

# オーストリアにおける所有権留保 ——目的物の共有構成の可能性

田村 耕一

はじめに

- 一 オーストリア民法の所有権留保
  - 二 執行及び買主の倒産
  - 三 拡大形式並びに買主による目的物の譲渡及び加工への対処
  - 四 分析と検討——わが国への示唆
- おわりに

## はじめに

売買代金完済によって買主に所有権が移転するという担保目的の合意である所有権留保について、わが国の学説では、当事者の合意形式である停止条件付所有権移転から離れて、所有権は売買契約時に買主に移転し、売主には担保権が帰属すると解することを指向する担保権的構成が有力とされている。所有権留保は停止条件付所有権移転であり、買主は売買代金を完済するまでは期待権を有するという構造はドイツ法に由来するものである。では、ドイツ及びドイツ法の影響の強い国では、所有権留保 (Eigentumsvorbehalt) はどのように解されてきたのか、また、いるのか、と

りわけ買主の倒産時の扱いはどうなのか。以上が、筆者の関心事であり、これまでドイツ法、スイス法の所有権留保につき、紹介し検討を行った<sup>1)</sup>。具体的には、売主には完全な所有権が留保されるという合意内容どおりに実体法及び手続法が制定され、必要に応じて倒産法上の独自の効力を付与し(ドイツ法)、あるいは登録制度を用意する(スイス法)という制度設計であり、担保権的な構成の指向は、ほとんどみられなかった<sup>2)</sup>。

本稿では、同じくドイツ法に大きな影響を受けているオーストリア民法典の規定<sup>(一)</sup>、執行及び買主の倒産時の扱い<sup>(二)</sup>、いわゆる拡張形式の扱い<sup>(三)</sup>を確認した上で、わが国への示唆を得る<sup>(四)</sup>。先行して述べると、オーストリア法では、民法及び倒産法に所有権留保に関する規定を有していないものの、契約自由の原則により認められている点でわが国と共通する。しかし、特に拡張形式において、わが国と異なり目的物の共有的な処理とする点は、価値の分属という点から、わが国でも法構造として検討の必要性を示唆するものと考ええる。

## 一 オーストリア民法の所有権留保

### (一) 民法典の構造

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (A B G B) の構成<sup>(3)</sup>

導入 (Art.1-14)

第一編 人に関する法 (Art.15-284)

第二編 物権 (Art.285-1341)

導入 (Art.285-308)

第一章 物権各則 (Art.309-858)

第二章 人を介しての物に対する権利 (Art.859-1341)

第三編 人及び物への権利における共同体的規定 (Art.1342-1502)

A G B Gにおいて特徴的なのは、第二編物権の中に相続に関する法(第一章後半)、及び、いわゆる契約法(第二章)が含まれている点である。第二編物権第一章「物権各則 (Art.309-858)」は「第一節「占有 (Art.309-352)」第二節「所有権 (Art.353-379)」第三節「専有 (Zueignung) による所有権の取得 (Art.380-403)」第四節「増加 (Zuwachs) による所有権の取得 (Art.404-422)」第五節「引渡しによる所有権の取得 (Art.423-446)」第六節「担保権 (Art.447-471)」第七節「地役権 (Art.472-530)」と続き、第八節以下が相続に関して生じる物権の規定である。第二章「人を介しての物に対する権利 (Art.859-1341)」は「第十七節「契約及び法律行為 (Art.859-937)」から始まり、第二十四節が「売買契約 (Art.1053-1089)」である。<sup>(6)</sup>

上原由起夫教授は、A G B Gは法学提要の体系に依拠していることからパンデクテンとするのは誤解であろうと指摘する。<sup>(6)</sup>

(二)所有権取得と売買に関する規定

A G B G 380条 (取得の法的要件) 権原 (Titel) 及び法的な取得方式 (Erwerbungsart) なしに所有権を得ることはできない。

A G B G 423条 (間接的な取得) 既に所有者が有する物は、所有者から他者に法的な方法で引渡されることによって、間接的に取得される。

A G B G 424条 (権原) 間接的な取得の権原は契約、死亡時の処分、裁判所の言渡、又は法律の命令である。

A G B G 425 条 (間接的な取得方法) 単なる権原は何ら所有権を与えない。所有権及び全ての物権は、法律で指定されている場合を除き、法定の引渡し及び受領によってのみ取得されることができる。

