

譲渡担保法と法的構成

——信託法理の応用可能性を求めて——

小賀野晶一

1. 序

本稿は、譲渡担保法における法的構成の意義を考察するとともに、譲渡担保の立法論及び解釈論における信託法理の応用可能性について言及したい。

譲渡担保という担保方法は、実務の要請を受けて、民法及び特別法の下で抵当権設定が認められない動産（とくに営業用動産）、あるいは不動産について、所有権移転の法形式を用いることにより、抵当型金融を可能にした。しかし、この担保方法は実定法上の根拠をもたないうえに、所有権移転の法形式をとるため、いくつかの問題をもたらした。そのうち、譲渡担保の有効性の問題と暴利性の問題とが制度の展開をみるためには重要である。これらの問題を克服することにより、譲渡担保は判例法上担保制度として確立するのである。⁽¹⁾

(1) 有効性の問題

第1は物権法定主義との関係である。譲渡担保は、新たな担保物権として民法の物権法定主義（175条）に抵触するのではないかが問題となった。

第2は信託法との関係である。譲渡担保が担保目的を超過する所有権移転という法的手段をとるため、譲渡担保の法的関係は信託的關係にあると捉えることができる。そこから、信託法との関係が問題となり、譲渡担保は信託法9条に反して無効かどうかという議論が生じた。

第3に、譲渡担保が虚偽表示（民法94条）あるいは脱法行為（民法349条等に関連して）として無効かどうか問題となった。

以上の問題は、譲渡担保が法的に有効か無効かという問題であり、民法及び

信託法に係わっている。のちに述べる「信託的譲渡説」は、ここでの議論から生まれた考え方である、とみることができる。

(2) 暴利性の問題

譲渡担保の有効性が判例及び学説によって承認されると、今度は、所有権移転方式から生ずる暴利性が問題となった。ここでの議論は、譲渡担保の第Ⅱ期を画するものということができる。当初は所有権移転を重視し、それに基づいて問題が解決された。「信託的譲渡説」はこの場合の理論的支柱となった。しかし、徐々に権利移転の法形式にとらわれなくて、設定者を保護するようになった。清算ルールの確立と受戻権の保護である。譲渡担保に関する判例及び学説の展開をみると、設定者を保護することにより譲渡担保を合理的な内容の制度として構築してきた、ということができる。

(3) 譲渡担保の担保権化と担保的構成の意義

譲渡担保が合理的な法的効力を有する制度として構築されてきた過程を捉えて、譲渡担保の「担保権化」とよんでいる。「担保権化」は、法的構成の変遷という観点からみると、「所有権的構成から担保（権）的構成へ」の過程である。

担保権化は、判例及び学説の双方が推進したが、その場合に、判例と学説では関心とするところが異なる部分があることに気づく。判例は、譲渡担保の法的効力の面で担保権化を推進した。これに対して、学説は、かかる判例の結論を承認し、積極的にその法的構成に努めてきたのである。法的構成の場面では、判例は、所有権が第三者との関係でのみ移転するという「外部移転型」と、当事者間の内部でも移転するという「内外部共移転型」との区別をしたが、その区別と譲渡担保の効力とがつねに結びついていたわけではなかった。判例は、法的構成にそれほどとらわれず、かつ法的構成の構築に努めなかったといえる。高木多喜男教授は、「譲渡担保の法的構成は学説にまかされたものである」とまで述べられている。⁽²⁾

他方、学説が構築した法的構成の意義についてみると、学説は、担保的構成を行うことにより判例の結論を承認し、合理的な内容をもつ制度にまで創り上げてきた、ということができる。この点は今日の学説が一致して評価している点である。担保的構成は、裁判所が下した合理的結論を論理的に導くための理論構成であるとともに、譲渡担保の将来の望ましい姿を想定し、それを実現するための理論構成でもある。後者について、たとえば、米倉明教授の抵当権説は、譲渡担保を抵当権として捉えることが譲渡担保法の構想において望ましい、という価値判断に基づいていると考えることができる。

担保的構成をとる学説の多くは、所有権的構成とくに「信託的譲渡説」を批判する。その場合に、「信託的譲渡説」の内容として捉えられているのは、目的物の所有権は完全に担保権者に移転するが、担保権者は取得した所有権を担保目的以外に利用してはならない債務を負担する、というものである。「所有権移転プラス債権的拘束」というかたちでまとめられている。この内容から導かれた結論は、担保権者の丸どりに典型的に示されるように、明らかに設定者に不利益なものであった。したがって、かかる内容の「信託的譲渡説」は克服されなければならなかったわけである。しかし、このことからただちに所有権的構成をすべて否定してよいかは、さらに検討されなければならない問題である。

つぎに、担保的構成を行う学説は、譲渡担保の実質は担保だからそれに即した構成を考えるべきである、と主張する。ただし、「実質が担保だ」ということの意味については、抵当権説が抵当権を念頭においているのを除いては、それほど明確にされていない。担保の捉え方いかんによっては、所有権的構成であっても担保の実質に反しない、とさえいうことができそうである。

