

民法破棄判例を読む 第5回

中京大学法科大学院教授

橋本 恭宏

買戻特約付売買契約の形式を採りながら 目的不動産の占有の移転を伴わない契約の性質

平成18・2・7最高裁第三小法廷判決、平成17年(受)第282号建物明渡請求事件
破棄自判 金融・商事判例1240号 2006年5月1日号

原 審 = 平成16・9・29福岡高裁判決、平成16年(ネ)第378号、金判1240号30頁

第1審 = 平成16・3・3大分地裁判決、平成15年(ワ)第452号、金判1240号31頁

判 旨 買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当である。

1 事案の概要 (当事者の主張)

平成12年11月13日、X(被上诉人)は、Y1の代表者であるY2に対し、利息を月3分とする約定で、1000万円を貸し付け、その担保として、有限会社Aとの間で、Y1の所有する土地及び建物(平成13年12月13日当時、建物及びその敷地を所有)について譲渡担保契約を締結した。Y2は、別件貸付けに係る利息ないし遅延損害金として、同年12月12日、平成13年2月5日、同年3月6日、同年5月8日、同年6月8日にそれぞれ30万円を支払ったのみで、それ以降の弁済をしなかった。そこで、Xは、別件貸付けに係る債権について、少なくとも利息を回収するため、Y2が代表取締役を務めるY1との間で、Y1所有の本件土地建物について買戻特約付売買契約を締結することを考えた。平成13年12月13日、XとY1とは、いったん、本件土地の売買代金を700万円、本件建物の売買代金を100万円、買戻期間を平成14年2月28日までとする買戻特約付売買契約を締結することに合意して契約書を作成し、司法書士に対し、登記手続を依頼したが、X代表者は、司法書士が退去した後、売買代金は、合計800万円ではなく、合計750万円でなければ契約を締結することができないと言い出し、Y2も、750万円の方が買戻しをしやすいとしてこれに応じたことから、XとY1会社は、本件土地の売買代金を650万円、本件建物0) 売買代金を100万円とし、Y1会社は平

成14年3月12日までに上記売買代金相当額及び契約の費用を提供して本件土地建物を買い戻すことができる旨の内容の買戻特約付売買契約を締結し、変更前契約書の内容を改めた契約書を作成した。Xは、本件契約日に、Y1会社に対し、売買代金750万円のうち400万円を支払うこととしたが、Y1会社の了承の下、400万円から、買戻権付与の対価として67万5000円、別件貸付けの利息9か月分として270万円、登記手続費用等の支払に充てるべく司法書士に預託した41万円、以上合計378万5000円を控除し、21万5000円をY1会社に交付し、本件契約日の翌日、Xは、司法書士が本件土地建物について変更前契約書の内容で登記手続を完了したことを確認し、Y1会社に対し、売買代金の残金350万円を支払ったが、Y1会社は、平成14年3月12日までに本件契約に基づく買戻しをしなかった。

本件契約には、買戻期間内に本件土地建物をY1会社からXに引き渡す旨の約定はなく、本件建物は本件契約日以降もYらが共同して占有している。

そこで、XがYらに対し、本件契約は民法の買戻しの規定が適用される買戻特約付売買契約であり、Xは本件契約によって本件建物の所有権を取得したと主張して、所有権に基づき本件建物の明渡しを求めるものであり、Yらは、本件契約は譲渡担保契約であるからXは本件建物の所有権を取得していないと主張し争った。

以上を要約すると、Y会社（控訴人・上诉人）の代表者個人Y1（被告・控訴人・上诉人）に対して貸金債権（別件貸付け）を有していたX会社（原告・被控訴人・被上诉人）が、Y会社との間で、Y会社の所有する本件土地建物について買戻特約付売買契約を締結し、その買戻期間が経過したとして、本件建物を占有しているY会社およびその代表者（Yら）に対し、所有権に基づいて本件建物の明渡しを求めた。別件貸付けは、1000万円を利息制限法所定の制限利率を超える月3分の利息の約束で貸し付けるというもので、その担保としてY会社の代表者が経営するY会社とは別の訴外A会社の土地建物について譲渡担保契約が締結されていた。本件契約は、Y会社の代表者Y1が別件貸付けに係る利息、遅延損害金の一部しか支払わなかったため、X会社が、別件貸付けに係る債権について、少なくとも利息を回収する目的で締結したものであり、本件契約においては、売買代金750万円から、別件貸付けの利息9か月分として270万円、買戻権付与の対価として買戻期間3か月分の月3分の利息額と金額が一致する67万5000円等、合計378万5000円が控除され、その残金がY会社に交付されたものである。Y1は、本件契約は、買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約であるから、X会社は真正な買戻特約付売買契約によって所有権を取得したことを理由として本件建物の明渡しを求めることはできないとして争ったものである。

