

所有權留保の現代的課題

石
口
修

はしがき

本書は、主として、一九九七年三月から今日までに発表してきた一連の所有権留保研究を一書にまとめたものである。本書にまとめるにあたっては、各々の論文において重複する箇所があったので、これらに対して、部分的に割愛したり、移動したりするなどして、必要に応じて編集を施した。

また、研究途上において、ドイツ民法典（BGB）は、その債務法と消滅時効法が現代化されたので、規定が大幅に改正され、更に、ドイツ商法典（HGB）には債権譲渡禁止特約の絶対的効力を制限する第三五四a条が追加挿入され、更にまた、破産法（Konkursordnung）は倒産法（Insolvenzordnung）となり、全面的に見直しがなされた。それゆえ、これら一連の改正作業によって改正された規定については、本書においても修正し、あるいは、必要な論述を追加した。

更に、本書の全体構想を考えるにあたっては、まだ研究途上であるとの認識があったので、必要と思われる章（第九章以下）を新たに追加した結果、書き下ろしの論文も多くなった。したがって、当該箇所においては、思い掛けない誤りをおかしている場合もありうる。この点に関しては、読者諸氏からのご意見やご批判を賜ればと思っている。

第一部は、所有権留保の起源という問題を扱っており、遙か古代ローマ法にまで遡って、今日の所有権留保制度（BGB第四九条）の淵源を探ろうと意図したものである。

まず、第一章「序論」に続く第二章においては、古代ローマにおける所有権移転の要件として、十二表法が代金支払またはこれに代わる担保給付を掲げ、同様に、ユスティニアヌス帝の法学提要が代金支払または保証人による支払、もしくは担保提供行為を掲げていたので（*Institutionen* 2,1,41）、これらは、代金完済を所有権移転の条件とする法定の所有権留保規定ではないのかという点を論証しようとしたが、斯様な規定は、ローマ法においても実用化に至らなかったという結論に終わった。しかし、その後、代金支払まで、買主は容仮占有者（*precarium*）という地位に置かれ、購入物を保有するという制度が実用化され（*Ulpian D.43.26.20*）、買主は、代金完済まで使用賃借人とされたので、これは、現代における所有権留保と要件において合致する関係上、ローマ法時代における約定の所有権留保だったので、はないかという仮説を立て、これを論証している。

次に、第三章においては、現代の所有権留保制度と名称において一致している普通法時代における所有権留保の合意（*pactum reservatum domini*）の内容に関して紹介し、そのローマ法からの継受に関して、普通法時代において既に学説上の論争があったので、これを紹介しつつ、一応の論証を試みた後に、BGBの起草時における所有権留保規定の草案策定に纏わる議論に関して紹介している。

しかし、第一部においては、筆者の非才さゆえ、ローマ法における論証は全体的に中途半端な論述に終始している。ただ、普通法時代からドイツ民法起草時までの理論状況については、不完全ながらも、その姿が見えてきたものと思われる。

次に、第二部は、単純な所有権留保（所有権留保の単純類型）に関する当事者間の問題として、買主の履行遅滞や目的物の不適切な取扱い、あるいは、義務違反としての転売等に起因する、所有権留保の解除、留保所有者による商品の引き揚げ、その際の解除の要否、あるいは、売買代金債権の時効消滅に起因する留保商品の所有権の帰属、という諸問題について取り扱っている。

右の諸問題については、所有権留保の意義・目的を巡ってBGBの制定当初から争われてきた問題点であり、これらの諸問題については、筆者が当初から最も時間をかけて研究してきた成果であるが、今読み返してみると、実に拙い内容となっており、重複する箇所も多い。しかし、内容的には重複する箇所においても、これまでの筆者の研究の進展が垣間見られると思う、若干の補充・訂正を加えた程度で公刊することとした。これらは、第五章から第八章にかけて詳細に論じており、筆者の考えによると、留保所有者は、代金一部收受の段階において直接占有を買主に移転するという意味において、代金回収及び商品それ自体の危険を伴うので、この点を考慮した解釈を行うべきものという基本的スタンスに立脚している。

最後に、第三部は、従来からドイツにおいて商慣習化しており、また、債権譲渡禁止特約の相対的効力化規定であるHGB第三五四a条によって、ますます商慣習としての地位を強化している「延長された所有権留保（所有権留保の延長類型＝単純な所有権留保＋将来債権の譲渡担保）」に関する諸問題について取り扱っている。この点については、既に米倉明教授の大著「流通過程における所有権留保」（当初、法学協会雑誌に連載、その後『所有権留保の研究』（新青出版）に収録）が一九六〇年代初めまでのドイツ法における理論の状況をつぶさに紹介し、日本法への導入を模索しておられた。本書がその二番煎じになるのは必定であるが、この制度の導入に関して米倉教授が懸念を表明してお

られた、将来債権の譲渡（担保）における「譲渡目的債権の特定」や「留保商品や債権譲渡の公示性」という問題に
関しては、留保商品の公示性は別として、わが国において、近時急速に理論状況に進展が見られ、その懸念は払拭さ
れているようにも見えるので、同一テーマの研究継続に関して、その意義を見出した次第である。

特に、近時においては、従来の間接金融に代わる直接金融の有益性が叫ばれ、事業者の資金獲得方法のグローバル
化が進行していることから、斯様な複合的な担保による事業資金獲得の道を拡張する必要がある、この前提から、わ
が国においても、制度導入の価値があるものという観点に立脚し、個別・具体的な問題において、ドイツと同様のケ
ースにおける請負原材料供給者の担保として、わが国における動産売買先取特権に基づく物上代位制度の類推適用と
の比較において、延長された所有権留保制度の有益性を力説するものである。

筆者は、一九八八年の夏から「集合動産譲渡担保」の研究に着手し、一九八九年三月に修士論文「集合物譲渡担保
に関する基礎的考察」を提出した。その後、同年九月と翌年三月に専修法研論集誌上に「判例に現れた集合動産譲渡
担保（一）（二・完）」を発表したが、その当時から、ロルフ・ゼーリック教授のモノグラフィ『所有権留保と譲
渡担保』全六巻に接し、わが国においては、従前から、譲渡担保の裏返しと表現され、法的構成上は同一の制度とし
て取り扱われていたものの、ドイツにおいては独自の地位を築いてきた所有権留保の解釈論に興味を持ち、両者の相
違点に関する研究に取り掛かろうと思っていたところ、図らずも、一九九〇年一月よりその末席を汚させて頂いてい
たドイツ民法研究会における債務法改正に関する共同研究のメンバーに選ばれ、ドイツ債務法の改正という観点から、
所有権留保における諸問題につき研究してきた。

その後、ドイツにおける所有権留保の起源について興味を抱き、その端緒はローマ法にあるのか否かという議論のあることを知ったので、この点について研究し、そこから、普通法時代を経由し、BGBの起草段階当時の議論についても研究を重ねた。

更に、近時は、所有権留保の発展形態である「延長された所有権留保」についても研究していたところ、その研究途上において、二〇〇三（平成一五）年六月に日本私法学会第六七回大会の個別報告者に選定され、その秋に研究報告の機会を与えられた。そのテーマが「ドイツ法における所有権留保論」であり、そのまま、内容的には本書へとつながっている。

