

不動産譲渡担保の法律構成と公示方法

第三者との関係を中心として

元 古 寛

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

はじめに

第1章 不動産譲渡担保とは

第2章 不動産譲渡担保の法律構成

第1節 判例による不動産譲渡担保の法律構成

1 譲渡担保権者が担保不動産を処分した場合の効力

2 判例による不動産譲渡担保の法律構成

第2節 学説における不動産譲渡担保の法律構成と不動産譲渡担保権の公示

第3章 判例の立場を前提とする不動産譲渡担保権の公示方法の検討

1 問題の所在

2 平成16年の不動産登記法の全面改正

3 「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記

4 判例の立場を前提とする公示方法の検討

む す び

はじめに

不動産譲渡担保は、抵当権と異なり、登記事項証明書を見ても、それが譲渡担保であるか否か、及び被担保債権額等を含め、その内容が登記によって十分に公示されているとは言い難い。そこで、本稿では、不動産譲渡担保の対外的効力（譲渡担保権者の権利及び譲渡担保設定者の権利）を公示（登記）する具体的方法を論じることとする。

ところで、不動産譲渡担保は、「担保のために」、目的物の所有権を債権者に譲渡する担保方法であるが、わが国の譲渡担保は、取引需要を背景に

発生し¹⁾、判例・学説により承認された制度であり、譲渡担保についての考え方は、時代とともに大きく変化してきた。譲渡担保に関する判例・学説の展開は、大きく三つの時期に分けることができる²⁾。

第一の時期は、譲渡担保の理論的根拠が形成される以前の段階である。この時期の判例は、譲渡担保の売買部分を虚偽表示ゆえに無効であると判断し、実際の効力として認められるのは抵当ないし質である、と構成した³⁾。これは今日における担保権の構成と同様の結論を導きうるものであった⁴⁾。

第二の時期では、その譲渡担保＝虚偽表示無効論を克服するため、ドイツから信託行為理論が移入され、学説・判例上、広く展開された。この理論の採用により、所有権移転の部分も、有効とされ、譲渡担保の一要素として取り込まれることになった。しかし、一方で、虚偽表示を前提に債務者が悪意の第三者に権利を主張できるとしていた第一期の判例の立場は、この理論により覆されることとなった⁵⁾。最初にドイツから紹介された信託行為理論は、関係的所有権移転構成（外部的に移転、内部的に非移転とする構成）であった。しかし、内部的に非移転であることは、関係的所有権移転構成という理論によらなくても、本来、当事者間の契約内容から導かれ得るものであるとして、次第に關係的所有権移転構成は廃れ、債務者に債権的地位しか認められないとする、絶対的所有権移転構成（内外部とも移転構成）に修正されていった⁶⁾。これにより、「信託行為は『所有権の譲渡＋債権的拘束』を意味するものと理解されるようになり、これが信託的譲渡説として通説を形成するに至った。」⁷⁾

第三の時期では、学説は、信託行為理論から離れ、譲渡担保の担保権としての実質を対外的にも貫徹させる担保的構成へと進展していくことになる⁸⁾。譲渡担保を担保権的に構成するということは、譲渡担保設定者に物権的地位を認めることを意味し、「物権的地位を認める以上は、それに合うだけの公示方法がとられるべきである」⁹⁾ということになる。

従って、不動産譲渡担保において、その公示が特に重要になるのは、第

三期以降である。第二期までは、公示としては、譲渡担保権者への所有権移転登記のみでよかったが、担保的構成においては、設定者の物権的地位を公示することが必要となるからである。ところが、設定者の権利の公示は、現実には、ほとんど行われていない¹⁰⁾。また、取引の安全のためにも、譲渡担保設定者及び譲渡担保権者間の所有権をはじめとする諸権利の関係が公示されていることが必要である。

そこで、判例による不動産譲渡担保の対外的効力を公示する具体的方法を、次により検討することとする。まず、譲渡担保を、典型担保たる抵当権及び譲渡担保と同じく判例法理として確立した仮登記担保との比較等で確認する。次に、譲渡担保権者が目的物件を処分したときの効力を見ることにより、判例における法律構成を確認する。平成16年に全面改正された不動産登記法(平成16年法律第123号。以下「新不登法」という。)は、登記原因の真实性を確保し、不動産取引の安全・確実性を確保するため、改正事項の一つとして、「登記原因証明情報」の提供を必須のものとし(新不登法61条)、登記完了後は、利害関係人の閲覧に供する(同法121条2項)こととなった。これは、平成16年改正前不動産登記法(以下「旧不登法」という。)に比べ、登記原因が重視されると共に、登記原因を調査・確認する道が開かれたことを意味する。この不動産登記法の改正が、譲渡担保の公示に与える影響(特に「譲渡担保」を原因とする所有権移転登記に与える影響)を確認した上で、判例の立場による不動産譲渡担保の対外的効力を公示する具体的方法について検討することとする。

第1章 不動産譲渡担保とは

不動産譲渡担保は、債務者又は物上保証人(設定者)が債権者に担保の目的たる権利(特に所有権)を移転し、債務が弁済されると担保の目的たる権利は設定者に復帰するが、債務不履行が生じると、権利は確定的に債権者に帰属する(これによって、債権は回収される)という形式をとる担

保方法である¹¹⁾。担保目的物の所有権を債務不履行に備えてあらかじめ債権者に移転しておく担保制度であるともいいうる¹²⁾。

譲渡担保は、設定者が目的物を利用しつつ担保化できる点に、一つの特徴がある。これに対応する法定担保として抵当権（民法369条以下）があるにもかかわらず、譲渡担保が利用される理由は、次の点にあるといわれている¹³⁾。譲渡担保においては、不動産所有権の登記名義が、譲渡担保権者に移転されてしまうため、第1に、設定者の債権者が、さらに担保に取る可能性は事実上生じない（担保価値を独占）、第2に、事実上、譲渡担保設定者が権利を設定したり、担保不動産を譲渡等（特に、建物賃貸借（民法601条以下）・抵当権消滅請求（民法379条））する可能性がなく、担保不動産の価値の減少を排除する、第3に、抵当権の場合には、被担保債権の範囲の限定がある（民法375条）が、譲渡担保権には制限がない、第4に、抵当権では、その実行に競売手続を利用することになるが、その実行には、時間と経費がかかり、かつ、通常時価どおりには競売し得ないという問題があるが、譲渡担保の場合は、私的実行を行うので、ほぼ適正に目的物を評価して信用授受をなしうる利点がある。その反面として、次のようなマイナス面が指摘されている。第1に、譲渡担保権者が担保不動産を不当に第三者に処分してしまう危険を伴う、第2に、後順位の担保権が設定できないため、設定者にとって担保不動産の担保価値の有効活用が図れない、といった点である。

譲渡担保のメリットとして、上記第4の私的実行が強調されている場合が多いが¹⁴⁾、銀行の抵当権設定契約でも任意売却が合意されているのが通常である。平成15年に刊行された社団法人全国地方銀行協会編集に係る根抵当権設定契約書第7条第1項には、次のように記載されている。

「根抵当物件は、その担保すべき元本が確定した後においては必ずしも法定の手続によらず一般に適当と認められる方法、時期、価格等により貴行において処分のうえ、その取得金から諸費用を差し引いた

残額を法定の順序にかかわらず、この根抵当権の被担保債務の弁済に充当されても異議なく、なお残債務がある場合には直ちに弁済します。」¹⁵⁾

このように、通常の銀行業務における抵当権設定でも任意売却（私的実行）が、約定されているのである。従って、譲渡担保が利用される理由として、私的実行が可能であることは、必ずしも主たる理由ではないと思われる。譲渡担保が利用される最も大きな理由は、譲渡担保が所有権登記名義を前倒しで移転するため、後順位担保権者等の出現を排除し、担保権実行のイニシアチブをとることができる点にあると考える。

仮登記担保は、民法の規定する抵当権とその弱点をカバーするものとして、商慣習上登場し、その後、判例法上認知された担保権である点、譲渡担保と同じであった。仮登記担保は、「抵当権の利用を回避し、又はこれと併用して、代物弁済予約等を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記を利用する」¹⁶⁾担保方法である。「代物弁済の予約」は、本来、債権額と不動産の価額とを比較しない。しかし、最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁は、代物弁済予約を、担保として構成し、目的物を代物弁済として取得する場合に清算義務を課した。その後、最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁において、仮登記担保の判例理論の整理・集大成をおこない、昭和53年法律78号により「仮登記担保契約に関する法律」として立法化された。これに対し、譲渡担保は、買戻付売買ないし再売買予約が担保制度として判例法上、承認されたもの¹⁷⁾にとどまる。もっとも、見方を変えれば、代物弁済の一部（権利移転の部分）の前倒しであり、代物弁済予約のパーエーションの一つであるともいいうる¹⁸⁾。

このような仮登記担保と譲渡担保の最も大きな相違点は、契約から実行までの間、仮登記担保では、所有権移転が仮登記（新不登法105条2号）によって順位が保全されているのにとどまるのに対し、譲渡担保では所有権移転登記がなされてしまう点にある¹⁹⁾。このため譲渡担保権者は、後順

