

# 仮登記担保および譲渡担保における 弁済期到来後の受戻権の行使

清算期間・処分権能・責任財産との関連で

生 熊 長 幸<sup>\*</sup>

## 目 次

- 一 問題の所在
- 二 第三者登場前の受戻権の行使時期の問題
- 三 被担保債権の弁済期到来後の担保権者による目的不動産の  
処分と設定者の受戻権行使の問題
- 四 被担保債権の弁済期到来後の担保権者の一般債権者による  
目的不動産の差押えと設定者の受戻権行使の問題
- 五 検 討
- 六 む す び

## 一 問題の所在

金銭の融資を受けるに当たって債務者は、融資をする債権者から通常担保の提供を要求されるが、不動産を担保に提供する場合、一般には抵当権の設定がなされる。これは、抵当権の設定がなされても、抵当不動産を設定者は従来通り使用・収益することができ、また、抵当権者も担保目的物を管理しないですむからである。したがって抵当権は、被担保債権の弁済がなされない場合に、抵当権者が抵当権の目的不動産を競売にかけ、売却代金から被担保債権の優先弁済を受けることで、債権の回収に資する権利であるといえる。

---

<sup>\*</sup> いくま・ながゆき 立命館大学大学院法務研究科教授

しかし、わが国では、金銭の融資を受けるに当たって、債務者または第三者の所有する不動産（以下、担保の目的不動産を「甲」とする）に、抵当権の設定がなされるのではなく、仮登記担保権または譲渡担保権の設定がなされることがある。いずれの担保権の設定においても、抵当権設定の場合と同様に、目的不動産は設定者のもとに留めおかれるのが一般的であり、設定者は従来通り目的不動産を使用・収益することができる。以下、担保権者をA、債務者または担保権設定者をBとして表示する。

仮登記担保権の設定にあつては、担保権者Aと設定者Bとの間で、代物弁済の予約や売買予約（または停止条件付代物弁済契約もしくは停止条件付売買契約）がなされ、Aの権利を第三者に対抗する方法として、所有権移転請求権仮登記（または停止条件付所有権仮登記）が備えられる。被担保債権の弁済期到来後も被担保債権の弁済がなされない場合は、仮登記担保権者Aが代物弁済の予約を完結するなどして、甲を仮登記担保権者Aに帰属させ、甲の価額と被担保債権額との間に差額がある場合、その差額を清算金として設定者に支払うのと引換えに、甲のAへの引渡しおよび仮登記に基づく本登記がなされる。

不動産譲渡担保権の設定にあつては、担保権者Aと設定者Bとの間で、譲渡担保権設定契約や売買契約がなされ、Aの権利を第三者に対抗する方法としては、設定者Bから譲渡担保権者Aへの譲渡担保または売買を登記原因とする所有権移転登記がなされる。被担保債権の弁済期到来後も被担保債権の弁済がなされない場合は、譲渡担保権者Aが譲渡担保権の実行のしるしをとり、甲を譲渡担保権者Aに帰属させ、甲の価額と被担保債権額との間に差額がある場合、その差額を清算金として設定者Bに支払うのと引換えに、甲のAへの引渡しはなされる。

仮登記担保も譲渡担保も、取引上の慣行として利用され、判例によりその効力が認められてきたものであるが、仮登記担保については、1978年（昭53）に立法化され、現在では、仮登記担保契約に関する法律（昭53法78）により律せられている。仮登記担保について、仮登記担保権者に目的

物の価額と被担保債権額との間に差額がある場合に清算義務を課する最高裁判例が現れたのは、1967年（昭42年）であり（最大判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁）、また清算金の支払義務と担保目的不動産の引渡義務および仮登記に基づく本登記手続義務との同時履行を認める最高裁判例が現れたのは、1970年（昭45年）であって（最判昭和45年9月24日民集24巻10号1450頁）、それから10年足らずのうちに、これらの判例理論が仮登記担保法に結実したのは、関係当局および学者・法曹関係者・実務家等の実に迅速な動きであった。

これに対して、譲渡担保については、仮登記担保法の立法化より前から立法化の試みがしばしば行われてきたが、仮登記担保の場合と異なり（仮登記担保の場合は、登記または登録をなしうる権利が仮登記担保の目的となる。仮登記担保1条）、担保の目的となる物の種類が様々であることもあって（不動産、動産、指名債権だけではなく、譲渡可能な様々な財産権が譲渡担保の目的となる）、いまだ立法化はされておらず、判例理論に委ねられている。

このような中で、仮登記担保と不動産譲渡担保において、いくつかの重要な点で、判例理論上、大きな違いがもたらされるに至っている。その1は、担保権の私的実行における設定当事者間での受戻権の行使時期の問題であり、その2は、被担保債権の弁済期到来後の担保権者の目的不動産の処分と設定者の受戻権の行使の問題である。

本稿では、これらの問題をめぐる判例・学説の状況を検討し、あるべき姿を明らかにしたい。

## 二 第三者登場前の受戻権の行使時期の問題

被担保債権の弁済期到来にもかかわらず、債務者が被担保債権の弁済をしないとき、仮登記担保権者または譲渡担保権者は、担保目的不動産につき、私的実行の方法により被担保債権の優先弁済を受けることができる。

私的実行が開始されてからいつの時点まで、債務者は、被担保債権額相当額の金銭を債権者に提供すれば、担保目的不動産を受け戻す(あるいは取り戻す)ことができるかが、ここでの問題である。

(一) 抵当権に基づく担保不動産競売の場合

まず、典型担保としての抵当権の場合、どのような取扱いになっているかを見ておこう。

抵当権者は、被担保債権の弁済期到来にもかかわらず被担保債権の弁済がなされないときは、執行裁判所に担保不動産競売の申立てをして(民執180条1号・181条・188条)、競売手続による目的不動産の換価を求めることになる。担保不動産競売の手続が開始されて、一連の手続を経て(民執188条・45条以下)、目的不動産につき一般には期間入札が行われ、最高価で入札をした者に通常は売却許可決定がなされ(民執188条・69条以下)、その確定後裁判所書記官の定める期限までに買受人は代金を裁判所に納付することになる(民執188条・78条以下)。そして、抵当権者は、売却代金から被担保債権の優先弁済を受けることになる(民執188条・86条以下)。

この担保不動産競売の手続には、数か月から1年ほどの期間を要するが、担保不動産競売の申立てがあつた場合、債務者は直ちに抵当不動産を取り戻せなくなるわけではない。民事執行法184条は、担保不動産競売における代金の納付による買受人の不動産の取得は、担保権の不存在または消滅により妨げられないとする。このことは逆に、担保不動産競売手続が開始されても、債務者が被担保債権額相当額の金銭を抵当権者に弁済または供託し抵当権を消滅させて、抵当権の不存在を証する確定判決(民執183条1項1号)、抵当権の登記の抹消を命ずる確定判決の謄本(民執183条1項2号)、抵当権設定登記が抹消されている登記事項証明書(民執183条1項4号)などのいずれかを取得して、買受人が裁判所に代金を納付するまでに、これらの文書を執行裁判所に提出することができれば、担保不動産競売の手続を取り消してもらうことができ、不動産を手放さないですむこと

を意味する<sup>1)</sup>。

## （二）仮登記担保権に基づく私的実行の場合

仮登記担保の被担保債権が弁済期到来にもかかわらず弁済されない場合、仮登記担保権者は、仮登記担保法に基づく私的実行手続をとることになる。

仮登記担保権設定契約が代物弁済予約によりなされているときは、仮登記担保権者Aは代物弁済予約の完結の意思表示を設定者Bに対してなし、また、設定者Bに対して、目的不動産の価額が被担保債権額を上回るときは、清算金の見積額の通知を、目的不動産の価額が被担保債権額を上回らないときは、清算金がない旨の通知をする必要がある（仮登記担保2条）。

