

専修総合科学研究第七号抜刷
一九九九年一〇月二三日発行

売買代金請求権の消滅時効と所有権留保売主の返還請求権

―ドイツ連邦通常裁判所一九七七年二月七日判決を中心として―

石口 修

売買代金請求権の消滅時効と所有権留保売主の返還請求権

―ドイツ連邦通常裁判所一九七七年一月七日判決を中心として―

石口 修

- 一 はしがき
- 二 連邦通常裁判所一九七七年一月七日判決の概要
- 三 問題の所在
- 四 所有権留保制度の沿革
- 五 従来の判例及び裁判例の検討
- 六 学説の検討
- 七 むすびにかえて―日本法への適用と示唆―

一 はしがき

本稿は、所有権留保売主の債権（請求権）が消滅時効期間の満了によって消滅した場合における留保売主の返還請求権と、所有権留保契約に特有な売主の先給付に基づく買主の占有権が競合した場合において、いずれの権利が認められるのかという問題につき、従来の判例及び学説を総合的に考慮に入れ、判例法理を確立した判例として有名な、ドイツ連邦通常裁判所一九七七年一月七日判決（BGHZ70,96-NJW1978,417-JuS1978,563.以下、「本判決」と略記する）（一）を中核に据え、これを紹介するとともに、所有権留保の沿革、関連問題に関する従来の判例及び学説を通観し、以て我が国の所有権留保に関する法的構成に関して、若干の提言を試みることを目的とするものである。

それではまず最初に、本判決の概要を紹介し、次に、本判決から導かれる問題点につき概観して行くこととする。

註一）本判決は、ドイツ民法判例百選（Schack/Ackmann,Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht 100 Entscheidung für Studium und Examen,3.Aufl.,1993）に第六七事件（Nr.67 - Herausgabanspruch nach Verjährung der Kaufpreisforderung）として掲載されており、売買契約解消後の留保売主と買主の対内関係に関するドイツにおける代表的な判例である。なお、本判決の評釈として、Dieder,JuS1979,331がある。

二 連邦通常裁判所一九七七年二月七日判決の概要

【事実】

X（上告人・控訴人・原告）は、一九七〇年一月一四日の書面による「注文」に基づいてY（被上告人・被控訴人・被告）に売却し、引き渡したKerman 絨毯の返還を請求している。その手書きで記入された注文書には、Yの署名の上に、一同様に手書きされた「この商品の所有権は代金全額の支払まで私にある。」との覚書を含んでいる。

時期的にあまり確定していない数回の催告後、一九七四年二月一八日、Yは、売買代金三〇〇〇マルクのうち、その一部である一五〇マルクのみ支払を行った。その後、一九七四年六月七日、Xは、利息を含む二九五〇マルクに対する支払命令（Zahlungsbefehl, 現行民事訴訟法[NPO六八八条]では支払督促[Mahnbescheid]である[筆者註]）を得た。Xの支払請求に対して、Yは売買代金請求権の消滅時効を援用し、支払を拒絶した。そこでXは、所有権留保を主張して、絨毯の返還を請求したが、Yは引き続き消滅時効を援用し、絨毯の返還も同様に拒絶した。なお、認定事実によると、一九七二年一二月三一日の満了により、売買代金請求権は時効消滅している（詳細は不明[筆者註]）。

第一審はXの請求を棄却した。Xはこの第一審判決を不服として控訴したが、原審は、Yは売買契約に基づいて占有権を有しており、当事者が絨毯の取り戻しに関して合意していない以上、XにはBGB第九八五条による返還請求権はないこと、また、この場合、BGB第二二三条の類推適用はできないことを理由として、Xの請求を棄却した。そこでXは、この原審判決を不服として上告した。

【判旨】

破棄旨判

「一・控訴裁判所は、Xのためにされた所有権留保に関する備考欄への注記（Vermerk）は、Yの承諾（Einverständnis）により注文書に記入されたものと想定している。それ故、上告審については、第一義的に、この承諾（Annahme）と、売買代金の完済までという有効な所有権留保の合意を前提とすべきである。したがって、Xは、Yへの引渡しによって、まだKernan絨毯の所有権を失ってはいない。

二・控訴裁判所の見解によると、Yは売買契約に基づいて占有する権利を有しており、また、当事者双方が取戻しの合意（Rücknahmevereinbarung）をなしていない以上、Xは、B G B第九八五条による返還請求権を主張しえないとし、先例（BGHZ34,191ff.）には反するが、B G B第二二三条が既に存する法的地位のみを維持し、新たな法的地位を認めない以上、この規定を類推適用することはできないとしている。

Ⅱ・この説明は、法律上の再審理に耐えない。

1. ここで想定すべき有効な所有権留保に基づいて、Xが売買契約の締結後、YにKernan絨毯を引き渡したときには、Xは引き続きその絨毯の所有者であった。本件の個別契約には当事者双方の対立する合意がないので、控訴裁判所もこれを前提としている。一九七二年二月三十一日の満了により当然に生じた売買代金の消滅時効によっては、Xの所有権は失われない（BGHZ34,191,193,195）。

2. したがって、Xは、控訴裁判所の見解に反しても、自己の有する所有物返還請求権（B G B第九八五条）を実行することができる。売買代金債権が時効消滅している以上、売買契約に基づいて発生したYの絨毯を占有する権利は、もはやこの返還請求権と対立することはない。

(a) この法律上の効果は、既に当民事部が一九六一年一月二四日判決 (BGHZ34,191ff.) において述べているところであり、第一義的に、被担保債権の時効消滅後も、質権や譲渡担保に基づいて、債権者その他の満足を許容している BGB 第二二三条の類推適用によって理由付けを行っている。引用された判例は、本質的に以下の考慮に立脚している。即ち、売却物に対する留保買主の占有権は、通常、その買主が支払遅滞に陥っているとき、また、売主が BGB 第四五五条もしくは第三二六条によって売買契約を解除したときには終了するが、BGB 第四五五条及び第三二六条は、占有権の終了に関して定められた規定ではなく、例えば、契約の性質といった買主の遅滞に起因しない他の終了原因をも許容しており、売買代金債権の消滅時効完成後、もはや売主が売買契約を解除することができないということは、即ち、占有権の別の面での終了と矛盾しない (a.a.O., S.197f.)。売買代金の消滅時効を理由として、また、これに依拠した買主の支払拒絶があるにも拘わらず、売主の返還請求権を否定した規定は、売買目的物の所有と占有とが長期に亘って分属してしまう以上、ほとんど意味がないであろう。これに対して、その意義と目的による斯様な留保が、質権や譲渡担保と同様、買主にとって支払のきっかけとなり、支払なき場合には売主を保全する以上 (a.a.O., S.198)、一被担保債権の時効消滅にも拘わらず、担保物を換価しようという一 BGB 第二二三条の基本的な考え方を所有権留保に適用すべきであるということは、目的に適っている。BGB 第二二三条の類推適用は、法的状況の類似性によって特別に正当化され、特に、所有権留保と、被担保債権や未払債権が時効消滅したという理由を以てしては担保物提供者が担保物の返還を拒絶しえないところの、占有改定 (Besitzkonstitut) によって合意された譲渡担保との比較に際して、特別に正当化される (a.a.O., S.198f.)。

この法的解釈は、学説において圧倒的に支持されている (vgl. Staudinger/Coiing BGB, 11. Aufl., §223Rdn.3a) の他の文献の参照指示付 参: Erineccerus/Nipperdey, Allg. Teil, Teil2, 15. Aufl., §237 III 4Ann. 21; Soergel/Ballerstedt, BGB, 10. Aufl., §455Rdn.9; Soergel/Augustin, a.a.O. ∞ 223Rdn.8; Erman/Weinauer, BGB, 6. Aufl., §455Rdn.12 u.41; Erman/Hefenleh, §223Rdn.4; Mezger in BGB-RGRK, 12. Aufl., §453Rdn.21; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsubertragung, Bd. 1, S.440; Baukrecht, MDR 1956, 722f.; A.Blomeyer, JZ 1959, 15ff.;

