

〈資料〉

《学会報告》ドイツ法における所有権留保論

石 口 修

エコノミクス
第八卷第三・四号
二〇〇四年三月

本稿は、二〇〇三（平成一五）年一〇月一二日に開催された日本私法学会第六七回大会（関西大学）において個別報告した際に用意した原稿をほぼそのままの形で掲載するものである。

日本私法学会の個別報告は、その要約論文が学会誌である「私法」に掲載されるが（本報告は第六六号に和文と欧文で掲載予定）、あくまでも報告の要約であり、必ずしも報告の全体像が把握されるわけではないので、本誌に完全原稿を掲載する次第である。

なお、本報告内容に関しては、報告当日、時間の都合により割愛した部分も含まれていることをお断りしておく。

- 一 本報告の目的
- 二 単純な所有権留保に関する諸問題
 - 1 問題の所在
 - 2 留保売主の解除権について
 - 3 留保売主の引き揚げ権について
 - 4 留保売主の返還請求権について

- 5 まとめ
- 三 延長された所有権留保の我が国への導入可能性について
 - 1 問題の所在
 - 2 債権譲渡禁止特約との関係について
 - 3 第二受領者の善意取得
 - 4 第二受領者の不当利得・不法行為
 - 四 新BGB第四四九条三項(旧BGB第四五五条二項)
 - 五 日本法への示唆
 - 1 単純な所有権留保の問題について
 - 2 延長された所有権留保の日本法への導入可能性について
 - 3 おわりに

一 本報告の目的

本日は、個別報告の機会を与えて頂いたことにつき、感謝申し上げます。また、近江幸治先生には、本日、司会の労を執って頂きまして、誠にありがとうございます。発表に先駆けまして、一言お礼申し上げます。

それでは、時間の制約もございますので、早速、報告に移らせて頂きます。

所有権留保は、ローマ法にその起源を有しており、商品が引き渡されていても、売買代金全額の支払までは、買主は占有者としてその地位を保障されているだけで、代金全額の支払により、初めて所有者としての地位を獲得すると

いう制度であります。しかし、代金全額の支払がない場合には、契約は解除され、留保所有者に、その商品を返還しなければなりませんでした。

この考え方は、ローマ法の容仮占有制度 (*precarium*) と失権約款 (*lex commissoria*) とを結びつけて、代金未払で商品の引渡しを受けた買主の地位を使用賃借人などとし、代金債権を担保していたという意味で、ここに所有権留保の原型を見いだすことができるのです。

このローマ法における制度は、その後、動産売買においては普通法へと継受されませんでした。土地の先給付売買においては、所有権留保の合意 (*pactum reservati dominii*) をすることで、留保所有者に、五等級中の一等級債権者である未収売主としての地位を与え、全ての債権者に先立って支払を受けられるという一種の優先弁済権を与えておりました。

その後、ドイツにおきましても、消費者信用という考え方が現れ、プロイセンやザクセンにおける買い取り賃貸借制度 (*Möbelleihvertrag*) や、旧ドイツ割賦販売法 (一八九四年三月一六日) において、初めて、今日の所有権留保制度と類似の制度が現れました。

その後、所有権留保は、停止条件付所有権移転、即ち、売買代金完済まで所有権移転が延期されるのか、それとも、解除条件付所有権移転、即ち、売買契約と同時に所有権が移転し、代金完済ができなくなった時点で解除条件が成就して、売主に所有権が復帰するののかという所有権留保の法的構成を巡る理論上の争いが繰り広げられた結果、旧 B G B (一八九六年八月一八日の民法典をいう。以下、同様) 第四五五条においては、所有権留保の本質は、停止条件付所有権移転という物権的効力と支払遅滞による解除という債権的効力を兼ね備えた点にあることが重視され、停止条件

付所有権移転という構成が採用されたのです。

今日、所有権留保といえ、譲渡担保とならんで、非典型担保の代表格とされているものの、我が国においては、割賦販売法七条に所有権留保の推定規定があるのみであり、その理論構成としては、単純に、譲渡担保の裏返しとしてしか理解されておらず、倒産手続実務では、双方ともに別除権、更生担保権扱いであります。その結果、所有権留保独自の法的構成はほとんどなされておらず、判例・学説上、その法的構成は、必ずしも確立ないし統一されてはいないという現状であります。

これに対して、前述しましたように、ドイツにおいては、所有権留保は、当初から民法典の中に規定されており、また、以下に述べますように、古くから様々な問題点につき、解決策を模索してきたという経緯があります。

ところで、譲渡担保と所有権留保の違いは、譲渡担保は、担保物提供者である設定者から担保権者に対する担保のためにする所有権移転であり、占有改定による引渡しを行い、設定者は、直接他主占有者として、目的物の使用収益権を保持します。他方、所有権留保は、代金完済まで売主が所有権を留保して、買主への直接他主占有の移転を伴う売買であります。前者も設定者に直接他主占有がありますので、この意味では同じなのですが、「担保のためにする」という意味が強いのであります。後者も、売買代金債権の担保という意味はありますが、所有権の留保という意味が強いのです。つまり、前者は信託的所有権移転 (fiduziarisches Übergang) であるのに対して、後者は買主の期待権という負担付ではあります、完全所有権 (Volligentum) の留保であります。その結果、ドイツでは、倒産手続上の取扱いとしては、譲渡担保は別除権ですが、所有権留保は取戻権の対象です。確かに、新倒産法一〇三条によって買主の管財人に履行か拒絶による返還かという選択権が与えられ、実質的に熟慮期間として三カ月も待たされるこ

ととされて、所有権留保が弱体化されていますが、それでも、譲渡担保権とは取扱いを異にします。

そこで、私は、ドイツにおける議論から、第一に、我が国における所有権留保の法的構成に関する示唆を得ることができ、第二に、動産担保法の拡充に関しまして、かつて我妻榮博士や米倉明教授等によって懸念が表明されました「延長された所有権留保」の日本法への導入可能性という問題につきましても、一考する余地があると考えた次第であります。

本報告におきましては、第一に、所有権留保の本質論を語る上でその基本的な類型となる単純な所有権留保における問題点につき、ドイツ債務法改正問題から、債務法現代化法に至るまでの改正作業の中で問題とされてきた点について概観し、第二に、所謂「延長された所有権留保」における問題点につき、日本法への適用可能性を考えてみたいと思います。更に、「拡大された所有権留保」のうち、所謂「コンツェルン留保」、即ち、所有権の移転が、買主が売主と提携関係にある事業者の債権を実現する、つまり、留保売主の債務を肩代わりして支払うという点に左右される拡大類型の所有権留保の禁止を目的とした新BGB第四四九条三項につきましても、若干触れておきます。それでは、順次、発表させていただきます。