2 第一審・原審ならびに上告理由

2 - 1 第一審

貸付けについての譲渡担保契約の契約書には、「買戻約款付譲渡担保契約書」という標題が付されているが、本件契約の契約書には、「買戻約款付土地建物売買契約書」という標題が付されていること等を理由に本件契約を真正な買戻特約付売買契約と認め、原告会社の請求を認容すべきとした。

2 - 2 原 審

契約書には、「買戻約款付譲渡担保契約書」という標題が付されているが、変更前契約書にも、本件契約書にも、「買戻約款付土地建物売買契約書」という標題が付されている。Xらは、Yが控除した67万5000円は本件契約による貸付けに係る3か月分の利息であると主張するが、別件貸付けの利息として支払われた270万円の領収証にはそのただし書欄に「利息」と明記されているのに対し、買戻権付与の対価として支払われた67万5000円の領収証にはその記載がないので、これを認めることはできない。

Xらは、Y1会社はYから371万5000円しか受け取っておらず、このような少額の代金でY1会社が時価1800万円を下らない本件土地建物を売却するはずはないと主張するが、Y1会社が371万5000円しか受け取ることができなかつたのは、買戻権付与の対価、別件貸付けに係る利息、登記手続費用の合計378万5000円が控除されたからにほかならず、本件土地建物は飽くまで750万円と評価されているし、本件土地建物の時価が1800万円を下らないと認めるに足りる証拠もない。したがって、本件契約は、譲渡担保契約ではなく、真正な買戻特約付売買契約と認められる。

2 - 3 上告理由

1 本件事件の争点が、申立人と相手方に於いての契約書及び契約内容について、金銭消費貸借契約に基づく譲渡担保契約であるものか、買戻し約款付売買契約である。

本件契約は譲渡担保契約である。

2 原判決は、本件契約内容について、契約書の表題について「買戻約款付土地建物売買契約書」とあるから申立人提出の各書証及び供述についての審理をせず、本件契約内容が金銭消費貸借契約に基づく譲渡担保契約であることを否定したが、民事訴訟法第149条同150条、同151条の釈明権不行使による審理不尽の違法がある。

3 最高裁の判断

最高裁第三小法廷は以下の理由により、破棄自判した。

「真正な買戻特約付売買契約においては、売主は、買戻しの期間内に買主が支払った代金及び契約の費用を返還することができなければ、目的不動産を取り戻すことができなくなり、目的不動産の価額（目的不動産を適正に評価した金額）が買主が支払った代金及び契約の費用を上回る場合も、買主は、譲渡担保契約であれば認められる清算金の支払義務（最高裁昭和42年（オ）第1279号同46年3月25日第一小法廷判決・民集25巻2号208頁参照）を負わない（民法579条前段、580条、583条1項）。このような効果は、当該契約が債権担保の目的を有する場合には認めることができず、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保契約と解するのが相当である。そして、真正な買戻特約付売買契約であれば、売主から買主への目的不動産の占有の移転を伴うのが通常であり、民法も、これを前提に、売主が売買契約を解除した場合、当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなしている（579条後段）。そうすると、買戻特約付売買契約の形式が採ら

れていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当である。

本件契約は、目的不動産である本件建物の占有の移転を伴わないものであることが明らかであり、しかも、債権担保の目的を有することの推認を覆すような特段の事情の存在がうかがわれただけでなく、かえって、Xが本件契約を締結した主たる動機は、別件貸付けの利息を回収することであり、実際にも、別件貸付けの元金1000万円に対する月3分の利息9か月分に相当する270万円を代金から控除していること、真正な買戻特約付売買契約においては、買戻しの代金は、買主の支払った代金及び契約の費用を超えることが許されないが（民法579条前段）、Xは、買戻権付与の対価として、67万5000円（代金額750万円に対する買戻期間3か月分の月3分の利息金額と一致する。）を代金から控除しており、Y1会社はこの金額も支払わなければ買戻しができないことになることなど、本件契約が債権担保の目的を有することをうかがわせる事情が存在することが明らかである。

したがって、本件契約は、真正な買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約と解すべきであるから、真正な買戻特約付売買契約を本件建物の所有権取得原因とする被上告人の上告人らに対する請求はいずれも理由がない。