一部他の理由によるが、同一の結論によるものとして、Staudinger/Ostler, BGB, 11. Aufl., §455Rdn. 60; K. Müller, Betrieb 1970, 1209f.; 近時の反対説―但し、明白なものに限る―は、J. Blomeyer, JZ 1968, 691ff. 695 u. JZ 1971, 186; Lange, Jus 1971, 511ff. 515があるに過ぎない。

(b) 当民事部は従来の見解を堅持する。判例 (BGHZ 34, 191ff.) は、確かに、当該問題において返還請求に関するどんな合意も欠けている間は、契約の相手方は、普通給付約款 (allgemeine Lieferungsbedingungen) の中で、契約を解除しない売主の取戻権を合意し、少なくともこれを前提要件とするという事実関係に該当する。しかしながら、所有権留保に BGB 第二二三条を類推適用すべきかということに関する判例については、この差異は問題ではない。当民事部は、判例 (BGHZ 34, 191ff.) において、これによるのでは物の取戻しが解除とは見なされないところの―付随的に述べられたに過ぎない―合意を、一般的に買主の遅滞によって誘引された売主の解除以外の理由も占有権喪失の原因になりうるということの指摘にのみ利用している (aaO., S. 197)。―契約相手方の特別な合意に左右されない― BGB 第二二三条は、被担保債権の時効消滅後も、ある債権のために設定された一定の担保の利用と、所有権留保が明文で記載された担保とを同一視することを許し、また、売買代金請求権が時効消滅し、買主がこれを援用して支払を拒絶しているときには、留保売主が所有権に基づく返還請求権を行使しうることを認めていることが核心をなしている。

(c) 控訴審の解釈ならびにブロマイヤー (J. Blomeyer, aaO.) 及びランゲ (H. Lange, aaO.) によって主張された見解に反するが、この結論は、当民事部一九七〇年七月一日判決 (BGHZ 34, 214) と矛盾していない。そこで判示された事案においては、留保売主が解除したのではなく、契約と、まだ時効消滅しておらず、他の方法で訴求された売買代金請求権とを堅持していると同時に、買主の支払遅滞を理由として、所有権留保の下で売却した物の返還を請求したものと想定すべきであった。民事部 (aaO., S. 217ff.) は、契約上合意された条件が、所有権移転を保証し、あるいは消滅するまで、売主が物を準備して待っていない以上、この契約の清算 (Verragsabwicklung) の段階においては、一時的な返還請求権

だけがありうる斯様な事実関係について、法律は返還請求権を明文で予定していない旨、判示しているが、この返還請求権にとって有利な材料をもたらす解釈規定は確立されておらず、また、これは所有権留保の本質からも特に明らかではない。

したがって、この根拠付けは、法律上の規定がないために、また所有権留保の本質によっても、いずれにしても、取戻権が長くは存続しないのは、売主がBGB第四五五条または第三二六条によって生じ、まだ自己に属する権利を何等行使しないのと同じであるという点に照準を合わせている。これによって、BGB第二二三条による売買代金債権の消滅時効の事案について、返還請求が許されているのと同様、他の規定を理由として、返還請求権が存続することは不可能ではない。

判例(BGHZ54,214,219)において、所有権留保は売買代金債権を担保するものではなく、契約解除後の売主の権利を担保するものである旨論じているのに対して、BGB第二二三条の類推適用その他が、所有権留保は時効消滅した売買代金債権の担保と見なされるといふ点に依拠しているものの、判例上の矛盾は存在しない。この表明は、既に支払遅滞が(一時的な)取戻権を正当化している解釈規定を所有権留保の本質から必然的に推察しうるかという検討と関連がある。遅滞の発生後、直ちに売主が物の返還を請求しうるときには、通常の契約の清算の場合や、遅滞の如きなお除去すべき障害がある場合には、締結された契約(例えば、その中で買主のために供与された使用収益(Nutzung))と矛盾する以上、当民事部はこの問題(a.a.O.)を明確に否定している。したがって、所有権留保は売買代金債権を担保しないという表明は、全ての双務的関係の排除と解すべきではなく、所有権留保は、どんな反対給付の危険の場合にも主張されうるといふものではない旨の指摘と解すべきである。

更に続く解釈は、いずれにしても経済的な観点(Aspekte)をあまりにも問題外として放置している。留保売主は、質権の設定や譲渡担保によって生ずるのと同様、所有権留保によって、売買代金の支払について、買主を圧迫するであろう。

消滅時効の完成、買主による消滅時効の援用、そして支払請求による売主の返還請求権の譲渡によって、契約がもはや履行されないことが

明らかになる場合には、少なくともこの段階においては、所有権留保も売買代金の支払遅滞に対する担保を意味していることはもはや無視できない。―以下略―

三 問題の所在

本判決において直接問題となっているのは、所有権留保売買において、売主の有する売買代金債権（請求権）が時効によって消滅した後における、留保売主の買主に対する売買目的物の返還請求の可否である。

既に周知のように、所有権留保売買とは、売買契約と同時に、買主が売買代金を完済するまで、売主が所有権を留保する旨の特約を付し、売主が買主に対して商品の占有を委譲するという契約類型である。即ち、売主は売買代金を受領していないにも拘わらず、商品の直接占有を買主に委譲するという形態の契約であり、ここにおいては、双務契約の本質である同時履行関係（BGB第四三三条）の緩和がみられる。このように、所有権留保売買においては、売主が先給付的に商品の直接占有を買主に委譲し、代金の支払を買主の将来的履行に委ねるというリスクを負うため、この売買代金債権の回収を担保するために、売買代金の完済を停止条件として所有権を移転する（BGB第四五五条）という契約類型を採るのである。即ち、売主は、買主が支払に関して遅滞に陥った場合（BGB第二八四条）には、第一義的に、契約を解除した上で（BGB第三二六条一項、第四五五条）商品を取り戻し、この商品を換価した上で、その換価金を以て売買代金の填補とすることができる。

ところが、売買代金債権（請求権）が二年という短期で（BGB第一九六条一項一号、日本民法第一七三条一号）時効消滅すると、買主に給付拒絶権が発生する（BGB第二二二条一項）。即ち、買主が売買代金債務の支払を遅滞していた場合でも、売主の売買代金請求権が時効により消滅することによって、買主は遅滞の状況から脱することができる。したがって、売主は遅滞という解除の前提要件を失い、もはや契約を解除することができなくなる。しかし、売主は既に先給付として買主に目的物の占有を委譲しているため、買主の売買代金支払義務が時効消滅した結果として、買主に占有権（BGB第九八六条一項一文）が存続するのかという問題が生ずる。買主は目的物を購入しており、代金支払義務が時効消滅した以上、この結果を至当と解する向きもあろうが、支払を遅滞していた買主に、消滅時効の利益と共に、目的物の占有継続を許す、つまり、留保売主は自然債務として債務者の自発的な給付を待つしかないというのでは、留保売主の不利益に比較して、あまりにも買主を優遇する考え方と言わざるを得ず、不合理きわまりない。そこで、私は、次の如き問題を提起する次第である。

まず第一に、留保売主は、売買代金請求権の時効消滅後も、BGB第九八五条に基づく返還請求権を行使しうるのか、行使しうるとすれば、これは如何なるプロセスによって可能であるのかという問題である。

