

# 動産・不動産譲渡担保における物上請求論

不法占有者に対して

中山 知己

## 一 はじめに

1 抵当権に基づく妨害排除効を認めることができるか、という問題は、周知のように、最大判平 11・11・24 民集53巻 8 号1899頁（以下、最高裁判平成11年判決と記する）によりその基本的方向が決定され、法的構成としても債権者代位権による構成ではなく、抵当権自体に基づく物権的請求権として構成する立場が裁判実務としても定着してきたように思われる。その議論の出発点は言うまでもなく、非占有担保権である抵当権の法的性質と、主として我妻博士による価値権としての理論的位置づけにあり、これを転換してきたのは不良債権回収手段としての抵当権ないし担保権の強化という実際的要請によるものといえよう。そしてその成果は今次民法・民事執行法の一部改正にみることができる。

ところでこのような問題の深化と議論の展開は、いずれ非典型ないし変則担保に対しても一定の影響を及ぼすものと考えられる。たとえば譲渡担保目的物の無権原ないし不法占有者に対する譲渡担保権に基づく引渡しなしいし明渡しを求める請求権<sup>1)</sup>という問題は、後述する判例評釈や各種体系書等において言及され、また的確な指摘もなされているが、最高裁判平成11年判決以降、抵当権における物上請求との関係ではまだ十分に究明されていないように思われる。本稿は、このような問題意識に基づき、譲渡担保

権に基づく物上請求について若干の考察をしようというものである<sup>2)</sup>。

もっとも譲渡担保の場合、判例の理論構成自体が徐々に、しかし大きく変遷してきた<sup>3)</sup>のみならず、周知のようにその法的構成に関しては、信託説、授權説、担保物権説、設定者留保権説、期待権説など多種多様な見解が見られる<sup>4)</sup>。本稿が対象としているテーマもその奥行きは深く、簡単に論じ尽くせるものではない。ここでは問題状況をある程度整理し、抵当権との比較の前段階としての準備作業としたい。また譲渡担保権の設定される目的物も多種多様であり、その目的物ごとに法的構成や効果も異なってくる<sup>5)</sup>。本稿では譲渡担保目的物としてさしあたり動産と不動産に絞ることにする<sup>6)</sup>。

## 二 動産譲渡担保

1 動産を譲渡担保の目的物としたときに、当該動産を第三者が不法に占有し、あるいは搬出するなどの行為がある場合、かかる侵害に対して、譲渡担保権者は、譲渡担保権に基づいて妨害排除、引渡さないし返還を請求できるであろうか。以下、譲渡担保設定者が目的物を（直接）占有しているという通常の動産譲渡担保の場合を想定する。

そもそも債務者の経営状態が破綻に瀕し、倒産状態に陥れば、多くの債権者が債務者宅、もしくはその経営する場所へ赴き、債務者所有の動産等を搬出することが予想される。譲渡担保の設定された目的物も他に処分されれば、即時取得（民法192条）の可能性からその追及も困難となろう。そこで実務では、譲渡担保権に基づいて占有移転禁止の仮処分を申請し、あるいは債務者占有下にあっては破損の危険があるとき、あるいは陳腐化しやすい物の場合早期処分の必要性が高いときなど、債権者への引渡しを求める断行の仮処分を申請するなどの対応が必要かつ有効であろう<sup>7)</sup>。

さらに、第三者の不法占有や目的物の搬出の可能性があるときに、担保権者自身が目的物を搬出することもありうる。それが無断搬出であるとき

には問題なしとしないが、自力救済として場合によっては設定者に対する不法行為とならないことすらある<sup>8)</sup>。

しかし理論的に見れば、まず譲渡担保権者の占有権原が問われよう。通常、動産譲渡担保においては、現実の占有は設定者に留められるために、譲渡担保権者は占有改定の方法がとられる(通説判例によれば対抗要件としての効力が認められる)。さらに譲渡担保の設定契約がなされ、債務者が引き続き目的物を占有している場合には、債務者は占有改定により占有権を取得すると解されている(とくに当事者の意思表示がなくとも占有改定により第三者に対する対抗力が付与される<sup>9)</sup>)。したがって占有権原があれば、設定者であれ譲渡担保権者であれ、占有訴権による妨害排除または返還請求ができることになる(民198条~200条)。

2 そして、譲渡担保権者はさらに譲渡担保権自体にもとづき、譲渡担保目的物を占有する不法占有者ないし不法占拠者に対して物上請求ができるであろうか。以下、動産について判例および学説を概観してみたい。

### (1) 判 例

・大判大6・1・25民録23輯24頁(大審院大正6年判決)

事案は必ずしも明確ではないが、Yの所有する印刷機械ほか数十点の動産(本件動産)をYの次男であるAに譲り渡し、AはXに対する債務の担保のためこれら売り渡した(XはAの使用権を承認し、「義務完了ノ後ハ」当該物件の[Aの]所有権を承認するとしていた)。これに対してXは、Aに本件動産を賃貸したが、賃料不払のため賃貸借契約を解除したと主張して、本件動産を占有しているYにその引渡しを求めた。原審では、当事者が内外ともに所有権は移転する意思をもってなした信託的譲渡の場合には、その引渡しを受けた信託的譲受人が譲受物件の所有権を主張し得べきは多言を要しないとしてY敗訴。これに対して、YはAの賃借権の譲渡を得たのに、賃貸借関係の存否に触れておらず、単純な物権論で敗訴さ

