けられた。

なお、この第一草案に対する批判を含む BGB の立法過程については、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産従物の処分（1）」民商 111 巻 3 号 69 頁以下（1994）が詳細に紹介している。

18) Mugdan, aaO(Anm.11), S.808. この提案に際して強調されたのは、従物の価値に比して抵当権者の保護が十分でない点であった（Mugdan, aaO(Anm.11), S.804f.）。この修正提案に対しては、抵当権者の利益を強調する一方で土地所有者の経営の自由を制限する点や一般債権者による与信を縮小させる可能性、さらに「通常の経営における売却」であるか否かの判断が困難である点などが疑念として示された（Mugdan, aaO(Anm.11), S.805f.）。討議の結果、この修正提案自体は否決されている。

19) 第一草案 1068 条は、前掲注（18）において紹介した修正提案とは異なる提案によって、売却又は負担設定と搬出とを内容とする離脱要件を備えた第二草案 1030 条となり、さらにその後修正され、現行規定となっている（Mugdan, aaO(Anm.11), S.806ff.）。

なお、BGB の審議過程における条文の変遷と提案の内容およびその採否については、Horst Heinrich Jakobs/ Werner Schubert(hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, SachenrechtII § § 1018-1296, 1991, S. 489-537. を参照のこと。

20) Mugdan, aaO(Anm.11), S.807f. この修正に際して、当初提案された「分離された産出物が通常の経営の範囲において搬出された場合」という要件に関して、取得者は搬出が通常の経営の範囲内であるか否かを判断できないとの批判を受けて、提案が撤回された上で、離脱要件を、「売却と搬出」と「通常の経営の範囲内において分離された産出物その他の構成部分」とに分けることとなった。

21) これらの点については、前掲注（18）および注（20）を参照のこと。

22) それにもかかわらず、最終的には、「通常の経営の範囲」という文言が導入されたのは、直接、搬出要件に関わらないように修正されたためであると考えられる（前掲注（20）参照）。

の処分の自由を確保するために、その処分の相手方である産出物や従物の取得者の保護をいかにして確保するかという観点が重視されているといえるのではないだろうか。

では、この要件は、具体的にどのように理解されているのかについて、BGB1122条の「通常の経営の範囲」に関わる裁判例を通じて確認することにしたい。

[1] RG Ur.t.v.17.6.1908, RGZ 69, 85.

材木商 A が破産し、その製材場と営業の停止を決定した債権者集会の決議を受けて、破産管財人 Y が、営業に用いられていた馬 5 頭と多数の営業用動産を売却し、その代金を破産財団に組入れた。他方で、A に対して金銭を貸し付けていた抵当権者 X は土地の強制競売では完全な満足を得られなかったため、馬や営業用動産に抵当権の効力が及ぶことを理由として、Y に対して売却代金の支払を求めた。裁判所は、本件における措置は経済的な利用を目的とせず、むしろ経済的な利用の完全な喪失であるとし、決議は 1122 条における「通常の経営の範囲内」にないとした。

[2] BGH Ur.t.v.25.6.1971, BGHZ 56, 298, NJW 1971, 1701.

ガラス製品製造業者 A の所有する土地に抵当権と土地債務の設定を受けた X は、A の破産手続の開始前に、従物である機械類について譲渡担保を受けた。A の破産手続の開始後、破産管財人 Y は工場の操業を停止し、機械類を売却した。そこで、X は、Y に対して機械類の売却代金の支払を求めた。裁判所は、従物に関して抵当権の効力の範囲からの離脱を定めた規定の趣旨を、担保目的物の価値の保持についての抵当権者の利益と動産取引における所有者の保護の調整にあるとした上で、完全な経営の停止の場面では、主物の経済的な目的も失われるとする。さらに土地の換価目的での経営の停止は、従物についての抵当権の責任の消滅に帰着しないと判示している。

[3] BGH Ur.t.v.21.3.1973, BGHZ 60, 267.

