



Title	非典型担保における買戻（２・完）
Author(s)	池田, 雄二
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 59(6), 526[145]-468[203]
Issue Date	2009-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38388
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-6_p526-468.pdf



非典型担保における買戻(2・完)

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 (以上第59巻第5号)

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
(以下本号)

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 買戻特約付真正売買における清算の要否

結

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章では買戻の歴史を考察し、現代までの買戻の理解をえた。更にここでえた理解における買戻と他の非典型担保とを比較すると、買戻には他とは違う特性が多くあることに気がつく。その特性を見極めた上で買戻を利用した非典型担保である売渡担保と真正な買戻との区別を試みる。この区別をした上で残る問題である真正な買戻における清算の問題に関しても言及する。そしてこれら各問題でえられた結論は買戻のどのような特性に根源をもつものなのかについて意見を述べるのが本章の目的である。

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

譲渡担保（広義では狭義の譲渡担保と売渡担保を含む。ここでは広義）¹には、

¹ 譲渡担保と売渡担保との主な相違点は、譲渡担保が既存債権を消滅させずに、目的物の所有権を債権者に移転する一方、売渡担保は、売買名義で所有権を移転し、売買代金は既存債権と相殺するので、売主買主に債権債務関係が残らないことである。この理解が通説とされる（柚木・第1章第2節・注1・299-300頁、内田『民法Ⅲ〔第2版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2004年）538頁）。この理論は前田直之助判事によって提唱され、それを我妻博士が採用した（前田・第1章第8節・注18。そのまとめは同・前田・（三）・41頁表。我妻・第1章第8節・注18・124-126頁。その他の譲渡担保と売渡担保との相違点は上記文献を参照せよ。ただし現代ではあてはまらないものもあるように

目的物の占有に関して占有移転型と占有留保型があるが、通常は後者である。買戻特約付売買は、伝統的には占有移転型が原則だが、明治初期頃から留保型もみられる（前章第4節で前述）。この他民法典第579条以下の買戻には目的物、買戻代金、期間面等に厳格な制限があるが、譲渡担保にはない。

その譲渡担保の法的構成の歴史について、当初の判例は懐疑的であった（第3節二で後述）。下級審では所有権が当事者の内部外部で移転する原則をとり（強い譲渡担保。東京地判明治44年（ワ）516新聞803号23頁、大阪地判新聞829号23頁他多数）、その後、外部のみ移転する原則を採用した（弱い譲渡担保。東京控判明治44年5月27日新聞743号、東京控判新聞743号17頁、東京控判明治44年12月19日判例集未掲載他多数。そして前掲東京控判明治44年5月27日判決の上告審、大判明治45年7月8日民録18輯691頁が採用した。大判大正5年11月8日民録22輯2193頁も同旨）。その後、内外部移転原則に戻ったが（大連判大正13年12月24日民集3巻555頁）、何れにせよ所有権構成を採用していた²。

思う)。だが我妻・第1章第8節・注18・136－138頁は、売渡担保とされていても多くは譲渡担保と解すべきだと論じる（他に内田・前掲・538頁）。その後、売渡担保も譲渡担保と同一に処理されるべきだと解され、裁判所も売渡担保の文言を使わなくなり、広義ではどちらも譲渡担保といわれるようになった（道垣内・第1章第8節・注21・291－292頁、生熊長幸・重判・平成18年度・72－73頁）。特に第1章第8節前掲・最判平成18年2月7日は、ある買戻特約付売買を譲渡担保と認定し、清算義務を認めている。

² この辺りの変遷は松本烝治「賣渡抵當及動産抵當論」（法協31巻4号591頁（1914年））595頁以下に詳しい。当初の内外部移転説は、松本博士により強く支持された（同・597－603頁）。ところが、東京控訴院は、強い譲渡担保だと債権者破産の場合、取戻権行使が不能となるのに債務は履行しなければならない不都合があると考え、外部移転説を採り、大審院はこの理論を採った。同・604頁は、この見解はドイツの少数説で、これを岡松博士が紹介し、更に鳩山博士が通説と紹介したので東京控訴院が採用し、大審院も採用したと説明する。弱い譲渡担保に賛成する一部学説を除いて（末弘巖太郎「債權總論（四）」（同編『現代法學全集』（日本評論社、1928年）20頁）、我妻「集合動産の譲渡担保に關するエルトマンの提案」（法協48巻4号465頁（1930年））497頁－500頁、我妻「判例賣渡抵當法」（『松波先生還曆祝賀論文集』（有斐閣、1928年）435－436頁）は、これを原則とする判例を批判した（松本・前掲・597－603頁）。ゆえに大審院は立場を改め、当事者の意思が明確でない場合、強い譲渡担保と推定するようになった。

今の判例は所有権構成を完全には崩さないが、担保権構成に傾きつつある³。現在の通説は担保権構成である（米倉明、近江、宮川不可止、高木多喜男、月岡利男等。所有権構成は鈴木禄弥、内田、道垣内、古積。伊藤進は何れも不採用）⁴。これと比較して買戻は、債権説と停止条件付所有権説の何れを採用にしても、買主は完全な所有権者である。いわば所有権構成である。譲渡担保の法的構成は債権者（買主）の地位が所有権者か担保権者かを問題とし、担保権構成は債権者を担保権者と解することによって債務者保護を図る。一方、買戻における法的構成の争いは、融資を受ける売主の地位を問題とする。買主の地位が解除条件付の所有権者であることに争いはみられない。売主の地位に関する論点は主に買戻権譲渡の方法であるが、それだけではない。かつての学者は、停止条件付所有権説ならば、売主が、売主に残る停止条件付所有権に抵当権を

³ 最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁は会社更生手続で、譲渡担保権を更正担保権とした。最判昭和57年9月28日判時1062号81号は「完全な所有権」を回復しうる設定者の地位より、不法占拠者への物権的請求権を認めた。最判平成11年5月17日民集53巻5号863頁は譲渡担保権者に物上代位権行使を認めた。最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁は集合動産譲渡担保で後順位譲渡担保権の設定を認めている。最判平成18年10月20日民集60巻8号3098頁は担保権者の債権者が弁済期後に目的物を差押え、登記をし、その後、設定者が受戻権を行使した上で第三者異議を主張した事件における傍論部分で、弁済期前の担保権者の所有権を債権担保目的に限定し、処分権限がないことを理由に設定者の受渡権行使を認める。総じて判例の立場は徐々に担保権的構成に傾斜しているといえる（古積健三郎「譲渡担保の法的構成と効力」（『民法の争点』（有斐閣、2007年）151—152頁は契約の目的が債権担保であることを重視しつつも、所有権構成をとる）。

⁴ 担保権構成にも①抵当権説、②一種の制限物権と考え、具体的内容は適切な処理という観点から決める説等がある。①は米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣、1976年）109頁、近江・第1章第4節・注8・282—283頁、宮川不可止・金法1751号41頁（2005年）。②は高木多喜男『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣、2002年）341—342頁、月岡利男『物権法講義』（法律文化社、2004年）269頁等。古積・前注3・152頁は所有権構成を採用。内田・前注1・548頁はその内、物権的期待権説。鈴木禄弥『物権法講義改訂版』（創文社、1972年）279頁、道垣内・第1章第8節・注21・293—294頁は設定者留保権説。伊藤進『担保法概説』5版（啓文社、1996年）212頁は何れも採らない。

設定できると主張した⁵。買戻において存在した抵当権設定の可否の問題に関しては、動産譲渡担保でも後順位譲渡担保権を設定できるかという似た議論がある。担保権構成からはこれを有効とし、所有権構成ならば、これを無効とする⁶。買戻のこの議論は異種の担保権の重複設定の問題で、譲渡担保の議論は同種の担保権の重複設定の問題といえる。だが買戻では買戻特約を重複してできるかという議論はされない。だがありえないかどうかは別問題であり、この問題は他の非典型担保とも併せて総合的に考察する。

こうした両制度の法的構成から第三者との関係をみてみる。譲渡担保で所有権構成を採るならば、所有権は担保権者にあるので、担保権者からの第三者は所有権を取得できる。担保権構成を採ると、担保権者は所有権者ではないから、不動産の転得者は民法第94条第2項の要件が認められる場合に所有権を取得できる。そうでない場合は、譲渡担保権のみを取得する。何れにせよ担保権者側の第三者が所有権を取得した場合、担保権設定者は目的物を取り戻せない。大判大正9年9月25日（民録26輯1389頁）は、担保権者側の悪意の第三者の事例で、内部関係の特約は悪意第三者にも対抗できないとしている。そうだとすると受戻権は物権的権利とはいえない。ただ譲渡担保には広義と狭義があり、広義に含まれる売渡担保は買戻や再売買を利用する。大正9年判決の譲渡担保は、買戻を用いた事実を認定していない。したがって、受戻権が物権的権利ではないという結論は買戻を用いない狭義の譲渡担保に限るべきであって、形式的に買戻を用いているときは、真正な買戻特有の効果である完全な所有権移転や期限経過による失権（再売買を除く）等は認められないが、真正な買戻と比べて、

⁵ 第1章第5節三・注6。フランスの判例（詳しくは木村他・第1章第5節一・注2・87頁）ではこれを否定したので、旧民法時代の梅・日本賣買法・第1章第5節・序文・注1・438—439頁は批判した。

⁶ 占有改定の順序による多数説と競合関係とする説がある。前注3・最判平成18年7月20日は前説を採用した。学説では、広中俊雄『物権法上巻』（青林書院新社、1979年）192頁、近江・第1章第4節・注8・297頁、同『民法講義Ⅱ〔物権法〕』（成文堂、1990年）157頁、内田・前注1・526頁、高木・前注4・361—362頁、山野目章夫『物権法〔第3版〕』（日本評論社、2005年）306頁、月岡・前注4・275頁等、前説が多数説である。競合説は、槇悌次（星野英一編『民法講座第2巻』（有斐閣、1982年））325頁、同『物権法概論』（有斐閣、1984年）126—128頁。道垣内・第1章第8節・注21・306頁は設定者留保権を担保目的として取得するとする。

売渡担保における不真正な買戻の債務者を不利益に扱う必要はないので、約定の受戻期限までは物権的権利である買戻権的受戻権ないし再売買予約権的受戻権として扱うべきである。こう考えるならば、権利行使の期限経過後は、このような物権的効果のある受戻権ではない受戻権が残ることになり、買戻を用いた売渡担保での受戻権は期限前と期限後で効果を分けることになる⁷。

譲渡担保権設定者が第三者に目的物を譲渡した場合、所有権構成なら、二重譲渡の問題となる。担保権構成なら、第三者は所有権を取得するが、譲渡担保権者は追及ができる。

買戻では、買主は完全な所有権を持つから、買主側の第三者は解除条件付ではあるが、完全な所有権を取得する。一方、売主が目的物を譲渡した場合、債権説では買戻権という債権を譲渡したことになり、停止条件付所有権説では停止条件付所有権を譲渡したことになる。

以上の議論は、民法典における買戻は不動産しか規定していないので不動産を前提にした。だが動産買戻も禁止されていない。そこで登記ができる動産は、不動産と同様に考えて良いから、そうでない動産についても検討する。問題となるのは即時取得である。動産譲渡担保で目的物の占有を移転した場合、担保権構成なら担保権者側の第三者の即時取得が問題になる。これに対し、占有を留保したなら、担保権者が占有していないので即時取得の問題は生じない。一方、買戻の場合で占有移転をした場合、買主側の第三者が即時取得をすると、買戻権の付着しない完全な所有権を取得する。売主に占有留保をした場合、第三者は即時取得をできないが、買戻権の付着した所有権を取得する。何れの場

⁷ 大判大正５年11月８日民録22輯2193頁は外部移転型の場合、弁済して返還請求をする権利は「物上請求権」であり、消滅時効にかからないとする。我妻・前注２・492-494頁は、外部移転型なら売主は所有権者だから受戻権は時効にかからず、内外部移転型ならば、20年の時効にかかるとする（民法第167条第２項）。買戻を用いた売渡担保において、受戻権を弁済期限前と期限後で分ける本稿の立場からすると、期限前の受戻権は期限があるから時効はまず問題とならない。問題となるのは期限後の受戻権の問題である。また我妻・前注２・490頁は受戻権行使による名義変更は抹消登記でも移転でもよいとするが、抹消登記による場合は、買戻を利用した売渡担保において弁済期限前に受戻権を行使した場合に限るべきではないか。抹消登記によるべき場合は既存契約の遡及的解除をする場合（買戻権行使の効果）ではないかと考えるからである。

合も所有権を取得できる。譲渡担保権設定者または売主側の第三者との比較で占有を移転した場合、譲渡担保なら、第三者は即時取得をしない。買戻の場合には即時取得をしないが、買戻権か停止条件付所有権を取得する。占有留保型の場合、譲渡担保でも買戻でも即時取得はありうる⁸。

債務の弁済期限（買戻なら買戻期限）を経過するとどうなるか。譲渡担保であれば、法的構成を問わず、帰属清算型なら設定者は、担保権者が清算義務を履行するまで元利金を弁済して受戻権を行使できる。処分清算型なら担保権者が第三者に処分するまで受戻権を行使できる。だが判例によるならば、どちらにせよ第三者に処分されれば受戻権行使はできないとされている（最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁。登記原因を「贈与」とする譲渡担保において、設定者が弁済期限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件）。帰属清算型で未清算の状態でも処分されると受戻権を失うならば、第三者対抗力がないことになるので受戻権は物権的権利ではない⁹。一方、買

⁸ 何れの場合も、明認方法を施すことで即時取得を防げるだろう。譲渡担保の実務で明認方法を施すか否かはまちまちである。堀内仁『債権・動産担保』（金融財政事情研究会、1970年）171－172頁によると、しばしば明認方法を施す。だが態様は一定しない。債務者倒産の場合に即時取得防止目的で施す場合もあれば（「今後の非典型担保」（ジュリ733号70頁以下（1981年））87頁鈴木正和）、契約時から施すことを励行する者もある（同・森井英雄）。明認方法の特約を入れても施さないこともある（同・安田與一）。実務では取得者の過失推定材料にする意識のようだ（同・森井、米倉明「動産の担保」（私法45巻24頁（1982年））24－25頁は記載内容にも検討を加える）。なお、集合動産譲渡担保に関する前注3・最判平成18年7月20日における訴外銀行に電話調査を行った。法務部によると、「一般論では、標識等を付け、公示になるようにしている。[‥‥]ただ、はがされないようにはしているが、はがされることもある。明認方法をするかは場合によるが、相手の信用状態に不安がある場合は初めから施す。明認方法は物の大きさにより、プレートや看板等を使用することもあり、小さな動産ではシールを使うこともある。[‥‥]明認方法には事実上の効果、つまり相手の過失推定材料になることを期待している。相手の明認方法と競合する場合、先に行って明認方法があったなら、融資を見直すので、明認方法が競合することはないだろう」、という。

⁹ 道垣内「日本民法の展開（3）判例の法形成－譲渡担保」（広中俊雄、星野英一編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、1998年）311頁）326－331頁も、受戻権は物権的権利（「物権レベル」）ではないとする。

戻の場合、期限経過で買戻権を喪失する。なお清算義務について考えると、譲渡担保なら必要とされるが、買戻ではこれまで問題とされたことがほとんどない（第３節で後述する）¹⁰。

二 所有権留保との比較

所有権留保は譲渡担保と似ている。譲渡担保と異なるのは、譲渡担保が、設定者の所有物を担保権者に譲渡するのに対して、所有権留保は、目的物の動きが逆であることである¹。目的物の移動に関する違いは買戻にとっても同じである。

所有権留保における割賦販売代金は原則として制限がないが、指定商品ごとに主務大臣が割賦販売代金の第一回賦払金の割合、代金支払期間を告示することがあり、また制限することがある（割賦販売法第９条、第10条）。また実際上の問題であるが、目的物の価格と売買代金は均衡することが多いといわれる²。所有権留保の目的物に関しては、宅地建物取引業法第43条により宅地建物取扱業者は土地建物の所有権留保ができないので、目的物はほとんどが動産である³。

法的構成については譲渡担保と同様に考えてよいといわれる⁴。したがって、法的構成により異なる第三者との関係については、物の動きが逆であることと担保権者に目的物を留保することがありえないことに注意をすれば、譲渡担保と買戻との比較において述べたことをあてはめればよいだけであるから、繰り

¹⁰ 議論が全くない訳ではない。近江幸治他「買戻制度と譲渡担保（下）」（Law School 48号）106－110頁が、買戻における清算義務を議論する。ただし、譲渡担保と買戻との区別を占有移転の有無で分けるドイツ法由来の理論を前提とした議論である。

¹ 内田・第１節一・注１・545頁、近江・第１章第４節・注８・302頁、高木・第１節一・注４・383頁。

² 高木・第１節一・注４・385頁。

³ 道垣内・第１章第８節・注21・349頁は不動産所有権留保の例を紹介する。

⁴ 内田・第１節一・注１・548頁、近江・第１章第４節・注８・302頁、高木・第１節一・注４・384頁。譲渡担保で所有権的構成をとった学者は所有権留保でも同じである（道垣内・第１章第８節・注21・351－352頁）。

