



東京大学ビジネスロー・ワーキングペーパー・シリーズ  
No. 2020-J-01

## 日本の動産・債権担保法制の位置づけと立法論の準備的考察

東京大学大学院法学政治学研究科 教授

道垣内弘人

慶應義塾大学法科大学院 教授

平野裕之

早稲田大学法学学術院 教授

青木則幸

2020年2月

東京大学大学院法学政治学研究科

先端ビジネスロー国際卓越大学院プログラム  
ビジネスロー・比較法政研究センター（ビジネスロー部門）

このペーパーは <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/research/blwps/> から無料でダウンロードできます（無断転載禁止）

先端ビジネスロー国際卓越大学院プログラム及びビジネスロー・比較法政研究センターについては、

下記のサイトをご参照下さい。

<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/admission/graduate/advancedblp/>      <http://www.ibc.j.u-tokyo.ac.jp/index.html>

## 序章 本稿の目的

(1) 私たちは、2013年11月から、担保法の分野について、韓国・中国の学者と協力して、比較法的研究のための会合を定期的で開催している。この研究会は、李英俊教授（元東国大学、現韓中日民商法研究所）の発案によるものであり、近江幸治教授が日本の代表となっている。

本稿は、2019年9月21日・22日に早稲田大学において開催された、第5回日中韓担保法研究会における私たちの報告をもとにするものである。このような報告を、未確定稿の段階で、東京大学ビジネスロー・ワーキングペーパーとして公にし、多くのご批判・ご教示を得ようとする理由は、まず、以下において、私たちが主張していることの妥当性について検討するためであるが、同時に、日本・中国・韓国の比較法を行うにあたって、このような素材の選び方が的確かどうかについてご意見をいただきたいからである。

実際、各国の状況を報告する形での国際的な研究会は、かなり頻繁に、いろいろなところで行われている。しかし、大きな成果があがった例は少ないように思われる。私たちの研究会も、どのようにすれば成果が上がるかを模索しながら、すでに6年が経過した。

比較法のために、また、議論を活性化するために、日本法のどこをどのように説明すべきか、という問題について、ご教示いただければ幸いである。

(2) 第5回日中韓担保法研究会は、動産・債権担保制度、さらにそれを包括する担保制度が検討の対象であった。研究会に提出された報告には、本ワーキングペーパーに掲載するもの以外にも、水津太郎「動産譲渡登記と即時取得—動産譲渡登記による即時取得の可否について—」、片山直也「資産の集散的把握—包括担保制度の基礎理論として—」があったが、都合により3つの報告の公表にとどめている。

以下、第1章は青木則幸、第2章は平野裕之、第3章は道垣内弘人が担当したが、3つの報告は一体をなしていると考えている。第1章で現代的な利用状況を俯瞰し、第2章でそのうち動産について、第3章で債権について、多少細かく扱う、というわけである。

(3) 繰り返しになるが、本論文が完成度の高いものとは考えていない。上記の観点から、様々なご教示をいただきたい。

(道垣内弘人)

\* なお、本稿は、2017年度全国銀行学術研究振興財団研究助成（法律分野）を受けた共同研究の成果の一部である。

## 第1章 日本におけるABLの議論（機能論との関係）

### ——中小企業の担保取引における間接金融と企業間信用——

#### 1 はじめに

日本のABLの議論は、2000年代半ばに始まる。主に中小企業への与信取引を想定しつつ、事業者たる債務者が保有する在庫商品や売掛債権、決済口座を包括的に担保にとる取引である。利用する担保制度は、集合動産譲渡担保や流動債権譲渡担保など、民法の議論として一般的に論じられる流動資産を目的とした非占有担保の議論そのものである。しかし、次のような内容を持つ、一定の取引スキームでの利用を提唱する点で、特徴的である。①債務者の資産価値を事業のライフサイクルの中で評価する。②事業の諸局面で変質する在庫商品、売掛債権、その回収金（預金）をまとまりある財産として、変質しても同一順位の優先的価値把握を維持しうる連続的な担保を設定する。③実行によらず、倒産手続を介した回収方法を企図した取引において有効な担保権の内容を問題とする<sup>1</sup>。

本報告のテーマは、このようなABL取引が、担うことを期待されている機能に注目した場合、多くの選択肢のありうる中小企業金融<sup>2</sup>の中で、どのような位置づけにあるものとして構想されているのかという点である。本報告では、ABL論導入前の中小企業金融における「担保の機能」との比較によって、機能からみたABL論の位相を検討する。

#### 2 わが国の中小企業金融の伝統的構造

最初に、ABL論が導入される前の中小企業金融における担保の利用と機能に関する議論を整理しよう。

##### (1) 高度成長期の中小企業金融

高度成長期のわが国の事業金融の仕組みは、一般的に次のように理解されているとあってよい。「高度経済成長過程の終わりまで続いた間接金融優位の構造のもとでは、都市銀行を中心にしたオーバー・ローンと、大企業を中心としたオーバー・ボロウイングの現象が進行し、特定の金融機関と企業とが密接な関係を結ぶ「メインバンク制と系列融資」の構造をとっており、「オーバー・ボロウイングの状態にある産業の金利負担を軽減する人為的低金利政策」のもと、都市銀行が「経済成長をリードする大企業の資金需要を低利に充足させる」という仕組みである<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 経済産業省「ABL研究会報告書」（2006年3月）以降多くの文献が出ているが、本稿は主として池田真朗ほか編『動産債権担保-比較法のマトリクス』（商事法務、2015）3頁以下〔森田修〕に拠る。

<sup>2</sup> 近年では、ベンチャー・キャピタルのような内部資金の調達方法、企業間信用のほか、CP、メザニン・ファンド、私募調達などの直接金融の方法も模索されている。小野有人「中堅・中小企業向けトランザクション型貸出の決定要因」みずほ総研論集16号95頁（2007）等。

<sup>3</sup> 上田達三「金融構造の変革と中小企業金融」関西大学経済論集39巻4=5号（1989年）668頁。

注意を要するのは、このような説明が直接的には、都市銀行と大企業間の金融取引を対象としていることである。中小企業は、好況等により資金余裕が生じた場合にのみ融資する対象とされ、いわゆる「金融しわよせ」という現象の存在が指摘されてきた。

それでは、特に信用逼迫期に中小企業に利用可能な資金調達手段として、どのような与信体制が存在したのか。大別して2系統の与信手段が利用されてきた。

1つは、民間の中小企業専門金融機関（旧相互銀行、信用金庫、信用組合）や政府中小企業専門金融機関（国民金融公庫、中小企業金融公庫、商工組合中央金庫）による与信である。これらの金融機関は、都市銀行同様に、**間接金融**を行う貸手であり、規模や金利等の条件こそ違え、取引志向は都市銀行と同様であった。

もう1つは、中小企業の財務上「買入債務」として整理される決済方法を利用した与信方法である。問屋的金融と呼ばれる。この場合、債権者は、取引先そのものであり、金融機関の介在を要しない。ただし問屋金融が典型的に見られたのは、戦前であった。戦後は、問屋自体が金融機関の融資に依存するようになったことや、手形の利用を介して金融機関の与信に取り込まれていったこともあり、金融機関の与信行動と無縁ではない。しかし、このタイプの中小企業金融は、商社金融に再編され、高度成長期にピークを迎えた。これらの与信方法は、**企業間信用**に分類される。

