

所有権留保売買における信販会社の法的地位

石 口 修

《目次》

- 第1節 問題の所在
- 第2節 平成28年札幌地判・高判の概要
 - 第1項 事案の概要等
 - 第2項 争点に対する裁判所の判断
- 第3節 平成28年札幌地判・高判における問題の所在
 - 第1款 本判決から導かれる判例法理
 - 第2款 判例法理から導かれる問題点
 - 第1項 最（二小）判平成22年6月4日との整合性
 - 第2項 最近の下級審裁判例の動向
 - 第3款 平成22年最判に対する学説との関係
 - 第1項 総 説
 - 第2項 法定代位説
 - 第3項 担保権設定説
 - 第4款 小 括
- 第4節 留保所有権の対抗要件
 - 第1款 従来の学説の考え方
 - 第1項 対抗要件不要説
 - 第2項 占有改定説
 - 第2款 本稿の問題における学説と対抗要件
 - 第1項 法定代位説
 - 第2項 担保権設定説・譲渡担保説
 - 第3款 小 括
 - 第1項 総 説
 - 第2項 留保売主・留保買主二当事者間の所有権留保

- 第3項 三者間取引による所有権留保
- 第5節 ドイツ法の解釈
 - 第1款 総説
 - 第2款 ドイツ連邦通常裁判所の判例に見る立替払による留保所有権の譲渡
(BGH, Urt. vom 27. 3. 2008, BGHZ 176, S. 86)
 - 第1項 本件の事案, 争点, 判決概要
 - 第2項 留保所有権の譲渡性に関する判決理由
 - 第3項 判例分析と解釈
 - 1. 留保所有権譲渡の構造——原則
 - 2. 法定債権譲渡類型
 - 3. 契約引受けによる留保所有権の移転
 - 第4項 小括
 - 第3款 契約引受けの合意に関する有力学説
- 第6節 所有権留保の対抗要件に関する私見的考察
 - 第1項 二当事者間の所有権留保
 - 第2項 三者間取引による所有権留保——信販会社の法的地位
 - 第3項 今後の課題

第1節 問題の所在

本稿は、自動車の所有権留保特約付売買において、販売会社（留保売主）、買主、信販会社の三者間契約による所有権留保を巡り、留保買主の破産手続または民事再生手続の開始と留保所有者による別除権の主張ないし行使に関して争われた判例を中心として、民法、破産・民事再生法、信販会社の約款の解釈問題に関して考察するものである。

近時の自動車売買における所有権留保約款には、メーカー系列の販売会社（留保売主）と買主の二当事者間契約にメーカー系列の信販会社（販売金融会社、略して「販金会社」とも言われる。）が加わる類型が多い。後述するように、この三者間契約による所有権留保約款により、信販会社が販売会社へ立替払をし、あるいは集金保証による連帯保証債務の履行（代位弁済）に基づいて、販売会社から信販会社へ留保所有権が移転し、その後の

留保買主の破産・民事再生手続開始に伴う留保所有者たる信販会社の別除権の成否に関して争われた判例・裁判例が多数現れている。

この場合において、販売会社から信販会社への留保所有権の移転が物権変動としてなされたのであれば、第三者対抗要件としての登録手続が必要となる（道路運送車両第5条）、買主の破産・民事再生手続開始後に信販会社が別除権者として認められるためには、少なくとも、権利主張要件としての登録が必要となるのではないかという問題がある（破産第49条、民再第45条）⁽¹⁾。

周知のように、この問題に関する最高裁判所の判例として、最（二小）判平成22年6月4日（民集64巻4号1107頁）がある。この平成22年最判は、所謂「立替払方式」の所有権留保約款の事案において、信販会社の取得する留保所有権の被担保債権（立替金等債権）と、販売会社の留保所有権の被担保債権（売買代金債権）との相違点に着目し、信販会社が販売会社から譲り受けた留保所有権の取得に関して、立替払の結果、販売会社の有していた留保所有権の代位弁済（民法第474条）に伴う法定代位による信販会社への移転（同法第500条、第501条）を否定し、信販会社が取得した留保所有権を別除権として行使するためには、再生手続開始前に信販会社自

(1) 破産法第49条（開始後の登記及び登録の効力）

1 項 不動産又は船舶に関し破産手続開始前に生じた登記原因に基づき破産手続開始後にされた登記又は不動産登記法（平成16年法律第123号）第105条第1号の規定による仮登記は、破産手続の関係においては、その効力を主張することができない。ただし、登記権利者が破産手続開始の事実を知らないでした登記又は仮登記については、この限りでない。

2 項 前項の規定は、権利の設定、移転若しくは変更に関する登録若しくは仮登録又は企業担保権の設定、移転若しくは変更に関する登記について準用する。

民事再生法第45条（開始後の登記及び登録）も「破産手続」が「民事再生手続」に変わるだけであり、同じ文言である。

身の登録所有名義が必要である（民再第45条）と判示した。

ところが、最高裁判所で敗訴したメーカー系信販会社は、所有権留保約款に関して、立替払方式をやめて集金保証方式へと切り替え、信販会社が、販売会社の売買代金債権等（代金債権と割賦手数料債権）を留保買主の連帯保証人として弁済することを停止条件として留保所有権を代位により信販会社へ移転させるという方法により、あくまでも法定代位構成にこだわる約款を考案した。これは、販売会社から信販会社への所有名義の移転に関する人的負担と費用負担を削減するという業界の常識に基づく判断であった。

その甲斐あって、最近では、最高裁の判例にこそ現れていないが、後掲するように、下級審の裁判例においては、この約款によって続々と勝訴判決を勝ち取り、今日に至っている。

本稿において資料として掲げ、分析した裁判例はその流れの中心に位置すると思しきものである。

第2節 平成28年札幌地判・高判の概要

第1項 事案の概要等

1. 事案の概要

訴外A自動車株式会社（以下「A販売」という。）は、訴外B（以下「破産者B」という。）に対し、本件自動車を平成25年8月20日に割賦販売した際に、その割賦金等債権の担保として本件自動車の所有権を留保した（以下「本件留保所有権」という。）。しかし、破産者Bが割賦金等の支払を遅滞したため、破産者Bの委託を受けて、前同日、A販売との間で前記割賦金等の支払債務を連帯保証したXファイナンス株式会社（被控訴人・原告。以下「X」という。）は、保証債務の履行としてA販売に前記割賦金等の残額を弁済し、法定代位により本件留保所有権を取得したと主張して、破産者Bの破産管財人たるY（控訴人・

所有権留保売買における信販会社の法的地位

被告) に対し、本件留保所有権に基づき、破産法第65条の別除権行使として本件自動車の引渡しを求めた。

2. 前提事実

(1) 当事者

ア X(東京都所在)は、仕入先及び販売店並びに顧客に対する金銭の貸付け及び債務保証等を目的とする会社であり、A販売(札幌市所在)は、自動車の販売等を目的とする会社であり、いずれも訴外C自動車株式会社の系列会社であるが、XとA販売との間には、直接の資本関係等は存在しない。

イ Yは、認定事実(6)のとおり、破産者Bの財産に関する破産手続開始決定(以下「本件開始決定」という。)により、破産管財人に選任された。

(2) 本件売買契約(甲1, 6)

破産者Bは、平成25年8月20日、A販売との間において、以下の内容を含む約定により、本件自動車を割賦購入する旨の売買契約(以下「本件売買契約」という。)を締結した。

ア 売買代金

割賦金等合計253万4868円(以下「本件割賦金等」という。)

(内訳) 本体価格181万500円、値引き-13万5196円、付属品27万9006円、諸費用14万5690円、(割賦元金210万円)、割賦手数料43万4868円。

イ 支払方法

破産者Bは、本件割賦金等を、平成25年10月から平成32年9月まで、毎月2日限り3万100円ずつ(合計84回払い。初回の支払金額は3万6568円。)、A販売に対して支払う。

ウ 所有権留保

本件自動車の所有権は、A販売の破産者Bに対する本件割賦金等債権を担保するため、A販売が留保する。

エ 期限の利益喪失

破産者Bは、本件割賦金等の支払を怠り、A販売又はXから20日以上

当な期間を定めてその支払を書面で催告されたにもかかわらず、当該期間内にその支払を行わないときは、本件割賦金等債務につき、当然に期限の利益を失う。

(3) 本件保証契約（甲1，6）

Xは、本件売買契約と同日、A販売及び破産者Bとの三者間契約の方式により、A販売から本件割賦金等の取立て及び受領の委任を受けるとともに、破産者Bの委託を受け、以下の内容を含む約定で、破産者BのA販売に対する本件割賦金等債務につき連帯保証する旨の保証契約（以下「本件保証契約」という。）を書面により締結した。

ア 保証債務の履行

破産者Bが本件割賦金等の支払を1回でも怠り、Xが本件割賦金等の残額を一括で弁済する必要があると認めたときは、Xにおいて、破産者Bに通知・催告することなく、保証債務の履行として本件割賦金等の残額をA販売に弁済しても、破産者Bは異議のないものとする。

イ 本件割賦金等債権及び本件留保所有権の行使

A販売、破産者B及びXは、Xが、前記アに基づきA販売に対して弁済した場合、民法の規定（第500条、第501条）に基づき、Xは、当然にA販売に代位し、A販売の破産者Bに対する本件売買契約に基づく債権の効力及び本件留保所有権としてA販売が有していた一切の権利を行使しうることを確認する。

ウ 本件自動車による弁済

破産者Bが期限の利益を喪失したときは、Xからの催告がなくても、前記イのとおり、Xが代位取得した債権の弁済のため、直ちに本件自動車の保管場所を明らかにするとともに、本件自動車をXに引き渡すものとする。

(4) 本件自動車の登録等

A販売は、平成25年8月20日、本件自動車につき、所有者をA販売、使用者を破産者Bとする自動車登録手続をし、同日頃、破産者Bに本件自動車を引き渡した（甲5）。

3. 争点

本件開始決定の時点において、本件自動車の登録所有名義人ではなかったXは、破産管財人たるYに対し、本件留保所有権を別除権として行使しうるか。

4. 認定事実

(1) 本件基本契約の締結（甲10, 11）

ア Xは、平成10年1月22日、A販売との間において、自動車販売における保証方式に関する基本契約（以下「本件基本契約」という。）を締結し、

〔1〕Xは、購入者のA販売に対する自動車の割賦金等債務を連帯保証するとともに、A販売の委託により売買代金の集金業務を行うこと、

〔2〕A販売の販売する自動車の所有権は、所有名義の如何を問わず、A販売と購入者との間の売買契約、A販売とXとの間の保証契約の締結後、A販売からXに移転し、XがA販売に保証債務を履行した場合には、購入者がXに求償債務を履行するまではXに留保すること、とした。

イ また、Xは、平成25年3月7日、A販売との間において、本件基本契約中の自動車の所有権移転に関し、上記ア〔2〕の内容に替え、「2. 前提事実(3)本件保証契約」のイのとおり、Xによる代位弁済と弁済による代位に関する契約を合意した。

(2) 本件売買契約及び本件保証契約の締結（甲1, 6）

「2. 前提事実(2)本件売買契約(3)本件保証契約」と重複するので、省略する。

(3) 訴外D（破産者Bの父親）の連帯保証（甲1, 6, 乙8）

Dは、破産者BのA販売又はXに対して負う一切の債務について書面にて連帯保証し、A販売に対する保証債務に関するDの負担割合を10割、Xの負担割合を0割とした。

(4) 本件自動車の登録・引渡し（甲5）

「2. 前提事実, (4)本件自動車の登録等」と重複するので、省略する。

(5) Xによる保証債務の履行及び破産者Bの期限の利益喪失等

ア 破産者Bは、平成25年10月28日から平成26年8月26日までの間に、本

件割賦金等のうち、合計33万7568円（平成25年10月分の3万6568円+3万100円×10か月分）を、各期限に遅れながら、支払った。

イ Xは、平成26年9月2日、約定に基づいて、A販売に対し、本件保証契約の履行として、本件割賦金等の残額219万7300円を支払った（甲4）。

ウ Dは、Xからの催告を受け、平成26年11月10日、Xに対し、保証債務の履行として、本件割賦金等の2か月分（同年9月分及び10月分）たる6万200円を支払った（乙2、8）。

エ 破産者Bは、Xからの催告に対して催告期間内に請求金額を支払わないので、約定により、Bは本件割賦金等について期限の利益を喪失した。しかし、代理人弁護士は、Xからの本件自動車の引渡請求に対し、平成22年最判を理由として、本件自動車をXに引き渡さなかった。

(6) 本件開始決定（甲3）

破産者Bは、平成27年4月30日、札幌地方裁判所に対し破産手続開始の申立てを行い、同年5月13日午前11時、本件開始決定を受け、Yが破産管財人に選任された。

(7) XのA販売に対する保証債務の履行後も本件自動車の登録所有名義はA販売のままであり、破産者Bが本件自動車を使用している。

第2項 争点に対する裁判所の判断

1. 第1審（札幌地判平成28年5月30日金法2053号86頁）の判断

【判旨】請求認容。

判旨第1点：「Xが、A販売に対し、本件保証契約に基づいて本件割賦金等の残額を弁済した場合、破産者Bに対しては受託保証人としての求償権を取得するとともに、民法第500条、第501条により当然にA販売に代位して、前記求償権の限度で、A販売が破産者Bに対して有していた本件割賦金等債権及びその担保である本件留保所有権を行使できるようになるが、上記三者間の合意は、これと同趣旨の内容を定めたものと解され、Xが、前記弁済後に、A販売が有する本件割賦金等債権とは異なる債権を独自に取得して、破産者Bとの間で、

これを被担保債権とする新たな担保権を設定するものではないと解される。

なお、……前記三者間の合意では、(Bの期限の利益喪失後は)Xは、本件評価額等をもって、本件割賦金債務及び同債務の遅延損害金のみならず同債務の回収費用にも充当できるとされているが、A販売から取立て及び受領を委任されたXが負担する回収費用は、元来、破産者BがA販売に対し負担すべきものであり(民法第485条)、原債権たる本件割賦金等債権に含まれると解し得るのであるから、前記充当に関する合意について、Xが、A販売の有しない債権を別途取得し、これについて新たな担保権を設定することを予定したものと解されない。]

判旨第2点：「本件自動車についてA販売の登録所有名義があることによって、A販売は、本件留保所有権を第三者に対抗することができ、……弁済によって、本件割賦金等債権及びその担保である本件留保所有権は、法律上当然にXに移転したものであるから、少なくとも本件開始決定前の時点において、受託保証人であるXが、これを委託した破産者Bに対し、本件自動車の登録所有名義を得ない限り、本件留保所有権を行使し得ないと解すべき理由はないし、本件自動車の登録名義がA販売にある以上、破産者Bが本件自動車の交換価値を把握するものでないことも公示されているから、Xは、本件自動車の登録所有名義を得ることなく、法定代位による本件留保所有権の取得を、破産者Bの一般債権者にも対抗することができたというべきである。」

判旨第3点：「破産法第49条の趣旨は、[1]破産手続開始時を基準として法律関係を整理するという点で効率的な破産手続の実現を図ること、及び[2]破産手続開始により個別の権利行使が禁止される一般債権者と破産手続によらないで別除権を行使することができる債権者との衡平を図ることにあるものと解される。しかし、本件においては、……Xは、本件自動車の登録所有名義を得ることなく、破産管財人であるYに対し、本件留保所有権をもって対抗し得ると解されるところ、破産法第49条2項が、実体法上の権利が認められるものについて、手続的理由でこれを制限する趣旨を定めたものと解されず、……本件開始決定の前に、A販売の所有名義で登録されたことによって、同条の要件は充たさ

れているというべきである。……

A販売が契約成立と同時に全額の立替払を受けるような事案とは異なり、本件においては、本件割賦金等が完済されるまでの間、その債権者はA販売であって、本件自動車の所有権は実際にA販売に留保されるべきこと、本件割賦金等については順調に弁済されるのが本来であり、保証人であるXが弁済して法定代位が生じるのは、いわば例外であること、完済時や転売時の本件自動車の登録名義の変更についても、東京都にあるXではなく、札幌市にあるA販売と破産者Bとの間で行うのが便宜であること等の事情を総合すると、本件自動車をA販売の名義で登録したことには、一定の合理性が認められるというべきである。……

少なくとも、本件自動車がA販売の名義で登録されている以上、Yにおいて直ちにこれを破産者Bの一般財産に属するものとして扱えないことについては、公示がされているというべきであるし、本件割賦金等の弁済の程度、破産者Bの期限の利益喪失の有無、受託保証人であるXの弁済の有無については、破産管財人であるYにおいて調査可能な事項と解されるから、……、画一的処理の要請から、本件開始決定前にXが登録所有名義を得ない限り、別除権を行使することができないと解する理由はないというべきである。」

2. 第2審（札幌高判平成28年11月22日金法2056号82頁）の判断

Yは原審判決を不服として控訴した。

[Yの補充主張]

(1)破産手続では多数人の利害関係を迅速に調整しなければならない。本件自動車のように、誰が権利者か不明の場合に、破産管財人に別除権の行使を甘受させることは、破産管財人に無理を強いるものである。

(2)販売会社や信販会社の経済的合理性に適うものでも、これら当事者が選んだ権利よりも大きな権利を与える必要はない。Xは費用節約等から簡易な担保権を選択したのであるから、それ相応の処遇で満足すべきであり、より権利関係が明確となる抵当権のような典型担保と同様の特別な処遇をする必要はない。

【判旨】 控訴棄却，請求認容。

札幌高裁は，第1審判決を補正しつつXの請求を認容し，Yの控訴を棄却した。

「破産法第49条……の規定は，破産債権者を保護するために破産手続開始後にされた登記等の効力を破産管財人に主張することができないこととして破産財団の保全を図りながら，破産手続開始について善意の者を例外的に保護して，取引の安全を図るための規定であると解される。

そして，法定代位の制度は，代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために，原債権及びその担保権を……法律の効果として当然に求償権者に移転することを認めるものであるから，上記移転について対抗要件は必要とされないと解されるところ，……破産法第49条2項は，破産債権者の保護を図りつつ善意者保護のために特別の定めをしたものであって，移転について対抗要件としての登記・登録が必要とされない法定代位について破産手続において特別に登記・登録をすべきことを同条が求めているとは解されない。」

Xは，自身に本件自動車の登録所有者名義がなくとも，破産管財人Yに対し，留保所有権を行使することができる。本件自動車は本件開始決定の前に，A販売の所有名義で登録されたので，別除権取得の要件は満たされている。

「かえて，破産者Bは，本件割賦金等を8分の1程度（本件割賦金等253万4868円のうち33万7568円の支払）しか弁済していないにもかかわらず，このような場合にも，Xの別除権行使を否定して本件自動車を破産者Bの一般財産に属するものとして扱うことは，一般債権者にいわば棚ぼた的な利益を与えることとなり，相当ではない。」

