

民法176条の意義と所有権留保の解釈の関係

田村 耕一

はじめに

- 一 スイス法の規定と学説
 - 二 所有権移転時期の議論と所有権留保の解釈の関係
 - 三 分析と検討
- おわりに

はじめに

民法176条は、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」と定める。この176条は物権変動に向けた確定的な意思さえあればよく、それ以外の要件は一切不要とする条文と解されている。したがって、原則は移転時期を合意で定めることは自由に可能であり、特に具体的基準を定めなかった場合については、どのように解するかが問題となる。つまり176条は補充規定と考えられている¹⁾。そして、物権変動の時期については、大別すると、契約時移転説（債権行為時説）、物権行為時説、有償性説、段階的移転説（なし崩しの移転説）がある。しかし、本稿が問題視したいのは、原則として基準を自由に決められる（以下、「自由な基準合意」という）、との意味である。

自由な基準合意は、176条が補充規定であれば、文字どおり完全な意味での自由である。しかし、それならば、非典型担保として論じられる「本来移転する所有権を代金完済まで留保する(所有権留保)」という表現は、176条を補充規定と解することと整合しない^②。所有権留保という表現が成立するには、176条は物権法の規定であり、(ある程度の)強行性又は前提としての基準としての意味を持ち、自由な基準合意は176条を前提として整合的な合意解釈をした結果となる必要がある。つまり、原則として自由という意味は、基準自体を自由に定める合意なのか、基準を自由に変更する合意なのか、が問題となる(後者であっても基準は一つと定るが前者とは構造が異なる点を問題視するのである)。本稿のこの視点は、所有権留保に関してスイス法の規定に触れたことによるものである。スイス法では、動産の所有権移転は引渡時を基準とし、その上での所有権留保を規定する。そうすると、初めから所有権が特例として留保されるのか、又は、所有権が一端買主に移転した上で復帰するのかは、法律による基準と基準に関する合意の關係の理解によって異なってくる。

さらに、わが国の所有権留保に関する考察では、譲渡担保の発想を類推するという手法で、担保権的に扱う又は効力を認めればよいという担保権的な理解(以下、「担保権的構成」という)が多く見られる^③。しかし、出发点である代金完済前の買主への所有権移転との關係については、全く論じられていない。このこと自体が、「代金を完済したときに所有権が移転する」という自由な基準合意につき、契約時、引渡時、又は一回目の代金支払が所与としての「法的な所有権移転時」であることを前提としているようにも解される(単に売主を融資者と同視すべきとの判断によるとしても事態は変らない)。さらに、担保権的構成において所有権移転との關係が検討されない理由が「代金を完済したときに所有権が移転する」とは担保権を設定する合意であり所有権移転とは無關係であるからだとしても、現行法制度から可能などのような担保権が成立しているのかを具体的に明らかにしなければ「構成」とは言い難い。担保

権的に扱えば良いというのでは、単なる指針に過ぎない。

以上から、本稿では、物権変動が意思表示による効果として生じるといふ意思主義から、所有権留保に関する担保権の構成が成立し得るか否かを検証する。具体的には、まずスイス法の規定を概観し(一)、次に所有権移転時期に関する説において担保権の構成がどのように対応するかを検討し(二)、最後に担保権として構成可能か否かを検証する(三)。

なお、本稿は、拙稿「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」4 広島法学 41 卷 2 号 1 頁の一部につき更に考察を具体的に進めたものである。また、スイス法における所有権留保は登録制度という注目すべき側面がある。執行等も含めスイス法の登録制度については同時期に公刊される熊本法学 148 号の別稿を参照頂きたい。

一 スイス法の規定と学説

スイス民法典 (ZGB) の編成は次のとおり。5

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)

