慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	所有権的担保 : 大陸法の概観
Sub Title	Les sûretés-propriétés : un aperçu du droit continental
Author	Bussani, Mauro(Ko, Hidenari) Grimaldi, Michel 高, 秀成
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.34 (2016. 3) ,p.157- 192
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160325-0157

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.

講義

所有権的担保
――大陸法の概観――[+]

マウロ・ブッサーニ[*]
ミシェル・グリマルディ[**]
髙　　秀　成／訳

序
Ⅰ．大陸法
Ⅱ．フランスにおける改革
Ⅲ．結論

序

1. まず、本講演は大陸法における所有権的担保の概観を、その長所および短所とともに、紹介することを目的としている。そして、フランス法における改正が現代化による困難をいかに乗り越えたかを描き出し、さらに所有権的担保を通じて変貌がもたらされた法的技術の簡明さと、効率性について言及することも目的とする。

+ 本稿の番号 1 から 14 まで、そして番号 26 から 27 までがマウロ・ブッサーニによって執筆され、番号 15 から 25 までがミシェル・グリマルディによって執筆された。

* トリエステ大学教授
** パンテオン＝アッサス・パリ第二大学教授

Ⅰ．大陸法

2. 債権の取立てを担保するために所有権を用いることの再発見は、疑う余地もなく、財産法の現在の発展において最も重要な要素のうちの一つである。

ここで「再発見」というのは、実際、所有権は、ローマ法[1]に由来する担保のうちの一つを代表するものだったからである。担保、すなわち、いわゆる「債権者とのフィデュキア（*fiducia cum creditore*）」[2]である。つまり、この担保は、履行期に支払いがなされなければ、債権者が当該財産の所有者となることを可能とするものである。

「債権者とのフィデュキア」（これは、後期ローマ帝国までしか続かなかった[3]）の衰退は、ある財産が供与しうる全ての信用を一回で使い尽くすという事実、そして、何よりも、カノン法、イスラム法[4]、そしてわずかにユダヤ法[5]において見いだされるような、暴利罪[6]に相当する、利息付消費貸借の禁止を

1）ローマ法に限るものではないが、以下の文献を参照されたい。 J.P.H. Lévy, *Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelle*s, in *Rev. hist. dr*., 1987, p. 231 s. Sur la fiducie-sûreté en droit romain, v., entre autres, F. Gény, *Étude sur la fiducie*, thèse, Université de France – Académie de Nancy, Nancy, 1885, p. 63 s.; R. Jacquelin, *De la fiducie*, thèse, A. Giard éd., Paris, 1891; Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, Paris, 1981, n° 20 s., p. 21 s.

2）「債権者とのフィデュキア」は、ローマ法上、債権譲渡が認められなかったため、有体物しか対象とすることはできなかった。この点につき、例えば、Cl. Witz. *Les transferts fiduciaires à titre de garantie, in Les opérations fiduciaires. Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, FEDUCI, L.G.D.J., Paris, 1985, p. 55 s., spéc. p. 77; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd. par F. Senn, Rousseau, Paris, 1929, réimpr. Duchemin et Topos Verlag AG, 1978, p. 558, note 2, 814 s. L. Bove, *Prêts d'argent et sûretés dans les 'Tabulae Pompeianae' de Murécine, Rev. hist. dr. fr. étr*. 1984, p. 537 s.; F. Gény, *Étude sur la fiducie*, précité, p. 4, 105 s.; R. Jacquelin, *De la fiducie, précité*, p. 435 s. などを参照されたい。

3）F. Gény, *Étude sur la fiducie*, précité, p. 83; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, précité, p. 814 s.

4）Sourate Al Baqara, II, V. 276-280, spéc. V. 276, in *Le Coran*, trad. M. Rasimirski（Paris, 1884）, éd. Crémille et Famot, Genève, 1981.

5）Cp. Exode, XXII, 24 et Deutéronome, XXIII, 20-21. V. A. Weingort, *Intérêt et crédit dans le droit talmudique*, Bibl. d'hist. du dr. et dr. romain, tome XXI, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 266 s.

巧みに回避するための方法と見なされたことに起因するものである。

そうこうするうちに、これらの宗教的理由による禁止は、世俗の法となり、このフィデュキアの運命が決定づけられた。この運命は、諸々の法典成立の時代に至るまで、数世紀にもわたるものであり、いくつかの法典においては、直接的であれ間接的であれ、「債権者とのフィデュキア」に関わるあらゆる合意の禁止を見出すことができる[7)]。

3. 現在では、所有権的担保の利用の大半において、それが留保されるものであれ、移転されるものであれ、設定の後も、債務者には財産の利用が認められる。そして、所有権的担保の特徴のうちの一つは、まさに債権者に法〔形式〕上授与される権限の重要性と、債務者に事実上留保される権限の重要性との間の対立に見られる。

しかし、所有権的担保の発展はこの他にいくつもの問題を提起する。すなわち、担保の機能が所有権を変容させるのか否か、あるいは融資者の権利を保護するために所有権を利用することの実際の帰結はいかなるものであるか、という問題である。

本講演は、これらの問題を適切な文脈のなかに位置づけ、それに詳細に答え

6）歴史的事実としては、西暦 300 年頃のスペイン・エルヴィラ会議によって利子を取って金を貸すことが禁止されたことに端を発するものと言われている。この現象の歴史的重要性については、J. Hefele, *Histoire des Conciles d'après les documents originaux*（tr. fr. de H. Leclerq）, Letouzey et Ané, Paris, I, 1907, p. 232 s.）, voir A. Bernard, *La formation de la doctrine ecclésiastique sur l'usure*; G. Le Bras, La *doctrine ecclésiastique de l'usure à l'époque classique*（*XIII*^{e}*-XV*^{e} *siècle*）; H. du Passage, *La doctrine à partir du XVIe siècle, tous dans le Dictionnaire de la théologie catholique: contenant l'exposé des doctrines de la théologie catholique, leurs preuves et leur histoire*, déjà sous la direction de A. Vacant et E. Mangenot et repris par Amman, Paris, 1932, VX, 2, respectivement: coll. 2316 s., 2336 s., 2359 s.; et les aperçus de B. Schnapper, *La répression de l'usure et l'évolution économique*（*XIII*^{e}*-XVI*^{e} *siècle*）, dans *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis-Revue d'histoire du droit*, 1969, p. 47 s.; R. Naz, *Traité de droit canonique*, III, Letouzey et Ané, Paris, 1948, p. 258 s. などが包括的であり、有用である。

7）V. par ex., art. 1963 et 2744 c.c. it.; §§ 1149 et 1229 BGB; art. 1859 et 1884 c.c. esp.; art 3:84, al. 3, 3:235, 3:268, al. 5, c.c. néerlandais ; art. 694 c.c. port.（ただし、不動産についてのみ）

ることを目的とするものである。

4. 多くの法体系において、実務、そして時に立法が、占有喪失（dépossession）を伴わない担保として所有権の利用を開発（あるいは、再発見）してきたのは、とりわけ動産に関してである。

さらに、占有喪失を伴わない動産担保は、現代の担保取引を有効に行うため最も重要なものと位置づけられる。（設備一式や、原材料、仕掛品や在庫といった）製造や販売に必要な有体動産の占有喪失を伴う質権は、経済的に非現実的である。設定者はこれらの財産を商業活動のために必要とする。もしこれらを処分する権利も権能もなければ、それによって融資を返済するための収益を産み出すことは不可能となるであろう。これは、とりわけ担保に供されうる不動産を保有していない（あるいは十分に保有していない）あらゆる事業者にとって危機的な問題である。このような事業者は次第に多くなってきている。

以上のように、立法において、占有喪失を伴う質権の窮屈な限定から離れた動産担保が明らかになった。他の国々は、賃貸の必要性を考慮した様式や、それぞれの法体系の一般的な枠組みと適合する様式を見出そうと試みてきた。その結果、非常に多様な解決策が現れた。このことは、これら制度の呼称の多様性の証でもあり、それは時に同一の国の内部においても生じうる。例えば、設定者の「擬制的な（fictive）」占有喪失、占有喪失を伴わない質権、無体動産質権（nantissement）、動産担保証券（warrant）、先取特権、動産抵当、浮動担保（charge ‘flottante’）などである。

占有喪失を伴わない担保は、これら技術の助けを借りて実現されてきたが、これら法的制度の細分化と複雑さにおける暗黙の限界こそまさに、所有権を担保融資の舞台の中央に引き戻す原因となったのである。

所有権を用いた担保は、債権者のために、所有権留保あるいは、債権者への所有権の移転によって構成される。

所有権留保

5. 概ね、所有権留保は購入代金を融資することを目的とした取引の一環として用いられる。この技術は所有権の契約上の留保を取り付けることから構成される。この留保によって、売主は購入代金の完済まで所有者に留まる。

経済的には、所有権留保条項は、購入代金を確保しようとする売主の必要性にとりわけよく適合した担保を提供するものであり、それゆえ、売主によって広く用いられている。多くの国々において、一般に動産の供給者によって供与されるこのタイプの信用が、しばしば通常の銀行融資の代わりに用いられるのは、以上の理由による。

6. いくつかの法体系において、所有権留保条項の効力は、対象財産そのものに限定される。つまり、他のあらゆる信用を排除し、対象となる財産の購入代金の支払いのみを担保することに使用され、購入した財産のみを対象とし、加工された物や買主によって仕事が加えられた物は対象とならないのである。

（たとえばドイツ[8]やブラジル[9]、ベルギー[10]などの）他の国々では、所有権留保によって、売買の目的物から生じた製品の（留保された）所有権を売主に授与する規定、あるいは売主に転売代金に対する権利を認める規定を見出すことができる[11]。

（とりわけドイツ[12]の場合には）所有権留保は様々な装いで身を包むことが

8）Le point de départ est le § 449 BGB. Voir U. Drobnig, *Present and Future of Real and Personal Security, in 5 European Review of Private Law* 2003, p. 623 et s., 651.

