

債権質規定の存在意義

直 井 義 典

はじめに

第1章 2006年担保法改正以前の債権担保

第2章 債権の占有

第3章 現行法における債権質と債権譲渡の差異

第4章 フランス法からの示唆

はじめに

(1) 伝統的な不動産担保に代わり、実務上、動産担保・債権担保の重要性が高まって久しい。特に債権は生産に必須の手段ではないために生産設備を維持しながら資金調達ができること、債権者からしても換価手続が不要であるだけ債権は執行が容易であることから、債権担保の重要性はますます高まっている¹⁾。

債権担保の手段としては、債権質・債権譲渡担保・代理受領などが考えられる。このように債権の担保化手段としては種々のものがある中で、民法典が明文をもって定める債権の担保化手段は債権質のみである²⁾。ところが債権質

1) D. Legeais, Les garanties conventionnelles sur créances, 1986, n°2. (以下、「Legeais, op. cit.」とは本書を指すものとする。) M. Julienne, Le nantissement de créance : un outil efficace?, in N. Borga = O. Gout (dir.), L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 2016, n°3 (以下、「Julienne, op. cit.」とは本論文を指すものとする。)も、債権質の存在意義は倒産手続において優先性が認められる点以上に、迅速かつ安価に被担保債権を回収できる点にあるとする。

と債権譲渡担保との差異は明確ではない。質権が目的物の引渡しを成立要件としている(344条)のに対して譲渡担保では所有権³⁾の移転がなされるわけであるから、区別は明確であるようにも思える。しかし、無体物である債権について占有移転を観念することができるのかがそもそも問題であることから両者の区別は明確なものではなくなるのである。

債権の占有移転とは何かが問題となることは、民法典の起草過程でも意識されていた。起草者によれば、動産を有体物に限定した(85条・86条2項)ことから権利質の規定を独立して定めざるを得なくなり、準占有の規定にならって質権の章の末節に権利質の節を置いたとされる⁴⁾。そして、譲渡に証書の交付を要する債権を質権の目的とする場合には証書の交付が質権の効力要件であるとしていた(旧363条)反面、こうした証書がない場合には合意が成立要件であるとされているから、債権質では占有移転は問題とならない、と解していたのである⁵⁾。このように質権の最大の特徴とも言うべき占有移転が観念されない以上、債権質を債権譲渡担保と別途観念する必要性はない、債権質の独自の存在意義はない、とも考えられる。むしろ占有移転が考えられないのであれば債権質という表現は理論上は不適切であり、立法論上は、債権担保の規定としては債権質ではなくむしろ債権譲渡担保の規定を置くべきであるとさえ考えられる。

もっとも、債権譲渡担保は明文で認められた制度ではなく、担保目的でなされる債権譲渡をこのように呼びならわしているにすぎない。他方、債権質は債

2) 権利質の一種として民法典に規定がある(362条以下)ほか、法人が設定する場合に限られるが、動産債権譲渡特例法にも規定がある(同法14条)。もっとも、後者は債権譲渡登記ファイルへの記録登記(質権設定登記)を対抗要件とするものであるから、実質的には債権抵当と呼んで良いものではある。

3) 債権の場合は所有権を観念しないのが通説であるから、債権譲渡担保に関しては債権の帰属が移転されると言うべきところであるが、フランスでの表現にならった。

4) 『法典調査会民法議事速記録 二』(商事法務研究会・昭和59年)579頁〔富井政章〕。693頁〔富井〕、693-694頁〔梅謙次郎〕も参照。

5) 前掲・速記録701頁〔富井〕。

権担保手段としては唯一明文規定のある制度である。そのため、立法のドラステックな変動を避けるという消極的な理由から債権質規定の存置に意義を見出すことができなくはない。また、民法典は権利質一般について定めを置いているのであり（362条）債権質はその一種として位置付けられているに過ぎないのであるから、地上権などの債権以外の権利について質権が設定できる旨の規定を置く意味はあるとして権利質規定を擁護することは考えられる。特別法によって質権の設定が認められていることもある（例えば特許法95条）が、これらの権利質の根拠として民法典に権利質の規定を置くことに意義があるとも言える。しかしここでも、そもそも権利の占有移転は考えられるのかという、債権質における同じ問題に立ち返ってしまう。362条を除けば民法典の権利質の節に残されているのは364条と366条の2か条のみであり⁶⁾、いずれも債権質に関する規定であるから、権利質の中核をなすのは債権質だと言わざるを得ない。そうだとすれば、債権の占有を観念し得るのかという問題を解決しないことには、債権質規定を擁護することはできず、ひいては権利質規定の正当性にも疑問が生じることとなる。担保法制の改正に向けて議論が進められている現在、立法論としても、債権の担保手段として競合する複数の制度間で債権質を選択して民法典に規定を存置することにどれだけの意義があるのかは検討しておく必要があるだろう。

また、債権質規定を存置するにしても、その内容は実務上の要請に応えるための基盤を提供するものでなければならない。とりわけ、小口・多数の債権による資金調達を可能とするための複数債権の担保化手段の確立、集合債権の金融技術の進化に伴う電子化への対応などが求められる⁷⁾。それと同時に、不動産・動産と債権を同時に担保化するケースや、動産が売掛金債権に転化するケースも想定すると、債権担保は不動産担保・動産担保と整合的なもので

6) 平成29年改正において旧363条・旧365条が削除されたが、これらも債権質の規定であった。

7) Voy., Legeais, op. cit., n°17.

8) Legeais, op. cit., n°21.

あることも求められる⁸⁾。また、ある特定の場面のみならず一般的に用い得る制度であることが求められる⁹⁾。こうした課題にこたえ得るのでなければ、債権担保のモデルとして債権質を選択することには正当性がないということになりかねない。

そこで本稿では、債権担保の方法として民法典に権利質の規定を存置することの正当性の有無を検討するために、フランス法を参照する。

(2) フランス法を参照するのは、以下の理由による。

フランスにおいて、2006年担保法改正以前には債権質に関する規定は動産質に関する規定の中にわずか2か条が含まれているのみであり、債権質というカテゴリー自体が独立性を有していなかった。ここにはわが国とは異なり債権は動産に含まれる(無体動産)¹⁰⁾との前提が反映されているわけであるが、質権に引き付けて考えると、債権について占有移転を観念できるかは、動産質の一種としての債権質においてはわが国における以上に重大な問題であった。その後の2006年担保法改正によって質権についてもその目的が有体動産であるか無体動産であるかによって規定が分けられることとなったために、民法典上、債権質が独立のカテゴリーとして成立することとなった。この点のみに着目すると、動産質から切り離されることによって債権の占有移転を有体動産の占有移転とは別個に考える基盤が出来上がったと同時に、債権担保における債権質という制度の重要性が増したように見える。

9) ルジェは、民事・商事という区分けは、一方で大規模な非商人がおり他方で零細な商人がいるという現実に対応していないとして、見直しを求める(Legeais, op. cit., n°17.)。商事目的でのみ用いうる担保制度では不十分であるということである。

10) 529条「① 元本を請求することができる金額若しくは動産物件を目的とする債権及び訴権又は金融、商業若しくは工業の会社における株式若しくは利益持分は、それらの事業に服する不動産が会社に属する場合であっても、法律の定めるところによって動産である。それらの株式又は利益持分は、会社が存続する限りにおいて、それぞれの社員に対してのみ動産とみなされる。

② 永久又は終身の定期金もまた、国に対するものであれ、個人に対するものであれ、法律の定めるところによって動産である。」

他方で、1981年のダイイ法によって、特別な領域に限ってではあるが、明細書交付による債権の質入が債権譲渡と同じ条文で認められた¹¹⁾。さらに2009年の民法改正によって、やはり限られた要件の下においてではあるが、担保のためのフィデュシー譲渡の規定が導入された(2372-1条以下)¹²⁾。こうして債権質と担保目的での債権譲渡とが競合する局面が明文上も見られるようになり、債権質の存在意義が改めて問われることとなったのである。

このように、フランスでは、民法典の構成においては債権質の有体動産質からの独立性が強まり規定が整備されたことにより、従前と異なり、債権質が債権担保の中心に位置づけられることとなったと考えられる。その反面で、債権担保手段として債権質が他の手段と競合している¹³⁾点はわが国と共通している。

(3) 以下、第1章では2006年担保法改正以前の債権質規定の有していた問題点を明らかにすることを中心課題としつつ、他の債権担保手段も債権質の代用物としては不十分であったことを示す。次いで第2章では、債権質の抱える理論上の問題点である債権の占有の内実を明らかにすることで、理論上も債権質が成立しうることを示す¹⁴⁾。第3章では、第2章で明らかにした債権の占有理解を受けて制定された現行法の下での債権質規定の内容を債権譲渡規定と比較するとともに、第1章で指摘した問題点への対応が条文上いかなる形でなされたのかを明らかにする。最後に第4章では、以上のフランス法の議論に示唆を得て、わが国で債権質規定を存置することの意義を検討する。

