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

Title	動産・債権担保法制をめぐる二元的構成の新たな二つの動向 : フランス法を起点としたベルギー法・ケベック法の比較研究の試み
Sub Title	Les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives : étude comparative du droit belge et du droit québécois au regard du droit français
Author	片山, 直也(Katayama, Naoya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2021
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.94, No.11 (2021. 11) ,p.1- 73
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20211128-0001

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.

動産・債権担保法制をめぐる二元的構成の新たな二つの動向

――フランス法を起点としたベルギー法・ケベック法の比較研究の試み――

片山直也

一　序
二　ケベック担保法の展開
三　ベルギー担保法の展開
四　フランス担保法再考
五　結びに代えて

一　序

1　はじめに

「不動産担保から事業収益担保へ」との担保法のパラダイム[1]が唱えられて二〇年が経過しようとしている。この間、動産債権譲渡特例法の法改正[2]、担保の機能を多元的に把握する分析の定着化[3]、ＡＢＬをめぐる理論と実務

の展開を経て[4]、二〇一九年三月に「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」（道垣内弘人座長）が組織され、動産債権担保法の改正を目指した動きが本格的に始動した[5]。同研究会での二年間にわたる検討を踏まえて、二〇二一年四月から法制審議会担保法制部会における動産債権担保法制の改正をめぐる議論が開始されている[6]。また、法制審での議論に照準を合わせて、事業担保権等に関する提案が、金融庁、中小企業庁の研究グループからなされている[7]。

2 「機能的アプローチ」と「統一的な担保制度」の提言

ところで、動産債権担保法制のあり方についての総論的な課題の一つが、「統一的な担保制度と登記制度を設けること（いわゆるUCC型）の適否」[8]であるとされる。比較法的には、UCC第九編だけではなく、UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）の「担保付取引立法指針（Legislative Guide on Secured Transactions, 2007）」や「担保付取引モデル法（Model Law on Secured Transactions, 2016）」[9]では、「機能的アプローチ（approche fonctionnelle）」[10]に基づいて、原則として、統一的な担保制度が推奨されているからである。たとえば「立法指針」は、「法律は、機能的アプローチを採用し、それゆえに取引の方式または当事者が用いた用語法の如何を問わず、弁済または債務の履行の他の形式の担保のために合意によって動産の上に設定されたすべての権利に適用されなければならない（そこには、担保名義での有体動産所有権の移転の受益者の権利、担保名義での債権譲渡の枠組みにおける譲受人の権利、所有権留保およびリースの条項の様々な様式における売主またはリース貸主の権利も含まれる）」とし、「購入資金融資（financement d'acqusitions）を除いて[11]、機能的アプローチは、債務の履行を担保するすべての権利を動産物的担保（sûretés réelles mobilières）として性格づけかつ共通規定の全体に従わせるという方法で実現されなければならない」としている[12]。

そこで、法制審担保法制部会では、担保法制全体の構成として、現行法のように、「目的となる財産の種類に応じて異なる担保権」とするか、UCC第九編のように、「動産だけではなく無体財産や債権を含む財産について、その担保の種類や目的財産の占有の有無によって区別せず、一つの担保制度を設けること」も考えられるが、この点についてどのように考えられるかと問題提起がなされている[13]。「多元主義」か「一元主義」かの対立、「まとめる担保」か「刻む担保」かの対立と整理するものもある[14]。本稿の課題は、この問題を比較法的な視角から検討し、一つの方向性を見出す点に存する。

3　本稿の課題

本稿においては、比較法研究の対象として、ケベック法およびベルギー法を取り上げる。その理由は、まず第一には、両法の担保法が、そもそも「多元主義」、「刻む担保」に特徴を有するフランス法（一八〇四年のフランス民法典）を母法とするという点において、わが国の担保法と共通の出発点を有することに存する。

第二は、その後、両法においては、それぞれ異なる外在的要因によって、「機能的アプローチ」に基づく「一元主義」（本稿では「一元的構成」という）を指向する法改正がなされたという点である。具体的には、ケベック法は、フランス法を母法とする大陸法圏であるが、コモンローのオンタリオ州などカナダの他州やアメリカ法と境界を接することから、「トランスシステム主義（transsystémisme）」とも呼ばれる立場に基づき[15]、一九九一年の民法典制定により、不動産も含めた一元的構成（一元的抵当権制度）が導入されている（本稿「二　ケベック担保法の展開」「1　一元的構成の導入（一九九一年ケベック民法典）」参照）。ベルギーでは、EUの拠点であることから、EU法の調和という視点から、UNCITRALの「担保付取引立法指針」に準拠し、二〇一三年に動産担保について一元的構成を採用する動産担保法の改正が行われたのである（本稿「三　ベルギー担保法の展開」「1　一元

的構成の導入（二〇一三年動産担保法制定）」参照）。まずは「多元主義」のフランス法を母法としながら、両法において、「多元主義」か「一元主義」かの課題に対峙し、「一元主義」の方向性を選択したという点が、今まさしくそのいずれかの選択を迫られているわが国の担保法制をめぐる議論に多大な示唆を与えるであろう。しかし、両法の比較法的意義はそこに留まらない。

第三は、両法におけるその後の立法の変遷である。注目すべきは、有価証券のペーパレス化に対応した金融担保法制の変容を契機として[16]、「一元的構成」を指向したケベック法、ベルギー法のいずれにおいても、広く債権担保について、動産担保と区別した取り扱いを行う傾向が看取されるようになったという点である（本稿「二　ケベック担保法の展開」「4　新たな二元的構成」および「三　ベルギー担保法の展開」「4　新たな二元的構成」参照）。新たな「二元的構成」の動向と分析することができよう。フランス法が、二〇〇六年の担保法改正においても、動産担保につき、「有体動産質（gage）」と「無体動産質（nantissement）」とを区別する「二元的構成」を導入していた点が想起される（本稿「四　フランス担保法再考」「1　起点としての二〇〇六年担保法改正」参照）。ここに、フランス法を起点として、ケベック法とベルギー法を比較法研究の対象とする第三の意義が見出されるといえよう。わが国の法改正が進むべき道も示唆されているように思われる。

このように、本稿の方法論的関心は、時間的空間的な広がりの中で法発展を動態的に認識するという点に存する[17]。

4　「二元的構成」の新たな二つの動向

それでは、本稿での比較的考察に先立って、仮説として、「二元的構成」の新たな二つの動向について分析視角を提示しておきたい。それは、（一）担保目的である資産についての二元的構成と、（二）担保の構造について

の二元的構成の二つの動向に整理することが可能であろう。

（一）担保目的である資産に応じた類型

まずは、①流動資産・事業資産（les biens circulants ou le fonds）と、②金融資産・債権（les instruments financiers ou les créances）の二つの資産類型[18]について、それぞれ資産の特徴、すなわち「活用・経営（exploitation）」の目的か「価値増殖・運用（valorisation）」の目的かに応じて[19]、それぞれに適合的な担保法制が設けられるべきであるという点である[20]。

担保制度の前提としての資産論から分析すると、一元的構成の歴史的な意義は、①流動資産・事業資産について包括的な担保権の設定を可能とする法制度を創設する点にあり、新たな二元的構成の意義は、②金融資産・債権について、①と別の規律で担保設定および実行における排他的効力を承認する法整備を行うという点にあると認識することができるように思われる。

（二）担保の構造に応じた類型

次いで、実務上の二元的構成のニーズは、担保の構造のパラダイムと連動していると分析できる。それが、フランス法において近時論じられるようになった「排他的担保」という分析視角である[21]。今日、フランスでは、倒産法の改正に伴い「追い風（vent en poupe）」と「後退（érosion）」の大きな流れを経て[22]、物的担保を「優先的担保（sûreté préférentielle）」と「排他的担保（sûreté exclusive）」に分けて分類することが定着化しつつある[23]。そしてついに、二〇二一年九月一五日担保法改正オルドナンスは、新たな物的担保の定義規定として、「物的担保は、債権者への優先的又は排他的な弁済（paiement préférentiel ou exclusif）への、現在若しくは将来の財産又は財産

の集合の引当て（affectation）である」（民法典二三二三条）との規定を新設するに至った[24]。ケベック法とフランス法の比較研究において、債権担保・金融資産担保に関する近時の立法の動向について、「affectation（引当て）」から「appropriation（帰属）」へというパラダイムとして分析されている点[25]も同趣旨と思われる。そして排他的担保のテクニックが、伝統的に「留置（détention）」と「所有権（propriété）」の二つであり、前者は債権など無体財産担保を視野に入れると今日的には「凍結権限（pouvoir de blocage）」と把握され[26]、コモンローに影響を受けたケベック法やベルギー法における「支配（maîtrise, contrôle）」概念と接近するものと理解される。

5　わが国における法改正への示唆

本稿の比較的考察を経て、わが国における動産債権担保法制の法改正に対しては、次の二つの示唆が得られるのではないかと推測している。

（1）第一の示唆は、多元主義か、一元主義か如何、また、刻む担保か、まとめる担保か如何を問わず、流動資産・事業資産を目的とする包括担保の導入が法改正の最重要の課題だという点である。その際に、多元主義・刻む担保を前提として、事業担保権について、特別法で規律する特別担保として認めるのも一つの方向性ではあるが、他方では、「集合（物）」概念の再定位を行い、民法上の動産担保として認める方向性も検討されるべきはないだろうか。併せて、事業担保権の目的資産に事業債権が含まれる場合と異なり、金融資産や債権のみが担保の目的とされる場合には、「支配」を要件として「排他的担保」[27]を認めることも検討されてよいであろう。

（2）二つは、『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書』においては、動産担保および債権担保について、「担保目的取引規律型」として「担保所有権」（譲渡担保）を典型的な担保の形態として法制化することが提案されている[28]。しかしながら、比較法的には、所有権は「排他的担保」の一つのテクニックとして位置

づけられており、「優先的担保」にとどまる場合、そもそも「所有権」のテクニックは過剰であり、規定がない場合の判例による法運用としてはともかくも、新たに立法をなすという局面において、「所有権担保」の構成を用いるのは、金融資産や債権など、「排他的担保」のニーズがある場合に限定されるべきではないだろうか。立法に際しては、「担保所有権」の意義が再検討されるべきであろう。

それでは、以上の問題意識を前提として、ケベック担保法およびベルギー担保法の展開を順次、検討して行くこととする。

二　ケベック担保法の展開

1　一元的構成の導入（一九九一年ケベック民法典）

（一）一元的抵当権の導入

ケベック法の「一元的抵当権」（hypothèque unique）は、一九七七年民法典改正委員会（ＯＲＣＣ）草案[29]を経て、一九九一年民法典改正（一九九四年施行）[30]により導入された[31]。

カナダ法全般について見ると、ケベック州を除くコモンローの州では、アメリカＵＣＣ第九編に影響を受けた「動産担保法（Personal Property Security Act：PPSA）」が制定されていた[32]。そのうちケベック州に近接するカナダ最大のオンタリオ州においてＰＰＳＡが制定されたのが一九九〇年であり、ケベック民法典における一元的抵当権の導入に際して、アメリカ法とオンタリオ法が比較の対象とされている[33]。

ケベック法における「一元的抵当権」の導入については、「物的担保の機能的アプローチが、不動産か動産か、有体財か無体財かを問わず、すべての財に適用される一元的担保（sûreté unique）の存在を推し進めた」、「この

モデルは、アメリカ法に起源を有するものであるが、そもそもフランス法の影響を受けていたケベック法においては、一九九一年の改正の際に、抵当権（hypothèque）の確立を通して、考慮されることとなった」と分析されている。(34)

この新制度により、事業のすべての動産を非占有担保の目的とすることができるようになり（非事業者は別）、その結果、動産非占有担保に関する特別の制度が廃止されることとなった。(35)

一九九一年民法典は、抵当権の性質および目的につき、次の規定（二六六〇条）を置いて、さらに明文で、債権（二七一〇条以下）、有価証券（二七一四―一条以下）、特許（二六八四条）、社員持分（二二一一条）などに抵当権を設定することができると規定している。(36)

【第二六六〇条】（抵当権）

抵当権（hypothèque）は、債務の履行に引き当てられた動産又は不動産である財産についての物権（droit réel sur un bien, meuble ou immeuble）である。抵当権は、債権者に、何人の手元にあろうと財産を追及し、その財産を占有又は弁済のため取得し、その財産を売却し又は売却させ、かつ本法典に定められた順位に従いその売却代金から優先弁済を受ける権利を付与する。

（二）包括体（universalité）

一九九一年民法典は、さらに、二六六六条において、「包括体（une universalité）」および「財産の集合（un ensemble de biens）」という概念を用いて、事業者が包括担保の設定を可能としている点に注目すべきである。

【第二六六六条】（目的）

抵当権は、あるいは、有体又は無体の一つ又は複数の個別の財産（biens particuliers）、あるいは一つの包括体（une universalité）の中に含まれる財産の集合（un ensemble de biens）に設定される。(37)

この点は、一九七七年の民法典改正委員会草案において、「すべての包括体（universalités）に抵当権の設定が可能となる。たとえば、受取勘定口座（comptes à recevoir）、トラック隊（flottes de camions）、および営業財産（fonds de commerce）への抵当権設定が想定される」、「商人または本条の掲げた活動に従事する者に対して、その事業に引き当てられた財産に一般動産抵当権（hypothèque mobilière générale）を設定することができるようにすることが合理的であるように思われる。同様に、個人（particuliers）を保護し、抵当権による価値低下が増大することを避けるために、一般的にすべての債務者にこのような引当てを認めることがないようにすることが適切であろう。他方で、この規定は、オンタリオ法やアメリカ法の内容と類似している」と起草趣旨が説明されていた。(38)それを受けた規定が二六八四条である。

【第二六八四条】

第一項（包括体についての抵当権）事業を経営する、人、会社又は信託受託者のみが、動産か不動産か、現在か将来か、有体財産か無体財産かを問わず、財産の包括体について抵当権を設定することができる。

第二項（動産の包括体）事業を経営する者は、また、動物、事業用の設備・機材、顧客債権・口座、特許及び商標、さらに一つの事業ごとに積極財産の一部を構成し、かつ売却、賃貸若しくは役務提供が予定されたある財産の製造又は改造の過程において売却、賃貸若しくは取引のために所持されている有体動産に抵当権を設定することができる。

さらに、代替物および売却代金へのプロシーズに関する規定として二六七四条が置かれている。

【第二六七四条】

第一項（財産の包括体）　財産の包括体に設定された抵当権は、存続するが、事業の活動の範囲で（dans le cours des activités de l'entreprise）譲渡された財産に代替する同一の性質を有する財産に効力が及ぶ。

第二項（個別化された財産）　個別化されかつ譲渡される財産に設定された抵当権は、それに代替する財産に対しても、その新たな財産を特定する通告（avis）の登記によって、効力が及ぶ。

第三項（財産の譲渡）　譲渡された財産にいかなる財産も代替しないときには、譲渡から生じた代金について、それが特定できる限り、抵当権は存続し、その効力を及ぼす。(39)

以上のように、ケベック法は、大陸法圏でありながら、アメリカ法およびオンタリオ州などコモンローの州法の影響を受け、「機能的アプローチ（approche fonctionnelle）」により、「一元的抵当権（hypothèque unique）」制度を導入した。正確には、後述するように、所有権留保については「一元的抵当権」の対象から外す選択をするなど、(40)複雑性（complexité）を残すものではあったが、(41)これにより、事業者の包括担保設定が可能となった。その受け皿となるのが、「包括体（universalité）」概念であり、そこでは在庫などの流動資産だけではなく、設備・施設や特許・商標など固定資産の集合、営業財産も想定されている点に注目すべきである。(42)

ちなみにカナダでは、倒産法がカナダ統一法であるのに対して、民法（担保法）は州法であることから、ケベック法では、倒産手続きが開始されても、担保権に影響を及ぼさない。債権者は、州法である民法典を選択して担保権を行使できることになる。(43)

（三）一元的動産公示制度

ケベック法では、実体法上の担保権としては「一元的抵当権」に統一されたが、公示制度は、不動産と動産とで異なる二つの登記制度が用意され、むしろ動産について「一元的動産公示制度」[44]が導入されたとするのが正確なところである。一九九一年ケベック民法典は、次の規定を置いている。

【第二九三四条】

第一項（権利の公示）　権利の公示は、債権及び動産物権の登記簿（registre des droits personnels et réels mobiliers）又は不動産登記簿（registre foncier）になされた登記（inscription）によって生じる。但し、法律が明示で他の方式を認めた場合はこの限りでない。

第二項（登記）　登記は、その権利が公示された者の利益となる。

【第二九三八条】

第一項（不動産物権）　不動産物権の取得、設定、承認、変更、移転及び消滅は、公示に従う。

第二項（権利の放棄）　相続、遺贈、夫婦共有財産、取得財産の価値の分割又は家族財産の放棄及び放棄を取り消す判決もまた公示に従う。

第三項（債権又は動産物権）　その他の債権及び動産物権は、法律が規定し又は明示で公示を承認している範囲で、公示に従う。このように公示された権利の変更又は消滅もまた公示に従う。

