

ゼーリック教授の論拠も、留保所有権の特性に適用していないものとして、これらを批判している。

註(79) U.Huber, a.a.O., Gutachten I (FuBnote52), S.923.

註(80) Abschlussbericht, a.a.O. (FuBnote53), S.104.

(二〇〇一年十二月稿〔未完〕)

保売主の返還請求権」専修総合科学研究第七号（一九九九年）一頁以下を参照されたい。

- 註(64) LG.Dresden, 25.11.1925, JW1926, S.725; AG.Freiberg, 16.2.1938, JW1938, S.866.
- 註(65) LG.Kiel, 4.10.1955, MDR1956, S.97; LG.Hagen, 13.10.1955, NJW1956, S.713; LG.Hagen, 3.3.1958, NJW1958, S.871.
- 註(66) BGH, 24.1.1961, BGHZ34, S.191. 本判決が斯様な判断を下した前提として、解除に依拠しない取戻権の箇所で取り上げたRG, 11.7.1882, RGZ7, S.147 が示した「留保売主には信用売買の代金によって考えられうる最大限の担保が与えられるべき」という考え方がある。
- 註(67) LG.Detmold, 3.11.1965, MDR1966, S.233.
- 註(68) BGH, 12.7.1967, BGHZ48, S.249.
- 註(69) LG.München I, 6/8.10.1965, NJW1965, S.2353.
- 註(70) BGH, 7.12.1977, BGHZ70, S.96. なお、本判決は、BGHZ34, S.191 と BGHZ54, S.214 との理論的整合化も図っているが、両者の理論構成は本質的に異なるものである関係上、かなり無理がある。
- 註(71) BGH, 4.7.1979, NJW1979, S.2195. また、本判決は、旧割賦販売法二条（解除に際しての買主の消費分の代償給付義務）、五条（返還請求による解除の擬制）の適用、BGB第三九〇条二文（時効消滅した債権の相殺適状）の類推適用により、請求権の時効消滅までの期間中の使用料と債権額との相殺を認容している。
- 註(72) Arwed Blomeyer, *Anspruchsverjährung und dingliche Sicherheiten*, JZ1959, S.15 (15-16).
- 註(73) A.Blomeyer, *ibid.*
- 註(74) Oertmann (Vorname unbek.), LG.Dresden, 25.11.1925, Anmerkung, JW1926, S.725. 他多数。
- 註(75) Serick, *EV I*, S.439-440.
- 註(76) J.Blomeyer, a.a.O. (FuBnote51), JZ1968, S.693; ders., BGH, 1.7.1970, Anmerkung, JZ1971, S.186 (187).
- 註(77) H.Lange, *Eigentumsvorbehalt und Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers*, JuS1971, S.511 (515).
- 註(78) U.Huber, *Eigentumsvorbehalt im Synallagma*, ZIP1987, S.750 (754). ノーバー教授は、留保所有権が質権や譲渡担保権と類似しているというBGHの論拠も、留保所有権は質権や譲渡担保権と比べてかなり強力な権利であるという

次に、売買代金の完済を停止条件とする所有権留保の本質から考察すると、売買代金を完済して初めて買主に所有権移転請求権が発生するのであるから、売買代金の完済を消滅時効によって免れた買主は自己の代金支払債務を免れ、留保商品を自己所有物とすることができるようにも見える。しかし、ドイツの判例・通説は、斯様な結果を公平なものとは見ず、留保売主の所有権を重視し、契約関係（債権債務関係）が解消した以上、所有権移転請求権も解消したものと解し、買主の占有根拠を失わせている。この考え方は、所有権移転が代金完済と同時に進行されることから、この関係が崩れ去った以上、所有権取得を前提とする買主の占有根拠は失われるものと解したのである。つまり、留保売主は、完全なる所有権を留保しているものとみなさなければ、斯様な考え方は出てこない。そして、この考え方は、所有権留保を停止条件付き所有権移転契約と解する限り、必然的に現れるものであるということは前述したとおりである。解除条件付き所有権移転契約であれば、契約と同時に買主が所有者であり、将来の債務不履行の確定と同時に、所有権を失うものということになるからである。

したがって、所有権留保を停止条件付き所有権移転契約という制度として取り扱う以上、買主を実質的所有者だと解する考え方は論理必然的には導かれず、むしろ、斯様な考え方は売買契約の本質に反する解釈であり、また、所有権留保を担保権と解する考え方をとるにしても、その点からは、買主を実質的所有者として扱う根拠に乏しく、むしろ理由にならないものと思量する。

註(63) Königlg. I Berlin, 16.12.1904, KGBI.1905, S.113; LG.Breslau, 6.4.1935, JW1935, S.2218. なお、本項においても、本判決を含む判例の詳細については、前掲拙稿(前掲註〔44〕)一六頁以下、同「売買代金請求権の消滅時効と所有権留

## 第四項 小括

右に概観してきたように、売買代金の時効消滅後における留保売主の返還請求権という問題に関して、ドイツの通説及び判例・裁判例の多数は、消滅時効によって留保売主と買主との契約関係が解消される結果、法定解除と同様の状況となる関係上、留保売主の所有権移転義務と買主の所有権移転請求権(期待権)という関係も消滅し、買主の占有根拠は失われ、留保売主の所有権に基づく返還請求権だけが残るものと解し、留保売主の返還請求権を認めてきたのであり、近時の債務法改正草案でもこれを認めるに至っている。この状況は、一見すると、解除に依拠しない取戻権を認めるべきかという問題と軌を一にし、解除に依拠しない取戻権を認めず、解除後の取戻しだけを認めるべきであるという結論に到達するかのように見えるが、この問題は全く同一であるとはいえない。確かに、契約関係解消後の問題と見れば同一問題になるが、前述した解除と取戻しという問題については、私は、留保買主の履行遅滞による留保売主の換価権の発生によって、買主の占有権原を失わせるという観点から、解除に依拠しない取戻権を認めるべきだという提言を行ったのである。これに対して、代金請求権の時効消滅と返還請求という問題は、すでに請求権の時効消滅により、契約関係が解消し、その結果、買主の占有権は失われているという観点から、留保売主の返還請求を認めるべきものという結論になるのである。つまり、簡単にいうと、前者は、買主の履行遅滞によって、買主の占有権原を「失わせる」のであり、換価までは契約関係が存続するものであるのに対して、後者は、請求権の時効消滅によって、契約関係も消滅し、その結果、買主の占有権原は「失われる」のである。この意味において、解除に依拠しない取戻権を認めるべきだという見解を採っても、決して自己矛盾に陥るといような結果にはならないのである。

には解除権も留保商品の返還請求権もないということになる。<sup>(76)</sup>

第二に、時効消滅後は不履行が債務者の責任領域にないことから、買主の遅滞は終結するものと解し、買主に占有権がとどまるべきものと解する考え方が<sup>(77)</sup>ある。

### 三 履行請求権説

この学説は、通説がBGB第二二三条を類推適用し、買主の消滅時効の抗弁援用による占有権の喪失という理論を構成していることに対して異議を唱え、買主の占有権は履行請求権に基づいているので、消滅時効の援用が履行請求権の喪失を招く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れば、占有権も存続すべきものと解し、この問題は、質権や譲渡担保権の類推ではなく、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ものと解するものである。<sup>(78)</sup>

### 四 債務法改正草案

当初、フーバー教授の鑑定意見においては、BGB第二二三条の状況とは異なるとの理由から、担保された売買代金債権が時効消滅した場合でも、売主の返還請求を認めないかのような立場を表明していたが、<sup>(79)</sup>近時、債務法改正草案においては、代金請求権の時効消滅後、留保売主に留保物の返還請求を認めることに決定した(草案第二二三条二項二文)<sup>(80)</sup>。これは、BGB第二二三条類推適用説を採用したものである。ただ、従来の通説である同条二項適用説なのか、それとも同条の全体を適用するという説なのかは明らかではない。

## 一 BGB第二二三条類推適用説—返還請求肯定説

この学説は三つに分かれており、まず第一に、一項適用説がある。これは、非占有の法定質権に適用されるBGB第二二三条一項を類推適用するという考え方である。<sup>(72)</sup> プロマイヤー (Arwed Blomeyer) 博士は、留保買主を実質的所有者と構成し、留保売主を失権約款付質権者と構成する関係上、同条一項の適用となる。また、この説によると、同条一項と二項は同様の趣旨の規定であるが (Motive, I, S.345)、これらは並立であり、一項は二項に拡張適用されないものと解されている。<sup>(73)</sup>

第二に、二項適用説がある。これは、質権に対する優位性を有する譲渡担保と所有権留保の類似性に着目し、同条二項を類推適用するという考え方であり、<sup>(74)</sup> 従来<sup>(75)</sup>の通説である。

第三に、一・二項適用説がある。これは、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観点<sup>(75)</sup>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である。<sup>(75)</sup> ただ、割賦販売法の適用ある場合には、同法に従うべきものと解されている。

## 二 清算担保説

第一に、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<sup>(76)</sup>ある。この考え方によると、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

効消滅後は設定者に請け戻し権を認めないという同条二項の類推適用により、BGB第九八五条の適用を認め、ここに初めて売買代金請求権の時効消滅後における留保売主の留保商品返還請求権を認めるに至った。<sup>(66)</sup>

