

〈論 説〉

# 所有権留保における 物権的期待権概念の必要性 (2)

松 田 佳 久

## 目 次

1. はじめに
2. ドイツ物権的期待権との比較
  - (1) 所有権留保に関する相違点
  - (2) 物権的期待権に関する大きな相違点
    - ① 「物権的」の意義
    - ② 占有権の有無
    - ③ 債務不履行に基づく物権的期待権の消滅
  - (3) 物権的期待権に関するその他の点に関する比較
    - ① 留保売主と第三者との関係
      - A. 留保買主による転売の相手方との関係
      - B. 留保買主の一般債権者による差押え
      - C. 第三者による侵害
    - ② 留保買主と第三者の関係
      - A. 留保売主による目的物処分
      - B. 留保売主の一般債権者による差押え
      - C. 第三者による侵害
  - (4) 比較結果と物権的権利であることの必要性
    - ① 比較結果
    - ② 物権的権利であることの必要性
3. わが国判例に見る留保買主の有する権利の法的性質
  - (1) 最三小判H 21・3・10 民集 63・3・385、判時 2054・37、判タ 1306・217
    - ① 事案と判決
    - ② 残債務弁済期後の留保所有権の法的性質 (以上、42 巻 3 号)
  - (2) これまでの判例の捉え方
    - ① 即時取得判例 (最一小判S 42・4・27 判時 492・55、最二小判S 44・11・21 判時 581・34)
    - ② 自動車損害賠償保障法 (以下、自賠法という) 3 条判例 (最三小判S 46・1・26 民集 25・1・126)

- ③留保買主債権者の差押え判例（最一小判S 49・7・18 民集28・5・743）
- ④権利濫用判例（最二小判S 50・2・28 民集29・2・193）
- ⑤横領罪判例（最三小判S 55・7・15 判時972・129）
- ⑥再生手続での別除権判例（最二小判H 22・6・4 民集64・4・1107）

—整理—

(3) 譲渡担保判例の検討

- ①借地上の建物譲渡判例（最二小判S 40・12・17 民集19・9・2159、判時434・35、最一小判H 9・7・17 民集51・6・2882）
- ②更生担保権者の取戻権否定判例（最一小判S 41・4・28 民集20・4・900、判時453・31）
- ③受戻権時効判例（最二小判S 57・1・22 民集36・1・92）
- ④第三者侵害判例（最三小判S 57・9・28 判時1062・81）
- ⑤第三者譲渡後の受戻権判例（最三小判H 6・2・22 民集48・2・414）
- ⑥滌除権判例（最二小判H 7・11・10 民集49・9・2953）
- ⑦第三者異議の訴え判例（最二小判H 18・10・20 民集60・8・3098）

—整理—

- ①所有権留保判例および譲渡担保権判例から得られる共通項
- ②共通項を前提とした整理

(4) 留保買主の有する権利 — わが国判例に整合的な見解

- ①判例から把握される権利内容
- ②学説の検討（E以外は、42巻3号で示した題目を変更した）
  - A. 鈴木祿弥説
  - B. 高木多喜男説
  - C. 幾代通説
  - D. 米倉明説
  - E. 道垣内説

—整合的な見解—（以上、本巻本号）

## 〈概要〉

物権を完全権とした場合、当該完全権取得を何らかの付款にかからしめた場合の中間的権利、つまり、つなぎ物権的権利は一つの権利のカテゴリーとして成り立ちうるものと思われる。権利の一つとして考えられるのは、土地区画整理法における換地処分までの間存在する仮換地の使用収益権であり、物権法定主義の観点からこれはつなぎ物権ということができよう。

本稿は物権的期待権を取り上げた。それというのも物権的期待権は、条件付きでの物権取得を目的としており、条件成就までの中間期間において物権的効力をも有するものとされていることから、いわば物権的期待権は物権取得まで

の期間をつないでいるつなぎ物権的権利といいえるからである。

まず、物権的期待権説としてわが国では有力説であるところの道垣内弘人教授の提唱する説（以下、道垣内説という）を取り上げ、物権的期待権が発達しているドイツ物権的期待権との比較を行った。その結果、道垣内説における物権的期待権は物権的請求権を有することが特徴として挙げられ、その点が、留保買主保護にとってドイツ物権的期待権よりも有益であることがわかった。

次に所有権留保および譲渡担保に関連するわが国判例への整合性につき検討した。二段物権変動説と道垣内説が整合的であると判断された。しかし、二段物権変動説は二回の物権変動を技巧的に構成し、留保買主と留保売主の双方に対抗力を取得させることを企図するものであるが、その効果は対象目的物が動産の場合にだけしか発揮されないという欠点があり、看過できない。

さらに物権的期待権の概念がなくとも所有権留保が発展しているフランスでの所有権留保との比較も行った。物権的期待権類似の概念がないことから、フランスでは留保買主保護が十分ではないことがわかった。

フランス、ドイツとの比較から導き出された物権的期待権の役割は、当然なことではあるが、留保買主の保護である。

しかし、近年、フランスにあってもドイツ物権的期待権概念を意識し、同様の概念を提起する学説が現れている。これらは、留保買主保護から考えられたものではなく、所有権留保および譲渡担保の法的構成の面から導き出されたものである。そうであっても、フランス所有権留保が留保買主保護に、より傾斜する可能性は否定できない。

今後、つなぎ物権的権利を一つの権利のカテゴリーとして捉え、当該権利のさらなる法的性質、役割、機能の考究を行っていくものとしたい。

—本文—

## (2) これまでの判例の捉え方

これまでの判例は弁済期前後で留保売主、留保所有権者および留保買主の有する権利の法的性質をどのように捉えているのであろうか。主要な判例を取り上げ、それら判例に関して主張されている見解をも視野に入れ、弁済期前後における所有権の帰属をも含め、上記の点を見ていくものとする。

①即時取得判例（最一小判S 42・4・27判時492・55、最二小判S 44・11・21判時581・34）

これら判例はいずれも留保買主から留保目的物を買受けた者が過失ありとされ、即時取得は認められなかったが、無過失が認定された場合には、即時取得がなされることになる。これらはいずれも弁済期前の事案であり、弁済期前において即時取得が成立することを念頭に置いた場合、留保目的物の所有権は留保売主が有していると解するのが整合的といえよう。

②自動車損害賠償保障法（以下、自賠法という）3条判例（最三小判S 46・1・26民集25・1・126）

本件事案は、自動車販売ディーラーYが所有権を留保して本件自動車をBに売り渡した。留保買主Bは当該自動車で人身事故を起こし、訴外Aを即死させた。そこで、Aの相続人Xは、Yは自賠法3条における運行供用者にあたるとして、Yに対し損害賠償金の支払いを求めたものである。最高裁は原審の判断を是認し、所有権留保売買における留保売主は、特段の事情のないかぎり、販売代金債権確保のためにだけ所有権を留保するものにすぎず、自賠法3条にいう「自己のために自動車を運行の用に供する者」にあたらないとした。「自己のために自動車を運行の用に供する者」の判断基準は、当該自動車の運行について支配権を有し、かつ、その運行による利益がその者に帰属する者（最三小判S 43・9・24裁集民92・369）であるとされている。しかし、これは所有権の帰属とは直接に関係性を有するものではなく、所有権よりもそれによって一般的・抽象的に象徴される運行支配、利益を帰属させるような事実状態、現実の使用可能の状態で判断されるべきである。そうであれば、所有権留保の典型的本件事案にあっては、運行供用者は留保買主である。留保売主は、留保目的物に対する支配権を有するも、それは担保権の内容たる価値権としての支配権であって、当該支配権は、自動車の現実の使用、利用を問題にする運行支配や運行利益の帰属を伴うものではない。かりに代金完済前の留保買主と留保売主の関係を使用貸借ないし賃貸借関係であるとしても、担保目的で留保目的物の価値を支配するものであるから、留保売主の運行支配を基礎づける事情にはならないのである。<sup>61)</sup>

これも弁済期到来前の事案であるが、運行供用者はかならずしも所有権者とは関係性がないのであるから、所有権の帰属を留保売主、留保買主のどちらにも捉えることができる。

### ③留保買主債権者の差押え判例（最一小判S 49・7・18民集28・5・743）

本判決は、動産の割賦払約款付売買契約は、代金完済に至るまで目的物の所有権が売主に留保されており、留保買主の一般債権者から目的物の差押えを受けた場合、留保所有権者として当該留保所有権に基づいて第三者異議の訴えを提起できるとして、所有権的構成に則って判示しているかにみえる。担保権的構成であれば、留保売主は所有権を有しないことから、担保権者として、優先弁済請求ができるのみとなるところ、これは、最終的な担保権行使を確保するために与えられた権限（いわば担保権に基づく妨害排除請求権）というべきであり、それをもって、留保所有権者は一般的に物に対する処分権限を有している<sup>62)</sup>というべきでないとの見解が主張されている。この見解は、弁済期が到来するまでは、留保所有権者が第三者異議の訴えを提起することが認められるのは、民事執行法が、第三者の開始した競売手続において配当要求により債権回収を図ることができる担保権者として、先取特権者と質権者を挙げるにとどまっている（民執133）こと、動産執行においては、無剰余による差押えの取消しを行うか否かの判断において、差押債権者に優先する債権等の判断を執行官が行うことになっているが（民執129II）、所有権留保の存否・被担保債権額に関する判断を執行官に行わせるのは無理であることが要因である<sup>63)</sup>とし、平成21年判決と本判決とは矛盾しないとするものである<sup>64)</sup>。

本判決も弁済期前の事案であるが、留保売主が有する留保所有権は担保権にすぎないとする見解からは、第三者異議の訴えは特別に担保権者に認められた特別な権限であるということになる。そのような権限が法的に是認されるのであれば、弁済期前の所有権の帰属はこの判例からは判断できないことになる。