11) Julienne, *op. cit.*, n°1は、行為時に第三者に対抗できる点(2361条)や通知後に直接に支払いを求める権利がある点(2363条)などに類似性がある(第3章参照)ことから、債権質とダイイ譲渡には親子関係があるとする。

12) Julienne, *op. cit.*, n°2は、今日では、質は質権者への所有権移転がないために弱い効力しか有しないとの考え方には疑問が呈されており、債権所有権の移転がなくても質権者には支払いを受ける権利が排他的に与えられ、フィデュシー譲渡に比肩しうる有効性があるとの考えが示されているとし、債権質とフィデュシー譲渡との競合関係を指摘する。

13) なお、Cl.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, 2018, n°2は、担保間に競合があるというためには、それぞれの制度間での代替性がなければならないとする。

14) 原謙一「フランス法における債権質権」横浜法学22巻1号(平成25年)79頁以下も、フランスの債権質における占有の内容・機能に着目する。

第 1 章 2006 年担保法改正以前の債権担保

(1) 2006 年の担保法改正以前、民法典は債権担保の手段として債権質 (gage) のみを用意していた。しかし債権質の規定は動産質の節の中に置かれるに止まっていた¹⁵⁾。その原因は、債権が動産の一種であり、起草時には債権は信用供与のために通常用いられる手段としては考えられていなかったためと考えられる¹⁶⁾。

このように債権質は債権を担保に供する手段としては民法典上唯一のものであったものの、実務上はあまり利用されていなかった。それは決して債権担保が信用供与のために通常用いられる手段ではないという状況が現代でも続いているためではない。債権質の規定に問題がある¹⁷⁾ために、債権質に代わって後述する諸制度が用いられていたのである¹⁸⁾。

ルジェはこうした状況を、債権質に関する規定の不完全性と不適切性の 2 つの側面から説明する^{19,20)}。

条文の不完全性として第 1 に指摘されるのは、質権の目的たり得る債権の性質が明らかにされていないこと、特に将来債権が質権の目的たり得るかが明らかでないこと²¹⁾である。この点について学説は分かれており、否定説は質権設

15) これに対してドイツ民法では独立した債権質の節 (第 3 編第 8 章第 2 節) が設けられており、ルジェもこの点を指摘していた (Legeais, op. cit., n°8.)。

16) Legeais, op. cit., n°8.

17) Legeais, op. cit., n°33 は、債権質が債権を目的とした担保設定の合意であるという側面が無視されているとの包括的な指摘をする。

18) Legeais, op. cit., n°7. Legeais, op. cit., n°12 では、実務上、債権質の代用品が好んで用いられるとする (Legeais, op. cit., n°22 は、特に債権譲渡が用いられるという)。また、Legeais, op. cit., n°23 et 31 は、債権担保手段が複数存在することによって性質決定に混乱をきたしていることを問題点として指摘する。

19) Legeais, op. cit., n°9.

20) Julienne, n°4 も、債務者に対する証書の送達が要求されることによって、実務上は流動債権や将来債権の質入が不可能であること、担保権者が担保化された債権の弁済を受けられないことを、2006 年改正以前の問題点として挙げていた。

定には債権者への占有移転が要求されることを根拠とし、肯定説は「将来物も債権の目的となる」とする旧1130条を根拠とする。

条文の不完全性の第2は、質入された債権の弁済を受けられるのは設定者と質権者のいずれであるかが明確ではない点である²²⁾。学説は設定者・質権者のいずれも他方の協力なしには弁済を受けられないとするが、こうした解決は迅速性を損なうとの別の問題を引き起こす。

条文の不適切性として指摘されるのは、債権については占有の取得が困難であること、ならびに、流質が禁止されていることである。このほか、旧2075条の定める成立要件が過重であるために、実務的には複数債権上の担保権設定を禁じることとなっている点、旧2075条では公示が不十分である点も批判されている。

ルジェは以上を総括して、2006年改正以前の債権質規定は迅速性と安全性の点で満足のいくものではないと評していた²³⁾。債権質は、設定・実行手続が厳格に過ぎるために迅速性を欠き、規定内容が不明確で公示が不十分であるために安全性を欠くというのである。

(2) 以上に挙げたルジェの批判点を中心に、以下では2006年改正以前の債権質規定を概観する。

2006年改正以前の民法典では2071条以下に質(nantissement)に関する規定が置かれていた。質は動産質(gage)と不動産質(antichrèse)に分けられ(旧2072条)、債権は動産の一種であることから債権質に関する規定は動産質について定める第3編第17章第1節に含まれていた。

もっとも、債権質に固有の規定として置かれたのは以下に掲げるわずか2か条のみである。

21) これに対してルジェは条件付き・期限付き債権が質権の目的たり得ることは疑いないとする(Legeais, op. cit., n°9)。

22) ルジェは明確にしていないが、後述の内容からは、ここでは被担保債権の弁済期未到来の場合を想定していると考えられる。

23) Legeais, op. cit., n°10.

旧2075条「動産債権のような無体動産について質権を設定するときは、公署証書又は適法に登録した私署証書が、動産質に付す債権の債務者に送達され、又は公署証書において債務者によって承諾される。」

旧2081条「① 債権が動産質として供与される場合で、かつ、その債権が利息をもたらす場合には、債権者は、その利息を自己に支払われることがある利息に充当する。

② その担保のために債権が動産質として供与された負債がそれ自体なら利息をもたらさない場合には、充当は、負債の元本について行われる。」

旧2075条は旧2074条²⁴⁾を受けた債権質の成立要件に関する規定であり、送達は執行吏によってなされる。旧2081条は債権質権者の利息收取権の規定である。

また、債権質は債権が動産質として供与される場合としか定義されず、旧2072条1項は動産質を動産の質と定義していた。他方で質権は次のように定義される。

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。」

また、質権の存続要件としての要物性の規定である旧2076条は以下のよう
に定める。

旧2076条「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、そこに留める限りでなければ、質物の上に存続しない。」

これらの条文では物の引渡しが要求されていることから、債権という無体動産の引渡しを観念できるのか、仮にそれが観念できるとして、現存していない将来債権についても引渡しを観念できるのかが問題となるわけである。

質権者に利息の收取権があることは旧2081条が定めるが、元本の弁済受領

24) 旧2074条「この先取権は、第三者に対しては、支払うべき金額の申述並びに動産質に付す財産の種類及び性質、又はその品質、重量及び寸法の付属一覧表を含む、公署証書又は適法に登録した私署証書がある限りでなければ、生じない。」

権者については規定がない。旧2079条第1文が質権の設定によって所有権の所在が変動しないものと定めており²⁵⁾、したがって、質権者は質物の使用・収益権を有しない。その結果、質権者には弁済受領権限がないものとも考えられる。しかし同条第2文は質物は寄託物であるとしており、寄託契約に関する1934条が受寄物が不可抗力によって奪われた場合に代位物を寄託者に返還すべきこと、1936条が受寄者は受寄物から生じた果実を取収した場合には受寄者には返還義務があることを、それぞれ定めている。これらの規定に基づいて質権者に弁済受領権限を認めることも考えられる。

元本受領権の所在については、質入された債権と被担保債権のいずれについて先に弁済期が到来するかを分けて検討する必要がある。通説によれば、質入された債権の弁済期の方が先に到来した場合、設定者は質入された債権の占有を有しないから弁済受領権がなく、質権者もまた債権者ではない以上は被担保債権の履行を求めることができない。そのため、設定者・質権者の双方が共同して受領することとなる、とされる²⁶⁾。反対に被担保債権の弁済期が先に到来した場合については、質権実行方法の問題となる。債権については、2078条1項²⁷⁾の定める質権実行方法であるせり売りや裁判上の帰属は無意味である。そこで質権者が単独で弁済を受けられるとすることが適切であると解されている²⁸⁾。

25) 旧2079条「債務者は、場合によるその強制徴収までは、引き続き質物の所有者である。質物は、債権者の手中において、その先取権を確保する寄託物にすぎない。」

26) L. Aynès, *Droit civil, sûretés, publicité foncière*, 9^eéd., 1998, n°527.

