

判例研究

不動産譲渡担保の受戻権放棄と
清算金請求権の関係

最高裁判平成八年一月二日第二小法廷判決（平成六年（オ）第一五三二号清算金支払請求事件）民集五〇巻一〇号二七〇二頁、金融法務一四七七号四〇頁、判例時報一五九二号六一頁、金融商事判例一〇一四号三頁

鳥谷部 茂

【事実】

Aは、昭和五九年三月二八日、Yから一億八〇〇〇万円を借り受け、その担保として、自己所有の本件土地について譲渡担保権設定契約を締結し、翌二九日譲渡担保を原因とするAからYへの所有権移転登記を経由した（弁済期同年五月二五日）。

さらに、AとYは、昭和五九年四月二六日付けで本件土地につき、新たに買戻特約付売買契約を締結した（契約のみ）。

その後も、Aは本件土地を売却して弁済する予定であったが、買主を捜すことができなかつたので、同年五月二五日、六月二二日、七月二〇日、八月一七日、九月一四日にも一カ月分の利息を支払い、一億八〇〇〇万円を元金とする準消費貸借契約を締結した。

しかし、Aは、本件土地を売却できず、右貸借契約による遅滞したまま、昭和五九年九月二七日自殺した。

Aの相続財産管理法人であるXは、平成元年七月五日、Yが清算金の支払をせず、清算金がない旨の通知もしない間に、Yに対し、本件土地の受戻権を放棄する旨の通知をして、清算金の支払を請求した。

Yは、Aの死後、遅くとも昭和六一年一〇月から平成三年一月までの間、本件土地を使用して駐車場を経営し、右受戻権放棄の通知までの間に一三二〇万円の収益を得ている。そこで、Xは、Yの得た右収益は不当利得に当たるとして、第一審の口頭弁論期日（平成三年二月三日）において、これを自働債権とし、右貸借債務と対当額で相殺する旨の意思表示をした。

第一審（大阪地判平成四・三・三〇）及び原審（大阪高判平成六・三・二七）は、債権者が目的不動産を適正に評価したうえで、清算金を支払・提供したとき、差額がない旨を通知したとき、又は第三者に売却したときは、債務者は、受戻権ひいては目的不動産の所有権を終局的に失い、同時に被担保債権消滅の効果が発生するとともに、右時点を基準時として、清算金の有無及びその額が確定される（最判昭六二・二・二二民集四一巻二号六七頁）ところ、譲渡担保権設定者は、債務の履行遅滞に陥った後は、受戻権行使の利益を自ら放棄して清算金の支払を請求することができる、放棄による受戻権ひいては目的不動産の所有権を終局的に失い、同時に被担保債権消滅の効果が発生し、

債務者が清算請求をした時点を基準時として、清算金の有無及びその額を確定すべきであるとしたうえで、本件土地の評価額（Yは一億三四二五万円で被担保債権を下回ると主張したのに対し、第一審は三億二七二六万余円であると認定した）から右相殺後の貸金残額を控除した範囲でXの清算金支払請求を認容した（認容額八九四六万四三〇円）。

Yから上告。上告理由として、①譲渡担保目的物の受戻請求権は債務者が被担保債務を完済することによりはじめて発生する権利であるから、譲渡担保設定者が被担保債務を弁済しない以上、受戻権を放棄するということはありえないこと、②従来判例は譲渡担保権の実行に着手した場合にのみ受戻権を放棄して清算金を請求することを認めてきたものであることなどから、従来最高裁判決を逸脱し法解釈並びに法適用共に違法であると主張した。

【判旨】原判決破棄、第一審判決取消

「譲渡担保権設定者は、譲渡担保権者が清算金の支払又は提供をせず、清算金がない旨の通知もしない間に譲渡担保の目的物の受戻権を放棄しても、譲渡担保権者に対して清算金の支払を請求することはできないものと解すべきである。ただし、譲渡担保権設定者の清算金支払請求権は、譲渡担保権者が譲渡担保権の実行として目的物を自己に帰属させ又は換価処分する場合において、その価額から被担保債権額を控除した残額の支払

を請求する権利であり、他方、譲渡担保権設定者の受戻権は、譲渡担保権者において譲渡担保権の実行を完結するまでの間に、弁済等によって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つて、両者はその発生原因を異にする別個の権利であるから、譲渡担保権設定者において受戻権を放棄したとしても、その効果は受戻権が放棄されたという状況を現出するにとどまり、右受戻権の放棄により譲渡担保権設定者が清算金支払請求権を取得することとなると解することはできないからである。また、このように解さないこと、譲渡担保権設定者が、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の実行の時期を自ら決定する自由を制約し得ることとなり、相当でないことは明らかである。」