位担保権者等の出現を排除し、担保権実行のイニシャチブをとることができることとなる。

判例において、どのような契約が、譲渡担保と認定されるかについて、最判平成14年9月12日判時1801号72頁は、債権担保の目的で、所有権を移転し、その登記を経由することを内容とするものは、譲渡担保契約であると判示した。さらに、最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁は、買戻特約付売買の形式がとられていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保であると解した。そして、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を行わない契約は、特段の事情のない限り債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解する、と判示した。

第2章 不動産譲渡担保の法律構成

第1節 判例による不動産譲渡担保の法律構成

譲渡担保は、担保が目的であるにもかかわらず、所有権移転という形式をとる。この実質（＝担保）と形式（＝所有権移転）との間にズレのある譲渡担保につき学説上、様々な法律構成が考えられているが、法律構成に関する学説は、次節で確認することとし、ここでは、譲渡担保権者が担保不動産を処分したときの効力が、判例ではどうなるかを見たとうえで、判例による譲渡担保の法律構成を確認することとする。

1 譲渡担保権者が担保不動産を処分した場合の効力

法律構成を見る場合、判例では「譲渡担保権者が、担保不動産を自己の物として処分した場合の効力」が最も重要と思われるので²⁰⁾、その判例を確認する。

譲渡担保権者が担保不動産を処分した場合の効力については、弁済期が重要な意味をもつ。すなわち、判例は、弁済期において、債務が弁済され

なかった場合、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を取得する（最判昭和57年1月22日民集36巻1号92頁）と述べる。特に、最判平成18年10月20日民集60巻8号3098頁は、弁済期の前後において、第三者に対する効力が変化することを明確にしている。

上記「処分権能」とは、「所有権」であると解される²¹⁾。「弁済期の到来のみでは目的不動産の所有権は確定的に担保権者に移転するものではないが、担保権設定者の不履行ならびにそれに基づく担保権者の私的実行遂行権の取得という状況があるため、弁済期到来前とは異なって、弁済期到来後に担保権者から譲り受けた第三取得者には完全な所有権取得が認められる。」²²⁾とする見解もあるが、担保権者が所有権を取得していない段階での、私的実行遂行権とは、第三者権利の売買をする権利をいうのか、設定者の代理人として売買するのか、また信託によるのか不明であり、かつ、いずれも実態に合致せず、疑問である。「確定的に移転するものではない」とは、単に、「受け戻される可能性がある」ということにすぎず、所有権は移転すると考える。なお、所有権移転があった後でも受戻権があるのは、仮登記担保でも同じである（仮登記担保法2, 3, 11条）。

(1) 弁済期前の譲渡担保権者による処分

前掲最判平成18年10月20日は、傍論ではあるが、「弁済期前においては、譲渡担保権者は債権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」、「譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差押えた場合は、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、第三者異議の訴により強制執行の不許を求めることができる」と判示する。また、東京地判平成10年3月31日金法1534号(1998)78頁は、「譲渡担保権者が目的物件を処分する権能を取得する以前においては、譲渡担保権者が目的物件を譲渡したとしてもなお、譲渡担保設定者は被担保債権を弁済して目的物件を受け戻すことができると解される余地がある」、しかし

「譲渡担保設定者が、目的不動産につき売買を原因とする所有権移転登記を經由した場合、右登記を信頼して目的不動産について仮差押をした譲渡担保権者の一般債権者は、譲渡担保権者が目的不動産を処分する権能を取得する以前においても、民法94条2項の類推適用により保護され、譲渡担保設定者は、第三者異議の訴えによって、仮差押を排除することができない」と判示する。

これらの判例は、弁済期前には、設定者に実質的所有権があること、及びその時の設定者の権利は物権的に取り扱われることを示しているといいうる。前掲最判平成18年10月20日は、「譲渡担保権者は債権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」と述べるが、この場合、処分する権能を有しない所有権とは、実質的には担保権を指しているものとする。

なお、高木教授は、最判昭和57年9月28日判時1062号81頁が、譲渡担保の目的物である不動産を第三者が占有している場合に、設定者に目的物の占有の回復を認めた事件について、「第三者に対する目的物返還請求権は、現行法の体系の下では、物権的請求権か占有訴権であり、後者でないことは明らかであるので、最高裁は、設定者に物権的地位を肯定したといいうる。」として²³⁾、設定者に判例上、物権的地位が認められていたとされている。また、最判昭和56年12月17日民集35巻9号1328頁は、譲渡担保権者(X)がその目的物件について自己の債権者(A)のためにさらに譲渡担保を設定した後、もとの譲渡担保権設定者(B)の一般債権者(Y)が行った強制執行に対して第三者異議の訴えができるか、ということで争われたものであるが、最高裁は次のように判示した。すなわち、「譲渡担保権者がその目的物件につき自己の債権者のために更に譲渡担保権を設定した後においても、右譲渡担保権者は、自己の有する担保権自体を失うものではなく、自己の債務を弁済して取り戻し、これから自己の債権の満足を得る等担保権の実行についての固有の利益を有しているから、前記の強制執行に対し譲渡担保権者たる地位に基づいてその排除を求める権利も依然

としてこれを保有している。」「本判決によると、譲渡担保設定者にも何らかの物権的な権利が帰属していることになる。」²⁴⁾

(2) 弁済期後、受戻権行使前の譲渡担保権者による処分

最判昭和62年2月12日民集41巻1号67頁は、次のように判示した。「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」ているので、「債権者が清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正価額が債務の額を上回らない旨の通知をせず、かつ、債務者が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をしたときは、債務者はその時点で受戻権ひいては目的不動産の所有権を終局的に失」う。

すなわち、弁済期後の目的物の処分は、受戻権の消滅原因となり、弁済期後には、設定者に物権的地位が認められないことを示している。そして、最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁は、目的物の第三者への処分によって設定者の受戻権が消滅するという原則は、「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」と判示した。

(3) 弁済期後、受戻権行使後の譲渡担保権者による処分

最判昭和62年11月12日判時1261号71頁は、「被担保債務の弁済による消滅後に譲渡担保目的不動産が第三者に譲渡された場合、第三者が背信的悪意者であれば、譲渡担保権設定者は不動産の回復を第三者に対抗することができる」とする。つまり、対抗問題と考えるものである。

2 判例による不動産譲渡担保の法律構成

判例において、処分権(実質的所有権)は、設定時には移転しない。弁済期の経過によりその処分権が、設定者から譲渡担保権者に移転すると考える。弁済期前においては、譲渡担保権者は、処分権抜きの所有権の名義(実質的担保権)を取得し、弁済期の経過により、処分権(実質的所有権)を設定者から取得する。ただし、弁済期前に設定者が保有する処分権(実質的所有権)は、所有権登記名義が譲渡担保権者にあるため、事実上、処

分の実行は不可能である。

次に、弁済期前の設定者の権利は物権的権利として認められている（前掲最判昭和57年9月28日）。従って、弁済期前の譲渡担保権者による処分
の譲受人は、民法94条2項の類推適用でしか、保護されない（前掲東京地
判平成10年3月31日）。また、譲渡担保権者の債権者からの差し押さえに
ついては、債務を弁済し譲渡担保による所有権移転登記を抹消した後、第
三者異議の申立ができる（前掲最判平成18年10月20日）のである。

弁済期後の設定者の権利（受戻権）は、物権的権利とは認められていな
い。つまり、弁済期後、譲渡担保権者が処分した場合、設定者は、当該買
受人に受戻権を主張できない（前掲最判昭和62年2月12日）。従って、判
例では、弁済期後の設定者の権利（受戻権）は譲渡担保権者に対する債権
的権利であるにすぎないこととなる。

第2節 学説における不動産譲渡担保の法律構成と不動産譲渡担保権の公示

譲渡担保の法律構成につき、学説上、様々な法律構成が考えられている。
法律構成は、大きく分けて、債権者に所有権が移転するという形式に着目
した所有権的構成と、担保としての実質に着目した担保的構成に分類され
るが、ここでは、その各分類に属する主な学説について、その内容と公示
方法を確認することとする。

(a) 所有権的構成（信託的譲渡説） 目的物の所有権は、譲渡担保設
定時に、担保権者に完全に移転し、担保権者はその権利を担保目的以外に
は行使しないという債権的拘束を設定者に対して負うにすぎないと考える。
譲渡担保権者は、所有権移転登記を受けることにより、その対抗力を得る。
設定者の受戻権は、信託的譲渡説においては譲渡担保権者に対する債権的
権利であり、公示はできないが、当事者の契約により、買戻権の登記や所
有権移転請求権保全の仮登記をすることができれば、実質的に対抗力をも
つことができる²⁵⁾。

