



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	非典型担保における買戻（1）
Author(s)	池田, 雄二
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 59(5), 348[235]-294[289]
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35658
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-5_p348-294.pdf



非典型担保における買戻(1)

池田雄二

序

第1章 現代までの買戻特約付売買契約の歴史と現行制度

第1節 本物返総説

第2節 中世の本物返

第3節 近世の本物返

第4節 維新後から旧民法典前

第5節 フランス民法典と旧民法典

一 フランス民法典までの買戻の沿革

二 フランス民法典における買戻

三 旧民法典の「受戻」

第6節 旧民法典の下の裁判例

第7節 現行民法典起草過程

第8節 現行民法典施行後の判例・学説

第2章 物に着目する担保と価値の実現・債権の満足に着目する担保

第1節 他の非典型担保に対する買戻の特性

一 譲渡担保との比較

二 所有権留保との比較

三 代物弁済予約との比較

四 考察

第2節 買戻特約付真正売買と売渡担保

一 当事者の合意

二 買戻特約付真正売買か売渡担保か争われる事例

1 戦前の事例

2 戦後の事例

三 結論

第３節 買戻特約付真正売買における清算義務

一 流担保禁止時代

二 流担保禁止解体過程

三 特約付真正売買における清算の要否

結

序

民法典中の「売買」に、売買契約を解除して目的物を取り戻す権利を契約と同時に留保する「買戻し」というものがある（第579条以下）。これは古い歴史を持ち、戦前の学者もこれに多くの頁を割いたが、今では余り注目されない。伝統的にこれは担保として機能してきたが、他の非典型担保（譲渡担保、代物弁済予約、所有権留保）と比べて、その法的構成や効力等に多くの特殊性がある。そこで第１章では、買戻の歴史と内容を考察する。ここでえた知見をもとにして、第２章では、買戻と他の非典型担保とを比較し、買戻の特性を明らかにし、その違いが買戻のどのような特性からもたらされるのかを考察する。この過程で買戻を用いた売渡担保と買戻との区別等の問題を含めて、現代担保法に何等かの寄与ができればよいと考える。

第１章 現代までの買戻特約付売買契約の歴史と現行制度

現代の買戻特約付売買は、売買で買主に所有権を移転すると同時に、10年の期間内で（民法第580条）、売買代金と契約費用のみを返還して所有権を取り戻せる買戻特約を結ぶ（同第579条）。買戻代金に利息は含まれない（第579条）。第１章ではこの買戻の歴史とその内容を考察し、現代までの到達点を把握する。

第１節 本物返総説

買戻は、中世以降から明治初期まで本物返（^{ほんせん}本銭返ともいう。本物返に統一）

という呼称で利用された¹。本節ではこの本物返の歴史と内容を把握するために必要な一般的知識についてのべる。これは本物返の発展形態である近代以降の買戻を理解する上でも必要な知識である²。

本物返では、売主が元金のみを返還すれば、目的物を取り戻せる旨の特約を契約書に明記する。利息を取らない点で質とは区別される。権利行使は所有権復帰の解除条件であり³、この権利は譲渡、相続が可能である。買主はこの取引で目的物の完全な所有権をえる。第三者への処分も自由である。処分された場合、売主は第三取得者に対し、順次に権利行使する必要があるので、この権利は対物的請求権ではない。

この本物返の権利行使期間には四種の形態がみられる。第一に無年季^{ありあわせ}有合次第請戻文言型（ア型）。これは、買戻期間（年季）を定めず、元金を払えば、永久に買い戻せる形態である。第二に年季明流文言型（イ型）。これは、約定期間内に買い戻さなければ、失権する形態である。第三に年季明請戻文言型（ウ型）。これは、約定期間を経過しないと権利行使できない形態である。第四に元利銷却質型（エ型）。これは、買主が目的物から収益をえて、収益が元金に達したら、目的物を売主に返還する形態である。これら何れの形態でも、買主は目的物を利用して収益をえるので、原則は占有を移転する。こうして売主による権利行使があった場合でも、買主は使用収益した分の利益をえられる⁴。

¹ 本物、本銭共に元金の意である。買戻代金が物か金銭かで本物と本銭を区別する（三浦周行『鎌倉時代史』（早稲田大學出版部、明治40年）532頁）。

² 以下の概説は、主に経済史研究会編『日本経済史辞典』縮刷第1版（日本評論新社、昭和29年）1520－1521頁、佐藤進一『古文書学入門』（法政大学出版会、1971年）279頁による。

³ 権利行使が所有権復帰の条件である点は、約定期間を経過すれば自動的に売主に所有権が戻る年季売と区別される（前注2・経済史辞典・1521頁、佐藤・前注2・279頁）。

⁴ 司法省『全國民事慣例類集』（青史社、1976年（1880年））542丁、John Henry Wigmore, *Law And Justice In Tokugawa Japan Part II Contract : Civil Customary Law*, Tokyo, Kokusai Bunka Shinkokai, 1941, p44. 周防国吉敷郡の酒造株（酒造に属する諸器械家屋土蔵一切）や田畑のイ型本物返の例では、「利子ナキ故ハ年々ノ作徳利益アレハナリ酒造株ハ利益且ツ諸器械家屋等使用スレハナリ」と記す。同・慣例類集・530丁、加賀国石川郡の慣習はウ型であるが、期間中の利子を要しない理由は、収穫があるからだと説明する。

以上が本物返の一般的知識である。この本物返が中世に利用されだし、現行民法典の買戻になるまでに、その背景も変遷してゆく。それにつれて、その果たす機能も変遷し、その内容も変わってくる。以下では中世の本物返から始まる買戻全体の歴史を詳しく考察する⁵。

第2節 中世の本物返

第1節でのべた様式に合致する本物返は鎌倉幕府による政策を背景に本格的に利用されだした¹。幕府は貞永式目²（1232年）により御家人所領の保護を図るため、家督地処と私産のうち、前者の売買を禁じた（第48条）。次いで貞永式目追加条々の1240年（延応2年）法で後者の売買も禁じた（追加条々第35条）。さらに1270年（文永7年）5月9日法は、売買・質を一切、禁止した（追加条々第65条。なおこの規制は御家人に限る）。だが本物返は禁制とされなかったので、利用され始めた。このように本物返は売買の禁制潜脱と担保の二つの機能をもった³。これ以後、本物返は僧俗でも盛んに利用され⁴、しばしば徳政令の対

⁵ 本稿における時代区分は児玉幸多、豊田武他編『日本歴史の視点2 中世』（日本書籍、昭和48年）12－13頁、児玉幸多、大石慎三郎編『日本歴史の視点3 近世』（日本書籍、昭和48年）14頁にしたがう。古代は、鎌倉幕府成立（1192年）以前である。中世は、それ以後から織田信長が將軍足利義昭を追放した1573年（天正元年）までである。近世は江戸時代の終わり（1868年）までである。

¹ 柚木馨編『注釈民法（14）債権（5）』（有斐閣、昭和41年）303頁によると古代にも限一年売買という売買を利用した担保があったという。本物返の起源については宝月圭吾「本銭返売券の発達について」（森博士還暦記念會編『對外關係と社會經濟』（塙書房、昭和43年）349頁以下）がある。同357頁によると、最古の例は1270年（文永7年）である。

² 律令が時勢に適さなくなったので北条政權が源頼朝以来の慣例を集め、律令を参酌しつつ編纂した法典。これに追加したものを貞永式目追加条々といい、1338年（建武5年）から1508年（永正5年）の間に追加されたものを建武以来追加という（有賀信雄『増訂古代法釋義』（博文館、明治41年）314－315、519頁。上記式目の出典、整理表記は全て同書による）。

³ 宝月・前注1・351－355、358－359頁は、古代末期の売買契約に違約・違乱があれば買主が売主に元金を弁済させる取引が存在し、この元金弁済の精神が

象になった（追加条々第47条、建武以来追加第173条、174条、191条）⁵。

本物返の目的物は、土地、家屋、一種の権利である作主職や檀那職、人等である⁶。目的物の占有は原則として買主に移転した⁷。本物返の契約形態もア、イ、ウ型等がみられる⁸。

総括すると、本物返は御家人の土地売買・質入禁制を契機に利用され始めたので、禁制潜脱機能と担保機能を併せ持っており、これが漸次、僧俗に広まった。目的物は不動産・権利・人等色々である。契約形態は基本的に自由である。

発展して本物返になったと論じる。1270年法と宝月教授があげる本物返の最古の例の年代が一致するので、おそらく本文にのべたことが起源だろう。

⁴ 三浦『法制史之研究』（岩波書店、大正8年）838－839頁。

⁵ 追加条々の方は永仁徳政令である。本物返は、期間を問わず、元金を弁済して買い戻すように命じている。この辺の経緯について、三浦・第1節・注1・528－532頁。建武以来追加第173条は、1441年（嘉吉元年）、京都を中心に起こった徳政一揆に関連する徳政令である。因みに武田信玄家法（1547年（天文16年）6月）第56条にも本物返の規定がある（詳しくは三浦・前注4・927－928頁。法典は有賀・前注2に収録）。

⁶ 家屋については前掲した建武以来追加第174条。作人職（作主職と同義）の意義について詳しくは第1節・注2・日本経済史辞典上巻「作人職」、「莊園」（チ）、檀那職については佐藤・第1節・注2・278－279頁をみよ。作人職が目的物になった例は「館蔵水木家資料中世文書」（<http://www.rekihaku.ac.jp/gallery/mizuki/itiran.html>）、檀那職が目的物になった例は佐藤・第1節・注2・280頁、人に関しては三浦・前注4・837頁割注をみよ。無論、人身売買は原則、禁止である。律令では奴婢を除いて人身売買は禁制である（養老律賊盜律第44から48番目の条、雜律第12から13番目の条。律令の出典は国史大系編集會編『新訂増補国史大系律1』（吉川弘文館、昭和26年）、同編『新訂増補國史大系令義解普及版』（吉川弘文堂、昭和56年））。中世では、飢饉の時などに家族を売却するのを黙認することもあった（この頃の人身売買に関しては追加条々第76条、第78条から第84条、第87条、第90条、92条等が参考になる）。他に佐藤・第1節・注2・273頁。

⁷ 建武以来追加第173条は、所有地を本物返や質に供して、元金を弁済しないので、租税を納められないことは不都合だから、買主の土地による収益が元金に至っているなら、売主に返せ、と命じる。命令でエ型の本物返にしている。買主の収益が前提されているので占有移転をしている。

⁸ 本物返の例は、前注6に挙げたものの他にも宝月・前注1・355頁、佐藤・第1節・注2・280、281－282頁などがある。

こうした本物返は、多少の変化を経つつも、近世でも盛んに利用される。

第3節 近世の本物返¹

近世でも御家人所領の売買はできない²。また1642年（寛永19年）の大飢饉の際、生活が成り立たなくなった自作農が田畑を売却し、没落する一方、富裕な百姓がこれを買占めたことが原因で翌年（寛永20年）3月に田畑山林の永代売買を禁止したので（御触書寛保集成1309、1310。刑罰は同2601）³、この禁制を潜脱するためにも本物返、質流れ等が利用された⁴。禁制は、徹底した地方もあるが、大体はこうした潜脱手段のために実効性がなく、また公然と売買

¹ 近世の慣習については、主に慣例類集・第1節・注4・第3編第3章第1款「賣買ノ諸事」やWigmore, *op. cit.* ch. 3, saleによる。前者の刊行年は明治13年だが、調査対象は「故例諳熟ノ人」であり（生田精執筆凡例1丁）、記されている慣例はほとんど近世の慣例である。本稿で慣例類集と表記する場合は全て同書を指す。後者は日本近世法に関する研究である。

² 徳川政権は当初、成文法を定めず、家康百箇条第七節舊格保守ノ條々第1条により、古法によったので、式目による土地売買・質入の禁制を改めていない（有賀・第2節・注2・761頁を参照した。法文は同書に収録）。なおWigmore, *op. cit.* p.30. は売買が禁止されている武士の屋敷地について、羽前国置賜郡の慣例を紹介する。一旦、領主にこれを返還し、買主が自分へ譲渡されることを請願することで売買の実をあげた。

³ 有賀・第2節・注2・761頁、高柳眞三、石井良助編『御觸書寛保集成』（岩波書店、昭和9年）1頁以下を総合すると、当初、成文法を定めなかった徳川政権ではあるが、漸次、公事方定書等の法典が編纂され、個々の古法を修正補充する御触書といった単行法は、後に評定所により編集され、御触書集成となった。御触書の表記はこの御觸書寛保集成の通し番号を使用している。

⁴ 滝川政次郎『日本法制史』再版（有斐閣、昭和5年）472頁によると、全国の1/4に及び、68ヶ国中、47ヶ国に散在した天領（日本經濟史辭典・第1章第1節・注2・1143頁に天領一覧表がある）では特に形式上は禁止され、また概ね全国的にも禁制だった。だがこの禁制は遵守されなかったのでたびたび繰り返された（前注3・御触書寛保集成1341、1353（二）第21文、1742年の公事方定書第30条、1767年の徳川百ヶ条第31条等。公事方定書は荻野由之他編『日本古代法典全』再版（博文社、明治36年）、徳川百ヶ条は有賀・第2節・注2に収録されている）。

を許す地方もあった⁵。町地、家屋敷、家屋の売買は、基本的には自由だが、禁止している地方も若干あった⁶。恐らく、そうした地方も本物返等の潜脱手段によって、実効性はなかっただろう。

この頃になると、本物返の呼称も多様化している。断言できるだけの文献に当たった訳ではないので推測ではあるが、田畑永代売買等が新たに禁制とされたために近世では中世よりも一層、農民間などでも本物返は盛んに利用され、呼称も多様化したのだらう⁷。

近世では本物返は質と混同されることもあり、こうした混同が原因で元利消却型（エ型）は質に吸収され、本物返の型態は三種類に減った⁸。本物返が禁制潜脱と担保の二つの機能を併せもつことは変わらない⁹。残った三種の内の

⁵ 田畑山林売買禁止が徹底した地方は、磐城国白河郡、常陸国茨城郡（慣例類集・517丁）、壹岐国石田郡（同・551丁）等である。同・473—492、506—551丁から集計すると、59郡中、田畑売買を禁止する地方は35郡、許す例が24郡であった。禁制潜脱の例としては流質が11郡、本物返が9郡でみられた。他に、ゆすりわたし譲渡（主に血縁者間で譲状を作成して好意や隠居にともなうて行われる財産移転）が5郡、売渡が3郡、当事者間永代売買が2郡、他の手段が6郡でみられた（一部、郡が重複した）。

⁶ 例えば上野国群馬郡（慣例類集・521丁）は町地売買を禁じる。

⁷ 慣例類集や日本経済史辞典・第1章第1節・注2等から本物返の同義語を知る限りで挙げると、本銀返、元金返シ、本米返、元米返シ等の他に、関東では年季売あるいは年切売、関東上総国長柄郡ではウワベウリと呼称されたという。なお年貢が払えなかったので「元米返シ」し、その代金である米で年貢を納めたア型の農民間の事例（1814年（文化11年））がある（徳島県立文書館 <http://www.archiv.tokushima-ec.ed.jp/article/0007418.html>）。

⁸ 日本経済史辞典・第1章第1節・注2・1521頁。慣例類集・538丁・出雲国能義郡の慣習における「本物返シ」では買い戻し時に買主が利息をとり、年貢も売主が負担する（本来ならば、徳川百ヶ条第31条第4項により年貢を質置主に負担させてはならない）。残りの3例は確認できる。ア型は慣例類集・511—513、515、517、521丁、Wigmore, *op. cit.* p.20、イ型は慣例類集・511—512、517、536丁、ウ型は、同・511—512、530、544—546丁。

⁹ 本物返の例の内、足柄郡の耕地宅地の例（慣例類集・515丁）は、同郡で永代売を許しているの禁制潜脱の意図ではない。他に尾張国愛知郡の町の家屋、地所の例（同・512丁）、加賀国江沼郡の物品売買（同・531丁）、周防国吉敷郡の一種の財団ないし集合物である酒造株（同・542丁）等の本物返がみられる。

年季明請戻型（ウ型）につき、ウィグモアによる興味深い調査がある。伊勢安濃郡では、農地、山林のウ型の本物返が使われる。農地は毎年果実を生じるので、期間は10年である。一方、山林は成長に必要な期間を経るまで伐採できないから30年から50年だという¹⁰。つまりウ型は占有移転を受けた買主の利益のために利用されることが多い。

本物返の目的物には、土地、家屋、物品一般、財団ないし集合物、株、家産等、それと人身売買は厳禁だったが人も目的物になった¹¹。

買戻権行使の効果は、尾張愛知郡の例によれば、「売買は無かったものとして取り消す」遡及的解除だったらしい¹²。ただ対物的ではないだろう。

総括すると、近世の本物返は、中世と同じく禁制潜脱と担保の機能をもち、田畑永代売買の禁止なども加わって、より盛んに利用されたと考えられる。目的物は不動産、動産、権利等様々である。そして権利行使の効果は、遡及的解除である。

近代に入ると、土地売買の禁制はなくなる。それにしがつて本物返の機能も変化する。

これ等は禁制外である。禁制外の物を本物返する場合は、専ら担保目的だろう。他に Wigmore, *op. cit.* p.20.

