

序

立法化された非典型担保には、買戻と代物弁済予約が存在する。前者は、通常、非典型担保に数えられないが、その利用目的は、後述するように、明らかに担保目的で利用されてきた。これは民法第579条以下に規定されている。後者は、現在では「仮登記担保契約に関する法律」として規定されている。本稿では、これら二つの非典型担保の立法化による利用状況の変化とその原因について考察する。その理由は次の通りである。

買戻は立法後も利用された。それは当事者が買戻に求める本質的な利用目的を損なわなかったからである。ところが戦後は激減し、現在ではほとんど利用されない。それは、こうした利用目的を達成しえなくなったからである。それは買戻の規定自体が原因か、それとも外在的要因によるものか。その原因を解明することで、当事者が買戻に求めた本質的な利用目的を知ることができる。

一方、代物弁済予約は1979年の立法後、仮登記担保として規定されてからほとんど利用されなくなった。ここでも買戻と同じ考察をすることで当事者が代物弁済予約に求めた本質的な利用目的を推測することが可能だろう。

このような考察をすることは、未立法の非典型担保(譲渡担保など)に求められている本質的な利用目的の解明に一定の貢献をするかもしれない。そしてその解明は必要である。なぜならば、将来の立法化の際、未立法の非典型担保の本質的な利用目的を理解し、その達成を可能にする立法をするか否かが、非典型担保の命運を左右することになるからである。

そこで以下では、第一に、買戻の立法化による利用状況の変遷とその原因について検討する。そして第二に、代物弁済予約の仮登記担保としての立法化について同様の検討をする。

第1章 買戻の立法化による利用状況の変化とその原因

第1節 買戻概説

買戻は中世鎌倉時代から利用された。それは当時の政府が御家人の領地の売買・質入を禁止したからである。禁止されていない買戻特約付売買(当時は本物返といった)は禁止の脱法手段として利用された。そして質の代用でもあるから、担保目的でもあった。こうして中世を過ぎ、近世を経て、明治時代に至るまでに、当事者や目的物を拡大しつつも利用されてきた。1872年(明治5年)に土地売買が全面的に禁止を解かれると(太政官布告第50号)、脱法の必要はなくなり、担保目的の利用だけが残った。

1890年(明治23年)に旧民法典が制定され、買戻も規定された。だが旧民法典は公布されたものの施行されなかった。1896年に現行民法典が制定され、その第579条以下に買戻は、次のように規定された。

まず買戻特約付売買契約の成立要件は、次の通りである。第一に、目的物は不動産のみである(第579条)。伝統的に買戻の目的物は不動産に限らなかった。第二に、買戻代金は元の売買代金と契約費用のみである。利息はとれない(第579条)。伝統的に買戻代金は元金のみだった。だから、むしろ契約費用分だけ、制限が緩和されたといえる。しかし旧民法典よりは厳格である(財産取得編第84条①、88条①)。第三に、買戻期間は10年を最大とされた(第580条①)。明治中期以後の判例に若干の例外はあるが、伝統的には買戻期間に制限はなかった。

このように成立した買戻特約付売買契約により、目的物は完全に買主に移転する。ただし、その所有権は売主のもつ買戻権行使を解除条件とする解除条件付所有権である。この買戻権は、登記をすることで買戻特約付売買契約後の第三者に対抗することができる(第581条)。

そして買戻権行使の効果は、遡及的解除である。したがって、買主は一度も所有権者にならなかったことになり、買戻期間中に買主がした制限物権の設定や処分などはすべて遡及的に消滅する。買戻期間を経過すれば、売主は直ちに買戻権を失い、買主の所有権は確定的になる(第583条①)。

このように買戻権行使の効果は強力である。買主は売買後もいつ買戻権を行使されるか解らない不安定な状態になる。何か目的物に負担を設定したり、処分をしてもあとで遡及的に消滅させられるので、これらのことをできない。そこで財産の流通を妨げるなどといわれた。それゆえに買戻権の成立要件は厳格である。ただ、買主に不利な分、買戻特約付売買契約では目的物は低価で取引される。したがって、買戻期間経過により売主が買戻権を喪失すれば、買主は低価で高額な不動産を取得する利点がある。

また広義では買戻に含めるものに再売買がある。これは既存売買契約の遡及的解除ではなく、元の売主を買主とする新売買を予約するものである(第556条)。これは狭義の買戻におけるような制限は一切ない。だがその予約を仮登記することで、買戻と大体、同じ効果を達成できる。

