

不動産の譲渡担保と登記

鳥谷部 茂

- 1 問題提起
- 2 不動産譲渡担保の利用と登記の実態
- 3 不動産譲渡担保と登記の問題点
- 4 不動産譲渡担保の立法提案
- 5 若干の検討(私見)

一 問題提起

例えば、AがB信用金庫等から融資を受ける場合にAが所有する甲不動産の所有権を担保のためにBに移転する譲渡担保という担保方法を用いることがある。最近では、仮登記担保が判例に登場するのはきわめて稀であるが、不動産の譲渡担保に関する裁判例は非常に多くなっている。それらの裁判例でも明らかなように、不動産譲渡担保をめぐる紛争は、単に当事者間で清算金請求権・利用権・受戻権を主張できるかだけでなく、それらを悪意または背信的悪意の第三者に対抗できるか、留置権を行使できるか、無断譲渡・転貸にあたるか、被保険利益はどちらにあるか、敷金をだれに返還請求できるか、建物の明渡請求の相手方はだれか、どちらが所有権に基づく妨害排除請求権を行使できるか、だれが目的不動産の賃料を取得できるか、差押債権者に対して第三者異議の訴えを提起できるかなど、多様な領域に及んでいる。いずれも不動産を目的とする譲渡担保であり、その公示・対抗手段である登記制度との関係を含めて、明確な法理と基準を提示することが求められている。

本稿では、第1に、アンケート調査や公表裁判例の整理を通して、不動産譲渡担保の利用実態と登記の実態を明らかにする。第2に、不動産譲渡担保の登記について、どのような問題点があるのかを法律構成や効力との関係から検討する。第3に、不動産譲渡担保に関する従来の立法提案を整理・分析する。第4に、不動産譲渡担保の登記と効力との関係および譲渡担保終了の登記について若干の検討を行う⁽¹⁾。不動産の譲渡担保については、その認定、法律構成、効力なども重要な問題であるが、詳細は別稿に譲る⁽²⁾。

- (1) 不動産譲渡担保の登記については、以下のような研究がある。米倉明『譲渡担保』58頁（弘文堂、1978年）、浜田稔「譲渡担保と登記の形式・効力」幾代通他編『不動産登記講座Ⅲ』326頁（日本評論社、1978年）、幾代通「担保と不動産登記」米倉明他編『金融担保法講座Ⅰ巻』1頁（筑摩書房、1985年）、椿寿夫「担保目的の所有権移転登記と一展望」民事研修362号6頁（1987年）、小池信行「不動産譲渡担保と登記」青山正明編『民事法務行政の歴史と今後の課題下巻』372頁（テイハン、1993年）、高木多喜男「不動産譲渡担保立法論」法律時報66巻2号70頁（1994年）、大城節子＝藤井哲「譲渡担保の憂鬱」法学セミナー502号108頁（1996年）、近江幸治＝山口齊昭「買戻・譲渡担保の登記」鎌田薫他編『新不動産登記講座第5巻』209頁（日本評論社、2000年）、香川保一編『新訂不動産登記書式精義上巻』1638頁（テイハン、2000年）、登記研究編集室「譲渡担保」他『実務からみた不動産登記の要点』Ⅰ378頁、Ⅱ289頁、Ⅲ188頁（テイハン、2001年）、鎌田薫他「不動産登記法改正③」ジュリスト1294号129頁（2005年）など参照。
- (2) 不動産譲渡担保の認定・要件事実については、大江忠『要件事実民法（上）総則・物権』609頁（第一法規、1995年）、大江忠『ゼミナール要件事実2』109頁（第一法規、2003年）、伊藤滋夫他編『ケースブック要件事実・事実認定（第2版）』133頁（有斐閣、2005年）、永石一郎「要件事実入門・担保権から考える民法と要件事実」法学セミナー624号20頁（2006年）、鳥谷部「不動産譲渡担保の認定と効力」NBL849号25頁（2007年）などがある。

不動産譲渡担保の法律構成については、吉田真澄『譲渡担保』49頁（商事法務研究会、1979年）、竹内俊雄『譲渡担保論』57頁（経済法令研究会、1987年）、鳥谷部「譲渡担保における法律構成」林良平＝甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集3』184頁（信山社、1993年）、田高寛貴「担保法体系の新たな展開」126頁、138頁（勁草書房、1996年）、米倉明「不動産譲渡担保の法的構成—なぜ抵当権説ではいけないのか」法学雑誌タートンヌマン2号8頁（1998年）、道垣内弘人「譲渡担保」鎌田薫

他編『民事法Ⅱ 担保物権・債権総論』119頁(日本評論社, 2005年)など参照。

不動産譲渡担保の効力については、槇倅次『譲渡担保の効力』叢書民法総合判例研究⑧(一粒社, 1976年), 道垣内弘人『日本民法の展開(3)判例の法形成—譲渡担保』『民法典の百年Ⅰ』311頁(有斐閣, 1998年), 吉田光碩『不動産譲渡担保の処遇』潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』353頁(日本評論社, 2002年)など参照。

二 不動産譲渡担保の利用と登記の実態

1 不動産譲渡担保の利用の実態

不動産譲渡担保は、どのような当事者・契約内容において利用されているのか。私たちは、平成15年度～17年度科学研究費補助金(基盤研究B)「非典型担保の実態・解釈・立法」(研究代表者:鳥谷部茂)において、平成16年に全国の金融機関および企業等に対してアンケート調査(以下では、「平成16年科研調査」と略す)を実施した。この調査によると、不動産の譲渡担保を利用するのは、信用金庫などが多い⁽³⁾。都市銀行は、原則として、不動産の譲渡担保は利用していないようである(債権の譲渡担保は利用が多い)⁽⁴⁾。

「平成16年科研調査」では、不動産譲渡担保を利用しているのと回答が24件あった。ただし、部分的にのみ回答するものが14件あったので、ここでは全項目を回答した10件についてのみ取り上げることとした。その10件の契約当事者は、信用金庫が8件、地方銀行が2件であった。件数が少ないため、実務の一般的な傾向といえるか疑問もあるが、その内容は、以下のとおりである。