この通知が設定者Bに到達してから2か月が清算期間とされ、この清算期間が経過するまでは、目的不動産の所有権は仮登記担保権者Aに移転しない（仮登記担保2条1項）。

仮登記担保法におけるこの2か月の清算期間の創設は、極めて大きな意味を有する。第1に、債務者側は、この期間内は、被担保債権額相当額の金銭を仮登記担保権者Aに弁済するか供託すれば、目的不動産を取り戻すことができる。第2に、仮登記担保の目的不動産に後順位の抵当権が存在しており、後順位抵当権者も目的不動産から優先弁済を受けうる可能性がある場合には、後順位抵当権者は、仮登記担保権設定者Bの有する清算金請求権に物上代位するか（仮登記担保4条）、自らこの不動産につき担保不動産競売の申立てをして（仮登記担保12条）、被担保債権の優先弁済を受けることができる。

ところで、仮登記担保法にこのような2か月の清算期間が設けられたのは何故か。これについては、仮登記担保法立案の審議において、抵当権の場合にも（一）において見たように、抵当権設定者は、担保不動産競売手続開始後も一定期間は、被担保債権額相当額の金銭を抵当権者に弁済して競売手続を取り消させ、目的不動産の喪失を阻止することができるのであるから、仮登記担保の場合にも、私的実行開始後も、一定期間は、債務者

Bが被担保債権額相当額の金銭を仮登記担保権者Aに弁済または供託すれば取戻しを認めるのが妥当であるという意見が述べられ、この意見が採用されたことによる。

### (三) 譲渡担保権に基づく私的実行の場合

譲渡担保の被担保債権が弁済期到来にもかかわらず弁済されない場合、譲渡担保権者は、譲渡担保権に基づく私的実行手続を行うことになる。

譲渡担保権の実行については、特別法が存在しない。そこで、一般に次のように解されている。すなわち、譲渡担保権者Aは、譲渡担保権の実行通知を設定者Bに対してするとともに、目的不動産の価額が被担保債権額を上回るときは、その差額を清算金として設定者Bに支払うか供託することにより目的不動産を確定的に取得でき、また、目的不動産の価額が被担保債権額を上回らないときは、設定者Bに対して清算金がない旨の通知をすることにより目的不動産を確定的に取得できる。目的不動産の価額が被担保債権額を上回るときは、譲渡担保権者Aは、設定者Bに対して清算金の支払いと引換えに目的不動産の引渡しを請求しうる（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁）。

このように、不動産譲渡担保の場合には、清算期間が存在しないことにより、清算金が生じないときは、譲渡担保権者Aが被担保債権の弁済期到来後直ちに設定者Bに対して清算金がない旨の通知をすればその時に、また清算金が生ずるときは、譲渡担保権者Aが被担保債権の弁済期到来後直ちに設定者Bに対して清算金を弁済するか供託すればその時に、受戻権が消滅し、もはや被担保債権額相当額の金銭をBが譲渡担保権者Aに提供または供託しても、目的不動産を受け戻すことができないのである。

したがって、不動産譲渡担保にあっては、この点において、抵当権や仮登記担保の場合に比して、譲渡担保権設定当事者間での受戻権の行使可能時期が非常に短くさせられてしまう可能性があるということができよう。

そこで、学説上は、不動産譲渡担保にも仮登記担保法2条の類推適用を

認めて、不動産譲渡担保権の実行においても清算期間が必要と解すべきであるとする見解が有力に主張されている<sup>2)</sup>。

### 三 被担保債権の弁済期到来後の担保権者による 目的不動産の処分と設定者の受戻権行使の問題

#### (一) 抵当権の場合

抵当権の設定の場合、抵当不動産の所有権とその登記は、抵当権設定者Bにあるから、被担保債権の弁済期到来後、抵当不動産を第三者に譲渡できるのは、設定者Bであり、抵当権者による抵当不動産の任意の譲渡により、設定者Bが被担保債権を弁済して抵当権を消滅させ、抵当不動産の喪失を阻止することを妨げられるということは生じない。

#### (二) 仮登記担保の場合

仮登記担保の場合にも、仮登記担保の目的不動産の所有権は、仮登記担保権設定者Bにあるから（仮登記担保権設定者Bが所有権移転登記を備えている）、被担保債権の弁済期到来後、清算金の支払い前に目的不動産を第三者に譲渡できるのは、設定者Bであり（もっとも、仮登記担保権者Aの仮登記が存在するから、仮登記担保権の負担の付いた不動産の譲渡となる）、仮登記担保権者Aの第三者Cへの目的不動産の譲渡によって、設定者Bが目的不動産の受戻権を行使しえなくなるということは、原則として生じない。

ところが、仮登記担保法11条は、債務者等は、清算金の支払いの債務の弁済を受けるまでは、債務等の額に相当する金銭を債権者に提供して、土地等の受戻しを請求することができるとするが、同条但書は、ただし、清算期間が経過した時から5年が経過したとき、又は第三者が所有権を取得したときは、この限りでない、とする。これは、仮登記担保権設定契約の時点で仮登記担保権者Aの要求により設定者Bが本登記に必要な登記関係



の書類をAに交付していることがあり(融資を受けるためにBはかかる要求を受け入れざるを得ない),このような場合に,清算金を設定者Bに支払わないまま仮登記担保権者Aが仮登記に基づく本登記を経由した上で,目的不動産を第三者Cに譲渡することがあるからである<sup>3)</sup>。ほかに,清算期間経過後に,設定当事者間で,清算金支払い前に目的不動産につき仮登記に基づく本登記を経由する旨の合意がなされたときも(仮登記担保3条3項によりこの合意は有効とされる),仮登記に基づく本登記を備えた上で仮登記担保権者Aから第三者Cへの譲渡がなされうるが<sup>4)</sup>,この場合は,清算期間経過後の合意があるので,清算金が支払われないうちに第三者へ譲渡されたときは,設定者は受戻権を行使しえなくなってもやむをえない面がある。

しかし,仮登記担保法11条但書後段の解釈において,第三者が所有権を取得したときは,単純に設定者Bは受戻権を行使しえなくなるとする説は見当たらない。

すなわち,清算期間経過後の受戻権の行使については,清算期間経過後は所有権が仮登記担保権者に移転するという点を重視する立場からすれば,受戻権を行使した設定者Bと第三者Cとの関係は二重譲渡の関係になる。立法担当者の考えもそうであり,この立場に立つ学説が多い。

この点について,立法を担当された法務省民事局参事官室により編纂された解説書は次のように説明している<sup>5)</sup>。すなわち,受戻権を行使した設定者Bと第三者Cとの関係は二重譲渡の関係となると考えられ,第三者Cが所有権移転登記を受け,設定者Bが登記を受けなかったときには,第三者Cが所有権を取得し,債務者Bは,いったん提供した金銭の返還を求めることになるが,もしこの場合,第三者Cが法的に保護されるに値する利益を有しない場合には,債務者Bは,受戻権の行使による所有権の取得をもって第三者Cに対抗することができるものと解される。たとえば,債権者Aと通謀し,債務者Bの権利を害する目的で所有権移転の登記を受けた第三者(民法94条1項),いわゆる背信的悪意者に対しては,債務者Bは,



所有権移転登記を受けていなくても、受戻権の行使による所有権の取得をこれらの第三者Cに主張することができるものとする。問題となるのは、その第三者が債権者Aが清算金を弁済していないことを知って当該不動産を譲り受けた第三者（単なる悪意の第三者）の場合である。この悪意の第三者のうち債権者Aが清算金を債務者Bに弁済するものと信じて不動産を譲り受けた者であるときは、所有権移転登記を備えた第三者Cは保護されるべきであろう。これに対して、悪意の第三者Cが、債権者Aが清算金を弁済していないので、ことによると債務者Bから受け戻される危険性のあることを了知して譲り受けたときは、このような第三者が背信的悪意者と評価できるかどうかによって結論が分かれることになる。

学説の多くもほぼ同様の見解に立ち、第三者Cがまだ所有権移転登記を経由していない場合や、所有権移転登記を経由していても背信的悪意者である場合には、設定者Bは第三者Cへの所有権移転にもかかわらず、なお受戻権を行使しうることになるとする<sup>6)</sup>。

