

ドイツ法における所有権留保論

石口修

一 問題の所在

所有権留保は、ローマ法にその起源を有しており、商品が買主に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が保障されているだけで、代金全額の支払により、始めて所有者としての地位を獲得するという制度である。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らなかった。この考え方は、ローマ法の容仮占有制度 (*precarium* [Ulpian D.43, 26,20]) と、失権約款 (*lex commissoria* [Pomponius D.18,3,2]) 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。

この制度は、動産売買においては普通法へと継受されなかったが、土地の先給付売買においては、未収売主が所有権留保の合意 (*pactum reservati dominii*) をする<sup>1)</sup>ことで、売主質権 (*Verkäuferspfandrecht*) と同様、全ての債権者に先立って支払を受け

ることができるという一種の優先弁済権が留保売主に与えられていた。

B G B の起草段階では、代金完済まで所有権移転が延期されるのか（停止条件付所有権移転構成）、それとも、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所有権が売主に復帰するのか（解除条件付所有権移転構成）として、所有権移転時期について争われたが、前者のほうが物権的効力と債権的効力を兼備することになるとして、所有権留保の本質に適するとされた結果、これが旧 B G B 第四五五条となったのである。

所有権留保は、譲渡担保とならび、非典型担保の代表格とされているが、我が国では、割賦販売法七条に所有権留保の推定規定があるだけで、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る。

ところで、譲渡担保と所有権留保との間には相違点がある。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、占有改定により担保物を引渡し、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するというものである。他方、所有権留保は、売買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る。この設定状況では同じように見えるが、前者は、「担保のためにする」という意味が強く、後者は、「所有権の留保」という意味が強いという点に相違点がある。つま

り、前者は、信託的所有権移転 (fiduzialisches Übertragung) であるが、後者は、買主の期待権という負担付ではあるものの、完全所有権 (Volligentum) の留保である。その結果、ドイツでは、倒産手続上の取扱いとして、譲渡担保権者は別除権を有することとどまるが（倒産法五一条）、留保所有者は取戻権を有することになる（同法四七条）。

そこで、本報告においては、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て、かつて我妻榮博士や米倉明教授らによって懸念が表明された「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いても、一考する余地があると考えた次第である。

## 二 単純な所有権留保における諸問題

### 1 問題の所在

まず、ドイツ債務法改正問題から債務法現代化に至るまでにおいて提起された問題点、即ち、①旧 B G B 第三二六条の法定解除権の原則と、旧 B G B 第四五五条の即時解除を認めうる例外規定との関係、②留保売主が買主の支払遅滞時に商品を引き揚げる際における解除の要否、③売買代金請求権の時効消滅後における留保売主による商品返還請求権の有無について、従来の判例・学説を中心として、概観する。

### 2 留保売主の解除権

旧 B G B 第三二六条一項（新 B G B 第三二三条一項）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規定している。しかし、旧BGB第四五五条によると、債務者の支払遅滞時には解除しうると規定されているので、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となっていた。

この問題について、判例・多数説は、当初から、買主の支払遅滞の場合には、BGB第三二六条の前提要件を充たす必要はないと解していた。

しかし、フーバー教授の債務法改正鑑定意見は、留保売主は解除による目的物の取戻のみならず、不履行による損害賠償請求をすることもあるとの理由から、第三二六条の前提要件を要するものと解し、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た。また、債務法改正委員会最終報告書も、期間の定めを要求する一般規定と異なる規定には存在理由がなく、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たとの理由から、第四五五条の当該部分の削除を結論づけた。

そして、債務法現代化法においても同様であり、ここに留保売主の即時解除権は失われることとなった。

### 3 留保売主の引き揚げ権

次に、留保売主が留保商品を買主の元から引き揚げる際には、その前に解除しておく必要があるのかという問題がある。この問題は、買主の履行遅滞、留保商品の不適切な取扱い、授権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

き引き揚げ権を認めるべきではないかというものである。その理由は、留保売主への直接占有の回復による遅滞買主に対する心理的圧迫による弁済強制や、早めの引き揚げにより、一定期間経過後、買主に弁済意思がなければ、留保商品を換価し、清算するということが挙げられる。