返す必要はないだろう。

譲渡担保と買戻との比較において述べたことと異なるのは、所有権留保の目的物に重ねて担保権を設定する場合である。譲渡担保と異なり、所有権構成と担保権構成の何れを採ろうと、同種の担保権、つまり所有権留保を重ねて設定することはありえない。所有権留保の目的物の売主が複数ということはないからである。買主が別種の担保権を設定することはありえる。

弁済期限後の受戻については譲渡担保と買戻との比較で述べたこととほとんど同じである。ただ動産には減価が伴うことと関連して、清算方法が少し異なる⁵。

三 代物弁済予約との比較

代物弁済予約は、明治中頃には、その例がみられる（大判明治29年12月9日民録2輯11号57頁。土地代物弁済予約事件。判決は、これを流質と判断し、債権者の名義書換請求を認めなかった）。ここでは、主に代物弁済予約が盛んに利用された昭和54年の仮登記担保法前の代物弁済予約と買戻を比較する。

契約の成立面に関していうと、代物弁済予約の目的物の占有や所有権は、代物弁済予約義務者（債務者等）が債務不履行等によって代物弁済をすべき事由が生じるまで設定者に帰属している。買戻では契約時に所有権が買主に移るが、占有は移転する場合と留保する場合がある。代物弁済予約を消滅させるための

⁵ 内田・第1節一・注1・546—547頁によると、買主の既払い代金の返還をする場合、目的物の損耗分と差し引きする。したがって、50万円の物で買主が30万円を支払った時点で契約が解除され（解除不要の説もある。道垣内・第1章第8節・注21・355頁）、その時点で物の価値が25万円に低価したなら、30万円と損耗分25万円を差し引き5万円を買主に返す。近江・第1章第4節・注8・304頁によると、上の例だと、返還する物の価格（25万円）と残債務（20万円）との差額を返すとする。結局は同じ5万円が清算金である。何れにせよ、既払い金から損耗分を引くことの表現を変えているだけである。低価した価値を損害賠償と表現する説もあるが（内田・第1節一・注1・547頁、高木・第1節一・注4・387頁）、損害賠償とは必ずしも表現されない（近江・第1章第4節・注8・304頁）。もっとも割賦販売法第6条では「損害賠償」とし、これを制限する。動産は、減価が激しいので、清算を要しないことがほとんどである（内田・第1節一・注1・547頁、高木・第1節一・注4・385頁、道垣内・第1章第8節・注21・355頁）。

費用に制限はない。買戻は厳格に制限されており、特に利息の返還を定めることができない。

法的構成に関していうと、担保権者が予約完結権行使をするまで（停止条件付代物弁済予約では停止条件成就時まで）、設定者に所有権があるので、所有権構成や担保権構成といったことは問題にならない。だが担保権者の予約完結時（担保扱者の予約完結権行使を必要とする真の代物弁済予約と停止条件付代物弁済予約を併せて、このように表現する）から清算義務履行までなら問題になるとされる。それが問題となるのは担保権者の予約完結権行使前後に設定者側の債権者が目的物に強制執行をした場合である（代物弁済予約では、真の代物弁済予約が原則とされる。特に問題が生じるのは、こちらであろう）。例えば、債権者の予約完結権行使前に設定者側の債権者が強制競売を申し立てた場合である。このとき予約権者が第三者異議（旧民訴第549条、民執第38条）を申し立てられるか、あるいは優先弁済の訴え（旧民訴第565条）ができるのみかで争われる。予約権者が第三者異議をできる場合を所有権的構成といい、優先弁済の訴えしかできない場合を担保権構成といった¹。判例は、初めは担保権構成を採用した（債務者かつ設定者である原告への予約権者による予約完結請求に対する設定者の認諾が設定者の債権者である被告の競売申立に遅れた最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁。また傍論だが同趣旨のことを述べるものに最判昭和45年3月26日民集24巻3号209頁）²。だが代物弁済予約に関する判例の到達点とされる最大判昭和49年10月23日（民集28巻7号1473頁。設定者の債権者である被告による競売手続開始と、代物弁済予約権者である原告および所有権者との別件訴訟との先後関係が不明だった事件）は両説の折衷説である複合的構成を採用した³。設定者の債権者による強制競売が予約権者による予約完結権の行使前ならば、代物弁済予約権の私的実行をするにつき、正当な法的利益がない限り、配当要求のみしかできず、設定者の債権者による強制執行の前に、何等か予約完結権行使の手続を開始していれば、第三者異議が可能で

¹ 中野貞一郎・重判昭和49年度・129頁。他にこの問題について椿・重判昭和41・42年度・175頁。

² 椿・前注1・175頁によると、当時の有力民事訴訟法学説にしたがった判決である。

³ 中野・前注1・129頁によると、複合構成説は、当時は全くの少数説だった。同判例の評釈には他に玉田弘毅・重判昭和49年度・59頁以下等がある。

あるとした（現行仮登記担保法第13条①は、第三者が強制執行した場合、代物弁済予約権者は、抵当権者として優先弁済を受けるのみで換価処分を認めない⁴）。因みに譲渡担保でもこうした場合に関する議論がある（民事執行法施行前に、動産譲渡担保が設定され、当該動産に第三者が強制執行を開始した最判昭和56年12月17日民集35巻9号1328頁は譲渡担保権者による第三者異議を認めた⁵）。買戻では所有権が買主に帰属しているので、仮に売主側の債権者が強制執行をした場合、買主が第三者異議訴訟を提起できることに問題はない。だがそういうことが問題とされた事例を知らない。

複数の代物弁済予約が成立しうるかについて、動産の場合は複数の債権者と同一目的物に関して代物弁済予約をすることがありうる。不動産でも、第一の代物予約権者に遅れて第二の代物予約権者が仮登記を経由することがある（例えば、大坂高判昭和43年5月24日判時551号51頁は、被告代物弁済予約権者が設定をうけ、仮登記を経由した建物に先順位仮登記権者が存在した事件である）。買戻ではこうしたことは問題とされてこなかった（一で前述した）。

代物弁済予約でも、その実行後の清算義務が問題とされる。清算義務が本格的に争われたのは戦後である（第3節で後述。現在では仮登記担保法第3条①）。清算義務が認められるまでは野放しに近い状態だったが、前掲した昭和42年11月16日の判例から清算義務を認めた。そして弁済期限経過後も債権者が清算義務を履行するか、目的物を第三者に処分するまでは受戻が可能である。このことは、他の非典型担保と同じである（現在では仮登記第11条。なお清算期間満了後、受戻権は、5年の時効にかかる）。こうした期限経過の効果は他の非典型担保と同じで、かつ買戻とは異なる。買戻ならば、買戻権を失う。

四 考察

これまでで三つの非典型担保と買戻とを比較した。これらの非典型担保と買

⁴ 同判例は譲渡担保権者に第三者異議を認める点で所有権構成に親和的とされる。同判決の背景には、民事執行法による優先弁済の訴え（旧民訴第565条）の廃止がある。民事執行法は配当要求（第133条）ができる者を質権者と先取特権者に限定したので、譲渡担保権者に第三者異議を広く認める必要があった（中野編『民事執行・保全法概説〔第2版増補2版〕』（有斐閣、2004年）131頁）。

⁵ 同判決と所有権構成につき、瀬川信久、内田貴、森田宏樹『民法判例集担保物権・債権総論〔第2版〕』（有斐閣、2004年）82頁。

戻が異なる点を挙げると、第一に、被担保債権額（買戻は売買代金）である。他の非典型担保は基本的にその被担保債権額に制限がないのに対して、買戻は元金と契約費用にかぎられ、利息をえることができない。第二に法的構成である。買戻は完全に所有権が買主に移転する。その意味では所有権構成であり、その所有権行使は担保目的であることを理由とする制限を受けない。一方、譲渡担保や所有権留保における担保権構成では債権者が担保権者として扱われる。所有権構成でも担保目的の所有権移転であることを理由に所有権の内容は制限される（代物弁済予約でも予約完結後から清算までは法的構成の議論が生じる）。第三に、契約期間である。買戻以外の非典型担保には基本的には期間制限がない。第四に、買戻権と受戻権の違いである。前者は物権的な遡及的解除権であり、買主が第三者にした処分を全て消滅させる強力な権利である。だが買戻期限を経過した時点で失権する。後者は、弁済期限経過後も受戻権は存続する。だが遡及的解除権ではないし、物権的効力を持たない。少なくとも弁済期限経過後に設定者に残る受戻権はそうである。つまり買戻の買主は、所有権を確定的に買主に帰属するための実行行為を必要としない。他の非典型担保の場合は、担保権者が設定者の受戻権を喪失させる何等かの私的実行行為を必要とする。また弁済期限経過後、特に処分清算型の場合に担保権者に処分権が帰属した後、設定者が受戻権を行使し、そのことを登記する前に、担保権者が第三者に対して何等かの負担を設定した場合には、担保権者には処分権限があったのだから、設定者はその負担を引き受けざるをえない。一方、帰属清算型なら担保権者の清算義務履行まで処分権限はないだろう（だが、一前掲・最判平成６年２月２２日の立場はそうではない。譲渡担保の契約類型を問わず、弁済期限後の担保権者の処分権限を認める）。

第一の相違点の理由は、買戻は、買主が買戻の目的物で使用収益することを前提しているのに対して、他の非典型担保ではそのような前提がないことによると考えられる。第二の相違点の理由は、買戻の買主は、その目的物で使用収益処分することが前提されるので、譲渡担保のように所有権行使が担保目的に限られない完全な所有権が買主に帰属する必要があるが、他の非典型担保ではそのような前提がないからだと考えられる。第三の相違点の理由もやはり、買戻では買主の所有権者としての使用収益処分を前提するので、いつまでも所有権の所在を不安定にすることはできない。他の非典型担保では担保権者による使用収益処分を前提しないので、期間を制限する必要が生じない。第四の相違

点の理由は、買戻は買主の目的物の取得を目的とする担保である一方、他の非典型担保は目的物の換価により、価値を実現し、債権の満足することを目的とする担保であることによると考えられる。そして他の非典型担保では価値実現のための私的実行手段が必ず必要になる。物の取得ではなく、価値の実現による債権の満足が目的であるから設定者が債務を弁済すれば、私的実行による価値の実現が完了するまで、受戻権が存続するという違いとなって現れてくる。つまり第一から第四の相違点は、目的物の使用収益あるいは取得を目的とするか、そうではなく目的物の価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保であるかに根源をもつと考えられる。

そして買戻と他の非典型担保とのこの根源的な相違点が、各非典型担保で同種の後順位担保権あるいは別種の担保権を設定できる否かに関わると考えられる。

まず同種後順位担保権の設定をみる。これが可能である場合の条件を試みに挙げてみよう。まず①設定時点で所有権移転に関する登記等の公示手段をしない。②所有権が設定者に、あるいは設定者にもある。③初めに担保権者に目的物の占有がない。これは所有権留保だけしか問題とならない。思いつく限りでは、以上が条件である。なお以上に対し、設定者から担保権者への目的物の占有移転を要しないことは必要条件ではない。なぜなら動産質権の重複設定が可能だからである（第355条）。起草者は質権者や代理占有者である第三者が第二順位の質権を認めて第二順位者の代理占有者となる場合を想定していた¹。

不動産譲渡担保は①を満たさない。所有権構成を採った場合の譲渡担保、所有権留保、それと債権説を採った場合の買戻は②を満たさない。買主の売主は買戻権という債権をもつだけだから、目的物そのものの所有権に担保権を設定することができないからである。また所有権留保は③を満たさない。二人以上の売主が同じ商品に所有権留保をすることは考えられない。残る担保権構成を採った場合の動産譲渡担保、代物弁済予約は①②③を満たし、理論上、重複設定が可能である。停止条件付所有権説を採った場合の買戻では、①を満たさな

¹ 民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・637—642頁、特に640頁梅。地所質入書入規則（明治6年1月17日太政官第18号）第10条は、第一順位の書入質権者が第二順位の書入質の設定を承諾した場合に書入質の重複設定を認めたのだが、これを質入でも認めたのだろう。起草者富井博士はこの法律を知悉していた（民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・649頁富井）。

いが売主が停止条件付所有権を買戻特約付で売ることが理論上は考えられる。他の非典型担保とは、所有権が設定者にもあることが違う。

次に異種の担保権設定の可能性をみる。これは担保権構成を採った場合の動産譲渡担保と所有権留保、そして代物弁済予約²、そして停止条件付所有権説をとった場合の買戻ではありえる。所有権留保が含まれる点で同種後順位担保権設定よりも若干広い。以下はこれらにみられる特徴である。①設定時点で所有権移転の登記等の公示手段をしない。②設定者に、あるいは設定者にも所有権がある。以上が挙げられる。

動産譲渡担保、所有権留保、代物弁済予約は①を満たす。②は前二者では担保権的構成をとることが必要である。代物弁済予約は問題なく、②を満たす。これらに関しては①②の条件の具備で十分といえるだろう。

買戻は、①を満たさないが停止条件付所有権説を採った場合、完全な所有権が担保権者にあっても②をみたす。この停止条件付所有権に抵当権等を設定できる³。

以上からすると、同種後順位担保権設定でも異種担保権設定でも必ず必要な条件は、担保権設定者に②、つまり何らかの形で所有権があることである。設定者に何らかの所有権があると構成することは、その目的物そのものに後順位担保権を設定する必要条件である。譲渡担保や所有権留保の法的構成には所有権構成と担保権構成があるが、その間には設定者留保権説、物権的期待権説等の所有権構成に分類されても、担保権構成との間のグレーゾーンのような学説がある。だが所有権構成に片足を置くことで、更なる担保権設定ができるという差がある。

このように、必要条件②に注目すると、物に着目する担保でも学説によって

² 不動産代物弁済予約で別の担保権を設定する例として、予約権者が抵当権を併用した三前掲・最判昭和42年11月16日と代物弁済予約権者と抵当権者が争った三前掲・最判昭和49年10月23日等がある。一債権者が代物弁済予約と抵当権等を併用するのは、有利な担保権を選択的に行使するためである（なお最判昭和43年2月29日民集22巻2号454頁は抵当権実行後の予約完結権行使を認めない。賛成・川井・第1章第8節・注10・204頁）。

³ 梅・日本賣買法・第1章第5節・序文・注1・439頁。その抵当権は停止条件付抵当権である。もっとも法概念上は可能でも、現行法では停止条件付所有権に抵当権設定をすることが技術上、可能かは解らない。

は重複担保設定が可能である。すると物に着目し、その使用収益、取得を目的とするか、あるいは価値を実現し、債権を満足することを目的とするかは、重複担保権設定の可能性に決定的な影響をあたえないことになる。しかし後者における後順位者の地位と前者における後順位者の地位は同じではない。そして通常の意味の後順位担保権者の地位は、後者における後順位者の地位である。

後者の担保、つまり非典型担保における重複担保設定では、物を換価した金銭を順位にしたがって配当すればよいが⁴、二番目の買戻特約付売買における買主の地位は、解除条件付停止条件付所有権者である。つまり売主が買戻権を行使すれば、解除条件付停止条件付所有権は解除条件付所有権になり、初めの買主と同じ地位になる。異種の担保権（抵当権等）を設定した場合、後順位者の地位は、売主が買戻権を行使すれば、停止条件付の担保権が通常の担保権に昇格する。これは流質契約がある目的物に第二順位の担保権を設定することと似た話である。設定者が受け戻せば、二番目の担保権者がその質物から配当がえられる。二番目の担保も流質だったならば、質物の取得の順位が上昇することになり、二重に買戻をした場合と非常に似た状態になる。流質契約は物の取得を目的とするという意味で買戻と性質が同じだといえる。何れにせよ、先順位者によって、目的物が取得されてしまうと後順位者の地位は実現されない⁵。

このように、重複担保設定自体はどちらでも可能だが、担保権の重複設定に関する買戻と他の非典型担保とは実現面で違う。その違いは、物の取得を目的とする担保か価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保かの違い

⁴ 最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁は、集合動産に重複して譲渡担保権が設定された事案で、後順位譲渡担保権の設定を認めた上で、後順位者の私的実行を配当手続の不備を理由に認めなかった。譲渡担保は価値の実現を目的とする担保であるから、手続が整備されていれば、実現された価値を順位に従って、配分する筈である。だが代物弁済予約（仮登記担保）のように手続が整備されていないので、このような判断をしたと考えられる。

⁵ 通常の質が価値の実現を目的とし、流質が物の取得を目的とするという着眼点については、すでに民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・614頁穂積、615頁富井が指摘していた。また同・639—640頁梅は、流質契約がある質物に重ねて質権を設定した場合の第二順位者の地位については、設定者が受け戻せば、先順位の流質が消滅し、第二順位者の地位が上昇するという、本文で述べたことと同様のことを述べる。

に根源をもつといえる。そして重複担保設定の意義を担保権者間の価値の分配に限定するならば、それは、価値を実現し、債権の満足を目的とする担保だけが可能である。

総括すると、買戻と他の非典型担保との比較では次の面で相違点がみられた。目的物の取り戻し代金、法的構成、期間、買戻期限または弁済期限経過後の効果、そして目的物に重複して担保権を設定する場合の実現方法である。そして何れも目的物の使用収益そして取得を目的とする担保なのか価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保かの違いに根源をもつといえる。また担保権の重複設定には、設定者に何等かの所有権が残らなければならないということもわかった。

