

第13回講義(不動産譲渡担保)の補足説明

2017/07/07 (晴れて良かった七夕)

1・2・7(1)・10は、受講生全員に読むことをお勧めしますが、それ以外は、応用的な内容が主なので気になる人だけ読めば良いでしょう。

1 譲渡担保の法的構成と主張・立証責任の内容

(1) 概論

Xの元所有とY(問(2)ではZ)の登記だけで物権的な登記抹消ないし移転登記請求が基礎づけられる。典型としての古い権利移転的構成(所有権的構成。両者は同じ意味。次回に解説する)に立つと、Yは、売買契約(譲渡担保設定契約)によるYへの所有権移転を主張する所有権喪失の抗弁を出すことになる。それに対して、Xが、受戻権(本件契約では解除権と呼んでいる)の行使により所有権が自己に復帰したことを予備的請求原因として主張・立証する、という構造になる。所有権取得の経緯(根拠付け)が当初主張とは異なるので、再抗弁ではなく予備的請求原因となる。

これに対して、(純粹典型としての)担保権的構成に立つと、所有権がXに残っているので、Yは所有権喪失の抗弁ではなく、譲渡担保契約による登記保持権原の抗弁を出すことになる(占有正権原の抗弁と同質)。Xは、受戻権行使(後述5)による譲渡担保権の消滅を再抗弁として主張・立証する、という構造になる。

いずれにせよ、受戻権の有効な行使があったかどうか議論の焦点となる。

(2) 判例・学説の法的構成の分類(簡略には松岡『担保物権法』313-314頁の補足)

判例の権利移転的構成とは、対外的には完全な所有権移転があり、それがたんに担保目的により内部的・債権的に制約されるにすぎず、譲渡担保設定者には物権的な権利が残らないとするものである。もっとも、近時の判例は、担保目的による拘束を強調し、具体的な問題で担保権的構成に歩み寄っていると評価できるとされているので(たとえば、不法占拠者に対する妨害排除請求につき最判昭57・9・28判時1062号81頁<LEX/DB 27431997>、倒産手続での担保権としての処遇など)、譲渡担保権者に完全に所有権が移転したとは言い切れなくなってきた。

他方、上記のような古典的な判例を批判して、譲渡担保設定者に何らかの物権的権利が残っているとすることを、まとめて(広義の)担保権的構成と呼んでいる。たとえば、設定者留保権という一種の物権が設定者に残るとする道垣内は、鈴木(禄弥)説や自らの説を担保権的構成に分類している(道垣内³298頁以下^{*註})。設定者に弁済により完全な所有権の復帰を求めうる物権的な期待権が残る(これに対して譲渡担保権者は完全な所有権を取得する期待権を有する)という期待権説(川井、竹内)と設定者留保権との違いも表現の問題と言っても過言でない。これらを含めた担保権的構成では(鈴木説を除く)、譲渡担保権者は、設定者留保権の負担の付いた所有権を取得するだけだから、弁済期前に目的物を有効に処分することはできない。受戻権行使後には全くの無権利者になる。それゆえ、第三者は、せいぜい94条2項の(類推)適用により保護されるだけで、177条の問題にはならない(鈴木説は177条で第三者との関係処理する判例に賛成)。

設定者留保権説を権利移転的構成と分類するものもある(平野裕之『民法総合3』(信山

社、2007年）258-262頁）。設定者留保権説では、曲がりなりにも譲渡担保権者に所有権が移転するので、抵当権説や担保権説のように譲渡担保設定者に所有権が残り、譲渡担保権者が取得する権利が担保権にすぎないと考えるのとは異なるからである（道垣内自身が、鎌田ほか『民事法Ⅱ〔第2版〕』131頁で、自説や竹内説を「譲渡担保権者に所有権が移転するという説」に分類していることから、学説の分類は必要以上に複雑化している）。さらに、道垣内説と同様設定者留保権を観念しつつ、譲渡担保権者にいったん完全に所有権が移転し、設定者留保権が復帰すると構成する考え方（前述の鈴木の二段階物権変動説）では、第三者との関係を判例同様に対抗問題とすることになり、いっそう判例に近くなる。

