

I - 動産売買先取特権と所有権留保の関係に関する理論的考察 (田村)

動産売買先取特権と所有権留保の関係に関する 理論的考察

田村 耕一

はじめに

- 一 先取特権の性質と特徴
 - 二 所有権留保が合意された場合の先取特権の帰趨
 - 三 信販会社による所有権留保
- おわりに

はじめに

従来は、売買契約において所有権留保が合意されたときは買主に目的物の所有権がないために動産売買先取特権（以下、単に「先取特権」ともいう）は成立しないと、両者は択一関係として意識されてきた。しかし、所有権留保に関する有力説は、いわゆる担保権的構成とされ、その実質は所有権（又は価値）の分属を根拠にするものである。⁽¹⁾ もつとも、所有権留保の検討においては、特に所有権分属と構成する場合に可能性のある先取特権との両立関係は論じられてこなかった。また、先取特権においても所有権留保との両立関係は論じられていない。さらに、そもそもこの問題を指摘するものもない。⁽²⁾ このこと自体が、両者は基本的に択一関係であり、非典型担保に関する担保権的構成は、

具体的な法律構成ではなく、解釈指針に過ぎないことを意味するものと思われる。^③

確かに、所有権留保によって売主の権利が確保されるのであれば、敢て先取特権との両立関係を意識し、検討する必要はない。しかし、一例として、信販会社による所有権留保が用いられた場合ではあるが、最高裁判平成 22 年 6 月 4 日判決民集 64 卷 4 号 1107 頁（以下、「平成 22 年判決」という）は、信販会社は、目的物である自動車の登録名義を得ていない限り、合意に基づき取得した所有権を別除権として行使することは許されないと判示した。この平成 22 年判決では、所有権留保の行使を否定するのみであり、所有権の帰属や先取特権の帰趨は触れられていない。^④

そこで、本稿では、先取特権の性質と特徴を確認した上で（一）、所有権留保の法律構成ごとに先取特権の成否につき理論的に検討する（二）。その上で、被担保債権の拡大とも捉えられる第三者が留保所有権を担保として利用する場合につき具体的に検討する（三）。なお、所有権留保が合意された場合の先取特権の帰趨（二）については、全ての論者（説）に対応するのは困難なため、概括的な検討に留まることをお断りする。^⑤

一 先取特権の性質と特徴

先取特権は、本質的には債権そのものの強化であり、物権法には執行の根拠として規定されたに過ぎないとされている。また、先取特権の制度趣旨には複数あるが、動産売買先取特権については、当事者意思の推定ではなく、公平性とされている。この公平の意味は、代金を完済していないのに買主に所有権移転を認めること（以下、「公平性①」という）、売主の犠牲の下で他の債権者が目的物を買主の責任財産と扱うこと（以下、「公平性②」という）の両方を指すと思われる。

例えば、当初の売買代金額を A、買主の既払分を B、目的物の時価を X と表現すると、売主は A・B（被担保債権）

に基づき、物全体に対して、先取特権に基づく優先弁済権を行使することになる。売主は、被担保債権(A・B)に基づき、目的物Xの価値の全てをまずは把握した上で、 $A \cdot B \wedge X$ のときに限って、清算金 $(X \cdot (A \cdot B))$ が買主に支払われる。具体的に、当初代金Aを100、既払金Bを30、時価Xを50とすると、被担保債権は70であり、時価X50が弁済に充てられ、さらに20が買主が負担すべき額となる。先取特権の実行において、物の時価Xの50が $3 \cdot 7$ (15と35)に分けられ、買主には既払分に相当する15の価値保有が保障されるわけではない。支払期中の買主の価値の保有を保護する必要は、あくまでも完済による物の全価値支配が予定されているからであり、担保実行でその可能性が消滅すると清算金支払請求に変形することで処理される。

以上から、買主による頭金や割賦金の支払によって買主には既払分に基づき価値保有(あるいは何らかの権利性)が認められるとしても、先取特権の被担保債権の不可分性からは、その部分(本来的には先取特権が成立しない部分)も含む物全体から売主は優先弁済を受けることができる。つまり、先取特権においては所有権留保では意識される買主の支払期中の既払分の価値を保護する必要があるという議論はなく、不可分性から民法上は「完済」しない以上は「物」の支配は正当化されないという制度設計と考えられる。

