HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	池田, 雄二
Citation	北大法学論集, 61(3), 92[287]-75[304]
Issue Date	2010-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44017
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-3_008.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

池田雄二

譲渡担保権者の債権者が被担保債権の弁済期後に目的不動産を差し押さえた場合の設定者からの第三者異議の可否

平成16年（受）第1641号　平成18年10月20日第二小法廷判決　上告棄却　第一審大阪地裁　第二審大阪高裁　民事判例集60巻８号3098頁

【事実】

平成12年９月12日、Ａは、株式会社エステートワン（Ｘ）に対して有していた貸金債権400万円（年利24％）を担保するために、Ｘ所有の不動産の上に譲渡担保の設定を受け、「譲渡担保」を原因とする所有権移転登記を取得した。しかし、Ａは貸金債権の弁済期（平成13年３月11日）を経過した後も債務の弁済をうけなかった。しかしその後、同年３月12日にＸはＡに12万円を支払い、Ｘは弁済期限を６月11日まで猶予された。しかしＸは６月11日になっても元本を弁済できず､その頃からＸはＡより弁済期限を定めない期限の猶予を受けた。その後、ＸはＡに同年８月１日に12万円、平成14年２月25日に48万円、同年３月８日、４月10日、５月10日、６月10日、７月10日に各12万円を支払った。

他方、Ｂ信用組合は、Ａに対する執行力ある正本を有していた。このＢを承継した整理回収機構（Ｙ）が、Ａに対する債権に基づき本件不動産に対し強制競売を申し立て、平成14年６月28日に競売開始決定がなされ、同年７月１日、同決定にもとづく差押登記がなされた。

ところが、７月25日、ＸがＡに対し債務の全額を弁済し、同月30日付けで受戻権を行使したので、Ａは解除を原因としてＡからＸへの所有権移転登記を経由した。その上でＸはＹに対して第三者異議の訴えを提起した。

第１審は、次のように判示し、Ｘの請求を認容した。譲渡担保権者が目的不動産を確定的に自己の所有とするためには、清算手続をすることを要する。他方、譲渡担保設定者は、譲渡担保権者が換価処分するまで被担保債権を弁済して目的不動産を受け戻せる。このことは譲渡担保権者の債権者が目的不動産に強制執行をした場合も同様である。そして本件では弁済期限の猶予をうけており、元本を弁済し、解除を原因とする所有権移転登記を経由しているので、第三者異議を認めるのが相当である。

原審は、次のように判示し、第１審判決を取り消し、Ｘの請求を棄却した。債務者がその所有不動産に譲渡担保権を設定した場合、債務者が弁済期日に債務の弁済をしない場合には、換価処分して自己の債権の弁済に充てることができる（最高裁昭和62年２月12日民集41巻１号67頁）。特に、債務者が弁済期日に弁済しない場合、債権者は、帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分する権能を有するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として債務者は残債務を弁済して、目的物を受け戻すことができなくなる（最判平成６年２月22日民集48巻２号414頁）。この場合の債権者の目的物の処分には民事執行法による強制執行も含む。「担保権者の債権者による差押えは、〔…〕担保権者の立場でみれば、担保不動産の処分による債務の弁済という点でなお共通点があるといえなくもない。」。弁済期日については譲渡担保設定契約時に定めた弁済期であり、この期限経過で担保権者は処分権能を取得する。その処分権能の事後的な変動があっても、「担保不動産について担保権者と取引関係に入ろうとする者の利益を害すべきではな」く、こうした者は「民法94条２項の類推適用など」で救済されうる。他方で処分権能の事後的な変動を「担保権者の差押債権者には対抗できない」。

Ｘは上告受理申し立てをし、判旨との関連では大略、次の趣旨を主張した。第一に、最判平成６年は履行遅滞をその射程にしている。その履行期限は設定当事者間で合意した期日である。ところが、本件は、Ｘが弁済期限の猶予を受けており、履行遅滞がなかった事案である。したがって、本件は、最判平成６年の射程外である。第二に、本件では（Ｘに履行遅滞がないので）設定当事者間において担保権者に処分権能がない。第三に、最高裁は、担保権者の担保権実行による満足を除いて、設定者の受戻権を優先させている。なぜならば、最判昭和62年が、譲渡担保の目的が目的不動産の取得ではなく、その金銭的価値の実現により債権の満足をえることであり、所有権取得は価値実現の手段にす

ぎないと判示し、譲渡担保権実行までの受戻を認めるからである。第四に、本件は、最判昭和62年および最判平成６年の射程外である。なぜならば、これらの判例の事案が、弁済期限後の担保権者による譲渡担保権の実行である一方、本件は担保権者の債権者による差し押えだからである。

【判旨】上告棄却

「１　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。なぜなら、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（最高裁昭和55年（オ）第153号同57年１月22日第二小法廷判決・民集36巻１号92頁参照)、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ところ、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。

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。なぜなら、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。

２　これを本件についてみるに、原審が適法に確定した事実関係によれば、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者である被上告人〔Ｙ〕が目的不動産を差し押さえ、その差押登記後に設定者である上告人〔Ｘ〕が受戻権を行使したというのであるから、上告人は、受戻権の行使による目的不動産の所有権の回復を差押債権者である被上告人に主張することができず、第三者異議の

