

# 譲渡担保権者による目的物の譲渡 譲渡担保権概念との関係の一局面

## 所有権概念と

著者	小粥 太郎
雑誌名	法学
巻	84
号	3,4
ページ	80-94
発行年	2020-12-30
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10097/00130006">http://hdl.handle.net/10097/00130006</a>

## 譲渡担保権者による目的物の譲渡

——所有権概念と譲渡担保権概念との関係の新局面——

小 粥 太 郎

### I はじめに

#### 【設例】

A が、その所有する特定動産甲を、B のために譲渡担保に供した。その後、被担保債権（B の A に対する  $\alpha$  債権）の弁済期到来前に、譲渡担保権者 B が、甲を C に譲渡した。

B（譲渡担保権者） → C（第三者）

↓

□A（設定者）

甲

本稿は、この設例——譲渡担保権者による目的物の譲渡——の検討を行う。具体的には、まず、設例の解決策——C はいかなる権利を取得しうのか——について、通説的見解の内容を確認し（Ⅱ）、つづいて、その前提をなしている考え方を探る（Ⅲ）。全体を通じて、所有権概念と譲渡担保権概念との関係について若干の考察を試みつつ、通説的見解に対して疑問を提示することになる（Ⅳで結論を示す）。

## II 通説的見解の概要

### 1 譲渡対象の区別

譲渡担保権者 B が、第三者 C に譲渡担保目的物である動産甲を譲渡した場合に、C が、民法学説において、どのような権利を取得することができるかと説明されているかを確認しよう。

一般論として、譲渡の対象となりうるのは、所有権だけではない。譲渡担保権など所有権以外の財産権も譲渡の対象となりうる。そこで、設例の検討にあたっては、BC 間の契約で何が譲渡の対象とされたかをはっきりさせる必要があるだろう。

### 2 被担保債権／譲渡担保権／所有権

(1) はじめに、BC 間の契約における譲渡の対象が被担保債権  $\alpha$  と譲渡担保権であった場合はどうか。この場合、C は、被担保債権  $\alpha$  と譲渡担保権を承継取得すると考えられているようである<sup>(1)</sup>。

(2) つぎに、BC 間の契約における譲渡の対象が譲渡担保権だけであった場合はどうか。この場合について言及する、米倉明『譲渡担保の研究』によれば、B が被担保債権  $\alpha$  の債権者にとどまり、C は譲渡担保権だけを承継取得することになるようである<sup>(2)</sup>。とはいえ、BC が、譲渡担保権を被担保債権から切り離して譲渡することを意図するということが現実的にどのようなことなのか、譲渡担保権にも付従性があるとすれば、想像しがたいところもある。譲渡担保権が担保権だとすれば、その譲渡は被担保債権とともになさ

---

(1) もっとも、譲渡対象が AB 間の譲渡担保設定契約における B の地位と解される場面もないとはいえず、その場合には、契約上の地位の譲渡（民法 539 条の 2）の問題となるはずである。

(2) 米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣、1976 年）74 頁。なお、同頁は、動産譲渡担保を端的に抵当権と構成する立場から、C が（譲渡担保権ではなく）抵当権を取得すると述べる。

れると理解し、譲渡担保権が所有権だとすれば、その譲渡は目的物の所有権移転をもたらす（被担保債権は移転しない）と理解するのが単純ではある。

(3) さいごに、本稿にとってもっとも重要な場合、すなわち、Bが、譲渡担保目的物甲の所有権をCに譲渡した場合はどうか。

(ア) 譲渡担保の法的構成として、いわゆる所有権的構成、それも目的物の所有権が設定者から譲渡担保権者に信託的に譲渡される立場を前提にすれば、Bは、目的物甲の所有者であり、処分権もあるから、BがCに甲の所有権を譲渡すれば、Cはその所有権を承継取得することになるだろう。これは、少なくともかつての判例の立場だともいわれる。しかし、いわゆる担保権的構成、それも設定者に所有権が留保され（所有権は一度も譲渡担保権者に移転することなく）、譲渡担保権者は譲渡担保権という担保権を取得する立場を前提にすれば、Bは、目的物甲の所有者ではないから、Cはその所有権を承継取得することができない。もっともCは、民法192条の要件を充足する場合には<sup>(3)</sup>、甲の所有権を即時取得することができる。ここまでは、おおむね異論はないようである<sup>(4)</sup>。