以上によれば、本件契約を真正な買戻特約付売買契約と解し、Yの請求を認容すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は、上記の趣旨をいうものとして理由がある。」

4 破棄判例を読む

4 - 1 最高裁の考え方

最高裁は、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保契約と解するのが相当であるとした上で、真正な買戻特約付売買契約であれば、売主から買主へめ目的不動産の占有の移転を伴うのが通常であるから、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当であると判示した。そして、本件契約は、目的不動産である本件建物の占有の移転を伴わないものであることが明らかであり、債権担保の目的を有することの推認を覆すような特段の事情の存在がうかがわれないので、本件契約は、真正な買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約と解すべきものとした。

4 - 2 譲渡担保の意義

譲渡担保は、債務者が債権者に対し、債権担保の目的をもって、目的物の所有権その他の権利を移転し、債務者がその債務を弁済したときは、これを返還するが（解除条件付所有権譲渡）、万一、債務を弁済しないときは、債権者は、目的物をそのまま取得し、もしくは、これを任意に換価して、債権を清算する物的担保制度である。

広い意味で譲渡担保は財産権の移転による担保のことをいう。そうしたことから、これには2つ

の形態があるといわれている。

信用の授受を売買の法形式を利用して行い、与信者は代金の返還を請求する権利を有せず、ただ、受信者がそれを返還して目的物を取り戻すことができる。

信用の授受を債権という形で存続し、与信者がその弁済を請求する権利を持ち、受信者がこれに応じない場合に、目的物より満足を得ようとするものである。

通常、前者は「売渡担保」、後者は「譲渡担保」と呼ばれている。そこで、従来から、この両者のいずれであるか不明の場合は、担保としてより合理的であると考えられる「譲渡担保」であるか否かについて議論があった。

そもそも、譲渡担保は、民法の規定している担保物権の範囲が狭く、動産を担保化するには原則として、質権による以外には方法がないことから、この動産を、担保設定者めもとで使用しつつ(抵当的譲渡担保という)、占有のみを担保権者に引き渡すことは有効であること、他面、これを担保化するという金融取引上の要請から、条件論、ならびに債権契約(信託約款)と物権変動理論を結合し、その応用により発達してきたものである。

4 - 3 譲渡担保の論点

譲渡担保という担保形態について頭初から以下のような問題(有効性)があった。

譲渡担保は当事者間に所有権移転の意思がないのに所有権移転の形式をふむもので、これは虚偽表示(94条)で無効ではないか。また、公序良俗(90条)に反するのではないか。

質権設定における流質契約禁止(349条)および質権設定者による代理占有の禁止(345条)に抵触しないか、また脱法行為といえないか。

民法が定めている物権法定主義に反するのではないか。特に、譲渡担保の法的構成としての担保的構成を採用する場合も同様に考えてよいのか、

である。

本稿では、以上の問題を直接検討するものではないが、これらの問題点についての現在の状況について簡単に述べておく。

当初の判例は、これを無効としていた(大判明治39・10・10民録12輯1232頁)が、譲渡担保は、所有権移転の形式がとられているといっても、完全に所有権が移転するというわけではないこと。また、債権担保の目的のために所有権移転に類似する行為であること。これらは、まさに、当事者の真意に合致し、虚偽表示ではない。譲渡担保は、債権担保という経済的目的を超えて、所有権移転という法的手段がとられたのであり、的には、この設定は一種の信託行為であり(理論面)、実質面では、物的担保権の設定となったものである。そうしたことから、公序良俗に反するともいえない。

質権設定者による代理占有の禁止の趣旨は、質権特有の要件として、債務者より占有を奪うということにしたのであり、他の担保形態にまでそれを強いることは妥当ではない。また、流質契約禁止(349条)も、現在、立法論としてその当否が問題であり、抵当権では、抵当直流が認められていることからこれをいちがいに脱法行為とはいえない(大判大正8年7月9日民録25輯1373頁)