物権編は、第一章 (ZGB 641 条以下) 「所有権」、第 18 節「総則」、第 19 節「不動産所有権」、第 20 節「動産所有権」、

第二章 (ZGB 730 条以下) 「制限物権」、第 21 節「役権及び土地債務」、第 22 節「不動産質」、第 23 節「動産質」、第三

章 (Z G B 919 条以下) 「占有及び不動産登記」、第 24 節 「占有」、第 25 節 「不動産登記」である。第 20 節の動産所有権は、Z G B 713 条 (目的物) から始まり、Z G B 714 条 (引渡) 1 項は「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。」と定め、2 項はいわゆる即時取得を定めている。そして、次の Z G B 715 条で「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 (Betreibungsbeamten)⁶⁾ が備付ける公的な登録簿に登録されたときのみ効力を有する。家畜の取引については、所有権留保は適用しない。」とし、Z G B 716 条は、「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賃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。」として所有権留保につき二箇条の規定を有している。そして、次の Z G B 717 条 (占有なしの取得) は、「特別な法的関係の結果として譲渡人に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。」としているため、所有権留保が例外的に認められたことが分る。

Z G B 715 条は、規定位置から、占有を移転しても売主は所有者であり続けることができる規定と理解することができる。そして、多数説は、売主は目的物の占有移転後も所有の意思を持ち、所有権が帰属すると解しないと売主は他の債権者との関係で保護されないとして、ドイツ民法同様に停止条件付所有権移転と解している。Z G B では、引渡による所有権移転が原則であり、所有権留保では引渡し後に登録されるので、まず、買主に所有権が移転し、登録によって占有の外観を変更することなしに再び売主に所有権が復帰するのではないかという疑問が生じる。この点については、「所有権の留保は、…登録したときのみ効力を有する」という Z G B 715 条の文言は設権的效果であるされ、判例も設権的效果を採っている。⁷⁾

しかし、設権的效果であれば、例えば、引渡と同時に登録が行われなければ、引渡の原則で所有権が買主に移転する。

そして、その後の登録によって、所有権が売主に復帰する。さらに、反対給付が完全に履行されたときは所有権は買主に再び移転する。つまり、登録によって所有権留保が効力を有するため、原則は解除条件として実施され、登録の効果によって所有権が復帰すると、解除条件が停止条件となり効力を有すると解されることになる。以上が、有力説である解除条件説であり、このことは、買主が住所地を変更したときは所有権留保は登録が意味を失うため消滅するが、三ヶ月間は再登録で更新可能とする規定^⑤とも整合性がとれたものとなっている。また、解除条件とする立場は所有権の復帰の確保ではなく債権の担保との理解に整合的とされている^⑥。

スイス法の子細については、別稿を参照頂くとして、本稿で意識すべきと考えるのは、法の定める基準とそれに関する合意の関係をどのように解するべきか、という点である。スイス法では、所有権移転に関する基準自体は確立した基準であり、その基準を変更する合意の内、特に所有権留保に限って登録の下で特に認められるという扱いになっている。そのため、とりわけ登録されない場合も視野に入れると論理的に整合する理解は、登録によって停止条件になるとしても、本質を解除条件とする見解であろう。解除条件説の方が、法律の基準と特別扱いの基準という二つの基準を正確に反映するものとなっている。

二 所有権移転時期の議論と所有権留保の解釈の関係

スイス法と比較した場合、わが国では、所有権移転に関する基準の性質（強固さ、物権性）は曖昧である。そこで、以下では、「自由な基準合意」の意味として、176条は補充規定であり合意だけが基準として存在する立場、一応の基準があった上で、それを変更する合意（結論としては変更後の基準のみ）に関して、契約時移転説（債権行為時説）、物権行為時説、有償性説、段階的移転説（なし崩しの移転説）の立場について、検討する。検討においては、担保と

しての所有権留保であるから、所有権移転に関する合意部分（以下、「所有権留保部分」という）だけでなく、売却した目的物を弁済に充てるという合意部分（以下、「目的物による弁済部分」という）も加味する必要がある。また、比較対象として完全な所有権が売主に留保されると解する場合（以下、「所有権的構成」という）も挙げる¹⁰。なお、物権変動の移転時期及び所有権留保の観点からも、このような視点からの検討はなされていないため、以下は筆者による独自の検討であることをお断りする。

