

## 第2回講義の補足説明

2017/08/18

### 1 請求・抗弁の位置づけ

(1) Bの所有権に基づくBからGへの所有権移転登記の抹消あるいはGからBへの移転登記という請求の構成のほかに、被担保債権の消滅時効に伴う譲渡担保権設定契約の終了を請求原因として、債権的な移転登記（あるいは抹消登記）請求権を主張することも可能です。むしろ、本件のように $\alpha$ 債権の消滅時効の成否が中心的な争点であって、Bの（元）所有もBG間の譲渡担保設定契約も両者が争わない場合には、争点が最初から明確になるこの構成の方がすっきりします。

(2) 譲渡担保の担保権的構成では、Gの抗弁は、Gの「登記保持権原の抗弁」（被担保債権の成立+譲渡担保設定契約+「それに基づく」移転登記）です。消滅時効・付従性による譲渡担保権の消滅というBの主張は、当初請求と同じく前主からの所有権取得を維持していますので、再抗弁と位置づけられます。

(3) 譲渡担保の所有権的構成では、Gの抗弁は、譲渡担保契約によってBからGに甲の所有権が移転し、Bの所有権が失われているという「所有権喪失の抗弁」です。BGは権利変動の当事者ですので登記具備は主張・立証を要する事実ではありません（もっとも、譲渡担保契約に基づく移転登記という「登記保持権原の抗弁」を出すことも妨げられないでしょう）。これに対するBの消滅時効の主張は、その後いったんGに譲渡担保を原因として移転した所有権が被担保債権の消滅時効と担保権の付従性によりBに復帰したことを根拠づけません。請求も所有権移転登記請求とするのが適切です。これは、BからGへの移転が遡及的に無効だという主張ではありませんから（消滅時効の遡及効はせいぜい権利行使可能となる弁済期までで契約の当初にはさかのぼりません）、当初と異なる所有権取得の経緯・請求根拠を主張することになります。それゆえ、消滅時効の主張は、Gの抗弁に対する再抗弁ではなく、予備的請求と位置づけられましょう。

### 2 事例1とBの固有の時効援用権

Bに $\alpha$ 債権について固有の時効援用権を認めるのは、Sが完成した時効の利益を放棄したり、時効援用権を失ったり行使できない場合に、なおBに時効の利益を受けることを認めるためです。事例1では、S自身が時効を援用していますので、Bとしては重ねて援用する必要はなく、Sの援用により $\alpha$ 債権が消滅して、担保権の付従性に基づいて譲渡担保権が消滅したと言えは足りません。

なお、事例1では、Bの主張を認めてもよいように思います。たしかに、事例2と同様に、Bが、自らの無権代理行為を原因として時効の利益を受ける結果となるので、やや釈然としないものが残ります。しかし、Sの主たる債務が時効消滅している以上、物上保証責任だけを残すのは、担保物権の付従性と整合しませんし、求償関係などその後の法律関係（譲渡担保である本件では考えにくいですが、消滅した抵当権より後順位の担保権者や差押債権者がいる場合）が不明確になってしまいます。Gの救済は、Bに対する117条の無権代理人の責任（Gの善意無過失が必要）または709条の不法行為責任（Gに過失があっても責任は成立し、722条2項の過失相殺で割合的責任になります）によるのが妥当でしょう（詳細は4を参照）。

### 3 事例2の場合のBの固有の時効援用権

事例2の場合、事例1の場合とは異なってS自身が援用ができませんから、Bの固有の時効援用権を考える必要があります。しかし、Bの無権代理行為こそが消滅時効の問題を引き起こしており、Bの時効の援用は、信義則に反し援用権の濫用であるとも思われます。また、S自身が時効を援用できませんので、Bの時効援用を否定しても、事例1のような付従性との関係での矛盾や法律関係の錯雑化は生じません。必読判例①の挙げる矛盾行為の禁止と相手方の信頼という要素は、B自身が無権代理として行った弁済期延長等の交渉や合意についても、参考になります。

もちろん、時効完成後のSの債務承認行為とは異なって、Bの行為は時効完成前の行為ですし、時効が援用されないとの信頼をGに引き起こしているわけではないので、必読判例①が直接妥当するわけではありません（同じ信義則違反といっても考慮される要素が異なります）。また、あくまで事例毎の判断なので、Bの援用が裁判所で確実に否定されるとは言えません。ただ、必読判例①が総合的な信義則判断の一例として考慮されうる要素を例示していると受け止めれば、総合考慮のされ方として必読判例①はやはり参考になります。