これに対して Legeais, *op. cit.*, n°103 et s は、通説は担保の維持と担保の帰属という2つの問題を区別していないとして批判する。通説によれば、被担保債権の弁済期到来までは受領した金銭が担保の目的となるから、質権者は単独で受領する権限を有さず、また流質の禁止にも反することとなるとしつつ、質権者と設定者との合意により質権者が設定者の受託者として単独で金銭を受領することはできるものと解する。しかし、債権上の担保が金銭を目的とする担保に転化されるというだけでは担保が維持されているにすぎず、受領した金銭を流質禁止に反して質権者に帰属させるという担保の実行がなされるわけではない。こうしてルジェは、質権者は担保維持義務の実行として固有の権利に基づき弁済を単独で受領できるとする。

質権の定義に引渡しが含まれ(旧2071条)、占有移転が質権の存続要件とされていた(旧2076条)ことは既述の通りである。占有が物理的な所持を意味するのであれば、証書がある場合でもなければ、ルジエの指摘するように占有は困難であると言わざるを得ず、債権質の有効性自体が問われることとなりかねない点は問題がある²⁹⁾。

また、流質は動産質においては明文で禁止されていた(旧2078条2項)³⁰⁾。前述のように、債権の場合はせり売りや裁判上の帰属が無意味であることとも相まって、債権質の実行方法がいかなるものであるかを定める規定がないこととなっていた³¹⁾。

債権質の成立要件は前述の旧2075条が定める。適法に登録した公署証書又は私署証書による質入債権の債務者への送達又は公署証書による債務者による承諾が求められる。これは債権譲渡に関する旧1690条³²⁾に類似する方法である。また旧2074条は、公署証書または適法に登録した私署証書によることで、

27) 旧2078条「① 債権者は、弁済がない場合でも、質物を処分することができない。ただし、債権者が、質物が弁済として、かつ、鑑定人が行う評価に従って相応の限度で債権者に帰属する旨、又はそれをせりによって売却する旨を裁判上命じさせることを妨げない。

② 前項の方式によらないで、債権者が質物を領得し、又は処分することを許す条項はすべて、無効である。」

28) Aynès, op. cit., n°527.

29) 後述のように、判例は引渡しを物理的にできない場合には、占有移転は不要とする(Cass. civ1, 10 mai 1983, B. I. n°141.)。

30) 不動産質でも旧2088条で禁止されていた。

31) L. Aynès = P. Crocq = A. Aynès, Droit des sûretés, 13^eéd., 2019, n°534によれば、2006年改正以前の法の下でも、債権質については質入された債権の価値が一見して明らかであるために流質禁止の存在理由が妥当しない。したがって、流質禁止は適用されず、質権者が設定者から委託を受けて債権を回収することができたとする。エネス＝クロック＝エネスが問題視するのは、設定者倒産時に債権回収委託契約の効力が否定されたり、質権者が優先権の主張にさらされたりする点にあった。

32) 旧1690条「① 譲受人は、債務者に対して行う移転の送達によってでなければ、第三者に対抗することができない。

② ただし、譲受人は、公署証書において債務者が行う移転の承諾によって同様に、第三者に対抗することができる。」

証書の日付の遡及による先取権の順位の改ざんを防止している。

執行吏による証書の送達または公署証書による承諾が要求される点、ならびに、私署証書については適法な登録が求められる点は、フランスにおける公証人の位置づけがわが国とは異なることを加味しても、やはり質権設定において負担となる³³⁾。また、債務者への送達又は債務者による承諾が要求されることから、債務者は特定されていなければならない。このことは、具体的に発生していない段階では債権に質権を設定することができないこと、さらに、各債権について逐一送達を行い承諾を得ることの不便さに鑑みると、多数の債権を質に取ることが非現実的であることも意味している。

債権質の公示に関連するのは旧2075条であるが、同条は、債務者に対して質入された事実を知らせるものであり、公示手段ではない³⁴⁾。第三者は質入の事実を知るためには債務者に問い合わせることとなるが、債務者は質入された事実を第三者に返答する義務を負うものではないから、質入の公示は十分なものはならないのである。

(3) 以上のように、2006年改正前の債権質の規定には、ルジェの指摘する種々の問題点があった。そこで、債権担保のために実務上代用手段が用いられることとなる³⁵⁾。このことは、債権質の法的規律が実務上も受け入れられていないことの裏面をなす³⁶⁾。

債権質の代用手段としてルジェが挙げるのが、代位・更改・完全指図 (délégation parfait)³⁷⁾・債権譲渡³⁸⁾・不完全指図 (délégation imparfait)・第三

33) 公署証書については旧1317条以下、私署証書については旧1322条以下に規定があった(2016年改正によりそれぞれ1369条以下、1372条以下となっている)。公署証書として認められるためには、証書が作成された地において文書を作成する権利を有する公の吏員が必要とされる厳格な方式で受理する必要がある(旧1317条)。

34) Aynès, op. cit., n°523は、旧2075条は旧1690条と同様であるとして旧1690条についてこのような説明をする。

35) ここに挙げる手段のほか、商事債権を証書化することで債権質を有体動産質に転化する手法も指摘される(Legeais, op. cit., n°15.)。

36) Legeais, op. cit., n°305。

者のためにする契約である³⁹⁾。しかしこのうち最初の3つの方法では、旧来の債権者は自らの債権者との関係で弁済を受けることができないことから、債権質の代用手段とならない。債権譲渡は破毀院によって質権設定と性質決定されている⁴⁰⁾ことから、代用手段として存在し得ていない。それに加えてルジェは、担保としての債権譲渡は、当事者は新種の担保を創出してはならないとの原則ならびに流質禁止の原則に反すること、債権者を詐害する手段となることを理

37) 指図とは、ある者(指図人)が他の者(被指図人)に指図して、本人の名で、第三者(受取人)に対して金銭その他の給付をさせることを言う。受取人の債務者である指図人が、自らが被指図人に対して有する債権の弁済を被指図人に指図すると、指図人の被指図人に対する債権が受取人のために債権質に供されたのと類似の効果が得られる。完全指図とは、指図人から被指図人への債務者の交代により更改の効果が生じる場合であり、不完全指図とはその効果を生じるに至らない場合である(山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会・平成14年)150頁参照)。

38) ルジェは、債権譲渡をフィデュシー譲渡と債務の弁済としての譲渡とに分ける。両者の区別は微妙であるとしつつも、フィデュシー譲渡では代金の支払が合意されておらず債権の移転が確定的でないのに対して、債務の弁済としての譲渡では当事者間で合意された信用供与に対する弁済であって債権の移転は確定的であるという点で区別されるという。そして、フィデュシー譲渡が質権と同じ機能を果たし、担保としての譲渡にあたるとする(Legeais, op. cit., n^o 193 et 213.)。これに対して弁済としての譲渡には、貸付と債権譲渡との間に密接な関連があること、債務の弁済が期待されていないこと、譲渡された債権の価値が供与された信用よりも高額ではないこと、といった特質があるとする(Legeais, op. cit., n^o 214.)。ルジェの分類によれば、本稿で取り上げるのはフィデュシー譲渡ということになる。なおルジェのいうフィデュシー譲渡は2009年に民法典に導入されたフィデュシー譲渡とは異なる。

39) Legeais, op. cit., n^o 12.

40) Cass. com., 19 déc. 2006, B.IV. no250の事案は、ショッピングセンターの所有権取得に際して融資をした債権者に対して、債務者が、センターの店子に対して有する賃料債権を担保のために譲渡したというものである。その後、貸付金債権が債権者から第三者に譲渡された。この貸付金債権の譲受人が建物賃借人に対して賃料の支払を求めた。これに対して、建物賃借人は、当該債権譲渡は担保の設定としてなされたものにすぎず、当該賃料債権は債務者に裁判上の更生手続が開始される以前には債務者の責任財産から逸出していないとして、支払を拒絶した。原判決は賃料支払請求を認容した。しかし破毀院は、「法律によって定められた場合以外、債務者が債権者のために担保として債権を譲渡する行為は、債権質を構成する。」と判示して原判決を破毀した。

由として、フランス法上は否定されるべきものと解していた⁴¹⁾。不完全指図、第三者のためにする契約では第三債務者の同意が要求される⁴²⁾。

以上のように、いずれも債権質の代用物として十分に満足のできるものではないとされる^{43, 44, 45)}。

第2章 債権の占有

(1) 第1章で説明した債権質規定の抱えていた種々の問題点のうち、理論上最も重要な問題点は債権の占有をいかに解するのかという点にある。この問題は債権質という制度の存立基盤を問うことになる。そこで本章では、2006年担保法改正前に公開されたペリシエの見解に沿って⁴⁶⁾、債権の占有とはいかなることを意味するのかを検討することとする。

(前頁からつづき)

Cass. com., 26 mai 2010, B.IV. n°94の事案は、金銭の融資を受けた建物賃貸人が、債権者に対して自己の有する賃料債権を譲渡し、旧1690条の方法で建物賃借人に対して証書の送達をしたというものである。賃借人は、債務者に裁判上の更生手続が開始されるまでは、債権者(=金銭融資者=賃料譲受人)に弁済していたが、その後は債務者に弁済した。債務者については裁判上の清算が開始されるに至っている。ところが管財人が更生手続開始後に支払われた金額を債権者に支払わなかったため、債権者が支払いを求めて提訴した。原判決は、この債権譲渡は貸付金の弁済方法であって担保を構成するものでも帰属=差押と同視できるものでもないとして、債権者による請求を棄却した。これに対して破毀院は、この債権譲渡は貸付金の弁済を担保するためのものであり、債権者は質権者にあたると判示して原判決は解釈を誤ったものと判示した。

41) Legeais, op. cit., n°223-225.