せたことなどを理由に上告した。

大審院では、本件動産を有していたYがこれをAに移転し、さらにAからXに移転されたとの原審の認定をふまえ、現在所有権がXに存することが確定する以上、Yに所有権はなく、したがってYの占有の不法なることが自明なりとしてYの主張は理由がない、と。さらに、法的構成としては債権担保のために所有権の信託的譲渡をなしているという前提に立つが、所有権の帰属については当事者の意思表示により定まり、一定の法則があるとはいえないとする（したがって内外移転型、外部移転型という区別のいづれが原則かを述べることはない）。本件においては原審認定の通り、内外ともに移転しているとして、所有権の効力として目的動産たる印刷機械等の返還請求を認めた。Yは賃借権の譲渡を上告理由で主張するが、第一審以来Yが主張してきた権原は自己の所有権であって賃借権ではないとして、この点は採用されなかったのである<sup>10)</sup>。

ここで大審院判例は当初外部移転型を原則としているとの一般的了解があるが、必ずしもそのような論旨になっていない点が注目される。事案では債権者が譲渡担保権の実行をした後の状況を前提にしているように思われるが、動産の引渡請求を認めた理由があくまでも「所有権」にもとづいている点に注意すべきであろう<sup>11)</sup>。

## (2) 学 説

理論的な観点から以下では学説状況を概観することにしよう。

### 我妻説

我妻博士は、譲渡担保目的物を第三者が不法に占有する場合その他不法な侵害を加えている場合に、これに対する返還請求権その他の所有権に基づく物権的請求権は、譲渡担保権者が取得すると解される。外形的な所有権の所在に従って解しても不都合は生じないことを理由とされる<sup>12)</sup>。もっとも設定者の占有する譲渡担保については、譲渡担保権者は、第三者に対し、設定者に返還すべきことを請求しうるだけと解される。また譲渡担保

権の実行後については言及がなく、物権の請求権を行使しうる時期は、実行前と考えられる。なお、設定者が目的物を占有する場合には占有訴権を取得するのはいうまでもない<sup>13)</sup>。

#### 柚木説

柚木博士は、譲渡担保の目的物を第三者が不法に占有している場合、この第三者に対する返還請求ないし妨害排除請求権は、設定者・譲渡担保権者の双方が有するとされる。設定者は所有権に基づいて、譲渡担保権者は譲渡担保権に基づいて有することになる。ところが、「譲渡担保設定契約により、間接占有を有するにとどめられている当事者は、自己に直接占有の引渡を請求することはできず、相手方に直接占有を引き渡すべき旨を主張しうるにとどまる。けだし、第三者の侵奪前に比して、より大なる権利を取得することは許されないからである」<sup>14)</sup>とされる。

柚木博士の所論においては、第三者の侵奪前との均衡論が法的判断として注目されるが、他方、「間接占有を有するにとどめられている」という表現からみて引渡請求の時期は譲渡担保権の実行以前であることが前提とされていると考えられる。

#### 四宮説

四宮教授は、大審院大正6年判決に関して、譲渡担保権者による不法占有者への目的物の返還請求権を認めた理由が不明であるが、おそらく譲渡担保権者が終局的に所有権を取得したことによると推論された上で、譲渡担保権者が終局的に所有権を取得するに至らない段階においては、設定者の利用権が存続することを考慮して、「譲渡担保権者は不法占有者に対して設定者に返還すべき旨を要求しうるにとどまるもの」と解される<sup>15)</sup>。

四宮説の構成では、設定者への返還にとどめる理由が設定者の利用権の存続にあること、そして譲渡担保権者の所有権の終局的取得の前段階という限定がある。したがって譲渡担保権の実行という段階は視野に入れないものと思われる。そうであれば、四宮説も我妻・柚木説同様、引渡請求の時期が譲渡担保権の実行以前であることが理解されよう。

川井説

川井健教授は、動産においても不動産上の譲渡担保の場合と法理は同様とされる。そして譲渡担保権者の第三者に対する返還請求を認める大審院大正6年判決の見解に反論され、「設定者への返還請求にとどめるべきであろう」とされる<sup>16)</sup>。その理由は明示されていないが、譲渡担保権の実行段階には言及がないので、おそらく想定されている局面は、譲渡担保権の実行以前と推定される。そうすると引渡請求の時期としては、我妻・柚木・四宮の各所論と同様と理解されるであろう。そうであれば、そのいずれの所論も、想定場面は担保権実行が現実化していない段階にある。

他方、以上の見解に対して自己への引渡しを認める見解がある。

鈴木説

鈴木禄弥教授は、目的物が侵奪ないし占有妨害された場合、設定者・担保権者のいずれも返還請求ないし妨害排除請求をなしうるとされる。法的根拠として、「設定者・担保権者とも（所有権がいずれにあるかは、しばらく論じないことにして）、目的物につき少なくとも物権的権利をもっており、それが侵害されたことを理由として、物権的返還請求権（ないし妨害排除請求権）をもっている、と考えるべきだから」とされている<sup>17)</sup>。すなわち、「一方では、譲渡担保においては、法形式上、ともかく譲渡担保権者に目的物の所有権が帰属しているという形になっていること、そして、他方で、実質的にいって、少なくとも動産譲渡抵当については、目的物が第三者に侵奪された状態で放置されるなら、目的物の所在場変更による担保権実行の困難さの増大および侵奪者からの譲受人の即時取得による譲渡担保権消滅の危険性などの理由から、少なくとも動産譲渡抵当権者には、独立の物権的返還請求権が認められる<sup>18)</sup>と解される。さらに動産譲渡担保の場合には、譲渡担保権者は占有改定による引渡しを受けているものと構成され、間接占有者であるから占有回収の訴えをなしうる。そして、譲渡担保権者は、本権に基づくにせよ、占有訴権によるにせよ、「譲渡担保関係の存続する間、つまり譲渡担保権が実行されるまでは、目的物を設定

者に返還せよと請求しうるにとどまり、直接に自己に返還せよとは請求できない<sup>19)</sup>とされる。

したがって、鈴木説にあっては、譲渡担保権実行時から自己への引渡しができるかについては言及がないが、設定者への返還請求が「譲渡担保権実行までは」という限定からして、実行時から自己への直接の返還も請求しうるという帰結になるのではなからうか。