以上が買戻に関する概説である¹。

¹ より詳しくは拙稿「非典型担保における買戻」(北法59巻5号)(2009年)。

第2節 立法後の利用状況の変遷とその原因

買戻は制限的に立法されたが、判例・判決の数は非常に多い。かつて買戻に関して調査した判例・判決は80件程度である（再売買も含めた数である）。これ等の内、戦前の事件が圧倒的に多い。最上級審の判断は、圧倒的に戦前に偏っている。最上級審の判例が多いならば、下級審で確定した事件がさらにあるはずであり、事件数全体の裾野は広いはずである。戦後の最上級審の判断はつい最近の数件である。つまり事件数が急激に狭くなった。特に調査した50件強の例で戦前の買戻事件は40件強である。そして地方の事件が圧倒的に多い。東京大阪を除外すると35件で、更に名古屋神戸横浜を除外すると32件である。戦後の例では都市（横浜も含む）の割合が多い。11事件中6事件である。不動産に限ると10事件中6事件である。こうした現象の原因、つまり戦前の事件が多く、戦後の事件が少ない理由と、戦前の事件は地方の事件が多い理由は何か。

これに関して、瀬川信久教授の『日本の借地』における札幌宅地大地主に関する研究が参考になる。同教授によると、戦前には大地主が存在した。1879年時点では大規模宅地所有者はいなかったが、1927年までに、所帯総数に対する宅地所有者数の比率は5.4%に減少し、3,375坪以上の大規模所有者は大きく増加し、私有宅地面積の40%近くを所有した。こうした大地主は戦後の財産税とインフレまで大土地所有者として存続したという。そしてこうした大地主は次のような二つの方法で土地を取得したという。第一は、地域が市街化する前に、払下げや廉価の購入によって広大な土地を取得するものである。第二は、流担保を利用するものである。

買戻との関連から特に第二の方法についてのみ考察する。調査した判例の中には、大量の土地買占めが目的で農地の買戻特約付売買契約をした事件があった（大判明治36年12月9日民録9輯1367頁（神戸）、大判明治44年4月15日民録17輯221頁（福島））。買戻権は売主にのみ有利な強力な権利であるから、その分、目的不動産は低価で取引される。買戻には買占めの費用を削減する効果が買主によって期待されたと推測される。

こうした大土地所有の成立を促した誘因を三つ挙げる事ができる。第一に、地価の高騰が挙げられる。地価の値上がり象徴する事件に次のような茨城県水戸における山林再売買事件がある。そこでは1881年（明治14年）から1919年（大正8年）までで当該山林価格が40倍になったと鑑定されている（大判大正9年9月24日民録26輯1343頁）。第二に、売買価格に対する地代利回りである。1915年以後は10%を切るが、それでも5.5%を切らず、終戦まで続いた。第三に、土地所有の租税負担等が挙げられる。地租の課税標準である地価は、1879年の地価創定時に設定されたまま、実際の地価は高騰しつつあるにもかかわらず、1910年まで変わらず、1911年の宅地地価修正法で漸く修正される。1931年に地租法が制定され、課税標準は地価から土地台帳に登録された土地賃賃価格に変更され（地租法第4条⑤、第8条①、また第9条①により、10年ごとに改定される）、税率は3.8%である（第10条）。これは課税標準の実質引き上げであった。こうした税法の改正により、札幌上等地では1910年まで坪当たり0.008円、地代年額に対する割合は0.16~0.20%。1911年以降は坪当たり0.38円、地代年額に対する割合は1.0%前後になった。しかし1931年地租法制定で重くなった。この第三の誘因のその後の変化は、その後の買戻の利用に大きく影響したと思われる。そこでこの点に関して詳しくみる。

これまで調査した戦前の買戻事件60件強の中で、1931年（昭和6年）より後から終戦までの不動産買戻事件はたった4件である（大判昭和8年4月26日民集12集767頁。ただし事件は1931年以前である。他3件は、大判昭和8年9月12日民集12巻2151頁、大判昭和9年8月3日新判例体系民8巻218ノ22頁、大判昭和16年5月2日新判例体系民8巻224ノ16頁）。太平洋戦争の影響もあるのかも解らないが、買占めが難しくなったのだろう。