¹⁰ Wigmore, *op. cit.* pp.17-18.

¹¹ 目的物に関しては前注9。Wigmore, *op. cit.* p.20. によると特に家産の場合、売主は買戻特約を望んだという。人を目的物とした農民間の本銭返の史料に徳島県立文書館 <http://www.archiv.tokushima-ec.ed.jp/article/0007394.html> がある。無論、人身売買は中世以上に厳禁である。その初めは1616年（元和2年）の高札である（牧英正『人身売買』（岩波書店、1971年）81—82頁に抜粋されている）。その後の取り締まりに関して、詳しくは児玉、大石・第1章第1節・注5・223頁。17世紀末頃には人身売買は一掃される。禁制の高札は、御触書寛保集成25、26（1658年（万治元年））、同・集成28（二）（1661年（寛文元年））、科条類典上巻の13または御触書集成48（1711年（正徳元年5月））、同・1341（1716年（正徳6年））、同・1353（二）（1734年（享保19年））等、度々出された。

¹² Wigmore, *op. cit.* p.19. 三浦・第1章第2節・注4・836頁も売買の解除とする。

第4節 維新後から旧民法典前

維新後の明治5年2月15日、「地所永代売買ノ儀従来禁制ノ処自今四民共売買致所持儀被差許候事」(太政官布告第50号)と定められ、田畑永代売買等の土地売買は解禁された。したがって、禁制潜脱の必要はなくなり、本物返には担保機能のみが残った。

民法典起草事業は明治3年から続けられ¹、明治19年に旧民法典草案がなり、同年、元老院会議の議案に上り、明治22年に議定され²、最終的に明治23年に法律第28号として公布された。そこでは「受戻」として本物返は残された。以下では、旧民法典制定より前までを述べる。本物返については現行民法典まで成文法はないので、明治8年6月8日太政官布告第103号裁判事務心得第3条より、慣習によることになるので、当時の裁判所の認識に対する理解が主になる。

本物返に担保機能があることについては政府も認識していた。それは、三重県裁判所による「地所年限売買及ヒ質地証文ノ儀ニ付伺」(明治9年8月26日)とそれに対する政府指令によって知ることができる³。まず伺第1条は、売買の約定について、契約締結後も地券書替をせず、買主が小作料等を請求する例を受理すべきか、という伺をだす。伺第2条本文は、貢租諸役を売主に負担させるも、買主側が売買代金の取り戻しを請求する場合は出訴期限規則第2条(前文より、金穀貸借債務不履行の場合に、当事者間で出訴を猶予したために生じ

¹ 民法典編纂事業の始まりに関しては、手塚豊「御国民法一城井国綱本一統・明治法制史料雑纂(4)」(法學研究38巻7号75頁(昭和40年))、石井良助「明法寮民法草案」(法律時報29巻8号96頁(昭和32年))や同文献中の引用文献、その他、当時を生きた者の証言として加太邦憲「司法省法学校設立最初半ヵ年の状況」(『法曹記事』36巻7号84頁)、今村和郎『解難』(明治23年)1-4頁などがある。

² 旧民法典に関する議事は明治19年12月6日、515号議案(加藤福太郎編『元老院會議筆記25巻』(元老院會議筆記刊行会)1921頁以下)をみるとよい。慣習に対する違背と難解であることが問題とされたが、起草関係者は反論している。その後の流れについては、同・1939頁参照。明治22年7月29日、第614号議案(元老院會議筆記34巻319頁以下)で可決された。

³ 市岡正一編『現行日本類典全』(博聞社、明治18年)伺57-58頁、指令59-60頁。

た証拠等の不都合は正のために明治7年以後の出訴期限を定めた。同条は出訴期限を1年限りとする）にしたがって裁判すべきか、と伺をだし、また同条但書は、出訴期限規則第2条にしたがって裁判をした場合、売主が地所不渡を主張することがあるが、その場合、まず所有権の所在を確定しなければ裁判ができないが、買得証書のみで、地券書替、地書受取をすることは採用の限りではないか等の伺をした。これらの伺に対し、指令は伺第1条につき、「買得ノ証」があれば、訴訟を受理すべきと指令した。第2条本文については伺いの通りとし（指令第2条）、但書については受理すべきとした（指令第2条但）。

伺第1条から、この頃には、占有留保型の本物返が存在したことを知ることができる。買主が小作料を請求しているからである。伺第2条本文からは、買主が担保権者のような行動をとることがあったことを知ることができる。売買であったのに、売買代金の返還を請求しているからである。そして伺第2条但書からは、そうした買主の主張に対して、売主が所有権移転を否定する場合があったことを知ることができる。

三重裁判所は、伺第2条までの状況を重視したのだろう。伺第3条では次のような伺をした。第一に、年限を決めて、元金を返済をすれば地所を差し戻す約定と、第二に、年限を定めて、幾年経とうと、取り戻せる約定がある場合とに分け、第一の場合なら約定期限内に、第二の場合なら約定期限後に元金弁済を受ければ地所を差し戻さねばならず、また買主が買い取った地所は処分できないのだから、買主は所有権を完備したものではなく、実質は質であるから、地所質入書入規則（明治6年1月17日太政官第18号）にしたがって裁判して良いか。

これに対して、指令第3条は「伺之通」とし、同条但書で「其实売買ナレハ年季ノ定メ之アルトモ売買ノ裁判可致事」と命じた。

ここより本物返のイ型とウ型の存在（正確には期限後から権利行使が可能となり、以後は永久であるからアウ複合型の本物返）の存在を知ることができる。それと、三重裁判所は、本物返の真正売買性を否定するが、政府は、真正本物返か担保（質）かの区別の必要性を認識している。質ならば、地所質入書入規則にしたがうと同時に競売手続によるので（明治6年2月14日太政官第51号、同年3月27日司法省第46号）、所有権取得、つまり流質はできない。これは次章で扱う真正買戻か売渡担保かの議論の魁である。つまり買主は売買と主張することで所有権取得を主張し、売主は担保と主張することで所有権移転を否定する。裁判所は本物返を担保と扱い、債務者保護の立場に立ち、政府は、真正

売買と認める本物返の可能性を残すなど、やや債権者側の立場に立っている。

この後、大審院でも本物返を扱う事件が相次ぐ。以下ではそれらを概観する（真正買戻か売渡担保かの問題は次章でまとめて触れる）。

明治5年の布告前の事件については、旧政府法、つまり田畑永代売買の禁制に則って裁判がされた。これが問題となった事件がある。

大判明治36年12月9日民録9輯1367頁 明治3、4年頃、売主が所有地を買戻期間5年で買主に売却したが、期間内に買戻権行使をできず、その後も数十年間、徳米や小作米を納めた。後、同34年4月になり、所有権返還請求を買主にした。売主は、明治5年布告以前の地所永代売買は無効であり、当該契約は永代売買に買戻条件を付したもので、無効であると主張した。判決は、明治5年以前の永代売買は禁制だったが、永代でない売買契約は合法だったとし、請求を棄却した。

先の伺指令でみた立場からすれば、売買契約の無効を主張するのではなく、買戻特約付売買が担保であることを主張すれば、判断は異なっていたかもしれないが、そうした主張をしなかった。本物返自体は近世でも禁制でなかったので、当然の判断だったといえる。

大判明治20年4月28日大審院判決例民事集・裁判粹誌1巻164頁 契約締結は享保年間（1716－1736年）である。恐らく売主と買主の先祖だろうが、田地本物返がされた（恐らく年季は永年）。その後、売主側は80有余年間（訴え提起時点からの逆算だろう）、買主に平穩に所有させ、ここ20年来、一度も照会したことがなかった。明治に至り、売主が買戻特約を主張し、所有権返還請求をした。原審は「本元戻シ」は10年経過で流地になるのが従来の慣行とし、売主は「請戻シ」の念慮を断ったものとして売主の請求を棄却した。売主上告。10年で流地となる慣行はなく、それは質に関することであって、錯誤の裁判であり、不法と主張した。大審院は、売買契約で、年限に拘らず、元金で買い戻せる条件を付したものは「本物返シ」と唱え、質地同様の処分をする裁判習慣であるとする。本件も契約時から10年以後、「受戻権」はないと判示。売主敗訴。

裁判所は先の伺指令と同じ立場に立ち、本物返を質と同視している。確かに売主側がいうように、徳川百ヶ条第32条は質地が10年で流地になると定める⁴。だがこれは本物返の定めではない。享保年間、つまり近世なら、買戻の種類は3種あり、ア型（またはアウ混合型）の買戻期間は永年であった。契約当時の法によれば、売主は永久に買戻請求ができる筈で、本物返をする当事者の認識の多くもそうだったといわれる。ならば、売主の主張は認容される筈である。だがこれを認容すると、買い戻されない限り、所有権の帰属が永久に不安定になる。そこで法律不遡及の原則を曲げ、公益的見地から現在の裁判習慣を援用したのでだろう。これはボアソナードの法律不遡及の公益的見地による例外論が影響しているのかもしれない⁵。ともあれ、この時点の判例では、買戻期間の最長を10年内とした。だがこの期間は修正される。

大判明治33年1月24日民録6輯1号53頁 地所買戻請求事件。買戻期限が明治20年12月頃だったが、買主側が無期限とした。そして売主が買主に買戻権行使をした。買主は無期限とした事実を争ったが、原審はこの事実を認定。大審院は無期限の約定も公序に反しないとし、買主の上告を棄却した。

大判明治34年9月23日民録7巻8号37頁 土地家屋買戻特約付売買契約事件。明治21年3月21日に契約締結。10年経過後の権利行使は永久である（アウ混合型）。判決は民法施行前に買戻期間の制限はないことを理由にこれ

⁴ 第32条「質地小作取捌之事」第1文は「年季明け拾箇年過候ハ質地流地」と定めていた。

⁵ フランス民法典第2条の法律不遡及原則は、個人の権利等が立法者によって容易に変更されるなら、個人の不安を招き、一般利益を脅かすので定められた（谷口知平『仏蘭西民法〔I〕人事編（有斐閣、昭和30年）29頁）。ボアソナード博士が旧民法典施行を期して著した『民法原理法律不遡及論』（宗文館書店、明治28年）38－39頁における法律不遡及の基本的原則は次のようである。「法律不遡及ノ原則ハ他人ヲ害ス可カラズトノ原則ノ結果タルコト自ラ明ナリ」。「不遡及ノ原則ヲ正確ニ適用スル爲メニハ實際生スル各場合ニ就キ新法實施ノ時ニ當リ舊法ニ依リ既得シタル權利（droit Ocauis）アルヤ否ヤヲ講究スルコトヲ要ス」。これによるなら、享保年間に売主側は権利を取得していたので、新法によりこれを害することはできないはずだが、「公益ニ反スルノ既得權ハ到底認ス可カラサル」とし、公益による法律不遡及の例外を認める（427頁）。

を有効とした。

権利行使期間を制限した明治20年判決を変更している。今度は、法律不遑及としても公益に反しないと考えたのだろうか。その後、同様の判断が続く（大判明治35年3月5日民録8輯5頁、大判明治35年6月6日民録8輯6号19頁はA型への変更を認める）。一つ考えられることは、この時期、地価が高騰しており⁶、その数年後、大量土地買占め目的と思われる売主十数人对1買主の事例が現れるのだが（大判明治36年12月9日民録9輯1367頁、同様の事件が大判明治44年4月15日民録17輯221頁）、こうした事情があり、地主を保護する事情が生じていたのかもしれない。

前掲大判明治35年3月5日 契約時期は不明。アウ混合型である。買主が係争地所を被告に転売した。被告は特約につき、悪意だった。その後、売主が被告に直接、買戻請求の意思表示をしたが代金の提供は無かった。原審は、民法施行以前は買主に解除権を行使しなくても転得者に直接請求ができるとして請求を認容した。被告側は、次のように主張し、上告した。
 ①期間無制限の特約は違法である。②買戻の請求時点で代金の交付が必要である。③売主は買主に履行請求をせねばならない。大審院は、次のように判断した。①については慣習、裁判上も有効として来た。②については民法施行前に民法第583条の如き規定は無く、買戻は意思表示をし、履行時に代金を交付する慣習であり、裁判上もこれを認めてきた。③については民法施行前は買戻の登記があるか転得者が特約の存在を知っていれば直ちに転得者に請求できる慣例で、判例もこれを認めてきた。上告棄却。

伝統的には買戻権は対人権に過ぎなかったのだが、③は悪意転得者には買戻権を主張できるとしている。

大判大正4年12月17日民録21輯2131頁 土地本物返事件。明治19年の慣習を問題にしているので、契約締結はこの頃だろう。買戻期間は明治29年以

⁶ 札幌、東京、大阪、北九州について瀬川信久『日本の借地』（有斐閣、1995年）45、90—98頁。明治33年の事件は大分、同34年の事件は宇都宮の事件である。

降だったらしい（アウ混合型本物返か）。買主が所有権確認および登記移転請求をしたところ、原審が再売買と認定し、これを容れたので、売主は上告し、次のように主張した。本件契約は本物返である。原審が本件契約を本物返と認定しながら、質入契約でもなく、買戻条件付売買契約でもなく、再売買予約権付売買契約であると判断したのは契約の性質を誤解している。本物返の慣習は判例（前掲大判明治20年を引用）も認めており、契約期間経過で初めて流地になる。大審院は先例（前掲明治20年判決）を引用し、地所売買契約で年限に拘らず、元金で買い戻させる条件を付したものを本物返といい、10年以後は受戻ができない。この本物返は明治19年前後にも行われていたもので、その性質は買戻条件付売買に外ならないとし、10年以後は買戻はできず、約定の期間にしたがうが、明治39年時点で買戻権を喪失し、無条件で買主の所有に帰したとし、売主側を敗訴させた。

期間について明治20年判決を復活させた。なぜ判例を再変更したのか。幾つか考えられる。一つは、この頃、民法第580条の期間が法定期間か否か議論され、法定期間なら買戻期間は民法施行後10年に短縮されるのだが（民法施行法第34条→第32条→第31条但）、判例の立場は反対であった（大判大正3年12月11日民録20輯1076頁）。これに対し、学説は、公益上の見地から法定期間とする説が多数であり（鳩山秀夫、我妻他）⁷、それに影響されたのかもしれない。この多数説は大審院大正9年5月8日連合部判決（民録26輯588頁）で採用され、これに反する判例は全て変更されている。もう一つは、前掲大審院明治34年9月23日判決に関して推測したのとは逆の事情で、買主を保護する必要が生じたのかもしれない。再売買（広義では買戻に含む）⁸に関する判例だが、一つ挙げる。

大判大正9年9月24日民録26輯1343頁 山林再売買予約権付売買事件（水戸）。契約は明治14年に行われ、35年間据え置き後、買い戻し期間は無制

⁷ 鳩山秀夫『日本債権法各論』（岩波書店、大正11年）379－380頁、注2。我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店、昭和32年）330頁。