買戻と非典型担保とを比較した場合の買戻の特性を以上の通り、理解したならば、買戻を利用した非典型担保である売渡担保と真正の買戻をどのように区別するかも解明されるだろう⁶。

⁶ 買戻と不動産質との比較も、物に着目する担保か価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保かという観点から重要である（不動産質は後者）。だが本稿は、買戻以外の非典型担保と買戻との比較であるから、詳細は省いた。現時点の所見をのべるなら、こうである。本文でのべた第１点は被担保債権額についてである。不動産質も利息をとれない（第358条）。しかし特約が可能である（第359条）。つまり、直接の使用収益だけでなく、利息による収益も考えられている。第２点は買戻だけが完全に所有権が移転する点である。その理由は、買戻が目的物を使用収益処分するから所有権原が必要なのだとのべた。だが不動産質も使用収益が可能である（第357条）。だが所有権が移転しないので、使用収益は、「目的である不動産の用途」という制約をうけ、また処分はできない。第３点は契約期間制限についてである。制限の理由は、買戻が解除条件付所有権移転であり、所有権の所在を不安定化させるからだとのべた。だが買戻も、不動産質も期間は10年である（第360条①）。だが不動産質は所有権やそれに基づく法律関係を買戻程、不安定にはしない。だからこそ更新が認められる（同②、民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・691頁富井は、不動産質が財産の融通、改良を妨げるとのべる。同じことは買戻でものべられるが、買戻程とは考えないだろう）。第４点は、本文でのべた以上のことはない。以上からすると、不動産質は、第１点から第３点につき、先にのべた担保の中間型態といえる。今後、買戻と他の非典型担保を両極端として理論をつめる必要がある。ただ買戻は処分まで前提されたことが不動産質との違いに大きく関わっているだろう。

第2節 買戻特約付真正売買と売渡担保

形式において買戻（広義）を利用するけれども¹、買戻特約付真正売買か売渡抵当ないし売渡担保（同義である。特別の場合を除き、売渡担保に統一する）²か争われる場合がある。この場合、買主は真正買戻であると主張し、売主は売渡担保であると主張するが、売渡担保と判断されることが極めて多い。そこで本節では、こうした事例における判例・判決を網羅的にみることで、裁判所はどのような基準で真正な買戻か売渡担保かを区別しているのかを見極め、そうして抽出された基準を、今までの考察をふまえて、更に検討する。学説では我妻博士が両者の区別の必要を感じていたのだが³、そのことに触れた論文の目的は譲渡担保と売渡担保との区別であり、両者の区別が主目的ではなかった。

こうした事例研究に入る前に裁判所によるどのような事実認定に注目するかを定めることが必要である。参考として米国にも類似の議論がある。日本で争われる場面とは違うようで、債務者破産の場合で譲渡担保か真正売買かが争われるという。そこでの判断基準も参考にして、仮にはあるが、次の考慮要素

¹ 広義の買戻に含まれる再売買予約には、買戻のような制限がないので、学説は、再売買が広義の買戻の大半を占めるという（我妻・第1章第4節・注7・326頁、柚木・第1章第2節・注1・301頁、川井・第1章第8節・注10・213頁、石川＝尾中・第1章第8節・注1・113頁、近江・第1章第4節・注8・278頁、内田・第1章第8節・注1・155頁）。だが、そのように言い切ることはできない。詳細に調査する必要があるが、本稿で扱った買戻事件は約80件である。研究対象に偏りがあるのかもしれないが、特に戦前では買戻事件が相当に多い。理由は考えうる。戦前は大地主の買占めが横行した。そして買占めのために買戻は有効であったと考えられる。なぜなら売主にとって買戻権は強力かつ一方的権利であるから、買主は何も得をしない。だから低価で目的物を買受ける。買戻権が行使されなければ、実に低価で土地を取得できる。一方、再売買は制限がないので、色々と買主に有利な条件を加える分、買戻よりも高価で買受けることが多かったのではないか。こう考えると、買占めには、買戻の方が費用が少なくすむ。

² 明治中頃までの「抵当」の意義は、現代の抵当権の意味ではなく、単に借金の引当、つまり担保の意味しかない。

³ 我妻・第1章第8節・注18・129頁。

を挙げてみよう。無論、それらを判断基準とするかは事例研究をしたうえで最終的に決定する。まず①譲渡担保であることの合意、②清算義務の存在、③債権の存在、④買戻・再売買特約の存在（広義の買戻）、⑤売主への占有留保、⑥利息相当額の授受、⑦売主の信用不安の場合に目的物を第三者に売却する特約、⑧売却価格が低い、⑨譲渡資産の特定性が弱い、⑩買戻期間の長短、⑪税金の負担者等を挙げてみる⁴。本節では、売買の内、主に狭義の買戻特約付売買と、広義の譲渡担保の内、④がある売渡担保との判断基準を述べる。真正な④に、何かが加わると真正買戻特約付売買契約ではなくなるのか。

以下、①と②は順番通りに述べるが、③以下は、これまでみた④との関係で検討した方が適当なので、順番に拘らない。

一 当事者の合意

譲渡担保または売渡担保である合意（①）が契約文に明記されているなら、真正な買戻かどうかの判断は不要である。

清算義務を定めている場合（②）も決定的といえる。非典型担保において、初めから清算義務が認められたわけではない。清算義務は判例法理によって認められた。特に代物弁済予約では債権者の丸取りが野放しだった。譲渡担保における担保権者の狙いは、典型担保における煩瑣な執行手続回避の他に、被担保債権額に比して、過大な担保を取り、その所有権を帰属させるか第三者に処分して、被担保債権額との差額をえるということもある。その利益を放棄して契約で清算義務を定めるなら、売渡担保といったのと同じである。この点につき、最判昭和41年9月29日判決（民集20巻7号1408頁）は既存債権の代物弁済として連帯保証人の不動産の提供を受け、清算をする合意をしていた。判例は、代物弁済契約の形式で担保不動産を債権者に移転し、既存債務を消滅させず、不動産を処分して清算することが行われうるとし、事案の経緯から清算の合意をしているので、原審が本件契約を代物弁済契約と判断したのは疑問だとし、

⁴ ①から⑤および⑧⑨の点につき瀬川信久「流動化・証券化の法律問題～資産の移転と証券の発行流通」(金融法学会『金融法研究 資料編17』(金融財政事情研究会、2001年) 87頁以下) 99頁。白石洋一『貸出債権証券化の方法』(東洋経済新報社、2000年) 100-105頁)等を参考にしている。⑥⑩⑪は判例の検討をふまえて独自に入れたものである。

原審を破棄し、差し戻した¹。清算の合意は譲渡担保または売渡担保と判断するための決定的要素である。

二 買戻特約付真正売買か売渡担保か争われる事例

④があり、売渡担保と認定された事例では特に③⑤⑥を伴うことが多い（⑧⑩もよくある）。③⑤⑥⑧⑩は狭義の譲渡担保にも多くみられる。ここではこれらの要素のうちどの要素が、買戻特約付真正売買と認められないことの決定的な要素であるかを考察する。買戻の歴史から考察した真正な買戻から逸脱するものがある筈である。以下ではまず戦前の事例を（１）で扱い、次に戦後の事例を（２）で扱う。戦前と戦後では現れる事案の数と審級に差があるからである。また戦前には解釈の揺れもみられる。

1 戦前の事例

買戻特約付真正売買か売渡担保か争われる事例の存在は旧民法典前の伺指令（第1章第4節）でも確認できた。判例でも現行民法典施行前から同種の争いが存在したことを確認できる。だが戦前までの事件における争点と戦後の事件におけるそれとが同じとは限らない。以下では戦前の事件を年代順にみてゆく（以下では整理のために判例に番号を付し、冒頭にあげた考慮要素の番号を各判例の要約に付す）。

【1】大判明治29年10月30日民録2輯9号119頁 買戻特約付売買契約事件。主要な争点は期限までの買戻代金供託の要否だが、争点の一つで、売主側は本件契約が借入金の「抵當」に過ぎないと主張し、買主側は買戻条件付の純粹な売買だと主張している箇所がある。判決は、原審が買戻条件付売買と認定したことを是認した。

買戻特約付真正売買における権利行使に供託を要とした場合、供託しなければ、買戻期限経過で買戻権を失う。だから買戻権行使における供託の要否が争われる。だが買戻特約付売買ではなく売渡担保であるなら、所有権移転が

¹ 代物弁済なら、完全に所有権が移転し、譲渡担保と判断されれば、受戻が可能であることが争点だったのだろう。

ないので、買い戻すための供託は必要ない。だから売主は本件契約を「抵當」と主張したのだろう。

【２】大判明治30年12月8日民録3輯11号36頁 売主は所有する海産干場と付属海面建物を買戻特約付で買主に105円で売り渡した。元々、売主は同額の債務を負担していた（③）。買戻期限は、明治23年6月である。この契約文書には本件契約を売買とする証書と「ソノ實抵當ナル旨ノ證書」があり、買戻権行使をしなかったなら、後者の証書が無効になる契約が存在した（⑦）。売主がこれ等の不動産の取戻を請求した事件である。原審は、この契約は期限までに買戻をしない場合には後者の証書が無効となり、仮装的売買を真実の売買とする契約と認定した。売主上告。売主は次の主張をした。「抵當」すなわち貸借関係と判断したなら、売買ではない。売買とする合意の事実がなく、遡及して事実を変更することはできない。表向きは売買だが「貸金抵當」であり、売戻文言も仮装であり、事実、「抵當受出し」である。原審の趣旨が債務不履行を停止条件とする売買予約ならば、直ちに代金と債務が相殺される等と主張し、そうなら抵當直流れであつて、抵當原理に抵触する。買主は、本件契約を売買と主張した。判決は、本件契約が「抵當貸金」であること認め、期限到来の一事で、貸借を売買とし、抵當直流とする合意は条理上許されないとし、原判決を破毀し、差し戻した。

売買か担保かを争う理由は、明治29年判決と同じである。注目すべきは「貸金抵當」と言う売主の主張で、大審院がこれを採用したことである。要するに、所有権を失いたくない売主側が「貸金抵當」、「売渡担保」、「売渡抵當」等の様々な用語をつくりだしたことが推測できる（流抵当禁止については第3節で後述する）。

【３】大判明治31年10月12日民録4輯9号25頁 不動産買戻特約付売買契約事件。目的物は売主の所有地であり、売買代金は130円である。買戻代金は130円に月一歩3朱の利息を足した額である（⑥）。同地は売主に占有留保され（⑤）、売主が耕作していた。また租税は売主が負担した（⑪）。小作米の取り決めもなかった。買主が同地を売主に無断で第三者に譲渡し

たので、売主が買主に対して損害賠償請求をした。原審は本件売買を抵当契約とし、売主の請求を認容した。買主上告。買主の上告理由は次の通りである。売主が本件契約を「抵当契約」と主張した事実はない。買主は、抵当契約は存在しないと証明したのに、原審は理由なく、抵当契約とした。大審院は、原審の認定事実より、売買の事態に反する事実があることを認め、売買は仮装で、「貸金ノ抵当」であるとした。上告棄却。

売主は、担保と主張することで所有権移転の事実を否定し、それを前提に買主の転売行為が不法行為であると主張している。判旨では明確に真正な買戻特約付売買か担保かを区別しており、幾つかの要素を挙げている。利息 (⑥)、租税負担 (⑪)、占有主体 (⑤)、地代の有無である。これらを認定し、通常の売買と乖離しているとした。⑪につき、旧政府法では、質権設定者に租税を負担させることは違法だった(徳川百ヶ条第31条)。また当時の地租条例(明治17年3月15日布告第7号)でも地租負担者は、土地台帳記載者である所有者であり、かつ質権を設定した場合は質権者であった(第12条、土地台帳規則1条)。第1章第4節でみた伺・指令でも売主が所有権を買主に移しつつ、売主が租税を負担しており、売主が買主との紛争において所有権移転の事実を否定する例を確認できた。そして、三重裁判所はこれを担保として処理して良いかの伺をし、政府は、売買の可能性を残しつつも基本的には伺の通りとしていた。同じ処理をしている。

【4】大判明治34年12月20日民録7輯11号65頁 宅地買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治25年4月29日。買主の売主に対する120円の既存貸金債権がある(③)。所有宅地を売買代金49円で売渡し、残債務71円については宅地上の建物に抵当権を設定した。利息は月240円(⑥)。月200%になる。誤記か)。前訴において、買主が当該売買契約は事実の売買と主張し、宅地の地代を売主に請求した(⑤)。売主は、当該売買は売渡担保に過ぎないと主張し、宅地代金に利子をつけて弁済するので、宅地所有権の名義を売主主義へ書き替えることを請求する反訴を提起した。前訴の宮城控訴院は、当該契約は金銭貸借であるから、売買は仮装とし、買主の地代請求を棄却した。売主の反訴については、金銭消費貸借で借りた49円と71円を分割弁済しようとするのは不法と判断し、棄却した。上告審で控

訴審の事実認定は確定した。その後、売主は120円と年2割4分の利子等諸費用を全額弁済し、宅地名義の書替および建物抵当権の登記抹消を求める本訴を提起した。原審で売主は、前訴の事実認定に基づき、本件売買契約は仮装であって、金銭貸借だと主張した。だが原審は、(1)本件契約を売買と認定した。また(2)仮に本件売買を金銭貸借の抵当としても、期限経過までに売主が約款（弁済）を満たさないときは、約款は無効になり、売買は真正なものと確定する合意があり、売買は有効だとして、請求を棄却した。売主上告。上告理由において売主は次の主張した。(1)につき、前訴で確定した事実認定を認めないことは不法である。(2)につき、売買が仮装で無効あるなら、解除権である買戻権も無効であるのに、原審は売買を仮装としつつ、本件契約は有効とすることは理由が抵触する。判決は、前訴で確定した事実は主文に包含されるものであり、この事実は覆されないとし、(1)の不法の主張を認め、これを基礎に該契約は「抵當貸借」であるので貸借の規定を適用すべきとし、期限に弁済できないときは「抵當物件」を弁済に充てる契約は、裁判上、有効としない慣習と判断し、原審を破毀し、東京控訴院に移送した。

買主は真正売買を主張し、売主は、売買の実質は「抵当」であるから売買は仮装で無効であり、売買が無効なので買戻特約も無効と主張している。恐らく、「抵当」と主張することで、買戻期限を経過しても目的物を取り戻せるといいたいのだろう。買戻期限経過後に債務を弁済し、受戻を求めている。この前提には、真正な買戻特約付売買契約でなく、実質が担保なら、受戻権を喪失しないという考えがあるのだと思われる。原審はこれを否定したが、大審院は、前訴における確定事実を前提としつつ、当該契約は買戻特約付売買契約ではなく、売渡担保（「抵當貸借」）としている。

【５】大判明治35年5月24日新聞91号16頁 事実は原審（東京控判明治34年10月18日新聞59号6頁）の「理由」から総合する。売主はその所有家屋の所有権を買戻条件付もしくは再売買予約権付で売却した。買主が該家屋を転売し、代金を受領したので、売主は本件契約は売渡抵当であって、真正に売買をしたのではないと主張し、所有権に基づいて、買主に不当利得返還請求をした。また債務の弁済も主張した（その他の事実は不明）。判

決は売渡抵当が債権担保目的であって、抵当権の執行手続を免れる目的であるとしつつも、売買であることを否定すれば、買主は抹消登記に応じねばならず、また抵当権の登記もないので第三者に対抗する手段がなくなる。それは当事者の意思に反することを理由に「真正の賣買」と判断した原審判決を是認した。

所有権移転の有無を争う点は、明治29年以来の判例と同じである。本判例における争点を敷衍すると、売渡担保なら建物の所有権は売主に残り、買主はその建物を処分できない。したがって不当利得返還請求の根拠となる。売買なら買主のした売却は処分権限に基づくものであるから、不当利得にはならないということだろう。これまでの真正な買戻と売渡担保を区別する判例によれば、売主が勝訴する筈だが、この判決では両者を区別せず、売主を敗訴させている。買戻が担保目的をもつ売買であることと、更にそれを売渡担保と認定することは違うのだが、両者を区別しなかった。当事者がそうした区別を主張しなかったからかもしれない。この判決は公式判例集には掲載されていない。

【6】東京地判明治44（ワ）516新聞803号23頁 建物買戻特約付売買契約事件。明治42年12月22日、売主（Y 1）は所有建物を買主（X）に500円で売却し、引き渡したが、明治43年3月31日までY 1にその保管を委託した（⑤）。同日が買戻期限である。そしてY 1はY 2より地所を借り、建物を保管した。期限が到来しても、Y 1は買戻代金を支払えず、5月31日まで保管を延期された。その後、Y 1はY 2に所有権を移転したのでXはY 1 Y 2間の売買の無効を主張した。これに対し、Y 2の主張は次の通りである。明治41年12月27日、Y 2は訴外人より当該建物建築を請け負い、Y 1に建築を下請した。Y 2は資金が乏しいので出来高に応じ、報酬をY 1に払い、その都度所有権を移転することにしていた。明治42年12月30日までにY 2はY 1に2400円を支払った。明治43年3月14日、注文者より注文取消の通知を受け、下請を中止した。以来、Y 2が建物を占有し、所有権を持つ。Y 1は次の主張をした。Y 1が材木代金500円の支払いが滞っていたので本件物件をXとの売買名義で担保に供した（③）。所有権を移転する意思はなかった。それは当該建物が2000円以上なのに売買代金500円であることから明らかである（⑧）。またXとの売買は虚偽表示であり、

