

留保所有権と動産譲渡担保権との優劣関係

石 口 修

目次

第1節 問題の所在

第1項 はしがき

第2項 所有権留保の意義と機能

第3項 譲渡担保の意義と機能

第4項 所有権留保と譲渡担保との関係

第2節 最判平成30年12月7日の概要と問題点

第1項 概 要

第2項 平成30年最判（同29年東京高判）の判例法理

第3項 本件における問題点

第3節 従来の判例法理

第4節 わが国における解釈論

第1項 留保物件を目的物とする譲渡担保権の成否

第2項 留保物件を目的物とする譲渡担保権の即時取得

第5節 私見的考察

第1節 問題の所在

第1項 はしがき

動産の売主が買主との売買契約において、代金の完済まで所有権を自己に留保することは19世紀頃からドイツにおいて頻繁に利用されるようになった。後述するように、このような二当事者間の所有権留保は、第三者との間においては、売主（以下、「留保売主」と称する。）の物権的効力を保全する手段として機能する。ところが、所有権留保で商品を購入した買主（以下、「留保買主」または単に「買主」と称する。）が、自己の占有する商品（以下、「留保商品」と称する。）を自己の債権者のために譲渡担保の目的物として提供するという事案を目にすることがある。

この場合において、代金完済前は、留保売主の地位を「真正所有者」とすると、留保買主は「非所有者」である。また、わが国の多数説のように、留保売主を「担保権者」と解しても、留保買主が代金完済という停止条件を成就しないうちは、「所有権の移転」は生じない。留保買主は、停止条件付の所有権移転請求権、即ち、「期待権」を有するに過ぎない。このように解すると、いずれにせよ、留保買主は「非所有者」であるから（但し、解釈上、第三者との関係においては、物権的期待権を有する。）、自己の債権者に対し、留保商品を譲渡担保の目的物として提供しても、譲渡担保権は成立しないこととなる。

この問題について、わが国の最高裁の判例においては、留保買主に所有権が移転していないとして、上記のように否定的に解するもの（買主非所有者説）がある⁽¹⁾。この点に関して、学説には、集合物の固定化より前は

(1) 最判昭和58年3月18日判時1095号104頁。これ以前、大審院においては、留保売主に真正所有権があるという前提を採るものがあった（大判昭和9年7月19日刑集

個別動産は譲渡担保の直接の目的物たりえないという立場から、所有権留保を含めて、広く第三者所有物は譲渡担保の目的物にはならないという見解がある⁽²⁾。

しかし、純粋に担保権的構成説に立脚する学説からは、「担保物権の競合」として扱われる問題となりうる。

まず、担保権的構成説では、留保買主を「所有者」として扱う関係上、売却により、相手方は所有権を取得するという前提に立ち、相手方が善意・無過失のときには完全所有権を取得し、悪意・有過失のときには留保所有権付きの所有権を取得するという見解がある⁽³⁾。この考え方に立てば、譲渡担保権者が悪意・有過失のときには所有権留保が優先するが、善意・無過失のときには譲渡担保権者が優先するという「担保権競合説」となりうる。

次に、即時取得を前提とする議論がある。即ち、占有改定による即時取得は認められないものと構成すると、譲渡担保権者が善意・無過失でも所有権留保が優先するという見解がある⁽⁴⁾。

しかし、保管場所への搬入の際に、譲渡担保権者が所有権留保の目的物たることを知らない場合には、所有権留保に優先する期待権の善意取得（第192条）が成立するという見解がある⁽⁵⁾。

13巻14号1043頁）。内容に関しては後述する。

(2) 道垣内弘人『担保物権法』（有斐閣，第4版，2017年）341—342頁は、昭和58年最判を引用しつつ、自説を展開する。

(3) 高木多喜男『担保物権法』（有斐閣，第4版，2005年）383頁、平野裕之『担保物権法』（日本評論社，2017年）238頁。

(4) 古積健三郎『『流動動産譲渡担保』と他の担保権の関係(2) 完』彦根論叢289号（1994年）120頁以下、平野裕之『民法総合3 担保物権法』（信山社，第2版，2009年）331頁。

(5) 石田穰『担保物権法』（信山社，2010年）735頁。

更に、占有改定の引渡しにネームプレートなどの明認方法（公示性）を付加することにより、譲渡担保権者に即時取得を認めてよいという見解もある⁽⁶⁾。

もっとも、即時取得の適用可能性を言う見解は、「無権利者からの取得」、即ち、譲渡担保権の不成立を前提とする議論であるから、直接的には、昭和58年最判への批判たりえない。

最近、東京高裁において、昭和58年最判と同様、否定説（買主非所有者説）を採るかのような裁判例が現れ⁽⁷⁾、その後、最高裁に上告受理申立てがなされ、にわかに注目されていたところ、今般、最高裁においても、代金完済前の留保買主を非所有者と解し、同人からの担保提供による譲渡担保権の成立を否定する判決が確定した⁽⁸⁾。

そこで、本稿においては、留保所有権と動産譲渡担保権との優劣に関して、ドイツ法において展開された議論を踏まえつつ、所有権留保と譲渡担保の本質論を確認し、この問題を突き詰めて考えてみることにした。

第2項 所有権留保の意義と機能

所有権留保とは、動産の売買契約を締結し、買主に目的物たる商品が引き渡されても、売買代金の完済までは、売主に売却商品（留保商品）の所有権を留保するという売買契約の附款（特約）である。留保売主は、代金の完済を所有権移転の停止条件とすることにより、代金全額の支払を受

(6) 松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）221—222頁。

(7) 東京高判平成29年3月9日金法2091号71頁。

(8) 最判平成30年12月7日金法2105号6頁（民集掲載不詳）。平成30年最判の評釈として、印藤弘二・金法2106号（2019年）4頁がある。また、原審（東京高判平成29年3月9日）の評釈として、白石大・金法2096号（2018年）6頁、進士肇・金法2093号（2018年）5頁、拙稿・新判例解説 Watch 24号（日本評論社、2019年4月）掲載予定がある。

けるまでは、商品の所有権と間接自主占有権を保持する。他方、留保買主は、代金完済前は留保商品の占有・利用者という地位が与えられるに過ぎず⁽⁹⁾、代金の完済により、停止条件が成就するので、この時点において、初めて所有権を取得するという制度である（停止条件付所有権移転：ドイツ民法〔以下、「BGB」と略称する。〕第449条1項）。しかし、代金の完済がない場合には、売買契約は解除され、留保買主は、留保所有者に留保商品を返還しなければならない（同条2項）。

このように、BGBの制度上、所有権留保特約付売買は、停止条件付所有権移転約款であり、代金の完済によって初めて所有権が買主に移転する。反面、代金を完済しないと、支払遅滞に陥るので、相当期間経過・履行受領拒絶により解除され（BGB第323条1項）、買主の占有権原が失われ、留保売主の所有権に基づく返還請求権の行使がなされる。即ち、所有権留保は、代金債権の担保と言われることが多いが、実は、所有物返還請求権の保全に資する制度である。

所有権留保に関する規定は、譲渡担保と同様、わが民法には存在しない（割賦第7条に所有権留保のみなし概念規定があるに過ぎない）。

所有権留保という法律・権利関係は、売買契約に基づくので、売主・買

(9) 留保買主は、ローマ法の *precarium*（容仮占有）やドイツ民法の *Miete*（使用賃借権）によるのと同様の占有代理人（直接他主占有者）である（拙著『所有権留保の現代的課題』〔成文堂、2006年。以下、『現代的課題』と略称する。〕「第1章 序論」〔2頁以下〕、「第2章 所有権留保の起源」〔7頁以下〕を参照）。

近時、わが国の裁判例においても、この点が漸く理解され始めている。例えば、名古屋地判平成27年2月17日（金法2028号89頁）は、三者間契約による信販会社の所有権留保の事案において、この類型の所有権留保は譲渡担保と同様の状況であると解し、割賦弁済中における買主の占有権は留保所有者のために善管注意保管義務を負う直接他主占有であると明言している。特に、この裁判例は、三者間契約による所有権留保を譲渡担保と同様に理解しているという点において意義がある。

主間の相対的な契約関係を基本とする。しかし、近時は、留保買主の弁済が滞った場合に信販会社が売主に立替払し（旧約款）、あるいは保証委託に基づいて代金の支払を連帯保証する三者間契約類型の所有権留保（新約款）が利用されている。

所有権留保は、買主に発生することあるべき支払不能に伴う様々な弊害から売主を保護すべき制度であり、この制度によって保護される権利は、売主に留保された所有権（Vorbehaltseigentum）である。この留保された所有権は、売買契約は締結したが、代金の支払前に、留保買主に商品の直接占有を与え、これを使用させる留保売主に物権者としての法的地位を保証するという法律・権利関係である。

所有権留保制度は、売買目的物の引渡しと代金支払という双務契約における当事者間の同時履行関係（BGB 第320条、第433条、日民第533条）を緩和し、代金の一部支払があっただけで、目的物を買主に引き渡し、使用させるという、売主にとって、代金回収の危険はもちろんのこと、留保商品の契約目的に従った使用に関しても危険を伴う制度である。それゆえ、所有権留保は、代金の完済まで商品の所有権を売主に留保し、第一に、売買代金債権の支払を担保・保証するとともに、第二に、留保買主において、義務不履行があったとき、あるいは、第三者からの財産差押え、倒産など、信用危殆状況が発生したときには、留保売主に解除権を与え、所有権に基づく物権的返還請求権（BGB 第985条：返還請求ないし取戻権）を実効あらしめるという目的ないし機能を有する（BGB 第449条参照）⁽¹⁰⁾。特に、

(10) ドイツにおいても、旧来、即ち、19世紀末から1960年代初頭までは、伝統的に「売買代金債権の担保」という意味が所有権留保に与えられていた。旧来の判例は、「所有権留保の目的は、信用売買の代金によって考えられる最大限の担保を売主に与えることにある」と論じ（RG, Urt. vom 11. 7. 1882, RGZ 7, S. 147）、また、「所有権留保売買の売主は、質権や譲渡担保によってなしうるよりも強力に、考えられる限り最も強力な方法において債権を担保する」ものであるという解釈を示していた（BGH,

後者の原状回復機能は、留保買主に一定の信用危殆事由が発生した後は、当該買主の占有正権原の抗弁（BGB 第986条）を排除し、留保売主の取戻権を確保するという解釈を制度化したものである。この意味において、ドイツにおいては、譲渡担保に基づく担保所有権と所有権留保に基づく留保所有権は、対比的に考察される。その結果、後述するように、売主・買主という二当事者間取引による所有権留保制度に基づく留保所有権は純然たる担保権ではないものと解されている（抑も、BGB 第449条という規定それ自体、BGB 第2編 債務関係法に規定されている）。

Urt. vom 24. 1. 1961, BGHZ 34, S. 191)。

しかし、その後、所有権留保は、留保売主が商品を媒介として買主に代金支払に関する信用を与える手段（商品信用取引）という点が意識され、徐々に、代金債権の担保という金融信用取引とは異質なものと理解されていった。その結果、判例は、「所有権留保は、留保売主の売買代金債権を担保するものではなく、契約関係解消の場合における留保売主の権利を担保するものである」として、契約解除後の所有権に基づく返還（原状回復）請求権（BGB 第985条）を担保するため、所有権留保約款が利用されるという立場を採るに至った（BGH, Urt. vom 1. 7. 1970, BGHZ 54, S. 214）。その後、BGBの現代化に伴う債務法改正に際しても、この判例の立場が堅持され、BGB 第449条2項において、留保売主の返還請求は解除を前提とするものと規定されたのである（拙著『現代的課題』第5章、第6章における判例の変遷とドイツ債務法改正時における議論を参照）。

そして、更に近時の判例は、二当事者間における所有権留保が商品信用取引であることを再確認し、留保売主には解除による物権的返還請求権が保全されるという意味において、留保買主の倒産手続においては、留保売主には所有権に基づく取戻権を肯定するという判断をしている（BGH, Urt. vom 27. 3. 2008, BGHZ 176, S. 86）。この意味において、ドイツにおいては、売主が所有権留保を利用して留保した所有権は真正所有権であり、譲渡担保権のような真正所有権が担保物権に転化した担保所有権でもなければ、制限物権型の担保物権でもないということに帰着する。そして私見は、まさにここから議論を開始する。

第3項 譲渡担保の意義と機能

1. 担保所有権の意義

譲渡担保権の設定は、制定法上の担保物権（抵当権、質権、土地債務）の設定と同様、所有権の機能的な分配に基づいている。両者が異なる点は、制定法上の担保物権の場合には、所有者は、債権者たる担保権者に対して換価権を譲渡し、債務者自身の財産に関する倒産手続においては、担保目的物の処分を担保権者に委ねることにある⁽¹¹⁾。この場合には、あくまでも制限物権たる担保物権の設定行為であるから、所有者の地位それ自体は設定者に留保する。しかし、譲渡担保の場合には、設定者の所有者たる地位それ自体がまさに放棄されるのであり、これによって、譲渡担保は、制限物権としてBGBに規定された担保物権とは区別される。したがって、法形式上は、譲渡担保の担保物件提供者（設定者）は、担保物件受領者（担保権者）に対し、完全な所有者（Volleigentümer）たる地位を譲渡する⁽¹²⁾。

動産譲渡担保権者は、「所有権それ自体（完全所有権）」を取得するが、その目的は「債権担保」である。この経済上の意味において、譲渡担保権の設定行為は、信託的な所有権の移転であり、担保的法律行為（Sicherungsgeschäft）の基本契約たる担保合意（債務法上の担保約款〔Sicherungsabrede〕⁽¹³⁾）による制限を受ける。担保約款により、担保物件

(11) Wolfgang Wiegand, Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert, ZNR, Bd.3 (1981), S. 1ff.

