Title	物的担保法の経済的効率性
Sub Title	L'efficience économique du droit des sûretés réelles
Author	Dupichot, Philippe(Yoshii, Keiko) 吉井, 啓子
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2010
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.15/16 (2010. 3) ,p.157- 181
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	2008年度大陸法財団寄付講座「フランス法特別講義」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20100325-0157

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

物的担保法の経済的効率性

フィリップ・デュピシヨ
吉井 啓子／訳

〔はじめに〕

- I. 物的担保の設定
 - A 伝統的な物的担保の設定
 - 1° 動産担保
 - 2° 不動産担保
 - B 所有権利用型担保の設定
 - 1° 留保所有権
 - 2° 譲渡された所有権
- II. 物的担保の実行
 - A 民法における実行
 - 1° 実行方法の簡素化と統一
 - 2° 設定者からの全ての権取の禁止
 - B 倒産手続の影響
 - 1° 実定法
 - 2° 将来の法

〔はじめに〕

1 経済的効率性という立法的野心

人的担保法の経済的効率性に続く、本日の第2講演のテーマは、物的担保法の経済的効率性です。

この人的担保と物的担保という基本的な区別は、担保について規定するフランス民法典新第4編の構成そのものを決定しています。担保に関する2006年3月23日のオルドナンス2006-346号は、「人的担保」と「物的担保」を2つの別々の章で規定しています。このうち、物的担保の方は〔2006年オルドナンスによる

改正により〕より大きな発展を遂げたことは間違いありません。

物的担保法が改正されたのは、〔その〕経済的有用性を急いで考慮する必要があったからです。古びた条文を現代化し、現実にも適合したものにすることが第一の目的でした。信用の促進、フランス市場の法的な競争力を守るという目的がなければ、いくつかの改革はなされえなかったのです。

最近フランス法において信託（fiducie）が認められたのも、コモンローにおけるトラストのように、フランス法に柔軟で有効な「道具（outil）」を与えるという意図によるものです。信託は、まずは信託制度を創設した2007年2月19日の法律2007-211号により、引き続き経済の現代化に関する2008年8月4日の法律2008-776号により、より華々しいやり方でもって、導入されました。

新しい聖杯（Nouveau Graal）、物的担保法のより大きな経済的効率性を求める旅を立法者は続けているのです。前回の講演で明らかにされた基準により、この旅は正当化されることとなります。あるルールが、債権者に、できるだけ少ない費用と時間で、担保設定者の財産を無益に浪費せず債権を回収できるよう保証するものであれば、そのルールは効率的なものです。

しかし、経済的効率性は、フランス私法で現在起こっている静かなる革命の唯一の原動力ではありません。民法学者の伝統である対立する価値間の公平さに忠実に、フランス法は、債権者・担保設定者双方の利益を尊重するという、経済的であると同時に社会的な考慮にも適合した解決を目指しています。これらの考慮は常に対立するものではありません。

2 人的担保に比べれば物的担保の負担は軽い

以上の点からすれば、人的担保の重大性と物的担保の重大性は同じではありません。

その効力は様々ですが、人的担保負担者（garant）は自らの財産をもって他人の債務について約束をするということから、多くの場合には何の代償もなく他人のために債務を負うという人的担保の重大かつ大変異常な性質が生じます。

物的担保の場合は、そうではありません。物的担保は、伝統的に、「債権者の優先弁済のための物の充当 (affectation)」です。債務者が自らの債務を担保するために物的担保を設定した場合には、債務負担の危険は全く生じません。支払期日が来た場合の担保目的物の喪失は、得られた与信の代償にすぎないのです。

このように物的担保はあまり重大な結果をもたらしませんから、物的担保設定者を保護するという社会的考慮は、自然人が保証人となる場合などと比べれば、あまりしなくてもよいように思われます。設定者が将来さらに債務を負うことができるようにするためにも、設定者が有する信用を無益に使い尽くさないよう注意することが大切になるでしょう。人的担保法の場合になされてきたアプローチ、保証人の債務超過を防ぐというとはアプローチとはほぼ反対です。

3 倒産手続における物的担保の殺戮 (massacre)

物的担保は債務者の状態がどのようなものであろうと効率的なものだということが、不幸にも強調されすぎているようです。

おそらく、そのことは、60年ほど前は真実でした。1807年商法典の下、1967年までは、物的担保は債務者の「破産 (faillite)」の場合には完全に有効だったのです。

1948年に、ヴォワランは、当時広く受け入れられていた考え方を、次のようにまとめて述べています。「2人、3人、10人と保証人を立てることで、おそらく支払不能の危険を減らすことはできるだろうが、それは決して回避されたわけではない……完全な安全を得るには、物的担保による必要がある。」なぜなら、設定者の破産はいかなる物的担保の有効性にも影響を与えず、優先権が支払不能の危険を取り除いてくれていたからです。その1番手が、担保の女王というべき抵当権でした。債権者の安心は絶対的なものだったのです。

しかし、2008年になって、企業の連鎖破綻が予想される中で、債権者の安心が不安に取って代わりました。フランスでは、企業の経営破綻数は、既に過去12ヶ月で8.9%も上昇しています。建設・不動産・個人サービス分野では、さ

らに大きな増加を見せています。

物的担保法の経済的効率性の敵は、〔現行商法典第6編のタイトルである〕「企業の経営困難の取扱い」です。倒産手続〔集团的債権決済手続〕(procédures collectives) について規律する現行商法典第6編は、民法典第4編第2章〔物的担保〕に憂慮すべき暗い影を落としています。