野田説

野田宏元判事も、鈴木説同様に、譲渡担保権者は設定者への返還を請求できるにすぎないが、担保権実行の要件が充足された後には、譲渡担保権者は、譲渡担保権を実行するため「従前の占有の有無にかかわらず」自己への直接の引渡しを認めるとする<sup>20)</sup>。譲渡担保権実行後について、明言されている点で注目される。

### 3 小 括

以上に見た学説の展開から明らかになったように、譲渡担保権者の不法占有者に対する引渡請求については、いずれも譲渡担保権の物上請求を原則的に認めていた。ただし、初期段階の学説においては設定者への返還請求にとどめられていたが、やがて譲渡担保権実行の段階に入れば譲渡担保権者自身への引渡しを認める見解が登場してきたことが理解されよう。

譲渡担保の法的構成から端的に構成するならば、所有権移転構成に立てば、譲渡担保権者は所有権にもとづき物権的請求権を有することになり(設定者の物権的請求権は利用権に基づく)、担保権的構成によるならば、譲渡担保権者は何らかの担保権により物権的請求権を有することになる(設定者のそれは所有権に基づく)。いずれの見解に立っても、誰に対してかはともかく、目的動産の引渡請求自体は認められることになろう。

しかし、所有権移転構成を採るならば、自己への引渡しを認めるのが本来であろうが、譲渡担保の特殊性を考慮して、設定者への返還にとどめる見解が当初見られた(とくに我妻・四宮説)。設定者の利用権の存続が理

由とされている。

もっとも清算金支払が完了した後では、前述したように、法的構成の如何に関わらず、譲渡担保権者は所有権を確定的に取得するので、所有権に基づく引渡請求が可能となる。問題は、清算金支払完了前でも引渡請求は可能か、である。この点は結局物権的請求権の行使可能時はいつか、という基本問題に連なる。そこで次の不動産譲渡担保の検討の際に合わせて考察してみたい。

### 三 不動産譲渡担保

1 不動産譲渡担保においては、動産に比較して裁判例も多くなり、したがってまた判例批評なども一定程度登場する。以下では代表的な事例とそれらの主な学説を取り上げることとしたい。

#### (1) 判 例

##### ア) 設定者に返還請求を認めた裁判例

不動産の不法占有者に対する返還請求は、最判昭和 57・9・28 判時1062号81頁において譲渡担保設定者に認められている<sup>21)</sup>。したがって、譲渡担保権者のなす返還請求ではないが、設定者にこれを認めるかどうかは、譲渡担保権者の返還請求の可否と関連しているので、取り上げることにしたい。

最三判昭和 57・9・28 判時1062号81頁（最高裁昭和57年判決）<sup>22)</sup>

事案は以下の通り。Xは、本件土地を競落したが、同土地上にAが権原なくして建物を所有し、占有したので、Aに対して建物収去土地明渡を求める本訴を提起した。ところが、第1審係属中にAからYが地上建物を代物弁済により取得したため、Aが訴訟から脱退し、Yが引受参加人となった。第1審ではXが勝訴し、Yが控訴した。控訴審係属中に、本件土地につきXはBのために譲渡担保を設定し、所有権移転登記を経由

したことから、Yは、Xは明渡請求の基礎となる本件土地の所有権を喪失した旨の抗弁を主張した。

かかるY主張の抗弁に対して高裁判決は、「譲渡担保が設定された場合においても、設定者に対しては右担保権の制限内で所有権が留保され、これに基づく物権的請求権は失われるものではないと解するのを相当」と判示して、Yの控訴を棄却した<sup>23)</sup>。Y上告。上告理由は簡単であるが、「譲渡担保の場合でも所有権は対内的、対外的に移転するのであって、原判決には法解釈を誤った違法がある<sup>24)</sup>という。

最高裁は、上告を棄却した。

「譲渡担保は、債権担保のために目的物件の所有権を移転するものであるが、右所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められるのであって、担保権者は、債務者が被担保債務の履行を遅滞したときに目的物件を処分する権能を取得し、この権能に基づいて目的物件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又は第三者に売却等することによって換価処分し、優先的に被担保債務の弁済に充てることができるにとどまり、他方、設定者は、担保権者が右の換価処分を完結するまでは、被担保債務を弁済して目的物件についての完全な所有権を回復することができるのであるから<sup>25)</sup>(中略)、正当な権原なく目的物件を占有する者がある場合には、特段の事情のない限り、設定者は、前記のような譲渡担保の趣旨及び効力に鑑み、右占有者に対してその返還を請求することができるものと解するのが相当である」(傍点筆者)。

以上のように、最高裁は、譲渡担保における所有権移転の効力を債権担保の目的を達するのに必要な範囲内、すなわち「担保目的」に制限しているのであって、昭和40年代以降の仮登記担保の判例法理に影響を受けており、それは引用判例において明らかである。もっとも控訴審判決のように「留保された所有権」というように所有権移転構成を採らないという立場を明言したわけではなく、「譲渡担保の趣旨及び効力」により返還請求がで

きるとしているにすぎない。したがって、最高裁昭和57年判決の立場からは、設定者の具体的な権利内容は明らかとはされていない<sup>26)</sup>。

#### イ) 譲渡担保権者に明渡請求を認めた裁判例

他方、譲渡担保権者に明渡請求を認めたのが以下の裁判例である。

大阪高判昭 59・10・16 判時1140号91頁（大阪高裁昭和59年判決）

本件では、A・B・Cがそれぞれ共有している土地・本件建物（建物についてA3分の2，B3分の1，土地についてA5分の3，C5分の2）が，XのAに対する1500万円の貸付の担保としてXに譲渡担保に供され，所有権移転登記がXに經由された。Xは本件建物を占有しているYに対して賃料相当損害金の賠償と本件建物の明渡を請求した。Yは建物の賃借権を主張している。

