

論 説

債務法現代化法後のドイツ民法典における所有権留保

田 村 耕 一

はじめに

- 一 所有権留保に関する改正——代金請求権消滅時効後の実行・実行における契約解除
  - 二 関連する改正及び成立した規定の適用関係
  - 三 若干の検討
- おわりに——わが国への示唆

## はじめに

消費者契約に関するEU指令、支払遅滞に関するEU指令、及び電子契約に関するEU指令を国内に転換するため、債務法を中心とするドイツ民法典（以下BGB）の改正が行われた。改正に当って、従来行われていた債務法改正作業、及びいくつかの特別法も同時に取込まれ、債務法現代化法として公布され、二〇〇二年一月より改正後のBGBが施行された。<sup>1)</sup> なお、用語の変更はあるものの、取込まれた特別法の内容は従来の規定と基本的に同じである。本稿では、拙稿「ドイツにおける所有権留保の横断的考察」<sup>2)</sup>に続くものとして、所有権留保に関連する範囲でこの改正につき言及する。

所有権留保に関して改正された点は、債務法改正作業において問題とされた点と同様である。<sup>3)</sup> 即ち、第一に、売買代金請求権消滅時効後の所有権留保実行の可否、第二に、売主による所有権留保に基づく目的物の取戻しにおける契約解除の要否、である。わが国では、後者につき要否が理論的に若干意識されることはあっても、この二点につきほとんど検討されていないのが現状である。したがって、今改正においてドイツで如何に論じられたのかを検討することは、わが国の現状に対し一定の意味があると思われる。そこで、本稿では、改正過程における前記二点に関する議論を明らかにした上で、改正後の当事者の実体的権利を担保という観点から検討し、わが国に対する示唆を得ることを目的とする。

なお、ドイツにおいては、請求権の消滅時効の完成により債務者に抗弁権が生じるのであり、債権そのものは存

続し時効により消滅するわけではない。この点において、消滅時効と表現することは、わが国では誤解を招くことが懸念される。しかしながら、取得時効に対比する意味での消滅時効であること、用語として定着していることから、本稿では、消滅時効との表現を用いる。

(1) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 29. November 2001, BGBl. Teil I Nr. 61/2001 vom 29.11.2001 S. 3138 ff. 転換されたEU指令は次のものである。Die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12); Die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35); von Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr", ABl. EG Nr. L 178 S. 1). 債務法現代化法については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』信山社(二〇〇三年三月)が詳細である。なお、本稿では、インターネットで公開されている立法資料を参照した。本文中の特に言及のない条文は、改正後のBGBのものである。

(2) 拙稿「ドイツにおける所有権留保の横断的考察—実体法・手続法をめぐる最近の動向を中心に—」(一)・(二・完) 広島法学二二巻四号(一九九八年三月)二四五頁、同二二巻一号(一九九八年七月)一九七頁。

(3) 債務法改正作業については、拙稿「ドイツにおける所有権留保の横断的考察」(一)二八三頁以下、石口修「ドイツ民

法における所有権留保売主の地位——債務法改正草案に現れた問題点を中心として」高崎経済大学論集（一九九七年三月）三九卷四号八二頁。また、売買代金請求権消滅時効に関しては、石口修「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」地域政策研究一卷三号（高崎経済大学）（一九九九年三月）三八二頁、同「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」専修総合科学研究所七号（一九九九年一〇月）一九二頁。

## 一 所有権留保に関する改正

### —代金請求権消滅時効後の実行・実行における契約解除

#### 1 討議草案<sup>(4)</sup>

##### (1) 代金請求権消滅時効後の実行の可否

討議草案二二五条・物的に担保された請求権における時効の効力

① 抵当権、船舶抵当権、又は質権の設定された請求権の消滅時効は、権利者が自らの満足を担保に供された目的物から求めることを妨げない。

② 請求権を担保するために権利が移転されたときは、その返還は、請求権の消滅時効に基づいて請求することはできない。所有権が留保されたときは、担保された請求権が消滅時効にかかったとしても、物の返還を求めることができる。

③一項及び二項は、利息及びその他の回帰的給付の請求権の消滅時効について適用しない。

請求権に消滅時効が完成した場合、請求権が消滅するのではなく、恒久的な履行拒絶権が債務者のために生じるに過ぎない(旧二三条一項)。即ち、消滅時効完成後の債権は時効にも関わらず存続し、履行されることも構わないので、附従する担保権も継続して存続し、自動的に消滅するわけではない。この点で、被担保債権の時効という抗弁は、他の抗弁(一一三七、一一六九、一二一一、一二五四条)と異なり、抵当権及び質権の附従性の原則を破るものであり、物的換価権に対抗することができない。即ち、被担保債権の消滅時効は、抵当権の抹消及び質物の返還の基礎となることはない。なお、旧二三条一項は、約定のみではなく法定質権、さらに差押質権及び仮差押に因る質権にも適用されていた。

