

論 説

不動産の譲渡担保

——判例の立場をどのように説明すべきか

金子 敬 明

はじめに

半田吉信教授は、本誌本号に掲載される主要著作目録からもわかるように、民法の全領域にわたって多数の論考や判例評釈をものされてきたが、その中に、不動産譲渡担保に関する判例評釈三件が含まれている。そのうちの一件においては、不動産譲渡担保における譲渡担保権者の権利を担保物権的に構成することへの率直な支持が表明されている⁽¹⁾。

ところで、不動産譲渡担保の法的構成——とりわけ譲渡担保権者から第三者へと譲渡がなされた場合を想定した——に関する、最近の担保物権法の教科書類の記述を見ると、大抵は、所有権的構成によればこう考えることになるが、それは不当であって自説（担保物権的構成であることが多い）によれば別の結論になる、というスタイルで叙述されているか、さもなければ、いくつかの判例の判旨が個別的に紹介されているだけで自説はほとんど述べられていないか、のいずれかであって、諸判例を総合的に見たときに、結局のところ判例はどういう法的構成を採用しているのか、を分析するものはほとんど見あたらない。これは、判例は所有権的構成を採っていると

いうことが当然の前提とされているからなのかもしれないが、しかしその割には、多くの場合において、譲渡担保の担保としての実質を前面に出す判例があることも、並行して強調されている。両者は、所有権的構成から担保的構成へというキャッチフレーズのもと、時間軸上の変遷過程として描写されることが多いが、しかし最近では所有権的構成に立つ判例が見られないかというところ、そうとも言えないであろう。⁽³⁾

そこで、本稿では、不動産譲渡担保において譲渡担保権者から第三者への譲渡がなされた場合を中心にして、最高裁の裁判例（それがなければ下級審裁判例も視野に入れる）を分析し、結局のところ判例は不動産譲渡担保について所有権的構成を採っているという評価でよいのか、別の構成を採っていると解する余地はないか、を検討していくことにしたい。⁽⁴⁾ なお、譲渡担保と一口に言っても、その対象物によってかなり問題状況が異なっていることは、既に定着した認識となっており、⁽⁵⁾ 本稿での検討の対象も不動産の譲渡担保の事例に限られることを、予め明確にしておきたい。

用語法を説明しておく。まず、譲渡担保の設定された不動産を「目的不動産」、不動産譲渡担保の設定者を「P」、譲渡担保権者を「Q」とそれぞれ呼び、担保目的によって目的不動産の移転と関連づけられているところの債権（被担保債権）の債務者及び債権者は、それぞれP及びQであるものとする。また、「不動産譲渡担保の設定」というときには、P・Q間での設定の合意のみならず、Qに移転登記もされ、⁽⁶⁾ しかし目的不動産はPが引き続き使用収益している、⁽⁷⁾ という状況を念頭に置く。そして、目的不動産の完全な所有権をQから譲り受ける旨をQと合意した第三者をRと呼ぶことにする。

また、以上と同様の用語法を、仮登記担保の場合にも採用する。但し、仮登記担保の事例については、P・Q・Rの記号はそれぞれ小文字（p・q・r）で表記し、qはpから目的不動産の移転登記ではなく仮登記を受けたものと

する。

一 裁判例の提示

本稿では、特に次の三つの最高裁判例が重要な意味を持つ。そこで最初に、これらの事案と判旨をやや詳細に紹介しておく。

① 最判昭和六二・一一・一二金法七八七号三頁

〔事実〕

かなり簡略化して説明する。

本件土地は、もとX（原告・被控訴人・上告人）の所有であり、X名義の登記が経由されていた。Xの親類が経営するB社（株式会社大和製作所）は、A（昭和三九年に設立された金融業を目的とするC株式会社の代表取締役であった）との間で、昭和四〇年六月一日に、Aを貸主、B社を借主とする、証書貸付・手形割引及び手形貸付契約を締結した。Xは、B社がAに対して負担する右取引契約上の債務を担保するために、本件土地を譲渡担保とすることを約し、本件土地につき、XからAのために、東京法務局大森出張所昭和四一年五月一日受付第一九四二九号の所有権移転登記が経由された。

X及びB社は、昭和四三年四月二六日、Aとの間で、B社がAに対して負う右取引契約に基づく債務総額が二五三万円であることを確認した上、これを弁済したときは、AはXに対し、本件土地につき、前記A名義の所有権移転登記の

抹消登記手続をする旨の和解契約をした。そして、Aは昭和四三年六月五日、Xから二五三万円の支払いを受けた（なお、Xの上告理由によれば、それにもかかわらずAは抹消登記手続に応じず、そこでXは昭和四四年五月七日、Aの譲渡担保権が弁済により消滅したなどと主張して、本件土地につきなされたAの前記所有権移転登記の抹消登記手続等を請求する別訴を、Aを被告として東京地方裁判所に提起し、同年七月一日には予告登記もなされていた）。

Y（被告・控訴人・被上告人）は昭和四四年八月八日、Aから本件土地につき売買契約を締結してこれを買い受け、翌日、（判例掲載誌のコメントによれば売買予約を原因とする）所有権移転請求権仮登記を経由した。

Xは、Yが経由した所有権移転請求権仮登記の抹消登記手続を求めて、Yを被告とする訴えを提起した。第一審（東京地判昭和五七・二・二五）はXの請求を認容したが、原審（東京高判昭和五九・一・三〇）は、「不動産が譲渡担保とされ、譲渡担保設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がなされた場合において、譲渡担保権が弁済により消滅した以後、その不動産につき所有権を取得した第三者に対しては、譲渡担保設定者は登記がなければその所有権を対抗することはできない」と述べて、Yの控訴を容れてXの請求を棄却した。そこでXが上告した（なお、上告理由によれば、原審において、YがAから昭和四四年八月八日に本件土地を買受けるに際して、前記別訴の内容、見通しなどをAから説明されていたことを、Yは自ら陳述した、とされている）。

〔判旨〕 上告棄却。

「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経由された場合において、被担保債務の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に目的不動産が譲渡担保権者から第三者に譲渡されたときは、右第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合は格別、そうでない限り、譲渡担保設定者は、登記がなければ、その所有権を右第三者に対抗することができないものと解するのが相当である。」これと同旨の見解に立ち、原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、本件土地の譲渡担保設定者であるXは、譲渡担保権の消滅後に譲渡担保権者の訴外Aから本件土

地建物の譲渡を受けたYに対し、その所有権を対抗することができないものとした原審の判断は、正当として是認することができる。

② 最判平成六・二・二二民集四八卷二四一四頁

〔事実〕

X男（原告・被控訴人・上告人）はY₂女（被告・控訴人・被上告人）の兄であり、Y₁男（被告・控訴人・被上告人）はかつてY₂女の夫であった者であり、A男はB女（X及びY₂と実の兄弟姉妹の関係にある）の夫である。

Y₁は、昭和三十一年ころ、本件土地（松山市祇園町にある一〇九・〇九平方メートルの宅地）を前所有者から買い受け、昭和三十三年二月初、本件土地上に本件建物（木造瓦葺二階建居宅、床面積は一階が四〇・四九平方メートル、二階は一九・八三平方メートル）を建築してその所有者となった。

Y₁は、昭和三十三年三月二日までに、Aから金五二万円を、同日から毎月二日限り昭和四〇年一〇月二二日まで、月額五〇〇〇円ずつ分割して弁済する約定の下に借り受け（この借受けは、本件土地購入資金、本件建物建築資金に当てるために行われ、また利息の定めはなかった。以下「本件債務」という）、昭和三十一年一〇月二二日、本件債務の担保として、Aに本件土地建物の所有権を譲渡した（以下、この契約を「本件譲渡担保設定契約」と、右契約によってAの取得した権利を「本件譲渡担保権」という）。これに基づき、昭和三十一年一〇月二二日受付で本件土地建物について、Y₁からAへの所有権移転登記が、同日の贈与を原因として、経由された。

Y₁は、前記約定に基づいて、Aに対し、昭和三十三年三月二日から同三十八年四月二日まで一か月につき五〇〇〇円ずつ合計三七万円を支払った。ところが、甲町で農業に従事していたXは昭和三十八年五月七日ころ、母・妻子らを連れて本件建物に入居した。右転居にあたり、Xはその所有する不動産（居宅と敷地のほか、田約五反、畑約四反、山林約四町）のうち、山林の一部を残し、山林四反をAへ譲渡したほか、爾余の不動産全部を売却し、そしてXは、本件建物

に入居後、松山市の酒造業者に雇われたり、会社勤務をしたりして、本件建物の自主占有を継続した。このような経緯のゆえに、Yらは不本意ながら本件土地建物から退去するなどしたため、Y₁は、昭和三八年五月二日から昭和五六年八月一九日まで、本件債務の履行を遅滞した。なお、XからAへ前記のように山林四反が譲渡されたことをもって、昭和三八年五月七日までに本件債務が消滅したとは認められず、また、本件債務のうち、昭和三八年五月二日期限の五〇〇〇円分以後の支払については、少なくとも後述の前訴の提起の頃までは、Aからその支払を催促したことはなかった。

Y₁は昭和五二年、本件建物が同人の所有であるとして、その所有権に基づき、Xに対しては本件建物の明渡しを、Aに対しては同建物につきなされているAの所有権取得登記の抹消登記手続を行うことをそれぞれ請求した（以下これを「前訴」という）。前訴において、Aは抗弁として、本件土地建物を、Y₁が負っている本件債務の担保として、Y₁から取得したと主張し、またXは抗弁として、本件土地建物はY₁からAへ譲渡された後、AからXへ昭和三八年五月七日ころ売買により譲渡された（前訴当時は未登記）と主張した。前訴の一審裁判所は昭和五三年四月一日に口頭弁論を終結し、同年五月一六日に、Xとの関係ではY₁勝訴の判決を、Aとの関係ではY₁敗訴の判決を言渡し、同判決のY₁勝訴部分はそのまま同年五月三〇日ころ確定し、またY₁の敗訴部分については、Y₁から上訴がされたが結局Y₁の敗訴で確定した。Y₁は、昭和五三年一〇月、前訴確定判決の執行力ある正本に基づく強制執行により、本件建物の占有をXから回復した。

現在、本件建物は、Y₁と、後にY₁の同意を得て入居したY₂が、占有している。

Xは、昭和五四年八月二九日、本件土地建物をAから贈与され（以下「本件贈与」という）、これに基づき、同月三一日受付でAからXへの所有権移転登記が経由された。右登記の登記原因は、当初昭和三八年五月七日贈与とされていたが、昭和五四年九月二一日受付で、錯誤を原因として昭和五四年八月二九日贈与と更正された。本件贈与が行われた昭和五四年八月二九日現在における本件債務の残額は、合計金二六万二九六五円であり、他方で、昭和五四年から五六

年までの間における本件土地建物の時価合計は九九〇万円を下らなかった。

なお、本件債務につき清算が行われたことの主張及び証拠はなく、また、Aが、Xに本件贈与を行った昭和五四年八月二十九日当時、本件土地建物の適正時価九九〇万円から本件債務の残額二六万二九六五円を控除した清算金九六三万七〇三五円を支払う資力があつたことを認めるべき証拠もない。

Xは昭和五四年、Yらを被告として、本件建物の明渡しを求める訴えを提起し、主位的請求原因としてAからの昭和五四年八月二十九日の本件贈与を、また予備的請求原因として昭和三八年五月七日から一〇年間の占有による短期取得時効を主張した。昭和五六年八月二〇日、Yは本件債務の弁済のため、金三八万三〇一三円を供託した。なお、右弁済供託の時点における本件債務の残額合計は金二八万六八六九円を超えていなかった。

第一審（松山地判昭和五九・四・二七）はXの請求を認容し、Yらが控訴したところ、原審（高松高判昭和六三・一〇・三一）は、次のように述べて主位的請求原因を排斥し、また予備的請求原因も排斥して、Yらの控訴を容れてXの請求を棄却した…

〔一〕一般に、不動産を目的とする譲渡担保契約において、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、その権能に基づいて当該不動産を適正に評価した価額で自己の所有に最終的に帰属させること又は相当の価額で第三者に売却等を行うことによりこれを換価処分し、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当することができ、この場合には換価処分した右不動産の価額から自己の債権を控除してなお残余金があるときは、これを債務者に支払うことの清算を行うべき責務があり、他方債務者は、債務の弁済期到来後でも、債権者による換価処分が完結するまでに債務を弁済して目的不動産を取り戻すことができるのであり（最高裁判所第一小法廷昭和四十六年三月二五日判決・民集二五卷二号二〇八頁及び同裁判所第二小法廷昭和五十七年一月二二日判決・民集三六卷一号九二頁参照）、そして、右清算がなされていない場合であっても、債権者が譲渡担保により目的不動産を取得

したとして、その所有権を第三者に譲渡して所有権移転登記が經由されたときは、右不動産の所有権が譲渡担保権者を經て第三者に移転し、爾後は、第三者が債務者に対し、その所有権移転が譲渡担保のためでないことを対抗できることに伴い、債務者は清算が行われてなくても、もはや債務を弁済して目的不動産を取戻すことはできないが、その第三者が物件取得時に、いわゆる背信的悪意者であるときは、債務者は清算が行われない限り、なお、債務を弁済して債権者から目的不動産を取戻すことができ、この場合には、債務者はその取戻した所有権をもって、登記なくして背信的悪意の取得者である第三者に対抗できると解するのが相当である。

(二) これを本件に即して検討する。

(*(1)～(6)は省略)

(7) 以上の事実及び説示に、本件贈与契約は時価九九〇万円を下らない物件が無償譲渡されたものであることをも合わせ考えると、この贈与契約の締結は、専らXが、Y₁において早晚債務を弁済して本件土地建物を取戻すことを予測してこれを封ずるとともに、Y₁において、Aから物件処分に伴う清算金九六〇万円余を取得することを事実上不可能とすることを意図して行ったものと認めることができる。

そして、以上の事実関係の下においては、Xは、いわゆる背信的悪意者に該当し、したがって、Xは、本件債務を弁済して本件土地建物を取戻したY₁の所有権との関係では、その登記の欠缺を主張することは信義則に照らし許されないというべきである。

(三) Y₂が本件建物を占有するに至った経緯についての事実関係は当事者間に争いがなく、この事実によると、Y₂の右占有はY₁の右建物に対する権原に依拠することが明らかである。

そして、Y₂の右占有は、Y₁の本件土地建物の取戻がXに対して対抗できることにより、Xの所有権に対して対抗できるといふべきである。」

これにXが上告し、弁済期到来後における譲渡担保権者Aによる処分は、処分の相手方Xが善意か悪意かに関係なく有効であるはずである、と主張した。

〔判旨〕 破棄差戻。

「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は、右譲渡担保契約がいわゆる帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、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、債務者は、清算金がある場合に債権者に対してその支払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くなるものと解するのが相当である（最高裁昭和……四九年一〇月二三日大法廷判決・民集二八卷七号一四七三頁、最高裁昭和……六二年二月一二日第一小法廷判決・民集四二卷一六六七頁参照）。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ところはない。けだし、そのように解しないと、権利関係の確定しない状態が続くばかりでなく、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に、不測の損害を被らせるおそれを生ずるからである。したがって、前記事実関係によると、Y₁の債務の最終弁済期後に、Aが本件建物をXに贈与したことによって、Y₁は残債務を弁済してこれを受け戻すことができなくなり、Xはその所有権を確定的に取得したものである。これと異なる原審の判断には、法令の解釈を誤った違いがあり、右の違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。

論旨は理由があり、その余の上告理由について判断するまでもなく、原判決中X敗訴の部分は破棄を免れず、本件については、Y₁らの清算金との引換給付を求める旨の主張等その余の抗弁について更に審理を尽くさせるため原審に差し戻すことと……する。」

③ 最判平成一八・一〇・二〇民集六〇巻八号三〇九八頁

〔事実〕

X社（株式会社エステートワン。原告・被控訴人・上告人）は、平成一二年九月一二日、Aから、利息年二四パーセント（遅延損害金の約定なし）、弁済期日を平成一三年三月一日とする約定で四〇〇万円を借り受けた。X社は、この消費貸借契約の際、自己の所有する本件不動産（大阪府東大阪市にある宅地四四・七四平方メートル、及び同市内の別の土地の上にある木造瓦葺二階建居宅（一階床面積二一・一九平方メートル））についてAのために譲渡担保権を設定し、平成一二年九月一二日、Aのために譲渡担保を原因とする所有権移転登記を経由した。