訴えによって強制執行の不許を求めることはできないというべきである。原審の判断は以上の趣旨をいうものとして是認することができ、論旨は採用することができない。」

【評釈】

一　本判決の意義

本件では、担保権者の債権者が弁済期後に担保権者名義の不動産を差押え、その登記を経由している。これに対し、その後に受戻権を行使し登記を経由した設定者が第三者異議の訴え（民執第38条）を申し立てている。

本判決はこの両者の優劣について正面から論じた初めての最高裁判例である。以下では視野を広げ、本判決に至るまでの譲渡担保権者が処分した場合の先例を一瞥しよう。

古くから判例は担保権者の換価処分までの設定者の受戻権行使を認めていた。大判大正８年７月９日民録25輯1373頁（電話使用権売渡担保事件）は、弁済期後の受戻権行使の可否が争われ、弁済期後から担保権者の目的物処分前までの受戻権行使を認めた（ただし特約による排除をみとめ、設定者の上告を棄却した）。そして、本判決も引用する最判昭和57年１月22日も、譲渡担保権者の換価処分までの受戻権行使を認める（売渡担保の設定者による弁済期から16年後の受戻権行使の可否が争点となった）。

一方で担保権者が目的物を第三者に売却等処分した場合には、判例は特に弁済期前か後かを論じることをせずに、たとえ譲受人が悪意であっても、譲受人は確定的に所有権を取得するとしてきた（大判大正９年９月25日民録26輯1389頁。弁済期前か後か定かではないが、「賣渡抵當」の担保権者が目的不動産を第三者に譲渡した事件）。その後、最判昭和34年９月３日民集13巻11号1357頁は、弁済期の定めのない売渡担保の担保権者が目的物である建物を第三者に売却し、以後、転々と売却され、最終的な登記保持者から建物明渡請求された事件で、設定者の売渡担保権者等に対する債務不履行に基づく損害賠償請求権が生じることは格別、それを根拠に設定者が第三者に留置権を主張することを認めなかった。

ついで最判昭和62年２月12日は帰属清算型の譲渡担保の事例において、清算義務未了であっても目的不動産が譲渡担保権者により売却等をされれば、設定者は受戻権を失うとした（譲渡担保権者が弁済期後、清算未了前に目的不動産

を第三者に売却処分したので、設定者に対する清算金額の確定時期が争われた事件であり、受戻の可否が争われた事件ではない)[1]。ここで譲渡担保権の実行において、帰属清算型でも処分清算型でも、弁済期後は担保権者が処分権能を取得し、その後の「処分」により、設定者は受戻権を失うという法理が形成されたとされる[2]。さらにこのことを明らかにしたのは最判平成６年２月22日である（登記の原因を「贈与」とする譲渡担保において、設定者が弁済期までに支払いをせず､担保権者が清算未了前に第三者に贈与した事例)。この判決により、帰属清算か処分清算かは担保権者による実行手段の選択肢にすぎなくなったとされる[3]。

以上の判例を総括するとこういえる。担保権者は設定者に対し弁済期前には目的物を処分しない義務を負い、その不履行は担保権者の損害賠償責任を生じさせる。しかし設定者は転得者に受戻権者としての地位を主張できない。他方で、弁済期後は、担保権者が、帰属清算型、処分清算型の何れであっても目的物に対する処分権能を取得し、一方で帰属清算型における設定者は担保権者の清算義務履行か第三者への「処分」まで、また処分清算型における設定者は担保権者による目的物の第三者への「処分」まで受戻権行使が可能である。

以上を前提とすると、譲渡担保権者側の債権者も譲渡担保権者側の第三者であるから、その差押えを譲渡担保権者による「処分」と同視するならば、その差押えが譲渡担保の被担保債権の弁済期の前か後かを問わず、設定者はその受戻権者としての地位を主張できないはずである。

しかし東京地判平成10年３月31日金法1534号78頁は、「売買」を原因とする譲渡担保の目的物を担保権者の債権者が弁済期前に仮差押えをし、設定者が第

---

[1] 生熊１・後掲・284－285頁、同２・後掲・42頁は、本判決が、担保権者が処分した事例ではない昭和57年１月22日判決ではなく、昭和62年２月12日判決を引用すべきだったとする。

[2] 小山・後掲・80頁。また同判決の評釈である道垣内弘人・法協112巻７号990－991頁もそのように解するが、帰属清算型でも弁済期到来により担保権者が第三者への処分権能を取得することを積極的に判示したわけではないとする。

[3] 田高１・後掲･74頁、同２・後掲･94頁、太矢･後掲･74頁、小山･後掲･80頁。道垣内・前注・1001頁は同判決が、譲渡担保一般として処分契約成立時点で受戻権が失われるとする結論に賛成する。だが生熊１･後掲･287－288頁、同･２･後掲・43頁は、判例を支持する学説は少ないとする。

三者異議の訴えを提起した事件で、仮差押えが弁済期の前か後かで第三者異議の訴えの可否を分け、第三者異議の訴えを認めている（ただし、「売買」の登記原因を信頼した債権者を第94条第２項類推適用で保護したので、設定者敗訴）。以上を経て本判決へと続いた。

