

スイスにおける所有権留保（登録制）と
日本における登録制度導入の可能性

田村 耕一

はじめに

- 一 スイス法の所有権留保
 - 二 スイス法の登録による効果
 - 三 スイス法の登録手続と実態
 - 四 日本法における登録制度導入の可能性
- おわりに

はじめに

公示のない物権は危険であり、とりわけ担保権においては計算可能性を奪うことから、先取特権を代表に公示のない担保には批判的な目が向けられることも多い。もともと、動産の占有については、賃借人、受託者又は単なる所持人もいるため、そもそも占有の「公に示す」機能は当該動産が誰に帰属するかを所持者に尋ねる「手がかり」であり、それ以外に別の情報収集又は確認のための制度を用意するか、が問題となる。そして、例えば集合動産讓渡担保を念頭に動産讓渡登記制度が創設されたのは、制度コストを上回る取引上の必要性があったからである^①。

では、資金調達ではなく売買において利用される所有権留保では、公示制度について、どの程度の必要性が考えられるだろうか。本稿は、この点について、登録制度を整備しているもの未だわが国に十分に紹介されていないスイス法を通じて検討を行うものである^②。なお、敷衍するとスイス法は担保権の構成ではなく完全な所有権の留保を前提とする登録制度を採用している。つまり、登録制度の必要性は必ずしも担保権の構成に限るものではない。もともと、所有権留保につき非占有の動産担保権という立場を採るのであれば、公示不要との立法をしない限り、登録制度は公示の一つの方法として、確実に検討しなければならぬ問題である。

そこで、本稿では、まずスイス法の制度と条文を確認し(一)、特に登録が及す影響(買主による目的物の処分、買主の他の債権者による執行、買主の破産)を述べる(二)。次いで、実際の手続や利用実態を確認(三)した上で、わが国で考えられる取引上の必要性を明らかにすることで登録制度の導入の是非を検討する(四)。なお、前提として担保権としての所有権留保の構造を明らかにする必要があるものの、この点については、同時期の広島法学四三巻四号の拙稿「民法第一七六条の意義と所有権留保の解釈」(以下「拙稿」という)を参照頂きたい。また、

本稿では既に登録制度がある自動車については考察の対象外とする。

一 スイス法の所有権留保

スイス民法典 (Schweizerisches Zivilgesetzbuch; ZGB) の編成は次のとおり。⁽³⁾

導入 (Einleitung; Art. 1-10)

第一編 人に関する法 (Personenrecht; Art. 11-89)

第二編 家族法 (Familienrecht; Art. 90-456)

第三編 相続法 (Erbrecht; Art. 457-640)

第四編 物権 (Sachenrecht; Art. 641-977)

(一) 物権編の規定

物権編は、第一章 (ZGB641条以下) 「所有権」、第一八節「総則」、第一九節「不動産所有権」、第二〇節「動産所有権」、第二章 (ZGB730条以下) 「制限物権」、第二二節「役権及び土地債務」、第二三節「不動産質」、第二四節「動産質」、第三章 (ZGB919条以下) 「占有及び不動産登記」、第二四節「占有」、第二五節「不動産登記」である。第二〇節の動産所有権は、ZGB713条 (目的物) から始まる。

ZGB714条 (引渡) 一項 動産所有権を移転するには、譲受人への占有の移転が必要である (二項はいわゆる即時取得を定める)。

ZGB715条（所有権留保：一般） 譲受人に引渡された動産に関する所有権の留保は、居住地の債権回収事務所（Betriebsbeamten）⁴⁾が備付ける公的な登録簿に登録されたときにのみ効力を有する。家畜の取引については、所有権留保は適用しない。

ZGB716条（所有権留保：分割支払） 所有権留保付で引渡された目的物につき、所有者は、譲受人が支払った額から相当な質料及び損耗に対する補償を差し引いて返還するという条件でのみ、返還を求めることができる。

ZGB717条（占有なしの取得） 特別な法的関係の結果として譲渡人が物が留まる場合において、占有質の規定の弱体化又は回避が目論まれているときは、所有権の移転は、第三者に対して効力を有しない。

ZGB930条（補償請求） 一項 権原者が物の引渡を求める場合、善意の占有者は必要かつ有用な費用の補償を主張し、補償の支払まで引渡を拒否することができる。

動産の所有権移転は引渡しを基準時とす（ZGB714条）、その上で非占有質を否定する法制度（ZGB717条）を前提として、登録によって例外的に所有権留保が認められている（ZGB715条）とす構造である。⁵⁾