(イ) 問題は、(ア)の担保権的構成を前提とした場合に、Cに、悪意や過失など、即時取得の成立を妨げる事情があるとき、Cが所有権を取得できない

- 
- (3) もっとも、担保権的構成のなかでも、Aが所有権を有し、Bが譲渡担保権を有するとの立場を前提にするなら、甲につき、BからCへの指図による占有移転が行われても、原所有者Aが甲を直接占有しつづけている以上、占有改定による即時取得を否定している最高裁が、（はっきりした先例が見当たらないにせよ）本稿冒頭の設例の場面で即時取得の成立を肯定する公算は低いと思われる（その旨を説いていると解されるのは、川島武宜・川井健編『新版注釈民法（7）』（有斐閣、2007年）178頁〔好美清光〕）。なお、内田貴『民法Ⅲ（第4版）』債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2020年）629頁は、指図による占有移転による即時取得の成立可能性を前提にしつつ、「過失があるとされることが多いだろう」という。
- (4) もっとも、米倉・前掲『譲渡担保の研究』75頁は、Cによる甲の所有権の原始取得を、民法192条ではなく、同法94条2項の類推適用によって説明すべきであるとする。

としても、少なくとも譲渡担保権を取得することができるかどうか、である。

この点について、星野英一『民法概論Ⅱ』は、次のように述べていた。「譲渡担保権者が目的物を完全な所有物として譲渡した場合につき、判例は、これを完全に有効であり、債務者は第三者＝譲受人に対抗できないとしている（中略）。しかし、担保の実体に即してみると、原則として第三者は、回復期待権の制限のある所有権のみを取得すると解されないだろうか（譲渡担保権のみを取得すると解しうる）」<sup>(5)</sup>。鈴木禄弥『物権法講義』も、動産譲渡担保の場面について、Cが「譲渡担保権を取得するにすぎず」、「即時取得の要件を備えるときにのみ、かれは完全な所有権を取得する」と明言する<sup>(6)</sup>。さらに、淡路剛久ほか『民法Ⅱ物権』<sup>(7)</sup>、河上正二『担保物権法』<sup>(8)</sup>も、明確に、悪意のCが譲渡担保権だけを取得することを肯定する（この問題に明示的に論及しない教科書も少なくないが）。譲渡担保権者が（一度も所有権を取得せずに）譲渡担保権を有するという担保権的構成を前提として、もっぱら不動産譲渡担保を念頭に置く記述<sup>(9)</sup>まで含めると、Cが悪意や過失など、即時取得を妨げる事情があっても、少なくとも譲渡担保権は取得

- 
- (5) 星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、1976年）324頁。すでに米倉・前掲『譲渡担保の研究』76頁も同旨（Cが取得するのは動産抵当権だとする）。
- (6) 鈴木禄弥『物権法講義（5訂版）』（創文社、2007年）381頁。なお、鈴木は、譲渡担保の法的構成を固定しない（同書368頁）。
- (7) 淡路剛久ほか『民法Ⅱ物権（第4版補訂）』（有斐閣、2019年）342頁（鎌田薫）。
- (8) 河上正二『担保物権法』（日本評論社、2015年）344頁。
- (9) 高木多喜男『担保物権法（第4版）』（有斐閣、2005年）359頁、高橋眞『担保物権法（第2版）』（成文堂、2010年）298頁、安永正昭『講義物権・担保物権法（第3版）』（有斐閣、2019年）416頁は、悪意のCが譲渡担保権を取得する趣旨を述べる。田山輝明『担保物権法（第2版）』（成文堂、2004年）176頁も同旨をいうが、処分を無効と解する余地もあるという。もともと、道垣内弘人『担保物権法（第4版）』（有斐閣、2017年）321頁は、Cが、（本稿にいう通説的見解とはやや異なる前提から出発して）設定者留保権の制限の付いた所有権を取得するという（内田・前掲『民法Ⅲ（第4版）』628-629頁も同様）。