大阪高裁では、「譲渡担保権者は、債務者が弁済期を徒過し被担保債務の履行をしなかったときは、これにより取得した目的不動産の処分権の行使による換価手続の一環として」債務者に対し不動産の引渡しを求めることができるとして、第三者に対しても譲渡担保権者に対抗できる占有権限を有しない限り明渡しを求めることができるとした（もっとも、明渡しを拒否して占有を継続する第三者に対して賃料相当の損害賠償を求めることは特段の事情のないかぎりできない）。

静岡地富士支部判昭 63・6・4 判タ683号206頁（静岡地裁富士支部昭和63年判決）

Xは、Y<sub>1</sub>からの8000万円の融資を担保するために、自宅の土地建物（本件土地建物）をY<sub>1</sub>に譲渡したが、2年以内に代金および利息と契約締結費用を支払うことにより買い戻すことができるとの条件つきであり、売買を原因とする所有権移転登記がY<sub>1</sub>に經由されていた（同土地建物はXおよびその家族が占有している）。さらに前記融資金額をY<sub>1</sub>

に融資していた $Y_2$ は、 $Y_1$ から本件土地建物に根抵当権の設定を受け、その旨の登記も経由していた。 $X$ から所有権に基づき、 $Y_1$ および $Y_2$ の登記抹消請求の訴えが提起されたところ、 $Y$ らは買戻特約付の売買であることを理由に、買戻期間経過にもかかわらず、 $X$ は買戻をしなかったとして所有権を確定的に取得したと争い(甲事件)、さらに所有権に基づき本件土地建物を占有している $X$ およびその家族を相手に明渡しを求めた(乙事件)。

判決では甲事件について、 $X$ および $Y_1$ 間の売買を譲渡担保であること、 $X$ の弁済期経過後になされた $Y_2$ への根抵当権設定が所有権の確定的取得の意思表示であると認定されたことから、 $X$ の請求を棄却した。

乙事件について、静岡地裁富士支部は、「譲渡担保権者は、債務者が弁済期までに債務の全額を弁済しなかったときには、前記説示の換価処分権能に基づく換価手続の一環として、譲渡担保権者に対抗しうる権原を有しない第三者に対してはもとより、債務者に対しても、目的物の引渡を求めることができるものと解するのが相当」として、譲渡担保権者の明渡請求を認めている。

東京高判平4・7・23 判時1431号128頁(東京高裁平成4年判決)

・ 判決が明渡請求を認めたのに対して、同判決は明渡請求を認めなかった事例として、注目される。

事案は、 $X$ が $A \cdot B$ に対して貸し付けた7000万円の担保のために、本件建物を含む $B$ ら所有の不動産について譲渡担保が設定されていたところ、 $X$ と $A \cdot B$ 間で不動産所有権を $X$ に確定的に移転し、清算金6500万円を支払う旨、合意した。そして $Y$ が本件建物を占有しているので、 $X$ は所有権に基づき $Y$ に対して明渡を請求し、さらに賃料相当損害金の支払いを求めた、というものである。東京高裁は、譲渡担保設定者は「特段の事情のある場合を除き、清算金の支払があるまでは、目的物件の引渡ないし明渡しを拒み得る」<sup>27)</sup>のであって、譲渡担保契約に基づく所有

権移転の効力を考慮して「債務者が被担保債務の履行を遅滞した場合においても、譲渡担保権者は、清算金の支払を完了するまでは、目的物件を占有する譲渡担保設定者以外の第三者に対しても、目的物件の明渡しを求めることはできない」とした（さらに、以上の論理は、譲渡担保が帰属清算型か処分清算型かによって影響されないとしている）。

その理由は二つあげられている。第一に、譲渡担保権は、抵当権と同様、目的物の担保価値を把握するものであって、第三者の占有が不動産の担保価値を減少させるものでない限り、その占有関係に干渉し得ない。

第二に、譲渡担保設定者は清算金支払未了の間は、譲渡担保権者からの明渡請求を拒み得るのに、その清算金支払未了の間に譲渡担保権者の第三者に対する明渡請求を認めることは、結局、清算金支払までは目的物件を占有・使用し得る譲渡担保設定者の利益を損なうことになる。

以上の理由について、第一の譲渡担保の非占有担保性を強調する理由づけは、従来の学説にも、また裁判例にも見られなかったものである。これは、抵当権の価値権としての性質ないし非占有担保権としての位置づけがなされた平3・3・22民集45巻3号268頁（最高裁平成3年判決）の影響ではないかと推測され、注目に値するが、譲渡担保の法的構成の観点からは、譲渡担保の本質を抵当権と同様に解することにより担保権の構成へと従来よりもさらに一步を進めるものと評されよう。

第二の理由は清算金支払までの設定者の利益を考慮しているものであるが、事案が不動産であること、さらに清算金額が比較的高額であることが注目されよう<sup>28)</sup>。

## (2) 学 説

我妻説、四宮説は、動産と区別しないことから、基本的に動産譲渡担保における同様の構成を採るものと思われる。高木教授は、動産・不動産の区別なく一般的に物権的請求権を認めるが、占有担保（譲渡質）か非占有担保（譲渡抵当）かを分けて論じ、前者では自らの引渡しを請求しえ、