本書の内容、特に第三部の研究は、前述したように、既に米倉明教授による詳細な研究があるが、それでも、わが国において研究が不足している所有権留保に関して研究を継続させる意味があると考え、また、譲渡担保と所有権留保との相違点を浮き彫りにするためには、ドイツにおける所有権留保に関する独特の解釈論が必要であると考え、研究を続けてきた次第である。ただ、本書は、研究の端緒についた当時から今日までの研究をまとめたものに過ぎず、いわば、研究途上における中間発表ないし通過点に過ぎないものであるから、畢竟、足りない点も数多く、やり残している研究課題は非常に多い。今後も暫くは所有権留保の研究を継続しなければならぬという状況にある。それゆえ、譲渡担保と所有権留保との本質的な相違点を解明し、理論と実務の架け橋にするという目標は未だ遙か彼方にあるように見える。

右にも述べたように、本書の研究は、ドイツ民法研究会における共同研究『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』

(法政大学出版局)における筆者への分担執筆が許可されたことに端を発している。同研究会においては、下森定教授、好美清光教授、岡孝教授を始めとして、多くの先生方から、研究会・学会の席上、あるいは、その懇親会、その他、私的な手紙のやり取り等の中で様々なご意見やご助言を賜った。特に、好美清光教授におかれては、日本私法学会における報告内容に関して、事前に丁寧な添削までして頂いた。ここに記して深く感謝申し上げたい。

また、前述した日本私法学会の報告前には、広島大学民法研究会や九州大学民法研究会において事前の研究報告をさせていただき、これらのメンバーの方々に多大なご協力を賜り、特に、広島大学の鳥谷部茂教授、高橋弘教授、九州大学の河内宏教授を始めとして、多くの先生方から貴重なご意見及びご助言を賜った。また、日本私法学会の報告の前後、更にその後の研究過程において、早稲田大学の近江幸治教授には、大変貴重なご助言を賜った。重ねて、お礼申し上げたい。

更に、大学院修了後、研究生生活に行き詰まっていた頃、小生のご指導を快く引き受けられ、中央大学通信教育部のインストラクターや同大学法学部の兼任講師へと推薦してくださり、その後も、私的に指導してくださった、今は亡き三和一博教授には、いくら感謝してもしきれるものではない。最後にご指導いただいたのが、二〇〇二年の秋頃、法学新報における三和先生ご自身の古稀記念論文集に掲載すべく準備していた集合債権譲渡担保に関する論文であり、三和先生はその完成を楽しみにしておられた。しかし、先生は、二〇〇三年五月、その完成を待たずに急逝してしまわれ、同年秋の日本私法学会での個別発表、そしてこの度の本書の刊行と、これらの出来事をお伝えできなかつたことが悔やまれてならない。本書の刊行は、先生へのせめてもの恩返しのもつもりである。

本書が成るにあたっては、久留米大学法学部からの全面的支援があり、とりわけ、同大学法政叢書へのエントリーを強く勧められた、当時の法学部長である宗岡嗣郎教授に拠るところが大きい。また、出版にあたっては、出稿が大幅に遅延したにもかかわらず、温かく見守っていただけただけ法学部の同僚や株式会社成文堂編集部の方々、特に、法学部長阿部和光教授、河内千栄子教授、本郷三好氏のご協力に拠るところが大きい。ここに厚くお礼申し上げたい。

また、その昔、小生が三十路を迎える頃、まさに乾坤一擲の思いから研究生活に入るにあたり、また、その後一八年間、研究生生活を継続するにあたって苦楽を共にしてきた家族に対し、感謝の意を込めて本書を捧げることとしたい。最後に、本書が成るにあたって直接・間接にお世話になったすべての方々に、今一度、心から感謝し、お礼の言葉としたい。

二〇〇五年一月 福岡・御所ヶ谷の自宅にて

石 口 修

《初出一覧》

- 第一章 序 論……書き下ろし
- 第二章 所有権留保の起源……書き下ろし
- 第三章 普通法時代における所有権留保……「ドイツ法における所有権留保の対内関係（一）」エコノミクス（九州産業大学）第六卷第三号（二〇〇二年二月）から抜粋・加筆・修正
- 第四章 ドイツ民法典起草時における所有権留保……第三章に同じ
- 第五章 所有権留保売主の地位……「ドイツ民法における所有権留保売主の地位」高崎経済大学論集第三九卷第四号（一九九七年三月）に加筆
- 第六章 所有権留保売主の返還請求権……「ドイツ民法における所有権留保売主の返還請求権」地域政策研究（高崎経済大学）第一卷第三号（一九九九年三月）に加筆
- 第七章 留保売主の返還請求権・再論……前掲「対内関係」エコノミクス第六卷第三号から抜粋・加筆
- 第八章 結びに代えて―日本法への適用と課題……前掲「返還請求権」・地域政策研究第一卷第三号から抜粋
- 第九章 問題の所在……書き下ろし
- 第十章 延長された所有権留保と債権譲渡禁止特約……「ドイツ法における所有権留保論」私法（日本私法学会）第六六号（二〇〇四年四月）、「《学会報告》ドイツ法における所有権留保論」エコノミクス第八卷第三・四号（二〇〇四年三月）に加筆
- 第十一章 延長された所有権留保の日本法への導入と課題……「建築資材供給者による請負報酬債権への追及効」久留米大学法学第五四号（二〇〇五年）
- 第十二章 結 論……書き下ろし

目次

第一部 所有権留保制度の史的考察

第一章 序論

第二章 所有権留保の起源

第一節 法定の所有権留保

第二節 失権約款 (lex commissoria)

第一款 失権約款の意義

第二款 失権約款の効力

第三節 ローマ法における所有権留保

第一款 支払期限前における状況

第二款 支払期限後における状況

第四節 小括

第三章 普通法時代における所有権留保

第一節 所有権留保の合意 (pactum reservari domini)

第二節 学説の状況

第一款 ローマ法淵源肯定説

第二款 ローマ法淵源否定説

第三款 小括

第四章 ドイツ民法典起草時における所有権留保

第一節 ドイツ民法典第一草案

第二節 ドイツ民法典第二草案

第三節 小括

第二部 単純な所有権留保

第五章 所有権留保売主の地位

第一節 はしがき

第二節 問題の所在

第一款 BGB第四五五条の沿革

第二款	債務法改正問題	65
第三節	留保売主の解除権	68
第一款	従来の判例法理	69
第二款	学説	70
第三款	フーバー (Huber) 教授の鑑定意見	71
第四款	債務法改正草案	71
第四節	留保売主の取戻権	73
第一款	従来の判例法理	74
第二款	学説	75
第三款	フーバー教授の鑑定意見	76
第四款	債務法改正草案	76
第五節	留保売主の返還請求権	79
第一款	従来判例法理	80
第二款	学説	81
第三款	フーバー教授の鑑定意見	84
第四款	債務法改正草案	84
第六節	結びに代えて―日本法への適用と課題	87