しうるとする見解は、通説といえるかどうかはともかく、通説的見解を形成しているとみて論を進めることが許されてもよさそうである<sup>(10)</sup>。

### Ⅲ 通説的見解の検討

#### 1 被担保債権の帰属者と譲渡担保権の帰属者の分離

(1) 通説的見解によれば、Cが(被担保債権 $\alpha$ とは別に)譲渡担保権のみをBから承継取得することがある(Ⅱ2(3)(イ)、Ⅱ2(2)の場合も同じ)。その結果、被担保債権の帰属先(B)と譲渡担保権の帰属先(C)が分離することになり、担保物権の付従性の観念に照らせば、許されない事態が生ずることになるのではないとも思われる。実際、通説的見解につき、「担保権の付従性に抵触することになり、この説の難点である」というものがある<sup>(11)</sup>。また、自らの意見として、被担保債権とともにでなければ譲渡担保権を承継取得することはないとする立場を示唆するものもある<sup>(12)</sup>。

(2) しかし、米倉『譲渡担保の研究』は、この事態を許容する。同書は、「被担保債権の帰属者と譲渡担保権者が設定にさいし分裂しうることは認められている」ことを起点として、譲渡担保権の譲渡による被担保債権の帰属先との分離が生じて、債権担保の目的を達することができ、かつ、設定

---

(10) なお、設定者留保権について、AとCとが対抗関係になるとする見解(松岡久和『担保物権法』(日本評論社、2017年)350頁。山野目章夫『物権法(第5版)』(日本評論社、2012年)364頁もそれが「素直な帰結であるはず」という)も、Bに譲渡担保権の限りで処分権限があると考えているとみられる。

(11) 生熊長幸『担保物権法(第2版)』(三省堂、2018年)303頁。道垣内・前掲『担保物権法(第4版)』93頁は、(譲渡担保権についてではないが)質権について、質権者が自らを所有者と偽って質物を第三者に処分した場合に、悪意または過失のある第三者は「質権の範囲内においても権利を取得することはない。被担保債権と切り離して質権のみを取得することは一般的に認められないからである」という。

(12) 平野裕之『担保物権法』(日本評論社、2017年)203-204頁。なお、松井宏興『担保物権法(補訂第2版)』(成文堂、2011年)203頁。

者に不利益はないとする<sup>(13)</sup>。

(3) さらに、信託法（平成 18 年法 108 号）によって実定法上の根拠（信託法 3 条 1 号・2 号の「担保権の設定」）を与えられたセキュリティ・トラスト——債権者と担保権者が一致しない——をめぐる議論において、被担保債権者と担保権者が一致すべきだとされてきた理由を、「担保権者が配当を受けるだけで被担保債権の弁済には充てられず、担保権の本来の趣旨すなわち債権担保の目的に反するので、これを防ぐ趣旨」<sup>(14)</sup>とする理解が浮上していることにも注意すべきである。かかる理解に照らせば、設例で C が譲渡担保権のみを取得することについて何が問題なのかといえ、それは、担保権者と被担保債権者の分離自体でなく、譲渡担保権の実行によって得られる利益が確実に被担保債権の弁済に充てられる法律関係をいかに仕組むことができるかだということになる。そうなると、C と B について、たとえば、セキュリティ・トラストの受託者（C）と受益者（B）と同様の法律関係を構築できればよいのであり、担保権者と被担保債権者の分離自体を問題視するのは適切でないということになる。

(4) もっとも、被担保債権の帰属先と譲渡担保権の帰属先の分離を許すとしても、セキュリティ・トラストが設定された場合であればともかく、そう

---

(13) 米倉・前掲『譲渡担保の研究』99 頁（注 16）。その立論の起点とされた、我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1968 年）608-609 頁は、譲渡担保設定契約の当事者について、一方を設定者（債務者または物上保証人）とした上で、「他方の当事者は担保権を取得する者（譲渡担保権者）である。被担保債権者自身であるのが普通だが、とくに三者の合意で第三者を担保権者とする場合もないではない。判例はこれを一種の信託的行為であり、契約自由の原則からみて有効とすべしという（大判大正 7・11・5 民 2122 頁（債権者のために供託して抹消登記を請求するのに対し、登記名義を取得した者が債権者は自分だと争う）。質権及び抵当権にあっては、担保権者は債権者でなければならず、担保附社債信託法は例外をなすものとされているが（中略）、これを理由として右のような譲渡担保を無効とすべきものとは考えられない。」と述べていた。

