



Title	流動動産譲渡担保論一斑(六)
Author(s)	米倉, 明; YONEKURA, AKIRA
Description	論説
Citation	北大法学論集, 20(1), 20-71
Issue Date	1969-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27874
Type	departmental bulletin paper
File Information	20(1)_P20-71.pdf



論 說

流動動産讓渡担保論一斑 (六)

米 倉 明

第一章 序 説 (一八卷二号)

第二章 集合物論対分析論

一 (4)まで (一八卷三号)、一(5)―二(一八卷四号)

第三章 担保物の範囲の確定方法

一 (一九卷二号)、二―三(2)(1) (一九卷三号)、三(2)(a)―(e)まで (本号)、三(2)(f)―三(2)(v) (未定)

第四章 内容変更に関する諸問題

第五章 処分権授与は讓渡担保ならびに間接占有の成立を妨げないか

第六章 結 語

(四) 讓渡担保の法律構成如何がこれから以下の問題である。

(a) この問題は譲渡担保法の基本問題であって、流動産譲渡担保をとりあげるに先立って論じられるべき問題である、ともいえる。本稿においても、本来ならば、まず、譲渡担保の法律構成について私見を明らかにしたのち、流動産譲渡担保の問題にはいるべきであった、といえよう。本稿においては、筆者の不手際から、譲渡担保の法律構成について言及する機会を失なってきた。もつとも、これまでにおいても、譲渡担保の法律構成について、筆者がどのような立場を採るのか、あるいは、どのような立場に近いのか、を示唆する表現を採ったこともあった。「期待権」という語を用いたり、「譲渡担保権」という語を用いたりしているのがそれである。しかし、正面から問題をとりあげてはこなかったのである。ここに至って、たとえ簡略かつ不十分であるにしても、言及することをよぎなくされるに至った。以下、譲渡担保の法律構成について、わが国におけるいくつかの立場を検討した上で、私見を述べることにした。譲渡担保の法律構成としては、以下において検討される立場のほかにも考えられないことはないけれども、本稿ではそれらの検討を省略し、以下述べるいくつかの立場（わが国の説を網羅）に触れるにとどめた。

筆者は別の機会にこの問題を扱ったことがある。本稿は、それに対する若干の補充の意味を有することになるであらう。とはいふものの、譲渡担保の法律構成というテーマは、それじたい独立に扱われてしかるべきテーマであって、本稿のこれから以下の個所のように、他のテーマの、必要であるが厳密には傍論的問題として、叙述バランスも考慮しながら言及するのには適していない気がしてならない。それはともかくとして、補充というものの以下においては中途半端な叙述に終わっているところがあるのみならず、序説において述べた叙述順序からすれば後述するはずの事項につき先取して述べているところもあって、順序を乱しているのは遺憾なことであるけれども、さし当っては、そのままにして、ともかく先へ進むことにしたい。

問題に立ち入る前に、次のことを断わっておくことにする。本稿では、考察の対象を動産の譲渡担保に限定する。

ひとくちに、「譲渡担保」といっても、その客体は種々ある。動産、不動産、指名債権、のほか、証券化された動産、株式、社債、手形、というように、客体は多彩である。譲渡担保の法律構成を考えるにあたっては、右に挙げた広い範囲の客体を視野の内にとらえておかねばなるまい。ある法律構成が広範囲の客体について妥当しうるならば、その法律構成の理論的価値はそれだけ高いといえるからである。狭い範囲の客体のみを念頭において法律構成を試みた場合にも、その法律構成が他の種類の客体の譲渡担保についても妥当するか、あるいは、客体の種類ごとに譲渡担保の法律構成を変えねばならないかどうか、ということについて留意しなければならないであろう³⁾。とはいうものを、右に挙げた客体すべてについて妥当する法律構成を考えることは容易ではない。そのような大きな試みは、機会をあらためて企てるのが適当である。そこで、当面としては、動産譲渡担保（それも主として譲渡抵当——譲渡質にも若干触れる）に——これがさし当てるの問題である——限定して、法律構成如何の問題を考えることにする。また、動産譲渡担保についての法律構成が他の種類の客体の譲渡担保にも妥当するか否か、ということの検討も、これもまた、本稿では割愛した。というのは、右のような検討も、容易になされうる作業とはいえず、他の機会に譲ることとし、本稿ではさし当ってミニマム必要なことだけにのみ、対象を限定することが適当だと思ふからである。

さて、譲渡担保の法律構成について検討しよう。譲渡担保をどのように法律構成すべきか。先述のようにこの問題は、譲渡担保法の出発点をなすべき重要問題である。ところが、かような重要な問題について、立場がわかれ、依然として收拾がつかない。大ざっぱな方向としては、次のようにいうことができよう。すなわち、信託的譲渡説（所有権移転プラス債務的拘束）に対して、実質的担保的側面を重視する立場が有力化してきた⁴⁾。より具体的にいえば、設定者の地位を物権的なものへと強化しようという志向を有する立場——設定者に執行を排除する権利（第三者異議権を付与する）、譲渡担保権者の破産のさいの取戻権を認めようとするがごときもの——が有力化してきたので

ある。問題は法律構成にある。信託的讓渡説を採用したままで——念のためにいえば、讓渡担保権者を完全な所有者とし、彼は設定者に対する債務的拘束を受ける、すなわち設定者は債権者でしかない、と構成したままで——設定者の地位を右のように強化することは、なしうるものであろうか。疑わしいといわねばならない。それならば、どのような法律構成をなすべきであるのか。

筆者としても右のような志向に賛成したいけれども、右の志向をもつ立場にはなお問題とすべき点が残っている。それのみか、そもそも根本において、筆者は、あきたりなく感じている問題がある。それらの問題を検討し、次いで、筆者としては、どのような法律構成を採るのか、を明らかにするのが、以下の本稿の役目である。以下においては、いくつかの立場に触れることになる。そのさい、それらの立場の内容を簡単に紹介するにとどめ——筆者の理解不足でかえって誤りを生じることになるかも知れないが、若干の補足を加えたこともある——主に難点を指摘することにする。内容を逐一詳細に紹介することは煩にたえないことであり、また、それらの立場の内容は、すでに或程度は知られていることからであるからである。

以下においては、(b)授權説、(c)担保権能説、(d)期待権説を順次検討する。これらの説が——名称は筆者が便宜上つけたものもある——「法律構成」と呼びうるものだからである。続いて、(f)私見にはいる前に、これらの法律構成ほどには熟していないところの、(e)若干の試みに触れることにする。

(1) 四宮・信託の研究一一三——一五頁には、「法律行為による信託關係」の法的構成として、ドイツの学説が要領よく紹介され、検討も加えられている。これらの学説は、わが国の讓渡担保の法律構成を試みるにあたっても十分に参考となるものである。本文の以下の個所で述べられる構成のほかに、ドイツ学説としては、解除条件説、権利の相対的帰属説、資格授与説、がみられる。これらの説については、同書の説明に譲る。筆者としては、これらのいずれの説にも賛成しがたい。外国学説につき浜上・讓渡担保の法的性質・阪大法学一八号三四頁以下も参照。

(2) 米倉・讓渡担保その他—非典型担保・ジュリスト四一三号五一頁以下。

(3) 米倉・右論文・ジュリスト四一三号五四頁。

(4) 我妻・新訂担保物権法五八一—五八二頁参照。判例も担保的処理の方向へ動き出したといえるであろう。それをうかがわせる判決としては、次のものを挙げる。最判昭和四一年四月二八日民集二〇卷四号九〇〇頁、昭和四三年三月八日判例時報五一六号四一頁、下級審判決として、東京高判昭和四四年一月二四日判例時報五四七号一〇頁が参照されるべきである。

(5) 異議権、取戻権の原因となりうるのは、物権とは限らず、債権でも原因となりうる。しかし、執行債務者、破産者である讓渡担保権者を完全な所有権者であると構成した場合には、設定者（これは債権者）は異議権、取戻権を有しない、といわなくてはならない。というわけはこうである。目的物が執行債務者（破産者）に属しない場合には、これを執行債務者（破産者）から取戻しうる債権的請求権を有する者も、異議権、取戻権を有するけれども、目的物が執行債務者（破産者）に属する場合には、これについて引渡・給付を求める請求権を有する者は異議権、取戻権を有しないのである。兼子・増補強制執行法五六頁、中田・破産法・和議法（法律学全集）一一六頁参照。上述したところによれば異議権、取戻権を有しないはずの設定者が、異議権、取戻権を有すると解することは、設定者にはやたんなる債権者でない、と考えることを前提するものである。この点につき、四宮・前掲信託の研究一四一頁、一四四頁註(三)参照。

(6) 担保的構成とでもいうべき方向に筆者も賛成するけれども、既存の法律構成（もともと授權説は別ともいえない）が所有権移転という形式に拘泥している点があきつらない。より一そう卒直に、担保物権設定という構成ができないものか、これが筆者の試みようとする目標である。

(b) 第一に授權説をとりあげる。授權説の主張はこうである。すなわち、讓渡担保においては、設定者に所有権が留保されており—所有権讓渡行為は虚偽表示にもとづく法律行為である—讓渡担保権者は自己の名において設定者の財産を担保のために処分する権利（換価のための処分権）を与えられる。なるほど讓渡担保権者は所有権者なるかのような外觀を呈する（名義は移っている）けれども、所有権移転は当事者の意図するところではなく、讓渡担保権者は設定者の財産について換価のための処分権を有するにとどまる、と。授權説論者のうちにも、「外部的移転」型の

譲渡担保についてのみ授權説をもって構成する論者と、「外部的移転」型および「内外共移転」型の双方の譲渡担保について授權説をもって構成する論者とがあるけれども、いずれにせよ、その主張内容は、上述したごときものであろう。⁽¹⁾

授權説に対して、筆者は次のような疑問を抱く。⁽²⁾

すなわち、まず、設定者の処分が問題となる。所有権者である設定者が担保物をほしのままに売却した場合にどのような法律関係が生じるか。設定者は、譲渡担保権者に担保のために換価のための処分権を与えたけれども、そのことによって、設定者 \parallel 所有権者が処分権を失なうのではなく、設定者 \parallel 所有権者は依然として処分権を有すると解され、設定者からの譲受人は有効に所有権を取得すると解されている。⁽³⁾この場合、次のように考えられているのである。設定者は譲渡担保権者に対し処分権を与えた以上、そのことを無意味ならしめるような行為をしない義務（処分しない義務）を負ったと解するべきであるけれども、設定者に課されたかような制限は、債権的な性格のものでなく、物権的な性格のものではない。設定者 \parallel 所有権者の処分権を物権的にも奪うものではないのである。設定者が処分（譲渡）した場合には、設定者 \parallel 所有権者からの譲受人は、たとえ悪意であっても（譲渡担保の存在を知っていても）、有効に所有権を取得することになる。

ところで、所有権を譲渡しない旨の特約に物権的効力を認めうるのか。ドイツ民法第一三七条はこれを否定している（註（4）参照）が、わが民法のもとでも同様に解しうるであろう。たとえば、BがAに動産を譲渡し、Bが預かって直接占有を続けることにした。B A間では、Aはこの動産を処分しない旨の特約が成立した。ところが、CがAから譲受けて、Bに対して引渡を請求してきた場合に、BはCに対してAの処分権なきことを理由にしてA C間の譲渡無効を主張し引渡請求を拒絶しうるのか。もし処分禁止の特約に物権的効果を認めるならば、譲渡は無効なのである

から、あたかも—所有権に譲渡性なしととりきめ、それが物権的効果を有するというわけではないにせよ—譲渡性のない所有権が創出されたといえるし、また、処分権を伴わない所有権者が創出されたといえるので、物権法定主義（民一七五条）に反することになる。つまり、この場合には、物権内容の変更があるといえるからである。この特約に物権的効力を認めるならば、財産の責任客体からの脱落を招いて妥当でないことについては後述する。

さて、以上の考察からすれば、設定者⇨所有権者からの譲受人は有効に所有権を取得すると解さざるをえない。設定者が負うとみられる、処分しない義務は、あくまでも、債権的な義務でしかないわけである。右譲受人は有効に所有権を取得する。

また、処分しない特約に物権的効力を認めえないにしても、したがって処分は有効だけれども、譲渡担保権者の処分権をもってあたかも担保物権のごとき効果をもって追及させうるか。債務不履行が生じた場合に譲渡担保権者は所有権を主張したり（当然実行）、換価のため引渡を請求しうるか。これも、「処分権」というだけでは、直ちには肯定しえないであろう。

かくして、譲渡担保権者としては、譲渡された目的物を取戻す方法を有しないことになる。担保の実を失なわせた設定者が、譲渡担保権者に対して債権的な責任を負うのは別問題である。

また、次のような疑問もある。すなわち、譲渡担保権者は、処分しない特約を援用して—この特約により、財産が、処分の対象となりえなくなり、したがってまた換価（これも究極においては処分）の対象ともなりえなくなつた、として—目的物に対する設定者側の第三者の執行を排除したり、目的物を設定者の破産財団から取戻すことができるか。実定法上のどの規定によって、このような特約の換価排除力を承認しうるのか。この特約上の地位は第三者異議の原因（民訴五四九条）となるのか。破産法上の取戻権（破八七条）の原因となりうるか。あるいはまた、設定