【第二九四一条】（対抗）

権利の公示は、権利を第三者に対抗できるものとし、順位を確定し、かつ法律がそれを定める場合には、権利に効力を与える。

【第二九五〇条】（動産の包括体）

動産の包括体（universalité de meubles）に設定された抵当権は、登記簿に、設定者の記載及び包括体の性質の指定をなした上で登記をしたときからでなければ、包括体を構成するそれぞれの動産について順位を取得しない。

【第二九五五条】

第一項（浮動抵当権）閉鎖通告（avis de clôture）の登記が、浮動抵当権の順位を決定する。

第二項（抵当権の複数）複数の浮動抵当権が閉鎖通告の対象とされた場合には、抵当権は、閉鎖通知の登記を考慮せず、それぞれの登記に従って順位を取得する。

民法典改正委員会（ＯＲＣＣ）においては、銀行法（la Loi des banques）、統一商法典（Uniform Commercial Code）、統一動産担保法（Uniform Personal Property Security Act）において用いられている、最小限の情報を記した与信公示書（financing statement）を登録する「警告ファイリング（notice filing）」方式[45]の導入が検討されたが、主として第三者が公の登録簿への照会によって全体的な情報が得られないという不便さがあることから、一九七七年の草案は、警告ファイリングすなわち「警告の登録（enregistrement de l'avis d'intention）」を制度化することなく、類似の結果を達成することを可能とする制度を設けるとしていた[46]。一九九一年民法典では、登記簿（registre）への登記（inscription）制度が導入されている（二九三四条）。

債権・動産物権登記簿（ＲＤＰＲＭ）は、人的編成の登記簿（registre nominatif）であり、一九九九年から電磁記録化され、インターネットでの照会が可能となっている[47]。登記簿は、個人票（fiche nominative）および明細票（fiche descriptive）によって構成され、申請書において特定された設定者ごとに個人票が調製される。明細票では、動産物権については、財産か包括体かに分類して、設定者の氏名とともに、目的動産が指定されるか、また

は包括体の性質が指示される（民法典二九八〇条）[48]。

大陸法の登記制度と比較すると、RDPRMについては、抵当権設定契約書の写しなどの証明は要求されておらず（民法典二九九五条一項）、登記官は、申請当事者の同一性や登記事項の真正を確認することができず、不実の登記がなされるリスクが高い点、債権、顧客口座、在庫、設備、特許、商標、家畜などいかなる性質の動産についても一つの登記簿に公示がなされる点（二六八四条）が、英米法の「警告ファイリング」に近い特徴ということができよう[49]。

2 内包されていた不統一

ケベック法は一元的抵当権（hypothèque unique）を導入したとされるが、（一）占有動産担保（質）を維持した点、（二）所有権担保が細分化して残された点において[50]、一九九一年当初から、複雑さを払拭し切れておらず[51]、不統一による法的な不安定性が内包されていた[52]。

（一）占有移転を伴う動産抵当権

ケベック民法典では、占有担保としての動産抵当権（質権）は維持され[53]、それについては、財産または権原の所持（détention）によって公示とすることが認められており[54]、動産担保に限定しても、必ずしも一元的担保権および一元的公示のシステムが導入されたわけではない点は注意を要する[55]。「代替的な」占有移転（dépossession « substituée »）により、不完全な公示（publicité imparfaite）がもたらされたと批判されているところである[56]。逆に、占有担保としての動産抵当権（質権）と対比するとき、非占有担保としての動産抵当権は、原則として、設定者が、「事業の経営（exploitation d'une entreprise）」をなしていることが前提とされている点が特徴となる[57]。以

下、関連する規定を列挙しておく。

【第二七〇二条】（占有移転を伴う動産抵当権）

占有移転を伴う動産抵当権（hypothèque mobilière avec dépossession）は、債権者への財産若しくは権原の物理的移転（la remise matérielle du bien ou du titre）、又は財産がすでに債権者の手元にある場合には、債権を担保する目的での設定者の同意による物理的な所持の継続（maintien de la détention matétielle, du consentement du constituant）によって設定される。

【第二七〇三条】（公示）

占有移転を伴う動産抵当権は、財産又は債権者が行使する権原の所持（la détention du bien ou du titre qu'exercice le créancier）によって公示され、所持が継続する限りで維持される。

【第二九四五条】

第二項（占有移転による公示）　法律がその公示方法を認めるときには、権利は、債権者への財産又は権原の引渡し（remise du bien ou du titre au créancier）の時点に従って、順位を取得する。

（二）所有権担保の許容

所有権担保（特に「購入資金融資（financement d'acqusitions）として位置づけられる所有権留保とリース）をめぐっては、UNCITRALの立法指針も、「一元的アプローチ」（approche unitaire）と「非一元的アプローチ」（approche non unitaire）をオプションとしていたところであり[58]、機能的アプローチを推奨してきた論者においてもニュアンスが分かれるところである[59]。

一九七七年の民法改訂委員会は、抵当権の推定（présomption d'hypothèque）に象徴されるように、担保目的をもったすべてのメカニズムにつき「水平的な統合（intégration horizontale）」を提案していたが、一九九一年の立法者は、「このような推定の導入は債務法及び担保法の大陸法の考え方に反するリスクがあ（り）」、「同様に合意の性質決定の困難さが紛争を起こしかねないゆえ相当な法的不安定性をもたらす」[60]との理由から、非一元的アプローチを採用し、この全体的な統合を排除して、担保類似のメカニズムの使用可能性を保持した[61]。具体的には、信託（fiducie：一二六三条一項）、所有権留保（réserve de propriété：一七四五条）、買戻し（rémeré, vente avec faculté de rachat：一七五〇条）、リース（crédit-bail：一八四二条）などである。これらは「準担保（quasi-sûrete）」と呼ばれ、抵当権の推定の観念は拒絶された[62]。ケベックにおいても立法者の選択を評価する学説も有力である[63]。

3　不統一の是正

一九九一年民法典による抵当権一元構成の導入後、次の二つの立法によって、所有権担保について法改正がなされ、内在的な不統一が一部是正されている。一つは、一九九八年に、ケベック民法典の改正により、所有権担保について公示が要求されることとなり、二つは、カナダ連邦倒産法が制定され（二〇〇一年）、債券等の金融資産については、信用を得るための債券の移転合意（いわゆる所有権担保）についても、「金融担保（garantie financière）」として一元的に取り扱われることとされた。

（一）所有権担保と公示（一九九八年改正）

一九九八年のケベック州法「債権及び動産物権の公示並びに占有移転を伴わない動産抵当権の設定に関する民法及びその他の立法上の規定を改正する法律」（L.Q. 1998）によって、民法典が改正され、所有権担保も公示に

服することになった[64]。具体的には、信託に関する一二六三条一項後段の追加、所有権留保に関する一七四五条二項の追加、買戻しに関する一七五〇条二項の追加、リースに関する一八四七条の改正などである。一部を引用しておこう。

【第一二六三条】

第一項（有償契約によって設定される信託）　有償契約によって設定される信託は、債務者の履行を担保することを目的とすることができる。その場合、信託は、第三者に対抗するために、信託として移転された財産が動産の性質を有するか不動産の性質を有するかに応じて、債権及び動産物権の登記簿又は不動産登記簿に公示することができる。

【第一七四五条】

第一項（定義）　割賦による売買（vente à tempérament）は、それによって売主が売却代金の全額の弁済がなされるまで、財産の所有権を留保する期限付売買である。

第二項（第三者への対抗）　自動車、規則によって特定されたその他の動産、同様に企業のサービス又は経営として取得されるすべての動産の所有権留保（réserve de propriété）は、それが公示されない限り第三者に対抗できない。この対抗は、留保が二週間内に公示されたならば、売買の日から起算して取得される。同様に、この留保の譲渡は、公示がなされなければ第三者に対抗できない[65]。

（二）二〇〇一年カナダ連邦倒産法における金融担保

カナダ連邦倒産法（Loi concernant la faillite et l'insolvabilité, LFI）が二〇〇一年に制定され、現金、預金、債券等の金融資産については、信用を得るための債券を移転する合意（un accord de transfert de titres pour obtenir de

crédit）も「金融担保（garantie financière）」という概念で一括りとして一元的に取り扱うこととされた。それを規定するのが同法二条である。

【第二条】（定義）［garantie financière, financial collateral］（金融担保）

以下のいずれかを目的とする、あるいは、許可された金融契約に関する金銭の支払若しくは債務の履行を担保する利益又はケベック州では権利、あるいは、信用を得るための債券を移転する合意（un accord de transfert de titres pour obtenir de crédit）。

a）現金及び同等の現金資産、特に流通手形[66]及び預入金

b）債券、債券口座、仲介権および債券取得権

c）将来の契約又は将来の契約口座

このように、一九九一年に導入されたケベック法の一元的抵当権制度は、所有権担保を除外する非一元的アプローチが選択されたが、その後、所有権担保にも公示を要求する民法典の改正がなされ（一九九八年）、また金融資産については、二〇〇一年の連邦倒産法で「金融担保」としての統一化が図られたことから、不統一の一部は是正されたということはできよう。これにより、金融担保や債権担保について所有権担保を用いるメリットが半減されたことから、次に取り上げるように、新たな二元的構成のニーズに対しては、コモンローの影響を受けて、「支配（control, maîtrise）」構成に依拠することによって、対応が目指されることとなったと分析できよう。

4　新たな二元的構成

新たな二元的構成は、有価証券担保、債権担保における「支配（control, maîtrise）」の導入によってもたらさ

れた。具体的には、先行する判例[67]を経て、まずは、二〇〇八年有価証券移転法（L.T.V.M.）による民法改正によって、有価証券を目的とする抵当権について（二七一四―一条）、次いで、二〇一五年の民法典改正によって、金銭債権を目的とする抵当権について、その設定および対抗要件の具備を「支配」によって行うことができるとされるに至った。これらの改正は、オンタリオ州の二〇〇六年有価証券移転法[68]およびアメリカ統一商法典八編との調和を図る趣旨で行われたとされる[69]。以下、条文を引用しておこう。

① 二〇〇八年有価証券法（Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés : L.T.V.M.）による民法典改正

【第二七一四―一条】（有価証券についての抵当権）

有価証券及び仲介債券の移転に関する法律（Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés）が適用となる有価証券又は仲介債券については、占有移転を伴う動産抵当権（hypothèque mobilière avec dépossesion）の設定及び対抗に必要な引渡し（remise）及び所持（détention）は、債権者が同法律によって取得するこれらの証券又は債券の支配（maîtrise）によって行われる。

② 二〇一五年民法典改正

【第二七一三―一条】

第一項（金銭債権についての抵当権）金銭債権（créances pécuniaires）については、以下に予定される規定が適用となる場合には、占有移転を伴う動産抵当権（hypothèque mobilière avec dépossession）の設定及び対抗に必要

な引渡し（remise）及び所持（détention）は、債権者がそれらの規定によって取得するその債権の支配（maîtrise）によって行われる。

第二項（金銭債権）　金銭債権とは、債務者に金銭（somme d'argent）を償還すること（rembourser）、返還すること（rendre）若しくは回復すること（restituer）を義務づける又は金銭を目的とするその他すべての弁済を義務づけるすべての債権をいう。ただし以下の場合は例外である。

一　流通債券（titre négociable）によって表象される債権

二　有価証券及び仲介債券の移転に関する法律（T-11.002 章）が適用される有価証券又は仲介債券である債権

三　当事者の表示された意思に従って、その弁済が同一の金種の返還によってなされるべき特定された金種の引渡し（remise d'espèces individualisée）から生じる債権

【第二七一三―一条】（支配 maîtrise）

債権者は、抵当権の設定者によって所持されている債権者に対する金銭債権、又は設定者によって所持されている第三者に対する債権の支配を得ることができる。

【第二七一三―二条】（債権者に対する債権）

債権者は、設定者によって所持されている債権者に対する金銭債権が、債権者に対する債務の履行を担保することに設定者が同意したならば、その支配を得ることができる。

【第二七一三―三条】（債権者に対する債権）

第一項（第三者に対する債権）　債権者は、以下の条件が結合するならば、設定者によって所持されている第三者に対する金銭債権の支配を得ることができる。

一　債権が、設定者のために第三者によって負担される信用口座の貸方勘定、又は債権者への債務の履行を担保するために設定者によって第三者に支払われた金銭を目的とすること。

二　債権者が、第三者は貸方勘定又は金銭につき設定者の付加的な同意なくして債権者の指示（instructions）に従うことを認めるとの文言からなる「支配合意（accord de maîtrise）」と呼ばれる合意を第三者及び設定者と締結したこと。

第二項（貸方勘定）　債権者は、信用口座の名義人となったならば、その口座の貸方勘定についての金銭債権の支配を得る。

【第二七一三―五条】（支配合意）

第三者は、設定者からの請求があっても、貸方勘定又は金銭に関して債権者と支配合意を締結する義務を負わない。さらにこのような合意の存在を承認することも義務づけられないが、設定者が第三者にそれを請求した場合はこの限りでない。

【第二七一三―八条】

第一項（順位）　債権者が取得した金銭債権の支配によって行われた占有移転を伴う動産抵当権は、その支配を取得したことにより公示がなされた時期の如何にかかわらず、その債権に設定された他のすべての動産抵当権よりも前の順位を取得する。

第二項（同一の債権）　設定者が所持する第三者に対する同一の金銭債権に設定された占有移転を伴う複数の動産抵当権が債権者のために合意され、それぞれが支配合意によって支配を取得している場合、債権者は、第三者が債権者の指示に従うことを認めた時点に従って順位を取得する。

第三項（優先順位）　設定者が所持する債権者に対する金銭債権についての抵当権は、その債権について支配に

よって行われた占有移転を伴う他のすべての抵当権に対する優先順位を有する。しかしながら、債権が信用口座の貸方についてのものであり、かつ、他の債権者が口座の名義人になることにより支配を取得した場合には、この他の債権者の抵当権が優先順位を有する。

「引当て（affectation）」から「価値の直接の帰属（appropriation directe de la valeur）」へと担保のテクニックが変容したとの分析がなされている[70]。これは、財の無体化現象（dématérialisation）に、カナダとアメリカの立法の調和が加わったことに起因するものである（n° 78）。動産担保の概念は、「債務を担保する本質的な目的のために、動産または動産の集合の価値（valeur）について、優先的または排他的に（à titre préférentiel ou à titre exclusif）権利を引き当てること（affectation）」と定義されてきた。しかしながら、この定義は、支配（maîtrise）による質権の新たなテクニックを理由に、「優先的もしくは排他的な引当てまたは帰属（l'affectation ou l'appropriation à titre préférentiel ou à titre exclusif）」という選択肢を加えることによって変容されるべきである（n° 82）。この価値は、質権設定の間、保存名義でそれを所持している債権者の利益のために留保され、債権者は、原則として、期限が到来した場合に、担保目的債権を取り立ててそれを実現する。しかしながら、支配による質権については、債権者は実現するために債務者の不履行を待つ必要はなくなったことを確認するであろう（n° 85）。支配の取得が、質権債権者に所有の意思（animus domini）すなわち所有者として振る舞う法的権能を付与することは明らかである。それは債権者にローマ法上の三つの権限である使用・収益・処分（usus, fructus et abusus）を付与するのである（n° 90）。

5　小括

ケベック法は、すでに一九九一年の民法典において、事業資産の担保化を視野に入れ、一元的構成（hypothèque unique）を採用している。特に「包括体」の概念を導入し、動産か不動産か、有体財か無体財かを問わず、事業用設備・施設、顧客債権・口座、特許・商標も含めた動産の包括体、営業財産に抵当権の設定を可能としている点が注目される。

しかし、一元的構成とはいえ、そもそもスタート時点から、占有担保や所有権担保など、潜在的に、二元的構成の萌芽を内包するものであった点を指摘しておかねばならない。所有権留保について、ケベック法は一元化を放棄し、売主の信用供与を有利に取り扱っている。

さらに、特に近時の金融担保の法制化が進行する中で、二元的構成が顕在化し、債権や金銭を目的とした担保については、事業資産・動産の包括体とは取扱を異にする法改正が展開されるようになってきている。具体的に、債権や金銭について異なるルールを設けるテクニックとしては、英米法の「支配」概念（「control」を翻訳した「maîtrise」の概念）を用いて、擬制的に占有移転があったとし、債権質や金銭質を占有担保として構成することにより、非占有担保としての動産担保の原則（特に登記による公示の原則）を回避するという方法が採用されている。コモンロー圏と近接するケベック法においては、コモンローの法概念を導入することに対する抵抗はそれほど大きいものではなかったと推察される。