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、物権的返還請求権に対する消滅時効の抗弁を認容し、<sup>(67)</sup>また、BGHにおいても、割賦販売法の適用なき所有権留保の場合において、売買代金請求権の時効消滅後は、留保売主には、もはや何らの請求権も存在しないと判示するものがあつた。<sup>(68)</sup>

しかしながら、その後、割賦販売法の適用ある場合でも、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う裁判例が現れ、<sup>(69)</sup>また、BGHも一九六一年一月二四日判決を踏襲し、留保売主に所有権に基づく返還請求権を認めるという理論上の確認を行った。<sup>(70)</sup>

更に、その後、BGHにおいても、一九六五年一〇月六・八日のミュンヘン第一地裁判決(NJW1995, S.2353)と同旨の判例が現れ、割賦販売法適用事案について、留保売主の返還請求を認めることが確認された。<sup>(71)</sup>

### 第三項 学説

他方、学説は、一九六一年一月二四日のBGH判決の流れに沿う判例法理と同様、BGB第二二三条類推適用説を採るものが多数説であり、これに対して、解除に依拠しない取戻しに関する事案である一九七〇年七月一日のBGH判決の考え方を論拠とする清算担保説や、所有権留保制度の改正に関する債務法改正鑑定意見を提示したフーバー教授の履行請求権説が対立しているという状況にある。以下、これらについて紹介しつつ、論評を加える。

更に、割賦販売法の適用される場合には、売却物の取戻しによる解除の擬制規定があることから（旧割賦販売法五条、消費者信用法一三条三項）、請求権の消滅によって解除権の消滅した売主に、果たして、所有物返還請求権があるのかという問題もある。

## 第二項 判例・裁判例

### 一 ライヒ裁判所時代

前段に示した問題について、RGの判例は存在せず、下級審の裁判例は、売買代金請求権の時効消滅とともに、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、あるいは、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、<sup>(64)</sup> 売主の所有物返還請求権を認めなかった。

### 二 連邦通常裁判所時代

戦後、暫くの間は、BGHの判例は現れなかったが、下級審の裁判例は、RG時代の裁判例と同様、履行遅滞の治愈、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第九八五条の適用を認めなかった。<sup>(65)</sup>

しかし、BGHは、一九六一年一月二四日判決（BGHZ34, S.191）において、抵当権者及び質権者につき、請求権の時効消滅後もその権利行使（換価権）を認めるというBGB第二二三条一項、ならびに、讓渡担保に基づく請求権の時



主は、売主の適正と認める物件の評価額をもって前条の総合計額およびその他本契約に基づく買主の債務の弁済に充当することができる。この場合における差額は相互に清算するものとする。

右の契約条項をみると、買主が債務不履行に陥り、あるいは、契約上の義務に違反したときには、売主には物件の引揚権があり、また、解除は売主の任意であることが分かる。更に、物件の引き揚げ後、買主が履行および再引渡しを申し出ることのできる期間はわずかに五日間であり、実務界においては、如何に迅速な処理が要求されているかが分かる。

## 第二節 売買代金請求権の消滅時効と売主の返還請求

### 第一項 前提問題

ドイツ民法においては、売買代金請求権は、二年という短期消滅時効によって消滅する（BGB第一九六条一項一号、日民第一七三条一号）。これによって、買主には給付拒絶権が発生する（BGB第二二二条一項）。そうすると、買主は履行遅滞の状況が治癒され、売主に発生していた買主の履行遅滞に基づく解除権は消滅する。

そこで、まず、買主に給付拒絶権が発生する関係上、もはや契約関係が消滅し、ただ、留保売主には所有権が残っているという理由から、留保売主の所有権に基づく返還請求（BGB第九八五条）だけが認められるのかという問題が現れる。

次に、買主の停止条件付き所有権移転請求権、即ち、期待権という名の履行請求権は、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がある。

買主は、物件に課せられたる固定資産税その他の公租公課を負担し、直接支払うものとする  
 第12条（求償権の行使、物件の引揚ならびに解除）

①下記各号の一に該当するときは、売主は、通知催告その他なんらの手続きを要せず、次条に定める範囲において求償権を行使し、かつ、物件の引揚を行うことができ、また、本契約を解除することができる。

1. 買主が〇〇ローン契約の締結を怠ったため第2条の期限までに融資が実行されなかったとき

2. 買主が〇〇ローン契約に基づく借入元利金の支払いを一回でも怠ったとき

3. 買主が本条項に違反したとき

4. 買主において手形もしくは小切手の不渡を起したとき、または、他から強制執行、仮差押え、仮処分の申し立てを受けたとき、または、和議、破産宣告、会社更生、会社整理の申立を受けたときもしくは自ら申立をなしたとき

5. 物件が火災、盗難、事故等により滅失もしくは損傷し、または紛失したとき

②買主は前項の物件の引揚について、買主が不在の場合でも、売主またはその代理人が売主の定めた立会人を立会せしめて買主の家屋に立ち入りこれを行うことをあらかじめ承諾する。

③売主が本条により本契約を解除した場合は、買主は、売主に対し損害賠償として第2条所定第一回支払金と同額を支払わねばならない。ただし、売主の損害が同金額を超えるときは、売主は損害金額の賠償を請求することができる。

#### 第14条（引揚物件の再引渡）

買主が物件の引揚後五日以内に売主に対して前条により計算した金額ならびに物件の引揚に要した費用（弁護士報酬を含む）合計額およびこれに対する一〇〇円につき一日五銭の割合により計算した金額の総合計額を支払ったときは、売主はすみやかに物件の再引渡を行う。物件の再引渡に伴う費用は買主の負担とする。

#### 第15条（引揚物件による求償義務の弁済）

買主が物件の引揚後五日以内に前条の総合計額を支払わないときは、買主の物件に対する一切の権利は消滅し、売

二六二頁)。

註(59) Vgl., Serick, EV I, S.439-440.

註(60) Serick, EV I, ibid.

註(61) 道垣内弘人『担保物権法』(三省堂、一九九〇年)三〇九頁、鈴木祿彌『物権法講義』(創文社、三訂版、一九八五年)二七五頁、近江幸治『担保物権法』(弘文堂、新版補正版、一九九八年)三〇四頁参照。この考え方は、留保売主の

目的物引き揚げ行為を譲渡担保における私的実行と同視することから唱えられているものである。

註(62) 増田晋・山岸良太・木曳正夫「所有権留保をめぐる実務上の問題点」加藤・林編前掲書(前掲註(57))四〇二頁(四一〇—四一一頁)。実際、私が入手した株式会社写研の使用している写植機の提携ローン割賦販売契約書のうち、本稿において関係すると思われる箇所を引用すると、次のように記載されている。

第8条(買主の善管義務)

買主は、物件の所有権を取得するまでの間、善良な管理者の注意をもって保管使用し、かつ、下記事項を厳守する。

1. 物件につき譲渡、担保権の設定、使用権の設定、その他一切の処分および占有名義の移転を行わないこと
  2. 売主の承諾なしに物件の保管ないし設定場所を変更しないこと
  3. 売主の承諾なしに物件について著しい改造、諸物件の付加等、現状を変更しないこと
  4. 売主の申出により、いつでも物件の所在を証明し、または点検を受け、売主の使用上の注意および意見に従うこと
  5. 物件の維持修理について責任を負い、そのための部品の取替、補修、損傷の修理、定期または不定期の検査、その他一切の維持、修理については、売主の指示に従い、かつ、その費用を負担すること
  6. 物件が他の第三者により強制執行、仮差押え、仮処分を受け、またはそのおそれのあるときは、直ちに連絡し、売主の所有であることを主張し、立証すること、万一、不当に執行を受けたときも同様とすること
  7. 物件の滅失、毀損、盗難、紛失、被詐取その他一切の損害について、直ちに売主に通知すること
- 第9条(公租公課)

されるものと解すべきであるから、解除に依拠しない取戻権を認め、換価時まで契約関係を存続させても問題はないものと思う。

註(53) Bundesminister der Justiz (hrsgg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.236 (238).

註(54) 留保買主の倒産手続に関しては、留保売主から選択権の行使を催告される倒産管財人は、債権者集会における報告期日後に遅滞なくその選択の意思表示をする必要がある旨が規定されており(倒産法一〇七条二項一文)、右の債権者集会における倒産管財人の報告期日は、倒産管財人の報告を基礎として倒産手続の続行を決定するものであり、倒産裁判所が、倒産手続の開始決定において、六週間を超えず、三ヶ月を超えてはならないという期日を定めるという性質上、倒産管財人が留保売主から履行か拒絶かという催告を受けてから、報告期日までの期間が最高で三ヶ月程度与えられる可能性があることから、結局は、買主側に選択の意思表示をするまでの熟慮期間が与えられたのと同様の効果を及ぼすのである。しかし、本稿における私見から考察する限り、留保売主に最長三ヶ月もの間待機させるような法制は到底是認しうるものではない。なお、所有権留保と倒産法との関係に関する論稿として、田村耕一「ドイツにおける所有権留保の横断的考察(二・巻)」広島法学二二巻一号(一九九八年)一九七頁(一九八頁以下)があり、その内容は詳細かつ精緻であり、大変有用な文献である。本稿の当該部分も同稿に負うところが大きい。また、周知のように、ドイツにおいては、一九九四年一〇月に破産法、和議法、包括執行法が統一され、新しく倒産法として公布されたので、新法においては破産(Konkur)という用語は姿を消し、全て倒産(Insolvenz)に統一されている関係上、本稿もこの用例に拠っている。

註(55) Erman/Grünwald, 10.Aufl., 2000, §455BGB.Randnr.21.S.1169.

