

非典型担保論史（讓渡担保論史）

——明治初期から昭和二〇年まで——

平 井 一 雄

- 一 緒言
- 二 明治前期の不動産担保
  - 1 制限物権型
  - 2 権利移転型
- 三 明治前期におけるある担保判例
- 四 明治中期（明治三五年頃まで）における権利移転型不動産担保
- 五 明治後期（明治四五年まで）における売渡抵当・売渡担保
- 六 大正期の判例
- 七 昭和前期（昭和二〇年まで）の判例
- 八 学説概観（昭和二〇年まで）
- 九 結語

## 一 緒 言

非典型担保（不正規担保・変則担保）につき、その發展史を叙するのが本稿の目的であるが、まず、非典型担保なるものを定義づけるのは意外に困難である。ある著述では、「変則担保とは、本来的に担保として予定された制度ではなく、別の独立の制度であるが、実質的には担保的機能を内在するため、もっぱらその機能（担保手段）のために利用されるもの、および、新たに慣行として生じ、判例法上確立するに至ったもの」と説かれている<sup>(1)</sup>。

さて、通常「担保」とは、物的・人的を含めて、債権の弁済を確保する手段としてよいであろうが、ここでは、いわゆる人的担保を除き、債権の弁済確保のため何らかの手段が採られ、その効力は必ずしも法律上の優先弁済機能まで認められるものに限らない、としておく。次に、本来的に担保として予定された制度ではないが、実質的には担保機能を内在させるもの、ということについても、その程度の差の判別は実は困難を伴う。例えば、買戻・再売買予約は、一般には非典型担保に属せしめられるであろうが、就中買戻は、担保機能を営む制度であることが立法当初から認識されており、売渡担保が実用的な担保手段として登場するまでは、不動産担保は買戻によってほぼ一手に担われていたともいえるのである。担保物権とは構成しえないがゆえに、売買の節に規定されたに過ぎない。民法に規定され、かつ担保機能を営むことが認識ないし予定されていた制度を典型担保と呼ぶならば、買戻は典型担保であるが、担保物権編に規定されていないということからは、非典型担保である。これに対し、相殺は、当初から債務の決済手段としての機能しか認識されていなかったようであり、担保機能が組上にのぼるようになったのは比較的近時のことであって、その意味で、典型的な非典型担保と呼びうるであろう。他方、代物弁済予約

は、仮登記担保契約に関する法律の制定をみたことは周知の通りであり、これを現在でも非典型担保と称しうるかは問題である。

かようにして、非典型担保とはどの範囲までの外延があるのかは明瞭なようで必ずしもそうではない。また、本学史の研究会において、叙述の重心は戦前までに置くこととの申合わせもあるので、相殺・代理受領、振込指定などは本稿の対象から除外されることとなる。結局は、本稿では、売渡担保ないし譲渡担保の戦前までの発展史を辿ることが中心となることをお断りしておきたい。

（1） 近江幸治・担保物権法（弘文堂一九八八年）二五一頁。

（2） 相殺につき、フランスでは留置権との類似性が説かれていたようであるが（深谷格「相殺の構造と機能」フランス法を中心として」名古屋法政論集一三三・一三四・一三六・一三七号）、わが国ではこのような視点はなかったと思われる。なお、ドイツ法に関し、石垣茂光「相殺の期待保護——ドイツにおける判例学説について」獨協法学三九号。

## 二 明治初期の不動産担保

### 1 制限物権型

明治二年民部官布達によれば、「追テ永制ノ御制法御確定相成迄旧法ニ寄り裁判可致」<sup>①</sup>とあり、これは、新体制下で旧体制の法の適用を認めた珍しい例とされるが、初期の明治政府によって出された不動産担保法規も、幕府法の下での質入、書入という用語を用いたものであった。

幕府法は、土地（田畑）の担保として、質入と書入の二形態を認めていた。質入は、本公事として扱われ、厳格な形式的、実質的要件を充すことにより成立し、債権者の満足は目的地を流地とする方法によって達せられた。したがって、これが当時禁じられていた田畑永代売買に代わる土地移転の方法でもあった。<sup>(3)</sup> 書入は、金公事として扱われ、担保付といっても、債権者は通常金銭貸借におけると同様の地位しか認められず、いわば裁判上は無担保の扱いであった。

明治政府による土地の商品化は、明治五年（一八七二年）一月、東京府下の市街地を嚆矢とする地券発行から、全国の農地をも対象とする「土地売買譲渡ニ付地券譲方規則」（同年二月二十四日大蔵省達）、および、「田畑永代売買解禁令」（同年二月一五日太政官布告）にはじまる。もっとも、これらにより、土地所有権移転の機能は達せられたが、土地の担保関係は規制しえなかったもので、次いで、六年「地所質入書入規則」（一月一七日太政官布告）が定められた。<sup>(3)</sup>

これによれば、質入と書入の区別は次のように定められている。

第一条 金穀ノ借主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主ニ地所ト証文トラ渡シ貸主其作徳米ヲ以テ貸高ノ利息ニ充候  
ヲ地所ノ質入ト云ウ

第二条 金穀ノ借主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主ニ地所引当ノ証文ノミヲ渡シ作徳米ノ全部又ハ一部ヲ貸主ニ  
渡シ利息ニ充候ヲ書入ト云ウ

第三条 金穀ノ借主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主ニ地所引当ノ証文ノミヲ渡シ借主ヨリ其利息トシテ米又は金  
ヲ払ヒ候ヲモ亦書入ト云ウ

さて、幕府法にも、「質入」と「書入」の区別があったことは前述したが、この両者については、質入が占有担

保であることからほぼ質権に該当し、書入が非占有担保であることからほぼ抵当権に該当する、という理解が一般的なようである。しかし、これに対し、質入と書入とを分かつもの、本公事と金公事とを分かつものは、貸付債権の利息の有無であるという指摘もある<sup>④</sup>。質入は、本来質取主が占有耕作しうるので、別に利息をとらない。もっとも、質入人にそのまま小作させる場合（直小作）もあり、この場合の小作料収入は実質は利息に近いものであるが、形式上利息は付かないという原則は維持されている。他方書入は、通常の借金銀と同様に利息が付く。書入とは、本来は、金子借用証文に、債務不履行の場合に証文上記載の土地を譲渡する旨の特約を「書き入れ」たもの<sup>⑤</sup>に過ぎず、現行法上の概念では代物弁済予約に近いものである、というのである<sup>⑥</sup>。

明治六年の「地所質入書入規則」は、質入、書入の用語は幕府法そのままであるが、内容的にはかなり異なるところがみられる。先に、質入、書入の定義を示した部分のみ引用したが、そこにおいてだけでも、質入、書入ともに債権者は利息を収取する権利を有すること、両者の区別は、「地所ト証文」とを渡すか、「証文ノミ」を渡すか、すなわち、占有担保が質入であり、非占有担保が書入であることが明瞭に示されている。さらに、原文の引用は省いたが、同規則第九条において、質入、書入とも必ず其町村戸長の奥書証印を取ることを要し、其町村戸役場には奥書割印帳を備え、帳面と証文とに番号を朱書し割印を押し奥書を為すべしとされ、これは、わが国における最初の本格的不動産公証制度といえ、登記制度の先駆をなすものであった、といわれている<sup>⑦</sup>。これにより、担保力に余剰があれば、二番・三番の書入設定も可能となった（同規則一〇条）。幕府法と同一の用語を用いつつも、近代担保法への変質がみられるのは、同規則の立法過程において、フランス法が参照されたゆえであり、書入は、「イボテーク」の持つ意味内容が同規則の中に実現されたものであると評価されている<sup>⑧</sup>。