三　ベルギー担保法の展開

1　一元的構成の導入（二〇一三年動産担保法制定）

（一）動産担保権一元的構成

ベルギー法では、二〇一三年七月一一日法によって、一元的な動産質権制度が導入された[71]。改正前は、動産担保について、民法典上の民事質権（gage civil）および先取特権（privilèges）、商法典上の商事質権（gage commercial）、さらに一九一九年一〇月二五日法による営業財産質権（gage sur fonds de commerce）、一八六二年一一月一八日法による商品ワラント（warrant des marchandises）等があったが、実務の需要に十分に対応していなかったため、法務大臣は、二〇一〇年に専門家グループ（groupe d'experts）を組織し、同グループが「準備草案（Avant-projet）」の起草を担当した[72]。その後、コンセイユ・デタへの諮問・答申を経て、「法案」が提出された[73]。

法案に付された立法理由書においては、改正の目的として、①担保法における機能的アプローチ（une approche fonctionnelle）を優先すること（類似の担保には、その構成上の相違にもかかわらず、同一の法的効果が付与されるべきこと）、および、②担保取引に関する共通参照枠草案（Draft Common Frame of Reference）や国連国際商事法委員会（Commission des Nations Unies pour le droit commercial international）の立法指針（Guide législatif）を比較参照することにより、ヨーロッパにおける法の調和（harmonisation du droit）に寄与することの二点が強調され、アンシトラルの立法指針を意識した上で、「機能的アプローチ」に基づいて、③特に、「質権（gage）」を、抜本的に、実効的な（efficace）、柔軟な（flexible）かつ予測可能な（prévisible）担保に見直すことによって、動産質権一元構成の導入を企図することが明確にされている[74]。さらに、担保目的での信託的債権譲渡につき、次

の質権擬制の規定（六二条）を置いて、動産質権一元構成が徹底されている。

【第六二条】（担保目的での信託的譲渡）

担保目的での債権譲渡（une cession de créance à titre de sûreté）は、譲受人に対して、譲渡債権について質権のみを与える。[75]

（二）包括動産質制度の導入

二〇一三年法は、質権の目的（対象）に関して、有体物（corporels）であれ、無体物（incorporel）であれ、将来の財産（biens futurs）を対象とすることができる。そのうえ、質権は、可能な範囲ですべての有体または無体動産を目的とすることができ、特定された財産、既存のおよび（または）将来の財産の「集合」（ensemble）について、さらには「事実上の包括体」（universalité de fait）もしくは「法的な包括体」（universalité du droit）についても目的とすることができるとしている（七条および八条）。これは、ＵＮＣＩＴＲＡＬの担保付取引立法指針から直接の影響を受けたものである。[76]

【第七条】（目的物）

第一項　質権は、有体若しくは無体動産（un bien mobilier corporel ou incorporel）又はこの種類の特定した財産の集合（un ensemble déterminé de biens de ce type）を目的とすることができる。[77]

第二項　質権合意の中に制限条項がない限り、営業財産（fonds de commerce）を目的とする質権は、営業財産を構成する財産の集合（l'ensemble des biens）を包含する。

第三項　質権合意の中に制限条項がない限り、農業経営（exploitation agricole）を目的とする質権は、経営に供される財産の集合（l'ensemble des biens）を包含する。

第四項　質権設定者が、市場取引及び消費者保護に関する二〇一〇年四月六日法律第二条第三号の意味における消費者である場合には、質権に供された一つ又は複数の財産の価値は、第一二条によって定められた質権の範囲の二倍を超えることができない。

第五項　法律によって譲渡可能であるとされた財産のみを、質権に供することができる。

第六項　本節の規定は、知的所有権（des droits de propriété intellectuelle）を目的とする質権には、それらの質権を特別に規律する他の規定と両立しないということがない限りにおいて適用される。

【第八条】（将来の財産）

質権は、将来の財産を目的とすることができる。

立法者は、代位（subrogation）、用途による不動産（immeuble par destination）への目的の変更、質権の目的の変更さらには財産の譲渡に関する特別の規定[78]を通して、質権の目的が時として流動的な（fluctuant）性質を有することを考慮している[79]。

ここでは、「財産の集合（l'ensemble des biens）」という概念が、在庫等の流動資産だけではなく、営業財産や農業経営財産のような固定資産を中心とした包括的な事業資産も含む広い概念として用いられている点を確認しておこう。

（三）質権登録制度の導入

設定者からの占有移転を伴わない質権を原則とし、その第三者に対する対抗を、質権登録簿（registre des gages）への登録（enregistrement）に一元化することが企図された[80]。後述のように二〇一六年改正により債権質

（Gage sur créances）が登録の対象から外れることになるが、二〇一三年の時点では、動産と債権の両方を対象とする一元的な登録制度が目指されていた。

第二款　公示

【第二六条】（質権登録簿）

第一項　質権の登録（enregistrement）[81]は、連邦財務局（Service public fédérale finances）の資産文書の管理一般を所管する抵当権保存所に保管される「質権登録簿（Registre des gages）」と呼ばれる質権に関する国家レベルの登録簿においてなされる。

第二項　質権登録簿は、質権の登録（enregistrement）及び照会（consultation）並びに質権登録の変更（modification）、更新（renouvellement）又は抹消（radiation）を行うためのコンピューター・システムである。

2　隠された不統一

（一）占有担保と「支配（contrôle）」

登録の他、占有担保としての質権については、占有移転（dépossession）による第三者への対抗も認めることとした（三九条）。債権質においては、「支配（contrôle）」による占有である（六〇条）。債権につき、質権債権者が、債務者への通知権限を有していることにより、その「支配」が認められると明記している点が注目される。

第三款　有体財産の占有移転による対抗

【第三九条】（占有の取得）

有体財産の質権は、債権者又は合意された第三者によってその財産の物理的な占有が取得された場合にも、同様

に、第三者に対抗できる。

第七款　債権の占有移転による対抗

【第六〇条】（「支配」による占有（possession（« contrôle »）の要件）

第一項　質権債権者は、質入債権の債務者に質権を通知する（notifier）権限を有していることを要件として、質権合意の締結によって質入債権の占有を取得する。

第二項　質入れは、質入債権の債務者に質入れを通知したか又は債務者がそれを承諾した場合にのみ、債務者に対抗することができる。

第三項　第一六九〇条第一段第三項及び第四項並びに第一六九一条が適用される。

（二）金融担保（sûretés financières）における担保目的での所有権移転についての民法典の規定（質権擬制）の適用除外

金融担保に関する法律二〇〇四年一二月一五日法[82]は、後述の金融担保契約に関する二〇〇二年EU指令（Directive 2002/47/CE）の移入を目的とした法律であるが、次に引用する一二条一項において、金融資産（instruments financiers）、現金（espèces）又は銀行債権（créances bancaires）につき債務を担保する目的でなされた所有権の移転（transferts de propriété）[83]については、民法典第一七章の動産質権の規定が適用されないとしていた。その後、第一七章は、二〇一三年法によって動産物的担保となるが、同法は、二〇〇四年一二月一五日法による金融担保（sûretés financiers）については維持することした[84]。これによって、質権擬制に関する六二条の規定は適用されず、質権一元的構成は徹底されないこととなった。

第六章　担保目的での所有権移転

【第一二条】

第一項　民法典一三二八条及び第三編第一七章[85]の規定並びに本法律第七条乃至一〇条の規定は、金融資産（instruments financiers）、現金（espèces）又は銀行債権（créances bancaires）につき債務を担保する目的でなされた所有権の移転（transferts de propriété）には適用されない。債務には、譲渡された金融資産、現金若しくは銀行債権又はそれと同等の資産（instruments）若しくは証券（valeurs）を再譲渡する譲受人の債務も含まれる。ただし、被担保債務の全部又は一部の不履行がある場合はこの限りでない。（後段略）

第二項　第一項の規定する所有権の移転は、有効かつ第三者に対抗できる。それには、特に、倒産手続き（procédure d'insolvabilité）、差押え（saisie）又は合意の一方当事者の債権者間のすべての競合状態の到来（survenance de toute situation de concours）にもかかわらず、目的を構成する財産の譲渡（aliénation）又はそれに帰属する債権による相殺（compensation）を可能とする所有権から発生する特権（prérogatives）が含まれる。

（三）所有権留保

所有権留保については、それまで、破毀院一九三三年判決が所有権留保条項の第三者効を否定していたことから[86]、二〇一三年法は、判例を変更して、所有権留保条項の対抗力・取戻権を承認することとなった（六九条）[87]。所有権留保の担保的規律は、次に取り上げる二〇一六年の動産物的担保法改正、二〇一七年の倒産法改正を待たねばならなかった。

第二節　所有権留保（Réserve de propriété）

【第六九条】（書面）

第一項　代金の完済まで所有権の移転を停止する旨の条項を伴って売却された動産は、その条項が少なくとも財産の引渡しまでに書面によって規定されている限り、買主が購入代金の支払を怠ったときには、返還を請求できる。

第二項　買主が、市場取引及び消費者保護に関する二〇一〇年四月六日法律第二条第三号の意味における消費者である場合には、買主の同意が書面に現れていなければならない。

第三項　所有権留保条項に基づく返還請求権は、それを取り込む契約の性質がいかなるものであっても行使できる。

3　一元的構成の徹底

（一）所有権留保の担保的規律

二〇一六年の動産物的担保法改正によって多岐に亘って重要な改正がなされているが[88]、まずは、所有権留保に関する改正である。先に見たように、二〇一三年法の段階では、証書のみで、所有権留保条項の対抗力が承認されていたところ、二〇一六年改正では、二六条に所有権留保が加えられ、登録の対象とされることとなった。

第二款　公示

【第二六条】（質権登録簿）

第一項　質権（un gage）及び所有権留保（une réserve de propriété）の登録（enregistrement）は、連邦財務局資産文書一般管理課（Administration générale de la Documentation patrimoniale du Service public fédérale finances）に保管される「質権登録簿（registre des gages）」と呼ばれる質権国家登録簿（Registre national des Gages）においてなされる。

（二）二〇一七年倒産法改正

二〇一七年八月一一日法による倒産法（経済法法典：CDE）改正[89]によって、所有権担保も含めた物的担保について、登記または登録が要求され[90]、取戻権（action en revendication）が否定されることとなった[91]。同法は、次のような規定（第一―二二条第一四号）を置いて、「物的担保によって担保されている倒産債権」と「債権者＝所有権者（créanciers-propriétaire）の債権」を「特別倒産債権（créanciers sursitaires extraordinaires）」として倒産法上、同一に取り扱うこととしている。

【経済法典第一―二二条第一四号】

特別倒産債権（créanciers sursitaires extraordinaires）とは、裁判上の再生手続開始（l'ouverture de la réorganisation judiciaire）の時に、物的担保（une sûreté réelle）によって担保されている倒産債権及び債権者＝所有権者の債権（les créances des créanciers-propriétaire）をいう。債権は、裁判上の再生手続開始の日に、登記（inscription）又は登録（enregistrement）がなされている場合には、債権額についてのみ特別債権となる。いかなる登記又は登録もなされていない場合には、財のゴーイング・コンサーンの実行価値について特別債権となる。質権が特別に質入れされた債権を目的とする場合には、その簿記上の価値について特別債権となる。上記の制限は、第二〇―七二条乃至第二〇―八三条の規定に従って、再生計画が実行及び裁決される場合のみ適用される。

（三）担保目的での債権譲渡の質権擬制の強化

先述のように、二〇一三年の動産担保法六二条によって、担保目的の債権譲渡には、質権の効果しか与えられないとされていたが、二〇一六年の動産担保法改正により、さらに、六二条に新たに後段が付加され、債権譲渡について、たとえ六一条で要求されている質権設定契約の形式的要件（書面とその必要的記載事項）を充たしてい

ないとしても、担保目的での債権譲渡の効果は、質権の効果にまで後退することとされた。これは債権譲渡が無方式であり（民法典一六九〇条）、債権譲渡が担保目的か真正譲渡かは必ずしも自明ではないという点を考慮したものである[92]。しかしながら、六二条は、金融担保に関して債権譲渡の質権擬制を禁止するEU法の方針と矛盾することから、憲法裁判所による立法者への是正の可能性が残されているとの指摘は存する[93]。

【第六二条】（担保目的での信託的譲渡）

担保目的での債権譲渡（une cession de créance à titre de sûreté）は、譲受人に対して、譲渡債権について質権のみを与え、そのことは、譲渡人が経済法法典第一編第一条第二号の意味における消費者であるときを除いて、その譲渡が第六一条の規定に合致するか否かを問わず認められる。

4　新たな二元的構成

二〇一六年の動産担保法改正のうちもっとも重要な改正は、動産担保（動産質）から債権担保（債権質）を切り離して、新たな二元的構成を明確にした点に存する。二〇一三年法によって、すでに債権質における「支配」による占有移転は承認されていたが（六二条）、第七款のタイトルを「債権質権（Gage sur créances）」に改めて、債権質を登録制度から排除することとした（一）。さらに二〇一七年の倒産法改正によって、倒産における債権質の取立権が保証され、排他的担保としての効力が承認されるに至っている（二）。

（一）債権質の登録制度からの排除

二〇一六年の動産担保法改正によって、一五条に新たに二項が追加され、債権は登録制度の対象から外されることとなった。

【第一五条】（対抗）

第二項　質権登録簿への登録は、債権の質権設定については排除される。

以下が、改正草案の趣旨説明である。

「……新たな質権法は、現行の方式が重くなるという結果をもたらすことはできない（それは信用供与を促進するという出発点の理念に反することになろう）。現在、債権についての質権が、債権譲渡についての規制（民法典一六九〇条）と一致する形で対抗可能となることが一般的に承認されている。方式は重くならないことが望ましい。対抗の二重システムを維持することには、諸問題を惹起するリスクが存する。

というのは、債権について質権の対抗を実現する二つの可能性すなわち登録（将来の第三章第一七款第一五条）と「支配 contrôle」（将来第三章第一七款第六〇条）が同時に存在することが、諸問題の原因である。多くの場合、登録を行った質権債権者は、債権者につきすでに「支配 contrôle」を有しているであろう。よって、第三者は、質権の登録簿を照会したにもかかわらず、現実に忠実な情報を得ることができないことになる。そのうえ、債権譲渡においては、登録の可能性は存在しないので（民法典一六九〇条）、そのことによって、質権設定と譲渡が連続して行われた場合に、対抗および優先の制度がねじ曲げられることになる。さらに、金融担保に関する法律（la loi relative aux sûretés financières）との抵触が生じる。特に同法律において定義される「現金（espèce）」は、同様に債権と見做され得るにもかかわらず、同法律は何らの公示の要請をしていないからである。

これらの理由から、債権となるものについては、登録の手段により質権の対抗を実現する可能性を排除することが決定された。かくして、民法典旧二〇七五条が、一九九四年七月六日法により、次いで一九九六年一二月一二日法により修正され、現行規定となるに至ったと同様に、債権の譲渡および質入れに関する対抗の統一的な制度に帰着することになった。

しかしながら、少なくとも、将来の第七条の規定の文脈において、債権が、営業財産（fonds de commerce）についての質権のように包括体（université）について登録された質権の一部を構成することは起こり得ないわけではない。」[94]

以上のように、二〇一六年改正では、債権譲渡の対抗（一六九〇条）との均衡、債権質における「支配」による対抗の可能性、金融担保との均衡などを理由として、登録制度の対象から債権が除外されて、これによって二〇一三年動産担保法によって機能的アプローチに基づいて構想された動産担保制度は、動産担保と債権担保を区分する二元的構成に大きく変容することとなったと分析することができよう。この二元的構成への移行は、二〇一七年の倒産法改正によってさらに一歩推進されることとなる。

（二）倒産法における債権質・金融担保の処遇

二〇一七年の倒産法改正により、債権質の債権者は、債務者の再生手続きにおいても、債権の取立て・充当が保証されることとなった。それが、経済法典（CDE）第二〇―五二条である。質権債権者は、それゆえ、債務者の再生手続きにもかかわらず、期限に、担保に供された価値の利息、分割金および元本を受領し、それを自身の債権に充当することができる。ただし営業財産、農業経営財産又は財産の包括体を目的とした質権は別である。[95]

【経済法典（CDE）第二〇―五二条】

猶予は、独自に担保された債権の質権（le gage sur créances spécifiquement gagées）に影響を与えない。債権を含む営業財産、農業経営財産又は財産の包括体を目的とした質権は、債権を独自に目的とする質権を構成しない。

そもそも、二〇〇四年金融担保法は、金融資産（instruments financiers）、口座預金（espèces portées en

compte）および銀行債権（créances bancaires）を目的とする質権について、倒産手続きにもかかわらず、質権を実行し、被担保債権の弁済に充当することを認めていた（金融担保法八条一項、九条一項、九―一条一項）[96]。この趣旨が、債権質一般に拡張したものといえよう。