この問題について、判例は、当初から、所有権留保の目的として、信用売買における最大限の担保を留保売主に与えるべきとの理由から、解除なき引き揚げ権を肯定してきた（RGZ7,S.147usw.）。しかし、BGHは、一九七〇年七月一日判決で、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ものであるとして、解釈上の転換を図り、ここに解除なき引き揚げ権を否定するに至った（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、引き揚げ特約については肯定するという折衷的な考え方を採っている（BGHZ96,S.182）。

他方、学説は、従来から、債務不履行や義務違反を理由として、解除なき引き揚げ権を肯定してきた。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現れた。即ち、フーバー教授は、債務法改正鑑定意見において、買主の支払遅滞時に売主が先給付を取り消し、BGB第三二〇条の引換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、斯様な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のである。また、債務法改正委員会最終報告書も、フーバー教授の鑑定意見とほぼ同様の理由から、その鑑定意見とB G H Z五四巻二一四頁判決を取り入れて、同様に、留保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した(草案第四四九条二項一文)。

右のような解釈の変遷後、債務法現代化法における議論において、連邦議会の意見表明により、解除なき引き揚げ権の有用性が力説され、解除による引き揚げ権に関する草案の削除が要求されたが、連邦政府は、改めてなされた再考後も、この規定が消費者信用法一三条三項一文に該当しており、その法的思考は普遍化に適する(Verallgemeinerungsfähig)こと、また、売主は給付された支払金額を償還しなければ物を引き揚げる権限を有しないことを理由として、解除による引き揚げ権に固執すると主張し、解除による引き揚げ権が規定されたのである。

#### 4 留保売主の返還請求権

次に、売買代金請求権が時効消滅すると、買主には給付拒絶権が発生し(新B G B第二一四条一項)、買主の履行遅滞は治癒され、売主の解除権は消滅する。そこで、この場合、留保売主の所有権に基づく返還請求権(B G B第九八五条)は認められるのかという問題が発生する。また、右の問題は、留保買主は、B G B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、期待権を主張しうるのかという問題にもなる。

更に、割賦弁済行為の場合には、売却物の取戻(Wiederansichn

ahme)による解除の擬制規定があるので(当初旧割賦販売法五条、次に旧消費者信用法一三条三項、現在では新B G B第五〇三条二項四文)、請求権の消滅により、解除権の消滅した留保売主に所有物返還請求権があるのかも問題となる。

この問題について、ライヒ裁判所の判例は存在せず、当時の下級裁判例は、請求権の時効消滅により、留保売主の所有物返還請求権も時効消滅する、あるいは、失効するものと判示して、留保売主の所有物返還請求権を認めなかった。しかし、B G Hは、請求権の時効消滅後も抵当権者や質権者にその権利行使を認めるという旧B G B第二二三条一項や、譲渡担保権に基づく請求権が時効消滅してもその設定者に担保物の請戻権を認めないという同条二項を類推適用し、留保売主にB G B第九八五条による所有物返還請求権を認めた(BGHZ34.S.191)。

他方、学説は、判例と同様、旧B G B第二二三条類推適用説が多数説であり、買主の占有権原を否定し、留保売主の返還請求権を認めていた。しかし、所有権留保の目的を解除による潜在的求償権の担保と解し、請求権の時効消滅により買主の遅滞は治癒され、他方、解除不能となった留保売主には何ら権限はなくなるという考え方や、多数説が質権や譲渡担保権を類推適用する点に異議を唱え、この問題は当事者の契約関係を類推して解決すべきものという考え方が有力に主張されていた。

この問題は、フーバー鑑定意見で問題提起された後、債務法改正委員会最終報告書では、消滅時効の抗弁権と所有物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を規定したが（草案第三二三条三項四号）、解除権がなければ留保商品の返還を請求することができないので（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た（草案第二二三条二項二文）。そして、現代化法でも、新BGB第二一六条二項二文に、所有権留保の場合には請求権の時効消滅後も解除しうるものと規定された。

### 三 延長された所有権留保の我が国への導入可能性

#### 1 問題の所在

延長された所有権留保とは、二次的売却（Weiterverkauf）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である。例えば、資材供給者である留保売主は、将来発生すべき二次的売却から発生す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、留保買主に対する代金債権の担保とする、つまり、所有権留保と将来債権譲渡担保との複合形態である。通常、将来債権の譲渡と引き換えに、留保買主に転売授權が与えられる。