学説には種々の違いがあり、何に注目して分類するのかという観点が必要である（道垣内も『民事法Ⅱ』132頁末尾でこの点を強調）。これまでは、譲渡担保設定者に物権的権利が何も残らないとする判例を権利移転的構成といい、設定者に何らかの物権的権利の残存を認めて第三者に対するその保護を少しでも強化しようとするものを担保権的構成と呼んできた。効果の点でも、動産譲渡担保につき、設定者が倒産したり目的物の差押えがされた場合に結論に差が出る。権利移転的構成では、譲渡担保権者に所有権者としての取戻権や第三者異議を認める傾向にある。これに対して、担保権的構成を採る学者の多くは、別除権や優先弁済の主張で足りるとする（もっとも論理必然ではなく、松岡は、法的構成から結論が当然に導かれるとする思考方法自体が問題だと感じる）。

こうした観点でみると、道垣内説を権利移転構成とみる前述の平野の分類および道垣内自身の『民事法Ⅱ』での記述は、形式に着目すればたしかに正しいが、ややミスリーディングである。なぜなら、所有権が譲渡担保権者にまったく移転しないとするいわば純粹の担保権的構成（米倉明の抵当権説や吉田真澄の担保権説）はごく少数であり、平野の分類では、多数説が権利移転的構成に分類されてしまう。これでは、とても通説が担保権的構成を採っているとは言えなくなり、学説状況の理解を誤るおそれがある。

補注* 道垣内弘人『担保物権法』は、すでに第4版が出版されているが、皆さんの手元にあるのは第3版と思われるので、第3版で引用する。道垣内³***頁の右肩の3は、第3版を著すフランス法学的な洒落た引用のつもり。

2 2000年4月4日の合意の効力

(1) 清算特約として有効である可能性（講義の復習）

この合意が不清算特約だとすれば、一般的に清算義務を課した判例（最判昭46・3・25民集25巻2号208頁<LEX/DB 27000646>）や担保に関する法令に反し（349条。仮登記担保3条3項の例外にも該当しない）、特約は無効と解される。しかし、目的物の価格評価には一定の許容される幅があり、本件の合意が、その幅の中の価格で清算する結果、清算金が生じないことを確認する清算合意と解釈することができる。すると、この合意に基づく清算も適法・有効とする余地がある（道垣内³318頁）。

本件では、元利合計5250万円と時価5600万円前後の差が時価の6%弱でギリギリ適正な評価額の範囲内に入る可能性がある（競売価格が時価の80%程度になることから、そうした予想競売価格と時価相当の処分価格の差を債権者と設定者が分けると考えると、10%程度までは許容されると思われる）。また、この合意は、延長された弁済期前に行われてはいるが清算段階

での合意であり、融資時の優越的な地位を利用して債権者が不利益を押し付けたという要素が希薄である。さらに、甲の価格が上下しても清算を完了したものであることから、債権者に一方的に有利なものでもない。それゆえ、本件合意は、甲の(想定競売)価格を5250万円前後と評価し清算金が生じないとする「清算合意」として有効で、これによって適法有効に5月11日に実行は完了した(日付が合意で明確に定まっているのであらためて通知する必要はない)と解することも可能であろう。ただし、この点を判断した判例・裁判例は見られない。

下線部の5250万円は、利息制限法違反を考慮に入れた元利合計である。しかし、(1)の事実関係におけるXYの意思としては、元利合計5600万円という前提で、甲を5600万円前後と評価し清算金が生じないとの清算合意をした、と解する方が素直である。このような理解によれば、利息制限法に反する利息分の額について、本件の清算合意によってはいまだ実行・清算が完了していないことになる。

(2) 未清算の場合の受戻権の喪失の有無(講義では省略)

