

動産質における占有移転の意義

直 井 義 典

はじめに

第1章 2006年改正前の状況

第2章 2006年改正後の状況

第3章 わが国への示唆

はじめに

(1) 質権の総則規定である民法342条は、質権の内容として質権者への質物の占有移転を定め、344条は引渡しを質権の効力要件とする。そして、動産質において占有は第三者対抗要件でもある(352条)。質権者が占有を奪われた場合は占有回収の訴えにより質物を回復することができ(353条)、占有権は消滅しなかったものとして扱われる(203条ただし書き)。それゆえ、質権者は対抗要件を具備し続けたこととなる。

このように、動産質においては、占有は質権の成立要件としてのみならず対抗要件としての役割を十分に果たしているものと言える。

これに対し不動産質の場合、引渡しが効力要件であるとともに、登記が対抗要件となる(361条・177条・不登法3条6号)。引渡しと登記の関係はいかなるものなのか。動産質の場合とは異なり、不動産質については占有回復に関する規定がない(353条参照)ことから、不動産質権者が占有を奪われた場合の質権の効力がいかなるものであるかは明確ではない。対抗要件は具備されているのだから、一旦成立した以上は質権の効力に影響がないようにも思える。しかしそれならば、なぜ引渡しを効力要件としなければならないのかという疑問

が残る。

権利質の場合は引渡しが観念化されており、証書の交付を債権譲渡の効力要件とする債権について証書の交付を効力要件としていた旧363条ならびに指図債権への裏書を第三者への対抗要件としていた旧365条は平成29年改正によって削除された。改正法は520条の7で520条の2を準用することにより、指図証券の質入れについては、裏書の上で証券を交付することが効力要件とされた。また、株券発行会社の株式を質入れする場合、株券の交付が効力要件とされる（会社法146条2項）。このように、指図証券や株券発行会社の株式質については証券の占有が意義を有しているものの、権利質一般についてそのように評価できるものではない。さらに、電子記録債権も質入れが可能とされている（電子記録債権法36条1項）が、そこでは民法344条が準用されておらず（電子記録債権法36条3項）、債権の引渡しは観念的にも想定されていない。

質権の総則において質物の引渡しは質権の効力要件とされているにも拘らず、実際には占有移転は動産質においてのみ重要な意義を有するものと考えられる。

(2) これに対して動産譲渡担保においては、占有移転は効力要件とはならない。そのため、動産質において占有移転を効力要件・対抗要件として要求するのはどのような意義があるのか。譲渡担保を認めるのであれば、質権との併存を認める必要はあるのか。現に、占有移転を要求する質権の使い勝手の悪さはすでに指摘されているところである。使い勝手の悪い占有移転型担保である質権を制度として維持しておく必要はあるのか¹⁾。このような疑問が生じる。

(3) そこで本稿では、動産質に焦点を当てて、そこにおいて占有移転が有する意義について検討することを通じて、動産の占有非移転型質権について民法典で規定を置く場合の指針を示すこととする。

フランスでは2006年の担保法改正において、民法典に占有非移転型の有体

1) 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」(別冊 NBL177号)(商事法務・令和3年)29頁も、動産を目的とする非占有型の担保に関して、どのような規律が妥当かを検討する必要性を指摘する。

動産質権に関する規定が挿入されている。そこでフランス法を参照することが動産質における占有移転の意義を明らかにするのに有用であると考えられる。

以下、第1章では、2006年改正以前に動産質において占有が有していた意義ならびにそこで考えられていた占有の内容について、第2章では、2006年に導入された占有非移転型質権が占有移転型質権と対比してどのような特徴を有するのかについて、それぞれ明らかにする。そして第3章では、前章までで得られた知見に基づいてわが国への示唆を得ることとする。

なおフランスでは動産には有体動産のみならず無体動産も含まれ（フランス民法529条）、後述するように2006年改正において有体動産質と無体動産質とが別個の規律を受けることとなったが、本稿では動産としては有体動産のみを念頭に置くこととする。

第1章 2006年改正前の状況

本章では、まず動産質に関する2006年以前の法規定を概観した後、占有移転の意義、機能、意味内容について順に考察を加え、最後に占有移転型質権について指摘されていた問題点をみていくこととする。

(1) 2006年改正以前のフランス民法典では質権の総称として *nantissement* が用いられており、その下で動産質である *gage* と不動産質である *antichrèse* に分類されていた²⁾。質権の総論である旧2071条³⁾では質権は質物を「引き渡す契約」であるとされており、民法典では占有移転型質権のみが規定されていた。そしてその例外として⁴⁾特別法で営業財産・ホテル等についてのワラント

2) 民法典上、*nantissement* は *gage* と *antichrèse* を包摂する占有移転型物的担保一般の名称である。ところが民法典制定後に営業財産質等が認められて占有非移転型質権をも含むこととなったために混乱を招いたとされる（D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du credit*, 13^e éd., 2019, n°428.）。

3) 旧2071条「質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債務者に引き渡す契約である。」

2006年改正以前の民法典の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典——物権・債権関係——』（法務資料第441号・昭和57年）による。

や自動車について占有非移転型質権が認められていた⁵⁾。

(2) 旧2076条は「すべての場合において、先取権は、質物を債権者の占有又は当事者間で合意される第三者の占有のもとに置き、かつ、そこにとどめる限りでなければ、質物の上に存続しない。」と定める。この占有移転の意義については議論があった。

判例・通説が占有移転を質権の効力要件と解する、すなわち、質権設定契約を要物契約と解するのに対し、一部の学説が占有移転は対抗要件にすぎないと解していたのである。この対立は、次の2点において意義を有する。第1に、違反に対する制裁、すなわち質権設定契約は締結されたものの質物の占有移転がない場合に、質権は無効なのかそれとも対抗不能であるに止まるのかという問題である。当事者間で質権設定の合意が成立した後に占有移転が拒絶された

4) Aynès=Crocq, Droit des sûretés, 13^eéd., 2019, n°500 ; H. et L. Mazeaud=J. Mazeaud=F. Chabas, Sûretés, publicité foncière, 7^eéd., par Y. Picod, 1999, n°69.