A G B G 1053 条 (売買契約) 売買契約によって物は一定の金額で他方に譲渡される。売買契約は、交換と同じく、所有権を取得する権原に属する。取得は、売買目的物の引渡しによって初めて生じる。引渡しまで、売主は所有権を有する。

A G B G 1063 条 売買代金が支払われることなく購入された物が売主から買主に引渡されたときは、掛け (Brug) で売られた物であり、その物の所有権は直ちに買主に移転する。

A G B G 380 条が *“titulus et modus acquirende”* と理論を採用し、A G B G 424 条が間接的な (さしあたっての) 取得は契約等によって可能であるが、A G B G 425 条が最終的な取得のためには法定の方法による引渡しが必要であると規定する。引渡の種類として、動産については、現実の引渡し (A G B G 426 条)、帳票による引渡し (A G B G 427 条)、宣言による引渡し (A G B G 428 条・占有改定) がある。これを受けて、売買契約の A G B G 1053 条においては、売買契約という権原に加えて売買目的物の引渡しによって所有権移転が生じると規定されている。そのため、A G B G 1063 条が、契約という権原と引渡しによって、代金未払いであっても所有権が移転することを規定している。なお、A G B G 1053 条 4 文の「売主は所有権を有する」の「有する」原文は *“haben”* であり、意味としては「保持する」、「留め置く」であり、所有権留保の「留保」と共通する語である。

以上のように、A G B G の所有権取得及び売買に関する規定では、所有権留保につき明確な規定があるわけではない。しかし、契約自由の原則から、A G B G 1063 条に関して許容される合意と解されている。所有権留保の合意は契約当事者間の物権的合意であり、処分行為において合意される。オーストリアでの法律構成は、ドイツ法同様に、

処分行為に停止条件(代金全額の支払)が付いているとの構造である。そして、買主は、目的物の引渡しにより、無条件ではなく停止条件付の所有権(期待権)を取得するとされている。<sup>7)</sup> この買主の有する期待権は全く何も権利性を有していないというわけではなく、AGBG 380条の原則により処分可能である。なお、買主が、目的物を毀損したときは、民事上の責任として損害賠償及び刑事上も責任を負い(S t G B 125条)、買主が目的物を転売したときは、横領のための刑事責任(S t G B 133条)が生じるとされる点もドイツ法と同じである。

ドイツ法に比べて、特徴的なのは、次の三点である。

第一に、所有権留保の遅れた合意である。通常は売買契約が締結されたときに行われるものの処分行為に関する合意であるから、売買契約締結時に所有権留保が合意されていないときでも、商品が引渡されるまで、所有権留保の合意が可能である。この合意は、既に無条件に締結されている物権の合意に関して、当事者の合意による修正との位置づけとなる。所有権が未だ買主に移転していないので譲渡担保の合意とはならない。もつとも、AGBG 1063条があるが故に、所有権留保に関しては明確な合意が必要である。合意は、書面による売買契約又は少なくとも一般契約条件(G T C)に含まれている必要があり、納品書に単にメモ的に記載するのでは不十分とされている。しかし、実際には契約時に両当事者による正式な署名がほとんど起こらないため、どのような場合に契約条件が有効に合意されているかが頻繁に議論される問題となっている。<sup>8)</sup>

第二に、共有的な処理である。オーストリアにおいて特徴的なのは、後述するように目的物に加工、混和が生じたときは売主と買主の共有物になるとされており、目的物が第三者の不法行為によって毀損され損害賠償債権が発生するときは損害賠償債権が売主と買主に共同で帰属すると解されている点である。ドイツ法のように、売主が優先し、買主は条件付きで、という処理にはなっていない。<sup>10)</sup>

第三に、融資を伴った売買における所有権留保については、売主側が与信者を用意する場合と買主が独自に融資を受けて売買に臨む場合の二つに分けて議論されている。<sup>11)</sup>これは、この二つの方法は法的には異なるとの評価の反映であること、及び、特に前者においては売主から与信者への所有権の譲渡が、権原と引渡しという要件を満たすかどうか問題となるからである。