信用組合Bは、Aに対する大阪地方裁判所平成六年（ワ）第七二二一号事件の執行力ある正本（貸金元本及び損害金合計三億九二四七万三〇四八円。以下「本件債務名義」という）を有していた。Y社（株式会社整理回収機構。被告・控訴人・被上告人）は、信用組合Bの地位を承継した上、本件債務名義に基づき、本件不動産について大阪地方裁判所に強制競売の申立てをした。これが同裁判所平成一四年（ヌ）第一四一号として係属し、平成一四年六月二八日に競売開始決定がされ、同年七月一日、その旨の差押登記が經由された。

X社は、前記消費貸借の際、Aに対し利息八万円を支払ったが、平成一三年三月一日を経過しても、元本弁済をしなかった。X社は、弁済期の経過後の平成一三年三月一二日に一二万円を支払い、Aから弁済期を三か月後の同年六月一日に猶予された。しかしX社は、同年四月一日、五月九日に各一二万円の利息を返済したが、同年六月一日に元本を返済できず、そのころAから、弁済期を定めないで期限の猶予を受けた。X社は、その後も、同年八月一日に一十二万円、平成一四年二月二五日に四八万円、同年三月八日、四月一〇日、五月一〇日、六月一〇日、七月一〇日には各一二万円を支払ったにすぎなかった。

X社は、本件不動産に対する差押登記が經由された直後の平成一四年七月二五日に元本四〇〇万円を小切手によりAに返済した。Aは、同年七月三一日、本件不動産について、同年三〇日解除を原因とする所有権移転登記を経由した。

なお、Y社は原審において、X社のAに対する債務の弁済及び本件不動産の所有権の受戻しは通謀虚偽表示で無効であると主張したが、このY社の主張は排斥されている。

X社は、平成一四年九月六日、Y社に対し本件不動産に対する強制執行の排除を求めるべく本件訴訟（第三者異議の訴え）を提起した。第一審（大阪地判平成一五・二・五）は、X社の請求を認容し、これにY社が控訴したところ、原審（大阪高判平成一六・六・三〇）は、Y社の控訴を容れて、X社の請求を棄却した。そこでX社が上告受理を申し立てた。

〔判旨〕 上告棄却。

「一 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。なぜなら、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（最高裁昭和…五七年一月二二日第二小法廷判決・民集三六卷一号九二頁参照）、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いうべきところ、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ともやむを得ないというべきだからである。

上記と異なり、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からである。

二 これを本件についてみるに、原審が適法に確定した事実関係によれば、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者であるYが目的不動産を差し押さえ、その差押登記後に設定者であるXが受戻権を行使したというのであるから、Xは、受戻権の行使による目的不動産の所有権の回復を差押債権者であるYに主張することができず、第三者異議の訴えによって強制執行の不許を求めることはできないというべきである。原審の判断は以上の趣旨をいうものとしては認めることができ、論旨は採用することができない。」

二 不動産譲渡担保における「被担保債権の弁済」の意義

本題に入る前に、不動産譲渡担保において「被担保債権を弁済する」ということが実際には何を意味しているのかを、少し検討しておきたい。

例えば、ある抵当権の被担保債権（弁済期が徒過したもの）について、当該被担保債権の債権者は、当該債権の弁済を裁判上無条件で請求できる（抵当権を有していることを理由に条件が付されることはない）こと、また、その旨の判決に基づいて、債務者の一般財産に強制執行できること、⁸⁾に疑いを持つ者はいないであろう。では、不動産譲渡担保についても、同じことが言えるだろうか。

動産の譲渡担保の事例であるが、最高裁は、譲渡担保設定者（当該事案では「被担保債権の債務者」と一致）が、

譲渡担保に供された物（株券）の引渡しを、譲渡担保権者（同じく「被担保債権の債権者」と一致）に対して、「被担保債権の弁済」と引き換えに請求した事件について、「被担保債権の弁済」が先履行になる、と判示している（最判平成六・九・八判時一五一号七一頁）。同判決では、参照判例として、抵当権の場合に、被担保債権の弁済が抵当権の設定登記の抹消に対して先履行の關係に立つとする最判昭和五七・一・一九判時一〇三二号五五頁と、仮登記担保（但し仮登記担保法施行以前の事例に係る）の場合について同様に、被担保債権の弁済が仮登記の抹消に対して先履行の關係に立つとする最判昭六一・四・一一金法一一三四号四二頁とが、明示的に引用されている。^⑨ところが、抵当権の設定登記や仮登記担保における仮登記（まだ本登記にされていないもの）の抹消登記手続請求に係るこれらの法理を、不動産譲渡担保におけるQ名義の登記の抹消登記手続請求の事案に卒然と当てはめることに對しては、強い批判がある。

実際、前掲最判平成六・九・八が出される前に既に、岩城謙二・民商法雑誌九六卷五号六九七頁（前掲最判昭和六一・四・一一の判例評釈）は、「今後は更に担保の種類や担保権の内容によって、より実質的な検討がなされることを期待したい。……不動産譲渡担保の場合を考えると、債務が弁済されたにもかかわらず、登記名義がなお債務者にあるという状況はすこぶる危険である。……もとより、債務者は仮処分を申立てることにより、担保物を処分される危険を防げるではあるが、判決としても、債務の引換えに担保物の返還や登記……の抹消手続をすべき旨を命じる必要があるケースが、債務者保護の立場から、考えられるのではないか」と指摘していた。つまり、抵当権の場合には、実体法上は被担保債権の弁済により消滅したはずの抵当権の外形（登記）に基づいて抵当不動産の競売が申し立てられて（民執一八一一条一項三号）、競売開始決定がなされたとしても、債務者や抵当不動産所有者は、抵当権の消滅を理由に、執行抗告または執行異議を申し立てることができ（民執一八二条）、

そこで競売手続を止めることができるから、「弁済が先行することの危険はまずない」。これに対して、不動産譲渡担保の場合、Pによる「被担保債権の弁済」が、Q名義の登記の抹消に対する関係で先履行になるのだとする、その「債務者」たるPは、「弁済」した直後にQが目的不動産をRに譲渡して移転登記も経由してしまった場合（①判決の事案参照¹⁰）などにおいて、「弁済」したうえに目的不動産も失うという危険を負いかねないので、抵当権の場合の議論を単純に当てはめるべきではない、というのである。¹¹そして同様の批判は、前掲最判平成六・九・八に対する諸評釈においても表明されている。¹²

ところで、仮登記担保法のもとでは、清算期間が経過して目的不動産の価額の限度で被担保債権が消滅しても（同法九条）、清算金が生じる限りは、既に消滅したはずの被担保債権の債務者であるpは、「債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」に相当する金銭をqに提供して、目的不動産の受戻しを請求することができる（同法二一条）。この場合（以下、清算期間経過時における目的不動産の価額が被担保債権の残額を上回っていた、という典型的な事例をもっぱら想定する）において、qは、既に消滅したはずの被担保債権を訴求しえない（pの権能として、「債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」を支払って受け戻すことができるにとどまる）。qは、既に自ら実行通知（同法二条）をし、以て被担保債権の弁済を求めるのではなく目的不動産を丸取りする意思を表明したのであるから、qにとつてはそれでも特に問題ないのである。

仮登記担保法がノーマルな事態として想定している場合においては、清算金が生じるときには、清算金が現実を支払われるまで、pは本登記手続を拒絶することができる（同法三条二項）。そして、清算金が支払われれば、pの受戻権は消滅するので（同法二一条）、qに本登記がされているがpの受戻権能は未だ残っているという事態

は、通常は生じないことになる。しかし、清算金の支払いよりも先に本登記手続をする旨の特約（処分清算のためにそのような特約をすることが典型的には想定されている）が清算期間の経過後にqとpとの間で結ばれたとき（同法三条三項参照）などにおいては、清算金未払いにもかかわらずqが適法に本登記を経由する、という事態が例外的に生じうる。この場合には、pが受戻権の行使（債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額）の提供、及び受戻し意思表示¹³をしても、qからpへの所有権の移転の原因関係が生じるだけであって、その後qが目的不動産の完全な所有権をrに処分すること自体は妨げられず、よってpが受戻権の行使をした後に、qがrに目的不動産を譲渡してrが移転登記も経由してしまうと、pは目的不動産の所有権を終局的に失う、とされる¹³。ここでは、pによる「債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」の提供は、pが目的不動産の登記を取り戻すことに対して先履行の關係に立つことが想定されているとみてよいであろう。

そうであるとすれば、判例（とりわけ前掲最判平成六・九・八）の立場による限り、仮登記担保法のもとでの右の例外的な場合——清算期間経過後に、pが清算金未払いのうちにpが「被担保債権」を弁済し、以て、特約に基づき一旦qに得させた本登記をqから取り戻そうとする場合——において、pは、「被担保債権を弁済」して目的不動産を取り戻そうとする譲渡担保設定者と同様の地位に立つ、と考えることができる¹⁴。実際、やや異なる文脈においてであるが、「清算未了のうちに本登記をした仮登記担保権者の地位は、譲渡担保権者の地位に類似」する、と指摘するものがある¹⁵。もっとも、仮登記担保法の場合には、先述の通り、清算金が支払われないままに仮登記担保権者が本登記を経由してしまうという事態はあくまで例外として位置づけられているにすぎないが、この違いは、譲渡担保権者が設定時に移転登記まで受けているのと異なり、仮登記担保権者は設定時には仮

登記までしか受けていない、という構造的な違いに由来している。

さて、このように言えるすると、仮登記担保の場合に、受戻権を行使する際（仮登記担保法一条）には、すでに被担保債権は消滅しているから、被担保債権の弁済の提供ではなく「債権等の額……に相当する金銭」の提供が必要とされる、のと同じように、不動産譲渡担保においてPが所定の額をQに支払って目的不動産を受け戻そうとする場合に、その支払いの法的性質は「被担保債権の弁済」ではなく「債権が消滅しなかったものとするれば、債務者が支払うべき債権等の額」（仮登記担保法一条一項参照）の支払いである、なぜなら被担保債権は目的不動産の価額の限度で既に設定時に消滅しているから、と考えることはできないだろうか。

このような論法は、売渡担保と譲渡担保との区別という議論を思い起こさせる。すなわち、譲渡担保においては、債権は存続したままで、ある財産の所有権が担保目的で債権者に移転されるのに対して、売渡担保においては、債権は売渡時になくなるのである、という議論である¹⁶⁾。そして、売渡担保においては、丸取りした目的不動産の価額と消滅した被担保債権の額との清算という概念を容れる余地がなさそうであるところ、¹⁸⁾清算義務は今日では確立した法理となっており、そうすると、債権担保目的で不動産が債権者に移転されるという場合に、それを売渡担保という概念構成で説明するのは今日においては適切でない、という帰結になりそうである。しかし、この点は、前段落の末尾で示した構成に対する決定的な反論とはならない。というのも、売渡担保であろうが譲渡担保であろうが、今日では清算義務が課されることに異論がないところ、譲渡担保の構成を採らなくても、「被担保債権は譲渡担保設定時に一応目的不動産の価額の限度で消滅したのであるが、それが消滅しなかったものとするれば現時点において債務者が支払うべき債権等の額」を想定することはでき、現時点での目的不動産の価

額とその額との差額を清算することが今日では義務とされている、というふうに事態を描写することは十分に可能だからである。¹⁹⁾

ここまでの行論を振り返ると、不動産譲渡担保において設定時に既に被担保債権が消滅しているのではない、という考えが生じてきたのは、そもそも、仮登記担保法のもとで、被担保債権が目的不動産の価額の限度で消滅する（反射的に、被担保債権の方が目的不動産の価額よりも大きい場合であればpのqに対する清算金請求権が発生する）とされている時点が、清算期間の経過時であると規定されている（同法九条、三条）ことがきっかけであった。しかし、そもそもなぜそうなっているのだろうか。右のような仮登記担保法の定めは必然的ではない、との見解は、決して突飛ではない。実際、清算金が生じるときは、清算期間経過後も清算金支払いまではまだ受戻権行使の余地はあるのだから、それまでは被担保債権は消滅しない、と考える見解も一部で主張されているし、²⁰⁾ そこまで言わなくても、仮登記担保法において被担保債権が消滅する（これは目的不動産の所有権がqに移転することとリンクさせられている。同法二条一項参照）のが清算期間の経過時であるとされているのは、「法的構成の美学的観点から」にすぎない、という指摘もなされているのである。²¹⁾

では、仮登記担保法の条文を一旦離れて、仮登記担保の関係において、被担保債権が消滅するのはいつだと観念するのがよいだろうか。次のように提案したい。

すなわち、被担保債権の消滅時（＝清算金請求権の発生時）と、清算金の額の算定基準時とが一致するのが望ましいのだとすると、これらの時点を清算期間経過時に設定した仮登記担保法（三条一項参照）は、ありうる立場のうちの一つを合理的にも選択した、ということになろう。²²⁾ しかし、清算期間の経過後で清算金支払いの前に、

他の債権者が目的不動産を差し押えて目的不動産が競売にかけられると、qは本登記手続をpに請求することができないとされているところ（同法一五条一項）、この場合には、清算期間経過時に一旦消滅したはずの被担保債権が復活することになる、という（不自然と言われても仕方のない）説明を施すしかない、と説かれている。⁽²³⁾このように、被担保債権の消滅時を清算期間経過時とすることですべてをうまく説明できるわけではないのであり、つまり、被担保債権の消滅時を清算期間経過時とする理論的必然性は何ら存在しない、というべきである。

以上が正しいとして、これを不動産譲渡担保の場合に移しかえらるとどうなるだろうか。

最判昭和六二・二・一二民集四一巻一号六七頁は、「弁済期の経過後であつても、債権者が担保権の実行を完了するまでの間、すなわち、（イ）債権者が目的不動産を適正に評価してその所有権を自己に帰属させる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、目的不動産の適正評価額が債務の額を上回る場合にあつては清算金の支払又はその提供をするまでの間、目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない場合にあつてはその旨の通知をするまでの間、（ロ）目的不動産を相当の価格で第三者に売却等をする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（以下、この権能を「受戻権」という。）ができるものと解するのが相当である」としている。これによると、清算金が生じる場合における清算金の額の算定基準時は、QがPに清算金の支払い又はその提供をする時か、Qが第三者Rに売却等の処分をした時の⁽²⁴⁾、いずれか早い方の時点であることになる（右に引用した判旨に続く部分でも、そう述べられている。以下これを「限界時点」と呼ぶ）。そうすると、もし清算金の額の算定基準時と被担保債権の消滅時期とを一致させるべきであるならば、その限りにおいて、被担保債権の消滅時期は「限界時点」である、と考えるべきことになろう。

しかし、これもやはり便宜の問題にすぎず、必然的にそうなるというものではないと考えるべきである。⁽²⁵⁾ すなわち、不動産譲渡担保の設定時に、目的不動産の価額の限度で被担保債権は一応消滅した（反面で、目的不動産の所有権も一応Qに移った）のであり、あとは、「被担保債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」をPがQに支払って目的不動産を受け戻す権能（受戻権⁽²⁶⁾）が、Qの手によって「限界時点」が招来されない限りにおいてPに存する、しかしそれは「被担保債権の弁済」ではない、と考えることも十分に可能である。もっとも、この考え方は、目的不動産の価額が設定時から「限界時点」までの間に変動した場合において、清算金額の算定（あるいは、目的不動産の価額の方が小さい場合には、被担保債権の消滅額の算定）の基準時は「限界時点」になる、という判例法理（前掲最判昭和六二・二・一二の判旨参照）とは調和しないように見える。しかしそれは、清算金の算定基準時を「限界時点」とするという決定を与件としているところ、実際にはその決定自体、何ら必然的なものではないのである。

以上の検討をふまえて、二の冒頭での問いに戻ろう。不動産譲渡担保権者Qは、債務者兼設定者であるPに対して、「弁済期」の到来している「被担保債権の弁済」を求めることができるだろうか。