者自身が、換価対象外の財産として、目的物に対する換価を阻止しうるのか。具体的には、設定者自身が、換価対象外の財産に対する換価を阻止するために、第三者異議訴権、取戻権を行使しうるのか。これらの点が疑問として残る。このような特約に換価阻止の力を与えたとすれば、その結果、甲は乙との間で、自己の特定財産につき、処分しない旨の特約を締結することによって、当の財産を責任客体でなくさせることができることとなり、甲の一般債権者を害することになって妥当でない⁽⁸⁾。このような特約は、物権的効力をもって換価対象外の財産をつくり出しえず、したがって、換価阻止の基礎となりえない、と解するべきである。

讓渡担保権者は処分禁止の特約上の地位ではなくて自己の有する処分権にもとづいて、あたかも担保物権者のごとく、担保物に対し、設定者の一般債権者が強制執行に出た場合、設定者が破産に陥った場合に、優先的地位を主張しうるか。すなわち、前者の場合には、第三者異議の訴(民訴五四九条)または優先弁済請求の訴(民訴五六五条)、後者の場合には、取戻権(破八七条)または別除権(破九二条)を行使することができるか。所有権者としての名義と処分権を有するにすぎない讓渡担保権者が、そのような権利を行使することはできないであろう。所有権者としての名義は根拠となりえない。名義があるといっても所有権者でないことが相手方によって立証されれば、名義には文字どおりなんらの効力も伴ないえない。処分権は、第三者に対する優先的地位を根拠づけることができるのか。讓渡担保権者の有する処分権は、所有権ではなく、制限物権でもない—すくなくとも民法典上承認されているものではない。また、物権法定主義の承認を受けることが証明されたものでもない—のである。この処分権が、第三者に対する優先的地位を根拠づけるかどうか、はなはだしく疑わしい⁽⁹⁾。

結局、讓渡担保権者は、換価阻止もふくめた優先的地位を主張することはできない、ということになる。

もし讓渡担保権者が、担保物の設定者からの譲受人に対して、あるいは、設定者の一般債権者による強制執行、設

定者の破産、にさいして、担保権者としての地位を主張しえないとすれば、譲渡担保権者の地位は弱く、担保設定の実益がないことになる。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

「授権」によって、管理権（「他人の物の管理権」⁽¹²⁾）が譲渡担保権者に付与されると解するとしても、この管理権がどのような性質の権利なのかははっきりしないのでは、問題の解決に資するところがない。管理する権利ではあっても、たとえば設定者の処分があった場合に、その処分を無効ならしめるものではなく、さりとて、その処分を有効とした上で、担保物権のごとく追及することが認められるのもないのであれば、譲渡担保権者にとって実益の大きい権利とはとうていいえない。

授権説の目的は、譲渡担保権者に換価処分権を与えることによって、彼を担保物権者のごとく処遇しようということにあるのであろう。というのは、担保物権は、他人の物に対する換価処分権ともみられるからである。⁽¹³⁾ところが、上述したところによれば、その目的は達成されがたい、ということに到着する。

授権説によれば二重の譲渡担保設定の法律構成において問題があることについては、後述する（後述⁽¹⁴⁾）。

譲渡担保権者の処分権（あるいは管理権）そのものが物権的効力を有しないとしても、特約によって、設定者の処分、設定者の一般債権者による執行、設定者の破産、が生じた場合には、設定者は期限の利益を失い（民一三七条一号、二号、破一七条参照）、譲渡担保が実行要件を具備し目的物の所有権が譲渡担保権者に当然に帰属する旨のとりきめをなすことによって、譲渡担保権者の権利を保護しうるのか。これが困難だとした場合、なんらかの方策によって、譲渡担保権者の保護をはかれないか。ここにも問題がある。

まず、処分禁止の特約は債権的効力を有するのみだという前述の議論にもかかわらず、譲渡担保権者が所有権を取得して、そのことを譲受人に対抗しうるとすれば、処分禁止の特約に物権的効力が付与されることと同断になり、前

述の議論は無意味化される(同じことは、次に述べるような特約についてもいえる)。いわば脱法行為を承認することになる。一般的には、そのようないわば脱法行為を許容するわけにはいかないけれども、この脱法の問題に関する限りは、譲渡担保権者の利益を保護する必要上、譲渡担保の場合には、承認するほかないと考える余地がある。

次に、設定者の処分、設定者の一般債権者による執行、設定者の破産が生じた場合、といっても、処分によって譲受人への所有権移転が生じた後、差押がなされた後、破産宣告がなされた後に、設定者から譲渡担保権者へ所有権移転がなされることにするのでは意味がないであろう。なぜならば、こうである。譲渡担保権者が処分権にもとづき、その実行によって所有権を取得した旨、譲受人、執行債権者、破産債権者に主張するとしても、そもそも譲渡担保権者は実行すべき処分権をもって対抗しえないのであるから、それにもとづく所有権取得をも対抗することはできない。これらの、処分権にもとづくいわば追及は、対抗しえない。この場合に、処分権にもとづく所有権取得と考えるので、純粹の譲渡をなすと考えても、そのような譲渡は、第二の譲渡(第一の譲渡は対抗要件を備えているであろう)、差押ならびに破産宣告後の譲渡であって、譲渡人、執行債権者、破産債権者に対して効力がない⁽¹¹⁾。また、こうもいえよう。差押、破産宣告により、目的物は執行官、破産管財人の占有下に移されるので(民訴五六四条一項、五六六条一項、破一八五条)、譲渡の合意をしても、対抗要件である引渡が備わらないので譲渡の合意も実際にはなされることがないであろう。そこで、前述のような特約をして意味あらしめるためには、設定者が譲受人への処分に着手した時点、差押が着手された時点、破産宣告の申立のなされた時点、において、債務の弁済期が到来し、担保の実行期が至り、担保が実行されてしまい、設定者から譲渡担保権者へ所有権が移転し、同時に占有改定が成立する、とでもとりきめなくてはならないであろう。つまり、前述のような追及し対抗の問題を生じる前に、所有権移転を終了させるのである。しかし、右にいうところの、処分に着手した時点とはいつなのか、差押の着手時点とはいつなの

か、必らずしもはっきりしないので、問題を生じる——いつ所有権が譲渡担保権者へ移転したのか、たとえば、不法行為者に対し譲渡担保権者はいつから所有権者としての権利主張をなしうるのか——ことにもなるであろう。処分に着手した時点といっても、処分契約締結の申込をなした時点か、処分契約締結のみでは所有権は移転せず他の行為（代金支払のごとし）の完了によって移転する旨とりきめた場合には、その行為に着手した時点か、それともかような場合には処分契約締結の時点か、処分契約締結の見込があるかどうかの打診のための準備交渉開始の時点か、というような時点が考えられる。差押の着手時点といっても、執行官が設定者から目的物そのものの占有を移転させ（民訴五六六条一項）始めた時点か、執行官が差押のため立入り捜索を開始した時点か、執行委任がされた時点ですでに着手したと考えるのか。着手した時点は必らずしもはっきりしないのである。

また、こういう点も問題である。すなわち、執行（破産についても同旨のこと）がいえるが、正規の物権、あるいはそうでなくとも物権法定主義の制限外であることの説明のなされうる物権が設定されていて、それによって、執行が妨げられるならばともかく、そうでなく、当事者の右に述べたような特約により任意に執行阻止の結果が導かれることは、執行に対する信用をひき下げることにもなるので、問題である。

右のような問題があるにせよ、特約を設けることによって、譲渡担保権者の保護をはかりうる可能性が生じるわけである。あるいは、譲渡担保権者の保護の必要を是認する立場から、右に述べた難点を決定的難点とは考えない、というのが正しいかも知れない（特約が脱法かどうかについての判断をみよ）。かような特約によって授權説を補充することは、譲渡担保権者の地位を制限物権として処遇することができないという前提に立って、譲渡担保権者の地位を強化しようとするものである。しかし、その前提を動かす可能性はないのであろうか。この根本問題をより一そう検討するべきだ、と筆者は考えるので、このような特約による補充には賛成しえない。

授権説を前進させたともいえる管理権説について述べておく。この立場は次のように説く。すなわち、管理信託に
 関し、受託者は管理権（権利の変動―発生、処分、消滅、変更―実現、防禦をなしうる権利）と名義を有する。信託
 関係において、所有権移転の形式をとるのは、管理権と名義とを受託者に与える意味に解釈すべきである。当事者
 がたとえ「所有権移転」といっても、それは受託者に管理権と名義を付与する趣旨だと解釈しなくてはならない。¹⁸⁾ 受
 託者の管理権は、「他人の物の管理権」（遺言執行者、後見人、遺産管理人、破産管財人等の管理権）と同じような
 排他的管理権と解すべきで、「授権」が委託者の処分権の競合を許すのに対して、この管理権は、そのような競合
 を許さない。管理権は、近代における所有と管理との分化の現象に対応して、権利概念から、権利行使の譲渡または
 権利行使の権限として、分化してきた概念であり、財産主体以外の者の行為が財産主体を拘束することを可能ならし
 める手段として、財産主体の私的自治を拡充する機能をいとなむ。そして、受託者の管理権は、特定の財産権に対す
 るいわば物的管理権である上に（この点代理権と異なる）排他的管理権である。¹⁷⁾ かかる構成が、「法律行為による信
 託」の発展の到達点である。¹⁸⁾ この管理権は制限物権に類似する。そこで、物権法定主義に反しないかという疑いを
 生じる。しかし、この管理権は、制限物権でなく、物権法定主義の制限に服するものではない。なぜ制限物権でない
 かといえようである。(i)管理権は、私的自治の一顕現であって、制限物権のように権利の内容の一部を独立化した
 ものではない。(ii)それは他人の利益に奉仕する権能であって、自己固有の利益という物権の本体的性格を有しないか
 らである。¹⁹⁾

右の議論を譲渡担保（担保信託）にあてはめるならば、次のようになるのであろうか。論者が譲渡担保については
 つきり述べているわけではないので、断言することはさし控えたいけれども、あえてあてはめるとすれば――設定者
 が所有権を有し、譲渡担保権者は管理権と名義を有する。管理権は譲渡担保権者のみに属し、設定者には属さない

(設定者の処分は無効である)。ところで、問題は、この排他的管理権である。管理信託についての議論では、受託者の管理権は制限物権ではないとされた。そこでは二つの理由(i)(ii)を挙げていた。そのいずれについても筆者は賛成である。譲渡担保権者の管理権についても同じことがいえるか。譲渡担保権者の管理権は、物的管理権であり、排他的である。譲渡担保権者はこの管理権にもとづき、債務不履行の場合には、目的物を処分しその価値をおさめることができ(価値の支配)、設定者の処分があった場合には目的物に追及しうる。そのほか、譲渡担保権者の保護のためには、彼に、物権的な保護(執行、破産などにさいし権利主張を許す)を与えざるをえないであろう²⁰⁾。そのような保護を付与するとした場合、その根拠は管理権に求めるほかはないであろう。かくして、この管理権により、譲渡担保権者は、所有権のうちの価値的側面を独立化し支配している、といえるのではないか。のみならず、譲渡担保権者の管理権は、管理権者である譲渡担保権者自身の利益に奉仕する権利であって、管理信託の場合の受託者の管理権のように他人の利益に奉仕する権利とはいえないのである。譲渡担保権者は、自己固有の利益を有するのであり、その利益に奉仕するのが管理権なのである。かようにして、譲渡担保権者の管理権が、所有権の価値的側面を独立化したものとみることができ、譲渡担保権者自身の固有の利益に仕える権利である、とすれば、これをもって制限物権と解することができる。管理信託についての議論において、管理権をもって制限物権でないとした理由(i)(ii)は、いずれも成立しないのである。

譲渡担保権者の管理権が制限物権であるとすれば、物権法定主義の制限に服するのではないか、という問題が生じてくる。物権法定主義の趣旨のうち、封建的物権関係の復活阻止ということは今日では問題とする必要はあるまい。同主義のもう一つの趣旨、すなわち、物権類型の法定により公示の機能を十分に発揮させるということが問題である。譲渡担保権者の管理権取得は公示を備えていないが、そのようなものとして、慣習上承認されているのだ、とで

も説明するのであろうか。この説明が「法律構成」といえるかどうかは問題であろう。ともかく、公示の問題をどのように説明するかが、問題として残っている。

右のことと関連して、こうもいえよう。讓渡担保権者の管理権が制限物権より正確には担保物権である、とすれば、物権法定主義の制限を脱却することの説明づけが問題となることは別にして、筆者が上述の部分でなしたように管理信託の發展形態とあえてパラレルに考える必要はなく、より一そうストレートに、讓渡担保権者は担保物権を有する、という構成を試みるべきである、と、ここに至って筆者は考える。というのは、管理信託の發展の到達点にならう、讓渡担保を構成してみても、結局のところ、讓渡担保権者の地位(管理権)を担保物権として説明すること、より具体的には、讓渡担保権者の担保物権を物権法定主義との関連で、どのように根拠づけるべきかにつき当然には答ええないからである。⁽²¹⁾ なお、讓渡担保(担保信託)の發展の論理的到達点は正規の担保物権である、と立言する論者がある。⁽²²⁾ この立言はそれとして傾聴に十分値いするけれども、この立言をこのさいかりにもち出すとしても、当面の問題の答とはならない。当面の問題は、未だ正規の担保物権にまで達していない(未だ正規のそれとして認知されるに至っていない)ところの、讓渡担保権者の「担保物権」を、いかにして承認しうるか、にあるからである。