旧二三条二項は、担保のための権利の移転にも適用された。これは、人的債権 (persönlichen Forderung) を担保するために形成された権利状態は請求権の消滅時効により影響されるべきではない、という考慮に基づいている。具体的には、譲渡担保と担保のための債権譲渡である。

所有権留保に関して、多数説は、停止条件付所有権移転はやはり担保目的で利用されるので、旧二三条が類推適用されると解している。この見解に依ると、売主は、売買代金の消滅時効後もなお所有権留保の下で供給した物の返還を請求することができる。<sup>5)</sup> 分割行為が問題になっている場合も同じとされている。<sup>6)</sup>

これに対し、Peters/Zimmermannは、次の様な異議を唱える。<sup>7)</sup>「旧二三条一項以外の物的担保の場合への適用は、もつともな根拠なしに、附従性の原則を破壊するものである。担保供与者と人的債務者が別のとき、二次的責任を負えば十分であるはずの担保供与者が、結果として主たる債務者としての責任を負うことになる。また他方

において、担保供与者は求償できるので、主たる債務者から時効の利益を事後的に奪うことになる。担保供与者と債務者が同一だとしても、時効の法制度により回避されるべきであるけれども、附従性の原則は、担保の権利主張の際に、時効になった請求権の存続を審査してしまう。したがって、時効の成立と共に、請求権に附従する担保は総て消滅すると提案する。また、所有権留保については、他の返還請求を持つていながら、売主が自己の利益に反して売買代金を消滅時効させることで取戻権を発生させることになるので、類推適用は拒む。」

以上の様な現状を踏まえた上で本条が提案された理由は、次のとおりである。

「担保目的という点から、所有権留保は、旧二二三条二項で規定される担保権と対比可能である。したがって、時効の際も同様に扱うことが好ましい。この様な取扱いは明文化なしには不可能である。討議草案四四六条二項一文により、売主は契約を解除した場合にのみ所有権留保に基づき目的物の返還を請求することができる。もともと、売買代金の不払に因る解除は、売買代金請求権に抗弁が対立したときは、除外される（討議草案三二三条三項四号・後述する様に二一八条一文に同内容が形を変えて規定・筆者補足）。そこで、それにも関わらず売主に取戻しを可能にするために、売買代金請求権の消滅時効時であっても売主が解除することなく目的物の返還を請求できるとの二文を定める。本規定は、原則規定である討議草案四四六条二項一文の例外である。

確かに、返還要件を満たすことなく留保売主は返還を請求できることになる。しかしながら、より長い時の経過により生じる債務者の証明困難さは、個別の事情に応じて留保売主の責務とすることで対処し得る。すなわち、時効成立後、とりわけ、売買代金債務の消滅時効後しばらくしてから留保売主が自らの所有権留保に基づいて目的物の返還を請求した場合は、留保売主が、売買代金の不払を証明しなければならない。」

以上から、委員会では、「旧二二三条を類推適用するという多数説を変更する理由はみあたらず、むしろ、多数

説の立場が妥当である」として、討議草案二二五条二文において所有権留保について明言し、被担保債権が消滅時効にかかってもおなお目的物の返還を請求できると、規定されることになった。

(2) 実行における契約解除の要否<sup>3)</sup>

討議草案四四六条・所有権留保

① 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、所有権は、売買代金の完全な支払という停止条件の下で移転することが認められなければならない（所有権留保）。

② 所有権留保に基づいて、売主は、契約を解除した場合にのみ目的物の返還を請求することができる。二二五条二項二文は影響を受けない。

③ 所有権移転が、買主が第三者、特に売主と密接な関係にある事業者の債権を履行することに依存する限り、所有権留保の合意は、無効である。

売主が売買代金を猶予した場合において、売買目的物を買主に引渡したときは、売主は、所有権を留保することにより担保される。その様な場合、物権法に関して、九二九条により必要とされる物権的合意は何時有効になるのか、更に債権法に関して、どの様な要件において、売主は売買契約を解除し売買目的物の返還を請求することができるのか、という問題が生じる。

この点につき、旧四五五条は、「所有権留保が合意された場合、疑わしいときは、所有権の移転は売買代金の完全な支払という停止条件の下で発生し、かつ、売主は、買主が売買代金の支払を遅滞する場合、契約を解除するこ

とができる」と規定していた。この様に、所有権留保には、従来より、「物権的効力」と「債権的効力」があると解されてきた。

①一項 まず、物権的効力に関して、討議草案四四六条一項は、「旧四五五条一項を変更する理由はみあたらない」ことを前提として、「停止条件として移転」が、はつきり「停止条件付移転」として書換えられた。

次に、債権的効力に関して、「旧規定は、期間を設置せず、あるいは期間の満了を待たない場合であっても、売主に契約の解除を許すものである」と指摘した上で、「期間の設置は売主を本質的に負担させるものではないし、その上討議草案三二三条（三二三条）二項に規定されている要件を不要としてみましょうので、一般規定である討議草案三二三条からのこの様な乖離に対する根拠は存続しない」と判断された。したがって、「買主が支払を滞った場合、はつきりしないときは留保売主は契約の解除権原を有する、との解釈規定は廃止すべきである」と提案されたのである。