無効である。判決は次の通りである。Y 2 主張の所有権移転は認められない。また信託的に売買行為をしたときは、第三者関係でも当事者関係でも所有権は移転する。だが売主と買主相互の関係では担保目的に制限され、債務の弁済期、買戻期限までは建物を処分できない。期限が経過しても売主が債務を弁済するときは、物件を返還せねばならない。買主が処分した場合、買主はその代金から債務額を控除した額を返還せねばならない債務を売主に対して負担するに過ぎない。本件物件の所有権は買主 X にある。X Y 1 間売買は虚偽表示ではない。Y 2 の占有は権原がないので X に建物を引き渡すべきである。

買主 X は売買契約が真正売買だと主張し、売主 Y 1 は担保目的だと主張し、所有権移転の事実を否定する。争点は今までとかわらない。だがこの判決は、**【５】** 判決と同じく、買戻特約付売買契約の特約を含む内外部移転型の売渡担保と判断し、同判決と同じく、真正な買戻と売渡担保を区別しない。

またこの判決は、所有権が内外部共に移転するとしつつ、期限経過後の受戻権と清算義務を認めている。当時、売渡担保における担保権者の清算義務を認める判決がではじめていたのだが、そのことについては第 3 節で後述する。

【７】東京控判大正 2 年 8 月 9 日新聞898号21頁 買戻特約付売買契約事件。原告は 8 村に散在する 17 人の地主である。売買名義で 1 買主に地所を売り渡した。各契約はその全てが同じではない。契約 1 は、明治 26 年 6 月 28 日に締結された。地主は 6 人である。契約 2 は、地主が 13 人（契約 1 の地主と一部重複する）で、買戻期間は明治 29 年 12 月 1 日から 20 日までであり、期限後は失権すると定められていた。更に元地主は小作人になることが定められ、小作料（⑥）遅滞の場合も失権すると定められていた。これ等の地所を買主が転売したので、地主等は、所有権侵害を理由に損害賠償請求をした。売主は、本件売買は虚偽表示であって、実際は抵当流を約した「抵当権」の設定であると主張した。買主は次の主張をした。本件土地を「真正に且つ單純に買受けた」。本件売買は「買戻特約付の真正なる賣買」かそうでなくとも「信託行為」により所有権を譲り受けた。判決は次の理由で売主等の請求を棄却した。契約 1 は金員借用の「擔保」として地所を信託的に譲り渡したが、別証拠により買戻特約のない売買を結び、かつ小作

の文言もない契約を明治27年10月3日に結んでいる。それにより担保関係を離脱したと判示した。契約2も、「眞實なる賣買契約及び賣買契約」ではない。売買代金と同額の金銭を借り受け、小作料を利息とする「賣渡抵當」である。買戻特約付売買契約としたのは、法律生活に慣熟しなかったからである。買主への信託譲渡であったとする点は認めることができ、虚偽表示ではなく、「抵當權設定並に流抵當の契約」ではない。この場合において、所有權移転は内部的には所有權者に残る場合と内外共に移転する場合があります、前者なら目的物を担保目的に反して処分できず、後者なら担保目的以外に所有權を行使しない契約を結ぶことがある。また括弧書きで目的物を処分した場合は残金を返還すべきとし、本件は後者だったとした。それは次の理由による。買戻特約と賃貸借が存在しているが、買戻は所有權復歸を意味するのに、賃貸借契約をしているので、自己の物の賃借はない。以上により、所有權は買主に移転しているので、売主の權利侵害にはならない。

大量の土地買占めと思われる事件だが、判決は、先例通り、真正買戻と売渡担保を区別している。そして本件契約を売渡担保と認定した。だが売渡担保と判断した上で更に所有權が内外部的に担保權者に移転するかどうかを判断している。当時の判例は売渡担保を含む譲渡担保において所有權構成をとっているから、当然、なされうる判断である。

他に本判決では流抵当契約であることを否定し、また売渡担保における清算義務を認めているが、これらについては第3節で後述する。

【8】大判大正5年11月8日民録22輯2193頁 土地建物買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治18年。買戻期限は大正4年7月19日。売主が買主より金銭を借り受けており(③)、これを担保するために土地を売り渡し、登記を経由した。買戻代金は60円。その内35円を明治26年に弁済済みである。売主は、所有權移転が仮装であり、売渡抵當であると主張し、所有權確認と登記抹消を請求をした。原審は次の通り、売主の請求を認容した。本件売買は担保目的であり、真に所有權を移す意図がなかったので、所有權は売主に属し、債務を弁済すれば所有名義を回復できる。また本物返は買戻特約付売買のことであって売渡担保とは異なる。売渡担保を本物返と

同視することは誤りである。買主上告。買主の上告理由は主に次の通りである。(1)売渡担保だから所有権が移転しないとはいえない。所有権が移転する買戻あるいは再売買も共に売渡担保である。(2)買戻特約付売買（「本物返」）も売渡担保である。売渡担保という一定の法律行為があるのではない。この区別の理由を明らかにしないことは不法である。(3)所有権が内部では売主に外部には買主に帰属する関係の所有権概念は日本法にはない。(4)売渡担保には次の二つがある。第一に、所有権を移転する物権契約。第二に、売主の債務弁済と共に権利を返還するか、あるいは債権者が目的物を処分し、余剰を債務者に返還する。したがって、売渡担保では所有権が移転する。大審院は次の通り判断し、上告を棄却した。(1)につき、原審は、当事者には所有権を移転する意思がなく、売渡担保だとしたのであって、売渡担保だから所有権が移転しないと判断したのではない。(2)につき、売渡抵当は当事者間では所有権を移転しない信託行為であって買戻条件付売買である本物返とは性質が違う。(3)につき、所有権移転に関する内部外部の区別は所有権の本質を害すものではない。(4)につき、売渡抵当では所有権を移転する意思はあり、そのような表示もされるか所有権行使は担保目的に制限され、絶対的に所有権を移す意思ではない。

買主が売渡担保であることを争わない点がいままでの買主の主張とは異なる。売主は、従来通り、本件売買を売渡担保であると主張し、所有権移転を否定している。一方、買主は買戻特約付真正売買を売渡担保に含める主張をし、売渡担保における所有権の移転を主張した。買戻を使った売渡担保で所有権が移転するのかもしれないかを争っている。原審は売渡担保と買戻特約付真正売買とを区別しており、大審院も売渡担保では所有権が移転しない、あるいは絶対的には移転しないとし、従来先例に従った。

【9】大判大正10年3月5日民録27輯475頁 宅地買戻特約付売買契約事件。明治40年12月27日、訴外売主は本件宅地を訴外人より2431円で購入した。だが訴外売主は売買代金が不足したので、本件買主に宅地を1430円で売却した。買戻代金は売買代金と年1割8分の利息を上乗せした額である(⑥)。買戻期限は5年後である。契約と同時に売主は宅地を買主から賃借した(⑤)。賃料は160円（利息制限法違反）である(⑥)。訴外売主は、期限

に代金を弁済せず、大正2年3月26日、買戻権放棄の意思表示をした。その後、買主は本件宅地を第三者に9000円で売却した(⑧)。売主は第三者に残額返還請求権を譲渡し、同債権の譲受人(X)が買主に返還請求した。Xは本件売買が売渡担保であることを主張した。一方、買主は買戻特約付売買契約であると主張した。原審は次の通り判断した。本件契約は、買戻ではなく、信託担保であり、所有権は訴外売主に留保されている。買戻を前提にする抗弁は採用できない。弁済期限後は買主が目的物を自由に処分し、自己の債権に充当できる契約であり、余剰があるときは売主に余剰金を返還する義務がある。売主の債務は売却代金の債務への充当で消滅した。また本件契約における賃料を利息と認定している。買主上告。上告理由は次の通りである。買戻期限後は所有権が永久的に買主に帰属する。期限までに弁済がなければ、目的物を第三者へ処分するのも自由であり、残金を売主に支払う必要はない。仮に「賣切擔保」だとしても売主の債務は存続するから、残金の返還義務はない。また売主は債権譲渡手続に違反している。大審院は次のように判示した。「永代賣切」の事実はない。信託担保には外的移転と内外部移転があり、どちらでも目的を越えて所有権を行使できない。債務者が債務を弁済したときは物を返還すべきである。物を売却し、残金があるなら返還すべきである。特約がなければ代物弁済として目的物の所有権を取得しても、債務者が残金の返還請求権を失うことはない。債権譲渡には買主の同意を要しない。上告棄却。

売主の清算金債権の譲受人と買主の争いである。買主の転売代金から売主の債務を控除した清算金の帰属が争われている。清算金債権の譲受人は本件売買が売渡担保であることを主張し、買主は買戻特約付真正売買であると主張するのは従来と同じである。大審院は両者の区別に関する先例に従っており、本件売買を売渡担保とした上で、特約を認めるが、所有権移転に関する内部外部の区別に拘らず、清算義務を認めた。売渡担保における清算義務は、既に権利買戻特約付真正売買が問題になった大審院大正8年7月9日判決(民録25輯1373頁)で認められている。

【10】大判大正11年6月30日新聞2023号20頁 土地買戻特約付売買事件。

買戻代金に一定利息相当額を上乗せしていた(⑥)。事実がよく解らないが、

売主は本件売買を売渡担保と主張し、買主は買戻特約付売買と主張した。原審が買主の主張を認容したので売主が上告した。その理由は次の通りである。売渡担保は買戻特約付売買を包含する。売渡担保であるのに原審が買戻特約付売買と売渡担保を別種のものとしたことは違法である。判決ではまず、売渡担保の定義を述べた。売渡担保は物上担保権の方法によらずに金銭取得の目的を達するものであり、後日、売買代金と利息を付した額を返還して財産を売主に復帰させるものであり、返還のない場合は既に買主の手中にある財産を売却する。こうして消費貸借を締結し、担保を設定するのと同じ効果を挙げるものとした。その方法としては買戻や再売買が用いることが通常であり、買戻と売渡担保は相容れないものではない。以上の通りに判断して、両者を別のものと解した原審を破棄し、差戻した。

先の【８】判決では、買主が所有権移転の効果を認めさせるために、売渡担保に真正買戻を包含しようとした。ところが、今度は売主側が同じ主張をしている。これは従来通り、売渡担保は買戻を用いるが、それは売渡担保であることに変わりはなく、売買でないとする趣旨だったのだろう。これに対して、原審は両者を区別した。だが上告審では、売主が主張した通り、売渡担保に買戻特約付真正売買を包含した。だが判決の意図は、このように判断することで、所有権移転の効果を否定したかったのかもしれない。しかし従来積み重なってきた先例と抵触している。だから公式判例集には登載しなかったのではないだろうか。仮にそうであるなら、本判決は積極的に先例に抵触するような自信のあるものではなかったことになる。

【11】大判昭和6年11月20日新聞3345号7頁 土地建物買戻特約付売買契約事件。昭和3年5月29日、既存債権14245円（③）と同額を本件不動産の売買代金とし、両債権を相殺した。買戻期限は昭和8年5月29日。買戻代金は売買代金と年1割の利息を合わせた額である（⑥）。建物は売主に賃貸している（⑤）。賃料は月142円50銭（売主側の主張では相場より高額。またほとんど1月分の利息に等しい）。賃料は利息から控除する。その他、修繕費、公租公課、火災保険料を全て売主負担としていた（⑩）。その後、買主が賃貸借契約に基いて売主側に賃料請求をした。買主は、本件売買が内外部共に所有権を移転する売渡担保であると主張した。売主は、外部に

のみ所有権が移転する売渡担保であり、内部的には所有権が移転していないので賃貸借契約は成立しないと主張した。一審は既存債権の存在や現金授受のない点、売主の負担する費用等から所有権が外部的にのみ移転されていると認定し、売主を勝訴させた。原審は買戻約款付売買による内外部移転型の売渡担保であると認定し、買主側を勝訴させた。売主上告。売主は上告理由で次のように主張した。(1)買戻と売渡担保は別であり、買戻特約付売買なら債権と代金は相殺され、債権の担保はありえない。本件契約は売渡担保であり、所有権は売主に留保されている。(2)予備的に契約内容等を挙げ、買戻特約付売買を利用した売渡担保を認めるとしても外部移転型の売渡担保であるから、所有権は内部的には売主に残っている。よって買主から建物を借り受ける契約は成立しない。賃貸借契約は仮装である。大審院は(1)につき、大正5年7月12日の判決を引用し、売主の主張を退けた。(2)につき、本件契約を内外部移転型の売渡担保と判断し、この場合の賃料は時価で定まるのではなく、利息等を考慮して決定されるので、時価に比べ賃料が高価でも仮装の賃貸借ではないと判示し、上告を棄却した。

売主の上告理由では、買戻特約付真正売買か売渡担保かを争っている。これに対して、大審院は、公式判例にならなかった【10】判決と同様に両者を区別していない。これも公式判例集に登載された判例ではない。

【12】大判昭和8年4月26日民集12集767頁 不動産買戻特約付売買契約事件。大正5年2月2日、売主が買主に所有不動産を900円で売却し、登記を経由した。買戻期限は大正5年8月末日である。買戻代金は売買代金に月1分2厘の利息を上乗せした元利合計975円60銭である(⑥)。売主は、期限までに権利行使ができず、その後は買戻代金に対して月1分2厘の割合による賃料で目的物を借りることにした(⑤)。売主は、本件の所有権移転は担保目的であることを主張すると共に、昭和3年9月13日に元利金を弁済したと主張し、所有権移転登記を請求した。買主は「賣渡擔保」ではなく、「眞實〔…〕買受ケタルモノ」であり、売主が期限までに買戻権を行使しなかったので、買戻権を失ったと主張した。これに対して売主は、買戻期限経過後も買主は利息を受領しており、暗黙に買戻期限を延長したと主張した。一審は売主の請求を棄却した。売主控訴。売主は、真実の売

買でない理由として売買価格が低廉であること（⑧）、買戻期間が短いこと（⑩）、買戻代金の内、75円60銭は貸金の利息であること等も主張した。原審は次の理由で控訴を棄却した。本件契約は「賣渡擔保」ではなく、「賣戻特約付」で売渡したもので、売主は期限経過によって「買戻權」を喪失し、買主が完全な所有権者になった。大審院は売渡担保と譲渡担保を厳密に区別した上で次のように判断した。当事者や原審が、売渡担保か買戻權留保の売買かの弁論を闘わすのは「聊カ奇異ノ感」がある。売渡担保は担保供与の「方面」の用語で、買戻特約付売買契約は「担保銷除」の「方面」の用語であり、この二つの取引は「相容レ相俟チテ以テ首尾善ク取引ノ全局ヲ収メムトスル一個ノ手段」である。よって、両者の争いは問題となりえない。問題は、期限経過で失権するのか否かである。このように一般論を述べた上で、買戻代金の75円60銭は利息であり、また期間が短いことを指摘し、本件契約を売渡担保とした。これに加えて、買戻期限後の賃料も利息相当だとし、次のように判示した。これを支払う理由は、内部的には依然、消費貸借関係が存続しているからである。したがって、期限経過で直ちに買戻權を喪失するものではない。また売買代金が廉価であること、買戻期間が短いことも取引上の実験則において有り得るか疑問を呈する。そして原審が買戻と売渡担保を「截然ト二物ト爲」し、期間経過で一切を清算しようとしたことを審理不尽とし、破毀差戻した。

主要な争点は、真正な買戻か売渡担保かの違いに基づく買戻期限経過による買戻權の喪失の有無ではなく、買戻期限後の利息の授受が買戻期限の延長に当るかであるが（また本件判例は、前田判事の論文（第1章第8節・注18）の説を採用して、売渡担保と譲渡担保の区別を採用したことで語られることが多い¹⁾）、この事件では当事者と原審判決が売渡担保と真正な買戻を区別している。だが大審院はこうした区別を退けた。しかも本判決は公式判例集に登載されている。本判決が両者の区別をしなかった点を我妻博士は批判していた²⁾。ただ本判決は、⑥⑩の存在等を根拠に売渡担保と判断する基準とし、⑧の存在にもふれた点には注目できる。

¹⁾ 我妻・第1章第8節・注18・124頁。

²⁾ 我妻・第1章第8節・注18・129頁。

【13】大判昭和9年8月3日新判例体系民8巻218ノ22頁（搭載判例集不明） 船舶買戻特約付売買契約事件。売主が訴外船舶所有者から船舶を購入するために買主より船舶代金の800円、その他357円を借り受けた。その貸し金を担保する目的で800円で当該船舶を買主に買戻特約付で売り渡した（③。事案の経緯から⑤の事実もあるだろう）。買戻期限は大正15年10月5日。買戻代金は100円につき月1銭1厘の利息を上乗せした額である（⑥）。買戻期限までに買戻権は行使されなかった。当事者の主張は不明だが、原審は次のように判示した。売渡担保は買戻特約付売買であり、債務は存続しない。買戻期限経過で売主は買戻権を失った。大審院も原審の判断を是認した。