以下では、既払部分の価値も含めた「物」が先取特権の対象となるという視点から、所有権留保が合意された場合における先取特権の扱いを検討する。なお、法定担保物権は約定担保権が合意されたという事実のみで排除されるという理解もあり得よう。もともと、何らかの理由で約定担保権の存在又は行使が否定又は制限されることもあり得る。この場合は、法定担保物権の存在理由(本稿では公平性①及び②)からすると改めて法定担保物権が顕在化すると解される。また、約定担保の合意は、法定担保をより充実させる意図で合意されるのであるから、法定担保を不要とする意思の推定は矛盾する。例えば、利息制限法を超えた利息が否定されたとしても法定利率になるだけで、その利率

でなければ利息自体は不要であると思思決定するのが不自然であるのと同じである。そのため、併存あるいは復活という点から、同時存在的な検討が必要であると考え⁶⁾。

二 所有権留保が合意された場合の先取特権の帰趨

1 売主に所有権が帰属する構成（買主の利用権は債権的な権利）

所有権留保の合意について、一般的にシンプルに捉えられている権利状態であり、代金完済まで売主に所有権が帰属し担保目的に行使が制限されるとする構成である。買主は目的物に対して現時点で物権的な権利（支配）を有していないので、公平性①及び②の前提を欠く。したがって動産売買先取特権と所有権留保は両立・併存しないとありそうである。

この構成を現行法体系の中で適切に処遇すると、買主が有するのは条件付所有権、つまり将来に所有権を取得できる地位である。この構成では、買主に確かに帰属する既払分の価値を十分に保護することができないように思われる。しかし、この構成であっても、買主による将来の権利の処分は、将来物や将来債権の譲渡が現時点で可能であるのと同じく、可能である。買主の先行処分は、代金完済によって追完される。例えば、将来の賃料債権を譲渡した賃貸人は、賃貸借契約を予定どおり履行すれば、先行した債権譲渡は効力を有することができる。同じように、買主は自らの代金債務の履行を果すことを前提に既払分の価値を予め活用することができる（具体的には、物の先行処分や譲渡担保への提供である⁷⁾）。

経済的な価値の変動を法的な権利で表現できない点が問題としても、実質的には先行処分で価値の活用が可能であり、また、被担保債権が逐次弁済される抵当権や分割払特約付売買における所有権移転において、時的に変動する価

値を反映する権利構成が採用されているわけではない。経済的な変動を逐次に反映する権利構成は確かに魅力であるが、それに取替かれなくとも、現行法体系上、権利構成の構築は可能であることは意識すべきである。^⑤

以上を踏まえて、先取特権について再度検討してみると、「代金を完済していないのに所有権移転を認めること(公平性①)」が問題なのであれば、所有権がないのに物全体を利用・活用できることは、もつと問題である。先行行為(処分)が代金完済により追完されること自体は、あくまでも事後的に欠缺が治癒されるだけであり、完済が起らない場合の売主の権利は、公平性①以上に保護されなければならない場面である。公平性②についても同様にさらに問題が大きい場面である。したがって、先取特権は債権そのものの強化という点からも、さらに先取特権を確実にする意図で所有権留保が合意されるという点からも、所有権留保が合意されたという事実のみで先取特権が存在として扱われるのは適切ではない。以上の実質を踏まえると民法303条の「債務者の財産」及び321条の「その動産」は文言上、追完可能な状態で物の先行処分が許されている場合も含まれると解釈可能である。

2 所有権の分属を認める構成

一般に、所有権留保に関する学説においては、買主には代金支払に伴う目的物の価値保有を表現する必要がある、これを可能にするのが売主に所有権が帰属する構成を否定する必要性の一つとして主張されている。しかし、既に確認したように、これはあくまでも支払期中の経済状態を指しているに過ぎず、所有権留保の実行時も先に述べた先取特権の執行と同じ処理が行われる。もつとも、不可分性を有し優先弁済権との条文を有する先取特権とは異なるため、所有権留保については、買主が支配する価値は代物弁済として提供されると構成する必要がある。^⑥ところが、この見解だと、売主は、B価値部分の代物弁済については他の債権者との関係で優先できないように思われる。この点、実