第一款 留保売主の解除権

第二款 留保売主の取戻権

第三款 債権の時効消滅後の返還請求権

第六章 所有権留保売主の返還請求権

第一節 問題の所在

第二節 買主の履行遅滞と留保売主の返還請求権（取戻権）

第一款 ライヒ裁判所制度下における判例

第二款 連邦通常裁判所制度下における判例及び裁判例

第三款 小 括

第三節 売買代金請求権の消滅時効と留保売主の返還請求権

第一款 ライヒ裁判所制度下における下級審裁判例

第二款 連邦通常裁判所制度下における判例及び裁判例

第三款 小 括

第七章 留保売主の返還請求権・再論

第一節 買主の履行遅滞・義務違反と売主の返還請求

第一款 前提問題

第二款 判例・裁判例

第三款 学説

第四款 債務法改正草案

第五款 債務法現代化における議論

第六款 小括

第二節 売買代金請求権の消滅時効と売主の返還請求

第一款 前提問題

第二款 判例・裁判例

第三款 学説

第四款 小括

第八章 結びに代えて―日本法への適用と課題―

第三部 延長された所有権留保

第九章 問題の所在

第十章 延長された所有権留保と債権譲渡禁止特約

第一節 債権譲渡禁止特約の効力

第一款 総説

第二款	従来の判例法理	
第三款	学説の展開	
第四款	小括	
第二節	HGB第三五四a条によるBGB第三九九条の修正	
第一款	序説	
第二款	立法の経緯	
第三款	立法化への批判	
第四款	本条の実用的意義	
第五款	日本法への示唆	
第三節	転売授権との関係	
第一款	従来の判例法理	
第二款	従来の学説	
第四節	善意取得との関係	
第一款	従来の判例法理	
第二款	学説の展開	
第五節	不当利得・不法行為との関係	
第一款	従来の判例法理	

第二款 学説の展開

第六節 わが国における個別問題の状況

第十一章 延長された所有権留保の日本法への導入と課題

第一節 問題の所在

第二節 従来の判例法理

第一款 大審院時代

第二款 最高裁時代

第三款 判例法理のまとめ

第三節 従来からの学説の展開

第一款 肯定説

第二款 否定説

第三款 折衷説

第四款 学説のまとめ

第四節 結論ないし私見への展開

第一款 ドイツにおける延長された所有権留保との関係

第二款 将来債権譲渡担保との関係

第三款 債権譲渡禁止特約との関係

第五節 結論

第一款 動産売買先取特権に基づく物上代位

第二款 所有権留保の利用とグローバル化する担保

第十二章 結論

第一節 序説

第二節 所有権留保の性質及び効力について

第一款 所有権留保の性質

第二款 所有権留保の効力

第三節 結語―所有権留保の方向性と課題―

事項・人名索引（巻末）

判例索引（巻末）

第一部 所有権留保制度の史的考察

第一章 序論

所有権留保とは、売買契約を原因として、その目的物たる商品が買主に引き渡されていても、売買代金の完済までは、売主はその所有権を留保するという特約であり、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る（停止条件付き所有権移転（BGB第四四九条一項、日本割賦第七條参照））。しかし、代金全額の支払がない場合には、契約は解除され、買主は、留保所有者に留保商品を返還しなければならない（BGB第四四九条二項）¹⁾。

所有権留保は、買主に発生すべき支払不能から売主を保護すべき制度ないし権利である。この留保された所有権は、売買契約により、代金の完済を受けていないにもかかわらず、既に買主に商品の直接占有を与え、使用させている留保売主に、物権法上の法的地位を与えるものである。

このように、所有権留保は、目的物の引渡しと代金の支払という双務契約における当事者の同時履行関係（BGB第四三三条、日民第五三三条）を緩和し、代金の一部支払があっただけで、目的物を買主に引き渡すという、売主にとっては代金回収の危険を伴う制度であることから、代金の完済までその所有権を売主に留保し、代金債権の回収を担保することとしているのである。

所有権留保の類型を大まかに分類すると、第一に、割賦販売に代表される代金の賦払いによる商品売買に関して設

定される単純な所有権留保 (der einfache Eigentumsvorbehalt. 単純類型) があり、第二に、建築業者が建築資材を仕入れたら、加工業者が材料を仕入れたりする際に、その売主 (建築資材・加工原材料供給者) が、その所有権を留保するとともに、二次的譲渡権限の付与 (die Weiterveräußerungsbefugnis)、例えば、転売授權 (die Weiterverkaufsermächtigung) を行い、将来、建築主や顧客に対して発生すべき買主の債権を予め売主へ譲渡することをその内容として設定される延長された所有権留保 (der verlängerte Eigentumsvorbehalt. 延長類型) があり、そして、第三に、所有権留保売買に付随して、買主への所有権移転の停止条件が本来の売買代金の完済よりも拡張され、留保売主の債権者 (買主にとっては第三債権者) に対する一定の債務の弁済とされ、つまり、被担保債権額の範囲を拡張することにより、留保売主のための、いわば人的担保として設定されるところの拡張ないし拡大された所有権留保 (der erweiterte Eigentumsvorbehalt. 拡張類型) がある。

ところで、所有権留保は、その設定形式において動産譲渡担保と類似している。即ち、動産譲渡担保は、担保物提供者 (der Sicherungsgeber) である設定者から担保物受領者 (der Sicherungsnehmer) である担保権者に対する担保のためにする所有権移転 (die Sicherungsübereignung) という設定形式を取り、その設定契約において占有改定 (das Besitzkonstitut) による引渡しを行い、これで第三者に対する對抗要件を備えるとともに、設定者は、引き続き直接他主占有者 (der unmittelbare Fremdbesitzer) として目的物の使用収益権を保持する。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、やはり、設定時に買主へ直接他主占有を移転するという売買契約における特約である。譲渡担保権者も、形式的には完全権 (das Vollrecht) を把握するので、この点において、完全権を留保する留保売主と同様の所有者であるように見える。

しかし、両者は、その目的ないし取扱いにおいて異なっている。ドイツにおいては、設定者の倒産手続において、譲渡担保権者には別除権 (*das Absonderungsrecht*) が与えられているに過ぎないが (倒産法第五〇条、第五一条一号)、留保売主には目的物の取戻権 (*das Aussonderungsrecht*) が与えられている (倒産法第四七条、B G B 第九八五条)。留保売主がこの取戻権を行使する場合には、買主側の倒産管財人 (*der Insolvenzverwalter*) に履行か拒絶による返還かという選択権が与えられ (倒産法第一〇三条)、また、この選択権には、事実上、原則として六週間を超えてはならず、長くとも三カ月を超えることは許されないという熟慮期間が与えられており (同法第二九条一項一号)、その期間の徒過とともに、倒産管財人が、倒産法第一〇三条に従い、売買契約の履行を拒絶した場合に、初めて、売主は取戻権を行使することができるということになる。このように、倒産法第一〇三条によって、買主の倒産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、売主は、買主の倒産管財人の熟慮期間に基づき、取戻権の行使まで、実質的に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はいるが³⁾、それでも、譲渡担保とは取扱いを異にしている。