第二に、買主には、停止条件付き所有権移転請求権があるが、この履行請求権は、売買代金債権の時効消滅後も存続するのかという問題である。

右の二つの問題に対する解答が、売買代金債権の時効消滅後における留保売主と買主の対内関係に関する紛争を処理する方法となる。本判決は、正当にも、売買代金請求権が時効消滅することにより、買主は売買代金の支払義務を免れるが、反面、留保売主も所有権移転義務を免れる関係上、契約関係が解消され、また、所有権留保を質権や譲渡担保と類似した債権担保方法であると解して、BGB第二二三条を類推適用し、売主は売買目的物

から満足を受けることができ（同条一項）、買主（担保権設定者）は売買目的物の引渡しを請求しえなくなる（同条二項）結果、留保売主が、BGB第九八五条に基づき、買主に対して目的物の返還を請求することができる旨を判示し、売買代金請求権の時効消滅後における留保売主の目的物返還請求権を認めている³⁰。

以下、右に示した問題を中心として、所有権留保制度の沿革、従来の判例及び学説の整理を行いつつ、日本法における所有権留保の法的構成に与える影響について論じていく。

註(2)この取戻ないし返還請求権については、解除や期間の定め（BGB第三二六条）を前提とするという考え方と、これを前提としないという考え方が対立しており、従来から、買主の支払遅滞、売買目的物に対する不適切な取扱、あるいは、第三者への二次的譲渡など、買主の契約違背行為があった場合につき、解除や期間の定めを前提要件としないという考え方が多数を占めてくる（RG,11.7.1882,RGZ7,S.147;RG,4.2.1908,RGZ67,S.383;BGH,24.1.1961,BGHZ34,S.191;R.Serick,Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 1, 1963 [以下、Serick, EV への略記]、§13, 6ff.; J. von Staudingers, Komm. entar. zum BGB, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §455BGB [Heinrich Honsell], 13. Aufl., 1995 [以下、Staudinger/Honsell への略記]、§1, Rdnr. 31; Palandt, BGB, §455BGB [Hans Putzo], 55. Aufl., 1996 [以下、Palandt/Bearbeiter への略記]、§1, Rdnr. 27; Palandt/Bassenge, §929BGB, Rdnr. 40; W. Flume, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161 (1962), S. 385 [397f.]; K. Müller, Zum Herausgabeanpruch des Vorbehaltsverkäufers, DB 1969, S. 1493ff.; H. Lange, Eigentumsvorbehalt und Herausgabeanpruch des Vorbehaltsverkäufers, Jus 1971, S. 511 [515]; F. van Look/U. Stoltenberg, Eigentumsvorbehalt und Verjährung der Kaufpreisforderung, WM 1990, S. 661 [663], usw.）。

しかしまた他方では、解除を前提要件とするという考え方も有力に主張されてくる（BGH, 1.7.1970, BGHZ 54, S. 214f.

Blomeyer, Das Besitzrecht des Vorbestellkäufers auf Grund des Kaufvertrags, JZ 1968, S. 69 If.; ders., BGH, I, 7, 1970, Anmerkung, JZ 1971, S. 186; Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3/1, Schuldrecht Besonderer Teil ∞ 455 BGB [H. P. Westermann], 3. Aufl., 1995 [以下、Münch. Komm., H. P. Westermann ∞ 略記] ∞ J, RdM, 38; Soergel, BGB, Bd. 3, Schuldrecht = ∞ 455 BGB [Mühl], 12. Aufl., 1991 [以下、Soergel/Mühl ∞ 略記] ∞ J, RdM, 67, usw.)。

この問題に関して、近時、債務法改正委員会草案は、後者、即ち解除を前提とするという考え方を採用するに至っていないが (Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 236, 238)、この考え方は、従来の多数説とは異なる構成となるので、本稿における議論と併せ考えた上で、今後の議論の行方にも注目して行きたい。

註(3)なお、本判決が掲載された ∞ Schack/Ackmann, a.a.O. (Fn. 1), S. 272 - 273 に於て、「理解を深めるための問題提起 (Anregungen zur Vertiefung) 」として、以下のような疑問が提起されている。即ち、

一 一九七二年一月三十一日の経過によって売買代金請求権が時効消滅したということは、如何なる規定から明らかになるのか。

二 上級地裁は、売買代金請求権が遅滞の発生前に既に時効消滅していたということ、BGB 第四五五条を無に帰せしめているが、時効期間満了後であっても、債務者は遅滞に陥りうるのであろうか。被告が時効期間満了前から遅滞に陥っていたとしても、時効期間満了後、原告は、BGB 第四五五条に基づいて行動しうるであろうか。

三 所有権留保は、実務上、売買代金の支払を決心させるための圧迫手段として利用されるということを理由として、連邦通常裁判所は、BGB 第四五五条という解釈規定以上に、買主の占有権を終結させるため、売主のために、遅滞に左右されない契約上の理由を構成しているが、「経済的な観点」はこれほどまでに浸透しているであろうか。

四 連邦通常裁判所は、B G B第二二三条二項を類推適用して、留保売主は占有改定による譲渡担保の場合における担保物受領者 (Sicherungsnahmer) と同様、その物から満足を受けることを許されていると論じているが、これは同条同項の文言に基づいてやむを得ず従っているのではないのか。同条一項 (質権!) 及び二項から、消滅時効完成後でも占有状況は変わるべきではないということが考えられないであろうか。

五 連邦通常裁判所は、売却物の所有と占有とが永久的に乖離することを回避しているが、その種の乖離は如何なる不都合と結び付くであろうか、また、その乖離は如何なる法律上の規定によって防止されるのであろうか。

六 買主が三〇年という長期に亘って売主の返還請求を考慮に入れておかなければならないとする場合には、消滅時効の意義・目的が失われないのであろうか。

右の問題提起は、全体的に買主保護の観点から論じられているように思われるが、第一の時効期間の満了時が一九七二年一月三一日という点に関する疑問点は観点を見失っているように思われる。本件のような日常的な売買の場合には、二年という短期消滅時効の規定が適用されるが (B G B第一九六条一項一号)、その起算点は、請求権が発生した年の終了とともに開始するので (B G B第二〇一条一文)、本件の場合には、売買が一九七〇年一月一四日である関係上、通常は、一九七一年一月一日である。したがって、消滅時効期間の満了は、二年後の一九七二年一月三一日ということになり、何ら規定上の問題はないように思われる。

第二以下の疑問点は本稿における問題点と適合しているので、以下の論述に譲ることとする。なお、本稿において論じていく問題については、現在においてもなおドイツの若手研究者によって研究がなされており、最近のものとし

て Christina Berled, Die Folgen der Forderungsverjährung beim einfachen Eigentumsvorbehalt für Verkäufer und Käufer, Lang, 1998, が有名。

四 所有権留保制度の沿革

まずローマ法であるが、ユスティニアヌス帝の法学提要 (*Institutiones Justiniani*) が十二表法 (*Zwölftafeln*) の規定について伝えるところによると、引渡しを受けた買主は、代金を支払い、または、質権設定もしくは保証人 (*capromissor*) の設定による担保を給付した場合にのみ、所有権を取得すべきものと規定されていた (*Institutiones*2,141)。⁴⁾ この規定自体は所有権留保に関するものではないが、売買契約における買主が代金を完済していないにも拘わらず、既に引渡しを受けているという形態は、所有権留保と類似しており、斯様な場合には、買主は、代金支払まで使用賃借人 (*Mieten*) または恩恵による小作人 (*Pachtkaufen*) という地位⁵⁾、あるいは、質入れ債務者という地位を与えられており、買主をこの地位に置くことによって、ローマ法においても、信用で譲渡した売主のための担保的効力を生ずる制度が既に確立されていたものといえることができる。⁶⁾