### (三)担保に関する規定

A G B G 447 条 (担保権 (Pfandrecht) 及び担保 (Pfand) の意義) 担保権は、債権者に与えられる物権であり、義務が定められた期日までに履行されないときに、物から弁済を得ることができる。債権者にこの権利を与える物が担保である。

A G B G 448 条 (担保の種類) 流通している物は、全て担保として利用することができる。動産のときは質 (Handpfand) 又は狹義の質とし、不動産のときは抵当 (Hypothek) 又は不動産担保 (Grundpfand) とする。

A G B G 451 条 (担保権の取得方法、現実の引渡) 担保権を實際に取得するためには、権原を与えられた債権者は、担保目的物を、動産のときは受託をしなければならない (以下、省略)。権原は物に対する人的な権利を与えるのみであり、物に関する何ら物権的な権利を与えない。(第二項省略)

物的担保の取得についても、権原及び引渡が必要であり、動産については占有質となっている。先取特権に相当する規定はなく、担保に関する規定においても所有権留保及び譲渡担保に関する規定はない。<sup>12)</sup>

ドイツ法と比べると、占有質原則である点、法定質権 (先取特権) 及び譲渡担保の規定がない点は、同じである。<sup>13)</sup>

(四) 契約解除に関する規定と所有権留保の実行

AGBG 918条 双務契約の当事者の一方が適切な時期、適切な場所、又は約定された方法で履行しないときは、当事者の他方は、履行と共に遅延による損害賠償を要求するか、遅れた履行のための相当な期間を設置することにより契約を解除する意思表示をすることができる。(第二項省略)

所有権留保の合意の有無に関わらず、売主は期間の設置による契約の解除が可能である。さらに、判例によると、所有権留保を合意した売主は、期間の設置不要の契約上の解除権を有しているとされる。<sup>14)</sup> もっとも、所有権留保が有効に合意された場合でも、売主は買主の許しなしに所有権が留保された目的物を取り戻す権利はない。

買主の不履行時において売主が留保した所有権に基づき目的物を回収したときは、通常は、契約の解除と看做される。そのため、実際は、目的物を回収した上で代金全額の支払いを求める、つまり目的物の回収があっても契約は解除されないという合意 (Rücknahmeklausel) も活用されている。<sup>15)</sup> なお、売主が目的物を占有する無権原の第三者に対して目的物の返還を請求する際には、売買契約の解除は不要である。

ドイツ法と比べると、原則として、実行には解除が必要である点は、同じである。<sup>16)</sup>

二 執行及び買主の倒産

オーストリアでは執行法 (Exekutionsordnung: EO) において執行の着手につき優先主義が採られている。買主の債権者が買主の占有する目的物に執行したときは、売主は、第三者異議の訴え (Erszindungsklage: EO 37条) を用いることができる。なお、2021年5月14日の連邦法官報の掲載によると、執行法は手続の効率化のために全面的な

改革が開始されたことである。

今日のオーストリアの倒産法 (Insolvenzordnung : IO) は、1915 年 1 月 1 日に施行された 1914 年 12 月の RGBl. 337/1914 の破産法 (Konkursordnung : KO) に基<sup>(15)</sup>にしている。それ以来、KO には 50 以上の改正があり、その中で最も重要なのは、1981 年 (破産クラスの廃止)、1993 年 (1995 年 1 月 1 日からの債務調整手続の導入)、2010 年 (和議手続の廃止と倒産法の枠組の中の統一手続の作成) の改正であった<sup>(16)</sup>。所有権留保については、2010 年の改正時に議論はあったが買主の期待権には手が付けられなかった。また、この改正時に、倒産開始時に目的物が外国にあっても所有権留保は影響を受けないと定める条文が設けられた (IO 224 条)。おそらく、オーストリアで所有権留保に言及する唯一の条文であると思われる。なお、譲渡担保については、別除権とされている。

