

不動産譲渡担保法立法私案

生 熊 長 幸*

目 次

- 1 はじめに
- 2 不動産譲渡担保法の趣旨・不動産譲渡担保の意義
- 3 不動産譲渡担保設定契約・対抗要件
- 4 目的不動産の使用収益権限
- 5 譲渡担保権の効力の及ぶ被担保債権の範囲
- 6 譲渡担保権の効力の及ぶ目的物の範囲
- 7 譲渡担保権の実行手続
- 8 受戻権の行使可能時期
- 9 受戻権の放棄と清算金請求権の行使の可否
- 10 む す び

1 はじめに

不動産譲渡担保をめぐる多くの判例が蓄積されている。しかし、仮登記担保に関する仮登記担保法の規律と不動産譲渡担保に関する判例法理とでは、特に対外的効力をめぐって大きな違いが存在するように思える。

他方、金融実務においては、仮登記担保権はほとんど利用されることはなく、不動産譲渡担保の利用が圧倒的に多い。このことは、仮登記担保法は、仮登記担保を合理的な非典型担保とするという趣旨で立法されたのに対し、金融実務では、実定法の根拠規定がまだなく、判例法理によって規律されている不動産譲渡担保の方が、担保権設定当事者、とりわけ融資をする債権者にとって使い勝手のよいものとして考えられていることを反映

* いくま・ながゆき 立命館大学大学院法務研究科教授

しているのではないかとの推測が成り立つ。

不動産譲渡担保が債権者にとって使い勝手のよい非典型担保であるということは、金融法制にとって重要なことがらではある。しかしこのことが、抵当権の設定の場合と比べて、不動産譲渡担保設定者に大きな不利益をもたらしているとする、問題であると言わざるを得ない。古くは、仮登記担保および譲渡担保において、民法90条の公序良俗に反しない限り無清算帰属(丸取り)が認められていたことを思い出すだけで十分であろう。

最近の不動産譲渡担保に関する判例法理を検討してみると、譲渡担保をめぐる従来の学説とで、かなりの乖離が生じているテーマが見られる。また、理論的にはその通りであるとしても、その理論を実際に適用すると、設定者に大きな不利益をもたらしている判例法理も見られる。現在の不動産譲渡担保の判例法理につきこれを支持する有力学説も見られるが、批判的な学説も多い。

また、不動産譲渡担保については、仮登記担保権の実行手続において存在する清算期間の創設等、立法的解決を必要とするものも存在する。

したがって、合理的な不動産譲渡担保立法が期待されるところではあるが、我妻栄博士を中心とする研究会や、椿寿夫先生を中心とする研究発表など一定の大きな動きはあったものの¹⁾、立法化には至っていない。

譲渡担保は、仮登記担保の場合と異なり、その目的となる財産権の種類が多い。すなわち、不動産譲渡担保、動産譲渡担保、債権その他の財産権を目的とする譲渡担保、集合動産譲渡担保、集合債権譲渡担保などが存在する。これまでも度々、譲渡担保の立法化の動きが見られたが、立法に至

1) 鈴木竹雄＝四宮和夫＝新堂幸司＝前田庸「私法学会《民商法合同シンポジウム》譲渡担保立法の問題点」私法31号3頁以下〔1969年〕、星野英一＝新堂幸司＝鈴木禄弥＝清水誠＝三藤邦彦＝四宮和夫「私法学会《シンポジウム》不動産担保制度に関する当面の課題」私法34号3頁以下〔1972年〕、椿寿夫＝山野日章夫＝中舎寛樹＝松井宏興＝伊藤進＝高木多喜男「〈特集〉譲渡担保立法学」法時66巻2号36頁以下〔1994年〕、加藤雅信＝角紀代恵＝鳥谷部茂＝古積三郎「私法学会《シンポジウム》担保法学の当面する課題」私法58号23頁以下〔1996年〕、椿寿夫＝近江幸司＝伊藤進＝角紀代恵「〈特集〉非典型担保をめぐる解釈と立法」法時73巻11号4頁以下〔2001年〕など。

らなかったのは、譲渡担保の目的となる財産権の種類が多いことも影響しているであろう。

そこで、本稿では、仮登記担保法（仮登記担保契約に関する法律。昭53法78）という基本的には不動産を目的とする非典型担保に関する法律が存在する不動産を目的とする譲渡担保についての立法私案を検討してみることとした。その他の財産権を目的とする譲渡担保の立法私案については、改めて別の機会に検討することとした。

本不動産譲渡担保立法私案の基本的な考え方は、第一に、これまで積み上げられてきた判例法理を原則として踏襲すること、第二に、判例法理の中には、譲渡担保権者に極めて有利で設定者に極めて不利な取扱いをしているものが見られるが（受戻権行使可能時期や受戻権放棄による清算金請求権行使の可否の問題など）、これらについては判例法理の転換を求めること、第三に、合理的な仕組みでありながら、判例法理の積み重ねでは対応が困難であると思われる点については（例えば清算期間の創設）、立法的に手当を施すこと、にある。

2 不動産譲渡担保法の趣旨・不動産譲渡担保の意義

(1) 不動産譲渡担保法の趣旨

仮登記担保法は、その第1条において、仮登記担保法の趣旨について規定する。それに倣うとすると、不動産譲渡担保法もその第1条において、法の趣旨について規定すべきことになろう。以下、テーマ毎に不動産譲渡担保法立法私案の条文を掲げるが、「不動産譲渡担保法立法私案」という部分は省略し、条文のみを掲げる。

(趣 旨)

第1条 この法律は、金銭債務を担保するため、債権者に債務者又は第三者に属する不動産の所有権を移転し、その不履行があるときは以下

に定める手続により債権者がその不動産の所有権を確定的に取得する方法、又は債権者がその不動産を第三者に譲渡する方法により、被担保債権の回収を図ることを目的としてされた譲渡担保契約、売買契約その他の契約（以下「譲渡担保契約」という。）の効力等に関し、特別の定めをするものとする。