(一) 基準自体を定める合意

基準自体の自由な設定であるから、所有権留保の文言どおりに解することになる。

① 所有権的構成 完済時に所有権の移転が起る。形式的には所有権移転時期の基準となる。この場合、実務で会計上行われている、例えば月末締翌月10日払において代金支払時に所有権が移転する、という場合との区別は、目的物による弁済部分があるかどうか、ということになる。

② 担保権的構成 まず、特約ではなく所有権移転の基準の合意として解釈する必要がある。そして、担保として所有権を留保するとの文言の意味は、論理的に対偶をとって、「所有権が移転しないのは代金が完済されなるとき」となる。したがって、解除条件（失権条項）を意味する。

この立場によると、解除のための期間設置及び解除の意思表示が不要であり、買主の不履行事実で直ちに解除されて売主に所有権が帰属する。即ち、売主は、不履行事実があれば直ちに第三者に対して所有権を主張することができ地位にある。この法的地位を相殺と同様に担保権的と把握することは可能であろう。そうすると、目的物による弁済部分は、以下で述べる他の構成が代物弁済となるのに対し、解除による処理を表したものと解するのが整合的であ

ろう。

(二) 契約時移転説

所有権留保は、基準を変更する特約としての合意であるから、基準を排斥又は両立する解釈となる。権利変動に関する意思を基準とするため、担保権的構成については、所有権を移転させる意思とは別の担保権の設定という物権的な意思として解釈することになる。

① 所有権的構成 完済時に所有権の移転が起こる。移転時期を基準より遅らせる合意である。

② 担保権的構成 売買自体に向けられた意思に基づき所有権が移転する。その上で、特約としての所有権留保部分は、(一)で述べた解除条件と解することもできる。しかし、本来は債権回収のための手段を講じる合意であるから、より積極的な担保権を確保すると解釈すべきであれば、目的物による弁済部分の単純な代物弁済だけでは足りない。担保権的構成としては、「売主は所有権と同等の効力を有する(設定する)」と解することになる。では、具体的にはどのような構成があり得るのか。

まず、一端は移転した所有権を再度保持する、という意味であれば信託的な意味での譲渡担保の設定と解する余地がある。先取特権を有するわが国では、売主は既に担保権を有しているのであるから、売買代金債権の確保のための合意としての譲渡担保では所有権移転として解するのは整合的である。しかし、これまで担保権的構成を主張する見解は、譲渡担保を担保権と解し、その類推という手法を採るため、この理解は容れられないだろう。したがって、以下では信託的な譲渡担保については検討しない。

次に、所有権を移転させた上で、優先弁済的効力を確保する物権的な意思と解するのであれば、所有権留保部分の

意味は最低限は先取特権の確認となる。この場合、目的物による弁済部分は、先取特権の私的実行の合意となる。具体的には先取特権の目的物による代物弁済の当否であり、次の(三)で合わせて検討する。

そして、質権の設定があり得る。まず契約で買主に所有権が移転し、その後の質権設定より後又は同時に買主に目的物が引渡されるため、設定者(買主)の元での占有改定による質権設定とは異なる。むしろ、質権設定後の設定者への質物の返還となる(以下、「非占有質権」という)。仮に、非占有質権と解することができても、対抗力がないため買主による処分や買主の債権者による執行を排除することはできない。しかし、他の債権者との関係は、先取特権の効果を主張すれば確保することができる。二つの制度の組合わせで優先弁済を確保するのは奇異に映るかもしれないが、債権者代位権と相殺の組合わせで優先弁済を確保するのと同じである。質権と解することについては引渡が絡むため、質権も次の(三)で合わせて検討する。

(三)物権行為時説、有償性説

両説は外部的な徴表で決する点で共通しているため、以下では、可能性のある引渡及び代金支払(一部払と完済)の点から、検討する。

1 引渡を基準とする

引渡を基準とするため、引渡に関する合意として解釈することになる。

①所有権的構成 引渡したにもかかわらず所有権が留保される。移転時期を基準より遅らせる合意である。

②担保権的構成 引渡により所有権の移転が起る。引渡を基準とするのは支配や公示を意味する。したがって、所

有権が移転するにもかかわらず所有権を留保するという文言は、「売主は所有権と同等の効力を有する（設定する）」との解釈として、売主に引渡権原並び引渡後の支配及び優先弁済的効力を与える合意と解することになる。