「本件の2000年4月4日の合意があっても清算義務は生じるが(清算義務に反する限りで特約は一部無効)、5月11日に通知なくして受戻権が喪失する」と解することはできないか。すなわち、5250万円とする甲の評価が適正価格帯から外れる場合には、清算は必要だが、受戻権は約定どおり喪失する、と解する可能性があるか。しかし、判例(最判昭62・2・12民集41巻1号67頁<LEX/DB 27100058>)に照らすと、受戻権喪失の効果は認められないだろう。この判例は、「帰属清算型の譲渡担保においては、債務者が債務の履行を遅滞し、債権者が債務者に対し目的不動産を確定的に自己の所有に帰せしめる旨の意思表示をしても、債権者が債務者に対して清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正評価額が債務の額を上回らない旨の通知をしない限り、債務者は受戻権を有し、債務の全額を弁済して譲渡担保権を消滅させることができるのであるから、債権者が単に右の意思表示をただけでは、未だ債務消滅の効果を生ぜず、したがって清算金の有無及びその額が確定しないため、債権者の清算義務は具体的に確定しないものというべきである」と判示し、受戻権の存在が清算義務の実効性を裏付けると考えているようである。受戻権消滅は清算義務を弱めてしまうので判旨には整合しにくい。

3 遅延損害金について(講義では省略)

2004年の合意が成立していない場合には、弁済期である2004年5月11日以後は利息ではなく、遅延損害金が付く。しかし、遅延損害金の利率について特約がない限り、利息制限法1条で制限される利率が上限となり、利息制限法4条1項により遅延損害金だけが21.9%($=15\% \times 1.46$)まで取れるわけではない(最大判昭43・7・17民集22巻7号1505頁<LEX/DB 27000937>)。419条1項で利息の定めがそのまま遅延損害金の利率となるという扱いからも、当事者意思の合理的な解釈としては遅延損害金の特約はなされているので、利息制限法4条1項の21.9%が上限となるという5名の少数反対意見の方が説得力があると思うが…。これによると、残債務額は4928万円となる(なお、不動産譲渡担保では後順位担保権者や第三取得者が生じないから、抵当権についての民法375条は類推適用されない)。この計算によっても提供した5600万円は残債務額を上回るの、額が不足して受戻権の行使が無効になるということはない。

4 物上保証人の事前求償権（講義の確認と補足）

(1) 判例の見解の確認

民法351条は、物上保証人が譲渡担保を設定した場合にも類推適用されるべきであるが、あくまで「その債務を弁済し、又は譲渡担保権の実行によって目的物の所有権を失ったとき」の事後求償権のみを認めているにすぎない。一方、委託を受けた保証人には、事前求償権（民460条）があり、保証人と物上保証人の類似性を根拠に同条を類推適用することの可否が問題になる。

参考判例①は、物上保証人が債務者に460条2号を理由とする求償金の支払請求を退けた。その要点は、①351条の文言が弁済や担保権実行後の求償のみを示し、事前求償権を根拠づける規定がないこと、②物上保証人の事務処理は担保権を設定するところで終了しており担保権が実行されることは委任事務処理の内容ではないので受任者の費用前払請求権も成り立たないこと、③物上保証人の求償権は担保権実行時の売却価額によるので求償権の存否や範囲が予め確定できないこと、にある。

(2) 学説の賛否

この判例に対する学説の賛否は下記のように分かれている。高橋・参考文献Bや松岡『担保物権法』21頁でその大要を確認しておいていただきたい。

(a) 類推肯定説（山野目章夫「参考判例①判批」判タ757号52頁など）

事前求償権の性質を委任事務処理の前払請求権と捉え、担保物権を提供して負担を負うことも委任事務処理にあたる。求償権の存在および範囲が確定できないというのは、多かれ少なかれ保証人についても妥当するので、決定的な理由とはならない、と参考判例①を批判する。

(b) 類推否定説（高橋・参考文献B・45頁など。高橋眞『担保物権法』92-93頁は肯定説に転じている）

(i) 事前求償権の性質は委任事務処理の前払請求権であり、物上保証人が委託を受けたのは物権設定行為にとどまり、その後は事務処理費用が生じる余地はない。したがって、事前求償権は委任事務処理の前払請求権とは関係がない。