①契約書名については、譲渡担保(設定)契約証書が7件、金銭消費貸借譲渡担保契約書が2件、根譲渡担保契約書が1件であった。

②登記原因は、譲渡担保原因が3件、登記をしないが7件であった。

③所有権の帰属については、譲渡担保債権者に帰属するが4件、譲渡担保

債務者・設定者に帰属するが6件であった。

④目的不動産の占有については、譲渡担保債務者・設定者が10件、譲渡担保債権者が0件であった。

⑤不動産譲渡担保を利用した理由（重複可）としては、他に適切な担保方法がないからが9件、利害関係人の出現を防止が3件、実行が容易であるからが1件、その他が1件であった。

⑥実行方法の特約について、処分清算の特約があるが7件、帰属清算の特約があるが1件、特約がないが2件であった。

⑦実行したことがあるかについて、実行したことがないが8件、実行したことがあるが2件であった。

以上から、不動産譲渡担保の実態として、第1に、契約の相手方としては信用金庫が多いこと、第2に、契約書名は、売買契約ではなく、譲渡担保契約書ないし金銭消費貸借譲渡担保契約が多いこと、第3に、必要があるまで登記をしないでおく登記留保が多いこと、第4に、契約時の所有権については債務者・設定者に残っているとの意識が強いこと、第5に、目的不動産の占有は債務者・設定者にあること、第6に、譲渡担保を選択した理由としては、他に適切な担保方法がないか、または利害関係人を防止できること、第7に、実行方法として処分清算が特約されていることなどが明らかとなった。

これらのうち、他に適切な担保方法がないとの回答については、不動産の場合は、動産の譲渡担保と異なり、同じ非占有担保として抵当権があるが、抵当権実行の効率性（費用・手続・競売価格）を意識したものではないか。また、利害関係人の出現の防止は、後順位権者の排除を目的としていることが窺われる。この結果、過剰担保の問題が生じることに留意しなければならない。さらに、所有権が債務者・設定者に帰属するという意識は、設定時や弁済期等のどの時点における何を念頭に置いたものかが興味のあることであり、今後の検討課題である。

従来の実態調査としては、「私法(加藤)調査」(昭和34年)、「金法調査」(昭和35年)、「岩城調査」(昭和57年)などがある⁽⁵⁾。担保方法全体における不動産譲渡担保の割合は、加藤調査では45件で35%、金法調査では38件で4.6%であった。

まず、「加藤調査」では、不動産譲渡担保の担保取得者や選択した理由は不明であるが、45件のうち20件は当該譲渡担保のほかに複数の担保を債権者に提供していること、その被担保債権の形態としては、一般融資が20件、取引担保が14件、特殊関係融資が10件、売掛金債権が1件であったことが明らかになっている。

つぎに、「金法調査」では、譲渡担保全般について、譲渡担保を選んだ理由・その長所・短所を整理している。ただし、その主な対象は、譲渡担保全体の53.7%を占める動産(機械・製品・原材料等)の譲渡担保である。これらの譲渡担保を選んだ理由としては、①他に債権保全の方法がないため、②貸金が増加したため、③担保として有利なため、貸金の用途からみて相当だから、④その他、となっている。不動産譲渡担保の担保取得者の内訳は、都市銀行1件、地方銀行23件、相互銀行4件、信用金庫10件となっている。

さらに、「岩城調査」は、不動産譲渡担保についても整理している。そこでは、不動産譲渡担保を使う理由として、実行手続の簡便さ、第三者の権利の排除、根拠登記担保の欠点のカバー等があげられている。これに対して、都市銀行等が不動産譲渡担保を使わない理由としては、①(根) 抵当権で十分である(14行)、②取引先から拒否される(12行)、③登録免許税が高い(8行)、④他の権利がついている(5行)、⑤不動産取得税がかかる(5行)、⑥他の担保に使えず相手が困る(4行)があげられている。

以上から典型例として推測できるのは、何らかの事情により抵当権で貸してくれと主張しきれない債務者が、不履行のときは当該不動産を処分されても止むを得ないという条件の下で融資を受けるというケースではなかろうか。

2 不動産譲渡担保の登記の実態

前述のように、AがB信用金庫等から融資を受ける際に、抵当権や不動産質権ではなく、不動産の譲渡担保という担保方法を用いることがある。そのような不動産譲渡担保を登記する場合には、AからBに対して甲不動産の「所有権移転」という登記を経由するが、その登記原因としては、主として、「原因 売買」による方法と「原因 譲渡担保」による方法がある。この後者の譲渡担保原因の登記は、すでに昭和30年代から登記実務としては可能であった⁽⁶⁾。ところが、昭和の年代では譲渡担保原因登記はほとんど行われなかった。これは、売買原因の登記の方が当該不動産を債権者が第三者に処分する場合に、担保目的であることを知られずに処分等ができるため、有利であるからであった。しかし、平成元年以降に判例にあらわれた譲渡担保は、不動産登記の際の登記原因として、売買原因と並んで、譲渡担保原因が多くなっている⁽⁷⁾。

平成元年以降に不動産譲渡担保と認定され、判例集等に公表された60件の裁判例のうち、登記原因は、譲渡担保が22件、売買が20件、登記原因不明6件、買戻特約登記が3件、贈与が2件、代物弁済が2件、債権者名義で登記（新築等の場合）が2件、登記なしが1件であった⁽⁸⁾。登記原因が売買の20件は、売買契約の中に買戻特約が付されているものが多いが、買戻特約登記は行われていないものに限定している。また、裁判例では少ないが、「平成16年科研調査」では登記をしないとの回答が多かった。この中には登記書類一式を徴取しておく登記留保が少なからず含まれていると考えられる⁽⁹⁾。

当事者の契約が不動産譲渡担保契約であり、所有権移転登記の原因が譲渡担保となっており、その契約書で担保のために所有権を移転する合意が確認できる場合は、特別の事情がない限り⁽¹⁰⁾、譲渡担保と認定することに問題はないであろう。

これに対して、譲渡担保と認定されたものには、登記原因が売買の場合以外に、買戻特約登記、贈与、代物弁済、債権者名義での登記があることが興

味深い。これらの場合において、当事者の契約書に担保のために所有権を移転するという担保目的の合意が明示されていないとき、どのように譲渡担保を認定しうるかが問題となる。平成以降の60件の裁判例では、いずれも所有権の移転に関する合意は存在するが、担保目的の合意について、不動産譲渡担保契約書または当該所有権移転が担保目的であるとの合意がない場合には、消費貸借契約書があるか、所有権受戻特約があるか、清算金支払特約があるか、目的不動産の占有が債務者・設定者にあるか、などの事実から推察しているといえる⁽⁴¹⁾。不動産譲渡担保の認定の詳細については別稿に譲る。

