

不動産を目的とする担保方法の比較検討（一）

大島 一悟

- 一 はじめに
 - 1 検討の視角
 - 2 優劣の基準
 - 3 検討の方法と順序
- 二 制度の趣旨と効力
 - 1 不動産留置権
 - 2 不動産先取特権
 - 3 不動産質権
 - 4 抵当権・根抵当権
 - 5 仮登記担保
 - 6 不動産譲渡担保
- 三 主要判例の整理と分析
 - 1 主要判例の整理（以上、本号）
 - 2 前記判例の分析
- 四 外国における不動産を利用した資金調達方法
 - 1 ドイツ法
 - 2 フランス法
 - 3 イギリス法
 - 4 アメリカ法

5 日本法との比較

五 検討

1 検討の観点

2 法律及び判例による各制度間の競合時の優劣

3 四つの観点からの優劣

六 おわりに

一 はじめに

1 検討の視角

従来から、わが国においてはメインバンク制度が採用され、債権者が主体となって、どのような担保制度を利用して企業ないし事業者が資金調達を行うのかが検討され、融資等による与信行為が行われてきた。しかし、現在は金融機関がノンバンクや外資系の金融機関も含めて多様化してきており、金融自由化に伴って金融機関同士の競合も激しくなり、メインバンクが債務者の資金需要に常に対応できるとはいえない状況にある。つまり、債務者としても、メインバンクに頼るばかりではなく、自らが主体的に自己の経済活動のための資金調達や担保設定の方法を模索し、債権者と対等な立場で資金調達を行う必要性が高まっている。その意味で、本稿では、従来からの担保方法のみならず、債務者の資金調達の観点から担保方法の検討を行う。本稿で、留置権や先取特権をも検討対象とするのは、債務者の視点から、担保方法を検討することによるものである。

不動産を担保の目的とする場合の方法としては、抵当権・根抵当権が利用されることが多いと思われるが、不動産には留置権、先取特権、質権等が成立する場合がある。また、仮登記担保契約に関する法律（以下、仮登記担保法と

略す）に基づく仮登記を利用した不動産担保の利用もなされる。さらに、法定されてはいないが、譲渡担保の目的物とされる場合もある。

このように複数の担保方法があり、それぞれ別個の制度であることから、各制度における担保権の効力には特徴があり、利用者のニーズに見合った利用がなされている。しかし、これらの制度が競合する場合、すなわち、同一不動産をめぐる異なる担保権が成立する場合が、動産や債権を目的とする場合と同様に生じる。例えば、質権の目的となった不動産に抵当権が設定される場合や、抵当権実行後の目的不動産を占有している留置権者による留置権の抗弁が主張される場合などがある。また、担保債権者その他の債権者の競合も生じている。すなわち、抵当権に基づく物上代位の目的債権が譲渡された場合の抵当権者と債権譲受人の関係や、抵当権に基づく物上代位によつて差し押さえられた賃料債権を、当該賃借人が自己の債務者に対する債権と相殺できるか等の問題がある。このような場合、譲渡担保と国税債権の競合時の優劣を定めた国税徴収法二四条のような明文規定は少ない。

そして、これらの事案における権利者間の優劣に関しては、それぞれの場合において個別の議論がなされ、裁判例においては一定の優劣が示されてきた。しかし、裁判例では、それぞれの担保方法自体の効力に基づいて優劣が決められているとは言い難く、当該事例における妥当な結論を導くために、①形式論による判断がなされたにすぎない場合や、②個別事情や周辺事情を考慮した上で結論が出されていると思われる場合も多い。

例えば、最判平成一〇年一月三〇日民集五二卷一号一頁（本稿の判例【10】）は、複数のテナントが入居する物上保証人所有の建物に抵当権が設定された後、当該建物を一括して借り受けた賃借人に対する将来の賃料債権が譲渡され、その賃借人が公証人による確定日付のある書面で承諾を行い、その後、抵当権者が物上代位権に基づいて当該賃料債権を差押えた事案である。そこでは、当該賃料債権をめぐる抵当権者と譲受人の優劣が争われた。

最高裁の判断によると、(i)民法三〇四条一項の「払渡し又は引渡し」には債権譲渡は含まれない、(ii)物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づく差押を行った場合、差押命令送達前には第三債務者は有効に債権譲受人に弁済を行うことができ、差押後には抵当権者への支払いを要求したとしても、第三債務者に二重払いは生ぜず、第三債務者を害することはない、(iii)抵当権の効力が物上代位の目的債権にも及ぶことは抵当権設定登記によって公示されている、(iv)債権譲受人を優先するとすれば、抵当権者からの差押前に債権譲渡することによって物上代位権の行使を免れることができ、抵当権者の利益が不当に害されることとなる、ことを理由に、抵当権者による物上代位に基づくと差押を優先させた。ここでの最高裁の判断も、①(i)は条文の文言をそのまま解釈しただけの形式的な判断にすぎず、(iii)も、抵当権の効力そのものが賃料に対して当然に及ぶことの説明がなく、形式的な理由にすぎないものであり、②(ii)は、判旨の結論を採用した場合に第三債務者に不都合が生じないとする単なる消極的な理由であり、何ら抵当権を債権譲渡に優先させる根拠は示されておらず、抵当権者を優先させ債権回収を容易にさせるための個別事情に引きずられたものと考えられること、(iv)も、許害的な債権譲渡を認めないことが、一般論として債権譲受人が抵当権者に劣後することの説明にはなっておらず、本件事案の個別事情を勘案した判断であると考えられる。すなわち、判断の前提として、抵当権や債権譲渡の有する効力そのものの検討や比較は行われておらず、形式論あるいは個別事情の判断によって結論が導かれていると考えられる。

確かに、裁判で争われる事案において、妥当な結論を導くためには、それぞれの事案における個別事情や周辺事情に配慮し、それらをふまえた判断は必要かつ重要である。しかし、その判断の前提として、争われているそれぞれの担保方法の効力を具体的に明らかにし、その上で、当該事案に特有の事情を考慮し、結論を導くことで、より合理的な判断が可能となるのではないだろうか。上記の通り、裁判所の判断は形式論や個別事情に影響されがちであり、そ

それぞれの担保方法自体の効力に基づいて優劣が決められているとは言い難く、担保方法相互間の優劣は明確ではない。

2 優劣の基準

そこで、検討の際には、各制度の趣旨をふまえ、**①担保債権者の実体的権利内容**、**②担保目的物の価値の維持・増加の有無**、**③担保の公示・対抗力の有無**、**④被担保債権と目的不動産の牽連性**、の四つの観点からそれぞれの制度の比較を行うこととし、第一の各制度の趣旨・効力も、その観点からの整理を行う。³²