⁸ 近江幸治『担保物権法[新版]』（弘文堂、平成4年）259頁、柚木・第2節・注1・300頁。

限だった（アウ型）。買主によると、35年間据え置きとした事情は、山林に木が少なく、伐採までに期間を要したからである。したがって、占有移転型だったと思われる。売主が大正6年1月2日に予約完結の意思表示をした。原審は次のように判断した、予約完結権行使は予約成立から30年に限る。現行法の法意より、買戻に関する規定を再売買にも及ぼすべきである。鑑定によれば、明治14年時点の土地価格は155円。35年後の大正6年には20倍。大正8年には40倍になっている。155円で、その20倍の土地を得るのは不当などとし、売主を敗訴させた。売主上告。とくに最後につき、物価は一定しているものではなく、高騰したからといって、再売買予約権が無効になるものではないと主張した。大審院は次のように判断し、原審を破毀差し戻した。再売買と買戻は成立条件が違うので、買戻の規定を適用できず、期間を制限した規定を適用できない。また価格高騰の主張については、価格騰貴の場合、「契約当事者ハ當初ノ約旨ニ從ヒ信義ヲ重シテ契約ヲ履行ス可キ義務」があるとし、価格激変を以て履行を拒否をする理由にはならないとした。原審の解釈に「一モ正當ト認ム可キモノナ」しとした。

土地高騰が著しかったことは前述した。この事件は山林事件だが、上記判例における大正8年時点の鑑定により山林価額の高騰も存在した（1917年から1919年は第一次世界大戦ないしその直後で、木材の船舶材料等の需要があったのだろう）。明治34年時点では、地価高騰が目的で土地を買い占める買主から売主を保護する必要があったかもしれないが、大正も中頃を過ぎると、逆に地価高騰を奇貨とし、何十年も経って、数十分の一の価格で買戻権行使をする売主が現れたのかもしれない。今度は、そうした売主から買主を保護する方に傾いたのかもしれない。本件では、民法第556条が期間の定めをしていないので、売主を勝たせているが、差し戻している。大審院は、信義則上、売主の権利行使を認めない事情を求めたのかもしれない。

ここまでの伺指令や判例を総括すると、本物返の性質について質権と同視する三重県裁判所の伺、あるいは質権と同様の扱いをしようとする判例から、裁判所も本物返が担保目的であることを前提している。そして伺をした三重県裁判所は、債務者保護の見地に立ち、担保と同視し、指令をだした政府は売買の

可能性を認め、やや債権者よりであった。ともあれ買戻特約付売買契約が真正のそれか担保か、つまり地所の所有権移転の有無を巡る議論は既にこの時点で存在した。

買戻の内容をみると、買戻代金は元金のみである。買戻期間に関する種類は実際の取引に関しては減っていない。だが裁判上は、前掲大判明治20年4月28日が本物返をした地所は10年で流地とするのが裁判慣習だとして、期間を制限した。契約時が現行民法典施行前でも裁判時が施行後の後の判例では、権利行使期間を無制限とするものを認め、また再び明治20年判決と同じ制限をした。このように判例の立場は動いた。そして最終的にはイ型に落ち着いた。占有に関しては留保型も移転型も存在した。土地以外の目的物はよく解らない。この後に扱う判例に動産事件もあるので、動産もあっただろう。

買戻権の効力として、悪意第三者にも買戻権を主張できる。

買戻権行使は意思表示のみで良く、代金は履行時に支払えば良い。

買戻は旧民法典が公布されると、法源ではないものの、影響を与えた。その旧法典は買戻代金等、多くが西洋法、とりわけフランス法により、伝統的な本物返を修正して行く。

第5節 フランス民法典と旧民法典

明治23年に公布された旧法典は、その財産取得編第3章「売買」第2節「売買契約ノ解除及ヒ銷除」第2款「受戻権能ノ行使」で伝統的な本物返を、フランス民法典第1659条以下における買戻権（De la faculté de rachat）に倣って修正しつつ、「受戻」として規定した¹。そこでまずフランス民法典における買戻

¹ 日本経済史辞典・第1節・注2・1520頁によると「請戻、請返」の文言は本来質権に用いる文言であるが、本物返にも用いる慣用があった。だが梅謙次郎『民法要義卷之三』（明法堂、明治30年）537頁、岡松参太郎『註釋民法理由債権篇』（有斐閣書房、明治29年）次158頁によると、「買戻」は売り渡したものを取り戻すことをいい（再売買も含む）、「受戻」は質物件抵当物件を取り戻すことをいう。つまり担保に入れた財産を取り返す場合に「受戻」という（だから譲渡担保でも「受戻」という）。以上が用語としては正確なのだが、旧民法典では「受戻」といった。その理由はボアソナード・第4節・注5・348頁、同『再閱修正民法草案註釋第三編上巻』（司法省、刊年不明）464、470頁、富

を一瞥し、それから旧民法典をみる。

一 フランス民法典までの買戻の沿革

フランスにおける買戻を一瞥する前に、ローマ法にも買戻約款 (pactum de retroemendo) が存在した。これは法源に乏しく、日本、フランスなどで債権担保目的に使われたり、教会法による利息禁止や日本中近世の土地売買禁制の潜脱手段として使われる等の社会に食い込んだ制度ではなかったらしい¹。だが、ローマ法の買戻はフランス民法典の買戻に対して、特に rachat という文言に関して影響を与えたようで、フランス現行民法典はローマ法に拠り、買戻を rachat とした²。

文言はローマ法に由来するが、フランスの買戻の起源は西洋中世における利

井政章『民法論綱財産取得編上』復刻版 (新青出版、平成13年 (明治24年)) 193頁、梅謙次郎『日本賣買法全』 (八尾書店、明治24年) 401頁によると次のような理由である。フランスにおける買戻 (rachat) は新売買を意味する。したがって、買戻権を行使した場合、行使当時の現状で引き取らねばならない。一方、受戻 (retrait) は売買時に遡及して契約を解除する。したがって売買当時の状態で財産を取り戻せる。この区別に則り、日本の伝統的な「買戻」の文言は妥当でないとし、「受戻」とした (梅・前掲・日本賣買法・401頁はこの文言に反対)。この区別には登記手数料上の違いがある。ボアソナード『仏國民法賣買篇講義』 (博文社、明治16年) 378頁、同・前掲・再閲修正民法草案註釋・473頁は「買戻」ならば、再売買であり、財産移転税を再び払わなければならないが、「受戻」は旧契約の解除であり、新たに移転税を払う必要はないとする。この点も旧民法典が (フランスの) 「買戻」ではなく (フランスの) 「受戻」と規定した理由である。ボアソナード・第4節・注5・348頁は「現行法 [旧民法典前の法] ニ於テハ受戻権能ノ行使ヲ完全ニ認メタルカ如シ、然ルニ新法ハ此権能ノ行使ニ關シ數多ノ制限ヲ加エタリ」と説明している。つまり伝統的な買戻の存在をしりつつ、制限を加えたのであり、買戻に関する限り、ボアソナード博士、また箕作博士が元老院會議において旧民法典が日本の慣習に準拠した (ボアソナード・第4節・注5・13頁、元老院會議筆記25巻・第4節・注2・1932頁箕作) と述べたことに誤りはない。

¹ 原田慶吉『ローマ法上巻』 (有斐閣、昭和24年) 188-189頁、柚木・第2節・注1・302頁。

² 木村健助他『仏蘭西民法 [IV]』 (有斐閣、昭和30年) 82頁。

息禁制に由来する。

ローマ法では利息を禁じておらず、十二表法第Ⅷ表18aでは元本に対し、月12分の1であった³。その後、一時利息が禁止される等の変遷があったが、その後は、制限されつつも利息収取は許された⁴。一方、313年のミラノ勅令⁵以後、ローマ帝国内で公認されたキリスト教においては、利息を禁止していると読める章節（出エジプト記第22章第25節、レビ記第25章第35－37節）や、逆に容認しているように読める章節もあるが（申命記第23章第19－20節、ルカ第6章第35節、同第19章第23節）、既に3世紀には教皇による禁令が存在しており⁶、その後も禁令は繰り返された⁷。そして中世において教会法学・法学が盛になると、利息の認否を巡り、主にキリスト教倫理上、激しく争われた。

11世紀後半からの法学復活以降も利息収取の認否には大きな論争があり、特に中世最大の神学・哲学者であるトマス・アキナス（1225(4)～1274年）は利息収取を罪とした⁸。

³ 佐藤篤士『LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳および解説』（早稲田大学比較法研究所、昭和44年）。同・176頁によると、月か年か何れの利息が明らかでないと述べるが、原田・前注1・156頁は月とする。

⁴ 詳しくは、原田・前注1・155－157頁。

⁵ 古山正人他編訳『西洋古代史料集』（東京大学出版会、昭和62年）198－200頁に原典訳がある。

⁶ 第16代教皇聖ヒッポリトゥス（在217－235年。ホセ・ヨンバルト『教会法とは何だろうか』（成文堂、1997年）188頁以下「歴代教皇一覧」による）の教令集Can.15は「人が耳を傾けてはならない幾つかの生業」について規定する。その中に「高利貸し」（a usuer）が入っており、こうした諸々の生業を営む者には、教義を教授してはならず、洗礼も施してはならない（教令はHippolytus, “The Canons of Hippolytus” edited by Paul F. Bradshaw, Nottinghamshire, Grove Books Ltd., 1987に収録）。

⁷ クラウス『中世経済倫理序説』小林珍雄訳（伊藤書店、昭和19年）60頁以下に詳細に挙げられている。H・ディツィンガー編『カトリック教会文書資料集（Enchiridion Symbolorum Definitionum et Declarationum de Rebus Fidei et Morum）』浜寛五郎訳（エンデルレ書店、昭和49年）において、幾らか収録されている。

⁸ トマス・アキナス『神學大全Ⅱ－2 57－79』稲垣良典訳（創文社、昭和60年）78問題386－392頁。学説の対立は聖書の章節の解釈問題が主だが、人間の事柄の正義である市民法（ローマ法）では利子を容認しているという法理論

このように、主に絶対的権威を誇ったキリスト教倫理から利息収取は禁制とされ、16世紀頃までの商事法はこの禁制下にあった⁹。

無論、フランスもこの例外ではなかった。革命前にはキリスト教の勢力が強く、その影響は立法面にも現れ、利息を禁じた。それゆえに買戻は特に封建時代、金融の方法として広く行われた。領主が金融を必要とする際、領地を抵当に入れることを国法が許しておらず、だからといって、世襲財産であるから売却を欲せず、それゆえに領地を失わずに融資をえる唯一の手段として買戻が利用された。一方、富裕を誇るユダヤ人も買戻は合法に高利貸しを行える最上策だと考えた。こうして貸主借主の利害が一致し、買戻は中世の法慣習になった。こうして旧法当時のフランスでは高利貸しを禁じた結果として、高利を取る手段として制限外の買戻が用いられた¹⁰。この頃の買戻には、売買代金に加え、利息をとる買戻も存在したことになる。

上の根拠を挙げたり、随意に渡された物を受け取ることは罪ではない等、神学以外の容認説もあった。これに対し、トマスは利息収取を罪と断じた。主な理由は、存在しない物売ることになるからである。つまり、金銭と金銭の使用は別々に考えられないのであって、金銭の返還を受け、かつ使用料（利子）をとれば、同じ物を二度受領することになり、罪であると述べ、全ての容認論へ詳細な反駁を加える。理論展開において、トマスは神学的見地から容認論に反駁する一方（詳しくはトマス389－390頁）、貨幣は交換対象として比較される物の値を測る物だとするアリストテレスの金銭論（アリストテレス『アリストテレス全集13ニコマコス倫理学』加藤信朗訳（岩波書店、昭和48年）5巻1133a20、同『政治学』山本光雄訳（岩波書店、昭和36年）1257a33－1257b24）やローマ法理論にも依拠した。なおトマス理論の2次資料としてクラウス・前掲・53頁以下は詳細である。他に勝呂弘「中世教会法の利息禁制と地中海の海上貸借」（『名古屋学院大学論集』14巻36頁）39－40頁が多少、トマスに触れる。

⁹ 勝呂・前注8・39－40頁によると、当時、キリスト教の根本規範は、隣人愛であって、何もおしまず貸し与えよとする教義があった。また教父の見解は貨幣が労せずには果実を生むことや賃金の使用に関して利息を取ることを許さなかった。なぜなら時が神の物であるならば、時の産物である利息は神の物である。したがってこれを取るべきでない等と考えられたからである。これは世俗にも適用された。

¹⁰ ボアソナード・再関修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・464頁参照。富井・第5節・序文・注1・190－193頁、岡松・第5節・序文・注1・159－160頁。

このようにフランスにおける買戻は古くから慣習として存在した。これを現行民法典で成文法としたが、不興だったという。民法典編纂者はローマ法の表現である *réméré* を好んで再売買を意味する「買戻」(*rachat*)と表現した。しかしこれは新しく譲渡することを意味するので現実と一致せず、正確な表現ではなかった。実際では以前から「合意上の取戻」(受戻。Retrait conventionnel) といっており、これは日本の買戻と同じく、既存契約の解除を意味していたので、今日では、*rachat* ではなく、*retrait* と解されている¹¹。この言い換えは、概念上の差異にとどまるものではなく、前者なら二度の所有権譲渡をし、手数料が多くかかるが、後者ならば極僅かな手数料支払いのみで済むという違いもあった¹²。

このようにフランス民法典は、キリスト教倫理の影響が色濃い利息禁止を潜脱する目的で慣習上、発達した買戻制度を法定した。土地売買質入禁制の潜脱を原因に発達した日本の買戻とは違う。だが沿革の違いはあれ、日本の買戻はフランスの買戻の影響を大きく受けた。以下では、具体的にその内容をみて行

¹¹ Colin, Capitane, *Cours élémentaire de droit civil Français*, dixième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1948, 958, p.638、木村他・前注2・82頁。因みに、ドイツ民法典（第497－503条）における買戻（*Widerkauf*）は字義上からも再売買を意味する。したがって日本買戻との比較には、影響を受けたフランス買戻と比べることが妥当であり、ドイツの買戻と比較することは適当ではない（日本の買戻は契約解除である一方、ドイツのそれは再売買であることに關して梅・民法要義・第5節・536頁、石坂音四郎『民法研究第一巻』（有斐閣、明治44年）191頁）。

¹² Colin & Capitane, *op. cit.* 958, p.638. なお Raymond Guillien, Jean Vincent 『フランス法律用語辞典（*Lexique de Termes Juridiques* 9th édition）』Termes juridique 研究会訳「droit de repentir」, 「retractation」を参照すると、買戻権は一方的に約束を撤回する撤回権（droit de repentir）と解されている。1798年（共和暦7年）11月（frimaire）22日の登記法（*Loi sur l'enregistrement*）第68条第1節第41号はこの撤回（*retractation*）に要する費用を1フランとしていた。だが1816年4月（avril）28日の財政法（*Loi set les finances*）第37条により、「異常な負担」（*charges extraordinaires*）の返済まで登記費用の増額が行われ、第43条第21号では2フランに増額された。恐らくナポレオン1世の百日天下後の1815年11月20日に調印された第2次パリ条約で7億フランの賠償金がフランスに課せられた影響だろう。

こう（以下、「買戻」と「受戻」はフランス固有の意味で用いる）。

二 フランス民法典における買戻

フランスの買戻は当時の日本と比べて、制限的である。ここではフランスの買戻を概観する。

第1659条は「買戻権 [la faculté de rachat] とは売主が主たる代金を返還し、且つ第1673条に定むる償還 [売買費用、正当出費、必要修繕費、有益費] をなして、売買の目的物を取戻すことを留保する約款より生ずるものを言う」と定める¹。前節で述べたが、同条にいう「買戻」はフランス法固有の意味の「買戻」ではなく、「受戻」と解されている。目的物は動産不動産を問わない。

買戻権に関しては売主の地位が議論される。主な争点は買戻権譲渡手続である（それだけではない）。多数説は、売主は所有権を失うが、停止条件付所有権をもち、買主は解除条件付所有権をもつと解する。停止条件付所有権は物権なので、その譲渡には登記を要する（停止条件付所有権説。ボアソナード、富井）^{2・3}。有力説は、一物に二つの所有権を認めない立場から、売主は債権を持つに過ぎないと解する。買戻権は債権なので、その譲渡には債権譲渡手続を必要とする（債権説。Colin & Capitant）⁴。買主の地位は解除条件付所有権者であることに異論は無い。