- (3) 堀田親臣「担保の多様性に関する実態調査」平成15年～平成17年度科学研究費補助金(基盤研究B)研究成果報告書68頁(2006年)、吉田光碩「不動産譲渡担保の処遇」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』353頁(日本評論社,2002年)参照。また、不動産譲渡担保の利用・登記の実態については、鈴木祿弥他「座談会・銀行取引と譲渡担保<第13回～第16回>」金融法務784号23頁～787号23頁が詳しい。
- (4) 都市銀行は、一般的には、債権の譲渡担保及び集合財産の譲渡担保については利用するが、不動産の譲渡担保については利用していない。そこで、不動産の譲渡担保をどのように評価すべきかについて学者でも見解が分かれる。第1は、銀行で使用されないような担保方法を利用しやすく立法上の配慮をする必要はないとの批判である。第2は、抵当権等の典型担保を利用すべきであり、民法典に規定のないような不動産の譲渡担保を利用しやすく立法上の配慮をする必要がないとの批判である。第1の批判については、銀行の担保方法は重要であるが、銀行以外の金融機関が行う担保方法も中小企業等では重要な役割を果たしており、法的に合理的なルールを提供することが必要である。また、銀行は、不動産の譲渡担保は利用しないが、銀行取引約定書又は抵当権設定契約書の中で「任意処分」の特約を設け、実際には譲渡担保と類似の回収ができるような措置を講じている。第2の批判について、担保方法としては、典型担保である抵当権等を利用するのが望ましい。しかし、「売買による所有権移転」という制度がある限り、これを担保目的で利用するということとはなくなる。このような実態がある限り、担保のために行った譲渡等(非典型担保)に対して法的に合理的なルールを提供することが必要である。
- (5) 加藤一郎「実態調査・東京地区」私法21号190頁(1959年)、金法調査「金融機関における譲渡担保の実情」金融法務229号35頁(1960年)、岩城謙二「担保に関

するアンケートの分析結果」私法 45 号 14 頁，別冊 NBL10 号 1 頁（1983 年）などがある。この他にも，金融法務編集部による「金融機関による譲渡担保の取り扱い」金融法務 769 号 12 頁（1975 年）がある。ここでも不動産譲渡担保を使用しているのは，地方銀行，相互銀行，信用金庫，信用組合に集中していること，不動産譲渡担保を使用しない理由としては，①抵当権等典型担保で十分なため（27 行），②税金（不動産取得税・登録免許税等）が高いため（2 行），③譲渡担保の効力が若干あいまいなため（2 行），④その他，となっている。

- (6) 昭和 29・7・20 質疑応答は「登記原因を「譲渡担保」として所有権移転の登記ができますか。答え：できる。」とする（登記研究 80 号 38 頁）。昭和 39・4・1 民事甲 839 号民事局通達，昭和 54・3・31 民三第 2112 号民事局長通達を参照。
- (7) 鳥谷部「不動産非典型担保」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 NBL31 号 88 頁，93 頁（1995 年）において，譲渡担保原因が増加していることを指摘したことがある。
- (8) 平成元年以降の裁判例 60 件についての分析および一覧表については，鳥谷部「不動産譲渡担保の認定と効力」NBL849 号（2007 年）25 頁および 33 頁以下を参照。
- (9) 登記留保については，鈴木正和「登記留保」手形研究 245 号 32 頁（1976 年），遠島省三「担保留保・登記留保と効力」手形研究 249 号 32 頁（1976 年），石井眞司「抵当権設定とその登記のしかた」幾代通他編『不動産登記の法律相談（第 3 版）』425 頁（有斐閣，1996 年）など参照。
- (10) 徴税を回避するために虚偽の譲渡担保契約を締結する事例が少なくない。
- (11) 不動産譲渡担保の認定については，鳥谷部・前掲論文 NBL849 号 27 頁，29 頁参照。

三 不動産譲渡担保と登記の問題点

1 司法書士の関与と責任

当事者が締結した譲渡担保契約については，多くの場合，債権者である信用金庫等からこれまで取引のある司法書士に対して登記依頼が行われる。この場合，ほとんどのケースでは，司法書士は，債権者および設定者の双方から登記依頼を受ける。いわゆる双方代理による。問題は，取引のある信用金庫等が，譲渡担保について売買原因で登記をするように依頼してきた場合である。当事

者の所有権移転が担保目的であるにもかかわらず売買原因の登記をすることが妥当であろうか。確かに、判例は売買原因の場合でも、担保目的の合意が証明できれば、繰り返し述べるように、当事者間では譲渡担保と認定し、その効力を認める。しかし、売買原因で登記した場合には、債務者に受戻権、利用権、場合によっては清算金請求権があることを公示しないことになり、双方代理をする司法書士としては、債務者の意思または利益に反する登記をしたことになる。司法書士の責任という観点からは、問題がある⁽¹²⁾。

最近の不動産登記法改正によって、申請書副本による申請が認められなくなった。担保取得者としては、これによって、抵当権の設定や処分が面倒であるとの印象を与える譲渡担保原因よりも、それらの懸念が全くない売買原因の登記を選択する可能性があり、売買原因が増加することが予想される⁽¹³⁾。

2 譲渡担保原因の登記と売買原因の登記の差異

まず、譲渡担保の登記としては、前述のように、「所有権移転 原因 譲渡担保」と「所有権移転 原因 売買」が代表的である。譲渡担保の効力についても、前述のように、売買原因であっても判例によって債権者に受戻義務および清算義務が負わされている。したがって、譲渡担保債務者にとっては、まだ第三者が現れていない場合には、「原因 売買」の登記でも必ずしも不利益になるわけではない⁽¹⁴⁾。これに対して、譲渡担保不動産について、後述のように、第三者に譲渡されたり、抵当権が設定されたり、差し押えられる等、第三者が登場した場合には、現在の判例では、譲渡担保債務者は受戻権、清算金請求権等を第三者に対抗できないので、債務者・設定者は保護されないことになる⁽¹⁵⁾。したがって、譲渡担保債務者の上記諸権利を第三者に公示するためには、当事者の合意が担保目的（貸金債権の確保）であるならば、譲渡担保原因の登記をすべきである。