9）ベルギー、ブラジル、日本法、パナマ、ケベック、スイスの法制度については、*La propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Vietnamiennes*, Tome LIII/2003, Société de législation comparée, Paris, 2006, respectivement, à p. 330 et s.（par Mme Michèle Grégoire）, à p. 371 et s.（par M. Arnoldo Wald）, à p. 439 et s.（par M. Akio Yamanome）, à p. 451 et s.（par M. Gilberto Boutin）, à p. 379 et s.（par M. Pierre-Claude Lafond）, et 461 et s.（par M. Bénédict Foëx）などを参照されたい。

10）動産担保に関する民法の規定を改正する 2011 年 7 月 11 日法 82 条。

ありうる。売主は所有権を維持するところの「当座勘定」または「全債権」条項が問題となりうる。同条項によれば、買主が売主に対してその全債務を支払うときまで、売主は所有権を維持することとなる。このような効果は、当該売買契約からそのまま認められるものではない。

また別の問題が存在する。すなわち、事業者から融資の担保のために現在および将来の全ての債権を全体として譲り受けた債権者と、所有権留保を行った売主である債権者との間の衝突の可能性に関する問題である。この問題は、ドイツの学説および判例上の論争において最重要のテーマである[13)]。古典的な対立は、同一の債権に対して複数の債権が同時に存在することに関するものである。第一に、特定の財産に対する所有権留保を伴う売主が存する。この売主は、同一の財産の転売から生じるあらゆる代金債権（crédits）を事前に譲り受けている。他方で、債務者の全債権の譲受けを主張する銀行が存在する。ここでは、今日では終始一貫して、判例が所有権留保を伴う売主を優先させて衝突を解決していることを確認することにとどめることとする。このような解決は、非常に洗練された理論であり、それによれば、経済的には（ドイツでは）所有

11）このような担保は必ず債権者の保護に資するというわけではないということを強調しておかなければならない。というのも、債権者にとって、新たに生み出された製品などは、多くの場合、当初、担保に供せられた財産と同等の価値を有しているわけではないからである。この製品は当初の担保物の価値に及ばないことがありえ、この場合、債権者は債権を回収できないこととなる。また、他にも、債権者にとって対象となる製品を特定することは困難であり、その結果、債権者の製品に対する権利は空虚なものとなりかねない。この点については、Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Terminologie et recommandations*, Nations Unies, Vienne, 2010, nn. 179-200, pp. 69-79 を参照されたい。

12）R. Serick, *Verlängerter Eigentumsvorbehalt und messengeschäftsbedingtes Kontokorrent im Zweitverhältnis, in Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, pp. 253 et s.; M. Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 214.

13）1988 年 5 月 28 日の国際的ファクタリングに関するユニドロワ条約（*Convention d'Unidroit sur l'affacturage international*）第 7 条も参照のこと。同条約の条文は、Rev. dr. unif., 1988, p. 162 s において確認できる。

権留保条項を締結することなく財産を調達する可能性は存しないこととなろう[14]。

従って、もし顧客および銀行が、この同意を排除することを気にかけないのであれば、所有権留保条項の実行により、顧客が納入業者に譲渡した、あるいは譲渡するであろう売却代金、包括的な債権譲渡は「善良な風俗（gute Sitten）」に反するであろう。何故なら、包括的な債権譲渡の枠内にこれらの売却代金を含ませることは、債務者を、留保売主によって取得された債務を通じて支払不能とすることを強いるからである。

7. 所有権留保に関するもう一つの重要な問題は、留保された物の転売により買い受けた者に適用される規定に関するものである。言い換えるならば、これは売主によって事前に定められた同意なくして、買主が留保の対象物を第三者に譲渡する際の問題である。これにより、第三者は、留保の対象物の占有を取得することとなる。

この場合において問題となっている利益は容易に把握できる。つまり、転売により買い受けた者は、他人の権利に対して完全に自由な財産を取得することを望み、他方で、担保を有する債権者は売却された財産についてその担保を維持することができるか否かに関心を持つ。従って、二当事者の利益を調整させる優先規定と、適切な均衡点を見出すことが重要となる。言うまでもないが、留保によって担保される債権者の諸権利が、買主が留保された財産を売却する度に脅かされるとすれば、これら財産の担保としての価値は、著しく減殺されてしまい、この価値を用いて容易に融資を得ることがほぼ不可能になってしまう[15]。

これら当事者の利益調整の均衡点は、通常、転売により占有を有するに至った買主の善意の存在または不存在において見いだされる（ベルギー、イタリア、

14）この問題全般につき、G. Dolezalek, *Plädoyer für Einschränkungen des § 950 BGB*（*Verarbeitung*）, in 195 *AcP*, 1995, p. 427 et s を参照のこと。

15）この問題全般について、U. Drobnig, *Security Rights in Movables*, in A. Hartkamp et alii（sous la dir. de）, *Towards a European Civil Code*, 2e éd., Ars Aequi, Nijmegen, 1998, p. 511, 519 s を参照のこと。

スイス、日本においてそうである）。

第三取得者の公示のシステムの規定の要件を付け加えることも問題となる（スイス、ブラジル、そしていくつかの財産についてケベックおよびイタリア）。さらに、善意の障害がある場合に、前述の公示上の手続を必ずしも必要としないものも強調しておこう（たとえばスイス）。

8. 所有権留保の起源が売買契約の一条項のなかに見いだされることから、多くの国々は、単純に担保に準ずるものとして所有権留保を考えている。「準ずる」ということは、所有権留保は、物的担保に一般的に適用される規定に服さないことを強調する意図から出たものである。

とりわけ、動産に関して、形式そして、特に公示に関係づけられた留保担保（réserve-sûreté）の本質的効果に関する規定が問題となる（ベルギー、イタリア[16]、そしていくつかの例外を除いてケベック、そして明白にブラジルでは、担保の設定のために必要とされない）。

しかし、例えば、イタリア[17]、ブラジル、スイスにおいては、買主に対する集団的手続が開始した場合に、優先順位を定め、様々な担保の整序を決定づける規定から、所有権留保を除外することが問題となる[18]。

16）Art. 73 R.d. 16.3.1942, n. 267（loi sur la faillite）.

17）Art. 73 R.d. 16.3.1942, n. 267（loi sur la faillite）.

18）同様の解決は EU の立法においても見出される。「信用機関の再建および清算に関する 2001 年 4 月 4 日の欧州議会および閣僚理事会による指令」（2001/24/EC）22 条および、「保険事業の監督に関する 2009 年 11 月 25 日の欧州議会および閣僚理事会による指令（ソルベンシーⅡ）」（2009/138/EC）287 条においては、i）債権者の総体を害する行為の無効、取消し、または対抗不能に関する規定の適用がある場合を除き、所有権留保売買における買主である信用機関または保険会社に対する再建手続または清算手続の開始は、「信用機関または保険会社に再建措置が開始された時点で、所有権留保売買の目的物が手続開始外の構成国に存在する場合には」、「所有権留保売買における売主の権利に影響しない」と規定されている。また同様に、ii）は 2002 年 5 月 31 日の倒産手続に関する 2000 年 5 月 29 日規則（2000/1346/EC）7.1 条においては、債権者保護の規定の適用がある場合を除き、「買主に対する倒産手続の開始は、当該手続の開始の時点において、所有権留保売買の目的物が手続開始外の構成国に存在する場合には所有権留保売買における売主の権利に影響しない」と規定されている。

分割した購入代金の不払いの場合、このように、売主は、買主から目的となる財産を返してもらい、既に支払いを受けた代金の一部を除き、何らの義務を負うことなく、所有者として処分することができる。これは、ブラジル、イタリア、スイス、ケベックで採用されている解決である（しかし、消費者法において、独自の規定が適用される）。

同じく、支払不能になったのが買主である場合、破産管財人は、所有権を手に入れるために、支払われないままになっている分割された購入代金を支払わなくてはいけない。もし支払われなければ、売主は所有者として当該財産を返還してもらうことができる（これはブラジル、イタリア、パナマ、ケベック、スイスにおける規定である）。