### 4 設問(1)の後始末

(1) Sの消滅時効を理由とする免責主張が認められない場合

Bの「承諾料」合計300万円の支払いは、無駄になった損失で不当利得としてGに対して返還請求ができないでしょうか。SがBの行為を追認してくれることを黙示の停止条件とするところ、条件が成就しなかったため無効となったとか、目的不到達で契約の効力が失われたと構成すれば、不当利得返還請求も可能かもしれません。ただ、BとGとの合意は、承諾料の支払いと期限猶予が双務有償的になされていて（有権代理であったのなら、2年間で100万円の利息の付く利息付消費貸借契約への契約変更とも解しえます）、実際BやSは6年分にわたる期限の延長を得ています。それゆえ、BもGに期限延長による事実上の利益を金銭価値に換算したものを返還しなければならず、GだけがBに承諾料300万円を返すという単純な返還関係にはなりません。

Sに対する事務管理または不当利得はどうでしょう。Bは自らの思惑で行為していますが、Sが6年間にわたり期限の猶予の利益を受けていたことは事実です。Bに利他的意思がないとはいえ、Sの意思に反していることが明確というわけでもありません。具体的には、Sは、無利息で4000万円を6年間利用できたので、最低限法定利率の程度である、 $4000 \text{万円} \times 0.05 \times 6 = 1200 \text{万円}$ の利益があるとも考えられます。しかし、消滅時効が認められない場合のSは、本来の弁済期以降、同額の遅滞責任を負っており、利息相当額を受益したとは言えないでしょう。万一、受益が肯定されても、Bの償還請求可能額は支出した300万円が限度となります（702条1項）。利他的意思がないとして事務管理ではなく不当利得として考えても、損失300万円が上限となるでしょう。

消滅時効が認められない場合には、GはSに対する請求権や譲渡担保権の実行ができません。ただ、Bの無権代理行為がなければ、2000年頃には甲の価格が1億円前後にとどまっていた、その時点でHの抵当権の被担保債権額を控除した2000万円程度は回収可能だったかもしれません（時価で競売できるとは限りませんが）。現在では甲の価格がさらに低下して

1000万円程度しか回収できなくなっているとすると、GはBに対して、117条または709条を根拠に差額の1000万円程度の損害賠償請求はできるかもしれませんが。もっとも、受領した「承諾料」300万円は損害算定の時点で控除される可能性があります。Gにも無権代理を信じた点などに過失があると評価されると117条は使えず、709条による請求になり、722条2項による過失相殺も考えられます。

## (2) Sの消滅時効による免責主張が認められる場合

Bは付従性により担保消滅の利益を受けるだけで、BがGに何かを請求する根拠はなさそうです。消滅時効のための支出は考えがたいので、Bの「承諾料」をSのための必要費とする事務管理も無理でしょう。

Sから頼まれていないため法律上の原因のないBの承諾料の損失がSの債務免脱の受益を導いたという理由付けでBがSに対して不当利得の返還請求をしても、Sの債務消滅という利得には消滅時効という法律上の原因があるので認められないでしょう（最三小判昭40年10月12日裁民80号705頁<LEX/DB 25421414>参照：「時効は永続した一定の事実状態を尊重してこれを法律状態に高め、これにより社会秩序を維持しようとする制度であり、かかる立場から債務者の消滅時効による利得を実質的究極的に是認するものである。したがって、右利得は原則として法律上の原因に基づくものと解すべきである」）。

逆に、Gは消滅時効により債権を失っており、その主因を作ったBに117条または709条により損害賠償請求ができるでしょう。その場合の損害額の算定は難しいのですが、被担保債権額4000万円全額ではなく、Bの行為によって回収不能となった額、すなわち、当初の弁済期または担保権実行が想定される時期に権利を実行しておれば回収できたはずなのに回収できなくなった程度（上述(1)と異なり、現在の時点では譲渡担保権の実行もできませんので、2000万円程度）になるでしょう。

## 5 後順位譲渡担保権者の時効援用権

昭和48年判決と平成7年判決が整合的かどうかには議論の余地がありますが、その点は措いて両判決が並び立っていることを前提としたとき、譲渡担保権者をどちらの判例に沿って考えるかが本問(2)の核心です。つまり、判例の立場に立っても、いずれの結論になるかを確実に予測することは困難です。

譲渡担保につき所有権移転という形式を重視しますと、Gは第三取得者としての地位に立つこととなります。Hの先順位抵当権が消滅してGの得る利益は、順位上昇の期待という反射的利益にとどまらず、「右被担保債権が消滅すれば抵当権が消滅し、これにより所有権を全うすることができる関係」にあり、第三取得者と同様と考えられます。とりわけ、すでに実行・清算を終えている場合には、第三取得者と評価できそうで、譲渡担保権者には、独自の援用権を認めうるという結論になります。

一方、譲渡担保権につき担保権的構成を採る通説的見解はもとより、判例も、場面によっては、担保権的構成に歩み寄り、譲渡担保権者の所有権取得はあくまで担保目的であって、確定的な所有権取得ではないと解しています。そうだとすれば、譲渡担保権者にとって、所有権の確保自体はそれほど重要なものではなく、第三取得者の有する利益とは異なるとも言えます。そう考えると、法的構成のいかんを問わず、担保という実質に即して、後順位の担保権者と同列に考え、独自の援用権は認められない、という結論になります。