後者では設定者への引渡しを請求しうるとする<sup>29)</sup>。

このほか、以下のような見解がある。

鈴木説<sup>30)</sup>

鈴木教授は、譲渡担保目的物を滅失毀損させた第三者に対する関係について、対抗問題を生じないために、その第三者に対しては、「譲渡担保のあるがままの状態がものをいう」として、「設定者・担保権者のいずれに所有権が属しているかを問題にする必要はなく、いずれにせよ、両者双方とも、目的物についての占有侵奪者に対しては、原状に回復すべき事を求めることができ」とされる<sup>31)</sup>。ここでは滅失毀損の事例であって、不法占有ないし不法占拠の設定ではないが、後者においてもほぼ同様に考えられるのではなからうか。そうすると、譲渡担保権者も設定者も、目的物を不法ないし無権原で占有する第三者に対して物権的請求権を行使することができることになろう。もっとも、いつから物権的請求権の行使ができるのか、誰に対してできるのかは、不動産に関する限り記述はないが、動産譲渡担保と同様に解されるものと理解できる。そうすると、譲渡担保権が実行されるまでは設定者に返還せよと請求できるにすぎないことになろう。なお、鈴木教授の譲渡担保の法的構成からして、設定者には設定者留保権と担保権者の譲渡担保権という二つの物権的権利が存在することになり、譲渡担保権者の物上請求の根拠たる権利は占有権でなく本権である。

牧 説

牧弘二氏は、譲渡担保設定後に物件を不法に占有するものがある場合に、譲渡担保権者と設定者のいずれが明渡請求できるかは、譲渡担保の移転の効力をどのように解するかにかかるとして、昭和57年最高裁判決について「要は所有権移転の効果を担保目的の範囲内に限定したもの」とされ、ついで譲渡担保権者についての昭和59年大阪裁判決を紹介し、「弁済期前でも債権者代位権による明渡請求の行使は一応考えられるが、譲渡担保が本質的には担保であり、債権者が物件を取得する蓋然性が乏しいときにまで明渡しの請求を認めることはその権利の範囲を超えるというべきであ

る」とする<sup>32)</sup>。

牧氏の所論にあっては、物件取得の蓋然性が乏しいときという限定があるため、そのような事情がない場合には明渡請求が認められるという趣旨なのか、判然としないが、ひとつの限界事例を指摘されたものと受け止められよう。

#### 新美説

新美教授は、譲渡担保権がその実質は担保権であること、通常は目的物の使用・収益権能は設定者の手元にとどめられていることから、抵当権の場合と同様、設定者からの賃借人に対しては当該賃借人に対抗力がなくても、担保権実行前には返還請求をなすことはできないとされた。他方において、「設定者に対する関係でも不法占拠者となる者に対しては、譲渡担保権実行前であっても、譲渡担保権の侵害を理由に、返還請求できる」<sup>33)</sup>とし、設定者への返還請求のみができるとされる。ただし、譲渡担保権実行時以降については、対抗力をもたない賃借人に対して返還請求できるかが問題とされており、不法占拠者に対してはとくに言及されていない。検討対象とされた大阪高裁昭和59年判決の射程に、焦点を合わせたものと思われる。

#### 上原説

上原教授にあっては、明渡請求の時期は所有権の確定的帰属の時期と一致するという立場から、譲渡担保権者の所有権の確定的取得時は設定者の受戻権消滅時、すなわち清算金提供時とする（仮登記担保法11条の類推適用）。そして清算金提供時までには不法占有者に対しては設定者が明渡請求すればよいとされる<sup>34)</sup>。

上原説においては、清算金提供までは設定者に明渡請求が認められるので、譲渡担保権者には明渡請求が認められないことになるのであろうか。しかしこれでは設定者が明渡請求をしない場合には問題があろう（その場合債権者代位権構成が考えられるが）。もちろん清算金提供時以降は、譲渡担保権者は所有権を確定的に取得し、以降は所有権に基づく明渡請求が

可能となる。

竹内説

竹内俊雄教授も、上原教授と同様、譲渡担保権者がまだ目的物所有権を取得していないことから、担保権者の明渡請求権はまだ認められないとするのが穏当、とされている。したがって所有権が譲渡担保権者に確定的に帰属した時に明渡請求権を認めることになる<sup>35)</sup>。ここでも上原説同様、所有権の確定的帰属以前には、譲渡担保権者の明渡請求が認められない。

赤松説

赤松教授は、譲渡担保の法的構成に関して、鈴木教授や高島教授の所論に依拠して、所有権の帰属(設定者が譲渡担保権者か)によって論理的に物権的請求権を構成する思考法を排し、結局目的物の所有権は設定両当事者に分属しているということ以上にその帰属を問題にする必要はない(それぞれの局面での効力を個別的に明らかにすればよい)、とされる。すなわち、目的物について当事者双方が物権的効力を有し、その効力の具体的内容は、債権担保を目的とする当事者の契約関係に従って定めればよい。このように考えると、大阪高裁昭和59年判決の構成が矛盾なく理解できるとされる<sup>36)</sup>。そして譲渡担保権者は、設定者の利用権の存続中、目的物に対して間接占有権をもち、不法占有者から設定者への引渡を請求しようと解する。しかし、動産の場合とは異なって、不動産譲渡担保においても譲渡担保権者に間接占有権を観念できるのか、やや疑問である(賃貸借契約を想定されているのであろうか)。また、譲渡担保権者に物権(本権)的保護が与えられない点が問題であろう。

石田説

石田喜久夫教授は、東京高裁平成4年判決に関する判例批評において、譲渡担保権者が設定者へ清算金を支払わない限り、不法占有する第三者に対しても明渡を請求し得ないとするのは妥当とされる。他方で、これに続けて、判決が「目的物件を占有する譲渡担保設定者以外の第三者に対しても」と説いて、第三者を限定しないことに問題があるとされる。この見地

によれば、「担保権者は、私的実行を了するまでは、担保目的不動産のいかなる不法占拠者に対しても、明渡請求をなし得ない」<sup>37)</sup>こととなり、不当であるという。「論旨を推及すれば、譲渡質型の譲渡担保にあっても、担保権者は、占有訴権を別にすれば、清算金を支払わないかぎり、不法占拠者を排除できないこととなり、これは論外ではなかろうか」とされ、平成4年東京高裁判決の論理には「錯乱の疑いを感じる」と厳しく批判される。