②二項 一文では、判決（BGHZ 54,214）と調和させるため、売主は契約を解除したときにのみ留保目的物の返還を請求できると明確に規定している。売主が先履行し自己の商品を引渡したときは、締結された契約が有効な間は、売主は商品を買主のところに置いておかねばならない。しかし、「売主に商品の取戻しを認め、かつ同時に先履行義務の欠如の下で契約を維持させる必要はない。先履行をした契約当事者のその様な特権は、債務法にはやはり異質な別のものであり、不動産売買契約においてでさえ認められてはいない」との理由から、取戻しと同時に契約を存続させる必要はないと提案された。

二文は、既に述べた様に、売買代金請求権に消滅時効が完成したときは、売主は契約を解除することができない（討議草案三二三条三項四号）という原則に対する例外——なお返還請求が可能——を定める討議草案二一五条二項二



文の参照を明らかにするものである。

③三項 倒産法施行法により規定された旧四五条二項に該当する。変更の検討はなされていない。

## 2 政府草案<sup>(10)</sup>

### (1) 代金請求権消滅時効後の実行の可否

政府草案二一六条(二一六条)は討議草案二一五条に該当する条文であるものの、所有権留保に関する二項二文の「物の返還を求める」が、「契約は解除され得る」と変更された。<sup>(11)</sup>提案理由も、この点についてのみ討議草案から変更されている。

「政府草案四四八条二項は所有権留保に基づく売主による目的物の取戻しは、契約を解除した場合にのみ可能であると定めている。しかし、売買代金請求権が消滅時効にかかり、かつこれに対し債務者が援用したときは、売買代金不払に因る解除はできない(政府草案二一八条(二一八条)一項一文)。しかしながら、売主に取戻しを可能にするために売買代金請求権の消滅時効は契約の解除を妨げないとの二文が定められた。この規定は、政府草案二一八条一項一文にも規定されている様に、同文の例外である。」

すなわち、時効の抗弁によって解除はできないという原則の下、討議草案においては「返還を求めることができる」との例外規定であつたのに対し、政府草案では、なお「解除され得る」との例外規定に変更され、解除の手続によることが貫徹された。

なお、政府草案二一八条に該当する規定は討議草案にはなく、解除に関する討議草案三二三条の整理に伴い挿入されている。<sup>(12)</sup>

## 政府草案二一八条・解除の無効

①不給付又は約定どおりの給付がなされないことに因る解除は、給付の請求権又は追完請求権が消滅時効にかかり、かつ債務者が援用するときは、無効である。二一六条二項二文は影響を受けない。

## ②二一四條二項は準用する。

「政府草案三三三条（三三三条）における解除の要件は、給付又は追完のために債務者に与えられた期間が経過することである。履行請求は消滅時効により強制力を有しないので、債権者が解除権をもちや強制し得ないことも又正当であり得る。形成権は消滅時効には屈しない（政府草案一九四條（一九四條）一項参照）」としても、請求権の消滅時効は、解除権になお影響を及す。」との理由から、被担保債権消滅後の所有権留保に因る解除について規定する一項二文が政府草案において更に追加された。

## (2) 実行における契約解除の要否

所有権留保に関する政府草案四四八条（四四九条）の提案及び理由は、討議草案と同様である。<sup>13</sup> なお、討議草案では規定されていた時効に関して条文の参照を明示する部分（二項二文）は削除され、前記の時効に関する規定で言及されるのみとなった。

3 連邦参議院の見解<sup>14</sup>

以上の政府草案に対して、連邦参議院は、実行における契約解除の要否に対する見解を表明した。

「草案に対して、連邦議会は、今後の立法過程において政府草案四四八条二項の規定が合目的であることを審

査することを望む。正当性につきとりわけ激しく争われている一九七〇年の最高裁判決を草案は受継いでいる。その上、この規定は、解除は常に返還請求の前提ではないとする政府草案五〇三条（五〇三条）二項に矛盾している。所有権留保の下で購入された目的物の取戻しは、買主が、支払遅滞など、契約上の信頼を損った場合において、現行法（旧規定・筆者補足）で考慮され得る。この場合、買主の占有権は所有者かつ売主の返還請求に対抗するとはできない。その様な場合、契約はそれでも維持されたままである。この様な法律効果は、契約上の信頼を守る売主に自らの契約上の第一の請求（売買代金請求・筆者補足）の受領という利益に役立つ。所有権が留保された物の返還請求権は、契約上の信頼を守る買主に、きちんと契約の履行をかえりみる誘因となり得る。この可能性は維持されるべきである。目的物を取戻した場合、解除による契約関係の解消の強要を意図する政府草案四四八条二項は、それ故に削除されるべきである。」