この両者の取扱いに関する相違点は、譲渡担保は、設定者の所有する動産につき、その所有権移転を媒介とはするものの、譲渡担保権の設定という被担保債権との付従性原理の上に立つ担保権であり、設定者の債務不履行 (支払不能) を停止条件として、受領した担保目的物それ自体から直接に満足を受けるという性質を有するものであるが、所有権留保は、売買代金の担保という一面を有するものの、他方においては、買主の代金支払不能に際して、物権的返還請求権を行使して (B G B 第九八五条)、留保商品の返還を目的とするという、いわば返還請求権を担保するという性質を有するものという点に由来する³⁾。つまり、譲渡担保は、その設定形式においては一応所有権の移転という

外形を伴うが、その目的は、質権や抵当権と類似する債権担保であり、譲渡担保権者は目的物に対する担保権を有するに過ぎないが、後述するところから明らかなように、所有権留保は、それらとは異なる所有権の一作用、即ち、自己の所有物上の所有権それ自体を担保のために利用するという所有権の担保的作用であり、この点において、設定契約によって設定される被担保債権との付従性ある譲渡担保とは異なり、留保所有権は、被担保債権との付従性を有しない担保であつて、この意味において、留保所有者は、買主の期待権による一定の制限を受けうるもの（BGB第一六一条、第九八六条）、買主の代金完済まで留保商品に対する完全所有権（das Volleigentum）を保持するのである。

本稿は、譲渡担保と設定上の形式においては類似するものの、その本質においては異なる性質及び目的を有する所有権留保に関して、歴史的な考察を試みることにより、所有権留保の本質を見いだすことを目的とするものである。

次に、ローマ法の体系書によると、古代ローマにおいては、制度としては、売買代金の与信による所有権留保は認識されていなかったものの、代金支払まで買主が使用賃借人あるいは容仮占有者といった地位にあることにより、信用によって物を譲渡した売主のための担保的効力を達成していたと説明されているので⁴、斯様な所有権留保の起源ともいふべき類似の制度が、既にローマ法において存在していたものとして扱われているようにも見える。

そこで、本稿においては、所有権留保の本質を探究するため、以下においては、まず第一に、ローマ法に関する議論について検証を試みることにより、所有権留保の性質論に関して理解を深めようとする次第である。

註（1）この買主の支払不能に起因する留保売主の返還請求ないし引揚げに際しての解除の要否という問題に関しては、

後述するように、従来からドイツの判例および学説において激しく争われてきたところであるが、最近のドイツ債務法

改正から債務法現代化への過程における議論において、契約の解除が返還請求の前提要件ということが確定され、現行 BGB 第四九条二項となった。

註(2) R・ゼーリック(杉下俊郎訳)『世紀の変わり目を前にしたドイツの譲渡担保、所有権留保、倒産法』(尚学社、増補版、二〇〇〇年)二〇七―二〇八頁。

註(3) この点については、BGH, 1.7.1970, BGHZ 54, S. 214 が明言するところである。なお、本判決の詳細は、拙稿「ドイツ民法における所有権留保売主の返還請求権」地域政策研究(高崎経済大学)第一巻第三号(一九九九年)一頁(一一―一二頁)(本書「第二部第六章」)参照。

註(4) Vgl. Jöris/Kunkel/Wenger, Römisches Recht neubearbeitet von Heinrich Honsell/Theo Meyer-Maly/Walter Selb, 4. Aufl., 1987, § 62 (Meyer-Maly), S. 163, § 117 (Honsell), S. 320 Fußn. 11.

第二章 所有権留保の起源

—ローマ法における所有権留保—

第一節 法定の所有権留保

古代ローマの十二表法時代より前は、売買は、第一義的に現金売買であり、給付は即時給付であった⁶⁾。その後、十二表法は、この現金売買を発展的に解消し、即時に所有権が移転するための要件として、代金支払またはこれに代わる担保給付を掲げた。そして、その内容は、ユステイニアヌス帝の法学提要に受け継がれた。

ユステイニアヌス帝の法学提要によると、「真に売買され引き渡された物の買主が、売主に代金を支払うか、他の方法、例えば、保証人によって、または、担保を提供することによって売主に満足を与えたとしたら、別段の定めのない限り、その買主は、その物を取得する。その事は、法律によって規定され、また、十二表法によって、少なくとも、法律上明文化されるか、万民法、即ち自然法によって、それはもたらされる。しかし、買主の信頼に従って売買される限り、物は即時に買主の所有になることに決する」ものと規定され (Institutiones Justiniani.2.1.41. [第二章第一条 第四一法文(以下同様)])。しかし、売買以外のすべての取得原因においては、引渡し [traditio] による即時移転であった)

⑦、この規定からは、引渡しを受けた買主は代金を支払い、または、担保を給付した場合にのみ、所有権を取得するという意味が与えられる。これは、前述したように、十二表法においても明文で規定、即ち、法定されていたので、特別な合意は必要ではなかったものと解されている⁹⁰。

この意味において、古代法においては、売買代金の支払が所有権移転の要件であり、その例外として、代金支払に代わる担保給付があつたのである。つまり、売主が売買代金を信用貸していた場合にだけ、例外的に、買主は、売買代金の支払や担保が不足していても、所有権を取得したということになる。

この規定は、学説彙纂 (*Digesta*) におけるポムポーニウスの考え方と関係がある。即ち、ポムポーニウスは、「受領者が代金を支払い、その名の下で十分に担保提供し、あるいは、何らかの担保提供がなくても、その買主が信用された場合には、およそ売却された物は、その受領者の所有になる」(*Pomponius D.18,1,19*)と述べている⁹¹。つまり、買主による所有権取得は、代金支払、担保給付あるいは信用供与(与信)を前提とするものとされ、ここには与信による所有権移転が現れている。

右の点は、次のパウルスの言質によって証明される。即ち、パウルスも、売買代金のための担保が給付された場合には、引き渡された (*tradit*) 奴隷は、買主の所有物になるものと述べている (*Paulus D.40,12,38,2*)⁹²。この点は、ガイウスやウルピアヌスの学説彙纂でも、握取行為によって取得される手中物 (*res mancipi*) について、前提とされていた (*Gaius D.18,1,53*・*Ulpian D.14,4,5,18*)⁹³。

ところが、勅法彙纂 (*Codex*) においては、売却され引き渡された奴隷とその子供は誰の所有に属するのかという問題が提起され、皇帝は、奴隷が既に引き渡されているということを理由として、奴隷もその子供も買主の所有にな

るものとして、決せられている (C.3.32.12) ¹⁰。この規定の文言上からは、目的物の引渡しによって所有権が移転するということになるので、代金支払は、所有権移転にとって必要不可欠なものではなく、担保給付や与信も問題にならなくなる。

この点は、実は、ガイウスの法学提要にも現れている。即ち、ガイウスは、「即ち、（握取行為によらない〔筆者註、以下同様〕）非手中物それ自体は、引渡しで十分他方の所有物となり、……それゆえ、私が所有者である限り、汝に衣服か金か銀を引き渡せば、あるいは、売買を原因とし、あるいは、贈与により、あるいは、その他、何らかの原因により、その物は即時に汝のものになる」 (Gaius.Inst.2.19 - 20) と述べている¹²。この規定から明らかのように、ガイウスは、売買でもその他の原因による取得でも、代金支払や担保給付を問題としていない。また、ガイウスは、続けて、「（握取行為による）手中物とは握取行為によって他人に移転される物である」 (Gaius.Inst.2.22) ¹³とも述べており、握取行為による手中物と握取行為によらない非手中物との間において、一応、区別しているように見えるが、この物の両カテゴリーにとっては、売買代金、あるいは、その担保は役割を演じていないように見える。つまり、ユステイニアヌス帝の法学提要 (Inst.2.1.41) とは異なり、ガイウスの法学提要 (Gaius.Inst.2.19 - 20) は、非手中物については、売買を原因とする取得とその他の原因による取得とを同列に置いており、いずれを原因とする取得においても、引渡しだけで所有権が移転するものとし、所有権移転について、売買代金の支払または担保給付を要求してないのである。

