

フランスにおける動産質権の実行

直井義典

序

第1章 動産質権の実行方法

第2章 民事執行手続による実行

第3章 質権者への質物の帰属

第4章 流質契約

結語

序

わが国では近時、従来からの不動産を中心とした金融に代わり、動産・債権を担保とした金融の重要性が高まってきており、そのことは平成16年の動産・債権譲渡特例法改正やABLに関する議論の深まりにも現れている。動産の担保化にあたっては、担保権設定者からの占有移転が不要であることから譲渡担保が主として用いられる。ところが、ABLにおいては在庫品の評価・換価・処分に関わる評価機関も存するものの、一般に、譲渡担保の実行はそれが非典型担保であることもあって当事者に委ねられているのが実情である。

他方、フランスでは従前より質権に基づくものを含め動産執行一般への裁判所の関与の度合いは低い。そして、2006年の担保法改正によって、流動型集合物の質入れならびに占有非移転型質権が認められ、わが国の流動集合動産譲渡担保にあたるものが民法典によってカバーされることとなった。

このようにフランスにおいては、わが国で集合動産譲渡担保として扱われている領域について、裁判所の関わりが相対的に低いものの法定の手段によって動産質権の実行がなされているのである。

こうしたフランスにおける動産質権実行の方法について考察することは、わが国において動産譲渡担保権の実行方法を適正なものとする、動産質の実行方法として私的実行を導入する可能性を検討する際の基礎資料を提供することとなるものと考えられる。

そこで本稿では、フランスにおける動産質権の実行方法について考察を加えることとする。

ただ、その前に一点注意しておかなければならない点がある。それは、フランス法における動産の定義がわが国のそれとは異なるという点である。フランス民法¹⁾527条は、財産は性質または法律の定めるところに従って動産とされると規定しており、ここには無体動産が含まれている（529条）。

本稿の対象は、こうした動産概念のうち有体動産の質権（*gage de meubles corporels*）に限定する。わが国では動産とは不動産以外の有体物（日本民法86条2項・85条）、ならびに無記名債権（86条3項）と定義されるから、わが国における動産担保について考察するにはフランスの有体動産質について考察すれば足りるものと解されるからである。

また、商法上認められている商事質（*gage commercial*）についても、質権の対象が有体動産に止まらないことから、民法上の動産質権に関係する点を除いては本稿の検討対象からは除外する²⁾。

以下第1章で動産質権の実行方法にはいかなるものがあるのかを列記し、第2章から第4章において各実行方法の内容を検討していくこととする。

1) 以下、フランス民法については法令名を省略する。

2) なお、商事質については実行方法が簡略化されており、後述する質権者への質物の帰属・流質契約による（商法L. 521-3条4項は2347条・2348条を準用する）ほか、宣誓を行った仲買人の仲介による公売を裁判所の許可なしに実施することが可能である（商法L. 521-3条1条）。

第1章 動産質権の実行方法

(1) 総論

動産質権の実行方法を定めるのが2346条から2348条である³⁾。

2346条⁴⁾「担保された債務の弁済がない場合には、債権者は質権の設定された財産の売却を裁判所に命じてもらうことができる。この売買は、民事執行手続きについて予定されている方式に従って行われ、これと異なる合意をすることはできない。」

2347条「①債権者は、弁済としてその保管している財産を自分に帰属させるよう、裁判所に命じてもらうこともできる。

②〔質権の設定された〕財産の価値が、担保された債務の金額を超える場合には、残余额は債務者に返還され、もし他に質権債権者がいる場合には、それは供託される。」

2348条「①質権設定時又はその後に、担保された債務の履行がない場合には、債権者が質権の設定された財産の所有者になるということを合意しておくことができる。

②通貨・金融法典の意味で組織された市場における財産の公定価格がない限り、〔質権の設定された〕財産の価値は、当事者の合意により又は裁判所により任命された鑑定人によって、所有権移転時を基準として決定される。これに反する一切の合意は、記載がされていないものとみなされる。

③〔質権の設定された〕財産の価値が、担保された債務の金額を超える場合には、残余额は債務者に返還され、もし他に質権債権者がいる場合には、それは供託される。」

3) 2006年担保法改正以前の質権実行方法については、下村信江「フランスにおける動産質(2)」近畿大学法科大学院論集3号(平成18年)51頁以下に紹介されている。

4) 2006年担保法改正条文の翻訳は、平野裕之=片山直也「フランス担保法改正オールドナンス(担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号)による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号(平成19年)163頁以下によった。

このように、民事執行手続に則った売却（差押売却）（2346条）^{5,6,7)}、質権者への質物の帰属（目的物の付与 attribution）（2347条1項）⁸⁾、流質（2348条1項）の3つの方法が認められている。このうち流質は2006年の担保法改正によって認められたものである。また、2006年の担保法改正によって非占有移転型質権が認められるようになったが、質権実行方法に関しては占有移転型質権の場合との違いはない⁹⁾。

(2) 強制売買条項（clause de voie parée）

これらの実行方法のほか、質権の実行方法としては、強制売買条項¹⁰⁾に基づく実行も考えられる。強制売買条項とは、被担保債権の不履行があった場合に

-
- 5) 競売においては2332条2号によって質権者は一般債権者に優先して弁済を受けることができる（同号の「先取特権」という表現は優先弁済を受け得ることを意味すると解されている（下村・前掲(2)52頁））。
 - 6) Ph. Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, 4^eéd., 2015, n°27は担保権者は差押えができることを明言する。担保目的物の第三取得者も差押を受けるとする Hoonakker, *op. cit.*, n°53も同様。
 - 7) 質権は権利である以上、質権者は質権を自己への帰属方式によって実行することを強制されず（Cass. com., 3 nov. 1983, JCP G 1984. II. 20234.（質権者と保証人の争いである。））（これに対して、保証人がいる場合には質権者は質物を自己に帰属させるべく義務付けられるとする見解（D. Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 9^eéd., 2013, n°469.）もある。）、強制競売によって実行することも強制されない（Cass. com., 10 oct. 2000, B.IV. n°151.（被担保債権の債務不履行時に質権の目的である株式を譲渡しなかった事例である。））（L. Aynès = P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^eéd., 2014, p.258 note75 ; M. Bourassin = V. Brémont = M. -N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 2^eéd., 2010, p.447 ; Ph. Simler = Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^eéd., 2009, n°628.）。したがって、実行が遅れたために担保目的物の評価額が下がったとしても担保権者は設定者に対して責任を負わない（M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 2010, 9^eéd., p.779 note2.）。
 - 8) 後述のように清算金の支払が義務付けられるが、逆に質物価格が被担保債権額を下回る場合、質物を自己に帰属させると残余額については債権が残存する。
 - 9) 白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学（早稲田大学）46巻2号（平成24年）69頁。

は、担保権者は担保目的物を裁判所の手続によることなく自ら第三者に処分し、それによって得られた売却益から被担保債権を回収することとする条項であり、わが国の譲渡担保で用いられている処分清算型に対応する。しかし、この方法は従前から旧民事訴訟法742条により禁じられていたところ¹¹⁾であり、2006年の担保法改正によっても認められていない¹²⁾。その理由は、質権者が裁判所の関与なしに任意に売却できるとすると、売却価格が被担保債権の残額を上回る場合には、それが物の実際の価格よりも低い価格で満足してしまう可能性がある点に求められている¹³⁾。すなわち、債務者ならびにその一般債権者の保護が目的とされているのである¹⁴⁾。しかし、これだけの理由であれば流質にも妥当するはずであり¹⁵⁾、流質は認められる¹⁶⁾にも拘らず強制売買条項は

10) 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会・平成14年）629頁は *clause de voie parée* を不動産強制売買条項と訳しているが、強制売買の目的となるのは不動産に限られないことから、本稿では強制売買条項と訳す。

11) 旧民訴法742条は1841年6月2日の法律によって導入されたものであるが、それ以前には強制売買条項を有効とした破毀院判決（*Cass. civ., 20 mai 1840, S. 1840. 1. 385.*）があった。

ただし、契約締結または担保権設定よりも後に合意された場合には債権者の圧力の下に締結されたものとは言えないから有効とするのが判例である（*抵当権の事案ではあるが, Cass. civ., 25 mars 1903, D. 1904. 1. 273* など）。フィリップ・デュビシヨ「物的担保法の経済的効率性」慶應法学15=16号（平成22年）174頁は、すでに獲得した保護を放棄することは可能であることを理由として現行法の下でも同様の理解を示す。これに対して、2006年の改正法が例外なしに強制売買条項を無効と規定したことから、2006年改正以降もこの判決が維持されるかは再考を要するとする見解もある（*Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694.*）。この点、2346条の文言上は *sans que la convention de gage puisse y déroger*（質権設定契約においては民事執行手続について予定されている方式に反することはできない）とされているのみであるから、*la convention de gage* よりも後に強制売買条項を別途合意することは可能としてよいのではないか。

12) 下村・前掲論文（3・完）近畿大学法科大学院論集9号（平成25年）107頁。動産については2346条第2文で質権設定契約によって民事執行手続によらずに質物を売却するものと合意することはできないと規定されている。2346条第2文は強行規定である（*Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694.*）。*Simler = Delebecque, op. cit., n°627* も2346条は強制売買条項を禁止する趣旨であるとする。

13) *Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694* ; *Aynès = Crocq, op. cit., n°512. デュビシヨ・前掲174頁。*