債権者への所有権の移転

9. ほぼ全ての大陸法体系において、担保のための所有権の移転は、とりわけ税制上の理由によって、不動産について行われることは稀である。これは、当事者が、所有権の移転のために（結果的に）二度も費用を支払う必要があることによるものである。

反対に、占有喪失を伴わない動産担保の制度が存在しない場合、これらの欠点を埋め合わせるため、または何らかの障害を乗り越えるため、いくつかの国の実務は、多くの場合に、被担保債権者に動産の所有権を移転する方法を用いてきた。

10. 契約の構造は、少なくともその基本的な形式において、むしろシンプルなものである。

当事者は債権者に担保のために提供された財産の所有権を移転することに同意し、同時に、債務者のために占有改定（constitut possessoire）を創出する（ここでは次のような合意が問題となる。すなわち、当該物の占有者が自己の名義で占有することを止め、他人のために占有を開始することとなる合意である[19]）。この

合意は、債務者が、当該財産の直接の占有者の資格において、自己の通常の活動の範囲で当該物を利用し、正当化するものである（ただし、この条項は、スイスにおいては第三者に対抗することができない）。

債権者への所有権の帰属は、譲渡契約の単に暫定的な効果として意図されたものではあるにも関わらず、明らかに対外的に限定のない、債権者が担保のために当該物の完全な所有権を取得する契約が問題となる。この契約によって債権者の所有権に信託的な性質が付与される。この性質は、所有権の移転および当事者間の相互的な義務の源を構成するものである。

11. 債権者に対する所有権の移転は一定の条件に服し得るものである。あるいは単純に被担保債務の履行の場合に、所有権の再譲渡の債務を伴うものである。

この二つの場合において、契約上の意思の解釈の問題が生じる。一般に、被担保債務が履行された場合に、債権者が債務者に財産を再譲渡する義務を想定しない法体系（スイス）において、単なる履行の効果によって債権者が自動的に財産の所有権を失うわけではなく、常に当事者の最終的な行為が、新たな移転の効果を実現するために必要であるにとどまるということを強調しておくことが重要である。

反対に、このような移転が一定の条件に服するものとして設計される場合（日本、そして見たところブラジルなど）においては、ひとたび、条件において予定された事態が認められると、債権者の側でいかなる行為も必要とせず、債務者が再び財産の所有者となる。さらに、これらは機能上、担保において予定されているものである。

12. 担保のための所有権の移転は、次の二つの根本的な理由により、債権者の関心を引いている。

第一のものは、有体または無体の動産の所有権の移転の形式および基礎とな

19）C. Aubry et C.F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie,* 4e éd., Cosse, Marchal et Cie, Paris, 1869, II, 82.

る条件が――とりわけ立法者が移転を規制することにより介入しない場合には――、それほど厳格ではなく、この事実により、「古典的な」動産担保を構成するために必要とされるものよりも費用がかからないというものである。

第二のものは、実行の場合、また債務者の支払不能の場合に、債権者はしばしば単なる担保権者よりも所有者として有利な地位を得ることができるというものである（例えば、パナマ、スイス、そしていくつかの債権については、イタリアの法体系においてそうである[20]）。他の法体系においては、担保のための移転は依然として所有権の移転に適用される一般的な規定に服する。しかし、実行および支払不能の手続の場合には、これらは担保技術として扱われる（例えば、ドイツ[21]、ブラジル、そして、いくつかの債権についてベルギー[22]の解決がそうである）。

13. 反対に、さらに他の国々においては、これらの所有権の移転は動産担保の通常の制度の迂回と考えられ、それゆえ、無効と扱われる（例えば、イタリアおよびオランダにおいてそうである）。たとえイタリアにおいてさえ――オランダを除く、他の全ての法体系と同様に――担保のための債権譲渡には、譲渡の対象に対する完全な権利の移転に対して設けられる同様の障害が存しない。

しかし、それが債権であるか有体物であるかに応じて、移転に関してもたらされる区別に対して、手短かに一定の情報を確認しておくことは有用であろう。ここで言及されるこれらの対応の多様さは、金融法および一般法によって考案されている諸々の一連の解決の間の対立についての考えを強固なものとする。その上、このような区別[23]は、ヨーロッパの立法者が担保のための移転および担保の設定に関して、排他的に金融財にのみ認められている指令を採用した

20）A.A. Dolmetta, G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano, in Banca, borsa, titoli di credito*, 1999, I, p. 76 s., 81, 113 s.

21）*Insolvenzordnung*, § 51; K. Reischl, *Insolvenzrecht*, 2e éd., C.F. Müller, Hamburg, 2011, RdNr. 416, p. 132. また、不動産担保および担保のための所有権の移転についての比較法研究については、F. Fiorentini, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Stämpfli, Berne, 2009, passim et spéc. p. 154 et s.

22）不動産担保に関する民法の規定を改正する 2013 年 7 月 11 日法 73 条。

意図を物語るものである[24)]。

しかし、何故このような区別が存するのか。このことを説明するためには、多様な理由を挙げることができる。通常、想起される理由として、例えば次のようなものが挙げられる。移転された財産の多様な性質、そしてこのような譲渡が私的自治の原則によって規律される場面に属するということを考慮するものがある。さらに、物権法定主義（*numerus clausus* des droits réels）の不可侵性、担保のために移転するというコーズ（cause）が認められないこと、債務者保護の要請、他の債権者を害しないことの要請などである。これらが実際に、多かれ少なかれ考慮されている議論の全てである。すべては単に優先権を付与するか否かという選択に依拠している。

23）M. Bussani, *Il problema del patto commissorio, Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000; P. Crocq, *Propriété et garantie*, L.G.D.J., Paris, 1995.

24）決済支払制度および証券取引決済制度における決済の最終性およびに関する指令（98/26/EC）および金融担保契約に関する指令（2002/47/EC）を修正する 2009 年 5 月 6 日の欧州議会による指令（2009/44/EC）によって修正された、2002 年 6 月 6 日の金融担保契約に関する修正 EU 指令（2002/47/EC）。当該指令において、「所有権の移転による金融担保契約」は、担保設定者が、債務の履行を確保するために、借入人に金融担保の引き当てとなる担保目的物の所有権または完全な権利を貸主に移転する、再売買契約を含む契約と定義されている。そして、「担保設定による金融担保契約」は、担保設定者が貸主のために担保の形式で金融担保を供する契約であり、この担保に関する権利が確立された場合であっても、そこでは設定者は完全な所有権または完全な権利を保持するものとされている（2 条 2 項 b), c)）。

この指令の目的の主要なものは、次のとおりである。すなわち、（再売買契約を含む）所有権の移転または担保設定による金融担保を可能ならしめる、効率的で合理的で簡明なシステムの存在を確保することである。これら金融担保によって担保される債務は、第三者の債務ないし将来またはまだ知られていない債務を含む（1 条 2 項 f), b)）。次に、一定の方法で、金融担保の実行または代位の障害となりうる、倒産法制の規定から、金融担保契約を守ることである（8 条参照）。国境を超えた取引における法の抵触の場合に、法的安定性を確保し、所在地法（lex rei sitae）の適用範囲を明確にすることである（9 条参照）。所在地法によれば、金融担保の目的物が存在した国の法が適用される。そして、指令は、とりわけ金融担保の利用権を認める規定によって（5 条）、株価変動を抑え、市場の透明性を向上させ、投資家がより容易に証券を売り買いできるようにすることも目的としている（指令 9 条、16 条および 19 条の制定理由を参照）。

確かに、これらの観点のなかで、ア・プリオリに弱い契約当事者として考えられている債務者の抽象的かつ一般的な保護を関心の中心に置く伝統の力は重要な役割を担っている。

しかし、我々の法伝統は、よく言われるように、非常に豊かな大量の技術を持ち合わせている。これら技術には、担保のための適切な機能もまた含まれており、場合によっては債務者の地位と債権者の地位の均衡さえも含まれている。例えば、――ローマ法由来の――「マルキアヌス（marcianum）」と呼ばれる条項が伝統的に、かつ広範に容認されている。この合意（その名称はそれが規定されている学説彙纂の該当法文 D. 20.1.16.9 の作者の名前に由来するものである）によれば、不履行の場合には、不履行に続く時点において評価された債権の総額と財産の価値との差額を債務者に返還する義務を伴って、担保のために設定された財産の所有権が債権者に移転される[25)]。

ここから、非常に複雑な問題がいくつも生じていることに気づく。この問題は、多くの法体系において最優先順位に置かれるものである。すなわち、「困窮した」債務者を犠牲にして搾取を行う「忌まわしい」実務に対する闘争である[26)]。言わば、問題状況の相違は、一定の原則の「神聖さ（sacralité）」から生じるものではなく、各国の法律家の文化に依拠するものである。結局、ごく単純に、この問題は、担保のための移転と所与の法体系における規定を調整させ、とりわけ、保護に適した仕組みを特定することにある。一方では、被担保債権の不履行に見舞われた債権者の利益が存し、他方では、債務者（および他の債権者）の地位が問題となる。この債務者の利益は、本質的に、被担保債権の価値と移転の対象となっている財産の価値との間の均衡を確保することに根差している。

25）二つのフランス民法典の草案（カンバセレス草案およびジャクミノ草案）の規定は、当然解除条項（pacte commissoire）の有効性を承認するものであった。M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, précité, p. 9 s. et 44 s.; F. Gény, *Étude sur la fiducie, précité,* p. 68 et 69; R. Jacquelin*, De la fiducie*, précité, p. 271 s も参照のこと。

26）*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, J. Guttentag, Berlin u. Leipzig, 1888（Nachdruck: 1983）, II, p. 341.