(4) 譲渡担保と信託法理

譲渡担保制度の展開と信託法理とのかかわりについての問題は、四宮和夫教授『総合判例研究叢書民法(17)』(有斐閣)の基本テーマであった。「はしがき」の叙述を引用しよう。

「法律に明文の規定がないためか、譲渡担保に関する判例法はきわめて混乱しており、従来その中核をなすものと考えられてきた連合部判決の理論も、かなりの動揺を示している。将来の判例法を予見するためにも、この混乱した現状を整理するためにも、未来への展望がぜひとも必要であり、そして、未来への展望をもつには、判例を歴史的・発展的に把握しなければならない。そこで、本稿では、わたくしがかつて明らかにした《信託行為》の理論をできるだけ利用した（しかし、同時に、本稿はこの理論をわが国の譲渡担保判例法について実証しようとする試みでもあるが）。

本稿は、はじめ我妻先生との共著のつもりで執筆したものである。そういう事情のために、それに、先生が「判例売渡抵当法」で示された判例の理解は《信託行為》の理解を的確に把握されたものであり、しかもそこに示された指針はその後現実にわが国の判例に少なからぬ影響を与えてきたと考えられるところから、先生のこの論文は最大限に利用させていただいた。」

「担保権化」の過程において「信託的譲渡説」が批判され克服されるに伴い、信託法理も譲渡担保の議論において重要性を失ったかにみえる。しかし、信託法理が譲渡担保の基本的性質であることに変わりはない。譲渡担保法を構想する場合に、信託法理との関係は避けることのできない問題ではなかろうか。

以上のような問題を考えるためには、現在、実際の紛争解決の場面で法的構成がどのような意味をもっているかを明らかにすることが有用であろう。⁽³⁾

- (1) 譲渡担保の展開に関する体系的判例研究として、四宮和夫『譲渡担保』総合判例研究叢書（有斐閣，昭和37年），槇悌次『譲渡担保の意義と設定』，同『譲渡担保の効力』民法総合判例研究（一粒社，昭和51年）がある。
- (2) 高木多喜男『担保物権法』（有斐閣，昭和59年）317～318頁。
- (3) 譲渡担保についての法的構成の将来の方向を考察した論文として、高島平蔵「譲渡担保の担保的構成をめぐる諸問題」ジュリスト802号33頁（昭和58年）がある。

2. 判例の検討

ここでは、譲渡担保の基本的内容に係わる最近の判例をとりあげた。清算、受戻権、譲渡担保権者の処分、第三者異議の訴、不法占有者に関するものである。以下、当事者がどの点を争っているのか、それに対する裁判所の判断は何か、とくに紛争解決にあたりどのような利益をどのような手法で保護しているかについて検討したい。

(1) 清 算

① 土地所有権移転登記抹消請求事件（東京高裁昭和 58 年 7 月 28 日判決・判時 1090号125頁）控訴棄却、附帯控訴認容（確定）

X（設定者、被控訴人）はY（譲渡担保権者、控訴人）から計8010万円を借受け（弁済期は昭和47年11月20日、48年1月18日、同17日）、譲渡担保としてX所有の土地の所有権をYに譲渡した。Xが期限に債務を弁済しなかったため、Yは48年1月19日から2月1日の間に同不動産を訴外Aに計1億600万円で売却した。これに対しXは、次のように主張した。

「本件各土地は譲渡担保に供されていたものであるから、YはXに対しそれぞれの売却時点における本件各土地の価額と各被担保債権額との差額を清算金として返還すべき義務がある。本件譲渡担保は、当事者間に特段の約定のない以上いわゆる帰属清算型と解されるから、同清算にあたっての本件土地の価額は適正評価額によるべきである。

仮に本件譲渡担保がいわゆる処分清算型であるとしても、清算にあたっての本件各土地の価額は、帰属清算型の場合との権衡、不当に安価に売却される危険性等を考えると、現実の処分価額をそのまま基準とすべきではなく、相当な価額をもって基準とすべきである。相当な価額とは前記適正評価額と同一金額に帰するものと解すべきである。」

（i）流担保特約のある契約に変更する旨の和解契約と清算義務の要否

設定者は、譲渡担保権者は清算義務があると主張し、譲渡担保権者は、当事者間で流担保特約のある契約に変更する旨の和解契約が成立しているので清算金の返還義務はないと主張した。

本判決は、和解の相互契約書の締結過程を詳細に検討して、当事者の意思を

推測し次のように判示した。

〔判 旨〕

「譲渡担保契約においては、担保物件の価格が少額であるとか、担保物件の価格が客観的に評価されて明確になっており、しかもそれが被担保債権額に比して著しい差異がないなどの特段の事情のある場合には、あらかじめ、清算を必要としない旨の特約をすることができるが、そうでない限り、譲渡担保権が実行されたときは、常に担保物件の正当に評価された価格と被担保債権額との間に生じた過不足分の清算をすることを当然の前提として合意しているものとみるのが、当事者間の合理的意思に合致し、契約の本旨に沿うものというべきである。したがって、譲渡担保契約の当事者が、あらかじめ清算を必要としない旨の特約をした場合であっても、その趣旨は右特段の事情のあるときには清算をしないものとするにとどまるものと解するのが相当である。」

