

債権質権の制度的研究

—占有と担保価値維持概念を中心として—

L'étude sur le régime du nantissement de créance

原 謙一（国際社会科学研究所 博士課程後期 3年）

目次

序 章 本研究について	1
第 1 節 従来の議論と研究の必要性	2
第 1 債権質権の要物性と占有による区別	2
第 2 債権質権の拘束力と担保価値の維持	3
第 2 節 研究の課題と内容	6
第 1 本研究の課題	6
第 2 本研究の対象と内容	7
第 3 節 研究の意義	8
第 1 章 権利質権における占有	10
はじめに	11
第 1 節 狭義の指名債権質権における占有	13
第 1 平成 15 年改正にいたる状況	13
I. 学説上の理解の変遷	13
II. 実務上の問題点	16
第 2 平成 15 年改正以後の状況	20
I. 改正の趣旨と内容	20
II. 改正以後の状況	21
第 2 節 狭義の指名債権質権以外の権利質権における占有	22
第 1 有価証券に関する質権	22
I. 指図債権及び記名債権等に関する質権	22
II. 株式・社債等に関する質権	24
第 2 知的財産権に関する質権	28
I. 著作権等に関する質権	28
II. 特許権等に関する質権	30
第 3 電子記録債権に関する質権	32
I. 電子記録債権に関する質権の概要	32
II. 電子記録債権に関する質権における占有	32
第 3 節 小 括	33
第 2 章 債権質権の効力と担保価値の維持	36
第 1 節 債権質権の拘束力	37
序 論	37
I. 問題の所在	37
II. 研究の必要性	39

III. 第1節の構成.....	41
第1 判例の整理.....	41
I. 最判平成18年12月21日以前の判例について.....	41
II. 最判平成18年12月21日について.....	58
III. 第1に関する整理.....	66
第2 学説の変遷.....	67
I. 権利質権の法的性質に関する論争と拘束力（明治期）.....	67
II. 権利質権における物権性の承認と拘束力（大正－昭和初期）.....	79
III. 拘束力の留置的効力からの離脱（昭和初期以降－平成初期）.....	89
IV. 優先弁済的効力と拘束力の接近（平成初期以降）.....	96
V. 第2に関する整理.....	105
第3 若干の検討.....	106
I. 判例と学説の関係.....	106
II. 拘束力に関する学説と担保価値維持義務の関係.....	108
III. 担保価値維持義務と優先弁済的効力の関係.....	115
IV. 第3に関する整理.....	120
第4 小 括.....	120
第2節 担保価値の維持に関する法的位置づけ.....	124
第1 抵当権に関する判決との比較.....	124
I. 担保価値の維持に関する最高裁判決との比較.....	124
II. 担保価値の維持に関する近時の下級審判決との比較.....	135
III. 判例の整理.....	142
第2 担保価値の維持に関する概念構成.....	143
I. 優先弁済的効力からの概念構成.....	143
II. 概念構成に伴う課題とその検討.....	146
第3節 第2章のまとめ.....	148
第3章 フランス法上の債権質権制度.....	150
序 節.....	151
第1節 フランス法上の債権質権における占有.....	152
はじめに.....	152
I. フランス担保法の改正と先行研究.....	152
II. 日本法の状況と研究の必要.....	154
III. 第1節の課題と論述の順序.....	155
第1 送達手続による債権の占有.....	155
I. 証書交付の要否.....	155
II. 効力要件としての送達手続の機能.....	161

III. 第1に関する整理	167
第2 2006年改正後の債権質権における占有	167
I. 送達手続に代わる通知手続	167
II. 通知手続によって得られる質権者の権限	170
III. 第2に関する整理	177
第3 若干の考察	177
I. 日仏両制度の相違点	177
II. 日仏両制度の共通点	179
III. 占有の実質的な意義	180
第4 小 括	181
第2節 フランス法上の債権質権における留置概念	183
はじめに	183
第1 破毀院判例の理解	184
I. 事実と判旨	184
II. 判例の評価	186
第2 学説の対立	188
I. 債権質権における留置権を承認する見解	188
II. 留置権を消極に解する見解	191
第3 若干の考察	194
I. 債権質権における占有と留置の関係	194
II. 弁済を確保する機能を通じた比較の可能性	195
III. 小 括	196
第4章 全体的な考察	197
第1節 占有による約定担保物権の区別について	198
第1 要物性喪失の進行と債権質権の非占有担保化	198
I. 日本法における状況の確認	198
II. フランス法における状況との比較	200
第2 約定担保物権の区別について	201
I. 日本法における状況の確認	201
II. フランス法における状況との比較	202
第2節 担保価値を維持すべき負担・制約について	202
第1 担保価値維持義務の法的根拠と法的性質	203
第2 優先弁済的効力に基づく解釈の正当化	204
I. 日本法における状況	204
II. フランス法における状況との比較	205
第3節 債権質権制度のあり方について	206

第1 日仏の債権質権制度の比較.....	206
I. 日仏の制度の現状.....	206
II. 日仏の制度比較の可能性と有益性.....	208
第2 無体物の特殊性への認識の現状と制度の方向性.....	209
I. 無体物の特殊性に対する認識の現状.....	209
II. 日本の債権質権制度の今後の方向性.....	210
終章 本研究の結論.....	212
第1節 総括.....	213
第2節 残された課題.....	215
引用文献目録.....	216
【邦語文献】.....	216
1 概説書・単行本等.....	216
2 雑誌記事等.....	221
【仏語文献】.....	225
1 概説書・博士論文等.....	225
2 雑誌記事・論文等.....	226
3 判例等.....	227

序 章 本研究について

第1節 従来の議論と研究の必要性

第1 債権質権の要物性と占有による区別

これまで学説では、担保物権を法定担保物権と約定担保物権に分類し、信用取引の場面においては後者が活用されるとみてきた。そして、この約定担保物権について、担保目的に関する占有移転の有無を基準として区別し、抵当権を非占有型の担保、質権を占有型の担保と整理してきた¹。このように占有型の担保とされる質権には、質物の占有を要件とする物上質権（民法342条、344条）が存在し、さらに民法の規定上は債権質権を含む権利質権も質権に含まれている。

もっとも、債権質権は債権（無体物）を担保目的とする質権である。債権そのものは物理的に占有することは観念できないため、譲渡するにあたって債権証書の交付を要する債権のように証書との結びつきが密接である債権（証券的債権）を除けば、それ以外の指名債権に質権（以下、「債権質権」とする）を設定する場合の要物性は基本的には認められない²。このことは、平成15年の担保法改正において、証券的債権を除いて「証書の交付」は債権質権設定の効力要件とはならないとの改正がなされたことによって、制度的に確認されるに至った（民法363条）。したがって、債権質権の要物性は失われ、占有担保性が希薄化したといわれている³。このように、債権そのものの占有が困難であり、しかも要物性が欠けることが明確化したことからすれば、債権質権においては占有が希薄であり、この質権を占有型担保の中に位置付けることは問題がある。

そうだとすれば、占有を基準として約定担保物権を区別することが、そもそも適切といえるのかが問題となる。こうした問題はこれまで十分に議論されてこなかった。とはいえ、占有という基準によって約定担保物権を整理するならば、債権質権をはじめとした権利質権は占有担保たる質権の中に位置づけることができないことは否めない。したがって、民法上の担保物権について、このような区別の基準を維持し続ける限り、債権という無体物の存在を受け止めた正確な制度設計が実現されているとはいいいがたいように思われる。

特に、現代においては債権以外にも多くの無体物が登場しており、上記のような状況の見直しを図る必要性が高いのではなからうか。すなわち、知的創作活動の活発化に伴い、その保護のために特許権や著作権等の知的財産権が承認され、さらに、権利の流通を円滑化する

¹ このような理解を示すものとして、我妻栄『新訂担保物権法 [新訂第6刷]』（岩波書店・1975年）[初版・1936年] 14頁及び100頁、林良平編『注釈民法（8）物権（3） [復刊版]』（有斐閣・2013年）[初版・1965年] 3頁 [林良平]、道垣内弘人『担保物権法 [第3版]』（有斐閣・2008年）117頁が存在する。

² たとえば、債権の引渡しを否定するものとして、道垣内・前掲注1の105頁がある。

³ このような評価については、田高寛貴『クロススタディ物権法』（日本評論社・2008年）192頁、加賀山茂『現代民法担保法（現代民法シリーズ4）』（信山社・2009年）379頁、加賀山茂『債権担保法講義』（日本評論社・2011年）307頁を参照。

ために証券の存在しない株式や社債等も承認され、ついには電子記録債権の制度まで制定された。このように財産の領域における無体物の存在感は増すばかりであり、無体物の特殊性を認識した制度設計が求められるように思われるのである。

そうであれば、一般法たる民法においても、財産法領域における原理・原則を示す規範として、無体物の特殊性を受け止めた議論が必要であり、そうでなければ、民法は無体物を取り扱う各種の特別法との関係において、一般法として十分な機能を果たし得ないのである。したがって、無体物を担保とすることがあり得ることから、特に担保法の領域においてみれば、上記のような担保物権の分類や整理の問題は無体物の存在を明確に反映したものであることが迫られているといえるのである。

このように、債権質権における占有要件との関係において、民法が無体物の取り扱いや無体物の特殊性を受け止めた法的規律を目指すべく、その分類や整理の問題に関する検討の必要性が高いといえるのである。

第2 債権質権の拘束力と担保価値の維持

また、債権質権においては、質入債権が質権者によって価値を把握されているとはいえ、動産質権や不動産質権（以下、「物上質権」）のように質物を物理的に支配しているわけではない。したがって、第三債務者が質入債権について設定者へ弁済を行うことや設定者に対する反対債権によって相殺に供することもあり得る。

学説はこれらの行為についてその法的効力を失わせるための解釈を提示してきた。すなわち、大正期には質権の効力を保存するために、設定者には「目的債権を保存する義務」が承認され、質入債権の取立等が禁止された⁴。それ以降、昭和期には債権質権が「その目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」（拘束力）があるとされ⁵、これが差押えと対比されて民法 481 条の類推から質入債権の弁済や相殺等が禁止された。さらに、平成期にも「設定者・第三債務者は目的債権の行使等につき、いくつかの拘束を受ける」とされ、その拘束の内容として「設定者は、質権者のために目的債権を健全に維持する義務を負う」といわれている⁶。

その後、最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 卷 10 号 3964 頁（以下「平成 18 年判決とする」）が債権質権の事案において担保価値維持義務を承認した。すなわち、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許

⁴ 中島玉吉『民法積義 卷ノ二下 [初版]』（金刺芳流堂・1916 年）1012 頁は、大正期に債権質権に関して本文のような義務を承認していた。

⁵ 我妻栄『民法講義Ⅲ 担保物権法 [初版]』（岩波書店・1936 年）175 頁が本文の指摘をする。なお、同書の新訂版である我妻・前掲注 1 の 191 頁も同趣旨を示している。

⁶ 道垣内・前掲注 1 の 111 頁がこの立場を明らかにしている。

されない」と述べられているのである。

そこで、①判例が承認した上記の義務について、学説が指摘する債権質権の拘束力との関係をどのようにみるのか問題となる。また、②そもそも担保価値維持義務とはどのような法的性質であり、どのような法的根拠によって発生するのか。すなわち、物的義務であるのかあるいは契約上の義務なのかは明らかにはされておらず、これも問題として残されていた⁷。

さらに、上記の平成 18 年判決以前には、抵当権の領域において最判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 卷 8 号 1899 頁（以下、「平成 11 年判決」とする）が「抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態（筆者注：抵当権侵害の状態）を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」ことを認めていた（以下、本章では同請求権を「担保価値維持請求権」とする）。この担保価値維持請求権の法的性質は物権的請求権であることが示されてきた⁸。

もっとも、上記のように、担保目的の価値を維持するという考え方を示すいくつかの判例が登場しているものの、このような判例を総合して、担保価値維持請求権や担保価値維持義務の法的性質や法的根拠について詳細に分析した研究は乏しかった⁹。そこで、③判例に現れた事案を総合的に整理し、これまでの学説と比較すると、担保価値維持請求権や担保価値維持義務の法的性質や法的根拠を実体法上どのように位置づけることができるかという点も理論的な問題として残されてきたのである。

こうした状況下で、担保価値維持の問題はその後も広がりを見せている。すなわち、質権の領域では質入債権の消滅や変更等の問題以外にも担保価値維持義務が問題となる場面が存在し¹⁰、また、債権質権以外の権利質権についても担保価値維持義務の有無が議論

⁷ 松尾弘『物権・担保物権法 [第 2 版]』（弘文堂・2008 年）300 頁、片山直也「判批」ジュリスト増刊 1354 号（2008 年）71 頁、片山直也『詐害行為の基礎理論 [初版]』（慶應義塾大学出版会・2011 年）624 頁等を参照。

⁸ このような評価を示すものとして、山野目章夫「抵当不動産を不法に占有する者に対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの許否—最大判平成 11・11・24 をめぐって」金融法務事情 1569 号（2000 年）49 頁、道垣内弘人『『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』をめぐって—最大判平成 11・11・24 の理論的検討』ジュリスト 1174 号（2000 年）30 頁、森田修『債権回収法講義 [第 2 版]』（有斐閣・2011 年）206 頁を参照。

⁹ 簡潔に平成 11 年判決と平成 18 年判決の関連についての指摘を行うものとして、片山・前掲注 7「判批」71 頁及び片山・前掲注 7『詐害行為の基礎理論』624 頁は、平成 11 年判決と平成 18 年判決を比較して、これらを連続したものと位置づけ、設定者に対する担保価値維持義務等を根拠づける方向性が示されている。また、植竹勝「ABL における担保価値維持義務—ABL 取引に関する契約実務を踏まえて—」金融法務事情 1967 号（2013 年）21 頁は、平成 11 年判決及び平成 18 年判決を参照し、担保価値維持義務を抵当権や質権の当然の物権的な効力から認められる裁判規範であり、設定者に対する行為規範でもありと論じている（行為を否定する規範との観点を述べるものとして、谷口安史「判解」法曹時報第 61 卷第 3 号 [2009 年] 308 頁も参照）。

¹⁰ 転質における拘束が担保価値維持義務と同趣旨であることについて片山・前掲注 7「判批」71 頁を参照。また、質権者自身が直接に質物を占有する動産質権であっても、設定者が質権者のもとに向いて、あえて質権を害するような積極的な行為に出るならば担保価値維持義務を認める余地はあることを指摘するものとして、清水恵介「担保価値維持義務について—最高裁判所平成十八年十二月二日判決に示唆を受けて—」民事法情報 No. 250（2007 年）23 頁がある。

されている¹¹。もちろん、抵当権や ABL¹²等の領域においても担保価値の維持は重要な問題と理解されており、議論が展開されている¹³。

このように個別の問題領域との関係で担保価値維持義務の有無や影響を議論することはこれまで多く行われてきた。しかし、担保目的の価値を維持するという概念が実体法上どのように位置づけられるべきかという理論的な観点から、これまでの判例や学説を検討されることは少なかったように思われる。したがって、上記の個別の領域における担保価値維持概念を議論する前提として、その法的根拠や法的性質を実体法上でどのように位置づけるのかを理論的な観点から論じるため、上記①～③について検討する必要があるといえる。

¹¹ 株式に関する質権について担保価値の維持や拘束力を論じるものとして、我妻・前掲注 1 の 202 頁、山下友信編『会社法コンメンタール 3—株式 (1)』(商事法務・2013 年) 445～447 頁 [森下哲朗] があり、特許権に関する質権等について担保価値の維持を契約等の問題として論じるものとして、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解 特許法【上巻】』(青林書院・2011 年) 1340～1341 頁 [林いづみ] があり、著作権に関する質権への判例上の担保価値維持義務を応用することを論じるものとして、原謙一「著作権の質権に関する考察—民法との理論的關係について—」著作権情報センター編『第 9 回 著作権・著作隣接権論文集』(2014 年) 26 頁以下がある。また、電子記録債権についても拘束力を論じるものとして、青木則幸「質権」池田真朗ほか編『電子記録債権法の理論と実務』別冊金融・商事判例 (2008 年) 99 頁を参照。

¹² Asset Based Lending の略であり、企業が保有する在庫や売掛金などを担保とする融資手法である(秋田能行「ABL (動産・売掛金担保融資) の積極的活用」金融法務事情 1967 号 [2013 年] 57 頁を参照)。

¹³ 片山直也「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務—最高裁第一小法廷平成二二年九月九日判決を契機として—」法学研究第 84 巻第 12 号 (2011 年) 308～311 頁は、借地上の建物に抵当権が設定され、敷地所有者が抵当権者に対して借地契約を解除する時点で通知する義務を負う場合に、同義務が懈怠されたまま借地契約が解除された事案において、事前の通知義務に違反した敷地所有者が損害賠償の責任を負う場合があり(最判平成 22 年 9 月 9 日判例時報 2096 号 66 頁)、この場合を担保価値維持義務の延長線上に位置付ける理解を示している。また、増担保については、片山直也「判批」金融法務事情 1844 号 (2008 年) 32 頁が担保価値維持義務の問題とし、さらに、設定者が信義則上担保価値維持義務を負うため、同義務に違反すれば、増担保義務が生じる場合があるとの理解を示すものとして、椿久美子「増担保請求権の民法上の位置づけ—期限の利益喪失および抵当権侵害と関連させて—」明治大学法科大学院論集第 11 号 (2012 年) 56 頁がある。加えて、平成 18 年判決を前提として担保価値維持義務と抵当不動産の第三取得者の費用償還請求権との関係を論じたものとして、藤澤治奈「抵当不動産の第三取得者の担保価値維持義務と民法 391 条」大塚直ほか編『社会の発展と権利の創造—民法・環境法の最前線』(有斐閣・2012 年) 31 頁以下が存在する。ABL に関しては、森田修「ABL の契約構造—在庫担保取引のグランドデザイン—」金融法務事情 1959 号 (2012 年) 39 頁及び同頁の注 6 が、平成 11 年判決を前提として担保権の内容として「担保価値維持義務」が認められ、この義務は不動産担保の枠を越えて流動産担保の実行前の物権的効力の内容を具体化するとの理解を示し、また、植竹・前掲注 9 の 20～21 頁が平成 11 年判決や平成 18 年判決を前提に担保物権の効力から担保価値維持義務を承認し、同義務が ABL の場面にも波及することを論じている。さらに、片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権—担保価値維持義務論の視点から—」池田真朗ほか編『民法 (債権法) 改正の論理【別冊ターゲット】』(新青出版・2010 年) 159 頁以下では、債権者代位権及び詐害行為取消権と担保価値維持義務の接点が探求されている。

第2節 研究の課題と内容

第1 本研究の課題

そもそも、90年代のいわゆるバブル経済の崩壊以後、不動産担保以外の金融促進手段として動産担保や権利担保が注目されてきた¹⁴。さらに、近年では原則として経営者以外の第三者に対して個人連帯保証を求めない実務が定着しているといわれており¹⁵、民法（債権法）の改正においても、経営者以外による個人保証を原則無効とする方向性が示されている¹⁶。このように保証の成立範囲が縮小し、人的担保の活用範囲が狭まりつつある。加えて、政府は経営者についても資産や収入に応じて個人保証に上限を設けるとの方針を示しており¹⁷、企業が人的担保を利用する余地が狭まり、これまで以上に不動産以外の物的担保が必要とされる可能性があるといえる。現に、近時では上記のABLの普及・発展が目指されており、動産や権利の担保は信用取引の領域において、さらに重要性を増す可能性がある。

もともと、日本の企業が保有する資産として売掛金の総額が不動産の総額に匹敵するといわれながらも、売掛金債権等の活用は十分にされていないとの指摘がある¹⁸。現に、債権を担保化するにあたっては譲渡担保の利用も考えられ、近時では、電子記録債権法も制定されており、その電子記録債権の担保としての活用も期待されている。そうだとすると、民法上の権利担保である債権質権の活用の余地はほとんどないといった悲観的な評価もあり得るのであって、債権質権制度の存在意義がいずこにあるといえるのか危ぶまれる状況である。そこで、民法上の権利担保である債権質権は今後のさらなる活用可能性を見出すために、現行制度を見直すべき局面にきたといえる。

こうした点から、本研究では次のことを課題としている。すなわち、無体物である債権に関する質権が民法上の権利質権の中心となっている現状で、債権質権における占有という要件面に関連する問題や担保価値の維持という効力面に関連する問題、つまり債権質権制度に関する具体的な各問題点について、現在の制度やそれに関する議論についての限界や不十分さを指摘し、今後の債権質権の利用可能性を示すことによって、債権を例として民法上で無体物をどのように取り扱うべきかを明らかにし、私法の一般法たる民法が無体物の存在を前提とした法的規律として機能し得るか、また、特別法との関係においても一般法と

¹⁴ 鎌田薫編『債権・動産・知財担保利用の実務』（新日本法規出版・2008年）3～4頁〔小宮義則〕。

¹⁵ これが金融庁の監督指針等による影響であることを指摘するものとして、木村健太郎「経営者以外の個人保証の禁止」金融法務事情1967号（2013年）101頁がある。

¹⁶ 保証人が個人である場合、①貸金等根保証契約（民法465条の2第1項）及び②事業者の貸金等債務を主債務とする保証契約を原則的に無効とする方向を提案するものとして、民法（債権関係）の改正に関する中間試案「第17 保証債務」の「6 保証人保護の方策の拡充」の（1）を参照。

¹⁷ 朝日新聞2013年1月18日（金）朝刊3面を参照。

¹⁸ これを指摘するものとして、池田真朗『債権譲渡の発展と特例法—債権譲渡の研究 第3巻—』（弘文堂・2010年）322頁がある。

しての存在意義を有し得るかを探ることが課題である。

第2 本研究の対象と内容

このような研究を行うにあたって、その素材としては日本の債権質権に関する判例及び学説を中心としながら、日本の質権制度の母法であるフランス法との比較を予定している。そこで、以下ではその概要を簡単に提示する。

まず、「第1章 権利質権における占有」では、債権質権が平成15年改正以前に要物性を維持していた根拠を明らかにし、その後、どのような経緯を経て改正がなされ、条文上要物性を失ったかを概観し（第1章第1節）、そのような要物性の後退現象が民法外の権利質権についても認められることを確認して（第1章第2節）、権利質権全体において占有がその意義を失いつつあり、占有に依存する約定担保物権の整理に限界がきていることを示した。

そして、「第2章 債権質権の効力と担保価値の維持」では、1章で債権質権が要物性を失って非占有担保化しているとの前提を受け、要物性を完全に失った債権質権を中心に、その効力に関する従来の議論を確認した。すなわち、質入債権の消滅や変更等を防止するために判例や学説がこれまでどのような説明をしてきたのかを確認し、その状況が優先弁済的効力と関連性を深めているとの評価を述べた（第2章第1節）。その上で、担保価値維持義務に関する債権質権の領域における判例と担保価値維持請求権に関する抵当権の領域における判例を素材に、債権質権と抵当権を比較した上で、判例が承認する担保価値維持に関する法理を優先弁済的効力との関係で実体法上概念構成できるかを検討した（第2章第2節）。すなわち、上記の判例の比較から、担保価値維持義務は担保価値維持請求権に対応した義務として理解することは困難であり、むしろ、債権質権と抵当権に共通する概念である優先弁済的効力を法的根拠として、設定者や担保物権を対抗される第三者に「担保価値を害さないという不作為義務」が課されるとの試論を提示したのである。

このような日本法上の議論を明らかにすると、占有を通じた約定担保物権の整理や担保価値の維持を実体法上どのように概念構成するのかといった問題が明確になるものの、これは日本法上でこれまで十分に議論されてきたわけではなかった。そこで、日本の質権の母法となるフランス法を比較対象として設定し、上記の問題を解決する可能性を探った（「第3章 フランス法上の債権質権制度」）。すなわち、フランス法は法典上の整理として占有による担保物権の整理を放棄して担保目的による区別を採用しており、このように占有の後退現象が認められる状況下で、債権質権者の弁済を確保するために、質入債権の消滅等を防止する手段が物権的な仕組みとして議論されているのである。

そこで最後に、上記の日仏の状況を踏まえた全体的な検討を「第4章 全体的な考察」において示し、その検討からの結論と残された課題を「終章 本研究の結論」において提示した。すなわち、日本法における約定担保物権が占有による分類に限界を生じているという点

から母法を参照すると、日本法においても担保目的によって約定担保物権を整理する可能性のあることを述べた。また、母法が債権質権者の弁済を確保する物権的な仕組みとして質入債権の消滅等の防止を議論していることからすれば、日本法上でも優先弁済的効力という担保物権の効力を根拠として、弁済確保のために「担保価値を害さないという不作為義務」を導出する解釈を示したのである。

第3節 研究の意義

① まず、本研究は債権質権における占有と担保価値の維持という概念を中心として、債権質権の制度を実体法的に明確化し、制度の成熟を図る意義がある。

すなわち、これまで債権質権は非占有型の担保物権として明確に位置づけられることは少なかったし、また、優先的弁済効力については取立権、換価権、流質の可否といった質権の実行手段の問題の中で論じられるだけで、民法上における効力として優先弁済的効力そのものの固有の実体法的な意味や内実が明確に論じられることは少なかった¹⁹。

そこで、本研究のように、債権質権の占有要件の意味・必要性や現在の約定担保物権の整理の限界を示し、また、債権質権の優先弁済的効力から担保価値を維持すべきという一般的な負担や制約が課されるということについて論じることは、占有要件の位置づけを明らかにし、また、優先弁済的効力の実体法上の現実的な機能を示すという理論的意義に加えて、上記の諸点の明確化に伴って、債権質権制度そのものを明確化するという意義がある。

② 加えて、このように個別の問題と関連して債権質権制度が明確化されることによって、無体物の民法上での取り扱いを明らかにし、債権質権制度の活用を促進する可能性を引き出す意義もあろう。

すなわち、現在、民法（債権法）の改正が検討されており、そこでは一般的に定着した概念が明文化され²⁰、民法の編成自体の変更も視野に入っているとされる²¹。この改正の後には担保物権法の改正も検討される可能性があり²²、今後は担保物権法の一般的な原理の明文化や編成の見直しが必要となる可能性もある。特に、前述の通り、人的担保の縮小傾向が

¹⁹ たとえば、担保物権のうち質権では、留置的効力についてみると、当該効力そのものから「質物を留置することができる」（民法 347 条）という具体的な効果が認められるし、収益的効力は「使用及び収益をすることができる」（民法 356 条）という具体的効果を生じる。そして、優先弁済的効力に関しては、「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」と定められており（民法 342 条）、優先弁済を受けることだけを内容とする効力のようにも思われる。だが、優先弁済的効力が担保目的の価値を把握することまで含むとの理解もあり（高木多喜男『担保物権法〔第4版〕〕〔有斐閣・2007年〕8頁、安永正昭『講義 物権・担保物権法〔初版〕〕〔有斐閣・2009年〕228頁）、その効果の内容や範囲が必ずしも十分に明確化されてきたとはいえないように思われる。

²⁰ たとえば、法律行為の意義（中間試案「第1の1」）や契約自由の原則（中間試案「第26の1」）などを明文化している。

²¹ 大村敦志『民法改正を考える』（岩波書店・2011年）153頁を参照。

²² 内田貴『民法改正—契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房・2011年）224頁、大村・前掲注21の56～57頁等を参照。

進行し、物的担保のうち動産や権利に関する担保にこれまで以上の注目が集まるならば、権利担保の一つである債権質権も今後活用が望まれ、制度の変更や関連する新制度の制定などがあり得る。

そうであれば、債権質権の占有要件や担保価値維持義務の法的性質や法的根拠という問題を通じて債権質権制度全体を明確化することは、現行法が債権という無体物の特殊性を前提とした議論を受け入れる余地があることを明らかにし、さらに、現在の民法上の債権質権制度を一定程度明確化して、同制度へのアクセスの容易化を実現し得る可能性を提示することができる。このような本研究は今後の担保物権のあり方を検討する際の材料を提供するだけでなく、一般法たる民法における無体物の取り扱いを明らかにし²³、現行制度の利用者に対して制度の予測可能性を高め²⁴、もって法的安定性の確保に資するものであり、債権という無体物の信用取引における活用を促進するという現実的意義をも有するであろう。

²³ 本文で既に述べたように質権や抵当権の諸領域において担保価値維持義務が議論されており、約定担保物権全体において担保価値の維持が必須の前提となる可能性がある以上、一般法上の概念として担保価値維持概念を理論的に位置づけることは債権質権以外の他の場面においても参照に値し、その理論的な意義や影響力は高いといえる。

²⁴ たとえば、担保とされた財産につき担保権者はどのような範囲で担保に供された財産の利用を制限できるか、また担保設定者にとっては担保として提供した財産の利用はどこまで可能かという限界を明らかにすることになる。

第 1 章 権利質権における占有

はじめに

民法は第2編第9章の第4節において権利質権に関する条文を設けている。権利質権に関するこの条文は平成に入っていくつかの変更を余儀無くされてきた。すなわち、平成15年の担保・執行法に関する改正、平成16年の民法の現代語化、さらに、平成17年の会社法の制定及びその平成18年からの施行にともなって、内容の変更や条文の削除がなされてきたのである。ここで、平成15年改正以前の債権質権に関する規定を示すと、下記の通りである。

363条

債権ヲ以テ質権ノ目的ト為ス場合ニ於テ其債権ノ証書アルトキハ質権ノ設定ハ其証書ノ交付ヲ為スニ因リテ其効力ヲ生ス

364条

1 指名債権ヲ以テ質権ノ目的ト為シタルトキハ第四百六十七条ノ規定ニ従ヒ第三債務者ニ質権ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ第三債務者其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

2 前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス

365条

記名ノ社債ヲ以テ質権ノ目的ト為シタルトキハ社債ノ譲渡ニ関スル規定ニ従ヒ会社ノ帳簿ニ質権ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ之ヲ以テ会社其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

本章において特に注目するのは、上記の平成15年改正前の民法363条との関係である。すなわち、平成15年改正以前においては、民法363条は債権を質入れする際に証書が存在するならば、証書の交付が質権設定の効力要件となることを規定しており、権利という無体物に関する質権についても、証書が存在する限りで、証書の交付や占有という形で要物性が求められてきた。

このように、民法363条は証書が存在する債権については要物性を認めていた。しかし、この条文は、後に詳細を述べるように、平成15年改正において変更を受け、証書が存在する債権の一部は要物性を失うことになる。すなわち、平成16年に現代語化された民法363条の内容を示すと、①「譲り渡すにはその証書を交付することを要する」債権（証券的債権）には質権の設定にあたって証書の交付が要件となるものの、②上記①の証券的債権以外の債権（狭義の指名債権）については証書の交付を必要としないと理解されるに至ったのである。

民法上では、①証券的債権としては、指図債権（民法469条）、記名式所持人払式債権（民法471条）、無記名債権（民法473条）が存在している。もともと、無記名債権は動産とみなされる（民法86条3項）。さらに、記名式所持人払式債権とは、たとえば、記名式だが

持参人払式の文言がある選択持参人払式の小切手の場合であり（小切手法 5 条 2 項）、このような持参人払式小切手は当該小切手の所持人に弁済することが求められることから、無記名債権と同様とみるべきである¹。したがって、無記名債権やそれと同視される記名式所持人払式債権といった証券的債権は動産質権に準じて理解すべきであるので²、証券の引き渡しが必要となり（民法 344 条）、権利質権としては扱われない³。

このように民法に規定が存在する証券的債権の中心は指図債権となる。これに加えて、民法上に明文規定は存在しないが、指図禁止手形や指図禁止小切手のような裏書を禁止された有価証券は指名債権譲渡に関する方式及び効力をもってのみ譲渡が可能となり（手形法 11 条 2 項、77 条 1 項 1 号、小切手法 14 条 2 項）、記名債権として扱われる。もともと、これらも有価証券である以上、証券の存在が前提となるので、譲渡に証券の交付が必要となり、このような記名債権も民法 363 条の証券的債権といえる。

なお、民法の起草者は記名債権として、記名株式、記名社債、記名国債等も民法 363 条に含まれると理解していたようである⁴。この意味では、先にみた平成 15 年改正以前の規定が、株式や社債に関する規定を有していたことは一定の意味があった可能性があるとの理解が示されながらも、こうした条文を民法に用意することには疑問も呈されており⁵、株式及び社債については結局平成 17 年の会社法の制定とその平成 18 年の施行によって、会社法に引き受けられ、上記の民法 364 条 2 項及び 365 条は削除された。

これらを前提として、②証券的債権以外の債権の範囲を示すと以下ようになる。すなわち、債権から「指図債権」、「記名式所持人払式債権」、「無記名債権」といった民法上の証券的債権を除いた債権（指名債権）のうち、さらに、民法外で認められる証券的な指名債権である「記名債権」を除外した狭義の指名債権である。

以上から、平成 15 年改正以後の民法 363 条は、狭義の指名債権か証券的債権（指図債権及び記名債権）かによって、証書の交付要件を課すか否かを区別し、狭義の指名債権質権には証書の交付を要求していない。そこで、本章においては、まず権利質権のうち特に狭義の指名債権質権について、平成 15 年改正の前後で、引渡しや占有が民法上でどのような位置づけにあるのかを概観していく（「第 1 節 狭義の指名債権質権における占

¹ 本文のような理解を示すものとして、林良平編『注釈民法（8）物権（3）[復刊版]』（有斐閣・2013 年）[初版・1965 年] 335 頁 [林良平]、浅木慎一『手形法・小切手法（第 2 版）』（中央経済社・2013 年）17 頁、前田庸『手形法・小切手法』（有斐閣・1999 年）31 頁等を参照。

² このような評価については、持参人払式小切手について林・前掲注 1 の 347 頁 [林]、無記名債権について道垣内弘人『担保物権法 [第 3 版]』（有斐閣・2008 年）103 頁を参照。

³ 持参人払式小切手についてこの結論を示すものとして、林・前掲注 1 の 347 頁 [林] があり、また、松岡久和＝中田邦博編『新・コンメンタール 民法（財産法）』（日本評論社・2012 年）453～454 頁 [梶山玉香] 及び生熊長幸『担保物権法』（三省堂・2013）199 頁が無記名債権についてこのような結論を示す。

⁴ たとえば、富井政章『訂正 民法原論 第 2 卷 物権』（有斐閣・1985 年）（第 2 卷上冊 [初版 1906 年] と第 2 卷下冊 [初版 1914 年] を合冊した 1923 年版の復刻版）525～527 頁がこのように理解を示す。

⁵ この点については、山野目章夫＝小粥太郎「平成十五年法による改正担保物権法・逐条研究（2）●債権質・不動産の収益に対する抵当権の効力」NBL779 号（2004 年）50 頁注 21 を参照。

有)]。その後、証券的債権や会社法に吸収された株式や社債等、さらには知的財産権や電子記録債権といった他の権利に関する質権における占有について概観する(「第2節 狭義の指名債権質権以外の権利質権における占有」)。

なお、平成15年改正以前の債権質権は、上記のように狭義の指名債権と証券的債権に条文上で区別されていなかったため、以下では改正以前の議論を紹介する際には、上記のような区別をせずに、証券の有無を明記するなどした上で、「債権質権」の用語を使用する。

第1節 狭義の指名債権質権における占有

第1 平成15年改正にいたる状況

I. 学説上の理解の変遷

1 学説による民法363条に関する理解

(1) 起草者の理解

民法の起草者は権利質権における占有に関して以下のように理解していた。すなわち、原則として、債権質権をはじめとした権利質権には引渡しがないとみており、引渡しや占有を前提とした総則の規定また動産質権及び不動産質権(以下では両者をあわせて、「物上質権」とする)の規定はこのような権利質権には準用されないと理解していた⁶。もっとも、債権に証書が存在すれば、有体物の引渡しと証書の交付を同視できるため、民法363条に従い、例外的に証書の交付を要求するのである⁷。このような起草者の理解は以下の2点に注目することができる。

すなわち、まず、起草者の理解としては、①債権に証書が存在することが通例であるとの観点にたつて、民法363条に基づく上記の理解が示されていた。つまり、債権のうち、証書の存在する債権の比率が高いという理解を基礎として、そのような債権については有体物に関する質権に引きつけて理解して、要物性を維持している。

もっとも、②権利は基本的には有体物を伴わないため、引渡しや占有を観念できないことを原則とみている。すなわち、債権のうち証書の存在しない債権をはじめとして、有体物の支配を欠く権利質権は引渡しや占有を観念できないとされ、有体物の存在を前提とした規定の準用はなく、占有という質権の要件面において、権利質権と物上質権の整合性を保てな

⁶ 梅謙次郎『民法要義 卷之二(オンデマンド版)』(有斐閣・2001年)[1911年版を復刻したもののオンデマンド版である]434頁及び486頁、富井・前掲注4の435頁及び517頁を参照。

⁷ 梅・前掲注6の486～487頁、富井・前掲注4の435頁及び517～518頁を参照。

いということが意識されていたのである。

(2) その後の学説の支持

そして、起草者が示した上記のような民法 363 条の趣旨は、その後も他の学説から支持を集めた。すなわち、動産質権や不動産質権は物の引渡しを必要としている以上、債権を目的とする質権についても、債権証書が存在するのであれば、その証書を引き渡すことを要求することが物上質権と権利質権の権衡を保ち、さらに、第三者に対する公示として適当であると理解されたのである⁸。

もっとも、このように占有を前提とする物上質権の規定を権利質権に準用するとしても、それは証書が存在する債権に質権を設定する場合に限定するか⁹、あるいは、証書の存在しない債権に関する質権については占有や留置を前提とする規定は準用されないといわれたのである¹⁰。したがって、起草者が原則とみた理解についても、その後の学説から支持を集めていたといえる。

2 民法 363 条に関する理解の変化

(1) 民法 363 条の前提の変化

このように民法 363 条は質権の目的となる権利に何らかの有体物を伴うときは、これを質権者に交付させて質権設定契約の要物性を貫こうとしており¹¹、学説上、民法 363 条の趣旨は、物上質権との均衡を保つこと、さらには、第三者への公示を図ることという理解が広がった。

しかし、①指図債権や動産とみなされる債権（無記名債権や記名式所持人払式債権）以外の債権についてみると、債権証書の交付は質権設定者から債権を処分する権能を奪うものではないし、ましてや、②質権の成立を公示するのに充分でもないことが指摘された¹²。

すなわち、物上質権において占有移転を要求する趣旨は公示に加えて、設定者から有体物を奪って、債務の履行を促す点にある。これに対して、債権質権においては、証書は単に債権の存在を示す証拠に過ぎず、債権の行使にあたって証書の所持が必要とされない以上、債権の証書を設定者から奪っても、設定者は質権者に無断で債権を行使することも可能であるため、設定者の弁済を促す機能は果たされない。また、債権質権の対抗要件としては民法 364 条が用意されている以上、あえて証書の占有によって債権質権の存在を公示する必要性がないのである¹³。

また、現実的には、債権に証書が存在しない場合も多いことが指摘され¹⁴、民法の起草者

⁸ たとえば、岡松参太郎『註釈民法理由 中巻 物権編 [8版]』（有斐閣・1899年）502～503頁、鳩山秀夫講述『担保物権法 [初版]』（国文社出版部・1928年）149頁を参照。

⁹ こうした考え方を述べるものとして、鳩山・前掲注 8 の 152 頁を参照。

¹⁰ このような立場は、中島玉吉『民法積義 卷ノ二下 [初版]』（金刺芳流堂・1916年）989頁及び林・前掲注 1 の 341 頁を参照。

¹¹ 我妻栄『新訂担保物権法（新訂第 6 刷）』（岩波書店・1975年）181頁がこうした評価を述べている。

¹² 我妻・前掲注 11 の 183 頁を参照。

¹³ 以上の点につき、林・前掲注 1 の 344 頁 [林] を参照。

¹⁴ この指摘につき、道垣内弘人『担保物権法』（三省堂・1990年）83頁及び近江幸治『担保物権法 [新版]』（弘文堂・1994年）309頁を参照。

が想定したような債権に証書が存在することが通例であるとの理解にも疑問が呈されるべき状態に至った。

(2) 民法 363 条を制限する理解

こうして民法 363 条の趣旨や基本的理解に疑問が呈され、起草者が前提とした考えには限界がきていること示されたことによって、法解釈論としても民法 363 条を徹底しない学説が登場した。

たとえば、設定者が債権に証書が存在することを秘して、すなわち、証書が存在しない債権であるとして債権を質入れした場合には、その効力はどうなるかとの問題がある。

この問題について、たしかに、債権に証書が存在する以上、民法 363 条を徹底すれば、証書の交付は絶対的に必要であり、交付をしなかったならば、質権設定の要件を欠くとみて、質権の設定は無効と理解することも可能である。