(2) 不動産譲渡担保の意義

したがって、不動産譲渡担保とは、債権担保の目的物が不動産であり、担保権設定の時点で担保目的不動産の所有権を債権担保目的で債権者に移転するものであり、被担保債権につき履行遅滞が生じたときの実行方法としては、公の機関（執行機関）の手による目的不動産の換価ではなく、私の実行が予定されているものであって、所有権移転型の担保である。

第1条で、「金銭債務を担保するため」として、被担保債権を金銭債権としているが、非金銭債務の担保のために譲渡担保権を設定することもあり得、この場合は債務不履行を生じたときの損害賠償債務を担保することになる。もっとも、仮登記担保法では、被担保債権を金銭債権としているので、ここではそれに倣うことにしたものである。

3 不動産譲渡担保設定契約・対抗要件

(1) 不動産譲渡担保設定契約

不動産譲渡担保設定契約は、債権者と譲渡担保権設定者との合意により成立する諾成・無方式の契約である。不動産譲渡担保設定契約は、近時では「譲渡担保契約」としてなされることが多いが、「売買契約」、「買戻特約付売買契約」、「再売買予約付売買契約」などとしてなされることもある。しかし、このような形式がとられても、それらの契約の目的が金銭債権担保である以上、譲渡担保として扱われるべきである。

（不動産譲渡担保設定契約）

第2条 不動産譲渡担保設定契約は、債権者と設定者の合意により成立する。

（2）対抗要件

不動産譲渡担保権の対抗要件は、所有権移転登記である。登記原因は、原則として「譲渡担保」であるが、「売買」を登記原因として所有権移転登記がなされた場合も、金銭債務を担保するために所有権移転登記がなされたときは、不動産譲渡担保権の対抗要件として扱われる。

譲渡担保権設定者には、清算金の支払がなされるまでは受戻権が認められるから、この権利を保全するために所有権移転請求権仮登記（または停止条件付所有権仮登記）の請求権が設定者に認められるべきであるとする立法論も有力である。考え方としては正当であると思うが、債権者側の抵抗が強いと思われるし、設定者が目的不動産を引き続き占有するので、8で述べるように、受戻権の行使可能時期につき判例法理の転換を求めることで設定者の保護を図れば足りるのではなからうか。

4 目的不動産の使用収益権限

動産譲渡担保であれ不動産譲渡担保であれ、譲渡担保においては、譲渡担保の目的物を設定者が直接占有し、譲渡担保権の設定以前と同様使用収益できるのが一般的である。もっとも譲渡担保権者が目的物の引渡しを受け、使用収益することも妨げられない。目的物の使用収益権限を債権者が有するか、設定者が有するかは、譲渡担保設定契約の当事者がこれを自由に定めることができる。特段の定めがない場合は、目的不動産の使用収益権限は設定者にあると解すべきである。

譲渡担保権につき所有権的構成の立場から、設定者は目的不動産につき賃借権の設定を受け、譲渡担保権者に賃料を支払うものとするとの契約が

なされることもないわけではないが（その代わり設定者が賃料を譲渡担保権者に支払っている限り、貸金債権の利息は支払わなくてよいとされる）、この賃料は貸金債権の利息と解すべきであって、利息制限法の上限金利を超えることはできない（利息制限法3条参照）。したがって、目的不動産の使用収益権限を設定者に認める以上、目的不動産につき設定者と譲渡担保権者との間で、賃貸借契約は締結すべきではないし、締結された賃貸借契約は無効と解すべきで、譲渡担保権者としては、貸金債権の利息を收取すべきである。

5 譲渡担保権の効力の及ぶ被担保債権の範囲

抵当権の場合には、抵当権の目的不動産に後順位抵当権が設定されたり、設定者の一般債権者が抵当権の目的不動産につき強制競売の申立てをしたりすることがあり、これらの債権者の債権の回収についても配慮する必要があるから、民法375条は、抵当権に基づく担保不動産競売においては、抵当権者は元本債権のほか満期となった最後の2年分の利息・遅延損害金に限り優先弁済を受けることができるとしている。

これに対して、不動産譲渡担保権の場合には、設定の時に譲渡担保権者への所有権移転登記がなされるから、譲渡担保権の目的不動産に後順位抵当権等の担保物権が設定されたり、設定者の一般債権者が譲渡担保の目的不動産につき強制競売の申立てをしたりすることはない。したがって、譲渡担保権者が目的不動産につき譲渡担保権の私的実行をする場合、目的不動産から優先弁済を受けることができる被担保債権の範囲について制限はなく、利息や遅延損害金についても満期となった最後の2年分に制限されない（以下の9参照）。この点は、仮登記担保権の私的実行の場合と同様である（仮登記担保3条1項）。

6 譲渡担保権の効力の及ぶ目的物の範囲

譲渡担保権の効力は、その目的不動産のほか、目的不動産に付加して一体となっている物に及ぶ。この点は、抵当権の場合の民法370条と同じである。これについては、明文規定を置かなくても、民法370条が類推適用されるということだけで足りるであろう。

7 譲渡担保権の実行手続

仮登記担保法の規定の大部分は、仮登記担保権の実行手続に関するものである。不動産譲渡担保の立法においても、その実行手続に関する規定が主要な位置を占める。

(1) 不動産譲渡担保権の実行方法

被担保債権の弁済期到来にもかかわらず債務者が被担保債権を弁済しないときは、譲渡担保権者は、譲渡担保権の目的不動産につき私的実行をすることができる。私的実行の方法は、原則として帰属清算の方法であり、弁済期到来後に、設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の方法を選択することにつき合意がなされたときは、処分清算の方法によることができるべきであろう。

譲渡担保権の実行方法としては、従来、帰属清算の方法と処分清算の方法があるとされてきたが、いずれが原則的な方法であるかについては、必ずしも十分な議論がなされてこなかった。