Ⅱ．フランスにおける改革

14. ここで扱う一連の問題により、いくつかの国々が、物的担保の領域において信託の仕組みを用いることにより生じる、安全性と効率性に対する挑戦に応じてきたことを言及することとなる。そして、まさにこの観点から、とりわけ――ここで関係する限りにおいては――所有権的担保に関するフランスの担保法の改正を評価することができる。

そのため、この改正の大まかな枠組みの簡潔な要約を紹介することをご容赦いただきたい。しかるのちに、所有権的担保に関する側面についてもたらされた刷新に集中することとしたい。

つまり、所有権的担保が位置づけられる文脈だけでなく、それらが享受しうる発展可能性についてもより良く把握するために、改正の輪郭を明確に示す必要があろう。しかも、このような分析なくしては、どのような法的技術であれ、その役割を根本的に理解することは非常に困難となる。

新担保法の精神

15. 新担保法は二重の関心によって生み出されたものである。つまり、担保法の効率性を確保する。それでいて、債権者の利益と債務者の利益との間の均衡を尊重する。

a）担保の効率性　物的担保の伝統的制度に柔軟性をもたらした、二つの刷新は、効率性への配慮を例証するものである。

第一に、有体動産質権（gage）に関する新規定により、在庫質権が可能となった（商法典 L.527-3 以下を参照）。これは、明白に商事金融の発展に必要なものである。現在では、有体動産質権（gage）は、民法典 2333 条によって、動産、または現在または将来の、動産の集合を対象としうるものとして規定されている。そして、もし質権の対象が、（農作物や原材料などといった）財産などの代替物である場合、同種の財産によって補充する義務のもと、合意によっ

て、債務者にはこれらを譲渡することが認められている（民法典 2342 条）。これら同種の財産について、債権者は権利を有することとなる。これら二つの規定によって、債務者はその商業活動を遂行することが可能となり、被担保債務の返済に必要な収益を引き出すことが可能となる。

第二に、オルドナンスによって、特定の信用を容易にすることを目的とした、新しい形態の抵当権が承認された。すなわち、充塡抵当（hypothèque rechargeable）である。すぐ後に言及することとなるが、ここでは、この抵当権をもって単に、第一の債権の担保のために一度設定されると、設定者によって新たな債権のために再利用されうる抵当権を指すものとする。このように、不動産を取得するために契約された借用金を担保するために合意された抵当権は、――新たな抵当権の設定のためのあらゆる費用を回避しつつ――引き続き、事業の融資またはその他の財産の取得のために契約された借用金の担保に充当される。

b）債権者の利益と債務者の利益の均衡　フランス法伝統、より広くはローマ法伝統の主要な特徴のうちの一つは、経済的効率性を完全に犠牲にすることなくして、社会的保護の要請を考慮に入れることである。担保法の改正はこの均衡への配慮になお忠実に留まる。この配慮なくして、社会的調和は危険に曝されることとなる。

ここで二つの例を挙げてみよう。

一つ目の例は、将来の債権を担保する抵当権に関係する。例えば、消費貸借、信用開設（ouverture de crédit）、無担保の貸越しの承認により、その顧客に対して有するであろう全ての債権を担保とする抵当権がそうである。もしこの抵当権が不特定の期間にわたる場合には、現行法では、債務者は抵当権の負担から解放されることとなる（民法典 2423 条 3 項）。つまり、債務者は三か月の予告期間を置いて、一方的解約権を有する。そして、この期間満了の後に発生する債権は、もはやこの抵当権によって担保されないこととなる。

二つ目の例は、物的担保の実行に関するものである。改正は担保の三つの形態の実行を用意している。

- 1°／　不払いに遭った債権者は、代金に対する優先権を行使するために裁判所

に財産を売却してもらうことができる。これは動産または不動産の差押えであり、伝統的な実行の方法である。

- 2°／　また、不払いに遭った債権者は裁判所に財産の所有権を債権者に帰属させることを主張することができる。この訴訟上の帰属は、最近までは、動産に関してしか規定されてこなかったが、これからは不動産に関しても認められることとなった（例えば、不動産に関しては、民法典 2459 条を参照）。

- 3°／　不払いに遭った債権者は、もし担保の設定行為において契約解除条項と呼ばれる条項によって合意されていた場合には、最終的に裁判所の関与なしに所有権を取得することができる（例えば、不動産に関しては、民法典 2458 条を参照）。

これら最後の二つの担保の実行方法は、単純化された方法であり、明らかに債権者の利益に資する。

しかし、それでもなお債務者と他の債権者の保護がなおざりにされているわけではない。一方では、公的査定の対象となっている財産が問題となっているのでない限り、担保によって、債権者が利得を獲得することや、他の債権者が損害を被ることを回避するために（ここに、改正と前述の「マルキアヌス条項」という表現を用いてきた偉大な大陸法伝統との関係性の復活がみられる）、これらにおいては、裁判所の鑑定（expertise）を常に必要としている。この鑑定により、財産の真の価値を把握することが可能となる。他方で、担保が債務者の主たる住居（résidence principale）に設定された抵当権が担保である場合には、これらの単純化された方法は排除される。住居に対する権利によって、それは住居を保存する権利を含むものであるが、非常に乱暴な実行方法を用いることは阻まれる。つまり、これらの場合においては、民法典 2458 条および 2459 条は、裁判上の帰属および契約解除条項を用いる可能性を除外している。

新たな枠組みの担保

16. 手短にであれ、この改正のうちいくつかの細部について紹介しておく必要があろう。

2006 年 3 月 23 日のオルドナンスによって、民法典は、もはやその技術に応じてではなく、その対象に応じて、物的担保を分類するに至った。これにより、動産担保と不動産担保が区別されることとなった。

動産担保

17. 後に詳細に言及することとするが、所有権的担保とは別に、民法典は動産担保の三つのカテゴリーを区別している。すなわち、先取特権（privilèges）、有体動産質権（gage）、無体財産質権（nantissement）である。

a）**動産先取特権**（民法典 2330 条～ 2332-3 条）　先取特権は、債権の性質を理由として法律によって承認された占有喪失を伴わない担保である。債務者のあらゆる動産、またはそれらのうちいくつかだけに担保を設定するなど、一般的でも特別なものでもありうる。

b）**有体動産質権**　有体動産質権は有体動産を対象とした合意による担保として規定される。2006 年 3 月 23 日のオルドナンスにより、有体動産質権は債務者の占有喪失、すなわち債権者への物の引渡し、を伴う必要がなくなった。有体動産質権は、書面の作成のみによって設定される。この書面がなければ無効となってしまう（民法典 2336 条は、「質権は、被担保債権、質権に供される財産の数量及びその種類又は性質の指定を含む書面を作成することによって完全となる」と規定している）。単純に、第三者に対抗できるようにするためには、法律は二つの可能性を用意している。一つは、債権者への引渡し、すなわち債務者の占有喪失（民法典 2337 条 1 項）であり、もう一つは、全国レベルと地域レベルの登記簿に同時に担保が公示されることである（民法典 2338 条参照）。

c）**無体財産質権**（nantissement）　無体財産質権は、無体動産、例えば債権や、ポートフォリオ（portefeuille）や有価証券（valeurs mobilières）などの金融証書口座（compte d'instruments financiers）上に設定される合意による担保として規定されている。民法典 2355 条 1 項を参照されたい。同項は、「無体動産質権は、現在又は将来の無体動産または無体動産の総体を、債務の担保として充当するも

のである」と規定している。

債権を対象とする場合、書面の作成のみによって設定され（民法典 2356 条）、質権の対象となった債権の債務者に通知する必要はない。この通知をなした場合には、質権者は、質権の対象とされる債権の債務者から直接に支払いを受けることができる。そして、金融証書口座を対象としている場合には、債務者は物上代位の結果、担保の対象となる新たな有価証券を獲得するために、有価証券を売却する権能を維持することができる。