なお、物上保証人の時効援用権を認めた判例（最判昭42年10月27日民集21巻8号2110頁

〈LEX/DB 27001033〉)は、たしかに譲渡担保権の事例についての判断ですが、譲渡担保設定者が債務者の債務の消滅時効を援用することを認めたものです。本問(2)で問題にしているのは、譲渡担保権者が先順位担保権者の被担保債権について消滅時効を援用できるかであり、昭和42年判決とは事案が相当に異なるので、本問の直接の参考にはなりません。ただ、譲渡担保設定者を物上保証人扱いしていることから、この判決が、担保のための所有権譲渡を担保権設定に近いものとみていることはたしかです。

## 6 森田宏樹の見解による場合

(前置き) Gの固有の時効援用権が問題になるのは、 $\beta$ 債権の債務者であるB自身が援用を断ったからです。時効制度の性格の理解に関係して、時効制度が弁済していないことや他人物を占有していることを自認している者にまで利益を与えるのは妥当でないとの見解もあり、援用権が定められているのは、時効の援用を潔しとしない意思を尊重することを意味しています。たしかに8000万円は少ない金額ではありませんが、BH間に継続的な取引関係がある場合など(とりわけそれが年商数億円以上などになるとき)、ここで時効を主張すると取引関係が断絶するおそれがありますから、Bが取引関係の継続の方を選択して消滅時効を主張しないのは、経営判断としても不合理ではありません。

(1) 森田・参考文献Aの考え方により、昭和48年判決と平成7年判決が矛盾しないと理解するとすれば、譲渡担保権の場合はこちらに近くなるでしょう。

森田はこの点を論じていないので想像するだけですが、森田の論旨は、複数の後順位担保権者が存在しうるところ、時効援用後の法律関係がその間で相対的に生じて複雑になることを法は予定していないため、後順位担保権者の援用権を認めない、というものです。譲渡担保権者は形式上所有権を取得するので、それ以降には後順位担保権者は生じません。しかし、被担保債権の時効援用が問題になっている先順位の担保権と後順位の譲渡担保権の間に、抵当権や質権などが設定されていることもありえますから、やはり援用権者毎の相対的な法律関係が生じてしまうおそれがあります。そうだとすると平成7年判決の線で譲渡担保権者を抵当権者と同じ扱いにし、固有の時効援用権を認めない、となりそうです。

ただ、森田の説明が十分説得的なのかには疑問があります。たとえば、Sに対する抵当権が $G_1$ 、 $G_2$ 、 $G_3$ に対して順次設定された場合において、これらの抵当権の負担の付いた不動産をDが買い受けたときが問題です。 $G_1$ の抵当権の被担保債権が時効消滅したことを $G_2$ 、 $G_3$ が援用できないにもかかわらずDが消滅時効を援用すると、やはり複雑な相対的な関係の発生は免れません。しかし、だからといって第三取得者Dの援用権をこの場合だけ否定するわけにもいかないでしょう。

(2) 譲渡担保権者に援用権が認められるか否かはともかく、譲渡担保権者が転売した場合の転得者は第三取得者として時効援用権が認められると考えて差し支えないでしょう。転得者は、担保目的ではなく通常所有権を取得した者だからです。ただ、適法な譲渡担保の実行でない場合には、転得者は、必ずしも単純に所有権を取得できるのではなく、設定者の権利により制約を受けた担保目的の所有権を取得できないにすぎないとも考えられます(説によって構成が異なります)。そのように考えると、転得者は、譲渡担保権者の有していた以上の権利を取得できないので、譲渡担保権者に時効援用権が認められなければ、転得者にも同様に認められない、という結論も十分に考えられます。

## 7 請求原因にまつわる諸問題

(1) 譲渡担保の所有権的構成の場合には、通常所有権に基づく妨害排除請求としての登記抹消請求ということになり、請求原因は、Gの現所有(Bの所有+被担保債権 $\alpha$ の発生原因事実+BG間の譲渡担保契約)とHの抵当権設定登記の2つだけで足りると解されているようです(ただし、後述(4)も参照)。

(2) 先順位抵当権が弁済等により消滅した場合には、後順位抵当権者は先順位抵当権設定登記の抹消

を請求することができます（大判大8年10月8日民録25輯1859頁）。担保権的構成の譲渡担保の場合にも、Gの譲渡担保権とHの抵当権設定登記の2つが請求原因であり、Hの登記保持権原を基礎づける事実の主張を抗弁、さらにβ債権の時効消滅を基礎づける事実の主張を再抗弁と考えることが可能です。