具体的基準として、四つの要素を検討するのは以下のそれぞれの理由による。

① に関しては、担保債権者が債務者あるいは第三者に対して権利主張するためには、当該担保方法での具体的な権利内容を明らかにする必要がある。

② は、債権者が目的不動産の価値を高めたかどうかである。ある債権者が、債務者所有の目的不動産の価値を高める行為（例えば、不動産工事を行うことで、原野であった所を宅地造成すれば、その分、目的物の価値が高まる）をした場合には、その価値増加額分だけ、債務者の資産価値が増大したことになる。とすれば、当該権利者は、資産価値の増加に寄与した分に限っては、他の債権者や権利者に優先させてもよいと考える。それを認めても、誰も不利益を受けるわけではないからである。例えば、留置権は対抗要件具備の方法がないが、登記等をしなくても主張ができるし、不動産保存あるいは工事の先取特権は、他の担保権者の対抗要件具備後に取得した場合でも優先できる。このような特徴は、当該担保権は、目的物に対して何らかの寄与をしたことに対して、法が特に保護しようとする趣旨の現れと考えることができまいだろうか。

③ に関しては、当事者以外の利害関係人は、通常、目的不動産に対する担保権の存在を知りえない。この点、公示があれば第三者は担保権の存在を知ることができ、第三者への対抗力が具備されていれば当該担保債権者を優先させる必要性が高いからである。

④ は、債権者としては他の担保を取得することで、自己の債権保全を図ることが可能かどうかである。すなわち、留置権や不動産先取特権、不動産質権は、特定の目的不動産に対してのみ自己の担保権の主張ができ、他の不動産へ担保権は成立しえない。つまり、担保権者の有する被担保債権と目的不動産の間に牽連性があるといえる。この点で、抵当権等のように他の目的物をも共同担保の目的とすることができる担保権よりも保護する必要性が高いと考えられる。当該目的物にしか権利主張できない担保債権者は、他の目的物へも権利を主張する余地がある者よりも不利な立場にあると思われる。この点については、債務者が他の資産を有していない場合等は比較することができないのではないかの指摘も考えられるが、担保権そのものの効力を検討する際には、他の資産への担保権設定を受ける余地があるかどうかによって判断することが可能となりうると考える。

3 検討の方法と順序

本稿での具体的な検討の方法としては、各担保方法について、第一に制度趣旨及び効力、第二に関連する主要な判例、第三に外国における同様の制度の概観を整理・検討し、第四に制度間の優劣問題が生ずる場合の担保方法相互間の優劣を探ることとする。

第一の制度趣旨及び効力を広く整理するのは、各担保方法の比較を行う場合には、各制度の制度趣旨及び効力を明らかにしておくことが前提として必要であり、その効力によって優劣が決められる必要があると考えるからである。

第二の関連判例を整理・検討することは、実際にそれぞれの担保方法が問題となった事案において、実務上はどのような解決が図られているか、また、その結論はどのようになっていのかについて整理し、優劣判断を行うにあたっての参考とするためである。

第三の外国における同様の制度に関しては、わが国の民法に大きな影響を与えているドイツ及びフランスの制度と、アメリカ及びアメリカの制度に影響を与えているとされるイギリスの制度について、わが国でも行われている担保法改正やいわゆる動産・債権譲渡特例法の参考となる制度であると考えられるため、わが国の制度に関しても参考になる点を中心に若干の整理・検討を行う。なお、外国法に関しては、詳しく検討することは今後の課題とするが、わが国の制度を理解するために参考になる部分に関しては、整理を行う。

第四の担保方法相互間の優劣に関しては、担保方法が競合する場合の優劣について、同一の基準によって比較することで、担保方法それぞれの効力を客観的に比較することが可能となると考えるため、先に示した四つの観点から比較を行う。各担保方法が競合する場合の優劣を比較する際には、まず、現在の法律及び裁判例によって優劣が明らかにされている部分について整理し、それぞれの担保方法相互間の優劣を示し、その上で、それぞれの目的物に応じて用いる観点によって、優劣を比較検討し、法律及び裁判例による優劣とどの部分が相違しているのかを明らかにすることとする。

二 制度の趣旨と効力

各制度の効力については、後の五で検討する際に使用する四つの観点から整理する。

1 不動産留置権

(1) 趣旨

不動産留置権の制度趣旨は、動産を対象とする場合と同様に、債権者と債務者の間の公平を確保するため、債務者に対して間接的に弁済を強制する点にある。債権者が他人の不動産を占有している場合、その不動産に関して債権を有しているにもかかわらず、無条件で所有者からの返還請求を認めることは、債権者としては債権の回収ができていないのに自分だけが目的不動産の占有を失うこととなり、当事者の公平に反することになってしまふからである。⁽⁴⁾

(2) 効力

①留置権者の権利内容は、債務の弁済を受けるまで目的物の留置ができることが二九五条一項本文で定められている。また、目的物から生じる果実も、留置権者が占有している以上、受け取ることが可能である。⁽⁵⁾ ②は、留置権は目的物に対して債権を有する場合に生じる担保権であり、留置権者は目的不動産に対して何らかの権利を有していることが前提となっている。つまり、目的不動産の価値の維持あるいは増加に寄与したことが認められる。③は、留置権は登記ができないものの、占有していることが要件となっているため(二九五条一項)、公示は認められる。ただ、占有を失うと留置権を失うこととなるため、その点で登記ができる担保権に比べて弱いといえる。④に関しては、留置権には牽連性が要求されており、他の不動産を目的として担保を取得することはできない。

2 不動産先取特権

(1) 趣旨

不動産先取特権には、不動産保存の先取特権、不動産工事の先取特権、不動産売買の先取特権の三種類があり、そ

それぞれ制度趣旨は異なる。不動産保存の先取特権の制度趣旨は、動産保存の先取特権と同様、債権者の費用支出によって目的不動産の価値が維持され、他の債権者も弁済を受けることで利益を得ることを理由に、当該債権者に優先権を与える必要性が高い点にある。不動産工事の先取特権は、債権者の工事によって目的不動産の価値が増加したものであるから、その工事を行った債権者には価値増加分の優先権を与える必要があり、債権者間の公平にかなうとされる。不動産売買の先取特権は、動産売買の先取特権と同様、債権者が当該不動産を債務者に売却したことで債務者の財産を増加させたことを理由に、その売主に優先権を与える必要があり、債権者間の公平を確保する点にある。また、一般先取特権によっても不動産はその対象とされうるが、一般先取特権の趣旨に関しては別稿の通りである。^①