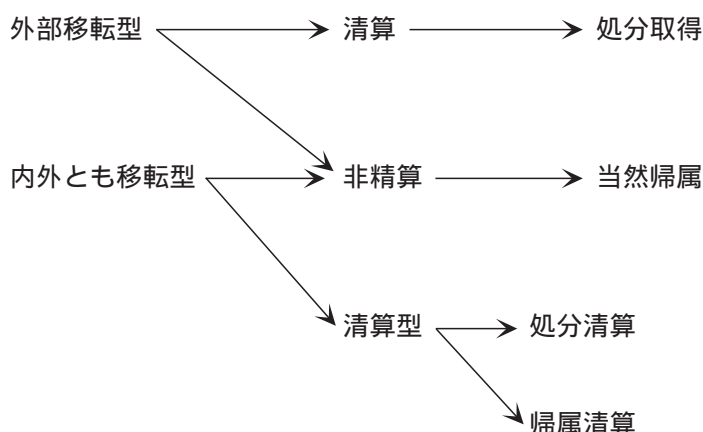
通説は、譲渡担保は担保に供すべき権利は常に内外とも債権者に移転するが、債権者は、移転を受けた権利を担保の目的以外には行使しないという債務を設定者に対して負担するにすぎないものと解しているから譲渡担保が物権法定主義に反することはないといえそうである。しかし、担保的構成（近時の多数説）では、この点が問題となる。その問題をくぐり抜けるには、そもそも物権法定主義を採用したその趣旨を見る必要がある。すなわち、175条の立法目的は、(i) 土地の封建的権利関係の廃止と、この関係の復活阻止であり、(ii) 物権法における公示の原則の実行を容易にすることである。以上の立法趣旨に反しないかぎり、同条に抵触するとはいえない。

4 - 4 譲渡担保の法的構成

譲渡担保の法的構成としては、(1) 所有権を移転するという形式を重視する見解と、(2) 債権担保としてこれを見ようとする見解がある。

しかし、債権者が弁済期前に目的物を処分した場合、こうした譲渡も有効になる危険性がある。

譲渡担保の法的構成（上記(1)(2)）により判例・学説を整理すると以下のようなようになる。



(1) 学説

学説をみると以下のように区々に分かれている（川井健・民法概論2 第2版459頁以下、松尾 = 古積359頁以下、道垣内弘人・担保物権法292頁以下、淡路他著・318頁）

(ア) 信託的譲渡説（従来通説）

目的物の所有権は譲渡担保権者に完全に移転するが、担保権者は、移転を受けた権利を担保目的を超えて行使しないという債権的拘束を受けるにすぎないと解する。

この考え方によれば、担保権者はそうした拘束を受けるが、とにかく所有権者となり、他方、設定者は目的物につき物権的な権利を有しないということとなる。

(イ) 授權説

譲渡担保においては、当事者に所有権移転の意思はないから、所有権移転の外観があるにすぎず、その真意は、債権者に担保目的の範囲内で目的物の管理処分権限を付与することにあると解する。

(ウ) 二段物権変動説

担保物の所有権は設定者から担保権者へ所有権が移転し（第一段の物権変動）、その直後に担保権者から設定者へ担保機能を留保して、残りの機能（設定者留保権、実質的には担保権の負担が付着した所有権といえる）が戻されるものと解する。債権者が、保有し得るのは実質的に担保権に当たる部分だけであり、残余部分は、直ちに債権者から設定者に返還される 第二段の物権変動。そして、右二段の物権変動には目的物の引渡が伴うものと解し、それぞれに対抗要件が具備されるものと解している（目的物は終始設定者の下にあるが、占有改定があったものと解されるものである）。

(I) 所有権取得期待権説

譲渡担保の設定により、担保権者には所有権が、設定者には物権的期待権が帰属するものと解する。右の期待権とは、被担保権の弁済によって、所有権を取得する設定者の地位をいう。つまり、この期待権は、現在においてすでに所有権類似の効果を有する物権的な地位ではあるが、この期待権のままでは、完全な所有権としての効力を有しないのである。対抗要件については、前説同様の二段の物権変動があり、それぞれに引渡が伴うと解することにより、担保権者、設定者は各々自己の権利取得につき対抗力を具備することとなる。

(オ) 一種の抵当説

設定契約により担保権者は抵当権を、設定者は所有権を有するものと解する。譲渡担保の設定は、担保のための所有権移転であるから、真の所有権移転を企てるものではなく、抵当権設定を企てるものと解するのが当事者の目的に最も適合し、しかも最も端的である。対抗要件については、譲渡担保権者は抵当権を有する者と解する以上、この者は占有権を有しないと解され、公示がなされているとはいえない。すなわち、動産に関するかぎり正規の対抗要件（たとえば占有改定）を具備したとしても、即時取得による保護はあるが、なお第三者の害されることは避けられないから、対抗力の付与につき公示の具備に執着してもあまり意味があるとはいえない。したがって、動産抵当権に対する取引界の需要に応じるべく、公示なくして対抗力を承認すべきであるとされている。