右のユステイニアヌス帝の法学提要 (Inst.2.1.41) とガイウスの法学提要 (Gaius.Inst.2.19 - 20) との相違点については争いがある。有力な学説は、ガイウスの法学提要が代金支払要件を完全に改変したものと解し、代金支払は所

有権移転にとって重要な要件ではなく、むしろ、ガイイウスの法学提要だけが古代法を伝えているものと主張している¹⁴。しかし、これに反対する学説は、代金支払要件を握取行為による所有権移転に限定する趣旨であると解したり¹⁵、あるいは、本質的に引渡しによる所有権移転だけが伝えられているものと解したりしている¹⁶。しかしながら、この反対説に対しては、前掲したガイイウスの法学提要が手中物の譲渡は握取行為によるものとし、非手中物の譲渡は引渡しのみによってなされるものとしているという点において、矛盾しているとの批判がある¹⁷。

右の所有権移転の要件に関する理論上の変遷は、十二表法において代金支払または担保給付による所有権移転が規定され、ローマの法律家達はこれを広めようとしたという一方で、他方においては、十二表法立法前の古典期の法学者の権威は、十二表法を現行法として取り扱うことを禁止し、実務上の適用を拒絶しており、その結果、ガイイウス等によって、十二表法の文章を制限しようという試みがなされたものと解されている¹⁸。例えば、ガイイウスは、「しかし、保証人によって決する限り、あたかも保証人であるかのように、売主に金銭で満足を与えるか、あるいは、あたかも代価を弁済するかのように、担保を提供するならば、どんな取引からでも、ますます十分に受領されたものになる」(Gaius, D.18.1.53)と主張している¹⁹。この規定からは、十二表法が単に担保給付と規定していたものを、保証人による人的担保、代価の弁済と同視しうる担保物の提供というように、担保給付の内容を具体化し、拡張することによって、買主への所有権移転の要件を緩和しようとしていたということが分かる。

そして、十二表法を制限しようという動きの中で、ポムポニウスは、前述したように、十二表法の規定に続けて、担保給付に代わる信用貸しによる所有権移転を規定し、担保給付がなくなるとも、引渡しによる所有権移転を一般化したのである。この影響により、前述した勅法彙纂の規定(C.3.32.12)にも、「引渡しによる所有権移転」と明文をもつ

て現れたのであろう。また、この点に鑑みて、ガイウスも *Inst.* 2, 19 - 20 においては、代金支払に言及する必要はなかったものと解されている²⁰。また、この後古典期に至ると、握取行為の重要性が失われてきたので、*traditio* による所有権移転に移行することが容易であったのだともいわれている²¹。

このように、十二表法の所有権留保類似規定は、ユスティニアヌス帝の法学提要には引用されたものの、その後は、いわば廃棄されたものといえるであろう。その理由は、*traditio* の発展にあるともいわれている。即ち、当初は全くの事実行為であった古代の *traditio* が、その後、行為者の意思によって効力を取得させるための手段となり、引渡しによって取得者を所有者にするというのが所有者の意思であるものと解されたのであった (*Gaius* D.41, 1, 9, 3)。そして、十二表法の規定が制限された結果、売主が買主に売却物を引き渡した後は、代金支払や担保給付がなくとも、*traditio* の独立的法律行為化により、買主を所有者とすることになったのである²²。この意味において、十二表法に由来する法定の所有権留保は廃棄されたのである。

註 (5) 以下のローマ法における問題点の把握及び場合分けについては、主として、M.J.Maab, *Die Geschichte des Eigentumsvorbehals insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert*, 2000, S. 35ff. を参考にした。

註 (6) Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, 2. Aufl., 1971, S. 545.

註 (7) Vgl. Maab, a. O. (Fußn. 5), S. 35, ちなみに、*Institutiones Justiniani*, 2, 1, 41 の原文は、*„... venditiae vero et traditiae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato, quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed is qui vendit*

fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.“¹²

註 (8) Sandmann, Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland, Diss. Marburg, 1972, S. 4. 1) の轉換は「*キハノト*」
トハナレ 「法定の所有権留保 (der gesetzlichen Eigentumsvorbehalt)」と轉換して「*キハノト*」にキハノト

註 (9) Maab, a. O. (FuBn. 5), S. 35. 原文は「*Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfatione*“ (Pomponius. D. 18, 1, 19) ¹³

註 (10) Maab, a. O. (FuBn. 5), S. 36. 原文は「*Paulus respondit servum, quem venditor emptori tradidit, si ei pro pretio satisfactum est, et nondum pretio soluto in bonis emptoris esse coepisse*“ (Paulus. D. 40, 12, 38, 2) ¹⁴

註 (11) Maab, a. O. (FuBn. 5), S. 36 - 37.

註 (12) Vgl. Maab, a. O. (FuBn. 5), S. 37. 原文は「*Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt... Itaque, si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quamvis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego dominus sim.*“ (Gaius. Inst. 2, 19 - 20) ¹⁵

註 (13) Vgl. Maab, *ibid.* 原文は「*Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur*“ (Gaius. Inst. 2, 22) ¹⁶

註 (14) Fritz Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld, Leipzig, 1916, S. 50ff.; ders., Eigentumsübergang beim Kauf, Zeitschrift der Saviny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanische Abteilung) 27, „SZ(Rom.)“ 2, 1916, S. 333ff. (336); Franz Wieacker, *Lex commissoria, Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, S. 18; Karl Heinz Schindler, Die Bedeutung der Kaufpreiszahlung im nachklassischen römischen Recht, in: Festschrift für Duden, München 1977, S. 556ff.; Arnald

Biscardi, Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa vendu

ta, in: *AHDO-RIDA*2(1953), 271ff. (273f.), vgl. *Maab, a. a. O. (FuBn. 5)*, S. 38.

註 (19) Emilio Albertario, I I momentodel trasferimento della proprietà nella compravendita Romana, in: *Studi diritto roma-*
no, Bd. 3, Milano 1936, S. 425ff. (433f., 437f.); Tony Honoré, Sale and the transfer of ohnership, in: *Studies in Justinians' Institutes in*
memory of J. A. C. Thomas, London 1983, S. 56ff. (72), vgl. *Maab, ibid. (FuBn. 14)*.

註 (9) Philippe Meylan, Le paiement du prix et le transfert de la propreté de la chose vendue en droit romain classique , in: *Studi in*
onore di Pietro Bonnte, Volumen primo, Milano 1930, S. 441ff. (489); Alan Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Re-
public, Oxford 1965, S. 65, vgl. *Maab, ibid. (FuBn. 14)*.