この賃賃価格は地代家賃統制令（昭和14年10月18日勅令第704号）第3条一号により、1938年（昭和13年）8月4日時点で固定された。したがって、以後、物価上昇に関わりなく、課税標準は統制賃賃額になるから、インフレーションの場合、地租収入が激減する。このことは戦後に影響する。

そのインフレーションは戦後1946年から1949年に起こった。さらに税制改革により財産税法（昭和21年）が制定され、これらが原因で宅地大地主は急速に崩壊した。

シャープ使節団により出されたシャープ勧告によると、1949年度から1950年度において、不動産税が140億円しかあがっていなかった。その原因は、課税標準が戦前のままの賃賃価格である一方、価格水準はインフレーションにより1938年（統制令の出た昭和13年）から100~200倍に騰貴していたことである¹。そこで不動産税に改革がなされることになる。

次に財産税法（昭和21年11月11日）について述べる。同法は主に戦時利得の排除を目的にした法律である。同法は、日本政府と総司令部とのやりとり、それに基づく財産調査を経て、制定されたのだが、詳細は省く²。

財産税法が施行されると、調査時期に有した全財産に課税された（第4条）。累進課税であり、最高税率90%であった（第23条）。

インフレーション下でも地代を上げられないことと、最高税率 90%という財産税により、大地主は土地を保持できなくなった。つまり地代があがらないので収益が上がらないので、税率 90%の税金を納付することもできなかった¹。こうした理由で結局、物納になった(同法第 55 条以下)。こうして札幌の大地主は財産税法後、1 年から 2 年で消滅した。他にも相続税も原因だった。つまり、大土地所有を維持しても代替わりの際に、相続税を払うために土地を手放したということだろう。

これが原因であろうが、シャープ勧告によると、一般的に当時の農民の大多数が自己所有家屋および土地に居住し、非農家の約半数が自己所有土地家屋居住者だった。これは以前からそうだったのではなく、宅地に関しては以上の大土地所有の消滅により宅地が中産階級にも流れたのだろう。

一方、固定資産税は大きな脅威ではなかったとされる。固定資産税は売買地価を基準として、3 年毎に改定されることになったが、地代増額で保持できる限り、土地を保存できたからである。

相続税の圧力のもとで地主がとった選択肢は、地代の値上げと貸地の売却に二分できる。農業地主は前者を、商人地主は後者を選択することが目立った。商人は土地を投資対象として取得しており、代替わりで地代を上げる意識が薄れたり、収益が上がらなくなったら、貸地の売却を選んだからである。こうして中心部では、大地主がほとんど消滅し、周辺部では若干、残る程度になった(土地の評価額が低かったのも、税負担に耐えられた)⁴。

総括すると、次のよういえる。戦前は地価も高騰し、一方で税金も安かったのも、宅地買占めが可能だった。だが戦後になると、インフレーション、財産税法、相続税法などで宅地大地主は消滅する。残った地主も、自らの土地を保持するのが精一杯で、新たに買占めをする余力はなかった。そして買戻を使った宅地買占めは、買戻事件から脱落する。

農地はどうか。農地は農地改革の影響が大きい。昭和 20 年 12 月 9 日の総司令部による「農地改革に関する件」という覚書²によると、農民の 4 分の 3 が小作農であった(第二b)。そこで農民の解放が指令され(同e)。農地改革計画書の提出が求められた(第三)。その計画には不在地主から土地耕作者への土地所有権の移転(同項a)、小作人が所得に応じた年賦で農地を購入するための規定(同項b)、小作人だった者が再び小作人に転落しないための合理的保護(同項d)、そのために、合理的利率、長短期で農業融資を利用し得ること(同項d-1)等を包含することが求められた。こうして 1946 年(昭和 21 年)、自作農創設特別措置法、農地調整法、農業組合法が制定される。この結果、昭和 23 年(1948 年)12 月 31 日時点で、総計 1,848,792 町歩が買い上げられ(財産税として物納されたものを含む)、1,736,951 町歩が売り渡された。

自農法第 3 条は、地主が住所をもつ市町村外に所有する小作地(同条①一)、市町村内に住んでいる場合、定められた面積を越えた面積の小作地(同条①二)、市町村内小作地と自作地が一定面積を越える場合、その越える小作地(同条①二)が買収される。そして小作農に売り渡される(第 16 条①)。支払期間は 30 年間、年利 3 分 2 厘(3.2%)である(第 26 条)。