註(56) Erman/Grünwald, *ibid.*

註(57) 安永正昭「所有権留保の内容、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(三八八―三八九頁)。

註(58) 田村耕一「ドイツにおける所有権留保の横断的考察(一)」広島法学二二巻四号(一九九八年)二四五頁(二六一、

擬制した「モノ」損害賠償請求額に既払い代金を含めることを認めたケース)。

註(48) BGH, 1.7.1970, BGHZ54, S.214 (機械の事案)。

註(49) OLG.Hamm, 5.5.1975, BB1975, S.1038 (割賦販売法の適用なき衣服の製造卸しの事案において、留保物の引き揚げがBGB第三二六条による解除に該当し、この場合には、不履行に基づく損害賠償請求権との選択権を失うとされたケース)。

註(50) BGH, 30.10.1985, BGHZ96, S.182 (キャンホンベーカーの事案)。

註(51) Planck/Knoke, Bd.II/2, 4.Aufl., 1928, §455BGB.S.689; Staudinger/Honsell, 13.Aufl., 1995, §455BGB.Randnr.31; Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd.I, 1963, S.131ff. (137); Palandt/Putz, 55.Aufl., 1996, §455BGB.Ann.27; Palandt/Bassenge, 55.Aufl., 1996, §929BGB.Ann.40; W.Plume, Die Rechtsstellung des Vorbestandskäufers, AcP161 (1962), S.385 (397f.); J. Blomeyer, Das Besitzrecht des Vorbestandskäufers auf Grund des Kaufvertrags, JZ1968, S.691; K. Müller, Zum Herausgabeanspruch des Vorbestandskäufers, DB1969, S.1493ff. (1498-1499); H. Lange, Eigentumsvorbehalt und Herausgabeanspruch des Vorbestandsverkäufers, JuS1971, S.511 (515); F. Look/U. Stoltenberg, Eigentumsvorbehalt und Verjährung der Kaufpreisforderung, WM1990, S.661 (663) など多数説であり、この問題に関する通説といつてもよさうな説あり、異説は殆ど存在せず、わずかに Siebert/Ballerstedt, §455BGB.Randnr.9, S.62; Stulz, Besprechung von Schürmann, Eigentumsvorbehalt und Rücktritt beim Kauf (§455BGB), JW1933, S.1450. などが少数説として、買主の占有権は解除によつてのみ解消されるものと解つてきたに過ぎなかつた。

註(52) U. Huber, Kaufvertrag, in: Bundesminister der Justiz (Hrsgg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.I, 1981, S.911 (923-924). フーバー教授は、この場合には、買主の契約違背行為につき、少なくとも不文の保護義務違反が問題になるものと述べている。斯様に解するのであれば、むしろ、解除に依拠しない取戻権を肯定すべきものと思われる。フーバー教授は、契約を存続させたままでの取戻しを明文で認めるという点に躊躇を覚えたのであろうが、換価時にはもはや買主が代金を支払うといつても遅いのであり、この時点において、契約関係は解消

いるところである。<sup>(61)</sup> 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」と指摘されている。<sup>(62)</sup> したがって、わが国においても、従来から、解除に依拠しない取戻権は、その有用性が認められているのである。今後行われることあるべき立法化に際しては、この点を看過することなく、解除に依拠しない取戻権を肯定すべきものであることを提言したい。

註(44) RG, 11.7.1882, RGZ7, S.147 (建物の事案)。なお、本判決を含む判例法理の詳細については、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)第一巻第三号(一九九九年)一頁(特に、三頁以下)を参照されたい。

註(45) RG, 4.2.1908, RGZ67, S.383 (営業権と造作及びその他一切の動産の事案)。

註(46) RG, 11.11.1927, RGZ119, S.64 (旧割賦販売法五条を類推適用し、留保物の返還請求により、契約は解除されたものと見なすとした事案。乳牛のケース)、RG, 28.2.1934, RGZ144, S.62 (ホテル客室に備え付けた造作一式の事案において、留保売主は、BGB第三二六条の期間の徒過後は、契約解除の代わりに、不履行に基づく損害賠償を請求しようとした事案。この場合には、損害賠償・解除の前提要件たる期間の定めを前提とするので、否定説になる)。

註(47) OLG:Hamburg, 14.12.1950, DB1951, S.77 (建物の割賦販売の事案において、BGB第三二六条による期間の経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を認め、また、売主の返還請求権の行使が解除を

ないが、所有権留保の当事者間の問題であるという点をもつと考慮すべきである。右のような、所有権留保制度の根幹を揺るがすような解釈・法制には何か釈然としない感を覚える。

解除を前提とする取戻権（引揚権）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事実（？）を指摘しつつ、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<sup>(57)</sup>。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ている者であるということをも理由として、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<sup>(58)</sup>。

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いわば預け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、義務違反の場合にはひとまずおくとしても、債務不履行の場合において、留保売主が換価するために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すでに消滅しており<sup>(59)</sup>、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ものである。そして、換価と同時に、買主との契約関係は消滅するものと解するのであれば、双方の利益衝突はないものと解することができる。

私が右に論じた「換価のための取戻（引揚）行為」は別段新しい見解ではなく、すでにドイツにおいてゼーリック教授が論じているものであり<sup>(60)</sup>、また、わが国においても、道垣内弘人教授、鈴木祿彌教授、近江幸治教授などが認めて

ずれている判例であることから、この一個の判例法理を採用した態度には、ますます疑問を覚える。

更に、将来起こりうべき買主の破産に際しては、売主は目的物の取戻権(Aussonderungsrecht)を行使することになるが(倒産法四七条、BGB第九八五条)、買主側の倒産管財人(Insolvenzverwalter)には、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、長くとも三ヶ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(同法二九条一項一号<sup>54</sup>)、その期間の徒過とともに、倒産管財人が倒産法一〇三条に従い売買契約の履行を拒絶した場合には、売主側は取戻権を行使することができるということになる。この選択権の存在理由は、所有権留保の場合には、売主側もまだ完全に履行しているとはいえない状況にあるからだ<sup>55</sup>と解されている。しかし、留保売主の取戻権は、所有権に基づく返還請求権であるから、斯様な待機に均しい制度は妥当ではない。買主が履行遅滞の状況にあったにもかかわらず(大抵はそうであろう)、倒産手続が開始されたからという理由や、売主も完全に履行してはいないからという理由に基づいて、実質的に留保売主を三ヶ月も待機させておくといった改正後のドイツ倒産法の態度は妥当性を欠くものと解するほかはない。なお、倒産管財人が売買契約の履行を選択したときには、その売買代金は、破産財団から優先的に支払われることになっている(倒産法五五条一項二号<sup>56</sup>)。

結局、近時の解釈によると、買主の倒産前は、留保売主には解除に依拠しない取戻権が認められず、また、ドイツ新倒産法によると、買主の倒産後は、最長で三ヶ月の間、倒産法上の取戻権が制限を受けるということになる。これでは、ますます留保売主の地位は損失を被るものとなりはしないだろうか。これに対して、履行遅滞にあった買主をますます保護する結果になりはしないだろうか。これは、留保買主の期待権を保護するという解釈の現れかもしれない。



びるようになった。<sup>(52)</sup>

そして、その後、債務法改正委員会は、債務法改正草案の最終報告書において、売主に留保商品の取戻しを認めると同時に先給付義務を廃した上で契約をそのまま保持させておくなどという必要はなく、先給付した契約当事者に斯様な特権を認めるということは債務法にもこれまでなじみがなく、不動産の売買契約の場合にも特に見あたらないものと論じて、解除に依拠した返還請求権を規定し（草案第四四九条二項本文）、ここに債務法改正草案においてもフーバー教授の鑑定意見が確認され、採用されたのである。<sup>(53)</sup>

#### 第四項 小括

前述したように、解除に依拠しない取戻権の有用性は非常に高いものがあり、また、契約当事者の信頼関係を無視した買主の義務違反行為は信義則の上からも許されないのであるから、斯様な留保所有権に基づく取戻権（引揚権）を認める実益及び根拠は十分にあったものといえることができる。この意味において、フーバー教授の鑑定意見及び債務法改正草案最終報告書における「これまで債務法になじみがなかったから」これを採用することはできないという考え方は妥当性を欠くものであり、従来の判例・裁判例、学説が、いわば通説として承認してきた理論をいとも簡単に捨て去ってしまったという点には大いに疑問がある。

また、鑑定意見及び最終報告書が依拠する判例（BGHZ54, S.214）は、所有権留保の本質を売買代金の担保ではなく、契約関係解消後の清算の担保であるものと解する点において、RGやBGHの判例法理の趨勢からも若干軌道が