(12) J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3・Sachenrecht, 2017. §§ 925 - 984, Anhang zu §§ 929 - 931 (Wolfgang Wiegand), Rdn. 58, S. 288.

(13) 設定当事者間のSicherungsabredeは担保契約、担保合意とでも訳すべき慣用語であるが、これを「担保約款」とした理由は、単純に、契約はVertrag、合意はVereinbarungであるところ、Abredeは、「当事者の取決め」という意味が反映されており、ドイツの法学者が実務との関係で敢えてこの用語を使っているという理解

受領者（担保権者）は、物権法上、無制限の（完全な）所有権を取得する。しかし、同人は、担保物件提供者（設定者）に対しては、債務法上の担保約款の基準に従ってのみ所有権を利用すべき義務を負う⁽¹⁴⁾。即ち、譲渡担保権者は、担保目的が存続する間は、担保目的物を自由に処分することが許されず、「自己の」物として保持し続けることが許される「真正所有者」ではなく、担保約款に応じて換価し、その換価金を債務の弁済に利用し、その剰余を債務者に返還すべき清算義務を負う（換価権者たる所有権者）。この状況においては、まさに、譲渡担保の場合には、あらゆる事案において、担保目的によって制限された所有者たる地位を担保期間内に、一時的に調達・媒介されるに過ぎない。この一時的な所有権帰属という特徴と、担保目的による拘束とにより、所有権の特別類型たる担保所有権（Sicherungseigentum）という概念が生じたのである⁽¹⁵⁾。

2. 債務法上の担保約款

担保的法律行為は、全て、債務法上の基本行為と物的執行行為を含む⁽¹⁶⁾。基本行為の本質的なメルクマールは、目的物を担保手段として譲

（判例・学説を読む限りでの自己判断）と、この約定は担保に関する定型書式約款を用いることから、他の用語と区別するため、「担保約款」という訳語を当てた次第である。後述するように、ゼーリック博士は、Sicherungsabredeの本質は、担保所有権移転の原因行為（causa）と位置付けている。vgl. Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. I, 1963, S. 60.

(14) Vgl. Serick, EV I, aa.O. (FuBn. 13), § 4 II S. 57ff; Otto Mühl, Sicherungsübereignung, Sicherungsabrede und Sicherungszweck, in: Festschrift von R. Serick [1992] S. 285ff.

(15) Staudinger/ Wiegand, aa.O. (FuBn. 12), Anhang zu §§ 929 - 931, Rdn. 59, 63, S. 289 - 290.

(16) Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. II, 1965, S. 44f. は、「§ 18 : 債務法上の担保約款」と題し、「I. 基本的な考え方」において、債務

渡する担保物件提供者（設定者）の義務負担行為である。執行行為において、担保物件提供者は、この義務負担を履行する。担保約款の個別規定のうち、重要なものとしては、例えば、担保物件受領者たる譲渡担保権者の権利保護に資するため、譲渡担保権者は、設定者に対し、担保目的物の性質・性状の保証（Zusicherungen über die Beschaffenheit des Sicherungsgutes）を求め、設定者に在庫の一定量と品質を確保すべき義務を課すと同時に、担保目的物たる在庫商品の価額を被担保債権の150パーセントまでは確保すべきものと義務づける（与信額が担保物価値の66パーセント強程度）。他方、担保の範囲を超過した場合には、譲渡担保権者は担保目的物を解放するなどの設定者保護規定、更に、換価・清算条項、担保の前提たる与信許諾による発効条項などが挙げられる⁽¹⁷⁾。

担保約款は、担保目的物（担保所有権その他）の譲渡に関する法律原因、即ち、原因行為（causa）である⁽¹⁸⁾。担保約款は債務法上の権利関係と言

法上の基本的な法律行為と担保約款に関して論じ、Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung- Neue Entwicklungen, 2. Aufl., 1993, S. 30 – 32は、「担保約款の意義と法的取扱い」として説明している。

(17) Vgl. Serick, EV II, *ibid.*, S. 62 – 67. ドイツにおける譲渡担保権設定契約に関するひな型は、Staudinger/ Wiegand, a.a.O. (Fußn. 12), S. 294 [einzelner Sachen] u. S. 296 [Raum= Warenlager]. に掲載されている。なお、詳細は、拙著『所有権留保の研究』（成文堂、2019年3月刊行予定）「序論 所有権留保論・序説」29頁註(69)を参照されたい。

(18) Serick, EV I, a.a.O. (Fußn. 13), S. 60 (und Fußn. 30) は、信用担保関係たる担保約款について、また、信用関係との前後関係について、BGH, Urt. vom 17. 2. 1956, WM 1956, S. 563 (u. 564) を引用しつつ、被担保債権と担保約款との密接なつながりは、内的法律原因（der innere Rechtsgrund）において、担保約款と被担保債権とを関連付けることによって構築され、この信用関係（消費貸借契約）と信用担保関係（担保約款）との密接なつながりは、この二つの権利関係に、双方的義務の発生原因となる一個の契約関係としての適格を備える権限を付与すると言う。また、ゼーリック博士は、この事実から如何なる法律効果が生ずるのかと問題提起し、多数の法律行為が当

われるが、BGB その他の法律には何ら規定がない。担保約款の許容性は、債務契約の範囲においては、契約自由の原則が適用されるということから明らかとなる。契約の自由には、締約の自由と内容形成の自由が含まれる。これとならぶ担保物件提供者と受領者との債務法上の関係構築については、結果として、当事者の約定が最も重要である。担保約款は無方式でもよい。担保契約は、原則として無方式で行われる。しかし、実務上は、もちろん証明原則に基づいて、大抵は書面にて起案され、加えて、顧客は、担保のためにする譲渡の明細、例えば、譲渡された担保目的物たる構成部分の絶えず変動する在庫商品の記録様式を保持するとされる⁽¹⁹⁾。

3. 担保信託とその効力——準物権的効力、転化原理

(1) ローマ法とゲルマン法上の信託

担保のためにする譲渡 (Sicherungsübertragung) は、信託的法律行為 (信託行為 [Treuhandgeschäft]) であり、担保のために所有権の移転された物、担保保有のために譲渡された債権、またはその他の権利の譲渡による担保目的 (物) は、全て信託目的 (物) であるから、担保所有権は、常に信託所有権 (Treuhandeigentum) と解される⁽²⁰⁾。

譲渡担保を「担保のためにする譲渡」として一般化した場合に根拠となる法原理として、ローマ法に由来する「信託的法律行為 (das fiduzialische

事者の意思によって一個に結びつけられるときには、この一個とされる法律行為につき、法律行為の一部無効に関する BGB 第139条が適用され、消費貸借契約の絶対無効 (nichtig) は、担保約款の絶対無効を導くと言う。この点については、Serick, EV I, ibid. Fußn. 31において、BGB-RGRK (Krüger-Nieland), § 139 Anm. 6, S. 472; Siebert/ Hefermehl, § 139 BGB Rdn. 10, S. 509を引用指示しつつ論じている。

(19) Serick, EV - Neue Entwicklungen, a.a.O. (Fußn. 16), S. 32.

(20) Serick, EV II a.a.O. (Fußn. 16), § 19, S. 71; ders., EV- Neue Entwicklungen, a.a.O. (Fußn. 16), S. 46.

Rechtsgeschäft)⁽²¹⁾」と、ゲルマン法に由来する「法律行為による授権」がある。信託的法律行為は、法律として規定されていないが、不文法、即ち、慣習法として承認されている⁽²²⁾。そうすると、譲渡担保は、原則として信託的法律行為であり、予めの債権譲渡や債務引受を用いる特別類型(延長・拡張類型)の場合には、法律上の授権がなされているものと解することができる⁽²³⁾。

(2) 信託的法律行為たる譲渡担保

信託的法律行為によって設定された信託的關係の本質は、信託提供者(または信託者という。)が受託者(または信託受領者という。)に対し、債務法上の目的拘束を伴いつつ、完全権のために、信託目的物を譲渡するという点にある。完全権を取得するための法律上の原因(担保的法律行為の場合には債務法上の担保約款)は、信託目的物の保有が期間で制限されるが、終局的な保有が許されないことだけを正当とする。

受託者は、信託提供者をして、法律行為の目的に従って必要とする以上の外部(第三者)に対する法的効力を獲得させる。例えば、担保のためにする譲渡は、担保目的のためには、質権と同種の担保目的物に対する授権で足りるのに対し、受託者は完全権を保有する。しかし、受託者は、債務

(21) この信託的法律行為 „fiduzialisches Geschäft“ という名称表記の名付け親は、Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, AcP 63 (1880), S. 157, 173 であるとされる。vgl. Serick, EV II a.a.O. (Fußn. 16), S. 71, Fußn. 3.

(22) Vgl. Serick, EV II a.a.O. (Fußn. 16), S. 71.

(23) Serick, EV- Neue Entwicklungen, a.a.O. (Fußn. 16), S. 47 (Fußn. 75) は、ローマ法による考え方とゲルマン法による考え方の影響については、互いに分離するのではなく、統一的な法制度、即ち、原則と例外として考えるべきであると主張し、例として、Olzen, Zur Geschichte des gutgläubigen Erwerbs, Jura 1990, S. 505ff., 510を引用指示する。

法上の取り決めに基づいて、制限された範囲においてのみ、その法的効力を用いることが許される。受託者は、担保目的に応じてのみ、所有者としての地位を利用すべき義務を有する。受託者は、所有権を別の目的に利用することは許されず、例えば、信託的に拘束された所有者たる身分において、目的物を贈与することは許されない⁽²⁴⁾。

(3) 信託目的の管理信託及び担保信託

まず、管理信託においては、受託者が、専ら信託者の利益を守るために信託目的物を取得し、これを利用・管理する。また、担保信託においては、受託者は、信託目的物により、自分自身の利益を実現する。既にローマ時代において、友人との信託 (*fiducia cum amico*) と債権者との信託 (*fiducia cum creditore*) が見出され、前者は他人の利益における信託であり、後者は信託質として位置づけられている。

担保目的のためにする所有権譲渡の場合には、受託者は、債務の弁済後は信託目的物を返還譲渡することを約束する。二重信託の場合には、受託者は、最初から、与信者の信頼できる人物であり、受信者の信頼できる人物でもある。いずれの信託者も、信託目的物を受託者に委託している。受託者は、他人の債権、即ち、消費貸主の債権者の債権を担保するため、担保物件提供者（及び消費借主）の完全権を保有している⁽²⁵⁾。今日の担保信託のうちで最も重要な事案は、動産譲渡担保の類型、ならびに債権譲渡担保の類型における担保のためにする譲渡である。担保のためにする譲渡の事案において、同一人物の信託目的の信託的行為の場合には、まず第一に

⁽²⁴⁾ Vgl. Serick, EV- Neue Entwicklungen, a.a.O. (Fußn. 16), S. 47.

⁽²⁵⁾ Vgl. Serick, EV II, a.a.O. (Fußn. 16), S. 73, S. 93ff.; BGH, Urt. vom 12. 10. 1989, BGHZ 109, S. 47, 53; OLG Karlsruhe, 22. 11. 1990, ZIP 1991, S. 43, 44; Soergel/ Mühl, § 930 BGB Rdn. 69, S. 478f.