二　論点整理

まず本判決の検討に入る前に本判決の論理構成を整理してみよう。

第一に、担保権者の債権者Ｙによる差押え登記を担保権者による「処分」と同視できるか。「処分」と同視するとすれば、設定者Ｘの受戻権は消滅する。「処分」と同視しないならば、担保権者Ａによる私的実行がない本件では、Ｘの第三者異議の訴えが可能となるか、あるいは「処分」と同視することとは別の理由によりＸの第三者異議の訴えを許容しないという二つの方向性がありうる。この点について本判決は後者の立場をとりつつ、ＸとＹとの関係を対抗問題とする。そうだとするとＸがＹに先行して受戻権を行使し、所有権復帰の登記をした場合、Ｙによる目的不動産に対する差押えは起こらなくなるので、Ｘの第三者異議の訴えの可否は問題とならない。逆にＹの差押え登記が先行する場合、常にＸが劣後することになる。

それでは第二に、ＸがＹによる差押えに対し第三者異議の訴えを提起できる場合があるのか。この点について本判決は弁済期前にＸが受戻行使をした場合にＹに対する第三者異議の訴えを認める。

それでは第三に、基準とすべき弁済期はいつとされるべきであり、またＸの受戻権行使はその弁済期の前か後か。結論として、本件ではＸの第三者異議の訴えは認められなかった。

以下、この論理構成[4]に沿って本判決を検討する。

三　譲渡担保権者の債権者の差押えは「処分」にあたるか

譲渡担保権者により目的物が処分されると、設定者はその処分に対して原則として異議をのべることができない。ではその「処分」に譲渡担保権者の債権

[4] 本判決の評釈のほとんどは判決文の第二に関する判旨を傍論とする。だが以上の論理構成の下ではこれらの部分は、Ｙの差押えに対するＸの第三者異議の訴えの可否を判断する前提となるので、傍論ではない。

者による差押え登記を含むか。この論点につき、まず一審判決はこれを「処分」と同視していない。原審判決も「処分」と強制執行を同視するものの（強制執行のどの段階が「処分」と同視されるのか明らかではない）、「処分」に譲渡担保権者の債権者による差押えを含めず、次のように判示している。「目的物の「処分」には、任意の譲渡等に限らず、民事執行法による強制執行等を含む」。「担保権者の債権者による差押えは、〔…〕担保権者の立場でみれば、担保不動産の処分による債権の弁済という点でなお共通点があるといえなくもない。」。しかし原審は、担保不動産について担保権者と取引関係に入ろうとする者と担保権者の差押え債権者とを区別して次のように論じる。すなわち前者は、担保権者がいったん取得した処分権能に変動が生じても「民法94条２項の類推適用などの法理」で救済されうる。一方、後者の場合、譲渡担保当事者間での受戻は有効としつつも、設定者はその受戻を譲渡担保権者の差押え債権者に「対抗できない」。

そして、本判決はこうのべる。弁済期後の設定者が、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のと同様に、設定者は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」も受忍すべきである。そして本判決は続けてこうのべる。「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」。

この判旨を敷衍するとこういえる。先例に従えば、設定者の受戻権は譲渡担保権者が目的物を処分した時点で消滅する（前掲・最判平成６年２月22日）。そして本判決は強制競売による換価までは「処分」と同視している。しかしＹの差押え登記を「処分」と同視するには無理がある。そこで強制競売による換価とは別にＸとＹの関係について「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」Ｘの受戻権行使による所有権回復の主張を認められないと論じている。つまり本判決は、「処分」とＹの差押えとを同視しないので[5]、差押え登記後のＸＡ間の受戻を有効とするが[6]（「処分」だと受戻権が消滅する）、

[5] 杉本・後掲１・62頁は、本判決が換価処分と弁済期後の差押え（登記）の事実を同視しているとする。

[6] 荒木・後掲・43頁、増森・後掲１・105頁、増森・後掲２・214頁（なお増森・後掲３は同・後掲２と同内容であるので、一々引用しない）も本判決について

それによる所有権回復をＹに対抗できないとしていると考えられる[7]。

次に、この点に関して本判決の評価をみてみよう。（ⅰ）この判断はこれまでの判例（前掲・最判平成６年２月22日までの諸判例）の延長線上にあるとしたり、当然に予想できた判例と評する見解[8]、（ⅱ）民事執行法秩序における外観主義および差押えの効力（差押え登記後の権利変動は差押え債権者との関係では無効）の観点から、譲渡担保権者の債権者の差押え登記の時点で設定者の第三者異議の訴えを遮断する本判決が一定の説得力をもつとする見解[9]等、本判決に好意的なものの他、（ⅲ）差押え登記がされたに過ぎない本件で設定者の受戻権行使を制限することに疑問を呈し、設定者の第三者異議の訴えによる強制執行の排除を認めるものもある[10]。

それでは、本判決についてどう考えるか。まず差押登記を処分と同視しない点に賛成する。なぜならば、譲渡担保権者の売却等処分による譲受人の所有権取得時期は契約時であるのに対し（民法第176条）、強制執行における買受人の所有権取得時期は代金納付時だからである（民執第79条）[11]。

とはいえ執行法上、差押えがなされると、執行債務者は目的物に対する事実上の行為や法律行為を禁止され、その後の権利変動は差押債権者との関係上は無効とされ、最終的には換価処分がなされるのだから[12]、差押え登記の時点で設定者が受戻権行使を差押え債権者に主張できなくなるとしても不合理ではな