この後、「動産不動産書入金穀貸借規則」（明治六年八月二三日）、「建物売買譲渡規則」、「建物書入質規則」（い

ずれも八年九月三〇日)が制定され、一〇年には船舶にも建物書入質規則が適用されるにいたって、主要な資産の担保化の手続が整ったのである。注意さるべきは、明治政府は、流質を禁止し、今日の競売に渡る制度をもって債権の満足を得させるように計った点であろう。

なお、建物書入質規則における書入質とは、意味的には抵当権のことであって非占有担保であり、質権に該る占有担保は、建物について特約で設けることは排除されていないが、成文上の制度としては存在していなかった。旧民法が不動産質を定めたのは、フランス民法におけるアンティークレーズがボアソナードの草案を通じて導入されたもの<sup>⑩</sup>、といつてよいであろう。「建物書入質規則」によれば、土地と建物は別個の物であり、借地上的建物も、地主に質地たる奥書をしてもらうことによって、書入質に供することができたといわれる。<sup>⑪</sup>

(1) 福島正夫・日本資本主義の発達と私法(東大出版会一九八八年)二〇頁。

(2) 通常このように説かれているが、厳密には、町地は永代売買を公許され、百姓地とくに百姓持高請田畑のみが、寛永二十年以来永代売買が禁じられたのである。しかし、藩によっては売買を公認したところもあり、他方、由緒譲、好譲などの名をもって譲渡をする脱法行為も行われ、発令後しばらくして空文に帰したものとみられる、とされている、なお、百姓持高請田畑でも、年季売、本物返の目的とはなりえた(以上、近世債権法(司法資料第二九八号一九四八年一九頁)。

(3) 藤原明久「明治初期における土地担保法の形成」神戸法学二四卷三号二〇四頁以下。

(4) 伊藤孝夫「明治初期担保法に関する一考察」法学論叢一二八卷四月五日六号三三七頁

(5) 伊藤・前掲三三八頁。

(6) 伊藤・前掲三四九〜三五〇頁。

(7) 伊藤・前掲三五一頁。なお、明治八年の翻訳局記述「佛蘭西法律書」によれば、nantissementを質、gageを動産ノ質、antichrèseを不動産ノ質、hypothèqueを書入質をしている。

- (8) 明治三〇年の大審院判決では、抵当直流の合意についても、条理上許す可らざるもの、としたものがある（大判明三〇・一二・八民録三輯一卷三六頁）。
- (9) 前注（7）参照。
- (10) Boissonade ; Proj. Art. 1121 et suiv. 旧民法債権担保篇一一六条以下。
- (11) 福島・前掲二三二頁。土地と建物とは別個の不動産とする萌芽が、すでに建物書入質規則にあったわけである。  
なお、本稿の主題と直接に係りないが、私の調べ得た限りで、地所書入質入規則および建物書入質規則についての判例がそれぞれ一つづつある。前者に係るのは大判明二九・五・一一（民録二輯五卷二四頁）、後者に係るのは大判明三〇・六・六（民録三輯五卷二九頁）であるが、二九年判決は、同規則第四条で質地の年限を三ヶ年に限ってあるが、その期限を経過しても質地の効を失うものではない（担保契約の効力は存続している）と判示するもので、興味深い。

## 2 権利移転型

ローマ私法においては、*fiducia*, *pignus*, *hypotheca* の三種の担保権があり、先ず *fiducia* が存在し、占有質たる *pignus* から、非占有質たる *hypotheca* に進んだとされる。<sup>(1)</sup> *fiducia* は、担保目的のために目的物の所有権を移転する権利移転型担保であるが、現在のドイツでは、*Hypothek* *Grundschild* *Rentenschuld*、フランスでは、*hypothèque* *nantissement*（動産gage）不動産 *antichrèse*）が正規担保であって、制限物権型担保の発達に伴い、権利移転型担保は消滅し、制度の表面に現われることはなくなった。<sup>(2)</sup> 英米では不動産担保としては *mortgage* がある。普通法上と衡平法上のものがあり、いずれも大陸法における担保概念とは異った発達史を有する。*mortgage* は当初は用語からしても解除条件付土地譲渡であったが、とくに現在のアメリカでは、多くは *mortgagee* が *legal title* を有し、*mortgagee* は単なる *lien* としての担保利益を有するに過ぎず、後順位者の出現も可能であり、

目的不動産が複数(共同担当)の場合には、marshallingの原則による後順位者保護も図られている<sup>(3)</sup>。

さて、我国において、権利移転型担保の原型とみられるのは、幕府時代に認められた年季売、本物返であり、これらは今日的には、買戻の款付売買であるとされる。他方では、すでに述べたように質入があり、両者は別のようであるが、「徳川時代における不動産質の根本概念は、年季売と同様不動産の解除条件付譲渡に外ならずというべきである。」という指摘もあり、近世時代、年季売と質入とは混同され同一視されたのであって、年季売を権利移転型、質入を制限物権型と区別することは、正しくないといえるようである。のみならず、年季売も質入と同様、必ずしも流担保として扱われたわけでもなく、目的土地が売却され、その代価が債権者に支払われる、という方法もとられていた<sup>(4)</sup>。このように、両者が混同されていたとすれば、質入において直小作があったのであるから、年季売においても占有非移転型も認められていたであろうと思われる。

さて、明治政府により地券制度が創設され、地券を受けなければ土地所有の効力がなく、地券書換が所有権移転の要件とされたが、制限物権的な質入書入とは別に、地券を預入れることによる担保方法が行われていたとされる。これは権利移転型の担保であり、質入書入では禁じられていた流地を達する目的で利用されたようである<sup>(5)</sup>。そして、このような担保方法は、明治二年の「土地台帳規則」により地券制度が廃止された後も存続し、売券抵当、売券担保という名称で行われたとされている<sup>(6)</sup>。

(1) 石田文次郎・投資抵当権の研究一四頁。

(2) 我妻栄「判例売渡抵当法」民法研究Ⅳ(一九六七年有斐閣)六三頁。

(3) G. Osborne; Mortgages.1970.p.207, p.286 et s.



(4) 近世債權法二四八頁。なお、同書一四二頁には、目的土地の価格が債權額を超過する場合には、これを売却してその代金をもって弁済に充てた例が質地と本物返の兩者について記されている。また、債權額に不足する場合に、質地そのものを弁済に代えて質取主に引渡す由である（同書一四一頁）。

(5) 近江幸治・担保制度の研究（一九八六年成文堂）五三頁。

(6) 近江前掲六一頁。一例として、大正七年の判例（大判大七・四・一一民録二四輯五五三頁）に売券担保の名称が見られる。もともと、本件は、漁業権を担保目的で売買の形式をもって移転したものであり、地券を交付したものではない。また、同書同頁には、売券抵当なる用語が用いられた例として大判明三〇・一二・八（民録三輯一卷三六頁）が挙げられているが、これは海産干場並びに附屬海面建物を買取目的で売却（買戻約定付）したものであって、控訴人の答弁書中に売券抵当として云々の言辞はあるが、判示事項としては、抵当直流の合意は条理上許されないとしたものである。他に、大判大元・一〇・七（民録一八輯八一五頁）に、売券担保であるのに、原審たる函館控訴院が所有権を移転する意思がなかったとして売買は成立せずとした判断を不服として、上告したものにつき、原審を支持した例があるが、目的物は物品（詳細は不明）であって、これも地券の交付の例ではない。

要するに、売券担保、売券抵当の用語は、用語としては地券預入担保から発祥したかも知れないが、売買形式を持った担保すなわち今日の讓渡担保に当るものとして、目的物のいかに問わず、しかもおそらく通俗的な用法として用いられていたのではないかと思われる。