「複数の保証人による保証債務の履行状況についても，弁済を受けた販売会社に確認するなどすることによって，管財人において調査可能な事項と解されるから，……本件においてXが登録所有者名義を得ない限り，本件留保所有権を行使することができないと解することはできない。」

Yの補充主張に対する判断

(1)本件割賦金等債務に対する弁済の事実については，破産管財人YがA販売

に問い合わせ、関係資料の提出を求めれば判明し、それに基づき権利関係を確定して、本件留保所有権に係る別除権者が誰かを明らかにすることは可能であるから、破産管財人に無理を強いるものとはいえない。

(2)破産法上、所有権留保などの非典型担保についての明文の規定はなく、その取扱いは破産法の解釈に委ねられているところ、留保所有権は担保権として破産法上の別除権としての扱いを受けるものと解される（平成22年最判参照）。このように、留保所有権を担保権の行使を認める以上、抵当権等の典型担保と同様の処遇をすることが破産法上否定されるものとはいえない。

第3節 平成28年札幌地判・高判における問題の所在

第1款 本判決から導かれる判例法理

本件は、A・B間の自動車販売契約とBの保証委託に基づくX・A間の割賦金等債務の連帯保証契約（集金業務委託・集金保証方式）が、A・B・Xの三者間契約の形式で行われ、その際、本件自動車の所有権は、A販売のBに対する割賦金等債権を担保するためにA販売が留保し、Xが保証債務の履行としてA販売に割賦金等の残額を弁済した場合には、Xは、民法第500条などに基づき、A販売に法定代位して、割賦金等債権及び留保所有権を行使しうる旨を合意したという事案である。

このような事案について、本判決は、本件が平成22年最判の立替払方式とは異なる集金保証方式であることを重視し、Aの割賦金等債権の回収が滞った場合にXが代位弁済することから、Xの求償債権を担保するために法定代位（民法第500条）が発生するものと解し、Aの債権と担保権たる留保所有権がXに帰属するものと解して、Bの破産手続においてXの別除権行使（破産第65条）を認めたものである。

この場合に、Xには担保権の取得に関する対抗要件の具備が問題となる。しかし、本判決は、従来の通説・判例に基づき、法定代位は法律上の

当然の権利移転であるから、対抗要件は不要であると解し、破産手続開始前に生じた原因に基づき破産手続開始後にされた登記・登録などの効力は、破産手続の関係においては主張しえないという破産法第49条も適用しないと判示した。

そこで、平成28年札幌地判・高判の判例規範（規範命題）として、次のように構成しうる。

〔命題1〕

集金保証方式の自動車所有権留保売買・保証契約においては、信販会社の販売会社に対する代位弁済による法定代位（民法第500条）が生じ、販売会社の割賦金等債権と留保所有権は信販会社に帰属する。

〔命題2〕

法定代位による債権・担保権の取得者（求償権者）には第三者対抗要件は不要である（従来通説・判例）。（この場合には）破産法第49条は適用しない（対抗要件ないし権利主張要件として不要）。

第2款 判例法理から導かれる問題点

第1項 最（二小）判平成22年6月4日との整合性

平成22年最判は、自動車の所有権留保売買に際し、販売会社A、信販会社X及び購入者Bの三者間合意により、BがAから自動車を買受けるとともに、その売買代金をAに立替払することをXに委託し、当該自動車の所有権がBに対する債権の担保としてAに留保されること、また、登録所有名義の如何を問わず、Aに留保された当該自動車の所有権が立替払によりXに移転し、Bが立替金等債務を完済するまでXに留保されることなどを内容とする契約を締結したという事案である。

この事案において、最高裁は、Xの取得する留保所有権の被担保債権（立替金等債権）が、Aの有していた留保所有権の被担保債権（売買代金債

権)とは異なることから、XがAから譲り受けた留保所有権の取得については、立替払の結果、Aが留保していた所有権が代位弁済による法定代位によりXに移転するという構成を否定し、Xが取得した留保所有権を別除権として行使するためには、再生手続開始前にX自身の登録所有名義が必要と判示した(民再第45条)。その理由は、Aの売買代金等債権とXの立替払等債権(利息、手数料込み)との相違にある。即ち、代位弁済と言うためには、BのAに対する債務を弁済し、その効果として代位が生じ(民法第499条、第500条)、XがBの債権者となるのであるから(第501条)、原債権者Aの債権と代位者Xの債権は同一のものでなければならないという解釈が採用されている。

平成22年最判と平成28年札幌地判・高判との共通問題は、前掲した破産手続開始後の登記及び登録の効力(破産第49条)の適用問題である。即ち、平成22年最判においては、民事再生手続開始後の登記及び登録の効力(民再第45条)の適用が問題となったが、平成28年札幌地判・高判において問題となった破産法第49条も、破産手続開始後に担保権者(別除権者)として優先権を行使するためには、破産手続開始前に権利に関する登記・登録を具備することを要するという規定である。この規定が本件に適用されると、留保所有権の取得者が債務者の破産手続において留保所有権を別除権として行使するには、「所有権の公示」が必要となる。それゆえ、本条の規定内容は、平成22年最判で問題となった民事再生法第45条と規定構造を同じくするものである。

両者の規定構造は、既に別稿⁽²⁾において論じたように、「権利主張要件ないし権利保護要件(権利保護資格要件ともいう。）」としての登記・登録」

(2) 石口修「留保所有権の譲渡と譲受人の法的地位」千葉大学法学論集28巻1・2号(2013年)39頁〔横組み〕以下所収。

規定である⁽³⁾。本条は権利の効力要件規定であるから、本来、別除権（破産第65条、民再第53条）を行使するためには、その前提として、この規定をクリアしないと認められないこととなる。したがって、本稿は、三者間合意による所有権留保約款の解釈とともに、破産法第49条、民事再生法第45条の適用を回避（脱法）する目的で制定された自動車販売・信販業界の約款に関する解釈的評価という問題でもある。

平成22年最判と平成28年札幌地判・高判との相違点は、平成22年最判における三者間合意の内容は、信販会社Xの立替払方式であるが、本件におけるその内容は、信販会社Xの集金保証方式である。この点において、解釈上の違いが生じている。

本件における集金保証方式とは、信販会社が、販売会社の購入者からの集金業務を受託し、かつ、購入者の代金支払債務について保証するという契約類型であり、形式上、信販会社が、購入者に対して独自の債権を取得しないという点に特徴があり、その結果、販売会社の留保所有権の被担保債権と、信販会社の留保所有権の被担保債権の内容は同一とされる。この点は、平成22年最判後も登録名義を自販会社名義のままにするという、自販会社と信販会社相互の利益（特に信販会社のコスト削減）のため、考え出された手法である（本件の当事者となった大手自動車会社系列の信販会社によれば、今後も、この方針に変わりはないという）。それゆえ、平成28年札幌地裁・高裁の判断も、平成22年最判の判断とは異なり、反対に、集金保証をして代金を弁済した信販会社の留保所有権に基づく別除権の行使を認めたのである。

(3) しかし、山田真紀「判解（最判平成22年6月4日）」『最高裁判所判例解説・民事篇平成22年度（上）』（法曹会、2014年）376頁（387—388頁）は、破産管財人や再生債務者を第三者と見て、破産法第49条、民事再生法第45条は、これらの「第三者」に別除権を対抗するための対抗要件規定と解するのが一般的であると説明する。

本件平成28年札幌地裁・高裁事件は、今のところ（2017年9月9日～最終校正の11月5日現在）、最高裁に上告受理申立て中であり、おそらくは上告審が開かれるものと思われる。そこで、次段においては、新たな最高裁判決の登場を前にした下級審裁判例の動向を分析する。

第2項 最近の下級審裁判例の動向

1. 法定代位否定事案

名古屋高判平成28年11月10日金法2056号62頁（確定）

【事案の概要】

破産者Bは、A販売会社から本件自動車を購入したが、割賦売買代金の支払を遅滞するなどしたため、代金債務の連帯保証人たるYは、保証債務の履行としてA販売に残代金全額を支払い、本件自動車の留保所有権に基づき、仮処分命令の執行により、Bから本件自動車の引渡しを受け、これを換価し、その代金を自己の債権に充当した。

本件自動車の割賦販売契約及び保証委託契約は、以下のとおりである。

①Bは、A販売及びYとの三者間において、本件自動車の割賦販売及び保証委託契約を締結し、A販売から代金392万4622円（車両本体価格＋自動車取得税等の諸費用＝354万2380円＋割賦手数料38万2242円）で本件自動車を買受け、支払済み頭金107万2380円を控除した残金285万2242円を分割して支払う旨を約定した。

②Yは、保証委託に基づき、A販売に対するBの割賦代金債務を連帯保証した。

③割賦販売契約・保証委託契約共通条項

①本件自動車の所有名義は原則としてA販売とする、

②本件自動車の所有権は、本件契約の効力発生と同時にA販売からYに移転する、

③Yは、BのA販売に対する本件自動車の賦払金の支払債務、BのYに対する求償債務、その他BのYに対する全ての債務をBが履行するまで、本件

自動車の所有権を留保する（後述するドイツ法に所謂「交互計算留保」と類似する〔筆者註〕。）、

(4)BがYに対する全ての債務を履行しても、Bが本件自動車に関して、A販売に対し、部品代、整備代、修理代、立替金等の債務の支払を遅滞しているときは、本件自動車の所有権がYからA販売に移転する、

(5)A販売又はYが同条に基づいて本件自動車の所有権を留保している間は、Bは善管注意義務を負い、一定の行為に関しては、A販売又はYの承諾を要する。

その後、Bは破産した。Bの破産管財人Xは、Yに対し、BがYに本件自動車を引き渡したことは偏頗的債務消滅行為たる代物弁済に該当するとして、否認権（破産第162条1項1号イ、第165条）を行使し、原状回復（同法第167条）として、本件自動車の現在の時価相当額及び遅延損害金の支払を求めた。

【本件の争点】

Xによる否認権行使の可否に関し、

- (1)本件自動車はBの責任財産を構成していたか、
- (2)本件自動車の留保所有権者はYのみか、A販売も留保所有権者か、
- (3)Yが本件自動車の引渡しを受けたことなどは、偏頗的債務消滅行為として否認の対象となるか、Yによる適法な権利行使か、である（車両の価額という争点は省略）。

【第1審（名古屋地岡崎支判平成27年12月3日）】

①Bが破産手続開始決定を受けた時点では、本件自動車はBの責任財産を構成していなかった、②Yが留保所有権を実行したことには有害性が認められないとして、Xの請求を棄却したので、Xが控訴した。

控訴審において、Xは、YがBから本件自動車の引渡しを受けてこれを換価し、その代金を自己の債権に充当したという一連の行為及び第三者が本件自動車の売買代金をYに支払ってBの債務を消滅させた行為も否認の対象とする旨の主張を追加した。

【判旨】 控訴・請求認容（取消自判）。

争点（1） 本件自動車は破産者の責任財産を構成していたか

本件において、BのA販売に対する代金完済まで本件自動車の所有権はYに留保され、Bが期限の利益を喪失した場合等には、Bは債務の弁済のため、直ちに本件自動車をYに引き渡すことが約定され、本件所有権留保は債権担保目的で設定されたのであるから、本件自動車の所有権留保は、破産手続との関係では別除権として扱われ（平成22年最判参照）、本件自動車はBの責任財産を構成する。

争点（2） 本件自動車の留保所有者はYのみか、A販売も留保所有者か

「本件自動車の留保所有権がA販売からYあるいはYからA販売に移転する旨が約定されていることからすれば、本件契約においては、本件自動車の留保所有権がA販売又はYのいずれかに属し、A販売独自の留保所有権とY独自の留保所有権が併存することは約定されておらず、YがBから本件自動車の引渡しを受けた時点では、Yのみが本件自動車の留保所有者であったと認めるのが相当である。」

争点（3） Yが本件自動車の引渡しを受けたことは、偏頗的債務消滅行為として否認の対象となるか

「本件では、本件自動車の留保所有者はYのみであると解されるが、本件自動車の所有名義はA販売にあり、Yは対抗要件を備えていないから、Yが仮処分の執行としてBから本件自動車の引渡しを受けたことは、破産法上、別除権者としての地位が認められない担保権を実行したことにほかならない（最高裁平成22年判決参照）。」

《検討》

本件は、平成28年札幌地判・高判の事案と同様、集金保証方式による留保所有権の譲渡事案において、原留保所有者に自動車の所有権名義を残していたという事案であり、両者は事案を同じくするにもかかわらず、結論を異にしている。

本件において、名古屋高裁は、YはBが破産手続開始を申し立てる予定であることを知っており、Bの賦払金合計の残額全額をA販売に代位弁済し、本件自動車の引渡しを受け、本件自動車を212万2410円で売却し、その代金を自己の債権に充当したから、Bの行為（本件自動車の引渡し）ないしYによる留保所有権の実行は、偏頗的債務消滅行為としての代物弁済（破産第162条1項1号イ）に該当し、否認権行使の対象となると判示した。

平成22年最判の基準によると、第一に、買主Bに対する債権の種類が、留保売主Aの代金債権等と、集金保証人Yの求償債権のみであれば、ほぼ同一の債権とすることができるので、平成28年札幌地判・高判と同様、法定代位構成を打ち出すことができたであろう。しかし、本件においては、所有権留保特約の所有権移転の停止条件がYの求償債権プラス「その他BのYに対する全ての債務をBが履行するまで」と拡張されているという点において、譲受け留保所有者Y自身の継続的契約関係に基づく債権までが被担保債権となっているので、平成22年最判の法定代位否定基準に合致してしまう。それゆえ、次に、判旨は、「対抗要件」の適用に関する判断をしている。

本件の譲受け留保所有者たるYは、自動車の所有名義を有していないので、破産手続開始後に担保権者（別除権者）として優先権を行使するためには、破産手続開始前に権利に関する登記・登録を具備することを要すると規定する破産法第49条の要件を充たしていない。そこで、Yの私的実行は正当な行為ではなく、反対に、否認権の対象となる偏頗的債務消滅行為としての代物弁済（破産第162条1項1号イ）とされたのである。

なお、本件の三者間契約の中には、ドイツ法に所謂「交互計算留保（Kontokorrentvorbehalt）」と同様の所有権移転に関する停止条件が採用されているところ、後述するように、ドイツの判例・通説は、留保所有者自身の有する債権の範囲内における被担保債権の拡張であれば、良俗違反の法律行為（sittenwidriges Rechtsgeschäft：BGB第138条）に該当しないとし

て、有効と解している。

それでは、次に、法定代位を肯定した裁判例を概観する。

2. 法定代位肯定事案

(1) 大阪地判平成29年1月13日金法2061号80頁(確定)

【事案の概要】

破産会社Bは、A販売会社から自動車を購入し、その代金の立替払をY会社に委託した。A販売、B、Yは、三者間契約により、

[1]A販売が、Bに対し、本件車両を代金215万7566円(諸経費を含む)で売却し、Bが本件車両の代金215万7566円及び下取り車の残債務額27万9534円を加えた243万7100円(本件所要資金)をA販売に立替払することをYに委託する、

[2]本件車両の所有権はA販売に留保され、YがA販売に対し立替払した場合に、民法の規定に基づき、YはA販売に法定代位し、A販売のBに対する売買契約に基づく債権の効力及び本件車両の留保所有権としてA販売が有していた一切の権利を行使しうること、を約定した。

本件車両は、所有者をA販売、使用者をBとして登録され、その頃、Yは、約定に基づき、A販売に対し、本件所要資金を立替払した。

その後、Bは破産し、その破産管財人たるXは、本件自動車の売却代金を保管するYに対し、不当利得に基づき、代金相当額たる112万6930円及び遅延利息の支払を求めた。これに対し、Yは、BのA販売に対する代金等の支払債務をA販売に立替払し、A販売が本件自動車につき留保した所有権を法定代位により取得し、別除権として行使しうることから、Yに不当利得はない旨を主張し、Xの請求を争った。

【本件の争点】

Xの不当利得返還請求に対し、①A販売が本件車両について留保した所有権をYが別除権として行使することができるか、②Yが本件車両の売却代金相当額を獲得する法律上の原因があるか。

【判旨】 請求棄却。

判旨第1点：「A販売は、本件車両の売買契約に基づく、本件車両の代金を含む本件所要資金の支払債権（原債権）を被担保債権として、本件車両に対し留保した所有権を有し、Yは、Bの委任に基づき、本件所要資金をA販売に立替払いし、Bに対し委任に基づく事務処理費用の償還請求権を取得したと認められるから、Yは、本件車両の売買契約に基づく本件所要資金の支払債権（原債権）を被担保債権として、法定代位（民法第500条）により、A販売が本件車両に対し留保した所有権を行使することができるというべきである。」

法定代位は、債権者が有する債権と担保権が、代位者の弁済により、法律上当然に代位者に移転するものである。それゆえ、債権者A販売の担保権に対抗力がある限り、代位者Yは担保権を第三者に対抗しうる。本件においては、A販売が本件車両の所有者として登録されているから、法定代位により、本件車両の留保所有権をYが行行使する際に、本件車両の所有者としてYが登録されている必要はない。

本件契約は、①Yは、A販売のBに対する売買契約に基づく債権の効力及び自動車の留保所有権としてA販売が有していた一切の権利を行使することができる旨を明示し、②YがBから自動車の引渡しを受けた場合には、Bは、自動車の評価額等をもって、原債権、原債権の回収費用及び原債権から生じる遅延損害金に充当されても異議はないと定め、③本件車両の評価額等につき余剰金が生じた場合には、BがYに対し負担する一切の債務（手数料債権を含む）と相殺することと規定し、手数料債権が消滅しても、それは相殺によることが予定されている。これらから、YがA販売から移転を受けて留保する本件車両の所有権が、本件立替払金等債権を担保するためのものとは認められない。本件は、平成22年最判の事案とは事案を異にする。

判旨第2点：「Yは、本件車両の売買契約に基づく本件所要資金の支払債権（原債権）を被担保債権として、法定代位（民法第500条）により、A販売が本件車両に対し留保した所有権を行使することができる。」

YはBに対し本件立替払金等債権262万4920円を有し、そのうち分割手数料

は多くとも30万1913円であるから、本件車両の売買契約に基づく本件所要資金の支払債権の残額は、Yの保管する本件車両売却代金112万6930円を超え、Yは本件車両売却代金112万6930円を本件所要資金の支払債権の残額に充当する。Yには、本件車両の売却代金相当額の全額112万6930円を得る法律上の原因がある。

《検討》

本件も、平成28年札幌地判・高判の事案と同様、集金保証方式による留保所有権の譲渡事案であり、本件においては、法定代位構成により、信販会社Yによる別除権行使を認め、不当利得を否定した。