工場経営者 A は、B のための土地債務の設定された自己所有地で工場を経営しており、他方で、工場内の機械器具等を C に譲渡担保していたところ、C は譲渡担保によって生じる権利を X に譲渡した。その

後 A が破産し、破産管財人 Y は、機械器具等を売却し、土地債務も実行された。X は、譲渡担保に基づいて機械器具類の売却代金の支払いを Y に求めた。裁判所は、土地債務による効力が従物に及んでいることを前提にその負担付で担保所有権を譲渡担保権者が取得したと判断した。その上で、破産管財人による経営の停止によって従物性それ自体は失われたが、経営の停止は「通常の経営の範囲内」ではないので、土地債務との優劣について変化はないと判示している。

[4] LG Darmstadt Beschl.v.18.6.1976, KTS 1977, 125.

A の破産手続の一環として係争物の保管が命じられた後、A が廃業した。他方で債権者 Y が動産を差し押さえたところ、その後開始された強制管理における強制管理人 X が Y の差押えに対して異議を申し立てた。裁判所は、経済的な理由による経営の廃止は通常の経営の範囲内ではなく、A の廃業によっても本件動産は、その従物性を喪失していないと判示した。

[5] BGH Urt.v.30.11.1995, NJW 1996, 835.

機械工場の経営者 A は、所有する工場敷地に B 銀行のために土地債務を設定していたところ、工場敷地について強制管理が開始され、管理人が Y との間で機械器具を含めて当該土地の使用貸借契約を締結し、その後、機械器具については Y に対して売却した。他方で、当該土地について B のために強制競売が開始され、土地は X が競落をした。そこで、X は、機械器具の返還と使用料相当損害額の支払いを求めて訴えを提起した。なお、機械器具は、当該土地上に存在したままであった。裁判所は、Y への機械器具の売却後もなお土地上に存在していたため、BGB1121 条に基づく免責を認めなかった。また、工場敷地上で行われていた経営の完全な停止とそれによって生じる従物性の喪失は、通常の経営の範囲を超えており、従物の免責に帰着しないと判示した。その際、裁判所は、経営資産を売却その他の方法によってその目的を変更することは、通常の経営ではなく、財産のより良い換価を目指すものであるとした。

これらの裁判例からも明らかなように、「通常の経営の範囲」として問題となっているのは、経営それ自体が停止している局面であり、その停止それ自体が、通常の経営の範囲内であるのかが問われている。そして、こ

の点では、裁判例は、一致して、通常の経営の範囲にないと判示していることになる。

他方で、学説においては、まず、産出物や構成部分の分離との関係、すなわち BGB1122 条 1 項との関係では、分離こそが通常の経営の範囲内で行われる必要があり、搬出については、非経済的であったとしても、免責が生じると解されている²³⁾。そして、「通常の経営の範囲における分離」の理解として、自然の経済的な進展の中での分離との理解²⁴⁾が示されており、さらに、土地の使用目的に役立つような自然でかつ積極的な進展を意味している²⁵⁾。また、その裏返しとして、債権者が分離を非経済的であると評価し得ないことであるとも解されている²⁶⁾。他方で、土地での経営が根拠なく放棄された場合や、経営の停止のような経済的な危機に基づく措置の場合も、「通常の経営の範囲」に含まれない²⁷⁾。

また、従物性の廃止との関係、すなわち BGB1122 条 2 項における「通常の経営の範囲」の理解も、分離における理解と同じく土地の使用目的に役立つような自然でかつ積極的な進展であって、経済的な目的に合致している場合に、「通常の経営」と評価されることになる²⁸⁾。具体的に、従物性の喪失が「通常の経営の範囲」内にあるとされるのは、同一の価値の代物が調達される場合であり、その代物自体は、所有権留保やリースの方法によって調達されてもよいと解されている²⁹⁾。また、たとえば、ある目的で使用されていた従物が目的変更によって別の用途に使用されるようになったことによって、主物の用に供せられなくなるような場合も通常性の範囲に含まれている³⁰⁾。この場合の目的変更は、主物を使用している者の意思によって生じるとされている。しかし、土地上における経営の停止によっても従物性は失われるが、この場合にはそもそも「通常の経営の範囲」内

23) RGZ 143, 241; Staudinger/ Wolfsteiner (2015), § 1122 Rn. 5.