(カ) 担保説

譲渡担保に対する基本的認識として、単一のものとして法的構成するより、目的物ごとに個別に法的構成するほうが実態により即応するのではないかと考え、動産の譲渡担保は動産抵当、不動産の譲渡担保は私的実行という特殊な実行方法を伴う抵当権、権利の譲渡担保は私的実行という特殊の実行方法を伴う権利質と考えるべきであるとする。

(2) 総括

こうした譲渡担保契約を設定する目的は債権担保にあるといえる。したがって、形式面である所有権の性質のみからこれを把握することは不可能である。そうしたことから、実質面に重きを置き、現実には債権者には担保権が移転するのみであると解するべきである。その結果、担保権設定者と権利者の双方に目的物の権利が分属すると考えることになる。

この問題を本格的に検討するには、以下の2点を検討しなければならない。しかし、本稿の性格から、問題点をあげることにし、後日の研究に譲りたいと思う。

第1に再売買の予約や買戻は、債権担保の手段としてのいわゆる譲渡担保とどのようにちがうか。従来の判例・学説では、譲渡担保は、どのようにとらえられてきたか。その内容を明らかにした上で、再売買の予約や買戻との比較することが必要である。

この点は、以下に少々検討する。

第2に、再売買予約完結権や買戻権は、第三者に対して譲渡することができるか。もしできるとすれば、どのような譲渡方法をとればよいか。これには、再売買予約完結権や買戻権は、独立の財産的価値をもち、取引の対象となりうるものか否か。また、登記の方法についても着目する必要がある。

4 - 5 買戻についての民法規定

真正な買戻特約付売買契約とは、解除権留保の売買契約である（民法579条から585条）。民法の買戻しの規定の沿革は、わが国には、中世以来、金融のための買戻し（本物返）の制度があったことから、民法制定にあたり、地方にはなおその制度の存在意義があると考え設けられた（我妻榮『民法講義 [債権各論]（中巻）』325頁、来栖三郎『契約法 [法律学全集21]』212頁等）。しかし、民法の買戻制度は、この制度が所有権の帰属を不安定にし、財産の流通および改良を妨げるおそれがあるという批判から、厳格な制限を加えている（我妻・前掲326頁、来栖前掲・212頁）。すなわち、売買契約と同時にした買戻しの特約をしなければならないこと、買戻しの代金（解除の結果、売主から買主に償還すべき金額）は、売買の代金と契約の費用を超えてはならないこと、を規定する（民法579条）。この規定の趣旨は、買戻権の行使を困難にすることや利息制限法を潜脱することを防ぐことにあり、買主の支出した必要費および有益費の償還を買戻権行使の条件とする特約は無効と解されている（大判大正15・2・28民集5巻30頁）。

4 - 6 譲渡担保と買戻し

(1) 学説の動き

多数説は、「買戻特約付売買契約」の形式を採った契約であっても、担保目的を有するものは、清算義務のある譲渡担保契約と解すべきであるとしている（生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」加藤一郎ほか編『担保法大系（4）』478頁、平井一雄「担保目的でなされる買戻に関する一考察」獨協大学法学部創設25周年記念論文集156頁、『新版注釈民法（9）』839頁【福地俊雄執筆部分】、道垣内弘人『担保物権法 [現代民法1]』290頁、高木多喜男『担保物権法 [第4版]』331頁ほか）。

譲渡担保と買戻しについては以下のような考え方がある。占有の移転の有無によって譲渡担保契約と「買戻し」を区別する考え方もある（来栖・前掲221頁、三藤邦彦「不動産の譲渡担保・所有権留保」私法34号43頁、近江幸治「担保制度の研究」20頁）が、これらの説も、「買戻し」と構成したものについて必ずしも清算義務を否定するものではない。

生熊・前掲475頁は、買戻しの経済的作用が古来より担保であったことにかんがみ、「買戻特約付売買契約」は、代金支払債務以外の契約条項の履行確保の目的を有するとき以外は、通常、債権担

保のためとみて、買戻特約の存在が立証され、それが契約条項の履行確保のためのもの（具体例としては、公団住宅や住宅供給公社の住宅の分譲等において、買主が売買契約の条件に違反し、一定の期間経過前に他に譲渡したり、定められた用途以外の用途に供したりなどしたときに分譲住宅を取り戻すために売買契約に買戻しの特約が付される場合が挙げられている）ではないということになれば、買主の側で担保目的を有しないことを主張、立証しない限り、譲渡担保契約と認定されるべきであるとし、平井・前掲156頁は、「買戻が金融を得る手段として明確に認識されたうえで民法典に規定されたという経緯を前提とすれば、売主は、買戻の約定の存在を立証すれば足り、担保目的ではないことの立証責任は買主にあると考えられよう。」としている。