れたが、例外的に、取戻(引揚)特約の存在については、これを肯定して、折衷的な考え方が示されるに至った。<sup>(50)</sup>

### 第三項 学説

学説は、解除なき引揚権肯定説が従来からの通説であり、留保買主の履行遅滞、留保目的物の不適切な取扱い、授権なき二次的譲渡(転売)など、債務不履行や契約違背行為をその根拠としてきた。<sup>(51)</sup> この考え方は、そもそも所有権留保という制度は、留保売主が先履行的に留保商品を買主に引き渡した上でその使用を許し、その結果、買主の将来的な代金完済に対して、いわば信用を与えていることから、売主にとって危険な売買契約の方法であるという側面に着目し、買主の側に履行遅滞といった債務不履行、授権なき転売といった義務違反がみられた場合には、たとえ特約がなくとも、これらの行為に対して、厳しい態度を示してきたものといえることができる。

しかし、近時、債務法改正鑑定意見において、フーバー教授(U. Huber)が、売買契約の解消なくして目的物を取り戻すといった権利、即ち、先給付を取り消し、同時履行関係(BGB第三二〇条)という地位を取り戻す可能性は、債務法にもこれまで殆どなじみがなく、不動産売買の場合には類似事案に思いを馳せられるも、動産売買の場合において、売主のため、この種の特権を採り入れるという点に関する根拠は存在せず、また、買主の契約違背行為や目的物の不適切な取扱いなどによって売主の担保を危険にさらした場合であっても、斯様な特別規定を用意する必要はなく、買主の契約違反が重大である場合には、売主に解除権を与えれば足りるものと解した結果、前掲したBGH一九七〇年七月一日判決(BGHZ54, S.214)の理論が採用され、学説においても、ここに解除なき引揚権否定説が脚光を浴

売買の代金によって考えられうる最大限の担保を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ものと判示し、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た。<sup>(44)</sup> この判例がリーディングケースとなり、以後の判例も解除に依拠しない取戻権(引揚権)を肯定し、<sup>(45)</sup> 学説に対しても多大なる影響を与えていた。

しかし、RG時代においても、引揚権の否定につながる趣旨の判例が存在していた。<sup>(46)</sup>

## 二 連邦通常裁判所(BGH)時代

当初、BGHの判例はなかったが、下級審の裁判例では、解除に依拠しない取戻権の否定につながるものがあつた。<sup>(47)</sup> そして、BGHは、一九七〇年七月一日判決において、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り、と解した上で、買主の履行遅滞の場合には、留保売主は、BGB第四五五条により解除するか、BGB第三二六条の催告期間経過後、初めて、BGB第九八五条による返還請求をなしうるものと判示し、解除に依拠しない取戻権(引揚権)を否定した。<sup>(48)</sup>

その後、下級審において、取戻しによる解除を擬制する否定判決があり、<sup>(49)</sup> BGHにおいても、割賦販売法の適用なき所有権留保の場合において、買主が履行遅滞に陥り、留保売主がBGB第四五五条により契約を解除し、あるいは、第三二六条の期間が経過したときには、留保買主の占有権は消滅するものと判示し、先例(BGHZ54, S.214)を一応確認しつつ、他方、留保売主の引揚権に関する約定が存在する場合において、当該引き揚げの前提要件が成立したときには、同様に、買主の占有権は消滅するものと判示し、原則として、解除なき引揚権を否定するという立場が維持さ

買契約を解除した場合には、もはや買主から弁済を得ることはできず、買主の手元から引き揚げた商品を中古市場で売却する以外、価格分の損失を回復する方法はなく、また、必ずしも、その価格分の損失を回復することはできないこと、その場合には、買主に損害賠償請求することになるものの、賦払金の支払いさえすることができない買主に賠償能力があると期待することはできないこと、それならば、いっそのこと、契約は存続させて、買主の手元から早めに留保商品を引き揚げ、買主に心理的に圧迫を加えて弁済を促し、その反面、中古市場の動向をも探るといったことにより、弁済なき場合における売却(私的実行)をスムーズに行うといった、解除による留保売主の損失と契約存続による利便性を考えるべきだということになる。

右の第一の問題と関連して、第二に、買主の履行遅滞、留保商品の不適切な取扱い(ぞんざいな利用など)、授權なき転売など、債務不履行ないし義務違反を理由として、売主に解除に依拠しない留保商品の取戻権(引揚権) (Rücktrittsunabhängiges Rücknahmerecht)を認めるべきかという問題がある。この取戻しないし引揚権については、売主が履行遅滞にある買主の手元から直接占有を回復し、転売等の危険を回避すること、遅滞買主に対して心理的に弁済強制を加えること、商品が新しいうちにこれを早めに引き揚げて換価する必要性があること、などがその根拠となる。

## 第二項 判例・裁判例

### 一 ライヒ裁判所 (RG) 時代

所有権留保売主に解除に依拠しない取戻権を認めるか否かという問題について、RGは、所有権留保の目的は信用

## 第二章 留保売主の返還請求権

### 第一節 買主の履行遅滞・義務違反と売主の返還請求

#### 第一項 前提問題

売買契約における債権債務関係においては、通常、弁済期の到来後、代金債権者たる売主の履行催告後も代金不払いの場合には、買主は、その催告時に履行遅滞に陥る（BGB第二八四条一項一文）。この場合には、一定の予告期間経過後、売主に解除権が発生する（BGB第三二六条一項）。これがドイツ民法における履行遅滞による法定解除の原則である。しかし、所有権留保の場合には、買主の履行遅滞があったという事実があるだけで、即時に解除することができるという特則もある（BGB第四五五条）。

解除後は、契約の清算、即ち、原状回復という問題（BGB第三四六条一文）、あるいは、所有権に基づく返還請求という問題が発生し（BGB第九八五条）、具体的には、留保商品の返還請求という問題になる。

そこで、二つ問題が生ずる。第一に、売主による契約解除の必要性はあるのかという問題がある。即ち、売主が売

とも、物権的地位を有する物権的期待権なのかという点などが問題となる。そして、この物権的期待権と解した場合における買主の地位についても、かつて議論された解除条件付き所有権移転と類似した「実質的所有者説」が復活するのかという点も争点となる。この論点については、本稿においては第三章で詳説するが、所有権留保売主が完全所有者であつても、留保商品の換価における既払い代金の返還という清算が義務付けられるのであれば、譲渡担保権者と同様の地位ということになり、既払い代金を留保商品の使用料として、返還を要しないものと解するのであれば、留保売主は譲渡担保権者とは異なる地位を有するということになる。また、留保売主が完全所有者であれば、留保買主の期待権は、将来の所有権取得に対する期待に過ぎず、物権的効力を有しないという構成につながるであろう。しかしながら、今ここで結論を詳らかにすることは時期尚早である。その前提となるべき留保売主の地位について考察する必要がある。

それでは、以下、留保売主と留保買主との対内関係において問題となるところを紹介しつつ、考察していくこととする。

註(41) この点に関する最近の詳細な研究として、田村・前掲論文(前掲註(9))一二七頁以下、同・「ドイツ民法制定過程における所有権留保(二・完)」経営と経済八一巻二号(二〇〇一年)一八五頁(一八六頁以下)があるので、詳細はそちらに譲り、本稿においては、BGB第二草案を中心に考察の対象とする。

註(42) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd.II., Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S.319.

註(43) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd.II., Recht

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」という第二提案が掲げられ、また、第二提案の復提案として、「停止条件として」を「解除条件として」に取り替えるという提案が掲げられた。

この審議過程においては、まず第一に、停止条件付き所有権移転という物権的效果と、支払遅滞による解除という債権的效果を具備した解釈規定(Auslegungsregel)として構成するという方針が採択され、第一提案については、物権的效果を無視しており不十分であるという理由から、採用しないという結論に達し、第二提案については、不十分に表明された当事者の意思を補充するという意味において適切かつ十分であるとの評価が下された結果、採用するとの結論に達した。更に、復提案については、買主の支払遅滞と直面する売主の利益を考慮すると、停止条件付きが適切であり、所有権留保という意味にも合致するという理由から、「停止条件付き」の採用、「解除条件付き」の不採用が決定されたのである。<sup>(43)</sup>

このように、所有権留保売買は、現行の制度上は、買主の代金完済を停止条件とする所有権移転の特約的な合意であり、売買契約締結後も売主が所有者であり、買主は、将来の代金完済という停止条件が成就したときに所有者になる(BGB第四五五条) という意味において、所謂「期待権者」であるということになる。

この両者の関係を如何に解すべきか。留保所有者は、譲渡担保の場合における担保のための所有者(Sicherungseigentümer)と同義なのか、それとも完全所有者(Volleigentümer)なのか、留保買主は、譲渡担保権設定者としての担保物提供者(Sicherungsgeber)と同じ地位にあるのか、買主の期待権は単なる所有権取得に対する期待なのか、それ

た第七版、一九〇六年に出版された第九版でも同様であり、変わっていない。

註(37) Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen an Grundeigentum Nr.4 (1843), S.270.vgl., Windscheid, *ibid.*

註(38) Windscheid, a.a.O. (FuBnote35), S.546 (FuBnote18a).

