



Title	流動動産譲渡担保論一斑(七)
Author(s)	米倉, 明; YONEKURA, AKIRA
Description	論説
Citation	北大法学論集, 20(2), 22-47
Issue Date	1969-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27879
Type	departmental bulletin paper
File Information	20(2)_P22-47.pdf



論 說

流動動産讓渡担保論一斑

(七)

米 倉

明

第一章 序 說(一八卷二號)

第二章 集合物論対分析論

一(1)―(4)(一八卷三號)、一(5)―二(一八卷四號)

第三章 担保物の範圍の確定方法

一(一九卷二號)、二―三(2)(1)(一九卷三號)、三(2)(a)―(e)(二〇卷一號)、
三(2)(f)(i)―(iii)(1)(本號)、三(2)(f)(iii)(II)以下未定

第四章 内容変更に関する諸問題

第五章 処分權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

(f) 法律構成の第四として、担保物權説(私見)について述べる。この説は、一言にしていえば、讓渡担保設定に

より「譲渡担保権」という担保物権が設定（創設）されると構成する。以下、次の順序で叙述を進める。まず、譲渡担保権とはどのような権利か—その効力如何—を述べる（i）。続いて、担保のための「所有権移転」という形式が採られていることは、譲渡担保権設定という構成にとって妨げにならないのかどうか、が検討されねばならない（ii）。（i）（ii）の検討から、譲渡担保権なる権利がどのような内容を有する権利か、そのような権利を構想することにも所有権移転という形式は格別の妨げとならないことが判明する。そこで、譲渡担保権という権利を構想するとして、有効要件、對抗要件の問題を吟味する。すなわち、譲渡担保権と物権法定主義との関係（iii）、虚偽表示無効論との関係（iv）、流質禁止・非占有質禁止との関係（v）、を順次とりあげ、最後に、譲渡担保権の對抗要件について吟味する（vi）。早速、叙述を始めることにする。

(i) 譲渡担保設定によって、譲渡担保権者には譲渡担保権という担保物権が帰属し、設定者には所有権が帰属する。つまり、通常の—民法上の—担保物権の設定と同様に、設定者が所有権を終始保持しており—設定者は対内対外両面において名実ともに所有権者として処遇されるべきである—、その所有権に対して、制限物権としての譲渡担保権が設定されるのである。かような構成が、担保権能説あるいは期待権説の構成と異なることは明らかである。これらの説によれば、設定者から譲渡担保権者への所有権移転が存する、と構成されるけれども、担保物権説によれば、所有権は設定者にとどまっており、そのような所有権移転ありとは構成されないからである⁽¹⁾。

譲渡担保権は—譲渡抵当の場合についていえば（本稿はもっぱらこれを対象とする）—抵当権に準じた内容を有する、と解するべきである。右の場合には、譲渡担保設定契約締結により「準抵当権」が設定される、と述べた方が直截である。ところで、「準じる」というからには、本来ならば、どのような内容をどのように準じるかを明らかにしなくてはならないけれども⁽²⁾、本稿では、その作業を割愛する。譲渡担保権の内容につき、実行方法および対外的効力

についての言及しておくにとどめる。これらの二点について述べるわけはこうである。すなわち、これら二点には、当事者にとって（そのみならず第三者にとっても）最大関心事の一つであるばかりでなく、従来からの中心論点でもあるので、譲渡担保権の内容について述べるにさいして、ぜひとも言及しておく必要あり、と筆者は考えるのである。

実行方法について述べよう。実行方法は、設定契約の内容にしたがって決定される。つまり、担保物権設定という構成を採用するからといって、必ずなんらかの法定の手続―質権実行方法の類推適用が考えられる―により、担保実行がなされるべきだ、と解さなくてはならぬものではなく、当事者の意思を尊重して、実行方法については契約の定めるところによると解するべきである。さらに、契約上定められていない場合にも―定められているとはいえるにしても、その内容が不明確な場合にも―そうだからといって、法定の手続の類推適用という処理をはかるべきではない、当事者の意思を推測して、簡易かつ確実な方法（迅速で合理的価格を実現しうる方法）による処理（任意処分―譲渡担保権者への帰属もふくむ）を承認するべきである。というわけは、こうである。譲渡担保設定がどのように法律構成されようと、「所有権移転」という形式を採用する当事者の意思としては、簡易かつ確実な換価を期しがたいところの、法定の手続による実行を回避したい、より―そう簡易かつ確実な方法によりたい、と解しうるのである。動産の担保実行のみならず不動産の担保実行についても、既存の法定の実行手続が煩雑であり、かつ確実な換価を保障しがたいものであることにかんがみて、そのような意思に対し、一概に否定的評価を与えることは許されないのである。なお、当事者が―実際には存しないであろうが―質権実行方法を類推適用する旨を明示している場合には、それを尊重するべきであろう。

実行方法としては、一般には、法定手続によらないといつてよいことは右にみたとおりである。実行方法について

次のことを付加しておく。債務不履行が到来して担保を実行するにさいして、譲渡担保権者が実行行為をすることが必要なか、当然に実行行為がなされたことになるのか、という問題は、もっぱら設定契約により決定されるべきである。そのほか、清算を要するの非要しないのか、という問題についても、同様の扱いがなされるべきである。これらの問題については、譲渡担保について従来なされてきた議論を援用しうるであろう。契約上定められていない場合、定められていても不明確な場合には、担保としての性質に最もふさわしいと思われるところの、実行行為が必要清算型と解するべきである。

上述した実行方法は、譲渡担保権（他の構成についても以下のことはいえる）にいわば制度的に付随しているものであって、譲渡担保権設定と当然一体をなし第三者に対しても当然に対抗しうるべきである。譲渡担保においては、法定の実行手続が回避されることおよび右において付加的に述べたことは、従来から周知の事実であるから、右のように解しても第三者を害することにはなるまい。たとえば、設定者の一般債権者が目的物に対し強制執行した場合に、期限利益喪失（民一三七条二号準用）・担保実行要件具備がもたらされ、譲渡担保権者が設定契約上の当然実行・流担保の特約を右の債権者に対し主張する（第三者異議）ことが許される。これに対して、右債権者は、右のような実行方法を否認し、次のように主張することはできない。すなわち、譲渡担保においては、第三者に対しては、当然実行型か実行行為必要型かを問わず、清算型をもって対抗しうるにすぎないのである。そして、清算型である以上、被担保債権を超過する価値は返還され、結局は、他の債権者の債権の引当とされるのであるから、便宜の上からいっても、設例の場合には——当然実行型であれ実行行為必要型であれ——譲渡担保権者には優先弁済請求の訴が許されるにとどまると解するべきである、と。