しかし、これでは、設定者の不法な隠蔽行為の結果、質権の設定が無効となり、過失なき質権者が不利益をうけるという不条理な事態が生じるし、また、証書の交付は質権者の利益のために存在する証拠であるので、質権者の側でその存在を無視するのは妨げられないはずである。したがって、質権者がある債権を証書の存在しない債権と認識して質権の設定を受けた以上、実際に当該債権の証書が存在しており、その証書を交付されていなかったとしても、質権の設定を認めることは質権者にとって損害はないのである。

このような観点から、証書が存在する債権であっても、一定の場合に、証書の存在を無視して、交付要件が満たされなかったとしても、債権の質入れが認められる可能性が指摘された¹⁵。

また、証書の存在が通常予期される債権について、実際に証書の作成がなされる前に質権の設定がなされた場合であっても、その質権は有効に成立し、後日証書が交付されればよいとの理解も登場し、この場合、仮に証書が交付されず、他の債権者に交付され、重ねて質権が設定されても、複数の質権者の優劣は対抗要件の有無で決するとされた¹⁶。

以上のように、証書が現実に交付されていなくても質権は有効に成立し、その設定が否定されていないとの各種の解釈論が提示されてきていた。

さらに、証書を占有し続けることの意義も低下していた。すなわち、債権に証書が存在し、その証書が交付された場合であっても、民法 345 条の準用はなされないとして、交付された証書が返還されたとしても、債権質権が消滅することはないとの理解も示されたのであった¹⁷。

以上のように、証書が存在する債権について物上質権に引きつけて要物性を承認するこ

¹⁵ 中島・前掲注 10 の 995～996 頁がこのような解釈論を展開している。同様の立場と思われるものとして、道垣内・前掲注 14 の 83 頁がある。こうした制限的な解釈に一定の理解を示すものとして、林・前掲注 1 の 345 頁 [林] がある。

¹⁶ 我妻・前掲注 11 の 182 頁を参照。

¹⁷ 我妻・前掲注 11 の 183 頁、林・前掲注 1 の 345 頁 [林] がこの解釈を示しており、同様の立場と思われるものとして、道垣内・前掲注 14 の 83 頁がある。

とには限界が示され、民法 363 条を貫徹する合理性を理論的に維持することは困難となりつつあった¹⁸。

II. 実務上の問題点

上記の通り、学説では民法 363 条が債権証書の交付を要求することの問題点が指摘されてきた。これに加えて、実務上も証書の交付に関する問題が明らかになってきた。その問題の中心は、どのような書面が債権証書に該当し、その交付を要求されるのかという点にあった。

そこで、以下ではこの問題を扱った平成 15 年改正以前のいくつかの下級審裁判例を紹介し、民法 363 条に関する実務上の問題点を指摘する。

1 大阪地判平成 8 年 3 月 28 日（判例タイムズ 919 号 169 頁）

大阪地判平成 8 年 3 月 28 日（以下、「大阪地裁判決」とする）の事案は次の通りである。すなわち、まず、平成 2 年 3 月 6 日、甲と Z が建物の賃貸借契約を締結し、甲から Z に対して保証金が差し入れられた。

その際、賃貸借契約書が作成され、同契約書には、賃貸借全般についての取決めが記載され、加えて、甲が Z に対して一定額の保証金を預託することまた Z が賃貸借契約終了の際に契約で定めた金額を控除した残金を甲に返還する旨の記載がなされていた。

そして、Z は保証金の支払いを受けるにあたって乙に受け取りを委託したことから、甲は乙に保証金を支払った。その際に、乙は、Z に渡すべき保証金を預かった旨を記載した預り領収証を作成した。

その後、Y 銀行は、平成 7 年 6 月 20 日、甲に 3000 万円を貸し付け、平成 7 年 8 月 31 日には同債権を担保するために、甲の Z に対する保証金返還請求権に質権の設定を受け、上記の賃貸借契約書の写しの交付を受けた。

ところが、その後、甲が破産し、X が管財人に選任された。X は Z との賃貸借契約を解除し、建物を明け渡して、保証金の支払いを請求した。これに対して、Y 銀行が保証金返還請求権に関して質権の存在を主張したため、Z は債権者を確知できないとして、保証金の支払いを拒んだ。

そこで、X が Y 銀行に対して質権を有していないことの確認を請求し、Z に対しては保証金の支払いを請求した。

これに対して、本判決は、「本件賃貸借契約書は、賃貸借契約全般についての取決めを記載したものであると同時に、本件保証金の返還請求権についての取決めをも記載したものであって、その両者を兼ねているものと解され…他方、預り・領収証の内容も、右認定した

¹⁸ 道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度』（有斐閣・2003 年）28 頁 [道垣内]、小林秀之＝角紀代恵『わかりやすい担保・執行法改正』（弘文堂・2004 年）71 頁 [角発言] を参照。

とおりであるが、同書面は、仲介者の乙が、甲から被告 Z 社に渡すべき保証金を預かった旨が記載されてはいるものの、しかし、被告 Z 社がこれを受け取ったことを記載しているものではないとし、「本件賃貸借契約書は本件債権の証書と認められるが、しかし、預り・領収書は、本件債権の証書と認めることができない」と述べている。

すなわち、債権証書の概念については明言していないものの、賃貸借契約書には保証金返還請求権（質入債権）に関する記載があり、同債権の債権証書と認められるものの、預り領収証には保証金に関して Z との関係は記載されていないため、質入債権の債権証書とみることはできないと理解されたのである。

もっとも、この判決は「本件賃貸借契約書は、全体として、一体になったものであって、同契約書中から保証金の返還請求権に関する部分を分離し、それを交付するということが出来ない」として、「被告 Y 銀行が、甲から本件質権の設定を受けるにあたり、本件賃貸借契約書の交付を受けることができないことは、やむをえないことであって、被告 Y 銀行が、右証書の交付を受けていないとしても、そのことで、質権設定の効力を否定することは相当でない。本件では、債権証書がない場合に準じ、質権設定の効力が認められるというべきである」と述べて、債権証書の存在しない債権の例にならば、証書の交付がなくても質権設定の効力が発生することを承認し、原告 X の被告らに対する請求を棄却している。

2 神戸地判平成 8 年 9 月 4 日（判例タイムズ 936 号 223 頁）

このように賃貸借契約書の交付が不要と解された大阪地裁判決に対して、神戸地判平成 8 年 9 月 4 日（以下、「神戸地裁判決」とする）では、賃貸借契約書を債権証書と評価した上で、その原本の交付が必要とされた。

この判決の事案は次のようなものであった。すなわち、平成 2 年 6 月に甲は乙と未登記建物の賃貸借契約を締結し、敷金を差し入れた。その後、甲は X とフランチャイズ契約を締結して食材などの提供を受け、上記建物で居酒屋を経営していた。

甲は、X に対して現在及び将来負担する一切の債務を担保するために、甲の乙に対する敷金返還請求権に X のための質権を設定し、その旨を記載した書面を交わし、乙が異議なくこの質権設定を承諾した。

その後、甲が借り受けていた上記建物は Y に保存登記がなされ、Y が乙の貸主としての地位を承継した。そして、平成 6 年 4 月末日までには甲 Y 間の賃貸借契約は解除され、建物が Y に明け渡された。

そこで、X は、甲の建物明渡時点の売掛金残高について、質権者の直接取立権に基づき、Y に対して、敷金の支払いを請求した。

このような事案の下で、裁判所は民法 363 条が「債権質の成立には当該債権の債権証書の交付を要する旨規定し、ここにいう債権証書とは債権の存在を証する書面をいうものと解すべきところ、前記認定事実によれば、本件賃貸借契約書には、敷金受領文言の直接的な記載は見当たらないが、借借人である甲が『賃貸と同時に敷金を差入れする』との文言とともに、本件賃貸借契約を解除する場合、契約締結日から起算した経過年数により敷金から控

除される金額の割合、さらには、敷金の返還時期を定めるなど敷金の返還に関わる基本的な約定を記載しているのであるから、本件賃貸借契約書は敷金返還請求権の存在を証する書面」であるとし、民法 363 条が「債権質の成立についても債権証書の交付を要件としたのは、動産質、不動産質について質物の引渡を要件とした趣旨を債権質にも及ぼし、それとの均衡を保たせるとともに第三者に対する公示の目的を達しようとしたものであるから、ここにいう債権証書は原本をいうものであって、原本を債務者の手元に留め、その写しの交付を受けるのみでは債権質は成立しない」と判断した。それゆえ、債権証書が存在する場合には、その交付を要しないということとはできないとして、X の請求を棄却した。

この神戸地裁判決では、債権証書の意義が明らかにされ、その上で、賃貸借契約書は敷金返還請求権（質入債権）の債権証書であると評価された。また、民法 363 条が物上質権との整合性をとるために証書の交付を要求していること及び公示の徹底という法の趣旨から、賃貸借契約書の原本の交付が要求されているのである。

このように実務では、平成 8 年の段階で、賃貸借契約書が民法 363 条の債権証書であることは共通するとしても、その交付を要求されるのか否かが一義的に明らかでなかった。

3 東京高判平成 13 年 1 月 31 日（金融・商事判例 1115 号 14 頁）

上記のような大阪地裁判決及び神戸地裁判決の登場後も、さらに、1 審と控訴審において、債権証書の範囲や賃貸借契約書の交付の要否について判断が分かれた判決が存在している。それが、東京高判平成 13 年 1 月 31 日（以下、「東京高裁判決」とする）であり、事案は次の通りである。

まず、昭和 63 年 6 月 27 日、乙丙間において建物賃貸借契約が締結され、建物が引き渡された。この契約の際に作成された賃貸借契約書によると、乙は丙に対して保証金を二度に分けて支払うことが定められており、一度目の支払いは既に契約時になされ、乙はその旨の預り証の交付を受けた。

昭和 63 年 8 月 19 日には、甲が乙に貸し付けを行い、この貸金債権を被担保債権として、乙が丙に対して有する保証金返還請求権に甲のための質権設定がなされた（なお、昭和 63 年 10 月 18 日に丙が質権設定を承諾している）。この質権設定にあたって、甲は乙丙間の賃貸借契約書のコピーを交付されていた。

昭和 63 年 8 月 22 日には、乙から丙に対して、保証金の残額が支払われ、乙はその旨の預り証の交付を受けている。

これに対して、Y は、乙から債務の保証委託をうけており、実際に保証予約契約を丁と締結した。そのため、Y は、平成 7 年 5 月 1 日、乙に対して将来取得する求償権を被担保債権として、乙の丙に対する保証金返還請求権に質権の設定をうけ、上記の賃貸借契約書及び保証金の預り証二通の原本を交付されている。なお、この当時、Y は乙より保証金返還請求権に質権の設定はないとの説明をうけており、その後、丙からも同様の説明を受けていた。

さらに、平成 9 年 1 月 16 日には、X が甲の乙に対する債権及び質権の譲渡をうけ、平成 9 年 1 月 20 日には乙に対して、平成 9 年 3 月 14 日には丙に対して内容証明郵便により上

記の譲渡について通知した。

その後、保証予約が完結され、平成 10 年 3 月 31 日には、Y が丁に支払いを行ったことから、乙に対する求償権を取得した。加えて、同年 7 月 8 日に乙から丙へ、ようやく内容証明郵便にて質権設定の通知がなされたところ、Y は、丙から、保証金返還請求権に既に第一の質権が設定されている旨の連絡を受けて、質権設定の事実を認識した。

そこで、Y は既に平成 7 年 12 月 31 日に上記賃貸借契約が終了していたため、平成 11 年 1 月 19 日に質権を実行して、丙に対する保証金返還請求権の差押及び転付命令を得た。そのため、X が Y に対して、保証金返還請求権について質権を有することの確認を求めたのが本件である。

東京高裁判決の無記名の解説によれば¹⁹、原審（東京地裁平成 12 年 4 月 27 日判決）では、賃貸借契約書は保証金返還請求権についての具体的な記載があるため、民法 363 条の債権証書といえると判断されたが、預り証については、債権証書ではないと判断されたとのことである。

さらに、原審は、賃貸借契約書が賃貸借契約全般についての具体的内容と保証金返還請求権についての具体的内容を記載しており、両者が一体となったものであるため、賃貸借契約書から保証金返還請求権に関する部分のみを物理的に分離して交付できないとして、賃貸借契約書の原本の交付がなくても、質権設定契約は有効に成立すると判断して、X の請求を認容したので、Y が控訴した。

控訴審は、まず民法 363 条において、債権証書を要求する趣旨から、証書の意義を導出している。すなわち、「民法 363 条が、債権をもって質権の目的とする場合に、債権証書があるときは、質権設定者から質権者に対する債権証書の交付をもって質権設定の成立要件とした趣旨は、質権の目的となる債権証書を質権設定者から質権者に交付させて、質権設定契約の成立要件としての要物性（民法 344 条参照）を貫いて、質権設定者から当該債権を処分する権能を奪い、又は質権設定者がこれを処分することを困難とし、質権の成立を公示しようとするところにあるものであるから、右の債権証書とは、債権の成立及び存在を証する文書であり、かつ、その原本をいうものと解するのが相当である」と述べた。

さらに、証書の範囲や交付の要否について、「民法 363 条所定の債権証書とは、本件賃貸借契約書の原本及び本件保証金預り証の原本の両者であると解される。けだし、本件保証金の支払及び返還に関する合意は本件賃貸借契約の重要な内容となっており、本件保証金の支払金額と支払時期及び返還金額と返還時期など本件保証金の支払と返還に関する基本的な合意の内容が…本件賃貸借契約書中に明記されているから、本件賃貸借契約書は、本件保証金の支払及び返還の合意の成立を証する文書であるというべきであり、かつ、本件保証金預り証は、右の合意に従って本件保証金が支払われた事実を証する文書であるとともに、本件保証金返還請求権の成立を証する文書でもあるというべきであるから、本件賃貸借契約書の原本及び本件保証金預り証の原本の両者が一体となって、本件保証金返還請求権の成

¹⁹ 金融・商事判例 1115 号（2001 年）15 頁を参照。

立及び存在を証する文書となっているものというべきであるからである」と判断している。

こうして、甲が質権設定者乙から賃貸借契約書の原本及び預り証の原本の交付を受けていない以上、甲乙間の質権設定契約は成立していないため、原判決は取り消され、Xの請求は棄却となった。

この事案では、一方で、原審は先に紹介した大阪地裁判決と同種の立場を採用し、賃貸借契約書の交付を不要と解したものの、他方で、東京高裁判決が神戸地裁判決と同様に民法363条の趣旨から判断して、賃貸借契約書の原本の交付を要求した。

このように、いつくもの下級審裁判例において判断が分かれたことから、どのような書類を民法363条の証書と評価し、その交付が必要となるのかという点について一義的には明らかでなくなるという問題が生じ、実務上の混乱を招いていた²⁰。

さらに、債権質権の設定を受けようとする者が質入債権について債権証書が存在するかどうかを確認する制度が存在しない以上、民法363条を厳格に適用すれば、証書不存在の不利益を質権者に課すことになるとの指摘も実務家からなされていた²¹。

第2 平成15年改正以後の状況

I. 改正の趣旨と内容

平成15年改正以前の理論と実務の状況は前記の通りであり、いずれからも問題点が指摘されていた。このような状況をふまえて、平成15年の改正にあたっては以下のような事項を考慮することが改正の趣旨であったことが立案担当者によって示されている。

すなわち、まず①譲渡にあたって、証書の交付を要する証券的債権以外の指名債権については、証書が必ず存在するとは限らないし、現実に証書が存在しても、その所在が不明であったり、設定者が隠匿する可能性もあった。このような場合に、そもそも債権証書の交付が必要となるのか、また、その交付がなされないときには、質権設定の効力が生じないことになるのかという問題が生じる²²。加えて、②指名債権の種類によっては、何が証書に該当するか明確に判断できないケースも実務上存在し、何らかの証書が交付されても、質権設定の効力が生じているかどうかについて当事者が予測困難な危険を負担する可能性があった²³。

こうして、これまで証書が存在する債権に質権を設定する場合には、一律にその交付を要求してきた民法363条は改正され、証券的債権以外の狭義の指名債権に質権を設定する場

²⁰ このことを指摘するものとして、道垣内ほか・前掲注18の28頁[道垣内]、山野目=小粥・前掲注5の48頁を参照。

²¹ 建入則久=今井和男編『Q&A 新しい担保・執行制度解説』（三省堂・2004年）192頁を参照。

²² 谷口園恵=筒井健夫編『改正 担保・執行法の解説』（商事法務・2004年）18～19頁がこのことを指摘する。

²³ 谷口=筒井編・前掲注22の19頁を参照。

合には、その債権について証書が存在しても、その交付が質権設定の効力発生要件とはならないとされたのである²⁴。すなわち、「債権ニシテ之ヲ譲渡スニハ其証書ヲ交付スルコトヲ要スルモノヲ以テ質権ノ目的ト為ストキハ質権ノ設定ハ其証書ノ交付ヲ為スニ因リテ其効力ヲ生ズ」との規定が設けられ、旧規定の規律対象が債権一般から証券的債権に縮小されたのである²⁵。

このように証書の交付を効力発生要件としないことについては、法制審議会の議論において、ほとんど異論なく承認されたといわれており²⁶、前述の民法起草者が示した趣旨（①物上質権との均衡をはかって要物性を維持すること、②公示を図ること）が当てはまる範囲が限定されるべきであることが学説だけでなく、現実的な立法としても受け入れられたことが注目に値する。

そこで、このことをどのように評価すべきかについて、次に平成15年改正以後の状況とあわせて述べていく。

II. 改正以後の状況

そもそも、民法の起草者は、原則として、債権質権をはじめとした権利質権には引渡しがないとみており、引渡しや占有を前提とした物上質権の規定はこのような権利質権には準用されないと理解していた。これに対して、債権に証書が存在すれば、有体物の引渡しと証書の交付を同視できるということから、民法363条の場合には例外として証書の交付を要求していた。

しかし、平成15年の改正によって、民法363条の適用範囲は狭められ、狭義の指名債権質権を除いた証券的債権に限定して適用されることになった。すなわち、本章の冒頭で述べたように、記名債権及び指図債権について適用されることになる。したがって、このような証券的債権に限っては現行法においても要物性が維持されており、その限りで民法起草者の意図した要物性が維持されている。

これに対して、狭義の指名債権質権は理論的には徐々に要物性を放棄する範囲を拡大し、条文上も完全に要物性を放棄するに至っている。すなわち、起草者の示した民法363条に関する原則的理解にはじまり、その後の改正に至るまで学説では証書の存在しない指名債権質権については引渡しや占有を観念できないことが認められてきた。さらに、民法363条を制限的に解釈し、その適用範囲を絞ってきたのである。加えて、平成15年の改正によって、狭義の指名債権質権が条文上も完全に要物性を放棄するに至り、占有担保性が一層希薄化したと理解されるに至ったのである²⁷。

²⁴ 谷口＝筒井編・前掲注22の19頁を参照。

²⁵ 山野目＝小粥・前掲注5の49頁を参照。

²⁶ 道垣内ほか・前掲注18の29頁〔道垣内〕を参照。

²⁷ 田高寛貴『クロススタディ物権法』（日本評論社・2008年）192頁、加賀山茂『現代民法担保法（現代民法シリーズ4）』（信山社・2009年）379頁、加賀山茂『債権担保法講義』（日本評論社・2011年）307

以上のように、証書が存在しない指名債権については、立法当初から要物性がなく、引渡しや占有が観念できないことが認められてはいたものの、その範囲は極めて狭かった。しかし、その後の学説の議論によって、その範囲は拡大されるようになり、平成 15 年改正により一層拡大したのである。すなわち、平成 15 年の改正以後は、改正以前の「証書が存在しない指名債権」に関する質権について、民法の起草者が示した上記の原則が一層明確になったのである²⁸。逆に、例外として要物性を維持する場面はかなり狭まってきたといえよう。

このように民法上の権利質権の代表である債権質権において、その要物性が維持され、占有担保的性格がみられる場面は極めて縮小しつつある。そこで、債権質権以外の他の権利質権についてはどのような状態にあるかを示すために、以下では狭義の指名債権質権以外の民法外に規定されている権利質権における占有について簡単にみていく。

第 2 節 狭義の指名債権質権以外の権利質権における占有

第 1 有価証券に関する質権²⁹

I. 指図債権及び記名債権等に関する質権

上記の通り、民法 363 条は要物性を一応はとどめており、その対象となる質権は指図債権及び記名債権であった。そこで、以下ではこれらの権利に関する質権について概観する。

1 手形に関する質権

まず、手形について質権を設定する方法として、裏書の際に、「担保のため」、「質入れのため」その他質権設定を示す文言を記載して行われる質入裏書の方法が存在する。これは、被裏書人を質権者として、手形上の権利の上に質権を設定することを目的とする裏書である（手形法 19 条、77 条 1 項 1 号）。

このような質入れの場合も、手形上の権利は金銭債権であるから、この債権を質入れしている以上、これは債権質権であって、指名債権の質権と効力として違いはないといわれてい

頁を参照。

²⁸ 現に平成 15 年改正以後は、狭義の指名債権質権について債権そのものの引渡しを明確に否定する学説として、道垣内・前掲注 2 の 105 頁、清水元『プログレッシブ民法 [担保物権法] [第 2 版]』（成文堂・2013 年）175～176 頁がある。

²⁹ 証券的債権とされる指図債権をただちに有価証券と扱ってよいかについては争いがある。①証券的債権は有価証券と別個のものと理解する立場や②民法上の証券的債権が原則であって、商法上の有価証券の規定はその例外とみる理解も存在するものの、③証券的債権と有価証券は同一のものとみるのが伝統的な通説の立場であるため（詳しくは中田裕康『債権総論 第三版』[有斐閣・2013 年] 572 頁を参照）、本章ではひとまずこの見解に従って、民法上の証券的債権も商法・会社法上の有価証券も一律に有価証券を前提とするものと理解して整理した。

る³⁰。

もっとも、実務的には質入裏書はほとんど利用されることはなく、実際には諸般の理由から質入目的で通常の裏書譲渡を行う「隠れた質入裏書」がなされることが多く、この法的性質は譲渡担保であるといわれている³¹。

さらに、指図禁止等の文言を記載した手形の場合、この手形は指図禁止手形となる。そして、この裏書禁止手形は指名債権譲渡の方式に従い、かつ、その効力をもってのみ譲渡することになる（手形法 11 条 2 項、77 条 1 項 1 号）。したがって、譲渡裏書はもちろん、質入裏書も許されない³²。この場合には、手形上の権利（記名債権）に質権を設定することになり、有価証券である以上、権利の譲渡には証券の交付が効力要件となるので、民法 363 条の証券的債権として質権を設定することになる。

2 小切手に関する質権

次に、小切手についてみる。小切手は記名式であることが可能であり（小切手法 5 条 1 項 1 号）、指図禁止の文言がなければ、法律上当然に指図証券となつて、裏書きにより譲渡することになる（小切手法 14 条 1 項）。証券的債権と有価証券を同視するならば、このような小切手も指図債権といえる。

もっとも、小切手には質入裏書きの制度がないため、質入するならば小切手上的金銭債権に質権を設定することになるが、小切手は短期決済を趣旨としているため（小切手法 29 条）、実際に小切手上的金銭債権に質権を設定することは稀であるといわれている³³。

次に、①小切手が持参人払式であるか（小切手法 5 条 1 項 3 号）、②記名式だが持参人払式の文言がある選択持参人払式である場合（小切手法 5 条 2 項）、③無記名であつて持参人払式とみなされる場合（小切手法 5 条 3 項）があり、実際には①のケースが多いといわれている³⁴。これらの持参人払式小切手の場合には、いずれにしても、所持人に弁済することが求められることから、無記名債権と同視すべきであり、動産質権に準じて理解すべきである。このように動産質権にひきつけて理解する以上、証券の引き渡しを要すると理解され（民法 344 条）、権利質権としては扱わないのは冒頭で述べたとおりである。

最後に、記名式で指図禁止文句が付された小切手（小切手法 5 条 1 項 2 号）は指名債権譲渡に関する方式及び効力をもってのみ譲渡が可能となる（小切手法 14 条 2 項）。もっとも、有価証券である以上、小切手上的権利（記名債権）を譲渡する際には、証券の交付が効力要件となるので、民法 363 条の証券的債権として質権を設定することになる。

3 商法上の有価証券に関する質権

商法上には、運送証券と倉庫証券とよばれる有価証券が存在している。運送証券とは①貨

³⁰ 前田・前掲注 1 の 388 頁がこのことを述べている。

³¹ 前田・前掲注 1 の 395 頁、道垣内・前掲注 2 の 103 頁、森本滋編『手形法小切手法講義 [第 2 版]』（成文堂・2010 年）92 頁を参照。

³² 前田・前掲注 1 の 344 頁を参照。

³³ 林・前掲注 1 の 334 頁 [林] を参照。

³⁴ 前田・前掲注 1 の 732 頁を参照。

物引換証（商法 571 条）及び②船荷証券（商法 767 条）であり、倉庫証券とは③預証券と質入証券（商法 598 条）に加えて、④倉荷証券（商法 627 条）のことを指す。

たとえば、貨物引換証の場合、商法 575 条において、貨物引換証により運送品を受け取ることができる者へ貨物引換証を引き渡せば、その引渡しは運送品の上に行使する権利の取得につき、運送品の引渡しと同一の効力を有するとされる（物権的効力）。この効力は倉庫証券（商法 604 条及び 627 条）及び船荷証券（商法 776 条）にも準用されている。

そのため、このような有価証券の質入は運送品や寄託物そのものの質入と理解される。すなわち、動産質権と構成されるので、質権は証券の引渡しによって民法 344 条の要件を具備し、その効力を生ずると理解された³⁵。したがって、これらの有価証券に関する質権は権利質権とはいえない。

4 まとめ

以上から、要物性を維持する手形・小切手のような指図債権に関する質権は現実ではほとんど利用される可能性は低く、仮に手形・小切手が質入れされるとすれば、記名債権としての可能性に限定されることが想定される。さらに、上記の商法上の有価証券は動産とみなされ、権利質権の問題ではなかった。

したがって、民法 363 条が要物性を留めているとしても、商事法の領域のうち、手形・小切手法や商法上では、363 条の証券的債権の範囲はかなり縮小されているといえよう³⁶。そこで、次に商事法の残りのものとして、会社法上における質権についてみていくことにする。

II. 株式・社債等に関する質権

1 株式に関する質権

(1) 株券の発行と株式の振替制度

株式とは株式会社における株主の地位を細分化した割合的単位である。無体物である株式は平成 16 年に商法の改正がなされる以前は、有価証券化することが要求され、株式を表章する株券の発行が必要であった。これは、株主の会社に対する権利関係を証券によって可視化することで明確化し、また、株式の譲渡や投資を容易にすることが目的とされていた³⁷。

しかし、証券取引所に上場しているような会社（以下、「上場会社」とする）以外の会社（たとえば中小企業）においては、株式の譲渡は頻繁ではなく、譲渡を想定してあえて株券を発行しておく必要性が意識されず（違法に発行していない会社も実際に多く）、これに対して、上場会社では、株式に高度の流通性が必要となるので、株券の発行、保管、移転に費

³⁵ 以上の理解を示すものとして、林・前掲注 1 の 335 頁 [林] がある。

³⁶ 手形・小切手に関してもペーパーレス化が検討されており、一部の金融機関では実用化されていることを指摘するものとして、松田政行ほか「手形・小切手の電子化（ペーパーレス化）をめぐる法的研究」（金融庁研究センター・2003 年）1 頁、3 頁、7 頁等を参照。なお、この研究報告書は、2013 年 11 月 20 日現在、<http://www.fsa.go.jp/frtc/seika/15.html> から閲覧が可能である。こうした制度が本格的に拡大すれば、有価証券の世界における要物性はさらに限定されるのではなかろうか。

³⁷ 神田秀樹『会社法〔第 15 版〕』（弘文堂・2013 年）86～87 頁がこのことを指摘する。

用を要し、さらに株券の移動・保管中の事故に伴う紛失や盗難のおそれがあることから、株券を発行することの強制は問題点があった³⁸。

そこで、平成 16 年の商法改正によって、会社は定款で定めなければ株券を発行しないとの制度が設けられた。会社法はこのような理解を受け継いだものの、条文の構造としては、会社は原則として株券を発行しないこととされ、例外的に株券の発行を定款で定めた場合に株券を発行することとされた³⁹。

また、株券の不発行と連動して、株式の振替制度が発展してきた。すなわち、上記の通り、株券の発行、保管、移転には多額の費用を要し、また、株券の紛失や盗難によって権利を失うリスクが伴った。そこで、昭和 59 年には株券の保管及び振替に関する法律が制定され、口座振替の方法によって株式を譲渡する制度が導入された。もともと、同制度の下でも株券交付による譲渡は承認されており、両制度の併存がコストを増していた。

そこで、証券のペーパーレス化による流通を促進すべく、平成 16 年に社債等の振替に関する法律が全面改正され、株式を含めた制度として社債、株式等の振替に関する法律（以下、「振替法」とする）が成立した。この施行は平成 21 年 1 月であり、これに伴って前述の株券の保管及び振替に関する法律は廃止された⁴⁰。

（２）株式に関する質権制度

このように株券の不発行が原則となり、株式の振替制度を利用できるようになったことにもなって、株式に関する質権の制度も複数登場している。以下では、それらの制度について株券の存在、株券の交付や占有の有無を中心としてみていく。

①振替株式の場合 まず、会社が株券を発行していない場合（株券不発行の場合）には、振替制度を利用することが可能となる（振替法 128 条 1 項）。その効力要件は、質権者が自己の口座における質権欄（振替法 129 条 3 項 4 号）に質入れに係る数の増加の記載・記録をすることである（振替法 141 条）。

この記載・記録によって、振替株式の権利の帰属が定まるため、これと同時に質入れの対抗要件も充足されることになる⁴¹。そのため、別個に対抗要件制度は設けられていないし、会社法上の対抗要件に関する規定は適用除外されている（振替法 161 条 1 項）。

なお、振替機関が質権者の氏名等の情報を振替株式の発行会社に通知するか否か（株式を

³⁸ このような問題については、神田・前掲注 37 の 87 頁、伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『会社法 第 2 版』100 頁 [田中亘]、酒井太郎「株式（3）」法学教室 397 号（2013 年）78 頁を参照。

³⁹ このような変化を指摘するものとして、神田・前掲注 37 の 87 頁がある。会社法 214 条が「株券を発行する旨を定款で定めることができる」と規定していることから、株券の不発行が原則であって、あえて株券を発行する旨を定める場合は例外であるとみているようである。

⁴⁰ 株式の振替制度は上場会社には強制されている（たとえば東京証券取引所の有価証券上場規定 205 条 11 号、206 条 1 項 2 号、601 条 1 項 16 号、602 条 1 項 2 号、804 条 2 号 C、808 条 2 項 6 号）。なぜなら、保管振替株券に係る株式について株券を発行する旨の定款の定めを設けていても、株券を発行する旨の定款の定めを廃止する旨の定款変更を決議したものとみなされ（平成 16 年法 88 号改正附則 6 条 1 項）、上場会社の株券は廃止されたからである。これらの点について、伊藤ほか・前掲注 38 の 111～112 頁 [田中]、酒井・前掲注 38 の 78 頁注 5）等を参照した。

⁴¹ 高橋康文編『逐条解説 新社債、株式等振替法』（きんざい・2006 年）357 頁及び酒井・前掲注 38 の 78 頁注 7）がこのことを述べている。

発行する会社が質権設定の事実及び質権者を知り得るか否か)によって、登録株式質権か略式株式質権かが区別される。すなわち、会社に上記の情報を通知することを質権者が申し出れば(振替法 151 条 3 項、4 項)、登録株式質権となり、質権者が会社に知られたくない場合には、上記の申し出をしないため略式株式質権となる。

これらの質権は、いずれにしても株券という有価証券の存在を欠き、効力要件・対抗要件の両方で証券の交付や占有を要しないので、要物性を全く失っているといえよう。

②株券不発行会社の株式の場合 次に、株券不発行会社の場合で、以上のような振替制度を採用しない会社では、株券が発行されていないので、当該会社の株式の質入れは当事者間の意思表示によってのみ効力を生じることになる(会社法 146 条 1 項及び 2 項の反対解釈)。

そして、質入れの対抗要件は株主名簿への記載又は記録であり、民法 364 条の対抗要件に関する規定は適用除外となっている(会社法 147 条 1 項、3 項、148 条)。この株式の場合、対抗要件として必ず株主名簿への記載・記録を要するので、必然的に登録株式質権となる。

この株式も有価証券の存在を欠き、効力要件・対抗要件の両方で証券の交付や占有を要しない要物性を欠く質権といえる。

③株券発行会社の株式の場合 以上の質権と異なり、株券発行会社の場合には、株券の交付が質権設定の効力要件であり(会社法 146 条 2 項)、株券の占有継続が対抗要件となって、民法 364 条の対抗要件の規定を排除している(会社法 147 条 2 項、3 項)。加えて、質権設定者が質権者の情報を株主名簿への記載・記録することを要求すれば(148 条)、登録株式質権となり、そうでなければ略式株式質権となる。

これらの質権の場合には、株券という権利を表章する証券が存在し、効力要件・対抗要件ともに、株券の交付と占有を要求されるため、要物性が維持されている。

(3) まとめ

このように会社法上の質権は株券の交付や占有を欠く要物性なき質権が増加している。もともと、上記の振替株式は先にも触れたように株式の流通性を高めることを目的とし、そのための負担や危険を排する制度であった。そこで、その適用対象がもっぱら上場会社であるとみれば、その実際の利用主体はかなり狭い可能性がある⁴²。また、質権設定の事実を公示することになる登録株式質権は、実際の利用は極めて稀であるといわれている⁴³。

このような質権の状況に対し、株式の譲渡担保は広く利用されているといわれている⁴⁴。譲渡担保の方法は国税徴収法上の取り扱いとして質権の場合よりも有利なことがあるから(国税徴収法 15 条 1 項、24 条 1 項)⁴⁵という指摘がなされている。

⁴² 伊藤ほか・前掲注 38 の 23 頁 [大杉謙一]によれば、平成 21 年 11 月末時点で、特例有限会社を除く株式会社は 145 万 9000 社であり、そのうち上場会社は約 3740 社と、全株式会社数からみれば、圧倒的に少数なのである。

⁴³ 江頭憲治郎『株式会社法 第 4 版』(有斐閣・2011 年) 219~220 頁注 (7) がこのことを指摘する。

⁴⁴ 伊藤ほか・前掲注 38 の 116 頁 [田中]を参照。

⁴⁵ 国税徴収法 15 条 1 項を反対解釈すれば、納税者がその財産上に質権を設定している場合に、その質権が国税の法定納期限後に設定されているならば、その国税は質権に優先することになる。しかし、国税徴

したがって、株式会社のうち振替株式を利用しない会社は多く存在するであろうが、そのような会社が登録質権を利用しないということであれば、残る手段としては株券発行型の略式質権が考えられるが、株券不発行が前提となった以上、実際には株式の譲渡担保を利用することになるのであろう。すなわち、株券を発行していれば、株券の交付を要する（会社法 128 条 1 項）略式譲渡担保、あるいは、振替制度が利用可能であれば、会社に質権者を通知しない（振替法 151 条 2 項 1 号）振替株式の略式譲渡担保が利用されることが想定できる。

そうであれば、会社法の「制度的」には要物性を前提とする質権の範囲は狭まっており、加えて、実際の「運用面」においても要物性を前提とする質権の利用は狭まっているといえるのではなかろうか⁴⁶。

2 社債に関する質権

社債とは、会社法の「規定により会社が行う割当てにより発生する当該会社を債務者とする金銭債権であって、第六百七十六条各号に掲げる事項についての定めに従い償還されるものをいう」（会社法 2 条 23 号）。この社債に関しても、社債券の不発行が原則となり、社債券が発行されるとすれば、社債券を発行する旨の定めが必要である（会社法 676 条 6 号）。

そして、実務上発行される社債は基本的に無記名社債であるといわれ⁴⁷、会社法 681 条 4 号カッコ書では無記名社債を「無記名式の社債券が発行されている社債」と定義しているため、この場合には常に社債券が発行される。したがって、無記名社債の質入れは社債券の交付が効力発生要件となり（会社法 692 条）、社債券の占有継続が対抗要件となる（会社法 693 条 2 項）。

記名式の社債の場合に、社債券が発行されていれば、上記の無記名社債と同様の処理になる。これに対して、記名社債で、社債券の発行がない場合には、契約によって社債への質権設定が効力を生じ、対抗要件は社債原簿への記載・記録である（会社法 693 条 1 項）。

社債券が発行されていない場合には、振替制度を利用することも可能である（振替法 67 条 1 項）。この場合には、質権者の口座の増額の記載・記録が質権の効力要件となる（振替法 74 条）。この記載・記録で権利が確定し、会社法 693 条 1 項の対抗要件制度の適用を除

収法 24 条 1 項では、納税者が譲渡担保に供した財産は、納税者の財産に滞納処分を執行してもなお徴収すべき国税に不足する場合に限定して徴収されることになり、譲渡担保の方が有利な取り扱いとなっている（このことを指摘するものとして、江頭・前掲注 43 の 221 頁注 12 がある）。

⁴⁶ もっとも、振替株式などの場合に、口座を通じた事実的支配を介して占有を観念する理解も示されている。たとえば、フランス法との比較法の手法を用いて、このことを論じるものとして森田宏樹「有価証券のペーパーレス化の基礎理論」金融研究第 25 巻（日本銀行金融研究所・2006 年）39～40 頁（これは <http://www.imes.boj.or.jp/japanese/jdps/2006/yovaku/06-J-23.html> から確認できる）、また、商事留置権との関係で論じるものとして前田重行「第 1 章 社債株式等振替法における有価証券のペーパーレス化と商事留置権の成否」金融法研究会報告書（22）（2013 年）14～15 頁等が存在する。しかし、こうした解釈はかなり困難であり、また、有価証券や占有の概念に大きな影響を及ぼすため、場合によってはこれらの概念を歪めるおそれもあって容易でないとの否定的な評価がなされている。このことを指摘するものとして、神作裕之「第 2 章 電子化された有価証券の担保化—「支配」による担保化」金融法研究会報告書（22）（2013 年）16 頁及び 29 頁を参照。

⁴⁷ 伊藤ほか・前掲注 38 の 335 頁 [松井秀征] を参照。

外している以上（振替法 86 条の 3）、株式の場合と同様に、口座への記載・記録で対抗要件も満たされるとみるべきであろう。

このように社債については、社債券不発行が原則となり、社債券が発行されない場合には要物性は失われ、社債券が発行される場合に限って、その交付・占有が観念され、要物性を維持している⁴⁸。

第 2 知的財産権に関する質権

上記のように有価証券に関する質権においては、ペーパーレス化の流れとともに、要物性が失われつつあるものの、それでも、伝統的に有価証券の存在を前提としてきことから、いまだに一部では要物性を留めている。

これに対して、知的財産権に関する質権はどうか。知的財産権については各法律に具体的な規定が存在する。たとえば、著作権法では、著作権、出版権、著作隣接権に質権を設定する制度が存在している（著作権法 66 条、87 条、103 条が 66 条を準用）。また、産業財産権法では、特許法 95 条、実用新案法 25 条 1 項、意匠法 35 条 1 項、商標法 34 条 1 項等である⁴⁹。これらの知的財産権に関する質権においては、もはや完全に要物性が失われ、非占有担保物権とみられている。よって、その性質はもはや抵当権と同視されているのである。

そこで、以下では、民法外の権利質権の要物性喪失の最たる例として、まず著作権法に関する質権と同制度下における占有について概観し、その後、産業財産権法のうち代表的なものとして、特許法に関する質権と同制度下における占有に関する議論を中心として紹介する。

I. 著作権等に関する質権

1 著作権法における質権制度の概要

著作権法においては、先に触れたように、著作権、出版権、著作隣接権に質権を設定する制度が存在している（著作権法 66 条、87 条、103 条が 66 条を準用）。

まず、著作権及び著作隣接権に関しては、その全部又は一部に質権を設定することが可能

⁴⁸ なお、国債に関しても平成 15 年以降振替法の下に一本化され、国債券は存在しなくなりつつあるといわれている（道垣内・前掲注 2 の 103 頁）。国債に関しても、社債と同様に、振替国債の質入れは、質権者がその口座における質権欄に当該質入れに係る金額の増額の記載又は記録を受けることで効力を生じるとされている（振替法 99 条）。この記載・記録が対抗要件となることも社債と同様と解してよいであろう（記載・記録を対抗要件と解するものとして、道垣内・前掲注 2 の 103 頁）。

⁴⁹ 知的財産権に関する担保制度一般については、田代泰久『知的財産権担保融資の理論と実務』（清文社・1996 年）3～71 頁、高石義一『知的所有権担保』（銀行研修社・1997 年）73 頁以下、鎌田薫編『債権・動産・知財担保利用の実務』（新日本法規出版・2008 年）363～396 頁 [吉羽真一郎・大宮立]、作花文雄『著作権法 制度と政策 第 3 版』（発明協会・2008 年）300～306 頁等を参照。