### ④権利濫用判例（最二小判S 50・2・28民集29・2・193）

本判決は、自動車のサブディーラーから自動車を買ったユーザーに対し、ディーラーがサブディーラーとの間の自動車売買契約に付した所有権留保特約

に基づく留保所有権を権原とし、当該自動車の引渡しを請求したものであるが、当該引渡請求が権利濫用として許されないものと判示された。この判決を素直に捉えれば、前提として、留保売主たるディーラーの返還請求権は所有権に基づくかのごとく解することができよう<sup>65)</sup>。また、本判決は、留保買主たるサブディーラーが3か月分の月賦金の支払いを怠ったことにより、留保売主が書面到達後3日以内の支払期限を付した催告をなし、その期間内に支払がない場合には解除する旨の条件付解除の意思表示をしたものであり、当該期間内に支払いがなかったことにより解除されたものであることから、弁済期経過後に関する事案といえる。しかし、留保売主が所有権者であると捉えた場合であっても、当該所有権を有するに至った時点が弁済期到来時点なのか、解除によって所有権が復帰したのか、あるいはそもそも移転はなく、当初より留保売主が所有権を有しているのかについては判断ができない。

#### ⑤横領罪判例（最三小判S 55・7・15判時972・129）

本事案は賦払いでの自動車の売買契約で、売買代金の5分の1強を支払っただけで、合計約720万円の代金が未済でありながら、留保買主は当該自動車を借入の担保として金融機関に提供し引き渡した行為が、横領罪に当たるものと判断された事案である。弁済期前事案であり、一般に所有権的構成を採ったものと解することができ、そうであれば留保売主が所有権を有すると捉えることになる。

これに対し、担保権的構成を主張する見解からは、留保買主にとっては所有権留保売買も売買に変わりなく、究極的には留保買主への所有権移転が目指されており、単なる貸借とは意識を異にすること、留保売主も所有権は経済的には移転したと捉えており、留保買主も支払いが進むにしたがって漸次所有権が移転したと意識することなどから、目的物が「他人の物」であるという意識が希薄化され、処分行為についての違法性の意識が希薄化していることから、横領罪の適用に疑義が呈されている<sup>66)</sup>。しかし、刑法235条1項にて構成要件として明確に「他人の物」と明確に規定されている以上、所有権的構成を覆すことは容易ではないように思われる<sup>67)</sup>。

なお、他の担保権侵害に背任罪が適用されること、刑罰も体刑、罰金刑の選

択の可能性があつて柔軟な判断がなされることから、本事案においても担保権の構成から背任罪を適用すべきとする見解も提示されている<sup>(68)</sup>。

#### ⑥再生手続での別除権判例（最二小判H 22・6・4民集64・4・1107）

本件は、Yが自動車販売会社から購入した自動車の代金を立替払いした信販会社Xが、その後、Yが小規模個人再生による再生手続開始の決定を受けたことから、当該自動車について留保した所有権に基づき、別除権の行使としてその引渡しを求めた事案である。

本事案で締結されているXY販売会社間の契約（三者契約）の内容は次のとおりである。すなわち、①Yが販売会社から本件自動車を買受けるとともに、売買代金から下取車の価格を控除した残額をYに代わって販売会社に立替払することをXに委託すること、②Yは、本件自動車の登録名義のいかんを問わず（登録名義が販売会社となっている場合を含む）、販売会社に留保されている本件自動車の所有権が、Xが販売会社に残代金を立替払いすることによりXに移転し、Yが立替払等債務（残代金相当額に手数料を加算した額）を完済するまでXに留保されること、③Yは支払を停止したときは、立替払等債務について期限の利益を失うこと、④Yは期限の利益を失ったときは、Xに対する債務の支払いのため、ただちに本件自動車をXに引渡すこと、⑤Xは引渡しを受けた本件自動車について、その評価額をもって、本件立替金等債務に充当することができること、である。

原審（札幌高判H 20・11・13金判1353・35）は、Xが販売会社に立替払することにより、弁済による代位が生ずる結果、販売会社が残代金債権を担保するために留保していた所有権は、販売会社のYに対する残代金債権とともに法律上当然にXに移転するのであり、本件三者契約はそのことも確認したものであつて、Xが立替払によって取得した留保所有権を主張するについては、販売会社において対抗要件を具備している以上、自らの取得について対抗要件を具備することを要しないとした。この対抗要件具備は占有改定を指すものと思われるが、本判決は原審を破棄し、再生手続が開始した場合において再生債務者の財産について特定の担保権を有する者の別除権の行使が認められるためには、個別の権利行使が禁止される一般債権者と再生手続によらないで別除権を行使す

ることができる債権者との衡平を図るなどの趣旨から、原則として再生手続開始の時点で特定の担保権につき登記、登録等の具備が必要であるとした（民再<sup>69)</sup>45）。また、原審は代位により留保所有権が販売会社よりXに移転するとするが、そうであれば、Xが留保する所有権は残代金相当額の限度で債権が担保されるにすぎないことになり、三者契約の当事者の合理的意思に反する。つまり、Xの手数料が担保されないことになって不都合を生ずるのである。そして、Xは立替金等債務を担保するために、販売会社から本件自動車の所有権の移転を受けたものであり、留保することを合意したものであり、Xが別除権として行使できるのは、立替金等債権を担保するために留保された当該所有権であるとする。本判決は倒産法上、留保所有権は、担保権であり、別除権として扱うとする考え方が実務上定着しており、学説上もそれが通説であり、<sup>70)</sup>本判決も留保所有権を担保権として捉えているとするのが整合的であるものと思われる。そして、そうであるならば、期限到来後においても通常の所有権は買主が有すると説明することになろう。なお、Xが有する留保所有権を担保権と捉えた場合、それは販売会社が有していた留保所有権に由来するものではなく、Xが購入者<sup>71)</sup>に対して有する債権を担保する固有の留保所有権<sup>72)</sup>ということになる。

これに対し、本判決を含めその後の登録制度のない動産の所有権留保に関する事案である東京地判H 22・9・8判タ 1350・246<sup>73)</sup>に担保権的構成への変更はなく、所有権的構成を貫徹していると主張する見解がある。この見解は、所有権留保には物権変動はなく対抗要件は観念できないとする見解が一般的である<sup>74)</sup>ように、倒産手続においても公示の不存在を貫徹しなければならない。そうすると、公示の存しない担保権に基づく別除権を認めることになり、それは前掲最二小判H 22・6・4判決のいう「債権者との衡平を図るなどの趣旨」に反することになる。そこで、倒産手続においてのみ、フランス倒産手続のように担保権者には何らかの形式を必要としたのである。それが対抗要件であったと解することも可能であると指摘する。つまり、売主は所有権留保設定当初より所有者であって、民事再生において特別に一般債権者との衡平を図るために、対抗要件が要求されたというのである。<sup>75)</sup>

しかし、前掲東京地判H 22・9・8も含めてこの見解を採っているものと判断することは難しい。なぜならば、本判決後の前掲東京地判H 22・9・8は、<sup>76)</sup>

本判決を引用した旨の明示はないものの、その判旨から引用した旨が明確に読み取れる裁判例であり、事案における所有権留保特約 13 条で、売買商品の所有権は売買代金の支払があるまで留保売主に留保されるものと明示されているにもかかわらず、判決では、本件所有権留保特約は、留保売主の下に商品の完全な所有権を留める趣旨ではなく、留保買主に所有権を移転した上で、留保売主が、売却した商品について担保権を取得する趣旨のものであると解するのが相当であると判示しているからである。ただし、本判決はこのような判断を何ら明示するものではない。よって、最高裁である本判決に限定して判断するのであれば、所有権的構成を完全に否定できないであろう。

### — 整理 —

以上、所有権留保に関する判例を見てきた。その結果を下表に整理した。

表 1 所有権留保判例と所有権の帰属

事案	判例	弁済期前事案か後事案か	判例に整合的な所有権の帰属者等
即時取得	最一小判 S 42・4・27 判時 492・55、最二小判 S 44・11・21 判時 581・34	弁済期前	留保売主
自賠法 3 条	最三小判 S 46・1・26 民集 25・1・126	弁済期前	判断不能
留保買主債権者の差押え	最一小判 S 49・7・18 民集 28・5・743	弁済期前	判断不能 * 留保売主は第三者異議の訴えを提起できる。
権利濫用	最二小判 S 50・2・28 民集 29・2・193	弁済期後	留保売主
横領罪	最三小判 S 55・7・15 判時 972・129	弁済期前	留保売主
再生手続での別除権	最二小判 H 22・6・4 民集 64・4・1107	弁済期後	留保買主 * この判決においては、弁済期前後を問わず、所有権留保設定時より所有権は留保買主が有し、留保売主は留保所有権という担保権を有すると解するのが整合的と思われる。

上記判例にあっては、弁済期前後での所有権の帰属を明確に判断しているものはない。また、留保売主（留保所有者）、留保買主のどちらが所有権を有するかにつき、整合的に判断できないものもあつた（自賠法3条判例、留保買主債権者の差押え判例）が、判断できるものだけを取り上げた場合、弁済期前において所有権は留保売主が有すると解するのが整合的なもの（即時取得判例、横領罪判例）、弁済期後にあっては、所有権は留保買主が有するとするのが整合的なもの（再生手続での別除権判例）と留保売主が有するとするのが整合的なもの（権利濫用判例）とがある。ただし、再生手続での別除権判例は、弁済期前後を問わず、所有権留保設定時より所有権は留保買主が有し、留保売主は留保所有者という担保権を有すると一般的に理解されるとされている。そうなると民事再生等のいわば倒産法範疇での判断とそれ以外とでは判断が異なるとの見解も出てこよう。

ところで、再生手続での別除権判例をさておき、弁済期前事例である即時取得判例、横領罪判例、弁済期後事例である権利濫用判例、そして平成21年判決とを組み合わせると、弁済期前も弁済期後も所有権は留保売主が有すると解するのが整合的ということになる<sup>77)</sup>。