高木多喜男教授も、二重譲渡の考えに立たれるが、これを単純に適用すると、清算金未払いを知っていながら譲り受けた悪意の第三者Cが所有権移転登記を経由した場合、その後設定者Bが受戻権を行使してもCに所有権を対抗できないことになるのが論理的帰結であるから、仮登記担保法11条但書を制限的に解釈し、悪意の譲受人Cであるときは、受戻権は消滅しないと解するのが正当であるとされる<sup>7)</sup>。なお、仮登記担保法成立前の最高裁判例には、清算がなされない場合でも、債権者が代物弁済を受けて目的物の所有権を取得したとして、目的物の所有権を善意の第三者に譲渡して所有権移転登記がなされた後は、債務者は第三者から目的物の所有権を取り戻すことはできず、債権者に対して清算金を請求するよりほかに方法がないと解するのが相当である、とするものがあった（最判昭46年5月20日判時628号24頁）。近江幸治教授も、二重譲渡の考えに立たれるが、第三者Cが背信的悪意者と認定される場合に限り、設定者Bはなお受戻権を行使しうるとされる<sup>8)</sup>。

これらの学説に対して、道垣内弘人教授も、二重譲渡の考えに立たれるが、設定者Bの受戻権行使後Bに所有権移転登記が回復されないうちに仮登記担保権者Aが第三者Cに目的不動産を譲渡しCが所有権移転登記を経由した場合は、二重譲渡となり、Bは悪意の第三者Cに対抗できないが、第三者Cが悪意で譲り受け所有権移転登記を経由した場合は、なお設定者Bは受戻権を行使しようとするのは、バランスがとれないとされ、悪意の譲受人Cが現れ、所有権移転登記がされた以上、設定者Bは受戻権を行使しえないとされる<sup>9)</sup>。高橋眞教授も、清算期間の経過により所有権は仮登記担保権者に移転しているということを理由に、道垣内説に賛同される<sup>10)</sup>。

これら二重譲渡構成をとる学説に対して、実質的には清算金支払いまでは所有権は仮登記担保権者に移転しないという点を重視する立場からすれば、仮登記担保権者が設定者から預かっていた登記関係書類を利用して自己に移転登記をし、第三者に目的不動産を譲渡したときは、民法94条2項の類推適用の問題となり、第三者が善意（あるいは善意無過失）の場合には受戻権を行使しえないが（第三者が所有権移転登記を経由している必要があるか否かについては見解が分かれる）、第三者が悪意（または善意有過失）の場合には、受戻権を行使しようことになる<sup>11)</sup>。なお、清算期間経過後清算金支払い前に当事者の合意に基づいて仮登記担保権者Aに仮登記に基づく本登記がなされた場合については、鈴木祿弥教授も、受戻権行使を否定されるものと思われる。

いずれの立場に立つとしても、仮登記担保法11条但書後段の規定は、誤解を招きやすく、むしろ不要の規定であるとされている<sup>12)</sup>。

### (三) 不動産譲渡担保の場合

不動産譲渡担保の場合には、仮登記担保法11条のような根拠となる法律がないので、判例理論が大きな意味を有する。

#### (1) 判例理論

受戻権行使可能時期について、判例（最判昭和62年2月12日民集41巻1

号67頁）は、債務者がその所有不動産に譲渡担保権を設定した場合において、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し、この権能に基づき、目的不動産を適正に評価された価額で確定的に自己の所有に帰せしめるか又は第三者に売却等をするることによって、これを換価処分し、その評価額又は売却代金等をもって自己の債権の弁済に充てることができるが、その結果剰余が生じるときは、これを清算金として債務者に支払うことを要するものと解すべきであるが、被担保債権の弁済期経過後であっても、債権者が担保権の実行を完了するまでの間、すなわち、帰属清算型の譲渡担保においては、債権者が債務者に対し、清算金の支払いまたは清算金の提供をするまでの間、清算金が生じないときは、その旨の通知をするまでの間、処分清算型の譲渡担保においては、その処分の時までの間は、債務者は、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的不動産の所有権を回復すること（受戻権）ができる、ただし、譲渡担保権者が清算金の支払いやその提供または清算金が生じない旨の通知をせず、かつ、債務者も債務の弁済をしないうちに、債権者が目的不動産を第三者に売却等したときは、債務者はその時点で受戻権については目的不動産の所有権を終局的に失い、同時に被担保債権消滅の効果が発生する、としている。その後の判例も同様の考え方に立っている。

最判平成6年2月22日（民集48巻2号414頁）も同様に、不動産譲渡担保において、弁済期到来にもかかわらず債務者が債務の弁済をしない場合には、債権者（譲渡担保権者）は、帰属清算型譲渡担保であると処分清算型譲渡担保であるとを問わず、目的物を処分する権能を取得するから、債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し、債務者（譲渡担保権設定者）は、清算金請求権を行使しうるにとどまり、もはや目的物を受戻することはできなくなるものと解するのが相当であるとし、さらに、この理は、譲渡を受けた第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合であっても異なることはない、としている（原審は、譲渡担保権者Aから受贈者Cへの目的

不動産贈与は、設定者Bの受戻権行使の阻止と資力の乏しいAへの清算金請求権の行使を事実上不可能にすることを意図して行われたもので、Cは背信的悪意者に該当し、被担保債権額相当額を供託した設定者Bは目的不動産の受戻しを登記なしにCに対抗しようとしていた。) 後者の理由としてこの判例は、 そのように解さないと、権利関係の確定しない状態が続くこと、および、 譲受人が背信的悪意者に当たるかどうかを確知し得る立場にあるとは限らない債権者(譲渡担保権者)に、不測の損害を被らせるおそれを生ずること、を上げている。

## (2) 学 説

これらの判例理論に賛成する学説もあるが<sup>13)</sup>、反対する学説も多い<sup>14)</sup>。反対する学説は、判例と同様、弁済期到来後は譲渡担保権者Aは目的不動産を有効に第三者Cに譲渡することができ、第三者Cと設定者Bは二重譲渡の関係になるが、仮登記担保における受戻権との乖離が甚だしくなるので、譲受人Cが先に所有権移転登記を備えても、Cが悪意である場合には、なお受戻権は消滅しないとする説<sup>15)</sup>と、清算金の支払いをしないまま譲渡担保権者Aが第三者Cに譲渡するのは、無権限譲渡であり、悪意の譲受人である場合には、設定者Bはなお受戻権を行使しようとする説に分かれる<sup>16)</sup>。

また、上記判例が背信的悪意者である譲受人に対しても、設定者はもはや受戻権を行使しえないとしている点については、一層批判が多い。判例(前掲最判平成6年2月22日)のように弁済期到来後は、譲渡担保権者は処分権能を有するという立場をとったとしても、設定者の受戻権を喪失させることに主たる目的のある悪意者への譲渡を保護する必要はないし、本来、譲渡担保権者は、帰属清算型譲渡担保の場合、設定者に清算金を支払って確定的に自己の物としてから第三者に譲渡すべきなのであり、それをしないまま第三者に譲渡したのであるから、譲渡担保権者にとって不測の損害とはいえないからである<sup>17)</sup>。

## 四 被担保債権の弁済期到来後の担保権者の一般債権者による 目的不動産の差押えと設定者の受戻権行使の問題

### (一) 抵当権の場合

抵当権の設定の場合，被担保債権の弁済期到来後も担保不動産競売がなされ買受人が代金を納付するまでは抵当不動産の所有権は，抵当権設定者 B にあり（民執79条参照），抵当権者 A の責任財産には属しておらず，抵当不動産の登記も B 名義になっているから，抵当権者 A の一般債権者 D が抵当不動産につき強制競売の申立てををするということは生じない。A の一般債権者 D としては，A の責任財産に属する A の B に対する被担保債権を差し押さえ（民執143条以下の債権執行），被担保債権の弁済期は到来しているから，D は D が A に対して有している債権の範囲で B から債権を取り立てて自己の債権の回収を図ることができるが（民執155条），任意の弁済がなされなければ，D は抵当権者 A に代わって抵当不動産につき担保不動産競売の申立てをし，売却代金から自己の債権の回収を図ることができる。この担保不動産競売の手続においても，設定者 B は，二（一）で述べた時点まで，被担保債権を弁済して抵当権を消滅させ，抵当不動産の喪失を阻止することができる。