第1660条第1項は「買戻権は5年を超ゆる期間を以て約するを得ず」と定める。期間は制限されている。買戻権の存在が、物の上に権利を取得した者を、

¹ 条文の出典は木村他・第5節一・注2。他巻収録の条文は、同シリーズの他巻による。適宜、現代表記にした。

² Colin & Capitant は同説支持者ではないが、Colin & Capitant, *op. cit.* 969, p.638は停止条件付所有権説を通説とする。

³ ボアソナード・再閣修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・476-477頁、富井『契約法講義全』再版（時習社、明治20年）315、319頁（同書はフランス法学博士号をもつ同博士のフランス民法典の教科書）。買戻権譲渡に関する通説の帰結については、Colin & Capitant, *op. cit.* 969, p.639、木村他・第5節一・注2・87頁等。

⁴ Colin & Capitant, *op. cit.* p.639. なお *Ibid.* 969a), p.639、木村他・第5節一・注2・87頁によると、買戻権譲渡には債権譲渡手続を要すが、具体的には買主への通知あるいは買主による確定行為による承諾である（第1690条）。

何時買戻権を行使されて権利を喪失するか解らない不安定な状態に置くからである⁵。そして第1662条は「売主が所定の期間内に買戻の訴権を行使せざるときは、買主は確定せる所有権者となる。」と定めているので、買戻期間が満了すると売主は失権する⁶。つまりイ型（年季明流文言型）に限定されている。

買戻権行使の効果について第1664条は、「買戻約款付の売主は第二の契約に於て其の買戻権が表示せられざるときと雖も、第二の取得者に対し、其の訴権を行使することを得」と定め、第1673条第2項は、「売主が買戻約款の効果として其の不動産を取戻したときは、買主が目的物に付着せしめたる総ての負担並びに抵当権を免脱してこれを取得す。」、と定める（但書は詐欺の無い賃貸借の履行義務を売主に課す）。買戻権行使の効果は遡及的解除であるので、権利行使されると、売主は初めから所有権を失わず、買主は所有権者ではなかったことになる。したがって転得者等の第三者は、無権利者から権利を譲り受けたり設定されたことになるのでそれらは全て覆滅される。日本の本物返は対人権だったが、フランスは物権的効力があり、第三者にも買戻権行使ができる。ただし、このことは不動産に限る。動産ならば、占有移転されれば、第2279条が適用され、売主は転得者に追及できないからである⁷。

⁵ ボアソナード・仏民法法賣買篇講義・第5節・序文・注1・380頁は「法律ノ精神ハ長キヲ厭フテ短キヲ欲スルニ在レハナリ」と論じる。不動産と動産の期間を分けなかった理由は、同・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・466頁によると、買戻規定の総体から推して考えると、ほとんど不動産を前提していたからだということである。

⁶ 木村他・第5節一・注2・84、88頁。

⁷ 富井・前注3・317—318頁、木村他・第5節一・注2・86頁。同・83頁は、動産は再度入手し易く、即時取得との関係上も、買戻権行使をしても効果はないと評す。また第2279条第1項は「動産に関しては占有は権原の効力を有する」と定めるに止まるが、川上太郎他『仏蘭西民法〔V〕』（有斐閣、昭和31年）347—349頁によると次のように解されている。ゲルマン法では動産の借主がこれを譲渡した場合、所有者は第三者に対して取戻を請求できなかった。フランスはこの原則に則って、13世紀頃までこれを維持した。だが13世紀以降、ローマ法研究が盛んになり、そのローマ法には「何人も自身がもつよりも多くの権利を他人に移転することはできない」（Nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet.）という原則があり、この原則を動産取引でも適用し、所有権者は無権利者からの譲受人に対して取戻を請求できた。この法理論が普及し、

最後に買戻代金について第1673条第1項は、「買戻の約款を行使せんとする者は、主たる代金の外、売買の費用及び正当なる出費、必要なる修繕費並びに其の元本の価値を増加せしめたる費用〔有益費のこと〕を増加額の限度に於いて返還することを要す。売主はこれ等総ての義務を履行したる後に非ざれば目的物を受領するを得ず。」、と定める。買戻代金は元金のみならず日本と比べて、契約費用や有益費用等も含まれる。これらに関しては次のように解されている。買戻権行使の効果は遡及的解除なので、互いに利息と果実を返還する筈だが、両者は相殺されたとみなされ、返還義務はない。ここでは買主に占有が移転され、買主が果実を収取することが前提されている。「必要なる修繕費」はやむを得ない出費に限られる。有益費は、売主が金銭を必要とする状況に付け込み、必要以上に有益費をかけ、買戻権行使を不可能にしようとするのが考えられるので、裁判所は売主の返還義務を免除できると解されている。その他の奢侈費は占有者負担である。保存費も買主の果実収取に伴う負担と解され、売主負担ではない。そしてこれら費用の返還は買戻権行使の条件であるので、これらを支払わねば、返還請求できない⁸。

総括すると、買戻特約付売買契約成立の要件として、目的物は不動産に限らず、買戻代金には元金に加えて契約費用等諸々のものを含めることができるが、利息を取ることはできない。期間は5年に制限される。売主の地位に関する法的構成には停止条件付所有権説と債権説があるが、これは主に買戻権譲渡手続の方法を巡って争われる。買戻権行使の効果は、物権的効力がある遡及的解除

動産所有権者にも取戻請求権を認めた。だが17世紀になると、動産について無制限に取戻を認めることは取引の安全を害すので、その制限が主張された。制限の一方法として、所有権者が他人に動産を委託した場合に、その者が信頼を裏切り、それを第三者に譲渡した場合、取戻を認めないというものがあり、フランス民法典編纂者はこの立場に立って、起草した。この沿革を踏まえると、フランス民法典第2279条第1項は動産を委託された者がそれを第三者に譲渡し、物がその者の手中にあるなら、取戻を請求できないと解することになる。最近では、動産買戻はこうした善意取得があるためにほとんど不動産で行われる（柚木・第2節・注1・303頁）。

⁸ ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第5節・序文・注1・418-422頁。この買戻代金の規定は「賣主ハ買主ノ費用ヲ以テ其身ヲ富マス可ラスト謂フニ外ナラス」という趣旨だと論じる。木村他・第5節一・注2・91-93頁。

である。そして買戻代金の返還は権利行使の要件で、履行時支払だった伝統的な日本法とは違う。

以上がフランス民法典における買戻の概要である。ボアソナード博士によると、金融の必要から愛着ある品を売ると、後日、再取得しようと思っても、買主もその物に愛着を持ち、手放さないかもしれないので、買戻特約を付すということが頻繁に行われたらしい⁹。だが弊害も多く指摘された。それは、第一に、高利の消費貸借を隠蔽するために用いられること、第二に、担保権ならば、裁判上でなければ目的物を処分できないが（第2078条）、その脱法行為として行われることなどである。そして第三に、解除の危険があるので、買主は目的物を運用も処分もできず、財産の融通を害すなどである¹⁰。

日本旧民法典における「受戻」は以上のフランス民法典に大きな影響を受けた。

三 旧民法典の「受戻」

旧民法典の「受戻」は、フランス法の影響を受け、伝統法よりも制限されているものが多い。買戻を制限した理由は、フランスと同じく、買戻権の存在が財産の流通を妨げると考えられたからである¹。存置の理由は、日本の慣習だったこともあるが、起草者は次の理由を挙げる。融資を要する売主が、固有財産を譲渡せずに金融を受ける方法には、抵当があるが、非常に高金利で期限までに弁済できず、競売されるかもしれない。買戻なら、受領代金のみを弁済すれば良く、自由に合意した低額で契約でき、固有財産を失わずに済む²。それで

⁹ ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第5節・序文・注1・377頁、梅・日本賣買法・第5節・序文・注1・400頁。

¹⁰ ボアソナード・仏國民法賣買篇講義・第5節・序文・注1・382、391頁、木村他・第5節一・注2・82-83頁。柚木・第2節・注1・302頁によると最近も同様である。

¹ ボアソナード・再閣修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・464-465頁、同・第4節・注5・348頁、富井・第5節・序文・注1・194頁。

² ボアソナード・再閣修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・465頁。梅・日本賣買法・第5節・序文・注1・399-400頁は、ボアソナード博士と同様の買戻の運用をのべ、同じ存置理由を挙げる。

も買戻の弊害は既に指摘されており、存置に否定的な学者も存在した³。以下では内容を見る。

財産取得編第84条第1項は「売主ハ売買証書ニ明記シタル受戻ノ約款ニ依リ買主ノ弁済シタル代金ト費用ノ部分トヲ指定ノ期間ニ返還スルニ於テハ其売買ヲ解除ス可キコトヲ要約スルヲ得」と定める。買戻を解除条件付売買契約とする点はフランス法の「受戻」と同じである。したがって、遡及的解除であり、買主が買戻期間中に付与した物権は全て消滅し、期間経過を待って始めて買主の所有権が確定する⁴。第85条第1項は特に不動産に関して遡及的解除である点を定める。このように旧民法典における買戻権は、フランス法に影響されて伝統法と異なる対物権になった。

目的物に関してフランス法は動産買戻を法定しないが、旧民法典は法定した(第84条②)。だが注意すべきは、伝統法では存在した権利買戻を規定しなかったことである。したがって目的物は伝統法よりも制限された。

売主の地位に関する議論は、フランス法と全く同じである。起草者は停止条

³ 富井・第5節・序文・注1・191-193頁は「受戻」を残したことに反対する。フランスの状況を踏まえた上であろうが、その理由は次の通りである。①今は有利貸借は禁じられておらず、抵当権も整備されており、買戻の意義はない。②買戻は売主が(占有移転をするので)使用収益の利益を失う一方、買主の所有権は不確定であるので、買主が資本投下をせず、譲受人も現れず、財産の運用を妨げる。③利息を取らなくとも、買戻権行使時の損害を考え、買主は低価額でなければ買い受けないので、売主の損害になる。以上より、「受戻ノ約束ハ歴史上ノ遺骸」とする(②、③はボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・464-465頁も認識していた)。また④富井・第5節・序文・注1・192、195頁は、フランス同様、日本でも高利貸し禁止の結果として、買戻は制限外利息獲得手段として用いられるのみという。立法者が、この点を知っていながら存置したことにつき、「尚之ヲ有効トシ周密ナル十個條ノ規定ヲ設ケタルハ果シテ何等ノ必要ニ基クモノナルヤ」と批判する。梅「民法論綱財産取得編(法科大学ドクトゥール、アン、ドロワー法学博士富井政章君著)」(富井・第5節・注1別冊『新青通信』6号7頁以下)11頁(初出は法協10巻4号367頁(明治25年))は買戻廃止に反対する。

⁴ ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・464、470頁、富井・第5節・序文・注1・190、193、196頁、宮川大壽『日本民法正解』(博文館、明治23年)財産取得篇46頁。

件付所有権説を採用し、第87条第2項で「売主カ受戻ニ服スル物ノ所有權ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ自己ノ名ヲ以テ受戻ヲ為スコトヲ得」と定めた（傍点筆者）。学説もこれにしたがう（ボアソナード、富井、本野一郎＝森順正＝城數馬、梅）⁵。梅博士は、停止条件付所有権者として抵当権を設定できることを通説の利点に挙げる⁶。債権説を採るならば、売主は債権を持つに過ぎず、所有権を譲渡できる筈がなく、条文との齟齬が生じる。買戻の法的構成を明確にした点はフランス法と異なる。

売主の地位に関連して、買戻権は売主に与えられた権利であり、逆に買主が物を売主に返還する停止条件付権利を設定することは認められない。これを認めると、売主は強制的に物を買い受けることになることと、買主が目的物を第三者に売却か抵当権設定等をしていない限り、物の返還のみで停止条件を満たすので任意条件と同じことになるからである。草案第935条⁷は任意条件を制限していた。以上より、窮迫して売買をした売主が、代金返還に非常に困苦するので禁じられる⁸。

約定期間について第84条第2項は「不動産ニ付テハ五十年、動産ニ付テハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス」と定めた。フランス法よりも動産買戻の期間を短くした。日本伝統法の慣例では買戻期間に定めはなかったが、大幅な期間制限をした（もっとも第4節前掲明治20年判決のように10年で流地とした判例もあった）。買戻権が行使されず、期限が経過した場合を定めていないが、草案註釋は、フランス法と同様に直ちに失権とする⁹。つまりイ型（年季明流文言型）に一

⁵ ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・476—477頁、富井・第5節・序文・注1・196頁、本野一郎、森順正、城數馬『日本民法義解』（金蘭社、明治23年）361頁、梅・日本賣買法・第5節・序文・注1・438—440頁。

⁶ 梅・日本賣買法・第5節・序文・注1・438—439頁。ただ梅博士は現行民法典起草過程で債権説に改説する。実際、旧所有権に抵当権を設定することは技術的に可能なのだろうか。

⁷ 因みに草案は1—500条に人事編を挿入することを前提にした草案とそれを前提しない草案がある。935条は前者で後者なら435条になる。

⁸ ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・463、465—466頁。

⁹ ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・466頁、富井・第5節・序文・注1・198頁。

本化された（もっとも期間内でイウ混合型、つまり制限期間内で権利行使の始期を定めることは可能）。これは所有権の所在を安定化するためだろう。買戻期間の延長は、フランス民法典第1660条第2項と同様にできない（財産取得編第84条③）¹⁰。ただ第84条第4項は、再売買予約として、こうした場合を救済する。これは旧民法典独自である。また第5項で契約後や別証書でした買戻も再売買とみなして救済する。要するに買戻特約付売買契約の要件を満たさずとも、無効とはしないで再売買として救済する。

こうして成立した買戻特約付売買契約の効力に関して、不動産には公示手段があるので、第三者対抗力がある（第85条①）¹¹。一方、動産は公示手段がないので、即時取得をされると、買戻権行使は不能である（第85条②）。フランス法でも第2279条により同様の結果になることは前述した（本節二注7）。草案註釋によると、動産の転得者の善意は推定されるので、悪意の立証責任は売主にある。だが買主は第三者に解除の危険を告知すべきとする¹²。

買戻権行使をする場合の費用について、第88条第1項は「売主カ受戻ノ権能ヲ行ハントスルトキハ指定ノ期間ニ売買代価及ヒ契約費用ノ外尚ホ物ノ保存費用ヲ買主ニ弁償スルコトヲ要ス」と定める。また同第3項前文は「売主ハ物ノ改良費用ヲモ弁償スルコトヲ要ス然レトモ裁判所ハ此弁償ニ付テハ売主ニ猶予ヲ許スコトヲ得」とする。この点、フランス法は保存費用を買主の果実収取の負担と考え、買戻の費用に含めていなかった。だが起草者によると、保存費用は「必要ノ費用」というので、実際は必要修繕費とほぼ同じだろう。これらを払わないと失権する¹³。また改良費用（有益費）についてフランス法はその支払猶予について定めず¹⁴、解釈上、必要以上の有益費は免除できるしていたが、

¹⁰ Colin & Capitant, *op. cit.* 958, p.638は再売買とされれば裁判官は期限の猶予（フ民第1244条②）を与えることができるが、買戻だとそれができないことを買戻の特徴にあげる（第1661条）。

¹¹ ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・470－471頁は公示を対抗要件として要求する。第85条第1項は「定メタル条件」による買戻権行使を要求するが、その条件として宮川・前注4・財産取得編45－46頁は登記を例示する。

¹² ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・472頁。

¹³ ボアソナード・再閱修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・480頁。

¹⁴ イタリア旧民法典の買戻は全くフランス民法典と同じである。その第1528

旧民法典は支払猶予を定めた。有益費は必要費ではなく、買主が自分のために費やした費用であり、また必要以上に費用を費やし、買戻権行使を妨害することがありうるからである。したがって期限までの返還を要しない¹⁵。だが猶予期間内に有益費を返還しなければ買戻権行使が無効になるのか、買戻権とは独立して売主の有益費償還債務のみが遅滞になるのか問題となりうるが、旧民法典はこの点が不明である。利息と果実の相殺について定めがないのはフランス法と同様であるが、フランス法と同じく、利息の請求は許されない。これを認めると買主も果実を返還せねばならず、煩雑だからとされる¹⁶。旧民法典も買主の果実収取を前提しており、買主への占有移転を原則にしているといえる。