禁止される理由としては不十分である。この点についてはエネス¹⁷⁾が次のように説明する。流質は債権者に対して利益と同時に所有権の負担も移転するものであるのに対して、強制売買条項は設定者ならびに一般債権者保護を目的とした執行方法を回避することを可能とするものに過ぎないことによる。

強制売買条項は無効であるが、その効果は質権設定契約全体、あるいは被担保債権の発生原因となった契約にまで及ぶものだろうか。判例は、質権設定契約自体が無効となるわけではないとする¹⁸⁾。すなわち、質権実行方法に関する合意のみが無効となるわけであるから質権は有効に存続し、当事者は法定の実行方法から選択することができる。質権が有効である以上、被担保債権の発生原因となる契約の効力に影響がないのは言うまでもない。強制売買条項が無効とされる理由が債務者保護にあることに鑑みると、それが無効であることによって被担保債権の発生原因である契約までもが無効となるとするのは疑問である。多くの場合、消費貸借契約に基づく貸金債権が被担保債権となるものと考えられるが、消費貸借契約が無効とされた場合には債務者は原状回復義務を負うこととなる。その結果、債務者は即時に金銭を返還しなければならなくなり、かえって債務者の保護にならないからである。質権設定契約自体を無効と

14) F. Vinckel, *Droit de l'exécution forcée*, 2008, n°95 は、債務者を保護するため強制執行法は公序であるとする。

15) 現に、G. Wiederkehr, *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, p.675 は、流質契約の禁止の目的は債務者保護にあるとする（通説が流質契約の無効は公序であると解することはヴィーダーケーアも認めつつも、事後に締結された流質契約が有効であることを理由に通説を批判している（Wiederkehr, *op. cit.*, pp.675-676.））。また、Ch. Hugon, *Les incidences sur les sûretés réelles des voies d'exécution*, in S. Cabrillac = Ch. Albigès = C. Lisanti, *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notaria* 2007, P.115 も、債権者ならびにその一般債権者の保護を挙げる。

16) 後述するように流質契約は2348条で認められ、流抵当も、目的不動産が債務者の主たる住居である場合を除いて認められている（2459条）。

17) L. Aynès, *Le nouveau droit du gage, Droit & patrimoine*, n°161, p.53.

18) 2006年改正前に無効とされていた流質契約に関するものであるが、Cass. civ1, 16 mars 1983, B. I. n°100. この判決については、下村・前掲(2)54頁で触れられている。

したとしても、いずれ債権者は担保の差し入れを要求する。特に、消費貸借契約締結時に担保差し入れが合意されていた場合には、債務者は新たに担保を差し入れることが義務付けられる。従って、質権設定契約自体を無効としても、再度担保権を設定しなければならなくなり、債務者の保護となるわけではない。以上のように、強制売買条項のみを無効とする判例の考え方は妥当なものと言える^{19,20)}。

(3) 各実行方法相互の関係

民法によって認められた実行方法のうちのいずれを選択するかは当事者の自由である。ただし、いずれかの方法をいったん選択した後にその方法による質権実行前に別の方法によって質権を実行することができるかは別問題である。流質契約締結後に問題となることから、流質契約の性質との関係で後述する。

また、設定者の一般債権者との競合関係の処理は質権実行方法によって異なる。民事執行手続による場合、質権設定後に生じた動産保存の先取特権（2332-3条1項1号）、賃金（動産については2331条4号）の上位先取特権（*superprivilège*）、司法上の費用、租税などが質権に優先する²¹⁾。このため、担保割れが生じてい

19) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1694 ; Simler = Delebecque, op. cit., n°622 も判例に賛成する。

20) 強制売買条項のみを無効とした場合、債権者には強制売買条項の使用を停止するインセンティブが働かないのではないかとこの疑問もある。すなわち、後日質権設定者との間で紛争が生じた場合には質権実行方法を変更すれば足り、紛争が生じなかった場合には強制売買条項がそのまま効力を有することとなるから、債権者は無効とされることを知りつつも強制売買条項を存置する可能性もあるのである。Wiederkehr, op. cit., p.675 も、債権者は流質契約が無効になってもそれほど困ることはないのに対して、債務者は消費貸借が有効とされることに関心を有していると指摘している。わが国では消費者契約法9条をめぐって同様の指摘がなされているところである（潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（経済法令研究会・平成13年）82頁〔松岡久和〕）。

この問題につき、判例は流質契約が契約の決定的な原因（*la cause déterminante du contrat*）となっていた場合には被担保債権発生原因たる契約全体が無効となるものと判示しており、これによって問題が生じないようにしている。

なくとも、質権者が十分に債権を回収することができない可能性があるのである。こうした事態に対応する方法として留置権行使とならんで挙げられているのが、質権者への質物帰属ならびに流質契約といった配当手続を必要としない動産質の実行方法なのである²²⁾。したがって、他の債権者との競合を避けるという点では、質権者への質物帰属ならびに流質契約が債権者にとって望ましい実行方法であるということになる。

さらに、設定者倒産時に質権者にもたらす効果が質権の実行方法によって異なる。この点は、各実行方法について後述する。

第2章 民事執行手続による実行

(1) 総論

動産質権者は民事執行手続によって質権を実行することができる。担保権実行に関する特殊な手続があるというわけではない²³⁾。

民事執行手続については、民事執行法典（Code des procédures civiles d'exécution）で定められている²⁴⁾。以下に見るように民事執行手続の大半は、裁判所が介在することなく進められる点に特徴がある²⁵⁾。

21) このため、質権はあまり優遇されているとは言えないとも評されている（Bourassin = Brémont = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1695.）。

22) Bourassin = Brémont = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1982 ; F. Macorig-Venier, Le pacte commissaire (et les sûretés réelles mobilières), Revue Lamy droit des affaires, n°14, 2007, p.79.

23) Vinckel, op. cit., p.75は、民事執行手続によって利益を受けるのは無担保債権者ばかりでなく、優先権を有する債権者も同様に利益を受けるとし、Vinckel, op. cit., n°91 et 99にも、同様の記述がみられる。

24) この法典は1991年7月9日の法律第650号及びその適用に関する1992年7月31日のデクレ755号に由来する。これらには不動産執行に関する部分がなかったが民事執行法典は不動産執行部分を加えて2011年12月19日のオルドナンス2011-1895号、2012年5月30日のデクレ2012-783号によって制定されたものである。本稿の扱う動産執行部分については1991年の法律ならびに1992年のデクレとの差異はほとんどないことから、条文の翻訳は、これらの翻訳である山本和彦「試訳・フランス新民事執行手続法及び適用デクレ」法学58巻2号400頁以下、3号574頁以下、5号980頁以下（いずれも平成6年）によった。

一般に、民事執行の対象となるのは、債務者の有する全財産（民事執行法典 R. 221-6条）²⁶⁾ならびに物上保証人が有する担保目的物である（2334条）²⁷⁾。もっとも、質権の執行に関しては質物のみが対象となることは言うまでもない。ただし、質権者であっても一般債権者として権利行使をすることはできるのだから、債務者の有する財産を執行対象とすることは可能である^{28, 29)}。

(2) 差押え売却

本稿で問題とする有体動産質の実行対象となるのは有体動産であるが、有体動産の執行は差押え売却（*saisie-vente*）³⁰⁾により、これについては民事執行法典 L. 221-1条以下ならびに R. 221-1条以下が規定をおく。

25) Vinckel, *op. cit.*, p.75.

26) もっとも、差押債権者の債権額が535ユーロ（民事執行法典 R. 221-2条）に満たない場合に債務者の住居内にある動産を差し押さえようとする場合には、裁判所の許可がない限り、預金勘定または労働報酬への執行が功を奏しなかつたのでなければならない（民事執行法典 L. 21-2条）とされ、差押禁止動産（民事執行法典 L. 112-2条）の定めもある。

とはいえ、占有移転型質権においては動産が債務者の住所内に存するというのではなく、また占有非移転型質権の場合は債権額が535ユーロを下回することは考え難いことから、質権との関係で民事執行法典 L. 221-2条の適用が問題となることはない。また、差押禁止動産については執行ができない以上、当初から質権の目的とすることが考え難い。

27) この規定は、他人の債務の保証のために合意された物的担保一般に適用される（Vinckel, *op. cit.*, n°151.）。

28) この点、わが国では抵当権については、394条1項が抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ抵当権者は他の財産から弁済を受けることができるものと規定し、抵当権者自身が抵当権の実行に先立って一般債権者として執行手続をなすことは許されていない。

29) N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, 2013, n°372は、債務者の有する財産に執行可能であることの根拠として責任財産の範囲に関する2284条と債権者平等の原則を定める2285条とを挙げる。

30) Cayrol, *op. cit.*, n°520は、これが強制競売の唯一の方法ではなく、他の明文規定がない場合に有体動産に適用される手続にすぎないことに注意を喚起する。有体動産に関する執行方法としてはほかに引渡差押え、差止差押え、特殊なものとして自動車に対する執行処分規定がある。

確定しかつ履行期の到来した債権を確証する執行名義を有する債権者は、差押え売却手続を行うことができる。執行名義については民事執行法典 L. 111-3 条が定めを置く。同条 4号は執行文の付された公正証書を執行名義としており、質権に関しては通常は同号が用いられるものと解される。

差押え売却の第1段階として、設定者への弁済催告書（commendement）の送達（signification）がなされる（民事執行法典 L. 221-1条）。弁済催告書には、執行名義、履行期の到来した請求債権の元本・費用・利息、利率、8日以内に³¹⁾債務を弁済すべき³²⁾旨の催告、弁済がないときは動産の強制売却措置をとり得る旨の警告が記載されていなければならない（民事執行法典 R. 221-1条）。弁済催告書は、執行吏（huissier de justice）³³⁾自身が送達しなければならない³⁴⁾。