(2) 効力

① 不動産先取特権者は、その効力を主張するためには登記が必要である。すなわち、不動産の保存行為完了後に費やした費用を（三三七条）、不動産工事の前に予算額を（三三八条一項）、あるいは不動産売買と同時に代価または利息が弁済されていない旨を（三四〇条）、それぞれ登記しなければならない。それにより、他の債権者に優先する効力が認められ、不動産保存及び不動産工事の先取特権には先に登記されている抵当権にも優先する効力が与えられる。また、物上代位も認められている（三〇四条一項）。なお、一般の先取特権者は、不動産以外の財産から弁済を受ける必要があり、不動産からの弁済を受ける場合にも特別担保の目的とされていないものから弁済を受ける必要がある（三三五条一項、二項）。② に関しては、不動産の先取特権者は、当該目的不動産に対して、何らかの権利を有するからこそ、先取特権を有している。この点、不動産売買の先取特権者は、当該不動産を売渡したにすぎず、目的物の価値を増加させたとはいえない。確かに、目的不動産を債務者に売渡し、代金を受領してないのであるから、債務者としては目的不動産の所有権を取得した分だけ利得を得ているわけであるが、目的不動産そのものの価値の増加に寄

与したとはいえず、**②**は認められない。一方、不動産工事あるいは不動産保存の先取特権者は、目的不動産に対して工事を施すか、保存行為を行った者であるから、**②**が認められる。**③**担保の公示・対抗力の観点からは、登記することが要求されており、公示・対抗力を有する。ただし、あくまで公示・対抗力は、効力発生要件ではなく対抗要件にすぎない点は、他の登記制度と同様である。**④**不動産先取特権は、当該不動産に関する債権を担保するため目的不動産に対して特別に認められた権利であり、他の目的物を担保とすることはできない。そのため、**④**については、全ての不動産先取特権に認められる。

3 不動産質権

(1) 趣旨

所有権移転型の担保制度しかなかった時代に、目的物の所有権を移さず、占有を債権者に移すだけの担保制度として、質権が利用されるようになった点は別稿の通りである。⁸⁾ 質権者としては、目的物を占有し、債務不履行があれば処分することで自己の債権を回収できるため、質権者にとつては非常に有利な担保である。

(2) 効力

①不動産質権に関しては、抵当権の規定が準用される(三六一一条)が、質権としての特徴である要物契約性(占有改定は認められない)が抵当権との大きな違いである。そのため、不動産質権者は目的不動産の果実を収取できる(三五六条)。一方で、利息請求は禁止され(三五八条)、目的物管理義務が生じる点で、果実収取権とのバランスが図られている。ただし、これらの点についても別段の定めをすることが許される(三五九条)。さらに、不動産質権者は第三者に目的不動産を賃貸できるため、賃料への物上代位が生じることはないと考えられる。また、動産質と異

なり、簡易な換価方法は認められず、実行に際しては抵当権の規定が準用される。②不動産質権者は、目的不動産に何らかの価値維持あるいは価値増加行為を行ったわけではない。よって、②は認められない。③担保の公示、対抗力は、質権設定契約によって占有移転が生じるほか、登記による対抗力具備が可能であるため、担保の公示及び対抗力は設定者以外に対しても有する。④不動産質権者は、特に当該目的不動産しか質権の対象とできないわけではなく、他の目的物を担保することも可能である。すなわち、質権設定の対象不動産の被担保債権は抵当権同様に広く認められるため、被担保債権と目的不動産の牽連性は低く、仮に当該不動産を担保目的物とすることに問題がある場合には、他の目的物を担保とすることができる。

4 抵当権・根抵当権

(1) 趣旨

抵当権は、債権者が債務者または物上保証人が債務の担保に供した物を、質権のように提供者から奪うことなく、その使用収益を委しておきながら、債務が弁済されない場合にその物の価額によって優先的弁済を受けることのできる約定担保物権である（三六九条⁹⁾。特徴としては、目的物を引き続き設定者の占有に留める点に質権との本質的な違いがあり、我妻博士は「二重の効用」として、①抵当権者の側からいえば、目的物の利用価値は所有者のもとにおいて実現させ、自分は単に目的物の交換価値だけを把握し、これを基礎に利息収入を得ることができ、②設定者の側からいえば、目的物の使用価値を保留してその交換価値だけを抵当権者に与えることができる¹⁰⁾。

根抵当権は、成立・存続・消滅に附従性がなく、被担保債権は不特定で、極度額までを担保し、被担保債権が消滅しても抵当権が消滅しない点に最大の特徴がある。根抵当権は、従来から慣習によって利用されていたが、取引界の

要請によって昭和四六年に規定が新設された(三九八条の二以下)。根抵当の必要とされる理由として、①金融取引ないし信用授受の関係が、特定の当事者間で継続的となったこと、②その関係から生ずる債権の担保は、発生する債権の多くは弁済で消滅することが予期され、担保は最後の守りの役割を果たすこと、③根抵当によって担保される信用取引関係の当事者間には継続的な緊密な関係が生じ、企業の運営が円滑に行なわれること、等が指摘される。一方、懸念される点として、①担保権者が不必要に多額の担保価値を独占するおそれがあること、②①は、金融を通じて不合理的な経済的支配関係を生ずるおそれがあること、③多額の担保価値を独占した根担保権者が現実に信用を与えないときは、担保価値の不当な拘束が生じること、が指摘される。¹¹⁾

(2) 効力

① 抵当権者は、目的不動産の付加一体物のほか、債務不履行後の果実をも対象として権利行使ができる。そして、物上代位によって目的物滅失の場合にも効力が及ぶほか、賃料への物上代位も判例によって認められている。さらに、不動産質権と異なり、目的不動産の占有は設定者に残したままではあるものの、目的物に対する妨害排除請求が認められる。さらに、民事執行法に基づいて目的不動産の競売が可能なほか、担保不動産収益執行によって債権回収を図ることも可能である。また、直流による処分も認められ、抵当権者には非常に強い効力が認められ、実務上も多用される。根抵当権の効力についても、原則は抵当権と同様であるが、極度額を設定することで附従性による抵当権消滅を避け、継続的取引で利用される。根抵当権の場合は、抵当権と大きく異なるのは三七五条の適用がない点で、極度額までが保全される。また、一定事由によって確定(三九八条の二〇)が生ずれば、根抵当権の流動性が失われる。なお、抵当権にはない根抵当権の特質から、設定者による元本確定請求(三九八条の一九)、極度額の減額請求(三九八条の二二)、物上保証人等の利害関係者による消滅請求(三九八条の二二)が認められている。② 目的不動産