(ii) 清算義務の内容

設定者は、本件譲渡担保は帰属清算型であり、本件土地の価格は適正評価額によって行うべきであると主張し、譲渡担保権者は、処分清算型であり、売却価格は適正な取引価格であると主張した。

本判決は、控訴人と被控訴人との間に、控訴人が担保権の実行にあたり土地を売却処分できる旨の合意が成立し、本件譲渡担保契約は処分清算型になったとして、清算義務の内容を次のように判示した。

〔判 旨〕

「処分清算型の譲渡担保契約においては、担保権者は担保物件を相当の価格で第三者に売却処分し、その売却代金額から右処分時における被担保債権額及び売却に要した費用に充当し、なお剰余額があるときは、これを清算金として設定者に返還する義務があり、またこれをもって足りると解される。しかしながら、これは担保権者が目的物件の売却に当って、適正価格またはこれと著しく差異のない価額で売却した場合に限られるのであって、もし不当に低い価額で売却した場合には、現実に売却された価額をもって清算をするのは相当ではないから、このような場合には、右処分時における目的物件の適正な価額によ

り売却されたものとして右清算額を定めるべきである。」

〔コメント〕

本判決は、第1に、譲渡担保は原則として清算を要するとし、例外的に清算不要の場合もありうるとした。譲渡担保を一義的固定的に捉えていないことがわかる。第2に、処分清算型の譲渡担保につき、目的物が不当に安い価額で売却された場合には、現実の売却価額で清算するのは相当でないとした。ここには公平の理念と相当性の判断とが作用している。

土地の処分清算における処分価格と適正価格との関係について、東京地判昭50.5.26（判時799号66頁）は、土地が形状、地域性等からみて処分しやすいかどうか、土地取引が活発であるかどうか等の諸事情が強く影響するので、「適正」かどうかの判断にあたっては、取引価額として相当とされる額のみ拘泥せず、①物件売却のために許容される期間の長短、②物件の潜在的買手の多寡、③処分時における不動産取引の状況等の諸般の事情を考慮する必要があるとした。問題解決の目安として参考になる。

また、大阪地判昭56.2.24（判タ451号103頁）は、譲渡担保権者による清算義務の履行の内容として、当然に、目的不動産を適正価格で処分すべき契約上の義務を負うことを述べるとともに、処分清算方法が定められた譲渡担保契約における適正な処分清算方法の一例を示している。適正とされた理由は、次の点にある。

第1に、譲渡担保権者は、処分価格の基準とされた鑑定価格（坪当り12万3500円）を超える坪当り12万5510円で売却したこと。

第2に、譲渡担保権者は本件土地の売却に際し、設定者と協議しその同意を与えていること。

第3に、売却当時、その価格以上で本件土地を買い受ける買主を容易にみつけることができなかったこと。

第4に、設定者は、本訴提起に至るまで、その処分価格が不当に低いとして清算金等の請求をすることができなかったこと。

第5に、処分価格の基準とされた鑑定価格は競売裁判所が選定した鑑定人に

よって鑑定されたものであり、競売手続ではこれを重要資料として最低競売価格が決定されたこと。

以上のように、処分清算の「適正」の評価は、複数の要素が総合的に鑑案され判定されている。

② 所有権確認等請求事件（名古屋高裁昭和53年2月16日判決・判時906号58頁）

取消（上告）

X（控訴人）は、再売買予約の特約を付して本件土地の所有権をY（被控訴人）に移転し、所有権移転登記をした。その後、Xは、本件契約は暴利行為であり無効である、仮にそうでないとしても、契約時の本件土地価格と弁済期までの元利金額とは合理的均衡を失っており、売買契約の形式をとっていてもその実質は清算型譲渡担保の性質を有するものであり、Yの清算実行前に元利金全額を弁済供託したと主張して、本件土地の所有権確認及び同所有権移転登記抹消登記手続を請求した。

これに対しYは、本件契約は通常の売買契約である、再売買予約が存在したXは期間内に代金の提供をして予約完結権を行使しなかったし、さらに同予約完結権を訴外Aに譲渡したので、本件土地所有権はYに帰属した、仮に譲渡担保であるとしても内外部共移転型であり、設定者の履行遅滞により土地所有権はYに帰属した、と主張した。

（i）譲渡担保の認定

X（設定者）は、本契約は暴利行為にあたり無効である、仮に無効でないにしても清算型譲渡担保であると主張し、Y（譲渡担保権者）は、本契約は通常の再売買予約付の売買契約である、仮に譲渡担保であるとしても内外部共移転型であると主張した。

本判決は、本件契約を売買形式のもとに土地所有権を移転したいわゆる清算型譲渡担保契約であると認定した。その理由としてあげられているのは、①本件契約を締結するに至った設定者側の事情、②譲渡担保権者が本件契約を締結した頃多額の貸付金債権を他に対し有していたこと、③設定者が譲渡担保権者から交付を受けた金銭を譲渡担保権者は貸付金として会計帳簿上処理し、しか