(3) しかし、Hの抵当権設定登記がGの所有権移転登記より先にあることは、請求原因段階で、所有権取得の年月日と抹消対象となるHの抵当権設定登記の日付から、自ずから明らかです。Hの先順位抵当権の存在を認識してその後後順位担保権の設定を受けたGにとって、自らに対抗できるHの抵当権設定登記が存在することを主張するだけで、なぜ自らの譲渡担保権の侵害があることが基礎づけられるのか、松岡は疑問に思います。Hの抵当権が実行されてGの所有権が失われることになっても、Hへの弁済金交付後の残額は、登記簿上所有権者となっているGに交付されます。Gは、甲の残存担保価値を予期したとおりに受け取ることができ、権利を侵害されているとは言いきれません。

本問に戻って考えますと、「β債権が当初から無効とか成立後弁済や時効によって消滅したのでGの抵当権設定登記も実体を欠き無効である。それなのに登記が残っているから自己の譲渡担保権の邪魔になる」と言えて初めて、譲渡担保権が現在侵害された状態にあることが基礎づけられます。所有権は完全な権利なので、第三者の占有など所有権を制約するものが存在する限り所有権侵害があることが一応基礎づけられるが、抵当権や譲渡担保権の場合はこれとは異なる、とするのが1つの説明方法です。

(4) ところが、(3)のように考えると、所有権に基づく妨害排除請求（上述(1)）でも、すでに先順位の抵当権が設定され、その登記もある不動産を買う第三取得者は、抵当権の負担の付いた所有権を取得したのですから、Gの現所有とそれに先立つHの抵当権設定登記の2つだけでは、所有権が侵害されていることは基礎づけられません。

こう考えると、(3)と同様に、この場合にも、「β債権が当初から無効であるとか、成立後の弁済や時効によって消滅したので抵当権設定登記も実体を欠き無効である。しかるに登記が残っているから自己の所有権の邪魔になる」と、請求原因段階で主張すべきではないか、と考えられそうです。

## 8 代位請求の様々な難点

債権者代位権の回に詳しく検討しますので、ここでは概要だけを示します。

① B自身が、Gからの時効援用の要請を断ったこと（CP(2)⑤）が、単に権利不行使の状態であることを超えて、自ら権利行使をしない意思表示（すなわち、援用権の放棄）と解されるとしますと、代位される債務者自身がすでに時効援用権を失っています。また、一度時効を援用しない旨を意思表示したとすれば、あらためて時効を援用するのは信義則違反として認められない可能性が高いです。そうすると、代位の対象となる援用権がもはや存在しない、とされる可能性があります（もっとも、Hに対する意思表示や態度表明ではないので援用権の放棄や信義則違反と評価されるか否かは微妙です）。

② GのBに対する被保全権利が存在するのか、存在するとしてどのような内容の権利なのか問題です。一般に、物上保証人は、債権者に対して物的責任を負うにとどまり、GはBに対して債権を有していません。被保全債権が存在しないと、代位要件が欠けて、代位訴訟は却下となります。

③ 担保権者は、担保目的財産の売得金につき優先弁済を受ける権利を有しているので、一般財産を保全する必要がある場合は、担保割れのような特別な場合に限られます。その場合には、一般財産の保全を目的とするので、無資力要件が必要となります（債務者自身が担保設定者の場合）。しかし、本件では、保全したいのは一般財産ではなく、甲という担保の目的となっている特別財産です。そもそも、GはBに対して債権を有しておらず、甲以外のBの一般財産には関わりがないので、一般財産を保全する必要は存在しません。そ

の点で本件の代位による消滅時効の援用は、債権者代位権の本来的適用の場面ではありません。

④強いて構成するならば、事前指示判例として掲げた最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁<LEX/DB 28042712>の応用でしょう。この判決は、所有権にもとづく妨害排除請求権を抵当権者が代位行使することを認めましたが、侵害是正請求権を被保全権利として「423条の法意」を用いています。

しかし、譲渡担保権がHの登記の残存によって侵害されているのかが問題になります。上述のとおり、Gは、Hの抵当権の存在を前提に譲渡担保権を取得していたのですから、抵当権設定登記が残っていても当初期待した担保的な利益は確保できます（Hの抵当権が実行されてHが弁済金の交付を受けた残りは「所有者」Gに交付されます。民執84条2項・188条）。その状態の維持や回復を超えて、消滅時効と付従性により消滅したHの抵当権の登記の抹消を請求し、特別責任財産の価値を増やすことを求める権利はないと思われます（後順位後順位抵当権者の順位上昇の利益が参考判例②のいうように反射的利益に過ぎないとするならば、それと同じです）。そうすると、Hの登記が残っていたとしても、譲渡担保権は何ら侵害されておらず、侵害是正請求権という被保全権利が存在しないことになりそうです。