### (二) 仮登記担保の場合

仮登記担保の場合にも，被担保債権の弁済期到来後も清算期間が経過するまでは，仮登記担保の目的不動産の所有権は仮登記担保権設定者 B にあり，所有権登記も設定者 B 名義になっているから，原則として（一）の抵当権の場合と同様になる。ただし例外的に，仮登記担保権設定のときに予め仮登記に基づく本登記をするのに必要な登記関係書類を設定者 B が仮登記担保権者 A に交付しており，被担保債権の弁済期到来後清算手続を踏まないまま A が仮登記に基づく本登記を経由したような場合には，A の一般

債権者Dが仮登記の目的不動産を差し押さえることが生じ、次の(三)の不動産譲渡担保の場合と同様のことが起こりうるが、これは滅多に生ずることではない。

### (三) 不動産譲渡担保の場合

これらに対して、不動産譲渡担保の場合には、不動産譲渡担保権の対抗要件として譲渡担保権設定のときに設定者Bから譲渡担保権者Aに売買または譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記がなされているから、被担保債権の弁済期到来後清算手続がなされないうちに、目的不動産が譲渡担保権者Aの一般債権者Dにより差し押さえられ(強制競売開始決定)、目的不動産に差押えの登記がなされることが生じうる。このような場合、三の被担保債権の弁済期到来後清算金の支払い前に譲渡担保権者Aが第三者Cに目的不動産を譲渡しCに所有権移転登記がなされた場合と同様、もはや設定者Bは受戻権を行使しえなくなるかが問題となる。

#### (1) 判 例

これにつき、近時の最高裁判例(最判平成18年10月20日民集60巻8号3098頁)は、「不動産を目的とする譲渡担保において、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえ、その旨の登記がされたときは、設定者は、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解するのが相当である。」とし、その理由として、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を処分する権能を取得するから、被担保債権の弁済期後は、設定者としては、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こと、そして、譲渡担保権者の債権者による目的不動産の強制競売による換価も、譲渡担保権者による換価処分と同様に受忍すべきものといえることができるのであって、目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では、差押え後の受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくてもやむを得ないこと、を

上げている。

## （2）学 説

この判例についても学説上賛否が分かれる。判例に賛成する説もあるが<sup>18)</sup>、被担保債権の弁済期到来により譲渡担保権者Aに目的不動産の所有権が移転するわけではないから、民法94条2項の類推適用の問題となり、譲渡担保権者Aの一般債権者Dが悪意であるときは、なお設定者Bは受戻権を行使しうるとする説も有力である<sup>19)</sup>。

## 五 検 討

以上見てきたように、仮登記担保と不動産譲渡担保においては、これらを債権担保の方法と見て、担保権の私的実行の場面で、目的不動産の価額と被担保債権額との間に差額があるときは清算を要するとし、しかも清算金の支払いと目的不動産の引渡し（仮登記担保にあつては、仮登記に基づく本登記手続も）とは同時履行の関係に立つとして、同一に処理する考え方が確立している。しかしながら、不動産譲渡担保においては、ひとたび被担保債権の弁済期が到来すると、仮登記担保の場合と比べて、設定者の保護が極めて弱くなっているといえよう。要するに、判例理論からすれば、不動産譲渡担保の場合においては、弁済期到来後は、設定者は清算金の支払いを受けるだけで十分だという発想である。清算金の支払いがなされないまま、譲渡担保の目的不動産が第三者Cに譲渡され、第三者Cに所有権移転登記がなされても、通常は目的不動産はなお設定者Bの直接占有下にあるから、第三者Cは、設定者Bに対して引渡しを請求してくることになる。これに対して、清算金の支払いがまだなされていない場合には、設定者Bは、清算金請求権を被担保債権として留置権を主張しうることは、判例（最判平成9年4月11日裁判集民事183号241頁。仮登記担保の場合については、最判昭和58年3月31日民集37巻2号152頁）も認めているからである。



仮登記担保の場合には、被担保債権の弁済期前は、仮登記担保権者Aは所有権移転請求権仮登記などを備えているだけで、仮登記に基づく本登記をするために必要な登記関係の書類の交付を設定者Bから受けていることは少ないから、被担保債権の弁済期到来後清算金支払い前に、仮登記担保権者Aが仮登記に基づく本登記をして、目的不動産を第三者Cに譲渡しCに所有権移転登記を経由することは少ない。これに対して、不動産譲渡担保の場合には、譲渡担保権設定の段階で、設定者Bから譲渡担保権者Aへの所有権移転登記(譲渡担保権の對抗要件)がなされるのが通常であるから、被担保債権の弁済期到来後清算金支払い前に、譲渡担保権者Aが目的不動産を第三者Cに譲渡しCに所有権移転登記を経由することは容易である。したがって、判例理論のように、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者Aは清算金を設定者Bに支払わないでも、目的不動産を第三者に自由に譲渡することができ、設定者Bはもはや受け戻すことができないとする考え方は、仮登記担保の場合とは比べものにならないほど、設定者の受戻権の行使に大きな影響を及ぼす。仮登記担保法の立法に当たっては、抵当権に基づく担保不動産競売との均衡も考慮されて清算期間が創設されたが、譲渡担保の実行にあたっては、清算期間に関する仮登記担保法2条の規定の類推適用はないと解する見解をとれば、設定者の受戻権の行使に一層大きな影響を及ぼす。

しかしながら、設定者Bとしては、被担保債権額相当額を支払うことによって譲渡担保に供した不動産をなお確保したいと考える場合も少なくないのである。だからこそ、これまで設定者側はしばしば受戻権を主張して最高裁まで争ってきたのである。

さらには、これまで譲渡担保権の実行方法としては、帰属清算型が合理的な実行方法と考えられてきたのであり、仮登記担保法においても、実行方法としては、処分清算の方法は採用されず、帰属清算の方法のみが採用されている。しかし、譲渡担保に関する判例理論によれば、弁済期到来後は、清算金を支払わないまま譲渡担保権者が目的不動産を自由に処分する

ことができ、あとは清算金を支払えばよいというのであるから、帰属清算型が原則的な実行方法であるという考え方は吹き飛んでしまっている<sup>20)</sup>。

このように見てくると、以下のような処理が適切ではないかと私は考える。

(一) 仮登記担保法における清算期間の類推適用

仮登記担保法2条が創設した清算期間は、合理的な制度であり、不動産譲渡担保にもこれを類推適用することが適切であると考えられる。譲渡担保権は、債権担保の制度なのであるから、仮登記担保法2条の規定の類推適用を認めるのは不合理だという結論は生じないであらうし、譲渡担保の実行に仮登記担保より有利な実行方法を認める合理的な理由はない。学説の多くも、類推適用説をとっているのである。

(二) 被担保債権の弁済期到来後の第三者への処分

上記の判例理論は、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的物の「処分権能」を取得するから、帰属清算型の場合であっても、目的物が第三者に処分されたときは有効な処分であり、設定者はもはや受戻権を行使しえないとしている。しかしながら、これらの判例は、何故に被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的物の自由な「処分権能」を取得するのかについて理由を述べていないのである。

そこで、前掲最判昭和62年2月22日についての調査官解説を手がかりに検討を加えるほかはない<sup>21)</sup>。すなわち、魚住庸夫調査官（当時）は、履行遅滞の生じた後、譲渡担保権の実行段階にはいると、譲渡担保権者は、目的不動産の処分権能を取得するのであり、この処分権能に基づく処分がなされた場合、登記の対抗力は第三者の善意・悪意を問わないとする一般論にここでだけ例外を認める根拠に乏しいのではあるまいか、担保権の構成をとる学説の多くが、設定者Bは、悪意の第三者に対しては、第三者の取得した権利は譲渡担保権を超えるものではないことを主張して受戻権

を行使することができるものとしているが、この多数学説によれば、債権者が、履行遅滞後に譲渡担保権の実行として目的不動産を自己に帰属させたうえ、清算の必要上これを売却処分し、第三者が清算金支払い資金の調達目的で処分されることを知ってこれを買い受けた場合にも、債務者の受戻権行使を認め、第三者は所有権を取得できないことになるが、かかる結論は、抵当権実行との均衡から行ってもいかにも不当といわざるを得ない、と述べられている。