24) Staudinger/ Wolfsteiner, § 1122 Rn. 3.

25) Klaus Reischl, Kreditsicherung durch Grundpfandrechte, Agrarrecht 1997, S. 277, 280.

26) Staudinger/ Wolfsteiner, § 1122 Rn. 3.

27) Staudinger/ Wolfsteiner, § 1122 Rn. 4.

28) Reischl, aaO (Anm.25), S. 277, 280.

29) Reischl, aaO (Anm.25), S. 277, 280.

30) Otto Levis, Wie weit haftet das Zubehör eines Grundstücks dem Hypothekengläubiger weiter, wenn infolge einer Änderung der wirtschaftlichen Benutzung des Grundstücks die Zubehöreigenschaft aufgehoben wurde ?, Recht 1920, S. 242, 243.; Reischl, aaO (Anm.25), S. 277, 280.

における従物性の喪失に該当しないと解されている³¹⁾。さらに同様に、別の債務の弁済のための現金を獲得する必要があるといった経済的に厳しい状況に基づく従物性の喪失も抵当権の効力の及ぶ範囲からの離脱とは解されていない^{32) 33)}。

以上からすると、抵当権の効力が及ばなくなるための要件という観点から見た場合には、産出物や構成部分、従物という対象物の種類による相違はあるものの、1122 条の要件という点では、分離行為ないしは従物性の廃止行為そのものが通常の経営の範囲内で生じているのかという問題と、外的な要因として、土地での経営が継続しているのかという二つの視点から、「通常の経営」が問題となっているということができよう。その上で、前者について、産出物と構成部分の分離に関しては「自然な分離」である必要があり、従物性の廃止については代物の調達によって当初の従物がその従物性を失うことになる。

3. Sicherungsübereignung vom Warenlagern における「通常の経営の範囲」

では、商品倉庫の譲渡担保（Sicherungsübereignung vom Warenlagern）において、当事者間の担保合意に際して用いられている「通常の経営の範囲」については、どのような議論がなされているのであろうか。

そもそも、ドイツにおいて集合動産譲渡担保に相当する商品倉庫の譲渡担保においては、目的動産の所有権を債権担保の目的で債権者に譲渡することによって行われており、その法律構成は、いわゆる所有権的構成である。すなわち、対象動産の所有権移転に関する物権的合意とともに、引渡

31) Staudinger/ Wolfsteiner, § 1122 Rn. 12.

32) Münchener/ Lieder (2016), § 1122 Rn. 19.; LG Darmstadt KTS 1977, 125.

33) もっとも、経営の停止が通常の経営の範囲に含まれないことに対しては、異論がある。Staudinger/ Wolfsteiner § 1122 Rn. 12. によれば、経営の停止が通常の経営の範囲に含まれないという立場は土地と経営とが互いに分かちがたく結合しているとの理解に基づいており、今日の経済的な考え方や関係とはもはや両立せず、それ故に受け入れられないとする。むしろ現代では、利益の掣がらない状況で経営を停止することは、「通常の経営」の唯一の形態であり、損失が継続している場合にはとりわけ妥当すると指摘する。そうとするならば、損失を計上している局面での経営の停止は、担保物件の価値の増大に結果としては帰着し、抵当権者への不当な侵害にはならないとする。

に代えて占有媒介関係の合意が行われる。この結果、譲渡担保権者は、担保所有権（Sicherungseigentum）を取得するが、この担保所有権は、完全な所有権ではなく、担保目的による拘束が付着した所有権であり、その拘束によって、被担保債権の弁済期到来前は、目的物の自由な処分が許されていない。他方、譲渡担保設定者は、目的物の占有と利用が認められており、とりわけ商品在庫の譲渡担保においては処分権限に基づく目的物処分が認められている³⁴⁾。この処分権限の授与によって、譲渡担保設定者は、目的物処分を通じて、その経営の継続が可能となる³⁵⁾。この処分権限の授与がBGB185条を根拠として行われるものであることは、異論のないところである^{36) 37)}。