所有権留保の登録は、買主への目的物の占有移転の前でも後でもよい。しかし、所有権留保の合意は、占有移転の前又は遅くとも同時の必要がある。⁶⁾ 売主が所有権留保の合意なしに目的物を買主に引渡してしまうと、買主は条件なしの所有権を取得する。先に目的物を引渡して後から所有権留保を合意するのは、構造としては譲渡担保となる。⁷⁾したがって、ドイツでは考えられる事後の所有権留保合意の構成は、ZGB717条による占有質原則の回避の禁止により、第三者に対しては効力が認められない。

売主が目的物の返還を求めたときはZGB716条が適用される。その際は、質料と使用利益と返還された目的物の価値が元の代金より高くなつてはならぬ。⁸⁾ ZGB716条は、目的物を返還し、かつ、既払分は消滅するという

取決めを禁止を意味している。また、売主が目的物の返還を求めたときは、買主にはZGB939条が適用される。

なお、所有権留保の合意の形式は特に定められていない。しかし、買主が消費者のときは書面が要求され、内容も規制されている。⁽⁸⁾

(I) 債務法 (Obligationenrecht: OR) の規定

OR102条（債務者の遅滞…要件） 債務の期限が到来したときは、債務者は債権者からの催告により遅滞になる。

OR107条（解除及び損害賠償…期間設置の場合） 一項 双務契約において債務者が遅滞になった場合、債権者は、その後の履行のために相当な期間を設定するか、所管官庁によって定めさせる権利を有する。

二項 この期間の満了までに履行がなされないときは、債権者は遅延による損害賠償と共になお履行を請求することができるが、その代わりに、債権者が、事後の履行の放棄を即座に宣言し、不履行から生じた損害の賠償又は契約の解除をすることができる。

OR108条（解除及び損害賠償…期間設置不要） 次に掲げる場合には、事後の履行のための期間の設置は必要ない。

一、 債務者の行動から期間の設定が無意味であると証明されるとき

二、 債務者の遅滞により給付が債権者にとって意味を有しないとき

三、 契約から特定の時間又は特定の時間までに給付を行うべきとの当事者の意図が明らかなきとき

OR109条（解除の効果） 一項 契約を解除した者は、約定された反対給付を拒み、かつ、給付したものを取り戻すことができる。

二項 さらに、債権者は、債務者が自己に過責がないことを証明しない限り、契約の消失から生じる損害の賠償を求める

権利を有する。

OR14条（売主の解除権）一項　売却物が代金の前払いにより又は即座に引渡され、買主が売買代金の支払を遅滞したときは、売主は、直ちに契約を解除する権利を有する。

二項　ただし、解除の権利を行使するときは、速やかに買主に通知しなければならない。

三項　売買目的物が支払前に買主の占有となったときは、売主は、明示的に解除の権利を留保しているときに限り、買主の遅滞を理由として契約を解除し、引渡したものの返還を請求することができる。

まず、不動産売買に関し、OR17条二項は「所有権留保の登記は許されない。」と規定する。

次に、買主がOR102条により遅滞となったときは、売主は、OR107条にある履行のための相当な期間を設置するか、契約を解除し所有権を買主から取戻すことができる。もつとも、この両者は、所有権留保の合意が明確でないときや登録がないときにも保障されている。なお、買主の行動によっては、OR108条一号により期間の設置が不要となる。

多数説は、所有権留保の合意は、解除権の留保（OR14条三項）を含むと解している。もつとも、その逆、つまり解除権を留保しても所有権留保の合意とは解されていない。解除により生じる返還請求権は、売主に生じた所有権の物権的性質に基礎づけられる（消滅時効に係らない）。なお、売主が物の返還を求めたときは、ZGB716条が適用される。

(三) 拡張形式

まず、スイスでも所有権留保は、第三者が与信する場合にも活用されている。実務では、売主が融資者に売買代金債権を譲渡することで対応している（したがって、留保された所有権も移転する⁶⁰）。その際の登録では、融資者

が債権者として登録される¹⁰⁾。売主による与信か第三者による融資かで何かが変わるわけではなく、処分行為が重要であるから留保権者について特に法律で制限は設けられていない。しかし、被担保債権を別の債権とするいわゆる拡大された所有権留保は、実質が譲渡担保でありZGB717条に反する。拡大された所有権留保につき、判例もZGB884条の占有質原則を回避する合意として承認していない¹¹⁾。

次に、買主の下で目的物が加工された場合において加工後の物にも所有権留保が及ぶとする「加工条項」はZGB726条一項との関係から許されず、さらに、登録制度があるため、加工条項を合意しても新物についての所有権留保の登録ができない。