このように弁済催告書の送達によって執行手続を開始することに対しては、債権者の債権行使の意図が債務者に伝わることから、不正直な債務者が差押対象となる財産を移動させたり浪費したりしようとする可能性があるとの指摘もなされている³⁵⁾。もっとも、占有移転型の質権の場合はこのリスクは極めて低い³⁶⁾。

31) 8日以上の期限を債務者に付与することはできるが、2年以内にかなる執行行為もなされなかった場合には再度弁済催告書を送達しなければならなくなる（民事執行法典 R. 221-5条）。

32) この8日という期間は債務者からすると債務を弁済するための猶予期間として機能し、債務者はその間は差押えを免れる利益を受けることとなる（Cayrol, op. cit., n°522.）。Vinckel, op. cit., n°97は、これによって債務者が自発的に履行する最後の可能性が与えられるとする。

33) 執行吏については、山本和彦『フランスの司法』（有斐閣・平成7年）414頁以下。特に差押手続における執行吏の業務内容については同420頁。

34) 山本・前掲420頁。

35) Vinckel, op. cit., no635. 山本・前掲74頁も同様。Cayrol, op. cit., p.288 note225は、執行逃れを避けるには、債権者は保全差押をしておくほかないとする。

36) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., 738も、占有移転がなされることで、質権設定者による質物の隠匿・加工・第三者による善意取得の可能性が排除され質権の実行が容易になるという事前差押機能が生じると指摘する。

(3) 差押え

弁済催告書の送達から8日経過しても任意弁済がなされない場合³⁷⁾、第2段階として、通常は差押えがなされることとなる³⁸⁾。しかし、質権の原則型は占有移転型であり、すでに質権者が質物の占有を得ている以上、差押えは不要ではないかとの疑問が生じる。この点については、差押えは不要であり直接に売却手続を開始することができる³⁹⁾。しかしながら、執行権限がある場合であっても、2346条により、設定者に通知の上で裁判所によってなされなければならない。また、占有非移転型質権の場合であっても、設定者が目的物を自発的に質権者に引き渡した⁴⁰⁾ときは、占有移転型質権の場合と同様に考えられている。これらの場合、裁判所の執行か意思決定が差押え行為の地位を占めることとなる⁴¹⁾。

差押手続の詳細は民事執行法典 R. 221-9条以下に定められている。差押えは債務者所有の動産の所在するすべての場所で行うことができ、その動産を第三者が占有していることは差押えの妨げとはならない⁴²⁾(民事執行法典 R. 221-9条)。差押え過程で差押書 (acte de saisie) が作成され、その対象となった財

37) 民事執行法典 R. 221-10条。

ただし、裁判所は債務者に対して担保権実行に猶予期間を与えることができる (Bourassin = Brémont = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1693 ; Simler = Delebecque, op. cit., n°629.)。

38) この際、債務者に対し先行差押えの有無が質問され、債務者が当然に差押物の管理者となる旨および差押物を勝手に処分した場合は横領罪等で訴追される旨を債務者に警告するとともに、1か月の任意売却期間が与えられる旨が伝えられる。

39) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1042. また、Aynès = Crocq, op. cit., n°512も、質権者が質物を占有しているときは差押えはできないとする。

40) 設定者にはこのような義務がある (民事執行法典 R. 222-2条以下)。

41) なお、すでに質権者が占有している質物に対して設定者の一般債権者が差押えをしようとしてきた場合、S. Guinchard = T. Moussa = R. Lauba, Droit et pratique des voies d'exécution, 8eéd., 2015, 711. 52が民事執行法典 L. 221-1条・R. 221-9条にいう「第三者」には賃借人・受寄者・使用借人・質権者が含まれるとするように、第三者の占有する動産差押手続の問題となる。この場合は、占有者は留置権の主張により差押えを拒絶できることとなろう (民事執行法典 R. 221-29条)。

産の処分は禁止される（民事執行法典 L. 141-2条1項・R. 223-13条1項）。差押書には、差押えの根拠とされる執行名義、詳細な特定がなされた差押物の目録、差押物の処分は禁止され債務者の管理下に置かれる旨等が記載される（民事執行法典 R. 221-16条・R. 221-23条）。執行吏は必要な場合には差押物の写真を撮ることもできる（民事執行法典 R. 221-12条）⁴³⁾。差押え可能な財産がないあるいは債務者の財産が価値を有していないといった理由で差押えができない場合は、執行吏は無資産調書（un procès-verbal de carence）を作成する（民事執行法典 R. 221-14条）。

有体動産に関しては差押えの効果は対象財産の処分が禁止されることに尽きており、差押えを受ける質権設定者または第三者は差押え対象物の管理人とみなされる（民事執行法典 L. 141-2条2項）ことから、差押対象財産の占有奪取は行われず消費財の場合を除き従前の使用を継続できる（民事執行法典 R. 221-19条1項）。

質権設定者の下で差押え手続がなされこれに設定者が立ち会っていた場合は、執行吏は差押物の処分は禁止され債務者の管理下に置かれる旨等を債務者に口頭で告知する（民事執行法典 R. 221-17条1項）。それ以外の場合、すなわち、質権設定者の下で差押手続がなされたが設定者が立ち会わなかった場合、ならびに、第三者の下で差押手続がなされた場合には、差押書の写しが設定者に⁴⁴⁾送達される（民事執行法典 R. 221-18条・R. 221-26条）。第三者の下で差

42) ただし、第三者が占有しその者の住居に所在する動産を差押える時は、執行裁判官の許可を要する（民事執行法典 L. 221-1条3項）。

43) 隠匿・浪費の立証を容易にすることを目的とする。ただし、私生活保護のため、執行吏はネガを譲渡することはできない。（Vinckel, op. cit., n°640.）

44) 法文上は債務者とされているが、動産質の目的物差押えについては設定者と理解されることとなる。そうだとすると、被担保債権の債務者と設定者が異なる場合に債務者には差押えがなされた旨の通知はなされないのが疑問となる。民事執行法典 R. 221-26条の趣旨が差押債務者自身による任意売却の機会を保障することにあることからすると、差押えまでなされた時点では被担保債権の債務者に弁済の機会を保障する必要はないから被担保債権の債務者には通知は不要と解することとなろうか。

押手続がなされた場合は、送達は差押えから8日以内になされる（民事執行法典 R. 221-26条）。

(4) 売却手続

ここで差押え売却は第3段階の売却手続に至る。もっとも、売却手続とはいえそれはもっぱら強制売却を指すものではなく、任意売却⁴⁵⁾も許される点に特徴がある。

民事執行法典 L. 221-3条・R. 221-30条1項は、差押書の通知から⁴⁶⁾1か月以内であれば、質権設定者は差し押さえられた動産の売却を自ら行うことができるとする⁴⁷⁾。このように通知がなされることによって、設定者には1か月間の任意売却の期間が確保されるとともにこの期間内で売却に最も有利と考えられる日を選択することができる。この任意売却制度は1991年の法律によって初めて導入されたものであるが、その目的は、時間ならびに競売費用を節約するとともに、より高価での売却を可能にすること、競売では不確定な落札価格を差押債権者の同意を得た上で売主買主間で決定することで不確定性を排除することにあつた⁴⁸⁾。

任意売却において問題となるのは、売却価格の適正さをいかにして確保する

45) 任意売却の手続については、山本・前掲74頁。

46) 質権設定者の下で差押え手続がなされこれに設定者が立ち会っていた場合には、差押書の写しが直ちに設定者に交付され、この交付が送達と同視される（民事執行法典 R. 221-17条2項）。

47) 動産については不動産の場合と比べても特に任意売却が奨励されているとの指摘がある。すなわち、不動産については民事執行法典 L. 322-1条が任意売却は裁判所の許可を受けた場合にのみなすとされているのに対して、動産については1か月間は裁判所の許可なしに任意売却が実施できるから、動産の場合の方が任意売却が容易にできるというのである（Vinckel, op. cit., n°650.）。しかし、動産の任意売却には期間の制限があること、一般に不動産の方が動産よりも価値が高いと解されるために裁判所の関与が求められているとも考えられることから、果たして動産の場合に特に任意売却が奨励されているものと言えるのかは疑問である。

48) 山本・前掲74頁、Cayrol, op. cit., n°553；Vinckel, op. cit., n°649

かという点にあるが、この点については次のように処理されている。設定者に対して買受の申し出があった場合、設定者はその申し出を書面により執行吏に通知し、執行吏は債権者に通知する（民事執行法典 L. 221-3条3項、R. 221-31条1項・2項）。任意売却を実施するには債権者の同意が必要である。執行吏から通知を受けた債権者は任意売却の申し出に同意するか否かを15日以内に回答することが求められ、回答しない場合には同意したものとみなされる（民事執行法典 R. 221-31条3項）。債権者が同意しない旨の回答をした場合⁴⁹⁾には、強制売却が実施されることとなる。

代金は、売却に責任を負う差押債権者の執行吏のもとに供託されなければならない。買受申出人が自らの提示した供託期間⁵⁰⁾内に供託をしない場合は強制売却がなされることとなる（民事執行法典 R. 221-32条1項・3項）。動産の所有権移転ならびに引渡しは代金の供託を条件とし（民事執行法典 R. 221-32条2項）、それまでは動産の移転は許されない⁵¹⁾。

任意売却がなされないときは強制売却、すなわち公の競売が実施されることとなる（民事執行法典 L. 221-3条1項・R. 221-33条1項）。公の競売手続の詳細は民事執行法典 R. 221-33条以下で定められている。公の競売手続においては、担保権者自身も競落人となることができる⁵²⁾。

49) この同意しない旨の回答が設定者を害する意図に基づくものである場合に限り債権者は責任を問われる（民事執行法典 L. 221-3条4項）ため、こうした意図がない場合、仮に強制売却価格が任意売却の申し出額よりも低くなったとしても債権者は責任を負わない。

また、債権者が責任を負うとされているのみであるから、強制売却手続が中止されて任意売却に戻るというわけではない。

50) 供託期間は民事執行法典 R. 221-31条1項により債権者に通知され、債権者はこの供託期間も判断材料として任意売却に同意するか否かを決定しているわけであるから、供託期間内に供託がなされないと債権者の同意の前提が満たされないこととなる。

51) Vinckel, op. cit., n°650.

52) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1693 ; Simler = Delebecque, op. cit., n°629.

(5) 配当 (distribution)

以上のように任意売却または強制売却によって質物が換価されると第4段階として配当がなされることとなる。

質権者の優先権は、特別先取特権と同順位とされる⁵³⁾。その結果、設定者の一般債権者と競合した場合には優先弁済を受けることができる。ところが、前述したように、質権設定後に生じた動産保存の先取特権、賃金の上位先取特権、司法上の費用、租税などが質権に優先する。

債権者は債務者の有するあらゆる財産に執行をかけることができるため、担保権等の優先権が存する財産も執行対象となる可能性がある。そうした場合には、優先権はこの配当段階で主張されることとなる⁵⁴⁾。ただし、占有移転型質権の場合は質権者が占有しているわけであるから留置権(2286条1項2号)が主張されることによって事実上差押え売却が実施できないこととなる。

確定しかつ履行期の到来した債権を確認する執行名義を有する債権者は、参加申立 (opposition) によって配当加入することができる (民事執行法典 L. 221-1条2項)⁵⁵⁾。参加申立は配当手続の開始前、すなわち売却完了までになされなければならないとするのが理論的であろう。しかし、法律上、参加申立は被差押財産の検認 (vérification)⁵⁶⁾までになすべきものとされる (民事執行法典 L. 221-5条・R. 221-41条2項)。これはあくまでも実務上の都合によるものと説明されている⁵⁷⁾。

53) Bourassin = Brémond = Jobard-Bachelier, op. cit., n°1982.

54) Vinckel, op. cit., n°129は、他の債権者のために担保権が設定されている財産についても、無担保債権者は執行をかけることができる。もっとも、配当段階において追奪される (évincé) リスクを負うことになる、と説明する。

55) 参加申立をすることが「差押え上の差押えは存しない」との古い格言に抵触するのではないかが問題となるが、参加申立は差押えにあたらぬものと説明される (Cayrol, op. cit., n°697.)。

56) ここにいう検認とは、民事執行法典 R. 221-36条1項によって売却に責めを負う司法補助吏が強制売却前になす差押物の構成及び性状の確認のことを指す。

57) Cayrol, op. cit., n°698.

このようにして参加申立を行った債権者の有する債権も含めて配当がなされることとなる。

債権者が1人のときは、強制売却の日または任意売却の代金が供託された日から1か月以内にこの債権者に対して代金が払い渡される（民事執行法典 R. 251-1条1項）。質権の実行の場合は債権者が1人ということが多いと思われる。

これに対して債権者が複数の場合は、売却に責めを負う者⁵⁸⁾が代金配当案を作成する（民事執行法典 R. 251-2条1項）。担保権者については、売却代金は担保権の順位に従って配当され、無担保債権者については2285条により按分されることになるから、代金配当案はこれにしたがって作成される⁵⁹⁾。代金配当案は、強制売却の日または任意売却の代金が供託された日から1か月以内に債務者（質権設定者）及び債権者⁶⁰⁾に通知される（民事執行法典 R. 251-4条1項）。そして所定の期間内に異議がなければ代金配当案が確定する（民事執行法典 R. 251-5条1項）。異議が提起された時は和解の勧誘がなされ（民事執行法典 R. 251-6条1項）、それも不調に終わった時は執行裁判官に対して裁判の申立がなされ（民事執行法典 R. 251-8条1項）執行裁判官による裁判で決定される⁶¹⁾。

(6) 倒産手続との関係

設定者に倒産手続が開始された場合には民事執行手続によって質権を実行することはできるか⁶²⁾。

58) 任意売却の場合は競売吏あるいはそれを欠く場合には執行吏である。競売吏については、山本・前掲422頁以下。

59) Aynès=Crocq, op. cit., p.258は、先取権者である質権者は、売却代金から優先して弁済を受けることができるとする。

60) この債権者には、所定の期間内に申し出なかったために配当の際に考慮されない者も含まれる。

61) 執行裁判官による裁判手続については、民事執行法典 R. 121-14条以下。

62) 質権の実行と倒産手続との関係については、白石・前掲62頁以下（占有移転型質権について）、69頁以下（占有非移転型質権について）が詳しい。

倒産手続開始決定がなされると最長6か月の観察期間(*période d'observation*)が設定される(商法 L. 621-3条1項)。倒産手続開始によって、手続開始前に発生していた債権の弁済は禁止される(商法 L. 622-7条 I 1項)。また、観察期間中は、すでに開始されていた執行手続は中断され、新たに執行手続を開始することもできない(商法 L. 622-21条 II)ので、執行手続に従った質権の実行はできないこととなる。

第3章 質権者への質物の帰属

(1) 総論

2347条1項によれば、債権者は裁判所に対して質物を自己に帰属させるよう命じてもらうことができる⁶³⁾。

この方式においては、所有権移転時期は裁判所が質権者への帰属を決定したときとされる^{64, 65)}。したがって、その決定後に設定者に倒産手続が開始されても、質権者には何らの影響もない。

2347条2項が清算金支払について定めを置いているため裁判所は質物を評価しなければならないが、そのために鑑定人を指名することができる。しかしな

63) 営業の質入(商法 L. 142-1条以下)についてはこの方法は排除されている(商法 L. 142-1条2項)。その理由はおそらく特殊な財産や顧客に対して質権者が有する権利を説明しづらいこと、営業の質入が導入された1909年段階では今日のような担保の隆盛を想定しておらず倒産時の平等を追及したことによると考えられる(Aynès=Crocq, *op. cit.*, n°514.)。このことは逆に言えば、質権者への質物の帰属は倒産時の質権の効力を強化する制度として構想されていることを意味するものと言えよう。

64) 株式質の事例であるが、Cass. com., 24 janv. 2006, B. IV. n°15.

Legeais, *op. cit.*, n°469もこの判決に賛成する。

65) 占有移転型質権の場合はすでに質権者が質物の占有を有しているから引渡差押(*saisie appréhension*) (民事執行法典 L. 222-1条・R. 222-1条以下)は不要である(Bourassin=Brémond=Jobard-Bachelier, *op. cit.*, n°1693; Simler=Delebecque, *op. cit.*, n°628.)。これに対して占有非移転型質権の場合は、設定者が質物を任意に質権者に引き渡さない限り、引渡し差押えによって占有を移転させる必要がある。白石・前掲69頁は、占有非移転型質権の場合には目的物は設定者の手元にあるため、質権者としてはまず目的物の占有を確保する必要がある点、占有非移転型質権は不利であると指摘する。

がらこれは義務ではないと解されている⁶⁶⁾。

また、この方式では質物が直接に質権者に帰属することとなるから他の債権者との競合は生じず、前述のように国税・倒産手続費用等（商法 L. 622-17条・L. 641-13条）・上位先取特権者の存在とは無関係に所有権を取得できる⁶⁷⁾。後述するように、設定者が裁判上の清算状態になった場合であってもこの結論が維持され、この点で質権者への帰属方式は質権者にとって大変有利な制度であると評価される⁶⁸⁾。

（前頁よりつづき）

なお、2347条1項が「その保管している財産」と定めていることから占有非移転型質権についても同条が適用されるかが問題となりうる。原材料が占有非移転型質権の目的物とされた事例である Cass. com., 6 mars 1990, B. IV. n°67も特にこの問題に言及することなく当然に同条を適用している。学説上は、商法 L. 642-20-1条が質権あるいは留置権の目的物の取戻（1項）を帰属清算（2項）と結びつけていることを理由として、帰属清算は占有移転がある質権の場合にのみ認められるとする見解もあるが、判例がこれを否定したこともあって支持する者は少ないようである（Aynès=Crocq, op. cit., n°514.）。

66) 物の価値は、当事者の合意または裁判所の任命による鑑定人によって、所有権移転時に決定される（Legeais, op. cit., n°469.）。Simler=Delebecque, op. cit., n°630は、鑑定人によって決定されることが多いものの、当事者間に合意がない場合には、裁判所が価格決定権限を有するとする。

鑑定人の評価または裁判上の手続によって価格決定を行う義務は、債権者が即時に要求しなかった場合には物の名目的価値と同じものとするとの当事者の暗黙の意思を認めることによって、判例上は緩和されていた（株式質の事例であるが、Cass. com., 15 nov. 2005, B. IV. n°228.）。Legeais, op. cit., p.331 note23は、2006年改正前の判例を適用することはできないとし（Simler=Delebecque, op. cit., p.547 note6も2006年改正法の下でもこの判決を維持できるかは疑問であるとする。）、2005年判決を、当事者によって認められた評価に基づいて質物の帰属がなされたのであれば専門家の鑑定によらなくても質権者に有効に帰属させることができるとした事例と理解する。これは、2006年改正によって鑑定をする場合には鑑定人によるべき義務が課されたものと理解し、2348条2項が公定価格ある場合に鑑定人を不要とする部分は類推適用できないとの趣旨だろうか。しかし、帰属清算の説明であるにもかかわらず直後に2348条2項に言及していることから、こうした見解に立つとは考えられない。