近時の判例理論(前掲最判平成18年10月20日。不動産譲渡担保の目的不動産に対する譲渡担保権者の一般債権者による差押えの事案)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を処分する権能を取得するから、被担保債権の弁済期後は、設定者としては、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」と述べた上で、傍論ではあるが、被担保債権の弁済期到来前の譲渡担保権者の処分権能については、次のように述べている。「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」と解するのが相当である。なぜなら、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からである」。

このように不動産譲渡担保に関する判例理論は、被担保債権の弁済期到来前については、第三者との関係でも所有権的構成ではなく担保権的構成をとるが、弁済期到来後については、所有権的構成をとっていると見ることでもできよう。

このことは、上述の仮登記担保において、仮登記担保法11条但書後段が、第三者Cが所有権を取得したときは、もはや設定者Bは受戻権を行使でき

ないと規定しているのと軌を一にしているとみることができないわけではない。

しかしながら、すでに見てきたように、仮登記担保法11条但書後段は、「第三者が所有権を取得したときは」、設定者Bはもはや受戻権を行使することができない、とするものであり、いつの時点で第三者が所有権を取得したといえるのかは一つの論点なのである。同法2条1項が、2か月の清算期間が経過しなければ、仮登記担保権者Aへの所有権移転の効力は生じないとしていることから、逆に2か月の清算期間が経過すれば、清算金が設定者Bに支払われていなくても、目的不動産の所有権はAに移転すると解する立場からすると、Aが予めBから交付を受けていた仮登記に基づく本登記の手续に必要な登記書類を利用して仮登記に基づく本登記を備えて第三者Cに譲渡した場合は、AからCへの譲渡は有効であるから、Cへの譲渡とBの受戻権の行使は二重譲渡の関係になるのであり、この考え方が多数学説であった。しかしながら、これらの多数学説の多くは、被担保債権の弁済期到来後第三者Cが目的不動産を譲受け所有権移転登記を経由した場合であっても、Cが清算金がまだ支払われていないことを知って譲り受けたとき（悪意の第三者）、または、少なくとも設定者Bの受戻権行使を封じてしまうことを意図して譲り受けたとき（設定者Bの受戻権行使前のCの譲受けであるから、二重譲渡構成によるとCは背信的悪意者であるという表現は適切でないかも知れないが、清算金支払い前に受戻権を行使した設定者Bに対してCが所有権を主張することは信義に反すると評価することはできよう）については、なおBは受戻権の行使をCに対抗しようとしていたのである。さらには、清算期間経過後の譲渡であっても、仮登記担保権者Aが清算金を支払わないまま、すでに交付を受けていた登記書類により仮登記に基づく本登記を経由して第三者Cに譲渡した場合は、無権利者による譲渡であるから、民法94条の類推適用が認められる限りにおいて、設定者Bは受戻権を行使しえなくなるとする学説も有力であったのである（清算期間経過後に仮登記担保権者Aと設定者Bとの合意で、清算

金支払い前に仮登記に基づく本登記がなされたときは、仮登記担保法3条3項の関係で第三者Cは有効に目的不動産を取得し、設定者Bは受戻権を行使しえなくなると解される)。

不動産譲渡担保においては、仮登記担保法の規定の類推適用がないという立場からすれば、仮登記担保法11条但書後段や同法2条1項にとらわれずに解釈論を組み立てることになる。

判例理論は、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的物の「処分権能」を取得するから、帰属清算型の場合であっても、目的物を第三者に処分したときは全く有効な処分であり、第三者は完全な所有権を取得でき、設定者はもはや受戻権を行使しえないとし、近時の判例(前掲最判平成18年10月20日)は、「被担保債権の弁済期後は、設定者としては、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」とするのであるが、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が取得する処分権能というのは譲渡担保権の実行のための換価処分権(帰属清算型であれば自己に確定的に帰属させる権利、処分清算型であれば換価のために第三者に処分する権利)であり、それと無関係な処分権まで認められているわけではなく、また、設定者が受忍すべきは、帰属清算型の場合には、帰属清算手続であって、それとは関係のない譲渡担保権者による第三者への処分ではない。この点において判例理論には論理の飛躍がある。判例理論は、被担保債権の弁済期到来後、第三者が目的不動産を譲受けたり差し押さえた場合は、設定者の受戻権を消滅させるという結論を導き出すために、弁済期到来後は譲渡担保権者は処分権能を取得するとするのであろうが、これではそのような結論を導き出すことができない。判例の結論を導き出すためには、弁済期到来後、第三者が目的不動産を譲受けたり差し押さえたときは、目的不動産は確定的に譲渡担保権者に帰属し、その反面、被担保債権は消滅するのだ、といわざるをえないと思われるが、なぜそうなるのかは、所有権的構成からも担保権的構成からも説明ができないであろう。

譲渡担保の法的構成につき、担保権的構成の1つである設定者留保権説

をとると、当該譲渡担保が帰属清算型であるにもかかわらず、清算手続を行わないまま譲渡担保権者Aが第三者Cに目的不動産を譲渡し所有権移転登記を経由した場合、これは設定者留保権の負担の付いた不動産の譲渡であり、譲受人Cは設定者留保権の負担の付いた不動産しか取得し得ず、設定者Bはなお受戻権を行使しうると理解すべきことになる<sup>22)</sup>。

もっとも、譲渡担保権者Aは目的不動産につき売買または譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記を備えているので、Aからの譲受人Cは、清算手続未了の譲渡担保の目的不動産であることを知らなかったとして、民法94条2項の類推適用を主張しうるのでないかが問題となる。この主張が認められると、善意（または善意無過失）の譲受人Cは、設定者留保権の負担のない完全な不動産所有権を取得したのだから、もはや設定者Bは受戻権を行使しえないということになる<sup>23)</sup>。

しかしながら、民法94条2項の類推適用にあっては、設定者BがA名義に所有権移転登記をしたことにつき帰責事由があることが必要である。けれども、債権者Aから融資の担保としてB所有の不動産への譲渡担保権の設定を求められた場合、Bとしてはこれに应ぜざるを得ず、この点に帰責事由を求めることはできないし<sup>24)</sup>、不動産譲渡担保においては、BからAへの売買または譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記がその対抗要件であるから、そもそも虚偽の外観作成とも言いにくい。もっとも、目的不動産の売買等の取引との関係では、善意無過失の譲受人の保護の必要性もあろう。したがって、帰責事由の要件を緩和して解するとともに、譲受人の善意無過失を要件として、民法94条2項の類推適用を認めるという考え方が妥当のように思われる。

仮に、このような解釈論に立って民法94条2項の類推適用を認めるとしても、これにより保護される譲受人Cはほとんどいないであろう。なぜなら、譲渡担保においては、一般に譲渡担保権者Aは目的不動産につき占有改定による引渡しを受けるだけで、直接の占有は設定者Bにあるから、Bの占有している不動産をAから買い受けようとする者は、通常、Bがいかに



なる権限でその不動産を占有しているのかを調査し、Bが譲渡担保権設定者として占有していることが分かったときには、弁済期の到来の有無を調査し、弁済期到来後であれば、清算が済んでいるのかを調査することになる。前述のように判例は、清算金がまだ支払われていないときには、目的不動産の譲受人Cの引渡請求に対して、設定者Bは清算金請求権を被担保債権として留置権を行使しようとしているから、目的不動産を譲り受けようとする者にとってこれらの調査は極めて重要である。しかも、これらの調査は特に困難であるということはない。したがって、不動産譲渡担保の目的不動産を設定者Bが占有している通常のケースにおいて、Bが目的不動産を何故に占有しているかを調査せずに譲り受ける者は、ほとんど考えられないし、調査をしないまま譲り受けた者がいたとしても、保護に値しないであろう。したがって、民法94条2項の類推適用を認めるとしても、これにより保護される譲受人はほとんどいないと考えられる。