このように自農法 3 条の条件を満たすと、強制的に買収されるので、宅地のように努力ではどうにもならない。こうして農地大地主も強制的に姿を消される。そして、合理的農業融資等、自作農になった小作農が再び小作農にならないように保護されれば、農地が出回らないので、買占めも再び起こることはなく、農地買占めを目的とした買戻事件もなくなる。

戦前に地方で買戻事件が多かったのは、こうした宅地農地大地主による買占め事件がほとんどだったのだろう。そして戦後、この二者が脱落すると、後には残り滓のような事件しか残らなくなる。そうした訳で戦後の買戻事件は少なく、ほとんど最高裁に上ってこなかった。

このように買戻は、大量土地買い占め目的で利用された。なぜならば、買戻は、売主に強力な権利を付与するかわりに低価で目的不動産を買い取れたからである。売主が期限までに買戻代金を払えなければ、買主は時価より遙かに低価で土地買い占めを達成できた。そして立法後もその本質的な利用目的を害さなかった。だから買戻は立法後も利用された。買戻が利用されなくなったのは、外在的な要因により大量の土地買い占め自体が不可能になったからである。

1 以上は、瀬川信久『日本の借地』(有斐閣、1995 年)33-51 頁、シャープ使節団『日本税制報告書』(時事通信社、1949 年)154 頁。

2 財産税法制定の経緯については、農林大臣官房渉外課編『司令部覚書集 自降伏日至昭和 23 年 12 月 31 日』(日本電信通信社、昭和 24 年)「戦時利得の除去及び国家財政の再編成に関する件」、井上一郎「改正税法のすべて 昭和二十一年(II・前半)一経済危機突破緊急対策を中心として」(<http://www.ntc.nta.go.jp/kenkyu/ronsou/19/163/nokuji.html>)417-418 頁、GHQ とのやりとりにより、財産税法制定のための調査のため、臨時財産調査令が発令された。その関連法令を網羅的に収録している。その内、調査目的に関して、調査令第 1 条、調査対象に関して第 2 条一号から五号(土地はなぜか調査対象に入っていない)などをみよ。

3 もっとも、シャープ・前注 1・155 頁によると、地代家賃統制令は広範な脱法があったとされ、大部分は直接にせよ、間接にせよ最高価額以上を支払わせていたらしい。それでも限界があったのだろう。

4 以上は、瀬川・前注 1・51-53 頁、シャープ・前注 1・155 頁。

第2章 代物弁済予約の立法化による利用状況の変化とその原因

第1節 代物弁済予約概説

代物弁済予約の前に代物弁済契約の説明をする。これは、債務者が、債権者の承諾を得て、本来負担した給付にかえて別の給付をすることで、弁済と同一の効力をえるものである（民第482条）。

代物弁済自体は古くから存在し、メソポタミア法、古代ギリシャ法、ローマ法においても存在し、フランス法の影響を受けた旧民法典にも存在した（財産編第461条）¹。

日本においても代物弁済に関する判例は古くから存在する（大判明治29年12月9日民録2輯11号57頁は、代物弁済予約事件。知られる限り、最古である。他に大判明治39年7月9日新聞370号4頁。代物弁済の意義を契約による物または権利の供与とした）。

そして代物弁済契約の性質は、次のように解されている。代物弁済契約は、有償要物契約である。したがって代給付の実現をもって、代物弁済契約が成立し、本来の債務が消滅する²。

この代物弁済に関する合意は、次の二つの部分に分解される。第一に、代給付が実現したときは、本来の債権債務を消滅させる合意である（債務消滅合意）。第二に、本来の給付に代わる給付をなす合意（代給付合意）³。

以上の合意の成立により、原則、権利は債権者に観念的に移転する（民第176条）⁴。だが通常、これで要物性を具備するわけではない。代給付の実現には、通常、権利の観念的移転以上の行為を要する。例えば、登記や引渡等である。代物弁済合意成立時に、債務者は通常このような代給付実現義務を負う。この代給付実現義務を履行することで、代物弁済契約は、その要物性を満たし、成立する⁵。