(2) 田高寛貴見解（担保法体系の新たな展開 - 譲渡担保を中心として - 1996年257頁）

田高氏は、譲渡担保と売渡担保の区別について、占有の有無によりこれを区別しようとする見解（本判決も同様である）に対し、以下のようなこの問題に対する趨勢を総括しつつ、以下のように述べる。

すなわち、

担保目的物の現実の占有に着目し、債権者のもとにおかれている場合を売渡担保債務者が占有している場合を譲渡担保とするものである（三藤邦彦「不動産の譲渡担保・所有権留保」私法34号（1972年）43頁以下、来栖三郎『契約法（法律学全集21）』（有斐閣、1974年）221頁以下、近江・前掲『担保制度の研究』24頁等。）

この見解に対する批判は、占有の形態の違いは何ら法的効果に差異をもたらすものではなく、このような区別は不要であるとするものである（道垣内・前掲『担保物権法』251頁、椿・前掲「譲渡担保論の課題と考え方」法学教室49号19頁以下等）。

また、占有の形態の違いは何ら法的効果に差異をもたらすものではなく、このような区別は不要である、との批判もある。実際、判例においても、両者を設定者の占有の有無ということから区別する態度は示されていない（椿寿夫「不動産の譲渡担保と売渡担保若干の予備的考察」民法研究（第一法規、1983年）302頁以下等。）

以上に対し、田高氏は、以下のように言う。

「非典型担保における占有形態の差異は、民法典における抵当権、質権という担保法の体系との関係から考えても、重要な要素ではある。売渡担保と譲渡担保の概念の区別としてこれを位置づけることが説得的でないとしても、この見解が、占有形態の相違を基礎として譲渡担保を理解すべきことを指摘した点は、大いに評価されるべき」としつつも、

「かりに、現実の占有がいずれにあるかの区別が、實際上意味をもつものであったとしても、担保権者が占有するものを売渡担保とすることの根拠は明確ではない。占有形態の如何によって法解釈上も差異を設けるべきであるとしても、占有が買主に移転しているのは通常売渡担保の意思をもってするものと解される、として占有形態と両概念とを結び付け、売渡担保と譲渡担保とを区別する基準としてこれを用いることは、説得的ではない」という。

4 - 7 譲渡担保と売渡担保

(1) 学説

川井教授は、以下のように述べる。

「有力学説もこの2種の区別を認めてきた。しかしその後の判例は少なくとも用語のうえでこの2種を厳密に区別していない。目的物が滅失した場合などに、この2種は重要な結果の差異を示すが、法律行為の解釈としてできるだけ譲渡担保と解することが望ましく、またいずれにせよ、後述のように清算を認めるべきだとする以上、今日では売渡担保、譲渡担保の区別はそれほど重要とはいえなくなっている。売渡担保については、買戻し・再売買予約の問題として後にとりあげ」と。

(2) 近年の最高裁の判例は、譲渡担保の担保権的な性質を重視し、担保権者、設定者の双方が所有権の機能を保有することを肯定している。

最三判平05・7・9・28（裁判集民事137号255頁）は、譲渡担保の設定者が譲渡担保の目的物件の不法占有者に対して返還請求をした事案について、「譲渡担保は、債権担保のために目的物件の所有権を移転するものであるが、右所有権移転の効力は債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められるのであって、担保権者は、債務者が被担保債務の履行を遅滞したときに目的物件を処分する権能を取得し、この権能に基づいて目的物件を適正に評価された価額で確定的に自己の所有に帰せしめ又は第三者に売却等することによって換価処分し、優先的に被担保債務の弁済に充てることができるにとどまり、他方、設定者は、担保権者が右の換価処分を完結するまでは、被担保債務を弁済して目的物件についての完全な所有権を回復することができるのであるから、正当な権原なく目的物件を占有する者がある場合には、特段の事情のない限り、設定者は、前記のような譲渡担保の趣旨及び効力に鑑み、右占有者に対してその返還を請求することができるものと解するのが相当である。」と判示。

また、最二判平成5・2・26（民集47巻2号1653頁、本誌921号3頁）は、譲渡担保の設定者が譲渡担保の目的不動産について締結した火災保険契約の効力が争われた事案について、「譲渡担保の趣旨及び効力にかんがみると、譲渡担保権者及び譲渡担保権設定者は、共に、譲渡担保の目的不動産につき保険事故が発生することによる経済上の損害を受けるべき関係にあり、したがって、右不動産についていずれも被保険利益を有すると解するのが相当である。」と判示し、同契約の有効性を肯定。