(14) 阿部裕介「根抵当権と被担保債権の譲渡——セキュリティ・トラスト論議を機縁として——」東京大学法科大学院ロー・レビュー 3 号（2008 年）11 頁。

でない場合に、譲渡担保権者がその権利をどのような要件のもとでいかに行使することができるのかに関する論者の考えは、はっきりしない。さらに、BがAに対して被担保債権 $\alpha$ を免除する意思表示をした場合、Cの譲渡担保権は消滅するのか（免除の効力の問題に加え、被担保債権を有しない譲渡担保権者であっても、被担保債権の消滅によって譲渡担保権消滅の効果を甘受すべきか——譲渡担保権との間の付従性は維持されるべきか——という問題がある）、Aが弁済供託をした場合、供託金還付請求権を有するのはBなのかCなのか（債権者はBなのでBが供託金還付請求権を有すると解すべきように思われるが、弁済によって譲渡担保権を失うのはCであるからCこそが供託金還付請求権を有すべきようにも思われる）などの疑問が残る。

## 2 所有権と譲渡担保権の異同

(1) 通説的見解（II 2(3)(イ)）は、BC間で甲の所有権移転を目的とする契約が締結された場合、Cに即時取得が成立しなくても、Bが甲につき譲渡担保権の範囲で処分権限を有することを認め、その範囲での権利移転を肯定する。ということは、一方で、当事者の契約においては所有権が譲渡対象とされており、他方で、現実譲渡されたのは譲渡担保権であるけれども、契約の効力は影響を受けないと考えているのだろう。

こうした通説的見解を成り立たせる前提となる考え方には、少なくとも2種類のものがあるように思われる。

(2)ア 第1の考え方は、所有権と譲渡担保権は、互いに大差ないものだというものである。仮に所有権と譲渡担保権が互いにずいぶん違うものだとすれば、Cの立場からすれば、契約は錯誤（Cの意思表示が錯誤に基づく可能性がある。民法95条）や詐欺（Cの意思表示がBの詐欺によるものである可能性がある。同法96条）を理由としてその効力が否定されるべきもの、



それどころかそもそも契約が成立しない（取引対象としてCは所有権を、Bは譲渡担保権を想定していたなら、契約成立に必要な意思の合致がない可能性がある）と考えるべきものとなりうる。しかし、通説的見解においては、取引対象に齟齬（所有権と譲渡担保権の違い）があっても、それは軽微なものであり、当事者が、異を唱えるような程度に至らない——取引対象が所有権だろうが譲渡担保権だろうが大差ないので、当然に契約の効力は維持される＝譲渡担保権がCに移転する——と考えられているのだろう。

(イ) 譲渡担保の法的構成に関する所有権的構成、それも設定者から譲渡担保権者に目的物の所有権が信託的に譲渡されているとの見解に依拠するなら、所有権と譲渡担保権それぞれの中身が大差のないものだという前提を維持することはできるだろう。しかしながら、通説的見解のように、担保権的構成、それも設定者から譲渡担保権者に一度も目的物の所有権が移転したことを観念しない担保権的構成に依拠するなら、譲渡担保権は、担保物権の一種だということになる。論者によってはこの担保物権は、抵当権そのものだとされている<sup>(15)</sup>。所有権と、譲渡担保権（ないし抵当権）が大差のないものであるはずがない。

(3)ア) 第2の考え方は、第1と異なり、譲渡担保権は、所有権の一部分である、あるいは、譲渡担保権の概念は所有権の概念に包摂されている、というものである。譲渡担保権を制限物権の一種と位置づける考え方といってもよいだろう。「学説が広く共有」する制限物権の理論においては、「所有権以外のすべての物権は、所有権の効力のうちの一部分のみを有するものとして捉えられる。これによって、制限物権にも所有権の性質が及び、所有権が有する性質が物権一般の性質になる」とされている<sup>(16)</sup>。この考え方を譲渡担