も本件土地の譲渡担保によるものとして処理していること、などである。

(ii) 清算の要否については次のように判示した。

〔判 旨〕

「譲渡担保の担保的機能ならびに担保権設定の趣旨からすれば、外部的にのみ移転する型が担保の目的を達成するに必要なして十分なものであるから、清算不要の特約があり、かつその特約が利息制限法や民法90条に照らしてもなお有効であると認められる等の特別の事情がない限り、常に清算を要すべきものというべきである。」

〔コメント〕

被告の主張や判旨に、譲渡担保の法的構成について言及する部分があるが、法的構成は結論を導くについてそれほど機能していないことがわかる。むしろ実質的理由が考慮されたのである。

判旨はまた、譲渡担保について、その担保的機能および担保権設定の趣旨を重視し、原則として清算を要するとしたが、一定の要件のもとに例外も認めた。すなわち、清算不要特約があり、かつその特約が利息制限法や民法90条に照らして有効と認められる場合には、清算を要しないとした。ここでも、譲渡担保の内容を弾力的に捉えようとしていることがわかる。

③ 土地所有権移転登記抹消登記等参加請求事件（東京地裁昭和56年4月16日判決・判時1014号82頁）一部認容、一部棄却（控訴）

本件は帰属清算型譲渡担保の清算評価の基準を争点にする。また、その前提として、本件契約がそもそも譲渡担保かどうか問題となった。

(i) 譲渡担保の認定

Xは、本件土地所有権のYへの譲渡はYから借り受けた2500万円の債務を担保するため譲渡担保としてなされたものであると主張した。これに対しYは、代金2500万円、買戻期間90日、買戻代金2700万円と定めて買い受けたものであり、金銭消費貸借契約をしたものでも、その担保として譲り受けたものではないと主張した（XはZに債権を譲渡し訴訟から脱退、Zが訴訟参加）。

本判決は、第1に、本件契約は外形上は買戻特約付売買契約であるが実質は

譲渡担保契約であると認定した。その理由としては、①Xが本件契約を締結した動機、②本件土地の本件契約時の時価と本件契約によって交付を受けた金額との間に相当の差があること、③本件契約以前においても本件土地を担保としてYから金員を借り受けていること、があげられている。Yの主張に対しては、次のように判示した。

〔判 旨〕

「本件契約を証する書面として作成されたものと認められる甲第8号証には、特約条項として買戻期間経過後は、買戻契約が当然解除となり、原告の買戻権は消滅する旨の記載が認められる。しかし右記載は、特約に基づく買戻権が消滅することを定めたに過ぎず、これにより当然に清算金の支払義務をも残さない趣旨の合意と理解することはできない。」

(ii) 目的不動産を売却した場合の清算評価の時期

Xは、現実に売却された時点（昭和48年6月21日）を基準にすべきであると主張したが（売却額1億8600万余円）、Yは、当事者間では清算義務を一切残さない趣旨の合意が成立した、そうでないとしても、本件契約は帰属清算型譲渡担保であり、期間満了時（昭和45年10月11日）に確定的に所有権は自分に移転したから、その時点清算評価の基準時とすべきであると主張した（評価額3491万余円）。

〔判 旨〕

「帰属清算の方法により清算すべきであるといっても、それは、担保権実行の方法において担保権実行の条件が整った時点において、債権者が目的不動産を処分する権能を取得し、これに基づいて当該不動産を債権者の所有に帰属させたうえで正当に評価された物件の価格に基づいて清算させるのを原則とし、また清算すべき時期について、必ずしも現実の処分をまたず、担保提供者においてその履行を請求しうるというに止まり、清算に当たって物件の評価をなすべき基準時は現実に担保権が実行されたとみられるべき時点すなわち、清算がなされる以前に現実に処分された場合はその時、そうでない場合は現実に清算がなされた時点と解すべきである。」

〔コメント〕

本判決は、清算評価の基準時の問題を考えるにあたり、それと期間満了時の所有権移転時期の問題とを結びつけなかった点に意義がある。すなわち、買戻期間満了時に確定的に所有権が移転するからその時点が清算評価の基準であるとは考えず、現実には清算がなされた時点を基準とした。法的構成とはきりはないとして当事者間の公平が求められたのである。

(2) 受戻権

① 建物収去土地明渡等請求事件（東京高裁昭和55年1月23日判決・判時960号43頁）一部変更（上告）

X（被控訴人）はY（控訴人）から返済期限の定めなく180万円を借り受け、同時に、その所有する本件土地を担保のため譲渡した。Yは本件土地に住宅を建て使用占有していた。5年以上経過ののち、Xは借入金の元利合計相当額を弁済供託し、譲渡担保は消滅したとして、Yに対し建物収去土地明渡等を請求した。

控訴審におけるY（控訴人）の新たな主張は次の通りである。仮にX主張の譲渡担保契約の成立が認められるとしても、XはYに対し同契約成立後5年の間に被担保債務たる本件借入金債務の支払について何らの意思表示もしなかった。よって、民法580条3項の類推適用によりXはYから本件土地の受戻ができなくなった。このことは、仮登記担保契約に関する法律11条但書前段の法意からみても明らかである。