担保信託が存在し、場合によって管理信託が存在するということが明らかとなる。それゆえ、その場合には、第一義的には担保信託であるが、債務の完済後は管理信託となりうる⁽²⁶⁾。

(4) 担保信託の準物権的法律効果と転化原理

単純な譲渡担保と比類される担保信託の場合には、一定の事案において、信託物件受領者（担保物件受領者）に完全権を譲渡した信託物件提供者（担保物件提供者）は、受領者に対し、信託関係の準物権的効力（物権的期待権）と言っても妨げない物権的効力を獲得する⁽²⁷⁾。このような提供者の権利により、信託物件提供者は、強制執行において、受託者に対して向けられた債権者の差押えを阻止することができ、担保物件受領者たる譲渡担保権者の破産においては、破産管財人は、被担保債権の弁済後、担保物件提供者（設定者）の受戻請求に関して、純然たる債務法上の調達請求権が存在するに過ぎず、取戻権を有しないという主張をすることはできない⁽²⁸⁾。

転化原理（Umwandlungsprinzip）は、譲渡担保の設定にあたり、譲渡担保権者に完全権を移転すると、設定者には何も残らないので、設定者の保護に欠けるというか、権利関係として脆弱に過ぎるという理由から、設定者に準物権的効力を保持させるという考え方、即ち、物権的期待権を根拠

⁽²⁶⁾ Vgl. Serick, EV- Neue Entwicklungen, a.a.O. (Fußn. 16), S. 48.

⁽²⁷⁾ Vgl. Serick, EV II, a.a.O. (Fußn. 16), S. 95ff. ゼーリック博士は、Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem (1933), S. 163, 188を引用指示する。

⁽²⁸⁾ 強制執行については、Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. III, 1970, S. 213ff. (S. 237とも関連する) ; BGH, Urt. vom 28. 6. 1978, BGHZ 72, S. 141, 145f. を、また、担保物件受領者の破産については、Serick, EV- Neue Entwicklungen, a.a.O. (Fußn. 16), § 2, S. 65 Fußn. 30を参照。

づけるための原理（物権的期待権説）である。ゼーリック博士は、担保物件受領者は、所有者であるから、通常であれば完全権の保有者であるが、実質的・例外的に純然たる質権と同種の権利が与えられるに過ぎず、担保物件受領者は、通常の事案、例外的事案のいずれにおいても、物的権利を有するものの、完全権に比して効力を弱められた類型において、物的権利を有すると述べている⁽²⁹⁾。この意味において、担保所有権は、純然たる担保権であり、執行の局面に限って観察すれば、質権と同様の換価・優先弁済請求権に過ぎないということになる。

このような転化原理という考え方によると、譲渡担保権の設定契約により、設定者の保有していた真正所有権が担保所有権に転化して譲渡担保権者に移転する（あるいは、真正所有権が担保権者に移転すると同時に、担保所有権に転化する）のであり（使用・収益権能はないが、「所有権」たる点に変わりはない。）、同時に、設定者には制限物権たる物権的期待権が設定されると解することまでも、その射程として妨げないであろう。

第4項 所有権留保と譲渡担保との関係

1. 所有権留保と譲渡担保との相違点

譲渡担保と所有権留保の取扱いに関する相違点は、次のような点にある。

譲渡担保権は、設定者の所有する動産につき、その所有権移転と占有改定の合意を媒介とはするものの、被担保債権の存在を前提として、譲渡担保権の設定契約を締結するという被担保債権との付従性原理の上に立つ質

⁽²⁹⁾ Vgl. Serick, EV- Neue Entwicklungen, aa.O. (FuBn. 16), S. 51は、担保所有権という考え方から担保信託という考え方に移行するという議論をしている。しかし、わが国における議論の際には、「担保所有権」という名称のままで差し支えないものと思われる。

権、抵当権と同様の純然たる担保物権であり、設定者の債務不履行（支払不能）を停止条件として、受領した担保目的物それ自体から直接に満足を受けるという性質を有する権利である。しかし、二当事者間取引による所有権留保は、売買代金債権の担保というよりは、むしろ、買主の支払不能その他の原因に基づいて、物権的返還請求権を行使し（BGB 第985条）、留保商品の返還を目的とするという、いわば返還請求権を保全するという性質を有する⁽³⁰⁾。

また、通常の担保権に必要な不可欠である債権との付従性原理は、債権契約と担保権設定契約とが別個独立に成立し、存在する結果として、この両者を結合させるための原理である。しかし、所有権留保は、売買契約という一個の債権契約に所有権留保特約を入れることにより、売買契約に債権的効力と物権的効力とが併存するという契約類型であり、所有権留保における代金債権は売買契約によって発生するものであるから、付従性原理を入れる余地はない⁽³¹⁾。そして、この点が個別動産の譲渡担保との相違点でもある⁽³²⁾。即ち、譲渡担保は、その設定形式においては一応所有権の移転

(30) この点については、前掲 BGH, I. 7. 1970, BGHZ 54, S. 214が明言するところである。

なお、本判決の詳細は、拙稿「ドイツ民法における所有権留保売主の返還請求権」地域政策研究（高崎経済大学）第1巻第3号（1999年）1頁（11—12頁）（拙著『現代的課題』「第6章 所有権留保売主の返還請求権」）を参照。

(31) 所有権留保には付従性原理を入れる必要はないといっても、実行における付従性は必要ではないかと質問を受けることがある。しかし、たとえ被担保債権が時効によって消滅しても、所有権留保権者には「所有権」が残存しており、この所有権に基づいて返還請求権を行使し、最終的には自己所有物を換価し、既払い金との関係で余剰が出た場合には、これを清算金として買主に返還するだけであるから、やはり、所有権留保には全く付従性原理を考える必要はないという結論になる（抑も、基本的に担保権ではない）。なお、付従性原理の緩和ないし否定に関しては、鈴木禄彌『物権法講義』（創文社、3訂版、1985年）280頁を参照（5訂版にはこのような言及はない）。

(32) 柚木馨＝高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第3版、1982年）581—582頁。安永

という外形を伴うが、その目的は、質権や抵当権と類似する債権担保であり、譲渡担保権者は目的物に対する担保権たる信託的な所有権を有するに過ぎない。しかし、本稿において繰り返し指摘するが、所有権留保は、それらとは異なる所有権それ自体の作用、即ち、解除の前提たる買主の信用危殆等の発生時に、自己の留保商品上の所有権それ自体の効力により、解除後の物権的返還請求権（BGB 第985条）を保全するための売買契約の附款である。この点において、設定契約によって設定される被担保債権との付従性ある譲渡担保権とは本質的に異なる。

したがって、留保所有権は、被担保債権との付従性を有しない真正所有権である。この意味において、留保所有者は、留保買主の物権的期待権による一定の制限を受けうるものの（BGB 第161条、第986条、日民第128条）、留保買主の代金完済まで留保商品に対する真正・完全所有権（echtes Eigentum, Volleigentum）を保持するのである。

2. 所有権留保と譲渡担保との競合

(1) 両者は競合するのか？

これまで論じてきたところから明らかなように、所有権留保は売買契約の附款であり、代金の完済を停止条件として買主に所有権が移転するという当事者の意思表示である。それゆえ、買主の代金完済まで所有権は売主に存する。したがって、二当事者間の所有権留保において売主に留保された所有権は、完全所有権である。

これに対して、譲渡担保は、債権の担保を目的として設定される債権との付従性ある担保物権である。それゆえ、譲渡担保権の設定に際して、設定者は「真正所有権者（echtes Eigentümer）」でなければならない。譲渡

正昭「所有権留保の内容、効力」加藤一郎・林良平編『担保法大系第4巻』（金融財政事情研究会、1985年）370頁（378頁）。

担保権設定契約は、真正所有者たる設定者が、譲渡担保権者の債権を担保するため、自己の所有する目的物の所有権を担保権者に移転するという法形式を採る担保物権である。ここで譲渡担保権者へ移転される所有権は担保所有権（所有権の転化形態）であり、法形式上は完全所有権の移転に見えるが、経済的に見れば、設定者に物権的期待権（条件付所有権取得権）を設定ないし留保しているのが、譲渡担保権者の「所有権」は完全所有権ではなく、「担保所有権（Sicherungseigentum）」と称すべき担保物権である。そこで、留保売主の完全所有権たる留保所有権と、譲渡担保権者の担保所有権とは競合するののかという問題が生ずる。

（2）留保物件を目的物とする譲渡担保権の成否

前段の理解を前提として、譲渡担保権の設定者Bが、自己への供給者Aの留保所有権付きの物を自己の債権者Cへ譲渡担保の目的物件として提供する場合における法律関係について考える。

Bは、代金完済前は目的物件の所有者ではない。にもかかわらず、Aの所有物をCへの譲渡担保に供した。Aの所有権は完全所有権であるから、たとえCが善意で担保所有権を取得するという前提があっても（善意取得制度〔BGB第932条、HGB第366条〕）、担保目的物とされた機械や加工原材料に関して、ドイツの判例・通説は、商人間取引における「所有権に関する譲受人の注意義務」を重視しているので、確認を綿密に行わないと、善意取得が認められるケースはほとんど存在しない⁽³³⁾。

⁽³³⁾ RG, Urt. vom 20. 5. 1904, RGZ 58, S. 162. (有価証券の善意取得を否定) ; BGH, Urt. vom 17. 1. 1968, WM 1968, S. 540. (建設機械車両の善意取得を否定) ; BGH, Urt. vom 18. 6. 1980, BGHZ 77, S. 27. (洋服原材料の善意取得を否定) ; BGH, Urt. vom 9. 11. 1998, NJW 1999, S. 425f= ZIP 1998, S. 2155f. (建設機械の善意取得を否定) ; BGH, Urt. vom 22. 9. 2003, ZIP 2003, S. 2211f. (風力施設の善意取得を否定) など、ドイツの判例は、所有権に関する調査義務に関して厳格であり、取得者が処分者の所

この場合において、BがCに対し譲渡担保に供した目的物がAから定期的に仕入れた加工原材料である場合には、BがAに対して既に代金を完済したものと、そうではないものがBの倉庫内に混在していることがある（在庫担保の場合には通常はそうであろう）。この場合には、代金完済分については、停止条件が成就しており、CはBの所有物を担保目的で取得したと言えるので、この部分については、譲渡担保権が成立する。また、代金完済前のものについては、留保売主Aに完全所有権があるが、Bには将来の所有権取得権たる物権的期待権（dingliches Anwartschaftsrecht）があるので、Bはこの期待権をCに担保目的で譲渡したとすることができる⁽³⁴⁾。それゆえ、BからCへの所有権の移転は、個別仕入品に関するBの代金完済に応じて増加する。

しかし、期待権は停止条件付所有権移転請求権であり、Bが期限の利益を喪失するなどして、条件が成就することなく終わった在庫品に関しては、期待権は消滅に帰する。即ち、Aが留保所有権に基づいて留保商品をBから引き揚げて処分する際には、その前提として、AはBに対し、所有権留保売買を解除しているので（BGB 第449条2項）、既に留保買主Bの期待権は消滅している。したがって、Cの譲渡担保権の目的物は代金の完済した部分に限られる。

(3) 留保所有権抹消条項

それゆえ、ドイツの金融実務においては、前段のような危険を回避するため、個別動産、在庫（集合動産）を問わず、譲渡担保約款には、「担保

有権に関して、所有権証明書の確認など、綿密に行わないと、「重過失」と認定し、善意取得を認めない。

⁽³⁴⁾ BGH, Urt. vom 13. 6. 1956, IV ZR 24/ 56, BGHZ 21, S. 52[54 f.]; BGH, Urt. vom 24. 6. 1958, VIII ZR 205/ 57, BGHZ 28, S. 16 [20 f.] 以来の判例・通説である。

物件提供者は、およそ現に存する所有権留保を、売買代金の支払によって消滅させるべき義務を有する。銀行は、担保物件提供者の売買代金債務を供給者に支払うべき権限を有する。」という規定を設けている⁽³⁵⁾。

この規定の前段は、留保買主が、留保商品を譲渡担保の目的物として提供する場合には、これに先立ち、供給者たる留保売主に代金を完済して、留保所有権を消滅させなければならないということである（留保所有権消滅義務）。また、後段は、譲渡担保権の設定を受ける銀行は、留保所有権を消滅させるため、留保売主（供給者）に残代金を完済する（立替払する）権利を有するということである（代位弁済権）。

この点は、1979年10月24日のBGH判決⁽³⁶⁾において、譲渡担保は換価権に過ぎないという性質決定をし、設定者の倒産手続においては、譲渡担保権者に対しては、真正所有者に認められるべき目的物の取戻権を認めず、別除権が認められるに過ぎないと判示して以来、譲渡担保権（担保所有権）は留保所有権（完全所有権）と区別され、両者の間に優劣関係が生じたこととも関連しよう。したがって、所有権が留保された物につき、譲

⁽³⁵⁾ Staudinger/ Wiegand, a.a.O. (Fußn. 12), Anhang zu §§ 929 - 931, S. 294 [einzelner Sachen (個別動産の譲渡担保)] u. S. 296 [Raum=Warenlager (在庫・集合動産の譲渡担保)].