(b) 担保的構成 二段物権変動説 (i) 譲渡担保の設定に当たっ

て、観念的には目的物の所有権はいったん担保権者に移され、(ii) 同時に、目的物の担保価値的側面をのぞいた部分（実質的には、所有権マイナス担保権＝設定者留保権）が設定者に返還され、担保権者は実質的には担保権に当たる部分を留保する、と考える。(i)の物権変動については、所有権移転登記を受けることにより、その対抗力を得る。(ii)の物権変動については、設定者が権利を留保することに正確に照応する本登記は現行法上認められていないので、(被担保債権消滅を条件とする)所有権移転登記抹消請求権保全の仮登記をする。ただし、この登記は実際上なされていない点に問題がある²⁶⁾。

物権的期待権説 譲渡担保が設定された場合には、「担保権者には所有権が帰属し、設定者には物権的期待権（被担保債権の弁済によって所有権を取得する設定者の地位）が帰属する」²⁷⁾、と考える。担保権者は、所有権移転登記を受けることにより、その対抗力を得る。一方、設定者もこの期待権を登記することにより、対抗要件を具備することとなるが、このような登記は認められていないので、現在では、実際上は、買戻の特約又は再売買の予約の登記をすることとなる。

二段物権変動説や物権的期待権説を、担保物の価値支配又は所有権の機能という面から見ると、一つの所有権が、譲渡担保権者と譲渡担保設定者に分属している²⁸⁾と考えるもので、いずれか一方に、全価値を支配する完全な所有権が存するのではない。しかし、この関係は、抵当権・質権といった担保物権設定の場合と同じである²⁹⁾。所有権の機能は分属しているが、所有権は、対第三者との関係では、当事者のいずれかに属しているものと考え³⁰⁾。また、設定者には物権的権利が、帰属しているものとされている。

抵当権説 譲渡担保を、私的実行しうる抵当権と捉える。つまり、譲渡担保権者が抵当権者となり、設定者は終始所有権者にとどまる。「所有権移転」は存しない。譲渡担保権者は抵当権者になるに過ぎないが、登記記録上は所有権移転登記がなされ、所有権者かのごとき外観を備える。

この登記 = 外観を信頼した第三者は、自ら第三者を誤らしめるような外観を作出した者に不利益を強いてでも、保護されるべきである、と考える³¹⁾。

以上に対し、判例は、前述（本章第1節2）したように、弁済期前には、担保の目的の範囲内での所有権（処分権がなく、実質的担保権）が譲渡担保権者に移転しており、実質的所有権は設定者に留保される、との構成をとっている。この考え方は、学説では二段物権変動説に近い³²⁾。また、公示の方法についても、二段物権変動説は、譲渡担保の構成（所有権移転で担保を表す）とその公示をたくみに説明しているものとする。

次章では、以上のことを前提に、判例による場合の譲渡担保の譲渡担保権者の権利及び設定者の権利をどのように公示するのがよいかを検討することとする。

第3章 判例の立場を前提とする 不動産譲渡担保権の公示方法の検討

1 問題の所在

不動産譲渡担保において、譲渡担保権者の権利は、「所有権移転登記」により公示される。これに対し、設定者の権利の公示は、ほとんど行われていないことは、前述したとおりである。設定者の権利、いわゆる設定者留保権は、受戻権、清算金支払請求権、使用収益権、及び二段物権変動説によれば所有権であると考えられる。このうち物権的権利として登記できるのは受戻権に関する権利のみである。清算金支払請求権は弁済期後に生じる可能性のある債権であるし、使用収益権はこの場合、占有権であり登記できない。所有権は設定者側に登記されてしまうと、譲渡担保権者の権利が公示されなくなる。従って、設定者の権利として公示すべき権利は、受戻権に関する権利のみであるが、この権利をどのように公示するかが問題である。また、譲渡担保目的の不動産について、新たに取りに入る者にとって、所有権の所在（又は、売主と称する者の処分権原の有無）及び、その

所有権に課せられた制限を知ることが、取引に伴うトラブルに巻き込まれないために重要である。どのような公示をすれば、所有権(又は、処分権)の所在が明確になるかも大きな問題である。

ところで、現在、不動産登記実務上、譲渡担保のために用意されているのは、「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記と、弁済により所有権が復帰する場合の「譲渡担保契約解除」を登記原因とする所有権移転登記の登記記載例のみである³³⁾。「譲渡担保」が登記原因とされていれば、それが譲渡担保として所有権を移転したものであることは判る。しかし、「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記をした場合は、受戻権を行使しないまま、担保権の実行が終了したときでも、現在の登記実務では、「譲渡担保」という登記原因を抹消することができないので、担保権の実行が終了し、受戻権が行使できなくなっているのか否かが不明である。このため、当該不動産を第三者に譲渡することや、抵当権を設定することが困難になることが指摘されている³⁴⁾。また、「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記が、譲渡担保であることの対抗要件となりうるのか、また、設定者の権利を公示しているのかも問題である。「はじめに」で述べたところであるが、平成16年の不動産登記法の全面改正により、登記原因、特に「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記にどのような影響を与えるかも問題である。

そこで、これらを確認のうえ、判例の立場を前提とする譲渡担保権を公示するため、現在実施可能と考えられる具体的な登記方法(譲渡担保設定時の公示、及びその後の権利の変動時の公示)を検討することとする。

2 平成16年の不動産登記法の全面改正

公示に関して重要なことの一つは、先にも述べたところであるが、平成16年の不動産登記法の全面改正である。この全面改正の主目的が、電子政府を実現するためのオンライン申請の導入とその関連手続の整備にあったことは明らかである。しかし、それ以外にも登記原因証明情報の提供を必

須のものとする（新不登法61条）改正がなされた。登記原因証明情報の提供については、「単なる手続上の変更を越えた意味をもつ重大な改正であり」³⁵⁾ また、「従来は、所有権が移転したということさえ登記できれば、登記原因は少々違っていてもいいのだ、と考えがちであったのが、今回の法律改正によって、登記原因を正確に表示しなければならないというように、基本的な考えが大きく変わっていくのではないか」との指摘がある³⁶⁾。

立法担当者は、この「登記原因証明情報」の機能等について、概要、次のような説明を行っている³⁷⁾。すなわち、新たな取引を行おうとする者は、登記上の記録を参考にして、調査をするのが通常である。しかるに、現行制度では、登記名義人の真実性に比べ、登記原因の真実性の程度は劣り、後に取引を行う者にとっては、不動産の権利関係を調査する際に支障があるとの指摘がある。そこで、新制度においては、登記申請時に登記原因を確認する具体的資料の提供を必要とする制度とする。提供された登記原因証明情報は、登記記録の付属記録として登記所に保存し、利害関係人に閲覧を認めるものとする。このように解しても、当該不動産について取引関係に入ろうとする者は、登記名義人の代理人として、その委任を受ければ、当該登記原因証明情報を閲覧することが可能である。

この登記原因証明情報の具体的内容となるべき事項は、法律行為による物権変動の場合には、「物権変動の原因行為」と「これに基づく物権の変動」の2つを証明する情報であり³⁸⁾、物権変動の原因行為は、「物権変動の要件事実該当する具体的事実がその内容」となるものでなければならないものとされている³⁹⁾。そして、譲渡担保契約の要件事実、民事訴訟上、当事者間に所有権移転の合意があること、所有権移転が債権担保の目的で行われること、一定の期限まで、受戻が可能であること、清算金の支払い請求権があること、であると考えられている⁴⁰⁾。

これらの立法担当者等の指摘を受けて、次のような、譲渡担保にかかる登記原因証明情報の記載例が示されている⁴¹⁾。

提供された「登記原因証明情報」は、登記簿の付属書類として登記所に

【書式】 譲渡担保による所有権移転の登記原因証明情報

登記原因証明情報

1 登記申請情報の要領

- (1) 登記の目的 所有権移転
- (2) 登記の原因 平成17年8月10日 譲渡担保
- (3) 当事者 権利者 住所 甲
義務者 住所 乙
- (4) 不動産 (略)

2 登記の原因となる事実又は法律行為

(1) (被担保債権)

譲渡担保設定者乙は、譲渡担保権者甲より、平成17年8月10日、金1000万円を、利息年5%、損害金年10%、弁済期を平成20年8月10日と定め借り入れた。

(2) (譲渡担保による所有権の移転)

譲渡担保権設定者は、譲渡担保権者に対し、同日、上記債務の担保として本件不動産の所有権を移転した。

(3) (特約)

- 1 譲渡担保権者は、譲渡担保権設定者の承諾なしに本件不動産を処分してはならない。
- 2 譲渡担保権設定者が⁽¹⁾記載の債務を履行したときは、本件不動産の所有権は譲渡担保権設定者に復帰するものとし、譲渡担保権者は譲渡担保権設定者に対し譲渡担保契約解除を原因とする所有権移転登記を行う。
- 3 譲渡担保権者は譲渡担保権設定者に対し、譲渡担保権設定者の前記債務の不履行により、譲渡担保権者が本件不動産を処分する場合には、清算金を交付する。

平成17年8月10日 **法務局**出張所 御中

私達は、前記各項に記載された内容を自認し、不動産登記法第61条所定の登記原因証明情報として提供します。

(譲渡担保権者) 住所
甲 (印)