### (3) 譲渡担保判例の検討

所有権留保における所有権に関しては譲渡担保と同様であるとされ、あるいは見解によっては裏返しとの表現で示されている<sup>78)</sup>。すなわち、譲渡担保では設定者は留保買主が有する物権的期待権に対応する設定者留保権を有し、譲渡担保権者は留保売主が有するところの担保目的に制限された目的物の所有権を有するということになる<sup>79)</sup>。ここでは、譲渡担保と所有権留保とは同じ構造であるとし、その法的効果を相互に類推しえるものとして、譲渡担保設定者および譲渡担保権者の有する権利の法的性質および所有権の帰属等につき、譲渡担保における判例をみていくこととする<sup>80)</sup>。その場合、譲渡担保における所有権帰属の判断は同時に所有権留保でも該当するものとなる。

①借地上の建物譲渡判例（最二小判S 40・12・17民集19・9・2159、判時434・35、最一小判H 9・7・17民集51・6・2882）

前掲最二小判 S40・12・17 は、買戻権行使によって設定者が譲渡した建物を取り戻す売渡担保に供された事案である。当該譲渡が担保目的であり終局的確定的に権利を移転する趣旨のものではなく、土地賃借人に買戻権があり、譲渡後も依然として当該建物を使用していることなどから、無断譲渡・転貸に当たらないとして、土地賃貸人の解除を否定した。これからすれば、未だ売主（譲渡担保設定者）が建物所有権を有していると解するのが整合的かと思われる。当然、弁済期前の事案である。

これに対し、前掲最一小判 H9・7・17 は、譲渡担保権が実行されておらず、譲渡担保権設定者（土地賃借人）による受戻権の行使が可能であっても、譲渡担保権者が引渡を受けて建物を使用・収益している場合には、無断譲渡・転貸に当たるとした。両判例を合わせてみると、譲渡担保権者が実際に引渡を受けて使用収益を行っているかどうかメルクマールとなっており、引渡しおよび使用収益という所有権の譲受人たる外観をも具備することによって、はじめて建物所有権が譲渡担保権者へ移転したものと解するのが説得的かと思われる。譲渡担保権者が直接占有を取得するのは帰属清算の場合であり、弁済期後に実行されそれが実現することから、前掲最一小判 H9・7・17 は平成 21 年判決に整合的な判例という指摘がある<sup>81)</sup>。しかし、平成 21 年判決は実行の有無を問わず、留保売主が弁済期後にただちに物権的請求権の被告になることから、その点では整合的ではない。ただし、第三者に対しては実行時期選択の自由が排除されるとの考え方が反映しているものと捉えた場合は、整合的と捉える見解は妥当であるといえよう<sup>82) 83)</sup>。

## ②更生担保権者の取戻権否定判例（最一小判 S 41・4・28 民集 20・4・900、判時 453・31）

会社更生手続開始事案において、譲渡担保権者は、更生担保権者に準じてその権利の届出をなし、更生手続によってのみ権利行使をなすべきものであり、目的物に対する所有権を主張して、その引渡を求めることはできないとし、取戻権を否定した。本事案は期限の利益が喪失していることから、弁済期限後事案であり、判決文をそのまま捉えれば、譲渡担保権者が有するのは所有権ではなく、担保権であると捉えるのが整合的かと思われる。

### ③受戻権時効判例（最二小判S 57・1・22民集36・1・92）<sup>84)</sup>

本事案は受戻権の時効消滅に関する事案であるが、その判決の中で、債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は、目的不動産を処分する権能を取得するとし、さらに「債務者による受戻の請求は、債務の弁済により債務者の回復した所有権に基づく物権的返還請求権…の行使として行われるものというべき」とされている。つまり、弁済期到来によって譲渡担保権者たる債権者は平成21年判決と同様、目的不動産の処分権能を取得するということから、譲渡担保権者が所有権を取得し、その後、債務者による債務の弁済によって所有権が譲渡担保権者から債務者に回復するとの所有権の変遷経緯がこの判決によって示されていると解することができる。

### ④第三者侵害判例（最三小判S 57・9・28判時1062・81）<sup>85)</sup>

本事案は、X所有地上に、権原なくその利用を妨害するY所有建物が存することから、Xは当該建物の取去土地明渡しを請求していたが、第二審の途中で当該土地が第三者との間で譲渡担保に供され、所有権移転登記が経由された。Yは、Xは明渡請求の基礎となる当該土地所有権を喪失したことから、物権的返還請求権を行使できないとの抗弁を提出したものである。これに対し、本判決は、譲渡担保における「所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる」とし、「設定者は、担保権者が右の換価処分を完結するまでは、被担保債務を弁済して目的物件についての完全な所有権を回復することができるのであるから、」「設定者は、前記のような譲渡担保の趣旨及び効力に鑑み、右占有者に対してその返還を請求することができる」とした。本判決を文言どおり解せば、譲渡担保権者および設定者のいずれも所有権を有するが、譲渡担保権者の所有権は債権担保の目的を達する範囲に限定され、設定者のそれはそのような担保目的によって制限されていると解することができる。本事案はもちろん弁済期前事案である。

### ⑤第三者譲渡後の受戻権判例（最三小判H 6・2・22民集48・2・414）

本事案は弁済期後、譲渡担保権者から目的物の譲渡を受けた第三者が、所有権に基づいて当該目的物を占有している設定者に対し、その明渡しを請求した事

案である。判決は、弁済期に債務者が債務の弁済をしない場合には、譲渡担保設定契約が帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、譲渡担保権者は目的物を処分する権能を取得するから、譲渡担保権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得するとしている。また、本判決は、その場合、債務者は、清算金がある場合に債権者に対してその支払いを求めることができるにとどまり、残債務を弁済して目的物を受け戻すことはできないとしている。

#### ⑥ 滌除権判例（最二小判H 7・11・10 民集 49・9・2953）

本事案は被担保債権の弁済期前で譲渡担保権の実行前の時点において、譲渡担保権者が滌除権者に該当するか否かに関するものである。滌除権者は確定的に目的不動産の所有権を取得している者であって、前掲最二小判S 57・1・22、前掲最三小判S 57・9・28、最二小判H 5・2・26を引用した上で、担保権を実行して清算手続を完了するに至らない譲渡担保権者は、いまだ確定的に目的不動産の所有権を取得した者ではないとした。譲渡担保権者に確定的に所有権が移転するのは、譲渡担保権実行および清算手続完了時ということになる。

#### ⑦ 第三者異議の訴え判例（最二小判H 18・10・20 民集 60・8・3098）

譲渡担保権者の債権者が目的不動産を弁済期経過後に差押え登記をした後に債務者が受戻権を行使し第三者異議の訴えを起こした事案であり、設定者はもはや、差押登記後に債務の全額を弁済しても、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることはできないとされた。その理由は、設定者が債務の履行を遅滞したときは、譲渡担保権者は目的不動産の処分権能を取得する（前掲最二小判S 57・1・22引用）ため、被担保債権の弁済期後は、設定者は、目的不動産が換価処分されることを受忍すべき立場にあるからとする。また、傍論ではあるが、「被担保債権の弁済期前に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえた場合は、少なくとも、設定者が弁済期までに債務の全額を弁済して目的不動産を受け戻したときは、設定者は、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることができる」とし、その理由は、「弁済期前においては、譲渡担保権者は、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内で目的不動産の所有権を

有するにすぎず、目的不動産を処分する権能を有しないから、このような差押えによって設定者による受戻権の行使が制限されると解すべき理由はない」としている。

この判決は、執行法制の適用にあつては、弁済期の前後で設定者による第三者異議の訴えの可否が異なるかのように捉えることもできよう。しかし、「差し押さえ、その旨の登記がされたときは、」とあり、事案は差押え登記後に受戻しをしたものであったことからしても、差押え登記前であれば、受戻しをし、その旨の登記（占有取得）をしたならば、第三者異議の訴えを提起できると判断しているものと捉えることもできよう。

また、譲渡担保権者は弁済期前には担保目的に制限された所有権を有し、弁済期後は目的物処分権能を有するとの判断もなされている。

#### －整理－

以上、譲渡担保に関する判例を見てきた。その結果を下表に整理した。

表2 譲渡担保判例と所有権の帰属

事案	判例	弁済期前事案か後事案か	判例に整合的な所有権の帰属者等
借地上の建物譲渡	最二小判S40・12・17民集19・9・2159、判時434・35、最一小判H9・7・17民集51・6・2882	弁済期前	譲渡担保権者が占有を取得した場合 ⇒譲渡担保権者 譲渡担保権者が占有を取得しない場合 ⇒設定者
更生担保権者の取戻権否定	最一小判S41・4・28民集20・4・900、判時453・31	弁済期後	設定者
受戻権時効	最二小判S57・1・22民集36・1・92	弁済期後	受戻後は設定者 * 弁済期後、譲渡担保権者が処分権能を取得する。
第三者侵害	最三小判S57・9・28判時1062・81	弁済期前	譲渡担保権者（担保目的を達するのに必要な範囲に限定された所有権） 設定者（担保目的によって制限された所有権）

			* 設定者は換価処分完結までに受戻して完全な所有権を回復できる。 ** 弁済期後、譲渡担保権者が処分権能を取得する。
第三者譲渡後の受戻権	最三小判H6・2・22民集48・2・414	弁済期後	弁済期後（目的物の処分権能取得後）の処分 ⇒譲受人が確定的所有権者 * 弁済期後、譲渡担保権者が処分権能を取得する。
滌除権	最二小判H7・11・10民集49・9・2953	弁済期前	担保権実行し清算手続完了時 ⇒譲渡担保権者が確定的所有権者
第三者異議の訴え	最二小判H18・10・20民集60・8・3098	弁済期後	弁済期後かつ差押え登記後⇒設定者が受戻しても第三者異議不可 弁済期前⇒設定者が受戻したときは第三者異議可 * 譲渡担保権者は弁済期前まで担保目的を達するのに必要な範囲に限定された所有権を有し、弁済期後は目的物処分権能を有する。