そして、買主が目的物を譲渡した際に生じた債権を売主に譲渡するという事前の合意である「譲渡条項」は「譲渡を有効に行うには書面が必要である。」とするORIG5条一項から普及していない¹²⁾。また、再譲渡において、売主のための所有権留保を合意させることもなされるが、買主に債権的な義務を負わせるに過ぎず、有効な方法とはされていない。

二 スイス法の登録による効果

所有権留保については、登録制度があるため、買主が目的物である動産を占有していても、ZGB930条一項「動産を占有する者は、その物の所有者として推定する。」は、適用されない。また、不動産登記簿についてはZGB970条二項で一定の推定があるが、所有権留保の登録については何も法定されていない。

(一) 成立及び消滅

多数説は、登録を設権的効力とするため、成立要件と同様に位置づけられそうである。もつとも、登録されない所有権留保であっても、当事者間では売買契約において有効に合意されているため、所有権留保が不成立又は無効と扱うのは適切ではない。したがって、第三者には何らの効果が生じなくても、当事者間においては一定の効力を承認するのが適切であると思われる。¹⁴⁾

弁済によって所有権留保が消滅したときは、登録の抹消は必要ではない。この場合、買主に登録抹消のための債権的な請求権が生じる。消滅において独特なのは、登録が買主の居住地であるが故に、買主の転居による消滅である。この場合、売主は新しい登録を要求することができるものの、三ヶ月以内に新しい住所で登録しないと所有権留保は消失することになる。¹⁵⁾ なお、この他に三で後述する登録官庁の権原による登録の抹消もある。

(二) 買主による目的物の処分

まず、売主から買主に目的物に関して処分授權がなされているときは、買主は第三者に目的物を有効に処分することができる。この場合、売主に対して転売代金債権が予め譲渡されることもあるが問題が多いことは既に指摘した。

次に、買主に目的物の処分授權がなされていないときは、第三者は即時取得をすることになる。¹⁶⁾ ここで注意が必要なのは、登録との関係である。第一に、登録がなければ第三取得者が所有権留保を知っているても何の影響もない。第二に、第三者に登録の閲覧義務はなく、また、登録を知っていることを推定されない。¹⁷⁾ つまり、買主から目的物を善意で取得した第三者は、原則として、その取得が保護される。

以上から、結論として、買主による処分においては、登録の存在はほとんど影響しない制度となっている。なお、この点については、日本への登録制度の導入に関する四で合わせて分析を行う。

(三) 買主の他の債権者による目的物への執行

強制執行は、SchKG (Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, April 1889) に規定されている⁽¹⁸⁾。SchKGは、債権回収と破産に関する連邦法である。自助は原則として債権者に禁じられているため (ZGB926条)、SchKGは、州の公権力による現金支払又は金銭的保証の形での執行手続を規定している。もともと、所有権留保に基づいて、換価のために債権回収事務所による強制執行の手続を採ることはできない。その理由として、判例は自己のための差押という法律制度がないからとする⁽¹⁹⁾。

他の債権者による目的物に対する執行において、SchKGでは所有権留保を経済的には質権と同視して、売主が有する権利と手続は、質権の場合を類推すると定められている⁽²⁰⁾。具体的には執行異議の手続 (SchKG106条以下) による。つまり、売主が目的物を取戻すという方法は採られていない。手続において、売主の債権は完全に満足するまでの額について、優先される。もともと、所有権留保の登録が差押又は破産手続開始前でなければ他の債権者に対して何も効果がない⁽²¹⁾。また、差押後の登録も可能であるが、他の債権者には何の効果も主張することはできない。

なお、強制執行の手続が開始されても売主は所有権留保を行使することができ、要件を満たす限り契約を解除し目的物を取戻すことができる。この場合、買主が売主に対して有する個別の損害賠償のみが買主の債権者によって差し押えられることになる。

(四) 買主の破産

SoKG202条(他人の財産の換価) 債務者が他人の物を販売し、破産時に購入代金を未だ受け取っていないときは、前の所有者は、補償として債務者に対し、買主に対する請求権を譲渡するか、破産管財人が請求して取立てた売買代金の返還を請求することができる。

SoKG211条(請求の転換) 二項 ただし、破産管財人は、債務者の代わりに、破産時に全く又は一部のみしか履行されていない双務契約を履行する権利を有する。契約当事者は、履行を行うよう要求することができる。