総括すると、旧民法典の「受戻」は日本伝統法とフランス法との合作である¹⁷。主な点を摘示すると、まず目的物は動産と不動産である。目的物には権利を含まず、伝統法より制限された。期間も不動産５年、動産２年とする点で、イ型一本に限定された。動産を２年とする点ではフランス法よりも制限されている。買戻権行使に要する費用は元金と契約費用以外に保存費等を含むが、有益費は猶予されうる。伝統法は元金のみであったが、より契約自由の幅を広げた。そして利息と果実は相殺される。売主の地位に関する法的構成は停止条件付所有権説を採る。したがって買戻権は停止条件付所有権であり、その譲渡は登記による。買戻権行使の効果は物権的効力のある遡及的解除である。伝統法でも遡及的解除ではあったが、物権的効力はなかった。つまり目的物、期間は伝統法より制限され、買戻代金の費用項目は広がった。また効果の点で買戻権は強化された。以上の修正を受け、伝統的な買戻は残された。

以上が旧民法典の「受戻」の概要である。これが実務にどう影響を与えたのだろうか。

条もフランス民法典と同様に明文がない。

¹⁵ ボアソナード・再閣修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・４８０－４８１頁、富井・第５節・序文・注１・１９９頁。

¹⁶ ボアソナード・再閣修正民法草案註釋・第５節・序文・注１・４８１頁、富井・第５節・序文・注１・１９８頁。

¹⁷ 柚木・第２節・注１・３０４頁は「わが固有法の発展を経としフランス民法の規定を緯として定められた」と表現する。

第6節 旧民法典の下での裁判例

旧民法典時代の事件を扱った判例は以下の通りである。判断が多岐にわたるものもあるので、体系的に並べることはできない。ここでは年代順に紹介し、最後に総括する。

大判明治27年2月12日新判例体系民法8巻218ノ16頁 登載判例集の記載がなく、詳細な事実は不明だが、買主が転売した事件らしい。判決は、買戻権の売買には買戻義務者の承諾をえる必要はないとした。

債権説を採ったならば、債権譲渡手続として買主の承諾が必要である¹。承諾を不要としているので旧民法典が採用した停止条件付所有権説を採用したといえる。

大判明治27年3月12日新判例体系民法8巻218ノ12頁 登載判例集の記載がなく、詳細な事実は不明だが、売買以後に買戻特約の約定をした事件らしい。判決は、買戻特約付売買契約は未必条件付の売買であり、期間満了で直ちに失権するが、再売買予約は相手を遅滞にした後でなければ買戻権能を失わないとした。

恐らく、売買以後の買戻特約の有効性が争われたのだろう。旧民法典では無効とはせずに再売買予約とみなした（財産取得編第84条⑤→④）。旧民法典に影響された判決である。

買戻期間の約定をイ型（年季明流文言型）に限定する点と買戻と再売買を区別している点も旧民法典と同様である（財産取得編第84条④⑤）。なお第4節前掲・大判大正9年9月24日も再売買に対する買戻の規定の適用を否定している²。

¹ 債権譲渡の場合、貸借証明書を債務者に書き換えさせる明治9年布告第99号がある。

² フランス法の「買戻」と「受戻」の区別につき、ボアソナード・再関修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・467-468頁。また宮川・第5節3・注4・

大判明治29年10月30日民録2輯9号119頁 買戻期限は明治28年9月15日。買主側が売主側の買戻代金提供を拒んだ事件。買主側は期日までに供託しなければ、買戻権は消滅すると主張した。判決は供託しなければ必ず失権することはないとし、売主側は代金を支払うために相当の手段を尽くしたと判断し、失権を否定した。

旧民法典第88条第2項では売主は買戻代金を供託せねばならない。判決は旧民法典に影響されず、寧ろ、権利行使に代金提供を要しなかった慣習にしたがった（旧民法典前の事件を扱った第4節前掲・大判明治35年3月5日判決も同様の判断をしたものと思われる）。

大判明治29年11月27日民録2輯10号143頁 明治27年1月4日に買戻特約付売買契約を締結し、買戻権行使期限までに代金提供がなかった事件。判決は、当時の法に買戻期限までに代金を提供しなければならない法はなかったと判示した。

旧民法典第88条第1項では期限までに定まった代金を払わねばならない。大判明治29年10月30日判決は供託事例だった。何れにせよ期日までに代金の提供や供託は必要とされない（この他、買戻権行使の請求をしながら代金の提供はなかった大判明治31年2月2日民録4輯2号8頁、大判明治33年7月2日民録6輯7号1頁も同旨）。

大判明治31年5月11日民録4輯5号17頁 不動産買戻特約付売買契約事件。買戻期限は明治29年12月20日。売主は①期限に無代価譲与や一部受戻を申し込んだが、買主は拒絶し、売主は期限までに買戻代金を支払えなかった。更に②期限後になって買戻の督促をした。売主は①の事実が買戻権の行使にあたるとして買主に対して所有権返還を求め、また期限経過後も買戻権行使は可能と主張した。買主は次の反論をした。①の事実は適法の申

財産取得編45頁は「(再賣買の予約) トハ再ビ賣買スベキノ約束ナリ之レト買戻ト異ナル處ハ買戻ハ前ノ約束附従スルモノナリ再賣買ハ獨立シタルモノナリ故ニ再賣買ハ普通ノ賣買約定ト異ナル處ナシ」と論じる。

込ではない。②については、買戻権は期限経過で失権する。原審は売主の請求を認容した。買主上告。判決は、次のように判断した。①再売買予約なら期限経過で直ちに失権しないが、「解除条件付受戻契約」であるときは期限経過で失権する。また買戻権行使には地所全部の「受戻」手続きしなければならない。破毀差戻。

買戻と再売買の区別をし、解除条件付売買契約とする点に関しては前掲明治27年3月12日判決を踏襲する。またこの事件では旧民法典の文言である「受戻」の文言を用いており、旧民法典の影響がみられる。

大判明治32年4月21日民録5輯4号64頁 不動産買戻特約付売買契約事件。明治29年11月、訴外売主が買主Yに所有地を売却した。買戻期限は明治30年3月20日である。明治30年1月28日、Xは訴外売主から買戻権を譲り受け、登記も経由した。同年3月18日、XはYに対して買戻権を行使し、横浜区裁判所に和解請求をした。Yは、買戻権譲渡は債権譲渡であり、Yの関与なしでは譲渡できないと争った。一審、原審ともYの主張を採用した。原審は買戻権の譲渡はYの承諾なしには対抗できず、Yの承諾の証拠もないので、Xの請求は不当と判示した。Xは上告し、買戻権は条件付物上権の譲渡であり、買戻義務者は利害関係を有しない等と主張した（明治9年布告第99号（注1）の適用除外も主張）。大審院は次のように判示した。買主は買戻期間中、何時でも買戻に応じねばならない不確定の所有権を取得するのであり、買戻権が行使されると、契約は解除され、初めより目的物の買い受けがなかったことになる一時の仮の所有者に過ぎない。売主は買戻をするまで所有権の実行を停止されており、買戻権を行使すれば、所有権の停止はなかった状態に回復される。「買戻期間又ハ其期限迄ハ買主モ完全ニ所有權ヲ取得シタルモノニアラス又賣主モ全ク所有權ヲ離脱シタルモノニアラス」。「買主ノ有スル所有權ハ解除條件付ノ所有權ニシテ賣主ノ有スル權利ハ停止條件付ノ所有權」であることが「從來認ムル所ノ法理」である。したがって、売主は買戻権譲渡につき、買主への通知を要せず、買主も第三者に売渡し、譲渡するにも売主の承諾をえる必要はない。買戻権移転の登記のみで何人に対しても有効に譲渡は成立する（要旨と本文が食い違うが、本文が誤植だろう）。また目的物が転売されても現所有者に、

買戻請求をすることもできるとも判示した。原審を全部破棄差戻。

Xは停止条件付所有権説、Yは債権説を主張している。判決はXの主張を採用し、明治27年2月12日判決を踏襲している。また所有権転売時の権利行使の相手方として、現所有者でも良いとする点は買戻権行使に物権的効力を認めている（再売買予約の転売事例について、大判昭和13年4月22日民集17巻9号770頁は、再売買予約の登記は仮登記であり、第三者対抗力がなく、権利行使は元の義務者に行行使すべきとしている。賛成・末川博、勝本正晃。反対・我妻）³。

大判明治33年2月2日民録6輯2号12頁 買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治23年。登記を経由している。買主が目的物を転売し、売主は転得者に買戻権行使をした。判決は、買戻権が解除権であり、一種の債権であるが、売主は転得者に買戻権行使が可能であり、従来の裁判慣例は買戻契約を登記したときは転得者に直接買戻権行使ができるとしていたと判示した。

1年前の判決を変更し、債権説に変更している。旧民法典の影響から離脱し、現行民法典によっている（現行民法典起草者は債権説を採用している）。だが登記がある場合に、転得者へ買戻権行使ができる点とは変更していない。

大判明治41年2月21日民録14輯141頁 不動産買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治29年11月。買戻期間は同33年11月から38年11月である。争点は買戻権行使の意思表示手段を旧法、新法（現行民法典）の何れによるかである。争点と直接関わらないが、判旨の中で、買戻は「民法施行以前ニ在リテモ賣主カ賣買契約ト共ニ其解除權ヲ留保スルモノ」としている。また民法施行以前は売主の買戻代金は売買代金のみで契約費用を返還する義務はないと判示している。

³ 末川博『民法及び統制法の諸問題』（岩波書店、昭和17年）310頁以下、勝本正晃『契約各論第一巻』（有斐閣、昭和22年）49—50頁及び注1。我妻・第4節・注7・258頁は予約義務者たる地位が承継され、この者に意思表示してよいとする。

旧民法典時代の事件とはいえ、現行民法典施行後、10年経っている。買戻権を解除権とする点は新旧で異ならないが、買戻代金を元金のみとし、代金に契約費用等を含めない点は旧民法典にも現行民法典にもよっていない。事件は現行民法典施行前であり、旧民法典も施行されなかったので、買戻代金を元金のみとする伝統法を無視して、売主に不利益を与えることはしなかった。

大判大正2年10月3日民録19輯9号741頁 買戻特約付売買契約事件。契約時は現行民法典施行前。契約時から15年経過後は4分5厘の利息を付加して買い戻せる契約内容だった。原審は、買戻権行使の売買代金に利息を付すことは買戻権の範囲を逸脱するものであり、これを再売買とした。買主は上告し、次のように主張した。①民法施行前に第579条のような規定はない。②売買代金のみか利息も付すかは当事者の合意できまり、従来の判例もそうだった(前掲明治41年判決等引用)。大審院は次のように判示し、原審を破毀差戻した。買戻特約では売買代金と契約費用を返還することが通例であるが、利息返還を約せないこともない。同特約は民法第579条の「別段ノ意思表示」に他ならず、この原則は民法施行前後で「揆ヲ一ニスル」。

幾つか注目すべき点がある。第一に、期間10年を越える買戻特約を禁止していない。旧民法典前の明治20年判決(第4節前掲)では10年に制限したが、その後の旧民法典前事件の35年判決で永久に買戻権行使が可能なA型を認め、20年判決に復すのが大正4年(後掲)であるから、先例に倣ったのだろう(同旨・大判大正3年12月11日民録20輯1076頁)。第二に、この判例は、現行民法典第579条を援用して利息収取を認めた。だがこれまでも利息をとる例はあったが、それは、そうしたものがあったということであって、定まった慣習ではない。伝統法は元金のみという先例(第4節前掲・明治20年判決等)がむしろ蓄積されていた。利息収取は、買戻権行使を妨害するのでフランスでも否定され、ボアソナード博士や富井博士等もこれを認めない。利息収取は日本・フランスいずれの伝統とも合致しないのに、民法施行前後で「揆ヲ一ニスル」とするのは誤りであった。この点は、旧民法典前の事件である大正4年判決(第4節前掲)が、明治20年判決を引用し、買戻代金は元金のみと再確認した。また現行民法典第579条但書(口語化後は後文)の解釈も疑問である。現行民法典のところで後述するが、果実と利息の相殺推定は、主に売主保護のためである。現行では確かに

特約が可能だが、本文は起草過程により売主に有利にも変更できない超強行法規とされており、判決のような但書の解釈をすると、本文に抵触してしまう。

以上を総括すると、まず契約内容に関して、買戻費用は、大正２年判決を例外とすれば、元金のみであり（明治41年判決）、買戻期間も制限されないので旧民法典の影響はみられない。

法律構成は、現行民法典施行前後までは、旧民法典の影響が確かにみられた。だが現行民法典施行後は、恐らくはこれに影響され、債権説に変更された。買戻特約付売買契約の性質は、解除条件付売買契約とされ、その買戻権は解除権である。買戻権登記による物権的効力、つまり権利行使の相手方や買戻権の譲渡方法については、法律構成の理解の変更によって影響を受けていない。買戻権行使に物権的効力を認める点には旧民法典の影響がみられる。

買戻権の行使方法は、権利行使時に代金提供等は必要としなかった伝統法を維持している。

総じて旧民法典の影響を受けた部分は、法律構成（但し一時的）と買戻権行使の効力である。影響を受けなかった部分は、買戻代金、期間、行使方法である。買戻権は遡及的解除権で対物的権利であるとした方が売主には有利であるから、影響を受けた部分は、売主に有利な事項である。期間制限、買戻代金の費用項目の追加、行使時の弁済提供を必要とする点は売主に不利であるから、旧民法典の影響を受けなかった事項は売主に不利な事項だった⁴。

その他、期限経過による買戻権と再売買予約権における期限経過の効果の違いに触れる点は、「受戻」と「買戻」の区別の影響を受けている。期限を経過した場合、前者なら売主は失権し、後者なら直ちにそうはならない。

このように旧民法典の実務への影響には事項によって差があったが、旧民法典は現行民法典にその多くが継承されて行く。

⁴ 第４節・注５で前述したボアソナード博士の法律不遡及論の影響かもしれない。

第7節 現行民法典起草過程¹

現行民法典は旧民法典よりも多くの点で買戻を更に制限した²。本節では審議過程をみる。

買戻の文言は「受戻」から、日本の慣例に倣い、買戻に戻され³、買戻を存置したが、存置自体が起草委員である梅委員と、土方寧委員、高木豊三委員の間で議論された。

まず冒頭に土方委員が買戻の存置に反対した⁴。これに対し、まず梅委員は、存置理由を次のように述べた。第一に、買戻の弊害はあるが、規定を削除すれば、自由に契約ができることになり、買戻期間も30年、50年とできる。それでは弊害を改めることができない。それは土方委員の精神にも背くだろう。第二に、いくらか便利として従来より使われている以上、禁じることはできない。禁止せずに、弊害を直せるなら、契約の自由は残したい。そして短期間なら許しても弊害はない。買戻が便利の事例として、第一に、金に困って、手放したくない先祖伝来の土地を売る場合。第二に、不要のつもりだが、後日必要になるかもしれない、その際に、元の買主が再売買するのを拒絶するかもしれないから特約しておく場合。以上の2点を挙げる。第三の存置理由は、諸外国の多く

¹ 平井一雄「担保目的でなされる買戻に関する一考察」(獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設二十五周年記念論文集』(第一法規出版、平成4年)143頁以下)は起草過程に関する先行研究である。

² 法典調査会『民法議事速記録四』(商事法務研究会、昭和59年)145頁元田肇は制限自体に批判的である。百姓が不動産を手放すことは、祖先代々の物を潰す感覚である。そこで所持していたいが、買戻を禁止すると、その人情に反す。その結果、昔の例のように土地を財閥のような者が買い占めることを奨励することになると指摘する。第3節で前述したように1643年の田畑永代売買禁止令は土地の買い占め防止の意図だった(御觸書寛保集成・第3節・注3・1309)。買戻事件の件数は明治から戦前までが圧倒的に多く、戦後は激減するのだが、この変化は、恐らくは元田委員の懸念した土地買い占めの急激な展開によるものと思われる。