同様の理解をする。

[7] 松村・後掲・123頁も本判決は民事執行法秩序における外観主義および差押えの効力の観点から、差押え債権者と設定者とは対抗関係と解しているのだろう。また増森・後掲１・106頁も差押え債権者と設定者とは対抗関係と解する余地があるとするが、同・後掲２・215頁では、両者の関係が対抗問題であるか、あるいは差押えの処分制限効として処理されるべきかは問題ではないとし、むしろ本判決は譲渡担保権者の債権者と設定者の何れが保護されるべきかという実体的判断を要する問題として捉えているとする。

[8] 荒木・後掲・43頁、生熊１・後掲・290頁、印藤・後掲・５頁、田高２・後掲・94頁。

[9] 松村・後掲・123頁。

[10] 太矢・後掲・75頁。

[11] 松村・後掲・122頁も同様の指摘をする。

[12] 米倉明「不動産譲渡担保と差押の可否」（星野英一編『私法学の新たな展開 我妻榮先生追悼論文集』（有斐閣、1975年）323頁）343頁。松村・後掲・123頁。

いと考える。したがって、この点も本判決に賛成したい[13]。

四　譲渡担保権者の債権者の差押えに対する設定者からの第三者異議の可能性とその要件

つづいて二でのべた第二の論点を検討する。本判決は、弁済期前に限って、設定者が受戻権行使をした場合に、第三者異議の訴えを認めている。それでは、この点に関して学説の状況はどうであったか。

本判決前の学説は弁済期を意識せずに、担保権者は被担保債権額に相応する価値を把握しているにすぎず、担保権者の債権者はその価値から弁済をうけるにすぎないので、それ以上のものをみとめるべきではないことを理由に第三者異議の訴えを認めてきた。その中で、主に二つの見解が主張されてきた。第一の見解は、本判決と同様に設定者の受戻権行使を要件とし[14]、かつ登記を不要とする見解であり[15]、通説であった。第二の見解は、担保権構成の立場から、

---

[13] 設定者に差押えの通知がされないために（民執第46条）、設定者は差押えの事実を知らずに譲渡担保権者に弁済し、支払った受戻代金を担保権者から回収できなくなるおそれがあるとの指摘がある（生熊２・後掲・44頁）。しかし少なくとも弁済期後の譲渡担保権者は処分権能を取得し、設定者はいつ目的物を処分されてもおかしくないのだから、目的不動産の権利関係を確認せずに受戻代金を支払うことは軽率であるとする見解も存在する（永石・後掲・15頁はこの点のＸの不注意をＸ側弁護士の弁護過誤とする）。とはいえ、差押えの事実が設定者に通知されないことは問題であり、解決されるべきである。この点、ＹがＡの被担保債権を差押え、譲渡担保権を実行すれば、このような問題は生じない（民執第150条。また生熊１・後掲・44頁もＹはこのような手続をとるべきだとする）。しかし執行法学者によると、このような実行は困難である。なぜならば不動産譲渡担保が所有権移転の形式をとるために民事執行法第150条の公示をできず、差押債権者による譲渡担保権実行のための手続を欠くからである。そのため不動産の差押えを認める必要があるとされる（中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂五版〕』（青林書院、2006年）319頁注12）。一方で、手続上の困難の克服を試みる学説も存在する（詳しくは、米倉･前注12･346－347頁）。

[14] 我妻栄『新訂擔保物權法』（岩波書店、1968年）645頁、我妻、有泉亨『民法①総則・物権法〔第五版〕』（有斐閣、2000年）525頁、我妻著、清水誠、川井健補訂『民法案内６　担保物権法　下』（有斐閣、2007年）348－349頁、中野・前注13・299頁および注12。

[15] 我妻・前注14・担保物権法下・348－349頁は登記を不要とする。また中野・

受戻権行使を要件とせずに、設定者の第三者異議を認め、債権者の保護は民法第94条第２項ではかる見解である[16]。

本判決は学説にしたがった上で、第一の見解を採用している（設定者が所有権復帰の登記を具備することを要するかどうかは不明であるが、本件の設定者は登記を具備している）。なぜならば、本判決は「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」ことを理由とした上で受戻権行使を要件に設定者に第三者異議の訴えを認めるからである[17]。それではこの判旨についてどのように考えるべきか。論点は、設定者の第三者異議の訴えを認めるべきかどうか、そして認める場合の受戻権行使の要否、そして受戻権行使を必要とする場合に登記も必要とするか、である。

担保権構成によれば、譲渡担保における所有権者は実体的には設定者である。とすると、譲渡担保権者の債権者に対する第三者異議の訴えを認めること自体に問題はない。しかし譲渡担保といっても、登記原因を「売買」や「贈与」とする、いわば通謀虚偽表示的な譲渡担保と本件のように登記原因を「譲渡担保」、

前注16・299頁および注12、293頁を併せると、同旨といえるだろう。

[16] 米倉・前注12・346頁、内田貴『民法Ⅲ〔第３版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005年）538頁、高木多喜男『担保物権法〔第４版〕』（有斐閣、2005年）361－362頁、道垣内『担保物権法［第３版］』（有斐閣、2008年）316頁、川井健『担保物権法』（有斐閣、1975年）191－192頁。第二の見解が設定者の第三者異議の訴えを認める根拠は必ずしも明らかではないが、米倉・前注12・346－347頁は、抵当権者と同様に譲渡担保権者は被担保債権額に相当する目的物の価値を把握しているに過ぎないことを根拠としている。なお、一前掲・東京地判平成10年は、受戻権行使を問題にしなかった。