譲渡担保権設定じたいが対抗力を具備していることが、右においては前提されている。譲渡担保権設定が対抗力を

具備する場合には—後述(vi)するように譲渡担保権設定は対抗力を具備しうる—譲渡担保権に当然付随するものとしての実行方法は、その実行方法したいについての公示具備を問題としないで、当然に第三者に対抗しうる、と解さるべきである。⁽³⁾

譲渡担保権の対外的効力は、抵当権に準じるものと解すべきである。すなわち、設定者から負担のない所有物として譲受けた者に対しては、その者が即時取得する場合を除いて、譲渡担保権者は譲渡担保権の存在を主張しうる。その場合の譲受人は抵当負担物の物を譲受けた者の地位に立たされるといってよい。設定者の債権者が担保物に対して強制執行に出た場合には、譲渡担保権者は、第三者異議の訴ではなく優先弁済請求の訴を提起しうるにとどまる。設定者が破産に陥った場合には、譲渡担保権者は取戻権ではなく別除権(一般の破産債権者に優先して弁済を受け)を行使しうるにとどまる。ひとまず、このようにいうことができるけれども、期限の利益喪失・担保実行要件具備—前者があれば常に後者が伴なわれる、とはいえないが、前者が生じた場合には、通常、債権者としては履行請求をなし、その結果、不履行がもたらされて後者がきたされるに至ることが多いであろう。この意味で、前者には後者が伴なう、ということも誤りではない—との関連において、若干の補足が必要となる。そのような補足については、他の説がすでに述べている(本章で先述)ところから、十分に想定しうると思われるので、本文で説明することを避け、註に譲っておく。⁽⁴⁾

(1) このような構成が、授權説、管理権説の構成と相通じるものを有することについては、おそらく説明を必要としないであろう。授權説における担保権者の処分権、管理権説における管理権の性質がはっきりしない(物権なのかどうか)のに比べて、担保権説では、担保権者の権利の性質が明確になっているわけである。

(2) 鈴木祿弥・前掲論文・経営法学全集9・一七七頁以下においては、実行方法をもふくめた対内的効力、および、対外的効力

の双方について、詳細な議論が展開されている。筆者のみるところによれば、右論文は担保権的構成の立場に立つ論稿として、讓渡担保の対内・対外両効力を最も詳細に展開したという意味でも、注目に値するものである。

(3) 抵当権の場合、流抵当の特約は有効と解されている。しかし、一種の物權變動の特約であるところの流抵当の特約を抵当権の内容として登記する方法は認められていない、といえるであろう。不動産登記法は、抵当権設定登記につき、流抵当特約を登記することを予定していないからである(不登法一一七条参照)。したがって、流抵当の特約は第三者に対抗しえない、といわざるをえない(我妻・前掲・新訂担保三〇二頁、幾代・抵当・経営法全集九・七六頁)。讓渡担保権の場合には、上記とは異なり、実行方法についての公示の存否を問題としないで、讓渡担保権設定が対抗力を有する限り、実行方法は第三者に対して対抗しうると解すべきである。讓渡担保権は法定の実行手続によらず、設定契約によってとりきめられた(あるいは契約を解釈することによって確定された)実行方法によって実行される、慣習上の権利に向って確立途上にある権利、といふべきである。慣習上の権利云々については、(iii)(II)を参照。

(4) 期限の利益喪失・担保実行要件具備という事態に至らない場合には、本文のごとき処理をすることになる。右のような事態に至らない場合とは、(a)そもそも期限の利益を喪失せしめえないと解しうる場合(設定者が目的物を讓渡した場合のごときは、このように解しうる余地もあろう)(b)期限の利益を喪失せしめようと解するにしても、債権者が履行を求めないで、債務不履行をきたさず、担保実行要件が備わらない場合、である。(a)(b)の場合に該当すると解しうる場合に、債権者Ⅱ讓渡担保権者Ⅱ準抵当権者が対外的に権利を主張するとき、それをどのように処遇するか。本文のように処遇するべきであろう。期限の利益喪失・担保実行要件具備という事態が至る場合の讓渡担保権者の処遇如何。次に述べるように、かような事態が至ると考えうる場合の方が、そうでないと考えうる場合よりも多いのではないか。補足を要するのはかような事態が至ると考えうる場合についてである。

設定者が目的物を讓渡した場合には期限の利益の喪失(民一三七条二号準用)・担保実行要件の具備がもたらされり。讓渡担保権が実行された場合には(当然実行型なら当然に、実行行為必要型なら讓受人に対する讓渡担保権者の所有權主張によって、実行行為あり、とみうる)、讓渡担保権者は讓受人に対して所有權を主張(引渡、返還請求)しうることになる。もつとも、目的物が讓渡されたからといって讓渡担保権は消滅しないのだから、期限利益を喪失させようと考えるのか、疑問の余地はなお存する。しかし、すくなくとも、目的物の直接占有が讓受人に移される場合には、担保の実行を困難にし、担保権者の利益を著しくそこなう可能性が大きいので、担保毀滅に準じて扱ふべきであろう(鈴木祿弥・前掲論文・経営法全集九・一八二頁参照)。

設定者の債権者が強制執行に出た場合にも、期限の利益が喪失され（民一三七条二号準用）、担保実行要件具備がもたらされる。実行要件が具備された場合、当然実行型の場合には、譲渡担保権者は当然に所有権を取得し、第三者異議の訴を提起しうる。流担保型ならばこの結論に変わりはないが、清算型ならば優先弁済請求の訴を承認するにとどめるべきである。実行行為必要型の場合にも当然実行型の場合の結論と同一である。譲渡担保権者は、第三者異議の訴（流担保型の場合）、優先弁済請求の訴（清算型の場合）を提起すること（提起することが実行行為に該当する）ができる。

設定者が破産に陥った場合についても（民一三七条一号、破一七条）、結論的には上述と同様のことがいえる。もっとも、この場合には、取戻権、別除権が問題になるのではある。

流担保型と清算型とで、処理を異にするのは、前者では清算がなく、譲渡担保権者以外の債権者の擱取すべきものが残らないのに対し、後者では、清算がなされる結果、譲渡担保権者以外の債権者の擱取に服すべきものが設定者に戻され、それを譲渡担保権者以外の債権者があらためて擱取するくらいならば、はじめから、譲渡担保権者に優先弁済請求の訴、別除権を承認するにとどめておく方が便宜だからである。