註 (11) *Maab, ibid. (FuBn. 14)*.

註 (8) *Maab, a. a. O. (FuBn. 5)*, S. 40.

註 (6) Vgl. *Maab, ibid. (FuBn. 18)*. 原文为“... quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori
de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solum esset.” (Gaius D. 18, 1, 53) ㉞ ㉟ ㊱

註 (2) *Maab, a. a. O. (FuBn. 5)*, S. 41.

註 (12) Vgl. *Maab, a. a. O. (FuBn. 5)*, S. 37 *FuBn. 19*.

註 (23) Vgl. *Maab, a. a. O. (FuBn. 5)*, S. 43 - 44.

第二節 失権約款 (lex commissoria)

第一款 失権約款の意義

失権約款は、売買代金の支払が不足する場合には、売主が売買契約を解除し、買主としての権利を失わしめるといふ売主と買主との合意である。ポムポニーウスは、「地所の売主は、『期日に代金が支払われない場合には、その地所は買い入れられていないものとす』というように、法律上規定されている」(Pomponius D.18.3.2)²³と述べている。つまり、売主と買主は、売買代金が一定の支払期日までに支払われないときには、目的物は売却されたことにはならず、契約は発効しない旨を合意することができたのである。

また、パウルスは、サビーヌス (Sabinius) を引用しつつ、「サビーヌス曰く、たとえ買い入れられたものでも、代金が確定期限内に支払われないならば、代金が支払われる場合を除いて、買い入れられていない物には使用取得は成立しない」(Paulus D.41.4.2.3)²⁴と述べている。これらの規定によると、代金支払によって目的物の取得が条件付けられていることから、代金支払を停止条件とする権利の取得ということになり、ここに、現代の所有権留保と類似の効果を見いだすことができる。

しかし、このサビーヌスの見解は、パウルスによる疑念的な反対説の呈示により、憂き目を見ることになる。即ち、パウルスは、「しかし、この二つの条件が合意であるかどうかを検討してみよう。もし、合意であるとすれば、成就

されたというよりも、むしろ、解除されたものとする」(D.41.2.2.3 a.E)²⁵と述べている。そして、斯様な後古典期における有力な反対説から、失権約款の停止条件的把握は断念されたものと解されている²⁶。その結果、ウルピアーヌスは、「もし、地所が失権約款をもたらしたら、売買は、条件が成就したというよりも、むしろ、条件が解除されたものと見なされる」(Ulpian D.18.3.1)²⁷と述べている。つまり、ここに至って、失権約款の効力は、停止条件ではなく、解除条件によって現れるものと解されるようになった。

第二款 失権約款の効力

失権約款の効力は、所有物返還請求権 (*rei vindicatio*) として現れるのか、それとも、債務法上の原状回復請求権として現れるのかという問題がある。売主が、買主に目的物の占有を与えている場合において、失権約款に基づいて、目的物の返還を請求するときには、所有物返還請求権の行使であれば、所有権留保の原型とすることができるが、単なる契約上の清算という意味における解除後の原状回復請求権の行使であれば、これも所有権留保の目的・効力という本質論と関係があるものの²⁸、少なくとも、所有権留保の「原型」ということはできないであろう。

この問題に関して、勅法彙纂には、「仮に、法律上、土地が売買されたとしても、確定期限内に代金が弁済されない限り、買主の手付けは失われ、汝に所有権が帰属するので、契約上の信頼は守られる」(C.4.54.1) 旨の規定がある²⁹。この規定により、買主の債務不履行によって、売主に所有権が帰属するので、売主は所有権に基づく返還請求権を行使することができる。

また、勅法彙纂には、「期日に代金を支払うことが前もって定められた後において、所有権に基づく返還請求権を

行使せず、むしろ、代金の利息請求のほうを選択するときは、売買における失権約款を行使することはできない」(C.4.54.4) 旨の規定もあり³⁰、この規定からは、売買における失権約款を行使するということは、所有物返還請求権を行使するということにつながるのであるが、売主が、代金の利息請求権を行使するときには、所有物返還請求権を行使することはできないということが読み取れる。

しかし、学説彙纂において、ポムポーニウスは、「仮に、土地が、一年、二年、三年の日において、法定の期日に代金が支払われないなら、土地は買い入れられていないものとするという条件で売買されたとしたら、期日までに代金が支払われないことになった売主は、売買に基づいて、その名義で、訴訟を提起する」(Pomponius D.18.1.6.1)と述べており³¹、また、ウルピアヌスは、「仮に、土地が失権約款に陥ったとしたら、売主は如何にして土地に関して行動するのか、その問題は、今では、売買に基づいて訴訟を提起することができるものと決定している」(Ulpian D.18.3.4pr)と述べている³²。これらの規定からは、買主の代金不払いに基づいて、売主が所有物返還請求権を行使するということは読み取れず、むしろ、売主は、単に、債務法上の請求権に基づいて売主訴権を行使することができるに過ぎないということしか読み取れない。

更に、勅法彙纂にも、「法律上、土地が売買された場合において、一定の時期に残代金が償われないときには、自身が原状回復するまで、……所有権に基づく返還請求権を有せず、売買に基づく訴権を有する」(C.4.54.3)と規定されており³³、右の点を裏付けているようにも見える。

しかしながら、右の点については、学説彙纂において、失権約款と比肩しうる期限付きの高価申込留保売買(in diem addictio)について、解除権留保を合意した場合には、単なる容仮占有(precarium)としての引渡しは慣例であり、所

有権は引渡し者にとどまるといことが確認されている (D.43,24,11,12) という点を指摘し、売主が、所有権移転を目的として目的物を引き渡した場合において、失権約款における解除条件が成就したときには、債務法上の売主訴権が与えられ、容仮占有として目的物を引き渡した場合において、その条件が成就したときには、所有物返還訴権が与えられたものと解する学説がある³⁴。この考え方を前提とすれば、前述した学説彙纂におけるポムポーニウスやウルピアヌスの呈示した失権約款における債務法上の売主訴権という規定の裏には、容仮占有による引渡しの場合には、所有物返還訴権がありうるという考え方が存在するということになる。

したがって、右の容仮占有による引渡しという方法を取った場合には、一定の期日に売買代金を完済するまでは、目的物の所有権は売主に帰属するという考え方になり、ここに、所有権留保の原型とも解される売買契約における特約が考察の対象になる。

註 (23) Vgl. Maab,a.a.O.(FuBn.5),S.44.原文は、*„Cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit,ut fundus inemptus sit’...*“ (Pomponius D.18,3,2) ㊦㊧㊨。

註 (24) Vgl. Maab,ibid.(Fn.23).原文は、*„Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset; inempta res fieret non usucapturum nisi persoluta pecunia...“* (Paulus D.41,4,2,3) ㊦㊧㊨。

註 (25) Vgl. Maab,a.a.O.(FuBn.5),S.45.原文は、*„Sed videmus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur“* (D.41,2,2,3 aE) ㊦㊧㊨。

註 (26) Ernst Levy, Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs, in: *Gesammelte Schriften*, Band II, Köln Graz

1963,S.261ff.(262ff.);vgl.Maab,ibid.(FuBn.25).