右で提案した概念構成からは、次のようになるだろう。不動産譲渡担保設定時に、被担保債権は、目的不動産の価額の限度で一応消滅し、反面で目的不動産の所有権も一応Qに移る。もっとも、ここで清算金額が確定するわけではない。むしろ、設定の後に時の経過に伴って目的不動産の価額や「被担保債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」が変動するのに伴い、清算金が生じるのか（生じるとして額はいくらか）、それとも清算金は生じずQが無担保でPに請求できる額がなくながしか残ることになるのか（その額はいくらか）

か)、がそのときに応じて変動する。このような不確定状態は、「限界時点」の到来と同時にストップし、その時点で清算金の有無や額(清算金が生じない場合には、Qが無担保債権者としてPにあといくら請求できるのか)がようやく確定する。「限界時点」までは、「被担保債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」をPが支払って——「被担保債権の弁済」ではない——目的不動産を取り戻す権能(受戻権)が、Pには認められている。その意味で、不動産譲渡担保の設定後、目的不動産の帰属の不確定状態が「限界時点」の到来までは続き、そうである限り、QはPに「被担保債権が消滅しなかったもの」とすれば、債務者が支払うべき債権等の額」の支払いを請求することはできない(前掲最判平成八・一一・二二。Pが右の額を支払って目的不動産を受け戻す権能を有しているだけである)。

以上のように解することのメリットは、Pから不動産譲渡担保権の設定を受けて移転登記まで経由したQが、「被担保債権」は残っているとあくまでその満額の支払いをPに請求することもできる、と考えることの不当性を回避できる点にある。二の冒頭で挙げた前掲最判平成六・九・八や、注9で挙げた二つの下級審裁判例は、Pが義務として「被担保債権を弁済」するのではなく、あくまで権能として受戻権を行使しようとする場合において、Q名義の登記の抹消登記手続との引換給付を主張することができるか否か、を扱った裁判例として位置づけられるべきである⁽²⁸⁾。

ただ、ここで注意しなければならないのは、以上の概念構成もまた必然的なものでないことである。すなわち、譲渡担保の設定後も「被担保債権」はそのまま残る、という構成を採ったとしても、譲渡担保設定時から「限界時点」の到来までのあいだは「被担保債権」の訴求はサスペンドされる^(28a)(とはいえ、右期間中も、任意の時点における「被担保債権」の額を数式を用いて観念することはでき、Pは自発的にその額を支払うことで「被担保債権を消滅」

させて目的不動産を受け戻すこともできる」と考えるならば、同じ結論に達することができる。先述のように、清算金請求権の額の算定の基準時が「限界時点」であることを与件とするのであれば、こちらの概念構成の方がそれとは整合的ですからある。しかし、いずれかの概念構成のみが正しいということはない。むしろ、どちらかを決めたいという現象は、右期間中は目的不動産の帰属が不確定であることの反映である。不動産譲渡担保の薄気味悪さは、この、どちらの構成で行ってもしつくり来ないという「決めがたさ」に存するといつてよい。

右のいずれの構成のもとにおいても、「被担保債権の弁済期」の定めなるものは、「被担保債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」ないし「被担保債権額」の算定につき大きな意味を持つが、そればかりでなく、QがPに対してその時点までは不動産譲渡担保権の私的実行を行わない（したがってその時点までに「限界時点」が到来することはない）旨の約束としての意味あいも有する。もともと、これは所詮はPとQとのあいだの約束にすぎず、それが第三者Rとの関係でも法的意味を持つかは、別途検討しなければならぬであろう。

以下で、譲渡担保を扱う際に、便利な表現として「被担保債権」「被担保債権の弁済」「弁済期」等のフレーズを多用するが、その真意は以上で述べたような点に存すること、特に、後者の構成の方に加担するものではないこと、を強調しておきたい。

三 不動産譲渡担保の法的構成の分析——松尾論文を手がかりに

二での考察で、不動産譲渡担保に関する認識を深めたところで、当初の問題意識に戻り、判例が不動産譲渡担保をどのように法的構成しているか、どのような法的構成が判例の立場を最もよく説明できるか、を検討することにしよう。

学説では、主に不動産を念頭に置きながら、譲渡担保の様々な法的構成が主張されているが、その網羅的な検討は、既に多くの論考でなされているところであり、本稿で行うことはしない。代わりに、ここでは、松尾弘教授の論文「物権変動における「対抗の法理」と「無権利の法理」の間」⁽²⁹⁾（以下「松尾論文」という）で提示された視点からこれらの諸構成を眺めてみると、どうなるか、を分析するにとどめる。⁽³¹⁾

ところで、松尾論文の着想はそもそもどのようなものであるうか。既に優れた紹介があり、⁽³²⁾ 屋上屋を重ねることにはなるが、本稿の検討に必要な範囲で振り返っておきたい。

(一) 松尾論文の紹介

松尾教授は、その論文のタイトル通り、「対抗の法理」と、「無権利の法理（の例外則）」の二つを取り出して、次のように位置づける。一方で、Aに対して既に権利を譲渡したBから、さらにCが同じ権利の譲渡を受けるときに、Cは権利者Bから権利を取得したのであり、このときのCA間の優劣を決するのが「対抗の法理」である。ここで妥当するのは、BAとBCの二つは対等な競争関係に立つという発想である（a類型）。他方で、もとか

ら権利を有していなかった者Bから、当該権利を譲り受ける取引をしたCがいたときに、Cは当該権利を取得しないのが原則であるが（無権利の法理）、例外的に、Cが当該権利を取得する（反面で真の権利者Aが当該権利を失う）ことがありうるとされており、これを基礎づけるのが「無権利の法理の例外則」である（ β 類型）。

ところで、松尾教授によると、対抗の法理と無権利の法理の例外則とのあいだに、中間形態が比較的広範に存在する。すなわち、A B間の物権変動の原因に何らかの瑕疵があり、Bが完全な意味で権利を取得したとはいえないところ、そのようなBからCが権利を取得した場合に、AとCのいずれが当該権利を取得するかを決するのが、この中間形態たる「権利保護資格要件の法理」である、とされる（ γ 類型）。その範例とされているのは、明らかに詐欺取消しの場合である。この類型で妥当する発想は、原則としてはAの方が権利取得すべきである、いかえればB A間の復帰的原因関係とB C間の原因関係とは原則として前者にプライオリティがある、そして例外的にCが権利取得するためには、それを正当化するに足るだけの要件（「権利保護資格要件」）。但し、登記だけでなく様々な要素が考慮要因となる）をCが充足することが必要である、というものである。その上で、松尾教授は、その「権利保護資格要件」として、一方で、CがBからAへの権利復帰原因を知らないこと（善意）が最低限度であり、他方で、Cが外形上完全な利害関係を形成することまでは必要なく、B C間の取引につき履行の着手程度があれば足りる、という⁽³³⁾。もつとも、Cの例外的な権利取得を認めるために、Cの善意を必須の要件とする点、Cが登記を具備することを必須の要件としない点、については、なぜそうなるかの説明が十分でないとの批判がある⁽³⁴⁾。この批判の当否については後で検討するが、もし、A B間の契約の法定解除の事例をこの γ 類型に入れようとするのであれば（松尾教授はそうように位置づけている⁽³⁵⁾）、Cは登記を経由すれば解除原因の存在や解除の意思表示がされたことについての認識はどうであれAに優先して権利取得するというのが判例の立場

である、と解されていることにも鑑みて、さしあたりは、Cの例外的な権利取得を認めるための「権利保護資格要件」が何であるかについて、予断を持ちすぎない方がよいと思われる。

松尾論文の提示する三類型論の概要は以上であるが、松尾論文は、不動産譲渡担保については次のように述べている。すなわち、不動産譲渡担保権の設定によっても、設定者Pには、「何らかの物権」が一度も動かずに残っており、そしてそれが消滅する（必ずしも明確ではないが、「被担保債権」の不履行が生じていることは必須であり、その上で、清算金が生じるのであればPへのその支払い、生じないのであればPへのその旨の通知、がなされることにより、右の「何らかの物権」は消滅する、と考えているようである）までは、Qは、所有権から、Pに残るべき右の「何らかの物権」を控除した分しか処分できない。ただ、例外的に、Qが、Pに残っていたはずの右の「何らかの物権」を含めた目的不動産の所有権をRに処分した場合に、右の「何らかの物権」の消滅の要件が充足されなくても、無権利の法理の例外則（民法九四条二項の適用ないし類推適用）により、Rが完全な所有権を取得し、反射的にPに残っていたはずの右の「何らかの物権」が消滅することがありうる。⁽³⁷⁾ もっとも、論文の末尾では再検討の必要性も示唆されており、不動産譲渡担保に関する松尾教授の見解はなお流動的であるようにも見える。⁽³⁹⁾

(二) 不動産譲渡担保の構成方法の分類

松尾論文の三類型論を借りると、不動産譲渡担保の設定者Pと、譲渡担保権者Qからの譲受人Rとの優劣を決める議論は、次のように分類できそうである。

(1) β 類型

これに属するのは、担保物権の構成をとる説であり、半田教授の説や、先述の不動産譲渡担保についての松尾教授の立場もこれに属する。

すなわち、Pには目的不動産に対する「何らかの物権」が残されていてそれは一度もQに移転したことはない、そしてその「何らかの物権」が消滅するためには、前提として「被担保債権の不履行」が生じていることが必須であり、さらにその上で、清算金が生じるのであればPへのその支払い、生じないのであればPへのその旨の通知、がなされなければならないのが原則である。しかし、その「何らかの物権」について権利を有しないQが、その権利をも有するかのようにして目的不動産の所有権をRに処分した場合に、Rは「無権利の法理の例外則」によりその権利を取得することはありうる（その結果、目的不動産にQがもとから有していた権利をRが承継取得したのと合わさって、Rは目的不動産につき完全な所有権を取得するに至る）、という議論である。

もともと、一見するとこの立場を採るよう見えながらも、実際にはそれと異なると把握した方がよい説もある。すなわち、Pが留保している「何らかの物権」は、不履行後も、（清算金が生じる場合には）清算金が支払われるまで消滅しないとしつつ、不履行が生じればPが留保している「何らかの物権」についてQは処分権を有するに至ることを認める見解がある。⁽⁴²⁾ この見解は、Pに排他的に帰属しているはずの「何らかの物権」につきP以外の者が処分権を有するという事態がいかにして発生するのか、十分な説明をしておらず、むしろこの見解は、次の(2)の一種に分類すべきであると思われる。

(2) γ 類型

これに属するのは、次のように解する説である。すなわち、不動産譲渡担保の設定によって、目的不動産の帰

属はある種の浮動的状态（Pに属しているとも、Qに属しているとも言える状態）になっている。そして、一方でPは、「被担保債権の弁済」によって、Qの関与なしに、その浮動的状态をPの排他的所有の状態にもたらし原因関係を生じさせることが可能である。他方でQは、「被担保債権の不履行」の発生後に清算金をPに支払うこと又は清算金が生じない旨をPに通知すること、によって、Pの権利を正規に消滅させてQの排他的所有の状態をもたらし⁽¹³⁾ことができるが、そればかりではなく、Qはそのような浮動的状态にある目的不動産について、一定の要件のもとに第三者へと目的不動産を処分する権能を有しており、Qはその権能を行使することにより、Rのもとの排他的所有の状態をもたらし⁽¹⁴⁾こともできる、と考えるのである。そうすると、右の浮動的状态からPの排他的所有の状態に戻す原因関係と、QがRに処分することでRの排他的所有の状態にする原因関係との優劣を決める必要があるが、これは「権利保護資格要件の法理」の考え方にしたがって定められる。すなわち、Pに戻す方の原因関係が原則として優越し、Rが確定的に権利取得するためにはRの側で一定の「権利保護資格要件」を備えていなければならない、と考えることになる。

(3) α類型

これに分類される説としては、いわゆる二段物権変動説及びその亜種と、所有権的構成の考え方とがある。

先に二段物権変動説を見よう。これは、不動産譲渡担保の設定によって、Pからは一旦Qに完全な所有権が移転し、同時にそのうち一定の部分（物権的期待権）のみがQからPに再移転（復帰）する、ととらえる。Qが物権的期待権の部分も含めてRに譲渡すると、物権的期待権の部分について、不動産譲渡担保の設定時におけるQからPへの移転と、右の譲渡時におけるQからRへの移転が生じ、その優劣は「対抗の法理」によって決まる、⁽¹⁵⁾というのである。このときには、物権的期待権の移転の対抗要件は何であるのかが問題となるが、二段物権変動

説の主唱者である鈴木祿弥教授は、所有権移転請求権保全の仮登記がそれに当たる、としている。⁴⁶⁾

なお、二段物権変動説とは微妙な差があるが、一旦完全な所有権はBに移転し、その上でAは何らかの物権を留保する、と構成するもの（担保的構成のうちの所有権移転構成）⁴⁷⁾は、すべて二段物権変動説の亜種としてとらえれば足りよう。

次に、所有権的構成の考え方がある。これは、不動産譲渡担保の設定によりPからQに完全な所有権が移るのであるが、しかしPは、譲渡担保設定後のいつの時点でも（被担保債権の弁済期）の前であっても、「被担保債権の弁済」をすることで、QからPに復帰する物権変動をQの関与なく生じさせる（受け戻す）権能を有しており（その限りにおいて目的不動産の帰属は不確定である）、Pは右のような地位を仮登記によって公示することもできる。他方で、Qは目的不動産につき完全な所有権を有する者としてそれを第三者Rに処分することができる。両者の物権変動の優劣は、「対抗の法理」によって決まる。このように考える説である。

この所有権的構成によれば、Qから譲渡を受けたRが移転登記を具備すれば、通常はRの権利取得が確定する。しかし、Pが譲渡担保の設定時にQから仮登記を受けていれば、Rが登場して移転登記を経由した後であっても、「被担保債権の弁済」をすれば、仮登記の順位保全効によりPが権利を確実に復帰させられることになる。

四 判例の立場に最も適合する構成はどれか

以上をふまえて、右の諸類型のうち、いずれが（但し、場合にに応じて複数の類型を使い分けることも妨げられな

い) 判例の立場を最も説明しやすいか、を、 β 類型、 γ 類型、 α 類型の順に見ていくことにしよう。

(一) β 類型 (担保物権的構成)

まず、明らかに判例の立場を説明しづらいのは、PとRとの関係を β 類型の発想で説明しようとする説である。この説によれば、Rは、所定の清算手続がとられない場合には、Rが何らかの事情について知らない(あるいは、知らず、かつそのことに過失がない) 限り、目的不動産の完全な所有権を取得することはないはずである。ところが、①判決によれば、Pが「被担保債権を弁済」した(受戻権を行使した)後に、RがQから譲渡を受けて仮登記のみ経由したという事例において、PはRに対し受け戻した所有権を対抗できないとされており、かつその結論は、Rの主観的事情には基本的に依存しない(判旨は「第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合は格別」だと述べる)、とされているのであり、少なくとも①判決の展開する一般論は、明らかに β 類型の発想に一致しない。また、②判決は、「被担保債権の不履行」があつた後は、所定の清算手続がとられなくても、Qは目的不動産について処分する権能を有するとしているが、これも、既に三(二)(1)の末尾で示唆したように、 β 類型の発想とは相容れないように思われる。

(二) γ 類型 (処分権能競合モデル)

かねてから判例は所有権の構成に立っていると言われていること⁴⁸⁾もあり、次は α 類型の発想を検討してみるべきであるようにも思える。しかし、近時、③判決を契機として、 α 類型の発想では判例の立場を説明できない、と述べる注目すべき見解が現れている。⁴⁹⁾そこで、できる限り γ 類型の発想を貫いて判例の立場を説明する作業

を先に試みたい。

(1) ③判決の展開する傍論(判旨一の第二段落)によると、不動産譲渡担保の設定だけでは、目的不動産についてQは処分権を有さず、Qの処分権はPによる「被担保債権の不履行」によって発生する。つまり、不動産譲渡担保の設定によって浮動的帰属状態に陥った目的不動産につき承継取得を生じさせうるのは、「被担保債権の不履行」が生じるまでは、Pによる「被担保債権の弁済」(受戻権の行使)に限られる。言い換えると、譲渡担保設定時から「被担保債権の不履行」時までには、Rが目的不動産について完全な所有権を取得しうるとすれば、それは、「無権利の法理の例外則」が適用される場合に限られ、そのようなRが現れるという例外的な事態が生じない限り、Pは目的不動産が譲渡担保物件であることをRに主張できる。⁽⁵¹⁾つまり、この期間においては、③判決の傍論を尊重すれば、β類型の発想が妥当することになる。