3 譲渡担保債務者の受戻権・清算請求権・利用権の公示・対抗

現在の譲渡担保原因の登記は、前述のように、譲渡担保債権者に所有権が移転し、かつ、譲渡担保債務者の利用権、受戻権、清算金請求権が強く保護されないという判例法のもとで認められたものである。ただし、留意すべきことは、譲渡担保は虚偽表示に当たらない、譲渡担保債権者は清算義務を負う、譲渡担保設定者は目的物の利用権および受戻権を有するという効力を認めたのは、所有権移転構成として位置づけられる従来判例であり、かつ、信託的譲渡説であったということである⁽¹⁵⁾。ところが、その判例法理は、当事者間では担保の効力を認めるが、第三者に対する関係では、対抗できないとして否定する。譲渡担保債務者が有する受戻権等の諸権利を強く保護ことを徹底するためには、この譲渡担保原因の登記に対して、債務者の有する利用権、受戻権、清算金請求権に対抗力を認めることが望ましい。判例法理によって肯定されてきたこれらの権利が譲渡担保原因の登記で公示されていると見ることができるからである⁽¹⁶⁾。それは、建物の占有・引渡によって借家権に対抗力を与え、建物登記に借地権の対抗力を与えるのと同じ構成によるものである⁽¹⁷⁾。

これに対して、所有権非移転構成（抵当権説および担保権説）では、譲渡担保当事者に所有権移転に関する合意は存在しない。したがって、所有権は譲渡担保債務者にとどまっている。ただし、譲渡担保債務者は、所有権の登記を有しないので、第三者にその所有権を対抗できない。また、債権者には所有権が移転しないのであるから、所有権の受戻権は発生しえないことになる⁽¹⁸⁾。

4 譲渡担保債権者の対抗力・実行・優先弁済の根拠

譲渡担保債権者は自己の権利を第三者に対抗できるか。不動産の所有権を担保のために債権者に移転する合意により、学説により異なるが、契約時または弁済期到来時等に譲渡担保債権者に所有権が移転するという所有権移転

構成では、譲渡担保債権者は所有権移転登記を有するので、この所有権を第三者に対抗できる。ただし、譲渡担保債権者の所有権には、前述のように、譲渡担保債務者の負担がついている。

これに対して、不動産譲渡担保契約によって債権者に所有権が移転することはなく、譲渡担保債権者は抵当権や担保権を取得するにすぎない所有権非移転構成では、抵当権や担保権には所有権移転の登記をしていても対抗力は与えられない⁽¹⁹⁾。内容の一致しない登記に対抗力は与えられないからである。また、担保目的であれば所有権が債権者に移転しないというのは譲渡担保の沿革に反する。さらに、所有権が債務者・設定者にとどまったとしても、前述のように、債務者・設定者は所有権の登記を有しないから、その所有権を第三者に対抗できないので、必ずしも債務者・設定者の保護にならない。譲渡担保当事者の権利は何かを明らかにし、それに対応する公示方法を検討するのでなければ、曖昧なままで勝手に対抗力だけを付与していることになる⁽²⁰⁾。

同じことは、不動産譲渡担保の実行・優先弁済についても妥当する。抵当権の場合は、実行しても、設定者から買受人に直接所有権が移転するので、抵当権者は所有権を取得することはない。所有権を取得しうるとすれば、競売に参加して買受人となる方法があるが、それは競売の効力である。不動産譲渡担保の場合には、確かに帰属清算が可能であるが、それは理論的には所有権移転構成の下で肯定されたものであり、所有権移転の対抗力を有するからである。抵当権者と設定者が私的実行特約（銀行取引約定書には、ほとんどの場合、抵当権者による任意処分の特約条項が付されている。この任意処分特約が裁判外の私的実行特約でもある）を締結しても裁判上の第三者効が肯定されるわけではない。このことは、民法369条の抵当権には私的実行特約も帰属清算も認められないこと、仮登記担保の実行において帰属清算が認められるのは、債務者以外に誰も争う者がいない場合に限定されていることと比較すれば明らかである⁽²¹⁾。

5 譲渡担保債権者による抵当権の設定

譲渡担保原因の登記をした場合において、清算が終了して受戻権が消滅（所有権の移転が確定）したときでも、債権者がこの不動産に抵当権を設定しようとする場合、銀行等の金融機関では、融資に応じてもらえないとの指摘がある。不動産を担保に融資をしようとする場合、譲渡担保債権者の所有物であれば抵当権を設定できるが、確定的に所有権が帰属したかどうか明確でない不動産に抵当権を設定しにくいということである⁽²²⁾。

これは、譲渡担保の法律構成によっては、きわめて重大な問題を含んでいる。譲渡担保債権者の権利は抵当権または担保権であるとの所有権非移転構成によれば、譲渡担保原因が登記されることによって、第三者が民法94条2項によって保護されることもなく⁽²³⁾、かつ、そのような不動産に対して有効に抵当権を設定するためには、転抵当権の要件（転抵当権の登記とその旨の通知・承諾）を具備しなければならない。転抵当権の対抗要件を具備しない場合には、設定者が有しない権利の上に抵当権を設定したことになるからである。

これに対して、所有権移転構成によれば、目的不動産には債務者の受戻権、清算金請求権、利用権の負担がついているものの、譲渡担保債権者の所有権に当然に抵当権を設定することができることになる⁽²⁴⁾。

したがって、譲渡担保原因の登記を認めた以上は、このような不都合は立法によって排除するのが望ましく、少なくとも不動産譲渡担保による所有権移転が確定（受戻権が消滅）したかどうかを公示する必要がある。

6 譲渡担保債権者による第三者への売却

譲渡担保債権者が当該不動産を譲渡しようとする場合、譲渡担保原因の登記がなされたままでは譲渡するのが困難になることがある。第三者が目的不動産を買おうとするとき、担保目的（債務者の受戻権等の負担付）であることを知り、後のトラブルを回避するために購入を控える傾向にあるからであ