[17] 判決が述べる理由は、譲渡担保権者が処分権能を持たないにもかかわらず第三者に「処分」をした場合にもいえる。しかしこれまでの判例は二でのべたように、そうした場合に設定者の所有権にもとづく主張を認めてこなかった。だからこそ、「伝統的な理論」は、譲渡担保権者の債権者による差押えに対しても設定者が第三者異議の訴えを提起することを許さなかった（我妻、有泉・前注14・525頁他参照）。だが我妻・前注14・担保物権法下・348－349頁は、譲渡担保権者からの譲受人と譲渡担保権者に対する差押え債権者の場合とで区別し、前者の場合の譲受人を独立の取引当事者として、その地位を保護すべきだとする。

「担保のため」などとするものがある。これらを区別して扱う必要はないのか。学説の中で登記原因を区別して論じるものは少ないが、次のような学説がある。すなわち登記原因が「譲渡担保」の場合、目的不動産を差押えようとする第三者は、当該不動産が譲渡担保の目的物であること、および弁済期限が未到来なので担保権者が処分権能を取得していない可能性があるので、差押え後に受戻権が行使されて設定者から所有権を主張されるおそれがあることを想定できる。一方、設定者にしても、まだ履行遅滞になっていないのに譲渡担保権者の差押債権者が出現すると、受戻権行使をしても所有権を第三者に主張できなくなるのでは登記原因を「譲渡担保」とした意味がない。一方、登記原因が「売買」等の場合、弁済期前の差押債権者その他第三者の保護を民法第94条第２項類推適用で図る余地があるかは残された問題である、とする[18]。

この問題についてどう考えるべきか。まず登記原因が本件のように「譲渡担保」等となっている場合、第三者は所有権が譲渡担保権者に実体的には帰属していない可能性があることを知ることができるので、設定者の第三者異議の訴えを認めても第三者に不測の損害を与えることにはならない[19]。したがって、

---

[18] 増森・後掲２・215－216頁および注15。

[19]「譲渡担保」等の登記原因に対抗力を付与することについて学説は分かれており、積極説（柚木馨編『注釈民法（９）』（有斐閣、1965年）柚木馨、福地俊雄執筆338頁）と消極説が存在する。吉田眞澄『譲渡担保』（商事法務研究会、1979年）192頁以下は次のような理由により登記原因に登記の効力（推定力、対抗力、公示力）を及ぼすことに消極的である。登記官は登記原因を証明する旧不動産登記法上の登記原因証明書に対する実質的審査権限をもたないので、登記原因の真実性を保証するものはない。登記原因証明書は登記済証として利用されることで登記官の負担を軽減するためのものである。しかし消極説が前提していた法制度と現行法制度は異なり、次のように反論することもできる。現行不動産登記法では登記原因証明書は廃止され、その代わりに登記原因証明情報が導入された。これは登記済証として利用されることなく、登記所に保管され、後日の紛争防止や物件調査に資することが期待されている（登記研究編集室編『平成16年改正不動産登記法と登記実務』（テイハン、2005年）小宮山秀文執筆363頁、清水響『新不動産登記法』（商事法務、2005年）167頁）。また登記原因証明情報の提供は登記官が当該情報が真実であることを担保するための制度である。これについて清水・前掲・168頁はこうのべる。共同申請の場合は、登記義務者が登記原因証明情報の内容を確認したものが当該情報と認め

この場合には設定者に第三者異議の訴えを認めてもよい。しかし登記原因が「売買」や「贈与」となっている場合には、第三者がこの登記原因を疑うべき理由がないので、譲渡担保権者の債権者等が目的物を差押えた場合、外観主義を否定して当該差押えを否定する根拠が乏しい。したがって、この場合には設定者の第三者異議の訴えを認めるべきではない。以上の理由により上記学説に賛成したい。

次に、登記原因が「譲渡担保」などとなっている場合でも、設定者の受戻権行使を要件とすべきか。不動産譲渡担保は外観と実体が乖離している法律の予定しなっかった制度である。そのことは登記原因が「譲渡担保」となっている場合でも同様である。なぜならば、この場合でも外観上の所有権者は譲渡担保権者である一方、実体的な所有権者は設定者だからである。ただ登記原因が「譲渡担保」等の場合には、外観と実体が乖離していることが外に表れている。この外観と実体との乖離を容認して執行法上の外観主義を修正して設定者の第三者異議の訴えを認めるのではなく、この乖離を可能な限り是正した上で設定者の第三者異議の訴えを認めるべきだろう。すなわち設定者の第三者異議の訴えは受戻権行使およびその登記をし、外観と実体との乖離を是正した上で、認められるべきである[20]。またこのように考えることは執行法秩序とも合致する[21]。

以上のように考えるので、二でのべた第二の論点に関する本判決に賛成したい（本件事案ではXが登記を経由しているので問題とならなかったのだが、本判決が設定者に受戻権行使の登記を要求しないのならば、その部分の結論は本稿とは異なる）。

られる。なぜならば、権利を失う者が登記情報の具体的事実を自認しているのだから、当該原因が事実との心証を登記官が採ることができるからである。以上からすると、登記原因の真実性が全く担保されていないわけではない。そしてこの真実性の担保については登記原因証明書にもいえたであろう。