42) Legeais, op. cit., n°13 et 304.

43) Legeais, op. cit., n°12.

44) なお、本文に掲げた手段のほかにダイイ譲渡・ダイイ質入(通貨金融法典L. 313-23条以下)や金融担保(通貨金融法典L. 211-38条)も債権質の代用手段たり得るが、一般的に利用できる手段ではないことから割愛した。

45) ただし Legeais, op. cit., n°212は、フィデュシー譲渡には、債権譲渡時に債権の帰属が移転することから譲渡人の下で生じた一般先取特権が及ばない、担保の実行が容易である、譲渡人に倒産手続が開始されても債権回収を停止させられないことがない、といったメリットがあるとの指摘をしている。

既述のように2006年改正前には設定者から質権者への質物の引渡し、すなわち占有奪取が質権の要素と解されていた。そこで、占有を財の物理的な把握と理解する場合には、債権質の有効性が問題となる。

この点について、一方では、占有奪取を質権の要素から排除するという対応が可能である。現に2006年の担保法改正では有体動産質についてこうした考え方が取られ、占有奪取を伴わない有体動産質が認められるに至った。また、債権質を含む無体動産質について占有奪取は要求されていない。そうだとすれば、債権質についても占有について検討する意義は現在では失われているとも考えられる⁴⁷⁾。

しかし、もう一方の対応、すなわち債権に即して占有概念を再考することが有用であると考えられる。それは単に、2006年改正以前のフランスにおいて債権質を占有の一般的定義に適合させるためになされた努力の痕跡をたどるといって意味を有するだけのものではない。わが国での体系上は、占有移転の有無によって質権と抵当権が分けられている。立法論を展開するに際して、債権について占有移転が観念しえないというのであれば債権質を廃して債権抵当を認めることが適切であると考えられる。したがって、債権質規定の存続を認めるのであれば、債権の占有とは何かを再考しておくことが求められるのである。

(2) ペリシエは質権における占有概念の意義を再考するにあたり、旧1866条⁴⁸⁾の定める組合持分権上への質権設定を取り上げる⁴⁹⁾。組合持分という無体

46) 2006年担保法改正後に無体動産の占有について検討するものとして、B. Parance, *La possession des biens incorporels*, 2008があり、原・前掲のベースの1つとなっている。本稿では債権の占有概念に関する検討の深化が2006年改正以前から進行しており、2006年改正を契機に有体動産質における占有と債権におけるそれとを別個に検討する機運が生じたものではないことを示す意味もあって、本稿ではペリシエのテーゼを中心に紹介することとする。

47) わが国においては362条2項が342条を「その性質に反しない限り」で準用している。342条のうち占有奪取に関しては、譲渡に債権証書を要する場合にのみ準用されるものと解されている(道垣内弘人編『新注積民法(6)』(有斐閣・平成31年)541頁〔直井〕)から、債権については占有奪取について検討する必要はないとも考えられる。

動産の質権に関し、旧1866条2項は公示を存続要件としている。この点が占有奪取を要求する通常の質権とは異なっており、質権の性質をめぐる混乱の原因となっているとする。

公示と占有奪取との関係については以下の2つの見解が成り立つ⁵⁰⁾。ペリシエは、旧1866条と旧2076条とは類似の規定であり、旧1866条2項は公示に占有奪取の役割を与えたものと解する。他方、これとは異なり、公示が占有奪取の代用であるとする見解もある。ペリシエの見解では、公示が占有奪取の方法ということになるが、反対説では、旧1866条は占有奪取を伴わない質権を認めたものであるということになる。しかし、旧1866条と旧2076条の文言上の類似性からすると、旧1866条は質権の規定と親和的なものとしてペリシエのように理解すべきである。仮に反対説を採った場合には質権の中には占有奪取を伴うものとそうでないものとの双方が含まれることとなり、旧2071条の説明が困難であるといった問題が生じるように思われる⁵¹⁾。

また、ペリシエによれば、債権質権者に留置権が認められることも、権利質においても占有奪取が存在していることの傍証とされる⁵²⁾。

通説は、証書化されていない限り無体動産には留置権は認められないと解する⁵³⁾。これに対してペリシエは、判例も無体動産上の留置権を認容しているとする⁵⁴⁾。そして、無体動産においては、物を物理的に奪取することによって債

48) 旧1866条「① 組合持分は、質権の目的とすることができる。この質権は、公署証書であれ、組合に送達され、又は組合が公署証書で承諾した私署証書であれ、公示を生じる証書によって認定され、その公示の日付が質債権者の順位を決定する。その証書が同一日に公示される債権者は、競合する。

② 質債権者の先取権は、質権の公示の事実のみによって、質入された組合上の権利の上に存続する。」

49) A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, 2001, n°76 et s.

50) Pélissier, *op. cit.*, n°81.

51) Pélissier, *op. cit.*, n°82もこのように解している。

52) Pélissier, *op. cit.*, n°83 et s.

53) Legeais, *op. cit.*, n°124.

54) Pélissier, *op. cit.*, n°134 et s.

務者に窮屈な思いをさせるという伝統的な方法ではなく、物上の権限を奪取することによって留置権が行使されるとする⁵⁵⁾。ペリシエは、留置権の内容をこのように解することができる理由として、第1に、留置権の行使態様について象徴化・擬制化・脱物質化がなされたこと⁵⁶⁾、第2に留置的効力を定める旧2082条が有体動産質と無体動産質を区別していないことを挙げる⁵⁷⁾。無体動産が占有移転型質権の対象となり、旧2082条が無体動産質にも適用される以上は留置権を否定することはできないというのである⁵⁸⁾。

(3) それでは、公示以外に占有奪取の機能を果たすものはあるのか。質権の要物性を定める旧2076条の解釈をめぐる争いが参考となる。

第1に、無体動産の占有を否定する見解がある⁵⁹⁾。この見解の論者によれば、同条の「すべての場合において」という表現は有体動産であるか無体動産であるかを問わないという趣旨ではなく、有体動産の価額の如何に関わりなくという趣旨であると解する。しかしこの見解の支持者は少ない⁶⁰⁾。

第2の見解は、無体動産の占有可能性の有無は重要ではないとして問題を棚上げする⁶¹⁾。論者によれば、問われるべきは、占有に至るまでの手続であるとする。ペリシエは、これは問題の隠蔽であると批判する。

第3の見解が通説であり⁶²⁾、無体動産の占有を有体動産のそれから引き写す⁶³⁾。この見解はさらに3つに分かれる。1つ目の見解によれば、占有が認め

55) Pélissier, op. cit., n°144.

56) Pélissier, op. cit., n°147 et s. 具体的には、象徴化の例として債権証書のような表象物や保険金・競落代金のような代位物、擬制化の例として農業ワラント・自動車質を挙げる。

57) Pélissier, op. cit., n°163.

58) Legeais, op. cit., n°124 et s. も同様に無体動産上の留置権を認め、留置権は債権の性質に結びついて認められるものであって担保目的と結びついたものではないとの説明を加える。

59) Pélissier, op. cit., n°482.

60) Legeais, op. cit., n°39は、旧2076条の文理解釈からすべての質権について占有設定が不可欠であるとし、Legeais, op. cit., n°53は占有移転のないものは質権ではなく抵当権であるとする。

61) Pélissier, op. cit., n°483.

られるためには、財を物理的に掌握することのほかに所有者としてふるまう意図が要求される。しかし質権者には所有の意思がなく、弁済を受けるために債務者に間接的な圧力をかけるという利益しかない。旧2078条によれば債権者は、弁済がない場合でも質物を処分することができないとされる。ここでは質権者は物の所有者としてふるまうことはできず、したがって所有の意思を有しない。同様に旧2079条では、質権者は単なる受寄者でありしたがって所持者であるから、質物は債権者の下では先取権を保証するための担保にすぎないとされる。結局、所有者としてふるまう意図を欠くことから質権者には占有は認められないこととなる。2つ目の見解によれば、確かに所有の意思を有するのは設定者であることから質権者は物の所持者にすぎないが、質権者は質権を占有しているとされる。旧2076条の要求する占有移転は、質権の目的動産の所持に由来する質権の占有として分析される。その結果、質権者は設定者との関係では単なる所持者であり、第三者との関係でのみ占有者であることとなる。3つ目の見解によれば、質権者は物の金銭的価値の部分的占有者であり、質権者はこうした価値からは独立した物理的個性として見られる物の部分的な所持者であるとされる。換言すれば、ここでは質権者は物の部分的な所持と物の有する価値の部分的な占有を有するというのである。ペリシエはこれらの見解は無体動産の特殊性を考慮しないものとして退ける。

第4の見解は、有体動産と無体動産との性質の違いを考慮して、無体動産の占有について新たな定義づけを試みる⁶⁴⁾。この見解も3つに分けられる。1つ目の見解によれば、物理的占有と法的占有とが区別される。無体動産について物理的占有はできないが、質権者に債権の権限を移転し債務者に質権設定の証

62) ペリシエはこのように評価しているが、後述のように判例が債権証書の移転を占有移転に必須とは考えておらずこの点に関しては学説上も異論が少ないことから、すでに第4の見解が通説であるとも考えられる。

63) Pélissier, op. cit., n°485.