これに対するX（被控訴人）の新たな主張は次の通りである。本件のような期限の定のない債権を担保するための譲渡担保に本来立法趣旨の異なる買戻に関する買戻期限の規定を類推適用することはできない。また、本件譲渡担保は仮登記担保でないし、仮登記担保法とも関係がない。

本件では、設定者の受戻権が消滅したかどうかの判定につき、買戻の規定（民法580条3項）あるいは仮登記担保法11条但書前段を類推適用すべきか否かが争点となった。

本判決は、①本件譲渡担保と買戻とは異なること、②仮登記担保法11条但書前段の規定は債務者の債務不履行を前提としていることを理由に、これらの規定の類推適用を否定した。

〔判 旨〕

「本件金 180 万円の借受金債務が返還の時期を定めないものであることは前記認定のとおりであり、本件において右債務につき被控訴人が履行遅滞に陥ったことについての主張、立証はなく、被控訴人が何時でも右借受金の返済をして、前記譲渡担保権を消滅させることができることは明らかであって、本件譲渡担保と異なる買戻に関する買戻期間の制限に関する規定を本件譲渡担保に類推適用することはできない。また、仮登記担保契約に関する法律第11条但書前段の規定は債務者の債務不履行を前提とする清算期間の経過の時を基準として担保物の受戻期間を制限するものであり、この規定の法意を、被控訴人に債務不履行があると認められない本件に援用することも適切を欠き、結局控訴人の右主張は採用できない。」

〔コメント〕

本判決は、受戻権に関連して、民法の買戻の規定あるいは仮登記担保法の規定を譲渡担保に類推適用すべきかどうかの問題について判断した。譲渡担保の内容を考慮したうえ、既存の法規定を安易に類推しなかった点に意義がある。

② 所有権移転登記手続請求事件（最高裁昭和57年1月22日判決・民集36巻1号92頁）破棄

上告人らの先代Aは、昭和28年3月9日、被上告人から10万円を借り受け、その所有する本件土地を譲渡担保として提供し、売買を原因とする所有権移転登記をした。同債務の弁済期は遅くとも29年12月末に到来した。その後、Aは、47年6月20日と51年3月8日に元金及び残債務を弁済した。上告人らは、本件債務はAの弁済により消滅したので、Aにおいて本件土地所有権を回復したか、又は被上告人に対する本件土地所有権の返還請求権を取得したところ、上告人らはAの死亡によりこれを承継したとして、被上告人に対し、本件土地の所有権移転登記手続を請求した。

本件は、受戻権が時効によって消滅するかどうかを争点とする。原审は、受戻権はいわゆる形成権と解されるので、民法 167 条 2 項により 20 年間これを行使しないときは時効により消滅すると解した。実質的理由として、①債務者が債務不履行の状態にあること、②取引の安全を保護すべきであること、も指摘している。

これに対して、上告人らは、受戻権の根拠を復帰した所有権に基づく請求と解しようが、弁済によって返還請求権が生ずると解しようが、弁済をしなければ受戻権は発生しないこと、本件ではまだ受戻権は発生していないのだから時効消滅していないと主張した。

〔判 旨〕

「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、この権能に基づいて、当該不動産を適正に評価された価額で自己の所有に帰せしめること、又は相当の価額で第三者に売却等を行うことによって、これを換価処分し、その評価額又は売却代金等をもって自己の債権の弁済に充てることができるが、他方、債務者は、債務の弁済期の到来後も、債権者による換価処分が完結するに至るまでは、債務を弁済して目的物を取り戻すことができる、と解するのが相当である。そうすると、債務者によるいわゆる受戻の請求は、債務の弁済により債務者の回復した所有権に基づく物権的返還請求権ないし契約に基づく債権的返還請求権、又はこれに由来する抹消ないし移転登記請求権の行使として行われるものというべきであるから、債務の弁済と右弁済に伴う目的不動産の返還請求権とを合体して、これを一個の形成権たる受戻権であるとの法律構成をする余地はなく、したがってこれに民法 167 条 2 項の規定を適用することは許されないといわなければならない。」

〔コメント〕

本判決は、受戻権がどのような法的根拠に基づくか、どのような場合に時効消滅するかを問題にした。結論は譲渡担保の内容から導かれたものである。譲渡担保の法的構成とは直接係わりのない議論であった点に注目すべきである。

(3) 譲渡担保権者の処分

① 家屋明渡請求事件（東京地裁昭和58年7月19日判決・判時1104号103頁）

認容（確定）

Yは所有していた家屋を訴外Aに譲渡した。Aは本件建物に抵当権を設定したところ、抵当権が実行され、競落人Xが所有権を取得した。Yが本件建物の一部を占有するので、Xは所有権に基づき本件建物部分の明渡を請求した。