延長された所有権留保を日本法に導入するためには、まず、日独における債権譲渡制度の相違点について考察する必要がある。

まず、我が国では、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いる（日民第四六七条）。これに対して、ドイツでは、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（BGB第三九八条二文）。ただ、新債権者が債務者に対して債権の取り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を要するに過ぎない（同条二項）。ドイツでも、譲渡契約それ自体は有効でも、取り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あるから、これを債務者に対する対抗要件と解するのであれば、我が国と制度上それほど差はないということもできる。

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り、特に、対抗要件具備という問題を理由として、先達の研究においては、延長された所有権留保の我が国への導入可能性は否定的に解されてきた。しかし、後述するように、最近では、この問題についても、判例・学説の議論が煮詰まってきたので、延長された所有権留保の我が国への導入可能性が高まることになる。

確かに、ドイツでは、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、この点については、我が国とは格段の相違があることは否定しえない。しかし、問題が一步ずつ解決されてきた現代においては、議論の有用性がある。

そこで、次に、債権譲渡禁止特約との関係が問題となる。

## 2 債権譲渡禁止特約との関係

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るが、民法は、この特約を善意の第三者には対抗しえないものと規定する（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、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・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ない。

ドイツでは、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う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ない。しかし、留保売主には所有権があるので、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る。

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、HGB に第三五四 a 条が追加挿入され、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であると規定されたので、商人間取引の多い延長された所有権留保の多くは有効のまま維持されることになる。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し、これによって、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

せるという連邦司法省の事実認定に基づいている (BT-Drucksac he 12/7923=ZiP 1994, 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、買主の破産手続においても、破産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る。

## 四 日本法への適用と課題

### 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わが国においても議論がある。

まず、わ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る。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として、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る。

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る。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るから、この時点において買主の占有権原は既に消滅しており、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る。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解すれば、双方の利益衝突はな

いと解することができる。

また、実務界からは、解除により、売主に代金返還義務が発生するという不都合が発生するため、解除は殆どないとの指摘がある。つまり、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る。この意味において、単純な所有権留保は、譲渡担保権のような意味における担保権ではなく、所有権の担保力であるということが出来る。

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るが、我が国の多数説、即ち、買主を実質的に所有者と解する見解によると、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るが、それは早計である。留保売主は所有権を留保しているのであり、所有権は消滅時効にかからないのであるから、むしろ、時効で債権債務関係が消滅したのであれば、所有権関係だけが残ることになる。そうすると、買主の占有権原は、所謂「期待権」が存続する限りのも

のであるから、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る。

## 2 延長された所有権留保の導入可能性について

かつて、我妻榮博士、米倉明教授といった先達は、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、将来債権の譲渡ないし譲渡担保の特定性及び對抗要件という問題点を掲げた上で、消極的な懸念を表明していた。しかし、将来債権の譲渡ないし譲渡担保については、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つ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對抗要件を認めるといふ考え方が、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）、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看しても、先達の懸念はある程度、払拭されてきたとはいえないだろうか。そうすると、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ないが、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、まさに担保として強力な類型が、我が国においても可能になつてきたものと思われる。尤も、これは、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る。予

約型の場合には、最高裁において、予約時における対抗力が否定されている（最判平一三・一一・二七民集五五卷六号一〇九〇頁）。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る。

そうすると、次に、公示の原則との関係、即ち、債権譲渡特例法との関係が取り沙汰されることになるが、紙幅の関係上、詳細に論ずることはできない。ただ、一言だけ述べておくと、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なものでも、債権譲渡登記として認められるような制度を整えば、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われるが、この点は今後の課題としたい。

（九州産業大学助教授）

《追記》

紙幅の関係上、報告内容を若干割愛し、また、引用指示は必要最小限にとどめました。報告当日は、近江幸治教授（早稲田大学）に司会の労をお執り頂き、また、杉下俊郎教授（日本大学）、池田眞朗教授（慶應義塾大学）、清水元教授（東北学院大学）からは、有益な質問及び示唆を賜りました。ここに記して感謝申し上げます。更に、報告に先立ち、御指導を賜りました広島大学及び九州大学民事法研究会の諸先生方、報告内容に関して御高覧頂きました好美清光名誉教授（一橋大学）に感謝

申し上げるとともに、本年五月に逝去されました恩師三和一博先生に衷心より感謝申し上げます。