³ 民法議事速記録・4巻・前注2・112頁梅は、受戻は質に使う言葉で、買戻を「受戻」というのは「穩カデナイ」と述べる。実際、宮川・第5節3・注4・財産取得編45-50頁等、旧民法典時代の注釈書の中でも依然、買戻の文言を用いるものもあった。

⁴ 民法議事速記録・4巻・前注2・112-113頁土方。

は必要があつて残していることである⁵。

これを受けて土方委員は次のように述べた。イギリスにも買戻約款付売買はあるが、その意味は日本と違い、金融が目的の質の意味である。質、抵当が行われるなら、買戻は不要である。当事者間でやる買戻を禁止することはないが、登記ができ、第三者に対抗できるものは質、抵当だけでよい⁶。

最後に高木委員は次のように述べた。不動産質は占有を移さなければならぬ。買戻は先祖伝来の土地を売って引き渡しても「金ヲ出セバ其儘」戻せる。質では実際、これができないから日本では買戻は必要である⁷。

⁵ 民法議事速記録・４巻・前注２・113頁梅、梅・民法要義・第５節・序文・注１・536－537頁。買戻の弊害の認識についてもここで触れられている。速記録での梅発言は弊害の具体的内容に言及しないが、梅・民法要義・第５節・序文・注１・539頁では言及する。従来からいわれた弊害は、所有権の所在の不安定化、財産の改良・流通の阻害、利息制限潜脱等であるが、大体、同趣旨である。もっとも民法議事速記録・４巻・前注２・115頁梅の時点では利息制限を廃止する方針だったので利息制限潜脱は弊害にならないと論じていた。また審議当時は流質を容認したが、帝国議会で禁止したので、梅・民法要義・第５節・序文・注１・541－542頁では流質禁止潜脱目的の弊害も挙げている。利息制限潜脱に関して、民法議事速記録・４巻・前注２・128頁長谷川喬によると、この頃も割増代金を約定する例があった。従来から買戻が利用されていたことに関しては、穂積陳重博士が当時の事情について述べたことが参考になる。同博士は、「既成法典を基礎として之に必要な修補刪正を施すを以て調査の目的とせり。既成法典の實施を延期せられたる理由と認む可きものは努めて之を参酌する事を期せり」と書き記した。旧民法典施行延期の理由に、旧民法典は日本の慣習に反する点が多く、民情風俗に適さないという批判が存在していた（福島正夫『日本資本主義の発達と私法』（東京大学出版会、昭和63年）163頁以下）。したがって、慣習に買戻がある以上、これを無視できなかった。梅博士自身は、「日本ノ慣習ハ至ツテ不案内」であるから「民事慣例類聚等ヲ見」たという。最後の比較法的見地からの存置に関して、当時の諸外国法で買戻を規定した主な法典は次の通りである。フランス民法典、オランダ民法典1555－1568条（全くフランス民法典と同様）、オーストリア民法典1068－1070条、イタリア旧民法典1514－1528条等である。他にポルトガルやスペイン、更にプロイセン普通ラント法や各ラントの法、草案の類も参照された。

⁶ 民法議事速記録・４巻・前注２・113－114頁土方。

⁷ 民法議事速記録・４巻・前注２・114頁高木。

この発言を最後に休憩に入り、存廃についての議論は食事中に議論が終わる。その内容は記録されていない。

以上の議論は全て買戻が担保機能をもつことを前提しているが⁸、これらの議論を整理すると次のようにいえる。まず土方委員の案は単なる規定の削除案であったが梅委員は買戻禁止案と誤解した。その上であるが、梅委員の存置理由は、要するに弊害はあっても、制限的に存置しなければならないということである。この場合の弊害は、利息制限法（明治10年9月11日太政官布告第66号）潜脱目的を除いた全ての弊害（注5参照）と考えてよい。なぜなら、この時点では利息制限法を撤廃する予定だったからである。買戻を残さなければならない理由は慣習の存在を無視できなかったことと、梅博士のもつ契約自由思想、それと比較法的見地からである。特に前二者が重要で、慣習の無視は旧民法典施行延期の一原因であった（前注5参照）。まとめると、弊害の除去の要請と、慣習および契約自由の尊重の要請を折衷した結果、制限的に買戻を存置する意図だった。

これに対する土方委員のいう趣旨は、登記ができ、第三者対抗力がある公式の担保は質・抵当で十分であり、買戻は当事者間で自由に定めてよく、第三者対抗力がない非公式な担保として認めればよいということである。非公式では完全に自由になってしまう梅博士の指摘には応えていない（また買戻と質・抵当を比較するので、買戻の型態には占有留保型と移転型があると認識している）。

最後の高木委員は、不動産質とは異なる土地の買戻の利点に注目する。後半部分の「金ヲ出セバ其儘」の意味が明確でないが、買戻権行使は質の受戻権行使と比べて利息なしで元金を払えば「其儘」戻るということだろう。この立場は、質と買戻の相違点を売主が考慮して選択する自由を残す発想である。

起草委員による草案はほぼすべて法典調査会を通過した。したがって梅博士の買戻存置の理由は立法者意思と考えてよい。土方委員の理論は採用されなかったが、買戻を典型（公式）担保物権と併存する非典型（非公式）担保物権として捉えている。高木委員の理論は、金銭融通の需要者の選択によって、融

⁸ 梅博士が買戻の例として挙げる第一の例はボアソナード博士も同じ理由を述べていた。民法議事速記録・4巻・前注2・117頁梅参照。同・162頁土方は、買戻は「擔保ノ方法ニ過ギナイ」と述べる。

資額は少なくとも元金のみで取り戻せる担保手段と、利息弁済を必要とするが、より高額な融資を受けられる不動産質を選択する自由を残す発想といえる。買戻を選択したなら買主は果実収取のみで利益をえることになる。伝統的な買戻の利用形態は高木委員の想定する通りだった。委員によって抵当権とも比較したり、高木委員のように質としか比較しなかったりする。既に指摘したように、この頃には、占有留保型の買戻も現れ始めており（第４節）、各委員の買戻との比較対象によって、買戻の利用形態が過渡期にあったことがわかる。高木委員は利息をとらない伝統的な買戻で占有を売主に留保したものを想定していないのだろう。目的物を売主に留保して買戻代金を元金のみとすると、買主は、特段の事情を除いて（例えば、低廉な費用で買占めを実現する）、全く得をしないので、一見すると無意味の取引だからである。以上が買戻存廃論である。以下では買戻の各条の審議過程をみる。

現行第579条（草案第581条）は旧民法典財産取得編第84条に相当する。旧民法典と異なる点は第２項が「動産ニ付テハ買戻ノ特約ヲ為スコトヲ得ス」と規定し、動産買戻を禁じる点である。起草委員による理由は、第一に、動産買戻の慣習がないこと。第二に、動産は占有で権利が移るので当事者の利がないこと。つまり引き渡された買主が第三者に売却してしまえば、即時取得されるので買戻特約を定めても実効性がないということである。第三に、売主が再び買い戻すことは禁止していないこと。これ等の理由により動産買戻は必要がないので禁じた⁹。これに対し、他の委員から批判が集中する¹⁰。そして第２項は削除された。主な理由は、第一に、動産買戻の慣習があること。第二に、禁止しても総則の条件等を利用して同じことができるから禁止しても無駄であること¹¹。第三に、第２項があると第二で述べた方法もできないと解釈されかねな

⁹ 民法議事速記録・４巻・前注２・115頁梅、梅・民法要義・第５節・序文・注１・537－538頁。

¹⁰ 民法議事速記録・４巻・前注２・126－127頁横田國臣、同・127頁長谷川。だが岡松・第５節・序文・注１・160－161頁は動産買戻の慣習はないという。

¹¹ 民法議事速記録・４巻・前注２・121、128頁長谷川の２項削除案の趣旨は次の通りである。①不動産の規定しかないなら、第２項がなくても動産は禁止である。だが②動産買戻は必要である。先祖伝来の動産を売りたくない場合の需要があり、かつ弊害は無い。③動産買戻は登記をしない不動産買戻と同じであり、当事者間では有効である。この款の適用がないだけである。同・121－122

いこと¹²等である。こうして第2項は削除されたが、買戻の款で規定されなかった動産買戻はこの款の買戻とは別のものとされる¹³。そうすると利息制限を潜脱することも自由になると指摘されたが、この時点では、利息制限法を廃止する予定だったので問題とされなかった¹⁴。ところが、審議後に利息制限法は残された¹⁵。

買戻権が解除権であり、その効果が遡及的解除であることは旧民法典と同じである¹⁶。

旧民法典には買戻特約付売買契約の条件を満たさない特約を再売買として救済する規定があったが、現行民法典では削った。書かなくともそうなるという

頁梅はこれに反論する。①につき、明文で禁止しないと可能と解される。②③につき、弊害は少ないが必要も少ない。動産買戻の許否に関わらず、動産取引では即時取得されるとどうしようもないからである。逆に許すと、転得者が悪意の場合、その動産を買おうとしないので、買主は処分できなくなる。その期間が5年というのは長い。同・126、129頁横田は次の通り、第2項削除の理由をのべる。①経済上、利息の支払いが不要の点で動産買戻は必要である。②転売しない人を見込んで売却し、買戻特約をする慣習がある。③総則の解除条件を使って、買戻と同じことができる。なお③の点に関連して、不動産ならば現行民法典第129条の「保存」として不動産登記法第105条第二号に基づき登記をして、遡及効をもたせることで買戻とほとんど同じにでき、しかも制限がない（同・119、141頁梅、鳩山・第4節・注7・372頁）。この他、同・130頁土方も第2項削除案に賛成する。

¹² 民法議事速記録・4巻・前注2・144頁梅は、第2項削除の趣旨をそう解す。

¹³ 民法議事速記録・4巻・前注2・135—136頁長谷川。

¹⁴ 民法議事速記録・4巻・前注2・115頁梅、127頁長谷川。

¹⁵ 第九回帝國議會衆議院民法中修正案委員会速記録110、113頁富井。なお廣中俊雄編『第九回帝國議會の民法審議』（有斐閣、昭和61年）93頁以下に全文収録されている。同書では202頁。

¹⁶ 民法議事速記録・4巻・前注2・116、142頁梅。同・梅122頁は、遡及効は弊害が多いとする。そこで総則の解除は遡及しない。だが、買戻は遡及する必要があるとする。オーストリア民法典第1068条も買戻権行使時に目的物を現状に復させるので遡及効がある。ゆえに第1070条第1文は不動産に限る。このことは、梅委員も触れている。岡松・第5節・序文・注1・次161頁は現行民法典が不動産に限ったのは、オーストリア法に倣ったとする。だがそういうことを起草者は述べていない。

理由である¹⁷。また、買戻の条件を満たさない契約であっても再売買予約、または総則の解除条件として登記すればほとんど買戻と同じ効果を得られるが¹⁸、これに対する手当てはされなかった¹⁹。

売主の地位は、旧民法典では停止条件付所有権者だったが、現行法起草者は「買戻権ト云フモノモ一ノ種ノ債権デア」とし、債権説を採った²⁰。これに起因して、判例変更がされたことは既に第６節でみた。

買戻期間について、現行第580条（草案第582条）は最大10年とするが、草案は5年（期間の定めが無い場合、2年）としていた。これは法典調査会では維持されたが、帝国議会で10年（期間の定めが無い場合、5年）に延長された。

¹⁷ 民法議事速記録・4巻・前注2・116－117梅は、将来の売買予約か売渡予約か（買主の片務になる）問題になるが、当事者意思は後者だとする。同・118－119頁でも同趣旨の発言があり、買主の方から買えとはいえないという。ここから推して考えると、現行法も、買戻権は売主の権利であり、買戻を強制される条件（買主側が解除条件を持つ）を許さなかった旧民法典と同じだろう。

¹⁸ 再売買は、既存契約の遡及的解除ではなく、新売買であるから、それまでに買主が付した負担を継承する点や登記手数料等が違う点、再売買には成立条件に制限がないとされるので、全く同じではない。他に民法議事速記録・4巻・前注2・140頁高木は、再売買なら途中で目的物が滅失した場合、残存物の代価を払えば良く、買戻は、買戻代金が売買代金より低くてはならず、一部滅失しているのに、全額払わねばならない違いがあると指摘する。

¹⁹ 買戻の制限が潜脱されるという指摘は、民法議事速記録・4巻・前注2・117頁磯辺四郎、同・141頁土方によりされていた。しかし同・119－120、136、141頁梅は次の理由で手当てをしなかった。売買後は当事者の関係が切れるので、後で約束し直す必要がある。だが、そうした約束は売主がいつでも売買代金で買い戻せるので一方的に有利であり、買主は不動産の利用を妨げられ、一方的に不利益である。このため外国ではそうした約束をすることは滅多にない。やっても長期にしたり、無制限にすることはない。また約束しただけでは遡及効がないので登記せねばならないが、そのように用心深い者ならそんな約束をしない。同様のことをボアソナード・仏国民法賣買篇講義・第5節・序文・注1・383－384頁が総則の解除条件を利用する買戻を放任する理由を既にのべていた。ローマの法諺、「法律ハ屢、起ル事ヲ嚴禁ス」を引用し、買戻は屢々起こるが、解除条件を使って売買することは滅多に起こらないので制限しないのだという。

²⁰ 民法議事速記録・4巻・前注2・151頁梅。この一言のみで議論はされない。

理由は、それが民間の実務で、急に短くしては、迷惑だとされたからである²¹。定められた期間内に買戻権を行使をしなければ失権する²²。

買戻代金は元金と契約費用に限られる。売買代金はその価より増減できない²³。特に増額を許した場合、冒頭に起草者が挙げた存置理由以外の目的に使われる可能性があるからである。更に買主が契約費用の弁済受領を放棄することも認めない²⁴。したがって、第579条本文は例外を一切許さない超強行法規といえる。起草者は、利息相当額を上乗せする売渡担保のような買戻の利用を許していなかった。後に起草者梅委員は自著で利息を上乗せする例を挙げ、「眞正ナル買戻ニ在リテハ賣主ハ受取りタル代金ヲ返還シテ契約ノ解除ヲ爲スヲ常トスルカ故ニ第五百七十九條ニ於テ賣主ハ代金及ヒ契約ノ費用ノ外買主ニ支拂フベキモノト定ムルコトヲ得サルモノトセリ」と述べ、この意図を明らかにしている²⁵。

買戻権行使時の利息と果実の相殺は、旧民法典では解釈上そうさせていたが、現行民法典は第579条但書で明記した。その理由は、第545条（草案第543条）における審議によると、利息と果実を互いに返還することは不便だからである²⁶。

²¹ 第九回帝国議會速記録・前注15・136頁朝倉親爲。審議は136－138頁。大した論争はない。ところで、買戻の発生以来から、なぜか10年という例が多い。こうした伝統も関係するかもしれない。他平井・前注1・148頁も参照。

²² 民法議事速記録・4巻・前注2・159頁梅。

²³ 民法議事速記録・4巻・前注2・136－137頁梅は、買戻権行使は解除であるから、買戻代金は売買代金と同じでなければ解除ではないという。

²⁴ 民法議事速記録・4巻・前注2・144－145頁梅。こうした超強行法規だから、第6節前掲・大判大正2年判決が利息返還を認容したことは本文に抵触する。また第579条と同時に第583条も強行法規である。

²⁵ 民法議事速記録・4巻・前注2・128－129頁梅。梅・民法要義・第5節・序文・注1・541－542頁。なおここで梅博士は、利息制限法は存置されたが、当然、長くは続かないだろうと予想していた。撤廃されたら、利息に関する特約は制限の必要はないと述べている。

²⁶ 民法議事速記録・4巻・前注2・116、121、144頁梅。同・116頁で指摘されるがプロイセン普通ラント法1巻11章第297条は「買戻の実行が生じた際に別段の約束が存しない場合、売却物の収益もしくは使用と代金が生じさせた利息は互いに相殺する」と定めており、現行第579条但書と類似する。因みにオーストリア民法典第1068条も「代金と物から収益した利益は相互に相殺し続ける」とあり、同様の相殺規定がある。