①所有権留保判例および譲渡担保権判例から得られる共通項

本稿では、譲渡担保と所有権留保とは同じ法的構成であると捉えることから、弁済期前後の区分をも含め、両者に対する判例の判断をつなぎ合わせた上で、留保買主（譲渡担保であれば譲渡担保設定者）および留保売主（譲渡担保であれば譲渡担保権者）の有するそれら権利の法的性質、その法的構成から来るそれら権利の帰属につき整合的に説明できなければならない。

表1（所有権留保判例）と表2、そして、平成21年判決をもあわせて見ると、共通項があることに気付く。以下、列挙する。

A. 譲渡担保権者は担保目的を達するのに必要な範囲に限定された所有権を有

する。これを所有権留保に置き換えると、留保売主は担保目的を達するのに必要な範囲に限定された所有権を有するということになる。前掲最二小判S 57・9・28以降の判例にこのような捉え方をするものが多くなっている（表2 第三者侵害判例、第三者異議の訴え判例）。

- B. 譲渡担保設定者は担保目的によって制限された所有権を有する（表2 第三者侵害判例）。これを所有権留保に置き換えると留保買主は担保目的によって制限された所有権を有するとなる。表1 再生手続での別除権判例でも、弁済期前後を問わず、所有権留保設定時より所有権は留保買主が有すると判断しているものと解することができるから、その場合、当該所有権は、留保売主による担保権たる留保所有権によって制限されているものと捉えることができる。また、表2 第三者異議の訴え判例は譲渡担保設定者についてはなんら示すものではないが、表2 第三者侵害判例と同様の所有権概念を譲渡担保権者の有する所有権概念としていることから、譲渡担保設定者についても同様に捉えているものと推測できる。
- C. 譲渡担保権実行および清算手続完了後は譲渡担保権者が確定的所有権を取得する（表2 差除権判例）。この点は所有権留保にもそのまま当てはまるであろう。なお、確定的所有権は完全所有権と同義であると思われる。なぜならば、譲渡担保権者はその後目的物を第三者に譲渡でき、その場合は、当該第三者が完全所有権を取得することとなるからである（表2 第三者譲渡後の受戻権判例）。
- D. 譲渡担保設定者は換価処分まで受戻権を行使でき、受戻しによって完全な所有権を回復する（表2 第三者侵害判例）。換価処分は上記Cの譲渡担保権実行および清算手続完了と同義だと思われる。また、表2 受戻権時効判例も譲渡担保設定者が所有権を有するものと判断していると解することができるが、この所有権も完全所有権ということになろう。なお、受戻権は譲渡担保のみで問題となる制度であるとも解されるが、上記C時点後は譲渡担保権者が完全所有権を取得するのであるから、受戻権の行使は、当然、譲渡担保権実行および清算手続完了前に制限されることになる。
- E. 弁済期後は譲渡担保権者が目的物処分権能を有し（表2 受戻権時効判例、第三者侵害判例、第三者譲渡後の受戻権判例、第三者異議の訴え判例）、留保

所有権者は占有・処分権能を有する（平成21年判決）とされ、前者にあつては、譲渡担保権者は譲渡担保権の実行を、後者にあつては第三者からの留保所有権者への物権的請求権行使を、弁済期後、すなわち上記権能を有するに至った後に行うことができるとしている。

## ②共通項を前提とした整理

AとBを併せた、いわゆる所有権分断的理解<sup>87)</sup>、すなわち、譲渡担保権者および留保売主は担保目的を達するのに必要な範囲に限定された所有権を有し、譲渡担保設定者および留保買主は担保目的によって制限された所有権を有するとの所有権概念を、表1即時取得判例、自賠法3条判例、留保買主債権者の差押え判例、権利濫用判例、横領罪判例における留保売主および留保買主の有する所有権に適用しても、即時取得判例、留保買主債権者の差押え判例および横領罪判例においては弁済期前、担保目的とはいえ留保売主は、所有権を有していることになるし、権利濫用判例も弁済期後、留保売主は占有・処分権能を有する担保目的の所有権を有していることになり、自賠法3条判例にあつては弁済期前、担保目的の所有権しか有しないことから運行支配や運行利益の帰属を伴うものではないことになり、これら事案の判決との不整合を生じさせることはないものと思われる。また、AあるいはB、またはAおよびBといった所有権概念を明示していない、上記に挙げた判例および表1権利濫用判例、再生手続での別除権判例、表2借地上の建物譲渡判例、更生担保権者の取戻権否定判例、受戻権時効判例は、当事者は単に所有権を有するとするものの、「完全な所有権」という用語を用いてはならず、いわばなんらかの制限のかかった所有権を暗示しているかのような表現を使用しているかにみえる点は、AおよびBのような所有権概念を想定しているとも捉えることができるように思われる。表2借地上の建物譲渡判例にAおよびBの所有権概念を適用した場合、譲渡担保権者が直接占有を取得した場合に譲渡担保権者が建物所有権を取得したことになって、借地権の無断譲渡・転賃になると判示している点は、占有取得によって譲渡担保設定者の担保目的によって制限されている所有権が、譲渡担保権者の担保目的の所有権と合体し、完全所有権となったと解することができ、このような所有権分断的理解を補強する判例とみることができよう。

そして完全所有権取得時期は譲渡担保権者および留保売主はCの時点であり、譲渡担保設定者は弁済期後にあつてはDの時点ということになる。この点を踏まえ、表2受戻権時効判例に所有権分断的理解を適用した場合、当該判例が受戻後に譲渡担保設定者が所有権を取得すると判示部分は、受戻後に譲渡担保設定者が完全所有権を取得すると置き換えることができる。

また、Eであるが、思うに譲渡担保権は帰属清算あるいは処分清算によって実行される。譲渡担保権の実行とは、譲渡担保権者が有する担保目的に制限された所有権の実行であり、処分権能はこの実行のために必要な権能である。ということは、弁済期に達してはじめて譲渡担保権、掘り下げていえば、譲渡担保権者の有する担保目的に制限された所有権を実行でき、その実行は譲渡担保権者の自由裁量である。実行に必要な処分権能を弁済期後に有することになるというのは当然なことではないだろうか。所有権留保については動産が多く、平成21年判決事案はまさしく自動車であつて、所有権留保の実行は留保売主による占有あるいは処分である。所有権留保にあつても担保目的である留保所有権の実行に必要な権能である占有・処分権能は弁済期後に有することになるのはやはり当然と思われる。

そして、表2第三者異議の訴え事案と平成21年判決事案のように第三者（表2第三者異議の訴え事案では譲渡担保権者の一般債権者、平成21年判決事案では駐車場の所有者）の利害が関係する事案にあつては実行がなされておらず担保権者が完全所有権者になつていなくとも、差押えに対しては強制執行に必要な処分権能がすでにあり、妨害排除請求にあつては妨害排除に必要な管理権限を表象する占有権能を有するに至つて<sup>88)</sup>いることから、当該第三者保護のために、表2第三者異議の訴え判例にあつては譲渡担保設定者の第三者異議の訴えを棄却し、平成21年判決にあつては留保所有権者の妨害排除義務を認容したのではない<sup>89)</sup>だろうか。

なお、表1再生手続での別除権判例での弁済期後における別除権扱い、表2更生担保権者の取戻権否定判例での弁済期後における取戻権否定扱いは、これら破産・再生・会社更生法制等に限定して担保的効力を重視するとの判断がなされているものと理解することにならう。<sup>90)</sup>

また、表1再生手続での別除権判例で留保売主に留保目的物である自動車の

所有名義たる登録名義を要求したのは、完全所有権者であることを要求したのではなく、民事再生法 45 条の趣旨である「債権者との衡平を図る」ことが強く要求されたものとして判決どおりに捉えるべきものと思われる。

#### (4) 留保買主の有する権利 — わが国判例に整合的な見解

##### ①判例から把握される権利内容

わが国判例は、前述 (3) に示したように所有権分断的理解を前提にしているものと思われる。この所有権分断的理解に整合的な見解が判例理論においては妥当な見解ということになる。

また、さらなる権利内容として次のものが判例より見出される。なお、留保買主の権利を把握する場合、対比的に留保売主の権利を論ずることにより、より明確に把握できるものと思われることから、留保売主の権利についてもここで考察する。

##### A. 留保売主の権利

###### A-1 弁済期前：

a-1-1 所有権を有すること（表 1 即時取得判例、横領罪判例より）。

a-1-2 上記所有権は滌除を行うことができるほど完全なものではないこと（表 2 滌除権判例より）。

a-1-3 上記所有権は目的物に対し運行支配・運行利益を帰属させるような支配状態を有するものではないこと（表 1 自賠法 3 条判例より）。

a-1-4 上記所有権は担保目的を達するのに必要な範囲に限定されたものであること（表 1 再生手続での別除権判例、表 2 第三者侵害判例、第三者異議の訴え判例より）。

