

791
92



2

0028253-000

791-92

売渡担保論

小野久・著

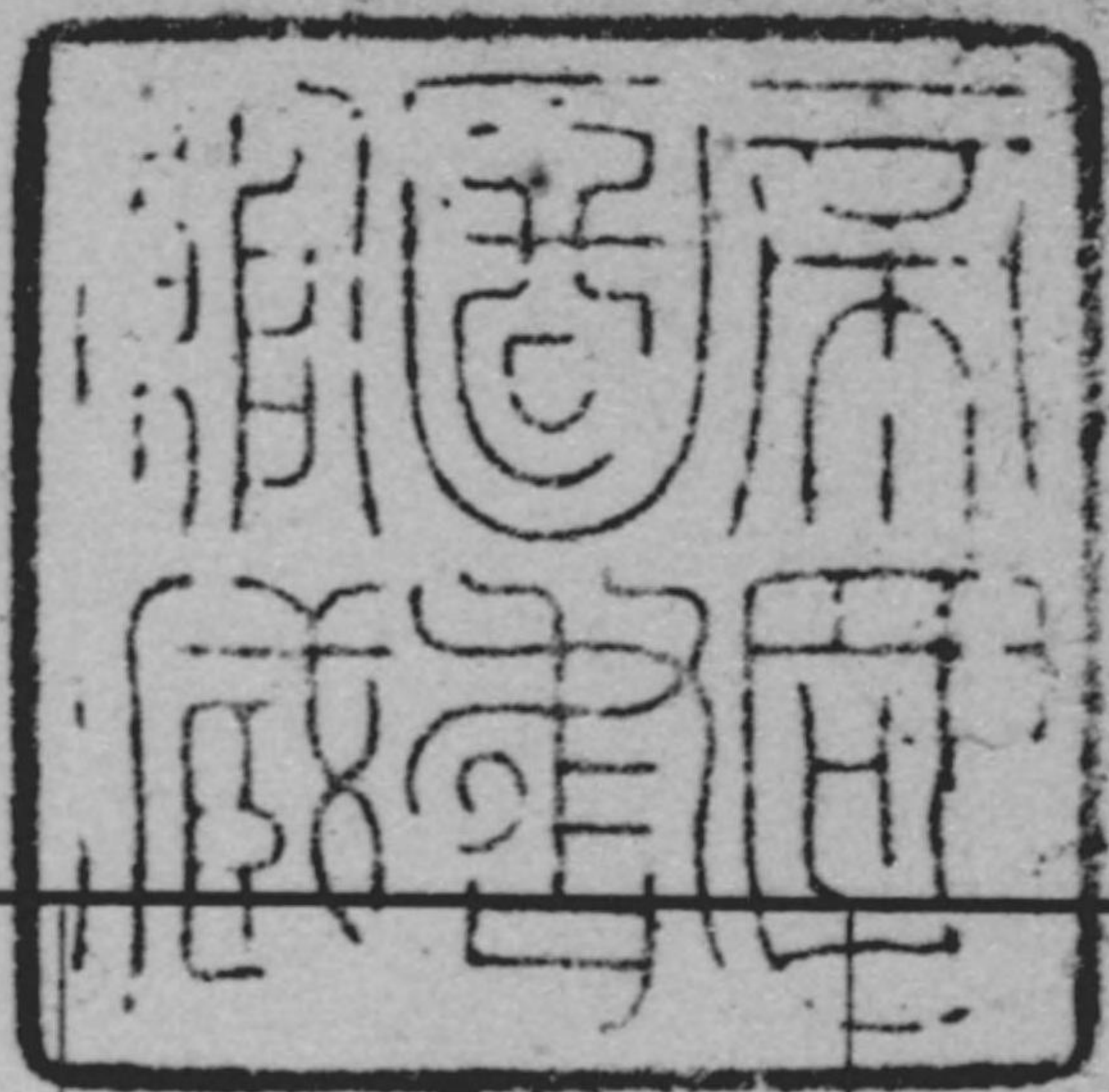
巖松堂

昭15

ADI

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法第67条の規定に基づき、平成12年3月23日付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

307



小野久著

賣渡擔保論

東京 巖松堂書店發兌



序 文

小野久君遺焉として逝きたまへり天若し君に藉すに年を以てせしならば本編よりも精且密—否博引旁搜諸家の説を網羅すること本編より精且密なるは恐らく期し難かるべし—本編以上に出でて能く獨創の境地を拓き卓抜にして而も健全なる偉見を樹立せられしこと必ず期して俟ち得たりしなり而して本編は正に其の序論に充てらるべかりしものか今や其の業を完ふするの機會は則ち長へに喪はれぬ悲夫こは縁ありて曾て本編編讀の榮に與かりし自分として殊に痛惜に勝えざる所なり。

昭和己卯仲秋

前田直之助

謹みて識るす

序

本書の著者小野久君は明治二十一年五月十日大分縣玖珠郡東飯田村小野元策氏の長男に生れ、苦學力行大正五年三月明治大學法科の業を卒へられたのであるが、在學中は成績優等で常に特待生であつた。同六年の辯護士試験に及第され私の法律事務所に於て實務を修習せられ、同七年から獨立して法律事務所を開かれた。資性温厚、深思寡言、自ら長者の風格を具へ、加ふるに篤學謹嚴であつたので、同輩の推す所となり早くも昭和五年東京辯護士會副會長に就任され、又日本辯護士協會の理事たること數回、在野法曹會に盡された功績は甚だ顯著である。更に一面には母校明治大學の商議員、校友會幹事たること多年、心力を傾倒して盡瘁された。

君が私の事務所にて實務修習中、私共は我民商法等が治外法權撤去の方便として急速に制定する必要に迫られた結果、我國の固有法を充分に詮索検討して取入れる邊がなく、入會とか、無盡、頼母子、賣渡擔保等の如く相當永い間一般に

行はれて居つたものも、民商法中に其構成や其他の法則が規定せられるに至らなかつたことを甚だ遺憾とし、之等の法的構成を明にし其固有の法則を確立することは我國法曹の正に努めねばならぬ所であることを屢々語り合つた。君は其の當時から終始一貫して賣渡擔保の研究を繼續されて時々其の研究の片鱗を法曹公論其他の専門雜誌に發表されつゝあつたが、遂に賣渡擔保論を完成されて昭和十二年、之を學位請求論文として母校明治大學に提出された。其内容を一讀した私は其資料の蒐集、分析、綜合に周到綿密な注意を拂はれ、其構成の理論、法則の闡明の遺憾なく徹底して居るのを見て、今更ながら君の頭腦の明哲に驚嘆すると共に多大の勞苦に對して敬意の湧き起るのを禁じ得なかつた。

私は法學部長として直ちに教授會に議り、前田直之助、森山武市郎、大谷美隆三先生に主査を囑して審査に取り掛つた。然るに此審査中、不幸にも君は昨年秋以來二豎の冒す所となり、遂に審査の結果をも待たず本年四月二十四日遺焉として此世を去られた。若し君に假すに今年歳の齡を以てせば、恐らく法學博士の榮冠を贏られたであらうものを、洵に遺憾の極みである。學位には追贈の途は

ない残念ながら明治大學法學部は君の死亡と共に論文の審査を打切つた。乍併此論文は全く君が生涯の心血を注がれたものであり、壯年期を過ぐる幾何でもない五十二歳の身を以て遂に病に打勝ち得なかつたのも、此勞作が君の心身を衰弱せしめたのに因るのではあるまいかと思はれる。此論文は君の身に代へたものであり、君の精神が宿つて居るものと信する、而かもありふれの舶來擬ひでなく純國産のこれ程の名著を、空しく筐底に没するのは學界の一大損失であり、恐らく君の本意でもあるまいと想察される。依て遺族と議り、巖松堂書店に託して公刊することとした。私は本書が我法學界及び實務家に貢獻することの甚だ大なるものあるを信する。

最後に本書に光榮ある序文を賜りたる前田直之助先生の厚誼と、本書の校正を擔當せられた辯護士中澤喜一、森岡庸光、猪股正清三氏の故人に對する厚き友情とを謹で感謝する。

昭和十四年晚秋

猪股 淇清 識

序

一、著者は業務の旁ら賣渡擔保の研究に志し數年前より之に關する小稿を雜誌法曹公論を通して公にしたり、然るに多數同僚先輩諸賢は之に對し多大の讚辭を送られ更に之を完成せんことを切望せられて著者を鞭撻せらるゝあり、或は之に關する判決契約書の類を示されて著者の研究に便せらるゝあり、或は之に關する實際問題の處理を委嘱せられ以て著者の研究を援助せられたり、之が爲め著者は實務生活二十年の間に於て多くの賣渡擔保の實際取引に接觸するの機會を得たるものなり、著者は是等先輩同僚諸賢の援助に對し深甚なる謝意を表す。

一、賣渡擔保は極めて廣範圍に又頻繁に取引せらるゝに拘はらず東西を通して之に關する著書の如き絶無なりと謂ふを得べく又之に關する論文は何れも部分的研究たるに止まり、其全般に渉るもの無きに似たり。

一、著者は我が國には中世以後賣渡擔保に類する取引ありて順次今日の發達を視るに至りたるものなることを信するものにして本書は専ら我が固有の賣渡擔保を明かにすることを志したり、之が爲め本書中著者の獨自の見解に基

く部分少からず。

一、買渡擔保は判例に依り認められたる擔保權なりと謂ふことを得べし。本書は買渡擔保に關する判決例は著者の力の及ぶ限り之を参照したり、而して其必要若くは参考となるべき箇所は之を註として引用したり。

一、本書は先輩同學諸賢の研究講説に負ふところ少からず、依て其出所を明かにし且つ深甚の敬意を表するものなり。

昭和十二年盛夏

著者誌

参考文献

本書中に引用せる参考書並に論文左の如し。

我妻 榮氏 「判例買渡抵當法」松波先生還曆祝賀論文集
 同 氏 法學協會雜誌第五三卷一號
 同 氏 法學協會雜誌第五二卷七號
 同 氏 集合動産の讓渡擔保に關する「エルトマン」の提案同四八卷四號
 細矢 祐治氏 「讓渡擔保と信託」法學新報第三八卷六號
 同 氏 法學協會雜誌四三卷一號
 前田 直之 助氏 「買渡擔保附信託行爲」法曹會雜誌第八卷第七號八號九號
 法學博士 末弘嚴太郎氏 「買渡擔保」法學全集第九卷
 同 氏 法學協會雜誌第四三卷一二號
 同 氏 中央大學講義債權各論
 法學博士 松本丞治氏 私法論文集第二卷
 同 氏 法律新聞第一二〇〇號
 同 氏 法曹記事二三卷一一號
 法學博士 三階信三氏 民法總則提要

参考文献

同 氏 擔保物權法

同 氏 法學協會雜誌第三八卷一〇號

法學博士 中島玉吉氏 民法釋義卷之二總則篇

同 氏 民法論文集「實業擔保に付て」

法學博士 味道文藏氏 民法研究「信託行為論」

同 氏 民法要論總則編

同 氏 京都法學會雜誌第一三卷七號

同 氏 同 上第一二卷三號

同 氏 同 上第一一卷一〇號

平野 義太郎氏 判例民事法大正一〇年度二六七頁以下

同 氏 「繼續占有の特質と質賃借及履借」法學志林第三五卷四號

法學博士 石田文次郎氏 法學論叢第三二卷二號「實業擔保に於ける二型態」

同 氏 民法總論

同 氏 法學第三卷八號

同 氏 法學論叢第三卷六號

同 氏 擔保物權法論下卷

上田 啓次氏 「實業擔保殊に讓渡擔保の方法と其效力」銀行研究第二二卷一號

法學博士 春本一郎氏 「質權發達史に於ける Fidejussio に付て」法學協會雜誌第四三卷一〇號乃至一二號

小早川 欣吾氏 日本擔保史法序説

法學博士 鳩山秀夫氏 法學協會雜誌第三八卷二號一一號

法學博士 鳩山秀夫氏 註釋民法全書第二卷、法律行為乃至時效

同 氏 民法總論下卷

同 氏 擔保物權法大正六年東大講義

同 氏 法律評論第九卷民法一〇七四頁

川 添清 吉氏 法曹會雜誌第一一卷四號五號

吾 妻 光俊氏 法學協會雜誌第四七卷一二號

中川 善之助氏 判例民事法大正一〇年度一五七頁

鬼澤 藏之助氏 法學新報第三二卷六號

法學博士 水口吉藏氏 法律評論第二卷民法九二八頁

同 氏 法律論叢第八卷五號

同 氏 法學新報第三七卷三號

法學博士 岡松參太郎氏 民法總則理由

同 氏 法學新報第一七卷一〇號一一號

同 氏 内外論叢第一卷

末 延 三治氏 昭和六年度判例民事法二九一頁

法學博士 勝本正見氏 法學第一卷一二號

賣渡擔保論

- 同 氏 擔保物權法（新法學全集）
- 增 永 正 一氏 朝鮮司法協會雜誌第九卷三、四、五號
- 法學博士 大場茂馬氏 刑法各論上卷
- 法學博士 山岡萬之助氏 法律評論第六卷刑法一八四頁以下
- 法學博士 島田武夫氏 法律評論第八卷刑法一〇二頁以下
- 升 本 順 一氏 法律評論第一卷民法六七八頁以下
- 吉 田 常 次 郎氏 法學新報第四〇卷六號
- 法學博士 吉田 久氏 民法提要總則編
- 嘉 山 幹 一氏 民法總論
- 同 氏 債權各論、明治三四年日大講義
- 法學博士 富井政章氏 民法原論總則
- 法學博士 平沼騏一郎氏 民法總論
- 同 氏 債權總則、早稻田大學講義
- 法學博士 川名兼四郎氏 民法總論、債權要論
- 法學博士 大谷美隆氏 民法總論講義
- 法學博士 石坂音四郎氏 京都法學會雜誌第九卷一二號
- 同 氏 京都法學會雜誌第三四卷一一號
- 同 氏 日本民法債權總論中卷

- 豐 浦 與 七氏 法學論叢第一二卷
- 法學博士 橫田秀雄氏 債權各論
- 法學博士 橫田秀雄氏 物權法
- 同 氏 債權總論
- 法學博士 梅 謙次郎氏 民法要義債權編
- 沼 義 雄氏 民法要論總則
- 沼 義 雄氏 綜合日本民法論第三卷
- 法學博士 遊佐慶夫氏 民法概論總則
- 法學博士 入江真太郎氏 法學志林第六卷四號
- 法學博士 末川 博氏 民商法雜誌第一卷一號
- 法學博士 加藤正治氏 破產法要論
- 西 村 信 雄氏 民商法雜誌第一卷三號
- 法學博士 齋藤常三郎氏 國民經濟雜誌第四四卷二號
- 長 島 毅氏 民法總論改訂五版
- 法學博士 仁保、仁井田、松波三氏 民法正解債權編
- 法學博士 仁井田益太郎氏 法學新報第二五卷七號
- 法學博士 飯島喬平氏 民法要論
- 法律評論記者 法律評論第八卷

參考文獻

法學博士 青木徹二氏 日本辯護士協會錄事第二九卷八號
 法學博士 土方 寧氏 法學協會雜誌第六卷六號
 法學博士 中村萬吉氏 日本民法論
 法學博士 植積重遠氏 民法論下卷
 瀧 川 幸 辰氏 民商法雜誌第四卷二號
 法學博士 田島 順氏 法學論叢第三五卷二號
 法學博士 岩田 新氏 法學志林第三八卷八號
 於保 不二 雄氏 法と經濟第一卷一號
 小野 木 常氏 法學論叢第三六卷六號二〇八頁
 中野 常 雄氏 法律新聞第八二八號
 野村 調太郎氏 朝鮮司法協會雜誌第一卷一號

賣渡擔保論 目次

第一章 序 說……………一

第二章 我國に於ける賣渡擔保の狀態……………三

第三章 賣渡擔保の沿革……………二

第四章 賣渡擔保無効論……………三

 第一節 總 說……………三

 第二節 虛偽行爲說……………三

 第三節 隱匿行爲說……………三

 第四節 脫法行爲說……………七

 第五節 信託法違反說……………八

第五章 賣渡擔保と他の移轉擔保契約との關係……………五〇

第一節 總 說……………五〇

第二節 賣渡擔保以外の移轉擔保契約……………五二

第一款 買戻約款附賣買……………五二

第二款 再賣買の豫約附財産權讓渡……………五三

第三款 解除條件附法律行為……………五三

第三節 賣渡擔保と他の移轉擔保契約との關係……………五七

第六章 賣渡擔保の成立……………六二

第一節 總 說……………六二

第二節 賣渡擔保の當事者……………六四

第三節 賣渡擔保の目的財産權……………六六

第四節 被擔保債權……………六六

第五節 賣渡擔保契約の締結……………七一

第一款 契約締結の方式……………七一

第二款 財産權移轉の對抗方法……………七二

第七章 賣渡擔保の意義……………七五

第八章 賣渡擔保の性質……………七五

第一節 總 說……………七五

第二節 賣渡擔保は信託行為に屬するものなり……………七九

第三節 賣渡擔保は賣買なりや……………八四

第四節 賣渡擔保は一個獨立せる法律行為なりや……………八〇

第五節 讓渡擔保と賣渡擔保……………八五

第九章 賣渡擔保の種類……………八五

第十章 賣渡擔保の效力……………八五

第一節 總 說

第二節 權利移轉の效力

第一款 賣渡擔保に於ける權利の移轉 一六七

第二款 債權者の有する權利の限界 一九七

第三款 目的財産權の瑕疵 二〇三

第四款 目的財産の引渡請求權 二〇四

第五款 債權の請求權 二〇七

第六款 賣渡擔保の目的財産權に對する質貸借 二二三

第一項 總 說 二二三

第二項 質貸借契約の發生 二三四

第三項 質貸借契約の效力 二二六

第四項 質料の性質 二二三

第五項 質料延滞を理由とする契約の解除を許すや 二二六

第六項 質貸借契約の消滅 二三一

第三節 債權者の對内關係

第一款 目的財産權の保管義務 二三三

第二款 目的財産權の期限前處分 二三四

一、民事上の責任 二三四

二、刑事上の責任 二四二

第三款 賣渡擔保の目的財産權の處分 二四四

第一項 期限の到來 二四四

第二項 財産權の處分及辨濟の充當 二四七

第三項 剩餘金の返還及不足金の請求 二五七

第四項 賣渡擔保の目的財産權の對價が債權額に充たざる場合の責任 二五九

第五項 目的財産權處分に附隨する問題 二六一

第六項 賣渡擔保と代物辨濟 二六一

第一目 總 說 二六一

第二目 代物辨濟の意義 二六三

第三目 代物辨済を爲すことを得る賣渡擔保……………二五五

第四目 代物辨済の成立……………二七一

第五目 代物辨済の效力……………二四四

√ 第四節 債務者の對内關係……………二七七

(1) 債務者の期限前の權利義務……………二七七

第一款 目的物の用益……………二七七

第二款 目的財産權の保管……………二七九

第三款 目的財産權處分の責任……………二七九

一、民事上の責任……………二七九

二、刑事上の責任……………二八三

(2) 債務者の期限後の權利義務……………二八四

第四款 辨済期以後の辨済……………二八四

第五款 辨済期限後の目的財産權の占有……………二八六

第六款 債務者の目的財産權返還請求……………二八八

第七款 返還請求權の消滅時效……………二九六

第八款 債務者の辨済と同時履行……………二九八

√ 第五節 債權者の對外關係……………三〇〇

第一款 目的財産權に對する強制執行……………三〇〇

第二款 債務者の破産……………三〇一

第三款 目的財産權に對する不法行爲と目的財産權に依る不法行爲……………三〇三

條四款 賣渡擔保の讓渡……………三〇三

第一項 賣渡擔保契約の權利の讓渡性……………三〇四

第二項 權利讓渡の方式……………三〇〇

第三項 權利讓渡の效果……………三〇一

第四項 權利讓渡の對抗要件……………三〇三

√ 第六節 債務者の對外關係……………三〇七

第一款 債務者より目的財産權の取得……………三〇八

第二款 取得者の辨済と辨済による代位……………三〇

第三款 債務者たる地位の譲渡……………三三

 第一項 債務者たる地位の譲渡性……………三三

 第二項 債務者たる地位譲渡の効果……………三四

 第三項 債務者たる地位の譲渡の對抗方法……………三五

第四款 債権者の財産の執行……………三六

第五款 債権者の破産……………三六

第六款 目的財産権に對する不法行爲と目的財産権による不法行爲……………三八

第十一章 賣渡擔保の目的財産権の滅失……………三九

第十二章 賣渡擔保契約の解除……………四〇

 第一節 不履行による解除……………四〇

 第一款 解除の原因に付き特約なき場合……………四〇

第二款 解除の原因に付き特約ある場合……………四二

 第二節 合意に因る解除……………四二

第十三章 賣渡擔保の消滅……………四三

(目次終)

賣渡擔保論

小野久著

第一章序説



債權を擔保する爲めに物的擔保を設定する法律の構造に關しては、古來諸國に根本的に異りたる二個の方法あり。其一は、擔保の設定に拘らず設定者又は提供者をして引續き擔保物所有權を保有せしめ、擔保者は債務不履行の場合に至り始めて法律上の手續を経て擔保物を處分し、其對價によりて自己の有する債權に付き優先的に辨濟を受け得べしと爲す方法なり。其二は、擔保設定の當初より擔保物の所有權を債權者に移轉し、債務の履行ある迄之を保有せしめ、債務の履行なき場合には其物に付きて優先的に辨濟を受け得るものなるも、債務の履行あるときは再び其所有權を擔保設定者に返還せしむる方法なりとす。而して、獨佛の民法の如く、ローマ法系統のものは専ら前者の方法を基礎として組立てられ、英法系統のものは後者の方法を主として出發點と爲し居るものなり。

我國の民法の物的擔保に關する規定は、専ら獨佛の民法に倣つて制定されたる物的擔保法なるを以て、總て前者の方法に基礎を置くものと信ぜらるゝものなり。

而して、物的擔保法の主たる問題は、第一、債權者に對する關係に於て擔保の確實を計り其回收を容易ならしむること、第二、債務者乃至擔保設定者に對する關係に於て、擔保に必要な限度を越へて無用なる損害を蒙らしむること無きこと、第三、一般第三者に對する關係に於て擔保物の物權性によつて不測の損害を蒙ることなきらしむること、の三の要求を如何に調節すべきにあるものなり。而して第一第二の方法に付き考察するときは第二の方法は債權者に對し債權の擔保を確實ならしむる目的に於ては優れるも、他の一面に於て擔保設定者に不利益を蒙らしむる虞あるものなり。即ち擔保設定者の立場より觀察するときは、擔保設定者は擔保に必要な限度に於て擔保物に付き債權者の干渉制限を受くるは已むを得ざるところなるも、其限度を超えて擔保物の所有權を喪失するが如き無用なる損害は絕對に之を避けざるべからず。然るに第二の方法に於ては、擔保物の所有權は始めより債權者に移轉し居るものなるを以て、債權者の背信或は第三者の差押等により設定者に於て擔保の必要以上の損害を蒙る虞少からざるものなり。

第二の方法は以上の如く擔保設定者に對し往々必要以上の損害を蒙らしむる虞少からざるが故に、物的擔保としては寧ろ、第一の方法によるを便利とするものなり。即ち擔保物に對する所有權は始終之を擔保設定者に止め債權者をして物權として一般第三者に對する關係に於て物權的に保護せらるべき擔保物權を有せしむることとするときは、債權者の爲めに擔保を確實ならしむるを得ると同時に擔保の必要を超えて擔保物を犯すの弊を防ぐを得べく、他の一面に於て第三者の安全とも調和しつゝ、擔保設定者の所有權を保全し得るものなり。

然れ共、社會經濟の必要は一定の制定法を以て之を抑へ難き場合の存することは明かなり。而して我民法が正式に許容し居るものは、第一の方法に従ひたる質權並に抵當權なりと雖も、社會の實際の金融取引は、容易に之のみを以て満足するものにあらずると共に、取引當事者の現實の要求を充し得るものにあらず。現行法の許容し

居る、換言すれば民法の許容せる合法的手段を利用して事實上第二の手段に従ひたる物的擔保方法を利用しつゝあるものにして、當事者は此第二の手段を利用することにより第一の手段の不足缺點を補はんとするものなり。而して我國に於て現に極めて頻繁に行はれつゝある所謂賣渡擔保、賣切擔保若くは讓渡擔保は全く此第二の方法に基く物的擔保に屬するものなり。

而して茲に物的擔保と云ふも、質權、抵當權の如く擔保に供せらるゝ目的財産は物の所有權に限るものにあらず。後に述ぶるが如く債權を移轉することにより若くは其他の財産權を移轉することにより債權を擔保するを得べく、此場合と雖も所謂賣渡擔保たるを妨ぐるものにあらず。

第二章 我國に於ける賣渡擔保の狀態

賣渡擔保は、我國に於ては賣渡抵當、賣切抵當等の名稱により不動産特に土地に付き古くより行はれたるものにして、北海道にては賣券擔保の名稱を以て取引せられたるもの、如し(註一)。而して不動産擔保に關しては、民法上の物的擔保として抵當權並に質權の制度存するに拘らず、當事者が不動産の所有權を債權者に移轉し、以て債權擔保の目的を達せんとするは、債權者は之により民法上の擔保物權によるよりは一層強力に、而も簡易迅速に債權擔保の目的を達せんが爲めにして、債權者が債務者との間に存する特約を守り擔保として、取得せる財産權を其目的を超えて濫用することなくば、之により有効に債權擔保の目的を達し得るものなり。然れ共、我國に我ける取引の實狀は、賣渡擔保は不動産特に土地に付き行はるゝのみならず、近時其應用次第に進み各種の動産は勿論債權に付きても行はるゝものにして、當事者は其實際取引の便宜、第三者對抗方法の容易なることに著眼し、近時に至つては電話使用權、或は水道使用權、特許權等の特殊なる財産權に付きても行はるゝに至り

たるものなり。而して、電話或は水道使用權を賣渡擔保の目的財産として債權者に提供する場合に在りては、電話或は水道使用權を加入者名義或は給水請願人名義を書換變更するにより、債權擔保の目的を以て債權者に移轉し債務者は目的電話或は水道を貸借契約に依り債權者より借用する契約を爲し、債務者が債務を履行せざる場合に於ては其貸借契約を解除し、或は電話架設場所變更の方法により、又は水道に在りては其斷水請求の方法により之を處分し、債權の満足を得以て債權擔保の目的を達するを得るものなり。

註一 中島博士民法論文集「賣渡擔保に就て」五一八頁

又、動産の賣渡擔保は我國に於て最も頻繁に行はるゝものにして、這は單に民法上の物權たる質權設定の方法を以てするよりは、更に強力便宜に債權擔保の目的を達するを得るのみならず、又實際上の必要に基き擔保物に關する民法の缺陷を補足して、合法的に債權擔保の目的を達せんとする手段なり。我國に於ては、動産抵當制度を認めざるを以て一般動産に付きては之を質權の目的とするの外なく、只特別法の規定によりて設定せらるゝ各種財團（工場財團、鑛業財團、鐵道財團、軌道財團の如し）或種類の船舶の如く、不動産と看做さるゝもの或は鑛業法に於ける採掘權、漁業法に於ける漁業權、立木法に於て一定の條件に従ひ不動産と看做さるゝ立木の如き、特別法令に依り抵當權の目的たり得るに止まるものなり。然るに動産質權の規定に従へば、動産質權者は繼續して質物の占有を爲すに非ざれば、其質權を以て第三者に對抗するを得ざるものなるのみならず、質權者は質權設定者をして、自己に代りて質物の占有を爲さしむることを得ざるものなり、従つて動産質權の設定は債務者にとり實際上不便なる問題を生ずるものなり。即ち小規模なる機械等を据付運轉し其事業を經營するもの、或は自動車、人力車、印刷機の如く抵當權の目的たり得ざる物件を主たる資本として其事業を經營する者にして、他に擔保に適する財産を有せざるのみならず其信用も亦極めて薄弱なる事業者が、是等の目的物を擔保として、資金の

融通を得んとするには、是等の物件を質權の目的と爲す外他に其途なきも、是等の物を質物として債權者の占有に移すときは、直に其營業を休止し収入の根源を失ふべく、斯くの如きは自ら求めて死地に入るものと云はざるべからず。又或種の動産即ち一種の材料品、製品、商品に付きて見るに同様の場合少からざるものとす。例せば造船工場に搬入せられたる其材料の如き又は土木建築材料石炭の如き又は注文に基かざる是等の物品の如き、之を質權の目的として債權者の占有に移すは一面其必要なのみならず寧ろ不可能と稱し得べきものなり。

而して以上の如き場合に於て、債務者が依然として擔保の目的たる動産を自己の占有に置きながら、擔保の目的を達し得る動産抵當制度の缺如せるは、我法制の一大缺陷なりと云はざるべからず。然れ共、今新たに動産抵當制度を認めざるも、他の合法的手段により之と同様の目的を達することを得るに於ては何等の不便なしと云はざるべからず。賣渡擔保の方法に依る動産擔保金融は、其間の不便を除却するに足るものなりと云ふを得べし。之全く法制の不備と經濟上の必要との間に生じたる便法なればなり、而して此方法に基く金融に於ては、債權者は債權者に對し其目的財産權の移轉に關する證書と共に保管證書又は質借若くは使用貸借の契約證書を差入れ、讓渡又は賣渡の行爲に依り、目的財産權の所有權は債權者に移轉するも債務者は經濟上依然其目的財産權を自己の營業に使用するものなり。而して、債務の辨濟期限に至り債務者に於て其債務の辨濟を履行せざる場合に於ける當事者間の一定の權利義務を契約し、期限到來の際に於ては目的財産權を債權者の所有たることに確定し若くは他に賣却して其代金を以て債務に充當するものなり。

動産の賣渡擔保中に在りても動産の種類若くは債務者の狀況如何により、其目的財産權を債權者自身之を直接其占有に移すか、又は第三者をして占有せしむる場合なきに非ず、此方法は債權者又は債務者以外の第三者が繼續して目的動産を占有する點に於て動産質と異るところなきが如しと雖も、賣渡擔保にありては、其目的たる動

産に對する所有權の移轉を伴ふものにして、其大に異るは不動産抵當と不動産の賣渡擔保の異なるが如く、債務者の目的財産權に對する處分權を失はしめ、其債權擔保に強力なるのみならず、所謂動産質に非ざるが故に、債權者は自己の名義に依り其所有者として質權設定に依らず、當事者の協定せる方法を以て之を處分し、其債務の辨済に充當し得る便宜あるものなり。而して、此場合と雖も當事者の協定に基き債務期限に至り、目的財産權を以て代物辨済に充當し得るはもとより自由協定による方法を以て之を處分し、其債務の辨済に充當する場合に於ても、當事者間の契約の本旨に従ひ餘利は債務者に返還すべく不足は更に之を請求し得るものなり。又、債務者が債務を辨済せる場合に於ては、債權者は其目的財産權を債務者に返還するの義務を負擔するものなり。賣渡擔保は不動産、動産等に止まらず其他の各種の權利、特に各種の債權に付きても行はるゝものなり。而して有價證券賣渡擔保の如きは日常頻繁に行はるゝところなり。其他無記名債權、指名債權、指圖債權、株式等何れも賣渡擔保の目的財産權とし、利用せらるゝものなり。

以上の如く、賣渡擔保の目的に供せられたる財産權は、之を債權者に移轉し其法律上の所有名義を債權者に變更するを通例とするも債權者と債務者との間の現實の關係に於ては、前述の如く少數の場合に於て其占有をも債權者に移すに止まり大多數の場合に於ては其占有は其財産權を債務者に於て賃借し、債務者に於て占有を繼續し其營業、耕作若くは日常の使用に供するものなり。而して今日行はるゝ賣渡擔保契約の個々に付き仔細に之を調査するに、目的財産權が不動産なる場合に於て、債務者の現に居住せる家屋なるときは、其家屋の負擔たる公租公課の如き債權者に送達せられたる納稅告知書は債權者より之を債務者に交付し債務者に於て納付するを多數の例とし、又地代の如きも同様債務者に於て之を支拂ふ場合多きものなり、其他家屋の修繕管理等の費用も亦債務者之を支拂ふを例とするものなり。而して債權者と債務者との間に於ては、別に債務に對する約定の利息に基き算

出せる一定の賃料を支拂ふを例とするものとす。又或る契約に於ては前述の如き賃料に更に公租公課、保險料、修繕費用等を加算したるものを賃料と定め、之を債權者に支拂ひ債權者に於て、公租公課等一切の負擔を支出するが如き内容を有する契約存するも比較的少數の場合と認めらるゝものなり。

而して以上の如き債權者と債務者間に於ける便宜的處理方法は、目的財産權が確定的に債權者に歸屬するや、或は債務辨済期限に於て債務者が債務を完済して目的財産權の返還を受くるや否やの確定するに至る迄繼續するものにして、此期間内に在りては以上の如き便宜方法に基き、當事者間の關係を定め嚴格なる手續に依らざるを通例とするものなり。

次に、目的財産權が債務者より他の第三者に賃貸中の家屋なる場合に在りても亦前述の如き方法に依り、債務者に於て事實上賃料を取立て、家屋に對する諸負擔は之を支出し、債權者に對し利息を基礎として定めたる一定の賃料を支拂ふを通例とするものなるも、少數の例外として債權者自ら其賃料の取立を爲す場合も存するものなり。而して、債權者が自ら賃料の取立を爲す場合に於ては、債權者は取立賃料より公租公課、其他の負擔並に利息を基礎として定めたる賃料を自ら收得して、其殘餘は之を債務者に返還するものにして、稀には此殘餘を債務者に返還せずして債權の元金に内入れし、債務辨済期限に於て差引計算を爲し、債務者より債權者に辨済すべき債務金額を決定するものも存するものなり。

而して、以上何れの場合に於ても、目的家屋に保險を附しある場合に於ては、目的家屋が燒失したるときは債權者は受領したる保險金を先づ債務の辨済に充當し、殘餘は之を債務者に返還し(註二)、又は殘餘金を當事者間に於て特定の額に分配し、若くは之を折半して、債權者と債務者とに分配する意味の特約を附するは、其實例少からず存するものなり。

註二 賣渡擔保の目的物たる家屋の焼失により家屋の買主が大失保險金を受取りたるときは、賣主は之に對し右金額より買戻金及保險料を控除したる残額の返還を請求することを得るものとす（大審院昭和八年（オ）第一四九〇號、同年一月二十九日民事五部判決、法律評論第二三卷第三號、民法二七一頁）。

次に、目的財産が宅地田畑にして、債務者自ら之を使用耕作し居るものなるときは、公租公課其他の負擔は前述の如き方法により債務者に於て之を負擔し、債權者に對しては利息を基礎として定めたる賃料を支拂ふを例とするものなり。又債務者が他人に賃貸し他人をして使用収益せしめつゝある宅地田畑なるときは賃貸中の家屋に付き述べたるが如く、債務者自ら其賃料を取立て一切の負擔を支出し、債權者に對しては利息を基礎として定めたる賃料を支拂ふを例とするも、稀には債權者に於ては其賃料を取立て、公租公課其他の支出並に利息を基礎として定めたる一定の賃料を債權者に於て取得し、不足は債務者に請求し、殘餘あるときは之を債務者に交付し若くは、債權の元本に内入れするもの存するものとす。而して以上何れの場合に於ても、利息に相當する賃料に不足あるときは債權者は其不足を以て満足することなく、債務者に於て其不足分を充足するを例とするものなり（註三）。

註三 甲は明治四十年九月五日より同年十月九日迄の間に於て乙の先代丙より別に期限を定めず合計金二千圓を借入し之が辨濟を擔保する目的の下に其所有に係る田畑各七町五反歩を賣渡擔保として乙の先代丙に之が所有權移轉の登記を爲すと同時に該土地を引渡し爾來今日に至る迄乙の先代丙及乙に於て之が使用及収益を爲し來りたるものにして而も右土地に對する租税金、水利及工事費用は勿論借入金二千圓に對する利息の如きも總て債務者たる甲に於て負擔支拂を爲すべきものなるが如き事情の下に於て特別の意思表示若くは其収益の額が僅少ななるが如き事情の存する場合は格別然らざる以上は取引の通念に照し右租税金及利息は収益と差引計算を爲し尙餘剩あるときは之を借入金元本の辨濟に充當する當事者の意思なりと認むるを妥當とす（大審院大正一五年（オ）第九五八號、昭和二年二月二十八日民事一部判決、法律評論第一六卷、民法七九五頁、同昭和六年（オ）第三六三九號、同七年九月十四日判決）。

次に目的財産が、山林なる場合に在りては、以上の如き方法と甚しく異なるものにして、債務辨濟期前に於て債權者自ら其立木を伐採し、若くは、賣却することを得るが如き契約の存するもの絶無と云ふを得べく、債務者は債務辨濟期限に至る迄は公租公課等一切に付き、債權者の名義にて其負擔を爲し、山林の手入れも自ら其費用を以て之を爲し、只間伐、枯木、枯枝の採取を爲すに止まるを通例とするものなり。而して債務辨濟期限前特別の事由に基き、當事者合意の下に、立木を伐採し、若くは之を賣却する場合には、其合意の内容に於て、其代金は債務の辨濟に充當し、債務者は不足ある場合に限り之を辨濟して目的山林の返還を受くるものなり。

次に、目的財産が電話加入權なるときは、前述の如く電話局に對する加入名義を債權者に變更し、稀には加入名義を變更することなく、金融を爲す例外の場合存するものなるも、電話料等一切の負擔は債務者之を負擔し債權者に對しては債務に對する日歩を基礎として定めたる賃料を支拂ふものにして、債務者が賃料の支拂を延滞し若くは債務辨濟期限に至り其支拂を怠りたる場合に於て、當該電話加入權を確定的に債權者に歸屬せしめ、其設置場所を變更し若くは債權者の適當とする處分を爲すものなり。

又目的財産が株式なるときは、其金融期間は極めて短期なるを通例とし、従つて株券に白紙委任狀を添付して債權者に交付し一定の利息を支拂ひ、債權の辨濟期に至り債權者の所有に確定するときは、自ら其株式の讓受人として自己の名義に變更し、若くは第三者に賣却し、其對價を以て債權の辨濟に充當するものにして、金融と同時に自己の名義に變更する實例は極めて少數の場合なりとす。

又目的財産が動産なる場合に在りては、目的動産は占有の改定に依り、債權者に其占有を移すも、債務者の日常の使用若くは營業耕作等の用に使用せしむる爲め、引續き債務者の占有に留め、債務者より債權者に對し債務の利息に相當する金額の賃料を支拂ひ、債務辨濟期に至り、債務者に於て之が履行を怠るときは、債權者は目

的財産權の處分を爲す爲め、其引渡を求むるものにして、極めて少數の例外として賣渡擔保提供と同時に債權者に目的物件を引渡す場合存するものなり。

又目的財産權が債權なる場合に在りては、各債權の種類に従ひ、債權者に對する讓渡の方法、並に第三者對抗の方法講ぜらるゝものにして、此場合に在りては、例外なく債權者の債權として行使せられ其取立等一切債權者の債權として處理せらるゝものなり。而して債務辨濟期に至り、債務者が其債務を辨濟したるときは、債權者より債務者に再び讓渡するものにして、擔保債權の辨濟期が被擔保債權の辨濟期より前に到來したるときは、債權者は自由に之が取立を爲し、債務者との間に差引計算の方法により處理せらるゝものとす。

以上之を要するに、我國に於て實際行はるゝ賣渡擔保は、被擔保債權の辨濟期前、特に目的財産權が債權者に確定的に歸屬するや若くは辨濟期に於て債務が履行せられ、從つて目的財産權を債務者に返還せらるゝや否やが、確定するに至る間に於ける目的財産權は、法律の構成は兎に角、事實上の取扱に於ては、一種の浮動状態に在ることを失はざるものにして、債權者に移轉せられつゝも、尙債務者の所有を完全に脱するに至るを得ざる状態に在りて、法律上の構成の嚴格なるに反し事實上の取扱が之に伴はざるの實狀に在るものにして、所謂擔保の目的の爲め其必要なる限度に於て移轉したるものなる事實を現實に示せるものと云ふべく、當事者の實際行ふところを觀るに、賣渡擔保賣買説の主張するところと甚だしく異るところ在るものなりとす。殊に余が實際問題として取扱ひたる賣渡擔保契約に關する事案中、債權は之を存続せしむるの合意を爲し、且債務者より提供せられたる擔保物件に關する合意に於て、債權者が之を他に賣却して債權の一部若くは全部の辨濟に充當すると否とは債權者の自由と定め、又債權者は擔保財産權に對する權利を全然拋棄して直ちに金錢債權に基き、強制執行を爲し得る旨を明確に契約したるもの少からず存したるものなり。而して斯の如き賣渡擔保も亦無効たるべき理由なきも

のにして、賣渡擔保賣買説の實際取引に合致せざることを示すものなり。

次に、以上各種の賣渡擔保は、法律上の質權にあらざるが故に、債權者は債務者が債務を辨濟せる場合、其目的財産權を債務者に返還するの義務を負ふと雖も、債務者が債務の辨濟を怠りたる場合は、特約により代物辨濟として其財産權を取得するを得べく、又之が處分に當りては質權に關する法律上の手續に依ることを要せざるものにして、當事者の自由任意の協定に基き之を處分し、以て債務辨濟に充當し餘利は之を債務者に返還すべく不足は之を追徴し得るものなり。

第三章 賣渡擔保の沿革

賣渡擔保なる取引は、今日に於ては極めて頻繁に行はれ其利用の範圍も亦極めて廣く又擔保の客體として提供せらるゝ財産權も不動産、動産に限らず苟も移轉し得らるゝ財産權なる以上廣く賣渡擔保の目的財産權として利用せらるゝに至りたるものなり。而して賣渡擔保は我國に在りては民法制定前より存したるものにして、賣券擔保、賣切擔保等の名稱を以てせられたるものにして其取引の目的たる財産權は不動産を主とし稀に動産に付行はれたるに止まり法律思想の發達せざりし時代に於ては其他の財産權に及ぶことなかりしものなり。蓋し不動産、動産以外の財産權に付きては其讓渡性明確ならず、且第三者に對抗する方法も亦不明にして之に關する法制も亦全くなかりしものなれば之等の財産權を以て賣渡擔保の目的財産權とするに至らざりしものなり。而して我國に於ける賣渡擔保の前身としては中世以後行はれたる所謂本物返契約を指摘するを通説とするものなり。本物返契約は中世以後我國に慣行せられたる物的擔保行爲の一種にして之を中世に慣行せられたる本物返契約と近世に於ける本物返契約とに分ち説明するを便益とするものなり。

甲、中世に於ける本物返契約

(a) 中世に慣行せられたる本物返契約の性質は、

之を概言するときは擔保権利者は擔保物を契約と同時に現實に使用収益し其収益を利息と看做し一定期間の經過後（或は期間の定めなく）擔保義務者は（賣主と假裝し居る）貸借金額を返還し擔保物を請戻し得とする契約を本錢返契約と云ふものなり（註一）。而して本錢返、本物返、本米返等の名稱を以て呼ばるゝものなり。此等は金錢、米穀が擔保客體なりし場合に此等の金錢米穀の元高と同額を返済する行爲を本錢返、本米返と云ひ一般に米錢を物として本物返と稱したるものなり（註二）。而して本物返契約には次の如き種類ありたり。

(b) 本物返契約の種類

無年季本物返契約

無年季本物返契約とは無年季金子有合次第請戻文言付本物返契約にして更に之を二つに分つ。

(イ) 契約と同時に賣渡客體に對する賣主の買戻權が無年季に存在する本物返契約（註三）

(ロ) 一定期間經過後初めて賣主は無年季に賣地を買戻し得べき本物返契約（註四）

年季附本物返契約

無年季本物返契約に在りては賣主は無年季に買戻權を有するを以て買主は將來何時賣地の返還を求めらるゝやも計り知れず故に一定期間を限り賣主に買戻權の行使を許したるものにして當時の實價としては十ヶ年となし居るものなり（註五）。

(c) 本物返契約の效力

本物返契約の效力としては（イ）我國中世に行はれたる本物返契約は利息を附せざるを通慣とす。蓋し賣主側

は目的物の所有權を失ひ従つて又占有をも失ひ目的物より収益する事を得ざるのみならず、目的物を使用する事も出來ざる不利益を甘受し居るものなるを以て、買主が目的物を利用収益し、因て得たる利益は借用代金の利息に充當せらるゝものと看做されたるものなり。故に或場合には買主が未だ支拂金額に相當する収益を爲さざる間に賣主に於て目的賣地を買戻さんと欲せば特に利息を附し或は又本錢一倍を以て買戻すべき事と定めたるものなり。其他（ロ）買戻權は之を相續する事を得たるが如し。（ハ）又買主は自己の權利を以て買地を第三者に轉賣することを得たるものなり（註六）。

註一 小早川欣吾氏著「日本擔保法史序説」二〇七頁

註二 同 氏 同二一〇頁

本物返契約書の例

(一) 應永廿三年二月二十九日元親買券に

（買券地事略、右田島等者依有所用子細代用途貳拾七貫文仁本物返に所入置申候也料足尋次第可請申候云々）

(二) 應永十六年三月二十三日島長爲季買券書に

「要用有により本物返之買券に賣渡申北郷之内一所山下一所布利附之事」とあり本文に

(三) 仍本物返之買券に賣渡申事實也己丑年より三年辛卯年を限り本物返賣渡申候云々仍爲後日買券狀如件」

「依要用候本物返しのしちけんに入お云々」

本文に

「肥江三郎殿の御方へしちけんにおき申候云々、仍爲後日本物返しのしちけんの狀如件」

註三 同氏 同二一五頁、二一七頁、二一九頁

無年季本物返證書の一例

(一) 貞治四年三月八日靈明寺三味田本物返證書に

第三章 賣渡擔保の沿革

「依有要用本物返入置齋明寺三味田五段事。右件田者米壹石七斗代御前執當御房方へ入置候事實也雖爲何ヶ年不返本物程者司有御耕作候」

(二) 元享三年六月二十六日行貞田地賣券に

「謹辭申賣進新放立券文事。中略。右件田地者、行貞先祖相傳之私領也、勿今依有要用、直錢宛五貫文相副本券文七通賣渡事既畢、全不可有他妨、但彼田地者行貞作人而每年地頭國家所當公事錢之外に八斗地子米可令運上者也、但彼田地者、以本錢可請返者也」