[20] 槇悌次『担保物権法』（有斐閣、1981年）365－365頁も、譲渡担保設定者の債権者による目的不動産に対する差押えの局面において、外観を実体にあわせて修正する方向での問題解決を提唱する。

[21] 第三者異議の訴えにおける異議事由が所有権である場合、第三者異議の訴えをする第三者の所有権は執行債権者に対抗できるものでなければならないので、対抗要件が必要であるとするのが執行法上の判例・通説である（中野・前注16・293頁）。

五　基準となる弁済期

つづいて二でのべた第三の論点を検討する。譲渡担保権者が処分権能を取得する弁済期について、一審判決は弁済期の猶予を認める。これに対し、原審判決では、弁済期の猶予を認めず、弁済期を当初の弁済期とし、三でのべたように弁済期後に担保不動産を差押えられると、設定者は受戻権を差押債権者に対抗できないとした。そして本判決は、基準となる弁済期がいつであるかを明確にすることなく、弁済期が経過したとした。

ところで、本判決は、上告受理申し立て理由が主張する期限の定めのない弁済期の猶予を認めたのではないことは明らかであるが、それ以前に当事者が期限を定めた初めの弁済期の猶予も認めなったのかどうかは明らかではない。このような弁済期の猶予によって、受戻権の行使可能期間が延長するかが問題である。ただ本件を処理するためにこの点を判断する必要がなかった。なぜならば、Yの差押えは初めの弁済期の猶予で定めた弁済期後だからである[22]。したがって弁済期の猶予を認めるかどうかは残された問題である。そこで弁済期の猶予を認めるべきかどうかを検討する。

まず期限の定めのない弁済期の猶予を認めなかった本判決に批判的な学説が多く存在する[23]。しかし本判決が期限の定めのない弁済期の猶予を認めなかっ

---

[22] 生熊・後掲１・295頁、庄、杉江・後掲・66－67頁、占部・後掲・186頁、増森・後掲１・106頁、松村・後掲・123頁は本判決が当初の弁済期を弁済期としたとする。また金融・商事判例編集部・金商1254号28頁も、そのように解されなくもないとする。一方で、印藤・後掲・５頁、太矢・後掲・75－76頁は、本判決の趣旨が原審のように当初の弁済期をさすものではなく、弁済期が当事者の合意により変更されれば、変更された弁済期が到来するまで担保権者は処分権能を取得せず、設定者は受戻権行使をし、第三者異議の訴えを提起できる趣旨だとする。田高・後掲１・75頁、田高・後掲２・96頁も同旨である。

[23] 生熊１・後掲・295頁、占部・後掲・186頁、松村・後掲・123頁。例えば生熊２・後掲・44頁は次のように論じる。設定者は清算手続完了まで譲受人に対して留置権をもつ。譲受人はそういう不動産だと知って譲り受けたのならば、設定者は清算手続完了まで受戻権行使ができる。またXは弁済期を猶予され、利息をAに支払い続けていたので、Aからの実行はありえなかったのだから、本判決が受戻権行使を認めなかったことは疑問だとする。庄、杉江・後掲・66頁は、当事者間で弁済猶予の合意があれば、変更後の期限が到来するまでAは処分権能をもたないから、Xに第三者異議を認めなかったことは疑問だとする。

たことは正しい。という訳はこうである。Xの主張を認めると、Aが実行するまでXは受戻ができることになる。他方で、X側の債権者も、不動産が実体的にはXの所有であるとしてこれを差押えることも無論できない。するとXが受戻すか、Aが実行するか、あるいは弁済期を定めて、その弁済期が経過するまで誰もこれを差押えることができなくなる。しかしそれはおかしい。なぜならば、Aは永久に実行しないことを意図していないだろうから、期限の定めがないということはAがいつでも実行できる、つまり弁済期が経過していると解釈すべきだからである（民法第412条③、第617条参照）。

では期限を定めた弁済期の猶予を認めることは可能か。問題はそのような猶予がなされた場合、第三者がその猶予を知ることができ、かつ当事者間の通謀を疑わないものがあるか、である。

弁済期の猶予が、例えば債権譲渡における第三者対抗要件である確定日付ある証書（民法第467条第２項）のように客観的でかつ日付の操作が不可能な証拠によりなされている等の特段の事情があれば、弁済期の猶予を認める余地もある[24]。原審判決も弁済期を当初のそれとはしない例外の可能性を認めている。しかしそのような証拠がない場合、やはり弁済期は当初の弁済期とすべきである。

しかし当初の弁済期も通謀により日付を操作される可能性がないか。原審判決もそのような可能性を認めている。不動産譲渡担保の場合、被担保債権の弁済期は公示されないので、当初の弁済期を登記簿上の公示によっても知ることができない。しかし何らかの客観的な証拠により当初の弁済期を知ることができないか。そのような証拠がありえれば、目的不動産を差押えようとする第三者に、そのような証拠を調査する義務を課しやすい。その代わり、調査しても当初の弁済期を知りえない場合、何らかの責任を設定者に帰することも考えられる。学説の中には第三者に担保権者の処分権能の有無を調査する義務を課すものもある[25]。そこでこの点についても検討してみる。