行によって期待権つまり B 価値部分を保有する根拠が失われ期待権は清算金請求権に変わるため、賃貸借契約における敷金返還請求権の場合と同様に、 $A \cdot B \wedge X$ のときに限りはじめて発生して他の債権者が把握可能になると解される。

所有権の渾一性とは相容れないが、所有権が分属していると評価する場合、法律構成としては、「売主に所有権、買主に物権的な利用権」とするか「売主に担保権、買主に所有権」と解することになる。経済的には同じ状態であり、端的には、いずれを所有権と呼ぶかという問題である。¹⁰⁾

まず、「売主に所有権、買主に物権的な利用権」との構成の場合、買主が有する物権的な利用権は既払分に根拠を持ち買主独自の権利であるから、支払期中は先取特権の公平性①②は妥当しないため、B 部分に先取特権は成立しない(期待権は責任財産となる)。しかし、実行時には、 $A \cdot B$ の価値は売主が自己帰属部分として、B 価値部分は代物弁済として、買主に対し物の引揚げが請求される。結果として所有権留保も物について不可分性を有する。そして、先の「(1) 売主に所有権が帰属し、買主の利用権は債権的な権利」で述べたように、売主に価値が帰属する $A \cdot B$ 部分即ち買主が支配しない部分については、同時に先取特権が存在すると解することが可能である。

次に、「売主に担保権、買主に所有権」と構成する場合、実質的な価値の帰属や状態は「売主に所有権、買主に物権的な利用権」と同じだが、買主に帰属する価値を所有権と呼ぶ点でさらに先取特権との併存を認める抵抗は少なくなる。¹¹⁾ また、実際上は、価値ではなく物に対する執行であるため、売主の側を所有権と呼ばないのであれば、売主に先取特権を認めることで物に対する執行を無理なく説明することも可能となる。¹²⁾

さらに、所有権の渾一性を維持するために、現行法体系上で可能な構成としては、法性決定として共有であり内部的に制限が課せられていると構成する可能性がある。¹³⁾ この構成では、未払であるにもかかわらず所有権が移転している買主の物でもあるから、先取特権と両立することになる。

3 担保権設定とする構成 (買主に所有権が帰属)

所有権留保については、当事者間では任意の担保権設定 (優先弁済の約定) は可能としても、現行法体系上、他の債権者との関係で担保権として扱うことはできない。売主による物の引渡請求の根拠として考えられるのは売買契約の解除、代物弁済、先取特権、非占有質権ということになる。そうすると、所有権留保の合意は、字句を離れて、これらの制度に関して第三者への対外効を狙った特約として法性決定されることになる。

まず、解除については、545条1項ただし書の問題及び所有権留保の実行に際して解除の要否については争いがあり、また現実には必ずしも解除がなされているわけではない。代物弁済については、先行的な代物弁済とすると譲渡担保の現行法体系上の位置を明確にしなければならない。先取特権については、所有権留保の実行で執行手続が採られているわけではない。非占有質権では質権設定契約を諾成契約と考えた上で、いち早く對抗要件を具備するための設定契約上の引渡請求権と解し、適正な評価と清算が採られる限り³⁴⁹条に抵触しないと考えられる。¹⁴⁾

次に、判例と実務では、動産売買先取特権の目的動産を被担保債権額 (売買代金額) と同額に評価して買主が売主に代物弁済に供する行為は、当該物件の代物弁済当時の価額が売買当時に比して増加していない限り、他の破産債権者を害する行為にあたらないとして否認を認めなかった最判昭和41年4月14日民集20巻4号611頁 (以下、「昭和41年判決」という) が定着している。¹⁵⁾

以上から、現行法体系上、最も整合的なのは先取特権者に対する代物弁済であり、次点として引渡請求権を有する非占有質権として位置づけるのが整合的となる。なお、後者の場合は、これまで述べてきたように代金債権が存続する以上、先取特権も同時に存続することになる。