への寄与がない点では不動産質権の場合と同様である。根抵当権の場合も同様である。③担保の公示・対抗力についても、不動産質権同様、登記によって認められる。しかし、不動産質権と異なり、設定者から担保権者への占有移転がなされないため、登記がなされなければ、当該不動産が抵当権の対象となっているのかどうかの判断はできない。根抵当権の場合も、抵当権と同様である。④不動産質権と同様、被担保債権と目的不動産の牽連性はなく、他の担保を広く取得する可能性があり、当該不動産を担保目的物とする必然性はない。特に根抵当権の場合には、事業性の融資等で利用されることが多いため、その傾向が強いと思われる。一方、住宅ローン等で利用される抵当権の場合には、その限度においては目的不動産と被担保債権の関連性は強いといえそうである。

5 仮登記担保

(1) 趣旨

仮登記担保とは、債務者の所有不動産を目的とする代物弁済予約や停止条件付代物弁済予約を予め締結し、それを仮登記しておくことで債権担保とするもので、債務者が履行期に弁済しない場合には、目的物の所有権を債権者に移転する担保である。譲渡担保と類似するが、所有権は債権者の予約完結権行使時まで設定者に残っており、担保設定時に所有権が移転する譲渡担保とは異なり、仮登記担保は代物弁済によって目的不動産の所有権を丸取りできることから、目的不動産の価値が債権額を上回った場合に暴利行為になる点に問題があった。また、抵当権と比べると実行手続が簡易であり、債権者に有利な担保として多く利用されていた。

しかし、目的不動産の価値が債権額を上回る場合の暴利行為が横行したため、最高裁判例で清算義務が認められるに至った。しかし、その判例法理には法律構成が不明確な点が残ったため、仮登記担保法が昭和五三年に成立し、債

務者及び後順位の担保債権者等その他の利害関係人の保護が図られた¹²⁾。なお、仮登記担保法施行により、債権者がそれまで有していたうま味がなくなり、最近利用が減少している。

(2) 効力

① 仮登記担保を備えた権利者、すなわち、代物弁済予約や売買予約による目的不動産の買主である仮登記における債権者は、将来、目的不動産へ対する物権を取得する地位を有しているにすぎない。ただ、権利が及ぶ目的物の範囲は、抵当権の規定(三七〇条)が類推され、付加一体物にも効力は及ぶ。また、目的不動産の処分が行われる場合に、先順位担保権が存在する場合でも、仮登記がなされた時に抵当権が設定されたのと同様の効力が得られるため、権利者には強い権利が認められる。一方で、清算金支払義務があり(仮登記担保法三条一項)、債務者による受戻権(同一条)がある点で、債務者にとっても一定の権利が確保されている。② 仮登記担保権者も、抵当権者や不動産質権者と同様、当該目的不動産に何らかの寄与を行わない限り権利者となれないわけではない。③ 所有権移転請求権保全の仮登記によって公示がなされ、第三者対抗要件も具備される。④ 不動産質権や抵当権と同じく、仮登記担保権者は、他の目的物を広く担保として取得することが可能であり、④は認められない。

6 不動産譲渡担保

(1) 趣旨

譲渡担保に関する明文規定はないが、目的物の所有権をあらかじめ債務者から債権者に移転する形式を取る担保制度で、債権者が債務者に対する貸金債権を有しているものをいう¹³⁾。これと類似する制度として、売渡担保があり、債務者が形式上は売主であり、債権者は貸金の返還請求権を有しない場合である。学説は売渡担保を含めて広義の譲渡

担保とするが、以下では狭義の譲渡担保のことを譲渡担保として扱う¹⁴⁾。その意義として、①動産が目的物となる場合には、質権と異なり、目的物を引渡さずに担保とできる点、②のれんや営業など、担保化する手段がないものを目的物とすることができる点、③質権や抵当権に比べて換価手続が簡易な点があり、米倉教授は、不動産担保にあつては、換価手続が簡易である点が特に顕著であると¹⁵⁾する。

なお、所有権留保も担保方法のひとつとして考えられるが、宅建業法四三条が所有権留保売買を禁止していることから、実際に不動産が所有権留保付きで売買される事例は少ないと思われ、本稿では不動産の所有権留保は扱わない¹⁶⁾。

(2) 効力

① 不動産譲渡担保債権者は、根担保としての利用ができるほか、利息等の制限もなく、広い範囲の債権を担保できる。また、目的不動産を債務者に占有させる場合には賃料を受け取ることもできるが、清算時には清算義務がある。なお、形式的にはあつても、目的不動産の所有権は債権者に移転し、債務者の債務不履行があつた場合には、目的不動産を処分して優先弁済を受けることができる。さらに、第三者の不法占有に対しては所有者として返還請求できるほか、第三者の行為によって目的不動産に損害が生じた場合には、当該第三者に対して損害賠償請求権を取得する¹⁶⁾。

② 譲渡担保債権者も、抵当権者等と同様、目的不動産の価値の維持・増加には寄与しておらず、②は認められない。

③ 担保の公示・対抗力については、担保権設定時に所有権移転登記がなされるのが通常であり、譲渡担保原因での登記であれば公示・対抗力が認められるが、売買原因での登記であれば、第三者に対しては虚偽表示をしているようにも思えるため、公示・対抗力を認めてよいかの点については疑問が残る。④ 被担保債権と目的不動産の牽連性は、抵当権等と同様、認められない。

三 主要判例の整理と分析

1 主要判例の整理

(1) 不動産留置権に関するもの

【1】最判昭和三四年九月三日 民四三三三卷一 号一三五七頁

〔事実〕 Y は、A から本件土地建物を購入し、引渡を受けて住居としていた。その際、A は B から代金の一部を借りて支払ったため、本件土地建物の名義は B の子 C 名義で所有権移転登記が経由された。その後、B は C の代理人として本件土地建物を D へ売却し、所有権移転登記もなされた。D が Y に対して本件土地建物の明渡を請求したところ、Y が応じなかったため、D は本件土地建物を E へ譲渡し、さらに、E は本件土地建物を X へ譲渡し、X への所有権移転登記も行われた。そこで、X は、Y に対して本件土地建物の明渡を求めた。Y は、本件建物について修理費を支出しており、損害賠償請求権と修理費の償還請求権について留置権を有することを理由に留置権の抗弁を主張した。