(三) 應永二年小山はいつ本物返賣券に

「右定所件之田依用々有、本物かへしに米七斗にうり渡候所眞正也、在所はとんたうちの河之谷のほらみのこしと申候田一反にて御入候、本物もとり候はいらなく其時御かへし候へく候」

註四 同氏 同上二二頁

一定期間經過後無年季に賣地を買戻し得る本物返契約證書の例

(一) 永祿二年二月六日二郎神主本物返賣券に

「右件之田坪者、中略、當年己未年より始候て來候はん辛酉迄三年過て本錢をもつてありあいにうけかへし可申候」

(二) 曆應元年十二月二十五日殿増本物返賣券に

「右田者爲本錢返所奉入置長谷場殿方實也、辨本錢候程者雖何ヶ年可有御耕作候、仍彼田幕坪付別紙在之、如此契約申上者、雖雖有直錢、明年自辰歲三ヶ年之間不可請」

註五 同氏 同上二二五頁

年季附本物返契約證書の例

(一) 嘉曆元年十二月廿七日僧圓澄本物返賣券に

「賣渡田地立券文事。云々。但買返候は八年内に本直相を以買返可候、若八年内に買不返者、限永代を本證文之ことくまいらせ候べく候」

(二) 應永三年十月十九日安岡右馬允本錢返賣券に

「但十年、内本錢查買文もて、本文書共にうけかへし申候べく候、但十ヶ年をすぎ候者、此狀賣券して水代召申候べく候」

(三) 元弘貳年正月十一日尾張齊後本物返賣券に

「たゞし十ヶ年すぎ候は、此狀をてつきうりけんとしてゑいたいぎりせらるべく候」

註六 同氏 同上二二三頁

乙、近世に於ける本物返契約

中世に於て徳政の影響を受け其發展に拍車をかけたる本物返契約並に年季賣は近世に入りて尙其形態を止め居たるものなり。然れ共、近世に於ては本物返契約と年季賣並に質契約、抵當契約は各々甚だ混同され、單に證文の書出し或は證文面上の慣用語のみを以てしては、直に其證文の内包する行爲の性質を決定する事を得ざるに至りたるものなり(註七)。

而して近世に於ける本物返契約は本銀返し、本物に譲渡す、本物に書入、本物質入契約、本方質地契約等雜他の名稱を以て呼ばれ、土地賣買禁止法を回避して不動産を終局的に移轉する方法として用ひられたる行爲なりしなり(註八)。而して其種類は

(a) 無年季本物返契約

無年季本物返契約とは、無年季金子有合次第請戻文言の記載されたる契約を云ふ、即ち契約の當初に期間を約定することなく、債務者は隨時に請戻すべき特約を附するものにして、債務者が請求權を行使する迄は買得者に於て質地を利用収益し得る權利を有するものなり。而して此種の契約に對し幕府法にては拾ヶ年を経過するときは流地とする定めなりしものなり(註九)。

(b) 年季附本物返契約

年季附本物返契約は一定期間の附加されたる本物返契約を云ふ。無年季本物返契約に在りては、買主の權利

は常に不安状態に置かれ何時賣主は其買戻權を行使して買得地の返還を請求するや計り知るべからざるを以て此不安を除く爲め年季附本物返契約が買主の利益の爲めに用ひられたるものなり(註一〇)。

其他中世以後年季賣なる不動産擔保の方法行はれたり。而して年季賣は期間附賣買にして、約定期間經過後は買主は當然に買得地を賣主に返還することを要する契約にして、本物返契約が賣主は本物即ち元本を返還してのみ客體の請戻をなし得る行爲なるに對し本質的に異なる行爲なり(註一一)。而して本物返契約は、質地契約と甚だ混同し易き概念を以て把へられ居たる場合多かりしを以て、後人をして、或擔保行爲が本物返契約なるか將又質地契約なるか又年季賣契約なるかを決定するに甚だ困難なる場合を伴はしむるものなり。蓋し本物返契約、質地契約、年季賣契約は、何れも客體の相手方への移轉行爲を隨伴するものなるが、此移轉行爲は外觀上相同しくも夫々若干の差異ある移轉行爲なり。即ち本物返契約、年季賣契約は共に現行法上所謂所有權を相手方に引渡すものなるに反し、質地契約は單に占有の移轉を伴ふに過ぎざるものなるを以てなり。然れ共、當時の移轉行爲に於て、所有權、占有權なる法概念を明確に細別認識して契約を締結し居たるものとは考ふることを得ざるものなり。本書は假りに徳川時代の法概念を理解せしむる目的を以て所有權、占有權の名稱を使用し來りたるも此所有權、占有權は現行法に所謂所有權、占有權の法概念とは勿論全然相等しき行爲なり、云ふを得ざるものなるも、殆んど現行法の此種概念に相當するものなりと爲すべきなり(註一二)。

故に當時の慣習としては、本物返契約の締結されたる場合に於ては客體の相手方への移轉なる現象に其行爲解釋上の重點を置き、總て一般概念「質」の認識の下に總括して之を考へ居たるものと思惟さるゝものなるを以て本物返契約、質地契約、年季賣契約に夫々質の文字を使用し其外觀上且又名稱上、甚だ混淆したる概念を以て表徴され居たるものなり。

故に既に述べたるが如く、質地契約に於て十年を長期とする規定發布せらるゝときは本物返契約も多くの場合直ちに十年を期間として設定され、金子有合次第請戻文言附契約に於ても質入の年より拾ヶ年を経過するときは流地たるべしと御定書に定めらるゝに至るものなり(註一三)。

註七 小早川欣吾氏「日本擔保法史序説」五五九頁

註八 同氏 同上五六三頁

註九 同氏 同上五六三頁

(一) 御定書第卅一條

「質入年より拾ヶ年過候はゞ流地」

(二) 日秘書陸比監に元文に巳年の日附ある質地之備に付き御書の事書の最後に

「金子有合次第請戻旨証文有之質地は質入年より十ヶ年過訴出候はゞ取上無之事」とあり

(三) 享保集成録録所載「當時村方五人組帳」に

「金子有合次第請戻旨証文に有之質地は質入の年より十ヶ年過訴出候はゞ御取上無之旨被仰渡奉長候事」とあり

註一〇 同氏 同上五六七頁

年季附本物返契約書の例

壹年限本物に讓渡し申畑地の事

有坪たまご新田

一、下々畑貳拾七歩分米四升五合入口壹斗五升代米壹石也

右者當已の御年買米に指結び申に付右代米隨に請取御勘定に相立申處實正に御座候然る上は來る午の十一月切に代米相立候はゞ右畑地証文御戻し可被候萬一相滞年限相過候はゞ流地に紛無御座候其時証文書替可及申に後々迄村中其外何方よりも少しも申分無御座候爲後日壹年限本物証文仍而如件

註一 同氏 同上五七一頁

註二 同氏 同上六九四頁

註三 同氏 同上六九六頁

以上中世以降慣行せられ來りし本物返契約に付き略述したり、而して此等の本物返契約を現行法的解釋に従ふときは、買戻條件附賣買と看做す可きか、賣渡抵當の一種となす可きかは甚だ困難なる問題なりと謂はざるべからず。元來本物返契約は中世の特異なる社會經濟的狀態より醸成されたる特殊なる行爲なるを以て、其歴史的發展段階の全然異り且其經濟的地盤の全く相違せる現行法の法概念を以て直ちに之を推斷するは不可能なる事なり。然れ共、以下中世の本物返形態を一の形態として取出し來り、此れが現行法の如何なる行爲に近似するかを吟味せんとす。

我が國現行民法五七九條に依れば、買戻とは、不動産の賣主が賣買契約と同時に爲したる買戻の特約に依り、買主が支拂ひたる代金及び契約の費用を返還して其賣買の解除を爲す事を得る行爲なりと規定するものなり。而して我が國中世の本物返契約は、以下の理由を以て我が國現行法上の買戻に類似する行爲なりと解するものなり。

(イ) 本物返契約は賣買契約の締結と同時に買戻の特約を附せらるゝを通例とするものなること

(ロ) 亦賣主は買主が拂ひたる代金(本錢)を返還して契約の解除をなしたるものなること

當時の本物返契約に於て、利息を附して買戻を爲すは寧ろ例外にして多くは買主が支拂ひたる代價と同額の

金額を以て契約を解除し得る事を本物返證文に明記する事を例としたるものなり。

(ハ) 主として不動産の賣買に使用せられたるものなること、動産に付き本物返契約の締結せられたる事は其例無きにあらざるも、普通は不動産に用ひられたるものにして其理由は本來徳政令が不動産の買入賣買に對して債權者或は買得者に無償返還を命じたるを以て、之を回避するが爲め、當事者が本物返契約を慣用したると他方現存する此種文獻に於て不動産を客體とする本物返契約の例は、動産を客體とする例に比し壓倒的に多く存する事により斯く斷定し得るものなり、然れ共、現行民法の解釋に従へば買戻の特約は不動産に限るものなるを以て、嚴密なる意味に於ては此點に於て、本物返契約は現行民法的買戻と異るところあるものなり(註一四)。以上之を要約するときは、我が國中世の本物返契約は最も買戻に類似する行爲なりと考へらるゝも、我が國當時の法意識によれば本物返契約も正しく質の一種なりしなり。

註一四 小早川欣吾氏 日本擔保法史序説二二三頁

本物返契約と我が國に於て現に行はれつゝある賣渡擔保契約との間に存する相違點を求むるときは次の諸點に於て其差異を見出すものなり。

(1) 現に行はるゝ賣渡擔保に在りては其客體として移轉せらるゝ財産權は不動産に限ることなく、動産債權其他讓渡し得る財産權なるを以て賣渡擔保の客體として移轉せらるゝものなるに、本物返契約に在りては不動産を主とし少數の例として動産に付き行はれたるものなり。

(2) 本物返契約に在りては、客體たる財産權を買主に移轉し、買主をして収益せしめ其収益を買主に取得せしめたるも現に行はるゝ賣渡擔保に在りては、客體たる財産權は依然債務者の占有に止むることを原則とするものなり。

- (3) 本物返契約に在りては、利息の支拂を爲さざることを原則としたるも、賣渡擔保に在りては利息を支拂ふことを原則とするものなり。
 - (4) 本物返契約に在りては、目的財産は確實完全に買主に移轉し、賣主が買戻を爲さざる時は目的財産は買主の所有物なるも、賣渡擔保に在りては、目的財産を債権者に歸屬せしむる特約なき限り債権者は目的財産を處分して、其對價により債権の辨済に充て殘餘は之を債務者に返還すべきものにして、所謂擔保作用を多分に包蔵するも本物返契約に在りては斯くの如き擔保作用極めて微弱なるものなり。
本物返契約と現に行はれつゝある賣渡擔保契約との間には以上の如き差異あり(註一五)と雖も又兩者に相共通する所少からず存するものなり、今其主なるものを列舉すれば
- (1) 本物返契約に在りても、不動産を客體とするに限らざるものなること(註一六)
 - (2) 本物返契約に在りても、債權擔保の意識の下に爲されたものなること(註一七)
 - (3) 従つて債權に對し利息を附する場合存したるものなること(註一八)
 - (4) 本物返契約に在りても、買入の法意識ありて所有權を移轉することなき場合存したること(註一九)
- 等にして、債權を擔保する爲め財産權を信託的に移轉する行爲なる點に至りては兩者全然共通の觀念なりとす。

註一五 大審院大正五年(オ)第七八八號、同年一月八日第三民事部判決、法律新聞一二二五號

賣渡擔保は當事者間に於ては其所有權を移轉せざる一種の信託行爲にして買戻附買買の性質を有する本物返契約と其性質を異にす

註一六 小早川欣吾氏 日本擔保法史序説二二二頁

註一七 小早川欣吾氏 日本擔保法史序説二二三頁

増補田園類説は其年季賣の項に於て、

「是を關東筋には年季賣と云ひ上方筋にては本物返と云ふ。年季を定め金子をかり、田地之作業を利足代りにして、利なしに年季明たる時返す故、本物返しと云ふなり」とあり。

とあり

註一七 小早川欣吾氏 日本擔保法史序説二二三頁

増補田園類説は其年季賣の項に於て、

「是を關東筋には年季賣と云ひ上方筋にては本物返と云ふ。年季を定め金子をかり、田地之作業を利足代りにして、利なしに年季明たる時返す故、本物返しと云ふなり」とあり。

註一八 小早川欣吾氏著 日本擔保法史序説二二三頁

買主が未だ支拂金額に相當する収益を爲さざる間に目的賣地を買戻さんと欲せば特に利息を附し或は本錢一倍を以て買戻す可きこととしたるものなり。

註一九 小早川欣吾氏 日本擔保法史序説六九五頁

而して現今行はるゝ賣渡擔保契約と本物返契約とは、以上の如く數多の共通點あり。殊に現今行はるゝ賣渡擔保契約は、我が國固有の本物返契約より流出せるものにして、少くとも其一部分の後身を爲すものなりと解せらるゝに不拘、其間數多の差異の存する所以を考察するに、本物返契約の慣行せられたる當時は立法極めて不完全にして法制的概念亦幼稚なりしも、現時に於ては立法も完備し法制的概念も亦甚だしく明確化せるにより、此種債權擔保の目的財産權として利用し得らるゝ財産權の範圍擴大せられたること、所有權と占有權の觀念明確となりたるが爲め所有權を移轉するも占有は之を留保するを得るに至りたること、従つて擔保提供者に於て目的財産權を占有利用し得らるゝに至りたるが爲め、利息を支拂ふことに依りて目的財産權の占有を留保することを得るに至りたること、債權者をして目的財産權を容易に處分せしめ、其對價を取得せしむるにより簡易に債權の満足を得せしめ得るに至りたること等に基き、前述の如き本物返契約と賣渡擔保契約との間に數多の差異を生ずるに至りたるものなること明かなり。

思ふに、中世以降我が國に慣行せられたる物的擔保の客體は不動産を主とし、例外として動産をも物的擔保の客體としたるものなること以上の如し。而して、其擔保權設定の方法は抵當、質年季賣本物返の方法なりしこと亦以上によりて明かなり。而して是等の方法は其内容に於て多少の變遷を経たるも中世以後民法制定に至る迄慣行せられたるものにして、民法制定に當り其一部は現行の質權、抵當權として規定せられ又他の一部は民法買戻約款附賣買として成法化され、他の一部は其儘當事者の慣行に委せられたるものと考へらるゝものなり。

而して民法制定後、當事者は主として質權、抵當權等の擔保物權並に買戻附賣買の利用によりて擔保目的を達し、稀には賣渡擔保の方法を利用し居たるに止まりたるも、當事者の需要と便益は賣渡擔保の方法を採用する者多きを加へしめ、順次今日の如き極めて廣く且頻繁に利用せらるゝに至りたるものと解するものなり(註三〇)。従つて中世以後慣行せられたる本物返契約を以て直ちに現今行はるゝ賣渡擔保契約の前身なりとなすを得ざるものなりと雖も、本物返契約の一部が時代と共に其内容を變化して現今行はるゝ賣渡擔保契約として取引せらるゝに至りたるものなること明かにして、本物返契約が賣渡擔保契約の沿革を爲すものなることを失はざるものなりと信するものなり。

又、賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲し或は買戻約款附賣買をも賣渡擔保契約に包含せしむる説に従ふときは本物返契約は其儘賣渡擔保の前身を爲すものなりと解することを得るものなり。

註二〇 契約自由の原則は法治國に於ける法律觀念にして、明治一八年頃に於ても亦信託契約を兼じたる法規存在せず、又當時に於ても元より公序良俗に反する事項にあらず(大審院大正五年(オ)第七八八號、同年一月八日民事三部判決、名古屋地方裁判所、大正四年二月二四日判決、法律評論第五卷民法四〇〇頁)。

次に羅馬法及日耳曼法に於ては賣渡擔保に付き古き沿革を有するものなり。而して羅馬法及日耳曼法にありて

は。賣渡擔保は其本質信託行爲に屬し、信託行爲は賣渡擔保と其他の信託行爲例へば取立委任の手形讓渡の如きに分類せらるべきものとせられたるものなり。従つて羅馬法或は獨法系の賣渡擔保の沿革は専ら信託行爲の沿革を明かにするによりて之を知り得べきものなり。

而して信託行爲の沿革として其觀念の起源と稱すべきは、羅馬法に於ける *fiducia* を想定する者あると共に、一方に於ては獨逸固有法の *Treuhändler* を想定するものとあるものなり(註二一)。

註二一 石田博士 法學論叢第三二卷二七頁以下、前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷七號、中島博士 私法論文集五三〇頁

羅馬法の *fiducia* は質權の前身と解さるゝものなり。質權の起らざりし時代に於ては債權擔保の方法は専ら人的保證に限られたるものなり。然れ共保證人を得る能はざる債務者の爲め物上擔保を必要とするは明かなり。而して其必要を充す爲めに生じたるものを羅馬法に於ける信託行爲なりとす。而して其法律上の形式は、後に發達したる質權とは同じからざるものなり。蓋し當時の物權讓渡行爲たる *Mancipatio, in Jure cesso* は何れも條件の附加を許さざりしを以て、債務の辨濟を以て條件となし所有權を讓渡し、以て債權擔保の目的を達すること能はざりしが故に、債務者は *Mancipatio, in Jure cesso* の方法により絕對的に其動産又は不動産の所有權を債權者に讓渡し、之と同時に債權者は讓受けたる物を濫用せざること、及債務完済の曉に於て之を債務者に返還すべしとを約するものなり。而して此約束を「*Pactum fiduciae*」信託行爲と稱するものなり。斯の如く *Mancipatio in Jure cesso* と *Pactum fiduciae* とを合したるものを以て「*fiducia*」と稱せしものなり。

以下羅馬法に於ける「*fiducia*」の性質特に我國に於ける賣渡擔保に參考となるべき部分を略述せんとす。

第一 信託契約附の *Mancipatio* 又は *in Jure cesso* 即ち「*fiducia*」に因りて目的物の所有權は受託者たる債權

者に移轉するものなり（物權的效果）。而して所有者としての受託者の權利は、*Pactum fiduciae* に因りて何等の制限を受けざるを以て原則とし、受託者は何人に對しても受託物の交付を請求することを得、又受託者は目的物を更に「*fiducia*」の目的物と爲し、或は之に質權を設定し、其他の他物權を設定することを得るのみならず、受託者は受託物を第三者に賣却することを得るものなり（註二二）。

註二二 香木博士 質權の發達史に於ける *fiducia* に付て「法學協會雜誌第四三卷第一一號二六頁」

第二 信託の目的の爲に爲す *Mancipatio* 又は *in Jure Cessio* に因りて前述の如き物權的效果を生ずると共に、又債權關係を生ずるものなり。而して其重要なものは、債務者たる信託者が債務の履行を爲したるときは債權者たる受託者は受託物の所有權を信託者に返還移轉を爲すの債務を負擔するものなること之なり。此の債務の履行として受託者に於て爲すべき所有權移轉は「契約の締結ありたる同一の方法を以て契約上の債務關係を解決することを要す」るものにして、若し當初に信託者が *Mancipatio* に因りて受託者に目的物の所有權の移轉を爲したるときは、受託者は同じく *Mancipatio* を爲すことを要す。又若し當初の所有權移轉行為が *in Jure Cessio* なるときは受託者は *in Jure Cessio* を爲すことを要するものなり。

然れ共信託者の同意あるときは、當初 *Mancipatio* に因りて所有權を移轉したるときと雖も、受託者が後には *in Jure Cessio* を爲して所有權の返還移轉を有効に爲すことを得るものなり（註二三）。

註二三 香木博士 同上二九頁

尙當事者の債權關係中重要な二、三に付き之を分説せんに、

(a) 危險負擔者

信託契約當事者の何れが目的物の危險を負擔するかには、債權者の手に在る受託物が盜まれたるとき

は、債權者は盜人に對して罰金及び現物若くは現物の價格を取得するを得るものにして、此場合には債權者は其取得したるものを本來の債務の履行に充つべきものとす。即ち事變に因りて本來の債務は消滅せず、故に若し信託物が事變に因り喪失し何人が盜人なるか不明、随つて債權者が盜に關する訴權を實行すること能はざる場合に於ても其債權を喪失せず、換言すれば危險の負擔者は信託者なり。而して之れ原則なりとす。

右の場合に於て、何人が債權者より受託物を盗みたるか不明、随つて債權者が盜に關する訴權を實行し能はず、而も其盜は債權者の過失に因りて生じたるときは、債權者は債務者に損害賠償を爲すことを要するものなり。反對に信託者たる債務者の過失に因りて信託物が滅失又は毀損したるときは債務者は其責に任ぜざるべからず（註二四）。

註二四 香木博士 同上三〇頁以下

(b) 利得關係

受託者は、受託物の所有者なるが故に其果實其他の増加物及び埋藏物等を物權的に取得するは多辯を要せざるところなり。而して受託者は物權者として永久に是等の利得を保留することを得るものなりやに付きては、「凡そ債權者が信託奴隸（奴隸なるとき）に依りて取得したる一切のものは債務を減少す」なる法文に因り、受託者が受託物より取得したる利益は、之を債務者に給付するの債務を負ふことを知り得るものなり。

而して受託者が所有者として取得する果實のみならず、信託不動産より發見せられたる埋藏物に付きては、不動産の所有者として二分の一の權利を取得すと雖も、之を信託者に返還するの債務を負ふものなり（註二五）。

註二五 香木博士 同上三四頁以下

②) *lex commissoria*

*lex commissoria*とは信託者と受託者との間に於ける特約にして、若し債務者が履行期に債務の履行を爲さざるときは、債務者は信託物の取戻を永久に爲すことを得ざることを内容と爲すものなり。此の特約は先づビグニス (*Pignus*) に附せられ後に *fiducia* に附せらるゝに至りたるものなり。而して *Pignus* の初期に在りては、債権者は買物を占有して債務者の履行を間接に促すの效用ありたるに止まりたるが故に、*lex commissoria* を特約して債務の不履行の場合には債権者に於て買物を所有することを得せしむるの慣例生じたるものなり。*lex commissoria* は本来は *fiducia* に不必要なる約款にして、當時は債務の不履行と同時に責任の物體たる信託物は當然永久に債権者の所有物として存することゝなるものなり。

債務者に於て後に如何なる賠償を爲すと雖も、信託物の返還を請求するの債権を有せざりしものなり。而して當時債権者は多くは貴族にして、債務者は多く平民なりしが故に右の如き規則行はれたり、然れ共貴族と平民との階級闘争消滅し、又同時に社會狀態進歩するに及び債務者の一朝の不履行によりて永久に其信託物例へば祖先傳來の不動産の取戻を請求し得ざるに至るは、債務者にとりて酷にして中正を失するものとの觀念を生じ、債務の不履行によりて債務者の取戻権は當然には消滅せざるものとせられたるが故に、*Pignus* の制度に倣て *lex commissoria* は債権者の利益の爲 *fiducia* に附せらるゝの例を生じ債権者は適宜其利益を主張することを得るものとせられたるものなり(註二六)。

註二六 春木博士 同上三五頁

③) *Pactum de vendendo*

Pactum de vendendo は *Pignus* の債権者と債務者との間に締結せらるゝ特約にして、買物の賣却を内容と

爲すものなり。

Pignus は、初め *lex commissoria* を附して或程度迄債権者の便宜を計りたり。然るに其後債権者及債務者双方の便益の爲めに *Pactum de vendendo* を附するの慣習生じ、*fiducia* にも亦斯の如き特約を附するに至りたるものなり。元來信託物は債務の責任の物體たるの觀念なりしが故に、債務者が履行期に於て債務の履行を爲さざるときは、信託物は永久に債権者の所有物として存在することゝなるものなり。此場合に債権者が債務者に其債務の履行を請求するときは、法務官は訴權の實行を許さざりしものなり。又縱令之を許すも債務者より惡意の抗辯を受くるものなり。然るに信託物は、單に債務の物體たるの觀念消散し、債権の擔保物にして債権を満足するの使命を有するものなりとの觀念發達するに及び、信託物の價格如何によりては、時としては債権者又は債務者に意外の損失を生ずるの結果を來す虞ありたるが故に、*Pignus* の制度に倣ひ *Pactum de vendendo* を *Pactum fiduciae* に加ふるゝなりたるものなり。*Pactum de vendendo* あるときは、債権者は信託物を賣却して、其賣得金を以て自己の債権を満足するに不足なるときは、尙不足額に付て本來の債權訴權を實行することを得、又債務者に於ても賣却權を實行したる債権者に對して、餘剰の請求を爲し得るの利益あるものなり。又債権者が *Pactum de vendendo* に因りて、信託物を賣却し餘剰あるときは、之を債務者に交付することを要するものなり(註二七)。

註二七 春木博士 同上三七頁以下

第三 *fiducia* の訴權

受託者が債権者として債權の履行を受けたるときは、信託の趣旨に従ひ *Mancipatio* 又は *in Jure cessio* に依りて信託者なる債務者に受託物の所有權の返還移轉を爲すことを要す、又受託者が履行期前に受託物を第三者に

讓渡したるに、債務者に於て履行を爲したるときは、信託者は受託者に對して損害賠償を請求することを得、又一面に於て、受託者が受託物に必要な修繕を加へたるときは、信託者に對して其費用の償還を請求することを得、其他信託物より果實を生じたるときは、債務と果實價格との差引計算の問題あるものにして、是等の問題に付ては請求訴權を認めざりしや否や、若し之を認めたりとすれば如何なる方法により之を實行し得たりしかに付ては確かなる淵源を缺き、學者の見解一致せず。

然れ共羅馬人が自我主義にして權利實行を重んずる傾向を有せる國民なりし事を考へ、訴權の保護ありたりと解すべきものなり(註二八)。

註二八 春木博士 同上法學協會雜誌四三卷第一二號三〇頁以下

尙羅馬法に於ける擔保制度には別に Pignus 及 Hypotheca なるもの存したるものなり。

Pignus は當事者間に、無方式の一の契約を締結し、債務者は其所有物を債權者に引渡すものなり。即ち單に占有權のみを移轉し置くものにして債權者は辨濟ある迄物を占有して、返還せざる權利——對人的にして對世的ならざる權利——を有するものなり。只債權者に於て其物を賣却し其代金より辨濟を得る權利は特に其旨の契約 (Pactum de vendendo) を爲すことを要するものにして、Pignus 自體としては此權利を有せざりしものなり。而して前述の fiducia に於ける Pactum de vendendo は Pignus より來りたるものなることは既に述べたるところなり、又 Hypotheca は fiducia の如く所有權を移轉することなく、又 Pignus の如く占有權を移轉することにもあらず。只單に一の無方式の契約——質を置く契約——を締結するものにして、此方法は其當初に於ては、耕地の質貸借に於ける質料支拂の義務を擔保する場合に限られたると共に、其擔保物件は賃借人が耕作の爲め其地上に備付けたる動産に限られたるものなり。而して此契約を締結し置くときは、質貸人は質料の支拂無き場

合に於て賃借人即ち債務者に對し擔保物の引渡を請求する權利を有するに至るものなり。

其理由は初めより擔保物を債權者に引渡すときは、賃借人は耕作を爲すことを得ざるが故なり。而して、質貸人が擔保物の引渡を受けたる以後は Pignus と同一の關係となるものなり。而して此契約は後に至り、漸次他の債權の擔保にも用ひらるゝに至りたるものにして、其名稱も當初は Pignus と區別せざりしも、後に Hypotheca と呼ばるゝに至りたるものなり。而して fiducia は其後に發達したる擔保制度たる Pignus 及び Hypotheca の影響を受け、當初 fiducia に存せざりし權利義務の關係にして、Pignus 及び Hypotheca の制度を採り入れたるもの少からず存すること前述の如し(註二九)。

註二九 春木博士 同上三五頁、前田直之助氏 法會雜誌第八卷七號

之によりて之を觀れば、羅馬法に於ける信託行爲「fiducia」は單一の行爲にあらずして、信託契約の附加したる Mancipatio 又は in Jure cessio なりしものなり。換言すれば Mancipatio 又は in Jure cessio が基礎となる主たる行爲にして、信託契約は附屬の行爲として之に附加せられたるものなりしものなり。故に或學者は信託行爲は積極的の物權契約と消極的の債權契約とより合成せられたるものなりと主張せり。羅馬法に於ける信託行爲が以上の如きものなる結果、其效力も亦自ら二方面に別るゝは當然の事に屬するものなり。即ち債權者に對する方面に於て債權者は Mancipatio 又は in Jure cessio の效力により完全なる所有權を取得するものにして、其所有權は常に第三者に對する關係のみならず、債務者自身に對しても亦完全なる所有權を有するものにして、又債權者は信託物を完全に第三者に讓渡する權能を有したるものなり。而して債務者は所有者に非ざるが故に、第三者に對し其返還を請求するを得ざりしものなり。而して他の一面に於ては、債務者は所有權の讓渡を擔保の目的に制限する爲に所有者たる債權者に對し債權を有し、債權者が質物たる擔保物を濫用し第三者に讓渡し又は債務

辨済後返還せざる場合に於ては、債務者は債権者を相手取り *Actio fiduciae* により訴ふることを得たるものなり（債権者が債務者に所有権を返還するに方りても亦 *Mancipatio* 又は *in Jure cessio* を要したり）。而して債務者が債権者に對し有する此債権的の効力は凡て信託契約を基礎とするものなり。而して債権者にして此訴に敗訴したる場合には名譽減少（*Infamie*）の罰を課せられたるを以て、之により債権者の横暴を壓制するの効力少からざりしと雖、猶債務者の訴權は債権的にして、對人訴權に過ぎざりしが故に債権者が信託物を第三者に讓渡したる場合には債務者は少からざる危險を負擔せざるを得ざりしものなり。

次に日耳曼法の *Treuhändler* は羅馬法の *fiducia* と異り、當初より債權擔保の目的に必要な範圍に於て、物權を債権者に移轉するものなることを特質とするものなり。従つて、債権者は其の目的の範圍内に於ては自由に信託の目的物を利用し得るものなり。然れ共、債権者の信託物の利用が、其範圍を超えたるときは、其處分は單に契約違反なるのみに非ずして物權的に無効となるものなり。又債務者が債務を辨済したる場合には、所有權は當然債務者に復歸し、債務者は債権者に對して *Rei vindicatio* を有するは勿論、第三者に對しても亦 *Rei vindicatio* を有するものなり（註三〇）。

註三〇 中島博士 民法論文集、石田博士 法學叢書第三二卷二號

而して此債務者が債権者並に第三者に對し有する權利關係の解説に付きては、解除條件附所有權讓渡説、債権者債務者共有説、他物權説等ありと雖も要するに其本質は債権者と債務者との間の對人的關係に非ずして、信託物に關する物權關係と爲すの點は一なり。然れ共、日耳曼法の信託行為に付きては獨逸固有法に於ける *Treuhändler* の存在を否定する學者存するものなり。而して其説くところに依れば *Treuhändler* と云ふ言葉そのものは *Mancipatio fiduciae causa* の獨譯に過ぎざるものなり。而して羅馬法に於ける *fiducia, pignus, hypotheca* は

何れも日耳曼民族に承繼せられ、結局現今の獨逸民法の *Wiederkauf* となりしものなりと爲すものなり。而して *Wiederkauf* は舊の賣主が新に買主となり舊の買主が新に賣主となる第二の賣買契約を指すものなり。併し此第二の賣買契約は、第一の賣買契約以後に成立しなへすれば、それが *Wiederkauf* なりやと云ふに然らず、第一の賣買契約と同時に又は後日に他日買主から賣主に對し買受の意思表示さへ爲せば直ちに第二の賣買契約の成立することを定め其意思表示によりて成立する第二の賣買契約を稱して *Wiederkauf* と云ふものなり。故に此字を直譯するときは、買戻なるも、斯く解するときは當該權利が前主に復歸する事自體を指す意味にも聞ゆる處あるを以て買戻附賣買、買戻契約、買戻と解するを相當とするものなり。故に結局第一に擔保の爲めにする賣買なるものは取りも直さず買戻附賣買を指すものなること、第二に此買戻附賣買なるものは取りも直さず信託行為——詳しく云へば其一種——なる事に歸すと爲すものなり（註三一）。

註三一 前田直之助氏「買渡擔保附信託行為」、法曹會雜誌第八卷第七號、六頁以下

羅馬法と日耳曼法との間に斯の如き差別を來したる理由に付きては、一部の學者は羅馬法には物權公示方法存せざりしも、日耳曼法は物權に付き夙に實質的公示主義を認めしを以て、此兩者の間に斯の如き差異を生ずるに至りたるものなりと解するものなり（註三二）。

註三二 中島博士 民法論文集五一八頁以下。

何となれば物權公示主義を認めずして、信託物上に債務者の物權を認むるときは、善意の第三者は之れが爲め不測の損害を蒙るべきを以て、其效力を債權に止むるは取引の安全保護の爲め已むを得ざるところなりとす。

反之、物權に付き實質的公示主義を取るときは、公示なくんば物權は第三者に對しては存在せざるものと認めらるゝが故に、物權法に付きても契約自由の原則を認め種々の物權を認むるも、第三者を害し取引の安全を害す

るの弊を生ずることなきものなればなり。

以上、羅馬法並に日耳曼法の信託行爲——賣渡擔保——の沿革を略述したり。而して、茲に羅馬法並に日耳曼法の賣渡擔保に關する沿革を略述したる理由は、現今に於ける我が國の賣渡擔保——信託行爲——の觀念は、我が國に古くより行はれ來りたる我が國固有の賣渡擔保の觀念——中世以後慣行せられたる本物返契約を沿革とする——に加ふるに、羅馬法並に獨逸法の信託行爲の觀念が影響し居るものなるを以て、之れが參考資料とするを主たる目的とし、他面、後に述ぶる如く、我が國に於ける賣渡擔保を以て直ちに羅馬法に於ける *fiducia* 若くは獨逸法に於ける *Wederkauf* と全く符節を合はするが如きものなりと爲し、其結果として、或は賣渡擔保を以て賣買に附加して他の契約が存するに過ぎずと爲し(註三三)、或は買戻附契約たるに止まると爲すものあるにより(註三四)、其據るところの必ずしも我が國固有の賣渡擔保を解釋する根據たるを得るに當らざることをも明かにせんとするに在るものなり(註三五)。

- 註三三 賣渡擔保なる取引には、其一面には常に賣買を包含し唯之れと附加して他の契約が存すと云ふに過ぎざるものとす
 (大審院大正一〇年(オ)第一八四號同年六月一四日、民事第一部判決、法律評論第一〇卷、民法六一〇頁、同昭和二年(オ)第七一七號同年一〇月一三日、民事第四部判決、法律評論第一八卷第六號、民法五五四頁)。
 註三四 前田直之助氏「賣渡擔保附信託行爲」法實會雜誌第八卷第七號六頁。
 註三五 *fiducia* 並に *treuhand* と我が國賣渡擔保との關係に付きては石田博士「賣渡擔保に於ける二形態」なる論文あり
 (法學論叢第三二卷二號二七頁以下)。

第四章 賣渡擔保無効論

第一節 總 說

賣渡擔保が有效なる法律行爲たることに付きては、今日の學說判例殆ど一致するところなりと雖も、從來之を以て法律上無効なる行爲とせられたることなきに非ず。而して、今日に於ても、動産の賣渡擔保は民法質權の規定に反するを以て無効なりと爲す學者在るものなり(註一)。而して賣渡擔保を無効なりと爲す學者の主張する法律上の根據は、種々に分れ其詳細なる解説並に論評は之を爲し難しと雖も、其主なるものは(一)虚偽行爲説、(二)隱匿行爲説、(三)脱法行爲説と爲すを得べし、以下節を分ちて之を説明せん。

註一 松本博士 私法論文集第二卷九七頁、二五六頁、三浦博士 擔保物權法三六八頁

第二節 虚偽行爲説

賣渡擔保を以て、當事者間に於て通謀して爲したる虚偽の意思表示なるを以て無効なりと爲す説の主張するところに依れば、賣渡擔保は當事者の達せんとする經濟上の目的は、債權を擔保するに在るに拘らず其目的達成の爲に當事者の採りし手段は財産權の移轉(所有權の移轉と解されたる時代ありたり)に在るが故に、目的と手段との間に甚しく輕重ありて、法律上虚偽の行爲たるに歸し無効の行爲に屬すと爲すものなり。而して虚偽行爲の何たるかに付ては、種々なる學說存するも、虚偽行爲とは相手方と通謀して爲したる眞意にあらざる意思表示なりとなすを通説とするものなり(註一)。従つて虚偽行爲は、其行爲の當事者の意思は當該法律行爲を實際成立せ

しめざる點に付き合致するものにして、當事者が法律行為の效力を生ぜしむる意思なくして徒に之を表示するものなり(註二)。

註一 鳩山博士 民法總論下卷三五二頁、畔道博士 民法要論總則三二〇頁、三浦博士 民法總則提要三三七頁、長島毅氏 民法總論改訂五版三九八頁

註二 虛偽の意思表示とは、當事者が法律行為の效力を生ぜしむる意思なくして徒に之を表示するの謂なるを以て、原院が如上の認定事實に對して虚偽の表示と云ふべからずと列示したるは未だ必ずしも不法なりと謂ふべからず(大審院明治三七年(オ)第五七四號 同三八年三月二日第一民事部判決、民事判決録第一輯三一六頁)。

即ち相手方と通謀して法律行為を假裝するものなり(註三)。換言すれば法律行為の成立に必要な效果意思を全く缺如せるものなり(註四)。然るに賣渡擔保に在りては、當事者の意思は眞面目に其法律上の效果に向けらるのみならず其目的たる權利變動の實現せらるべきことに合致あるものなり(註五)。従つて、虚偽行為の如く相手方と通謀して爲したる眞意に非ざる意思表示にあらず。

註三 富井博士 民法原論總則三五四頁

註四 鳩山博士 民法總論三五四頁、中島博士 民法釋義總則四九〇頁

註五 吉田久氏 民法提要總則編二二五頁、三浦博士 民法總則提要三〇六頁、中島博士 民法釋義卷之一 四九四頁

虚偽行為にありては、表意者が故意に眞意と顛倒する表示を爲すこと及び之を爲すに付き表意者と相手方との間に通謀あることを要す(註六)るに、賣渡擔保に在りては斯の如き眞意に非ざる表示及之に付き相手方と通謀の如き、全く無きところなり(註七)。

註六 平沼博士 民法總論四六四頁

註七 賣渡擔保は、信託行為の一種に屬し、眞意と表示との間に何等の不一致無きに反し、通謀行為たる虚偽の意思表示にありては、眞意と表示との間に一致を缺き其無効なること論を俟たざるところなり(大審院昭和六年(九)第一二五五號、



同年一月一八日刑事第三部判決、法律評論第二二卷第二號、刑事訴訟法二四四頁)。

信託行為と虚偽表示とは、所有權移轉の效果を生ぜしむる眞意を有せるものなりや否やによりて區別することを得るものとす(三浦博士 法學協會雜誌第三八卷一〇號一〇六頁、大審院大正九年(ケ)第一號、同年四月一九日、民事第二部判決、法律評論第九卷民法三六七頁)。

只賣渡擔保に在りては當事者の採りたる手段たる法律行為の效果が事實上の目的に超過する爲めに相適合すること無きに止るに過ぎずと雖も、之が爲めに賣渡擔保を以て虚偽假裝の法律行為なりと斷ずることを得ざるものなり(註八)。

註八 信託行為は當事者が其目的とするところよりも大なる目的を生ずべき意思表示を爲したる場合に成立するものにして法律行為を爲す意思存する點に於て虚偽の意思表示と異り、公の秩序又は善良の風俗に反することなき有効の法律行為なり(大審院明治四五年七月八日民事第二部判決、民事判決録六九二頁)。末弘博士 法學全集第九卷一一頁、細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報三四卷八號四三頁、沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁以下

又他の一面より觀察するときは、賣渡擔保なる法律行為は權利移轉の法律行為に屬することを其本質とするものなり。而して權利移轉行為は、無因行為なるを以て權利移轉の原因とは何等の關係なきものなり、故に債權擔保の爲め權利の移轉が行はれたりとするも其一事により直ちに賣渡擔保なる法律行為に影響を及ぼすべきものにあらず。従つて賣渡擔保を以て虚偽行為なりと爲し之を無効なりと爲すは賣渡擔保の本質を解せざる謬説なりと云はざるべからず(註九)。

註九 畔道博士 「信託行為論」民法研究二二二頁以下

第三節 隱匿行為説

賣渡擔保を以て、所謂隱匿行為に屬するものなるを以て無効なりと主張する説に依れば、賣渡擔保は、當事者の目的とするところは債權を擔保するに在るに不拘、當事者の實際行ふところは財産權の移轉を爲し債權擔保の事實を隱匿せるものにして、即ち當事者が眞に爲さんとする行為を隱匿する所謂隱匿行為なるが故に無効なりと爲すものなり。

隱匿行為の如何なるものなるやに付きては學說岐るゝところなるも、隱匿行為とは虚偽の意思表示に隱蔽せらるゝ意思表示なりと爲すを通説とするものなり(註一)。従つて隱匿行為の特質は、假裝行為によりて當事者の眞に欲したる行為は、全く隱蔽せらるゝものなりと謂はざるべからず。然るに賣渡擔保に在りては、當事者が其締約に際し、債權擔保の目的を以て爲す事を隱蔽するものにあらず。換言すれば、賣渡擔保に在りては、權利移轉の行為は當事者の達せんとする經濟上の目的を隱蔽するものに非ずして、當事者の意思は眞に權利移轉なる法律上の効果に向けらるゝものなり。又隱匿行為の他の特質は、其動機は隱蔽したる行為を第三者に知らしめざるに在るも、賣渡擔保に在りては如斯動機に出づるものにあらず(註二)。

而して賣渡擔保を隱匿行為なりとして無効なりと主張する者の中に在りても、表面の假裝行為と隱蔽せられたる内部行為を共に無効なりとなす者と、表面の假裝行為のみを無効とし隱蔽せられたる内部行為を有効なりとなすものありと雖も、隱匿行為は隱蔽せられたるの一事に因りて無効たるものにあらず(註三)。唯其有效なるが爲には隱蔽せられたる意思表示自體が其成立要件及び有效條件を完備することを要するものなるは明かなり(註四)。

然れ共、前述の如く賣渡擔保に於ける債權擔保の目的を以てする財産權移轉の行為は、眞實に行はるゝものにして、之を以て假裝行為若くは隱匿行為と目すべからざるものなるを以て、賣渡擔保を以て所謂隱匿行為として其無効を主張するは全く理由なきものなり(註五)。

註一 暁道博士 「信託行為論」民法研究三二二頁、岡松博士 民法理由總則一八四頁、川名博士 民法總論二二二頁、中島

博士 民法釋義總則四九四頁、嘉山學士 民法總論 大正三年中央大學講義二四三頁等

註二 暁道博士 同上

註三 鳩山博士 民法總論三五四頁

註四 暁道博士 同上

註五 細矢祐治氏 「讓渡擔保と信託」法學新報三四卷八號四五頁

第四節 脫法行為説

賣渡擔保を以て、違法又は脫法の行為として無効を主張するもの、内に在りても、我民法中の各種の規定又は其精神に對する見解の異なるによりて數説あるものなり。即ち物權法違反説、質權規定違反説、動産抵當禁止避説、流質契約又は辨濟期前代物辨濟豫約説等なりとす。賣渡擔保が脫法行為なりや否やを確定するに方りては、先づ脫法行為とは如何なる行為なるやを考察するを要するものなり。而して、脫法行為とは不法なる目的を達せんが爲に用ひらるゝ回避手段なりと解すべきものなり。即ち脫法行為とは、禁止法規の適用を潜脱せんとする目的を以て爲さるゝ行為なりとす(註一)。

脫法行為は本法の目的を達せんが爲の行為なるが故に、命令禁止法規の適用を潜脱せんとする行為たるは疑なきところなり。然れ共、苟も命令禁止の規定なる以上、之を回避せんとする行為は總て脫法行為として無効なりやと云ふに、必ずしも然りと云ふを得ざるものなり。蓋し命令禁止の法規中にありても、其命令禁止の目的を異にし、従つて其命令禁止の内容により其効果を一定し難きものなればなり(註二)。

而して、或種の法規は特定法律行為の成立要件を積極的に定め此法定の形式を履踐するに非ざれば、法律行為

を成立せしめずと爲すものあり。即ち民法第三四二條、同第五八七條の如き之なり。又或種の法規は、一定の經濟上の結果に達する數箇の手段中の或手段を禁止することあり。即ち民法第三四九條流質契約禁止の規定の如き之なり。

註一 啤道博士 民法要論總則三二五頁、鳩山博士 民法總論下三〇八頁、嘉山學士 民法總論二四六頁、大谷博士 民法總論講義一九九頁、岡松博士 民法總則講義一九三頁、中島博士 民法釋義總則四六五頁
註二 川名博士 民法總論二〇七頁、水口博士 所說法律評論第二卷、民法九二八頁、三浦博士 擔保物權法一五二頁、鳩山博士 民法註釋第二卷八五頁

或種の法規は、以上の何れの手段をも禁止又は積極的に定むるに非ずして、其經濟上の結果それ自體を以て規則の物體と爲し法定の形式による外之が発生を全く防止するに在ることあり、即ち法定の形式を具備せる手段を除き、其經濟上の結果を達し得る他の一切の手段を禁止するものあるものとす。利息制限法の如き之なり。

以上により之を觀るに、法律は道徳上經濟上若くは社會政策上の理由より、一定の經濟上の效果を生ずる或種の手段を禁止することあり。或は之を禁止せざるも、其の成立要件を定め、其手段が法律上有效なるが爲めには必ず一定の形式を履踐することを要求するも、其結果を達し得る總ての手段を禁止するものと謂ふを得ず。従つて其命令禁止の效力は總ての回避手段に及ばざることあるものなり。而して如斯場合に於ては其回避手段は之を以て脫法行爲と爲すことを得ざるものなり。

而して、或行爲が脫法行爲として無効なりや否やは、一に回避せらるゝ法規の禁止の範圍に關する問題にして實に當該法規の解釋の問題たるなり。従つて、或行爲が脫法行爲として無効なるや否やは、當該法規の適用に依りて生ずる結果なり。而して脫法行爲は、一種の違法行爲なるが故に其法律上の效果を生ずることを得ざるものなり。即ち脫法行爲は、脫法行爲自體として法律上獨立の存在を有し得る行爲にあらず。而して、此點に付き或