⁽³⁶⁾ BGH, Urt. vom 24. 10. 1979 - VIII ZR 298/78 (Stuttgart), NJW 1980, S. 226, 227. 本判決は、動産譲渡担保と動産質権とを比較しつつ、「担保物件受領者は、原則として、所有者に帰属すべき全ての権利を有する所有者類似の地位へと導かれぬ。なぜなら、担保所有権は、完全かつ無制約の所有権ではなく、担保物件提供者の破産において、取戻権ではなく、別除された満足を受ける権利を有するに過ぎない換価権能を与えられるに過ぎないからである。それゆえ、この権能の範囲は、完全所有者の地位からは決められない。譲渡担保の意義と目的は、担保物件提供者に自己の経営を遂行するために考えられる利用のために、通常、譲渡された目的物をその提供者に留保しつつ、債権の不履行の場合において、担保物件受領者に対し、担保目的物からの満足を保証給付することにある」と述べている。

渡担保権が設定された場合には、譲渡担保権者は、留保所有者に対し、自身の換価権者たる地位を対抗することができない。

これまで論じてきたように、譲渡担保と所有権留保とは、その出発点においては、ともに真正所有権を利用した債権担保手段とされた。しかし、その後、譲渡担保の金融担保という側面がクローズアップされたのに対し、所有権留保のそのような性質は二次的なものであり、むしろ、留保売主の「商品信用」という性質が重視され、留保買主の履行遅滞等による契約解除の場合における留保売主の真正所有権に基づく留保商品の返還請求権の重要性がクローズアップされた結果、二当事者間所有権留保における留保売主の留保所有権は真正所有権という扱いがなされ、今日に至っている⁽³⁷⁾。

このように、ドイツにおいては、所有権留保と動産譲渡担保との性質上の違いが重視されていることから、両者が競合する場面においては、所有権留保が譲渡担保を席卷している（但し、所有権留保が先行しているケース）。

それでは、以上の本質論を前提として、本稿の問題点における日本法の解釈論として、まずは、平成30年最判（同29年東京高判）⁽³⁸⁾の分析から始める。

(37) この点に関して、詳細は、拙著『所有権留保の研究』（成文堂、2019年）「序章 所有権留保論・序説」21頁以下、「第3章 ドイツ法における譲受け留保所有者の法的地位」278頁以下、292頁以下を参照されたい。

(38) 最高裁判所平成28年（受）第1124号同30年12月7日金法2105号6頁、東京高等裁判所平成28年（ネ）第2611号（不当利得返還等請求控訴事件）平成29年3月9日判決金法2091号71頁。平成30年最判は、平成29年東京高判の解釈論の一部と結論を承認したに過ぎないので、本件の認定事実と基本的な解釈論に関しては、平成29年東京高判をも踏まえつつ論ずることとする。

第2節 最判平成30年12月7日の概要と問題点

第1項 概要

1. 事実の概要

(1)Y総業(株)(被上告人・被控訴人・被告,以下、「Y」という。)は,平成22年3月10日,A産業株式会社(以下「A産業」という。)に対し電線屑等の金属スクラップ(以下、「本件動産」という。)を継続・反復して売却し,YはA産業が代金を完済するまで本件動産の所有権を留保する旨合意した。

[Y・A産業間の所有権留保約款]

①YからA産業への目的物の引渡しは,原則として,A産業がYの子会社から定期的に目的物を収集することにより行われる。

②A産業は,Yから引渡しを受けた目的物を受領した後,速やかに確認して検収する。

③Yは,検収に係る目的物について,毎月20日締めで代金をA産業に請求し,A産業は,上記代金を翌月10日にYに支払う。

④目的物の所有権は,上記代金の完済をもって,YからA産業に移転する(以下,この定めを「本件条項」という)。

⑤Yは,A産業に対して,本件売買契約に基づいて売却した金属スクラップ等の転売を包括的に承諾しており,A産業は,Yから当該金属スクラップ等の引渡しを受けた直後にこれを特定の業者に転売することを常としていた。

(2)他方,X中央金庫(上告人・控訴人・原告,以下、「X」という。)は,平成25年3月11日,極度額を1億円とし,A産業からの個別の申込みに応じてXがA産業に融資を実行する旨の契約を締結し,この契約により,XがA産業に対して現在及び将来有する債権を担保するため,Xを譲渡担保権者,A産業を設定者とする集合動産譲渡担保権設定契約を締結し,同日,その対抗要件として動産譲渡登記を経由した。

〔X・A産業間の集合動産譲渡担保約款〕

①譲渡担保の目的は、非鉄金属製品の在庫製品、在庫商品、在庫原材料及び在庫仕掛品（以下、「在庫製品等」という。）で、A産業が所有し、A産業の工場及び精錬部で保管する物全部とする。

②本件設定契約締結の日にA産業が所有し上記の保管場所で保管する在庫製品等については、占有改定の方法によってXにその引渡しを完了したものとす。

③上記の日以降にA産業が所有権を取得することになる在庫製品等については、上記の保管場所に搬入された時点で、当然に譲渡担保の目的となる。

(3)その後、A産業は、事実上の倒産状況となったので、平成26年6月18日、自己の債権者らに対し、事業の閉鎖と会社整理を通知した。そこで、Yは、A産業の支払停止、期限の利益喪失を理由として、平成26年11月17日、東京地裁にて、A産業に対する本件動産に関する仮の引渡しを求める動産引渡断行仮処分命令の申立てをした。

他方、Xは、同年12月1日、自身が本件動産の所有権を有すると主張し、A産業に対する占有移転禁止の仮処分等を申し立て、Yの仮処分事件に独立当事者参加した。

東京地裁は、①本件動産はYに所有権が留保されているから、A産業がその所有権をXに承継取得させる余地はない、②Y・A間の契約条項によるも、本件動産につき留保所有権に優先する譲渡担保権の設定を許容する趣旨とは解されないとして、Yの申立てを認め、Xの申立てを却下する決定をした。

Yは、この決定を受け、取得した仮処分命令を執行し、留保所有権に基づいて、工場内に保管されていた本件動産を当該工場から引き揚げ、売却処分した。

そこで、Xは、本件動産につき、XとYとは互いに対抗関係に立つところ、留保所有権につき対抗要件を具備していないYは、譲渡担保権につき対抗要件たる動産譲渡登記を具備したXに対抗しえないとして、Yによる本件動産の処分行為はXに対する不法行為に該当し、または、本件処分によって得た利益は、Xとの関係において不当利得に該当すると主張し、これら主張に基づき、Yに対し、5000万円（本件動産の価格相当額）及びこれに対する遅延損害金又は民法704条所定の利息として、上記仮処分命令の執行終了の翌日から支払済みまで

民法所定の年5パーセントの割合による金員の支払を求めた。

2. 本件の争点

本件の争点は、〔争点1〕本件所有権留保の成否及びその有効性（1-1）、YはXに対し本件動産の留保所有権を主張しうるか（1-2）、〔争点2〕不当利得の成否、〔争点3〕不法行為の成否とされた。

3. 第1審（東京地判平成28年4月20日）

第1審は、Xの請求をすべて棄却した。まず、〔争点1〕については、YからA産業への所有権移転は代金完済を停止条件とするので、A産業に所有権があるという前提で締結されたA・X間の譲渡担保権設定契約は、その目的物につき、A産業の所有しない部分に関しては無効とし、反対に、YはXに対し自己の留保所有権を主張し対抗しうるとした。また、〔争点2〕と〔争点3〕については、設定者A産業に所有権がないので、Xは本件動産につき有効な譲渡担保権を取得しないから、Yによる本件動産の引揚行為及び処分は、Xとの関係で不当利得または不法行為を構成しないとした。

そこで、Xは第1審判決を不服として控訴した。

4. 原審（東京高判平成29年3月9日：第1審判決一部変更）

原審は、A産業のYに対する一部完済部分を認め、この部分における不当利得を認めたほか、概ね第1審判決と同様、譲渡担保権の成立を否定した。

1 本件所有権留保の成否及びその有効性（争点1-1）

本件売買は、代金の完済によりA産業に所有権が移転する旨の本件約定の効力により、本件動産については、A産業に対する引渡しの時点で、Yに所有権が留保されたものである。代金完済の事実は、所有権留保を消滅させる事実であるから、完済に係る動産の範囲を含め、Xが主張立証の責任を負う。

2 YはXに対し本件動産の留保所有権を主張できるか（争点1-2）

(1)本件動産のうち、Xが代金の完済を主張立証した動産を除く部分は、その

留保所有権と動産譲渡担保権との優劣関係

所有権がA産業に移転していないから、当該部分について本件譲渡担保は効力を有せず、Xは、これをYに対して主張することはできない。

(2)本件約定の内容は、売買目的物の所有権移転時期を代金完済時と明示的に定め、A産業への所有権移転（物権変動）の効力自体を代金の完済に係らしめている。本件所有権留保の目的が本件売買に係る代金債権の担保であるとしても、Yは、当該目的の実現のため、売買契約による物権変動自体に関して本件約定を締結したのであり、上記目的は物権変動の有無を左右するものではない。

本件動産には、YのA産業に対する包括的な転売授權がある。しかし、転売代金がYへの代金支払の原資となることに照らせば、Yは、担保目的を実現するために転売を包括的に承諾していたに過ぎず、Y・A間の物権変動の有無自体を左右するものではない。転得者との関係は、即時取得または転売の承諾による信義則違反等の効果に過ぎず、物権変動の有無を左右するものではない。

イ(ア)本件約定の合理的意思解釈として、本件所有権留保について、Yの担保権（所有権留保）とXの動産譲渡担保を対抗関係として理解することも、理論的には不可能とはいえない。

担保権の構成説によると、留保所有権と動産譲渡担保権の優劣は対抗要件の具備の先後により決することとなる。本件譲渡担保の登記後は、その後に本件工場に納品された動産も占有改定による引渡しとしての対抗力を有するため、本件所有権留保はこれに劣後し、また、Yは、特段の事情のない限り、Xに対し動産先取特権を主張することもできない（最判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁参照）。しかし、「このような結果は、留保所有権と動産譲渡担保権の間の利益衡量として適切なものとはいえず、むしろ、動産譲渡担保の設定により、動産売買に係る与信取引を急激に萎縮させるおそれ大きい」。

「(オ)動産譲渡担保を利用した融資の実務でも、所有権留保が対抗力なくして優先するとの見解がむしろ趨勢であると窺われることをも考慮すると、留保所有権と動産譲渡担保権の優劣に関して前記(ア)の理論構成を採用することは困難というほかはない。」

(3)Xは、前記(1)の見解を前提とすると、法的倒産手続において留保所有権が別除権として扱われ、対抗要件の具備が求められる（最判平成22年6月4日民

集64巻4号1107頁等) ことと整合しない旨を主張する。

しかし、「X指摘の最高裁判例は、民事再生手続開始後に車両につき留保所有権を主張する信販会社が、車両の販売会社から所有権の移転を受けていたことを前提事実とするものであり、この点で本件とは事案を異にする。また、上記最高裁判例が指摘するとおり、法的倒産手続の開始後において、債務者の財産に係る担保権の行使につき登記・登録等の具備が要求される(破産49条1項、民事再生45条1項等)のは、個別の権利行使が禁止される一般債権者と、法的倒産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趣旨と解され、これらの規定が担保権相互の優先関係を規律するものとはいえない。……

(4)また、Xは、前記(1)の見解は、留保所有権を動産譲渡担保に常に優先させ、動産譲渡担保の利用可能性を著しく制約する旨を主張する。

しかしながら、……現行の我が国の法制を前提とすると、X主張の担保権的構成を前提としても、動産譲渡担保権と留保所有権の優先関係は、対抗要件の具備の先後による二者択一の関係とならざるを得ず、……留保所有権が優先するとの解釈にも合理的理由があるものというほかはない。