まず、本来は占有権原のない先取特権に占有権原を約定する合意となる¹¹⁾。しかし、そもそも、法定担保物権に関連する合意は可能なのか。仮に、先取特権に関する合意とりわけ私的実行合意を否定し、単に代物弁済と解するとしても、この代物弁済は第三者に対して効力があると解するのは適当なのか。

この点に関して、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当たらないとして否認を認めなかつた最判昭和41年4月14日民集20巻4号611頁が定着している¹²⁾。実体法上の効力としての精査が必要であるものの、最終的な結論としては、物の価値の帰属が売主になる点は、法定担保物権としての存在からも肯定されてよいように思われる。したがって、売主が目的物を引揚げて代物弁済に充てた場合は、事実上の優先が可能となるう。

なお、動産売買先取特権の順位からすると、売主は質権者には劣後することになる。そもそも、買主が他の債権者に質権を設定したときは目的物は他の債権者が占有することになる。したがって、代物弁済の実現は妨げられる。代物弁済の効力を認めたととしても順位的には適切な状態が確保されている。

次に、売主に引渡権原と優先弁済的効力を与える合意であるから、質権の引渡に関して、質権者が設定者に目的物の占有を許す合意と解するのが前提となる。この場合、目的物による弁済部分は、債務不履行があれば質権者に質物を引渡す合意と解することになる。債務不履行があれば売主は直ちに目的物の引渡を受けることで、他の債権者に対する対抗要件を具備することができる。また、執行は質権としての執行となるう。しかし、質権と解するときは次の

二点が問題となる。

第一に、質権設定後に設定者に質物を返還した状態をどう解するかは、周知のとおり議論がある。仮に、消滅説を採るのであれば質権設定は無効であり、質権設定の予約と考えることになる（予約完結権に基づき引渡して質権が成立する）。第二に、流質契約との関係である。目的物による弁済部分を別個独立の代物弁済と解しても、全体としては流質契約と考えることになろう。清算義務がある場合は流質契約の例外とすることで対処することが考えられる。

2 代金の一部払で移転する

代金に関する合意として解釈することになる。

①所有権的構成 代金全額の支払時に所有権が移転する合意。移転時期を基準より遅らせる合意であり、代金全体を一体と扱い全体で等価性を維持する趣旨である。

②担保権的構成 代金の一部の支払で所有権は移転する。その上で、ここまで述べた解除条件、先取特権の確認、非占有質権、さらに代物弁済を含む私的実行をする合意と解することになる。

3 代金の完済で移転する

①所有権的構成 基準を確認する合意であるから、特に意味を持たないことになる。

③担保権的構成 所有権留保部分については、ここまで述べた担保権的構成では、形式的には基準よりも所有権移転を遅らせる文言を基準時に合わせて早く所有権を移転させた上で担保権を有するとの構成であった。これに対して、代金の完済を所有権移転の基準時とする場合は、形式的には基準時を確認する文言を基準時よりも早く所有権を移転

させた上で担保権を有すると構成することになる。ここまでの構成が基準時に合わせる処理であったのに対し、ここでは基準時より早める処理となる。では、基準より早める合意はどのように解することができるか。

まず、担保権的構成を採用としても、所有権移転(過程)には担保的な機能があることを肯定するならば、基準時を早める合意の解釈は、所有権移転における担保的機能を放棄する趣旨と解される。そして、代金の完済で所有権が移転するという立場からは、民法で動産売買先取特権が定められているのは、まさに代金完済前に所有権を移転させる場合に優先弁済的効力を確保するための制度と解することになる。したがって、敢て移転時期を早めた場合は先取特権のみの享受で構わないと解されることになる。