なお、沿革について、小野久・売渡担保論二頁以下も参照。

### 三 明治前期におけるある担保判例

ここで、本稿の主題とは直接かわりないが、明治初期において、担保に係る判決がどのようなものであったかを、参考として、一例につき掲げてみたい。

明治八年九月八日上告、明治九年十二月二七日申渡の「抵当地所引渡違約上告ノ判文」である<sup>①</sup>。

「東京上等裁判所ノ審判」として、原告控訴の要旨、被告答弁の要旨、判文の要旨が掲げられているが、これらによると概略以下のようである。

原告の主張 同人は横浜所在の埋立願済地を被告に譲渡し、代金一万円を受領したが、元利金を支払えば取戻しうる約定であった。返金の期限は明治四年九月末日であったところ、明治四年八月六日、双方話し合いのうえ、一万円の売渡証文は差置いたまま、借入金の契約に改め、更に利金として一五〇〇円を原告が支払うこと、その内、一二五〇円は明治四年一〇月中に支払い、残二五〇円は五年二月末日に支払うことを約定した。これに基き被告が前記一二五〇円を受領したことは、目的地たる埋立願済地の埋立成功まで期限を延期した証拠である。しかるに、神奈川裁判所が、買戻期限の経過によって受戻の権利なしとしたことは承服し難い。

被告の主張 一二五〇円は受領したが、残金の支払期限（明治五年二月末）後二ヶ月余を経ても買戻の申出なく、明治五年五月中にこの土地は被告方に「引取」った。これは、原告の申立通り抵当であるから、「流地」となったものである。また、埋立成功の期を見定め難い地所につき、一五〇〇円の利子でそれまでの期限の延期を認める道理はない。

東京上等裁判所の判決 当初譲り渡しの名義であったものを抵当貸借金に改めたことは、「原被申口符合セリ」としたが、原告の主張する埋立成功まで返金の期限が延期となった証拠はなく、原告には、「今更地所受戻スヘキ権利ナシ」。

原告の上告要旨は、抵当借入金と認定されたのであるから、地所所有の儀は原告にあるべきであるのに、当初の譲渡証文に拠って判決がなされたのは、「法ニ適セサル裁判」である、というにある。

これを受けて大審院は次のように説示する。現在のわれわれから見ても、論理的かつ説得性のあるものであり、左に原文を引用しよう。

大審院ニ於テ之ヲ條理ニ照シ辨明スルヲ左ノ如シ

第一条 省略

第二条 該地ヲ貸金ノ抵当地ナリト認メタル上ハ第一ニ該地ノ實際書入ナリヤ質入ナリヤ第二ニ利息ノ有無又ハ  
定限第三ニ流地契約ノ有無等ヲ詳細審問シ又明治六年七月二八日原告ヨリ神奈川裁判所ニ差出シタル答弁書中ニ  
附帶シテ該地受戻シヲ訴ヘタルヲ以テ受戻シノ出訴ノ始トナシ之ヲ明治六年司法省第四十六号布達ニ照シ其受戻  
スヘキ權利ノ有無ヲ定メ相当ノ裁判ヲ為スコキニ東京上等裁判所ハ是等審理ノ手續ヲ為サス唯明治五年二月晦日  
貸金ノ期限ヲ過キタルトテ明治四年八月六日ニ双方ノ承諾ニテ既ニ解約シタル明治四年五月三日附讓渡証書ノ効  
シナキ者ヲ以テ効シアル者ト誤認セシ裁判ヲ為シタルハ聽斷ノ定規ニ背キ且法ニ適セサルノ裁判ナリトス

判決

右ノ理由ナルヲ以テ東京上等裁判所ノ裁判ヲ破毀シ更ニ大阪上等裁判所ニ移スニ付該裁判ノ裁判ヲ受クヘキ者也  
既述のように、この判決は明治九年末になされているのであるが、その時期において、これだけの内容の判決  
が、どのようにして獲得された法律知識によってなされたものか、今のわれわれからすれば驚きを禁じえないもの  
がある、といつても過言ではあるまい。<sup>(3)</sup>

(1) 明治前期大審院民事判決録 1・明治前期大審院判決録刊行会編（三和書房）八七頁以下。

(2) 福島正夫前掲四二頁には、判決文自体には、習慣によるとも条理によるとも明示されることなく、とあるが、少くとも

大審院判決には、本文に掲げたように、条理、法、法律に照せばとの文言が用いられている。

#### 四 明治中期（明治三五年頃まで）における権利移転型不動産担保

いうまでもなく、明治民法の施行は明治三一年であるが、これより少し後の明治三五年頃まで、大審院民事判決録に現われたかぎりでは、不動産担保に関しては買戻が中心である。売渡抵当、売券担保、売渡担保などが登場するのは、後述のように明治二九年をもって嚆矢とするが、明治三四年までで四件である。ここでは、とりあえず明治三五年頃までという形で一区切りとする。なお、明治三〇年に抵当権が登場するが、これは民法施行前のものであつて、現在の抵当権とは異なる<sup>③</sup>。

さて、買戻も広義では不正規担保に属するとしてよいであろうから、以下これについて古い判例の示すところを紹介しよう。但し、ボアソナード草案から旧民法を経て現行五七九条にいたる経緯については私の別稿を参照されたい<sup>④</sup>。

まず、明治五年の地所永代売買解禁前になされた買戻付売買に関し、右の売買禁止に反するものではないとするものがある<sup>⑤</sup>。幕府時代の取扱いと同様である。

次に、買戻期間中の目的不動産の所有権の帰属について、「買主モ完全ニ所有権ヲ取得シタルモノニアラス又売主モ全ク所有権ヲ離脱シタルモノニアラス此間ニ於テ買主ノ有スル権利ハ解除条件付ノ所有権ニシテ売主ノ有スル権利ハ停止条件付ノ所有権ト看做スハ従来説ク所ノ法理ナリ」と説く<sup>⑥</sup>。

買戻と再売買予約との差異については、買戻契約は必ず売買契約と同時になすことを要し<sup>⑦</sup>、売買契約後になつて

買戻すことの約定をなすのは再売買予約であるとする。<sup>(7)</sup> 両者の差は次の点にも生ずる。すなわち、再売買の予約は約定の期間内に買受の手続をなさなくても直ちに失権しないが、解除条件付受戻契約は受戻期間を厳正に遵守しないときは失権の効果を生ずる。<sup>(8)</sup>

もっとも、買戻請求の手続としては、期間内に代金の提供までする必要はないが、<sup>(9)</sup> 実際に買主に対し引渡を請求するには、代金の支払いが必要である。<sup>(10)</sup>

買戻は登記をしなければ第三者に対抗しえない。明治二六年の判決は、明治一九年八月一日布告の登記法において、売買の登記中買戻約定を併せて記入しうるのであるから、と述べている。<sup>(11)</sup>

今日では、買戻権は、売買契約の際に留保された解除権であり、契約上の地位に伴う権利であるとされる。<sup>(12)</sup> 大審院は一種の債権とするが、<sup>(13)</sup> 買戻権の讓渡については、債務者への通知または債務者の承諾は不要である。<sup>(14)</sup>

やや異色と思われる判例がある。第三者効に関して、買戻は登記なくしては善意の第三者に対抗しえないとするもの、<sup>(15)</sup> および、判例の表現によれば、「売買名義ヲ仮装シ其實貸金ノ抵当ニ取置キタル地所ヲ債権者力擅ニ他ニ売却シタルトキ」は、所有者である債務者は悪意の買主に対し「其物件ヲ追求シ得可キハ勿論ナリ」とするものである。<sup>(16)</sup> 後者は、九四条二項類推適用という現在の学説を想起させるものがある。