ここでついでに次のことを述べておこう。問題は、讓渡担保の論理的發展の到達点は担保物権である、という立言に関する。いま、この立言を右においてもち出したので、このさい、いささか長くなるけれども、筆者の感想を述べておきたい。筆者は、讓渡担保が担保物権へと發展することを希望するけれども、その發展は「論理的」かどうか(その判定基準については後述する)、疑いを有するのである。

この立言をなす論者は、要約すれば、次の趣旨を述べる。すなわち、結論として、讓渡担保は物権担保制度の歴史における出発点であり、これが發展して制限物権としての担保物権へ、とりわけて、当事者の担保目的に最もよく適

合した制度である無占有担保物権（抵当権）へと到る、とし、この発展の論理的過程を説明するについては、当事者の担保目的により一そう適合している方向へと発展する、と説く。つまり、発展の終着点としては担保物権がめざされる。甲↓乙への担保形態の発展が論理的発展かどうかの判定規準は、担保目的により適合している担保形態が生じるか（乙の方が甲よりも、担保目的により一そう適合しているといえるかどうか）、である。論理的発展の判定規準として担保目的への適合性の度合がもち出される—この度合が大きいならば、それだけ、高度の論理的発展段階にある—にさいしては、おそらく、いやしくも担保をとる（供与する）という目的にとっては、甲形態よりは乙形態の方が適合しているとか、甲形態よりは乙形態の方が担保目的に照らしてより合理的であるとか、というような考え方が存するのであろう。そして、甲形態よりも乙形態の方が担保目的により適合しているからには、担保形態は、甲形態から乙形態へと論理上発展しなくてはならない、とされるのであろう。

さて、それならば、担保目的により一そう適合しているかどうか、という点についての判定規準は何か。甲乙二個の担保形態がある場合に、いずれの形態が、担保目的により一そう適合しているのであるか、その判定規準は何か。この点についての論者の説明は見当らないか、すくなくとも、はっきりしていないのである。担保目的にとっての適合性という場合、法的な観点の問題であることはいずれまでもない。すなわち、それぞれの担保形態において、当事者がどのような権利を有し、義務を負うか、それが担保という目的に適合しているか否か、適合しているとしてもどの程度適合しているのか、ということが問題なのである。たとえば、当の担保形態が通常人の心理・感情に及ぼす影響というような観点は—或る形態では社会の人々に悪感情をひきおこし、担保権者が実行を妨げられかねないほどである、といったことがあるとすれば、その担保形態は担保目的からみて適合性がすくない—、ここでは問題にならない。この程度のことば、わざわざいうまでもないであろう。法的観点からする、担保目的適合性の判定規準

如何、がここでの問題なのである。この判定規準は、どのようなものか、これを提示することは容易なこととは思われない。

右の意味での担保目的適合性の判定規準を問題とすることにさいしては、二個の観点を考慮しなければならないであろう。このほかにも存するかも知れないけれども、さし当っては、二個を思いつくだのである。第一は、実体法的観点とでもいべき観点である。この観点によれば、要するに、債権回収がなされうるならば担保目的は成就されるのである。債権回収以上が実現される形態（流担保型で過剰分を返還しないもの）も、債権回収以下が実現される形態（流担保型で不足分の追徴をなすことをえないで担保関係を終了させるもの）も、いずれも、担保目的にとっては適合性を欠く、ということになる。担保権者の対外的な効力という点でも、「担保」に必要な力以上の力を与えることは、担保目的適合性を欠くことになる。第二は、手統法的観点とでも呼ぶのが適当な観点である。債権さえ回収しうるならば担保の目的は成就されるか。一応しかりといえるけれども、なお問題がある。債権回収が迅速・簡易に行なわれることが要請される。債権回収が迅速・簡易に行なわれない場合と一致し手統費用のかさみ、手統遅滞による目的物値下りを考えよ—するものである。担保をとる（供与する）にしても、実行困難であって、目的物の確実な換価が阻害されるのでは、担保目的に適合してはいないがたい。いやしくも担保をとる以上は、換価の確実性、難易ということは重大関心事である。担保目的適合性を判定するにさいしては、以上二個の観点を考慮しなくてはならない。同じ観点内での問題でも、いずれがより多く適合性を備えているかを細かく検討しなければならぬ。若干の担保形態について検討してみよう。

流担保型（清算しない型）から清算型への発展は、目的適合性を増すものである。この場合には第一の観点のみが前面に出て、第二の観点は出てこないであろう。ところが、以下述べる形態においては、そうはいかないのである。

帰属型（論者の用語では帰属質）と処分型（論者ならば売却質—売却によってはじめて担保権が実行される—とも呼ぶのであろうか）とは、どちらが論理的發展段階における高い段階に位するか。論者は処分型とするけれども、そのようにいえるか。第一の観点からすれば、処分型ということになる。処分型の方が、設定者の受戻しの可能性が大きいので、担保目的に適合する度合がそれだけ多くなるからである。とはいふものの、かかるメリットも過大評価しえない。処分が直ちに行なわれるならば、帰属型と変りはないからである。処分型には一応のメリットがあるとはいえても、第二の観点からすれば問題がある。処分に手間どったり、処分しえても合理的な価値の回収がされえなかつたり—手間どって時間がかかれば往々にしてこういうことになる—することがある。かようなことは、担保権者、設定者にとり—受戻せば格別受戻せないので処分されてしまう場合もある—望ましくない（不足分を生じてそれを追徴することになる。その手続すらも厄介である）であろう。処分に手間がかかってその間に値上りを見ることもあろうけれども、そのような好結果も確実性に乏しい。換価の簡易、確実という点では、帰属型の方がまさっている。帰属型では譲渡担保権者が過剰な価値をおさめる不合理がある（帰属させて清算しないという型であれば、設定者は不足分の追徴をさえないで免れるという不合理もある）という点は、これに清算する旨の特約を付加することによって修正される。それはともかく、帰属型と処分型のいずれが担保目的により一そう適合するか、という問に對しては、いずれとも答えがたいのではないか。

任意売却と公売とは、いずれが担保目的により一そう適合するか。論者は公売であるとするけれども、ここでも問題がある。ここでは、もっぱら第二の観点が問題である。公売であるとする根拠として論者は、設定者の利益がより公平に確保される、と述べる。一応、そのようにいえよう。任意売却では、売却する者の恣意によって公正な売却が妨げられるおそれがあるからである。しかし、常にそのようなおそれがあるともいえないであろう。公売の場合に

は、手続が煩雜で時間を要する。公売手続をいかに簡素化しても、任意売却と同程度に簡素化されることはあるまい。公売にいわゆる競売ゴロのごとき病理現象の伴なうことをさておいても、その手続的簡易さにおいて公売が任意売却にまさるとは考えられない。手続の煩雜さは、時間の消費を大ならしめ、往々、合理的な換価を阻害することになる。かくて、公売の方が任意売却よりも担保目的適合性の程度が高い、といえるかどうか、疑わしいといわなくてはならない。

所有権移転と担保物権設定とはいずれが担保目的に適合する度合いが大きい。論者は後者と解するに相違ない。第一の観点からみれば、そう解することに異論はあるまい。しかし、第二の観点からみれば、そのようにはいいきれない。担保物権の実行手続をいかに簡素化しても限界があり、所有権にもとづく任意処分比べれば、煩雜さのつきまとうのをどうしても免れないであろう。設定者の一般債権者によって目的物が差押えられた場合のことを考えてみれば、果して担保物権設定の方が担保目的に適合しているといえるかどうか疑わしい。すなわち、担保物権の場合、一般債権者が目的物に執行した場合には、そのインシァチヴのもとで煩雜な手続を経由して換価して合理的な価値の回収ができるかどうか疑問である―その換価金のうちから優先的に債権を回収することになるけれども、そもそも換価金額が少額にとどまって被担保債権を満足せしめえない惧れが大きい。担保物権者としては未だ換価したくないと考えていても、一般債権者による差押があれば、否応なしに換価されることにもなる²⁴。担保物権者が未だ換価したくないから差押を止めよと請求する権利を担保物権者に付与することは困難であろう。所有権移転のもとでは、一般債権者の差押を排除しうる。そして、任意の方法で、簡易に、時期も任意の時期に―といっても実行期到来後であることとはむしろのことである―換価することができる。一般債権者による差押への便乗という手続をどれほど整備しても、この利点に見合うものを見出しえないであろう。所有権移転と担保物権設定とは、後者の方が担保目的適合性

が大きい、とはいえないことになる。

上述したところから、次のようにいえるであろう。すなわち、担保目的適合性の判定は容易ではなく、甲形態の方が乙形態よりも絶対的に適合性が大きい、とはいえない（清算型と非清算型とでは前者の方が適合性が大きいとはいえよう）。したがってまた、担保である以上は甲から乙へ（あるいは乙から甲へでもよい）と論理上発展せざるをえない、ともいいがたい、と。担保形態が、譲渡担保から出発して、甲↓乙↓丙↓…と発展して無占有担保物権（抵当権）に至る過程を担保目的適合性のより一そう大きい形態へ向っての発展だというだけでは、十分でない。このことは上述したところから明らかであろう。発展の方向はいやしくも担保であるからには当然こうだ、というように論理必然・一義的に決定されるのではなくて、論理上複数の発展方向の可能性があつて、それらの可能性の総合的比較判断を経由して後に、判断者がどれか一つの道を選択することにより、最終的に決定されるのである。たとえば、担保のために所有権を移転させることと担保物権を設定することとは、いずれが担保目的により一そう適合しているかについては、いずれともいえる。手続的観点からみれば後者の方が適合性が大きいのである。所有権移転よりも担保物権設定の方をもって発展の向うべき目標と考へるのは、所有権移転のみならず効果―譲渡担保権者の力が強くなりすぎる―は是認しがたいものでせひ回避するべきだと判断して、担保物権設定を選択したからにはかならないのである。論理上当然に、担保物権設定という答が出てくるのではないのである。

担保目的適合性をもって論理的発展の判定規準とする場合には、さらに一歩進んで、担保目的適合性の判定規準をはっきりさせておく必要がある。いまここで、それを提出するだけの用意が筆者にはない。ここでは、担保適合性の判定は必ずしも一義的にはなしえない、ということのみを述べるにとどめる。

(1) 外部的移転型についてのみ授權説をもって構成するのは、石田・売渡担保に於ける二型態・法学論叢三三卷二号二〇六頁、

内外共移転型についても（外部的、内外共を問わず要するに譲渡担保を）授権説をもって構成するのは、浜上・前掲論文・阪大法学二〇号六四頁以下。

(2) これらの疑問はすでに、四宮・前掲書・信託の研究一一四頁、植林・前掲論文・法学雑誌六卷四号一一一二頁において、ドイツ学説の紹介、検討という形で簡単ではあるが触れられている。本文では、筆者なりに補足を加えて内容を追加した。

(3) 四宮・前掲書・信託の研究一一四頁、四宮・信託法（法律学全集）五頁、植林・前掲論文・法学雑誌六卷四号一二頁参照。

(4) 下民第一三七条は、「譲渡性ある権利を処分する権能は、法律行為によってこれを排除することをえない。処分しないという義務負担の効力はこれがため妨げられることはない」と規定する。この規定は、法律行為による譲渡禁止の効果につき、物権的側面と債権的側面とはっきり区別しているわけである。処分権を排除することをえないと定めることの意義は、物権の限定という技術的なプリンシプルが確保されることにある、と説明されている。その意味は、おそらく、物権の内容の変更をもたらすことを禁止する、というのであろう。Staudinger, a. a. O., Allg. T., 11Auff., § 137 Ann. 1a.