###### A-2 弁済期後：

a-2-1 所有権でありながら、担保目的に限定されたものであること（表 1 権利濫用判例、再生手続での別除権判例より）。

##### B. 留保買主の権利

###### B-1 弁済期前：

b-1-1 運行支配・運行利益を帰属させるような支配権を有する権利であること（表 1 自賠法 3 条判例より）

- b-1-2 上記権利は所有権であること（表1再生手続での別除権判例、表2第三者侵害判例より）
- b-1-3 上記所有権は担保目的によって制限された所有権であること（表2第三者侵害判例より）
- B-2 弁済期後：
  - b-2-1 所有権を有すること（表1再生手続での別除権判例、表2更生担保権者の取戻権否定判例より）。
  - b-2-2 上記所有権は担保実行および清算手続完了時まで完全な所有権ではないこと（左記時点以降は留保売主が完全所有権を有することになる：表2滌除権判例）。
  - b-2-3 受戻後は留保買主が所有権を取得する（表2受戻権時効判例）。
- C. その他
  - c-1 弁済期前：留保売主が直接占有を取得することにより担保目的を超える内容の所有権を取得すること（表2借地上の建物譲渡判例より）。
  - c-2 弁済期後：留保売主が目的物を第三者に譲渡した場合は、譲受人たる当該第三者が確定的に所有権を取得する（表2第三者譲渡後の受戻権判例）。

以上、上記の権利内容をすべて有していなければならない。

ここでは、物権的期待権説、すなわち道垣内説も含め、道垣内説と同様、所有権留保と譲渡担保とを同じあるいは類似の法的構成であると解する見解について検討し、わが国判例から見出された上記権利内容を包含する整合的な見解を見出すものとする。

## ②学説の検討

### A. 鈴木祿弥説

所有権留保は、譲渡担保と同じく、債権担保を目的とするものである点を重視すると、売主の債権回収は担保権の私的実行として捉えられる。したがって、留保買主に一定程度以上の債務不履行があれば、留保売主は担保権を私的実行して目的物を確定的に自己に帰属させることができ、留保買主に目的物の引渡しを請求し得、目的物価額が被担保債権額（残代金額）を上回っているかぎり、

留保売主の目的物のマル取りは許されず、差額を留保買主に返還しなければならぬ点は譲渡担保と同様となる。<sup>91)</sup> 所有権留保は譲渡担保の一亜種といってもよいが、一般の譲渡担保とちがって、次の二点が異なるとする。すなわち、目的物と被担保債権との間に緊密な牽連関係がある点、譲渡担保設定にあたっては、経済的実質的所有者は変更せず、法律的形式的所有者が変更するのに対し、所有権留保では、経済的実質的所有者は変更しているにもかかわらず、法律的形式的所有者は従来のものである点、である。<sup>92)</sup>

しかし、その法的構成はほぼ同様であり、譲渡担保の設定にあたっては、譲渡担保設定者には実質的な担保権部分を除いた設定者留保権が、譲渡担保権者には所有権マイナス設定者留保権、つまり実質的な担保権部分が帰属し、<sup>93)</sup> 所有権留保にあつては、留保買主は一種の物権的な効力を有する期待権を有し、留保売主は担保提供者たる留保買主の期待権のマイナスのついた所有権を有するとする。<sup>94)</sup> この状態は、債務の弁済がなされれば譲渡担保設定者ないし留保買主が完全な所有権を取得すべく、また、適時の弁済がなければ譲渡担保権者ないし留保売主が完全な所有権を取得するという状態を制度的に一時固定したものであると見るべきであるとし、売買＝所有権移転のプロセスにおいては所有権が売主と買主とに機能的に分属し、一種の浮動状態が生じているのであり、その意味では、所有権は、譲渡担保設定者と譲渡担保権者ないし留保買主と留保売主に質的に分属しているといえる。<sup>95)</sup>

なお、対抗要件の取得の点で、譲渡担保と所有権留保とに違いがある。譲渡担保では二段物権変動説<sup>96)</sup>と呼ばれており、譲渡担保の設定にあたっては、観念的に二度の物権変動（設定者→担保権者、担保権者→設定者）が行われる。つまり、動産の場合は、二度の占有改定を観念することにより、原則として譲渡担保権者と設定者がともに対抗要件を具備したことになる。不動産の場合、譲渡担保権者は登記を具備することによって対抗要件が具備され、第三者に対する関係では、譲渡担保権設定につき対抗要件を具備する限り、原則として、担保権者が完全な所有権者として扱われる。しかし、第二の物権変動、すなわち設定者の権利の対抗については、担保権者がその担保権取得につき対抗要件を具備している限り、設定者は自己の留保する権利をもって第三者に対抗できないとするものである。<sup>97)</sup> この説によれば、目的物の所有権は担保権者または設定

者のいずれにも完全に帰属していることにはならない<sup>98)</sup>。所有権留保では、占有が留保買主に移転するも、もともと留保売主が所有権を有していることから、二度の物権変動を観念することはできない。不動産の場合は、留保売主は登記を有するから対抗要件が当初より具備されており、留保買主は、現実には仮登記がなされることは普通ないものの、仮登記によって対抗要件を具備することになるとする。動産については、留保買主は直接の占有移転により対抗要件を具備することになる<sup>99)</sup>。このとき、留保売主は留保買主を通して間接占有者として占有し、それは同時に対抗要件をも具備していることになる。

さて、検討であるが、留保売主は実質的な担保権でありながらも所有権を有することから、a-1-1 から a-1-4 が妥当し、弁済期後であっても実行まではこの所有権の状態が続くことから、a-2-1 も妥当する。

一方、留保買主は実質的な担保権部分が控除された所有権を有し、使用収益権に基づき直接占有を有することから、b-1-1 から b-1-3 に該当し、弁済期後も実行まではこの状態が継続することから、b-2-1、b-2-2 にも該当する。

さらにこの説は所有権を分断的に捉えていると考えられるから、弁済期前に、留保売主が直接占有を取得した場合に、担保目的を超える内容の所有権を取得することになる (c-1)。

また、受戻権については何ら述べるものではないが、譲渡担保と同様に清算手続きを必要としていること<sup>100)</sup>から、換価処分までに留保買主は受戻しできると解したとしても、見解の整合性は保持されるものと思われる (b-2-3)。

そして、弁済期後、留保売主が留保目的物を第三者に譲渡した場合、これを担保権の実行と捉えることができた場合には、c-2 も満たすことになる。

以上から、鈴木禄弥説はすべてを満たすものと思われる。

## B. 高木多喜男説

この説は、所有権留保では目的物と被担保債権の間に牽連性があって、売買代金と目的物価値は当初より均衡が取れているのが通常であり、清算義務の発生の余地があまりない。しかし、そうであるからといって留保売主の清算義務の存在と留保買主の側の物権的支配を否定するのは正当ではないとする<sup>101)</sup>。そして、債権者が担保目的のために所有権を有している点では、譲渡担保と同様で

あつて、譲渡担保と同じく、所有権が留保売主と留保買主とに分属していることを肯定しなければならない。また、留保買主の物権的地位は、譲渡担保の場合と同じく、当事者の用いている法形式を離れ、残存代金を被担保債権とする担保権（留保所有権）が留保売主に存し、所有権よりこれを差し引いた物権的地位が留保買主に帰属するとの構成を採るべきとして、その法的構成を譲渡担保と同じくする。

実行にあつては、実務において売買契約の解除との形式を採ることから、解除による実行を認めるが、理論的にはかならずしも解除を要しなくとも、実行をなしえらる<sup>103)</sup>とする。

以上の説に対し、留保売主は実質的な担保権者でありながらも所有権を有することから、a-1-1 から a-1-4 が妥当し、弁済期後であっても実行まではこの所有権の状態が続くことから、a-2-1 も妥当する。

一方、留保買主は実質的な担保権部分が控除された所有権を有し、使用収益権に基づき直接占有を有することから、b-1-1 から b-1-3 に該当し、弁済期後も実行まではこの状態が継続することから、b-2-1、b-2-2 にも該当する。

さらにこの説は所有権を分断的に捉えていると考えられるから、弁済期前に、留保売主が直接占有を取得した場合に、担保目的を超える内容の所有権を取得すると解することも可能かと思われる（c-1）。

また、受戻権によって留保買主は完全な所有権を取得するとしていること<sup>104)</sup>から、b-2-3 も満たす。

そして、弁済期後、留保売主が留保目的物を第三者に譲渡した場合、これを担保権の実行と捉えることができるならば、c-2 も満たすことになる。

以上から、高木多喜男説はすべてを満たすものと思われる。

### C. 幾代通説

所有権留保は、法律上の純形式的な側面と、経済的・社会的事実としての実質的側面との背離と交錯とを、なお法律構成上いかに調整して事を合理的に処理すべきかという点において、譲渡担保と類似の側面を有するとし、所有権留保においては担保的作用に着目し、留保買主は実質的に抵当物所有者兼抵当債務者であると考えれば、その所有権の処分は可能であり、留保売主の債権は抵

当権の追及力によって保障され、またそれで足りるとする。留保買主の取得した権利はいわば停止条件付所有権であり、買主の権利の処分は可能であり、物権的にも有効であるとする。ただし、第三者への譲渡その他の処分のなされたのちにも、所有権留保売買契約が留保買主の債務不履行で解除されたときは、留保買主は遡って完全な無権利、したがって転得者も無権利者となり、留保売主からの追奪に服するという。この説は、所有権は留保買主が有し、留保売主は<sup>106)</sup>抵当権に準じる効力を有すると構成するものである。<sup>107)</sup>

この説は、かならずしも譲渡担保と所有権留保は同じ法的構成を有するものと明確に述べているわけではないが、譲渡担保と所有権留保の両者を所有権的構成で捉えた場合、譲渡担保設定者の債権者による執行に対し、譲渡担保権者は第三者異議の訴えを提起できると同様に、留保買主の債権者からの執行に対し、留保売主は第三者異議の訴えを提起できるとする。そして、両者を担保権的構成と捉えた場合、いずれも第三者異議の訴えを認めないとの結論も可能であるとしている。これらの点からすれば、この説が両者につき、同じ法的構成あるいはそれに近い構成を有すると捉えているものと解してもよいかと思われる。<sup>108)</sup>