67) Cass. com., 6 janv. 1998, B. IV. n°9は、質権者が留置権を有していない場合であっても、上位先取特権に妨げられることなく帰属清算が可能とする（職業上の設備・材料の質入れの事例である。）。

他面、質権者にとってデメリットがないわけではない。質権者が当該質物の所有権取得に関心がなくかつ再売却も容易でないような場合、所有権を取得してもそれは質権者にとって重荷となるのみである⁶⁹⁾。また、起草者は競売には費用も時間もかかり複雑であることからこの制度を取り入れたものと考えられるが、裁判所、場合によってはさらに鑑定人が関与する以上迅速性には疑問があり、鑑定費用が掛かることから安価性についても疑問が抱かれている⁷⁰⁾。これらのデメリットがあるために、銀行をはじめとする実務ではこの制度は長きにわたりあまり使われてこなかったと言われている。

(2) 質物帰属権限の性質

質権者は質物を自己に帰属させるよう裁判所に命じてもらうことが「できる」わけだから、質権者は権利行使するか否かを自由に決定することができる⁷¹⁾。価額の評価にあたって鑑定人を用いるか否かについては当事者の合意によって決定できるとするのが判例である⁷²⁾。

また、同一物上に複数の質権者がいる場合⁷³⁾であっても、質権者は質物を自己に帰属させることができる。後順位の質権者は先順位の質権者の権利を尊重しなければならないというにすぎない⁷⁴⁾。

(3) 倒産手続との関係

設定者に倒産手続が開始された場合に、質権者への質物帰属を主張すること

68) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1091.

69) Aynès = Crocq, op. cit., n°514. Hugon, op. cit., p.120 も、質権者は再売却にかかる費用も勘案しなければならないとする。

70) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1090.

71) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1092.

72) Cass. com., 15 nov. 2005, B. IV. n°228. これに対して Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1093 は鑑定人を用いることは義務であるとする。

73) 占有非移転型質権が認められたことで、こうした状況が出現しうることとなった。

74) Cass. com., 3 juin 2008, B. IV. n°114.

はできるか。

質権者への質物の帰属による質権実行は、裁判上の清算手続に入った場合のみ認められる（商法 L. 642-20-1条2項）。裁判上の清算との関係では、質権者は質物の帰属を主張することができ、他の債権者と競合関係に立たない⁷⁵⁾。また、この場合に質権者は債権の存在を申し出さえすればその認可を待たずして質物を自己に帰属させることができる（商法 L. 642-20-1条2項）⁷⁶⁾。これに対して、設定者が裁判上の清算手続に入らずに営業が継続される場合は、質物を質権者に帰属させると企業再生の妨げとなるので、質権者への帰属は否定される。また、設定者に裁判上の更生（redressement judiciaire）手続が開始されさらに質物が留保所有者に引き渡された場合には、質権者をはもはや質物の自己への帰属を主張することはできない⁷⁷⁾。

第4章 流質契約

(1) 総論

流質は2006年の担保法改正によって初めて認められた実行方法であり⁷⁸⁾、それ以前は旧2078条2項によって禁止されていた^{79,80)}。

流質が禁止されていたのは、以下の理由による。金銭を借り受けようとする者は借り受けの際に貸主の要求に従わざるを得ず、たとえ被担保債権額に比して質権の目的物の価額が高いものであっても融資を受けるために流質を受諾す

75) Cass. com., 6 mars 1990, B. IV. n°67.

76) Cass. com., 28 mai 1996, B. IV. n°144.

77) Cass. com., 5 avr. 1994, B. IV. n°146. 現実の占有もしていないことから、質権の即時取得も否定される。

78) 現在でも、消費者信用についての消費法典 L. 311-23条3項、在庫商品の質入（gage des stocks）についての商法 L. 527-2条など、流質契約を禁止する規定がある。

79) これに対して明文の禁止規定を欠く抵当権については、破産院は流抵当契約を有効としていた（Cass. civ1, 25 mars 1957, B. I. n°149；Cass. civ1, 26 déc. 1961, B. I. n°622. [いずれも、不動産質権に関する旧2088条は類推適用されないという。]）。いずれも抵当権設定と同日に別の文書で抵当目的物の売却を合意したものである。

80) Aynès, op. cit., p.52は、流質を認めた点が2006年の法律の最も新しい点であるとする。

る危険性がある、というのである⁸¹⁾。債権者が流質を通じて暴利を得る恐れがあるということである。この理由付けは、わが国で論じられているものと同様である。

この結果、旧法の下においても流質は上記の理由付けが妥当する限りで禁止されるに止まり⁸²⁾、判例は消費貸借契約締結後に締結された流質契約は有効であると解していた⁸³⁾。学説もこうした判例の動向に好意的であった。また、さらに進んで流質契約を全面的に有効とすべきとする見解もあった。ヴィーダーケアによれば、流質契約は質権者にとっても設定者にとっても有益なものであって、設定者を過度に保護することは信用を破壊する。そして、設定者にとって自己の財産が債務者に割り当てられるのは、高い費用をかけて第三者に安値で売却されるよりも望ましいことでありうる⁸⁴⁾。2006年以前から質権者への質物の帰属は認められているが、手続が重く複雑で費用のかかるものであるという点で完全なものではない、とされる⁸⁵⁾。また現行法の下での見解であるが、ケロールも、所有権留保の隆盛との関係では流質契約の禁止は理解しがたいものであるという。すなわち、所有権留保とは物の売却代金を担保するために売主

81) A. Dadoun, *La date du transfert de propriété en execution du pacte comissoire*, *Droit & patrimoine*, n°187, p.42 ; S. Hébert, *Le pacte comissoire après l'oeudonnance du 23 mars 2006*, *D. 2007*, p.2052 et s., n°2 ; Macorig-Venier, *op. cit.*, p.80.

ダドゥンは、この理由づけによれば消費法典 L. 311-32条3項と民法2459条但書における流質・流抵当の禁止は正当化できるが、商法 L. 527-2条が在庫商品の質入について流質を禁止するのは正当化できないとする (Dadoun, *op. cit.*, p.42 note2.)。Hébert, *op. cit.*, n°18も、商法 L. 527-2条には疑問を呈し、流質契約の有用性は弁済の迅速性にあるが商事信用の場合にはこうした迅速性は要求されないのかと問う。

82) 被担保債権を発生させる契約と同時に締結された流質契約は無効であるが、強制売買条項の場合と同様、無効の効力は流質契約のみに及び質権設定契約自体は有効とされていた。

83) *Cass. civ1*, 17 nov. 1959, B. I. n°480.

Hébert, *op. cit.*, n°3も、債務者の利益が害されない限りで、2006年改正以前でも流質契約は認められていたとする。さらに、*Cass. com.*, 5 oct. 2004, B. IV. n°176は、旧2078条の保護法益は債務者保護という私的な利益であるから放棄が可能であり、質権設定後に質物の売却を質権者に委託しても旧2078条に反するものではないとする。

が所有権を留保しておくものであるが、流質契約もまた競売においては質物の競落代金上の優先権を質権者が取得していたのに代わって所有権を取得する点で同様であるというのである⁸⁶⁾。

こうした状況下で流質契約の効力が、占有移転型質権ならびに占有非移転型質権のいずれについても、合意がなされたのが担保設定時であっても後日であっても認められることとなったわけである^{87,88)}。占有非移転型質権についても流質契約が認められると解する理由としては、2348条には占有移転型質権の場合に限定する文言がないこと、起草者は占有非移転型質権に好意的であり流質契約が否定されるとしたら債権者から不満が出るであろうことが挙げられている⁸⁹⁾。

(2) 設定者ならびに一般債権者保護の手法

従前、流質契約が禁止されていた理由からすると、流質契約を認めるには、設定者ならびに一般債権者を保護し、債権者が暴利を得ることのないような手当てが求められることとなる。それは質物の客観的評価を可能とする制度と債

84) こうしたヴィーダーケーアの指摘は2006年の改正の際にも影響を与えたものと思われ、Hébert, *op. cit.*, n°3は、消費の活性化が2006年の法律の目的であり、流質契約の認容はこうした目的に仕えるものであるとする。すなわち、流質契約を認めることによって担保権を迅速かつ排他的に行使することができるようになり、こうしたメリットが債権者に与えられることによって信用供与が活発になされるようになるという。Dadoun, *op. cit.*, p.42も、2006年の改正当時、契約自由、信用ならびに消費の活性化を推進する見解が優位となっていたことを指摘する。

85) Wiederkehr, *op. cit.*, p.662.

86) Cayrol, *op. cit.*, n°271. 同所では、当事者が合意しており第三者も害されない場合にまで流質契約を禁止する必要はなく、強制執行によるよりも当事者意思に基づいた執行方法による方が望ましいと考えるのであれば、流質契約は公序の例外として限定的に認容されるとするよりも設定者が窮境に陥った際に用いることのできる和解的ルールとして位置付けるべきだとする。

87) F. Martin = B. Gérard-Godard, *Le pacte comissoire*, JCP N, 2011, 1183, n°5.