(ii) 事前求償権を物上保証人にも認める必要性・合理性があるとは必ずしもいえない（高橋眞「判批」リマークス1992<上>45頁）。

否定説の論拠は決定的でない。すなわち、①事前求償権を否定する規定もなく保証の規定は性質の許す限り物上保証にも類推適用しうる。②保証債務も物上保証人の責任も継続的に担保された状態を続けることを委託内容としており、費用前払請求権を等しく観念できる。③概算による請求を認めて事後に精算することで調整も可能であり、また、担保提供や物上保証人の免責という債務者の行動（461条2項）を導くためには必ずしも額が確定している必要はない。さらに、破産法104条5項は事前求償権を認めているとも読め（伊藤290頁。ただし、事後求償権の現在化とする理解が多数のようである）、物上保証人は保証人と同程度に保護が必要である。

本件ではさらに、設定されたのが抵当権ではなく譲渡担保であり、設定時にYに所有権

が移転するという出捐をXはすでに行っているため、②の根拠は妥当しにくい。③も解除権行使金を払って（＝元利合わせた被担保債債務の第三者弁済をして）甲を取り戻そうとしているので出捐予定額は確定可能である。

5 受戻権放棄による清算金請求の可否（講義の確認）

設定者の方から受戻権を放棄しても清算金支払請求権は発生しない。受戻権と清算金支払請求権は別個の権利であり、もしこのような形での清算金支払請求権の発生を認めると、譲渡担保権者が担保権実行時期を決定する自由が制約されて相当でないからである（最判平成8年11月22日民集50巻10号2702頁<LEX/DB 28011563>）。

ただ、本件ではYは2000年4月4日の合意によって、すでに5月11日の段階で清算することを選択しており、もはやYの担保権実行時期を決定する自由は考慮する必要がないとも考えられる。しかし、Yは、その合意により清算金が発生しないことを前提に実行時期を選択したのであり、清算義務を免れないとなれば、突然予期しない清算金の支払の準備を余儀なくされる不利益を受け、前提が崩れる。それゆえ、平成8年判例の考え方により、X'の主張は認められない、と反論可能であろう。

もっとも、譲渡担保権者が別除権を有するものとして、破産法185条を適用することが考えられる。私的実行の期間を限定する同条1項によれば、破産管財人X'は、裁判所に申し立てをして、受戻権放棄による担保権実行と機能的に近い結果を得ることができる。

6 受戻権概念の要否（講義では省略。松岡『担保物権法』331-332頁）

弁済期を徒過しても、設定者は直ちに確定的に目的財産権を失うわけではなく、譲渡担保権の実行が完了するまで債務を弁済して譲渡担保権を消滅させ、目的財産を取り戻すことができる。判例（最判昭47・11・24金法673号24頁<LEX/DB 27431371>ほか）は、これを取戻権とか受戻権と呼ぶ。仮登記担保権の場合には、2か月の清算期間の経過によっていったん不動産所有権が債権者に移転し被担保債権が消滅した後も、清算金が支払われるまでは、被担保債権に相当する額を支払って目的物を取り戻すことが認められている（仮登記担保11条）。この場合には、受戻権に特別の意味がある。これに対して、被担保債権がまだ残っている場合には、弁済や供託により担保権を消滅させることが当然に可能だから、受戻権を観念する実益は乏しい（道垣内³318-319頁「** 受戻権の意義」）。

しかし、譲渡担保の場合にも、被担保債権額を提供して意思表示をすることにより、弁済受領や供託がされなくても直ちに所有権が設定者に復帰するという形成権としての受戻権を観念することは可能である。たとえば、高橋眞『担保物権法〔第2版〕』（成文堂、2010年）288頁は、道垣内説に同調しつつ、「設定者が債務の弁済の提供をし、債権者の処分権を消滅させて、目的物の返還や所有者名義の回復を請求することを、便宜上受戻権の行使と表現することは差支えない」と述べる。もう一步踏み込んで、「被担保債権を消滅させてからでないと目的物の返還を請求できない」とする担保権の一般的な扱いを変更し、形成権として構成して、譲渡担保設定者の保護を強化する解釈も成り立ちうる（最判昭57・1・22民集36巻1号92頁<LEX/DB 27000106>は受戻権の形成権構成を否定しているが、消滅時効が問題になった全く別タイプの紛争であるため、決定的に障害にはならない）。この考え方によると、2006