である（著作権の一部への質権設定としては、たとえば、著作権の支分権たる複製権〔著作権法 21 条〕についてのみ質権を設定することが考えられる）。

そして、著作権や著作隣接権は著作物の創作と同時に発生し、登録が効力要件になっていない（無方式主義、著作権法 17 条 2 項、89 条 5 項）。したがって、これらの権利に関する質権の設定は、当事者間での合意（質権設定契約）によって効力を生じ、質権の存在を公示するものとして登録が必要となり、その登録が対抗要件とされているのである（著作権法 77 条 2 号、104 条）⁵⁰。

また、出版権についても、複製権者の「承諾」を得た場合に限って質権の設定が可能であり（87 条）、出版権への質権設定は当事者間の合意で効力を生じることを前提として、登録が対抗要件と規定されている（著作権法 88 条 1 項 2 号）。

2 著作権等に関する質権における占有

以上のように著作権等に関する質権は合意・登録が効力要件・対抗要件であり、権利を表章する証書の存在が全く前提となっていない。そこで、著作権に関する質権における占有はどのように理解されているのか。

旧法下では、著作権等に関する質権の規定を欠いていたことから、次のような見解の対立が存在していた⁵¹。すなわち、①著作権に関する質権も民法上の権利質権であるとして、民法 362 条 2 項を介して、356 条を準用し、質権者だけに著作権の行使を認める見解、これに対して、②民法 362 条 2 項を介して 350 条及び 298 条 2 項を準用し、著作権者の承諾があれば質権者だけが著作権を行使することができるという見解、③そもそも知的財産権を目的とする質権は抵当権と同視すべきであるから、民法 369 条 1 項を準用して著作権者だけが著作権を行使できるという見解、④上記の②と③の折衷的な見解、つまり、著作権の行使は著作権者の承諾があれば質権者が行い、承諾がなければ著作権者が行うという理解である。こうした議論の上、現行著作権法 66 条 1 項は上記④の理解を採用し、「著作権は、これを目的として質権を設定した場合においても、設定行為に別段の定めがない限り、著作権者が行使する」こととなった。

現行法下では、そもそも著作権そのものが無体物であるため、これに質権を設定する際に目的物の引渡しという観念が存在しないといわれている⁵²。そのため、著作権等に関する質権には留置的機能がなく、優先弁済的機能が中心となることが認められている⁵³。したがっ

⁵⁰ なお、プログラムの著作物に関する著作権は文化庁長官が指定する指定登録機関が登録事務を行う（著作権法 78 条の 2、プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律 5 条 1 項）。したがって、この著作権に質権を設定する際には、文化庁ではなく、指定登録機関である財団法人ソフトウェア情報センターで登録を行うことになる。その際、プログラム著作物の複製物を文化庁長官に提出することが必要となる（プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律 3 条、著作権法 77 条。ただし手続としては上記センターに提出されているようである）。

⁵¹ この議論については加戸守行『著作権法逐条講義 五訂新版』（著作権情報センター・2006 年）396～397 頁を主に参照した。

⁵² 半田正夫「著作権の準占有、取得時効」齊藤博ほか編『裁判実務大系第 27 巻 知的財産関係訴訟法』（青林書院・1997 年）287 頁、作花・前掲注 49 の 300 頁、紋谷暢男『知的財産権法概論（第 3 版）』（有斐閣・2012 年）265 頁、半田正夫『著作権法概説〔第 15 版〕』（法学書院・2013 年）214 頁等を参照。

⁵³ 紋谷・前掲注 52 の 265 頁、角田正芳ほか『知的財産法〔第 6 版〕』（有斐閣・2012 年）406 頁〔角田

て、著作権等に関する質権は実質的に抵当権と同様の機能をはたすと評価される⁵⁴。そして、著作権法領域だけでなく、民法学説においてもこうした評価が承認されていた⁵⁵。

したがって、著作権等に関する質権は非占有担保物権的な様相を呈し、その要物性は制度的に完全に失われているのである。

II. 特許権等に関する質権

1 特許法における質権制度の概要

これに対して、産業財産権法のうち、特に特許権に関する質権をみると、95条が特許権、専用実施権又は通常実施権を目的として質権を設定することを認めている。すなわち、特許権者は「業として特許発明の実施をする権利を専有する」(特許法 68条)ため、特許権は業としての発明の独占的実施権であり、この特許権者は他者に専用実施権(特許法 77条 1項)や通常実施権(78条 1項)を設定することができる。こうした権利について、質入れすることが認められている⁵⁶。

そして、特許権及び専用実施権に対する質権の設定は登録が効力要件であり(特許法 98条 1項 3号)⁵⁷、この登録をもって対抗要件となると理解されている⁵⁸。これに対して、通常実施権は、独占的な権利である専用実施権(特許法 77条 2項)と異なり、契約でその内容を定める不作為請求権に過ぎない⁵⁹。したがって、債権法理に従って、その成立・発生には当事者の合意で足りる。また、通常実施権に質権を設定した際の対抗については、かつて特許法 99条 3項で登録が対抗要件とされていた。しかし、通常実施権については当然対抗制度が導入され、通常実施権はその発生後の特許権や専用実施権の譲受人等に対抗できることになったので、通常実施権の登録制度が廃止されている(特許法 99条 3項は現在削除された)。それに伴い、通常実施権への質権設定も登録は問題にならず、民法の原則に戻って民法 364条によって対抗力を有するようになった⁶⁰。

正芳]を参照。

⁵⁴ このような評価を述べるものとして、加戸・前掲注 51 の 397 頁、作花・前掲注 49 の 300 頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタル 2 [23 条～90 条の 3]』(勁草書房・2009 年) 641 頁 [飯島澄雄]、紋谷・前掲注 52 の 265 頁、角田・前掲注 53 の 406 頁 [角田]、高林龍『標準 著作権法』(有斐閣・2010 年) 205 頁、半田・前掲注 52『著作権法概説』214 頁等を参照。

⁵⁵ 勝本正晃『担保物権法 [初版]』(日本評論社・1938 年) 338 頁、勝本正晃『担保物権法下巻 [三版]』(有斐閣・1954 年) 395 頁、薬師寺志光『物権法概論 [第 3 版]』(法政大学出版局・1963 年) 176 頁、槇梯次『担保物権法 [初版]』(有斐閣・1986 年) 105 頁等を参照。

⁵⁶ これに対して、特許を受ける権利は質権の目的とすることはできない(特許法 33 条 2 項)。この点は平成 23 年の特許法改正の際に議論されたが、改正は見送られた。

⁵⁷ なお、専用実施権につき質権を設定する場合には、専用実施権者は特許権者から質権設定の「承諾」をけることも必要である(特許法 77 条 4 項)。

⁵⁸ 鎌田・前掲注 49 の 371 頁 [吉羽・大宮] 及び中山信弘＝小泉直樹編『新・注解 特許法【上巻】』(青林書院・2011 年) 1340 頁 [林いづみ] が本文のような理解を示している。

⁵⁹ この点については、中山信弘『特許法 [第 2 版]』(弘文堂・2012 年) 461～462 頁を参照。

⁶⁰ 以上につき、高林龍『標準特許法 (第 4 版)』(有斐閣・2011 年) 194 頁及び 209 頁を参照。なお、通常実施権への質権設定は特許権者や専用実施権者の「承諾」を得る必要がある(特許法 94 条 2 項)。

このように、特許権等における質権においても、著作権等における質権の場合と同様に、権利を表章する証書の存在が全く前提となっていないのである。

2 特許権等に関する質権における占有

このような要件を満たして、特許権等に質権の設定がなされた際に、質権者は契約で別段の定めをした場合を除き、当該特許発明の実施をすることができない（特許法 95 条）。すなわち、特許権等の実施権能は質権設定者が有することになる。

この点について、かつては 95 条のような規定が存在しなかったため、発明の実施権能を有するのは質権者なのか質権設定者なのか争われ、解釈論が展開されていた。すなわち、一方で、①民法 362 条 2 項を通じて民法 350 条が準用する民法 297 条や 298 条を準用する、あるいは、民法 362 条 2 項を通じて民法 356 条を準用することで、質権者の実施権能を否定する学説が存在した。他方で、②特許権等に関する質権は抵当権に準じるものと理解し、設定者に実施権能を残して、質権者は優先弁済権を有するに過ぎないと学説も存在した⁶¹。

こうした対立があったものの、前者の①学説は有体物の占有を前提とする規定を準用しており、無体物たる特許権等の性質と合致しないものであり、学説としては受け入れがたいと評価され⁶²、実際に工業所有権審議会の答申でも、質権制度を廃止して抵当権制度に改めることになった。もっとも、質権の実行には民事執行法 193 条のような実行規定があるものの、権利に関する抵当権として制度をあらためると、別途規定を設ける困難が生じるとして、立案過程において旧法の質権制度を維持することになり⁶³、特許法 95 条が設けられた。

このような経緯があり、その後、特許権等に関する質権は権利質権ではあるものの、実質的には抵当権のような非占有担保物権と同視できるとの評価が支配的となった⁶⁴。この結論は、特許権の対象となる発明が占有を観念できない⁶⁵という点からも、非常に説得力があると思われる。

したがって、著作権等に関する質権と特許権等に関する質権を一体としてみれば、知的財産権に関する質権全体において、非占有担保としての性格が制度的に明確になっており、要物性が完全に失われていた⁶⁶。

⁶¹ 議論の詳細は、播磨良承「無体財産権の担保」星野英一ほか編「担保法の現代的諸問題」別冊 NBL10 号（商事法務研究会・1983 年）127 頁、中山＝小泉・前掲注 58 の 1336 頁 [林] を参照。

⁶² この評価については、播磨・前掲注 61 の 127 頁を参照。

⁶³ これを指摘するものとして、中山・前掲注 59 の 450 頁注 3)、中山＝小泉・前掲注 58 の 1336 頁 [林] を参照。

⁶⁴ 中山・前掲注 59 の 450 頁、高林・前掲注 60 の 209 頁、鎌田・前掲注 49 の 367 頁 [吉羽・大宮]、中山ほか・前掲注 58 の 1336 頁 [林]、金井高志『民法でみる知的財産法〔第 2 版〕』（日本評論社・2012 年）149 頁、民法学の立場から、このことを指摘するものとして我妻・前掲注 11 の 206 頁がある。

⁶⁵ このような性質を指摘するものとして、中山・前掲注 59 の 452 頁及び鎌田・前掲注 49 の 363 頁 [吉羽・大宮] がある。なお、高林・前掲注 60 の 9 頁は準占有の可能性は認めるが、排他的でないとしている。

⁶⁶ 意匠法や実用新案法は特許法と同様の規定であり、商標法は通常使用権の登録制度が残っており、その質入れは登録が対抗要件となる点（商標法 34 条 2 項）が異なるものの、要物性が欠ける点ではいずれの権利も同様といえよう。

第3 電子記録債権に関する質権

I. 電子記録債権に関する質権の概要

電子記録債権とは、その発生又は譲渡について電子記録を要件とする金銭債権をいう（電子記録債権法2条1項）。この債権について、質権を設定することが認められている。このような電子記録債権への質権設定は、「質権設定記録をしなければ、その効力を生じない」とされ（電子記録債権法36条1項）、記録が効力要件となっている。

このように記録が効力要件とされたのは、①質権設定も電子記録債権の処分であるから、電子記録債権の譲渡（電子記録債権法17条）と同様に記録を効力要件としたということ、そして、②動産・不動産への質権設定の場合に引渡しが必要とされており、また、振替社債や振替株式に対する質権の設定も既にみたように口座への質権欄に増加の記録をすることを効力要件としている（振替法74条、141条）こととも整合的であるからと説明されている⁶⁷。

これに対して、対抗要件に関する明文規定は存在していないが、上記のような記録をするだけで、だれに対しても権利を主張できることになり、効力要件主義を採用したことで、対抗要件主義を否定したといわれている⁶⁸。

II. 電子記録債権に関する質権における占有

上記のように、電子記録債権に関する質権においては、知的財産権に関する質権の場合と同様に、証書や証券などは存在せず、証券的債権のような要物性は存在しないようにみえる。

このことは立案担当者も前提としていたようである。すなわち、電子記録債権も債権である以上、質権設定の際には、民法の債権質権に関する規定が適用されるとしながらも、証書の存在を前提とする民法363条は適用の余地がなく、また、指図債権に関する民法365条も適用されないことが示されている⁶⁹。このことから電子記録債権が債権といっても、証券

⁶⁷ このような理解を立案担当者が示したものとして、始関正光＝高橋康文『一問一答 電子記録債権法』（商事法務・2008年）142頁を参照。

⁶⁸ 池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化—債権譲渡の研究 第4巻—』（弘文堂・2010年）288頁を参照。これに対して、電子記録が請求の順に記録され（電子記録債権法8条1項）、この電子記録の名義人が電子記録による電子債権上の権利を対世的に適法に有するものと推定されていることから（電子記録債権法9条2項）、対抗要件類似の優劣規範が示されているとの説明もなされている（青木則幸「質権」池田真朗ほか編「電子記録債権法の理論と実務」別冊金融・商事判例〔経済法令研究会・2008年〕95～96頁）。

⁶⁹ これに触れるものとして、始関＝高橋・前掲注67の143頁及び145頁の（注1）を参照。

的債権と切り離されていることがうかがわれるのである。

また、電子記録債権法は準用の範囲が文言上も解釈上も明確とは言えない民法 362 条 2 項を電子記録債権の質権に適用しないことを明示し（電子記録債権法 36 条 2 項）、電子記録債権法 36 条 3 項で準用が必要な条文を個別に明記している。しかし、準用に当たっては、有体物の存在を前提とする民法 344 条、345 条、347 条は有体物が存在しない電子記録債権には準用しないことが示されており⁷⁰、要物性の存在も立案担当者の意図するところではなかったように思われる。

したがって、電子記録債権に関する質権は、電子記録債権の占有を観念することはできず⁷¹、その効力としては優先弁済的効力が認められる（電子記録債権法 36 条 3 項が準用する民法 342 条）。

第 3 節 小 括

以上でみてきたように、債権質権は立法当初から証書が存在しない指名債権に関する質権について要物性が否定されており、このように要物性が否定される範囲は平成 15 年の改正により一層拡大した。なぜなら、要物性を維持する民法 363 条が改正され、証券的債権を除いた指名債権（狭義の指名債権）については完全に要物性が否定されたからである。

そもそも、狭義の指名債権に関する質権では証書が存在しなければ無体物である債権そのものの占有は観念できないため、この質権は抵当権に接近した非占有担保物権的な性格であるとの評価が可能であったところ⁷²、平成 15 年改正によってこの性質がさらに明確になったといえよう。

これに対して、占有担保的性格を示す権利質権は、狭義の指名債権の質権以外でも極めて縮小しつつある。すなわち、有価証券に関する質権においては、手形・小切手に関する質権が一部で要物性を留めているものの、その利用は極めて少なかった。また、会社法上の株式や社債、そして、国債においては証券のペーパーレス化の影響に伴って要物性が欠ける質権が増加し、かろうじて要物性を残す質権も譲渡担保にとって代われようとしていた。した

⁷⁰ この点については、始関＝高橋・前掲注 67 の 145 頁の（注 2）を参照。なお、留置権に関する民法 298 条 1 項が準用されているものの（電子記録債権法 36 条 3 項）、電子記録債権は有体物でないため占有を観念することができず、298 条 1 項を文言通り適用することはできないものの、これは電子記録債権の質権者が質入れされた電子記録債権について善良な管理者の注意をもって扱うことを明らかにする趣旨にとどまることが指摘されている（池田真朗＝太田穰編『解説 電子記録債権法』[弘文堂・2010 年] 184 頁）。

⁷¹ 池田＝太田編・前掲注 70 の 185 頁がこの理解を示す。もっとも、商事留置権の成否との関係についてはあるが、債務者の権利行使が制限されることで債権者が事実上の支配権限を取得し、このことをもって権利の占有を観念できるという理解から、電子記録債権にも事実上の支配（占有）を認める立場が示されている（加藤貴仁「第 4 章 電子記録債権と商事留置権—試論—」金融法研究会報告書（22）[2013 年] 72～74 頁）。しかし、神作・前掲注 46 の 16 頁では、こうした解釈は立法論の問題とされている。

⁷² 本文のような評価は、林・前掲注 1 の 328 頁 [林]、道垣内・前掲注 2 の 80 頁が述べている。

がって、これらの質権においては要物性を残すものが制度的にも、実際の運用としても、その範囲は縮小傾向にあった。このように有価証券に関する質権では理論的にも現実の利用場面においても要物性の意義が低下しているのである。

さらに、知的財産権に関する質権や電子記録債権に関する質権は、有価証券法理とは切り離されており、権利を表章する証券が存在しないため、占有が全く観念できず、もはや完全に要物性が排除されていた。しかも、これらの権利は制度的に要物性を前提としておらず、このような非占有担保的な質権が立法によって認められたことに注目すべきである。

このような点から要物性が排されて、非占有担保的な性格を示す質権の拡大は民法が中心として予定している債権質権内部の問題だけでなく、権利質権の全体的な傾向であることが確認できる。それゆえ、占有要件の意義は権利質権においては低下しているといえるだろう。

こうした占有要件の後退は次の課題を明確にすることになる。すなわち、これまで約定担保物権が占有の有無を基準として区別され、権利質権を含む質権全体が占有担保であると整理されてきたものの、権利質権における占有要件が上記のようにその意義を失いつつあるならば、このように占有を基準とした約定担保物権の区別も見直しを迫られるのではないだろうか。

これに対して、逆に従来非占有型の担保物権といわれてきた抵当権についても占有を承認する事態に至っている。すなわち、最高裁は次章で指摘するように平成 11 年及び平成 17 年の段階で、抵当権者に不動産の占有が認められる余地を生じさせる（たとえば、「抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とする」占有を認めている）。このように、少なくとも抵当権の実行段階においては、判例は非占有担保物権にも占有を承認する方向に流れてきており⁷³、非占有型担保の分野においても占有要件の排除が徹底されない場面が登場している。

このように約定担保物権の一部では占有型と非占有型の担保物権の接近がみられ、従来の占有を基準とした区別に理論的な限界がきているといえ、このような区別基準を見直す必要性があるのではないか。もっとも、こうした問題はこれまで十分に議論されてはいなかった。したがって、第 3 章において、母法であるフランス法の状況に上記のような課題を解決する可能性を見出すべく、詳細な検討は第 4 章に譲る。

そこで、民法上の権利質権は証券的債権に関する債権質権を除けば、要物性が完全に失われており、この証券的債権のほとんどが上記でみたように商事法の世界のものであって、民法上の権利質権の中心が狭義の指名債権質権ということに注目し、次章では狭義の指名債

⁷³ 内田貴『民法Ⅲ〔第 3 版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会・2005 年）439～440 頁では、非占有担保物権であるからといって、引渡請求が不可能であるとする理解はあまりに硬直的であり、担保物権の実行段階に入れば、抵当権者も占有に介入でき、執行手続への協力の態様として、自ら管理することも認められるとの理解が示されており、学説からも少なくとも非占有型の担保物権であることを理由に厳格に占有の移転を禁止するという理解は貫かれないことが示された。

権質権を中心として議論を進めたい。すなわち、占有という要件面と深く関連する法的性質及び効果面について、狭義の指名債権に関する質権についてのこれまでの議論を確認し、それを前提として、効果面の問題に関する著者の私見を示したい。

第 2 章 債権質権の効力と担保価値の維持

第1節 債権質権の拘束力

序論

I. 問題の所在

1 従来議論

動産や不動産などの有体物を質権の目的とすれば、当該有体物は引き渡され、その占有は移転される（民法 342 条、345 条等を参照）。したがって、有体物に質権が設定される場合には、質権設定者の手元に有体物が残ることはないのが原則となる。しかし、無体物を質権の目的とする場合には有体物と異なる法的状況にある。証券的債権を除いた狭義の指名債権（以下、断りがなければ「債権」とする）を例としてみれば、これは観念的な存在であり、基本的には債権そのものにつき物理的な引渡しや物理的な占有ということは考えられないことは前章で確認したとおりである¹。

したがって、債権が質権の目的となる場合、質権設定者や質入れされた債権の債務者（以下「第三債務者」とする）によって、当該債権が消滅や変更等の危険にさらされるおそれがある。たとえば、質権設定者 A が、第三債務者 B に対する自己の金銭債権に、C のための質権を設定した例についてみる。この場合、A・B 間において、A の B に対する取立や B の弁済を A が受領する可能性があり、さらに、A・B 間での相殺や更改、A からの免除や放棄、加えて、質入債権について利率の低減や期限の猶予等を行う可能性が考えられる（以下、質権設定者と第三債務者間の上記のような各行為を「質入債権の消滅・変更等の行為」とする）。

そこで、こうした質入債権の消滅・変更等の行為を防止すべく、質権設定者や第三債務者は債権の質入れによって一定の拘束をうけるといわれてきた²。すなわち、先の例でみれば、A は B に対する質入債権の消滅・変更等の行為を行うことはできないとされ、さらに C が質権の対抗要件を備えれば、B も A に対する債権の消滅・変更等の行為を C に対抗できないと学説上はいわれてきた。これは質権の目的となっている債権に関する拘束力が根拠であるとされ、民法 481 条等の条文の類推適用で具体的な紛争処理が図られると理解されている。

ところが、後に詳述する最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 卷 10 号 3964 頁（以下、「平

¹ 引渡しを否定するものとして、道垣内弘人『担保物権法 [第 3 版]』（有斐閣・平成 20 年 [初版平成 16 年]、以下、「道垣内有斐閣」とする）105 頁を参照。なお、民法 363 条では、譲渡に証書が必要な債権については、証書の交付が求められているものの、証書が交付されたとしても、それは債権の証拠方法に過ぎず、債権そのものの占有や留置ではないとみるべきであろう（高木多喜男『担保物権法 [第 4 版]』[有斐閣・平成 19 年、初版昭和 59 年] 82 頁）。

² 我妻栄『新訂担保物権法 [新訂第六刷]』（岩波書店・昭和 50 年）184 頁及び 191 頁を参照（なお、以下では同書を「新訂我妻」とする）。

成 18 年判決」とする)は、敷金返還請求権に質権が設定された事案において、当該敷金返還請求権を消滅させる行為が担保価値維持義務に反すると判断した。

この担保価値維持義務は、学説が議論してきた債権質権の拘束力とどのような関係にあるのか。そもそも、平成 18 年判決にいたるまで、債権質権に関する判例の中では担保価値維持義務を認めるものはみあたらず、後に見るように当事者の主張に「担保債権ヲ保存確保スルノ義務」との表現が登場するのみであった(大判昭和 12 年 7 月 7 日大審院民事判例集 16 卷 1112 頁)。また、学説においても、極めて簡潔に述べれば、大正期に債権質権に関して「目的債権を保存する義務」が承認されて以降、平成期に「目的債権を健全に維持する義務を負う」といわれるようになるまで³、こうした義務を明示する見解は多くないように思われる。そのため、学説及び平成 18 年判決までの判例が平成 18 年判決とどのような関係にあるのか、そして、担保価値維持義務の理論的な位置づけをどのように理解すべきかが問題となる。

また、担保価値維持義務の法的根拠はどのようなものか(物的義務か人的義務か、あるいは質権による義務か契約による義務か)という問題も残っているといわれている⁴。

2 本節の視点と論述の対象

仮に、担保価値維持義務の法的根拠が契約や契約当事者間の信義則であるとすれば、契約の内容次第で同義務の有無が左右されるのだろうか。だが、そもそも債権質権は「他の債権者に先立って自己の債権の弁済をうける権利」である(民法 342 条、362 条 2 項)。したがって、債権質権が設定された場合、担保目的の価値は設定契約の内容を問わず質権者に帰属しているはずである。そうでなければ債権の担保としての意味が失われるからである。故に、結論を先取りすれば、担保価値維持義務や債権質権の拘束力は、契約や契約当事者間の信義則というよりも、債権質権(担保物権)との関係(特にその効力との関係)において、法的根拠が説明されるべきではないのか。

そして、債権質権の効力は主に留置的効力と優先弁済的効力が存在している⁵。従来の学説では、債権質権の拘束力について、留置的効力と関連した説明を行うものも存在した⁶。とはいえ、債権質権は先に述べたように無体物である債権を目的としているので、その引渡

³ 中島玉吉『民法積義 卷ノ二下 [初版]』(金刺芳流堂・大正 5 年) 1012 頁は、既に大正期に債権質権に関して「目的債権を保存する義務」を承認し、その後、道垣内有斐閣・前掲注 1 の 111 頁が、平成期に「目的債権を健全に維持する義務」を承認する。

⁴ このような問題点の指摘については、松尾弘『物権・担保物権法 [第 2 版]』(弘文堂・平成 20 年 [初版平成 17 年]) 300 頁、片山直也「判批」ジュリスト増刊 1354 号(平成 20 年) 71 頁、片山直也『詐害行為の基礎理論 [初版]』(慶應義塾大学出版会・平成 23 年) 624 頁等を参照。なお、片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権—担保価値維持義務論の視点から—」池田真朗ほか編『民法(債権法)改正の論理【別冊タートンヌマン】』(新青出版・平成 22 年) 169 頁では、平成 18 年判決が登場したことで、諸種の担保において広く担保価値維持義務を認めることが有用か否かも検討されなければならないとされているが、この点については本節では直接は扱わず、本章第 2 節において詳述する。

⁵ 内田貴『民法Ⅲ [第 3 版] 債権総論・担保物権』(東京大学出版会・平成 17 年 [初版平成 8 年]) 487 頁を参照。

⁶ 後述するように、新訂我妻・前掲注 2 の 191 頁が本文のような理解を示しているものと思われる。

しを観念できず、占有の実質も乏しいように思われる。さらに、前章でみたように平成 15 年の改正によって債権の証書の交付が不要となったことにより、債権質権の要物性が一層希薄化した。こうした点から、債権質権の留置的効力の存在意味が希薄化しているのであれば、債権質権の拘束力や担保価値維持義務が現在でも留置的効力との関係において説明されるべきなのかは疑問があり、むしろ質権の本質的効力であるとされる優先弁済的効力との関連性を検討すべきではないかと思われる。

このように、本節は、担保価値維持義務や債権質権の拘束力の問題が担保物権の効力（とりわけ優先弁済的効力）と関連するという視点から、これまでの判例・学説を整理し、検討する。したがって、以下では担保価値維持義務を明示した平成 18 年判決を中心に、権利質権のうち特に平成 18 年判決で問題となった債権質権をとりあげて、債権質権の効力として担保価値維持義務や債権質権の拘束力をどのように理解することができるかを主に検討していく。その際に、これまでの判例や学説上の議論を担保物権の効力という視点から整理することで、担保価値維持義務や債権質権の拘束力の法的根拠について考える素材としたい。

II. 研究の必要性

では、先行研究との関係で、上記のような視点から研究をする必要性はどこにあるのだろうか。

1 担保物権の要件・効果との関係

従来の研究をみると、権利質権に関する一般的な研究はごく僅かであり、特に債権質権の効果やその効果の理論的根拠について学説が十分に明らかにしているとはいえず、さらに無体物の占有に関する研究も非常に少ないといわれている⁷。

そもそも、担保物権の目的とは債権の実現を確保すること、すなわち優先的な債権回収にある。債権回収のためには担保物権がどの範囲まで及び、どのように実現・実行されるかが重要である。これはまさに担保物権の効力の問題である。したがって、担保物権の効力として担保価値維持義務や債権質権の拘束力がどのように位置付けられるかを検討し、これらが担保物権の効力から承認できる可能性が認められるならば、担保物権の目的である債権を維持・確保することに資する。つまり、これまで債権質権の拘束力に関しては明文の規定がなく解釈に任されてきたところ⁸、民法及びその関連領域において、担保物権の効力から一般的に上記の拘束力や義務を認める可能性があるならば、担保物権の効力の内容を明ら

⁷ このような指摘については、新田敏「民法における権利拘束の原則」法学研究 38 巻 1 号（昭和 40 年）222 頁、吉田克己「21 世紀の財の法に向けて—第 2 回日仏物権法セミナーへの 1 つの総括」新世代法政策学研究第 17 号（平成 24 年）212 頁注 28 を参照。なお、これまで無体物の占有が問題となった例として、著作権の時効取得などの例がある。たとえば、最判平成 9 年 7 月 17 日民集 51 巻 6 号 2714 頁では、著作権の支分権である複製権（著作権法 21 条）の準占有による時効取得の可否が問題となった。

⁸ 前掲・注 2 新訂我妻 191 頁を参照。

かにし、もって担保客体を維持・確保することに資するのである。

また、担保価値維持義務や債権質権の拘束力の法的根拠を債権質権の効力との関係で整理するにあたって、特に占有を前提とする留置的効力との関係では、無体物である債権と占有との関係をどのように理解するか問題となってくる。そのため、本節では、無体物とその占有という点とも関わり、本来質権の要件といわれてきた占有について、無体物との関係における意味や機能を探ることになる⁹。

これらの点は、債権質権の効果や無体物の占有に関して、これまで議論が少ないとされている日本の理論状況からみて研究の必要性が高いといえるだろう。

2 担保物権の法的性質との関係

もっとも、上記のような担保物権の効力との関係における検討を行うならば、それは債権質権の法的性質という一般的な問題とも関連する。すなわち、権利質権や債権質権は後に詳細を述べるように、その法的性質の理解について、債権とみる理解から物権とみる理解へ変化し、その後、さらに物権であるとの性質に加えて価値権的性格まで認められ、ついに抵当権へ接近するものと評価されるという変遷を重ねてきた。このような性質の変化に伴って、担保物権の効力も変化しているのである。

したがって、現代において、担保物権の効力との関連で担保価値維持義務や債権質権の拘束力を理解するならば、権利質権や債権質権の法的効力だけでなく、それらの法的性質とも切り離すことができない。そうであれば、法的効力を明らかにするためにも、法的性質に関する学説を整理する必要性が認められるであろう。

3 今後の担保物権のあり方との関係

さらに、債権質権は立法当時から現在にいたるまで、常に一定程度の有用性が指摘されてきた¹⁰。そうであれば、今後も債権質権の有用性が著しく衰えることはないと思われる。また、判例によって認められた譲渡担保という制度が存在し、これによって次々と新たな目的物を担保化することが可能であるとしても、それには限界がある。なぜなら、判例は事案ごとの解決を目指すものであって、制度の全体的・整合的な仕組みを整えるものではなく、さらに譲渡担保は明文規定が欠けるので、制定法と比較すると予測可能性が低くならざるを得ないからである¹¹。したがって、債権質権の重要性や債権質権が明文規定を有する一般法上の担保物権であるという点にかんがみれば、民法上の担保物権の法的効力や法的性質に関する研究の必要性が今後衰えることはないように思われる。

⁹ こうした分析は、いずれ知的財産権やその他の財産権に関する質権において、無体物と占有との関係を扱う際の参考となるように思われる。

¹⁰ 富井政章『訂正 民法原論 第2巻 物権』（有斐閣・昭和60年、これは第2巻上冊〔初版明治39年〕と第2巻下冊〔初版大正3年〕を合冊した富井政章『民法原論 第2巻』（有斐閣・大正12年）の復刻版である）507頁、また、昭和期には槇梯次『担保物権法〔初版〕』（有斐閣・昭和61年）105頁、平成期については道垣内有斐閣・前掲注1の80頁等が本文のような指摘を行っている。

¹¹ 担保制度は国家の用意すべきインフラであり、アドホックな判例法に委ねることは限界があるとの指摘をするものとして、内田貴『民法改正—契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房・2011年）224頁が挙げられる。

そして、特に現在民法（債権法）の改正の議論が進展しており、その後には担保法の改正が控えているといわれている¹²。こうした状況下で、権利質権や債権質権の変遷をたどり、従来の議論や概念を整理して、それらの現状を明らかにすることは、あるべき担保物権（特に権利質権や債権質権）の姿を模索することになり、今後の担保法の改正にむけて、担保物権のあり方を巡る議論に一定の貢献をすることができるのではないかと。

Ⅲ. 第 1 節の構成

以上のような視点と必要性から、本節では、まずこれまでの判例が債権質権の拘束力の問題に関連して、どのような判断を行ってきたのかを概観して（「第 1 判例の整理」）、次に、学説上の議論状況を見ていきたい（「第 2 学説の変遷」）。さらに、判例と学説との関係を踏まえ、担保価値維持義務や債権質権の拘束力の法的根拠につき総合的に検討し（「第 3 若干の検討」）、最後に全体のまとめを行って、残された課題を示す（「第 4 小括」）。

第 1 判例の整理

はじめに、債権質権の拘束力をめぐる判例の傾向をみていく。

まず、平成 18 年判決以前の債権質権に関する判例をみる（「Ⅰ. 最判平成 18 年 12 月 21 日以前の判例について」）。すなわち、質入債権につき相殺の可否が問題となった判決、そして、質権設定者による質入債権の時効中断の可否が問題となった判決、最後に、質権設定者が質入債権につき第三債務者の破産手続の開始申立を行うことの可否が問題となった決定を紹介する。

その後、担保価値維持義務を一般的に認めた平成 18 年判決を紹介し、それまでの判例との関係等を検討する（「Ⅱ. 最判平成 18 年 12 月 21 日について」）。

なお、各判例の判決文等について句読点を補い、また前記の研究の視点からみて重要と思われる箇所にはアンダーラインを付している。そして、旧法令については基本的に法令名の前に「旧」と記載し、現行法令は法令名と条文番号のみ記載した（もともと、判決原文中に引用されている法令に関しては、原文に忠実に旧法令のままで記載した）。

Ⅰ. 最判平成 18 年 12 月 21 日以前の判例について

1 相殺に関する判決

(1) 大判大正 5 年 9 月 5 日大審院民事判決録 22 輯 1670 頁

i) 事実の概要

¹² 内田『民法改正』・前掲注 11 の 224 頁が本文のような指摘を行っている。

事案の詳細が判決文から読みとれない点があるものの、概要は次の通りである。

質権設定者 A 銀行が Y に対する貸金債権に X 銀行のための質権を設定し、X 銀行が Y に対して質権設定の通知を行った。ところが、X が Y に対する質権の実行として、貸金債権の直接取立を行うと、Y は、X 銀行による質権設定の通知後に、A 銀行に対して取得した債権をもって A 銀行の自己に対する債権と相殺する旨の抗弁を行っている。これに対して、X は、質権が民法上で物権とされ、また対抗要件を備えれば第三債務者その他の第三者に対抗できると規定されていることから、こうした規定の当然の結果として、X が対抗要件を備えた後の相殺は明文規定がなくても制限されると主張している。

このような事案について、原審は債権質権に関して第三債務者の相殺に関する明文規定は欠けるとしながらも、民法 468 条 2 項を類推適用し、質権設定の通知までに相殺に供すべき反対債権を取得していなかった Y は、相殺をもって質権者 X に対抗できないと判断したので、Y が上告した。その上告理由の中心的なものは次の通りである。

まず、①原審は債権質権の設定の場合に相殺を制限する明文規定がないことを認めている。このように相殺を禁止する明文規定がないならば、第三債務者が反対債権を有する限り、いつでも相殺ができるはずである。そして、原審は債権譲渡の規定を類推適用しているものの、債権譲渡と債権質権の設定では債権者が変更するか否かの違いがあり、また、468 条 2 項は譲渡された債権の債務者を保護する規定であるところ、債権譲渡における債務者と質権者はその法的地位に違いがある。こうした相違点の存在から、債権譲渡に関する民法 468 条 2 項は債権質権の設定の場合、質権者を保護するために類推適用することはできないという理由が主張されている。

加えて、②相殺の禁止に関連する民法上の規定は民法 511 条が存在するところ、同規定は債権の差押えを前提としたものである。したがって、本件のように債権の差押えがなされていない場合においては 511 条の適用はない。そうであれば、支払の差止めを受けるまでは、第三債務者である Y は、いつでも相殺を質権者に対抗できるという理由も主張されている。

ii) 判旨

まず、上告理由①について、次のように判断されている。すなわち、「債権ヲ目的ト為シタル質権ノ効力トシテ、質権者ハ目的タル債権ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得ルコト民法第三百六十七条¹ニ依リ明カナリ。故ニ、質権設定者ハ勿論、第三債務者モ亦之ニ対スル対抗条件ノ具備シタル上ハ、質権者ノ取立権能ヲ害スルノ行為ヲ為スコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス。而シテ、指名債権ヲ以テ質権ノ目的ト為シタル質権者ハ第三債務者ニ質権ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾シタル時ヨリ、其質権ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルヲ以テ、第三債務者ハ此時ヨリ質権者ノ取立権能ヲ害スルノ行為ヲ為スコトヲ得サルモノト謂フ可シ。此時以後ニ於テ第三債務者カ質権設定者ニ対スル債

¹ 当時の民法 367 条 1 項は「質権者ハ質権ノ目的タル債権ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得」としており、現在の民法 366 条 1 項に対応している。

権ヲ取得シ之ヲ以テ質権者ニ相殺ヲ對抗スルハ、質権者ノ取立権能ヲ害スルモノトス。故ニ、第三債務者ハ質権設定ノ通知ヲ受ケ又ハ之ヲ承諾シタル時ヨリ以後ニ取得シタル質権設定者ニ対スル債権ヲ以テ、質権者ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相当トス。指名債権ノ質入ニ付テハ、債権譲渡ニ関スル規定ヲ準用スルノ規定ナキヲ以テ、原院カ本件ニ付キ民法第四百六十八条第二項ノ規定ヲ類推適用シタルハ穩当ナラサルモ、其第三債務者タル Y（被控訴人）カ X（控訴人）ヨリ質権設定ノ通知ヲ受ケタル後ニ取得シタル」質権設定者 A 銀行に対する債権をもって、X に相殺を對抗することができないと判断したのは相当であると述べ、上告の論旨は理由がないとしている。

また、上告理由②については、「差押債権者ハ差押ニ因リテ質権ヲ取得スルモノニアラサレハ、差押ヲ受ケタル債権ノ第三債務者ハ民事訴訟法第五百九十八条²ニ依リ債務者ニ支払ヲ為スコトヲ禁セラルル外、何等ノ禁止ヲ受ケサルヤ多少ノ疑ナキニアラサルヲ以テ、民法第五百十一条ニ於テ相殺ヲ以テ差押債権者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノナリト雖モ、権利質権ヲ有スル債権者ハ、物権ノ効力ヲ有スル権利ヲ有シ、其結果トシテ第三債務者ヲシテ相殺ヲ對抗セシメサラシムルモノナルヲ以テ、特ニ其規定アルヲ俟タスシテ、第三債務者ハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ」とされており、この点についても Y の上告に理由がないと判断し、上告を棄却した。

iii) 評価

上記大判大正 5 年 9 月 5 日（以下、「大正 5 年判決」とする）は「債権ヲ目的ト為シタル質権ノ効力トシテ」、質権者が民法の旧 367 条³によって直接取立権を有することになると述べている。そうであれば、質権設定者は当然に質権の効力の実現手段である取立権を害することはできないし、第三債務者についても質権者が對抗要件を備えた後は質権の効力を對抗されるため、質権者の取立権を害することはできないのである。このように大正 5 年判決では、相殺による質入債権の消滅が取立権保護の観点から禁止されており、この取立権が質権の効力から認められると述べられているのであるから、取立権の保護は質権の効力の保護につながる構造となっているのである。

仮に、質権設定者と第三債務者間において、質入債権に関する相殺が認められると、質権者は質入債権の取立等が行えないため、取立権が害されることになり、もって質権の優先弁済的効力も実現できない。したがって、上記のように、第三債務者は質権設定の通知（對抗要件の具備）がなされた後に⁴、反対債権による質権設定者との間における相殺が否定され

² 当時の民事訴訟法第 598 条 1 項は「金銭ノ債権ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ対シ債務者ニ支払ヲ為スコトヲ禁ジ又債務者ニ対シ債権ノ処分殊ニ其取立ヲ為スコカラザルコトヲ命ズ可シ」と規定されており、現行の民事執行法 145 条 1 項に対応する内容であった。

³ 当時の法文に関しては、注 1 を参照。

⁴ 大正 5 年判決は「指名債権ヲ以テ質権ノ目的ト為シタル質権者ハ第三債務者ニ質権ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾シタル時ヨリ」としており、さらに「其第三債務者タル Y（被控訴人）カ X（控訴人）ヨリ質権設定ノ通知ヲ受ケタル後ニ」と述べている。そのため、質権者 X から第三債務者 Y に対する通知がなされた事案かのように理解できるが、これが誤記である可能性を指摘するものとして、遠藤浩『民法基本判例 3 担保物権 [初版]』（信山社・平成 13 年）63 頁がある。