【研究】

一 本判決の意義と問題

本判決は、譲渡担保権者が清算金の支払や通知等の実行をしていないのに、譲渡担保設定者からその受戻権を放棄して、譲渡担保権者に清算金の支払を請求することができないとした。その理由として、清算金請求権は譲渡担保権者による実行としての帰属清算や処分清算の場合に限り発生するものであり、これに対して、受戻権は実行完了まで弁済等によって所有権を回復する権利であり、両者は発生原因を異にする別個の権利であるとす。本判決は、受戻権の放棄と清算金請求権の関係を判

示した最初の最高裁判決である⁽¹⁾。

本件事案の問題としては、以下のようなものがある。第一に、不動産の譲渡担保をどのように認定すべきか。その場合、不動産譲渡担保と買戻特約付売買契約との関係はどうなるのか。第二に、受戻権はどのような性質の権利か、その受戻権は放棄することができるのか。第三に、受戻権の消滅と清算金請求権の発生・行使はどのような関係にあるのか。第四に、債権者による実行の時期を制約することは不当か、すなわち、債権者が実行を開始しなければ、不確定な権利状態が継続することになるが妥当かなどである。

以下では、これらの問題について、当事者の「実体的権利」は両当事者の物権的合意を基礎とするものであり、不動産譲渡担保の諸効力は、法律に特別の規定がないかぎり、この両当事者の「実体的権利」から導かれるものであるとの視点から、順次検討する。

二 帰属清算型不動産譲渡担保の認定

本件事案では、昭和五九年三月二八日に不動産譲渡担保設定契約が締結され、昭和五九年四月二六日付けで新たに買戻特約付売買契約が結ばれている。この両契約の関係が問題となる。本件第一審判決は、昭和五九年四月二六日付けの新たな買戻特約付売買契約を「本件契約」と呼び、この新たな買戻特約付売買契約も前と同じ趣旨の譲渡担保であると認定している。

これに対して、本件最高裁は、昭和五九年三月二八日の譲渡担保設定契約のみを検討の対象としており、昭和五九年四月二六日付けの買戻特約付売買契約にはまったく言及していない。

1 不動産譲渡担保の認定

第一審は、本件契約の形式は買戻特約付売買契約であるが、実質的には本件貸金を担保するための譲渡担保権設定契約であると認めるのが相当であるとした。

第一審判決について、学説には、買戻特約付売買契約の形式をとつても、その実質が担保であるなら、これを譲渡担保として扱うべきであり、もつと簡単に、先になされた譲渡担保設定契約と同じ譲渡担保設定契約にすぎないと認定してもよかつたとの指摘がある⁽²⁾。

一般論として、当事者の契約内容が担保のための買戻特約付売買契約である場合、これと不動産譲渡担保との関係を明確にすることなく、不動産譲渡担保と認定することには問題がある。なぜなら、従来の通説・判例によると、買戻特約付売買契約では所有権移転の物権的合意が存するので所有権が右契約成立時に買主に移転し、買戻権の行使によつて所有権が売主に回復するとされてきた⁽³⁾。また、売主側の権利としても、清算金請求権や目的物の使用収益権が保障されているわけではない。したがつて、不動産譲渡担保において所有権が移転することはないとする見解では、所有権が移転する買戻特約付売買契約を所有権が移転しない担保方法として認定していることになる。また、

所有権が移転するとの見解でも、譲渡担保の場合は債務者に清算金請求権や目的物の使用収益権等が認められているので、本来の買戻又は買戻特約付売買契約からもそれらの諸権利を導きうるのかを明らかにしなければならぬ。⁽⁶⁾

当事者の契約内容が担保のための買戻特約付売買契約であるならば、この契約の効力も担保のための買戻特約付売買契約から導くことができるはずである。物権法における物権的効力の出発点は、法律に特段の定めがない限り、当事者の物権的合意である。したがって、所有権移転の合意がないところに移転の効力も生じない。特に注意を要することは、物権的合意の対抗力について、所有権が移転しない担保権の対抗要件として、所有権が移転した旨の公示方法では対抗要件となりえないことである。所有権移転の登記について、結果的に民法九四条二項の類推適用により第三者が保護されることがあるということがある。これと当該担保方法に對抗力(第三者効)を付与することができると對抗要件となりうるかどうかとは全く別問題だからである。⁽⁷⁾