5　小括

（一）ベルギー法に関する小括

ベルギー法は、二〇一三年の法改正によって、UNCITRALの立法指針に従い、機能的アプローチに基づいて、動産質権一元構成を採用した。担保目的での信託譲渡についても、質権が擬制される。有体または無体を問わず、「財産の集合」という概念を用いて、営業財産や農業経営財産などの事業財産の担保化を可能としている点に特徴を見出すことができる。さらに、後に二〇一六年に再度の改正がなされるが、二〇一三年当初は、債権質も含めて、統一的な登録制度の導入が予定されていた。

しかし、一元的構成とはいえ、そもそもスタート時点から、債権質につき「支配」概念により占有担保とすることを認める点、金融担保においては担保目的での所有権移転につき質権擬制の適用除外とする点、所有権留保を登録の対象としない点など、隠れた不統一を内包していたことを指摘しなければならない。

なお、所有権留保については、その後、二〇一六年改正により、所有権留保が登録の対象とされるに至り、一元的構成が強化され、さらに二〇一七年の倒産法改正により、所有権留保も含めた物的担保について、登録が要求され、取戻権は否定されている。

他方、金融担保に関する法律および債権譲渡について証書の日付による対抗を認める債権法改正との抵触を避けるために、二〇一六年改正によって事実上の支配（コントロール）が認められている債権質については、登録

制度の対象から外すこととされ、これによって二元的構成が顕在化することとなった。ただし、債権が営業財産の目的となる場合は登録の対象とされる。

（二）ケベック法およびベルギー法における一元的構成から二元的構成への転換

ケベック法・ベルギー法は、集合動産や流動資産の担保化を視野に入れた現代型担保について、一元的構成（hypothèque unique, sûreté mobilière unique）を採用した立法例として比較の対象とされてきた。しかし、一元的構成とはいえ、そもそもスタート時点から、潜在的に、二元的構成の萌芽を内包するものではあったということはできる。特に近時の金融担保の法制化が進行する中で、二元的構成が顕在化し、債権や金銭を目的とした担保については、集合動産・流動動産担保とは取扱を異にする法改正が展開されるようになってきている。

債権や金銭について異なるルールを設けるテクニックとしては、第一には、統一法や英米法の「contrôle」または「maîtrise」などの概念を用いて、擬制的に占有移転があったとして、債権質や金銭質を占有担保として構成することにより、非占有担保としての動産担保の原則（特に登録による公示の原則）を回避するという方法と、第二には、債権譲渡担保など所有権担保を承認して質権の規定を回避する方法とが想定されてきた。ケベック法やベルギー法では、金融担保法において後者のテクニックが用いられてはいるが、民法典レベルでは、おそらく出発点が一元的構成であることから所有権担保を承認することには抵抗感が強かったと思われる。それと比較すると、おそらくEU法の拠点であるベルギー、英米法圏と近接するケベックにおいては、統一法や英米法の概念を導入することに対する抵抗はそれほど大きいものではなかったと推察されるところであり、むしろ前者のテクニックに依拠した規範形成がなされてきたと分析することができよう。

所有権留保については、ベルギー法が担保化を徹底したのに対して、ケベック法では一元化を放棄し、売主の

信用供与を有利に取り扱っている。

それでは、以上のケベック法およびベルギー法における担保法制の展開と比較しつつ、母法であるフランス担保法の意義を再検討することとしよう。

四　フランス担保法再考

1　起点としての二〇〇六年担保法改正

フランスでは、二〇〇六年三月二三日オルドナンスによって担保法の大改正が行われ、その概要はわが国にも広く紹介されているが[97]、ここでは、ケベック法とベルギー法との対比という視角から、その特徴を、①改正の基本方針としての多元主義、②質権二元構成の採用、③集合（ensemble）概念の導入の三点に絞って整理することが有益であろう。

（一）改正の基本方針としての多元主義

二〇〇六年の改正前には、フランス担保法のあり方が、アメリカ統一商事法典（ＵＣＣ）第九編やケベック民法典の一元主義の立法例との比較や、ＣＮＵＤＣＩ（ＵＮＣＩＴＲＡＬ）による調和の視点から議論がなされたが、二〇〇六年オルドナンスの立法者は、柔軟性や多様性を選択することとなった[98]。その理由は、単に「フランス法の伝統」の尊重というだけではなく、すべての債権者が同一の担保を必要としているわけではなく、すべての債務者が同一の担保を設定し得るわけではないという事実、とりわけ倒産において実効性のある留置権や所有権担保を排除はできないという点に存するとされている[99]。

ここでは、フランス担保法の基本方針とされる多元主義すなわち多様な選択肢の提示の主眼が、倒産の局面における排他的担保を確保することにあった点を確認しておこう。ここに、その後の「優先的担保と排他的担保の区分」という担保法のパラダイムの萌芽を見出すことができよう。多元主義か一元主義かで、一旦は袂を分かったフランス法とケベック法・ベルギー法は、新たな二元的構成の動向という点において、再び共通の接点を見出すこととなるのである。

(二) 質権二元構成の採用

二〇〇六年担保法改正のもう一つの特徴が、「有体動産質（gage）」（フランス民法典二三三三条以下）と「無体動産質（nantissement）」（二三五五条以下）とを敢えて区分する質権二元構成を採用した点にある。[100]

有体動産質については、従前の「占有動産質（gage avec dépossession）」とともに、「非占有動産質（gage sans dépossession）」を容認し、特別の登記簿（registre）への登記（inscription）によって公示がなされ（二三三八条）、非占有担保については、登記の順序によって順位が定まるとした（二三四〇条一項）。これは、UCC第九編を参考にして制度化されたものである。[101] 登記制度については、二〇〇六年一二月二三日デクレ一八〇四号によって、商事裁判所書記課への質権設定書原本および明細書を添付した申請ならびに書記課による設定者および担保目的財産に関する情報の電子ファイルによる公示の手続きが定められている。[102] この点のみを見るならば、ケベック法やベルギー法と共通しており、非占有動産担保法制の一つの方向性が示されているということができよう。

これに対して、無体動産担保（債権質）[103]については、フランス法は有体動産質と切り離し、先行するダイイ法（後に通貨・金融法典）に基づく事業債権の譲渡・質入れの仕組み、すなわち交付された一覧表（bordereau）の日付の時から当事者で効力を有し、第三者に対抗可能となるとする仕組み（通貨・金融法典L. 三一三―二七条）を、

民法典上の債権質として一般化するという選択がなされたわけである（二三六一条）[104]。ベルギー担保法では、二〇一三年当初は債権も含めた登録制度が予定されていたが、後になって、二〇一六年改正で債権を登録対象から外すこととしたのであるが、フランスでは、二〇〇六年の担保法改正の当初から債権質は登記・登録の対象から外されていたことになる。

さらに債権質については、裁判所による所有権付与（attribution en propriété：二三六五条一項）、流担保条項（pacte commissoire：二三六五条一項）、質入債権の弁済受領権限（pouvoir recevoir le paiement de la créance nantie：二三六三条一項）が認められ、実行において所有権担保に近い排他的効力が承認されている点も重要である[105]。

以上のように質権二元構成は、新たな二元的構成の動向を先取りしたものと位置づけることができよう。

（三）「集合（ensemble）」概念の導入

最後に重要な点が、「集合（ensemble）」概念の導入である。二〇〇六年オルドナンスは、有体動産担保（gage）、無体動産担保（nantissement）のいずれについても、「現在又は将来（présents ou futurs）」の動産の「集合（ensemble）」に質権の設定が可能であることを明文化している（二三三三条一項、二三五五条一項）。フランスにおける財の集合的把握を理論的に基礎づける概念が「包括体（universalité）」（より正確には「事実上の包括体（universalité de fait）」）である[106]。同概念に包摂されるか否かが検討されてきたものとしては、営業財産などの事業財産（fonds）、在庫などの流動財産（bien circulant）、有価証券ポートフォリオ（portefeuille des valeurs mobilières）や証券口座（compte-titre）などがあり、それは大別すると、「固定的集合（ensemble stable）」と「流動的資産（assiette flottante）」の二類型に分類され、補塡義務や物上代位などの効果が認められるべきか否かが

類型的に論じられている。[107] なお、ケベックでは、「包括体（universalité）」概念をダイレクトに民法典に持ち込んだのに対して、フランス法・ベルギー法は、理論上の概念に留めて、法典用語としては「集合（ensemble）」を用いるに留めている。[108]

ところで、フランスでは、二〇〇六年オルドナンスによって一般規定が設けられた民法典上の「集合」動産質とは別に、商法または特別法上の事業財産担保として、広く用いられてきたのが、「営業財産質（nantissement du fonds de commerce）」（商法L. 一四二―一以下）である。[109] これは一九世紀に遡る法制度であり、当初は商人の有する商品の集合体であったが、一九世紀中葉以降、営業財産の譲渡および担保化が一般的にみられるようになり、次第に営業財産概念に商人の「活用・経営（exploitation）」の諸要素である顧客（clientèle）、賃借権（droit au bail）、商聘（enseigne）、商号（marques）などが広く包摂され、一九世紀後半には、顧客・賃借権などの無体的要素を中心とした事業財産（fonds）としての営業財産概念が形成されるに至った。[110] 事業財産（fonds）には、営業財産（fonds commercial）の他に、手工業財産（fonds artisanal）、農業財産（fonds agricole）、自由業財産（fonds libérals）などがあり、[111] 今日的には、無体所有権（propriété incorporelle）とも呼ばれ、知的所有権（財産権）とともに無体財産権の二大領域と位置づけられている。[112]

さらに登記制度であるが、営業財産質については、すでに一八九八年三月一日の法律によって、第三者対抗要件として、商事裁判所書記課備え付けの登記簿（registre）への登記（inscription）が要求され、登記制度が創設されている（現行法では商法L. 一四二―三条乃至L. 一四二―五条が登記を規律している）。[113]

なお、フランスでは、民法上の動産質および商法上の営業財産質の他に、「設備機材備品質（nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement）」（商法L. 五二五―一以下）や「在庫質（gage des stocks）」（商法L. 五二七―一以下）など、集合財産・包括財産を目的とする商法や特別法上の複数の質権および登記制度が錯綜し、複雑化

していることから、[114] 民法上の動産質への統合、登記制度の集中化の必要性が説かれてきたところであるが、[115] この度、二〇二一年九月一五日オルドナンス（二四条）により、設備機材備品質および在庫質は、フランス担保法の「簡素化（simplification）」という趣旨から、商事質権（gage commercial）、ホテルワラント（warrant hôtelier）および石油ワラント（warrant pétrolier）とともに、廃止されることとなった。[116]

ベルギー法やケベック法においては、事業財産（fonds）についても、「集合（ensemble）」や「包括体（universalite）」概念に包摂して、民法上の動産担保（質権、抵当権）に取り込んで、登記・登録制度も含めた一元化が図れているのに対して、フランス法においては、既述のとおり、民法の動産質の他に、集合財産・包括財産を目的とする商法や特別法上の複数の質権および登記制度が錯綜し、複雑化していることから、民法上の動産質への統合、登記制度の集中化が進められてきたが、広く利用され定着化している「営業財産質」については、それを民法典における無体動産質（nantissement）に取り込むまでには至っていないようである。今後もフランスでは、担保目的の集合的把握としては、民法典上の「集合（ensemble）」と、商法その他の特別法上の「事業財産（fonds）」との二本立てが続くこととなろう。

2　新たな二元的構成

フランスでは、二〇〇六年担保法改正後に、債権・金融資産担保について排他的効力を承認する立法や信託関連の立法が進められ、今般の担保法改正（二〇一七年担保法改正準備草案および二〇二一年担保法改正オルドナンス）[117] においては、物的担保の定義自体の見直し（優先的担保と排他的担保）が行われるに至っている。

（一）担保目的での債権・金融証券の移転

フランスでは、二〇〇六年担保改正前から、ダイイ法（一九八一年一月二日法）によって、事業債権（créances professionnelles）につき、一覧表（bordereau）による質入れや担保目的の事業債権譲渡（cession de créances professionnelles à titre garantie）が認められており[118]、それが二〇〇六年担保法改正における債権質や二〇一六年債務法改正における債権譲渡の制度設計の基礎とされたことは先述のとおりである[119]。さらに、金融資産（instruments financiers）については、一九九六年七月二日法によって、金融債権口座質の実行方法として、質権債権者の口座への直接の移転が認められていたが（通貨金融法典D.二一一―一二条）、二〇〇五年二月二四日オルドナンスにより、金融担保契約に関する二〇〇二年のEU指令（Directive 2002/47/CE）の国内法化がなされ、有価証券、手形、債権証書または金銭を担保目的で所有権移転をすることができ、第三者への対抗には特別の方式は不要とされた（通貨金融法典L.二一一―三八条I）[120]。

次いで、二〇〇七年二月一九日法律二一一号により、民法典二〇一一条以下に「信託（フィデュシ）」の規定が設けられた。さらに二〇〇九年一月三〇日オルドナンスにより、民法典の動産担保の第四節に「担保目的で留保され又は譲渡される所有権」が設けられ、すでに存した所有権留保（二三六七条以下）の規定とともに第二款「担保目的で譲渡される所有権」（二三七二―一条以下）としていわゆる「信託担保」（fiducie-sûreté）の規定が置かれることとなった[121]。なお、信託担保の導入は、債権や金融資産のみを念頭においたものではなく、広く動産・権利、不動産についてもその対象としたものである[122]。この二年間で担保の風景が一変し、「排他性（exclusivisme）」[123]に基礎を置く担保、すなわち「所有権担保」と「留置権」が追い風（vent en poupe）を受けることになったのである[124]。

（二）「優先的担保」と「排他的担保」 ―二〇一七年担保法改正準備草案および二〇二一年担保法改正オルドナンス

フランスでは、二〇〇六年の担保改正以降一〇年余を経て、二〇一七年のアンリ・カピタン協会グリマルディ委員会による担保法改正準備草案以降、第二ラウンドの担保法改正が始動し、二〇一九年五月のパクト法を経て、二〇二一年九月一五日には担保法改正オルドナンスが成立するに至っている。(125)

まずは、その最大の意義は、「排他的担保（sûretés exclusives）」を正面から認めて、古典的な「優先的担保（sûretés préférentielles）」と対比し、担保を二元的に構成するという点であろう。まずは、二〇一七年準備草案で二元的構成による新たな定義規定が提案され、(126)二〇二〇年一二月一八日準備草案を経て、二〇二一年オルドナンスでは、「物的担保（sûreté réelle）」の以下のような定義規定が設けられることとなった。(127)

【第二三二三条】（二〇二〇年オルドナンス準備草案および二〇二一年オルドナンス）
物的担保は、現在若しくは将来の財産又は財産の集合の、債権者への優先的又は排他的な弁済への引当て（affectation au paiement préférentiel ou exclusif）である。

次いで、債権担保について「排他的効力」の強化である。第一には、債権質に関して、担保に供された債権について質権債権者の「排他的権利（droit exclusif）」として、取立権・弁済充当権を認めることが提案されている（二〇一七年準備草案二三六三条、二〇二一年オルドナンス二三六三条）(128)。しかし、留置権を根拠とし「排他的権利」を付与するとはいっても、質権はあくまでも非移転的な担保権であるので、後順位担保権者を排除するものではなく、ここでは質権債権者の取立権・弁済充当権を確保するにとどまるものであり(129)、そこに、真の意味での排他的担保として、担保目的での信託譲渡や債権譲渡など権利移転形式での所有権担保が求められる所以がある。(130)

最後に、債権・金融担保における所有権担保の推進である。判例は長らく否定的な立場を堅持してきたが[131]、二〇一六年債務法改正における債権譲渡法制の改正（発生原因である売買契約から切りなして債権譲渡の規定がなされたこと[132]）を経て、「担保目的での債権譲渡（De la cession de créance à titre de garantie）」の小款を設けて、それを立法によって承認することとなった（二〇一七年準備草案二三七三条以下、二〇二一年オルドナンス二三七三条以下[133]）。信託（fiducie）と譲渡（cession）の違いは、前者においては目的債権が充当資産（patrimoine d'affectation）」となり、受託者の資産（patrimoine）とならないのに対して、譲渡の場合、譲受人は直ちに債権の所有権者となるという点にあるとされ[134]、それによって倒産法上の差異が生じることが期待されるところである。