三項 破産における契約関係の終了に関する他の連邦法の規定および所有権留保に関する規定は、影響を受けない。

SoKG242条(取戻権等) 一項 破産管財人は、第三者が主張する物の返還に関する処分を行う。

二項 破産管財人が請求につき理由がないものであると判断したときは、第三者に対し、破産地の裁判官に異議を申し立てることができる期間二〇日間を与える。この期間が経過したときは、請求は失効する。

買主破産時の売主の権利は完全な所有権であるから取戻権であり、目的物は破産財団に帰属しない。債権者である売主には二つの選択肢がある。第一に契約の履行、第二に契約を解除し所有権に基づき返還を請求することである。また、破産手続開始前に売主が契約を解除していないときは、破産開始後、破産財団は契約を引継ぐ権利を有している(SoKG211条二項)。したがって、破産財団は、残額を支払って契約を履行して目的物の所有権を得るか否かを決定することができる(同三項)。履行が選択されたときは売主の債権は財団債権となる。残額を支払わないと決めたときは、売主は取戻権を有する(SoKG242条)。なお、売主の同意の下で目的物が譲渡されたときは、売主は転売代金の譲渡を求めることができ、代金が既に財団に帰属するときは補償を求めることができる。

(SchKG202条)。

では、所有権留保の登録がないとき、つまり登録前の破産開始はどのように扱われるのか。この場合も売主には同様に二つの選択肢がある。しかし、判例によると、手続期開始前の登録が必要であり、開始後の登録は効果がない。⁽²²⁾ 目的物は破産財団を構成し、売主は破産手続において自己の売買代金債権を申請するしかない。

三 スイス法の登録手続と実態

(一) 登録手続

登録については、Verordnung betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910 (Stand am 24. Dezember 2002; EVV) が定めている。

まず、登録の管轄は、買主の居住地の債権回収事務所のみである (EVV1条)。登録は、口頭又は書面で、両当事者又はその一方が共同で求めることができる (EVV4条一項)。一方当事者のみの申請は、他の当事者の同意があると証明されなければならない。⁽²³⁾ なお、債権回収事務所の担当者は、当事者から提供された情報の正確性を確認する義務を負わない (EVV6条)。

登録において添付の書式に記載される内容は、次のものである (EVV7条)。a 登録の番号、b 登録の日付、c 譲渡人の名前、職業、居住地、および該当する場合は、債権の譲受人又は落札者、d 譲受人の氏名、職業及び居住地、e 申請者の申立、f 目的物の正確な名称とその場所 (所有権留保が集合体又は他の多数の客体に対する場合は、これに関する正確な目録を提出して書類として保存し登録簿において参照とする)、g 当事者又は契約に基づく所

有権留保の合意の日付、h被担保債権額、i有効期限（特定の分割払いが返済のために合意されている場合、その金額と有効期限も記載する必要がある）。

登録については、仮登録も可能である（EwV10条）。仮登録は、とりあえずの申請の他、事後の分割払の変更のために使われる。また、登録簿の閲覧は誰でも許されており、債権回収事務所は、請求に応じて登録簿からの認証の抜料と、特定の名前又は特定の対象の登録が利用できないことを示す証明書を提出する必要がある（EwV17条）。登録費用は次のとおり。

支払残高（スイスフラン）	費用（スイスフラン）
一〇〇〇未満	二五
一〇〇〇から五〇〇〇未満	五〇
五〇〇〇から一〇〇〇〇未満	六〇
一〇〇〇〇以上	六％（ただし最高は一五〇）

公証された謄本及び特定の人又は特定の目的物に登録がないという証明の発行（EwV17条）の証明については、一頁当り八スイスフランである。

登録の抹消には、九スイスフランが必要である。もつとも、抹消は義務的ではないため、登録整理のための *Verordnung des Bundesgerichtes betreffend die Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister vom 29. März 1939* (Stand am 1. August 1971) も定められている。これによると、登録は年一回二月に見直され、五年以上古い登録は削除される。

(二) 登録実態

国全体の統計資料は作成されていないようであり、カントンごとに数値が公表されている。最大のカントンであるチューリッヒでは、二〇〇九年末に少なくとも五千件弱であった。この数値を元にスイス全体を推し量ると三万から四万の登録となり、そしてこれは三〇年前と変っていないとされる。ある研究によると登録件数は四万件で総額は八〇〇ミリオンスイスフランとされている。そして、これは、ファイナンスリースの額の十分の一より少ない点が重要である。²⁴⁾

所有権留保がファイナンスリースより不利な点としては、登録の手間と費用及び買主の転居による消滅が挙げられよう。したがって、スイスにおいては、ニュージーランドで導入された人的財産担保登録の方が有用との見解も出されている。²⁵⁾