#### 4 連邦政府の解答<sup>16)</sup>

連邦参議院によつて表明された見解に対して、連邦政府は、次の様に解答した。

「連邦政府は再審査によつてな政府草案四四八条二項を堅持する。この規定は、旧消費者信用法一三条三項一文に該当する。その規定の基礎にある法的思考は一般化し得るものである。売主は、履行された支払金を返還することなく、目的物を取戻すことはできない。取戻しは、解除を要件としてのみ、顧慮され得る。」

#### 5 推薦草案<sup>17)</sup>

「委員会は、政府草案四四八条を正しいとみなしている。委員会において及び幾人かの専門家から申立

てられた二項における解除の必要を削除すべきとの要求には賛成しない。これらは、売主が目的物を取戻すことな  
く、しかし同時に既に（分割で）支払われた売買代金を渡さないことが保証されるべきとする。これは公正ではな  
く、既に現行法により広く防止されている（消費者信用法一三条三項一文）。所有権留保は―これまでの様に―事  
業者の間では契約により異なった形成が可能なので、規定の変更はやはり適切ではない。」

## 6 BGBの規定

以上の結果、次の内容で各条文が成立した。

二一六条（物的に担保された請求権における消滅時効の効力）

① 抵当権、船舶抵当権、又は質権の設定された請求権の消滅時効は、債権者が担保に供された目的物から自らの満  
足を求めることを妨げない。

② 請求権を担保するために権利が移転されたときは、その返還は、請求権の消滅時効に基づいて請求することはで  
きない。所有権が留保されたときは、担保された請求権が消滅時効にかかったとしても、契約の解除はなされ得  
る。

③ 一項及び二項は、利息及びその他の回帰的給付の請求権の消滅時効について適用しない。

## 二一八条（解除の無効）

① 不給付又は約定どおりの給付がなされないことに因る解除は、給付の請求権又は追完請求権が消滅時効にかかり、  
かつ債務者が援用するときは、無効である。債務者が二七五条一項乃至三項、四三九条三項又は六三五条三項に

従って、給付をする必要がなく、かつ給付請求権または追完請求権が時効にかかるであろう場合も同様である。

二一六条二項二文は影響を受けない。

②二一四条二項は準用する。

#### 四四九条（所有権留保）

①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、所有権は、売買代金の完全な支払という停止条件の下で移転することが認められなければならない（所有権留保）。

②所有権留保に基づいて、売主は、契約を解除した場合にのみ目的物の返還を請求することができる。

③所有権移転が、買主が第三者、特に売主と密接な関係にある事業者の債権を履行することに依存する限り、所有権留保の合意は、無効である。

(4) Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4. August 2000, S.298ff.

(5) Vgl. BGHZ 70,96,99.

(6) BGH, NJW 1979,2195,2196.

(7) Bundesminister der Justiz (Hrsg.) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.1, 1981, S.246ff., 310f. [Peters/Zimmermann].

(8) BGHZ 34,191,196.

(9) Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.527ff.

- (10) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Mai 2001, S.279f.
- (11) 討議草案の改訂版において、文言の修正がなされた。Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf der Grundlage des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der hierzu vorliegenden Stellungnahmen und der Ergebnisse der Beratungen der Arbeitsgemeinschaften zu den einzelnen Komplexen und der Kommission Leistungsstorungsrechts vom 6. März 2001, S.9.

- (12) 専門に委員会による削減効果に関する改訂版 (11001年11月11日) 611110巻として規定された。
- (13) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, S.566f.
- (14) Stellungnahme des Bundesrates vom 13.07.01, Drucksache 338/01, S.56.
- (15) Vgl. Palandt/Putzo, BGB-Komm., 60. Aufl., 455, Rdnr. 27.
- (16) Gesetzentwurf der Bundesregierung Bundestags-Drucksache 14/6857 vom 31.8.2001 mit Stellungnahme des Bundesrats, S.62.
- (17) Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), S.317.

## 二 関連する改正及び成立した規定の適用関係

### 1 関連する改正

#### (1) 旧四五四条の削除<sup>15)</sup>

旧四五四条は、自らの契約上の義務を履行しかつ買主に売買代金を猶予した売主の解除権を排除していた。この規定は、売却した物につき所有権留保を合意することなく、売買代金支払を猶予して目的物を引渡した売主は、支払の訴えが制限され、かつ解除請求により再び自己の商品を取戻す権利が奪われる与信者として扱われなければならないという考えが基になっている。これは、不動産を買主に引渡したものの売買代金を同時に猶予した不動産売買においても同様とされている。

しかしながら、買主へ先履行するという信頼に対して、売主は常に解除権の抜取りに処せられることの正当性には確固たる基礎がない。例えば、買主が猶予期間の満了後に支払わない場合には、旧三二六条の一般規定により契約を解除し、供給した商品又は不動産を返還請求し得るのが前提なので、売主が先履行を同意しても、特に妥当しないのは明らである。また、買主に関して、例えば非常に短い期間であったとしても支払を猶予されているので、譲渡された商品の支払をしない買主がその間目的物を保持できる、とする正当性はない。