ても、債権質権（担保物権）の効力の保護という観点からは正当であったといえる⁵。

また、大正 5 年判決の段階で、債権質権や権利質権が判例上は担保物権と評価され、質権者が物権を有することから、相殺が質権者に対抗できないと述べられていることに注目したい。後に第 2 で述べるように、明治から昭和初期にかけて、学説においては権利質権や債権質権の物権性が議論されていたものの、判例では大正 5 年の段階で既に権利質権や債権質権の物権性が承認されていたのである。

（2）大判大正 7 年 12 月 25 日大審院民事判決録 24 輯 2433 頁

i) 事実の概要

X は、A の X に対する債務を担保するために、A が Y に対して有する土地売却代金債権について質権の設定を受けたところ、大正 4 年 9 月 2 日に、A から Y に対して質権の設定が通知された。そして、X は A に対して、質権の実行ではなく強制執行として、Y に対する代金債権につき差押え及び転付命令を得て、Y に対して債務の履行を請求した。

しかし、Y は、前記転付命令送達前の大正 5 年 2 月 10 日を弁済期とした A に対する反対債権をもって、大正 5 年 6 月 20 日に質入債権の一部を相殺した旨の抗弁を行った。これに対して、X は受働債権が質入れされており、相殺が認められない旨の再抗弁を行っている。

原審は、X が強制執行という手段を採用している以上、質権は問題にならないとし、さらに転付命令送達前に反対債権の弁済期が到来していたのであるから、Y の相殺が認められると判示した。そこで、X は、①強制執行の手段を採用したことは質権の実行と解すべきであること、②再抗弁で質権の存在を明らかにした以上は質権の存在を考慮すべきであることを主張した。

その上で、「質権者ハ、相殺ニ因リテ消滅セシムルコトヲ得サル債権ノ上ニ確實ニ質権ヲ取得シタルモノニシテ、此債権ニ依リテ優先的弁済ヲ受クヘキ物権ヲ享有スルモノナルカ故ニ、此物権ハ爾後質権設定者又ハ第三債務者ノ行為ニ因リテ変更消滅等ノ不利益ヲ被ルヘキモノニ非サルコトハ債権質ノ性質上当然生スヘキ効果」であるから、質入れの通知以後に相殺適状となっても、Y が X に相殺を対抗できないと主張して上告した。

ii) 判旨

「指名債権ヲ目的トスル質権ヲ有スル債権者ト雖モ、其権利ヲ全ウスルカ為メ何時ニテモ抗弁トシテ質権ヲ主張スルコトヲ得サルモノニ非サルヲ以テ、右債権者ハ質権設定者ニ対スル債権ノ強制執行トシテ同人ノ第三債務者ニ対スル指名債権ニシテ右債権ヲ担保スル質権ノ目的タルモノヲ差押ヘタル場合ニ於テ、其質権ノ効力ヲ害スル相手方ノ主張アルトキハ、之ヲ排斥スル為メ抗弁トシテ質権ヲ主張スルコトヲ得サルヘカラス。又、指名債権ヲ質権ノ目的トシタル場合ニ於テ、第三債務者ニ対シ、民法第四百六十七条ノ規定ニ則リ質権ノ設定アリタル旨ノ通知アリタルトキハ、爾後質権者ハ其権利ヲ第三債務者ニ対抗スルコ

⁵ もっとも、大正 5 年判決が、権利質権者は物権的な効力を有することから、第三債務者が相殺を対抗できないと判断している点（上告理由②）に対して、批判的な理解も存在する（水口吉蔵「判批」国家及国家学第 5 巻第 5 号 [大正 6 年] 90 頁以下を参照）。

トヲ得ルノ筋合ナルヲ以テ、第三債務者ハ右ノ通知マテニ質権設定者ニ対シテ生シタル事由ニ非サレハ、之ヲ以テ質権者ニ対抗スルコトヲ得サルコト言ヲ待タス。而シテ、右ノ場合ニ於テ第三債務者カ質権設定者ニ対シテ有スル債権ニシテ未タ弁済期ニ達セサルモノハ、第三債務者カ質権設定ノ通知ヲ受クルマテニ期限ノ利益ヲ抛棄シタル事実アルニ非サレハ、相殺ニ適セサルモノナルヲ以テ、第三債務者カ右債権ニ因リ其弁済期到来後ニ於テ為ス相殺ノ意思表示ハ第三債務者ノ質権設定者ニ対シ其質権ノ通知マテニ生シタル事由ニ属セサルコト固ヨリ当然ナリ。故ニ、第三債務者ハ質権設定者ニ対シテ有スル債権ニシテ其質権ノ通知マテニ弁済期ニ達セサルモノヲ質権ノ目的タル債権ト相殺スル為メ、弁済期到来ノ後、質権者ニ対シテ有効ニ其旨ノ意思表示ヲ為スコトヲ得サルモノト云フヘシ」として、第三債務者 Y の相殺を否定し、原審が X の請求を棄却した判断を破棄し、差戻した。

iii) 評価

上記大判大正 7 年 12 月 25 日（以下、「大正 7 年判決」とする）は、差押と相殺に関する最高裁判例が確定する以前の判断である。すなわち、相殺適状が差押前または差押時に存在していることを要求する判例（大判明治 31 年 2 月 8 日大審院民事判決録 4 輯 11 頁）が支配的であった時代の判断であり、差押前または差押時に自働債権及び受働債権は共に弁済期にあることが必要であった。

しかし、現在は最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 587 頁（以下、「昭和 45 年判決」とする）が「第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべき」として、弁済期の前後を問わず、差押前に取得した債権による相殺を認めている。そうであるならば、大正 7 年判決のように、弁済期が質権の設定通知以後に到来したことを理由として相殺を否定することは、現在の判例理論とはいえないはずである。したがって、大正 7 年判決の相殺の可否に関する判断部分は現在の判例理論とはいえないとされている⁶。

とはいえ、大正 7 年判決は「質権ノ効力ヲ害スル」状態を防止すべく、第三債務者に対して質権の主張を認めている。すなわち、まず大正 7 年判決は、「質権ノ効力ヲ害スル」状態を防止するために質権の抗弁を認める旨を述べ、そして、第三債務者に対して、民法第 467 条の方式によって質権設定の通知がなされれば、それ以後、質権者は第三債務者に質権を対抗することができるという理解を展開している。このように、質権（結果として、その効力

⁶ このような評価を述べるものとして、林良平ほか編『注解 判例民法 物権法 [初版]』（青林書院・平成 11 年）[松森彬] 478 頁、柚木馨ほか『担保物権法 [第 3 版]』（有斐閣・昭和 57 年）154 頁を参照。また、我妻栄編『体系民法判例Ⅲ-1 担保物権（オンデマンド版）』（有斐閣・平成 15 年）[これは我妻栄編『体系民法判例Ⅲ-1 担保物権 [初版]』有斐閣・昭和 46 年のオンデマンド版である] 217 頁も、本文記載の昭和 45 年判決及び最判昭和 39 年 12 月 23 日民集 18 卷 10 号 2217 頁の登場後は、大正 7 年判決を維持できるか疑問としている。もっとも、昭和 45 年判決は相殺予約があった事案であり、この一般論の射程を無制限に受け止めてよいかは問題のあるところであり、弁済期の前後で理解を変えるべきであるとの指摘も存在している（松阪佐一『民法提要物権法（第 4 版）』[有斐閣・昭和 56 年、初版昭和 30 年] 287 頁を参照）。

も)が通知(対抗要件)以後に第三債務者へ主張可能であるという点に関してみれば、現在の債権質権制度の理解に反するものではない。

したがって、このように質権の効力に関する考え方を示した判断部分は債権質権(担保物権)の効力に関する理解という意味で現在も注目に値する。すなわち、大正7年判決は大正5年判決のように取立権の保護そのものを論じてはいないものの、大正5年判決が対抗要件を通じて第三債務者へ債権質権(担保物権)の効力が及ぶことを論じたのと同様の立場であるといえる。そして、このように大正7年判決が「質権ノ効力ヲ害スル」状態を排するために、第三債務者に対して質権の主張を認めているのであれば、これは、担保物権の効力の保護につながるものであり、この点でも大正5年判決に近い実質を有しているといえよう。よって、大正7年判決は相殺を認めた結論部分に理論的な欠陥があり、この点は現在妥当しないとしても、その前提となる債権質権に関する考え方は現在も否定されるものではなく、大正5年判決とその構造が共通する部分も認められる。

(3) 大判大正15年3月18日大審院民事判例集5巻185頁

i) 事実の概要

債務者Aは、Y銀行に対して①債務(Y銀行の①債権)を負っていたところ、さらに、大正8年8月11日に②債務(Y銀行の②債権)を負担し(弁済期大正8年12月20日)、②債務を担保するため、自己の土地甲に、Yのための一番抵当権を設定し、その登記を備えた。その後、AはY銀行に対して、三口の預金を行ったので、預金債権を取得している。

そして、Aは、大正9年3月24日、X銀行より借り入れを受け(弁済期大正9年12月20日)、この貸金債権を担保するために、上記土地甲につき二番抵当を設定し、その登記を備えた。さらに、X銀行は、AがY銀行に対して有する前記三口の預金債権につき、大正9年5月24日に質権の設定を受け、預金証書の引渡しとAによるY銀行への質権設定の通知が行われている。

その後、大正9年8月6日に、Y銀行がAのY銀行に対する三口の預金債権と自己の①債権の一部を相殺したものの(以下「Yによる相殺」とする)、大正9年8月11日には、AがYに対する自己の三口の預金債権と②債務の元金の一部及び利息を相殺した(以下「Aによる相殺」とする)。このAによる相殺は、当該預金債権の質権者であるX銀行によって、大正14年1月27日に承認されている。

そこで、X銀行がAに代位して、Y銀行に対し、Aによる相殺がなされた②債務の元金の一部は存在しないことの確認を求めて債権不存在確認訴訟が提起された。これに対して、Yは次のように抗弁している。すなわち、ア)Xが代位訴訟という形態を採用したことが不相当であること、そして、イ)Xの確認訴訟には法律上の利益が欠けること、ウ)Aの相殺以前にYが相殺しているのであるから、三口の預金債権は消滅しており、その後のAによる相殺によってY銀行の②債権が消滅することはないというのである。このウ)に対しては、X銀行が、Yによる相殺は無効であって、その後のAによる相殺が有効であるから、②債務の元金の一部は存在しないと主張した。

原審は、代位訴訟に関して Y の抗弁を採用し、X の代位を否定している。また、仮に X による代位が認められるとしても、質入債権を受働債権とする Y による相殺も、質入債権を自働債権とする A による相殺も無効であると判断し、A による相殺が X 銀行の事後の承認によって有効になることはないとは判断して X の請求を斥けた。そこで、X はもっぱら代位訴訟に関する原審の判断を争って上告した。

ii) 判旨

大審院は代位訴訟に関して X の上告論旨を認めたものの、相殺に関して次のように述べて、原審の判断を維持している。

すなわち、「原判決ハ其ノ後段ニ於テ、A カ相殺ニ供シタル Y ニ対スル預金債権ハ、大正九年五月二十四日、X ニ対シ質権ヲ設定シ即日 Y ニ其ノ旨ヲ通知セルカ故ニ、A ハ該預金債権ニ付テハ取立ヲ為スノ権ナク、従テ、大正九年八月十一日、同人ノ Y ニ対シ為シタル相殺ハ其ノ効ナキ旨及質権者タル X カ後日右 A ノ相殺ヲ承認シタリトスルモ、右無効ノ相殺ハスル後日ノ承認ニ依リ之ヲ有効トスルコトヲ得サル旨説示シ、Y ノ A ニ対スル本件抵当債権ハ右 A ノ相殺ニ依リ消滅セスト判示セルモノニシテ、右 A ノ為シタル相殺ノ無効ナルコト洵ニ原判示ノ如ク、又斯ル無効ノ相殺ハ質権者タル X ノ後日ノ承認ニ依リ有効トスルヲ得サルモノナルコト又原判示ノ如シ。何トナレハ、右ノ如ク相殺ノ無効ナルニ拘ラス、質権者ノ後日ノ承認ニ依リ之ヲ有効トスルカ如キコトハ、法律カ相殺ニ依リ生スル当事者間ノ権利関係ノ不確定ノ状態ニ在ルコトヲ避ケントスル民法第五百六条第一項但書ノ精神ニ反スルモノナレハナリ。然ラハ、本訴 X 請求ノ失当ナルコト明瞭ニシテ此ノ理由ニ依リ原判決主文ヲ維持スルニ足ルカ故ニ、本論旨ハ結局其ノ理由ナシ」として、原審の判断を是認して X の上告を棄却した。

iii) 評価

上記大判大正 15 年 3 月 18 日（以下、「大正 15 年判決」とする）をみると、債権に質権が設定された事案であり、質権設定者は質入債権の「取立ヲ為スノ権」がないため相殺できないと述べられている。これは、同じ質入債権の相殺を扱う大正 5 年判決や大正 7 年判決にみられない判示である。この判断は、質入れの結果として設定者に質入債権の取立権が帰属しない以上、設定者は質入債権を回収して消滅させることが認められないということ为前提としている。したがって、相殺が直接には債権の回収ではないとしても、簡易な決済手段として質入債権を消滅させることは間違いないのであるから、質権設定者に取立が認められないならば、もちろん相殺も認められないという構造となっているのである⁷。

そして、大正 15 年判決は「質権ヲ設定シ即日 Y に其ノ旨ヲ通知セルカ故ニ、A ハ該預金債権ニ付テハ取立ヲ為スノ権ナク」と判示し、あたかも第三債務者 Y に通知され、質権者に対抗要件が備わったことで、質権設定者 A が取立権を失うかのように見える。しかし、

⁷ もっとも、質権設定者による相殺も、質権者との関係において効力を否定すれば目的を達し得るのであって、絶対的に無効と理解する必要はない。したがって、質権設定者と第三債務者間においては有効であると解すべきであるとされている（林良平編『注釈民法（8）物権（3）〔初版〕〕〔有斐閣・昭和 40 年〕358 頁）。

債権に質権を設定し、その価値は質権者が把握することを前提とすれば、質権者が当該担保価値について優先弁済を受ける範囲において、質権設定者 A は質権者の取立権の行使を害する行為は行えないのである。そうであれば、質権設定の通知がなされた後には（対抗要件具備後には）、第三債務者である Y も質権の優先弁済的効力を対抗され、設定者 A が質権者との間において質入債権の取立（それと同視される相殺）が禁止されるのと同様に、A・Y 間においても質入債権の相殺は行えないとの趣旨で判旨を理解すべきであろう。

そうであれば、大正 15 年判決は、設定者への取立権の不帰属というそれまでの判例にはみられなかった論法を示し、それを原因とした質入債権の相殺禁止という判断を示すものの、その論理の基礎としては、それまでの判例と実質的に共通の考え方を採用しているものと評価できる。すなわち、債権質権者が優先弁済的効力の実現手段として取立権を認められ、その限りで設定者には取立権がないため、取立に類似する相殺も禁止され、対抗要件の具備によって、このような担保物権の効力による法的規律が第三債務者にも及ぶことを前提として、第三債務者との間においても相殺が禁じられるとの結論に至っていると思われる。

よって、大正 15 年判決においても、対抗要件の具備を前提として債権質権（担保物権）の効力が第三債務者に及んでおり、そのような構成を採用するのはこの効力の保護に向けられているという実質を有する点で、大正 5 年判決以来の判例の構造が維持されているといえる。

2 時効中断に関する判決

次に、質権設定者の時効の中断に関する判例をみていく。まず大審院昭和 5 年 6 月 27 日判決（大審院民事判例集 9 卷 619 頁、以下「昭和 5 年判決」とする）が、債権存在確認の訴えによる時効の中断を認め、次に大審院昭和 12 年 7 月 7 日判決（大審院民事判例集 16 卷 1112 頁、以下「昭和 12 年判決」とする）が、質権設定者には債権を保存確保する義務があり、質権者を害する行為はできないとの上告理由を前提に、質入債権の保全という点から質権設定者に時効中断の権能を認めている。これらの判例を順次紹介する。

（1）昭和 5 年判決

i) 事実の概要

訴外 A は、大正 6 年 12 月 17 日、妻である訴外 B を被保険者とする保険契約を Y 社と締結した（受取人は、当初 B の相続人であったが、大正 7 年 3 月 15 日に A に変更された）。A は、大正 8 年 7 月に、Y に対して保険契約存在確認の訴えを提起しており、これは昭和 3 年 2 月 20 日に A 勝訴の判決が確定している。そして、B が、大正 10 年 9 月 30 日に死亡したので、A は、大正 11 年 3 月 9 日、Y に対して保険金の支払請求を行うも、Y はこれを支払わなかった。

その後、A は、大正 14 年 10 月 22 日、訴外 C1 に対する債務の担保として前記の保険金債権及びその遅延損害金債権について質権を設定し、同日その旨を Y に通知した。

また、昭和 2 年 12 月 9 日、A は X2 に対する債務を担保するために、前記の保険金債権及びその遅延損害金債権のうち、C1 の債権額を控除した残額について質権を設定し、昭和

2年12月12日にYに通知した。

C1は昭和2年6月9日に死亡しており、C1を相続したC2が、昭和3年5月6日にAの承諾を得て、Aに対する前記債権及び質権をX1に譲渡し、同日Yにその旨の通知を行っている。

そこで、X1及びX2は前記保険金及び遅延損害金の支払をYに対して請求した。

Yは、①保険金請求権は被保険者Bの死亡した大正10年9月30日から2年経過したことで時効によって消滅しているのに、前記の質権の設定は無効であると抗弁し、また②仮に保険金請求権が時効消滅していなくても、大正14年10月22日の質権設定以後、C1は保険金請求権を行使せず、取立を行わないまま2年を経過しているのに、保険金請求権は時効によって消滅していると抗弁している。

これに対して、Xらは、Aが大正8年7月にYに対して保険契約存在確認の訴えを提起したことにより、その判決確定までは時効が中断していると再抗弁したところ、Yは同訴訟が前記保険金請求権の発生前に提起されたものであるから、保険契約の存在を訴訟物としており、保険金請求権を訴訟物とはしていないので、時効中断の効力を生じないと反論している。

1審及び原審はXらの主張を認め、Xらが勝訴した。そこで、Yは、原審が消滅時効の進行は質権設定者を基本として観察するとした点につき、質権が設定された以上は保険金請求権を行使できるのは質権者に限られるので、保険金請求権を有しない質権設定者Aが契約を確認する訴えを提起していても時効中断の効力は生じないとして上告した。

ii) 判旨

「債権ヲ目的トシテ質権ヲ設定シタル場合ニ於テハ、質権者ハ其ノ債権ヲ直接ニ取立ツル権利ヲ取得シ、質権設定者ハ質入債権ニ付其ノ債務者ニ対シ支払ノ請求ヲ為スコトヲ得サルハ言フ俟タサル所ナリト雖、債権質ハ債権ノ譲渡ニ非サルヲ以テ債権ノ帰属者ハ依然トシテ質権設定者ニシテ、従テ、質権設定者ハ債権者トシテ其ノ債権ニ付消滅時効ノ進行ヲ中断セシムルコトヲ得ルモノナリト謂ハサルヘカラス。唯、質権設定者ハ質権ノ存続スル間ハ債務者ニ対シ自己ニ支払ヲ為スヘキ旨ノ請求ヲ為スコトヲ得サル結果トシテ、右ノ如キ請求権ノ行使ニ因リテ消滅時効ヲ中断スルコトヲ得サルヘシト雖、債務者カ質権設定者ニ対シテ、其ノ債務ヲ承認シタルトキハ固ヨリ、質入債権ニ付時効中断ノ効力ヲ生スヘキコト疑ナク、又債務者ト質権設定者トノ間ニ債権関係若ハ其ノ基本タル法律関係ノ存否ニ付争アル場合ニ於テ、質権設定者カ其ノ存在ノ確定ヲ求ムル訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テハ、質入債権ニ付時効中断ノ効力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス。蓋、時効中断ノ原因タル裁判上ノ請求ハ給付訴訟ノミニ限定セラルルモノニ非スシテ、積極的確認訴訟ヲモ包含スルモノナルヲ以テ債権者カ債権質ノ設定ニ因リ一時債権ノ取立権ヲ有セサル場合ニ於テモ、確認訴訟ニ依リテ其ノ債権ノ時効ヲ中断セシムルコトハ毫モ之ヲ妨ケサルヲ以テナリ」としており、時効の中断の効力が生じるとしたYの上告理由については棄却されている。

iii) 評価

昭和 5 年判決は、質権者が質権の設定によって直接取立権を有しており、これに対して質権設定者は取立権を有していないものの、質権設定者が債権者であることに変わりはないため、支払請求訴訟を提起して時効の中断はできないが、確認訴訟によって質入債権の時効中断を行うことは可能であるとしている。

判旨が指摘するように、債権の質入が債権譲渡と異なると考えれば、質権設定者は取立権を有していないとしても、いまだ債権者であることに違いはなく、質権設定者（債権者）と質入債権の債務者との間に債権や債権の基礎となる法律関係に争いがあれば、債権やその基礎となる法律関係を訴訟上で確認することは質権設定者（債権者）にとっても、また質権者にとっても利益があるため、確認訴訟の提起を妨げる必要性は乏しいであろう⁸。

そして、昭和 5 年判決は大正 15 年判決が指摘したように、債権に質権が設定されれば、質権設定者は当該質入債権の取立権を行使できないため、債務者に支払いの請求を行うことができないこととの関係で論じられているし、また、質権者に取立権が存することを前提に質権設定者には支払請求の訴訟を禁止している。したがって、こうした質権設定者の取立権の空白を理由とする昭和 5 年判決は大正 15 年判決と同様のながれにあると考えられる。

（2）昭和 12 年判決

次に、昭和 12 年判決をみていく。

i) 事実の概要

X は、A 銀行に対する債務の担保として、Y に対する債権を質入れした。その後、この質入債権の時効を中断するため、昭和 8 年 12 月 4 日に Y に対して弁済の催告を行った上で、昭和 9 年 6 月 4 日、前記債権の弁済を求める給付訴訟を提起した。

これに対して、Y は①前記債権が時効によって消滅したか、②そうでないとしても、前記債権は質入れされており、X は質入債権につき弁済を請求する権利がないのだから、X の行った履行の催告は無効であると主張している。

原審は Y の主張を認めて次のように判断した。すなわち、質権設定者に質入債権を行使する権利がないので、時効中断を目的として支払の催告を行っても法律上の効力はないとして時効の中断を認めず、前記債権は時効により消滅したと主張して X の請求を棄却した。

そこで、X は次の理由を述べて上告した。すなわち、X は「凡ソ債権者ハ、自己ノ債権ヲ他ニ質入シタル場合ニ於テハ、質権者ノ為其ノ担保債権ヲ保存確保スルノ義務アルハ当然ナリト雖、之カ為債権者トシテノ総テノ権能ヲ剥奪セラルルモノニアラスシテ、単ニ質権者ヲ害ス可キ行為ヲ為シ得サルニ止マルモノト謂ウ可シ。サレハ担保債権カ当ニ時効ニ罹ラントスルニ際リテハ、先ツ時効中断ノ為催告ヲ為シテ六箇月間ノ期間ヲ保存シ、然ル後債権確認ノ訴ニヨリテ時効中断ヲ遂ケ、以テ債権ヲ保存スルコトヲ得ルモノト解セサル可カラス。之レ、質権者ノ為、債権ノ保存ヲ確保スルノ必要アルノミナラス、自己ノ債権保全ノ為

⁸ よって、昭和 5 年判決が確認訴訟の提起による質入債権の時効中断を認めたことは正当と評価されている。たとえば、我妻栄「判批」民事法判例研究会編『判例民事法（10）昭和五年度〔初版の復刊版〕』（有斐閣・昭和 30 年〔初版昭和 7 年〕）208-209 頁、山田正三「判批」法学論叢第 25 卷 2 号（昭和 6 年）328 頁、杉之原舜一「判批」法律時報第 3 卷第 2 号（昭和 6 年）74 頁を参照。

ニモ亦必要」であることを前提とし、「此ノ場合ノ催告ハ、債権者自己ニ支払ヲ要求スルモノニアラスシテ、債務者ヲシテ質権者ニ支払ワシムルカ、又ハ民法第三百六十七条第三項ノ類推解釈ニヨリテ供託ヲ為サシムルノ機会ヲ与ウモノニシテ、等シク催告タルノ効果ヲ有シ、六箇月間ノ時効期間ノ延長ノ効力ヲ生スル」と主張している。こうした観点から、質権設定者は、原審がもはや質入債権を行使する権利がなく、時効中断の目的であっても催告は法律上の効力がないとして X の請求を棄却したことは違法であるとして上告した。

ii) 判旨

「質権設定者ハ、其ノ質入債権ヲ保全スル為ニ、該債権ニ対スル時効中断ノ方法ヲ講スヘキ権能ヲ有スルモノト解スヘキカ故ニ、其ノ方法トシテ質入債権ノ債務者ニ対シ、其ノ弁済ヲ請求スル旨ノ催告ヲ為ストキハ、通常其ノ債務承認ノ請求モ之ニ包含スルモノト解スルヲ以テ社会取引ノ通念ニ適合スルモノトス。従テ、斯カル請求ヲ包含スル催告ハ、直ニ之ヲ無効ト謂ウヘキニアラスシテ、猶民法第百五十三条ノ催告ノ範囲ニ属スルモノト解スヘク、之ヲ前提トスル裁判上ノ債権確認ノ請求ニ依リ、時効中断ノ効果ヲ生スルモノト解スルヲ相当トス」として、時効中断の効果を認めている。

したがって、質権設定者が本件質入債権について行った催告は時効中断の目的であっても効力が生じないとした原審の判断は法律の解釈を誤っているか、催告の趣旨を釈明していない点に審理不尽の違法があるとし、また「給付請求ノ訴訟ハ、其ノ前提タル権利確認請求ヲモ包含スルヲ常トスルヲ以テ、本件給付請求訴訟ハ時効中断ノ為提起シタルコト X ノ主張スル所ナルカ故ニ、原審カ本件訴訟ハ確認判決ヲ求ムル趣旨ヲ包含スルヤ否ニ付、之カ釈明権ヲ行使セサルハ又審理不尽ノ違法アル」として原判決を破毀して差戻した。

iii) 評価

昭和 12 年判決は、質権設定者が質入債権の保全のために当該債権の時効の中断を行う権能を有するとし、債務の承認を請求する趣旨でなされた催告は民法 153 条の催告に含まれると判断している。これを前提に、前記趣旨での催告を行った上で、債権の確認訴訟によって時効の中断が可能と判断されている。もっとも、本件では債権の確認訴訟ではなく、債権の弁済を求める給付訴訟が提起されているものの、昭和 12 年判決は、この点からただちに請求を棄却せず、むしろ給付訴訟は確認判決を求める趣旨を含むと解釈して、この点につき釈明を求めない原審の判断に審理を尽くしていない違法があるとしている。

昭和 12 年判決は、質権設定者に「担保債権ヲ保存確保スルノ義務」があるとして上告された事案であったため、昭和 5 年判決のように直接に質権設定者の取立権の有無との関係で問題を論じてはいなかった。しかし、質権設定者につき、弁済を請求する旨の催告や給付訴訟を提起することと対比しながら、次のことについては認めている。つまり、債務の承認を請求する趣旨でなされた催告を認め、これを前提に給付訴訟を提起しても、確認判決を求める趣旨であれば時効の中断を認めるのである。この点で、昭和 12 年判決は質権設定者に弁済の請求や給付訴訟そのものは認めないとの理解を前提としていることが伺われる⁹。そ

⁹ こうした評価をするものとして、山田晟「判批」法学協会雑誌 56 巻 1 号（昭和 13 年）192—193 頁。

うであれば、昭和 12 年判決は、質権設定者に取立権がなく、弁済請求を行うことができないことを前提とした昭和 5 年判決と実質的に同じながれにあると評価できる。

3 破産申立てに関する決定

最後に、破産申立てを扱う最決平成 11 年 4 月 16 日民集 53 卷 4 号 740 頁（以下、「平成 11 年決定」とする）についてみていく。

(1) 事実の概要

X は、平成 2 年 5 月 31 日、Y 社に対して 75 億円を貸し付け（貸金債権①）、その担保として根抵当権の設定等を受けている（その後、一部弁済がなされ残額は 73 億 2,000 万円である）。X は、平成 3 年 6 月 12 日、Z 銀行に対する現在及び将来負担する一切の債務を担保する目的で、Y に対する上記貸金債権①に Z 銀行のために質権を設定し、上記の根抵当権の一部に転抵当権を設定した（X は、Z に対して、貸金債権①を相当に上回る債務を負っている）。

また、平成 4 年 12 月 22 日、X は Y に対して合計 10 億円を貸し付けたところ（貸金債権②）、平成 5 年 2 月 20 日には、この貸金債権②につき XY 間で次のような合意がなされている。すなわち、ア) X は訴外 A 社に対して 10 億円の債務を負っているところ、Y が X に代わってこの債務を分割弁済し（初回の支払が 7 億円）、その弁済金額と上記貸金債権②とを相殺により消滅させる。そして、イ) 貸金債権①の処理の一切を Z に委ねて、貸金債権①の処理の協議・合意は Z と行うことになった。さらに、ウ) Y が資金債権①の支払確保のために、X に振り出していた 75 億円の一覧払い手形は前記アの初回の支払の際に Y に返還するとされた。

その後、Y は上記合意に従い、訴外 A 社に対して 7 億円の弁済を行って、X より上記の手形の返還を受けている。また、Z の転抵当権の目的となっている部分は除いて、貸金債権①を担保していた根抵当権が解除されている。さらに、Y は、上記合意アに基づく弁済及び相殺によって貸金債権②の残額が 3 億円となっていたところ、平成 7 年 8 月 31 日までに X に対してこの残額 3 億円を弁済している。

そして、Y・Z 間においては協議によって弁済の猶予がなされたものの、平成 7 年 4 月から平成 9 年 6 月にかけて、毎月 150 万円の弁済がなされており、Z は Y の了解を得て、上記の転抵当権を実行する以外の法的措置をとることは考えていなかった。また、Y には、X 以外の債権者が存在し、その債務総額は 700 億円を超えるところであったが、任意に弁済を継続できる状況であった（他の債権者も債権回収のための法的措置をとっていない）。

しかし、X は、Y が支払不能であるとして破産を申し立てた。

第 1 審は X の破産申立適格を否定して申立てを却下し、原審（札幌高決平成 10 年 8 月 10 日）も、次のように述べて X の抗告を棄却した。すなわち、債権質権は目的たる債権の交換価値に対する排他的直接支配を内容とする権利であるから、質権設定者は質入債権の消滅・変更等の行為を行うことはできないものの、この行為が禁止される理由は質権者の利益保護を目的とするものであるから、質権者の利益を害するおそれがなく、かつ、質権者の

意思に反しないなどの特段の事情があるときには、質入債権の保全のために必要な限度で、質入債権の消滅・変更等をする権限が認められると述べながらも、本件の事情の下では、質権設定者 X の破産申立ては、質入債権の消滅・変更等に当たるので許されないと判断した。

そこで、X は、破産申立てが質入債権の処分や変更等に当たらず、質権者も害さないとして許可抗告の申立てを行ったところ、原審がこれを許可した。

(2) 決定要旨

「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者の同意があるなどの特段の事情のない限り、当該債権に基づき当該債権の債務者に対して破産の申立てをすることはできないものと解するのが相当である。ただし、質権の目的とされた債権については、原則として、質権設定者はこれを取立てることができず、質権者が専ら取立権を有すると解されるところ（民法三六七条参照）、当該債権の債務者の破産は、質権者に対し、破産手続による以外当該債権の取立てができなくなるという制約を負わせ（破産法一六条参照）、また、本件のように当該債権の債務者が株式会社である場合には、会社の解散事由となって（商法四〇四条一号参照）、質権者は破産手続による配当によって満足を受けられなかった残額については通常その履行を求めることができなくなるという事態をもたらすなど、質権者の取立権の行使に重大な影響を及ぼすものであるからである」として、これと同趣旨を述べている原審の判断は正当として是認することができるとし、X の抗告を棄却した¹⁰。

(3) 評価

平成 11 年決定は、それまでの判例が質権設定者の相殺や時効中断を扱っていたのと異なると、質権設定者の破産申立てを扱っており、結論として質権設定者による破産申立てを否定している¹¹。

そもそも、破産申立てとは包括（一般）執行である、そのため、「債権の取立て行為の一

¹⁰ 判決文中の旧破産法 16 条（破産法 100 条 1 項に対応）及び旧商法 404 条（会社法 471 条に対応。なお、旧商法は合名会社の規定である 94 条を株式会社においても用いている）の内容は以下の通りである。

旧破産法第 16 条 破産債権ハ破産手続ニ依ルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス

旧商法第 404 条 会社ハ左ノ事由ニ因リテ解散ス

1 第 94 条第 1 号、第 3 号、第 5 号及第 6 号ニ掲グル事由

(2 号省略)

旧商法第 94 条 会社ハ左ノ事由ニ因リテ解散ス

(1~4 号省略)

5 会社ニ付テノ破産手続開始ノ決定

(6 号省略)

¹¹ 平成 11 年決定は「質権設定者は…債務者に対して破産の申立てをすることはできない」としているものの、それは「質権者の同意があるなどの特段の事情のない限り」とされている。したがって、質権設定者も法的にみれば質入債権の債権者であることに変わりがない以上、特段の事情が認められる場合には「債権者」（旧破産法 132 条 1 項、破産法 18 条 1 項）に該当し、破産申立てを行うことが可能である（鶴藤倫道「判批」[法学教室 230 号] 109 頁参照）。そうであれば、平成 11 年決定と異なり、質権者が質入債権の回収に態度決定していない場合に、第三債務者による財産の毀棄隠匿や偏頗弁済等の行為によって財産が侵食されているならば、破産申立てを行うことは質入債権の保全行為にあたり、特段の事情が認められる可能性がある（こうした方向性を指摘するものとして、前掲・鶴藤「判批」109 頁を参照）。

種にはかならない」とされており¹²、破産申立てがなされると、①質権者は破産手続による以外に取立てができなくなるという負担を被る¹³。

また、②本件のように第三債務者が株式会社であれば、破産が解散事由となり（旧商法 404 条 1 号、会社法 471 条 5 号）、その積極財産は破産手続上の清算にかかるだけでなく、結局は会社という組織自体が消滅するため、質権者は未回収の債権を有していても履行を求めることはできないことになり、債権が消滅したのと同様の状態におかれるのである¹⁴。

¹² このことは、大坪丘「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成 11 年度（上）（1～6 月分）（法曹会・平成 14 年）372 頁が指摘する。なお、旧破産法下において、破産手続は「私法上の権利である債権の実現を目的とするもの」とされており（斉藤秀夫ほか編『注解 破産法 [第三版]（下巻）』[青林書院・平成 11 年、初版昭和 58 年] [谷合克行] 112 頁）、現行法下においても同様の理解が示されている（伊藤眞『破産法・民事再生法（第 2 版）』[有斐閣・平成 21 年、初版平成 19 年] 89 頁）。また、平成 11 年決定の原審も「破産制度は、破産債権者に対する平等弁済を目的とする法的手続きであるが、最終的には配当による破産債権への弁済を予定した清算型の取立手続であるから、質入債権に基づく破産申立ての目的が債権の取立てにあることは明らかである」と述べ、この立場を採用している。

¹³ 大坪・前掲注 12 の 380 頁は、「破産手続による以外当該債権の取立てができなくなるという制約」があるとの判示に関して、第三債務者について破産宣告（旧破産法 126 条 1 項。もっとも、現行の破産法 30 条 1 項柱書では「破産手続開始の決定」との用語に改められている）がなされると、質権者は破産手続により取立権を行使する以外にその行使ができなくなるとの強い拘束を受ける（旧破産法 16 条参照）と述べているが、実際には質権者は別除権者（旧破産法 92 条、破産法 2 条 9 号）として、破産手続によらずに別除権に転化した質権を行使できる（旧破産法 95 条、破産法 65 条 1 項）。したがって、別除権者となった質権者は担保権本来の実行方法を選択することが認められるため、債権質権であれば民法 366 条の直接取立てや民事執行法 193 条の担保権の実行といった方法が選択可能であり（伊藤・前掲注 12 の 334 頁）、特に拘束は存在しないようにも思われる。しかし、破産開始決定の後には、先に述べたように質権者は別除権者となり、破産法に基づいた法的評価を受け、その債権取立や担保権の実行にあたって、一定の場合には破産管財人が担保目的物の換価に介入する余地が認められている（旧破産法 195 条、203 条 1 項、204 条、破産法 154 条、184 条 2 項、185 条 1 項及び 2 項）。また、破産法上の諸手続（たとえば債権の届出等、旧破産法 228 条 1 項及び 2 項、破産法 111 条 1 項及び 2 項）の負担も生じる。故に、破産手続へ移行することで、こうした限度ではあるとしても、質権者が民法 366 条の直接取立てとは異なる負担を被るのである。大坪・前掲注 12 の 380 頁では、こうした負担をさして拘束と述べているのではなかろうか（判旨において旧破産法 16 条を「参照」とだけ述べられているのも、このような理解の現われではないかと思われる）。そして、このような破産法上の拘束を受けた債権回収を図るか、早い者勝ちの世界である個別回収を図るかによって債権の回収額は異なることもあり、その時点で、いずれが最善の手段であるかという判断は高度な投資判断である（角紀代恵「判批」民商法雑誌 123 巻 2 号 [平成 12 年] 218 頁及び角紀代恵「判批」別冊ジュリスト 184 [平成 18 年] 21 頁）。したがって、平成 11 年決定における「破産手続による以外当該債権の取立てができなくなるという制約」があるとの判示は、このような債権回収手段の選択の違いを意識したものであろう（角・前掲「判批」民商法雑誌 123 巻 2 号 216 頁及び大坪・前掲注 12 の 379-380 頁）。この点を考慮して平成 11 年決定をみると、Z 銀行は転抵当権の実行以外に第三債務者 Y に対して法的措置をとることは考えていなかったのであり、Z は Y を清算するよりも、Y の将来の収益から債権回収を期待しているのである。また、Y には質権設定者 X 以外の債権者が存在し、その債務総額は 700 億円を超えるところであったが、任意に弁済を継続できる状況であり、今後の Y の収益に期待されていたといえる。よって、Y の存続が全体として望まれていたのであった。これに対して、X は、約 73 億円の質入債権を相当に上回る債務を Z に対して負っていて、その弁済を確実に行える保障もなかった。このような X が、自己の債務の担保となっている質入債権の債務者 Y について、質権者 Z を差し置いて、上記のような高度な投資判断を伴う破産申立てを行うことは認められず、その判断は質権者 Z に任せられるというべきであろう（山本弘「判批」金融法務事情 1588 号 [2000 年] 68-69 頁及び角・前掲「判批」民商法雑誌 123 巻 2 号 218 頁を参照）。

¹⁴ このことは大坪・前掲注 12 の 380 頁が指摘している。この点につき詳細を述べると、破産手続開始決定により株式会社は解散し（会社法 471 条 5 号）、株式会社が解散した場合には清算をしなければならない（会社法 475 条 1 号本文）。もっとも、破産手続開始決定によって解散した場合、株式会社の清算は開始されず（会社法 475 条 1 号かつこ書き）、破産管財人の清算がこれに代わるとされている（伊藤・前掲注 12 の 124 頁を参照）。したがって、解散により直ちに会社の法人格が消滅するのではなく、厳密に言えば、破産手続が終了するまでは法人格が存続するため（破産法 35 条）、破産手続の終了時（破産法 220

したがって、質権者は、質権設定者が本来行うことができない取立行為の一種である破産申立行為により、①債権回収の機会を破産法との関係に限定され、民法上の取立権の行使では受けられないような負担を被り、また、②未回収債権の消滅の危険を被ることになり、「質権者の取立権の行使に重大な影響」が及んでいるといえるのである。

そのため、平成 11 年決定は破産申立てという方法を選択するか否かを質権設定者ではなく、質権者の判断に委ねており、特段の事情のない限り、質権設定者は破産の申立てができない旨を判示している。したがって、平成 11 年決定では前記のような負担や危険が発生することを考慮して、破産申立ての判断を質権設定者の自由に委ねることは取立権を有する質権者の利益を害するおそれが高いと評価されたといえるのである¹⁵。

すなわち、平成 11 年決定で質権設定者が破産申立を行うことが禁じられたのが、冒頭の通り、①手続を破産法に限定して質入債権に本来負うべきでない負担を課し、また、②質入債権を消滅させる得る危険を導くものだからとみるならば、破産申立てを質権設定者の自由に任せれば、このような「重大な影響」（上記①及び②）が質権者の取立権の行使に及ぶことになり、これは質権者の取立権の行使を害するものといえるのである¹⁶。