おわりに、目的物の価額が買戻した時に売買時より減少していたという事案で、買主に過失なき以上、損失は買戻権能を行う者が負担すべきである、とするものがある。<sup>(17)</sup>

(1) 大審院は明治八年に設置された。

(2) 大判明三〇・五・一〇民録三輯五卷四四頁は、抵当権は登記をしなければ第三者に対抗しえない旨判示するが、この登

記は書入登記である。

- (3) 拙稿「担保目的でなされる買戻に関する一考察」獨協大学法学部創設二十五周年記念論文集一四六頁以下。
- (4) 大判明三六・一二・九民録九輯一四九一頁。
- (5) 大判明三二・四・二一民録五輯四卷六四頁。
- (6) 大判明三三・二・二一民録六輯二卷七〇頁、同明二八・一二・五民録一輯五卷一四頁。
- (7) 大判明三三・一〇・五民録六輯九卷二六頁、同明二八・一・二四民録明治二八年一月〜六月三九頁。
- (8) 大判明三一・五・一一民録四輯五卷一七頁。
- (9) 大判明三〇・三・二四民録三輯二卷六七頁、同明三三・七・二民録六輯七卷一頁、明三三・一二・二一民録六輯一一卷一二一頁。代金の提供不要と解されるのは、民法施行前にあつてはこれを要するとの法規がないことが理由であるが、このことを明瞭に説くのは次の判例である。すなわち、「民法施行前ニ於テハ民法第五八三条ノ如キ規定ナク單ニ買戻ヲ為スヘキ意思ヲ表示シ履行ノ場合ニ至リ代金ト引換ニ買戻ヲ遂行スル慣習ニシテ」と(大判明三五・三・五民録八輯三卷五頁)。
- (10) 大判明三四・三・一五民録七輯三卷四四頁、前出同明三五・三・五。
- (11) 大判明二六・四・二七民録明治二六年三月〜二月一四一頁。同旨のものはかなりある。例えば、大判明二九・一・八民録二輯一卷一頁など。
- (12) 我妻栄・債権各論中巻一(一九五六年岩波書店)三三一頁。
- (13) 大判明三三・二・二民録六輯二卷一二頁、同明四一・七・八民録一四輯八五九頁。
- (14) 大判明三三・一・七民録六輯一〇卷三八頁。
- (15) 大判明二九・一・八民録二輯一卷一頁。
- (16) 大判明三一・一〇・一二民録四輯九卷二五頁。
- (17) 大判明二六・一〇・二五民録明治二六年三月〜二月三八三頁。

## 五 明治後期（明治四五年まで）における売渡抵当・売渡担保

民法典施行後から明治の末年にいたるまでの売渡抵当・売渡担保に関する大審院判決で民事判決録に収められたものは多くない<sup>①</sup>。また、売渡抵当・売渡担保という名称が定着していたようでもなく、当事者の主張の中には売券抵当・売切担保といった用い方も見られる。売渡抵当という語は、これが信託行為の一種であることを明言した明治四五年判決で用いられたが、大正期になると売渡担保が主流となり、著名な昭和八年の判決によって譲渡担保との区別が被担保債権の存否を基軸として説かれるようになる。もっともその後も、判例は必ずしも厳格に両者の差異を維持したわけではなく、四宮教授によれば、「用語のうえでは、判例はもはや『売渡担保』と『譲渡担保』とを区別しないのである」と説かれている<sup>②</sup>。

さて、この時期の判例は、虚偽表示性を問題としたものの、物權法定主義に反しないこと説いたものの他、流担保の効力が認められるかが争われたものがその半ばを占める。

一・二を紹介すれば、明治三九年判決は、<sup>③</sup> 売買名義を仮装して土地を抵当とした場合には、仮装した売買の意思表示は無効であつて所有權移轉の効力は生じないとする。これが後に紹介する明治四五年判決により信託行為理論の導入によって虚偽表示性が否定され、<sup>④</sup> 外部的には所有權は債權者に移轉するとされるにいたるのである。同じく明治三九年に、<sup>⑤</sup> 石炭を売買名義で債權者の所有に移した事例において物權法定主義違反が問題とされたが、債務者をして債務の履行を確実ならしむるため、売買名義を以て担保物の所有權を一時債權者に移すが如きは、法の禁ずるところに非ず、としている。

流担保禁止に関しては、厳密にいうのは難しいが、概略、初めの頃は抵当権設定契約をし、併せて債務不履行の場合にこれを売買に変更して債権者が目的物を丸取りしようとするものであったが、後に当初から抵当権を設定する意図でありながら売買という法形式を採ったというものに変ってきた、といえるようであるが、いずれにしてもこのような抵当直流的合意の効力は否定されている。前述のように、明治五年二月一日以前の取引にかかる分を除き、「羅売ノ手続」によることとし流地処分・抵当直流を禁止していた太政官布告、司法省布達の影響であろう。大審院における売渡担保判例の嚆矢とみられる明治二十九年判決（同年十二月九日民録二輯五九頁）も、この問題に關するものであった。

そして、明治四五年にいたって注目すべき判決が登場する。担保目的で土地を買受けてこれを売主に賃貸していた買主が、売主が期限徒過後も債務を返済しないので、賃借人たる売主に土地明渡を求めたという事案であるが、大審院は、売渡担保は信託行為の一種として、虚偽表示でも公序良俗に反するものでもなく、所有権移転の效果に制限を加えこれによって債権担保の目的を達せんとするものであるから、所有権の移転はこの目的を遂行するに必要な範囲内でその効力を生ずるとして、外部関係においては移転するも内部関係においては移転することなく、債権者は依然所有権を有するものとなすを至当とす、と判示したのである。

ここにいたって、売渡抵当の法的性質論に立ち入った議論が説かれ、その後の判例への指針が示されたといつてよい。

(1) 明治二十九年十二月九日（民録二輯二二卷九頁）を嚆矢として、明治四五年七月八日（民録一八輯六九一頁）までで二二本程度である。



- (2) 前出二注(6) 参照。
- (3) 四宮、前掲二二頁。
- (4) 大判明三十九年一〇月一〇日民録一二輯一二三二頁。
- (5) 大判明三九・一〇・五民録一二輯一一七二頁。
- (6) 明治六年二月一四日太政官布告五一号、同年三月二七日司法省布達四六号。
- (7) 前出・大判明治四五年七月八日。

## 六 大正期の判例

大正に入ると売渡抵当・売渡担保に関する判例は急増する。この時期に主として見られるのは、所有権の所在に関する判示であり、おおよそは、所有権は外部的には債権者に移転するが内部的には債務者に留まるとするものから、所有権の所在は設定契約の内容によって定まるとし、内外とも移転する場合もありうることを説くものへと流れてゆくといえるであろう。流れの行きつくところ内外共移転を推定するという大正一三年の連合部判決であることはいうまでもない。

外部的にのみ移転を説いたリーディングケースは、繰返し述べた明治四五年判決である。所有権移転の効果に課せられた制限の具体的内容は、担保目的に従って行使すべきことであり、譲渡行為によっても債権関係は消滅せず、債務不履行の場合の目的物の処分権、弁済の場合の返還義務、弁済期前の処分の禁止などが明確に説かれている。そして、注目すべきは、この後に清算義務の存在を明言する判例が現われることである。根拠は、売渡担保は債権担保だからというにある。もっとも、期限後に代物弁済として所有権を移転する約定のある場合には、剰余金