#### 吉田説

吉田光碩教授は、平成4年東京高裁判決に関して、最高裁平成3年判決に大きく影響されたもののように見受けられるとして、「譲渡担保の実行の段階に至った譲渡担保権者が、不法占拠者や、劣後賃借人による不当な担保物件の占有に対して、清算金未払という理由だけで、手も足も出せないとするのは不合理」<sup>38)</sup>ではないかとされる。そして、抵当権についても譲渡担保権についても、価値支配権であることを理由に、「担保権実行の段階では、担保価値維持の範囲内で債務者の占有に関与することができ、第三者に対しても一定の場合には自己に直接物件を明け渡すよう請求できる」とされる。もっとも不法占拠者と劣後賃借人とは区別され、後者については、その賃貸借がもたらした譲渡担保権の実行を妨害するために、設定者と共謀して、あるいは自己の債権回収のために、むりやり賃貸借契約を結んでいるような事情がある場合に限定される。

#### 清水説

清水誠教授は、不法占拠者に対しては常に譲渡担保関係を主張できるとして、「不法占拠者に対しては第一次的には当事者間において占有権限を有するとされた者が返還請求権を有すると考え（二次的には他方にも認める必要があろう）」<sup>39)</sup>られる。ただし、この解釈論は当該部分に関するかぎり動産・不動産両方に妥当するものとして記述されているように思われる。

#### 福地説

福地俊雄教授は、不動産譲渡担保について「譲渡担保の無占有担保性」によれば譲渡担保権者自身への引渡しは原則として認められないが、「設

定者がたとえば倒産などによって事実上目的物の管理責任を完うしえない状況にあるとか、担保権実行の段階で担保権者が設定者に対する目的物引渡請求権を取得した場合などには「[傍点筆者]自己への引渡しを請求しうる<sup>40)</sup>とする。ここで注目されるのは、設定者の「管理」責任を完うしえない状況にあるとの表現であり、ここには抵当権者自身への目的物の明渡請求の問題(いわゆる管理占有)と同様の認識が見られる。

#### 道垣内説

道垣内弘人教授は、譲渡担保権者は、設定者留保権に制限されているとはいえ、所有権を有していることから、返還請求権を行使することができるが、設定者に現実の占有がある通常の形態では、原則として設定者への返還を求めることしかできないとする。ただし、「設定者が受領を拒んだり、設定者への返還では妨害排除の実を達し得ない事情がある場合には、自己への引渡しを要求できるとする。近時の抵当権に基づく妨害排除の問題と同様に解され<sup>41)</sup>、その認識には福地教授と共通の発想が見られる。ただし、いつから返還請求が可能となるかについての具体的な言及はみられない。

### (3) 検 討

上述してきた判例・学説の検討にもとづき、動産ならびに不動産における譲渡担保権にもとづく物上請求に関して、若干の私見を試みてみたい。

ア) そもそも譲渡担保の法的構成についてどのような立場を採るにせよ、所有権が譲渡担保権者に確定的に帰属した後は、直接に所有権に基づく物権的請求権を行使すればよいのであって、物上請求の根拠としてわざわざ「譲渡担保権」を持ち出す必要はなからう。不動産であれば登記も移転しているのであり、我妻博士の表現を借りれば、「外形的な所有権の所在に従って」権利行使すれば足りるのである(確定してからは所有権の所在はもはや「外形的」ではないが)。したがって「譲渡担保権に基づく物上請求」という問題設定は、本来的には所有権が譲渡担保権者に確定的に帰

属する以前の段階に位置づけられるといわねばならない。

そうすると 上原説・竹内説のように、所有権の確定的帰属以前には譲渡担保権者に明渡請求が認められないとする立場には、石田説・吉田説の指摘するように、そもそも不当ではないか（たとえば吉田説のいう第三者の妨害事例など）と思われる。そこで何らかの法的構成が必要となるが、ひとつの方法としては占有権構成であろう。赤松説においては間接占有権を、清水説においてやや視角が異なるが占有権限を基軸として構成されている点は注目される。

しかし、譲渡担保権者にどのような権利が帰属するかは、法的構成に関連して諸説あるとはいえ、学説の多数は物権（的権利）ないし担保物権としての構成が志向されていることが明らかである。ここでは、占有権に頼らずに物権ないし担保物権として構成すべきではないかと考えられる。したがって、ここでは鈴木説・新美説・福地説・道垣内説らの採る解釈論が、細部においては各々異なるとしても、方向性として適当であるように思われる。

イ) このように考えるとき、譲渡担保権の実行時期が問題となるであろう。ただし譲渡担保権の実行要件を満たせば、もともと譲渡担保権者は譲渡担保設定者に対して目的物引渡請求ができるからである<sup>42)</sup>。裁判例の表現によれば、「処分権行使による換価手続の一環」である。そして目的物を第三者が占有していても、それが無権原ないし不法占有であれば、譲渡担保権者に対抗することはできず、また譲渡担保権の実行としてであるから、不法占有する第三者に対しても、譲渡担保権者への引渡ないし明渡請求が認められて当然であろう（大阪高裁昭和59年判決の論理）。

他方、引渡ないし明渡請求に対しては、債務者の清算金支払請求権との関係は、引換給付の関係にあり<sup>43)</sup>、問題となる。とりわけ東京高裁平成4年判決におけるように不動産においては、清算金額が高額になる場合があり、その清算金支払請求権の保護が重要となるからである。しかし、これに対しては、第三者の態様の限定がないことについて石田説による強い

批判が、また最高裁平成3年判決の影響を指摘する吉田説があった<sup>44)</sup>。私見も第三者が不法占有者である場合にまで、清算金未了であるからといって、明渡請求できないとすることには疑問がある。とりわけ、譲渡担保権の実行段階に至って、不法占有者が登場すること自体に、抵当権における執行妨害と同様の事態が想定できよう。