このように、平成 11 年決定は、質権設定者が取立権を有していないことを述べる点で大正 15 年判決等と同様の構造であり、同時に、質権者の取立権の保護を考慮する点で大正 5 年判決とも同様の理解にたっているのである。

4 まとめ

以上のように判例を概観した上で、平成 18 年以前の判例の特徴をまとめるならば、次のことが指摘できるだろう。

条 2 項にもとづく破産開始決定の公告時) に至って法人格が消滅するのである。そこで、破産申立てによって直ちに質権者の取立権が害されるとまではいえないものの、破産手続終了時に会社の法人格が消滅する以上、質権者が残債権を回収する可能性は失われる。その意味で、破産申立てという行為が、質権者の債権の回収を不能にし、あるいは未回収の債権が生じた場合に、その履行を求めることができず、消滅したのも同然の結果を導くという評価は適切であろう。こうした点から、質入債権の債務者に対する破産申立てと質入債権の相殺等の債権消滅制度を比較すると、質権者にとってみれば、いずれの制度も終局的には質入債権の消滅の危険性を含んでおり、共通性が見出せる。なお、この点に関する旧法下における説明として、大坪・前掲注 12 の 385 頁注 24 を参照。

¹⁵ この評価については、大坪・前掲注 12 の 380 頁及び角・前掲注 13 「判批」民商法雑誌 123 卷 2 号 214 頁を参照。なお、平成 11 年決定の原審は、質権設定者が質入債権の消滅・変更等の行為を行うことはできず、こうした行為が禁止される理由は質権者の利益保護を目的とすると明言して、この点から質権設定者の破産申立ての可否を判断しようとしている。こうしたことから質権設定者の破産申立てが質権者を害する可能性があることがうかがえる。

¹⁶ 平成 11 年決定は質権者の取立権に重大な影響を及ぼす行為を行ってはならない理由について明示していない。もっとも、「質権の目的とされた債権については、原則として、質権設定者はこれを取立てることができず、質権者が専ら取立権を有すると解される」と判示していることから、次のように理解されている。すなわち、債権質権は担保目的である質入債権の交換価値に対する排他的直接支配を内容とする権利であるので、債権が質入れされれば、質権者が質入債権に対する排他的支配権を有する。そのため、質権設定者は質権者の排他的支配権能を侵害しないという拘束を受けており、これを根拠として、平成 11 年決定は質権者の取立権に重大な影響を及ぼす行為を行ってはならないと理解されているのである（角・前掲注 13 「判批」民商法雑誌 123 卷 2 号 213 頁及び 215 頁）。このような観点からすれば、「取立権の行使に重大な影響を及ぼす」という判示は、取立権が害される場面が想定されており、「取立権を害する」と読み替えることが可能であろう（岡田幸宏「判批」[私法判例リマークス・2000 年下] 145 頁）。

(1) まず、大正期の判例は相殺に関するものが存在したところ、これらは結論に至る具体的な論拠がそれぞれ異なっているように思われる。大正 5 年判決は取立権の保護、また大正 7 年判決は質権の効力の保護、さらに大正 15 年判決は質権設定者に取立権が存しないことを明示していたからである。

これに対して、昭和期の判例は時効中断を質権設定者が行うことを認める。しかし、昭和 5 年判決は、質権設定者が質入債権の取立権を有していないため、債務者に支払いの請求を行うことができないことを根拠としているが、これに対して、昭和 12 年判決は取立権について直接的には明示しておらず、時効中断に関する両判例についても結論を導く根拠が異なるように思われる。

さらに、平成 11 年決定は、究極的に質入債権の消滅を生じさせ得る破産申立てが質権者の取立権に影響を与えるものであり、取立権を有していない質権設定者が破産申立てに及ぶことを禁じる可能性を提示した。

このように平成 18 年判決以前の判例をみると、①質権設定者が取立権を有していないことが結論を導く直接的な根拠となっている判例（大正 15 年判決、昭和 5 年判決、平成 11 年決定）と②質権設定者の取立権の有無に明示的には言及しない判例（大正 5 年判決、大正 7 年判決、昭和 12 年判決）とが存在し、平成 18 年判決以前の判例の傾向は一貫していないようにも思われる。

とはいえ、②に含まれる判例をみると、相殺に関する大正 5 年判決は質権者の取立権の保護を理由として質入債権の相殺を禁止しており、取立権に言及する点で上記①の各判例（特に取立権の保護という点についてみると平成 11 年決定）と類似点が認められる。また、昭和 12 年判決も、質権設定者に弁済の請求や給付訴訟そのものは認めないとの理解を前提としていることから、①の各判例の傾向（質権設定者の取立権を否定して、質権設定者に質入債権の取立を認めない傾向）と判断の根底で共通するものがあると評価できる。

しかし、こうした点に着目しても、質権の効力の侵害についてのみ述べる大正 7 年判決は、判決文を文字通りにみれば、①の各判例と異なる論拠に基づくように見える。すなわち、大正 7 年判決においても、大正 5 年判決や大正 15 年判決と同様に質入債権の相殺による消滅が問題となっていたところ、質権者が優先弁済的な性質を有する質権の効果として質入債権の相殺を対抗されないと主張して上告し、それに対する判断として質権の効力の侵害を防止するため、質権者が質権の存在を主張することが認められた。そのため、当事者の主張との関係で見れば、大正 7 年判決が述べる質権の効力とは主に優先弁済的効力が想定されているとみるべきであり、大正 7 年判決は担保物権の効力という一般的な観点との関係で判示されており、取立権という優先弁済権の具体的な実現手段との関係で議論する他の判例との相違点は大きいのである。

よって、平成 18 年判決にいたるまでの判例は、質権設定者に取立権が存しないこと、そして、質権者の取立権を保護すべきであることという観点から判断されるものが多いとはいえ、判例は必ずしも一貫した理論に基づいて結論を示していたわけではなかった。

(2) もっとも、取立権という具体的な判示内容にのみ拘泥せず各判例を眺めると、次のような共通点も認められる。

まず、大正期の相殺に関する判例は質権の効力が対抗要件の具備を通じて第三債務者に及ぼされるという構造を示し、また、その結論が実質的にみて担保物権の効力の保護につながるという共通性があった。なぜなら、大正 5 年判決は取立権の保護を判示し、大正 15 年判決は取立権の不存在を根拠としており、取立権が質権の効力の実現手段であることからすれば、その手段の保護や不存在を根拠に相殺を禁じる判例の態度は、いずれも実質的には質権の効力を保護することにつながるといえるからである。そして、このことは取立権の不存在を根拠とする昭和 5 年判決 [時効中断] 及び平成 11 年決定 [破産申立て]、さらには、設定者の取立禁止を前提としているように理解できる昭和 12 年判決 [時効中断] についても同様であろう¹⁷。

そこで、前記の通り、一見すると他の判決と異質と見えた大正 7 年判決の観点、すなわち、担保物権の効力という視点で平成 18 年判決以前の判例の整理を試みれば、どのように考えられるであろうか。

このような視点から判例が問題として取り上げる行為類型に着目すれば、質権設定者は、ア) 質入債権の消滅につながる行為 (相殺や破産申立て) は禁じられているものの、イ) 質入債権を保全する行為 (時効の中断) については行うことが認められていた。

ア) の行為は、担保物権の目的となっている債権を失わせる行為であり、これらの行為が認められれば債権質権者は「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける」(民法 342 条及び 362 条 2 項) ことができないおそれが生じる。これでは債権質権の優先弁済的効力が損なわれる。よって、ア) の行為を質権設定者に禁止することは、担保物権の効力の侵害を防止し、その効力を維持・確保することにつながる。

また、イ) の行為は担保物権の目的となっている債権の消滅・変更を防止する行為である。たとえば、時効によって質入債権が消滅すると、債権質権者はやはり優先弁済をうけることができなくなり、優先弁済的効力が損なわれるのである。よって、質権設定者がイ) の行為を認められ、質入債権の保全行為をなすことは担保物権の効力を維持・確保することにつながっている。

このように、担保物権の効力 (特に優先弁済的効力) との関係で平成 18 年判決以前の判例をみると、担保物権の効力を害する行為は禁じられるものの (上記アの類型)、担保物権の効力を保全する行為は認められる (上記イの類型) という分類をすることが可能であり、少なくとも担保物権の効力を維持・確保する行為か否かという限りで、判例上問題となった行為を整理することはできる。

上記の通り、平成 18 年判決以前の各判例において、実質的に見れば質権の効力の保護に対する配慮を読み取ることが可能であったことからすれば、このような整理は必ずしも判

¹⁷ このような点から、大正 7 年判決が示した質権の効力保護という視点は平成 18 年判決以前の判例全体の実質的な基礎となっていたと見ることができるだろう。

例の傾向を過度に抽象化するものではなく、そして、担保権者にとって債権回収のために担保物権の効力を保護されることが極めて重要であるということとあわせて考えると、上記の判例の整理は債権質権の機能に沿ったものであり、一定の説得力を有するといえるのではないだろうか。

II. 最判平成 18 年 12 月 21 日について

前述した各判例をみると、担保価値維持義務を明示するものはなく、その意味で平成 18 年判決はそれまでの判例と著しく異なる傾向を示すものであるようにみえる。そこで、重要な概念を含む判例であるため、ここで詳しく平成 18 年判決を紹介する。

1 事実の概要

(1) A 社は、B 社から、平成 10 年 2 月 13 日に B 所有の建物のうち、下記の表 1 の各部分につき表 1 記載の賃料で賃借し、その引渡しを受けた（以下、「本件賃貸借」とする）。さらに、A 社は、B 社に対して、敷金 6050 万 8750 円（内訳は表 1 参照）を差し入れている。

表 1

契約内容	月額賃料	敷 金
1) 地下 1 階貸室（事務所部分）	248 万 0,805 円	4,961 万 5,000 円
2) 8 階・9 階貸室（居室部分）	388 万 6,875 円	777 万 3,750 円
3) 駐車場部分	49 万円	294 万円
4) 倉庫部分	3 万円	18 万円
計)		6,050 万 8,750 円

(2) A 社は、平成 10 年 4 月 30 日、C 銀行、D 銀行、E 銀行、F 銀行、G 銀行（以下、「5 銀行」とする）に対する債務の担保として、本件賃貸借に関して B 社に対して有する敷金返還請求権のうち 6,000 万円に質権を設定し（質権が実行された場合の配分割合は、5 銀行間の合意により、C 銀行は 262 分の 87 であった）、同日、B 社が質権の設定を承諾している。

(3) ところが、A 社が、平成 11 年 1 月 25 日に破産宣告を受け、Y が破産管財人に選任された。Y は、下記表 2 記載の通り、平成 11 年 3 月から 10 月にかけて、基本的には破産裁判所の許可の下で、本件賃貸借に関して生じた B 社の A 社に対する債権に敷金の充当を順次行い（以下、「本件充当合意」とする）、本件賃貸借契約を合意解除した。

表 2

契約内容	充当された 敷 金	合 意 解除日時	敷金が充当された B 社の債権内訳
1) 地下 1 階貸室	敷金 4,961 万 5,000 円全額	平成 11 年 10 月 31 日	①平成 11 年 1 月から 10 月までの未払賃料 2,480 万 8,050 円
			②平成 11 年 1 月から 10 月までの未払共益 費 1,033 万 6,680 円
			③平成 10 年 11 月から平成 11 年 10 月まで の未払変動空調費 40 万 0,677 円
			④平成 10 年 11 月から平成 11 年 10 月まで の未払時間外空調費 16 万 7,694 円
			⑤平成 10 年 11 月から平成 11 年 10 月まで の未払電気料 115 万 8,037 円
			⑥平成 10 年 11 月から平成 11 年 10 月まで の未払水道料 65 万 3,907 円
			⑦上記①から⑥の消費税 187 万 6,251 円
			⑧原状回復工事・残置物処理費用 1,021 万 3,714 円
2) 8 階・9 階貸室	敷金 777 万 3,750 円全額	平成 11 年 3 月 31 日	①平成 10 年 10 月 16 日から平成 11 年 3 月 31 日までの未払光熱費及び水道料 49 万 5,311 円
			②平成 11 年 1 月の未払共益費 21 万 4,990 円
			③平成 11 年 1 月の未払賃料 388 万 6,875 円
			④平成 11 年 2 月の未払共益費 21 万 4,990 円
			⑤平成 11 年 2 月の未払賃料 388 万 6,875 円のうち 296 万 1,584 円

3) 駐車場部分	敷金 294 万円 全額（ただし裁判所の許可なし）	平成 11 年 6 月 21 日	未払駐車場料金
4) 倉庫部分	敷金 18 万円 のうち 10 万 5,840 円 (残額 7 万 4,160 円は 5 銀行に返還)	平成 11 年 3 月 31 日	①平成 11 年 1 月から 3 月までの未払賃料 9 万円
			②平成 11 年 1 月から 3 月までの未払共益費 1 万 0,800 円
			③上記①及び②の消費税

(4) 上記のように敷金が充当された各債権のうち、1) 部分の賃貸借にかかる未払賃料 2,232 万 7,245 円（上記表 2 の 1 部分の賃貸借のうち、①の平成 11 年 2 月から 10 月までのもの）、未払共益費 930 万 3,012 円（上記表 2 の 1 部分の賃貸借のうち、②の平成 11 年 2 月から 10 月までのもの）、原状回復工事・残置物処理費用 1,021 万 3,714 円（上記表 2 の 1 部分の賃貸借のうちの⑧）、さらに、2) 部分の賃貸借にかかる未払賃料等 317 万 6,574 円（上記表 2 の 2 部分の賃貸借のうち、④及び⑤）の合計 4,502 万 0,545 円は、破産宣告後に発生したものであることが明らかであり、旧破産法 47 条 7 号又は 8 号¹⁸の財団債権であった（以下、「破産宣告後の債権」とする）。

ところが、A 社の破産財団には、上記 2) 及び 4) 部分の賃貸借が合意解除された平成 11 年 3 月 31 日時点で 2 億 1,972 万 5,341 円、上記 3) 部分の賃貸借が合意解除された平成 11 年 6 月 21 日時点で 5 億 8,212 万 4,331 円、上記 1) 部分の賃貸借が合意解除された平成 11 年 10 月 31 日時点で 6 億 5,140 万 3,135 円の預金が存在した（なお、平成 11 年 12 月 1 日時点での破産債権額は、301 億 9,460 万 3,891 円であった）。

(5) C 銀行は、平成 11 年 9 月 20 日、外国法人 H に対して、A 社に対する債権と債権に付随する担保等を譲渡したところ、外国法人 H が債権管理回収業法に基づき、X に対して、上記債権の回収を委託した。

X は、本件充当合意が破産管財人の善管注意義務に違反するものであり、これによって C 銀行の有する債権が無価値となり、優先弁済権が侵害されたとして、Y に対して旧破産法

¹⁸ 旧破産法第 47 条 左ニ掲クル請求権ハ之ヲ財団債権トス（1～6 号省略）

七 第五十九条第一項ノ規定ニ依リ破産管財人カ債務ノ履行ヲ為ス場合ニ於テ相手方カ有スル請求

八 破産宣告ニ因リテ双務契約ニ関シ解約ノ申入アリタル場合ニ於テ其ノ終了ニ至ル迄ノ間ニ生シタル請求権（9 号省略）

旧破産法第 59 条 双務契約ニ付破産者及其ノ相手方カ破産宣告ノ当時未タ共ニ其ノ履行ヲ完了セサルトキハ破産管財人ハ其ノ選択ニ従ヒ契約ノ解除ヲ為シ又ハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得（2 項省略）

164条2項¹⁹⁾に基づく損害賠償又は不当利得の返還請求（破産宣告後の賃料等から債権譲渡前の充当分を控除した額の262分の87に当たる1,389万4,752円及び遅延損害金の支払い請求）を行った（①事件）。

なお、別訴として、D銀行からA社に対する債権及びその担保権の譲渡を受けたZ社がYを被告として、不当利得の返還請求訴訟を提起している（②事件）。

2 下級審の判断と上告理由

①事件の第1審（横浜地判平成16年3月11日金融・商事判例1258号30頁以下）は、Xの請求を一部認容し、それに対して控訴・付帯控訴がなされたところ、原審判決（東京高判平成16年10月27日金融・商事判例1258号25頁以下）は、1審判決中の控訴人Yの敗訴部分を取消し、Xの請求を棄却し、Xの付帯控訴も棄却した。

そこで、Xは、ア）破産管財人は、破産者の敷金返還請求権を維持・保存する義務を承継すること、イ）破産財団が財団債権である賃料を弁済する資力があるのに、その支払義務がないとする原審の判断は誤りであること、ウ）総債権者の利益を確保するために、本来優先されるべき別除権者がその権利を失っても構わないとの結論にいたる原審の判断は、別除権に対する不当な制約となっていることを理由に、上告受理申立てを行った。

なお、②事件では、1審が原告Z社の請求を認容し、Yが控訴したところ、原審もZ社の請求を一部認容したので、Yが上告した。

最高裁第一小法廷は①及び②事件の双方につき同一日付で判決を下したのが本件である（最判平成18年12月21日〔平成17年（オ）184号〕）。以下では①事件を中心に紹介する。

3 最高裁判決の要旨

最高裁は原判決の一部を破棄して、Xの不当利得返還請求を一部認容し、その余の上告を棄却した。なお、以下の判決文に付したタイトル・番号等は著者が付した。

（1）担保価値維持義務について

i）担保価値維持義務の内容

「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと解すべきである。そして、建物賃貸借における敷金返還請求権は、賃貸借終了後、建物の明渡しがされた時において、敷金からそれまでに生じた賃料債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得する一切の債権を控除し、なお残額があることを条件として、その残額につき発生する条件付債権であるが（最高裁昭和46年（オ）第357号同48年2月2日第二小法廷判決・民集27巻1号80頁参照）、このよう

¹⁹⁾ 旧破産法第164条 破産管財人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其ノ職務ヲ行フコトヲ要ス

2 破産管財人カ前項ノ注意ヲ怠リタルトキハ其ノ破産管財人ハ利害関係人ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ス」

な条件付債権としての敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、質権設定者である借入人が、正当な理由に基づくことなく貸入人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反するものというべきである。」

ii) 質権設定者からの義務の承継

「また、質権設定者が破産した場合において、質権は、別除権として取り扱われ（旧破産法 92 条）、破産手続によってその効力に影響を受けないものとされており（同法 95 条）、他に質権設定者と質権者との間の法律関係が破産管財人に承継されないと解すべき法律上の根拠もないから、破産管財人は、質権設定者が質権者に対して負う上記義務を承継すると解される。」

iii) 本件事案についての判断

以上の規範的な判示を前提にすると、Y は「H に対し、本件各貸借に関し、正当な理由に基づくことなく未払債務を生じさせて本件敷金返還請求権の発生を阻害してはならない義務を負っていたと解すべきである」とし、原状回復費用については、「貸入人において原状回復を行ってその費用を返還すべき敷金から控除することも広く行われているものであって、敷金返還請求権に質権の設定を受けた質権者も、これを予定した上で担保価値を把握しているものと考えられるから、敷金をもってその支払に当てることも、正当な理由があるものとして許される」として、敷金の充当を認めた。

これに対して、「原状回復費用を除く賃料及び共益費（以下、これらを併せて「本件賃料等」という。）については、前記事実関係によれば」、Y は、「本件各貸借がすべて合意解除された平成 11 年 10 月までの間、破産財団に本件賃料等を支払うのに十分な銀行預金が存在しており、現実にこれを支払うことに支障がなかったにもかかわらず、これを現実に支払わないで B との間で本件敷金をもって充当する旨の合意をし、本件敷金返還請求権の発生を阻害したのであって、このような行為（以下「本件行為」という。）は、特段の事情がない限り、正当な理由に基づくものとはいえないというべきである。本件行為が破産財団の減少を防ぎ、破産債権者に対する配当額を増大させるために行われたものであるとしても、破産宣告の日以後の賃料等の債権は旧破産法 47 条 7 号又は 8 号により財団債権となり、破産債権に優先して弁済すべきものであるから（旧破産法 49 条、50 条）²⁰、これを現実に支払わずに敷金をもって充当することについて破産債権者が保護に値する期待を有するとはいえず、本件行為に正当な理由があるとはいえない。そして、本件において他に上記特段の事情の存在をうかがうことはできない」として、結論として担保価値維持義務違反を認めている。

(2) 善管注意義務違反の有無

「破産管財人は、職務を執行するに当たり、総債権者の公平な満足を実現するため、善良

²⁰ 旧破産法第 49 条 財団債権ハ破産手続ニ依ラスシテ随時之ヲ弁済ス
旧破産法第 50 条 財団債権ハ破産財団ヨリ先ツ之ヲ弁済ス

な管理者の注意をもって、破産財団をめぐる利害関係を調整しながら適切に配当の基礎となる破産財団を形成すべき義務を負うものであり、「そして、この善管注意義務違反に係る責任は、破産管財人としての地位において一般的に要求される平均的な注意義務に違反した場合に生ずると解するのが相当である」との一般論を述べている。

この見地からみると「正当な理由があるか否かは、破産債権者のために破産財団の減少を防ぐという破産管財人の職務上の義務と質権設定者が質権者に対して負う義務との関係をどのように解するかによって結論の異なり得る問題であって、この点について論ずる学説や判例も乏しかったことや」、Yが本件行為につき「破産裁判所の許可を得ていることを考慮すると」、Yが、「質権者に対する義務に違反するものではないと考えて本件行為を行ったとしても、このことをもって破産管財人が善管注意義務違反の責任を負うということではできないというべきである」として、Yの善管注意義務違反を理由とする損害賠償請求を棄却した原審の判断を是認している。

(3) 不当利得の成否

「本件敷金返還請求権は、別除権である本件質権によってその価値の全部を把握されていたというべきであるから、破産財団が支払を免れた本件宣告後賃料等の額に対応して本件敷金返還請求権の額が減少するとしても、これをもって破産財団の有する財産が実質的に減少したとはいえない。そうすると、破産財団は、本件充当合意により本件宣告後賃料等の支出を免れ、その結果、同額の本件敷金返還請求権が消滅し、質権者が優先弁済を受けることができなくなったのであるから、破産財団は、質権者の損失において本件宣告後賃料等に相当する金額を利得したというべきである」として、不当利得を否定した原審の判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があると判断して一部破棄し、Xの不当利得返還請求を一部認容している（なお、裁判官才口千晴の補足意見があるが省略した）。

4 評価

(1) 判例の意義

以上の判断は、最高裁が債権質権につき質権設定者の担保価値維持義務を初めて正面から論じた点、そして、質権の目的債権が敷金返還請求権である場合の担保価値維持義務違反の判断基準を明確にした点で民法判例としての意義があり²¹、質権の効力や不当利得の要件といった実体法の基本的な問題点につき判断しているため、今後の学説や実務に影響を与

²¹ 片山・前掲序論注4「判批」71頁がこの評価を述べる。また、清水恵介「税理士のための重要商事判例【第31回】」税務事例39巻8号（平成19年）64頁は、平成18年判決が担保価値維持義務を認めた一般的説示部分は直ちに敷金返還請求権に妥当しないと述べる。なぜなら、単に資産が悪化した貸貸人が敷金を充当して敷金返還請求権を消滅させた場合も、本文記載の一般的な説示へ機械的に当てはめると、当然に担保価値維持義務違反となってしまうからである。したがって、平成18年判決は敷金返還請求権の特殊性ゆえに「正当な理由」や「特段の事情」といった規範的要件を用いて柔軟な判断を可能にしているものの、判示部分は敷金返還請求権以外の債権質権にあてはまるものではなく、質権の目的債権が敷金返還請求権である場合の担保価値維持義務違反の判断基準であると射程を限定している。なお、善管注意義務違反を否定した点は破産管財人の救済判断であって、先例的価値に乏しいとしながらも、本判決と同様に学説や判例が乏しい困難な判断局面において、結果的に判断を誤った破産管財人の責任を回避するといった意味で先例的な役割を果たす可能性があるとしてされている（前掲・清水「税理士のための重要商事判例」66頁）。

えるものと評価されている²²。

もっとも、本稿の冒頭で述べたとおり、平成 18 年判決は担保価値維持義務の法的性質や法的根拠について正面から論じておらず、また担保価値維持義務違反の具体的な効果も網羅的に明示しているわけではない。したがって、こうした点につき明確にすることが今後に残された理論的な課題であった。

(2) 従来判例との関係

平成 18 年判決は、一方で上記のような意義を有するものの、他方で債権質権の判例に登場してこなかった「債権の担保価値を維持すべき義務」という概念を用いている。そのため、こうした判断が従来判例の流れに位置づけることができるかは検討を要する。

i) 平成 18 年判決以前の債権質権に関する判例との関係

まず、債権質権の領域において、先に示した平成 18 年判決以前の判例と平成 18 年判決の関係を検討する。

平成 18 年判決は、やや特殊な点が認められた。すなわち、①平成 18 年判決以前の判例においては、質入債権の消滅に至る行為としては、相殺や破産申立てなどの行為類型が問題となってきた。しかし、平成 18 年判決では、それまで判例が禁止してきたような行為類型とは異なる行為、つまり敷金の合意による充当（以下、「充当合意」とする）が問題になっていた。また、②平成 18 年判決以前の判例では、質入債権の消滅は質権設定者の相殺の抗弁の可否や破産申立ての適否などと関連する問題として判断されてきた。しかし、平成 18 年判決は不当利得返還請求の要件の一部として担保価値維持義務を扱っている。この点も、これまでの判例の判断にはみられなかった点であり、特殊性がある。これらの点をどのように評価すべきであろうか。

はじめに、①充当合意の点について検討する。たしかに、平成 18 年判決は相殺や破産申立てではなく、自己の債務への敷金の充当が問題となっている。しかし、平成 18 年判決では破産管財人は現金による未払い賃料等の支払が可能であったのであるから、当該事案の下では、充当合意が自己の債務を免れる行為と評価されてもやむを得なかった。そうであれば、充当合意は実質的な弁済あるいは相殺であると評価できる。

そして、充当合意がなされると質入債権が失われ、このことによって、質権者は質入債権から優先弁済を受けることができなくなることになり、優先弁済的な効力（債権質権の効力）が損なわれて、質入債権の維持・確保が必要となる。そこで、平成 18 年判決は質入債権を消滅させるような充当合意を担保価値維持義務違反と評価し、こうした行為を基本的には禁止している。平成 18 年判決は、この禁止に反する充当合意がなされたことから、「本件敷金返還請求権が消滅し、質権者が優先弁済を受けることができなくなった」として、質入債権（敷金返還請求権）の消滅が質権者の優先弁済を害する事態（民法 703 条の「損失」）を招く旨の判示をしているのである。

したがって、充当合意は担保目的たる質入債権を失わせる行為であるという点において

²² 谷口安史「判解」法曹時報第 61 巻第 3 号（2009 年）324 頁を参照。

みれば、平成 18 年判決以前の判例が問題としてきた相殺や破産申立てによる質入債権の消滅の場面と違いはない。

もっとも、平成 18 年判決では、質入債権の消滅・変更等のような担保価値を害する行為が担保価値維持義務違反とされ、その行為が法的に正当性を失うとの構造が採用されており、さらに、質入債権の消滅と優先弁済的効力の侵害が自覚的に結びつけられていることからすれば、平成 18 年判決は優先弁済的効力を保護する方向性を示すものとなっているといえる。この点で、平成 18 年判決は担保物権の効力との関係がそれまでの判例よりも顕著なものとなっており、この点では、平成 18 年判決以前の判例と違いが生じている。

次に、②不当利得との関係をみていく。そもそも、平成 18 年判決では敷金返還請求の消滅にいたる充当合意が禁じられた。このように禁じられた行為をなすことは担保価値維持義務に反するため、正当とは評価できない。こうした点から、担保価値維持義務違反の作用として、不当利得返還請求の要件である「法律上の原因」を欠くという法的評価を生じさせているのである²³。

そうであれば、質入債権の消滅を禁止するという点についてみれば、従来判例も平成 18 年判決も法的判断としては同一の評価を与えているといえる。したがって、平成 18 年判決は実質的にみて、それまでの判例と著しく異なるものではなかった。

以上の①及び②から、平成 18 年判決は、前述した「担保物権の効力を維持・確保する行為か否か」という平成 18 年判決以前の判例の分類に照らすと（前記 I の 4）、担保物権の効力を害する行為は禁じられるという類型（アの類型）に位置付けることが可能であろう。

ii) 抵当権に関する判例との関係

債権質権に関する従来判例と平成 18 年判決が必ずしも抵触しないとしても、平成 18 年判決はこれまで債権質権の判例が採用していない担保価値維持義務という概念を判示しており、その点についてどのように考えるかについて若干触れたい。

そもそも、抵当権の領域においては、既に担保目的物の価値を維持すべきという方向性を示す判例が存在していた²⁴。これは抵当権に関する判断ではあるものの、約定担保物権の領域における先例であり、その意味で同じ約定担保物権である債権質権にとっても参照に値

²³ 谷口安史「判批」ジュリスト 1377 号（2009 年）143 頁は、平成 18 年判決について、破産管財人が賃料等を敷金によって充当するという実質的な弁済行為によって「賃料等の支出を免れ」、これが担保価値維持義務に違反する行為によりなされている点から、破産管財人の行為は質権者の財貨を権限なく自らの弁済に供した（法律上の原因が欠ける）と理解している。

²⁴ 最判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 卷 8 号 1899 頁は「抵当不動産の所有者は、抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」は、「抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と述べている。また、最判平成 17 年 3 月 10 日民集 59 卷 2 号 356 頁は「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである」としていた。

する事項が含まれているであろう。特に、既に第1章でも若干触れたように、学説においては債権質権が抵当権に接近していると評価されていることからすれば、抵当権の領域の判例との関係も無視できない。したがって、平成18年判決の担保価値維持義務という概念に関していえば、抵当権の判例の理解が債権質権にも応用されたと考えるべきではなかろうか²⁵。

もっとも、本節では、抵当権の領域における判例との関係についてまで詳細な検討を行うことはせず、詳細は本章の第2節において述べることとする。

(3) このように、平成18年判決は一見すると新たな概念を用いているようにみえるものの、その判断は従来の判例と矛盾するものではなく、その流れの中に位置付けることができる。なお、平成18年判決が、担保価値維持義務は質権設定者から破産管財人に承継されると述べている点及び破産管財人の善管注意義務違反の有無を判示する点についての評価は後述する（本節「第3 若干の検討」を参照）。

Ⅲ. 第1に関する整理

ここで、債権質権に関する判例の状況について簡単に整理しておく、

まず、平成18年判決に至るまでの判例は必ずしも一貫した判断を明示していたわけではなかったものの、担保物権の効力という視点から判例が問題として取り上げてきた行為類型について整理すると、少なくとも担保物権の効力を維持・確保する行為か否かという限りで類型化することは可能であった。すなわち、質権設定者は、ア) 担保物権の効力を害する行為は禁じられるものの、イ) 担保物権の効力を保全する行為は認められるというレベルでは判例を整理することが可能であった。

そこで、平成18年判決をみると、充当合意が問題となっていることや不当利得返還請求の要件が問題となっているといった特殊性があったが、実質的にみれば上記ア) に該当する行為として位置付けることが可能であり、それまでの債権質権に関する判例との関係で矛盾を生じるものではなかった。

また、平成18年判決以前は担保価値維持義務まで明示する債権質権に関する判例は存在せず、当事者の主張の中に、①質入債権を保存・確保する義務、あるいは、②優先弁済的効力を受けるべき物権の効果として質入債権の消滅や変更を受けないこと等の理解が登場するのみであった。そのため、平成18年判決はこの点でも特殊性を有していた。しかし、同じ約定担保物権である抵当権の領域で実質的に同種の方向性と評価し得る判断がなされていた。したがって、平成18年判決は、これまでの約定担保法全体の判例の流れの中でみれば、著しく特異であるというわけではないのである。

²⁵ 谷口・前掲注22の325頁注9では、最判平成11年11月24日が実質的に抵当権の効力から担保価値維持義務を認めたものと評価されている。同様の方向性を示すものとして、片山・前掲序論注4「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権」169-170頁がある。

もつとも、平成 18 年判決は、それまでの債権質権に関する判例が必ずしも明示してこなかった担保物権の効力（特に優先弁済的効力）との関係を顕著に示す点で、これまでの債権質権に関する判例との関係からみると特徴がある。よって、債権質権に関するこれまでの判例全体との関連でみると、債権質権（担保物権）の効力の保護という理解が徐々に明確になってきているといえるのである。このように、担保物権の効力との接近を示す判例に対して、学説においてはどのような議論がなされていたかを次にみていく。

第 2 学説の変遷

学説は、立法当初、権利質権や債権質権の法的性質についてさかんに議論しており、ここではこれらの質権の法的性質をどのようなものとみるかという問題意識が中心であった。したがって、質入債権の消滅・変更等の行為の問題に該当する事項が論じられるとしても、それは法的性質論との関係の中でわずかに扱われるにとどまっており、担保物権の効力と関連した議論はなされていなかった（「Ⅰ．権利質権の法的性質に関する論争と拘束力（明治期）」）。

その後、権利質権や債権質権も、権利の上の質権として物上質権と同様に民法上の質権としての法的性質が与えられるようになり、権利質権や債権質権が物上質権と同様に物権といえるのか否かが議論されるようになる。そして、権利質権や債権質権の物権性が全面的に承認されるに伴って、債権質権の拘束力の問題は担保物権の効力の問題の中で論じられるようになっていった（「Ⅱ．権利質権における物権性の承認と拘束力（大正－昭和初期）」）。

このように担保物権の効力として拘束力が議論されるようになり、当初、留置的効力との関連で拘束力を理解する学説も登場した。しかし、債権質権の留置的効力の存在が疑われるようになるにつれて、徐々に留置的効力から離れた方向性で拘束力を議論する学説が増加している（「Ⅲ．拘束力の留置的効力からの離脱（昭和初期以降－平成初期）」）。

さらに、平成 15 年の債権質権に関する民法改正や平成 18 年判決を契機に、完全に留置的効力から離れて、拘束力を位置づける法律構成が登場するに至る（「Ⅳ．優先弁済的効力と拘束力の接近（平成初期以降）」）。

そこで、以下では上記のような分類を前提にして各学説を紹介する。なお、学説の引用に際しては、旧字体等は現代語に修正し、句読点等を補っている。

Ⅰ．権利質権の法的性質に関する論争と拘束力（明治期）

1 権利質権の法的性質と岡松の考え方

岡松参太郎はドイツ法上の学説等を紹介して権利質権の法的性質に関する議論を行い、その中で質入債権の消滅・変更等の行為に該当する事項を扱っている。そこで、まず債権質

権の拘束力の問題に関する出発点となることから、他の学説との時系列の関係は若干前後するものの、岡松の議論から紹介する。

(1) 権利質権の法的性質について

権利質権の法的性質についての考え方は、主に譲渡主義（譲渡説）と権利物体主義（権利目的説）に分かれている。

i) 譲渡主義（譲渡説）

岡松は権利質権の法的性質に関して、譲渡主義が有力に主張されていると述べている。この見解は権利質権を一種の債権譲渡であるとして権利の譲渡の概念で説明する考え方である¹。この譲渡主義の中にも、①条件付譲渡説、②内容的制限譲渡説、③並存的譲渡説など種々の見解の対立が存在している²。

そして、岡松は譲渡主義（譲渡説）が多数説であり、当初この立場を採用することを示していた³。したがって、一旦債権が質入れされた以上、質権設定者は債権の譲渡人であって、もはや債権者ではないため、第三債務者が質権設定者に弁済をすることはできないと考えていたのである。この考えによると、債権の質入れは債権譲渡であり、債権質権は債権に過ぎないと理解することになる⁴。これは、次のような問題との関係で述べられていた。つま

¹ この詳細を明らかにするものとして、岡松参太郎「権利質の性質（承前）」京都法学会雑誌第1巻第7号・明治39年1頁を参照（以下、「岡松論文①」とする。同名の論文が複数存在するので、区別のために本稿に登場する順番に番号を付した）。なお、譲渡主義の特徴として、質入れを債権の譲渡と考えるため、質権者は既に成立している質権設定者の権利と同種の権利を譲り受けるものであり、新たな権利が発生するのではないことが指摘されている（岡松論文①1-2頁）。もっとも、譲渡といっても、これは純然たる権利の移転ではなく、質権者は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲で権利を取得するので、質権設定者が弁済しない場合に、質権者はその取得した権利を行使することができるとされている（岡松論文①2頁）。この譲渡主義は特定の見解を除いて債権質権に関して主張されたものであるのに対して、権利物体主義は各種の権利質権全体に通じて主張されるものであるといわれており、このように債権質権について論争が激しいのは、債権質権は三人の当事者に関係するもので、物上質権にはない特質があるからだとされている（神戸寅次郎『権利質論 [初版]』[厳松堂書店・明治44年]11頁参照）。

² ①条件付譲渡説とは、譲渡に関する制限を時期に求めた見解である。①-1停止条件付譲渡説と①-2解除条件付譲渡説が存在する（詳細は岡松論文①・前掲注1の2-6頁を参照）。また、②内容的制限譲渡説とは、債権の質入れが内容を制限した形で行われる権利の譲渡と理解されている。そして、この見解は、質権者が担保のために必要な範囲内で権利を取得し、これに対して質権設定者の権利は消滅するわけではないことから、第三債務者が質権設定者に弁済すれば、質権者はその給付物につき質権を取得し、給付物の所有権は質権設定者に帰属すると説明されている（詳細は岡松論文①・前掲注1の6-16頁を参照）。さらに、③並存的譲渡説は、債権の質入れが質権設定者と第三債務者との間で既に成立する債権関係に加入するものとみる。つまり、質権設定者と一種の連帯債権関係を形成するものであると説明するのである。この見解によれば、債権の質入れは債権譲渡であるものの、債権者の交代を生じるのではなく、質権者が債権の共有者のように設定者と同種同等の権利を取得して連帯債権の関係を生じることになる（岡松参太郎「権利質の性質（承前）」[京都法学会雑誌第1巻第8号・明治39年]1-2頁[以下、「岡松論文②」とする]）。

³ 岡松参太郎『註釈民法理由 中巻 物権編 [8版]』（有斐閣・明治32年 [初版明治30年]）493頁参照。

⁴ 岡松・前掲注3の499頁及び506頁がこの考え方を示す。なお、質入れされた権利が物権であるとき質権は物権であり、質入れされた権利が債権であれば質権は債権であるとの理解は譲渡主義から当然の結論であるとされていた（神戸・前掲注1の36-37頁）。これと同様の理解を示すものとして、賀古貞太郎「権利質ノ定義並ニ其性質ノ一般及ビ普通ノ質権トノ區別」梅謙次郎ほか『法典質疑問答 第2編 物権法 全』（信山社・平成6年 [法典質疑問社編『民法物権問答4版』有斐閣書房・明治42年の復刻版、初版明治39年]）328頁がある。したがって、譲渡主義によれば、債権が質入れされると、当該債権の債権者が変更（質権設定者から質権者に変更）する。故に、第三債務者が質権設定者（旧債権者）に弁済でき

り、質入れされた債権が弁済期にあるのに対して、質権者の被担保債権が弁済期にないという場合、第三債務者は質権者と質権設定者のいずれに弁済すべきなのかという問題と関連して述べられていた。したがって、必ずしも、質権設定者や第三債務者に対する債権質の拘束力として論じられているわけではなかった。

しかし、この譲渡主義は次のように批判されている。すなわち、そもそも債権の譲渡と質入れは全く目的が異なる概念であり、譲渡は債権を他人のものとするのが目的であって、質入れは他人に自己の権利を行使する新たな権利を取得させる目的でなされるのだから、質入れを譲渡として説明することはできないという批判である⁵。こうして、岡松は権利物体主義（権利目的説）を採用することを明らかにしているため、次にこの考え方を紹介する。

ii) 権利物体主義（権利目的説）

権利物体主義（権利目的説）とは権利上に質権が設定されたとみる考え方である。その特徴は、質入れされた権利がなお質権設定者に残り、質権者は質入れされた権利とは異なる権利を取得するという点にある⁶。すなわち、権利質権とは権利の質入れによって担保の目的を達するのに必要な範囲内で質入債権を行使する権能を取得する一種の権利であると考えるのである。これは質入れされた権利を直接に客体とする理解であり、質権の効力として客体となる権利を行使できる範囲で、客体たる権利の対象（物権であれば物、債権であれば義務者）への権利を取得すると考え、この関係全体が権利質権と呼ばれたのである。

このような理解を前提とすると、物上質権と権利質権は全く同一とはいえないものの、次の点で共通性を有することから、質権設定者の権利が制限されることは権利質権と物上質権とでほとんど異ならず、権利質権も質権と評価されている⁷。すなわち、ア) 権利質権も担保客体である権利の価格をもって担保とする制度であること、イ) 質権者は質入れされた権利と独立する新たな権利を取得すること、ウ) 権利質権者は、担保目的の範囲内において、自己が取得した権利の客体に対して「拘束」（客体が権利であれば、その行使を停止すること）を加え⁸、必要な場合には客体の価格を実現させること（客体が権利であれば権利の取立て）ができること、という3点が物上質権との共通点として指摘されている。