を返還する必要はないとするものもある<sup>③</sup>。

その他重要と思われるものを若干掲げると、大正五年には、不動産の売渡抵当または売渡担保の内容及び効力は、契約自由の原則により担保の目的を達成するに適當と思量する法律關係を設定しうるものであるから、いわゆる買戻約款附売買を締結することもあろうし、質権または抵当権を設定する真意で売買を仮装することもあり、内部では所有権を留保し第三者に対する外部關係においては売買により所有権を移転する場合もあって、「総テノ場合ニ於テ当事者間ニ所有権移転ノ効果ヲ生セサルモノト論断スヘキニ非サルナリ」とするものがある<sup>④</sup>。当時の売渡抵当ないし売渡担保の概念に関する一表白とみうるであろう。同じく大正五年に、外部的にのみ移転を原則とするが、特約で内外とも移転をすることを妨げないとするものが存在する<sup>⑤</sup>。既述のように、大正一三年の内外共移転判決へとつながってゆく。あえていえば、虚偽表示としての無効から脱却して、信託行為の一つとして担保目的でなされる所有権移転と構成したことにより、所有権は内部的には留保されとしたが、契約自由の原則から特約による内外移転型を承認するにいたり、一つの権利が所屬を異にするのは異例に属するとの論理から内外共移転を推定という動向を辿ったものというのであろう。

次に、債権者からの譲受人に対し、債務者は、登記の欠缺を主張する正当の利益を有しないとするものがある<sup>⑥</sup>。所有権は外部的には債権者に移転していることを理由とする。

また、大正四年判決は<sup>⑦</sup>、内部的には債務者に所有権が留保された建物を債権者から債務者が賃借したという場合に、債務者に所有権があるのであるから賃貸借は仮装のものとして無効であるとするが、大正六年<sup>⑧</sup>では、原審が内外共移転を認定したのをうけて賃貸借は有効であるとしている。これは、外部的にのみ移転型と内外共移転型との差異というよりは、占有非移転型譲渡担保では、債務者の目的物の使用は賃貸借という形をとることが多く、質料

は実質的には利息とみるべきであるが、そのように構成しきれなかった時代において賃貸借が有効に成立したとして債務者の利用権の権原を説明せざるをえなかったために、原審が内外共移転と認定したのだと思われる。というのは、まさに前年の大正五年に、売渡抵当ないし売渡担保は当事者の意思によって内容が定まり、所有権の所在にも各種のタイプがありうるとする前出判例が存在し、その中で、賃貸借が真正か否かも、所有権の所在に関する当事者の意思を探索して決すべきだとするものが存在するからである。

その他、特約がなければ代物弁済として目的物を取得できず、担保権を実行して売却代金をもって債権の弁済に充当し、残余金は債務者に返還すべきものとするものがある。<sup>⑩</sup>これについては、明治期の諸判例が流担保の禁止を説いたにもかかわらず、特約があれば代物弁済としてすなわち丸取りが許される当然帰属非清算型が出現する余地を残すこととなったとともに、担保権の実行という用語がおそらくはじめて用いられたものであることに注意したい。

なお、大正初期に属するものだが、債務者の目的物返還請求権は、外部的にのみ移転の場合は所有権は内部的には債務者にあるのであるから、その請求権は時効にかからないとしたものがある。弁済期の定めがなく、設定時から一〇年をはるかに超えて債務者が供託し、供託からは一〇年以内に登記抹消を請求したという事例である。<sup>⑪</sup>

さて、これら大正期の判例の掉尾を飾るのが一三年の連合部判決である。複数の建物につき売渡担保が設定された後、債権者がその一部を所有権は自己にありとして取毀した。債務者は所有権侵害により損害賠償を請求する。原審は反証なきをもって内部的にも所有権は債権者に移転したとして債務者敗訴。大審院は、権利の分属は異例であるから、売渡担保においては内部関係では所有権は移転しない場合もあるが、当事者意思不明の場合には内外共に移転するに在りと推定するを相当とす、と判示した。この事案においては、従来の判例を連合部によって変更す

る必然性はなかったと思われ、論理の整合性を追求してかえって後の判例に混乱をもたらす結果を招いたのではないかと評しえよう。

- (1) 大連判大正一・一二・二四民集三卷五五五頁。
- (2) 大判大正八・七・九民録二五輯一三七三頁、同大正九・六・二一民録二六輯一〇二八頁。
- (3) 大判大正一〇・一一・二四民録二七輯二一六九頁。
- (4) 大判大正五・七・一二民録二四輯一三七四頁。
- (5) 大正五・九・二〇民録二四輯一八二一頁。
- (6) 大判大正一〇・三・二五民録二七輯六六〇頁。
- (7) 大判大正四・一・二五民録二二輯四五頁。
- (8) 大判大正六・一・二五民録二三輯二四頁(動産に関するもの)、同大正六・一一・一五民録二三輯一七八〇頁。
- (9) 前出・大判大正五・七・一二。
- (10) 大判大正一〇・三・五民録二七輯四七五頁。
- (11) 大判大正五・一一・八民録二二輯二一九三頁。

## 七 昭和前期(昭和二〇年まで)の判例

この時期は、昭和八年判決が売渡担保と譲渡担保との区別を説くほかは、さして注目すべきものはないように思われる。所有権分属に関しては、大正一三年連合部判決が内外共移転を説いたにもかかわらず、公式判例集登載の昭和一九年判決が内部関係では移転しない型のあることを説いている。以下順を追って概略を紹介する。

まず、不動産譲渡担保について、租税は債務者負担と説示するものがある<sup>(1)</sup>。次に、当然のことであるが、債務の

弁済と目的物の返還とは同時履行の関係にはない<sup>(2)</sup>。債権者が債務者に目的動産を賃貸していたところ、弁済期に弁済がないので引渡を求めるのは、債権者の有する担保目的を達するに必要な所有権の範囲にある<sup>(3)</sup>。異色なものとしては、売渡担保においては、売買は真正なものでここに担保というのは対物担保の謂でも对人担保の謂でもなく、「別ニ経済的ナ意味ニ於テ担保ト称スルモノニ外ナラス」と説いたものがある<sup>(4)</sup>。目的物（山林に生立する竹木）を弁済期前に債権者が第三者に処分した場合については、売渡担保は、弁済があれば債務者に返還し、弁済がなければこれを処分して売得金をもって弁済に充当し、残金あれば債務者に返還し不足あれば債務者に請求しうべきものであるから、前記債権者の行為は返還不能としたものとして、目的物の価格から債権額を控除した残額につき損害賠償を請求しうるとする<sup>(5)</sup>。損害賠償の発生を債務不履行によると考えていること、不足額請求も許されることに言及している点などが注意を惹く。また、売渡担保では、特別の事情のない限り、弁済期までは賃貸借、使用貸借等により、債務者の目的物使用を許容すべしとする<sup>(6)</sup>。ところで、既に紹介した明治四五年判決では、売渡担保は担保目的で所有権を移転するものであり、それゆえに内部的には所有権は債務者に留まり、外部的にのみ債権者に移転するとみるべきであることが明瞭に説かれていたが、昭和七年の判例では、特別の事情なき限り少なくとも外部関係においては債権者に移転するものと解すべきなのは、そうでなければ、債務不履行の場合に目的不動産を売却して売得金をもって弁済に充てることができないからだとしている<sup>(7)</sup>。すなわち、処分権の根拠を設定行為により移転した所有権に求めているのである。

さて、昭和八年には、売渡担保と讓渡担保とを区別すべきことを説いた著名な判決がなされる。いわく、「担保供与ノ方法ニ二アリ其ノ一ハ新生若クハ既生ノ債務ハ依然之ヲ存続セシメツツ一面当該財産権ヲ讓渡ス場合……他ノ一ハ……受取リタル代金ハ即チ経済的ニハ借金ニ該当シ又ハ受取ルヘキ代金ハ則チ既存債務ト相殺ス可キ反対債