(譲渡担保権設定者) 住所
乙 (印)

(以下、司法書士の確認事項につき、省略)

10年間保存され（不動産登記規則17条，19条，28条9号），利害関係人の閲覧に供される（新不登法121条2項）。従って，譲渡担保を原因とする所有権移転登記がなされている場合，それを手掛かりとして登記原因証明情報の閲覧等をするにより，その譲渡担保の内容（債権額，弁済期等）の調査が可能になったし，また，その調査することが期待されているともいえるものと思われる。

登記原因の真实性が確保されるということは，従前と異なり，登記原因に何らかの効力を認めうるのではないかということが，今後の問題となる。しかし，登記原因証明情報の閲覧調査が未だ一般化していないと思われること，保存期間が10年に限られること，及び閲覧が利害関係人に限られることから，現時点ではこの調査が直ちに義務とはならないとしても，例えば「譲渡担保」が登記原因とされている所有権移転登記が，譲渡担保のためになされたものであることを知らなかったとはいいい得ないのではないかと考える。今後，登記簿の付属書類としての登記原因証明情報の存在が，取引に与える影響を，実務的には考えておく必要があるものと考え⁴²⁾。

なお，登記原因証明情報に係る次の下級審裁判例（東京地判平成19年6月15日登研713号〔2007〕195頁）は，いわゆる中間省略登記を，申請書の記載と「登記原因証明情報」との不一致を原因として，登記申請を却下した登記官の処分を適法としたものであり，次のとおり判示した。「物権変動を公示する制度である登記について，登記申請者に，物権変動の原因行為とこれに基づく物権変動を証明する登記原因証明情報を登記所に提供させ，これが申請情報と異なる場合には申請を却下することによって，登記が公示する物権変動の内容の正確性を確保しようとする」ものである。そしてこの裁判例は，「登記には物権変動の内容を正確に反映させようという趣旨の下で改正された法の解釈論からすると妥当な判決であると思う」と評されている⁴³⁾。旧不登法の下で申請書副本が提出されていれば，明らかにならなかったことであり，新不登法の下での登記原因証明情報の働きを示すものといえる。

3 「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記

(1) 「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記

譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記が、登記の記載例として示されている⁴⁴⁾。これについて、担保のための所有権移転であることが公示されている、として次のような説明がある⁴⁵⁾。すなわち、「いわゆる譲渡担保とは、譲渡担保設定契約と共に実体はともあれ権利移転はする、しかし、「その権利の移転をそのまま他に対抗するためには、他に譲渡担保権に関する登記というものがないゆえに、担保化の公示方法として譲渡担保を登記原因として所有権移転の形式を採る。」平成16年の不動産登記法の全面改正の趣旨から、今後は、「譲渡担保」を登記原因とするべきである、といわれている⁴⁶⁾。「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記が法務省の登記記載例に示されているということは、「担保のための所有権移転」の登記原因が「譲渡担保」であることを、示したものである。また、新不登法では、前述したように、登記原因が重要視されている。その中において、担保のための所有権移転について、譲渡担保以外の登記原因を使用することは不適當(許されない)と考える。このことは、旧不登法当時でも事情は同じであったはずであるが⁴⁷⁾、登記原因証書が登記申請書副本で代替できたところから、登記官の審査が事実上できなかつたため、必ずしも「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記は多くなかつたものと思われる⁴⁸⁾。

ただし、譲渡担保は、買戻特約付売買・再売買予約付売買を譲渡担保と認定し、清算義務を課してきたという経緯がある。担保目的を隠蔽する意図がなくても、当事者間では買戻特約付売買・再売買予約付売買と理解されており、訴訟になって、譲渡担保と認定される場合もあり得る⁴⁹⁾。このような場合、事実上、「売買」を原因とする所有権移転登記も、不適當ではあるが、あり得る⁵⁰⁾。

譲渡担保の登記において、その登記が譲渡担保のための登記であることを示す唯一の機会、設定時の所有権移転の登記原因を「譲渡担保」とす

ることである。このため、解釈として、又は立法論として、「譲渡担保」という登記原因に、特別の効力を与えることが提案されている。

設定者の権利が積極的に公示されるとする、次のような提案がある。

「債権者の所有不動産に債務者の買戻登記及び賃借権登記がなされたと同様に、債務者の受戻権、利用権、清算請求権等に対抗力を与えるとの解釈又は立法的措置が可能であると考える。」⁵¹⁾「設定者の（所有権）回復期待権の対抗要件と解したらどうであろうか。」⁵²⁾「登記原因が譲渡担保であるときには（それが売買のときには、債権者代位権により譲渡担保と改めたいうで）、設定者の債権者による強制執行は認められ、譲渡担保権者は優先弁済権のみを主張しうると解すべきである。」⁵³⁾「譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記は、流抵当特約が公示されているのと同じの意味をもつので、この流抵当特約に第三者対抗力を付与するものと解されるべきであろう。その結果、譲渡担保契約によって登記名義が形式的に債権者に移ってはいても、登記原因が譲渡担保とされている限りは、債務者の一般債権者等は、流抵当特約実行以前ならば、当該目的物を差し押さえることも可能である。」⁵⁴⁾

担保のための所有権移転であることが事実上公示されるとする、次のような意見がある。

登記簿に表示されることにより、「悪意」、「過失」の認定に資する⁵⁵⁾。「譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記がなされておれば、譲受人の善意、及び設定者の帰責性のいずれも原則として否定されよう。」⁵⁶⁾「譲渡担保権者からの譲受人に対しては、もし譲受が弁済期前であったとすれば被担保債権の弁済により目的物が設定者に受け戻されることがあること（設定者が所有権的権利を留保していること）を不完全ながら公示しているともいえる（94条2項の類推適用を排除する）。」⁵⁷⁾「学説には、譲渡担保権者は、弁済期前に目的不動産を処分することはできないが、譲渡担保権を処分することはできるとする考え方もある。この考え方に立つと、譲渡担保の旨の登記原因の表示はきわめて重要な機能を果たすことになる。

すなわち、譲渡担保権なる制限された所有権を公示する機能を有する。」⁵⁸⁾
「登記原因が譲渡担保の場合は、特別の事情がないかぎり、譲渡担保と認定される。登記原因が譲渡担保でない場合は、裁判上、担保目的であることの主張立証責任は、清算金、受戻権が存在し、譲渡担保であると主張する者が負うことになる。」⁵⁹⁾

しかし、「譲渡担保」という登記原因は、あくまで登記原因にすぎず、従来の考え方によれば、登記原因には対抗力がない⁶⁰⁾。登記原因及び日付が実際の権利変動の態様と異なっている場合のその登記の効力について、「取引の安全を考慮して、現在の真実の権利状態に合致していれば有効とすることに、判例、学説が一致している。」⁶¹⁾ また、平成16年の不動産登記法の改正前の裁判例であるが、東京高決昭和55年1月28日金判613号〔1981〕31頁は、「譲渡担保を登記原因とすることは、所有権移転の原因を示すにすぎず、登記として完全な所有権移転の登記であって、抵当権設定登記のような所有権に対する制限としての意味は、全く有しない。のみならず、譲渡担保契約の当事者間の問題として考えてみても、被担保債務の不履行により譲渡担保権者に所有権が終局的に帰属してしまっている場合もあり、この場合と、いまだ譲渡担保が設定されているにとどまっている場合とは、登記自体からは判別することができず、この点において、単なる担保権としての抵当権の設定登記とは事情を著しく異にし、これと同視することはおよそ不可能である。」と判示している。

従来の考え方によれば、一般的には、登記原因に公示力を期待することは無理があるといわざるを得ない⁶²⁾。従って、登記原因に対抗力を与えるのは、立法措置でもない限り困難である⁶³⁾。とすれば、結局、所有権移転登記の「登記原因が『譲渡担保』と記載されている場合には、取引に入ろうとする第三者は、ともかくも実体が譲渡担保であることを認識し得るし、譲渡担保関係が存続中なのか、すでに同担保権の実行（清算）があって所有権は確定的に現所有名義人（譲渡担保権者）に帰属したのかにつき、調査をすればできる、というキッカケを与える公示がなされている」⁶⁴⁾、と

理解せざるを得ないこととなる。

ただ、登記原因が「譲渡担保」であれば、それが譲渡担保のための所有権移転登記であることは当然に認識できるのであるから、例えば、弁済期前に担保権者が不動産を処分した場合の民法94条2項の類推適用に当たって、第三者の悪意が推定されるべきではないかと考える。新不登法は、登記原因の真实性を確保する措置（登記原因証明情報の提供の必須化）を講じているのであるから、譲渡担保を原因とする登記が、譲渡担保以外の場合を公示しているとは考えられないからである。そして、この譲渡担保のための所有権移転登記であることの認識から、上記の「担保のための所有権移転であることが事実上公示されるとする」効力も、認められてもよいのではないかと考える。