二 単純な所有権留保に関する諸問題

1 問題の所在

まず単純な所有権留保に関して発表させて頂きます。ドイツ債務法改正委員会において検討されました従来からの問題点として、第一に、後に述べる旧BGB第三二六条の法定解除権の原則と旧BGB第四五五条の特則との関係が問題となります。第二に、買主の支払遅滞時に留保売主が取る手段として留保商品の引き揚げがありますが、この引き揚げの前に解除することを要するかという問題があります。第三に、留保買主の支払遅滞後における売買代金請求権の時効消滅時における留保売主による留保商品返還請求権の有無という問題があります。そこで、以下、問題の紹介とともに、検討していききたいと思います。

2 留保売主の解除権について

(1) 前提問題

旧BGB第三二六条一項(新BGB二〇〇二年一月一日施行の改正法をいう。以下、同様)第三三三条一項)は、契約解除の要件として、債権者から債務者に対して履行のための相当な期間の定めを要するとしています。しかし、旧B

GB第四五五条によりますと、債務者の支払遅滞時には解除しうると規定されておりますので、所有権留保の場合には、例外として、この期間の定めを要しないのが問題になりました。

(2) 判例・学説

この問題につきまして、判例は、当初から、買主の支払遅滞の場合には、BGB第三二六条を要件とすることなく、留保売主は、第四五五条により、直ちに契約を解除することができるものと解しており (RG,11.11.1927,RGZ119,S.64,68)、この立場は一貫しておりました (BGH,1.7.1970,BGHZ54,S.214,216; BGH,19.10.1994,NJW-RR1995,S.365 など多数)。

一方、学説も、判例と同様に、留保売主の解除権については、BGB第三二六条の前提要件を充たす必要はないと解するものが多数を占めておりました (Planck/Knoke,BGB,4.Aufl.,1928,S.688; Münch-Komm./H.P.Westermann,§455 BGB,Rdnr.33; Staudinger/Honseil,§455BGB,Rdnr.30; Serick,EVI,S.131.usw.)。

(3) フーバー鑑定意見

しかし、フーバー教授の鑑定意見は、留保売主は解除によって目的物を取り戻すだけでなく、不履行に基づく損害賠償を請求することもあるとの理由から、第三二六条の前提要件を必要とし、即時解除を認めうる第四五五条の当該部分の削除を提案しました (U.Huber,Kaufvertrag in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I,1981,S.922)。

(4) 最終報告書

そして、債務法改正委員会最終報告書もまた、フーバー鑑定意見と同様、第四五五条の当該部分の削除を結論づけました。その理由は、期間の定めを要求する一般規定と異なる規定の存在理由がなく、また、改正草案第三二三条二項に期間の定めを不要とする場合を特別に規定しているからとされており、(Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.238)。

(5) 債務法現代化法

ドイツ債務法現代化法における議論も最終報告書の理由と全く同様であり、結局、留保売主の即時解除権は失われることになりました (Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.291ff., S.864)。

3 留保売主の引き揚げ権について

(1) 前提問題

次に留保売主の引き揚げ権について発表させて頂きます。弁済期到来後、債権者が履行を催告しても不払いの場合には、催告時に履行遅滞となります (新BGB第二八六条一項一文)。従来は、一定の予告期間経過後に (旧BGB第三二六条一項、新BGB第三二三条一項)、あるいは、即時に (旧BGB第四五五条)、売主に解除権が発生しましたが、現在では、解除後は、契約の清算、即ち原状回復という問題になり (新BGB第三四六条)、原状回復できないときには

価格賠償という問題になり(同条二項、三項)、あるいは、所有権に基づく返還請求(BGB第九八五条)、即ち、留保商品の返還請求という問題となります。

ここでは、まず、商品を買主の手元から引き揚げる前に解除する必要があるのかが問題になります。解除による留保売主の損失、及び、契約存続による利便性が考えられています。つまり、買主の履行遅滞、留保商品のぞんざいな利用など不適切な取扱い、授權なき転売等を考えると、義務違反を理由とする留保商品の解除なき引き揚げ権(Rücktrittsunabhängiges Rücknahmerecht)を認めるべきではないか、という問題であります。その理由は、直接占有の回復による遅滞買主に対する心理的な弁済強制や、早めに引き揚げておいて、一定期間経過後、買主に弁済の意思がなければ、換価し清算するといったことが挙げられます。

(2) 判例・学説

(a) ライヒ裁判所(RG)時代

この問題について、ライヒ裁判所は、所有権留保の目的は信用売買の代金債権のために最大限の担保を留保売主に与えることにあり、買主の履行遅滞時には、売主は契約を解除せずに、留保物の返還を請求しうると判示し、また、買主は既払い代金の返還をも請求しえないものと判示しました(RG,11.7.1882, RGZ7, S.147 [建物の所有権留保])。そして、この判例がリーディングケースとなり、以後の判例も解除なき引き揚げ権を肯定し(RG,4.2.1908, RGZ67, S.383)学説に多大な影響を与えました。

しかし、ライヒ裁判所時代においても、解除なき引き揚げ権の否定につながる趣旨の判例もありました(RG,11.11.

1927, RGZ119, S.64 (留保物の返還請求による解除の擬制。割賦販売法五条の類推適用) / RG, 28.2.1934, RGZ144, S.62 (旧BGB第三二六条の解除の前提要件たる期間の徒過後における不履行に基づく損害賠償を認容し、買主の占有根拠を否定した事案。基本的に解除を要件とするのと同じである。なお、本件では買主が商人の事案である)。

(b) 連邦通常裁判所 (BGH) 以降

戦後、当初、下級審の裁判例では、やはり、解除なき引き揚げ権の否定につながるものがありました (OLG, Hamburg, 14.12.1950, DB1951, S.77 (割賦販売の事案において、旧BGB第三二六条による期間の徒過後における買主の履行請求権の喪失、売主の所有物返還請求権と換価権の認容、返還請求権の行使による解除の擬制なし、損害賠償請求権に既払い代金を含める。割賦販売法五条不適用)。そして、BGHは、所有権留保の目的は、契約関係解消後の売主の清算を担保することにあると解して解除なき引き揚げ権を否定しました (BGH, 1.7.1970, BGHZ54, S.214)。