また、Xの主張中には、動産売買に直接関与しない譲渡担保権者において、債務者の所有権の範囲(又はその反面としての留保所有権の範囲)を調査・確認することの困難をいう部分があるが、そのような範囲の特定・明確化は、結局のところ債務者の行為に依存せざるを得ないものであり、この点で動産譲渡担保権者と留保所有権者との間に本質的な差異があるものとは認め難い。また、留保所有権の存否についても、Xは、A産業の在庫商品の調達先を特定の上、A産業及び調達先への照会によりこれを確認することは比較的容易と考えられる。」

〔3 不当利得の成否等(争点2)及び不法行為の成否等(争点3)〕

(1)……本件所有権留保は、本件売買契約に基づく引渡しの時点で成立し、A産業による代金の完済により消滅することとなり、一方で、Xは、本件動産について、代金が完済された部分を除き有効な動産譲渡担保権を取得せず、Yは、対抗要件の具備なくして本件所有権留保をXに主張することができる。

したがって、X主張の損害又は損失は、本件動産のうち、上記代金の完済につきXが立証した部分について認められ、その余の部分については認められないこととなる。

(2)Xは、損害等に関する予備的主張として、本件動産のうち代金支払済みの部分につき主張する(○)……

(3)Y自認超過部分及びY自認額について

ア 本件動産のうち、Y自認超過部分については、A産業において代金を支払済みであることについて、後記イの例外を除き争いが無い。……

イ 一方で、別表1の左端に〔1〕ないし〔4〕を付した各品目（Y自認額の合計は63万5423円となる。）については、（Yからの納品後にA産業がYに代金を仮払いし、転売時に転売代金からA産業の手数料2%を控除した後の転売残代金額と仮払金との差額を清算する部分であるが〔筆者註〕、）……仮払金の支払時においては後日の残代金の清算が予定され、A産業は清算時点で前記手数料のみを取得する予定であったことに照らせば、これらの各品目については、当事者の合理的意思に照らし、仮払金の支払時点で本件約定にいう「代金の完済」があったものとは認め難い。そうすると、これらの各品目については、本件仮処分決定の執行時点においてYの留保所有権は消滅しておらず、本件動産譲渡担保は効力を有しないこととなるから、本件仮処分決定の執行等につきXの損害又は損失があるものとはいえない。」

〔ウ 一方で、Y自認超過部分のうち、前記イの各品目を除いたものについては、Yは、A産業による代金の完済により留保所有権が消滅したにもかかわらず、本件仮処分決定の執行後、Bにこれを売却して処分したものである。当該執行及び売却処分は、本件仮処分決定に先立ち、A産業が債権者らへの支払を停止し、Xが独立当事者参加により本件譲渡担保を主張していたことに照らせば、Xに対する不法行為を構成するものといわざるを得ず、その結果、Xには、177万7154円（Y自認額241万2577円のうち、前記イの各品目に係る63万5423円を除いたもの）の損害が発生したものと認められる。〕

Xは、平成29年東京高判を不服として、上告異議を申し立て、受理された。

5. 判旨（最判平成30年12月7日）

上告棄却。「本件売買契約は、金属スクラップ等を反復継続して売却するものであり、本件条項は、その売買代金の支払を確保するために、目的物の所有権がその完済をもってYからA産業に移転し、その完済まではYに留保される旨を定めたものである。

本件売買契約では、毎月21日から翌月20日までを一つの期間として、期間ごとに納品された金属スクラップ等の売買代金の額が算定され、一つの期間に納品された金属スクラップ等の所有権は、上記の方法で額が算定された当該期間の売買代金の完済までYに留保されることが定められ、これと異なる期間の売買代金の支払を確保するためにYに留保されるものではない。上記のような定めは、売買代金の額が期間ごとに算定される継続的な動産の売買契約において、目的物の引渡しからその完済までの間、その支払を確保する手段を売主に与えるものであって、その限度で目的物の所有権を留保するものである。

また、Yは、A産業に対して金属スクラップ等の転売を包括的に承諾していたが、これは、YがA産業に本件売買契約の売買代金を支払うための資金を確保させる趣旨であると解され、このことをもって上記金属スクラップ等の所有権がA産業に移転したとみることはできない。

以上によれば、本件動産の所有権は、本件条項の定めどおり、その売買代金が完済されるまでYからA産業に移転しないものと解するのが相当である。したがって、本件動産につき、Xは、Yに対して本件譲渡担保権を主張することができない。」

第2項 平成30年最判（同29年東京高判）の判例法理

平成29年東京高判（と平成30年最判）の示した判例法理は、次のようにまとめることができる。

第一に、所有権留保の目的が売買契約に係る代金債権の担保であるとしても、売買契約による物権変動の時期は代金完済時であるから、非所有者の設定した譲渡担保権は、その限りにおいて無効である。

第二に、動産譲渡担保を利用した融資の実務でも、所有権留保が対抗力

なくして優先するという見解が趨勢であるから、両者を対抗関係と解することは困難である。

第三に、Yは、A産業に対し、包括的に留保物の転売授權をしているが、これはA産業のYに対する弁済の原資を確保するための措置であり、A産業への所有権移転を認めるものではない（平成29年東京高判，同30年最判の共通法理）。

第四に、担保権の構成説によると、倒産手続上、留保所有権は別除権であり、対抗要件の具備が求められるとしても（破産第49条1項，民再第45条1項等），これは、個別の権利行使が禁止される一般債権者と、法的倒産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趣旨と解され、これらの規定が担保権相互の優先関係を規律するものとは言えない。

第五に、担保権的構成説を前提としても、動産譲渡担保権と留保所有権の優先関係は、対抗要件の具備の先後による二者択一の関係とならざるを得ないが、留保所有権が優先するとの解釈にも合理的理由がある。

第六に、留保所有権の存否についても、Xは、A産業の在庫商品の調達先を特定の上、A産業及び調達先への照会によりこれを確認することは比較的容易と考えられる。

平成29年東京高判は、以上の理由により、「Xは、本件動産について、代金が完済された部分を除き有効な動産譲渡担保権を取得せず、Yは、対抗要件の具備なくして本件所有権留保をXに主張することができる」として、譲渡担保権の設定に先行する留保所有権の優越性を認め、平成30年最判は、この解釈を追認した⁽³⁹⁾。

(39) 東京高判平成29年3月9日金法2091号71頁，最判平成30年12月7日金法2105号6頁。本件は譲渡担保権者Xの全面敗訴のように思われたが、東京高裁は、留保所有権者Yは、債務者Aによる代金の完済により留保所有権が消滅した物件についても、

第3項 本件における問題点

1. 所有権と期待権

本件は、留保売主Y、留保買主A、譲渡担保権者Xにおいて、Aは自己への供給者Yが留保した所有権のある物を自己の債権者Xへ譲渡担保の目的物件として提供したという問題である。Aは、代金完済前は目的物件の所有者ではないが、それにも関わらず、Yの所有物をXへの譲渡担保に供した。この場合には、AがXに対して譲渡担保に供した目的物がYから定期的に仕入れた加工原材料であるときには、AがYに対して既に代金を完済した部分と、そうではない部分とが、Aの工場内に混在していることがある（在庫担保の場合には通常はそうであろう）。

この場合には、代金完済部分については、XはAの所有物を担保目的で取得したと言えるので、この部分について譲渡担保権が成立する。また、代金完済前の部分については留保売主Yに真正所有権があるが、Aには将来の所有権取得権たる物権的期待権（dingliches Anwartschaftsrecht）があるので、Aはこの期待権をXに担保目的で譲渡したとすることができ

本件仮処分決定の執行後、第三者Bにこれを売却処分したとして、当該執行及び売却処分は、本件仮処分決定に先立ち、Aが債権者らへの支払を停止し、Xが独立当事者参加により本件譲渡担保を主張していたことに照らせば、Xに対する不法行為を構成すると判示し、この部分に関するXの損害賠償請求を認めた。

平成29年東京高判は、留保所有権を担保権として扱うとしても、譲渡担保の設定者が所有権を取得していないという法形式面を重視して、譲渡担保権は成立しないと判断したものである。また、平成30年最判は、供給者が一定の期間に納品した商品に関する代金完済を停止条件とする所有権留保について、当該期間中の代金支払確保手段という目的を重視して、条件成就前は留保買主に所有権が移転しないという約定の趣旨を重視した判断である。この意味において、前掲昭和58年最判が留保売主に真正所有権があるかのような判断をしたのとは、ニュアンスが異なるものと言することができる。

る⁽⁴⁰⁾。それゆえ、AからXへの所有権の移転は、継続的に供給される個別仕入品に関するAの代金完済に応じて増加する。

しかし、物権的期待権は停止条件付所有権移転請求権であり、AがYに対して期限の利益を喪失するなどして、条件が成就せずに終わった在庫品に関しては、期待権は消滅に帰する。即ち、留保売主Yが所有権に基づいて留保商品をAから引き揚げて処分する際には、その前提として、YはAに対し、所有権留保売買を解除するので（BGB第449条2項）、解除と同時に、留保買主Bの物権的期待権と占有権は消滅する。この場合には、Xの譲渡担保権の目的物は代金を完済した部分に限られ、それ以外の部分は、Yは自己の所有権に基づいてAの元から留保商品を引き揚げたに過ぎないので、YはXの譲渡担保権を侵害していない。

2. 担保権競合問題

次に、所有権留保を譲渡担保権の設定と類似する担保権と解すると、両者は、競合状態になるのではないかという問題が生ずる。即ち、所有権留保売買の留保買主は、条件付所有権を取得し、実質的には自己の物として占有・使用する地位を有するとすれば、実質的な所有者として扱われるので、留保売主の留保所有権は譲渡担保権と類似する担保権ということになる⁽⁴¹⁾。そうすると、留保買主Aは、実質的な所有者としてXに対して留保

(40) BGH, 13. 6. 1956, IV ZR 24/ 56, BGHZ 21, S. 52[54 f.]; BGH, 24. 6. 1958, VIII ZR 205/ 57, BGHZ 28, S. 16 [20 f.] 以来の判例・通説である。

(41) 高木・前掲『担保物権法』380頁。高木博士は、抵当権類似の権利関係として、「担保権説」を主張する。即ち、「譲渡担保と同じく、所有権が売主と買主に分属していることを肯定しなければならない」と解しつつ、留保買主の物権的地位については、売買によって目的物の所有権は買主に移転し、売主は所有権留保特約によって一種の担保物権たる留保所有権を取得するものと構成する。また、米倉明『所有権留保の実証的研究』（商事法務研究会、1977年）36—37頁及び300頁、幾代通「割賦売買一所

商品を譲渡担保に供したことになるので、Yの担保権としての留保所有権は、同じくXの担保権としての集合動産譲渡担保権の目的として埋没するのではないかという問題が生ずる。

この問題については、動産売買先取特権の目的物が集合動産譲渡担保権の設定された倉庫内に搬入された瞬間に、譲渡担保の構成部分と化し、占有改定による引渡しによって動産先取特権の効力が失われるので（第333条）、譲渡担保権者の「(担保)所有物」となるといふ判例法理がある（第333条適用説）⁽⁴²⁾。

民法第333条は、「先取特権は、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、その動産について行使することができない。」と規定する。民法第333条の制度趣旨は、公示方法のない動産先取特権については、第三者は往々にして先取特権の存在を知らず、そのため、先取

有権留保売買」『契約法大系Ⅱ（贈与・売買）』（有斐閣、1962年）289頁（294頁以下）も、所有権留保と譲渡担保をともに動産抵当権と解するので、留保買主を所有者として扱うこととなる。

(42) 最判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁：「集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至ったものといふことができ、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分が変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである。したがって、動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合においては、債権者は、右動産についても引渡しを受けたものとして譲渡担保権を主張することができ、当該先取特権者が先取特権に基づいて動産競売の申立てをしたときは、特段の事情のない限り、民法333条所定の第三取得者に該当するものとして、（第三者異議の）訴えをもって、動産競売の不許を求めることができる。」

特権の実行によって不測の損害を被ることがある一方で、他方、先取特権の目的物が第三者に売買され、同人への引渡しが終わった後にまで先取特権の効力を維持するのは、先取特権者に必要以上の効力を与えることとなり、適切ではないという理由から、動産先取特権の追及力を制限し、これにより、動産取引の安全を保護するというものである⁽⁴³⁾。

第333条の取扱いについて、判例は、「第三取得者」を「所有権の移転を受けた者」と解し⁽⁴⁴⁾、同条の「引渡し」には占有改定を包含するものと解している⁽⁴⁵⁾。

また、学説は、第333条の引渡しに占有改定を含むかという問題について、現実の引渡しを要求する反対説も存在したが⁽⁴⁶⁾、従来の多数説は、占

(43) 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編』（和佛法律學校・明法堂、初版、1896年）364—365頁。この制度趣旨は、その後の学説によっても維持されている。この点については、我妻榮『新訂擔保物権法』（岩波書店、新訂3刷、1971年）93頁、西原道雄『注釈民法（8）物権（3）』（有斐閣、1965年）209頁、柚木＝高木・前掲『担保物権法』76頁。