不動産担保

18. 所有権的担保のほか、2006 年 3 月 23 日のオルドナンスは三つの不動産担保を区別している。すなわち、先取特権、不動産質権（antichrèse）、抵当権の三つである。

a）**不動産先取特権**（Les privilèges immobiliers）　不動産先取特権（民法典 2374 条～ 2386 条）は、法律によって承認された担保であり、ある場合には不動産の全体に設定され、またある場合には特定の不動産に設定されるものである。

b）**不動産質権**（antichrèse）　不動産質権は占有喪失を伴わない合意による担保として規定される。不動産質権は、「債務の担保としての不動産の充当である。それを設定したものの占有喪失を必要とする」（民法典 2387 条）。債務者は債権者に、担保の対象とされる不動産を引き渡すこととなる。しかし、2006 年 3 月 23 日のオルドナンスは、次のような判例の判断を承認した。同判例は、不動産の占有を取得した債権者は、それに続き、なお一時的所持者にとどまるものとして、債務者に賃貸することが可能であるとした（民法典 2390 条は、「債権者は、占有を喪失することなく、第三者または債務者自身に対して、不動産を賃貸に供することができる」と規定している）。

c）**抵当権**　抵当権は、占有喪失を伴わない不動産担保として定義されている。2006 年 3 月 23 日のオルドナンスにおいて、抵当権は、三つの本質的特徴を維持している。合意による抵当権は、公正証書によって設定される必要があ

る（民法典 2416 条）。そうでなければ、無効とされる。そして、一つまたは複数の特定された不動産に設定され（民法典 2393 条 2 項）、その公示によって対抗されることとなる（民法典 2422 条 4 項）。

それでもなお、二つの刷新は注目に値する。すなわち、充塡抵当権（hypothèque rechargeable）および、抵当権付終身貸付（prêt viager hypothécaire）である。

不動産に関する物的担保の新たな技術

a）充塡抵当権（hypothèque rechargeable）　この種の抵当権をフランス法に導入することは、この担保を用いる費用を低減しつつ、抵当権による融資を増進することを目的としている。いかにしてか。ごく単純に、同一の抵当権が後続する融資を担保することを可能とすることによってである。それゆえ、これまでの抵当権制度のこれこれの欠陥を修正することは全く問題とされない。

しかしながら、抵当不動産を後続する融資の担保に充当することは、――担保が設定された不動産だけでなく、被担保債権にも適用される――担保の特定性や附従性といった伝統的な原則を緩和するものであることは否定できない。

定義　つまり、充塡抵当権は民法典 2422 条に規定されており、同条によれば、「後に、設定行為で記載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」とされる。

この定義によって、民法典新 2427 条が明示的に有効と認めた将来の債権の担保のために同意された抵当権と区別することが可能となる。この条文によれば、将来の債権は、まだ生じていないとしても、抵当権の設定行為によって、目的とされ、予定された債権にまで広げられる。そこでは、その原因（leur cause, leur source）（例えば、これこれの契約の締結から生じる債権など）が示されなくてはいけない。言い換えるならば、将来の債権の担保のために同意された抵当権は、少なくとも特定可能な債権を対象とするものである。

反対に、充塡抵当権は、現在の債権と将来の債権の区別なく、設定行為が何

ら言及していない債権や、まだ知られていない債権、特定不可能な債権を担保することを目的とする。充塡抵当権が消滅しない限り、設定の際に既に生じている債権も、その後に発生するであろう債権の担保にも充てられることとなる[27)]。充塡抵当権は、設定者にその意思どおりに利用できる枠を作り出す独特の特徴を有している。

さらに、将来の債権を担保する抵当権および充塡抵当権は、その対象いかんに加えて、そこに利益を見出だす主体に応じて二分される。第一のものが、債権者の利益のためのものであり、（設定行為において特定された）そこから将来発生する債権の担保を引き出すものである一方、第二のものは、設定者の利益のためのものであり、これにより担保物を再利用する自由がもたらされる。

しかしながら、充塡抵当権は、それ自体を取って置くことが許されているわけでは全くなく、その上限額に達するまで、不動産の価値を取って置くことが許されているわけでもない。このようなことが可能になると、無担保債権者に損害を与える可能性が存する（ドイツにおいては、所有者土地債務（*Eigentümer grundschuld*, § 1196 I, BGB）および所有者抵当（*Eigentümerhypothek*, § 1163, BGB）とともに行われている点で異なる）。充塡抵当権が設定された不動産は、通常の抵当権を設定された不動産と同様、無担保債権者によって差し押さえられうるものであり、もはや抵当権によって担保される債権が存しない場合、その換価金はこれら債権者の間で配当される。

範囲と要件　充塡抵当権はあらゆる者が利用可能である。充塡抵当権は消費者も利用可能である。もし消費者の利用を禁止するのであれば、公権力によって宣言された目的に反することとなる。その目的とは、消費者信用の発展であった。

充塡抵当権は、合意による抵当権であり、設定行為に特有の条項を前提としている。民法典 2422 条によれば、「抵当権は、設定行為によって明示に予定さ

27）このように、不動産購入のためになされた融資の担保として設定された充塡抵当権は、以前になされた不法行為による債務の担保に後発的に充当されるのと同様に、その後に締結された消費貸借の担保にも充当されうる。

れている場合には、後に、設定行為で記載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」とされる。

さらに、充塡抵当権は、あらゆる合意による抵当権が有効であるために必要とされる要件に服する。従って、これらの要件のうち一つは、特別の重要性を帯びる。これは民法典 2423 条によって規定された要請であり、同条によれば、抵当権は、「常に、元本について公正証書に記載された特定の額を上限として（*à hauteur d'une somme déterminée*）合意される」（同条 2 項によれば、「抵当権は、当然に、利息及びその他の附帯金（*accessoires*）に及ぶ」とされる）。充塡抵当権は、設定行為によって規定された総額を上限としてしか、新たな債権を有効に担保することができないこととなる。

それと同時に、民法典 2423 条の要請が、充塡抵当権にとって非常に深刻な様相を呈した問題を提起する。つまり、抵当権は被担保債権を最高額として同意され、その結果、第一の債権の全額の返済よりも前に、第二の担保に有効に充当されうるのか、という問題である。

充塡抵当権の論理は、このことを正当化する。理論的な観点からすれば、抵当権が被担保債権から切り離すことができるので、それらの額がそれぞれ異なる点に何ら非常識なところはない。実務的な観点からすれば、同一の抵当権が複数の債権を担保することに役立てば役立つほど、その総額はより高額となる。法律ではなく、合理性だけが限界を画する。すなわち、不動産の価値である。このような場合においては、端的に、登記申請書に二つの金額について記載することが必要である。債権の総額だけではなく、抵当に供される担保の総額についても、である。

その機能および消滅について　内容に関して言えば、充塡合意、いわば新たな債権の担保に抵当権が充当されることは、同意の債権者によっても、また他の債権者によっても生じうる（民法典 2422 条 2 項）。借主が融資銀行の「捕虜となる（prisonnier）」となること、銀行間の競争に対する妨害となることを回避することが問題となる。

形式に関して言えば、合意は公正証書により公示されなくてはいけない（民

法典 2422 条 3 項および 4 項）――公示がなければ対抗できないものとなってしまう（民法典 2422 条 4 項）[28]。この二重の要請は、合意の性質そのものによって正当化される。抵当権の充当は、抵当権の設定と、同一の危険、同一の技術性を示すものであり、同一の公示を必要とするものだからである[29]。

その消滅に関して言えば、充塡抵当は第一の債権の消滅に伴って消滅するものではない（民法典 2488 条 1 項）。抵当権はその後も存続し、設定者のもとで処分可能に留まり、新たな債権者に担保として提供することができる。そのため、もはや充塡抵当の合意は、附帯的なものと考えられていない。

公序（Ordre public）　現在の民法典 2422 条 6 項は、「本条の規定は公序（*ordre public*）であり、それに反するすべての条項は書かれていないとみなされる」と規定している。

従って、債権者は排他的条項を享受することはできない。同条項によれば、抵当権は当該債権者の利益のためにしか充塡されない。また、優先的条項を享受することもできない。同条項によれば、抵当権は当該債権者による融資の担保に優先的に充塡されることとなる。このような条項が無効とされるだけでなく、それらは書かれざるものとみなされるからには、抵当権は残部が維持され、新たな債権者のために処分可能なのである。

28）原則として、「債務者の地位を悪化させる効果を有しない」取引は、既存の登記の欄外に付記する方法によって公示される（C. civ., art. 2430, al. 1）。これらは、純粋に情報提供としてなされるものであり、それを欠くからといって対抗できなくなるものではない。

29）充塡合意の公示および、必然的に先行する充塡抵当権の公示それぞれについて範囲を明確する必要がある。設定に際してなされる抵当権の登記は、他の抵当権を有する充塡合意の公示に応じて、相互の関係で、順位が付与される。例えば、6 月 1 日に、A によって充塡抵当権が登記され、7 月 1 日に、B によって通常の抵当権が登記され、8 月 1 日に、C によって充塡合意が公示されたとする。不動産の価額に対して、A、そして B、最後に C という順に、順序付けられる。このように非常な単純な例で示されるように、既に充塡抵当権の負担を負った不動産を担保として供された債権者は、第二順位の抵当権よりも充塡合意を選択するに違いない。