このように、裁判所サイドにおいても、集金保証方式による留保所有権の譲渡事案において、平成22年最判と同様の対抗要件ないし権利主張要件としての登録を必要とするという解釈（登録必要説）と、法定代位説とが対立関係にあり、必ずしも判例法理が法定代位説を採っているとは言えないという状況を呈している。

ただ、次の裁判例も、集金保証方式による留保所有権の譲渡事案であるが、法定代位説を採っており、集金保証方式を採用し、法定代位構成を導きたいという信販会社サイドの思惑は、下級審裁判例のレベルにおいては、受け入れられていると言ってよいであろう。

(2) 札幌高判平成29年3月23日（判例集等未登載・TKC提供）

【事案の概要】

Xは、A自動車販売会社と破産者Bとの間における本件自動車の所有権留保特約付売買に関し、両者との三者間契約により、割賦代金の支払債務についてBからの保証委託により連帯保証をした。これらの契約は、XとA販売が締結した本件基本契約に基づいて締結された。

上記三者間においては、(1)Xは、A販売から割賦代金取立て・受領委任を受け、Bの保証委託による割賦代金債務の連帯保証をする、(2)A販売は、Bに対

する割賦販売契約に基づく債権担保のために、本件自動車の所有権を留保する、[3]Xが保証債務の履行としてA販売に対し割賦代金の残額を弁済したときは、Xは、民法の規定に基づき、A販売に法定代位して、割賦代金債権と留保所有権を行使しうる、がそれぞれ合意または確認された。

本件基本契約及び本件要領においては、BがA販売に対して支払うべき割賦手数料（分割払手数料）とは別に、A販売がXに対して支払うべき本件保証料が定められ、本件要領においては、割賦販売における分割払手数料率はA販売が定め、本件保証料の算出基礎たる保証料率はXがA販売に対して別途案内するものとした。また、本件三者間合意においては、Bが期限の利益を失い、本件自動車をXに引き渡したときは、Xは、本件評価額等をもって、本件割賦代金債務及び同債務の遅延損害金のみならず、同債務の回収費用にも充当しうるものとされた。その後、Bは破産し、YがBの破産管財人に選任された。

Xは、本件保証債務の履行として、A販売に割賦代金の残額を弁済し、法定代位により、A販売の留保所有権を取得したと主張し、同所有権に基づき、Bの破産管財人たるYに対し、別除権の行使として自動車の引渡しを求めため、本訴を提起した。

【第1審】 札幌地判平成28年9月13日（判例集等未登載・TKC提供）

第1審は、Xは、民法第500条の法定代位により、当然に、自己の求償権の範囲内において割賦代金債権と本件留保所有権を行使しうるものとし（同法第501条本文）、法定代位には、債権及び担保権の移転につき対抗要件は不要であるから、Xは、本件留保所有権の移転につき対抗要件を必要とせず、本件留保所有権を行使しうるものと判示した。

そこで、Yは、第1審判決を不服として控訴した。

【判旨】 控訴棄却・請求認容。

「上記三者の間においては、民法上の法定代位の規定（民法第500条、第501条）と同趣旨の内容が合意又は確認されたものといえるから、Xが、上記弁済後にA販売が有する本件割賦代金とは異なる債権を独自又は新たに取得して、Bとの間で、これを被担保債権とする新たな担保権を設定するなどの合意をし

たものとみることはできないというべきである。」

「本件割賦販売契約……の合意内容からすれば、本件割賦販売契約上、XとBとの間において、同契約に基づく債権と異なる債権を本件留保所有権の被担保債権とする旨の合意がされたものと認めることはできない。」

「合意内容からすれば、本件基本契約における本件保証料は、本件割賦販売契約における割賦手数料とは異なる目的、性質の金員であることは明らかであるから、本件保証料が本件留保所有権の被担保債権である本件割賦販売契約に基づく債権に含まれるものと認めることもできない。」

「A販売から本件割賦販売契約に基づく債権の取立て及び受領を委任されたXが負担する回収費用は、元来、BがA販売に対して負担すべきものであり（民法第485条）、本件割賦代金債権に含まれると解し得るものであるから、上記の充当合意について、Xが本件販売店の有しない債権を別途取得し、これについて新たな担保権を設定することを合意したものと解されない。……本件において、Xが、A販売の有する本件留保所有権と被担保債権を異にする留保所有権の移転を受けたものと認めることはできない。」

破産法第49条の趣旨は、破産債権者を保護するために破産手続開始後にされた登記等の効力を破産管財人に主張しえないこととして破産財団の保全を図りつつ、破産手続開始について善意の者を例外的に保護する取引の安全を図る特別規定と解されるから、原債権と担保権の移転を債務者に対抗するために対抗要件を必要としないと解される法定代位について、同条が、破産手続上特別に登記・登録をすべきことを求めているとは解されない。

《検討》

既に検討してきたように、本件も集金保証方式による留保所有権の譲渡事案において、登録必要説を廃し、法定代位説を採用したものである。もっとも、本件は平成28年札幌地判・高判に続く札幌高裁判決であるから、同一結論となったことに特段の違和感はない（むしろ当然である）。

しかし、最近の下級審裁判例において繰り返し述べているように、法定代位の場合には対抗要件を必要としないという解釈と、破産法第49条の

権利主張要件たる登記・登録の目的とは、果たして整合性があるのかという疑問が生ずる。

任意代位の場合には、債権譲渡と同様に通知または承諾を対抗要件としたのに対し（民法第499条2項、第467条）、法定代位の場合には、そのような対抗要件が必要とされていない理由は、法定代位による代位者（連帯債務者、保証人、抵当不動産の第三取得者など）は、弁済するについて利害関係のある者に限定されており、弁済者の範囲が自ずと画定されることから、債務者その他の第三者に不測の損害を及ぼすおそれがないからであると解されている⁽⁴⁾。

しかし、この理由付けに関しては、連帯債務者や保証人からの弁済に際しては、同人から他の債務者への通知義務が規定され（民法第443条、第463条）、また、不動産上の担保物権の代位に関しては、予め代位の付記登記を経由することが第三取得者への対抗要件と規定されている（第501条1号）点について、これらの規定により、法定代位について対抗要件を必要としないことから生ずる「不都合を防止する」ことができるとも解されている⁽⁵⁾。つまり、従前から、「法定代位者に対抗要件は不要」という解釈には、何らかの不都合を生ずる場合があるという懸念が存在するのである。破産法第49条が破産債権者を保護するために、破産手続開始前の原因により権利変動（所有権移転、担保権の設定）が生じている場合において、破産手続開始後に優先権（取戻権、別除権）を主張するための要件として、手続開始前に登記・登録を必要としているのは、「不都合を防止する」ことになるのではないだろうか。このように解すると、法定代位説の主張にも「ほころび」が生ずることとなりうる。

(4) 我妻榮『新訂債権總論』（岩波書店、新訂10刷、1972年）251頁。

(5) 我妻・前註『新訂債権』251頁。

3. 登録を要しない軽自動車, 建設工事用車両の事案

(1) 名古屋地判平成27年2月17日金法2028号89頁(確定)

【事案の概要】

破産会社Bは、A販売会社からYファイナンス会社の所有権留保付きで本件軽自動車を購入した。しかし、Bは、その後支払不能となり、Bの破産手続開始決定前に、Bは本件自動車をYに引き渡し、Yが本件自動車を売却して、YのBに対する割賦金等債権(92万150円)に充当した。

そこで、Bの破産管財人たるXは、本件自動車の引渡行為及び本件充当行為はBのYに対する偏頗弁済行為に該当するとして、破産法第162条1項1号に基づき否認し、Yに対し、本件充当行為に基づくYの受領額(92万150円)について価額償還を請求した。

本件自動車は登録制度がない軽自動車であるため、所有権留保の対抗要件が「引渡し」であること、及び「引渡し」に占有改定が含まれることは当事者間に争いがない。

本件契約条項においては、

[1]契約の効力発生と同時に本件自動車の留保所有権はYに移転すること、

[2]買主(B)は、Yが本件自動車の所有権を留保している間は、本件自動車の使用・保管につき善管注意義務を負い、Yの承諾のない限り、転売、貸与、入質等の担保供与、改造、毀損等が一切禁止されること、

[3]買主(B)は、割賦払金の支払を怠ったときは、期限の利益を喪失し、Yは連帯保証債務の履行として販売会社に対し割賦金合計の残額を支払い、Bに対し求償権を行使すること、

[4]買主(B)が期限の利益を失ったときは、Yからの催告がなくても、Bは直ちに本件自動車の保管場所を明らかにするとともに本件自動車をYに引き渡すこと、などが定められており、買主(B)は当該各条項を了解して、本件自動車を割賦購入した。

【判旨】 請求棄却。

「当事者間の契約における合意内容の確定については、契約書上の各文言を当

該契約時の事情のもとで当事者が達成しようとしたと考えられる経済的・社会的目的と適合するように解釈して行うべきであり、占有改定の合意があったか否かについても、単に契約書の条項にその旨の明示の規定が定められていたか否かではなく、当該契約書の条項全体及び当該契約を行った当時の状況等を当事者の達成しようとする目的に照らして、総合的に考察して判断すべきものというべきである〔なお、最高裁判所も、譲渡担保（売渡担保）設定の合意後も設定者が引き続き当該担保財産を占有している場合において、当該事実関係においては担保権者のために占有改定がされたものとして担保権者に第三者に対する対抗要件を認める判断をしている（最〔一小〕判昭和30年6月2日・民集9巻7号855頁）。〕

「買主(B)の占有は、本件契約の効力発生時点において当然に他主占有（所有する意思をもたずに行う占有）となる上、所有権者であるYのために善管注意義務をもって本件自動車を占有し、転売や貸与、改造等も禁止されるなど、明らかに占有改定による占有の発生を基礎付ける外形的事実が存在しているというべきである。」

「本件契約において、買主(B)による本件自動車の占有は占有改定によるYの占有に当たると認められるから、Yは、本件自動車につき所有権留保をXに対抗できるというべきである。したがって、本件引渡行為及び本件充当行為がBのYに対する偏頗弁済行為に当たると認めることはできない。」

《検討》

本件は、A販売、Yファイナンス、買主Bの三者間契約による集金保証方式を用いた所有権留保特約付自動車売買契約の事案であるところ、目的物が陸運局の所有者登録を不要とする軽自動車の事案である。

本判決は、破産者Bの破産手続において、破産管財人Xが留保所有者Yの引揚げ・売却処分行為を破産会社Bとの間における偏頗代物弁済行為であるとして否認権を行使し、価額の償還を請求したのに対し、登録手続のない軽自動車については、動産物権変動の対抗要件たる引渡し（第178条）が適用され、三者間契約により信販会社Yが留保所有権を取得した際に、

Yは占有改定による引渡し（第183条）を受けており、これで第三者対抗要件を充たすとして、Yの引揚げ・換価行為を正当として認めた。即ち、本裁判例は、Yは留保所有権を取得した段階で、本件自動車について占有改定による引渡し（第183条）を受けており、これは、従来の判例・通説により、動産譲渡に関する対抗要件としての引渡し（第178条）と認められているので、破産法第49条の優先権主張要件を充足していると認め、Yによる自動車の引揚げ行為は、別除権の行使として、軽自動車の引揚げ・換価権を認めたのである。

本件は、集金保証方式による所有権留保の事案であるから、法定代位構成を採ってもよさそうなものである。しかし、本件は、通常の対抗要件たる占有改定による引渡し（第183条、第178条）を採用し、破産法第49条の要件充足と判示した。

(2) 東京地判平成27年3月4日判時2268号61頁

【事案の概要】

建設機械の割賦販売会社Xは、破産会社Aに対し、ブルドーザー及び自走式破砕機を所有権留保特約付きで売却した。Xは、Aとの間において、①割賦弁済による所有権留保売買、②所有権取得時までAへ使用貸借する、③手形の不渡り、破産手続申立てなどによる期限の利益喪失、全額の弁済義務、④期限の利益喪失による使用貸借の終了、売却物の返還義務、⑤遅延損害金、を約定した。本件各機械は、いずれも自走式ではあるが、公道上を長距離走行することが想定されておらず、道路運送車両法3条及び同法施行規則別表第一に定める普通自動車、小型自動車、軽自動車、大型特殊自動車及び小型特殊自動車のいずれにも該当しないため、道路運送車両法に基づく登録をすることはできない。

Xは、Aが約束手形の不渡りを出したという情報を受け、平成25年9月4日、Aの承諾を得て、本件各機械を引き揚げ、同年12月27日に換価処分した。このXの換価前である平成25年9月20日、Aの財産に関して破産手続の開始決定が

なされ、YがAの破産管財人として選任された。Yは、Xが行った換価処分に係る3359万9160円は財団債権に組み入れるべきものと主張した。

そこで、Xは、Yに対し、Yは上記換価処分に係る3359万9160円の支払請求権を有していないことの確認を求め、本訴を提起した。

Xは、本件引揚げによって担保権実行が完了したとして、本件引揚げ後に本件破産手続開始がなされても、Xは本件処分代金を保持しうる旨を主張し、また、仮に、担保権実行が完了していないとしても、本件破産手続開始後にされた本件換価処分は別除権の行使であるとして、Xは本件処分代金を保持しうるものと主張した。

【判旨】 請求認容。

〔1〕 担保権実行の完了について

「留保所有権による担保権の実行には、目的物の所有権を売主に帰属させ代物弁済的に債権の満足を得る帰属清算の方法と目的物を売却しその代金から弁済を受ける処分清算の方法があるところ、債務者保護の見地から、〔1〕帰属清算の方法において、〔1〕目的物の評価額が債務の額を上回る場合は、債権者が債務者に清算金の支払又はその提供をした時に、〔2〕目的物の評価額が債務の額を上回らない場合は、債権者が債務者にその旨を通知した時に、〔2〕処分清算の方法においては、その処分時に、担保権の実行が完了したと評価すべきである。……本件において、原告が破産者に対し、本件引揚の際に、清算義務の不存在を通知した事実があったことは認められない以上、本件破産手続の開始前に、担保権実行が完了したとはいえない。」

〔2〕 対抗要件について

「所有権留保特約は、法形式的には所有権を留保しているものであって、所有権の物権変動の対抗要件というものは観念できない。しかし、所有権留保特約は、代金債権の担保に目的があり、担保権の設定という物権変動を観念し得るところであり、また、その目的から破産手続との関係においても別除権（破産法65条）として扱われるべきところ、別除権を行使するためには、個別の権利行使が禁止される一般債権者との衡平を図る趣旨から、破産手続開始の時点で、

当該担保権につき、対抗要件を具備していることを要するというべきである。」

「本件各機械は登録制度のない動産であるから、その対抗要件は、引渡しとなり（民法第178条）、引渡しには、占有改定も含まれる……（民法第183条）。」本件における所有権留保条項、使用貸借条項、使用者の善管注意義務条項、強制執行のおそれある場合における販売会社への通知義務条項から、占有改定による引渡しが認められる。

「建設機械の割賦販売における所有権留保の実情を前提に、第三者と留保所有権者の利益調整を図る方法として譲渡証明書の制度も普及しているところであり、そのような慣行の中で、本件各機械には所有権留保のステッカーが貼られて、破産者の下に存する他の機械と混同することのないように管理されている。このような……本件各機械の管理態様等からすれば、破産者は、本件各機械を、使用貸借に基づき直接占有するに至り、その際、以後代金完済までの間は、Xのために本件各機械を占有する意思を表示したものと見える。」したがって、Xは、売却物のAへの引渡し時に本件各機械について占有改定による引渡しを受け、対抗要件を具備したとすることができる。

《検討》

本件は、販売会社たる留保売主と留保買主との二当事者間での所有権留保の事案であるが、留保所有者の別除権行使の対抗要件として占有改定による引渡しを認定したので、参考として掲げたものである。

本件においても、別除権行使の前提として破産法第49条の対抗要件具備が必要と判断され、本件の場合には、占有改定による引渡しがあったとして、留保所有者たるXの本件物件の引揚げ・換価行為を別除権の行使として認めた。

然るに、本件は二当事者間の単純類型の所有権留保の事案であるが、本判決も、後掲札幌高決昭和61年3月26日（判タ601号74頁）などと同様、留保所有権を「単なる担保権」として扱っている。しかし、次段以降において詳述するように、二当事者間の所有権留保は金融信用（Geldkredit：金銭与信行為）ではなく、販売会社による商品信用（Warenkredit：商品〔売

却物)による与信行為)に過ぎないので、留保売主の留保所有権は「完全ないし真正所有権 (Volleigentum oder echtes Eigentum)」と解される。それゆえ、この場合における留保買主の破産手続においては、留保売主は所有権に基づく返還請求権を行使しうるものと解すべきであり、即ち、取戻権(破産第62条)を認めるのが正しい解釈である。これが商品信用たる所有権留保の究極の効力(物権的返還請求権の担保)である。

第3款 平成22年最判に対する学説との関係

第1項 総説

平成22年最判の問題点、即ち、信販会社による代位弁済的立替払による留保売主からの留保所有権の譲渡に関する学説の立場は、法定代位説、担保権設定(特別合意)説、譲渡担保説に分かれている。因みに、従来の多数学説は、特に昭和61年札幌高判⁽⁶⁾以降、二当事者間の所有権留保を含む所有権留保の法的構成について、一般的に、「譲渡担保の裏返し」と

(6) 札幌高決昭和61年3月26日判タ601号74頁。これ以前でも、下級審裁判例は、諏訪簡判昭和50年9月22日(判時822号93頁)、大阪地判昭和54年10月30日(判時957号103頁)の、いずれも、留保所有権と担保所有権との区別をせずに、同種の担保権という位置づけを行い、債務者の破産手続において取戻権を否定していた。担保権的構成説の論者の多くは、この昭和61年札幌高決までの裁判例の趨勢により、「所有権留保は単なる担保権に過ぎない」ことに決したかのような論述を繰り返してきた。

この点について、道垣内弘人『担保物権法』(三省堂、1990年)304頁(現在は『担保物権法』〔有斐閣、第4版、2017年〕367頁)も、学説の多数は「個別動産譲渡担保とパラレルにとらえている」と指摘している。道垣内教授は、この多数学説の見解について、基本的には正当であると賛意を示しつつ、①譲渡担保と異なり、所有権の移転は起こらないこと、②個々の解釈にあたって売買契約の存在を無視しえないことから、特別な考慮が必要な場面が多いと指摘していた(同・305頁。有斐閣第4版367頁では表現が簡素化されているが、基本的には変わっていないであろう)。