したがって現行法も占有移転型を前提にして定められたことになる。

第583条第２項（草案第585条）は必要費を定める。起草者は必要費の内容に関して、「既成法典取得編第八十八條ト大同小異デアリマス」と述べる²⁷。だが議事録全体を見ると、旧民法典より細かくつめ、また狭めている。買主の支払った租税は必要費だが、租税を含めて、果実で賄うべき費用を必要費に入れない。理由は、占有者による費用償還請求を定めた第196条が、占有者が果実を取得した際の必要費を占有者負担としていることと関係する²⁸。買主が通常、負担すべき費用も償還を要しない²⁹。それでもなお支払うべき必要費は、草案時点では「期間内ニ」に支払わねばならないとされていたが、これ点は削除され、期限後に支払ってもよく、期限までに払わなくても買戻権を喪失しないとされた³⁰。もっとも期限を経過すれば、買主は直ちに売主に必要費に関して強制執行できる³¹。必要費の内、有益費（第583条②但）は有益になった額とされる。起草者は、100円費やし、200円になった等の「極メテ稀ナ場合」にしか支払いを要しないとする³²。以上より、旧民法典の「改良費」よりも相当に絞られた。裁判所が有益費償還を猶予できる点は旧民法典と同じである。理由は、買主が高価な建物を建築した等の場合、売主は直ぐに償還できないと考えたからである³³。

以上の通り、買戻権行使の要件は第583条第１項所定の売買代金、契約費用の支払いである。売主は必要費を支払わねばならないが、買戻権行使の要件ではない。有益費弁済を猶予された場合、これを払わなくても所有権は売主に戻る³⁴。だが留置権が買主にある³⁵。必要費を払わなければ強制執行を受け、不

²⁷ 民法議事速記録・４巻・前注２・159頁梅。

²⁸ 民法議事速記録・４巻・前注２・150頁梅。

²⁹ 民法議事速記録・４巻・前注２・161頁梅。

³⁰ この辺の経緯は民法議事速記録・４巻・前注２・165—167頁。また同・168頁梅。

³¹ 民法議事速記録・４巻・前注２・167頁梅。

³² 民法議事速記録・４巻・前注２・156頁梅。

³³ 民法議事速記録・４巻・前注２・160頁梅。この点は旧民法典の注釈と同様だが、フランス民法典では必要以上の有益費用は解釈上、裁判所が返還を免除できるとしていたのと比べ、より制限的でない。

³⁴ 民法議事速記録・４巻・前注２・163頁井上正一および梅。

³⁵ 民法議事速記録・４巻・前注２・163、168頁梅。

動産を失う可能性があるだけで有益費返還の猶予期限を徒過したような場合でも買戻権行使自体が無効になるわけではない。旧民法典は、この点が不明だったが、現行民法典では明らかになっている。

起草者によると以上の買戻の規定は「總テ命令の規定ニナッテ居」る。理由は、弊害が多いから制限するのだという³⁶。

総括すると、買戻特約付売買契約成立の要件として、目的物は不動産に限られ、旧民法典より制限された。買戻期間は、最大10年となり、延長された。買戻代金は、元金と契約費用のみである。必要費の支払いは買戻権行使の要件ではなく、その内容も絞られた。条文からは明らかでないが、議事録より買戻権の法的構成は債権説に変更されたが、買戻特約付売買契約は解除条件付売買契約であり、買戻権は遡及的解除権である点に変更はない。この他は、旧民法典に変更を加えていない。

現行法施行後は、判例によって買戻はより具体化され、現代の理解に到達する。これを理解することで買戻の到達点を理解でき、様々な考察へ入って行けるだろう。

第8節 現行民法典施行後の判例・学説

ここでは現行法以後の買戻事件における判例・学説を見て、現代の買戻の性質を明らかにする（関連判例が膨大なので、全ての判例で要約引用はしない）。

- (1) 買戻権の存置に対する学説 学説の中には、廃止論ではないが、買戻の意義に消極的な評価を下すものもある（我妻、石川利夫＝尾中普子、近江、内田貴）¹。買戻の弊害は、大体、起草時にいわれたことと同様である（岡

³⁶ 民法議事速記録・4巻・前注2・139－140頁梅。「外國ニ多クノ例ノアル通り」とあるから、フランス民法典で述べた弊害と同じだろう。

¹ 我妻・第4節・注7・327頁は買戻は「今日の經濟事情には適さない」と論じる。石川利夫、尾中普子『債権法講義（改訂増補）』（評論社、平成8年）113頁、近江・第4節・注8・278頁は買戻における利息果実相殺は「封建的性格を残したものであって、買主（債権者）にとってはきわめて不快」だとする。内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、平成9年）155頁。引用した文献

松、鳩山、来栖)²。買戻が担保として利用されることは現在までで変化していない（我妻、近江、平井）³。

- (2) 売買と同時に特約する要件（第579条）に関する判例 この要件は買戻に物権的効力を付すため、第三者保護上、設けられた法律政策上の要件とされる（大判大正3年6月30日民録20輯557頁）。民法典施行前も同時に登記すべきとされている（大判明治37年4月8日民録10巻453頁）。

- (3) 目的物に関する判例学説 現行民法典は目的物を不動産に限ったが、動産買戻を認めないわけではなかった。これに関する判例の態度はどうか。

大判明治39年1月29日民録12輯81頁 汽船買戻特約付売買事件。買戻期限は明治36年12月9日。売主が当該動産に仮執行をして金銭をえたので買主が損害賠償請求をした。売主側は次のように主張した。(1)動産買戻は旧民法典では認められたが、現行民法典では禁止されているので当該売買契約は無効である。(2)本件売買は債務の「抵當」である。以上の理由により、所有権は売主にある。買主は、動産買戻条件付売買の成立を主張した。原審は、買主の請求を認容したので、売主は上告した。判決は、動産買戻が規定されていないのは不動産と同様の効果を挙げ難いからであって、禁止する趣旨ではないとした。上告棄却。

これは起草者に忠実な判例である（大判明治44年5月20日民録17輯306頁も同旨）。学説も動産買戻を認める（梅、岡松、鳩山、我妻、柚木）⁴。

に世代間の隔たりがあるが、むしろここよりどの時代でも買戻に対する規制が厳格過ぎるという理解だったといえる。

² 岡松・第5節・序文・注1・次163頁、鳩山・第4節・注7・377頁、来栖三郎『契約法』（有斐閣、昭和49年）212頁。どの時代の学者も買戻は財産の流通・利用を阻害すると考えている。

³ 我妻・第4節・注7・325—326頁、近江・第4節・注8・259頁、平井・第7節・注1・147頁等。

⁴ 梅・民法要義・第5節・序文・注1・538頁、鳩山・第4節・注7・376—377頁、我妻・第4節・注7・327頁、柚木・第2節・注1・304頁等。岡松・第5

(4) 買戻代金に関する判例学説

大判明治44年 5月20日民録17輯306頁 動産買戻特約付売買事件。契約時は明治42年 5月25日。買戻期限は同年 6月25日である。目的動産は金屏風他の動産である。売買代金は500円である。買戻代金は売買代金に月6.25%の利息を加えた額である。再度の動産買戻特約付売買は同年 6月11日に締結された。買戻期限は同年 7月25日である。目的動産は水晶角材等他25点である。売買代金は550円である。買戻代金は売買代金と月1.25%の利息を加えた額である。両契約共に「買戻義務」不履行の場合、売主は買戻権を喪失し、違約金として200円（合計400円）を支払わねばならない。恐らく買主がこの違約金を請求したのだと思われる。これに対し、売主は次のように主張した。(1)動産買戻は無効である。(2)買戻権は権利であり、義務でない。大審院は次のように判示し、売主の上告を棄却した。(1)につき、第579条以下の買戻は、動産買戻を禁じる趣旨ではない。(2)につき、売主は目的物に着目すれば権利者であるが金額に着目すれば義務者の地位にもある。そうしたことは「雙務契約通有ノ現象」である。

動産買戻が認められることは前述した。前掲した明治39年 1月29日判決の事例は、登録可能な船舶が目的物であったが（船舶法第5条①）、本件は典型的な動産である。

問題は利息に関する部分である。動産買戻は第579条以下の制限がなく、随意条件とするのが現行民法典起草者の立場だった。したがって法文上、利息収取は問題ではない。学説も動産買戻の自由を認める（鳩山、我妻、柚木、近江）⁵。だが慣習によっていた伝統法の買戻代金は目的物を問わず、元金のみであり、それが質との区別だった（第4節前掲・大判明治20年 4月28日。またこの事件後だが第4節前掲・大判大正4年12月17日）。したがって、不動産以外でも、

節・序文・注1・次162頁は、権利の買戻にも触れ、この款の規定するところではないとする。起草過程でも民法議事速記録・4巻・第7節・注2・144頁尾崎三良が権利買戻に言及した。

⁵ 鳩山・第4節・注7・376-377頁、我妻・第4節・注7・327頁、柚木・第2節・注1・304頁、近江・第4節・注8・277頁等。

買戻を利用しつつ利息相当額を取る売渡担保等の他の担保との区別は必要であるから利息収取を認めるべきではないだろう。また動産買戻における随意条件の容認も、起草時に利息制限撤廃が予定されていたことが前提であった。しかし利息制限法は残され、前提がなくなったのだから、やはり真正の動産買戻を他と区別するために超強行法規である第579条や第583条等を類推適用すべきだろう。判旨(2)については後述する。

買戻代金はどのように現行民法典施行前から元金のみとされている（第４節前掲・大判明治20年4月28日等）。だが利息返還特約を有効とする判例もあった（第６節前掲・大判大正2年10月3日）。しかし、その2年後の判決は再び明治20年判決に戻っている（第４節前掲・大判大正4年12月17日）。この利息収取その他買戻費用に関しては次の判例が詳細な判断を下した。

大判大正15年2月28日民集5巻30頁 動産不動産買戻特約付売買事件。契約時は大正4年1月29日。買戻期間は5年である。目的物は建物および付属動産である。売買代金は604円43銭である。買戻代金は、売買代金、契約費用、保存費、改良費である。以上の契約の成立について判決は次のように判断した。買戻代金を売買代金と契約費用に限った趣旨は「買主及第三者ノ利益ヲ保護スルト同時ニ売主ノ利益ヲ保護シ買戻契約ヲ達セシメルトスルノ趣旨ニ出テタルモノ」であり、売主が支払う代金は売買代金と契約費用で足り、これより多くてはならない。これを認めると売主の買戻権行使を困難にする。また利息制限法潜脱の弊害を招く。第579条で売買代金と契約費用を返還すべきことを定め第583条第1項で期間内にこれを提供する旨を定めた規定は「強行規定」である。第583条第2項は必要費、有益費の償還を定めるが、これは売主が買戻権行使により所有権を回復し、その引渡を受けるに際して生じる義務に過ぎない。これらの費用の提供を買戻の条件とすることはできない。以上より、本件特約は無効とした。

買戻代金に保存費、改良費を含めていたのは、旧民法典財産取得編第88条第1項第3項がそれを認めていたからだろう。だが判例はそうした合意を認めなかった。そして第579条第1項の定めが売主保護の趣旨であり、強行規定であることが確認された。判決のいう買主と第三者の利益の保護は、第579条本文で定めた買戻代金の確保についてだろう。第583条も強行法規としており、立

法者に忠実な判決といえる。学説も、第583条は強行法規だとする（柚木、椿寿夫）⁶。

また、必要費、有益費等の償還を買戻権行使の条件としない点も起草者に忠実である。この点は学者も賛成する（柚木他）⁷。

買戻代金を売買代金と契約費用に限るのだとすると、買戻代金の減額はできるのか。起草者は否定していた。だが、下級審ではこれを認める判決があり（東京控判大正2年7月14日評論2巻民法456頁は、買戻代金を元金4700円と明治36年2月12日から38年12月20日までの利息1割3分としたものを5000円に減額した合意を有効とした）、大審院大正10年9月21日判決（民録27輯1539頁）は買戻代金を元金返還のみとする特約を認めた。理由は第583条が「強行規定ニ非サル」からである。学説にも買戻代金を減額する合意のみ有効とするものもある（前掲・東京控判大正2年7月14日に関して、鳩山、我妻、柚木）⁸。だが起草者が第583条を強行法規としていることと矛盾する（同説・柚木）⁹。

利息と果実を相殺したものとみなす第579条但書の趣旨が債務者保護であることに異論は無いが、その内容には差がある。一つは、煩瑣を避けるという理由を挙げる（岡松、横田、川井健）。もう一つは、不条理な利息からの債務者保護を理由とする（柚木、平井）¹⁰。だが両説は共通して特約による利息取収を

⁶ 買戻費用に関する第583条は、学説では柚木・第2節・注1・307頁、椿寿夫「不動産の譲渡担保と売渡担保（上）」（ジュリ679号102頁（昭和53年））103頁が強行法規と明言する。

⁷ 柚木・第2節・注1・307頁。

⁸ 鳩山・第4節・注7・388頁および注8、我妻・第4節・注7・328頁、柚木・第2節・注1・306頁。難しい問題だが、第579条本文が高利から売主を守る趣旨だけならば、売主に有利にも変更できない超強行法規性を維持する必要はなく、強行法規で十分である。だが本文の趣旨は前掲・大正15年判決によれば、第579条本文は買主と第三者の保護の意味もあるとする。つまり、買戻権行使時、第579条所定の金額を買主は確保できる。買主だけの問題ならば、その利益を買主が放棄することは自由である。だが買戻特約は登記されることで、買主の財産に利害をもつ第三者は買戻期限までに確定した不動産所有権か売買代金および契約費用の何れかが買主の責任財産に入ると期待する。こうした買主側の第三者の利益も考えるならば、買戻代金の減額特約は否定した方がよい。

⁹ 柚木・第2節・注1・307頁。

¹⁰ 岡松・第5節・序文・注1・次161—162頁は施行直後の学者であるから、起

認める。これが通説といえる（岡松、横田、我妻、柚木、川井他。反対・梅）¹¹。だが第579条本文は超強行法規であり、買戻代金減額等の売主に有利な合意も許されない。但書で利息返還特約を認めると、この本文と衝突する。そうだとすると特約は果実返還に関する事項に限られるべきであり（例えば、相当代価で果実を引渡す等）、利息返還特約を認めたものではない。

またこの第579条但書の利息果実相殺規定は、買主が果実を収取することを前提しているので、売買代金から生じる利息の相殺を法定している。つまり目的物の買主への占有移転を原則としている。判例学説もそう解している（最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁、椿他）¹²。ただ、少なくとも明治初年時点から占有留保型のものがあった（第4節）。起草者は、実務を知らずに、占有移転を原則としたことには注意を要する。

契約費用に関して、具体的なことは起草過程からは解らなかった。これに関する大判大正7年11月1日（民録24輯2103頁）は、「契約ヲ確實ニスルニ缺クヘカラサル手續ナレハ〔…〕必要ナル費用ニ屬ス」とし、権利移転に要する登記手数料を挙げた。つまり契約を確実にするための費用を契約費用とする。この判断に対して、契約費用に登記費用を含めることに反対する学説がある（柚木）¹³。思うに、登記手数料を契約費用に入れると、買戻権行使の場合に登記の抹消ではなく、再売買と同じく所有権移転の手続でやるべきと判示した判例（大判明治37年6月15日民録10輯848頁。同旨・大判大正5年4月11日民録22

草時の理由を述べる。だが次162、166－167頁で利息の返還特約を認める。横田秀雄『債權各論全』第11版（清水書店、大正9年）385頁も同旨。川井健『担保物権法』（青林書院新社、昭和50年）215頁は「公平」も理由に挙げる。平井・第7節・注1・147頁は不条理な利息から債務者を保護するためだとする。起草者は第7節でみたように、本文を超強行法規として買戻代金に利息を加えることを許さないの、平井教授の理解は正当である。柚木・第2節・注1・307頁。