倒産手続が人的担保をその勢力範囲に入れたのは、企業の保全に関する2005年7月26日の法律からですが、物的担保については1967年7月13日の法律からです。倒産手続は、物的担保権者に債権届出義務・検証義務 (obligation de production et de vérification) を課することで、最初の打撃を与えました。1976年に、ある有名な判例が、この義務から、手続中の債権者の個別訴求の停止を導き出しています。このような打撃は、企業の更生 (redressement) と裁判上の清算 (liquidation judiciaire) に関する1985年1月25日の法律85-98号により増幅されました。物的担保の殺戮はその頂点を迎え、債権者に課された犠牲は、90%の企業が清算に終わるため、困難に陥った企業の完全な再建により正当化されることもなく、経済的効率性は最も低い状態となったのです。物的担保を有する債権者の〔厳しい〕状況は、即時裁判清算 (liquidation judiciaire immédiate) 制度を創設した1994年6月10日の法律94-75号から、裁判上の清算の場合には多少緩和されました。それまでの行き過ぎへの反動で、有名な「物的担保の春 (printemps des sûretés réelles)」が訪れたのです。

今のところ、最後の改正である企業の保全に関する2005年7月26日の法律2005-845号は、債権者の処遇をより重要視しています。

しかし、2005年の倒産法改正、2006年の担保法改正、2007年の信託法改正の不十分な連携は、正当にも数多くの批判的となりました。ほぼ同時期に行われたこれらの改革は、かみあわないまま、平行線のままです。そこから、担保に関して特に必要とされる法的安定性からすればあまり望ましくない解釈上の問題が生じています。

4 検討の順序

明快に説明するため、そしてこれらいくつかの問題点を乗り越えるために、物的担保に関するフランス法の経済的効率性を、担保の設定と実行という2つの重要な時点で見たいと思います。

この効率性の検討を、まずは物的担保の設定段階で（Ⅰ）、引き続いて物的担保の実行段階で（Ⅱ）行いたいと思います。

I. 物的担保の設定

5 優先性か排他性かの選択の自由

長い間、物的担保といえば、債権者が目的物の売却代金から優先的に弁済を受けることを可能にする優先権としての物権を債権者に付与するだけでした。今後、物的担保の技術は、豊かで多様性に富んだものとなります。長らく学説により支持されてきた契約自由に基づく所有権利用型担保が一般化されたのです。同時に、これらの優先的担保又は排他的担保の設定方法は、極めて簡略化されることになりました。

フランスの物的担保の上に新しい自由の風が吹いています。これは、より大きな経済的効率性をもたらすのに役立つでしょう。このことは、まずは伝統的な物的担保について確認されますし（A）、所有権利用型担保についても確認されます（B）。

A 伝統的な物的担保の設定

6 個人の意思の解放

伝統的な物的担保は、今までとは異なり、経済人達の自由の拡大と相容れないものではありません。物的担保は、〔担保設定者を〕債務超過に陥れるおそれはほとんどありませんし、かつてに比べて少ない問題しか生じさせません。その結果、個人はより大きな自由を満喫することができるのです。効率性は、動産担保において増えていますし（1）、不動産担保についてはさらに増えています（2）。

1° 動産担保

7 保証された効率性

新動産担保法の効率性は、設定者の信用を保存するルール（a）、担保目的物の範囲を広げるルール（b）、設定と対抗に必要な形式を簡素化するルール（c）から生じます。

8 a) 信用の浪費の予防と非占有質権の一般化

非占有質権（gage sans dépossession）の一般化は、2006年3月23日改正の主要な改正点の一つです。以前は、設定者の占有喪失（dépossession）という非経済的な要求が課されていました。質権設定契約は要物契約でした。その結果、特別法が非占有担保の可能性を規定していない場合には、設定者から目的物の経済的有用性を奪うことになっていたのです。〔今では、〕占有喪失という語そのものが、有体動産質権の定義（2333条）から消えましたし、無体動産質権（nantissement）の定義からも消えました（2355条）。

これは、全てより良い有効性を目指して行われた改正です。

多くの非占有質権は、質権制度と抵当権制度の接近を予言していますし、設定者の信用の全ての浪費を避けることもできます（2340条）。

債権質権についても同様です。民法典で11もの条文により詳細に規定されているのですが、この大変現代化された質権は、債権の一部を対象とすることもできるのです。その結果、債務者の信用を保存しながら、一つの債権の一部につき別々の債権者のために質権を設定することもできますし、一定期間に限って設定することもできます。この場合、期間が終了すれば、目的債権は完全に質権の負担を免れるのです。

9 b) 動産担保の目的物の拡張

占有移転が必要とされなくなったことにより、動産担保が設定できる目的物は増加し、被担保債権さらには目的物に関する特定性の原則も緩和されました。

有体動産質権と無体動産質権はともに、現在ある動産だけでなく将来の動産

にも設定できますし、種類物も非種類物も、さらには現在又は将来の動産の集合体 (ensemble des meubles) も目的とすることができるのです。さらに、将来債権も担保することができ、その場合は特定可能性のみが要求されています(2333・2355条)。

この新しい集合体の概念は、古書や美術品のコレクションや同一不動産から生じる賃料債権などについて包括的な担保を可能にする柔軟なものです。集合体を構成する個々の物を特定する必要はないのです。

したがって、今日では、過去に比べて、物や価値からより多くの信用を引き出すことが可能です。債権者にとっては、直ちに優先順位を確保できますし、契約から生じる将来債権さえ担保できるのです。なぜなら「債権となる可能性〔将来債権になるもの〕は既に保存されるべき財産である」からです。限界のないこれらの担保は、原則として全てのタイプの信用に用いることができます。