5) もっとも、判例 (Cass. civ., 22 avr. 1918, D.1919.1.33.)はワラントが担保目的物の法的表象であり現実の占有と同等の占有を与えるものと解していた。

ワラント以外の債権質についても、旧2075条は、債権譲渡の対抗要件を定める旧1690条と同様に、適法に登録された公署証書又は私署証書が債務者に対して送達されるか、質入債権の債務者が公署証書で質入れを受諾することを、債権質の対抗要件とする。この形式を履むことによって、質入債権の債務者が設定者たる債権者に有効に弁済することができなくなることから、債権者への占有移転と同等とされる。また、旧1690条は *saisi* という文言を用いているが、*saisi* とは占有に置くことと同意味と解される。このように、無体の権利については物質的に掌握することは不可能であるが、この権利上に設定者が有していた権限を債権者に移転するには質入債権の債務者による設定者への弁済を禁じるという方法によっており、これが占有と同視されている (Aynès=Crocq, n°527 et p.315 note19.)。また、判例では、債権質権者への占有移転の方法として証書の引渡しを定めていた。質権者が弁済受領の委託を受けていれば、弁済期日になると証書によって質権者は弁済を受けることとなる。質権者に証書が引き渡されることによって、設定者は弁済を受けることも、新たに質入れすることもできなくなる。ただし、判例は証書の引渡ししが不可能な場合にはこの要件を満たさなくてよいとしていた (Cass. civ1, 10 mai 1983, B. I. n°141.) (Aynès=Crocq, op.cit., n°528.)。

以上のように、債権質においても質権から占有要件を完全に切り離れたわけではなく、抽象的ながら占有要件を維持していたのである。

場合、前者の見解によれば効果は損害賠償に止まることから他の債権者と按分での救済となるのに対し、後者の見解によれば質権の成立が認められ強制執行が可能となる⁶⁾。第2に、占有移転のない質権を認めるかという問題である。例えば、質権の目的が無体物で占有を移転することが不可能な場合⁷⁾や、占有移転を受けても債権者にはその物の用途がない一方で占有を移転してしまうと債務者が弁済の原資を得られなくなる財のように占有移転が不適切な場合に問題となる⁸⁾。これは占有の移転を質権の本質的要素と解すべきかとも言い換えられる。

判例・通説は、ローマ法の沿革に依拠し、質権の元々の目的は債権者に留置権を与えることにあり⁹⁾、競売代金からの優先弁済効はその後に現れたものであることを理由とする¹⁰⁾。また、質権を設定するとの契約からは債権しか生じず、質権という物権までは生じるものではないとの理由を挙げる論者も見られる^{11,12)}。

Cass. civ., 18 mai 1898, S.98.1.433は、占有の移転がないことを理由に債務者が質権の無効を主張した事案について、質物の占有が移転されていなくても当事者間では有効とした原判決を破毀して次のように判示する。「質権設定契約は要物契約であり、質物が債権者又は第三者に占有移転されることはこの契約の本質である。この要件の遵守は、債権者が債務者に対して契約の効果を主張

6) M. -N. Jobard-Bachelier, *Exist-t-il encore des contrats réels en droit français ? ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, RTDciv 1985, p.1, n°45. ジョバル＝バシュリエは後者の見解に立つと質権者に優先権が与えられるとするが、第三者対抗力がないわけであるから善意の第三者との関係では按分弁済となるはずであり、結論的には両者の見解に大きな相違は生じないこととなる。

7) 債権質については、既述の通り、占有移転要件は目的債権の債務者に対する通知で足りる。

8) L. Aynès, *Sûretés, publicité foncière*, 9^eéd., 1998, n°506.

9) なお、民法典の制定過程においても「債務者から債権者への質物の移転は契約の本質である」との説明が見られた (P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t.15, 1827, p.214.)。

10) Aynès, *op.cit.*, n°500.

するためには、当事者間で必要とされる。』¹³⁾。

Cass. civ., 21 mars 1938, D.H.1938.257は、質物の占有移転は契約締結と同時になくてもよく、占有が移転されたときに質権が成立するものとする。

Cass. com., 12 nov. 1958, B. III. n°387, arrêt n°1は、質権成立のためには第三者との関係で占有移転が必要とし、Cass. com., 12 nov. 1958, B. III. n°387, arrêt

11) Jobard-Bachelier, op.cit., n°45は、無償の消費貸借と並んで質権設定契約には弱い効力しか認められないとしていた。Jobard-Bachelier, op.cit., n°80；Aynès=Crocq, op.cit., n°507も参照。

さらに M.-N. Jobard-Bachelier, op.cit., n°48は、要物契約を当事者意思に基づくものと法律の効果によるものとに分類する。前者の例は、売買契約において引渡日が契約締結よりも後に設定されているような場合であるが、ここでは契約の効力発生が延期されているのみであって強制執行が可能であることに疑いはない。これに対して後者の場合、引渡し
の欠缺により物権契約の成立そのものが妨げられるとされる。ジョーバル＝バシュリエは
明言はしていないものの、質権設定契約を後者の一例と解する。

12) 對抗要件説に立つ Mazeud=Mazeud=Chabas, op.cit., n°66も、条文の解釈としては、要物契約性が認められるとする。

13) Note par Ch. Lyon-Caen, S.1898.1.433は本判決の結論に反対するものの、占有移転を對抗要件に過ぎないとする原判決の理由付けにも反対する。リヨン＝カーンは、以下のように主張する。占有移転は、①債務者が自己の手許にある質物を処分するのを回避するという第三者の利益のためにする公示条件であると同時に、②質権契約存在のための本質的要件である。①のみが占有移転の理由だとすると、第三者のみがこの要件の不遵守を主張できることになり、これが原判決の考え方であるが、占有移転を①の観点からのみ見ており質権設定契約が要物契約であることを忘れていた点であまりに単純に考えすぎである。破毀院は占有移転を効力要件とする点は正しいものの、結論は誤っている。物の代金を按分で弁済すべく債務者に債権者による占有の欠缺を主張させるのは法の一般原則に反する。質権設定契約によって、債権者には主たる義務として主債務の消滅後に質物を返還する義務が生じる。債権者への占有移転がなければ、受け取っていないものを返還することを義務付けられないのだから、質権契約は存在しない。しかしだからといって、債務者は占有移転の欠缺を持ち出せるわけではない。ローマ法と異なりフランス法では合意のみで義務が生じる。動産を債権者のために充当するという債務者による合意は、それだけでは質権を成立させるものではないが義務を生じさせるものである。債務者は債権者に対する義務を履行していないことから、損害賠償を義務付けられる。

このようにリヨン＝カーンは要物契約性を認めつつも、契約の拘束力によって質権設定者の損害賠償責任を認める見解に立つ。

n°2は、債務者の遺産管理者が占有移転がないことを理由に質権の無効を主張した事案につき、当事者間でも占有移転が必要とする。いずれの判決も、倉庫内のワインを質入れしており、設定者が処分可能で質権の目的となったワインの量や種類を示すラベルがなく、倉庫の鍵は執行官にあった事案で、質物の占有移転がなかったと判断した¹⁴⁾。