2 帰属清算型譲渡担保の認定

本判決は、本件契約を帰属清算型の譲渡担保であると認定している。確かに従来の裁判例では、譲渡担保の実行方法を帰属清算型と処分清算型に区分するものが少なくなかった。しかし、所有権移転構成では、当事者の債務不履行の問題にはなっても、第三者に対する関係では両者の区別の意義は疑わしい。最判平

六・二・二二(民集四八巻一四頁)では、債権者が弁済期後に目的不動産を第三者に処分したときは、帰属清算型と処分清算型のいずれであるとを問わず、かつ、この第三者が背信的悪意者であっても、債務者は受戻権を失うとする。このような判例によれば、ますます両者の区分の意味は失われる。不動産譲渡担保における両者の区分が再検討されなければならない。

三 受戻権の性質と放棄の可否

受戻権の放棄の可否、受戻権の消滅と清算金請求権の関係を検討する前提として、受戻権はどのような「実体的権利」かが明らかにされなければならない。この詳細は別稿に譲る。受戻権の性質については、荒川・後注(1)論文及び判例研究が極めて簡潔・明快な整理をされているので、これを参考に必要なる範囲で紹介するにとどめる。

1 受戻権の性質

(イ) 受戻権は債務完済により回復した所有権に基づく請求権であるとする見解

この見解は、外部的移転と内外共移転を問わず、債権者の譲渡担保権は附従性を有し、債務完済によって消滅するとする。これを移転した所有権についてみると、譲渡担保設定による所有権を外部的移転の場合と内外共移転の場合に分け、債務の弁済があれば設定者は譲渡担保権者に対して目的物の返還を請求することができるが、前者では内部的所有権に基づいて目的物

の返還を請求することができ(大判大五・一一・八民録三二輯二一九三頁)、後者では弁済によって内外共に移転した所有権が復帰しこの所有権に基づいて請求することになるといふ(大判大五・八・三新聞二六一六号二頁など)。受戻権の消滅時効や本件のような受戻権の放棄については、必ずしも現在の判例がこの見解を克服しているとはいえないであろう。

(ロ) 讓渡担保における権利移転形式を尊重しつつ担保の実質を重視する見解(弁済して所有権を回復する権利)

① 弁済期の前後を問わず、実行完了までは所有権の確定的な移転も被担保債権の消滅も生ぜず、この間の受戻しは被担保債権の弁済による所有権の完全な復帰を意味するにすぎないとする説(伊藤進・ジュリスト七九二号七二頁、竹内俊雄・亜細亞法学一七卷一・二・三九頁)。

② 弁済期後、担保権の実行完了までの間、債務の全額を弁済して讓渡担保権を消滅させ、目的物の所有権を回復しうる債務者の権能を受戻権と称する説(清水誠・判例評論二八五号二四頁、最判昭和六二・二・二二民集四一巻一・二六七頁など)。

③ 受戻権は、実行着手によって担保権者に移転した所有権(被担保債権も消滅)を取り戻す権利であるが、形成権ではないとする説(平井一雄・金融商事判例六〇九号四八頁、同・ジュリスト七九八号一・二四頁、判例タイムズ五〇五号二〇頁参照)。

④ 受戻権は、設定者一方の行為によって所有権を回復する一種の形成権であるとする説(伊藤英樹・判例タイムズ四三三九号四六

頁、林錫璋・法律時報五四卷一・一六一頁、同旨、鈴木祿弥・民商法雜誌八七卷二号二四頁、名古屋高判昭和五四・一一・二三判例タイムズ四六〇号一三六頁)。

(ハ) 讓渡担保を端的に担保権として捉える見解(弁済して自己の負担を消滅させる権利)

⑤ 弁済による受戻しは、弁済期ないし実行着手の前後を問わず、被担保債権の消滅による讓渡担保権の消滅を意味するにすぎないとする説(米倉明「讓渡担保」二七頁)。

⑥ 受戻権は、担保権者の実行通知によって担保権者に移転した所有権を、債権額等を提供して取り戻す形成権であるとする説(高木多喜男「担保物権法」三三三頁、三三九頁以下)。

⑦ 仮登記担保権の場合と異なり、被担保債権の弁済による讓渡担保権の消滅を意味するにすぎないとする説(槇梯次「担保物権法」二八一頁、荒川・後注(一)論文及び判例研究)。