権ヲ成スカ故ニ此種取引ニ在リテハ爾後何等ノ債務モ残留スルコト無シ」として、前者を譲渡担保、後者を売渡担保とするのが相当とする。そして、いずれも当該財産権の真正に移転せられることは選ぶところは無いが、窮極の目的は担保供与にあるが故に、譲受人はこの目的と抵触するが如きことをなさないとし、さらに、仔細にこれを観るときは、売渡担保とは専ら所謂担保供与の方面を指す用語であるのに対し、買戻約款附売買とは主として所謂担保削除の方面を表わす用語たるに止まるから、本件取引が売渡担保であるか買戻約款附売買であるかは問題にならないところである、と説示する<sup>8)</sup>。この判例が、ドイツの学説に依拠して売渡担保と譲渡担保との区別を説く前田論文に影響を受けたものであろうことは、後に述べるが、被担保債権の存在により両者を区分する見解は今日でも存在する<sup>9)</sup>。ただし、後続の判例が、このように両者を嚴格に区別して使い分けをしているとはいえない。

この後に登場する判例としては、債務者の賃料不払による賃貸借の解除に伴う目的物の債権者への引渡請求を肯定するために、反証なき限り所有権は内外共に移転と推定するとしたもの<sup>10)</sup>、買主が目的家屋の火災保険金を受領したときは、売主は、買戻金と保険料とを控除した残額を請求できるとするもの<sup>11)</sup>、債務不履行による目的不動産の引渡を債権者が求め、債務者が内部的には所有権が留保されていると主張したのに対し、内外共移転と推定すると判示したもの<sup>12)</sup>、わが国の取引においては、売渡担保とは、債権の残る場合と残らない場合とを総称して使用するようであると述べたうえ、本件の場合は売渡担保の一種に属する買戻約款附売買であるとしたものがある<sup>13)</sup>。また、動産の売渡担保で、占有も債権者に移転したという事例に関し、かかる場合でも、代物弁済の特約がない場合には、債権者において目的物を処分し、その対価をもって弁済に充当しうる権能を有するに止まるとするものがある<sup>14)</sup>。動産で占有まで移転したという珍しいケースではなからうか。

刑事事件に係るが、上告理由で内外共移転の昭和八年判決を引用して原判決の不当性を主張したにもかかわら

ず、内部関係においては二年間は所有権を債務者に留保する趣旨の本件売渡担保において、債権者がこれを擅に他に譲渡したのを横領罪に問擬した原判決は正当としたものがある<sup>(15)</sup>。

最後の判例は、冒頭にも触れたものである。売渡担保には、外部的のみ移転型と内外共移転型の二類型があり、いずれも信託法にいう信託とは異ると説く。すなわち、信託では、委託者と受託者との間は勿論第三者に対する関係でも財産権は絶対に移転するものであって、外部的のみ移転型はこの点で異なるし、内外共移転型とは、売渡担保では譲受人の財産権に対する管理又は処分は自己の債権担保のためにするものであるのに対し、信託では譲受人は他人のために管理又は処分をするものであるところが異るとする<sup>(16)</sup>。

- (1) 大判昭和二・二・二八新聞二六八二号九頁。
- (2) 大判昭和二・一〇・二六新聞二七七五号一三頁。
- (3) 大判昭和二、一二・二四新聞二八一八号一四頁。
- (4) 大判昭和六、四・一五新聞三二六五号一二頁。
- (5) 大判昭和六・四・二四民衆一〇卷六八五頁。
- (6) 大判昭和六、一〇・一六新聞三三三〇号一六頁。
- (7) 大判昭和七・一・二九新聞三三七二号九頁。
- (8) 大判昭和八・四・二六民衆一二卷七六七頁。
- (9) 私見については、拙稿前出「担保目的でなされる買戻に関する一考察」参照。ジュリ別冊「譲渡担保の法理」九〇頁以下。
- (10) 大判昭和八・九・二〇新聞三六一三号一四頁。
- (11) 大判昭和八・一二・一九民衆一二卷二六八〇頁。

- (12) 大判昭和九・六・一五新聞三七六号九頁。
- (13) 大判昭和九・八・三民集一三卷一五三六頁。
- (14) 大判昭和一〇年三月二七日新聞三八二七号一六頁。
- (15) 大判昭和一一・四・六新聞四〇〇四号一四頁。
- (16) 大判昭和一九・二・五民集二三卷五三頁。

## 八 学説概観

遺漏の多いであろうことを慮れるが、とりあえず調べた範囲で、年代を追って極めて簡略に紹介する。

### (1) 中島常總「売渡抵当に就て」(大正元年<sup>①</sup>)

論旨はあまり明確ではないが、売渡担保を債権担保のためにする売買と把える考え方に対し、貸借金額を以て代金額として、貸主の負担する代金支払債務と借主の負担する借用金返還債務とを相殺し、別に買戻特約を結ぶものであるから、担保されるべき債権は存在せず信記行為にも当たらない、というもののようである。

### (2) 松本丞治「売渡抵当及動産抵当論」(大正二年<sup>②</sup>)

主として動産抵当制度の必要性を提唱する。公示方法は登録質の方法によるべしとされ、独仏の議論を紹介されるが、一部わが国の売渡担保判例にも言及がある。判例の説くように、所有権の所在が当事者の意思に求められるのであれば、絶対的に移転するか然らずであって、内部関係と外部関係とで区別するのは法律の認めるところではない。信記的譲渡において、譲受人が破産した場合の譲渡人の目的物取戻権につき、積極的結論を認めるために外部関係において受信者が所有者となるが内部関係では与信者が所有者であるとWeinbergerが説いたことが、岡松



博士により紹介され、鳩山博士がこれを誤ってドイツの通説と記述したことで、わが裁判所がこのような見地に立つにいたったのであろう。しかし、ドイツにおいても、取戻権を肯定することは別として、その理論構成としては学説の多くのところではない、とされる。

(3) 中島玉吉「売渡抵当ニ就テ」(大正三年)<sup>3)</sup>

売渡抵当の特性は次の二点にある。(イ)法律行為の目的(Zweck)は債権担保にあること。(ロ)その手段として所有権を讓渡すること。この観点からすれば、買戻約款付売買、再売買予約、条件付讓渡、信記行為のいずれもが含まれる。

ところで、信記行為による売渡抵当についていえば、判例(大判明四五・七・六、同大一・一〇・一八)は、外部的にのみ移転というが、これには反対である。いわゆる相対的所有権を創出しようとする法律行為は無効だからである(前出松本論文と主旨とされる。なお、相対的所有権構成をとりえないことの論証として、二重讓渡の場合を詳細に論じられる)。

(4) 松本丞治「売渡抵当の効力に就て」(大正五年)<sup>4)</sup>

松本には(2)で掲げた論文の他に、法律新聞に連載した本稿がある。ここにおいて、それまでの判例を三期に分けて説明される。第一期は、売渡抵当をもって、買戻条件付または再売買の予約を伴う売買に外ならないとした時期であり、このような単純な觀察方法は既に過去に属するとする。第二期は、名義は売買なるもその実是一種の担保とした判例がある一方で、他方では虚偽表示として無効とするものがあり、定見がなく懷疑時代と呼ぶべき時期とする。第三期は、信記行為の法理をもって説明を試みる時期であり、信記行為による権利移転の効力は絶対的であるとするもの(ただし、受託者は担保目的以外に権利行使しえないという債務を負担する)がある反面、信託的権