三 信販会社による所有権留保

1 信販会社の被担保債権の種類、範囲

平成 22 年判決は、分割手数料等のように信販会社に独自に生じる債権の担保として所有権留保を利用する合意は代位制度のみでは説明することができないと判示した。¹⁶⁾ まず、法定代位においては、求償権につき高い利息の特約をしていても、弁済者代位によって得られた担保権で回収可能なのは原債権の利息の範囲になるとされている。したがって、「一 先取特権の性質と特徴」の最後で述べた所有権留保の合意の事実のみを持って先取特権の排除と解するのは不自然であるのと同様に、買主との間で合意された所有権留保が信販会社に対して合意により担保として移転する場合において、法定代位を排除すると解するのも不自然である。¹⁷⁾ さらに、わが国では、被担保債権のない担保（権）のみの譲渡は予定されていない。したがって、販売会社から信販会社への合意による担保移転では、法的には原債権たる売買代金債権の譲渡が当然に含まれることになる。つまり、先取特権が随伴する。

そこで、以下では、原債権と担保が第三者に移転し、留保所有権と法定代位つまり先取特権とが第三者の元で両立・併存する場合につき、「一 所有権留保が合意された場合の先取特権の帰趨」で確認した、先取特権と非占有質の被担保債権の制限や範囲を確認する。

(1) 先取特権の場合

動産売買先取特権の被担保債権は代金とその利息に限定される（321条）。売買の費用や違約金は含まれず、¹⁸⁾ 分割手数料等を先取特権の被担保債権とすることはできない。したがって、所有権留保の行使が否定されたときは分割手数料等は無担保の債権となるものの、信販会社は、代金とその利息について先取特権を行使することができる（代位で

あるから自動車の登録を得る必要はない)。所有権留保の正体を先取特権とする構成からは、平成22年判決は、被担保債権の主張が誤っているから、判決の文字どおり「法定代位のみでは」説明ができないと判断されたことになる。

では、所有権留保の実行として目的物を引揚げた場合において、この引揚げが所有権留保の実行としては認められないときに、先取特権の行使として認められるのだろうか。昭和41年判決は、売主（先取特権者）に対する先取特権の目的物件をもってした代物弁済を問題とし、先取特権そのものの執行あるいは行使を問題とするものではない。即ち、代物弁済そのものの破産手続法上の効力を問題としたのである。所有権留保の合意には目的物を持って被担保債権の弁済を行うという合意が重要な要素であるから、売主に対する代物弁済の場面としてよい。したがって、破産手続においても、昭和41年判決が判示するように被担保債権額を基準として、有効な代物弁済と解することができる。

(2) 非占有質と解した場合

信販会社に移転する権利が非占有質権となると、質権であれば、被担保債権の種類に制限はない。また、元本のみを定めた場合でも346条に挙げられたものが被担保債権となる（抵当権より広い）。

まず、三者間で信販会社が有する分割手数料を売主から移転してくる担保権の被担保債権として加えることの合意は、三者契約つまり質権設定契約時に合意されている。したがって、当初からの被担保債権の一つということになる。もともと、この合意では、形式的には担保権者と被担保債権の債権者の分離が生じている。しかしながら、立替払や保証債務の履行によって担保権者と被担保債権の債権者が同一になることが予定されている上での合意であるから、将来債権のための担保設定とも評価可能であり、否定する必要はない。逆に、当初から担保権設定契約が信販会社と買主の間で行われるという構成では、主たる被担保債権が売買代金であることと相容れないため、適切ではない。

次に、手数料等を被担保債権とする合意の実質が、質権設定後に被担保債権を拡大する合意と解した場合、他の担

保権者に対する影響が大きいことから、これらの者の承諾がなければ拡大を対抗することができず、最終順位の質権が成立することになると解される¹⁹⁾。もつとも、先順位の動産保存の先取特権が成立することはあり得るが、後順位担保権者の成立は実際には始²⁰⁾でない。したがって、多くの場合は、後からする被担保債権の拡大が認められることになる。

なお、そもそも自動車抵当法 20 条で自動車には質権設定が禁止されている。もつとも、抵当制度の普及促進のための禁止であれば、法理論的な構成の弊害にはならないであろう。しかし、破産手続においては、対抗要件つまり引揚げの時期で判断されることになる。繰返すが、担保権の正体を質権と構成する場合は、同時に先取特権も両立・併存することになるため、(1)の検討内容も妥当することになる。