## (2) 担保の利用実態・・・間接金融と企業間信用の重複

この時期の中小企業金融に、担保の利用状況はどうであったのか。高度成長期の終わった1982年に公刊された論文の記述ではあるが、伝統的な担保取引の分析として、次のような実態が紹介されている。「私が関係している中小企業の数社について最近担保の問題を調べたところ。次のような共通項があることが分かった。すなわち、(1)会社並に代表取締役個人の不動産の上に政府関係の金融機関又は取引銀行の債務につき順位一番乃至二番の根抵当権が設定されていること。(2)その会社の原材料の供給者である商社等に対して更に金融機関の次の順位で根抵当権が設定されていること。(3)金融機関に対する債務につき代表取締役個人が例外なく保証をなしていること。(4)金融機関の債権の限度額はすべて担保物の評価額の範囲内であること。従って債務者がたとえ倒産に至っても此の債権は回収不能になることはまずないということ。(5)これらの会社の下請企業又は取引先に対する売掛金又は前渡金等の債権の多くは無担保債権であること。」である<sup>4</sup>。

このような取引実態の認識が、一般的であったのだとすると、上述の中小企業金融のマクロ的な分析との関係で、注目すべきポイントがいくつかある。①中小企業専門金融機関による間接金融と、商社等による企業間信用は、二者択一的なものではなく、前者が先行する形で併存している。②金融機関のみならず、取引先・商社等も担保を徴求している。いずれも不動産上の抵当権である。③金融機関が不動産上の第1順位の抵当権を徴求し、その物件の評価額の範囲内の与信しかしていないにもかかわらず、なおかつ、経営者保証も徴求している。それに対して、商社金融のほうが、担保の徴求の度合いが軽い。

ABLとの対比で注目すべきは、このような、間接金融と企業間信用の重複の中で、企業間信

<sup>4</sup> 高橋保治「中小企業金融と担保(二)」篠塚昭次他編『現代金融担保法の展開』(高島還暦)(成文堂・1982年)390頁。

用による与信について、積極的に活用されてきたのが、流動資産とくに在庫商品等の集合動産を目的物とする担保取引であったことである。実際、わが国の集合動産譲渡担保の裁判例を牽引してきたのは、この企業間信用による与信の担保で利用された事案である。最高裁が集合動産譲渡担保を導入する前の裁判例として紹介されているもの<sup>5</sup>のうち、次のものが企業間金融において集合動産譲渡担保が主張されたものである。①大阪地判昭 30.12.6 下民 6 卷 12 号 2559 頁（電気設備器具・卸売商）、②神戸地判姫路昭 43.4.25 金法 516 号 29 頁（屑鉄・売主（解除後の損害賠償請求権を被担保債権とする））、③東京地判昭 44.3.29 下民 20 卷 3=4 号 179 頁（食品等の商品・仕入先）、④岡山地判昭 44.6.2 判時 575 号 69 頁（ガスボンベ等・石油卸売商）、⑤岡山地判昭 45.8.25 下民 21 卷 7=8 号 1246 頁（衣料品・仕入れ先）、⑥東京高判昭 47.3.29 判時 665 号 57 頁（建材・仕入れ先）である（なお、集合動産譲渡担保の効力が認められたのは①・⑥のケースである）。

その後、集合物の特定のルールを示した最高裁判例として知られる⑦最判昭 54.2.15 民集 33 卷 1 号 51 頁は、被担保債権は融資債権であるものの、債務者の事業（電器業者が、乾燥葱事業に拡大していた）に関連する電器専門商社（山陽通商）が事業に関連してした融資であった。集合動産譲渡担保を、動産売買先取特権に優先させた⑧最判昭和 62.11.10 民集 41 卷 8 号 1559 頁では、担保権者は総合商社（三井物産）であり、被担保債権は現在及び将来の代金債権であった。処分授權の推定や後順位譲渡担保の承認と処遇についての判示で知られる⑨最判平 18.7.20 民集 60 卷 6 号 2499 頁では、養殖稚魚やその飼料等の販売業者であり、被担保債権は養魚用配合飼料の売買取引により生じる現在及び将来の売掛債権である（なお、集合動産譲渡担保の効力が認められたのは⑧、⑨である）。

なお、間接金融側の金融機関が、債務者の事業の流動動産を譲渡担保にとることも皆無ではない。⑩東京地判昭 32.3.19 下民 8 卷 3 号 521 頁（出版物・銀行）は、その例である（集合動産譲渡担保の効力が認められている）。しかし、企業間信用における利用に比較すると、間接金融における集合動産譲渡担保の利用は圧倒的に少ない。

### （3）担保の機能

それでは、高度成長期の中小企業金融において、間接金融の担保（第 1 順位の抵当権や数々の保証）や企業間信用の担保（主に集合動産譲渡担保）の機能は、どのように説明されてきたのか。

#### （a）間接金融

間接金融における金融機関が、重厚に担保をとるのは、なぜか。手がかりになるのは、次のインタビューである。

「〔実務家〕銀行としては、ただ最終的なよりどころとして担保をいただくという考え方で、最初から担保だけを目当てにして金を貸すという例は非常に少ないわけです。

〔鈴木竹雄〕ということは、担保を実行するということではうまくない、ということですね。

〔実務家〕銀行としては、相手の企業が発展し国民経済的に見てお役に立つと思うからこそお金を貸すわけで、企業が活動していれば、必ず最終的には貸出金は返るわけです。担保を処分して回収するというのは、よくよくの場合でして、初めからそういう事態になることを

<sup>5</sup> 鈴木祿弥「最近担保法判例雑考(9)」判タ 513 号 48 頁。

見越して担保をとるというのだったら、貸さない方がいいと考えています。銀行は従来は担保主義ということで貸出をやっているといわれておりますけれども、実際の運用では、担保というものは臨終の段階の引き当てという考え方です。」<sup>6</sup>

このように、優先弁済機能は、「臨終の段階」では無視されていないものの、きわめて謙抑的に捉えられていたといつてよい。

このような間接金融における優先弁済機能の謙抑性は、メインバンクとしての銀行が、中小企業の業績を評価して継続的な与信を行っていることの証左として説明されてきた。1990年代、アメリカの中小企業金融の研究（あるいは、当時注目されていた日本のメインバンクそのものの研究）の進展に伴い、間接金融であるメインバンクの融資行動には、「融資銀行団における委託されたモニター」としての機能が指摘されるようになったが<sup>7</sup>、担保はこのようなモニターのリアクション（企業の信用不安に対しての勧告・経営介入・撤退等）を効率的に行う道具として必要な機能を担うものとして整理されるようになった。

具体的な状況を示すものとして、中小企業とメインバンクの関係に関する次のような調査がある<sup>8</sup>。中小企業とメインバンクとの取引は全体の3/4が20年以上、10年以上のものとあわせると9割を超える。8割の企業は、メインバンクに対する借入依存度が最も高いと答えているが、単独貸主ではなく、2割の企業にとってはメインバンクは最大の貸主ですらない。中小企業がメインバンクに期待している機能としては、情報・サービスの提供や支援期待度などであった。

要するに、メインバンクは、強力な担保を取っておきながら、中小企業の事業に必要な資金をすべて提供することはない。それでも中小企業にとって得難い取引相手であるのは、当該中小企業を、メインバンクが相手にしていること（取引から撤退していないこと）が、他の後発与信者からの信用の基礎となるためである。そして、担保は、メインバンクが、モニタリングの過程で債務者たる中小企業を見限った場合に、「本当は離れたくても、債権を回収できないために離れられない」といった状況を生み出さないために取られており、それがモニターとしての銀行の行動の正確性を裏付ける機能を担っているということである。