(二) 仮登記担保法上の受戻権の性質

受戻権という概念は、讓渡担保の外に、仮登記担保法でも用いられている。仮登記担保法の受戻権は、讓渡担保にも参考となる。

仮登記担保法では、受戻権は被担保債権の弁済による所有権の回復を意味する。すなわち、仮登記担保法二条一項では、弁済期後で清算金の見積額又は清算金がない旨の通知が到達してから二カ月(清算期間)を経過した時点で債務者から債権者への所有権移転の効力が生ずる。そして、仮登記担保法二一条では、

この移転した所有権を、債権者による清算金支払までの間、債務者が被担保債権額に相当する金銭を債権者に提供して、土地等の所有権の受戻しを請求することができる¹¹⁾と規定されている。したがって、仮登記担保法における受戻権とは、債権者に移転した所有権を債務の弁済によつて債務者に回復する権利であり、受戻権は所有権の移転を前提とする概念として使用されている。

これに対して、清算期間中又は清算期間前に債務者が被担保債権等を弁済した場合には、附従性の原則により債権者の仮登記担保権が消滅することになる。

(ホ) 受戻権の性質に関する若干の検討

不動産譲渡担保の場合、所有権非移転構成によれば受戻権という概念は不要である。それは抵当権説が指摘する通りである。所有権が移転しないのに所有権を回復することはあり得ないからである。仮登記担保法の用語法からみても、清算期間経過後に債権者に所有権が移転した後に受戻権が問題となつている(仮登記担保法一一条)。したがって、不動産譲渡担保において所有権が移転しないとす構成では、受戻権を論ずる余地はないことにならう¹²⁾。また、不動産譲渡担保において所有権の移転を認める見解でも、右(イ)見解では、附従性と物権的請求権で足り、受戻権という独立の権利を必要としない。これに対して、右(ロ)見解では、受戻権を弁済によつて所有権を回復する権利と捉える点で仮登記担保法の用語法と一致している。ただし、それらの各字説によつて所有権の移転時期が異なる。所有権の移転時

期すなわち受戻権が発生しうる時点は、①弁済期の前後を問わず発生、②弁済期後発生、③実行開始時発生、④その他、が考えられる。さらに、それらの受戻権の発生前、債務者は被担保債権全額を弁済して被担保債権を消滅させることができるか。その場合、債権者のどのような権利が消滅するのか。いずれにしても、所有権の移転時期を明確にした上で受戻権の発生根拠・時期・内容が検討されなければならない。

2 受戻権の放棄の可否

以上の受戻権の検討から、不動産譲渡担保では、所有権の移転時期に争いがあるとしても、所有権は移転することを前提として受戻権の放棄の可否をみても、前述のように、受戻権は、債務者から一方的に被担保債権等を提供し、受戻しの意思表示をすることによつて債権者に移転した所有権を回復する権利である。受戻権は、被担保債権等の弁済を必要とする点において、一方の意思表示のみにより、すなわち自己の債務の弁済にかかわりなく効力が生ずる形成権とは異なる。この点で、不動産譲渡担保の受戻権を典型的な形成権と同様に論ずることはできない。

①放棄肯定説 前述の見解によると、受戻権を形成権とする見解では、受戻権の放棄が可能ということになりそうである。この場合に、前述のような、純粹の形成権との差異は受戻権の放棄の可否に影響を及ぼすかが問題である。受戻権は、純粹の形成権であるかどうかは別に、買戻権や仮登記担保法上の

受戻権と同様に、一方的に弁済して所有権を回復する権利と捉えることができる。この受戻権が弁済と一体となった独立の権利である以上、この権利を放棄するという構成も考えられる。

②放棄否定説 これに対して、右(イ)見解及び(ハ)見解では、受戻権という権利を必要とせず、被担保債権の弁済によって債権者の権利が消滅するだけである。また、譲渡担保の実行開始後に初めて受戻権が発生するとの見解では、実行開始前は受戻権が発生することがないから、これを放棄するということが問題にならないことになる。

受戻権放棄肯定説による受戻権放棄の他に、不動産譲渡担保の受戻権は、目的物が滅失した場合、受戻権が時効消滅した場合、第三者が目的物を時効取得した場合、その他第三者の所有権取得に対抗できない場合などに消滅する。これらの原因により受戻権が消滅した場合にも清算金請求権との関係がどうなるか問題となりうる。