これらの順位については重要な例外が設けられている。既に充塡抵当権の負担の負った不動産についての国有債権の法定抵当権および裁判上の保全抵当権は、充塡合意について公示をなした債権者に優先するのである。

抵当権付終身貸付

20. 抵当権付終身貸付は原則として、担保法だけでなく、信用取引、より正確には個人の同意した信用に関するものである。抵当権付終身貸付の承認は、消費法典の新たな章の創設によってもよく示されている。担保に充てられた新たな編において、民法典は、被担保債権の利息が、抵当権が登記されている第一順位を維持する期間を調整するための詳細な規定を一つしか用意していない（民法典 2432 条 1 項）。

立案者は、この取引により一定の年齢の者がその住居とする不動産から信用を引き出し、消費のため、さらに生活していくために当該不動産を利用できることを期待している。その者の借金の返済は相続財産に課せられるが、いかなる場合であっても返済額は死亡の日の不動産の価値を超えることはない。この信用の特殊性は、この点に存する。

内容要件　主体に関して言えば、貸主は、信用機関または金融機関でなくてはならず、借主は自然人でなくてはならない（消費法典 L.314-1）。被担保債権について言えば、貸付は、借主に帰属し、排他的に住居目的に充てられる不動産について同意された抵当権によって支えられるものでなくてはならない（これは、第三者による居住を排除するものではない。消費法典 L.314-1）。

返済の方法に関して言えば、一方では、元本および利息は、借主の死亡の時にしか請求できない貸付が問題とされる。他方で、貸付期間は、借主の死亡時でしかなく、不動産の譲渡（部分的譲渡も同様であり、完全な譲渡と同じように扱われる。例えば、用益権の留保を伴う贈与）がなされた場合には、死亡前としうる。

その主観的な原因（cause）に関して言えば、貸付は事業活動に融資を与える目的でなすことはできない。この貸付は消費者のためにしか用意されていないのである（消費法典 L.314-2）。

形式要件　消費法典においては通常そうなのであるが、貸付契約の締結は、借主の同意について保護をもたらすための形式主義によって、覆われている。

貸付契約は公正証書による必要があり（消費法典 L.314−5）、銀行によって発せられた、いくつかの情報を含む貸付の申込みによってなされなくてはいけない。（消費法典 L.314−5）。とりわけ、鑑定人の評価による、抵当権が設定される財産の価値、予測される貸付期間に貸与額について累積する利息の明細表（état des intérêts）などである。

申込みは、少なくとも 30 日間、維持されなくてはならず（消費法典 L.314−6）、その受領（réception）から起算して、少なくとも 10 日間の熟慮期間の後でなければ、承諾をなすことはできない。これらの申込みに関する規定を尊重しないことにより、貸主は民事上および刑事上の制裁が科されることとなる（消費法典 L.314−15è）。すなわち、利息についての権利の全部または部分的な失効（消費法典 L.314−15è）や、罰金（消費法典 L.314−16）である。

債務　貸主は合意された方法に従って、資金を手渡す義務を負う。元本は、一度に受け取ることもでき、定期分割金の形式によって受け取ることも可能である。さらに、その義務は借主の一方的意思による改訂に拘束され、これにより分割金支払明細表の停止又は債務返済日程の繰延べ（リスケジューリング）を主張することができる（消費法典 L.314−12）。

期間が満了するまで（すなわち、原則として借主の生存中は）、借主は善良な家父（bon père de famille）の注意によって不動産を維持し、その用途を少しも変更してはならず、その状態を確認し、検査するために不動産に立ち入ることを貸主に許可しなくてはならない（消費法典 L.314−8）。もしこれらに反したならば、期限の利益を失うこととなる（消費法典 L.314−8）。

この期限の満了時に、借主または、多くの場合には相続人が、元本を返済し、利息を支払う義務を負う。この返済額こそ、この取引の独自性を刻印するものである。

つまり、借主の債務、すなわち元本と利息は、履行期における不動産の価値を超えることはできない（消費法典 L.314−9）。この上限額は、貸付によって債務者とその相続人が支払不能となる額と同義である（消費法典 L.314−10）。

この上限額は、その利用のため、不動産の評価を前提としている。もしこの

取引が借主の死亡によって終了した場合には、相続人と貸主との間で評価が同意されるか、鑑定人が選任される（消費法典 L.314-13）。もし取引が不動産の譲渡によって終了した場合には、貸主が異議を申立てない限り、鑑定なしに、「譲渡契約において示された」価値に従う（売却価格。贈与の場合には税務署によって示された価値）（消費法典 L.314-9 ～ L.314-14）。

返済の方法　期間満了の際、相続人または借主は、前述の方法で清算された債務を返済しなくてはならない。この債務は、相続人にとっては、消極財産となる。

不払いに遭った貸主は、次に示される三つの方法に従って、抵当権を行使することができる。裁判上の配当を要求して、不動産の差押えを行うことができ、場合によっては、合意された流担保条項（pacte commissoire）を主張することができる（たとえ、不動産が借主の主たる住居を構成する場合であってもそうである。消費法典 314-13 条 2 項）。

所有権的担保

21. 所有権的担保には、所有権留保（民法典 2367 条～ 2372 条）と、担保信託（民法典 2011 条～ 2030 条、2372-1 条～ 2372-5 条、2488-1 条～ 2488-5 条）がある。

所有権留保を伴う売買

22. 2006 年 3 月 23 日のオルドナンスは明示的に、いくつかの重要な帰結とともに、判例によって所有権留保に割り当てられた法性決定を承認した。動産については民法典 2329 条、不動産に関しては民法典 2373 条 2 項に規定されている。

ここでは以下の二つが問題となる。すなわち、a）所有権留保に付帯する性格の明示的な承認に関する問題、そして、b）担保の利用は、決して、債務者の債務不履行を機に実行から得られるであろうものを超えて、債権者に利得を生みだすものではない、という原則の適用に関する問題である。債権者がその

財産を回復し、当該財産を処分する権利を回復した場合、財産の価値は、被担保債権の支払いに充てられる（民法典 2371 条 2 項）。そして、もしこの価値がなお請求可能な被担保債権の総額を超える場合、債権者は債務者にこの差額に相当する金額を支払わなくてはならない（民法典 2371 条 3 項）。c）これまでは、代位は、集団的手続が開始された場合にしか、予定されていなかったにも関わらず、オルドナンスは明示的に物上代位の適用範囲を広げ、明示的に債務者の転売先が善意の場合にも、所有権留保財産の代金債権に代位が生じることを認めた（民法典 2372 条）。

担保信託

23. 2008 年 8 月 4 日の法律および 2009 年 1 月 30 日のオルドナンスによって、担保信託が初めて認められた。

信託の最長期間は 99 年と定められている（民法典 2018 条 2 項）。自然人であれ法人であれ、あらゆる人が信託の設定者となることができる。受託者となることができる者のリストには、与信機関、投資企業、保険会社のほか、弁護士が含まれている（民法典 2015 条）。

二組の規定群が動産担保信託（民法典 2372−1 条～ 2372−5 条）と、不動産担保信託（民法典 2488−1 条～ 2488−5 条）をそれぞれ規制しており、債務者の不履行の場合における実行の要件について規定している（民法典 2372−3 条および 2372−4 条、同 2488−3 条および 2488−4 条）。そして、占有喪失を伴わない担保信託を有効としている。この担保信託により、担保のために財産の所有権を債務者に移転することが可能となる。この財産の占有は、例えば、その事業活動に有用であり、さらには必要であるから、債務者はその占有を維持するのである（民法典 2018−1 条参照）。

ところで、信託は、フランス法体系のなかでは、最終的に法律の制定によってしか、導入されえなかったということを強調しておく必要がある。このような立法による介入は、疑う余地もなく、必要なものであった。何故なら、信託

の導入は、信託的所有権は受託者の債権者から隔離されており、受託者の資産（patrimoine）の分割を前提とするからである。従って、このような分割は、ア・プリオリに、民法典 2284 条が表明する資産（patrimoine）の単一性の伝統的原則に反することとなる。同条は、「人的に債務を負う者は誰でも、現在および将来の自己のすべての動産及び不動産をもって自己の約務を果たす義務を負う」と規定している。信託において、この原則を克服することは、それゆえ、法律によってしか確かなものとすることができない。

信託的所有権の独自性

24. まず第一に、信託の特殊性は、信託的所有権の独自性から生じる。

信託的所有権は通常の所有権とは異なる。民法典 544 条が規定する所有権でもなく、1789 年の「人間と市民の権利宣言」が不可譲で神聖な権利として位置付けた所有権でもなく、「人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約」が保護する所有権とも異なる。信託的所有権は、その内容においても、あらゆる性質においても異なっている。