帰属清算の場合には、譲渡担保権の実行により譲渡担保権者は譲渡担保の目的不動産を確定的に取得することができるが、設定者から譲渡担保権者への目的不動産の引渡しの債務と清算金の支払の債務とは同時履行の関係に立つ（最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁）。したがって、客観的に

正当な額の清算金が設定者に提供されるまでは、設定者は目的不動産の引渡しを拒むことができることになり、このことによって設定者に客観的に正当な額の清算金受領の機会が与えられることになる。仮登記担保権の実行手続も同様な考えに立っている（仮登記担保3条。仮登記担保の場合は、通常、実行の時点では設定者に目的不動産の占有と所有権移転登記があるから、清算金の支払の債務と土地等の仮登記に基づく所有権移転本登記手続の債務及び引渡し債務の履行が同時履行の関係に立つ）。

これに対して、処分清算の場合には、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が目的不動産を第三者に譲渡し、売買代金額と被担保債権額とを比較して、前者の方が後者よりも大きい場合には、その差額を清算金として譲渡担保権者は設定者に支払うことになる。

問題は、譲渡担保権者が目的不動産を第三者に売買する場合に、その前提として譲渡担保権者は設定者から目的不動産の引渡しを受けることができるかである。これについては、判例（前掲最判昭和46年3月25日）および多数学説²⁾は、譲渡担保権者は、清算金の支払いまたは提供なしには、第三者への譲渡の前提として設定者に目的物の引渡しを請求しえないとして、引渡しを先履行とすることを認めない。これは、設定者が確実に清算金の支払いを受けることができるようにするためであり、清算金の支払い債務と目的不動産の引渡し債務とは同時履行の関係にあるとされている。

それでは、清算金の額は、売買代金額と被担保債権額との差額ということになるか。この点については、下級審裁判例および多数学説は、目的物の売買代金額が適正な売買代金額を下回る場合でも、清算金の額は適正な売買代金額を基準として計算されなければならないとする³⁾。これに対し

2) 高木多喜男・担保物権法〔第4版〕348頁〔有斐閣・2005年〕、近江幸治・民法Ⅲ〔第2版補訂〕299頁〔成文堂・2007年〕ほか。

3) 東京地判昭和50年5月26日下民集26巻5～8号417頁（もっとも、処分時における不動産取引の状況等の諸般の事情を合わせ考慮することが必要であるとする）、高木・前掲注（2）348頁、道垣内弘人・担保物権法〔第3版〕323頁〔有斐閣・2004年〕など。東京地判昭和49年10月18日判時775号143頁も、譲渡担保権者は、担保物を不当に廉価に処分しな

て、近江幸治教授は、売却価格は市場価格により客観的に形成されるとして、実際の売買価格を基準に清算金の額が算定されるとされる⁴⁾。

ところで、不動産譲渡担保において処分清算が行われる場合、目的不動産の占有は、売主である譲渡担保権者のもとにはなく、譲渡担保権設定者のもとにある。このような不動産を買い受ける者は、代金の支払いと引き換えに目的不動産の引渡しを受けることができるわけではない。したがって、不動産譲渡担保の目的不動産を買い受ける者は、譲渡担保権者の親族等の親類縁者か譲渡担保権者との繋がりが深い者または繋がりが深い企業などということになり、目的不動産は一般の市場価格に比較してかなり低廉な価格で売買されることになるのが通常である。

そこで、実際の売買価格を基準に清算金の額を算出すべきだということになると、設定者に大きな不利益をもたらすことになろう。そこで、多数学説のように、清算金の額は適正な売買代金額を基準として計算されなければならないというべきであろう。

このように見てくると、私的実行の方法は、帰属清算の方が合理的であり、原則として帰属清算がなされるべきである。譲渡担保権者が処分清算の方法をとることができるのは、弁済期到来後に、設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の方法を選択することにつき合意がなされたときに限られるというべきであろう（仮登記担保3条3項参照⁵⁾）。

これらのことがらを条文に表すと次のようになる。

（譲渡担保権の実行）

第3条 ① 不動産譲渡担保権の実行は、次に掲げる方法により行う。

- 1 不動産を譲渡担保権者に帰属させる方法（以下「帰属清算」という）
- 2 不動産を譲渡担保権者が第三者に帰属させる方法（以下「処分清

算）のように注意する義務があるとする。

4) 近江・前掲注(2)300頁。

5) 柚木馨＝高木多喜男編・新版注釈民法(9)〔改訂版〕678頁〔福地俊雄・占部洋之〕〔有斐閣・2015年〕も同旨。

算」 という)

- ② 前項第 2 号による譲渡担保権の実行は、被担保債権の弁済期到来後に、処分清算の方法で実行することにつき渡担保権者と譲渡担保権設定者とで合意がなされたときに限りすることができる。

現在の判例は、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は、譲渡担保権の実行手続を行わなくても目的不動産の処分権能を取得し、第三者に有効に不動産を譲渡できるとする（最判昭和62年2月12日民集41巻1号67頁、最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁）。この判例法理と、譲渡担保権の実行方法としては帰属清算が原則であるとする上記規定は矛盾するわけであるが、この立法私案は、現在の判例法理に転換を求める立場である。これについては改めて後述する。

(2) 譲渡担保権の実行通知・清算期間の創設

不動産譲渡担保権者は、譲渡担保権を実行しようとするときは、被担保債権の弁済期到来後、設定者に譲渡担保権実行通知をする必要がある。この通知においては、清算金の見積額、清算金が生じないときはその旨を明らかにしてしなければならない。

この通知の時に、譲渡担保権者に確定的に所有権が移転し、設定者はもはや受戻権を行使しえなくなるとすべきかが問題となるが、この点については、仮登記担保法 2 条 1 項にならって清算期間を創設し、上記通知が設定者に到達した日から 2 か月の期間は、債務者・設定者は被担保債権額相当額を債権者に弁済して、目的不動産を受け戻すことができるとすべきであろう。なお、8 で見るように、清算期間経過後でも、譲渡担保権者が清算金を支払わないときは、譲渡担保権者は目的不動産の処分権能を有しないとすべきである。