代給付内容は、次の通り、当事者に自由があり、広狭がある。①観念的所有権移転、②仮登記協力義務、③本登記に要する書類交付、④本登記協力義務、⑤引渡等⁶。特定権利譲渡が代給付内容である場合、判例は原則、④の対抗要件具備（本登記）と推定する（大判大正6年8月22日民録23輯1293頁。山林譲渡の代物弁済事件）⁷。①から⑤の代給付内容が狭まるほど、債権者が不利益を被る可能性が高い。例えば、①で代給付を満たすならば、あとに債務者等が二重譲渡をし、第三取得者が登記を取得すると、債権者は代物取得できないにも拘わらず、債権が消滅する。また登記を代給付内容としても、引渡前に債権が消滅してしまい、債権者が不利益を被る可能性はやはり残る（大阪高判昭和43年5月23日判時551号51頁。貸金とその遅延損害金等を担保する土地建物代物弁済予約事件。これら不動産の譲渡を代物弁済する場合の債務消滅の要件が問題とされた）⁸。例えば、特定物に関する危険負担等が考えられる（民第534条は債権者主義をとる）。

以上で代物弁済の説明を終え、代物弁済予約の説明をする。この文言自体は古い。だが、それは現在使用される意味ではない⁹。現在の意義は、代物弁済合意を予約する債権者側の権利である。その予約完結は、以上に述べた代物弁済合意と同一の評価を受ける。したがって、債務者は通常、代給付実現義務を負う。

予約完結には以下の二形態がある。一つは、停止条件付代物弁済予約である。これは債務不履行等の停止条件が成就することで債権者による行為を必要とせず、代物弁済合意の効果が生じるものである。第二は真の代物弁済予約とよばれる形態である。これは債務不履行等の停止条件があることは同じであるが、条件成就により、その効果として予約完結権行使が許されるものである。そして債権者の権利行使を待って、代物弁済合意が生じる（民第559条—第556条。売買予約を準用する）。当然、前者の方が、所有権移転が早く生じる。何れにせよ、代物弁済合意成立後、債務者等による登記、引渡等の代給付の実現をまって代物弁済契約が成立することには変わりはない。このような分類が採用されたのは、比較的最近である¹⁰。それは担保目的で利用される代物弁済予約の利用が、戦前に少なく、戦後になり、急激に利用され始め（次節で後述）、学者によって注目され始めたからだろう。

この代物弁済予約は1979年（昭和54年）に「仮登記担保に関する法律」（法律第78号）として立法化された。その内容は次の通りである。

上記、代物弁済予約は区別されず、一律に規定された。また法律名が示す通り、仮登記可能な物に限定した立法である（第1条）。実際、動産や権利の代物弁済予約は極僅かであった（次節で後述）。

予約完結の方法は次のとおりである。予約完結権行使の意思表示日から停止条件成就日以降に、目的物と債権額の差額である清算金の見積額（ない場合はない旨）を通知し、2ヶ月間の清算期間に入る（第2条①）。清算金見積額は、清算期間経過時の土地等の見積額を基準にし、かつこれを明らかにしなければならない（同条②）。つまり予約完結時ではなく、将来の価額を想定する必要がある。

劣後担保権者との関係も規定された。劣後担保権者は清算金に物上代位できる（仮登記第4条）。また清算期間内に競売請求することもできる（第12条）。こうした機会を確保するため、仮登記担保権者は、これら登記された劣後担保権者に定まった内容の通知をする（第5条①）。また仮登記を本登記にすることに利害関係をもつ第三者にも債務者等に通知した旨と通知した債権額を通知する（同条②）。おそらく利害関

係ある第三者弁済の機会を確保するためだろう（民第474条）。これら第三者との関係上、仮登記担保権者は清算期間経過前に清算金を債務者等に支払えない。弁済しても第4条に定めた劣後担保権者に対抗できない。

2ヶ月の「清算期間」経過を待ち、清算金があるなら、これを債務者等に支払って所有権移転の効果が生じる（第2条①、第3条）。これは立法前と異なる。立法前は予約完結が代物弁済合意成立と評価され、観念的にせよ所有権移転が原則として生じた。だが清算期間経過後の義務履行後でなければ、観念的所有権移転も生じない。代給付実現義務の内容とされた登記（さらに引渡）は清算金支払義務と同時履行の関係にたつ（第3条②→民第533条）。そして債権債務関係は消滅する（第9条参照）。これは代物弁済予約契約の要物性具備による完成と同じ効果である。