利譲渡の場合には、権利は外部関係では債権者に移転するが内部関係では依然として債務者に帰属するとする少数の判例が存在する時期。そして、松本の筆鋒はこのような関係的所有権なる観念を否定するところにある。彼は、このような、権利の半吐半吞的な移転は法律の認めるところではないとし、(2)でも紹介したようにドイツの学説の誤解であるとする。結局、松本によれば、売渡抵当とは、存続する債権の担保の目的をもって債務者がその有する物の所有権を債権者に移転し、債権者が債務弁済の場合においてその物の所有権を返還すべき義務を負うことをいうのであり、その間所有権は絶対的に債権者に属し、また債務の存続しない買戻とも区別しなければならない。もっとも、かかる売渡抵当は、占有を移転しないから、抵当権の設定が認められている不動産については有効であるが、動産については民法三四五条に反して脱法行為となり無効である。それゆえ、動産抵当制度が必要となる。なお、売渡抵当の法律的性格は、信託的所有権移転の一場合とみればよい。

(5) 細矢祐治「譲渡担保と信託」(大正一三年)<sup>(5)</sup>

わが民法は、例外的にも関係的所有権なるものを認めない(前出中島論文と同じく、一七六一一七八条を論じ、併せて四六七条にも及ぶ)。もっとも、同氏の論旨はやや不明確である。というのは、右のように断じながら、他方で、譲渡担保の場合のように当事者間に債権関係が法律上存在するものについては、このように(関係的所有権)と解するのも「未だ可なるも」、買戻、再売買の場合には、「徒らに法律関係を攪乱するに過ぎざるもの」という叙述があるからである。

(6) 入江眞太郎「売渡担保は信託なりや」(大正一五年)<sup>(6)</sup>

売渡担保と信託法上の信託とを比較し、信託とすれば関係的所有権移転あるいは所有権内外区分説をとる判例とは整合性がなくなること、私益信託(Private trust)にあつては、他人の為に(On behalf of)なる観念が成立

に必要な条件であるが、売渡担保では債権者は自己の為に目的物を管理処分するのであること、売渡担保では法律上の効果が当事者の目的とするところを超過するが、信記の場合はそうでないこと、の諸点で両者は異なるものであると指摘し、さらに、イギリスにおいて、売渡担保と相似するMortgageを「Trust」なる觀念から除外していること、効果も異なること等も列挙して、結局、売渡担保は一種の無名契約であるとする。

右の見解は、本稿の少し前に、鬼澤蔵之助による「正確ナル売渡抵当ノ意義」に述べられたところに通ずるものがある。そこでは、売渡抵当とは、「債務者がその債務の弁済を確保する趣旨において債務者の有する財産権を債権者に譲渡する契約を謂う」と定めれば、売渡抵当なる名称は一種特別の意義を有し、売買契約と実質上及び形式上において何等の関係をなさざるは勿論、抵当権その他の担保権を設定するものに非ず、また特殊の沿革的説明を必要とする信記行為という名称によりて売渡抵当の意義を説明する必要もなし、と説かれている。

(7) 我妻栄「判例売渡抵当法」（昭和三年）<sup>3)</sup>

およそ五〇件の大審院判決を検討。内訳は、動産四、電話加入権三、家屋とその他の動産を一括五、鉱業権三、漁業権一、漁業権および設備一切一、その他の三〇余は土地、建物・山林等の不動産であったとされたうえ、(イ)流担保の問題につき、流地処分の禁止という概括的理論を貫いては、売渡抵当そのものを否定しなければならなくなる恐れがあるから、理論としては到底維持しえないとして、流地処分を有効とした判例（明四一・三・二〇）に賛成される。(ロ)弁済期前の不当処分については、外部的にのみ移転では不法行為、内外共移転では債務不履行となるのが理論の帰結だが、不法行為となれば相殺禁止の設定が働き妥当でないから、常に債務不履行となるものと解さなくてはならない。(ハ)賃料不払を理由とする解除については、判例は、外部的にのみ移転では、自己の物を賃貸借するという理論はなく虚偽表示により無効とし、内外共移転では、解除を可とするが、賃料の実質は利息であり、

あたかも利息の延滞あるも元本の弁済期前においては債務者は担保物を喪失することがないと同様に、解除引渡を認めるべきではない。(二)弁済の充当について、判例が、剰余金の返還を命ずるの根拠は、内部的には所有権があるゆえ代金はもとより債務者に帰すべきものとするゆえであるので、内外共移転とすれば、この論理からは剰余金を返還しなくてよいことになり、特約なくて非清算を許すのは妥当ではない(もつとも、内外共移転を推定するとした大連判大正一三年は、事例が異り、また一般論としてもこのようには述べていない——筆者)。

以上のことから、大正一三年連合部判決の射程が拡大することは望ましくない、とされる。

(8) 前田直之助「売渡担保付信託行為」(昭和五年)<sup>9)</sup>

ドイツの学説を紹介、*Sicherungsübereignung*と*Sicherungskauf*との区別に基づき、債権の残るものを譲渡担保、残らないものを売渡担保として区別すべきことを提唱する。なお、債権が存在しない売渡担保において流質型的の禁止の趣旨が及ばないのは、債権不存在の結果、弁済期前に目的物が滅失すれば買主の全損に帰するからであるとする。

(9) 我妻栄「『売渡担保』と『譲渡担保』という名称について」(昭和九年)<sup>10)</sup>

前出前田論文に対し、また前田氏が裁判官として加わった昭和八年判決に対して書かれたもの。まず、前田論文にいう二類型とその区別が成り立つことは認めるが、一般には、譲渡担保という文字は用いられず、売渡抵当、売渡担保、買戻約款付売買を用いるのであるから、売渡担保なる語が用いられたからといって、前田論文で説くところの意味であるとはいえず、慎重でなければならぬとされ、結局、次のような基準をたてられる。すなわち、(イ)当事者が金銭の貸借をなさんとする意思を有し殊に一定の期限内にその金銭を返済すべきものとするときは譲渡担保である。譲渡担保では、債務消滅すれば債権者が返還する義務を負うに止まるを原則とし、特に明らかな合意

ある場合にのみ権利の当然復帰を生ずると解するのが妥当である。債務不履行があれば債務者が処分する権利を有するに止まり、処分したときは価格と債務額とを対比し、過剰は返還し不足は請求しうる。特に約定がある場合には、例外として、債務者は債務不履行により当然目的物の返還を求める権利を喪失し、この場合には不足額請求をなしえないものを原則とすべきではないかと思う（微妙な言い廻しであるとともに、過剰分については触れられていない——筆者）。(ii) 売渡担保と特に認められた場合には、目的物の返還を受けるためには買戻し即ち民法の解除によるを原則とする。期限を経過した場合には返還を求める権利は原則として喪失する。

本論文では、当事者の用いた文字にとらわれず、債務の残る讓渡担保が原則的形態であることが強調され、債務の残らない売渡担保は、当事者が特に欲することが明瞭な場合にのみ認められるとするものである。

(10) 石田文次郎「売渡担保に於ける二形態（昭和一〇年）<sup>11</sup>

そもそも、債務関係が売買の中に吸収されている場合を売渡担保 *Sicherungskauf* としているが、これは担保の一形態として把握するに適切ではない。債権関係が存在しなければ担保といえないからである。という主張が冒頭でなされる。そして、石田説では、売渡担保には、*Fiducia* による売渡担保と *Treuhand* による売渡担保があると、前者は債権的、後者は物権的であって、判例のいう二形態は、少くとも権利帰属の関係においては、内外共移転型は *Fiducia* による売渡担保と、外部的にのみ移転型は *Treuhand* による売渡担保と一致するとする。そして、個別の場合において、両者の差異を述べるが、実は *Fiducia* による売渡担保は債権関係であって、独立した権利移転の方法による担保権として売渡担保を把握せんとする以上、*Treuhand* による売渡担保として売渡担保の特質を把握したいと説かれる。その内容は概ね次のようである。*Treuhand* による売渡担保においては、債権者は他人の物に対する処分権を有するに過ぎない。このことは、質権、抵当権と同様である。弁済期前の処分は、*Fiducia* に