ところでこの点に関連して、二〇二一年九月一五日オルドナンス（九条および二六条）は、将来債権の債権質および債権譲渡において、将来債権の移転の効果が生じる時期を債権発生時としていた従前の規定（債権質に関する旧二三五七条、債権譲渡に関する旧一三二三条第三項）を削除し、既発生の債権と同様に、行為（質権設定または譲渡行為）の日付で効力が生じ、かつ対抗可能となるとする大改正を行った点を付言しなければならない[135]。しかしこれに対しては、同一日付の倒産法（商法典第六編）改正オルドナンス（一九条）が、同時に、倒産手続開始決定後の約定物的担保の目的資産の拡張禁止の原則（principe de non-accroissement de l'assiette des sûretés réelles conventionnelles）を強化することによって、これに対応しようとしている。すなわち、いかなる担保形態であろうと倒産手続開始決定後の約定物的担保および約定留置権の目的資産の拡張が禁止され、特に倒産手続開始決定の日付までに生じていない債務者の財産や権利の移転に関して定める反対の規定は、すべて、その日付以降は適用されないこととなるが、これはとりわけ、将来債権の担保目的での債権譲渡や質権設定について規定していた民法典旧一三二三条三項や旧二三五七条が、担保法改正オルドナンスによって削除されることを考慮したものとの説明がなされている[136]。これによって少なくとも目的資産の拡張が許容されるのは、手続開始前に締結された枠

契約（contrat-cadre）の履行としてなされるダイイ譲渡（通貨金融法典L. 三一三―二三条）など明文での適用除外がある場合に限定されることとなる。[137]

さらにパクト法は、実務上広く行われている「現金質（gage-espèce）」[138]のテクニックを応用して、「担保目的での金銭の移転（transfert de somme d'argent à titre de garantie）」の導入・制度化を指示し（パクト法六〇条Ⅰの一一号）[139]、それに基づき、二〇二一年担保法改正オルドナンスは、「担保目的での金銭譲渡（De la cession de somme d'argent à titre de garantie）」との節を設けることとなった（二三七四条乃至二三七四―六条）[140]。

3　小括

フランス法は、一方では、二〇〇六年改正において、質権について、動産質（gage）と債権質（nantissement）を区別する二元的構成を採用し、債権質について、判例および二〇二一年オルドナンス二〇一七年準備草案によって、質権債権者の「排他的権利（droit exclusif）」として、取立権・弁済充当権を認める方向が志向されている。これは、債権などの無体財産担保についても、債権者に「凍結権限（pouvoir de blocage）」が把握される場合には、排他的権利を承認するというもので、コモンローに影響を受けたケベック法やベルギー法における「支配（maîtrise, contrôle）」概念と接近するものと分析することができよう。

他方では、フランス法では、排他的担保としての「所有権担保（propriété-sûreté）」の展開が目覚ましく、古くからダイイ法の実務が定着していたことが先例となり、二〇〇七年および二〇〇九年改正による「信託担保」の導入を経て、今般の担保法改正においては、債権・金融担保について、「担保目的での債権譲渡（cession de créance à titre de garantie）」や「担保目的での金銭譲渡（cession de somme d'argent à titre de garantie）」などの法律の規定を積極的に設けることが提案されている。倒産法の改正も併せて行われたことから、改正倒産法にお

ける所有権担保の取扱も今後の課題となろう。[141]

そして、フランスでは、「信託担保」が債権・金融担保に限らず、動産や不動産担保も視野に入れたものであったところ、そもそも物的担保の定義として、「優先的担保（sûreté préférentielle）」と、「排他的担保（sûreté exclusive）」の二元構成とすることが定着し、条文上のその定義を導入することが提言されるに至っている。

しかし、現時点では、所有権担保は、主として債権担保・金融資産担保の活用が期待されているのであって、流動動産担保や事業資産担保については、質権（gage）による担保設定が想定されており、この点は、フランス法、ケベック法、ベルギー法に共通しているということができよう。[142]

五　結びに代えて

本稿におけるフランス法を起点とした、ケベック法およびベルギー法の比較研究から、わが国において法制審担保法制部会を中心に進行中の動産債権担保法改正をめぐる議論の進むべき方向性として、以下の二点を指摘することができよう。

（1）第一は、集合動産・流動動産担保および事業担保については、事業の「経営・活用（exploitation）」という枠で、固定資産および流動資産を把握して、広く事業資産について、非占有担保権（質権等）を認め、併せて登記・登録制度を整備する方向での法制化を模索すべきであると考える。その際に、民法上の質権の目的として「集合」概念を取り入れることを前提として、事業ないし事業資産も民法上の「集合」として包摂させるのか、[143]それとも特別法で事業担保権を規律するのかは、ケベック・ベルギーとフランスとで対応を異にしているところであり、まずは両方の可能性を視野に入れて検討すべきであろう。[144]次いで、事業（資産）の担保化を検討する際

には、事業資産担保の核心部分が、「収益」そのものというよりは、むしろ「収益を生み出す装置」としての固定資産の集合、あるいは抽象的・潜在的な意味での「顧客（clientèle）」であるという点を出発点とすべきではないか。その上で、併せてそれらが生み出す現実の商品や売掛債権などの流動資産をどこまで把握する担保を設計するかが次の選択肢となるであろう[145]。ただ仮にそれを認めるとしても、事業担保がそもそも設定者に事業の「経営・活用（exploitation）」を委ねる「非占有担保」に分類される類型であるのか、プロジェクト・ファイナンスや累積型の債権譲渡担保のように、担保権者の口座等において事業収益の取立てと管理がなされる「占有担保」に分類される類型かによって、担保の規律（特に再生型の倒産手続きにおける規律）にも差異が生じるであろう。

（2）第二は、金銭債権・金融資産担保については、登記・登録を要求せずに、担保権者の「支配」を前提として、担保目的たる金銭債権および有価証券に対する「排他的担保」を認める方向での法制化が検討されるべきであろう。これは、社会学的には「金融化（financiarisation）」[146]、理論的には「引当て（affectation）から帰属（appropriation）」へのパラダイム[147]と分析可能な現象であり、わが国においては有価証券や普通預金の担保化について、債権の「帰属」や「支配」概念が検討されるに留まっているが[148]、広く債権・金融資産について確実に潜在的なニーズ（立法事実）があるものと考えてよいであろう。

以上のことから、債権については、一方では、取引債権が事業資産の「経営・活用（exploitation）」の一部を構成するような場合には、他の固定資産や流動資産とともに包括的な事業担保の設定を可能とし、登記・登録の対象とすべきであるが、他方では、債権や金融資産が「運用・価値増殖（valorisation）」の目的である場合には、「支配」を要件として、「排他的担保」を承認すべきだということになろう。なお、事業債権の担保であっても、累積型の集合債権譲渡担保、すなわち担保権者に設定時から取立権限が付与されていたり、あるいは担保権者に一定額の回金をなす範囲において担保権者のために取り立てる権限が設定者に委任がなされていたりする類型に

ついては、担保権者への債権の「帰属」とともに「支配」が認定されることから、「排他的担保」を承認する契機が存する。(149)

【後記】 本稿は、二〇一七年度全国銀行学術研究振興財団研究助成、科学研究費補助金基盤研究（C）課題番号19K01376、二〇一九年度慶應義塾学事振興資金大学特別研究期間制度適用者特別研究費の研究成果の一部である。筆者は、二〇一九年度、塾からサバティカルを得て、二〇一九年九月から二〇二〇年二月にかけて、パリ第二大学（フランス）民法研究所、マギル大学（カナダ）ポール＝アンドレ・クレポー私法比較法研究所およびブリュッセル自由大学（ベルギー）私法研究所において、それぞれ短期間ではあるが、招聘研究員として、本研究に従事することができた。受入れの労をお執りくださった故ピエール・クロック（Pierre Crocq）教授（パリ第二大学）、イエール・エムリッシュ（Yaël Emerich）教授（マギル大学）、ミッシェル・グレゴワール（Michèle Grégoire）教授（ブリュッセル自由大学）をはじめとする三大学三研究所の諸先生方のご支援・ご協力に記して謝意を表する次第である。

（1） 内田貴「担保法のパラダイム」法学教室二六六号（二〇〇二年）七頁以下、経済産業省・企業法制研究会（担保制度研究会）「報告書―『不動産担保』から『事業の収益性に着目した資金調達』へ」（二〇〇三年、別冊ＮＢＬ八六号『新しい担保法の動き』（二〇〇四年）所収）一八五頁以下など参照。

（2） 「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」（平成一六年法律第一四八号）。

（3） 債権管理と担保管理を巡る法律問題研究会「担保の機能再論―新しい担保モデルを探る―」金融研究（日本銀行金融研究所・二〇〇八年）二七巻法律特集号一頁以下など参照。

（4） ＡＢＬに関しては、池田真朗「ＡＢＬ等に見る動産・債権担保の展開と課題―新しい担保概念の認知に向けて」伊藤進先生古稀記念『担保制度の現代的課題』（日本評論社・二〇〇六年）二七五頁以下、中村廉平「ＡＢＬ法制の検討課題に関する中間的な論点整理―実務家の声を反映して―」金法一九二七号（二〇一一年）一〇〇頁以下、三菱

総合研究所「（平成二四年度産業金融システムの構築及び整備調査委託事業）動産・債権担保融資（Asset-based Lending：ABL）普及のためのモデル契約等の作成と制度的課題等の調査」（ＡＢＬ）報告書（二〇一三年二月）、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・二〇一五年）など枚挙に暇がない。

（5）商事法務研究会「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」商事法務編『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書〔付・各国の動産・債権を中心とした担保法制に関する調査研究業務報告書〕』（別冊ＮＢＬ一七七号、二〇二一年）一五頁以下参照。

（6）法制審議会第一八九回会議（令和三年二月一〇日）において、「動産や債権等を担保の目的として行う資金調達の利用の拡大など、不動産以外の財産を担保の目的とする取引の実情等に鑑み、その法律関係の明確化や安定性の確保等の観点から、担保に関する法制の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」との「担保法制の見直しに関する諮問第一一四号」に基づき、「担保法制部会」が設けられた。

（7）中小企業庁「中小企業が使いやすい譲渡担保制度の実現に向けた提案」（二〇一九年三月）、金融庁「事業者を支える融資・再生実務のあり方に関する研究会・論点整理」（二〇二〇年一二月二五日）、経済法令研究会編『これからの顧客支援・再生実務と包括担保法制』（銀行八七五号、二〇二一年）など参照。

（8）商事法務研究会・前掲「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」四～一一頁など参照。

（9）沖野眞已「担保取引」曽野裕夫ほか『私法統一の現状と課題』（別冊ＮＢＬ一四四号・二〇一三年）一〇頁以下、曽野裕夫＝山中仁美「担保取引に関するＵＮＣＩＴＲＡＬモデル法の対訳（1）（2・完）」北大法学論集六八巻一号二六八頁以下頁、二号一三八頁以下（二〇一七年）など参照。

（10）「機能的アプローチ」につき、清水恵介「機能的アプローチによる担保の統制」道垣内弘人ほか『近江幸治先生古希記念論文集・社会の発展と民法学［上巻］』（成文堂・二〇一九年）五五七頁以下、原恵美「担保法における機能的（Functional）アプローチの複層性：国際的動行を踏まえて」田高寛貴編『担保法の現代的課題―新たな担保法制の構想に向けて』（商事法務・二〇二一年）二二二頁以下など参照。*V. aussi*, Riffard (Jean-François), *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du Droit français*, 1997, LGDJ ; Sigman (Harry C.), The Security Interest in the United States : A unitary functional

Solution, *in* Marie-Élodie Ancel (dir.), *Reponser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, 2005, pp. 55 et s. ; Legeais (Dominique) et al, Réforme des sûretés (1re partie), (2e partie), Colloque organisé par le CEDAG, *RD bancaire et financier*, n° 1 janv.-févr., 2016, pp. 85 et s., articles 1 à 8, n° 2 mars-avril, 2016, pp. 81 et s., articles 9 à 16 ; *etc.*

(11) 購入資金融資については、UNCITRALの立法ガイドも、「二元的アプローチ（approche unitaire）」によるか、「非二元的アプローチ（approche non unitaire）」によるかの選択肢を認めている。後者は、所有権留保条項から生じる売主の権利およびリースから生じる貸主の権利を所有権と性質決定するが、その所有権をすべて、購入資金の弁済を担保する物的担保を規律する制度が生じさせる結果と機能的に同等な結果を生じさせる規定に従わせ、それによって、購入資金の信用を受けるすべての当事者が同一の取扱から利益を受けるようにする方法とされる（*cf.* 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, n° 9, p. 6）。

(12) *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, Terminologie et recommandations*, n° 8, pp. 5-6.

(13) 「担保法制部会資料一：担保法制の見直しにおける検討事項の例」三頁参照。

(14) 藤澤治奈「岐路に立つ日本の動産担保法制」NBL一一九八号（二〇一一年）八頁以下、一一二頁以下など参照。

(15) 「トランスシステム主義（transsystémisme）」につき、*cf. ex.* Emerich (Yaëll), *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Éd. Yvon Blais, 2017; Emerich (Yaëll) et Plante (Maire-Andrée), *Repenser les pardigmes, Approches transsystémiques du droit*, Éd. Yvon Blais, 2018 ; *etc.* ケベック法（民法典）につき、大島俊之「ケベック民法典略史」神戸学院法学三四巻二号（二〇〇四年）四六九頁以下、金山直樹「民法改正の動向（2）」内田貴＝大村敦志『民法の争点（ジュリ増刊）』（有斐閣・二〇〇七年）三三頁以下、高秀成「ケベック民法典における『他人の財産の管理』制度の法典化の意義について」金沢法学五九巻二号（二〇一七年）一一七頁以下など参照。*V. aussi*, Lacroix (Mariève) et Moore (Benoît) (dir.), *Droit du Québec*, Bib. de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2016 ; *etc.*

(16) 有価証券のペーパレス化に対応した金融担保法制の見直しとして、ヨーロッパにおける二〇〇二年EU指令（Directive 2002/47/CE）を受けたベルギー二〇〇四年一二月一五日金融担保法制定およびフランス二〇〇九年通貨

金融法典改正、カナダ各州におけるＵＣＣ第九編の影響を受けた有価証券移転法（L.T.V.M.）の制定（二〇〇六年オンタリオ州、二〇〇九年ケベック州）を挙げることができる。わが国における対応につき、金融法務研究会『有価証券のペーパレス化等に伴う担保権など金融取引にかかる諸問題』（金融法務研究会・二〇一三年）など参照。

(17) 動態的法認識につき、片山直也『詐害行為の基礎理論』（慶應義塾大学出版会・二〇一一年）二九頁、同「詐害行為の類型と法規範の構造―『類型論』から『重層的規範構造論』へ」森征一＝池田真朗編『内池慶四郎先生追悼論文集・私権の創設とその展開』（慶應義塾大学出版会・二〇一三年）一八九頁以下など参照。

(18) 片山直也「財の集合的把握と財の法」吉田克己＝片山直也『財の多様化と民法学』（商事法務・二〇一四年）一二七～一三四頁は、財の集合的把握について、①固定資産の一体的把握、②流動資産の一体的把握、③金融資産の一体的把握、④事業の一体的把握と資産の分離の四つに分けて整理をしている。

(19) そもそも財産管理における分類である。キュイフは、管理契約として、「活用管理契約（contrat de gestion d'exploitation）」と「運用管理契約（contrat de gestion valorisation）」の二つのカテゴリを提示していた（Cuif (P.-Fr.), *Le contrat de gestion*, Economica, 2004, pp. 9-11；片山・前掲「財の集合的把握と財の法」一三五頁参照）。

(20) オーギュスタン・エネスは、無体動産の留置権について、知的所有権や営業財産を念頭においた「その活用（exploitation）から効用が生じる無体動産の留置」と、債権や有価証券・金融資産を念頭においた「その実行（réalisation）に効用の基礎を置く無体動産の留置」とを区別している（Aynès (Augustin), *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, Economica, 2005, n^{os} 88-97, pp. 69-78）。

(21) わが国における紹介として、杉本和士「ＡＢＬ法制度論の行方―フランス法比較研究のエピローグとプロローグ」ＮＢＬ一〇七〇号（二〇一六年）三一～三二頁など参照。

(22) *Cf. ex.* Dupichot (Philippe), Les sûretés à l'épreuve des procédure collectives, entre passé, présent et avenir, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, 2019, LGDJ, n^{os} 14-19, pp. 218-227；Borga (Nicolas), Les charmes de l'exclusivité face à la procédure collective : binetôt le chant du cygne ?, in Adrien Bézert et Camille Gouret (dir.), *Confrontez le droit des sûretés !*, LexisNexis, 2020, pp. 115 et s.；*etc.*

(23) *Cf. ex.* Bougerol (Laetitia), Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio*, *RD*

bancaire et finacier, n° 5, sept.-oct., 2014, dossier 36, pp. 1 et s. ; Aynès (Laurent), Crocq (Pierre) et Aynès (Augustin), *Droit des sûretés*, 14e éd., 2020, LGDJ, n° 244, p. 258, nos 419 et s, pp. 466 et s. ; Tafforeau (Patrick), *Droit des sûretés*, 2020, Bruylant, n° 1101, p. 479 ; Bernard-Rouojou de Boubée (Aude), *Sûretés et droits européens, Bib. des thèses,* Mave & Martin, 2020, nos 311 et s., pp. 339 et s. ; *etc.*

(24) Minsitère de la justice, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, *J.O. 16 séptembre 2021,* texte 18 sur 133, p. 7. なお、二〇一七年グリマルディ準備草案においては、「物的担保は、現在若しくは将来の財産又は財産の集合の、債権者への優先的又は排他的な弁済への、優先的又は排他的な引当てである」（二二八一一条二項）としていた（片山直也＝齋藤由起「二〇一七年フランス担保法改正準備草案―アンリ・カピタン協会グリマルディ委員会による条文案およびその解説」法研九四巻六号（二〇二一年）八一頁、ジャン＝ジャック・アンソー（片山直也＝齋藤由起訳）「二〇一七年フランス担保法改正準備草案に関する一考察」法研九三巻八号（二〇二〇年）九三四頁以下など参照）。後注(126)(127)参照。

(25) *Cf. ex.* Benadiba (Aurore), L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces techniques d'appropriation directe de la valeur, *Les Chaiers de droit*, 2018, Université Laval, nos 78 et s., pp. 14 à 15 ; *etc.*

(26) *Cf. ex.* Bougerol-Prud'homme (Laetitia), *Exclusivité et granties de paiement, Bib. dr. privé,* t. 538, LGDJ, 2012, n° 9, p. 11, n° 141, p. 110 ; *etc.*「凍結権限（pouvoir de blocage）」とは、「財産の一つないし複数の効用（utilités）を無力化する事実上の権限」と定義される（*do*, n° 142, p.111 ; *v. aussi*, Aynès, *Le droit de rétention*, nos 66 et s., pp. 51 et s. ; Aynès, Crocq et Aynès, *Droit des sûretés,* nos 258-262, pp. 265-270 ; *etc.*）。

(27) 具体的には、後順位担保権者を排除すること、設定段階における登記・登録の対象から債権・金融資産担保を除外すること、実行・倒産において取立権の行使を認めること等が考えられる。

(28) 前掲『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書』一八～三五頁参照。

(29) Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol. I : Projet de Code civil*, 1977 (Éditeur officiel du Québec, 1978).