年5月6日の5600万円の提供により、甲の所有権が直ちにXに復帰する。その後の5月8日のYの処分は、受戻権行使後の違法な処分となる。

ただ、本件では、Xの2006年5月6日の5600万円の提供が第三者弁済の提供として有効であれば、なお二重譲渡関係が成立する。たしかに、弁済や供託に至らないと被担保債権は消滅しないので、甲の所有権は提供だけではXには復帰しない、というのが担保権の一般的な法理である。しかし、適法な第三者弁済の提供が認められると、Aの債務不履行はなくなり、8日にYがしたZへの甲の処分は違法で、Xの受戻権は消滅しない。Xは改めて弁済または供託をして甲の所有権の復帰を主張でき、次項のとおり、二重譲渡関係⇒Zの対抗要件の抗弁⇒登記具備に代えての背信的悪意者排除の再抗弁という構成になる。

7 判例の二重譲渡構成および背信的悪意者排除の法理

(1) 二重譲渡構成

権利移転的構成に従うと、Yは、Xとの関係において内部的に担保的拘束を受け、甲のZへの処分は、受戻権行使後の処分もしくは被担保債権の債務不履行がないのに担保権を実行した処分として、Xに対する債務不履行となる（請求権単純競合説では所有権侵害の不法行為も成り立つ）。しかし、Yは譲渡担保契約設定当初から甲の所有権を取得しているので、対外的な物権関係においては、甲の譲渡は権利者の処分として有効である。

一方、違法な処分によってはXの受戻権が消滅しないとすると、Xは、利息制限法の範囲内の利息を加えた額を提供して受戻権を行使でき、それによってYからXに甲の所有権が復帰する。たしかに物権的には所有権はYからZに移転していて移転登記も即日されているが、後述するようにZが背信的悪意者であればその所有権取得は未登記のXにも対抗できないため、受戻権行使による所有権の復帰は不能ではない。

判例は、譲渡担保権設定者の受戻権行使による所有権の復帰的物権変動と、譲渡担保権者から第三者への転売による所有権の移転の関係を、民法177条の対抗関係として捉えているので、先に移転登記を備えた物権変動が優先するというのがあくまで原則である。

(2) 背信的悪意者排除の法理

受戻権行使後の処分について、判例（最判昭62・11・12判時1261号71頁<LEX/DB 27801182>）は、設定者は所有権の復帰を登記なくして背信的悪意者には対抗できると明言する。一方、弁済前の処分に関する最上級審は、背信的悪意者排除論確立前の判決しか存在しない（古い大判大9・9・25民録26輯1389頁<LEX/DB 27820847>は、「第三者」の善意・悪意を問わないとしていたが、背信的悪意者排除論登場のはるか前）。下級審裁判例には、背信的悪意者を排除するもの（東京高判昭46・7・29下民集22巻7・8号825頁<LEX/DB 27431282>）がある。とくにこの場面に限ってZの主観的態様を一切不問とする積極的理由はないので、177条の第三者論に従って、背信的悪意者は排除されると考えてよい（悪意の対象はXの受戻権の存在となるだろう）。

必読判例①は、第三者が背信的悪意者であることを基礎づける事実があっても考慮されない旨を判示しているが、これは、適法な譲渡担保権の実行としての処分清算を確定的に有効とし、以後の法律関係を安定させる（講義で示したように、受戻権が消滅し二重譲渡関係が成立しない）という理由に基づく。同判決は、本事例のような違法なYの処分の