また、学説彙纂 (*Digesta*) によると、右規定のほか、失権約款 (*lex commissoria*) の制度も存在し、買主が適時に売買代金を支払わない場合には、売主は契約を解除することができたものとされている (*D.183*)。そして、このローマ法における失権約款は、普通法時代の所有権留保契約 (*pactum reservati domini* 以下、*pr&d*と略記する) や近代の所有権留保 (*BGB* 第四五五条) と同様の機能を有し、第一義的に、割賦払いによる売買契約の場合に合意されたものと解されている。⁷⁾

結局、ローマ法には所有権留保制度それ自体はなかった⁸⁾のであるが、代金未払で引渡しを受けた買主は、売主に売買代金債権の担保を提供するか、使用賃借人として賃借するなどの方法が採られ、これと失権約款が結び付くことによって、売主保護のための信用担保制度が存在していたのである。

次に、普通法における所有権留保の起源については争われている。多数説は、*prid*の合意をユスティニアヌス帝のローマ法大全上の権利によって根拠付けようとしてきたが、他方では、第一義的に、ドイツの地方法 (*territoriale Recht*) の産物であるという見解もあった⁹⁾。

普通法における*prid*は、確かに、給付者信用 (*Lieferantenkredit*) の現象 (*Erscheinung*) ではあったが、現行BGB第四五条のように動産売買に関する制度ではなく、近代の残売買代金抵当 (*Restkaufgeldhypothek*) に匹敵する不動産売買の現象であったものと解されている¹⁰⁾。

*prid*が登場した最初の法律は、一六一一年一月二日の辺境伯の上部ラウジッツに関する公務員及び裁判所法 (*Amts- und Gerichtsordnung für das Markgrafentum Oberlausitz vom 2.11.1611*) (*TLA*)、一六二二年七月二八日のクールザクセンの訴訟及び裁判所法 (*Chursächsische Process- und Gerichtsordnung vom 28.7.1622*) (*CO*) であると解されている¹¹⁾。右の上部ラウジッツ地方法の規定によると、債権者は五等級に分けられ、第一等級の債権者が最優先順位の弁済権を与えられていた。即ち、「∴ 売買の場合において、土地 (*Gut*) が先に買主に引き渡されるときは、直ちに、引き続き売買代金を理由として、絶え間なく続く売却物上の担保が売主に留保され、斯様な売買は契約書によって更に正当であることが実証され、債務者が将来獲得するであろう全ての財産が同様に密かにあるいは公然と質入れされ、これと並んで特権を与えられたとするならば、彼は、全ての債権者に先立って、斯様な土地から売買代金の支払を受けられる。このように、債務者が売主に質入れされるという負担及び条件付で原始的に土地を受領する場合

には、債務者の他の債権者も、売主に先立っては誰一人として権利を獲得することはできず、それ故、土地の売買の場合において、ある人が、売買代金の支払を理由として、その埋め合わせのために買主に注意を向けたというよりは、土地に注意を向けたとき、また、彼が支払を受けない事案において、それらのために公然とその土地の所有権を留保した場合において、同様にその中で質権設定が考えられないとしても、彼は、他の全ての債権者に先立って、当然に支払を受けられるであろう。…」という規定である¹⁴。

右の規定は、抵当留保契約 (pactum reservatae hypothecae) ともいわれる売主質権 (Verkäuferpfandrecht) を定めたものであり、将来獲得すべき目的物をも同時に把握すべき買主の古代の包括質入れ (Generalverpfändung) に対する優先権を有するものであって、斯様なローマ法を継受した普通法ないしラント法の規定の中に所有権留保が存在していたのである¹⁵。

次に、現行 BGB の起草段階における議論についてまとめておく。

まず、第一草案においては、売買代金のためにする売主の担保として *pauf* が意識されてはいるが、古代の理論は当事者が債権的な質権の正権原 (Pfandrechtsziel) を合意したときは買主が売主に対して物権法上の原則により買主に譲渡された売買目的物に対する質権設定に協力すべき義務を負うという質権の留保であり、これを採用しないということが明らかにされ、また、物権的な法律行為を考えた場合、疑わしいときは解除条件もしくは停止条件の意義が存在するという点で争いがあるものの、債務法については関係がなく、この点は物権的法律行為に影響を及ぼしうるだけであると解された結果、所有権留保に関しては何ら議論の進展はなかったのである¹⁶。

次に、第二章案においては、まず第一提案として、「動産の売主が売買契約に基づく自己の請求権を担保するため物の所有権を留保した場合において、買主に物の引渡しがなされたときは、これによって不履行による契約

解除権が留保されたものとみなす」という提案がなされ、第二提案として、「動産の売買において売主が売買代金の支払まで買主に引き渡した物の所有権を留保した場合において、疑わしいときは、売買代金の完済を停止条件として、この物を買主に譲渡したものとし、買主が支払を以て遅滞に陥ったときは、売主は契約を解除する権利を有するものとする」という提案がなされ、更に、この第二提案には、復提案として、「停止条件として」という文言は「解除条件として」という文言と取り替えるべきであるという提案もなされた¹⁷⁾。

この審議過程において、右第一提案は、買主が自己の債務を履行しないときは売買契約を解除するということを売主が留保したものとみなすという点において、任意規定(Dispositivvorschrift)を立案する趣旨であると把握され、第二提案は、売買代金の完済を停止条件として所有権が買主に譲渡されるという物権的な意味を所有権留保に付加しつつ、加えて、買主が支払遅滞に陥った場合には、債権的な関係によって、売買契約を解除する権限を売主に与えるということを宣言する解釈規定(Auslegungsregel)であると把握されている¹⁸⁾。そして、右第一提案によると、売買契約における所有権留保の債権的效果だけが決せられ、物権的效果が無視されることになり、不十分であり、また、当事者意思の方向は既に契約内容からある程度まで読み取ることができるから、不十分に表明された当事者の意図を解釈規定の樹立によって補充することで十分であると解された結果、第二提案を採用する方向で審議が進められた。更に、動産所有権の条件付譲渡が認められるとしても、支払不能状況に陥った買主と直面する売主ができるだけ損失を被らないようにするために売買代金の支払まで売却物の所有権を留保するという意味が誤解されてはならず、特に割賦販売の場合には、売買目的物の所有権が売買代金の完済まで売主に留保されるということこそ、売主の正当な要求であるものと解された結果、復提案は排除され¹⁹⁾、現行BGB第四五五条の外形ができあがったのである。

註(4)の規定は『tabulae7,11』に分類整理されたもの(vgl.Jörs/Kunkel/Wenger,Römisches Recht neubearbeitet von Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb,4.Aufl.,1987,§§62[Mayer-Maly],S.161.)。

註(5)賃貸借契約 (locatio conductio) にては Paulus u.lav.,Digesta(D.)19,2,20-19,2,22pr.に「また、恩惠的土地貸与た内容仮占有 (precarium) にては Ulpian,D.43,26,21にそれなれ規定されたもの (Jörs/Kunkel/Wenger[Mayer-Maly],a.a.O.[Fn.2],S.163,Fn.66) 。

註(6)Mayer-Maly,a.a.O. (Fn.4) ,S.163.

註(7)Vgl.Jörs/Kunkel/Wenger[Honsell],a.a.O. (Fn.4) ,S.320.

註(8)Staudinger/Honsell,a.a.O. (Fn.2) ,§455BGB,Rdnr.1.