四 受戻権の消滅と清算金請求権の関係

1 仮登記担保法上の受戻権と清算金請求権の関係

受戻権と清算金請求権の関係については、仮登記担保法が一つの方法を提供する(荒川・後掲論文もこの点を指摘する)。すなわち、仮登記担保の実行(清算期間経過)による所有権移転後、債務者は、受戻権と清算金請求権の双方を取得する。ただし、一方が行使され実現されたときは、他方が消滅するという関係

にある。これによれば、清算金請求権の発生を受戻権の消滅の前提とする必要はないことになる。所有権を取得しても目的が担保だから被担保債権が弁済されると債権者は満足を受け目的を達成したことになる。その結果、所有権移転は原因を失い、債務者に回復する。この問題と、債権者に所有権が移転したが、債務者は被担保債権を用意することができないこと(又は受戻権を行使できないこと)が確定した場合、債権者は被担保債権に見合う額だけ回収すれば全て満足を受け目的を達成するから余剰金は返還しなければならないこととは別問題である。

2 譲渡担保における受戻権消滅と清算金請求権との関係

不動産譲渡担保における受戻権の消滅と清算金請求権の発生との関係については、見解が分かれる。

①受戻権を放棄して清算金請求ができるとする説

受戻権は放棄できるとの立場から、本件第一・二審の判決が採用した見解である。前掲最判昭六二・二・一一二では、受戻権の消滅の時点基準時として清算金の有無、その額が確定されるところとしていた。本件第一・二審判決はこの見解に従ったものであるとされている。⁽¹⁸⁾

ただし、前掲最判昭六二・二・一一二は、「受戻権の消滅の時点を基準時として清算金の有無、その額が確定される」としているのであって、受戻権の消滅の時点で清算金請求権自体が発生するとしているわけではない。すなわち、受戻権と清算金請求権は発生原因を同一にするとしていない。したがって、この判

決でも清算金確定の基準時と発生の基準時は別問題であるとす
る余地がないわけではない。

②受戻権と清算金請求権は発生原因を異にする別個の権利で
あり、債務者は受戻権の放棄をしても清算金請求権を取得しな
いとする説

本件最高裁判決は、受戻権と清算金請求権は発生原因を異に
する別個の権利であり、譲渡担保権設定者において受戻権を放
棄したとしても、その効果は受戻権が放棄されたという状況を
現出することとなり、右受戻権の放棄により譲渡担保権設定者
が清算金請求権を取得することとなると解することはできない。
このように解しないと、譲渡担保権者が有する実行の時期を決

定する自由を制約することとなり妥当でないとする。

秦光昭教授は、放棄を認めても弁済の義務は免除されないか
ら弁済すれば受戻権は復活することなどを理由に本判決の結論
を支持している¹⁹。

③受戻権と清算金請求権は発生原因を異にする別個の権利で
あり、一方が実現されるまで債務者は双方の権利を行使できる
とする説

受戻権は担保の目的で所有権を取得したことによって発生し、
清算金請求権は被担保債権額を超える余剰価値を支配すること
によって発生する。債務者は、これら発生原因を異にする双方
の権利を有しているのであり、一方の権利が行使され実現され
たときに他方の権利も消滅する関係にあると考える(私見)。

荒川教授は、目的物所有権を確定的に担保権者に帰属させる
とともに、その残余の支払を請求できる権利として捉え直した
上で、譲渡担保権の私的実行における関係者の利益状況を考慮
しつつ政策的にその成立時期を定めるべきであるとする²⁰。

3 本件最高裁判決の検討

第一に、本件最高裁判決は、受戻権の性質については前述三
(ロ) 見解に立ち、弁済して所有権を回復する権利であるとし
ながら、受戻権の放棄については、前述三(イ) 見解と同様に
受戻権を独立の権利として認めない、という矛盾を含んでいる
ように思われる。

第二に、本件最高裁判決は、受戻権の消滅と清算金請求権の
発生は発生原因を異にする別個の権利であり、受戻権の放棄に
よつて清算金請求権を取得することにはならないとする。受戻
権と清算金請求権とは発生原因を異にする別個の権利であるな
らば、それぞれの発生原因と発生した後の行使についても区分
して検討する必要がある。

この点、本件最高裁判決は、「受戻権の放棄により譲渡担保権
設定者が清算金支払請求権を取得することとなると解すること
はできない」として、両者は同一原因であることを否定するの
みで、原因が別個である場合の両者の関係を十分に明確にして
いない。確かに、具体的な清算金の支払は、被担保債権額と不
動産価格が定まつてからでないと行使できない。また、従来の
清算金請求に関する判例法理は、担保実行に際して形改されて