通常の所有権は、富（richesse）でもあり、同時に権限でもある。

富（Richesse）　通常の所有権は富の要素を有しており、それゆえ信用の要素を含む。所有者は、（そこには値上がり益も含まれているところの）資本として、財産の経済的価値を利用し、その果実は自由に処分し消費することができる。これに対応して、所有者の債権者はその財産を差し押さえることができる。

反対に、信託的所有権は富の要素もなく、信用の要素もない。決して、受託者は果実を自分のものとしてはならず、自己の利益のために当該財産を譲渡してはならず、そのため結果的に値上がりから収益を得てはいけない。その所有権は受託者にいかなる収益ももたらすものではなく、その資本を増加させるものでもない。管理信託の場合、富は設定者のもとにとどまる。担保信託の場合、受益者はその債権の富であり、信託的所有権の富ではない。確かに、信託的所有権はこの債権を強化するものであるが、そこに富の追加をなすものではない。

これに対応して、信託的所有権は信用の源泉となるものではない。

このような説明において、さらに、二つの規定が非常に重要となる。信託資産は、信託の債権者――いわばその権利が信託の機能から生じる債権者――の唯一の引き当てであり、受託者の個人的な債権者は排除されるという規定（民法典 2025 条）と、受託者に対する支払不能による手続が開始した場合にも信託資産にはいかなる影響もないという規定である（民法典 2024 条）。

権限（Pouvoirs）　通常の所有権は、物に対する最も広範な諸々の権限でもある。これら権限の十全性により、所有者はその物からあらゆる効用を引き出すことができる。反対に、信託的所有権は、その性質上、その物についてのあらゆる権限が授けられているものではない。信託的所有権は全てを授けることができるが、しかし、しばしば合意によって受託者の権限は制限され、時に厳格な限定のもと権限を閉じ込めることもあり、とりわけ、担保信託の場合にはそうである。

この限定は、いくつもの規定を説明するものである。これら規定によって、信託契約の締結の段階において、当該契約において受託者の権限を明記することが課されており（民法典 2018 条 6 項）、受託者に報告義務が課されている（民法典 2022 条）。同様の規定を、通常の所有権に関して考えることはできない。

以上のことから、立法者の慎重さによって、当然のこととして、信託契約は所有権の移転契約として定義するにとどめられ、信託契約は「財産、権利もしくは担保」を移転するものと規定することが選択された（民法典 2011 条）。

この所有権に伴う多様な特権について、二つの点が観察される。

第一に、受託者に与えられなかった権限は、失われた権限となってしまう。何故なら、信託の合意は、あらゆる権限の源である権利から、これら権限を奪うものであり、設定者はいかなる権限も維持することができないからである。これにより、財産の良好な活用と自由な運用が阻害される危険が存する。そのため、設定者にその物に対する一定の権限、とりわけその物を利用する権限を残す信託の特別の条項もまた有用である（民法典 2018-1 条）。

第二に、受託者の権限の制限に関して、その第三者への対抗可能性の問題が

生じる。ここで法律は、この対抗可能性を、第三者がこの制限を知っていたか否かに応じて規定している（民法典 2023 条）。しかしながら、第三者への情報提供に配慮して、受託者に、信託の計算の下に行動することを明示的に言及することを課しており、受託者の行為による移転が公示に服する場合（もし不動産が問題となっている場合にはそうである）、受託者の名にその資格が付記されなくてはならないものと規定している（民法典 2021 条）。

信託取引の整備

25. あらゆる信託は二つの主要なリスクを孕んでいる。まず第一に、設定者と受託者の対立のリスクと、設定者と受益者の対立のリスクである。次に、受託者の個人的財産と、受託者が信託契約によって受け取った財産との間の混同のリスクである。

権限と収益との間の対立　第一のリスクは、信託的所有権がその任務によって目的づけられたものであることに関係している。そのため、その任務を逸脱した受託者は、場合によっては、設定者の利益または受益者の利益を危険に曝すことがありうる。このリスクは、このような権限と富の分離、法的所有権と経済的所有権の分離に関係している。このことは、より一般的に、権限と収益との間の対立、経営と資本との間の対立によるリスクの描写でもある。

このようなリスクを回避するために、裁判所に広範な裁定権限を託すことが適切である。フランス法はこの方法を選択した。つまり、もし受託者がその任務を不適切に遂行した場合、裁判所は受託者を解任または変更することができ、変更の場合には、信託資産を交替した者に移転することとなる（民法典 2027 条）。

設定者、受益者、そして第三者は裁判所に申立てることができ、設定者は、その利益を保護するために、すなわち受託者を監督するために、受託者を設定者、受益者、または第三者と交代させることを裁判所に申し立てることができる。以上の目的のもと、法律が設定者に付与しているのと同一の権限を委譲することができる（民法典 2017 条）。設定者が自然人の場合には、契約の期間中

に「信託監督者」を選任するこの権能は公序である（民法典 2017 条 2 項）。

受託者の手中での財産の混同　第二のリスクは、受託者の債権者が、債務者が信託契約により受け取った財産を、所有者となるであろうという理由で、差押えようとするというものである。差押債権者は信託の運用について何ら権利を有していないのであるから、このリスクは明らかに容認できない。

フランス法で取られた解決は、充当資産を用いることであった。それは信託の定義にすら含まれているものであり、信託取引の構成要素である。民法典 2011 条の文言によれば、信託は財産を移転し、受託者が「自己の資産と分別して」有することを前提とする。この分別の存在については、その帰結について既に示されている。つまり、信託の対象である財産は、信託の債権者のみによってしか差し押さえられることはない（民法典 2025 条）[30]。このように、この財産は、別個に、信託の実行から生じた債務のみに対応する集合体を構成する。この拘束された、積極財産および消極財産は信託資産を構成し、信託の実行に充当される。これに対応して、受託者は複数の資産を所有することとなる。受託者自身の通常の個人的資産、そして、信託契約から生じた充当資産である。最後に充当資産について言及しておくこととする。

当然、設定者にとって、信託がその一定の財産を債権者の引き当ての外に置く明白な方法となる。一方で、信託の積極財産が不十分な場合には、法は、信託の債権者が設定者の個人的財産を差し押さえる権利を認める（民法典 2025 条）。他方で、同 2025 条は、その権利を詐害する意図で信託に供された財産を設定者の債権者が差し押さえることを認める [31]。

担保信託の実現（一般法）

26. まず [32]、担保信託を実現する制度は、受託者たる債権者に、もし債権が支

30）法律は反対の合意を認めている。しかし、この合意において、債権者が共同担保の拡張による利益を放棄することを明示しない限り、債権者の受託者の個人的な資産にまで共同担保が拡張されることとなる。

払われなかった場合には、財産の自由な処分を認めるということを想起する必要がある。もし受託者が債権者でない場合、当該債権者は、受益者として、自由に処分することのできない財産の返却を主張することができるであろう。

より詳細に言えば、2009 年 1 月 30 日のオルドナンスに発する、民法典の（動産に関する）新 2373-3 条および（不動産に関する）新 2488-3 条は、両者ともに、次のような二つのケースについて規定している。

もし債権者が受託者の資格を有していれば、債務者の履行期における債務不履行は、担保のために提供された財産の所有権を与えるという効果ではなく（所有権は既に与えられている）、当該財産の所有権の自由な処分可能性を債権者に回復させるという効果をもたらすものである。

もし債権者が受託者の資格を有しない信託の受益者であれば、債務不履行は、原則として、担保のために提供された財産の所有権を債権者に授ける効果を有し、従って、受託者の側に引渡しを請求することができることとなる。しかしながら、信託契約は債権者にこの財産の所有者とならない可能性も与えており、その代わりに、受託者によって財産を売却し、売却代金の全部または一部の引渡しを請求することができる。

全ての場合において、この実行の方法は、債権者に不正な利得をもたらすものではない。すなわち、2009 年 1 月 30 日のオルドナンス以降、動産に関する

31）このフロードに基づく訴権（L'action en fraude）は、「その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を攻撃する」ことを認める、民法典 1167 条に規定されるパウルス訴権（l'action paulienne）の特殊形態といえる。このフロードに基づく訴権は、設定者によって、その引き当てとなる共同担保を減少させることを専らの目的としてなされた行為を白紙に戻す余地を債権者に認めるものである。従って、債権者の権利を害する目的でなされた信託は債権者に対して対抗不能であり、これにより債権者は、信託財産として設定された財産を差し押さえることができることとなる。その効果は無効ではなく、あくまで対抗不能であるため、当該法律行為はなお法秩序に残存し続け、他の債権者は裁判上の決定なしに当該財産を引き当てとすることはできない。

32）以下の内容については、L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 7e éd., Defrénois, Paris, 2013, n° 789 を参照。

2372-3 条および 2374 条、不動産に関する 2488-3 条および 2488-4 条は、抵当権または有体動産質権に適用される規定から着想を得ており、次のことを定めている。

i）　担保のために提供された財産の価値は協議または裁判上指定された鑑定人によって決定される（これに反するあらゆる条項は書かれざるものと看做される）。動産に関しては、当該財産がそれ自体として客観的に決定される価値を有するものでない限りそうである。民法典 2372-3 条の規定によれば、対象物が金銭である場合、または通貨金融法典に該当する組織された市場による公定価格により決まる場合のほか、鑑定が必要となる。

ii）　債権者は、担保のために提供された財産の価値（または場合によってはその売却価格）と、債務者になお残存している債務の総額との間の結果として生じた差額を、この価値がその総額を超える場合には、返還しなくてはならない。