註(9)の理論上の議論の状況にては、Gottfried Schieman,Über die Funktion des pactum reservati domini während der Rezeption des römischen Rechts in Italian und Mitteleuropa,SZ93(1976),S.161ff.[163]参照。

註(10)Schiemann,a.a.O. (Fn.9) ,S.163.「シーマンによると、現行の所有権留保規定に内在する消費者信用 (Konsumentkredit)という考え方は普通法の眼中には存在せず、プロイセンやザクセンの家具買取使用貸借契約 (Möbelleihvertrag「家具質入れ」か)や、一八九四年五月四日の割賦販売法 (Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.Mai.1894)において初めて現れたものと解されている。

註(11)Codex Augusteus,hrssg.von Lünig,3.Theil,Leipzig,1724,Sp.143ff.vgl.Schiemann,a.a.O. (Fn.9) ,S.164.

註(12)Lünig,a.a.O. (Fn.11) ,2.Theil,im 1.Bd.,Sp.1067ff.vgl.Schiemann,a.a.O. (Fn.9) ,S.164.

註(13)Schiemann,ibid.

註14) Limig.a.a.O. (Fn.10) .Sp.154Mitte.vgl.Schiemann.a.a.O. (Fn.9) .S.165.

註15) Vgl.Schiemann.a.a.O. (Fn.9) .S.166.」の非占有売主質権は、ローマ法のうち、特に後古代法(nachklassisches Recht)から継受されたもの。

6) 解カネトシヨ (Kaser, Das römische Privatrecht 2. Abschnitt 2. Aufl., 1975, ∞ 250f. [312f.], vgl. Schieman, ibid.) 。

註19) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. = Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 319.

註17) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. = .Recht der Schuldverhältnisse, 1898, S. 78-79.

註18) Protokolle = .a.a.O. (Fn.17) .S.79.

註19) Protokolle = .a.a.O. (Fn.17) .S.81.

五 従来の判例及び裁判例の検討

既に提起した問題について、ライヒ最高裁や当時の上級地裁の判例は見当たらないが²⁰、当時の地裁・区裁段階の裁判例は、割賦販売による所有権留保売買において、売買代金債権が時効消滅した場合には、当事者の意思に従い、所有権留保がその目的及び効力を失う結果、留保売主は売買目的物の返還を請求しえないものと解していたり²¹、あるいは、売買代金債権の消滅時効は所有権に基づく返還請求権の消滅時効をもたらすものと解して

いた²²。

このライヒ最高裁時代の下級審裁判例の趨勢は、戦後の下級審裁判例にも多大なる影響を与えており、売買代金債権が時効消滅し、買主がこれを援用したときには、もはや買主は遅滞ではなくなる結果、BGB第九八六条が優先適用される以上、売主はBGB第四五五条による解除権を失い、BGB第九八五条による所有権に基づく返還請求権を行使しえないものと解されていた²³。しかし、留保売主の返還請求権を否定していた、この戦前から戦後にかけての下級審裁判例の趨勢に対して、連邦通常裁判所は、所有権留保と質権や譲渡担保権との類似性に着目し、BGB第二二三条の準用ないし類推適用により、留保売主の所有権に基づく返還請求権（BGB第九八五条）を認容し、既に下級審段階において確立していた判例法理を覆すに至った²⁴。

本判決は、この連邦通常裁判所の判例（BGHZ4191）を踏襲し、連邦通常裁判所が、売買代金債権の時効消滅後における留保売主の目的物返還請求権を認める理由として、BGB第二二三条の準用ないし類推適用論を採用する立場であることを確認したものであるが、本判決に反対する判例もある²⁵。

しかしながら、この問題に関する連邦通常裁判所の趨勢は、本判決以前においても、下級審裁判例において既に発展しており、即ち、割賦販売法の適用ある所有権留保売買の事案においても、BGB第二二三条二項の類推適用により、留保売主にBGB第九八五条による所有権に基づく返還請求権を認容するものが現れ²⁶、その後、本判決以後の連邦通常裁判所も同様の考え方を採用するに至っている²⁷。したがって、本判決において問題となった留保売主の返還請求権という問題は、今日では、割賦販売法が発展的に解消された消費者信用法（一九九一年一月二日施行）の適用ある割賦販売においても、同様に適用されるものと認識されている²⁸。

最後に、本判決は、連邦通常裁判所一九七〇年七月一日判決（BGHZ4214）を引用し、この判例と法的構成が全

く異なるものと解されている²⁹。連邦通常裁判所一九六一年一月二四日判決（BGHZ4,191）との理論的整合性を図ろうとしている。

前者は、所有権留保契約の解除と留保商品の返還請求権の事案であり、一見すると、後者や本判決の事案とは全く別物と感ずるが、後者や本判決の事案を売買代金債権の時効消滅による契約関係解消後における留保商品の返還請求権の問題と解する場合には、近接事案になることができる。しかし、前者は、所有権留保の目的を、売買代金債権の担保ではなく、売買契約解消後の清算の担保であるという法的構成を採っており³⁰、後者が、所有権留保の目的を、質権や譲渡担保権と同様、買主に支払のきっかけを作り、支払なき場合には売主を担保することにありという法的構成を採っている³¹ことから、両者の法的構成を基本的に同じものと解することはできない。しかも、前者は、解除に依拠しない取戻権を認めないことを明らかにした判例であり、後者は、傍論ではあるが、解除に依拠しない取戻権を認める立場を採っている³²。関係上、両者の法的構成を同じものと見ようとする本判決の考え方には、何か奇異的なものを感じる。確かに、両者は同一民事部（第八民事部）の判決であり、判例上の整合性を図りたいという願望はあるかも知れないが、基本的に立場に違いのある考え方を同じ方向にあるものと解することには、やはり無理があるものと言わざるを得ないであろう³³。

註(20) Vgl. A. Blomeyer, *Anspruchsverjährung und dingliche Sicherheiten*, JZ1959, S.15, Fn.2.

註(21) J.G. Dresden, 25.11.1925, JW1926, 725; A.G. Freiberg, 16.2.1938, JW1938, 866.

註(22) König, J.G. — Berlin, 16.12.1904, KGBI, 1905, 113; J.G. Breslau, 6.4.1935, JW1935, 2218.

註(23) J.G. Kiel, 4.10.1955, MDRI956, 97; J.G. Hagen, 13.10.1955, NIWI956, 713; J.G. Hagen, 3.3.1958, NIWI958, 871.

註(24)BGH,24.1.1961,BGHZ34,191.しかし、その後も下級審の裁判例は、従来の下級審の趨勢に従い、所有権留保売買をBGB第一九六条一項の日常的法律行為とみなし、売買代金債権を二年という短期消滅時効に服させることを通じて、留保所有者の返還請求権もこの短期消滅時効に服させることが当事者の通常的意思に合致するものと解し、売買代金債権の時効消滅後、留保売主が物権的返還請求権を行使した場合でも、買主は消滅時効の抗弁を援用することができる旨判示している(LG.Da nold,3.11.1965,MDR1966,233)。

註(25)BGH,12.7.1967,BGHZ48,249.この判決は、割賦販売法の適用ある場合において、留保売主の代金請求権が時効消滅しても、割賦販売法第二条による買主の既払い代金と物の使用料との差額分の損害賠償請求権は時効消滅しないというものであるが、その傍論において、割賦販売法の適用のない場合には、売主には何らの請求権もないものと判示している。

註(26)JG.München 1,6/8,10,1965,NJW1965,2353.