買主が倒産した場合、留保売主は倒産債権者にはならず、目的物の所有権が売主に帰属するため目的物は倒産財団に属しない。もともと、多数説と判例は、所有権留保が合意された場合も双方未履行の双務契約に該当するとして、倒産管財人は、契約を締結するか、解除をするかを選択することができる (IO 21 条・KO 21 条)。倒産管財人が契約の解除を選択した場合、売主は、所有権留保の下で販売された商品の取戻権を有している (IO 44 条・KO 44 条)。さらに、倒産手続に限らないが、目的物が誤って第三者の利益に用いられたときは、業務執行 (Geschäftsführung) なるにある物が他人の利益に使用されたときに所有者にその利益の返還請求を認める AGBG 1041 条が適用される。

ドイツ法と比べると、原則として同じ効力が付与されている。ただし、ドイツ法では、倒産法上の選択権に期限が設定されている点及び独自の効力が付与されている点が、異なる。もともと、ドイツ法が倒産法制度において独自の扱いを設けたのであり、オーストリア法の方が実体法の効力を反映している。

### 三 拡大形式並びに買主による目的物の譲渡及び加工への対処

#### (一) 被担保債権の変更及び追加

買主が売買代金だけでなく、売主に対する当該売買とは関係のない既存の債務を全て履行した場合にのみ、買主が購入した目的物の所有権を取得するという合意(いわゆる拡大された所有権留保)は無効と解されている。この構造は、担保のための譲渡として評価されるため、質権の公示原則を遵守する必要があるからである。拡大形式が無効になった場合、所有権の単純な留保が残ることになる。

#### (二) 買主による目的物の譲渡

売主にとって問題なのは、買主が目的物を転売した場合において、即時取得 (A B G B 367条) の要件を満たすときは、転得者は無条件の所有権を取得し、売主の所有権留保が消失することである。これを防ぐために、いくつかの方法が用いられている。

第一に、接続された所有権留保 (weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt) である。買主は、目的物の譲渡をする際、転得者に対し、最初の売主が所有権を保持していることを通知する。これにより、転得者にはや即時取得の要件を満たさなくなる。この場合、転得者は、買主が有している条件付権利を取得する。もともと、この方法では、買主が転得者に最初の売主が所有権を保持していることを知らせないこともある。その場合、最初の売主の所有権留保は保護されなくなる。なお、買主も転得者に対し独自に所有権留保付で処分した場合、転得者は、留保買主と留保売主の双方の被担保債権が弁済されたときに、所有権を取得することになる。

第二に、転売債権の事前譲渡である。売主は買主に対し目的物の転売を許容する代りに、例えば、「商品が転売さ

れた場合、その結果として生じる転売代金債権は最初の売主に譲渡されることに同意する。」と合意する方法である。具体的には、「事前譲渡条項」であり、担保目的であることから、担保譲渡 (Sicherungszession) の公示要件 (Publizitätsanforderungen) に準拠する必要がある。いわゆる延長された所有権留保の形式であり<sup>⑩</sup>、この合意によって、売主は、転得者が転売債権の譲渡の通知を受けると、直ちに転得者に対し直接に転売代金を請求することができる。

第三に、予めの占有構成 (antizipiertem Besitzkonstitut) である。売主と買主の間で、「商品が転売された場合、売主の売買代金債権額に対応する目的物の一部が売主の所有物になることに同意する。」又は、「将来の転売において有することになる転売代金から、売主の被担保債権に対応する部分の代金は、売主に割当てられる。」と合意する方法である。この合意により、買主が転売代金を受領したときは、買主は、直ちに金銭の所有者であり、かつ、売主の占有補助者になる。もつとも、売主の金銭所有権は金銭の混合によって失われる可能性があるため、買主が金銭を別々に保管することが重要となる。

### (三) 買主による目的物の加工

買主は、目的物を使用することを許されており、目的物を所有することを期待する権利を持っており、その期待権を第三者に譲渡することもできる。しかしながら、買主が目的物を加工することができるかどうか、また加工することができるとして、どの程度まで加工することができるかは、買主と売主の間の合意に依存することになる。

両者の間で何も合意されていない場合において、買主が目的物を加工したときは、条文が適用されることになる。A G B G 414 条は、「他人の物に加工した者並びに他人の物に自己の物を混同、固体又は液体を混和した者は、それにより、他人の所有権に関して何らの請求権を有するものではない。」とし、続く A G B G 415 条は、当事者は物を分離