Yは、Aに対する本件建物の譲渡は譲渡担保契約に基づいてなされたものであり、その契約締結に際し設定した賃借権に基づいて占有していると主張した。

本判決は、譲渡担保における設定者の目的物の占有（利用）権限は賃貸借契約等であるが、目的物の利用関係は、譲渡担保契約の存続するかぎりにおいて認められるとした。

〔判 旨〕

「譲渡担保契約の締結に際し、目的物の占有（利用）を設定者の許に留める型のそれにあつては、その利用関係を担保権者に対して正当化ならしめるため、賃貸借契約等が併せて締結されるのが通例であるが、右の目的物の利用関係は、その本質から、譲渡担保契約関係が存続する限りにおいて成立することを予定されているものであつて、設定者が目的物を受け戻した後にも、反対に、担保権者が担保権を実行した後にも、右の利用関係は終了する運命にある。そして、後者において、担保権者が仮に設定者との定め反して担保権を実行したときも、そのことが担保権者の債務不履行責任を生ずることは格別、右の利用関係は終了するのであつて、その実行により目的物を取得した第三者に対して、設定者が担保権者との間で定められた目的物の利用関係を主張することは許されないと解さなければならない。」

〔コメント〕

本判決は、譲渡担保に供された建物につき設定者のために設定された賃借権は、その後の所有権取得者に対抗できないとした。すなわち、賃借権は譲渡担保の存続することを根拠としており、実行によりその根拠がなくなるとした。

実質的には第三者である競落人の利益が重視された。

② 所有権移転登記抹消登記手続請求事件（最高裁昭和57年4月23日判決・金法1007号43頁） 上告棄却

本件の事実は不明であるが、担保権者が目的物を第三者に譲渡した場合に、設定者は目的物を受け戻しうるかが争点となったようである。

〔判 旨〕

「譲渡担保権者は、債務者が弁済期に債務を弁済しない場合においては、目的不動産を換価処分し、またはこれを適正に評価された右不動産の価額から、自己の債権額を差し引き、なお残額があるときは、これを清算金として債務者に支払うことを要するものと解すべきであるから、債務者は右債権について清算がなされるまではこれを弁済して目的不動産を取り戻すことができるが、債権者が譲渡担保により目的不動産の所有権を取得したとして、右不動産の所有権を第三者に譲渡して所有権移転登記がされたときは、右清算がなされていない場合であっても、右不動産の所有権が譲渡担保権者を経て第三者に移転するものと解するのが相当である。」

〔コメント〕

本件のような事例は、「担保権化」の最終段階におけるもっとも解決の困難な問題の1つである。この場合、設定者の利益と第三者の利益のどちらを保護すべきかが重要なポイントになるが、判例は登記を経由した第三者の利益を保護した。登記法の趣旨が重視されたのである。どちらを保護すべきかは、実質的な利益衡量的問題であり、判例の結論を単に所有権的構成の帰結であるとして批判するのは妥当でないと思われる。この問題には、背信的悪意者の理論や信託法31条但書の類推適用論を適用しうる可能性もある。

③ 土地所有権確認等請求事件（東京高裁昭和55年7月10日判決・判時975号39頁） 上告棄却

本件農地は昭和34年に譲渡担保の目的とされていたが、10年後、清算未了の間に、上告人A（譲渡担保権者）から上告人Bに譲渡された場合に、設定者の受戻権は消滅するかが本件では問題となった。

〔判 旨〕

「譲渡担保においては譲渡担保権者が目的物を善意の第三者に譲渡し、適法な公示手段がとられた場合には、債務者の受戻権は消滅するものと解される。……しかし、本件各土地の現況は昭和34年以降農地であり、原審判示のように譲渡担保についても農地法所定の許可を経なければ所有権移転の効果を生じないから、未許可であること争わない本件譲渡担保において譲渡担保権者が取得するのは、上告人らが仮定的に主張しているように、いわば債権的な所有権移転請求権に過ぎないから、この譲渡によって取得するのも右請求権に過ぎない。

ところで本来、右のような権利の取得、譲渡の適法な公示手段は、目的物が不動産である場合には、不動産登記法上の仮登記及び同附記登記であるが、本件においてはこの点についての主張、立証はなく、かえって上告人らがそれぞれ、実体に符合しないというべき、所有権移転登記を受けていることが明らかであるから、前記上告人Aから上告人Bへの権利譲渡については適法な公示手段はとられておらず、従って右権利譲渡によっては被上告人の受戻権は消滅していないといわざるをえない。」

〔コメント〕

本判決は、譲渡担保の目的物が農地である場合につき、その譲渡と受戻権との関係について判断した。すなわち、農地法所定の許可を経していない譲渡担保において担保権者が取得するのは、債権的な所有権移転請求権にすぎないことを理由に、設定者の受戻権は消滅していないとした。農地の場合の特殊性が考慮された。

(4) 第三者異議の訴

- ① 第三者異議事件（最高裁昭和56年12月17日判決・判時1030号32頁民集35巻9号1328頁）上告棄却

訴外Aは、Xに対する980万余円の債務の担保として、Xのために自己所有の機械（時価約50万円）につき譲渡担保を設定し、占有改定の方法により引渡を終了した。その後、Xは自己の債務の担保として、Bのために同機械につき