四 日本法における登録制度導入の可能性

(一) 整理

スイスにおいては所有権留保の登録をしても、買主による目的物の処分において即時取得を阻止することはできない。しかし、買主の他の債権者による目的物への執行及び買主破産時において、売主は、登録がなければ権利者としての関与が認められない。これに対して、わが国における所有権留保の効力は、買主による目的物の処分について即時取得が適用されるが、売主には、買主の他の債権者による目的物への執行において第三者異議が認められ、買主破産時には別除権として手続外で目的物の取戻しが認められている。したがって、この現状を前提に登録制度

を導入するとすると、論理的な理由から導入を認める必要があるか否か、及び、導入する場合にどのような効力、特に登録のコストを要求する以上は現状より有利な効果を与えることができるか、が問題となる。

所有権留保に関して、買主に所有権が移転した上での担保権設定と同様に構成する、いわゆる担保権的構成では、登録に対応する実体法上の動産の非占有担保権の説明がない。子細は別稿で検討しているが、考えられるのは、解除条件、先取特権又は非占有質権である。

まず、解除条件については、買主の債務不履行で直ちに自動的に所有権が売主に帰属するが、反対に買主が債務を履行する限り、売主は権利行使をすることができない。そのため、登録によって、売主の権利状態を保護することが考えられる。この場合、買主の債務不履行に依存しない必要があるため、登録は設権的な効果が整合的となる。次に、先取特権については、動産売買先取特権には本質的に登録は要求されていない。登録制度によって特別の効果を付与するならば、不動産の先取特権のように別途登録を求めることは制度化可能であろう。そして、非占有質権では、設定者に質物を返還する場合に対応し、質権の効力を存続させるためには登録制度が必要となる。

では、登録によって現状より有利な効力を付与することは可能だろうか。転売代金債権については登記制度を有する抵当権に関する理論から、登録によって物上代位権が公示されていることになり、登録後の買主の他の債権者による転売代金債権の差押えに優先することができる。現行との違いは、登録のコスト負担と物上代位権の公示の確保であるが、目的物が常に転売されるわけではないことからすると（特に消費者）、負担だけとなるか（なお、登録費用は最終的には買主に転嫁される）。

現状では、先取特権も所有権留保も登録なしで、他の債権者の執行及び買主の破産手続において被担保債権の回収が認められているため、それ以上の効力付与は困難であろう。あり得るとすれば、信販会社が関与する所有権留

保の場合に、売主ではなく信販会社の有する債権も被担保債権として登録させることで被担保債権の拡大を認める可能性であろうか。

(二) 分析

では、論理的な必要性及び現状より有利な効果の付与の点から登録制度が導入されたとして、活用されていくだろうか。仮登記担保や自動車抵当は、導入後はほとんど活用されていない。²⁶⁾

登録については、成立要件、設権的効力、対抗要件、効力要件があり得、さらに、登録の対象として、不動産登記同様に権利の変動過程とするか、抵当権同様に被担保債権の担保関係のみの一回限りの登録とするか、があり得る。しかし、これらの選択の前に次の重大な問題点を意識しなければならない。

まず、目的物を取得した第三者の保護、具体的には即時取得との関係をどう設計するかが問題となる。例えば、自動車の登録制度のように対抗要件とするときは、民法一九二条の前提となる民法一七八条の適用がなくなるため、無権利の法理によって処理されることになる。したがって、権利者としての登録制度によって、権利関係を明確に証明させて動産の追及を少しでも有利にすることが考えられる。しかし、動産は、事実上、移動されると追及が困難であり、隠匿も容易である。そうすると、そもそも債務者の支配から離脱した物については、一点物の美術工芸品や物に剥離できない刻印等がある物（ピアノや高級腕時計等）を除いて、同一性の証明がほぼ不可能である。スイス法では、財産が帰属する人的登録ではなく、どこの場合に当該目的物が存在するか、という登録である点に注意が必要である。つまり、第三者が即時取得をしなくても権利者の追及力が消失する。したがって、仮に登録に調査義務を課してもほとんど意味がない。つまり、登録について、どのような効力を設定しても、第三者への処分

においては、①一点物の美術工芸品、②物に剥離できない刻印等がある物以外は、実効性がない。

次に、飼料や加工材料・原材料などは、消費され又は加工により新物となるため所有権留保で効力を及すことはできず、予め、新物や転売代金債権を把握しておく必要がある。もつとも、これについては、動産及び債権譲渡担保で既に実現可能である。その上で、担保としての理論や制度に服すべきとすると、動産・債権譲渡担保の設定に一本化することも考えられる。つまり、所有権留保として機能する物は、③原則的に移動及び消費や加工が想定されない動産となる。スイス法では、集合体又は他の多数の客体に対する所有権留保が登録によって実現されている点は示唆的である（EVI7条）。