64) Pélissier, op. cit., n°487 et s. Legeais, op. cit., n°34は、有体動産と無体動産の占有態様は同様のものではありえないとする。

書を送達することによって法的占有の対象となるという。ペリシエは、こうした区別は、無体動産の占有移転の方法を正当化するのに、占有移転から独立した定義を用いるものであると批判する⁶⁵⁾。2つ目の見解によれば、権利はそれ自体として占有されるのではなく占有者による外部的な表示によって占有される。占有を特徴づけるのは物理的な把握ではなく、権利の把握・訴権の行使であるとされる。ペリシエは、この定義では有体動産と無体動産のいずれにおいても占有の対象は権利であって占有の内容は同じものになってしまうと批判する⁶⁶⁾。3つ目の見解はルジェのものであるが、この見解によれば、旧2076条の要件は、質権者への占有移転ではなく、質権者による差押えと結びついた設定者からの権限奪取と理解される⁶⁷⁾。ここでの問題は、いかなる方法によって、設定者から権限が奪取されるかにある。この点を検討するにあたっては、権限奪取の効果として何が目指されているのかという効果論から定義することが適切であるとされる⁶⁸⁾。ルジェによれば、担保設定合意のみによって質権者には設定者や第三債務者に対する特権が認められ、これが占有移転を生じさせているとされる⁶⁹⁾。

ペリシエは、以上のように議論状況を整理する。そして無体動産の占有についての新たな定義付けが必要であるとして第4の見解に立つものの、ここに挙げた見解はいずれも曖昧なものに止まっているとする。そこでペリシエは、占有を事実上の権限と再定義し、それによって占有移転についても新たな分析を加えることができるとする⁷⁰⁾。事実上の権限は、物の性質によって変化しうる柔軟な概念であり、占有も物の性質によって異なって実現される。

(4) それでは、占有移転を実現するために事実上の権限を行使する方法と

65) Pélissier, op. cit., n°488.

66) Pélissier, op. cit., n°489.

67) Legeais, op. cit., n°55. ルジェの見解ならびにそれに対する批判については、原・前掲92頁以下に紹介がある。

68) Pélissier, op. cit., n°490.

69) Legeais, op. cit., n°s 69 et 70.

70) Pélissier, op. cit., n°491.

はいかなるものなのか。この点について検討を進めなければならない。

1つの考え方として、旧2075条の定める送達を無体動産の占有移転の方法とすることが考えられる。質入を債権譲渡の効力を弱めたものとして位置づけると、旧2075条が債権譲渡の対抗要件に関する旧1690条をモデルとしたのは自然なことであり、送達を占有移転の方法と考えることにも理由がなくはない⁷¹⁾。伝統的学説によれば送達には差押え機能があり、それは占有移転の機能の1つである質権者保護に資するものであるから、送達は占有移転の方法と言えそうである⁷²⁾。後述のように、判例も送達が占有移転方法であると考えている⁷³⁾。

しかしペリシエは、送達をもって債権の占有移転の方法とすることはできないとする。その根拠は2点である。第1は、条文の配置である⁷⁴⁾。旧2075条は占有移転に関する旧2076条に先行する。立法者が送達に占有移転の機能を持たせたいのであれば、旧2075条を旧2076条の後ろに置くはずである。原則をまず提示して、後にその方法を説明というわけである。しかし旧2075条は質権設定のための書面性要件を定める旧2074条に続くものである。よって送達の要求は書面の形式要件にのみ関わるものと解すべきである。第2は、送達が有体動産について求められる占有移転からは程遠いメカニズムであることである⁷⁵⁾。送達をただけでは、質権者はその債権がすでに他の債権者の質権の目的になっていないことを保証されず、質権者の保護は部分的なものに止まる。この点で有体動産の物理的な占有移転とは果たしている機能に違いがありすぎるのである^{76,77)}。

71) Pélissier, op. cit., n°500.

72) Pélissier, op. cit., n°501.

73) Pélissier, op. cit., n°513.

74) Pélissier, op. cit., n°504.

75) Pélissier, op. cit., n°505.

76) Legeais, op. cit., n°63 et 64 も、旧1690条の送達には公示の機能しかないのだから、旧2075条の送達に占有移転方法という別の機能を付与するのは不適切であるとする。さらに Legeais, op. cit., n°74 et s は、送達と不動産登記の有する公示機能の相異を指摘する。

このように、送達は占有移転の方法ではないとされる。

2つ目の考え方は、すでに判例の認めていたところであるが、債権証書の移転を占有移転の方法とするというものである⁷⁸⁾。確かに、債権証書は債権の物理的な表象であり設定者から質権者に移転し得るものであることから、有体動産の引渡しと同様の機能を果たしうる⁷⁹⁾。

しかしペリシエはこの見解も、次の2つの理由から批判する。第1に、質権設定に債権証書の移転を要求する明文規定がないことである。旧1689条⁸⁰⁾のような規定がないことから、債権証書がありながらそれを移転しないことも認められるのである。第2に、質権の対象は債権証書ではなく債権である⁸¹⁾。質権の占有移転とは質権の対象の占有移転であり、債権を証明する要素の占有移転ではない。権限証書は債権の存在を明らかにする道具にすぎない、というの

77) なお、原・前掲95頁以下は、送達を不要とするルジェの見解を批判する。この批判はペリシエの見解に対する反論にも当たることから、ここで言及しておく。批判の要点は、ルジェのように契約のみによって占有移転が生じるとしたところで、送達手続を欠けば設定者による二重の質権設定が回避できず質権者の保護が十分にできないという点にある。しかし占有移転が質権の対抗要件とされているわけではない。確かに、対抗力のない占有移転にいかほどの意味があるのかという疑問もなくはない。とはいえ、本文でペリシエが指摘しているように(第1章(2)末尾も参照)、質権者による一方的な送達があるだけでは、それ以前に質権が設定されているか否かを確認することはできないから、質権者は質権設定契約を締結する以前に第三債務者に対して他の質権の不存在を確認せざるをえない。しかし第三債務者はこれに対して返答する義務を負うものではなく、また、他の質権は存在しないと返答した後に他の質権設定証書の送達がなされる可能性も否定できない。そうだとすれば、証書の送達のみでは質権者に優先権を確定的に付与することはできず、質権者の保護は十分ではないこととなり、送達を占有移転と解する意義に疑問が生じる。

78) Pélissier, op. cit., n°508 et 509.

79) 債権証書の移転によって、同一債権を複数回にわたって質入することを回避できる点が顕著な利点とされる。ただし、判例上、公正証書の謄本の移転による質権設定が認められていることから、こうした利点はなくなっている(Pélissier, op. cit., n°512.)。証書の移転では詐欺のリスクは完全には回避できないとする Legeais, op. cit., n°67も同様。

80) 旧1689条「第三者に対する債権、権利又は訴権の移転においては、引渡しは、譲渡人と譲受人との間で証書の交付によって行う。」

81) Pélissier, op. cit., n°511.

である。そして、債権には常に債権証書があるわけではないから、債権質を設定できないケースが生じてしまう。特に将来債権については問題が大きいとされる。

また、判例自身が債権証書の移転を占有移転の方法としては放棄していることも理由とされる。破産院は、「質権が債権に設定され引渡しは物理的にはできない場合には、債務者への送達によって占有移転はなされる。」と判示した⁸²⁾のである。

こうして債権証書も占有移転の方法としては否定される。

そこでペリシエは、無体動産の事実上の行使権限が遮断されていれば、質権設定に要求される占有奪取には十分であるとする⁸³⁾。ペリシエによれば、無体動産については質権者の占有移転は物的なものであるとしても物理的なものではない。質権者は財の主人ではないから物理的な占有移転はないが、債務者はこの財についての行使権限を奪われているから物的な占有移転があるというのである⁸⁴⁾。有体動産における物理的な占有移転も、設定者による権利行使を遮断する機能を有していることから、この見解によれば、送達についてなされた第2の批判を回避できることとなりそうである。他方で、これでは有体動産と無体動産について同一の占有概念の下に置いたことになるのではないかとの疑念も残る。

(5) それでは、占有奪取を行使権限の遮断と定義した場合、占有奪取にはいかなる機能が認められることとなるか。ペリシエは2つの機能を挙げる。第1は財の特定機能であり、第2は権利保存機能である⁸⁵⁾。

設定者は旧2074条によって質権の目的として特定された財の占有を質権者のために移転する。これによって、質権者はある財が質権の目的となっている

82) Cass., 10 mai 1983, D. 1984. 433. この判決ならびに学説による評価については、原・前掲86頁以下で詳細に紹介されている。

83) Pélissier, op. cit., n°520.