Cass. civ1, 6 janv. 1994, B. I. n°4は、グループ保険証書の清算価値を質入れするとの私署証書は、旧2075条の要件を満たさなければ、質権設定の約定であるにすぎず、これだけで質権が成立するものではないとする。

このように判例は一貫して占有移転を質権の効力要件と解する。

これに対して、占有移転は対抗要件に過ぎないと有力な批判が一部の論者からなされた。

マゾーらは、次のように批判する。第1に、通説は占有移転を効力要件とすることによって、設定者による質物の不当処分などによる質権の消滅が回避されると言うが、債権者の方が債務者よりも優越的な地位にあるのだから、当事者の合意に委ねてよい。立法者が介入して強者を弱者から保護するのは称賛されるべきことではない。第2に、通説によれば債務者から動産の占有を奪うことがこの物について取引をする第三者に注意を促すための唯一のしるしであるとされるが、第三者の権利を保護するためには、占有移転がない限り質権の効果を第三者に対抗できないとすれば十分であり、当事者間でも質権を無効とする必要はない¹⁵⁾。

要物契約という概念¹⁶⁾に対する敵対視や、民法典の外での占有非移転型質権の発展もこうした見解を支持する根拠となる。

14) なお、4か所の倉庫のワインが質物とされていたものの、原判決は3か所のみで質物の量を満たしているとして3か所についてのみ検討したが、この点については上告がなされたものの破毀院は問題がないとした。

15) Mazeaud = Mazeaud = Chabas, op.cit., n°66. G. Marty = P. Raynaud = Ph. Jestaz, Les sûretés, La publicité foncière, 2^eéd., 1987, n°79bis も同様。

16) 要物契約概念の存在意義について検討する論考として、Jobard-Bachelier, op.cit.

このように反対説も有力ではあるが、判例・通説といえども質権設定契約には全く効力がないとしているわけではなく、設定者が目的物を引き渡さない場合には損害賠償責任を認めており目的物の引渡しは質権の効力発生要件と解していること、占有移転を対抗要件と解しても善意の第三者には対抗できない以上実際にはほとんど結論に差異が生じないであろうことからすると、あえて確立した判例法理を否定するほどの理由はない。

(3) それでは、質権における占有移転にはいかなる機能が認められるのだろうか¹⁷⁾。

カブリラックらは、以下の3つの機能を挙げる¹⁸⁾。第1は、事前の保全差押え機能である。質権者に質物の占有があることによって、設定者による質物の隠匿や加工ができなくなり、さらに第三取得者による即時取得も生じないようになることで、債権者に権利を確実に行使できような保証が与えられる。第2は公示機能である。そして第3は、質物を特定する機能であり¹⁹⁾、種類物売買における引渡しと同じ作用をすると説明される。

エネス＝クロックは、以下の4つの機能を挙げる²⁰⁾。第1は、占有移転によって、設定者による質権侵害から質権者を保護する機能である。第2は、設定者の一般債権者や質物の特定承継人などの第三者に質権者が有する先取権を対抗させる機能である。第3は、抵当権の特定性原則と同様に、未分化の物全体に課される一般質権の成立を否定することで、設定者とその債権者を保護する機能である。これらはいずれもカブリラックらの挙げる機能である。

エネス＝クロックの議論の特徴は、これら3つの機能は他の手段によっても

17) 以下、2006年改正後の論考も含まれているが、占有移転の機能に関する理解に変化がないことによる。

18) M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10^e éd., 2015, n°757.

19) この機能に関連して、Ch. Albiges, *La place du gage sans dépossession au sein des sûretés réelles mobilières*, in N. Borga = O. Gout, *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, 2016, p.117, n°7は、代替物上の質権が規定されていなかったのは質権の設定が目的物の占有移転を本質としていたことによるものとする。

20) Aynès = Crocq, *op.cit.*, n°507.

果たしうるものであることから、占有移転型の動産質権の存在を正当化するものとは言えないとする点にある。すなわち、第1・第2の機能については、登記などの公示手段によっても果たしうるとされる²¹⁾。確かに、設定者が質物を処分しようとしても、質権の公示がなされ、それによって質権が第三者に対抗可能とされているのであれば、質物処分によって質権が害されることはない。エネス=クロックも指摘するように、これはまさに占有非移転型質権の対抗力そのものであり、占有移転型質権を正当化するには足りない。また、第3の機能は、設定行為において質権の目的動産を明記する義務（旧2074条）を課すことによっても果たしうる、というのである。

そこでエネス=クロックは、占有移転が質権の効力要件であることを正当化しうる唯一の理由として、第4の機能を挙げる。それは、現実には設定者の下から占有が奪われることで、設定者自身が質権設定行為の重要性を認識するという意味での設定者保護機能である^{22,23)}。

以上が占有移転の機能であるが、反対に占有を移転しないことの効果について触れておく。これは抵当権において設定者が占有を保持することの効果として現れる。具体的には以下の3つの効果が指摘される。第1に、第三者に対抗可能とするために、担保は公示される。第2に、債権者は留置権を有しない。第3に、目的物について裁判による付与が認められない（旧2078条1項）。

(4) それでは、いかなる場合に質物の占有移転があると評価されるのか。

旧2076条の引渡しは、債権者による目的物の物理的な把握以外の方法によることもできるが、債権者による占有は、その目的物が債務者の自由にできる

21) ただし、Aynès=Crocq, op.cit., n°507は、登録された動産または場所を固定された動産はともかく、通常の有体動産については同定が困難であり場所を固定することも困難であるから、公示は困難であるとしている。

22) O.Salvat, note sur Cass. com., 7 juill. 1998, JCP G. 1998. II. 10206, n°11はこの機能を注目すべきものとする。

23) もっとも、エネス=クロックはこの第4の機能を合意による抵当権設定において要求される様式の同等物であるとしており、そうだとすれば結局この機能も占有移転の独自の機能ではないのではないかとの疑念が生じる。

財産ではないことを第三者に知らせるだけの十分な周知性を要するというのが判例である²⁴⁾。

例えば、Cass. req., 29 déc. 1875, D.1876.1.219 は、蒸気船の質入れについて、従前と同様の用法のまま新聞2紙に広告を出したのみでは引渡しがないとした原判決を是認した。

Cass. com., 7 juill. 1998, JCP G, 98. II. 10206 は、新酒のワインを買主が売主の下に留めておいたとしても、買主が質権を設定するものと理解していたことを示すものではない。買主が引き取らなかったという事実だけでは、担保に供する意思とするには不十分であるとする。