10 c) 簡単な形式主義とわずかな費用

立法者は、これらの様々な恩恵を一定の形式主義に従わせました。

要物契約は要式契約となりました。書面の作成が有効要件となり、証拠自由が原則である商事においてもそのような場合が規定されています。しかし、この形式主義は大変簡単ものです。これは、異議を封じ法的ルールの安定性を保障するためのものです。必要ないと思われる設定者の保護のためのものではありません。

第三者に対する質権の対抗力は、これまでと同じ占有移転か(場合によっては寄託による設定〔指図による占有移転〕)、新しくできた商事裁判所書記課に設置される非占有質権登記簿への登記によります。後者の費用はほとんどゼロです。この登記は、経済の現代化に関する2008年8月4日の法律が、占有移転がなくても質権者に非物理的な〔観念的な〕留置権を認めたことで、より多くの恩恵を実務にもたらしました。留置権は、それまでは占有質権者だけのものだったのです。

債権質権の対抗力は、大きく簡素化されました。その対抗力は、有効性の原

則に従います。なぜなら、2361条にあるように「現在の債権か将来の債権かを問わず、債権質権は、証書の日付において当事者間で効力を生じ、また第三者に対抗可能となる」からです。被担保債権の債務者が抗弁を対抗できる場合を除きますが、債務者への通知はどのような方法でもよいこととなりました（2362条）。執行吏令状による費用のかかる通知はもはや必要ないのです。債権質権は、このようにしてほとんど費用のかからない担保となったのです。

11 残存する動産担保の細分化により脅かされる効率性

動産担保法の一般法について効率性は増しましたが、不幸にも、動産担保の細分化という抵抗を受けており、2006年改正直後からこの状況は悪化しています。

立法者は、アメリカ合衆国UCC 9条のセキュリティ・インタレスト（*Security interest*）や1994年ケベック民法典2660条以下の動産・不動産抵当権のような統一的な1種類の動産担保を作ることにはしませんでした。

一定の有体資産又は無体資産を目的とした特別担保が数多く存在しており、複雑な万華鏡状態です。

民法典の外では、特別な制度そして条文に従う有体動産質権と無体動産質権が変わらず存在し続けています。機械設備、一般商店・工業・ホテル業・農業又は石油業の質入証券（*warrants*）、営業財産・工業財産・農業財産、映画のフィルム、さらには預金口座など〔を目的とした質権〕です。

そして、以下のような目的物についての質権の設定登記に関しては、細かな特別規定が生き残っています。自動車、民事会社の持分、ソフト開発権、デザインとモデル、特許権、商標権、商業証券などです。

最悪なことに、立法者は、2005年7月26日の授權法により、在庫商品（*gage des stocks*）の質権に関する商法典の特別規定を承認することで、この細分化を増加させました。民法典における種類物についての非占有質権は、広く実務の要求に応えるものでそれで十分だったのですが。これらの規定は、銀行と事業者である設定者間の関係に適用される特別規定ですが、民法典の規定より厳

しいものなのです。効率性にとって必要な自由さや簡単さからはかけ離れています。

改革は、このような理由でもって、「未完成交響曲 (symphonie inachevée)」とか「逸した機会 (d'occasion manquée)」などと称されています。

12 直接的又は間接的な、全体的又は補充的な質権に関する一般法の広い適用
〔このような〕診断は正当なものですが、厳しすぎることもあります。これは以下のような理由によります。

—立法者は、突然そして直ちに改正法を施行することで特別法上の担保を廃止しまだ真価を発揮していない1種類の非占有担保に取って代わらせれば、信用の法的安定性に損害を与えることになるだろうと危惧したのです。特別法上の担保の多くが、利用者に満足を与えていました。おそらく次の段階で調和は図られるでしょうし、急ぐことはありません。

—新しい質権に関する立法は、広く直接的又は間接的に適用されることになります。

- ・明らかに、〔新規定は、〕人的そして物的に特別法上の担保の適用対象ではない場合全てに適用されます。そのような場合としては、数多くの会社（合名会社、有限会社、合資会社〔SNC、SARL、SCS〕）の持分、自由資産又は投機的資金についての債権質権をあげることができるでしょう。これらの無体動産に関する特別規定がないため、質権の一般法によることとなります。
- ・さらに、たとえ特別法の適用対象である場合でも、当事者がより有効な担保を選択することは自由ですし、そのような場合に質権の一般法が力を発揮します。たとえば、機械について、さらに議論のあるところですが在庫商品について、一般法による非占有質権の設定が可能なのです。
- ・最後に、特別規定すなわちいくつかの無体財産の特別制度に関する規定はしばしば省略的なものですから、質権に関する一般法は、特別法優先という留保はありますが、特別法上の担保を補完し完全なものにするという重

要な使命を負っています。

現実にもそうであったとしても、動産担保の細分化を強調しすぎではなりません。質権に関する新しい一般法において、経済的効率性は飛躍的に高まったのです。

2°) 不動産担保

13 効率性の向上

不動産についても同様に、経済的効率性は向上しましたが、あまり直球的な方法によってではありません。不動産については、約定の不動産担保間に新しい競争関係を生み出すこと（a）、抵当権の充填を認めること（b）、そして特に不動産登記〔公示〕にかかる費用を減らしたいという意思によって（c）、効率性が向上しました。