なお、上記の「設定者の権利が積極的に公示されるとするもの」については、立法的措置でもない限り困難である。また、譲渡担保において、譲渡担保権者の権利と設定者の権利は別のものであるから、別の登記として公示しなければ不都合である。それぞれの権利の一方に変更があった場合、その権利についてだけの変更登記ができなければならないからである。「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記に設定者の権利を含ませようとするところに無理があると思われる。抵当権であれば、所有権は登記記録の甲区に、抵当権は同乙区に表される。譲渡担保においては、債権者の権利は所有権移転で表すが、設定者の権利は、登記すべき事項として法定されていないので、譲渡担保権者に移転した所有権の登記を制限する登記として、その所有権移転登記に付記する付記登記、又はそれに対する仮登記として公示せざるを得ないものと考えられる。

また、「譲渡担保」を登記原因とした場合、上記の効力の問題から離れても、「『譲渡担保』という登記原因があるとき、担保の設定段階にあるのか、既に担保権が実行されて債権者が所有権を取得した段階にあるのか」が不明確である。被担保債権額を表示させる問題と共に立法的手当が必要と思われる。」との指摘がある⁶⁵⁾。譲渡担保が実行により終了しても、譲渡

担保のための所有権移転登記の登記原因である「譲渡担保」は、そのまま残ることになる。従って、第三者が登記を見ても、担保の設定段階にあるのか、実行後であるのかわからず、その後の抵当権の設定や売買が躊躇されるおそれがあることを意味している。

しかし、これに対しては、次のような見方もある。すなわち、「譲渡担保について所有権的構成に立つ限り、譲渡担保契約はまさに所有権移転の原因であって、所有権は対外的に完全に移転しているのであるから、担保権の実行の前後によって権利関係に変動はなく、登記原因を変更する余地はないことになる。ということは、逆にいえば、第三者としては、譲渡担保が登記原因となっていて、所有権の移転については売買を登記原因とする場合と同様に完全に移転していることを前提に取引を進めればよく、それによって過失を問われることはない」と解すべきことになる。⁶⁶⁾

法務省民事局長通達による不動産登記記載例⁶⁷⁾が改められた昭和54年時点でも、このように考えられていたため、譲渡担保設定の登記と、譲渡担保契約解除による担保物返還の登記は、記載例が示されているが、担保権の実行があった場合の記載例が示されていないものと思われる。しかし、判例によれば弁済期の前後により法律関係が大きく変わるのであるから(譲渡担保権者が処分権という実質的所有権を取得する)、法律関係の変更が公示されないのは不都合である。

そこで、この問題に対応するため、譲渡担保実行後の登記に関し次のような提案がなされている。一つ目は、某司法書士からの提案で、担保不動産の所有権が完全に譲渡担保権者に帰属したときに、「譲渡担保」を登記原因とする「所有権移転登記」に付記登記の形式で、「所有権の帰属が確定した旨」の登記をする方法である⁶⁸⁾。この方法に対する注目度は高い⁶⁹⁾。二つ目は、担保関係についての清算がすべて完了した段階で、当初の譲渡担保の所有権移転登記に付記登記の形式で、登記原因を「年月日清算完了」又は「年月日清算」として、登記をする方法である⁷⁰⁾。いずれも、譲渡担保権者が確定的に(受戻権の付着しない)所有権を取得していること

を公示しようとするものである。

ところで、上記のように提案されている付記登記について、不動産登記法上、このような登記が認められるかが問題である。「所有権の帰属が確定した旨」の登記については、次のような否定的な見解がある。「現在の登記制度を前提とする限りは、すでになされている所有権移転登記に、さらにあとから確定的に所有権が移転しましたという登記を付記することはできない。」⁷¹⁾ 不動産登記法上、所有権は譲渡担保権者に移転してしまっているの、否定的に解さざるを得ないものと思われる。

「年月日清算完了」・「年月日清算」の付記登記は、分かりやすい登記である。まさに譲渡担保の終了を告げる登記となる。しかし、もともと清算は弁済期後、つまり譲渡担保権者が処分権という実質的所有権を取得した後生じる債権であり、第三者との対抗関係を問題とする登記にはなじまないとも考えられる。

(2) 「譲渡担保のための所有権移転」と「譲渡担保」を原因とする所有権移転登記

登記の目的として「譲渡担保のための所有権移転」が認められたとしても、所有権（判例によれば処分権）が譲渡担保権者に移転したとき、又は、担保権が実行され、譲渡担保の法律関係が終了した時点での公示（登記）が認められなければ、上記と同様、被担保債務の不履行により譲渡担保権者に所有権が終局的に帰属してしまっているのか、いまだ譲渡担保が設定されているにとどまっているのかが、登記自体からは判別することができない、という問題が残る。なお、「譲渡担保」登記原因に、一定の対抗力が認められたとしても、このことについては、同じ問題が生じる。

4 判例の立場を前提とする公示方法の検討

(1) 譲渡担保設定時の登記

先に検討したとおり、設定時には、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記を行う。しかし、「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記の

みでは、それが、通常の売買ではなく、譲渡担保であることの疑いを第三者に与えるにすぎない(本章3(1)で述べたとおり、この登記で設定者の権利を公示する特別の効力を認めることは困難である)。そこで、「譲渡担保」原因登記以外に、設定者の権利を保護するための公示(登記)が必要となる。

その登記として、従来から(稀に)利用されてきたものとして、「買戻特約の付記登記」及び「再売買予約の仮登記」がある。これは、登記可能な方法であるが、既に述べたとおり、前掲最判平成18年2月7日は、買戻特約付売買の形式がとられていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保と解する。よって、現在の判例による譲渡担保がこれらの登記になじまないことは明らかである。受戻の際の設定者から譲渡担保権者への支払は、債務の弁済であり、譲渡担保権者から設定者への所有権移転登記は、所有権(登記名義)の復帰であり、売買を想定する余地はないからである。

学説上、特に提案されているものに、「(被担保債権消滅を条件とする)所有権移転登記抹消請求権保全の仮登記」⁷²⁾、「物権的期待権の付記登記」⁷³⁾、「受戻権の付記登記」⁷⁴⁾、「解除権留保特約の付記登記」⁷⁵⁾がある。しかし、「(被担保債権消滅を条件とする)所有権移転登記抹消請求権保全の仮登記」以外の登記は、法の制定又は改正なしにはできないと思われる。「物権的期待権」、「受戻権」、「解除権留保特約」という言語の定義が法律等によりなされておらず、登記事項を見た者がその内容につき同じ理解をするとは思えないからである⁷⁶⁾。しかし、その趣旨は、新不登法59条5号の「権利の消滅に関する定め付記登記」であって、弁済により譲渡担保が終了した時点で、所有権を設定者に復帰させる権利を留保するものであると考えられる。ただ、提案者の主張される法律構成との関係などで様々な名称が使用されているものと思われる。

そこで、新不登法59条5号の「権利の消滅に関する定め付記登記」をそのままの形で使用することを提案したい。これは、「担保の目的たる権

利（所有権）を債務者に移転し、債務が弁済されると設定者に復歸するが、債務不履行が生じると、権利は確定的に債権者に帰属する」という譲渡担保の「債務が弁済されると設定者に復歸する」という点を公示しようとするものであり、設定者の受戻権を表すものとして、実体に合致する。

なお、「（被担保債権消滅を条件とする）所有権移転登記抹消請求権保全の仮登記」は、登記できるものとする⁷⁷⁾。また、この仮登記であっても、「権利の消滅に関する定め付記登記」であっても、譲渡担保権者から設定者へ所有権が復歸するという意味では同じである。

しかし、次の理由により、「権利の消滅に関する定め付記登記（登記事項 被担保債権が消滅したときは所有権が復歸する）」を提案する⁷⁸⁾。

仮登記には、順位保全効はあるが、対抗力も（最判昭和38年10月8日民集17巻9号1182頁）、権利適法の推定力もない（最判昭和49年2月7日民集28巻1号52頁）。これに対し、付記登記は、主登記と一体となって同一の順位又は同一の効力を有するのであり（新不登法4条2項）、効力の点では、付記登記が優れる。設定者への所有権の復歸があった場合、仮登記であれば、その登記義務者は仮登記義務者となり（最判昭和44年10月16日民集23巻10号1759頁）、中間取得者がある場合は、その全員の承諾を要するのに対し、付記登記（買戻登記）であれば、現所有者が義務者となる（最判昭和36年5月30日民集15巻5号1459頁）ので、中間取得者を考慮する必要がない。仮登記の場合、設定者への復歸は、譲渡担保権者への所有権移転登記の抹消として実施できる。しかし、権利の消滅に関する付記登記の場合は、所有権移転登記になる（大判大正3年8月24日民録20輯658頁⁷⁹⁾。登録免許税は後者が高額となるが、不動産登記法上、所有権は譲渡担保権者に移転しているのであり、設定者への復歸も所有権移転としてなされるべきである。

なお、弁済期前の設定者の権利は、物権的権利であり、設定者の権利の登記に譲渡担保権者は応じる義務があるものとする。また、この登記をしても、「後順位担保権者等の出現を排除し、譲渡担保権実行のイニシヤ