また判例は、質権者による占有は継続的なものでなければならないとする²⁵⁾。しかし、質権の目的物が必要な処理をするために債務者に対して一時的に返還された場合は、質権は消滅しない。

Cass. civ., 25 nov. 1891, D.1892.1.505 は、購入した石油を質物とした場合で、売却のために海事証書を設定者に一時的に引き渡したケースで質権の存続を認めた。

Cass. req., 11 avr. 1933, Gaz. Pal., 1933.2.172 は、粃を質権の目的物として倉庫に保管していたが、質権者と設定者の口頭の合意によって粃摺りによって米とした後に再度倉庫に戻された事案について、加工者は質権者の計算でのみ所持しているに過ぎないことを理由とした原判決の結論を是認し、加工後であっても質権者に占有があるものとした^{26,27)}。

さらに、質物の保管場所を設定者が質権者又は第三者に賃貸することによっ

24) Cass. req., 29 déc. 1875, D.1876.1.219 ; Cass. req., 11 fév. 1885, S.1886.1.117 ; Cass. req., 28 mai 1910, S.1910.1.488. Mazeau = Mazeau = Chabas, op.cit., n°68 は、実効性・明確性・周知性を要求し、本質的要素は質権の存在を第三者に十分に知らせることのできる外観であるとする。Aynès = Crocq, op.cit., n°508 は占有移転が現実の、明白な、不明確でないものであることを要求する。

25) Cass. civ., 9 avr. 1894, D.1894.1.409.

26) ただし、Note anonyme. Gaz. Pal., 1933.2.173 の指摘するように、本件では真の意味での「加工」はない。

でも引渡しが認められ得る²⁸⁾。ただし、賃借人に鍵を引き渡し、プラカード・張り紙などによる質権の設定の事実及び賃借人の明示が要求される。なぜなら、単に賃貸がなされるだけでは設定者から質物の処分権限を奪ったことにならず、質権を公示する効果もないからである^{29,30)}。

引渡しの有無の判断は事実審の専権であり、引渡しが存在を認めた事例³¹⁾と認めなかった事例³²⁾とがある³³⁾。

(5) 占有質については、占有を移転することからその使い勝手の悪さが指摘されてきた。具体的には、設定者が動産の使用を継続できないこと、質権者に質物の保管・保存義務が生じること、他の債権者のために後順位の質権を設定できないために質物の有する経済的価値の最大限までの信用供与が得られな

27) M. Planiol = G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.12, 1927, n°89, p.87 et s は、本判決の結論とは異なり、加工のために質権者が一時的に所持を放棄した場合には、物的代位は例外的にしか認められないものであるために、質権の効力は加工物に及ばないことを理由として、質権の効力を否定する。

28) 2017年に公表されたアンリ・カピタン協会の作業グループ案では2337条2項に以下の第2文を付け加えることが提案されている。「第三者の下での占有は、第三者が設定者の義務を尊重して実効的な保管と監視を保証する限り、物を移動させなくても認められる。」

アンリ・カピタン協会の作業グループ案に対するユーロプラスによるコメントでは、「実効的な保管」の部分で「コントロール」に置き換えることが提案されている。その根拠としては、「実効的な保管」概念に依拠するのは、外観と継続性という他の占有における基準とは合致しない点で、適切ではないからとする。また、Cass. com., 8 avr. 2015, n°14-13.787に見られるように、破産院は移転なき第三者保管型質権に対して厳格に過ぎることから、その緩和を図るこの案の方向性は歓迎されるとする。

29) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°767.

30) 2006年改正後の判例であるが、Cass. com., 23 sept. 2014, n°12-26.203は、設定者が倉庫の賃借人であり、賃貸借契約で転貸禁止とされている場合には、第三者への付託による質権設定は賃借人による差押えに対抗できないものとする。

31) Cass. civ., 25 nov. 1891, D.1892.1.505. 設定者が買い入れた石油の質入れにおいて、設定者の所有する場所に貯蔵されたが、この場所は質権設定契約で合意された第三者に賃貸され、鍵もこの第三者に引き渡されていた事例である。

32) Cass. req., 28 mai 1910, S.1910.1.488. 7,000トンの木材を工場に隣接する囲いの中に置き、その囲いの鍵を債権者に引渡ししている、工場と木材搬出用のレールでつながっている状況では占有移転はないと評価した原判決を認容した。

いこと³⁴⁾、将来物・代替物への質権設定ができないこと、である。

これらの問題点を解決すべく、特別法において占有非移転型質権が導入されたが、特殊な質権が多数存在すること自体が問題であるとされた³⁵⁾。

ただし、質権者自身ではなく第三者に占有を移転することで、これらの問題

33) 不動産質においては、債権者が質権の目的不動産を設定者に賃貸することが認められる (antichrèse-bail)。これは債務者からの占有奪取による物の用益の奪取、ならびに、債権者の管理費用負担といった不都合を避けることを目的とする。

不動産質権は不動産価値に見合った与信を十分に受けられないことから従前はあまり用いられていなかったが、1985年1月25日の法律によって抵当権の効力が弱体化されたのを機に用いられるようになった。そこで、前記の不都合を回避するために antichrèse-bail が開発されたのである (N. Rontchevsky, note sur Cass. civ.3, 18 déc. 2002, Banque & Droit, n°88, 2003, p.55.)。これが有効であることは、2006年改正によって2390条で認められる以前から判例で認められていた。

Cass. civ.3, 18 déc. 2002, B. III. n°261は、質物であるホテル敷地を債務者に使用させ続けていたが、占有の対価を債務者が支払うのを止めた後も占有を質権者の下に置くような行為に着手しなかったことをもって、設定者からの占有奪取という要件が充たされなくなったとした原判決を、設定者は不動産質権者の計算で占有を継続しているとして、破毀したものである。破毀院は、債務者からの占有移転は純粋に法的なものであってよく公示によることができるとし、賃料の支払が停止されても法的な占有奪取は消滅しないとした。

学説の多くも従前から antichrèse-bail に好意的である。その理由は、例えば次のように説明される。不動産質権者は不動産を第三者に占有させることができる。不動産が質権設定前に第三者に賃貸されていた場合がそうであるし、質権設定後であっても可能である。賃借人は不動産質権者の計算で所持する単なる所持者である。同様に、特に不動産質権が複数の質権者のために設定されている場合には、「適当な第三者」に占有させることもできる。債権者が個人的に収益することは必要ではない。このように物的な所持のない法的な移転を認めるのであるから、質物を債務者自身に貸してはならないということはない (Avis de M. Olivier Guérin, JCP G. 2003. II. 10024, p.297.)。また、不動産質権者が自らの法的占有を保持する意思を示すための行為をしていないとして質権を無効とすると、債務者は賃料を支払わないばかりでなく不動産質権も消滅することで、債務者が債権者に対して優位に立つという奇妙なこととなる。不動産質権者が管理を怠ったからといって、不動産質権者としての占有の性質を変化させるものではなく、担保は消滅しない (Guérin, op. cit., p.298.)、というのである。