84) Pélissier, op. cit., n°521.

85) Pélissier, op. cit., n°534 et s.

ことを信頼することができ、他方、設定者も質権設定契約によって定められた質権の目的の範囲を認識しうる。

また、占有移転によって、設定者が権利を行使できないという形で質権の存在が明確になることで、第三者に対する公示の機能が果たされることとなる⁸⁶⁾。

これらの機能は、有体動産において財の物理的把握による占有奪取が果たしている機能と同じものと評価できる。

(6) 以上のように、ペリシエによれば債権質においても占有奪取が要求され、そしてその内容は有体動産のそれとは異なり、設定者による行使権限の遮断として定義されるのである。これに対して、証書の送達を占有移転方法とする見解も有力に主張されていたところであるが、ペリシエの批判が妥当すると考えられる。もっとも、ペリシエにせよ送達を占有移転方法と解する論者にせよ、無体動産の占有と有体動産の占有とが同一のものであると解するのが適切ではないと解する点では見解が一致している。債権の占有移転を観念することによって、占有奪取を伴うという質権の特質を保持しつつ債権質を認めることができることとなる。

第3章 現行法における債権質と債権譲渡の差異

(1) 2006年の担保法改正により質権の規定は有体動産質 (gage) と無体動産質 (nantissement) に区分され⁸⁷⁾、債権質は後者の中で扱われることとなった(第4部第2編第3章)。そこでは補充・切断・平準化の3つの手法による規定の修正が見られる。すなわち、改正前の規定に見られた規定の欠缺の補充、

86) この点は、占有移転ではなく第三者対抗要件の機能ではないかとの疑問がある。

87) Michel, op. cit., n°188は、従来の gage からの断絶とする。

88) 2006年の担保法改正ならびに2009年の担保のためのフィデユシー導入後の債権担保法制については、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、白石大「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、特に182頁以下に紹介がある。

有体動産質から債権質を独立させたことによる規定の切斷、債権譲渡規定との内容のすり合わせによる平準化である。他方で、2009年には担保のためのフィデューシー譲渡の規定が制定された（第4部第2編第4章第2節⁸⁸⁾。

以下、2006年の担保法の改正によって債権質の規定が修正された結果、債権質と債権譲渡にどのような共通点と相違点が存することとなったのかを、ジュリエヌの整理を参照しながら取り上げる⁸⁹⁾。

(2) 債権質と債権譲渡の共通点としてジュリエヌが指摘するのは、譲渡制限特約（1321条4項）がなされうること、担保目的債権と被担保債権の特定が要求されること（質権につき2356条・債権譲渡につき1321条2項⁹⁰⁾である⁹¹⁾。

第三債務者が有する抗弁の質権者への対抗力の有無については明確ではな

89) 担保のためのフィデューシー譲渡については、注で必要に応じて触れるにとどめる。以下の理由から、債権担保の制度として一般化するには、債権質に劣るものと評価せざるを得ないためである。

権利も担保目的で譲渡できる（2372-1条1項）が、その場合、2011条から2030条のフィデューシーによる。設定者となり得る者を限定していた旧2014条が2008年に廃止されたことによって以前よりは使い勝手が良くなったが、2015条が受託者の資格を一定の法人に限定していることからフィデューシーの適用領域は限定される。また、2019条1項ではフィデューシーの登録が要求されることから当事者の手続的負担は重い。このほか、設定者の死亡によってフィデューシーが終了する（2029条1項）とされることも、債権担保の継続性を損なう。担保のためのフィデューシー譲渡のメリットとデメリットについては D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^eéd., 2019, n^{os}770 et 771（以下、「Legeais, op. cit. (droit)」で引用する。）が要領よくまとめているが、そこで挙げられたデメリットのうち、過剰担保のリスクは債務者が債権を担保に供する手段としてフィデューシーを利用するのを妨げ、設定費用や受託者の報酬が必要であることも債権者・債務者双方がフィデューシーを利用することを妨げる。

90) その結果として、被担保債権を特定せず設定者が質権者に対して負う債務を一般的に担保する根質、あるいは、質権の目的を特定せず設定者が有する全債権上に設定される根質は禁止される。

担保のためのフィデューシー譲渡においても特定性が要求される（2018条1号・2372-2条）。

91) Julien, op. cit., n^o6.

かったが、2021年改正によって2363-1条が制定されて質権者に抗弁が対抗可能であるものとされたことで、この点も債権譲渡の場合と違いがないことが明らかとなった。

弁済受領権の所在も債権の帰属とは無関係であり、債権譲渡の場合は譲受人が弁済受領権を有する⁹²⁾が、債権質の場合に設定者と質権者のいずれが弁済受領権を有するかは必然的に決まるものではない。そこで立法による解決がなされ、2363条1項は、通知によって債務者対抗要件を具備した後は、質権者のみが元本ならびに利息の弁済を受領できるものと規定する。したがって、譲受人のみが弁済を受領できる債権譲渡の場合と変わりはない。また、破産院は、債権回収の範囲につき「譲受人は、譲受債権額が被担保債権額を上回る場合であっても、譲渡債権の全額の支払いを債務者に対して求めることができる。」と判示する⁹³⁾。質入の場合も、担保物権の不可分性を理由に、債権の一部質入(2358条)を合意したのでない限り、被担保債権の残存額が質入された債権の額を下回っても質権者は質入された債権の全額を受領することができるものと解されている⁹⁴⁾。質権者は被担保債権の弁済期到来前であっても質入された債権を回収して口座に入金しておく⁹⁵⁾ことができる(2364条2項)⁹⁶⁾。したがって、

92) 担保のためのフィデュシー譲渡では、受託者が債権者である場合は受託者が債権を回収できるのが原則であるものの、当事者の合意によって変更することができる(2372-3条1項)。このように内容を修正する自由がある点が担保のためのフィデュシー譲渡のメリットとされる(Legeais, op. cit. (droit), n°770.))。

93) Cass. com., 18 nov. 2014, B.IV. n°168.

94) 2366条が被担保債権額よりも多くの額の弁済を質権者が受けた場合に設定者に差額を返還する義務を定めており、また、2363条1項が元本・利息の支払いを受けられることから、質権者は債権全額の回収が可能であると考えられる。

95) Aynès = Crocq = Aynès, op. cit., n°535は、この口座が回収金のための特別口座であることが要求されておらず出金も妨げられていないことから、質権者の倒産リスクから隔離されていない点を批判する。Michel, op. cit., n°266も同様の批判をしつつも、設定者保護に資する制度であるとの評価をする。

96) Michel, op. cit., n°191 ; Aynès = Crocq = Aynès, op. cit., n°535は、債権の回収によって種類物上の有体動産質に変容するという。

弁済請求権行使の時期についても、債権譲渡の場合と同様に、被担保債権の弁済期到来前であっても行使可能であると言える^{97,98)}。

設定手続については、2006年改正で大幅に緩和された。これはダイイ譲渡・ダイイ質入の規定に合わせたものである⁹⁹⁾。そして、2016年の債権法改正で債権譲渡に関する規律が改正され、債権質と共通の内容となった¹⁰⁰⁾。債権質・債権譲渡のいずれも書面の作成によって効力を生じる（2356条・1322条）。第三者対抗要件としては特段のものはなく契約日から対抗可能とされる（2361条・1323条2項）。債務者対抗要件は債務者に対する通知又は債務者による契約への参加である（2362条1項・1324条1項）^{101,102)}。

(3) 相違点の第1として、債権質の場合、質権者の債権者はこの債権を差し押さえることができないのに対して、債権譲渡がある場合には債権譲受人の債権者がこの債権を差し押さえることができる点が挙げられる¹⁰³⁾。

(前頁からつづき)

なお、このように解すると、後順位の質権者がいる場合に、債権を回収した第1順位の質権者は、回収した金額と自己の債権額との差額を後順位の質権者に支払うこととなる（Legeais, *op. cit.* (droit), n°523.)。

97) *Julienne, op. cit.*, n°9.