きたものである。しかし、清算金請求権は、実行の際にいきなり発生するのではなく、債権者が被担保債権額を超える剰余価値を支配したときから、これを原因として債務者に保障されるべき権利として発生している。さらに、担保の合意の中には、被担保債権を超過する場合につき、所有権が移転した時点で抽象的に、さらにその受戻権が消滅した時点で具体的な清算義務が発生するとの合意が含まれていると解することもできよう。原因を問題とするのであれば、ここまで踏み込んで検討することも可能ではなかったか。

第三に、本件最高裁判決は受戻権という概念を用いているが、目的不動産の所有権は、その移転時期に問題があるものの、少なくとも弁済期後は、債権者に移転しているとの構成にたつてゐることになる。債権者が所有権を取得した後は、抵当権の場合と利益状態が大きく異なる。抵当権の場合には、被担保債権を超える不動産を提供したときでも、抵当権者が把握しているのは被担保債権と利息に限定され、設定者は、その剰余価値を後順位担保権のために利用することも、担保付不動産として処分することもできる。また、換価手続、配当手続が民事執行法に規定され、剰余金がある場合にはその交付が保障されている。⁽²¹⁾

これに対して、不動産譲渡担保の場合には、債権者が目的不動産の全価値を支配しその對抗要件を有するため、債務者は剰余価値を処分したり、後順位担保権を設定することもできない。このため、抵当権のように競売が終了して剰余金の返還が保

障される場合と、担保のために所有権を取得し被担保債権額を超える目的不動産の全価値をも独占しうる譲渡担保の場合とは、その清算方法も異なつて当然であろう。

第四に、仮登記担保法は、前述のように、清算期間が経過したときに所有権が移転し、この時から受戻権の行使を認め、また、清算金請求もできるとしている。これを不動産譲渡担保と比較すれば、譲渡担保の場合も、所有権を取得した後は、仮登記担保法と同様に、被担保債権等を弁済して所有権を受け戻すか、受戻権を行使せずに被担保債権額と目的不動産の差額である清算金の支払を求めるかのいずれをも請求することができ、その一方が実現された時点で他方の請求権が消滅すると構成することができたはずである。

以上から、本件最高裁判決は、受戻権放棄と清算金請求権との関係について、従来の判例法理が実行段階での清算を問題としてきたことや類似の担保方法に準じて扱うとのアプローチに引きずられた消極的な判断を行ったものであると評価することができる。

五 実行時期の選択

本件最高裁判決は、譲渡担保設定者の受戻権放棄により清算金請求権が発生するとすれば、本来譲渡担保権者が有している譲渡担保権の実行の時期を自ら決定する自由を制約することとなり相当でない、とする。抵当権の場合、実行時期決定のイニ

シアタイプは抵当権者にある。不動産譲渡担保において、弁済期後に債権者による実行の時期を決定する自由を制約することは不当であろうか。

抵当権と不動産譲渡担保を比較した場合、次のような問題を指摘することができる。

第一に、担保目的が同じということで、同じ担保の効力が与えられるべきか。担保目的が同じでも、債権質と債権譲渡担保代理受領などの効力が異なる。担保目的が同じであれば、類似的担保方法に準じて扱うとのアプローチに問題がある。このようなアプローチによれば、担保の内容を検討することなく、抵当権の場合と同様に、譲渡担保権者に実行時期決定のイニシアティブを与えるべきことになってしまうからである。

前述のように、不動産譲渡担保の場合において、債権者が被担保債権を超えるときは、その全余剰価値を支配している点においても、債務者にとって正当な換価、配当、剰余金が保障されない点においても、抵当権と状況が異なることが留意されなければならない。

第二に、不動産譲渡担保の債権者は所有権を取得しているが、その所有権は、債務者の受戻権、使用収益権、清算金請求権等の負担が付いた所有権である。設定者は、その自ら有する清算金請求権を弁済期後で、かつ、受戻権消滅後に当事者間で行使することに何ら問題はないはずである。債務者がこれらの権利を第三者に対抗できるかは、別に検討されなければならない。

第三に、債務者による受戻権放棄後の清算金請求権を認めないならば、債権者が任意に実行を開始しない限り、事実上債務者に清算金請求権を認めないのと同様の結果となる。²²⁾

特に本件では、債務者Aの弁済期徒過及び自殺後Xによる受戻権放棄及び清算金請求時まで約五年（第一審最終口頭弁論期日までは七年半）が経過している。債権者Yには、この五年間（七年半）実行の自由が与えられてきた。これ以上のイニシアティブをYに与える必要はなく、一定の条件を付してでも清算手続への移行を認めるべきであった。