34) 占有非移転型質権導入の目的は、特定性原則を緩和することで、質権によって担保された信用の供与を促し、経済を活性化することにあつたとする Albiges, op. cit., n°10はこの問題点を裏側から説明するものである。Legeais, op. cit., n°484 et s も同様。

点のうちのいくつかは解決される³⁶⁾。質権者が質物の保管・保存義務を負う点については、第三者がこれらの義務を負うことになる一方、設定者が質物を不当に処分するリスクも負わなくて済む³⁷⁾。また、第三者が質物を占有することで同一物を複数の質権者のために質入れすることが可能となり、質物の有する経済的価値のすべてについて信用を得られるようになる。

しかし、第三者が無償で質物を占有することは考え難く、費用が掛かるのが難点である³⁸⁾。

第2章 2006年改正後の状況^{39),40)}

本章では、まず動産質に関する2006年改正の内容を概観した後、占有移転型質権と占有非移転型質権との効果の差異を明らかにする。そして最後に、占有移転型質権と占有非移転型質権とを併存させた理由について論じる。

(1) 2006年の担保法改正により、質権は有体動産質である *gage*、無体動産質である *nantissement*、不動産質である *antichrèse* に整理された。有体動産質と無体動産質に別個の名称を付与した点が注目される。

また、本稿との関係で最も重要なのは、有体動産質の一種として占有非移転型質権を認めた点である。もっとも、この点については、占有非移転型質権を

35) Legeais, op. cit., n°455.

36) Aynès = Crocq, op. cit., n°508 ; L. Andreu, *Gage avec dépossession contre gage sans dépossession*, D.2012.1763.

37) 他方で、設定者も質権者による不当処分のリスクを負わなくて済む。

38) Aynès = Crocq, op. cit., n°510.

39) 2006年改正後のフランス動産質法制については、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）53頁以下、同「フランスの動産・債権担保制度」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保』（商事法務・平成27年）171頁以下。本稿では占有移転型質権と占有非移転型質権の効果の相違にのみ着目していることから、それ以外の効果についてはこれらの論考を参照されたい。

40) 2021年9月15日の担保法改正に関するオルドナンス2021-1192号によって、自動車質に関する特別規定が廃止されるなど有体動産質に関する規定も一部が改正されている。本稿では、このオルドナンスによる改正は必要に応じて註で言及するにとどめる。

認めた特別法が従前からあったため、改革は見かけだけのものであるとの評価も見られるところである⁴¹⁾。

占有非移転型質権が認められたことから、有体動産質を定義する2333条1項も優先効に着目した規定ぶりとなっている。有体動産質の効力要件は、書面の作成とされている（2336条）。そして質物の占有移転は効力要件ではなく、公示とならんで対抗要件の1つとなった（2337条1項・2項⁴²⁾）。この点は、占有移転を効力要件としていた改正前の判例・通説の考え方からの大きな変化である。占有非移転型質権は、コンセイユ・データのデクレによって定められる特別の登録簿への登録によって公示される（2338条）。

その後2008年改正により、占有非移転型質権に擬制留置権⁴³⁾が付与された（2286条1項4号）。

さらに2009年改正により、不動産質の名称が *antichrèse* から *gage immobilier* に変更された（2387条）。

この名称変更は、学説では極めて評価が低い。

クロックは、この変更によって用語が明確になったとも言えず、担保法の発展を無視するものである。2006年の立法者が担保の種類ごとに呼称を与えたのに *gage* としたのは混乱を招く、とする⁴⁴⁾。

また、カブリラックらは、2009年改正では、*gage* は〔不動産に関しては〕占有移転という担保化の方法によって特徴づけられるものであり、目的物の性質によるのではないことが示唆されている。これは、2006年の改正が有体動産か否かという区分を取ったことと矛盾している、とする⁴⁵⁾。

41) Legeais, *op.cit.*, n°481.

42) なお、2022年1月1日に施行される2337条2項では、船荷証券等の目的財産を表象する証書の引渡しも、質物の占有移転と並んで対抗要件とされる。

43) 擬制留置権については、下村信江「フランス法における留置権の効力に関する一考察」道垣内博人ほか編『社会の発展と民法学 上巻』（成文堂・平成31年）456頁以下。

44) P. Crocq, *Des chrysanthèmes pour l'antichrèse?*, *Revue Lamy droit civil*, n°55, 2008, p.65, n°2.

45) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op. cit.*, n°588.

両者とも2006年改正によって、有体動産・無体動産・不動産の担保についてそれぞれ別個の名称を付与したにもかかわらず、有体動産質に用いられた *gage* という文言を不動産質に用いた点を、混乱を招くものとして批判している。

占有移転の有無によって用語を変えるべきかについては両者の見解は明確ではないが、別の名称を付与すべきとの見解が見られる。

ルジェは、占有非移転型質権を指すのに *gage* という文言を維持したのは遺憾である。占有移転の有無によって根本的に異なっているからである。立法者は担保目的物に着目して分類基準としている。しかし、占有非移転型質権は占有移転型質権よりも抵当権に近いものである、とする⁴⁶⁾。

それでは、占有非移転型質権と占有移転型質権は、性質上も2つの別の担保なのか。この点につきアンドルーは、次の4つの理由から1つの担保であると解すべきであるという⁴⁷⁾。第1に、当事者は、設定時に第三者に質権を対抗する方法を選択することを求められておらず、途中で対抗の方法を変えることもできる。第2に、債権者が質物を占有している場合に質権を公示することは妨げられない。これによって債権者は公示によって得られる利点（例えば商法L.622-24条）を享受できる。第3に、質権に関する民法の規定は、対抗要件がいかなるものであるかに関わりのない単一のルールに従うものとして規定されている。第4に、2006年改正当時は、2286条1項1号により占有移転型質権者にもみ留置権が認められたことで、一定の条件下では留置権が無効化される（2340条2項参照）ものの、占有非移転型質権者よりも優位になっていた。ところが、2008年に占有非移転型質権者に擬制留置権が認められ、こうした占有非移転型質権の利用を抑止するような差異は消滅している。

後述するように擬制留置権の効力は占有移転型質権者に与えられる留置権のそれよりも弱いものであることから、第4の理由付けに関しては疑問もあるも

46) Legeais, op. cit., n°481.