しかし、この処分権限に基づく目的物処分は、譲渡担保設定者の完全な自由であるわけではなく、その処分は、通常の経営の範囲において行わなければならない³⁸⁾。では、どのような場合に通常の経営の範囲における処分行為となり、どのような場合に通常の経営の範囲から外れているのか。この点に関するドイツ法における議論は、実際には譲渡担保よりも、所有権留保における「通常の経営の範囲」をめぐる行われている³⁹⁾。という

34) Martin Wolf/ Ludwig Raiser, Sachenrecht, 1957, § 180 II 1; BGB-RGRK/ Pikart (1979), § 930 Rn. 54, Rn. 65.; Peter Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl., 2012, Rn. 1167. など。

35) このことは、処分の相手方から見れば、処分権限に基づいた処分であり、目的物の所有権を有効に取得できることになる。もちろん、ドイツにおける動産譲渡担保にあっても、処分権限を超えた処分の場合に、処分の相手方は善意取得（BGB § 932）によって保護される。とりわけ、在庫商品が目的であるときは、HGB § 366 によって保護される。

36) Bülow, aaO (Anm.34), Rn.1291. や Stephan Mitlehner, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 4. Aufl., 2016, Rn.377ff.; Hans Gerhard Ganter, in: Herbert Schimansky/ Hermann-Josef Bunte/ Hans-Jürgen Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. 2, 2011, § 95 Rn. 85 など。

37) BGB185 条の内容は、以下の通りである。
「無権利者が目的物について行った処分は、権利者の同意を得て行われた場合には、効力を有する。
権利者が処分を追認するか、処分者が目的物を取得するか、または、処分者が権利者から相続し、かつ、処分者が遺産について無限責任を負う場合には、その処分は効力を有する。前項において後の二つの場合であって、目的物について互いに相容れない複数の処分がなされたときは、より早い処分のみが効力を有する。」
この 185 条によれば、処分権限の授与は、無権利者の処分行為に対する権利者による同意・追認に該当する。

38) とりわけ、実務上、担保目的物の処分は、通常の経営の範囲内に限定されている（Ganter, aaO (Anm.36), § 95 Rn. 85ff. など）。

39) たとえば、Hansjörg Weber/ Jörg-Andreas Weber, Kreditsicherungsrecht, 9. Aufl., 2012,

のは、目的物である動産の処分を考える必要性は、流通過程における所有権留保を念頭におくならば、所有権留保付で留保商品を取得した買主もまた同じだからである⁴⁰⁾。このことを踏まえて、学説および判例によれば、「通常の経営の範囲」外であると解されているのは、「捨て値による売却」⁴¹⁾⁴²⁾や他の債権者への譲渡担保による目的物の提供⁴³⁾、「セールアンドリースバック」方式による売却⁴⁴⁾などである⁴⁵⁾。所有権留保における動産処分に關するものではあるが、具体的な裁判例としては、次のような事件がある。

[6] BGH Urt.v.3.11.1988, ZIP 1988, 1534.

鋼材が延長された所有権留保条件で売却された後、留保買主が第三者に当該鋼材を転売し、同時に留保買主が、当該第三者から当該鋼材を買戻しており、その代金額は一定の手数料額の上乗せがなされていた事件である。また、売却代金債権については当該第三者により振り出された手形等で行われるか買戻代金との差引計算によって清算されていた。留保買主の破産後、留保売主は、当該第三者が鋼材の所有権を取得しておらず、BGB990 条および 989 条に基づいて損害賠償義務を負うと主張した。裁判所は、当該第三者が所有権留保条件付の鋼材の所有権を留保買主から取得したか否かについて、通常の経営の範囲内での譲渡であったか善意取得が必要であるとした上で、留保買主から第三者への売却とその売却価格よりも高い価格での買戻は、留保売主にとって、所有権が失われるにもかかわらず、対応する価値が確保されていないことを意味し、通常の経営の範囲にあるとはいえないと判示した。さらに、所有権留保つき売買が一般的であるにもかかわらず、当該第三者において対象