もっとも、②判決及び③判決の右傍論によれば、「被担保債権の不履行」があると直ちに、目的不動産についてのQの処分権能が発生する。「被担保債権の不履行」の発生前、つまりQの処分権能がないはずの時期、にQがRに目的不動産を譲渡してしまったとしても、その後ひとたび「被担保債権の不履行」が生じれば、処分権能は追完されて、次の(2)と同じ結果になると考えられる。⁽⁵²⁾

(2) ひとたび「被担保債権の不履行」が生じ、しかしまだ「被担保債権の弁済」がない段階でQがRに処分すると、②判決及び③判決によれば、目的不動産につきQの処分権能が認められることになる。⁽⁵³⁾そうすると、Q↓PとQ↓Rの二つの権利移転の優劣を決める必要が生じるが、ここでγ類型の発想を生かして、Q↓Pの復帰

にプライオリティがあり、したがって、例外的にRが権利取得するためにはRが「権利保護資格要件」を充足していることが必要である、と考えることで、判例の立場を説明できるだろうか。

まず、②判決によれば、Rの「権利保護資格要件」として、何らかの事情を知らないという主観的要件は必要とされないことになる。

特に議論すべきは、Rが移転登記を経由することがRの「権利保護資格要件」の一つとして必須となるかである。一方で、Rは登記を経由しなくても、QR間で処分契約がされた時点で、Pは受戻権能を失う、とする見解が有力に主張されている⁽⁵⁴⁾。しかし、QR間で原因関係が発生したがまだRが移転登記を経由しないうちに、Pが「被担保債権を弁済」して登記も取り戻した場合（実際にはあまり生じない事例であろうが）を想定すると、その場合にPへの所有権復帰を認めない理由はないように思われる⁽⁵⁵⁾。つまり、RがQから譲渡を受けたがまだ移転登記を経由していない状態では、Pが「被担保債権を弁済」して受け戻す可能性は終局的には失われておらず、そしてPが実際に「被担保債権を弁済」した場合には、PR間での訴訟の時点⁽⁵⁶⁾でRが移転登記まで経由していない限り、Q↓Pの復帰の方にプライオリティがある⁽⁵⁶⁾、というノ類型的な考え方を取ることも、論理的には可能であり、②判決とも矛盾しない⁽⁵⁷⁾。

(3) 最後に、「被担保債権の不履行」があつた後、まだ「限界時点」が来ていないうちに「被担保債権の弁済」がされ、さらにその後QからRへの譲渡がされた、という場合におけるPR関係を、どのようにとらえるべきであろうか。この場合、「被担保債権が弁済」されたのであるから、(1)と比べてもおそらく、目的不動産についてのQの処分権能を認める理由がない、という議論に説得力がありそうであり、しかも、(2)で「被担保債権

の不履行」を境に急にQの処分権能が発生すると構成できるのであれば、「被担保債権の弁済」を境に急にQの処分権能がなくなると構成することにも何ら障害はないと思われる。しかし、このような立場を採ると、(3)では(1)と同様に考えるべきことになるところ、それでは①判決の立場と明らかに整合しない。

そこで一部では、①判決との整合性を確保すべく、この(3)では一度は「被担保債権の不履行」があった、という事情を重視し、その後になって「被担保債権の弁済」がなされても、一度発生したBの処分権能はなくならないのである、と解する提案がされている⁽⁵⁸⁾。

この提案によると、(3)でも(2)と同じ考え方をとるべきことになるだろう⁽⁵⁹⁾。そうすると、先に(2)で述べたところに従うならば、(3)では、「被担保債権を弁済」したPは、その後Qから目的不動産の処分を受けたRが現れても、P・R間での訴訟の時点でRが登記まで経由していない限り、目的不動産の取戻しを確実なものとできる、ということになろう。

しかし実は、これではまだ、①判決の立場とは完全に整合しない。というのも、①判決では、P・R間での訴訟の時点ではRはまだ仮登記しか経由していなかったのに、それでも「被担保債権を弁済」したRが登記を取り戻していなかったPはRの仮登記の抹消登記手続を請求できない、と結論づけていたからである。Pが「被担保債権を弁済」した後にRが登場した場合ですらそうなのだとすると、翻って(2)においても、RはP・R間での訴訟の時点で仮登記さえ経由していれば「権利保護資格要件」を満たしている、と考える必要が出てくるだろう。もともと、そこまで来ると、むしろ、ほとんどすべての学説がそうとらえているように、①判決は、Qを起点とするPとRへの二重譲渡とみて、「対抗の法理」を当てはめたのである（a類型の発想）、と説明した方が、端的ではないかと思われる⁽⁶⁰⁾。

以上の次第で、 γ 類型の発想を核にして、判例の立場を整合的に説明することは、全く不可能だというわけではないが、次のような限界をかかえていることもまた否定できない。

第一に、③判決の評釈のほとんどが指摘しているところだが、(1)と(2)との境界は、「被担保債権の不履行」があったか否かの一点にかかっていると、その認定は非常に微妙であり、そのような微妙なものを境にして扱いが全く変わってしまうことを容認してよいか、疑問である。⁽⁶¹⁾

第二に、(1)においてQに処分権能がないと言っておきながら、(3)ではQに処分権能があると言うのは、そうしないと判例の説示と明らかに矛盾するから仕方がないとはいえ、いかにも御都合主義的であると映る。

第三に、(2)(3)を γ 類型として説明することは不可能ではないものの、 α 類型として説明すること(次の(三)参照)との差がほとんど生じず、 γ 類型として説明することの利点が見えづらい。⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾

(三) α 類型 (二段物権変動説及び所有権的構成)

最後に α 類型について検討しよう。先に三(二)(3)で見たように、これに属する説としては、二段物権変動説またはその亜種と、所有権的構成の二種類がある。実際上の帰結は、前者を採用場合に、Pに認められる何らかの物権(物権的期待権)の存在をRに主張するためには、実際にはまずなされることのない仮登記や買戻しの登記がその対抗要件として必要である、と解する限りにおいて、ほとんど差を生じさせない。異なる点があるとすれば、一定の事情を知っているRにはPの対抗要件の欠缺を主張する資格がない、という議論(背信的悪意者論やそれに類する議論)を採用する際に、その「事情」は、Pに物権的期待権が留保されているということであるか(前者の説)、それとも、Pが「被担保債権を弁済」してQ→Pの原因関係を生じさせたことであるか(後者の説)、

に存する。

そこで、いずれが判例の立場とより整合的であるかを検討しよう。②判決をみる限り、少なくとも弁済期の徒過後に関しては、Rの主観的態様をおよそ問題としないように見える同判決の立場は、前者の説とは容易に調和したいように思われる。また、譲渡担保設定後弁済期徒過前の期間にQがRに目的不動産を処分した事例におけるPとRとの関係について、最高裁判例は存在しないものの、周知のように古い大審院判例は後者の立場を採っており、また戦後の下級審裁判例まで視野を広げても、その結論（ほとんどの事例においてRが完全な所有権を取得するとされている）は、実は後者の説から十分に説明できる⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾。そうすると、前者の説は、学説上の主張としてはともかく、判例の立場の説明としては甚だ根拠薄弱といわざるを得ない。

他方で、後者の説（所有権的構成）からは、次のような説明をすることになる。すなわち、譲渡担保の設定時に完全な所有権がPからQに移転し、それまであった「被担保債権」もその時点で目的不動産の価額の限度で一応消滅する。Pには、「被担保債権が消滅しなかったものとすれば、債務者が支払うべき債権等の額」の支払いもしくは「被担保債権の弁済」によって、Q→Pという権利変動を生じさせる権能があり、すなわち、譲渡担保の設定によりQに所有権が移転したということは、少なくともP・Q間の内部関係においては、まだ確定的な意味を持たない（しかも、通常なされることがないとはいえず、Pは所有権移転登記請求権保全の仮登記をすることにより、対外的に自らの地位を公示することすらできる）。しかし他方で、Qから目的不動産の譲渡を受けたRとの関係においては、あくまでQが目的不動産の完全な所有権を排他的に有するものとして扱われ、つまりQにはQ→Rという権利変動を生じさせる権能がある。かくしてQを起点とする二つの物権変動が生じうる。

このように考えると、Pが「被担保債権の弁済」をする前にQがRに処分してしまった場合には、RはQから

の第一譲受人であるから、Rが背信的悪意者とされることは論理的にあり得ない⁽⁶⁷⁾。それでも、Rがまだ移転登記を経由していないうちに、Pが「被担保債権を弁済」してQ↓Pの物権変動の原因関係を生じさせ、その上で先に登記もしてしまえば、Pは二重譲渡事例で先に登記を経由した第二譲受人として、原則として目的不動産の取戻しを確実にすることができ(もつとも、Rの登場を知りつつ「被担保債権を弁済」して取り戻したPの方が、逆に背信的悪意者とされてしまう可能性が、論理的には残るだろう)。逆に、Pが「被担保債権を弁済」した後に、Rが登場して登記も経由されてしまえば(こちらの方が実際に起こる可能性がずっと高い)、登記を経由した第二譲受人Rは、背信的悪意者であるとされない限り、Pに対し自らの所有権の取得を対抗できる。

このような構成は、①判決及び②判決の立場をよく説明するし、また「被担保債権の弁済期」の前にQがRに譲渡してしまった場合の下級審裁判例の立場(注66参照)をもよく説明する。問題があるとすれば、③判決との関係をどのように考えるかであるが、③判決はあくまで、「被担保債権の弁済期」の徒過後にQの一般債権者が目的不動産に差押えをした、という事例に係るものである。つまり、「被担保債権の弁済期」の徒過前にQの一般債権者が目的不動産を差押えた場合に関する説示は傍論にすぎない。そのことをふまえれば、③判決の右傍論は、弁済期の徒過によりQは目的不動産につき処分権能を取得する、という前掲最判昭和六二・二・一二や②判決の議論を、(本稿の立場からすれば不当に)反対解釈した上で述べられたものにすぎない、と評価することもできるのではないか⁽⁶⁸⁾。

かくして、本稿は、不動産譲渡担保の法的構成として判例を説明するのに最も適している説は、依然として、譲渡担保設定後の時期の如何を問わず所有権の構成である、と判断する⁽⁶⁹⁾。

五 譲渡担保設定者による留置権の主張の可否

最高裁によると、Rが完全な所有権を取得したとされる場合においても、清算金が発生するにもかかわらずQからPに清算金が支払われていない場合には、Rからの明渡請求に対してPは、Qに対する清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張しうる、とされる（最判平成九・四・一一集民一八三号二四一頁。最判平成一一・二・二六判時一六七一号六七頁、最判平成一五・三・二七金法一七〇二号七二頁も、その判断を前提とするものと考えられる）。最後に、この立場が所有権的構成からうまく説明できるかについて、検討してみよう。

このような判例の態度は、留置権についての判例法理とは一致しないとしれば指摘される。その理由は、次のように説明されている。すなわち、PのQに対する清算金支払請求権は、判例法理によれば、「被担保債権」の消滅時、すなわちRへの譲渡時、に初めて発生するところ、まさにその時においてQは、もはや目的不動産の所有者でなくなっており、つまりQはPに対して明渡請求権を有しない。したがってP・Q間では一度も清算金支払請求権と明渡請求権との対向関係が生じなかったことになる。最判昭和四三・一一・二二民集二二卷一二号二七六五頁は、不動産の二重譲渡があり第二譲受人が登記を経由した場合に、第一譲受人は、第二譲受人からの明渡請求に対して、売主への損害賠償請求権ないし不当利得返還請求権（いずれも第二譲受人が登記を経由した時点で発生する）を被担保債権とする留置権を主張できないとしているところ、それと同じように考えれば、PはRからの明渡請求に対して留置権を主張できないはずである、というのである。⁽¹⁾⁽²⁾

しかし、これまで何度も述べてきたように、清算金支払請求権が「限界時点」にならないと成立しない、という構成は必然的なものではなく、むしろ、譲渡担保設定時にそれは一応成立しており、ただ、「限界時点」が到来するまでのあいだ、時々刻々とその額（ひいてはそもそもそれが存在するか否か）が変動する不確定なものである、と考えることも十分可能である。そうすると、PからQに対する清算金請求権は、潜在的な形においては「限界時点」を迎える前から存在しており、かくして右のような二重譲渡事例とのアナロジーは成り立たない、と解することも、十分に可能であると思われる。

なお、最判昭和三四・九・三民集一三卷一一号一三五七頁は、「被担保債権の弁済期」の到来前にQがRに譲渡してしまい、そこでRがPに対して目的不動産の明渡しを請求したところ、Pが、Qに対して有する目的物の時価の損害賠償請求権（Qが義務に違反して「被担保債権の弁済期」の前に目的不動産をRに処分したことにより、Pがもはや目的不動産を取り戻せなくなったことを理由とする）を被担保債権とする留置権を主張した、という事例について、Pの留置権の主張を認めなかった。この判例と、前掲最判平成九・四・一一をはじめとする最近の最高裁判例の立場とは、一見すると矛盾しそうである。⁽¹⁵⁾しかし、昭和三四年判決の当時には判例上清算義務が確立されていなかったことに着目した説明を施す余地があるように思われる。つまり、清算義務がない状態においては、譲渡担保設定時から潜在的な清算金支払請求権が成立していたと概念構成することは難しく、むしろ、前掲最判昭和四三・一一・二一と同じようにとらえるべきである（QのRに対する処分時に初めて、PはRに対して明渡義務を負うと同時に、PのQに対する金銭債権も成立した、とみる）、というようにして、判例上清算義務が確立した後の判例である前掲最判平成九・四・一一などと区別する、という説明が可能ではないだろうか。

おわりに

本稿の結論は、不動産譲渡担保の法的構成について判例が採る立場を説明するには、所有権的構成によるのが最も難が少ない⁷⁷、という、著しく陳腐なものである。しかし、その検討の過程で、若干の副産物がなかったわけではない。第一は、二で見たように、不動産譲渡担保の設定時から、本稿で「限界時点」と呼んだ時点までのあいだは、譲渡担保権者から譲渡担保設定者に対する「被担保債権」の訴求は認められるべきでないことである。また第二は、特に注62及び63で論じたように、同じ遡及効制限規定であるように見えても、第三者に主観的要件（善意）が課されている場合（民法九六条三項など）と、そうでない場合（民法五四五条一項但書など）とは、松尾論文の三類型の視点からは性質が異なるものと分析されること（前者は γ 類型、後者は α 類型）である。

さて、ここまではもっぱら、判例の立場をどう説明するかという視点から、検討を加えてきたが、最後に少しだけ私見を述べたい。

本稿の筆者は、不動産譲渡担保は、なるべく利用されるべきでない⁷⁸と考える。従来の学説は、おそらくはこの目標を共有しつつ、その目標の達成手段として、なるべくそれを担保的に構成することを試みてきたと言えよう。しかし、従来の学説の問題意識には強い共感を覚えつつも、不動産譲渡担保を担保的に構成することが、その目的の達成のための戦略として適切であるかは疑問に感じられる。青臭い書生論にすぎないかもしれないが、Rとの関係では不動産譲渡担保の所有権的構成を徹底させて、抵当権や、とりわけ仮登記担保との差を極大化させ

る、そうすることで設定者にとつての過酷性を際立たせておいてそれを周知し、以て、不動産譲渡担保を回避するよう潜在的ユーザーに働きかける、という手段が模索されてもよいように思う。また、このようにすることで同時に、仮登記担保法のような手続段階を顧念しようがないために（何度も述べているように、不動産譲渡担保では仮登記どころか移転登記まで予め設定者から奪われているのであるから）、設定者Pの権利を強くしようと思えば思うほど目的不動産の帰属が不明確になっていく宿命にある不動産譲渡担保から、そのような不明確さを払拭することができると考える。もちろん、このような戦略を採った場合には、個別具体的な妥当性に欠けると思われる事態が（少なくとも当座は）頻発する、という難点が生じることは重々承知しているが、こう見えても目指す目的は究極的には同じなのであるということをご理解賜れば、幸いである。