47) Andreu, op. cit., p.1761.

の、他の理由付けはいずれも説得力があり、有体動産質という1つの担保類型として把握すべきである。

(2) それでは、占有移転型質権と占有非移転型質権とで効力に差異はないのか。以下のいくつかの差異が見いだされる。

第1は、質物処分の相手方保護に関する。

質権設定後に設定者が質物を第三者に不当に処分した場合について、2337条3項は、「有体動産質権が適式に公示された場合には、設定者の特定承継人は2276条を援用することはできない。」⁴⁸⁾とする。

ここでは、質権者からの直接の取得者については即時取得の成立が排除されている。しかし、転得者については即時取得が認められている⁴⁹⁾。

これに対して占有移転型質権の場合は質権者のもとに質物の占有があるわけであるから、仮に設定者が不当処分をしても処分の相手方は目的物の占有を取得することができない⁵⁰⁾ために、即時取得の成立する余地はない。2337条3項は設定者からの直接の取得者について即時取得を排除することによって⁵¹⁾占有移転型質権の場合と同等の保護を質権者に付与しようとしたものと考えられるが、前述のように転得者による即時取得が排除されていないことから、この点

48) 2006年改正法の翻訳は、平野裕之・片山直也訳「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163頁（平成19年）を参照した。

49) この点については、2337条3項が *les ayants cause à titre particulier* という複数形の表現を取っていることから、転得者も含みうるのではないかとの疑問もある（R. Boffa, *L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession*, D.2007.1161 et s, n°5.）。しかし、公示が物によっては検索できないことから、転得者や無権利者からの取得者に対しては、公示が機能しない、として転得者は含まないとの結論に至る（Boffa, *op. cit.*, n°21.）。

50) 現実の占有がない点とならんで、占有非移転型質権においては密行性がない点も指摘されており（Andreu, *op. cit.*, p.1762.）、これも即時取得を妨げる要因となる。すなわち、占有移転型質権ではインターネット上で無償での公開という形での公示がなされないことから、債務の存在や動産を担保に供したことを第三者に知られなくて済むという点で密行性があるというのである。そして、質権設定を知られることは多くの設定者の回避したいところであるとして、占有移転型質権の優位を説く。

で占有非移転型質権の方が効力が弱いとの評価を受けることとなる^{52,53)}。

また、占有非移転型質権の目的物については即時取得が認められないことから、動産を取得する際には、当該動産が占有非移転型質権の目的とされていないことを常に確認しなければならない、このことは有体動産取引を阻害することになるとの批判もある⁵⁴⁾。特に、占有非移転型質権の公示は物によって検索するシステムとなっておらず⁵⁵⁾、設定者の氏名によって検索するものとされていることから、確認をするについても非常な困難を来すことが想定される。

それでは、質権が設定されたものの質物が実は設定者の所有物ではなく他人

51) 2337条3項が即時取得に関する2276条を援用したことについては、2276条は前主が無権利であることを即時取得の成立要件とするのであり、設定者の権利の特定承継人に適用されることを想定したものではない。占有非移転型質権の設定者は質物の処分権限を有しているのだから、即時取得によるまでもなく所有権や後順位の質権を取得できる。前主が所有者ではないことを知らなかったが公示により担保を知りえた占有者については、担保を対抗できる。すなわち、2279条と担保の対抗力は峻別されなければならないのである、との批判がある。(Boffa, *op. cit.*, n°4, 10, 11 et 19.)

しかし、前主は質権の負担付でしか質物を処分できないと考えれば、質権の負担なしに質物を即時取得する可能性は認められるのではないかの疑問がある。

52) J. -J. Ansault, *L'efficacité du gage sans dépossession*, in N. Borge = O. Gout, *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, 2016, p.101, n°6.

53) なお、A. Hontebeyrie, *Le gage et le nantissement*, in Y. Blandin = V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés?*, 2019, p.21, n°12は、2337条3項は3つの側面から修正されるべきとする。第1に、問題となる権利承継人が公示後に物について権利を取得した者に限定されていないことである。質権契約締結後だが公示前に現れた善意の第三者は即時取得ができない。しかしこれは条文の意図するところではない。第2に、転得者への適用問題である。転得者は質権の存在を知りうる手段を持たない。しかし2337条3項は転得者への適用可能性を明確には排除していない。同項が *les ayants cause* としているのも、連続的な取得者の存在を示唆する。第3に、同項は営業活動の場合を除いては適用すべきでない。

54) Boffa, *op. cit.*, n°4, Aynès = Crocq, *op. cit.*, n°509.

55) 動産の所在を固定することができないこと、占有非移転型質権の目的となりうる動産が多種多様なものであることによる (Boffa, *op. cit.*, n°25.)。ボッフアは、占有非移転型質権の目的動産を一般化した点を批判し、占有非移転が設定者にとって必要な物に限定するのが賢明であったと考えられる、とする (Boffa, *op. cit.*, n°25.)。

物であった場合はどうか。他人物への質権設定は無効である（2335条）⁵⁶⁾。そして、占有移転型質権の場合にのみ即時取得が成立しうる⁵⁷⁾。占有非移転型質権の場合は、質権者が占有を有しないためである。この点でも、占有移転型質権の方が強い効力を有するものと言える⁵⁸⁾。

第2は、代替可能物の質入れに関わる。

2341条1項は、「①占有移転型質権が代替可能物を対象とする場合には、債権者は、自分に属する物とは分離してその物を保管しなければならない。これに違反した場合には、設定者は、2344条1項の規定を援用することができる。」と定める。

代替可能物に占有移転型質権を設定した場合は、質権者の手元に質権の目的物があり、かつ、同2341条1項によって質権者には分別保管義務が課されるわけであるから、設定者の所有物のうちで質権の目的物となつたとそうでない物との区別は明確である。その点で、占有移転型質権の場合は、代替可能物を質物としても、包括担保となる危険が少ないものと言える。

代替可能物である質物が質物保管者の権限内の処分によって特定性を失ったり譲渡されたりした場合に質権者が設定者に何を返還すべきかについては、2341条2項と2342条が定める。占有移転型質権の場合については、2341条2項が、「②合意により債権者がこの義務を免除されている場合には、債権者は質に供された物の所有権を取得し、同等のまた同量の物を返還することを義務付けられる。」と定め、占有非移転型質権の場合については、2342条が、「占

56) 2022年1月1日施行の改正2335条では無効ではなく取消し可能とされる。

57) Andreu, *op. cit.*, p.1762.