いう意味における「担保権」と構成する⁽⁷⁾。それゆえ、学説は、一般に、平成22年最判と本稿の問題点についても、この法的構成を前提としている。

確かに、伊藤眞教授は、「最近の学説は、すでに買主が条件付所有権という物的支配権を目的物について取得している以上、留保所有権は本来の意味での所有権ではありえず、代金債権を担保する目的の担保権の一種であるとする点でほぼ一致している。これを前提とすれば、留保所有権は別除権とみなされる。判例法理としても、留保所有権を担保権の一種とする考え方が確立されている。」と主張し、判例として、平成22年最判等を引用している⁽⁸⁾。

しかし、留保売主・買主という二当事者間の所有権留保において、留保買主が有している停止条件付所有権とは、留保売主との関係上は、代金完済を停止条件とする将来の所有権移転請求権であり、留保売主との関係では、債権を有するに過ぎない。また、伊藤教授は「買主に物的支配権がある」と言われるが、留保買主の占有権は、留保売主との関係では、債権的使用・収益権でしかない（ローマ法における代金未払の買主に許された「容仮占有〔precarium〕」による占有、ドイツ民法の「使用賃借権〔Miete〕」、わが

(7) 判タ1332号60頁以下の平成22年最判に関するコメントは、『改正法対応事例解説 個人再生—大阪再生物語—』（新日本法規、2006年）228頁及び伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、第2版、2009年）346頁（破産手続）、704頁（再生手続）を引用しつつ（第3版、2014年ではそれぞれ446頁、903頁）、「倒産手続上は、所有権留保について、担保権であり、別除権として扱うとする考え方が実務上定着しており、学説も通説であるといえよう」と論じており、また、「所有権留保の担保としての実質は、買主についての倒産手続においても変わらないことから、担保権として処理すべきであるとするものであり、本判決も、この考え方を前提にしているものと思われる」と論じている（同・61—62頁）。

(8) 伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、第3版、2014年）446頁。

民法の「賃借権」と同義である)。留保買主の期待権を排他的な物権的期待権と称するのは、第三者との関係における物権的効力であり、当事者間においては、留保買主に物権的効力はありえないのである（むしろ、当事者間で物権的効力を保持するのは、留保売主の側である）⁽⁹⁾。

更に、最高裁において、留保所有権を担保権と処遇することに確定したとされる平成21年最判（最判平成21年3月10日）、平成22年最判ともに、三者間合意による所有権留保（純然たる金融信用取引）による留保所有権の事例であり、典型的な信販会社による金融信用であって、この場合の所有権留保は純然たる担保権であり、この場合の留保所有権は譲渡担保権と同様の担保所有権（Sicherheitseigentum）である。したがって、二当事者間の所有権留保（商品信用）を三者間契約による所有権留保と同一に扱うべきだという理由にはならない。むしろ、後述するように、ドイツの判例・通説（後掲）と同様、留保売主・買主間の所有権留保は金融ではない（むしろ「物融」である）から、留保売主の留保所有権は完全所有権（Volleigentum）であり、買主の破産手続においては、取戻権（ドイツ倒産法〔InsO〕第47条、日破産第62条）を認めるべき権利関係である。

第2項 法定代位説

まず、法定代位説は、信販会社を弁済に関して利害関係を有する者と位置づけ、信販会社の立替払を代位弁済（民法第474条）と解し、法定代位によって（第500条）、販売会社の代金債権と担保権（留保所有権）が信販会社に移転するという⁽¹⁰⁾。この解釈は、「集金保証方式」を採用した場合

(9) ドイツの判例・通説は、ローマ法、ドイツ普通法以来の伝統的な考え方を継承した形で、留保買主は留保売主に対し、間接自主占有権を媒介する占有代理人に過ぎないと解している。石口修『所有権留保の現代的課題』（成文堂、2008年）2頁以下参照。

(10) 小峯勝美「クレジット取引と自動車の所有権留保（5・完）」NBL435号（1989年）22頁（25頁以下）、三上威彦『倒産判例百選』（有斐閣、第3版、2002年）121頁、千

でも異なる。この論者は、三者間契約締結の時点で販売会社が信販会社に留保所有権を移転する「当初移転型」の集金保証約款にも言及し、これを将来保証債務の履行時に取得する求償権を担保するための抵当権設定⁽¹¹⁾と同視して、「契約の趣旨からして当然に、信販会社の弁済期に留保所有権が移転することを明らかにしたものであり、「その時点における法定代位の効果発生を妨げる約定とみる必要はない」と言う⁽¹²⁾。ただし、この論者も、保証債務の履行として支払った残代金額とは別に、信販会社のもとで手数料等が被担保債権に付加された場合には、立替払方式と同様、法定代位は認められないと解している⁽¹³⁾、その限りにおいて、解釈上の正当性を担保している。もっとも、この限定も、留保買主に対する被担保債権を販売会社と信販会社が買主に対して有する一切の債権とする「包括担保約款」を利用することにより、なし崩し的に解決(?)されて

葉恵美子「複合取引と所有権留保」内田・大村編『民法の争点』（有斐閣、2007年）153頁（154頁）、田高寛貴「多当事者間契約による自動車の所有権留保」金法1950号（2012年）48頁（54頁以下）、同「倒産手続における三者間所有権留保」金法2053号（2016年）24頁、和田勝行「判解（札幌地判平成28年5月30日）」法教435号（2016年）64頁（70頁）、伊藤隼「判研（札幌地判平成28年5月30日）」ジュリスト1506号（2017年）108頁（111頁）及び最判平成22年6月4日の原審判決（札幌高判平成20年11月13日）などを参照。

(11) 最判昭和33年5月9日民集12巻7号989頁：Yは、A会社の代表取締役たる友人Xから委託を受け、A会社と取引関係を有するBその他の債権者との間において保証契約を締結したが、Yは不安を感じて将来発生することあるべき求償債権を担保するため、Xの所有する不動産に抵当権の設定を受けた。その後、Xは、将来発生する数種の債権を担保するため、一個の抵当権設定契約をすることは許されず、無効と主張して、抵当権設定登記の抹消を求めた。このような事案において、最高裁は、将来債権もしくは条件付債権を担保するための抵当権として、普通抵当権を用いることの有効性を認めた。

(12) 田高・前掲「論文」（註10）金法2053号28頁。

(13) 田高・前註「論文」同頁。

しまう⁽¹⁴⁾。なぜなら、この約款を用いると、信販会社が売買代金等を立替払ないし保証債務の履行として支払い、以後は留保買主が信販会社に割賦弁済するのだが、留保買主が売買代金等を完済して信販会社の留保所有権は消滅しても、販売会社に修理代金債権などが残存すれば、販売会社の留保所有権はなお生きており、留保買主がこの債務を弁済することにより、初めて、販売会社から買主へと自動車の所有権が移転することとなるのであり、担保権としての留保所有権を準共有することにより、販売会社名義の登録も実質的な意味があり、信託会社にとっても有効とされてしまう可

(14) 包括担保約款とは、留保買主に対して有する一切の債権を担保するため、販売会社がメーカー系信販会社との間で自動車の留保所有権を準共有とするが、両者の間に優劣関係があり、主たる債権たる売買代金債権等の求償債権を有することとなる信販会社を優先とし、修理代金債権等を有する販売会社を劣後として、まずは、信販会社が留保買主からの割賦払金債権の担保とする三者間契約による所有権留保の一類型である。買主に対する「一切の債権」の構成は、①販売会社の売買代金・分割払手数料(売買代金等という)、②売買後における販売会社の修理代金などである。この点に関しては、伊藤和規「自動車メーカー系販売金融会社の留保所有権と倒産手続での処遇に関する考察」金法2052号(2016年)18頁(19—20頁)を参照。

伊藤氏によると、「留保所有権の準共有」という取扱いは、数個の債権を担保する抵当権の被担保債権のうちの1個が第三者弁済され一部代位が生じた場合に関する最判平成17年1月27日民集59巻1号200頁を参考に行っているようである。しかし、被担保債権の一部の弁済による代位の場合とは異なり、数個の被担保債権のうちの1個の弁済により代位した結果発生する抵当権の準共有の場合には、原抵当権者と代位者との間には優劣関係がないはずであり(上記判例は、配当について債権金額の割合による按分比例としている)、上記約款の中で何のために優劣関係を設定するのであるか。売買代金債権の立替払により留保所有権の準共有状態が生じて、買主の完済により信販会社が準共有状態から離脱するという構成で差し支えないようにも思われる。将来起こりうべき留保買主の履行遅滞などの場合に、残債権額の大きいであろう割賦払債権の優先弁済を明確に約定しておくという考え方であろうか。おそらくは、経年減価の大きい自動車の換価金額の低さならでの措置と考えられる。

能性があるからである。論者によれば、この点は、平成22年最判の事実関係において主張がなかったとのことであるが⁽¹⁵⁾、利息・手数料債権を独自に有する信販会社の登録は隠れているので、たとえ主張がなされていたとしても、法定代位による権利主張は認められなかったであろう。

なお、包括担保類型の所有権留保が後述するドイツにおけるコンツェルン留保と同様、「所有権の移転が、買主が第三者の債権、とりわけ売主と提携関係にある事業者の債権を履行することに係らしめられているとき」という要件に該当するときには、留保買主にとって予測し得ないほどの負担を強いられることになり、良俗違反の法律行為という扱いを受けるので（BGB 第138条、日民第90条参照）、上述の要件を充足する場合には、「所有権留保の合意は無効（nichtig）」とされる（BGB 第449条3項）。

わが国の包括担保約款による所有権留保は、提携先が留保売主と信販会社の範囲にとどまっているので、両者の債権には留保商品との牽連性が認められ、また、その範囲も極端に拡張されているとは言えないので有効であるが、提携先がこれ以上拡張される場合（例えば、留保買主の停止条件が留保商品とは関係のない信販会社の第三債権者に対する債務の弁済にまで拡張されるような場合）には、公序良俗違反（民法第90条）の法律行為として、その限りにおいて無効と解すべきである（ただし、その場合でも、留保売主・買主間の所有権留保は有効として残存するものと解される）。

第3項 担保権設定説

次に、法定代位説に一定の理解を示しつつも、確かに、信販会社の留保所有権は留保売主から譲り受けたものではあるが、買主との関係において、立替払金等債権を被担保債権とする所有権留保特約を信販会社と買主との間において改めて約定されるものと解した上で、留保売主と信販会社

(15) 伊藤（和）・前註「論文」金法2052号19頁。

との間において法定代位構成が約定されたとしても、民事再生法第45条の趣旨から、信販会社に常に対抗要件が必要と解する説がある⁽¹⁶⁾。

次に、担保権設定（特別合意）説は、上記学説と同様、信販会社の弁済により留保売主から信販会社に移転する留保所有権の取得原因について、約定による留保所有権の移転ではあるが、この移転合意は、購入者を交えての譲渡担保権類似の担保権設定行為にほかならないと解するものである⁽¹⁷⁾。更に、譲渡担保説は、担保権設定説と基本的には同じ効果を導くが、担保権設定説の担保権を端的に譲渡担保権と解するものである⁽¹⁸⁾。

これら譲受け留保所有者の留保所有権について、新たな担保権設定契約と解する解釈は、後掲するドイツの判例・通説のように、留保売主の所有権留保は商品信用、譲受け留保所有者の所有権留保は金融信用というように分けて考える一般的な理解に立つのであれば、このような解釈にも一理ある。

第4款 小 括

平成22年最判以降、下級審裁判例は、信販会社の考案した「集金保証方式」による信販会社の譲受け留保所有権について、信販会社の連帯保証に基づく保証債務の弁済を代位弁済（民法第474条）とし、この場合には、販売会社の売買代金債権と信販会社が負担した連帯保証債務とが同一の債権であるとして、信販会社の求償権を確保するため、信販会社に法定代位（第500条）を認め、通説・判例に基づき、法定代位による債権と担保権の

(16) 小山泰史「判研（最判平成22年6月4日）」金法1929号（2011年）56頁（59頁）。

(17) 安永正昭「所有権留保の内容・効力」加藤・林編『担保法体系第4巻』（金融財政事情研究会，1984年）370頁（386頁）がある（同・柚木＝高木編『新版注釈民法（9）物権（4）』〔有斐閣，改訂版，1988年〕911頁）。

(18) 佐藤昌義「クレジット会社の所有権留保」NBL463号（1990年）37頁（38—40頁）。

取得には第三者対抗要件を不要と解し、優先権主張要件たる登記・登録（破産第49条）を不要と解している。

破産法第49条の制度趣旨について、下級審裁判例は、①破産手続開始時を基準として法律関係を整理するという点で効率的な破産手続の実現を図ること、また、②破産手続開始により個別の権利行使が禁止される一般債権者と破産手続によらないで別除権を行使することができる債権者との衡平を図ることを掲げている⁽¹⁹⁾。また、裁判例は、この規定は破産債権者を保護するために破産手続開始後にされた登記等の効力を破産管財人に主張することができないことにして、破産財団の保全を図りながら、破産手続開始について善意の者を例外的に保護して、取引の安全を図るための規定であると解している⁽²⁰⁾。

これらの点は、平成22年最判が、民事再生法第45条の趣旨について、「再生手続が開始した場合において再生債務者の財産について特定の担保権を有する者の別除権の行使が認められるためには、個別の権利行使が禁止される一般債権者と再生手続によらないで別除権を行使することができる債権者との衡平を図るなどの趣旨から、原則として再生手続開始の時点で当該特定の担保権につき登記、登録等を具備している必要がある」と解している点と軌を同じくするものといえよう。いずれの規定も、破産・民事再生手続における一般債権者と担保権者との公平性の担保、手続開始後の登記・登録の対抗力を喪失させることにより、破産財団の保全と取引安全の保護を図るという目的において一致している。

そうすると、平成28年札幌地判・高判に代表される最近の判例法理の解釈は、破産法第49条、民事再生法第45条という制度それ自体ではなく、信販会社の利用する「集金保証方式による留保所有権譲渡約款」に依拠し

(19) 前掲札幌地判平成28年5月30日。

(20) 前掲札幌高判平成28年11月22日、前掲札幌高判平成29年3月23日。

ていると言ってよい。このように解すると、ここでの問題点は、ただ一点、従来の通説・判例により対抗要件を不要とされる法定代位を利用した集金保証方式約款による留保所有権の移転を合理的とみるのか、それとも、法の潜脱（破産・民再法規の脱法行為）とみるのかという約款の解釈問題に帰着するものと言いうる。

この点に関して、現職判事による注目すべき論考がある。坂本隆一判事は、倒産手続と法定代位との関係性について、①法定代位と矛盾し、または法定代位を阻害するような合意の場合には、法定代位構成を否定するという矛盾阻害否定説と、②法定代位者が倒産手続で別除権者としての地位を主張する場合には、倒産法公序に照らし、権利保護要件としての公示を必要とするという倒産公序権利保護要件説（倒産公序説）を掲げ、内容を検討している。

まず、①の矛盾阻害否定説について、坂本判事は、クレジット会社が代位弁済する金額が売買代金と少しでも相違する場合には、法定代位構成を認める余地は乏しいと解している⁽²¹⁾。次に、②の倒産公序説については、クレジット会社が所有権移転の登録を受けようと思えば登録を得られたという前提に立ち、ただ、倒産手続開始よりも前から登録を売主からクレジット会社へ変更すると、その時点で、販売会社の所有権留保に対抗要件がなくなるので妥当ではないから、倒産開始時に権利保護要件としての公示が求められている（破産第49条、民再第45条）として、制度を理解する必要があると論じている⁽²²⁾。

そして、坂本判事は、約款がどのような内容であっても、クレジット会社の利益を図るためには、手数料債権の回収を全く考慮せずに三者間契約

(21) 坂本隆一「倒産実務における自動車の（第三者）所有権留保に係る問題点の整理と今後の課題についての一考察」金法2042号（2016年）18頁（33頁）。

(22) 坂本・前註「論文」金法2042号35頁。

を締結することは想像しがたいとして、クレジット会社が手数料債権を回収することを予定していないことなどが立証されない限り、法定代位構成を否定するという結論を述べ、他方、破産法第49条、民事再生法第45条または総債権者の利益のための破産管財人もしくは再生債務者の第三者性を強化した見解（②倒産公序説）の採用に関しては、慎重に検討すべきであるとして、議論を締め括っている⁽²³⁾。

坂本判事のような検討を前提とすると、私見は、従前と同様、破産法第49条、民事再生法第45条の位置づけについては、別除権に関する「権利資格付与ないし権利主張要件としての登記・登録」を義務づける公序規範と解することとなる⁽²⁴⁾。この点に関する更なる最高裁の判決を待ちたい。

第4節 留保所有権の対抗要件

第1款 従来の学説の考え方

第1項 対抗要件不要説

1. 動産抵当権説

米倉教授は、所有権留保売買においては、実質的にも形式的（法律的）

⁽²³⁾ 坂本・前掲「論文」金法2042号36頁。

⁽²⁴⁾ 石口・前掲（註2）「論文」千葉大学法学論集28巻1・2号91頁参照。私見は、同所において、「民再法第45条の趣旨が、別除権者としての地位を明確にし、権利資格付与の要件として登記・登録を要するという趣旨であれば、たとえ、契約書において法定代位を明確にしたとしても、自身に登記・登録を具備しない譲受留保所有者に別除権を付与することは認められない」と主張し、民再法第45条の趣旨は権利資格付与ないし権利主張要件の具備を求めているものと解すべき旨を主張した。私の見解が、上記とは異なるかのように、単に対抗要件具備を懈怠した信販会社に別除権を認める必要はないという説と紹介する論文（田高・前掲「論文」金法2053号25頁ほか）もあるが、それは正確ではない。

にも所有権は買主に移転し、売主は目的物について売買代金債権を被担保債権とする抵当権を設定したものと構成すべきであると主張する。しかし、対抗要件については、動産物権変動に関する限り、民法は、占有改定のようなほとんど無意味に近い公示方法にも対抗力を付与しているので、動産抵当権の設定にも特段の公示方法は不要であるという⁽²⁵⁾。

2. 新設定者留保権説（物権変動不存在説）

道垣内教授は、所有権留保特約によって物権変動は生じておらず、留保売主に所有権は帰属するものの、それは担保目的によって制限された留保所有権であり、他方、買主には、物権的期待権が帰属するという。この学説の特徴は、所有権留保を担保権と構成するものの、代金完済までは「所有権」が留保売主にあり、まだ物権変動が生じていないことから、留保売主には対抗要件は不要であり、留保買主の物権的期待権については、現実の引渡しを受けているということで、対抗要件を充たしているという点にある（実際には公示機能はないという）⁽²⁶⁾。

第2項 占有改定説

1. 担保権説

高木博士は、所有権留保を売主の残代金債権担保のための担保権であるとし、所有権は留保売主と留保買主とに分属するものと構成し、債務額の減少に応じて、買主の物権的地位は拡大していくという。高木博士は、留