上述した処理は、担保権能説においてすでに主張されている（本章三(2)回(c)参照）のであるが、担保物権説においても妥当するところであろう。

(ii) 当事者が担保のために、所有権を譲渡する旨契約することは、譲渡担保の法律構成を試みるにさいして、どのように評価されるべきか。この問題につき、筆者は次のように考える。当事者が担保のために所有権を譲渡する旨契約したとしても、文字どおりの意味での所有権が譲渡されるのではなく、「担保のための所有権」（譲渡担保権）という担保物権が設定されるのである。¹⁾

すなわち、当事者が「所有権」という語を用いているからといって、それにとらわれる必要はなく、経済目的に即した法律構成を試みるべきである。あるいは、譲渡担保という担保制度の機能を最も合理的に発揮させるのに適した法律構成を試みるべきだ、というべきである。そして、法律構成を試みるにさいしては、既存の法制度の予定する法

概念のみを用いた法律構成——「所有権」を「占有改定」により移転する、というように——をひとまず試みるべきであるにしても、そのことに終始しなければならぬ理由はない。問題の行為が既存の法の予定しないものである場合には、それはそれとして——新しい行為として——評価する方向をめざすことも試みられてしかるべきなのである。そのさいにも、その新しい行為に効力を付与するためにはその行為が既存の法によって是認されることを示す必要があり、(iii) 以下の叙述はまさに右の必要充足にあてられているのである。これまでのところ、「担保のため」ということは、あくまでも経済目的を示すものでしかなく、そのことは、法的形式の側面に反映しえないと考えられ、法的形式面では、文字どおりの所有権が問題とされてきたにとどまる。もっとも、近時は、担保的処理の方向が強化され、経済目的に即応した法的処理がはかられてきているので、右のようにいうことが当たっていると必ずしもいえないかも知れない。それにしても、担保的処理の方向をめざす従来の立場は、所有権移転形式になお拘泥しているように見受けられる。筆者は、「担保のため」という経済目的を法的形式面において卒直に表現しえないかどうか——結局、新しい物権の創造が問題となる——を検討すべきだと考えるのである。筆者は、その表現として「讓渡担保権」という一種の担保物権を想定する。

讓渡担保の法的形式が所有権移転であることが、新しい他物権の創造を阻止する、と説かれることがある。この趣旨が、当事者が担保のために所有権移転をなしているからには、そのことだけの理由によって、これを新しい他物権の設定と解する余地はない、というのであるならば、果してそのようにいえるかどうか、問題がある。当事者の採用している法的形式は、「所有権移転」であるにしても、その経済目的との間にギャップがあることは明らかであるから、できることならば、経済目的に即した法的形式を用意するべきである。当事者の採用した法的形式に拘束されきってしまうことなく、望ましいと思われる効果を導出する——裏からいって、望ましくない効果の導出を阻止する——た

めに、解釈という操作に訴えることは、すでに行なわれているのであり、譲渡担保に限ってそうすることが許されない理由はない。それどころか、譲渡担保の場合には、「所有権移転」という法的形式にとられないで、これを解釈構成することが、譲渡担保関係の合理的処理をはかるために必要なのである。

右のようにみてくれば、譲渡担保の法的形式が所有権移転であることじたいは、新しい他物権の創造を妨げるものではないであろう。所有権移転という法的形式を「譲渡担保権設定」と解釈構成することも許される、といえるからである。「譲渡担保権」という新しい物権の創造を妨げる可能性のある要素を挙げるとすれば、所有権移転という法的形式が採られていることよりも、右のような新しい物権を創造しようと試みても、既存の法との間に調和点を見出さぬかという問題(iii)以下ではこの問題をとりあげている)、を挙げねばならない。

ここにおいて、当事者が「所有権移転」を約しているのに、それを「譲渡担保権設定」と解釈することは、擬制をあえておかすものだから、なすべきでない、という非難が浴せられるかも知れない。しかしながら、今や「担保的処理」のもとにおいて、譲渡担保権者の「所有権」の効力は内部関係はどのようであれ対外的には所有権としての効力そのものである、ということとはできず、対外的効力の側面においても、担保物権としての効力へと抑制されるべきだと解され、判例もまたその方向を進めている事態を前にするならば、「所有権移転」という構成こそまさに擬制をおかすものではないかという疑いを容れる余地があるのであり、擬制ではないといえるにしても、擬制の色合がなお濃厚である(この点につき後述(iv)第二点参照)。したがって、自から擬制的であるところの「所有権移転」構成の側から、「譲渡担保権設定」という構成は擬制ゆえになすべきではない、と非難することは説得力に乏しいといわねばならない。もっとも、こうはいえる。すなわち、「譲渡担保権」という物権が裁判所によって承認される保証は現在のところないのであるから、当事者が「譲渡担保権」を設定する真意を有しているとは断言しえない。この点から

すれば、「譲渡担保権設定」も擬制である、といえるであろう。それにしても、「所有権移転」が擬制的であることに変わりはない。

ところで、いずれも擬制(的)であるとして、擬制(的)であるにせよ、現行法上承認されている形式(「所有権」)を採用する方向で問題を処理するのも一つのやり方である。これに対して、当事者の本来の意図(担保物権を設定したい)にそう度合の大きい方向を採用することも考えうる。「譲渡担保権」と「所有権」の二者のうちでは、前者こそ当事者が求めているところの法的表現形式なのであり、後者よりも当事者の本来の意図にそう度合が大きいのである。筆者の立場は、当事者の本来の意図にそう方向を採用する。その場合、「所有権移転」を「譲渡担保権設定」と解釈構成するのみでは、それは擬制をおかすこととなり、法的効力のレベルにおいても効力を承認されず(真意を伴なうとは考えられないから)、生産的でない。そこで筆者としては、「譲渡担保権」なる物権が現行法上承認されうると解しようとするのである(iii参照)。そして、「譲渡担保権」が承認されることになれば、当事者は本来の意図に合致したこの形式を、まさにそのゆえに、真意をもって採用するに至り、あるいは、採用したと認定しうることにもなり、擬制の成否、有効無効という問題は生じなくなるであろう。

筆者によれば、新しい物権の創造を妨げるものは、物権法定主義(民一七五条)の要請する公示の具備であり、その関門を突破しうるかどうかが問題である。なるほど、「所有権移転」形式を「譲渡担保権設定」と解釈構成するにしても、「譲渡担保権」という新しい物権が承認されえないのでは無意味であって、結局は、「所有権移転」は「所有権移転」として受け容れざるをえない。このような意味では、「所有権移転」形式は新しい物権の創造を妨げる、⁽⁶⁾ といいうる。しかし、果して、譲渡担保権という物権が承認されえないかどうかは、諸々の問題——とりわけ公示の具備という問題——を吟味した後、結論を出すべきである。右にいう吟味されるべき諸問題は(iii)以下において順次とり