#### (b) 企業間信用

これに対して、企業間信用ではどうか。

商社に典型がみられるように、与信者にとっての企業間信用には、商権の確保のための投資としての機能を担うとの見方がある<sup>9</sup>。債務者である中小企業の価値よりも、流通網の拡大そのものが与信者のインセンティブになるという見方である。このことから、企業間信用の与信者は、間接金融のメインバンクよりも、よりシビアに取引先の現時の取引状況を観察する傾向にあるという。さらに、与信者自身が、中小企業の在庫商品の売主である。このことは、中小企業の帳簿上の業績よりも、商品の市場価値に密着した情報から与信判断をしており、債権回収手段としても、商品の価値からの回収に意欲を持つ傾向につながっている。

商社にしても、担保権の実行による回収は、最後の手段であることには変わらない。しかし、

<sup>6</sup> 鈴木竹雄編『担保・保証』（有斐閣・1964年）3頁。

<sup>7</sup> 丑山優＝小松章編著『現代企業の財務戦略』（ミネルヴァ書房・2004年）44頁。

<sup>8</sup> 商工金融 1988年11月号 40頁。

<sup>9</sup> 島田克美『商社商権論』（東洋経済新報社・1990年）154頁。

そのモニタリングの対象が、商品の流通過程そのものであることから、在庫商品の価値に注目した集合動産譲渡担保の優先弁済的機能に、重きを置いた取引類型であるとみられている。

### 3 中小企業金融の転回と担保取引

伝統的な中小企業金融の転回は、当初、1970年代後半以降の金融自由化期において顕著であった。マクロ的には、間接金融から直接金融への転換・企業の内部資金率の向上が志向され、間接金融・企業間金融共に利用が減少したとされる<sup>10</sup>。

この間は、不動産市場の高騰が顕著な時期でもあった。更地の転売を基準とする交換価値が急激に上昇したことは、とりわけ不動産担保を重視する間接金融の取引意識にも変化をもたらしていたようである。金融自由化による競争下で、不動産担保の優先弁済機能に大きく依存した融資が膨らんでいたのである。

この点が明るみに出るのは、1991年の不動産担保融資への総量規制を転機とする、バブル崩壊過程である。当時、金融機関の不良債権処理や、貸し渋り・貸し剥がしが社会問題ともいえる病理現象を引き起こした。また、裁判例においても、銀行が、賃料債権に対する物上代位を積極的に行使するケースが多発した。間接金融について理論化されてきた機能や社会的期待が発揮されないまま、銀行が破綻・再編されていくなか、実務家筋による上記(3)(a)に引用したインタビューの当時を懐かしむかのような発言も記録されている。

わが国の ABL の議論は、このようなバブル経済崩壊を経た、中小企業再編の一環として、行政の主導で行われてきた。不動産の交換価値や収益価値からの債権回収に大きく依存するのではなく、中小企業の収益性に注目した融資が促された。そうであれば、なにも、中小企業の事業内容とは必ずしも関係のない不動産担保にこだわる必要はない。担保をとるにしても、中小企業に当然に内在する流動資産でよい。このような文脈をもつのが、ABL 論である。この意味では、ABL 論は、間接金融のメインバンクとしての機能を前提にしつつ、不動産担保を外すことを推奨するものであり、担保の緩和を意味する。

このような議論を支えるのは、2つの議論の接触であると見るべきである。

ひとつには、1980年代後半以降のアメリカの議論を踏まえた、担保の効率性の議論がある。従来のように、金融機関が被担保債権に比して大きな担保をとることを無条件に是とするのではなく、金融機関が担保権を含む資産を保有することのコストを問題とする立場である。わが国の議論としては、神田秀樹教授の1993年論文が先駆的であり、担保権に含まれる①信用審査、②債権管理、③債権回収、④財産分離、⑤物件評価、⑥物件管理、⑦その他事務の機能を指摘したうえで、それらのアンバンドリングを説かれた<sup>11</sup>。担保取引の再編においても、多様な担保の機能のうち、当該タイプの取引で必要とされるミニマムのものを付与すべきであり、(アンバンドリングの議論そのものは物的担保によらない代替的制度を模索するものの)物的担保を利用するにしても、同様の視点から脱不動産担保が模索されることになる。

もう一つは、分解された機能の束のうちどれを必要とする取引かという分析の視点を提供する、間接金融とりわけメインバンクの機能的分析の議論である。この点で強い影響を及ぼして

<sup>10</sup> 大企業について、丑山優＝小松章編著・前掲注(7)52頁。

<sup>11</sup> 神田秀樹「担保法制の理論的構造と現代的課題」金融研究12巻2号(1993年)51頁。

いるのは、森田修教授の2005年論文および2007年論文である。アメリカ担保法の研究の一環として、担保の機能を①優先権、②倒産隔離、③債務者の支配とし、特に、倒産に至る過程での支配の機能の重要性を説かれている<sup>12</sup>。また、同時期に、池田真朗教授が、「活かす担保」論を説かれたが、その叙述内容は、わが国の間接金融におけるメインバンクの取引機能に注目したものであり、それに適した担保を流動資産の包括担保であることを、わが国の文脈で実証している<sup>13</sup>。これらの議論の特徴は、モニターとしての銀行のリアクションのうち、撤退の選択の余地をあまり重視せず、介入を選択する場合を主に想定している点にある。

#### 4 おわりに

以上のように、日本のABL論は、包括担保を利用する取引類型を提唱するものでありながら、「担保の緩和」を志向する取引類型の提示であるといえる。

もっとも、以上のように、間接金融に注目し、その「委託されたモニター」として必要なミニマムの道具として、流動資産を包括担保にとるという文脈には、1つの問題点が残る。間接金融機関（シンジケート・ローンの場合には間接金融機関団）が、単独の貸主とならない場合に重要となる企業間信用の担保手段を確保する必要はないのか、という問題である。現状の集合動産譲渡担保の判例を前提とすれば、先行するメインバンクが積極的に集合動産を担保にとり、対抗要件を具備する場合、その後、中小企業が商社等から企業間信用を受ける場合には、実行権限のない後順位の譲渡担保（最判平18.7.20民集60巻6号2499頁）しか設定できないことになる。いわば間接金融型と企業間信用型の対立が生じるのである。与信者間の合意による解決も考えられるが、法制度上の解決も検討に値しよう。

（青木則幸）

---

<sup>12</sup> 森田修『アメリカ倒産担保法』（商事法務・2005年）、森田修「アメリカにおける『DIP 融資者の優越』」平井古稀『民法学における法と政策』（有斐閣・2007年）415頁。

<sup>13</sup> 池田真朗「ABL等に見る動産・債権担保の展開と課題」伊藤進古稀『担保制度の現代的展開』（日本評論社・2006年）275頁等。



## 第2章 動産の非占有担保

### 1 はじめに

日本民法において、動産を対象とする約定担保制度は、動産質が用意されているにすぎない(民法 252 条～255 条)。動産質は、質屋といった庶民金融を念頭に置いて導入された制度であり、事業者取引における担保制度としては適切なものではなく、実際に使われることは殆どない。法定担保としては留置権が機能しているのとは対照的である。

庶民の小口金融については、質屋に代わる無担保の庶民金融が花盛りであり、ただし、無担保の代わりに貸し倒れのリスクを引き受ける代わりに高金利になっている。他方、企業金融については、従前の日本では、抵当権による不動産担保と個人保証とに依存するのが慣例であった。しかし、抵当権を設定できる不動産を持たない事業者、とりわけベンチャー企業にとっては抵当権に代わる担保制度が要請された<sup>14</sup>。また、個人保証をめぐるのは、軽率に保証人になって責任を取らされる者の救済が問題となり、日本弁護士会では、事業者の債務についての個人保証の禁止を立法論として提案することを決議している<sup>15</sup>。個人保証に依存する融資からの脱却が求められているのである。