* 半田吉信教授及び鈴木庸夫教授には、筆者が二〇〇一年四月に本学法経学部に着任して以来、年長の同僚として大変にお世話になった。とりわけ半田教授には、同じ民法専攻の先学として、授業担当や学内行政の面で絶えずご高配を賜った。この場を借りて改めて感謝申し上げる。筆者の助手論文に対して着任早々に半田教授から頂戴したコメントを生かす機会を、遺憾ながら未だに作り出せていないが、早々に実現させたい。

また、本稿は、本誌二七巻三号に掲載された論説「抵当権と時効——最近の三つの最高裁判決を機縁として」と同様、本学大学院専門法務研究科で筆者が二〇〇八年度から担当している「民法Ⅰ」（物権法・担保物権法をカバーする、既習者一年目Ⅱ未修者二年目用の科目）の授業において、判例の立場を学生に向けてどのように説明すればよいかを試行錯誤してきた中から生まれたものである。同科目のこれまでの受講者諸兄姉に対する感謝の念についても、前稿と全く同様である。

なお、本稿は、科学研究費（課題番号二〇二四三〇〇一）の助成を受けた研究の成果の一部である。

（一） 本稿では、不動産譲渡担保の「所有権的構成」とは、不動産譲渡担保の設定により目的不動産の完全な所有権が譲渡担保

権者に移転し、ただ設定者にも、所定の額の金銭を支払うことで目的不動産を受け戻す権能がさしあたりは認められており、その権能の行使可能性が残っている限りにおいて目的不動産の帰属状態は一義的に明確ではない、という構成をさすものとする。この意味での「所有権的構成」は、設定者にも目的不動産についての何らかの物権が帰属していると観念する「担保的構成」（道垣内弘人『担保物権法』（第三版、二〇〇八）二九九頁の定義による）の中に含まれる。例えば、右の意味での「所有権的構成」のもとでは、目的不動産の不法占拠者を排除する権能を譲渡担保設定者に認めること（最判昭和五七・九・二八判時一〇六二号八一頁を参照）は、何ら背理ではない（後出注77も参照。高橋眞『担保物権法』（第二版、二〇一〇）二八三頁は、「単純な形態の」所有権的構成は今日では存在しない、と言うが、その趣旨は、いまの例でいうと、不動産譲渡担保の設定者は目的不動産の所有者ではないから目的不動産の不法占拠者を排除する権能を有しない、と議論を組み立てる説は今日では存在しない、ということであろう。実際には、「所有権的構成」の語を、ここでいう「単純な形態の」所有権的構成の意味で用いる論者が多い）。

他方で、本稿でいう「担保物権的構成」は、「担保的構成」の中の一類型であり、その特徴は、不動産譲渡担保の設定によっても、目的不動産の所有権の一部分は一度も設定者のもとを離れない、と構成する点にある（米倉明「不動産譲渡担保の法的構成」タートンヌマン二号（一九九八）八頁以下に依拠する）。同じ「担保的構成」といっても、二段物権変動説と、右の意味での担保物権的構成とはかなり異なることについて、本文三(二)を参照。

- (2) 半田吉信「後掲①判決評釈」椿寿夫編集代表『担保法の判例Ⅱ』（一九九四）二七頁。あと二件は、「後掲①判決評釈」安永正昭ほか編『不動産取引判例百選』（第三版、二〇〇八）一七二頁と、「後掲②判決評釈」ジュリスト一〇八〇号（一九九五）一一一頁である。

- (3) 例えば、大村敦志『基本民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（第二版、二〇〇五）三一九頁は、後掲②判決につき、「弁済期到来後についてではあるが、所有権構成に向かうかに見える判断を示した」と述べ、続けて、「これに対して、「判例は所有権構成を捨てていないようであるが妥当ではない」と言ってすませるというのも一つの見方ではある」との冷めたコメントを付している。

- (4) 大村・前掲書（注3）三一九頁は、前出注3で引用した記述の少し後で、「判例はけしからんといった方がすっきりするこ

とは確かである。しかし、判例は判例、学説は学説というスタンスでよいのか、それとも、判例をより内在的に理解する努力が必要なのか。この点を分けるのは、学説の役割に関する立場の違いであろう」と述べる。本稿は、不動産譲渡担保の分野で、まさに「判例をより内在的に理解する努力」をしてみようとするものである。

(5) 先駆的な指摘として、椿寿夫「不動産の譲渡担保」同『代物弁済予約の研究』(一九七五)一五二頁(初出…一九七三)。

(6) 山野目章夫『物権法』(第五版、二〇二二)三六〇頁(三一節)は、不動産譲渡担保の設定にともないPからQへの所有権移転登記をしておくのが普通である、登記原因の表示は「売買」と書くことが多いが、「譲渡担保」とすることも許されている、なお例外的に、所有権移転の本登記をしないで仮登記をなすにとどめておくこともないではない、という。また、清水元「不動産譲渡担保の法的構成」東北学院大学法学政治学研究所紀要一八号(二〇二〇)四六頁は、「譲渡担保権の合意と所有権移転登記とが一体となされるのが譲渡担保権の通例であり、慣習法上認められてきた譲渡担保慣行は、登記の具備によって成立すると考えるのが通常の当事者の意思である、と言うこともできる」とする(同旨、清水元『プログレッシブ民法 担保物権法』(第二版、二〇二三)二六七頁)。

(7) 目的不動産の使用収益態様との関係で、民法五七九条以下の買戻しの規定がどのような社会関係に適用されることを想定したものなのかを、本来であれば、検討する必要がある(法典調査会においては、梅謙次郎が買戻しの規定の立案を担当したと思われるが、フランス法の*remise*をはじめとする諸外国の立法も意識されている。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 四』(一九八四)一二頁以下のほか、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』(復刻版、一九九二)五三六頁以下も参照)。しかし、日本で民法典制定の遙か以前から行われてきた慣習(中田薫「日本中世の不動産質」(一九一七)、「徳川時代の不動産担保法」(一九一八)、「徳川時代の不動産担保法続考」(一九三二)(いずれも中田薫『法制史論集 第二巻』(一九三八)に所収)を参照)を背景に制定された民法典の買戻しの規定の意義を精確に分析することは、本来の任務を遙かに超える課題であり、本稿のよくなし得るところでない。買戻しの規定の適用される場面としては、主に、買主が引渡しを受けて売買対象不動産を使用収益する場合が想定されているのではないかとも思われるが(近江幸治『担保物権法』(第二版補訂版、二〇〇七)二七六・二九七頁のほか、池田雄二「非典型売買における買戻(二・完)」北大法学論集五九巻六号(二〇〇九)三三七六頁以下の考察も参照。また、最判平成一八・二・七民集六〇巻二号四八〇頁が、

要旨「買戻特約付売買契約の形式がとられていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的のものであると推認される」と述べていることも参照）、容易に断定を許さない（来栖三郎『契約法』（一九七四）二二頁以下も、断定を極力避けている印象を与える）。さしあたり、本稿で想定する不動産譲渡担保については、民法五七九条以下の買戻しの規定は適用がないものとして、以下では論を進めていきたい（なお、民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（二〇〇九）の【3.2.1.】では、担保目的のある場合には、売買法のところに置かれる買戻しの規定は適用されない、としている）。

(8) 執行に関しては、民法三九四条の規定が問題となるが、同条がいかなる具体的効果を規定しているのかについては、柚木馨¹¹高木多喜男編『新版注釈民法(9)』（二〇〇二）六三五頁以下（「生熊長幸」を参照）。

(9) 不動産譲渡担保の事例に関する下級審裁判例の立場は、「将来請求として弁済を条件とした移転登記抹消登記手続請求を認めた裁判例はあるものの（東京高判昭和五八・五・三〇判時一〇八四号八五頁）、設定者による被担保債権の弁済は、所有権移転登記抹消に対し先履行の關係にあるとするのが判例である（仙台高判昭和六二・七・一五金法七七七号三五頁）」（半田・前掲評釈（注2）不動産取引判例百選一七三頁より引用）とまとめられる。この仙台高判では、本文で言及した二つの最高裁判例がいずれも援用されている。

(10) 但し、①判決の事案では、第三者Rは移転登記ではなく仮登記を経由したにすぎないが、それでもなお、「被担保債権を弁済」したPによる、仮登記抹消登記手続の請求は棄却されている。

(11) 野口恵三¹²①判決解説」NBL四〇五号（一九八八）五五頁も、「債務弁済後、なお抵当権設定登記が抹消されずにいることは実務上よくみかけるが、その場合と比して譲渡担保の場合はその弊害は測り難いものがある」と指摘する。

(12) 工藤祐厳・法学セミナー四八四号（一九九五）八三頁、秦光昭・NBL五七八号（一九九五）六二頁。また、吉田光碩「②判決評釈」判例タイムズ八七四号（一九九五）七七頁、田高寛貴「譲渡担保判例における担保権構成の伸張と限界」川井健先生傘寿記念論文集刊行委員会編『取引法の変容と新たな展開』（二〇〇七）二〇八頁も同旨。なお、同じく前掲最判平成六・九・八に対する評釈である湯浅道男・判例評論四三七号（一九九五）五八頁以下も、結論的に同判決に反対するが、そもそも前掲最判昭和五七・一・一九及び最判昭和六一・四・一一の立場が説得力を欠く、という。これに対して、道垣内・

前掲書（注1）三二六頁は、特にコメントを付すことなく同判決を紹介するにとどめており、また内田貴『民法Ⅲ』（第三版、二〇〇五）五二七頁は、同判決につき、「論理的には……正しく、……やむをえない結論というべきだろう」と述べている。

- (13) 道垣内・前掲書（注1）二八一・二八二頁。但し、同所では、清算期間経過後に特約を結んだという本文に挙げた場合だけでなく、債権者が債務者から預かっている書類等を悪用して本登記を経由した場合についても、同様である、とするようであるが、果たして同様としてよいか、疑問なしとしない。

- (14) Q（q）から処分を受けて移転登記も経由したR（r）が、P（p）への清算金が未払いであることを知っていたときに、P（p）はなお、今から所要の額を支払って目的不動産を取り戻すことができるか、争いがあるが（仮登記担保の場合について、道垣内・前掲書（注1）二八二・二八三頁は、pは今から所要の額を支払っても目的不動産を取り戻すことはできない、としており、また、法務省民事局参事官室編『仮登記担保法と実務』（一九七九）一二五頁は、rが「法的に保護されるに値する利益を有しない場合……たとえば、……いわゆる背信的悪意者」の場合に限り、pは、所有権移転登記を受けていなくても、受戻権を行使して所有権を取得したことをrに主張できる、としている。譲渡担保の場合については②判決を参照）、この点も含めて、両者は似ているといえる。

- (15) 柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法』（第三版、一九八二）五七六頁。もともと、この言明は、目的不動産の所有権移転が債権担保のためであることを知らながらそれを譲り受けたRに対して、設定者Pが受戻権をもって対抗しうる、という結論を支持すべき論拠として、仮登記担保に関する同旨の判例（最判昭和四六・五・二〇判時六二八号二四頁。但し、rは善意の第三者だとされた事例）を援用する、という文脈において、なされている。

- (16) 道垣内・前掲書（注1）二八一頁は、両者の違いを殊更に強調する。

- (17) 我妻栄『『売渡担保』と『譲渡担保』といふ名称について』同『民法研究Ⅳ』（一九六七）一二二頁（初出…一九三四）。両概念の区別の意義に関する判例上の変遷を簡潔に述べたものとして、佐伯仁志Ⅱ道垣内弘人『刑法と民法の対話』（二〇〇一）六八頁以下（道垣内発言）を参照。

- (18) 佐伯Ⅱ道垣内・前掲（注17）六八頁以下（道垣内発言）。

- (19) 不動産の買戻特約付売買を譲渡担保と性質決定した最近の最高裁判例と、その評釈として、前掲最判平成一八・二・七、

及び道垣内弘人・法学協会雑誌一二九巻一号（二〇一二）一八四頁、とりわけ一九一頁以下を参照。

(20) 船越隆司『担保物権法』（第三版、二〇〇四）四一七頁。

(21) 鈴木祿弥『物的担保制度の分化』（一九九二）二七〇頁（初出：一九七八）。荒川重勝「不動産譲渡担保と仮登記担保法」立命館法学二〇五＝二〇六号（一九八九）三八八頁以下、及び同「譲渡担保設定者の「受戻権」と清算金請求権」立命館法学二二一＝二三二号（一九九三）一二二頁も、この指摘に賛同する。

(22) 本文で先述した通り、仮登記担保法のもとでは、ノーマルな事態においては、清算期間経過後も、清算金の支払いがあるまでは、Pは目的不動産の本登記手続及び引渡しを拒絶することができる（同法三条二項）。よって、（清算期間が経過した時から五年が経過して受戻権が消滅した場合（同法一条但書）は度外視すると）Pが履行の提供をしてQを遅滞に陥らせない限り、Qが支払うべき清算金の額は、清算期間経過時を基準時として計算した額から動かない（清算期間経過時から現実に支払われるまでのあいだの遅延損害金を付す必要はない）ことになると考えられる（譲渡担保の事例だが、最判平成一五・三・二七金法一七〇二号七二頁参照）。

なお、右のように考えたときに、清算期間経過後に結ばれた特約に基づいてpがqへの本登記手続及び明渡しを先履行したところ、qは清算金を支払う前にrに処分して移転登記を経由してしまつた、という例外的な場合においては、清算期間経過時を基準時とする清算金額を算定し、その上で、qへの本登記及び明渡しが行われたところでqは遅滞に陥るのでその時を起算点とする遅延損害金に加算される、ということになりそうだと思う。実際、高木多喜男『担保物権法』（第四版、二〇〇五）三一三頁は、清算金の額の算定についての記述の中で、「目的物の評価基準時は、清算期間満了時である」と述べている（但し、続けて、「清算金の支払までの間に、目的物価額の変動が著しい場合には、事情変更の原則が適用されるべきである」ともいう）。しかし、法務省民事局参事官室編・前掲書（注14）四五四頁は、清算期間経過後に処分清算の特約がされた場合には、「通常は、右特約に基づき土地等につき第三者に売却その他の処分がされたとき（売買契約時）における処分価額と債権等の額との差額が清算金の額とされよう」としている。

(23) 道垣内・前掲書（注1）二七九頁。

(24) これが処分契約時をさすのか、それとも移転登記時か、については争いがあるが、注55に対応する本文で後述する。

(25) 道垣内弘人「最判平成八・一一・二二民集五〇巻一〇号二七〇二頁評釈」法協一二八巻八号(二〇一一)二一四〇頁以下は、不動産譲渡担保に関する判例が、「債務を弁済して」目的物を取り戻すことができる等々の表現を用いており、仮登記担保法のように、「債権等の額……に相当する金銭を債権者に提供」という表現を用いていないことを重要視する。しかし、「債務を弁済して」目的物を取り戻すことができる、等々の表現は、仮登記担保法制定以前から普通に用いられてきた表現であり、仮登記担保法の施行以前の仮登記担保の事例について、最高裁は、「清算金の支払時期である右換価処分時に仮登記担保権者の債権は満足を得たこととなり、これに伴って仮登記担保関係も消滅するものというべく、その反面、債務者は、右時期までは債務の全額(換価に要した相当費用額を含む)を弁済して仮登記担保権を消滅させ、その目的不動産の完全な所有権を回復することができる」という表現を用いている(最大判昭和四九・一〇・二三民集二八巻七号一四七三頁。傍点
は筆者)。仮登記担保法が、両表現の違いに大変意識的であることは間違いないが、最高裁が用いる「債務を弁済して」云々という表現は、「債権等の額……に相当する金銭を債権者に提供」という表現との対比を意識したものであるとは思われず、かくして、このような一片の文言に決定的な意味を持たせるべきではない。

(26) 道垣内・前掲書(注1)三一八頁以下は、受戻権という概念は、仮登記担保法については、清算期間が経過して一旦qに移ったはずの所有権を、一定限度で特別にpが取り戻すことのできる権利として構成でき、それが一体いつまで行使できるかを論じる意味がある、それに対して不動産譲渡担保の場合には、pは一体いつまで「被担保債権を弁済」できるか、という問題に解消でき、受戻権という概念を立てる意味に乏しい、と説く(この点を強調する、道垣内・前掲評釈(注25)二一四〇頁以下も参照)。