しかし、この制度趣旨に対して、石田穰・前掲『担保物権法』121頁は、取引安全の保護と位置づけながら、第三取得者の善意・悪意を不問としているのは妥当性を欠くとして、第三取得者には善意・無過失を要求すべきものと批判する。また、道垣内・前掲『担保物権法』70頁も、第三取得者の善意を要求していないことから、取引安全のみからは説明できないと言う。

(44) 大判昭和16年6月18日新聞4711号25頁。

(45) 大判大正6年7月26日民録23輯1203頁。

(46) 末弘嚴太郎『債權總論（二）（現代法學全集第六卷）』（日本評論社、1928年）69頁、田島順『擔保物権法』（弘文堂書房、1934年）75頁。末弘博士は、第321条（現行第320条）以下の先取特権には即時取得の準用規定たる第319条が適用されないことから（第319条は第312条〔不動産賃貸〕、第317条〔旅館宿泊〕、第318条〔運輸〕の先取特権に即時取得規定を準用している。）、保護の薄いものとなるので、第333条の引渡しは現実の引渡しに限ると解するのが至当と論じていた。

有改定を含むという判例法理を正当と解している⁽⁴⁷⁾。公示方法を予定しない動産先取特権と第三者との利害関係を考えると、第333条に所謂「引渡し」には、第三取得者が対抗要件を具備した場合を広く包含すべきものという理由から、その場合には、動産先取特権の効力が切断され、第三取得者は、何ら担保の負担のない動産を取得するものと解する多数説が妥当である。

代理占有制度は、ローマ法にその淵源を見るものであり、それが中世から近代法へと受け継がれ、公示手段として制度化されたものである⁽⁴⁸⁾。本来、代理占有は、従前の占有状態に何ら変更を見ないものであるから、実際上の公示力はない。しかし、取引の現場において、①簡易引渡を回避するために、一旦占有を戻してから再び現実に引き渡すこと、②占有改定を回避するために、現実の引渡しをする一方で、その瞬間に元の占有状態に戻すことは無意味であることから、簡易引渡や代理占有が便法として利用されてきた。このような便法を利用する上で、支障のない限りは、これを肯定すべきである。

他方、占有改定による引渡しは公示方法としては不十分かつ不適切であると解し、動産担保の存在を公示するためには、取引社会で利用されているネームプレートのような明認方法を慣習法上の公示方法として認めるべきだという見解がある⁽⁴⁹⁾。

(47) 我妻・前掲『新訂擔保』93頁、石田文次郎『擔保物權法論（下）』（有斐閣、1936年）756頁、柚木＝高木・前掲『擔保物權法』76-77頁、川井健『擔保物權法』（青林書院新社、1975年）316頁等。

(48) この点に関しては、川島武宜『新版所有權法の理論』（岩波書店、1987年）240頁、原田慶吉『ローマ法上巻』（有斐閣、1949年）140頁などを参照。

(49) 吉田眞澄「集合動産の讓渡担保（6）」NBL226号（1981年）33頁（37-38頁）、同「集合動産讓渡担保」『担保法大系第4巻』（金融財政事情研究会、1985年）672頁（692頁以下）、半田吉信「集合動産讓渡担保と対抗要件」法時56巻1号（1984年）

更に、集合動産の譲渡担保の場合には、特定動産の譲渡担保よりも設定者をめぐる利害関係人の多さを理由として、融資者だけに目的物の価値を独占させることに疑問を提起し、集合動産の譲渡担保は債権契約性を有するに過ぎないとし、物権性を否定する説（債権的効力説）もある⁵⁰⁾。

しかし、抑も、動産の占有というものは、その動産に関する所有権の所在を実効的に公示することは難しいものである。そして、動産質権の設定における現実の占有移転の不便さから（日民第344条、第345条、BGB第1205条1項1文）、これを回避するために簡易の占有移転を認めるようになったという経緯があり、ここから、譲渡担保の設定行為は占有改定の方法を採るに至ったのである。然るに、譲渡担保権の設定における占有改定による引渡しは、形式主義を標榜するドイツにおいてでさえ、制度上認められているのであるから（BGB第930条）、わが国の判例が認めてきた占有改定による引渡しをもって譲渡担保権設定の対抗要件とするという姿勢は是認されるべきである。

したがって、先取特権が付着している動産であっても、譲渡担保権者が所有権の移転を受け、たとえ占有改定のような観念的な引渡しであろうとも、とにかく引渡しさえ受けてしまえば、もはや先取特権の効力は当該動

113頁（115頁）、米倉明「動産の担保」私法45号（1983年）24頁（26—28頁）、石田喜久夫「流動動産の譲渡担保契約」法セミ298号（1979年12月号）52頁（54頁）、伊藤進「集合動産譲渡担保の有用性の検討（中）」手形研究323号（1982年）6頁（8頁以下）など、当時は比較的多数説であった。

近時、松岡・前掲『物権法』221—222頁、同『担保物権法』（日本評論社、2017年）321頁は、ネームプレートなど、何らかの公示方法さえ備えれば、占有改定による引渡しでも、公示方法（対抗要件）として、また、即時取得の要件たる「引渡し」として認めるべきものと主張する。

50) 石田（喜）・前掲「論文」法セミ298号55頁。

産には及ばないということになる⁽⁵¹⁾。

前掲昭和62年最判も、譲渡担保権に対抗力を認めることとともに、民法の各種規定（第333条、第183条、第178条）を適用して、譲渡担保権者は先取特権者からの強制執行を第三者異議の訴え（民執第38条）によって排除しようとしている。譲渡担保権の設定を形式的に所有権の移転と認めれば、占有改定による引渡しにより、譲渡担保権者は第三者に対抗しよう。所有権の一部の移転と解する立場であっても、占有改定による引渡しによって、担保所有権の移転に関する対抗要件として位置づけることはできるはずである⁽⁵²⁾。

平成30年最判の事実関係によると、Xは占有改定による引渡しではなく、動産譲渡登記を備えているが、この登記は占有改定と同レベルという位置づけなので⁽⁵³⁾、解釈としては同一に帰着する。

51) 第334条類推適用による質権擬制説もあるが、先取特権との競合と認めるに過ぎず、質権が第一順位の先取特権（第330条）とみなされることから、結局、譲渡担保権が優先することには変わりはないので、それほど意味のある解釈とは思われない。

52) 道垣内・前掲『担保物権法』312頁の判例法理に対する是認的説明、313頁のネームプレート説に対する批判的論述から、占有改定による引渡しを容認しているものと解される。私見は、ローマ法以来の民法体系上、所有権の分属はありえないと構成する。しかし、私見は、譲渡担保権の設定行為により、譲渡担保権者には処分権の制限された「担保所有権」に転化して移転し、設定者は物権的期待権を有するものと構成するので、譲渡担保権者の担保所有権取得の対抗要件として、占有改定による引渡しを認めるべきものと解する。

53) 動産債権譲渡特例法第3条1項は動産譲渡登記により民法第178条の引渡しがあったとみなすと規定するが、従来、判例法理により、第178条の引渡しには占有改定による引渡しを含むと解され（大判明治43年2月25日民録16輯153頁、最判昭和30年6月2日民集9巻7号855頁）、通説を形成してきたので、特例法登記と占有改定とは同一の効力と解されるのである。

3. 所有権留保への不適用

しかし、上記の解釈は、非占有担保物権かつ制限物権としての先取特権と権利移転型担保権たる動産譲渡担保権との競合に関するものである。それゆえ、所有権留保と動産譲渡担保との間には適用されえない。以下、その理由について述べる。

所有権留保は、停止条件付所有権移転という売買の附款である。仮に、所有権留保を純然たる担保権と解するとしても、解除条件付所有権移転という法形式を備える動産譲渡担保権と、停止条件付所有権移転という法形式を備える所有権留保に基づく留保所有権との競合には使えない。両者を類似の担保物権と解する場合には、抑も競合問題にはならないのではないかという疑問が生ずる。

集合動産譲渡担保の場合には、予めの設定契約時に、将来、倉庫内に搬入される商品にも、その搬入と同時に、譲渡担保権者への所有権移転と占有改定による引渡しの効力が及ぶ旨が約定されているので、倉庫内への搬入時に譲渡担保権者の担保所有物と化する。それゆえ、仕入先（供給）業者の有する制限物権たる動産売買先取特権は奏功しなくなる（第333条）。しかし、販売業者が所有権留保を施しておけば、担保目的物が通常の営業の範囲において転売され、引き渡されるまでは、買主の信用危殆状況の際には、取り戻すことができる（破産第62条）⁵⁴⁾。のみならず、転売されたと

54) 近時の判例・多数説は、買主の条件付所有権を「物的支配権」として認め、留保所有権を譲渡担保権と同様の「単なる担保権」として処遇し、留保所有者は設定者（留保買主）の倒産手続において「別除権」（破産第65条）を有するに過ぎないと解している（伊藤眞『破産法・民事再生法』〔有斐閣、第3版、2014年〕446頁、最判平成22年6月4日民集64巻4号1107頁など）。確かに、三者間契約類型の所有権留保は金融信用であるから、そのとおりである。しかし、二当事者間における単純類型の所有権留保においては、商品信用として、留保所有権になお「真正所有権」としての実体を認めるべきものである（拙稿「所有権留保売買における信販会社の法的地位」法経

しても、買主の倒産手続においては、代償的取戻権を有するものと解すると（同法第64条）、所有権留保は動産譲渡担保にも優先するものと解しうる。

次に、流通を予定する商品の所有権留保において、転売授権がなされている場合の取扱いについて考えてみる。平成30年最判（平成29年東京高判）の事案において、供給業者（留保売主）Yは、留保買主Aに対し、通常の営業の範囲内における転売権を与えている。Yは、Aに対し、Yへの売買代金をAが割賦弁済するという商品信用を与えているので、Aの営業活動により、計画的にYへの代金支払を予定することが当然の前提となる。

他方、譲渡担保権者X中央金庫も設定者Aに対して同様の転売権を与えている。この場合における転売授権は、Aの営業活動によって獲得した収益により、Xへの借入債務を弁済するという目的の下で、これまた計画的な弁済を予定するものである。転売授権と譲渡担保権の効力との関係は、Aの仕入商品の保管場所への搬入と同時に担保目的物となるが、転売による搬出と同時に担保目的から離脱するものと解される。これが在庫譲渡担保の本質である。

前述したように、二当事者間の所有権留保は、留保売主の代金債権の担保というよりは、むしろ、留保売主に契約解除の場合における物権的返還請求権を保全するという目的を有している。そのため、商品を媒介とした与信行為と考えられる。それゆえ、留保売主の留保した所有権は真正所有権である。この場合における留保買主の地位は、停止条件付所有権移転請求権という意味における期待権者に過ぎず、留保売主との内部関係における物権的効力は、使用・収益権を本権とする占有権に基づくものに過ぎない。しかし、留保買主の期待権は、第三者との関係においては、条件付

論集〔愛知大学〕213号〔2017年、拙著『所有権留保の研究』〔第2章〕所収〕69頁〔99頁以下〕。

所有権取得権を物権的期待権として、物権的効力をリファイナンスに利用し、あるいは防御的・抗弁権的に利用することが認められるという法律・権利関係である。

そこで、このような観点から、本件の事実関係を分析すると、留保売主 Y は、通常の営業の範囲内で A に転売権を与えているが、平成30年最判も述べているように、これは A の営業による収益活動であり、Y への割賦弁済金の原資たりうべきものである。それゆえ、Y の留保した所有権に何らの影響を与えるものではない。

他方、X の集合動産譲渡担保の目的たる A の工場内に Y の留保商品が搬入された場合における法律・権利関係については、A の有する権利は所有権ではなく、物権的期待権である。それゆえ、X は A の有する物権的期待権を譲渡担保の目的として獲得したものと言える。

この局面において、留保所有者 Y と期待権の譲渡担保権者 X との関係は、Y が商品与信者、X が金融与信者というだけであり、A の転売によって獲得した収益を A が計画的に Y に割賦弁済し、あるいは、X に弁済している局面においては、何ら問題は生じない。