本稿では、この説が譲渡担保と所有権留保の両者に適用するものとして、その整合性を次のように判断した。すなわち、留保売主は所有権を有しないから、a-1-1 から a-1-4 および a-2-1 には整合しない。留保買主は所有権を有し、その所有権に基づき、目的物を使用収益することから、b-1-1、b-1-2 を満たす。そして、当該所有権は留保売主の有する抵当権に準じた効力によって制限を受けることから、b-1-3 も満たす。しかし、留保売主が有する効力は抵当権に準じた効力であることから、弁済期前に留保売主が目的物の占有を取得したからといって、所有権が留保買主から移転することはないし、抵当権に準じる効力しか有しない留保売主が、弁済期により、直ちに目的物の占有権能を取得することはありえない。ただし、処分権能取得後、すなわち、弁済期後における第三者への目的物の譲渡を、担保権の実行と捉えることができるのであれば、c-2 は満たすことになろう。

以上より、この説は、特に留保売主の権利については、判例から把握される権利内容を満たしていないといえる。

#### D. 米倉明説

この説は、所有権留保につき、端的に債権担保の目的に沿った構成を採るべきであるとし、譲渡担保と同列に考えてよいかは問題であり、異論もかなりあることを認めるも、さしあたりは肯定に解するとする。<sup>109)</sup>

譲渡担保については、<sup>110)</sup> 抵当権説と呼ばれ、次のような法的構成を示す。すなわち、譲渡担保設定契約によって担保権者に所有権が譲渡されるのではなく、所有権は終始設定者のもとにとどまっているのである。目的物が動産の場合は、そこに動産抵当権が設定されるにすぎない。つまり、譲渡担保の設定は抵当権の設定として理解されるのである。<sup>111)</sup>

同様に、所有権留保においても、目的物の所有権は留保買主に移転し、留保売主は売買代金債権を被担保債権とする抵当権を設定したものと構成すべきとする。当事者は抵当権設定を目的としてはいるものの、適切な用語（法概念）を発見しえないために、抵当権設定を「所有権留保」と表示したにすぎない。すなわち、「所有権留保売買」契約と同時に目的物に抵当権が設定されたのであるとする。<sup>112)</sup>そして、留保売主の抵当権は慣習法上の物権というべきであるとし、<sup>113)</sup> 売買契約の解除は、留保売主の抵当権の私的実行開始を意味するとする。

この説における留保売主の権利は、抵当権（あるいは担保権）であり、所有権ではない。弁済期後も実行までは所有権を取得することにはならないので、a-1-1 から a-1-4 そして a-2-1 も妥当しない。これに対し、留保買主は所有権を有し、その使用収益権能により直接占有を有し、それは弁済期後であっても実行まで存続することから、b-1-1、b-1-2、b-2-1 は妥当する。また、当該所有権は弁済期前後を問わず、実行まで留保売主の有する抵当権（担保権）によって制限を受けていることから、b-1-3、b-2-2 も妥当することになる。

そして、弁済期到来によって留保売主が処分権能を取得した後に、第三者に譲渡した場合には、それが売買契約の解除であり、私的実行であると解することができるのであれば、c-2 にも妥当する。

ただし、留保買主は当初より所有権を有することから、b-2-3 は妥当しないし、留保売主が弁済期までに直接占有を取得したとしても、抵当権者が占有権能を付与されることがないように、担保目的を超える内容の所有権を取得することはない。

以上より、この説は、留保売主については一切該当しないということになる。

#### E. 道垣内説<sup>114)</sup>

それでは道垣内説を見てみる。

道垣内説は、弁済期前、留保売主は担保目的に制限された所有権を有することから、a-1-1 から a-1-4 を満たす。弁済期後も所有権留保実行前までは同様であることから、a-2-1 も満たす。

次に留保買主であるが、所有権のうち担保目的に供する部分が控除された残余の所有権権能を有する物権を有しており、一応、弁済期前における b-1-2、b-1-3 を満たすものといえる。また、当該物権は使用収益権を含むものであり、直接占有権を有するものであるから、b-1-1 も満たす。弁済期後、留保売主が実行前までは弁済期前と同様の所有権権能を有する物権を有することから、b-2-1、b-2-2 も満たすものといえる。

さらに、弁済期前、留保売主が合意等に基づき直接占有を取得することにより、留保買主は物権的期待権のうちの所有権の残余たる権能部分を放棄したものと解すことができ、留保売主の所有権は制限がはずれ、所有権の全権能が発効すると解することも可能であり、c-1 も満たす。

なお、受戻しについては何ら明示するものではないが、清算手続完了時までは受戻しができると捉えることは可能と考えられ、そうであれば b-2-3 も満たす。

そして、弁済期後における第三者への譲渡が担保権の実行とみなすことができる場合には、c-2 も満たすことになる。

以上より、道垣内説はすべてを満たしていることになる。

#### — 整合的な見解 —

以上、譲渡担保と所有権留保とを同じあるいは類似の法的構成であるとして展開する学説を検討してきた。

鈴木禄弥説と高木多喜男説は「所有権を諸権能に分ける」見解であるとし、また、幾代通説と米倉明説は「所有権は買主に属する」見解であるとし、道垣内説は「買主の権利を物権とする停止条件説」であるとする分類を提示する見

解がある<sup>115)</sup>。しかし、道垣内説は所有権そのものを分断あるいは分解するものではないが、所有権から債権担保の目的に応じた部分を控除した残りの権能が、留保買主の有する期待権の権能の一部として構成されていることから、実質的に鈴木禄弥説、高木多喜男説と同様、所有権を諸権能に分ける見解にも分類されるべきものと思料される。

「所有権は買主に属する」見解は、留保売主は所有権を有しないのであるから、所有権を有すると判断がなされているものと思われる判例（表1即時取得判例、権利濫用判例、横領罪判例）に適合しないのは当然であり、検討結果も同様のものとなった。

これに対し、留保売主と留保買主の双方が内容は異なるものの、所有権を有すると構成する「所有権を諸権能に分ける」見解、そして、留保買主は所有権ではないが、慣習法上の物権<sup>116)</sup>として所有権類似の内容を有する権利を所持するとする道垣内説は、判例から把握される権利内容をすべて満たすという結果になった。

なお、割賦販売法7条は、割賦販売等における所有権留保にあつては、停止条件付売買を前提とし、代金完済まで目的物の所有権は留保売主に留保されたものと推定しているが、これら見解はこの条文の文言にも適合する。

次に、法的構成について見てみると、まず、鈴木禄弥説、特に譲渡担保における二段物権変動説に対しては次の批判がなされている。すなわち、不動産の場合に、留保買主が登記を得ようとしてもそれができない場合であるにもかかわらず、いわゆる対抗問題の枠内で処理することにも疑問が呈されており、<sup>117)</sup>一元的本質論の説明としての妥当性も問題視されている。<sup>118)</sup>そして、譲渡担保権者側の第三者との争いにおいて設定者は極めて弱い地位に立たされることになってしまうと指摘されている。<sup>119)</sup>

また、二度の物権変動を観念することによって両当事者に対抗要件を得せしめようとしたものだと思われるが、それが効を奏するのは動産が目的物の場合だけであり、不動産が目的物の場合は、成功していない。あえてこのような技巧を凝らす以上、効果はすべての事案で生じさせるべきであり、そうでないかぎり、あまりにも技巧的であるとのそしりを受けることになる。二度の物権変動を観念せずとも、譲渡担保の設定でただちに所有権の分断を作出する方が、

直接的であり、素直な捉え方であると思われる。

さらに、「所有権を諸権能に分ける」見解全体について、物権法定主義の観点から所有権の内容を自由に設定することは許されないことから、所有権を分断するあるいは諸権能に分けることにつき、疑念が呈されることは必至であろう。所有権を留保売主に帰属させる構成を採る道垣内説であれば、所有権の内容に変更を来すことはなく、このような疑念は回避される<sup>120)</sup>。ただし、物権的期待権という、所有権の内容のうち債権担保の目的に応じた部分以外の所有権的効力が付与されている期待権を留保買主が有するが、このような権利が慣習法上の物権として認定されるのであれば、物権法定主義に抵触することになる。

また、「所有権を諸権能に分ける」見解および道垣内説に対しては、両当事者が有する所有権の内容の不確定性も指摘されており、所有権の分解あるいは分解類似の構成を企図する点についても、物権法定主義や所有権の性質との関係から、理論上問題があると指摘されている<sup>122)</sup>。

## 注

- 61) 吉井直昭『昭和46年度 最高裁判所判例解説民事編』45-49頁(法曹会、1972)
- 62) 安永・前掲注(51)16
- 63) 道垣内・前掲注(2)313-314頁
- 64) 占部・前掲注(58)38
- 65) 道垣内・前掲注(2)364頁
- 66) 田中実「割賦販売における法律問題」ジュリ191・16(1959)、米倉明「所有権留保売買の効力」別冊ジュリ7・95(1966)
- 67) 団藤重光編著『注釈刑法(6)各則(4)』[大塚仁]409、411頁(有斐閣、1966)
- 68) 米倉・前掲注(66)95
- 69) 民事再生法45条は、再生手続開始前に生じた登記、登録原因に基づき再生手続開始後にされた登記、登録などは、再生手続の関係においてその効力を主張することができないとして、権利の変動等に対抗要件を要する権利は、再生手続開始の時点で対抗要件を備えなければ、再生手続においてその変動等を主張することができない旨を定めている。再生手続が開始されると、再生債務者は、債権者に対し、公平かつ誠実に財産の管理処分権限を行使して再生手続を進行する義務を負い、その財産の将来価値を再生債権者に配分する職務を負うことになるが、このような役割を担う再生債務者を第三者と同様に考え(民再38)、対抗要件を要するとしたものと説明されている(山本克己「民事再生手続開始の効力」ジュリ1171・27(2000)、山本和彦「判批(最二小判H22・6・4金判1353・31)」金判1361・70(2011))。
- 70) 大阪地方裁判所・大阪弁護士会大阪個人再生手続運用研究会編『事例解説個人再生—