譲渡担保を設定した。かかる後、Aの一般債権者YがAの所有物として同機械に強制執行したので、XはYに対し第三者異議の訴を提起した。

民事執行法施行前の事件であるが、重要な論点が含まれている。

上告人の上告理由は次の通りである。

「① 原判決は譲渡担保設定者に留保された固有の権利があると判示する。

その留保された権利の内容については原判決では、明らかではないが異議権を認めた判旨から所有権のうち担保権能を除いた部分と想定される。このように構成するとき譲渡担保権者は実質的に動産抵当権者である。抵当権は目的物を換価して優先弁済を受ける権利であるから第三者異議訴権は有しない。

担保権者に第三者異議権を認め他方設定者にも設定者留保権があるとする原判決の判旨には矛盾がある。

② 上告人は、譲渡担保は信託的譲渡であり設定者にはなんらの物権的権利も属さない、と思考する。

原判決は法令の解釈を誤っている。」

〔判 旨〕

「譲渡担保権者は、特段の事情がないかぎり、譲渡担保権者たる地位に基づいて目的物件に対し譲渡担保権設定者の一般債権者がした強制執行の排除を求めることができるものと解すべきところ、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これを取り戻し、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ものと解するのが相当である。」

〔コメント〕

本判決は、譲渡担保権者は再譲渡担保契約締結後に第三者異議の訴を提起しうるかの問題につき、上告人の主張にみられるような譲渡担保の法的構成に関する議論にとらわれることなく、譲渡担保の内容を捉えて、それに基づいて解決した。

小山昇教授は、本判例評釈のなかで次のように述べ、帰納的な分析を用いられた(判時947号184頁, 判例評論252号46頁)。

「事案ごとに具体的事情を検討し、いわゆる譲渡担保権者に設定者の一般債権者の執行を排除する利益を認めることができる場合に、譲渡担保権者を保護する手段として第三者異議の訴えによることを許すことになる。この視点から本件を分析する。つまり、所有権構成か担保権構成かということにこだわらない。」

鈴木禄弥教授は、本件を、動産譲渡担保の法的構成についての種々の対立が実質的にも意味をもつかにみえる事例として捉えられている(「最近担保法判例雑考(1)」判タ476号56頁)。

なお、本件については、譲渡担保権者により目的物の再譲渡担保が行われたという事実そのものにも、譲渡担保金融の推進という面から注目したい。

② 第三者異議事件(高松高裁昭和57年2月24日判決・判タ467号119頁) 取消

控訴人は本件物件(動産)を譲渡担保契約により訴外Aから譲り受け、占有改定の方法により引渡を受けた。その後、一般債権者である被控訴人が本件物件につき差押をしたので、控訴人は第三者異議の訴を提起した。

本件は、動産の譲渡担保権者は第三者異議の訴により強制執行を排除しうるかを争点とする。民事執行法が適用される事件に関するものである。

〔判 旨〕

「譲渡担保の被担保債権が既に確定して履行期も到来し、かつ、その債権額が物件価格よりも少額でいわゆる無清算の特約が認められない場合にその物件に対する一般債権者の執行が開始されたような場合には、その執行手続内で譲渡担保権者に配当要求を認めて優先弁済を得させる方が、譲渡担保権者が別途に第三者異議の訴えを提起して、さらに清算手続を履行しなければならないのと比較して簡便であるといえるので、以下本件譲渡担保に無清算の特約があるか否かを検討する。……

右認定事実によると、Aは、控訴人との間で本件譲渡担保契約に際し、流担保(無清算)の特約をなし、その特約に定められた買戻期間の経過により、本

件物件の所有権は確定的に控訴人に帰属するに至ったものであって、控訴人には清算金の支払義務はないというべきである。

そうすると、控訴人の本件譲渡担保には無清算の特約があるので、第三者異議の訴えを否定すべき理由はないといわなければならない。」

〔コメント〕

本判決は、譲渡担保権者に第三者異議の訴が認められるかどうかにつき、譲渡担保に無清算特約がある場合とない場合とに分けて論じた。本件の場合には前者に該当するとして第三者異議の訴を認容した。民事執行法の立法趣旨や執行実務上の利益なども検討されている。問題の解決にあたり、法的構成そのものとは別に複数の利益が考慮されなければならないことを示している。

③ 第三者異議事件（最高裁昭和58年2月24日判決・判時1078号76頁） 上告棄却
動産の譲渡担保権者Xは、本件動産に対して一般債権者Yが強制執行したので、第三者異議の訴を提起した。

民事執行法が適用される事件に関するものである。

原審は、差押物件の価額は30万円であり被担保債権額 250 万余円よりも少額であるので、第三者異議の訴により強制執行を排除できるとした。

これに対して、上告人は、被上告人が本物件を取得したのは、担保目的であり、かつ、本差押物件を含め、その物件の価格が被担保債権を相当上回っているので、優先弁済はともかく、第三者異議の訴はできないと主張した。