註(39) Windscheid, *ibid.*

註(40) 例えば、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)三七頁、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、竹下守夫『担保権と民事執行・倒産手続』(有斐閣、一九九〇年)二七七頁などがある。これら諸学説は、程度の差こそあれ、いずれも買主を実質的所有者と構成し、留保売主を単なる担保権者として取り扱うべきものと解する点において、一致している。

### 第三節 BGB起草段階<sup>(41)</sup>

まず、第一草案の段階においては、所有権留保に関連して、売買代金のためにする売主の担保として古代の質権留保について考察されたが、これを採用しないということが確認され、次に、所有権留保による所有権移転は停止条件付きか、それとも解除条件付きかという問題があり、この点は、物権行為には関係があるが、債務法では無関係であるものと解され、それゆえ、あまり議論されることなく終わっている<sup>(42)</sup>。

次に、第二草案の段階においては、まず、「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、これにより不履行による解除権が留保されたものと見なす」という第一提案が掲げられ、次に、「動産の売買において売主が売買代金の支払いまで買主に引き渡した物



註(28) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.260-261. 私が入手した Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 8. Ausgabe, 1834, § 614.S.142. 以下でも「prd」という「従たる契約は、所有権の取得が延期されるのではなく、その契約の精神によると、解除契約であり、これによって、受領者が破産した場合における所有権の復帰が約定される」との解が述べらる。

註(29) Vgl. H.K. Hofmann, Noch einige Bemerkungen über die Natur und die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts beim Verkaufe, AcP18 (1835), S.254ff.

註(30) Hofmann, a.a.O. (FuBnote29), S.255. ホンマンは「本稿の全体を通じて、停止条件説を採るゲンスラー (Gensler, AcP2, S.291ff.)、ザンカー (Dunker, rhein.Museum für Jurisprudenz, 5. Jahrg., S.65ff. und S.160ff.)、フォン＝ガイラー (v.Geyso, Zeitschrift für Civ.R.u.Pr., S.161ff.) のそれぞれに対して論評を加え、解除条件説の優位性を唱えている。

註(31) Hofmann, a.a.O. (FuBnote29), S.257.

註(32) Hofmann, a.a.O. (FuBnote29), S.260.

註(33) Hofmann, ibid.

註(34) Hofmann, a.a.O. (FuBnote29), S.263.

註(35) Vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1, 5. Aufl., 1879, §172.S.546. ヴィントシャイトは「ローマ法淵源を肯定しているのか、否定しているのか、パンデクテン教科書を読んだ限りでは明確に分からないが、所有権留保につき、疑わしいときには、解除条件付きと解すべきものであり、停止条件付きと解すべきものではないと明確に述べていることから、ここに分類した次第である。

註(36) Windscheid, a.a.O. (FuBnote35), S.546 (FuBnote18a). この論述から、ヴィントシャイトは、所有権留保を不動産売買に伴なうものと認識していたということが分かる。つまり、一八七九年に出版されたパンデクテン教科書(第五版)の説明の中でさえ、近代的な所有権留保の本質である動産売買における消費者信用という考え方は存在しておらず、普通法時代における prd の説明がなされているだけということになる。なお、この点については、一八九一年に出版され

いて簡単に紹介しつつ、右の点を検証する。

- 註(10) Vgl., Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, 1814, Bd.16, S.229ff.
- 註(11) Glück, a.a.O. (FuBnote10), S.230.
- 註(12) Glück, a.a.O. (FuBnote10), S.231 (FuBnote49).
- 註(13) Glück, a.a.O. (FuBnote10), S.231-232.
- 註(14) Glück, a.a.O. (FuBnote10), S.233.
- 註(15) Vgl., J.F.Gensler, Kurze Bemerkung über das vertragsmäßig vorbehaltene Eigenthum an der verkauften und tradierten Sache, AcP2 (1819), S.291-293.
- 註(16) Gensler, a.a.O. (FuBnote15), S.291.
- 註(17) Gensler, a.a.O. (FuBnote15), S.292.
- 註(18) Gensler, *ibid.*
- 註(19) Gensler, *ibid.*
- 註(20) Gensler, a.a.O. (FuBnote15), S.293.
- 註(21) Vgl., Müller, Ueber das pactum reservati domini, AcP12 (1829), S.247ff.
- 註(22) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.250-251.
- 註(23) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.255-256.
- 註(24) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.257, ferner vgl., *ibid.* FuBnote (12).
- 註(25) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.258.
- 註(26) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.259.
- 註(27) Müller, a.a.O. (FuBnote21), S.260.

pr.dとは異なるものという主張もされているが、所有権留保を合意する際に確定期限をつけない事案など、ごく少数に限られるであろうから、この点は理由にならないであろう。事実、この考え方を提示した後で、pr.dに確定期限を付ければ失権約款になりうるものと解しており、自ら、語るに落ちているからである。しかし、右に概観してきた学説に関する限り、解除条件説もかなり有力に主張されており、いずれが通説ないし多数説ともいえないような状況であったようである。

ローマ法の売買契約規定の原則から考察すると、所有権留保においても、代金の支払いが所有権移転の前提要件であるものと解することができ、これが当事者の意思とも合致するのであるという推定が働き、その結果、買主が引渡しを受けていても、その占有状況は、代金の支払いという将来の買主の行為を前提とした上で、売主が完全に所有権と間接自主占有権とを留保するという意味における直接他主占有権に過ぎないのであり、決して、売主が売買と同時に所有権を移転するという意思と結びつくものではないという構成につながる。その結果、後述するBGBの起草段階や完成したBGB第四五五条においても、右の意味において、所有権留保は、買主の代金完済を停止条件として、所有権を移転する特約であるという理論構成が妥当性を有するものと解されたのであることは容易に想定することができる。

右に概観してきたところをわが国における多数説と簡単に比較すると、わが国においては、通常の売買契約と同様、所有権留保売買においても、売買契約と同時に「実質的に」買主に所有権が移転しているものと解されているのであるが、<sup>(40)</sup>斯様な理論構成は、ローマ法の沿革から考える限り、妥当性を有しえないように思われる。また、この点は、ドイツ民法の起草過程における議論からも同様のことがいえる。次段においては、BGB起草段階における議論につ

## 第三項 小括

右に概観してきたように、ローマ法淵源肯定説は、いずれも、ローマ法においては所有権留保それ自体は認識されていなかったと解するものの、売買契約においては、代金を支払って初めて所有権が移転するという基本的な制度とともに、代金完済までは買主に目的物の使用権原を与えるという制度もあつたことから、これが所有権留保制度の起源であるものと類推し、停止条件説を主張してきた次第である。

前述したように、ローマ法においては、所有権移転の基本は売買代金の完済であり、これなくしては所有権は移転しないのであつて、そうすると、所有権留保売買においても、売買代金の完済を停止条件とする所有権移転が考えられ、買主に使用権原が与えられ、占有を許すとしても、所有権の移転は代金の完済によつて条件付けられているのであるから、買主の占有は、所有権の取得へと向かう、いわば所有権取得の前段階としての占有権という意味における自主占有とはいえないのではないかという理論が導かれうる。ローマ法における容仮占有制度 (*precarium*) は、まさにこの理解への論拠となりうるものと思量する。

他方、ローマ法淵源否定説は、第一に、ローマ法の諸規定は、買主に信用を与えていないが、所有権留保は、代金の支払いにつき、売主が買主に信用を与えるものであるということを理由として、ローマ法の諸規定と *pro* とは関係がないという点を強調したり、あるいは、売買契約ならびにその履行である引渡しと同時に買主に所有権が移転しないということになると、売買契約の本質に反するということを強調したりして、解除条件説が適切であるものと主張している。また、第二に、ローマ法における失権約款には履行及び反対給付につき確定期限が付されている関係上、

れた売買代金（あるいは、取得者がなすべきその他の給付）のための可能な限りの担保とは全く意図しておらず、また、売主が売買代金の支払いまでなお売却物を処分して差し支えなく、また、反対に、買主が処分権を欠いているということが、当事者の真の意思と適合していないという状況においては、解除条件にとって有利であるという点を主張しており、また、国家により、あるいは市町村によって付与された権限が、引き渡された土地の所有権(Grundeigentum)と結び付けられる場合にも、所有権留保により、これらが買主の権限に属しないものと考えられるであろうかという疑問を提起して、停止条件説に対する批判を展開している。<sup>(36)</sup>

また、ヴァイントシャイトは、ローマ法の規定やその後の判例(L.20.D.de prec.43.26, L.20§2.L.21.D.loc.19.2, Seuff.Arch.VI.147, XXV.241-243)を引用しつつ、当事者間において、売買代金の支払われるまで所有権が移転しないということに関して明確に話が済んでいるときには事案は決せられるものと解し、停止条件付き所有権移転のケースが存在するという点について一応の理解を示すものの、解除条件説を標榜するレオンハルト(Leonhardt)の、「解除条件に導かれるというよりも、むしろ、停止条件に導かれるように思われるという当事者によって用いられた表現は、場合によっては、解除条件と解すべきもの」であるという見解<sup>(37)</sup>を引用し、その正当性を認めている。<sup>(38)</sup>