Ⅲ．結論

27. 結論として、フランスの物的担保の改正について、三つの特徴が指摘しておくに値する。

⒜　その内容に関する観点から、改正によって担保信託の制度にもたらされた効率性と安全性についての独自の貢献を強調しておく必要がある。フランスの信託は、他の法体系の一定の制度と共通点を有する。とりわけ、ドイツ法の担保のための信託的譲渡、そして、ある程度までは、その法制度がイギリス起源であるところのトラストとフローティング・チャージ（不動担保）と類似している。

しかしながら、ドイツの担保のための譲渡と異なり、ある者から受託者に譲渡された財産は、信託の目的に「充当された」資産を形成する。この信託資産は、受託者の個人的資産とは混同されない。

トラストとは異なり、フランスの信託は、必ず明示され、書面により、合意でなされる必要がある。一方、トラストは黙示でもなされ、書面による必要は

なく、一方的でもありうる。設定者は、受託者と締結された行為なくしては、そして受益者の承諾なくしては、フランス型の信託を作り出すことはできない。

イギリスのトラストにおける、受託者または、受益者とは異なり、フランスの信託においては、知らないうちに受託者または受益者となることはない。

(b) 第二の特徴は、フランスの改正が、様々な物的担保に適用される規定に、単純化と一貫性をもたらしただけでなく、公平性をもたらしたという事実に関係する。一般的な目的は、経済強化のため、信用供与を援助するべく、効率性、柔軟性、予見可能性を有する担保法とすることにあった。そして、この目的のため、改正は、第三者の正当な利益だけでなく、債権者の利益と債務者の利益との間の正義に適った均衡を採用した。ほんの少し挙げてみても、例えば、流担保条項に関して、条項の適用領域から債務者の主たる住居を除外することを考えつき（民法典 2459 条）、またいくつかの規定は債務者と第三者の保護を考慮している（民法典 2348 条、2366 条、2459 条）。これらの規定は、i）合意または裁判所によって指定された鑑定人によって財産の価値が評価されること（これに反するあらゆる規定は書かれざるものとみなされる）、ii）財産の価値が被担保債権の額を超える場合には、この差額に相当する金額は債務者に返還されなければならない、または他の被担保債権者に預けられなければならないことを規定している。

つまり、現代的かつ効率的な担保法体系は専ら銀行の利益だけに奉仕するというものと考えるのは誤りである。信頼に足り、効率的な担保法体系は、貸主の利益にだけに奉仕するものではなく、第一に、とりわけ外部の金融に助けを求める必要のある家族経営といった、数多くの中小企業などの借主の利益に奉仕するものである。近年の金融危機一つをとってみても、貸主の利益だけに主軸を置いた体系が恐ろしい帰結をもたらすことが明らかになっている。

(c) フランス法改正について、注目すべき最後の点は、民法典の名誉を取り戻したという点である。まず、担保法に関する規定が、いくつもの法律の条文に散在していたということを確認しなくてはならない。民法典（および商法典）は、その内実が体系的に空洞化する危険が存する。この法改正は確実に、諸規

定のますますの散在状況に抑止をかけるものであり、民法典と商法典との間の深い溝に橋渡しを行い、可能な限り、民法典における担保に関する諸規定を統合するものであった。

この 2 世紀の間の大陸法が民法典の思想および内実に立脚してきたことを考えると、法的安定性および司法へのアクセシビリティに貢献する道具として、民法典の中心的役割を尊重するフランスの努力を評価しなくてはならない。このような成果は、将来の国内レベルにおける物的担保法の改正のため（ベルギー法の 2013 年改正では既に実現されている）だけでなく、いずれありうるヨーロッパ法レベルでの法統合にとってもモデルを提供するものとなろう。

【参考文献一覧】

L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 7e éd., Defrénois, Paris, 2013.

F. Barrière, *La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007−211 du 19 février 2007*, Joly 2007, p. 440 et s. et p. 555 et s.

M. Bussani, *Les garantías reales al servicio del Estado, in Observatorio de Derecho Civil*, vol. V, *Derechos Reales*, Motivensa Editora Juridica, Lima, 2010, pp. 229−237.

M. Bussani, *Los modelos de las garantías reales en civil y en common law*. *Una aproximación de derecho comparado*, in E. Lauroba & J. Marsal（eds.）, *Garantías reales mobiliaria en Europa*, Marcial Pons: Madrid-Barcelona, 2007, p. 237 ss.（aussi in C.A. Calderon Puertas, M.E. Zapata Jaen, C. Agurto Gonzales, Persona, *Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernandez Sessarego*, Motivensa Editora Juridica, Lima, 2009, p. 609 ss.）.

M. Bussani, *La propriété-sûreté. Rapport général, in La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Vietnamiennes, Tome LIII/2003, Paris: Société de législation comparée, 2006, p. 303 ss.

M. Bussani, *Le présent et l'avenir des sûretés réelles*, in *Rapports nationaux italiens au XVIème Congrès International de Droit Comparé. Brisbane 2002/Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law. Brisbane*. 2002, Giuffrè, Milano, 2002, p. 245 ss.（tr. esp. in *Revista de Derecho Comparado*, n. 6/2002, p. 93 ss.）.

M. Bussani, *L'intégration juridique et le droit des sûretés réelles*, in *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, vol. 24/2 de la *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, 2001, p.111 ss.

M. Bussani, *Problèmes actuels des sûretés réelles*（*Italie*）, in *Les garanties de financement*, Travaux

de l'Association Henri Capitant. Journées Portugaises, Tome XLVII, Paris, L.G.D.J, 1998, p. 213 ss.

M. Bussani, *Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle italien, in 6 European Review of Private Law* 1998, p. 23 ss.

P. Crocq, *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ?*, D. 2009.716.

Ph. Dupichot, *Opération fiducie sur le sol français*, JCP 2007.1.121.

Ph. Dupichot, *La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, JCP G 2009.1.132.

La fiducie, Dossier coordonné par F. Barrière, D. 2007.1346.

La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires, Colloque du Magistère de juriste d'affaires-DJCE de l'Université Panthéon-Assas, avant-propos de M. Germain : JCP E 2007.2050.

F. Fiorentini, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Stämpfli, Berne, 2009.

M. Grimaldi, *Présentation générale des sûretés en droit français*, allocution présentée à la Banque Nationale du Cambodge, à Phnom Penh, le 23 avril 2012, disponible à : fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2011−10/table_ronde_4.pdf.

M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, Henri Capitant Review, no. 2, 30 juin 2011, disponible à : henricapitantlawreview.net/article.php?id=309.

M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in La semaine juridique - Entreprise et affaires, no. 20, 18 mai 2006, p. 9 et s.

M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre* : Defrénois 1991, art. 35085（I. Ebauche d'une théorie générale de la fiducie）et 35094（II. Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie）.

M. Grimaldi et R. Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, D. 2009.670.

R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defrénois 2007, art. 38631 et 38639.

A, Prüm et C. Witz, *Trust et fiducie - La convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Montchrestien, Paris, 2005.

Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, éd. Economica, 1981 ; *Les opérations fiduciaires*（colloque de Luxembourg）, L.G.D.J., Paris, 1985.

【訳者注】

充塡抵当権は、2014 年に 2 度の法改正があり、3 月 17 日法で一旦は全面廃止されたものの、12 月 20 日法で事業債権の担保に限定して復活している。まず、loi du 17 mars 2014 relative à la consommation（消費に関する 2014 年 3 月 17 日法）によって、個人破産を助長するという理由から、充塡抵当権に関する民法 2422 条および消費法典の規定は廃止された。ところが、次いで、loi du 20 dècembre 2014 de simplification de la vie des entrprises（企業活動の単純化に関する 2014 年 12 月 20 日法）によって、自然人または法人に事業目的（fins professionnelles）

で設定された抵当権については、後に、事業債権（créances professionnelles）の担保のために充当されうるとして、充填抵当権が一部復活することになった（2422）。以上の経緯につき、片山直也「シンポジウム 担保法の国際的動向―担保制度の多様性と共通性をめぐる比較研究 3. フランス法」比較法研究 77 号 43-44 頁（2015）を参照。

【後記】

本稿は、2013 年度大陸法寄付講座「大陸法特別講義『担保法の将来』」の一環として、2013 年 11 月 2 日および同 4 日に慶應義塾大学で行われたマウロ・ブッサーニ教授による講演「所有権的担保：大陸法の概観」の原稿を訳出したものである。

同講演原稿の訳出は、科学研究費補助金（若手研究(B) 研究課題番号 26780056）による助成を受けた研究成果の一部である。