場合には妥当しない。

(3) 対抗要件の抗弁と所有権喪失の抗弁

Zは、対抗要件の抗弁を出すことも、自らの対抗要件具備により優劣が決まってXが権利を喪失しているという所有権喪失の抗弁を出すこともできる。もっとも、前者の抗弁に対する場合はもとより、後者の抗弁に対しても、Xは、背信的悪意者の再抗弁を出せる。

8 背信的悪意者の認定

(i) Zの代表取締役DとYの代表取締役Cが夫婦であり、Cが実質的にZを支配しておりYとZの間に特殊な関係があること、(ii) Xが甲の占有・利用を継続しており、上記の特殊な関係からも、Zは、Xに受戻権があり第三者弁済の提供を行ったことについて悪意であると推認されること（前述5のように、受戻権の行使と認めてXへの所有権復帰が生じるとすればXへの復歸的物権変動についても悪意と推認されうる）、(iii) 甲の譲渡価格6000万円が時価8000万円よりかなり低廉であることから（CP(2)⑤⑥）、Zは、第三者の登記の欠缺を主張する正当な利益をもたない背信的悪意者に該当するとも考えられる。

他方、(iv) 弁済期の延期や第三者弁済の有効性について、XとYの間には意見の相違があったことから、Yは譲渡担保権を適法・有効に実行できるものと信じたとも考えられる。また、(v) 6000万円という買受価格は、不合理なほど低廉であるとは断定できない。そのような紛争のリスクを孕んだ物件であるからZが時価より少し安く買い受けたというのは合理的な行動のようにみえる。

背信的悪意者に当たるか否かは、Xの主張・立証しなければならない評価根拠事実（上記(i)～(iii)）と、Zの主張・立証しなければならない評価障害事実（上記(iv)(v)）を総合的に斟酌して、登記の欠缺の主張が信義則に反するか否かを判定する高度の法的評価であるとされる。したがって、判例・通説である背信的悪意者排除説を文字通りに理解すれば、Zが背信的悪意者と評価されるか否かは、断定しにくい。むしろ、Xへの復歸的物権変動があったことについての悪意を不可欠の要素だと考えるならば、弁済期の延期や第三者弁済の有効性についてXとYの間には意見の相違があったことから、Yが譲渡担保権を適法・有効に実行できるものと信じたことと認定されれば、Zは善意者であり、背信的悪意者にはなりえない。このようなZを背信的悪意者と認定することは、実質的にはYの適法・有効な処分権限を信じたことの相当性（＝過失）を問題にしていることになる。

判例の分析には、YとZに本問のような特殊な関係があれば、Zは純然たる「第三者」ではなく、当事者Yに準じる者（準当事者）であり、善意・悪意に関係なく、正当な競争者たる資格を欠いて、民法177条の「第三者」ではない、というものがある（松岡『物権法』135頁）。このように理解された判例法理によれば、(i)の事実（CP(2)⑥）だけで、Zは背信的悪意者と認められる可能性が高い。

9 担保権的構成によるX・Zの関係（講義の復習）

担保権的構成によれば、譲渡担保設定契約によって譲渡担保権者は担保権を取得するにすぎない。設定者に所有権もしくは設定者留保権という物権が残っていて、譲渡担保権者の権利を物権的に拘束している。したがって、そのような拘束のない完全な所有権者とし

て目的物を処分する権限は譲渡担保権者にはなく（弁済期到来後に適法な処分清算を行う場合にのみ処分権限に基づく有効な処分となる）、Zは、原則として、所有権をまったく取得できないか、取得が可能と考えてもせいぜいXの受戻権の負担のついた所有権しか取得できない。そのため、Xは、なお受戻権を行使して、甲を取り戻すことができる。

しかしながら、この原則を貫くと、不動産取引の安全を害する。そこで、担保権的構成を採る見解は、完全な所有権者であるとの登記上の外観を信じた第三者を保護するため、民法94条2項を（類推）適用し、Zが、自らの善意を主張・立証した場合には、Xは自己への所有権もしくは設定者留保権の帰属（したがって受戻権の行使による完全な所有権の回復）を主張できなくなる、とする。第三者が保護されるための主観的要件が背信的悪意者排除論より厳しいうえ、主観的態様に関する主張・立証責任が第三者側にある点で、判例の見解に比べて、設定者の保護に厚い。