なお、債務者の支配下に目的物が留まる場合は、どんな物でも効力を及ぼすことができ、また、この場合は、登録をどのような効力として制度化しても差異は生じない。端的には、解除によっても同様の効果を上げることができる。

さらに、買主の他の債権者による執行及び買主破産時についてはどうか。まず、①一点物の美術工芸品、②物に剥離できない刻印等がある物については、既に売主の先取特権によって保護される以上の効果を登録に付与するとしても、買主による予想される隠匿や処分により、物上代位のみでは魅力と実効性に欠けるであろう。次に、③原則的に移動及び消費や加工が想定されない動産について、特に継続して供給される物や集合物を念頭に、担保としての観点から、動産・債権譲渡担保の設定に一本化すると、既に先行して金融機関による事業把握として動産譲渡担保が設定されている場合は、原材料等を供給する売主は遅れるため負けることになる。判例によると公示のない先取特権は機能しない。しかし、売主の優先が保証されていないと結局は買主の事業自体が成立しないおそれがある。先行融資する金融機関は買主の事業継続が前提であるから、事業継続の為の共同体的な立場にある売主は、金

融機関に対し、自己が優先するように交渉することが可能であり、とりわけ今日では金融政策の変化から地域金融機関であれば交渉に応じることが予想される。⁽²⁷⁾そして、この実態を前提に所有権留保の登録制度を導入するのであれば、機械等の個別動産であれ、原材料であれ、常に売主が優先するという結論を用意しなければ、登録の活用を期待することはできない。以上から、動産譲渡登記に所有権留保の登記を併用させる又は別に所有権留保の登録を導入するの何れにせよ、売主が常に優先するという結論でなければ魅力がないであろう。なお、売主が常に優先するという根拠については、質権では根拠が見出し難い。実体法的には、不動産の先取特権の場合と同様に先取特権の登録によって当該売却物については優先の効果が認められると構成することが可能であろう。そうすると、この場合、わが国では登録を存続かつ対抗要件とするのが適切であろう。

以上、本稿からは、①一点物の美術工芸品、②物に剥離できない刻印等がある物については解除と差異がないこと、買主が採るであろう行動を予想する限り、物上代位のみでは魅力と実効性に欠けることから、登録を創設するメリットは少ないと考えられる（登録が創設されれば一気にファイナンスリソースに移行するだろう）。もっとも、③原則的に移動及び消費や加工が想定されない動産については、新規又は動産譲渡登記の改良によって、売主が常に優先するという利点を提供することで活用可能性があることになる。しかしながら、既に最高裁判平成三〇年一月七日判決・民集七二巻六号一〇四四頁は、金融機関によって先行して買主の財産に集合動産譲渡担保が設定され登記されていた場合において、売主が継続して供給した所有権留保の目的物が買主に引渡された後に既存の物と混在して保管されたときであっても、特定性の維持や集合物論等に一切言及することなく、所有権留保の優先を認めた。⁽²⁸⁾つまり、登録を導入する可能性があった③原則的に移動及び消費や加工が想定されない動産についても、導入の利点が消失したのである。

所有権留保につき担保権的構成として先取特権や非占有質とする構成を目指すのであれば、公示や對抗要件については検討や整備が不可避であろう。しかし、現状では、実体法上の担保権としての法律構成や公示制度が曖昧なまま、妥当な結論だけが先行している。担保権的構成が現行法上の先取特権や非占有質権を主張する趣旨ではなく、担保権的な扱いを目指すに過ぎないのであれば、担保権の類推という手法ではなく、所有権の留保という構造から生じる担保的な効力の發揮として構成することが適切ではないか。

現状の登記制度は、物権変動が生じたことの登記である。したがって、所有権が売主に留保されるとする所有権的構成では、物権変動が生じていないという状態の登録制度となるため、特異な制度となる。登録を要請するため論理的根拠としては、売買という処分行為をしておきながら、なお所有者であり続けるといふの特異な状態と位置づけて説明することになろう。しかし、将来物や他人物の売買も可能であることから説得的ではあるまい。登録によって与えることができる新たな効力についても、物的代位程度しか想定することができない。所有権的構成からは、登録制度の導入は困難と思われる。

おわりに

本項では、所有権留保についてとりわけ担保権的構成を採った場合には不可避となる公示の問題について、登録制度を採用しているスイス法を紹介すると共に、わが国でも登録制度の導入について若干の分析を行った。その結果、次の三点を明らかにした。