その後、BGHは、解除なき引き揚げ権を原則として否定するものの、引き揚げ特約を肯定して、折衷的な考え方を示すに至りました (BGH, 30.10.1985, BGHZ96, S.182 (商人間取引の事案))。

(c) 学説

学説は、解除なき引き揚げ権肯定説が従来からの通説であり、留保買主の履行遅滞、留保物の不適切取扱、授権なき二次的売却など、債務不履行や契約違反的行為を根拠としてきました。

(3) フーバー鑑定意見

しかし、フーバー教授の債務法改正鑑定意見において、従来の多数説は排斥され、他方、BGHZ五四卷二一四頁判決の理論が採用されて、ここに初めて、学説においても解除なき引き揚げ権否定説が登場しました。即ち、解除によらない引き揚げ権については、買主の支払遅滞において、売主が先給付を取り消し、BGB第三二〇条による引き換え給付の地位を取り戻すという可能性は、債務法に馴染みがなく、動産売買において、この種の特権を売主に与える理由は存在しないとして、解除による引き揚げ権のみを認めたものであります (Gutachten/Huber, S.923-924)。

(4) 最終報告書

最終報告書は、フーバー教授の鑑定意見と、BGHの判例 (BGHZ54, S.214) を取り入れて、売主は、契約を解除した場合にのみ、留保商品を引き揚げることができるとなりました。その理由は、売主に引き揚げを認め、同時に先給付義務を廃して、契約を維持する必要はないからであるとし、更に、先給付した契約当事者の斯様な特権は、債務法にはこれまで存在せず、不動産売買の場合でも格別見あたらなからであるとしてきました (Abschlussbericht, S.236, 238)。

(5) 債務法現代化法

ドイツ債務法現代化法における議論において、連邦議会は、その意見表明 (Stellungnahme) において、更なる立法手続において、BGB草案第四四八条二項の規定の合目的性について再考するよう、即ち、解除なき引き揚げ権の有用性を力説し、二項の削除を要求しました (Canaris, a.a.O., S.974)。

しかし、これに対して、連邦政府は反対意見を表明し、連邦政府は、改めてなされた再考後も、BGB草案第四四八条二項に固執するとしました。その理由は、この規定は、消費者信用法一三条三項一文に該当するものであり、その中に存在する法的思考は、普遍化に適する (verallgemeinerungsfähig) としまして、結局、売主は、給付された支払金額を償還するのであれば、物を引き揚げる権限を有しえないのであり、これは解除を要件とすることによつてのみ、考慮することができるとしました (Canaris,a.a.O.S.1030)。

そして、最終的には、法律委員会の報告書においても、連邦政府の反対意見と同様に、二項を含めて、規定のすべてが正当であるとされました (Canaris,a.a.O.S.1103)。

4 留保売主の返還請求権について

(1) 前提問題

次に、留保売主の返還請求権について発表させていただきます。

売買代金請求権が時効消滅しますと、買主には給付拒絶権が発生します (新BGB第二二四条一項)。そうしますと、買主は履行遅滞が治癒され、売主の解除権は消滅します。

そこで、まず、この場合、留保売主の所有権に基づく返還請求は認められるかという問題が現れます。また、この場合、物権的返還請求権に関するBGB第九八五条は根拠になるのかが問題になります。

この問題は、反対に、留保売主から先給付的に占有移転を受けた買主は、BGB第九八六条一項一文の意味におけ

る占有者の返還拒絶権に基づき、停止条件付所有権移転請求権＝期待権＝履行請求権は、売買代金請求権の時効消滅後も存続するのかという問題になります。

更に、割賦弁済行為の場合には、売却物の取り戻し（Wiederansichnahme）による解除の擬制規定がありますので（当初、旧割賦販売法五条〔買主が商人の場合に適用除外〕、次に、旧消費者信用法一三条三項、更に、新BGB第五〇三条二項四文〔事業者・消費者間に適用〕へと規定）、請求権の消滅によって解除権の消滅した売主に所有物返還請求権があるのかも問題になっておりました。

（2）判例・学説

（イ）判例・裁判例

（a）ライヒ裁判所（RG）時代

この問題について、ライヒ裁判所時代の下級審の裁判例は、留保売主の所有物返還請求権も時効消滅するものと判示したり（Königl.LG. I Berlin, 16.12.1904, KGBl. 1905, S. 113; LG. Breslau, 6.4.1935, JW 1935, S. 2218）、所有者の返還請求権は売買代金の消滅時効によって失効するものと判示して（LG. Dresden, 25.11.1925, JW 1926, S. 725; AG. Freiberg, 16.2.1938, JW 1938, S. 866）、売主の所有物返還請求権を認めておりませんでした。

（b）連邦通常裁判所（BGH）以降

戦後の裁判例も、遅滞の治癒、解除権の消滅、占有権に基づく返還拒絶権に関するBGB第九八六条の優先適用を

理由として、所有物返還請求に関するBGB第九八五条を適用しませんでした(LG.Kiel,4.10.1955,MDR1956,S.97; LG.Hagen,13.10.1955,NJW1956,S.713; LG.Hagen,3.3.1958,NJW1958,S.871)。

しかし、BGHは、請求権の時効消滅後も抵当権者及び質権者にその権利行使を認める旧BGB第二二三条一項や、譲渡担保に基づく請求権の時効消滅後もその設定者に請戻し権を認めない同条二項の類推適用により、第九八五条による返還請求を認めました(BGH,24.1.1961,BGHZ34,S.191〔その前提として、RG,11.7.1882,RGZ7,S.147が示した留保売主には最大の担保が与えられるべきという考え方がある〕)。

しかし、その後も下級審の裁判例は、日常的法律行為に関する短期消滅時効の存在意義を重視して、物権的返還請求権に対する消滅時効の抗弁を認容し(LG.Detmold,3.11.1965,MDR1966,S.233)′ BGHにおいても、割賦販売法の適用なき所有権留保の場合、代金請求権の時効消滅後は、留保売主には何らの請求権もないと判示するものがありました(BGH,12.7.1967,BGHZ48,S.249)。

しかしながら、その後、割賦販売法の適用がある場合でも、BGB第二二三条二項の類推適用により、第九八五条の適用を認めるといふ判例、裁判例が現れました(BGH,4.7.1979,NJW1979,S.2195; LG.München I,6/8.10.1965,NJW1965,S.2353)。