---

[24] 田高・後掲１・75頁、増森・後掲２・注１は明確に弁済期の変更がなされた場合、弁済期の変更の余地を認める。またこうした合意を公証する方法が考えられなくもない（公証人法第１条）。

[25] 生熊１・後掲・291－292、294頁、同２・後掲・44頁、小山・後掲・84頁。特に生熊２・後掲・44頁は以下を第三者に確認義務をかす根拠とする。設定者に対して債務不履行に関する確認をしないと、設定者は担保権者の債権者による差押えの可能性やその事実をしることができない。そのため設定者は差押え

まず登記原因が「譲渡担保」とされていれば、第三者は担保権者の処分権能の有無が明らかではないことを知ることができる。すると第三者に弁済期をしる必要が生じる。そして当初の弁済期であれば、旧不動産登記法下の登記原因証明書（第35条①二、第60条①）、新法下の登記原因証明情報（第61条）に記載されている可能性がある。そこでの記載は操作不可能である。そこで第三者に登記原因証明書や登記原因情報を調査する義務を課してはどうか。旧法下でも登記原因証明書が保存されていれば､利害関係人は閲覧できた(旧第21条①、旧施行細則第29条、第30条柱書但書)。だが登記原因証明書は登記済証として還付されるので、通常は登記所に保存されない。だが日付の操作が不能であることに変わりはないので、譲渡担保権者にその閲覧等を要求すればよい（民法第467条第２項の確定日付ある証書も債務者の下にある)。一方、新法下では登記原因証明情報が登記所で保存されており（新第121条②)、閲覧しやすい。そこで本件のように登記原因が「譲渡担保」とされている場合、弁済期前に不動産を差押えた第三者を民法第94条第２項の類推適用で保護する前提として、第三者に登記原因証明書や登記原因情報を閲覧し、少なくとも当初の弁済期を調査する義務を課しても不合理ではない[26]。この場合、第三者が調査をしても当初の弁済期をしりえない場合の不利益は設定者が甘受することになる。

本件ではＹは弁済期について何の調査もしなかったかもしれないが、Ｙの差押えは当初の弁済期どころか、初めに猶予された弁済期後であったから、Ｙを勝訴させた本判決に賛成する。

ところで学説の中には、帰属清算型の譲渡担保の場合、清算手続き完了まで設定者に第三者異議を認める見解がある（注23)。しかし当事者による清算手

の事実を知らずに残債務を担保権者に弁済してしまう可能性がある。そこで設定者に債務不履行の有無について確認すべきである。また登記に携わる実務家も元の所有者への債務不履行の事実の確認を推奨する（古山隆『最新版すぐに役立つ不動産登記簿の読み方』（すばる舎、2007年）204頁)。

[26] 現行不動産登記法立法関係者も登記原因証明情報が物件調査や後日の紛争防止につながることを期待している（前注19。小宮山・前注19・364頁以下)。また田高・後掲１・75頁、同２・後掲・96頁は、弁済期の変更を認める前提についてではあるが、当事者間の通謀の可能性があるので、民法第94条第２項の類推適用により差押債権者の保護を図り、その前提として差押債権者に弁済期の調査義務を課す。

続完了日の操作を排除した上で、清算手続完了の有無を確認できるものがないのであれば[27]、帰属清算型の譲渡担保であっても譲渡担保権者が処分権能を取得する時期を、原則として当初の弁済期とすべきだろう[28]。

六　残された問題

設定者の受戻権行使、弁済期、譲渡担保権者の債権者による差押えの時序は以下の６通り存在する。すなわち①弁済→差押え→弁済期、②差押え→弁済→弁済期、③弁済→弁済期→差押え、④差押え→弁済期→弁済、⑤弁済期→弁済→差押え、⑥弁済期→差押え→弁済（本件）、である。本判決は少なくとも②と⑥の場合を明らかにした。そこで残りの場合をどう考えるか。まず⑤の場合は、最判昭和62年11月12日集民152号177頁（弁済、目的不動産の譲渡、弁済期限の時序は不明だが、債務者の債務弁済による譲渡担保権消滅後に、目的物が譲渡担保権者から第三者に譲渡された事件）により設定者と担保権者側の差押え債権者との対抗問題となるだろう[29]。

本件判決が、弁済期の前後で区別したためであろうか。本件判決の評釈には、弁済期の前後で受戻権行使の可否を詳細に場合分けして論じる見解が目立つ[30]。例えば、次の二つの見解がある。第一の見解はこうである。①から④では担保権者に処分権能がないことを理由に設定者の第三者異議の訴えを認める。⑤は対抗問題とする（担保権構成をとる場合、民法第94条２項類推適用で処理されるとする）。⑥は、帰属清算型を原則とする立場を維持するならば、清算義務未履行の場合、処分権能の無いことを理由に第三者異議を認める余地が生じるとする[31]。第二の見解はこうである。弁済期前の差押えに関しては、

---

[27] 前注24と同様の方法が考えられなくもない。だがそうした証拠に対する調査義務を第三者に課すことが妥当かどうかが問題である。それは弁済期の猶予でも同じである。

[28] 田高２・後掲・96頁は、担保権者が未清算のまま処分した場合、第三者は第94条２項類推適用の前提として清算義務履行の有無を当事者に問い合わせるべきだとする。