しかし、本文で述べたような構成を採るならば、不動産譲渡担保の場合には、設定時以後のどの段階であれ、pが所定の金額を支払って目的不動産を取り戻すことはおしなべて「受戻権の行使」である、と見ることもできる。筆者には、道垣内教授の指摘にもかかわらず、不動産譲渡担保の場合に「受戻権」という概念を用いる論考が後を絶たず、最高裁すらそうしている(前掲の最判昭和六二・二・一二や最判平成八・一一・二二、さらには③判決の判決文を参照)のは、根拠がないことではないように思える。もっとも、確かに道垣内・前掲書(注1)三一九頁が指摘するように、仮登記担保法のもとでは、受戻権それ自体が清算期間経過後五年で消滅することになっている(同法二一条但書)分、「受戻権」を独自の権利として概

念構成する意味を見出しやすいのに対し、不動産譲渡担保ではそのような事情はなく、独自の権利として構成する意義に乏しい、とは言えるであろう。しかし、これは、仮登記担保法のもとでは、清算期間経過時を軸にした手続の段階的進行を觀念することができののに対し、不動産譲渡担保の場合には、設定時に予めいわば「全部取られている」ので、そのような手続の段階的進行を觀念する余地がない、という構造的な違いに基づくにすぎない。一般的に言って、不動産譲渡担保について、仮登記担保法における清算期間経過時に対応する時的ポイントを、道垣内教授は「被担保債権の弁済期」の到来時に見出しているようであるが（道垣内・前掲評釈（注25）二二四一頁）、あえて探すならば、それはむしろ、譲渡担保の設定に伴うQへの移転登記時である（もともと、仮登記担保法のもとでは、ノーマルな場合には、清算期間経過時にはまだqは本登記を経由していないはずであることに着目すれば、本来であれば、仮登記担保法のもとでの清算期間経過時よりも後の時点に、譲渡担保の設定時点を対応させるべきところである）と思われる。

(27) 前掲最判平成八・一一・一二によれば、Qの担保権実行時期の選択権を保障すべく、Pの手で自ら「限界時点」を招来することはできないとされる。いわばPは、這い上がる（受戻す）ことを諦めて自らピリオドを打とうとしても、そうする権利すら予め奪われた立場にあることになる。但し、同判決は、P自身は死亡しており、相続人不存在ゆえにPについて成立した相続財産法人の管理人が、受戻しをするつもりはないとして清算金の支払いをQに求めている、という事案に関するものである。つまりPの側で、破産手続ではないにしてもそれに準じる清算手続が行われている事案であり、仮に同判決の一般論は正しいとしても、そのような事案においてまで、Qの担保権の実行時期の選択権を保障し、以てズルズルと時間を空費することを容認してもかまわないのか、疑問に思われる。

(28) 仮登記担保法のもとでこれに対応する事例を考えるとすれば、二の本文の冒頭で挙げた最判昭和六一・四・一一（pによる被担保債権の弁済とq名義の仮登記の抹消登記手続との同時履行関係が争われた事例）ではなく、むしろ、処分清算の特約を清算期間終了後に結び、qへの本登記手続を先履行した、という先述の例外的な場合において、その後まだqがrに目的不動産を処分しないうちに、pが「被担保債権が消滅しなかったものとすれば債務者が支払うべき債権等の額」をqに提供して受戻権を行使した、という事例であろう。もともと、そのような事例では、清算期間後に処分清算の特約をPがした時点で、Pは受戻しを諦めているのが通常であろうから、その後にPが受戻しをしようとすることはまずない（その点で、

前掲最判平成六・九・八がいかにもありそうな事例であるのとは、大きく異なるであろう。

- (28^a) このサスペンドという考え方は奇妙に思われるかもしれない。しかし、もし、清算金額の算定基準時(判例法理によれば「限界時点」)において、目的不動産の価額が「被担保債権」の額を上回るときには、PからQに対する清算金請求権が発生するところ、その消滅時効の起算点は、Qが清算金をPに支払わないままにRに処分してしまった場合においては、Rへの処分時であるとされる(最判平成一一・二・二六判時一六七一号六七頁)。これとは逆に、目的不動産の価額が「被担保債権」の額を下回るときには、QからPに対する無担保の「被担保債権」がいくら残存することになるが、ではその消滅時効の起算点はいつになるだろうか。譲渡担保の設定時に債務の承認(一四七条三号)はあったといえるだろうか、そのときであろうか。しかしそうだとすると、譲渡担保の設定時から「限界時点」の到来まで一〇年以上かかったような場合に、その間に消滅時効を中断させる事由が何らなかったとすると、Pは「限界時点」の経過後、「被担保債権」の消滅時効を援用して「残債務」を免れることができそうであるが、そうだとすると、清算金請求権が生じる場合とのアンバランスが生じる。むしろ、譲渡担保の設定時から「限界時点」の到来時までには、「被担保債権」の時効は停止し、よって実質的には「限界時点」が消滅時効の起算点となる、と考えるべきである。また、そう考えることで、譲渡担保設定時に一応「被担保債権」は目的不動産の価額の限度で消滅する、という、先程提案した概念構成を採る場合との齟齬を生じさせないようにできる。

- (29) 柚木・高木編・前掲書(注8)八四二頁以下(「福地俊雄」)のほか、明快な整理として、米倉明「譲渡担保の法的構成」同「担保法の研究」(一九九七)五七頁以下(初出・一九八六)、及び米倉・前掲論文(注1)六頁以下を参照。

- (30) 松尾弘「物権変動における「対抗の法理」と「無権利の法理」の間」(一)・(四・完)慶應法学六号(二〇〇六)三七頁、七号(二〇〇七)五〇七頁、一〇号(二〇〇八)三八五頁、一三号(二〇〇九)一八七頁。

- (31) なお、先駆的な業績として、吉永順作「不動産に対する契約関係の解消と第三者対抗」日本法学五六卷一号(一九九〇)四九頁は、譲渡担保権の消滅の場合のみならず、その他の契約関係の消滅・終了に伴って現れる多くの関係人間の利害の対立関係を通観する、という視点を、①判決を契機に打ち出している。

- (32) 石田剛「民法学のあゆみ」法律時報八二巻八号(二〇一〇)一〇四頁。

- (33) 以上は、松尾・前掲論文(注30)(四)一八七〜一九二頁のまとめによる。

(34) 石田・前掲論文(注32) 一〇八頁。

(35) 松尾・前掲論文(注30)(四) 一九九頁以下。

(36) Cがいわゆる解除前の第三者の場合、判例は、Cは解除原因の存在についての認識を持っていてもなお権利取得を認められるが、Cは対抗要件を具備していることが必要である、と解している(最判昭和三三・六・一四民集一二巻九号一四四九頁。但し、合意解除の事例を扱うものであり、法定解除の場合に関する説示は傍論。判例が、これを五四五条一項但書の解釈の問題としてとらえているのか(γ類型としての把握に適合的)、それとも一七七条の適用の問題としてとらえているのか(a類型としての把握に適合的)、は定かではない。他方で、Cがいわゆる解除後の第三者の場合には、判例はAC間の関係を一七七条の対抗問題としてとらえている(大判昭和一四・七・七民集一八巻七四八頁、最判昭和三五・一一・二九民集一四巻一三号二八六九頁)。

(37) 松尾・前掲論文(注30)(三) 四一三頁。

(38) 松尾・前掲論文(注30)(四) 二二六頁。

(39) 石田・前掲論文(注32) 一〇九頁に負う。

(40) 注1で述べたように、Pに「何らかの物権」が残ると解する「担保的構成」は、「担保物権的構成」と同じではない。すなわち、すぐ後で触れる二段物権変動説が典型例であるが、一度は完全な所有権がQに移転した、と解する説は、a類型に分類すべきであり、β類型の発想を採る「担保物権的構成」と混せて扱うべきではない。この点を強調するものとして、米倉・前掲論文(注1) 九頁以下、生熊長幸「譲渡担保の法的構成」鈴木祿弥・竹内昭夫編『金融取引法大系第五巻 担保・保証』(一九八四) 三五四頁、島谷部茂「不動産譲渡担保の認定と効力」NBL八四九号(二〇〇七) 三〇頁注四〇、山野目・前掲書(注6) 三五八頁以下(三一〇節) などがある。

(41) もっとも、「無権利の法理の例外則」を適用するために必要とされるPの帰責性(民法九四条二項類推適用論に基づく)を何に見出しうるのか、については議論がある。田井義信ほか「新物権・担保物権法」(第二版、二〇〇五) 三七〇頁(松岡久和)は、Pの物権の権利を適切に公示する方法がないのでPには虚偽の外観を作出した帰責性が乏しく、民法九四条二項を類推適用する根拠が危うい、という。他方で、米倉・前掲論文(注1) 一五頁は、そうする動機、目的、その他の事情を斟

酌することなく、不実の外観作出をしたこと自体をもって帰責性にとらえることができる、という（もつとも、米倉教授は、Rに善意無過失を要求しており、Pが目的不動産を占有している場合にはRはPからも情報収集をすべきである、それを怠ったRはPに負けることが多くなるだろう、とする）。高橋・前掲書（注1）二九八頁注三七は、Pが自らの意思で抵当権ではなく譲渡担保の方法をとったことに帰責性を見出すことができる、という。

- (42) 道垣内・前掲書（注1）三二一・三二二頁。もつとも、そもそも道垣内教授が、清算金が支払われるまではPに留保された何らかの物権（設定者留保権）は消滅しない、という考えにどれだけこだわっているのか、あまりはつきりしない。むしろ、Qが清算金を支払わないままRに譲渡してしまった場合に、Rからの目的不動産の引渡請求に対してPは留置権を主張して清算金支払いまでそれを拒める、とする判例の立場を、留置権によらずに説明するために、このように言っているだけではないか、と解する余地もある。後出注71及び72も参照。

- (43) かつては、不動産譲渡担保について、帰属清算型と処分清算型とに分け、この「一定の要件」として処分清算の特約が譲渡担保設定時になされていることを当然の前提とし、その場合には(2)のように考え、他方で処分清算の特約がない場合には、(1)のように考える、という立場が、担保物権的構成をとる説の中では広く支持されており（数多いが、例えば道垣内弘人『担保物権法』（一九九〇）二七二頁は、処分清算の特約とは、債務者の債務不履行の後に、譲渡担保権者に目的物を譲渡担保の目的物として処分する権利を与える特約である、と説明する）、今でも、設定者Pの保護という実践的課題を念頭に置いてその立場を支持する説は少なくない。しかし、②判決によって、判例上は、帰属清算型と処分清算型との区別は、「被担保債権の不履行」があるときに譲渡担保権者Qが自由に選択しうる清算方法の二種としての意味しか持たないことが明確になった、と評価せざるを得ないように思われる（道垣内・前掲書（注1）三二〇頁以下のほか、②判決以前における学説による判例理解を、自省を込めて語るものとして、道垣内弘人「②判決評釈」法学協会雑誌一一二巻七号（一九九五）九八九頁以下も参照）。最近では、このような判例の態度を反映させて、「被担保債権の不履行」の後にはQは目的不動産につき処分権を取得する、と端的に述べる教科書が増えている（もつとも、これらの中には、判例の立場を描写しているだけなのか、それ以上に自説としてもその立場を採る趣旨なのか、判然としないものも含まれる）。

- (44) このようなプラグマティックな発想法の必要性を説くものとして、千葉恵美子「被担保債権の弁済期後における不動産譲

渡担保権者・設定者の法的地位」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦（加賀山茂先生還暦記念）』（二〇一三）二九二頁注三六。

- (45) 民法一七七条に関する判例の立場をあてはめれば、譲渡担保設定時におけるQからPへの物権的期待権の移転（目的不動産が債権担保のためにQに譲渡担保に供されたこと、と言い換えられる）をRが単に知っていた（単純悪意）だけでは、なおRはQから目的不動産の完全な所有権を取得することを妨げられない（Pは物権的期待権をRに何ら主張できない）、と解されることになりそうである。しかし、鈴木禄弥『物権法講義』（五訂版、二〇〇七）三八八頁（三〇七a節）は、一七七条に関する記述（同書一二四節。一七七条にいう第三者の主観的態様に関する箇所）を引用しつつ、右のことを知っていたRとの関係では、Pは、存在するのが譲渡担保権にすぎない旨を主張することができる、とし、東京高判昭和四六・七・二九下民集二二巻七七八号八二五頁（後に注65で触れる）を引用する。もともと、そもそも五訂版で大幅に加筆された同書三八八頁（二九四節）の叙述が、二段物権変動説をなお前提をするものなのか自体、あまりはっきりしない（生熊長幸『譲渡担保権の対外的効力と二段物権変動説』太田知行ほか編『民事法学への挑戦と新たな構築（鈴木禄弥先生追悼論集）』（二〇〇八）三二七頁の指摘に負う。もともと、本注の冒頭で紹介した同書三八八頁の記述自体は、基本線において、同書の三訂版（一九八五）及び四訂版（一九九四）の三〇七節の記述から何ら変更されていない）。

- (46) 鈴木・前掲書（注21）四八五頁（初出…一九六六）。但し、同所では、実際には「譲渡担保設定時の設定者と担保権者との経済的力関係」ゆえに、そのような仮登記がされることはない、とも述べられている。

- (47) 例えば、竹内俊雄『譲渡担保論』（一九八七）八三頁（初出…一九七六）。Pの物権的期待権の登記は、実際上は買戻特約又は再売買の予約の登記による、という、星野英一『民法概論Ⅱ』（一九七六）三三四・三一九頁（Pの回復期待権の公示は、Qへの移転登記の際に登記原因を譲渡担保とすることで果たされる、という）など。また、川井健『民法概論2 物権』（第二版、二〇〇五）四六一頁は、竹内説は川井健『担保物権法』（一九七五）一二・一八五頁の立場と同趣旨である、という。

- (48) 特に、①判決は所有権の構成（a類型の発想）からでない」と説明が付けづらいことは否定しがたいところである。そのことを当然の前提とした記述をする高木・前掲書（注22）三六〇頁などを参照。

- (49) 道垣内弘人「③判決評釈」法学協会雑誌二二八巻七号（二〇一一）一九一〇頁。

(50) 「無権利の法理の例外則」が適用されるためには、Rが何らかの事情について知らなかったことが最低限必要とされるであろうが、それとは別にRの登記経由まで必要かどうかは難しい問題である。判例の民法九四条二項類推論の立場をそのまま当てはめるのであれば、Rの登記経由は、「無権利の法理の例外則」の適用のための必要条件ではない（最判昭和四四・五・二七民集二三巻六号九九八頁）。もつとも、前出注41で述べたように、「無権利の法理の例外則」の適用の前提となるPの帰責性を何に見出すべきか自体、説が分かれる。

(51) 「無権利の法理の例外則」が適用されるようなRが現れない限り、処分権能のないQから譲渡を受けたRは目的不動産につき権利を有さない無権利者であり、したがってこの期間内では、Pは、「被担保債権を弁済」しさえすれば、Pが登記を取り戻していなくても、Pは目的不動産の所有権のPへの復帰を無権利者たるRに主張することができ、仮にRが移転登記を経由していたとしても、この期間内である限りでは、なお同じ結論となる、と解されよう。

また、③判決の事案では、RはQから譲渡を受けた者ではなく、Qの債権者として、Q名義で登記されている目的不動産を差し押さえた者であった。その場合にPは、この期間内においても、Rによる目的不動産の差押えを第三者異議の訴えによって排除するために「被担保債権の弁済」をしていることを要するか、議論の余地があるが、この期間内では「被担保債権の弁済」なしに差押えを排除できると解するべきだという説が多い（安永正昭『講義物権・担保物権法』（二〇〇九、初出・二〇〇七）三九六頁、道垣内・前掲評釈（注49）一九二二頁など）。なお、Pによる「被担保債権の弁済」及び登記の經由の要否について、Qの債権者であるRによる目的不動産の差押えをPが第三者異議の訴えで排除しようとした、という③判決の事案に即して詳細な検討をする、杉本和士「③判決評釈」金商一二八七号（二〇〇八）二頁、とりわけ六頁、が参照されるべきである。