本報告では、動産担保をめぐる現行法の状況またその課題を検証し、実務の要請が譲渡担保による判例により実現されていることを確認した上で、最後に譲渡担保による判例の問題点を検討しつつ立法論的な課題に言及をしたい。なお、売買契約や請負契約において所有権留保特約が用いられ、賃貸借契約においては敷金が交付されているが、これらについては報告時間が限られているため検討対象から除外した。

### 2 現行法

#### (1) 民法の規定

動産担保に対する実務の要請は、次の4つを実現することにある。

- ①非占有担保(物を取り上げて管理しなくてよい)
- ②私的実行が可能(競売手続きを踏まなくてよい)
- ③動産の集合体を包括的に1つの担保にとれる(在庫商品等を担保にしつつ営業が可能)
- ④③について、包括的な公示・対抗要件具備が可能

(a)占有質しか認められていない(①③④)

<sup>14</sup> 池田教授は、「現代の世界が注目するこれからの『担保付取引』は、不動産を担保とする取引ではなく、動産・債権担保取引なのである。」「債権や動産の流動化取引は、債権や動産を用いた資金調達で、めぼしい不動産がないから債権や動産『まで』担保に取るという、いわゆる最終集団とか添え担保という世界から脱却して、企業の自立した能動的資金調達手法として発達していくことを示唆するものに他ならない」と指摘する(池田真朗「動産・債権担保の展開と課題」判タ 1202 号(2006 年) 36 頁)。

<sup>15</sup> 日本弁護士連合会「保証制度の抜本的改正を求める意見書」(2012 年 1 月)第 1 条 ([https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion\\_120120.pdf#search=%27%E6%97%A5%E5%BC%81%E9%80%A3%E5%80%8B%E4%BA%BA%E4%BF%9D%E8%A8%BC%E7%A6%81%E6%AD%A2%27](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120120.pdf#search=%27%E6%97%A5%E5%BC%81%E9%80%A3%E5%80%8B%E4%BA%BA%E4%BF%9D%E8%A8%BC%E7%A6%81%E6%AD%A2%27))。

現行法の民法上の動産質は、これらの実務上の要請に応えるものではない。まず、質権の設定は目的物の引渡しを要件とする要物契約とされ(344条)、質権設定者による代理占有が禁止されている(345条)<sup>16</sup>。そのため、債権者は、必ず質物の引渡しを受け管理しなければならないことになる。これは、留置的効力を質権の本質的要素として制度設計をしているためである。しかし、これは融資をするだけの債権者にとっては大きな負担となる。もちろん、内容の流動する集合物を質に取ることはできない。

#### (b)私的実行は認められない(②)

次に、流質契約が禁止されている(349条)。これを認めると、金を借りるに際しては、借主側が弱い立場にあることから、不利益な契約内容が合意されてしまう恐れがある。そのため、清算義務を規定するのではなく、一律禁止としたのである。しかし、価値の大きくない動産について、質権実行のためにいちいち競売手続きを要求するのは煩わしい。また、競売では市場価格よりも安く買いたたかれてしまう。裁判所の許可を得て、鑑定人の評価による価格で債権者にも一質物を帰属させることができる制度があるものの(354条)、これにより競売は回避できるが煩雑であることに変わりない。

以上が、動産質が用いられない原因である。非占有担保でありかつ競売手続きによることなく私的実行ができる動産担保、しかも、内容の流動する商品群を担保にとる方法が切望されることになる<sup>17</sup>。抵当権を設定する不動産を持たない事業者としては、個人保証も規制されるとなると、保険と共に新たな担保制度の導入が立法論として要請されると共に、現行法においては、譲渡担保の活用が模索されることになる。

## (2) 特別法

### (a)質権についての特別法

まず、商法において、商行為によって生じた債権についての質権は、流質禁止が解除される(商法 515条)。しかし、要物契約また代理占有禁止は、商事質権であっても維持されている。そのため、商事質権も利用されることはない。

次に、庶民金融として、質屋営業の許可を得た質屋(公益質屋)については、質屋営業法という特別法が制定されている。質屋営業法 19条 1項本文は、「質屋は、流質期限を経過した時において、その質物の所有権を取得する」と、質権実行による質物の取得を法定している。清算義務も規定されていない。ただし、「質屋は、当該流質物を処分するまでは、質置主が元金及び流質期限までの利子並びに流質期限経過の時に質契約を更新したとすれば支払うことを要する利子に相当する金額を支払ったときは、これを返還するように努めるものとする」と規定され(同項但書)、債務者に受戻権を明記せず、質屋の努力義務としている。質屋営業はサラ金の登場により衰退の一途をたどっており、今や買取業者としての活路を見出そうとあがいているところである。

<sup>16</sup> ただし、違反して債務者に占有させても、不動産質の事例であるが、質権は消滅することはないと考えられている(大判大 5・12・25 民録 22 輯 2509 頁)。ただし、代理占有の効力は否定され、質権者は間接占有を取得しえない。

<sup>17</sup> 近時の比較法研究として、池田真朗・中島弘雅・森田修 編『動産債権担保：比較法のマトリクス』(商事法務・2015年)参照。

## (b)動産抵当

他方で、重要な財産については、登録ないし登記制度が導入されると共に、登記ないし登録による抵当権設定が可能とされている。質権の設定の禁止をセットで導入する例が多い。これまで実現されている動産抵当は次のようである。それぞれの登記実績は、法務省の登記統計で調べることができる。

- ①船舶(商法[1899年])
- ②農業用動産(農業動産信用法[1933年])
- ③自動車(自動車抵当法[1951年])
- ④航空機(航空機抵当法[1953年])
- ⑤建設機械(建設機械抵当法[1954年])

### (ア)抵当権規定の準用規定を置かない立法——船舶

船舶については、商法に規定であり、船舶法の定めに従い登記ができること(商法 686 条 1 項)、登記した船舶には抵当権が設定できること(同 847 条[改正前 848 条])、また、登記した船舶の質権設定が禁止されこと(同 849 条[改正前 850 条])が規定されている。個別に民法の抵当権規定同様の規定を置いていないが、性質に反しない限り民法の抵当権規定を準用するという規定もない。

### (イ)抵当権規定の準用規定を置く立法——農業用動産

#### ①目的物など

最も古い特別法による動産抵当制度は、農業動産信用法(1933年)による「農業用動産」(農業の経営の用に供する動産)についての抵当権制度である。同法は、登記された農業用動産への抵当権設定を認め(同 12 条 1 項)——農業用動産抵当登記令また農業用動産抵当登記規則が制定されている——、抵当権規定を性質に反しない限り準用する規定を置く(同 12 条 2 項)。農業動産信用法施行令 1 条により客体が具体的に規定されており、一定の要件の下で漁船も「船舶」も含まれ、また、牛、馬、豚、羊、鶏及びあひるも掲げられている。施行令 1 条 8 号の牛、馬及び種豚については、登記令 8 条 1 項 4 号により、個々の雄雌、生年月日などの特徴が登記事項になっているので、集合動産としての抵当権設定はできない。逆に言うと、施行令 1 条 10 号の羊、種豚以外の豚、鶏及びあひるについては、登記令にそのような登記事項は規定されておらずまた実際に要求することは不可能であり、集合動産への抵当権設定が可能と考える余地がある。