更に、ヴァイントシャイトは、履行の場合において、本来的な解除条件と解するときには、移転された所有権の再解除が法律上一様に承認されなければならないが、単なる債務法上の取得者の義務は復帰的移転(Rückübertragung)の役には立たないと主張し、実務は解除条件に好意的ではないが、かなり混乱している(zerfahren)と述べている。<sup>(39)</sup>

結局、ヴァイントシャイトは、当事者の意思を中心に考えるべきものと解しているが、疑わしいときには、解除条件と解すべきであると主張するものである。

ても同様に解されると主張している点について、これを全く不当であると批判しており、その理由を、信用貸しなき売買の場合において、物の占有を買主に移転するときには、即時の支払いがその行為の性質として存在するのであり、売買代金を信用貸しする場合に行われる引渡しであれば、これは所有権の移転と結びつくものだからであると主張し、両者は本質的に異なるものであると主張している。<sup>(34)</sup>

結局、ホフマンは、所有権留保も売買契約である以上、所有権は買主に移転すべきであるとし、そうすると、所有権留保は、当然に解除条件付きであるものという理論構成を採る。しかしながら、停止条件が成就するまでは法律上の効果が生じないということは明らかであり、また、停止条件付き所有権移転は、主たる売買契約に付せられる従たる契約(特約)であるとする限り、ホフマンのいうところの完全な売買である必要はないのである。ホフマンは、所有権留保を解除条件付き法律行為であるという点に固執するあまり、条件付き法律行為の性質を見誤ってしまったように見える。ただ、ローマ法には信用売買という制度は存在していなかったという主張それ自体は、所有権留保を信用売買に基づく制度と解する限り、制度上の継受を主張する側にとってはまさに障碍になりうるものと思われる。しかしながら、少々乱暴な理論構成ではあるが、直接的な継受が認められなくとも、考え方としては類似の制度として、制度上の変遷からつながってくるものという主張であれば、何ら障碍とはならないであろう。

### 三 ヴイントシャイト (Bernhard Windscheid) の見解

ヴィントシャイトは、所有権留保につき、疑わしいときには、解除条件付きと解すべきであり、停止条件付きと解すべきではないと明確に述べている。<sup>(35)</sup> ヴイントシャイトは、その根拠として、当事者が、所有権留保により、遅滞さ

するに過ぎない (Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet id est tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.)」(L.1.1.2.Dig.de A.F.V.19.1)という規定を引用し、この規定によると、売主が同時に所有者であるときには、売主は、買主にその物の引渡しをすると同時に、所有権を移転する旨が十分明確に述べられているものと解し、また、これが売買行為の本質であるものと主張しており、<sup>(31)</sup>停止条件説が所有権それ自体を留保しているものと解している点に批判を加えている。

また、ホフマンは、学説彙纂においてパウルス(Paulus)が論じているように、売主が自己の全ての権利を買主に移転するというような法律行為だけが有効な売買(真実の売買[re vera emit])であるという趣旨の規定(L.2.pr.§1.2.3.Dig.pro.emt.41.4)を引用し、停止条件付き売買なるものは、引渡しが行われても、停止条件が成就していない段階においては、まだ何も売買されていない「売買」がなされたということになり、売買の本質に全く反しているものと主張し、右の主張を裏付けようとしている。<sup>(32)</sup>そして、ホフマンは、これによって、「私は引渡しによって自己の所有権を移転するつもりはない」という売却(Verkauf)と結び付けられた従たる契約をローマ法的ではないと表明することは奇妙なことであるように思われるとしたゲンスラーの覚書も同時に一掃されるものと主張し、この理論を敢行したいと思う人は、その時には、多くは、ローマ法大全を停止条件付き売買であると述べているものとし、しかしながら、斯様な契約は、まさに停止条件があるために、まだ完全なる売買(vollständiger Kauf)ではなく、更に、斯様な停止条件は、物の性質及び無数の法原則(Gesetzstelle)によると、本来的な従たる契約には含まれえず、むしろ、従たる契約は常に解除条件付きであるものと説明されなければならないのだと主張している。<sup>(33)</sup>

更に、ホフマンは、ゲンスラーが与信の場合における所有権留保と信用貸しされていないローマ法の場合とであつ

右に概観してきたように、ミュラーは *Prüf* を解除条件付き所有権移転であるものと解しているのであり、前掲したゲンスラーの立場とは正反対であるということが分かる。

## 二 ホフマンの見解

ローマ法淵源説に反対する第二の学説として、ホフマン (H.K. Hofmann) の見解がある<sup>(29)</sup>。

ホフマンは、まず、所有権留保の本質論に関する学説につき、前段におけるミュラーの見解と同様、停止条件説、解除条件説、当事者意思説(停止条件とするか、解除条件とするかは当事者の意思にかかっているものと解する考え方)を紹介しつつ、これらのうち、所有権留保は、売買によって引渡しがなされた買主にまず所有権が移転し、その復帰または再取得が留保されるという解除条件説こそ、売主が最良の買主に多くの権利を与えるものであり、また売買の本質にも適合するとして、解除条件説を適切な考え方であるものと解し、停止条件説を批判することから出発している<sup>(30)</sup>。

ホフマンの論じているところを概観すると、所有権留保は、基本的に売買契約であるという点を強調しつつ、第一に、学説彙纂の「賃貸借契約か別種の契約で、およそ買主へ所有権が移転しないように尽力する者は、誰もその物を売却しようとすることはできない (Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.)」(L.80. §3. Dig. de contr. E. V. 18.1) という規定を引用し、所有権移転を売買から分離するとすれば、それは売買ではなく、別種の契約 (aliud genus contractus) であるものと主張し、第二に、「確かに、売主が所有者であるとしても、また、買主を所有者とするにしても、売主は、まず最初に物それ自体を供給し、即ち、物を引き渡さなければならず、そうでないとしても、ただ、追奪という名の下に売主を担保



それ自体になりうるものと解し、買主が当該確定期限に遅滞した場合には、以後、買主はその物を保持する権利を失い、その物が法律上売主の所有に復帰するにしても、買主に譲渡義務が発生し、売主に再取得権が発生するものと解した上で、従来の学者は期限を付加しない失権約款を許容しているが、斯様な失権約款と *prid* が結びつくと、*prid* は、奇妙な従たる約定 (*eigenthümliche Nebenbedingung*) とみなされ、まさに、反対給付に関する期限が存在しないという点において、*prid* の特徴が見いだされるものと解している。<sup>(25)</sup> ミュラーは、斯様な意味において、ローマ法から継受された失権約款と *prid* とは異質なものと理解しているのである。

更にまた、ミュラーは、買主の破産に関しても言及している。ミュラーは、買主の破産を解除条件の成就と同視し、留保売主が再取得権ないし再譲渡権を保持しているものと解すると、売主は所有権を留保しているのではなく、返還請求権を留保しているものといふことができ、それゆえ、買主の破産の場合には、所有権の復帰が推定されるものと解している。<sup>(26)</sup> そして、破産手続において、留保売主は、物それ自体が破産財団に帰属している関係上、債権者は買主に対する人的請求権者に過ぎず、破産手続における一債権者となるのであり、*prid* は全く無益なものとなると主張している。<sup>(27)</sup>

最後に、ミュラーは、結論として、*prid* は、「疑わしいときには、破産の発生、その発生により受領者の側で不能となった反対給付をもって、引渡しがなかったものとみなされるという方法において、譲渡人がその譲渡の効力の継続を反対給付の発生に従属させるところの従たる契約である」と定義付けており、この点につき、テイボー (Thibaut) の「*prid* は受領者が破産に陥った場合における所有権の復帰が約定されるところの解除契約である」という考え方を (Pandecten System, S.955) を引用し、自説を根拠付けている。<sup>(28)</sup>

いう方法や、使用賃貸借という方法で引渡しがなされているだけであり、買主に信用が与えられておらず、買主は、このままでは購入物の所有権を取得することはできないという意味において、*prd*とは無縁であるものと解している<sup>(23)</sup>。更に、ミュラーは、ローマ法上の失権約款も *prd* の根拠にはなりえないものと解している。即ち、ミュラーは、第一に、「土地が失権約款付きで売却される場合において、確定期日以内に履行しないときには、購入しなかったことになる (*si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut, nisi intra certum diem sit exsolutum, inemptus fieret*)」(L.4.de leg. com. Dig.18.3) という規定を掲げ、第二に、「失権約款を予め定めた期日以後において、売主が代金を請求したときには、失権約款は放棄されたものとみなす (*post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur*)」(L.7.Dig.18.3) という規定を掲げ、そして、第三に、「失権約款を認めた日以後において、売主が残代金の一部を受領した場合、即ち、定められた期日以後において残債務を履行し、売主が約款を行使せず、残代金の一部を受領したときには、失権から免れたものとみなす (*post diem lege commissoria comprehensum venditor partem reliquae pecuniae accepit: respondit, si post statutum diem reliquae pecuniae, venditor legem dictum non exercuisset, et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria*)」(L.6.§2.Dig.18.3) という規定を掲げた上で、これらの失権約款は、すべて、債務の履行期、即ち、期限 (*dies*) をおよそ本質的なもの (*etwas Wesentliches*) と見なした上で、一定の時期における履行の保証 (*Eintreten*) という担保を手に入れる制度であり、これに対して、*prd* は、将来的に反対給付を保証する引渡し (*Tradente*) を担保するという目的を有する従たる契約に過ぎないものであるということを経由として、両者は本質的に異なるものであると主張している<sup>(24)</sup>。