(52) ③判決の事案に即した記述であるが、処分権能の瑕疵の治癒を説くものとして、道垣内・前掲評釈（注49）一九二二頁、反対説として、田高寛寛「③判決評釈」ジュリスト一三三三二号（二〇〇七）七五頁。

(53) 安永・前掲書（注51）三九七頁は、目的不動産についてのQの処分権能は債務不履行を条件として発生する、と構成している。

(54) 道垣内・前掲評釈（注43）一〇〇一頁。もともと、不動産譲渡担保の設定の類型として帰属清算型と処分清算型とを分け

る見解において、処分清算型の場合にはQ・R間の処分契約時にPの受戻権能は失われる、とされていた（道垣内・前掲書（注43）二七二頁）。

(55) 結論において同旨、椿寿夫編『担保物権法』（一九九二）二四〇頁（平井一雄）。平井一雄教授は、折に触れてこの立場を強調されている（「譲渡担保の対外的効力」金商七三七号（一九八六）三二頁、「②判決評釈」金商九九四号（一九九六）五〇頁、「前掲最判昭和六二・二・一二解説」椿寿夫編集代表・前掲書（注2）三一頁など）。また、荒木新五「③判決評釈」判例タイムズ二三四号（二〇〇七）四四頁以下も同旨。

(55) a この点はあまり意識されていないように思われるが、松尾論文のような「権利保護資格要件」の考え方を採ったとき、「権利保護資格要件」の一環としてRの登記ないし仮登記の具備を要求する場合に、さらにその具備の時期を問題とする余地があると思われる。学説上、民法九六条三項の「第三者」とされるために、不動産の場合に登記の経由まで必要かが論じられる際には（最判昭和四九・九・二六民集二八卷六号一二一三頁の事案参照）、訴訟時（ヨリ正確にはその口頭弁論終結時）における登記の具備が問題とされているようにも思われるが、Rの例外的な権利取得を正当化する事由、という「類型」の発想からは、Q・Pの復帰的な物権変動が生じた時点（譲渡担保の事例では、Pによる「被担保債権の弁済」時）におけるRによる登記ないし仮登記の具備を要求することも、考えられなくてはならない（右の最判昭和四九・九・二六は、Aによる詐欺取消しの意思表示の前に、善意の第三者Cの仮登記が具備されていた事案に関する）。もっとも、後者の考え方を採るとすると、本文で後述する(3)の場合（Pが「被担保債権を弁済」した後Rが登場した事例）では、Pが目的不動産の取り戻しをRに常に主張できることになるはずだが、それだと①判決の結論と明らかに整合しないので、ここでは、訴訟時においてRが登記ないし仮登記を具備していることを要求すべきか、を検討するにとどめる。

(56) こう考えた場合、目的不動産を確実に取り戻したいPとしては、QからRに登記が移転されないよう配慮し（必要に応じてQを相手方に処分禁止の仮処分をかける等）、その上で「被担保債権を弁済」するよう、細心の注意を払う必要があることになる。

(57) 但し、このように考えるとして、P・R間の訴訟時にRが登記ではないが仮登記を経由していたときはどうなるだろうか。理論的には、Rの「権利保護資格要件」として、仮登記では足りず移転登記まで経ている必要がある、そうでない限りはQ

↓Pの復帰が優先する（その結果、PからRに対する仮登記抹消登記手続の請求が認められる）、と考えることは可能である。もっとも、Rがまだ仮登記の段階のうちに、Pが「被担保債権を弁済」して登記も取り戻したとしても、Q・R間の原因関係が有効に存在する限り、Rは仮登記を本登記にすることができ、仮登記の順位保全効によりPの登記は抹消されるべきなのではないか、とも思われる（Rの仮登記ではなくRによる目的不動産の差押えの登記があった事案に関するが、③判決を参照。また、Pによる「被担保債権の弁済」の方がQからRへの譲渡及びRの仮登記経由より早かった事案に関するが、①判決も参照）。もしここで、P・R関係を登記の順位関係とは異なる優劣関係に立つと見るのが難しいとするならば、そのことは、結局のところ、P・R関係をγ類型の発想で処理するのに失敗した（α類型で処理されるべきである）ということを意味することになる。なお、Rの「権利保護資格要件」として善意（あるいは善意無過失）を要求しないことと、P・R関係をγ類型の発想で処理しようとするのが両立しがたい点につき、後出注63も参照。

(58) 田高・前掲評釈（注52）七五頁。増森珠美「③判決解説」『最高裁判所判例解説民事編 平成一八年度下』（二〇〇九）一四四頁注一七も、おそらくはこの田高評釈に依拠した議論を、採用している。それらでも既に指摘されているように、①判決が、一度は「被担保債権の不履行」があった事案に係るものであるのかは、実ははっきりしないのであるが、ここでは一応そのようにとらえた上で論を進める。

(59) 石田・前掲論文（注32）一〇九頁では、(1)ではβ類型、(2)ではγ類型、(3)ではα類型、というように(2)と(3)とで類型を使い分ける提案がなされている（大村・前掲書（注3）三一九頁の図表も同旨か）。確かにこれは、①判決及び②判決の結論を前提とすれば、よく理解できる提案であり、しかも、「取消しと登記」に関する判例のフレームワーク（取消前の第三者はγ類型で、取消後の第三者はα類型でそれぞれ扱う）にもよく合致しているようにみえる（道垣内・前掲評釈（注49）一九一〇頁。同所は、「弁済期が到来」すればPは「被担保債権を弁済」して登記を取り戻せたはずであるから、「弁済期到来」の後であれば民法一七七条の適用の前提が充足される（よってα類型の発想で処理することが可能である）、と考える可能性を認めつつ（実際にこのような考えを採るものとして、松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法』（第二版、二〇〇八）四一四頁以下（古積健三郎）、しかし判例法理のもとでは、「取消しと登記」や「解除と登記」の場合に、取消可能時や解除可能時ではなく、現実に取消しや解除の意思表示がなされてその効力が生じた時点が、民法一七七条（α類型）の適用の基準時と

されていることを根拠にして、判例法理の説明としてはその考えを斥ける。同旨、田高寛貴『担保法体系の新たな展開』（一九九六）一八五頁。なお、道垣内教授自身は、「取消しと登記」と「解除と登記」の両方において、(2)は γ 類型の問題とするが、(3)の方は α 類型ではなく β 類型（無権利の法理の例外則）の問題として考えている。道垣内弘人『ゼミナール民法入門』（第四版、二〇〇八）四〇三頁以下及び三〇九頁以下参照。

しかし、(2)で γ 類型を用いると必然的に(3)では α 類型になる、というわけではないと考えられる。それどころか、(3)で α 類型を用いるとすると、却って(2)も α 類型で処理するのが自然である、という判断にも到達しかなないところ（実際、後出注62で述べるように、解除前の第三者と解除後の第三者について、判例はいずれも α 類型の問題として考えている解する余地がある）、それでは、なるべく γ 類型での処理を貫くということこの前提がおよそ崩れてしまう。そこで今しばらくは、(3)でも γ 類型を用いることを与件として、判例法理との両立可能性を探ってみることにする。

(59^a) このことは、前出注57で示唆したように、PがRの仮登記後に登記を取り戻したとしても変わらないであろう。

(60) なお、 γ 類型の使い方に関する私見につき、後出注63も参照。

(61) 安永・前掲書（注51）三九五頁（初出…二〇〇七）は、周到にも、Q $\downarrow$ Rの譲渡が実際には「弁済期の到来」の前になされたのであるが、それが弁済期後であると信じてよい客観的事情がある場合には、RはQの処分権能を信じたといえるので、「その信頼を保護して」Rに完全な所有権を取得させることがありうる、という。

(62) いわゆる「解除と登記」における解除前の第三者の法的地位に関する判例の立場を、民法五四五条一項但書によって（ γ 類型の発想で）説明する必要があるだろうか。この点につき、佐久間毅『民法の基礎2 物権』（二〇〇六）九四頁は、法定解除の場合における解除前の第三者の地位を五四五条一項但書で説明しつつ、同書九五頁は、約定解除の場合には、約定解除権の留保をあらかじめ仮登記しておくことはできることを理由として、民法一七七条（+仮登記の順位保全効）による説明を志向し、また合意解除の場合も、合意解除が新たな契約であることを理由に、やはり民法一七七条での説明を志向する。しかし、そこまで言うのであれば、買主の債務不履行による売買契約の法定解除の原因は、ほぼ間違いなく、買主の代金不払いであるはずであるから、法定解除の場合についても、売主は買主の代金不払いに備えて仮登記を経由しておくことができたはずであり、そうだとすれば民法一七七条による説明で十分ではないか、と思われる。

関連して、武川幸嗣「解除の対第三者効力論（一）（二・完）」慶應義塾大学法学研究七八卷一二号（二〇〇五）一頁、七卷一号（二〇〇六）六一頁は、フランスにおいて、売主の解除権が、先取特権と並ぶ、売買代金債権回収のための手段として位置づけられており、不動産売買の場合には売買契約締結から一定の期間内に先取特権を登記して解除の可能性を予め公示することが、売主による解除権行使の要件とされていることを指摘している。もつとも、この武川説を批判的に検討する石田剛「民法学のあゆみ」法時七九卷九号（二〇〇七）八六頁は、フランス法と同様の立場を採っていたポアソナード民法典を現行民法の起草者は意図的に採用しなかった、という断絶面を強調している。

(63) このことは、前出注62での、判例が「解除と登記」について採る立場の説明方法の検討もあわせて考えると、 γ 類型における「権利保護資格要件」として第三者Cが何らかの事情について知らないことを要求しない場合には、結局 γ 類型として処理する意味が失われる（ γ 類型とは別の類型の問題として考えた方がよい）、ということを示唆するに思われる。松尾・前掲論文（注30）（四）一九一頁が、 γ 類型に共通する特徴として、何らかの事情に関してCが善意であることが要求されることを挙げている（本文三（二）参照）のは、正当であると考ええる。なお、松尾・前掲論文（注30）（四）一九九頁以下は、「解除と第三者」という論点につき、解除は遡及的消滅の問題をもたさず、よって解除前か後かで法理を区別する必要はない、しかしだからといって α 類型で処理すべきだともいえず、むしろ γ 類型で処理すべきである、具体的には、少なくとも解除がされた事実について認識した上で権利を取得したCを保護すべきではない、としている。

(64) 大判大正二・一〇・九刑録一九卷九五頁、大判大正九・九・二五民録二六卷二三八九頁など。四宮和夫「総合判例研究叢書民法17 譲渡担保」（一九六二）一九六頁以下参照。

(65) 前者の立場に親和的な裁判例としてよく引用されるのは、東京高判昭和四六・七・二九判時六四〇号四五頁である（例えば、高木多喜男・前掲書（注22）三五九頁、鈴木祿弥・前掲書（注45）五訂版三八八頁（三〇七a節）。事例は次のようなものである。PがQに債権担保の目的で昭和四三年一月に本件土地建物を譲渡してQは移転登記を経由した（登記原因は判決文からは定かでない）。「弁済期」は昭和四四年三月と定められ、しかし利息の支払いをする限りは「弁済期」の延長ができるという了解であった。昭和四四年四月二日、Pは元金二五〇万円を支払って登記をPに戻すことにつき、Qの代理人と約束したが、右代理人は約束の日時に登記所に現れなかった。Qは同年二月八日にRに本件土地建物を売却しており、さ

らに同年四月二日にR₁はR₂社に本件土地を売却して、R₂社はQから直接移転登記を受けた（移転登記経由日は定かでない）。そこでPは、R₂社の受けた移転登記の抹消登記手続請求権を被保全権利とし、R₂社を相手方として、本件土地建物につき処分禁止の仮処分を得た。そこで、R₂社がこれに異議を申し立てた。

この事件で注目されるのは、そもそも処分禁止の仮処分の当否しか問題とされていない点もさることながら、R₂社がR₁に代金全額を払っておらず、しかも、R₂社はほとんど一人会社のようなものであるところ、その代表者が行方不明になっている、という事情があるため、R₂社が本当に本件土地建物を買い受けたものかも疑問視される、と述べられている点である。

もしその疑問が正しいのであれば、R₂社はそもそも「第三者」たる資格を持たないはずであり、その点もふまえると、本判決の展開する「悪意の譲受人すなわち担保物件の所有権移転が債権担保のためであることを知りながら担保物件を譲受けた者は、後に債務者が右債務の弁済ないし弁済供託することによって右物件が債権者から債務者に復帰すべき運命にあること、すなわちそのような性質を帯びた物件を自己の危険において取得したものを妨げないから、債務者は当該債権関係が終局的に清算され、物件の取戻がなくなるまでの間は、右債務の弁済その他の消滅を主張し、右悪意の取得者に対し右担保物件の返還を請求することができるものといわなければならない。（この場合登記の對抗の問題については悪意の第三者はいわゆる背信的悪意者というに当らう）」という一般論を殊更に重視すべきではない。

(66)

前出注65で挙げた東京高判昭和四六・七・二九のほか、PがQに譲渡担保を設定したところ、「被担保債権の不履行」がある前もしくは「被担保債権の弁済」があった後にQから目的不動産の譲渡を受けたRがいるときに、PはRからの取戻し（Rが経由した登記の抹消登記手続請求という形をとることが多い）が認められるか、という点を扱う下級審裁判例（但し、(1)と(8)はRがQの債務者として目的不動産につき仮差押や参加差押をした事例）としては、次のものがあり（但し、Rの取得時と、「被担保債権」の「弁済期」ないし「完済時」との時間的な前後関係が定かでない事例も含めている。そもそもその点に無頓着な裁判例も少なくなく、「弁済期」を徒過する前か後かで扱いを大きく異ならせる説の妥当性をますます疑わしく思わせる）、次の(1)ないし(9)の九件のうち(3)を除くすべてがRを勝たせている。

- (1) 東京地判平成一〇・三・三一 金法一五三四号七八頁——Q名義になっている不動産につき、Pの「被担保債権の不履行」がないうちに、Rが仮差押決定を得て仮差押をしたので、Pが第三者異議の訴えを提起して右仮差押の排除を求めた事例。

Rを民法九四条二項の類推適用により保護し、仮差押の排除を認めなかった。

- (2) 東京地判平成二・八・二四判時一三八五号七〇頁——Rは「被担保債権の弁済期」前にQから譲り受けた者。PがRに對し抹消登記手続を請求し、これに對してRが反訴として、目的不動産の明渡しを請求。Rが譲渡担保関係を知っていたとは認められないとして、Pの請求を棄却し、Rの反訴についてはPの留置権の主張を容れて、Rが清算金額を払うのと引き換えにPが目的不動産を明け渡すべきことを命じた。

- (3) 横浜地判平成元・九・二六判タ七一八号一二二頁——Pが、R（その代理人として、不動産取引を業とする者が行爲した）に對し移転登記の抹消登記手続を請求した。RがQから取得した時期が定かでないが、Pが「被担保債権を弁済」するために供託したと主張する日（供託については事実認定されていない）の方が、Rが移転登記を経由した日より前である事例。右のR代理人が、Qから目的不動産を買い受けた時点がそれより前に、P・Q間の関係が譲渡担保であることを知っていたと認め、Pの請求を認容した。

- (4) 東京地判昭和五五・九・一判タ四四〇号一一四頁——Rの取得時期は全く不明。Pは明渡義務を負うこと自体は争っておらず、ただ、清算金の支払いとの引換給付のみを抗弁として提出しているだけだと見受けられる。少なくともRがP・Q間の譲渡担保関係を知らなかったときには、Rが清算義務を承継し、あるいはPから同時履行の抗弁権を對抗されることはない、と述べた上で、Rは譲渡担保関係を知らなかったと推認し、Pの抗弁を認めなかった。

- (5) 東京高判昭和五〇・四・二四金商四五七号一五頁——PはQに譲渡担保を設定し、Pは「被担保債権の弁済期」の前に、Qが抹消登記手続のために必要な書類を持参するのと引き換えに「弁済」をする旨連絡して、「被担保債権の弁済期」の日に落ち合う約束をした。ところがQは同日、所要の書類を持参せず、改めて二週間ほど後に登記所で落ち合う約束をしたが、その日にQは現れなかったために「弁済」もなされなかった、という事情がある。その約二年後にQがRに譲渡し、さらにその八年後にPが弁済供託をした。PはRに對して移転登記の抹消登記手続を請求したが、Rは譲渡担保関係につき悪意ではなかったとして、Pの請求を認めなかった。