#### ②第三者との関係

質権設定を禁止する規定はない。ただ特則規定があり、「農業用動産の抵当権の得喪及変更は其の登記を為すに非ざれば之を以て善意の第三者に対抗することを得ず」という規定され、登記を対抗要件とするが第三者の善意を要件としている(13 条 1 項)。登記がなくても悪意の第三者には対抗できることになる。また、「前項の規定は登記の後と雖も民法第 192 条乃至第 194 条の規定の適用を妨げず」とされている(同 2 項)。登記をしたとしても、善意無過失の第三者は、抵当権の負担のない所有権を取得しうることになる。なお、目的物自体に登記がされていることを示す表示はされない。

### (ウ)抵当権規定と同様の個別規定を置く立法——自動車、航空機、建設機械

#### ①自動車

自動車については自動車抵当法(1951年)が制定されており、道路運送車両法による登録を受けた車両につき、抵当権の設定を可能とし(同法3条)、ほぼ民法の抵当権についてと同様の数多くの規定が置かれている(例えば、根抵当権も設定可能[同法19条の2])。登録車両については、必ず抵当権によることにして、質権の設定は禁止されている(20条)。登録されていない車両については質権設定が可能である。非占有担保がこれにより実現されるのであるが、抵当権の実行は競売手続きによる必要があることに変わりはない(ただし、特別の手続きが既定されている[17条])。

## ②航空機

航空機については、航空機抵当法(1953年)により、登録された航空機について抵当権の設定を認め(同3条)、質権設定を禁止し(23条)、その他、民法の抵当権規定と同様の規定が置かれている。自動車、飛行機、船舶は登記されていることは目的物に表示される。もちろん抵当権の設定の有無は登記・登録を確認する必要がある。

## ③建設機械

また、建設機械抵当法(1954年)により、「建設機械」(「建設工事の用に供される機械類」であり政令により具体的に定められる)について、所有権保存登記を認め(同法3条)、登記された建設機械への抵当権設定を認め(同5条)、民法の抵当権規定と同様の諸規定を置きつつ、既登記建設機械についての質権設定を禁止している(25条)。所有権保存登記の申請のためには、建設機械に建設大臣の行う記号の打刻を受けるかまたはすでに打刻された記号の検認を受けなければならない。この打刻により登記されている建設機械であることが分かり、抵当権の設定の有無を登記により確認することができる。

### (c)残された問題点——あくまでも例外的個別立法

私的実行ができないという点は、抵当権に共通の問題であり、不動産に匹敵する重大な動産については特別に問題視する必要はない。しかし、農業用動産については少額の物品も含まれ私的実行の要請は高いが、実行方法については信用法にも施行令にも特別の規定はない。

動産について非占有担保の実現が可能なのは、上記の動産に限られ、それ以外の動産、とりわけ流動する在庫商品といった集合動産についての非占有担保の要請は実現されていない。この要請は、譲渡担保更には集合動産譲渡担保という実務を生み出し、これを認める判例法により発展せられることになる。次にこの点を説明したい。

## 3 譲渡担保をめぐる判例法

### (1) 譲渡担保を認める判例法の変遷

#### (a)所有権移転には「原因」が必要——「担保」は原因になるか

譲渡担保は所有権移転という「形式」により担保という「目的」を達成しようとする取引である。所有権の移転には「原因」が必要であるが、売買、贈与等とは別に「信託」までは、真正の所有権の移転ではなく管理のための手段に過ぎないが認められている。では、「担保」は所有権移転の原因になるのだろうか。これを認めない限り、「信託」を原因とするか、また

は、信託とも異なるので所有権の移転ではなく「担保権の設定」と再構成するしかない<sup>18</sup>。

(b)判例は「担保」を原因とする所有権移転を認める

判例は、この点、紆余曲折があったが、現在では、「担保」を所有権の移転原因として認めた上で、「担保」を原因とする所有権の移転であるため、売買などの終局的かつ全面的な所有権の移転ではなく、かといって、信託のような財産管理のための仮託的な所有権移転とも異なるいわば担保の範囲内の所有権移転を認めている。「担保」を動機や目的の次元に位置づけるのではなく、「担保」を原因とする所有権の移転を直截に認め、その所有権の移転の効力につき、「債権担保の目的を達するのに必要な範囲内においてのみ目的不動産の所有権移転の効力が生じるにすぎ」ないというのが、確立した判例の採用する表現である(最高裁 1995 年[平成 7 年]11 月 10 日判決[民集 49 卷 9 号 2953 頁]等)。担保権の設定ではなく担保権的構成ではないが、「担保」を原因としその限度での所有権移転を認めるので「担保的構成」といえる。

(2) 集合動産譲渡担保

もちろん特定の動産の譲渡担保もできるが、特筆すべきは、特定動産の譲渡担保に限らず、いわゆる集合動産の譲渡担保が認められていることである<sup>19</sup>。この点は、既に本研究会の第 1 回及び第 4 回のシンポジウムで説明をしたので、要点に止める。

(a)「集合物」理論の採用

(ア)集合物構成(集合物論)

① 1 つの集合物及びその上の 1 つの所有権の肯定

集合動産譲渡担保の問題を初めて扱った最高裁 1979 年(昭和 54 年)2 月 15 日判決(民集 33 卷 1 号 51 頁)は、「構成部分の変動する集合動産についても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定するなどなんらかの方法で目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的となりうる」と判示した<sup>20</sup>。本判決は、「集合物」という概念を認め、その要件につき「目的物の範囲が特定される」ことで足りることを明らかにしている。

② 個々の構成部分にも効力が及ぶ

判例は、集合物の 1 つの所有権が移転するだけでなく、個々の動産も集合物を構成するに至ると譲渡担保の効力が及び、その所有権が移転することを認めている。後述の判例は、個々の動産についての所有権移転を前提として、その対抗要件具備を問題にし、また、設定者が所有者でないのに処分できることを処分授權により説明をするのである。ただし、学説には異論がある<sup>21</sup>。

<sup>18</sup> フランス民法は、譲渡担保も信託と構成する(フランス民法 2372-1 条以下)。この結果、信託には管理信託と担保信託(譲渡担保)の 2 つに分かれることになる。

<sup>19</sup> 集合動産とは異なり種類物(消費物)の譲渡担保ができないかが検討されている(山田誠一「種類物を用いた担保」金融研究 21 卷 4 号 (2002 年) 222 頁以下参照)。

<sup>20</sup> これに対して、学説にはいわゆる分析的構成を採用する主張もある(古積健三郎『流動動産譲渡担保』に関する理論的考察 (1) (2 完)』論叢 133 卷 2 号 (1993 年) 16 頁、6 号 (1993 年) 51 頁が採用)。

<sup>21</sup> 集合物理論を採用しつつ、所有権移転の効果を集合物の上の所有権に限定し、個々の動産には確定までは所有権移転の効力は生じないという少数説も主張されている(道垣内弘人『担保物権(第 4 版)』(有斐閣・2017 年) 328 頁)。いわゆる価値粋論では個々の構成物には譲渡の効力は実行段階に入るまでは及んでいない(伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュ

## (イ)対抗要件

### ①公示方法

判例は、集合物についても動産の譲渡についての178条を適用し、占有改定による対抗要件具備を認める。集合物の上の1つの観念的な所有権についても包括的な占有改定により対抗要件が具備され、集合動産譲渡担保が二重になされた場合には、この包括的な占有改定の先後により優劣が決められることになる。