第四に、本件最高裁判決のような立場では、譲渡担保権者に抵当権者以上の地位を与えることになる。譲渡担保権者は、被担保債権額以上の価値を支配しても負担や危険を課されることなく、かつ、実行時期決定のイニシアティブまで与えられることになるからである。²³⁾

債権回収のためとはいえ、被担保債権を超える目的物の所有権を取得した以上、弁済期後は債権者は帰属清算をするか、処分清算するかの具体的な責任（負担の現実化）を負っていると解すべきである。そして、債権者が実行を開始しない場合には、債務者からも被担保債権を弁済して行う受戻権を行使するか、債務者自ら有する受戻権を放棄して（仮に放棄が効力を有しないとしても）債務者自ら有する清算金請求権を行使することができるというのが妥当であろう。²⁴⁾

不動産価格が変動している場合は、いつの時点で不動産を評

価するか問題となるが、債権者が実行を開始する場合も、債務者からの清算金請求の場合も(権利として認められることを前提として)、原則として、清算金支払の時点が妥当であると考える。

以上から、本件最高裁判決は、不動産譲渡担保の実行時期についても、抵当権との差異を十分に検討することなく、類似の担保に準じて扱うとのアプローチに即して、譲渡担保権者に抵当権者以上のイニシアティブを与えてしまったものであると評価することができる。⁽²⁵⁾

△注△

(1) 本件第一審判決に関するものとして、荒川重勝「譲渡担保設定者の「受戻権」と清算金請求権」立命館法学二二二—二二三号二九二頁、同「譲渡担保設定者の受戻権行使の利益の放棄と清算金算定の基準時」担保法の判例二四一頁、生熊長幸「譲渡担保設定者が譲渡担保権者に対し受戻権行使の利益を放棄して清算金の支払を請求できるとされた事例」判例評論四一〇号(判例時報一四四五号)一九九頁、田中淳子「譲渡担保設定者の受戻権放棄とその効果」愛知学院大学大学院法研究会論集一一巻一号一八七頁がある。なお、荒川論文、生熊判例評論、田中判例研究は、第一審判決の結論を支持していた。また、本件最高裁判決に関するものとしては、秦光昭「実務の羅針盤」金融法務一四七七号四頁、鳥谷部「時の判例」法学教室二〇〇号一四二頁、長沢幸男「時の判例」ジュリスト一一一—号一九九頁、吉田光碩「実務の羅針盤」金融法務一

四八三—四八四頁などがある。

(2) 鳥谷部「不動産非典型担保」私法五八号三四頁(一九九六年)、同「不動産譲渡担保の実行権能・実行方法」ジュリスト一〇九八号二七頁(一九九六年)、同「不動産譲渡担保における使用収益権」「民法における「責任」の横断的考察(伊藤進教授還暦記念)」二二五頁(一九九七年)参照。

(3) 本件第一審の譲渡担保契約の認定について言及するものとしては、生熊長幸・前掲注(1)判評四一〇号一九九頁、田中淳子・前掲注(1)愛知学院大学大学院法研究会論集一一巻一—号一八七頁がある。

(4) 生熊・前掲注(1)判評四一〇号二二頁を参照。田中・前掲注(1)愛知学院大学大学院法研究会論集一一巻二—号一九九頁は、譲渡担保と認定することが「非典型担保をすべて担保的構成へ流し込む潮流に適合するからである」とする。

(5) 買戻権の性質は買戻特約による売買契約の解除であると規定されている(五七九条)。買戻権が行使されるまでは、所有権は買主に移転している。また、従来の買戻特約付売買契約によっても、目的物の所有権は買主に移転する。したがって、これらの民法上の制度との関係を明確にすることなく、これらと効力が異なる譲渡担保と認定することはできないはずである。しかし、現在の学説・判例は、両者の関係を明確にしていけない。そのため、不動産譲渡担保として認定されるものには、不動産登記上、「所有権移転 原因 売買」、「所有権移転 原因 譲渡担保」、「所有権移転 原因 贈与」などがある。それらは、いずれも区別されることなく不動産譲渡担保

と認定され、担保権として扱われる(受戻権、清算金請求権、利用権等を設定者に認める)とする。第三者からみた場合には、いずれも所有権移転の登記であり、所有権が移転する純粹の売買と所有権の移転が不明確な譲渡担保との區別、担保である旨が明確なものとそうでないものとを區別することなく、一律に担保として同一の効力を与えるのは、第三者に不測の損害を与えることにならう。不動産譲渡担保の認定要件を明確にすべきであろう。