は脫法行爲を以て違法行爲に屬せざる特殊の行爲なりと解し、違法行爲と同一に取扱ふべき旨の明文存するに非ざれば、脫法行爲を以て直ちに違法行爲なりと解するを得ざるものなりと主張する者ありと雖も、法律上人の行爲は適法なるか違法なるか二者其一に歸すべきものにして、適法にもあらず違法にもあらずる中間行爲の存在は之を想像するを得ざるものなり。要するに脫法行爲なるや否やは、回避せらるゝ法規の擴張解釋、又は類推解釋によりて、回避手段が法律の禁止に接觸する事明かなる時は、其回避手段は脫法行爲として違法無効の行爲と謂はざるべからず(註三)。

以上脫法行爲の意義を略述したり。以下賣渡擔保を以て脫法行爲となし之を無効なりと主張する説に付き一言せん。

註三 啤道博士 民法要論總則三二六頁

賣渡擔保を以て、物權法違反の行爲なるを以て無効なりとする説は、一般的に賣渡擔保を無効なりと云ふに非ずして、債權擔保の目的を以て移轉する財産權が物權なる場合に起る問題にして、賣渡擔保の目的たる財産權が、動産、不動産なる場合其所有權は外部關係にありては債權者たる讓受人に歸屬するも、債權者、債務者間の内部關係に於ては依然債務者に所有權留保せられ、従つて其物權の移轉は絕對的に非ずして、内外二重の效力を生ずるものなりとの前提に基き、賣渡擔保は内外二重の效力を有する新なる物權を創設するものなりと解し、斯の如き性質の物權は我民法の認めざるところなるが故に、斯の如き物權の創設を目的とする法律行爲たる賣渡擔保は無効なりとなすものなり。即ち我民法第一七五條は、物權は本法其他の法律の定むるもの、外之を創設することを得ずと規定し、當事者間の特約により法規所定の物權以外に法律の豫想せざる内容を有する物權の創設を許さざるものなり。然るに賣渡擔保は、當事者の特約により内外二重の效力を有する物權を創設するものなるが故に、

此種物權の創設を目的とする行為は物權法に違反したる無効の法律行為なりと云ふものなり。

然れ共、民法第一七五條の規定は民法其他の法律に定むるもの、外新たに物權の創設を許さざるものにして賣渡擔保は其目的物が物權なる場合に於ても民法の定むる所有權（其他の物權を以て賣渡擔保の目的財産權と爲すを得るものなり）を擔保に供するに止まるものにして、賣渡擔保の提供は決して物權の創設にあらざると共に賣渡擔保契約の内容により當事者の有する所有權に何等かの制限を受くることありとするも、賣渡擔保によりて新なる物權を創設するものにあらざるを以て、賣渡擔保を以て物權に關する民法に違反せるを以て無効なりと爲すは、其前提に於て誤謬を有するものと云はざるべからず。

次に質權規定違反説は、動産を賣渡擔保の目的物として移轉する場合に起る問題にして、賣渡擔保説法行為説中最も有力なる根據を有するものにして現に有力なる學者も亦此説を主張するものなり。而して其論據とする處は、占有改定を禁ずる質權の規定、即ち民法第三四五條の規定により、質權設定者をして、自己に代りて質物の占有を爲さしむることを得ずとの規定により、占有改定による賣渡擔保も間接に禁止せられたるものにして、間接に其規定に違反し、脱法行為となるが故に無効なりとなすものにして、現に我國に於ても有力に論ぜらるる處なり（註四）。

註四 脱法行為の効力は實體に於て之を二に分つ、（イ）同違が形式法の同違即ち立法者が唯行為の形式名稱態様のみを着眼して制定したる法規の同違なるときは特に法律が其無効なることを明示したる場合に限り無効なるも其他の場合には有效なり。例へば不動産を抵當に供すると同様の効果を目的として爲されたる賣渡擔保の如きは法の直接違反たる違法行為たるざるのみならず唯形式、名稱、又は態様を同違するの目的に出たる脱法行為たるに止るが故に有效なり。（ロ）然るに脱法行為が單に斯の如き形式、名稱、態様に關する所謂形式法の規定に反するに止まらずして行為の實體に關する法規に違反したる場合には其規定が一般禁止規定なると否とに拘らず其行為は無効なり。動産抵當の如き蓋し此種の脱法行為に屬す

るものとして無効とすべきものなるべし（三浦博士 擔保物權法三六七—七八頁、國民所説法學協會雜誌三八卷二號）。

蓋し占有改定は、占有物の授受を爲さず、占有改定者（讓渡人）をして依然占有物を所持せしめ、讓受人の占有物たらしめ讓受人に間接占有を與ふる方法なるを以てなり。即ち賣渡擔保の場合に在りては、債務者は擔保物の所有權を債權者に讓渡し其引渡の方法として現物を授受せずして、讓渡人たる債務者が、讓受人たる債權者よりの質借其他の原因により直接占有者となり、間接占有を讓受人に與ふる方法なり。此の故に、目的物は依然債務者の手中に存し、債務者は之を支配すること平常と異るところ無きが故に、其事情を知らざる第三者は其目的物を以て債務者に屬するものなりと信じ信用を與へ融通を爲すものなり。而して辨濟期に至り、第三者が強制執行を爲さんとすや、讓受人は突如として其所有權を證明し異議を申立て、強制執行を畫餅に歸せしめ、其事情を知らざる第三者の豫期を空しからしむるに至るものなり。之が爲め動産を一般擔保として信用を與ふる事極めて危険となり、金融上弊害を生じ第三者を害すること甚大なりと主張するものなり。

然れ共、他の方面より觀察するときは、占有改定も亦之を許さざる可らざる經濟上の理由あるものなり。即ち前に述べたるが如く、不動産其他の擔保品を有せず、只動産のみを有する商人が物上擔保の設定により、金融を得んと欲する場合には法律上只動産質權設定の一途あるのみなり。而して動産質權を設定せんには、占有を債權者に與ふることを要するものなり（第三四四條、三四五條）、従つて其動産は、全然其債務者の使用を離るゝ結果となり、商人が店舗器具等を買入るときは、翌日より其營業を繼續することを得ざるに至るべし。然るに此場合に占有改定を許すときは、債務者は其店舗に使用する器具の所有權を債權者に讓渡し、其賃借人として平常の如くに其使用を繼續し得る利益あるものなり。即ち質權設定の方法に依ることなく、所有權讓渡の形式を以て占有を與へずして擔保を設定する目的を達することを爲るものなり。

以上の如く、占有改定による賣渡擔保は、經濟上利害極めて多く、其效力に關し學說判例共に岐れ居るものなるも、獨逸帝國裁判所は四十年來其效力を認めて今に至るも之を變更するところなきものなり。又占有改定による賣渡擔保が脫法行爲として無効なりとせば、賣渡擔保の提供により回避せらるゝ法規あることを要するものなり。而して賣渡擔保の提供により、何れの法規が回避せらるゝや、元來債務者をして質物を占有せしむることを得ずとの規定は質權に關する規定なり。賣渡擔保を以て質權なりと解するときは、直ちに同法規に抵觸すべしと雖も、賣渡擔保は一定の經濟上の目的を有する所有權の移轉にして、質權の設定にあらず、従つて右の法規に對する脫法行爲と云ふは誤れりと云はざるべからず、民法第三四五條の規定は、一般に經濟上の結果を禁止するものには非ずして、只質權の形式による場合に於て設定者の代理占有を禁止するものと云ふ可きなり。而して賣渡擔保は所有權讓渡の形式によるものにして、質權の形式によるものにあらずるが故に賣渡擔保は民法第三四五條に對する脫法行爲と見るを得ざるものなり(註五)。

註五 民法三四五條は所有權を移轉し以て債權擔保の目的を達する契約を禁止するものにあらずるを以て賣渡擔保を以て脫法行爲なりと解すべきにあらず(大審院大正六年(オ)第七三四號、同年一月一日判決、法律評論第六卷、民法一〇三七頁、同大正五年(オ)第六〇五號同年九月二〇日判決、同上第五卷民法一一四六頁、同大正五年(オ)第四一九號同年七月一二日判決、同上第五卷民法一一〇二頁)。

譯道博士「信託行爲論」民法研究三二二頁、細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷八號四七頁、中島博士「民法論文集五一八頁以下、沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁以下

又動産抵當禁止避脫説の主張するところによれば、我民法は不動産に付きてのみ抵當權を認め、動産に付きては質權のみを認め抵當權の設定は之を許さざるものなり。即ち動産上に設定せらるゝ擔保權は、目的物の現實の引渡を必要とし、且つ質權設定者をして質權者に代りて其目的物の占有を許さざる質權のみに限りたる法的精神

より見るときは、動産の賣渡擔保は動産に付き質權より一層強力なる動産抵當權を設定せんとするものなるが故に、賣渡擔保は民法動産抵當禁止の主旨を避脫せんとする無効の行爲なりとなすものなり(註六)。

註六 松本博士 民法論文集第二卷九七頁、二五六頁

然れ共、動産の賣渡擔保は、質權の設定を目的とするものに非ざると共に、民法上の擔保物權たる抵當權を設定せんとするものにも非ずして、當事者が契約自由の原則に基き任意に設定したる一の擔保方法に止るものなり而して法律は、質權又は抵當權にも非ざる全く別個の方法に基き、當事者の合意により動産を擔保として提供することを禁止するものに非ず。従つて動産の賣渡擔保を以て、動産抵當禁止避脫の脫法行爲なるが故に無効なり、と云ふは洵に誤れりと云はざるべからず(註七)。

註七 動産の賣渡擔保は無効に非ず(大審院大正二年(オ)第七五八號、同三年一月二日判決、法律評論第三卷民法五四〇頁、同大正三年(レ)第一四九〇號、同大正九年(ケ)第一號、同年四月一九日民事二部判決、法律評論第九卷民法三六七頁、同明治四三年(オ)第三六九號、同年一月二六日判決、民事判決録一五輯八〇二頁)。

細矢祐治氏 同上四八頁、穂積博士 民法總論下卷六〇頁、中村博士 同上 六四頁、石田博士 擔保物權法論下卷五八七頁、大谷博士 民法總論講義二一五頁
尙動産の賣渡擔保に集合動産の賣渡擔保に付きては、田島順氏の動産抵當の承認(法學論叢第三六卷一號)及び集合動産の讓渡擔保に關するエルトマンの提案(我妻榮氏法學協會雜誌第四八卷四號)なる有益なる論文あり。

次に流質契約又は辨濟期前代物辨濟豫約説は、賣渡擔保を以て民法の禁止する流質契約又は債務辨濟期前代物辨濟の豫約なるが故に無効なりと爲すものなり。即ち民法第三四九條は、質權設定者は設定行爲又は債務辨濟期前の契約を以て質權者に辨濟として、質物の所有權を取得せしめ其他法律に定めたる方法に依らずして、質物を處分せしむることを約するを得ずと規定するものなり。而して、本條は利息制限法と同一精神に基き不利なる地

位にある債務者を保護せんとする精神に出たるものなること明かにして又本條は之を質權の場合に限り抵當權に準用する規定存せざるものなり、故に抵當權に付きては、斯の如き禁止規定無く當事者の自由意思に一任せしものなるを以て、抵當權に付きては設定行爲又は債務辨濟期前の契約を以て債權者に辨濟として抵當物の所有權を取得せしめ、又其實行方法に關しても、法律に定めたる方法に依らずして抵當物を處分せしむることを約し得るものなり。而して、質權に於ても債務辨濟期以後に於て質物を以て代物辨濟を爲し、又は法定手續に依らずして處分せしむる契約は有效なるものなり。

賣渡擔保を以て民法第三四九條の辨濟期前流質禁止規定、又は期限前代物辨濟豫約禁止規定に違反する無効行爲なりとの説は、賣渡擔保を以て質權の設定なりとする前提に基くものなり。然れ共、賣渡擔保の提供は、質權の設定にあらざること前述の如くなるを以て、質權に關する規定を以て、直ちに賣渡擔保を規律し、其無効を主張するは誤れるものなりと云はざるべからず(註八)。

註八 民法第三四九條は質權に關する規定たるに止まり一般の擔保に關するものに非ざれば、動産の賣渡擔保に於て擔保物の所有權が外部關係に於てのみ質權者に移轉する場合と雖も當事者が特約を以て辨濟期限を経過したるときは、債權者は其物の所有權を完全取得し債務者は爾後其物の返還を請求することを得ざる旨を約したるときは、期限經過により債務者は返還請求權を喪失すべきことは、大審院判例の認むるところなり(大審院大正一〇年(オ)第五七號、同年三月二三日第三民事部判決、民事判決録第二七輯、五七〇頁、同大正八年(オ)第一九八號、同年七月八日判決、同年民事判決録一三七三頁、同昭和二年(オ)第一〇五九號、同年一月二四日判決法律評論一七卷、民法三八九頁、同昭和一〇年(オ)第一六三四號同年一月二八日民事部判決、法學五卷四號一二二頁)。

沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁以下

従つて、賣渡擔保に於ては、債務辨濟期限後に於ては勿論、債務辨濟期前の契約に依り、目的物件を以てする代物辨濟の豫約を爲し得るのみならず、其擔保實行の方法の如きも、民法に於ける擔保物權の實行に關する法

律手續に據ることを要せず、當事者の自由協定の方法を以て目的財産權の處分を爲し得べきものなり。

賣渡擔保は、不法なる目的を達せんが爲めに用ひらるゝ回避手段にあらざるを以て、脫法行爲なりとして之を無効なりと爲すは、全く理由なきことなりと謂はざるべからず(註九)。

註九 賣渡擔保は、債務者が債權擔保の目的を以て債權者に物の所有權を移轉する法律行爲にして、債權者たる讓受人は債務者たる讓渡人を信任し之をして債權擔保の爲に制限的に所有權移轉なる法律的效果を發生せしむることを欲するに因りて成立するものなれば所謂信託行爲の一種に屬する違法行爲に外ならずして、虚偽の意思表示に非ざるは勿論、當事者間に於て上叙行爲を爲すことは質權設定に關する立法の趣旨を没却するものに非ざれば之を脫法行爲として無効を以て論ずべきものに非ず(大審院大正三年(レ)第一四九〇號、同七月九日判決、法律評論第三卷民法三六四頁)。

信託行爲は脫法行爲とも云ふを得ず有效なる法律行爲なり(大谷博士 民法總論講義二一五頁、大審院大正六年(オ)第七三四號同年一月一五五日判決、法律評論第六卷民法一〇三七頁、同昭和二年(オ)一〇五九號、同年一月二四日判決、同上七卷民法三八九頁、同明治四五年(オ)第一三二號、同年七月八日判決、同上第一卷民法三三二頁、同大正九年(ケ)第一號、同年四月一九日判決、同上九卷民法三六七頁、同昭和四年(オ)第八四九號、同年一月二六日判決、大審院判例集八卷一號七九五頁、細矢祐治氏 同上、沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁以下、長島毅氏 民法總論改訂五版四三二頁)。

論者或は占有の改定の場合を以て民法第三四五條に違反するものとして脫法行爲なりとなすも、苟くも代理占有及び占有改定の方法が認めらるゝ以上は民法第三四五條の規定は一般に經濟上の結果を禁止するものに非ずして、質權の形式に依る場合に設定者の代理占有を禁止するものと云ふべく、而して信託行爲は所有權讓渡の形式に依るものにして質權の形式に依るものに非ざるが故に、信託行爲は民法第三四五條に對する脫法行爲と見るべきものに非ざるなり(中島博士、法律評論第三卷民法四四七頁)。

鳩山博士 擔保物權法、大正六年度東大講義一八六頁

吾人は動産賣渡擔保は脫法行爲にあらず信託行爲として有效なることを主張せんとす、脫法行爲は禁止規定に違反する場合に於てのみ成立することを得、然るに民法第三四五條及び第三四五條は質權の成立及び存続の要件を定めたるものにして禁止規定に非ず、固より此等の規定によりて動産擔保を認めざるの趣旨は明かなりと雖も此等の規定が直接に動産擔保

を禁止するに非ず、従つて動産賣渡抵當を以て無効説を唱ふる學者は民法第三四四條及び三四五條の規定に依り一債權者は他の債權者に優先して債務者の占有に在る財産より辨濟を受けることを禁止する一般的原则を推論することを得るものとなす、之を脱法行為の性質より見るも亦此の如き一般的禁止規定を認むるに非ざれば脱法行為の性質より見るも亦此の如き一般的禁止規定を認むるに非ざれば脱法行為は成立することを得ず、然れども吾人は此の如き一般禁止規定は之を認むることを得ざるものとす(石坂博士 京都法學會雜誌第九卷一二號一一九頁)。
野村調太郎氏 朝鮮司法協會雜誌第一卷第一號

然れ共賣渡擔保の或種のものは、脱法行為と類似し兩者を區別すべき標準を立つる能はざる場合なきに非ず、蓋し或種の賣渡擔保は禁止法の回避手段と認め得るものある點及び行為の事實上の目的と法律上の効果とが多少齟齬するところありて、當事者の經濟上の目的に超過せる法律上の効果を與へある點、並に法律行為の當事者が其行為の法律上の効果を眞面目に欲したる點に於て脱法行為に極めて類似し居るものあるなり(註一〇)。

註一〇 中島博士 民法論文集五一八頁以下

従つて、其形式的論理としては、賣渡擔保中に在りても脱法行為の性質を帯ぶるが爲めに成立する能はざるもの存すべきことも認めざるべからずと雖も、斯の如きは、賣渡擔保なるが故に脱法行為として無効なるに非ずして、脱法行為なるが爲めに他の行為としても無効なるが如く、賣渡擔保としても亦無効たるに歸するものなり(註一一)。

註一一 嘯道博士 信託行為論 民法研究二二一頁以下

第五節 信託法違反説

賣渡擔保無効論として、沿革的に存在するものは以上の如しと雖も、我國に信託法制定せらるゝに至り、賣渡

擔保は信託法に違反するものなりと爲し、之が無効を主張する一、二の學者存するものなり。

而して其主張するところに依れば、賣渡擔保なるものは、債務者が擔保とすべき財産權を債權者に移轉し、債權者をして債權擔保の目的に従ひ、財産の管理又は處分を爲さしむるものなる事は從來の學說判例の一致して認めたる所なり。故に其法律現象は、正に信託法第一條に於ける信託の基礎觀念に相當するものなりと謂ふべく、従つて賣渡擔保の關係は、即ち信託法に於ける信託の關係にして、即ち賣渡擔保の契約は信託契約に外ならず。然るに賣渡擔保に在りては、一面債權者自身が擔保財産を信託せらるゝを以て、其債權者が受託者たる事は何人も首肯する所なるべし。又一面、賣渡擔保の目的とする所は、債權の確保に在り、債權の確保によりて利益を受くる者(受益者)は、云ふ迄もなく債權者自身なり。即ち賣渡擔保なる信託契約の内容は、受託者が信託の利益を享受する事を以て特色とす。故に斯の如き信託契約は、信託法第九條の禁令に反するの理由を以て無効なりと解せざるべからずと爲すものなり(註一)。

註一 青木博士 日本辯護士協會錄事第二九卷第八號一〇頁

之に反し、賣渡擔保は信託法に所謂信託外の法律關係にして、従つて信託の關係を以て律すべからざるものなりと爲す説によるときは、賣渡擔保に伴ふ法律現象が、信託に伴ふ法律現象と調和せざるを以て、賣渡擔保と信託とは其根本に於て異なるものなりと爲すものにして、其不調和なる重なる點を示せば

(イ) 信託法上信託財産は受託者の相續財産に屬せず(同法一五條)、受託者死亡すれば其任務終了し(同四二條)、新受託者之に代る(同四九條)ものなり。然るに賣渡擔保に在りては、債權者死亡すれば擔保財産は相續人に移轉し相續人は引續き信託的義務を負擔するものなり。故に賣渡擔保は、信託に非ずと爲すものなり(註二)。

註二 豊浦與七氏 法學論叢第一二卷二九〇頁以下、細矢祐治氏 法學協會雜誌第四三卷第一號六八頁

(四) 賣渡擔保と信託とは其性質を異にする結果、民法上詐害行為の場合に、讓受人が善意なるときは債權者は之を取消すを得ず(民法四二四條一項)。賣渡擔保に在りても固より然りとす。之に反し信託法によれば、詐害信託の場合に於ては受託者が善意なるときと雖も、債權者をして其設定の行為を取消すを得せしむるものなり(信託法第一二條一項)。之れ兩者が其性質を異にする結果なりと爲すものなり(註三)。

註三 細矢祐治氏 同上

(ハ) 賣渡擔保に在りては、債權擔保の爲に債權者が讓受けたる財産に對し、第三者が強制執行を爲すも、債權者は之に對し異議を述べざるを得ざるに反し、信託に在りては受託者は原則として信託財産を固有財産と信託財産とに區別するを要し(信託法二八條、二九條、三〇條、三一條、三二條、三三條、三四條、三五條、三六條、三七條、三八條、三九條、四〇條、四一條、四二條、四三條、四四條、四五條、四六條、四七條、四八條、四九條、五〇條、五一條、五二條、五三條、五四條、五五條、五六條、五七條、五八條、五九條、六〇條、六一條、六二條、六三條、六四條、六五條、六六條、六七條、六八條、六九條、七〇條、七一條、七二條、七三條、七四條、七五條、七六條、七七條、七八條、七九條、八〇條、八一條、八二條、八三條、八四條、八五條、八六條、八七條、八八條、八九條、九〇條、九一條、九二條、九三條、九四條、九五條、九六條、九七條、九八條、九九條、一〇〇條)。信託財産に付き信託を以て第三者に對抗せんには、信託公示の手續を要し(信託法第三條)。信託財産に對しては、原則として強制執行を爲し又は之を競賣することを得ざるものなり(同一六條)。之れ賣渡擔保が信託に非ざるより生ずる結果なりと爲すものなり。

(ニ) 又信託法に於ては、受託者に信託財産の不法處分ありたるときは、其取消權を受益者に與ふる場合あり(同一三條)。之に反し、賣渡擔保に在りては債權者が、賣渡擔保の目的に反して讓受財産を處分するも債權者は其處分行爲の取消權なきものなりと爲すものなり。

以上の如く、賣渡擔保は信託法上の信託に屬するや否やに付き、學說岐るゝも賣渡擔保は信託法上の信託に屬せずと爲すを通説とするものなり(註四)。

註四 私益信託に在りては他人の爲になる觀念は信託の成立に必要な條件なるに拘らず賣渡擔保に在りては債權者が賣渡擔保の目的物を管理し又は處分するは債權擔保の爲にして結局自己の爲にするに外ならざれば賣渡擔保の場合には他人の

爲になる觀念存在することなきものとす、賣渡擔保に在りては其法律上の効果が當事者の目的とする所を超過するものなることを特質とするも信託に於ては斯くの如きことなきものとす(入江真太郎氏所說 法學志林二八卷四號三〇頁、長島毅氏 民法總論改訂五版四三二頁、三浦博士 物權法提要下卷二〇〇頁)。

信託買賣即ち賣渡擔保契約を信託法上より觀察するときは債權者は受益者たると同時に受託者たるの地位に在るを以て該契約は同法に所謂信託行為に該當せざること明かなりと雖も賣渡擔保契約の民法上有效なるは論を俟たざるところなりとす(大審院大正一四年(九)第一五六八號、同年一月二三日刑事第三部判決、法律評論第一五卷第二號刑法三〇頁)。

我が信託法は、其第一條に於て信託の意義を定め、これに該當する法律行為を以て信託とし、信託法の定むる法律上の效力を有すと爲すものなり。而して、同條によれば、本法に於て信託と稱するは財産權の移轉其他の處分を爲し他人をして一定の目的に従ひ財産の管理又は處分を爲さしむるを謂ふと爲すものなり。而して信託を設定する者は、信託の委託者又は設定者(信託者とも云ふ)なり。信託の基礎として、委託者より移轉其他の處分(設定)を爲し他人に依り管理又は處分せらるゝ財産は信託財産なり。信託財産の管理又は處分の委託を受けて之を實行する他人は受託者と稱せらるゝものにして、信託に於ける一定の目的は、信託目的にして、信託によりて其利益を受くるの地位に在るものは、信託受益者なり。而して受託者が信託財産に加ふる管理又は處分は信託實行行為と稱せらるゝものなり。

以上委託者、信託財産、受託者、信託目的、受益者及信託の實行行為は實に信託の要素なり(註五)。

註五 細矢祐治氏 「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第九號二五頁以下

次に賣渡擔保の意義を如何に定むべきやに付ては、學說種々岐るゝものなるも、賣渡擔保とは債務者が債權擔保の目的を以て財産權を債權者に移轉する無名契約なりと解するを以て穩當なりと考ふるものなり。賣渡擔保を以上の如く解するときは、賣渡擔保と信託法に所謂信託とは、其性質根本的に異なるものあること明かなり。例せ

ば賣渡擔保に在りては債權の擔保を以て唯一の目的とするものなるに、信託に在りては債權の擔保を目的とするに限らざるものなり。又賣渡擔保は、債權者と債務者との間に締結せらるゝ契約にして、債權の存在を前提とするものなるに、信託に在りては債權者債務者間に締結せらるゝを要せず。従つて債權の存在を要件とするものにあらず。

殊に一部の學者の主張するが如く、賣渡擔保を賣買なりと解し(註六)、或は賣渡擔保を以て賣買契約に他の契約が附加せる數箇の行爲なり(註七)と解するときは、賣渡擔保は信託法に違反せる無効の行爲なりと爲すの餘地全然なきものなり。

註六 前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第七號六頁、大審院昭和五年(オ)第一九二二號、同六年四月一五日本民事部判決

註七 中島博士 民法論文集「賣渡擔保に就て」五一—九頁。大審院大正一〇年(オ)第一八四號、同年六月一四日本民事部判決、法律評論第一〇卷民法六一〇頁

之を要するに賣渡擔保と信託とは其性質全く異なるものなる結果以上の如く種々の相異るところあるものにして賣渡擔保契約は信託法に違反する無効の行爲にあらず。

第五章 賣渡擔保と他の移轉擔保契約との關係

第一節 總 說

財産權の移轉により、債權擔保の目的を達する方法は、賣渡擔保契約により之を爲すことを得ると共に、又買戻約款附賣買の方法により、或は解除條件附財産權讓渡の方法により、爲さるゝこと少からず存するものなり。

而して是等の法律行爲も尙賣渡擔保の一態様として、其種類に屬するものなりや、或は之等の法律行爲は、民法に於て独自の形式と内容並に效力を規定せらるゝ結果、賣渡擔保なる觀念より之を除外すべきものなるや否やを明かにせんとす。而して説明の便宜上之等の契約に付き債權擔保の實を擧ぐる方法に付き略述せんとす。

第二節 賣渡擔保以外の移轉擔保契約

第一款 買戻約款附賣買

民法第五七九條の規定に依れば、不動産の賣主は、賣買契約と同時に爲したる買戻の特約に依り、買主が拂ひたる代金及契約の費用を返還して其賣買の解除を爲すことを得るものにして普通買戻約款附賣買と稱せらるゝものなり。

而して、買戻の意義に付ては、種々の説あるも、買戻とは賣買契約と同時に爲したる特約に依り賣主の意思を以て契約の解除を爲すを謂ふ(註一)と爲すを通説とするものなり。

而して其性質は、解除權を留保したる一種の賣買契約に外ならずと爲すを通説とするものなり(註二)。

註一 梅博士 民法要義債權編五四—五頁。岡松博士 民法理由債權編一五八頁。横田博士 債權各論三七六頁等

註二 買戻なるものは解除權を留保したる一種の賣買契約に外ならずが故に右契約に因り損害賠償を請求するには先づ以て前賣買の解除に至りたることを要す(大審院明治三二年(オ)第一五三號、同三三年一月二三日第一民事部判決民事判決録第六輯第一卷四二頁)。

而して、買戻約款附賣買契約の利用に依り、債權擔保の目的を達せんとするには、資金の貸借を希望する當事者は、不動産の賣買を爲すと共に、債務者たる賣渡人は債權者たる買受人との間に、實際上に於ては債權額たる

賣買代金を以て更に賣渡人たる債務者が其不動産を買戻し得ることを約して、債権者たる買受人に賣渡し、債務者たる賣渡人が其不動産を債権額たる代金を支拂ひ買戻を爲すときは、當事者は其實質上に於ては債權擔保の目的を達することを得るものなり。

又既に債權關係を有する當事者間に在りても、既存の債權に對し其債權額と同額の金額を以て前同様の方法により債權擔保の目的を達することを得るものなり(註三)。

註三 細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第八號六二頁。中島博士「賣渡擔保に就て」民法論文集五二二頁。末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷八頁。石田博士「擔保物權法論下卷五八九頁」

然れ共、買戻約款附賣買に在りては、何れの場合に於ても當事者間には法律上債權關係存在することなく、當事者は賣渡代金を金銭貸借と思考し、經濟上其希望を有するも法律上に於ては債權關係存在せざるものなり。一旦賣渡したる不動産を、賣渡人が買受け又買戻す事により當事者間に於て當該不動産に依り、債權擔保の目的を達し得るに止るものなり。従つて當事者間には、法律上債權契約並に擔保契約共に存することなく、賣渡人が買戻を爲したるときは實際上擔保の目的を達し得るも、買戻を爲さざる場合に於ては、常に期限前代物辨濟の豫約を爲したる場合と同様の効果を生ずるものにして、目的たる不動産を賣却して餘剩は之を賣主に返還し不足は之を追徴すると云ふが如き、通常擔保に伴ふ重要な効果を缺き、擔保方法としては極めて不完全なるものと謂はざるべからず。此點に於ても、當事者が契約自由の原則に基き、其債權關係、擔保關係等契約の内容を特約し得べく、又其擔保權の實行方法(期限の徒過に依り債務者は返還請求權を失ひ若くは代物辨濟とする等)を適宜協定することを得る狹義の賣渡擔保とは甚だしく異なるものと云はざるべからず。又買戻契約は民法上不動産に付きてのみ行はれ、且つ賣買契約と同時に爲すことを要するものなるのみならず、買戻の期間も十年を超ゆ

ることを得ざる制限あり、従つて當事者が動産を以て擔保と爲し、或は賣買契約以後に於て若くは十年を超ゆる期間に亘り、債權擔保の目的を達せんとする場合に於ては、買戻約款附賣買は遂に其用を爲さざるものなり(註四)。

買戻約款附賣買に關連して附加説明を要するは、賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す説存する事之なり(註五)。

賣渡擔保を以て、賣買即ち買戻附賣買なりと爲す見解に付きては、後に之を略述するも、此説の主張する賣渡擔保の性質を有する買戻附賣買は、我が民法第五七九條に所謂買戻約款附賣買のみを以て賣渡擔保なりと主張するものにあらずして、賣渡擔保の目的として提供せらるる財産權に付きては之を同條の如く不動産に限ることなきものにして、動産は勿論、其他の財産權と雖も賣渡擔保の目的財産權たり得べく、只賣渡擔保は結局賣買契約而も一種の買戻附の賣買なりと爲すにあるものにして民法第五七九條に規定されたる買戻約款附賣買の外極めて廣義の買戻附賣買なりと爲すものなりとす。

註四 細矢祐治氏 同上

註五 大審院大正五年(オ)第三〇一號、同年七月一五日判決。前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷七號六頁

買戻約款附賣買と雖も債權擔保の目的を以て締結することを得べく而して斯の如き取引は賣渡擔保の一種に屬するものとす(大審院昭和六年(オ)第一九七五號、同年一月二〇日判決、法律評論二一卷、民法三九頁)。

第二款 再賣買の豫約附財産權讓渡

再賣買の豫約附財産權讓渡の方法に依り、債權擔保の實を擧ぐる方法としては、資金の貸借を希望する當事者

は、或財産権を譲渡人（實際資金の借入を希望する債務者の地位にある者）より譲受人（實際は資金貸付を爲すべき者）に移轉し、譲渡價格に相當する代金を買主（實際上債権者の地位に在る者）に給付することに依り、賣主は更に買主より當該財産権を買得ることを得るものとするときは、當事者は此取引により債權擔保の目的を達することを得るものなり。又既存債務に付き之を譲渡代金と爲し前同様の取引を爲すときは之亦擔保の目的を達し得るものなり（註六）。

註六 細矢祐治氏 同上、中島博士 同上、末弘博士 同上、石田博士 擔保物權法論下巻五八九頁

而して再買買豫約附財産権の譲渡に在りては、買戻約款附賣買の如く、目的物を不動産に限ることなく總ての財産権に付き之を行ひ得るものなるのみならず、又賣買契約と同時に爲さるゝことを必要とせざるものにして、期間に付きても十年以内と云ふが如き制限なく、只當事者間に於て期間を定めざりしときは、豫約者は相當の期間を定めて賣買を完結するや否やを確答すべきことを相手方に催告することを得べく。相手方が期間内に確答を爲さざるときは豫約は其效力を失ふに止まるものなり（民法五五六條第三項）。

再買買の豫約附財産権の譲渡は、以上の如く買戻約款附賣買より更に廣く一般的に且つ自由に債權擔保の目的に利用し得るものなるも、當事者間に於ては、法律上債權關係の存在することなく、只其後に於て當事者が再買買の豫約を實行することに依り實際上債權擔保と同様なる經濟上の效果を生ずるに止まるものなり。従つて、再買買の豫約に基き賣買を完結せざる場合に於ては、買戻約款附賣買に於けると同様、常に債務辨濟期限前代物辨濟豫約と同様なる結果を生じ、目的物賣却に依り餘利は之を賣主（債務者）に返還し不足は之を追徴すると云ふが如き擔保機能を缺くものと云はざるべからず。従つて、再買買豫約附財産権の譲渡は或程度まで債權擔保に利用し得るも、其效力に於ては狹義の賣渡擔保と全然異なるものなりと云はざるべからず（註七）。

而して、買戻約款附賣買及再買買豫約附賣買に在りては、譲渡人が買戻を爲し又は豫約賣買の完結の意思表示を爲す以前に於ては買受人又は譲受人は當該財産権の行使に付き何等の拘束を受ることなく、其處分は對外的にも賣主又は譲渡人との對内關係に於ても全然自由なるものと稱せざるを得ざるものなり。然るに、狹義の賣渡擔保の場合に於ては、財産権は當事者の特約に依り内外關係若くは外部關係に於て、債權者に歸屬するものなるも、債權者は債務者に對し其財産権を債權擔保の目的以外に行使すべからざるの義務を負擔するものなり、之前二者が狹義の賣渡擔保と法律上の性質異なるに因り生ずる重要な效力の一と云はざるべからず（註八）。

註七 細矢祐治氏 「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷八號六一頁

註八 同 氏 同上六二頁

第三款 解除條件附法律行爲

解除條件附法律行爲の利用に依り、事實上債權擔保の目的を達する方法は、解除條件附法律行爲の效力を利用して財産権を譲渡するにあるものなり。而して解除條件附法律行爲は、一旦其法律行爲の效力を生じ、而して或不確定なる事實の發生したるときは其效力を失ふべき法律行爲にして（註九）、解除條件附法律行爲の此性質に基き、或債務者が債權者に對し債務の辨濟を解除條件として、財産権を譲渡する方法を以てするものにして、此方法に依るときは、當事者は實際上債權擔保の目的を達し得るものなり（註一〇）、蓋し解除條件附法律行爲にありては、其目的たる權利義務は直ちに發生するものなりと雖も、條件の成就によりて當然消滅すべき運命に係るものなるが故に、將來其效力を保つや否や確定せず、故に其條件の成否未定中に在りては、恰かも無條件の行爲と同一の效力を有し條件成就する場合に始めて其權利義務の喪失を來すものなればなり（註一一）。

註九 鳩山博士 民法註釋全書第二卷四九一頁。平沼博士 民法總論六二五頁。富井博士 民法原論總則五〇一頁。岡松博士 民法理由總則二八七頁。中島博士 民法得義總則五二三頁。

註一〇 細矢祐治氏 「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷八號六三頁。中島博士 民法論文集五二二頁。末弘博士 法學全集第九卷八頁。石田博士 擔保物權法論下卷五九〇頁。

註一一 富井博士 同上。土方博士 法學協會雜誌第一六卷六號三四七頁。鳩山博士 同上。平沼博士 同上。藤道博士 民法要論總則民法四一四頁。遊佐博士 民法概論總則二六四頁。大谷博士 民法總論講義二九七頁。

従つて、債権者は債務の辨済を受くるまでは、當該財産権を有するも、其辨済を受くると同時に財産権は當然債務者に復歸すべく、債務者が債務の辨済を爲さざる場合に於ては、解除條件は茲に不成就となり、財産権は債務者に復歸することなく、債権者は引き続き其財産権の主體たり得べきが故に、解除條件附財産權讓渡の方法に依り經濟上債權擔保の目的を達し得べきものなり。以上の如く、解除條件附財産權讓渡の方法により、債權擔保の目的を達し得べき場合存すと雖も、解除條件附財産權の讓渡は必ずしも債權擔保の目的を以てせらるるものにあらず。従つて狹義の賣渡擔保を以て解除條件附財産權の讓渡と爲すは其當を得ざるものなり(註一二)。而して解除條件附財産權の讓渡が債權擔保の目的を以て爲されたる場合は、其效果賣渡擔保に類似すと雖も、此兩者の間には法律上の效果に大なる相違存するものなり。即ち解除條件附財産權讓渡に在りては、債権者は讓渡したる財産権に付き完全なる權利を有し其處分は自由なりと雖も、條件成就即ち債務辨済に依り當該財産権は、當然債務者に復歸すべきものなるが故に、債権者は其場合に於ける債務者の利益を害すべからざるの制限を受くるに止まるものなるに(民法第一二八條)、狹義の賣渡擔保の場合に在りては、債権者は債務の辨済と共に、當該財産權を債務者に返還するの義務を負担するの外、該財産權を擔保の目的以外に行使すべからざるの義務を債務者に對し負擔するものなり。加之、債務者が債務を辨済せざる場合に於ては、解除條件附財産權讓渡にありては常に

債務期限前代物辨済豫約を爲せると同様の效果を生じ、従つて擔保權の實行を必要とせざるものなり。然るに、狹義の賣渡擔保に在りては、當事者が代物辨済を約したる場合の外は當事者の協定せる方法により、目的財産權を賣却し、餘利は之を債務者に返還し、不足は之を債務者より追徴することを得る等(註一三)其性質の異なるより種々の差異あるものなり。

註一二 細矢祐治氏 法學新報第三四卷第八號六三頁

註一三 同 氏 同上六四頁

第三節 賣渡擔保と他の移轉擔保契約との關係

買戻約款附賣買、再賣買約款附財産權の讓渡、解除條件附財産權讓渡の性質及び其效力、並に之等法律行為と普通賣渡擔保との間に存する差異に付ては、前に略述したるところなるが、之等の法律行為は所謂賣渡擔保の彙類に屬するものなり或は之等の法律行為は賣渡擔保と異なる別個の法律行為なりやに付ては賣渡擔保を極めて廣く解するや否やに依りて異なるものなり。即ち賣渡擔保を極めて廣義に解する説に依れば、賣渡擔保なるものは廣狹二義ありて廣義の賣渡擔保は之等の法律行為及狹義の賣渡擔保を包含するものにして之等の法律行為は廣義の賣渡擔保に屬するものなりと爲すものなり(註一四)。

註一四 廣く賣渡擔保と謂ふときは、或財産權を債權の擔保とする場合に擔保權の設定を爲さず該財産權を擔保の目的を以て信託的に讓渡することを總稱するものなるも、其法律的形態必ずしも一様ならず、或はa、主たる債權は依然之を存續せしめつゝ當該財産權を讓渡する場合あり、或はb、當該財産權を眞實の賣買に依り移轉し、代金は既存債務と相殺し爾後何等の債務關係を殘存せしめざる場合あり、後の場合に對し賣渡擔保なる語を使用し、前の場合は之を讓渡擔保と稱するを以て用語上精確なりとの論あるも吾邦に於ては取引上未だ斯る同語の區別を爲すことなく右兩種の場合を總稱して賣

擔保なる用語を使用するもの、如し、然れ共、兩者は觀念上當然たる區別を有するのみならず各自は又種々なる態容を有し例へば後者に於ても或は一定の金員(多くは元利に相當する)の支拂を解除條件とするものあり或は再買買を豫約し或は買戻権を留保するものあり、又定められたる一定の期間内に右一定の金員を支拂はざる場合再買買完結の意思表示を爲さざる場合買戻権の行使を爲さざる場合の効果に付ても亦種々なる態容を豫想することを得べきを以て當事者が賣渡擔保の契約を爲したる場合に付ては須く當事者の意思を探究し其何れの種類に屬するものなるやを判定することを要し、賣渡擔保なる用語、其ものより直に之を後者なりと斷じ或は之を前者なりと斷ずることを得ざると共に當該財産權の移轉が買名義に依り行はれたる一事に依り直に之を後者の種類に屬するものなりと連斷するが如きも亦之を戒めざるべからず。

賣渡擔保の一種に屬する買戻約款附賣買に於て買戻権者が所定期間内に買戻権を行使せざりし場合に於ては別段の特約なき限り買戻権者は買戻権を喪失し其所有權を回復するの機會を失ひ買主は爾後何等の負擔を負ふことなく一切の關係が終局的に決済せられたるものと認むべきなり(大審院昭和九年(オ)第九六八號、同年八月三日第二民事部判決、法律新聞第二七八〇號第四頁)。

賣渡擔保の内容は常に必ずしも一定するものに非ず、各場合に於ける當事者の意思表示に依り定まるべきものにして或は擔保に供したる財産の處分を容易ならしむることを目的とする當事者間の信託行為に基因することあり或は買戻の約款を附したる買買契約に因由することあり、前者の場合には擔保に供したる財産の所有權は外部關係に於てのみ債權者に移轉し、後者の場合には内外共に債權者に移轉するものとす(大審院昭和六年(レ)第一〇八七號、同年一月一五日刑事第三部判決法律評論第二二卷二號刑法二四頁)。

末弘博士 法學全集第九卷九頁。中島博士 民法論文集五二五頁。三浦博士 擔保物權法三五五頁。沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁。

而して其理由とする處は、是等の法律行為が法律上特別の名稱を有し又特別の規定を有するに不拘、之を賣渡擔保の概念の内に包含せしむるは學術上正當なるや否やは問題なるも、元來賣渡擔保なる觀念は、民間の慣習により發生したるものにして、之等數種の法律行為を包含するは事實なるを以て、此事實を採て研究の物體と爲す場合に於ては之に變更を加へざるを可とすと爲すものなり(註一五)。

註一五 三浦博士は賣渡擔保の方法は一種類にあらざると爲すものにして即ち一、買戻約款附賣買、二、再買買豫約の方法、三、停止條件又は解除條件附法律行為、以上の外、四、信託的に所有權移轉の效果を生ぜしむることを得べしと爲し極めて廣義に解するものなり(三浦博士、擔保物權法三五五頁)。

末弘博士は、賣渡擔保の目的を達する爲め利用し得べき法律手段は色々ある、(イ)再買買豫約、(ロ)買戻、(ハ)解除條件附賣買、(ニ)狹義の賣渡擔保、此方法は信託的行為の利用に依り擔保の目的を以て擔保物の所有權を債權者に移轉する方法であるとして賣渡擔保に廣狹二義ありと爲す(法學全集第九卷「賣渡擔保」八頁以下)。

中島博士は、賣渡擔保の特性は、(一)法律行為の目的は債權擔保に在ること、(二)其手段として所有權を讓渡すること、是なりと爲し其法律上の形式は頗る多く其效力も一定せず其主たるものは、(一)買戻約款附にて所有權を讓渡する場合、(二)再買買の豫約の場合、(三)條件附讓渡の場合、(四)信託行為に依る場合と爲し賣渡擔保を極めて廣義に解するものなり(同氏民法論文集「賣渡擔保に就て」五二〇頁)。

此説に反するものは、是等の法律行為は、民法に各獨自の規定存するものにして、賣渡擔保本來の效力と之等各法律行為の效力とは異るところあるを以て、之等の法律行為を賣渡擔保と同一視するを得ざるものなりと爲すものなり(註一六)。

註一六 石田文次郎氏 法學論叢第三二卷二號、賣渡擔保に於ける二型態、細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第八號六三頁

買戻約款附賣買、再買買豫約附財產權讓渡、解除條件附財產權讓渡を賣渡擔保なる觀念に包含せしむべきや否やに付きては、以上の如く賣渡擔保なる觀念を廣義に解するや否やに依りて定まる問題にして、賣渡擔保なる取引を極めて廣義に解し之等の法律行為並に狹義の賣渡擔保を併せて廣義の賣渡擔保なる觀念に入る、を以て、必ずしも誤れる觀察なりと爲すを得ざるものなりと謂はざるべからず。

然れ共、之等の法律行為は、各獨自の内容並に效力を有し、其成立に付きても民法上獨自の要件並に制限を有

するものなることは既に略述したるところなり。而して之等の法律行為を以て、常に債權擔保の目的の爲めに利用せらるゝものなりと爲すは正當なる觀察にあらず。蓋し之等の法律行為は各獨自の要件を法定せらるゝものあり。其性質並に効力は狹義の賣渡擔保の有する本来の効力と甚だしく差異あるものなればなり。而して、今其主なるものを再説するときは、(一)狹義の賣渡擔保に在りては財産權の移轉は債權擔保の目的を以て爲さるゝものなるを以て、特別の意思表示なき限り、財産權は債權擔保の爲め必要なる限度に於て移轉せられ其餘の關係に於ては移轉せざる意思に基くものと解すべきものなり、然るに前に列挙したる法律行為に在りては、財産權の移轉は斯の如き意思に基くものにあらずるを以て、讓受人は讓渡人より前に列挙したる法律行為に加へたる法律上の制限の外、何等の制限を負擔すること無き權利の移轉を受くるものなり、(二)狹義の賣渡擔保に在りては其契約の性質上、當然、被擔保債權に關する合意を必要とするも、其他の法律行為に在りては被擔保債權に關する問題を生ずるの餘地なきものなり、(三)其他の法律行為に在りては、其効力は法律に規定されあるものなること前述の如しと雖も、狹義の賣渡擔保に在りては當事者が契約自由の原則に基き締結する契約なる爲め、其効力に付き一定せるものあることなく、其効力は一に當事者の契約に従ふべく、當事者の合意なき事項に付きては其行為の性質及契約全體の趣旨に基き之を定むべきものなり。されば辨濟期限後に於ける目的財産權の歸屬並に處分に付きても、契約の内容により或は債務者に於て返還請求權を喪失し、若くは代物辨濟として債權者に歸屬すべく、之等の特約なかりしときは、債權者は適宜の方法に依り之を處分し、其代金に依り辨濟に充當し、殘餘は之を債務者に返還し不足は之を追徴することを得べきものなること既に略述したるが如し。其他目的財産權に對する保管の責任、目的財産權滅失の效果、契約解除に關する問題等、種々複雑なる問題を生じ、其他の法律行為と比較して到底之を同一に解することを得ざるものなり。従つて、前記の法律行為と狹義の賣渡擔保とは、之を嚴に區