論

(1) 管理権説の立場をとる論者が、「所有権移転」という形式を当事者が採用しても、それは受託者に管理権と Legitimation とを付与する趣旨と解すべきだ(四宮・前掲書・信託の研究・一四三—一四四頁)と論じていることは、筆者が本文で述べたことと、問題処理の方向において(つまり、当事者の用いている語にとらわれないで、解釈構成していく方向を志向する)共通するところがある、といえるであろう。

(2) 担保権能説、期待権説については、このことは、はっきりしているであろう。これらの立場は所有権移転という構成を採用しているからである。つまり、これらの立場は担保という実質に即した法的処理をめざしつつも、担保権設定という構成をストレートに採らないで、所有権移転というルートをもとまず経由させた上で担保的処理をはかろうとするのである。これに対し、授権説、管理権説は、当事者の採用する所有権移転形式にとらわれないで設定者に所有権が保留されていると構成する。しかし、譲渡担保権者に担保物権者としての地位を保障しうるかどうかについて疑いを容れる余地がある等の難点がある(これらの説の難点については既述したところに譲る—本章三(2)回(b)参照)。

(3) 深谷・譲渡担保の性質・ジュリスト・民法の判例九五頁。論者は、法的形式が所有権移転であることは新たな他物権の創造を「阻止している」と説いている。一般の考え方がそのようである、と説いているように受けとれるけれども、おそらく、自説としても、所有権移転形式が新しい他物権の創造を阻止すると解するのであろう。

(4) さし当って、前註(1)で言及した管理権説を参照せよ。表示行為を「例文」と認定したり、解釈の名のもとに、内容変更を試みることも行なわれることを想起するべきであろう。川島・民法総則(法律学全集)二〇—二〇二頁参照。

(5) 前註(3)引用の文献は本文のごとき趣旨であるかも知れない。しかし、そうだとしても、さらに検討を必要とする。

(iii) 物権法定主義との関連はどうか。もとより民法典は譲渡担保権という担保物権を知らない。譲渡担保権は、取引社会の需要—動産譲渡抵当の場合には動産抵当制度の整備を挙げべきであろう—に民法典が応じていないために生じたところの、民法典の予定していない担保物権である。筆者によれば、譲渡担保設定契約締結により、新しい物権

であるところの譲渡担保権が設定されるのであり、それは、準抵当権ともいうべき、慣習上の物権へ向って確立途上にある物権（このメルクマールについてⅡで触れる）であつて、そのような物権としてかなり普及しており、なお普及しつつある、というべきなのである。くり返すことになるが、譲渡担保設定によって、右のような物権が設定されると解するべきである。⁽¹⁾果してそのような物権は効力を承認されるであろうか。筆者は承認したいし、承認しうると考へる。ここで、物権法定主義が問題となる。結論を先にいえば、譲渡担保権を承認することは、物権法定主義に抵触しないのである。このことをいかに説明するか。筆者は、以下において、次の順序で説明することとしたい。

まず、譲渡担保権を承認することは、物権法定主義の依拠する根拠（とりわけて公示の実現を期すること）と相容れなくはない旨を論じる（Ⅰ）。次に、物権法定主義に反しない、という結論を導くためには、その依拠する根拠と相容れうることとをさ示すならば足るのかどうか、を問題とする（Ⅱ）。つまり、物権法定主義に反しないといえるためには、問題の権利が同主義の根拠と相容れうるのみならず、法律上あるいは慣習上の権利であることをも要するの^か、ということの問題とするのである。というのはこうである。周知のように物権法定主義を宣明した民法第一七五条の解釈に関して、民法その他の法律の定めた物権が右主義に抵触しないのはむろんのこととして、慣習上の物権もまた右主義によって認容されうるかどうかの問題とされている。このことは、次のことを意味するのであるか。すなわち、物権法定主義と抵触しないと、いうためには、すくなくとも慣習上の物権にまでは達していなくてはならず、その程度にも達していない物権は、物権法定主義に当然に抵触することになるのであるか。これが問題である。

（Ⅰ）まず、譲渡担保権の承認が、物権法定主義の依拠する根拠（立法目的）と相容れうることをみることにしよう。物権法定主義には二個の根拠がある。⁽²⁾第一に、封建的権利関係を廃止することおよび右関係の復活を阻止すること。第二に、物権法における公示の原則の実行を容易ならしめること。第一、第二それぞれについて、検討しなければ

説
ばならない。

論

第一の根拠についてはどうか。筆者によれば、今日の社会では、物権の客体が不動産であろうと動産であろうと、第一の根拠の充足を憂慮しなければならないような事態は生じないであろう。当面問題としている動産の譲渡担保権については、この譲渡担保権を承認することは現代の取引社会の需要に応じるものであり、右権利を承認するからといって、なんらかの封建的権利関係が温存されたり、あるいは、復活されたりすることは、およそ考えられないのである。

第二の根拠についてもまた、抵触をきたすことはない。第二の根拠は権利関係の公示の実現と連なっている、権利関係の公示が実現されるならば第二の根拠と抵触することはない、ということができようであろう。ところで、権利関係の公示には、権利の存在（だれに帰属しているか）が公示されること、その内容（効果、効力）が予測可能なこと、の二点が要請されるといってよい。物権法定主義のもとで、物権の種類、内容の双方にわたって限定を加えているのも、右二点の要請を充足すること、しかも、そのさい、十分性、容易性を備えることをめざしているのである。すなわち、物権の種類、内容の双方にわたって限定を加えておけば、権利の性格、内容をくぐりたくなく、十分に示される。この場合、外部から認識しやすい標識（登記簿のごとし）があることが前提されるべきである。単純な指示がなされるといふことで、右のような標識を設けることも生きてくる。右のような標識を設けるにしても、そこでの記載が複雑であれば、権利存在の公示は困難かつ不十分となるであろう。権利内容も、権利の名称を指示するのみで、つまり容易に予測され、また、十分に予測される。物権について限定を施しておかなければ、各種各様の物権が生じ、権利存在の公示、内容予測が困難、不十分となるであろう。そこで、物権法定主義と抵触しないためには、権利存在の公示、