さらに特筆すべきは、いわゆる動産債権特例法により集合物の譲渡登記が認められていることである。集合動産譲渡担保契約書による登記ができ、「登記の年月日」のほか、「登記の時刻」も記録されるため、登記により対抗要件を備えた時刻も明確に公示ができる。ただし、譲渡登記は民法178条の効力が与えられるだけであり、その後の第三者による即時取得(192条)を阻止する効力までは認められない。この点は立法時に議論されたが、特別規定を置くことは断念された。

### ②個々の動産の対抗力保全効

そして、「この対抗要件具備の効力は、……新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶ」と考えられている(最高裁1987年[昭和62年]11月10日判決[民集41巻8号1559頁])。所有権の移転また対抗力は勿論構成部分になった時に発生するが、対抗関係に立つ第三者との関係においては、当初の包括的な占有改定によりその優劣が決められることになる。

## (b)構成部分の譲渡の可能性

### (ア)原則として処分有効

最高裁2006年[平成18年]7月20日判決(民集60巻6号2499頁)は、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されて」いることを認める。即ち、譲渡担保契約において設定者に「通常の営業の範囲内で」自己の名で処分する権限いわゆる「処分授權」が認められていることになる。

これは、設定者が在庫商品等の目的物について担保適切維持保存義務を負うため、販売がされても通常の営業が続けられている限り、直ちに商品等の補充がされるためである。集合物の予定された価値が確保されていればよく、販売が許されるのである。設定者の目的物の価値を維持保存する義務は、不可抗力で目的物が減少しても認められ、これを怠ると期限の利益を失う。逆にいうと、この価値を維持する義務履行が期待される限り、譲渡担保権者(債権者)は代金や保険金への物上代位権を行使して、設定者(債務者)の営業を妨害してはならないのである。

### (イ)処分授權の対象外の処分——集合物からの分離

譲渡担保権設定者には、担保物適切管理保存義務があり、「通常の営業の範囲内」で処分されても、営業が続いている限り商品等が補充されるので、譲渡担保権者は集合物の全体の価値が保持されていればよく、その営業への干渉を認めるべきではない。そのため、「通常の営業」が継続している限り処分は許されることになる。買主は譲渡担保を知っていても、有効に所有権を取得することになる。

---

リスト699号(1979年)92頁以下)。

先の最高裁 2006 年(平成 18 年)7 月 20 日判決は、「通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできない」と判示する。2 つのことが述べられており、①通常の営業の範囲を超える処分は効力が認められないこと、②その事例か否かを問わず、集合物を構成する限りで譲渡担保の効力が及び、分離によって効力が及ばなくなることであり——成立要件かつ存続要件——。もちろん上記のように、設定者はこの場合にも、担保価値を維持する義務があるため、不足した分あらたに目的物を補充して価値の復元を図る義務を負う。

(c) その他

(ア)物上代位について

①物上代位の可能性

譲渡担保は「担保」を原因とする所有権の移転という効果を生じさせるだけであり、その実質は担保権に等しいため、最高裁 1999 年(平成 11 年)5 月 17 日判決(民集 53 巻 5 号 863 頁)は、設定者が倒産し集合動産譲渡担保目的物の代金債権について譲渡担保権者が物上代位に基づいて差押えをした事例で、譲渡担保権者は「譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として」、目的物の売買代金債権を差し押さえることを認める。ただし、次に述べるように、設定者が倒産した事例であるため物上代位権の行使が認められたのであり、設定者が通常の営業を続けており、目的物が適切に補充され価値が維持されていれば、物上代位権の行使を認めるべきではない。

②物上代位が認められる場面の制限

最高裁 2010 年(平成 22 年)12 月 2 日判決(民集 64 巻 8 号 1990 頁)は、保険金請求権への物上代位につき、「譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されない」と述べている。

設定者が営業を続ける限り、集合物は補充され目的物の価値は維持されるので、その保管の費用に保険金は使われるため、譲渡担保権者に干渉させる必要はなくまた干渉させるべきではないからである。これは代金債権にもあてはまり、「通常の営業」が続いていれば、新たな目的物が補充され「集合物」の価値が維持されるので、処分授権が認められる以上、その代金債権に物上代位を認めなくても不都合はない。

(イ)二重の譲渡担保

最高裁 2006 年(平成 18 年)7 月 20 日判決(民集 60 巻 6 号 2499 頁)は、養殖魚の集合動産譲渡担保の事例について、「このように重複して譲渡担保を設定すること自体は許されるとしても、劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない。このような結果を招来する後順位譲渡担保権者による私的実行を認めることはできない」と判示している。傍論であるが、①譲渡担保は担保目的の限度での所有権の点なので、複数の譲渡担保の設定が可能なこと、そ

して、②後準譲渡担保権者は私的実行ができないことが確認されている。

この論理は譲渡担保と所有権留保との関係にもあてはまり、所有権留保がされた動産が集合動産譲渡担保に供された場合、所有権留保が優先し、譲渡担保権も劣後する担保として成立するという事も考えられる。しかし、最高裁 2018 年(平成 30 年)12 月 7 日判決は、所有権留保の目的物につきなされた譲渡担保の効力を否定する。学説も、所有権留保については、第二担保として譲渡担保権を認めない主張が強い<sup>22</sup>。報告者としては、いずれの事例においても所有権形式の担保については後順位の担保目的の所有権の成立を認めてよいと考えている。後順位担保権者については私的実行ができないが、順位上昇しうる地位を取得でき、また、先順位担保権者の受ける清算金に物上代位が可能になる。

#### 4 おわりに——立法論への若干の言及

以上のように、日本においては重要な動産については抵当権設定の途が開かれているが、それ以外の在庫商品等の集合体を非占有担保にとるという実務の要請に応える制度は未だ実現されていない<sup>23</sup>。この要請の実現は、集合動産譲渡担保を認める判例法によって担われていることになる。しかし、判例に依拠するが故に——立法とは異なり臨機応変に変更される柔軟性は魅力ではある——不確実さが残され、議論のある点を立法により解決することが望まれる。この点、既に道垣内教授を座長とする「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」が 2019 年に立ち上げられ(商事法務研究会<sup>24</sup>)、立法論が検討されている<sup>25</sup>。法制審への諮問の足掛かりとなる検討がなされている。

譲渡担保に関する限り、特例法により集合動産譲渡担保の公示も可能となっており、現行判例法に問題点はあるのであろうか。やはり譲渡担保という法的構成についての理論的疑念を払しょくできない点は大きい。直接に動産抵当権または非占有動産質の設定を認め、かつ、所有権移転方式で実現されていた実益を可能な限り立法で実現することが考えられる。例えば、私的実行を明文でもって認めまた清算義務を規定することが考えられる。不動産を対象とする仮登記担保とは異なり、実行期間の設定、実行後の受戻権の規定は、迅速かつ安全な取引が要請される動産では不要であろう。

比較的新しい担保法の改正としては、フランスにおいて、非占有質を動産にも認め登記制度

<sup>22</sup> 例えば、石口修『所有権留保の研究』(成文堂・2019 年)158 頁以下、清水裕一郎『非占有動産担保の競合』(九州大学出版会・2019 年)134 頁以下、田高寛貴「判批」新・判例解説 Watch25 号 (2019 年) 59 頁等。

<sup>23</sup> 動産担保としては非占有担保を実現する方法としては、①譲渡担保のような所有権移転方式と②アメリカ UCC の動産担保権 (security interest) のように担保権の設定による方式とが考えられる。2006 年に担保編を独立させたフランス民法の改正法は、改正ケベック民法に倣いこの security interest を「占有を伴わない質権」(非占有質)として実現している (2334 条以下)。