チブを譲渡担保権者がとる」ことに変わりはないので、譲渡担保権者は、この登記に応じるものと考えられる。

(2) 被担保債務の弁済による譲渡担保の終了

被担保債権が弁済その他の事由で消滅すれば、譲渡担保権も消滅する(消滅に関する附従性)。不動産譲渡担保では設定者は登記名義の移転を請求しうる。この返還請求権は、譲渡担保権設定契約の効力として生ずると同時に、譲渡担保権消滅によって回復した完全なる所有権の効力としても生ずる⁸⁰⁾。この場合の登記記載例として、「所有権移転, 登記原因 年月日譲渡担保契約解除」の記載方法が示されている⁸¹⁾。もっとも、判例及び登記実務は、抹消登記, 又は所有権移転登記のいずれでもよいとしている⁸²⁾。ただし、前記のように、所有権移転登記によるべきである。なお、「権利消滅に関する定め付記登記」は、設定者への所有権の復帰の登記に伴い職権抹消される(不動産登記規則149条)。

(3) 被担保債務の履行遅滞により、弁済期が到来した場合

判例によれば、弁済期の到来により、譲渡担保権者は処分権能(端的には所有権)⁸³⁾を取得する(前掲最判昭和57年1月22日)。弁済期以後に譲渡担保権者が処分した場合、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得(前掲最判平成6年2月22日)するのであるから、弁済期経過後、第三者(譲受人)に設定者が受戻権を主張することはできない⁸⁴⁾。従って、弁済期の経過により、「権利消滅に関する定め付記登記」は、抹消すべきものとなる。

なお、「権利消滅に関する定め付記登記」を抹消しても、帰属清算型の場合は、清算(清算金がない場合は、その旨の通知到達)のときまで、また、処分清算型の場合は、処分のときまでは、受戻は可能である⁸⁵⁾。

(4) 帰属清算型で、清算された場合

弁済期の経過により、「権利消滅に関する定め付記登記」を抹消してあれば、特段の登記は不要である。「権利消滅に関する定め付記登記」が抹消されていること自身が、設定者に第三者に対抗できる受戻権がない

ことを示しているからである。

（5）処分清算型で、処分された場合

弁済期の経過により、「権利消滅に関する定め付記登記」を抹消してあれば、何ら特別のことを要しないで、第三者への所有権移転登記をすればよい。ただ、実務的には、「権利消滅に関する定め付記登記」と第三者への所有権移転登記が同時処理されるのではないと思われる。現に抵当権の付いている不動産を売買の対象とするときと同ケースだからである。すなわち、設定者、譲渡担保権者及び第三者（買受人）が一堂に会し、権利消滅に関する定め付記登記の抹消、当該不動産の売買、それらに伴う代金の支払、清算、登記必要書面等の収集を一括同時処理すればよいこととなる。この場合、この場所で清算金の支払が完了するので、買主が引渡しにおいて、留置権を主張されることもない。ただ、このようにして、弁済期の経過により抹消すべき登記を放置することは、特に、差押権利者が存在する場合好ましいことではない。

む す び

「はじめに」で見たように、現在は、譲渡担保に関する判例・学説の展開の第三期、すなわち、譲渡担保設定者の物権的地位を高め、対外的にも担保権の実質を貫徹させる担保的構成へと進展していく時代に入っている。そして、判例も、少なくとも譲渡担保権者が担保物件を処分した場合の効力に関しては、上記（第2章第1節1(1)）で見たように、弁済期までは、設定者に物権的地位を認めている（すなわち、担保的構成を採っている）。そして、担保権的構成をとるうえで最も問題となるのは、設定者の権利が公示されないということであった⁸⁶⁾。

そこで、譲渡担保権者の権利の公示として、「物権変動の内容を正確に反映させようという趣旨の下で改正された」⁸⁷⁾新不登法の下においては、「譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記」を、また、設定者の権利の

公示として「権利の消滅に関する定め付登記」を提案した。後者の登記は、弁済したときは、譲渡担保のためになされた所有権が復帰するものであるもので、譲渡担保における設定者の物権的権利(受戻権)を公示するものとして適切であると考えられる。しかし、判例においては、弁済期の経過までは、実質的所有権は設定者にあるのであり、弁済により所有権の復帰を問題とする余地はない。その意味では、この登記は不適當ともいえる。しかし、譲渡担保として、最初に所有権移転をする以上、立法的に解決されるまでは、受戻権(正確にいえば、所有権移転登記名義に対しての受戻権)に対する設定者の物権的地位が公示されることで満足しなければならないものと考えられる。

譲渡担保権者にとっての譲渡担保の最大のメリットは、抵当権や仮登記担保と比較してみても、所有権の登記名義を前倒して移転するため後順位担保権者等の出現を排除し、担保権実行のイニシャチブをとりうる点にあった。この点を譲渡担保権者に保証する限り、譲渡担保権者は設定者の権利の登記に応じるものと考えられる。設定者の権利の公示として、「権利の消滅に関する定め付登記」を利用し、債務不履行による弁済期の経過により、この登記を抹消することは、弁済期後、譲渡担保権者が担保権実行のイニシャチブをとることを間接的に補強するものである。

先に記した処分清算の場合の三者が一堂に会し、一括同時処理する取扱いを一般化すれば、帰属清算型と処分清算型を区別する実益はほとんどなくなる。考え方としては帰属清算型である。帰属清算型が原則となれば、清算金の支払があるまで物権的権利としての設定者の受戻権があり、この清算金の支払の時点で譲渡担保権者に所有権が帰属するというわかりやすい形にすることも立法上又は解釈上可能となるように思われる。

譲渡担保の法律構成とその公示方法は、一致させる必要があるが、そのためには、譲渡担保における当事者の権利の内容を明確にするとともに、譲渡担保のための登記方法を確立する必要がある⁸⁸⁾。判例では、弁済期の経過によって譲渡担保権者は処分権を取得するとされるが、処分権を抜い

た権利をいかに正確に公示するか、又は、二段物権変動説に倣うとすれば、譲渡担保権者への所有権の移転後に、譲渡担保権者から設定者に戻される設定者留保権をいかに正確に公示するか、弁済期の経過により譲渡担保権者が取得する処分権をいかに公示するかを、不動産譲渡担保の立法化により、明確にし、それに適した登記ができるよう不動産登記法を改正する必要があるものとする⁸⁹⁾。

- 1) 明治期に地券制度が整備される一方、質入・書入についての流担保が禁止され、競売によるべき旨が示されると、「この流担保禁止を避けるべく、地券預入れによる不動産担保が利用されるようになったようである。地券預入れは、登記制度の確立後、所有権移転登記による不動産譲渡担保へと受け継がれてい」った（田高寛貴『担保法体系の新たな展開』〔勁草書房、1996〕122頁）。民法制定後、抵当直流は禁止されず、不動産譲渡担保は買戻特約付売買として利用され続けた（近江幸治『担保制度の研究』〔成文堂、1989〕73-76頁）。
- 2) 田高・前掲注(1)120頁。
- 3) 大判明治30年12月8日民録2輯11巻36頁。大判明治39年10月10日民録12輯1232頁。
- 4) 大判明治39年10月10日民録12輯1232頁は、Yは譲渡担保（設定者から譲渡担保権者への売買は虚偽表示無効）であることを知って、譲渡担保権者から買い受けた者であり、設定者Xは、その売買の無効をもって、Yに対抗することができる旨、判示した。
- 5) 売切抵当は、信託行為であり虚偽表示ではない。第三者が信託の事実を了知すると否とを問わず授信者と第三者との間の売買は法律上有効である（大判大正2年10月9日刑録19輯955頁）。
- 6) 関係的所有権移転構成による判例（大判明治45年7月8日民録18輯691頁）から、信託的譲渡の内容は、当事者の意思によるのであり、一義的なものではないとする判例（大判大正4年12月25日民録21輯2212頁）を経て、絶対的所有権移転構成による判例（大連判大正13年12月24日民集3巻12号555頁）へと、修正されていった。
- 7) 田高・前掲注(1)139頁。
- 8) 田高・前掲注(1)143頁。
- 9) 田高・前掲注(1)156頁。
- 10) 「設定者の「取戻権」を公示するためにも、時として買戻の付記登記とか再売買予約の仮登記などが学説上挙げられている程度であり、「設定者の「取戻権」の登記は、ほとんどなされていないようである。」（福地俊雄『新版 注釈民法〔19〕物権〔4〕』856頁〔柚木馨=高木多喜男編〕〔有斐閣、1998〕。近江幸治『民法講義 〔担保物権〕〔第2版〕』〔成文堂、2005〕295頁。鳥谷部教授の平成以降の裁判になった譲渡担保契約60件の分析によれば、内10件が買戻契約を行っており、4件がその登記を行っている（鳥谷部茂「不動産譲渡担保の認定と効力」NBL 849号〔2007〕25頁及び31-34頁の一覧表より）、ほか。
- 11) 高木多喜男『担保物権法（第4版）』〔有斐閣、2005〕329頁。