このような実態を踏まえて解釈論を展開するならば、現在の判例理論は、やはり大きな問題を含んでいると言わざるを得ない。

ところで、内田教授や私見と同様、設定者留保権説に立たれる道垣内教授は、被担保債権の弁済期到来後の譲渡担保権者による第三者への譲渡については、前述のように判例理論に従うことにするとされる<sup>25)</sup>。その理由として教授は、帰属清算型譲渡担保と処分清算型譲渡担保を契約内容の区別とするのは、譲渡担保権者が用意した一片の文言に重きを置きすぎであり、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者は帰属清算であれ処分清算であれ自由に選択しようと解すべきであること、および、目的不動産の価額が高額で被担保債権額が少額であるため清算金の額が莫大になり、清算金を譲渡担保権者が設定者に支払えない場合が生ずるから、帰属清算の方法に統一することは実際上困難であると思われること、をあげられている<sup>26)</sup>。

しかしながら、この見解には賛成できない。教授の理由の については、譲渡担保権設定契約時に設定当事者間で帰属清算が合意されたのにもかか



ならず、弁済期到来後は譲渡担保権者はそれを反故にして、清算金を支払わないまま直ちに第三者に譲渡でき、設定者の受戻権を喪失させることができるというのは、大きな問題であること、および、処分清算より帰属清算の方が合理的な実行方法であり、仮登記担保法も仮登記担保権の実行方法としては帰属清算の方法を採用していることから、この考えには賛成できないのである。なお、処分清算型の場合、もともとは弁済期到来後、譲渡担保権者Aは目的不動産の処分の前提として、清算金を支払わずに設定者Bに対して目的不動産の引渡しを求めることができ（最判昭和36年8月8日民集15巻7号1993頁はこれを肯定していた）、また、目的不動産が一般の市場価格より低額で売却されたときも、譲渡担保権者Aはその売却代金を基準に清算金の額を計算し<sup>27)</sup>、その額を設定者Bに支払えばよいと考えられていたのであるが、これでは設定者Bが正当な額の清算金の支払いを確実に受けられないことが生じうる。そこで、その後の判例理論は、処分清算の場合に、譲渡担保権者Aは、処分の前提として、清算金を支払わないまま設定者Bに対して目的不動産の引渡しを求めることはできず、清算金の支払いと目的不動産の引渡しは同時履行になるとしている（前掲最判昭和46年3月25日<sup>28)</sup>）。また、目的不動産が一般の市場価格より低額で売却されたときは、客観的に正当な価額を基準とした清算金を譲渡担保権者Aが設定者Bに提供しない限り、設定者Bは目的不動産の引渡しを拒むことができるとするのが多くの学説となっている<sup>29)</sup>。このように、現在の判例・学説は、処分清算型についてもできるだけ帰属清算型と同様に扱おうとしているといえるのである。

教授の理由の についてはどうか。このような場合には、譲渡担保権者Aが目的不動産の買受希望者Cを探しだし、買受希望者C・譲渡担保権者A・設定者B三者の合意により、この不動産をCに取得させ、AからCへの所有権移転登記およびBからCへの目的不動産の引渡しと引換えに代金額のうち被担保債権額相当額をCがAに支払うとともに、残額を清算金としてCがBに支払うという方法を選ぶのが一般的であろう。設定者Bが占

有している譲渡担保の目的不動産を第三者Cが譲渡担保権者Aから一方的に買い受けても、清算金未払いの場合には、Cは正当な額の清算金を支払わなければ目的不動産の引渡しを受けられないのだから、目的不動産を通常の取引価額で買い受けようとする者であれば、ABC三者の話し合いにより目的不動産の買受け代金から清算金相当額をCが設定者に提供すると引換えに不動産の引渡しを受けることを望むのが普通である。設定者Bがこのような合意に応じない場合は、買受希望者Cと譲渡担保権者Aとの合意で、目的不動産をCが適正な価額でAから買い受けることとし、AからCへの所有権移転登記と引換えに代金額のうち被担保債権額相当額をCがAに支払うとともに、残額を清算金としてBに提供するか供託すれば、Bの受戻権を消滅させることができ、CはBに対して目的不動産の引渡しを請求できることになる(これは、実質的には帰属清算と変わらないのである)。このような方法が存在するのにこのような方法を避けて、設定者Bの占有している譲渡担保の目的不動産をAから買い受けようとする第三者Cは、目的不動産の通常の取引を考えているのではなく、譲渡担保権者Aと結託して設定者Bの受戻権を早期に喪失させてしまおうとする意図を有しているのがむしろ一般的であると見ることができよう(前掲最判平成6年2月22日にそのことは明瞭に現れている)。したがって、教授の理由は、判例理論を支持する理由とはならないであろう。

(三) 被担保債権の弁済期到来後の譲渡担保権者の一般債権者による差押え

前掲最判平成18年10月20日のケースは、前述のように、譲渡担保の被担保債権の弁済期到来後の、譲渡担保の目的不動産に対する譲渡担保権者Aの一般債権者Dによる差押え(強制競売開始決定)に関するものであり、一般債権者Dの差押え登記後に、設定者Bが債務の全額を弁済しても、第三者異議の訴え(民執38条)により強制競売の不許を求めることはできないとしたものであった。(二)において検討したのは、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者Aが目的不動産を第三者Cに譲渡し、Cが所有権

移転登記を経由したというケースであったから、譲渡担保権者Aは第三者Cに対して譲渡した時点で、いかなる権利を有していたのか（判例理論は自由な処分権能を有するとするが、私見では、設定者留保権の負担の付いた不動産を有するに過ぎないとする）、第三者Cの取引の安全はどのようにして考慮すべきかを考察した。それに対して、この判例においては、譲渡担保権者Aの一般債権者Dによる譲渡担保の目的不動産に対する強制競売（差押え）が問題となっているから、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者Aによる清算手続が行われていない時点で、譲渡担保の目的不動産が譲渡担保権者Aの責任財産に属しているといえるのか、また、一般債権者Dの差し押さえた譲渡担保の目的不動産につき設定者Bが所有権その他目的物の譲渡または引渡しを妨げる権利を有しているといえるのか（民執38条参照）を考察する必要があると考えられる。

しかしながら、前掲最判平成18年10月20日は、その理由として、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を取得するから、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こと、および、譲渡担保権者の債権者による目的不動産の強制競売による換価も、譲渡担保権者による換価処分と同様に受忍すべきものといえることができるから、目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では、受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくてもやむを得ないこと、を上げるのみである。この論理に対しては、担保権的構成のうち設定者留保権説の立場からすれば、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的不動産を帰属清算の手続により換価する権能を取得し、設定者は、譲渡担保権者が設定者留保権の負担の付いた不動産として目的不動産を第三者に譲渡することを受忍する立場にあるが、帰属清算とは無関係に設定者留保権の負担の付いていない不動産として譲渡担保権者が目的不動産を第三者に譲渡することを受忍する立場にあるということとはできないこと、したがって、設定者は、譲渡担保権者の債権者による目的不動産の強制競売による換価も、譲渡担保権者に

よる換価処分と同様に受忍すべきものということにはならないので、目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係でも、受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくてもやむを得ないという結論を導き出すことはできない、ということになる。

それでは、被担保債権の弁済期は到来したが、譲渡担保権者Aによる清算手続が行われていない場合に、目的不動産はAの責任財産に帰属しており、Aの一般債権者による強制競売の目的となるといえるか。

譲渡担保権につき所有権的構成をとれば、被担保債権の弁済期の到来の前後を問わず、目的不動産の所有権は、譲渡担保権者Aの責任財産に帰属しているから、Aの一般債権者Dが目的不動産につき強制競売の申立てをした場合、設定者Bは当該不動産は譲渡担保の目的であり、清算金の支払いがまだなされていないことを主張して、受戻権を行使して第三者異議の訴えを提起することはできないことになる。