占有非移転型質権の場合に目的物の占有確保を図らねばならない点は、質権者への質物の帰属による質権実行の場合と同様である。

権者の不当利得を防止する制度の導入によって果たされることとなる。2348条2項が義務付ける鑑定人による評価制度⁹⁰⁾と同条3項が義務付ける清算金の支払制度とがそれである⁹¹⁾。もっとも、これらの制度で十分に流質契約に対する懸念が払拭されているのかを検討する必要がある⁹²⁾。

この検討は、これらの規定が強行規定であるかという形でなされている。仮に任意規定であるとするれば、設定者保護は画餅に帰することとなるからである。

当事者の合意によっても質物の評価額を決定することはできず鑑定人が質物の評価を行うべきことについては、設定者ならびに設定者の一般債権者の利益に鑑み強行規定と解することで異論はない⁹³⁾。そして、鑑定人による評価額が裁判所を拘束するかについては、これを認めることが紛争を減らすことになるとする見解が見られる⁹⁴⁾。

88) 2348条のほか、商事質に関する商法 L. 521-3条4項、ならびに、不動産抵当に関する2459条（債務者の主たる住居については禁止）、債権質に関する2365条が流質契約を肯定する。

他方、在庫商品の質入（商法 L. 527-2条）や有価証券質（Cass. com., 13 janv. 1965, B. III. n°41.）では流質契約は禁止されている。それでは、在庫品の質入れとしての要件を満たす場合に、民法上の質権として、流質契約を可能とすることはできるか。技術的にも法律上も可能ではあるとしつつも、エネスは結論をはっきりとは述べていない（Aynès, *op. cit.*, p.52.）。脱法行為とは思われるが禁止されるとはしないのは、在庫品質入れにおける流質禁止の合理性に疑いがある（前述の Dadoun, *op. cit.*, p.42 note2はこの見解である）ためと思われる。Cass., 19 fév. 2013, B. IV. n°29は、在庫商品の質入の事案で原判決を破毀して商法の規定が優先適用されると判示したが、当事者間の合意では民法を適用するものとされていた。貸主である銀行が流質を実行したのに対して、その後倒産した借主の管財人が異議を申し出て、破毀院はその異議を認めている。

89) Hébert, *op. cit.*, n°9.

90) Aynès, *op. cit.*, p.52 ; Hébert, *op. cit.*, n°22は、これによって債務者保護が図られているとする。

91) 清算金支払は、債権者は担保によって利得してはならないとの一般原則のあらわれとされる（A. Gogos-Gintrand, *Le pacte comissoire : Une institution dangereuse par nature*, *Revue de la recherché juridique*, 2011, p.401 et s, n°25.）。

92) Gogos-Gintrand, *op. cit.*, n°2.

93) Aynès, *op. cit.*, p.53 ; Dadoun, *op. cit.*, p.44.

しかしこのように鑑定額に拘束力を認める前提として、鑑定人の公正さが保証されなければならない。しかし、鑑定人指名の方法について民法は何も決めていない。もし当事者の合意によることができるとすると、債権者の圧力の下で債務者は債権者が選任した鑑定人に同意するであろうことは見やすい道理である。その意味では、債務者にとっては裁判所の選任する鑑定人によるのがよいということになる。しかしこれは、流質契約というのは裁判所を排することを目的としていることに反する。しかも、裁判所の選任する鑑定人によると費用が掛かり、担保権実行の迅速性も損なわれることとなる。以上の考慮の上で、売買代金評価に関する 1592 条と同様の条件で鑑定人は選任されるべきであると主張されている⁹⁵⁾。

他方、清算金の支払が強行規定であるかについては見解が分かれているようである。

強行規定ではないとする見解の論者は、2348 条 3 項には同条 2 項と異なり「これに反する定めは書かれないものとみなす」との定めがないことを根拠とする。そして、この差額を質権者への報酬であると構成する⁹⁶⁾。この結果、差額がいかに多額に及ぼうとも裁判所による統制が及ばないことが懸念される。そこで別の論者は強行規定ではないとしつつも、担保物権の有する付随的性質も鑑みてこの差額は違約罰であると構成するべき⁹⁷⁾であり、裁判所による審査対象となるという⁹⁸⁾。

しかし多くの論者は清算金支払が強行規定であることを自明の理として、清算金の支払確保の方法に議論の重点を置いている。

議論の中心は清算金支払請求権への先取特権付与の可否である。

94) Simler = Delebecque, op. cit., n°632. 評価額の当否を巡っての紛争継続が避けられるという趣旨と思われる。

95) Hébert, op. cit., n°23.

96) Aynès, op. cit., p.53.

97) Gogos-Gintrand, op. cit., n°5 もこうした構成がすでに 19 世紀半ばには主張されていたことを指摘する。

98) Aynès = Crocq, op. cit., n°515.

流質契約は代物弁済と性質づけられることを前提とした場合、先取特権規定の類推適用は許されないことから清算金支払請求権は無担保債権となる⁹⁹⁾。

反対にこれを肯定する見解の論者は、流質契約を売却または購入の意思表示と性質決定し、動産売主と同様に、設定者には先取特権が認められるものと説く¹⁰⁰⁾。この見解に対しては、後述するように売却または購入の意思表示構成をとると流質契約においては合意が2つあることとなるが、契約の一部が売買にあたるからと言って売買契約と全く同視して先取特権を付与することはできないのではないかとの批判がなされる¹⁰¹⁾。

先取特権付与のほかに、設定者は解除が可能とする見解もある¹⁰²⁾。しかしこれも流質契約を売買契約と性質決定し清算金の不払いは質権者の債務不履行にあたるとの考え方を前提とするものであって、前述の批判が当てはまることとなる。

このように、清算金の支払確保の方法に関する議論は流質契約の性質決定の問題と密接に関係しているのである。

(3) 流質契約のメリット・デメリット

2006年の担保法改正によって全面的に認められることとなった流質契約は学説上どのように評価されているか。エベールは流質契約のメリット・デメリットを以下のように説く¹⁰³⁾。まずメリットとしては、すでにヴィーダーケーアの説いていたことと重なるわけであるが、質権者への処分価格が競売価格より

99) Voy., Gogos-Gintrand, op. cit., n°26.

100) Simler = Delebecque, op. cit., n°630 ; Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1089.

なお、Hébert, op. cit., n°35は流質契約の実行を代物弁済と構成しつつ先取特権を認めている。代物弁済のよる質物の給付を売買と構成するということか。その意味では、エベールの見解は、流質契約そのものを代物弁済と構成する見解とは一線を画するものとするべきであろう。

101) Gogos-Gintrand, op. cit., n°26.

102) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1089.

103) Hébert, op. cit., n°4.

も高額となること、債務者が競売費用を負担しなくてよいことが挙げられる。他方、デメリットとしては、競売手続には一定程度の時間がかかることからその間は事実上債務者に期限の利益が付与されていたわけであるが、この利益が失われることが挙げられる。いずれも設定者の視点に立った指摘であり、設定者の受けるデメリットは事実上のものにすぎず法的に保証されたものではなかったことから、流質契約の導入は好意的に受け止められるものと評価できる。またシムルール＝デレベックも、2348条は実務のニーズに応え、担保権の実行が迅速かつ安価で実行できるものと好意的に評価している¹⁰⁴⁾。

もっとも流質契約に上記以外のデメリットが全くないわけではない。流質契約の問題点として挙げられているのは、債権者が所有権を押し付けられること、鑑定人選任段階で誰を選任するかが債権者の正直さと当事者の力関係に依っていること^{105,106)}、所有権移転と鑑定の日とが一致しないので債務者は清算金の額を知らないままに所有権を失うことになりかねないこと¹⁰⁷⁾である^{108,109)}。

104) Simler = Delebecque, op. cit., n°632

105) Legeais, op. cit., n°470は、専門家による鑑定が義務付けられていることによって設定者が保護されているとする。

106) この危険性については、Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1088も指摘している。

107) この問題を回避すべく当事者間の合意によって所有権移転時期を遅らせることはできるが、これは流質契約の有する支払の迅速性というメリットを損なうものであるから債権者としては受け入れがたい。また、裁判上の鑑定人指名によると評価完了までに日数がかかることになってしまう。

108) Gogos-Gintrand, op. cit., n°22-25。ゴゴーガントランは、これらのデメリットは被担保債権の弁済期が到来すると質物の所有権が自動的に移転すると解することによってもたらされるものであるとして、所有権移転時期は被担保債権の弁済期ではないとする。

109) このほか、具体的な説明はないものの、期待されたほどの成果は上がっていないとの印象を述べるものもある（Martin = Gérard-Godard, op. cit., p.49. この論文の著者はいずれも公証人であることから、公正証書に流質契約が挿入されることが少ないなど公証人実務で流質契約があまり用いられていないことを意味するものだろうか。）。

(4) 流質契約の性質・所有権移転時期・他の実行方法との関係

流質契約を締結した場合、質権者は流質以外の方法によって質権を実行することができなくなるのか。また、流質契約の効力はどの時点で発生するのか、すなわち、所有権移転の時期はいつなのか。民法典には、流質契約の実行により債権者が所有権を取得するための手続が特に定められていないことから問題となる¹¹⁰⁾。これらの点は、流質契約の法的性質論とも関連して論じられてきた。

なぜこれらの問題が重要性を有するのか。それは設定者に倒産手続が開始された場合に質権者が債権の回収を図れるか否かに大きな差異が生じるからである。後述するように、設定者について倒産手続が開始されるとそれ以降は流質契約を実行できなくなる。したがって、流質契約の効果を享受したければ、倒産手続開始以前に流質契約の実行が完了している、すなわち質物の所有権が質権者に移転している必要があるのである。また、価格が変動する物が質物とされている場合には、被担保債権の回収額ならびに清算金の額が変動することとなることも、これらの問題に重要性をもたらす。