- (6) 名古屋地判昭和四九・一一・一四訟月二一巻三三五七五頁——Pは当初の「弁済期」に「弁済」できず、その二ヶ月後まで弁済を猶予されたが、猶予後の「弁済期」の直前にQがRに譲渡して移転登記も経由された。右移転登記の二日後に

Pが残金を持参したが、Qが登記手続を済めたために「弁済」を留保した。その二年後にQが破産宣告を受けた。Rが移転登記を受けた時点で、Pへの目的不動産の返還は不能に帰した、という（同判決では、そのことを前提に、QがPに対して負う損害賠償債務の額の算定方法が問題とされた）。

- (7) 東京高判昭和四八・五・三一判時七〇八号三八頁——Rは、Q名義になっていた目的不動産について、昭和三七年に仮差押えをし、その後確定判決を得て、昭和四〇年に目的不動産につき強制競売の申立をし、昭和四一年にR自らが競落し、昭和四二年に所有権移転登記を経由した。ところが、昭和三八年にPはQを被告として、約定の昭和三五年九月一〇日までに「被担保債権を弁済」したと主張して所有権移転登記手続をQに求める別訴を提起し、Q欠席のまま（公示送達によつてQへの送達がなされた）、Pの請求を認容する判決が昭和三八年に出された。Pはこの別訴判決に基づく移転登記手続を昭和四一年に行ったが、Rの前記競落による所有権移転登記がされるのと同時にPの右登記は抹消された。PはRを被告として、競落を原因とするR名義の登記を抹消するよう求める訴えを提起し、その中でPは、Rは背信的悪意者であるとの主張をしたが、この主張は認められず、Pの請求は棄却された。

- (8) 東京高判昭和四七・六・一二金法六六一号二九頁——R（国）はQに対し、国税滞納処分として目的不動産につき参加差押をしたが、その時点と「被担保債権の弁済期」との先後関係は定かでない。Qの所有権移転登記の抹消登記手続をするについてのRの承諾を求める訴えをPが提起したところ、本判決は、Qから譲渡担保の目的物を取得したRは、特段の事情がない限り、Rの善意悪意を問わず完全な所有権を取得する、と述べて、Pの請求を棄却した。

- (9) 東京地判昭和四五・八・一二金法五九八号三四頁——譲渡担保設定時における目的不動産の価額が「被担保債権」の額の四・五倍であった、という事例において、Pが、目的不動産につきQから根抵当権の設定を受けたRに対して、Rの根抵当権設定登記の抹消請求を請求した（Pはそもそも「被担保債権を弁済」したという主張をしていない）。Pは、Rの善意悪意を問わず所有権をRに主張できないとして、Pの請求を棄却した。

以上のとおりであり、唯一Pを勝たせている(3)についても、所有権的構成の立場から、Rが、「被担保債権の弁済」によりQ↓Pの権利変動が生じたのをよく知りつつあえてQから目的不動産の処分を受けた背信的悪意者である、という理由でPを勝たせた（後出注67に対応する本文を参照）、という説明を施す余地が多分にある（但し、Pによる「被担保債権の弁済」

の認定がされておらず、断言はできない。

なお、ついでながら、Pが「弁済期」の徒過後に「被担保債権を弁済」して受け戻した事例に関して、次の二件（いずれもPを勝たせた）が興味深い。一つは、東京高判昭和五五・七・一〇判時九七五号三九頁である。これは、目的不動産が農地であったという事情がP勝訴の結論に大きく作用しているように思われる。第二は、名古屋地判昭和五一・一一・三〇判時八五六号四九頁であるが、これは、土地区画整理事業のために目的不動産の登記簿が閉鎖されており、不動産譲渡担保の設定にもかかわらずPからQに登記が移転されなかったという特殊性のある事件である。

- (67) 大村・前掲書（注3）三三八頁は、①判決の態度をふまえて、②判決につきそのように述べる。同旨を述べるものとして、山野目章夫「②判決解説」ジュリスト一〇六八号（一九九五）八〇頁、吉田・前掲評釈（注12）七六頁、鎌野邦樹「②判決評釈」法学セミナー四九五号（一九九六）六一頁以下、河上正二「担保物権法講義¹⁹ 非典型担保（その3）」法学セミナー六七八号（二〇一一）九二頁など。

- (68) 荒木・前掲評釈（注55）四五頁は、③判決の判旨一の第二段落の傍論を、「いわずもがな」の説示だと評する。なお、千葉・前掲論文（注44）二八六頁以下は、判例上、抵当権に基づく妨害排除請求が被担保債権の弁済期経過後であれば認められることを前提とし、それと同様にして、「被担保債権の弁済期」後にはQに目的不動産の処分権能が認められるべき、という議論を立てている。しかし、そもそも判例上、抵当権に基づく妨害排除請求は被担保債権の弁済期経過後でないと認められないのか自体、吟味の必要がある（抵当権設定後であれば弁済期の徒過は必要でないことを示唆する、最大判平成一一・一一・二六民集五三卷八号一八九九頁における奥田補足意見の一を参照）。この判例法理の素性は非常に怪しいものであるが（拙稿「フランスにおける不動産執行競落人のための占有移転手続」千葉大学法学論集二〇卷一号（二〇〇五）一〇一頁注一四一で示唆した）、その点は措くとして、もしこの判例法理が弁済期の徒過前であっても妥当するのであれば、千葉論文の論法によれば、不動産譲渡担保の場合でも、「被担保債権の弁済期」の徒過前であってもQに目的不動産の処分権能があつてしかるべき、ということになるのではないか。

- (69) 我妻栄『担保物権法』（一九三六）二三四頁以下（二〇三節）。同書の新訂版（一九六八）も、少なくとも不動産の譲渡担保に関する限り、基本線に変更はない（六四八頁以下（九五三節）及び六三六頁（九二八節）参照）。松尾・古積・前掲書

(注59) 四一三頁以下〔古積健三郎〕は、所有権的構成を評価する近時の説として注目されるが、既に前出注59で述べたように、同書四一四頁以下は、「被担保債権の弁済期」より前の段階においては、Pが「弁済」により目的不動産を取り戻すことがまだ予定されていないことを理由として、民法一七七条は適用されない〔民法一七七条の原則の射程外〕とする。

(70) 多くの学説は、この判例の結論を是認する。道垣内・前掲書(注1)二九頁、高橋・前掲書(注1)一七頁、高木・前掲書(注22)二四頁、安永・前掲書(注51)四五頁、平野裕之『担保物権法』(第二版、二〇〇九)三六一頁、河上正二『担保物権法講義② 留置権』法学セミナー六六号(二〇一〇)九三頁など。これに反対ないし疑問を呈する最近の説として、加賀山茂『債権担保法講義』(二〇一二)二〇二頁以下、吉田邦彦『所有法(物権法)・担保物権法講義録』(二〇一〇)一九〇頁以下など。

(71) 道垣内・前掲評釈(注43)一〇〇二頁注二、道垣内弘人「前掲最判平成一一・二・二六評釈」私法判例リマックス二〇号(二〇〇〇)一五頁。前者は、「こいういった判例(筆者注…本文で述べることになる、最判昭和四三・一一・二一及び最判昭和三四・九・三をさす)とのバランスを重んずれば、本件譲渡担保契約が帰属清算型であろうと処分清算型であろうと、Y₁ら(筆者注…本稿の用語法ではPに相当)は引換給付の抗弁ができない、と解さざるを得ないと思われる」と述べていた。もともと今日では、道垣内・前掲書(注1)三二二頁は、おそらく後出注72で述べる理論的な難点ゆえに留置権によらない理由づけを模索するものの、Pによる引換給付の抗弁の主張の可否に関する判例の「方向性は妥当である」、としている。

(72) 但し、このように述べる見解も、仮登記担保(仮登記担保法制定以前の事例)に関する最判昭和五八・三・三一民集三七卷二号一五二頁は是認する(道垣内・前掲評釈(注43)九九五頁以下)。この判例は、pの「被担保債権の不履行」の後、qに本登記が任意に経由されており、しかしqはpによる「被担保債権の弁済」の可能性を考えてまだ第三者への処分をしていなかったところ、pq間で、もうpは受戻権を行使せずqに目的不動産の所有権を確定的に帰属させ、qが第三者に処分することについてpは異論がない旨の合意がなされ、その二日後にqが、pへの清算金未払いのままrに目的不動産を処分して移転登記も経由した、という事例のもので、rからの明渡請求に対して、pが清算金支払請求権を被担保債権とする留置権の抗弁を主張することを認めたものである。

前出注71の見解からは、譲渡担保の場合には留置権は成立しないはずであるという判断が、仮登記担保に関するこの最判

昭和五八・三・三一と真つ向から対立するように見え（ちなみに同判決は、本文で述べた、譲渡担保に関する前掲最判平成九・四・一一でも引用されている）、そこでその点をどう説明するかが問題となる。前出注71の見解によると、最判昭和五八・三・三一の場合には、前記のp・q間の合意の時点で清算金支払請求権が発生し、その時点でpは留置権を取得している点が、譲渡担保の場合とは異なるのである、と説明されている（道垣内・前掲評釈（注71）一七頁）。

しかし、この最判昭和五八・三・三一の事例において、前記のp・q間の合意を以て清算金支払請求権が発生すると解してよいのか、疑問がある。仮登記担保についての判例法理の集大成といわれる最大判昭和四九・一〇・二三民集二八巻七号一四七三頁は、「清算金の支払時期は、換価処分の時、即ち、（イ）適正評価額による所有権取得の方法によるいわゆる帰属清算の場合には、仮登記担保権者が目的不動産の評価清算によりその所有権を自己に帰属させる時（この場合債務者は、清算金の支払があるまで本登記手続義務の履行を拒みうるものと解すべきである）、（ロ）第三者に対する売却等によるいわゆる処分清算の場合には、その処分の時であると解するのが、相当である。そして、清算金の支払時期である右換価処分の際に仮登記担保権者の債権は満足を得たこととなり、これに伴って仮登記担保関係も消滅するものというべく、その反面、債務者は、右時期までは債務の全額（換価に要した相当費用額を含む。）を弁済して仮登記担保権を消滅させ、その目的不動産の完全な所有権を回復することができるが、右の弁済をしないまま債権者が換価処分をしたときは、確定的に自己の所有権を失い、その後は仮登記担保権者に対して前述の清算金債権を有するのみとなるものと解すべきである。」と述べており、前掲最判昭和五八・三・三一の事例においては、右のp・q間の合意時にはまだ清算金請求権は成立していない（qがrに処分したときに初めて成立する）と解するべきではないか、と思われるからである。

ちなみに、前掲最判昭和五八・三・三一が、仮登記担保法のものでなおそのまゝの意義を有するか、議論の余地がある。仮登記担保法のもとでは、これまで何度か繰り返したように、同判例の事案のように清算金が払われる前に本登記まで移動されてしまうことは、ノーマルな事態としては想定されていない。起こるとすれば、それは、清算期間終了後に処分清算の合意のおこなって、清算金の支払い前に本登記を経由した、という事例に基本的には限られるところ、その場合には、pも合意のもとに先に本登記をqに得させたという経緯をふまえて、留置権を成立させるべきでない、とも考えられる（田高・前掲論文（注12）二一二頁は、処分清算型の譲渡担保においてはpのために留置権が成立する余地はない、とする）。なお、

これとは異なり、qがpから予め預かっていた書類を用いて、清算金を支払わないまま勝手に本登記を経由してしまった場合には、留置権を認める、とすることも考えられるが、その場合には端的に、受戻権の行使を原則としてpに認めてよいとも考えられる。

(73) 松岡久和「②判決評釈」民商法雑誌一一二巻六号（一九九五）九四八頁以下はこのような立場を述べたものとして理解しうる。

(74) 但し、金額が確定したものととして顕在化するのとは、「限界時点」においてであるから、その時点が清算金支払請求権の消滅時効の起算点であると解するべきである（前掲最判平成一一・二・二六。前出注28aも参照）。さらに、「限界時点」が経過しても、Pが目的不動産を明け渡すかその履行の提供をしない限りは、Qの清算金支払義務の履行遅滞はなく、よって遅延損害金も発生しない（前掲最判平成一五・三・二七）。

(75) 平野裕之ほか『民法3 担保物権』（第二版、二〇〇五）二四九頁以下（田高寛貴）は両判例の不均衡を問題視する。

(76) 我妻栄・前掲書（注69）新訂版六三六頁（九二七節）は、「被担保債権の弁済期」前にQがRに処分してしまった場合にQがPに対して負う責任について、「債務不履行の責任と解しても、被担保債務額と差引計算をしなければならない理由も、弁済期を待たなければならない理由もないであろう。侵害の時を標準として目的物の全価格を直ちに請求しうるものとし、差引計算をするかどうかは債務者（筆者注…Pのこと）の意思にまかせるのが至当であろう」と述べ、同趣旨の裁判例として、最判昭和二三・四・二〇集民一号一三五頁及び最判昭和三五・一二・一五民集一四巻一四号三〇六頁を引用している。

(77) なお、不動産譲渡担保につき担保的構成を採っていると主張される判例の多くは、目的不動産について利害関係を有する第三者のうち一定の範囲のものとの関係において、担保としての実質を認める扱いをしている（例えば、目的不動産たる借地上建物が譲渡担保に供された場合に、敷地について無断転貸があったといえるかに関する最判平成九・七・一七民集五一巻六号二八八二頁、譲渡担保に供されている目的不動産たる建物について、譲渡担保権者も譲渡担保設定者も火災保険の被保険利益があるとした最判平成五・二・二六民集四七巻二号一六五三頁、目的不動産たる土地を不法占拠する者がいる場合において、明渡しをその者に対して請求する資格を譲渡担保設定者に認めた最判昭和五七・九・二八判時一〇六二号八一頁など）。そのような者たち（田高・前掲書（注59）一八一頁のフリーズを用いれば「一般第三者」との関係では、譲渡担保

の設定後、「限界時点」の到来までは、目的不動産の帰属が不確定であるという譲渡担保の特質に見合った法的構成が採られたとしても、そのことは、Rとの関係（同書一七六頁にいう「譲渡担保権者側の第三債権者との関係」）において所有権的構成を採ることと必ずしも矛盾するものではない、と考える（松尾Ⅱ古積・前掲書（注59）四一四頁（古積健三郎）も同旨と思われる）。Pが譲渡担保の設定から「限界時点」の到来までの間に目的不動産について有する権利を物権として構成することの意義（大村・前掲書（注3）三一八頁はこれを疑問視するようにも見える）は、この点に見出すことができるのではない。問題は、田高教授のいう「一般第三者」と「第三債権者」とをどのように切り分けるかであるが、さしあたり、目的不動産の交換価値につき、Qが目的不動産の完全な所有権者であるものとしてQから処分を受けた者（譲受人や抵当権者など）か、そうでないか、で区別するのが妥当であると考えている。

(78) 道垣内・前掲評釈（注43）一〇〇三頁注三は、「私としては、判例法理により、ここまで債務者の地位が弱くなった以上、思い切って使いづらいものとする解釈論、さらには立法が必要ではないか、と考える」と言い、鈴木・前掲書（注45）四訂版三一〇頁が、不動産譲渡担保にほとんど言及しない姿勢をとっていることを、「注目してよい」と評している。

(79) このような、目的不動産の一義的な帰属を重視する立場からすれば、Pが清算金支払請求権を被担保債権とする留置権をRに主張できる可能性も、出来る限り排除するのが望ましいと考える。本文では、判例法理を可能な限り整合的に説明するという本稿の目的ゆえに、そのようには言わなかったが、清算金支払請求権とは、目的不動産をPが取り戻せる可能性が確定的に失われた時に、その時点における目的不動産の価額の限度で「被担保債権」が確定的に消滅し、なおQが取りすぎている分があればそれをPに返還させるべく成立する、一種の不当利得返還請求権である、ととらえれば、それを被担保債権とする留置権をRに主張できることはなくなる。つまり目的不動産がRに譲渡されても留置権がそれに付随していき、目的不動産の帰属が事実上不安定になる、という事態を避けることができる。