しかし、権利物体主義についても問題点が指摘されていた。たとえば、債権質権の場合に、質権の対象である債権が弁済によって消滅したならば、債権質権もまた消滅するのであり、これでは質権の目的を達することができないのではないかとの疑問があるとされている⁹。

ないことも当然ということになり、大きく議論する問題ではなくなるであろう。

⁵ これを指摘するものとして、岡松論文②・前掲注2の4頁がある。

⁶ 岡松参太郎「権利質の性質」（京都法学会雑誌第1巻第5号・明治39年）2頁がこのことを指摘する（以下、「岡松論文③」とする）。

⁷ このような評価を述べるものとして、岡松論文③・前掲注6の4-5頁がある。

⁸ この拘束につき、岡松論文③・前掲注6の9頁は、たとえば債権質権の場合は質権設定者が処分の制限を受けるので、質権設定者の債権の処分によって債権質権が消滅することはないとの趣旨が示されている。

⁹ この問題点の指摘については、岡松論文③・前掲注6の9頁を参照。なお、弁済だけでなく混同についても同じ問題が提起されている（岡松論文③・前掲注6の9-10頁）。なお、本文で示す以外の権利物体主義の問題点については、岡松論文③・前掲注6の5-9頁を参照。

こ問題点と関連して、まさに現在では債権質権の拘束力の問題として想定されているような事例がとりあげられているのである。

このように、権利物体主義にも問題点があるものの、岡松は次のように述べる。すなわち、権利物体主義の問題点はこの考え方を維持すべき根拠をゆるがすほどのものではなく、この考え方を採用すれば、物上質権と権利質権を質権の中で統一的に説明することが可能となり、権利質権についても絶対的効力を与えられるという利益があるので、日本法上においてもこれを採用すべきであるとしている¹⁰。

(2) 権利質権の物権性の有無について

こうして、日本法上で権利物体主義を採用するならば、権利質権の客体は常に権利とみることになり¹¹、法律が権利を物と同視することになるため、権利質権の法的性質を単純な債権とみるべきではないことになる¹²。

とはいえ、権利質権は権利を客体とする点で物上質権とは違いが生じるため物権とみることはできず、物上質権と全く同一の効力を有するとまではいえないとき、権利質権は物権でもなく、また、質権ともいえない存在であり、岡松は質権と同一目的を達し、これに類似する一種の権利であると定義した。もっとも、岡松は権利質権の効力については絶対的効力を認め、この点では物に関する質権とほぼ同じであることから、権利に関しても質権という名称は与え、物上質権の規定を準用する（民法 362 条 2 項）と考えられたのである¹³。

(3) 質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題について

このように岡松説は権利質権の法的性質に関連した議論を外国法上の学説を中心に紹介しており、そこでは譲渡主義と権利物体主義の対立が存在した。この議論との関係において、岡松は先に見たように第三債務者の質権設定者に対する弁済の問題を論じている。したがって、質入債権の消滅・変更等の行為の問題は権利質権の法的性質を論じる中でのひとつの検討材料にしか過ぎなかった。

たしかに、岡松は「拘束」の概念を認め、さらに、一定の事例を検討はするものの、それは権利質権の法的性質をどのように位置付けるかによって解決に違いが生じる一事例として、質入債権の消滅・変更等の行為の問題を扱うに過ぎなかった。また、岡松は質権の物権としての効力と「拘束」の関連性についても詳細に論じてはおらず、この「拘束」が担保物権の効力に位置付けられるかどうか不明確であった。

2 神戸の考え方

このように、岡松がもっぱら外国法の議論を参照して権利質権の法的性質を中心として論じていたのに対して、神戸は外国法の議論を参照しながらも、日本法の具体的な規定に立ち返った分析まで行った。これは権利物体主義を日本法上で採用するにあたって大きな影響を与えた。また、神戸は権利質権の物権性に関して岡松より一歩進んだ理解を示している。

¹⁰ 岡松論文③・前掲注 6 の 13 頁を参照。

¹¹ 岡松論文②・前掲注 2 の 9 頁がこの考え方を示す。

¹² 岡松論文②・前掲注 2 の 11-12 頁を参照。

¹³ 岡松論文②・前掲注 2 の 12-13 頁を参照。

そこで、権利質権に関して岡松以降の学説の進展を示す重要性にかんがみて、ここで神戸の考え方を紹介する。

(1) 権利質権の法的性質と物権性

神戸も岡松と同様に権利質権の法的性質につき譲渡主義（譲渡説）と権利物体主義（権利目的説）の存在を指摘し、結論として権利物体主義を採用している¹⁴。このように権利物体主義を採用して権利質権の客体が権利であることを正面から認めると、権利質権は物上質権と同様に質権の枠内に位置付けられることは前述のとおりである。そこで次に、権利質権とは物上質権と同様に物権とみるべきであるのかどうか（権利質権の物権性）が議論されている。この点についても、神戸は単に外国法を参照して、その議論をただちに日本法に適用することはできないとしており、日本法の規定に基づいて議論している¹⁵。

では、神戸は権利物体主義の立場から権利質権の物権性をどのように理解しているのか。まず、ドイツでは権利物体主義が採用されたことから、権利が質入れされても当該権利は質権設定者に残ることになる。そのため、質入れされた権利が消滅・変更等の危険にさらされる場合を予定した規定が設けられていたことが指摘されている¹⁶。

これに対して、日本法の規定をみると、質権設定者の処分権を定めた規定は少なく、権利質権は物上質権に関する規定を準用しており（民法 362 条 2 項）、権利質権の効力も物上質権の規定によっているとされている。もっとも、物上質権の規定を準用するとしても限界があるので、質入債権の消滅・変更等に関する問題については結局質権の性質に基づいて判断せざるを得ず、権利質権の物権性を確定する必要性があると述べられているのである¹⁷。

そもそも、近代の立法例をみると、単に権利の目的物が有体物であることのみを理由にして権利に物権性を付与しているのではなく、目的物が有体物か無体物かにかかわらず、必要に応じて物権性の付与を決定している。現に、日本の民法においても、物に関係のない法律関係の場合であるのに物権性を付与した規定（民法 205 条）もあれば、物に関係するので

¹⁴ 神戸・前掲注 1 の 25-26 頁がこのことを示す。なお、権利物体主義を採用する理由の詳細については、神戸・前掲注 1 の 29-36 頁を参照。このように神戸は権利物体主義を日本法においても採用することを述べている点では先にみた岡松と同様の立場であるが、もっぱら外国法の内容を援用するだけでなく、それを前提として日本民法の具体的な規定に立ち返って解釈を行って、日本民法においても権利物体主義を採用できることを論証しており、この神戸の分析によって従来以上に日本法にひきつけた議論が展開され、日本法上における権利物体主義の理解が定着していったとみてよいのではないかと。現に、その後、譲渡主義が否定されるようになり（飯島喬平『物権法第 7 章以下』[日本大学・明治 45 年] 126-127 頁及び 135 頁、川名兼四郎『物権法要論 [訂正 5 版]』[金刺芳流堂・大正 9 年、初版大正 4 年] 237-238 頁等を参照）、後にみるように、大正初期には権利物体主義（権利目的説）が通説と評価されるに至っている（三浦信三『担保物権法 [初版]』[有斐閣書房・大正 4 年] 350-351 頁参照）。

¹⁵ 神戸・前掲注 1 の 38 頁がこのことを示している。

¹⁶ 神戸・前掲注 1 の 41-42 頁を参照。なお、神戸はドイツ民法 1276 条等を挙げている。このドイツ民法 1276 条の規定は以下の通りである（邦語訳は荒波正隆『独逸民法 [7 版]』[有斐閣書房・大正 3 年、初版明治 33 年] 330 頁を参照した）。

第 1276 条 質権の目的たる権利は質権者の承諾ありたるときにのみ法律行為に因りて之を消滅せしむることを得。承諾は之に因りて利益を受くべき物に対して之を表示することを要す又之を取消すことを得ず。第 876 条第 3 段の規定は之に因りて影響を受くることなし。権利変更に因りて質権を害する場合亦同じ。

¹⁷ 以上については、神戸・前掲注 1 の 44-45 頁を参照。

実質的には物権同然とみることができるが、物権とは定めてはいない場合（民法 601 条）も存在している。このように、日本民法においても権利が物に関係を有するかどうかをもって物権性の付与の有無を判断するわけではない。したがって、日本法においても、立法者は権利に対する権利を認め、権利質権に物上質権の規定を準用しながら（民法 362 条 2 項）、権利質権の目的を達するのに必要な範囲で物上質権と同様に物権性を付与する意思を有していたと解すべきとの立場が示されている¹⁸。

とはいえ、権利質権は物上質権が物を目的とするのと全く同一の形式で権利を目的とするものではないので、「純然たる物権」とは認められないし、また、債権そのものともいえないため、結局、権利質権は「一種特別の権利にして、我国法上、其目的の必要なる範囲に於て、之に物権性を付与したものに外ならざるべし」と定義された¹⁹。

このように、神戸は権利物体主義の立場から権利質権に物権性を付与しながらも、権利質権は「純然たる物権」ではないと述べて、通常物権と権利質権とに隔たりを設けている。もっとも、物権性を一応は認めた点において、物権性を否定して権利質権を質権に類似した権利という程度に定義する岡松説とは差異が生じており、権利質権の物権性に関する理解が進んだことがうかがえる。とりわけ、神戸が権利物体主義や権利質権の物権性につき日本法上の規定との比較で議論したことは、この後（大正期）の各学説紹介でみていくように、日本法上の権利質権に関する議論に大きな影響を及ぼしたと思われる。

（2）権利質権と廃止行為

i）質入債権の処分権能

神戸は上記のような理解を前提に債権質権の効力の問題として、当事者及び第三債務者に対する法律関係を検討している。まず、ドイツにおいては、一つの債権に関する権利を二個に分離し、一方は債権者権として質権設定者に残され、他方は処分権能として質権によって制限を受けると理解された。そのため、質権者はこの制限の範囲内において処分権を行使することができることが紹介されている。この点につき、日本の民法に立ち返ると、日本の権利質権はドイツの民法にならっていると仮定され、処分権に関する上記の考え方についてもドイツの理解を採用しているとみるべきであると結論付けられた²⁰。

ii）質権設定者の廃止行為の可否

こうして、日本民法においても、債権を質入れした質権設定者は質権設定の後も当該債権そのものの債権者であり、その処分権能を有するものの、この処分権能は質権により制限が

¹⁸ 神戸・前掲注 1 の 47-48 頁を参照。

¹⁹ 本文のような定義は、神戸・前掲注 1 の 49-50 頁を参照。

²⁰ 神戸寅次郎『権利質論第二卷 [初版]』（巖松堂書店・大正元年）175-176 頁、178-179 頁を参照。本文中の内容は同書によるものであるが、同書は神戸・前掲注 1 に該当するものと合本されており、『法学論叢 権利質論』と題されて一冊となっているものの、神戸・前掲注 1 に該当する奥付と『権利質論第二卷 [初版]』に該当する奥付の両者がふされている。同様の書籍は国立国会図書館近代デジタルライブラリーのウェブサイト (<http://kindai.ndl.go.jp/>) でも確認できるが、これは一部が欠けている。本論文では上記合本版の奥付の記載に従ってそれぞれ別々に発行年月日等を記載し、上記合本版から引用した。なお、神戸・前掲注 1 と『権利質論第二卷 [初版]』との両者をまとめて一つの論稿として掲載しているものに、神戸寅次郎『民法論纂 [初版]』（巖松堂書店・大正 15 年）85 頁以下がある。

課されており、質権者は質権の効力として質権設定者が制限される範囲内で逆にこの処分権能を行使できることが示された²¹。もっとも、質権設定者は質権の目的に沿ってなされる制限の範囲外で、なお処分権能を行使することができる。すなわち、債権に関する処分権の行使とは、一方で①物質的処分あるいは廃止行為（債権を絶対的に消滅させるもの、たとえば相殺）であり、また、他方で②法律的処分（債権を相対的に消滅させるもの、たとえば譲渡）であると分類される²²。

このうち以下では質権設定者と第三債務者間の相殺等を問題にする廃止行為（物質的処分）の問題を中心に紹介する。まず、廃止行為とは、取立、相殺、更改、免除をなす行為であるとされている。すなわち、債権質権はそもそも観念上の存在であって、債権の目的は人の行為・不行為であるから、これを物と同じように破壊することはできない。このような債権に対して存在する権利（債権質権等）は単に法律上消滅させることができるに過ぎないのである²³。

このような債権質権の法律上の破壊の場合について、ドイツでは特に取立に関して規定を設け、被担保債権の弁済期到来以後は質権設定者が取立権能を行使できないが、弁済期到来前においては、質権者と共同して第三債務者に給付の請求を行って、これを受けることなどを認めている。しかし、相殺、更改、免除のような行為については、相対的な権利の発生による法律関係の錯雑を避けるため、質入れされた権利は質権者の同意があるときに限り廃止できるとされており、質権者の同意なく質入債権の廃止行為がなされれば、それは絶対的に無効であって何人に対しても効力を生じないというのである²⁴。日本民法をこれと比較すると、こうした規定は必ずしも設けられていないため、ア) 取立及びイ) 相殺、更改、免除（以下「相殺等」とする）と二つに分類して行為の有効性を検討している。

まず、ア) 取立についてみると、民法の旧 367 条（現行 366 条）に規定が存在しているところ、これは質権者が単独で取立権能を行使できるとしており、質権設定者については何ら規定していないため、質権設定者は被担保債権の弁済期の前後を問わず、取立権能を行使することはできないと理解されている。民法の旧 367 条では質権設定者の取立権能が質権によって絶対的に制限されているとみているのである。

²¹ 神戸・前掲注 20『権利質論第二巻』196 頁を参照。

²² 神戸・前掲注 20『権利質論第二巻』197-198 頁を参照。

²³ このことは、神戸・前掲注 20『権利質論第二巻』198-200 頁が指摘している。

²⁴ 神戸・前掲注 20『権利質論』41-41 頁では、「法律関係の錯雑」とは次のように理解されている。たとえば、債権質権が設定された場合に、質権設定者と第三債務者間で質権者の許諾なく相殺（廃止行為）がなされ、質権者についてのみ相殺が効力を生じないとすると、第三債務者との関係においては相殺が効力を生じることになる（つまり質入れされた債権が相対的に残存する関係が生じる）。これを嫌って、ドイツでは質権者の承諾がなければ質入れされた債権の廃止行為はできないと定められたと指摘された上で、ドイツ民法 1276 条等を参考にして（1276 条については、前掲注 16 を参照）。なお、取立に関する規定につき、ドイツ民法 1281 条は「債務者は質権者及び債権者共同に対してのみ給付を為すことを得。質権者及び債権者の各自は債務者に対して双方共同に対し給付を為すべきことを請求することを得。質権者及び債権者の各自は債務者に対して双方共同に対し給付を為すべきことを請求することを得。質権者及び債権者の各自は債務者に対して双方共同に対し給付を為すべきことを請求することを得」と定めている（ドイツ法については荒波・前掲注 16 の 331 頁を参照した）。

また、イ) 相殺等についても、日本法上で設定者の権能の制限を認めている。つまり、債権質権が物権性を有するので、質権設定者は質権を尊重しなくてはならず、相殺等の廃止行為を行っても質権者に対しては無効である。しかし、日本では相殺等の廃止行為がドイツ民法のように明文で絶対的に禁止されてはいないため、質権設定者と第三債務者間においては相殺等の廃止行為も効力を生じると認めざるを得ないとされている²⁵。

iii) 第三債務者の廃止行為の可否

以上は質権設定者による廃止行為であった。これに加えて、神戸は第三債務者が行う廃止行為について、質権設定者が第三債務者に質権設定の通知を行ったか、第三債務者が何らかの方法によって質権の設定を知った際、第三債務者は廃止行為を行うことができないと解し、ドイツでは民法 407 条や 1275 条にてらして、この考えが正当と評価されていると指摘している²⁶。

しかし、日本法はこの点に関して明文規定がないため、一般原則からこの問題を解決すると述べられている。すなわち、第三債務者に対する質権設定の通知又は第三債務者からの承諾により、質権の内容は第三債務者に対抗する効力を生じているので、これ以後、質権者は第三債務者に対して取立権能を得ることになり、第三債務者は質権設定者に対しては弁済できなくなり、質権者に弁済する義務が生じるとされている。また、同様の観点から、第三債務者は質権設定者に対して相殺を行っても絶対的に有効とはならず、相対的効力のある相殺を行うことができるにすぎないとの制限をうける。つまり、第三債務者が行った相殺は質権者にとっては無効であり、その他の者について有効であるというのである。このことから、第三債務者は廃止行為について、質権設定者と同様の権能を有するに過ぎず、これは質権の物権性から当然に生じる結果であると述べられている²⁷。

(3) 神戸説の整理

神戸は権利質権の物権性は純然たるものではないとしながら、純然たる物権とそうでない物権とがどのように異なるかは明確に論じていない。債権質権に関する立論からみると、実質的には権利質権を純然たる物権とほぼ同列に取り扱っているようにもみえる。

いずれにせよ、神戸は権利質権や債権質権の物権性を「一応は」肯定することにまで踏み

²⁵ 神戸・前掲注 20『権利質論第二巻』202-203 頁を参照。

²⁶ ドイツでは、質入れを認識していない第三債務者の廃止行為にはドイツ民法 1276 条の適用がなく、質入れを認識した後に 1276 条の適用がなされるという学説から、本文記載の通りに理解されている(神戸・前掲注 20『権利質論第二巻』204-205 頁を参照)。なお、ドイツ民法 407 条及び 1275 条については、下記を参照(荒波・前掲注 16 の 102 頁及び 330 頁を参照した)。

ドイツ民法 407 条 新債権者は譲渡後に債務者が旧債権者に為たる給付並に譲渡後債務者及旧債権者が債権に付て為したる法律行為を自己に対抗せしむることを要す。但債務者が給付又は法律行為の当時譲渡ありたることを知りたるときは此限に在らず。

譲渡後に債務者及旧債権者間に継続したる争訟に於て債権に関し確定判決ありたるときは新債権者は其判決を自己に対抗せしむることを要す。但債務者が権利拘束の発生の当時譲渡ありたることを知りたるときは此限に在らず。

ドイツ民法 1275 条 或給付を請求することを得る権利が質権の目的たるときは質権者と給付義務者間の法律関係に付き権利の譲渡の場合に於て取得者と義務者間の法律関係に付て適用する規定を準用し第 1217 条第 1 項に従ひて為す裁判上の命令の場合に於ては第 1070 条第 2 項の規定を準用す。

²⁷ 神戸・前掲注 20『権利質論第二巻』206 頁を参照。

込んだため、質権設定者と第三債務者間において相殺等により、質入債権を消滅・変更等させる行為に関して、民法の条文や債権質権の物権性を根拠として質権者に対する取立てや相殺等の効力を否定するに至っている。これは、岡松が質入債権の消滅・変更等の行為の問題について債権質権の法的性質との関係で触れるにとどまっていたことと比較すれば、質権という担保物権との関係において正面から論じられている点が際立って異なる。

日本民法に上記のような視点が持ち込まれたため、債権質権の物権性の問題に影響が与えられ、この後に担保物権の効力の一環として債権質権の拘束力の問題を取り上げる学説が登場している。

3 民法起草委員の理解

上記のような流れに対して、民法起草委員はどのように理解していたか。権利質権の法的性質と物権性、さらに権利質権の効力と質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題につき、梅謙次郎のテキストの登場時期は岡松や神戸の登場よりも前ではあり、梅は岡松や神戸ほどの議論を展開していなかった。

また、富井政章のテキストは岡松や神戸の登場後に出版されている。そこで、時系列は岡松や神戸と前後する点があるものの、梅の見解は民法起草委員の考え方として、ここで富井の考え方とあわせて紹介する。

(1) 梅の考え方

i) 権利質権の法的性質と物権性について

まず、質権は主として目的物の価格につき優先弁済を受けることを目的とする性質を有する。梅は、質権がこのような権利であるとみるならば、所有権以外の他の権利についても、それを譲渡した価格が担保目的とされるならば、その権利もまた質権に含めることができると考えている。そのため、議論はあったものの、ついに法典調査会においても、権利質権との名称が採用されることになった²⁸。

このように権利質権について形式的に質権の名称を与えたものの、地上権や永小作権を対象とする物権に対する質権は権利の対象が有体物であるが、地上権や永小作権以外の他の権利の上の質権は対象となる有体物が存在しないため、実質的には物上質権と区別して、権利質権の物権性は完全に否定されている²⁹。

ii) 質物の占有と権利質権の留置的効力

このように権利質権が質権の概念に含まれながらも純然たる物権とは認められなかったため、その効力についても、梅は物上質権との違いを示している。

すなわち、債権は「権利にして、無形なるものなるが故に、有体物の如く、之を引渡すこ

²⁸ 梅謙次郎「権利質二準用スヘキ規定ノ範圍ヲ論ス」法学協会雑誌第21巻第6号（明治36年）781—782頁を参照。

²⁹ 梅・前掲注28の782頁及び梅謙次郎『民法要義 卷之二（オンデマンド版）』（有斐閣・平成13年）484頁を参照〔梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二』（有斐閣書房・明治44年、初版明治29年）を復刻した梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編』（有斐閣・昭和59年）のオンデマンド版である〕。

とを得ず。故に、原則としては、債権質は目的物の引渡を要せざるものなり」と述べ、動産質権の占有継続を定める民法 352 条は証書の存在しない債権質権については準用しないと述べている。また、民法 347 条は地上権や永小作権の質入れにのみ適用があると述べ、さらに民法 347 条の準用によって「全ての権利質に於て質権者は質権の目的たる権利の売却を間接に妨ぐることができる」と云うかも知れぬが、そもそも「権利の留置なるものはあり得べからざるものであるから」、このような場合に、民法 347 条を準用して留置的効力をもって権利の売却を防止することを否定している³⁰。

このように、梅は債権質権において担保目的たる権利の引渡しや占有、さらには権利そのものの留置を否定しているのであった。

iii) 質入債権消滅・変更等の行為に関する問題について

さらに、地上権や永小作権を対象とした権利に対する「質権設定者が、自己の権利に付き質権を設定したる後、自己の意思に因りて、其権利を消滅せしめ、以て間接に質権を消滅せしむることを得ざることは、権利質の物権又は準物権たる性質」から疑いがないとしており、物権性を有する質権に関しては目的となる権利の消滅についての議論が行われているものの、他の権利（たとえば債権等）との関係では特に議論していない。

また、第三債務者との関係についても、「一旦、債権を以て質権の目的と為すときは、其債務者は濫に其債権者に弁済を為すこと」ができず、もし第三債務者が質権の設定を知らなければ、仮に弁済しても咎めることはできないとして第三債務者の弁済による債権の消滅行為にふれている。もっとも、質権の設定を第三債務者その他の第三者に対抗するには、必ず設定の通知を第三債務者に行うか、第三債務者の承諾をすることが必要になるとしている³¹。これは民法 364 条が債権譲渡と同様に第三債務者を起点とした債権の公示を意図していることとの関連で述べられている。そのため、結局、質入債権の消滅・変更等の行為に関する議論は対抗要件との関連でしか述べられていない。

iv) 梅は権利質権を質権に含めるものの、質権の目的となる権利が物権なのか債権その他の財産権なのかという違いに応じて、権利質権の性質に違いが生じるとの理解を示している。この意味では、岡松の当初の理解のように、譲渡主義（譲渡説）に立った場合と同様の理解にあるようにみえるものの³²、梅は権利質権の法的性質に関する議論について踏み込んだ理解を示してはいなかった。

もっとも、ここで紹介した梅の議論がはじめて登場したのは、既に簡単に述べたように、岡松や神戸の登場以前であった（梅の著書や論文が明治 29～36 年に初めて登場したのに対して、岡松の各論文は明治 39 年、神戸の著書は明治 40 年代以降に登場する）。そうであれば、梅の理解は、学説がドイツ法等を引用して権利質権の法的性質について盛んに議論する以前のものであり、その影響を受けない最も初期に示された理解であったといえる。

³⁰ 引渡し及び占有に関しては、梅・前掲注 29『民法要義』486—487 頁を参照。留置的効力に関しては、梅・前掲注 28 の 785 頁を参照。

³¹ 梅・前掲注 29『民法要義』489—490 頁を参照。

³² 譲渡主義に立つ場合の岡松の理解につき、前掲注 4 を参照。

また、梅は質入れされた権利の消滅に関する議論について、地上権や永小作権といった物権を質入れした際の放棄や対抗要件の問題との関係において議論するのみであった。したがって、梅は債権その他の財産権について、その消滅や変更等を議論することにまで及んでおらず、また、その議論が質権の効力と何らかの関連があることも明示的には論じていなかった。とりわけ、梅が留置的効力という質権の効力を否定していることに着目すれば、学説の初期の段階においては質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題は担保物権の効力と関連するものとして理解されていなかったといえる。

(2) 富井の考え方

では、梅と同じ民法の起草委員である富井政章はどのように理解していたか。

i) 権利質権の性質と債権質権の留置的効力

まず、富井は権利質権が物上質権と異ならないとしながらも、権利質権は「我民法に所謂物権たる質権には非ずと雖も、一般の人に対抗することを得べき担保権たる点に於て、質権の本質を具備するものとす」と述べている³³。

また、権利質権については質権の規定を準用する形式を採用しているものの、債権質権についてみると直接に物を支配する権利を目的するのではないため、質物を占有できるという質権の性質はあてはまらず、また、質物の引渡しを必要とする規定の準用はないとされている³⁴。特に、注目すべきは、質権の総則や動産質権に関する規定のうち、民法 347 条のような質物の留置的効力を認める規定については準用することはできないとしている点である³⁵。このように債権質権について質物の占有や留置的効力を否定している点が注目に値する。

ii) 質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題

次に、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題が、権利質権の効力の項目の一内容である債権質権の実行と関連して取り上げられている。すなわち、債権質権者は質権の実行としての取立権を有しており（民法の旧 367 条 1 項 [現在の民法 366 条 1 項]）、第三債務者に対して質入債権を行使して弁済を受けることができる。このことから第三債務者が質権設定の通知をうけるか、または、質権の設定を承諾した後は質権上の「拘束」を受けるため、質権設定者に弁済をなすことはできず、弁済しても質権者に対してはその効力を主張できないとされている³⁶。

³³ 富井・前掲序論注 10 の 435-436 頁を参照。もっとも、物権でないこと述べながらも、権利質権のうち債権質権がその成立を第三者に対抗するには、動産質権の占有継続や不動産質権の登記が必要であるのと同様の趣旨で、「物権的効力を実現する」のに欠くことができない対抗要件を必要とすると述べている（富井・前掲序論注 10 の 522 頁）。このことから、本文で述べた「一般の人に対抗することを得べき担保権」とは、物権にかなり近い効力を想定していたように思われる。この点から、富井の理解は、後日、権利質権を準物権と理解するものと位置付けられている（中島・前掲序論注 3 の 765 頁）。

³⁴ 富井・前掲序論注 10 の 435 頁及び 517 頁を参照。

³⁵ 富井・前掲序論注 10 の 520 頁を参照。

³⁶ 富井・前掲序論注 10 の 529-530 頁及び 532 頁を参照。なお、質権設定者は免除その他の行為によって質権を消滅させることもできないとされているものの、これも権利質権の消滅という項目で論じられているに過ぎなかった（富井・前掲序論注 10 の 535 頁）。

ここでは、弁済による質入債権の消滅に関する問題が、権利質権の効力の実現手段である取立権との関係において論じられており、実質的に質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題に該当する事項が扱われているといえる。しかし、そこでの関心は質権の効力ではなく、この効力と直接関連させた議論はなされていなかった。しかも、質権を対抗される第三債務者は、質権に「拘束」されていると明言されていたものの、その「拘束」の内容については明確にされていない。

iii) 富井は、前述のように権利質権を権利上の質権としており、岡松や神戸の影響を受けており³⁷、この点では梅よりも進んだ理解を示しながらも、権利質権の物権性には疑問を呈しており、権利質権の物権性を承認しているとはいえなかった。

また、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題も取立権や権利の消滅という個別の概念との関連で取り上げているに過ぎず、質権の効力との関係における理解は進んでおらず、とりわけ債権質権の留置的効力を否定していることから、質入債権の消滅・変更等の行為と担保物権の効力（特に留置的効力）との関連付けはみられなかった。

4 まとめ

以上について、明治期に登場順に学説をまとめると、まず民法起草委員の一人である梅は権利質権を質権に含めるものの、質入れされた権利の性質次第で権利質権の法的性質が「物権」か否か決定されるという性質論を示していた。また、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題に該当する事項は、質入れされた地上権の放棄や対抗要件という個別の問題との関係においてわずかに議論されているだけであり、しかも、権利そのものの留置が観念できないとして留置的効力が否定されていた。このことからすれば、初期の学説では質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題を独立してとりあげることではなく、しかも、担保物権の効力（特に留置的効力）と関連させるということとはなかったといえる。

しかし、その後岡松が権利質権の法的性質について、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題を検討材料として外国法上の学説を紹介し、権利質権の法的性質が権利の上の権利であることを明確に意識するに至った。そこでは権利質権の「物権」性までは承認されなかったものの、日本法において権利質権の法的性質に関して権利物体主義を採用することが示され、権利質権が物上質権と同様に民法上の質権の枠内に位置付けられた。このように権利質権が担保「物権」たる物上質権と同じカテゴリーで理解されると、権利質権も「物権」といえるのかという問いが明確になってくる。

その後、神戸は日本民法上の解釈を通じて権利物体主義を採用し、さらに権利質権や債権質権の「物権」性を「一応は」肯定することにまで踏み込んだ。そのため、神戸は質権設定者と第三債務者間の質入債権の取立てや相殺等につき、民法の条文や債権質権の「物権」性を根拠として相殺等の効力を否定している。

もっとも、この神戸の議論と同時期の他の学説をみると、民法起草委員の一人である富井は権利質権の「物権」性を疑問視しており、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題に

³⁷ 富井・前掲序論注 10 の 511 頁では、岡松の各論文や神戸の著作を参照した形跡が伺われる。

についても取立権や質権の消滅という個別の問題点との関連で若干取り上げられているに過ぎなかった。したがって、質権の効力との関係における理解は神戸以上に進んではおらず、富井が債権質権の留置的効力を否定していることから、質入債権の消滅・変更等の行為と担保物権の効力とのこの時点における関連性はみられなかったのである。

このように、明治期は主に権利質権や債権質権の法的性質や物権性という大前提となる総論的な問題または取立権や対抗要件等の個別的な概念との関連において、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題が取り上げられているに過ぎず、この問題は担保物権の効力と関連付けられて議論が展開されているとはいえなかった。民法の起草委員がそろって権利質権の留置的効力に否定的であることから、こうした傾向は留置的効力については顕著であったといえる。

大正初期には、このような傾向が学説に引き継がれつつも³⁸、大きな流れでみれば、神戸が債権質権につき物権性を一応肯定した影響もあり、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題は次にみるように徐々に担保物権の効力との関連性を強める方向にむかっていくことになったのである。

II. 権利質権における物権性の承認と拘束力（大正一昭和初期）

1 中島の考え方

次に、権利質権に関して物権性を正面から肯定し、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題について担保物権の効力との関連性を示す中島玉吉の見解を紹介する。

（1）権利質権の物権性の承認

従来、物権の目的は有体物に限定するとの前提から物上質権のみが質権とされ、権利質権は質権の規定が準用される一種の財産権に過ぎないとの理解が存在したことは既に述べた。この理解によると、権利質権は準物権と解されることもあるものの、質権に関する日本民法の規定をみると、権利質権も財産権を目的とする担保物権とされており、物権の目的を有体物に限定するとの上記のような考え方は実質上の根拠がないとして、法律が質権と認めたものは全て質権とみるとの考え方が示されている³⁹。

このように物権の特徴が有体物を目的とする点に限定されないとすれば、権利質権の物権性の根拠はどこにもとめられるのか。この点に関して中島は、①権利者の権利の客体（有

³⁸ たとえば、大正初期の学説をみると、明治期の学説の多くが示した大きな三つの傾向（①権利質権は権利の上の質権であること、②権利質権は物権ではなくそれに準じた効果を有すること、③質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題については他の法的問題点の中で扱っていたということ）を引き継いでいるものが存在した（たとえば川名・前掲注14の237-240頁及び259-260頁、三瀧・前掲注14の350-353頁、372-373頁、378頁（注）10を参照）。これらの学説は権利質権の法的性質について権利目的説を採用しており、大正初期には権利質権が権利を客体とした質権であるとの理解が安定化しているように思われる。もっとも、権利質権の物権性については準物権としており、純然たる物権と断定するまでには至っておらず、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題も担保物権の効力と直接関連させて解釈論が展開されてはいなかった。

³⁹ 中島・前掲序論注3の765頁、775頁、777頁、959頁を参照。

体物か財産権か) に対する関係が直接であり、②客体を支配することが権利の内容となっていること、という二つの要件が満たされるならば物権性を認めることができるとしている。したがって、物上質権はもちろんのこと、権利質権も上記二要件を満たすので、物権と認めべきであると解するのである。故に、中島は権利質権が物権であることを全面的に肯定し、さらに権利質権は「特種の権利に非ざるなり」と述べ、また「一種特別なる権利には非らず」と理解し、神戸が権利質権に関して示した理解（「一種特別の権利にして、我国法上、其目的の必要なる範囲に於て、之に物権性を付与したものに外ならざるべし」ということ）以上に、権利質権の物権性に踏み込んでいるのである⁴⁰。

(2) 債権質権の効力と質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題

i) 権利質権の法的性質と目的となる権利に対する支配

次に、中島は権利質権の法的性質につき権利物体主義（権利目的説）を承認する⁴¹。まず、権利質権のうち債権質権に関してみると、質入れされた債権は質の目的となっているのであり、当該債権そのものが質権者の権利に服従するため、質権者は質権設定者が権利を自由に処分することを妨げる力を有すると説明している。

この「服従」という点については、中島は権利という無形な存在を質権の目的物としている以上、物理的支配とはいえないとしても、たとえば質入債権が質権者による取立てや競売の対象となり、あるいは、質権設定者が質入債権を譲渡しても、質権者は当該債権の追及が可能であるのは質入債権が質権者に服しているからだというのである。こうして、質入れされた権利は質権者に支配されているとみているのである。

このように債権を質入れした場合に、質入債権が質権者に服する（結果、質権設定者に自由な処分が禁止される）のであれば、質権の目的は債権そのものであり、権利の上の権利概念を認めることが正当であるとして、中島は権利物体主義（権利目的説）を承認している⁴²。

ii) 質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題と債権質権の効力の接近

権利質権に対する上記のような質権者の支配という理解を前提として、中島は質入債権の弁済期前の効力として「弁済期に於ける質権の効力を保存する」ために若干の効力が認められると述べている。つまり、弁済期前においては「質権者の権能は猶潜在的状態」であることから若干の効力しか認められず、その効力は質権設定者の「目的債権を保存する義務」を内容としているというのである。なぜなら、質権の目的債権が消滅すれば質権もまた消滅

⁴⁰ 中島・前掲序論注3の959頁がこのことを示す。なお、本文記載の①直接性の要件につき、目的物に対する関係が直接的であるならば追求権を生じるとしている（中島・前掲序論注3の972頁）。そして、民法347条の留置的効力を定めた規定が追求権（質物を占有すべき権利）を定めているとの理解を前提に、この規定が権利質権にも準用され、もって権利質権の追求権が実現されるとしている（中島・前掲序論注3の990頁）。こうした効力の限りで、中島は一応権利質権にも留置的効力を観念しているようである。

⁴¹ 中島・前掲序論注3の968頁では債権目的説と命名されているものの、権利上の権利概念を許容する点で、その実質的内容は従来から指摘されてきた権利物体主義（権利目的説）と同様である。

⁴² 中島・前掲序論注3の969-971頁を参照。なお、この担保目的となる権利に対する支配は事実上の支配（質権者の意思を無視して質入れした権利の運命を決定することができないという支配、中島・前掲序論注3の779頁）であり、質権者が質入債権を行使するわけではないため、準占有ではないとして、中島は債権等の権利の「支配」と「準占有」の概念の差を指摘している（中島・前掲序論注3の778頁）。

するため、質権設定者は第三債務者に対して取立てや免除を行って目的債権を消滅させることができないからである⁴³。

ここでは質権の効力を保存するために権利質権の内容として一定の効力を観念している。そして、その効力の内容として質入れされた権利の消滅を禁止することは、先に見たように質入れされた権利が権利質権に服し、質権者が当該権利を支配しているという理解を前提とするならば、当然の帰結となるだろう。

また、中島は上記のような効力を認める目的として「質権の効力を保存する」ということを挙げていることに大いに注目したい。中島説の登場以前の学説の中にも権利質権の効力の項目において取立て等の問題を扱い、その中で質入債権の消滅・変更等の行為に関して論じるものも存在した。しかし、それは質入債権の消滅・変更等の行為と質権の効力を関連させるというよりも、直接には取立権の行使等の仕組みの説明との関係で質入れされた権利の消滅等を論じるに過ぎなかったのであって、質権の効力との明確な関連性は示されていない。

そもそも、中島以前の学説は権利質権を明確に純然たる物権とは断定していなかったのである。これに対して、中島は権利質権を（純然たる）物権であると評価している。こうした点から、中島は権利質権の内容たる「質権の効力を保存する」効力とは物権的な効力を念頭においているといえる。したがって、中島は質入債権の消滅に関して、権利質権という担保物権の効力の保存（つまりは保護）との関係で議論しているとみるべきであろう。それゆえ、中島説に至って、とうとう担保物権の効力と質入債権の消滅・変更等の行為の問題が直接に関連するようになったのである。

そして、中島は第三債務者との関係については、民法 481 条の準用を指摘している。すなわち、まず質権設定の通知又は承諾は第三債務者その他の第三者に対する対抗要件となり、対抗要件が具備された後は、第三債務者が質権設定者に対して弁済を行っても質権者に対して効力は生じないため、質権者はその弁済を無視して取り立てることができることとされている⁴⁴。したがって、対抗要件が効力を生じた際に、第三債務者の質権設定者に対する弁済が質権者に対抗できなくなることを民法 481 条準用の結果とみているのである⁴⁵。

（3）中島説の整理

明治期に神戸が登場して以降、権利質権の物権性を積極評価する学説は少なかったところ、大正期に入って、中島が上記のように権利質権の物権性を承認し、神戸以上に踏み込んだ理解を示した。そして、質入れされた権利に対する物権的支配の存在という考え方を前提

⁴³ 中島・前掲序論注 3 の 1012 頁がこのことを示す。

⁴⁴ 中島・前掲序論注 3 の 998-1001 頁を参照。

⁴⁵ 中島・前掲序論注 3 の 1012 頁を参照。ここでは民法 481 条の準用を導いた解釈の詳細は示されていない。しかし、その実質的な意味は次のように理解できるのではないか。つまり、中島は質権者が質入れされた債権を支配し、質権設定者は当該債権を自由に処分することが妨げられ、質入債権につき保存する義務を負うと解していた。このように質入債権の債権者（質権設定者）が債権の処分を制限されるという点に着目し、これが債権の差押の場面と対比されたからこそ民法 481 条を準用するとの判断がなされたのではなかろうか。

に、権利質権の効力を保存するための効力を観念し、担保物権の効力と質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題を関連させている。また、おそらく学説としてはじめて質権設定者が「目的債権を保存する義務」を負うことや民法 481 条の準用に言及して第三債務者との関係を処理する構成を採用している。

もっとも、中島は質権者が質入れされた権利に対して「支配」を行っていることから当該権利が質権者に服すると理解しているものの、この「支配」の中身は法理論的にはその内容が明らかになっていない。加えて、「質権の効力の保存」を目的とするといっても、質権（担保物権）のどのような効力を想定しているのかは示されていない。さらに、民法 481 条を準用するとの結論を示すものの、その解釈の詳細は明示されていなかった。

とはいえ、中島は上記のように従来学説より進んだ理解が示されており、とりわけ権利質権の物権性を明確に承認したことは、権利質権の担保物権としての効力と質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題が結び付けられることにつながっており、注目に値する。こうした考え方が示されたことで、中島以後の学説は質入債権の消滅・変更等の行為に関する議論の中心を担保物権の効力や民法 481 条の解釈との関係に移している。

2 鳩山の考え方

次に、上記のように中島が示した質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題と民法 481 条の解釈をより深めた鳩山秀夫の考え方を紹介する。