これに対して、譲渡担保権につき担保権的構成をとれば、被担保債権の弁済期は到来したが、譲渡担保権者Aによる清算手続が行われていない場合において、譲渡担保権者Aには設定者留保権の負担の付いていない不動産が帰属しているわけではない。譲渡担保権者Aに帰属しているのは、Aが設定者Bに対して有している被担保債権と設定者留保権の負担の付いた不動産である(弁済期到来後であるから、帰属清算手続を行えば目的不動産を確定的にAのものにすることができる権利でもある)。したがって、譲渡担保権者Aの一般債権者Dとしては、Aの責任財産に属するこの被担保債権を差し押さえ(不動産執行ではなく債権執行である)、Dの有する債権額の限度でBに対して取立権を行使することができるが(民執155条)、BがDの取立てに応じないときは、DはBに対して取立訴訟(民執157条)を提起し勝訴判決を取得した上でBの責任財産に対して強制執行をして債権の回収を図るか、それともDはAに代わって譲渡担保権の実行をし(そのためには、Dは清算金を設定者に支払わなければならない)、目的不動産をAに帰属させ(帰属清算の手続をとる必要がある)、改めてこの不動

産につき強制競売の申立てをして、売却代金から債権の回収を図るのが筋である<sup>30)</sup>。

ところが、ここで検討している前掲最判平成18年10月20日のケースでは、被担保債権の弁済期は到来したが、譲渡担保権者Aによる清算手続が行われていない状態で、Aの一般債権者Dが譲渡担保の目的不動産につき強制競売の申立てをし、競売開始決定および差押えの登記（民執45条・46条1項）がなされたのである。強制執行の手続上は、目的不動産の登記名義が譲渡担保権者Aのものとなっているから、強制競売手続を開始することは違法ではない。しかしながら、設定者留保権説によれば、Aに帰属しているのは設定者留保権の負担の付いた不動産である（判例も、設定者留保権の負担の付いていない目的不動産が譲渡担保権者Aの責任財産に帰属しているとは言ってはならず、弁済期到来後はAは目的不動産についての処分権能を取得すると述べるのみである）。したがって、清算金が設定者Bに支払われないまま、目的不動産がAの責任財産に属するものとして強制競売手続が進められる場合、設定者Bはなお被担保債権額相当額の金銭を譲渡担保権者Aに弁済するか供託すれば、目的不動産につき所有権を有している者として、Dに対して第三者異議の訴え（民執38条）を提起して強制競売手続の停止・取消しを求めることができるということになる<sup>31)</sup>。そして設定者Bが受戻権を行使して被担保債権額相当額の金銭を供託したときには、譲渡担保権者Aの一般債権者Dは、Aの有する供託金還付請求権を差し押さえて、債権の回収を図ることができる。

なお、譲渡担保権者Aの一般債権者Dは、(二)で検討した譲渡担保権者Aからの譲受人Cの場合とは異なり、差し押さえた不動産が譲渡担保の目的であり清算金の支払いがなされていないことにつき善意であることが多いだろうが、その場合、Dは民法94条2項の類推適用を主張して、Bの第三者異議の訴えを拒むことができるか。譲渡担保権者Aに帰属しているのは、Aが設定者Bに対して有している被担保債権と設定者留保権の負担の付いた不動産であるから、前述のように、本来DはAがBに対して有す

る被担保債権を差し押さえ、自己の債権の回収を図ることができるのである。この場合、DがAに代わって譲渡担保権の実行をする場合、設定者Bに清算金の支払いをすることを要する。この方法をとらずに、Dが設定者留保権の負担の付いた不動産を差し押さえ、これに対して設定者Bが被担保債権額相当額の金銭をAに弁済または供託し受戻権を行使したとして第三者異議の訴えを提起した場合、Dが清算金未払いの譲渡担保の目的不動産であることを知らなかったとしても、民法94条2項の類推適用によりもはや受戻権を行使しえないということとはできないと解すべきであろう。

(二)で検討した目的不動産の売買等の取引との関係では、善意無過失の譲受人の保護の必要性もあるから、民法94条2項の類推適用に当たっては、第三者に善意無過失を要求して第三者を保護することも必要であろう。しかし、ここでは、売買等の取引ではなく、譲渡担保権者の責任財産への強制執行が問題となっているのである。そして、設定者留保権説によれば、責任財産は、Bに対する被担保債権と設定者留保権の負担の付いた不動産であり、差押債権者Dはすでに設定者留保権の負担の付いた不動産を差し押さえており、必要があればさらに被担保債権を差し押さえることができる。したがって、差押債権者Dに民法94条2項類推適用による保護を認める必要はないといえるのである。

最後に、強制執行手続との関係を論ずる松村和徳教授の見解につき触れておきたい<sup>32)</sup>。教授は、譲渡担保権設定者の第三者異議の訴えの可否につき丁寧に論じられている。そして教授も譲渡担保権につき担保権的構成が妥当であるとする立場に立たれ、譲渡担保権設定契約時に設定者には物的権利である設定者留保権(受戻権)が帰属しており、それが行使できる状態が実体法上設定者に保障されている限り、第三者異議の訴えを提起できると解することになる、とされる。この点までは筆者と同様の見解である。しかし、教授は、その上で、譲渡担保権者Aの一般債権者Dによる強制競売の申立てにより目的不動産につき差押えの効力が生じた後は、執行債務者である譲渡担保権者Aは処分禁止の効力を受けるのであり、このことは、



買受人の代金納付時まで強制執行法上目的不動産の所有権移転がないことを保障していることにほかならないから、差押えの効力が生じた後は、設定者Bはもはや受戻権を行使しえないというのが、前掲最判平成18年10月20日の論理構成であり、この論理構成自体は、基本的に支持できようと思われる。

ところで、設定者留保権説によれば、譲渡担保権者Aの一般債権者Dが差し押さえたのは、設定者留保権の負担の付いた不動産であると解すべきことは前述した。したがって、目的不動産が差し押さえられた後は、差押えの処分禁止の効力により、譲渡担保権者Aは目的不動産を第三者に譲渡したり、第三者のために担保権を設定したりしても、第三者は所有権取得や担保権取得を差押債権者Dには対抗できないが、この不動産は設定者留保権の負担の付いた不動産なのであるから、清算金の支払いがなされるまでは、設定者Bは被担保債権額相当額の金銭をAに弁済または供託することにより、受戻権を行使しうるのであって、目的不動産がDにより差し押さえられたからといって受戻権行使ができなくなるということにはならないのである。

## 六 む す び

以上のように、現在の判例理論は、譲渡担保の解釈において、仮登記担保法およびその解釈論からかなり乖離してしまった部分がある。判例理論の転換を期待したいが、転換が期待できないなら、せめて不動産譲渡担保に関してだけでも、仮登記担保に準じた立法がなされることが望まれるのではなかろうか。

- 1) 中野貞一郎・民事執行法〔増補新訂6版〕372頁〔2010年〕。
- 2) 鈴木祿弥「仮登記担保法雑考（4）」金法874号4頁以下〔1978年〕、座談会「銀行取引における仮登記担保の運用とその問題点（1）」金法879号15頁〔竹下守夫発言〕〔1979年〕、近江幸治・民法講義〔第2版補訂〕299頁、301頁〔2007年〕、高橋眞・担保物権法〔第2版〕288頁〔2010年〕、石田穰・担保物権法697頁以下〔2010年〕など。類推適用に否定