10 譲渡担保権者の違法処分と留置権の成否（問(2)(b)）

この問題の考え方は、2006年5月6日にXが5600万円を提供して受戻しを求めたことによって直ちに甲の所有権がXに復帰したとみるかどうか（前述5）によって、違ってくる。

(1) 5600万円の提供によって甲の所有権が直ちにXに復帰したとみる場合

この復帰的物権変動とその後の5月8日のYの処分（受戻権行使後の違法な処分）とが二重譲渡類似の関係に立ち、また、XはYに対して甲の価額相当分（あるいはそれ以上）の損害賠償債権を取得する。ところで、不動産の二重譲渡紛争に関しては、第1譲受人は、二重処分者に対する損害賠償債権を被担保債権として第2譲受人に対する留置権を主張できないとする判例（最判昭43・11・21民集22巻12号2765頁<LEX/DB 27000886>）がある。本問でのXによる留置権の主張は、この判例と矛盾するので許されないおそれがある。

(2) 2006年5月6日にXが5600万円を提供した行為によっては受戻しが完了しておらず、Xが今から改めて受戻権を行使するほかないとみる場合

判例（権利移転的構成）ではZが背信的悪意者でない場合、通説（担保権的構成）では第三者が善意（無過失）である場合、XはZに対して受戻権を行使することができず、Zから所有権に基づく明渡請求を受けることになる。しかし、参考判例②は、仮登記担保の場合において、Yに対する清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張することができるとし、譲渡担保の場合についても、これを踏襲している（最判平9・4・11裁時1193号1頁<LEX/DB 28020810>）。この判決が本問に使えれば、Xは、Yが清算金を支払うまで甲を明け渡さないということをZに主張できる。

ただ、この参考判例②は、弁済期到来後の適法・有効な処分の場合の判断であるのに対して、本件の小問(2)(b)は、違法な処分の場合を問題にしている。違法な処分については、不動産の二重譲渡紛争で留置権の主張を認めなかった判例（前掲最判昭43・11・21）があり、留置権の主張はこの判例と矛盾するのではないかが問題となる。

たしかに両者は突き詰めると矛盾するとも思われる。これを回避するため、道垣内³²²頁は、設定者留保権消滅の対価である清算金が支払われていない以上、設定者留保権は消滅しないので、設定者は、清算金の支払があるまで、設定者留保権に基づいて目的物の占有ができる、と構成する。しかし、判例は設定者留保権という概念を正面から認めてはい

ない。また、処分の相手方（譲受人）が善意・無過失の場合には、民法94条2項の（類推）適用により、設定者留保権は善意の譲受人に対抗できない。対抗できない設定者留保権に基づいて占有が継続できるとするのは、論理的に無理がある。

別の説明方法として、XがYの違法な処分を追認することによって、本件にも参考判例②が妥当するとする主張が可能と思われる。適法な処分の場合でさえ清算金の支払が留置権で確保される以上、違法な処分の場合にもその程度の保護を与える方が均衡がとれる。また、受戻権行使による所有権復帰により二重譲渡関係にあるとして、（目的物の価格以上の履行請求権に代わる）損害賠償債権を被担保債権とする留置権を認めれば、民法177条によるルール（背信的悪意者でない者が登記を先に備えれば完全に優先する権利を得る）との評価矛盾が顕在化する。これに対して、（被担保債権額を控除した）清算金請求権を限度とする留置権の主張では、そのような評価矛盾は生じない。むしろ留置権を認めることが、譲渡担保設定者の保護の強化に努力してきた判例・学説の態度と調和する。このようにして、両判決を整合的に理解し、Xの留置権の主張を認めることは可能である（松岡『担保物権法』245-247頁、252-253頁、341頁、342頁）。