98) 担保のためのフィデユシー譲渡でも、受託者にフィデユシー財産の処分権限が認められている（ただし、制限をかけることは可能）である（2023条）から、原則として受託者が弁済受領権を有することとなる。

99) ダイイ譲渡・ダイイ質入では明細書の交付が効力要件である（通貨金融法典 L. 313-23条1項）。そして、当事者間での効力及び第三者対抗力は明細書に付された日付に発生し（通貨金融法典 L. 313-27条第1項）、第三債務者は証書の送達を受けときは明細書の署名者には弁済できないものとされる（通貨金融法典 L. 313-28条）。

100) ジュリエンス論文の公刊時点では債権譲渡法制の改正がなされていなかったために、この点は相違点とされていた（*Julienne, op. cit.*, n°7.）。

また、2016年に改正された時点では旧1323条3項が「将来債権の移転は、当事者間でも第三者との関係でも、その発生のときに効力を生じる。」と定めていたために、ダイイ譲渡や債権質に比べて非常に使いにくいものであることが批判されていた（*M. Julienne, Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir?*, *Revue des contrats* 2018, p.318, n°15.（以下、この論文を「*Julienne, op. cit. (choisir)*」とする。))が、2021年改正によって同項が廃止されたことによって、債権質と同様の規律となった。

第2の相違点は、設定者には弁済受領権はないものの、質権設定通知の後であっても第三債務者を提訴することができる(2363条2項)点である。このように質権設定者には第三債務者を提訴する権限があることから、第三債務者について倒産手続が開始された場合や第三債務者が死亡して限定承認がなされた場合(792条1項)のように、債権の届出が必要とされる場合¹⁰⁴⁾には、質権者の責任が低減される。債権譲渡の場合、債権の届出ができるのは譲受人のみであるから、譲受人は担保目的で譲り受けた債権を消滅させると譲渡人に対して責任を負うこととなる。これに対して質権の場合、質権者が債権を届け出なくても設定者は自らが債権を届け出ることによって債権の消滅を回避することができるのだから、設定者は質権者の責任を追及することができない。したがって、債権者からすれば質権の設定を受ける方が債権譲渡を受けるよりも、債権を届け出なかったことによるリスクを回避することができる点で、有利であると評価できるのである¹⁰⁵⁾。

(4) 弁済を受けた金銭に対して他の債権者が権利を行使できるか否か、す

101) なお、債権質の通知をめぐっては、2点の問題があるとされる(Julienne, op. cit., n°7. この点の改正提案については、Julienne, op. cit. (choisir), n°9.)。第1は、第三債務者は、自らには設定証書の送達がなされてないがその存在を知っている質権を援用することができるのが不明確な点である。ジュリエヌは、当事者が行為の対抗力を決定するものであるとして、2362条でこうした解決を明確に排除するのが望ましい、とする。第2は、ダイイ明細書については通知がいかなる手段によりいかなる内容についてなされるべきなのが通貨金融法典 R.313-15条で定められているが、債権質では明確にされていない(2362条)点である。

102) フィデューシー譲渡においても、第三者対抗要件に特段のものではなくフィデューシー契約の日に対抗可能とされ、債務者対抗要件は債務者に対する通知とされる(2018-2条)ことから、債権質・債権譲渡と同様である。2018-2条は2008年に制定されており、2016年の債権譲渡一般に関する規定の改正に先んじて債権質との共通化が図られていた(ただし担保のためのフィデューシー譲渡が法認されたのは2009年である)。

103) Julienne, op. cit., n°10 ; Michel, op. cit., n° 266.

104) このほか、時効の更新も質権設定者がなすべきとされる(Julienne, op. cit. (choisir), n°11.)。

105) Id. ジュリエヌはこれを質権の効率性とする。

なわち排他性の有無については、ジュリエンスは慎重な検討を加える¹⁰⁶⁾。2363条1項は「質権者のみが質権の対象となった債権の弁済を受けることができる」とするにとどめる。ジュリエンス自身は、経済効率性・フランス市場の法的競争力といった観点から¹⁰⁷⁾排他性を認める。

排他性を否定するテリーは、2362条・2363条は設定者と質権者のいずれが弁済を受領できるかを定めるものであり、「質権者のみ」という文言は設定者と質権者のうちで質権者のみが弁済を受領できることを意味するものと解する。これに対してジュリエンスは、「質権者のみ」の文言解釈としては、設定者も第三者も破産財団も弁済を受けられないことを確認したものと解するのが自然であること、判例上、質権者に留置権¹⁰⁸⁾が与えられ裁判上の付与が認められる¹⁰⁹⁾ことで質権者には排他性が認められていることを指摘する。

また、無体動産質権は保全差押えに類似するものであり、それによって債権者が弁済を受けることは禁じられ、質権者には先取権のみが認められる¹¹⁰⁾とのミニョの見解に対しては、保全差押えの規定が有体動産質権者の先取権を想起させるとしてもそれは債権質の場合とは異なる、有体動産質権の規定が準用されるのは債権以外の無体動産の場合であって（2355条4項）債権については独自の規定がある（同条3項）、とする。

こうしてジュリエンスは債権質に排他性を認める。債権譲渡についても排他性は認められるから、ジュリエンスによれば、この点でも債権質と債権譲渡の

106) Julienne, *op. cit.*, n°10 et s.

107) Julienne, *op. cit.*, n°16. ジュリエンスは排他性に好意的な制度として担保のためのフィデューシー・占有非移転型担保の擬制留置権・在庫担保における流質の認容を挙げ、いずれも経済効率性を高めるものと位置づけている。Michel, *op. cit.*, n° 190は、無体動産に留置権が認められたことを理由に同じ結論に至る。

108) もっともジュリエンスは、別の箇所でも、弁済受領権の排他性によって留置権が認められることとなるのであってその逆ではないことを強調する (Julienne, *op. cit.*, n°13.)。

109) 留置権と裁判上の付与との関係については Legeais, *op. cit.*, n°145 et s で整理されている。

110) 民事執行法典 L.523-1条が、差押は民法2350条の供託の効果を生じさせるものと規定することから、質権者には優先弁済権が発生する、というのである。

効果は同様であるということになる。

(5) 2006年改正の成果を、改正前にルジェが指摘していた問題点に即して改めてまとまることとする。

将来債権の質入については、それが可能であることが2355条1項によって明らかとされた。質入債権の弁済受領権者は2363条1項により質権者であることも明確になった。いずれも条文の不完全性として指摘されていた点を補充するものであり、欠缺が補充されることによって債権質の内容が明確化された。後者の点については、従前の学説が質権者と設定者が共同して権利行使をすべきとしていたのに比べ迅速性が尊重されている。

債権に関する占有取得の困難は理論上の問題と言うべきであるが、第2章で論じたようにルジェ自身も含め債権の占有は有体物の占有と異なり物理的な把握を要素とするものではないとの指摘が有力になされ、有体動産質と無体動産質とを別に規定する2006年改正法の構成も債権の占有が有体動産の占有とは異なるものであることを前提とするものと解される¹¹¹⁾。ここでは有体動産質から債権質が概念上も条文上も切断されたことによって、理論上の問題点が解消されている。

公示手続の緩和がなされているが、この点はダイイ譲渡の規定に従って債権質の規定が定められ、それが債権譲渡についても取り入れられている。ダイイ譲渡に合わせた平準化がなされたものと評価することができる。

流質禁止は質権一般について廃止されている。もともと債権については流質禁止の意義が疑問視されていたが、質権者による元本受領権行使を妨げる規定がなくなり、債権譲受人と同様となった。この点は債権譲渡を意識したものではないが、結論としては平準化が実現されている。

(6) 以上のように、多くの点で質権の規律と債権譲渡の規律とは、排他性の点も含めほぼ同一となり、ルジェの指摘していた問題点も解消されてい

111) 条文の文言自体は占有の内容に異なる内容を付与するものではなく、債権質においては効力要件としての占有奪取を廃止している。

る¹¹²⁾。そのため、債権質規定が詳細化されること、特に設定が容易化され効果面で改善がなされたことによって、担保目的で債権譲渡を利用する魅力は薄らいだとも指摘される¹¹³⁾。規定の補充・切断・平準化によって、債権質について内容の明確化や設定・実行手続の迅速化が図られ、債権譲渡と遜色ない制度に改められたものと評価できる。

さらに、いくつかの相違点があることには注目すべきである。

債権者自身の債権者による担保目的債権の差押えを回避できる点は質権の方が設定者にとってメリットがある。また、設定者に第三債務者提訴権限があるために質権者が担保価値維持義務を負う可能性が限定される点でも質権の方が債権者にとってメリットがある。経済効率性が高く国際競争力のある担保手段を提供するというジュリエヌの視点からは、2006年改正後は、債権譲渡では債権質の代用とはなりえない、債権質は債権譲渡に比べても魅力的な制度に改められた、債権質こそが債権担保の中心であるとの結論が導かれることとなろう。

第4章 フランス法からの示唆

(1) わが国においては債権担保の手段として、明文規定のある債権質のほかに債権譲渡担保が広く用いられている。実務上、債権質と債権譲渡が併存しているという点ではフランスと似た状況にある。

前章までで示したように、フランスでは債権質の条文について不完全性と不適切性が指摘され、そうした問題点の多くは2006年の担保法改正によって解決された。また、債権占有の内実に関する検討が進むことで、質権内部に包摂しつつも有体動産質からは分断されたものとしての位置づけを債権質に付与することが容易となった。このようにフランスでは債権質規定の手直しによって債権質規定を積極的に活用する姿勢を維持している。

112) 債権譲渡に着想を得ながら2006年改正によって債権質の規定が補充されたことからすれば、当然のことともされる (Michel, op. cit., n°184.)。

113) Aynès = Crocq = Aynès, op. cit., n°525.