〔判旨〕「(所論損害賠償請求権は) 被告人にはこれを対抗し得ないのであるから、原判決が、右三藤の債務不履行と本件不動産との間には、所論留置権発生の要件たる一定の牽連がないと認めたと一審判決を支持し、上告人のこの点に関する主張を是認しなかつたのは正当」として留置権の抗弁を認めなかつた。

【2】最判昭和四八年一〇月五日 判時七三三五号六〇頁

〔事実〕 Y は、A 代理人 B との売買契約により、本件土地建物を二三五万円で購入受け、本件不動産には根抵当権が設定されていたので、代金の一部を支払い、残額は根抵当権抹消後、Y への所有権移転登記の際に支払うこととして引渡しを受けた。しかし、A が死亡し、根抵当権が実行され、X (B の妻の父) が競落し、所有権移転登記がなされ

た。Yは、Xによる競落前と後に、二度にわたって本件建物を改修し、占有を継続したが、建物改修費用は土地建物の購入代金よりも高額（二五〇万円）であり、本件競落はYの競売参加を拒否したうえ、Aの相続人が「寝首をかく方法で競落」（判決文の表現）した。Xは、Yに対し、本件土地建物の明渡しを求め、Yは留置権の抗弁を主張した。〔判旨〕 抵当権の設定されている建物を買受け引渡を受けた買主が、その後抵当権の実行により右建物を競落した競落人にその所有権を対抗できないことを知りながら不法に占有中、右建物につき費用を支出したとしても、買主は、民法二九五条二項の類推適用により、右費用償還請求権に基づき建物の留置権を主張することはできない。

【3】最判平成二二年二月二六日 判時一六七一号六七頁

〔事実〕 Yは、Aから金員を借り受けるに際して、自己所有の本件土地建物を譲渡担保に供し、贈与を原因とするAに対する所有権移転登記を経由した。その後、Yは弁済を遅滞し、Aは本件土地建物をXに贈与し、Xに対する贈与を原因とする所有権移転登記を経由された。そこで、Xは、Y及びその同居人に対し、本件建物の明渡しを求めた。

〔判旨〕 「譲渡担保権設定者は、右第三者に対する行為により清算金支払請求権の消滅時効を中断する方法を有しないが、債務者である譲渡担保債権者に対してその消滅時効を中断する措置を講ずれば、被担保債権の存続する限り目的物を留置し得るといふ留置権の性質上、右第三者に対してもその効力が及ぶことになるから、右のように解しても譲渡担保権設定者に不当に不利益を及ぼすものではない」として留置権の主張を認めなかった。

(2) 不動産先取特権に関するもの

【4】東京高判昭和四二年二月一四日 下民集一八卷一一・一二号一一六〇頁

〔事実〕 Yは、Xより宅地の造成工事を請負い、工事を完成させて工事代金債権を取得した。そして本件工事によって本件土地の価値が増加した。その後、Xは第三債務者合計三四名に対して本件土地を分割して売渡した。Xは、工

事の一部代金は支払ったものの、Y に対して残代金の支払いを行わなかった。Y は、X が第三債務者ら二六名に対して有する売買代金債権について、三〇四条一項の物上代位権に基づき、差押命令及び添付命令を求めた。

〔判旨〕「先取特権は法定の担保物権であつて、法定の要件を具備することにより当然に成立しその効力を生ずる。また登記はわが民法上不動産物権変動における對抗要件とされているにとどま」とし、「抗告人において右各先取特権実現の手段として、債務名義を要せずに、目的不動産の売却により相手方（債務者）の受くべき前記各売買残代金債権につきその払渡前にこれに対する差押命令および転付命令をうることができる」とした。

【5】最判平成一四年一月二日 判時一三〇八号三頁

〔事実〕Y は、A 所有の本件土地について、債務者を A とする根抵当権設定契約を締結し、登記を経由した。一方、X は、A から本件土地の造成工事を請負い、不動産工事の先取特権保存登記を経由した。Y は本件根抵当権に基づいて本件土地の競売申立を行い、開始決定後、Y は工事に着工し、工事が完成した。その後、B が本件土地を競落した。裁判所は、Y に対して全額を配当し、X の配当は〇円としたため、X は配当異議の訴えを提起した。

〔判旨〕「不動産工事の先取特権の対象となるべき不動産についての工事による増価額が、不動産競売手続における評価人の評価又はこれに基づく最低売却価額の決定に反映されているか否かは、同先取特権の被担保債権が優先弁済を受けるべき実体的権利に影響を与えるものではない」として増加額の範囲内で根抵当権に優先するとした。

(3) 不動産質権に関するもの

【6】大判昭和二二年五月二四日 民集一六卷八六八頁

〔事実〕A が自己所有不動産に B を債権者とする根抵当権を設定した後、本件不動産を C に売渡した。その四日後、D は本件不動産に質権を設定して登記を経由し、さらに X に対して本件不動産を賃貸し、賃借権設定登記を経由した。

そして、根抵当権に基づく競売により、本件不動産は競落人Yの所有となり、競落許可決定による所有権移転登記と同時に、賃借権設定登記の抹消手続きも行われた。そこで、Xは賃借権登記の回復を求めた。

〔判旨〕 抵当権ノ登記後ニ其ノ目的物ニ付質権ヲ取得シタル者カ所有者ノ承諾ヲ得テ民法第六〇二条所定ノ期間ヲ超エサル賃貸借ヲ為シ之カ登記ヲ了シタルトキハ賃借人ハ該賃貸借ヲ以テ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトス。

〔7〕 最判昭和三年八月三〇日 判タ六三号四五頁

〔事実〕 Y1は、貸金の担保としてA所有の家屋に不動産質権の設定を受け、引渡しを受けて長男Y2らに賃借して居住せしめた。その後、Aは本件家屋をXに売却した。Xは、Yらに対して家屋明渡請求訴訟を提起した。

〔判旨〕 不動産質権は、これを登記しなければ第三者に対抗することはできないから（一七七条）、質権の一作用である質物を留置することをうる効力も、登記なき限り第三者に対抗することをえない。

(4) 抵当権・根抵当権に関するもの

〔6〕 大判昭和二年五月二四日 民集一六卷八六八頁

不動産質権と抵当権に関する判例である。事実及び判旨は前掲〔6〕参照。

〔2〕 最判昭和四八年一〇月五日 判時七三五号六〇頁

留置権と抵当権に関する判例である。事実及び判旨は前掲〔2〕参照。

〔8〕 最判昭和五〇年九月九日 民集二九卷八号一二四九頁

〔事実〕 Bは、Aに貸付を行う際、A所有建物について売買予約を行い、弁済期経過後の昭和三三年一〇月、所有権移転請求権保全の仮登記がなされた。同四二年一二月及び同四三年一月から同年三月まで、Yは、Aに金銭を貸付け、担保のため、本件建物に根抵当権の設定及び登記がそれぞれなされた。同四三年一〇月、Xは、BにAの債務の一部