2 販売会社の被担保債権の種類、範囲

新車の販売においては、買主が販売会社との間で注文書を作成し、目的物と価格が確定される(代金と部修代について所有権留保が合意)²¹⁾。そして、信販会社を利用する場合は、販売会社に留保される所有権は信販会社に担保のために移転することが三者で合意される。信販会社による支払があると、目的物はまず信販会社の有する債権に充当され、次に販売会社の債権(部修代)に充てられ、両者が完済されたときに買主に所有権が移転すると約定されている。したがって、三者契約に基づく所有権の移転過程は、契約上は、販売会社↓信販会社↓買主とされている。なお、自動車の登録名義が販売会社とされるのは、原債権である代金債権と部修代が販売会社に生じ、物管理を販売会社が担当するためであるから、合理的な取決めである²²⁾。では、このような取扱いは、法的に可能あるいは正当化されるのだろうか。

(1) 先取特権の場合

まず、330条（動産の先取特権の順位）は、第一順位として不動産の賃貸、旅館の宿泊及び運輸の先取特権を定め（同条1項1号）、第二順位として動産の保存の先取特権（同2号）、第三順位として動産売買先取特権を定めている（同3号）。したがって、先取特権の関係として、契約時には、販売会社に動産売買先取特権が成立し、動産保存の先取特権の成立が当然視される状況が生じる。その後、信販会社に原債権と共に動産売買先取特権が移転する。また、その時点で動産保存の先取特権が生じていれば、法定の優先順位は、販売会社の動産保存の先取特権、信販会社の動産売買先取特権となる。その上で、合意によって、優先順位が逆に変更されていることになる。この合意は、抵当権の譲渡と同じく、承認される合意である。以上が、三者契約で設定される権利関係の中身となる。

(2) 非占有質と解した場合

質権であれば334条が類推されることになる。334条は動産質権者は330条1号の先取特権と同一の順位と定める。同条1号の権利は、当事者間に黙示の担保契約の成立を推測することが容易なものだからとされている（一種の法定質権）。ここからは、公平よりも合意による担保設定の方が保護されるといふ態度決定が見て取れる。その上で、330条2項は、第一順位の者が第2順位の動産の保存の先取特権又は第3順位の動産売買先取特権の存在を知っていたときは、劣後することを定める。質権についても330条2項の適用があるとされているので、法定の優先順位は、販売会社の動産保存の先取特権、信販会社の非占有質（所有権留保）となる。その上で、合意によって、優先順位が逆に変更されている。以上から、優先順位は、先取特権と非占有質（所有権留保）の何れで構成しても同じであり、特に問題は見当たらない。

おわりに

本稿では、売買契約の付款として所有権留保が合意された場合における先取特権の帰趨について理論的な考察を

行った。まず、売買代金が一部支払われた場合であっても先取特権には不可分性があり、優先弁済権が認められる。この経済的な価値の帰属状態は所有権留保が合意された場合も同様であること、先取特権は本来的には債権そのものの強化であること、所有権留保の合意を先取特権を排除する合意と解するのは不自然なことから、所有権留保の法律構成をどのように構成しても、所有権留保と先取特権は両立・併存し得ることを示した。したがって、所有権留保の合意が否定又は制限された場合は、売主は、先取特権の範囲で優先弁済権を行使することが可能である。

昭和41年判決は、「破産債権者を害する行為とは、破産債権者の共同担保を減損させる行為であるところ、もともと前示物件は破産債権者の共同担保ではなかつたものであり、右代物弁済により被告の債務は消滅に帰したからである。」と述べる。先取特が成立する局面において目的物は「共同担保ではない」のであるから、所有権留保が合意された場合にその効力が否定又は制限されても先取特権が両立・併存するのであれば、やはり共同担保ではない。

本稿では、倒産法上の問題にまで踏込むことはできなかった。債務者が占有する財産は第三者に債務者の信用を与える、また、債務者が一定割合の支払をした以上は、倒産手続において責任財産として扱うべき、というのは感覚的には理解できる。しかし、それが倒産手続上の要請なのであれば、その解決は、例えば、ドイツ倒産法のように換価権を管財人に与え担保権者に対する手続分担金の負担を求める、あるいは、管財人に残債務の履行か目的物の返還かの選択権を与える等の倒産法上の制度的な手続として正面から議論すべきである。²⁰⁾倒産法上の扱いを持って、所有権留保の実体法上の権利が担保権である、あるいは、買主に所有権が移転するという理解を導くまたはそのような理解を前提として論じるのは、偏狭である。物概念による体系、所有権移転の議論、先取特権や法定代位の制度趣旨等の民法の原則や理念全体との整合性を図らなければならない。