註(27)BGH,4.7.1979,NJW,1979,2195.この判決は、更に、買主には既払代金の求償権はあるのかという問題につき、一応これを肯定した上で、買主が占有し使用してきたという事実をも考慮に入れ、割賦販売法二条一項二文(使用収益による減価の補償)、五条(留保物の取戻しと解除の擬制)を適用し、かつ、BGB第三九〇条二文(時効消滅した債権の相殺適状)を類推適用して、売買代金請求権が時効消滅するまでの期間中の使用料と債権額とを差し引き計算しなければならぬと解している。この問題につき、従来の判例も若干の指摘はしているもの(BGHZ48,249[Fn.25])、使用料との相殺につき、明確な理由付けをもって判示したのは、この一九七九年判決が最初のものであり、この点において判例法上の意義がある。

註(28)Staudinger/Honsell,a.a.O (Fn.2),§455BGB,Rdnr.21.

註(29)JBlomeyer,a.a.O. (Fn.2),JZ1971,S.186[187].

註(30)BGHZ54,214[219].

註(31)BGHZ34,191,[198].

註(32)BGHZ34,191,[197].

註(33)斯様な指摘をする学説として、J.Blomeyer,a.O. (Fn.2) JZ1971,S.186f[187]がある。即ち、J・プロマイヤー教授は、BGH Z54,214判決は解除に依拠しない取戻権を認めず、BGHZ34,191判決はこれを認めている点において、前者は後者とは手を切っているものと指摘した上で、そもそも、売買代金債権が時効消滅した場合には、予め発生した買主の履行遅滞は治癒され、留保売主は解除しえなくなる関係上、もはや「契約解消の際に売主に与えられる権利」はなくなり、買主の占有権だけが残るということを理由として、前者の理論構成の方が適切である旨を主張しておられる。

なお、本判決(BGHZ70,96)を含む判例法理の詳細は、拙稿「ドイツ民法における所有権留保売主の返還請求権―判例の体系的考察―」地域政策研究(高崎経済大学)一卷三号(一九九九年七月)一頁以下を参照されたい。

六 学説の検討

次に学説に目を転ずると、本判決の問題に関して、学説は、当初から留保売主の返還請求権を肯定する立場を取るものが多数説を形成してきた。この肯定説は、前述したように、BGB第二二三条の準用ないし類推適用説と呼ばれているものであり、所有権留保の目的を売買代金債権の担保と解し、所有権留保と質権や譲渡担保権との類似性を認め、BGB第九八五条により、留保売主の所有権に基づく返還請求権を根拠付ける考え方である³⁴。

ただ、この肯定説もいくつかに分かれており、まず第一説として、買主の消滅時効の抗弁は、普通法やプロイセン一般ラント法(ALR)時代から、債権者が既に有する物的権利を債権者から奪うものではなく、この一般的

に承認された法的状況を質権に関して規定したB G B第二二三条一項は、占有質のみならず、使用賃貸人や利益賃貸人の質権の如き非占有法定質権（B G B第五九条、第五六三条、第五八〇条、第五八一条二項参照。日本民法における不動産賃貸の先取特権^{第三二二条}に類似している）にも適用があるとの理由から、このB G B第二二三条一項を所有権留保にも類推適用するという考え方が³⁵。

次に第二説として、質権に対して優位を獲得している占有改定による譲渡担保と所有権留保との類似性に着目した上で、B G B第二二三条二項を類推適用し、留保売主の返還請求権を認める考え方が³⁶。

更に第三説として、まず留保売主には完全な所有権が存するという点に着目し、この点で質権よりも強力な担保手段であることを理由として、質権者を優遇するB G B第二二三条一項を適用し、売買代金債権の時効消滅後であっても、所有権留保は消滅せず、留保売主が留保商品を取り戻した上で換価することを認め、また、買主の占有権との関係において、B G B第二二三条二項により、譲渡担保の被担保債権の時効消滅後は、間接占有者たる担保物受領者（譲渡担保権者）が担保物を換価するため、直接占有者たる担保物提供者（設定者）に対して担保物の引渡しを請求しうる、つまり、設定者は占有権を失う以上、債権担保のために信託的に結合しているに過ぎない所有権（担保所有権）に適用される規範は信託的に結合していない所有権（留保所有権）にも適用されるべきであると解し、所有権留保売買の買主は売買代金債権の消滅時効を援用すると同時に占有権を失い、その結果、留保売主の返還請求権を認めるという考え方が³⁷。

しかし、これら伝統的な肯定説に対して反対する近時の有力説も存在する。

まず第四説として、そもそも所有権留保の目的は売買代金債権の担保ではなく、解除の場合につき相手方の契約違背を理由として与えられる潜在的な求償権を担保するものという前提に立ち、売買代金債権の時効消滅後は

買主の遅滞は治癒され、その結果、留保売主には解除権も返還請求権もないものと解する考え方がある³⁸。また、同様に、所有権留保の目的を清算の保護と解し、売買代金債権の時効消滅後は不履行がもはや債務者の責任領域にない以上、買主の遅滞は終結するものと解する結果として、留保売主が買主の意思に反して清算を実行できないときには、売買代金債権の時効消滅後は、占有権は買主に留まるべきものと解する考え方もある³⁹。

次に第五説として、肯定説が買主の消滅時効の援用により買主が占有権を失うと解している点に異議を唱え、買主の占有権は売買契約における履行請求権に基づくものであり、買主にこの履行請求権が存続する限り、買主には物を保持する権限があるものと解し、買主が消滅時効の抗弁を唱えたと、買主はこの履行請求権を失うという点から出発すれば通説は維持できるが、そうでなければ理由がなく、また、そもそもこの問題は、当事者の契約関係を類推することによって解決されるべき問題であり、質権や譲渡担保権を類推して解決されるべき問題ではないと解する考え方がある⁴⁰。

本判決は、以上の学説のうち、伝統的なBGB第二二三条二項の類推適用説に倣い、BGB第九八五条による留保売主の所有権に基づく返還請求権を肯定したものである。売買代金債権が時効消滅しても、留保売主には完全なる所有権が残り、買主の占有権は売主が売買代金の完済を停止条件として所有権を移転する前提としての先給付から生じたものであるから、その前提が時効によって消滅してしまった以上、買主の占有権は存在根拠を失うものと解すべきであり、この意味において、従来の肯定説の考え方を容れた本判決の考え方は妥当であるものと思われる。なお、この問題に関して、債務法改正委員会草案は、留保売主の返還請求権を認める提案を行い、立法的解決を図ろうとしている⁴¹。なお、学説については、紙幅の都合もあり、本稿では十分に論じ尽くせないが、この点については近い将来に別稿を予定しているので、そちらに譲ることとする。

註(34)の肯定説の紹介については、JBlomeyer.a.a.O. (Fn.2) ,JZI968,S.691.及びStaudinger/Honsell.a.a.O. (Fn.2) ,⁹⁰455BGB.Rdnr. 21.に詳しいが、一項適用説、二項適用説、一項・二項適用説という分類はなされていない。

註(35)A.Blomeyer.a.a.O. (Fn.20) ,JZI959,S.15-16. A・フロマイヤー教授は、このBGB第二二三条一項は單純に譲渡担保にまで拡張されず、譲渡担保に關しては同条二項が請求權の時効消滅後における債務者の受戻請求を排除しているが、起草者によると、この兩規定は同一の考え方に起因しているものと解され、債權が質權によつて担保されるか、權利の譲渡によつて担保されるかは差異にならず、これらは經濟的に見て本質的に同等であるものと解されていた (Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1888, S.345) という点を指摘してなられる。

註(36)Oertmann (Vorname unbek.) ,LG.Dresden,25.11.1925,Anmerkung,JW1926,S.725,他多数。

註(37)Serick,EV 1 (Fn.2) ,S.439-440,但し、ゼーリック教授は、割賦販売法の適用ある場合は除外しておられる。

註(38)J.Blomeyer.a.a.O. (Fn.2) ,JZI968,S.691[693],ders.,a.a.O. (Fn.2) ,JZI971,S.186[187].