まず、スイスでは、動産については引渡による所有権移転を原則とした上で、占有質の原則と売主保護の要請を

両立させるといふ理論的な要請から、登録制度の導入で売主に所有権を留保することを認めている。集合物にも対応し、買主破産時には転売代金債権も自動的に把握できる点は、登録の効果として興味深い。もつとも、実務ではむしろファイナンスリースが好んで用いられている。

次に、わが国では、担保権の構成の具体的内容としては解除条件、先取特権及び非占有質権が考えられ、登録制度によって一定の効力を付与することで担保権の構成を具体化することが可能となる。もつとも、登録により付与することができる効力は物上代位権の公示程度であり魅力に乏しく、移動が簡単であるとの動産の特性から登録制度の導入に意味があり得る物は原則的に移動及び消費や加工が想定されない動産である。そして、動産譲渡登記とは別に又は動産譲渡登記の活用とするにしても不動産の先取特権同様に登録によって常に売主の優先を認めることが望ましい。

しかしながら、既に最高裁判平成三〇年一月七日判決・民集七二巻六号一〇四四頁は、継続的かつ買主に目的物が引き渡された後に特定性が保たれない売買契約の所有権留保でも、公示なしに、先行して登記された集合動産譲渡担保に優先することを認めた。論理的には検討すべき点がある中で、公示を不要とする所有権の留保による担保が求められ、かつ、判例も許容したとすると、担保権と解する理解は今後とも維持することが妥当なのか。利益衡量論から不動産の譲渡担保を念頭に主張された担保権としての扱いを指向する指導原理が確立した以上は、類推ではなく、採用された法形式・構造から効力を導く通常の理解方法が適切ではないだろうか。²⁹⁾

注

(1) 動産譲渡登記制度の創設時のパブリックコメントでは、所有権留保も対象とすべきであるとの意見があったが、特に応接

されることなく対象とはされなかった。

(2) スイス法の立法過程については石口修『所有権留保の研究』(二〇一九年、成文堂)六二頁で紹介されている。

(3) ZGBはオイゲン・フーバーによって起草され、一九〇七年二月一〇日に成立し、一九一二年に施行された。最も影響が大きかったのは、東スイスでも使われたチューリッヒ州の民法(ヨハン・カスパー・ブランドシュリが起草)だが、西スイスのいわゆるナポレオン法典とオーストリア民法の特徴も有している。

なお、一八八一年六月から債務法(Obligationenrecht; OR)がZGBから独立して立法された(ORS30条以下は会社法も含む)。また、分割払いについてはOR226a条以下が定めていたが、二〇〇三年一月一日より消費者信用法(Konsumkreditgesetz; KKG)に規定されることとなった。

(4) スイスでは、債務名義がなくても取立手続を始めることができる、つまり債権者以外も取立てを申請できる点が特徴的である。債務名義の有無はその後の裁判手続で確認され、債務者が反証できなければ取立手続に入る。実際の取立業務は各州・地域の債権回収事務所が行う制度となっている。

(5) 所有権留保の法的性質については、多数説は停止条件付所有移転と解しているが、解除条件説も有力である。理論的には解除条件説の方が優れていることについては、拙稿で検討している。

(6) BEB93 III 96, 104.

(7) 譲渡担保に関する規定はZGBにないが判例と学説で信託的(Fiducia cum creditore)に所有権が完全に移転するとして動産のみ承認されている。譲渡担保と所有権留保は、所有権を担保として活用する点で同じである。しかし、所有権留保は公示制度が用意された非占有の担保権であるが、譲渡担保は占有と結びついた担保である(占有改定)。また、ZGB717条のため、競合する債権者や目的物の取得者には譲渡担保を主張することができない。そのため、設定者破産時には、目的物は破産財団を構成する。

(8) 所有権留保の合意については形式は問われていない。もっとも、実際は、KKG10条が適用され、同条dによりKKG9条一項

の書式が必要となる。

KKG10条（商品又はサービスの購入における融資のための契約）商品又はサービスの購入における融資のために与信契約を用いるときは、以下の情報を含めなければならない。

d) 所有権が消費者に直ちに移転しない場合の商品の所有者の氏名及び商品の所有権が消費者に移転する条件（九条一項・消費者信用契約は書面で締結しなければならない・消費者は契約のコピーを保持する、と定める）

(9) 債権譲渡に関し、OR170条一項は、従たる権利は付随して移転すると定める。

(10) Art. 4 Abs. 1 Verordnung betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910 (Stand am 24. Dezember 2002). 以下、EVVA記す。