14 a) 非占有不動産担保間の新しい競争

これまで抵当権はほとんど発展していませんでしたから、2006年改正は、特に抵当権制度を、大変革はせずに、現代化することを目的としていました。〔その結果〕年取った担保の女王は若返りましたが、矛盾することに弱体化してしまったのです。

全ての約定抵当権は、元本について特定した金額を上限として合意されなければならなくなりました。そうしなければ設定行為は無効となるのです〔2423条1項〕。約定抵当権が不特定の期間で将来の債権を担保する場合、設定者は、3ヶ月前の予告通知をすればいつでも抵当権を解約できます。一度解約されると、抵当権はそれ以前に生じた債権のみを担保することになります。この2423条による改革は、都合が悪いことに、約定抵当権を保証に近づけることになります。約定抵当権は保証のように金額と期間の制限を受けることになり、このことで抵当債権者の保護は後退するのです。設定者が前もって自らの抵当信用を使い切ってしまうないように保護しようという社会的考慮が、完全に正当化されるとは思えません。反対に、この制度は、第三者が他人の債務のために抵

当権を設定する場合〔物上保証人になる場合〕には、明白な有用性を示しています。他人の債務のための約定は、より重大な結果をもたらしますから、論理的にも契約自由に関するこのような制約が必要です。

このように約定抵当権が少し弱体化したことで、時代遅れだと信じられてきた占有移転を伴う不動産担保、不動産質権 (antichrèse) が息を吹き返すでしょう。不動産質権については、抵当権に関する規定が準用されますが、2423条は準用されておらず、より確実な制度とすることができるからです。「眠れる美女 (belle endormie)」が目覚めるかもしれません。不動産質権は、設定者の占有喪失という非経済的な要求を受けずにすむことになりました。不動産質権者は、2390条に規定されているように「占有を喪失することなく、第三者又は債務者自身に不動産を賃貸することができます」。この貴重な不動産質と賃貸借の関係は、実務では既に占有移転を伴わない担保となっている担保、その結果約定抵当権にも対抗しうる担保となっている担保の様相を大きく変化させます。大きな経済的効率性を有している不動産質賃貸借 (antichrèse-bail) は、設定者に目的不動産を一時的に所持〔直接占有〕させることで、占有権を有する債権者に、賃料等の不動産の果実の継続的な把握と、万が一の場合には他人を介しての (corpore alieno) 留置権が行使できるという二重の利点をもたらします。

伝統的な不動産担保の風景は豊かなものとなり、当事者の選択の自由は大きくなりましたが、そこから担保間の競争が生まれます。一つ又は複数の債権、フランス法上のものでも外国法上のものでも、現在又は将来の（それが特定可能などという条件の下ですが）債権を担保するために、当事者は、約定抵当権か不動産質権かを、それらの競争力に応じて選択することができるのです。

15 b) 新しい債権による抵当権の充填

このように始まった競争において、約定抵当権は、大きな切り札を有しています。抵当権は、充填可能なもの (rechargeable) として設定できることになったのです。新しい種類の約定抵当権は明示的な充填条項の対象となります。

充填抵当権は、その特徴として、民法2422条にあるように「設定行為により明示的に予定されている場合には、後で、設定行為で対象とされた債権とは別の債権の担保のために充当することができる」のです。

それは、充填することができない普通約定抵当権や金銭貸主の先取特権 (privilège de prêteur de deniers) とは際だつコントラストを見せています。これらの担保は〔被担保債権が消滅すれば〕付従性により消滅し、他の債権のために用いることはできません。反対に、充填抵当権は、設定者の利益となるよう、当初の貸主さらには新貸主のために、様々な債権を好きなだけ充填することができます。それは、当初の被担保債権の消滅によっても、債権者による抵当権の放棄によっても、消滅せず生き残るのです。

唯一の限界は、「充填可能性」は債権のみに関するもので、目的物たる不動産についてはそうではないということです。目的物は常に特定されていなければなりません。「不動産の集合体 (ensemble d'immeubles)」についての充当はあり得ません。浮動抵当権 (hypothèque flottante) は認められないままなのです。

16 c) 不動産公示税 (TPF) の削減と有効な公証人による要式

この債権に関する「充填可能性」は、約定抵当権をできるだけ魅力あるものにするため、それにかかる費用を大きく減らそうとする政府の方針に寄与するものです。

貸金を担保する不動産質権は、0.715%の不動産公示税 (TPF) を完全に免れることとなりますが、これは税金的に大変魅力的なものです。

充填抵当権については、確かに、最初の設定の際に不動産公示税を充填額まで払わなければなりません、一回きり払えばよいのです。後からする充填の合意により、第2順位・第3順位の約定抵当権に優先することを可能にするのですから、このような税金を払うのは当然です。重要な経過規定により、従前の〔普通抵当権の〕登記を充填抵当権のものに変えることが奨励されています。これには一銭もかかりません。

一般的に、公証人費用は、全ての抵当権又は不動産質の設定につきかなり減

額されました。過去は〔被担保債権額の〕0.55%でしたが、今日では0.23%にすぎません。金銭貸主の先取特権も含むこれらの不動産担保は全て、公正証書の作成が有効要件となっています。

しかし、設定に際しての公正証書の要求は、設定の効率性にいかなる損害ももたらしません。公証人の介入による費用は、安全のための費用です。担保権設定行為の有効性と有用性の保証のためです。安全のために費用はただだなどと言う者がいるでしょうか。