別することを要するものなり。而して買戻約款附賣買、再賣買豫約附賣買、條件附法律行為を爲したる當事者が、之を爲すに至りたる動機に於て、債權擔保の意思に基きたる場合に在りても、法律行為の意思に於て眞に之等の法律行為を爲す意思に基き眞正に之等の法律行為を爲したるものなるときは、其動機の如何を問ふことなく、當該法律行為に對しては、各其法律行為に關する民法の規定の適用さるべきものにして、之に對し狹義の賣渡擔保に關す效果を附與すべきものにあらずと解するものなり(註一七)。

註一七 所有權移轉の目的が債權擔保に在りとするも買戻約款附賣買の形式を採りたる以上凡て買戻約款附賣買に關する民法の規定に依らざるべからず(東京地方裁判所、大正八年(ワ)第八一〇號、同年一月一〇日民事第六部判決、法律評論第八卷民法一一六九頁)。

石田文次郎氏 法學論叢三二卷二號、賣渡擔保に於ける二型態。同氏 擔保物權法論下卷五九〇頁

然れ共、法律行為の當事者が、其法律行為に關し用ひたる文字、若くは法律行為の形式として採りたる手段が買戻約款附賣買等狹義の賣渡擔保に該當すること無かりしことを唯一の理由として、之等の法律行為を以て直ちに狹義の賣渡擔保契約にあらずと斷ずるは誤れり。蓋し實際取引の當事者は、法律上の字句に習熟せざる場合あり。又形式に拘泥せざることありて、要は金融の目的を達すれば足れりと爲し往々にして斯の種の文字を用ふることあり殊に物件の移轉は必ず賣買なりと思考し不用意の間に賣買の文字を用ふるることなしとせず。故に債權擔保の目的を以て爲されたる法律行為に對しては、常に其用語若くは手段に捉へらるゝことなく當事者の眞意の何れに存するかを審にし、然る後何れの法律行為を爲したるやを明かにせざるべからざるものなりと信ず。當事者は賣買の名義を用ひたるに拘らず、其實債權は之を存續せしめつゝ、之を擔保する意思を以て、財産權を移轉すべし場合少からず存するものなればなり(註一八)。

註一八 前掲大審院昭和九年(オ)第九六八號、同年八月三日第二民事部判決、法律新聞三七八〇號。同大正九年(オ)第三二二第五章 賣渡擔保と他の移轉擔保契約との關係

○號、同年六月二日第一民事部判決、民事判決録大正九年度一〇二八頁。松本博士 私法論文集第二卷二四七頁—二四八頁

殊に當事者が賣買、若しくは買戻約款附賣買等の文字を用ひて法律行為を爲したるに拘らず、實際は所謂狹義の賣渡擔保契約を締結したる結果、元金に對する利息の支拂を爲し、或は元金に對する内入金を爲し、債權者に於ても何等異議無く之を受領し、或は元金に對する辨濟期限の猶豫を爲したるが如き場合少しとせざるものなり。従つて債權擔保の目的を以て爲されたる法律行為が、狹義の賣渡擔保に屬するや、或は其他の法律行為に屬するや、當事者の眞意並に法律行為の全體より見て、之を決定せざるべからざるものなり。而して、當事者が其用語若しくは形式に於て、之等の法律行為に該當するが如き手段を採りたる場合と雖も、其眞意にして所謂狹義の賣渡擔保契約を締結したるものなるときは、狹義の賣渡擔保として之を取扱ふべきものにして形式若しくは用語に該當する法規を適用すべきものにあらざるなり。

以上の如く、買戻約款附賣買、再賣買の豫約附賣買、解除條件附法律行為が、眞意を以て爲されたるものにして、所謂狹義の賣渡擔保契約に該當するものに非ざるものなるときは、之等の法律行為の効力は、一に當該法律行為に關する民法の規定に従ひ之を定むべく、特に狹義の賣渡擔保契約と同一規範の下に之を攻究するの必要なく、其成立要件、効力等は狹義の賣渡擔保契約と嚴に區別すべきものなるを以て、本書に於て以下攻究せんとするは所謂狹義の賣渡擔保契約にして、買戻約款附賣買等に關しては之を除外せんとするものなり。

第六章 賣渡擔保の成立

第一節 總 說

賣渡擔保なる取引は、債務者が其債權者に對し債務を擔保する爲め財産權を移轉し、債務の辨濟あるときは財産權は債務者に返還せらるべき法律行為を指稱するものなり。

賣渡擔保は既に述べたるが如く、動産の外他に人的擔保又は物的擔保を有せざるものが、其擔保物件たる動産を債權者に擔保の目的を以て讓渡し、事實上は自己の營業又は事業に使用する場合多く、又此種の債務者の爲めに特に其必要を認めらるるものなりと雖も、賣渡擔保の目的財産權を債務者の占有に置くことは、賣渡擔保の當然の性質にあらざるを以て、賣渡擔保の目的財産權を債權者に讓渡すると共に其占有をも債權者に移す場合無きにあらず。

次に賣渡擔保によりて擔保せらるべき債權、即ち被擔保債權は、賣渡擔保契約と同時に成立したる債權を擔保する爲め提供せらるるを通常とするも既に發生し居る債務を擔保する爲めにも賣渡擔保の提供を爲すを得べく又所謂根擔保の設定即ち將來發生することあるべき債務を擔保する爲めにも賣渡擔保提供の契約を爲すことを得るものなり。

賣渡擔保の目的財産權として移轉することを得る財産權は、債務者の所有に屬する財産權たるに限るものにあらず、第三者の所有に屬する財産權を以て賣渡擔保の目的財産權として提供するを得るものなり。又賣渡擔保の目的物たる財産權は債權者に移轉することを原則とするも、債權者に移轉するにあらざれば賣渡擔保の成立を認むることを得ざるものにあらざるを以て、債權者の指定し又は承諾する他の第三者に移轉することによりて賣渡擔保を成立せしめ得るものなり。

賣渡擔保の目的財産權として利用せらるる財産權は、賣渡擔保發達の沿革に徴すれば動産、不動産に限らるるものと解されたる時代ありしものにして、之を中心として其有效、無效等論議せられたるものなることは既に述

べたる所なり。然れ共今日に於ては、賣渡擔保の目的財産として利用せらるる財産は動産、不動産に限るものにあらずして極めて廣範圍の財産に及ぶものなり、而して其限界は讓渡し得る財産は總て賣渡擔保の目的財産として移轉し得る資格を有するものなり。

以上の如く賣渡擔保の構成は其當事者、目的財産、其占有移轉等極めて自由にして主として當事者の自由協定に基き規律せらるるものなり。之れ蓋し賣渡擔保は民法に定むる物權にあらず、又定型契約にもあらずして全く當事者の任意に締結せる無名契約なるが故なり。

賣渡擔保の目的物として提供せられたる財産は、債務辨済の場合に、之を債務者又は提供者に返還せらるべきは擔保提供の目的より見て明かなり、而して賣渡擔保は前述の如く物權にあらずるが故に、債務辨済期限に於て、債務者が債務を辨済せざる場合に於て債権者は其目的財産の處分に付き擔保物權の實行手續に關する法規に従ふことを必要とせざるものにして、特約により目的財産を自己の所有たることを確定し提供者に對し返還請求權を喪失せしむるを得べく、或は之を代物辨済として自己に歸屬せしめ、若くは特約の方法によりて之を賣却し、又は適當に處分して自己の債權の辨済に充當し、餘利は之を債務者に返還し不足は之を債務者に請求し得るものなり。

以下賣渡擔保の成立する爲めに必要な當事者、目的財産、被擔保債權、契約の締結の各項に付き分説せんとす。

第二節 賣渡擔保の當事者

賣渡擔保は債務を擔保する爲め債務者が財産を債権者に移轉する無名契約なるを以て、賣渡擔保契約は債權

者と債務者との間に締結せらるるを通例とするものなり。従つて通常の場合に於ては賣渡擔保の當事者は債権者及び債務者なりと謂はざるべからず。又賣渡擔保契約に於ける當事者數は、債権者並に債務者各一人たることを要するものにあらずるを以て、債務者は多數の債権者に對し、又は多數の債務者より債権者に對し、或は多數の債務者より多數の債権者に對し、賣渡擔保提供の契約を締結することを得るものなり。又賣渡擔保の目的を以て移轉せらるる財産は債務者の有する財産に限るべき理由なきを以て、債務者は第三者の有する財産と雖も其承諾を得て之を提供することを得ること勿論なり。又第三者に於て債務者に代り債権者並に債務者との契約により賣渡擔保の目的を以て其有する財産を提供することを得るものなり(註一)。

次に賣渡擔保の目的を以て移轉せらるる財産は債権者に移轉するにあらざれば賣渡擔保の成立を認むることを得ざるものにあらずるを以て、債権者以外の第三者に移轉するも尙債權擔保の目的を達し得るときは賣渡擔保は有効に成立するものなりと云はざるべからず(註二)。

註一 石田文次郎氏 法學論叢第三二卷二號、賣渡擔保に於ける二型態二七頁以下

註二 債務者が自己と債権者と第三者との三人會合の上債權擔保の目的を以て土地を第三者に信託的に賣渡す契約は之に因り債権者をして其債務の辨済を爲すに非ざれば第三者より土地の返還を受くることを得ざらしめ以て當事者の目的とする債權擔保の實を擧ぐることを得るものなれば、固より公序良俗に反することなく合法なる信託行爲の一種に屬し契約自由の範圍内に在る有効の法律行爲なりとす(大審院大正七年(オ)第五八九號、同年一月五日民事一部判決、法律評論第八卷民法一〇五頁)。

甲が乙に金借の周旋方を依頼したるに乙は更に丙に金融を頼み、同人をして甲に金員を借用せしめたる場合に甲が其債務を約定の期日迄に返済すべき證として其所有の不動産を乙に賣買名義に因る所有權移轉登記を爲したるときは、適法なる契約の一種に屬し有效なる行爲なりとす(大審院昭和九年(レ)第七七八號、同年九月一四日第四刑事部判決、法律新聞

三七八一號一六頁。

被告人が田九九〇坪外三筆の土地を賣渡擔保に供せしめたる上若失期未済のときは該擔保土地を當然被告人の所有に歸屬せしむべき旨を約諾せしめ當時關係人合意の上被告人に於て右土地保管の方法として被告人の指圖に基き被告人の親屬の賣父の名義に賣買に因る所有權移轉登記を經由したる場合に於ては被告人に於て該土地を保管占有したるものと認ふべきものとす(朝鮮高等法院昭和五年一月二七日判決、司法協會雜誌第九卷三號三頁、法律評論第一九卷四號刑法九一頁)。大審院昭和二年(オ)第五九三號、同年一〇月二六日判決、法律評論第一七卷第一號民法四一頁。同昭和五年(オ)第七九八號、同年一月八日民事第四部判決、法律評論第二〇卷民法一九頁。大阪控訴院昭和五年(オ)第三〇三號、同七年三月一日第二民事部判決、法律評論第二一卷民法四三六頁。我妻榮氏「判例賣渡擔保法」松波先生還曆祝賀論文集二二頁

以上之を要するに、賣渡擔保は債權者と債務者との間に締結せらるゝを原則とするも、例外的場合に於ては債權者、債務者以外の第三者をも目的財産權の提供者、若くは目的財産權の讓受人として契約關係に加入せしめ、三面關係若くは四面關係に於て、賣渡擔保契約の締結せらるゝ場合の存することあるものとす。

第三節 賣渡擔保の目的財産權

債權を擔保する目的を以て、債務者より債權者に移轉する財産權は如何なる種類の財産權なりやに付ては、既に略述したるが如く賣渡擔保の發達の沿革並に手續上の點よりして會ては不動産の所有權に限りたる時代ありたるものなり。

而して其後不動産のみならず動産も亦賣渡擔保の目的財産權として利用せらるゝに至りたるものにして、其他の財産權を以て賣渡擔保の目的を以て移轉するに至りたるは極めて最近の事に屬するものなり。之が爲めに賣渡擔保の意義を定むるに方り、賣渡擔保を以て債權を擔保する爲め物の所有權を債權者に移轉するものなりと解す

るものなるに至りたるものなり。

のり研るる

而して今日に於ても、尙動産に付きては賣渡擔保の目的財産權として之が讓渡を許さざるものなりとの有力なる見解存するものなり。而して此點に付きては賣渡擔保無効論に於て述べたるを以て茲に之を再説せず。然れ共現今に至りては賣渡擔保の目的財産權として移轉し得らるゝ財産權は、取て物の所有權に限るものにあらず(註一)。債權なる與其他の財産權なるを問はざるものにして、苟くも讓渡し得る財産權なる以上其種類を問ふことなく賣渡擔保の目的財産權として移轉し得るものなりと謂はざるべからず(註二)。

註一 我妻榮氏「判例賣渡擔保法」松波先生還曆祝賀論文集一六頁。細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第六號三二頁以下。末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷七頁

註二 我妻榮氏「判例賣渡擔保法」前掲、細矢祐治氏 前掲、末弘博士 前掲、石田博士 擔保物權法論下卷五八七頁

従つて賣渡擔保の目的財産權として移轉することを得べきものは、動産、不動産、各種債權、株式其他有價證券、電話加入權、水道瓦斯使用權、特許權、實用新案權、商標權、意匠權、漁業權、鑛業權、船舶等苟くも讓渡し得る財産權なる以上、其種類を問はず賣渡擔保の目的財産權として移轉し得るものなり(註三)。

註三 前述の如く不動産、一般動産に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決極めて多しと雖も尙次の如き財産權に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決存するものなり。

- (a) 石炭に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院明治三十九年一〇月五日民事第二部判決、民事判決錄一一七三頁
- (b) 製絲企業者の用具に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院大正三年一月二日民事第二部判決、民事判決錄八六三頁

- (c) 金庫に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院大正一四年(レ)第一五六八號、同年一月二三日刑事第三部判決、法律評論第一五卷刑法三〇頁

- (d) 電話加入權に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院大正八年七月九日民事三部判決、民事判決錄一三三三頁
- (e) 貯金債權及藥品に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院昭和六年(レ)第一〇八七號、同年一月一日刑事

- (f) 三審判決、法律評論第二一卷判決二四頁
- (g) 立木に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院昭和六年(オ)第九八三號、同年一月一六日民事第一審判決、法律評論第一九卷民八四五頁
- (h) 製材の所有權に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院大正一二年(オ)第八四九號、同年三月二六日判決、判例彙報三五卷、民法四四一頁
- (i) 山林に生立する竹木に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院昭和五年(オ)第二二五六號、同六年四月二四日判決、法律評論第二卷民法九二七頁
- (j) 債權に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、長崎控訴院、大正七年(キ)第二二號、同年一月二七日判決、法律評論第八卷諸法一〇四頁
- (k) 山林に付き賣渡擔保の成立を認めたる判決、大審院昭和一一年(レ)第五二號、同年四月六日判決、法律新聞四〇〇四號一四頁

第四節 被擔保債權

賣渡擔保は債權を擔保する目的を以て財産權を債權者に移轉する契約なるを以て(註一)、其成立には被擔保債權即ち擔保せらるべき債權の存在を必要とするものなり。而して茲に所謂債權は、金錢の支拂を目的とする債權たるを通常とするものなりと雖も其他の物又は權利の給付を目的とする債權を被擔保債權として賣渡擔保契約を締結することを得るは明かなり(註二)。

- 註一 末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷七頁、細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第六號一四頁、中島博士「賣渡擔保に就て」民法論文集五二〇頁、我妻榮氏「判例賣渡擔保法」松波先生還曆祝賀論文集二二頁
- 註二 租米を借り受けたる者が其辨濟を擔保する目的を以て山林を賣渡すこと、爲し賣買證書を差入れ登記を經由し右賣買は所謂賣渡擔保にして當事者間に於ては山林の所有權は債務者に存し債權者に移轉せしにあらすと云ふにある以上は信託

行爲成立し當事者間の内部關係に於ては所有權の移轉なしと雖も第三者に對する外部關係に於ては所有權は受託者に移轉するに至るものとす(大審院大正二年(レ)第一四〇八號、同年一月九日刑事第二部判決、法律新聞第九〇〇號二七頁)。

賣渡擔保によりて擔保せらるべき債權は、賣渡擔保契約の成立と同時に其契約の内容の一合意として之と密接不可分の關係に於て成立するを通常とするものなり。即ち賣渡擔保契約の當事者間に於ては、先づ擔保として提供せらるべき財産權に付き調査し、其擔保能力を確定し、次で此目的財産權に對し何程の金融を爲すやを確定し、然る後初めて賣渡擔保提供に因る債權關係を定むることを通常とするものなり。

以上の如く賣渡擔保契約の被擔保債權は賣渡擔保に關する合意と同時に成立するを通常とするも、賣渡擔保契約の當事者は既に存在せる債權に對し賣渡擔保提供の契約を締結することを得るものなり(註三)。

- 註三 末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷九頁、細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第六號二二頁、中島博士「民法論文集五二〇頁、我妻榮氏「判例賣渡擔保法」松波先生還曆祝賀論文集

又賣渡擔保の提供により擔保せらるべき被擔保債權は、現に存在する債權に限るべきものなるや、換言すれば將來發生することあるべき債權に對し賣渡擔保契約を締結することを得るものなるやに付ては之を否定すべき理由全然無きものにして、賣渡擔保が當事者間の契約自由の原則に依り締結せらるべき無名契約なることに鑑み、民法抵當權に付き根抵當が判例學說並に實際取引に於て現實に認めらるべき事に鑑み所謂賣渡根抵當の契約は之を爲し得ること明かなり(註四)。

- 註四 廣島控訴院昭和四年(ホ)第二二號、同年七月二六日民事第一審判決、法律新聞三〇四號一二頁、賣渡擔保の意義の項參照、大阪控訴院大正四年判決、最近判例集一六卷三七三頁、我妻榮氏「松波先生還曆祝賀論文集」判例賣渡擔保法二二頁、石田博士「擔保物權法論下卷六一一頁

賣渡擔保は債權擔保の目的を以て財産權を債權者に移轉する契約なるを以て、其成立には必ずや債權關係の存

在を必要とするものなりと雖も、債權關係の存在は賣渡擔保の存続の必要條件なりやに付ては疑なきを得ざるものなり。元來賣渡擔保は契約自由の原則に基き任意に締結せる無名契約なること屢々述べたる所なり。従つて當事者は契約の締結其ものに付き自由なるのみならず契約の内容に於ても法律の制限内に於て自由に協定を爲し得るものなりと謂はざるべからず。換言すれば無名契約に於ては當事者の意思即ち法律なりと謂はざるべからず(註五)。

従つて目的財産の移轉の方法の如き、目的物の占有者の如き、債權を存続せしむべきや否やの如き、目的財産の歸屬、方法、時期の如き其内容は總て當事者の自由に協定し得るところなり。故に債權に關する協定に於て、債權を存続せしむる事と定め(註六)、或は債權は目的財産の對價と相殺し目的財産を賣渡擔保成立と同時に完全に債權者に歸屬せしめ、只債務者は一定時期迄に債權に相當する對價並に利息費用等を債權者に支拂ひ目的財産の返還を受くるを得べきが如き協定を爲すも亦自由なるべく、従つて賣渡擔保契約に於ては債權の存続は賣渡擔保契約の存続に影響するところなく此點に關しても當事者の自由協定を許すものなること明かなり(註七)。

註五 中島博士 民法論文集五三五頁

註六 石田文次郎氏は「賣渡擔保は實質上は物的擔保權の設定であるけれども兎に角法律形式上は目的物賣買の方法をとつて居るのであるから目的物が不可抗力によつて滅失した場合に被擔保債權が消滅するか否は一々の問題である。併し賣渡擔保を物的擔保と解する以上は目的物の滅失により被擔保債權の滅失すべき理由はない」と爲し賣買の形式を探つた場合にも被擔保債權は存続すると爲すものなり(法學第三卷第八號六頁)、同氏 法學叢書三二卷二號、賣渡擔保に於ける二型態二七頁以下

註七 不動産の賣渡擔保又は賣渡擔保と稱するは賣買の形式に依り不動産を擔保に供する一切の行爲を汎稱するものなるが故に賣渡擔保又賣渡擔保の内容又は効力は常に一定するものに非ず當事者は法規に違反せざる限りは契約自由の原則に依

り擔保の目的を達するに適當なりと思慮する法律關係を設定することを得るものとす(或は賣買名義に因り當事者間に所有權を移轉するも債權者に於ては一定の期間内は其不動産を處分せざる義務を負担し若し期限内債務者に於て債務を辨済したるときは其所有權を回復すべき一種の買戻約款附賣買を締結することを得べく或は債務者に於て期限内に債務を辨済したるときは再賣買を爲すの合意を爲すことを得べく或は當事者の眞意は其不動産を賣物又は抵當物と爲すにあるも債權者の權利を確保するの目的を以て恰も其不動産を賣渡したるもの、如く假裝したる所謂虛偽の意思表示を爲すことあるべく或は又第三者に對する外部關係に於ては賣買により所有權を移轉するも當事者間の内部關係に於ては所有權を債務者に確保することあるべし)(大審院大正五年(オ)第三〇一號、同年七月一二日判決、法律評論第五卷民法九〇三頁)。

然れ共、賣渡擔保契約の外形に於て、賣買の形式を採りたるの一事により當事者間に直ちに被擔保債權は之を消滅せしむるの合意あるものなりと爲すを得ざるものなり。蓋し賣渡擔保に於て當事者が眞に賣買の合意を爲す場合は極めて少數なる例外たるに止まるものなればなり。又當事者が賣渡擔保契約の内容に於て、眞に賣買の合意を爲したる場合に於ても、當事者は債務者に於て一定の期限迄に一定の金員を債權者に支拂ふべき債務ありと定め、此債務を怠りたる場合に於ても亦目的財産を處分して其對價を以て債權の辨済に充當し不足は之を債務者に請求し、餘剰は之を債務者に返還するの合意を爲す場合存するを以てなり。而して之等の事項は賣渡擔保の賣買性に關連するものなるを以て、賣渡擔保の性質の章に於て之が詳論を試みんとす。

第五節 賣渡擔保契約の締結

第一款 契約締結の方式

賣渡擔保契約は契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せる無名契約なるを以て、其契約の締結には一定の形式存するものにあらず、故に當事者は各自任意の方法により賣渡擔保提供の合意を爲すことを得るものなり。

従つて當事者は公正證書に依り、又は私成證書に依り、或は單なる言語上の契約により、賣渡擔保の合意を爲すことを得るものなり(註一)。

賣渡擔保は前述の如く、當事者が契約自由の原則に基き任意に締結せる無名契約なるを以て、其性質は物權と異り單なる債權契約に過ぎざるを以て、其存在に付きては、第三者に對する對抗の問題を生ずる餘地なきものなり。然れ共賣渡擔保契約は其實質に於ては債務の履行を確保する爲め財産權を債權者に移轉するによつて成立する契約なるを以て、財産移轉の事實は之を第三者に對抗することを得る方法を購することを要するものなりとす。而して賣渡擔保は我が民法上直接の根據を有せざる無名契約なるを以て、賣渡擔保の爲めに財産權を移轉したる事實を以て、第三者に對抗することを得るものにあらずして、賣買等の原因に基きて移轉せらるゝ結果、第三者に對する對抗問題としては、當事者間に於ける單純なる移轉其ものを以て第三者に對抗し得るに止まるものなり。従つて債務者は債權者との間に存する内部的特約上の權利を以て第三者に對抗することを得ざるものなり(註二)。

註一 石田博士 擔保物權法論下卷六〇九頁一六二頁。我妻榮氏 判例賣渡擔保法一九頁

註二 或財産の信託的讓渡なるものは普通の讓渡行爲と或他の行爲と二個の行爲の結合したるものに非ずして信託的讓渡と云ふ一個の行爲に外ならざるも唯此讓渡は廣く云へば讓渡の彙類に屬するものなれども當該財産に對し讓渡人の有する關係は普通の讓渡に較べて特に密接なるものと共とそれだけ讓受人の之に對して有する關係は普通讓渡の場合等の如く不羈自由なるを得ざるものありて此普通の場合に比し特異なる關係あることを第三者に對抗する爲には其信託的讓渡なること即ち信託的讓渡に係る財産權(信託法第一條に所謂信託財産)なることを公示する方法を採るべく之を採ることなく單に讓渡其者を對抗する方法のみを採るときは信託的讓渡人、讓受人等が當該財産權に對して有する特異の關係は復之を第三者に對抗するに由なく唯普通讓渡として對抗することを得るに過ぎざるものなりとす(大審院昭和四年(才)第一〇五四號、同年一月二日民事第四部判決、法律評論第一九卷、商法一四四頁。我妻榮氏 同上頁)。

石田博士は「處分權を授與したるに過ぎざる賣渡擔保に於て目的物が不動産であつて登記簿上所有權移轉の原因として

「賣渡擔保」と云ふ記載があるときは處分權授與の賣渡擔保たる公示方法が具備されてゐると解してよいから債務者は第三者に對して其處分の無効を主張し得ると云はねばならぬ(石田博士擔保物權法論下卷六二二頁)。

第二款 財産權移轉の對抗方法

賣渡擔保の目的を以て財産權を移轉したる場合と雖も、其移轉を以て第三者に對抗するは單純なる財産權の移轉の事實を以て第三者に對抗することを得るに止まり、債權擔保の目的を以て財産權を移轉したる事實を以て第三者に對抗することを得るものにあらず。而して權利移轉の第三者に對する對抗方法は目的財産權の異なるに従ひ對抗條件も異なるものなるを以て、以下其主なる財産權に付き其對抗要件を略述せんとす。

第一 不動産

不動産は賣渡擔保の目的財産權として利用せらるゝこと極めて多きものなり。而して其移轉變更は之が登記を爲すによりて第三者に對抗することを得るものなり(註一)。

註一 賣渡擔保は其性質上債權者と債務者間の内部關係に於て所有權の移轉の有無を問はず一般第三者に對する外部關係に於ては絕對に擔保物の所有權を債權者に移轉するを必要とするものにして且之が移轉を第三者に對抗するが爲には不動産にありては登記を必要とするが故に債務者は之が登記手續を履踐すべき義務あるものとす(朝鮮高等法院昭和一年民上三四二號、同年九月八日判決、司法協會雜誌一五卷一〇號一七一頁)。

第二 動産

動産は不動産と相並びて賣渡擔保の目的財産權として利用せらるゝ重要な地位に在るものなり、而して其移轉を以て第三者に對抗するには其引渡を要するものにして、其引渡の方法は現實の引渡なると、占有の改定によること、又は簡易の引渡によると、將又指圖の引渡によるとは之を問はざるものなり(註二)。然れ共占有の改定に付

さては、之を許さずと爲すものあること既に述べたところなり。又動産賣渡擔保に付きては流質禁止の規定を潜脱する脱法行爲なるを以て無効なりとの説あることも既に述べたところなり。

註二 末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷一〇頁。中島博士 民法論文集五一八頁以下

第三 債權

各種の債權を以て賣渡擔保の目的財産權として移轉すること少からず存するものなり。

而して債權の移轉を以て第三者に對抗するの要件は、債權の種類異なるに従ひ其要件を異にするを以て、以下其主なるものに付き對抗要件を略述せんとす。

(イ) 無記名債權

無記名債權は商法上の無記名證券及び民法上の無記名證券並に無記名公債證書の如きものなり。而して商法上の無記名證券は、無記名株式、無記名社債、船荷證券の如きものにして、民法上の無記名證券は、商品切手、乗車券の如きものなり。無記名債權は、其發生の根據が民法上のものなると商法上のものなるとは之を問はず動産と看做さるゝものなるを以て、證券の引渡により權利の移轉を以て第三者に對抗し得るものなり。而して指名持參人拂式の證券も亦無記名證券と稱するを得るものと信ず。

(ロ) 指名債權

指名債權は債權者の特定せる債權にして、貸金、預金、無盡契約上の債權の如き之に屬するものなり。

而して指名債權の移轉は、其讓渡の事實を讓渡人より其債務者に通知し、又は債務者が之を承諾するに非ざれば、之を以て其債務者其他の第三者に對抗することを得ざるものなり。

而して右の通知、又は承諾は、確定日附ある證書を以てするに非ざれば、第三者に對抗することを得ざるものなり。

のなり。

(ハ) 株式

無記名株式の移轉に付きては無記名債券に付き述べたるが如く、其引渡により權利の移轉を以て第三者に對抗し得るものなり。

記名株式の移轉は、取得者の氏名住所を株主名簿に記載し且其氏名を株券に記載するに非ざれば、之を以て會社其他の第三者に對抗することを得ざるものなり。

然れ共實際の取引に於ては、株券に白紙委任狀を添付せしめ、債權者をして何時にても其株式を自己又は第三者の名義となし得る如くし、以て賣渡擔保の目的を以て移轉し居るものなり。

(ニ) 記名社債

記名社債の讓渡を以て會社其他の第三者に對抗するには、取得者の氏名住所を社債原簿に記載し且其氏名を債券に記載するを要するものなり。

(ホ) 記名國債

記名國債の讓渡を以て國家其他の第三者に對抗するに付ては、特別規定により記名社債類似の規定あるを以て之に従ふことを要するものなり。

(ヘ) 指圖債權

指圖債權の讓渡は其證券に裏書して之を讓受人に交付することを要するものなり。

(ト) 國債以外の公債、即ち府縣市町村債等にありては民法第三六四條第一項の適用を受け其讓渡に關し、第三債務者たる當該證券發行者に通知するか又は其承諾を以て對抗要件とするものなり。而して其通知又は承諾

は確定日附ある證書を以てすることを要することを既に述べたところなり。
(チ) 電話加入権

電話加入権は賣渡擔保の目的に利用せられること極めて多く、實際問題として幾多の資料を提供しつゝあるものなり。而して其讓渡に付ては、電話加入名義を賣渡擔保者に變更することによりて行はるゝものにして加入名義變更の手續を了するによりて電話局其他第三者に對抗することを得るものなり。
(リ) 瓦斯、水道使用権

瓦斯、水道使用権を以て賣渡擔保の目的に利用するは、極めて少數の場合に止まるものと信するも、一人にして多數の瓦斯、水道に關する權利を有する場合尠しとせず。斯かる場合に於ては、其取引的價値相當大なる爲め賣渡擔保の目的に供する場合あるべく、又家屋或は有體動産と併せて賣渡擔保の目的に利用せらるゝ場合あるものなり。而して之等の權利の移轉は、當該市町村或は會社に、權利移轉の事實を届出で其名義を變更することによりて市町村或は會社其他の第三者に對抗し得るものなり。

(ヌ) 特許權、實用新案權、商標權、意匠權、著作權

特許權、實用新案權、商標權、著作權等は何れも財産權として移轉することを得るものなるを以て、賣渡擔保の目的に提供せらるゝことあるものとす。

而して其移轉を以て第三者或は特許局に對抗するには、讓渡人及び讓受人に於て其移轉の登録を爲すことを要するものとす、而して商標權に在りては營業と共に讓渡するにあらざれば其移轉を爲すことを得ざるの制限あるものなり。

(ル) 漁業權、鑛業權等

之等の權利は何れも物權とせられ、不動産に關する規定が準用せらるゝものなるにより(漁業法第七條、鑛業法第十五條)前に述べたる不動産移轉に關する手續を経るにあらざれば權利の移轉を以て第三者に對抗するを得ざるものとす、然れ共漁業權に付きては、擔保の目的を以て賣渡したる場合に於て、債務者に其權利の占有を爲さしめたるときは、漁業法第七條第二項に依り無効なりとの説あるものとす(註三)。

註三 三浦博士 法學協會雜誌第三六卷八號一〇一頁以下

(ヲ) 船舶

船舶を以て賣渡擔保の目的として提供するが如きは、極めて少數の場合なるべきも、船舶も亦賣渡擔保の目的財産權として讓渡し得るものなるのみならず、將來賣渡擔保の普及により順次廣く利用せらるゝを信するものなり。

而して登記したる船舶にありては、移轉登記を爲すにあらざれば第三者に對抗するを得ざること不動産と異なることなし。

而して登記を要せざる小船にありては、之が引渡を爲すによりて其讓渡を以て第三者に對抗することを得るものなりとす。

第七章 賣渡擔保の意義

賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲し(註一)、或は賣渡擔保を以て賣買に附加して他の契約が存するに止まるものなりと爲す(前掲大審院大正一〇年(オ)第一八四號事件の判決)ときは改めて賣渡擔保の意義に付き説明を

要することなきものなり。

又賣渡擔保を以て時と場合とにより別異の内容を有するものにして、一定の意義を有するものにあらざると爲し(註二)、或は賣渡擔保を以て債權擔保の目的を以て所有權を讓渡する行爲を總稱するものなるが故に構成分子の一定せる事實にあらざりして、構成分子を異にする數種の法律行爲の總名稱なりと爲す(註三)ときは賣渡擔保に付き一定の意義を求むることを得ざるものなり。

然れ共賣渡擔保を以て一個獨立なる法律行爲と解するときは、之に對し一定の意義を定むることを得るものなりと謂はざるべからず、而して賣渡擔保の意義に付きては數説あるものなり。

其主なるもの左の如し。

第一説 賣渡擔保とは債權擔保の目的の爲め擔保物の所有權を債權者に移す行爲なり(註四)。

第二説 賣渡擔保とは債務者が債權擔保の目的を以て財産權 債權に移轉する行爲なり(註五)。

第三説 賣渡擔保とは債務者が其債務辨済を確保する爲め債務者の有する財産權を債權者に讓渡する行爲を謂ふ(註六)。

第四説 賣渡擔保とは債權擔保の爲め其目的を超越し債權者に財産權を移轉し、債權者をして擔保の目的の範圍内に於てのみ其財産權を行使すべき制限を附したる信託行爲なり(註七)。

第五説 賣渡擔保とは存續する債權の擔保の目的を以て債務者が其有する所有權を債權者に移轉し、債權者が債務辨済の場合に於て其物の所有權を返還すべき義務を負ふを謂ふ(註八)。

第六説 賣渡擔保とは債權擔保の目的を以て財産權を移轉することを謂ふものにして此中には擔保的所有權移轉又は擔保的債權移轉等を包含するものとす(註九)。

第七説 賣渡擔保又は賣渡抵當とは債權を擔保する目的を以て債務者又は物上保證人が特定物の所有權を債權者に讓渡する法律行爲なり(註一〇)。

註一 前田直之助氏「賣渡擔保附信託行爲」法曹會議誌第八卷第八號二二頁

註二 鬼澤藏之助氏 法學新報第三二卷第六號

註三 中島博士「賣渡抵當に付て」民法論文集一九頁、三浦信三氏 擔保物權法三五五頁

註四 末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷九頁

註五 細矢祐治氏 法學新報第三四卷第六號一九頁

註六 鬼澤藏之助氏 法學新報第三二卷第六號

註七 上田敬次氏 銀行研究第二卷第一號九〇七頁以下

註八 松本博士 法律評論第二卷、民法一四四頁

註九 入江博士 法學志林第二八卷四號三〇頁以下、沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁

註一〇 石田博士 法學論叢三二卷二號、賣渡擔保に於ける二型態二七頁以下

賣渡擔保の意義に付きては、以上の如く數説ありと雖も、賣渡擔保の目的財産權として移轉せらるゝ財産權は物の所有權に限らざること殆ど今日の通説と云ふを得べきを以て、賣渡擔保の意義を定むるに當り物の所有權を移轉する行爲なりと爲すは正當にあらす。又賣渡擔保の目的を以て移轉せらるゝ財産權は、債務者の有するものに限りべき理由なく第三者の提供する財産權を以て、賣渡擔保の目的に提供し得るが故に債務者の有する財産權に限定するは狭きに失するものなりと謂はざるべからず。

次に賣渡擔保の目的財産權として提供せらるゝ財産權は、債務者より債權者に移轉せらるゝことを必要とするものなるやに付きては、前に述べたるが如く債權者以外の第三者に移轉するによりても亦賣渡擔保を成立せしめ得る例外の場合存するものなり。

以上の如き理由によりて賣渡擔保の意義は次の如く定むるを得べきなり。即ち

賣渡擔保とは債務者が債權擔保の目的を以て債權者に財産權を移轉する契約なり。

(一) 賣渡擔保は契約なり。

賣渡擔保は契約自由の原則に依り當事者が任意に締結したる契約なり。而して民法典型契約に屬せざるを以て無名契約なりと云はざるべからず(註一)。而して其性質上信託行為に屬するものなること既に述べたることなり。

賣渡擔保は契約自由の原則に依り當事者の締結せる契約なるを以て、其内容は一に當事者の意思表示によりて定まり(註二)、其本來の性質自體に於て一定不可動の内容を有するものにあらず(註三)。故に賣渡擔保の目的を以て提供せられたる財産權が大審院が多數の判決に於て判示するが如く、當事者間の關係を内部關係と外部關係に區別し内部關係に於ては債務者に留保せらるゝや、或は内外兩關係共に債權者に移轉せらるゝや、或は目的たる財産權は第三者に移轉せらるゝものなるや等は一に契約自體によりて決すべく、又債權關係に付きても、當事者の契約により債權は之を存続せしめたるまゝ賣渡擔保の提供を爲すを得べく、或は債權關係は一應之を消滅せしめ債權者は一定期日に至る迄目的財産權を處分せざるべき義務を負擔し、期日に債務者に於て債務に相當する一定の金員を支拂ひ之を取戻すことにより、賣渡擔保の目的を達する方法を特約することを得るものなり。

又債務支拂の期日、若くは目的財産權回復に關する時期等も一に當事者の契約によりて定まるものにして、當事者は其便宜と必要とに應じ、自由に之を定むるを得るものなり。又辨濟期日又は回復權喪失に關する時期の如き、當事者の合意により之を延期することを得るは勿論の事に屬するものなり。

而して之等契約は明示若くは默示の意思表示を以て之を爲すを得べく、又明示若くは默示の合意を認め得ざる場合に在りては、當事者の他の事情により其意思を推測することを得るものなり。例せば辨濟期日若くは買戻期日に至り當事者間に將來の利息を授受したるが如き場合は、少くとも其將來の利息を受領したる期間に付きては辨濟若くは買戻の期日は當然之を延期せられたるものと解すべきが如きなり(註四)。

賣渡擔保は債權契約にして物權にあらざるを以て、債權者は物權に伴ふ効果を賣渡擔保により享受するを得ざること論なきところにして、債務者が債權者との間に於て有する權利義務の關係も亦物權關係にあらずして債權關係に止るものなり。

註一 大審院大正七年(オ)第五八九號、同年一月五日民事第一一〇五頁。同大正一〇年(オ)第一二二號、同年五月三〇日民事第二〇〇號判決、法律評論第一〇卷民法五三三頁。細矢祐治氏 法學新報第三四卷第六號、松本博士も、賣渡擔保契約なる文字を使用す(法律新聞第二二〇〇號五頁)。石田博士 擔保物權法論下卷六一三頁。岩田博士(法學志林三八卷八號)は何れも賣渡擔保契約なる文字を使用す。

判例中賣渡擔保契約なる文字を用ふるもの少からず存するものなり(大審院昭和二年(オ)第五九三號、同年一〇月二六日第三民事部判決、法律評論第一七卷民法四一頁。同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月二七日民事第三部判決、法律評論第一七卷民法六三〇頁。同昭和二年(オ)第一〇五九號、同年一月二四日民事第四部判決、法律評論第一七卷民法三八九頁。朝鮮高等法院昭和三年民上第一〇八號、同年五月四日判決、司法協會雜誌第七卷六號三八頁。大審院昭和八年(オ)第一四九〇號、同年一月一九日判決、法律新聞三六七〇號)。

契約自由の原則は法治國に於ける法律觀念にして明治一八年頃に於ても亦信託契約を禁じたる法規存在せず又當時に於ても元より公序良俗に反する事項にあらず(大審院大正五年(オ)第七八八號、同年一月八日第二民事部判決、法律評論第六卷、民法二五〇頁。同大正一五年(レ)第一五六八號、同年一月二三日判決。同大正五年(オ)第六〇五號、同年九月二〇日判決、同大正五年(オ)第三〇一號、同年七月二日判決、法律評論二一卷民法四〇頁。同大正九年(ケ)第一號、同年四月一九日判決、法律評論第八卷民法七六九頁。同大正六年(オ)第七三四號、同年五月一日判決、法律評論第六卷民

法一〇三七頁。

註二 中島玉吉氏「賣渡擔保に付て」民法論文集五三五頁。松本博士 民法論文集第二卷九二頁。澤道博士 民法要論則三四頁。平野義太郎氏 判例民法大正一二年度二六七頁。大審院大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日民事第三部判決、民事判決録二五輯一三三三頁。同大正五年(オ)第一〇〇三號、同六年一月二五日判決、法律評論第六卷民法一一八頁。同大正五年(オ)第三〇一號、同年七月二日民事第三部判決、法律評論第二卷民法四〇頁。同大正五年(オ)第六〇五號、同年九月三日民事第三部判決、民事判決録二二輯一八三頁。同大正五年(オ)第七八八號、同年一月八日民事第三部判決、民事判決録二二輯一九三頁。同大正八年(オ)第五三三號、同年六月六日民事第二部判決、民事判決録二五輯一〇七四頁。同大正八年(オ)第八九二號、同一年三月二六日民事第一部判決、法律評論第九卷民法二八六頁。同大正八年(オ)第六一〇號、同年一月九日判決、法律評論第八卷民法一四五七頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日民事第三部判決、民事判決録二五輯一三三三頁。同大正一〇年(オ)第一二二號、同年五月三〇日民事第二部判決、法律評論第一〇卷民法五三一頁。同大正一三年(オ)第一六一號、同年三月二日聯合部判決、法律評論第一四卷、民法一六三頁。同大正一五年(オ)第三一四號、同年八月三日民事第二部判決、法律評論二六六一號。同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月二七日判決、法律新聞二八〇四頁。同昭和六年(オ)第一〇八七號、同年一月一五日刑事第三部判決、法律評論二一巻、刑法二四頁。同昭和二年(オ)第七六號、同年五月一〇日民事第二部判決、法律評論第一六卷民法第六五八頁。同昭和八年(オ)第二一〇〇號、同年一月七日民事第五部判決、法律評論二三巻、民法二五五頁。同朝鮮高等法院大正一五年民上四四〇號、同年一月二日判決、朝鮮司法協會雜誌五巻一二號五〇頁。

註三 賣渡擔保なるものは其内容必ずしも一樣ならず當事者は或は内部關係に於ても外部關係に於ても財産権を債権者に移轉する意思を有する場合あり或は内部關係に於ては財産権を移轉せず外部關係に於てのみ之を移轉する意思を有する場合あり又外部關係内部關係共に移轉する場合に於ても被擔保債権の辨濟に因り財産権が當然に債務者に復歸するか又は債権者は單に債務者に對し財産の移轉を爲すべき債務を負担するに過ぎざるかは一に當事者の意思により決定すべきものとす(大審院大正一五年(オ)第三一四號、同年九月二日民事第二部判決。同大正八年(オ)第五三三號、同年六月二三日判決、法律評論第八卷民法七六九頁。同大正三年(オ)第六七〇號、同四年一月二五日判決、同大正八年(オ)第六一〇號、同年一月九日判決、法律評論八巻、民法一五四七頁。同大正八年(オ)第八九二號、同一年三月二六日判決、法律評論第九巻、民法二八六頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日判決、民事判決録一三三三頁。同大正五年(オ)第一〇〇三號、

同六年一月二五日判決、法律評論第六巻、民法一一八頁。同大正一〇年(オ)第六一〇號、同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月二六日判決、法律新聞第二八〇四號。同昭和二年(オ)第七六號、同年五月一日判決、法律評論第一六巻民法六五八頁。

註四 大審院昭和六年(オ)第二七五九號、昭和八年四月二六日判決、法律新報三三〇號

(一) 賣渡擔保は債権者と債務者との間に締結せらるゝ契約なり。

賣渡擔保は債務者が債権者に對し負擔せる債務若くは負擔せんとする債務を擔保する爲債権者との間に締結せらるゝ契約なり。而して前に述べたるが如く、稀には債務者以外の第三者を有する財産権を以て賣渡擔保の目的財産権として債権者に移轉する場合、若くは債権者以外の第三者に對し目的財産権を移轉する例外の場合なきにあらず(註五)と雖も、之等の場合に於ても賣渡擔保契約が債権者と債務者との間に締結せらるゝものなることの本質は之を失はざるものにして、只之等の場合に於ては第三者が此契約に或程度の参加を爲すに止まるものにして、則ち前の場合に在りては第三者は目的財産権の提供者たり、後の場合に在りては債権者に代る財産権の名義人たる地位を有するに止まり、賣渡擔保其ものは債権者と債務者とを主體として締結せらるゝものなりと解するものなり。

註五 甲が乙に對する債務を擔保する目的を以て其所有の土地を賣渡すこと、なし尙其買受名義人を乙の妹婿なる丙となすことに定め關係者合意の上右趣旨に於ける買契約成立し所有權移轉の假登記を爲したる處甲に於て該債務の辨濟を爲す能はざりしより遂に其本登記を爲すに至りたる場合に於て甲に對する債権者は乙にして丙にあらざるも叙上の如く關係者合意の上丙を買主名義と爲すことは敢て公序良俗に反せず之を無効なりとする理なきものとす(大阪控訴院昭和五年(ネ)第三〇三號、同七年三月一〇日判決、法律評論第二一巻五號民法四三六頁)。

(三) 賣渡擔保は債権擔保の目的を以て爲さるゝ契約なり(註六)。

賣渡擔保の方法により擔保せらるべき債権は、金錢の支拂を目的とする債権なることを普通とするも、其他

の物の給付を目的とする債権に付きても賣渡擔保の提供を爲すを妨ぐるものにあらず(註七)。而して其債権は賣渡擔保の提供を爲すと同時に發生したる債権なることを必要とせざるものなり(註八)。當事者は既に負擔せる債務の爲め賣渡擔保の提供を爲すを得べく此點に付きては學說判例共に一致し反對説あるを聞かざるものなり。