公証実務においては、不動産売買の際、旧四五四条の規定は、通常、失効させられている。判決では、旧四五四

条を狭く解する例外規定とみなすことにより、不当な結果を回避しようとしている。また、本条は、法政策的には誤っていると考えられていた。それ故、削除されることとなった。

## (2) 特別法の取込み

### ① 消費者信用法

旧消費者信用法が債務法の中に取込まれ、第八章・個別の債務関係、第三節・消費貸借契約・事業者と消費者の間における金融援助及び割賦供給契約（四八八―五〇七条）として、旧消費者信用法の内容が規定されている。

契約解除の要件を定めた旧消費者信用法一二条が四九八条に、解除の効果を定めた旧消費者信用法一三条が五〇三条に規定された。また、旧消費者信用法四、六、八条が、分割払における必要的記載事項、形式不備の場合の法律効果として五〇二条に規定された（旧消費者信用法四条一項五文及び五文二号が五〇二条一項、八条一項が五〇二条二項、六条が五〇二条三項）。

五〇二条一項六号に、「所有権留保又はその他の担保を設定する合意は書式が必要である」と規定されている。

もつとも、同条三項には一項五号までの要式を欠く場合に分割払は無効であると定められているので、所有権留保の合意が書式によらない場合は所有権留保が成立しないうちに止まり、契約自体は影響を受けない。

### ② 約款規制法

第二章・約款による法律行為的債務関係の形成（三〇五―三一〇条）として、約款規制法の実体法に関する部分が取込まれた。内容のコントロールを定めた旧約款規制法九条が三〇七条一及び二項に、内容のコントロールの適用を定めた旧約款規制法八条が三〇七条三項に規定された。



## 2 規定の適用関係

特別法が取込まれたことから、当事者の合意を原則としつつ、BGBの規定、特別法による修正、という従来の関係から変化したのかを考える必要がある。この点、実質においては、旧消費者信用法、旧約款規制法同様に、取込まれた後のBGB規定の適用範囲は限定されている。したがって、同一法典の規定ではあるものの、従来の一般規定、特別規定の関係にあると考えられる。以下、拙稿に対応する様に、原則・修正の対応関係を整理する。

### (1) 原則

まず、所有権留保に関して当事者が具体的内容を合意した場合は、それに従うことになる。ここで問題になるのは、三二三条一項で要求される期間の設置を不要とする合意をした場合の有効性である。即ち、合意により期間の設置を不要とすることはできるのかという問題である。この点につき、後述する様に消費者契約及び約款を利用した場合は修正されるものの、一応、期間の設置を不要とする合意は、個別になし得るとされている。<sup>(20)</sup> 個別的合意による変更は、所有権留保に関する法規定から離れることになるため、期間なしの解除権あるいは期間要件の排除が可能となる。<sup>(21)</sup>

当事者間で、具体的内容が合意されていない場合は、BGBの規定が適用されることになり、既にみた様に、売主は、三二三条一項に従って期間を設置し、その期間の経過後に契約を解除することができる。<sup>(22)</sup> 売買代金の一部支払われていた場合、売主は、三二三条五項一文に従って、売主が一部給付に全く利益を有しないときに限り、解除ができる。したがって、売買目的物が分割できる物ではなく、かつ、支払われた代金の一部が目的物の価値に及ば

ない場合は、規定どおり解除できる。ただし、残代金が僅かであるときは、三二三条五項二文により、売主の解除は排除される。また、解除の際、遅滞（二八六条）は基本的に要件とされない。<sup>23</sup>

ところで、三二三条二項一号乃至三号においては、期間の設置が不要とされている。一号及び三号は該当する可能性がないものの、同条二号は、「給付を契約上指定された期日又は特定の期間内に履行せず、かつ債権者が契約上の給付利益の存続を給付の適時性に結びつけ」と規定されていることから、分割払への可能性がある様に思われる。しかし、この二号に述べられている定期行為の前提は、分割払売買においては、存在しないとされている。<sup>23</sup>

## (2) 修正

### ① 消費者契約

解除に関しては、消費者（一三条）と分割払売買を行った場合、五〇三条二項（旧消費者信用法一三条）は、要求される四九八条一項（旧消費者信用法一二条）の要件において、解除のために支払遅滞の存在を前提とする。また、事業者（二四条）が消費財の売買において、目的物を再び自己に取戻したときは、五〇三条二項四文により、解除権の行使とみなされる。

消費者契約の観点では、規定を回避する合意を禁止する四七五条一項には、所有権留保は該当しないとされている。しかしながら、分割払行為においては融資の援助に該当するので（四九九条二項）、期間を設けない場合は無効となる（五〇六条（旧消費者信用法一八条））。また、事業者と消費者間の契約では、五〇二条（旧消費者信用法四・六・八条）に規定された書式を守らなければならない。

②約款

約款については、解除において期間の設置を不要とする内容は、三〇九条四項（旧約款規制法一条四項）及び三〇七条（旧約款規制法八・九条）により、無効となる。約款については、三〇七条の内容のコントロールが適用される。