B 所有権利用型担保の設定

17 経済的な有用性と技術的な後退

今度は所有権利用型担保について考えましょう。このような担保は、優先権を与えるというより、他者を排除する性質のものです。このような担保が、フランス民法典に華々しく登場したのです。

2つの序論的考察が可能です。

現代における所有権利用型担保の発展は、法制度間の先鋭化する競争に由来していますが、〔このような担保を〕承認し自分のものとしている制度にとっては経済的魅力にあふれた切り札です。

古いものであると同時に現代的であり、技術的には荒けずりなものでも大きな現代性を有しているということが、所有権利用型担保の矛盾の一つです。その排他性は債権者に競争を回避させます。否定することのできない技術的後退が現代法にもたらされるということはあまり重要ではありません。なぜなら、この技術の後退は、留保所有権の形式であろうと (1)、担保目的で所有権が譲渡される場合であろうと (2)、まさしく多様な価値を有する排他的な担保の設定を可能にするからです。

1°) 留保所有権

18 動産又は不動産の所有権留保

担保のために留保された所有権は、真の物的担保となりました。

所有権留保条項は、2006年3月23日の改正以来、民法典2367条以下に規定されることになり、より大きな法的安全を付与できる一般理論の対象となりました。所有権留保条項は、「当事者が、契約による所有権移転の効果をその対価を構成する債務の完済があるまでは停止する合意」と定義されています。そしてそれは債権に従たるもの（accessoire）であり、このこと〔付従性〕は、反対の合意がない限り、後の被担保債権の譲受人全てに利益を与えるものです。

担保の設定における自由度、簡なさ、少ない費用は、留保所有権の効率性を確かなものにします。

―書面の要求は、倒産手続においては単なる対抗要件です。〔所有権留保〕条項の公示は、確かに有用ではありますが任意的なものです。所有権留保は、諾成的なものであり費用もかからないのです。

―さらに、所有権留保は、売買だけでなく、所有権を移転する全ての契約について約定することができます。

―最後に、全ての「動産」は、有体であろうと無体であろうと、所有権移転を留保する条項の対象となります。既に改革前から、設備機械や自動車、商業財産、特許権、ソフトといった無体財産、さらには株式についての所有権留保が約定されていました。要するに、質権や特別法上の債権質権の目的となっている全ての財産につき、所有権留保が利用されていました。それは、今後も拡大されていくでしょう。また、民法2373条2項は、「不動産の所有権も同様に担保のために留保することができる」と規定しています。実務的には、不動産金融における不動産所有権留保条項の使用は、売主の貸主に対する売買代金債権そしてそれに付従する所有権利用型担保の動産化ということを想定しています。そうすると、留保所有権は、不動産質と同じように不動産担保法のアウトサイダーの役割を演じることになるでしょう。

2) 譲渡された所有権

19 信託に信頼を！

所有権留保条項に見られた効率性は、担保目的のためや担保信託（fiducie-

sûreté) により譲渡された所有権については、さらに増します。

2007年2月19日法により創設された信託制度は、民法典2011条以下に規定されることになりました。長い間待ち望まれていた信託〔に関する条文〕が、保証〔に関する条文〕の移動により何か月か前に空いた空間を占めることになりました。まるで、民法典は、空っぽになることを恐れているかのようです。信託契約は、そこで「一人又は複数の設定者が、財産・権利又は担保ないし、現在並びに将来の財産や担保の全体を、一人又は複数の受託者に移転し、この者が、その固有の財産とそれらを分別し、一人又は複数の受益者のために特定された目的のために管理をする取引」〔2011条〕と規定されています。この「特定された目的」は当然担保でもありうるわけです。債権担保のため所有権が移転するのです。

フランス法の競争力には有益なものなのですが、2007年2月19日法に向けられた学説の対応は、驚くほど冷たいものでした。確かに、最初はその対象範囲が極めて制限されていたため、そのメカニズムの有用性は疑わしいものでした。しかし、議会は、信託を神格化することなく、適用領域を急いで拡大する前に、十分に準備をしていたのです。それは、2008年8月4日の経済の現代化に関する法律により実行に移されています。

設定者は幾人かの優遇された者〔会社についての課税に服する法人のみ〕に限られていたのですが、信託契約は近いうちに、全ての者、(未成年者と被後見人は除く) 自然人も締結できるようになりますし、全ての個人を受益者とすることもできるようになります。受託者すなわち信託目的財産の権利者の資格のみが、厳格な要件を満たした者と特別な技術的又は法的な能力を有する者に限られています。与信機関、投資会社、保険会社、国庫 (Trésor public)、預金金庫 (Caisse des dépôts) に加え、近い将来には弁護士も受託者になることができます〔2009年2月1日から施行〕。

契約の有効性のために要求される要式主義が、古くからの信託制度に対する不信感の跡を残しているとしても、その輪郭はすばらしい柔軟性を有しています。

当事者が信託契約を締結するに際して、以下のことは自由です。

—譲渡される要素の決定について、担保目的物の範囲・構成は自由です。動産か不動産か、有体物か無体物か、個別の物か包括的な物かなど全て自由です。

—設定者に目的物の使用収益を継続させたままの合意もできます。これは占有を移さない担保信託を可能にします。

—譲渡資産についての受託者の使命と権限を決めるのも自由です。受託者自身が受益債権者の場合もありますし、受託者が一人又は複数の債権者のために管理するという場合もあります。