⁽²⁵⁾ 米倉明『所有権留保の実証的研究』（商事法務、1977年）36—37頁及び300—301頁。米倉教授は、第三者問題は動産物権変動に宿命的に付随する事態であり、強制執行してくる債権者は別として、取引の安全は即時取得制度（第192条）によって保護されるので、第三者が害されるおそれもないという（同・301—302頁）。

⁽²⁶⁾ 道垣内弘人『担保物権法』（有斐閣、第3版、2008年）361—362頁（第4版368—369頁）。

保所有権は担保権であるから、留保売主に占有改定による引渡しが行なわれているものと解し、これを対抗要件と解している⁽²⁷⁾。

2. 設定者留保権説（鈴木説）

鈴木（緑）博士は、売主と買主との関係について、目的物の売買により、買主に所有権が移転し、現実の引渡しによって、買主は対抗要件を具備するが（第178条）、所有権留保特約によって、売主が未払代金債権の担保としての留保所有権の設定を受け、占有改定により引渡しを受けることによって、対抗要件を具備するものと構成する⁽²⁸⁾。

第2款 本稿の問題における学説と対抗要件

第1項 法定代位説

法定代位説に立つと、平成22年最判の場合には、留保所有者Aの顧客Yに対する債権及び留保所有権について、Xがそのまま代位するので、Aの保有していた権利関係及び対抗関係がそのまま承継されるという点において、大変便利ではある。

法定代位の場合には対抗要件不要という解釈は、我妻榮博士が、法定代

⁽²⁷⁾ 高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第4版、2005年）379—380頁。高木博士は、担保権であることから、留保売主に占有改定による引渡しが行なわれているものと解し、これを対抗要件と解しているが、実際には、留保売主のネームプレートが付着されるので、第三者による即時取得などへの対抗といった問題は生じないという（同・381頁）。

⁽²⁸⁾ 鈴木緑彌『物権法講義』（創文社、5訂版、2006年）403—404頁。鈴木博士は、留保所有者の法的地位は担保権者であり、買主の法的地位は、物権的な所有権取得期待権者であるという。しかし、留保所有者の法的地位も、買主の債務不履行に伴う私的実行の結果、完全所有権の復帰となるので、両者ともに、所有権取得権であるという。

位は「弁済によって消滅すべきはずの権利が、法律上当然に、弁済者に移転するのであって、譲渡ではない。従って、対抗要件を必要としない」と論じ、この解釈が通説・判例（大判昭和2年7月7日民集6巻455頁）であると論じていた⁽²⁹⁾という点を論拠とする。因みに、この大審院判例は、任意代位においては債権譲渡の対抗要件である第467条の準用があるが（第499条2項）、法定代位においてはその準用はないので（第500条参照）、対抗要件は必要ないという文理解釈を行ったものである。

第2項 担保権設定説・譲渡担保説

三者間合意により、信販会社が販売会社から留保所有権を取得するプロセスとして、信販会社と購入者との間に担保権の設定を擬制するという立場からは、少なくとも、両者の間には担保物権の設定があるものと見做されるので、物権変動が生じていることとなる。そうすると、第三者対抗要件を必要とするという構成と親和的である。従来の担保権的構成説によると、譲渡担保権の設定と平行に考えるので、対抗要件は占有改定による引渡しということになる。

第3款 小括

第1項 総説

留保所有権の対抗要件とは、即ち、留保所有者の地位を第三者に対抗するためには対抗要件を必要とするかという問題に等しい。二当事者間取引による場合には売買当事者間以外、三者間取引による場合には、留保売主、買主、信販会社以外の第三者は、所有権留保の存在や現在の留保所有者が誰なのかという点について知りえない。そこで、留保売主や譲受け留

(29) 我妻榮『新訂債権總論』（岩波書店、新訂10刷、1972年）254頁。

保所有者が留保所有権を実行する場合、例えば、買主の手元から留保商品を引き揚げる行為を有効な行為と主張する場合などには、当該留保商品に関する利害関係人、例えば、留保買主の差押債権者、同人からの譲渡担保権者などに対して、留保売主や譲受け留保所有者には対抗要件が必要なのかという問題が生ずる。

第2項 留保売主・留保買主二当事者間の所有権留保

まず、二当事者間取引による所有権留保に代表される留保売主の留保所有権については、買主との約定は「代金完済という停止条件付の所有権移転」である。私見によると、この場合には、商品信用を与えた留保所有者たる売主は、真正所有権（完全所有権）を留保しており、買主への物権変動は起こりえないので、留保売主が第三者に留保所有権を対抗するための要件は不要である。したがって、留保売主は、買主の差押債権者や譲渡担保権者などの利害関係人に対し、原則として、留保所有権を対抗することができる。この場合において、第三者に即時取得（民法第192条）を観念することができそうな場合にどのように解釈するかであるが、留保用品が自動車の場合には、登録があるので、即時取得は観念することが難しく、高額機械の場合には、業界発行に係る譲渡証明書の交付があることから、これを確認しなかった第三者には過失が認定されるので、即時取得は成立しない。その他の留保所有権の場合でも、第三者が業者である場合には、第三者の権利関係に関する問い合わせ義務を観念することが業界の常識であると認めるときには、やはり、所有権の所在に関する問い合わせや確認義務が生ずるので、これを怠ったとみられるときには、即時取得は成立しない。

第3項 三者間取引による所有権留保

次に、三者間取引による譲受け留保所有者の場合には、信販会社と買

主（クレジット債務者）との間の問題となる。単なるクレジット契約と見る場合には、融資債権者と債務者という関係となり、留保商品はその担保となるので、両者の関係は、譲渡担保権者とその設定者という関係に等しい。したがって、たとえ、両者の間に明確な合意がなくとも、通常は、債務者たる買主から担保権者に対し、占有改定による引渡し（民法第183条）が観念される。これによって、信販会社には第三者対抗要件たる引渡し（占有の移転）が完了する（第178条）。

次に、譲受け留保所有者の場合でも、信販会社が、留保売主に対して立替払として弁済した場合には、どのように解すべきであろうか。この場合の法律構成は、立替払のときには、一見すると、代金債権については法定代位が成立しそうであるが、信販会社の手数料債権その他の債権がある場合が多いというか、すべてであろうから、プラスアルファの債権については信販会社が独自に買主（支払債務者）に対して債権を有するので、留保売主から譲り受けた買主に対する留保所有権があるといっても、債権の範囲は拡張している（それゆえ、平成22年最判は法定代位構成を否定したのである）。この場合には、後述するドイツの制度上は交互計算留保という類型の所有権留保（代金相当額と利息、その他、継続的契約関係から発生する債権を担保する類型）が設定されたことになる。この場合には、形式的には、金融信用であるから、留保所有者は譲渡担保権者扱いである。それゆえ、これをわが国の制度で考えると、やはり、対抗要件として、占有改定による引渡し（第183条）を必要とするものと解するしかない。

最後に、譲受け留保所有者の場合でも、留保売主との間において集金ないし支払保証を引き受けた信販会社の法的地位について考える。わが国の最近の多数説や下級審の裁判例は、この場合には、留保売主の代金債権と信販会社の求償債権との同一性に着目し、法定代位（民法第500条、第501条）が成立するものと解している。この解釈においては、任意代位における債権譲渡構成とは異なり、法定債権譲渡構成となるので、前者にとって

必要な債権譲渡の対抗要件たる通知・承諾（第467条）は、後者の場合には不要と解される。

しかし、この場合でも、所有権留保それ自体が債権との付従性を有しないという本質論との兼ね合いにおいて、法定代位を適用することができないと解するときには、別の解釈が必要となる。そこで、次に、この問題を含め、同様の問題点を包含するドイツ法における譲受け留保所有者のケースとその解釈論について考察する。

第5節 ドイツ法の解釈

第1款 総説

本節においては、日本法の解釈問題と平行に考察することのできる問題を提起しているドイツにおける状況について概観する。わが国と同様、ドイツにおいても、留保売主と買主との間に金融機関が入り、三者間取引によって、留保売主から金融機関に留保所有権が譲渡された場合において、①留保所有権の譲渡性、②三者間取引による所有権留保が良俗違反となる「拡張類型の所有権留保」の問題、③譲受け留保所有者の地位に関する解釈問題がある。わが国における解釈論よりも、ドイツにおける解釈論のほうがよりグローバルに展開されているようにも思われる。以下においては、この問題に関するリーディングケースを分析し、その内容に関する諸問題について、解釈論を展開する。

第2款 ドイツ連邦通常裁判所の判例に見る立替払による留保所有権の譲渡（BGH, Urt. vom 27. 3. 2008, BGHZ 176, S. 86）

第1項 本件の事案、争点、判決概要

本件は、A会社が所有権留保特約付でBに自動車（新車）を供給し、そ

の際、X銀行（以下、「X」と称する。）が留保売主Aに代金を立替払して、AがXに債権と留保所有権を譲渡したところ、既に留保買主Bの財産について倒産手続が開始され、Yが倒産管財人に就任し、本件自動車を換価した後だったので、譲受け留保所有者XがYに対し、自動車の換価代金額を請求したという事案である。

本件の争点は、XがAから譲り受けた留保所有権が売主・買主間におけると同一の留保所有権（完全所有権〔Volleigentum〕）なのか、それとも、立替払したXの目的が貸付債権の回収に過ぎないことから、譲渡担保の設定と同視して、担保権としての留保所有権（譲渡担保権と同じ担保所有権〔Sicherheitseigentum〕）なのかという点である。

この事案において、上級地方裁判所（OLG Oldenburg）は留保所有者Xには取戻権が存在するので、既にYにおいて換価した後はその代金額のうち換価費用として8万9278.41ユーロを控除した全額をXに支払うよう判示した（代償的取戻権の認定）。

しかし、これに対して、連邦通常裁判所（BGH）は、本件の留保所有者Xは譲渡担保権者と同様の担保権者（担保所有者）に過ぎないと認定し、Xは別除権者として扱われるべきものと解し、売却代金の配当に関する倒産法第170条に従い、「目的物の査定及び換価費用」の合計額がYに属すべきであるとして、更に5万9402.02ユーロの控除を認め、結局、Xには全換価代金額212万4911.45ユーロからこれら費用を控除した197万6231.02ユーロが帰属すべきものと判示した（別除権の認定。判決は破棄自判）。

第2項 留保所有権の譲渡性に関する判決理由

「16 aa) 原則として、留保売主は、留保所有権を譲渡することを妨げられない⁽³⁰⁾。もちろん、売買代金債権の譲渡は、この権利の譲渡をもたらさない。所

(30) 本件BGH2008年判決は、Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. Rn. 770;

有権留保は、BGB 第401条⁽³¹⁾の意味における担保権ではない⁽³²⁾。むしろ、物権的合意、及びBGB 第346条⁽³³⁾により、BGB旧規定第455条1項、BGB新規定第449条1項によって行使された解除権に基づいて発生する返還請求権の譲渡による特別な譲渡を必要とする。新所有者は、権利者から所有権を取得している。しかし、新所有者は、解除しない限り、留保買主に対して、その物の返還を請求することができない。留保買主は、売主に対して占有権を有しており、売主の権利承継人に対して、BGB 第986条2項⁽³⁴⁾による抗弁権を行使することができる。売主だけが契約を解除することができる。ただし、留保所有権の取得者が、三面的な合意か、あるいは、存続する当事者の同意とともに、脱退した当事者と新たな当事者との間における合意を必要とする契約引受を、売主と合意している場合には、この限りではない⁽³⁵⁾。留保買主は、売買代金の完済により所

Staudinger/ Beckmann, BGB Neubearbeitung 2004, § 449 Rn. 83; MünchKomm - BGB/ H. P. Westermann, 5. Aufl. § 449 Rn. 23. を引用指示している。

(31) BGB 第401条 (従たる権利、優先権の移転)

第1項：譲渡された債権のために存在する抵当権、船舶抵当権、質権、ならびに、その債権のために設定された保証に基づく権利は、譲渡された債権とともに新債権者に移転する。

第2項：強制執行もしくは倒産手続の場合のために債権と結びつけられた優先権は、新債権者も行使することができる。

(32) s. unten (Fußn. 45), BGHZ 42, S. 53, 56.

(33) BGB 第346条 (解除の効果)

第1項：契約当事者の一方が契約により解除権を留保し、または法定解除権を有する場合において、契約を解除するときは、受領した給付を返還し、取得した利益を返還しなければならない。

(34) BGB 第986条2項 (占有者の抗弁権)

第931条に従い返還請求権の譲渡によって譲渡された物の占有者は、新所有者に対し、譲渡された請求権に対する抗弁権を対抗することができる。

(35) 本件 BGH2008年判決は、判例・通説として、BGH, Urt. vom 20. 6. 1985 - IX ZR 173/84, NJW 1985, S. 2528, 2530; Palandt/ Grüneberg, BGB 67. Aufl., § 398 Rn. 38. を

有権を取得し、取得者は所有権を失う。』

「17 留保売主は、以下の人々、即ち、BGB 第267条⁽³⁶⁾により当該債権を消滅させることなく、売買代金を融資する者、また、債権の譲渡を受けた者、そして、留保買主が売買代金債務及び——消費貸借の利息分だけ高くなっている——信用債務を弁済しない間は担保手段として所有権を必要とする者、これらの人々にも留保所有権を譲渡することができる。BGB 第986条2項による抗弁は、与信者に対しても留保買主に属しているので、所有権は、与信者への譲渡後もなお留保所有権のままである。」

第3項 判例分析と解釈

1. 留保所有権譲渡の構造——原則

上記判旨 (Rdn. 16, 17) は、留保所有権の譲渡は可能であるところ、所有権留保は、質権や譲渡担保権のような、契約としての独立性を有するが、債権担保の特殊性から、付従性によって債権と結合している純粋な担保権とは異なり⁽³⁷⁾、売買契約と同時に約定する留保特約 (売買契約の附款) という関係において、代金債権 (被担保債権) との付従性はいりえないので、(わが民法の法定代位と同様の) 法定債権譲渡によって留保所有権が移転するのではなく (随伴性に関する BGB 第401条の適用否定。)⁽³⁸⁾、いわば、

引用指示している。

⁽³⁶⁾ BGB 第267条 (第三者による給付)

第1文：債務者が自身で給付しなくてもよいときは、第三者も有効に給付することができる。

第2文：債務者の事前の同意は必要ではない。

⁽³⁷⁾ s. unten (Fußn. 45), BGHZ 42, S. 53, 56.

⁽³⁸⁾ この点は、Roland Michael Beckmann, Staudinger BGB - Neubearbeitung 2004, § 449 BGB Rn. 83. の指摘するところである。ベックマン教授によると、この場合において、BGB 第401条の類推適用を拒絶するのが通説であるという (通説として、Palandt/Heinrichs, § 401 Rn 5; Bülou, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 677f. を引用し、異説として、Staudinger/ Köhler [1995] § 455 Rn. 45; Rühl, S. 82; Schlotter,

将来発生することあるべき留保売主Aの契約解除に伴う物権的返還請求権をA・X間の物権的合意によってXに譲渡するという方法によって留保所有権が移転する⁽³⁹⁾と判示したものである。

この法律関係について具体的に分析する。まず、留保売主Aから立替払人X銀行に留保所有権が譲渡されても、買主Bの期待権は消滅しない。それゆえ、買主Bは、占有正権原の抗弁権（BGB第986条2項）により、立替払による留保所有権の取得者X銀行に対し、売買契約に基づく自己の占有権を対抗することができる。これに対して、第三取得者X銀行の所有権取得には対抗力がない。そこで、買主Bが残代金を留保売主Aに弁済することによって停止条件が成就し、その条件に依存する留保所有権の取得という効力が失われるときには、停止条件付き法律行為の目的物を条件の成否未定の間に処分した場合における処分の無効に関するBGB第161条1項により、所有権の譲渡に内在する処分は無効となる。買主Bが売買代金を完済したときには、所有権移転に関する停止条件が成就するので、第三取得者Xの所有権取得は買主Bの所有権取得によって排除される。それゆえ、第三取得者たるX銀行に対する留保売主Aの処分は、第161条1項に

LZ 1911, S. 49; Stultz, JW 1931, S. 3184を引用している)。そして、ベックマン教授は、通説によると、この場合には、通常、補充された契約解釈という方法で、売主は所有権を譲渡すべき義務を負うことが承認されているという（RGZ 89, S. 195: 譲渡担保の事案, BGH, unten [FuBn. 45], BGHZ 42, S. 53, 56 f., Meisner, S. 15, Schlegelberger/Hefermehl, [5. Aufl.] Anh. zu § 382 Rn. 51を引用している）。

⁽³⁹⁾ この点は、Peter Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl., 2007, Rdn. 770 (S. 247) (8. Aufl., 2012も同じ)の指摘するところと同じである。ビューロウ教授によると、売主は、BGB第346条1項（解除による給付物及び使用収益の原状回復〔筆者註〕）に従い、第449条、第323条（履行遅滞に基づく解除〔筆者註〕）によってなされた解除権を原因として発生した物権的返還請求権の譲渡によって、第929条、第931条により、留保物（留保商品）を第三者に譲渡することができるものと解されている。

より無効とされるのである。したがって、買主Bが真正所有者となり、第三取得者たるX銀行は中間処分によって取得した所有権を失う。この場合には、X銀行が期待権の欠如（消滅）に関して、善意であっても保護されない⁽⁴⁰⁾。この点が、判旨のいう「留保買主は、売買代金の完済により所有権を取得し、取得者は所有権を失う」という箇所の意味である。ただし、この場合でも、X銀行が留保売主Aに代金を立替払した後に、買主BがX銀行に残代金を完済したときには、X銀行は留保売主Aからは留保所有権を譲り受け、買主Bからは期待権を取得するので、買主Bの所有権取得を担保すべき期待権は混同により消滅し、Xが完全所有権を取得する⁽⁴¹⁾。

しかし、この取扱いは、法律関係が複雑になりすぎ、立替払人X銀行の地位が不安定になるので、妥当ではない。また、そもそも、物権的返還請求権の譲渡という構成は、留保売主が買主の履行遅滞やその他の期限の利益喪失事由の発生によって所有権留保特約付き売買契約を解除して初めて確定的に採用しうる解釈である。それゆえ、売主ではない立替払人たるX銀行のような譲受け留保所有者には解除権がないので、適用しても大変不便である（解除のためにのみ、留保売主Aを契約に残すしかない）。

そこで、次に、本判旨にはないが、わが国の法定代位と同様の「法定債

(40) vgl. Bülow, aa.O. (FuBn. 39), Rdn. 770 (S. 247). 同様に, MünchKomm - BGB/ H. P. Westermann, 5. Aufl., § 449 Rn. 23は, 所有権留保の消滅に関する正当な法律行為による意思表示がなくとも, 条件が成就したときには, 留保は即時的な (ex-nunc) 効果によって消滅するものと解しており, 遅滞の時期に支払がなされても条件は成就され, 第三者による支払でもよいと解している。

(41) Bülow, aa.O. (FuBn. 39), Rdn. 770a (S. 247). この点と関連して, 本件 BGH2008年判決 (BGH, BGHZ 176, S. 86 = NJW 2008, S. 1803, 1805 = WM 2008, S. 821) は, 第三取得者は, 担保物提供者の倒産手続において, 自分に別除権を譲与するという一典型的な個別事案の状況に従い, 担保のために, 留保のなくなった所有権を取得するものと判示している。

権譲渡」を用いた類型が考えられる。以下、ドイツの判例を参照しつつ、概観する。

2. 法定債権譲渡類型

わが民法の法定代位制度は、所謂「弁済による代位」の一類型である。即ち、保証人など、債権者に弁済するについて正当な利益を有する第三者が債務者に代わって弁済した場合には、この弁済者は、債権者に代位し、債務者に求償することができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が債務者に対して有していた一切の権利を行使することができるという制度である（民法第501条）。いわば、法定の債権譲渡ないし債権の移転である。この債権者から弁済者への債権の移転に伴い、付従性に基づく随伴性により、担保権も弁済者に移転する。例えば、AがBのCに対する債務を弁済すると、CがBに対して有していた債権と担保権は、弁済によって消滅せず、弁済者Aに移転するのである。

ドイツにも類似の規定がある。即ち、譲渡された債権を担保するために存在する抵当権、船舶抵当権及び質権、ならびに保証に基づく権利は譲渡された債権とともに新債権者へ移転する（BGB第401条1項）。また、新債権者の債権が強制執行や倒産手続において優先権である場合には、それらの手続において、これを主張することができる（同条2項）。しかし、これも、わが民法と同様、担保権が債権との付従性を有する場合を前提としている。それゆえ、売買契約における附款に過ぎず、債権との付従性を有しない所有権留保に基づく留保所有権には適用されえない⁽⁴²⁾。

通常の担保権に必要な不可欠である債権との付従性原理は、債権契約と担保権設定契約とが、それぞれ別個の契約として存在するが、担保権は債権を担保するという目的に従うという性質を重視した結果として、この両者

(42) s. unten (Fußn. 45), BGHZ 42, S. 53, 56.