- (18) Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.444; Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, S.475.
- (19) RGJW 1915,11901 1191;BGHJZ 1958,167;BGH, NJW 1960,1568.
- (20) Manfred Wolf, Sachenrecht, 20. Aufl. 2004, S.309.
- (21) Götz Schulze und Florian Kienle, Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt-eine Kehrtwende des Gesetzgebers?, NJW 2002, S.2843.
- (22) 三二三条・不給付又は債務の本旨に従ってなされなかった給付による解除
- ① 双務契約において債務者が、弁済期の到来した給付を履行せず、又は債務の本旨に従って履行しない場合は、債権者は、債務者に相当期間を定めて給付又は追完履行を催告したにも関わらず、その期間を徒過した場合に、契約を解除し得る。
- ② 期間の指定は、
  - 一 債務者が、給付を真摯かつ最終的に拒絶し、
  - 二 債務者が、給付を契約上指定された期日又は特定の期間内に履行せず、かつ債権者が契約上給付利益の存続を給付の適時性に結びつけ、または、

三 両当事者の利益を考慮して即時の解除を正当化する特別の事情が存在する場合は、不要である。

③ 義務違反の種類に従って期間の指定が問題にならないときは、その代りに催告がなされる。

④ 債権者は、解除の要件が発生するであろうことが明らかな場合は、既に給付の弁済期の到来前に解除しうる。

⑤ 債務者が一部給付を履行したときは、債権者は、その一部給付に全く利益を有しない場合にのみ、契約全部を解除し得る。債務者が給付を債務の本旨に適合して履行しなかったときは、義務違反が重要でない場合、債権者は、契約を解除し得ない。

⑥ 債権者が、解除を正当化する事情についてもつばら又は主として責めを負う場合、又は債務者の責めに帰すべからざる事情が、債権者が受領遅滞に陥ったときに生じた場合には、解除は、排除される。

(23) Manfred Wolfaa.O., S.309. 半田・前掲 一一二頁。

(24) Manfred Wolfaa.O., S.309.

### 三 若干の検討

今回の改正により新たに規定された点は、第一に、被担保債権に消滅時効が完成した後であっても留保売主は所有権留保を実行することができること、第二に、所有権留保に基づく目的物の取戻は契約の解除によること、である。以上の点は、従来は規定されていなかったものの、これまでの判例・多数説及び債務法改正作業に沿った内容

で規定されたものであり、特に改めて新しい論点、問題点があるわけではない。しかしながら、今回の改正に対しては、若干の疑問点も指摘されている。

### 1 売買代金消滅時効後の実行

まず、債権の問題として、被担保債権に消滅時効が完成した後は、買主に給付拒絶の抗弁権が発生し契約を解除することができない（二一八条）。次に、物権の問題として、売主が留保する所有権に基づいて目的物の返還を請求した場合、占有者の抗弁権（九八六条）によって、買主は目的物の引渡を拒絶できる。しかしながら、被担保債権に消滅時効が完成した後の担保権の実行を認める二一六条からは、所有権留保についても、当事者の意図が「担保目的」であることを理由に、売買代金消滅時効後の所有権留保の実行を承認する見解が従来より多数であった。判例は、当初は否定していたが、やがて承認するに至っている。

以上の様な経緯を前提に、改正過程では、消滅時効により債務者に解除に対する抗弁権が生じることを前提に、討議草案では「売主は目的物を取戻すことができる」とされ、政府草案では「解除ができる」と提案された。この過程では、解除によらない取戻しを承認する方法から、抗弁権があるにも関わらず例外的に解除できるとの規定に変更されている。変更は改訂草案の段階でなされており、詳細は定かではない。しかし、これまでの債務法改正作業における鑑定意見、及び今回の議会に対する解答にもある様に、実行は必ず解除によるべきとの強い意図があり、解除によらない取戻、つまり物権的返還請求権の単独行使を認めることには反対するとの姿勢がみて取れる。

従来の取扱い、即ち、消滅時効に関し明文規定を欠くにも関わらず、契約が解除できない状態においても所有権に基づく物権的請求権によって、なお目的物の取戻しを承認することは、類推適用とはいえ解釈の範囲を超える疑

いがあった。したがって、明文化により被担保債権消滅後の実行が可能となったことは、従来よりも担保としての効力が強くなっていると評価できる。

## 2 解除による実行

連邦参議院から表明された見解の様に、解除を必要とすることに対しては反対意見もあった。また、新規定の下においても、若干の問題がある。

まず、形式的な問題として、「取戻しは解除による」ということは、実行として留保した所有権に基づく物権的返還請求権のみを行使して目的物を取戻すことが否定されたことを意味しており、単なる返還請求ではなく一定の手続を経る必要があることから、従来より担保としての効力が弱くなった、と一応は評価できる。もともと、その解除の手続に関しては、いくつかの疑問が生じる。