権利内容の予測可能性の二点につき、それぞれ、十分性、容易性を備えていなくてはならない、というべきである。

右において、「十分に」「容易に」とは、いかなる意味か。まず、①権利存在の公示が十分になされるとは、(a)第三者が取引上支障なき程度において、その公示を認識しやすく、(b)認識することによって、取引上支障なき程度において、いかなる権利(用益権的な権利か担保権的な権利か等、権利の一応の性格)が存在するのについて了解しうるような公示がなされることをさし、②権利存在の公示が容易になされるとは、権利存在の公示が取引上支障なき程度に容易に(迅速、簡易に)なされうることをさし—これにも①αβに対応して②αβがありうる—、次に、③権利内容が十分に予測可能であるとは、当の公示された権利から、任意の問題についてどのような効果もたらされるのか、ということが、これまた取引上支障なき程度において、予測しうること(そして、その「任意の問題」の範囲も右と同程度において広いこと)をさし、最後に、④権利内容が容易に予測可能であるとは、権利内容が取引上支障なき程度の努力を払うことによって予測しうることをさす。⁽⁴⁾「取引上支障なき」とはいかなる意味かを明確にすることは至難であって、結局は、取引通念によって判断するほかはない。

上述のことを抵当権についていえばこうである。抵当権は登記簿上の登記により公示され、この公示は、不動産取引をする者として当然注意を払うべき、そしてまた、認識しやすしい公示でもあり、そのうえ、単純な記載がなされるから、外部から権利存在を認識しやすく(①α)、登記簿上の記載(「抵当権」)から、どのような性格の権利なのか了解されうる(①β)。抵当権の登記簿上への登記は迅速・容易になされうる(②α:①αを達成するのは容易)のみならず、「抵当権」がどのような性格の権利なのかということも、迅速・容易に了解しうる(②β:①βを達成するのは容易)のである。かくて、抵当権の権利存在の公示は十分にかつ容易になされるといえる。抵当権の権利内

容が、法律の規定の参照により、十分にかつ容易に予測しうる(③④)ことは、説くまでもない。

当事者が任意に物権を創出した場合には、外部からの認識可能性を備えるために、外部から認識しやすい標識が備わるかどうか問題であり、それが備わっても、記載が単純なもので済むかどうか問題であり、複雑な記載(といっても程度の問題であるが)ならば、権利存在がそれだけ認識しにくくなるのであり(①αの問題)、権利の性格をも了解しがたくするであろう(①βの問題)。単純な記載ならば、権利存在は認識しやすいにしても、その権利が周知のものでもない限り、権利の性格が了解されたい(①βの問題)。したがって、権利存在の公示が十分になされずとは限らない。また、権利存在を公示するにしても、容易とは限らない。外部からの認識可能性を備えるために、なんらかの帳簿記載をなすとしても、単純な記載で済むとは限らないのであって、かくかくの権利という旨を複雑をいわずに、第三者が権利の性格を十分了解しうるような記載が容易に——単純な記載により——なされるとも限らず、(りうる)し、第三者が権利の性格を十分了解しうるような記載が容易に——単純な記載により——なされるとも限らず、困難・複雑となることもありうる(②βの問題——複雑の度が過ぎると①β、①αの問題ともなりうる)。したがって、権利存在の公示が容易に達成されうるとは限らない。以上において、十分かつ容易な、権利存在の公示は達成されがたいことをみたが、十分かつ容易な、権利内容の予測可能性も、それ以上に達成され易いとは限らないであろう。もっとも、物権を法定することが、権利存在の公示および権利内容の予測可能性を十分かつ容易に達成する、ということは、登記簿記載を前提する不動産物権についてはいえるにしても、占有をもって公示方法とする動産物権についてはそのようにいうことはできない。なるほど、法律上の動産物権の場合にも、権利内容の予測可能性は十分かつ容易に達成される、といえるけれども、権利存在の公示については、そのようにはいえない。つまり、権利存在の公示は引渡によってなされるゆえ、容易に達成されるとはいえる。引渡をなすだけで対外的な公示(外部からの認識可

能性) が具備されたこととなる(それゆえに対抗力を付与されるとも解しうる) のだからである(②α)。そして、公示されたことになった権利がどのような性格の権利であるかは、その権利が法定の権利である以上は、十分に了解されうる(①β) し、容易に了解されうる(②β) のである。しかしながら、外部からの認識可能性が果して十分に実現されるといえるか(①αの問題) どうかは疑わしく、十分とはいえないか(権利者が直接に占有している場合―所有権か質権か不明)、そもそも充分性は達成されないと同然といえるくらい不十分である(権利者が占有の場合、指図による占有移転によって占有している場合)。動産物権の外部からの認識可能性について(①αの問題)、民法は不十分な公示に甘んじる、とみることができる。この点に関し、物権法定主義の十分な公示に対する要請は修正されているとみるべきである。

さて譲渡担保権の承認が、権利存在の公示の充分性・容易性、および、権利内容の予測可能性の充分性・容易性という要請を充足しうるならば、第二の根拠との抵触は回避されることになる。筆者によれば、譲渡担保権の承認は、これらの要請を充足する、といっているのである。この結論の根拠づけには説明を要する。以下、右二個の要請について順次、説明を加えることにする。

権利存在の公示の要請が充足されるかどうかという問題からはじめよう。

権利存在の公示が十分になされないことは、一応認めざるをえない。ここで、権利存在の公示が十分になされないとは、もっぱら、権利存在が外部から認識されたいという点(①α―認識可能性) に関する(①β) については便宜上後述する)。筆者によれば、譲渡担保権の認識可能性は十分ではないけれども、なお、物権法定主義と抵触するものではない。というのはこうである。譲渡担保権の認識可能性は不十分であるけれども、その程度の不十分さは民法自身甘受する―したがって、既述したように、物権法定主義の公示(認識可能性) 十分という要請も修正される―と

ころなのである。換言すれば、譲渡担保権は、民法が不十分ではあるがなお公示機能ありと認める外的表章と同程度の公示機能を果す外的表章を伴なうのである。権利存在の公示（認識可能性）の十分さ（不十分さ）という点に関しては、民法の承認する程度の十分さ（不十分さ）は存在することになる。この公示の問題については、公示Ⅱ對抗の問題に関して項を改めて説くところに譲っておきたい（後述(vi)参照）。

譲渡担保権の存在の公示は、容易に達成されるだろうか。右に述べたように、譲渡担保権の認識可能性は一応十分といえる（①α）であり、そしてそのような事態は、設定契約を締結することのみによって招来されるのである（②α）、および、譲渡担保権の存在が認識された場合に、それがどのような性格の権利かについても、了解は十分にえられ（①β）、それも容易にえられる（②β）のである。かくして、結論として、権利存在の公示は容易にされる（②α—②β充足）といえることができる。