(15) 米倉・前掲『譲渡担保の研究』43頁以下。

(16) 阿部裕介『抵当権者の追求権について——抵当権実行制度の再定位のために』（有斐閣、2018年）4頁。「広く共有」の件りは、同書12頁。

保権に推及するなら、譲渡担保権も所有権の一部であり、残部（所有権マイナス譲渡担保権）がBからCに移転しないとすると、所有権の内容の一部を構成する譲渡担保権は当然にBからCに移転する。その上で、譲渡担保権は所有権の内容の一部なので、譲渡担保権が移転すれば当初の契約の目的——所有権移転——の一部も達せられ、あたかも数量不足売買と同様に、BC間における甲の譲渡契約の効力は維持される（CからBに対して代金減額請求、損害賠償請求の余地はあるにせよ）ということになるだろうか。

(イ) しかし、譲渡担保権が所有権の一部分だとする考え方は、譲渡担保権者と設定者との法律関係を具体的に観察すれば、いささか奇妙なものに映る。

譲渡担保権は、債務者が弁済期に被担保債権を弁済せず、譲渡担保権が実行されたなら、譲渡担保権者が完全な所有権を取得しうる権利である。同時に、債務者が被担保債権を弁済したら消滅する権利でもある。譲渡担保権者は、譲渡担保権の実行まで、目的物を物理的に支配する権能をほぼ有しない。こうした権利が所有権——物資を全面的に支配する権能であることを特色とする<sup>(17)</sup>——の部分集合とはにわかに信じがたい。しかし、地上権の負担の付いた所有権も所有権であり、さらに、制限物権の理論によれば、譲渡担保権のモデルともいえる抵当権でさえもが所有権の一部とされており<sup>(18)</sup>、したがって、譲渡担保権も——価値権として？——所有権の部分集合になるべきものになりそうである<sup>(19)</sup>。

阿部裕介『抵当権者の追求権について』は、抵当権概念の歴史的考察など

---

(17) 我妻栄＝有泉亨補訂『新訂物権法』（岩波書店、1983年）257頁。

(18) 1つの説明方法がいわゆる価値権説である。所有権の効用を利用価値と交換価値に二分した上で、抵当権は交換価値を支配するという説明である。阿部・前掲『抵当権者の追求権について』6-12頁参照。

(19) 我妻・前掲『新訂担保物権法』600頁は、譲渡担保にあっては、「その目的物の有する価値は、担保権者と設定者とに分属している」と述べる。

によって、この制限物権の理論を破壊しようとしている。同書の発想を延長して行くことができるなら、担保権的構成を前提にした場合の譲渡担保権も、動産所有権の部分集合ではなく、動産所有権とは別の種類の権利だと理解すべきことになる可能性がある。そうすると、設例の BC 間で、所有権を移転することができない場合に、少なくとも譲渡担保権は移転する、ということにもならないだろう。

### 3 設定者の権利

#### (1) 設定者の権利と第三者

設定者は、被担保債権を弁済して目的物甲を取り戻す権利を持つ<sup>(20)</sup>。この権利の性質は、譲渡担保の法的性質に関するいわゆる所有権的構成においては、譲渡担保権者に対する債権  $\beta$ ——同じ債権というカテゴリに属する既出の被担保債権  $\alpha$  と区別するために債権  $\beta$  とする——であると解される。したがって、譲渡担保権者が目的物の所有権を第三者に移転してしまえば、設定者は弁済しても当該第三者から目的物を取り戻すことができなくなるはずである。当初の譲渡担保権者との関係では、設定者の債権  $\beta$  は履行不能——履行に代わる損害賠償請求はできるだろう——ということになる。

担保権的構成のなかでも、設定者の権利を所有権マイナス譲渡担保権とみる見解においては、設定者の権利は、所有権マイナス譲渡担保権の内容を持つある種の物権であると解される。担保的構成のなかでも、設定者の権利を設定者留保権（所有権は譲渡担保権者に帰属）とみる見解においても、設定者の権利は設定者留保権というある種の物権であると解される。これら担保権的構成における設定者の権利＝物権は、対抗要件が具備されていないとすれば、第三者に対抗できないのだとすれば、設定者 A は、対抗要件を具備してい