を結合させるための原理である。しかし、所有権留保は、売買契約という一つの債権契約に所有権留保特約を入れることによって、売買契約に債権的効力と物権的効力とを併存させるという契約類型であり、所有権留保の被担保債権は、売買契約に基づく代金債権として発生しているので、付従性原理を入れる余地はない⁽⁴³⁾。そして、この点が個別動産の譲渡担保との相違点でもある⁽⁴⁴⁾。

そこで、担保権の付従性を前提とする法定債権譲渡規定は適用することができないが、その効果を活かす形で、「交互計算留保 (Kontokorrentvorbehalt)」という類型の所有権留保が用いられてきた。

交互計算留保とは、拡張類型の所有権留保の一種であり、留保売主と買主との所有権留保売買における代金債権のみならず、両者間の継続的契約関係から生ずる将来の債権までも全額支払うことが、買主への所有権移転の停止条件とされるという契約である。交互計算留保は停止条件の拡張という意味において買主にとっては負担となるので、信義則に反するのではないかとも考えられるが、実はこれは便宜上用いられているのである。即ち、自動車の修理やメンテナンスなど、留保売主と買主との所有権留保売買以外に発生する債権がある場合に、これらも買主が留保売主に弁済義務を負うのであるから、売買代金と一緒に所有権移転の停止条件にし

(43) 所有権留保には付従性原理を入れる必要はないといっても、実行における付従性は必要ではないかという懸念は存在する。しかし、たとえ被担保債権が時効によって消滅しても、留保所有権者には「所有権」が残存しており、この所有権に基づいて返還請求権を行使し、最終的には換価権を行使するのであるから、やはり、所有権留保には全く付従性原理を考える必要はないという結論になる。なお、付従性原理の緩和ないし否定に関しては、鈴木祿彌『物権法講義』(創文社、3訂版、1984年)280頁を参照。

(44) 柚木馨 = 高木多喜男『担保物権法』(有斐閣、第3版、1982年)581—582頁、安永・前掲「論文」『担保法大系第4巻』378頁。

た方が留保売主にとっては便宜であり、買主にも納得のいく契約なのである。それゆえ、BGB 第449条3項に明文で禁止されているKonzernvorbehalt留保 (Konzernvorbehalt) のように、第三者が留保売主に対して有する債権の弁済という無限の拡張可能性のある条件を入れなければ、有効とされるのである。反対に、このような債務者の地位を不当に不安定とするような条件付法律行為は良俗違反の法律行為 (sittenwidriges Rechtsgeschäft) として絶対無効 (nichtig) である (BGB 第138条参照)。

交互計算留保は、留保売主と買主という二当事者間の所有権留保の場合が想定されるが、本稿において問題となっているような支払保証をした保証人が割って入る場合もある。即ち、留保売主A、買主B、支払保証人Cが三者間合意により、債権はCの保証債務の弁済によってAからCへ法定移転するが (BGB 第774条)、Aの留保所有権には付従性がないことから、法定譲渡にならないので、留保所有権の譲渡ないし移転を合意するのである。

そこで、ドイツの判例上、交互計算類型の所有権留保と法定債権譲渡が問題となった事例について検討する。事案は、卸売業者Bの属するX組合は食料品の製造供給会社Aとの間において、Aの卸売業者 (留保買主) に対する売買代金その他の債権について支払保証契約を締結し、Xによる保証債務の弁済により、Aの買主に対する売買代金債権とすべての従たる権利及び優先権とともに留保所有権がXに移転する旨を合意し、また、XはBとの間において、「供給商品に対する約定供給者の所有権留保に基づく権利はXに譲渡される旨を約定供給者と合意する。Xは自己の留保商品及び目的物から弁済を受ける権利を有し、また、Xと組合員との交互計算に基づく組合員に対するその他の債権に関しても弁済を受ける権利を有する。」という契約関係にあったところ、YがBの一支店の全在庫商品を買収したが、その後、Bが倒産し、破産手続が開始したので、Xは、Yが購入した在庫商品の所有権はXにあるものと主張し、Yに対し、在庫商品

の返還を請求したというものである。

この問題について、BGH⁽⁴⁵⁾は、第一に、供給商品については第三者の所有権留保付きであることが多く、業界の慣行となっているとして、第三取得者Yに所有権留保に関する予見可能性を認めた⁽⁴⁶⁾。

BGHは、第二に、連帯債務者または保証人が第三者弁済をした場合には、債権は、法定債権譲渡により、連帯債務者または保証人に移転し(BGB第426条2項〔連帯債務者〕、第774条〔保証人〕)、債権は旧債権者と同様の範囲でこれらの者に帰属するところ、留保所有権には債権との付従性がなく、法定移転しないので、別の解釈が必要となるが、債権者は、原則として、自己に帰属している留保所有権を保証人へと譲渡すべき義務を負っている⁽⁴⁷⁾として、当事者が保証人による支払の時点において初めてこの移転が生ずる旨を約定した場合にも、留保所有権は保証人に移転する

(45) BGH, 15. 6. 1964, VIII ZR 305/62 (OLG Schleswig), BGHZ 42, S. 53.

(46) この理論構成は、ライヒ裁判所以来の判例法理である。まず、有価証券の善意取得が争われた事案であるが、RG, Urt. vom 20. 5. 1904, RGZ 58, S. 162は、動産取引においては所有権に関する調査義務が課せられ、この調査を怠った取得者は重過失と扱われるとして、善意取得(BGB第932条、HGB第366条)を否定した。その後の判例は、この判例法理を踏襲してきた。例えば、BGH, Urt. vom 17. 1. 1968, WM 1968, S. 540は、延長類型の所有権留保の目的物(留保商品)たる高価な建設機械を留保買主が転売したという事案において、高価な建設機械については、所有権留保取引が常識的に存在するというを前提として、その転得者につき、所有権留保を含めた所有権に関する厳格な調査義務を認定し、これを怠った転得者に重過失を認定して、転得者の善意取得を否定している。

(47) vgl. BGB-RGRK, 11. Aufl. § 774 Anm. 6; Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl. § 774 Anm. 2 und § 401 Anm. 3; OLG Stuttgart, Recht 13 Nr. 329. この判例及び学説の見解は、前掲したベックマン教授が述べていたように(註38を参照)、「補充された契約解釈」という「通説」と合致している(Beckmann, Staudinger BGB, § 449 Rn. 83)。

ものと解している⁽⁴⁸⁾。

更に、この事例において、BGHは、供給会社AからXへの所有権移転の時期と同時に、代金の完済ならびにXのBに対する他のすべての債権の完済という停止条件の下で、Bへの所有権の譲渡が行われていたのであるが、このような所謂「交互計算留保」は原則として有効であると判示している⁽⁴⁹⁾。

このように、ドイツの判例及び通説は、正当な利益を有する第三者の弁済に基づく留保所有権の移転に関して、法定債権譲渡による弁済者への債権の移転と、旧債権者の弁済者への留保所有権移転義務を根拠として、理論構成した。しかし、この理論構成を採るならば、むしろ、三者間合意による留保所有権の移転も視野に入る。そこで、本件のような場合には、留保売主A・買主B・立替私人X銀行の三者間合意、または存続当事者である買主Bの同意を前提として、契約関係から脱退する留保売主Aと新たに当事者（留保所有者）となるX銀行との合意による（結果として三者間合意と何ら変わらない形での）契約引受けという法律構成が採用されることとなる。

(48) BGH, a.a.O. (FuBn. 45), BGHZ 42, S. 53. BGHは、債権者に留保所有権の譲渡義務を課すという解釈に関して、その根拠をライヒ裁判所（RG, HRR 1933, Nr. 12）の解釈に求め、保証人が債権者たる留保所有者に対して弁済した場合には、第774条が使えないが、債権者が付従性ある担保権を放棄した場合における保証人の解放に関する第776条を所有権留保に準用して、この場合には、債権者は留保所有権を放棄した者として扱えばよいと解したのである。

(49) BGH, a.a.O. (FuBn. 45), BGHZ 42, S. 53は、この点は、BGHが繰り返し認めてきたところであるとして、BGH, Urt. vom 16. 12. 1957 - VII ZR 49/57, BGHZ 26, S. 185, 190ならびに1964年BGH判決（FuBn. 45）と同一民事部のBGH, Urt. vom 20. 5. 1958 - VIII ZR 329/56, NJW 1958, S. 1231を引用指示している。

3. 契約引受けによる留保所有権の移転

(1) 総説

契約引受けは債権譲渡と債務引受の組み合わせではなく、一個の法律行為として位置づけられている⁽⁵⁰⁾。契約引受けは、債務関係の処分であり、当事者全員の同意を要する。また、「三面契約」として締結されうる⁽⁵¹⁾。

しかし、他の当事者の同意の下で分離し発生した当事者間の契約は、通常、それまでよりも適切な利益状況になり得る。引受契約の当事者に欺罔の帰責事由（悪意の欺罔 [arglistische Täuschung]、即ち「詐欺」）がある場合には、BGB 第123条（詐欺または強迫による意思表示の取消権）によってのみ、同意を取り消すことができる⁽⁵²⁾。それゆえ、相手方による詐欺の場合には、他の当事者は、詐欺を知り、または知り得べきであったことを要する⁽⁵³⁾。

また、契約引受けへの同意は予め与えることができるが⁽⁵⁴⁾、普通契約約款において、BGB 第309条10号（契約相手方の交替は、約款上での相手方の表示、相手方に解除権が与えられているときには、約款上も有効。）の範囲に限られる。債務者の同意がなくても、引受けに含まれる債権譲渡は有効である⁽⁵⁵⁾。更に、分離された契約当事者が倒産したときには、残りの当事者は、

50) BGH, unten (Fußn. 75), NJW-RR 2005, S. 958; BAG, Urt. vom 24. 10. 1972 - 3 AZR 102/72, DB 1973, S. 924, 通説である。

51) BGH, Urt. vom 27. 11. 1985, NJW 1986, S. 918; BGH, unten (Fußn. 75), NJW-RR 2005, S. 958; 反対説として、Heinrich Dörner, Anfechtung und Vertragsübernahme, NJW 1986, S. 2916がある。デルナー教授は、判例に所謂「単一説」を批判しつつ、自説を展開している。なお、デルナー教授の見解については後述する（「第5節 ドイツ法の解釈 第3款 契約引受けの合意に関する有力学説」を参照）。

52) BGH, Urt. vom 3. 12. 1997, NJW 1998, S. 531.

53) BGH, a.a.O. (Fußn. 51), NJW 1986, S. 918.

54) BGH, Urt. vom 18. 10. 1995, DtZ1996, S. 56, 57.

55) BGH, Urt. vom 11. 7. 1996, NJW 1996, S. 3147, 3150 = ZIP 1996, S. 1516, 1519.

倒産手続の開始後においても、契約引受けを追認することができる⁽⁵⁶⁾。

(2) 契約引受けの合意に関する判例法理

まず、契約引受けに関する判例法理について概観する。

(ア) 土地の売買に起因する電気供給契約の引受け

まず、土地の売買に起因する前所有者の電気供給契約の新所有者への移転に関する問題がある。事案は、YがAから宅地を購入したが、この土地は、戦災により荒廃した土地であり、X電力会社とAとの従前の電気供給契約に基づき設置した配線等の設備も戦災を受けていたので、Xは新たにYと新規の配線工事設備を施したとして、設備工事代金を含めて、Yに電気料金を請求したところ、Yは前土地所有者の電気供給契約を承継しており、配線等の設備も戦災に遭わず無事であったと主張して、工事代金の支払を拒絶したので、XがYに対し配線等の設備工事代金を請求したというものである。

この問題について、BGH⁽⁵⁷⁾は、電気供給契約は双務契約であるから、債権譲渡だけでは契約引受けにならないという前提に立脚し、「法律行為による契約引受けは、旧債務関係を消滅させることなく、債権譲渡と債務引受との結合によって可能であるところ（BGB第398条以下、第414条以下）、旧債務関係の契約当事者双方の協力によってのみ可能である」⁽⁵⁸⁾と解し、この場合には、使用賃貸借の譲渡における旧賃借人のすべての権利及び義務の新賃借人への譲渡・承継に関する合意と、これに対する使用賃貸人の同意とが確定した時点で契約引受けが成立する場合と同様、A・Y間の合

⁵⁶⁾ Lange, ZIP 1999, S. 1373. 以上の前提については、Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl. 2008, § 398 BGB Rn. 38, 38aを参照。

⁵⁷⁾ BGH, Urt. vom 10. 11. 1960 - VIII ZR 167/59 (OLG Köln), NJW 1961, S. 453ff.

⁵⁸⁾ この点について、BGHは、Palandt, BGB, 18. Aufl., § 398 Anm. 4を引用指示している。

意と、これに対する電気供給事業者Xの同意により、AからYへの契約引受けが成立するものと解している。この点は、使用賃貸借に供されている土地の所有権移転に際し、前賃貸人（前所有者）の権利及び義務が新所有者に移転する（BGB旧第571条〔現行第566条〕⁵⁹⁾、第581条2項：使用賃貸借規定の用益賃貸借への準用）場合とは事案が異なるとともに、明文規定がないので、上記のような解釈となるのである。

もっとも、本件の場合において、YがAからの契約引受けに対する同意をXに求めることも、Xと新規に契約を締結することも、内容において変わりはないので、あまり意味はない。YはAが使用していた配線設備をそのまま使うので、配線工事の必要はないのに、工事費用を払うのはおかしいとして、契約引受けを主張したのである。しかし、BGHは、結局のところ、Xは国民に対する電気供給義務を負うが、このような契約引受けに対する同意義務は負わないという判断を下した。

したがって、判例法理としては、契約引受けには、土地の旧所有者（脱退権利者）と新所有者（加入権利者）との物権的合意の内容に明確に契約引受けが合意されるとともに、この二当事者間の合意に対して、原契約当事者である供給者の同意が必要不可欠ということになる。

(イ) 契約引受けによる売買契約からリース契約への転換

次に、契約の転換に起因する契約引受けに関する判例を分析する。事案は、次のとおりである。A会社は建設機械の製造販売会社Yから建設機械を「特別価格19万2100マルク」で購入したところ、Aはリース契約を希

59) BGB 第566条（売買は使用賃貸借を破らない）

第1項：賃貸された住居が使用賃借人に引き渡された後、使用賃借人によって第三者へ譲渡されたときには、取得者は使用賃借人に代わり、自己の所有権の存続期間中に使用賃貸借関係から生じた権利及び義務を有する。

望し、Xリース会社にリース契約の締結を申し込んだので、Xは、Yに対し、「すべての権利及び義務とともに現に存する売買契約に入りたい」と通知し、Yは、書面によりXの契約引受けに同意し、代金額（19万2100マルク）の計算書と本件機械に関する説明書をXに送付して、Xは、Yに対し、売買代金の全額を支払った。その後、Aが破産したので、Xは、Aから本件機械を引き揚げ、これを市場で換価したところ、その価格は僅か8万マルクであった。Xは、引受契約に入る際に、Aから「1980年製造の新型機械に関する売買」という説明を受けたが、本件機械は1977年に製造され、新型モデルに合わせてオーバーホールされた中古品であった。そこで、Xは、Yに対し、Aの悪意の欺罔（詐欺）による売買の取消に基づく不当利得の返還、Yの製造年と技術水準に関する説明義務違反による契約締結上の過失責任または不法行為に基づき、11万2100マルクの損害賠償を請求した。

この問題について、BGH⁽⁶⁰⁾は、従来の判例及び通説を踏襲し、「契約引受けは、判例及び学説の一般的な見解によると、単一の行為」と解されており⁽⁶¹⁾、「契約引受けは三当事者の共同作業の下でのみ完遂されうる」のであり⁽⁶²⁾、「これは、一方では、狭義の三者間契約により、他方では、第

(60) BGH, Urt. vom 27. 11. 1985 - VIII ZR 316/84 (OLG Düsseldorf), NJW 1986, S. 918ff.