—そして、実行を可能にする事由又は（弁済がない場合の）受益者への物の全て又は一部の譲渡についても合意することができます。

ここから、物的担保についての「新しい」技術の承認、比類なき価値の承認が生まれるのです。そこでは、特定性の原則、さらに付従性は緩和されることになるでしょう。

また、充填信託の設定自由のための議論がなされています。これは、充填抵当権同様、信託財産を最初に担保したのとは別の債権の担保に充てることを認めるものです。立法者はこの充填の可能性を認めることになりそうです。そうすれば、担保信託をフランス法において最も効率性の良い担保にすることができそうです。

20 フランス風セキュリティ・トラスト受託者（security trustee）

この設定に関する議論を終えるに際して、シンジケート金融には欠くことのできない担保エージェントの実務を容易にするのに有用な規定を紹介しましょう。このような金融においては、当該エージェントは、担保をプールの債権者全体のために管理しさらには実行します。民法典新2328-1条は、全ての物的担保は、被担保債権を生じさせる行為において指名された一人の者により、債権者達のために、設定され、登記され、管理され、実行されなければならないと規定しています。

決して信託資産の設定を含むものではないため、信託契約の要式主義とは全

く相容れないこのフランス風セキュリティ・トラスト受託者の導入は、シンジケート信用において物的担保管理簡素化のために役立つでしょう。

II. 物的担保の実行

21 試練の時ににおける効率性

設定時の後は、実行時の問題について、我々が検討している経済的効率性に関連する範囲で早く検討したいと思います。実行の時というのは、担保債権者にとって真実の試練の時ではないでしょうか。

まず民法における実行について扱い（A）、その後で物的担保実行の効率性の評価に対する倒産手続の影響（B）を検討することにします。

A 民法における実行

22 バランスのとれた実行の優先

物的担保の実行は、民法においてはかなり改善されています。

実行方法の簡素化と統一は、立法者の優先事項ではありますが (1)、設定者についてのいかなる搾取もそこからは生じえません (2)。

1°) 実行方法の簡素化と統一

23 動産質権と抵当権の実行方法の緩和

動産質権と抵当権さらに不動産質権（その制度は抵当権のものを準用しています）の実行方法は同時に進展してきました。まずは流担保の共通の禁止であり (a)、次が裁判による又は合意による帰属決定の自由化です (b)。実行に関するルールは、これらのことからより効率的なものとなります。

24 a) 流担保の共通の禁止

確かに、不動産についての流担保条項〔不動産強制売買条項〕(clause de voie parée) は、質権についても抵当権についても、2346条・2201条2項さらには

2458条で禁止されたままです。これは、債権者が、法定の手続を踏むことなく自由に目的物を売却すること認める条項のことですが、このような条項には、債権者が目的物に設定された担保をはずすために、他の債権者を無視して、ぎりぎり十分な価格で満足してしまうという危険性があります。

〔このような禁止がなされていることにより、〕 抵当目的物の実行を求める債権者は、不動産差押えに関する規定、2006年4月21日のオールドナンス2006-241号と2006年7月27日と2006年12月23日のデクレによる必要があります。

不動産差押えは、過去においては債権者の「嫌われもの」でしたが、今日ではもはやそうではありません。2006年4月21日のオールドナンスは、不動産差押えの簡素化と迅速化に明らかに寄与するものでした。同時に、協議による売却と債権者間での売却代金分配による解決の発展にも寄与しました。不動産差押え〔売却まで含む〕にかかる期間は、過去は2・3年でしたが、平均して1年以下に短くなりました。

しかし、物的担保設定後に、個別の合意により、流担保の約定をすることはこれまで通り可能です。既に獲得した保護を放棄することは可能なのです。2346条と2458条は、明らかにそのような反対解釈を誘うものです。

25 b) 動産・不動産についての裁判による又は任意の帰属決定の自由化

担保目的物の裁判による帰属決定 (attribution judiciaire) は、昔から動産について行われていましたが、不動産についてはこれまで常に否定されてきました。それが可能となりました。弁済を受けていない全ての抵当債権者・不動産質権者は、裁判所に弁済として不動産を自分に帰属させることを求めることができるようになったのです。これは担保が合意によるものか否かを問いません。

コンスタンチヌス帝の時代である326年に遡る流担保条項 (pacte comissoire) の象徴的な禁止は、動産質権についても約定抵当権についても取り去られました。債権者は、動産質権又は抵当権の設定時あるいはその後に、流担保条項により、被担保債権の履行がなければ目的物の所有者となり得ることを合意できます。この流担保条項は公示されなければなりません。

抵当権はその実行方法において動産質権に接近し、より魅力的なものとなりましたが、これは担保の効率性について不安を起こさせるものです。これは、ある意味では、不動産が、もはや特別な取扱いをすべきではなくなり他のものと同じような財産となったことの例示です。物的担保〔設定行為〕は重大な行為ではないという先ほど述べた考えと同じです。担保の実行は、設定者をその債務の重みから開放することで、被担保債権を消滅させるのです。

同様の簡素化の動きは、債権質権にも起こっています。債権質権者は、被担保債権の債務者〔第三債務者〕から直接弁済を受けることができます。又は、設定者との約定で、弁済がない場合は債権を直接自らに帰属させるよう合意することができます。

これらの改革のために、実行はより迅速なものとなり、費用を減ずるため貴重な時間を節約することができ、設定者に課された費用を減じることができるのです。時は金なりです。

2°) 設定者からの全ての搾取の禁止

26 担保は利益の源ではない——財産の浪費の予防

実行方法は、より柔軟で迅速なものとなりました。しかし、それは、フランス法の伝統である公平の観念による重要な制約によって正当化されるのです。

—まず、設定者の住居は、たとえ裁判によるものであっても、帰属決定の対象とはなりません。その実行は、必然的に、不動産差押えによることになるでしょう。立法者は、ここでは債務者を保護しようとしたのです。そして、同じ考え方にに基づき、消費信用を担保する質権についての流担保条項が禁止されています。