る。

所有権移転構成のもとでは、前述のように、契約時または弁済期到来時等に債権者に所有権が移転し、かつ、その所有権移転登記によって第三者に対抗できる。譲渡担保債権者が、目的不動産を第三者に売却できるのは、この自己の取得した対抗できる所有権に基づくものである。この構成では、譲渡担保原因の登記が残ったままでは、清算金支払によって受戻権・留置権等が消滅(清算金がない場合はその旨の通知)したか否か不明なので、これを公示する必要がある。

これに対して、所有権非移転構成では、譲渡担保自体の効力としては、譲渡担保債権者に所有権が移転することはない。所有権移転に関する合意がないからであり、抵当権・担保権設定の合意しかないからである。したがって、譲渡担保債権者からの買主は、原則として、所有権を取得することができない。抵当権・担保権の譲渡を受けることができるにとどまる。不動産譲渡担保の実行や帰属清算についても同様であることは、前述した。

いずれの構成によっても、第三者が民法94条2項により、負担の付かない所有権を取得することは可能である。しかし、それは、譲渡担保債権者が自己の権利を第三者に対抗できるかどうかとは全く別問題である。譲渡担保債権者としては、内容が明確に確定された自己の権利を第三者に不信感を与えることなく処分できるようにすることが望ましい⁽²⁵⁾。

- (12) このような指摘は以前からなされてきた。鎌田薫他「不動産登記方改正③」ジュリスト1294号130頁(2005年)など参照。双方受託については、田中克志『不実登記責任論・入門』181頁(信山社、1992年)を参照。
- (13) 申請書副本の廃止については、清水響『一問一答新不動産登記法』15頁(商事法務、2006年)など参照。
- (14) ここから、近江幸治教授は、登記原因によって、効力に影響を与えるべきではないとする(近江幸治=山口齊昭・前掲論文「買戻・譲渡担保の登記」230頁)。当事者の担保合意自体からみれば当然である。それは、当事者間の効力については妥当する。しかし、第1に、判例が、対外的に公示されている登記内容に応じて異なる効力を与

える可能性（とくに民法94条2項の適用）があること、第2に、担保当事者にとっても、第三者にとっても権利の実体内容を表示した登記をするのが望ましいこと（しかし、売買原因の利用は防ぎ得ないこと）から、第三者効が異なるのは止むを得ないのではないかと考える。

- (15) 従来の判例法理や学説の分類については、鳥谷部・前掲注（2）論文「譲渡担保の法律構成」188頁、米倉・前掲注（2）論文「不動産譲渡担保の法的構成」10頁を参照。
- (16) 横浜地判平成元・9・26判例タイムズ718号122頁は、悪意者の第三者に対する受戻権の行使を肯定した裁判例である。
- (17) このような指摘は、竹内俊雄・前掲書『譲渡担保論』83頁（1987年）において行われていた。ただし、このように譲渡担保債務者の権利を強くすることが、担保法全体の問題として望ましいかどうかは検討が必要である。
- (18) 所有権非移転構成では、弁済期によって被担保債権が消滅するだけであり（附従性）、受戻権という概念を用いるのは妥当でない。
- (19) 譲渡担保原因の登記がある場合にこのような効力を認めるならば、譲渡担保について所有権非移転構成を採用すべきであるとの批判がある。しかし、登記における「所有権移転」を無視して、その登記原因である「譲渡担保」をもって所有権が移転しないと解するのは本末転倒である。また、売買原因の登記との差異についても合理的な説明ができない。
- (20) 譲渡担保債権者および譲渡担保債務者という用語を使用するのは、譲渡担保権、譲渡担保権者、譲渡担保権設定者という用語を極力使用しないためである。譲渡担保権という権利は、所有権なのか、抵当権・担保権なのか特定しなければその後の第三者効に関する議論が無意味だからである。担保的構成や担保権的構成という用語についても同様である。また、不動産譲渡担保の実行については、鳥谷部「不動産譲渡担保の実行権能・実行方法」ジュリスト1098号127頁（1996年）を参照。
- (21) 所有権移転を対抗できないから、後順位権者や一般債権者が競売を申し立てた場合には、帰属清算も処分清算も不可能になる。全く異議を述べる第三者が存在しない場合には、帰属清算ができる仮登記担保の場合と同じである。私的実行特約自体に全く第三者効がないのは、二番抵当権者と設定者が一番抵当権に優先するとの私的実行特約を締結しても対抗できないのと同じである。ちなみに、近江幸治教授は、「譲渡担保権の実行」を対内的効力に（近江『担保物権〔第2版〕』299頁）、内田貴教授は、譲渡担保の効力を本来的効力と対外的効力に区分し、「優先弁済権」を本来的効力に（内田『債権総論・担保物権〔第3版〕』524頁）位置づけていることに注目しなければならない。
- (22) 大城節子＝藤井哲「譲渡担保の憂鬱」法学セミナー502号108頁、山野目章夫＝山

田猛司＝堂園昇平「担保権の登記をめぐる諸問題」登記情報487号16頁(2002年)など参照。

- (23) 譲渡担保原因の登記がなされている場合には、抵当権者が第三者に対して当該不動産を売却しても、第三者は、悪意または有過失となるから、民法94条2項によっても保護されない。
- (24) 不動産の譲渡担保によって債権者に所有権が移転した場合において、譲渡担保債務者が、この所有権の上に、買戻特約の登記をし、かつ、賃借権(又は地上権)の登記を経由し、さらに、清算金請求権を被担保債権として当該不動産に留置権を取得したとしても、債権者の有する法律上の「所有権」とは、理論上も実際上も全く矛盾するものではないことに留意すべきである。
- (25) 要件事実の問題として、譲渡担保債務者が譲渡担保債権者から目的不動産を取得した第三者に対して所有権移転登記の抹消登記請求をした場合、反対に、その第三者が譲渡担保設定者に対して目的不動産の明渡請求をした場合、担保目的であることをどちらが立証すべきか。所有権移転構成では、譲渡担保債権者および第三者の所有権に基づく請求・主張は譲渡担保契約と両立するので、譲渡担保債務者・設定者が立証責任を負う。ところが、所有権非移転構成によると、譲渡担保債権者・第三者の所有権に基づく請求は譲渡担保契約と両立しないために譲渡担保債務者・設定者により否認され、譲渡担保契約に関与していない第三者が担保目的の立証責任を負担することになり(伊藤滋夫他編・前掲書『ケースブック要件事実・事実認定(第2版)』138頁参照)、不都合が生ずる。