することができるとしつつ、「分離することができないときは共有とする」と定める。共有は、加工された物の価値と加工作業の価値との関係に従って発生する。さらに、共有について、売主と買主は、加工が行われた後も売主が唯一の所有者であり続けること、買主が加工を通じて唯一の所有者になること、又は売主と買主が共同所有者になる割合を予め合意することができる。

なお、加工された新物の共有について、例としては、洋服の製造業者に対して生地を供給する売主であれば、売主は生産された洋服の共同所有となる合意をするとの事案があった。この場合、最終製品における生地の物質的な価値に比例して持分が定められる。そして、買主が倒産した場合、売主は最終製品の共同所有者であり、売主に配分される価値に応じて最終製品の一定数を受取るとのことであった<sup>20)</sup>。もちろん、売主は、共有の方法の方が、単純な倒産債権者となるよりも多くの回収が可能となる。つまり、原材料提供者は、この方法の所有権留保を利用すれば、最終製品に対して執行が可能であり、最終製品の生産者の倒産においても保護が与えられるのである。

ドイツ法と比べると、(一)については、ドイツでは、コンツェルン留保は無効とされるものの、それ以外は認められている<sup>21)</sup>。また、(二)及び(三)の共有とする構成は、表だってみられない。

#### 四 分析と検討—わが国への示唆

##### (一) 分析

ドイツ法の影響が大きいスイス法及びオーストリア法では、物権レベルでの停止条件付所有権移転であり、買主は使用、占有権原と期待権を有する点、及び、売主は取戻権を有するという点で共通していた。端的には、買主は売買代金を最後の一回まで支払わない限り、所有権を取得しない。もつとも、民法及び倒産法に規定を有するドイツ法、

登録制度を有するスイス法と異なり、オーストリア法は、実体法及び手続法において所有権留保に関して直接の規定を有していない。条文を有さずに実務と判例によって効力が承認されている点は、わが国と同様の制度状態といえよう。

オーストリア法をドイツ法及びスイス法と比較した場合の特徴的な点は、「三 拡大形式及び買主による目的物の譲渡及び加工への対処」の「(二)買主による目的物の譲渡」及び「(三)買主による目的物の加工」で述べた、共有による処理である。もっとも、(二)の第三の「予めの占有構成」は、目的は転売債権の一部を売主が把握することであり、その手段又は根拠として債権譲渡ではなく目的物の共有が用いられていると解することができる。また、(三)の加工では、目的物そのものではなく、加工によって生じる新物の共有に關する合意である。新物において当初の目的物の価値相当分を引続き把握することを継続する手法であるから、当初の所有権留保が把握する目的物価値の消滅を防ぐ方法と解することができる。以上から、何れの方法も、例えば、売買目的物を買主の支払割合に応じて共有とするような純粋な意味での目的物の共有ではない。なお、売主が把握するのは、(二)では目的物が転得されるため被担保債権額相当であり、(三)では目的物がある意味では存続するため目的物価値相当となっている。

単純に考えると、(二)及び(三)では、転売債権者及び加工による新物の唯一の所有者を売主とする手法が肯定されるように思われる。しかし、とりわけ買主が事業者である場合、転売代金及び加工後の新物の価格が当初の売買代金額及び目的物の価値を上回るのは買主の貢献によるものである。そうすると、転売代金債権及び加工後の新物の価値を売主と買主で分け合うのが公平である。したがって、これを実現する手法として、担保法理ではなく、共有という法制度を活用した処理を行っていると考えられる。もっとも、目的物が第三者によって滅失した場合の損害賠償債権についても共有という処理であれば、この場合は、買主の貢献・独自の価値把握部分という要素がない。この点も踏まえ

て分析すると、価値の分属は共有制度によって体现することができ、存在しない動産担保権とする処理は制度上は論理的に整合し得ないため採用すべきではないとの態度、と解すのは行き過ぎであろうか。