現行法の解釈論においても、譲渡担保権の実行手続において、清算期間を規定する仮登記担保法 2 条を類推適用すべきであるとする有力学説が存

在することからも⁶⁾、清算期間は設けるべきものとする。

なぜこのような清算期間が必要かであるが、これは仮登記担保法の制定に当たって、仮登記担保権者が弁済期到来後直ちに清算金を設定者に提供すれば、もはや設定者は受戻権を行使できないとすることは、抵当権の実行の場合に比べて設定者に不利益であると考えられたために（抵当権の実行としての競売の場合は、競売が申し立てられ、買受人が現れるまでの数か月から1年ぐらいの期間は、債務者は被担保債権額相当額を抵当権者に提供すれば、競売手続の取消しを求めることが可能である）、清算期間が創設されたのであり、譲渡担保の場合も事情は全く同じだからである。

（帰属清算の方法）

- 第4条 ① 譲渡担保権者が、帰属清算の方法により実行をする場合には、譲渡担保権者は、次項に規定する清算金の見積額（清算金がないと認めるときは、その旨）を債務者又は譲渡担保権設定者（以下「債務者等」という。）に通知し、かつ、その通知が債務者等に到達した日から2月を経過しなければ、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を有しない。ただし、次条第1号により清算金が生ずるときは、債務者等に清算金を支払ったときに限る。
- ② 前項の規定による通知は、同項に規定する期間（以下「清算期間」という。）が経過する時の不動産の見積価額並びにその時の債権及び債務者等が負担すべき費用で譲渡担保権者が代わって負担したものを明らかにしてしなければならない。

（清算金）

- 第5条 ① 譲渡担保権者は、清算期間が経過した時の不動産の価額がその時の被担保債権の額を超えるときは、その超える額に相当する金銭（以下「清算金」という。）を設定者に支払わなければならない。

6) 鈴木緑弥「仮登記担保法雑考(4)」金法874号5頁以下、近江・前掲注(2)299頁など。

- ② 譲渡担保権者は、設定者への清算金の支払いと引き換えに設定者から不動産の引渡しを受けることができる。
- ③ 前2項の規定に反する特約で債務者等に不利なものは、無効とする。ただし、清算期間が経過した後になされたものは、この限りでない。

(処分清算の方法)

- 第6条 ① 被担保債権につき被担保債権の弁済期到来後に、設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の方法で譲渡担保権の実行をすることにつき合意がなされたときは、前2条の規定にかかわらず、譲渡担保権者は処分清算の方法により、譲渡担保権の実行をすることができる。
- ② この場合において、譲渡担保権者は、目的不動産の代価がその時の被担保債権の額を超えるときは、その超える額に相当する金銭(以下「清算金」という。)を設定者に支払わなければならない。ただし、目的不動産の代価が、通常取引価額より2割を超えて低いときは、清算金の算出の基準となる不動産の代価は、通常取引価額からその2割を控除した金額とする。
 - ③ 譲渡担保権者は、設定者への清算金の支払いと引き換えに設定者から不動産の引渡しを受けることができる。
 - ④ 前3項の規定に反する特約で債務者等に不利なものは、無効とする。ただし、清算期間が経過した後になされたものは、この限りでない。

本私案は、譲渡担保権の実行を、原則として帰属清算の方法によるものとし、処分清算の方法によることができるのは、被担保債権の弁済期が到来した後に、譲渡担保権の実行方法につき設定者と譲渡担保権者との間で処分清算の合意がなされたときに限るものとしている(6条1項)。これ

は、(1)で見たように、帰属清算の方法が、合理的な譲渡担保権の実行方法と考えるからであり、また、被担保債権の弁済期到来後は、債務者・設定者は、処分清算を望まないなら、譲渡担保権者からの処分清算の申出を拒むことも可能だからである。

処分清算の方法による場合、本来であれば、売主である譲渡担保権者が目的物を占有している状態で、第三者に売買し、代金の支払いと引き換えに譲渡担保権者から第三者に所有権移転登記および目的不動産の引渡しがなされることが望ましい。しかしながら、この方法だと譲渡担保権設定者が確実に清算金の支払いを受けられるとは限らない。そこで、学説は、清算金の支払債務と目的不動産の引渡債務とを同時履行の関係に立たせている。本私案も、第6条第3項でそのことを明らかにしている。

そうすると、譲渡担保権者は、目的不動産の直接の占有が設定者のところにある状態で、この不動産を第三者に売買せざるを得なくなる。このような不動産を買い受ける者は、極めて限定されることになり、実際には、譲渡担保権者の親族や関係企業等が市価よりかなり低額で買い受けることが予想される。しかし、その代価をそのまま清算金の算出の基準とすると、清算金の額が帰属清算の場合と比べて非常に少なくなるか、清算金はない、もしくは被担保債権額の方が目的不動産の代価より大きいということになる。

そこで、本私案では、実際の代価がかなり低くなったとしても、清算金の算出の基準となる不動産の代価は、通常取引価額からその2割を控除した金額とすることにして、設定者の保護を図ろうとするものである。不動産の代価を、通常取引価額からその2割を控除した金額まで引き下げたことを容認したのは、抵当権の実行における買い受け価額は、一般に通常取引価格と比べるとかなり低くなるからである。譲渡担保権設定者がこれを嫌うのであれば、設定者は処分清算に同意せず、帰属清算を求めればよい。

8 受戻権の行使可能時期

受戻権とは、譲渡担保においては、目的物の所有権が譲渡担保権設定の時に譲渡担保権者に債権担保目的で移転するとされるが（本私案1条）、被担保債権の弁済期到来により債務者が履行遅滞になっても、債務者・設定者が一定時期までに被担保債権額相当額の金銭を譲渡担保権者に支払うか提供することにより目的物の所有権を回復することができる権利である。