—さらに、裁判又は合意により帰属せしめられた動産は、鑑定人による義務的な評価に従います〔2348条2項〕。市場での公の価格決定ができないことから要求されるものです。

—最後に、目的物を自己に帰属させた債権者には債務者への剰余金〔清算金〕の支払義務が課せられます。これは、被担保債権額に対する目的物の価値の超

過分です。他の担保債権者がいれば金額を債権者は供託しなければなりません〔2348条3項〕。担保は、その設定者を搾取するものであってはなりません、債権者にとって利得の源であってはならないのです。そこから超過部分の返還義務の一般原則が、弁済を受けなかった留保所有者さらには担保信託債権者へも適用されるのです。流担保の禁止は、債権者への目的物帰属を否定するものではなく、債権者による丸取りを否定するものであると説明されてきたところです。

これらの基本的な公平の考慮は、実行の段階になると、設定者を犠牲にするような債権者達による財産の浪費を防ぎます。ここでは、信用の浪費に対する戦いという社会的考慮と経済的考慮が一緒になっているのです。債務者を搾取する担保は正当なものでもなければ、効率的なものでもないでしょう。

B 倒産手続の影響

27 現在の状況と未来の予想

最後に、これらの物的担保の実行に関する効率的なルールについての倒産手続の影響をざっと見ておきましょう。新しい改正が準備中ですので、我々は、実定法（1）と共に、将来の法（2）についても検討することが可能です。

1) 実定法

28 支払不能状態についての改革の実務上の射程範囲

実定法においては、民法2287条が、債務者の支払不能状態におけるこれらの様々な改革の実務上の射程範囲について不安を生じさせています。第4編「担保」の最初で、第4編の規定は再生手続・裁判上の更生・裁判上の清算さらには債務超過の個人についての倒産手続開始の場合に適用される諸規定の適用の妨げとはならないとしているからです。担保の実行は、倒産手続の後見の下におかれているようです。

一つ確かなことは、流担保条項は、商法典により直接封印されているということです。再生・更生・清算は、流担保条項の締結と実行の全てにおいて妨げ

となります。それらは、流担保条項の利点を、流担保条項が手続開始前に効力を発する場合を除いて、全て奪い去ります。

少なくとも一つ不確かなことがあります。権威ある学説は、不動産の裁判による帰属決定に反対を唱えています。その理由は、民法に対する倒産手続の必然的優先です。不動産の裁判による帰属決定については、動産とは反対に、特に倒産手続を規律する条文により規定されてはいません。

しかし、民法2287条にあまりにも広い範囲を与えるこのような説は、少なくとも以下の二つの理由から説得的ではありません。

—商法典L. 622-7条は、裁判による帰属決定を除き、流担保条項（すなわち約定による帰属決定）のみを無効化します。裁判による帰属決定の権限は、反対に強化されます。

—さらに、倒産手続において、裁判官は、昔から、担保目的物の実行を求めることなく質権者への帰属決定を認める権限を一般化する条文上の根拠を必要とはしていませんでした。なぜ抵当権者については別に考えなければならないのかわかりません。

したがって、ほとんどの場合は清算になりますが、〔倒産〕手続において、動産同様、不動産についても裁判による帰属決定が促進されると思います。

29 倒産における優先的担保に対する排他的担保の優越

必然的に、ここでは、債務者が倒産手続に入った場合の物的担保の運命は、多くは、それらが優先的なものか、それとも排他的なものかにかかっています。排他的なものの方がより良く扱われており、そこから債権者にとっての魅力が出てくるのです。

伝統的な物的担保は、立法者にあまり良く取り扱われておらず、〔倒産〕手続に際しては、4種の手続における取扱いや競合する先取特権の複数化（後の債権者、ニューマネーなど）などにより厳しい試練に耐えることになります。ここではそれらに適用される基本的規定だけを見ておきましょう。

—債権者は、理論的には担保替えを強制されます（商法L. 622-8条3項—債権

申出期間、商法L. 626-22条3項―再生計画）。

―再生計画・更生計画の期間に耐えなければなりません（商法L. 626-18条）。より短い期間で弁済することを合意した場合を除きますが、この場合には被担保債権はかなり減じられることとなります（商法典L. 626-19条）。

―担保目的物の譲渡の場合は、債権者は、裁判所が優先権行使のために決定した譲渡価格の一部の配分で満足するよう制約されます。その価格は、登記の抹消をもたらします（商法L. 642-12条）。

―債権者は、計画終了後、優先順位に応じて配当金を受け取ります。

―債権申出期間中（商法L. 622-8条1項）又は再生・更生計画による企業の継続中（商法L. 626-22条1項）の担保目的物の売却の場合、被担保債権に応じた代金の一部が預金供託金庫（CDC）に支払われます。この配当金について、債権者は、給料債権者には優先されますが、自らの優先権を行使できません。

幸運なことに、1994年6月10日法は、二つの面で債権者の状況を改善しました。

―優先順位は、最も多いケースである清算の場合において上昇しました。

―そして、物的担保が融資を可能にした物の上に設定される場合、合意された信用の負担は、譲受人に移転します。譲受人は合意された期限に債権者に弁済する義務を負い、所有権移転時から責任を負うこととなります（商法L. 642-12条4項）。