四 不動産譲渡担保の立法提案

不動産譲渡担保については、これまでいくつかの立法提案が行われてきた。これらの立法提案と現在の登記実務との関係を整理・分析する。

1 受戻権附登記案

譲渡担保債権者への所有権移転について、譲渡担保原因の登記が認められていることを前提として、「所有権移転登記に加えて債務者の受戻権の附登記をさせることによって公示する方法」があるとの見解がある⁽²⁶⁾。早い時期に三藤邦彦教授等によって提案された。この見解は、譲渡担保を原因とす

る所有権移転登記が認められていることを前提に、それを活用し、さらに進んで譲渡担保設定登記の途を拓くということも考えられるが、さしあたりは、他の権利移転の形式の担保制度との関係を考慮しながら統一的に処理していくことの必要性を重視している。この案に対応する現在の登記実務では、買戻特約登記がある。

【1】債権者への「所有権移転」に附記登記で、「買戻特約 原因 平成〇年〇月〇日特約」

【2】受戻等による被担保債権の消滅（債権者から債務者への）「所有権移転」
「平成〇年〇月〇日債務弁済」

このような登記ができれば、譲渡担保債務者の受戻権は第三者にも対抗できることになる。しかし、問題は、実際に譲渡担保債務者のために買戻登記をすることは困難であり、かつ、これまでもその登記がされることはきわめて稀であった⁽²⁷⁾。

2 所有権移転請求権仮登記または買戻権登記案

譲渡担保債権者への所有権移転については、譲渡担保原因の登記が認められていることを前提として、譲渡担保設定者は、所有権移転請求権保全の仮登記や買戻権の登記ができるとする見解である⁽²⁸⁾。この見解は、学説でいう二段物権変動説および物権的期待権説によって主張された。この見解では、現在の登記実務で認められている以下のような登記を利用すべきであるとの提案である。買戻登記案は、前述1と同内容であり、省略する。

【3】所有権移転請求権仮登記 債権者への「所有権移転」に附記登記で、「売買予約 原因 平成〇年〇月〇日特約」

しかし、この登記も、譲渡担保債権者の協力が必要である。抵当権の設定をも認めないような債権者が、債務者のために仮登記をすることを実際上期待できないし、これまでも全く利用されることがなかった。

3 抵当権・担保権案

不動産譲渡担保契約を締結した場合に、「譲渡担保設定契約」を登記原因とする抵当権設定登記を認めるべきであるとする見解である。学説における抵当権説および担保権説の見解である⁽²⁹⁾。この見解では、この登記を立法論ではなく、解釈論として認めるべきであると主張する。この場合、譲渡担保設定契約を登記原因とすることによって、私的実行特約が公示されている。また、抵当権登記の場合と同じく、被担保債権の内容が当然に登記されることになる。そして、設定者は、譲渡担保のために所有権移転登記をしてしまった場合には、譲渡担保債権者に対して、この所有権登記を抹消することができる。また、抵当権設定登記としての譲渡担保の登記をなすべきことを請求しうる登記請求権を有する⁽³⁰⁾。

この見解は、譲渡担保当事者が抵当権を選択せずに、担保のために所有権移転の方法を選択しているのに、何故それが所有権の移転しない抵当権でなければならないのか、その所有権移転は何故無効なのかを合理的に説明できない。また、不動産登記法上の「所有権移転」の登記を否定するものである。現在は、この見解による登記は認められていない。

4 譲渡担保を売買や代物弁済に更正・変更登記案

譲渡担保が清算を終了したか、または所有権移転が確定した場合に、登記原因を譲渡担保から売買や代物弁済に変更することによって、第三者への譲渡や抵当権の設定を容易にしようとする提案である⁽³¹⁾。この見解は、現在登記実務で認められている錯誤による更正登記や変更登記を、売買原因や代物弁済原因の登記に改めるために利用しようとする案である。

【4】 錯誤を原因として所有権移転を抹消「平成〇年〇月〇日錯誤」

【5】 錯誤を原因として所有権移転の原因「譲渡担保」を「売買」又は「代物弁済」に更正又は変更「平成〇年〇月〇日錯誤」

【4】 案については、譲渡担保に関する登記ではなく、そもそも譲渡担保

自体が錯誤によって成立したものであった場合に用いられる方法である。したがって、一般的に受戻権を行使する場合に利用するのは問題がある。

【5】案については、「譲渡担保」原因の登記は、実体に符号した正しい記載だったから錯誤でも遺漏でもなく、更正登記に親しまない。また、譲渡担保を売買に変更することは、その実体関係を成立せしめた原因事実そのものを変更することになり、変更登記の機能の範囲を超えるものであり、許されないとの批判がある⁽³²⁾。

5 確定登記案

不動産譲渡担保が実行されて所有権が確定的に債権者に帰属したときは、「所有権の帰属が確定した旨」を登記できないかが問題となる⁽³³⁾。前述のように、新所有者が抵当権を設定したり、転売する場合に實際上妨げとなるからである。この案は、譲渡担保が清算終了等により受戻権が消滅した場合に、根抵当権が確定したのと同様に、その旨を公示しようとするものである。高木多喜男教授も、「この問題は、なんらかの方法で解決されるべきである」と指摘していた⁽³⁴⁾。

【6】譲渡担保契約解除 「所有権移転 原因 平成〇年〇月〇日譲渡担保契約解除」

【7】清算終了の場合に附記登記で、「平成〇年〇月〇日譲渡担保清算終了」

【8】清算金なしの確定の場合に附記登記で、「平成〇年〇月〇日譲渡担保確定」

【6】案は、買戻権を行使した場合におけるその買戻しは売買契約の解除と考えられているので、設定者に戻ってくる物権変動を表示するために、譲渡担保における受戻権を行使する場合に認められた登記である。この登記は、現在の登記実務で認められている。この登記の問題点は、設定者に戻ってくる所有権移転についても登録免許税が課されることである。

【7】【8】案は、債権者への所有権移転が確定したことを第三者に公示

しようとする登記である。【7】【8】案については、付記登記が可能であり、相手方の同意が得られれば費用も手続きも負担が軽い。ただし、付記登記についても共同申請主義が採用される。したがって、相手方の同意が得られれば、付記登記ができる。しかし、例えば、不動産評価額や清算金額が少ないなどで譲渡担保債務者の同意が得られない場合には、判決によらざるを得ない。