ところが、A に信用危殆事由が発生した場合には、状況が一変する。この場合に、留保所有者 Y と金融与信者 X との優劣関係となる。

X は金融の担保のために、A の物権的期待権の譲渡を受けたという地位にある。他方、Y は商品与信者であり、真正所有者である。それゆえ、A の信用危殆事由発生の際には、Y は所有権留保特約付売買を解除する。これにより、A は物権的期待権と占有権を失うので、この時点において、X の譲渡担保権は目的を失う。したがって、Y が留保した所有権に基づいて、A の工場内から留保商品を引き揚げて処分したとしても、Y が X の譲渡担保権を侵害したことにはならない。

しかし、平成30年最判（平成29年東京高判）は、以上のような構成を採らず、「所有権移転」という設定形式で絞りをかけるという構成を採った。

譲渡担保は解除条件付所有権移転であるから、設定者は真正所有権者でなければならない。然るに、留保買主は停止条件付所有権移転請求権という期待権を有するに過ぎず、真正所有権者ではない。それゆえ、譲渡担保権は成立しないという解釈である。したがって、たとえ、担保権的構成説に立脚したとしても、動産譲渡担保権者Xと留保所有権者Yは競合する担保権者という地位に立たないこととなる。

第3節 従来の判例法理

留保物件を目的物とする譲渡担保権の成否という問題に関しては、わが国にも最高裁の判例（最判昭和58年3月18日）がある。事案は、Yが有する店舗の賃借権、敷金返還請求権、電話加入権、営業権及び店舗内に備え置かれた動産を所有権留保特約付でAに売却したところ、Aは代金完済前に、Xからの借入金の担保のため、留保物件を譲渡担保の目的として提供し、占有改定の方法によって引き渡したが、Aの支払遅滞を理由にYが店舗をBに売却処分したので、XがYに対し、譲渡担保権の侵害を理由として、不法行為に基づく損害賠償を請求したというものである。

この事案について、最高裁は、留保買主が代金を完済せずに留保物を譲渡担保に供したとしても、留保買主に所有権が移転していない以上、譲渡担保権は成立しないものと判示した⁽⁵⁵⁾。

⁵⁵⁾ 最判昭和58年3月18日判時1095号104頁。また、古く大審院時代の判例には、自動車の割賦販売による所有権留保売買の買主が自動車を第三者の売渡担保に供したという事案において、買主に横領罪が成立すると判示したものもある（大判昭和9年7月19日刑集13巻14号1043頁）。昭和9年大判の判断は、留保売主に真正所有権があることを前提とした解釈である。昭和58年最判も同様の観点からの解釈と思われる。倒産の局面における譲渡担保権者の取扱いについては、最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁が、会社更生手続の事案において、譲渡担保権者は更生担保権者に準

本稿において前掲した平成29年東京高判，平成30年最判は，ともに，昭和58年最判を引用していないが，判示内容からは，その前提となるべき判例と言えよう。

第4節 わが国における解釈論

第1項 留保物件を目的物とする譲渡担保権の成否

譲渡担保権が有効に成立するためには，設定者に目的物の所有権があることが前提となる。本件は，目的物に留保売主の留保所有権が存在している場合に，留保買主に「所有権」が移転しているのかが問題となる。

所有権留保売買における留保買主への所有権移転は代金の完済を停止条件とする。この場合における留保買主の地位を法律的に見れば，条件付所有権移転請求権者に過ぎない。それゆえ，形式的には，代金完済前は物権変動が生じておらず，留保買主には所有権は移転していないこととなる⁽⁵⁶⁾。

他方，留保買主を条件付所有者として位置づけ，既払い分だけ所有権を有するものと解すると，「分割所有権」を有することとなるので⁽⁵⁷⁾，これを譲渡担保権の目的とすることが可能である。

ずるとして，その取戻権を否定していたが，所有権留保の事案においては，留保所有権を真正所有権と扱ってきたとすることができる。

⁵⁶⁾ 道垣内・前掲『担保物権法』367—368頁。しかし，実質的には，留保買主には代金完済による所有権取得への期待があるので，買主には物権的期待権が帰属すると言えよう。

⁵⁷⁾ 竹下守夫「所有権留保と破産・会社更生」『担保権と民事執行・倒産手続』（有斐閣，1990年）267頁所収（特に275頁以下参照），幾代・前掲「割賦売買」『契約法大系Ⅱ贈与・売買』293頁。同様に，売主と買主に所有権が分属するものと構成する学説として，高木・前掲『担保物権法』379—381頁がある。

更に、留保買主には所有権は移転していないが、所有権移転に向けた物権的期待権を有しており、期待権が既払い分だけの価値を有するのであれば、この期待権を目的とする譲渡担保権が成立すると解することもできる⁽⁵⁸⁾。

しかし、昭和58年最判は、代金完済前の留保買主には所有権が移転しておらず、留保買主の設定に係る譲渡担保権は成立しないという理由により、留保所有者が留保買主の支払遅滞に基づいて留保物を第三者に処分したとしても、譲渡担保権の侵害は成立せず、不法行為に基づく損害賠償という問題も生じないとした。この意味において、在庫商品を譲渡担保の目的とした場合においても、在庫品の中に所有権を留保した供給者の留保物件が存在するときには、譲渡担保権と留保所有権との間には、抑も対抗関係が存在しないことに帰着する。この点は、平成30年最判（同29年東京高判）も同旨である。したがって、平成30年最判（同29年東京高判）の示した判例法理は、昭和58年最判の示した判例法理と相俟って、所有権留保売買における留保物件の上には譲渡担保権は成立せず、譲渡担保権が成立するのは、設定者が留保物件の代金を完済し、留保所有権が消滅した部分に限られるということを確認した。

しかしながら、平成29年東京高判は、留保所有権を担保権として扱うとしても、譲渡担保の設定者が所有権を取得していないという法形式面を重視して、譲渡担保権は成立しないと判断したものである。この意味において、前掲昭和58年最判が留保売主に真正所有権があるかの如き判断をしたのとは、ニュアンスが異なっている。

ところで、学説上、近時有力に展開されている「担保権的構成一対抗要件説」によると、売買前に売主が有していた所有権が所有権留保売買をした結果として「担保権へと変容」したものと解し、本稿及び別稿において、

(58) 拙著『民法要論Ⅲ担保物権法』（成文堂、2016年）294—295頁。

私が譲渡担保の法的構成において主張するのと同様の「担保所有権」を留保所有権にも適用するものと解し、両者はともに担保物権であるから、その優劣は、原則として、対抗要件によって決すべきものと解している⁽⁵⁹⁾。

しかし、このように解すると、前掲した平成62年最判の基準により、集合動産譲渡担保権の設定された在庫商品の中に留保所有権付きの物件が搬入されると、譲渡担保権が留保所有権に優先してしまうのではないかという懸念が生ずる。

しかしながら、論者は、この点の懸念を払拭するかのように、法定担保物権たる先取特権とは異なり、約定担保物権たる留保所有権の場合には、担保目的物に関する留保所有権と被担保債権との牽連性が強いという理由から、留保所有権を優先させるという理論を構成する⁽⁶⁰⁾。

結論として、留保所有権を優先させる理論としては適切である。だが、このように構成するのであれば、売主の留保所有権は「真正所有権」と解するか、少なくとも買主への物権変動は生じていないと解したほうが理由付けに窮することはないと思われる。所有権が担保所有権に転化するの譲渡担保権の設定に際してのみであり、二当事者間の所有権留保売買において譲渡担保の設定と同様に解する必要はない（但し、三者間所有権留保は譲渡担保と同一と解すべきである）。確かに、両者をともに担保物権と構成し、対抗関係が生ずるものと構成するにもかかわらず、「物と債権との牽連性」を理由として、留保所有権を優先させるという理論構成自体は、担保権的構成説の立場からは正当である。

しかし、非典型担保の法的関係ないし解釈論において、わが国の状況と

(59) 田高寛貴「譲渡担保と所有権留保」法教424号（2016年）81頁（85頁）、同「自動車割賦販売における留保所有権に基づく信販会社の別除権行使」金法2085号（2018年）24頁（33頁）。

(60) 田高・前掲（前註）法教424号87頁、金法2085号30頁。

それほど遠くはないと思われるドイツにおいては、譲渡担保と所有権留保を統一概念の下に置くという非占有質権構成は、ドイツ倒産法（InsO）改正における議論において既に失敗に終わっている。即ち、ドイツにおいては、大枠において、二当事者間における単純類型の所有権留保を商品信用取引として位置づけ、金融担保取引とは位置づけないことから、幾多の判例法理により、留保売主の所有権は真正所有権として位置づけられ、留保売主は、買主の倒産の際には、別除権者ではなく、取戻権者として扱われてきた⁽⁶¹⁾。この解釈は、従来の通説でもある⁽⁶²⁾。

確かに、ドイツにおいても、学説上、その一部は、留保売主を取戻権者の層から除外すべきこと、また、もはや留保売主には別除権が与えられるに過ぎないことを主張してきた⁽⁶³⁾。この見解は、倒産法改正時における議論においても、連邦司法省の「討議草案（Diskussionsentwurf）」ならびに「部会草案（Referentenentwurf）」は、いずれも、留保所有権と担保所有権を再評価し（aufwerten）、所有権留保の留保売主と譲渡担保の担保所有者に対し、等しく別除権を与えるべきものという意味を表明し、基本的に、統一担保権構想として提案し、議論された⁽⁶⁴⁾。しかし、ドイツ倒産法の立

(61) BGH, Urt. vom 21. 5. 1953 - IV ZR192/52, BGHZ 10, S. 69, 72; BGH, Urt. vom 1. 7. 1970 - VIII ZR24/69, BGHZ 54, S. 214, 218f. ; BGH, Urt. vom 3. 2. 1987 - VI ZR 268/85, BGHZ 100, S. 19, 24; BGH, Urt. vom 9. 5. 1996 - IX ZR 244/95, NJW 1996, S. 2233, 2235; BGH, Urt. vom 28. 4. 1997 - II ZR 20/96, NJW 1997, S. 3021, 3022; BGH, Urt. vom 27. 3. 2008 - IX ZR 220/ 05, BGHZ 176, S. 86; BGH, Beschluss vom 19. 3. 2009 - IX ZR 39/08, NZI 2009, S. 379, 380.

(62) MünchKomm-InsO/ Ganter, 2. Aufl., 2007, § 47 Rdn. 62及び上記2008年BGH判決は、BGHの判例及び学説を引用しつつ、この「原則」の通説性を強調する。

(63) Vgl. Hübner, NJW 1980, S.729, 734; Bürgermeister, Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1996, S. 97; Häsemeyer, Insolvenzrecht Rdn. 11.10.

(64) Leitsätze 1. 2. 10 Abs. 3, 2. 4. 4. 1 und 3. 3. 1 Abs. 1 des 1. Kommissionsberichts; 倒産法改正草案第55条1項1号、第111条3項。また、MünchKomm-InsO/ Ganter,

法者は、最終的には、政府草案 (Regierungsentwurf) において、留保所有者は代金の完済を受けずに自己の所有に属する留保商品による与信 (商品信用) を継続している間は、譲渡担保権者と同様の金融与信者とは見做されないとし、従来の通説と同様、原則として、留保所有者を取戻権者として位置づけたのである⁽⁶⁵⁾。

このような事実から、単純類型の所有権留保において、譲渡担保と所有権留保を統一概念にまとめる必要はない。真正所有権が「担保所有権」へと転化するという「転化原理」は、設定者から所有権の移転を受ける譲渡担保権においてのみ妥当するものであり、原則として、留保所有権には適用されないものと解すべきである。しかし、三者間取引による所有権留保において、信販会社などの金融機関が立替払や保証委託に基づく連帯保証債務の弁済によって留保売主から取得する「金融信用に基づく留保所有権」は、留保買主が信販会社などに物権的期待権を譲渡担保に供するのと同じであるから、この場合には転化原理が適用され、このような譲受け留保所有権は担保所有権と化する。

更に、留保所有権を純然たる担保物権の設定と構成すると、動産売買先取特権類似の関係となりうる。そうすると、新たに工場内に搬入される目的物は集合動産譲渡担保の目的となり、譲渡担保権者が留保所有者に優先することとなる (平成29年東京高判の引用に係る昭和62年最判)。

a.a.O. (FuBn. 62), § 47 Rdn. 62は、倒産法改正時における議論について、Drobnig, ZGR 1986, S. 252, 260; Landfermann, KTS 1987, S. 381, 396; Kübler/ Rümker, Neuordnung des Insolvenzrechts S. 135, 137を引用指示し、また他説として、Berges, BB 1986, S. 753を引用指示している。

⁽⁶⁵⁾ Begründung zu § 58 Regierungsentwurf InsO, BT-Drucksache, 12/2443, S. 125; Leipold/ Marotzke, Insolvenzrecht im Umbuch, 1991, S. 183, 187f.; Hilgers, Besitzlose Mobiliarsicherheiten im Absonderungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verwertungsprobleme, 1994, S. 77ff.