現在の判例法理によると、被担保債権について履行遅滞が生じた後であっても、債権者が担保権の実行を完了するまでの間、すなわち、① 帰属清算型の譲渡担保においては、債権者が債務者に対し、清算金の支払または清算金の提供をするまでの間、清算金が生じないときは、その旨の通知をするまでの間、② 処分清算型の譲渡担保においては、その処分の時までの間は、債務者は、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的不動産の所有権を回復すること（受戻権の行使）ができる（以上、最判昭和57年1月22日民集36巻1号92頁）、ただし、③ 譲渡担保権者が清算金の支払いやその提供または清算金が生じない旨の通知をせず（すなわち、譲渡担保権の実行をせず）、かつ、債務者も債務の弁済をしないうちに、譲渡担保権者が目的不動産を第三者に売却等をしたとき（前掲最判昭和62年2月12日、前掲最判平成6年2月22日）、あるいは、譲渡担保権者の一般債権者が目的不動産につき差押えの申立て（強制競売開始の申立て）をして差押えの登記がなされたとき（最判平成18年10月20日民集60巻8号3098頁）は、債務者はその時点で受戻権を最終的に失う、としている。

①および②は妥当であるが⁷⁾、③については問題がある。すなわち、譲渡担保権の実行手続としては、帰属清算の方法が合理的であり、原則として帰属清算の方法によるべきであるとしてきたのであるが、譲渡担保権者がこれらの手続をとらないまま第三者に目的不動産を処分したときは、譲

7) 鈴木緑弥・物権法講義〔5訂版〕370頁〔創文社・2007年〕。

渡担保権設定者はもはや受戻権を行使しえず、単に清算金請求権しか有しなくなるとしたのでは、譲渡担保の実行方法は帰属清算が原則であるという考え方は蔑ろにされ、結果的には判例の考え方は、譲渡担保権者は、譲渡担保権の実行方法として、帰属清算・処分清算のいずれを選択してもよいとするものになってしまっているのである。

これらの判例理論に賛成する学説もあるが⁸⁾、反対する学説も多い⁹⁾。これは、上記の判例理論は、被担保債権の弁済期到来後は、譲渡担保権者は目的不動産の「処分権能」を取得するから、帰属清算型の場合であっても、目的物が第三者に処分されたときは有効な処分であり、設定者はもはや受戻権を行使しえないとしているが、担保権的構成からすれば、このようには理解すべきではないからである。

例えば、鈴木祿弥博士は、判例の考えの実質は、弁済期を境界点として目的物所有権が担保権者に移り、それ以降の設定者の支払いは、受戻権の行使となるとの発想を前提としており、明文の法規がないにもかかわらず、譲渡担保をめぐる状況が、この外部からの不可視的な一時点すなわち債務弁済期の前後によってかくも一変すると解することは、不当というべきではなからうか、とされた¹⁰⁾。

また、内田貴教授は、判例のように清算方式を問わず債権者に処分権限を認めると、帰属清算型における設定者の受戻権が害される恐れがある、最高裁は、債権者が不測の損害を被るというが、債権者としては清算金の支払または通知を行いさえすれば確定的な所有権を取得できるのだから、何ら不安定な地位に置かれているわけではない、したがって、少なくとも帰属清算型では、第三者が権利外観法理（不動産譲渡担保の場合は94条2項）

8) 道垣内・前掲注(3)320頁以下。

9) 鈴木・前掲注(7)388頁、374頁以下、内田貴・民法Ⅲ〔第3版〕536頁以下〔東京大学出版会・2005年〕など。詳細については、生熊長幸「譲渡担保権の対外的効力と二段物権変動説」太田＝荒川＝生熊編・民事法学への挑戦と新たな構築338頁以下〔創文社・2008年〕参照。

10) 鈴木・前掲注(7)375頁以下。

で清算金の負担のない所有権を取得したと扱われる場合を除き、設定者は、清算金の提供までは、第三者との関係でも受戻権の行使を主張できると解すべきではないだろうか、とされている¹¹⁾。

私見もこれらの反対学説とほぼ同様であり、次のように解すべきであると考え。すなわち、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が取得する処分権能というのは譲渡担保権の実行のための換価処分権（帰属清算型であれば自己に確定的に帰属させる権利、処分清算型であれば換価のために第三者に処分する権利）であり、それと無関係な処分権までもが譲渡担保権者に認められているわけではない。したがって、当該譲渡担保権の実行が帰属清算の方法によるべき場合（私案第3条参照）であるにもかかわらず、清算手続を行わないまま譲渡担保権者が第三者に目的不動産を譲渡した場合、例えば設定者留保権説によれば、譲渡担保権者は設定者留保権の負担のない不動産を譲渡する権限を有しないから、譲受人は設定者留保権の負担のある不動産しか取得し得ず、設定者はなお受戻権を行使しうるのが原則である。ただし、譲受人に民法94条2項の類推適用が認められる場合に限って、すなわち、譲渡担保権者に所有権登記があることにつき設定者に帰責性があり、かつ設定者留保権の存在につき（もしくは当該不動産が譲渡担保権の目的であることにつき）譲受人が善意または善意無過失であれば、譲受人は設定者留保権の負担のない不動産を取得でき、設定者はもはや受戻権を行使できない。少なくとも譲受人が悪意の譲受人であるときには、設定者はなお設定者留保権を主張でき、譲受人からの引渡請求に応ずる必要はないし、設定者は清算金の支払いを受けるまでは被担保債権額相当額を譲渡担保権者に支払うか供託をして受戻権を行使しうることになる¹²⁾。