(61) BGHは、従来の判例として、BGH, (Senat), Urt. vom 29. 10. 1957, LM § 581 BGB Nr. 16 = MDR 1958, S. 90 m. Anm. Bettermann; BGH, Urt. vom 7. 3. 1973, WM 1973, S. 489; BGH, Urt. vom 3. 7. 1974, NJW 1974, S. 1551 = WM 1974, S. 908 (909); BGH, Urt. vom 29. 11. 1978 - VIII ZR 263/77, BGHZ 72, S. 394 (395) = NJW 1979, S. 369を掲げ、また近時では、BGH, Urt. vom 20. 6. 1985, NJW 1985, S. 2528 = WM 1985, S. 1172 (1174)が詳細であるとし、学説として、Nörr, in: Nörr-Scheyhing, Sukzessionen, 1983, § 17 I; Coester, MDR 1974, S. 804; Staudinger-Kaduk, BGB, 10./11. Aufl., Einl. § 398 Rdn. 35; Weber, in: RGRK, 12. Aufl., Vorb. § 398 Rdnr. 10; Möschel, in: Münch-Komm, 2. Aufl., Vorb. § 414 Rdn. 8を引用している。

(62) vgl. BGH, a.a.O. (Fußn. 35), NJW 1985, S. 2528 = WM 1985, S. 1172 (1174);

三者の同意の下における二当事者間の合意により可能」と解している⁽⁶³⁾。

また、多数の当事者となされる法律行為の取消はすべての当事者に対して意思表示しなければならないのかという問題は、BGBの法整備の際に議論されて以来争われてきたところ⁽⁶⁴⁾、「多数の契約当事者と対峙する取消者はすべての当事者に取消の意思表示をしなければならないという見解は、……不可分給付を伴う債務関係が問題となる限り、多数説である」⁽⁶⁵⁾と解して、「契約引受けの場合のように、ある債務関係における権利義務の承継という追求された成果が、そもそも、残留当事者、脱退当事者、そして引受当事者らによる共同作業によってのみ実現しうるときには、債務関係における権利義務の承継が遡及効をもって除去されるべき取消は、すべての当事者に関係するのであるから、すべての当事者に対してその意思が表示されなければならない。このように、引受人が引受契約を取り消したときには、BGB第143条⁽⁶⁶⁾の意味における取消の相手方は、残留当事者(A)及び脱退当事者(Y)である」と判示し、結論として、「原告(X)は、A会社に対しても、引受契約を取り消さなければならない」として、Yの

Möschel, in: Münch-Komm, Vorb. § 414 Rdn. 8).

⁽⁶³⁾ Senatsurt., a.a.O. (Fußn. 61), BGHZ 72, S. 394 (395, 396) = NJW 1979, S. 369; BGH, a.a.O. (Fußn. 35), u. unten (Fußn. 67), NJW 1985, S. 2528 = WM 1985, S. 1172 (1174).

⁽⁶⁴⁾ vgl. Planck-Flad, BGB, 4. Aufl., § 143 Anm. 5; Enneccerus-Nipperdey, BGB AT, 15. Aufl., 2. Bd., S. 1228 m. w. Nachw.; W. Flume, AT des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das Rechtsgeschäft, S. 564, 565.

⁽⁶⁵⁾ BGHは、多数説として、Krüger=Nieland-Zöller, in: RGRK, 12. Aufl., § 143 Rdn. 19; Mayer=Maly, in: MünchKomm, 2. Aufl., § 143 Rdn. 15; Flume, a.a.O. (ibid.), S. 566を掲げ、異説として、Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. (ibid), S. 1228を掲げる。

⁽⁶⁶⁾ BGB第143条(取消の意思表示)

第1項：取消は、取消の相手方に対する意思表示によって行う。

第2項：取消の相手方は、契約の場合には、他方当事者であり、第123条2項2文の場合には、契約から直接に権利を取得した者である。

みに取消の意思表示をしたXの取消は無効（unwirksam）であると判示して、Xの上告を棄却した（他の論点は割愛する）。

本件においては、詐欺による意思表示の取消による契約の無効が争われてはいるが、リース会社Xが売主Yから契約を引き受けて、Y・A間の売買契約をX・A間のリース契約に転換するために、契約引受けを用いている。即ち、リース契約の成立にあたり、契約引受けを利用していることから、脱退当事者Yを含めた三者間契約またはX・A間のリース契約に売主Yの同意ないし追認を必要とする類型である。それゆえ、リース契約の取消にあたっては、契約に関わった全員が利害関係人なのである。取消権者Xは現在の相手方Aのみならず、脱退当事者Yを含めて、両者に取消の意思表示をしなければならないと判示したのである。理由は、Xのリース契約取消が有効であれば、X・A間のリース契約は遡及的に無効となり（BGB 第142条1項）、XがYに対して支払った代金は法律上の原因を欠くことになるので、不当利得返還（BGB 第812条1項）という関係となる一方で、他方、Y・A間の法律関係（売買）は遡及効をもって復活するからである。Xは、Yから契約を引き受け、目的物の代金を支払ったので、引受契約を取り消して、代金の返還を急ぐあまり、引受契約の相手方たるYに対する意思表示のみになってしまったのであろう（Aの代表者は逃走し、行方不明という事実もあった）。

しかし、翻って考察すると、事実関係において、Xは、相手方Aの詐欺を理由として、Aとの原因行為であるリース契約を取り消した上で、Yに対して引受契約を取り消しているようにも思われる。しかしながら、XのAに対する契約取消は不明確であるとして認められなかったのである。

（ウ） 使用賃貸人の地位の引受け

次に、家屋の使用賃貸借における使用賃貸人の地位の譲渡に関する判例を分析する。事案は、Yが建物の使用賃貸借を目的としてA会社を設立

し、Yの所有する土地上の建物の2階をB会社に賃貸し、Bの業務執行者であるXがBのすべての債務に関して連帯保証人となった後に、A会社が解散し、その業務をAの業務執行者CがYの代理人として引き受けることとし、この使用賃貸人のAからYへの交替について、CはBに書面で通知し、X以外のBの業務執行者がこれに署名（明白な同意という認定はなされていない。）をした後、Bが賃料を10か月間も支払わないので、Yが連帯保証人Xに対して延滞賃料と遅延利息の支払を求めたところ、Xは、Yに対する連帯保証債務はないとして、Yに対し、請求権不存在確認の訴えを提起したというものである。

この問題について、BGH⁽⁶⁷⁾は、「この契約当事者の交替は、脱退当事者、引受当事者、残存当事者間の三者間契約という方法においても、また、残存当事者が同意したときは、原当事者と新当事者との間における契約によっても、合意することができる」ものと解し、これは判例及び学説の一般的な見解に適合しているとして⁽⁶⁸⁾、本件においては、新旧の使用賃貸人であるA・Y間の合意と、これに対する使用賃借人Bの同意があったとして、YがA会社の契約引受人であると認め、また、「契約引受けは、契約の新たな締結がなくとも、契約当事者が、契約の同一性を保持しつつ交替

(67) BGH, Urt. vom 20. 6. 1985 - IX ZR 173/84 (OLG Hamm), NJW 1985, S. 2528ff.

(68) BGHは、BGH, Urt. vom. 24. 9. 1959, LM BGB § 535 Nr. 21a; BGH, Urt. vom 10. 11. 1960, LM AGB d. Elektr. Vers. Untern. Nr. 9 = NJW 1961, S. 453; BGH, Urt. vom 8. 11. 1965 - II ZR 223/64, BGHZ 44, S. 229 [231] = NJW 1966, S. 499 = LM § 105 HGB Nr. 21; BGH, Urt. vom 7. 3. 1973 - VIII ZR 204/71, WM 1973, S. 489; BGH, Urt. vom. 21. 6. 1978 - VIII ZR 155/77, NJW 1978, S. 2504 = JZ 1978, S. 568; BGH, Urt. vom 14. 12. 1978 - III ZR 104/77, NJW 1979, S. 1166 (Ls.) = LM § 1027 ZPO Nr. 12 = WM 1979, S. 279; Senatsurt. aa.O. (Fußn. 61), BGHZ 72, S. 394 [396] = NJW 1979, S. 369 = LM § 566 BGB Nr. 24; Weber, in: RGRK, Vorb. § 398 Rdn. 8, 9; Palandt-Heinrichs, BGB, 44. Aufl., § 398 Anm. 10を引用指示している。

する、旧契約における権利の承継によって、もたらすことができる」⁽⁶⁹⁾と解している。

次に、新使用賃貸人YはXの保証を取得しうるかという問題について、原審（OLG Hamm）は、債権譲渡による担保権の移転に関するBGB第401条の債務引受への準用ないし類推適用を根拠とした。即ち、「B会社の使用賃貸人としての地位にYが加わることは、結果として、BGB第401条の類推適用に基づいて、使用賃貸人の保証債権の取得を伴う」という解釈である。

この解釈に対して、BGH⁽⁷⁰⁾は、「契約引受けの場合には、BGB第401条の適法な準用により、賃料債務のために設定された保証は、契約引受け後に発生したB会社の担保のための問題である場合にも被告へ移転するということが導かれる。契約関係の新当事者は、債権の新債権者と同様、担保を必要とするものであるから、BGB第401条は契約引受けに適用すべきである。これにより、保証人は、不利益を受けない。……保証人は、BGB第571条（現行第566条）、第572条（現行第566a条⁽⁷¹⁾：使用賃借人の担保提供）

⁽⁶⁹⁾ BGHは、契約引受の意義について、この点を前提とする判例として、BGH, a.a.O. (FuBn. 57), LM AGB d. Elektr. Vers. Untern. Nr. 9 = NJW 1961, S. 453 [454], 及びBGH, a.a.O. (FuBn. 61), NJW 1974, S. 1551 = LM § 571 BGB Nr. 22 = WM 1974, S. 908 [909]があり、同様の見解として、BGH, Urt. vom 8. 11. 1965 - II ZR 223/64, BGHZ 44, S. 229 [231] = NJW 1966, S. 499 = LM § 105 HGB Nr. 21; BGH, Urt. vom 28. 11. 1969 - V ZR 20/66, WM 1970, S. 195 [196]; BGH, (ibid.), NJW 1979, S. 1166 (Ls.) = LM § 1027 ZPO Nr. 12を掲げている。また、学説として、Piper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1963, S. 30; Staudinger-Emmerich, BGB, 12. Aufl., § 535 Rdn. 11, Weber, in: RGRK, § 398 Rdn. 8; Erman-Westermann, BGB, 7. Aufl., Vorb. § 414 Rdn. 2; Coester, MDR 1974, S. 803, 804; Nörr, in: Nörr-Scheyhing, Sukzessionen, 1983, § 17 II, S. 250があると述べている。

⁽⁷⁰⁾ BGH, a.a.O. (FuBn. 67), NJW 1985, S. 2528, 2530.

⁽⁷¹⁾ BGB第566a条（使用賃借人の担保）

による使用賃貸人の法定交替の場合には、新債権者に対し、引き続き義務を負うということも、受け入れなければならない。」として、一応、賛意を表明した。しかし、この解釈に加えて、前段の判例法理と同様、「BGB 第571条（現行第566条）によってなされた法定の契約引受けを顧慮して、BGB 第572条（現行第566a条）を適用し、BGB 第232条2項による保証人の地位をBGB 第572条の意味における担保の給付と見做すべき場合には、使用賃貸借保証は新使用賃貸人へと移転する」という判例法理⁽⁷²⁾を引用し、学説⁽⁷³⁾もこれを承認していると述べている⁽⁷⁴⁾。

(エ) 使用賃借人の地位の引受け

次に土地の使用賃貸借における使用賃借人の地位の引受けに関する判例を分析する。事案は、土地の使用賃貸人（所有者）Yと旧使用賃借人A会社との使用賃貸借契約に、新使用賃借人X会社が三者間契約の形で入り、

第1文：譲渡された住居の使用賃借人が使用賃貸人に対して担保を提供していたときには、取得者は、これによって設定された権利及び義務の関係に入る。

⁽⁷²⁾ 使用賃貸借保証を与えられた使用賃貸人（所有者）が、自己の保有する土地の買主と使用賃貸借契約への加入を合意したという事案に関する判例として、KammerG（ベルリン上級地裁）（OLGZ 25, S. 20）及びRG（WarnRspr. 1913, Nr. 286）を引用している。

⁽⁷³⁾ Gelhaar, in: RGRK § 572 Rdn. 1; Soergel-Kummer, BGB 11. Aufl. § 572 Rdn. 1; Staudinger-Emmerich, BGB, § 572 Rdn. 4を引用している。

⁽⁷⁴⁾ BGH, a.a.O. (FuBn. 67), NJW 1985, S. 2528に関する評釈として、Knut Wolfgang Nörr, Anmerkung für BGH, 20. 6. 1985, JZ 1985, S. 1095-1096.; R. Haase Leonberg, Anmerkung für 20. 6. 1985, JR 1986, S. 105-106があるが、いずれも大枠では判例に賛意を表明している。ただ、ネーア（Nörr）教授は、この第9民事部が、契約引受けの場合における保証の移転という問題を原則として判断することに躊躇しているとして、本判決の示した解釈を原則として主張してもよいのではないかという不満を表明している。

Xが契約引受けに無方式で同意する旨を書面により合意したが、Yは、突如として、Aに対し契約解除を告知し、Xの競争相手Bに使用賃貸したので、XはYに対し、債務不履行に基づく損害賠償を請求したというものである。

この問題について、BGH⁽⁷⁵⁾は、従来の判例・通説と同様、「一般的な見解によると、契約引受けは債権譲渡と債務引受の掛け合わせではなく、一体化した法律行為であり、契約引受けは当事者全員の同意が必要である」⁽⁷⁶⁾という見解を前提としている。また、「契約引受けは三者間契約として締結されるが、他方、第三当事者によって追認される二当事者間の契約によっても締結され、その場合には、契約自由の原則により、新使用賃借人が使用賃貸人と旧使用賃借人との間の契約を追認することによっても、新使用賃借人の契約への加入を実現することができる」⁽⁷⁷⁾と解している。

本件においては、使用賃貸人Yと旧使用賃借人Aとの使用賃貸借契約について、Xが契約引受けの同意をしており、また、これが追認という方法でも契約への加入が許されるので、YのBへの賃貸はXへの債務不履行を構成するのである。

これらのほかにも契約引受けに関する判例は多数存在するが、概ね、ここで述べてきたような判例法理を形成している。本稿において分析したBGH2008年3月27日判決は、この判例法理を用いて、融資者X銀行への留保所有権の譲渡を契約引受けという方法でも可能であると判示したのである。

⁽⁷⁵⁾ BGH, Urt. vom 20. 4. 2005 - XII ZR 29/02 (OLG Schleswig), NJW-RR 2005, S. 958ff.

⁽⁷⁶⁾ vgl. BGH, Urt. vom 27. 11. 1985 - VIII ZR 316/84, BGHZ 96, S. 302 [308] = NJW 1986, S. 918; BGH, Urt. vom 12. 3. 2003 - XII ZR 18/00, BGHZ 154, S. 171 [175] = NJW 2003, S. 2158 = NZM 2003, S. 476.

⁽⁷⁷⁾ vgl. a.a.O. (FuBn. 61), BGHZ 72, S. 394 [396] = NJW 1979, S. 369; BGH, (ibid.), BGHZ 96, S. 302, [309] = NJW 1986, S. 918.

第4項 小括

1. 総説

本款においては、ドイツの判例を分析することにより、留保所有権の譲渡事案に適用しうる解釈として、①物権的返還請求権の譲渡類型、②法定債権譲渡類型、③契約譲渡ないし契約引受類型に分類することができ、これら類型ごとに、個別的に主要判例を分析しつつ、検討してきた。ここでは、判例の分析結果を踏まえ、留保所有権の譲渡事案への適用可能性について考察する。

2. 物権的返還請求権の譲渡類型

まず、第一に、物権的返還請求権の譲渡類型による留保所有権の移転構成については、詳細に検討したところ、この類型は、債権との付従性を欠く所有権留保の特殊性に鑑み、債権と担保権との付従性を前提とする規定(BGB 第401条)を適用し得ないことから生じた理論構成である。

この解釈は、買主Bの債務不履行などに起因して、留保売主Aに発生することあるべき契約解除権の行使の結果として現れる所有権に基づく返還請求権を立替払人Xに予め譲渡することによって、Xを留保所有者とするという中間処分的な留保所有権の移転である。確かに、解除によって買主Bの占有正権原(BGB 第986条2項)は失われるが、買主Bの行動に依存するという事実と、そもそも、売買契約の当事者ではない立替払人Xには解除権がないので、単純にこの解釈を適用するわけにはいかない。そうすると、このやり方では不便なので、理論構成はともかく、使い勝手が悪いということになる。

3. 法定債権譲渡類型

次に、法定債権譲渡類型による留保所有権の移転構成は、民法の制度を適用するという点においては、わが国の多数学説が与している法定代位説

と同様の解釈である。しかし、この解釈は、所有権留保の本質に反する。売買の附款として成立する所有権留保に基づく留保所有権は、質権や譲渡担保権のような付従性ある担保権ではないので、法形式的には法定債権譲渡（法定代位）を適用することはできない（もちろん、代位弁済により債権だけは立替弁済者Xに帰属する〔BGB第401条1項、第426条2項（連帯債務者による弁済）、第774条（保証人による弁済）、日民第500条、第501条〕）。

そこで、解釈論を考えるわけであるが、ドイツの判例及び通説は、「留保所有権を弁済者へ移転すべき債権者の義務」という構成を採用している⁽⁷⁸⁾。この「補充された契約解釈」⁽⁷⁹⁾の意味に関して、BGH⁽⁸⁰⁾は、既に論じたように、弁済を受けた債権者は留保所有権を放棄した者として扱うとして、付従性ある担保権が弁済によって債権とともに保証人など弁済するについて正当な利益を有する第三者に法定移転する制度との均衡を保っている。このように、債権との付従性ある担保権と付従性のない留保所有権とのバランスを考え、法体系上、前者に適用しうるが、後者には適用し得ない「法定債権譲渡」の解釈を正当な解釈によって拡張するのであれば、わが国の学説に所謂「法定代位説」の欠陥もまた埋まるのではないかと思われる。

4. 契約譲渡・契約引受類型

次に、契約譲渡ないし契約引受類型による留保所有権の移転構成は、物権的返還請求権譲渡類型と法定債権譲渡類型の理論的な危うさを払拭する解釈として、妥当性を有するようと思われる。この類型に関しては、債権

(78) vgl. BGH, a.a.O. (Fußn. 45), BGHZ 42, S. 53, 56-57; BGB-RGRK, 11. Aufl. § 774 Anm. 6; Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl. § 774 Anm. 2 und § 401 Anm. 3; OLG Stuttgart, Recht 13 Nr. 329.

(79) vgl. Beckmann, a.a.O. (Fußn. 38, 47), § 449 Rn. 83.

(80) BGH, a.a.O. (Fußn. 45), BGHZ 42, S. 53, 57.