- 大阪再生物語』228頁(新日本法規出版、2004)。なお、譲渡担保やファイナンス・リースも倒産手続上、別除権ないし更生担保権として取り扱うことが明確にされており(譲渡担保は最一小判S 41・4・28民集20・4・900、ファイナンス・リースは最二小判H 7・4・14民集49・4・1063)、本判決によって所有権留保についても同様の取り扱いをすることが初めて明らかにされた(山本・前掲注(69)69)。
- 71) 伊藤眞『破産法・民事再生法』346、704頁(有斐閣、第二版、2009)
- 72) 田高寛貴「多数当事者契約による自動車の所有権留保 — 最二小判平 22.6.4 の評価と射程 —」金法 1950・54 (2012)
- 73) 事案と判旨等は次のとおりである。前掲最二小判H 22・6・4をさらに進めた形で所有権留保の法律構成を論じ(下村信江「民事再生手続における所有権留保と対抗要件の要否」法時 84・12・84 (2012))、しかも第三者所有権留保事案であった前掲最二小判H 22・6・4とは異なり、動産の売主所有権留保の事案で、民事再生手続において売主が留保所有権を行使するためには、対抗要件としての引渡しが必要であるとした。事案は、留保売主が留保買主に商品を購入後、売買代金の支払を受けるまでの間に留保買主による商品の処分制限の特約はなく、留保買主は仕入れた商品を他に転売することが当然に予定されており、留保売主もそれを承認していたというものである。そして、留保売主の留保所有権は担保権の実質を有するものであるから、民事再生手続との関係においては別除権(民再 53)として扱われるべきであるとする。さらに、前掲最二小判H 22・6・4判決を前提とし(下村・前掲 86)、別除権を行使するためには、個別の権利行使が禁止される一般債権者と再生手続によらないで別除権を行使することができる債権者の衡平を図るなどの趣旨から、原則として再生手続開始の時点で当該特定の担保権につき登記、登録等の対抗要件具備を要すると解されるとした。事案としては、本件商品は登録制度のない動産であることから、引渡しが対抗要件であり、商品はすべて留保買主に引き渡されているから、留保売主が対抗要件を具備したと認めることはできないし、他への転売が予定されており、他の仕入れ先から仕入れた商品との判別ができない状況であることから、占有改定での引渡しも認めることはできないとした。
- 74) 下村・前掲注(73)86-87
- 75) 下村・前掲注(73)89
- 76) フランスでは倒産手続きにおいて所有権留保での取戻が認められるためには、目的物の引渡しまでに書面により所有権留保が合意されていることが必要(フ商法L.624-16II)とされている。
- 77) もちろん、平成 21 年判決は弁済期前後で所有者が異なるとの判断も出てくるので、即時取得判例、横領罪判例と完全につながるものではない。
- 78) 鈴木祿弥『物権法講義』404-405頁(創文社、第5版補訂版、2007)。
- 79) 道垣内・前掲注(2)361-362頁
- 80) 法形式上の所有権の帰属は、所有権留保では、契約当初から売主(債権者)が有するのに対し、譲渡担保は担保権者(債権者)に移転するという点で両者の形態は異なっているものの、担保目的という側面では、所有権留保を譲渡担保の設定がされた場合と同視し、譲渡担保に認められる効果をそのまま所有権留保に類推する立場を採るのが今日多数説となっている(田高・前掲注(6)275頁、柚木馨=高木多喜男『法律学全集19』担保物

権法』581頁（有斐閣、第三版、1987）、内田・前掲注（1）557頁）。すなわち、いずれも担保的に捉えた場合、債権者が有する権利は担保権であり、債務者が有するのは担保的権利によって制限された所有権的権利であると見ることができるからである（田高・前掲注（6）275頁）。①両者は債権者に清算金支払義務が課され、②倒産手続においては譲渡担保と同様、担保権的判断がなされている点（対抗要件の具備が必要であるが、留保所有権を別除権とする前掲最三小判H6・2・22、譲渡担保で会社更生における取戻権を否定した最一小判S41・4・28民集20・4・900、判時453・31）は、判例自体がその法的構成につき、譲渡担保を意識して判断しているともとれること、そして、③譲渡担保との異なる点として所有権留保について示されている被担保債権と目的物との牽連性についても、売買契約の付款として締結されるのが原則であることから、牽連性が主張されるのであって、拡大型所有権留保にあつては、牽連性は必ずしも問題とならないこと、また、④前掲最一小判S49・7・18が、留保買主の一般債権者による差押えにつき、所有権留保では留保売主に第三者異議を認めたのに対し、譲渡担保では担保権的な判断がなされる可能性が指摘されている（田高・前掲注（6）278-281頁）が、第三者異議の訴えを規定する民事執行法38条1項の定義からすれば、担保権者もこの訴えを提起できる可能性があること、そして、⑤本論考で検討している道垣内説においても、譲渡担保設定者の地位を保護すべく、目的物について何らかの物権が帰属していると解する通説の立場を支持しており（道垣内・前掲注（2）299頁）、さらに、両者の法形式が異なることから個別の配慮を必要とするも、個別動産譲渡担保と所有権留保とは、債権者が債権担保の目的で特定の個別動産の所有権を有しているという点で両者は同一であり、同じ法的効果を与えれば十分であるとの多数説を支持し、所有権留保と譲渡担保を同様の構造として捉えている（道垣内・前掲注（2）361-362頁）ことから、本稿では、譲渡担保と所有権留保とは同じ法的構成であるものと捉え、譲渡担保判例への整合性についても検討するものとする。ただし、譲渡担保と所有権留保との同質性（あるいは同一であること）を否定する説も主張されており（田村耕一『所有権留保の法理』290-294頁（信山社、2012））、この点については今後より詳細な検討が必要となつてこよう。なお、道垣内説では、個別動産譲渡担保と不動産譲渡担保とでその法的構成に基本的な違いがないことから、不動産譲渡担保判例についてもここで取りあげるものとする。

81) 藤澤治奈「判批（最三小判H21・3・10金判1314・24）」NBL909・15（2009）

82) 石田・前掲注（51）93

83) ところで、両判例は賃貸借契約を解除するのに、目的物件の利用形態に変化があることが重要であることを明らかにしたに留まり、賃借権が消滅した場合に、土地所有者は誰に対して物権的請求権を行使しうるかについては判断していない（古積健三郎「判批（最三小判H21・3・10金判1314・24）」リマックス40・19（2010））。これについては、土地賃借人が、借地上に建てた建物を譲渡担保の目的物にしたが、地代の不払いを理由として土地賃貸借契約を解除した地主が、譲渡担保権者に対して、建物取去および土地明渡しを求めた事案（新潟地判H1・8・25判時1362・109、大阪高判H7・5・25金判981・27、大阪地判H7・10・5判タ922・232）があり、いずれも原告の請求を認容している。前掲大阪高判H7・5・25は「土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物取去・土地明渡しを請求するには、現実に建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を

- 侵害している者を相手方とすべきところ、他人の土地上の建物につき譲渡担保権を取得して所有権移転登記を経由した者は、たとえ譲渡担保権の実行前であっても、譲渡担保権設定者が土地に対する占有権原を喪失した場合には、土地所有権者に対し、建物取去・土地明渡しの義務を負い、建物所有が債権担保目的にすぎない旨を主張して右義務を免れることはできないものと解するのが相当である」とし、所有権的構成に立った上で、「譲渡担保権の実行前であっても」譲渡担保権者は建物取去・土地明渡しの義務を負うとしている。
- 84) 最二小判H5・2・26民集47・2・1653も本判例を引用する。
- 85) 前掲最二小判H5・2・26も本判例を引用する。
- 86) 所有権留保を実行するにあたって解除を前提とする場合には、受戻しの可能性が否定される(白羽祐三「所有権留保」石田喜久夫編『判例と学説2民法I』330頁(日本評論社、1977))。これに対し、解除を前提とせず、担保という物権的な側面を重視し、債務者が不履行の場合に、留保した所有権に基づき担保目的物の返還を求めることができるとした場合には受戻所有権の可能性は保持されることになる(柚木馨=高木多喜男『新版 注釈民法(9)物権(4)』919頁〔安永正昭(有斐閣、1998)〕)。
- 87) 高木多喜男『担保物権法』385頁(有斐閣、第三版、2002)は、所有権留保において、売買契約(代金一部支払いと目的物の引渡)によって目的物の所有権は買主に移転し、所有権留保特約(留保所有権の設定契約)によって、売主は一種の担保物権である留保所有権を取得する。譲渡担保と同じく、所有権が売主と買主に分属すると指摘し、残存代金を被担保債権とする担保権(留保所有権)が売主に存し、所有権よりこれを差し引いた物権的地位が買主に帰属すると構成する。
- 88) 遠藤・前掲注(56)3-4
- 89) 石田・前掲注(51)93。これについては、留保所有権者がこの妨害物件につき引き上げることのできる請求権を有するに至ったことが重要であり、ここに至れば、物権的請求権行使の相手方となる基準に関する要件である「侵害の状態を除去すべき地位にある者」に該当する(藤澤・前掲注(81)13、安永・前掲注(51)17)との見解も主張されている。
- 90) 安永正昭『講義 物権・担保物権法』427頁(有斐閣、2009)
- 91) 鈴木・前掲注(78)275頁
- 92) 鈴木・前掲注(78)274頁
- 93) 鈴木祿弥『物的担保制度の分化』480頁(創文社、1992)、田高・前掲注(6)146頁
- 94) 鈴木祿弥『譲渡担保(経営法学全集9・企業担保)』311、313頁(ダイヤモンド社、1966)
- 95) 鈴木祿弥「所有権移転時期という問題の考え方」星野英一『我妻栄先生追悼論文集 私法学の新たな展開』261-262頁(有斐閣、1975)。なお、留保買主の有する権利は、一種の物権的な効力を有する期待権であるとの表現があり、そうであるならば、条件成就(代金完済)あるいは条件不成就(債務不履行)により当該期待権は終了する(於保不二雄『注釈民法(4)総則(4)』335頁〔金山正信(有斐閣、1967)〕)はずであり、留保買主の有する権利が終了してしまう以上、条件成就・不成就によって留保買主と留保売主のそれぞれの有する権利内容が合体して完全所有権になるとする法的権利変動自体が成り立たなくなる。そこで、期待権という表現が使われているものの、むしろこのように「買主の権利を物権とする停止条件」的な考え方ではなく、所有権分断的構成に重きが置かれているものと思われることから、本稿ではこの見解をそのように捉えるものとする(田村・前掲注