(5) 下民第一三七条（前註参照）に Staudinger, a. a. O., Allg. T., 11Auff., § 137 Ann. 8; Enneccerus-Nipperdey, Allg. T. II, 15Auff., § 144 II 3 参照。

(6) このような特約にそもそも物権的効果が付与されない以上は、その特約上の地位にもとづいて、換価を阻止しえないことはいうまでもない。したがって、かかる特約上の地位が「目的物ノ譲渡若クハ引渡ヲ妨クル権利」（民訴五四九条一項）にあたるか否かを考えるまでもないくらいであろう。また、かかる特約上の地位は破産法上の取戻権（破八七条）の原因ともなりえないというべきである。

(7) 第三者異議の訴について次のようにいわれる。「第三者」とは一応執行当事者以外の者をさすが、例外的に債務者自身がその執行に対する関係で第三者としての立場に立つ場合がある。限定承認の場合の債務者は、固有財産に対する執行を受けたときは第三者としての立場から第三者異議の訴を提起しうるし、特定物引渡請求権の執行は、特定物以外の物に対して執行を受けるいわれがないので、他の物に対し執行を受けたときは第三者異議の訴を提起しうる。三ヶ月・執行に対する救済・民訴研究第二卷六九頁。かくて、執行債務者自身が第三者の立場に立つこともありえないわけではない。しかし、本文で問題としているような場合、つまり、執行債務者として執行債務者の全財産をあてにしうるはずなのに執行債務者の財産について契約（先述のように物権的効力なし）によって随意に換価対象外の財産をつくり出し、これをもって他の財産とは別種として債権者の力を及ばなくさせることは許されない

であろう。このことは、破産の場合についてもいえることであろう。

(8) 特定財産どころか全財産が責任客体の外にも出されることも考えうるのであり、その弊害たるや明らかであろう。ド民一三七条に(Staudinger, a. a. O., Allg. T., 11 Aufl., § 137 Anm. 1, 3参照。処分禁止が物権的効力を備えた場合と財産が責任客体でなくなるこの関連についてはつきりした説明がない)。

(9) Senck, a. a. O., Bd. II, § 1913; Wolff-Raiser, a. a. O., S. 738. 植林・前掲論文・法学雑誌六卷四号一二頁。

(10) 授権説の最大の難点は、本文で上述してきたところから明らかのように、担保設定の実益がないという点にある、というべきであって、したがってまた、授権説批判の中心もこの点にあるというべきである。柚木・注釈民法(9)三二九頁(福地)は授権説を批判するけれども、この点について言及していないのは疑問である。もっとも、わが国の授権説論者が、担保権としての追及、差押、破産にさいしての優先権を、譲渡担保権者に与えているのであれば別問題であるが、わが国の授権説論者(前掲、石田、浜上)が説くことは不十分であって、説いていない事項もあるのである。石田・前掲論文・法学論叢三二卷二号は、「授権」による構成をとるとする Treuhänder 型の譲渡担保について、その二〇九頁以下において対外的効力に言及しているけれども、動産譲渡担保の場合につき、(1)設定者の処分があった場合、(2)設定者の一般債権者による差押があった場合、(3)設定者が破産した場合、に、譲渡担保権者が有する権利如何を全く述べていないかあるいははつきり述べていない。(1)については、全く述べておらず(設定者の処分があった場合を問題としていない)、(2)については不動産譲渡担保につき登記簿上の所有権者名義を理由にして譲渡担保権者は第三者異議訴権を行使しうるとし、(3)については、設定者が占有利用しており破産した場合には、日本破産法の建前からすると譲渡担保権者に取戻権ありとしなくてはならない、日本破産法は fiducia 型譲渡担保の場合のみを想定してつくられたのだ、とする(Treuhänder 型ならどうなるのか)のである。授権説を採る浜上・前掲論文・阪大法学二〇号はその六八頁以下において、譲渡担保の対外的効力について言及しているが、ここでもはつきりしない点がある。すなわち、(1)設定者の処分については、譲渡担保権者には完全な権利主体たる外観があるので、設定者が処分する(これによって譲受人は有効に所有権を取得する一七一頁)ことは実際上はできない場合が多いとし、譲渡担保権者は所有権者たる外観があるから、それにもつき悪意の譲受人に担保物権(傍点―筆者)の行使ができるから担保権者の地位はさほど弱いものにならない、とする。この担保物権は正規のそれではない。物権法定主義との関係はどうか。物権である以上は即時取得者を別として善意者にも對抗できるはずではないか。もっとも、かかる担保物権設定の公示・對抗要件が問題になるが、その点に関してはどう考えているのか。(2)設定者の一般債権者の差押があった場合については触れていない。(3)

設定者が破産した場合には、讓渡担保権者は質権者あるいは抵当権者あるいは抵当権者に準じて扱われるべきで、別除権を付与されるべきである。しかし、実際上は、外観上所有権にもとづき、取戻権を行使するのが通常であろうとする。なぜ、質権者、抵当権者に準じて扱われることができるのか。担保物権を讓渡担保権者は有するから、と説くのであるならば、その担保物権と物権法定主義との関係が問題である。さらにいえば、担保物権をもち出すのならば、「授権」といったルートを経ないでよりストレートに、それをもち出して構成することを試みたかどうか、と思われるのである。

(11) 米倉・前掲論文・ジュリスト四一三号五二頁第二段。これに若干補足を加えておこう。設定者が担保物を売却した場合に、讓渡担保権者は譲受人になら権利を對抗しえない。しかし、その場合でも、衡平上、すくなくとも悪意の譲受人に対しては讓渡担保関係の主張を許すべきであろう。讓渡担保権者をして所有権者でもなく担保物権者でもない立場からは、かようにでも説くほかに、讓渡担保関係の主張をさせることはできない。それはそのように一応処理するにしても執行、破産の場合にもそのように処理しうるか。讓渡担保権者に担保物権者としての地位を認めて、譲受人にも権利を對抗せしめるとともに、執行、破産の場合にも権利主張を認める、という方向で処理をはかるべきである。

(12) 於保・授権について・財産管理権論序説五一―五四頁、浜上・前掲論文・阪大法字一八号四四頁。

(13) 石田・前掲論文・法学論叢三二卷二号五九頁。

(14) 兼子・前掲書・一七一頁。破産法第五三条一項。中田・前掲書九四頁。

(15) 破産宣告の申立(破一一四條)があつた時点で担保が実行されることになるという特約の場合には、担保実行の時点ははつきりするであろう。かような特約付で設定契約を締結(正規の担保物権は設定されず、所有権も移らず、名義が移る)することに全く問題はないか。設定者の資産悪化の事態のもとで締結する場合はどうか。そのような事態のもとで、将来破産宣告申立がされた時点において特約にもとづき目的物の所有権を讓渡担保権者へ移転して債務を決済する(代物弁済予約による実行に似ている)ことをもたらす基礎をつくるのは、詐害行為(民四二四條)、破産否認権の対象とされる行為(破七二條)に該当しないかどうか。この問題については、さらに検討する必要がある。ここでは答を留保する。授権説を徹底するのであれば、ここまで検討する必要がある。

(16) 四宮・前掲書・信託の研究・一四三―一四四頁、四宮・前掲書・信託法八九頁。

(17) 四宮・前掲書・信託法八九―九〇頁。

(18) 四宮・前掲書・信託の研究一四三頁、一四五頁補註2。

(19) 四宮・前掲書・信託法八九頁。

(20) 譲渡担保を管理権説の立場で構成することとし、譲渡担保を信託関係の類比において処理しようとするにしても、譲渡担保権者から物権的保護を全く奪い去るものではむろんないであろう。そうでなければ、譲渡担保設定は完全に実益を失なうからである。

(21) ここでは法律構成の仕方が問題なのである。信託法理の示すような効果(委託者の地位強化)を譲渡担保にもちこむことに異論はない。そのような効果を付与するにさいして、譲渡担保独自の構成を試みるべきだ、というのである。

(22) 安達・指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三)・法学志林・六一巻二号一一〇頁。

(23) 論理的発展のメルクマルが、担保目的適合性である、とはつきり論者が述べているわけではない。しかし、論者が、譲渡担保は、無占有担保物権(抵当権)へと発展するとなし、この発展の論理的過程を、次のような方式でとらえたとし、帰属質から売却質へ、その売却方法も、任意の売却から債務者の利益をより公平に確保しうる公売へと移る(傍点―筆者)とすること、また、権利関係の公示方法として、所有権移転が担保の目的のためなることを公示するよりも、むしろ最初から所有権じたいを移すことなく、債権者が売却権を有することを公示する方法をとる方が当事者の目的により適合するともいえる、と述べているところ(安達・前掲論文・法学志林・六一巻二号一一〇―一一一頁)をみれば、担保目的適合性をもって論理的発展のメルクマルと考えているように受けとれる。

(24) この問題につき中野・譲渡担保権者と第三者異議の訴・阪大法學四四―四五合併号一四九頁以下が参照されるべきである。

(c) 第二に担保権能説をとりあげる。この立場は、次のように説く¹⁾。設定者の直接占有下にある担保物について二段の物権変動が生じている。すなわち、設定者から譲渡担保権者へ所有権が移転し―譲渡。対外的には譲渡担保権者が所有権者―、その直後に、譲渡担保権者から設定者へ、担保権能(譲渡担保権)を留保して(担保)、残りの権能は設定者留保権―実質的には、担保物権の負担のついた所有権。正確には、所有権から担保権能を除いた権能といふべきか。被担保債権弁済により所有権となる権利という側面からいえば、期待権といえる²⁾が戻される。譲渡担保権者、設定者のそれぞれの権利取得は、右に述べた二段の物権変動のそれぞれに引渡が伴なうと、解することによつて、對抗要件を具備することになる。つまり、二段の物権変動を通じて、担保物は、設定者↓譲渡担保権者↓設定者

へと引渡された、と解するのである。

対外的効力は次のとおりである。

讓渡担保権者は、對抗要件を具備しているから、設定者から担保物を設定者の所有物として讓受けた者に対し讓渡担保権を對抗しうる。讓受人は讓渡担保権者によって追奪されることになる。「所有権」にもとづく返還請求を受けられることになるのであろうか。讓渡担保権者にそこまでの力を付与せず、讓受人に、実質上は讓渡担保権なること的主張を許し、所有権にもとづく返還請求を拒絶させるべきであり、債務不履行により担保実行期が到来した場合に限り、返還請求を許すべきではないか(そして、讓渡行為によって債務の履行期が到来し—民一三七条二号準用、その他の特約によるもさしつかえない—担保実行期の到来することも考えうる)。讓受人に即時取得の成立する場合は、上述とは別問題である。

また、設定者の一般債権者が担保物に対して、設定者の所有物として強制執行に出た場合には、讓渡担保権者は優先弁済請求の訴を提起しうるにとどまる。設定者が破産した場合には、別除権を行使しうるにとどまる。讓渡担保権者には、その実質上の権利(設定者留保権という負担のついでに「所有権」)以上の力を与えるべきではないというわけである。また、第三者異議訴権、取戻権を讓渡担保権者に承認し、目的物を把握させても、彼は結局差額を清算して返還しなければならず、そうであるならば、優先弁済請求訴権、別除権を与えるにとどめておくことが便宜でもあるであろう。ただし、この立場は、流担保型(清算しない型)の讓渡担保については、右の強制執行、破産の場合に、それぞれ、第三者異議訴権、取戻権(これらの権利を行使することじたいが実行行為必要型の場合には実行行為となる)を承認する。したがって、上述のことは清算型の場合のことである。強制執行、破産があった場合には、債務者の期限の利益喪失(民一三七条一号、二号、破一七条、その他特約もありうる)・讓渡担保実行要件具備があったと

みて、その場合、流担保型譲渡担保においては、設定者は目的物を失い、彼に返還されるべきもの、すなわち、その債権者、破産財団に帰すべきものは存しないからである。⁴⁾

説明を補足しておくことにする。設定者の一般債権者による執行、設定者の破産が生じた場合に、債務の期限利益喪失、担保実行要件具備がきたされる。そのさい、当然実行型譲渡担保では担保の当然実行により、譲渡担保権者の所有権は当然に名実ともに所有権となる。譲渡担保権者は第三者異議訴権、取戻権を行使しうるはずである。この場合、流担保型については右のような処理をし、清算型については、優先弁済請求訴権、別除権にとどめるといふ処理も考えうる。そうすることの理由は、譲渡担保権者に実質上の力（担保権能―担保物権類似の力）以上の力を与える必要がないという理由もさることながら、結局清算の要否が問題となることにかんがみて、先述したような便宜の考慮というべきであろう。実行行為が必要型譲渡担保ではどうか。この型では、実行行為がなされてはじめて、譲渡担保権者の所有権は形式的にも実質的にも所有権となる。実行行為がなされるまでは、譲渡担保権者の所有権は、実質上は担保権能でしかない。このような理由で、譲渡担保権者に対しては、優先弁済請求訴権、別除権付与にとどめるべきであろうか。しかし、実行期が到来していることを考慮するならば、譲渡担保権者は所有権取得（担保関係終了）の意思を有すると解すべきだから、その意思に適合した処理としては、所有権取得を前提とした第三者異議訴権、取戻権を行使させることとし、そのような行使は設定者に対する実行の意思表示を同時に兼ねていると解すべきである。そして、清算型については、便宜の考慮から、この結論を修正して、優先弁済請求訴権、別除権にとどめるべきである。流担保型については、そのような修正を施す必要はない。對抗要件を具備した譲渡担保権実行にもとづく所有権取得は、差押債権者、破産債権者に対抗しうるべきだが、その実行による所有権取得の意思表示が、第三者異議訴権、取戻権行使と同時になされているとみるのである。

強制執行、破産の場合には、流担保型と清算型とを区別するけれども、設定者からの譲受人に対する関係ではどうか。流担保型であろうと清算型であろうと、譲渡担保権者は譲渡担保権を別段の差を伴わずに対抗しうる。譲受人は、被担保債権を弁済して自己の権利を確保しうる。もっとも、設定者の譲渡により、債務の期限利益喪失・譲渡担保の実行要件具備が招来されて(筆者はしかりと解する)、譲渡担保が実行されれば譲受人に所有権を対抗しうるのであり—当然実行型ならば問題なく、実行行為必要型ならば譲受人に対する所有権行使の意思表示のうち実行の意思表示が同時にふくまれているとみて、譲受人に対する所有権行使を認める—譲受人は被担保債権を弁済して自己の権利を確保することはできなくなる。流担保型か清算型かによって、右の結論が左右されることはない。

ところで、以上のことに関連して次のことを述べておく。設定者からの譲受人は、譲渡担保の存在を知らないことが多いので—即時取得が成立するならば保護されるから問題はないが—譲渡担保権者の所有権行使(当然実行型、実行行為必要型を問わず、また、流担保型、清算型をも問わず)によってはじめて、譲渡担保の存在を知ることになる場合が多く、そして知った時点では担保がすでに実行されていて、弁済によって目的物を確保する余地がない。そこではかような結果を緩和するために、譲渡担保権者の所有権行使の通知が譲受人へ到達してから相当の期間内は、すくなくとも、善意の(であった)譲受人には、弁済して目的物を確保しうる余地が残されてしかるべきではないか。同旨のことは、差押、破産についてもいえる。これらの場合には、清算型においては優先弁済請求権、別除権が与えられるにとどまるが、差押債権者、破産管財人は、債務(すでに消滅済だが)を弁済して、右の権利行使を却けうると解するべきではないか。上記のような取扱いをすることの根拠づけが問題であり、相当期間の長さの決定も問題である。これらの問題に対し筆者は決定的な答を有していない。この点については、期待権説について述べるところを参照されたい。