第一に、解除の規定が債務者の義務違反を問わずに期間の設置のみを要件としていることである。今回の改正では、契約解除と損害賠償はわが国と同様に並列して行使できること（三二五条）、帰責事由は損害賠償の要件とされ契約解除については要件とされていないこと、が変更点として挙げられる。これに対応してか、どの様な場合に売主は契約を解除できるかについて、旧四五五条では、「買主が支払を遅滞したときは」と限定してあったのに対し、新規定では、「所有権留保に基づいて」と特に解除の場合が限定されていない。そこで解除の規定をみると、三二三条は、「弁済期の到来した給付を履行せず、又は債務の本旨に従って履行しない場合」は期間を定めた上で解除することができる」と規定している。そうすると、従来の規定と比べると三二三条に依るならば「債務の本旨に従って履行しない場合」が新たに追加されていることになる。債務の本旨としては、代金支払はもちろんとして、

例えば、買主による目的物の管理責任、目的外使用、譲渡なども、場合によっては想定できる。仮に売主の所有と  
の見解を貫徹しなくても、担保目的物の管理という点からは十分問題となり得る。また、以上の点に関連して、遅  
滞はもはや取戻しの要件ではないから、この点では従来よりも売主の解除要件が軽減されているとの見解もある。<sup>(26)</sup>

第二に、期間の設置が必要としても、どの程度の期間であれば十分なのか。この点、三二三条は、期間の設置が  
不要である場合（同条二項）、及び期間設置の例外（同条三項）を認めている。この点につき、所有権留保につい  
ては、同条二項を満たす場合はほとんどあり得ないことから期間の設置は避けられないものの、三項の規定から例  
外的扱は許容されること、また担保目的の実現には期間設置は過重であることから、解除に必要な相当な期間につ  
いては、かなり短く算定し得ると指摘する見解がある。<sup>(27)</sup>

次に、実質的な問題点として、以下の点が挙げられる。

第一に、解除の意識・機能である。買主の占有権原を喪失させるため、及び買主の既払価値を売主が保有するこ  
とを認めないため、という趣旨は首肯できる。しかしながら、担保として考えた場合、債権回収としての実行たる  
解除と、いわゆる「反対給付を履行する煩わしさから解放される手段としての解除」との関係性をどの様に捉えるべ  
きか、という問題が残る。即ち、実行（債権回収）と契約の解消は相互の性質がどの様な関係にあるのかを考察す  
る必要がある。これは、端的には、いわゆる清算の問題において表面化する。所有権留保の実行については、所有  
権に基づく返還請求であることから物権レベルの問題であり、かつて、既払分の清算を不要とする慣行や判決があっ  
たことから、既払分の価値を売主が支配することが問題とされていた。<sup>(28)</sup>しかし、問題は、そこで行われている実  
体や当事者の意思は、解除の効果や債務不履行に基づく損害賠償（二八〇条）ではなく、あくまでも残代金債権の  
私的な強制履行と解されることである。即ち、売主からみると、契約の解消ではなく契約の貫徹と捉える必要があ

ることになる。しかしながら、解除を要求するとなると被担保債権の額、さらには被担保債権自体が変容してしまうのではないかと疑問である。この点については、本稿の目的を超えるため、別稿で検討する予定である。

第二に、買主の期待権の問題である。買主側からすると、所有権留保の実行は、期待権消滅のプロセスとして捉えられる。この点につき、債権契約と無因の物権契約に基づき買主の期待権が生じているので、債権契約の解除が期待権の喪失を直ちに意味するわけではない。即ち、目的物を取戻すためには、占有権原として、売買契約に基づく占有の他に、物権契約から生じた期待権を除去する必要がある。従来は、所有権留保の主張において、物権的合意の撤回が予定されており、撤回により停止条件は中断し、期待権は消滅すると解することで、解決が図られていた。<sup>25)</sup>即ち、物権としての期待権の除去のためには、所有権留保そのものの実行を想定する必要がある。以上の様な視点から、解除のみではなく所有権留保の単独行使を認める見解もある。<sup>26)</sup>また、この見解は、売主のメリットとして、売買契約を維持し売買代金請求権を保持しつつ同時に買主に期待権除去という圧力をかけることができることを挙げる。さらに契約が維持されている場合、改めて物権的合意を行い、それによる期待権を再度容認することができる。この見解は、契約が存続する場合、買主には履行請求権が生じるものの、売主は残代金支払請求権の留置権（二七三条）で対応できるとする。

(25) 帰責事由については、渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における帰責事由—その内容及び機能について—」判例タイムズ 一一一六号（二〇〇三年六月）一二二頁。

(26) Mathias Habersack und Jan Schürbrand, Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002S.835.



(27) Götz Schulze und Florian Kienle, a.O., S.2843.

(28) 所有権留保に関する立法経緯は、拙稿「ドイツ民法典制定過程における所有権留保（一）・（二・完）」経営と経済 80 巻 2 号（2000 年 9 月）一一五頁、同 81 巻 2 号（2001 年 9 月）一八五頁。

(29) Marion Rinke, Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, 1998, S.170.

(30) Peter Bülow, Die isolierte Ausübung des Eigentumsvorbehalts nach 449 BGB, Betr 2002, S.2091.