ではこの立法化により代物弁済予約の利用状況がどのように変化したか。

- 1 詳しくは、原田慶吉『ローマ法 下』（有斐閣、1949年）24頁、上杉清一郎『代物弁済とその予約に関する判例の研究』（法曹会、1974年）1頁、旧民法典に関しては、ボアソナード『民法原理 法律不遑及論』森順正訳（宗文館書店、1895年）295-297頁。この点に関し、起草者ボアソナードは、当時の日本伝統法を知らないが、代物弁済は存在した。大判明治29年判決は明治23年に成立した代物弁済予約の事件である。この時点で代物弁済の存在とさらにその予約を確認できる。代物弁済は、それ以前にも存在したろう。
- 2 上杉・前注1・3頁、8頁。なお消滅する債権債務は一個でなくともよく、また一部の消滅を約すことも可能である（同・13頁）。
- 3 上杉・前注1・14頁。
- 4 上杉・前注1・21-22頁。
- 5 上杉・前注1・22頁。
- 6 上杉・前注1・36頁。
- 7 判例・判決の紹介について、詳しくは上杉・前注1・38頁以下。
- 8 上杉・前注1・43-44頁は、⑥までを代給付内容と推定すべきとする。
- 9 選択債権（民第406条。選択権は債務者に属す）と区別される任意債権の一種として代物弁済予約の文言が使用された。これは債務者側が本来の目的に代えて任意に代物弁済をする債権である。この意味において代物弁済予約の文言を使用する学者として、岡松参太郎『註釋民法理由 債権篇』（有斐閣書房、1896年）38-39頁、鳩山秀夫『増訂改訂日本債権法（總論）』（岩波書店、1925年）は任意債権を代物弁済予約と解することに反対。
- 10 知りうる限りではあるが、この分類を採用したものを時代順に並べると、我妻栄『債権總論（民法講義IV）』（岩波書店、1940年）150-151頁、植木肇『判例債権法總論 下巻』再版（有斐閣、1960年（初版1951年））300頁、上杉・前注1・59-62頁。

第2節 代物弁済予約立法前後の利用状況の変遷とその原因

判例・判決を素材に利用状況の変遷を概観する。調査できた判例・判決は全部で37件である。その内、戦前の事件は3件であり、大審院判決は2件（大判明治29年12月9日民録2輯11号57頁、大判昭和10年5月14日法学5巻93頁。まだあると思われる）であった。

これに対して、戦後の事件は34件であった（最高裁判決11件、高裁判決7件、地裁判決16件）。その内、代物弁済予約につき清算義務を認めた最判昭和42年11月16日（民集21巻9号2430頁）以前の事件は22件である（最高裁判決5件、高裁判決5件、地裁判決12件）。同判例より後の事件は12件である（最高裁判決6件、高裁判決2件、地裁判決4件）。1979年の立法化までに生じた事件に関する判例・判決は11件である。立法化以後の事件を扱った判例は1件である（東京地判平成9年2月26日判タ965号168頁。ゴルフ場敷地建物に関する代物弁済予約事件）。だがこの事件は代物弁済予約契約の成立を否定した。

総括すると、戦前の利用状況は低い。代物弁済予約は戦後を中心に利用された。そして清算義務を義務づけられて後も利用状況に変化はない。そうだとすると、清算義務を課すか課されないかは代物弁済予約が利用される本質的な利用目的ではなかった。しかし立法化後はほとんど事件としてあがってこなかった。

ここから仮登記担保法が潰した代物弁済予約の本質的な利用目的は別にあったといえる（当然である。そうでなければ、譲渡担保も利用されなくなる筈である。しかし現実にはそうではない）。

では利用地域はどうか。戦前の3事件の内、都市（東京大阪名古屋横浜）は1件である（東京区判昭和15年8月6日新聞4630号11頁。東京。目的物は電話加入権）。福岡を含めれば前掲大判明治29年（土地）が入り、2件である。地方は1件である（前掲大判昭和10年。宇都宮。土地）。だが素材が3件では何ともいえない。

戦後の34事件の内、都市は24件である。地方は10件である。買戻とは明らかに逆である。買戻は戦前に利用された。利用状況は地方に多く、都市は少なかった。これは主に地方土地の買い占めを目的にしたものだったからである。しかし、戦後の買戻事件消滅後、代物弁済予約が後を継ぐように利用され、利用地域は逆転している。理由があるだろう。では代物弁済予約の目的物をみてみよう。