設定者は、譲渡担保権者が目的物を自己の完全な所有物として譲渡した場合に、その譲受人に対して設定者留保権を主張しうる。そのことの内容は、設定者が譲渡担保権者に被担保債権を弁済して後、譲受人に対し目的物所有権を受戻す旨主張しうる、ということである。譲受人は、設定者留保権の付着した物、逆からいえば、譲渡担保権を取得しうるにとどまるのである。譲受人が「所有権」にもとづいて返還請求をなした場合に、設定者は、設定者留保権ありとして、拒絶しうるかと解すべきか。譲受人が即時取得する場合―指図による占有移転によって引渡を受けて―は別問題である。

設定者は譲渡担保権者の一般債権者による強制執行にさいしては―返還請求権差押、引渡請求（民訴六一四条以下）―譲渡担保実行要件が具備されていない場合には、目的物が完全には譲渡担保権者の所有物でなく、譲渡担保物でしかない旨の異議を述べて、「設定者留保権が存するとして」引渡を拒否しうる。⁽⁷⁾
 譲渡担保権者が破産した場合には、設定者は弁済して取戻権を行使しうる。⁽⁸⁾
 担保権能説について難点を述べよう。

まず、第三者異議の訴に関して、次のような疑問がある。担保権能説によれば、譲渡担保権者は第三者異議の訴を提起しえないのであるけれども、なぜか。譲渡担保権者はその実質において担保権者ではないから、その実質に即して処遇されてしかるべきだからである。ところで、譲渡担保権者は、その実質に即して、所有権にもとづく第三者異議の訴を提起しえない、と解するにしても、譲渡担保権者は間接占有者でもあって、そして、間接占有も第三者異議の訴の根拠たりうるとすれば、⁽⁹⁾間接占有者として、第三者異議の訴を提起しうるはずである。しかし、とすれば、担保権能説が譲渡担保権者を担保権者として処遇しようとしている努力はむなしなものになる。譲渡担保権者に第三者異議の訴権を否認するには、(1)間接占有は第三者異議の訴の根拠とならない、と解するか、⁽⁹⁾それとも、(2)譲渡担保

権者はそもそも間接占有を有しない、と解するか—担保権能説では、占有改定の成立すること（間接占有関係成立）を認めるので、このように解することは困難であろう—いずれかのルートを選択しなければならない。いずれのルートを選択するにしても、説明を必要とする。

譲渡質（担保権者の直接占有）における設定者の地位を考えた場合に問題が生じる。設定者の権利取得は公示を欠き、對抗要件を具備しえない。設定者の権利取得が對抗要件を備えるというには、引渡が、設定者→譲渡担保権者→設定者→譲渡担保権者、という過程をたどって行なわれる、とても説くことにならうけれども、この説明は、擬制に過ぎるように思われる⁽¹⁰⁾。設定者の権利取得が對抗要件を備えないことになれば、譲渡担保権者が担保物を譲渡した場合に、設定者は譲受人に対して設定者留保権を対抗しえない。この場合、譲渡質ではなくて質権が設定されていたのであれば、設定者（所有権者）は自己の権利を譲受人に対抗しうる。譲渡担保権者の債権者が担保物に対して強制執行に出た場合、公示なき設定者は第三者異議の訴を提起しえないのに対し、質権設定者ならばこの訴を提起しうる。譲渡担保権者が破産に陥った場合に、公示なき設定者は取戻権を行使しえないことになるのに対し、質権設定者ならば取戻権を行使しうる。譲渡質と質権とは担保関係をめぐる外的表章に関しては近似している。いずれの場合でも、担保権者が担保物を直接に占有し、第三者からみて、あたかも担保権者が担保物の所有者であるかのような外観を呈しているのである。質権設定者といえども、譲渡質設定者と同様、第三者にとつて、その存在が不明確なことに変わりはない。しかるに、設定者の受ける待遇が、上述したように異なるとすれば、均衡を欠くことになる⁽¹¹⁾。とはいうものの、右の結果は、この立場の設定者留保権取得の對抗要件具備についての構成—それは譲渡抵当の場合には効用が大きい—を採る（かつ右のように擬制だとする）以上やむをえない。これに不満足なら、譲渡担保権者への所有権帰属、設定者留保権の譲渡担保権者から設定者への譲渡（物権変動）、というこの立場の構成そのものを修正した

ければならないであろう。筆者が担保権能説に対して不満足を覚えるのは、根本の構成そのものである。それではどのように修正するのかこそ、最大の問題である。

このほかにも問題があるけれども、次の期待権説を述べた後に言及することにした。

- (1) 鈴木禄弥・前掲論文・経営法学全集9・二九三頁。
- (2) 鈴木禄弥・右論文・二〇九頁は、一種の物権的期待権とする。
- (3) 鈴木禄弥・右論文・一八一頁、二〇一―二〇二頁。
- (4) 鈴木禄弥・右論文・二〇三―二〇四頁。
- (5) 鈴木禄弥・右論文・二〇九頁。
- (6) 鈴木禄弥・右論文・二一一頁。
- (7) 鈴木禄弥・右論文・二一一頁。
- (8) 通説。兼子・前掲書・五五頁、三ヶ月・前掲論文・民訴研究第二卷六九頁、近時の異説として、小室・共同占有に対する強制執行・民商四六卷六号二六頁、とくに四六頁。判例は通説と一致することにつき、兼子、小室両文献参照。
- (9) この問題は、信託的譲渡説、期待権説でも問題となりうる。実質上担保のためであるから、それ以上に譲渡担保権者をして執行債権者に対抗させる必要はない(兼子・前掲書・六四頁)とも説くのであろうか。譲渡担保権者の「所有権」についても実質的考慮から第三者異議原因たらずと考えるとすれば、占有の方にもそれらにみあった程度の保護を与えれば足るのではないかと考えられる。しかし、右の理由づけの当否を論ずるよりも前に、第三者異議の訴でなくて優先弁済請求の訴にとどめた場合、担保の実現にとり十分かどうか問題である。中野・前掲論文・阪大法學四四―四五合併号一四九頁以下参照。譲渡担保権者に第三者異議の訴を認めるか優先弁済請求の訴にとどめるべきか、筆者は以前検討を試みたことがある(前掲論文・ジュリスト四一三号五六―五七頁。そこでも答を留保した)けれども、なお最終的には決しかねるところである。近時、下級審の中には、優先弁済請求の訴にとどめるべきだという判決を下したのもみられる。東京高判昭和四四年一月二四日判例時報五四七号一〇頁。問題は今後さらに検討される必要もあり、その秋もきたといえる。
- (10) 鈴木禄弥・前掲論文・経営法学全集9・二九七頁も自認する。

(11) 鈴木祿弥・右論文・二四〇頁参照。

(12) 竹内・株式担保法の立法論的考察・菊井先生献呈論集「裁判と法」下五九二頁参照。しかし、たんに均衡を欠くというのみでは、公示・對抗要件を備えない譲渡質設定者に対抗力を付与することは困難であろう。この点については後述する(本文⑨第二)。

(b) 第三に期待権説とも呼ばれるべき立場をとりあげておく。「期待権」説を標榜している論者は見当らず、以下において述べることは、筆者が全くの試みとしてひとまず提出するにすぎないものである。この立場は、筆者が試みてみたものであるが、筆者としては結局は採用しないので、述べるまでもないと思うけれども、信託的譲渡説と担保権能説の中間に位置する立場ともいえるので「期待権説の期待権をより強化したものが担保権能説の設定者留保権だともいえるのである―あえて言及しておく。」

この説は次のように説く。すなわち、譲渡担保権者には所有権が帰属し、設定者には期待権が帰属する。ここで「期待権」とは、被担保債権の弁済によって所有権を取得する設定者の地位をさす。この説は、期待権を、一種の物的な地位として処遇しようという志向を有する。この説によれば、譲渡担保設定によって、一方で所有権譲渡がなされ、他方で同時に「担保権能説のように「所有権」からの控除、その残部、と構成するのではなく「期待権」という一種の物権(厳格な意味では問題がある)が設定されるのである。譲渡担保権者の所有権に、一種の(制限)物権が設定された―後者が所有権に高められることにより前者は消滅する―とも説明することができる。ただし、一種の物権といっても、「期待権」であって、完全な権利に変わる前にすでに完全な権利と同一の効力を有する(所有権と同一の効力を主張しうる)ものではなく、そのような効力は、完全な権利に変じた後に生じると解するべきである。譲渡担保権者、設定者それぞれの権利取得を第三者に主張しうるための公示・對抗要件は、引渡によって具備される。つまり、譲渡担保権者への引渡がされ、次いで、設定者への引渡がなされた、と考えるのである。設定者のもと

での期待権設定は動産所有権譲渡そのものではないけれども、動産所有権取得（移転）に関する―それもたんなる債権よりは物権取得の可能性のつよい―権利（期待権）が、譲渡担保権者の所有権取得と同時に設定者に属する関係は、動産所有権の譲渡に準じるものとみて、その對抗要件は引渡と解するべきである。そしてその引渡は、占有改定によってなされたと解するのである。

対外的効力をみれば次のとおりである。念のためくり返し注意しておこう。前述したように、期待権が期待権のまままで完全な権利と同一の効力を生じるのではなく、それが完全権に変じてはじめて、完全権と同一の効力を生じる扱いを受ける。譲渡担保権者は一応所有権者としての主張をなしうる（たとえば所有権にもとづく引渡請求）のである。その主張を却けるには、債務弁済により期待権を完全権（所有権）へと変化させねばならない（次述参照）。

設定者から、設定者の所有物として、現実引渡により、あるいは、占有改定により、目的物を譲受けた譲受人は―即時取得の成立する場合を別として―所有権を主張する（引渡請求する）譲渡担保権者に対して、期待権ありとして―譲渡により期待権が譲渡され對抗要件を備えた²⁾とみる（無効行為の転換）―債務を代って弁済することにより、期待権を所有権に変じさせて、所有権を確保することができる。ところで、目的物について譲渡行為がなされたり、後述するところと重複するが―特約により、あるいは法条により―と考えうる可能性がある（民一三七条一号、二号、破一七条参照）。そのさい、担保が当然実行され期待権の当然消滅をきたす場合（当然実行型）もあり、担保の実行行為を経てはじめて期待権消滅をきたす場合（実行行為必要型）もありうる。後者の場合でも、譲渡担保権者による所有権行使（譲受人への引渡請求、第三者異議の訴の提起など）には、実行行為の意思表示が同時にふくまれており、別段の実行行為をすることを要しない。これらのことについては、担保権能説について述べたことが参考となる。譲渡

担保権者が譲受人に対し所有権を主張した場合（引渡請求のごとし）、実行行為が必要型の場合ならば、そのことによって実行行為が完了し——当然実行型の場合ならば、その以前に完了している——担保関係の消滅、期待権消滅がもたらされるのであろうか。しかりとすれば、譲受人は期待権を所有権へ変じさせることはできなくなる。譲渡担保の目的物であることを知らなかった——即時取得者は別として——譲受人は、譲渡担保権者の所有権主張があつてはじめて実体を知るに至り（そのような場合が多いであろう）、その段階ではすでに目的物を確保する方法がないわけである。譲受人にとっていささか酷な結果となる。これを緩和するために、所有権主張の通知が譲受人に到達してから相当期間内は、目的物を確保する可能性を与えるべきではないか。実行行為が完了したにしても、弁済を受けることを目的とする担保という実質と譲受人（悪意者は除外してもよからう）保護の必要上、衡平上、相当の期間内は右のような余地を与えるべきだ、とても説明することにならうか。同様のことは、執行、破産の場合にもいえることであらう。相当期間の長さは、一概には決定しえない。譲渡担保設定の目的は迅速な実行にもあるのだから、相当期間の長さも比較的短かく解するべきである。ここではこれ以上のことをいう材料をもちあわせていない。筆者としては、この方向での規準の決定に努めるべきだという問題を提示するにとどめておく。

設定者側の一般債権者が強制執行に出た場合に、譲渡担保権者は第三者異議の訴を提起しうる。これに対し、一般債権者は期待権を主張して設定者の債務を代って弁済することにより、期待権を所有権となして、第三者異議の訴を却けることができる。

設定者が破産に陥入った場合に、譲渡担保権者は取戻権を有すると解されるけれども、これに対して、破産管財人は、期待権を主張し、債務を弁済することによって、期待権を所有権となし、目的物を破産財団に確保しうる。