註(27) Vgl.Maab,ibid.(FuBn.25).原文は‘*Si fundus commissoria lege venierit,magis est,ut sub condicione resovi emptio quam sub condicione contrahi videatur*’ (Ulpinian D.18,3,1) ㊦㊧㊨。

註(28) 後述するように、この点に関連して、B G B 制定前の判例であるライヒ裁判所(第三民事部)一八八二年七月一日判決(RGZ7,S.147)が、「所有権留保の目的は信用売買の代金によって考えられる最大限の担保を売主に与えることにある」と解しており、従来の判例・学説もこれに倣っていたのに対して、連邦通常裁判所一九七〇年七月一日判決(BGHZ54,S.214)が、所有権留保の目的は売買代金債権の担保ではなく、契約解除後の原状回復、即ち、返還請求権を担保する点にあると明言するところと問題点が一致しているという点については興味深い。斯様な問題点が所有権留保の本質論とも関係があるところについては、後述する第二部において論ずるところである。

註(29) Vgl.Maab,ibid.(FuBn.25).原文は‘*Si ea lege praedictam vendidisti,ut,nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum,emptrix arras perderet et dominium ad te pertinere,t fides contractus servanda est.*’ (C.4,54,1) ㊦㊧㊨。

註(30) Vgl. Maab,a.a.O.(FuBn.5),S.46.原文は‘*Commissoriae venditionis legem exercere non potest,qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*’ (C.4,54,4) ㊦㊧㊨。

註(31) Vgl. Maab,ibid.(FuBn.30).原文は‘*Si fundus annua bina trima die ea lege venisset,ut,si in diem statutum pecunia soluta non esset,fundus inemptus foret...:ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse.*’ (Pomponius D.18,1,6,1) ㊦㊧㊨。

註(32) Vgl.Maab,ibid.(FuBn.30).原文は‘*Si fundus lege commissoria venierit,...quemadmodum venditor agat tam de fundo...:sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere.*’ (Ulpian D.18,3,4pr) ㊦㊧㊨。

註 (33) Vgl. *Maß, ibid.* (Fuln. 30). 原文は ‘ Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se revertetur, ... rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. ’ (C.4.54.3) じゅんぶ。

註 (34) *Maß, a. O.* (Fn. 5), S. 49.

第三節 ローマ法における所有権留保

第一節において詳説したように、十二表法に由来する法定の所有権留保は廃棄されたのであるが、ウルピアースは、「およそ小売りされたものは、代金全額を支払うまで、容仮占有によって買主が保有する」ものと述べ、「支払につき、買主に責任がある場合には、売主は返還請求することができる」(Ulpian D. 43, 26, 20)ものと述べている(35)。この場合には、買主に代金完済まで容仮占有 (*precarium*) を認める代わりに、売主に所有権を留保することになり、また、買主が代金を完済しない場合には、売主は所有権に基づく返還請求権を行使することができるということになって、その結果、この種類の契約は、「約定による所有権留保」になるのではないのかという点が問題になる。また、右の法文によると、代金の完済まで、買主は、容仮占有によって目的物を利用する権原を与えられるということになり、そうすると、畢竟、支払期限の設定が考えられ、その前後における売主と買主との関係という問題が現れる。

本節においては、右の点を考察の対象とする。

第一款 支払期限前における状況

まず、支払期限前は、買主は、容仮占有者として目的物を占有する権利を有しており、この段階においては、売主の返還請求権の行使におびえる必要はない。そして、売主は、容仮占有という他主占有を買主に委ね続ける。

パウルスは、「単なる引渡しは決して所有権を移転しないが、売買または何らかの正当な原因が先行する場合には、そのために、できるだけ引渡しは継続する」(Paulus D.41,1,31)ものと述べており³⁶、引渡し(traditio)は、事実行為ではあるものの、これを実現するという正当な取得原因(iusta causa)が必要であるとされていたが、この正当な原因による traditio がどこに存在するのかという点に関しては定説がないものと解されている³⁷。

次に、容仮占有としての買主への引渡しという問題について、パウルスは、「代金を支払うまでは、買主が土地を使用賃借する場合のように、時として、使用賃借人は義務を負わず、使用賃借人が義務を負う」(Paulus D.19,2,20,2)ものと述べており³⁸、また、ヤウオレヌスは、「土地を売買する場合において、代金を支払わなければならない間は、買主は確定した地代で土地を使用賃借するということが成立するのか、それとも、受領された地代は代金支払とすべき義務を負うのか。答えて曰く、成立することになるがゆえに、善意が要求されるが、しかし、その金銭が現金ではないというような状況では、できるだけ割合に応じて、それ以上に、売主に与えることはない」(Javolen D.19,2,21)と述べており³⁹、更に、パウルスは、「代金が支払われておらず、実際に買入れられていない物である場合にもまた、そのときには、使用賃賃借に基づいて訴訟を提起する」(Paulus D.19,2,22pr.)とも述べており⁴⁰、これらの規定からは、売買契約に基づいて、買主に容仮占有を許す場合には、当該買主は、代金完済まで使用賃借人(conductor,der

Mieter) という地位に置かれていたということが分かる。また、「使用賃貸人が義務を負わない」(Paulus D.19.2.20.2) という箇所からは、この契約関係が、あくまでも売買契約に基づくものであり、まだ所有権が買主に移転していないという法律上の効果を根拠付け、買主の占有権原を根拠づけるために、使用賃貸借の形式が取られているに過ぎないということも分かる。つまり、この契約においては、当事者の意思は、所有権移転を代金完済によって条件付けているということになる。しかし、ヤウオレヌスの活躍した初期古典時代には、*traditio* は単なる事実行為ではなかったものと解されているので、右の一連の引渡しには、何らかの法律上の根拠がなければならない⁴¹⁾。

古代ローマ法においては、引渡し (*traditio*) による所有権移転は、一定の具体的な法律行為、例えば、売却 (*der Verkauf*)、贈与、債務の履行、嫁資の保証 (*die Mitgiftgewährung*)、消費貸借の保証といった法律行為としては認識されておらず、一般概念 (*der Allgemeinbegriff*) としてしか認識されていなかったものと解されている⁴²⁾。

しかし、ヤウオレヌスは、「およそ所有権を移転するあらゆる事柄においては、当事者双方の契約締結に基づいて、隠れた意思が競合する。即ち、あるいは売買、あるいは贈与、あるいは使用賃貸借その他の原因によって契約がなされるが、仮に、双方の意思が合致しないとしたら、およそ始めることができない効果へと導く」(*Javolen D.44.7.55*) ものと述べており⁴³⁾、この規定からは、古典期においても、当事者の意思が契約締結の前提要件として認識されていたということが分かる。

また、ウルピアヌスも、「また、およそ手紙を最初に取得する者は、送付した本人か、それとも送付された名宛人か」という問題について、「仮に、自分に送り返すようにして手紙を送付したのであれば、所有権は自身に留まる。なぜなら、所有権を欲しない者は放棄し、あるいは移転するからである」(*Ulpian D.47.2.14.17*) と述べ⁴⁴⁾、*traditio*