<sup>24</sup> 議事録も公表されている(<https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/dou-tanpohousei>)。

<sup>25</sup> 立法論の研究は、松本財団財産立法研究会「動産担保法要綱試案」が私法学会において検討されたことがある(民商法合同シンポジウム「譲渡担保立法の問題点」私法 31 号[1969]3 頁以下。近時でも、生熊長幸「動産譲渡担保法立法私案(1)(2・完)」立命館法学 383 号 (2019 年) 200 頁、384 号 (2019 年) 103 頁により立法論の提案がされている。



を創設し登記により公示する制度が実現されている<sup>26</sup>。他方で、少し遅れて担保信託制度も導入されており、これは日本でいう譲渡担保を信託として公認して規定するものである。非占有質については、登記により即時取得が排除されるまでの強力な保護が用意されている。

日本においても、動産債権譲渡登記が導入され、債権については譲渡だけでなく質権設定登記も認められている<sup>27</sup>。動産については民法の要物契約という規定を崩さなければならず、非占有質を導入すれば、動産質権設定登記を導入することは可能である。しかし、日本では債権質(362条以下)があるにも拘わらず使用されず譲渡担保が用いられているように、非占有質権として直截に担保権のとしての設定を認めても、どれだけ用いられるかは疑問である。非占有質に譲渡担保にはない利点が付与されないと、結局は用いられないことになりそうである。いずれにせよ、日本において、動産担保制度の立法が動き出したことは事実であり、今後の行方を見守りたい。

(平野裕之)

---

<sup>26</sup> 現在、保証も含めて担保法の改革が検討されており、2017年にはキャピタン協会により担保法改正準備草案(AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES SURETES)が公表されており、2019年には担保法改正を大統領のオルドナンスにより行うことを授權する法律が成立している(2019年5月22日のpacte法)。

<sup>27</sup> 一般的な動産抵当制度は、1965年に台湾では動産担保取引法により、中国においても物権法において導入されている。日本の動産譲渡担保登記が即時取得を排除しないのに対して、これらの法制度では動産抵当登記がされれば即時取得は排除されることになっている(金文静「動産抵当登記制度と譲受人の即時取得」法学政治学論究78号(2008年)284頁参照)。

### 第3章 日本における債権担保の課題

#### 1 はじめに

##### (1) 私の助手論文

私は、1982年に大学を卒業し、助手になった。助手は3年間で助手論文というものを書くという義務を負っているが、私は、所有権留保を中心として、買主の倒産の局面で、動産の信用売主はどのような権利を有するか、という問題について論文を書いた<sup>28</sup>。

そこでは、日本法のほかに、イングランド法とフランス法を検討したが、イングランドにおいては、1976年に Romalpa 事件判決<sup>29</sup>という重要な判決が登場し、所有権留保の法理について新たな展開が始まっていたので、それについて紹介するとともに、分析を施すこととした。

さて、この Romalpa 事件判決であるが、事案としては、X を売主とするアルミニウム・ホイルの所有権留保売買において、代金完済前に買主 Y が倒産したというものである。所有権が X に属しているから、現物として存在するアルミニウム・ホイルについて、X において取り戻しができることは認められたが、この紛争が生じた時点で、すでにそのアルミニウム・ホイルの一部は、Y によって転売されており、その代金を Y がすでに受領していた。そこで、この受領金について X が権利を有するか、が問題になった。

結論として、判決では、Y の保管している転売代金について、X が権利を有することが認められた。このとき用いられたのが、信託の法理である。つまり、Y は、たしかに X からアルミニウム・ホイルを購入したのであるが、その所有権は、Y が X に対して負う債務のすべてを完済した時点で Y に移転するという契約になっていた。そして、その他の条項と合わせ、Y に所有権が移転するまでは、Y は、X の所有物として X のために当該アルミニウム・ホイルを保持していると理解され、したがって、信託の関係にある、とされたわけである。

信託であるとする、信託財産であるアルミニウム・ホイルの売却によって生じた転売代金債権は信託財産になる。そして、その債権の回収金も信託財産になる。そこで、回収金は、Y が X のために保持していることになり、X の権利が認められることとなった。

##### (2) 債権担保の現代的論点

この論文を提出したのは1985年であるから、すでに34年も前のことになる。しかるに、本日の報告を、そのような昔話から始めたのは、債権を目的物とする担保において、現在、重要な問題が、そこにはすでに現れていると思うからである。私が重要だと思う問題は次の3つである。すなわち、

第1に、債権を目的とする担保が設定され、その後、その債権が取り立てられて、現金または預金として、担保設定者のもとに存在するとき、その現金または預金に対して担保の効力が及ぶか、

---

<sup>28</sup> 当該助手論文は1986年から1987年にかけて、法学協会雑誌において講評され、その後、書籍の形で刊行された。道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣・1997年）。

<sup>29</sup> Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd [1976] 1 WLR 676.

第2に、普通預金口座の普通預金債権について、担保を設定できるか、

第3に、動産所有権留保や動産譲渡担保の目的物が売却されたとき、その代金債権に担保の効力は及ぶか、

という問題である。

このすべてについてではないが、先に述べた Romalpa 事件判決は、信託の法理、つまり、コモン・ロー上の権利とエクイティ上の権利の分離の法理を用いて、これらの問題について一定の結論を導いている。

それでは、コモン・ロー上の権利とエクイティ上の権利の分離といった考え方をとらない、日本・韓国・中国ではどう考えるべきか。もちろん、ここで、簡単に結論を出すことはできない。しかし、これらの問題を軸にして、債権担保の議論がされるべきだと考える。

## 2 債権を目的とする譲渡担保——一般的な整理

### (1) 序

債権を目的とする譲渡担保の基礎について簡単に整理しておく。

### (2) 実体的な要件

まず、実体的な要件については、将来債権譲渡について、どのくらいの将来にわたる債権が譲渡可能か、という議論があった。しかし、1999年1月29日の最高裁判決（民集53巻1号151頁）<sup>30</sup>が、特定性が満たされていれば、将来の長期間にわたる債権の包括的譲渡は有効であると判断した。そして、このたびの債権法改正においては、民法466条1項に、「債権の譲渡は、その意思表示の時に債権が現に発生していることを要しない」と規定された。明文上も、将来債権譲渡の有効性が規定されることになったわけである。

もっとも、1999年の最高裁判決では、「譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものと見られるなど特段の事情」がある場合は別だとされている。しかし、このような制限は、担保一般に課されうる制限であるので、あまり大きな問題ではない。

### (3) 対抗要件

それでは、対抗要件についてはどうか。

これについても、1999年の最高裁判決などが、目的債権の債務者に対して、確定日付のある証書で通知をし、または、当該債務者から確定日付のある証書による承諾を得られれば、現在および将来の複数の債権の譲渡について、1つの包括的通知・承諾で、対抗要件としての効力が生じるとしている。

さらに、「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」は、債権譲渡の対抗要件を、目的債権の債務者に対する対抗要件と、他の第三者に対する対抗要件とに分離した。そして、後者に関しては、債権譲渡登記ファイルに登録することによって具備できる

<sup>30</sup> 同判決についての私の分析として、道垣内弘人「将来債権の包括的譲渡の有効性と対抗要件--第3小判平成11・1・29を踏まえて」ジュリスト1165号（1999年）66頁。