買戻と売渡担保を区別しない【12】判決までの先例に従ったのだろう。債務の存続と買戻権の喪失について言及しているところから推測すると、売主は売買後も債務が存続することを前提に、買戻期限経過後も債務を弁済して取り戻せるというようなことを主張したのではないか。そうだとすると、今までにはない争い方である。こうした争いは戦後に買戻期限経過による買戻権の喪失か、あるいは売渡担保における弁済期限後の清算義務履行までの受戻権の存続か、という形で現れてくる。

清算義務や受戻権に関しては、すでにこれを認める大審院判例がでていた（前掲・大審院大正8年7月9日は権利買戻特約付売買契約事件で清算義務を認め、かつ弁済期限後、清算義務履行まで受戻権行使を認めた。但し特約を許した。この判例については後述する）。これ等が影響し、売渡担保であるなら期限を経過しても受戻権を喪失しないと主張したのかもしれない。

【14】大判昭和14年8月16日新判例体系民8巻218ノ22頁（搭載判例集不明） 不動産買戻特約付売買事件。債権担保目的で売主所有の不動産を買主に売却し、買戻期限を経過した（他の事実是不明）。大審院は買戻期限経過で買戻権は消滅するが、必ずそうなるものでなく、その後も債務が存続し、買主の所有権は担保目的の範囲内で所有権移転の効果をもつか否かは、各場合における契約の趣旨を解釈して決すとした。

恐らく、【13】判決で推測されるのと同じような主張がなされたのだろう。【13】

判決は買戻期限経過で失権するとしたが、そうではなく、契約の趣旨によっては買戻権を喪失しないとした。

この判例については、多少の説明を必要とするように思う。弁済期限後の受戻権を認めた大判大正8年7月9日（民録25輯1373頁）は、売渡担保における所有権移転の構成が、外部のみ移転される構成が原則だった時代（本章第1節一前掲・大判明治45年7月8日）の判例である。だが大連判大正13年12月24日（本章第1節一前掲）が、所有権が内外部共に移転する構成を原則とし、今までの判例を変更した。大正8年判決は、所有権が外部的にしか移転しないことを前提にした判例だったので、所有権の内外部移転が原則になると、同判例が先例的価値を失う可能性がある指摘されていた。現に【13】判決等、売渡担保と判断しながら、買戻期限経過で失権させており、指摘された通りの判断したことが窺える。そこで我妻博士は、大連判大正13年の射程の拡大を防ぐため、昭和3年に「判例賣渡抵當法」という論文を執筆した³。そこでは、次のように論じた。

大判大正8年7月9日の法理が「彼の聯合部判決によつて顛倒せしめらるゝ虞が甚だ多い。」。同判決の法理は所有権の「内外部的態様と關係なく、獨立に決定せらるべく、即ち特約なき限りは辨済期以後も債權者の処分する以前は尚ほ元利を辨済して擔保物の返還を請求し得る。」⁴。

そしてこれは大体においてその後の判例により守られたと後の我妻博士自身が述べている⁵。この昭和14年の判例は、この我妻博士の提言に影響されて、判断しようとしたのかもしれない。またこの判例は買戻特約付真正売買と売渡担保を混同した形跡もない。これも前述したが、我妻博士が、昭和9年に両者の区別の必要性に触れていた。もっとも、事実がほとんど解らないので、どれも推測に過ぎない。

以上が戦前に買戻特約付真正売買か売渡担保かが争われた事例である。総括すると、大審院におけるこの種類の争いは、明治29年には存在し、数も多い。

³ 我妻・第1章第8節・注18を収録する文献の別論文、「判例賣渡抵當法」119頁〔追記〕で論文執筆の動機が語られている。

⁴ 我妻・松波還暦・第1節一・注2・488-489頁。

⁵ 我妻・前注3の追記。

ただ争う理由は売渡担保であるなら、担保であるから所有権は移転しないことを前提に争うものだった。そして【9】判例までは両者の区別をしていた（例外は【5】）。ところが、【10】判例以後、両者の区別を廃してしまい、【13】判例までこの状態が続く。その後、少なくとも【14】判例の頃までには、【9】判例までの立場に復したのではないと思われる。もしそうであるなら、我妻博士が昭和9年の論文で両者の区別の必要を説いたことが影響したのかもしれない（本節・序文）。また戦前は両者の区別を争う理由が一貫して同じだったとはいえないのではないと思われる事例もあった（【13】【14】）⁶。

戦前の判例は事実が詳しく解らないことが多いが、それでも真正買戻と売渡担保を区別した判例の考慮要素を見ると、③が【2】【4】【8】、⑤が【3】【4】【9】、⑥が【3】【4】【7】【9】、⑧が【9】。⑪が【3】である。両者の区別を廃止した判例の事実認定も担保目的と認定するために参考になる。そこでこれ等も含めてみると、③が【2】【4】【6】【8】【11】【13】、⑤が【3】【6】【9】【11】【12】【13】、⑥が【3】【4】【7】【9】【10】【11】【12】【13】、⑧が【6】【9】、⑩が【12】、⑪が【3】【11】である。⑥が最も多い。それに次いで③⑤が多い。裁判所は担保目的を判断するに当たり、⑥を特に重視し、次いで③⑤を重視しているといえる。

【14】以後、戦後になるまでほとんど買戻事件は現れない（調査した範囲で知る最後の例は、不動産返還移転登記請求における代金返還の要否に関する大判昭和16年5月2日新判例体系民8巻224ノ16頁である）。なぜ昭和10年代半ば以降、買戻事件が以前と比べて少なくなるのか。それは恐らく、戦前の買戻は、その多くが土地の買占めが目的であったと考えられるところ、漸次、地税が引き上げられ、大土地所有による利益が少なくなってきたことが関係すると思われるが、それは後日の機会に考察を加えることにしよう。

戦後も買戻事件は起こるが、数は減少し、最高裁判例が少ない。何等か重大な変化があったと思われるので、戦前戦後を分けた。次は戦後の事例を考察する。

⁶ 我妻・第1章第8節・注18・128－129頁が民法典における買戻と売渡担保との期限経過による効果の差異を指摘したことが影響したのかもしれない。

２ 戦後の事例

戦後は、戦前と異なり、下級審が圧倒的多数で、また多くは売主が売渡担保であることを前提にして、受戻権の存続を争っている。売渡担保なら買主の清算義務の履行まで受戻が可能だからである。一方、買戻特約付真正売買なら、買戻期限が経過した時点で買戻権を喪失する。以下では戦後の事件をみる。

【15】盛岡地判昭和29年 3 月15日行裁例集 5 巻 3 号466頁 畑地宅地買戻特約付売買契約事件。昭和17年 3 月26日、売主所有の畑地宅地を買主（X）に700円で売り渡した。買戻期間は 3 年、買戻代金は650円（実際の契約書は1001円）、約定利息は月 1 分 5 厘だった（⑥）。買戻権は買戻期限の経過で失うことが定められ、買戻特約を登記した。同時に目的物を賃貸した（⑤）。賃料は年105円。売主は買戻権行使ができず、買戻期限後も売主は賃料を払わず、Xに無断で地上の立木を伐採し、利用した。そこでXは、Xに所有権が帰属していることを前提に、昭和22年 6 月17日、知事（Y）に賃貸借契約解約許可申請をした。9 月 6 日、YはXの自作を相当とする場合（旧農地調整法第 9 条①）に該当しないとし、不許可とした。そこでXがYを相手に、行政処分の取消を請求した。Xは売主の方が経済的に優位である等とし、処分取消を求めた。Yは所有権が売主にあるものとして賃貸借契約を否認した。判決は、以上の事実を認定し、次のように判断した。本件契約が「譲渡担保設定契約」とし、その趣旨に基き、前記内容の「買戻約款付売買」を原因とする所有権移転登記をした。X主張の売買金額が700円なのに、代金1001円の契約書を作成していることは担保の趣旨を窺わせる（⑧）。Xの所有権は確定しておらず、「弱き譲渡担保」である。したがって、内部的に所有権が売主に留保されていたので、売主はXの担保権を害しないように使用収益が可能だった。だが買戻期限経過でXは所有権を内外部的に取得したとし、特段の合意がない限り、元利金を控除して残額があるときは、差額を弁済すべき清算手続が残るに過ぎない。その後に売主が弁済提供をしても効力がない。以上より、売主はXが清算手続をして引渡請求をするまで物件を使用収益できる。その使用は譲渡担保権者が容認する間だけ許されるので、単なる賃貸借関係ではなく旧農地調整法第 9 条第 1 項が保護するものではない。XはYに賃貸借契約解除の許可申請をしたが、賃貸借契約は存在していなかったのだから、Yの処分は違

法である。処分取消。

今までの事件と比べて特殊な事件であるが、争点は戦前とそれほど変わっていない。買主は買戻特約付真正売買であることを主張し、Yは売渡担保であることを前提に、Xへの所有権の内部的移転を否定し、売主とX間の賃貸借契約の不成立を主張している。判決は、Yの主張を容れ、弱い「譲渡担保」と認定しつつ、その趣旨で「買戻約款付売買」をしたとした。だが売渡担保ならば、弁済期限後も清算義務が履行されるまで受戻権が存続する筈だが、期限経過で所有権は内部的にもXに移転したとし、その後の弁済提供の効力を否定している。買戻期限の経過で買戻権を失うことが、売渡担保における受戻権とは異なる買戻の特性であるが、この判決は真正買戻と売渡担保を混同している（またこの契約は売渡担保なのだが、その文言を使用していない）。

以下の判例判決では、買戻特約付真正売買か売渡担保かの判別を巡って、清算義務の存在、それが履行されるまでの受戻権の存在が争われる。以下ではあえて解説はせず、事実と判旨の要約を列挙する。

【16】東京地判昭和37年12月24日判時323号22頁 土地建物再売買予約権付売買契約事件。契約時は昭和28年8月5日、予約完結権の行使期限は同29年2月4日である。契約締結の動機は、訴外人から本件物件になされた競売を免れるためである。そのため時価よりも低く売却した（⑧）。同時に賃貸借契約を締結している（⑤）。売買代金は250万円。再売買価額は300万円と賃料名義の利息月5分相当の15万円を上乗せした額（利息制限法違反）（⑥）。期限経過後の昭和29年10月頃、再売買の交渉を始め、売主は予約完結権を行使したが、買主が履行を拒んだので所有権確認請求をした。買主は本件契約を買戻特約付売買契約と主張した。判決は売買代金との差額50万円は利息であり、売買契約の締結費用とする証拠はなく、別途に利息相当の賃料の支払いを約していることに照らして、再売買代金の一部であるとした。認定した事実から本件契約を譲渡担保であると判断した。そして売主の予約完結権行使を認めて、売主を勝訴させた。

【17】東京地判昭和45年5月25日判時617号68頁 土地建物再売買予約権付売買契約事件。契約締結時は昭和40年10月13日。弁済期限は昭和41年1

月12日。売主が買主に第三者に賃貸中の当該物件を2410万円で売り渡し、当該賃料は売主が収受できると定めた。占有移転の事実はない（⑤）。再売買代金は2840万円であり、売買代金を越える420万円は期間中の利息に相当する（⑥。天引されている）。買戻期限を過ぎた場合、遅延損害金を月140万円払うことで買戻期限を猶予する特約がある。土地の売買代金は時価との差が大きかった（⑧）。結局、売主は300万円を支払い、猶予を受けたが予約権行使ができず、土地建物は強制執行された。売主は土地建物所有権が留保されていると主張し、買主への所有権移転登記の抹消を請求した。買主は本件売買契約の代金は、債権とは関係がないと主張した。判決はこれらの上記の事実を認定し、本件契約は金銭消費貸借を隠蔽した「譲渡担保」契約であるとした。そして土地建物の時価は約5225万円とし、特段の事情のない限り、常に清算を要するとした。だが売主の受戻権行使の事実を認めなかったため、売主が敗訴した。

【18】東京高判昭和51年 9 月29日判時836号51頁 土地再売買予約権付売買契約事件。昭和43年1月頃、売主は銀行の抵当権が設定されている借地上的建物を取り壊し、借地の所有権を購入し、その上に建物を建築し、それを賃貸経営し、銀行に対する債務を返済する計画をした。そこで買主に融資を申込み、2月1日に500万円を借り受け（③）、訴外前所有権者より土地を購入した。続く3月5日、650万円の融資を受け（③）、銀行に対する抵当権を放棄させた。昭和44年2月1日、土地と旧建物を買主に再売買予約権付で売り渡し、引き渡した。予約完結権の行使期限は昭和44年9月末日である。しかし買戻代金の定めはなかった。登記は前所有権者から買主に中間省略登記をし、上記計画通りの契約をした。売主は元の建物を取り壊したが、新築資金が不足して計画は実現できなかった。そして再売買もされないで現在に至った。売主が（譲渡担保であるから）売り渡していないと主張し、買主への登記の抹消を請求し、予備的に融資金の元利等の弁済と引き換えに所有権移転登記の抹消を請求した。買主は、真実の売買であることと、予備的に本件契約が担保目的であっても売主が計画を実現せず、また買戻もしないで期限を過ぎたので、所有権は確定的に買主に帰属したと主張した。判決は次のように判断した。売主が契約をするに至った動機は銀行に対する債務弁済のためである。その売買価格が時価の3分

の1である(⑧)。そして取り壊す予定の建物の代金が高額である。以上から売買代金は融資金と推測され、売買契約は買主の投下資金を確保するために締結された。以上より土地を「買い切り」にする趣旨ではない。不相当な売買価格は法定金利以上の利益をあげるためである(⑥)。買主が、本件土地と新築予定建物の買取を辞退した場合、土地全部を売却し、一定価額を控除し、残金を売主に贈与する約束をしている(②⑦)。以上より契約の目的は債権担保目的で目的物を処分し、清算するものであり、「売渡担保」ではなく、処分清算型「譲渡担保」であり、清算を要するとした。売主の主位的請求は退けられ、予備的請求を認めた。

清算義務を取り決めているので、売渡担保と認めたも同然の事案ともいえる(一前掲・最判昭和41年9月29日)。この頃は、まだ売渡担保ならば、清算不要との認識があり、売渡担保であるのだが、「譲渡担保」と認定する必要があった。

【19】東京高判昭和52年9月13日判時870号70頁 不動産再売買予約権付売買契約事件。売買代金は6000万円。再売買代金は7260万円(⑥)。また買主が転売し、売主は買主にそのことに関する「協力謝金」を支払う旨の念書および、再売買期限前に再売買代金を支払うときは、日割計算で再売買代金を減額する念書があった(⑥)。占有の移転はない(⑤)。恐らく、買戻期限の経過を理由として、買主が売主に対して本件不動産に対する仮処分申請をしたのだと思われる。原審がこれを認容したので売主が控訴した。控訴理由は次の通りである。本件売買は担保目的であり、また6000万円を越える部分は利息制限法違反であり、また不動産の時価は1億8000万円である。買主側が清算義務を履行するまで所有権が移転しないので引渡義務はない。買主は本件が売買であると主張した。判決は上記認定事実を理由に本件契約を6000万円の貸金担保(③)を目的とする趣旨と認定した。仮処分取消。なお売主の主張する時価は認定しなかった。

【20】東京地判昭和56年5月25日判時1022号77頁 不動産買戻特約付売買事件。契約締結時は昭和48年4月19日。買戻期限は同年7月22日である。売主は建売住宅分譲事業のために当該不動産を購入するに際して、代金を

自己調達できないので、Xが他から融資を受けた③。融資額は23,500,000円である。Xが金融機関から融資を受けるために当該不動産はXに買戻特約付で売却され、所有権移転登記を経由した。買戻代金は融資額に加え、利息1.5%⑥その他9,000,000円である。その後、売主側の事業が成功しないので、Xの登記を抹消して売主に登記を戻し、当該不動産を売却して融資額の弁済をすることにした。その後、売主の債権者Yが当該不動産を差し押さえたのでXが第三者異議の訴えをした。その前提としてXは次の主張をした。第一に、本件不動産の所有権は本件買戻特約付売買契約でXに帰属している。第二に、第一の主張が認められず、「譲渡担保」だとしても債務者が期日までに弁済しなかったので所有権はXに帰属した。Yは本件契約は清算を要する「譲渡担保」であると反論した。判決はX主張の第一の点につき、売買がされた事情から本件売買を「譲渡担保」と認定した。第二の点につき、本件契約が「譲渡担保」だとしても清算を要する譲渡担保であるので期限経過で当然に所有権がXに帰属することはないとした。