もっとも他面において、不動産譲渡担保それ自体に対する否定的評価もある。もともと非占有担保であれば抵当権の設定が可能であるのに、所有権移転形式という過ぎたる手段を選択することにもともと合理性がないとの評価ができるからである。それによれば、清算手続きが未了であるかぎり、譲渡担保権者に物権的保護を与えること自体を制限してよいとの判断もありえよう。ただ、東京高裁平成4年判決のように非占有担保性を理由としてあげるとは、最高裁平成11年判決が登場してからは、少なくとも説得的とはいえないように思われる。以上の点は、引換給付ならびに処分清算型の評価と合わせて、今後の検討課題としたい。

ウ)しかしながら、動産については、不動産と状況が異なるものと思われる。鈴木教授は、目的物の所在場変更による担保権実行の困難さの増大、侵奪者からの譲受人の即時取得による譲渡担保権消滅の危険性を指摘されていた。これに加えて、動産は必ず減価していくという特性が、不動産と比較して指摘できよう<sup>45)</sup>。ここでは、不法占有者からの早期取戻しが要請されているものと考えられよう。動産に関して譲渡担保権の実行段階においては、処分清算型であれ、帰属清算型であれ、清算義務を課しつつ、譲渡担保権者自身への直接の引渡しは認められると解したい。

エ)そして、譲渡担保権の実行以前の段階において、不法占有者に対して明渡ないし引渡請求は可能か、という問題が残る。ここでは、前述した譲渡担保権の実行としての引渡請求の問題とは異なり、譲渡担保そのものの法的構成と密接に関連してくる問題と思われる。譲渡担保権者にいかなる権利が帰属しているか、あるいは明確な構成をせずともどのような効果を与えるべきかという問題と考えられるからである。

各学説の表現でいえば、譲渡担保権者は譲渡担保権にもとづいて設定者に引き渡すべきであるとし（柚木説）、譲渡担保権への侵害を理由に設定者への返還請求を求めることができ（新美説）、あるいは譲渡担保権者のなんらかの物権的権利（所有権の帰属がいずれかを問わないで）への侵害を理由に設定者への返還請求ないし妨害排除請求ができる（鈴木説）ということになる。いずれであっても、設定者に依然として目的物の使用・収益権限が残っていることを根拠としてよいと思われ、このことは動産・不動産において変わらないであろう。したがって、譲渡担保権者は設定者への返還を請求しうるのみで、譲渡担保権者自身への明渡請求は認められないことになる。

#### 四 まとめに代えて

本稿では特に詳しく言及しなかったが、譲渡担保権に基づく物上請求の問題については、いわゆる法的構成の問題が密接に絡んでいることは言うまでもない。今後、その方面からも検討を加えたいと思う<sup>46)</sup>。さらに設定者のもとにおける管理責任の問題は、抵当権における管理占有の問題とも関連して、検討されるべきである。本稿では十分になしえなかったので、いずれ補充したいと考えている。

また、目的物ごとに検討すべき視点は、たとえば集合動産譲渡担保にも向けられよう。本来は言及する予定であったが、これも今後の課題としたい。

最後に、研究生生活を始めた頃から不肖の弟子を懇切にご指導いただき、これまで暖かく見守っていただいた荒川重勝先生に心より感謝申し上げますとともに、先生のますますのご健康を祈念するものである。

- 1) 以下では適宜、これらをまとめて記すことがあり、そのときには「譲渡担保権に基づく物上請求」とも称する。
- 2) 筆者はすでにNBL誌上において抵当権と譲渡担保権について検討している（「抵当権・

譲渡担保権にもとづく妨害排除請求(上)・(下)」NBL 772号61頁以下, 774号62頁以下)が、紙数の制約もあり、考察も十分ではなかった。本稿ではその中から譲渡担保についてその内容を多少敷衍し、若干記述も加えている。

- 3) 判例法理の展開については、多数の文献があるが、さしあたり清水誠「譲渡担保の意義・効力」加藤一郎・林良平編『担保法体系第4巻』(金融財政事情研究会, 1985) 282頁以下。
- 4) 各学説については、たとえば竹内俊雄「譲渡担保の法的構成と効力」民法の争点(1985) 180頁以下参照。
- 5) 目的物ごとに検討する必要性については、つとに椿寿夫教授の指摘されるところである。たとえば、椿「譲渡担保論の現状と課題」法時65巻9号7頁以下参照。
- 6) 集合動産譲渡担保における物上請求については、簡単であるが、前掲注2・NBL 774号65頁参照。
- 7) 譲渡担保権実行に対する妨害対応について、実務的には、例えば田原睦夫「譲渡担保と私的整理」金判737号143頁参照。債務者と交渉して目的物の占有を取得したり、譲渡担保目的物の表示をすることによって事実上第三者による占有を牽制したりする手段が紹介されている。
- 8) 最判昭43・3・8判時516号41頁は、譲渡担保権者による目的物搬出について、換価処分のために目的物を搬出する行為は権利実行のための必須の行為で不法行為とはいえないとした。また、債務者たる会社の代表者が行方不明となり倒産したなどの状況下で、処分清算型の機械類を譲渡担保に供した場合に、担保権者が弁済期前に目的物件を搬出し、弁済期経過後に売却して被担保債権の一部に充当した場合に、このような行為が債務者に対する不法行為とならないとした最判昭53・6・23判時897号59頁がある。
- 9) 大判大5・7・12民録22輯1507頁, 最判昭30・6・2民集9巻7号855頁。
- 10) 四宮和夫教授は、譲渡担保権者の所有権に基づく返還請求を大審院が認めた理由を、譲渡担保権者が内外ともに所有権移転を受けたことによるのか、譲渡担保権者が設定者に対して賃貸借解除を行ったことによるのかは不明であるとして、本件が内外ともに移転する型であることから、「設定者との賃貸借契約は有効、したがって賃料不払による解除は有効で、それにより譲渡担保権者は終局的に所有権を取得した」という推論がなされているのでは、と推測されている(四宮「譲渡担保(総合判例研究叢書民法17)」(有斐閣, 1962) 217頁, 同『判例コンメンタール 担保物権法』(日本評論社, 1968) 587頁)。
- 11) なお所有権の所在を問題解決の基準とするという傾向は、他の問題類型にも見られるものである。たとえば損害賠償請求事件において譲渡担保目的物を設定者より預かって占有していた第三者が、それが譲渡担保権者の所有であることを知りながら、あえて設定者に引き渡し、その結果所在不明にしたことが、譲渡担保権者に対する不法行為を構成するとした大阪地判昭41・2・12判時458号44頁がある。
- 12) 我妻栄『新訂 担保物権法(民法講義)』(有斐閣, 1971) 651頁。
- 13) 我妻同前。
- 14) 柚木馨=高木多喜男『担保物権法[第3版]』(有斐閣, 1982) 579頁。
- 15) 四宮前掲判例研究叢書218頁。