設定者の一般債権者による強制執行、設定者の破産の場合に、一般論としては一応上述のごとくいろいろだけれど

も、より細かく区別をする必要があるように思われる。すくなくとも、区別をした方が便宜であろう。すなわち右のような執行、破産が生じた場合には、債務の期限利益喪失、担保実行要件具備がもたらされる。そのさい、当然実行型の譲渡担保では、期待権が当然消滅し、譲渡担保権者の所有権は、期待権の制約のつかない所有権となる。その場合には、譲渡担保権者に第三者異議訴権、取戻権が付与されるべきこととなる。この場合、流担保型と清算型とを區別して、流担保型については右のような取扱いをなし、清算型についてはその取扱いを修正し、優先弁済請求訴権、別除権にとどめることも考えうる。その理由は、担保権能説が主張しているごとく（前述参照）、便宜ということである。流担保型についてはもとより、清算型については右のような取扱いをするにしても、前述のように相当の期間内は目的物を確保させる余地を残すべきであろう。実行行為が必要型の譲渡担保ではどうか。この型の譲渡担保では、実行行為があるまで期待権は存続する。第三者異議の訴、取戻権行使は実行行為か。ここでも担保権能説につき述べられているような理由で、流担保型、清算型をとわず、第三者異議訴権、取戻権行使を一応許すべきだが、清算型についてこの考えを修正して、優先弁済請求訴権、別除権にとどめることも考えうる。このような区別をする理由も、便宜ということである。当然実行型であろうと実行行為が必要型であろうと、いずれにせよ、清算型では、優先弁済請求訴権、別除権、にとどめられる。実行行為が必要型においても、流担保型はもとより、清算型を右のように扱かうにしても、前述のように、相当期間内は目的物を確保させる余地を残すべきであろう。

清算型について便宜を考慮しないという考え方もありうる。そうなれば、譲渡担保権者は、終始、第三者異議訴権、取戻権、を付与されることになる。

譲渡担保権者から、譲渡担保権者の完全な所有物として譲受けた者（指図による占有移転によって対抗力を取得する）⁽⁹⁾に対して、設定者は期待権（先述のごとく対抗要件を具備している）をもって追及しうる。ということは、設定

者が、期待権を主張し、期待権者として、債務を弁済することにより、目的物を確保しようということである。所有権にならない期待権のまま、設定者は、譲受人の引渡請求を拒むことはできない、というべきであろう。この点はずで述べたことである。悪意者に対しては、衡平上——期待権者としてではなくて——引渡請求を拒みうる、と解する余地があるように思われる。譲受人が即時取得した場合は、上述とは別に処理される。

讓渡担保権者の一般債権者が強制執行——返還請求権の差押、引渡請求——に出た場合には、設定者は、期待権者として、債務を弁済することによって、期待権を自己の所有権となし、かくしてはじめて異議を主張して差押を却けることができる。

讓渡担保権者が破産した場合は、設定者は期待権を主張し債務を弁済して所有権となし目的物を受戻しうる。

讓渡担保権者に所有権を承認し、設定者に期待権——それは被担保債務の弁済までは所有権そのものではない——を承認する、という構成のもとでは、対外的効力は右に述べたように解されるであろう。讓渡担保権者に所有権の帰属を認めても、設定者の地位は、右に述べたように、かなり強化されることになる。おそらく、右に述べたように期待権を処遇することは、民法(一二八条——一二九条)の予定する、期待権の処遇に適合するであろう。

担保権能説と期待権説とを比較した場合に、どちらが担保的処理を推進しているか。担保権能説の方が期待権説よりも一そう担保的な性格を濃く出している——それだけ、讓渡担保の実質面が前面に押し出されている——ということができよう。このことは、目的物に対する擱取、換価のなされる場合をみればはっきりしている。というのは、担保権能説においては、讓渡担保権者は、優先弁済の訴、別除権を認められるにとどまるのに対し、期待権説においては、讓渡担保権者は、第三者異議の訴、取戻権、を認められ、設定者側において被担保債権を弁済した後、讓渡担保権者のこれらの権利行使を却けることができることになるからである(ただし註(5)参照)。反面、設定者留保権の方

が期待権よりもより一そう物権性が濃いといえよう。設定者留保権も期待権といえなくもないが、その場合の期待権は、期待権のままですてに対外的効力を有する（第三者異議訴権をみよ）のであり、期待権説にいう期待権—期待権の状態においては対外的効力を生じない—とは性質を異にするものなのである。

期待権はより一そう強い効力を有するのだ、と解することはできないか。つまり、期待権に期待権のまま—あたかも担保権能説における設定者留保権のごとく—すてに対外的効力も認めえないか。期待権を被担保債務の弁済期前においてすてに実質上所有権と同視し、譲渡担保権者の所有権を実質上の担保物権として扱うことは許されないか。たしかに、「期待権」と呼ぶからといって、民法総則の期待権規定の解説において通常説かれるような内容でなくてはならぬことはない。それゆえ、譲渡担保権者から目的物を譲受けた者に対して、設定者は期待権のまま目的物の引渡を拒絶することを許されたり、譲渡担保権者の一般債権者による強制執行に対して、設定者は、期待権のまま、強制執行を排除しうる、ということが考えられる。もっとも、譲渡担保権者が破産した場合には、被担保債務を弁済してはじめて、目的物を受戻すことになるであろう。強力な期待権の付着している反面、譲渡担保権者の所有権は担保物権（譲渡担保権と呼ぶのが適當）としての主張しか許されず、設定者からの譲受人に対して、設定者の一般債権者が強制執行した場合その一般債権者に対して、設定者が破産した場合破産財団に対して、それぞれ、譲渡担保権、優先弁済請求権、別除権、を行使しうるにとどまる、と解することが考えられる。かような効力、効果を伴なう期待権を「強い期待権」、これに対し前述のような期待権を「弱い期待権」と一応呼ぶことにする⁽⁵⁾。しかし、「強い期待権」を承認するにしても、譲渡担保権者の権利は所有権そのものにとどまっているとしたら—期待権説ではそのようになる—、譲渡担保権者、設定者いずれも強力な地位を有することになる。設定者そのものの地位は強力になるけれども、設定者の執行債権者、破産債権者が譲渡担保権者の第三者異議訴権、取戻権によって害される点は改ま

らないわけである。期待権を強化した点は担保権能説の設定者留保権を想起させるけれども、それにしても(それだから)、担保権能説の難点も克服されなくて残るのである。期待権説は「弱い期待権」を採用する、と解した場合でも、担保権能説について述べられた難点はやはり克服されない。

担保権能説、期待権説いずれにしても、上述したように、問題を残している。そのほかにも、二重の譲渡担保設定の法律構成についても、すっきりした構成を与えるとはいえない(後述(参照))のである。

(1) 我妻・新訂担保物権法の譲渡担保の解説も担保権的構成へ歩み寄りを示していることは、同書の対外的効力についての解説(六一三頁以下)から読みとることができる。その対外的効力は結果として本文でこれから述べる期待権説に似ているといえる。しかし異なる点もあるのであって、同書では「期待権の設定」(その公示・對抗要件具備の問題もふくめて)について言及しているわけでもないし、譲渡担保権者からの弁済期前の譲受人が設定者に引渡請求をしてきたときは、譲受人が悪意者ならば、譲渡担保関係を主張して拒絶しうる、と説く。期待権説の用語でいえば、この場合には期待権のままで引渡請求を拒めるといのであろう。この点は、期待権説が、期待権が完全権にならない限りは期待権者としては引渡拒絶しえない(相手の善意悪意を問わず)としているのと異なっている。衡平上拒めるというのなら、両説とも同じである。

(2) 期待権の譲渡ならびに對抗要件具備方法が、完全権の譲渡ならびに對抗要件具備方法によることにつき(動産所有の期待権の場合には合意と引渡)、於保・注釈民法(4)三四一頁(金山)参照。

(3) 間接占有下にある動産譲渡と對抗問題という周知の問題が設定者に対する関係上存するが、ここでは省略する。

(4) 我妻・新訂民法総則四一八頁、於保・前掲注釈民法(4)三四三頁(金山)参照。

(5) 「弱い期待権」を承認するにとどめる立場に立つても、譲渡担保権者が所有権者たる地位にあるからには、彼の対外的効力は、担保権能説におけるそれよりも強力である(設定者の一般債権者による差押、設定者破産の場合をみれば、この点は明らか)。したがって、この点からすれば、期待権説は担保権能説よりも、担保的処理という面で後退しているといえなくもない。しかし、右差押、破産によって、担保実行期が招来されると考えるならば、その後の処理は、いずれの立場も同断である。この処理については本文において両説につきそれぞれ述べた。つまり当然実行型か実行行為必要型かを区別し、さらに、流担保型か清算型かを区別して

処理し、結局、流担保型には第三者異議訴権、取戻権、清算型には優先弁済請求権、別除権を付与することになるのである。かようにみれば、期待権説と担保権能説とで、担保的処理という面で両者には差がないともいえるであろう。

(d) さらに、これらの説は、次のような問題をも包蔵している。というのはこうである。

担保権能説では、設定者の地位が実質上所有権者として扱われ、対外的効力を付与される。期待権説においても「弱い期待権」のみを承認するとして—設定者の地位に對外的効力が付与されている。その地位は、担保権能説の場合ほどには強力な効力を承認されていないけれども、公示性を具備することによって、被担保債権弁済後に、第三者に對して所有権取得を對抗しうる、という意味において、なお對外的効力を有するといつてよい。これに對し、というよりこれに對応して、というべきか、両説において、譲渡担保権者の所有権は、それが受けている對外的側面での取扱いを直視すれば、担保物権として処遇されているのであり、あるいはそのような処遇をしようという方向での処理を受けているのである。¹⁾ いずれの説も、譲渡担保権者を完全な所有権者として処遇することにあきたらず、担保物権者として処遇する方向をめざすものである。このさい、譲渡担保権者を担保物権者として、正面から承認することができないか。このような要望の出ることは、両説の難点とはいえない。両説は、右の要望の存することを承認しつつも、既存の法概念をあたる限り利用してこの要望を充足する方向を志向しているのであり、その結果が両説の内容である。おそらく、既存の法概念を最大限度に利用した構成としては、それ以上のものを要求しえないであろう。既存の法概念を利用するという枠内では、譲渡担保権者を正面から担保物権者として承認しえないことも、やむをえないことであろう。しかしながら、両説の構成は、いかにも迂遠なものである。より一そう直線的な構成ができないのであろうか。既存の法概念の枠内では無理だとしたら、その枠を破ることも—むろんその場合でもなお、既存の法概念、法体系を利用できるだけ利用すること（およそ完全に絶縁されてしまうのでなく）が望ましいが—考えなくては

ならなくなる。それにはどのような構成をなすべきか。これが問題である。⁽²⁾

両説における設定者の地位についても問題がある。担保権能説においては、設定者は実質上の所有者(所有権)から担保権能を控除した残りの権能)であるとされる。すなわち、この立場においては、設定者の地位は設定者留保権は、讓渡担保権者に対するたんなる債権ではなく、それじたいにおいて目的物を支配しうる権原として構成されており、しかも、その地位は公示性を具備して第三者に対抗しうるものであるから、物権と呼ぶことができよう。⁽³⁾ 期待権説における期待権は、設定者留保権ほどには物権性が明確でない。しかし、公示性を具備することによりその地位を第三者に対抗しうるのであるから、この場合の期待権は、一種の物権だと呼ばれても大過なかる。この場合の期待権が物権の定義「物を直接支配する排他的権利」⁽⁴⁾に厳密に適合するかどうかはともかくとして、右のよういふことはできよう。正確には、この期待権は、債権と物権との中間段階にあるとでもいふべきであろう。そこで、右二つの権利が、あるいは、すくなくとも設定者留保権については、そのような物権が承認されるかどうか、問題となる。

讓渡担保権者を担保物権者として、および、設定者の地位を物権として、承認することにさいして問題となるのは、物権法定主義(民一七五条)である。⁽⁵⁾ 両説とも——といっても、期待権説の方は、期待権は物権でないとして、物権法定主義の制限外だと論じうる。いささか形式論のきらいがあるけれども、物権法定主義の枠をはずすには十分であろう——物権法定主義との関係如何とあえて問われたならば、おそらくは物権法定主義は障碍にならない、と回答するであろう。その場合、なぜ、障碍にならない、といえるかについての説明が必要となることはいうまでもない。筆者は、そもそも、これらの説を採用しないので、これらの説を補強するための努力を払うことは省略する。

(1) 讓渡担保権者を担保権者として解し、法律構成上も、讓渡担保により担保権が設定されたという構成を採る場合、物権法定主義が問題となってくる。柚木・注釈民法(9)三三二頁(柚木—福地)は、讓渡担保は一種の慣習的物権として生成途上にあり、物権

法定主義の精神に反するものではないとする。筆者も賛成するけれども、公示の点はどうなるのか。右主義の趣旨から公示具備が要請される。これに対して、右論者は公示不備を認め、その整備は立法にまつしかないと述べるのみである。譲渡担保設定によって生ぜしめられる物権は、公示を伴わなければならないがなお物権法定主義の精神に反しないというか、公示を伴なうから問題を生じないというか、いずれか説明しなければならぬ。これをどうするか、が問題である。我妻・判例コンメンタール・Ⅲ・担保物権法・五三二—五三三頁(四宮)も参照。

(2) 譲渡担保権者の地位を抵当権者の地位として扱うような構成が考えられてしかるべきだけでも、これまでのところ当事者の用いる「所有権移転」という形式にこだわっているゆえか、登場していない。筆者はその方向での構成を試みる価値があると考え(本文後述(f)参照)。