しかし、これもまた前述したように、留保売主が所有権を留保している目的物に関して、譲渡担保権者が所有権を譲り受けるという法形式において、両者の地位を比較検討すると、留保所有権の目的物件が集合動産譲渡担保の保管場所へと搬入されると、留保された所有権が担保所有権へと転化して、譲渡担保の目的物になってしまうという解釈の不当性は言うまでもない（平成29年東京高判の判旨を参照）。設定者以外の者の「真正所有権」（百歩譲って担保所有権であるとしても）が譲渡担保権者の「担保所有権」に陥ることはありえない。したがって、平成29年東京高判・平成30年最判の示した判例法理には正当性がある。

しかし、前述したように、所有権留保と譲渡担保の法的構成という本質ないし性質論から考察すると、本件においては、留保買主Aの地位を物権的期待権者と構成すべきであり、その結果、XはAから物権的期待権を譲渡担保の目的として譲り受けた担保権者と構成し、Yの留保所有権との関係を丁寧に分析すべきであった。判例における今後の解釈論の進展に期待したい。

第2項 留保物件を目的物とする譲渡担保権の即時取得

次に、平成30年最判（同29年東京高判）のように、非所有者ないし非処分権者による譲渡担保権の設定行為という解釈により、譲渡担保権は不成立となるが、この場合の債権者には「譲渡担保権の即時取得」が成立するかが問題となる。即ち、譲渡担保権の設定に基づく「担保所有権」の即時取得は、占有改定による引渡しでも、第192条の要件たる「引渡し＝占有の移転」を充たすのかという問題である（所謂「占有改定による譲渡担保権の即時取得」）。

わが民法第192条における即時取得の成立要件として、「動産の占有を始めた者」と規定されているが、この目的動産の引渡しによる占有の移転が、現実の引渡し（第182条1項）を必要とするのか、それとも占有改定

(第183条)でもよいのかは判然としない。そこで、立法例を引用しつつ、考察する。

まず、ドイツ民法は、譲渡人の所有でない物が占有改定 (Besitzkonstitut) によって引き渡された場合 (BGB 第930条) において、その物が更に譲渡人から善意の取得者に引き渡されたときには、取得者は所有権を善意取得するものと規定する (BGB 第933条)。既に占有改定によって引き渡されている物が、更に善意の取得者に「引き渡されたとき」と規定されている趣旨から、ドイツ民法は、占有改定による引渡しでは善意取得の成立を認めず、更に現実に占有を移転したときに限り、善意取得の成立を認めることとなる。

次に、フランス民法においては、債権契約の効果として、権利変動が発生するところ (CC 第711条 [明文で「所有権は、……債権の効果として取得され、移転する」と規定する。]、第1138条 [物の引渡債務は契約当事者の合意のみによって完了する。])、動産の譲渡には公信の原則が適用され、第一の売買があって所有権が完全に移転しても、なお売主が占有している場合において、第二の売買がなされ、第二の取得者が善意者であるときには、この者が所有権を取得するものと規定する (CC 第1141条、第2279条)。これらの規定から考察すると、フランス民法においては、動産物権変動において、善意の買主が優先するのは、占有者たる売主から譲渡され、現実に引き渡された場合に限られることとなる⁽⁶⁶⁾。

通常の所有権の即時取得に関して、わが国の判例は、処分者の占有 (外観) に対する所有者と取得者の信頼保護を顧慮し、大審院時代から一貫して、「占有改定による引渡しでは、一般外観上、従来の占有事実の状態に変更がない」として、これでは即時取得の要件たる引渡しに該当しないと

⁽⁶⁶⁾ 石田穰『物権法』(信山社、2008年)121頁、273頁、拙著『物権法』(信山社、2015年)118—119頁を参照。

いう理由から、即時取得は成立しないと判示してきた⁽⁶⁷⁾。

しかし、学説においては、まず肯定説が主張され⁽⁶⁸⁾、これを批判する否定説が展開され⁽⁶⁹⁾、そして、肯定説が批判を受け入れて折衷説を展開したという経緯がある。

否定説は、特に原所有者との関係において、原所有者Aが現在の占有者Bにその返還を請求した場合において、これ以前に、Bが、取引によって、平穩・公然、善意・無過失のCに譲渡し、占有改定によって引渡しをしていたときに、肯定説を適用すると、Bは、Cの即時取得を理由として、Aに対して目的動産の返還を拒絶しうることになり、不合理であると主張した。また、AがBから現実に目的動産の返還を受けたとしても、それ以前に、占有改定によってその動産を即時取得したCからの引渡請求に応じなければならないとすると、これまた不当な結果になると主張した⁽⁷⁰⁾。

そこで、折衷説は、処分者Bからの取得者Cは占有改定によって所有権を即時取得するが、これは確定的なものではなく、後にBから現実に引渡しを受けたときに確定的に所有権を取得するとした⁽⁷¹⁾。

(67) 大判大正5年5月16日民録22輯961頁、最判昭和32年12月27日民集11巻14号2485頁、最判昭和35年2月11日民集14巻2号168頁。

(68) 我妻榮「占有改定は民法第一九二条の要件を充たすか」『民法研究Ⅲ物権』（有斐閣、1966年）148頁（156頁以下）、柚木馨『判例物権法總論』（有斐閣、1955年）348頁以下など参照。

(69) 中島玉吉『民法積義卷之二物権篇上』（金刺芳流堂、1916年）184頁、三瀧信三『全訂物権法提要』（有斐閣、1927年）296頁、末川博『物権法』（日本評論社、1956年）235頁、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960年）245頁以下、好美清光「即時取得と占有改定〔判批〕」一橋論叢41巻2号（1959年）86頁（90頁以下）、近江幸治『民法講義Ⅱ物権法』（成文堂、第3版、2006年）158頁など、判例とともに通説を構成する。

(70) 末川・前掲『物権法』235頁、好美・前掲「判批」一橋論叢41巻2号90頁以下。

(71) 我妻榮『物権法』（岩波書店、1952年）137—138頁、我妻=有泉『新訂物権法』（岩

譲渡担保権の設定を信託的所有権移転行為と解すると、真正所有権の移転ではなく、担保所有権の移転と解される。また、譲渡担保権の対抗要件としては、占有改定による引渡しまたは動産譲渡登記がある。この場合において、現実の引渡しは、担保権の実行時以外にはありえない。そうすると、占有改定による引渡しでも、設定時または遅くとも実行時に譲渡担保権の即時取得が成立しそうである。

この問題に関する判例は存在しない。しかし、学説は概ね、譲渡担保権の設定行為であっても例外は認めず、この場合でも、折衷説により一応即時取得は成立するものと解するとか⁽⁷²⁾、あるいは、譲渡担保権の実行時、即ち、現実の引渡しによる占有取得時に即時取得が成立するものと解する⁽⁷³⁾、という状況である。

譲渡担保の設定において占有改定による引渡しに対抗力を付与しているのは、あくまでも「担保のためにする所有権移転」という設定行為に対して対抗力を与えるべきだからである。然りとて、非所有者による設定行為で、本来無効なはずの譲渡担保権者に即時取得の恩恵を与えてよいのかという懸念ないし懐疑の念も生ずる。占有改定による所有権の即時取得の成否という問題については、基本的には占有改定否定説が正しい解釈論である。しかし、真正所有者には所有権が存続し、善意・無過失の担保物件受領者に担保所有権の即時取得を認めるという取引安全からの要請も、これ

波書店、1983年）223—224頁、鈴木（緑）『物権法講義』（創文社、5訂版、2007年）213—214頁、同『抵当制度の研究』（一粒社、1968年）415頁、内田貴『民法Ⅰ』（東大出版会、第4版、2008年）470頁など。

(72) 廣中俊雄『物権法』（青林書院新社、第2版、1982年）192頁。構成は異なるが、檜梯次「即時取得」星野編『民法講座Ⅱ物権(1)』（有斐閣、1984年）299頁（325頁）も廣中博士と類似の「類型説」として位置づけられる。これらに関しては、拙著『物権法』355頁、同『民法要論Ⅱ物権法』（成文堂、2017年）215頁以下を参照されたい。

(73) 平野裕之『物権法』（日本評論社、2016年）196頁。

また正当なように思われる。

私見は、動産譲渡担保の場合には、取引安全の要請から、折衷説に拠るのもやむを得ないのではないかと考える。しかし、留保所有者が留保物を買主の元から引き揚げた場合には、即時取得された譲渡担保権はその効果を発揮せずに終わり、反対に、善意・無過失の譲渡担保権者が実行のために設定者（留保買主）の元から目的物（留保物件）を引き揚げた（現実の引渡しを得た）場合には、留保所有者は譲渡担保権者に対し返還請求権を行使しえないものと思われる。

しかし、このように解したとしても、特に業者間取引の場合には、譲渡担保権の設定に際して、第三者の所有権（留保）に関する厳格な調査義務が課されるので、譲渡担保権の即時取得が認められることはほとんどありえないものと思われる。

第5節 私見的考察

既に自身の立場と本稿の問題に関する私見は随所に提示してきたが、最後にまとめておく。

まず、平成30年最判（平成29年東京高判）の事実関係からは、留保売主Yの所有権留保下にある商品を留保買主Aが自己の金融債権者Xのために譲渡担保に供したのであるが、Aは所有者ではないので、所有権をXに譲渡することはできない。しかし、Aは、条件付所有権取得請求権、所謂「期待権」を有するので、この期待権をファイナンスに利用することはできる。したがって、XはAの有する期待権を譲渡担保の目的として取得することができる。しかし、Aの期待権は、Yに対する割賦弁済を滞りなく行うことを前提とする。それゆえ、この前提が崩れたとき、即ち、Aに信用危殆事由が発生した場合には、留保売主Yは、所有権留保売買を解除して、Aの物権的期待権を消滅させ、占有の基礎を失わせた上で、所有権に

基づく返還請求権を行使することができる。したがって、YはAの工場内から自己の所有物たる金属スクラップを引き揚げて、処分することができる。Aの期待権が消滅したことにより、Xの譲渡担保権の基礎は失われるので、XはYに対抗することはできない。

この解釈によると、期待権の譲渡担保権者Xに不測の損害が発生するが、動産取引をする際には、第三者の所有権留保の存在を顧慮すべきであるから、Aの帳簿類を確認し、A自身に聴取し、Aの取引先にも照会するなどすれば、容易にYの所有権留保を確認しえたはずである。それゆえ、Xには注意義務違反が認められる。したがって、YはXの譲渡担保権を侵害したことにはならない。

次に、平成30年最判（平成29年東京高判）のように、法形式を重視する解釈もありうる。即ち、留保物件を目的物とする譲渡担保権の成否に関して、留保売主Yが買主Aに留保商品を引き渡しても、Aが代金を完済しない限り、Aは所有権を取得しない。それゆえ、Yが所有権を保持し続ける。この状況において、Aが自己の債権者Xに留保商品を譲渡担保の目的物として提供しても、Xは、非所有者たるAから担保所有権を取得しえない。したがって、譲渡担保権それ自体が成立しない。

そこで、Xに譲渡担保権の即時取得（民法第192条）が成立するかという問題となる。

この場合において、留保商品の真正所有権を即時取得するかという問いに関しては、即時取得しないという結論となる。Yの所有物をAに預けた状況で、AがXにその物を処分しても、Aが占有したままでは、YがAに預けてあるという状況と何ら変わりがないからである。この場合には、Aの占有に対するYの信頼を保護するという観点から、Aの占有正権原に対するXの信頼（第188条、第192条）を保護する理由に欠けるのである。

それでは、真正所有権ではなく、譲渡担保権（担保所有権）の即時取得はどうであろうか。Xが善意・無過失でAから譲渡担保権の設定を受け、

占有改定によって引渡しを受けたのであれば、折衷説により、担保所有権の即時取得を認めてもよい。しかし、前述したように、Xが金融業者や事業者であれば、自己の担保目的たる商品の所有権が留保されているということ認識すべき状況にあるので、Aに直接確認し、Aの帳簿を確認するなどして、取引先Yの存在が判明したら、所有権留保売買であるかどうかを確認すべきである。動産の場合には、常に第三者の留保所有権や担保所有権が存在するという認識で行動しなければならない。このような厳格な調査義務が課されるので、現実に「無過失」と認定される例は少ないように思われる。

2018（平成30）年12月6日脱稿