S.137 Anm.41 は、所有権留保における記述への参照を指示している。また、Lwowski, in: Lwowski/ Fischer/ Langenbucher, Das Recht der Kreditsicherung, § 11 Rn. 55. は、譲渡担保における処分授權の場合と同質の問題が所有権留保でも生じると指摘する。

40) Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 1, S. 154.

41) 仕入値段以下での転売について、BGH WM 1969, 1452.

42) もっとも、シーズンオフに行われる安売り商品（Saisonware）は例外とされる（Ganter, aaO (Anm.36), § 95 Rn. 87.）。

43) BGH WM 1966, 1328 ; BGH BGHZ 104, 129. なお、Soergel/ Henssler (2001), Anh. § 930 Rn. 59 Anm. 239. もまた、さらに譲渡担保に提供することは「通常の経営の範囲」内の処分には含まれないとする。

44) BGH BGHZ 104, 129.

45) Ganter, aaO (Anm.36), § 95 Rn. 85ff. などを参照のこと。

商品の所有関係について調査すべきであったにもかかわらず、それを欠いていることから、善意取得もまた否定している。

[7] BGH Urt.v.30.3.1998, BGHZ 104, 129.

所有権留保条件付売買によって販売された建設工事用クレーン部品がさらに転売されたところ、転得者が当初の所有権留保売主に対して当該部品の所有権の確認を求めた事件であり、留保買主と転得者との間の販売行為が通常の営業の範囲にあるか否かが争われた。裁判所は、当該販売行為が通常の営業の範囲にあるものとは認めず、転得者による所有権取得を否定した。その際、裁判所は、通常の営業の範囲について、次のように判示した。すなわち、単に転売がなされる場合であれば、転売代金ないし留保売主に対してあらかじめ譲渡された転売代金債権は経済的には留保商品に代わる存在であり、留保売主は経済的には利益を害されてはいないとした。しかし、本件において行われた転売は同時にセールアンドリースバックに基づくものであり、これは、当事者間における所有権留保売買約款において禁止されている譲渡担保ないし質権設定に該当するものであるとした上で、譲渡担保ないし質権設定は、通常の転売とは異なり、通常の経営の範囲にはないとした。その理由として、裁判所が示したのは、既存債務のための担保設定であれば、留保売主は代償なしに留保所有権を失うことになり、新規債務のための担保設定であっても、留保買主が獲得した金銭消費貸借契約に基づく借入金でしかないとした。

これらの判決から明らかなように、通常の営業の範囲を画する要素として、ドイツの裁判所は、担保権者が担保目的物に代わる価値を確保できるか否かという点を重視していると評価できるのではないだろうか。

さらに、この処分権限の授与自体も無限定ではなく、ドイツ法の下においては、譲渡担保設定者の財産に関して倒産手続が開始された場合には、原則として、授与されていた処分権限が消滅すると解されている⁴⁶⁾。しかしながら、倒産手続の開始に至らない譲渡担保設定者の危機状態においては、処分権限の消滅には至らない⁴⁷⁾。そうすると、抵当権の効力の及ぶ

46) Ganter, aaO (Anm.36), § 95 Rn. 89.

47) Ganter, aaO (Anm.35), § 95 Rn. 89.