(20) とくに目的物が不動産の場合について、弁済期を徒過してまでその権利があるかどうかについて議論があるが本稿では立ち入らない。

なければ、その設定者の権利を甲の所有権を譲り受けた第三者 C に対抗できない。

ところがここで問題となるのは、かかる設定者の物権的権利について対抗要件を想定できるのか、対抗要件が想定できるとすればそれは具体的に何かである。このことについて、民法に当然のことながら明文規定はない（そもそも譲渡担保権に関する規定がない）。設定者の権利については、AB 間での物権変動がない——所有権の一部が留保されているにとどまる——から対抗要件を想定する必要がないとの見方も不可能ではあるまい。けれども、所有権の一部分の留保という消極的な物権変動を想定した上で、設例の A は、目的物甲を直接占有しているのだから、この直接占有をもって、設定者の権利の公示方法と認めることも考えられる。こうした解釈——明文の根拠なしに対抗要件を決めるのは乱暴な議論かもしれないが、慣習法上の物権について慣習法上の対抗要件を認めることが不可能でないことを想起したい——が許されるなら、A は、C に対して——C に即時取得が成立しない限り——設定者の権利を対抗できる<sup>(21)</sup>。他方で、設定者の権利の対抗要件については明文規定を欠くことを理由に対抗要件を想定しないとしても、当然に第三者に権利主張できるという考えも、過失のある第三者には権利主張できるという考えも、第三者に対抗することはできないとの考えもありえる。少なくとも

---

(21) この論理でゆけば、不動産譲渡担保の場合には、設定時に、設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がされ、第三者への譲渡時には（設定者の権利について対抗要件が具備される前に）譲渡担保権者から第三者への所有権移転登記がされるから、対抗要件を具備しない設定者は、第三者に——同人が背信的悪意者でない限り——対抗できない、ということになりそうである。設定者の権利を登記する方法がない、あるいは登記を期待できないので、ここは対抗問題にならないとの解釈論もありえる（松尾弘＝古積健三郎『物権・担保物権法（第2版）』（弘文堂、2008年）415頁（古積）、松岡・前掲『担保物権法』350頁）が、設定者の権利の対抗要件としては、譲渡担保権者から設定者への所有権移転の仮登記が考えられるという見解も示されている（道垣内・前掲『担保物権法（第4版）』307頁）。

(424)

も問題状況は流動的だというべきだろう。

それにもかかわらず、設例の解決に関する通説的見解は、Cに即時取得が成立しない場合には、譲渡担保権のみがCに移転するという結論を採用することによって、設定者Aの物権的な権利についてCに対抗できるという結論を先取りしており、いかなる法律論に基づいて設定者Aの権利がCに対抗できることになっているのか（弁済によって甲を取り戻すことができる理由）の説明が不十分であるように思う。

## (2) 譲渡担保権者の義務ないし負担と第三者

設定者が譲渡担保権者に対して、弁済により目的物を取り戻す権利を有するということは、譲渡担保権者に、設定者の権利に対応する義務ないし負担があるということである。譲渡担保権者は、少なくとも弁済期までに弁済が行われたら目的物についての権利を失う。目的物の所有権が第三者に譲渡された場合について、(1)では設定者の側から問題を検討したが、(2)では、譲渡担保権者側から、その義務ないし負担がどうなるかを検討してみたい。

譲渡担保の法的構成に関する所有権的構成を前提として、この譲渡担保権者の義務ないし負担が（設定者に対する）債務であるという見解をとるなら、譲渡担保権者Bが譲渡担保の目的物の所有権を第三者Cに譲渡した場合には、（Aの弁済があればAに対して目的物甲の完全な所有権を復帰させるというBの上記債務の履行は不可能になるので）BはAに対して債務不履行責任を負うことになる。BのAに対する債務は、別途債務引受などが行われな限りCに移転しない（Cは債務者とならない）はずである。これに対して、担保権的構成に依拠した上で、設定者の権利を所有権などの物権であると理解すれば、これに対応する譲渡担保権者の負担は、被担保債権が弁済されると目的物の所有権を失う（その結果、設定者に完全な所有権が回復される）という内容のものとなろうか。この負担が、BからCに移転するということは、完全な所有権を譲り受けたつむりの第三者にとって、驚