¹¹ 岡松・第5節・序文・注1・次161－162、166－167頁、横田・前注10・385頁、柚木・第2節・注1・307頁、川井・前注10・215頁。特に債務者保護の趣旨などを述べないが、鳩山・第4節・389頁、我妻・第4節・注7・329頁は特約で利息収取を許す。起草者梅博士の見解は第7節で前述した。

¹² 椿・前注6・106頁は不動産質に関連して占有移転型を予定しているという。

¹³ 柚木・第2節・注1・306頁は目的物測量、鑑定、証書作成費用等が契約費用であって、登記手数料を入れない。

輯693頁、大判大正9年8月9日民録26輯1354頁。大正9年判決は、買戻は抹消登記によるべきとの主張を退けた）と併せて考えると、不都合な結果になるのではないか。当時の判例を前提に考えると、まず既存売買時の所有権移転手数料を買戻権行使時に売主が買主に返す。次に再売買と同じに扱うので、買戻権行使時に自分への所有権移転手数料を再び払う。すると高額な手数料を2回払うことになる。これだと、厳格な要件を遵守した買戻は僅かな抹消登記手数料ですみ、そうでない再売買は所有権移転手数料を要するという手数料上の差がなくなってしまう。単に厳格な分、買戻が不利になるので、反対説が妥当だろう。いまは買戻なら抹消登記とされているが、現行法でも登記手数料は契約費用に含めるべきではない¹⁴。

¹⁴ 買戻は再売買と比べて登記手数料上の利点があることは第5節・序文・注1で述べた。つまり、買戻は既存契約解除であるから所有権の抹消ですむ。再売買は再度、財産移転税を払わねばならない。具体的にどれ位、違うか。現行登録免許税法では、買戻も再売買も最初の契約は所有権移転であるから同法別表第一の一「不動産の登記」(二)「所有権の移転の登記」ハ「その他の原因による移転の登記」の不動産価額20/1000の登録料を要す。買戻特約は民法第581条と不動産登記法第4章第3節第4款「担保権等に関する登記」第96条で登記可能である。買戻登記は旧不動産登記法の昭和35年改正(法律第14号)で整備された。買戻登記は付記登記で行い(かつては抹消登記と同額。登録税法第2条①十九。現行不登令別表は担保権等に関する登記に分類した。登録免許税法別表第一、一(五)では債権額の4/1000)、所有権回復は抹消登記である(同第59条ノ2、現行規則第174条)。買戻権付与は売主の一方的権利であるから実質上、債権額である売買代金は低価の筈である(ボアソナード・再関修正民法草案註釋・第5節・序文・注1・474頁は「法律ハ買主ノ損失ヲ受クヘキ故ニ因リ其財産ハ實価ヲ以テ賣渡サレスト看做ス」という)。したがって債権額の4/1000は大した額ではない。不動産価額の4/1000より遥かに廉価である。買戻権を行使した場合、抹消登記だから、不動産1個1000円である(別表1(十一))。したがって、買戻特約付売買契約締結時の登記費用は、所有権移転に不動産価額の20/1000、付記登記手数料に売買代金の4/1000である。買戻権実行時は、売主が僅か1000円を支払えばよい。再売買予約権行使だと初めの所有権移転の手数料は同じである。予約権の登記は、物権変動を生じさせる請求権の発生であって仮登記である(法令用語研究会編『有斐閣法令用語辞典第2版』(有斐閣、平成12年)177頁「仮登記」)。費用は登録免許税法別表1(九)イ「所有権の保存の仮登記又は保存の請求権の保全のための仮登記」(3)「その他の原

最後に買戻権行使時に償還する必要費や有益費があるのだが（第583条②）、開墾費が有益費だとした判例がある。

大判明治43年 5 月23日民録16輯416頁 不動産買戻特約付売買契約事件。
買主が不動産に開墾費を出した。大審院は、売主の開墾費に対する償還義務を認め、買戻の際に返還すれば足りるとし、特約がない限り、契約期間内に払わなくても、売買代金と契約費用のように失権しないとした。結局、売買代金と契約費用を払ってなかったので、売主敗訴。

因による「…」移転の請求権の保存のための仮登記」に当たり、不動産価額の10/1000である。予約完結権行使時は、買戻と異なり、新たな売買契約であって、売主は不動産価額の20/1000を払う必要がある。以上を総合すると、買戻特約付売買契約時に要する登記手数料は、再売買と比べて圧倒的に有利である。だが、前述したように、この比較は昭和34年まで成立しえない。それまでの登記手続と契約費用に関する判例理論を前提に考え、買戻・再売買問わず、初めの売買で登記手数料は買主が負担したとする。買戻権行使時には売主が手数料を返還する。すると買主に損はない。しかし、買戻も所有権移転手続とする判例だったから、所有権移転と同じ手数料を売主が再び払う。したがって、契約費用に関する前掲大正7年判決にしたがうと、2倍の所有権移転費用を払うことになる。再売買予約では、今度は売主が所有権移転と同じ手数料を払う。予約完結時に初めの移転手数料を返還しないなら2倍にはならない。大正7年判決では、この点で再売買よりも圧倒的不利になってしまう。大正7年判決を妥当としない理由である。現行だと、買戻と再売買予約で初めの登記費用は変わらない。ただ買戻は付記登記、再売買予約は仮登記で前者が有利（売主負担だろう）。権利行使時は大正7年判決より、売主は買主に移転手数料を返還する。買主は損しない。結局、売主は初めの移転登記料、付記登記料、抹消登記手数料を出費する。再売買だと売主買主は各々、一回、移転手数料を負担する。買主は移転手数料1回分。売主は再移転登記手数料、仮登記手数料を出費する。比較すると買戻は買主にとって、移転料が戻る可能性がある点で買主には有利。売主は、仮登記手数料－（付記登記料＋抹消料）の分、買戻が有利である。第5節注1でボアソナードが期待した程、大きな差はない。だが初めの移転手数料を契約費用に入れないなら、売主は買主にこれを返還せずにすむのでより有利である。元来、買戻は担保目的だが、先祖伝来の土地等、愛着ある品を取り戻し易くするために利用され、残されたものである。やはり、現行の制度でも、大正7年判決は変更されるべきである。

有益費に関して判断した貴重な判例であるが、有益費償還は、買戻権行使の必要条件ではないのに、買戻期間内に有益費を返還させる特約の可能性を認めている。前掲大正15年2月28日判決でもこの点は不明である。買戻の規定は全て強行法規なのだから、そういう特約は許されないだろう。

(5) 買戻期間に関する判例 起草者が買戻に対して抱いた弊害を認識し、契約成立時から10年を越えることを認めない。権利行使の始期を定めた場合でも契約時から10年を越えることはできない（大判大正12年8月2日民集2巻582頁。大判昭和3年11月30日民集7巻1036頁は始期が10年以上経過時の場合、特約を無効とする）。

(6) 買戻の要件を満たさない契約に関する判例学説 これらの要件を満たさない契約は旧民法典でも現行民法典起草者も再売買とした。判例も起草者と同様に、再売買の予約とする（大判明治33年10月5日民録6輯9号26頁）¹⁵。学者もそのように解する（我妻、近江等）¹⁶。

(7) 売主の地位に関する法的構成に関する判例学説 起草者は旧民法典の停止条件付所有権説から離脱して債権説を採用し、旧民法典時代の事件に関する判例が債権説を採用したことは前述した（第6節）。

債権説に変更されると、買戻権の譲渡手続が問題になる。大審院は、明治38年3月10日の判決（民録11輯344頁）で、買戻権は債権であり、債権譲渡手続にしたがって譲渡できるとした（賛成・鳩山）¹⁷。だが大正12年2月28日の判決（民集1巻786頁）は、買戻権を登記することで物権的効力を持つので、第三者に対抗するには登記を要するとした（同旨・大判大正13年4月21日民集3巻191頁）。そして昭和8年9月12日の判決（民集12巻2151頁）が、買主側への債権譲渡通知や買主の承諾は不要とした。また明治33年判決にもふれ、同判決が買戻権を債権といったのは物権ではない

¹⁵ 買戻と再売買に関する判例とその分析は椿・前注6に詳しい。

¹⁶ 我妻・第4節・注7・327頁、近江・第4節・注8・278頁。

¹⁷ 鳩山・第4節・注7・374—375頁は、債権説を取り、債権譲渡手続により、通知等を要求する。

という意味であって、債権譲渡の法律で規律する意味ではないとした。このように判例は、買戻権は債権だが登記によって、物権的効力を持ち、債権譲渡手続は不要とする。したがって旧通説との譲渡手続に関する差はなくなった。

(8) 買戻権に関するその他の議論 第一に、買戻権が売主に与えられた権利である点である。この点に関して、明治44年5月20日判決（(4)前掲）は、買戻権行使を義務付ける特約を認めた。だが旧民法典起草者も現行民法典起草者も買戻権は売主に一方的に与えられる権利であり、買主にとっては片務的なものだと考えた。その後、大判昭和8年4月26日（民集12巻767頁）は、買戻権は権利であり、義務ではないとした。学説もそのように解している（前田、我妻）¹⁸。

第二に、買戻権は解除権か否かという点である。判例は、起草者と同じく、買戻特約は売買契約の解除権を留保するものであり、その効果は遡及効ある解除であるとする（前掲・大判大正3年6月30日、大判大正15年2月28日民集5巻30頁）。またその理解が通説である（岡松、鳩山、横田、我妻、柚木）¹⁹。だが買戻権を物権取得権とする説もある（曄道文藝、川井、幾代通等）²⁰。この点に関わる最近の判例がある。

¹⁸ 前田直之助「賣渡擔保附信託行為（一）（二）（三）」（『法曹會雜誌』8巻7号、8号、9号（昭和5年））（一）31頁、我妻「『売渡抵当』と『譲渡担保』という名称について」（同『民法研究IV』（有斐閣、昭和42年）121頁）129頁（初出は法協52巻7号（昭和9年））。

¹⁹ 岡松・第5節・序文・注1・次159、164頁、鳩山・第4節・注7・373頁、横田・前注10・377-378頁、我妻・第4節・注7・331頁、柚木・第2節・注1・310-311頁。

²⁰ 曄道文藝『京都法學會雜誌』11巻5号73頁以下は、解除特有の規定（第540条以下）がごとごとく、買戻権に適用されないことを論証し、買戻権は解除権と同じく、形成権ではあるが、物権取得権とする。この頃は圧倒的少数説であった（鳩山・第4節・注7・373頁注1）。川井・前注10・213頁は不動産取得権であって、解除権ではないとする。幾代通『新版不動産登記法』（有斐閣、昭和46年）39、294頁も物権取得権とする。明言しないが、道垣内弘人・重判・平成11年度・75-76頁は、物権取得権説を手掛かりに判例の分析を試みる。

最判平成11年11月30日民集53巻8号1965頁 不動産買戻特約付売買事件。
 契約締結時は昭和62年6月。訴外売主がその所有地を訴外買主に6億3360万円で売却し、登記を経由した。買戻期間は5年間。当該契約において次の特約をした。訴外買主は3年以内に本件土地を新生活文化施設用地として使用し、5年間はその目的以外に使用しない。特約に反せば、訴外売主は売戻代金を返還し、買い戻すことができる。平成元年、Yは訴外買主から極度額18億円の抵当権設定を受け、登記を経由した。訴外買主の債権者Xも同様に抵当権設定登記を経由した。平成4年3月、訴外売主が買戻権行使をした。平成8年3月、Xは一般債権者として買戻代金債権を差し押さえ、同年4月、Yは物上代位権行使として同債権を差し押さえた。そこで同年9月、訴外売主は代金を供託した。一審はX勝訴。原審はY勝訴。Xは上告し、買戻権行使は遡及的解除であるから物上代位権は発生しないと主張した。最高裁は次の理由により物上代位権行使による代金債権の差押を認め、Xの上告を棄却した。抵当権は買戻権行使で消滅するが、行使まで有効に存在していたことから生じる法的効果までも買戻権行使で覆滅されるのではない。また買戻代金は目的物の対価とみることができ、目的物の売却減失で債務者がえる金銭といっても差し支えない。

ここ数十年、住宅・宅地分譲に際し、特定条件を定め、被分譲者が特約に違反すれば、買い戻すということがなされているが²¹、そうした部類に属する事件である。本件事案で判例・通説にしたがい、買戻権を遡及的解除権と解すると、Yの抵当権は遡及的に消滅するので、物上代位権が発生しない。Xの主張が正しいことになる。

通説・判例に対し、物権取得権と解することで第三者効の拡大が防がれるとする学説もある²²。買戻権は、権利行使によって売主が所有権を取り戻せる（取得する）物権取得権といえる。だが所有権を取得する意味では売買において所

²¹ 川井・前注10・213頁はこれが担保目的だとする。近江・第4節・注8・259頁、道垣内『担保物権法』（有斐閣、平成16年）292頁。宅地住宅分譲に際し、転売禁止を確保するために買戻を用いる例がある（新潟地判昭和42年12月26日判時524号64頁）。

²² 道垣内・前注20・76頁。

有権移転時点を代金支払時点と約す場合等の買主の持つ債権も同じである。通説は買戻権を遡及的解除権行使により、所有権を取り戻す債権と解す。物権的取得権とすることで通説とどのように違うのかを理論的に解明することは今後の検討課題だと思われる。

なお、この問題以外にも幾つか問題がある。買戻権行使には売買代金と契約費用の提供が必要である。意思表示をただけでは足りない。だが事案をみると、権利行使の意思表示から４年半後の債権者等の差押後に供託している。そうだとすると平成４年３月時点の買戻権行使は成立していない。権利行使の有効時点は供託した平成８年９月ではないか。買主が買戻代金受領を拒絶したので、代金を供託し、買主に通知したことを以て民法第493条を適用した判例があるが（大判大正９年８月９日民録26輯1354頁。もっとも代金提供を債務の弁済と判断した点は問題だと思う）、供託時点でXとYの抵当権は遡及的に消滅したとするのが正しいのではないか。

次に買戻代金に差押えや物上代位ができるのかという点である。買戻代金提供は、権利行使の要件であるから債務の履行ではなく、権利行使である。したがって買主から代金提供を請求することはできない。買主は代金債権を売主に持たないので、代金提供され、それが買主の責任財産に入った後に金銭を差し押さえるなら別であるが、その前に存在しない債権を差し押さえることはできるのだろうか。これまでに蓄積された伝統的な解釈からすると、買戻権が解除権か物権取得権かの問題以前の買戻権の根本的問題が含まれている²³。

以上を判例・学説を総括すると買戻の現在の到達点は次のようにいえる。目

²³ 他に細かい幾つかの問題点がある。判例上、買戻権は登記をすれば、権利行使の相手方は随意である。買戻代金が提供前に差し押さえられるとすると、代金提供の相手方が随意でなくなる。買戻権登記に遅れる抵当権の行使によって、なぜこういうことが可能であるのか。また元々、本件は買戻特約の付登記もあり、Yは売主の買戻権行使を覚悟していた筈であるから物上代位が遡及的に無効になっても不意打ちでもない。Yを保護する理由はないように思う。参考として末川・第６節・注３・314－315頁は、再売買における買主転売事例で、売主が買主に権利行使し、転得者が所有権を失うことについて、仮登記の「警告付きで」権利を取得しているのだから、後日、所有権を失ってもやむを得ないとする。

的物、期間、買戻費用に関する定めが強行法規である点は起草者の意図と異ならない。買戻の要件を満たさない契約を再売買とする点も起草者意図と違わない。目的物は買主への占有移転を原則としている。必要費の償還は買戻権行使の要件とせず（有益費償還を買戻の条件とする特約を認める判例もあった）、契約費用、有益費の内容も少し具体的になった。そして法的構成は債権説とする起草者にしたがうが、判例は、登記により、物権的効力を持ち、債権譲渡手続を要しないとする。買戻権の性質は遡及効ある解除権である。総じて、大体は起草者に忠実であり、事項によってはより具体化したり、発展させている。

以上で買戻の歴史的考察を終え、現代の買戻の理解に達した。そこで次章からは、この理解を前提に他の非典型担保との比較から行い、そうすることでそこでみられる買戻の特性がどこからくるのかについて検討する。