範囲に関する 1121 条および 1122 条における「通常の経営の範囲」において問題とされていた債務者の経営状態については、譲渡担保における処分授權の場合において倒産手続の開始に至ったときは、そもそも処分権限自体が消滅することによって問題とならない。しかし、倒産手続きの開始に至らない場合には、1121 条や 1122 条の場合と同様に、債務者の経営状態との関係が問題となるものと思われる。

他方で、通常の経営の範囲内の処分行為によって目的動産が処分されることによって、譲渡担保権者は、一時的にはあるが、担保目的物を失うことになる⁴⁸⁾。しかし、このことによって直ちに譲渡担保権者が損害を被っているわけではない。というのは、商品倉庫の譲渡担保の場合にあっては、譲渡担保設定者による目的動産の処分は、営業活動の一環であって、その処分によって得られた代金を用いて、目的動産の補充がなされるためである⁴⁹⁾。この点からも、上述した譲渡担保設定者の倒産手続の開始による処分権限の消滅は重要であるといえよう。というのは、倒産手続の開始によって、ドイツ法の下では、動産譲渡担保に関して、その権利行使は倒産管財人によって行われる点（InsO § 166ff.）で、わが国における破産法制とは異なっており、さらに、譲渡担保が別除権的満足を債権者に与えるものとして倒産法において明確に規定されている点（InsO § 50, § 51Nr.1）も大いに異なっているからである。これらの点を踏まえると、譲渡担保における処分権限の授与に関しては、倒産手続の開始によってもはや債務者による経営の継続は望めないために、処分権限の消滅に至っていると考えられる。

むすびに代えて

以上の通り、ドイツ法における「通常の経営の範囲」に関して、担保目的物が抵当権の効力の及ぶ範囲にある場合と譲渡担保の目的物である場合とについて、検討してきた。これによると、抵当権の場合と譲渡担保の場

48) もちろん、商品倉庫の譲渡担保の場合には、一定範囲の動産群を担保目的物として把握しているのであるから、通常はすべての担保目的物を一時に失うわけではなく、担保目的物の総量が一定範囲で減少するにとどまることになる。

49) Bülow, aaO (Anm.34), Rn.1167. は、売却代金は、担保目的物それ自体に代わるものではなく、譲渡担保設定者に帰属すると指摘した（同旨：BGB-RGRK/ Pikart, § 930 Rn. 65.）上で、譲渡担保設定者が売却代金債権を譲渡担保権者に債権譲渡すれば、失われた担保の代償を譲渡担保権者が獲得できるとする。

合とで若干の相違はあるものの、通常の経営の範囲によって担保権の効力の及ぶ範囲を画することによって、担保権者の利益のために担保目的物所有者の経営の自由が制限されているといえよう。もっとも、その制限のあり方には若干の相違があることも明らかである。すなわち、譲渡担保における「通常の経営の範囲」は目的物の処分行為それ自体が担保権者の利益に合致しているのか否かという点に焦点があると考えられ、あわせて、処分行為により設定者が獲得する代金債権をあわせて担保として把握することができるのかもその判断に際して考慮されている。これに対して、抵当権の場合には「通常の経営」という基準が設定者等による行為、すなわち産出物や構成部分の分離だけではなく、設定者の経営状況それ自体という外在的な要因をもその対象としている点で異なっている。もっとも、譲渡担保の場合に設定者の経営状態が問題とならないのではなく、この点は、処分権限の授与自体についておいて考慮されている。これは、譲渡担保が少なくとも法律構成上は設定者に処分権限が付与されることによって目的物の処分が認められるようになっていくということから生じるものであり、そもそも所有権を有している抵当権設定者とは異なる点である。

以上のように考えることができるとすれば、わが国の集合財産担保における「通常の経営の範囲」についても、効力の範囲からの離脱それ自体がその範囲内の行為であるのか否かと、それとは別にその離脱が生じている時点で「通常の経営」それ自体が行われているのか、つまり設定者の経営が継続しているかという側面をも考慮する必要があるように思われる⁵⁰⁾。

* 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究 (C)26380105 (平成 26 年度～平成 28 年度) による研究成果の一部である。

50) そうであるとすれば、設定者の経営状態の悪化後に行われる営業活動について、「通常の経営の範囲」内であるか否かという観点から検討する必要があり、その場合には、経営の継続に資するか否かが要素になるのではないかと考えられよう。