〔判 旨〕

「譲渡担保権者は、特段の事情がないかぎり、譲渡担保権者たる地位に基づいて目的物件に対し譲渡担保権設定者の一般債権者がした民事執行法 122 条の規定による強制執行の排除を求めることができるものと解すべきである。」

〔コメント〕

本判決は、譲渡担保権者が第三者異議の訴を提起しうる理由については明示していないが、単に「譲渡担保権者たる地位に基づいて」提起しうると述べ、法的構成にとらわれない判断をした点に意義がある。

(5) 不法占有者

① 建物収去土地明渡請求事件（最高裁昭和57年9月28日判決・判時1062号81頁）
上告棄却

Xは、競落によって土地を取得したが、Yがその土地に権原なく建物を所有し、これを占有しているため、Yに対し、所有権に基づき建物収去土地明渡を請求した。

一審ではXが勝訴したが、原審係属中に、Xが本件土地につきAとの間で譲渡担保を設定し、これを原因とする所有権移転登記をしたため、Yは、これによりXは明渡請求の基礎としている土地の所有権を喪失した旨を主張した。しかし原審（広高岡山支判56.10.6）は、譲渡担保が設定されても、設定者には、この担保権の制限内で所有権が留保されており、これに基づく物権的請求権は失われないという理由で、Yの主張をしりぞけた。Yは上告し、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だから、原判決は法解釈を誤った違法がある旨を主張した。しかし最高裁はこれを容れず、上告を棄却した。

〔判 旨〕

「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、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。」

〔コメント〕

本判決は、譲渡担保の内容を分析したうえ、譲渡担保の趣旨及び効力に鑑みて、設定者は目的物の不法占有者に対して返還請求権を行使しようとした。設定者に帰属する権利を問題にした原审の論理構成と比べると対照的である。設定者と不法占有者との利益状況が帰納的に考慮されている（本件評釈・高島平蔵（判時1079号175頁，判例評論294号13頁），拙稿（判タ505号53頁）参照）。

3. 結 語

譲渡担保の展開過程をみると、実定法に根拠がない所有権移転の法形式から生ずる問題を法理論上克服することにより、合理的な内容をもつ担保制度として構築してきた。清算ルールの確立及び受戻権の保護がその柱である。かかる過程の中で担保的構成は大きな役割を果たしてきた。

しかし、最近の判例をみると実際の紛争解決の場面では担保的構成の権利確定機能はそれほど作用していないことがわかった。⁽¹⁾各紛争場面につき、具体的な利益状況が帰納的に考察されていたのである。また、譲渡担保の内容も固定的ではなく弾力的に捉えられていた。これは、具体的紛争解決をめざす裁判の特質ともいえるが、さらに、譲渡担保が未だ立法化されておらず、その意味で生成の途上にあることも関係しているのではないと思われる。そうすると、担保的構成をとる諸説が当事者の権利を確定し、それに基づく演繹的な紛争処理を行うことは、最近の判例の方法とは調和しない部分もあると思われる。

重要なことは、担保的構成が果たしてきた意義を評価するとともに、それとはきりはなして現在及び将来において法的構成がどのような意義を果たしうるかを検討することであろう。その場合に、法的構成の有する2つの側面——当事者の権利確定の面及び譲渡担保の構想の面——を認識し、それを総合的に捉えることが必要である。とくに、今後は、後者の面についての議論が自覚的に深められなければならないであろう。

最後に、譲渡担保の法的構成に関する議論において、今日においてふたたび信託法理を問題にする実益があるかどうかを考えてみたい。

第1に、信託法理は、実質的な利益の帰属者となるべき者が誰かを直接的に問題にするため、譲渡担保のような、当事者の権利関係が未だ画定していない場合には、その紛争場面において各当事者の複数の利益を実質的に比較考量できる、ということがある。これは解釈論への応用可能性である。紛争の場に設定当事者だけでなく第三者も係わる場合には信託法理を用いることはとくに有益であろう。四宮教授の「信託法31条但書類推適用説」が注目される。

第2に、信託法理を応用することにより、既存の学説とともに譲渡担保法を構築できる可能性もある。つまり、信託法理の応用という考え方は既存の学説を否定するものではなく、それらの下においてともに協力しつつ歩んでゆくという性格をもつものである。担保法学が信託法学の成果を十分に吸収する必要がある⁽²⁾。

ここでは問題提起にとどめ、これについての詳細な検討は別の機会に譲りたい。(本稿は第9回信託法学会での報告をまとめたものである。)

(1) この点については高木教授がすでに示唆されている。高木・前掲書317～318頁。

(2) たとえば、受益者の権利を準物権的権利として説明する木下毅「受益者の準物権的権利—第三者のためにする契約と信託との関係—」信託127号7頁(昭和56年)は「信託的譲渡説」を再考する場合に参考となる論文である。

(学会当日、司会の労をおとりいただいた森泉章教授(青山学院大)、御教示を賜わった宮崎俊樹教授(日本大)、四宮和夫教授(成城大)に御礼申し上げます。)

(本稿は信託研究奨励金(社団法人信託協会)に基づく成果の一部であることを付記します。)

(秋田大学専任講師)