(3) その内容は所有権に近いものであるといえよう。占有している設定者が目的物に対して行使する権能は、所有権者のそれと変りはあるまい。この設定者留保権は、比喩的には、所有権の前段階とか、所有権と質を同じくするが完全所有権に比べて不足あるものとか、説明されうる。あるいは、譲渡担保権者と設定者とに一所有権が分かれて属している、前者には後者に移転した権能の残りが属しているともいうことにならうか。所有権留保売主と買主の有する権利について、ドイツ学者のうちには、右のような趣旨の説明をする者もある。Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 66 右のような説明をするにしても、そのようにして譲渡担保権者、設定者、それぞれに分属するに至った各権能は、それぞれ独立して物権としての効果を伴なうのである。そのような物権が承認されるかということが問題として残る。「所有権のうちの一権能」というような物権は、民法上予定されていないのではないか。右のような物権は民法予定外の物権とすれば、物権法定主義との関連が問題となるであろう。所有権の分属について物権法定主義を問題とするものとして、山田・紹介 Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961 法協七九巻四号五一—八頁。

(4) 我妻・前掲書・物権法九頁。

(5) 前註(1)(3)参照。

(e) 筆者は、譲渡担保の担保制度としての実体に対応した法的処理をなすには、譲渡担保権者、設定者それぞれの地位を、しかるべき物権として構成する必要がある、すくなくとも、そのように構成した方が、右にいう実体に即した法的処理を説明しやすい、と考える。譲渡担保設定は形式的には債権者への所有権移転であり、所有権(目的物の完

全支配) が債権者へ移転したことになるけれども、担保制度としての実体は目的物の価値分属—設定者は目的物の価値のうち被担保債権額を超える部分を保留する—と説くことは正当である。問題は、この価値分属を物権的にも承認するにはどうするか、ということである。この方向での努力は、これから述べるように、種々、なされてきた。以下、いくつかの見解を吟味しよう。以下とりあげる諸見解は、すでに述べた法律構成以外の構成ないし議論であって、私見(担保物権説)に立ち入る前の総整理として、眼を通しておく。いずれについても讓渡抵当を念頭においておくことにする。これらの見解は、信託的讓渡説から出発して、担保的处理の方向を推進するものであり、構成において十分でない諸点をふくみ、すでに述べた構成を提案させることにもなっているといえる。以下、詳述を避け、設定者の地位の強化に焦点をおいてみていくことにする。

第一に、讓渡担保においては、価値分属が生じており、しかも、その状態は、或る程度の期間にわたって継続し、それにもとづいて当事者間に多くの実質的關係を生じ、讓渡担保はそのようなものとして一つの定型化された制度であり、これを、贈与にさいして他人に売らないことを約させるがごとき、物権に対する一時的、外面的、偶発的な債権的拘束と同視して、物権—債権を峻別する伝統的理論を無批判に適用すべきでない、という考え方が⁽¹⁾ある。この考え方は、要するに、讓渡担保を特殊な担保制度と理解するものであり、「所有権」が讓渡担保権者に帰属しているからといって、そのことを問題処理にさいし形式的に適用して、結論をひき出すべきではない、というに尽きるのである。この考え方が示唆する方向(担保的处理)には、筆者も異論がない。しかし、この考え方を示すにとどまるのではなく、讓渡担保の法律構成としては十分でない。

まず、讓渡担保においては、処分しない特約のもとに贈与した場合のように物権に対する一時的、外面的、偶発的な債権的拘束があるのではない、という点についてみれば、讓渡担保の場合も、法律形式上移転した所有権に対す

る、一時的、外面的、偶発的な債権的拘束があるといえなくはないのである。譲渡担保権者に属している所有権は、「担保のための」所有権であって、債務不履行・担保実行期到来までは、担保のために行使されねばならないのであり、一時的な債権的拘束を受けている、といつてもさしつかえない。「外面的」「偶発的」とはいかなる意味なのか筆者にとってはっきり理解しがたいので確信をもって論じるわけにいかないけれども、おそらく、次のような意味であらう。本来、所有権は完全な物的支配であって、債権的に所有権者を拘束しても——それはなるほど拘束にはちがいないが——、その拘束はあくまでも当事者間だけでの効力を有するに止まり、所有権そのものからながしかの物的機能を物権的効力をもって奪うものではなく、この意味で「外面的」であり、またそのような拘束は、所有権に当然付随するものではなくて、たまたま、単純な所有権譲渡にとどまらず、そのような拘束を内容とする契約を締結したがゆえに、生じたにすぎないという意味で、「偶発的」なのである。とすれば、譲渡担保において、「担保のため」なる目的に物的効力を与える構成をとる場合（所有権移転はなく担保物権設定）は別として譲渡担保権者の所有権が完全な物的支配権としての所有権であると構成する限りは、「担保のため」という限定づけは、「外面的」「偶発的」な債権的拘束でしかなく、この点において、処分しないという特約付の贈与と変りない。「所有権を譲渡する。ただし、処分してはならない」と「所有権を譲渡する。ただし、担保目的以外に行使してはならない」とにおいて、所有権に対する債権的拘束という点で、どこに差があるのか。

次に、なるほど譲渡担保の場合には、処分しない旨の特約付の贈与の場合と異なり、（法形式上は債権関係だが）実質的にみて、価値の分属があり、この点において、同視しえない、ともいえるけれども、なお問題がある。価値分属がある、という実質上の関係があるからといって——この関係は未だ権利関係として承認をうけておらず、公示もない——そのことが当然に第三者に対抗できるわけではないから、価値分属ということとは法的に意味をもたない。そ

れゆえ、讓渡担保では価値分属を生じているということを根拠にして、讓渡担保者からの悪意の譲受人に対して、設定者が讓渡担保関係を主張しうることに当然にはならないであろう。価値分属という実質関係も、物権的効力を有する関係（公示をも伴った）として構成しない限りは、右のような結論もやむをえまい。せいぜいのところ、本来ならば第三者に対抗しえないところの実質上の価値分属ありということと、とくに悪意の譲受人にだけ対抗させることが、衡平上妥当である、あるいは、法形式上表現されていないところの、かつ、外的表章を伴わない実質関係（讓渡担保関係—価値分属）を対抗されることになっても、悪意者は取引安全の利益を保護されるに値せず（公示の原則の保護に浴しない）、という理由により、基礎づけられるにすぎない。すなわち、価値分属ということよりも、衡平、公示の趣旨が決め手になっているのである。それにしても、悪意者はどのように呼ばれるべき権利を対抗されるのかはつきりしない。かようにして、本来なら対抗しえない実質関係（讓渡担保関係—法形式上は債権関係としてしか主張しえない）をもって、取引安全の利益保護の外にある者に対抗しうる、ということは、先來設例として用いているところの特約付贈与の場合にもあてはまることである。すなわち、BがAに、B所有で、かつ、自己の直接占有している動産を贈与し、以後、預かって（賃借でもよい）、直接占有を継続しているものとする。B A間には、Aはこの動産を処分しない旨の特約が成立したとする。ところが、その後、AがCにこの動産を讓渡し、CからBに対し引渡請求がなされた場合を想定する。この場合、Bは、一般的には、Aの処分権なし↓A C間の讓渡無効、をCに対抗することはできないにしても、Cが悪意（A B間の特約の存在を知っている）の場合には、なんらの公示を伴っていないA B間の関係（それは債権的關係なのであるが、それでもなお）をCに対抗させること—A C間の讓渡無効の主張を許す—は、讓渡担保の場合についてなされた説明と同様の趣旨（衡平、公示の趣旨）により、妨げないであろう。かようにみれば、讓渡担保と処分しない旨の特約付の贈与との間に、差異を認めがたいことになる。ところ

で、次のような主張も、あるいは、あるかも知れない。譲渡担保の場合は、往々にして、目的物が設定者の経営の基礎をなす重要な財産であるから、設定者を保護する必要がある。そこで、内部—実質関係を譲渡担保では悪意者に対し主張することを許し、特約付贈与の場合には許さないでもよい、と。しかし、右に挙げた特約付贈与の場合のBにとつても、目的物がBの経営の基礎をなす重要な財産であつて、その利用を阻害されないことを保障されるべき場合がある（賃借して利用している場合にはこれに当ることが往々あろう）のであり、したがつて、譲渡担保の場合には、悪意者に公示のない関係を對抗せしめ、右特約贈与の場合にはしからず、と区別する理由がない。

上述したところを要約すれば、たんに価値分属あり、というのみでは、譲渡担保の担保制度としての特殊性を基礎づけることができない、ということになる。

第二に、譲渡担保においては、担保のために財産権が分属されるのであつて、譲渡担保とは、そのような分属を生じさせる手段である、と説く立場がある。この立場は、たんなる価値分属ではなく、もう一歩進んで、財産権の分属ありと説く。つまり、譲渡担保が設定されても（譲渡担保権者が所有権者となる）設定者は無権利者になるのではなく、債権が消滅すれば所有権を回復するという一種の物権的期待権を有するといふのである。⁽⁵⁾そして、設定者の地位を強化し譲渡担保関係を担保的に処理しようとする。たとえば、譲渡担保権者の債権者による執行に対して、設定者に第三者異議訴権を与えるべきであり、⁽⁶⁾設定者の債権者による執行に対して担保権者は優先弁済の主張しかできないと解するべきだ—ただし、この論者が「質と同様に」という点⁽⁷⁾は疑問である。質権者は第三者異議訴権を有するからである—とする。

たんなる価値分属があるという説明に比べれば、法律構成という面において、この立場は前進しているといえるけれども、この立場にも問題がある。

まず、物権的期待権の公示が問題となる。物権的期待権を設定者が有するとしても、それに公示が伴わなないにもかかわらず—この立場は公示については述べていない—それをもって第三者に対抗させることには問題がある。というのは、こうである。この物権的期待権が厳格な意味での物権なのかどうか、この立場がはっきり述べていないのでわかりかねるけれども、物権的効力を有する——最も強力な場合としては、完全権になる以前においてすでに確定的に物権的効力を有するということが考えられる。そうならばはや物権そのものであろう——権利であるとすればそのような強力な権利（物権、準物権というべきか）取得をもって第三者に対抗させることについては、公示・対抗要件が問題となるのはむしろ当然というべきである。この物権的期待権は譲渡担保権者から譲渡されたのだ、と構成することなく（もし、譲渡されたと構成するならば、担保権能説と合流することになる）、取得にあたって、およそ物権変動は存するものではなく、したがって、なんらの公示・対抗要件を具備しないで対抗力を有する、と構成するとしたら、いささか説明を要する。その説明をどうするか。公示・対抗要件なくして第三者に対し権利主張のできる場合として、動産質の場合の設定者の所有権がある。この場合の所有権はなんらの公示・対抗要件なくして、第三者に主張されうるけれども、これと物権的期待権とを同一には論じがたい。右の場合の所有権は、終始、設定者のもとにとどまり、変更がない（物権変動なし—物権変動の対抗要件の存否という問題を生じない）のに対して、物権的期待権についてはそのようにいえない。設定者は所有権を譲渡してなんら物的権利を有しないはずと考えられるのに、なお、物権を取得しているものであり、物権のこの取得を公示させるべきである。設定者と譲渡担保権者との間の取引にもとづき設定者の所有権が物権的期待権に变じた（権利の変更）ともいえる。あるいは、設定者による原始取得があったともみうる。いずれにしても物権変動ありとみうる。そして設定者の取得した物権を第三者の権利取得・行使を制限するものたらしめようとするからには、物権的期待権取得について、公示・対抗要件具備の要請があるとさえ

いいうるのではないか。このことは譲渡抵当であろうと譲渡質であろうと変りはない。譲渡質と動産質におけるそれぞれの設定者の地位比較に限ってみても、両者の均衡論のみから、物権的期待権に對抗力を付与することはできない⁽¹⁰⁾。均衡論という実質論議に加えて、形式的な説明を必要とする。そこで、これらの、権利の変更、原始取得は、「譲渡」(民一七八条)とはいえないから公示を備えよという要請を受けない、公示・對抗要件について民法は「譲渡」のみをとりあげて(それを「引渡」とする)いるのであり、それ以外の物権変動の公示・對抗要件については「引渡」はおろかなんらの規定もないところをみると、これについてはそもそも公示・對抗要件具備を必要とは考えていない趣旨だ、あるいは、民法上は譲渡以外の物権変動そのものが考慮外で、公示・對抗要件具備を問題とすべきは譲渡のみである、他の物権変動については実体にしたがって對抗させることとし公示・對抗要件具備を問題とすべきは譲渡でも説くことになるのであろうか。それともこれらの説明は十分でないとして、担保権能説のごとき説明をするのであろうか。物権的期待権をとりあげた場合には、その取得につき、公示・對抗要件具備の問題を無視しえないであらう。

設定者の物権的期待権取得に對抗力を付与しないとしても、譲渡担保権者からの悪意の譲受人に対しては、對抗させうると考える余地はある。そのさいの理由は、衡平とか、公示の原則の趣旨とか、に照らした場合に、悪意者を保護する必要がない、ということである。しかし、このような結論、説明であるならば、価値分属を権利関係にまで高めて、「物権的期待権」なる権利をもち出すだけの実益はないであろう。たんなる価値分属を権利関係として表現することにより、説明をいくらか明晰にすることにはなるであろう。しかしそれ以上に出るものではない。物権的期待権までもち出すからには、公示・對抗要件を具備させ——あるいは、公示・對抗要件なくして對抗力を付与させる構成をする——、即時取得の成立する場合を除いて、對抗力を有するに至ると解しなければ、かような権利をもち出す