私見としては、現行法体系からすると、買主には経済的な価値が帰属するが、法的な権利状態は将来の権利の先行

処分として扱うのが最も素直かつ問題が少なくと考える。非典型担保の法律構成に関する学説の様々な指摘は、実は解釈指針に過ぎないにもかかわらず、他の制度におけると同様に、あたかも判例・実務に耐えられる現行法体系上可能な法律構成であるとの誤解に基づくのであれば、教科書等の記載方法や大学における教育内容に問題があるといえよう。

(1) 所有権留保の法律構成を論じる学説については、拙稿『所有権留保の法理』(信山社(2012年)235頁以下及び269頁以下で分析している。本稿は、この拙稿を基礎としており、細かな説明は省略していることをお断りする。なお、拙稿では、歴史的及び比較法的にも担保権構成は大勢となり得なかったことを示している。

(2) 所有権留保の学説を基礎とするものではないが、管見の限り、理論的な指摘として次の二つがある。鈴木祿弥『物的担保制度の分化』(創文社(1992年)749頁(初出、判タ481号1983年))は、動産売買先取特権に基づく物上代位について、転売債権への物上代位により転売代金債権が有する動産売買先取特権も随伴性で把握されることを前提に、所有権留保が合意された場合に目的物が第三者に即時取得されたとき(物権的には効力を失ったとき)は、売主の所有物とされていたが故に顕在化し得なかった動産売買先取特権が売主のために顕在化すると論じられる。そして、先取特権は、所有権留保特約が働き得ない側面において補充するため、一種の法定所有権留保として機能するとされる。また、河野玄逸「動産売買先取特権の射程距離(上)」(NBL294号)は、所有権留保に物権変動はなく、法的には賃貸物件、寄託物件の所有者の返還要求と何ら異ならないと指摘した上で(9頁)、未払代金担保のための目的物の交換価値部分だけは売主側に黙示に留保されているとみて公平上の見地からこれが法定担保として制度化されたものが先取特権であると考えれば、動産売買先取特権の物権性を素直に理解することができると指摘する(10頁)。なお、竹下守夫「所有権留保と破産・会社更生(下)」(曹時25巻3号44頁)は、先取特権の行使を認める必要と実益を指摘する。

(3) 大村敦志『新基本民法3担保編』は、「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(「利益衡量論」と呼ばれる)の影響を見てとれる」とし(116頁)、「法技術の制約から離れて実質や機能に着目する考え方が有力になっている」という(学説における)時代思想である。ここに、事実を重視し理屈には執着しないという戦後民法学の大きな特色を見いだすことができる。

とする(117頁)。その上で、例えば、債権譲渡担保については、債権質との間に差がないのであれば、債権質の設定とみるべきではないかとする(131頁)。

(4) 議論状況や子細については、拙稿「批判」広法40巻1号21頁、拙稿「信販会社による所有権留保を活用した自動車販売の法的検討における留意点」広法40巻2号1頁。信販会社による所有権留保については、債務不履行後には所有権が帰属し所有者としての義務を負うと判示する最高裁判平成21年3月10日民集63巻3号385頁との整合性を強く意識しなければならぬ。なお、名古屋高裁判決平成28年11月10日金法2056号62頁は、信販会社に所有権が帰属すると述べた上で、信販会社に先取特権が帰属すると判示している(この判決については、拙稿「批判」広法41巻1号23頁で検討した)。

(5) とりわけ買主の破産時を念頭において、売主にどの程度の効力を与える「べき」という問題については、道垣内弘人「買主の倒産における動産売主の保護」有斐閣(1997年)が22のファクターを挙げて検討する。

(6) 売買代金を担保するために、別の動産に質権が設定されたときに先取特権が消滅するとは思われない。平成22年判決や鈴木・前掲の他、例えば、約定担保の合意が公序良俗や錯誤で不存在となったときは、法定担保による最低保障が与えられると解するのが、民法の制度設計に整合的であろう。