を代位弁済し、Bの権利を全て譲受け、仮登記移転の付記登記後、売買予約完結の意思表示をなし、Yに対して仮登記の本登記手続きを行う承諾を求めて提訴した。なお、本件では第一順位根抵当権者Cが存在した。Yは、Xの権利譲受けは暴行行為であるとして争い、Xは、Bに対する別債権と本件建物の代金債権を相殺する旨の主張をした。

〔判旨〕(仮登記担保権者は)当該債務者に対して被担保債権以外に別の金銭債権を有する場合でも、その債権をもつて自己の負担する清算金支払債務と対当額において相殺し、清算金から直接右債権の弁済にあてると同様の効果を生ぜしめることも許されない。仮登記担保権者は、目的不動産につき後順位権利者があるときは、債務者に対する被担保債権以外の金銭債権をもつて自己の負担する清算金支払債務と相殺することができない。

【9】最判昭和六一年四月二一日 民集四〇巻三号五八四頁

〔事実〕Aは、自己所有建物につき、Xに対する債務を担保するために代物弁済の予約を行い、本件建物について所有権移転請求保全の仮登記を経由した後、Yに対して本件建物についての根抵当権設定登記を経由した。その後、Xは、Aに対し、代物弁済予約完結の意思表示をなし、仮登記担保法二条一項に従って、二ヶ月の清算期間経過時の本件建物の見積額、被担保債権額及び清算金がない旨の通知をした。しかし、Xは、Yに対しては、同法五条一項の通知を行わなかった。Xは、二ヶ月の清算期間終了後、本件建物の所有権を取得したとして、Aに対して仮登記に基づく所有権移転の本登記手続きを求め、Yに対しては、その本登記手続きをすることの承諾を求めた。

〔判旨〕(仮登記担保権者は)同法五条一項所定の通知をしていない後順位担保権者に対しては仮登記に基づく本登記の承諾請求をすることはできない。

【10】最判平成一〇年一月三〇日 民集五二巻一号一頁

〔事実〕平成二年九月、Xは、Aに対する債権を担保するため、B所有の本件土地建物に抵当権の設定を受け、登記

を經由したが、Aは平成四年二月に倒産した。Bは本件建物を複数のテナントに賃借していたが、平成五年一月に建物全部をYに賃借し、Yが従来からの賃借人へ転借することとして賃借権設定登記を經由した。一方、Cは、平成五年四月、Bに金銭を貸し付けると、その翌日にBが本件建物に有する賃料債権を将来の三年分を一括して代物弁済をして受領し、Yからは確定日付（同年四月）のある証書によって承諾を得た。その後、同年五月にXは、抵当権による物上代位権に基づき本件建物の賃料債権を差押え、Yに対して賃料債権の支払いを求めた。

〔判旨〕 抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する對抗要件が備えられた後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができる。

【11】最判平成一〇年三月二六日 民集五二卷二号四八三頁

〔事実〕 Aは、自己所有建物をBに賃貸していたが、Aの一般債権者であるYが、AがBに有する平成三年七月分以降約二億一九四〇万円の賃料債権につき、差押命令の申立をし、差押命令が、Aには同年六月一三日に、Bには同月五日に、それぞれ送達された。一方、Xは、同年七月一九日に本件建物根抵当権の設定を受け、登記を經由した。Xは、根抵当権に基づく物上代位として、同四年九月分以降五九〇〇万円のAがBに有する賃料債権につき、差押命令の申立をし、差押命令は、Aには同年一〇月一日に、Bには同年九月二一日にそれぞれ送達された。Bは、平成四年九月分から同年一二月分までの賃料債権相当の金銭を供託したので、裁判所はXとYの債権額に応じて按分する形で配当表を作成し、配当が行われた。Xは、Yに対して不当利得の返還を求めた。

〔判旨〕 債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合には、両者の優劣は、一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決すべきである。

【12】最判平成一三年三月二三日 民集五五卷二号三六三頁

〔事実〕一九八五年九月、Xは、A所有建物に根抵当権を設定し、登記を経由した。その後、Aは、本件建物をYに賃貸し、Yは当該契約に基づく保証金三一五〇万円をAに預託した。一九九七年二月、AYは賃貸借契約を解消し、新たな賃貸借契約を行ったが、保証金としてYは三三〇万円をAに差し入れ、一九八五年に預託した保証金の一部である三三〇万円は新契約の保証金とし、残額は一九九七年八月までにYに返還されることが約された。しかし、保証金が返還されなかったため、AYは、同年九月に、同年九月分の賃料と保証金返還債務の一部を合意相殺し、同年一〇月分から二〇〇〇年九月分までの賃料と保証金返還債務を対等額で相殺する旨の合意をなした。Xは、Aに対して弁済期が到来した債権を有していたので、一九九八年一月に物上代位として賃料債権を差押え、差押命令はAYに送達された。Xは、Yに対し、債権差押命令に基づいて賃料の支払いを求めた。

〔判旨〕 抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権の差押えをした後は、抵当不動産の賃借人は、抵当権設定登記の後に賃貸人に対して取得した債権を自働債権とする賃料債権との相殺をもって、抵当権者に対抗することはできない。