よる売渡担保ならば債務不履行となるが、Teulandによる売渡担保では、信託目的の範囲内でしか処分権を有しないのだから無効である。この場合第三者との関係は公示方法で決せられる。したがって、不動産売渡担保で登記原因が売渡担保とされていれば、債務者は第三者に対して処分無効を主張しうる。動産の場合は民法一九二条の問題となる。債権者は不法行為の責任を負わなければならない。内部関係では形式上賃貸借となっても、債務者の占有は実質上は自己の所有権の行使である。弁済による登記抹消請求権は所有権に基づくゆえ時効にかからない。流担保特約がないかぎり、債権者は清算しなければならない。

このように、やや特異ではあるがかなり担保としての構成にこだわった議論が展開されているのである。

(11) 今村修三「譲渡担保の概念とその法律構成」(昭和十二年)<sup>⑩</sup>

前出石田論文に対し、登記原因をもって債務者に実質的権利の残存することの公示方法とは見難いと批判し、結局、所有権は債権者に絶対的に移転し、当事者間には担保目的以外に行使しないという債権的約束が存するに過ぎないとする。

この後に、内外共移転は強い権利を債権者がもつ場合を示し、外部的にのみ移転は弱い権利を債権者がもつ場合を示すと説き、具体的には、強い譲渡担保は流質的なもの、弱い譲渡担保は清算的なものであるという。また、当事者が用いた用語に左右されず、契約時における諸般の事情を考慮してその企図した経済的效果の真相を把握して決すべく、買戻といい、代金といっても債権が存在するとみてよい。なお、譲渡担保と売渡担保との区別は、譲渡担保にあっては、債権は存在し、無償の使用であるから賃料名義で支払うものは利息である。売渡担保では、債権は存在せず、利息もなく、賃貸借が成立するとし、債権移転による担保方法においては、原則として譲渡担保とみるべきであるとされる。

以上の説くところは、ほぼ我妻博士の主張と一致する。実は、我妻担保物権法<sup>(3)</sup>の第一刷は昭和十一年に発行されており、この中で、強い讓渡担保、弱い讓渡担保なる語を用いられ、判例の内外共移転型と外部的にのみ移転に対応させ、強い讓渡担保では非清算、弱い讓渡担保では目的物を売却又は評価して清算と区別されたのであった。今村論文は我妻説の影響下に書かれたものと推測しうる。

(12) 小野久 売渡担保論（巖松堂昭和十五年）

これは単行本である。売渡担保の沿革、それまでの判例学説の紹介は詳細であるが、これまでに紹介した諸論文ととりたてて変ったことを述べているものではない。

その他担保物権法と銘打った概説書の多くは讓渡担保についてとくに項目を設けておらず、なかに章を割くものもあるも簡略な叙述に止まり、<sup>(4)</sup>我妻博士の担保物権法の右に出るものはない。

- (1) 法律新聞八二八号。
- (2) 法協三一巻二・三・四号。
- (3) 京都法学会雑誌五卷九号。
- (4) 法律新聞一〇九七号〜二〇〇二号。
- (5) 新報三四卷六・八・九号。
- (6) 法学志林二八卷四号。
- (7) 法学新報三二卷六号。
- (8) 松波還曆祝賀。民法研究Ⅳ所収。
- (9) 法曹会雑誌八卷七・八号・九号。

- (10) 法協五二巻七号。民法研究Ⅳ所収。
- (11) 法学論叢三二巻二号。
- (12) 法曹会雑誌一七巻二号・三号。
- (13) 我妻博士の著作目録によれば、岩波の講義シリーズは、物権法が昭和七年、民法総則が昭和八年、担保物権法が昭和一年であり、私の参照したのは昭和三七年第三一刷であるが、改訂はなされていない。
- (14) たとえば、沼義雄・綜合日本民法論別巻第三担保物権、巖松堂昭和一三年。

## 九 結 語

以上が、明治初期から昭和二〇年までの譲渡担保にかかわる判例・学説の概観である。本稿は、譲渡担保についての総合判例研究を目指したのではなく、いわば右の約八〇年間にわたる期間の推移を概略追ったものに過ぎないが、このように見ると、結局、非典型担保の本格的な発展は、戦後の経済復興と高度成長に伴う資金需要の増大まで待たなければならなかったといえよう。そのような社会状況を背景とし、有担保主義のもとで、既存の典型担保の窮屈さからの脱却を図って、非典型担保は実務主導型で発展してきたのである。もっとも、今日行われている非典型担保群の中で、譲渡担保、売渡担保は、比較的早くから登場していたものである。とはいえ、石田論文によれば、大審院は、明治末期まで売渡担保を独立の担保権の形態としては認めず、買戻または再売買の予約を伴う売買であるとしており、独立の担保権の形態として正面から認めたのは明治四五年判決からとする<sup>(1)</sup>。それゆえ、大正期ならびに昭和二〇年あたりまでは、譲渡担保が、主として不動産を対象とする独自の担保権として一定の法的安定性を獲得するにいたるまでの試行錯誤の時期であったと称してよいではないかと思われる(昭和初期における前



出我妻論文参照。なお、現在でも、判例に現われるかぎりでは不動産譲渡担保が圧倒的に多い。

担保目的で不動産の所有権を移転し、登記も債権者名義とするが（登記原因として譲渡担保が認められるのは、「不動産登記記載例について」昭和五四年三月三十一日民第三二一二号（基本行政通達四法務）においてであるが、譲渡担保を登記原因とする例は以後も稀であると聞いている）、債務者はなお従前通り占有使用し、多くの場合に賃料名目で一定の金額が支払われる、という実質を、どのように法律構成し結論を導くかという試みが、この間（そして現在も）引き続いてなされてきたのであり、ときには、学説の影響を受けて理論を重視し（内外とも移転を推定、売渡担保と譲渡担保との峻別など）、ときには担保としての実体を尊重して先例を無視して、昭和二〇年にいたるのであるが、総じていえば、この時代の判例は、債務者の利用権の根拠、賃料の意味、債権者の処分権の根拠、非清算特約の許容などの問題を、所有権の所在と結びつけて説明しようとする点で、担保的構成を、その後の判例と比較しても、貫徹するにいたっていないと評しえよう<sup>3</sup>。

となれば、この時期の判例の諸相を浮き彫りにするためには、戦後の、とくに著しい発展をみた昭和四〇年代以降の判例の展開とを比較しなければならない。しかし、本稿では、そこまではなしえず他日を期する他はない。学界においても、譲渡担保が好個のテーマとし採り上げられるにいたったのは戦後暫くしてからのことであった。今日、文献は汗牛充棟枚挙に暇がない程のものがある。とくに、一時期、譲渡担保の法的構成についてさまざまな試みが提言されたことは記憶に新しいし、仮登記担保法が制定された後は、譲渡担保に関して同法あるいは抵当権規定がどこまで類推適用可能かが最近でも論じられている<sup>3</sup>。今後とも譲渡担保は論じられ続けるテーマでありうるが、樁教授の説かれるように、譲渡担保を目的物毎に分けて、その果すべき機能と法的性格とを分析してゆく態度が維持されてゆかなければなるまいと思われる。

（1） 石田・前掲論文一八六頁。

（2） 本文に述べたように、戦後の譲渡担保に関する文献は非常に多い。一々掲げないが、昭和六一年までは、ジュリスト増刊・譲渡担保の法理の末尾に論文・判例評釈の一覧がある。

（3） たとえば、中舎寛樹「譲渡担保と既成法規」法時六六卷二号。

〔あとがき〕 本稿は、獨協大学特別研究助成制度にもとづく共同研究「日本民法学史」における研究成果の一環として、各自が分担した項目に関する論稿である。