(11) ZGB88条一項「法律が例外を認めない限り、動産には、質権者に質物の占有を移転することによってのみ質権を設定することができる。」判例は、BGE56 III 79 (811.)。

(12) ZGB726条一項「誰かが他人の物を加工又は改造したときは、新しい物は、加工が材料よりも高いときは加工者に、その他の場合は、材料の所有者に帰属する。」

(13) OR13条一項「法律で書面が要求される契約には、それに拘束されるすべての人の署名を必要とする。」つまり、所有権留保の書面では、譲渡の書面になり得ない。

(14) von Michael P. Wurst, Der Eigentumsvorbehalt im deutschen und im schweizerischen Recht, GRUN, 2007, S. 16.

(15) EVV3条の一項が請求権について、三項が三ヶ月の期間を定める。

(16) なお、買主が売主の同意なしに所有権留保の目的物を処分したときは、横領罪 (StGB Art. 138 Ziff. 1.5) が成立する。

(17) もっとも、自動車の場合は第三者に調査義務があるとされている。

(18) 債権の回収はスイスではBetriebsungといわれる。StKGの編成は、第一編「総則」、第二編「債権回収」、第三編「差押による債権回収」、第四編「担保執行による債権回収」、第五編「破産による債権回収」、第六編「破産法」、第七編「破産手続」

第八編「仮差押」、第九編「貸貸に関する特別規定、信託に関する特別規定」、第十編「異議」、第十一編「検認手続」、第十二編「緊急猶予」、第十三編「最終条項」である。

(19) BGE32 II 135.

(20) Kreisschreiben des Bundesgerichts Nr.29 vom 31. März 1911, BGE48 III 107.

(21) BGE96 III E.6, BGE 96 II 161 E.5.

(22) BGE 93 III 405ff.; BGE 96 II 171.

(23) EVV4条四項は売買契約書の提示又は公証された謄本を掲げる。

(24) 以上は、Hans Kuhn, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Stämpfli, 2011, S.311.による。筆者が、インターネット上でチュールツヒのデータを探したところ、所有権留保の登録は、二〇一七年が五六五〇件、二〇一八年が五七六五件であった。なお、同書の三五〇頁にはファイナンスリースにつき二〇〇九年の対象品目と額が掲載されており、自動車にもファイナンスリースが相当に用いられている。

(25) Hans, a.a.O. S.312. ニュージーランドについては、小山泰史「ニュージーランドPPSA一九九九年法について」池田真朗・中島弘雅・森田修編『動産債権担保法』(二〇一五年、商事法務) 五二二頁。

(26) かつて、筆者は、動産譲渡登記制度の導入時に譲渡登記制度と仮登記担保法の導入について比較検討したことがある(拙稿「バブル経済後の日本における担保法の変化と立法手法に対する評価―動産譲渡登記制度の制定過程を例に―」『韓国の土地法 理論と実務』(二〇〇六年、法元社(韓国)) 七二七頁。また、自動車抵当については拙稿「自動車販売における契約形態と自動車抵当・所有権留保の比較・分析―動産抵当(動産譲渡登記) 制度はどの様な場合に利用され得るのか―」熊本法学一〇〇号一頁で検討した。

(27) 今日の地域金融機関における担保は、教科書等で念頭に置かれている換価・清算とは全く異なった使い方がされている。

この点については、拙稿「地域金融機関による中小企業向け融資における担保の意義と解釈」深谷格/西内祐介 編著『大改

正時代の民法学』（二〇一七年、成文堂）一七一頁及びここに引用した論文で検討している。

(28) 同判決については、拙稿「評釈」広島法科大学院論集一五号一四一頁で検討している。なお、集合物論や特定性については、拙稿「種類物の継続売買契約における所有権留保に関する基礎的考察…東京高判平成二九年三月九日金法二〇九一七号七一頁を素材に」広島法学四二巻三号六九頁をご覧ください。

(29) 大村敦志『新基本民法担保編』（二〇一六年、有斐閣）一一一六頁は、譲渡担保を担保権とする見方につき「形式・理論よりも実質・機能を重視するという戦後民法学に支配的な考え方（「利益衡量」と呼ばれる）の影響を見てとることができる」とし、さらに一二五頁では判例と学説の関わり方につき疑問を呈している。その上で、一三二頁では債権譲渡担保については、質権設定と法性決定すべきではないかとする。このように、単に担保権的に扱うべきという指針を超えて、現行法制の中で実務的に耐えられる具体的な構成を示す必要があるのではないだろうか。