譲渡と債務引受の併用などと言われてきたが、近時では、単一の契約という判例及び通説の解釈がある。これには、①三者間契約と、②二当事者間契約プラス同意ないし追認という2類型があり、いずれの方法でもよいとされてきた。

三者間契約類型は、留保売主Aと買主Bが所有権留保特約付売買を締結するとともに、立替払人ないし支払保証人Cが契約に参加し、CのAに対する弁済により、Aの留保所有権がCに移転するという類型が単純明快である。

また、二当事者間契約類型は、留保売主Aと買主Bが所有権留保特約付売買を締結した後に、立替払人ないし支払保証人Cが契約に参加するという方法であるから、①A・B間の契約のケースと、②A・C間の契約のケース、そして、③B・C間の契約のケースが考えられる。

①のケースにおいては、第三者のためにする契約と類似し、A・B間において、「Aの債権者としての地位のCへの移転」を合意した後に、Cがこれに同意することによって、Aの地位がCへ移転する。この類型であれば、支払債務者Bにとって悪い影響が出るとは思われない。また、③のケースも、判例に現れたように、A・B間の売買が先行しており、これに新たにB・C間のリース契約が加わり、最終的にCがAの同意ないし追認を得て、AからBとの契約関係を引き受けるので、特に問題はないと言えそうである。しかし、②のケースにおいては、債権譲渡の場合と同じリスクが生ずる。即ち、Cによる契約引受けについて、AがBに通知するか、Bから予め承諾を取るかしないと、Bには債権者が不明となり、支払先が分からないので、Bが不安定な地位に置かれる。したがって、支払債務者Bへの通知は不可欠である（BGB第409条、日民第467条の債権譲渡通知制度を用いる）。

以上から、原初的な三者間契約類型が安全かつ確実な留保所有権移転類型であり、買主の二重弁済という危険をも回避可能なモデルであって、妥

当性が高いと言うことができる。

本段においては、留保所有権の移転に適用可能性ある理論として、判例法理を概観してきたが、判例に対して極端に反対する学説は契約引受類型に関するものが散見される程度であるから、次段においては、契約譲渡ないし契約引受類型に関して、有力反対説を分析する。

第3款 契約引受けの合意に関する有力学説

既に論じてきたように、ドイツの判例及び通説は、契約引受けの三面契約性を肯定し、契約当事者の交替は、脱退当事者、引受当事者、残存当事者の三者間契約という方法か、または、残存当事者の同意を要件として、原当事者と新当事者との間の契約によって、合意することができるものと解している。更に、脱退当事者と原当事者との契約を新当事者が追認するという方法でも可能と解されている。

このような判例及び通説の見解に対して、契約引受けは脱退譲渡人に対する意思表示で足りるというデルナー（Heinrich Dörner）教授の反対説（二当事者間契約説）がある⁽⁸¹⁾。以下に紹介しつつ、検討する。

デルナー教授は、判例及び通説の提唱する「単一理論」が「契約譲渡は、債権譲渡と債務引受の組み合わせとして現れるのではなく、単一のかつ独立した法律行為として現れる」と解し、通説が、「契約に基づいて権利や義務を共同で譲渡するためには、ただ1つの法律行為だけが必要であり、およそ2つの平行した譲渡行為が締結される必要はない」と解している点については、一応、正しいと述べている。しかし、通説（単一理論）が、「すべて整った契約関係がすべての形成権や受領権限を含めて第三者へ譲渡することができ、それができるのは契約譲渡だけであり、反対に、債権

(81) Dörner, aa.O. (Fußn. 51), NJW 1986, S. 2916ff.

譲渡プラス債務引受ではできないと言っている」という点について、契約譲渡による価値の移転は譲渡人と引受人との間において発生し、他方当事者には移転しないのであるから、三者間合意の必要はないのではないかという疑問から、単一理論を批判している⁽⁸²⁾。それゆえ、契約引受けの成立要件についても、取消原因がある場合における取消の相手方についても、引受人から譲渡人に対する意思表示で足りるものと解している。しかし、契約引受に関する譲渡人からの同意や、譲渡人に対する取消通知だけでは、他方当事者（原契約の相手方）は契約引受や契約取消を認識し得ず、他方当事者が債務者である場合には、二重弁済の危険があるので、他方当事者に対しては、債権譲渡の場合と同じく「通知」をすれば足りると論じている⁽⁸³⁾。

デルナー教授は、契約譲渡の場合には、譲渡に依じて、債権譲渡と債務引受に関して適用される規定（BGB 第409条、第415条）を重畳適用し（kombinierte Anwendung finden）、相手方は、後に取り消され、または他の理由に基づいて絶対無効とされる契約譲渡であるにもかかわらず、契約引受人に対する解放的な効果を以て、自己の給付をもたらしべき契約譲渡の通知を許容し、相手方は、譲渡の有効性を顧慮することなく、抛り所とする新債務者に対し、契約引受人の通知を得させるのであり、この法的効力は、契約譲渡人、契約引受人も、共に、正当な方法において、通知またはこれに対応する証書の交付によって、譲渡行為の相手方に知らせる場合にのみ、発生するものと論じている⁽⁸⁴⁾。

これが、単一理論を批判するデルナー教授の見解である。しかし、デル

⁽⁸²⁾ Dörner, aa.O. (FuBn. 51), NJW 1986, S. 2917.

⁽⁸³⁾ Dörner, aa.O. (FuBn. 51), NJW 1986, S. 2916. デルナー教授は、この解決方法について、債権譲渡通知に関する BGB 第409条の類推適用による保護と論じている（ibid., S. 2920 ff.）。

⁽⁸⁴⁾ Dörner, aa.O. (FuBn. 51), NJW 1986, S. 2920-2921.

ナー教授の二当事者間契約説も、契約譲渡人と契約引受人との間における価値移転を中心に構成する点をクローズアップさせているだけであり、法律上の効果としては、三者間合意とそれほどの差異はない。しかしながら、価値移転のない当事者（本稿における買主B）に対しては、いずれの場合にも、通知のみで足りるという観点は、二当事者間合意のみで契約の効力を達成することができるという点において、なお、解釈上の有用性は高いであろう。

第6節 所有権留保の対抗要件に関する私見的考察

第1項 二当事者間の所有権留保

まず、信販会社が現れる以前の単純類型の所有権留保に関する基本的な構成についてまとめておく。売買における所有権留保特約は、債権契約における条件付の物権的合意であるから、留保所有者の地位を第三者との関係においても確保・確定するためには、対抗関係が発生する前においても、占有権の保持が必要である（第178条類推）。この点は、売主・買主という二当事者間の所有権留保においては、元々、留保売主が間接自主占有権を保持しているので、全く問題はない。この意味において、留保売主と留保買主との間においては、物権変動は生じていないのと同じことに帰着する。それゆえ、留保売主には対抗要件は不要である。また、留保買主は留保商品の直接占有を有するところ、これが留保売主のためにする他主占有であるとしても、留保商品に対する直接の占有によって留保買主に使用・収益権能があるという程度の外観はある。そのため、留保売主の留保所有権の存在は外観からは不明であるものの、留保買主の将来の所有権取得への期待権（私見は「物権的期待権」と解する。）は占有によって保護されているものと言えそうである。したがって、留保買主の直接占有は、期待権の対抗要件として位置づけることが妥当であろう。

しかし、この場合でも、留保買主の権利は債権的効力を有するに過ぎない弁済による受戻権のみと解する場合には、留保買主の地位は脆弱なものとなる。それゆえ、留保買主の期待権には物権的効力（対第三者効）を付与すべきものと解される。そうすると、留保売主への割賦弁済中も、留保買主は物権的期待権の第三者への担保提供行為（留保商品に関する譲渡担保権の設定など）により、運転資金を獲得することが可能となり、また、第三者からの物理的な侵害の場合には、物権的期待権の侵害として、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することが許されよう。更に、留保買主に物権的期待権を認めることにより、留保買主の債権者が物権的期待権を差し押さえるという新たな局面が考えられ、留保買主の債権者にとって有利な地位が与えられる。このような物権的期待権概念の構築により、留保買主をめぐる与信関係は広がりを見せることとなるのである。

第2項 三者間取引による所有権留保——信販会社の法的地位

1. 法定代位構成について

本稿において論じてきた三者間取引（合意）による所有権留保の場合には、本来は、平成22年最判のように、信販会社による立替払の際に、留保売主が信販会社に売買代金債権を譲渡し、信販会社は、この譲渡された債権＝立替払債権（立替払を原因とする譲受債権として存続する。）とその利息及び手数料等の債権を一括して担保するために、譲渡担保権と類似する留保所有権を取得するものと解することもできる⁽⁸⁵⁾。しかし、平成22年最判の事案では、このような債権譲渡は用いられていない。そこで、平成22年最判の原審や最近の多数学説において見られるような法定代位構成

⁽⁸⁵⁾ 本稿において論じてきたように、ドイツにおいては、①返還請求権の譲渡類型、②法定債権譲渡類型、③契約引受類型を使って、留保売主から金融機関への留保所有権譲渡の合意が行われている。

が検討されるのである。

平成22年最判の事案では、信販会社Xには約定によって留保所有権が移転しており、この留保所有権の移転を法定代位の効果によるものと解するには障害がある。法定代位によるのであれば、留保売主の有する売買代金債権（と若干のプラス a の債権）と担保権が代位弁済により信販会社に移転しなければならない。しかし、平成22年最判は、立替払によって発生する信販会社の債権は留保売主の債権よりも拡張された別個の債権となるという理由から、法定代位を否定した。そこで、平成28年札幌地判・高判の事案においては、「集金保証方式による留保所有権の移転」約款が採用され、その結果、代金債権と保証債務の履行による求償債権との同一性が認められ、法定代位の効果としての留保所有権の移転と、法定代位には対抗要件は不要ゆえに別除権の行使要件たる登録名義変更も不要という構成が認められたのである。しかし、この解釈には、留保所有権の本質を見過ごすという欠点がある。

そもそも、所有権留保は付従性なき担保権であり、それゆえ、集金保証方式による弁済による代位によって、債権の移転は認められても、留保所有権の移転は認められないはずである（民法第500条、第501条による担保権の移転は債権との付従性ある担保権を前提とした規定である）。そこで、ドイツの判例・通説と同様、第一義的には、法定代位の効果は認められないこととなる。しかし、そうとはいえ、留保売主には、債権を代わりに弁済してくれた支払保証人に対して、留保所有権の移転を拒絶するという法的利益は存在しない。却って、そのような拒絶は信義則に反して許されないであろう。それゆえ、BGHの判例においては、法定代位構成の延長線上の問題と解する場合には、留保売主は、支払保証人に対して留保所有権を放棄し、あるいは、同人に対して信義則上の譲渡義務を負うものと構成している。法定代位説を標榜する学説は、このような丁寧な解釈を施す必要に迫られよう。

2. 契約譲渡ないし契約引受構成について

しかし、法定代位構成は、最終的には信義則上の譲渡義務といった一般原則を頼りにせざるを得ないという点において、法解釈として必ずしも十分とは言えない。そこで、三者間契約による契約譲渡ないし契約引受構成に基づく留保所有権の移転という解釈手法がクローズアップされる。

この場合には、元々は、二当事者間の所有権留保、即ち、商品信用取引に基づく留保売主Aの留保所有権（Vorbekaltseigentum）が³、三者間契約による契約引受けに基づき、純然たる担保権として、金融業者（信販会社）Xの留保所有権に転化するものと解される（譲渡担保権と同様の担保所有権〔Sicherheitseigentum〕）。これは約定による留保所有権の移転ではあるが、この移転合意の結果発生する譲受け留保所有権は、譲渡担保権類似の担保権と考えてよい。金融業者Xの関心は融資金額の回収のみであり、債務者が信用危殆に陥るまでは、金融業者には「所有権」への関心が無いからである（信用危殆発生後は期限の利益喪失に伴う所有権留保の実行、即ち、留保商品の引揚げへと向かうのみである）。つまり、このような契約引受け合意の場合には、三者間合意による契約引受けの効果として、債権と留保所有権が引受人に移転し、留保所有権の譲受人は、この合意に基づいて、譲渡担保権類似の担保権を取得したものと解することになる。

留保所有権の譲渡を受けた信販会社の所有権が担保所有権（担保権）であるとすれば、留保買主の有する物権的期待権は実質的所有権である。このように解すると、担保権者たる留保所有者は、対抗要件を必要とする。留保所有者は、留保買主に対し、留保商品を直接に引き渡し、その使用を許している。それゆえ、所有権留保を担保権の設定と解すると、留保買主に留保商品の自由な使用を許している留保所有者は、原則として、占有改定によって引渡しを受けたものと解さざるをえない。このような意味において、本稿冒頭の事案のような登録自動車の所有権留保においても、留保所有者には対抗要件が必要となる。登録自動車の場合において、自己の留

保所有権として、この権利関係を確定するには、登録変更が必要である。仮に、集金保証方式による留保所有権の移転が法定代位の効果として認められるという解釈を採ったとしても、留保買主の民事再生手続や破産手続においては、別除権の権利主張要件として、特別に、権利の登記や登録が要求されているものと解される。したがって、物権的返還請求権の譲渡類型、法定債権譲渡（法定代位）類型、契約引受類型を問わず、すべての類型において、別除権を主張する場合にだけは、留保所有権の登記または登録を必要とすると解さざるを得ない。

第3項 今後の課題

本稿において展開してきた法解釈、判例法理、諸学説の整理と検討により、三者間取引による所有権留保の移転から実行局面までにおける信販会社の法的地位に関して、一定の理解に達することができた。そこで、今後の課題として、如何なる問題が残っているのか、また、そもそも、所有権留保という、本来的には商品信用取引たる留保売主の代金債権と物権的返還請求権を担保する制度が、金融業者の介入により譲渡担保と類似の金融信用取引に転化した場合における問題点、即ち、本稿の問題点に対する解釈問題について、わが国においては、これを避けて通っているというか、むしろ、全く問題としていないかのようである⁽⁸⁶⁾。

まず、本稿において検討してきたように、集金保証方式による所有権留保であれば、販売会社から信販会社への債権と留保所有権の法定移転を認めてよいのかという問題がある。

この問題について、最近の裁判例と多数学説は、信販会社による保証債

⁽⁸⁶⁾ 所有権留保の実行局面において、留保所有者に取戻権を認めるべき場合があり得るという理解を示しているのは、近時では、道垣内・前掲書（『担保』）373頁だけである。

務の弁済を代位弁済と見て、その効果として法定代位を特段の留保なくして認めている。法定代位は、債権者に対して弁済義務を負う者（保証人、連帯保証人など）、あるいは、自己の財産を保全する必要のある者（物上保証人、担保不動産の第三取得者）など、何らかの利害関係ある者が債務者の代わりに債権者に弁済することによって、弁済者の求償権を確保するという目的から、民法が、弁済による債権・担保権の消滅を例外的に阻止し、これら債権と担保権を弁済者へ法定移転するという制度である。然るに、この場合の「担保権」は、質権、抵当権、譲渡担保など、債権発生の原因行為と担保権成立の原因行為を別異にするものの、両権利の密接な関係を重視する必要性から、これらを結合させる「付従性原理」によって、債権とともに、弁済者へ法定移転するのである。しかし、留保所有権を担保物権と解してみても、留保所有権には売買代金債権との間に付従性が存在しない。付従性は、互いに別個独立した契約に基づいて成立した債権と担保権とを結合させる必要から考え出された原理であるから、売買という1個の契約の附款（所有権留保特約）⁽⁸⁷⁾から生じた留保所有権には適用されない。それゆえ、信販会社が代位弁済して得られるのは、債権のみである。しかし、これでは不都合であることから、この場合には、債権者（販売会

87) 最近では、所有権留保が売買契約の附款であることから特別の考慮が必要な場面の多いことを指摘する学説さえ、道垣内・前掲書（『担保』）367頁くらいのものである。しかし、①留保所有権には付従性がないことから生ずる本稿のような問題のあること、②代金債権が時効消滅した場合でも留保売主には所有権があり、買主の占有権原が消滅するものとして、留保売主の返還請求権を認めるべきこと、③買主の信用危殆により留保売主に所有権に基づく引揚権を認めるべきこと（この点は譲渡担保も共通している。）など（②と③に関しては、石口『所有権留保の現代的課題』の第5章から第7章までを参照。）、所有権留保には譲渡担保とは異なる性質と特徴があり、この点から、譲渡担保とは異なる効果を認めるべき場合があるということを見過ごしてはならない。

社)は代位弁済者(信販会社)に対して留保所有権を放棄することにより、信販会社が留保所有権者となるか、または、販売会社は信販会社に対し、留保所有権を移転すべき信義則上の義務を負うと解することとなる。したがって、三者間取引による所有権留保約款には、このような条項を入れるべきであろう。このように、原理・原則から考察する場合には、法定代位によるだけでは、留保所有権の移転を正確に把握することはできないのである。

次に、法定代位構成に解釈上の難点があるとすると、次なる構成として、契約引受けによる移転構成が考えられる。前項において既にまとめまで述べたので、再論しないが、この場合には、三者間契約による契約引受けに基づき、金融業者(信託会社)Xの留保所有権は純然たる担保権(担保所有権)に転化するので、このような譲受け留保所有者の地位は、譲渡担保権者と同様のものと考えてよい。この解釈を採ると、留保買主は、真正所有者扱いとなる。それゆえ、譲受け留保所有者には対抗要件が必要となる。然るに、譲受け留保所有者は、譲渡担保権者と同じく、占有改定による引渡しを受けているものと解してよい。しかし、この構成を採る場合でも、破産法第49条、民事再生法第45条の規定(登記・登録の必要性)との整合性を維持する必要がある。したがって、占有改定による引渡しでは倒産手続き等に際しての必要条件を満たしていないものと解し、やはり、登録名義変更を必要と解すべきであろう。

次に、二当事者間取引による所有権留保をも金融信用取引と同視する「通説的見解」については、やはり、所有権留保の原理・原則からは承認し得ない。自己の所有物を代金未払の状況下で買主に引き渡すという危険極まりない契約に身を置く留保売主の担保としては、代金債権の担保というだけでは足りない。代金完済まで所有権を自己に留保するからこそ認められる「所有者としての権利」を認めることによって、初めて、留保売主にとっての危険回避措置となるのである。したがって、買主の破産手続きに

においては、留保売主には、取戻権者（破産第62条以下）として留保商品の返還請求が認められるべきである。

他方、三者間取引による所有権留保の信販会社は買主に融資をしたに過ぎない。それゆえ、その地位は純然たる担保権者である。問題は、商品与信者たる留保売主の留保所有権がそのまま金融与信者たる信販会社に移転するのか、である。このように解すると、留保所有権の性質に何ら変化はないかのようであるが、信販会社の金融与信者たる属性に従い、譲受け留保所有権は純然たる担保権と解すべきであり、買主の破産手続においては、別除権者として処遇すべきである。そして、繰り返しになるかも知れないが、信販会社に前述したような集金保証方式（だが、前述したように約款を若干変更する必要がある）による留保所有権の移転を認める場合でも、別除権を主張するためには、倒産公序を重視し、特別に、破産法第49条、民事再生法第45条の要件（権利主張要件）を具備しなければならないと解すべきである。

(2017年9月9日 脱稿)