戦後は土地が11件である。確認できたものでは、その内、農地1件、宅地5件であった。建物は23件である（事件数が合わなくなるのは、1事件で目的物が複数の場合があるため）。その内、家屋が8件、建物が19件である（1事件で目的物が重複する例があった）。単に不動産とある事件が2件である。動産は4件。権利は1件である。

総括すると、戦後の事件は都市に多く、ほとんどが不動産事件で、それも建物が圧倒的であり、土地がそれに次ぐ。

その理由は、代物弁済予約の利用目的が、不動産取得そしてその保持が現実的ではなくなり（それは固定資産税上、得策ではない。だが代物弁済予約は実行まで税負担をおかない。これは1つの利用目的であつたらう¹⁾）、転売目的等になったからではないかと思う。建物が土地に比べて多いのは、土地の内、農地が脱落しているからでないか（第1章第2節）。また農地の脱落と、宅地・建物が多いことは、地方の事件が少なく、都市が多くなったことと関係するかもしれない。その他の動産・権利が少ないのは、公示手段が整備されていないからだろう。

以上から立法により代物弁済予約の利用がほとんどなくなった理由を説明できるか。その理由は、担保権者が転売目的を主な目的とするようになったことと関係するのではない。転売等では迅速で簡易な実行が重視されたであろう。だが立法によりこれが大きく変わった。前節でみたように、仮登記担保は、2ヶ月の清算期間を経なければ、觀念的にですら所有権を取得できない。また清算期間内は、これまではなかった劣後担保権者や利害関係人への通知が義務づけられ、劣後担保権者が強制競売を実行すれば転売ができない（しかも任意売却と比べて競売価額は一般に低い）。また利害関係人が第三者弁済をすれば、第三者は仮登記担保権者に代位する（民第500条）。そうだとすると、債権者は、清算期間があることで転売目的を達することができず、利用する動機を失う。

以上からいえる結論は次の通りである。代物弁済予約の本質的利用目的は、迅速・簡易な転売目的の達成であつた。この本質的利用目的が立法化により潰されたために、代物弁済予約はほとんど利用されなくなった。これは制度自身の内在的な変化が原因であり、買戻とは対照的である。

1 上杉・第1節・注1・108頁もこれを形成理由にあげる。

結一付論

これまで述べたことを簡単に要約するとこうである。買戻は立法後も土地買占め目的で利用された。立法化がこの目的達成を妨げなかったからである。戦後も買戻制度の内部の変化はなかった。だが外在的な社会変化が土地買占めを不可能にした。そして買戻は利用されなくなった。代物弁済予約は買い占め目的ではなく、迅速かつ簡易な転売目的等で利用された。だが1979年の立法はこれを困難にした。そして代物弁済予約は利用されなくなった。

そこで未立法の非典型担保について次のような提言をしたい。未立法の非典型担保の代表は譲渡担保である。最近、集合動産譲渡担保において、後順位担保権の設定を認める判例が出された。だがこの判例は後順位担保権の実行手続の不備を理由に後順位担保権者による譲渡担保権の実行を認めなかった（最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁）¹⁾。

同判例が後順位担保権者の実行を認めたと仮定して、かつ譲渡担保も簡易・迅速な転売目的をその本質的利用目的とするなら、おそらくその機能を害しただろう。同判例は、仮登記担保法のような劣後担保権の実行手続の整備を促しているのとれなくもない。だが立法などで手続を整備するさい、仮登記担保法で定められる清算期間の設置、その間の所有権取得の延期、さらに清算期間内の劣後担保権者の強制競売権限等を定めてしまうならば、代物弁済予約と同じ道をたどることになるのではない。

譲渡担保の利用を潰すことが目的であるならばともかく、そうではないのなら、制度の本質的利用目的を理解した上での実行手続の整備が必要である。例えば、債権者の転売可能性を不安定化させる劣後担保権者の強制競売権限などの導入は熟慮を要する。そして譲渡担保の本質的利用目的を害さないという観点からすれば、平成18年最判の判断は、まずは妥当であつたらう。

1 拙稿・北法59巻3号403頁（<http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/handle/2115/34849>）（2009年）が同判例の評釈を扱った。多くの判例評釈が出されており、閲覧できたものは全て後掲している。