(ロ) 学説

(a) 旧BGB第二二三条類推適用説—返還請求肯定説

次に学説ですが、まず、旧BGB第二二三条を類推適用し、留保商品の返還請求を肯定するという説があります。

この考え方は、抵当権者や質権者は、請求権が時効消滅しても抵当権や質権を行使することができるという同条一項を類推適用する説と (A.Blomeyer, JZ1959, S.15 [15-16])、譲渡担保権設定者は譲渡担保の被担保債権が時効消滅しても、目的物の請け戻しを請求しえないという同条二項を類推適用する説とに分かれており (Oertmann, JW1926, S.725 他多数。通説)、更に、留保売主に完全なる所有権を認め、質権よりも強力な担保力であることを理由として、同条一項を適用し、また、譲渡担保権者が請求権の時効消滅後も、換価のため、設定者に担保物の引渡しを請求しうることから、設定者の占有権を否定するという点を留保売主にも適用し、請求権の時効消滅と同時に、留保買主の占有権を否定するという考え方があります (Serick, EV 1, S.439-440)。ただ、これらのうち、いずれの考え方を採っても、買主の占有権原を否定することになります。

(b) 清算担保説

次に、所有権留保は、相手方の契約違反に基づく解除によって留保売主に与えられる潜在的な求償権を担保するものと解する考え方があり、これによれば代金請求権の時効消滅により、買主の遅滞は治癒され、留保売主には解除権も返還請求権もないということになります (J.Blomeyer, JZ1968, S.691 [693]; ders., JZ1971, S.186 [187])。また、時効消滅後は不履行が債務者の責任領域にないとの見地から、買主の遅滞は終結し、占有権は買主にとどまるべきものと解する考え方もあります (H.Lange, JuS1971, S.511 [515])。

(c) 当事者意思説

更に、買主の占有権は履行請求権に基づいているので、消滅時効の援用、即ち履行請求権の喪失という構成を採れば通説は維持できるが、買主の履行請求権が存続するのであれば、占有権も存続するのであり、この問題は、質権・譲渡担保権の類推ではなく、当事者の契約関係を類推して解決されるべきものとする考え方があります (U. Huber, ZIP1987, S.750 [754])。

(3) フーバー鑑定意見

フーバー教授の鑑定意見の段階では、問題が提起されただけであり、検討されておりません。

(4) 最終報告書

消滅時効の抗弁権と所有権に基づく返還請求権との関係は、債務者が請求に対して既に主張している抗弁権が存在するときには、もはや解除することはできない旨規定しましたが (草案三二三条三項四号)、解除権がなければ、留保商品を返還請求することはできませんので (草案第四四九条二項一文)、所有権留保の場合に限り、被担保請求権が時効消滅しても、留保物の返還を請求することができる旨を規定しました (草案第二二三条二項二文)。そこで、最終的には、草案第四四九条二項二文に草案第二二三条二項二文を引用指示したのです (Abschlussbericht, S.238)。

(5) 債務法現代化法

ドイツ債務法現代化法でも、内容は同様であります。新BGB第二一六条二項二文に、所有権留保の場合には、時

効消滅後も解除しうるものと規定されたので、引用条文である二項二文が削除され、第四四八条となり、最終的に新BGB第四四九条となっただけであります (Canaris, a. O. S. 489)。したがって、基本的に、債務法改正最終報告書と一致しております。

5 まとめ

以上の返還請求権の問題は、一方では、解除と返還請求、他方では、請求権の時効消滅と返還請求ということでありました。前者において、解除による返還請求を認め、後者において、請求権消滅後の返還請求を認めるということとは、いずれも契約関係解消後の留保所有者の所有物返還請求を認めるということであり、原状回復という意味においては、両者は同一線上の問題であるということができます。この意味においては、解除なき返還請求を認めないとするることにより、後者との整合性を保つことができ、また、原状回復という意味にも合致します。

しかし、動産売主の債権回収の危険からの保護という観点から考察した場合には、解除なき返還請求権の存在を認める実益はあるものと思われれます。

確かに、買主の倒産時における処理としましては、倒産手続開始後は、買主の財産は破産財団として管財人の元で統括されますので、留保所有者は、所有権を保全するため、手続開始前に解除するか、または、解除の前提要件、即ち、期間を定めた催告を満たしていなければならぬものと解されますが、倒産以前の状況下においては、解除なき取り戻しを認めるという点に重要性があります。

ただ、ドイツ債務法現代化法におきましては、解除により、買主の期待権、即ち履行請求権という占有根拠を確実に失わせ、反対に、留保売主に買主の期待権の影響を完全に消し去った所有権の効力を全うさせるとともに、従来あまり明確ではなかった「清算」を徹底させるために、解除と原状回復という方法を採用したものと思われまます。

三 延長された所有権留保の我が国への導入可能性について

1 問題の所在

(1) 意義

(イ) 総説

次に、延長された所有権留保における諸問題と我が国への導入可能性について発表させて頂きます。

延長された所有権留保とは、二次的売却(ないし転売〔Weiterverkauf〕、再譲渡〔Weiterveräußerung〕)を予定している商人や請負人に対する商品売買における所有権留保のことをいいます。例えば、資材供給者であります留保売主は、将来発生すべき二次的売却から発生しうる第三債務者に対する請負報酬債権または売買代金債権を留保買主から予め譲り受けることにより(予めの債権譲渡〔Vorausabtretung〕)、留保買主に対する代金債権の担保とします。つまり、所有権留保と将来債権の譲渡担保との複合形態であります。