ただ、ミュラーは、右に述べた意味において、履行及び反対給付の時期が *prd* に付加されていれば、*prd* も失権約款

れを所有権留保の起源であるものと解している。しかし、この見解は、次段において紹介する学説によって批判されている。それでは、次に、ローマ法淵源否定説について概観する。

## 第二項 ローマ法淵源否定説

### 一 ミュラーの見解

前段において紹介したローマ法淵源説に反対する学説として、ミュラー (Müller) の見解がある。<sup>(21)</sup>

ミュラーは、フォン・ヴェーニンク＝インゲンハイムの「所有権留保というものは、時には停止条件付きであり、時には解除条件付きと思われるような条件に他ならない」(v. Wening = Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, § 125.a.E.) という言を引用しつつ、①所有権留保を停止条件付きと解する場合には、条件成就まで売主が所有者であるが、②所有権留保を解除条件付きと解する場合には、その要件として、(a)所有権の復帰が要求されるのか、それとも、(b)所有権の再取得 (Rückerberwerb) が要求されるのかを区別すべきであるとして、所有権留保の本質論に関して言及した上で、これらの問題を決するのは、主たる契約の性質と当事者の意思であると解している。<sup>(22)</sup>

次に、ミュラーは、ローマ法の規定は、所有権留保に全く言及していないものと主張して、グリユックやゲンスラーの見解を批判している。即ち、ミュラーは、所有権留保は信用売買であるという前提に立ち、グリユックが掲げたローマ法上の容仮占有制度 (L.20.de precario.Dig.43.26) と、売却物の危険及び利益に関する制度 (L.16.de periculum et commodum rei venditae.Dig.18.6) とを掲げた上で、これらは、売買代金の支払いが実現されるまでは、占有の容認と

しては、命令 (Verordnung) に従い、あらゆる種類の権利を留保することができるという制度 (L.48.Dig.2.14, L.19.Dig.8.1, L.6.Dig.8.4, L.9.Cod.4.54) もあった旨を紹介している。<sup>(17)</sup>

ゲンスラーは、更に、信用貸しされていない売買代金の支払いが猶予され、これによって消費貸借 (Darlehen) の性質を具備した場合にのみ、引き渡された売却物の所有権は、代金の支払い前に、買主に移転する(41.Inst.2.1, L.5.§18.Dig.14.4, L.19.Dig.18.1) という制度を掲げ、この法原則 (Rechtssatz) は売買契約の暗黙の条件 (conditio tacita) として自明であると述べている。<sup>(18)</sup> そして、信用貸しの場合において、「私は引渡しにより所有権を移転するのではなく、売買代金を担保するため、支払いがあるまで所有権を留保する」旨の付款があつたときには、この従たる契約 (Nebenvertrag) をローマ法的ではないと断言することは奇妙なことであり、あるいは、明文をもって留保された売主の所有 (dominio) という意味を、売主が従来から有しており、差し当たってはまだ手放さないものとしての別の所有権と解することは奇妙なことであると解した上で、信用貸ししていない場合に売主に残っている右の法的手段は、売主が支払いを猶予してはいるが、売主が所有権を留保している場合にも当然に与えられるべきものと解し、斯様な法理は信用貸ししている場合にも適用されるべきものと解している。<sup>(19)</sup>

そして、ゲンスラーは、結論として、所有権留保においては、所有権は延期が推定されるべきであり、再解除は推定されるべきではないとして、所有権留保は、停止条件付き所有権移転を導く制度であるものと解しており、補足的に、所有権留保は、所有権と抵当権との中間物 (Mittel ding) を擬制することがほんの少し残るものと解している。<sup>(20)</sup>

このように、ローマ法淵源肯定説は、売買代金の完済まで所有権は移転しないというローマ法の原則を掲げつつ、この基本的な考え方の中でも、代金完済まで買主に使用権原を与えるという制度があつたという点を根拠として、こ

を回避することができ、あるいは、競売 (öffentlicher Verkauf) に際して、高額売却により破産財団の利益となる場合には、その物を財団のために保持することができるものと論じている<sup>(14)</sup>。

このように、グリユックは、所有権留保の起源をローマ法から類推し、また、所有権留保の本質について、停止条件付き売買と解除条件付き売買とがあるものと解しているが、いずれが妥当であるかを判断するまでには至っていない<sup>(15)</sup>。

## 二 ゲンスラーの見解

同様に、ローマ法淵源説を唱える学説として、ゲンスラー (J.E. Gensler) の見解がある<sup>(15)</sup>。

ゲンスラーは、まず、留保所有権は所有物返還請求権の根拠になるのか、それとも、あらゆる質権に優先する担保的効力しか持ち得ないのかという点に関しては争われているとして、留保所有権の物権性に関して触れ、また、買主が破産したときには、債権者に分離戻権が与えられるとし、更に、買主の所有権は、延期されるのか (停止条件)、それとも解除されるのか (解除条件) という問題があるものとして、所有権留保制度の本質論に関する問題提起を行っている<sup>(16)</sup>。

また、ゲンスラーは、グリユックと同様、ローマ法においては *pro* という名称さえ認識されていなかったものの、これと非常に類似した契約を表している制度があるという前提を提示した上で (Dig.19.2.20 et 21, Dig.43.26.20)、「契約によって条件付けられた引渡物に関する所有権の再解除 (Wiederauflösen) のみならず、停止条件付所有権移転 (L.2.pr. 4 et 16.Dig.18.2, L.3.Dig.18.1, L.8.pr.Dig.18.6, L.38.§1.Dig.41.2, L.41.pr.Dig.6.1, L.1.seqq.Cod.4.54)」もあり、また、譲渡に際

rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit: quoniam non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur a venditore.」(L.16.Dig.18.6) という売却物の危険及び利益に関する制度 (de periculum et commodum rei venditae) とを掲げた上で、シルターによると、*pr*dはローマ法では全く認識されておらず、ドイツ人の発案によるものであると解されているが(Schilter, Praxi iur. Rom., Exercit. XXX. §56) ⑬ この理論は正当ではなく、*pr*dは、右に掲げた二つの法制度から類推されるべきものであると主張している。

グリュックは、右の二つの方法による *pr*dのうち、前者は停止条件付き売買となり、後者は解除条件付き売買となるものとし、前者では、所有権の取得は売買代金の支払いという停止条件に左右され、買主は、売買代金の完済まで引き渡された物を容假占有者または小作人として利用するに過ぎず、これに対して、売主は、条件の成就まで所有物のあらゆる権利を留保し、所有権に基づく返還請求権 (Vindicationsrecht) も売主に属するものと解しており、他方、後者は解除契約となるので、物の所有権は買主に移転し、買主は、*pr*dが存在しているにもかかわらず、物を利用することができると同時に、自己所有物とすることもでき、所有権に基づく返還請求権も買主に属するが、契約の発効と同時に危険が買主に移転することから、不意に生ずる物の毀滅に関する責任(危険負担)も買主に帰属するものと解している。⑭

また、グリュックは、右のいずれの方法でも、買主が破産したときには、売主に分離取戻権 (Separationsrecht. 旧破産法上の取戻権 [Aussonderungsrecht]) と同様のもの (筆者註) ⑮ が与えられており、売主は、買主が破産したという破産手続の開始が表明されたことを理由として、所有権に基づく返還請求により、破産財団の中に現存する物を売主に返還するよう請求することができるのに対して、債権者や破産管財人の側は、売却代金の支払いによって売却物の返還

## 第一項 ローマ法淵源肯定説

### 一 グリュックの見解

所有権留保制度は、ローマ法にその淵源があるものと解する考え方として、グリュック (Christian Friedrich Glück) の見解がある。<sup>(10)</sup>

グリュックは、まず、所有権留保 (Eigentumsvorbehalt) を所有権留保の合意 (Pact) と同視し、この制度は、売主が信用貸しする場合に付加されるが、別の方法でも約定されうるものとし、まず一方では、①買主に譲渡された物の所有権は、買主が売買代金を支払うまでは売主に残されるという方法で約定されうるが、実際、買主が売買代金を清算するまでは、買主には容仮占有者 (Precarium) として、あるいは、小作という方法で (pachtweise)、物の利用だけが与えられる旨が約定され、ここに Pact が暗黙裡に成立し、また他方において、②買主が破産した場合には、所有権の復帰 (Rückfall) が約定されるという方法で、Pact が付加されるものと解している。<sup>(11)</sup>そして、その根拠として、グリュックは、ローマ法上の、「売買代金に関して、その全額を支払った買主には、その占有を容認するように小売りされた物でも、買主自身にまだ支払いの責任がある場合には、売主は、その物を追求することができる (Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quo ad pretium universum persolveretur; si per emptorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.)」(L.20.Dig.43.26) という容仮占有制度 (de precario) と、「売買を理由として、賃貸借に より占有を保持する者は、引渡しがあったものとはみなされないものであるから、奴隷の買主が賃貸借を求めたとしても、代金を支払うまでの間は、その買主自身は奴隷を手に入れることは全くできない (Servi emptor, si eum conductum

註(6) Schiemann, a.a.O. (FuBnotes5), S.163.