次に、先取特権のみの享受で構わないと解するのは、敢て合意をする売主の意図にそぐわないと考える場合は、これまで述べた構成が妥当すると考えることになろう。

4 段階的に移転する

担保権的構成が、その前提として買主には既に既払分の価値が帰属することを重視する場合は、所有権の分割・分属状態とも捉えられるため、なし崩しの所有権移転の立場は適合的であろう。¹⁴そして、この立場からは、所有権の同一性や基準が不明確であるという批判は、当たらないことになる。さらに敷衍すると、何に基づく、どのような権利を有しているのかという、いわゆる根拠も関心事ではないことになる。所有権の諸機能が段階的に移転すると捉えると、所有権留保部分の合意は、まずは買主に代金完済まで処分権原が帰属しない合意ということになる。そして、所有権的構成と担保権的構成の違いは、売主と買主のどちらを所有者と呼ぶか、の違いに過ぎない。では、担保権的構成の具体的構成はどう解することになるか。¹⁵

まず、先取特権については、この立場からは、法定担保物権であるから売主という地位・立場に基づいて、契約すれば直ちに成立することになる。所有権留保部分の意味を優先弁済権の確保と解する場合は、他の場合と同じく、先取特権の確認と解するのは可能であろう。

次に、質権については、この立場は権原で考えることになるから、買主はいつから質権設定権原をもつのか、ということになる。所有権の留保を買主への処分権原不帰属の趣旨とするのは、あくまでも第三者に対する処分であり、売主との関係では、質権設定権原があると解することはできるようにも思われる。ただし、同じ質権設定でも、第三者に対する質権設定の権原はない、という点とどのように物権的に整合的に解するかは疑問が残る。

三 分析と検討

176条に関し、自由な基準合意を完全な意味で自由とする、つまり、基準の変更合意ではなく基準自体を定める合意と解する場合、所有権留保の合意は、特約ではなく基準時を定める合意と解する必要がある。したがって、所有権が移転するためには、文言の対偶である解除条件となる。では、所有権移転時を定める合意が担保権を設定する合意も兼ねていると解することはできるだろうか。担保権の可能性としては本稿で述べた先取特権と非占有質による回収方法があり、何れも具体的な手法は執行制度又は代物弁済による確保である。これに対して、解除の場合は原状回復であり対外的には所有権の主張である。したがって、解除と担保権では目的物の確保の構造が異なる。そうすると、解除条件以外に、基準自体を定める合意の中に担保権に関する意思を見出すのは困難なように思われる（もつとも先取特権は独自に成立する）。

176条に関し、自由な基準合意を特約による基準の変更合意と解する場合、売買の合意自体に所有権の移転に関する

意思があるため、所有権留保の合意は担保に関する特約となる。買主への処分権原を与えない趣旨、及び、担保権説からは受け入れられない信託的な譲渡担保構成を除くと、担保権として構成することができるのは、解除条件の状態、先取特権の確認、先取特権に占有権原・私的実行・代物弁済の合意、非占有質権に流質契約（代物弁済）、質権の予約があり得る。以上について、一般的な分かり易さ、現行法制度との理論的な整合性、妥当な効力、の点から比較する。¹⁶⁾

まず、解除条件については、代金が完済されなければ目的物が取戻されるということであるから、意味合い的には一般的には分かり易い。また、現行法制度上も理論的に特に問題がないように思われる。しかし、妥当な効力については、例えば、買主が債務不履行をしていない状態において他の債権者が目的物に対し執行した場合を想定し、相殺同様に、他の債権者が執行したときに条件が成就するとの対応では、契約が解除されてしまうため、解除条件の存在をもって対抗することができるか、が問題となる。そして、この問題は非占有質権と解する場合も同様である。しかし、この問題は、同時に存在する先取特権の効力によって補うことが可能である。したがって、解除条件の問題は、担保権の類推的な思考を指向する担保権論者が、受入れられるか否か、と思われる。

次に、先取特権については、法定担保故に一般的な分かり易さと妥当な効力を初めから有している。整合性については、問題となる代物弁済に関しては既に最高裁もあり、他の構成よりは検討の障害は少ないだろう。

そして、非占有質権については、担保権の確認（設定）という点には一般的には分かり易い。また、理論的な問題となる流質契約（代物弁済）については、清算義務のみで有効視し得るかどうかが問題となる。妥当な効力については、内部的には質権設定契約で、対外的な主張は解除条件同様に先取特権で補うことで、適当なものといえよう。