また、上記判例（前掲最判平成6年2月22日）が、弁済期到来後に背信的悪意者が目的不動産を譲り受けた場合にも、設定者はもはや受戻権を行使

11) 内田・前掲注(9)538頁。

12) 鈴木・前掲注(7)388頁、生熊長幸「仮登記担保および譲渡担保における弁済期到来後の受戻権の行使」立命館法学2010年5・6号75頁〔2011年〕。

しえないとしている点については、学説上一層批判が強い。担保権的構成からすれば、前述のようにそもそも悪意者は設定者留保権の負担のない所有権を取得できないことになる。また、判例のように弁済期到来後は譲渡担保権者は処分権能を有するとする考えをとったとしても、設定者の受戻権を喪失させることに主たる関心のある悪意者を保護する必要はない。そしてまた、本来譲渡担保権者は、帰属清算型譲渡担保の場合、設定者に清算金を支払って確定的に自己の物としてから第三者に譲渡すべきなのであり、それをしないまま第三者に譲渡したのであるから、清算金を設定者に支払わないうちに受戻権を行使されたからといって、譲渡担保権者にとって不測の損害とはいえないのである¹³⁾。

また、最高裁判例は、譲渡担保権の被担保債権の弁済期到来後に譲渡担保権実行手続がなされないうちに、譲渡担保権者に対する一般債権者により譲渡担保の目的不動産に差押えがなされたときは、もはや設定者等は目的不動産の受戻権を行使できないとする。すなわち、前掲最判平成18年10月20日は、「不動産を目的とする譲渡担保において、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえ、その旨の登記がされたときは、設定者は、差押登記後に債務の全額を弁済しても、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることはできないと解するのが相当である。」とし、その理由として、「設定者が債務の履行を遅滞したときは、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を取得するから、被担保債権の弁済期後は、設定者としては、目的不動産が換価処分されることを受忍すべき立場にあるというべき」であり、「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てもやむを得ないというべきだからである。」、という点を挙げる。もっとも、この判例は、傍論

13) 同旨・内田・前掲注(9)538頁。

であるが、「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。」とし、その理由として、「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、このような差し押えによって設定者による受戻権の行使が制限されると解すべき理由はないからである。」という点を挙げている。

しかし、この判例法理も当然ながら転換されるべきである。この判例は、弁済期到来後は、譲渡担保権の実行手続が行われなくても、譲渡担保権者に目的不動産の処分権能があることを理由に上記の結論を導いているが、譲渡担保権者が弁済期到来後、譲渡担保権を実行する権限を取得することと、譲渡担保権者が目的不動産の自由な処分権能を取得することとは、全く異なるというべきである。

金銭債権者が債権の弁済期到来にもかかわらず債権の弁済を得られないときは、債権者は債務者の責任財産に属する財産から強制執行によって債権の回収を図ることができるが、被担保債権の弁済期到来後、譲渡担保権者が譲渡担保権を実行する前において、債務者である譲渡担保権者の責任財産に属している権利は、所有権ではなく、「被担保債権と譲渡担保権」および「所有権マイナス設定者留保権 (= 設定者留保権の負担のある所有権)」である。したがって、譲渡担保権者の一般債権者としては、譲渡担保権者が第三債務者に対して有している被担保債権を差し押さえるか (民執143条以下の債権執行)、設定者留保権の負担のある不動産を差し押さえるか (差し押えの登記がなされる。民執43条以下の不動産執行としての強制競売) ということになる。

そして後者が選択された場合には、設定者留保権を有する設定者は、譲渡担保権者が清算金の支払または清算金の提供をするまでの間、清算金が

生じないときは、譲渡担保権者がその旨の通知をするまでの間、強制執行の目的物について「譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」として、第三者異議の訴えを提起して強制執行の不許を求めることができ（民執38条）、受戻権を行使しようと解すべきである。

以上のように見てくれば、被担保債権の履行遅滞後は、譲渡担保権者は、譲渡担保権の実行手続を行わないまま第三者に目的不動産を自由に処分する権能を有するから、譲渡担保権者が目的不動産を第三者に処分した時、もしくは譲渡担保権者の一般債権者が目的不動産につき強制競売の申立てをして差押えの登記がなされた時は、もはや設定者は受戻権を行使しえないとするこれまでの判例の考え方を改める必要がある。そのためには、次のような規定が必要となる。

（受戻権）

第7条 ① 帰属清算の方法により譲渡担保権を実行する場合においては、譲渡担保権者が債務者に対し、清算金の支払または清算金の提供をするまでの間、清算金が生じないときは、その旨の通知をするまでの間、処分清算の方法により譲渡担保権を実行する場合においては、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ができる。ただし、清算期間経過後5年を経過したときは、債務者等は目的不動産の所有権を回復することはできない。

② 帰属清算の方法により譲渡担保権を実行すべき場合には、譲渡担保権者は、第4条の手続をするまでは、債務者等の受戻権の負担のある不動産を有する。

その結果、譲渡担保権者が帰属清算の方法をとるべき場合に、清算金を支払わないまま目的不動産を第三者に譲渡して第三者のために所有権移転登記を経由したときも、設定者はなお受戻権を行使し、目的不動産の所有

権を回復することができる。ただし、譲受人に民法94条2項の類推適用の要件が備わったときは、設定者はもはや受戻権を行使しえない（前掲最判平成6年2月22日とは異なり、設定者が背信的悪意者である譲受人に対して受戻権を行使しうるのは当然である）。もっとも、民法94条2項の類推適用の要件としては、① 真の所有者が虚偽の権利の外観を作り出したこと（帰責性）、および② 第三者が虚偽の外観を信じて（善意）取引をしたことが必要となる（最判昭和29年8月20日民集8巻8号1505頁）。そこで、譲渡担保権設定者が、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記を行った場合には、虚偽の権利（設定者留保権の負担のない所有権）の外観も存在しないし、ましてや設定者に帰責性があるとは言えないのではないかと考えられるし、売買を登記原因とする所有権移転登記をしたときでさえ、お金を借り受ける弱い立場にある設定者に帰責性があるとは言えないのではないかと、仮に帰責性があるとしても目的不動産を設定者が占有しているのだから、不動産の譲受人には悪意、少なくとも有過失が認められるのではないかという問題が生じ、民法94条2項の類推適用によって譲受人が設定者留保権の負担のない不動産を取得しうる場合は、かなり限定されることになる¹⁴⁾。