【21】東京高判平成元年7月25日判時1320号99頁 土地建物買戻特約付売買契約事件。契約締結時は昭和58年2月20日。売主が買主より1000万円を借り③、同時に建物1棟および土地の所有権を買主に移転した。利息は天引きされている⑥。債務の弁済期である買戻期限は5月20日である。売主は買戻権行使ができなかったが、期限後も利息を払った。売主は元利金を弁済し、「譲渡担保」の受戻権を行使したと主張し、所有権移転登記抹消請求をした。買主側は次のように主張した。本件契約が買戻期間3ヶ月の約定である買戻特約付売買であり、「譲渡担保」ではない。ただし、期間中は売主に賃貸することとし⑤、3ヶ月間の賃料105万円を受領した。仮に「譲渡担保」でも弁済期限を過ぎており、担保権の実行により売主の受戻権は消滅した。判決は次のように判断した。売主は、本件物件が競売にかけられ、競売申立を取り下げて貰う必要から、買主に融資を求め、当初は抵当権を設定するつもりだったが、先順位抵当権者がいたので買主が買戻特約付売買の形式を取ることを求めた経緯、それと上記契約内容から本件契約は帰属清算型譲渡担保設定契約である。なお買主の担保権実行により、売主の受戻権は失われたとし、売主の請求は棄却された。

【22】東京高判平成10年7月29日判タ1042号156頁 土地建物買戻特約付売買契約事件。買戻期間は3ヶ月間。売主が買主に対して1600万円の債務を負担しており(③)、売主所有の不動産を同額で買主に売却した。買戻代金は2000万円である(⑥)。売主は債務完済を理由に買主に対して所有権移転登記抹消請求をした(甲事件)。一方、買主は売主の買戻権行使の事実を争ったらしく、買戻権喪失を理由に明渡請求をした(乙事件。⑤)。第一審は売主の請求を認容した。買主控訴。買主は、本件は「譲渡担保」ではなく、将来の値上がりを考えて締結した買戻特約付売買契約であると主張した。売主は、本件契約は「譲渡担保」であり、債務は完済したと主張した。これに対し、買主は、その債権の消滅を争い、また利息を取らずに1600万円の弁済で済ますことは考えられない等と主張した。判決は、生活拠点を3ヶ月の買戻期間で売却することは通常では考え難いこと(⑩)、上乘せられた400万円が実質、利息であること等を理由に本件契約を「譲渡担保」と認定した。だが売主の債務弁済の事実を否定した。一方の買主も確定的に所有権を取得してないとし、甲事件乙事件共に請求棄却された。

【23】最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁 土地建物買戻特約付売買契約事件。買主が売主に貸金債権1000万円を有していたが(③)、売主は150万円を支払ったのみだった。そこで売主はその所有する土地建物を計750万円で買主に売り渡した。その際、月3分の利息相当額67万5000円を買戻権付与の対価として売買代金から控除した(⑥)。更に別件貸付金の利息270万円他の諸経費合計378万5000円を控除した。買主への占有移転は行われなかった。買主は買戻期限を経過したとして売主に対して建物明渡請求をした。売主は、本件は買戻特約付売買契約ではなく「譲渡担保」契約であり、買主が「真正な」買戻特約付売買契約によって所有権を取得したとは主張できないと主張した。一審は買主の請求を認容。原審は利息相当額を買戻権付与の対価と解すべきであり、また売主が本件土地建物の価格は1700万円を下らないというが、それを認めるに足りる証拠はないとした。最高裁は次のように判断した。「真正な」買戻特約付売買契約では買戻期限経過で買戻権を失い、清算義務も負わない。だが当該契約が債権担保目的ならば、そのことを認めることはできない。そして本件契約は「譲渡担保」である。占有移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債

権担保目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約であると判示した。また本件契約が別件貸付金の利息回収の目的があり、実際別件貸付金1000万円の利息9か月分の額を売買代金から控除していることも指摘した。なお売買代金が低額であるという主張は退けられた。

この判例は売渡担保を譲渡担保と区別して扱わないことを最高裁として初めて判断したことで意義を有するとされているが（第1節一注1）、戦前はされていた買戻特約付真正売買と売渡担保を区別し、期限経過後の効果や清算義務の要否などの差を最高裁としてもう一度、確認したことにも意義がある。

【24】最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁 集合動産再売買予約権付売買契約事件。契約締結時は平成15年4月30日。予約権行使期間を同年10月1日から翌年4月30日と設定した。売主の所有する養殖魚を既存債権（③）担保のために買主に譲渡した。売買代金は既存債権と相殺された。買主は養殖魚の飼育を委託しており、占有は移転しなかった（⑤）。買い戻した場合、売主が養殖魚を加工し、買主に引渡し、買主は第三者に転売することになっていた。再売買代金は元金に買主支出の飼料費等を加えた額である。売主の民事再生手続が開始されたので、買主は本件契約により所有権を取得したとして、別除権行使の趣旨で目的物の引渡を求めた。売主側は、本件売買は譲渡担保と主張し、先行する譲渡担保権者の存在を理由に引渡を拒んだ。最高裁は次のように判断した。本件契約では占有移転がなく、現実の代金授受もなく、売り戻す際の契約内容からして、それまでの買主の債権と加工販売代金を相殺して実質、担保の効果を挙げる契約であり、「譲渡担保契約と解するのが相当である」。買主の請求棄却（なお本件事件には契約2があり、それは売買契約と認定された）。

以上、買戻特約付真正売買もしくは再売買予約権付真正売買か売渡担保か争われた事件を年代順に見た。

【15】【24】を除いて、買主の清算義務履行までの売主の受戻権の存否を争っていることは明らかである¹。特に**【23】**は最高裁として売渡担保でも譲渡担

¹ 平井・第1章第7節・注1・155頁も同様の分析をする。もっとも、前述したが、再売買（第556条）の場合、必ずしも期限経過で失権しないとするのが

保と同じに扱い、清算義務を認めた点に意義がある。

各事件でみられる考慮要素をみると、②が【18】、③が【18】から【24】にある（7例）、⑤が【15】【16】【17】【19】【21】【22】【23】【24】にある。⑥は【24】を除いた9例にある。⑦が【18】、⑧が【15】から【18】にある（4例）、⑨は流動集合物と言うことで【24】にある。⑩が【22】にある。

⑥⑤③が圧倒的に多い。特に⑥が最も多く、次いで⑤③が多い。この結果は戦前と同じである。

以上の結果からどのようなことがいえるか。それにつき、どう考えるのかについて次に述べる。

三 結論

これまでの歴史的考察において買戻の機能とその特性をみてきた。それによると買戻は、その起源から近世までは土地売買質入禁制の潜脱と担保の二機能を併せもっていた。このうち後者の機能が現代に受け継がれており、そのことは立法者等によっても理解されている。そうだとすると、単に担保目的か否かを判断するだけなら、買戻ないし再売買は、本節の冒頭にあげた考慮要素に注意を払うまでもなく、担保目的である¹。そうでないなら、買主がそのことを立証すべきである。したがって、担保目的か否かの判断以外に役立つとは思われない③⑦⑧⑨⑩の要素は重要ではない。

しかし担保目的であることと売渡担保であることは別である。今までの買戻特約付真正売買（または再売買予約権付真正売買）か売渡担保かの議論は単に担保目的かそれとも売渡担保かの区別をしないために混乱が生じていたといえる。そこで、両者を区別するには今までに考察した買戻の特性から考える必要がある。

以上の考察を経て残る考慮要素は、⑤⑥⑪で、⑤⑥が圧倒的に重要である。

判例である（第1章第6節）。ただ買主が催告し、相当期間を経過すれば失権する（第556条②）。

¹ 近江他「買戻制度と譲渡担保（上）」（Law School47号86頁）86頁要旨、90－94頁は、ドイツ法に由来する区別であるが、占有を留保する買戻が譲渡担保、移すのが買戻であり、どちらも担保だとする。

そして判例には⑤を判定基準にするものがあり（【23】）²、戦前戦後を通じて、多くの判例判決で⑤の事実は確認できた。そして起草者も占有移転を前提に果実と利息を相殺させる（第579条但書）。だが⑤は買戻特約付真正売買の必要条件ではない。まず起草者は慣習を熟知した上で占有移転を前提にしたのではない。明治初年には既に占有留保型の買戻が存在し、現行民法典までには占有留保型の事件は存在していた。そして戦前の売渡担保の事例をみても、⑤の存在が圧倒的多数である。だが占有移転を前提とする根拠である第579条但書の利息と果実の相殺は特約で変えられる。もちろん利息返還の特約は、売主に有利な特約も許さない強行規定である本文に抵触するので、許されない。だから但書の「別段の意思」とは果実に関する特約が許されるだけといえるだろう。例えば、占有移転をした場合も果実を売主に返す特約は問題ない。だがそれでは買主に何の利益もないので、そういう特約はまずされないだろう。他に占有留保をした場合に、売主が収取した果実は売主の所有とするが、買主側が何等かの手段によって収取した果実は、買戻期間中は売主に保管させるが、買戻時には買主に返還する特約も考えられないではない。無論、それは売主の出損を要するものであってはならない。つまり、占有留保をしても第579条但書における利息・果実相殺に関する特約が意味のある場合もあるし、また条文上も占有留保型の買戻を禁止している訳ではないので、契約に⑤があることは、買戻特約付真正売買か否かの決定的考慮要素ではない。

そうすると残るは⑥である。買戻代金を売買代金と契約費用に限っているかである（第579条本文）。第1節で考察した通り、買戻か譲渡担保との相違点には⑥があった。それは買戻が物の使用収益、取得を目的とするのに対し、譲渡担保等の非典型担保は価値の実現を目的とする担保という違いからくるというのが、結論であった。また第1章で考察した通り、伝統的にも、買主の使用収益が前提されるので買戻代金は元金のみと定められてきた。そして、現行民法典においても買戻代金は売買代金と契約費用に限定されている。この⑥だけが売渡担保と決定的に異なる。したがって⑥が決定的考慮要素である。

再売買の場合も真正のそれと売渡担保との区別は必要である。伝統的には売ったものを取り返すことを総じて買戻といってきたのであり、再売買も広義

² 近江・第1章第4節・注8・261頁のように占有の有無をメルクマールにする学説もある。

で買戻である。その経済機能は買戻と異ならないのであるから、期間の定めは自由でよいが、やはり⑥を決定的要素と考えてよい。

そうすると【23】判決が、占有留保をする買戻特約付売買契約は、特段の事情のないかぎり、担保目的であり、売渡担保（「譲渡担保」）であると認定したことには問題がある。⑥の事実があったのだから、⑥を真正な買戻との区別の決定的要素とすべきだった。【24】は、⑥の事実もないのに売渡担保（「譲渡担保」）と認定したことは問題である³。利息の授受すらないなら真正な再売買と認めてよかった。⑥を決定的要素とせずに、買戻や再売買予約を、担保目的であることを理由にその真正であることを否定してしまうと、担保目的であることを承知で明治以前より存続し、現行民法典でもあえて売買として残した規定であるのに、担保目的であるがゆえに適用されないという矛盾をきたし、ほとんど死文と化してしまう⁴。

以上で買戻特約付真正売買か売渡担保かの判断基準に関する結論をえた。

⑥もない場合、買戻特約付真正売買であるから、期限経過で買戻権は失われ、所有権は確定的に買主に帰属する。だが、そのことと、なお売買代金と目的物の価値との差額を丸取して良いか、つまり清算を要しないかは別問題である。それを次に考察しておく必要がある。」

第3節 買戻特約付真正売買における清算義務

買戻では買戻期限経過により売主は所有権を確定的に喪失する。そうだとすると売買代金と目的物の価値との差額を買主が丸取りする結果になる。だが清算問題が論じられたことはない。だが何時の日か、何者かが予想しなかった方法でこれまでに述べた真正な買戻の特性を理解して買戻を利用するかもしれない。そのとき、清算の要否が必ず問題になるだろう¹。

³ 渡辺晃・【24】判例評釈・金法1794号39－40頁も⑥に注目する。

⁴ 同趣旨のことを、拙稿「民事判例研究（最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁）」（北法59巻3号405頁）411－412頁でのべた。

¹ 第2節2【24】事件の売主には、買主に先行する3人の譲渡担保権者がいた。したがって買主の順位は4番目である。この事件で、もしも第一順位者と買主が手を組むとどうだろう。例えば、第一順位者が買主に売主の所有財産を

この問題を論じるには、まず清算義務の形成過程を理解しなければならない。そのためには流担保の禁止と流担保と同じ結果になる非典型担保との関係、非典型担保が認容されることと清算義務の関係、そして清算義務が認められるということは、担保法においてどのような意義をもつのか明らかにする必要がある。そしてそこで示された清算義務のもつ意義が買戻特約付真正売買にもあてはまるものなのかについて結論をのべる。以下では、流担保の禁止からそれを解禁する過程をみて、この過程が担保法においてもつ意義を解明する。そして最後に結論をのべる。

一 流担保禁止時代

流担保禁止の歴史は、明治６年に遡る。まずはここに至る過程を一瞥する。

流担保禁止は利息制限の歴史と無関係ではないので、利息制限の歴史を考察する。まず1742年（寛保２年）法が利息の上限を15%（１割半）としていた¹。

必ず真正買戻と判断され、否認されないような取引をさせる。後に売主の民事再生手続が開始されたとする。このままでは、第一順位者は第二、第三順位者と一緒に倒産手続に巻き込まれる可能性がある（民事再生法第31条の担保権中止命令や同第148条の担保権消滅請求等）。だが買主が買戻特約付真正売買をしている。ならば真の所有者はこの買主である。そこで第一順位者は買主に執行する。両者は結託しているので、買主は争わずに執行を受ける。そして目的物を第一順位者に帰属させる。売主側が買戻権を行使しなければこれで第一順位者の所有権が確定的になる。売主側から買戻権を行使された場合、売主と買主との法律行為は全て遡及的に無効になる。したがって、第一順位者の買主に対する執行も遡及無効となる。そこで売主側は第一順位者に目的物の返還請求する。だが、売主が買戻権を行使しても、売主と四番目の買主との売買前の法律行為は遡及無効の対象ではない。そこで第一順位の担保権者は、一番目の譲渡担保権を主張して返還に応じない。こうすれば一種の倒産隔離にならないだろうか。例えばではあるが、こうした使われ方が執行法上、成立しうるかもしれない。これは売主と買主が通常売買をしても同じ結果になる。だが実際は少し違う効果になるだろう。買戻権は売主にだけ、一方的に有利かつ強力な権利なので、その分、時価より低廉な価格で売買される。そこで第一順位者が買主の費用に加えて買主に被担保債権額と時価との差額の幾らかを協力した買主に支払う等の利用の仕方があるかもしれない。

¹ 『日本社會事集下巻』第３版（国書刊行会、1908年）「リシ」2156頁参照。

次いで1842年（天保13年）9月法は、1742年法の利率を金25両につき1分に引き下げた²。だが、この利率では1868年頃のもの価高騰に影響され、金銭の融通に支障をきたしたので、1868年（慶応4年）2月22日、大政奉還後の幕府は、1842年法による利息制限を撤廃する御触書を發布した³。ただし格外の高利を戒めている。だがこの法は大政奉還後であったから施行されなかった。

維新直後、利息制限について議論されたが、結局は存置され、1842年（天保13年）9月法のままとされた⁴。だが利息制限は明治4年1月18日の布告第31号で廃止された。利息制限撤廃の理由は当時、流行していた自由主義思想によるとされる。つまり借主と貸主の需要と供給、担保の価値の高低などで自然に適当な金利に定まると考えられた⁵。ところが、こうした思惑を外れて巷の利率は高利の一途をたどった⁶。こうして明治10年9月11日、利息制限法（太政官布告第66号）が復活した。

この間にも政府の利息に対する政策は動いている。明治6年3月3日の貸付金穀取立法則（太政官布告第81号）第1条は、旧藩より貸し出された貸付金穀の金利を、今後は全て無利息とした。同月7日の太政官布告（第92号）は、利息に関する特約がない金銭消費貸借の利息を6分と法定した。更に明治9年8月1日の太政官布告第106号は、国立銀行条例（明治5年11月太政官布告第349号）を全面改正し、その第56条は、同法を遵守する銀行の貸付金に対する利息の上限を1割と定めた。この意図は銀行がこのように利息の上限を定めれば、低利の銀行に金銭の融通をもとめ、結果として全国的に金利が引き下げられる

なお利息制限の歴史については元老院會議筆記・4巻・第1章第4節・注2・210頁に簡潔にまとめられている。

² 御触書は石井良助、服藤弘司編『幕末御触書集成第五巻』（岩波書店、1994年）の通し番号4953に収録。

³ 幕末御触書集成・第5巻・前注2・5004。なお、日本社會事彙・下・前注1は、1842年法の利率では金銭を貸す者がいなくなったとする。

⁴ 日本社會事彙・下・前注1。

⁵ 東京日日新聞明治10年9月15日、同・10月2日。また渋谷隆一「サラリーマン金融の源流と高利貸政策」（同編『サラリーマン金融の実証的研究』（日本経済評論社、1979年）5頁以下）27頁も同様の分析をする。