（30） *Code civil du Québec, Commentaires du Ministre de la justice, et loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec* (*extraits*), 1993, Les publications DACFO inc.

（31） 比較法的視角からのケベック担保法を取り上げる論稿として、*cf. ex.* Deschamps (Michel), Le droit des sûretés au Québec, in Marie-Élodie Ancel, *Reponser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, 2005, pp. 73 et s.; Emerich (Yaëll), La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique ?, (2010) 44 *R.J.T.* 95, pp. 95 et s. ; Benadiba (Aurore), *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels, Proposition pour une renovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec,* Édition Yvon Blais, 2016 ; Charpentier (Élise), Regard sur le droit québécois des sûretés, *RD bancaire et financier*, n° 1 janv.-févr., 2016, pp. 103 et s. ; Marjault (Yvan) et Benadiba (Aurore), Les sûretés réelles mobilires en droit français et québécois, *in* Didier Cholet et Sylvio Narmand, *Droit français – droit québécois, inspirations mutuelles,* Ed. Yvon Blais, 2019, pp. 213 et s. ; *etc.*

（32） カナダのコモンローの州における「動産担保法（ＰＰＳＡ）」については、小山泰史『流動財産担保論』（成文堂・二〇〇九年）七〇頁以下、一七七頁以下、木村仁「第三部　カナダ法」商事法務編『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書〔付・各国の動産・債権を中心とした担保法制に関する調査研究業務報告書〕』（別冊ＮＢＬ一七七号、二〇二二年）二六九頁以下などを参照。

（33） 一九七七年の民法典改正委員会草案において既に、たとえば、事業資産の担保化やノーティス・ファイリングが参照されている。*cf.* Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol. II : Commentaires, t.I, livres 1 à 4,* p. 450, pp. 467-468.

（34） Marjault et Benadiba, *Les sûretés réelles mobilières en droit français et québécois*, p. 215.

（35） *Cf. ex.* Deschamps, *Le droit des sûretés au Québec*, p. 76 ; *etc.*

（36） *Cf. ex.* Charpentier, *Regard sur le droit québécois des sûretés*, n° 4, p. 103 ; *etc.*

（37） *Code civil du Québec, Commentaires du Ministre de la justice,* p. 877 は、参照条文として、O.R.C.C. : L.IV, art. 298 を挙げている。

(38) Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol. II : Commentaires, t.I, livres 1 à 4,* pp. 440 et 450.

(39) *Code civil du Québec, Commentaires du Ministre de la justice,* p. 879 は、参照条文として、Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock, L.R.Q., chap. C-53 : art 14 ; An Act to revise the Personal Property Security Act and to repeal and amend certain other Acts related to Property, S.O. 1989, chap. 16: article 1, 25 ; O.R.C.C. : L.IV, article 479 を挙げている。

(40) Pratte (Denise), Sûretés réelles et publicité des droits : entre difficultés et réussites, *La revue du barreau canadien*, vol. 88, 2009, pp. 399 à 402 ; Deschamps, *Le droit des sûretés au Québec*, pp. 81 à 83 ; *etc.*

(41) *Cf. ex.* Charpentier, *Regard sur le droit québécois des sûretés*, n° 1, p. 103 ; *etc.*

(42) *Cf. ex.* Deschamps, *Le droit des sûretés au Québec*, pp. 77 à 78 ; *etc.*

(43) *Cf. ex.* Marjault et Benadiba, *Les sûretés réelles mobilires en droit français et québécois,* pp. 233 à 234 ; *etc.*

(44) 債権・動産物権登記簿（RDPRM）の導入により、それ以前に存在していた農林業債権質権登記簿、商事質権登記簿、在庫財産譲渡登記簿が閉鎖されている（*cf. ex.* Lamontagne (Denys-Claude), *La publicité des droits*, 5e éd., 2012, Éd. Yvon Blais, n° 616, p. 359）。

(45) カナダの動産担保法（PSA）における警告ファイリングについては、木村・前掲「第三部カナダ法」二八五頁以下に詳しい。

(46) Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol. II : Commentaires, t.I, livres 1 à 4,* n° 375, pp. 468 à 469.

(47) *Cf. ex.* Arès (Marjolaine) et Sylvestre (Chantal), *Publicité des droits,* J.Cl. Québec, LexiNexis, 2013, n° 118, pp. 49-50 ; *etc.*

(48) *Cf. ex.* Arès et Sylvestre, *Publicité des droits,* nos 121-122, pp. 50 à 52 ; *etc.*

(49) *Cf. ex.* Marjault et Benadiba, *Les sûretés réelles mobilires en droit français et Québécois,* pp. 231 à 232 ; *etc.*

(50) この二点を指摘するものとして、*cf. ex.* Emerich, *La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en*

common law, pp. 119 à 127 ; *etc.*

（51） *Cf. ex.* Charpentier, *Regard sur le droit Québécois des sûretés,* n° 1, p. 103 ; *etc.*

（52） *Cf. ex.* Benadiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels,* n° 8, p. 11 ; *etc.*

（53） 民法典二六六五条二項は、動産抵当が占有移転を伴って行われる場合には、それを「質権（gage）」とも呼ぶとする。

（54） 一九七七年民法典改正委員会（ORCC）草案は、以下のように規定して、動産抵当権に関しては、本条によって二つの公示の方式があることを前提として、当事者は、それによって優先を失うことなく、公示の方式を変更することが可能であることを認めていた（Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol. II : Commentaires, t.I, livres 1 à 4,* n° 375, pp. 467 à 468）。

【第二七五条】

第一項　不動産抵当権の公示は、登録（enregistrement）によってなされる。

第二項　動産抵当権の公示は、占有の取得（la mise en possession）若しくは登録（enregistrement）によって、又は公示の中断が生じない限りにおいてその一方及び他方を連続してなされる。

（55） *Code civil du Québec, Commentaires du Ministre de la justice,* pp. 887-888.

（56） *Cf. ex.* Benadiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels,* n^os^ 87-88, pp. 77-78 ; *etc.*

（57） 民法典二六八三条は、事業を経営していない自然人は、自動車およびその他法令で定められた動産についてしか非占有担保としての動産抵当権を設定できないと規定する。

（58） *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, Terminologie et recommandations,* n° 9, p. 6.

（59） *Cf. ex.* Riffard, *Le Security Interest ou l'apporoche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières,* n^os^ 613-618, pp. 215-218 ; *etc.*

（60） *Code civil du Québec, Commentaires du Ministre de la justice,* p. 869.

（61） *Cf. ex.* Pratte, *Sûretés réelle et publicité des droits : entre difficultés et réussites,* pp. 399-400 ; *etc.*

（62） *Cf. ex.* Deschamps, *Le droit des sûretés au Québec*, p. 76 ; *etc.*

(63) *Cf. ex.* Pratte, *Sûretés réelle et publicité des droits : entre difficultés et réussites,* p. 402 ; *etc.*

(64) *Cf. ex.* Pratte, *Sûretés réelle et publicité des droits : entre difficultés et réussites,* p. 400, note 52 ; *etc.*

(65) ただし、最高裁は、倒産法においては、「管財人は第三者ではないので、所有権留保の公示の欠缺を管財人は援用できない」と判示している（Ouellet (Syndic de), [2004] 3 R.C.S.348）。

(66) 銀行法四二七条以下によって認められる在庫受領証（récépissé d'entrepôt）担保は、判例法上、「一種の所有権（droit de propriété sui generis）」とされてきた（*cf. ex.* Deslauriers (Jacques) et Benadiba (Aurore), *Les sûretés au Québéc,* 2e éd., 2018, Wilson & Lafleur, nos 1510 à 1513, pp. 512-513 ; Boudreault (Marc), *Les sûretés, Nouvelle série Répertoire de droit,* 4e éd., 2014, Wilson & Lafleur, nos 777-779, pp. 357-358 ; *etc*）。

(67) Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, [2003] 1 R.C.S. 666 は、非証券的債権について、「現実の支配（maîtrise effective）」による占有移転を伴う動産抵当権の成立を認めていた。同判決につき、*cf. ex.* Citola (Pierre) et Leduc (Antoine), Arrêt Val-Brillant: Évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ?, in *Mélange offerts au Professeur Francois Frenette : Études portant sur le droit patrimonial,* Les Presses de l'Université Laval, 2006, pp. 361 et s. ; Deslauriers et Benadiba, *Les sûretés au Québéc,* nos 1104 à 1111, pp. 394 à 396 ; *etc.*

(68) Loi de 2006 sur le transfert des valeurs mobilière, L.O., c. 8.

(69) *Cf. ex.* Benadiba, *L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces technique d'appropriation directe de la valeur,* no 20, p. 6 ; Deslauriers et Benadiba, *Les sûretés au Québéc,* no 1174, pp. 414-415 ; *etc.*

(70) *Cf.* Benadiba, *L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces technique d'appropriation directe de la valeur,* nos 78 à 104, pp. 14-19. なお、「支配（maîtrise）」による占有移転を伴う動産抵当権（実質的には質権）を容認する近時の動きは、複雑な法システムを導き、一九九一年の改正による法的秩序を崩壊させ、法的な不安定さをもたらすとの批判も存するところではある（*Cf. ex.* Marjault et Benadiba, *Les sûretés réelles mobilires en droit français et Québécois,* pp. 226, 230 et 237 ; *etc.*）。

(71) 動産物的担保（sûretés réelles mobilières）に関して民法典を改正し、かつそれに関する諸規定を廃止する二〇

一三年七月一一日法律（M.B. 2 août 2013, p. 48463）。同法律は、民法典第三編「所有権を取得する様々な方法」第一七章「動産物的担保（Des sûretés réelles mobilières）」にそのまま挿入されている。二〇一三年法につき、*cf.ex.* Dirix（Eric）, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, 2013, Kluwer ; Grégoire（Michele）, La modification du Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, *in* Frédéric Georges（dir.）, *Insolvabilité et garantie*, CUP, vol. 153, 2014, Lancier, pp. 9 et s. ; Georges（Frédéric）, La réforme des sûretés réelles mobilières, *Revue de la Faculté de l'Université de Liège*, 2013/3-4, pp. 319 et s. ; *etc.* 比較法的視角からの論稿として、*cf. ex.* Julienne（Maxime）, La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique, *RDC*, 2014, n° 04, p. 656 ; Grégoire（Michèle）, Droit belge : « Perspectives de droit des sûretés : vers une nouvelle maîtrise du risque », *RD bancaire et financier*, n° 1 janv.-févr., 2016, pp. 82 et s. ; エリック・ヴァン＝デン＝オート（片山直也訳）「ベルギーにおける二〇一三年動産担保法改正」法研九〇巻六号（二〇一七年）四五頁以下、高秀成「第二部　ベルギー法」商事法務編『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書「付・各国の動産・債権を中心とした担保法制に関する調査研究業務報告書」』（別冊ＮＢＬ一七七号、二〇二一年）二五五頁以下など参照。

(72)　二〇一〇年に司法大臣のイニシアティブで組織された専門家グループは、以下の大学研究者および実務家によって構成された。大学研究者は、E. Dirix（KUL, président）, W. Derijcke（UCL）, F. Georges（U. Liège）, M. Grégoire（ULB）, V. Sagaert（U. Antwerpen）, M. Tison（U. Gent）の六名、実務家は、I. Peeters（avocat）, O. Bartholomé（SPF Finances）, J. Pieters（SPF Finance）, J.-Chr. Boulet（SPF Justice, secrétaire）の四名、計一〇名である（*cf.* Dirix（Eric）, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, p. 61）。同グループの準備草案につき、*cf.* Dirix, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, pp. 141 et s.

(73)　コンセイユ・デタの答申（Avis du Conseil d'État, n° 51.680/2/V du 27 août 2012）および草案につき、*cf.* Dirix, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, pp. 174 et s., pp. 197 et s.

(74)　立法理由書では、本文に列挙した点の他に、順不同で、以下の点が挙げられている。すなわち、④債権者、債務者および第三者の対立する利益の均衡（équilibre）を見出すこと、⑤多数の法定先取特権（privilèges légaux）を廃止して、担保法の可視化（prévisibilité）を促進すること、⑥「民法典の尊重（la remise à l'honneur du Code civil）」

（担保に関する法規定をできる限り民法典の中に集約すること）がそれである（*cf.* Dirix, *op. cit.*, n° 3, pp. 56）。

（75）後述するように、二〇一六年一二月一五日法によって、本条後段（「そのことは、譲渡人が経済法典第一編第一条第二号の意味における消費者であるときを除いて、その譲渡が第六一条の規定に合致するか否かを問わず認められる」）が付加されることになる。

（76）担保取引に関するＵＮＣＩＴＲＡＬ立法指針における動産全般を対象とする包括的・一元的担保法制につき、沖野・前掲「担保取引」一一～一四頁など参照。ベルギー法につき、ヴァン＝デン＝オート（片山訳）「ベルギーにおける二〇一三年動産担保法改正」四九～五〇頁など参照。ヴァン＝デン＝オートは、立法当時、「担保目的の潜在的に極めて広範な性格について、一部には、事業財産（fonds）に担保設定している商人が過度の経済的な依存を余儀なくされるリスクがあると懸念する者も存した」ことを伝え、「企業の設立に際して、商人がすべての将来の債務を担保するためにこのような担保を提供するように要求されたならば、彼らの支払能力の引当となる資産は、完全に第一の信用機関に独占されることになり、そのことは信用機関の間の自由な競争を損なうことになりかねない」と問題提起をなしている（同五〇頁）。

（77）第七条第一項は、二〇一六年一二月一五日法により以下に改正されている。

【第七条】

第一項　質権は、商法典第二章の意味において登録された船舶及び建造船を除いて、有体若しくは無体動産（un bien mobilier corporel ou incorporel）、用途による不動産になった性質による動産（un bien meuble par nature qui est devenu immeuble par déstination）又はそのような財産の特定した集合（un ensemble déterminé de tels biens）を目的とすることができる。

（78）【第一八条】（変更）

第一項　反対の合意がない限り、質権が変更されるべき財産を対象とする場合、質権設定者は、そのような変更を行う資格が与えられる。

第二項　許容された変更から新たな財産が生じる場合、反対の合意がない限り、質権はこの新たに創出された財産に負担を課す。変更が許容されていない場合、第五七〇条以下の規定が適用される。

第三項　第三者の財産が変更のために用いられ、かつ、それらの財産の分離が不可能又は経済的に不当である場合、創出された財産が第五六七条の意味において主たる財産（bien principal）であるか、又は、そうでなくても、その財産が最も価値の大きい財産であるときには、質権はその新たに創出された財産に負担を課す。この場合、第三者は、質権債権者に対して不当利得に基づく求償権を取得する。

【第一九条】（不動産化）

担保に供された財産の不動産化は、質権債権者が、それらの財産の産出物（produit）から優先して弁済を受ける権利を妨げない。

【第二〇条】（混和）

第一項　一人又は複数の設定者によって質権の全部又は一部に供された代替財産（biens fongibles）の混和は、質権を害さない。

第二項　複数の質権債権者がいる場合、それらの者は、混和した財産について、権利の割合に応じて質権を主張することができる。

【第二一条】（処分）

反対の合意がない限り、質権設定者は、担保に供された財産を、その取引の通常の範囲で（dans le cours normal de ses affaires）、自由に処分することができる。

(79) ヴァン＝デン＝オート（片山訳）・前掲「ベルギーにおける二〇一三年動産担保法改正」五〇頁など参照。

(80) ただ登録簿の法整備は遅延し、その後、債権質に関する二〇一六年の抜本的な修正を経て、遅くとも二〇一八年一月一日までの王令によって定められた日から施行することが定められた（Loi du 25 décembre 2016（M.B., 30 décembre 2016, M.B., p.91950）第三六条）。その後、二〇一七年九月に実施規則が定められ（Arrêt royal du 14 septembre 2017, M.B., 26 septembre 2017）、ようやく二〇一八年一月一日に施行となった（*cf. Les Codes essentielles Larcier-Civil* 2015-2016 (5 août 2015), p. 197 ; *Les Codes annotés 2019, Droit civil* (*1er oct. 2019*), 17e éd. Larcier, p.366；高・前掲「第二部　ベルギー法」二五七頁など参照）。

(81) 後述するように、二〇一六年一二月二五日法により、登録の対象に所有権留保が加えられることになる。

(82) 金融担保に関する、かつ金融資産について設定される担保設定合意及び貸付についての様々な租税規定を対象とする二〇〇四年一二月一五日法（*M.B.*, 1er fevrier 2005）。同法律につき、Grégoire（Michèle）（coordinatrice）, *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers*, 2006, Bruylant に収録された論稿が詳しい。

(83) 所有権移転（transfert de propriété）、「譲渡＝戻し譲渡（cession-rétrocession）」、「ネッティング（netting）」などが想定される。

(84) *Cf. ex.* Dirix（Eric）, *La réforme des sûretés mobilières,* n° 10, p. 10 ; Georges（Frédéric）, La réforme des sûretés mobilières, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2013/3-4, n° 10, p. 329 ; *etc.*

(85) 民法典第三編「所有権を取得する様々な方法」第一七章「動産物的担保（Des sûretés réelles mobilières）」（二〇一三年法）を指す。

(86) Cass., 9 févr. 1933, *Pas.,* 1933, I, p. 103.