註(39)HLange,a.a.O. (Fn.2) ,Jus1971,S.511[515].

註(40)U.Huber,Eigentumsvorbehalt in Synallagma,ZIP1987,S.750[754].

註(41)Abschlußbericht,a.a.O. (Fn.2) ,S.104.

七 むすびにかえて―日本法への適用と示唆―

本稿において論じてきた問題を我が国の民法学説上の法的構成に適用する場合には、幾つか問題がある。

まず、我が国における所有権留保に関する多数説といわれている担保権的構成説を採用すると、解除による目的物の返還請求は担保権の実行として許容されるが⁽⁴²⁾、目的物の利用関係については買主が実質的な所有者であると構成されているので⁽⁴³⁾、売買代金債権が時効消滅し、買主の代金支払義務が消滅すると、当然の如く担保権に過ぎない留保所有権は消滅し、買主に所有権が移転するという結論になりうる。しかし、この帰結は妥当ではない。買主は、元々履行を遅滞していたのであり、売買代金債権が短期で時効消滅したことによる時効利益の享受だけは認めるとしても、所有権留保の場合には、時効の援用によって支払義務を免れるばかりではなく、更に目的物の所有権まで取得してしまうというのでは、場合によっては、頭金ないし少額の代金支払だけで商品の所有権を取得するというまさに棚ぼた式の利益を買主に得させることになり、売主の不利益に比し、買主をそこまで優遇する理由は見出し難いからである。

そこで、所有権留保においては、買主を実質的な所有者と構成すると斯様な不適切な結果を招くことになる関係上、やはり買主は将来所有権を取得するという期待を留保した占有者⁽⁴⁴⁾に過ぎず、売主に所有権と間接自主占有権があり、この売主の留保所有権（所有留保権）は、債権担保のための留保であるにせよ、売買代金債権が時効消滅したとしても、所有権であるが故に消滅せず、その結果、売主には所有権に基づく返還請求権があるものと

構成する必要がある。所有権に基づく返還請求権も時効消滅しないものと解するのが判例及び通説であるから⁴⁵、この構成は可能である。

次に、所有権留保を担保権と構成すると、売買代金債権の時効消滅に伴い、所有権留保も附従性により消滅してしまうのではないかという懸念が生ずる。しかし、附従性原理は、債権契約により成立する債権と、担保権設定契約により成立する担保権とを結合させるための原理であるから、売買契約という一つの契約の中に所有権留保特約を入れて契約することによって債権と同時に発生する所有権留保には、附従性原理を入れる必要はないものと解され、この点が譲渡担保と所有権留保との相違点にもなっている⁴⁶。更に、所有権留保には附従性原理を入れる必要はないといっても、実行における附従性はなければならず、被担保債権の存在を要するのではないかという議論も考えられるが、この場合にも、被担保債権は時効消滅して債権関係は解消されているものの、所有権が残存している以上、留保売主の返還請求権は認められるものと解することもでき、この点において、所有権留保に関しては、附従性原理は完全に破られているとすることができる⁴⁷。

結局、私見は、留保売主は所有権と間接自主占有権を有するという点及び動産売主のための担保という点において譲渡担保権者とかなり類似しているが、附従性がないという点における相違点があり、また、譲渡担保は所有権の構成と担保権の構成のいずれも妥当しうるが、所有権留保は、売主が留保した所有権それ自体によって担保的効力を保存するという意味、ならびに、本稿において論じてきた意味において、担保権の構成が妥当性を欠く場合があるので、「所有権的構成」ではなく、完全なる所有権による動産売主のための担保制度であると解したい。

以上の法的構成が我が国において認められるかどうかは定かではなく、また、自身の不勉強や能力の乏しさも

否めない。しかしながら、本稿における所有権留保の法的構成は、今後の研究に際しての一つの仮説として、引き続き、自身における検討課題とさせて頂くこととする。関係各位からのご批判、ご叱責を賜ることを期待しつつ、本稿を了する。

註(42) 柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法』(有斐閣、第三版、一九八二年)五八三・五八四頁。

註(43) 柚木Ⅱ高木・前掲註(42)五八二・五八三頁、高木多喜男『担保物権法』(有斐閣、新版補正版、一九九八年)三六四頁。

米倉明『所有権留保の実証的研究』(商事法務研究会、一九七七年)三六・三七頁、同『所有権留保の研究』(新書出版、一九九七年)三七八頁。

これらのうち、高木教授は、「残存代金を被担保債権とする担保権(留保所有権)が売主に存し、所有権よりこれを差し引いた物権的地位が買主に帰属すると構成すればよい」(高木・前掲書〔本註〕同頁)と述べておられ、売主と買主に所有権が分属する状況と解しておられる。

これに対して、米倉教授は、所有権の分属という理論構成に疑問を唱えた上で、「所有権留保売買にあつては、実質的にも形式的(法律的)にも所有権は買主に移転し、売主は目的物について売買代金債権を被担保債権とする抵当権を設定したものと構成すべきである」(米倉・前掲書本註『実証的研究』二三七頁)と述べておられ、この点をもう少し分析的にいうと、「買主に目的物の所有権が移転し、直接占有も移され、続いて(時間的にはその直後に)、その所有権に対して売主が抵当権を取得する(抵当権の設定的取得というべきである)」(米倉・前掲書本註『研究』三七八頁)ということになる。

註(44) 担保権の構成説の中には、この場合における買主の権利を「条件付所有権」ないし「期待権」という「物権」として構

成する見解もある。例えば、竹下守夫教授は、「買主は…残代金債務の履行という条件の成就によって目的物の所有権を取得しうる」との地位を有する」とし、この買主の地位を条件付所有権と称した上で、日本民法第一二八条による条件付法律行為における権利者の保護を根拠として、「買主が目的物の引渡しを受けた後は、この条件付所有権は、履行—所有権移転の条件付意思表示及び目的物の引渡し—によって消滅した売買契約上の所有権移転にとって代わる、これとは別の権利として現われ、しかも所有権移転請求権が純粹に債権的性質のものであったのに対し、物権的性質を有するものと認められる」との解しておられる（竹下守夫『担保権と民事執行・倒産手続』『斐閣、一九九〇年二七七頁〕）。

しかし、所有権留保においては、買主は将来の売買代金完済を停止条件として所有権の移転を受けるということの前提として、売主から信用ないし信託的に直接他主占有を受けるに過ぎず、他人の物の事実上の占有者に過ぎないので、斯様な意味において、売主の先給付は、厳密な意味においては、履行とは言い難いものと思われる。因みに、ドイツにおいては、所有権留保は占有媒介関係を根拠付けるものと解されており（RGZ69,197;BGHZ10,69[71];BGH,WMI1961,1197;BGHJZ1969,433）¹⁾ また、買主は、留保売主に占有を媒介する直接他主占有者であると解されている（例えば、BGHJZ1969,433;W.Flume,a.a.O.[Fn.2];S.397f.;Georgiades,Die Eigentumsanwartschaftsrecht beim Vorbehaltkauf,1963,S.117;Rühl,Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgehc haft,1930,S.102ff.;Staudinger/Honssell,a.a.O.[Fn.2],§455BGB,Rdnt.28等がある）。この意味において、売主の地位は間接自主占有者であるということが出来る。なお、ドイツにおいて期待権理論を標榜する学説の代表者として、Ludwig Raiser,Dingliche Anwartschaften,1961があり、このライザー教授の期待権理論を批判する学説として、A.Blomeyer,Die Rechtsstellung des Vorbehalt skäufers,AcP162(1963),S.193がある（これらの論争を含む詳細な紹介及び分析として、大島和夫「条件理論と期待権」前田達明編『民事法の諸問題上巻—奥田昌道先生還暦記念』『成文堂、一九九三年〕〇三頁〕一—二頁以下〕がある。なお、ドイツにおける期待権理論に限っては、これ以前に、船越隆司「期待権論」法学新報七二卷四号〕一九六五年二二五頁以下が詳細に紹