これに対して、小池信行氏は、「所有権の帰属が確定した旨」の意義を詳細に検討した上で、単に担保権者による処分相手方や担保権者の一般債権者に「所有権が確定的に移転している」ことを知らせて、安心して取引に入り又は差押えをするための公示というにすぎず、このような独立の登記を設ける意味はない、と批判する⁽³⁵⁾。

6 被担保債権額・極度額登記案

不動産譲渡担保と認定できる場合は、譲渡担保原因の他に、被担保債権額、極度額などを登記できるようにすべきであるとの見解がある⁽³⁶⁾。

この見解に対しては、弁済期は所有権が確定的に移転したか否かの有力な手掛りであるから、これを表示しなければ意味がない。ところが、昭和39年の不動産登記法の改正によって、割賦弁済や期限利益喪失約款を理由に弁済期が被担保債権の表示事項から削除された。したがって、「譲渡担保」を登記原因とする所有権移転登記に、被担保債権を、弁済期も含めて表示することとする立法も、きわめて難しいとの指摘がある⁽³⁷⁾。

(26) 三藤邦彦「不動産の譲渡担保・所有権留保」私法34号40頁(1972年)。

(27) 平成以降の裁判例で3件存在する。登記記載例【2】及び【3】は、香川保一編『新訂不動産登記書式精義上巻』1642頁、1646頁(テイハン、2002年)、誌友会民事研修編集室編『不動産登記研修講座』45頁・46頁(日本加除出版、2001年)において提示されているものである。【2】【3】とも債権者から債務者への所有権移転登記をするもので、登記費用や手続きからみて当事者に利用することを期待するのは容易

140- 不動産の譲渡担保と登記（鳥谷部）

ではない。ただ、所有権移転の方式を利用した以上、受戻権を行使した場合に、債権者から債務者に所有権移転の方式を必要とすることは止むを得ないことである。一定期間内の受戻権行使については、税法上の措置が講じられている。

- (28) 鈴木祿弥『譲渡担保』（経営法学全集9）243頁（ダイヤモンド社、1966年）、竹内俊雄『譲渡担保論』83頁（経済法令研究会1987年）参照。
- (29) 米倉明「不動産譲渡担保と差押の可否」我妻追悼論文集354頁『譲渡担保』62頁（弘文堂、1978年）、吉田真澄『譲渡担保』203頁（商事法務研究会、1979年）参照。これらの見解が、担保の実質を推進することに貢献したことは評価されなければならない。
- (30) これを支持する見解として、幾代通「担保と不動産登記」米倉明他編『金融担保法講座 I 巻担保制度一般・抵当権』15頁（筑摩書房、1985年）、加藤雅信「非典型担保法の体系」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊NBL31号62頁（1995年）などがある。
- (31) 鈴木祿弥「座談会・銀行取引と譲渡担保（第14回）」金融法務785号21頁、山野目章夫他「担保権の登記をめぐる諸問題」登記情報487号17頁（2002年）参照。
- (32) 小池信行「不動産譲渡担保と登記」青山正明編『民事法務行政の歴史と今後の課題下巻』382頁（テイハン、1993年）参照。
- (33) 「不動産譲渡担保と公示方法・司法書士の意見と生活⑫」法学セミナー359号143頁（1984年）参照。
- (34) 高木多喜男「不動産譲渡担保立法論」法律時報66巻2号70頁（1994年）。
- (35) 小池・前掲論文372頁参照。しかし、私見では、譲渡担保原因の登記に受戻権等の第三者対抗力を与えるので、転得者保護のために不可欠な公示であり、独立の意義を有する。
- (36) 鎌田薫他「不動産登記方改正③」ジュリスト1294号130頁（2005年）は、「立法論的には、私は、譲渡担保には被担保債権額ないし極度額などを表示させるべきだと思っている。」（鎌田発言）とする。幾代・前掲論文14頁も同旨。
- (37) 小池・前掲論文384頁参照。

五 若干の検討（私見）

1 譲渡担保の登記と効力との関係

譲渡担保設定時に、譲渡担保債務者のために買戻特約登記や仮登記をすべ

きであるとの提案は、古くから行われてきた。しかし、そのような提案は、当事者に不可能を強いるものであり、実際にもほとんど実施されなかった。

すでに、判例法理および学説によって、目的不動産に関する受戻権、使用収益権、差額がある場合の清算請求権が譲渡担保債務者・設定者に帰属することは一般的に承認されていることであり、争いのないことである。このような成果を前提とするならば、その譲渡担保について、「所有権移転 原因譲渡担保」の登記があり、かつ、債務者・設定者が目的不動産を占有している場合には、第三者は、当該不動産が譲渡担保の対象であること、受戻権が残っていること、清算金があるかもしれないこと、したがって、実行が終了していないことを知りうるのである。私見としては、判例法理として形成されてきたものを、あたかも建物保存登記や建物引渡に賃借権の対抗力が認められたと同じように、解釈によって、債務者のそれらの権利(受戻権・使用収益権・清算請求権)に第三者対抗力を与えることが望ましいと考える⁽³⁸⁾。判例には、不確定的所有権移転構成のもとで、弁済期を基準として、弁済期前は債権者に処分権限がないことを理由に、受戻権を第三者に主張しうるとするものがある⁽³⁹⁾。しかし、第1に、弁済期は第三者には不明であること、第2に、不確定でも所有権が移転しているとすれば処分権限がないとすることは矛盾であることから、客観的な事由を対抗の基準とするのが望ましいと考える。

ただし、「原因 譲渡担保」に第三者効を認めようとする場合、この登記だけでは、譲渡担保債務者側の被担保債権額(元本・利息等)・弁済期、利用権の内容・期間、受戻権の存否・期間、清算請求権の存否・金額等が不明である。どの範囲で対抗力を付与できるか検討の余地がある。

また、担保目的の所有権移転であると認定される場合には、司法書士は、売買原因ではなく、譲渡担保原因の登記をすべきである。さらに、譲渡担保原因の登記がある場合は、債務者に、単独で、買戻特約と被担保債権または極度額、期間、利息の附記登記を認めるべきであるとの指摘も存するが、現