次に、これら3つの問題、すなわち流質以外の方法による質権実行の可否、所有権移転の時期、流質契約の法的性質論がなぜ相互に関連するのかを説明する。それは、法的性質の構成の仕方により流質契約以外に流質契約を実現するための新たな合意を要するか否かが異なり、新たな合意が必要であるとすればその合意がなされるまでは所有権が移転することはないという関係が見られることによる。そして、何らかの形で質権を実行できることとなった時点で流質契約の効果によって所有権が自動的に設定者から質権者に移転するものと解すると、流質以外の方法で質権を実行する余地はなくなるのである。このようにして、上記の3つの問題は一体となって説明されることとなる。

それでは、具体的にどのような説明がなされているのか。

流質契約の法的性質については、代物弁済とするもの、売却または購入の意

110) Martin = Gérard-Godard, op.cit., n°17は、不動産の場合は公証人の役割が重要であるが動産の場合は依拠するものがないという。

意思表示であるとするもの、任意債務（obligation facultative）であるとするもの、非典型契約であるとするものが見られる。

このうち代物弁済とする見解の論者¹¹¹⁾は、流質契約締結時点では価格が決定されているわけではないから当初の給付目的物とは異なる給付が約束されていると言えること¹¹²⁾、流質契約は被担保債権発生原因たる契約の付随的なものとして位置付けられる以上清算金支払は義務と解すべきことを理由とする。また別の論者¹¹³⁾は以下のように説く。流質契約を締結することによって債権者は流質契約によって質権を実行することを義務付けられ、他の実行方法を選択することはできなくなる¹¹⁴⁾。その結果、当事者が別段の意思表示をしない限り所有権は債務者の不履行時に別段の意思表示を要することなく移転することとなる^{115, 116, 117)}。

こうした構成に対しては、代物弁済においては当初の契約によって定められたのと異なる給付目的物が定められる必要があるにも拘らず、流質契約においては当初合意された質物の所有権が質権の実行において移転するに過ぎない点が批判される。代物弁済によって本来の債権に代わる新たな債権が発生するわけではないが、代物弁済とは当初予定された債務の不履行があってはじめて認められるものであるから、債務不履行がないうちから代物を弁済することはできないというのである¹¹⁸⁾。そうだとすれば、本来の給付とは異なる代物による給付がなされることを債権者が承諾したときにはじめて質物の所有権は移転

111) Dadoun, op. cit., p.44 note15.

112) Aynès=Crocq, op. cit., n°686も同様の指摘をする。

113) Aynès=Crocq, op. cit., n°515. エネス=クロックは流質契約の付随性には言及しないが、被担保債権発生原因たる契約に付随するからこそ、債権者には債権回収にあたって流質契約のみ履行しないという選択が否定されるものと考えられる。

なお、エネス=クロックは質権の説明においては流質契約の法的構成について言及していないが、抵当権者への抵当目的物の帰属に関する記述を流抵当に準用することで、代物弁済説に立つことを明らかにしている（Aynès=Crocq, op. cit., n°686 et 687.）。

114) 反対に、質権者には選択権があるものとする（Cabrillac=Mouly=Cabrillac=Pétel, op. cit., n°1089.）と、債権者の意思のみで所有権移転の有無が決定されることとなり、設定者や設定者の一般債権者の利益に反することとなるとする（Aynès=Crocq, op. cit., n°515.）。

することとなる。

また、ペロションは、流質契約の効果が債務不履行時に自動的に発生すると解すると以下の不都合が生じるとする¹¹⁹⁾。すなわち、このように解した場合、債権者から設定者に質物の所有権が再移転されない限りは支払が1回遅れたのみで期限の延期はできなくなってしまう。債権者としても、自己が望まない時

115) Aynès=Crocq, op. cit., n°515. もっとも、履行期の経過のみでは遅滞を生じないから債務不履行時は履行期とは一致しないという。

Aynès, op. cit., pp.52-53も同様に、当事者の合意がない限りは、不履行が明らかとなった時点、すなわち督促が功を奏しなかった期日であるとする。その理由は、ただ履行期を経過したのみでは債務者の非 (faute) とはならず、当事者は債権者に競売と所有権取得 (流質) のいずれかの選択を認めることができることに求められる。もっともエネスは、流質契約に選択権が含まれているわけではないから、選択権を認めることが明確にされていなければならないとしており、原則として質権者には競売選択権はないと解するものであろう。

なお、Dadoun, op. cit., p.44は、当事者は流質契約において期限の到来のみで、事前に支払催告をすることなく所有権が移転するものと決定することも自由であるという。

116) 論者は、所有権移転時期は鑑定日とはならないことに注意を促している (Dadoun, op. cit., p.44.)。Aynès, op. cit., p.53も、所有権移転が鑑定の日まで延期されるのではなく、鑑定人は所有権移転の日の価格を決定しなければならないということだとする。

117) このほか、Dadoun, op. cit., p.45は、代物弁済は例外的な支払方法を定めたものであるから、倒産手続開始後には支払方法の合意があるのみと構成され、商法 L. 632-1条 I 4号の適用を回避できる点も代物弁済構成のメリットであると主張する。しかし、代物弁済が認められるためにはあらためて債権者が承諾する必要があるのであるから、この承諾行為を無視して倒産規定を回避できるとするのは疑問である。

118) Gogos-Gintrand, op. cit., n°10-12. さらに、債務者について倒産手続が開始された場合、支払停止から裁判上の更生手続または清算手続開始までの間の期間において代物弁済がなされると、支払停止後になされた契約に基づく弁済は無効である (商法 L. 632-1条) から代物弁済は無効であるが、流質契約ではそのようなことはないことも代物弁済説に対する批判として主張される。(Gogos-Gintrand, op. cit., n°19.)

119) F. Pérochon, Les interdiction de paiement et le traitement des sûretés réelles, D. 2009. 651 et s, n°11.

ただし、Pérochon, op. cit., n°10は、2348条1項の文言からも、2458条・2459条の文言の対比からも所有権が不履行時に自動的に移転することとなることを認め、また、当事者がこうした契約を締結することは許されると言う。

期に不動産の所有者となってしまうというデメリットがある。被担保債権の弁済がほとんど終了している時点で不履行が生じた場合には、清算金の額が非常に高くなってしまふ。質権者への質物の帰属においては質権者が質物の所有権を取得するには裁判所への願い出を要するのとバランスが取れない。自動的に移転するとすることで債権者は強制執行ができなくなり金銭を手に入れることができなくなる。流質は債権者の利益のために締結されるものであって、それを行使するか否かは債権者の自由であるはずである、というのである¹²⁰⁾。

売却または購入の意思表示とする見解¹²¹⁾によれば、流質契約は不履行時になされる一方的な売買または購入の意思表示と構成され、価格はこの意思表示がなされた時点で決定されるという。そして、所有権移転時期は債権者の実行意思が表明された時ということとなろう¹²²⁾。流質契約が債権者の利益のために締結されることを重視すると流質を実行するか否かは債権者の任意であり、債権者が競売を選択することも許されてよいというわけである¹²³⁾。

120) Macorig-Venier, op. cit., p.83 も、無体動産の質権に関する 2365 条が「質権者は…自己に帰属させることができる」としていること、2348 条の文言に反するわけではないことを理由として所有権は自動的に移転するものではなく、少なくとも事前に債権者から設定者に対する催告がなされなければならないとする。

121) Simler = Delebecque, op. cit., p.441 note3. ただし、流抵当に関する記述である。

122) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, n°1089. ただし、流質契約の法的構成については明らかにしていない。

Hébert, op. cit., n°29 はこの見解の亜種とも言うべき見解を主張する。エベールによれば、占有移転型質権の場合は質権者が設定者に所有権移転の宣言を行うことによって所有権が移転し、非占有移転型質権の場合は所有権は合意によって移転するものとされる（このほか、エベールは質物が有体物か無体物か、不動産か動産かという区分も導入するが、本稿では有体動産質のみを扱うことから触れない）。この見解に対しては、Dadoun, op. cit., p.43 note6 が、占有移転の有無によって区別する理由が明確ではない、債務者が占有している財産の所有権移転については流質契約締結時に債務者が所有権移転に合意している以上、改めて債務者の同意を得なければならないとされる理由はないと批判する。

123) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1089. ただし、当事者の契約によって義務とすることも可能という。質権者に選択権を与える点は、Hébert, op. cit., n°27 も同様だが、流質契約の法律構成は不明である。

この構成に対しては、所有権は一方的意思表示によって移転するわけではなく合意によって移転するものと見るべきである、質権の設定契約と所有権を移転させる一方的意思表示という2つのものが存するわけではなく、物の譲渡は当初設定された義務の履行方法に過ぎないと批判がなされている¹²⁴⁾。

また、所有権移転時期に関してはダドゥンが次のように説く¹²⁵⁾。債務不履行時に所有権が移転すると解することには、倒産手続が開始されたり裁判所によって弁済猶予期間（1244-1条）が付与されたりした場合に質権を迅速に実行できるというメリットがあるが、質権者の実行意思が表示されるのを待ったのではこれらのメリットは失われてしまうというのである。

第3の見解として主張されるのが任意債務構成である。選択債務と異なり任意債務においては、債務者はある一定の給付をすることを義務付けられているが、他の給付をすることによって債務から解放される。流質契約においては、債務者の恣意によって補完的給付を選択することはできず、また、債権者の選択によるものでもない任意債務と言えるのである。債権者は弁済として補完的給付を受け入れなければならない¹²⁶⁾のである¹²⁷⁾。この見解によれば流質契約締結時から補完的給付の内容は確定しており流質契約以外の合意がなされるわけではないから、債務不履行によって自動的に流質契約の効力が発生することとなるはずである。現に、この説を主張するゴゴーガントランは、債権者には流質によらずに強制競売を要求する選択権はないとする¹²⁸⁾。

第4の見解である非典型契約説を主張するマルタン＝ジェラール＝ゴダールは、当事者間の合意の内容を検討すべきことを説く¹²⁹⁾。そして、流質契約に

124) Gogos-Gintrand, op. cit., n°13.