- (80) 278-279 頁も同旨)。なお、期待権については「終了」という表現を使用しているが、「消滅」と言い換えても同義だと思われる。
- 96) 鈴木・前掲注 (94) 169、293 頁
- 97) 鈴木禄弥『物的担保制度の分化』480 頁 (創文社、1992)、田高・前掲注 (6) 146 頁
- 98) 庄菊博「二章 譲渡担保における所有権の移転 — 対内関係において」米倉明=清水滋=岩城謙二=米津稜威雄=谷口安平『金融担保法講座Ⅲ巻 非典型担保』26-27 頁 (筑摩書房、1986)
- 99) 鈴木・前掲注 (94) 313-314 頁
- 100) 鈴木・前掲注 (78) 275 頁
- 101) 高木多喜男『担保物権法』350 頁 (有斐閣、1984)
- 102) 高木・前掲注 (87) 385 頁
- 103) 高木・前掲注 (101) 351 頁
- 104) 高木・前掲注 (101) 352 頁
- 105) 幾代通「割賦販売 — 所有権留保売買」契約法大系刊行委員会『契約法大系Ⅱ (贈与・売買)』294 頁 (有斐閣、1962)
- 106) 幾代・前掲注 (105) 296-297 頁
- 107) 田村・前掲注 (80) 283-285 頁
- 108) 幾代・前掲注 (105) 295 頁
- 109) 米倉明=森井英雄「変態担保研究 2 所有権留保② 目的物の利用関係 所有権留保売買契約と買主の使用収益権能との法的性格をめぐって」NBL 69・14、16 注 27 (1974)
- 110) 米倉明『譲渡担保の研究』44-46 頁 (有斐閣、1976)
- 111) 庄・前掲注 (98) 27 頁。なお、担保権説 (吉田真澄『譲渡担保』72-73 頁 (商事法務研究会、1979)) は基本的には抵当権説の一種と解されている (竹内俊雄『譲渡担保論』28 頁 (経済法令研究会、1987))。
- 112) 米倉=森井・前掲注 (109) 13
- 113) 米倉=森井・前掲注 (109) 13-14
- 114) 道垣内説が完全に期待権理論を貫徹しているかどうかについては、期待権が条件成就・不成就によって消滅するとの文言は一切なく、また、最一小判 S 62・11・12 判時 1261・71 の判断に異論を呈しているが、注 121 ③にあるように、期待権が条件成就によって消滅するとの理論をここで適用することにより、当該判例に、より整合的に説明できるにもかかわらず、そのように自説を展開していないことからしても、完全に期待権理論を貫徹していないと結論づけることもできよう。あるいはそもそも期待権理論を採用していないとの見解もあるかもしれない。しかし、譲渡担保と所有権留保とは同様の構造を有しているとし、所有権留保における物権的期待権は譲渡担保の設定者留保権と同じ権利であり、それは代金完済によって目的物の所有権取得を期待するという権利として明確に位置づけており (道垣内・前掲注 (2) 361-362 頁)、また、設定者留保権は慣習法上の物権でありながら、物権共通の消滅原因 (客体たる目的物の滅失、物権の放棄、物権の混同、存続期間の満了、消滅時効、第三者による当該目的物の所有権の取得時効等 (舟橋諒一=徳本鎮『新版 注釈民法 (6) 物権 (1)』23 頁 [舟橋諒一=徳本鎮] (有斐閣、補訂版、2009)) によらずに、清算金の支払、または、その提供があれば消滅するとしているのは、期待権

の条件不成就による消滅と捉えているものと思われることからしても期待権理論を採用していないとの後者の見解は否定されるべきであろう。本稿では、期待権理論を道垣内説が提唱する法的構成に貫徹させるべく、注121③および「7. おわりに (1) 道垣内説における物権的期待権にみる機能」(42巻2号掲載予定)において修正を試みている。

115) 田村・前掲注(80) 278-285頁

116) 道垣内・前掲注(2) 301頁

117) 米倉明「特定動産譲渡担保の法的構成」奥田昌道=玉田弘毅=米倉明=中井美雄=西原道雄=有泉亨『民法学3』188頁(有斐閣、1976)

118) 竹内・前掲注(111) 28頁

119) 道垣内・前掲注(2) 300頁

120) 舟橋=徳本〔徳本鎮〕・前掲注(114) 216頁

121) 道垣内説をより判例に整合的にするならば、次のように解し、修正することが必要となる。

- ① 弁済期後において第三者の利害が問題となる場合には、担保権が実行されていなくとも、当該第三者に対する関係にあつては、担保権者が、弁済期後に、譲渡担保にあつては処分権能、所有権留保にあつては占有・処分権能を有することとし、弁済期後においては破産・再生・会社更生法制等に限定して担保的効力を重視すると解するのである。たとえば再生手続では別除権扱いとし、会社更生では取戻権を否定することとなる。
- ② 道垣内説は、受戻権を不要とする(道垣内・前掲注(2) 319頁)が、判例に整合させるためには、当然、受戻権を肯定することになる。譲渡担保はそれが実行され清算手続き完了時に譲渡担保権者が確定的所有権者になると解される(前掲最二小判H7・11・10)が、この点は仮登記担保も同様であり(仮登記担保2 I)、また、仮登記担保の実行手続・清算手続きが譲渡担保に類推適用されるものとも解されている(柚木=高木〔福地俊雄〕・前掲注(86) 861頁)ことから、仮登記担保と同様、受戻権を観念する必要がある。
- ③ 道垣内説は、不動産が譲渡担保の目的とされ、設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記が經由された場合において、被担保債権の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に譲渡担保権者から目的不動産を譲り受けた第三者は、民法177条にいう第三者にあたるとする前掲最一小判S 62・11・12を取り上げ、当該最高裁判決の判断を否定し、被担保債務の弁済によって生じるのは、設定者留保権に制限された所有権の復帰であり、設定者留保権自体はずっと設定者に帰属している。そうだとすれば、弁済前・弁済後にかかわらず、譲渡担保権者による処分は、自己の有する権利を超過するものであり、いずれの場合も民法94条2項の適用で処理すべきとする(道垣内・前掲注(2) 327頁)。しかし、そのように解すべきではない。次のように解すべきである。すなわち、設定者留保権は条件つき権利である期待権に使用収益権などの物権的効力が付加されているものである(道垣内・前掲注(2) 361-362頁)。そうであるならば、被担保債務の弁済という停止条件の成就によって当該期待権が消滅する(於保〔金山〕・前掲注(95) 335頁、取得する権利に吸収されるとする見解もある(於保不二雄『財産管理権論序説』319-320頁(有信堂高文社、復刻版、1995))とともに、これまで設定者留保権によって制限されていたが、その制限がなくなって完全な所有権として権能を発揮しうる譲渡担保権者

の所有権が同時に設定者に移転する。ただし、登記は譲渡担保権者に存することから、設定者に移転した所有権は不完全に排他的な所有権であり、譲渡担保権者も不完全に排他的な所有権を未だ有していることから、当該所有権を第三者に譲渡しうるのである（最二小判S 46・11・5民集25・8・1087、最三小判S 33・10・14民集12・14・3111、最二小判S 39・3・6民集18・3・437）。

- ④ 道垣内説は、譲渡担保権者は所有権を譲り受けるという形式を自らの意思で選択し、かつ、外部的にもそのような公示しているのだから、少なくとも所有権者以上の権利を認められるべきではないとし、譲渡担保権者に物上代位権を認めず、売買契約後・目的物の引渡し以前に従物となった物について権利を主張できないとする（道垣内・前掲注（2）299-300頁）。しかし、所有権は使用収益処分などの全ての権能を有し、そこには当然に担保権的権能が処分権として包含されている。道垣内説は、譲渡担保権者の有する所有権は、担保権的権能だけが効力を発揮し、その他の権能は設定者留保権によって制限されていると構成するものである。そもそも担保権的権能は、抵当権と同様、目的物そのものではなく、目的物の担保価値を把握するのであるから、担保権的権能の当然の性質として価値代替物への物上代位が肯定される。所有権者が物上代位をすることができないのは、いわば所有権といった般に担保権的権能が取り込まれているからであり、担保権的権能を債権者に行使させる必要のない目的物の使用収益そして単なる処分といった所有状態にあつては目的物の担保価値を目的とする必要性がないのである。これに対し、所有権の権能のうち担保権的権能だけが所有権の殻を抜け出し効力を発揮した場合は、当然に目的物の担保価値を把握することになり、物上代位を行使できるのである。したがって、所有権の一部である担保権的権能を発揮することになった譲渡担保権者に物上代位を否定することは不合理であり、物上代位を肯定しても、所有権以上のものを譲渡担保権者に与えることにはならないものと思われる（最二小判H 11・5・17民集53・5・863は物上代位を肯定する）。また、売買契約後・目的物引渡し以前の従物についてであるが、売買契約締結により当然に所有権が譲渡担保権者に移転する（民176）から、契約後・目的物引渡し以前の従物であっても、所有権の効力は当然に及ぶものと思われる。
- 122) 田高・前掲注（6）147頁、米倉＝森井・前掲注（109）4-5頁、吉田・前掲注（111）17、61-62頁