在の登記制度ではこれを実現するのは無理であり、またそれらの登記がなされた場合における実行終了後の抹消登記手続が不可欠となる。さらに、仮にこのような詳細な立法をしてもこれが利用されず、従来の売買原因型の譲渡担保（隠れた譲渡担保）に回避してしまうことが十分に予想される⁽⁴⁰⁾。

2 譲渡担保終了に関する登記

譲渡担保の終了とは、適正な清算金の支払いがあった場合、または清算金がない旨の有効な通知があった場合において、譲渡担保債務者の受戻権その他の権利が消滅したことをいう。受戻権が消滅するまでは、目的不動産の使用収益権は譲渡担保債務者に帰属する。反対に、弁済期後受戻権が行使されるまでは、譲渡担保債権者は、帰属清算または処分清算をすることができる。

譲渡担保原因の登記をした場合において、譲渡担保が終了したにもかかわらず、譲渡担保原因の登記が残っていると、前述のような不都合が生ずる。そこで、これに対する対応としては、前述の譲渡担保解除による所有権移転登記が可能である⁽⁴¹⁾。私見によれば、これによって、差押債権者や抵当権者などの第三者がいる場合には、第三者の権利がついた所有権が譲渡担保債務者に復帰する。これに対して、適正な清算等の実行が完了した場合には、譲渡担保債務者の受戻権が消滅する。この場合、私見によれば、第三者に対抗できる受戻権等が消滅したことになるので、受戻権消滅後の利害関係人のために譲渡担保確定または受戻権等消滅の手当てをすることが不可欠であると考え⁽⁴²⁾。現在の判例法理では、譲渡担保債務者の受戻権等は、当事者間では行使できるにもかかわらず、第三者（所有権取得者、差押債権者、抵当権者等）に対する関係では対抗できずに消滅するため、矛盾が生ずることになる⁽⁴³⁾。

3 立法上の配慮

不動産の譲渡担保について立法上の手当てをする場合、譲渡担保債務者の保護を強化するだけでよいのか問題が残る。仮登記担保法が立法されて仮登記担保は利用されなくなった。これをどのように評価すべきであろうか。私見は、前述のように、債務者側の保護に関しては解釈により対抗力を与え、債権者側の不都合については最低限必要な範囲で譲渡担保の確定を公示する立法的な手当てをすべきことを提案するものである⁽⁴⁴⁾。

また、他方では、非典型担保よりも、典型担保である抵当権等が利用されるのが望ましい。非典型担保に関する実務の不都合を踏まえたうえで、担保法全体の問題として再検討されなければならない⁽⁴⁵⁾。

- (38) 譲渡担保債務者の受戻権に対抗力を与えるとの提案は、我妻栄他「座談会・譲渡担保をめぐる諸問題」金融法務 229号(1960年)19頁(香川保一発言)、星野英一「民法概論Ⅱ(物権・担保物権)」319頁(良書普及会、1976年)等においてなされていた。
- (39) 弁済期の前後を基準にする判例として最判平成18・10・20金融商事判例1254号23頁がある。徳本伸一「不動産の譲渡担保と第三者」金沢法学32巻1・2合併号49頁(1990年)、近江幸治＝山口斉昭・前掲論文「買戻・譲渡担保の登記」231頁など参照。
- (40) 米倉明他「座談会・今後の非典型担保」ジュリスト733号73頁(1981年)は、仮登記担保法が制定されることによって不動産譲渡担保になだれ込むことを危惧していた。
- (41) 譲渡担保によって所有権が移転する以上、受戻権(解除)の行使による回復も所有権移転となる。この場合に、所有権移転はあったが、一定期間内に限って、その所有権移転は担保目的の達成(満足・実現)によって遡及的に消滅したと解することによって、所有権移転登記の抹消登記請求ができないかどうか問題として残る。

ちなみに、税法上の非課税措置は、譲渡担保による所有権移転を否定しているのではなく、2年以内に受戻権を行使した場合に限って課税を免除しているだけである。そうでなければ、同じ譲渡担保であるのに2年を経過している場合の課税を説明できないからである。したがって、ここでは所有権非移転構成が採用されているわけではない。不動産登記法の下では、2年以内での受戻権行使による回復の場合にも、所有権移転の登録免許税が賦課される。

144- 不動産の譲渡担保と登記（鳥谷部）

- (42) 譲渡担保原因の登記を認めておきながら、この確定・終了の登記を整備しないのは立法の不備であるとの批判が予想される。
- (43) 売買原因が譲渡担保と認定された場合は、譲渡担保債務者の権利に第三効は与えられないが、悪意の第三者に追及効を認めるかどうかは別問題である。
- (44) 最判平成18・10・20金融商事判例1256号23頁のように、譲渡担保債務者は、譲渡担保債権者に対して実行が完了する前に受戻権を行使したが、目的不動産に第三者の差押えがなされた場合、第三者の差押えが債務者の受戻権を消滅させることができるか問題となる。当事者間では受戻権を行使できるが、差押債権者にその行使の結果を対抗できないとすると、当事者間の効力と第三者に対する効力に矛盾した結果が生ずることになる。
- (45) 不動産譲渡担保をどのように評価するかによって今後の対応も異なりうる（不動産譲渡担保の評価については、前注（4）参照）。まず、不動産譲渡担保は、売買原因の登記がある限り、これを担保目的で利用することがなくなることはないことに留意すべきである。確かに、不動産譲渡担保は、後順位権者を排除し独占する過剰担保の典型でもあり、その効力は制限されなければならない（野田和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権（1, 2・完）」民商法雑誌114巻2号26頁, 同3号43頁（1996年）, 同・私法61号174頁（1999年）参照）。しかし、制限を強化するだけでは、売買原因に流れ込むか、巧妙で悪質な回避手段に潜行してしまう虞もある。現在の典型担保は、必ずしも常に新しい時代の必要に応じたものであるとは限らない。非典型担保は、一方では、典型担保を補充する「生ける法」として発展してきたものである。バブル経済後の不動産担保として、典型担保と非典型担保をどのように位置付けていくべきか検討が必要である。

追記：本稿は、平成15年度～平成17年度科学研究費補助金（基盤研究B）「非典型担保の実態・解釈・立法」（研究代表者：鳥谷部茂）における研究の一部である。