## おわりに―わが国への示唆

### 1 被担保債権消滅時効後の実行

わが国では、被担保債権消滅に因り担保物権は附従性から消滅する。しかし、所有権留保においては、どの様に解せばよいのだろうか。売主の権利を担保権として把握する場合、被担保債権の消滅と共に担保権も消滅との帰結が予想できる。では、売主は所有権を保持すると把握する場合、どうなるのだろうか。この問題は、裏返せば、代金債権が時効により消滅した場合、買主は目的物を保持することができるか、売主に対して所有権の移転を請求できるか、ということになる。

わが国では、時効により債権が消滅することを前提に、担保物権の附従性から、担保権も消滅することが当然で

あるとされている。むしろ、時効の完成自体は実務的にはあつてはならないことである。したがって、権利の上に眠っていたのであれば、担保権も消滅しても仕方がないことであろう。しかしながら、担保権における独立の原則及び流通化という観点（いわゆる「近代の抵当権」）からは、むしろわが国の規定が独特であることも意識しなければならぬ<sup>13)</sup>。また、特に、権利移転型の担保において、担保権設定型と同様の附従性を有しているのかは検討する必要がある。終局的には、債権と担保の関係において、債権に何らかの事態が生じた場合、担保にどの程度の効力を与えるかという制度設計に関わる問題であろう<sup>14)</sup>。

## 2 実行における契約解除の要否

所有権留保の実行において解除を要するか否かは、わが国では、特に強く意識されたことはなく、実務の状況を踏まえて解除を要しないとの指摘もある<sup>15)</sup>。しかし、解除を要しないのは、そもそも所有権留保は解除が不要だからなのか、所有権留保には無催告解除権が内包されているからなのか、あるいは所有権留保とは別個の解除特約に依るからなのかは、明らかにされているわけではない。これは端的には、所有権留保の定義の問題ということになる。しかし、内容に関する合意の自由を承認していること、仮に「所有権留保」を定義することができたとしても、売買契約における所有権移転及び解除における所有権の復帰の仕組、さらにそれらに対する合意の可否、並びに所有権留保から独立した（影響を受けない）合意（特約）の可否、との関係から、当事者の実体的権利に様々な差異が生じることを意識しておかなければならない。

担保物権としての所有権留保という観点からは、所有権留保は物に対する権利であり、被担保債権は（残）売買代金債権である。前提となる売買契約が解除されると原状回復となり、契約に基づく権利義務関係は消滅する。契

約解除において、誰のどんな利益がどの程度賠償されるべきか（どの程度「責任」を負うべきか）は問題であるとしても、所有権留保が合意されていない場合を考えると、契約の解除を前提にする手続では、理論的には、売主が請求できる額が必ずしも残代金債権額となるわけではない。この点につき、担保として、あくまでも売買代金債権の回収という点を重視するためには、端的に売買代金債権、即ち売買契約を存続させておくとの見解にも説得力がある。

当事者の意思も含めた実態調査、及び（解除の要否を含めて）所有権留保が合意されていない場合の契約解除との理論的整合性については、今後の検討課題とする。

(31) まず、消滅時効の効果として、権利が消滅するのではなく債務者の抗弁、あるいは強制できない債権となる制度（権利存続型）と、わが国の様に権利自体の消滅とする制度（権利消滅型）が考えられる（旧民法の時効（旧民法証拠編八九条以下）は、権利得喪の強力な推定を生じさせ、一定の証拠によつてだけこれを破ることができるとしていた）。権利存続型の制度を採用している国にはドイツ（債務者による抗弁権）・フランス（訴権の消滅）があり、権利消滅型の制度を採用している国には、日本・スイスがある。次に、附従性については、権利存続型において、担保権の附従性は影響を受けない（ドイツ）、担保権は時効により消滅する（フランス）との制度があり得る。権利消滅型においては、わが国の様に、附従性により物的担保は消滅することになる。ここで注目すべきは、スイス法の規定である。例えば、スイス法債務法一四〇条は、「動産質権は債権消滅後も実行を妨げられない」と規定する。

(32) この点につき、北川善太郎「注釈民法（五）総則（五）」有斐閣（一九六七年一月）三二三頁は、「一面で、担保物権の付従性をどの程度厳格に解すべきかという問題、他面で、時効消滅は担保物権の付従性を当然に肯定する程度の強い効

力をもつべきかという問題、に関連する。この点について、かなりの立法例は時効の効果としてむしろ弱い効力を認めているのが参考になろう。」と指摘する。検討に当っては、法定か約定か、占有か非占有か、により、様々な要素を考慮する必要がある。被担保債権の消滅時効と担保目的物の返還については、抵当権、質権、留置権に関して、林錫璋「債権と担保」法律文化社（一九九七年一月）三頁。

(33) 増田晋・山岸良太・古曳正夫「所有権留保をめぐる実務上の問題点」『担保法大系(4)』金融財政事情研究会（一九八五年一〇月）四〇二頁。実務で所有権留保が中心的に利用されているローン提携販売などを念頭に置いた見解である。