また、前述のように、譲渡担保権者が帰属清算の方法をとるべき場合に、清算手続が行われていない状態で、譲渡担保権者に対する金銭債権者が目的不動産を差し押さえて差押登記がなされたときは、設定者留保権を有する設定者は、差押債権者に対して第三者異議の訴え（民執38条）を提起して強制競売手続の取消しを求めることができ、清算金の支払がなされるまでは、なお受戻権を行使できるが、差押債権者に民法94条2項の類推適用の要件が備わったときは、設定者は第三者異議の訴えを提起しても敗訴することになる。もっとも、譲渡担保権設定者が、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記を行った場合には、虚偽の権利（設定者留保権の

14) この点については、生熊長幸・担保物権法297頁〔三省堂・2013年〕の《展開》を参照されたい。

負担のない所有権）の外観も存在しないし、ましてや設定者に帰責性があるとは言えないのではないかと考えられるから、民法94条2項の類推適用の要件は具備しないというべきであろう。これに対して、売買を登記原因とする所有権移転登記をしたときは、虚偽の権利外観の作出と言えなくもないが、お金を借り受ける弱い立場にある設定者に帰責性があるとは言えないのではないかと、とも考えられる。いずれにしても、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記が一般的になってきている現在において、民法94条2項の類推適用により差押債権者が保護されるケースはかなり限定されることになるだろう。

なお、仮登記担保法11条但書は、第三者が仮登記担保の目的不動産の所有権を取得したときは、設定者は受戻権を行使しえないとする。仮登記担保の設定の場合は、債権者は、目的不動産につき代物弁済の予約に基づき所有権移転請求権保全の仮登記を備え、仮登記担保権を実行して初めて仮登記に基づく本登記を備えることができる。そして清算金の支払いと仮登記に基づく本登記および目的不動産の引渡しは同時履行の関係に立つ（仮登記担保3条2項）。このような手続をとらないまま仮登記担保権者が目的不動産につき仮登記に基づく本登記を備え、第三者に目的不動産を譲渡して所有権移転登記手続をすることができるのかが問題となる。このようなことは、3か月間といった短期の融資の場合に、仮登記担保権設定の段階で、仮登記担保権者が設定者から仮登記に基づく本登記を備えるのに必要な一件書類を預かっておき、被担保債権の弁済期到来後直ちに仮登記に基づく本登記を備えてしまうときなどに起こりうる。

仮登記担保法11条但書は、前述のように、第三者が仮登記担保の目的不動産の所有権を取得したときは、設定者は受戻権を行使しえないような規定の仕方であるが、上に述べたことからすると、清算手続をとらないまま仮登記担保権者が第三者に目的不動産を譲渡した場合も、仮登記担保権者の受戻権の負担のついた不動産の譲渡であり、譲受人が民法94条2項の類推適用の要件を充たさない限り、仮登記担保権者はなお受戻権を行使しう

ると解すべきであろう¹⁵⁾。

また、仮登記担保法11条但書は、清算期間が経過した時から5年が経過したときは、設定者は受戻権を行使しえないとする(除斥期間とされている)。受戻権の行使期間を5年にしたのは、買戻しの行使期間を定めなかったときの買戻期間を定める民法580条3項に倣ったとされる¹⁶⁾。これに従うと、不動産譲渡担保権の受戻権の行使期間も、清算期間が経過した時から5年間ということになる(本私案第7条1項但書)。

9 受戻権の放棄と清算金請求権の行使の可否

被担保債権の弁済期が到来しても、債務者が被担保債権を弁済できるあてがなく、帰属清算の方法で譲渡担保権の目的不動産を失っても目的不動産と被担保債権額との差額を清算金として受領したいと考えることも多い。被担保債権の履行遅滞後、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行に着手してくれればよいが、実行に着手してくれない場合が問題となる。このようなときに、設定者が受戻権を放棄して譲渡担保権者に清算金の請求をなしうるか。

この問題につき、判例(最判平成8年11月22日民集50巻10号2702頁)は、①設定者の清算金請求権は、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行をする場合において、目的物の価額が被担保債権額を上回る場合に設定者に認められる権利であり、他方、設定者の受戻権は、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行を完結するまでの間に、設定者等が被担保債務を消滅させることにより譲渡担保の目的物の所有権等を回復する権利であって、両者はその発生原因を異にする別個の権利であること、および②このように解さないと、設定者が受戻権を放棄することにより、本来譲渡担保権者が有している譲渡担保権実行時期を自ら決定する自由を制約し得ることとなること、を理由

15) 生熊・前掲注(14)265頁参照。

16) 吉野衛・新仮登記担保法の解説〔改訂版〕124頁〔金融財政事情研究会・1981年〕。

に、設定者が受戻権を放棄してする清算金支払請求を否定している¹⁷⁾。

理論的にはこの判例の述べる通りであるが、このような取扱いでは、実際には設定者に極めて不利になる場合がある。すなわち、抵当権の場合であれば、目的不動産に後順位抵当権の設定がなされていることが多く、この場合、先順位抵当権者が担保不動産競売の申立てをしなくても、後順位抵当権の被担保債権の弁済期が到来すれば、後順位抵当権者が担保不動産競売の申立てをすることがあるし、また、無担保の一般債権者が強制競売の申立てをすることもあり、先順位抵当権者が抵当権実行時期を自ら自由に決定することができるとは限らない（もっとも、これらの場合には、無剰余売却の禁止の規定〔民執63条・188条〕があるから、先順位抵当権者は、民法375条の範囲で優先弁済を受けることはできる）。また、このような場合、抵当権者が優先弁済を受けることができる被担保債権の範囲は民法375条により制限される。これらのことから、仮登記担保の場合も同様である（仮登記担保13条参照）。