次に將來發生することあるべき債権に付き賣渡擔保の提供を爲すを得るものなるや(賣渡根抵當)否やに付きては多少の疑なきにあらざるも、賣渡擔保が契約自由の原則に基き當事者が任意に締結する契約たることに鑑み、又之を禁止すべき何等の理由なきこと等により、所謂賣渡根抵當も亦之を契約し得るものと謂はざるべからず(註九)。茲に問題となるは、賣渡擔保の提供に依り被擔保債権は目的財産權の賣買代金として決済せらるゝ結果、當事者間に債權關係は消滅に歸し、債權關係は存続せざるものなりやの點なりとす。

註六 大審院明治四五年(オ)第一三二號、同年七月八日判決、法律評論一卷民法三三三二頁。同大正三年(オ)第五〇〇號、同年一月二〇日判決、法律評論三卷民法三六四頁。同大正五年(オ)第六〇五號、同年九月二〇日判決、法律評論五卷民法一一四六頁。同大正六年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論二〇卷、民法五一五頁。同大正七年(オ)第一九四號。同年四月四日判決、民事判決錄二四卷六五頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日判決、民事判決錄二五卷一三三三頁。同大正九年(オ)第三五號、同年六月二日判決、法律評論九卷、民法五二〇頁。同大正九年(オ)第二七一九號、同一年三月二七日判決、法律評論二四卷、民法三〇五頁。同大正一〇年(オ)第七四號、同年六月二七日判決、法律評論一八八三號、同大正一二年(オ)第七二號。同年七月一日判決、法律評論二一七一號。同大正一四年(オ)第一二三號、同年七月二五日判決、法律評論二四七五號、同大正一五年(オ)第三一四號、同年八月三日判決、法律評論二六一六號。同昭和二年(オ)第一〇五九號、同年一月二四日判決、法律評論一七卷、民法三八九頁。同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月二七日判決、法律評論二八〇四號一六頁。同昭和四年(オ)八二七號。同年一月二三日判決、衆報四一五一五號。同昭和四年(オ)第八四九號、同年一月二六日判決、民事判例集第八卷第一一號、同昭和五年(オ)第七九八號、同年一月八日判決、法律評論二〇卷、民法一九九頁。同昭和六年(オ)第三五八號、同年一月二八日判決、法律評論二卷大審院裁判

例(五)民事二二七頁。同昭和六年(オ)第一七三〇號、同七年一月二九日判決、法律評論三三三二號。同昭和六年(オ)第二七六〇號、同七年三月八日判決、法學一卷八號一〇六頁。同昭和九年(オ)第二七一九號、同一年三月二七日判決、法律評論二四卷、民法三〇五頁。同昭和六年(オ)第二七八三號、同七年六月二九日判決、法律評論二〇卷、民法九二四頁。同昭和七年(オ)第一二二〇號。同昭和五年(オ)第二二五六號、同年四月二四日判決、法律評論二〇卷、民法九二四頁。同昭和七年(オ)第一二八八號、同八年一月二七日判決、法學二卷九號九四頁。同昭和八年(オ)第三三四號、同年九月二〇日判決、法律評論三六一三號。同昭和八年(オ)第二一〇〇號、同年一月七日判決、法律評論二三卷、民法二五五頁。同昭和九年(オ)第一四一三號、同年一〇月五日判決、法律評論二三卷、民法一二〇五頁。同鳩山博士 法律評論九卷、民法一〇七四頁、松本博士 法律評論二卷、民法一四四頁。同氏私法論文集第二卷二四四頁。岩田博士 法學志林三八卷八號

註七 大審院大正二年(レ)第一四〇八號、同年一月九日第二刑部判決、法律新聞九〇〇號

註八 松本博士 私法論文集第二卷四四頁

註九 控訴人と被控訴人と極度金千四百圓の貸越契約を締結し將來發生すべき債務を確保する爲め控訴人所有に係る本件家屋を賣渡擔保となし被控訴人は右貸越契約に基き控訴人に金八百五十圓を貸與したるが該債務に付ては未だ其辨濟を受け居らざる場合に於ては賣渡擔保物件の所有權は反證なき限り内外共に債權者に移轉するものと推定すべきものなるを以て被控訴人は右擔保契約に基き本件家屋に付き其擔保の目的の範圍内に於て其所有權を取得したるものとす(廣島控訴院昭和四年(ネ)第二二號、同年七月二六日民事第一判例、法律新聞第三〇四〇號一二頁。大阪控訴院昭和四年判決最近判例集六卷三七三頁。松本博士 私法論文集第二卷二四四頁。我妻榮氏「判例賣渡根抵當法」松波博士還曆祝賀論文集一頁)。

此點に付きては學說の多數は債權存続説なるも(註一〇)少數の反對説なきにあらず(註一一)。

註一〇 我邦に於て實際行はる、擔保的所有權移轉は多く賣買の形式を用ひられたり、即ち債務者が其擔保の目的に供せむとする所有物を債權額と同一の價格を以て賣渡すと同時に債權の利息に該當する金額を借貸とせる貸借契約を結び、其物の占有使用を留保し又賣買の代金と債務と相殺すると同時に一定期間内に舊債權額と同一の價格にて其物の買戻を爲すことを得べき旨を約束するものなり。

従つて是等の行爲が眞意を以て當事者間に行はれたるものと認定すべき場合に於ては之を擔保的所有權移轉の場合と目すべからず。此場合に於ては眞に賣買ありて物の所有權は其賣買の履行を目的とする所有權移轉の行爲に因りて完全に移

總せられたるものにして別の買戻の約束又は再賣買の豫約あるも此契約は直接には前の賣買契約と交渉するところあらず又買受人の有したる債権は賣買の代金と相殺せられて全然消滅せるものにして復之が擔保の問題を殘存することなきものたり(松本博士 私法論文集第二卷二四七頁)。上田啓次氏 銀行研究二一巻一號九〇頁、三浦博士 擔保物權法三〇三頁、入江博士 法學志林二八卷四號三〇頁。升木氏、法律評論一巻民法六七八頁。石田博士 法學叢書第三二卷二號二七頁、同氏 法學三卷八號

註一 前田直之助氏「賣渡擔保附信託行為」、法會雜誌第八卷第八號二二頁以下

又此點に關する大審院の判決は、債権は賣買代金として決済せられ債権は存在せざるものなりとの趣旨に解し得る判決なきに非ずと雖も(註一二)、大多數の判決は債権存続説を採り居るものなり(註一三)。

註一二 或金錢債務を負擔する者が其所有に係る或物を債権者に賣渡し其代金と右の債務との相當額に於て決済すると共に或期間内に右の相當金額を債務者より債権者に支拂ふときは當該所有權を回復することを得と定むるときは此種の取引を稱して賣渡擔保と云ふ(大審院昭和五年(オ)第一九二二號、同六年四月一五日判決)。

註一三 當事者間の債權關係は決して賣渡擔保の提供に因り消滅するものにあらず(大審院大正六年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論第七卷、民法二四三頁。同昭和六年(オ)第七九〇號、同年一月一六日民事第五部判決)。

賣渡擔保は契約自由の原則に依り當事者が任意に締結せる契約なるを以て其契約の内容は全く當事者の任意に定むるところに據るべく當事者の意思不明なる場合に於てのみ他の事情に基き當事者の意思を推測することを得るに止まるものなるを以て、債權存続に關しても當事者の明示、默示の合意に依り之を定むべきものなり。従つて、當事者が其債權を消滅せしめ一定條件の下に債務者に之が回復請求權を與へたるに止まる場合は債權は消滅し、存続せざるものなりと解すべきなり。然れ共賣渡擔保契約の外形に於て賣買の形式を採りたる一事により、當事者間に眞に被擔保債權は之を消滅せしむるの合意あるものなりと爲すを得ざるものなり。蓋し賣渡擔保に於て當事者が眞に賣買の合意を爲す場合は極めて少數なる例外たるに止まるものなればなり。又當事

者が賣渡擔保契約の内容に於て眞に賣買の合意を爲したる場合に於ても、當事者は債務者に於て一定の期限迄に一定の金員を債権者に支拂ふべき債務ありと定め、此債務の辨濟を怠りたる場合に於ても亦目的財産權を處分して其對價を以て債權の辨濟に充當し、不足は之を債務者に請求し、餘利は之を債務者に返還するの合意を爲す場合存するを以てなり。而して之等の事項は賣渡擔保の賣買性に關連するものなるを以て賣渡擔保の性質の章に於て之が詳論を試みんとす。之を要するに、契約の全般の趣旨よりして債權消滅に關する合意の認め難き場合に於ては、債權は之を存続せしめつゝ之を擔保する爲め賣渡擔保を提供したるものなりと解すべきものなり。

而して賣渡擔保は債權擔保の目的を以て爲さるゝ契約なるを以て、債務者は財産權の移轉を爲すに方りては債權擔保の爲め之を爲すことを要するものなり(註一四)。従つて債権者は債權擔保の爲め提供せられたる財産權に付き他の債権者に優先して其債權の満足を得ることを得べく、之が爲めには債権者は民法上の擔保物權に於けるが如く、競賣其他の法定手續を必要とするものにあらずして、債務者との協定の内容に従ひ債務の不履行あるときは、直ちに其目的財産權を自己の所有たることに確定し、債務者の有する返還請求權を喪失せしむるを得べく、或は目的財産權を代物辨濟として取得するを得べく、或は目的財産權を處分して其對價により自己の債權辨濟に充當するを得べく、而して殘餘は之を債務者に返還し不足は之を請求するを得べきものなり。

註一四 末弘博士 法學全集第九卷二一頁

(四) 賣渡擔保は財産權を移轉する契約なり(註一五)。

賣渡擔保を以て物の所有權を移轉する行爲なりと爲したる時代ありし爲め、賣渡擔保の意義を定むるに方りても、賣渡擔保を以て物の所有權を移轉する行爲なりと爲す學說の存することは既に述べたるところなり。然

れ共今日に於ては賣渡擔保の目的財産權として移轉せらるゝ財産權は、物の所有權に限らざること殆ど定説と云ふを得るものなり。而して如何なる財産權が賣渡擔保の目的財産權として移轉せらるゝものなるやの點に付ては、其限界極めて廣く苟くも讓渡し得る財産權なる以上極めて廣き範圍に於て賣渡擔保の目的財産權として移轉することを得るものなりと解するものなり(註一六)。

即ち動産、不動産、債權、電話使用權、特許權、實用新案權、商標權、意匠權、鑛業權、漁業權、株式、手形等の有價證券等之なり。又一部の學者は財産權の移轉のみならず權利設定の方法に依りても賣渡擔保を成立せしめ得るものなりと爲す(註一七)。賣渡擔保の性質上之を否定すべき理由なきものなり。

尙債務の存続する賣渡擔保に在りては(註一八)、債權擔保の目的を以て移轉せられたる財産權は、債務の辨濟其他の理由により債務消滅したるときは債權者は之を債務者(又は提供者)に返還すべきものなり。而して此點をも賣渡擔保の意義に加ふる學者の存すること前に述べたるところなり。蓋し斯種の賣渡擔保に於ては其目的たる財産權は一に債權擔保の目的を以て移轉するに止まるが故に、被擔保債權が辨濟其他消滅の理由如何を問はず、消滅に歸したる以上之を擔保すべき財産權は之を債權者に保有すべき何等の原因なきに至るを以て目的財産權を債務者に返還すべきは當然の事に屬するものなるを以てなり(註一九)。

註一五 中島博士 民法釋義物權八六五頁。鳩山博士 法學協會雜誌三八卷一號。三浦博士 擔保物權法三〇三頁。石坂博士 京都法學協會雜誌九卷一二號。増永正一氏 同法學協會雜誌九卷三號四號。平野義太郎氏 判例民法大正一〇年度二六七頁。松本博士 法律評論二卷、民法一四四頁。同氏 私法論文集第二卷一頁以下。我妻榮氏 判例賣渡擔保法三頁以下。石田博士 法學論叢三二卷二號。末弘博士 法學全集第九卷「賣渡擔保」。岩田博士 法學志林三八卷八號。鳩山博士 法律評論九卷、民法一〇七四頁。大書院大正三年(才)第五七九號、同四年二月二二日判決、法律評論四卷、民法一九三頁。同明治四五年(才)第一三二號、同年七月八日判決、法律評論一卷、民法三三三頁。同大正三年(才)第五〇〇號、

同年一月二〇日判決、法律評論三卷、民法三一六頁。同大正五年(才)第三〇一號、同年七月二二日判決、同大正五年(才)第六〇五號、同年九月二〇日判決、法律評論五卷、民法一一四六頁。同大正六年(才)第九〇五號、同七年四月二一日判決、法律評論二〇卷民法五一五頁。同大正七年(才)第五八九號、同年一月五日判決、法律評論八卷、民法一〇五頁。同大正七年(才)第一九四號、同年四月四日判決、民事判決錄二四輯四六五頁。同大正八年(才)第一九八號、同年七月九日判決、民事判決錄二五輯一三三三頁。同大正八年(才)第七六五號、同年一月三日判決、法律評論八卷一三二四頁。同大正九年(才)第三五號、同年六月二日判決、法律評論九卷、民法五二〇頁。同大正九年(才)第二七一九號、同一年三月二七日判決、法律評論二四卷民法三〇五頁。同大正九年(才)第一號、同年四月一九日判決、法律評論九卷、民法三六七頁。同大正一〇年(才)第七四號、同年六月二七日判決、法律新聞一八八三號。同大正一〇年(才)第一二二號、同年五月三〇日判決、法律評論一〇卷、民法五三一頁。同大正一〇年(才)第八二七號、同年一月二四日判決、法律評論一〇卷、民法一三九二頁。同大正一二年(才)第七二號、同年七月二一日判決、法律新聞二二七一號。同大正一四年(才)第一二三號、同年七月二五日判決、法律新聞二四七五號。同大正一五年(才)第三一四號、同年八月三日判決、法律新聞二六一六號。同大正一五年(才)第五八號、昭和二年二月二八日判決、法律評論一六卷、民法七九六頁。同昭和二年(才)第七六號、同年五月一日判決、法律評論一六卷、民法六五八頁。同昭和二年(才)第一〇五九號、同年一月二四日判決、法律評論一七卷、民法三八九頁。同昭和二年(才)第五二四號、同年一月二七日判決、法律新聞二八〇四號一六頁。同昭和四年(才)第八二七號、同年一月二二日判決、判例彙報四卷一五號、同昭和四年(才)第八四九號、同年一月二六日判決、民事判例集第八卷一號。同昭和四年(才)第八九三號、同年一月二六日判決、法律評論一九卷、民法八四五頁。同昭和五年(才)第七九八號、同年一月八日判決、法律評論二〇卷民法二九頁。同昭和六年(才)第三五八號、同年一月二八日判決、法律新聞社編大審院裁判例(五)民事二二七頁。同昭和六年(才)第三三三三號、同七年三月三〇日判決、法律評論二二卷、民法三八八頁。同昭和六年(才)第一九七五號、同年一月二〇日判決、同昭和六年(才)第七九〇號、同年一月一六日判決、法律評論二二卷、民法五八頁。同昭和六年(才)第一七三〇號、同七年一月二九日判決、法律新聞三三三二號、同昭和六年(才)第二七六〇號、同七年三月八日和六年(才)第一七三〇號、同七年一月二九日判決、法律新聞三三三二號、同昭和六年(才)第二七六〇號、同七年三月八日判決、法學一卷八號一〇六頁。同昭和九年(才)第二七一九號、同一年三月二七日判決、法律評論二四卷、民法三〇五頁。同昭和六年(才)第一六二五號、法律新聞三三六五號一〇頁。同昭和六年(才)第二七八三號、同七年六月二九日判決、法律新聞社編大審院裁判例(六)民事二〇〇號。同昭和六年(才)第三六三九號、同七年九月一四日判決、同昭和五年(才)第二二五六號、同年四月二四日判決、法律評論二〇卷、民法九二四頁。同昭和七年(才)第一二八八號、同八年一月二七日判

決、法學二卷九號九四頁。同昭和八年(レ)第一二九號、同年一月九日判決、法律新報三四八號。同昭和八年(オ)第三三四號、同年九月二〇日判決、法律新聞三六一三號、同昭和八年(オ)第二一〇〇號、同年一月七日判決、法律評論二三卷、民法二五五頁。同昭和八年(レ)第一二九〇號、同年一月九日判決法律新報三四八號、同昭和九年(オ)第一四一三號、同年一〇月五日判決、法律評論二三卷民法一二〇五頁

註一六 我妻榮氏「判例賣渡擔保法」松波先生還曆祝賀論文集一六頁

註一七 細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第六號一四頁

註一八 大審院昭和六年(オ)第七九〇號、同年一〇月一六日民事五部判決、同大正五年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論第七卷、民法二四三頁等

註一九 末弘博士「法學全集第九卷賣渡擔保二一頁、細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報三四卷六號三九頁

賣渡擔保の契約に基き其目的物を占有せる債権者は自己の債権の現存する限り擔保物件を占有することを得べく債務者が其債務を完済したるときは固より擔保物件を返還することを要す(大審院昭和二年(オ)第五九三號、同年一〇月二六日大審院民事第三部判決)。

第八章 賣渡擔保の性質

第一節 總 說

賣渡擔保は債權を擔保する爲め債務者が債権者に財産權を移轉する信託行爲なり。而して其法律上の性質に關しては、種々相異なる見解存するものなるも賣渡擔保が信託行爲の類に屬するものなることに付きては異説なきが如し。然れ共、賣渡擔保は賣買契約に屬するものなるや、或は賣買契約に其他の契約の附加せる行爲なるや、又賣渡擔保は一個獨立せる法律行爲なるや、或は數個の行爲の集合に對する總名稱に止まるものなるや等の點に

至りては學說判例共に多岐に分れ未だ歸一するところなきものなり。

而して、賣渡擔保は賣買契約に屬するものなるや、或は其他の契約なるやの點に關する判例學說は極めて多岐に亙るも、次の如く大別することを得るものなり。

- (一) 賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す說
- (二) 賣渡擔保を以て賣買契約に他の契約の附加せるものなりと爲す說
- (三) 賣渡擔保を以て數種の行爲に對する總名稱なりと爲す說
- (四) 賣渡擔保を無名契約なりと爲す說

次に賣渡擔保は數個の行爲にして一個獨立せる法律行爲にあらざるや、或は一個獨立せる法律行爲なるやの點に關しては判例學說の多數は賣渡擔保を以て數個の行爲の集合に止まるものなりと爲すものにして、少數の學者は此說に對し反對の意見を有するものなり、以下之等の點に關し、

- 第一 賣渡擔保は信託行爲に屬するものなること
 - 第二 賣渡擔保は賣買契約に屬するものなるや、或は其他の法律行爲に屬するものなるや、
 - 第三 賣渡擔保は一個獨立せる法律行爲なるや、或は數個の行爲に對する名稱たるに止まり獨立せる法律行爲にあらざるや、
- の三點に分類して考察せんとするものなり。

第二節 賣渡擔保は信託行爲に屬するものなり

賣渡擔保は信託行爲に屬するものなることに付きては、多數の判例學說共に認むるところにして、通説と爲す

ことを得るものなり(註一)。

註一 信託行為とは相手方に對し其經濟上の目的を超過したる權利を與ふるも、其當事者間に於ては其經濟上の目的の範圍内に於てのみ其權利を行使すべきことを約する法律行為を謂ふ、例へば債權擔保の目的を以て所有權を讓渡し又は債權取立の目的を以て、債權の讓渡を爲すが如し(大谷博士 民法總則講義二一五頁)。

註二 賣渡擔保は賣渡擔保又は賣渡抵當とも稱せられ信託行為の一種にして賣買の意思表示に依りて成立する債權擔保の實を擧ぐる事を本旨とするものなり(大審院大正六年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論第七卷民法二四三頁。同大正一〇年(オ)第一二二號、同年五月三〇日民事第二部判決、法律評論第一〇卷、民法五三一頁。同昭和八年(レ)第一二九〇號、同年一月九日刑事第二部判決、法律新報第三四八號二六頁、同明治四五年(オ)第一三三二號、同年七月八日判決、法律評論一卷民法三三二頁。同大正三年(オ)第五〇〇號、同年一月二〇日判決、法律評論三卷民法三一六頁。同大正四年一月二五日判決、民事判決錄二二二頁。同大正五年(オ)第六〇五號、同年九月二〇日判決、法律評論五卷民法一一四六頁。同大正七年(オ)第五八九號、同年一月五日判決、法律評論八卷民法一〇五頁。同大正八年(オ)第六一〇號、同年一月九日判決、法律評論八卷民法一四一五七頁。同大正九年(ケ)第一號、同年四月九日判決、法律評論九卷民法三六七頁。同昭和五年(オ)第七九八號、同年一月八日判決、法律評論二〇卷民法一九九頁。同昭和八年(レ)第一二九〇號、同年一月九日判決、法律新報三六四三號。同昭和九年(オ)第九六八號、同年八月三日判決、法律新報三七八〇號。石坂博士 京都法學協會雜誌九卷一二號。長島毅氏 民法總論改訂五版四三二頁。藤重重雄博士 民法總論下卷六〇頁。中村高吉博士 民法總論六四頁。石田博士 擔保物權法論下卷五八七頁。末弘博士「賣渡擔保」法學全集第九卷一一頁。我妻榮氏「判例賣渡抵當法」。松本博士 法律評論第二卷、民法一三五頁。前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第七號二四頁。沼義雄氏 綜合日本民法論第三卷四〇二頁)。

而して信託行為の意義に付きては、學說種々あるも、信託行為とは當事者が有する終局の目的に超過する效力を有する法律行為なりと爲すを通説とするものなり(註二)。

註二 信託行為は當事者か其目的とする所よりも大なる目的を生ずべき意思表示を爲したる場合に成立するものにして、法律行為を爲す意思存する點に於て虛偽の意思表示と異り公の秩序又は善良の風俗に反することなき有効の法律行為なり

(大審院明治四五年七月八日民事第二部判決民事判決錄六九一頁)。岡松博士 内外論叢第一卷五四九頁。横田博士 法律評論九卷民法一三〇〇頁。川名博士 民法總論第二一二頁。中島博士 民法釋義總則第一四九四頁。鳩山博士 法學志林第一二卷第六號六六頁。前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第九號二二頁。吉田久氏 民法提要總則編二二五頁。大谷博士 民法總則講義二一五頁。石田博士 民法總論三五五頁)。

賣渡擔保は其當事者の目的とするところは、其間に存する債權を擔保するに在るに過ぎざるものなるに、當事者の現實に爲すところは、財産權を債權者に移轉する法律行為を爲すものなるを以て、當事者の有する終局の目的に超過する效力を有する法律行為に該當し、從つて賣渡擔保が信託行為に屬することは多言を要せざるところなり。而して信託行為は之を分類して、賣渡擔保及び其他の信託行為(例へば取立委任に因る手形の讓渡の如し)に分類せらるゝを通常とするも、一部の學者は債權擔保の信託行為を更に小分類して讓渡擔保と賣渡擔保とに區別するものなり(註三)。然れ共賣渡擔保を最廣義に解し、買戻約款附賣買、再賣買豫約附賣買、條件附法律行為をも賣買擔保の一態様として取扱ふ學者の内には「其他信託行為に基く賣渡擔保」なるものを認め、信託行為たる性質を有する賣渡擔保と然らざる賣渡擔保との存在を認むるものなり(註四)。而して之等の學者は信託行為にあらざる賣渡擔保即ち買戻約款附賣買外二種のものには信託行為たる性質を有することなしと爲すものなり(註五)(註六)。

- 註三 前田直之助氏「賣渡擔保附信託行為」法曹會雜誌第八卷第九號二二頁
- 註四 中島博士 民法論文集五二五頁。三浦博士 擔保權法三五六頁
- 註五 中島博士 民法論文集五二四頁
- 註六 賣渡擔保は買戻附賣買なりと爲す說に在りては買戻附賣買も亦信託行為なりと爲すものなり(前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第八號三八頁)。

第三節 賣渡擔保は賣買なりや

賣渡擔保は賣買契約に屬するものなるや或は其他の契約なるやの點に關しては、前述の如く、

- (一) 賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す説
 - (二) 賣買契約に他の契約の附加せるものなりとの説
 - (三) 數種の行爲に對する總名稱なりとの説
 - (四) 無名契約なりとの説
- あるものなり。以下順次解説せん。

第一 賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す説

賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す説に依れば、我が國に於ける賣渡擔保は、或は賣切擔保、賣券擔保とも云ひ又擔保と云はず、抵當とも云ふことあり。抵當と云ふも固より廣義にして、抵當典物の意味に外ならず、而して之は全く我國在來のものにして而も正しく云へば民法商法等知らざる朴直なる人士の間に多く行はるゝものなり。而して賣切とは賣切りたるものにして後に債務は残らずとのことなり、又賣券とは賣券狀（沽券狀）を用ひて賣渡すとのことなると共に、其目的は擔保即ち經濟的の意味に於ける擔保なることを意味するものなり。此取引の内容は或物を或代價を以て賣渡し置き、其後或期間内に此代價若くは之に若干の利息を添へたるものを賣主より買主に支拂ふときは物を取戻すことを得る約束ある一の取引を云ふものなり。従つて吾國に於ける所謂賣渡擔保なる取引は手も無く獨逸に於ける所謂買戻附賣買と其用語と云ひ其内容と云ひ宛ら符節を合すものなり。然るに茲に不思議に堪へざるは、此賣渡擔保の場合には債權は相並びて存するものなりとの考が可なり行はれ

居ることなり。而かも大審院の判例にもそれと覺しきもの存するものなり。而して此考の理由は至つて單純にして、賣渡擔保と云ふ以上擔保ありて而も債權の存せざる理由あるべからずと云ふに止まるものなり。然れ共擔保と云ふ言葉は法律家の編み出したるものにあらず。而かも法律家の所謂對物擔保と對人擔保のみを意味するものに非ずして、元來一般普通語なり、従つて擔保と云ふ言葉には用法に若干の振幅があるものなり。然るに賣買の方には抜き差しならぬ一定せる意義存するものなり。従つて擔保の文字存するの一事は決して賣渡擔保の内容に於て債權の存在せざるべからざるの理由となるものにあらず。

之を要するに、擔保の爲にする賣買なるものは取りも直さず買戻附賣買を指すものなり。此買戻附賣買なるものは取りも直さず信託行爲なりと爲すものなり（註一）（註二）。

註一 前田直之助氏「賣渡擔保附信託行爲」法曹會雜誌第八卷第七號二四頁、同第八卷第八號二二頁以下

註二 賣渡擔保を以て賣買（買戻附）なりと爲す趣旨の判決を例示すれば次の如し。

(1) 或金錢債務を負擔するものが其所有に係る或物を債權者に賣渡し其代金と右の債務との相當額に於て決済すると共に或期間内に右の相當額を債務者より債權者に支拂ふときは當該所有權を回復するを得と定むるときは此種の取引を稱して賣渡擔保と云ふものとす。賣渡擔保なるものは固より眞正の賣買にして茲に擔保と云ふは對物擔保の謂に非ず別に經濟的の意味に於て擔保と稱するものに外ならず（大審院昭和五年（オ）第一九二二號、同六年四月一五号民事第四部判決、法律評論第二〇卷第六號、民法五一頁）。

(2) 擔保供與の方法に二あり、其一は債務は依然之を存續せしめつゝ一面當該財產權を讓渡する場合にして此讓渡たるや交換にも非ず贈與にも非ず又賣買にも非ず擔保の目的を以てする讓渡なり。換言すれば他日復歸の機會を留保しつゝ當該財產權移轉の意思表示を眞實に爲すものに外ならず。他の一は取引其ものは賣買を爲すにあり、而も眞實の賣買なり。而して此場合其受取りたる代金は經濟的には借金に該當し又は既存債務と相殺すべき反對債權を成すが故に此種取引にありては爾後何等の債務も殘留することなし。賣主に於て他日一定の金額を買主に支拂ふことによりて盡に賣渡したる

當該財產權を其手中に回復するを得るは其權利にして義務に非ず。賣渡擔保なる語は後の場合に限るを以て精確なる用語とし前の場合は之を讓渡擔保と稱するを當れりと爲す(大審院昭和六年(オ)第二七五九號、昭和八年四月二六日民事第四部判決、法律新報三三〇號一〇頁)。

(3) 賣渡擔保は債務の辨濟を確保する目的を以て賣買名義に依り或物の所有權を債權者に移轉する行爲なるを以て、債務者が債務を辨濟したるときは、債權者は該物件を債務者に返還するの債務を負担すと雖も、該辨濟自體に因り賣買契約解除の效力を生ずることなく、從つて又該物件の所有權が當然債務者に復歸するが如きことなし(大審院昭和七年(オ)第一二八八號、同八年一月二七日第二民事判決、法學第二卷九號九四頁。同大正五年(オ)第三〇一號、同年七月一二日判決、同昭和九年(オ)第九六八號、同年八月三日判決、法律新報三七八〇號。同昭和六年(オ)第一九七五號、同年一月二〇日判決法律評論二一卷民法三九頁)。

第二 賣渡擔保を以て賣買に附加して他の契約が存するものなりと爲す説

本説は大審院が曾て判決に示したるところにして(註三)兩來屢々同趣旨の判決存するものなり。而して之を時期的に區別するときは、昭和二年以前の判決の大部分は此部類に屬するものなり。而して其理論上の根據は明確ならざるも、賣渡擔保は賣買契約に依り財物を債權者に移轉して債權を擔保すると共に此賣買に附加して辨濟による目的物返還の方法等が契約せらるゝものなりと爲すに在るものなり。而して第二説と第一説即ち賣渡擔保を以て買戻附の賣買なりと爲す説、との差異は第一説は賣渡擔保は賣買契約と、之に附加するに買戻契約を以てすとの爲すものなるに、第二説は附加すべき契約に斯の如き限定を爲さず賣買契約に附加締結せらるゝ契約は自由と當事者の定むるところによるべく、即ち目的物の返還の方法若くは目的物處分の方法或は辨濟の方法を定むることを得るものなりと爲すものなり。而して此兩説は何れも賣買契約の存在を前提とするの點に於て共通する所あるも、只之に附加する契約に於て

多少相異るところあるものなり(註四)。

註三 大審院大正一〇年(オ)第一八四號、同年六月一四日民事第一部判決、法律評論第一〇卷、民法六一〇頁

註四 賣渡擔保を以て賣買に附加して他の契約が存するものなりと爲す判決は前掲大審院大正一〇年(オ)第一八八號事件の外主なるもの一、二を掲ぐれば次の如し。

- (1) 賣渡擔保は賣渡抵當とも稱せられ信託行爲の一種にして賣買の意思表示によりて成立するも債權擔保の實を擧ぐることを本旨とするものなり(大審院大正六年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決)。
- (2) 所謂不動産の賣渡擔保とは不動産の賣買を爲すと同時に其當事者間に契約を爲し之に依り其不動産を以て買主より賣主に對する債權の擔保と爲したると經濟上同一の效果を得るを目的として爲す行爲を總稱するものとす(大審院昭和二年(オ)第七一七號、同三年一〇月一三日民事第四部判決、法律評論第一八卷六號民法五五四頁)。

又第一説に依るときは、讓渡擔保と賣渡擔保とは全く相異なる觀念にして、其間に著しき差異ありと爲すも(註五)

第二説は賣渡擔保と讓渡擔保との間に何等の差異ありと爲すことなく、賣渡擔保を廣く解し第一説に於て讓渡擔保と稱する取引即ち債權を存續せしめつゝ之を擔保する爲財産權を移轉して爲す擔保方法をも賣渡擔保の内に包含せしむるものなり(註六)。

註五 大審院昭和六年(オ)第二七五九號、同八年四月二六日民事第四部判決、法律新報三三〇號一〇頁。前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第九號二一頁

註六 債權の存續する場合に在りても尙賣渡擔保の部類に屬するものなりと爲す判決の例次の如し。

- (1) 賣渡擔保なるものは當事者の合意に依り種々の内容を有し一様ならずと雖も通常賣渡の目的たる物又は權利より債務の辨濟を得ることを目的とするに過ぎざるが故に債務者が其債務の支拂を爲さざるときは擔保又は權利を處分し依て得たる金銭より債務の辨濟を受けたる趣旨の合意ありたるものと解するを相當とす(大審院昭和二年(オ)第七六號、同年五月一〇日民事第二部判決、法律評論第一六卷民法六五八頁)。
- (2) 當事者間の債權關係は決して賣渡擔保の提供に因り消滅するものにあらず(大審院大正六年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論第七卷民法二四三頁)。

第三 賣渡擔保を以て數種の法律行為の總名稱なりと爲す説

本説によれば、賣渡抵當なるものは法律に特別の規定を有する所謂模範的行為に非ざるは勿論、其觀念は構成分子の一定せる具體的事實を意味するに非ずして、構成分子を異にする數種の法律行為の總名稱なること明かなり。而して賣渡抵當の特性如何と云ふに次の二點に存するものなり。

- (一) 法律行為の目的は債權擔保に在ること
 - (二) 其手段として所有權を讓渡すること
- 是なり。即ち目的と手段とが一致せざること、手段が目的を超過することが其特徴なり。而して之が爲めに用ひ得る法律上の形式は、

- (a) 買戻約款附にて所有權を讓渡する場合
- (b) 再賣買の豫約の場合
- (c) 條件附讓渡の場合
- (d) 信託行為に依る場合

以上の如く、賣渡抵當は廣き概念にして、其内に包含せらるゝ具體的行為は一定せず場合に依り構成分子を異にす。賣渡抵當には共通の目的存すれども其手段たる行為の形式は各場合により同一に非ず、故に賣渡抵當の效力も亦常に同一なるに非ず其行為の性質異なるに依り同じからず、而して(一)買戻約款附賣買、再賣買の豫約、條件附行為の三者は各々法律が明文を以て認むるところなり。故に其效力は疑を容るべき餘地少し、各法律の規定に従ひて其效力を定めんのみ。(二)信託行為による賣渡抵當の效力は信託行為は民法が暗黙の間に認むる所の法律行為自由の原則に基くものなり、従つて其效力は當該行為に於ける當事者の意思如何によりて決定すべき事

實問題なり。而して無名契約に於ては當事者の意思即ち法律にして、其效力は意思の内容により決定せらるべきは何人も疑ふ能はざる所なり。(三)右の如く當事者の意思の内容によりて決定せられたる行為に付き吾人は其行為は果して公益に反する所なきや否やを審査するを要するものなり、と爲すものなり(註七)。

註七 中島博士「賣渡抵當に就て」民法論文集五一八頁。三浦博士 擔保物權法三五五頁

第四 賣渡擔保を以て無名契約なりと爲す説

本説によれば、賣渡擔保は當事者の契約自由の原則に基き合法的に設定せらるゝ財産權移轉の方法に依り債權擔保の目的を達する無名契約にして、買戻約款附賣買、再賣買豫約附財産權讓渡、條件附財産權讓渡行為とは、其性質效力を異にするものにして、到底是等に依りて賣渡擔保を説明し得ざるものなり。

又抵當と稱し擔保と云ふも、そは現行民法に規定する抵當權質權等の意味にあらず、當事者の自由契約に基きて爲す債權擔保を云ふに外ならず、賣渡擔保は債務者が債權擔保の目的を以て財産權を債權者に移轉する行為なるも、財産權の種類によりては設定に依りて債權を擔保し得るものなり、元來財産權の移轉は財産權處分行為の一種にして、法律上所謂不要因行為と稱せらるゝものなり。其移轉を合法的ならしむるに何等事由の存在を要せず、獨立に効果を有する無名行為なり、而して其移轉せらるゝ財産權が物權なるときは物權行為なり、債權なる場合は債權の讓渡行為と稱すべきものなり。斯く財産權の移轉は不要因、無名の法律行為にして其内容は通常は契約なるも、單獨行為の場合も存するものなり、財産權移轉行為の性質にして然りとすれば、財産權移轉の方法を以てする債權の擔保は移轉擔保或は讓渡擔保と稱するを以て適當とするものにして、財産權移轉行為を爲すに至れる基礎行為を以て之を稱すべきにあらず。

即ち賣渡擔保、賣切擔保と云ふが如く賣買を以て財産權の移轉又は讓渡に代ふるは大なる誤なり。何となれば

賣買は單に財産權を移轉すべき義務を發生する債權契約にして、賣買其ものに依り財産權は直接移轉するの效果を生ずるものにあらざればなり。而して以上の如き債權擔保の目的を以てする財産權の移轉は、全く民法に定型を具へざる無名契約にして契約自由の原則により當事者が任意に設定したるものなりと爲すものなり(註八)。

註八 細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報第三四卷第六號一三頁以下

以上の内、第一説は論者自ら主張する如く我國に於ける賣渡擔保を以て獨逸に於ける *Wiederkauf* (論者の所謂第一種の信託行爲)(前田直之助氏法曹會雜誌第八卷第八號三三頁)と符節を合はすが如きものなりと爲し獨逸民法に於ける買戻附賣買の思想を以て我國の賣渡擔保を説明せんとするものなり。即ち此説は我國に行はるゝ斯種の取引を賣渡擔保と讓渡擔保との二種に區別せんが爲め賣渡擔保を極めて狹義に解し、斯種取引の内賣買契約に買戻約款を附したる取引のみを賣渡擔保なりと爲し(同上同頁)其他の取引は之を賣渡擔保より除外し別に讓渡擔保なる取引ありと爲し(同上第九號三九頁)之を前提として此賣渡擔保は獨逸に於ける *Wiederkauf* と全く符節を合はすが如きものなりと斷定し、更に此 *Wiederkauf* は金融の必要ある際に行はるゝ法律行爲なることを獨逸諸家の説を援て明かにせるものなりとす(同上第七號六頁以下)。然れ共別に述ぶるが如く我が國の實際取引に於ては賣渡擔保と讓渡擔保とを區別すること無きものにして取引の當事者も之を區別して取引する意思無きものなるを以て論者の主張は我が國に於ける取引の實狀とは全く相反するものなること明かなり。蓋し我が國に行はるゝ賣渡擔保に在りては債務辨濟期限經過の一事は依り目的財産權に對する債務者の回復請求權は直ちに之を失ふこと無きもの多數存するものにして、斯種の賣渡擔保に在りては、債權者は辨濟期限經過後目的財産權を處分して其對價に依りて辨濟を受くべく、餘剩あるときは之を債務者に返還することを要するものなるを以てなり。

加之此説に所謂買戻附賣買なるものは、我が民法上如何なる地位を有するものなるや、此説に所謂買戻附賣買

は民法第五七九條に規定せる買戻約款附賣買を指稱するものなるや或は無名契約として取扱ふべきものなるや不明なり。而して此説の主張する所謂買戻附賣買にして前者を指稱するものならんか、其目的財産權は不動産に限定せらるべく(民法五七九條)、又買戻期間も其延長は之を許されざるべく(民法五八〇條二項)、實際行はるゝ賣渡擔保と全く相容れざる取引たるに歸するものなり。又此説の主張する買戻附賣買にして、無名契約なりと爲すものならんか、賣渡擔保として既に一般取引に慣熟せらるゝものなるを以て、之を買戻附賣買なりと爲すは全く無意味なりと謂はざるべからず。而して *Wiederkauf* が金融の必要に迫られたる場合に行はるものなりとの事は之を以て我が賣渡擔保を以て、買戻附賣買なりと爲す論據と爲すに足らざるものなり。何となれば、我が國に於て金融の必要に基き爲すことを得べき法律的手段は、賣渡擔保の外契約自由の原則に基く其他の無名契約、買戻約款附賣買、條件附法律行爲、再賣買の豫約其他擔保權の設定等多種多様に存するものなるを以てなり。

又、賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す第一説の論據が、中世以後我が國に慣行せられたる本物返契約を其儘現今行はるゝ賣渡擔保なりと爲すに在りとせば、其誤れるものなることは賣渡擔保の沿革の章に於て述べたるところなり。蓋し中世以後慣行せられたる本物返契約と、現今行はるゝ賣渡擔保契約との間には或程度の共通點あるも、他方多くの相違點を有するものにして、中世以後慣行せられたる本物返契約が其儘現今行はるゝ賣渡擔保契約なりと爲すを得ざるものなればなり(註九)。

註九 原審は本件賣渡擔保を以て當事者間に於て其所有權を移轉せざる一種の信託行爲なることを明かにしたるものなるを以て、買戻附賣買の性質を有する本物返し契約と其性質を異にすること自明なれば之と同趣旨に依り上告人の抗辯を排斥したるは相當なり(大審院大正五年(オ)第七八八號、同年一月八日第三民事部判決、法律新聞一二二五號)。

又第二説は、羅馬法に於ける *Fiducia* と我が國に於ける賣渡擔保とを全く同一視し *Fiducia* によつて我が賣

渡擔保を説明せんとするものなり。
 蓋し羅馬法に於ける *Fiducia* は物權讓渡の行爲たる *Mancipatio* (*in Jure Cessio* に付き亦同じ) は條件の附加を許さざりし故に、債務の辨濟を條件となして所有權を讓渡し以て擔保の目的を達する能はざりしを以て、債務者は *Mancipatio* の方式により動産、不動産の所有權を債權者に讓渡し、之と同時に債權者は目的物を濫用せざること並に債務完済の際には之を債務者に返還すべきことを約したり。此約束を信託契約 (*Pactum Fiduciae*) と稱したり。斯の如く *Mancipatio* と *Pactum Fiduciae* を合したるものを信託行爲 *Fiducia* と稱せしものなり。即ち羅馬法に於ける信託行爲は單一の行爲に非ずして信託契約の件より *Mancipatio* 又は *in Jure Cessio* なりしなり。之を極言すれば羅馬法に於ける信託行爲は、賣買契約 *Mancipatio* に他の契約の附加したるものにして一個獨立したる行爲にあらざりしものなり。而して第二説は此羅馬法の信託行爲の理論に基き、我が國の賣渡擔保を説明するものなり。

以上の如く賣渡擔保は、賣買契約を主として之に他の契約の附加して構成せられたるものなるや、或は一個の無名契約なるやに付きては學說分るゝものなるも、第一説と第二説とは何れも賣買を主として之に他の契約が附加して構成せらるゝものなりと爲す點に於て、賣渡擔保賣買説と爲すを得べく、第四説は之を無名契約説と稱することを得るものなり。又第三説は所謂廣義の賣渡擔保を觀察し居るものにして、此點より第三説を觀察するときは第二説に類似するものなり。然れ共第三説が信託行爲に依る賣渡擔保(狹義の賣渡擔保)は結局無名契約なりと爲す點に於て、全く第四説に近似するものにして、第三説は之を解體するときは第二説と第四説に分類することを得るに至るものなり。故に賣渡擔保の性質に關する學說は、之を大別して賣渡擔保賣買説と賣渡擔保無名契約説とに分類することを得るものなり。

賣渡擔保を以て賣買契約に他の契約が附加せるものなりと爲す説に在りても、擔保せらるべき債權と賣買代金との關係に付きては(一)賣買契約成立と同時に債權者たる買主の有する消費貸借上の債權と債務者たる賣主の有する目的物の賣渡代金は相殺せらるゝものなりと爲す説(註一〇)と(二)賣買に依る賣渡擔保の場合に於ては、當事者間に被擔保債權關係と賣買に依る債權關係が併存するものにして、債權者が其債權を保有する外、賣買に基き目的物の所有權を取得し他面債務者に代金支拂の債務を負ふ、併し此賣買は債權擔保の目的の下に締結せらるるが故に、債務者が其債務を履行するときは目的の到達に依りて當然消滅し、債務者は目的物の所有權を回復し、債權者は代金支拂の責を免る、若し債務者が履行期に債務の履行を爲さざるときは、債權者の有する被擔保債權は債務者の有する代金債權と相殺せられて消滅すと爲す説(註一一)あるものなり。

註一〇 前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第七號以下
 註一一 川添清吉氏 同上第一卷第四號五頁

賣渡擔保賣買説に依るときは、賣渡擔保の成立には常に必ず賣買契約の存在を必要なりと爲すものなること以上の如し。而して賣渡擔保契約を其内容若くは外形に於て、賣買の合意の有無の方面より觀察し之を分類するときは、

- (甲) 契約の外形若くは契約の文言に於て賣買の形式を具備するも、其實質に於ては賣買契約の存在は之を認むるを得ざるもの、
- (乙) 契約の外形、内容共に賣買の合意を包含することなく、純然たる債權擔保の爲めの財産權の移轉たる性質を有するもの、
- (丙) 賣渡擔保契約に包含せらるゝ各種の合意中より賣買契約に必要な部分のみを綜合するときは、賣買契約

の成立を認め得るも賣渡擔保契約の内容には其他被擔保債權に關する合意、債務辨済に關する合意、辨済不能なる場合に於ける目的財産權處分に關する合意等多數の合意を残存するのみならず、民法買戻契約の要件を具備するに至らざる爲め無名契約として取扱ふべきもの、の三種に分類することを得るものなり。

(一) 契約の外形、若くは契約の文言に於て賣買の形式を具備するも、其實質に於ては賣買契約の存在は之を認むるを得ざるもの

多數の賣渡擔保契約は其外形に於て賣買の外形を具ふるもの比較的多く存するものなり。例へば契約書の文言に於て賣買の文字を使用し、或は目的財産權移轉の登記書類に賣買の文字を使用するが如きなり。然れ共賣渡擔保契約の外形に於て賣買の形態を具ふるの一事により、賣渡擔保契約を以て賣買契約を以て賣買契約なりと解するは當事者の取引の實情を無視するものなりと謂はざるべからず。

蓋し債權を擔保する目的を以て財産權の移轉を爲す當事者の眞意は、債權者に在りては其債權の確實にして簡易なる回收にある外他意なきものにして、債權の回收は債權者に採りて唯一にして又最終の目的たるものなりとす。故に債權者は之が手段として、賣渡擔保契約を採りて債權者より其財産權の移轉を受け若くは優先辨済の權利を取得するも、債權者は此限度を以て満足するものにして債務者との間に於て眞に賣買契約を成立せしめんとするものにあらず。殊に最近に於ける實例としては、債權者は目的財産權を完全に取得しつゝ、債權は之を存続せしめんとするもの多く存するものなり。又債務者に在りては、所要の金融を得ること、並に賣渡擔保の目的に供したる財産權に付き引續き之を營業其他に利用し得るのみならず、目的財産權は債務の辨済により容易に之を回復し得る等の便益を主眼として、債權者に對し優先辨済の權利を與ふる意思を以て、賣渡擔保契