通常、この将来債権の譲渡と引き換えに、留保買主に二次的売却権限（転売授權）が与えられます。この関係について、理解に資するため、以下に図解しました。

(ロ) 延長された所有権留保の三類型

(a) 単純な転売事案

まず、単純な転売事案、即ち、留保売主、留保買主（第一受領者）、転得者（第二受領者）という関係があります。

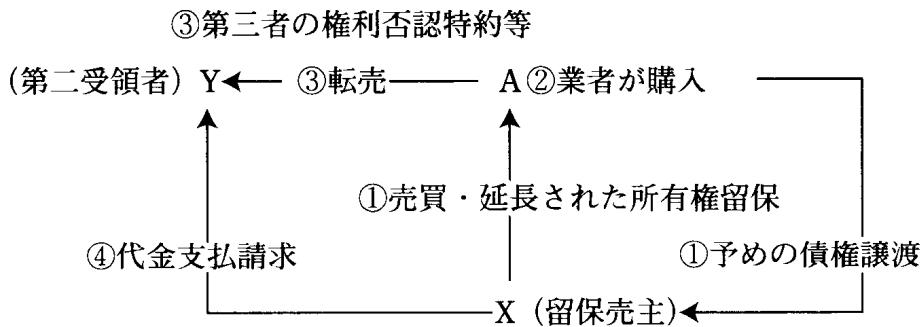
(b) 加工原材料売買の事案

次に、加工原材料売買の事案、即ち、留保売主・加工業者（留保買主）・製品の買主（第二受領者）という関係があります。

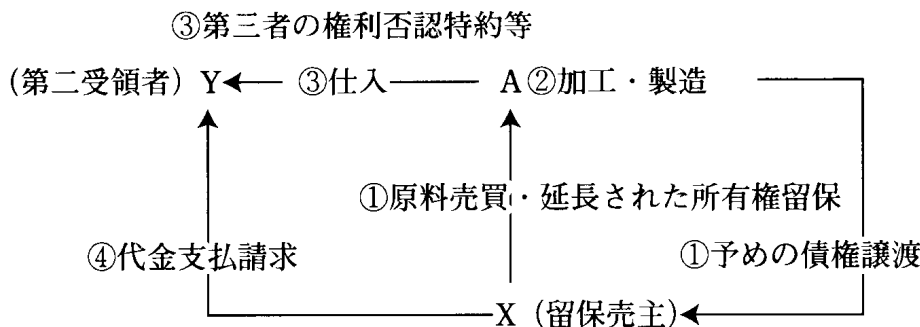
(c) 建築資材の作り付け事案

更に、建築資材の作り付け事案、即ち、

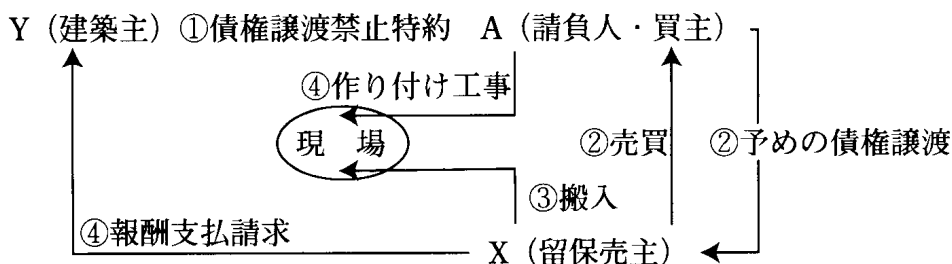
(a) 単純な転売事案



(b) 加工原材料売買の事案



(c) 建築資材の作り付け事案



留保売主・請負人（留保買主）・建築主（第二受領者）という関係があります。

(d) 三類型間における異同

これら三つの類型間においては、加工や建築及び付随工事という新たな物の製造、そして留保商品の所有権を大規模小売業者や建築主といった第三者へ移転するという問題点では類似しています。

また、加工原材料には、BGB第九五〇条（加工規定）の適用がありますが、請負の場合には、その適用はありません。ただ、加工の場合でも、第九五〇条を任意規定と解しますと、普通契約約款に加工条項を入れることにより、材料供給者⇨加工物所有者となりえます。

更に、建築資材の場合には、附合（BGB第九四六条）という問題があります。

(2) 債権譲渡制度に関する日独の相違点

延長された所有権留保の我が国への導入可能性を論ずる前に、まず、我が国とドイツにおける債権譲渡制度の相違点を考える必要があります。

(イ) 債権譲渡制度

まず、債権には譲渡性があることはいうまでもありません。ただ、我が国においては、債務者への譲渡通知または債務者からの承諾を債務者その他の第三者への対抗要件としており、債務者以外の第三者への対抗要件はその通知ま

たは承諾を確定日付つきとする必要があります（日民第四六七条）。これに対して、ドイツにおいては、譲渡契約の締結により、譲渡人・譲受人間でのみならず、債務者及びその他の第三者との間においても、その効力を生ずるのですが（BGB第三九八条二文は「新債権者と旧債権者との交代」と規定する）、ただ、新債権者が債務者に対して債権の取立てを行うためには、証書の提示（BGB第四一〇条一項一文）または旧債権者から債務者への譲渡通知（同条二項）を要します。

ドイツでも、譲渡契約それ自体は有効でも、取立てのためには証書の提示または譲渡通知を要するのですから、これを債務者に対する対抗要件と解するのであれば、我が国と制度上あまり差はないということもできます（古屋壮一「ドイツ債権譲渡制度における債務者に対する対抗要件（二・完）」広島法学二七巻一号（二〇〇三年六月）八七頁（二〇一頁以下）は、この点に関して示唆を与える）。

次に、我が国では、将来債権の譲渡ないし譲渡担保につき、その特定性と対抗要件という問題があるといわれてきました。そのため、我妻博士や米倉教授などの先達の研究におきましては、延長された所有権留保の我が国への適用可能性は否定的に解されてきました。しかし、最近では、この問題につきましても、学説が煮詰まっております。また、平成一三年一月二二日の最高裁判決（民集五五巻六号一〇五六頁）が、譲渡目的債権及び第三債務者の特定性を条件として、集合債権譲渡担保設定通知に民法第四六七条所定の譲渡通知としての効力を認めたことと相まって、既に解決しつつある問題とは言えないでしょうか。

また、債権譲渡特例法を利用する場合においても、現行法のように第三債務者の記載を登記の必要的記載事項とします（同法五条一項六号）、設定者の信用状況が第三債務者にも知られる可能性が大きいので、使い勝手の悪い制度

となつてはいるのですが、これを記載しなくてもよいという制度になれば、本契約型のみならず、仮登記を活用することによつて、予約型の集合債権譲渡ないし譲渡担保にも使えるようになりますので、上記のような問題は解決し、そうすると、延長された所有権留保の我が国への適用可能性が高まるということにもならないでしょうか。

私は、斯様な問題意識から、本報告におきまして、延長された所有権留保に関する諸問題を取り上げることとしたのです。確かに、ドイツにおいては、予めの債権譲渡は債務者への通知なくして直ちに成立し、譲受人の担保確保は容易であり、この点につきましては、我が国とは格段の相違があることは否定できません。しかし、問題が一步ずつ解決されてきた現代におきましては、議論の有用性もあろうかと思ひます。