⁶ 東京日日新聞明治10年9月13日。とくに小額の金銭消費貸借では売主が十分な担保を用意ができなかったので弊害が大きかった。

と考えたのだといわれる⁷。

流担保を禁止した明治6年2月14日法（2月14日布告第51号）はこうした流れの中で定められた法である。利息自由から利息制限への巻き返しと思われる明治6年3月の二法の一月前である。そこで流担保禁止法をみってみる。その書き出しには「壬申〔明治5年〕二月十五日第五十号布告の通り、地所売買差し許され候上には」質地より起こる訴訟は競売手続をもって済ませと命じている。明治5年法とは田畑永代売買等の土地売買禁止を解禁した法である。第1章第4節で考察した通り、この法により、本物返は売買禁制潜脱と担保の機能を有していたところ、後者の機能のみが存続することになった。また質も担保機能以外に、土地売買禁制下の禁制潜脱手段として利用されていたが（第1章第3節・注5）、同法により質のこの機能も必要なくなった。こうして質も担保に純化された。そして専ら担保であるなら、明治4年の利息制限撤廃以来、高利化の一途をたどっていて、利息制限への巻き返しが進行中であったから、その一環として、債権額に対し、高額な土地を取得するなどで、高利を取得する手段として利用されがちな流担保を禁止する法が制定されたと推測できる。実際、当時は様々な名義で高利がとられた⁸。流担保も高利取得の手段とされたので規制されたのだろう。

その後、この流担保禁止法を受けて同年3月27日、司法省は第46号達を発令する。そこでは次のように命じた。従前の質地に関する訴訟では、質入期間に受け戻さねば流地にする特約がある場合、その期限から2ヶ月の間に債務者が受戻の訴訟を提起すれば受理し、そうした特約の無い場合には、10年間、同様の訴訟を受理してきた。だが今後は流地文言の有無に拘らず、競売をさせると達した。こうした一連の法で流質を禁止した⁹。

だがこれらの法で流担保を完全に禁止したわけではない。明治6年1月17日の地所質入書入規則（太政官第18号）第5条は、「質入又ハ書入ノ地所期限ニ至リ、貸主借主相談ノ上金穀ヲ返サスシテ地所を引渡候節ハ旧地主ヨリ金主ヘ可引渡旨別紙ニ認メ其地ノ戸長加印ノ上金主ヨリ地券相添ヘ確認ノ証ヲ可願出事」、と定めている。期限後の約定による流担保を認めている。しかも同条は

⁷ 東京日日新聞明治9年8月16日。

⁸ 東京日日・前注6。

⁹ 市岡・第1章第4節・注3・62頁・地所質入書入規則第5条上の頭注。

1 月後の流担保禁止法でも廃止されていない。さらに、明治16年7月18日内務省番外達では同条を前提にして不動産譲渡「質・書入」についての後見人の権限を定めている。

そうすると、流担保禁止法も流担保を容認する法もどちらも有効だったことになる。これについては次のような説明が可能である。流担保禁止法は訴訟になれば、競売させるべき旨を定める。一方、流担保を容認する法は当事者が流担保について合意している場合を定めている。つまり当時は、当事者が流担保について合意している場合は、役所限りの手続で済ませ、裁判所は介入せず、容認する。一方、当事者が争えば、裁判所が介入し、競売をさせる。このように当時の流担保に関する法制は二階建てだったと理解できる。

このような状態は、少なくとも明治中期までは存続する。だがその後に進む前に、この頃までの「質」の意義を正確に知る必要がある。

この頃の「質」は、現代とはその意味する範囲が違う。現代の質権は目的物を質権者が直接占有せねばならない（民法第342条）。質権設定者が占有してはならない（同第345条）。目的物を担保権設定者に留保する担保は、現代では抵当権だが（同第369条）、当時は現代でいう抵当権という概念はない。「抵当」という文言は存在した。だがその意味は引当という意味であり、引当とは、借金の担保である¹⁰。「売渡抵当」の「抵当」は、この時代の言葉であり、占有留保、占有移転といった区別を伴わない¹¹。つまり抵当には債務者に占有を留保するという現代の意味がなかった。旧民法典編纂者であるボアソナード博士も「以前二在リテハ抵當ハ不動産質ノ如ク抵當物ヲ債権者ニ引渡スヲ要シタリ」と述べている¹²（もっとも、「抵当」は担保の意味であるから、必ず引渡を要

¹⁰ 宮川・第1章第5節3・債権擔保編123頁、日本經濟史辭典・第1章第1節・注2・1362頁「引當」、前田・二・第1章第8節・21頁。

¹¹ 末弘『民法講話下巻』（岩波書店、1927年）84—85頁は占有移転型を売渡質、占有留保型を売渡抵当と区別したが、我妻・松波還暦・第2章第1節一・注2・433頁はこの区別を採用しなかった。こうした議論からも「売渡抵当」に占有移転型と留保型があったことを知ることができる。

¹² ボアソナード・第1章第4節・注5・438—439頁。抵当といいつつ、占有を移す次のような例がある。明治16年1月22日と7月3日、鹿児島県より大蔵省に出した伺いに現れている事件である。明治14年5月、鹿児島県内で、X等3名が融資を受けるために券面額3405円の公債証書をYに「抵當」に渡した。

した訳ではないので理解に混乱がある）。

このように当時は抵当権という概念はない。だが占有留保型の担保として書入質といわれるものがあつた。これは質の一種である。したがって、この頃の質権は今よりも広がつた。明治６年の流質禁止の布告、司法省達等は、これらも含めて質と表現していた。地所質入書入規則は、両者を明確に区別している。第１条は、地所の質入は貸金返済の証拠として、地所と証文を貸主に渡し、作徳米を利息に充てるものと定める。第２条第３条は、書入は貸金返済の証拠として「地所引当」の証文のみを渡し、作徳米、米、金銭を利息として払うものと定める。このように書入質は、現代の抵当権に相当し、当時の西洋法翻訳書では抵当権と訳されるべきものに「書入質」の訳語を当てている¹³。

恐らく、Ｙの世評、つまり財産状況が悪いという世評だろうが、それを聞いたＹ等は、この公債証書が第三者に売り渡されるようなことになり、役所に検印を求めることがあれば、留めて置くように届出をした。役所の方では公債課にて処理を見合わせた。ところが、検印押捺の権限のない等外１等の役人が、Ｙの依頼により課長の印を密かに押し、Ｙの使用人に渡してしまった。Ｙはこの後、行方不明になったが、該証書は大阪府の者に売り渡された。これを後日知つたＹ等は、鹿児島県裁判所へ訴訟を提起し、検印の取消を求めた。このことは、鹿児島県の方で大阪府に通知し、照会した。取消の判決があつたのだろう、そこで大阪府に、検印取消を依頼した。ところが、大阪府の買主がこれを承諾しなかつた（市岡・第１章第４節・注３・６３９－６４０頁「抵當公債証書不正ノ検印ノ儀ニ付鹿児島縣ヨリ大蔵省ヘ伺」、「前件ノ儀ニ付鹿児島縣ヨリ大蔵省ニ伺」）。同事件から、公債証書が「抵當」として渡されていること、つまり、担保権者に手渡されていることがわかる。

¹³ 箕作麟祥『仏蘭西法律書』（自由閣、１８８７年）３５６頁２１１４条以下「第三章書入質ノ權」、オランダ旧民法典（１８３８年。戦後の全面改正について森島昭夫・民商１０９巻４＝５号２－３頁（１９９４年））の翻訳書であるアントワーヌ・ド・サンチョゼフ『荷蘭國民法』司法省訳（司法省、１８８２年）１４頁目次「第二十卷書入質ノ權」。ただ同時期に訳された司法省『伊太利王國民法完』（司法省、１８８２年）目３０頁は「券記抵當權」と訳す。なぜイタリア民法典だけ違う訳を当てたか。単に訳者が違うからかもしれないが、一応、「第四節券記抵當權ノ公示」第一款「證記」第１９９２条をみると、「證記」は貸付を明記した証券中に確定金額を書いて「證記」請求することが条件付けられている。そして第１９８８条では「證記」後、券記抵當管理員が証券と二通の明細書の内、一通を申請者に返し、明細書の下に「證記」した券記抵當管理員が「證記」をしたこと、証券期日、

このように流担保に関する法制は二階建てだったのだが、転機は明治23年の旧民法典制定において訪れる。フランス民法典とイタリア民法典に影響された同法は、質権（債権担保編第97条以下）と抵当権（債権担保編第195条以下）¹⁴を規定した。伝統的には質入・書入質といい、同じ質という概念で包括されていたものを分離し、抵当権という別概念に書入質を分離してしまった。そして質権は質入だけになった（第102条、122条）。そして質流れだけを禁止した（第113条、第130条）。起草者ボアソナード博士はその理由の中で、無制限の契約自由論に反駁し、暴利防止、利息制限潜脱防止の理由を熱心に語るが¹⁵、フランス民法典、イタリア旧民法典に流抵当禁止の規定がないせいか、流抵当を禁止しなかった。しかも明治20年「以前ニ在リテハ流質ノ約款ハ當然有効ナリシ」といっており¹⁶、明治6年の流担保禁止法を見逃しており、当時の法制度の認

番号を書き記し、返す。どうも役所でも明細書を持つが、券に「登記」して公示するように読める。当時の書入質とも違うと考えられたのかもしれない。ちなみに現行イタリア民法典の抵当権は ipoteca という（風間鶴寿『全訳イタリア民法典』（法律文化社、1974年）事項索引3頁）。

¹⁴ 旧民法典債権担保編第195条は「抵当ハ法律又ハ人意ニ因リテ或ル義務ヲ他ノ義務ニ先タチテ弁償スル為メニ充テタル不動産ノ上ノ物権ナリ」と規定する。ここでは抵当権は必ず占有留保するのか明らかでない。ボアソナードは「不動産質ト異ナリ引渡スヲ要セズ」とするがはっきりしない（ボアソナード・第1章第4節・注5・439頁）。母法であるフランス民法典旧第2114条も明記しないが、占有留保は自明とされている（川上他・第1章第5節2・注7・240頁）。他にも旧イタリア民法典第1964条（現行2808条も同じ）、オランダ旧民法典第1208、第1209条、オーストリア民法典第447、448条（珍しいことに質権と抵当権を分けて規定しない）も占有留保を明記しない。後の法典でも例えばドイツ民法典第1113条（東季彦訳『全譯獨逸民法』（有斐閣、1930年）等の訳書がある）、スイス民法典第824条（辰巳訳、穂積重遠校閲『瑞西民法』（法學新報社、1911年）がある）は明記しない。これを明確にする法典は、日本民法典第369条と中国物権法第179条（鈴木賢他訳『中国物権法』（成文堂、2007年）がある）を知るのみである。日本民法典起草過程でこの理由が述べられている。民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・784頁梅は「占有ヲ移サナイト云フコトヲ言ツテナイ此百九十五條ノ如クデアリマス總テノ優先權ニ嵌マル様ニ見ヘル[···]占有ヲ移サズシテ書イテ置ケバ是レデ質權ヲト違ウ所ガ明カニ分ル」と述べる。

¹⁵ ボアソナード・第1章第4節・注5・422—424頁。

¹⁶ ボアソナード・第1章第4節・注5・424頁。

識としては誤っている。恐らく、流担保禁止の緩和になるとは思わず、流質を禁止すれば、より流担保禁止が強化されると誤解をしたのだろう。抵当権に関する起草理由でも流抵当には全く触れていない¹⁷。旧民法典起草後の明治21年の法律取調委員会における議事でも流抵当を前提にした一言の言及があるだけである¹⁸。流抵当容認の素地はこのときにできたといえる。だがこうした誤解はある意味、仕方がなかった。なぜならば当時の流担保に関する法制は二階建てであったからである。また当事者の合意による流担保を許した地所質入書入規則と比べて、流担保を禁止した法は単行法であり、前者のように広く認識されていた訳ではなかった。

このような流担保に関する認識の混乱は現行民法典起草においても表れる¹⁹。だが最終的には、契約自由思想に影響された現行民法典起草者は、「無能力者デモナイ者ノ行爲ニハ、成ベク法律ガ干涉シテ其自由ヲ拘束シナイガ宜イト云フ考ヘ」で流質を禁止しなかった²⁰。ところが第九帝国議会では谷澤龍蔵議員の発議により、流質禁止の第349条が挿入された。起草者が禁止しなかった理由は従来から許しており、弊害がないと認識したからである²¹。だが、谷澤議員を筆頭に従来から法律上も慣習上も許していないという多くの批判がだされた²²。

¹⁷ 星野英一編『ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅰ－Ⅱ』718－1020頁では全く流抵当に触れない。

¹⁸ 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書10』（商事法務研究会、1988年）1－96頁の中で、流抵当に言及するのは16頁の委員長発言のみである。その後の議論も流抵当の禁止を全く考慮しない議論が続く。

¹⁹ 民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・652頁長谷川は、明治6年の法に言及して、流質は禁止されてきたとする一方、同・655頁梅は同じく明治6年の法を援用しつつ、流質は許されていたという。なお、両者の議論の内容からして、恐らく法の正確な発布年月日を把握していないと思われる。

²⁰ 民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・579－584頁または612頁以下に議論がある。この頃は利息制限法を廃止することを前提にしていた。その後の帝国議会での議事は第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・110頁。政府提出法案は廣中・第1章第7節・注15・259頁以下に収録。上下で提出時と修正後を対比している。他に三浦大之介編集『第九帝國議會提出修正民法草案』（法學新報社、1896年）でも提出法案のみを閲覧できる。

²¹ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・110頁谷澤参照。

²² 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・110頁、111頁谷澤。

これに対して政府委員の富井委員は、慣習上、許されていると反論するが²³、谷澤議員はそれを否定し、更に流質を許す国があるかと質問した²⁴。富井委員はよく調べなかったというが、明治6年の法では有効としていたと述べた²⁵。ここでいう明治6年の法は地所質入書入規則を指すようであり、一月後の流担保を禁じた単行法ではないようだ。そして外国法はどうかと委員長に尋ねられ、大抵は禁止していたと思うと答える²⁶。谷澤議員は、先の「質入書入規則」の運用についても裁判上、流していないと主張した²⁷。次いで中島又五郎議員も谷澤議員に同調し、地所質入書入規則について同じ見解を採る²⁸。やはりここでも流担保禁止法との混乱がある。

流質禁止には山田泰三議員も同調し²⁹、段々と不利になったところで梅委員が、「流質ノ慣習ノコトハ吾々ニ於テ取調ガ疎漏デアツタ」ことを認める³⁰。その後も流質禁止に同調する議員が増え³¹、結局、現行第349条の挿入が多数で決定された。

一方、抵当権に関する審議では流抵当に関して何の議論もされない³²。その原因の一つは、恐らく、明治6年以来、現代の抵当権に相当する書入質も含めて流担保に関する法制を形成していたにも拘らず、旧民法典が書入質を抵当権という別概念に分離してしまったので、流抵当は従来から許されているという認識が広まり、議論すらされなかったことによるのだろう。

以上を総括すると、明治6年までは容認されていた流担保は、明治6年以降、当事者が合意をしていれば放任し、訴訟になれば競売させるという二階建ての

²³ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・110—111頁富井。許されてきたという理解を前提に、急激に禁止しなかったと言う。

²⁴ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・111頁谷澤。

²⁵ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・111頁富井。

²⁶ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・111頁星亨、富井。

²⁷ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・112頁谷澤。

²⁸ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・112頁中島。

²⁹ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・112頁山田。

³⁰ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・112頁梅。ただ、特約までは禁止していないと発言し、それも違うなら自分の解釈が間違っているという。

³¹ 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・113頁守屋此助。

³² 第九回帝国議会速記録・第1章第7節・注15・115—120、134頁。

法制になった。そしてこの状態は現行民法典起草時点までも存続し、流担保は容認されているのか禁止されているのかの混乱があった。流担保の内、流抵当の方は、書入質が抵当権という概念で規定され、質から分離してしまった関係で流担保に関する法制も質権に関してだけ議論され、流質は禁止されたが、議論されなくなった。

現在では流抵当を認める説が通説であるが³³、流抵当容認はボアソナード博士の誤解が一因をなしており、本来は帝国議会で禁止されるべきだったと考える³⁴。法源が必要なら、民法典に流抵当を容認する規定がないのだから、明治6年の流担保禁止法を援用してもよい。同布告は明治17年法令全書巻末法令改廃表でも廃止されていないし³⁵、民法施行法第9条でも廃止されていない。そ

³³ 近江・第1章第4節・注8・158-159頁参照。近江教授は流抵当禁止を主張する。

³⁴ 現在、流抵当はドイツ民法典第1149条、スイス民法典第816条第2項、中国物権法第186条、イタリア民法典第2744条で禁止する。オランダ旧民法典（1838年）第1223条も禁止している。フランス、旧イタリア民法典は流質禁止のみである。オーストリア民法典は、少なくとも法典中には流質すら禁止する規定がみられない。債権満期後を定める第461条は「担保権者は一定期間経過後に満足しない場合、その経過は、裁判上、担保物を売却する権限を与える」と定める。