(6) 不動産譲渡担保の認定については、鳥谷部「譲渡担保の認定と仮登記担保法の準用」法律時報六三卷六号四二頁を参照。私見は、当事者が合意したもとの担保のための買戻特約付売買契約から効力を導くべきであると考え。その結果、買戻についての民法の規定(五七九条以下)に不当な点があれば、解釈によって修正すべきであると考え。

(7) 不動産譲渡担保の對抗要件については、鳥谷部・前掲注(2)ジュリスト一〇九八号一二七頁、同・前掲注(2)私法五八号三四頁などを参照。

(8) 道垣内弘人「判例研究」法学協会雑誌一一二号七号一四九頁は、両者の區別は、判例法理において意義を失ったといふべきであると指摘する。鳥谷部・前掲注(2)私法五八号三七頁、同・前掲ジュリスト一〇九八号一三一頁も参照。

(9) 四宮和夫「判例コンメンタールIII担保物権法」五九三頁、同「総合判例研究叢書民法(17)譲渡担保」二二二頁、我妻栄「新訂担保物権法」六五二頁(昭和四六)など。

(10) 四宮和夫「判例コンメンタールIII担保物権法」五九〇頁、

同「総合判例研究叢書民法(17)譲渡担保」二二六頁、我妻栄「新訂担保物権法」六五二頁(昭和四六)など。また、四宮和夫教授による信託的譲渡説では、取消権、異議権、取戻権等の重要な法的効果について悪意の第三者に準物権的追及効を認めるべきであるとする(四宮「信託の研究」一三六頁)。その後、判例は譲渡担保設定による所有権は内外共移転を原則とすべきであったが(大判大一三・一二・二四民録三輯五五五頁など)、その効力については附従性や受戻権、清算金請求権などを肯定する方向で推移してきた。

(11) この見解では、受戻権は消滅時効にかからないとする(四宮「判例コンメンタールIII担保物権法」五九八頁、同「総合判例研究叢書民法(17)譲渡担保」二四二頁など)。最近の判例(最判昭和五七・一・二二民集三六卷一号九二頁)にも同旨のものがある。

(12) 当事者の「実体的権利」を明らかにするとのアプローチからみると、学説の整理において所有権の移転と受戻権の關係が明確でない点がある。たとえば、(ハ)②説は、担保権者への所有権移転を肯定する点で(ロ)③説に近いものとして位置づけるべきであろう。

(13) 本稿では、当事者の「実体的権利」に即して受戻権を説明していくために受戻権の性質論に限定して学説を分類した。それによると、(イ)回復した所有権に基づく請求権、(ロ)弁済と一体となった所有権を回復する権利、(ハ)弁済して自己の負担を消滅させる権利として、各見解を特徴づけることができると思われる。

ことができる。

(24) 譲渡担保権者に所有権が移転するという構成を採用する場合でも、その所有権を用いて担保不動産から自己の全債権を回収するという担保の機能を果たすことで十分であろう。

これに対して、秦・前掲注(1)五頁は、「抵当権の場合に準じて、設定者が価額及び買主(自己を含む)を指定して目的物の売却を請求したときは、担保権者には原則としてこれに應ずる義務があることとし、ただその価額が被担保債権より小さいときは、これを拒むことができるが、その場合は、その金額以上で自ら買い取る義務があることとすることが考えられる」との提案をされている。しかし、「受戻権を独立の権利と認めない立場(前述三(イ)見解)からこのような新たな制度を創造していくのは必ずしも合理的なことではない。

前述三(ロ)見解では、仮登記担保法の場合と同様に、所有権移転後でかつ弁済期後の清算金請求権を債権者に付与することにより容易に同じ目的を達することができると考へる。

(25) 本件最高裁判決のような法律構成では、秦・前掲注(1)五頁が指摘するように、弁済期後長期間実行を行わない場合でも、「本判決は、担保権設定者からの請求により一方的に譲渡担保権の実行を強いられることがないことが確定した点で、銀行実務上歓迎される」ことになってしまっているのである。

〔追記〕

本稿脱稿後に公表されたものとして、生熊長幸・判例評論四六二号(判例時報一六〇三号)一七二頁、副田隆重・判例タイムズ九四〇号六四頁、加藤新太郎・NBL六二二号七二頁、秦光昭・金融判例研究七号(金融法務一四九二号)五二頁などがある。