- 16) 川井健「担保物権法」(青林書院新社, 1981) 249頁。
- 17) 鈴木祿弥「譲渡担保」(『経営法学全集 9 企業担保』所収 (ダイヤモンド社, 1967)) 217頁。
- 18) 同前218頁。
- 19) 同前。
- 20) 野田宏「第三者による目的物の占拠・毀損」(吉井直昭・高木多喜男編『担保・保証の基礎〔実用編〕』(青林書院, 1986)) 172頁。
- 21) なお, 理由は示していないが, 建物を第三者に譲渡担保に供した者から不法占有者に対する明渡及び賃料相当損害金の賠償請求を認容した原判決を正当とした最三判昭 50・1・31 裁判集民114号77頁がある。
- 22) 判批として, 鳥谷部茂・民商法雑誌88巻 3号388頁, 小賀野晶一・判タ505号53頁, 高島平蔵・判評294号13頁, 新美育文・判タ581号98頁。
- 23) 第2審判決について, 金判661号35頁参照。
- 24) 同金判661号34頁。
- 25) 引用判例は, 最一判昭 41・4・28 民集20巻 4号900頁, 最一判昭 46・3・25 民集25巻 2号208頁, 最二判昭 57・1・22 民集36巻 1号92頁。
- 26) 平井一雄教授は, 受戻権を基礎として返還請求を認容したと理解されている。平井「不動産の譲渡担保」法時65巻 9号31頁。
- 27) 清算法理を確立した最一判昭 46・3・25 民集25巻 2号208頁, および設定者の第三者に対する返還請求を認める最高裁昭和57年判決を引用。
- 28) なお, 東京高判平 7・6・26 金判996号23頁は, 土地建物の所有者が, 譲渡担保を設定したとしても, その土地建物について無効な登記を経た第三者に対して所有権に基づく物権的妨害排除請求権としての抹消登記請求権を失うものではないとした。
- 29) 高木『担保物権法 [第3版]』(有斐閣, 2002) 364頁。このほか松坂佐一『物権法』(有斐閣, 1984) 416頁。ただし, 柚木 = 高木前掲書578頁の説示は明らかに動産譲渡担保を念頭に置いており, 不動産譲渡担保の構成ではない。
- 30) 鈴木前掲書においては, 不動産譲渡担保の項目の中では不法占有に対する物上請求に関する記述はないために, 譲渡担保制度全般に関する記述を参照する。
- 31) 鈴木前掲書299頁。
- 32) 牧弘二「譲渡担保の成立, 効力」(野田宏・後藤邦春編『裁判実務体系 4 担保関係訴訟』(青林書院, 1991) 所収) 232頁以下。
- 33) 新美育文・民法判例レビュー (担保) 判タ581号98頁。
- 34) 上原由起夫「不動産譲渡担保権者の明渡請求と賃料相当損害金請求」(大阪高裁昭和59年10月16日判決の判例批評) 法時57巻 8号128頁以下。
- 35) 竹内俊雄・金融商事判例研究・金判722号50頁。
- 36) 赤松秀岳「不動産譲渡担保権に基づく第三者に対する目的物返還請求」法時57巻 8号 (1985) 136~137頁。
- 37) 石田喜久夫・判例評論411号22頁 (判時1449号184頁)。
- 38) 吉田「譲渡担保における清算金支払前の第三者に対する明渡請求」(東京高判平 4・7・

23の判批)判夕818号51頁。

- 39) 清水注3論文317頁。
- 40) 柚木=福地「新版注釈民法(9)」(有斐閣,1998)877頁。
- 41) 道垣内『担保物権法(現代民法 )』(有斐閣,2004)307頁。
- 42) 最三判昭36・8・8民集15巻7号93頁,最三判昭51・2・17金法784号32頁など。
- 43) 前掲最一判昭46・3・25。
- 44) この問題については,事案は帰属清算型とされていたが,引換給付を処分清算型にも妥当させる結果が,処分清算型そのものの否定へと導くのではないか,という疑問が生じるなど,なお検討すべきであろう。石田・注34参照。
- 45) 椿寿夫「譲渡担保論の課題と考え方」(『集合債権担保の研究』(有斐閣,1989)所収,初出・法学教室49号,1984)54頁。
- 46) たとえば,清水注3論文,米倉明『譲渡担保の研究』(有斐閣,1976),同『譲渡担保』(弘文堂,1978),吉田真澄『譲渡担保』(商事法務研究会,1979),椿「譲渡担保の法的構成・類型論(1)~(3)」法時65巻10号13頁以下,同12号81頁以下,同66巻1号93頁以下など,吸収に努めたい。