約を締結するものにして目的財産權に對する賣買契約の締結を欲するものにあらず、當事者は右の如き實情の下に、各自適當とする内容並に條件を以て賣渡擔保契約を締結するものにして、簡易迅速を貴ぶ實際取引に於て、賣渡擔保賣買説の説明するが如く、當事者間に於て先づ金錢消費貸借を成立せしめ、次で目的物件に付き賣買契約を締結し、其代金と消費貸借契約により受領すべき金員に付き相殺の意思表示を爲すが如き、繁雜にして極めて細密なる法律手續を爲すものにあらず。

元來實際取引に従事する當事者は、取引の簡易迅速に運ぶことを欲するが爲に細密にして繁雜なる法律手續に依ることを避けんとする傾向を有するものなり。

故に賣渡擔保契約の當事者にして眞に單純なる賣買契約の成立並に目的財産權の買戻を欲するに止るに於ては取て金錢消費貸借契約を締結し更に賣買契約を締結し、賣買代金と金錢消費貸借契約に基き受取るべき金員とを以て相殺を爲す等、數多の不必要なる行爲を爲すの要なかるべきなり。何となれば、賣渡擔保を以て賣買なりと爲す説に従へば、當事者の欲するところは賣買契約の締結なると共に之に買戻契約を附加せんとするに止まるものなればなり。然るに賣買契約並に買戻契約の目的を達する爲には、全く不必要なる金錢消費貸借を締結し、更に相殺を爲す結果當事者の一方に契約の不履行ありて、其一方より賣買契約を解除したるときは當事者は相手方に對し、原状回復の義務を生ずる結果、既に爲したる相殺並に金錢消費貸借契約に付き種々なる問題を生じ、法律關係徒に複雑となり、當事者の一方は、賣買契約を解除するも其目的を達することを得ざるが如き結果を生ずる虞なしとせず、之れ全く賣渡擔保を賣買契約なりと爲し賣買契約なることの理論の運行を圓滿にする爲め、賣買契約の締結には全く不必要なる金錢消費貸借契約並に賣買代金との間に相殺ありと爲すが爲めに外ならずして、賣渡擔保を以て賣買契約なりと爲すことが何等理論上の根據なきものなることを明か

にするものなり。

賣渡擔保契約に於て、金錢消費貸借契約あり又賣買契約ありて各其間に相殺の意思表示ありと爲すは全く賣渡擔保契約の形態に冠せられたる賣買の形式を法律的に適合せしめんとする一種の規制に過ぎざるなり。

又之を他の方面より考察せんに、賣渡擔保を以て賣買なりと爲す説に従へば、賣買擔保に於ける被擔保債權は賣買代金と相殺せられ、債權は消滅に歸したりと爲し、債務者は目的財産權に付き之が買戻權を有するも、這は全く債務者の權利にして義務にあらずと爲すものなり。従つて債務者に對し此權利の存在あるも、債務者が此權利を行使せざるときは目的財産權は債權者の歸屬を失ふことなきものなるを以て、普通賣渡擔保に存在するものと認めらるゝ擔保作用たる、辨濟不能の場合に於て目的財産權を處分して餘利は之を返還し、不足は之を追徴する等の途なきものなり。又目的財産權の保管、其他賣渡擔保に於て論議せらるゝ各種の問題も亦存在するの餘地なきものなりと云はざるべからず、故に債權擔保の目的を以て財産權を移轉したる場合に於て、當事者が賣買の形式を採りたるにかゝはらず、普通の賣買擔保に於て存在する擔保作用たる、辨濟不能の場合に於ける目的財産の歸屬、處分等の事項の合意が契約の全體の趣旨より之を認め得らるゝ場合に在りては、之を以て單純なる賣買なりと爲すを得ざるものにして、斯の如き場合に於ては當事者の意思は何等かの形式に於て債權は之を存續せしむる意思を以て賣買擔保を締結したるものなりと爲さざるべからず。而して斯の如く觀察することは、當事者の意思に反せざるのみならず、斯種の行爲を爲したる當事者の意思に適合するものなりと爲さざるべからず。蓋し當事者の意思にして真正なる賣買を爲し債務者に對し目的財産權に付き之が買戻を爲し得る權利を有せしむるに止まるものなる場合に於ては、賣買擔保に普通存在するものと認めらるゝ債權擔保の作用に關する合意其他目的財産權に關する合意の如き全く不必要なるものなればなり。

以上之を要するに、賣買擔保契約は其外形に於て、賣買契約の形態を具備するもの多數を占むるものなるも、契約の全體の趣旨より觀察して、債務の存續を認め得る限り、當事者間に債權關係ありと認むべきものにして、斯の如き場合に在りては、契約の内容に於て眞に賣買の合意あり、従つて債權關係は相殺に依りて消滅せりと爲すことを得ざるものなり(註一二)(註一三)。

註一二 茲に賣渡擔保なる慣行の語を避け擔保的所有權移轉の稱を用ひたるは實際上に於ては賣買名義に因りて所有權の讓渡を爲すを常とするも法律上は眞に賣買あるものと目すべからず、寧ろ擔保の目的を物權の所有權移轉行爲を爲すものと解すべきを以てなり(松本博士 民法論文集第二卷二四一頁)。

我邦に於て實際行はるゝ擔保的所有權移轉は多く賣買の形式を用ひられたり、即ち債務者が其擔保の目的に供せむとする所有物を債權額と同一の價格にて賣渡すと同時に債權の利息に該當する金額を借貸とせる貸借契約を結びて其物の占有使用を留保し、又賣買の代金と債務とを相殺すると同時に一定期間内に舊債權額と同一の價格にて其物の買戻を爲すことを得べき旨を約束するものなり。總て是等の行爲が眞意を以て當事者間に行はれたるものと認定すべき場合に於ては、之を擔保物所有權移轉の場合と目すべからず、此場合に於ては眞に賣買ありて、物の所有權は其賣買の履行を目的とする所有權移轉の行爲に因りて完全に移轉せられたるものにして、別に買戻の約束又は再賣買の豫約あるも、此契約は直接には前の賣買契約と交渉するところあらず、又買受人の有したる債權は賣買の代金と相殺せられて全然消滅せるものにして復た之が擔保の問題を残存することなきものなり。

然れども、當事者の眞意が上述せる債權の消滅及び物の眞正なる賣買に在ることは事實上稀有なるべく、或場合には其賣買及買戻の約束又は再賣買の豫約並に債權と賣買代金との相殺は皆虛偽表示にして當事者の眞意は前述せるが如き擔保的所有權移轉の契約を爲し以て債權の擔保を計らんとするに在りと認むべきことあるべし。又或場合には當事者の意思は直接に擔保的所有權の移轉を爲すに在ること外面上よりも亦明確にして買戻特約又は賣買等の用語は「法律生活に慣熟せざる當事者が之を直接に表示する方法に窮したる爲め」假用せられたるに過ぎざるものと解すべきことあるべし(松本博士 民法論文集第二卷二四七頁)。中野常雄氏「賣渡擔保に付て」法律新聞八二八號、上田啓次氏「銀行研究二一卷一號九〇頁、三浦博士「擔保物權法三〇三頁。入江博士「法學志林二八卷四號三〇三頁。升本氏「法律評論一卷民法六七八頁、法

曹會決議法曹記事三〇卷五號一八頁。大審院大正五年(オ)第六〇五號、同年九月二〇日判決、法律評論五卷、民法一一四六頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日判決、民事判決錄二五輯一三三三頁。同大正八年(オ)第八九二號、同一年三月二六日判決、法律評論九卷民法二八六頁。同大正一二年(オ)第七二號、同年七月二二日判決、法律新聞二二七一頁。同大正一〇年(オ)第一二二號、同年五月三〇日判決、法律評論一〇卷民法五三一頁。同大正一五年(オ)第三一四號、同年八月三日判決、法律新聞二六一六頁。同大正一四年(オ)第一二三號、同年七月二五日判決、法律新聞二四七五號。同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月一七日判決、法律新聞二八〇四號。同昭和二年(オ)第七六號、同年五月一日判決、法律評論一六卷民法六五八頁。同昭和四年(オ)第九八三號、同年一月一六日判決、法律評論一九卷民法八四五頁。同昭和四年(オ)第八二七號、同年一月二三日判決、判例彙報四一巻一五頁。同昭和五年(オ)第二二五六號、同年四月二四日判決、法律評論二〇卷民法九二四頁。同昭和六年(オ)第一六二五號、法律新聞三三六五號一〇頁。同昭和六年(オ)第二七八號、同七年六月二九日判決、法律新聞社編大審院裁判例(六)民事二〇〇頁。同昭和六年(オ)第三五八號、同年一〇月二八日判決、法律新聞社編大審院裁判例(五)民事二二七頁。同昭和八年(オ)第三四四號、同年九月二〇日判決、法律新聞三六一三號。同昭和一〇年(オ)第三九九號、同年六月八日判決、法律新聞社發行大審院判決全集一九號三頁。同昭和八年(オ)第三五六號、同年一〇月三〇日判決、法律新聞三四六號。

註一三 苟くも賣渡擔保を擔保權の一型態として見る以上所有權讓渡行為の外に當事者間に債權關係が存在せねばならぬ、賣主の所有權復歸を可能ならしむる權利の外に債務者としての債務が現出して居らねばならぬ、賣買の中に債務關係が吸收されずに賣買行為と債務との間等かの間が存在しなければ擔保の思想が閃かない、従つて賣渡擔保を所有權讓渡の方法に依る債權擔保の一型態として見る限り、債權關係が存続し賣主の權利の外に債務者としての債務が存在して居る場合であらねばならぬ(石田博士「賣渡擔保に於ける二型態」法學論叢第三二巻二七二頁、同博士「法學三巻八號六頁」)。

當事者の一方が金錢を給付することを約し相手方が之に財産權を移轉することを約し、之を通俗に賣買と稱する場合に於ても其金額にして財産權の目的物の價額に比し格外に低廉なるときは、特別の事情なき限り當事者の意思は財産權の移轉と金錢の給付とを對價關係に置きたるに非ずして、賣買以外の所謂賣渡抵當其他の契約成立したるべしとの疑を容る、の餘地あるものとす(朝鮮高等法院昭和二年民上一四一號、同年五月二〇日判決、朝鮮協會雜誌六巻六號四一頁)。

(二) 契約の外形、内容共に賣買の合意を包含することなく、純然たる債權擔保の爲めの財産權の移轉たる性質たる性質を有するもの

賣渡擔保契約の内容に於て賣買の合意を包含することなきものにありては之を以て賣買契約なりと爲すの餘地全然なきものなり(註一四)。

註一四 松本博士 私法論文集第二巻、二四一頁以下

而して次の場合は賣渡擔保に於ける財産權の移轉が民法上の賣買契約の要件を具備するに至らざること極めて顯著なる場合なりとす。

(1) 賣渡擔保契約の内容に於て買受人たる債權者に對し賣買の目的物の所有權を與ふることなく、單に債務者たる賣渡人が其債務に付き債權者をして第三者を排して優先辨濟を受くることを得る何等かの内容を有する權利を與ふるに止まりたる場合

賣渡擔保契約の内容が以上の如き内容なる場合に於ても、尙賣渡擔保の成立を妨ぐるものにあらざるべく(註一五)、斯種の賣渡擔保に付ては賣買契約の成立を認むること能はざるものなること多言を要せざるものなり。

註一五 立木を擔保の目的とするには、其所有權を債權者に對内的にも將又對外的にも移轉するか、或は單に對外的に移轉するか又若し其所有權を移轉せざるものとするも、少くとも債權者をして第三者を排して優先辨濟を受くることを得る何等かの内容を有する權利を獲得せしめざるべからざるものにして、假に然らずとせむか、其所謂擔保なるものは全然法律上の意義及び價值を有せざるものと爲り、當事者が斯る架空のものを以て擔保契約の内容と爲すことは、實驗則上到底之を肯定することを得ざるところなり(大審院昭和四年(オ)第九八三號、同年一月一六日民事第一部判決、法律評論第一九巻第七號、民法八四五頁)。

(2) 債務者以外の第三者の有する財産權を以て賣渡擔保の目的財産權として債權者に移轉したる場合(註一六)

註一六 我妻榮氏「判例賣渡抵當法」松波先生還曆祝賀論文集。石田博士 法學論叢三二卷二號「賣渡擔保に於ける二型」二七頁以下

(3) 債権者以外の第三者に賣渡擔保の目的財産権を移轉することにより賣渡擔保を成立せしめたる場合（註一七）

註一七 我妻榮氏 前掲二一頁、大審院大正七年一月五日民事第一判例決

(4) 賣渡擔保契約の内容が賣渡根擔保即ち將來發生することあるべき債権を擔保するにありたるるとき、斯の如き賣渡擔保契約も有效なること前に述べたるところなり（註一八）。

註一八 我妻榮氏 前掲二二頁。大阪控訴院大正四年判例、最近判例集第一六卷三七三頁。廣島控訴院昭和四年（ネ）第二二號、同年七月二六日民事第一判例決、法律新聞三〇四號一二頁。松本博士 私法論文集第二卷二四四頁、賣渡擔保の意義の項参照

(5) 賣渡擔保契約の當事者間に債務者が債務の辨濟期日に其辨濟を怠りたるときは、目的財産権を代物辨濟として債権者に之を歸屬せしむる特約ある場合

賣渡擔保契約の當事者間に債務者が債務の辨濟期日に其辨濟を怠りたるときは、即時目的財産権を債権者に歸屬せしめ、債務者が目的財産権に對する一切の權利を喪失する特約ある場合に於ては、目的財産権は其時に於て初めて當事者間の内部關係に於ても債権者に歸屬すべく、又債権は其時に至る迄は存續するものなりと謂はざるべからず。従つて斯の種の内容を有する賣渡擔保契約に付き、之を賣買に基く賣渡擔保なりと謂ふことを得ざるものなり。而して此種の賣渡擔保契約は少からず存在するものにして其有效なることは疑の餘地なきものなり（註一九）。

註一九 債務者が消費貸借に因る債務の辨濟を確保する爲め所謂賣渡擔保として自己の居住し若くは使用する家屋又は物品

の所有權を債権者に移轉したる場合に於ても、特別の事情なき限り債務の辨濟期限迄は賣渡擔保若くは使用貸借に因り、債権者に於て該家屋又は物品の使用及收益を債務者に許容するものに係り、辨濟期限に辨濟を爲さざるとき、原審認定の如き所謂代物辨濟の特約ある場合に於て初めて債務者は右物件を占有するの權限を喪失するを以て普通と爲し、賣渡擔保と爲したる當初より債務者は何等の權限なくして目的物件を占有するものと爲すべきものに非ず（大審院昭和六年（オ）第七九〇號、同六年一〇月一六日民事第五部判例、法律新聞三三三〇號一六頁）。

賣渡擔保の目的に供したる不動産を期限後は代物辨濟として其所有權を移轉する契約は法の禁する所にあらざるものとす（大審院大正一〇年（オ）第八二七號、同年一月二四日第二民事部判例、法律評論第一〇卷民法一三九二頁）。

以上の場合に於ては、賣渡擔保の内容を爲す意思表示は民法上の賣買契約と甚しく異り、賣買契約としての獨立の存在を有し得ざるものなるを以て賣買契約に關する法規を適用し得ざるものなり。例へば將來發生することあるべき債権を擔保する爲め賣渡擔保を提供したる場合に於て、賣買契約の成立を認むるは極めて困難なるべく、又賣買契約の成立を認むるも其代金と債権との相殺に關する意思表示に付き更に大なる困難に遭遇すべく、他面賣買契約の成立、相殺等の成立を認むるときは法律關係複雜多岐に分れ、種々なる問題を殘すに至るべく決して取引の實情に適合するものにあらず、又取引の當事者に斯の如き意思ありと推定すれば、現在に於ける取引の實狀に照し甚しく當事者の意思に反するものなりと謂はざるべからず。

一部の學者は之等の債権擔保の爲めにする財産權移轉の行爲に對し、別に讓渡擔保なるものを認め賣渡擔保契約の觀念より之を除外せんとするも、斯の如きは一の學理的存在たるに止まり實際取引上の存在にあらず、尙此問題は後に述ぶるところあるべし。

(三) 賣渡擔保契約に包含せらるゝ各種の合意中より、賣買契約に必要な部分のみを綜合するときは、賣買契約の成立を認め得るも、賣渡擔保契約の内容には其他被擔保債権に關する合意、債務辨濟に關する合意、辨濟

不能なる場合に於ける合意等多数の合意を殘存するのみならず、民法買戻契約の要件を具備するに至らざる爲め、無名契約として取扱ふべきもの。

賣渡擔保契約の外形に於て、賣買契約の形式を具備するものに在りても、多數の賣渡擔保契約の當事者は實際金銭消費貸借契約と賣買代金との相殺を爲すものにあらずして、賣買契約は一の單なる形式に止まるものなるを以て、契約の全趣旨より見て何れかの點に於て債權の存續を認め得る限り債權は存續せるものなりと認むべきものなること(一)に於て述べたところなり。然れ共多數の賣渡擔保契約の中に在りては、當事者が眞に其契約の内容に於て賣買の合意を爲し、債權と賣買代金とは之を相殺し、之に他の各種の合意を加へて一個の契約と爲し、以て賣渡擔保契約を締結する場合の存することは之を否定し難きものなり。

而して斯種の契約と(一)に於て述べたる契約との差異は極めて微細なる差異たるに止まるものなりと雖も、債權關係の存續する意思に基くや否やによりて之を決定すべき事實問題なりと云はざるべからず。而し斯種の賣渡擔保契約に在りては、賣渡擔保賣買説の主張するが如く、賣渡擔保を以て賣買なりと爲し、若くは賣買に附加して他の契約が存在するものなりと爲すことを得るが如きも然らず、後に述ぶるが如く賣渡擔保契約の内容を爲す斯種の合意は其他の合意と相結合して賣渡擔保契約を組成するものにして賣渡擔保契約と離れて此部分のみにより一の獨立の契約を爲すものにあらず、従つて此部分のみにより一個獨立せる效力を有するものにあらずと爲すべきなり。即ち賣渡擔保契約の内容を成す合意の一部によりて、賣買契約の成立に必要な要件を具備し此部分のみにより賣買契約の成立を認め得る場合に在りても、當事者は此部分を他の部分と分離して賣買契約としての獨立の効果を與ふる主旨にあらずして、之等全體の合意を一括して賣渡擔保契約を組成する意思の下に法律行爲を爲すものと解するものなり。

此點に付き賣渡擔保を賣買なりと爲す説に在りては、賣渡擔保は眞正なる賣買なるも經濟的意義に於て擔保なりと爲し、又債務の辨濟なる觀念を認め以て賣渡擔保に存する擔保作用を肯定せんとするものなり。

然れ共、賣渡擔保が眞正なる賣買にして擔保すべき債權關係に付き何等の合意の見べきもの無きに於ては辨濟的意義に於ても擔保たることを得ざるものなりと謂はざるべからず。何となれば賣渡擔保賣買説によれば賣渡擔保は眞正なる賣買契約たるに止まるを以て、賣買契約には法律的にも經濟的にも債權擔保なる觀念を容るゝこと能はざるものなればなり。従つて又債務を辨濟することを得るの餘地なきものなればなり。然るに是等の學説及判例が賣渡擔保を眞正なる賣買なりと説明しつゝも、尙經濟的意義に於て擔保なりと爲し、或は債務の辨濟なる觀念を之に加へて其有する擔保的性質を明かにせんとする所以は他なし。賣渡擔保を單純なる賣買、眞正なる賣買なりと爲すときは、一般の賣買契約と賣渡擔保との間に寸毫の差異なきに至り、當事者の爲したる債權擔保の行爲と合致せざることとなり、債務の辨濟若くは辨濟不能なる場合に於ける法律關係を缺如するに至り、賣渡擔保を眞正なる賣買契約なりと説明するのみにては賣渡擔保の性質を説明するに不十分なるところありと爲すが爲めに外ならず。而して賣渡擔保は契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せる契約なることは多數學說判例の認むるところなり。従つて契約の内容も亦當事者の定むるところに依るべきものなることは明かなり。されば賣渡擔保契約の内容の一として賣買を爲すと共に、賣主たる債務者に一定期日に至る迄に一定金額を債權者に支拂ひ目的財産權の取戻を爲すべき債務ありと定め、債務者が其債務を履行せざるときは債權者は目的財産權を處分して其對價を以て債務の入金とし、餘利は之を債務者に返還し不足あるときは債務者より追徴することを得と定めたるときは、斯の如き賣渡擔保契約は之を無効なりと爲すべきか、其然る所以を知る能はざるなり。

賣渡擔保を賣渡すりと爲す説に依るときは、債務者の有する買戻権は權利にして義務にあらずと爲すこと前述の如し。而して我民法買戻附賣買の法理を以て賣渡擔保を説明するときは、斯く説明することは理論上餘儀なき結論なりと云ふを得べし。然れ共實際取引の當事者が斯の如き意思の下に斯種の取引を爲すものなるやは疑なきを得ざるものなり。蓋し賣渡擔保契約の内容に於て、當事者が賣買の合意を爲す場合に於ても、債権者は當該目的財産権に付き之が必要ありて之を買受くるものにあらず。又債務者は當該財産権が不用なるが爲めに賣却するものにあらずして、將來必ず買戻し得ることを確保して之を一時的金融の爲めに移轉するに止まるものなり。従つて其價格たる金融の限度に關しても、債権者は目的財産権に付き生ずることあるべき將來の價格の變動、延滞利息、諸費用等を見込み時價に對し低額の金融を爲すを常とし、債務者に於ても目的財産権の賣却を欲するものにあざざるを以て、當座に於ける必要なる限度の金融を得るを以て満足するものなり。従つて債務者は目的財産権の現在に於ける取引價格より低額なる金融を以て満足するの實情に在るものなり。債務者にして眞に目的財産権の賣却を欲するに止まるに於ては賣渡擔保の方法に出づるものにあらず、又債権者は債務者の依頼拒み難きが爲め敢て目的財産権の入用なきに拘らず其金融の依頼に應ずるものにして従つて當事者間に於て賣買の合意を爲したる場合に於ても債権者は債務者の期日に於ける買戻を期待するものなり。賣渡擔保賣買説が債務者の有する買戻権を權利にして義務にあらずと爲しつゝも、尙賣渡擔保を以て一の擔保契約となし經濟的意義に於て擔保なりと説明し又之に辨濟の觀念を加へんとする所以のものは、全く此間の關係を説明せんとするものに外ならず。

然るに之等の學說判例が、賣渡擔保を以て眞正なる賣買なりと爲し、債權關係は相殺によりて消滅せるものなりと説明するに止まるは、賣渡擔保契約の一内容として存する賣買の合意に重點を置き、其結論を急ぐ結果

にして當事者が債務者の負擔せる一定金額の給付に依り、目的財産権の返還を受くべきことを以て契約上の債務とする意思あるを無視し、賣渡擔保を以て單純なる賣買なりと爲すが爲めに外ならず。當事者は賣渡擔保契約の内容の一として、賣買に關する合意、相殺並に債務者に於て一定金額を一定期日迄に債権者に支拂ひ、目的財産権の返還を受くことを得る合意存する場合に於ても、債務者に於て一定期日迄に一定金額を支拂ひ目的財産権の返還を請求し得る合意を以て、債務者の有する單なる權利にあらずして契約上債務者の負擔せる債務なりと定むることを得るものなりと云はざるべからず。以上の如く賣渡擔保契約の内容に於て被擔保債權消滅に關する合意存するにかゝはらず、當事者は債務者に對し一定金額給付の債務を合意するを得るものなりと爲すは、言極めて奇なるが如く解せらるゝも賣渡擔保契約を締結せる當事者の意思並に取引の實情を仔細に考察するときは、當事者が賣渡擔保契約の一條件として賣買の合意を爲し、其代金と消費貸借による債權とを相殺し消費貸借上の債權債務を消滅せしめたる場合に於ても、元來賣渡擔保契約に於ける目的財産権の移轉は債権者に對する債務の擔保たる性質を有するものにして、當事者の意思は、債務者に在りては債権者に對し一定期日迄に一定金額を支拂ひ目的財産権を回復すべき債務ありと爲し、一定期日迄に一定金額を支拂ふ義務を負擔する意思を以て賣渡擔保を提供し、債権者に在りては債務者をして一定期日迄に一定金額を支拂はしめ、以て不用なる目的財産権を返還して融通金員の回收を得んとする意思に基き、賣渡擔保契約を締結したるものにして、當事者は債務者の有する目的財産権回復に關する權利に付き、寧ろ一定期日迄に一定金額を債権者に支拂ふ義務に重點を置き、債権者も亦債務者に對し之を支拂はしむる權利ありと爲し、以て斯種の取引を爲すものにして當事者の取引の實際に照らすも斯く解するを以て當事者の意思に適合せるものなりと爲さざるべからず。而して、當事者が斯の如き意思を以て之を内容として締結したる賣渡擔保と雖も、賣渡擔保が契約自由の原

則に基き當事者が任意に締結せる無名契約なること並に取引の實情より觀て、之を無効と爲すの理由なきものにして有效なる賣渡擔保なりと謂はざるべからず。

故に賣渡擔保契約の内容に於て、賣買の合意を爲し債權は之を消滅せしめ、債務者に於て一定期日迄に一定金額を債權者に支拂ひ、目的財産權の返還を求むることを得る内容を有するものもありても、其契約の全體の趣旨より觀て、當事者は債務者の有する目的財産權の返還請求權を一の權利と爲すにあらずして、債權者に對し一定期日迄に一定金額を支拂ふべき債務ありと爲す意思に基くものなりと認め得る限り、斯種の賣渡擔保に於ては尙債務者に一定の債務ありと爲し、此債務に基き賣渡擔保契約に於て被擔保債權の存續する場合に準じ之と同一の法則に従はしむべきものなり(註二〇)。

註二〇 賣買名義を以てしたる場合にも債務は存續するものなりと爲す判決少からず存するものなり。大審院明治三十九年(オ)第三七六號、同年一〇月五日判決、民事判決錄一二輯一一七二頁。同大正五年(オ)第三〇一號、同年七月一二日判決、法律評論五卷民法九〇三頁。同大正六年(オ)第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論七卷、民法二四三頁。同大正七年(オ)第五八九號、同年一月五日判決、法律評論八卷民法一〇五頁。同大正七年(オ)第一九四號、同年四月四日判決、法律評論七卷民法二二二頁。同大正五年(オ)第六〇五號、同年九月二〇日判決、法律評論五卷民法一一四六頁。同大正三年(オ)第五〇〇號、同年一月二〇日判決、法律評論三卷民事訴訟法三一六頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日判決、法律評論一〇卷、民法九二五頁。同大正九年(オ)第九〇六號、同一〇年三月五日判決、法律評論一〇卷民法四四四頁。同大正九年(オ)第三二〇號、同年六月二一日判決、法律評論九卷民法八五五頁。同大正一四年(レ)第一五六八號、同年一月二三日判決、法律評論一五卷刑法三〇頁。昭和五年(オ)第二二五六號、同六年四月二四日判決、法律新報二七一號。同昭和七年(オ)第一二八八號、同八年一月二八日判決、法學二卷九號九四頁。同昭和九年(オ)第二七一九號、同一〇年三月二七日判決、法律評論二四卷民法三〇五頁。

然れ共、賣渡擔保契約の内容に於て賣買の合意を爲し債權は之を消滅せしめ債務者に對し單に一定期日迄に

一定金額を債權者に支拂ひ目的財産權を回復することを得せしむるに止まり、此れを債務者の一の債務と爲すの趣旨を認むることを得ざるものに在りても、尙前述の如き理由に依り債務者は一定金額支拂の債務ありと解し得る餘地なきにあらざるも、當事者にして明かに債權は之を消滅せしめ而も債務者は一定期日迄に一定金額を債權者に支拂ひ目的財産權の返還を求むることを得ることを合意したるに止まり、契約の全趣旨よりも之を一の債務となす合意ありと認むることを得ざるものに在りては、當事者は右一定期日の徒過に依り、賣渡擔保契約に於ける目的財産權の歸屬を確定的ならしむる意思ありと認むべきものなるを以て此場合に在りては、目的財産權は確定的に債權者に歸屬し、債務者は之が回復の機會を失ふものなりと解すべきものにして、此時を以て賣渡擔保契約は目的の満足により之が終了を來すものなりと謂はざるべからず。然れ共債務者の有する一定金額の支拂ひによる目的財産權の回復は、元來賣渡擔保契約の一條項たるに止まるが故に、當事者は其合意により右期間は自由に之を延長し得るものにして、目的財産權に付き賃借契約、使用貸借契約の附隨するものに在りては其期間の延長、將來の賃料の受領等の事實に依り、期間の延長せられたるものと見るべきは後に述ぶるが如し。

而して此種の法律行爲は、債權擔保の目的を以て財産權を移轉するものなれば、其目的を達するが爲めに必要なる數多の合意を包含するものにして、單なる賣買契約にあらざるを以て、之に賣買契約に關する法規を適用するも此種の契約全般を規律し得るものにあらず。即ち數多の合意中、賣買契約に屬せざる合意、即ち債務辨済に因る財産權の返還の方法、若くは債務辨済を怠りたる場合に於ける目的財産權の處分方法、若くは代物辨済に關する合意、又目的財産權處分の結果餘剩若くは不足金に關する合意の如き、到底賣買契約を以て規律することを得ざるものなり。

以上の如く賣渡擔保契約の内容に於て何等賣買に關する合意存せざる場合に在りては、之を以て賣買契約なりと爲す餘地全然無きものなるのみならず、其外形に於て賣買契約の形式を備ふる場合に於ても、多數の賣渡擔保契約は其實質に於て當事者は何等かの形式に於て債權關係を存続せしむるものなるを以て、之を以て賣買契約なりと爲すことを得ざるものなり、只賣渡擔保契約の内容に於て眞に賣買の合意を爲し賣買代金と債權とは之を相殺し、債權關係存すること無きものに在りては、之を以て賣買なりと爲し得るが如きも、元來斯種の法律行為に在りては、其他多くの合意を以て一九としたる契約にして、其内容の一たる賣買に關する合意のみを獨立したる一の法律行為と爲すものにあらずるは勿論、之に他の合意と離れたる獨立の效力を附與する意思に基くものにあらずるが故に、賣渡擔保を以て賣買契約なりと爲すことを得ざるものなり(註二)。

以上之を要するに、賣渡擔保に之を以て賣買なりと爲し若くは賣買に附加して他の契約が存するものなりと爲すを得ざるは勿論、之を以て數種の法律行為の總名稱なりと爲すを得ざるものなり。而して賣渡擔保は民法の定むる典型的契約にあらずるを以て無名契約なりと謂はざるべからず、又其内容は當事者が契約自由の原則に基き任意に定むることを得るものなるを以て、賣渡擔保は當事者が契約自由の原則に基き任意に締結せる無名契約なりと爲すを以て正當なりと信ず(註二、三)。

註二 中村萬吉博士 民法論六四頁。大審院昭和六年(オ)第二七六〇號、同七年三月八日判決、法學一卷八號一〇六頁。同昭和八年(オ)第三六五號、同年一〇月三〇日判決、法律新報三四六號。中野常雄氏 賣渡擔保に就て、法律新聞八二八號

註三 賣渡擔保を以て買戻約款附賣買なりと爲す就に従ふも其目的財產權が不動産以外の財產權なるときは之を以て無名契約なりと爲す外なきなり。何となれば、我が民法は買戻約款附賣買は不動産の外之を認めざればなり。又目的財產權が不動産なるときに於ても民法の要件を具備するに至らざりしときは亦之を無名契約として取扱ふ外なきなり。

註三 賣渡擔保を其外形に重點を置かず實質的に觀察したる判決を例示すれば次の如し。

- (1) 債權者をして債務の履行を確保ならしむる爲め賣買名義を以て一時擔保物の所有權を債權者に移すが如き契約は法律の禁止するところにあらず。而して此法律關係の名義は賣買なるも其實一種の擔保たるに過ぎず(大審院明治三十九年(オ)第三七六號、同年一〇月五日判決、民事判決録一二二七二頁)。
- (2) 賣渡擔保は債務者が債權擔保の目的を以て債權者に物の所有權を移轉する法律行為にして債務者たる讓渡人は債權者たる讓受人を信任し之をして債權擔保の爲めに制限的に所有權移轉なる法律的效果を發生せしむることを欲するによりて成立するものなれば所謂信託行為に屬するものなり(同大正三年(レ)第一四九〇號同年七月七日判決、法律評論第三卷民法三六四頁)。
- (3) 不動産賣買擔保と稱するは賣買の形式により不動産を擔保に供する一切の行為を汎稱するものなるが故に賣渡擔保の内容又は効力は常に一定するものに非ず(同大正五年(オ)第三〇一號、同年七月一二日判決、法律評論第五卷民法九〇三頁)。
- (4) 賣渡擔保なるものは、要するに債權を擔保するの目的を以て賣買名義に因りて所有權を移轉するの行為を謂ふものにして是又擔保の一方方法なりとす(同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日民事第三部判決、法律評論第一〇卷民法二九四頁)。
- (5) 賣渡擔保は名義は賣買なるも其實擔保に過ぎず(同大正九年(オ)第三二〇號、同年六月二二日民事第二部判決)。
- (6) 賣渡擔保なるものは、債務の辨濟を確保するの目的を以て賣買名義により或物の所有權を内外共又は外部關係に於てのみ債權者に移轉するの行為を指稱するものなり(同大正九年(オ)第九〇六號、同一〇年三月五日民事第三部判決、法律評論第一〇卷、民法四四四頁)。
- (7) 通常賣渡擔保と稱するものは債務者が債權者に對し其債務を擔保する爲め其所有の財產に付き賣買の形式を採りたる一の信託行為なり(同大正一〇年(オ)第一二二號、同年五月三〇日民事第二部判決、法律評論第一〇卷民法五三一頁)。
- (8) 賣渡擔保は信託行為の一種にして債權擔保の目的を以て物の所有權を讓渡する行為を總稱し云々(同上昭和四年(レ)第四一四號、同年五月二八日民事第四部判決、法律評論第一八卷第九號諸法四五五頁)。
- (9) 賣渡擔保なるものは、其擔保する債權の辨濟を受けるまで賣買名義により擔保物の所有權を債權者に移轉し置き辨濟期までに辨濟を受けたときは債權者は之を債務者に返還すべきものなり(同昭和五年(オ)第二二五六號、同六年四月二四日第二民事部判決、法律新報第二七一號一一頁)。
- (10) 債務者が債務の辨濟を確保する爲自己の不動産を賣買名義を以て債權者に擔保に供したるときは特別の事情なき限り

少くとも第三者即ち外部關係に於ては之が所有權を債權者に移轉するものと辨するを相當とす（同昭和六年（オ）第一七三〇號、同七年一月二十九日第五民事部判決、法律評論第二一卷民法一七一頁）。

(11) 權利の信託的讓渡は無制限に權利を讓渡するものに非ずして、目的に依り制限を加へたる權利讓渡の意思表示なるが故に之を金銭の給付を對價として無制限に權利を讓渡する買買と同視すべきものに非ず（同大正四年（オ）第三六九號、同年一月二十五日判決、法律評論五卷民法四三九頁）。

而して賣渡擔保を以て賣買契約なりと爲し若くは賣買に他の契約が附加するものなりとの説は理論上の根據薄弱にして之に賛成することを得ざるものなり。然れ共賣買契約の締結によりて金融の目的を達する方法の存することは之を否定するものにあらず。既に述べたるが如く賣買契約附賣買、再賣買の賣約附賣買の方法によりても亦金融の目的を達し得るものなりと雖も、是等の法律行為は民法に特別なる規定ありて其成立、效力等法律に規定せらるゝものにして、一般の賣渡擔保に於けるが如く其成立並に效力に付き特に之を論究するの必要なものにして所謂判決によりて認められたる物的擔保たる賣渡擔保とは之を區別すべきものなり（註二四）と解するを以て、本書に於ては賣買擔保の爲め賣買契約を利用する方法は之を除外せんとするものなり。

註二四 石田博士「賣渡擔保に於ける二型態」法學論叢三二卷二號二九頁

第四節 賣渡擔保は獨立せる法律行為なりや

賣渡擔保は一個獨立せる法律行為なりや、或は賣買其他數種の法律行為の集合に對する總名稱たるに止まるものなりやの點に付きても、學說判例區々にして未だ一定せざるものなり。而して此問題に對する學說判例を大別するときは賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なりと爲す説と賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為に非ずと

爲す説とに二分することを得るものなり、賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なりと爲す説によるときは賣渡擔保（論者は讓渡擔保の文字を用ふるも賣渡擔保と同一義なり）は民法契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せるものにして私法上正面規定を缺き、又定型を具へざる法律上有效なる無名契約なりと爲すものなり（註二）。

註一 細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報三四卷八號六七頁

之に反し賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為にあらずと爲す説は種々あるものなり。

第一 一部の學者は賣渡擔保とは債權擔保の目的を以て所有權を讓渡する行為を總稱するものなるが故に、構成分子の一定せる事實にあらずして、構成分子を異にする數種の法律行為の總名稱なりと爲すものなり（註二）。

註二 中島博士「賣渡擔保に就て」民法論文集五一九頁

第二 他の學者は賣渡擔保なる名稱は時と場合とに依り別異の内容を有するものなれば、一定の意義を有するものにあらずと爲すものなり（註三）。

註三 丸澤藏之助氏「法學新報第三二卷第六號九六頁

第三 賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す説は、賣渡擔保は一個獨立せる法律行為なるや否やに言及することろ無しと雖、買戻附賣買を以て一個獨立せる法律行為にあらずして、賣買契約と別個に買戻に關する契約存するものなりと爲すを通説とする現在に於ては、賣渡擔保を一個獨立せる法律行為と爲す見解に基くものなりと爲し難きものなり（註四）。

註四 買戻の特約は賣買契約の構成部分にあらず、之と獨立したる別個の契約にして、只賣買契約と同時に締結し之と共に登記を爲したる場合に於て、第三者に對する效力を生ずるの關係あるに過ぎざること、民法第五七九條第五八一條に依り明かなるを以て買戻の特約のみを解除することを得ざるにあらず（大審院大正一〇年（オ）第一〇七號、同年三月三十一日第一民事部判決、民事判決錄二七輯六七七頁。同大正二年（オ）第四九三號、同三年六月二〇日判決。同明治四五年（オ）第一

四六號、同年五月二十九日判決等。

然れども、買戻附賣買は買買契約と買戻契約と別個に存するにあらずして買戻附賣買なる一個の法律行為にして買戻約款が無効なるときは本來の買買契約の無効を來すものなりとの學說あるものなり(註五)。

註五 我妻光俊氏 法學協會雜誌第四七卷一二號一七〇頁。中川善之助氏 判例民事法大正一〇年度一五七頁

第四 此點に關する判決に依れば、賣渡擔保と稱する取引は現行法上一個獨立せる法律行為にあらずして、賣買に附加して他の契約が存するに過ぎずと爲すものなり(註六)。

註六 大審院大正一〇年(オ)第一八四號、同年六月一日民事第一部判決、法律評論第一〇卷民法六一〇頁、沿革註一參照。

第五 賣渡擔保を呼ぶに、擔保的所有權移轉と稱する學者は、擔保的所有權移轉は債權擔保の目的を以て爲さるるものにして、其内容に於て三個の契約を包含するものなりと爲し、其一は被擔保債權に關する契約にして通常は同時に爲さるゝ消費貸借契約の債權なり。其二は物權移轉の原因たる基本行為としての債權契約なりと爲し、其債權契約に於ては讓渡人たる債務者は、其特定の所有權を讓受人即ち債權者に移轉することを約し、讓受人は讓渡人が債務を辨済したる場合に於て其物の所有權を讓渡人に返還することを約す。又債務の辨済なき場合に於て讓受人が其物を賣却し其代金にて辨済を受け、殘金を讓渡人に返還すべきか又は代物辨済の目的として其物を受けたることとすべきかは、當事者の意思に依り何れかに定め之を同一の債權契約に於て約することを要す。其三は、讓渡人が其讓受人に讓渡したる物の占有使用を留保し、新所有者たる讓受人に代りて代理占有を爲すべき法律關係を發生することを要すと爲すものなり(註七)。

註七 松本博士 私法論文集第二卷二四四頁

松本博士は擔保的所有權移轉を以て賣渡擔保又は賣渡擔保と爲すものなり。即ち「擔保的所有權移轉とは通俗に所謂賣

渡擔保又は賣渡擔保なるものを指稱するに外ならず」と爲すものなり。私法論文集第二卷二四二頁

以上の如く、賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為にあらずと爲す説は種々あるを以て、各個の學說に付き考察するに、第一説即ち賣渡擔保を以て債權擔保の目的を以て所有權を讓渡する行為を總稱するものなるが故に構成分子の一定せる事實にあらずと主張する説は、前に述べたるが如く賣渡擔保を極めて廣義に解し、賣渡擔保を以て買戻約款附財產權の讓渡、再賣買の豫約、條件附讓渡行為、信託行為に依る場合と爲し、之等數種の法律行為を賣渡擔保に包含せしむるを以て、斯の如き結論に到達するものにして、此説にありても所謂信託行為の場合、即ち狹義の賣渡擔保に付きて謂へば、信託行為による賣渡擔保は契約自由の原則に基く無名契約なりと爲すものなるを以て、此説は寧ろ賣渡擔保を以て一個獨立せる無名契約なりと爲すものと解し得らるゝものなりとす。

次に第二説は、賣渡擔保を以て一定の意義を有するものにあらずと爲すものにして、賣渡擔保を以て極めて漠然たるものなりと爲すも、現實に行はるゝ多數の賣渡擔保は、斯の如く漠然たるものにあらず、自ら共通の觀念並に共通の要件を具備するものにして、必ずや其間に一定の意義を有するものあるものなり。論者は未だ現實に行はるゝ多數の賣渡擔保なる取引を解せざるものなりと謂ふを得べきものなり。

第三説は賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲すものなり。而して此説は、賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なるや否やの點に論及するところなきが故に、此點に關する見解は之を知り得ざるも、買戻附賣買を以て一個の契約にあらずと爲すことは、大審院の堅持する見解にして(註八)又通説と爲すことを得るものなるを以て、民法買戻附賣買を以て一個の契約にあらずと爲す點より推論するときは、賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す見解は、賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為にあらずと爲すものなりと考へらるゝものなり。

註八 買戻の特約は解除權の留保の契約なるが故に解除せらるべき買買契約なくして存在することを得ざる契約たるに止ま

り其買契約と一體を爲し之が構成分子を成すものにあらず。買戻の特約は買契約の外に存し、而して買戻の特約は買契約に附随する點に於て買契約の存否に牽聯を有するも、買契約は買戻の特約の存否に牽聯を有することなきが故に、最初なしたる買戻の特約を後に至り當事者の合意を以て消滅せしめたる場合、買契約は之が爲め些の影響を受けず依然として存在すべきものとす（大審院大正二年（オ）第四九三號、同三年六月三〇日第一民事部判決、法律新聞九五三號）。

然れ共、前述の如く民法買戻に付きても、賣買と不可分なる一個の契約なりとの見解存するのみならず、賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す説の主張する買戻附賣買は、民法に所謂買戻契約とは異なる契約なりと解せらるるものなり。即ち民法の買戻は目的物、期限等に於て種々の制限あるも、論者の所謂買戻は斯の如き制限なき定型契約にあらざる自由契約としての買戻附賣買なりと云ふにありと解せらるるを以てなり。従つて論者が賣渡擔保を買戻附賣買なりと爲すは、或は一個の無名契約として獨立の存在を有するものなりとの見解に基くものなるやも知るべからず。

然れ共、賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲す見解は、現在頻繁に行はれつゝある斯種取引の内極めて少數のものに適用し得るに止まり、社會に行はるゝ大部分の斯種取引を除外せざるべからざるに立至り、當事者の意思にも適合せざるものにして賛意を表し難きものなること前に述べたるところなり。

第四説は賣渡擔保を以て賣買に附加して他の契約が存するものなりと爲すものにして、此見解は多數判決の維持する見解なり（註九）と雖も、其理論上の根拠を示すことなきを以て、之を知ることを得ざるを遺憾とするものなり。

註九 大審院昭和五年（オ）第一九二二號、同六年四月一五日第四民事部判決
而して此見解は我が國に行はるゝ賣渡擔保を以て、羅馬法に於ける *Fiducia* と同一に説明せんとするものなりと信ぜらるゝものなり。即ち羅馬法に於ける *Mancipatio (in Jure Cessio)* に付て亦同じを原因とする *Fiducia* は羅馬法に於ける *Mancipatio* に條件を附することを許さざりし結果 *Mancipatio* に他の契約を附加して

Fiducia を構成せるものにして、之を我が國語に譯すれば賣買と之に附加して他の契約が存するに該當すべきを以てなり。

賣渡擔保に付き、賣買契約の存在を前提とするときは、大多數の此種の取引は賣渡擔保より除外し、別に讓渡擔保なる取引を認むるの外なきに至るものにして、我が國の現在に於て當事者が賣渡擔保と讓渡擔保とを截然區別して、兩者に付き各自適當とするところに隨ひ其一を選び取引を爲しつゝありと認むるは、當事者の實際行ふところ並に當事者の意思に適合せざるものなり。されば其後判決に於ても、此點に鑑み特に債務の存続する賣渡擔保なる用語を用ひ、以て取引の實狀に適合せしめんとしつゝあるものなり（註一〇）。

註一〇 債務の存続する賣渡擔保に於ては其辨濟なかりし曉、擔保に關し如何なる效力を生すべきかは是又具體的個々の場合に於ける契約の趣旨に依りて決せらるべく一様に之を律するを得ず（大審院昭和八年（オ）第二一〇〇號、同年一月七日第五民事部判決、法律評論第二三卷第三號、民法二五五頁）。

従つて此見解に對しても第三説と同一の理由により賛意を表し難きものなり。

又第五説は賣渡擔保契約は其内容に於て三個の契約を包含すと爲し、其三個の契約を仔細に觀察するときは、賣渡擔保の内容として必要な事項の大部分を包含すと雖も、其内第三の契約の如きは賣渡擔保として必要なものにあらず、又同一當事者間に之等三個の契約併存したりとするも、決して賣渡擔保契約を結成するものにあらず。賣渡擔保契約の成立するが爲には之等の契約が各獨立の存在を有することなく一體不可分の關係に立ち、單一の契約關係を構成するにあらざれば賣渡擔保契約を構成するに足らざるものなり。

而して第五説に在りては賣渡擔保契約の内容に三個の契約を包含すと爲すものなるを以て、或は賣渡擔保を以

て一個獨立せる契約としての存在を認むるに在るやも知るべからずと雖も、若し第五説にして各個の契約を獨立せる契約なりと爲し、各契約が各獨自の效力を有するものなりと爲すに在らば之に賛成し難きものなること後に述ぶるが如し(註一一)。