(7) 拙稿『所有権留保の法理』31頁以下で実際に問題となった判例を検討する。

(8) 将来の権利の先行処分については、拙稿『所有権留保の法理』95頁以下でドイツの学説、269頁以下(特に272頁以下)で日本の学説を検討する。なお、ドイツでは先行の原理以外に可能性のある構成として、期待権理論、分割理論、未確定理論、担保権説がある(子細は拙稿・同89頁以下)。

(9) このように考えなければ、支払期中の価値の支配を認める見解と整合性がとれない。なお、所有権の分属と構成しない場合であっても、同様に代物弁済となる。文言どおり単に「所有権の留保」であれば、売主は自らの財産で他人(買主)の債務の弁済を行うことになってしまふ。したがって、目的物を弁済に充てるという部分が重要な意味を持つ。買主が物を第三者に先行処分しても追完によって有効となるのと同じく、第三者の地位に売主をおいて考えると、売主への代物弁済が先行し後に完済が起ると解すれば説明が可能である(子細は、拙稿『所有権留保の法理』296頁)。

(10) 所有権の帰属が不明確になる点が問題となりそうである。もともと、権利状態が不確定な場面は、行使前の取消権、本人の追認・拒絶前の無権代理も同じであり、民法上、予定されている状態である。ドイツの未確定理論については、拙稿『所有権留保の法理』

93頁を参照。

(11) ちなみに、仮に先取特権も支分権であるという発想を容れた場合は、所有権留保(担保権)と重なり、まさに同一の権利であるという構成もあり得る。もつとも、沿革的にも先取特権は支分権ではないため、この構成は制度設計上の可能性に留まる。また、本稿は現行法体系との整合性を検証するものであるが、例えば、抵当権に関する369条2項は地上権及び永小作権も抵当権の目的とするところから、所有権留保の合意は、B部分の価値(期待権)に担保が設定される合意として、肯定的に捉える可能性はある。

(12) 動産売買先取特権は公平性から認められるが、所有権留保は約定担保であるから当事者意思となり趣旨が異なるものの、公平性を体現する当事者意思として理解することは可能であろう。

(13) 当事者には共有関係に入る意思はないため、合意の如何にかかわらず、法性決定しなければならない。なお、共有とする学説については、拙稿『所有権留保の法理』99頁、283頁。現行法体系との整合性という点では、再考に値すると思われる。

(14) 林良平『注釈民法(8)物権(3)』有斐閣(1965年)287頁は、「流質の上さらに清算する特約は、少なくとも不足額を請求するためには取引上公正な価格による処分がなされる場合にのみ有効と解したい。」とする。

(15) 譲渡担保権者に対する代物弁代も否認が否定される(最判昭和39年6月26日民集18巻5号887頁)。

(16) 信販会社には、買主に対して、手数料債権、損害金、督促費用などが独自の債権として成立する可能性がある。もつとも、本稿の検討からは、販売会社においても当然に発生するであろう督促費用等は留保所有権では担保されるが、先取特権では担保されないことになる。

(17) なお、先取特権の随伴性には一応議論がある。その代表例が給与債権である。しかし、労働者が給与債権を事前に譲渡することで早期の現金化が可能になるのであれば、それは好ましいことであり、先取特権が随伴することはその利益実現に寄与する。つまり、債権取引という点からは先取特権に随伴性を承認すべきとなる。

(18) 抵当権の規定が準用される結果(341条)、375条の2年の制限がある。もつとも、375条の理解からは、後順位担保権者がいない場合は影響がないことになる。

(19) 石田喜久夫・前掲注釈民法262頁。

(20) 買主が先行的に目的物を譲渡担保に供した場合は代金完済によって追完されるが、追完が起らなければ考慮する必要がない。

(21) 詳細は平成22年判決の拙稿「批判」で検討する。

(22) 登録移転を怠った信販会社に落度がある以上は平成22年判決の結論が妥当であると考えるのは、全く実態を無視した裸の利益衡量に過ぎない。なお、販売店以外に自動車の修理を依頼する場合は、この者の先取特権を考慮する必要がある。もつとも、留置権があり事実上は最優先であること、330条2項の趣旨からは信販会社を最優先とする合意の効力がこの者には及ばないことから最優先と解される。

(23) ドイツの倒産法制における所有権留保については、拙稿『所有権留保の法理』第二章169頁以下。