そうしますと、次に、債権譲渡禁止特約との関係が問題となります。

(ロ) 債権譲渡禁止特約

我が国では、債権譲渡禁止特約は物権的効力を有するものと解されていますが、善意の第三者には対抗することができないものと規定されています（日民第四六六条二項但書）。ドイツでも、債権譲渡禁止特約は物権的効力を有するものと解されておりまして、その効力は譲渡人・譲受人間でのみの相対的効力ではなく、第三者に対しても絶対的に効力を生ずるものと解するのが判例（BGH, 14.10.1963, BGHZ40, S.156; BGH, 20.11.1967, WM1968, S.195; BGH, 27.5.1971, BGHZ56, S.228; BGH, 9.7.1990, NJW-RR1991, S.343〔あまり明確ではない〕, usw.）及び多数説であり、しかも、我が国のような善意の第三者保護規定はありません。

そこで、この債権譲渡禁止特約と、延長された所有権留保における予めの債権譲渡との関係が問題になります。

2 債権譲渡禁止特約との関係について

(1) 問題点

次に、債権譲渡禁止特約との関係についてですが、ドイツにおいては、債権譲渡禁止特約や、債権譲渡の効力を債務者の同意にかからしめるといふ債権譲渡制限特約が、官公庁の普通契約約款で利用されており、この特約が絶対効を有するとすれば、延長された所有権留保を全うすることはできません。

しかし、留保売主には所有権がありますので、この留保売主と建築主や転売による買主といった第二受領者との関係が問題となります。即ち、留保所有権と第二受領者の善意取得、第二受領者の不当利得・不法行為といった問題であります。

(2) HGB第三五四a条によるBGB第三九九条の修正

ただ、現在では、一九九四年七月二五日の法律 (BGBl. I S. 1682) により、ドイツ商法 (HGB) に第三五四a条が追加挿入され、その規定によりますと、債権譲渡禁止特約に反する債権譲渡も、その原因となる法律行為が当事者にとって商行為であるときには有効になりますので、延長された所有権留保の多くは有効のまま維持されるということになります。

この規定は、大口購買者が商品供給及び役務給付に基づく債権の譲渡を広く禁止することによって、供給者または役務を給付した事業者にリファイナンスを困難にさせてしまうという連邦司法省の事実認定に基づいています (BT-

Drucksache12/7923 = ZIP1994,S.1651)。この規定によって、留保売主は、常に第二受領者に対して追及しうることになり、また、買主の倒産手続においても、管財人は留保売主から債権を取り戻しえないということになります。したがって、この規定が適用される限り、予めの債権譲渡が無効となる場合における諸問題は、もはや論ずる意味はないのかもしれませんが、以下の、所有権留保と善意取得・不当利得・不法行為という論点は、我が国における解釈とも関連しますので、簡単に触れることとします。

3 第二受領者の善意取得

この問題について、判例は、転得者には所有者に関する調査義務があるとし、この義務を怠った場合には重過失があるとして、善意取得を否定し (BGH,17.1.1968,WMI1968,S.540)、特に、商人間取引の場合には、所有権留保や延長された所有権留保を予め考慮に入れるべきであり、転得者がこの点に関する調査を怠った場合には、同様に善意取得を否定しています (BGH,18.6.1980,BGHZ77,S.274)。

しかし、作り付け事案の場合には、少し様相が異なっています。判例は、建築主は加工事案における第二買主とは異なり、建築資材の供給者が誰であるか、建築資材がいつ建築現場に搬入され、いつ建築されるのかを知らないのが通常であるとして、この場合、建築主は、作り付けられた建築資材を善意取得する、と判示するに至っています (BGH,9.7.1990,NJW-RR1991,S.343)。

次に、学説は、加工事案の判例と同様、商品売買、原材料供給事案ともに、商取引における所有権留保の存在とそ

の認識を経験則であるとして、その存在につき、転得者に重い注意義務を負わせ、重過失による善意取得の不成立を主張しています (U.Huber,NJW1968,S1905 [1906]; Serick,EV IV,S.691-692,usw.)。

4 第二受領者の不当利得・不法行為

次に、第二受領者の不当利得・不法行為について論じます。

まず、不当利得に関して、判例は、全て、建築主は請負人から供給を受けて作り付けてもらったとの理由から、建築主の利得と留保所有者の損失との間の因果関係を否定し、不当利得返還請求を排斥しています (BGH,31.10.1963; BGHZ40,S.272; BGH,28.11.1968,BGHZ51,S.113; BGH,27.5.1971,BGHZ56,S.228 [留保売主は請負人へのみ代償取戻権で追求することができるとした])。また、最近の判例では、善意取得が成立したという理由から、不当利得は成立しないと判示したものもあります (BGH,9.7.1990,NJW-RR1991,S.343)。

これに対して、有力学説は、加工事案・作り付け事案ともに、加工規定 (BGB第九五〇条) や附合規定 (BGB第九四六条) によって、留保所有権の消滅や取得が生じたとして、同法第九五一条・第八一二条による第二受領者の不当利得返還義務を認めています (U.Huber,NJW1968,S.1905 [1908]; Serick,EV IV,S.699. ただ、フーバー教授が、加工の場合には価格賠償であるが、附合の場合には侵害不当利得と構成するのに対して、ゼーリック教授は、いずれの場合でも所有権喪失に関する清算と構成する点において、両者の見聞は異なっている)。

次に、不法行為に関して、判例は、作り付け時における留保所有者の所有権を認定し、請負人の利用権限の認識を

重過失に基づくものとして、請負人の不法行為責任を肯定したり (BGH, 7.1.1970, BB1970, S.514 (但)、留保所有者が留保買主である下請負人の破産に基づき、資材の使用禁止を請負人に通知したというケース)、また、建築用地と建築資材との附合を認定した上で、債権譲渡禁止特約により延長された所有権留保が全うできないこととの関係において、所有権侵害になるとして、不法行為を肯定した判例もあります (BGH, 5.12.1989, BGHZ109, S.297 (請負破産会社の取締役に対する請求を認容))。しかし、反対に、建築主の調査義務を否定し、不法行為責任を否定する判例も有力でした (BGH, 27.5.1971, BGHZ56, S.228)。そして、最近の判例は、前述した善意取得を認めたと同様の理由から、建築主は、所有権に関する調査義務を負わないものと判示して、不法行為責任を否定するに至っています (BGH, 9.7.1990, NJW-RR1991, S.343)。

これに対して、学説は、転売事案において善意取得を否定しており、この場合、第二受領者は悪意の不法占有者、留保買主は一般不法行為者であるとして、留保売主に対する不法行為の成立を肯定しています (Serick, a.a.O., S.694)。他方、作り付け事案においては、建築主の債権譲渡禁止特約により、作り付けによって、留保所有権が消滅することにつき、建築主が違法性と有責性の原因を作っているとの理由から、その留保売主に対する不法行為の成立を肯定するものと (U. Huber, a.a.O., S.1905 [1907])、請負人による所有権侵害のみを不法行為とする見解に分かれています (Serick, a.a.O., S.702)。ただ、後者においても、建築主に教唆・幫助といった関与があれば、同様に不法行為責任を負うものとなります。