³⁵ 明治6年太政官布告第51号は明治23年法律第28号、すなわち旧民法典「参看」とあり、「廃止」にはされていないし、同法典自体が施行されなかった。同改廃表の法的効力は意外に問題となり得る。同改廃表では有名な明治8年太政官布告103号裁判事務心得を廃止しているからである（この点に触れるものとして廣中俊雄『民法綱要』（創文社、1989年）41頁注1）。改廃表に法的権威があるとすると裁判事務心得は有効でない。ここで詳論しないが、政府や裁判所は有効と解している。主に当時の大審院判事が編集した『新體綜合註釋大六法全書』（法文社、1941年）は旧憲法第57条の「参照」で「法律ニ依リ＝明治八太政官布告裁判事務心得三」と記す。政府も現行法と解している。国立国会図書館HP内の「現行法令」で「裁判事務心得」と打つと、「1. 裁判事務心得（明治8年6月8日太政官布告第103号）」とでてくる。「廃止法令」というページで「裁判事務心得」と打つと、「入力条件に適合する検索結果は0件です」となる。更に「〈現行法令（総務省行政管理局）〉」というページの検索画面に「裁判事務心得」と打つと、「明治八年太政官布告第百三号（裁判事務心得）」とでてくる（調査は2005年12月29日時点）。法令改廃表は参考程度にしかないだろう。

うであるなら、少なくとも、設定者が争えば、流抵当禁止の部分を有効とする運用もありえるのではないか。

ともあれ流抵当に関する議論はされなくなった。だがそれは立法過程においてであって、裁判で争われる場合も全く同様であった訳ではなかった。

二 流担保禁止解体過程

これまでで考察した通り、流質は禁止されたが流抵当は禁止されなかった。だが流抵当に関しても立法者が議論しなかっただけで一度も明文で許したことはなく、流抵当を許さない明治6年の法律は有効であるから、訴訟になった場合には裁判所はこれを取り上げた。以下、幾つか例を挙げる。

大判明治29年12月9日（民録2輯11号57頁）は、債務者が債権者に代物弁済した事例で明治6年法を直接、援用して、流地処分を許さなかった。大判明治30年12月8日（第2節21前掲・【2】判例）は土地を買戻条件付で売り渡した事件で抵当直流は条理上、許されないとした（同旨・大判明治44年4月15日民録17輯221頁）。大判明治31年10月12日（第2節21前掲・【3】判例）は、買戻特約付売買契約を「貸金ノ抵當」として流地の効力を認めなかった。大判明治34年12月20日（第2節21前掲・【4】判例）は宅地買戻特約付売買事件において、当該売買（利息付だった）を「抵當貸借」とし、「抵當物件」を弁済に充てる契約は、裁判上、有効としない慣習とした。こうして少なくとも明治44年頃までは売渡担保を流担保禁止法により許さなかった¹。

この頃の判例は、流担保を容認する明治6年の地所質入書入規則第5条と反対に、当事者が流担保を争い、訴訟を提起した場合にこれを禁止する単行法に従ったのだろう。また実際上も明治6年以前は流担保が一般に容認されており、明治6年の単行法が突然に流担保を禁止しても実効性がほとんどないので、当事者が明確に流担保の禁止を主張しない限り、単行法に基づいて判決をしなかったのだろう²。それでも主張があれば、上記のように積極的に流担保を否

¹ 我妻・松波還暦・第1節一・注2・448-449頁。我妻博士が引用する判例で、実際に明治6年法を援用するのは明治29年判決のみである。

² 民法議事速記録・2巻・第1章第7節・注2・653頁富井は、明治初期には確かに立法者は流質を禁止する精神だっただろうが、それまで世間で行われてきた慣習に打ち勝つことはできず、起草時点でも流質を許す慣習であるとのべている。

定する判決をした。

ところが、大判明治41年３月20日（民録14輯313頁）は、流抵当契約が設定されている地所に対して抵当権者がその引渡を請求した事件において、設定者が、流質を禁止している第349条は抵当権にも及び、流抵当の特約は抵当直流の禁止違反であると主張したが、大審院はこの主張を退け、抵当権に関する第372条が第349条を準用していないことを理由に流抵当を容認した。だが、３年後の大判明治44年４月15日は、買戻を利用した売渡担保の目的物を担保権者が転売したので、設主者が担保権者に損害賠償請求をした事件で流担保禁止を理由に、売渡担保の効力を否定した。これは明治41年判決と矛盾するようにみえるが、矛盾はしない。大審院は次のように考えたのだろう。暴利の結果を認容したくはないが、条文上は、禁止していないので、流抵当は認めざるをえない。だが、条文上に流担保認容の根拠をもたない売渡担保は認めたくないので、明治44年判決ではその有効性を否定した。つまりできるだけ、流担保容認の拡大を防ぎたかったのだろう。

だが翌年の大判明治45年７月８日（民録18輯691頁）は、売渡担保における所有権移転の意思表示は当事者の意思に合致するとし、これを有効とした（「売切担保」の二重譲渡事件で詐偽が問われた大判大正３年７月７日刑録20輯1431頁も売渡担保の有効性を認める）。

こうして非典型担保が認められるならば、担保物件が流れる。そうなると、直ちに清算問題が現れることは容易に想像がつく。そして明治45年判決直後から下級審で清算義務が問題になり、これを認めてきた（東京地判明治44（ワ）516新聞803号23頁は建物買戻特約付売買契約事件で清算義務および同義務履行までの受戻権を認めた。明治45年（ワ）第438号大阪地判判決年月日不詳新聞829号23頁も家屋・家屋内動産売渡担保事件で清算義務を認める。地所買戻特約付売買契約事件である東京控判大正２年８月９日新聞898号21頁も同旨）。そして大判大正８年７月９日（民録25輯1373頁）は、電話使用权買戻特約付売買事件で特約がない限り、清算義務および受戻権を認めた（同旨・第２節二１前掲・【9】判例）。だがその後、売渡担保につき、内外部移転原則を採用した大連判大正13年12月24日（第１節一前掲）により、売渡担保では原則、清算は不要と考えられて行ったことは前述した（第２節二１）。戦後も清算不要を前提にした下級審判決があった（第２節二２前掲・【18】判決）。この傾向はその後も続いた。

一方、狭義の譲渡担保に関しては、最判昭和46年3月25日（民集25巻2号208頁）が、譲渡担保に常に清算義務を認めた（ただし、所有権移転の名義が売買だった。だが、譲渡担保として扱っている）。

売渡担保に關しての清算義務に關しては、議論が分かれていたが、最判平成18年2月7日（第2節2前掲・【23】判例）が、同様の立場を明らかにした。これにより、買主にとっては、あえて売渡担保を利用する意味はなくなった。

代物弁済予約も当初は流担保禁止を理由にその効力を否定されたが（第1節三前掲・大判明治29年12月9日）、流担保が解禁された後は、やはり同様に清算問題がでてきた。清算義務を認めた下級審判決が昭和15年に出ているが（電話使用權に關する東京区判昭和15年8月6日新聞4630号11頁は流質禁止規定の趣旨より清算義務を認めた）、本格的に清算義務が議論されるのは戦後である。当初は公序良俗が問題となり、4倍程度でも暴利としなかったが（最1小判昭和35年6月2日民集14巻7号1192頁は土地代物弁済予約事件において、「いささかバランスのとれない観がないでもない」としつつも、結論的には4倍でも無効としなかった）、最1小判昭和42年11月16日（民集21巻9号2430頁）が処分清算型を原則として清算義務を認め、同判決を踏襲する判例が相次いだ（最1小判昭和43年2月29日民集22巻2号454頁、最1小判昭和43年3月7日民集22巻3号509頁、最1小判昭和43年3月8日判時525号48頁、最1小判昭和44年10月16日民集23巻10号1759頁）。以後、帰属清算型原則説が有力化して行き、帰属清算か処分清算か言及しない判例が出され（最1小判昭和45年3月26日民集24巻3号209頁）³、仮登記担保法制定前の代物弁済予約における集大成といわれる最大判昭和49年10月23日（民集28巻7号1473頁）が出て、帰属清算原則説が採用された。そして1979年に仮登記担保法が制定された。

所有権留保の場合も、この流れの例外ではなく、前述したように清算は当然とされている。

このように、非典型担保全てにおいて清算義務を課することが圧倒的な趨勢である。担保と目されるものには全て清算義務を課することが趨勢ともいえる。

流抵当に關しては、これが認められて以後、清算義務に關する判断はない。だが学説は、清算を要する説が多数である⁴。

³ ここまでの判例の整理は椿・重判・昭和45年度・45頁以下に詳しい。

⁴ 近江・第1章第4節・注8・158頁は流抵当自体を認めるべきではないとす

ここまでを流担保に関する司法の関与という観点から総括すると、裁判所はまず当事者が争わない限りで流担保を認め、その後、禁止されなかった流抵当に関しては裁判上もこれを認め、非典型担保でもこれを認めた。だが非典型担保では物の取得を目的とする流担保としてはこれを認めず、清算義務を課し、質・抵当と同様な価値を実現し、債権の満足をする担保であることを司法の介入によって強制した。

三 買戻特約付真正売買における清算の要否

非典型担保においては、担保権者に清算義務を課することが圧倒的趨勢である。そして判例が流抵当を条文上の根拠から認めたにも拘らず、清算義務を要するとする学説が趨勢であることからすれば、民法典上に根拠をもつ買戻特約付真正売買においても、買戻期限経過により所有権が買主に確定的に帰属しても、清算義務を認める方向になりそうである。だが買戻は、その特殊性ゆえにそう問題は単純ではない。

買戻の特性をもう一度よく考えてみる。買戻は担保に利用されるが利息をとらない。それは伝統的に買主による目的物の使用収益を前提してきたからである。またその使用収益処分権の付与が売買代金という名の融資金の使用に対する対価（利息）をもかねているといえる。この前提のゆえに所有権原を買主に完全に移転する。そして期間制限がある。それは買戻が物の取得を目的とする担保であることに由来するといえる。買戻では売主が期限までに定められた代金を提供して目的物を取り戻す。この買戻権は遡及的解除効をもつ非常に強力な権利である。だからこそ長期間の買戻を認めては買主の物の利用や処分が妨げられ、買主または第三者の地位を非常に不安定にする。そこで目的物が確定的に買主に帰属するのかわからないのかを明確にしなければならない。また目的物が何等か売主の責に帰することができない事由で滅失したとき（不動産でも流失等の危険はある）¹、買戻権は義務ではないので、売主は買戻権を行使しないだ

る。因みに、上杉晴一郎『代物弁済とその予約に関する判例の研究』（法曹会、1974年）108－109頁によると、流抵当契約は登記できない。だから実際は、ほとんど利用されていないだろう。

¹ 明治6年の地所質入書入規則第12条は天災により地所が流亡その他全形を失った場合、地券は消滅すると定めており、つまり土地の滅失を想定していた。

ろう。この場合、買主は当該目的物の取得を目的として担保にとつたので、目的物が滅失しても代替物を売主に要求することができない。したがって、売主は売買代金を受領し、買主は代金を回収できず、かつ目的物も取得できないということになる。買主はこうした危険を常に負担している²。買主はこのような買戻権の特性を計算にいられて、売買価格を低く設定する。そして買戻期限までに買戻権が行使されなかった場合は、何等の私的実行をせずに買主の所有権は確定的なものとなる。それは買戻が、目的物の売買代金に対して、高くとも安くともその目的物の取得で満足する担保だからといえる。

一方、清算を必要とする非典型担保は利息を取収する。それは目的物の使用収益を前提しない価値の把握・実現を目的とする担保だからといえる。だから利益をえる手段として利息をとるし、またそれは許される。また利息で利益をえるので目的物の使用収益処分権を付与するために所有権を移す必要もない。ここから非典型担保では所有権を担保権者に移すとしても、その所有権は担保権と理解されたり、所有権だとされてもその所有権は担保目的に限定される。また他の非典型担保は、物の価値に関係なく、目的物の取得を当てにした担保ではなく、価値を実現し、債権を満足することを目的とするものであるから、弁済期限の経過で担保権者の目的物の取得を確定的にする必要はないし、また目的物が債権額に比して高額の場合、債権額以上の利益を与える必要もない。非典型担保には買戻とは逆にこのように価値の実現を目的とするゆえの特性がある。それゆえにこれまでにみた判例は、物の取得を目的とする流担保と同じ結果になる非典型担保をそのままでは認めずに、強制的に、価値を実現し、債権を満足することを目的とする担保として受戻権や清算義務を認めていったといえる。そうだとすると、物の取得を目的とする買戻においては清算義務は問題とならないと思われる。

また理論だけでなく、実質的に考えても、買戻では清算義務を問題とすべき

また現代でも中国物権法第154条は宅地使用权を設定した土地の自然災害による「滅失」を規定しており、その場合、宅地使用权が消滅する。現代では汚染に因り使用できなくなったり、法律上、消滅することも考えられるだろう。

² この危険を旧民法典時代の本野、森、城・第1章第5節3・注5・338頁は「受戻権能ノ行使以前ニ生シタル物件ノ滅失ハ買主ノ負擔ニ帰ス」として、この危険を認識していた。そして我妻・第1章第8節・注18・127頁も同様のことを指摘する。

ではない。買戻で清算を要すると、清算金額は時価と初めの売買価額との差額になる。これを払うと、結局は時価で買ったことと同じになる。他の非典型担保の場合は利息をとるのだから、利益をえることができる。買戻ではこれができない。そうすると、売主に占有を留保した場合、買主は果実収取もしないので、売主による買戻権行使の有無にかかわらず、全く収益の見込みがなくなる。買主は占有して果実収取をするしかなくなり、結局は買主への占有移転を強制することになる。だがそれは売主への占有留保を禁止していないことと矛盾する。また物が滅失した場合に買主は大損をする。売渡担保を除く他の非典型担保ならば、債権債務関係は存続しているので、買主の債権は影響を受けない。売渡担保の場合でも、利息や期間等、契約内容に関する制限がないのだから、様々な方法でリスク調整が可能だろう³。他にも買主は様々な危険を負担している。買主は占有しているなら果実を収取すればよいが、収益している途中で権利行使をされると果実をえられない。つまり目的物の経済的利用が妨げられている。このように買戻特約付真正売買における買主の負担を考慮せずに清算義務を課すと、実際上も公平な結果にならない。

このように買戻は物の使用収益や取得を目的とする担保であるという理論上の帰結からも、実際上の帰結からも、買戻において清算義務を認める必要はない⁴。

³ 譲渡担保で債務者が保険金等を受け取る場合は、物上代位も考えられる（最判平成11年5月17日民集53巻5号863頁は譲渡担保権者に物上代位権の行使を認めた）。売渡担保でも譲渡担保と同じに扱うなら、同様に考えられる（我妻・松波還暦・第1節一・注2・494頁参照）。

⁴ 他にも次のような説明も考えられる。売主が金融の必要を感じる場合、その手段として質権か抵当権を利用することが考えられる。しかし、その財産を手放したくない場合、その高利のために受戻は困難となる。そこで利息を払わずに当事者が合意で定めた買戻可能と考える価額で買戻特約付売買契約を締結し、買主の負担の大きい、強力な買戻権をえる（ボアソナード・再関修正民法草案註釋・第1章第5節・序文・注1・465頁参照）。ところが、目論見が外れて、買い戻すことができず、買主が確定的に所有権をえることになったとする。しかし、通常の売買契約ではより高額で売れる筈であったのに、それをせずに物への情を捨てず、買戻を選択し、買主にも負担をかけたのであるから、それは売主の判断の誤りである。したがって公平の観点からも清算の必要はない。

結

第1章では買戻の形成過程について考察し、買戻の内容の把握に努めた。第2章ではそこからえた知見をもとに、他の非典型担保との比較を試みた。そこでみいだされる買戻の特性の存在理由は、買戻が物の使用収益、取得を目的とする担保であること、つまり物に着目する担保であることから説明可能なものであった。売渡担保との区別においては、第1章からえた買戻に関する知見も各考慮要素の取捨選択に大きく貢献したが、利息の授受を決定的要素とする点においては、歴史的解釈だけでなく、買戻が物に着目する担保であることから説明された。買戻における清算の要否に関しては、利益衡量も欠かせなかったが、基本的には同様の観点から説明が可能であった。このように他の非典型担保を価値を実現し、債権を満足することを目的とする担保と位置付け、買戻を物に着目する担保と位置づけることで、買戻の多くの特性の説明が可能となった。また逆に価値に着目する担保が物に着目する担保とどこが違うのかという点で他の非典型担保の特性も幾分、明確になったと思われる。

ところで、非典型担保における買戻に関する考察を終えてみると、いくつかの疑問が生じた。最後にそれらを今後の課題として提示しておこう。第一に、買戻に関して使用した判例・判決は80件程度であるが、これ等の内、戦前は個人同士の事件しかない。一方、戦後は法人も当事者になる。第二に、戦前の事件が圧倒的に多く、戦後は少ない。最上級審の判例は、この傾向がより著しい。つまり急激に買戻は利用されなくなったということである。こうした現象はなぜ生じたのか。第二の点に関しては、買戻が非典型担保の中で唯一、清算なしに低価での目的物の取得を許されることと無関係ではないと思われる。これらの原因の究明は今後の研究の中で明らかにしてゆこうと思う。

それと非典型担保は、そのままでは流担保の結果になり、物の取得を目的とする担保であるところ、判例によって、価値の実現を目的とする担保に修正されている。だが、その価値の実現に裁判所は関与せず、市場に委ねられている。つまり非典型担保は裁判所と市場の協働によって構築されてきた制度だといえる。そこにおける在り方について考察を深めることも今後の検討課題である。