- 12) 道垣内弘人『担保物権法第2版(現代民法)』(有斐閣, 2005) 293頁。
- 13) 三林宏「譲渡担保」椿寿夫=中舎寛樹編『解説・条文にない民法・新版』(日本評論社, 2004) 142-143頁。鳥谷部「不動産非典型担保」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊NBL 31号(1995) 88頁。道垣内・前掲注(12)293-294頁。
- 14) 深谷松男「譲渡担保の性質」我妻榮ほか編『民法の判例・第二版』ジュリ増刊88頁など。
- 15) 全国地方銀行協会編『根抵当権の実務』(金融財政事情研究会, 2003) 54頁。
- 16) 「仮登記担保契約に関する法律案」提案理由説明書(吉野衛『新仮登記担保法の解説<改訂版>』(金融財政事情研究会, 1981) 12頁)。
- 17) 近江・前掲注(1) 86頁。近江幸治『担保物権法(新版補正版)』(弘文堂, 2001) 260-261頁。
- 18) 賀集唱「裁判実務から見た譲渡担保立法の要否」法時66巻2号97頁。
- 19) 「担保目的物の所有権を債務不履行にそなえてあらかじめ債権者に移転しておく」譲渡担保は、「債務不履行があれば目的物の所有権を債権者にそのまま帰属させておけばよいことになり、この面からは、仮登記担保のような権利移転予約型担保に比べ、「債権者により有利な制度である。」(道垣内・前掲注(12)293頁)。
- 20) 川井健『民法概論2(物権)(第2版)』(有斐閣, 2005) 459頁。
- 21) 小山泰史「判批」金法1803号(2007) 81頁。近江幸治=山口斉昭「買戻・譲渡担保の登記」鎌田薫ほか編『新不動産登記講座・第5巻・各論』(日本評論社, 2000) 236頁。「譲渡担保権者は、弁済期(私見では清算期間)の徒過により所有権を取得するから、目的物の処分が可能となる。」(近江幸治『民法講義 担保物権(第2版補訂)』(成文堂, 2007) 300頁)。
- 22) 平井一雄「譲渡担保権の対外的効力」田中誠二監修『譲渡担保 実務と理論の問題点』金判増刊737号(1986) 32頁。
- 23) 高木・前掲注(11)336頁。
- 24) 田高・前掲注(1) 186頁。
- 25) 幾代通「担保と不動産登記」米倉明ほか編『金融担保法講座 巻 担保制度一般・抵当権』(筑摩書房, 1985) 11-12頁。
- 26) 鈴木祿弥『物的担保制度の分化』(創文社, 1992) 480-481頁。
- 27) 竹内俊雄「不動産の譲渡担保」田中誠二監修『譲渡担保 実務と理論の問題点』金判増刊号737号62頁。川井・前掲注(20)461頁)。
- 28) 内田貴『民法 第2版 債権総論・担保物権』(東京大学出版会, 2004) 516頁。「所有権が完全には設定者にも担保権者にも帰属していない点に、制度の本質がある」(鈴木・前掲注(26)487頁)。
- 29) 高木・前掲注(11)333頁。
- 30) 『第三者』との関係で、對抗要件の有無と結び付けて、その限りにおいてのみの所有権の帰属を云々するのはともかく「……」そもそも譲渡担保という制度は、目的物の所有権の受信者から与信者への移行を予想しつつ、その移行の過程がまだ完成しない状態をとらえて、この状態を断定的に固定し、受信者への所有権の完全復帰の可能性と与信者への所有権の完全移転の可能性との対立均衡のうえに成り立つ一つの物的担保制度であり、従っ

て、所有権が完全には設定者にも担保権者にも帰属していない点に、制度の本質がある。」（鈴木・前掲注(26)487頁）、との意見もあるが、ここでの考察は、「第三者」との関係で、対抗要件の有無と結び付けて、所有権の所在を問うものである。

- 31) 米倉明『譲渡担保』（弘文堂、1978）63-68頁。
- 32) 「判例実務との乖離を小さくできる点で、『設定者留保権』による構成が優れている」（内田貴『民法 第3版 債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2006）523頁。
- 33) 昭54・3・31 民三2112号民事局長通達「不動産登記記載例」『不動産登記記載例集』（テイハン、1990）154頁。
- 34) 鳥谷部・前掲注(10)30頁。高木多喜男「不動産譲渡担保立法論」法時66巻2号（1991）74頁。大城節子＝藤井哲「司法書士の実務ではこうなる・譲渡担保の憂鬱」法ゼ502号（1996）108頁以下。秦光昭「不動産の譲渡担保をめぐる諸問題」金法1387号〔1995〕19頁ほか。
- 35) 鎌田薫ほか「不動産法セミナー第2回」ジュリ1292号（2005）64頁（鎌田薫発言）。
- 36) 鎌田薫ほか「不動産法セミナー第3回」ジュリ1294号（2005）130頁（鎌田薫発言）。小粥太郎「不動産登記法」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』ジュリ増刊（有斐閣、2007）103-104頁。
- 37) 電子情報処理組織を使用する方法による申請の導入等に伴う不動産登記法の改正に関する担保者骨子案の補足説明58-65・平成15年7月1日・法務省民事局第二課（日本司法書士会連合会『資料集新不動産登記法までの軌跡2004』（日本司法書士会連合会、2004）117-119頁。
- 38) 清水響『一問一答不動産登記法』（商事法務、2005）171、278頁。
- 39) 不動産登記法の改正に関する担保者骨子案の補足説明・前掲注(37)118頁。
- 40) 伊藤滋夫＝山崎俊彦『ケースブック要件事実・事実認定』（有斐閣、2003）120-121頁。鳥谷部・前掲注(13)92頁。
- 41) 司法書士登記実務研究会編『新不動産登記の実務と書式（増補改訂版）』（民事法研究会、2006）137-138頁。
- 42) 登記原因証明情報の閲覧が、調査義務であるか否かは別にしても、司法書士等の専門家責任は別途検討する必要があるものとする。
- 43) 登研713号（2007）199頁。
- 44) 不動産登記記載例・前掲注(33)154頁。
- 45) 登記研究室編『実務からみた不動産登記の要点』（テイハン、1995）379頁（初出・登研352号〔1977〕）。
- 46) 川井・前掲注(20)465頁。道垣内・前掲注(12)305頁ほか。
- 47) 旧不登法下でも「譲渡担保」を登記原因とすべきであるとの意見は多い。福地・前掲注(10)857頁。秦・前掲注(34)20-21頁。現代財産法研究会「譲渡担保の法理」ジュリ増刊（1987）102頁〔近江幸治発言〕。我妻榮『『売渡担保』と『譲渡担保』という名称について』『民法研究 担保物権』〔有斐閣、1977〕139頁〔初出・法協52巻7号（1934）〕。鎌田・前掲注(36)130頁〔始関正光発言〕。
- 48) 「譲渡担保が使われるのは、通常、債権者主導の場合なので、債権者がわざわざ自己の

有利とならない「譲渡担保」を原因とする移転登記をするくらいならば、普通は抵当権が設定されよう。」(近江・前掲注(17)284頁)。

- 49) 最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁は、目的不動産の占有移転を伴わない買戻し特約付不動産売買契約の性質を原則として、譲渡担保であると認定した。
- 50) 「今後は、譲渡担保は譲渡担保として登記しろという意識が非常に高まってくると思いますが、そうだとすると、当事者があえて貸金債権の担保のための譲渡という形をとらないで、売買の形式を選択して契約を結んでいるときには、司法書士が勝手に実質的には譲渡担保だと判断して譲渡担保契約を登記原因としてしまうのではなくて、やはり登記原因は売買として登記申請するのが本則ではないだろうかという気がします。」(鎌田・前掲注(36)130頁〔鎌田薫発言〕)。売買を登記原因とする所有権移転登記は、「譲渡担保の始源形態ともいえる「買戻し」の登記以来の慣行であり、それが現在なされても、にわかに不実登記として無効視するにはいかにないとしても、それを譲渡担保を登記原因とすること以上に正当化する根拠は皆無であるとおもう。」(福地・前掲注(10)857頁)。
- 51) 鳥谷部茂「不動産譲渡担保の実行権能と実行方法」ジュリ1098号〔1998〕132頁。鳥谷部・前掲注(13)99頁。物権の一般原則に反するが、設定者留保権(準物権の権利)を悪意の第三者に対抗できるとの解釈を創造する(鳥谷部茂「不動産非典型担保の問題点」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 NBL 31号〔1995〕210頁)。我妻榮ほか「座談会・譲渡担保をめぐる諸問題」金法229号(1960)19頁(香川保一発言)は同趣旨、続けて、旧不登法38条(新不登法59条5号)の「登記原因に買戻の特約その他の登記の目的たる権利の消滅に関する事項」の登記も併せてしていると見られないか、とも述べられている。
- 52) 星野英一『民法概論〔物権・担保物権〕』(良書普及会, 1994合本再訂)319頁。
- 53) 川井・前掲注(20)468頁。
- 54) 加藤雅信「非典型担保法の体系」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 NBL 31号(1995)63頁。流抵当特約公示説といわれている。
- 55) 近江・前掲注(17)290頁。川井・前掲注(20)467頁。幾代・前掲注(25)13頁。加藤雅信『現代民法学の展開』(有斐閣, 1993)271頁。現代財産法研究会・前掲注(47)126頁(伊藤進発言)。
- 56) 安永正昭「譲渡担保(1)」法教326号〔2007〕38頁。
- 57) 安永・前掲注(56)35頁。
- 58) 秦・前掲注(34)20頁。
- 59) 鳥谷部・前掲注(10)26頁。
- 60) 現代財産法研究会・前掲注(47)104頁(平井一雄発言)。
- 61) 幾代通=浦野雄幸編『判例先例コンメンタール<特別法>不動産登記法』(三省堂, 1982)469-470頁。
- 62) 「法務省当局として、譲渡担保の登記原因に何らかの特別の意味を持たせる意図はなく、売買等他の原因とまったく同等の所有権移転の原因として取り扱うものである。また、「登記の効力は、それが真実の権利関係に一致している限り、登記原因の正否には左右されないのであるから、登記原因に公示力を期待するのは無理があると思われる。」(秦・前掲注(34)21頁)。