註一一 松本博士は賣渡擔保を以て一個の契約なりと爲し賣渡擔保契約なる文字を使用せらるることあり(法律新聞第一二〇〇號五頁「賣渡擔保の效力に付て」)。

而して賣渡擔保は一個獨立せる法律行為なりや否やの問題は、之が決定極めて困難なる問題なりと雖も、賣渡擔保の研究上極めて重要な問題なりとす。蓋し賣渡擔保を以て數個の法律行為なりと爲すときは、

一 之が解除の問題を生ずるの餘地なきものなり。何となれば賣渡擔保は數個の法律行為なるを以て、其各個の法律行為に付き解除の問題を生ずるは格別、賣渡擔保其ものに付き解除を爲すことを得ざればなり。

従つて賣渡擔保を以て數個の法律行為なりと爲すときは、當事者の一方に不履行ありたる場合に於て其相手方の保護に付き極めて複雑なる法律關係を生ずるものなり。

之に反し賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なりと爲すときは、其性質に相反せざる限り之が解除を認め、當事者の一方を保護することを得べきものなり。

二 法律行為の無効、其他法律行為に付き行はれたる詐欺、強迫等の法律行為に及ばず效果及び法律行為に付き生じたる錯誤或は代理權に關する諸種の問題に付きても、賣渡擔保を以て一個の獨立せる法律行為と解するときは、賣渡擔保なる法律行為其ものに付き之を定むることを得べしと雖も、賣渡擔保を以て數個の法律行為なりと爲すときは其各個の法律行為に付き各別に之を定めざるべからざるに至るものなり。前述の如く賣渡擔保は一個獨立せる法律行為なりや、或は數個の法律行為にして一個獨立せる法律行為にあらざるやの點に付きては、學說

區々にして歸一するところなきも、次の如き理由に基き賣渡擔保は一個獨立せる法律行為なりと爲すを正當なりと信するものなり。

第一

(イ) 賣渡擔保は其内容に於て種々の合意を包含するものなることは否定し難き事實なり。

例へば債權に關する合意、目的財産權に關する合意、之が處分若くは返還に關する合意、目的財産權と債權との關係に付きての合意の如き之なり。今之等の合意の内、目的財産權の移轉に關する合意に付き考察するに、賣渡擔保の内容として行はるる目的財産權に關する合意は、結局民法賣買契約の要件を具備するに至る場合の存することあるものなること、及び賣買の要件を全く具備するに至らざるもの少からず存するものなること、並に全く賣買に關する合意に基かずして無原因に移轉せらるるものあることは前に述べたることろなり。而して賣渡擔保に付き行はるる合意の内より、賣買契約としての要件を具備する部分のみを他の合意より分離して觀察するときは、一個獨立せる賣買契約としての存在を保ち得る場合と雖も、此賣買が賣渡擔保契約の内容の一として締結せられたるものなるときは、其他の合意と離れて賣買契約として獨自の存在を有するものにあらずと謂はざるべからず。蓋し當事者は前に述べたるが如く、一定の金融を得ると共に、之が擔保の目的を以て財産權を移轉するものにして、賣買契約を締結せんとする意思の如き寸毫も之を有せざるものなればなり。従つて賣渡擔保全體の契約より、賣買に關する合意のみを分離して其効果を發動せしめんとするが如きは、當事者の全く豫想せざるところなり。

(ロ) 更に賣渡擔保の内容を爲す被擔保債權に關する合意に付き考察するに、賣渡擔保に於ける被擔保債權は現實に發生せるものなることを要件とするものにあらざること前述の如し。即ち將來發生することあるべき

債權に對しても尙賣渡擔保の提供を爲し得るものなり。蓋し賣渡擔保は全く契約自由の原則に基き、當事者が任意に締結せる無名契約なるを以て、法定の形式、若くは法定の要件の具備を必要とせざるものにして、公序良俗に反せざる限り、當事者の自由に締結し得るものにして、將來發生することあるべき債權を擔保する爲め提供せられたる賣渡擔保と雖も、之を否定すべき何等の根據なきものなればなり。従つて賣渡擔保に於ける債權關係に付きても、以上の如く將來發生することあるべき債權なることを以て足り、現實に消費貸借契約としての存在を有し得ざる債權に對しても尙賣渡擔保の成立を認め得るものなり。

賣渡擔保の内容に於ける其他の合意、即ち目的財産權返還に關する合意、目的財産權處分の場合に於ける餘剰若くは不足金に關する合意等に付き考察するも、之等の合意は各自獨立なる法律行爲と認むることを得ざるものにして債權に關する合意、目的財産權移轉に關する合意等と全く結合一體を爲し、其全部を以て之等各個の合意と離れたる無名契約を結成し賣渡擔保契約を構成するものなりと云はざるべからず。

以上の如く、賣渡擔保は恰も請負契約に於て極めて複雑なる合意を包含するが如く、其内容に多數の合意を包含するも、之等の合意は合一不可分の關係に於て、賣渡擔保なる契約を結成し、従つて當事者の意思も取引の實際も、各個の合意毎に各別の契約を成立せしめ、各別の法條適用の下に、各別の運命、各別の效力を有せしむるが如きは當事者の全く豫想せざるところなりと謂はざるべからず(註一二)。

註一二 (イ)中島博士は信用行爲の効力は之を内外の二面に分つて定むるを要す。即ち信用行爲は前述の如く二個の行爲より成る。一方に於ては財産權移轉行爲あり他の一方に於ては其財産を一定の目的以外に運用せざるべしとする債權契約存するものなりと論ぜらるるものなり(同博士 民法釋義卷之一 四九五頁)。

(ロ)三浦博士は、信託行爲たる賣渡擔保の存在を認むるものなり(同博士、擔保物權法三六一頁以下)。
然れども賣渡擔保は一個の法律行爲なりや數個の法律行爲の集合に對する名稱たるやの點に論及するところなきも、同博

士は是等の法律行爲に別個の意思表示を併存せしむるものなりと爲すが故に賣渡擔保は少くとも二個以上の法律行爲の集合せるものなりと爲すものと解し得らるるものなり。

石田博士は、賣渡擔保契約なる文字を使用せられ一個獨立の契約とせらるるが如し(同博士 擔保物權法論下卷六一三頁) 岩田博士 法學志林三八卷八號。

第二 我が國に行はるる賣渡擔保は極めて古き沿革を有するものにして、中世以降我が國に慣行せられたる本物返契約を沿革とするものなり。而して、本物返契約は當時より一個獨立せる法律行爲として慣行せられ、又一種の物的擔保提供の行爲として其有效なること疑なかりしものなり。而して此本物返契約は時世の變遷と共に其内容も亦變化し、今日の賣渡擔保として取引せらるるに至りたるものなり。故に我が國に行はるる賣渡擔保は一個獨立せる法律行爲として中世以降慣行せられたるものにして、賣買に附加して他の契約が存するものにあらずしは勿論買戻約款附賣買にもあらずしものなり。然るに賣渡擔保を以て賣買と之に附加して他の契約が存するに過ぎざるものなりとなし、或は買戻約款附賣買なりと爲すは、其沿革を羅馬法若くはゲルマン法に求むるに過ぎざるものなること既に述べたるところなり。而して之等の法系にありては、甚だしく形式を重んじ若くは事情を異にするものにして、之等の制度の輸入以前より我が國に發達したる我が國固有の賣渡擔保は、之と同一に解釋するを得ざるものなり。従つて我が國に行はるる賣渡擔保は、之を一個獨立せる法律行爲なりと解せざるべからず。

又賣渡擔保を以て賣買に附加して他の契約が存するものなりと爲す説に在りては、他の契約とは如何なる契約を指すや不明なるも假りに金錢消費貸借契約を指すものなりとするも、賣買契約に金錢消費貸借契約を附加するも賣渡擔保を形成するものにあらず、又他の契約とは、賣渡擔保として必要なる一切の契約を指すものなりとす

るも、賣渡擔保の内容を爲す多數の合意中、何れの部分を以て獨立なる契約と認めんとするにあるや、各個の合意毎に獨立の契約ありと爲すや、從つて各契約は各獨立の運命に服するものなりと爲すに在りや等複雑なる問題を殘し又其論據薄弱にして理論上何等據るべきところ無きものなり。

第三 賣渡擔保と相併びて信託行爲の一彙類として認めらるゝ財産權の其他の信託的讓渡に付きては、普通の讓渡行爲と他の行爲との二個の行爲の結合したるものに非ずして、信託的讓渡と云ふ一個の行爲なりと爲すべきものなることに付きては異説なきものなり。而して大審院は昭和四年(オ)一〇五四號事件に於て財産權の信託讓渡は一個の行爲なりと判決したるものなり(註一四)。

註一四 大審院昭和四年二月二日民事第四部判決、法律評論第一九卷、商法一四四頁

而して右判決の事案は、手形を信託的に裏書讓渡したるものに係り、債權擔保の目的にて爲したるものなるや否やは不明なるを以て、此判決を以て直ちに大審院が賣渡擔保 關する從來の見解を變更し、賣渡擔保に付きても一個獨立行爲と爲すに至りたりと爲すは早計に失するも、元來賣渡擔保と其他の信託讓渡行爲とは何れも信託行爲に屬するものにして、債權擔保の使命を有するものと否との差異の外、其性質に至りては兩者を區別すべきところなきものなり。

從つて、債權擔保の目的を以てする財産權の讓渡が賣買契約に他の契約が附加せるものなりとせば、取立委任に依る手形の信託讓渡に在りては、委任契約に他の行爲(此場合は少くとも手形行爲が存すること明かなり)が附加するものなりと爲すを要すべく、此兩者間に存する差異は只單に賣買契約と委任契約との差異たるに止まる筋合なりと云はざるべからず。さすれば判決に於て從來採り來りし見解を一貫せんが爲めには、此場合に在りても委任と他の行爲との二個の行爲より成立するものなりと爲さざるべからず。故に此判決によりて觀るときは大審

院は賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行爲にあらずとの大正十年の判決を以て確定不動の見解と爲し居らざるものなるべく、寧ろ賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行爲なりと爲すに傾きつゝありと爲すを得るものなり。加之賣渡擔保に關する大審院判決の多數のものは、賣渡擔保を以て契約自由の範圍内に在る有效なる法律行爲なりと爲し、恰も賣渡擔保を以て契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せる無名契約なりと爲すに在るが如く解せらるゝのみならず、又判決の用語に於て賣渡擔保契約なる文字を使用し、之亦賣渡擔保を以て一個獨立せる契約なりと爲すものと解し得らるゝものなり(註一五、註一六)。

註一五 賣渡擔保は契約自由の範圍内に在る有效なる法律行爲なりとの事は、大審院判決の屢々明言したるところなり。其二、三を列挙すれば、大審院大正五年(オ)第七八八號、同年一月八日第二民事部判決、法律評論第六卷民法二五〇頁。同大正五年(オ)第三〇一號、同年七月二日判決、法律評論第五卷、民法九〇三頁。同大正七年(オ)第五八九號、同年一月五日、第一民事部判決、法律評論第八卷民法一〇五頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日判決。同大正一〇年(オ)第一二二號、同年五月三〇日民事第二部判決、法律評論第一〇卷民法五三三頁。同大正一五年(レ)第一五六八號、同年一月二二日判決。同大正五年(オ)第六〇五號、同年九月二〇日判決、法律評論第五卷民法一一四六頁。同大正七年(オ)第五八九號、同年一月五日判決、法律評論八卷民法一〇五頁。同大正九年(ケ)第一號、同年四月一九日判決法律評論第八卷民法一〇五頁。同大正六年(オ)第七三四號、同年五月一日判決、法律評論第六卷民法一〇三七頁。

又判決の用語に於て賣渡擔保契約なる文字を用ふるもの少からず存するものなり。今其内二、三を列挙すれば、大審院昭和二年(オ)第五九三號、同年一〇月二六日第三民事部判決、法律評論第一七卷民法四一頁。同大正一五年(オ)第三一四號、同年九月二二日第二民事部判決、法律評論第一五卷民法一〇八三頁。同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月一七日第二民事部判決、法律評論第一七卷民法六三〇頁。同昭和二年(オ)第一〇五九號、同年一月二四日民事第四部判決、法律評論第一七卷、民法三八九頁。同昭和二年(オ)第七一七號、同三年一月一三日民事第四部判決、法律評論一八卷民法五五四頁。朝鮮高等法院昭和三年民上第一〇八號、同年五月四日判決、司法協會雜誌第七卷六號三八頁。大審院昭和八年(オ)第一四九〇號、同年一月九日判決、法律新聞三六七〇號。

而して判決が賣渡擔保を以て、契約自由の範圍内に在る有效なる法律行爲なりと爲し、又賣渡擔保契約なる文字を用ふ

るに據りて之を觀れば、之等の判決は賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なりと爲すに在るか如く考へらるゝものなり。

又賣渡擔保の内容は當事者が任意に之を定むるを得るものなることは多數の判決例の認むるところなり。今其主なるものを列挙するときは次の如し。而して賣渡擔保の内容を當事者の自由に定むることを得る所以は、賣渡擔保が契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せる契約なるが爲に外ならず。大審院大正三年(オ)第六七〇號、同四年一月二五判決。同大正八年(オ)第五三三號、同年六月二〇日判決、法律評論第八卷、民法七六九頁。大正八年(オ)第六一〇號、同年一月二九日判決、法律評論第八卷民法一五四七頁。同大正八年(オ)第八九二號、同一年三月二六日判決、法律評論第九卷民法二八六頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月九日判決、民事判決録一三七三頁。同大正五年(オ)第一〇〇三號、同六年一月二五判決、法律評論第六卷、民法一一八頁。同大正一〇年(オ)第六一〇號。同大正一五年(オ)第三一四號、同年八月三日判決、法律新聞第二八〇四號。同昭和二年(オ)第五二四號、同年一月一七日判決、法律新聞第二八〇四號。昭和二年(オ)第七六號、同年五月一日判決、法律評論第一六卷民法六五八頁。

註一六 賣渡擔保は之を打つて一九とし、全體不可分の取引として觀察することを要すと爲す判決あり。次の如し。

「原審の確定するところによれば被告上告人は其所有家屋を金六百圓にて上告人に賣渡すと共に一ヶ月十圓の賃料にて之を同人より賃借し爾後五年間右の賃料の支拂を怠らざるときは(總額恰も六百圓)上告人は無償にて該家屋を被告上告人に讓渡すと云ふもの實に本契約に外ならず。今此契約を一見するときは夫の賣渡擔保なる取引の並にも亦行はれたりてふ消息は之を領するに難からず。夫れ當事者の用語必ずしも拘はるべきに非ず、當事者の法律上の構成必ずしも執すべきにあらず、本件事案は只前叙の見地から出發し家屋の賣買と云ひ其賃借と云ひ將た其無償讓渡と云ひ之を打つて一九とし全體不可分の取引として觀察するに非る限り其眞諦に觸れ得むこと難しと云ふべきなり(大審院昭和八年(オ)第一四九〇號、同年一月一九日第五民事部判決法律新聞三六七〇號)。

第四 賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲すも尙之を以て一個獨立せる法律行為なりと解し得る餘地あるものなること前に述べたるところなり(註一七)。蓋し民法第五七九條に依る買戻契約は、不動産の賣買に限るものなり。然るに賣渡擔保契約に於て其目的財産として、讓渡爲し得る財産は、不動産に限るものにあらずること、賣渡擔保契約を以て買戻附賣買なりと爲す論者も亦認むるところなり。

即ち賣渡擔保の目的財産として移轉し得る財産は、不動産、動産、債權其他苟くも讓渡し得る財産なる以上は其何れの種類に屬するを問はず、債權擔保の目的を以て移轉し得るものなること既に述べたることなり。而して賣渡擔保契約を以て買戻附賣買なりと爲す論者にありても、賣渡擔保契約中、不動産を目的とする賣渡擔保契約のみを買戻附賣買なりと爲すにあらずして、動産、債權、其他の財産を債權擔保の目的を以て移轉したる賣渡擔保契約をも買戻附賣買なりと爲すものなるを以て、斯の如き買戻附賣買は我が民法に於て規定する典型契約たる買戻契約にあらずして、其成立、要件、效力等を當事者の任意に契約し得る無名契約なりと爲すものなりと謂はざるべからず。さすれば賣渡擔保契約を買戻附賣買なりと爲す説にありても、無名契約且一個獨立せる契約なりと爲すに在りと解し得らるゝものなればなり。

註一七 我妻光俊氏 法學協會雜誌四七卷一二號一七〇頁。中川善之助氏 判例民事法大正一〇年度一五七頁

第五 賣渡擔保を以て賣買其他數種の法律行為にして一個獨立したる法律行為にあらずと解するときは、其數種の法律行為の一に違反するも賣渡擔保契約其ものを解除することを得ざるは理論上當然なりとす。従つて例へば債務者が約旨に従ひ財産權の移轉を完了したるに拘らず、債權者が消費貸借契約に基き金員の交付を爲さざる場合、或は債權者は約旨に従ひ消費貸借契約に基き一定の金融を爲したるも、債務者が目的財産權の移轉を履行せざる場合の如き、債務者より爲す目的財産權返還の請求、債權者より爲す貸與金員の返還請求の如き、何れも不當利得等の法理に従ふ外なく、賣渡擔保其物を解除して其原状回復を求め、進んで不履行に因る損害賠償を求むるの途なきものなりと云はざるべからず。殊に賣渡擔保に付き合意解除をも認むることを得ざるものなり。

然るに賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なりと爲すときは、斯の如き場合一定條件の下に賣渡擔保契約其ものに對する契約不履行の問題として、之が解除を認め、其相手方を極めて合理的に保護し得るものなるのみならず、

らず、後に述ぶるが如く當事者が特定の原因を以て契約を解除し得ることを定むるも、之を有効に爲し得るものなりとの結論に達し、賣渡擔保が契約自由の原則に基き任意に締結されたるものなることの本質を貫徹するものなりと云はざるべからず。

其他法律行為に付き行はれたる詐欺、強迫等法律行為に及ばず效果、法律行為に付き生じたる錯誤、或は代理權に關する諸種の問題等苟くも法律行為に影響ある問題に付きても、賣渡擔保を以て一個獨立せる法律行為なりと解するときは、賣渡擔保其ものに付き之を定むるを得べしと雖も、賣渡擔保を以て數個の法律行為なりと爲すときは、其各個の行為に付き各別に之を定めざるべからざるものにして、其結果法律關係極めて錯雜多岐に涉り（即ち或ものは解除或ものは取消、或ものは無効と云ふが如き）收拾すべからざるに立到るを保し難きものにして、日常頻繁に行はるゝ取引の實狀にも適合せざるものなりと共に當事者の意思にも全く適合せざるものなり。

而して以上の如く賣渡擔保を一個獨立せる法律行為なりと解するときは、其内容の一部に付き無効、取消、錯誤等の原因存する場合に在りては、賣渡擔保契約全體より之を觀察して法律行為の要素に屬するや否や、將又取消し得べき法律行為なるや否やを決定すべきものにして、賣渡擔保契約の内容の一部を爲す各個の合意に付き之等の事項を決定すべきものに在らずと解すべきものなり。従つて、例へば賣渡擔保契約成立の後に於て目的財産權が滅失したるが如き場合に在りては、擔保財産權に關する合意のみ消滅するものなりと解すべきものにあらずして、之を目的財産權として存立すべき賣渡擔保契約其ものゝ消滅するものなりと解し、以て當事者間の法律關係を定むべきものなること後に目的財産權消滅の章に於て述ぶるが如し。又賣渡擔保契約が法定代理人の同意を必要とする場合に在りては、賣渡擔保契約の内容を爲す各個の合意に付き法定代理人の同意無き場合と雖も、賣渡擔保契約の締結に付き法定代理人の同意存する以上、有效なる法律行為なりと解すべきものなるが如き之なり（註

一八、註一九）。

註一八 然し大審院が之に對し賣渡擔保は獨立の法律行為に非ずと爲し常に賣買を包含すと爲すことも多少言ひ過ぎ少くとも誤解の虞があるのであるまいか、當事者が消費貸借をなし此債權擔保の目的を以て所有權を移轉すると云ふ形式を採つた場合には、勿論之を包含する行為と見るべきではないのみならず、後に債務者が所有權を移轉せざる場合に何等かの理由の下に此信託讓渡の契約を解除すると云ふ途を採ることなく、債務者は信託讓渡と云ふ擔保を供する契約上の義務を負担しながら之を供せざるが故に、民法一三七條によつて期限の利益を失ひ、債權者は直ちに辨済を請求し得ると論断するに何の妨げもないであらう。即ち此場合には賣渡擔保を一の獨立の擔保契約として取扱はねばならない（我妻榮氏「判例賣渡擔保法」松波先生選解祝賀論文集二二頁以下）。

註一九 其一是判旨（一）に説かれた賣渡擔保非獨立説である。從來既成の法律概念にズブミールンすれば、消費貸借の方面あり、擔保契約の方面あり、而してそれを、一括して賣買の形式が採られる、故に獨立した一つの法律行為でないとも云へるけれども、之は信託行為と云ふ新法律現象（古くよりあるにはあるが新しい新經濟的要求として認められて来た）を取扱ふに如何にも臆病なパンデクログリストの臭味を脱して居ない、賣渡擔保を消費貸借たとして「債權者が給付した金員の返還を求めるとは貸金の辨済とせねばならぬ」と云つた原判決も「結果に於て金員の消費貸借を爲し」とする本判決も言皆めでなく全く賛成出来ない。一步を進めて賣渡擔保なる、一個獨立の法律の行為たとするに何の妨げがあらうか、其二として「たから（二）の判旨、賣渡擔保は其一面に於て常に賣買を包含し」とするは、今の場合賣渡擔保の性質を解するにも聊かも不充分の處なく、本件の場合でも賣買の解除として其結果、貸金を返還せしむるのは穩當であるとしても寧ろそれは新な信託行為と云ふ賣買に類似した契約の解除とすべきが事柄の有りの儘を捉へて居る（平野義太郎氏、判例民事法、一〇年度三一五頁）。

第五節 讓渡擔保と賣渡擔保

賣渡擔保の性質を明かにするには以上の外、賣渡擔保と讓渡擔保との關係を明かにするを要するものなり。而して債權を擔保する爲めに財産權を信託的に讓渡する手段を採ることは極めて廣く行はれ居るものにして、其有

効なることは殆んど之を疑ふ者無きに至れることは既に述べたるところなり。然れども此擔保契約を呼ぶに如何なる名稱を以てするかに付ては未だ一定したる用例なきものなり。而して從來は賣渡擔保、賣渡抵當、讓渡擔保等の名稱を以て呼ばれ來りしものにして、賣渡擔保と呼ぶ場合最も普通なるを以て、本書に於ては賣渡擔保として之を表示し來りたるものなり。然れ共之等の名稱を單に債權擔保の爲めに信託的財産讓渡なる實體に與へたる符牒と考ふることもなく、之等の名稱に用ひたる文字自體の有する意義を加へて考察し、賣渡擔保と讓渡擔保との間には實質的に差異ありと爲す説存するものなり(後出第二説)。

以下此問題に關連して賣渡擔保との關係を明かにせん。

而して此兩者の關係を明かにするには讓渡擔保は賣渡擔保と全く別個のものなりや、或は讓渡擔保は單に賣渡擔保の別名に止まるものなるや、又別個のものなりとせば其性質及び效力に於て如何なる差異ありや等を明かにせざるべからず。

賣渡擔保と讓渡擔保とは全く異なるものなりや、或は同一法律行為に對する別名たるに過ぎざるやの點に關しては學說分るゝものなり。

第一説は讓渡擔保と賣渡擔保とは別個の觀念にあらずして、讓渡擔保と謂ひ賣渡擔保と謂ふも共に債權擔保の目的を以て財産權を移轉する行為に對する名稱にして、全然同一觀念の上に立つものなりと爲すものなり(註一)。而して此説に依るときは賣渡擔保の爲めにする財産權讓渡に付き行はるゝ賣買は、單に財産權を移轉すべき義務を生ずる債權契約にして、賣買そのものより財産權は直接に移轉するの効果を發生するものにあらず。賣買を以て財産權移轉の直接原因なりと觀るは幼稚なる法律思想なりと云ふものなり(註二)。而して學者間に於ては賣渡擔保と讓渡擔保とを別異のものにあらずと爲すを通説とするものなり。

第二説は之に反し、賣渡擔保と讓渡擔保とは全く別個の觀念なりと爲すものにして其説明するところによれば(イ) 賣渡擔保は必ず真正の賣買の存することを要するものにして、從つて當事者間に於ては債權債務の關係存在せず。債務者は單に賣買代金並に其利息等を加算したる一定の金額を以て、債權者より目的財産權の買戻を爲し得るに止まるものなり。從つて賣渡擔保の當事者間に在りては内部關係に於ては所有權を債務者に留保すると云ふが如き餘地全然なきものなり。

(ロ) 然るに讓渡擔保に在りては、所有權は債權者に移轉するも債務も亦相並びて始より存在するものにして、只他日此所有權を以て右の債權の辨濟を圖る方法と右の所有權を債務者に復歸せしむる條件とが定められあるものに過ぎず。

(ハ) 賣渡擔保と讓渡擔保とは共に信託行為に屬するものにして、且債權擔保の目的を以て爲さるゝものなる點に於ては同一なるも、賣渡擔保は常に必ず賣買を伴ふものなるも讓渡擔保は賣買を伴ふことなきものなりとなし、從つて此二者は信託的債權擔保行為中全く相對立する觀念の上に立つものなりと爲すものなり(註三)。

註一 細矢祐治氏「讓渡擔保と信託」法學新報三四卷第六號一五頁、同第八號。

註二 同上第六號一六頁。

註三 前田直之助氏「賣渡擔保附信託行為」法曹會雜誌第八卷第七號二四頁、同第八號二一頁以下。西村信雄氏 民商法雜誌第一卷第三號一三八頁。

今此説に従ひ讓渡擔保と賣渡擔保との差異に關する要點を摘録するときは

(1) 讓渡擔保

(a) 擔保財産權移轉の原因は「債權擔保」と云ふ獨自のものなり。

- (b) 當事者間の債務は存続するものなり。
- (c) 債務消滅に因り財産権は債務者に復歸するものなるも債務の消滅によりて當然に復歸する場合と債権者が移轉すべき債務を負ふ場合存するものなり。

(2) 賣渡擔保

- (a) 擔保財産權移轉の原因は賣買なり。
- (b) 當事者間の債務存続せず。
- (c) 一定の金圓(元利金に相當する代金額)を支拂ふときは財産權の復歸を求め得るも、それは債務者の權利にして義務にあらず。

以上の如く、賣渡擔保と讓渡擔保との間に差異ある結果、讓渡擔保に在りては債務不履行の結果財産權復歸の期待權消滅する場合あるべく、或は債権者側に於て財産權を處分したるときは權利復歸の期待權消滅する場合あるものなり。而して之等の場合に於ては、債権に對する充當、計算等の問題存するも賣渡擔保に在りては、債務不履行の問題を生ずるの餘地なく、只一定の金圓を支拂ひたる場合に於ける財産權復歸の方法に付き種々なる方法存するに止まるものなりと爲すものなり。而して此説は前述の如く我が國に於ける賣渡擔保を獨逸民法に於ける *Wiederkauf* と符節を合すが如きものなりと爲し、獨逸民法に於ける買戻賣買を以て我が國の賣渡擔保を説明するものにして、其説明するところに依れば「讓渡擔保」は *Sicherungsübereignung* 「賣渡擔保」は「*Sicherungskauf*」なりと爲し(註四)、而して此區別は近時に至る迄獨逸に於ても餘り明瞭に觀念せられざりしものにして、この獨逸學者の概念の不明確は引て我が國の學界を迷はしめたるものなりと爲すものなり(註五、註六)。

註四 前田氏並に前掲判決は「*Sicherungskauf*」を賣渡擔保と爲し「*Sicherungsübereignung*」を讓渡擔保と爲すものなる

こと前述の如し。

然るに三浦博士は「*Sicherungskauf*」を買戻約款附賣買と爲すも、賣渡擔保は(一)買戻附賣買の外(二)再賣買の條約附賣買「*Wiederkauf*」(三)條件附賣買及(四)信託的に所有權移轉の效力を生ぜしむる場合「*Sicherungsübereignung*」ありと爲すものなり(同博士 擔保物權法三五六頁)従つて同博士の説によれば(四)の信託的に所有權移轉の效力を生ぜしむる場合を別とするも「*Sicherungskauf*」のみを以て賣渡擔保と爲すにあらざりて賣渡擔保は其外再賣買條約附賣買、條件附賣買等ありと爲すものなり。

又松本博士は「*Sicherungskauf*」を擔保的賣買と爲し「*Sicherungsübereignung*」を擔保的所有權移轉と爲すも其他に「*Sicherungskauf*」なる觀念を認むるものなり(同氏私法論文集第二卷二四一頁、同五頁、同六一頁)従つて兩博士の説によるとは「*Sicherungskauf*」を以て我が國に於ける賣渡擔保と爲し「*Sicherungsübereignung*」を以て我が國に於ける讓渡擔保と爲す前田氏並に前掲判決とは觀念上の差異あるものなり。

又石田博士は此問題に關し、論者或は債務關係が賣買の中に全然吸收されて居る場合を「賣渡擔保 *Sicherungskauf*」とし所有權讓渡の外に債務關係の存在する場合を「讓渡擔保 *Sicherungsübereignung*」として區別するが、論者の所謂「賣渡擔保」は擔保權の一型態として把握するに適當でない、擔保權の一型態として我々の研究の對象となるものは論者の所謂「讓渡擔保」のみである。論者の所謂「賣渡擔保」と「讓渡擔保」との區別は擔保權の一型態としての賣渡擔保と然らざるものとの差異を示すに過ぎないのであつて擔保權の一型態としての賣渡擔保自體に關する二型態を示すものとは云ひ難い。私の研究の對象は飽くまでも論者の所謂「讓渡擔保」である。本稿は其「讓渡擔保」に於て存する二型態を明かにせんとするに在る。「讓渡擔保」と云ひ「賣渡擔保」と云ふことは私には單なる名稱の差異に過ぎない。故に私は一般の用語に隨ひ「賣渡擔保」と呼ぶことにした(同博士「賣渡擔保の二型態」法學論叢三二卷二七頁以下)。

註五 前田直之助氏 法曹會雜誌第八卷第八號三三頁以下、同九號二二頁以下。大審院昭和六年(オ)第二七五九號、同八年四月二六日第四民事部判決

註六 此問題に付松本博士は「擔保的所有權移轉に二方法あり、一は擔保的賣買にして一は純粹擔保的所有權移轉なり。獨逸民法前に於ては擔保的賣買が主として行はれたり。何となれば當時の法律は所有權の移轉に原因を必要とし不要因的の物權契約を認めざりしを以てなり。然るに獨逸民法は物權的給付行爲と其原因たる基本行爲とを劃然區別し物權行爲を不

要因とせるを以て擔保的所有權移轉は敢て賣買の途を備るを必要とせざるに至れり。而して一方に於て所有權の終局的移轉を目的とすべき賣買と擔保的移轉とは其實事者之の之に因りて違せんとする經濟上の目的を異にするを以て擔保的賣買の方法に因るときは動もすれば虛偽表示に陥り易きの虞あり。茲に於ては漸次純粹擔保的所有權移轉の方法に依るものを生ずるに至れり。學者亦之に賛成し擔保的賣買は最近に至りては舊式のものとして多く用ひられざるなり、又判例に於ても初めは擔保的賣買に於ける賣買が虛偽表示として無効なるときは、之に基く所有權移轉も亦虛偽表示として無効なりと觀たるも、漸次此の行爲を分別して觀察するの傾向を生じ遂には賣買の效力如何を問はずして所有權移轉の效力を判定するに至り、更に進んでは賣買の無効なるに拘らず仍ほ所有權移轉を有效とせる判例あり。且初めは擔保的賣買と純粹擔保的所有權移轉とを別物とし各個の法律に付き其何れに屬するかを考究せるも、後漸く此分界を問はざるの傾向を生じ最近に於ては契約中に賣買の名稱あるものをも純粹擔保的所有權移轉と觀て二者の區別を認めざるに至れり。故に擔保的賣買の形式は仍ほ實際上に存在するも法律上に於ては殆ど消滅せるものと觀察して可なるが如し（岡博士私法論文集第二卷一三頁）。

次に此點に關する判決は未だ歸一するところなく區々に岐れ居るものなるも、多數の判決は賣渡擔保と讓渡擔保とを區別することなく寧ろ此二者は全く同一法律行爲に對する異名稱にして其間觀念上差異なきものなりと爲すものと認むるを得るものなり。即ち判決の用語に於ても

(一) 賣渡擔保に基く信託的所有權讓渡行爲に在りては云々（大審院大正五年（オ）第四一九號、同年七月一二日判決、民事判決録二二輯一五〇七頁）。

(二) 賣渡擔保は債務者が債權擔保の目的を以て債權者に物の所有權を移轉する法律行爲にして債權者たる讓受人は債務者たる讓渡人を信任し云々（大審院大正三年（レ）第一四九〇號、同年七月七日判決、法律評論第三卷民法三六四頁）。

(三) 賣渡擔保は名義は賣買なるも其實擔保に過ぎざれば債務者が期限に辨濟を爲さざるが爲め、債權者に於て目的物を賣却したるときと雖も、債權者は唯其代金を以て債權の辨濟に充當することを得るのみにして、若し殘

餘あるときは之を債務者に返還することを要す、此の代金は固より債務者に歸屬すべきものにして當然債權者の所得に非ざるが故なり（大審院大正九年（オ）第三二〇號同年六月二日第二民事部判決、民事判決録大正九年第一〇二八頁）。

(四) 債權擔保の目的を以てする財産讓渡の場合に於て……債權擔保の目的を以てする信託的讓渡契約に因り擔保物の所有權が云々（大審院大正一三年（オ）第一六一號、同年三月二四日民事聯合部判決、法律評論第一四卷民法一六三頁）。

(五) 債權擔保の目的を以て財産權を讓渡したる當事者の意思は内外何れの關係に於ても財産權を移轉するに在るものと推定するを相當とす。

債權擔保の爲所有權を讓受けたる場合と雖も、債權者の讓受けたる所有權の效力は一般所有權と何等異なるものに非ず（大審院昭和二年（オ）第一〇五九號、同年一月二四日民事四部判決、法律評論第一七卷民法三八八頁）。

(六) 賣渡擔保或は賣渡抵當は信託行爲の一種にして債權擔保の目的を以て物の所有權を讓渡する行爲を總稱し……賣渡擔保に因る信託的所有權讓渡行爲ありたる場合に云々（大審院昭和四年（レ）第四一四號、同年五月二八日刑事第四部判決、法律評論第一八卷諸法四五五頁）。

と爲し賣渡擔保と讓渡擔保との間に明確なる區別ありと爲さざるものなることを推知するを得るものなり。殊に大審院大正六年（オ）第九〇五號判決に於ては明かに賣渡擔保の場合に於ても、債權は依然存續するものなりとなし其見解は第二説と全然相反するものなることを明かにし居るものなり。即ち

(七) 賣渡擔保は賣渡擔保或は賣渡抵當とも稱せられ信託行爲の一種にして云々……當事者間の債權關係は決して賣渡擔保の提供により消滅するものにあらず（大審院大正六年（オ）第九〇五號、同七年四月一日判決、法律評論

第七卷民法二四三頁。

判決の多數は以上の如く、此兩者の間に差異なきものなりと爲すものなりと雖も、少數の判決は第二説を採用せりと認めらるゝものなり。即ち

(八) 賣渡擔保なるものは固より真正の賣買にして茲に擔保と云ふは對物擔保の謂にあらず、又對人擔保の謂にあらず、別に經濟的の意味に於て擔保と稱するものに外ならざるものとす(大審院昭和五年(オ)第一九二二號、同六年四月一五日判決、法律評論第二〇卷民法五一頁)。

殊に左の判決の如きは全く第二説を採用せるものなり。

(九) 然るに此擔保供與の方法二あり。其一は債務は依然之を存續せしめつゝ、一面當該財産權を讓渡する場合にして、此讓渡たるや交換にもあらず、贈與にも非ず、又賣買にもあらず、擔保の目的を以てする讓渡なり。換言すれば他日復歸の機會を留保しつゝ、當該財産權移轉の意思表示を眞に爲すものに外ならず。他の一は取引其ものは賣買を爲すにあり、而も眞實の賣買なり、而して此場合受取りたる代金は經濟的には借金に該當し、又は既存債務と相殺すべき反對債權を成すが故に、此種取引に在りては爾後何等の債務も殘留することなし。賣主に於て他日一定の金圓を買主に支拂ふことによりて曩に賣渡したる當該財産權を其手中に回復することを得るは其權利にして義務に非ず。賣渡擔保なる語は後の場合に限るを以て精確なる用語とし、前の場合は之を讓渡擔保と稱するを當れりと爲す(大審院昭和六年(オ)第二七五九號、同八年四月二六日民事第四部判決、法律新報三三〇號)。

以上の如く此問題に對する判決は未だ歸一するに至らざるものなり。

賣渡擔保と讓渡擔保とを全然異なるものと爲す前掲判決並に第二説の説くところは、斯種の擔保契約に於て當事者が賣買に關する合意を包含せしめたる場合に於ては、當事者間に賣買契約成立する關係上、消費貸借上の債權

と賣買代金との間に相殺の合意あるものにして、從つて當事者間に債權關係存續することなきものなりとなし、此差異により讓渡擔保と賣渡擔保とを區別し、此間に觀念上の差異ありと爲すものなり。而して斯の如く賣買の合意の存否並に債權の存續する否とにより、賣渡擔保に在りては債權は消滅し、讓渡擔保に在りては債權は存續すと爲し其結果此兩者の間に種々なる差異ありと爲すは、其理論の構成極めて容易なるのみならず、他面攻學上多少の便宜なきにあらずと雖も、斯の如き區別を爲すことが果して實際取引に適合するや否やは疑なきを得ざるものなり。

今日我國に行はるゝ財産權の信託的讓渡による債權擔保の普通の契約に於ては、當事者は「讓渡擔保」なる文字を用ふることなく「賣渡抵當」又は「賣渡擔保」の文字を用ふるものなり。而して此場合に於ける當事者の意思は、第二説に所謂「賣渡擔保」と「讓渡擔保」とを區別したる意義に於ける「賣渡擔保」の契約を締結する意思に基くものにあらずして、財産權移轉による債權擔保の契約を締結する意思を以て「賣渡擔保」の文字を使用し締約するに止まるものなり。故に「賣渡擔保」の文字を使用して財産權移轉による債權擔保の契約を締結したる當事者の意思は、第二説に所謂「讓渡擔保」契約を締結する意思に基く場合あると共に、稀には第二説に所謂「賣渡擔保」契約を締結する意思に基く場合あるものなり。從つて當事者が契約締結に方り、賣渡擔保の文字を使用し若くは相殺の形式を採りたりとするも、之を以て直ちに第二説に所謂賣渡擔保契約の締結あるものなりと爲すは一般社會に於ける取引の實狀に適したるものなりと爲すを得ざるものなり(註七)。

蓋し實際金錢の入用に迫られ、其有する財産權を移轉し債權の擔保に供する當事者の意思を推測するに、債權者に在りては金錢を貸與すると共に其回收を確實にし、辨濟不能なる場合に於ては簡易迅速なる回收を得て損失無からんことを期し、他方債務者に在りては、擔保財産權を利用しつゝ、一定の金融を得、辨濟期に於て辨濟不能

なる場合に於ては、擔保財産を債權者に確定的に歸屬せしめ、若くは之が處分の對價により、優先辨濟せしめんとするを普通とし、其間に於て賣買代金と債權とを相殺し、債權は之を消滅せしむる等繁雜なる手續を爲すことは極めて稀に存するものなり。

殊に實際取引に従事する當事者が第二説の説明するが如き意義に於ける「賣渡擔保」と「讓渡擔保」との區別を認識し、此兩者の内當事者の便宜と必要とにより、其内の「賣渡擔保」の方法を採りたりと爲すは、今日の實際取引と甚しく相反する見解なりと謂はざるべからず(註八)。

註七 我妻榮氏 法學協會雜誌第五二卷第七號一一〇頁。田島順氏 法學論叢三五卷二號三九二頁以下、「手持商品の賣渡擔保」末弘博士 法學全集九卷。松本博士 私法論文集第二卷。三浦博士 擔保物權法。中島博士 民法論文集「賣渡擔保」當に付て。

註八 大審院昭和九年(オ)第九六八號、同年八月三日第三民事部判決、法律新聞第三七八〇號四頁

而して財産權移轉による債權擔保を、第二説の如く分類し「賣渡擔保」としての法律効果を附與せんとする事に對しては、獨逸に於ても有力なる批難あるものにして、又判例も實際上の取扱に苦勞し居るものなり。而して、此見解に對する獨逸學者の批難の一、二を例示せんに(註九)。

註九 我妻榮氏 法學協會雜誌第五二卷第七號一一二頁

(a) Hallbauer の説くところによれば「Sicherungskauf」に於ては融通すべき金額を代金とし——若し消費貸借が爲されるときは——之と貸借上の債務を相殺し、且つ一定の期間内の買戻權を保證するか、又は賣戻義務を設定することを要するものなり。又融通を受けたる者が辨濟せざる場合は、融通したる者は當然經濟的の擔保目的物を沒收し兩者の關係を清算するものなるを以て、擔保物の價值が債務額より高き場合には融通者は——

擔保の目的より見て——不當なる利得を爲すこととなり、反對に低き場合に在りては融通を受けたる者が不當に利得することとなるものなり。而して這は擔保の目的の下に權利の移轉を行ふ當事者の眞意に適合するものなり。當事者は消費貸借をなすものなると共に、利息を支拂ひ元金を辨濟すべきものなりと考ふるにあり、目的物は此の債務を擔保するものと考ふるものなるを以て、此の目的の下に爲さるゝ行爲に付き目的物の賣買あり、買戻權の留保又は買戻義務の設定ありと爲すことは、全く當事者の眞意に反したる無用の技巧なり。のみならず、債務不履行の結果を右の如しとすることは、擔保の目的より見て不合理なることとなるを以て、嘗に無用なる技巧なるのみならず、有害なる技巧なりと爲すものなり。かくて彼は、擔保の爲の權利移轉即ち讓渡擔保が何等の技巧を用ふることなく當事者の經濟目的を合理的に規律するものなることを力説するものなり。而して、その結論としては、權利移轉による擔保を爲さんとする者は有害無益なる Sicherungskauf を爲すことなく、合理的なる Sicherungsübereignung を爲せと警告するものなり。

(b) 次に「Diringer」の説くところによれば——彼も亦 Sicherungskauf と云ふ觀念を概念的に法律構成するものと云は Hallbauer の如くなり得べきことを認むるものなり。然れ共、彼は當事者の實際爲す所の契約に於て Kauf なる文字が用ひられあるも輕々に Sicherungskauf なりと斷定すべからずと云ふ主張に力を注ぎたり、その爲に彼は獨逸大審院の二つの判決を引用し居るものなり。而してその一は一九〇七年一〇月三〇日の判決なり。此事案によれば、W銀行はKに對し三千マルクの債權を有しPは保證人なりしが銀行はKをして更に其家具を擔保に供せしめたり、銀行の顧問辯護士は擔保の爲めに家具の所有權を移轉し引續き之をKに使用せしむる趣旨の契約案文を作成しKは之を承諾したるも公正證書を作成する際公證人の勤めにより賣買契約の形式を採りたるものなり、從つて契約は左の如きものと爲りたり。

- (1) Kは後記の全物件を三千マルクにて銀行に賣却す。
- (2) 賣買代金は買主が消費貸借によりて賣主に對し有する三千マルクの債權と相殺することにより決濟せらる。
- (3) 買主は賣主に對して目的物を三千マルクにて買戻す權利を與ふ。
- (4) 買主は賣主に目的物を年額二百マルクの賃料にて貸貸す。

然るにKは破産し家具は數百マルクの値打しかなかりしにより、銀行は保證人Pに請求したる爲め争はこの請求訴訟に關し生じたるものなり。第一審はこの際眞實の賣買と相殺が爲されたるものにあらずとの理由を以てPを敗訴せしめたるも第二審は銀行を敗訴せしめたり、其理由は當事者は最初は信託的行爲を爲さんとしたるものなるも公證人の忠告により改めて賣買を爲したるものなり。蓋し彼等の契約内の表示は單純に信託的なる行爲と解釋することを許し難き文字を含むと云ふものなり。大審院は此點の決定を以て事實審の專權に屬するものなりとして、銀行の上告を却けたり。Düringerはこの判決の態度を攻撃するものなり。彼によれば此場合當事者の意思は擔保の爲の讓渡なること明瞭なるものにして、單に賣買の形式を採りたればとて之によりて「主たる債務者に對する債權並保證人に對する債權を併せて之を喪失する」と云ふ結果を認むることは當事者の夢想だもせざる所を強ひるものなりと云ふものなり。茲に於て彼は尙一つの判決即ち一九〇六年四月一〇日の判決を引用せり。この事實の事實關係は右と全く同様にして、既存債權の爲に擔保物の賣買が行はれ代金は相殺せられたるものなり、然れ共争は此擔保物債を務者(賣主)の一般債權者が差押へたる爲債權者(買主)が民訴第七七一條(日本民訴第五四九條に該當する)による異議を述べたることに關するものなり。

第一審は訴を認めたるも第二審は之を却けたるものなり。その理由は當事者間の契約に於ては、賣買を爲しその代金を相殺したりと主張し居るも、當事者間の眞意に於ては債權を存續せしむる意思あるものなるを以て、賣

買も相殺も眞實の意思表示とは認め得ざるものなり。従つて賣買それ自體が虚偽の意思表示として無効なりと云ふものなり。然れ共大審院は更に之を破毀したり。而して其理由として、當事者が既存債務を擔保せんとする目的を有するときは相殺の合意は單なる形式と見ざるべからず、當事者は之に依つて債權を一時的に満足し——正確に云へば擔保によりて確實にし——將來買戻と云ふ形式にて完全に満足する迄關係を延長したるに過ぎざるものなり、「従つて相殺の合意の眞實性は疑ひ得るも之が爲に所有權の移轉自體の眞實性を疑ふ事は許されざるなり、買主(債權者)の本來の債權は相殺の意思表示にも拘らず消滅することなし」と。Düringerは之を極めて正當なる態度なりと賞讃し、前の事案に於ても同様の理論が採らるべきものなりと主張するものなり。要するに彼の主張する所は權利移轉の爲にする擔保に於て「賣買」なる形式を採るは從來の普通の例なるも之は決して本來の債權を清算する意思を伴はざるものなるを以て、其用ひられたる賣買と云ふ文字は之を單に權利移轉と解すべし。又代金の相殺と云ふも賣買と云ふ事に伴ふ形式上の辻褄の合せ方に過ぎざるを以て、これによりて本來の債權が消滅すと解すべきものに非ずと謂ふものなり。財産權移轉による債權擔保に付、之を「賣渡擔保」と「讓渡擔保」とに區別し當事者が賣買の文字若くは相殺の形式を採りたる場合に於て賣渡擔保としての効果を附與せんとすることに對しては獨逸に於ても有力なる反對存する事以上の如し(註一〇)。