(1) 質入債権の処分権の制限と弁済及び相殺の禁止

まず、①鳩山は従来から存在した権利物体主義（権利目的説）を採用する⁴⁶。この立場を採用するならば、物上質権と同じように権利の上に質権が認められる。鳩山は、民法の旧 367 条 1 項（現在の 366 条 1 項）が「債権を直接に取立つることを得」と定めたことは、質入れした権利の処分権を認めたものであると理解するのである。このように質権者が目的債権について処分権を有することは、本来質権設定者が有するはずの債権の処分権を制限することを意味する（質権者の処分権の取得と質権者の処分権の制限は表裏一体）と解されている。なぜなら、このように質権設定者の処分権を制限しないまま質権者に目的債権の処分権を認めても、質権の目的を達することができないことが明白だからである。

加えて、②債権質権の対抗要件は質権設定の通知や承諾であるところ（民 364 条）、この対抗要件を備えた質権者は自己の質権を第三債務者その他の第三者に対抗できる。したがって、対抗要件を備えた質権者は、上記のような債権の処分権の制限を第三債務者その他の第三者に対抗することができるというのである⁴⁷。

以上の①及び②から、鳩山は質権設定者への弁済等について、質権設定者が取立権を有さ

⁴⁶ 鳩山秀夫「債権質と第三債務者の相殺（質疑解答）」法學志林第 19 卷第 8 号（大正 6 年）27-28 頁は、債権質権に関して権利物体説を自説として採用するとしている。この権利物体説とは権利の上に権利を認めるものとされており、その内容は権利物体主義（権利目的説）と同様である。もっとも、権利質権の物権性に関しては、これを純粋な物権と認める中島説に賛成しがたいとの立場にたっている（鳩山秀夫講述『担保物権法 [初版]』[国文社出版部・昭和 3 年] 94 頁）。

⁴⁷ 鳩山・前掲注 46「債権質と第三債務者の相殺」28-29 頁がこのことを示している。

ないので、第三債務者が質権設定者に弁済しても有効とはいえないと述べ、また、質権設定者は上記のような制限を受けて、第三債務者から弁済を受けることができないのだから、第三債務者は質権設定者との間で、実質的な弁済行為である相殺も行うこともできないと述べている⁴⁸。

このような結論を述べる民法上の明文規定は存在しないものの、鳩山は次の理由によって民法 481 条や 511 条が間接的な解釈上の根拠となると述べている。すなわち、債権の支払の差止を受けた場合、当該債権の債権者はその債権の処分権を喪失するため、債務者から弁済を受けることも債務者の有する債権と相殺することも禁止されていた（民法 481 条及び 511 条）。この債権の差止と債権の処分権の喪失という構造は質権設定の場合にも同様であるというのである。つまり、債権に質権が設定されれば、当該債権の債権者（質権設定者）の質入債権に対する処分権は失われるので、この効果に着目すれば債権の差止めも債権の質入れも同一の問題状況にある。故に、債権の質入れがなされた場合に、第三債務者との間で弁済や相殺が問題となるならば、債権の差止めの事例と対比して民法 481 条や 511 条が間接的な根拠となるというのである⁴⁹。

（2）鳩山説の整理

先に述べたように、鳩山以前の学説では、富井が質権を対抗される第三債務者は質権に「拘束」されていると明言していたが、その「拘束」の内容については明確にしていなかった。また、中島は①質権者が質入れされた権利に対して支配を行っていること（当該権利が質権者に服すること）や②民法 481 条を準用することを示したものの、その解釈の詳細は説明されていなかった。

これらの点に関して、鳩山は一定の解釈を示した。すなわち、鳩山は民法が債権質権者の取立権を認めていることをもって質入債権の処分権と解し、質権者にこのような処分権が与えられたことで、逆に質権設定者の処分権が制限されるため、質入債権に対する弁済や相殺が禁止されると説明した。こうした質入債権に対する法律上の関係をもって、鳩山は「処分権に付き法律上の拘束」をうけると表現しているのである⁵⁰。したがって、鳩山は質権に対する拘束の具体的な中身を明らかにし、質権者と質入債権との関係を明確にすることで、民法 481 条を利用する基礎を明らかにしている。

このように鳩山は従来の学説を発展・補充しており、鳩山によって質入債権の消滅等が禁

⁴⁸ 鳩山・前掲注 46「債権質と第三債務者の相殺」29 頁を参照。

⁴⁹ 以上を述べるものとして、鳩山・前掲注 46「債権質と第三債務者の相殺」30-31 頁を参照。また、鳩山・前掲注 46『担保物権法』154 頁が弁済につき同趣旨を述べている。なお、鳩山・前掲注 46「債権質と第三債務者の相殺」32 頁は、この問題に関する判例として大審院大正 6 年 1 月 22 日第二民事部判決（民録 23 輯 1 卷 14 頁）を指摘し、その解説として、水口・前掲第 1 注 5 を挙げている。しかし、大判大正 6 年 1 月 22 日は質入債権の消滅・変更等の行為とは異なる問題点を取り扱うものであり、逆に水口による解説は本文で先に紹介した大正 5 年判決を扱うものであって、鳩山が指摘する大判大正 6 年 1 月 22 日とは大正 5 年判決の誤解ではないかと思われる（鳩山・前掲注 46「債権質と第三債務者の相殺」を掲載した鳩山秀夫「民法研究（第 2 巻）」〔岩波書店・昭和 11 年〕285 頁も同様と思われる）。

⁵⁰ 権利質権の設定によって、質権設定者が質入れされた権利の処分権につき法律上の拘束をうけるため、当該債権の処分、弁済の受領、免除等を行うことはできないと述べている（鳩山・前掲注 46『担保物権法』153-154 頁）。

止されるのは質権の拘束によるものであることがいっそう明確にされたのである。もっとも、鳩山は権利質権の純然たる物権性は否定していたので、拘束と担保物権の効力の関係という点については明確にはしていなかったといえよう。

3 我妻の考え方

大正期中島・鳩山による考え方を前提に、昭和初期には我妻栄によって債権質権の拘束力と担保物権の効力の具体的内容の関連性が明らかにされる。そこで、以下では我妻の考え方詳細に紹介する。

(1) 質権の作用上の特徴

まず、質権と抵当権とは担保権の設定者から目的物の占有を奪うという点で異なるとされ⁵¹、このように質権が占有を奪うことは、①法律的には質権の存在を公示する作用を有し、②経済的には担保権の設定者に目的物を利用できない苦痛を与えて弁済を間接的に強制する作用（留置的作用）を有すると理解されている。もっとも、こうした二つの作用は動産質権については適用されるものの、その他の物上質権については多くの修正を必要とし、また特に留置的効力については、留置しても質権設定者に対してほとんど苦痛を与えない担保客体も存在しているとされている⁵²。

我妻は、①及び②の両作用が質権において、どのように現れるかを検討して抵当権と質権を比較し、質権の特徴を述べている。まず、①の公示方法たる占有の意義については占有が著しく観念化し⁵³、目的物の占有移転を行うことを他の手段によって代替する制度が登場している以上、占有が公示として有する独自の意味が失われつつあると理解している。したがって、占有移転が公示方法として意義を有するとすれば、通常の動産及び無記名式または指図式の有価証券化した商品や権利に限定されるというのである⁵⁴。

このように占有の公示としての意義が失われつつあることから、むしろ占有は②留置的

⁵¹ 我妻栄『民法講義Ⅲ 担保物権法〔初版〕』（岩波書店・昭和11年）99-100頁（以下では「我妻初版」とする）〔新訂我妻・前掲序論注2の新訂版に変更前のもの〕及び新訂我妻・前掲序論注2 100-101頁を参照。

⁵² 我妻初版・前掲注51の100頁、新訂我妻・前掲序論注2の101頁を参照。

⁵³ つまり、民法は占有移転を動産質権の成立要件とし（民法344条）、占有改定では足りないとしている（民法345条）ものの、質権よりも一層強大な所有権の移転については公示方法として占有改定が認められており、また、占有改定による動産譲渡担保を有効と認めるならば、もはや理論的には質権の公示方法についてだけ外形上移動を伴わない占有移転を禁止する厳格な態度をとることは一貫していないとされている（我妻初版・前掲注51の103頁、新訂我妻・前掲序論注2の103頁）。

⁵⁴ すなわち、動産質権の設定者が公示方法として目的物の占有を移転することを不便であるとして、占有に代わる公示方法が考案されており（我妻初版・前掲注51の104-105頁では倉庫証券や財団抵当などが挙げられており、さらに新訂我妻・前掲序論注2の104-105頁では工場抵当や自動車抵当等も挙げられている）、不動産や不動産物権においては登記が対抗要件とされて占有は公示の役目を終えている。また、知的財産権への質権設定は目的物の引渡ということは意味をなさず、登録を公示方法としているため（我妻初版・前掲注51の106-107頁）、質権者に権利の実施を認めないならば知的財産権についての質権は抵当権と差はないとまで述べられているのである（新訂我妻・前掲序論注2の106頁）。加えて、民法は権利質権につき、その公示方法からみてもわかるように（民法364条は通知や承諾を要求する）、有形的な物の占有移転はすべての権利質権に通じる公示方法として独立の意義を有するわけではない（我妻初版・前掲注51の107-108頁、新訂我妻・前掲序論注2の106-107頁）。以上から、占有移転が公示方法として意義を有するのは通常の動産及び無記名式または指図式の有価証券化した商品や権利に限定すると評価されている。

作用において重要性を有するとされている。つまり、民法は交換価値のない客体を質権の目的とすることを許さないため（民法 343 条）、民法上の質権は交換価値による優先弁済的作用を有すべきであるとしても、質権においては留置的効力が本体であり、本来の特色であると理解されている。もっとも、この留置的作用は質権本来の特色であるものの、経済事情の変遷ゆえに、それが発揮される場面は生活用具（衣服など）による消費信用の部門（生活用具の動産質権の場合）に限定された⁵⁵。したがって、不動産や動産たる生産用具等について、質権は留置的作用を営むことができなくなり、目的物の交換価値を中心とする質権として特殊なもの（①大量的な動産商品の質、②知的財産権の質、③債権や株式等の質）が新たに登場し、質権に優先弁済を中心とする新たな作用を営ませているとの考え方が示されている⁵⁶。

以上から、我妻はア）庶民金融としての本来的な留置的作用を中心に、イ）動産商品や権利等の質などがもつ新たな優先弁済的作用とをあわせて、この両者が抵当権との比較において質権の本領が発揮される点であると評価している⁵⁷。ここでは質権の特定の分野におい

⁵⁵ ここでは留置的作用とは目的物の占有を奪い、このことで心理的圧迫を加えて間接に弁済を促すことであるとされ、こうした作用が質権において担保目的を達する主要な手段となっていると理解されている。そのため、質権は占有を奪われることを苦痛とする物ほど、こうした作用を発揮するのである（我妻初版・前掲注 51 の 108-109 頁）。したがって、生活の用具（家具、調度、衣服、装身具、骨董品など）が質権の目的として最も適当であり、絶大な社会的作用を営むと評価されている。また、生産用具たる動産（農業用動産など）については農業動産信用法が抵当権の設定を認めたことが指摘され（我妻初版・前掲注 106 の 111 頁）、さらに、同種の制度は戦後に自動車、航空機、建設機械に拡張され、生産設備のうち重要なものについて、留置的効力に頼らない担保化の途が開かれたと評価されている（新訂我妻・前掲序論注 2 の 109 頁）。加えて、不動産（土地や建物）及び不動産物権（地上権・永小作権など）は留置的作用に収益を伴うものの、金融業者が不動産を収益する能力が乏しいため不便でしかなく、不動産や不動産物権に関する質は次第に経済的作用を失うとされている（我妻初版・前掲注 51 の 112 頁）。こうして質権は主として消費信用に於ける庶民金融制度の王座を占めることになり、質屋取締法でこの庶民金融制度を規律し、公営質屋法によって制度の運営を助長しているとされている（我妻初版・前掲注 51 の 109 頁。これは、新訂我妻・前掲序論注 2 の 107-108 頁においても維持されている）。

⁵⁶ まず、①製造業者や商人の所有する動産商品について、これを通常の方法で質入れすることは質権設定者にとっては商品の運送や販売に支障が生じ、大量に質入れすることは質権者にとっても不便であるため、証券化の方法で質入れがなされているとされ（我妻初版・前掲注 51 の 109-110 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 108 頁）、この場合には商品の物質的利用を犠牲にする必要がなく、商品所有者は当該商品を担保に利用しながら売却や送付などを行うという物質的利用が可能であり、この意味で抵当権に接近していると評価され、こうした証券による質入れのような作用は商品が物質的な利用価値ではなく、もっぱら交換価値に着目されているとして、この制度が法律形式及び経済的作用の両面において特異性を有すると述べられている（我妻初版・前掲注 51 の 110-111 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 108-109 頁）。また、②知的財産権の質権についても、権利の行使を質権者に委ねる収益質権と権利の行使を設定者に留保する実質的な抵当権型の質権との両者が認められるものの、やはり収益質権は不便であるとされ、専ら実質上の抵当権に該当する質権が利用されるとされている（我妻初版・前掲注 51 の 113 頁）。最後に、③債権や株式等の財産権については留置的作用が発揮される余地はほとんどないとされ、その理由は債権や株式等のような財産権が物質的利用価値をもたず、客観的交換価値を有するに過ぎないため、権利者にとって特別な主観的価値がなく、こうした財産権を質にとって処分を禁止しても権利者に対してほとんど心理的圧迫を加えることができなからとされている（我妻初版・前掲注 51 の 113 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 111 頁）。こうした観点から、債権や株式などの財産権に関する質権は「目的物の交換価値によって優先弁済を得ることのみがその経済的作用である」と結論付けられ、これは取引界における債権その他の財産の地位の向上に由来すると説明されている（我妻初版・前掲注 51 の 113-114 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 111 頁）。

⁵⁷ 我妻初版・前掲注 51 の 114-115 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 111-112 頁を参照。

ては本来的な留置的効力が発揮されるものの、権利質権においては本来的な留置的効力は発揮されないと述べられていることに注目すべきであるものの、抵当権と質権の機能上の区別としては留置的効力の存在に重要な意味が認められているのである。

(2) 権利質権の性質

次に、日本は大陸法を輸入して制限物権である担保物権として物的担保制度を構成し、また質権及び抵当権はいずれも目的物の交換価値を排他的に把握するものであり、その意味では担保物権を目的物の交換価値に対する排他的支配権（価値権）とみている。こうして我妻は質権が担保「物権」であり、さらに「価値権」としての性格を有すると評価している⁵⁸。

このように質権が価値権であって、担保目的の交換価値を直接かつ排他的に支配する権利であるならば、質権の客体が有体物であっても財産権であっても、結局のところ質権は客体の交換価値を把握しているという点では同一であるとして、我妻は有体物上の質権も権利上の質権も本質は同様であると述べている。故に、我妻は「譲渡し得る財産権は有体物と同じく質権の目的たり得るものであり（362条1項）、その法律的性質に於ても他の質権と本質を同じうする」として、権利質権を権利の譲渡とみる見解は少数説であり、そのような解釈の必要性がないと述べている⁵⁹。

このように、昭和初期には権利質権の法的性質につき権利物体主義（権利目的説）が完全に定着し、譲渡主義は採用されないことが明らかになった⁶⁰。

(3) 権利質権の留置的効力と債権質権の拘束力の関係

我妻は、前述のように権利質権の物権性を認め、それを前提に留置的効力と債権質権の拘束力の関係を述べる。

まず、権利質権の目的として主要なものは、不動産物権、知的財産権、債権、株式等であるが、「目的物を留置する作用はそれぞれの上の質権に於て同一ではなく、特に債権及び株式を取り上げ、これらの「財産権の上の質権に於てはその留置的効力は威力を有せざるものである」と述べている。債権及び株式については専ら交換価値を目的とする点が重要な作用であるとの考えを示している⁶¹。このように考えられる理由として、質入れの対象となっている財産権が物質的な利用価値や特別な主観的価値を有せず、客観的な交換価値しかないため、こうした財産権を質にとり、その処分を禁止しても当該財産権の権利者（質権設

⁵⁸ 我妻初版・前掲注 51 の 10 頁及び 20-21 頁を参照。なお、権利質権の物権性に関しては、民法 362 条 2 項が「準用」の文字を用いたことを理由に「権利質は他の質と本質を異にすると論ずる者もあるが、あまりに形式的な論である」（我妻初版・前掲注 106 の 165 頁）とし、また「あまりに形式的な論であって問題とするに足らない」とまで述べられており（新訂我妻・前掲序論注 2 の 179 頁）、さらに「債権質は債権自体の上に・・・物権的支配を及ぼす」と述べている（我妻初版・前掲注 51 の 177-178 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 196 頁）。また、質権の価値権性についても、近時重要な作用をなす株式等の質権は留置的効力に頼らず、専ら目的物の交換価値に依存するものであるから、そこに質権の価値権としての独立性が明瞭になりつつあるとの現象がみとれると述べている（我妻初版・前掲注 51 の 21 頁）。

⁵⁹ 我妻初版・前掲注 51 の 115-116 頁及び 164 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 179 頁を参照。

⁶⁰ 昭和初期の段階で、権利物体主義（権利目的説）を通説とするものとして、久保久『物権法要綱 [増補 10 版]』（巖松堂書店・昭和 4 年）332 頁、小林俊三『担保物権法 [初版]』（中央書房・昭和 9 年）178-179 頁がある。

⁶¹ 我妻初版・前掲注 51 の 165 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 179 頁を参照。

定者)に心理的圧迫を加えるものでないからということ指摘している⁶²。

もっとも、債権質権等について留置的効力を全く否定するのではなく、債権質権の「留置的効力は単に設定者に対して権利の行使(消滅を生ずる行為)を禁ずる効力となって」現れるとして⁶³、債権質権の効力の内容として通常の留置的効力から意味・内容を変容した留置的効力を承認している。そして、債権を質入れすることは「債権の有する交換価値が第三者の支配に帰属し、その債務者はこの把握せられた交換価値を破壊せざる拘束を受くる」とされ⁶⁴、質入れにより拘束力が発生すると考えられる。こうして留置的効力(権利の行使や消滅を禁ずる効力)と拘束力(把握された交換価値を破壊できない力)が認められるのである。

これを前提に、債権質権の効力として「三 債権質権の質入債権に及ぼす拘束力と証書を留置する権利」及び「四 債権質権者の優先弁済を受くる権利」との項目を設け⁶⁵、前者において上記の債権質権の拘束力について詳細を論じている。つまり、債権質権は「その目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」があり、あたかも、それは「債権の差押に同じ、と解すべきである」と理解しているのである⁶⁶。

以上から、債権質権には留置的効力が認められ、その留置的効力は「設定者に対して権利の行使(消滅を生ずる行為)を禁ずる効力」を内容とするものであり、質入債権が消滅すれば担保として把握した交換価値が失われる。したがって、債権質の留置的効力は、質入債権の消滅を禁ずるという点において、質入債権の「交換価値を破壊せざる拘束」または「交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」(拘束力)と同様であると評価できる。それゆえ、我妻は債権質権の効力である留置的効力との関連において、質入債権の交換価値の破壊を禁止する効力(拘束力)を認めるという立場であると理解できるのではないか。このことは、拘束力の説明が留置的効力に該当する項目に整理され、同箇所において論じられているという形式面からも裏付けられるであろう。

さらに、我妻はこのような拘束力が作用することを債権の差押と対比して、民法 481 条 1 項を「類推し、質入債権の債権者及び債務者の為すその債権の取立・弁済・免除・相殺・更改その他質入債権を消滅変更せしむる一切の行為はこれをもって質権者に対抗し得ざるものとなすべきである」として、これが通説・判例であると評価している⁶⁷。

こうして、我妻は物権の効力として質権設定者に債権消滅行為を禁止し、当該効力を差押と対比することで、民法 481 条を通じて第三債務者との関係においても債権消滅行為を禁止しており、ここに至って、債権質権の拘束力と担保物権の具体的な効力(留置的効力)と

⁶² 我妻初版・前掲注 51 の 113 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 111 頁を参照。この結果、債権質権等にあつては目的物の交換価値によって優先弁済を得ること「のみ」がその経済的作用であるとして、優先弁済的効力の重要性が指摘される(我妻初版・前掲注 51 の 113 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 111 頁)。

⁶³ 我妻初版・前掲注 51 の 113 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 116 頁を参照。

⁶⁴ 我妻初版・前掲注 51 の 168 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 184 頁を参照。

⁶⁵ 我妻初版・前掲注 51 の 174-176 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 190-191 頁を参照。

⁶⁶ 我妻初版・前掲注 51 の 175 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 191 頁を参照。

⁶⁷ 我妻初版・前掲注 51 の 175 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 191 頁を参照。なお、判例としては先に紹介した大正 5 年判決が紹介され、さらに前掲・序論注 2 新訂我妻 191 頁では、大正 7 判決及び大正 15 年判決も挙げられている。

の結びつきが明示され、拘束力と担保物権の効力の関連性がこれまで以上に一層顕著となったのである。この我妻の考え方や整理は、それ以後の多くの学説に影響を与えている。

(4) 我妻説の課題

我妻は、債権質権の物権性を正面から認めた上で、特定の質権において本来の留置的効力を非常に重要視し、権利質権との関係においても留置的効力を認めて、それまでの学説が担保物権の具体的な効力の解釈として論じてこなかった質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題につき、担保物権の具体的な効力（留置的効力）との関連性を示し、債権質権の拘束力の存在を認めていることは従来学説にない大きな特徴である。

確かに、質権は有体物に関する質権から発展しており、また留置的効力は抵当権との区別の指標ともなり得る。そして、物上質権と権利質権との性質の違いにかんがみれば、有体物に関する留置的効力の規定を修正しながら、権利質権に準用せざるを得ない。

しかし、留置的効力は有体物を前提として肯定されており、この効力に関する規定がなぜ無体物である債権についても準用できるのか。また、そもそも権利質権や債権質権に留置的効力を認め得るのか。こうした問題は詳細な論証が必要である。なぜなら、先にみたように民法の起草委員は権利質権の留置的効力を否定していたからである。我妻はこれらの点につき明確な回答を示していないように思われる。また、特に債権質権については、上記のように優先弁済的効力を中心としながら、拘束力を留置的効力と関連させており、以後の学説においては、質権のいかなる効力が交換価値を破壊する行為を禁ずるのか明らかにされていないという批判もなされている⁶⁸。

我妻の考え方にはこうした問題が残されていたところ、以後、このような課題を乗り越えるべく、留置的効力と拘束力との関係に関して理論的な説明を試みる見解が登場する。逆に、留置的効力からの説明に限界を感じ、拘束力と留置的効力との関連性を希薄化する見解も登場してくるのである。

4 まとめ

大正初期の学説には明治期の学説の多くが示した傾向を承継するものも存在した。それらは権利物体主義を承認しながらも、権利質権の物権性を正面から認めることには踏み込めないうでいた。しかし、中島が権利質権は純然たる物権であることを正面から認めることで、権利質権の担保物権としての効力と質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題が関連付けられる契機となった。すなわち、「質権の効力を保存する」ことを理由に、質権設定者が「目的債権を保存する義務」を負うというのである。

大正初期の段階において、このように担保目的の保存義務が観念され、さらに、中島は上記のような権利質権の物権的な理解を前提に民法 481 条の準用を提唱し、その後、鳩山がその解釈の詳細に踏み込んだ。ここでは債権の処分禁止という効果面において、債権の質入れと債権の差押が対比されている。

こうして、債権質権について、ア) 質入債権の消滅・変更等の行為が担保物権の効力と関

⁶⁸ 新田・前掲序論注 7 の 234 頁を参照。

連すること、イ) 債権の質入れが差押と対比されるものであることが明確にされ、徐々に拘束力の内容が明確なものとして形成されるようになり、同時に具体的な法規の解釈適用の背景も明らかになってきた。そして、昭和初期に我妻説が登場し、遂に担保物権の効力である留置的効力との関係において債権質権の拘束力を位置付けるに至る。すなわち、我妻は債権質権についても変容された留置的効力の存在を認め、この留置的効力から質権設定者に「権利の行使（消滅を生ずる行為）を禁ずる効力」を認める。この効力は質入債権の「交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる力」（拘束力）と重なり合うものであり、この拘束力が働くことが債権の差押と対比されることで、民法 481 条 1 項を類推して質入債権の債権者及び債務者間における質入債権を消滅変更させる一切の行為が質権者に対抗できないと解されている。これが我妻によって通説・判例であると評価されたことで、以後の学説に大きな影響を与えている。

明治期には、先に述べたように、権利質権の法的性質や物権性という総論的な問題との関係で質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題を扱っていたところ、この状況を大正期の状況と比較すると、学説の議論状況や着眼点は大きく変化しているといえる。

もともと、我妻説にも留置的効力との関係で問題が存在した。こうした点をどのように考えるかという意味でも、我妻説は以後の学説に課題を投げかけ、影響を与えていると考えられる。そこで、次に我妻説の登場（昭和初期）以後、学説がどのような変遷をたどったかを紹介する。

Ⅲ. 拘束力の留置的効力からの離脱（昭和初期以降—平成初期）

1 留置的効力からの説明を維持する見解

まず、我妻の考え方をさらに進めて留置的効力から債権質権の拘束力の問題を解決するべく理論的な説明を行う学説を紹介する。まず、勝本正晃の考え方、次に林良平の考え方を紹介する。

（1）勝本の考え方

勝本は質権が原則として他物権であり、究極において価値権であると理解する。権利質権を質権そのものであると認めているため、権利質権も他物権かつ価値権であることを承認するものと思われる。さらに権利目的説を採用することも明らかにしている⁶⁹。

そして、次に権利質権の効力に関して、次のように述べている。すなわち、質権のうち債権や株式等の質権は、その目的たる権利が客観的に定まるものであって、有体物のように主観的な使用価値に着目されるものと異なり、担保目的である権利について、その占有を債務者に残す意義はないため、権利は占有移転型担保である質権の対象となつてはいるものの、

⁶⁹ これを明示するものとして、勝本正晃『担保物権法 [初版]』（日本評論社・昭和 13 年）260 頁、312—313 頁注 2 及び勝本正晃『担保物権法下巻 [三版]』（有斐閣・昭和 29 年 [初版昭和 24 年]）303—304 頁、364—365 頁注 2、366 頁を参照。なお、前者を以下「勝本日評」とし、後者を以下「勝本有斐閣」とする。

実際に占有やそれに基づく留置的効力の意義が有体動産を目的とする場合と著しく異なるとされている。例えば、勝本は債権質権についてみると、その留置的効力は債務者の権利行使を妨げる効用しかなく、質権は質権設定者の権利行使の妨遏と目的たる債権その他の権利の保存及びその交換価値の取得とに向けられた効力を有すると述べている⁷⁰。

占有や留置的効力等のこのような特殊な態様から、権利質権の作用は抵当権に近づきつつあるとされており、実質的にみれば質権と抵当権の中間領域に位置していると評価されている⁷¹。

これを前提にして、具体的な債権質権の効果の内容として優先弁済的効力と留置的効力が認められると述べ、後者を①物的な留置的効力と②抽象的な留置的効力に分類している。すなわち、①物的な留置的効力とは証書の留置を行う権利とされ（民法 347 条）、これは間接的に質入債権の行使や処分の権限を制限するものであり、これに対して、②抽象的な留置的効力とは質権設定者の権利の行使を制限し、質入債権の保存を目的とする効力であると述べられている⁷²。これは権利質権についても準占有という形で占有を認めれば占有の移転が可能である以上、物上質権との対比によって、この観念的な占有の移転とそれに基づく抽象的な留置的効力が発現するというを前提として説明しているのである。そして、有体物の留置的効力が目的物を保存することで交換価値を保持し、弁済があるまで実力の行使を維持する効力を有するのと同様に、権利質権の留置的効力も権利の存続を維持することで交換価値を保持し、弁済があるまで将来の実力行使の可能性を維持する効力として現れると考えられているのである⁷³。

その結果として、質権設定者及び第三債務者は、こうした抽象的留置的効力を破壊すべきでないという義務を負うとされ、この点が債権の差押えがあった場合と同様であると理解できることから、質権設定の通知や承諾後、民法 481 条 1 項を類推して第三債務者が設定者への弁済、相殺、更改、さらに、質権設定者の取立や債務の免除のような抽象的留置的効力に反する行為を行っても、質権者に対抗できないとされている⁷⁴。

⁷⁰ 勝本日評・前掲注 69 の 243-246 頁及び 311-312 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 283 頁、285-286 頁、363-364 頁を参照。

⁷¹ 勝本日評・前掲注 69 の 264-265 頁及び 312 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 309 頁及び 364 頁を参照。なお、知的財産権の質権についても、質権設定者が権利の使用につき質権者に許可を与えなければ、質権設定者自身が権利を行使することになるため、その効用は抵当権に近いとされている（勝本日評・前掲注 69 の 338 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 395 頁）。

⁷² 勝本日評・前掲注 69 の 331-332 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 387 頁を参照。

⁷³ 勝本日評・前掲注 69 の 332 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 387-388 頁を参照。もっとも、勝本は債権のような権利を質権の目的とする場合、本文で述べたように、留置的効力は「質権設定者が其権利を直接に行使することを禁止することを意味するに過ぎ」ないものとなり、占有移転に相当する観念はこの禁止的効力を可及的に発生させるに足る方法であるので（民法 363 条以下参照）、権利の準占有という方法で行われるものではないとしている（勝本日評・前掲注 69 の 256 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 299 頁）。ここでは、準占有と留置的効力を切り離して理解されているように思われる。しかし、勝本は本文で述べたように、抽象的な占有（準占有）と抽象的な留置的効力のつながりを指摘する。上記の通り、準占有と留置的効力を一旦切り離したのであれば、準占有の概念を比較のために利用すべきではないのではなかろうか。

⁷⁴ 勝本日評・前掲注 69 の 332-333 頁、勝本有斐閣・前掲注 69 の 388 頁を参照。

勝本は権利質権を物権とし、また債権の拘束力の問題を債権質権の効力の項目で担保物権の具体的な効力（留置的効力）と関連させて論じる点で我妻の理解を受け継いでいる。もっとも、我妻の論述にも先に述べたような課題が認められていたところ、勝本は留置的効力を物的な留置的効力と抽象的な留置的効力とに分類した。このように債権質権の物権的な効力である留置的効力の内容を抽象化して理解することで、債権の拘束力の問題を留置的効力の中に収め、担保物権の効力として担保目的の権利の存続を維持し、権利の交換価値を保持して、担保の実効性を保つことを実現した。このように、勝本は我妻の理解を補充し、その課題を乗り越えようとする論理展開は巧みである。

しかし、そもそもなぜ留置的効力を抽象化できるのか、つまり、なぜ有体物を前提とした留置的効力を債権等の財産権を目的とする場合に抽象的に変容することが許容されるのかといった点について理論的な背景から積極的に論証はなされていなかった。こうした点で勝本は我妻説の課題を完全には克服しておらず、後の学説においても抽象的留置的効力との理解は定着しなかったように思われる。

（２）林の考え方

林は留置的効力から説明を展開する点で勝本と方向性を同じくするも、具体的に用いる法律概念は勝本と異なっている。

まず、①債権質権は証書が存在する限りで民法 347 条を準用し、証書の占有がなければ民法 347 条の準用はない。そして、②債権質権は担保目的の範囲において目的債権の交換価値を排他的・直接的に支配している物権であるため、その支配する交換価値が消失し、質権が害されることのないように、その価値を確保できることが物権的に保障されるべきであると述べられている。これは民法に明文規定が存在しないものの、当然に認められるべきものであり、さらに債権の差押えに準じて、民法 481 条の類推適用を行って、質入債権の債権者及び債務者は質入債権を消滅させないという拘束を受けるとの理解が通説であるという評価が示されている。

上記の債権質権における①証書の留置権能や②拘束力は物上質権の権能（設定者から質物を奪って返還を拒絶することにより、優先弁済的効力を確保し、また、質権の公示に役立つという点）と比較すれば、「何らかの程度で、この物上質の留置的権能に近い役割をはたしているから、その意味で広義では債権質の留置的権能と考えてよい」とされている⁷⁵。

このように、債権質権の拘束力の問題は債権質権の留置的効力から認めるとの理解が示されているものの、「何らかの程度で・・・物上質の留置的権能に近い役割をはたしている」とするのみで、拘束力と留置的効力の理論的なつながりは明確には論じられていない。また、「広義では債権質の留置的権能と考えてよい」と述べるのみで、留置的効力の内容をどのように理解すべきかも明確にされてはいないため、その詳細は明らかではない。

もっとも、林は先に述べたように債権質権が目的たる債権の交換価値に対する排他的・直

⁷⁵ 林・前掲第 1 注 7 の 357 頁を参照。なお、林・前掲第 1 注 7 の 229 頁では、民法上の権利質権では、質入れされた権利の処分を自由を抑圧するという形で留置的作用が生じると述べられている。

接的な支配権であると理解している。したがって、債権が質入れされると「その反射的效果として、質入債権の債権者（質権設定者）および債務者（第三債務者）は、その排他的支配権能を侵害することのないように行為すべき拘束を受ける」としている⁷⁶。このことから、債権質権における留置的効力とは目的債権の交換価値の支配であると考えられているように思われる。

この交換価値の支配という点は有体物を物理的に支配するという物上質権の留置的効力と比較すれば、「質の担保客体の支配」というレベルで共通点を見出すことができる。すなわち、林は物上質権の留置的効力も債権質権の留置的効力も、いずれも担保客体への支配力たる留置的効力に含まれると理解しているようにみえる。このように、本来有体物の支配が前提の留置的効力を観念的なレベル（価値の支配）にまで及ぼす点では、抽象的留置的効力をとらえた勝本説と同様の方向にある。

とはいえ、林は勝本と異なり、債権質権の価値支配という質権の本質あるいは意義から物上質権の留置的効力と拘束力のつながりを示している点で一定の理論的な背景も認められ、留置的効力に関する解釈に前進がみられる。

（3）留置的効力からの説明を維持する理解のその後

我妻説以後、その課題を克服する解釈を示し、留置的効力から債権質権の拘束力を説明することを試みる以上のような見解が登場した⁷⁷。しかし、権利質権や債権質権においても留置的効力を維持しようとする学説は、その後支配的な位置を占めるに至らなかった。そこで、次に留置的効力から債権質権の拘束力を説明することから離れていく諸学説を紹介する。

2 留置的効力から離れる考え方

（1）柚木の考え方

次に、以上の各見解と異なり、権利質権や債権質権の留置的効力と拘束力に距離を置いた考え方を示す学説を紹介する。はじめに柚木馨の考え方を紹介する。

i) 権利質権の性質について

柚木は権利質権の性質について次のように述べる。まず、担保物権は交換価値の取得を目的とする点で価値権的性格を有するとされ、物または財産権を直接に支配できる点で物権であると述べている⁷⁸。質権が物権であり、かつ、価値権的性格をも有することが承認され

⁷⁶ 林・前掲第1注7の358頁は、大正5年判決が同趣旨であるとしている。なお、拘束の具体的な内容としては、まず質権設定者に対する拘束としては、質入債権の取立て、免除、放棄、相殺の自動債権とすること、期限の猶予、利率の切下げなど質権者に不利益な権利内容の変更をすることができず（質入債権の保全が困難となるおそれがあるときには、保全に必要な範囲で、設定者が質入債権の処分をおこなうことは許される）、また、第三債務者に対する拘束力として、質権設定の通知または質権設定の承諾後には、質権設定者に対して質入債権の弁済はできないし、通知・承諾後に取得した設定者に対する債権をもって相殺を行っても質権者に対抗できないとされている（林・前掲第1注7の358頁及び360-361頁）。

⁷⁷ 勝本や林の他に同様の方向性として、吾妻光俊『担保物権法 [初版]』（青林書院新社・昭和43年）61頁は、権利質権の留置的効力の理解が物上質権の留置的効力と異なるものとしており、その効力から債権質権の拘束力の問題を扱っている。すなわち、権利質権の留置的効力の意義を「拡張して、広く、対象の財産的利益の実現を妨げる権能をも含む」と述べている。

⁷⁸ 柚木馨『担保物権法 [初版]』（有斐閣・昭和38年）3-4頁を参照。なお、同書4頁では、日本法上

ているのである。

また、質権は目的物の交換価値から優先的に債権の弁済をうけるところに本質的作用があることから、優先弁済権こそが質権の本質的な内容とされている⁷⁹。そもそも、担保物権は担保目的の交換価値の取得を企図する権利であり、交換価値を有する対象である限り、これを担保物権の目的とすることに本質的な差異はない。こうした観点と先のような質権の本質から、権利を目的とする権利質権についても担保物権たる質権とみるのが通説だとの評価が示されている⁸⁰。

ii) 債権質権の留置的効力と拘束力

このように権利質権に物権性が認められながらも、たとえば債権質権をみると、債権は交換価値を有するだけであり、有体物のような利用価値を伴うことが少ないので、債権を質入れしても質権設定者を心理的に圧迫するという作用が発揮される余地は多くない。したがって、債権自体に対する留置的効力は非常に希薄であり、債権質権は抵当権に近い作用を営むと評価されている⁸¹。

こうして債権質権の留置的効力が消極に解されていたため、債権質権の拘束力の問題は債権質権の効力の項目で扱われながらも、もはや留置的効力から説明されることはなく、拘束力と留置的効力の結びつきが希薄化している。すなわち、「留置的効力に関連して債権質につき特に観察するを要するのは、質権設定者および第三債務者に対する拘束という点である」と述べられ、質権者の換価権の保護という実質的な理由をあげて弁済その他の債権消滅・変更等の行為を禁止し、さらに、差押と比較して民法 481 条を類推して質権者の損害の限度で更なる弁済を可能としている⁸²。

iii) 柚木は債権質権の拘束力が留置的効力に「関連」するとだけ理解しており、留置的効力そのものから拘束力が生じるとは考えていない。また、そもそも柚木は債権そのものに対する留置的効力には極めて消極的であり、かつ、質権の本質を優先弁済的効力と理解している。この優先弁済的効力の現れである換価権を保護するために、債権の消滅・変更等の行為を禁止するというのであるから、債権質権の拘束力の問題は一方で留置的効力から距離をとり、他方で優先弁済的効力と距離を縮めているように思われる⁸³。

の担保物権は、ドイツのように、被担保債権の存在を前提としない債権から独立した土地債務や定期土地債務ほど純化した価値権ではないとされており、また、担保物権を日本法上で価値権とみるとしても、これは用益物権との区別の目的であるので、物権性と矛盾するものではないと述べられている。

⁷⁹ 柚木・前掲注 78 の 83 頁を参照。

⁸⁰ 柚木・前掲注 78 の 120-121 頁を参照。

⁸¹ 柚木・前掲注 78 の 128-129 頁を参照。同書 121 頁では権利質権についても抵当権に近接していると評価されている。なお、柚木馨『物権法』（青林書院新社・昭和 39 年）では、「物の質入に関する第 345 条は、債権質に留置的作用はなく、その対抗方法もまた別に定められるのゆえに」、これを債権質権に準用すべき理由を欠くと述べられており（283 頁）、また、「債権質における留置的効力は債権証書について存するにとどまり、債権自体に対する留置的効力はきわめて希薄である」として（285 頁）、権利質権及び債権質権の留置的効力にかなり否定的な理解が示されている。

⁸² 柚木・前掲注 78 の 128-129 頁を参照。

⁸³ 同趣旨のものとして、佐藤隆夫『物権法・担保物権法概説 [初版]』（評論社・昭和 42 年）175 頁、柚木馨=高木多喜男『担保物権法 [第 3 版]』（有斐閣・昭和 57 年 [初版昭和 32 年]）151-154 頁がある。また、薬師寺志光『物権法概論 [第 3 版]』（法政大学出版局・昭和 38 年 [初版昭和 36 年]）は、質権設

(2) 石田喜久夫の考え方

柚木説の登場後、これと同様に権利質権や債権質権の本質を優先弁済的効力と理解し、債権質権の拘束力を留置的効力の解釈としては論じない学説が登場し続けており、留置的効力と拘束力の関連性の希薄化が進んでいる⁸⁴。こうした学説の中で、特に石田喜久夫が債権質権の留置的効力からの離別という点で特徴的な考え方を示しているため、ここで紹介する。

はじめに、石田喜久夫は「権利の性質に応じた留置的権能は権利質に存在するから（権利に対する拘束や処分の制限など）」、民法 347 条を権利質権に準用する余地があると述べている⁸⁵。しかし、結局債権質権に証書の留置以上の留置的効力は認めず、債権質権の拘束力を留置的効力と切り離して論じている。