- 63) 「いわゆる『登記原因』としては『譲渡担保』と表示することは認められる。」「だが、その場合に、被担保債権額とか利息などを登記することは認められない。あたかも、売買を登記原因とする場合に、代金が未払いだとか、割賦払いだなどということ登記することができないのと同じだという理由らしい（不動産売買の先取特権は、その先取特権のために、売買とは別な登記がなされる）。そうだとすると、『譲渡担保』と登記されていても 確定的な移転でないことはわかるだろうが 被担保債権という最も重要なものが示されていないから、第三者に対して、譲渡担保負担付の所有権であることを警告する役には立たない。だから、この登記を根拠として、譲渡担保設定者の権利を第三取得者に対抗しうるものとすることはできない。」（我妻榮『新版民法案内』〔一粒社、1972〕300-301頁）。
- 64) 幾代・前掲注(25)13-14頁。売買を原因とする登記であっても、設定者留保権が登記されていれば、同様であるとされている。
- 65) 川井・前掲注(20)465頁。鳥谷部・前掲注(13)92頁。「登記原因が譲渡担保と記載されれば真正譲渡ではなく担保譲渡だということまでは登記からわかりますが、被担保債権額は全く表示されず、実行前なのか後なのかも登記の記載からはわかりません。この点が譲渡担保の担保権としての公示の問題点だと思います。」（鎌田・前掲注(36)131頁〔松岡久和発言〕）。
- 66) 秦・前掲注(34)19頁。
- 67) 不動産登記記載例・前掲注(33)154頁。
- 68) 「司法書士の意見と生活 不動産譲渡担保と公示方法」法セ359号〔1984〕143頁。
- 69) 山野目章夫「既存の譲渡担保立法案の検討」法時66巻2号（1991）41頁。高木・前掲注(34)74頁。幾代・前掲注(25)14頁。加藤・前掲注(54)63頁。
- 70) 登記研究室・前掲注(45)381頁〔初出・登研352号（1977）〕。
- 71) 鎌田・前掲注(36)132頁（鎌田薫発言）。
- 72) 鈴木・前掲注(26)485頁。
- 73) 竹内・前掲注(27)62頁。なお、同教授は理論的には必ずしも不可能ではないが、一般的には認められていないとして、旧不登法38条、59条ノ2参照としておられるので、新不登法59条5号の権利消滅に関する登記である。また、設定者には物権の期得権が当然に帰属するので、担保権者は、この設定者の登記に協力する義務があると、されている。
- 74) 三藤邦彦「不動産の譲渡担保・所有権留保」私法34号（1972）40頁。受戻権の付記登記は、理論的には可能と思うとして、旧不登法38条、59条ノ2参照としておられるので、新不登法59条5号の権利消滅に関する登記である。同教授は、「この付記登記を要求する反面、この付記登記のない単純な所有権移転登記は虚偽表示であり効力をもたない、と割り切ることになるとされている。
- 75) 福地・前掲注(10)857頁。福地教授は、解除権留保特約の登記は、買戻特約の登記とパラレルに定められているので、債権額や弁済期の記載が可能であるとされている。また、この登記は、旧不登法38条、59条ノ2第3項（新不登法59条5号）の権利消滅に関する登記であるとされている。
- 76) 「登記というものは公示の内容が画一的に決まっていなければ公示の意味がないわけで

- す。」(現代財産法研究会・前掲注(47)103頁〔菅野孝久発言〕)。
- 77) 「本登記できるものについては、原則として、すべて仮登記をすることができる。」と解されている(幾代=浦野・前掲注(61)43頁)。譲渡担保権者(債権者)に対して貸借金何円を支払うことによって所有権が復帰するものとする場合においては、所有権移転登記の抹消請求権保全の仮登記をすることができる(登記制度研究会『不動産登記総覧〔判例・先例〕』〔新日本法規出版、2005改訂版〕4915頁)。
- 78) 「被担保債権が消滅したときは所有権移転が復帰する」旨の条件は、民法127条2項の解除条件であると考えられるが、民法127条2項や135条2項は新不登法59条5号の権利の消滅に関する事項であるとされている(東京法経学院『詳細登記六法・20年版』491頁)。「登記原因」たる売買・贈与等の法律行為に附款としての解除条件又は終期を付した場合には、「この附款は、物権変動を目的とする意思表示と一体をなしているものであるから、意思表示によって物権変動が生ずる場合には、これを登記することによって第三者に対抗できることを認める以上(民177条)、この附款も亦登記することによって第三者に対抗できることを認めざるを得ない。」「したがって、右の解除条件又は終期は登第38条(新不登法59条5号)により登記できると解すべきである。」(吉野衛『注釈不動産登記法総論〔新版〕下』〔金融財政事情研究会、1982〕176頁)。「反対に、売買契約をした後、その効果を制限する別個の契約をしても、その契約は売買による所有権移転の法律行為の附款とみることはできないから、たとえその内容が解除条件又は終期的なものであっても、当事者間の単なる債権的な効果をもつ契約であるため、本条による登記をすることはできないと解される。」(遠藤浩=青山正明編『基本法コンメンタル〔第四版〕不動産登記法』110頁〔伊藤孝三〕〔日本評論社〕)。所有権についての権利消滅事項の登記を認めた先例には、所有権移転に終期を付したもの(明32・12・28民刑2059局長回答・登記先例集上130頁)、受贈者の終身を期限とする終期付贈与(昭32・9・21民甲1849局長回答・登記先例集追169頁)、解除条件付贈与及び解除条件付貸借(昭39・12・15民甲3957局長通達・登記先例集追292頁)等がある。「主登記と同一の順位又は効力を有することを登記簿上明らかにする必要がある場合には、すべて付記登記という形式によらなければならない。」(上記遠藤=青山『基本法コンメンタル〔第四版〕不動産登記法』(遠藤浩)46頁)。なお、買主の終身を期限とする終期付売買について、「一番所有権移転失効の定 買主何某が死亡した時は所有権移転登記が失効する」との、記載例が示されている(不動産登記記載例・前掲注(33)147頁)。
- 79) 登記ある終期付贈与は終期の到来により効力を失うが、所有権は贈与者に復帰するのであって消滅するのではないから、この場合、抹消登記ではなく所有権移転登記をなすべきである(大判大3・8・24民録20輯658頁)。
- 80) 高木・前掲注(11)366頁。
- 81) 不動産登記記載例・前掲注(33)154頁。
- 82) 大判大7・4・4民録24輯465頁。登研342号77頁。
- 83) 小山・前掲注(21)81頁。近江=山口・前掲注(21)236頁。近江・前掲注(21)300頁。
- 84) 最判昭57・4・23金法1007号43頁。最判昭62・2・12民集41巻1号67頁。
- 85) 最判昭57・1・22民集36巻1号92頁。最判昭62・2・12民集41巻1号67頁。近江=山

不動産譲渡担保の法律構成と公示方法（元古）

口・前掲注(21)236頁。

- 86) 田高・前掲注(1)156頁。
- 87) 登研713号(2007)199頁。
- 88) 譲渡担保という担保物権があるのだというのは判例法上、「私は認められていないと思います。認められているなら公示方法も認められていなければなりません、現在あるのは譲渡された権利についての公示方法であり譲渡担保権についての公示方法ではありません。」(現代財産法研究会・前掲注(47)244頁〔菅野孝久発言〕)。「譲渡担保権者の取得する権利は、所有権ではなく、登記上と実体上の不一致があるが、無効とは解すべきではない。」(高木・前掲注(11)340頁)。
- 89) 「公示の面で問題がある以上、将来的には、この法の欠缺は、担保制度を承認する形で立法的に解決していかなければならないものと思われる。」(田高・前掲注(1)159頁)。