## (二) 検討

オーストリア法の所有権留保は、前提となる法制度に忠実かつ整合的な扱いとなつている。即ち、所有権は渾一であり質的又は量的な分割を制度上反映できない(しない)こと、価値ではなく物に対する権利であること、占有質原則から担保権的な把握又は理解を指向しないこと、という枠組の元に、売主への所有権帰属を認め、形式的には、寄託者と同じ立場である。このような効力の所有権留保を承認する基礎には、単なる債権者以上に、売主という立場への要保護性の承認が<sup>22)</sup>考えられる。

これに対して、わが国では、利益考慮から不動産譲渡担保を念頭に譲渡担保権者に所有権が帰属することが批判され、譲渡担保と同じようなものとして所有権留保の売主も所有権が帰属するとの構成に対する拒否的な反応から、売買契約における所有権移転に関する議論の蓄積があるにもかかわらず、それとは切断された形で、売主の権利は担保権的に扱えばよい、という担保権的構成が有力となつた。<sup>23)</sup>この担保権的構成が、買主は売買契約を締結したのであり、代金の部分的な支払によって何らかの権利を有するはずである、という利益考慮から、法的構成に拘らずに妥当な効力を導こうとするのであれば、それを現行法制度において適切に体现することができる法的構成として、目的物の共有との発想を採つたとすると、どうなるのか。目的物の共有という手法を権利・法状態の構成として正面から活用する方法である。<sup>24)</sup>

例えば、売買代金150万円、既払金50万円、現在の目的物の時価120万円とする。この場合、現在の目的物に対して、

買主は50万円分の価値を支配している、又は、持分は売主と買主で被担保債権額100万円と既払金額50万円の割合である二対一（80万円と40万円で支配）となりそうである。しかし、目的物の減価分30万円は、買主の目的物の使用利益分であり予定どおり代金を完済すれば、後からみると所有者として買主が目的物の所有権価値を消費した部分である。したがって、既払金50万円の内30万円は、この消費分（減価分）の正当な対価として充てられ、現時点の目的物の価値に対して買主が有する支配根拠としての既払分は20万円となる。つまり、現在の目的物の時価120万円は、売主が100万円、買主が20万円に分けられ、これが持分となる。

その上で、所有権留保の実行は、共有物の分割となり、売主が共有物を取得し、買主に対して持分相当額を支払うことになる。つまり、売主が目的物の引渡し受け、買主に対し被担保債権を上回る額を支払うという処理になるから、売主が目的物を単独所有し、解除又は担保の実行としての清算手続を採った場合と同じ処理になる。また、共有構成だと、所有権留保の実行は担保の問題であるから売買契約の解除を求めるのは適切ではない、という見解にも適合的な構成となる。さらに、買主が共有物を取得する形で担保権的構成を実現することもできる。

問題は、同じ処理となるが故に、共有構成は意味又は魅力がないと解するか、価値の分属を体现できる好ましい構成であると解するか、ということになる。また、加工による新物について共有とする法構造を採用するならば、実質が当初の所有権留保の存続であるため、先行して買主の占有下の物に（集合動産）譲渡担保が設定されている場合の競合問題を考えるならば、売主の要保護性が解決の鍵となる。<sup>23</sup>

オーストリアで共有による処理が展開されているのは、歴史的な経緯が理由である。物に対する担保という観点から、売主が担保目的を最大化できるのは、買主の元で生じる新物の所有者は売主であると合意をすることであり、この合意はドイツでも行われている。しかし、オーストリアでは、最高裁が、このような合意には否定的な見解を持つ

ていた。ところが、第一次世界大戦後に原材料と資本が不足したため、外国産の原材料を利用する際に売主に担保を用意する必要があった。そこで、行政命令が発行され加工後の新物についても売主の所有権保持の正当化のための特別な規制が提供されたのが前駆体であったとされている。<sup>(25)</sup>

個別の取引においては、代金支払を猶予する売主の行為は融資に等しい。しかし、民法典は動産売買先取特権を用意し売買代金債権の保護という価値判断を行っている<sup>(26)</sup>。売買は代金と所有権の交換であり、売主の代金債権を保護しなければ、社会全体の経済活動が安心して始められないのである。