したがって、裁判による帰属決定とその不動産への一般化は有効性にとって重要な「質（gage）」なのです。先取特権の順位にも関係ないので「絶対的な武器」といってもよいでしょう。

これに比して、留置権や所有権利用型担保といった排他的担保は、より債務者の倒産手続に抵抗しています。

―留置権は、攻略不可能な性質を維持しています。これは全ての質権者について、たとえ非占有質権の権利者であっても認められますし（非物質化された〔觀念化された〕留置権）、不動産質権についても万が一他人が目的物を占有してい

たととしても認められます。

—所有権が留保された動産の返還請求は、その効率性を担保している条件の下でならば可能です。不動産所有権留保については、破産院商事部が2004年9月28日の判決で破産の場合に完全な有効性を認めました。

—担保信託は、それ自身破産に平然と立ち向かっています。信託財産は受託者の倒産手続により差し押さえられることはありませんし（民法2024条）、設定者の破産によってもそうです。詐害行為（フロード）の場合、先に公示されていた担保の追及力を受ける場合（民法2025条）又は停止期間における締結の場合を除いて、受託者に移転された財産は債権者のための設定者の一般財産から抜け出るのはです。この信託の乱暴とも言える有効性は、何人かの論者を心配させています。彼らは、設定者の倒産手続機関により現金化できる資産の量が大きく減じ、困難に陥った企業の再建が不可能になると考えて、立法者に訴えているのです。

—そこで、我々の検討を、将来の法につき、いくつかの要素を検討することで終わらせましょう。

2° 将来の法

30 経営困難な会社のための様々な規定に関するオールドナンス案

信託の経済的効率性は、将来の倒産手続の改正が商法典において担保信託の有効性と保全・更生の（再）調和を図ることにかかっています。2008年8月4日の経済の現代化に関する法律は、政府に「担保、特に信託と非占有質権の有用性を、裁判による清算に際して増加させ、これらの担保の効果を再生や裁判上の更生手続に適合させる」ことを委任しました。

改正案は2008年3月末に明らかとなっていますが、担保信託の実行は、大変近い将来、債権申出期間中そして企業の再生計画・更生計画が採用されれば停止されることになるでしょう。つまり、担保信託は、その力を清算の場合しか発揮できないようになるのです。

このような適合化は、債権申出期間や保全・更生について非占有質権者にも

与えられたばかりの留置権の有効性を犠牲にするという声が大きくなってきています。留置権は、倒産手続が行われない場合又は裁判上の清算の場合のみ有効なのです。

今後の動向を見守る必要があるでしょう。

31 終わりに

物的担保の経済的効率性に関する検討はそろそろ終わりです。

多くのことが明らかになりましたが、人的担保法について明らかにされたことと比較してみましょう。

—社会的考慮は、物的担保に関しては、人的担保より目立つことはあまりありません。なぜなら、自らの債務のために物的担保を設定した者に比べて、他人のために自らの財産を差し出した者（保証人、独立担保提供者）や自らの物を差し出した者（物上保証人）をより保護することは正当だからです。

—これらの社会的考慮が存在するとしても、それは必然的には経済的効率性と対立するものではありません。例えば、担保目的物を取得した債権者の清算義務は、設定者や他の債権者に損害を与える財産の浪費を防ぐものとして、社会正義と経済的効率性両方に関係しています。

—物的担保法と信託法の改正は、経済的効率性を飛躍的に高めました。

- ・より多くの財産から信用を引き出すことが認められました。しかも、これは設定者から占有を奪うことなく安い費用で行うことができます。
- ・新しいフランス法は、物的担保についてより広い選択肢、多くの技術を提供することになりました。経済的効率性を求める者達を前に、狭義の優先権や排他性〔排他的性質を有する担保〕は競争をすることになりました。この競争は、より良く適合した担保のみを生き残らせるでしょう。
- ・そして、伝統的担保の実行方法は、破産の際には困難が待ち受けているとしても、より迅速になりました。排他的担保は、破産の際にも、効力を十分発揮します。

—しかし、準備中のオルドナンスによる改正は、この調和を修正するかもし

れません。これは排他的担保の効率性を犠牲にするものです。立法者は、25年間の遅れをもって、伝統的な物的担保と所有権利用型担保制度との統一を求めたムッリーの呼びかけに答えたと言えるでしょう。

【訳者あとがき】 本翻訳は、フィリップ・デュピシヨ（Philippe DUPICHOT）パリ第12大学教授（Professeur à l'Université Paris XII Val de Marne）が、2008年12月8日に慶應義塾大学において行った講演のために用意された原稿の翻訳である。同講演は、2008年度大陸法財団寄付講座の第4テーマ「担保法、倒産法と経済」のもと行われたもので、12月6日に行われた同教授の「人的担保法の経済的効率性」と題する講演と対をなすものである。デュピシヨ教授は、実際の講演では、時間の関係でかなり多くの部分を省略して話をされたが、教授の意図がよりよく伝わるよう、用意された原稿に忠実に翻訳をした。〔 〕内は翻訳者が付したものである。講演原稿には大変詳細な注が付されていたが、膨大な量であったため省略した。デュピシヨ教授は、本講演の内容を発展させた論文を執筆する構想をお持ちのようである。期待して待ちたい。

なお、フランスの改正担保法の翻訳については、平野裕之・片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年3月23日のオルドナンス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（2007年）、同「フランス担保法改正予備草案—フランス司法省担保法改正作業グループ報告書及び条文訳—」慶應法学9号203頁（2008年）を参考にさせていただいた。