註一〇(前註六參照)

又他の一面より觀察するときは、第二説の主張するが如く財産權移轉による債權擔保を「讓渡擔保」と「賣渡擔保」とに分類し賣渡擔保に在りては被擔保債權存在せずと爲すことは賣渡擔保が債權擔保の目的を達する爲めに締約せらるものなることの本質に照して極めて不自然なる所論なりと謂はざるべからず。第二説の主張するところは學理に急にして取引の實際を無視するの傾向あるものと謂はざるべからず。

然るに第二説を主張する者は此點に付き更に述べて曰く、擔保なる言葉には用法に若干の振幅力あるに反し、賣買なる言葉には抜き差しならぬ一定したる意義あるものなり。債權の存続を前提とせば賣渡の文字は之を無視する外なきものなり。既に賣渡しある以上代金なかるべからず。代金の授受ある以上債權との相殺なかるべからず。元來「賣渡」と「擔保」とは兩立なし難き事柄なり。而して此兩立なし難きものを一は法律的レベルに一は經濟的レベルに据へ此兩者を握手せしめたるところに造語の働あるものなり。而して賣渡擔保と謂ふ以上眞正なる賣買あり、一面消費貸借契約による債權と賣買に依る代金との間に相殺あり、従つて賣渡擔保にありては被擔保債權は存続すること無きものにして、其信託行爲たるの點は一に債權者（買主）より賣主が買戻を爲し得るに止まるものなりと主張するものなり。賣渡擔保に於て被擔保債權は相殺に依り消滅せりと爲すことは賣渡擔保が債權擔保を唯一の目的として爲さるゝことに對照して極めて不自然なる立論なるのみならず我國に於ける實際取引と甚だしく相反すること前述の如し（註一、註二）。

註一 賣渡擔保に於て被擔保債權消滅することなしと爲す松本博士の説は第二節賣渡擔保は賣買なりや否やの註一七を參照せられたし（松本博士 私法論文集第二卷二四七頁）。

註二 賣渡擔保は實質上は物的擔保權の設定であるけれども宛に角法律形式上は一應目的物賣買の方法を採つて居るのであるから目的物が不可抗力によつて滅失した場合に被擔保債權が消滅するか否かは一個の問題である（中略）賣渡擔保を物的擔保と解する以上は目的物の滅失により擔保權が消滅しても——或は物上代位の原則により債權買權に軟化しても——被擔保債權の消滅すべき理由はない（石田博士 法學三卷八號六頁）。

従つて債權の消滅を主張する學者の内に在りても、賣渡擔保に於ける債權の消滅を以て「單なる一時的の性質を有するに止まる。然らざれば買戻なる形式を著した債權者に對する辨濟と云ふことは出て來ない」（註一三）と爲す者あるものとす。之蓋し賣渡擔保に在りては常に債權消滅せりと爲し、讓渡擔保に在りては債權存続すと爲し、

此一點の差異のみにより兩者を區別せんとすることが、實際取引と當事者の意思とに適合せざることを示すものにして、賣渡擔保に付き其内容に於て行はれたる賣買の意思表示に重點を置き、當事者の用ひたる賣買の用語を基本として賣買に關する法則を適用し以て法律的解説を下さんとするにより起る學理と實際との調和難を如實に示すものに外ならずと信ぜらるゝものなり。

註一三 債權者の債權は物を賣渡した債務者の有する賣買代金債權と相殺せられて消滅する。其結果債權者の債權に付ての擔保及保證は消滅する。乍併當事者間に於ては此相殺は單に一時的性質を有するに止まる。然らざれば買戻と云ふ形式を著した債權者に對する辨濟と云ふことは出て來ない。是は賣渡擔保に於ては相殺の結果債權者の擔保及保證は消滅すると云ふ原則と矛盾するものではない（Stauf, Komm. zum. H. G. B. Vorben. 51 Vor § 373）。

されば賣渡擔保と讓渡擔保とを區別し賣渡擔保を以て買戻附賣買なりと爲し、賣渡擔保に在りては其當事者間に債權存続すること爲しと爲す論者に在りても、賣渡擔保たる買戻附賣買と其他の買戻附賣買との間に何等かの差異を求め此兩者を區別せんとするものなり、即ち賣渡擔保は買戻附賣買なるを以て債權存続すること無しと雖も、而も其當事者間に於ける債權關係未だ完全に決濟せらるゝに至らず當事者間の經濟的關係は賣渡擔保の提供あるも未だ存続すると同一視すべき關係にありと爲し其間に一種の債權關係の存続を認めんとするものなり、之れ蓋し賣渡擔保を以て單なる買戻附賣買なりと爲すときは債權者と債務者との間に何等經濟的關係の存続するものなること無く債權擔保の實を擧ぐることを得ざるものなるを以てなり。従つて債權の存続すると否とを唯一の差別點となし、以て賣渡擔保と讓渡擔保とを區別せんとする此種の論者の企圖は遂に完きを得ざるものなりとす（註一四）。

註一四 抑々賣渡擔保若くは讓渡擔保なるものは一時金策の必要上姑く當該權利を手離すに過ぎず敢て之を不用として爾るに非ざるが故に元本に對する利息相當の金圓を賃料として支拂ひつゝ引續き之を使用収益（即ち所謂賃借）すること殆ど

日常慣例の事例に外ならず、此場合法律上の形は則ち賃料なりと雖も經濟上の實は則ち利息たり引續き利息相當の金額を支拂ふ所以のものは何ぞや他無し、内部に於ては消費貸借（若くは其他の金錢債權）關係の今尙存續するにも喰ふべき利息のある有りて全體としての取引は未だ全く命脈を絶ち決済を告ぐるに至らざることを反映するものに非ずや（大審院昭和六年（オ）第二七五九號、昭和八年四月二六日第四民事部判決、法律新報第三三〇號一一頁一二頁）。

我國に一般に行はるる財産權移轉による債權擔保の契約に於ては、目的財産權の異なるに従ひ其用語を異にする實例少からず存するものなり。即ち目的財産權が動産、不動産なるときは、當事者は賣買の文字を用ふる場合多きものなり。又目的財産權が債權、手形の如きものに在りては、常に讓渡の文字を使用し債權の賣買、手形の賣買等の文字を使用せざるものなり。例へば債權の讓渡、手形の讓渡と云ふが如き之なり。又目的財産權が商標權なる場合に在りては、常に營業と共に讓渡する旨の文言を用ふるものなり。之れ蓋し動産、不動産に在りては、當事者は賣買の文字を使用するに慣熟し居るが爲に外ならず。又債權、手形にありては法律が讓渡に關する規定を設けたる關係上讓渡の文字の使用に慣熟せるに外ならずと考へらるるものなり。又商標權の移轉に付き營業と共に讓渡する旨の文字を使用するは、商標法が、商標は營業と共にするにあらざれば其讓渡を認めざるが故に外ならず。之等の文字は賣買契約の有無若くは債權の存否と關係なく使用せらるる場合少からず存するものなり。

元來賣渡擔保は契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せる無名契約にして、其契約の内容は一に當事者の定むるところに依るべきものなり、従つて例へば債權關係に付きても當事者は其便宜に従ひ之を消滅せしむる特約を爲すを得べく、又賣買の形式を採りたる場合に於ても其債權は之を存續せしめ、其債權に對し利息の支拂を特約し得るものなり。而して現に一般社會に於て行はれつゝある賣渡擔保は、賣買の外形存する場合に於ても其當事者間に於ては賣渡擔保の目的財産權に對する諸負擔即ち地代、公課、保険料、修繕費の如きは結局債務者之

を負擔し且債務者は債權者に對し一定の利息即ち日歩何錢かの割合による金額を目的財産權に對する賃料として支拂ふを普通とするものなり（註一五）。

註一五 大審院大正一五年（オ）第九五八號、昭和二年二月二八日第一民事部判決、法律評論一六卷民法七九五頁。東京地方裁判所大正七年（ワ）第四九八號同八年三月三十一日第一民事部判決、法律評論第八卷民法四六七頁。

余は此問題は其前提たる言葉の約束に關係するものなりと解するものなり。即ち財産權移轉による債權擔保契約の内容に於て賣買契約存在し、債權の存續せざるものを「賣渡擔保」と定め債權を存續せしむる合意あるものは之を「讓渡擔保」と定むるも又財産權移轉による債權擔保契約にして無名契約たる性質を有するものは廣く之を賣渡擔保と定め、此賣渡擔保契約には債權を消滅せしむる合意あるものと債權を存續せしむる合意あるものと二種類ありと爲すも、結局言葉の約束たるに止まるものにして、後者の如く定むることは當事者の實際行ふところに合致するものなりと解するものなり。従つて余は第二説に所謂賣渡擔保並に讓渡擔保は共に我國に行はるる無名契約たる賣渡擔保に包含せらるるものなりと解するものなり。蓋し賣渡擔保の本質を以て契約自由の原則に基き當事者の任意に締結せる無名契約なりと爲すを以て、其内容に於ても亦當事者は任意に之を定むることを得べく、即ち當事者は其便宜と必要に隨ひ、債權は之を存續せしめ或は之を消滅せしむる等、其内容は當事者に於て自由に合意することを得るものなり。而して其何れの定を爲したりとするも、此一事により賣渡擔保契約は其性質を變ずることなきものなり。又賣渡擔保契約の内容に於て、被擔保債權を消滅せしむる合意あるものと然らざるものとの間には契約の内容に存する此點の差異より當事者間の權利義務並に契約の效力に多少の差異の存するものなり。即ち後に述ぶるが如く被擔保債權の請求權に關し、或は債務辨済に因る目的財産權の復歸に關し目的財産權處分の要否に關し、此二者の間には數多の差異存するものなり。

然れ共之等數多の差異は、賣渡擔保契約の内容の差異より生ずる當然の結果にして此二者が性質上相異るところあるが爲めにあらず、斯の如き契約の内容より生ずる權利義務等の差異は、目的財産権に付き代物辨済の約款の存否によりても亦生ずるものにして、被擔保債權の存否のみによりて生ずるものにあらず。従つて被擔保債權の存續するや否やにより、此二者の間に多少の差異あるの一事により此二者の間に性質上の差異ありと爲すを得ざるものなり。而して大審院は、此點に付き前述の昭和八年四月二六日言渡、昭和六年(オ)第二七五九號事件の判決が一般社會に於て當事者が現實に行ふところに適合せざるものありと爲したるもの、如く、其後次の如き判決を爲したるものなり。

(九) 債務の存續する賣渡擔保の場合に於て、其辨済なかりし曉、擔保に關し如何なる效力を生ずべきかは是亦個々の場合に於ける契約の趣旨によりて決せらるべく一様に之を律するを得ず(大審院昭和八年(オ)第二一〇〇號、同年一月七日第五民事部判決、法律評論第二三卷民法二五五頁)。

(一〇) 廣く賣渡擔保と云ふときは、或財産権を債權の擔保とする場合に擔保權の設定を爲さず、該財産権を擔保の目的を以て信託的に讓渡することを總稱するものなるも其法律的形態必ずしも一樣ならず、或は主たる債權は依然之を存續せしめつゝ當該財産権を讓渡する場合あり、或は當該財産権を眞實の賣買により移轉し代金は既存債務と相殺し爾後何等の債務關係を殘存せしめざる場合あり、後の場合に對し賣渡擔保なる語を使用し前の場合は之を讓渡擔保と稱するを以て用語上精確なりとの論あるも、吾邦に於ては取引上未だ斯る用語の區別を爲すことなく、右兩種の場合を總稱して賣渡擔保なる用語を使用するもの、如し(大審院昭和九年(オ)第九六八號、同年八月三日第二民事部判決、法律新聞第三七八〇號四頁)。

即ち右判決によれば、賣渡擔保には債權の存續するものと、否らざるものと存するものあるを認むるものにし

て一般社會に現實に行はるゝ斯種取引に適合するものなりと謂ふことを得るものなり。

以上の如く當事者の實際取引に於て行ふところは、第二説の主張するが如く、賣渡擔保と讓渡擔保とを區別し或場合は賣渡擔保とする意思を以て擔保を提供し、或場合は讓渡擔保と爲す意思を以て擔保を提供を爲すが如きことなく、只單に債權を擔保する目的を以て財産権を移轉するに止まり、其内容は當事者の事情、目的財産権の種類等各般の事情に基き當事者の便宜とする内容を以て契約するものなりと觀察するを以て、其實狀を正視せるものなりと信するものなり。従つて我國に於て現に行はるゝ財産権移轉による債權擔保に在りては、賣渡擔保と讓渡擔保とは別個の意義を有するものにあらずと解するものなり。

以上之を要するに、債權擔保の目的を以てする財産権の移轉行爲の内、賣買契約の完全なるものに限り之を賣渡擔保と爲し、然らざるものを讓渡擔保と爲すも、或は其何れをも通じて賣渡擔保と爲し、賣渡擔保中に其内容により種々ありと爲すも、結局其用語に對する約束によりて生ずる差異たるに止まるものなりと云はざるべからず。

尙第二説の主張するが如く、賣渡擔保は賣買を原因とする財産権移轉行爲にして、其信託性は單に一定期間の買戻權を附加せしめたる點に存するに過ぎずと爲すときは、斯種の賣渡擔保は本研究に於ては狹義の賣渡擔保即ち契約自由の原則に基く無名契約たる賣渡擔保より除外したる有名契約たる、買戻約款附賣買と爲すを至當なりとするものなり。

第九章 賣渡擔保の種類

賣渡擔保は其内容に於ける目的財産権の權利移轉の態様或は目的財産権に對する占有移轉の態様、若くは被擔

保債權の存否に關する合意等に依り之れを種々分類することを得るものなり。今其主なるものを列擧するときは

(一) 賣渡質、賣渡抵當

賣渡擔保を賣渡質、賣渡抵當の二種に分類する學者は極めて少數にして通説と爲すことを得ざるものなり。而して賣渡擔保を賣渡質、賣渡抵當の二種類に分類する學者の説くところによれば、賣渡擔保は債權を擔保する目的を以て財産權を債權者に讓渡するものにして、目的財産權が有體物なる場合に於て、目的物を債權者の占有に移すときは賣渡質にして、目的物を債務者の占有に留むるときは賣渡抵當なりと爲すものなり(註一)。

註一 末弘博士 法學全集第九卷「賣渡擔保」九頁。石田博士法學論叢三二卷二號「賣渡擔保に於ける二型態」二七頁以下。而して賣渡擔保を賣渡質、賣渡抵當の二種に分類する學者は、賣渡質と賣渡抵當とは其間に效力上の差異ありと爲すものなり。即ち、債務の履行期に於て債務者が辨済を爲さざるときは、債權者は目的財産權を處分して債權の満足を受け得るものなるも、目的財産權の占有が始より債權者に移されるときは、處分權行使の要件具備すると共に、債權者の所有權は法律上當然擔保目的による制限を脱して完全なる所有權となるものなり。之に反して目的財産權の占有が債務者の手に在るときは、債權者は處分權を行ふ爲め其物の引渡又は明渡を請求し得るものにして、債權者が引渡又は明渡を受けたるものを其儘債務の辨済として全部的に留保し得るや、又は目的財産權の換價若くは評價額が債權額を超ゆるときは、其差額を債務者に返還すべきかは、設定契約に於ける當事者の意思を解釋して之を決定すべきものなりと爲すものなり(註二)。

註二 末弘博士 同上二五頁

賣渡擔保の目的財産權が債務者の占有を離れて債權者の占有に移されるときは、債權者が目的財産權を處分する必要あるに至りたる場合に於ても債權者は債務者に對し之が引渡を請求するの要なきを以て、目的財産權の

占有が債權者に移されあるや否やは債權者の權利實行並に其效力に多少の差異なきにあらずと雖も、目的財産權の占有移轉の問題と目的財産權に對する權利移轉の問題とは、之を區別する本書に於ては、占有移轉の態様に因り權利歸屬に差異ありと爲すことを得ざるものなるを以て、賣渡質と賣渡抵當との間に效力上の差異ありと爲すを得ざるものなり。

又賣渡質、賣渡抵當の區別は一般取引に於ては全く用ひらるゝこと無き用例にして、實際取引に基く賣渡擔保の研究を主眼とする本書に於ては此區別に従ふことを得ざるものなり(註三)。

註三 我妻榮氏 松波先生還曆祝賀論文集「判例賣渡抵當法」一〇頁

(二) 内外關係共に權利の移轉する賣渡擔保、外部關係のみ權利の移轉する賣渡擔保

此分類は賣渡擔保の目的財産權の當事者間に於ける權利移轉の態様に因り區別せるものにして、即ち契約の内容に於て目的財産權が内外關係共に債權者に移轉するものを内外關係共に權利の移轉する賣渡擔保と爲し、當事者間の内部關係に於て權利は債權者に移轉することなく、外部關係に於てのみ債權者に權利の移轉する賣渡擔保を外部關係に於てのみ權利の移轉する賣渡擔保と爲すものなり。

賣渡擔保に付き所謂關係的所有權の法理に依る外部關係に於てのみ權利の移轉することを認むる學說に對しては學者間に非難あるものなること後に述ぶるが如し。而して其詳細は後に賣渡擔保に於ける權利移轉の章に於て之を説明せんとす。

而して賣買擔保に於ける權利の移轉に付き當事者間の内部關係に於て權利の移轉せざることを認むるや否やにより、當事者間に於ける權利關係に付き種々なる差異を生ずるものなること後に述ぶるが如し。

例せば權利が内外共に債權者に移轉せるものに在りては當事者間の權利關係は債權者に於て目的財産權を債權擔

保の目的以外に處分せざるべき債權關係を生ずるに止まるものなり。然るに當事者間の内部關係に於て權利の移轉せざることを認むるときは、目的財産は當事者間の内部關係に於ては債務者に屬するものなるを以て、當事者間の内部關係に關する限り、目的財産は債務者の所有にして、目的財産が物權なるときは債務者は債權者に對し依然物權を有するものなるを以て、從つて債務者の有する權利は物權的性質を有するものなり。而して目的財産の歸屬に付き以上の如き差異ある結果、之より流出する當事者間の權利義務に於て幾多の差異を生ずるに至ること後に述ぶるが如し。

賣渡擔保を其内容に於ける權利移轉の態様により以上の如く分類するに對し、石田博士は多少之に異りたる觀察を爲し「賣渡擔保に於ける二型態」なる論文に於て興味ある意見を發表せられたり（法學論叢第三二卷二號）。而して其説くところを略述すれば、

我國の賣渡擔保は全く判例によつて認められたる擔保權と云ふべきものなり、而して判例によれば、賣渡擔保の型態として外部關係に於てのみ所有權が移轉する場合と、内部關係に於ても所有權が移轉する場合との二型態の存することを知り得るものなり。而して從來の學説は賣渡擔保に於ては所有權が内外共に移轉すると見るか又は所有權が外部關係に於てのみ移轉すると見るか、何れも一元論的に賣渡擔保を法律的に構成せんと試みたるものなり。然れ共此兩見解は同一事實に對する二様の見解にあらず、兩論者の觀察する對象が次々異り居るものなり。又一定の目的を達するが爲に、物の所有權を讓渡する信託行爲について、法制史上讓受人の所有權が債權的に制限せらるゝ場合（羅馬法の *Fiducia*）、物權的に制限せらるゝ場合（ゲルマン法の *Treuhand*）の二つの型態存すること明かなり。而して此法制史上の二型態と我國の賣渡擔保に關する判例の二型態とを比較するときは、權利歸屬の關係に於て、判例の所謂所有權が内外共に移轉する賣渡擔保はローマ法の *Fiducia*

と一致し、判例の所謂所有權が外部關係に於てのみ移轉するに過ぎない賣渡擔保はゲルマン法の *Treuhand* と一致するものなり。而して所有權が外部關係に於てのみ移轉するに止まり、内部關係に於ては移轉せざるものなりとの事は結局債權者に對し處分權限を授けざるに過ぎざるものなり。而して此二者は以上の如き本質上の差異ある結果、其效力に於て種々なる差異あるものにして其主なるものは、

第一 外部關係

(1) 債權者が債務の辨濟期限前に目的物を第三者に處分したる場合は、*Fiducia* の型態による賣渡擔保に於ては、其處分自體は有效なるも、處分權限を授けざるに過ぎざる賣渡擔保に於ては辨濟期限の目的物の處分は無効なり。

(2) 債務の辨濟期前に債權者の債權者が目的物を差押へたるときは、*Fiducia* の型態による賣渡擔保に於ては、債權者は其差押に對し異議を申立つることを得ざるも、處分權授けの場合には、債務者は登記簿上登記原因として「賣渡擔保」と記載しあることを理由として其差押に對し第三者異議を申立つることを得るものなり。外部關係に於ける其他の關係たる債務者が辨濟期に債務を履行せざるときは、債權者は目的物を處分することを得るものなること、第三者が目的物を滅失毀損したるときは債權者は不法行爲者に對し損害賠償請求權を有し其得たる賠償金を以て債權の辨濟に充當し得るものなること等の權利は何れの型態に於ても差異なきものなり。

第二 内部關係

(1) 目的物の占有保管に付きては、實質上債務者の所有物を占有せる債權者は、處分權授與の場合には善良なる管理者の注意を以て其物を保管することを要するも、*Fiducia* の場合は何れも自己の所有物に對する

注意を以て保管するを以て足るものなり。

(2) 債権者が目的物を信託の趣旨に反して處分したるときは、處分權授權の賣渡擔保に於ては、債権者の行為は不法行為となるも *Fiducia* の場合に於ては債務不履行の問題となるに止まるものなり。

(3) 處分權授與の賣渡擔保の場合には、債務者が債務を辨済したるときは、債権者の處分權限は消滅するを以て當然債権者は債務者に對し、登記抹消又は移轉登記を爲すべき義務を負ふものなり。此登記請求權は實體法上の權利關係と登記簿上の權利關係との齟齬に基き生ずるものにして、所有權に基く保全請求權の性質を有するを以て消滅時効に罹らざるものなり。

反之 *Fiducia* の場合には辨済により目的物の所有權を再び債務者に返還移轉すべき義務を負ふに至るに過ぎざるを以て、其債權は普通の債權として十年の消滅時効に罹るものなり。

又債務者が目的物を占有し利用し居ることは、形式上貸借關係に基く場合に於ても、實質上自己の所有權の行使なるを以て、債務者に於て貨料の支拂を延滞するも、辨済期前に於て貸借關係を解除し目的物の引渡を請求し得ざるものなること、債務の辨済期前に目的物が不可抗力により滅失毀損するも、其危険は債務者が負擔すべきものにして債権者は之によつて債權を失はざるものなること、當事者間に流質に關する特約なき限り、債務の不履行の場合には債権者は目的物を賣却し、其代金に依り辨済を受け、殘餘あるときは之を債務者に請求し得るものなること等は何れの型態に於ても大差なきものなり。と説明せらるゝものなり。

(三) 債務の存續する賣渡擔保、債務の存續せざる賣渡擔保

賣渡擔保を斯く分類するは賣渡擔保契約の内容に於て被擔保債權の存續するものなると否とによりて區別する

ものなり。

賣渡擔保契約は一般に被擔保債權を消滅せしむる合意を包含せざるものなるも、當事者が契約の内容に於て被擔保債權を消滅せしむる合意を爲したるときは、斯種の賣渡擔保を債務の存續せざる賣渡擔保と稱するものなり。而して賣渡擔保に債務の存續せざるもの存すと爲すに對しては次の如き反對あるものなり。即ち賣渡擔保は債權を擔保する爲め財産權を債権者に移轉する契約なり。従つて債務の存續せざる賣渡擔保なるものは之を認むることを得ざるものなり。殊に賣渡擔保を一種の物的擔保なりと爲す見地よりするときは、債務の存續せざる賣渡擔保なるものは之を認むることを得ざるものなり(註四)。然れ共賣渡擔保は契約自由の原則に基き當事者が任意に締結せる無名契約なりと解すべきものなるを以て、其内容も亦當事者の任意に定むることを得るものなりと爲さざるべからず。即ち當事者は其便宜に従ひ、被擔保債權を消滅せしむることを合意することを得べく、斯の如き賣渡擔保契約も亦有效なること、當事者が其他の内容に付き任意に合意することを得ると何等異るところなきものなりと謂はざるべからず。本書は以上の如き見地より被擔保債權の存續せざる賣渡擔保を認むるものなり。

然れ共茲に所謂債務の存續せざる賣渡擔保は一部の學者並に判決に於て主張する債務の存續せざる賣渡擔保とは其實體を異にするものなり。蓋し一部の學者並に判決に於ては、賣渡擔保を極めて廣義に解し買戻約款附賣買、再賣買豫約附賣買、條件附法律行為をも賣渡擔保の一態様なりと爲し、之等の法律行為にありては被擔保債權の存續すること無きものなるを以て、之等の法律行為を以て債務の存續することなき賣渡擔保なりと爲すものなり。然るに本書に於ては之等の法律行為は民法に於て其成立要件、效力等規定せられ、殊に之等の法律行為は債權擔保の爲め利用せらるゝこと少からざるも、元來之等法律行為は債權擔保の使命を有する法律行

爲にあらざるを以て、之等の法律行爲が債權擔保の目的を以て爲されたるや否やを判別することを得ざる場合存すべく、其效力に至りては一般の賣渡擔保と甚しく異り民法に明定せらるゝものなるを以て、之等の法律行爲と無名契約たる賣渡擔保とは嚴に之を區別することを要するものにして、之を狭義の賣渡擔保より除外し本書の研究範圍外に置きたるを以て、本書に所謂債務の存續せざる賣渡擔保は之等の法律行爲と全く異なるものなり。

而して本書に於ける債務の存續せざる賣渡擔保は、前述の如く無名契約たる狭義の賣渡擔保に在りても、尙當事者は任意に被擔保債權は之を消滅せしむるの合意を爲すを得べく、當事者が被擔保債權を消滅せしむる合意を爲したるときは斯の如き賣渡擔保を指して債務の存續せざる賣渡擔保なりと爲すものなり。

註四 石田博士「賣渡擔保に於ける二型態」法學論叢第三二卷二號二七頁以下。松本博士 私法論文集第二卷二四七頁以下。

(四) 賣渡擔保は、以上の外代物辨濟約款の附隨せるや否やにより代物辨濟約款の附隨せる賣渡擔保と否らざる賣渡擔保とに區別することを得るものなり。

賣渡擔保契約の當事者は、賣渡擔保契約の内容若しくは附隨契約或は其後の契約を以て、辨濟期に於て債務者が債務の辨濟を怠りたるときは、其時に於て目的財産を代物辨濟として債權者に歸屬せしむることを約することを得るものなり。而して斯の如き契約の有効なることは後に之を詳述せん。賣渡擔保契約に於て以上の如き内容若しくは附隨約款の存するときは、辨濟期日に於て債務者が債務の辨濟を怠りたる時は目的財産は内部關係に於て債務者に留保されある場合と雖も目的財産は其時に於て確定的に債權者に移轉するものなること明かなり。

而して賣渡擔保契約の内容若しくは附隨約款に於て、代物辨濟に關する合意なきものありては、契約の内容により其効果を定むべきものなること後に述ぶるが如し。然れ共代物辨濟に關する約款の存する賣渡擔保契約と極めて近似するも而も之と全く異なる内容を有する賣渡擔保契約の存することを注意せざるべからず。即ち賣渡擔保契約の内容に於て契約の成立と同時に目的財産は債權者に完全に歸屬し、債務者は一定の期日迄に一定金額を債權者に支拂ふにあらざれば債務者は目的財産に對する返還請求權を喪失する内容を有する賣渡擔保即ち之なり。例せば賣渡擔保契約の内容に於て賣買の合意を爲し目的財産は債權者に確定的に歸屬せしめ、債權は之を消滅せしめ、債務者は債權者に一定期日迄に一定金額を支拂ふべく、債務者が此支拂を爲さざるときは、債權者は目的財産を債務者に返還する義務を免れ、之を自己の財産として保有することを得ることを内容とする賣渡擔保契約の如き之なり。

而して以上の如き内容を有する賣渡擔保契約と代物辨濟約款の附隨する賣渡擔保契約との差異は、目的財産が代物辨濟の場合に在りては、債務者が債務の辨濟を怠りたる時に於て初めて債權者に確定的に歸屬し、其以前に在りては内部關係に於ては未だ債務者に屬するものなり。然るに後の賣渡擔保契約に在りては、債務關係存続せざると共に、目的財産は契約成立の時より完全に債權者に歸屬し、債務者は只一定期日迄に一定金額を支拂ひ之が返還を請求することを得るに止まるものなる點に在るものなりとす。元來、賣渡擔保契約に於ては債務者が債務の辨濟期日に債務の辨濟を怠りたる時は目的財産は特約なき限り、債權者は之を處分して其對價を以て債務の辨濟に充當すべきものなりと雖も、契約の内容に於て債務者が辨濟期日に於て辨濟を怠りたる時は、其時に於て代物辨濟として目的財産を債權者に歸屬せしむるもの、及び契約成立の時に於て目的財産を債權者に歸屬せしめ、一定期日迄に債務者が一定金額を支拂はざるときは債務者の有する一定

金額の支拂による目的財産権の返還請求権を喪失する特約ある賣渡擔保に在りては、辨濟期の経過により目的財産権は債務者の利害を離れ確實完全に債権者の權利たるに至るものなりとす。次に賣渡擔保の目的財産権が内外關係共に債権者に移轉せる場合と、外部關係のみ移轉せる場合と、目的財産権が完全に債権者に歸屬せる場合と、否らざる場合との關係に付き一言せんに、目的財産権が契約成立と同時に完全に債権者に移轉し、債務者に一定條件の下に之が返還請求権を與ふるに止まるものによりては、目的財産権は内外兩關係共に債権者に移轉せるものなることは明かなり。之に反し債務辨濟期日に於て債務者が其辨濟を怠りたる時は、其時に於て目的財産権は代物辨濟として債権者に歸屬するものに在りては、代物辨濟の效力を生ずるに至る迄に於ける目的財産権は、内部關係に於て債務者に屬するものなること明かなり。蓋し目的財産権に付き内外兩關係の移轉と外部關係のみの移轉を認むる以上、代物辨濟の效力を生ずる以前に於ける目的財産権が、内外關係共に債権者に移轉せるものなりと爲すことを得ざるものなればなり。又債務者が辨濟期に於て債務の辨濟を怠りたる時は、債権者は目的財産権を處分して辨濟に充當することを得るに止まる場合に於ては、目的財産権は内部關係に於ては債務者に屬するものなるを以て、之亦外部關係に於てのみ權利の移轉せる場合たるに歸するものなり。

之を要するに、本書に於て目的財産権が内外關係共に債権者に移轉せる場合と爲すは、目的財産権が契約成立の當初より債権者に完全に移轉し一定條件の下に債務者に之が返還請求権を與へたる場合に止まるものなり(註五)。

註五 大審院大正一三年(オ)第一六一號、同年三月二十四日民事聯合部判決によれば「債權擔保の目的を以てする財産權讓渡の場合に於て當事者は或は内部關係に於ても財産權を讓受人に移轉するの意思を以て讓渡を爲すことあり或は内部關係に

於ては財産權を移轉せず外部關係に於てのみ之を移轉するの意思を以て讓渡を爲すことありと雖も、其何れなるや當事者の意思明かならざる場合に於ては其意思は内外共に財産權を移轉するに在りと推定するを相當とすべく、從つて外部關係に於てのみ財産權を移轉し内部關係に於ては之を移轉せざる意思を以て讓渡を爲したる旨を主張する者は其事實を證明するの責任あるものなり」と爲すものなり。

此判決は大審院が多年採り來りし原則たる當事者間に特別の意思表示なきときは財産權は外部關係に於てのみ移轉するものにして内外關係共に移轉するは當事者の特別の意思ある場合に限るとの原則を顛倒したるものなりとして學者間に批難あるものなること別に述ぶるが如し。而して此判決は權利の移轉に付き内外關係共に債権者に移轉する意思に基くものなることを推定し外部關係のみの移轉なることを主張する債務者に其立證責任を負担せしめたる點に於て不當なる判決なりと雖も、此の判決によるも當事者間の契約全般の趣旨により内部關係に於ては債権者に權利の移轉する意思に基くものにあらざることを認め得る限り此推定を許すべしにあらす。從つて當事者が債務辨濟期に於て、債務の辨濟を怠りたる時は、目的財産權を代物辨濟として債権者に移轉する合意ある場合を以て、内外關係共に權利が債権者に移轉するものなりと爲すを得ざるものなり。

(五) 流抵當の特約ある賣渡擔保と流抵當の特約なき賣渡擔保

賣渡擔保の當事者は賣渡擔保契約若くは其後の契約を以て、債務者が債務の辨濟期に於て其履行を怠りたる時は、辨濟として目的財産權を債権者に取得せしむる爲め流抵當に關する特約を爲すことを得るものなり。賣渡擔保の當事者が賣渡擔保契約に流抵當に關する特約を附したるときは此賣渡擔保を以て流抵當の特約ある賣渡擔保と云ひ此契約の附加せざる賣渡擔保を否らざる賣渡擔保と云ふものなり。而して流抵當契約の意義に付きては異説なきにあらざるも流抵當契約(流質契約に付亦同じ)とは賣渡擔保契約又は債務辨濟期前に於て債務者が辨濟期に債務を辨濟せざる時は辨濟として、賣渡擔保の目的財産權を債権者に取得せしむる契約を云ふと爲すを適當なりと信ず(註六)。

註一 中島博士 民法釋義物權編九〇九頁。牧野博士 民法要綱三〇五頁

元來賣渡擔保は契約自由の原則に基き、當事者が任意に締結せる無名契約にして其實體は債權を擔保する爲め債權者に財産權を讓渡するによりて成立する契約なるを以て、質權の設定にあらざることを疑なきものなり。従つて、賣渡擔保に對しては民法第三四九條の適用なきものなることに付きては、既に述べたところなり。故に賣渡擔保の當事者は賣渡擔保契約若くは其後の契約を以て任意に流抵當に關する契約を爲すことを得るものなり(註二)。

註二 中島博士 民法論文集五一八頁以下。末弘博士 賣渡擔保一六頁。我妻榮 判例賣渡擔保法二六頁。大審院大正一〇年(オ)第五七號、同年三月二三日判決、民事判決録二七輯五七〇頁。同大正八年(オ)第一九八號、同年七月八日判決、同年民事判決録一三七三頁。同昭和二年(オ)第一〇五九號、同年二月二四日判決、法律評論一七卷民法三八九頁。同昭和一〇年(オ)第一六三號、同年一月二八日判決、法學五卷四號一二二頁。

賣渡擔保の當事者が賣渡擔保契約に流抵當の特約を附したる場合に於ては、債務者が辨濟期に於て債務の辨濟を怠りたるときは特約に基き債權者は目的財産權を取得すると共に、債務は全く消滅し、當事者間に於ける賣渡擔保關係は茲に全く終了するものなり。而して流抵當の法律上の性質に付きては定説なきが如きも、流抵當は本來の給付に代へ他の給付を爲し以て債務を消滅せしむるものなるを以て其法律上の性質は之を代物辨濟なりと解するを正當なりと信するものなり(註三)。従つて、賣渡擔保に付き流抵當の特約存する場合に在りては前四に述べたる代物辨濟の約款ある賣渡擔保と同一の效果を生ずるものなりと爲さざるべからず。

註三 中島博士 民法釋義物權編九一四頁。朝鮮高等法院大正一三年民上第一二五四號、同年一月二六日判決、法律評論一四卷民法二五七頁。同院大正一五年民上第四四〇號、同年一月二二日判決、法律評論一五卷民法一一五〇頁。賣渡擔保は以上の外、目的財産權に付き貸借契約の存否、目的財産權の種類等を標準として、更に數多の區別を爲すことを得べしと雖も、是等の點より種々なる區別を爲すも實益少く又普通斯の如き區別を爲さざるを以

て比較的實益ある以上の如き分類を爲すに止めんとす。

第十章 賣渡擔保の效力

第一節 總 說

賣渡擔保成立したるときは、其當事者間に種々の效力を生ずるものなり。賣渡擔保は債權を擔保する爲め財産權を債權者に移轉する契約なるを以て、賣渡擔保契約の成立により當事者間に其目的財産權移轉の效力を生ずるものなり。而して賣渡擔保契約に於ける財産權の移轉の效力に付きては、目的財産權は内外關係共に完全に債權者に移轉し、債權者は債務者に對し之を其目的外に行使せざるべき債權的義務を負擔するに止まるものなりと爲す所謂債權主義を主張する學者と、賣渡擔保の目的財産權は當事者の合意あるときは、内部關係に於ては債權者に移轉せず、債務者は依然目的財産權の權利主體たるものなりと爲す所謂物權主義を主張する學者との間に論争あるものにして、其何れの說に従ふやによりて、當事者の權利關係に種々なる差異を來すに至り、殊に債務者に採りては重大なる利害を伴ふに至るものなり。

而して右兩說の何れの說に従ふも債權者は債務者に對する限り、目的財産權の行使に付き一定の制限に従ふべきものにして、債權者が目的財産權に付き有する權利は一定の限界を有するものなり。

又賣渡擔保の目的財産權に實質的欠缺等瑕疵の存することあるべく、而して其結果賣渡擔保を不成立ならしむるに至り、若くは債權者に損害を生ずるに至ること無しとせざるなり。

又賣渡擔保の目的財産権は債權擔保の目的を以て移轉せられたるものなるを以て、債務の辨濟期に至り債務者が債務の辨濟を爲したるときは之を債務者に返還することを要するものにして、債務者の有する返還請求權に關する種々の問題存するものなりとす。之に反し債務の辨濟期に於て債務者が其債務の辨濟を爲さざるときは、債權者は特約に依り目的財産権を確實に自己に歸屬せしむ債務者に對する目的財産權返還の義務を免れ、若くは特約に依り其時に於て目的財産権を代物辨濟として之を取得するに至り、或は目的財産権を處分して其對價に依り債權の辨濟に充當するを得べく是亦種々の法律關係を生ずるものなり。

又目的財産権は債權擔保の爲めに債權者に移轉せらるゝものなりと雖も、多數の場合に於て質貸借、使用貸借の目的物となり、債務者の占有に留むるものなるも債權者の占有に移す場合無きにあらざるを以て、目的財産權保管の責任に關する法律關係生ずるのみならず、之に伴ひ債權者若くは債務者が目的財産權を不法に處分し若くは滅失毀損するが如きこと無きを保せざるものにして之亦種々の法律關係を生ずるものなりとす。

以上の如く賣渡擔保の成立に依り當事者間の内部關係に於て種々の效力を生ずる外、當事者以外の第三者に對する關係に於ても種々の效力を生ずるに至るものなり。例へば目的財産權を債權者より取得したる第三者との間の法律關係、目的財産權に付き強制執行を爲したる第三者に對する法律關係、目的財産權に依り第三者に損害を加へ、若くは第三者の不法行為に依り目的財産權に損害を受けたる場合に於ける法律關係の如きなり。

本章に於ては以上の如き賣渡擔保契約の成立に依り生ずる效力を説明せんとするものなるも、之が説明の便宜上次の如く區別して説明せんとするものなり。

即ち第二節に於て目的財産權移轉の效力を説明し、第三節に於て債權者の有する對內的權利義務を、第四節に於て債務者の有する對內的權利義務を説明せんとするものなり。而して債權者及債務者の有する對內的權利義務

の關係は債務の辨濟期限の前後により差異の存するものあるを以て、之が解説の便宜上辨濟期限の前後に分ちて説明するを適當と信するものなり。又賣渡擔保の對外關係に付きは第五節に於て債權者の對外關係を説明し、第六節に於て債務者の對外關係を説明せんとするものなり。而して債權者の對内關係と債務者の對内關係とは債權者の請求權は債務者の義務となり、互に表裏するもの少からずと雖も、其説明の重複を避け債權者の權利として説明したるものは債務者の義務として説明すること無きものなり。

第二節 權利移轉の效力

第一款 賣渡擔保に於ける權利の移轉

債權擔保の目的を以て財産權を信託的に移轉する場合に於て、擔保の目的物たる財産權は債權者に完全に移轉するものにして債權者は債務者との契約に拘束せらるゝ外其財産權の主體として之を自由に行使し得るものなり、即ち株式を以て賣渡擔保の目的財産權と爲したる場合に於ては、債權者は株主權を行使し得べく(註一)、物の所有權の移轉を受けたる場合に於ては、其物の所有者として完全に其權利を行使し得るものなり。然れ共、債權者は其債務者との關係に於ても尙完全に權利の移轉を受くるものなりや、特に内部關係に於て債務者に權利を留保する契約を爲すことを得るやの點に付きは、二つの相異なる見解あるものなり。即ち其一是相對的財産權移轉説にして他は絕對的財産權移轉説なりとす。而して此兩説は賣渡擔保と類似する信託行為並に取立委任を目的とする債權讓渡の場合に於ても論議せらるゝところにして、學説のみならず判例に於ても内外共に議論多く容易に歸一するに至らざるものなり。

註一 水口博士 法律論叢第八卷五號五頁以下

相對的財産權移轉說中に在りても委任關係又は代理關係に過ぎずと爲す說、形式的權限を有するに止まると爲す說、及び内部關係及び外部關係により效力を異にする所謂權利分割說あるも、其代表的なるものは所謂權利分割說にして、相對的權利移轉說を代表するものなり。而して相對的財産權移轉說に依れば、賣渡擔保の場合に於て財産權は對外關係に於ては債權者に屬するも當事者間の對内關係に於ては財産權移轉の效果を生ぜずして依然として債務者は其財産權を有するものなり(註二)。

而して内外に依り異なる效力を發生する關係的財産權移轉なるものは、我が私法上之を認むべからずと云ふ非難は當を得ざるものなり。現に之を物權に付きて云へば、我が民法上物權は凡て契約に依りて移轉すと雖も、動産に付きては引渡、不動産に付きては其登記あるまでは之を第三者に對抗し得ざるものなるを以て、從つて其引渡又は登記ある迄は、第三者に對すると舊所有者に對するとに依り其所有者を異にするが如く、明かに關係的所有權を認め居るに徴するも、當事者が契約自由の原則に依り内外效力を異にする關係的財産權移轉を爲すを不可なりとする非難は當らざるものなりと云ふにあり。而して賣渡擔保の效力を斯く解するにあらざれば、債權者破産の場合に於て擔保の目的を以て讓渡したる財産權は、破産者の財團に組入れられ、債務者は實際上自己の所有に係る財産權を取戻し得ることとなり、當事者の目的に反すること大なりと云ふにあるものなりとす(註三)。

註二 増永正一氏 司法協會雜誌第九卷第三號一五頁以下。我妻榮氏「判例賣渡抵當法」松波先生選層祝賀論文集二〇頁、末弘博士 法學全集第九卷一二頁。岩田博士 法學志林第三八卷八號。

註三 賣渡擔保の目的財産權の移轉に關し岡松博士は、「信託行爲の效力を論ず」なる論文に於て詳細なる解説を試みられたり、右論文に依れば「信託行爲とは當事者の有する終局的目的に超過する效力を有する法律行爲を云ふ」と爲し信託行爲の效力に付きては論點多きも眼目は「受信者破産の場合に與信者は信託的に讓渡したる物件を取戻すことを得るか」の

點に在りと爲し、此結論は關係的所有權なるものを認むることを得るや否やに在るものなりと爲し、更に理論上關係的所有權なるものを認むることを得るや否やに論及し關係的所有權なるものは決して新しきものにあらず、信託行爲に關しては獨逸多數學者之を認むるのみならず、又判決例も之を認むるものなり、と断定したる後、然れ共關係的所有權を認むることに對しては、攻撃雨下したるものにして其主なるものは、曰く「甲は乙に對しては物又は債權所有者なり、反之丙に對しては然らずと云ふが如き關係的所有權なるものは不能なり」

又曰く「内外に對するに依り效力を異にす可き關係的所有權なるものあること能はず、是法律の大原則に反する區別なり。或は所有者たるか否らざるか其一にあらざる可らず。或人に對してのみ所有者たるが如き中間物を認むる能はず、所有權は必ず凡ての人に對する所有權なり」と論じ、關係的所有權説を批難するものなりと爲し、博士は右攻撃に對し

然れ共第一に所有權は必ず凡ての人に對する所有權ならざるべからざるの理由なし、蓋し物權は一般の人に對抗することを得るものなれども一般に對抗することが物權の性質なるに非ず。物權は全然又は或範圍内に於て物の實質又は其價格を支配するを以て其性質とし一般に對抗し得べきは此性質より生ずる效力に過ぎず物を支配するが故に一般に對抗するを得るに過ぎざるなり。故に物を支配せざる所有權あること能はずと雖も其效力の制限せられ或人に對抗すること能はざる所有權は之を認むること能はざるに非ざるべし、已に羅馬法に於て取得時効の成就せざる善意占有者の有する所有權、獨法に於ける動産所有權の取得、英法に於ける衡平法上の所有權の如き皆人に對抗する能はずと雖も尙所有權たり従つて外部に對しては所有者たり。内部に對しては所有者に非ざることも之が爲に得ざる事勿るべし。

第二に以上の攻撃たる皆一に關係的所有權に對するものにして債權に對しては適用なし。則ち一人が外部に對しては債權者たり内部に對しては債權者に非ざること法律の大原則に違反することを主張したるものあることなし。此點より見るも關係的所有權説に對する非難の理由なきを見るべし。

と論ぜられ、更に此問題は成法上關係的所有權を認むるや、議論の勝敗は一に此一點に歸着す可し。理論上關係的權利を認むるを得るとするも否らずとするも成法が已に此種の權利を認むる以上は實際此種の權利の存することを否認する能はざるべし。而して今我國法に就きて見るに種々なる通例あり。

(イ) 民法一七六條乃至一七八條に依れば物權は凡て契約に依り移轉するも動産は引渡不動産は登記ある迄は第三者に對