において現れる当事者の意思を重視している。

更に、ユリアーナスは、「この他に、条件の成就する受領者が他にいないという条件で、占有を移転することも、物を譲渡することもできるものと決定する」(Julian D.41.2.38.1)と述べ⁽⁴⁵⁾、traditio の場合における意思を考慮することに賛意を示し、そこでは、明文で、traditio は、所有権の移転を目的としても、単なる占有の移転を目的としても、ある条件の下でなしうるものと解している。

このように、古代ローマ法においては、当初は、所有権移転には原因行為としての causa が必要であり、単なる事行為に過ぎない traditio だけでは所有権は移転しなかったのであるが、契約当事者の意思が重視されてきた結果、traditio が独立した法律行為あるいは法律行為類似の行為となり、traditio だけで所有権が移転するという場面も存在していたが、これはあくまでも当事者の意思を尊重するという考え方を前提とするものであり、当事者の意思が traditio だけでは所有権は移転しないというものである場合には、この意思が尊重されるという構成になっていった。

そうすると、本節の冒頭に掲げたウルピアーヌスの考え方、即ち、売却された物でも代金が未払の間は売主は買主に対して容れ占有によって利用させているだけで、買主の責任による代金不払いの場合には、売主は売却物の返還を請求することができる(D.43.26.20)という理論は、代金完済まで売主が所有者であり続けるということを意味しており、考え方としては、今日の所有権留保制度と同様であったということが分かる。

第二款 支払期限後における状況

ウルピアーヌスのD四三・二六・二〇によると、売買代金の不払いがあるときには、売主には所有物返還請求権(*re. vindicatio*)があり、買主には返還義務がある。つまり、この場合には、容仮占有による引渡し、即ち、占有期間が終了するという意味になる。しかし、代金の不払いということになると、目的物の返還を受けただけでは、売主は占有期間における利用代金分の損失を被るということになるので、売主は、売主訴権によって、損失の填補を請求するということになる。しかしながら、この場合には、前述した失権約款を予め合意しておかなければならない。なぜなら、勅法彙纂には、「別に契約によって合意しない限り、売主訴権は、売買を完全には無効にせず、代金を請求することができる」(C.4.49.6)⁴⁶と規定されているからである。つまり、売買を失効させるためには、その旨が予め約定されていなければならない。

そこで、予め売買契約の中に失権約款を採り入れておくことで、売主は、買主の代金不払いの場合において、しかも、容仮占有が利用されていた場合には、その期間を徒過していれば、契約を解除することができるということになる。しかし、契約を解除したときには、売主訴権を行使することができなくなるので、その場合には、前述したパウルの「代金が支払われておらず、実際に買い入れられていない物である場合にもまた、そのときには、使用賃貸借に基づいて訴訟を提起する」(*Paulus D.19.2.22pr.*)という規定が活かされることになり、この場合には、売主は、貸主訴権に基づいて使用賃料相当分の利用損害賠償を請求することになる。

ただ、ここで問題が発生する。それは、容仮占有期間中の賃料を全額支払っていれば、代金の完済、即ち、売買契

約における履行の終了ということになり、買主に所有権が移転するのであるが、少しでも不払いがある場合には、売主によって解除され、目的物を返還しなければならなくなるのであり、買主の既払い賃料、即ち代金の取扱いはどうなってしまうのかという問題である。もし、目的物の利用料として売主が收受するのであれば、僅かばかりの不払い賃料、即ち不払い代金のために解除される買主もありうるので、買主にとってはかなり酷となる場合も考えられる。収集した資料からは、売主の清算義務に関する記述は見いだせなかったが、おそらくは、そのような清算という考え方はなかったであろう。

実は、右の点に関する問題点については、これと比較するのもおかしいとは思いますが、後述するように、ローマ法大全の編纂から千三百年以上も後のドイツにおいても、留保売主の所有物返還請求権 (*rei vindicatio*) の行使の際には、「買主の支払不能が発生する場合において、売却物の価値が低下したときにも、物の返還を請求した売主には、既に給付された割賦代金の返還義務があるとすると、信用売買のために最大限の担保を売主に与えるという所有権留保の目的は無に帰せしめられる」との理由から、売主は割賦代金の返還義務を負わないものとして取り扱われており (RG.11.7.1882.RGZ7.S.147) 、ここに至っても、まだ目的物の再評価や清算という考え方は出てきておらず、そのような考え方が出てくるのは、かなり後のことであるので、まだ古典期ローマには斯様な考え方は存在していなかったであろうという推測に基づく判断である。

註 (35) Vgl. Maab, a.a.O. (FuBn. 5), S. 52; 原文は „ea quae distracta sunt, ut precario penes emptorem esset, quoad pretium uniuersum persolueretur...“ „...si per emptorem stetit, quo minus persolueretur, venditorem posse consequi“ (Ulpian D.43.26.20) とある。

nium.“ (Ulpian D.47.2.14.17) じゅん。

註 (45) Vgl. Maab, ibid. (FuBn. 43). 原文は ‘... hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur neque aliter accipientis fuit, quam condicio existiterit’ (Julian D.41.2.38.1) じゅん。

註 (46) Vgl. Maab, a. a. O. (FuBn. 5), S. 62. 原文は ‘Venditi actio, si non ab initio aliud conveni, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.’ (C.4.49.6) じゅん。

第四節 小 括

右に、ローマ法における所有権移転に関して概観したところから、所有権留保制度の歴史を垣間見ることができた。即ち、当初は、十二表法時代に法定の所有権留保ともいえるような制度が存在し、これがユスティニアヌス帝の法学提要にも挿入されたものの、結局、これは利用されていなかったようである。しかし、その他の規定から、売買契約において、代金が未払のまま、売主が買主に対して占有を移転して、目的物の利用を許すという制度が存在していたということが分かり、これは「容仮占有制度」と称せられていた。この制度を利用することにより、売主は、代金完済まで買主に所有権を移転しないという意思を表示しており、ここには、約定の所有権留保制度が現れている。そして、買主の売買契約に基づく権利関係を失効させるために、失権約款が用いられていた。

しかし、容仮占有を利用して、代金支払まで売主が所有権を留保し、買主を使用賃借人という地位に置いておき、

占有期間、即ち、支払期限を定めていたのであれば、支払期限後は、買主の占有権原が失われるのであるから、何も失権約款を利用せずとも、目的物の返還請求権を行使することができたはずであり、しかも、契約を解除せずとも、代金不払いという事実は残るのであるから、代金請求もできたはずである。

しかしながら、売主が契約を解除し、買主の権利関係を消滅させた上で、目的物の返還請求と原状回復を要求することによって、売主の権利関係を保全するという失権約款の役割を顧慮すると、失権約款を利用することの便宜さも理解することはできる。

ただ、後述するように、今日の所有権留保の目的に關しても争いがあり、所有権留保の目的は、代金債権の担保であるという伝統的な考え方がある一方で、他方においては、その目的は、契約解除後の原状回復請求権の担保であると解する考え方があり、ドイツ債務法改正から債務法現代化に至る過程においても論争になったところであるから、約定の所有権留保と失権約款が同時並行的に存在し、利用されてきたという点も理解することができる。

いずれにしても、以上から、学説史上の争いはあるものの、少なくとも、約定の所有権留保と類似の制度は、既にローマ古典期にも現れていたものということができる。