註(7) Amts- und Gerichtsordnung für das Markgrafen-tum Oberlausitz vom 2.11.1611.vgl., Schiemann, a.a.O. (FuBnotes5), S.164.

註(8) Kaser, Das römische Privatrecht, 2.Abschnitt, 2.Aufl., 1975, §250f. (312f.).

註(9) Schiemann, a.a.O. (FuBnotes5), S.163. 448' Möbelleihvertragの内容については、田村耕一「ドイツ民法制定過程における所有権留保(一)」経営と経済(長崎大学)八〇巻二号(二〇〇〇年)一一五頁(一二五頁)における紹介を参照した。

## 第二節 普通法時代の学説

所有権留保制度に関する一九世紀初期の学説を概観すると、第一に、所有権留保の起源をローマ法に求めるのか否かという点に関する理論上の争いがあり、第二に、所有権留保の本質論として、停止条件付き所有権移転なのか、それとも、解除条件付き所有権移転なのか、つまり、代金完済まで所有権の移転が延期されるのか、それとも、売買契約と同時に所有権が移転し、後発的な債務不履行によって売買契約が解除され、売主に所有権が復帰するののかという点に関する理論上の争いがある。以下、所有権留保の本質論に関する理解に資するため、これら諸学説を概観する。



が考えられていない場合でも、所有権を留保した場合には、同様に、全ての債権者に先立って支払いを受けられる」旨の古代の *prō* が規定されていた。この事実から、古代の売主質権と *prō* は、併用されていたことが分かる。

しかし、今日、所有権留保といえば、所謂「消費者信用」に関する法規定に属するが、消費者信用という考え方は、元々、普通法時代には存在せず、プロイセンやザクセンの *Möbelleihvertrag* (買い取り賃貸借 [目的物を買主に賃貸し、賃料が売買代金額に達した場合に所有権を移転するというもの]) や、旧ドイツ割賦販売法 (一八九四年三月一六日) において初めて現れたものと解されている。<sup>(9)</sup>

註(1) 本稿は、九州法学会第一〇三回春季学術大会 (二〇〇一 [平成一三] 年六月一六日 [於、九州産業大学]) における筆者の個別報告 (司会、河内宏教授 [九州大学]) の内容に加筆・訂正を施したものである。九州法学会における報告は、「九州法学会会報」に掲載されるが、紙面の都合上、要旨のみの掲載となり、報告内容がかなり縮減した形で掲載される関係上、本誌に報告内容の詳細を掲載した次第である。また、本稿の内容は、過去の幾つかの拙稿と符合しうるものであるが、右の報告を契機として、所有権留保の対内関係について、全体をまとめようと思った次第である。それゆえ、本稿においては、対外的な第三者関係である延長類型については全く触れておらず、また、目的を異にする拡張類型については、当面のところは研究課題とする予定はないということをお断りしておく。

註(2) Vgl., Jörs/Kunkel/Wenger, *Römisches Recht neubearbeitet von Heinrich Honsell/Theo Meyer-Maly/Walter Selb*, 4. Aufl., §62 (Meyer-Maly). S.161.

註(3) Vgl., Honsell/Meyer-Maly/Selb, a.a.O. (FuBnote2), S.163.

註(4) Vgl., Honsell/Meyer-Maly/Selb, a.a.O. (FuBnote2), §117 (Honsell). S.320.

註(5) Vgl., G.Schiemann, *Über die Funktion des pactum reservati domini während der Rezeption des römischen Rechts in Itarian und Mitteleuropa*, SZ93 (1976), S.161ff. (163).

し、第一義的に割賦払いによる売買に適用されていた<sup>(4)</sup>。

このように、ローマ法には明らかに所有権留保の原型があったとは言い難いが、しかし、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や質入れ債務者などとし、これと失権約款を組み合わせることにより、代金債権を担保していたという意味において、ここに所有権留保のルーツを見いだすこともできる。

## 二 普通法時代の所有権留保の合意 (prd) — 総論 —

prdは、給付者信用 (Lieferantenkredit) という現象ではあるが、BGB第四五五条のような動産売買に関する信用担保制度ではなく、不動産売買における現象であり、また、prdの機能は、一八・一九世紀の質権法による動産質原理の採用とともに、非占有動産抵当と所有権留保は禁止され、排除されたのであり、そして、不動産担保権は抵当権へと移行していったものと解されている<sup>(5)</sup>。

prdの起源に関しては、理論上の争いがある。多数説は、ユスティニアヌス帝のローマ法大全上の権利を根拠とする。しかし、地方のドイツ法に淵源ありとする学説 (Schluter, Praxi iur. Rom., Exercit. XXX, §56) もある。ただ、prdが地方的な通有性しかなかったのか、それとも普通法的な通有性もあつたのかは明らかではないと解する学説がある<sup>(6)</sup>。所有権留保に類似する制度と目されているものとして、土地の先給付売買による売主質権 (Verkäuferspfandrecht) がある。この制度は、代金債務者たる買主が将来取得する全ての土地につき、五等級中の第一等級債権者である代金未収売主が非占有質権を有するというものであつた<sup>(7)</sup>。斯様な非占有の売主質権は、ローマ法のうち、特に後古代法から継受されたものであるといわれている<sup>(8)</sup>。また、右の上部ラウジツ法には、売主質権の規定と同一箇所に「質権設定

囲を拡張するために設定される拡張された所有権留保 (erweiterter Eigentumsvorbehalt. 拡張類型) がある。

本稿は、これらのうち、単純な所有権留保における留保売主と買主との間に生ずる紛争を通じて、両当事者の法的地位を明らかにし、以て、所有権留保に関する基本的な法的構成について明らかにすることを目的とするものである。<sup>(1)</sup>

## 第二項 所有権留保の起源

### 一 ローマ法

所有権留保の起源については、後掲するように、ローマ法淵源肯定説と否定説とがあり、旧来から争われてきたが、ローマ法の規定を概観すると、その中に所有権留保の端緒が現れているようにみえる。

まず、ユスティニアヌス帝の法学提要 (Institutiones Justiniani) 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設定による) 担保を給付した場合にのみ、所有権を取得する」という趣旨の規定がある (41.Inst.2.1)<sup>(2)</sup>。この規定の意味するところは、買主の地位は、代金完済まで、使用賃借人 (Paul.u.Iav., L.20.Dig.19.2.-L.22.pr.19.2 [locatio conductio])、容仮占有者 (precaria. Ulpiani, L.21.Dig.43.26 [precarium])、質入れ債務者 (Ulp. L.1.§4.Dig.27.9) という地位に置かれているということである。<sup>(3)</sup>

次に、学説彙纂 (Digesta) によると、「買主が適時に売買代金を支払わないときは、売主は契約を解除することができる」という趣旨の規定がある (Dig.18.3)。これは失権約款 (lex commissoria) であり、普通法における所有権留保の合意 (pactum reservati domini [以下、prdと略称する]) や、近代の所有権留保 (BGB第四五五条) と同様の機能を有

## 第一章 問題の所在

### 第一節 所有権留保の意義と起源

#### 第一項 序説

所有権留保とは、売買契約の当事者間において、売買目的物(留保商品)を買主に引き渡すが、代金の完済まで、売主にその所有権を留保するという特約のことをいう(BGB第四五五条、日本割賦七条)。所有権留保は、目的物の引渡しと代金の支払い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、代金の一部支払いがあっただけで、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になっているのである。

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(einfacher Eigentumsvorbehalt、単純類型)があり、第二に、建設業者が建築資材を仕入れたり、加工業者が材料を仕入れたりする際に、転売授權プラス債権譲渡禁止特約付きで購入する場合に関して設定される延長された所有権留保(verlängerter 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、所有権移転の停止条件が売買代金の完済よりも拡張されて、一定の債務の弁済とされ、被担保債権額の範

第四節 物権的効力の存否

第一項 判例

第二項 学説

第三項 小括

第四章 所有権留保の実体法的構成—日本法との比較—

第一節 ドイツ

第二節 日本

第五章 結語

第二章 留保売主の返還請求権

第一節 買主の履行遅滞・義務違反と売主の返還請求

第一項 前提問題

第二項 判例・裁判例

第三項 学説

第四項 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

第一項 前提問題

第二項 判例・裁判例

第三項 学説

第四項 小括(以上、本号)

第三章 留保買主の期待権

第一節 期待権の意義

第二節 期待権の特徴

第三節 期待権の性質

第一項 判例

第二項 学説

〈論 説〉

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  
第六卷第三号  
二〇〇二年二月

石 口 修

第一章 問題の所在

第一節 所有権留保の意義と起源

第一項 序 説

第二項 所有権留保の起源

第二節 普通法時代の学説

第一項 ローマ法淵源肯定説

第二項 ローマ法淵源否定説

第三項 小 括

第三節 BGB起草段階