[29] 田高・後掲１・75頁。

[30] 田高・後掲１・75頁、同２・後掲・95頁、杉本・後掲２・５－６頁、永石・後掲・14－15頁。

[31] 田高・後掲１・75頁、同２・後掲・95頁。なお⑥について田高・前掲が本文に

第三者異議の基準時までに受戻をした上で権利保護要件としての登記をすれば強制執行の排除を認める。そう解することで、①②④の場合、設定者が受戻権を行使し、かつ権利保護資格として登記を備えることで設定者の第三者異議を認める。一方、弁済期後の差押えは、受戻が弁済期より前である③の場合でも対抗問題であり、判例の立場も同様だとする。そう解することで、③⑤は対抗問題となる。⑥の場合は、本判決と同じく、設定者の第三者異議を否定する[32・33]。

両見解はその結論が③⑥の場合に異なる。第一の見解は③の場合、設定者の弁済時点で譲渡担保権者の処分権能が問題とならなくなるので、対抗問題とはしない。だが第二の見解は、判例の考え方が、譲渡担保権者が処分権能を取得する（筈の、か）弁済期後の差押えである場合、設定者と差押え債権者とは対抗関係とする考えであると解し、これを採用している。

両見解のいずれも譲渡担保権者の処分権能を基軸としていることに相違はないだろう。だが③に関しては、担保権構成を採用するかぎりでは（注32）、第一の見解に分がある。という訳はこうである。なるほど、③について判例の考えは、第二の見解が指摘する通りかもしれない。しかし⑤と異なり、担保権者が一度も処分権能を取得していない③の場合に対抗問題とするためには、③の場合を所有権の二重譲渡類似の関係と考える必要がある。つまり、譲渡担保権者に所有権が帰属しており、設定者の受戻後も譲渡担保権者に不完全な所有権

のべるような見解を採用しているかどうか明らかではないが、同「譲渡担保判例における担保権構成の伸張と限界－譲渡担保権者の目的物処分事案を中心に」（川井健、田尾桃二編『転換期の取引法　取引法判例の一〇年の軌跡』（商事法務、2004年）191頁）202頁以下をあわせてよめば、同見解を採用しているといえる。

[32] 杉本・後掲２・５－６頁。ただ同・６頁は②に類似した場合で、差押え→第三者異議の訴えの基準時→弁済期、の場合について触れる。そしてこの場合、設定者に受戻を要求せずに、設定者の第三者異議の訴えを肯定し、第三者の保護を民法第94条第２項ではかる。その論拠として同・６頁別表注３は同・３－４頁を引用する。そこでの記述は担保権構成を採用した上で設定者に受戻権行使をしない第三者異議の訴えを認め、第三者の保護を民法第94条第２項ではかる見解、つまり四でのべた第二の見解への言及および同見解の理解の仕方であるから、同見解を前提とした上での帰結と思われる。

[33] 他に受戻、弁済、差押えの順序を場合分けして論じるものとして、永石･後掲･14－15頁がある。この見解は、第三者異議と差押えとの関係を対抗問題とすることの可否を判例との整合性や実質論を軸に論じている。

が残存しており、これに対して譲渡担保権者の債権者が差押えをしたと考える必要がある。この考えは所有権構成を採用しなければ、でてこない。したがって、担保権構成を前提する限り、③については第一の見解を支持せざるをえない。このように考えると、①の場合も譲渡担保権者の処分権能が問題とならないので、第一の見解と同じ結論になる。⑥の場合、判例と第二の見解と同じく、帰属清算型でも譲渡担保権者の処分権能取得時期を原則として当初の弁済期と解することはすでにのべた（五）。そうすると残るのは④の場合である。結論として、上記両見解と同様に解すべきだと思う。なぜならば、譲渡担保権者が処分権能を取得する弁済期前の差押えは不当であり、これが弁済期を経過することで正当な差押えになるべきではないからである[34]。またこのような差押えを許すと、第三者は譲渡担保の目的不動産に対する調査（特に登記原因証明情報等）を怠るだろう。

－評釈－

荒木新五・判タ1234号41頁（2007年５月）、生熊長幸１・民商136巻２号279頁（2007年５月）、同２・金法1812号41頁（2007年９月）、印藤弘二・金法1794号５頁（2007年２月）、小山泰史・金法1803号77頁（2007年５月）、庄菊博、杉江隆司・専修ロ－３号57頁（2008年１月）、杉本和士１・金商1286号60頁（2008年３月）、同２・金商1287号２頁（2008年３月）、占部洋之・判時1993号181頁（2008年４月）、田高寛貴１・重判平成18年度・74頁（2007年４月）、同２・法セ増・速報判例解説 vol. １・93頁（2007年10月）、谷本誠司・銀法672号39頁（2007年３月）、玉越義雄・別冊判タ（平成19年度主要民事判例解説）22号54頁（2008年９月）、太矢一彦・銀法677号72頁（2007年８月）、永石一郎・金商1269号10頁（2007年７月）、福田修久・判タ1245号196頁（2007年９月）、増森珠美１・ジュリ1351号104頁（2008年３月）、同２・曹時60巻５号206頁（2008年５月）、同３・最高裁判所判例解説（民）平成18年（下）1098頁（2009年12月）、松村和徳・私法リ35号120頁（2007年７月）、山野目章夫・金商1256号１頁（2007年１月）。

本研究は科研費（21056022）の助成を受けたものである。

[34] 田高１・後掲・75頁。