ところで、右において、権利の性格についての了解が十分にかつ容易にえられる、と述べたけれども、このことにつき説明を施しておこう。すなわち、譲渡担保権という準抵当権ともいべき物権を承認しようとしても（本項Ⅰ註（1）参照）、右権利の性格が十分にかつ容易に了解されえないのでは、権利存在の公示をはかるといふ点からみて承認しえない。準抵当権としての譲渡担保権については、右のことは憂慮しなくてもよいであろう。というのは「準抵当権」ということばから、抵当権に類比することにより、権利の性格についての十分な了解（担保物権としての性格を知りうる）に達しうるのであり、それも容易に達しうるからである。

以上、要するに、譲渡担保権の公示—認識可能性（①αの問題）は不十分であるにせよ、民法の承認する程度の認識可能性を備え—その意味において十分である—、そしてそれを設定契約締結によって容易に備えうる（②α）のである。これに、権利の性格についての十分な了解がえられ、それも容易にえられる（①β、②β）ことを付加しうる

のであるから、譲渡担保権の権利存在の公示は十分にかつ容易になされうる、ということが出来る。

この場所を借りて、次のことを述べておく。すなわち、第二の根拠に関する問題のうち、権利内容の予測可能性如何という問題については、やがて述べるように、譲渡担保権 \parallel 準抵当権の内容は十分にかつ容易に予測可能である、と比較的簡単に回答することが出来る。問題は、権利存在の公示性具備をいかに説明するか(それも前述① α の問題—認識可能性)にある。この問題は、内容の予測可能性如何という問題よりも困難な問題であるように思われる。まことに、物権法定主義との抵触という問題は、帰するところ、ここに焦点がしぼられてくるのである。この問題に対して、判例・学説の努力により慣習上の物権(「譲渡担保権」)が形成されたというのみでは、答にならないであろう。そのようにいうことによっては、譲渡担保権の存在が判明した場合においてその内容が慣習に照らして或る程度まで予測しうる、とはいいうるであろうけれども、その存在がどのようにして公示されるか、について説明したことになるからである。あるいはまた、譲渡担保権については公示を要しない、ということもできない。なるほど、譲渡担保は中小企業においてかなり広く採用されているけれども、特定の中小企業ならその特定の中小企業において、動産は必ず譲渡担保に供されている(かつ、そのことは周知の事実である)、とまで断言することができない以上は、譲渡担保権はその存在について公示を具備する必要もない、とはいえないからである。

続いて、権利内容の予測可能性という要請が充足されるかどうか、についてみることにしよう。結論として、充足される、といつてよい。このことを以下説明する。

譲渡担保権の権利内容は「準抵当権」といいうることから、それは、抵当権になぞらえて、十分にかつ容易に、予測することができるであろう。⁽⁸⁾準抵当権としての譲渡担保権を承認したくても権利内容の予測可能性において充分性・容易性を欠くから承認しがたい、ということではできないのである。右のような物権を承認することに—すくなくと

も権利内容の予測可能性に関する限り―支障はないのである。

ここで次の点を取りあげたい。譲渡担保権者の「所有権」は物権法定主義と抵触をきたす、という議論は、筆者の知る限り、存しないようである。そこで、当面、譲渡担保権者の「所有権」は物権法定主義に抵触しないとしよう。物権法定主義の公認を受けうる（受けている）譲渡担保権者の「所有権」は、その権利内容について、どの程度の予測可能性を備えているか。それと比較した場合、譲渡担保権の内容の予測可能性の程度が遜色がなければ、すくなくとも予測可能性に関する限り、譲渡担保権をもって、物権法定主義と抵触をきたすものではない、ということが許されるであろう。果して、そのような結論を導きうるであろうか。以下、この点を取りあげることにする。

まず、十分性を問題にする。譲渡担保権者の「所有権」の内容は、十分に予測可能である、といえない面がある。というのはこうである。譲渡担保権者の「所有権」の内容は、近時の判例⁹⁾および学説の担保的処理の傾向を前提とした場合には、「所有権」という語のみからは―民法の所有権の規定を参照しているだけでは、と換言してもよい―十分に予測可能どころかもはや予測しえないのである。これに対して、譲渡担保権の内容は、先述したように、十分に予測しうる。かように解する限り、譲渡担保権者の「所有権」の内容と譲渡担保権の内容とは、後者の方が予測可能性の程度が高い―この点に関する限り、譲渡担保権は、物権法定主義に反しないことになる―といえるであろう。かような結果に到着するのは当然ともいえる。すなわち、前者にあっては、実質Ⅱ担保―近時の判例・学説はこれを形式面よりも一そう重視している―を「所有権」という形式で表現しているのであって、実質と形式とのずれが大きく、「所有権」の内容の予測可能性の程度をそれだけ減ずる結果となっている。後者にあっては、実質Ⅱ担保を担保として表現するのであるから、実質と形式とのずれはなく、そのずれに基因して予測可能性の程度の減少をきたすということはないのである。

ところで次のような反論が提起されるかも知れない。讓渡担保権者の「所有権」の内容は、判例さらには学説を参照することによって、十分に予測可能である、と。そのような参照を施してはじめて内容の予測を十分になしうることが問題なのであるが、この点はさておく(後述)ことにする。さて、なるほど右のような反論も許されるであろう。讓渡担保権者の「所有権」の内容に関して判例・学説が存する以上、右内容を実際の必要上予測するにあたっては、判例・学説が考慮にいれられるであろうからである。そして判例・学説を参照すれば、右内容を十分に予測しうる、ということもできる。かような視点に立つとしよう。その場合でも、讓渡担保権の内容の方が「所有権」の内容よりもいずれも十分に予測可能とはいえないもの——予測可能の程度が低い、といいきれるかどうかは疑わしいのである。すなわち、たとえば、設定者の一般債権者が設定者のもとにある目的動産に対し強制執行に出た場合を想定する。この場合、讓渡担保権者の「所有権」はどのような効力を有するか、ということは十分に予測可能である。讓渡担保権者は——近時の判例・学説の傾向(担保的処理の傾向)を背景にして考えれば——第三者異議訴権を有するに定まっているとも解しえず、優先弁済請求訴権を有するにとどまるとも解しうるのである。予測するにさいしては、前者と後者との選択が問題となる。最高裁判所によって後者と決定される可能性も大きいのであり、この可能性の方が前者と決定される可能性よりも大きいように思われる。他方、讓渡担保権がどのような効力を有するか、ということも、十分に予測可能であって、設例の場合には、抵当権に準じて、優先弁済請求訴権を有する、と予測することができるのである。予測可能性の十分さの程度はいずれが高いか。「所有権」においては、近時の判例・学説を参照することによって、第三者異議訴権か優先弁済請求訴権かの選択——この選択問題は、近時の判例・学説の参照から生じる、¹⁰⁾ といいうること、右述のとおりである——のうちから、後者を予測しうるのに対して、讓渡担保権においては、文字どおり一義的に後者という結論に到着する(選択ということもない。ちなみに、判例・学説を参照する必要もない)の