以上から、先取特権の確認と代物弁済の合意が最も問題が少ない。しかし、合意をする以上はより積極的な物権行

為として扱うべきであれば、さらに解除条件又は非占有質権ということになる。つまり、担保権構成の具体的な内容としては、「先取特権と解除条件」又は「先取特権と非占有質権」があり、それに目的物による弁済が加わった状態である。中心的な問題は、前者であれば、相殺同様に解除権を有する状態という理解を担保権構成の論者が受入れられるかであり、後者であれば、目的物による弁済にまつわる点となる。

法定担保物権である先取特権を前提に特に合意をする意味は、解除条件であれば「不履行事実で直ちに目的物を引揚げて弁済に充てる」であり、非占有質権であれば「許される流質契約」となる。文言が「所有権を留保」であるから対外的な権原確保が目論まれているにもかかわらず、具体的には内部的な取扱いが合意されていると解するのは奇異に映るかもしれない。しかし、そもそも売主の対外的な権原は先取特権で確定・規律するというのが日本法の態度であるとするならば、対外的な効力は先取特権であり、所有権留保は内部的な効力（その意味では弁済の方法）に関する合意と解するのは整合的であると考えることができる。

おわりに

本稿は、176条に関し、物権変動の時期は原則として自由に定められるという意味は、基準自体を自由に定める合意なのか、又は基準を自由に変更する合意なのか、という視角から、「代金完済によって所有権が移転する（所有権留保）」との合意を担保権と理解する場合のあり得る具体的な構成を検討した。その結果、第一に、自由な基準合意が文字どおり完全な意味での自由であれば、所有権留保の合意は基準自体の合意であるから、所有権が移転するためには解除条件と解する必要があるが、さらに担保権に関する合意は両立し得ないと分析した。第二に、基準を変更する自由であれば、売買契約に向けられた意思で所有権は移転し特約としての所有権留保は単なる先取特権の確認と代物弁済の合

意と解するのが不十分であれば、先取特権と解除条件又は先取特権と質権設定後に質物を設定者に返還した状態（非占有質権）があり得ることを明らかにした上で、検討すべき点を指摘した。

本稿の検討結果が法的な判断として可能であるとすると、実務で会計上行われている例えば月末締翌月10日払の所有権移転は、全く担保としての所有権留保ではないことになる。しかし、この場合は買主が代金を支払わなければ売主は所有権に基づき売却物を引揚げることができそうである。つまり、担保権的な構成を徹底するのであれば、所有権移転には担保的な機能がない、という効果まで導く必要がある（同時履行のみが担保的機能）。果してこれは可能だろうか、また可能として実務や国民から受入れられるだろうか。

売買とファイナンスリースの類似性は経済的には肯定できても、法的に同じ扱いが妥当なのか。この点で明確な解答が示されないと、所有権が移転した上での担保権という規範的な処理は、受入れられないだろう。譲渡担保を念頭に創設された登記制度は効力の範囲を画定するためとはいえ、譲渡の登記である。適宜、妥当な効力を与えれば良い、というのであれば、解除条件を担保権的に理解するか又は所有権の構成の方が現行法体系と整合し、また、実務や国民にとっても理解し易いのではないだろうか。

(1) 例えば、近時の教科書である松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）89頁。なお、最判昭35年6月22日民集14巻8号1528頁は、不特定物の売買においては、特段の事情のない限り、目的物が特定した時に買主に所有権が移転すると解すべきであるとする（所有権留保は合意されていなかった）。単純に目的物を買主に引渡した事例であれば、売主は代金債権のみを持つ、という合意解釈で構わないだろう。しかし、35年判決の事案では、このような趣旨の取引ではないという事情があった。にもかかわらず、最高裁は一般論から結論を出している。つまり、契約解釈という手法は適切であるが、解釈内容に問題があり、なお所有権は移転しないと解される事案であった。35年判決と所有権移転時期に関する学説の關係は、原島重義「不特定物の売買における目的物の所有権移転時期」法