(2) 初期の判例

(ア) 判例の経緯は以下のようなものである。

前述の担保目的物の所有権移転の点から、「之ヲ為スニハ所有権ハ第三者ニ対スル外部関係ニ於テハ債権者ニ移転スルモ当事者間ノ内部関係ニ於テハ移転スルコトナク債務者ハ依然所有権ヲ有スルモノト為スヲ至当トス何トナレハ債権者ハ債権ノ弁済ヲ得サルトキ有効ニ目的物ヲ処分シ得ヘキ権能ヲ取得スルヲ以テ足レリトシ債務者ニ於テモ絶対的ニ所有権ヲ債権者ニ移転スル意思ヲ有スルモノト看ルヲ得サレハナリ唯此ノ如ク解スルトキハ所有権ノ所属ニ付キ内外ノ関係ヲ区別スルニ至ルト雖モ法律行為ノ効力ニ付キ人ニ依リテ権利関係ヲ異ニスルコト民法ニ其例乏シカラサレハ

売渡抵当ニ付キ叙上ノ解釈ヲ為スモ決シテ不当ニ非サルノミナラス却テ能ク当事者ノ意思ニ合ヒ實際ノ事情ニ適スルモノト言フヘシ」といい、譲渡担保を外部的移転型と内外共移転型とに区別し前者が原則であるとした（大判明治45・7・8民録18輯691頁）。

さらに、それらの区別も「意思表示ノ法律上ノ効果ハ一ニ意思表示ノ内容ニ依リ定マルモノナルカ故ニ権利ノ信託的譲渡ノ効力ハ常ニ一定スルコトナク箇箇ノ場合ニ就キ其意思表示ノ内容如何ヲ觀テ之ヲ判定スルノ外ナキモノトス」として、当事者の意思によるとした（大判大正4・12・25民録12輯2212頁）。

そして「凡権利ハ一定ノ権利者ニ属スルカ又ハ属セサルカ二者其ノ一ヲ出テサルヲ原則トシ権利カ利害関係人ノ異ナルニ従ヒ其ノ所属ヲ異ニシ或者ニ対シテハ甲カ権利者タリ他ノ者ニ対シテハ乙カ権利者タリト云フカ如キハ異例ニ属ス当事者カ法律行為ヲ為スニ当リ異例ノ事態ハ通常其ノ生セシメサル所ナルカ故ニ債権担保ノ目的ヲ以テスル財産権譲渡ノ場合ニ於テ当事者ハ或ハ内部関係ニ於テモ外部関係ニ於テモ財産権ヲ譲受人ニ移転スルノ意思ヲ以テ譲渡ヲ為スコトアリ或ハ内部関係ニ於テハ財産権ヲ移転セス外部関係ニ於テノミ之ヲ移転スルノ意思ヲ以テ譲渡ヲ為スコトアリト雖其ノ何レナルヤ当事者ノ意思明ナラサル場合ニ於テハ其ノ意思ハ内外共ニ財産権ヲ移転スルニ在リト推定スルヲ相当トス」と解するに至った（大連判大正13・12・24民集3巻12号555頁）。

(イ) その後の裁判例の動向

以上の初期判例は、担保目的物の所有権移転という点から譲渡担保の効力を考えるものである。

しかし、その後、譲渡担保は、形式上は目的物の権利を移転させるが、実質的には債権担保の役割を担うものであり、譲渡担保の形式面と実質面との不一致をよく認識して、譲渡担保にふさわしい法的構成を付与する必要が求められた。

この必要性から、動産または債権を目的とする売渡担保において、弁済期限を経過したときは債権者は完全に権利を取得するという特約をしても、民法349条を潜脱する脱法行為とはいえないとしつつ、売渡担保において、債務の弁済が遅滞したために担保目的物を売却した債権者は、特約のない限りその代金を元利金に充当し、なお残額があれば債務者に返還しなければならない（大判前掲大正8年7月9日民録25輯1373頁とした）。