また、フランスでは破産院が担保としての債権譲渡を債権質と性質決定している。判例の事案を見る限りでは、これは債権者を債務者の倒産手続に服せしめる目的によるものと解される。また、担保目的での債権譲渡に対する警戒はルジェの議論からも見て取れる。

これに対してわが国では、従前から質権者による質入債権の取立権が定められることで弁済受領権者が明確にされるなど(366条)、フランスに先駆けて問題の解決がなされていた点もあった。また、対抗要件は債権譲渡と同様とされており、将来債権の担保化の可否についても債権譲渡の可否と同様に解されていた。それにも拘らず、わが国では債権質よりも債権譲渡担保が広範に用いられている。そしてわが国では担保目的での債権譲渡を債権質と性質決定することもない。これはわが国では倒産手続において債権譲渡担保を実質的に担保として扱うことがなされているために、当事者間の合意に反して債権質と性質決定し直すことに意義を見出しがたいためである。このように、フランスと異なり、わが国では債権質と債権譲渡担保の選択を完全に当事者の意思に委ねている。

こうしたわが国の現況に鑑みたときに、債権質規定を民法典に存続させる意義はあるのだろうか。債権譲渡担保規定を新設して債権質と併存させること、あるいは債権質規定を廃して債権譲渡担保規定に一本化することも考えられる。

債権担保手段に関する複数制度の並立につき、ルジェは、設定方法や効果について既存の担保とは異なる点があるのでなければ、担保の種類を増加させることには意味がないとする¹¹⁴⁾。

このような観点に立って、ルジェは債権譲渡を債権質と並立する債権担保手段とすることに消極的な見解を示す。ドイツで債権譲渡が発達しているのは当

114) Legeais, op. cit., n°455.

115) 隠れた担保は、第三者に対抗しうるのかが明確ではない点で担保権者にとって不確実なものである一方、その存在を事前に知ることができない点で新たに信用を供与しようとする第三者にとっても不都合がある、というのである。

事者の関係を内密にする隠れた担保としての存在意義が認められているからであるが、フランスでは隠れた担保を認めることはできない¹¹⁵⁾から、独自の存在意義がない。また、債権譲渡の中には債権担保としての機能を有するものとそうではないものが存在していることから、担保のための債権譲渡は外縁が明確ではない。これらの理由から、債権譲渡が債権担保として使い勝手の良い制度となりうる可能性を認めつつも、債権質という既存の担保手段から独立して認める必要はないとするのである¹¹⁶⁾。

(2) わが国においても、債権質と債権譲渡担保とで設定方法や効果に明らかな相違点があるとは解されていない¹¹⁷⁾。質入の対抗要件は債権譲渡のそれがそのまま適用される(364条・467条)から、集合債権・将来債権については質入と譲渡とで差異は生じない¹¹⁸⁾。366条1項は質権者に弁済受領権を認め、債権譲渡担保においても譲渡担保権者が弁済を受領しうる¹¹⁹⁾。債権については質権者に直接取立権が認められているから、流質の禁止は問題とならない。私的実行が可能である点が譲渡担保のメリットとされることもあるが、債権質では366条により直接取立権があるから、譲渡担保の場合と相異がない¹²⁰⁾。

116) もっともルジェは単に債権質の存続を主張するのではなく、ドイツの債権譲渡、アメリカの動産抵当の制度を参照しつつ、営業に関しては債権担保の基礎となる権利を広範に認めるのが適切であることから動産抵当を認め、営業以外の場面については債権質を存置することを主張していた(Legeais, op. cit., n°629.)。

117) 道垣内弘人『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成29年)350頁は、個別債権譲渡担保の存在意義について、「合理的理由は少ない。……根本的には、譲渡を受けるという債権者の心理的満足をもって説明するほかはあるまい。」とする。

118) 債権質に関する動産債権譲渡特例法14条も、債権譲渡の対抗要件を定める同法4条を準用する。

119) 譲渡担保においては、担保権実行としての取立通知がなされるまでは、債権の取立を譲渡担保設定者に許諾することができるが、質権の場合も否定されるものではない。設定者による弁済受領が否定されるのは、設定者に課された担保価値維持義務のあらわれであるから、質権者がこの義務を免除することも許される。

120) 道垣内編・前掲463頁〔直井〕。

債権質と債権譲渡担保の相異が問題となりうる点として、細かな点ではあるが、後順位の担保権設定の可否が問題となる¹²¹⁾。後順位の債権質が認められることは疑いがない¹²²⁾。最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁が流動集合動産譲渡担保において後順位譲渡担保権の設定自体は認めることから、債権についても後順位譲渡担保権は認められるものと解される。そうだとすると債権質と債権譲渡担保とで違いはないこととなりそうではあるが、最高裁は同判決で後順位譲渡担保権者による私的実行を否定しているから、後順位譲渡担保権者の出現は實際上想定されないだろう。したがって、事実上、後順位担保権者が出現するかという点では相異があることになる。

このように債権質と債権譲渡担保とにほとんど相違点はなく、後順位質権者が出現する可能性の方が、後順位譲渡担保権者が出現する可能性よりも高い点に違いがあるにすぎないこととなる¹²³⁾。

(3) 以上のように、債権質と債権譲渡担保とで設定方法や効果に相違はなく、したがって、担保としての設定・実行の容易さ(迅速性)や担保内容の

121) このほかに、自行預金の譲渡担保が認められないことから質入がなされること、生命保険契約の失効を回避すべく担保権者による保険料支払を可能とするためには譲渡担保が用いられることといった相違がある(道垣内編・前掲464頁〔直井〕)。しかし後者の点は、質権者は保険料の弁済をするについて正当な利益を有する者に当たるのではないかという疑問がある。

122) 362条による355条の準用。保険金請求権に後順位質権が設定されることにつき、道垣内編・前掲543頁〔直井〕で指摘した。

123) このほか、被担保債権の弁済期が質入された債権の弁済期よりも先に到来し、かつ、質入・譲渡された債権の額が被担保債権額を超える場合に、担保権者が担保権実行において弁済を受け得る債権の範囲に差異が生じる可能性はある。債権譲渡担保の場合、債権は譲渡担保権者に帰属するから譲渡担保権者が全額を回収できるとも考えられそうである(ただし、道垣内・前掲353頁のように、譲渡担保権者は自己の債権額に見合う限度で取り立てることができるにとどまるとの見解も成り立つ)。これに対して債権質の場合、債権は設定者に帰属するものであり、質権はあくまでも担保であること、フランス民法(2364条2項)と異なり、回収した金銭の管理のために供託や専用口座に入金するなどの措置が求められているわけではない(366条3項参照)ことから、質権者は被担保債権額の範囲でのみ弁済を受けられるものと解する余地はある。

明確性・対抗力（安全性）に相異はないものと言える。また、不動産担保や動産担保との整合性という観点からも、担保目的物の如何に関わりなく質権を認めることに意義がある。これに対して、債権譲渡担保規定を債権質のそれとは別に新たに設けることには特段の意義があるとは考え難く¹²⁴⁾、債権担保の規定としては債権質の規定を存置するのが適切であることとなる¹²⁵⁾。

もっとも、現行規定に全く問題がないというわけではない¹²⁶⁾。第1に、質権者が担保権実行において行使し得る債権の範囲について明文で定めること、質権者に質入債権全額の弁済受領を認めるのであれば、自己の有する被担保債権の額を超える部分については供託あるいは専用口座での管理を義務づけることが求められる。第2に、債権の直接取立のほかに帰属清算方式や処分清算方式が認められないのかを明確にする必要がある。特に、集合債権が担保目的とされた場合には、処分清算方式の需要はありそうであるが、被担保債権に充当される金額の算定などに課題が残る。これらの課題はあるものの、債権質の規定に修正を加えることで債権質を債権担保の中心となしうことはフランス法の示すところである。

*本稿は、2021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）

124) 弁済受領権の範囲に差異を設けると、譲渡担保規定にも存在意義があることとなりそうである。しかし、譲渡担保においては清算金支払義務が認められていることから担保権者が自己のために取得できる範囲に差異はない。もっとも、清算金支払義務をいかにして確保するかという問題はある。

125) 債権質の規定と並立して債権譲渡担保規定を置くことは考えられる。

126) すでに、さまざまな問題点について『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（令和3年）で検討されているところである。