政研究 28 卷 3 号 81 頁が子細に検討している。

(2) 文言としての「所有権留保」は、目的物の範囲を画定する合意、売主が「税金」あるいは「物の滅失についての危険」を負担する等、個別具体的に判断されることになる。その中で、「債務不履行があれば目的物を返還し、代金の返済に充てる(目的物による弁済)」という合意内容が加わった場合だけが、担保としての所有権留保となる。

(3) 多くの教科書等では担保権的構成が通説的な理解のように説明するが、不動産の譲渡担保について利益考慮から批判的に検討された時期の論者が、独自の検討を行うことなく所有権留保も同様に解すればよい、としたままの記述が引き継がれている点は看過できない。同じ効力との結論になるとしても、それは、それぞれの構造から導かれた結果でなければならぬ。なお、譲渡担保は設定者から担保権者に所有権が移転する、又は、移転しないとして構成を分類することがふさわしい。しかし、所有権留保は逆の表現となり紛らわしいので、本稿では、通例の表現である担保権的構成と所有権的構成の語を用いる。

(4) 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つ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(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414頁は、先取特権の行使を認める必要と実益を指摘する。

(5) ZGBはオイゲン・フーパーによって起草され、1907年12月10日に成立し、1912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・ブランドシュェリが起草)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、1881年6月から債務法(Obligationenrecht:OR)がZGBから独立して立法された(OR530条以下は会社法も含む)。また、

- 分割払については O R 226 a 条以下が定めていたが、2003 年 1 月 1 日より消費者信用法 (Konsumkreditgesetz, KKG) に規定されることとなった。
- (6) 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。実際の取立て業務は各州・地域の債権回収事務所が行う制度となっている。
- (7) BGE 42 III 173 (175f.) なお、設権的效果 (konstitutive Wirkung) の対になるのは宣言的效果 (deklaratorische Wirkung) である。
- (8) Verordnung betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910, Art. 3.
- (9) 以上は Hans Kuhn, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Stampfli, 2011, 318ff.
- (10) 売主に所有権が帰属するならば売主の所有物を買主の債務の弁済に充てる合意となる。しかし、売主に物上保証人になる意思が無いことからすると、追完理論によって整合的に理解することになる。この点については拙稿『所有権留保の法理』(信山社、2012 年) 272、296 頁で論じている。
- (11) 林良平『注釈民法(8) 物権(3)』(有斐閣、1965 年) 95 頁は、先取特権の沿革からは執行官が占有を得られない場合は執行できないとの見解を挙げている。
- (12) とりわけ、放棄については、一端は成立した権利である点から放棄は可能と解されているようであるが、法定担保物権であれば消滅した瞬間に再発生するのではないか。そうすると、不発生とする合意も含めて放棄ではなく不行使と考えるべきではないか。
- (13) 最判昭 53 年 5 月 25 日金融法務事情 87 号 46 頁も「動産の売主が買主から動産売買の先取特権の目的物である右動産を売買代金債権の代物弁済として譲り受けても、その弁済額の範囲内においては、右代物弁済は他の債権者を害するものではなく、したがって、破産法七二条一号所定の否認の対象とはならないものと解するのが相当である。」と述べる。
- (14) 担保権の構成において、なし崩しの所有権移転との関係を明確に述べたものはない。なお、買主には確かに既払分の価値は帰属するが、それは完済することを条件としており、不履行になったときは、既払分の価値の保有は正当化されるものではない。価値の保有は認められるとしても、あくまでも物を通してのみ実現されることになる。
- (15) 目的物の処分禁止については、同時に別に合意されるが、これとは別次元の問題である。
- (16) 買主が目的物を処分した場合に第三者が保護される点は共通しているため省略する。なお、ドイツでは、考えられる複数の構成に

間につき、同様に幾つか指標から優劣の比較が試みられている（子細は拙稿『所有権留保の法理』108頁）。

付記 鳥谷部茂先生には、筆者は学部生時代から今日に至るまで、大変お世話になった。今日に至るまで、研究活動はもとより、学会活動、学内業務、非常勤講師、県等の各種委員活動と、八面六臂の活躍を目の当りにし、ただただ驚くばかりであった。これからも、ますますお元気で活躍されますことを祈念しております。