四 新BGB第四四九条三項（旧BGB第四五五条二項）

新BGB第四四九条三項（旧BGB第四五五条二項）は、倒産法改正の流れに沿い、一九九四年一〇月五日の倒産法施行法三条一七号によりBGB第四五五条二項として挿入され、一九九九年一月一日に発効した規定であります。この規定は、所有権の移転が、買主が第三者の債権、とりわけ売主と提携関係にある事業者の債権を実現するという点に依存させられるときには、所有権留保の合意は絶対無効（nichtig）であると規定しております。つまり、留保売主の債権者に買主が留保売主の代わりに債務を履行するまで、所有権は移転しないという「コンツェルン留保約款」条項を無効とする規定であります。

この規定は、結果として見通しのつかない所有権取得の延期が発生しうるような、経済活動の自由にとってふさわしくない制限から買主を保護することを目的としています。

五 日本法への示唆

最後に、日本法への示唆について私見を提示します。

1 単純な所有権留保の問題について

第一に、解除を前提とする引き揚げ権については我が国においても議論があります。

まず、我が国においては解除して返還請求権を行使するという考え方が取引実務上一般に行われているという点を指摘し、解除を前提としないという考え方は少数説であると指摘する有力説があります。また、留保売主は代金未払いの状況で買主に目的物の占有を自ら許容した者であるということを経由して、目的物の返還請求をするには、買主の占有権原を消滅させる必要があるとして、この有力説を後押しするような見解もあります。

しかし、留保買主の占有権原は、将来必ず実現すべき代金の完済による所有権移転を前提として、留保売主が買主に留保商品を貸したり預けたりしているのと同様の権原しか持ち得ず、斯様な意味において、売主の引渡行為は先履行とはいえないものであります。この意味において、留保買主は直接他主占有者であることから、所有権移転を前提とする自主占有への転換は代金完済時に限定されるものであり、斯様な前提は、債務不履行の場合において、留保売主が換価を前提として返還請求するときには、もはや崩れ去るべきものでありますから、この時点において買主の占有権原はすでに消滅しており、留保売主は、もはや解除しなくとも、換価のために留保商品を引き揚げる行為を許容されるべきでありましょう。そして、引き揚げから換価までの間に一定期間を設けて、当該期間内に留保買主が代金支払と再引渡しを請求してこない限り、もはや、再引渡し請求の機会を失い、留保売主に換価権が発生するものとするれば、双方の利益衝突はないと解することができます。

本報告において私が論じてきた「換価のための引き揚げ行為」は、別段新しい見解ではなく、既にドイツにおいて

ゼーリック博士が論じているものであり (Serick, Ev. I.S.439-440) 、『また、我が国においても、鈴木祿彌教授 (『物権法講義』〔創文社、三訂版、一九八五年〕二七五頁)、近江幸治教授 (『担保物権法』〔弘文堂、新訂補正版、一九九八年〕三〇四頁)、道垣内弘人教授 (『担保物権法』〔三省堂、一九九〇年〕三〇九頁) などが認めているところでもあります。ただ、我が国においては、いずれも譲渡担保における私的実行と同視して、担保権の実行という局面で捉えているので、私見とは異なります。更に、実務家からも、留保売主が提携ローンを利用して買主との間に保証委託契約を締結した場合において、売主が所有権留保を実行するときには、「この実行に契約の解除を要する」と考えると、求償債権行使のために商品の引渡しを求めため、弁済を受けて円満に消滅している代金債権まで遡及的に法律上の原因を解除により消滅させ、売主は代金債権を返還する義務を生ぜしめることとなる」として、解除は不都合であるとの指摘があり、むしろこの場合には、「売買契約が解除されることはほとんどないのが実情である」と指摘されております (増田晋・山岸良太・木曳正夫「所有権留保をめぐる実務上の諸問題」加藤一郎・林良平編『担保法大系第4巻』〔金融財政事情研究会、一九八五年〕四〇二頁〔四一〇―四一一頁〕)。したがって、我が国においても、実務では、従来から、解除なき引き揚げ権は、その有用性が認められているのであります。この意味において、単純な所有権留保は、譲渡担保権のよきな意味における担保権ではなく、所有権の担保力であります。

今後行われることあるべき立法化に際しては、この点を見過ごすことなく、解除なき引き揚げ権を肯定すべきであると提言します。

第二に、売買代金債権の時効消滅後の留保売主と買主との関係であります。我が国の多数説でありますところの、買主を実質的に所有者と解する見解によりますと、債権が消滅したので、単純に買主の所有物になるものと解するよ

うにもみえますが、それは早計であると思います。留保売主は所有権を留保しているのですし、所有権は消滅時効にかからないのですから、むしろ、時効で債権債務関係が消滅したのであれば、残りは所有権関係だけということになります。そうしますと、買主の占有権原は、所謂「期待権」が存続する限りのものでありますので、それがなくなつたということ、占有権原もなくなり、留保売主の所有物返還請求権に負けるということになります。

2 延長された所有権留保の日本法への導入可能性について

次に、延長された所有権留保の日本法への導入可能性について論じます。

かつて、我妻榮博士は、債権譲渡の通知または承諾という対抗要件制度の存在する我が国においては、将来の債権を譲渡して予め譲渡される債権の債務者に通知することによって、延長された所有権留保の実を挙げることも可能であろうが、しかし、この延長された所有権留保約款が実を挙げるのは、約款成立時に将来何人に譲渡されるか不確定な場合であり、そうすると、予めの通知は不可能であり、また、将来転売したら、その買主に直ちに債権譲渡の通知をせよとの約定をしても、留保買主が義務に違反して通知しないときには、売主は、結局、担保目的を達しえないので、我が国においてはうまくゆかないのではあるまいか、と述べておられました（シャントツ著「延長せられたる所有権留保約款」『民法研究Ⅳ』（有斐閣、一九六七年）二九三頁（二九七頁以下））。

また、米倉明教授は、延長された所有権留保の我が国への導入可能性に関しまして、第一に、原材料の加工との関係、即ち、加工物所有権の帰属を巡る問題点、第二に、他人の権利の処分との関係、即ち、買主の転売授權により、