### おわりに

本稿は、ドイツ法の規定を念頭に、スイス法に引続き、ドイツ法に大きな影響を受けているオーストリア法における所有権留保を分析、検討した。その結果、売主に所有権が帰属するという原則が徹底されており、さらに、買主による目的物の転売及び加工が行われた場合という本来であれば売主の所有権留保が消滅する場合の対応として共有という構成による処理を確認することができた。その上で、目的物の滅失時に生じる損害賠償債権についても共有という処理であれば、現行法制度の枠内で処理すべきとして、担保法理の清算ではなく共有物分割が用いられていると評価することができるのではないかと分析した。そうであれば、この共有構成は、価値の分属という観点から、担保権的構成を指向するわが国でも、現行法制度の枠内で可能な法制度として検討する必要性があると考えられる。

もっとも、スイス及びオーストリアにおいても、非占有故に公示という観点から、また、アメリカ法を念頭に、特に登録について一定の議論や提言がある<sup>(27)</sup>。両国での議論も踏まえて、わが国では、どのような法的構造がふさわしいのかは、あり得る手法・構造を比較した総括的な検討が必要であるため、改めて別稿で検討する。

- (1) ドイツ法については拙稿『所有権留保の法理』(信山社、2012年)。スイス法については拙稿「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」熊本法学148号33頁、拙稿「民法176条の意義と所有権留保の解釈の關係」広島法学43巻4号59頁。
- (2) 拙稿『所有権留保の法理』において、ドイツ民法制定以前の法状況を検討したが、提言として担保権構成はあったものの、制度化定着はしなかった。なお、ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照草案(DCFR)では、担保権構成が採られている(窪田充見・潮見佳男・中田邦博・松岡久和・山本敬三・吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照草案(DCFR)』289、295頁(法律文化社、2013年))。各国で所有権を担保として用いることへの見解が大きく異なっている点がよく分るものとして、沖野眞巳「UNCITRAL「担保付取引に関する立法ガイド」(案)の検討状況・続報」NBL770号6頁。
- (3) 1811年6月1日に一般民法典として公布され、1812年1月1日からオーストリア帝国のドイツ系の構成国家に適用された。詳しくは、小野秀誠「オーストリア一般民法典(1811年、ABGB)の200年」一橋法学14巻2号579頁。
- (4) 第八節「相続権(Art.531-551)」第九節「最終的な意思の表明及び遺言(Art.552-603)」第十節「後順位相続人(Art.604-646)」第十一節「遺贈(Art.647-694)」第十一節「最終意思の制限及び廃止(Art.695-726)」第十三節「法定相続(Art.727-761)」第十四節「遺留分及び遺留分又は相続分における算入(Art.762-796)」第十五節「相続による占有取得(Art.797-824)」第十六節「所有権及び他の物権の共同所有(Art.825-858)」。なお、婚姻に関しては別に婚姻法が定められており、いわゆる契約法も相続法も物権編に組込まれていることから、ABGBは、物を中心とする体系と考えることができよう。
- (5) 契約法の構成は以下のとおり。第十八節「贈与(Art.938-956)」第十九節「寄託契約(Art.957-970e)」第二十節「使用貸借契約(Art.971-982)」第二十一節「消費貸借契約(Art.983-1001)」第二十二節「授權及び業務執行の他の方法(Art.1002-1044)」第二十三節「交換契約(Art.1045-1052)」第二十四節「売買契約(Art.1053-1089)」第二十五節「永続、永借及び永賃借契約(Art.1090-1150)」第二十六節「役務給付に関する契約(Art.1151-1174)」第二十七節「財産の共同所有に関する契約(Art.1175-1216)」第二十八節「夫婦財産(Art.1217-1266)」第二十九節「射幸契約(Art.1267-1292)」第三十節「損害賠償及び謝罪に関する権利(Art.1293-1341)」。
- (6) 上原由起夫「オーストリア抵当制度の展開と「投資抵当権」」早稲田法学会誌29号66頁。
- (7) 期待権は、相続についても生じるとされており、将来得られるであろう所有権とは全く別の権利である。詳しくは、拙稿『所有権留保の法理』89頁以下及び269頁以下を参照。