【5】 最判平成一四年一月二日 判時一三〇八号三頁

先取特権と根抵当権に関する判例である。事実及び判旨は前掲【5】参照。

(5) 仮登記担保に関するもの

【8】 最判昭和五〇年九月九日 民集二九卷八号一二四九頁

抵当権と仮登記担保に関する判例である。事実及び判旨は前掲【8】参照。

【9】 最判昭和六一年四月二日 民集四〇卷三号五八四頁

抵当権と仮登記担保に関する判例である。事実及び判旨は前掲【9】参照。

(6) 不動産譲渡担保に関するもの

【13】国税不服審判所裁決昭和五七年一月二六日 裁決事例集二七卷三三七頁

〔事実〕昭和五四年二月一日、Aは、Xから融資を受けるに際して、自己所有の土地建物を譲渡担保に供し、翌日にXへの所有権移転登記を経由した。その際、Aが期限の利益喪失後も完済しない場合には、Xは本件物件を任意売却し、代金を債務の弁済に充当することとされた。同五四年五月、Xは、Aに対して新たに貸付を行い、当該債権も本件物件によって担保されたが、Aは両債務の弁済を怠り、同五五年三月、Xは、内容証明郵便にて催告したが、Aは行方不明となった。同年九月、Xは、本件建物をBに売却し、Bは同五六年三月まで分割払にて代金を支払い、完済時に所有権が移転することが約され、同六月の代金完済後にBへの所有権移転登記が経由された。一方、Yは、同五五年一月二一日、Xに対し、本件建物についての告知処分をし、同年二月五日Xを第二次納税義務者とみなして差押処分を行った。Xは、同五六年一月二〇日に異議を申立て、異議審理庁は翌月、法定納期限が同五四年一月三〇日である所得税について告知処分を取消す決定をした。Xは、その決定にも不服があるとして審査請求を行った。〔判旨〕「換価代金が長期の割賦払いであり、所有権移転時期を代金完済の時と特約しているような処分契約にあっては、目的物件の「譲渡担保財産性」は上記代金完済、所有権移転の時期（または移転登記の時期）までこれを喪失しない」として、告知処分時には本件建物は譲渡担保財産であったとの判断をした。

【3】最判平成二一年二月二六日 判時一六七一号六七頁

留置権と譲渡担保に関する判例である。事実及び判旨は前掲【3】参照。

【14】最判平成二八年一〇月二〇日 民集六〇巻八号三〇九八頁

〔事実〕Xは、Aから融資を受ける際、自己所有土地建物を譲渡担保に供し、譲渡担保原因での所有権移転登記が経

由されたが、弁済期日が経過した。B は、A に対する債務名義を有していたが、B の地位を承継した Y による、本件債務名義に基づく強制競売申立によって、開始決定がされ、差押登記もなされた。X は、強制競売申立以前より、A から期限の猶予を受けており、差押登記後に、A に債務の弁済を行い、解除を原因とする所有権移転登記がなされた。そこで、X は、Y に対し、本件不動産の強制執行に対して第三者異議の訴えを提起した。

〔判旨〕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。

〈注〉

(1) 例えば、抵当権に基づく物上代位による目的不動産の賃料債権への差押と他の権利者との優劣に関して、小林亘「判批」金法一六五号二二頁以下(一九九〇年)、大西武士「抵当不動産の賃貸料に対する物上代位」金法一四四四号四頁以下(一九九六年)などがあり、工場抵当権と抵当権とが、工場に備え付けられた機械をめぐって優劣が争われる場合として、柚木馨「工場抵当と機械器具目録の順位」金法四〇〇号三二頁以下(一九六五年)、湯浅道男「工場抵当法三条所定の目録と対抗力」金法一三三一号三六頁以下(一九九二年)などがある。

(2) これらの観点は先の債権を対象とする場合と類似しているが、不動産を目的とする場合には留置権や先取特権のように、当該目的物にしか設定できない場合があり、その点で相違がある。

(3) 大島一悟「動産を対象とする担保方法の比較検討(二)」広島法学三三卷三号七五頁(二〇〇九年)。留置権のほか、先取特権、質権、譲渡担保の制度趣旨及び効力に関しては、大島・前掲論文及び大島「債権を目的とする担保方法の比較検討(一)」広島法学三三卷二号四五頁以下(二〇〇九年)も参照。

(4) 葉師寺志光『留置権論(復刻版)』(信山社、一九九〇年)四頁以下、我妻栄『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』(岩波書店、一九八八年)二〇頁以下。

法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書二法典調査会民法議事速記録二』(商事法務、一九八四年)三二八頁によると、留置権成立の条件として「其物ニ関シテ生シタル債権」と限定した点につき、商法では牽連性の要件を緩和するとしても、民法においては広く担保権を与えることは必要ないとの説明がなされている。

梅謙次郎『民法要義卷之二(訂正増補第三版)』(有斐閣、一九一一年、復刊一九八四年)三〇五頁では、この点につき、民法一九六条の占有者が必要費あるいは有益費を支出した場合に、その償還を受けるまで占有物を留置できることや、売買契約後に買主が代価を支払わない場合に、売主は売買目的物を留置することができる例を挙げ、趣旨としては同様のものであることを指摘する。なお、富井政章『民法原論第二巻物権(第一七版)』(有斐閣、一九三三年、復刊一九八五年)三一頁は、留置権は同時履行の抗弁権と類似しているように見えるとしつつ、留置権は相殺に近似するものであると指摘する。

(5) 林良平編『注釈民法(八)』(田中整爾)(有斐閣、一九六五年)三六頁以下、道垣内弘人『担保物権法(第三版)』(有斐閣、二〇〇八年)二七頁以下。

(6) 林・前掲注(5)〔甲斐道太郎〕一五九頁以下、我妻・前掲注(4)八六頁以下。法典調査会記録・前掲注(4)四九八頁では、不動産先取特権は「極メテ特別ノ保護」であり、「必要ナモノ丈ケニ限ル」との考え方から、不動産の売買と不動産の工事の先取特権のみを認めるとの議論がなされていた。そして、金銭の貸主等には先取特権はなく、先取特権者も限定された範囲の者とされた。また、不動産工事の先取特権については、「其増加額丈ケニ限ル」(同記録五〇〇頁)とされ、先取特権が他の債権者に優先することから、「増加額ト云フコトカ必要」(同五〇二頁)とされ、増加額がない場合には先取特権は成立しないとされた。不動産工事の先取特権の有無の判断については、「不動産ノ所有者ヲ利シタカ利サナカツタカト云フコトテ決スル」(同五二二頁の土方寧発言)とされた。そして、不動産先取特権が競合する場合の優先順位に関する議論の際、不動産の保存に関しても先取特権を認める必要があるのではないかとの指摘(同五二七頁の磯部四郎発言)もされたが、この点は、不動産の修繕等を行う場合には工事が伴うことを理由に、不動産工事の先取特権として、保存に関する先取特権も認められると説明されていた。

梅・前掲注(4)三七六頁は、不動産の先取特権は、全て、特定の不動産に対して、「担保ノ原因」を成したものに与えられるとしており、不動産先取特権の発生のためには、当該不動産に対する何らかの原因があることを前提としている。そして、不動産保存