(87) ヴァン＝デン＝オート（片山訳）・前掲「ベルギーにおける二〇一三年動産担保法改正」五一～五二頁など参照。

(88) 二〇一六年動産担保法改正につき、Isabelle Durant（dir.）, *Les sûretés réelles mobilières,* CUP, vol. 176, 2017, Anthemis（Liège）に収録された各論稿、特に、*cf. ex.*, Nicaise（Valérie）, Rapport des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016, pp. 9 et s. ; Georges（Frédéric）, Opposabilité des sûretés mobilières et conflits de rang, pp. 83 et s. 参照。

(89) ベルギー倒産法の経緯につき、*cf. ex.* Derijcke（Werner）, Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité, in Cédric Alter（dir.）, *Le nouveau droit d'insolvalibité*, Lancier, 2017, pp. 9 et s. ; *etc.*

(90) *Cf. ex.* Ouchinsky（Nicholas）, Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies, in Cédric Alter（dir.）, *Le nouveau droit d'insolvalibité,* Lancier, 2017, nos 18 à 25, pp. 58 à 63 ; *etc.*

(91) *Cf. ex.* Ouchinsky, *Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies,* nos 57 et 58, pp. 90 à 92 ; *etc.*

(92) *Cf. ex.* Nicaise, *Rapport des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25*

décembre 2016, n° 45, pp. 73-74 ; *etc.*　しかしながら、本論文は、実行も含めた債権質の債務者保護の規定のすべてが債権譲渡に適用されるとする学説（*do*, note 303）には反対している。

(93) *Cf. ex.* Nicaise, *Rapport des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016*, n° 45, pp. 75-76 ; *etc.*

(94) *Document parlementaire 54K2138/001, Exposé des motifs, Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières*, pp. 9-10 (Art. 7).

(95) *Cf. ex.* Ouchinsky, *Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies*, n^os^ 60 à 61, pp. 92 à 94 ; *etc.*

(96) *Cf. ex.* Ouchinsky, *Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies*, n^os^ 62 à 65, pp. 95 à 97.　たとえば、銀行債権を目的とする質権につき、規定が置かれていた。

【金融担保法（ＬＳＦ）第九―一条第一項】

当事者の反対の約定がない限り、不履行があった場合、質権債権者は、倒産手続き、差押え又は質権を設定した債務者若しくは第三者の債権者が競合するすべての状況にもかかわらず、質権の目的である銀行債権を、予めの裁判上の判決がなくても、可能な限りもっとも望ましい時期に実行することができる。これらの銀行債権の実行の産物は、民法典第一二五四条に従って、質権債権者の債権につき元本、利息及び費用に充当される。残額は、質権債務者または場合によっては質権を設定した第三者に返還される。

(97) 平野裕之「二〇〇六年フランス担保法改正の概要・改正経緯および不動産担保以外の主要改正事項」ジュリ一三三五号（二〇〇七年）三六頁以下、白石大「フランスの動産・債権担保制度」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、二〇一五年）一七一頁以下、平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する二〇〇六年三月二三日オルドナンス二〇〇六―三四六号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学八号（二〇〇七年）一六三頁以下、平野裕之＝片山直也訳「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」慶應法学九号（二〇〇八年）二〇三頁以下など参照。

(98) 平野・前掲「二〇〇六年フランス担保法改正の概要・改正経緯および不動産担保以外の主要改正事項」四〇～四一頁、大澤＝白石＝杉本＝原・前掲「フランス物的担保法制・倒産法制の概観」一五六～一五七頁など参照。なお、フランスの所有権留保については、本稿において十分に言及できないが、瀬戸口祐基「第一部　フランス法」商事法務編『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究報告書〔付・各国の動産・債権を中止とした担保法制に関する調査研究業務報告書〕』（別冊ＮＢＬ一七七号、二〇二一年）二五〇～二五四頁、アンソー（片山＝齋藤訳）・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案に関する一考察」九七～九八頁など参照。*V. aussi, ex.*, Aynès (Laurent), Crocq (Pierre) et Aynès (Augustin), *Droit des sûretés*, 14 e éd., 2020, LGDJ, n os 454 et s., pp. 495 et s. ; *etc.*

(99) *Cf. ex.* Aynès, Crocq et Aynès, *Droit des sûretés*, n° 284, pp. 306-307 ; 大澤＝白石＝杉本＝原・前掲「フランス物的担保法制・倒産法制の概観」一五六～一五七頁、瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」二〇〇頁、藤澤・前掲「岐路に立つ日本の動産担保法制」九～一〇頁など参照。

(100) 二〇〇六年担保法改正以前の一八〇四年民法典では、「質（nantissement）」が上位概念で、その下位概念として「動産質（gage）」と「不動産質（antichrèse）」が位置づけられていた（旧二〇七一条、二〇七二条）。

(101) 平野＝片山・前掲「フランス担保法改正予備草案」二一八頁、平野・前掲「二〇〇六年フランス担保法改正の概要・改正経緯および不動産担保以外の主要改正事項」四〇～四一頁、瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」一九九～二〇〇頁など参照。

(102) 瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」二一〇～二一一頁など参照。

(103) なお、草案の段階では、無体動産質として、「債権質」以外にも、「通貨預金質（nantissement de monnaie scripturale）」、「金融証券（口座）質（nantissement d'instruments financiers）」についても詳細な規定が置かれたが、二〇〇六年オルドナンスでは採用されなかった（平野・前掲「二〇〇六年フランス担保法改正の概要・改正経緯および不動産担保以外の主要改正事項」四五頁など参照）。

(104) *Cf. ex.* Bourassin (Manuella) et Brémond (Vincent), *Droit des sûretés*, 7 e éd., 2020, Sirey, n° 991, pp. 706-707 ; *etc.* 平野・前掲「二〇〇六年フランス担保法改正の概要・改正経緯および不動産担保以外の主要改正事項」四五頁、瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」一九九～二〇〇頁、二一〇～二一一頁など参照。

(105) *Cf. ex.* Dupichot, *op. cit.*, n^{os} 14 et s., pp. 219 et s. ; Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, n^{os} 992-994, pp. 708-709 ; *etc.* 瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」一二三四～一二三五頁など参照。

(106) 近時の文献として、*cf. ex.* Denizot (Aude), *L'universalité de fait*, LGDJ, 2008 ; Binctin (Nicolas), L'immatériel et l'universalité : vers la théorie de la valeur, in M. Grimaldi, N. Kanayama, N. Katayama et M. Mekki (dir.), *Le patrimoine au XXI^{e} siècle: regards croisés franco-japonais, Collection Vol. 12*, Société de législation comparé, 2012, pp.145 et s. ; Blandin (Yannick), *Sûretés et bien circulant, Contribution à la reception d'une sûreté réelle globale*, LGDJ, 2016; Nallet (Antoine), *La notion d'universalité, Étude de droit civil, Nouv. Bib. de theses, vol. 209*, Dalloz, 2021 ; *etc.* 片山直也「財の集合的把握と財の法」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務・二〇一四年）一三五頁以下、原恵美「担保目的の信託」池田＝中島＝森田編・前掲『動産債権担保―比較法のマトリクス』二〇五～二一二頁など参照。

(107) *Cf.* Denizot, *L'universalité de fait*, n^{os} 339 et s, pp. 229 et s.　ノの他、「不均質財（biens hétérogènes）」と「均質財（biens identiques）」に分類するものもあるが（*cf.* Zenati-Castaing (Fr.) et Revet (Th.), *Les biens*, 3^{e} éd., 2008, n^{o} 133, p. 206）、「収益装置としての固定資産の集合」か、「流動資産の集合」かとの本稿の整理とほぼ一致している（片山・前掲「財の集合的把握と財の法」一三九～一四〇頁参照）。

(108) 両概念の関係について、原・前掲「担保目的の信託」二一二頁など参照。後述するように、現状のフランス法では、理論上の「包括体（universalité）」（正確には「事実上の包括体（universalité de fait）」）は、実定法上の「集合（ensemble）」と「事業財産（fonds）」に二分されていると分析することが可能であろう。

(109) フランスの営業財産については、福井守『営業財産の法的研究』（成文堂・一九七三年）、伊藤英樹「仏営業財産質―占有移転なき動産担保制度―（1）（2・完）」愛知学院大学法学研究二六巻一号一頁以下（一九八二年）、二号一頁以下（一九八三年）、古田龍夫『企業の法律概念の研究』（法律文化社・一九八七年）など参照。

(110) 営業財産の法的性質をめぐっては、「顧客への権利（droit à la clientèle）」を本体とし諸要素がその従物（accessories）を構成すると分析する有力説（後注(112)の Voirin, Roubier 論文参照）と、諸要素が「事実上の包括体（universalité de fait）」を構成すると分析する判例・通説（Cass. civ., 17 juin 1918, *DP* 1922.1.128 ; *S.* 1922.1.313, note

H. Rousseau）との対立が存したが、いずれにせよ営業財産の本体が、顧客と賃借権であり、いずれも無体的な権利である点には争いがない（片山・前掲「財の集合的把握と財の法」一三〇頁など参照）。なお、フランスでは、営業財産質・営業財産譲渡の効力は、営業財産の構成要素のうち、債権、商品には当然には及ばないとされてきた点を指摘しておかなければならない（*cf. ex.* Delpech（Xavier）, *Fonds de commerce*, 18e éd., 2011-2012, Delmas, n° 11.60, pp. 78-79, n° 12.12-12.13, pp. 81-82, n° 72.25, p. 274 ; Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, n° 999, p. 712 ; *etc.* 債権につき、Com. 21 juin 1950, *JCP* 1950, II, 5898, *obs.* Albert Cohen（同判決は、債権は当然に営業財産の要素となるものではなく、売却の際には、債権を含む明示の合意が必要で、対抗要件は、民法典一六九〇条によるとする）、商品につき、Req. 21 juin 1933, *DH* 1933, 426.）。流動資産（商品・債権）は、商人の営業活動・販売の基礎であり、一般債権者（無担保債権者）である取引債権者の利益確保（債権者平等）に充てられるべきと考えられてきたからである（福井・前掲書一四五頁注45、片山直也「財産—bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣・二〇〇六年）一九〇～一九一頁、二〇〇～二〇一頁など参照）。この点では、むしろ古典的な「収益装置としての固定資産（有体・無体）の集合体」というのが営業財産質の位置づけであったと分析できる（片山・前掲「財の集合的把握と財の法」一三〇頁など参照）。商品を担保に取る場合には、別途、民法上の動産質や商法上の在庫質が設定されるという（*cf. ex.* Delpech, *Fonds de commerce*, n° 72.26, p. 274 ; *etc.*）。これに対して、農業財産質（nantissement de fonds rural）は、在庫に効力が拡張される点は興味深い（*cf. ex.* Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, n° 999, p. 712, note 3 ; *etc.*）。

(111) *Cf. ex.* Chaput（Yve）（dir.）, *La clientèle appropriée, Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, 2004, Litec ; 105e Congrès des Notaires de France, *Propriétés incorporelles de l'entreprise*, Lille, 17-20 mai 2009, Association Congès de Notaieres de France ; *etc.*

(112) *Cf. ex.* Voirin（P.）, La composition des fortunes modernes au point de vue juridique, *Rev. gén. droit*, 1930, pp. 103 et s. ; Roubier（P.）, Droits intellectuels ou droit de clientèle, *RTD civ.*, 1935, pp. 251 et s. ; *etc.* 片山直也「『活用』（exploitation）概念と『権能』論—ＰＦＩにおける公共施設等運営権を契機として—」法研八八巻一号（二〇一五年）三五頁など参照。

(113) 一九〇九年三月一七日法律による整備を経て、現在は商法典に取り込まれている（商法典 L. 一四二―一条～一四二―五条）。

(114) 登記制度についても、たとえば、「設備機材備品質」の登記が営業財産質の登記手続きが準用されるのに対して（商法典 L. 五二五―三第二項）、「在庫質」の登記は、商事裁判所書記課になされるが、営業財産質さらに民法典上の有体動産質の登記手続きと類似はするが別の手続きが用意されている（商法典 L. 五二七―四条、R. 五二七―一条以下）など錯綜を極めていた（瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」二二八～二二九頁など参照）。

(115) アンソー（片山＝齋藤訳）・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案に関する一考察」九三～九四頁など参照。二〇一七年準備草案では、民法典以外の質権について、戦時在庫ワラント、産業ワラント、ホテルワラント、商事質権を廃止することとともに、種々の動産担保（農業ワラント、石油ワラント、在庫質、民事会社持分権質及び設備機械質）の登記を、商事裁判所書記課になされる非占有質権の公示登録簿に集中させることが提案されていた（片山直也＝齋藤由起「二〇一七年フランス担保法改正準備草案―アンリ・カピタン協会グリマルディ委員会による条文案およびその解説―」法研九四巻六号（二〇二〇年）一〇四頁参照）。

(116) Ministère de la justice, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, *J.O. 16 septembre 2021*, texte 18 sur 133, p. 14.