であるから、譲渡担保権の方が程度が高いといえる。もつとも、担保的処理の傾向のもとでは、「所有権」の場合でも優先弁済請求権にとどめられると考えて大過ないであろうから、程度の差は大きくない。

かくみてくれば、譲渡担保権の内容の予測可能性の方が、「所有権」の内容のそれよりも、程度が高い、とさえいえるのである。

上述の部分では、「所有権」と譲渡担保権につき、十分性を問題としてきた。次に容易性をとりあげる。いずれの権利にせよ、権利内容は容易に予測される。「所有権」の場合には判例・学説を参照することにより、譲渡担保権の場合には、右参照をあえてなすまでもなく抵当権に準じることにより、容易に予測しうる。容易性の程度の高さについていえば、「所有権」の場合には判例・学説を参照する作業をしなくてはならないのに対し、譲渡担保権の場合には、右参照を必要としないので、容易性の程度はそれだけ高いといえることができる。もつとも、判例・学説の参照作業はさほど困難ともいえないので、程度の差といっても、大きいものではない。

要するに、物権法定主義の目的ともいうべき権利関係の公示にとって重要ウエイトを占める、権利内容の予測可能性をとりあげた場合に、「所有権」と譲渡担保権とはいずれも十分性と容易性とを備えており、そして、その程度はどうかといえは、後者が前者よりも低いどころか、その逆だとさえいえるのである。

ここに至って、次のようにいうことができるであろう。「所有権」は民法のカタログに「所有権」として記載されている権利であり、譲渡担保権はそうではない、という相違はあるにしても、権利関係公示にとっての重要点（権利内容の予測可能性）において、後者の方が程度が高いのであるから、すくなくとも権利内容の予測可能性に関する限り、前者をもって物権法定主義のカバーする範囲内にあると解するならば、後者もまたしかり、と解するべきである、と。

これまでの叙述をまとめらば、次のようになる。すなわち、讓渡担保権¹¹準抵当権は、権利存在の公示および権利内容の予測可能性のいずれにおいても、充分性と容易性とを具備しているのであって、物権法定主義の第二の根拠と調和しうるのである。

最後に、次の二点を付加して、本項(1)を終ることにする。

その一はこうである。右においては、担保的処理のもとにおける讓渡担保権者の「所有権」が物権法定主義と抵触しないと前提してきた。そのようにいうることの理由は何か。右「所有権」も形式上は「所有権」にちがいないからだ、とのみ説くとすれば、その説明は強固な理由を挙げているとはいえない。というのはこうである。物権法定主義は公示の実現をめざしているものであり、その場合に、物権の名称を指定すれば(いわばカタログ指定)、その物権の内容を法律を参照することによって予測しうるものが前提されているのではなからうか。かように解する場合、当面問題としている讓渡担保権者の「所有権」の内容は、担保的処理の傾向を前提した場合に、民法その他の法律を参照することによって予測しえないのであるから、讓渡担保権者の「所有権」は物権法定主義と抵触をきたすのではない。つまりこうである。右「所有権」の内容が判例(学説)によって変化させられていることは、指摘するまでもあるまい。そしてその変化によって「所有権」には担保物権の内容が付与されつつあるのであって、その内容は、たんにカタログを参照するだけでは予測しえないのである。右変化は、カタログ上の「所有権」の枠内での変化、にとどまっていけないのである。かかる事態に至れば、「所有権」だからというだけでは、物権法定主義との抵触が存しない、という結論を導くことはできないであらう。讓渡担保権者の「所有権」が物権法定主義に抵触しない、というには、右「所有権」の内容は、判例(学説)を参照することによって十分にかつ容易に予測可能であるから、公示の実現という物権法定主義の依拠する根拠に反するものではない、とでも説明するほかはない。¹²⁾

譲渡担保権者の「所有権」が、内容の予測可能性という観点からみて、物権法定主義に抵触しない、といえるかどうか、右にみたように疑問を容れる余地があるけれども、そのことは、右の観点において（そのほか既述のように権利存在の公示も十分かつ容易になされている）、譲渡担保権 \parallel 準抵当権は物権法定主義に抵触しない、という結論を變更させるものではない。譲渡担保権者の「所有権」が物権法定主義と抵触しないと解する場合にも（これを前提した場合については前述）、抵触すると解する場合にも、譲渡担保権は物権法定主義に抵触しない。譲渡担保権の内容は、抵当権に準じることにより、十分にかつ容易に予測可能だからである。

その二はこうである。譲渡担保権 \parallel 準抵当権を物権法定主義に反しない、として承認するからといって、その結果、従来からの法状態を大きく変更することにはならないのである。というのは、譲渡担保権 \parallel 準抵当権のもたらす効果は、従来、担保的処理の傾向のもとで、判例・学説によって承認されてきたものと一致する、とみて大過ないからである。⁽¹⁸⁾この観点からみても、譲渡担保権 \parallel 準抵当権を承認することに支障はない、ということが出来る。

(1) 準抵当権について簡単に次のことを付加しておく。譲渡担保権者の地位が、近時の判例（および学説）の努力（担保的処理の傾向）によって、担保物権的なものとして扱われてきた結果（判例・学説は周知と思われるので逐一の引用を省く）判例につき本章三(2)(a)註(4)参照）、これを準抵当権者と呼んでもよいような事態が到来している。つまり、譲渡担保権者の地位の内容が準抵当権の内容と呼びうるものとして固定されており、今後この方向は変わらないことが予想されるのである。筆者は、今や、譲渡担保権者の地位は、これを正面から準抵当権として構成して民法上の効力を承認し、そうすることを通じて準抵当権を慣習上の物権として確立せしめるべきだと解する。準抵当権という構成は、おそらく、実体に卒直に適合した構成であり、実体に即した構成ゆえに、譲渡担保の合理的規制を推進するうえで最適のものであろう。ちなみに、今日、準抵当権としての譲渡担保権が、すでに慣習上の物権とまでいえるほど普及しているかどうか—普及しているか—は問題である。これらの点についてはなお説明を要するが、後述する（ \parallel 参照）。

(2) 我妻・前掲書・物権法二三頁、舟橋・前掲書・物権法一六頁。

(3) 第一の根拠は客体としてはもっぱら不動産(そのうちでも土地)を予定しているのであろう。前註掲載の文献はいずれも、物権法定主義の一つの根拠として、土地に関する封建的権利関係を廃止して、土地に関する権利関係の単純化をはかることを挙げている。予定した客体が不動産であるにしても、第一の根拠の趣旨は動産についても及ぼさるべきであらう。実際上は、動産の物権関係について、封建的権利関係が生じるなどして問題となることはないであらう。