介している)。

註(45)大判大五・六・二三民録二三輯一一六一頁、大判大一一・八・二二民集一卷四九三頁。鳩山秀夫『民法研究第二卷』(岩波書店、一九三〇年)一八〇頁、末弘巖太郎『物權法上巻』(有斐閣、一九五六年)五〇頁、我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、一九六五年)四九五頁等。これら通説の見解は、所有権が時効消滅せず、物權的請求権のみが時効消滅すると解すると、その所有権はあたかも虚有権の状況を呈し、所有権としての本質的な意味を失ってしまい、他方侵害者側も本権を取得せず、權利關係が紛糾するからであるという点を論拠としている(この点の整理として、舟橋諄一・徳本鎮『新版注釈民法(6)物權(1)』「好美清光」『有斐閣、一九九七年』二一〇頁参照)。

好美教授は、通説とこれに反対する説を整理しつつ、登記した権利に基づく物權的請求権は時効消滅しないが(BGB第九〇二条)、それ以外の物權的請求権は三〇年の消滅時効に服する(BGB第一九四条、第一九五条)というドイツ民法上の制度、ならびに、この時効消滅は包括的なものではなく、特定侵害者に対する関係においてのみであるというドイツの説を引用した上で、我が民法上の構成においても、同様に、特定侵害者に対する関係においては所有権に基づく物權的請求権が時効消滅しうるという考え方を提示しておられる(好美・前掲書[本註]一一・一二二頁)。

註(46)柚木Ⅱ高木・前掲註(42)五八一・五八二頁。安永正昭「所有權留保の内容、効力」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)三七〇頁(三七八頁)。

註(47)所有權留保に関するではないが、附従性原理の否定に関しては、鈴木祿彌『物權法講義』(創文社、三訂版、一九八五年)二八〇・二八一頁参照。

(一九九九年七月一〇日稿)

〔附記〕

本稿の内容は、ドイツ民法研究会（平成九年一月一六日）におけるドイツ民法判例研究報告がベースになっており、同研究会における質問や意見あるいは助言をふまえ、また、自身の研究の進展をもふまえた上で、右報告内容に加筆訂正を施したものである。

筆者の能力不足及びこれまで発表してきた論文と内容が重複するところもあり、そのために今日まで日の目を見ることもなく（もっとも、専門学校の紀要に一部を発表したことはある）推移してきたが、やはり、ある程度まとまった形で発表することの責任を痛感し、遅きに失することを承知の上で敢えて発表することとした次第である。研究会発表から早二年半が経過し、誠に赤面の思いであるが、この場を借りて、ご意見を賜った諸先生方にお礼を申し述べさせて頂くこととしたい。

（いしぐち おさむ 高崎経済大学地域政策学部非常勤講師）

《参考資料》

B G B 第一九四条二項 他人に作為または不作為を要求する権利（請求権）は消滅時効に服する。

B G B 第一九五条 通常の消滅時効期間は三〇年とする。

B G B 第一九六条一項 次に掲げる諸請求権は二年で時効消滅する。

一号 商人、製造業者、手工業者及び美術営業者が、物品の供給、労務の執行及び他人の事務の処理並びに立替金につき有する請求権。但し、給付が債務者の営業のためになされたときはこの限りではない。

B G B 第二〇一条 第一九六条及び第一九七条に掲げた請求権の消滅時効は、第一九八条ないし第二〇〇条に定めた時期の到来する年の終了の時から進行する。この時期を超える期間の経過した後初めて給付を請求することができる場合においては、消滅時効は、この期間が経過する年の終了の時から進行する。

B G B 第二〇九条一項 権利者が請求権の満足又は確認の訴え、執行文付与の訴え、又は執行判決を求める訴えを提起したときは、消滅時効は中断する。

同条二項 次に掲げた事項は、訴えの提起と同一の効力を有する。

一号 督促手続における支払命令の送達

B G B 第二二二条二項 消滅時効の完成後、義務者には給付拒絶権がある。

B G B 第二二三条一項 抵当権、船舶抵当権または質権の存する請求権の消滅時効は、その権利者が担保目的物から満足を求めることを妨げない。

同条二項 請求権を担保するため、権利を譲渡したときは、請求権が時効消滅したことを理由として、その受戻 (Rückbertra
gung) を請求することはできない。

B G B 第二二五条 消滅時効は、法律行為によって、排除することも加重することもできない。消滅時効を軽減すること、特に時効期間を短縮することは妨げない。

B G B 第二八四条一項一文 弁済期の到来後において、債権者が催告しても、債務者が給付しないときには、債務者は催告によって遅滞に陥る。

B G B 第三二〇条一項一文 双務契約によって義務を負うものは、反対給付の実行あるまでは、自己の負担する給付を拒絶することができる。但し、その者が先給付義務を負うときはこの限りではない。

B G B 第三二六条一項 双務契約において、当事者の一方がその負担する給付を以て遅滞にあるときには、相手方は給付をなすための相当な期間を定め、この期間の経過後は給付の受領を拒絶する旨を表示することができる。給付が適時になされないうきには、相手方は、その期間経過後において、不履行に基づく損害賠償請求または解除をする権利を有する。この場合には、履行を請求することはできない。

B G B 第三四六条一文 契約当事者の一方が解除を留保した場合において、契約の解除がなされたときは、当事者は、その受けた給付を互いに返還すべき義務を負う。

B G B 第四三三条一項一文 売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、かつ、物の所有権を供与すべき義務を負う。同条二項…買主は、売主に約定した代金を支払い、かつ、買い受けた物を引き取るべき義務を負う。

B G B 第四五四条 売主が契約を履行し、かつ、売買代金の支払を猶予したときは、第三二五条二項及び第三二六条に規定された解除権は売主に帰属しない。

B G B 第四五五条 動産の売主が売買代金の支払まで所有権を留保した場合において、疑わしいときは、売買代金の完済を停止条件として所有権の移転がなされるものと推定し、買主が支払を遅滞しているときは、売主は契約を解除する権利を有するも

のと推定する。

B G B 第八六八条 用益権者、質権者、用益賃借人、使用賃借人、受寄者として、又はこれと類似の關係において、他人に対し、一時占有する権利又は義務を有する者が物を占有するときは、その他人もまた占有者である（間接占有）。

B G B 第九八五条 所有者は占有者に対して物の返還を請求することができる。

B G B 第九八六条一項一文 占有者または占有者から占有権を承継した間接占有者が所有者に対して占有権を有するときは、占有者は、物の返還を拒絶することができる。

委員会草案第三二三条三項 以下の場合には、解除することができない。

四号 請求に対して、債務者が既に主張している抗弁又は解除の後遅滞なく主張する抗弁があるとき

委員会草案第二二三条二項二文 所有権が留保された場合には、被担保請求権が時効消滅したときでも、物の返還を請求することができる。

委員会草案第四四九条二項 売主は、契約を解除したときにのみ、所有権留保に基づいて物の返還を請求することができる。

委員会草案第二二三条二項二文の適用を妨げない。

旧割賦販売法五条 売主が留保所有権に基づき、売却物を取り戻したときは、解除権を行使したものと見なす。

消費者信用法一三条三項一文 与信者が信用契約に基づき、提供された物を取り戻したときは、解除権を行使したものと見なす。但し、取戻の時には与信者が物の通常の売価を支払う旨を消費者と合意しているときは、この限りではない。