- (8) 実際には、契約条件が価格表に印刷されている場合や、価格表に少なくとも契約条件への参照が含まれている場合がある。価格表が契約の締結の基礎であり、購入者が契約の締結前に契約条件に注意することができた場合、契約条件(所有権留保)は合意されたと看做されることになる。ただし、原則として、注文確認書に利用条件を記載しただけでは不十分である。この場合、契約条件は、「裏面に印刷された」条件を十分に参照して、顧客が注文確認を再確認した場合のみ適用される(実際にはめったに発生しない)。請求書又は納品書にのみ印刷される所有権留保は、当事者がより長い取引関係を持ち、互いに同様の取引を複数回行う場合において、所有権留保が請求書又は納品書に明確に記載されており、購入者はこれを矛盾なく受け入れたときに例外的に有効になる。
- (9) 所有権留保の目的物が不動産と明確に区別できない形で付合した場合は、売主の所有権は消滅する。なお、特殊な機械の場合は所有権留保の目的となっていることの登記が可能である(AGBG 297 a条)。
- (10) 拙稿『所有権留保の法理』143頁。
- (11) Hans Schneweg, Der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr - eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Darstellung, VVf, 1997, S.43.
- (12) 不動産への抵当については、上原・前掲61頁。
- (13) 拙稿『所有権留保の法理』76頁以下にドイツの立法過程からの検討を行っている。
- (14) 10b 2297/96f OBA 1998, 78f.
- (15) 実際は、「支払いが部分的に遅滞になった場合でも、買主の費用負担で、買主の同意なしに適切な方法で商品を回収する権利を有する。」等の契約文言が用いられる。
- (16) 拙稿『所有権留保の法理』210頁以下で債務法改正後の解除について、同218頁以下において倒産時の解除について、検討している。
- (17) 2010年改正前までの状況については、松村和徳・木川裕一郎・畑宏樹・山田明美『オーストリア倒産法』(岡山大学出版会、2010年)が詳しい。
- (18) 拙稿『所有権留保の法理』179頁以下で倒産法上の所有権留保につき検討している。特に、双方未履行の双務契約に関するドイツ倒産法103条の特則である同107条については、同180、184頁以下。
- (19) 消費者取引と商取引の両方の「所有権留保の延長」は、「商品は、全額が支払われるまで売主の所有物のままである。再販は、購入者の名前又は会社と正確な(会社の)住所を引用して事前に適切な時期に通知され、販売に同意した場合にのみ許可される。売主の

同意がある場合、購入価格の請求は既に売主に譲渡されていると看做され、売主はいつでもこの譲渡を購入者に通知する権利がある。」等の契約文言が用いられる。

(20) 実際に大規模な株式会社が倒産した事案として SZ 49/138。

(21) ドイツ民法 49 条 3 項。経緯については拙稿『所有権留保の法理』188 頁以下。

(22) しかしながら、担保権の構成において、例えば、先取特権や質権とするとの現行法制上の担保権としての構造が主張されているわけではない。したがって、担保権説は、法的構造ではなく指針と理解するのが適切であろう。

(23) わが国では、1984 年に三上威彦教授が共有構成を提案されている(「基本的所有権留保と破産手続(下)」判タ 536 号 54 頁)。なお、ドイツ法でも提案されていないわけではないが、賛同者はいないとされている(拙稿『所有権留保の法理』99、106 頁)。

(24) 競合問題については、譲渡担保の目的物と売買目的物が一体化してしまう限定的な場面ではあるが、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 29 年 3 月 9 日金法 2091 号 71 頁を素材に「広島法学 42 卷 3 号 69 頁で検討している。

(25) 第一次世界大戦後の経済認可 G 1917 RGBI 307 に基づくものであった。これらの経緯の詳細は、H. Klang, GZ 1920, Nr. 45-48, S. 241.

(26) 先取特権との関係については、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」広島法学 41 卷 2 号 1 頁、前掲・拙稿「民法 176 条の意義と所有権留保の解釈の関係」65 頁以下。

(27) 一例として Georg Aichinger, Der Eigentumsvorbehalt und seine Zukunft. In Oesterreich, England, Frankreich und der Schweiz, Saarbruecker 2010, S. 58ff. 204ff.