58) 第三者所有物について質権を設定することはできないが、所有権留保の目的物であっても占有移転型質権の場合には即時取得によって質権の効力を留保所有権に優先させることができる（代替可能物の質入れ事例であるが、Cass. com., 26 mai 2010, B. IV. n°98. 当事者間の合意で質物を元の質物とは性質・品種の異なるものに差し替えることが認められていた事例であり、熟成中のハムが熟成済みのハムに差し替えられた事案において、熟成済みのハムの売主が有していた留保所有権に質権を優先させたものである）。この点も、占有非移転型質権に比べて優位である。

有非移転型質権が、代替可能物を対象としている場合には、同等の物の同量によって補填することを義務付けつつそれを合意により容認しているときは、設定者はその物を譲渡することができる。」と定める。いずれにおいても、元の質物と同等のまた同種の物を返還しなければならないとされており、この点に差異はない。

占有移転型質権の場合は、質権者の分別保管義務を免除しうるものとされている。混合保管をするばかりでなく質物を処分することができるかは明文がないが、質権者が所有権を取得するのであるから、これも認められる⁵⁹⁾。占有非移転型質権の場合は当事者間の合意がある限りで⁶⁰⁾設定者は質物を譲渡できる。いずれにおいても、当事者間で合意があれば、質物保管者は質物を処分できる。

以上のように、代替可能物の質入れに関しては、包括担保の危険という事実上の問題において差異がありうるとどまる。

第3は、留置権の内容に関わる。

占有移転型質権の場合、占有によって質権者には留置権が認められる（2286条1項1号）。質物の留置権には不可分性が認められ、留置権は第三者に対抗でき、占有非移転型質権の登録が先行するのでもなければ（2340条2項）、他の先取特権者や所有権留保売主による差押えを禁じることができる。

これに対して2006年改正の時点では、質権者が質物を占有していないことから、占有非移転型質権には留置権が認められていなかった。その後、2008年になってようやく擬制留置権が認められた（2286条1項4号）。しかし、擬制留置権には、実現方法が明確ではないこと、擬制留置権によっては質権者に

59) アンリ・カピタン協会の作業グループ案では、2342条を占有移転型質権にも適用することで処分可能性を明確にすることが提案されていた。この提案は、2022年1月1日施行の改正2341条3項によって実現されている。

60) この点について、アンリ・カピタン協会の作業グループ案は、反対合意がない限り質物を譲渡できるとの提案を行っていた。この点は2022年1月1日に施行される改正2342条ならびに前述の改正2341条3項に織り込まれた。

は質物の使用差止権は認められないこと⁶¹⁾という弱点がある。また、商法 L.626-1 条によって事業譲渡がなされる場合を除き、商法 L.622-7 条 I-2 項ならびに L.631-14 条 1 項は、擬制留置権は、観察期間ならびに保護計画、裁判上の更生計画遂行中は、倒産手続に対抗できないとする⁶²⁾。これに対して占有移転型質権の場合には、債務の支払いがあるまでは留置権を対抗できる（商法 L.622-7 条 II 第 2 項）から、擬制留置権の方が効力が弱い⁶³⁾。

第 4 は、権利行使に関わる。

質権者による権利行使に関しては、占有移転型質権の方が以下の 3 点で優位に立つ⁶⁴⁾。第 1 に、質権者は質物の果実を取得し、利息・元本に充当できる（2345 条）。第 2 に、判例⁶⁵⁾は、質権者に占有期間中の時効中断効を与えているため、質物を占有している限りは消滅時効が完成せず、占有移転型質権の方が有利である。第 3 に、占有移転には、事前の保全差し押さえとしての機能があると言われる。占有移転がないと、「債権者は質物を発見できないという重大なリスクを負ったり、第三者が即時取得したりするリスクを負うことになる」というのである。もっとも、この第 3 点については、異論もある。2337 条 3 項は占有非移転型質権の質権者のために、質物が第三者に譲渡された場合につき即時取得を排除しており、また、2340 条 2 項は登録後には占有非移転型質権の質権者に対抗できる留置権の成立を否定している、というのである。しかしながらこれらの条文は弥縫策にすぎず、占有移転の機能を凌駕するには不十分である。2337 条 3 項は、特定承継人による即時取得の成立を否定するのみである。この条文の要件が満たされていることは質権者が立証しなければならないばかりか、転得者が現れた時には質権者は保護されないのである。2340 条については、

61) *Ansault, op. cit., n°17.*

62) 非占有質であることは、目的物が企業活動に有用・不可欠で再生の機会を与える物であることを意味するから、擬制留置権は原則として倒産手続で効力を失うと説明される (*Hontebeyrie, op. cit., n°14.*)。

63) 倒産手続における擬制留置権の効力一般については、下村・前掲 459 頁以下。

64) 以下、この段落の記述はすべて *Andreu, op. cit., pp.1763-1764* による。

65) *Cass. com., 31 oct. 2006, B. IV. n°212.*

後順位質権者の留置権を無効にするのみであって、先行する質権者にさらに優先する権利の存在を否定するものではない。

このほか、裁判による付与によって質権を実行するには、質権者が質物を保管していることが要求されている（2347条1項）から、占有非移転型質権では裁判による付与は認められないものと言える。さらに、占有非移転型質権では質権者が占有を有しないために、強制売却のための費用ならびに時間がかかること⁶⁶⁾、2340条1項・2項によって配当の順位が決まることから、配当に際して他の債権者が優先権を主張してくる可能性があること⁶⁷⁾も、占有移転型質権の優位性を示す。

(3) 2006年改正では占有移転型質権は存置された。なぜ、占有移転型質権と占有非移転型質権とが併存しているのだろうか。

占有移転は、質権の公示という点では不完全であるとされる。それは、質権の設定者は占有を失っているから外観上も所有者とは見られず、外観に対する信頼は生じない。その反面、質権者が動産を占有しているからといって、その占有がいかなる権原に基づくものであるかは質権設定契約の当事者以外の者には明らかではない、ということである。

このように占有移転型質権には公示の点での弱点があり、かつ、前述のように設定者が動産の使用を継続できないなどの点で不便である⁶⁸⁾にも拘らず占有移転型質権は存置されている。

それは、従前の慣習の影響⁶⁹⁾や前述した種々の利点、とりわけ擬制留置権に比べて格段に強い効力の留置権が占有移転型質権には認められることによるばかりでなく、登録による公示によって質権設定の事実が明らかになることを設

66) Ansault, op. cit., n°5.

67) Ansault, op. cit., n°9.