意味はない。そして、対抗力を付与するには、説明を必要とすることになるのである。

そもそも「物権的期待権」とは何を意味するのか。現在は未だ物権ではないが、将来、物権（所有権）を回復するという意味において、物権的であるのか。そうだとすれば、物権取得権と呼ぶのが適当であろう。かような権利は、一種の期待権といふことができよう。そしてその効力は——期待権について通常なされる解説によれば——期待権が完全権に変じた時以後において生じる。あるいは、この期待権は、すでに、物権としての効力を有し、所有権に変じる前に物権としての（所有権に準じるともいふべき、所有権と同様の）効力を伴なうのかどうか。「物権的期待権」とは、これらのうちのいずれに当るのであるか。この立場は、悪意の譲受人に対して、設定者は追及権を有する旨説く（担保のための所有権譲渡あるにすぎないことを理由として、目的物の引渡を拒み、あるいは、返還請求をするという意味か）けれども、それだけでは、いつの時期からその権利を行使しうるのか定かでない。「物権的期待権」が前者なのか後者なのかによって、設定者が権利主張をなしうる時期に差を生じてくる。この立場においては、「物権的期待権」は前者か後者か、はっきりしていないのである。この立場が、譲渡担保権者の債権者の執行に対して、設定者が異議権（民訴五四九条）を有する（註（6）参照）、と説くところによれば、後者のようにも受けとることができる。もし後者と解する場合には、物権法定主義との抵触を生じないのかどうか、問題とされる余地がある。後者であるとした場合に、その場合の期待権は民法の体系上、どこに編入されるべきなのか、一体、物権か債権か、第三カテゴリーか、ということがそもそも問題として残る。第三カテゴリーを構想する必要のない法律構成を考えることはできないであろうか。

第三に、譲渡担保権者からの譲受人が設定者に対抗するには、指図による占有移転（民一八四条）を受け、その場合に、指図による占有移転の性質上、譲受人は譲渡担保の制限を伴った所有権を取得するだけであ

る、設定者は讓渡担保關係を讓受人に對抗しうる、と説く立場がある。つまり、この立場は、指図による占有移転があつた場合には、占有代理人は、讓渡人に対して有していた代理占有の基礎をなす關係（賃貸借の場合には賃貸借）を讓受人へ對抗しうる（讓渡人との間の債權關係が讓受人との間で存続する）、といふのである。¹¹⁾

占有移転と本權關係の移転（賃貸借關係の存続）とは別だといふ理由のみにより、右立場に反対しているようにも受けとれる見解がある。¹²⁾もとより、両移転は別個独立のものとなさねばならないけれども、だからといって、その理由のみではこの立場を否定するには十分でない。占有移転といふ事實的支配の移転（第一八四條は文言上はこの点のみを定めている）と同時に、本權關係の移転が生じると解しうる可能性もあるからである。平面を異にする二個の変動が同時に生じる、と考えることも、論理的には可能なのである。

右の立場は、民法第一八四條の「命令」（この命令がされなければ所有權移転をもつて占有代理人に對抗しえぬ¹³⁾）とは、たんに所有權が讓受人に移転した旨の通知ではなく、占有代理人が従來讓渡人のために一定の關係において占有したのと同一の關係において、爾後讓受人のために占有すべき旨を命ずる、と解し、第一八四條は、讓渡人は自己の占有代理關係と同一の關係を保留してのみ所有權を移転しうることを規定したとみるのである。¹⁴⁾換言すれば、民法第一八四條は直接には占有移転方法を規定しているけれども、反面、同時に、本權關係の移転をも伴なうこと——間接占有關係下にある動産を讓渡する場合には本權關係が当然に伴なうこと——を定めているといふのである。結果的には、売買は賃貸借を破らないことになる。ところで、論理的には、本權關係の移転も同時に生じうる、と解しても、法律の原則、規定との關係において、そのような本權關係の移転を許すとは解されないこともありうる。賃貸動産が指図による占有移転により讓渡された場合には、「売買は賃貸借を破る」といふ法理の適用により、本權關係は移転しないと解すべきである。右のような重要な法理がそれを破る旨の直接の明文の規定もなし——民法第一八四

条は文言上は占有移転方法を定めているにすぎない——に破られることを認めがたいからである。かくて、右立場は結局において支持されえないことになる。⁽¹⁶⁾ なお、民法第一八四条は所有権移転の特殊な態様を定めたのではなく、占有移転の方法を定めているにすぎないと解するにしても、同条にいう「承認」があつた場合に譲受人が占有代理人の権利を承認したものであると解しうる場合もありうる。その場合には、占有移転と同時に本権関係も移転することになるわけである。「承認」行為を原則としてそのように解釈しうるかはなほだ疑わしい。譲受人としては、目的物を自からの直接支配下におく意図のもとに譲受けることが多いからである。筆者としては、原則としては、「承認」行為は本権関係移転までをも承認するものではないと解する。

賃貸借については右に述べたことがあてはまるにしても、譲渡担保は異なつた扱いをされるべきだ、という主張もされるかも知れない。しかし、それにはどのような理由づけをなすべきか。譲渡担保権者を所有権者と構成し、設定者に物権的地位を承認せず、目的物利用関係を債権関係にとらえる限りは、右に述べたことと同一の結果に帰着せざるをえない。設定者の地位を譲受人に対抗するには、すでに述べたように、価値分属ないし財産権分属(物権的期待権の帰属)という方向に考えを進めざるをえないであろう。そして、価値分属・財産権分属というにとどまっているのでは、理論として十分でない、ということについては、すでに述べた。

譲渡担保の実質およびそれが不十分な表象(公示といつてよからう)しか伴わないことを理由にして譲渡担保の担保権的处理を根拠づけようとする方向が、この第四で検討の中心とされてきた立場の論者により採られているので、ここでついでに一言しておくのが便宜であろう。すなわち、論者は譲渡担保権者は実質的に弱い権利を有するにすぎず、その表象としても不十分な表象を伴うにすぎないから、第三者に対する関係において所有権たる価値なく⁽¹⁷⁾ たんに担保権たる効力を有するに止まる、と説く。とすれば、反面において、実質的にみて所有権を有し、その表象

においても十分な(目的物を直接に占有している)設定者は、第三者に対する関係において所有権者として扱われてしかるべきだということになる。しかし、実質的な関係そのものをもち出して、それをそのまま対外的効力において反映させることが承認されたいことは、価値分属、財産権分属について述べたところである。また、表象の十分、不十分により、権利の強弱を左右することも、承認されたい。その論者も承認するように民法上は占有改定により完全に所有権を取得するのであるから、表象の十分、不十分により権利に強弱の区別を設けることは承認されがたい、といわなくてはならない。

第四に、信託法を類推適用するべきだ、という考え方があつた。すなわち、譲渡担保は信託法の規律する信託ではないけれども、信託関係にはちがいないから、信託法の認める法的効果の一部を類推適用するべきだといふのである。そして、信託法第三一条を譲渡担保に類推適用して、譲渡担保権者からの悪意の譲受人に対する設定者の追及権を認めるべきだと説く⁽¹⁷⁾。譲渡担保のどのような法律関係に、信託法が類推され、または、類推されないか、ということ、一個の問題であり、そのような問題はここでとりあげられる限りではない。ただ、設定者の追及権に関する限りは、類推適用することを支持したい。

設定者に第三者異議訴権、取戻権を付与することに関しても、右の立場は、信託法を類推適用することを主張する。すなわち、信託法第三条は、登記、登録すべき財産権、有価証券、を除く財産権については、公示なくして信託の對抗要件を具備しうると解釈しうる。この規定を譲渡担保設定者にも類推適用して、譲渡担保関係に對抗力を付与させようといふのである⁽¹⁸⁾。この考え方もまた支持に値いするものである。もっとも、この論者も承認するように、破産法第八八条が存在するので、設定者の取戻権は阻止されることになる⁽¹⁹⁾。

右のように信託法上の規定を類推適用することによって、設定者の地位を強化することができるにしても、理論的

な問題として、右のような効果を生じるには、譲渡担保をどのように法的構成すべきか、という問題が残る。そこで、右の論者はこの問題を提起し、その結論として、ローマ法的構成（譲渡担保の場合には信託的譲渡説ということになるであろう）は否定されねばならないとし、設定者に物権的地位を承認することを志向する。ここにおいて、これまで議論してきた譲渡担保の法律構成の問題が登場するわけである。このようにみてくれば、信託法の類推適用という考え方は、譲渡担保の法律構成如何、という問題を提起するものにはかならない。この論者の展開している立場については——管理信託については格別、譲渡担保そのものについての法律構成がどのようなものであるのか、筆者にとって必ずしもはつきりしがたいのであるが——授権説をとりあげたさいに管理権説として触れておいた。

さて、以上において四個の立場を通過したけれども、いずれも、譲渡担保の法律構成について、十分でない。これらの立場は、譲渡担保をどのような方向において法律構成すべきかを提案しているとはいえても、いま一歩進んで積極的に、法律構成を行なっているとはいえないであろう。積極的な法律構成といえば、これら四個の立場に先立って述べた授権説（管理権説も）、担保権能説、期待権説を挙げうる。これらの説にも種々の問題があることはすでに述べた。筆者によれば、これらの説は、譲渡担保の担保権的構成を志向するものであるが、このさい、筆者としては、担保権的構成として以下のごとき構成を試みたい。譲渡担保権者の地位を制限物権として徹底するのである。これを担保物権説と呼んでおくことにする。

(1) 我妻・前掲書・新訂担保五八二頁が、近時の多くの学者の主張する思想を、小異を無視してその大綱を示すとして提示しているものである。

(2) 我妻・右前掲書五八二頁では、近時の学説は、価値分属を生ずる実体に重点をおいて、悪意の第三者に対抗しうる基礎をそこに求めようとしているように見えるとする。しかし、たんに価値分属ありというのみでは、悪意者に対抗しうる法的な根拠がないといわねばならない。価値分属を法的構成に反映させないで悪意者に対抗するには、本文で後述するように、衡平に訴えるか、同書

の同頁でも述べられているように、公示原則による保護の趣旨に訴えて悪意者を保護せずとも説くしかないであろう。これはもはや法律構成とはいえない。この点につき、四宮前掲書・信託の研究一四三頁註(一)参照。

(3) 末弘・債権総論・現代法学全集9・一頁では、設定者は譲渡担保権者からの悪意の譲受人に対しては、担保目的による制限を対抗しうべきものと解しうべき余地が大きい、とする。その根拠は何かはつきりしない。衡平、悪意者は公示原則の保護外、とても説くのであろう。いずれにせよ、法律構成の放棄といえることにつき、四宮・前掲書・信託の研究一四三頁註(二)を参照。

(4) 譲渡担保の場合でも、たんに価値分属というのみでは、法的には無意味なのであり、法的構成面へその実質が反映しない限りは、譲渡担保権者≡所有権者、設定者≡債権者でしかない。特約付贈与の場合と同様に、「債権的な関係があるにすぎないのである。

(5) 竹内・前掲論文・「裁判と法」下・五九〇頁。

(6) 竹内・右論文・五九二頁。

(7) 竹内・右論文・五九三頁。

(8) 竹内・右論文・五九三—五九四頁。

(9) 兼子・前掲書・五四頁。もつとも質権者は優先弁済請求の訴を提起することもできる。兼子・前掲書六四頁。

(10) 竹内・前掲論文・「裁判と法」下・五九二頁。解釈論としては困難だというわけである。この論文のこの個所では、解釈論として認めうる余地があるかのようにみえる。「少なくとも立法論としては、譲渡担保の設定者にも第三者異議権を認めるのが当然である。」(傍点―筆者)とあるからである。それにしても「少なくとも立法論としては」とあるところからすると、やはり、解釈論としては無理だと考えているのであろう。

(11) 我妻・前掲書・新訂担保五八二頁、六二二頁、我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究V・一九五頁。

(12) 舟橋・寄託または賃貸動産の譲渡と対抗要件・民商一〇巻六号九四三頁。しかし、その意図はそうではあるまい。後註(15)参照。

参照。

(13) 間接占有下の動産譲渡と対抗問題として大きな問題があるが、本稿では立ち入らない。

(14) 我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究V・一九五頁。

(15) 舟橋・前掲書・物権法二二二頁は、占有移転と本権関係移転とは別だという理由だけで反対しているのではなく、反対理由

の中心は、本権的理由(元買は貸貸借を破る)によって反対に解するというのであろう。反対説が多数説といってよいであろう。

四宮・前掲書・譲渡担保・二〇三頁、鈴木祿弥・前掲書・物権法講義・二五六頁、川島・註釈民法(7)三〇頁(稲本)参照。なお、長野・判批・民商九卷一号一七七頁も参照。

下民九三一条(引渡請求権移転による譲渡)、九八六条二項(占有代理人の新所有者に対する、引渡請求権についての抗弁の対抗)は明文をもって、占有代理人は本権関係を対抗しようと規定する Sandinger, a.a.O., Sachenrecht, 11Auff., § 986, Ann 16. かような明文がなくても本権関係移転を対抗できると解する余地もあるが、「元買は貸貸借を破る」という法理までも明文なしに破棄しうるとまでは解しえない。

(16) 我妻・前掲論文・エルトマンの提案・民法研究N・一九七頁。

(17) 四宮・前掲書・譲渡担保一九九―二〇〇頁。

(18) 四宮・前掲書・信託の研究・一三六―一三七頁。

(19) 四宮・右前掲書・一三九頁註(一九)。しかし、近時破産法八八条についても、設定者の取戻権を承認するための努力がなされていることはいままでもないであろう。簡潔な展望を与えるものとして、竹内・前掲論文・「裁判と法」下・五九三頁参照。

(20) 四宮・右前掲書・一四〇頁以下、とくに一四三頁。