ことにしている。これによって、債務者が多数にわたる、多くの債権を一括して譲渡するときでも、第三者対抗要件を具備しやすくなった。

また、この法律の 2004 年改正によって、譲渡される債権の債務者名が必要的登記事項から除外された。これによって、目的債権の債務者が不特定でも対抗要件が具備できることになった。そうすると、たとえば、クレジット会社が、まだ具体的には確定していない将来の会員に対する債権を譲渡するといった場合にも、第三者に対する関係での対抗要件を具備できることになる。

#### (4) 小括

こういうかたちで、とりわけ金銭債権を目的とする譲渡担保は設定しやすくなった。そして、譲渡担保権者が自らで取り立てることができるので、実行もそれなりにうまく行く。しかし、先ほど述べた 3 つの問題が残っている。順に考えていきたい。

### 3 3つの課題との関係

#### (1) 取り立て金に対する効力

第 1 として述べたところ、つまり、債権を目的とする担保が設定され、その後、その債権が取り立てられて、現金または預金として、担保設定者のもとに存在するとき、その現金または預金に対して担保の効力が及ぶか、という問題はどうか。

日本における現在の一般的見解は、及ばない、というものだと思う。そうすると、第 2 の問題、つまり、普通預金口座の普通預金債権について、担保を設定できるか、がクローズアップされてくる。

設定者が取り立てて、その金銭を自分の預金口座に入れているという状態を考えたとき、そのままでは、担保権者の権利は及ばない。そこで、その預金債権にも別個に担保権を取得できないか、が考えられることになるわけである。

このような普通預金債権の担保化は、集合債権譲渡担保に関連して必要となるだけではない。債権の流動化の局面で、債権の譲渡人が譲受人に代わって取り立てているとき、その取り立てた金銭を、譲渡人の特定の口座に保管させ、その普通預金債権に譲受人が担保を取得する、ということも問題になる。さらには、さまざまな金融デリバティブ取引で、債務者となっている当事者は、債務の額だけ、自己の普通預金に金銭を預け入れておき、その普通預金債権に相手方が担保権を取得する、ということもよく行われる。現金担保、Cash Collateral というものである。

#### (2) 金融担保に関する EU 指令の重要性とアメリカ合衆国統一商事法典における預金担保

そして、このような担保については、2002 年に出され、2009 年に改正された金融担保 (financial collateral) に関する EU 指令 (EU Directive) が重要である。ここで、金融担保とは、借主から貸主に与えられる証券担保や金銭担保を指す。2007 年のアメリカ合衆国におけるサブプライム問題や、翌年のリーマンショックなどの金融危機を見れば明らかなように、いまや一つの国の一つの制度破綻によって全世界の銀行などが大きな影響を受けることになる。シンジケート・

ローンや各種のデリバティブによって、各国の金融機関は相互に依存している関係にあるからである。そのような状況では、1国における金融危機において他の国への波及を最小限にとどめることが求められる。そのため、EUは、加盟各国に対して、次のような指令を出した。つまり、①金融担保の登記・登録について、様々な制約を廃止すること、具体的には、「担保権者またはその代理人の占有または支配下にある」という以外の要件を課してはならないこと、②債務者の倒産手続において、担保権者が、何らの制約なく、担保が実行できるようにすること、③国際的な担保取引について各国の法制度を明確にすること、といった内容である。

これによって、EU各国は、様々な対応を迫られることになり、いまや、かなり広い範囲で、要式性のない強力な担保権が認められるようになってきている。また、これに関連して、預金担保の有効性を認めることも要求されている。

さらに、アメリカ合衆国においても、UCCによって、普通預金の担保化が認められている<sup>31</sup>。

### (3) 日本における普通預金債権の担保化をめぐる議論

普通預金債権の担保化については、早い時期に、私は、普通預金債権を、同一性を有したまま、その額が変動するものととらえたうえ、そのような債権を、たとえば、質権の目的にしようとする、独立性・特定性を有することが必要であるところ、特定性を充足するためには、質権者が当該普通預金債権について排他的支配を有することが必要であるとした。そのうえで、仮に当該預金がまったく出し入れ自由のものであり、実行時の債権額はまったく偶然によって定まるとするならば、排他的支配の対象として十分な特定性はないというべきであるが、実務において担保化の需要のある普通預金債権は、サービサー契約やデリバティブ取引契約において、出し入れに拘束が課されているものであるから、排他的支配の対象としての十分な特定性を有しており、そのようなときには、普通預金債権に担保権を設定することができる、と論じた<sup>32</sup>。

この見解における普通預金債権の捉え方については、森田宏樹教授から批判を受けたが<sup>33</sup>、森田教授も、普通預金債権に、たとえば質権を設定するということは可能だという見解であり、学説上は、普通預金債権の担保化は可能であるという見解が強いといえる。

しかし、議論自体が十分にされておらず、おそらくは、立法で明確にすることが求められると思われる。

### (4) 所有権留保・譲渡担保と物上代位

第3の問題、すなわち、動産所有権留保や動産譲渡担保の目的物が売却されたとき、その代金債権に担保の効力は及ぶか、という問題については、物上代位は認められる、という見解が強くなっているようである<sup>34</sup>。

<sup>31</sup> この問題について、道垣内弘人「金融取引における普通預金債権の担保化」金融法務事情 2071号（2017年）58頁。

<sup>32</sup> 道垣内弘人「普通預金の担保化」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』43頁以下（有斐閣・2000年）〔同『典型担保法の諸相』118頁以下（有斐閣・2013年）所収〕。

<sup>33</sup> 森田宏樹「普通預金の担保化・再論」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』299頁以下（有斐閣・2003年）。

<sup>34</sup> 動産譲渡担保について、最決平成11年5月17日民集53巻5号863頁、最決平成22年12

ただし、物上代位の場合には、取り立てられてしまうと、もはや効力は及ばなくなる。そこで、やはりここでも普通預金債権の担保化の問題が生じてくる。

#### 4 普通預金債権の担保化と非典型担保法の立法

##### (1) 普通預金債権の担保化の正当化要件

以上見てきたように、私は、日本における債権担保の課題は、普通預金債権の担保化だろうと思っている。これが鍵になる。

もちろん、絶対に認めるべきだ、というわけではない。しかし、たとえば、信託を考えると、受託者が、受託者の名前で口座を有し、そこに一定額が預金されていても、その預金債権が信託財産であることが証明されると、受託者の固有財産に係る債権者は、その預金債権を差し押さえることができず、信託財産に係る債権者のみが差し押さえることになる。つまり、公示はされないままで、一定の債権者に優先権が与えられるのである。したがって、普通預金債権は額が変動するので担保化できない、ということには、根本的にはあまり理由がないように思う。

それでは、どういった要件があれば、そのことは正当化されるだろうか。私は、サービス契約やデリバティブ取引契約において、出し入れに拘束が課されているものであるから、排他的支配の対象としての十分な特定性を有しているとするとともに、このような特定性を普通預金債権の担保化の有効要件とすべきだと主張した。EU 指令や、UCC は、「担保権者またはその代理人の占有または支配下にある」ということを重視している。私が主張しているところと同じだろうと考える。

##### (2) 非典型担保法の立法

日本においては、非典型担保の立法を行う準備として、法務省が、2019 年から、研究会を始め、3 月 4 日に第 1 回目の回が開催された。研究会で 2 年程度の検討を行い、報告書を提出し、それを参考資料としながら、法制審議会に部会を設置し、正式に立法に向けた会議を始めることになりそである。

ただ、どのような内容の立法がされるかは、まだまったくわからない状況である。

(道垣内弘人)