の先取特権については、動産保存の先取特権と同趣旨とされ、動産保存の先取特権に関しては、その保存行為がなければ、当該目的物が滅失したり用を為さなくなることを理由に、その目的物に対して先取特権を認めることとする(同三六八頁)。不動産工事の先取特権に関しては、不動産工事によって、他の債権者が権利を有する債務者の財産である不動産につき、その評価額が増加したのは、「其工事ニ関スル債権者ノ恩澤ニ因レルモノ」であり、増加額部分については、不動産工事に関する債権者を優先させる趣旨であると説明する(同三七八頁)。そのため、当該工事の対象となった不動産が火災等の事由で滅失した場合には先取特権の主張ができず、工事による価値の増加額のみに対して先取特権を有し、さらに、先取特権の効力が及ぶのは、工事によって生じた増加額のみに限定されるとする。また、不動産売買の先取特権に関しては、動産売買先取特権と同趣旨であるとし、動産売買先取特権の趣旨としては、当該動産の売主が、当該動産を債務者に売ったために、その債務者の財産の中に当該動産が加わったことを理由に、その売主に対する先取特権を認めるものとする(同三六九頁)。

なお、富井・前掲注(4)三八九頁以下によっても、不動産先取特権に関しては、梅・前掲書と同趣旨とされるが、不動産保存先取特権は、動産保存先取特権と比較して、目的物が第三者に引渡された後でも、その先取特権の効力は消滅しない点、及び、第三者に対抗するためには登記を要する点で異なる旨を指摘する。

(7) 大島・前掲注(3)「動産を対象とする担保方法の比較検討(一)」七六頁及び「債権を目的とする担保方法の比較検討(一)」四五頁。

(8) 法典調査会記録・前掲注(4)六七九頁によれば、不動産質権についての明文規定を設けたのは、不動産質権者が自ら目的不動産を使用することが認められると考えられる点を明確にしておくためであるとされる。留置権と比較した場合、留置権者は、原則として目的不動産を使用・賃貸することは許されておらず、この点の差異を明らかにしておくためにも明文規定が必要であるとされた。なお、賃貸することは、「収益」することに含まれるという点も、立法の時点で確認されている(同六八〇頁の梅発言)。梅・前掲注(4)四七一頁によれば、不動産質は日本の明治時代においても、ヨーロッパでは不動産質そのものの規定があまり設けられていないほか、抵当制度の充実によって不動産質の用は次第に減少しているが、用益質として利用されているとの指摘がなされている。また、立法に関与した富井博士の富井・前掲注(4)四九九頁によれば、抵当制度があるにもかかわらず不動産質に関する規定が必要とされるのは、使用・収益権がある点に理由があるとされる。すなわち、不動産質権の設定者は、目的物に対する占有を失うため、自ら使用・収益を行うことができないが、質権者も用益権者ではないため、使用・収益権を認めないとなれば、当該不動産を利用す

ることができず、「経済上甚タ不利ナルコト言フ俟タス」とされる。そこで、不動産質権者に使用・収益を認め、その果実を債権の利息と相殺するものとされた。なお、質権に関して、大島・前掲注（3）「動産を対象とする担保方法の比較検討（二）」七八頁及び「債権を目的とする担保方法の比較検討（二）」四六頁も参照。

- (9) 法典調査会記録・前掲注（4）七八五頁によると、抵当権の目的は、「弁済ヲ受ケナイ場合ニ於テ之ヲ差押ヘ然ウシテ夫レヲ売テ其代償ニ付テ弁済ヲ受クルト云フモノデアル」とされる。そして、目的物の滅失・毀損の場合には、設定者は自己に過失がない限り、目的物の損失以上の負担を負わない点につき、抵当権者には酷に思えるものの、抵当権者の権利が存続するとすれば、「所有者ハ只所有権ヲ失ナウ斗リテナク自分ノ損シタモノノミテナク其上二人ノ損迄償ツテヤラナケレバラナヌ」（同七八一頁）ことになるとして、設定者の責任の範囲は限定された。

梅・前掲注（4）四九八頁によれば、抵当権は、「不動産ノ担保中最モ頻繁且重要ナルモノ」とされ、時代背景として、制度として明確にする必要性が高かったことが指摘されている。そして、抵当制度のためには登記制度の完備が必要ではあるが、登記に関する規定は、手続法である登記法に委ねることとされた（同四九九頁）。

富井・前掲注（4）五三八頁によると、抵当権は、沿革上は質権との関連が強く、不動産の利用を全うさせるため、占有を移転させずに債権の担保とする必要から、「占有質ヨリ分レテ発達シタルモノ」とされる。

我妻・前掲注（4）二〇八頁、柚木馨ほか編『注釈民法（九）（新版）』（柚木馨・高木多喜男）（有斐閣、一九九八年）六頁。抵当権の効力の及ぶ範囲については、湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一ほか編『民法講座3』（有斐閣、一九八四年）四七頁以下も参照。

- (10) 我妻・前掲注（4）二〇八頁。

- (11) 我妻・前掲注（4）四六三頁。

(12) 法務省民事局参事官室編『仮登記担保法と実務』（金融財政、一九七九年）三四〇頁、篠塚昭次ほか編『新・判例コンメンタール民法4』（椿寿夫・中倉寛樹）（三省堂、一九九一年）二六九頁以下。仮登記担保法制定前の学説及び判例の展開と分析については、生熊長幸「仮登記担保」星野英一ほか編『民法講座3』（有斐閣、一九八四年）二四一頁以下で詳細な整理と分析がなされている。

- (13) 椿寿夫編『担保物権法（現代民法講義3）』（椿寿夫）（法律文化社、一九九一年）八頁は、不動産譲渡担保は、企業実務ではまず使われていないが、裁判例として扱われる事件は少なくないことを指摘しており、本稿でも不動産譲渡担保を担保方法のひとつとし

て検討対象とする。なお、柚木馨ほか編『注釈民法（九）（新版）』（福地俊雄）（有斐閣、一九九八年）八三八頁で、譲渡担保は、目的物の占有利用を設定者が留保する「抵当」的形態のものに限定されるべきか、占有を債権者に移す「譲渡質」形態のものも含めて考えるべきかについては議論があり、複数の反対学説もあるものの、占有・利用権は譲渡担保概念の要素ではないとして、譲渡質型も、譲渡担保の一種とする見解（我妻説）が通説とされている。なお、譲渡担保に関して、大島・前掲注（3）「動産を対象とする担保方法の比較検討（二）」七九頁及び「債権を目的とする担保方法の比較検討（二）」四七頁も参照

(14) 我妻・前掲注（4）五九二頁、米倉明『譲渡担保』（弘文堂、一九七八年）二頁ともに、売渡担保と譲渡担保を広義の譲渡担保として示したのち、狭義の譲渡担保と売渡担保を区別する。

(15) 我妻・前掲注（4）五九五頁、米倉・前掲注（14）五頁。

(16) 篠塚昭次ほか・前掲注（12）（高木多喜男）二五三頁以下。