転得者が所有権を取得しうるかという問題点を掲げ、そして、第三に、債権の譲渡担保における問題点、特に、債権発生前における第三債務者に対する通知・承諾が対抗要件としての通知・承諾として認められるか、あるいは、第三債務者不特定の段階における留保買主に対する転得者への通知義務、更に、留保買主の財政状況に関する秘密保持という問題点を提起した上で、ドイツにおいて認められる無通知譲渡が我が国では認められない関係上、我が国では延長された所有権留保は実現しがたい旨、論じられてきました（「流通過程における所有権留保」法学協会雑誌八一巻五号（一九六五年）、八二巻一号、二号（一九六六年）、『所有権留保の研究』（新青出版、一九九七年）一頁（二五八頁以下））。

右の両先達の懸念は、畢竟、債権の譲渡担保との関係におけるものでありますが、将来債権の譲渡ないし譲渡担保につきましては、判例の集積、そして、学説による追認及び発展という経緯があり、もはや、担保のための債権譲渡という枠が定まってきた今日においては、債権譲渡担保の設定通知において、たとえ、取立権の留保が設定者になされていても、債権や第三債務者が特定していれば、当該設定通知に民法第四六七条の対抗要件を認めるという考え方が、最高裁によって打ち出された以上（最判平一三・一一・二二民集五五巻六号一〇五六頁〔継続的取引に基づく売掛代金債権の譲渡担保事案。第三債務者に譲渡担保設定通知。担保権実行通知まで設定者に取立権を留保。目的債権の一括譲渡により、取引の種類・発生期間で特定、債権譲渡の対抗要件具備により対抗力を認容〕）、第三債務者が不特定のケースに関する解釈上の問題点はまだ残っているととしても、先達の懸念はある程度、払拭されてきたとはいえないでしょうか。そうしますと、これまで論じてきた点から、単純な所有権留保は担保権扱いするにふさわしくありませんが、これと債権譲渡担保とが複合的に設定されることによつて、つまり債権譲渡担保の担保的効力と結合することによつて、強力な類型が、我が国においても可能であると思う次第であります。

もつとも、このことは、現段階では、所謂「本契約型」の債権譲渡担保との複合類型に限られます。予約型の場合には、最高裁では譲渡予約時における対抗力が否定されております（最判平一三・一一・二七民集五五卷六号一〇九〇頁〔最判平一二・四・二二民集五四卷四号一五六二頁が、譲渡担保予約の事案において、債権者・債務者の特定、発生原因の特定により目的債権の特定を認定し、予約時における効力を認容したのに対して、本件は、ゴルフクラブ会員権の譲渡予約の事案において、譲渡予約時における承諾の対抗力を否認し、予約完結権行使時の通知または承諾により対抗力を付与とした〕）。設定予約通知では、予約という不安定な状況が第三債務者に通知されるだけであり、債権譲渡は通知されえないからであります。

そうしますと、次に、債権譲渡特例法との関係が取り沙汰されるということになりますが、時間の都合上、そこまではお話しすることはできません。ただ、一言申し上げますと、債権譲渡登記につき、第三債務者を十分特定記載するのではなく、譲渡債権の種類や始期と終期が特定されていれば、第三債務者の記載は包括的でも登記として認められるような制度が整えば、本契約型のみならず、予約型ないし停止条件型でも使えるようになるのではないかと思います。

最後に、個別問題との関係ですが、現段階では、延長された所有権留保がないので、関連性は薄いです。

まず、転売事案における所有権留保と善意取得との問題について、ドイツにおけると同様、我が国においても、業者間取引では所有権留保の存在を前提とし、同様の約款を使用している場合には、所有権留保の存在を知らないという点につき過失を認定し、特に、建設ないし工作機械等の転売事案では、権利関係につき、ディーラーへの所有権留保の照会を転得者の通常の見注意義務であるとしたり（東京高判昭四九・一二・一〇下裁民集二五卷九〇一二号一〇三三

頁)、売買契約書や譲渡証明書、そして領収証の存在などについて調査義務を課したりして(福岡高宮崎支判昭五〇・五・二八金融商事判例四八七号四四頁、東京地判昭五二・五・三一判例時報八七一号五三頁、名古屋地判昭五五・七・一一判例時報一〇〇二号一一四頁、東京地判昭五五・一二・一二判例時報一〇〇二号一〇三頁、東京地判昭五六・九・二四判例時報一〇三九号八一頁、千葉地判昭五九・三・二三判例時報一一二八号五六頁)、これら注意ないし調査義務を怠った転得者に過失を認定しています。

また、留保買主に転売授權のある場合において、転得者が代金全額を支払って購入した場合には、即時取得を認められた裁判例もあります(大阪高判昭五四・八・一六判例時報九五九号八三頁)。更に、留保買主が機械をディーラーから直接購入している場合には、転得者にディーラーへの問い合わせ等の調査義務を課し、それ以外の中古品については、調査義務なし(相手方に直接確認するだけでよい)として、即時取得を認めた裁判例もあります(福岡高判昭五九・三・二一判例時報一一二八号五四頁)。最近では、転売授權があっても、転得者の支払った代金を留保買主が留保売主に渡さない場合には、転得者は即時取得しないという裁判例があります(東京地判平七・九・二五判例タイムズ九一五号一二六頁)。

不法行為については、転売に起因する機械等の行方不明による留保買主の損害賠償義務を肯定している程度です(東京地判昭五二・九・三〇判例時報九〇〇号八七頁)。原材料や機械の転売事案における不当利得については、裁判例は見あたりません。

3 おわりに

最後は、債権譲渡担保の話になってしまいました。所有権留保と譲渡担保は単なる裏表ではなく、その一体的な利用もできる、いわば相互補完が可能な担保であり、ただ、前述しましたように、譲渡担保は「担保のための所有権移転」であり、所有権留保は「所有権の留保」であることから、所有権留保のほうが、担保権としての色彩が薄く、所有権としての色彩が色濃く反映されているものであると思います。その結果、所有権留保のほうが担保力は相当強いものとなります。

そこで、原材料の留保所有者が買主に転売授權をする代わりに、買主の第三債務者に対する債権を予め留保所有者に譲渡する「延長された所有権留保」には有用性があります。

本報告では、未だ説明できていない部分が多々ありますが、これからも、譲渡担保と所有権留保との関係を少しでも解明し、非典型担保立法に寄与することを目指していこうと思っております。

長時間、ご静聴ありがとうございました。皆様方から、多くのご指導を賜りたく存じます。