これに対して、不動産譲渡担保の場合、譲渡担保権の対抗要件として設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がなされるから、その後、目的不動産に後順位抵当権の設定がなされたり、設定者の一般債権者が目的不動産につき強制競売の申立てをすることは考えられない。そこで、譲渡担保権者は、被担保債権の履行遅滞後も、あえて譲渡担保権の実行をしないでいて、遅延損害金の額を増大させ（譲渡担保の設定により融資を受ける場合、抵当権の設定により銀行や信用金庫等から融資を受ける場合に比し元本債権に対する利息や遅延損害金の率が高いことが多いから、遅延損害金の額は短い期間の間に大きく膨らむ）、清算金がない、あるいはほとんどない、という状況を作り出すことは容易である¹⁸⁾。

そこで、譲渡担保権者がこのような行動をすることを阻止する方策を考

17) 鈴木・前掲注(7)371頁、道垣内・前掲注(3)321頁は、同様の考えに立たれる。

18) 同旨・近江・前掲注(2)299頁。

える必要がある¹⁹⁾。

この点につき近江幸司教授は、被担保債権の履行遅滞後、譲渡担保権者が相当な期間を経過しても、合理的な理由なく清算しない場合は、権利の濫用ないし担保関係上の信義則違反であるから、債務者からの清算金請求があったときは、これを譲渡担保権者からの譲渡担保権の実行通知とみなして、2か月の清算期間経過により清算金の額は確定し、設定者は目的不動産の引渡しと引き換えに清算金を請求しうるとされる²⁰⁾。

この提案も十分考慮に値すると言うべきであろう。問題は、譲渡担保権者に清算金を支払う資力がない場合である。このような場合も想定して、道垣内教授は、8で見た、譲渡担保権者は譲渡担保権の実行方法として、帰属清算・処分清算のいずれを選択してもよいとする判例理論（前掲最判昭和62年2月12日、前掲最判平成6年2月22日）を支持されている。

このような考え方に対しては、私は、仮登記担保法は、帰属清算を唯一の仮登記担保権の実行方法としていること、清算金を支払う資力がないような債権者は、譲渡担保権の設定を受けるべきではなく、抵当権の設定を受けるべきであること、仮に譲渡担保権者が清算金を支払う資力がないときは、譲渡担保権者、設定者および目的不動産の買受希望者の三者で話し合っ、任意の売買で適切に処理すればよいのであって、譲渡担保権者に被担保債権の弁済期到来後の設定者の同意なしに処分清算を認める必要はないと考えているのであるが、清算金を支払う資力のない譲渡担保権者の存在を重視して考えるならば、次のような方法を考えたらどうであろうか。

すなわち、債務者が被担保債権につき履行遅滞に陥り、2年間を経過しても譲渡担保権の実行手続が行われない場合には、譲渡担保権設定者は、

19) 河上正二教授も、立法論としては、もはや弁済ができないが高額の清算金が期待されるような場面では、設定者の側からも担保権実行を促す手続きが必要ではあるまいか、とされる（河上正二・担保物権法講義358頁以下〔日本評論社・2015年〕。加賀山茂教授も、立法的解決の必要性を主張される（加賀山茂・現代民法・担保法651頁〔信山社・2009年〕）。

20) 近江・前掲注(2)299頁、302頁。

受戻権を放棄して、清算金の請求を譲渡担保権者にすることができる。

これは、抵当権の設定の場合も、先順位抵当権者は、民法375条により満期となった最後の2年分の利息または遅延損害金につき優先弁済を受けることができるため、譲渡担保権者も、履行遅滞から2年間分の利息または遅延損害金については、優先弁済を受けることができるとするものである。

履行遅滞から2年を経過すると、譲渡担保権者が譲渡担保権を実行しない場合でも、設定者は清算金請求権を行使できる。これに対して、譲渡担保権者に資力がなく、清算金を支払わないときはどうするか。

この場合には、設定者は、譲渡担保権者に対して、譲渡担保権の放棄と譲渡担保または売買を登記原因とする所有権移転登記の抹消登記手続を請求できるが、これと引き換えに目的不動産に債権者のために抵当権を設定し、債権者のために抵当権設定登記手続をしなければならないとしたらどうであろうか。つまり、清算金を譲渡担保権者が支払えない状況にあるときは、譲渡担保権者は譲渡担保権を放棄する代わりに抵当権の設定を受け、抵当権者として目的不動産から被担保債権の回収を図らなければならないとする構想である。その上で、履行遅滞後2年を過ぎても譲渡担保権者が譲渡担保権の実行手続に取りかからないときは、設定者は、受戻権を放棄して清算金を請求し、設定者が上記のような譲渡担保権の放棄と所有権移転登記の抹消登記手続を請求して、抵当権設定登記がなされたときは、抵当権の実行としての競売の申立てがなされたものとみなすものとする。これにより、抵当権設定者は、目的不動産の売却代金から被担保債権額を控除した金銭を剰余金として受領することができる。

（受戻権の放棄と清算金請求権）

第8条 ① 被担保債権の弁済期到来後2年を経過しても譲渡担保権者が譲渡担保権の実行に着手しないときは、設定者は受戻権を放棄して清算金を請求することができる。

- ② 設定者が前項の規定により清算金を請求した時より 2 月以内に譲渡担保権者が清算金の支払いをしないときは、設定者は譲渡担保権者に対して譲渡担保権の放棄を請求できる。この場合において、設定者は、債権者のために目的不動産に抵当権を設定したものとみなす。
- ③ 前項の場合において、債権者の所有権移転登記の抹消登記手続の債務と設定者の抵当権設定登記手続の債務とは同時履行の関係に立つ。
- ④ 債権者が目的不動産につき抵当権設定登記を備えたときは、債権者は抵当権の実行としての担保不動産競売を申し立てたものとみなす。

設定者の譲渡担保権者に対する譲渡担保権の放棄の請求権は、形成権とする。

10 む す び

以上、最近の不動産譲渡担保に関する判例法理に違和感を覚える立場から、これまでの解釈論から一步踏み出した不動産譲渡担保法の立法私案を試みてみた。十分練られた構想とは言えないが、ご教示を賜ることができれば幸いである。さらなる研究を積み重ねてみたいと思う。