また、他方、仮登記担保における判例法理を受けて、目的物の価額と債権額との間に合理的均衡を失っている場合には、特別の事情のない限り、清算が必要とされ、清算金支払までは、債務者はなお弁済して目的物を取り戻すことができる（最判昭和43年3月7日民集13巻3号509頁）とし、債務者は弁済期を徒過しても、債権者が担保権を実行しない間は、弁済して目的物を取り戻しうるものと解し（最判昭和47年11月24日金法673号24頁）ている。下級審の裁判例は、契約締結の動機、売買代金と目的物件の価格との均衡の有無、買戻期間の長短、契約後の目的物件の占有・使用状況等を総合考慮して、当該契約がどちらの契約であるかを判断してきた（平成になってからの高裁判決として、東京高判平成元・7・25本誌834号3頁、福岡高判平成元・10・30判時1346号90頁、判タ713号181頁、東京高判平成10・7・29判タ1042号156頁等参照。これらはいずれも真正な買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約と判断している）。

4 - 8 譲渡担保と買戻し

占有の移転の有無によって譲渡担保契約と「買戻し」を区別する考え方もある（来栖・前掲221頁、三藤邦彦「不動産の譲渡担保・所有権留保」私法34号43頁、近江幸治「担保制度の研究」20頁）が、これらの説も、「買戻し」と構成したものについて必ずしも清算義務を否定するものではない。

多数説は、「買戻特約付売買契約」の形式を採った契約であっても、担保目的を有するものは、清算義務のある譲渡担保契約と解すべきであるとしている（生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」加藤一郎ほか編『担保法大系（4）』478頁、平井一雄「担保目的でなされる買戻に関する一考察」獨協大学法学部創設25周年記念論文集156頁、『新版注釈民法（9）』839頁〔福地俊雄執筆部分〕、道垣内弘人『担保物権法〔現代民法1〕』290頁、高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』331頁ほか）。

そして、生熊・前掲475頁は、買戻しの経済的作用が古来より担保であったことにかんがみ、「買戻特約付売買契約」は、代金支払債務以外の契約条項の履行確保の目的を有するとき以外は、通常、債権担保のためとみて、買戻特約の存在が立証され、それが契約条項の履行確保のためのもの（具体例としては、公団住宅や住宅供給公社の住宅の分譲等において、買主が売買契約の条件に違反し、一定の期間経過前に他に譲渡したり、定められた用途以外の用途に供したりなどしたときに分譲住宅を取り戻すために売買契約に買戻しの特約が付される場合が挙げられている）ではないということになれば、買主の側で担保目的を有しないことを主張、立証しない限り、譲渡担保契約と認定されるべきであるとし、平井・前掲156頁は、「買戻が金融を得る手段として明確に認識されたうえで民法典に規定されたという経緯を前提とすれば、売主は、買戻の約定の存在を立証すれば足り、担保目的ではないことの立証責任は買主にあると考えられよう。」としている。

本破棄判決は、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当であるとし、その理由として、

(1) 本件契約は、目的不動産である本件建物の占有の移転を伴わないものであることが明らかであり、しかも、債権担保の目的を有することの推認を覆すような特段の事情の存在がうかがわれないこと、特に、

(2) Xが本件契約を締結した主たる動機は、別件貸付けの利息を回収することであり、実際にも、別件貸付けの元金1000万円に対する月3分の利息9か月分に相当する270万円を代金から控除していること、

(3) 真正な買戻特約付売買契約においては、買戻しの代金は、買主の支払った代金及び契約の費用を超えることが許されないが（民法579条前段）、Xは、買戻権付与の対価として、67万5000円（代金額750万円に対する買戻期間3か月分の月3分の利息金額と一致する。）を代金から控除しており、Y1会社はこの金額も支払わなければ買戻しができないことになることなど、本件契約が債権担保の目的を有することをうかがわせる事情が存在すること、をあげている。

これは、前記学説のように買戻特約が存在すれば直ちに買主が債権担保の目的ではないことを立

証しない限り譲渡担保契約と認定すべきであるという考え方は採用していない。しかし、「買戻特約付売買契約」の形式が採られた契約は、実際には債権担保の目的で締結されていると、以前の下級審の裁判例では、占有の移転を伴わないものは、ほとんどの場合、こと譲渡担保契約と認められてきたこと、売買契約が解除された場合の不動産の果実と代金の利息との相殺についての民法の買戻しの規定のあること等を考慮し、判断したものといえよう。なお、私見は、前述の田高氏の見解に近いと考えている。占有の移転の有無を重要な判断要素として実態に即した判断をすべきものと以下、少々古い文献であるが、重要な指摘のある論文を参考のためあげておく。

川井健「買戻と再売買の予約」(契約法大系)

加藤一郎「買戻と再売買の予約」(時の法令二二五号-民法講座)

森 達「予約と買戻」(民法基本問題150講)

2006.7.末