(4) ① α —④までの諸項目の間の関係を明らかにすることも必ずしも容易ではない。そのような作業は必要不可欠な作業とも思えないので、以下では、例示的にのみ述べておく。一般論としては、① β —③④ということでは、① α —③④ということができるであらう(権利の性格について十分に了解がつくのであれば、内容についても、十分に、容易に予測しうるであらう)。これに対して、① α —③④ということはできないであらう(権利存在が外部から十分に認識しうるからといって、内容予測が十分にかつ容易になされうるとは限らないであらう)。諸項目間の関係を明らかにするといつても—そしてそれが必要不可欠といつても—一般論を述べるくらいのことしかなしえないのであり、あまり生産的とはいえないであらう。

(5) 厳密にいえば、② α は達成されないものである。というのは、② α の目的であるところの① α が達成されるとはいいがたいからである。引渡によつてもたらされる程度の不十分な認識可能性であっても、法律上は十分なものとして承認されると解するならば、本文のようにいうことができるであらう。

(6) これまでのところ、讓渡担保権という新しい物権の創設が、権利存在の公示との関連においても、物権法定主義により承認を受けうる、と説いた見解は見当らない。筆者は、右の趣旨を説いてみたいと考えるのである。

(7) 柚木・前掲書注釈民法(9)三三一—三三三頁(柚木—福地)。ここでは、「讓渡担保権」を承認すべきだととして、続けて、立法の欠を補うものとして、讓渡担保(権)なる慣習上の物権が形成されることは、民法第一七五条の精神に反するものではないという趣旨のことが述べられている。讓渡担保権がすでに慣習上の物権となつていてと主張するのか、未だそこまで達しておらず、慣習上の物権へ向つて生成の途中にある物権と主張するのかわかりませんが、その点は度外視しよう。ところで、公示を具備するまでは、いかに権利の形成そのものが—それは取引社会の需要に応えるけれども—民法第一七五条の精神(論者の説くように、たんなる立法至上主義を確立しようとするものではない)に反しないにしても、それだけで、物権法定主義の承認をえる、といいきることではできないであらう。つまり、右のような説は、物権法定主義の依拠する根拠のうちで、封建的権利関係の廃止、復活阻止、と抵触しないことを説くにすぎない。公示の実現をはかるといふ、同主義のもう一つの根拠と抵触しないことを説くものではない。讓渡

担保権は物権法定主義の後の根拠と抵触するといわざるをえまい。同書同頁が、明確な公示方法と結びつかない限り、譲渡担保は制度的には完成せず、そして、公示方法の整備は、立法にまつしかない、と述べるところによれば、論者自からこのことを認めるのであるうか。論者は結局、「譲渡担保権」なる物権を立法論としてのみ承認する考えなのであるうか。解釈論としても承認しようとするのであれば、公示の点について説明を必要とするであろう。慣習上の権利は物権法定主義を無視して、法例第一条も無視して（慣習法により廃止されたとして）、民法上の効力を承認されるべきだ—公示を整備しなくとも—でも説くのであれば（民法第一七五条と慣習上の物権との関係をめぐる学説について舟橋・前掲書・注釈民法(6)一〇四頁（徳本）参照、なお、どの説も公示を無視しているとはいえないことにつき後述(II)註(9)参照）、それはそれとして一つの回答ではある。しかし、そのように回答するのかがどうかはつきりしない。筆者は、慣習上の物権についても、これが民法上の効力を承認されるためには、物権法の公示原則に対する強い要請から、公示を備える必要があると解するので、右のような回答には賛成しない。

(8) 物権法定主義との関連を考える場合には、外的表章（外部からの認識可能性）具備のほかに、問題の権利がその内容について予測可能性を有しているかどうかの問題である。判例がその内容を確定するというのでは回答にならない。判例が承認するかどうかはまず問題であり、そしてそのさいには、問題の権利の内容が予測可能性を有しているかどうかが決め手となるからである。どの程度の予測可能性を備えているべきかは困難な問題であるけれども、とにかく、取引安全にさほどの支障をきたさない程度の予測可能性を備えていることを要する、というべきであろう。それ以上の細部にわたっての権利内容の確定は、判例によって問題ごとに個別的になされるべきである。

(9) 本章三(2)(a)註(4)参照。

(10) 有力な下級裁判所の判決のうちにも後者と判決したものが登場しているのである。後註(12)掲載の東京高裁判決参照。最高裁の昨今の担保的処理傾向とこの東京高裁判決登場などから、本文のようにいえないでもないであろう。

(11) しかし、これは一応のことではしかない。次のような場合を考えれば、そのことは明らかであろう。目的物に対して、設定者の一般債権者による強制執行がなされたとする。そのさい、期限利益喪失・担保実行要件具備がもたらされる場合には、譲渡担保権者＝抵当権者は所有権を主張しうることになる。所有権主張の内容としては、流担保型ならば、第三者異議の訴、清算型ならば優先弁済請求の訴を承認する、ということが考えられる。当然実行型か実行行為必要型かによってもこの結論に変更をきたさない（結論へ至るまでに説明を異にする点はある）。譲渡担保権者が「所有権」を有すると構成する場合でも、右と同様に考えることができる。

(これらの処理方法、説明については、すでにくり返し述べた—たとえば、本章三(2)回(c)、(f)(i)註(4)参照)。かようなわけであるから、譲渡担保権でも「所有権」でも、その内容(効果)の予測可能性において変りはないことになる。目的物に対して設定者の一般債権者による強制執行がなされても、期限の利益喪失・担保実行要件具備がもたらされない、と解するならば(この点についても本章三(2)回(f)(i)註(4)を参照)、本文で述べたような、権利内容の予測可能性に差を生じることになる。

(12) 譲渡担保権者を所有権者としつつ、実質上担保権者として処遇する立場(たとえば、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)について、このようにいうことができよう。担保権能説もまた、譲渡担保権者を対外的に所有権者としながら、その実質的処遇では担保権者として扱っているのであるから、この立場についても本文のように行うことができるであろう。期待権説も担保的処理をめざすとはいえるが、譲渡担保権者の所有権が担保権としての処遇を受けることは前面に出ているともいいがたいので、この立場については本文のように行う必要はあるまい。

(13) 逐一細かく、考えうる場合(対内対外面)すべてについて検討したわけではないので、完全に一致する、とまで断言することはさしひかえたい。重要点(筆者としてはさし当り対外的効力を考えているが)においては一致する、というくらいのことではできらるであろう。