的な見解として、川井健・民法概論2〔第2版〕468頁。

- 3) 鈴木祿弥・物権法講義〔5訂版〕357頁〔2007年〕〔以下、「鈴木・〔5訂版〕」として引用する〕、道垣内弘人・担保物権法〔第3版〕282頁〔2008年〕、安永正昭・講義・物権・担保物権法438頁注(11)〔2009年〕。
- 4) 法務省民事局参事官室編・仮登記担保法と実務124頁〔1979年〕、道垣内・前掲282頁、安永・前掲438頁注(11)。
- 5) 法務省民事局参事官室編・前掲124頁以下。
- 6) 座談会「仮登記担保法の諸問題」ジュリ675号4頁以下〔吉野衛、石田喜久夫、加藤一郎各発言〕〔1978年〕、石川正美「仮登記担保法における受戻をめぐる問題点(下)」NBL186号24頁〔1979年〕、法務省民事局参事官室編・仮登記担保法と実務124頁以下〔1979年〕、半田正夫・民法講義(3)〔改訂版〕298頁〔1980年〕、横俣次・担保物権法388頁〔1981年〕など。
- 7) 高木多喜男・担保物権法〔第4版〕327頁〔2005年〕。悪意の第三者に対する保護に否定的な見解はほかにも存在する(石田・前掲662頁)。
- 8) 近江・前掲290頁。
- 9) 道垣内・前掲283頁。
- 10) 高橋・前掲270頁。
- 11) 座談会「仮登記担保契約法をめぐる諸問題」手形研究279号〔米倉明発言〕、鈴木祿弥・物権法講義〔3訂版〕254頁〔1985年〕、同〔5訂版〕356頁以下など。松岡久和教授も、第三者Cは善意無過失でない限り、受戻権を行使しうるとされる(田井義信=岡本詔治=松岡久和=磯野英徳・新物権・担保物権法〔第2版〕346頁〔2005年〕)。
- 12) 生熊長幸「仮登記担保」星野英一ほか編・民法講座(3)277頁〔1984年〕参照。
- 13) 道垣内弘人・前掲320頁以下、松岡久和「判批〔最判平成6年2月22日〕」民商111巻6号937頁〔1995年〕など。
- 14) 詳細については、生熊長幸「譲渡担保権の対外的効力と二段物権変動説」太田=荒川=生熊編・民事法学への挑戦と新たな構築338頁以下参照。
- 15) 高木・前掲366頁。鳥部谷茂「判批〔最判平成6年2月22日〕」私法判例リマークス11号52頁〔1995年〕もほぼ同旨か。
- 16) 鈴木・〔5訂版〕374頁以下、内田貴・民法〔第3版〕538頁〔2005年〕、塩崎勤「判批〔最判昭和62年2月22日〕」金法1179号15頁〔1998年〕など。安永正昭「判批〔最判平成6年2月22日〕」金法1428号50頁以下〔1995年〕、吉田光碩「判批〔最判平成6年2月22日〕」判タ874号76頁〔1995年〕は、この説に近そうである。
- 17) 同旨・内田・前掲538頁、山野目章夫「判批〔最判平成6年2月22日〕」ジュリ1068号80頁〔1995年〕。
- 18) 道垣内・前掲322頁(譲渡担保権者による処分の場合と異なって解すべき理由はないからであるとされる)。占部洋之「判批〔最判平成18年10月20日〕」判評590号〔判時1993号〕19頁は、弁済期到来後は所有権的構成をとられるようであるが、判例の考え方を支持される。荒木新五「判批〔最判平成18年10月20日〕」判タ1234号41頁は、所有権的構成の立場から、弁済期到来の前後を問わず、譲渡担保権者による譲渡や一般債権者による差押えがな

されたときは、もはや設定者は受戻権を行使しえないとされる。

- 19) 鈴木・〔5訂版〕388頁、松井宏興・担保物権法207頁〔2007年〕。松井教授は、所有権移転登記をしたことにつき設定者には帰責性がないから、差押債権者は、94条2項の類推適用による保護を受けえないとされる。田高寛貴「判批〔最判平成18年10月20日〕」ジュリ1332号75頁〔2007年〕は、帰属清算型を原則形態とする見方を維持するならば、譲渡担保権者に処分権限がないとして第三者異議の訴えを認める余地が生ずるとされる。
- 20) この点につき、道垣内教授は、後述のように、帰属清算と処分清算を契約内容の区別とするのは、譲渡担保権者が用意した一片の文言に重きを置きすぎたとされるが（道垣内・前掲321頁）、賛成しがたい。
- 21) 魚住庸夫「判例解説〔最判昭和62年2月12日〕」最高裁判例解説〔民事篇・昭和62年度〕47頁。
- 22) 本稿は、被担保債権の弁済期の前後を問わず、清算金支払い前の譲渡については、同様に考えるものであるが、被担保債権弁済期前の譲渡については、設定者留保権説に立つ学説（道垣内・前掲314頁、高橋・前掲298頁など）は、このように考えている。星野英一・民法概論 324頁〔1980年〕は、第三者は回復期待権の制限のある所有権のみを取得しうるとされるが、この回復期待権は設定者留保権と同じである。もっとも教授は、この回復期待権を第三者に対抗するためにはその公示が必要であるとする立場を取られ、譲渡担保権者の所有権移転登記の登記原因が譲渡担保であるときは、設定者は回復期待権を譲受人に対抗できるが、売買が登記原因であるときは、背信的悪意者ではない第三者に回復期待権を対抗できないとされる。
- 23) 内田・前掲538頁、田高・前掲・転換期の取引法203頁は、このような考え方である。生熊・注(15)362頁以下も同旨。
- 24) 被担保債権の弁済期到来前のケースについてであるが、田井＝岡本＝松岡＝磯野・前掲370頁〔松岡〕。松井・前掲207頁も同旨と思われる。安永・前掲注(4)395頁は、被担保債権弁済期到来前の譲渡担保権者Aによる第三者Cへの譲渡のケースについてであるが、民法94条2項類推適用のためには、設定者Bに帰責性が必要であるから、BがAが所有者であることの外観につき明示または黙示に承認していると評価されることが必要であるとされ、また、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記がなされていれば、譲受人Cの善意および設定者Bの帰責性のいずれも原則として否定されるとされている。これに対して、高木・前掲359頁や高橋・前掲〔第2版〕298頁注(37)は、被担保債権の弁済期到来前の処分のケースについてであるが、設定者Bが抵当権設定ではなく自ら譲渡担保設定を選択したことに帰責性を求められる。
- 25) 道垣内・前掲320頁以下。
- 26) 道垣内・前掲319頁、同「判批〔最判平成6年2月22日〕」法協112巻7号983頁〔1995年〕も参照。松岡・前掲947頁もほぼ同様であり、債権者が清算金を調達する便宜が考慮されてよい、帰属清算型原則説は、清算金支払いの確実性の担保を最大の理由とするものであると理解されて、不適正価額での処分の場合には相当額での清算を義務づければよいし、第三者に譲渡された場合、清算金請求権につき留置権を認めれば清算は保障できる、債務者らの長期の履行遅滞を考慮すれば、受戻権を背信的悪意者排除論によって保障する

のは過大な保護ではないか、とされている。しかし、設定者としては、居住用または業務用の大事な不動産を失いたくないという場合も少なくないのであり、清算金さえ確保できればそれで足りるという考えには賛同し得ない。しかも、次の注27)で述べるように、清算金の額は、帰属清算の場合と比べてどうしても低くならざるを得ない。また、受戻権を喪失させることを目的とした第三者への譲渡を野放しにしてしまう点でも、この見解には賛成できない。

- 27) 近江・前掲300頁は、処分清算のメリットとして、処分自体が取引市場への放出であり、売却価格は自ずと市場価格によって客観的に形成されるところにある、とされている。しかし往々にして仲間うちで低額で売買されることが多いし、競売における買受申出額に見られるように、通常の売買の場合と異なり時価で買い受ける人をじっくり待つということはないから、希少物件でもない限り安値で売買されるのが通常であろう。加賀山教授は、帰属清算型では、担保権者は清算額をなるべく低く見積もろうとするモラルハザードが発生するので、市場での売却である処分清算型が原則とされるべきであるとされる(加賀山茂・現代民法担保法644頁〔2009年〕)が、帰属清算型の理解を異にする。
- 28) 星野英一・民法概論 322頁〔1980年〕、高木・前掲348頁、内田・前掲525頁。
- 29) 高木・前掲348頁。
- 30) 生熊・前掲「判批」金融判例研究17号44頁。
- 31) 占部・前掲「判批」判評590号22頁は、目的不動産についての譲渡担保権者の処分権能は目的不動産の所有権に基づくという理由で、判例理論に賛成されるが、私見は所有権権的構成をとらないのであるから、前提を異にする。
- 32) 松村和徳「判批〔最判平成18年10月20日〕」私法判例リマックス35号120頁〔2007年〕。

〔追記〕 大平祐一教授には、法学部の学生時代同期であったこともあり、東北大学法学部助手時代はもとより、現在に至るまで大変お世話になった。柔軟でありながら、筋を通すその学者生活を我々は尊敬してきた。今後もお元気でますますご活躍をされることを祈念する次第である。