125) Dadoun, op. cit., p.42. ただし、これは特約がない場合の話であり、Dadoun, op. cit., p.44 は当事者の合意によって債権者の選択によって初めて所有権が移転するものと決めることも許容している。

126) この点は、Gogos-Gintrand, op. cit., n°16でも述べられている。合意により債権者は選択権を留保できることについては、Gogos-Gintrand, op. cit., n°22。

127) Gogos-Gintrand, op. cit., n°14-15.

128) Gogos-Gintrand, op. cit., n°15.

おいては、債務不履行が所有権移転の停止条件となるが、契約により1179条の遡及効は排除されたものと解し、その理由を、流質契約締結時から貸主が目的物の所有者となされるというのは当事者の予期せぬところだからであるとする¹³⁰⁾。しかしマルタン＝ジェラール＝ゴダールは、債務不履行があれば即座に所有権が移転すると主張するわけではなく、それはあくまでも流質契約を実行する条件が満たされたに過ぎないとする。そして、実行のための条件が満たされても、債務者が不履行状態を脱する機会を与えるとともに債権者がどの時点で流質契約を実行するのが適切であるかを判断する機会を与えるべく、別個の実行手続が不可欠であるとする。具体的には、所有権移転は財産価値の確定ならびに清算金支払があって初めて生じるとするのが当事者意思に合致するという。もっとも、当事者が契約によって債務不履行の時点で所有権移転が生じるものと明定することは可能という¹³¹⁾。この場合も、鑑定がなされるまでは所有権移転の解除が認められるとしており¹³²⁾、流質契約を実行するか否かは債権者の選択に委ねられている。

以上のように様々な見解が主張されているが、いずれの見解も学界の大多数の支持を集めるには至っていない。

(5) 所有権移転の対象

流質契約を実行する際に、すべての質物の所有権が質権者に移転されることとなるのか。すでに一部弁済がなされていた場合には特に被担保債権残額と質権の目的物価額との差が大きくなることから問題となる¹³³⁾。担保物権には不可分性が認められているから、担保目的物の全体が債権者の所有となるのが原則である。その理由としては、2348条が物の価値によって規定ぶりを変えて

129) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°21 et s.

130) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°33.

131) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°36-37.

132) Martin = Gérard-Godard, op. cit., n°44.

133) Gogos-Gintrand, op. cit., n°28-29.

いないことが挙げられている¹³⁴⁾。しかしながら、質物が分割可能で一部の質物の所有権を取得すれば債権回収に十分な場合に、債権者は質物全体の所有権取得を強制されるのか。1244条の反対解釈から、債権者は回収に足りる量が決定できるならばそれ以上の所有権取得は義務づけられないと説明されている¹³⁵⁾。したがって、質物が分割可能物である場合については、所有権が移転される質物の量が債務の額に対応するように、所有権移転の前に評価がなされるべきとされる¹³⁶⁾。

(6) 倒産手続との関係

最後に、倒産手続における流質契約の効力はいかなるものなのかを検討する。

流質契約は保護手続 (procédure de sauvegarde) においては、締結も実行もできないものとされている (商法 L. 622-7条 I 3項)¹³⁷⁾。そこで、流質契約実行の時期、すなわち所有権移転の時期はいつであるかが重要な問題となり、前述したように倒産手続に拘束されないために所有権移転時期の早期化が図られるのである^{138, 139)}。

商法 L. 622-7条 I 3項に対しては、流質契約の最も機能すべき場面を奪うものであるとの批判が提起されている¹⁴⁰⁾。

このうち、締結の禁止については、設定者の倒産手続開始後に流質契約が締結されたことが稀であるためにほとんど問題は生じないとされる¹⁴¹⁾。とはい

134) Gogos-Gintrand, op. cit., n°32.

135) Gogos-Gintrand, op. cit., n°33. この場合、債権者には、全体の所有権を取得するか、一部に止めるかの選択権がある。(Gogos-Gintrand, op. cit., n°34.)

136) Gogos-Gintrand, op. cit., n°35.

137) L. 631-14条1項 (裁判上の更生)、L. 641-3条1項 (裁判上の清算) も同様である。

138) Dadoun, op. cit., p.45 ; Pérochon, op. cit., n°10 も同様の指摘をする。

139) このほか所有権移転時は、危険の移転時期ならびに債権の消滅時期を決定するうえでも重要であると指摘されている (Hébert, op. cit., n°28.)。

140) Aynès = Crocq, op. cit., n°515 ; Aynès, op. cit., p.53 ; Macorig-Venier, op. cit., p.85. 白石・前掲62頁。

141) Pérochon, op. cit., n°8.

え、流質契約が事業継続に必要な融資を受けるための不可欠の条件とされている場合、条文上、受命裁判官が流質契約を許可¹⁴²⁾できないことが問題視されている¹⁴³⁾。

実行禁止との関係では、流質契約実行の禁止については、債権支払自体がすでに一般的に禁止されているのだから無用の規定であるとの見解がある¹⁴⁴⁾が、これは規定の内容に批判を加えるものではない。規定内容を批判するものとしては、前述のとおり裁判上の清算の場合は質物の帰属が認められることから、流質契約についても同様に、債権の届出のみで認可を待たずして質権者が流質契約を実行できるという規律を類推適用すべきと提案する学説がある¹⁴⁵⁾。

結語

フランスにおける動産質権実行方法を見たときに、わが国との相違点として真っ先に目が行くのはわが国では禁じられている流質契約を認めるに至った点であろう。そしてその理由が、民事執行手続に基づく競売や質権者への質物の帰属によるよりも流質契約の方が質権の実行を安価かつ短期間で実施できるものと考えられたことによるのも、より利用しやすい担保物権制度を構築するという意味で十分理解可能であり、担保権実行の効率化はわが国も目指すべきと

142) 質権ならびに抵当権の設定合意をするためには受命裁判官の許可が必要とされている（商法 L. 622-7 条 II 項）。

143) Pérochon, op. cit., n°8. ペロションは、受命裁判官の許可は担保権を設定することの危険性に対処するために要求されているのであって担保権の実行方法そのものに危険性があるわけではないことからすると、担保権設定に加えて担保権実行方法にまで司法上のコントロールを及ぼすのは行き過ぎであるとする。

144) Pérochon, op. cit., n°9.

145) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°1095. この見解は明文に反するようにも見えるが、Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., p.823 note33 は、商法 L. 622-7 条 I は商法 L. 643-2 条の規定する 3 か月の期間を経過すれば適用されないと の解釈論を提示することによって提案の正当化を図る。商法 L. 643-2 条は、法律上の清算開始決定から 3 か月経過しても清算人が質物を清算しない場合は、質権者等は、認可を待たずして個別執行ができるとする条文である。

ころと考えられる。ただ注意すべきは、従来流質契約が禁止されてきた理由である設定者ならびにその一般債権者の保護という視点が捨て去られたわけではなく、質物の客観的評価の実現ならびに清算金支払の確実化が特に重視されていることである。前者については法文自体が鑑定人による評価を求めているところであり、後者については有力説が質権者に先取特権を付与すべきものと主張している。わが国で担保権特に動産譲渡担保の私的実行を行う場合、現状ではこれらの点に法律上十分な配慮がなされているかは疑問があるところであり、フランスの議論から学ぶところはあるだろう。

また、わが国では譲渡担保権の実行方法として処分清算型と帰属清算型とを自由に選択できるとされているが、フランスでは処分清算型に対応する強制売買条項はいまだに禁じられていることは注目されてよい。これが禁じられる理由として挙げられるのは、質物の処分は民事執行手続を介してなされなければならないとの考え方である。ところがここで注意しなければならないのは、フランスにおいては裁判所が民事執行手続に関与する主たる目的は手続の公正を図ることにあり、設定者による任意売却が認められているように、裁判所自身がイニシアチブを取って競売を実施することにあるわけではないということである。したがって、強制売買条項を禁じて民事執行手続に従うべく定めても当事者にとってそれほど大きな負担となるとは考え難い。これに対してわが国では裁判所主導の競売手続の費用面・時間面でのコストの大きさを嫌って非典型担保の利用ならびにその実行がなされている側面がある。フランスの民事執行制度は執行吏・競売吏制度によって支えられているところが大きく、これをわが国に即時に導入することはできない。しかし、現状のように裁判所のコントロールから完全に離脱した所で担保権の実行を行うのでは、設定者やその一般債権者の利益が守られる保証はない。そのためにはABLにおいて用いられている担保目的物を評価する機関¹⁴⁶⁾の拡充を図り、処分清算を制約することが試みられてよいのではないか。

146) 現状ではこれらの評価機関の評価対象は在庫商品を主としており、これをあらゆる種類の動産にまで拡大していくには困難が予想される。

論説（直井）

本稿は、平成27年度の科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授）