68) Andreu, op. cit., p.1762は、債権者への占有移転という「原始的かつ非経済的な」実務上の不便がある占有移転型質権との戦いに、占有非移転型質権は勝利したとする。

69) Andreu, op. cit., p.1762は、「慣習の力」のみによるのではなく、占有非移転型質権の不十分さによるものと説明する。

定者が嫌ったことによるものと解される。

第3章 わが国への示唆

(1) 2006年のフランス民法改正によって占有非移転型質権が導入されるまでは、わが国とフランスの質権をめぐる状況は類似していた。質物の占有移転が要求されることに伴う問題点として、設定者が動産を継続的に使用できないことや質権者が質物を占有することで質物の管理義務が生じることなどは、両国で共通して問題視されていた⁷⁰⁾。

また、質権設定契約の要物性についても、動産の引渡しが無ければ全く効力がないと解するのではなく、質権者の設定者に対する質物引渡請求権は発生し、引渡しが質権の効力発生要件と解する見解が有力である⁷¹⁾点も共通である。

占有移転の機能のうち、占有移転によって設定者に担保権の設定を自覚させる機能はわが国ではそれほど強調されてこなかったが、質権の留置的権能の裏面としての弁済促進効は指摘されていたところである。

(2) 以上のように、2006年改正以前のフランスにおけるわが国の状況とは類似していたところ、フランスでは占有非移転型質権を導入することによって問題点の解決を図ったわけである。

こうした占有非移転型質権の導入自体に対する反対はあまり強くない。その要因としては、第1に、前述のような質物の占有移転が要求されることに伴う問題点が存在していたこと、第2に、質権設定契約が要物契約であるか自体をめぐる議論を通じて質物の占有移転がない状態での質権設定契約にも一定の効力を認めるとのコンセンサスが得られていたために、この効力を登録という形で公示すると発想が出てきやすかったこと、第3に、すでに特別法によって占有非移転型質権が認められていたために、それを民法典に導入して一般化できるだけの素地があったこと、が挙げられる。わが国においても、第1、第2

70) わが国の議論について、道垣内弘人編『新注釈民法(6)』(有斐閣・平成31年)459頁〔直井義典〕。

71) わが国の議論について、道垣内編・前掲478頁〔直井〕。

の点は共通であるし、第3の点に関しても、「質権」という名称ではないものの、動産の占有非移転型担保として船舶抵当や航空機抵当が認められている。以上から、わが国でも占有非移転型の動産担保を民法典に取り込んで明文化することは検討に値する⁷²⁾。

しかし、フランスにおいても占有非移転型質権の導入によって問題点が解決されたわけではない。それは、占有非移転型質権の効力が占有移転型質権のそれに比べて弱いことに起因しており、占有移転型質権と占有非移転型質権が併存する原因ともなっている。

占有非移転型質権に対する占有移転型質権の優位性を関係者それぞれの立場から改めてまとめると、以下ようになる。質権者にとっては、質権者自身が質物を占有していることから設定者が質物を不当に処分する危険がないこと、不当処分の相手方が即時取得できないとしてもさらに転得者が即時取得する危険があるがこうした危険から免れること、設定者に倒産手続が開始されても倒産手続外で担保権を実行できることが挙げられる。設定者にとっては、自己のもとに占有がないことから質物の管理をしなくてよいこと、担保目的物が明確であり包括担保となる危険が少ないことが挙げられる。第三者にとっては、質物であることが明確になることが挙げられる。

他方で占有非移転型質権の問題点は、占有非移転型質権の公示手段が登録であることから、動産を取得しようとする第三者は常に登録の有無を調査しなければならないことである。フランスでは登録がインターネット上で無償公開されていることから取引費用の増大は回避されているものの、取引の迅速性は阻害される。この原因は、動産一般に占有非移転型質権を認めたことにある。また、インターネット上で公開されているために、氏名を入力すれば動産に質権を設定した事実は容易に知りうることから、質権設定の事実を公にしたくない設定者にとっては利用しづらい制度となっている。

そこでわが国で占有非移転型質権を導入するにあたっては、公示手段として

72) 動産譲渡担保が実務上広く認められていることは指摘するまでもない。

登録を用いるとしても、あらゆる動産について登録を認めるのではなく一定種類の動産についてのみ登録を認めることとするべきである。また、占有非移転型質権の利用を促進するためには、質権の登録をインターネット上で公開するのではなく利害関係人のみが閲覧できる仕組みとすることが望まれる。

そして、占有非移転型質権の対象となるのは一定の種類の動産に限定される以上、占有移転型質権に関する規定と併存させることが必須となる。

(3) 最後に名称の問題について触れておく。

フランスでは2006年改正によって有体動産質に限定された *gage* という名称が、2009年改正により占有移転型不動産質にも用いられることとなった。これによって、*gage* という名称は、担保目的物を画する機能を失ったこととなり、この点が学説で強く批判された。他方、動産担保については占有移転の有無を問わず *gage* という名称が用いられており、この点については、占有移転型質権と占有非移転型質権とは別個の担保類型ではなく、また、これら相互の移行は認められるべきであると考えられていることから、学説上の批判はない。

わが国においては、民法上、不動産の占有非移転型担保のみが抵当とされるほかはすべて質との名称が付与されており、目的財産によって動産質・不動産質・権利質と分類されている。特別法では、船舶抵当や航空機抵当のように動産の占有非移転型担保に抵当という名称が用いられている。

フランスでは *gage* に有体動産質と不動産質とが含まれる点が批判されるわけであるが、これは無体動産質に *nantissement* という別個の名称が付与されていることに起因するものと考えられる。すなわち、質権全体を包摂する用語がないところで *gage* に有体動産質のほか不動産質を含んだ点が批判されるのである。これに対してわが国の質は *gage* と異なり、質権全体を包摂する用語である。したがって、動産質・不動産質・権利質との名称を維持すべきである。そして、占有非移転型動産担保を民法典に導入した場合、これに動産抵当という名称を付与して、担保の目的財産と占有移転の有無という2つの観点から分類軸を形成するのも一案である。しかし、占有移転の有無を物理的に想定できる動産や不動産の場合とは異なり、権利については占有移転の有無を論じるこ

とが困難であり、権利の担保化については質と抵当の区分は困難なものとならざるを得ない。したがって、あえて動産抵当概念を導入して抵当権を不動産抵当と動産抵当とを包摂する用語として再構成する必要はなく、抵当という名称は不動産の占有非移転型担保に特有の概念として存置し、その他の担保には質という名称を付与すべきである。船舶抵当や航空機抵当も船舶質・航空機質へと名称を変更することが求められる。

*本稿は、令和3年度科学研究費補助金・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 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)