くべきものであるように思われる。譲渡担保権設定者 A が被担保債権を弁済することによって C が所有権を失った場合には、C が B に対して、かつての追奪担保責任（平成 29 年法 44 号による改正前の民法 561 条参照）に相当するような責任を追及すれば足りるのかもしれない。しかし、完全な所有権を譲り受ける場合の代金額の決定方法と、A の弁済があれば所有権を失う可能性がある所有権を譲り受ける場合の代金額の決定方法とでは、自ずと違いが生じるはずである。後者の代金額の決定方法に依拠した場合（より具体的には買主が甲の所有権を喪失するリスクを織り込んで代金額を決定した場合）には、C が B に対して契約責任を追及せしめる必要はないようにも思われる。他方で、前者の代金額の決定方法に依拠した場合には、C が B に対して契約責任を追及する可能性を残す必要があろう。すなわち、BC 間で甲が譲渡された場合について論ずるとしても、通説的見解においては、C による即時取得の成否だけでなく、BC 間での代金額の決定方法についても詰めるべき部分が残されている。

#### IV 結びに代えて

設例において、B が C に対して甲の所有権を移転することを約したとしても、B は譲渡担保権を有するにとどまるから、C に（甲の所有権の）即時取得が成立しない場合には、B の C に対する所有権移転が不能と評価されるところとしても、少なくとも譲渡担保権だけは C に移転する。これが通説的見解の概要であった。しかし、本稿で検討したところによれば、少なくとも譲渡担保権だけは C に移転するという効果を承認することには、疑問が残る。

理由の 1 つは、被担保債権と担保物権の分属から派生する問題に対する解決案が示されていない——被担保債権を有せず、譲渡担保権のみを有する C が譲渡担保権を実行できるのか、できるとすればどうやってか、あるいは被担保債権の処分や弁済に関するルールはどうなっているのか、さらに、仮に

Cによる譲渡担保権の実行を許すとすれば、それによって得られた利益が被担保債権の満足に充てられるシステム構築が想定されていない——ことである(Ⅲ1)。しかし、より大きな理由は、譲渡担保権の概念が所有権の概念と大差ないものでもない(担保権的構成をとるなら)し、譲渡担保権の概念が所有権の概念の一部分であるとの観念には疑問があるから(Ⅲ2)、所有権移転ができないからといって、当然に譲渡担保権が移転することにはならないと思われることである。さらに、設定者Aの権利を第三者Cに対抗するという観点から設例を検討してみると、設定者の権利の対抗要件について解釈がはっきりしない部分が多々あるにもかかわらず、通説的見解は、譲渡担保権のみの移転を肯定することによって、設定者の権利の対抗要件に関する解釈論上の結論を、具体的な検討を経ることなしに先取りしている、あるいはなお検討を要する部分が残されているように思われた(Ⅲ3)。

もっとも、(通説的見解とは異なり)譲渡担保権のみの移転を否定すべきだとした場合、悪意ないし過失がある等の理由で即時取得成立の恩恵を受けないCが、何の権利も持たないことになるわけでもない。Cには、いわば条件付きで甲の所有権を取得しうる地位を取得したといえる可能性がある。すなわち、Cがひとまず甲の所有権を取得しうる地位を取得したとしても、Aが被担保債権を弁済すれば、Cは甲についての権利を失う。しかし、Aが被担保債権を弁済しなかった場合には、BC間の譲渡契約内容次第の面もあるが、BがCのために、あるいは、CがBに代位して、あるいは、CがBから承継した地位に基づき、譲渡担保権を実行することによって、甲の所有権は、確定的にCに帰属する、というわけである。通説的見解が想定していた法律関係において意図されていたのは、以上の内容ではなかったかとも思われる。

本稿で確認したことは、担保権的構成、それも、譲渡担保権者は所有権を一度も取得せずに端的に譲渡担保権なる物権を有するのみだとする通説的見

解において、設例のケースで、従来の説明——BC間で甲の所有権移転を目的とする契約がされた場合に、悪意ないし有過失のCは譲渡担保権のみを取得する——を維持することが難しいのではないかということにすぎない。通説的見解の結論が、譲渡担保権と所有権に大差がない、あるいは、譲渡担保権は所有権の部分集合である——制限物権の理論？——という発想に支えられているようであったことも改めて指摘しておきたい。以上からすれば、譲渡担保の法的構成についても、Bが甲の所有権を有しており、Aが設定者留保権を有するとの構成のほうが無難であるようにも思われてくるが、本稿の検討だけから、ただちに担保権的構成をあきらめて所有権的構成に回帰すべき<sup>(22)</sup>だとはいえまい。

---

(22) 松尾＝古積・前掲『物権・担保物権法第2版』413-414頁（古積）参照。