(117) 二〇一七年準備草案につき、片山＝齋藤・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案」参照。パクト法（Loi no 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises）につき、*Loi Pacte, société, commercial, social: ce qu'il faut savoir*, 2019, Éditions législatives, pp. 141 et s. ; Gout (Oliver), Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ?, *AJ contrat* 2019, pp. 294 et s. ; Juillet (Christophe), L'article 60 de la loi Pacte, coup d'envoi de la réforme des sûretés, *JCP* N 2019, 1208 ; 齋藤由起「フランス担保法の現在（一）―倒産手続における処遇の観点をふまえて―」阪大法学六九巻一号（二〇一九年）一四九～一五〇頁など参照。準備草案およびパクト法を検討対象としたシンポジウムの成果物として、*cf.* Andreu (Lionel) et Mignot (Marc) (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, 2019, Institut Universitaire Varenne, ; Blandin (Yannick) et Mazeaud (Vincent), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, 2019, Dalloz ; *etc.* 二〇二一年九月一五日オルドナンスについては、前注

（24）参照。

（118）池田真朗『債権譲渡法理の展開』（弘文堂、二〇一一年）八七頁以下、白石大「フランスの債権譲渡担保・債権質権」比較法学四八巻三号（二〇一五年）四四頁以下など。

（119）前注（104）参照。

（120）*Cf. ex.* Aynès, Crocq et Aynès, *Droit des sûretés*, n° 434, pp. 478-479 ; Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, n° 1004, pp. 716-718 ; Dupichot, *op. cit.*, n° 29, pp. 237-238 ; *etc.* 中原太郎「フランス民法典における『信託』について」水野紀子編『信託の理論と現代的展開』（商事法務、二〇一四頁）二七一～二七二頁など参照。

（121）信託関係立法の変遷につき、中原・前掲「フランス民法典における『信託』について」二五三頁以下、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在―近年の担保法改正・担保信託導入をふまえて―」比較法学四六巻二号（二〇一二年）五三頁以下など参照。

（122）二〇〇九年三〇日オルドナンスは、動産・権利のみではなく、不動産についても「担保目的で譲渡される所有権」（信託担保）の規定を設けている（二四八―一条以下）。また、営業財産についても、信託担保の設定が可能ではある（*cf. ex.* Delpech, *Fonds de commerce*, n° 93.16, p. 336 ; *etc.*）。

（123）Crocq (Pierre), *Propriété et garantie*, *Bib. dr. privé*, *t. 248*, LGDJ, 1995 ; Bougerol-Prud'homme (Laetitia), *Exclusivité et gratuités de paiement*, *Bib. dr. privé*, *t.* 538, LGDJ, 2012 ; Aynès, Crocq et Aynès, *Droit des sûretés*, n° 20, pp. 29-30, n^{os} 419 et 420, pp. 463-465 ; Crocq (Pierre), Les sûretés fondées sur le droit de propriété, *in* Yanick Blandin et Vincent Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, pp. 75 et s. ; *etc.*

（124）*Cf. ex.* Aynès, Crocq et Aynès, *op. cit.*, n° 20, p. 30 ; Dupichot, *op. cit.*, p. 218 ; *etc.* しかし、留置権については、二〇〇八年一二月一八日オルドナンスにより、再建型の倒産手続では、擬制留置権の効力が制限されることになり（フランシーヌ・マコリグ＝ヴニエ（荻野奈緒＝齋藤由起訳）「有体動産の債務の担保への充当」阪大法学六九巻一号（二〇一九年）一九一頁訳注3、Dupichot, *op. cit.*, n° 18, p. 225 など参照）、さらに、二〇二一年オルドナンスでは、担保法改正と並行して行われている倒産法（商法典第六編）の改正により、「排他的担保」の制約が予測されていたところである（*cf. ex.* Borga, *op.cit.*, n° 27, p. 128）。倒産法（商法典第六編）の改正に関する二〇二一年九月一五日オ

ルドナンス一一九三号（Minsitère de la justice, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce, *J.O. 16 séptembre 2021*, texte 20 sur 133）については、後注(136)参照。

(125) *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre 2021*, texte 18 sur 133 ; Ministère de la justice, *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O.* 16 séptembre, texte 19 sur 133.

(126) そもそも二〇一七年準備草案では、以下の規定が置かれていた。

【第二二八六―一条第二項】（二〇一七年準備草案）

物的担保は、現在若しくは将来の財産又は財産の集合の、債権者への優先的又は排他的な弁済への（au paiement préférentiel ou exclusif）、優先的又は排他的な引当て（l'affectation préférentielle ou exclusive）である。

(127) 二〇二〇年一二月一八日オルドナンス準備草案（http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-suretes-avant-projet-dordonnance-33667.html）では、「優先的担保（先取特権、質権など）」と「排他的担保（所有権担保）」を区別し、物的担保に新たな定義を与えるとの理由から、本文に掲出した条文案が提案されて、それが二〇二一年九月一五日オルドナンスでも維持されている（*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 séptembre 2021, texte 18 sur 133*, p. 7）。前注の二〇一七年準備草案と比較すると、二〇一七年準備草案が、優先的か排他的かを成立段階の引当てと実行段階の引当ての二段階で評価する書きぶりであったところ、二〇二〇年準備草案および二〇二一年オルドナンスでは、「優先的又は排他的な弁済への引当て（l'affectation au payement préférentiel ou exclusif）」と簡略化した書きぶりとなっている。これは、所有権担保の法形式を採らない「債権質」についても「排他的権利」を付与する点との整合性が意識されたものと推察される。

(128) Grimaldi (Michel), Mazeaud (Denis) et Dupichot (Philippe), Présentation d'un avant-projet de réforme des sûreté, *D. 2017*, 4. C. 先行して、弁済への「排他的権利」を認めた判例として、Cass. com. 26 mai 2010, *Bull. civ.*

IV, n° 94がある。二〇二一年九月一五日オルドナンス（九条）は、債権質の取立権に関する二三六三条については、競合やそれゆえに順位の問題を生じさせる「優先的権利（droit préférentiel）」ではなく、質権債権者が他の債権者を排除し、それゆえに優先されることは起こりえないという意味で、留置権（droit de rétention）に根拠を置く「排他的権利（droit excusif）」を質権者に与えるもの（その点は、最新の判例（Civ. 2e, 2 juillet 2020, n^{os} 19-11.417 et 19-13.636）に合致するもの）であり、かつ与信実務において設定者が引き続き受領することを望むならば、それを妨げる趣旨ではないとして、以下のとおり改正を行うこととした（*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre 2021, texte 18 sur 133*, p. 9 ; *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 séptembre, texte 19 sur 133*, l'art. 9）。

【第二三六三条】（二〇二一年オルドナンス）

第一項　通知の後は、質権債権者のみが、質権が設定された債権について留置権を享受し、かつ元本についても利息についても弁済を求める権利を有する。

第二項　質権者は、他の債権者を正式に召喚したうえで、設定者と同様に、その履行を訴求することができる。

(129) 二〇二一年オルドナンスは、二〇一七年準備草案にほぼ準拠し、先順位の質権債権者の取立権・弁済充当権を確保するために、二三六三条に続いて、以下の規定を整備している（二〇一七年準備草案の規定については、片山＝齋藤・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案」一一二～一一六頁参照）。

【第二三六一―一条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

同一の債権が順次の質権の目的となるときは、債権者の順位は、証書の順によって規律される。日付において先んじた債権者は、債務者が弁済をなした者に対して償還請求権を有する。

【第二三六四条】（二〇二一年オルドナンスにより二項の修正）

第一項　質権の設定された債権として支払われるべき金額は、被担保債権の期限が到来している場合には、これに充当される。

第二項　反対の場合には、質権債権者は、被担保債務が履行されるときにこの金額を返還することを条件として、金額を受領する権限を付与された金融機関にその為に開設された、特別に引き当てられた口座において、担保として金額を保管する。被担保債権の債務者が不履行に陥り、付遅滞が奏功しないまま八日間が経過した場合には、債権者は、支払われていない金額の限度で、資金をその債権の返済に充てる。

(130) 二〇一七年改正準備草案の二三六一―一条（前注参照）の解説は、「それが非移転的な担保である質権に固有のルールであり、このような可能性は、担保目的での信託的譲渡においては見出すことはできない」とする（片山＝齋藤・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案」一一三頁参照）。

(131) *Cf. ex.* Cass. com., 19 déc. 2006, *RTD civ.*, 2007, pp. 160 et s., *obs.* P. Crocq ; *D.* 2007, pp. 344 et s., note Ch. Larroumet ; *JCP* E 2007, 1131, note D. Legeais ; *etc.*

(132) ピエール・クロック＝斎藤由起訳「フランス法における債務法改正後の債権譲渡」ノモス（関西大学）三九号（二〇一六年）一頁以下、白石大「債権譲渡の対抗要件制度に関する法改正の日仏比較」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ債権総論・契約（1）』（商事法務、二〇一八年）二一一頁以下など。

(133) *Cf. ex.* Grimaldi, Mazeaud et Dupichot, *Présentation d'un avant-projet de réforme des sûreté*, 5. B. ; *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre 2021, texte 18 sur 133*, pp. 9-10 ; *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre, texte 19 sur 133*, l'art. 11, VII.　二〇二一年オルドナンスは、以下の規定を設けている（二〇一七年準備草案の規定については、片山＝齋藤・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案」一二二～一二三頁参照）。

【第二三七三条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

債権の所有権は、第一三二一条乃至一三二六条を適用して締結される契約の効果として、債務を担保する目的で譲渡することができる。

【第二三七三―一条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

第一項　被担保債権および被譲渡債権は、証書において示される。

第二項　これらの債権が将来の債権である場合、証書はそれらの特定を可能とし、又はそれらの特定を可能にする要素（債務が誰であるか、弁済の場所、債権の性質、債権の額又は評価額、及び弁済期があるときは弁済期）を含まなければならない。

【第二三七三―二条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

第一項　被譲渡債権として譲受人に支払われた金額は、被担保債権の弁済期が到来している場合には、被担保債権に充当される。

第二項　反対の場合には、譲受人は、第二三七四―三乃至第二三七四―六（後注（140）参照）に規定された条件において、金額を保管する。

【第二三七三―三条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

被譲渡債権が弁済される前に、被担保債権が完済された場合には、譲渡人は、当然に被譲渡債権を回復する。

（134）*Cf. ex.* Bourassin et Brémond, *Droit des sûretés*, n° 745, pp. 538-539 ; *etc.*

（135）*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre 2021, texte 18 sur 133*, pp. 9 et 14 ; *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre, texte 19 sur 133*, les articles 9 et 26. 削除された旧規定は以下のとおりである。

【旧第二三五七条】（二〇二一年オルドナンスで削除）

債権が将来の債権を目的とするときは、質権債権者は、債権の発生時に債権の上の権利を取得する。

【旧第一三一三条】（二〇二一年オルドナンスで削除）

第三項　ただし、将来債権の移転は、当事者間でも第三者との関係においても、その発生の日にしか生じない。

（136）*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce, J.O. 16 septembre 2021*, texte 20 sur 133, p. 3.

（137）商法典第L・六一二―一一に以下の規定が追加されることになった（Ministère de la justice, Ordonnance n°

2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce, *J.O. 16 septembre 2021, texte 21 sur 133*, art. 19）。

【商法典第 L. 六二二―二一条Ⅳ】（二〇二一年オルドナンス）

第一項　開始決定は、同様に、それがいかなる方式であっても、財産若しくは権利の付加又は補充による、とりわけ通貨金融法典 L. 二一一―二〇において規定されている口座に記帳された債券を補充する債券又は果実及び産出物の登記による、又は債務者の財産若しくは権利の移転による約定物的担保又は約定留置権の目的資産のすべての拡張を、当然に禁止する。

第二項　とりわけ手続開始決定の日付までに生じていない債務者の財産又は権利についての移転に関して定める反対の規定は、すべて、開始手続が宣言された日付以降は適用されない。

第三項　しかしながら、資産の拡張は、通貨金融法典第 L. 三一三―二三条に規定されている債権譲渡が、手続開始より前に締結された枠契約の履行としてなされる場合には、それから有効に生じることができる。この拡張は、同様に本章の反対の規定又は通貨金融法典若しくは保険法典によって定められた適用除外によっても生じることができる。

(138)「現金質（gage-espèce）」については、*Cf. ex.* Aynès, Crocq et Aynès, *op. cit.*, n° 287, pp. 315-317 ; Lemaitre (Freddy), *La monnaie comme objet de sûretés*, LGDJ, 2017, n^os^ 185 et s., pp. 277 et s., n^os^ 275 et s., pp. 478 et s., n^os^ 321 et s., pp. 546 et s. ; *etc.*

(139) *Loi Pacte, société, commercial, social*, p. 150.

(140) 二〇二一年担保法改正オルドナンスでは、以下の規定が設けられることとなった（*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre 2021, texte 18 sur 133*, p. 10 ; *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre, texte 19 sur 133*, l'article 11）。

【第二三七四条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

ユーロ又はそのほかの通貨による金銭の所有権は、現在又は将来の、一つ又は複数の債権の担保として譲渡

することができる。

【第二三七四―一条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

第一項　譲渡は、書面によって締結しなければならず、これに反する場合は無効となる。

第二項　この書面には、被担保債権を示さなければならない。被担保債権が将来の債権である場合、証書は、それらの特定を可能とし、又はそれらの特定を可能にする要素（債務が誰であるか、弁済の場所、債権の性質、債権の額又は評価額、及び弁済期があるときは弁済期）を含まなければならない。

【第二三七四―二条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

譲渡は、譲渡される金銭の引渡しによって、第三者に対抗することができる。

【第二三七四―三条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

譲受人は、金銭の引当てを明記した反対の合意がない限り、金銭を自由に処分することができる。

【第二三七四―四条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

第一項　反対の条項がない限り、譲受人が譲渡された金銭について自由な処分権を有しない場合、それから生じる果実又は利息は、担保の目的資産を拡張する。

第二項　譲受人が譲渡された金銭について自由な処分権を有する場合、それらは、譲渡人の利益において利息となることを合意することができる。

【第二三七四―五条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

債務者が不履行となった場合、譲受人は、果実及び利息が生じたときにはそれを加算した金銭の額を、被担保債権に充当することができる。必要な場合、譲受人は、譲渡人に超過分を返還する。

【第二三七四―六条】（二〇二一年オルドナンスにより新設）

被担保債権が完済された場合、譲受人は、果実及び利息が生じたときにはそれを加算して金銭を譲渡人に返還する。

(141)　前注(124)および(136)引用文献参照。デュピショは、「清算（liquidation）」手続においては、排他的担保の実効性はすべて維持されるべきであるが、「再生・救済（sauvetage）」手続きにおいては、排他的担保も制約を受けるこ

とになるであろうと分析する（Dupichot, *op. cit.*, n° 18, p. 226）。

(142) なお、フランスの所有権留保は、「排他的担保」の一つであり、対抗要件としては書面により所有権留保条項を定めることが必要であるが（民法典二三六八条）、登記等の公示は要求されておらず、倒産手続きにおいても一定期間、取戻請求訴権の行使（商法典L. 六二四―九条）が認められている（瀬戸口・前掲「第一部　フランス法」五六～五九頁など参照）。二〇一七年準備草案では、判例を変更して、①附従性を明記すること（二三六七条二項第二文）、②転得者への転売代金債権や保険金債権への留保権者の物上代位の行使に対して、取得者・保険者が抗弁を対抗することを認める規定を導入すること（二三七二条一項三項）が提案されていたが（片山＝齋藤・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案」一二〇～一二二頁、アンソー・前掲「二〇一七年フランス担保法改正準備草案に関する一考察」九七～九八頁など参照）、二〇二一年オルドナンスでは、②が採用されている（*Rapport au Président de la République relative à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, J.O. 16 septembre, texte 18 sur 133*, L'art. 10）。

(143) 担保法制の改正とともに、民法における「物」概念や「物権」概念の見直しも重要な課題となるであろう（この点につき、片山直也「第一七五条の二（代替案）（物権の目的及び内容）」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』（成文堂、二〇二一年）二一三頁以下など参照）。

(144) この点につき、藤澤・前掲「岐路に立つ日本の動産担保法制」一三～一四頁など参照。

(145) この点につき、井上聡「担保権者が把握するものと一般債権者に残すもの」東京弁護士会倒産部編『担保法と倒産・金融の実務と理論―担保法の検討課題』（別冊ＮＢＬ一七八号、二〇二一年）八九頁以下、沖野眞已他「座談会2　包括担保をめぐる課題」同『担保法と倒産・金融の実務と理論―担保法の検討課題』二八六～二八七頁【沖野発言】など参照。

(146) *Cf. ex.* Julienne (Maxime), Encore un nouveau gage ?! – La loi PACTE et la financiarisation des sûretés, *RDA*, Déc. 2019, pp. 146 et s. ; *etc.*

(147) *Cf. ex.* Benadiba, *L'examen critique des gages spéciaux : révélations autour de ces techniques d'appropriation directe de la valeur*, n^{os} 78 à 104 ; *etc.*

(148) 神作裕之「電子化された有価証券の担保化―『支配』による担保化」『有価証券のペーパレス化等に伴う担保権など金融取引にかかる諸問題』（金融法務研究会、二〇一三年）一二頁以下、道垣内弘人「金融取引における普通預金債権の担保化」金法二〇七一号（二〇一七年）六〇頁以下、和田勝行「普通預金の担保化に関する検討課題」ＮＢＬ一二〇〇号（二〇二一年）三二頁以下、小島庸輔「普通預金担保の立法と口座開設行の保護―ＵＣＣ第九編とＵＮＣＩＴＲＡＬモデル法の『コントロール』の比較から」早稲田法学九七巻一号（二〇二一年）三九頁以下など参照。

(149) フランス法が示唆するように、「排他的担保」の本質は、「支配」と「所有権」である（前注(26)参照）。それによれば、「排他的担保」は、債権質のように「支配」を要件とする占有担保および債権譲渡担保のように債権の担保権者への「帰属」を前提とする非占有担保に二分されることになる。これに対して、わが国の譲渡担保は、「担保目的に必要な範囲での所有権移転（債権移転）」とされることから、「担保所有権」を直ちに「排他的担保」の根拠とすることができず、担保権者への「取立権限の帰属」など、「支配」としての要素が存することが、「排他的担保」の要件となると考えるべきであろう。