すなわち、まず債権質権の効力として「c 留置的効力」、「d 質入債権に対する拘束」、「e 優先弁済権能」、「f その他の効力」という項目を挙げ、「c 留置的効力」の項目において債権証書の留置（民法 347 条）を承認している⁸⁶。次に、留置的効力とは区別された「d 質入債権に対する拘束」という項目において債権質権の拘束力の問題を扱い、次のように述べている。つまり、債権質権は「留置的権能を欠き優先弁済権能を中核とするが、客体が債権であり、債権は債務者の弁済などによって消滅するため、質入債権の消滅を防ぐ措置が講じられなければ、優先弁済権能は画餅に帰する」とし、「明文の規定を欠くが、債権質の効力として、設定者・第三債務者が質入債権を消滅させたり変更したとしても、これらの行為をもって質権者に対抗しえない」との理解を示している⁸⁷。

定者は質権の目的たる権利を行使できないことが苦痛でない場合には、質権の留置的権能は債権担保に資しないと述べ（158 頁）、質権の効力の項目内に、特別的効力という項目を設けて質権設定者に対する債権質権の効力と第三債務者に対する債権質権の効力とを紹介している（175 頁）。しかも、知的財産権の質権については質権設定者に対して知的財産権の行使を禁止する効力を有しないため、目的たる知的財産権に対する留置的効力を有しないと述べている（176 頁）。ここでは、柚木と同様に、債権質権の留置的効力に否定的であるだけでなく、権利質権の内部で徐々に留置的効力が否定されつつあることがみてとれる。さらに、星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）[合本再訂第 10 刷]』（良書普及会・平成 6 年 [合本新訂第 1 刷昭和 51 年]）は権利質権が占有の移転を問題とせず、留置的効力の意味がないとしており（218—219 頁）、債権質権の効力の項目において、債権質権が設定された後、質権設定者は担保対象を滅失・毀損させてはならないことを理由として、質入れされた債権を消滅させるような行為を禁止する旨を述べているため、星野も債権質権の留置的効力に否定的であり、債権質権の拘束力の問題を留置的効力から切り離して論じていた。

⁸⁴ たとえば、松坂・前掲第 1 注 6 の 282 頁及び 285—286 頁が柚木説の登場以後にこのことを示している。また、槇・前掲序論注 10 は、債権質権について留置的効力を発揮する余地は性質上ほとんど残されていないとし、さらに知的財産権の質権について知的財産権の支配を質権設定者側に留保することが規定されており（著作権法 66 条 1 項、特許法 95 条など参照）、留置的効力が立法的に否定されていると述べられている（105 頁）。ここでは留置的効力への消極評価は債権質権にとどまっていない。さらに、槇・前掲序論注 10 の 110 頁では、留置的効力のなかで債権質権の拘束力の問題を扱っているものの、上記のように債権質権の留置的効力を希薄と評価しており、その論理展開も判例（大正 15 年判決など）によっており、留置的効力との論理関係が問題とはなっていない。したがって、債権質権の拘束力の問題と留置的効力とのつながりが薄れているといえるのではないか。

⁸⁵ 石田喜久夫「I 債権・その他の財産権の質権の内容、効力」加藤一郎ほか編『担保法大系〈第 2 巻〉』（金融財政事情研究会・昭和 60 年）712 頁を参照。

⁸⁶ 石田・前掲注 85 の 724 頁を参照。

⁸⁷ 石田・前掲注 85 の 725 頁を参照。

このように、石田喜久夫は債権質権には証書の留置以上の留置的効力を認めておらず、留置的効力とは異なる項目で拘束力について述べている。しかも、債権質権の中心的効力を優先弁済的効力としたことから、優先弁済権能の確保を根拠として債権質権の効力として質入債権の消滅・変更等の行為を禁止しているのである⁸⁸。これは分類の点で債権質の拘束力と留置的効力とが分離され、その論拠においても優先弁済権能の確保であることが明示されており、形式・実質ともに拘束力と留置的効力との隔たりが生じている。したがって、拘束力が権利質権の本質（優先弁済的効力の確保）と関連するという意識が明確に芽生えている点が注目に値する。

こうした考え方が登場した後、平成初期頃（平成5年頃）までの間にも、一方で債権質権の拘束力の問題を留置的効力と関連させる学説は存在したが⁸⁹、石田説と同様の方向で分類を行うものが徐々に増加してきた⁹⁰。現に、我妻の登場から平成初期頃（平成5年頃）までの学説について、その全体的な傾向をみると、法律構成の違いはあるとしても、大きな方向性としては債権質権の留置的効力から拘束力を説明する理解は減少しているのである⁹¹。

⁸⁸ なお、取立てや相殺が禁止されるといった具体的場面については、石田・前掲注85の725頁～726頁を参照。

⁸⁹ 林良平「物権法〔初版〕」（青林書院・昭和61年）241頁、半田正夫「物権法〔初版〕」（有斐閣・昭和61年）271頁等を参照。

⁹⁰ 伊藤進編「別冊法学セミナー 法学ガイド 民法Ⅲ（担保物権）」（日本評論社・昭和62年）〔栗田哲男〕62頁、平井一雄ほか編『物権法要説〔初版第3刷〕』（青林書院・平成4年）186頁及び189～190頁、甲斐道太郎編『物権法〔初版〕』（青林書院・平成5年）257～258頁等を参照。

⁹¹ その例として、まず①質権を物権ではなく価値権とする立場から論じる見解がある（石田文次郎『担保物権法論下巻〔3版〕』（有斐閣・昭和11年、初版昭和11年）403頁及び407頁）。この見解は質権を価値権と理解するため、権利質権は目的たる権利を支配しており、支配対象である権利について確保された権利の価値を当然に維持しているため、質入債権の消滅行為が禁じられる。これは留置的効力という概念を介在させない点で、留置的効力から離れた見解であると位置づけることができよう。これに対して、②拘束力を担保物権の効力から理解することに疑問を示し、拘束力を一般的な原理として理解しようと試みる見解も登場している。すなわち、新田敏は神戸や我妻がどのように物権の効力と拘束力を関連させているか不明確であると疑問を述べ（新田・前掲序論注7の234頁）、拘束力を「質権、担保物権（交換価値支配権）あるいは物権から導こうとしたことがそもそも出発点において誤っていた」としている。仮に債権の上に物権が成立している場合に、物権が本来その債権を消滅させない力をもっていると理解するならば、それは物権のどのような性質に基づくものか明らかでないし、少なくとも、この当時の物権法体系の中には存在しない効果といわなければならないとして、物権的な効力から拘束力を説明することに批判的である（新田・前掲序論注7の236頁）。故に、新田は民法と関連法全体の関係規定を検討し、民法には「ある権利（又は法律関係）を基礎として、他の権利（又は法律関係）が存立する場合には、基礎となっている権利の権利者又は法律関係の当事者は、特別の事情がない限りそれをその意思によって消滅させ得ないという原則が存在する」として、権利拘束の原則を一般的に認めている（新田・前掲序論注7の223頁及び249～254頁）。なお、③債権質権の拘束力を対抗力の問題として理解する見解も登場している。すなわち、指名債権の質権者が質権設定の通知・承諾により、あたかも債権の差押えがあったと同様に質権設定者から弁済受領資格を奪うことが可能であるから、通知・承諾後は質権設定者の弁済受領資格を前提とした一切の行為は質権者に対抗できず、この効果は質権の対抗力（民法364条1項）から当然に生じると理解する立場である（高木多喜男ほか『民法講義3 担保物権〔改訂版初版〕』（有斐閣・昭和55年、初版昭和53年）〔増田厚〕98頁）。この見解は対抗力を理由に質権設定者から弁済受領資格を奪うという。しかし、質権設定者に対しては通知・承諾がなくても債権質権の効力を対抗できるはずである。なぜなら、通知・承諾を定める民法364条も民法364条が準用する467条も通知・承諾を第三者対抗要件と定めており、また、質権設定者に対して質権の効果を主張できることは質権設定の効果であり、対抗要件の有無と無関係だからである（鈴木祿弥『物的担保制度の分化 民法論文集5』（創文社・平成4年）525頁〔初出、谷口知平ほか編『新民法演習2（物権）』（有斐閣・昭和42年197頁以下））。故に、質権設定者についてまで対抗力によって質入債権に関する弁済受領資格が奪われるとの説明は疑問である。加賀山茂

3 まとめ

以上のように我妻説の登場以後、債権質権の拘束力に関しては担保物権の効力との関係で議論する学説が多数であり、具体的な事案の処理として民法 481 条等を準用する見解が支配的となった。しかし、債権質権の拘束力の法的根拠や法的性質としては、我妻が示したような留置的効力との関連を示す理解は少数にとどまった。

そして、昭和期から、学説の大きな流れとして質権の価値権的性格が意識されはじめ、権利質権や債権質権の抵当権への接近が論じられるようになった。それゆえ、権利質権や債権質権に対する理解が物上質権のような留置的効力を中心としたものから徐々に離れつつあった。これに対して、勝本や林らは留置的効力を維持しようとするものの、債権質権の留置的効力と拘束力を結ぶための理論的な説明を必ずしも尽くしていなかったきらいがある。このような点に、留置的効力と拘束力を関連させる見解が少数にとどまった要因があるのではないだろうか。

こうして、昭和後期には優先弁済的効力を確保することを趣旨として明示しながら債権質権の拘束力を論じる石田喜久夫の見解が登場し、拘束力が質権の留置的効力から離れると同時に、優先弁済的効力に接近し始めたといえる。これは、債権質権の拘束力を担保物権の効力から基礎付け、そして当時の学説が権利質権や債権質権は抵当権に類似しているとの認識を示し始めていたことなどからすれば当然の結果ではなかろうか。

こうした状況が平成期には一層強化される。そこで、次に平成初期以降の学説をみていく。

IV. 優先弁済的効力と拘束力の接近（平成初期以降）

1 学説の概観

平成初期以降の学説の傾向を見ると、一方で債権質権の拘束力の問題を留置的効力と関連させて述べるものが存在し⁹²、また、債権質権のうち証券がないものにつき、「債権の有する交換価値を質権者が留置する」と述べて、債権質権の留置的効力から説明する勝本や林らの流れをくむような理解も存在している⁹³。しかし、他方で石田喜久夫とほぼ同様の方向での分類を行うものが多く見られるようになっている⁹⁴。

『現代民法担保法（現代民法シリーズ4）[第1版]』（信山社・平成21年）[以下、加賀山信山社とする] 384-385頁、380頁及び加賀山茂『債権担保法講義 [第1版]』（日本評論社・平成23年）[以下、加賀山日本評論社とする] 310-311頁及び308頁も質権設定者について対抗力を基礎とする点において上記の問題があるように思われる。

⁹² 多田利隆ほか『物権法・担保物権法 [第1版]』（嵯峨野書院・平成11年）[柳勝司] 263-265頁、遠藤浩ほか編『民法（3）担保物権 [第4版増補版]』（有斐閣・平成15年、初版昭和45年）104頁、森泉章『民法入門 担保物権法 [第3版]』（日本評論社・平成17年、初版平成元年）65-66頁、本田純一ほか『ハイブリッド民法2 物権・担保物権法 [初版]』（法律文化社・平成19年）208-210頁等を参照。

⁹³ 柳澤秀吉『物権法 [新 現代社会と法シリーズII] 第1版』（嵯峨野書院・平成20年）297頁を参照。

⁹⁴ 高木・前掲序論注1の85-88頁、川井健『民法概論2（物権）[第2版]』（有斐閣・平成18年、初版平成9年）302-303頁、蓮井俊治「4 債権質の設定と効力」中野哲弘編『現代裁判法大系④ [担保・保証] 初版』（新日本法規出版株式会社・平成10年）42-44頁、鎌田薫編『現代青林講義 物権法・担保

とりわけ、平成 15 年に民法 363 条が改正され、証書が存在する債権に対する質権の設定について、証書の交付が要件であった点が変更された。すなわち、譲渡に証書の交付が必要な債権を除いて、質権設定の際に証書を交付する必要がなくなったのである。このことは債権質権の占有担保性を一層希薄化し、債権質権に必ずしも要物性を要求しないことが明らかにされたといわれていることは既に第 1 章で指摘した⁹⁵。この時期以降、債権質権の留置的効力を一層消極に解する理解が登場する。証書が交付された等の例外的な場面を除いて、もはや債権質権の留置的効力に言及しない理解である⁹⁶。

こうして、債権質権の拘束力の問題は、昭和の中期から留置的効力との関係が希薄化してきたところ、債権質権の要物性の緩和とあいまって、平成 15 年以降には留置的効力との関係がほぼ切断されることが学説の主流となってきた。

したがって、平成 15 年以降の学説の多くは、石田喜久夫のように留置的効力からの離脱の方向性を示す考え方（「2 道垣内の考え方」）のほか、上記のような留置的効力から離脱する傾向をさらに進めて、債権質権の拘束力に対して従来と異なる方向性でアプローチする見解も登場してきている（「3 新たな法律構成の登場」）。また、平成 18 年判決の登場によって債権質権の拘束力の理解について影響をうけ、担保価値維持義務をより一般化しているのではないかと思われる見解も登場してくる（「4 平成 18 年判決登場後の学説」）。以下では、こうした見解を順次紹介していく。

2 道垣内の考え方

（1）債権質権の留置的効力と債権質権の拘束

まず、道垣内弘人は基本的に「債権質権においては、目的債権そのものについての留置的効力を観念できない」として債権そのものについては物上質権と同様の留置的効力を否定する。そのことで、質権者が不利益を被らないように「設定者・第三債務者は目的債権の行使等につき、いくつかの拘束を受ける」としており、この拘束は「動産質権・不動産質権の

物権法〔初版〕』（青林書院・平成 12 年）〔関武志〕230-233 頁、中野哲弘『わかりやすい担保物権法概説〔民法概説Ⅲ〕初版』（信山社・平成 12 年）123-124 頁、中井美雄『担保物権法〔初版〕』（青林書院・平成 12 年）87-88 頁及び 94-96 頁、月岡利男『物権法講義〔初版〕』（法律文化社・平成 16 年）184、205-206 頁、松尾・前掲序論注 4 の 298-299 頁、高橋眞『担保物権法〔第 2 版〕』（成文堂・平成 22 年、初版平成 19 年）77 頁及び 81 頁等を参照。なお、「権利（債権）質については、留置的効力を観念する意味はない」と述べて、優先弁済権の説明の中で債権質権の拘束力の問題を扱うものとして、内田・前掲序論注 5 の 487 頁及び 494-496 頁があり、拘束力と留置的効力とを明確に切断する方向性が示されている。

⁹⁵ このことを指摘するものとして、田高寛貴『クロススタディ物権法〔第 1 版〕』（日本評論社・平成 20 年）192 頁、加賀山信山社・前掲注 91 の 379 頁、加賀山日本評論社・前掲注 91 の 307 頁を参照。

⁹⁶ 淡路剛久ほか『民法Ⅱ 物権〔第 3 版補訂〕』（有斐閣・平成 22 年、初版昭和 62 年）237 頁、田山輝明『通説 物権・担保物権法〔第 3 版〕』（三省堂・平成 17 年、初版平成 4 年）355-356 頁、田山輝明『担保物権法〔第 2 版〕民法要義 3』（成文堂・平成 16 年、初版平成 11 年）66 頁、船越隆司『担保物権法〔第 3 版〕』（尚学社・平成 16 年、初版平成 12 年）115-116 頁、松井宏興ほか『導入対話による民法講義（物権法）〔第 2 版〕』（不磨書房・平成 17 年、初版平成 13 年）〔鳥谷部茂〕252 頁、野村豊弘『民法Ⅱ 物権〔第 2 版〕』（有斐閣・平成 21 年、初版平成 16 年）227 頁、斎藤和夫『レーアブーフ民法Ⅲ（担保物権法）〔初版〕』（中央経済社・平成 19 年）46-47 頁及び 50 頁、渡辺達徳ほか編『新民法講義 2 物権・担保物権法〔初版〕』（成文堂・平成 22 年）287-289 頁等を参照。

目的物留置に対応する」と述べられている⁹⁷。

ここでは有体物を留置するという本来的な留置的効力に対応する概念として、債権質権による拘束が取り上げられている。そして、「目的債権の行使等についての拘束」の具体的な中身として、まず「設定者は、質権者のために目的債権を健全に維持する義務を負う」とされており、平成 18 年判決以後は、この義務が平成 18 年判決の認めた担保価値維持義務と同趣旨という方向性が示されている⁹⁸。こうした義務を認める条文上の根拠として、道垣内は民事執行法の 145 条 1 項を類推適用するとして、債権の消滅・変更等の行為を禁止している⁹⁹。

また、民法 481 条を類推適用し、質権設定の通知を受けるか設定が承諾されていれば、第三債務者が質権設定者に弁済しても質権者に対抗できないと述べている。こうした解釈の根拠として、①質権者が対抗要件を備えるということは、第三債務者が質権設定の事実を確実に知っている状態であり、弁済を対抗できないという義務を負わせても酷ではないということ、そして、②第三債務者が自由に目的債権を消滅させることができれば、質権者がきわめて不安定な立場につくとの理由があげられている¹⁰⁰。

さらに、第三債務者による相殺については、質権が設定されて対抗要件が具備された後は、債権の差押えがあったのと同様に理解して、民法 511 条を類推適用し、第三債務者は質権者の対抗要件具備後に取得した債権による相殺はできないとしている¹⁰¹。

(2) 「目的債権の行使等についての拘束」の意味

道垣内は「目的債権の行使等についての拘束」が「動産質権・不動産質権の目的物留置に対応する」と述べている。この「目的債権の行使等についての拘束」につき、①留置的効力とは別の概念として理解するものなのか、あるいは、②物上質権の留置的効力とは全く同一でないとしても、留置的効力の枠内で拘束を認めるという理解であるのか。すなわち、①のように理解するならば、道垣内のいう「目的債権の行使等についての拘束」とは留置的効力とは異なるものとなり、留置的効力と債権質権の拘束力とを切り離す石田喜久夫等の学説の方向性に沿うことになる。また、②のように理解すれば「目的債権の行使等についての拘束」は留置的効力概念の枠内で認められることになり、留置的効力の理解を変容し、その効

⁹⁷ 道垣内弘人『担保物権法 [初版]』（三省堂・平成 2 年）88 頁 [以下、道垣内三省堂とする。なお、同書は平成 2 年の出版で平成 5 年（平成初期）以前のテキストであるものの、次の道垣内有斐閣との関係で一体としてここで扱う]、また、道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 111 頁を参照。もっとも、道垣内三省堂 83 頁及び道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 105 頁は、不動産賃借権が質権の目的となった場合に限り、地上権が質権の目的である場合に準じ、不動産の占有移転を必要とみているため、この場合には留置を概念できるとしている（ただし、質権の目的そのものが留置されるわけではないと述べている）。

⁹⁸ 道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 111 頁注 60 を参照。

⁹⁹ 道垣内三省堂・前掲注 97 の 88 頁及び道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 111 頁を参照。質権設定者について、民事執行法 145 条 1 項の類推適用を行うものとして、他に奥田昌道ほか編『法学講義民法 3 担保物権 [初版]』（悠々社・平成 18 年）69—70 頁がある。

¹⁰⁰ 道垣内三省堂・前掲注 97 の 88—89 頁、道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 112—113 頁を参照。なお、対抗要件の意味・趣旨に関しては道垣内三省堂・前掲注 97 の 84 頁、道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 107 頁を参照。

¹⁰¹ 道垣内三省堂・前掲注 97 の 89 頁、道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 113 頁を参照。

力の中で債権質権の拘束力を維持してきた勝本や林等の学説の流れにあるといえる。

この点につき、より詳細に道垣内の表現をみると、「質権者の不利益にならないように、設定者・第三債務者は目的債権の行使等につき、いくつかの拘束を受ける。動産質権・不動産質権の目的物留置に対応するといってもよい」として、「目的債権の行使等についての拘束」が有体物の「留置」という状態に「対応する」と表現されている。したがって、債権が質入れされることは、有体物が質権者に占有されて、債務者に返還されずに質権者の手元に留め置かれている状態に対応していると表現することも可能であるとみているのである。

こうした対応関係にあるとしても、道垣内は「債権質権においては、目的債権そのものについての留置的効力を観念できない」としており、債権自体の留置はありえないことを認めている。したがって、「目的債権の行使等についての拘束」とは、債権自体が留置されるということではなく、あたかも有体物が留置されるのと同様に、質権設定者・第三債務者が質権者の利益のための負担（1記載の「質権者のために目的債権を健全に維持する義務」）を負うということであろう。

よって、先のように債権質権について目的債権そのものについての留置的効力を否定し、留置的効力と距離をとっていることとあわせて考えれば、上記②勝本・林等の学説の流れにはなく、一応は①債権質権の留置的効力から離れる方向性に向かっていると評価してよいのではないか¹⁰²。

（3）道垣内説の整理

このように、道垣内は平成18年判決登場前の早い段階から、目的債権への拘束として目的債権を維持すべき義務を認めている。そして、留置的効力と距離をとって債権質権の拘束力を位置づけようとする学説の流れの中で、担保対象の価値を維持すべき一般的義務を認める見解であり、注目に値する。

加えて、この拘束は、ア）義務を負うものが質権設定者か第三債務者かという法的地位の違いに応じて、また、イ）質権を消滅させる行為が弁済なのか相殺なのかという行為の違いに応じて具体的な問題解決基準となる（類推）適用条文が異なるとしている。すなわち、民法あるいは民事執行法という各種の法律から、それぞれの法律関係毎に適合する法的根拠を通じて、債権質権の拘束が具体的な場面に適用されるとしている点は、具体的な適用場面毎に解釈のよりどころが異なることを示すものであって明確性に富んでおり、優れている。

3 新たな法律構成の登場

次に、債権質権は留置的効力との関連性を希薄化しているとの傾向を明確に示す立場として、債権質権の拘束力につき、信義則等に根拠を求める近江幸治の考え方が登場する。さらに、優先弁済的効力に根拠を求める平野裕之の見解が登場しているため、これらを順次紹

¹⁰² 仮に道垣内が本文記載の②のような立場から、「目的債権の行使等についての拘束」を根拠付けるならば、わざわざ「留置に対応する」と表現せずに、直截に留置的効力そのものから「目的債権の行使等についての拘束」が認められると表現するであろう。このように述べられていない以上、著者のこの問題点についての留保を感じさせる微妙なニュアンスを含んだ表現ではあるものの、本文記載のように①の方向性に位置付けることができるのではなかろうか。

介する。

(1) 近江の考え方

i) 担保関係の意味

近江は、まず債権者と債務者は債権・債務を中心として対峙する関係にあり、この関係を債権関係¹⁰³とよび、これに対して債権を保全するのが担保であって、このような担保によって保全される関係を担保関係と呼ぶのが適切であると述べている¹⁰⁴。そして、担保関係は信義則の支配するところであり、諸々の義務によって拘束される関係であると理解されている。とりわけ、質権設定者は担保価値維持義務が課されると述べられており、民法 137 条 2 号がこの法理の現れであるとされている。この担保関係は当事者の①合意（約定）によって成立するものと、②公平という観点あるいは公益的な政策判断から法律上当然の成立が認められるものがあると述べられ、いずれも担保関係という信義則規範によって担保権者と担保設定者とを結合させる関係であることに疑いはないとの考えが示されている¹⁰⁵。

こうして、近江は少なくとも約定担保権についてみれば、契約によって形成された担保関係において、信義則から担保価値維持義務が発生すると理解しているように思われる。この近江の理解は上記②のように法定担保物権をも射程としていることから、①についても契約上当然に負う信義則上の義務というよりも、契約を原因として生じた担保関係という特殊な接触関係から信義則上生じる義務と理解されているように思われる¹⁰⁶。

ii) 債権質権の留置的効力と拘束力

近江は、債権質権の効力として「留置的効力」、「優先弁済的効力」、さらに「債権質設定による拘束関係」の項目をあげている。しかし、留置的効力の項目において、債権の留置はありえないと述べ、債権質権は優先弁済的効力を中心とするとされている¹⁰⁷。そして、債権質権の拘束力の問題は、この「債権質設定による拘束関係」の項目で扱われている。すなわち、「自己の債権を質入れした以上、設定者（債権者）がその債権を消滅させない義務を負うことは当然である（担保関係に基づく担保価値維持義務）」と述べており¹⁰⁸、質権設定者

¹⁰³ 近江幸治『担保物権法 [新版]』（弘文堂・平成 6 年 [初版昭和 63 年]）[以下、近江弘文堂とする] 7-8 頁では、債権関係とは我妻栄『新訂 債権総論 [新訂第 12 刷]』（岩波書店・昭和 49 年、初版昭和 15 年）6-7 頁の理解と同様であるとされている。すなわち、我妻は債権関係につき「債権者と債務者との間には、単に一個の現実の債権が存在するだけでなく、これを包容する」関係が存在し、これを債権関係と理解している。

¹⁰⁴ 近江弘文堂・前掲注 103 の 7 頁を参照。なお、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権 [第 2 版補訂]』（成文堂・平成 19 年、初版平成 16 年）[以下近江成文堂とする] 7 頁では、担保関係とは「債務が履行されない場合には誠実に担保設定者としての責任を果たそうとする意思が存在」しており、こうした当事者間の関係を担保関係と呼んでいる。

¹⁰⁵ 近江弘文堂・前掲注 103 の 7 頁、近江成文堂・前掲注 104 の 7 頁を参照。

¹⁰⁶ もっとも、近江は抵当権に関する担保価値維持義務については、信義則に基礎を置く「物権上の義務」であるとしている（近江弘文堂・前掲注 103 の 179 頁）。質権についても同様に「物権上の義務」という理解にたつかは明らかでないため、本文では、物権的な義務というよりも、担保を設定した当事者という特殊な人的接触関係から生じる信義則上の義務とみているのではないかとの分析を示した。

¹⁰⁷ 近江弘文堂・前掲注 103 の 311-313 頁、近江成文堂・前掲注 104 の 333-335 頁を参照。

¹⁰⁸ 近江成文堂・前掲注 104 の 334 頁を参照。なお、この理解は同著書の第 2 版 [平成 17 年] で既に示されており、平成 18 年判決以後も維持されている。なお、平成 6 年の近江・弘文堂 312-313 頁の段階においては「債権を消滅させない義務」とされていたことからすると、平成 18 年判決以後、「担保関係に

及び第三債務者は民法 481 条を類推することで、質入債権の消滅・変更等の行為を質権者に対抗できないとされている¹⁰⁹。

iii) 近江は担保関係に基づいて生じる信義則から担保価値維持義務を承認し、担保物権全体に担保価値維持義務を認めている。したがって、債権質権において、質権設定者や第三債務者による質入債権の消滅・変更等の行為は、担保価値維持義務から当然に禁じられると理解するのである。このように一般的な原理として担保価値維持義務を認める立場が平成の早い段階で登場したことは注目に値する¹¹⁰。

(2) 平野の考え方

i) 債権質権の留置的効力

次に、平野裕之の考え方を紹介する。まず、権利質権に物の占有がなく留置的効力は認められないとして権利質権一般につき留置的効力を否定し¹¹¹、権利質権は優先弁済的効力のみ認められる担保権であると考えている。そのため、権利質権の本質は抵当権に近いと評価しており、権利のうち無記名債権を除いた債権につき「物のように使用収益ということが考えられず留置的効力は」ないと述べている。なぜなら、債権はそれを行行使することで弁済を受領するものであり、賃借権を除いた債権では物のように継続的に使用収益する状態は考えられないからだとされている。したがって、質権設定者が自己の債権に質権を設定すると、その行使が禁止されるのは留置的効力ではなく、「質権の優先弁済的効力によりその担保価値が把握されている」からであるとの理解が示されている¹¹²。

ii) 債権質権の拘束力の内容

このように「債権質が設定されると、その債権の有する担保価値は質権者が把握し、債権者平等の原則を排除してその債権から優先弁済・・・を受ける地位を取得するため」、その債権を「消滅させられたのではその地位が台無しになる」。したがって、平野は「債権に質権が設定されると、質権の設定された債権について、設定した質入債権の債権者及び債務者について」拘束力が発生するとして、優先弁済的効力を根拠に拘束力を認めている¹¹³。このことから、差押えの効力を規定した民法 481 条を類推適用し、質権設定者や第三債務者が行う債権を消滅・変更する一切の行為は質権者に対抗できないと結論付けている¹¹⁴。

基づく担保価値維持義務」と加えられたことは平成 18 年判決の影響がみられる。

¹⁰⁹ 近江成文堂・前掲注 104 の 334-335 頁を参照。

¹¹⁰ その他にも、担保価値維持義務を契約から認めうる可能性を示すものとして、田井義信ほか『NJ 叢書新 物権・担保物権法 [第 2 版]』(法律文化社・平成 17 年、初版平成 14 年) [松岡久和] 328 頁が「設定契約上担保維持義務を負う」としている。また、担保価値維持義務は理論的に契約や信義則を根拠とし得る可能性を示唆するものとして、清水恵介「担保価値維持義務について—最高裁判所平成十八年十二月二一日判決に示唆を受けて—」民事法情報 No. 250 (2007 年) 21 頁を参照。

¹¹¹ 平野裕之『基礎コース民法 I 総則・物権法 [第 3 版]』(新世社・平成 17 年 [初版平成 10 年]) [以下、平野物権法とする] 410-411 頁、平野裕之『コアテキスト民法 III 担保物権法 [初版]』(新世社・平成 23 年) [以下、平野コアテキストとする] 144 頁を参照。

¹¹² 平野物権法・前掲注 111 の 413 頁、平野裕之『担保物権法 [第 2 版]』(信山社・平成 21 年 [初版平成 19 年]) [以下、平野担保物権法とする] 245 頁、平野コアテキスト・前掲注 111 の 148 頁も同旨。

¹¹³ 平野物権法・前掲注 111 の 414 頁、平野担保物権法・前掲注 112 の 246 頁、平野コアテキスト・前掲注 111 の 149 頁を参照。

¹¹⁴ 平野担保物権法・前掲注 112 の 246-247 頁を参照 (第三債務者の相殺については民法 468 条 2 項を

iii) 平野説は権利質権一般に留置的効力を完全に否定し、債権質権は優先弁済的効力のみが認められる担保物権であるとしている。これは柚木・石田喜久夫以来の留置的効力の希薄化の流れに沿うものである。しかし、石田喜久夫が債権質権の拘束力の問題につき優先弁済的効力に比較的接近していたに留まったのに対して、平野はまさに優先弁済的効力そのものから質入債権の拘束力を説明しており、優先弁済的効力と債権質権の拘束力を完全に結び付ける立場であることが明確にされた。これは債権質権の留置的効力の希薄化が極まった結果であるといえ、従来はみられなかった新しい理解であるといえる。

4 平成 18 年判決登場後の学説

最後に、平成 18 年判決登場以後、そこから影響を受けて担保価値維持義務を一般的な概念として位置づけているようにみえる学説を紹介する。

(1) 清水の考え方

まず、清水元は権利質権には客体の占有がなく留置的効力は問題とならないとし¹¹⁵、証書を交付しなければならぬ場合には（民法 363 条）、証書の留置と返還の拒絶ということは考えられるとしても（民法 347 条）、目的物の利用を設定者から奪って債務の弁済を間接的に強制するという留置的効力の本来的な効果は希薄であり、留置的効力の実効性が乏しいとしている。そして、債権質権の本体は目的債権の交換価値を支配する点にあるのだから、上記の留置的効力が生じる場合ですら、優先弁済権能を保全・維持するためであるとみている¹¹⁶。このように債権質権の留置的効力は希薄であり、ごく限られた場面で認められるとしても、優先弁済的効力の達成手段でしかないと評価されている点で、清水の理解においては債権質の留置的効力が本来的な意味を失っているといえる。

その上で、債権質権の効力として留置的効力、担保保存義務、優先弁済権などの項目を設け、従来、債権質権の拘束力として扱われていた問題を留置的効力ではなく担保保存義務の項目で論じている。すなわち、「質権設定者は、質権者のために債権の担保価値を維持すべき義務を負う」として、質権設定者は質入債権の消滅・変更行為を行っても質権者に対抗できないとの理解が通説・判例であるとされ、また、第三債務者もこうした拘束をうけるので、債権質入れの通知や承諾後には質入債権の消滅・変更行為は禁止され、仮に質権設定者に弁済しても質権者が受けた損害の限度で弁済を請求されることを指摘している（民法 481 条の類推適用）¹¹⁷。

このように、従来は債権質権の拘束力と称された効力は「質権者のために債権の担保価値を維持すべき義務を負う」ことであるとの指摘がなされ、債権質権の留置的効力の希薄化とあいまって、この義務と留置的効力との内容面での違いが明確になっている。また、こうした義務を設定者や第三債務者に認めるにあたって平成 18 年判決にも言及しており、拘束力

類推適用するとしている)。なお、民法 481 条について指摘がないものの、平野物権法・前掲注 111 の 414-415 頁及び平野コアテキスト・前掲注 111 の 149-150 頁もほぼ同旨。

¹¹⁵ 清水元『プロGRESSIVE民法 [担保物権法] 初版』（成文堂・平成 20 年）156 頁を参照。

¹¹⁶ 清水・前掲注 115 の 156 頁を参照。

¹¹⁷ 清水・前掲注 115 の 155-158 頁を参照。

の理解の進展に平成 18 年判決が影響しているといえるだろう¹¹⁸。

(2) 山野目の考え方

i) 債権質権の留置的効力

次に、山野目章夫の見解をみていく。まず、山野目は有体物でない債権には債権を「留置するという観念(347条)は、なじまない」としており、「留置的効力に類比することができる効力」が見出せるに過ぎないと述べている。

この留置的効力に類比する効力とは、譲渡の際に証書の交付を要する債権について、債権証書を質権者に引き渡す(民法 363 条)ならば生じる効力であると理解され¹¹⁹、ここでは債権質権の留置的効力は完全に否定されている。

そのため、債権証書についても、物上質権という留置的効力ではなく、それに類比する効力が認められるに過ぎないと考えられているのである。

ii) 担保価値維持義務と担保価値維持請求権

次に、近江は「(2) 債権質権の留置的効力」、「(3) 質入目的債権に関する設定者の法律上の地位」、「(4) 債権質権の収益的効力」、「(5) 債権質権の優先弁済的効力」との項目をあげて、債権質権の拘束力の問題を「(3) 質入目的債権に関する設定者の法律上の地位」の項目で扱っている。すなわち、債権質権の設定が質権設定者の法律状態に対して、質入目的債権への処分禁止効を及ぼし、質権設定者と第三債務者の間において、債権を消滅させる行為(たとえば免除、弁済、相殺)を行っても、民法 481 条の類推適用によって質権者に対抗することができないと理解されているのである¹²⁰。

しかし他方で、担保物権の一般的な効力として次のように論じている。すなわち「ある財産を競売して得られる売得金から債権者に優先弁済を与える(優先弁済的効力)。この優先弁済的効力を確実なものとする裏づけとして、担保権設定者は、一定の要件のもとに、担保物の価値を維持すべき義務を負う」として、これは担保権者の側からいうならば、担保物の価値維持請求権があることになると述べている¹²¹。このような一般的原則にしたがって「債権質権の設定を受けた質権者も、その設定者に対し、担保物である質入目的債権の担保価値維持請求権を有する」とされ、質権設定者が質入目的債権を害すれば、「質権者に対する価値維持義務違反を構成する」と述べられ、この担保価値維持義務及び請求権の具体的な例として、平成 18 年判決に沿った論理を展開している¹²²。

iii) 山野目は優先弁済的効力の確保を根拠として、質権設定者には一般的に「担保物の価値を維持すべき義務」を認め、担保権者には「担保物の価値維持請求権」を認めている。このように債権質権の設定者が一般的に負う担保価値維持義務は、上記の山野目の説明する

¹¹⁸ もっとも、清水は全面的に平成 18 年判決を承認するものではなく、設定者等が賃料を支払うべき財源がありながら、あえて敷金から賃料債務を控除し、質権者に損害を与えることを認識していたとの特段の事情がある場合に判例が正当化されとしている(清水・前掲注 115 の 157 頁)。

¹¹⁹ 山野目章夫『物権法 [第 5 版]』(日本評論社・平成 24 年 [初版平成 14 年]) 274 頁を参照。

¹²⁰ 山野目・前掲注 119 の 274 頁を参照。

¹²¹ 山野目・前掲注 119 の 218 頁を参照。

¹²² 山野目・前掲注 119 の 274 頁を参照。

ところの質入目的債権に対する処分禁止効とどのように関係するのだろうか。つまり、山野目の論述をみると両者に距離感があるため、これをどのようにみるべきなのであろうか。

まず、現在紹介している山野目のテキストは、かつては平成 18 年判決の引用はなく、債権質権の担保価値維持義務への言及はなされていなかった¹²³。しかも、債権質権の拘束力の問題は留置的効力の項目で論じられ、留置的効力に類比しうる実体的効力として説明されていたのである¹²⁴。

ところが、その後、平成 18 年判決を扱うことを契機として、留置的効力とは別に「(3) 質入目的債権に関する設定者の法律上の地位」との項目が設けられ、債権質権の拘束力の問題（山野目のいう「債権を消滅させる行為」を行った場合の問題）と担保価値維持義務の問題とが同一箇所でも論じられているのである。こうして、この両者が実質的には重なり合うと評価されているのである¹²⁵。

このように、山野目は債権質権の留置的効力を完全に否定し、さらに債権質権の拘束力の問題を留置的効力と切り離して論じており、この点では留置的効力から離れる学説の流れに沿っているといえる。さらに、平成 18 年判決を参照し、担保価値維持義務を一般的に承認する点で判決から示唆を得ており、清水説のように判決から影響を受けた学説として位置づけることができるのではないかと¹²⁶。

(3) 松岡の考え方

さらに、近時、権利行使制約力という概念を観念し、同効力から拘束力を説明する立場もみられる¹²⁷。

この立場では、物上質権の留置的効力は権利行使制約力の発現の一形態ということになり、物上質権の留置的効力に相当するものとして、権利質権において権利行使制約力を観念している。

5 まとめ

上記のように、平成初期には、一方で債権質権の拘束力の問題を留置的効力と関連させて述べるものが存在したが、平成 15 年に民法 363 条が改正され、債権質権の占有担保的性格と要物性が希薄化したことにより、債権質権の効力として留置的効力は一步後退を余儀な

¹²³ 山野目章夫『物権法 [第 4 版]』（日本評論社・平成 21 年）235—236 頁を参照。

¹²⁴ 山野目・前掲注 123 の 236 頁を参照。

¹²⁵ 清水元ほか『新・民法学 物権法 [第 4 版]』（成文堂・平成 23 年 [初版平成 15 年]）[山野目章夫] 215 頁では、債権質権の拘束力の問題を 481 条の類推適用の問題としながらも、同時に「一般的にも質権設定者は、目的債権の担保価値を維持すべき義務を負う」と述べており、この一般的な義務に債権質権の拘束力の問題が包摂されているようである。

¹²⁶ 平成 18 年判決以後、もっぱら同判決の理論により債権質権の拘束力の問題を説明するものが多く、ここでは、質権設定者は質入債権の担保価値維持義務から債権の消滅・変更等の行為が禁止され、第三債務者については主に民法 481 条 1 項を類推適用することで質権者へ債権の消滅・変更等の行為の対抗が禁止されている（石田剛ほか『民法Ⅱ 物権 [初版]』[有斐閣・平成 22 年] [田高寛貴] 327 頁、河上正二「質権（その 2）—不動産質・権利質」[法学セミナー 665 号・2010 年] 78—79 頁を参照。なお、安永正昭『講義 物権・担保物権法 [初版]』[有斐閣・平成 21 年] 378—379 頁は、上記の学説とほぼ同趣旨だが、第三債務者の相殺に民法 468 条 2 項の類推適用を主張する）。

¹²⁷ 松岡久和「物権法講義—32 [第 29 回] 質権」法学セミナー 703 号（2013 年）82—86 頁を中心として参照。

くされた。これにともなって、この時期以降の学説は債権質権の留置的効力を一層消極に解するようになる。

このように、柚木・石田喜久夫以来、債権質権の拘束力の問題は留置的効力との関係を切り離しつつあったところ、この時期に一層その傾向が強まり、留置的効力とは異なる効力として拘束力を論じる理解が多く現れてきている。すなわち、平成15年以降の各学説はほとんどが債権そのものに対する留置的効力を否定し、これとは別の効力として債権質権の拘束力を観念しているのである。たとえば、信義則に根拠を求める理解、あるいは、担保物権の効力との関係で述べれば、優先弁済的効力から直接に拘束力を論証するものも登場している。さらに、平成18年判決以後は同判決の法理にしたがって論理を展開する学説も増加し、担保価値維持義務を一般化し、その中に拘束力を位置付ける理解や新たな効力を質権に承認する見解まで登場している。

V. 第2に関する整理

最後に、学説の全体をまとめると以下ようになる。まず、明治期は権利質権や債権質権の法的性質について議論がなされており、そこでは質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題は権利質権や債権質権の法的性質をどのように確定するか（債権譲渡か権利の上の権利か）という問題の中の一事例として論じられるにとどまっていた（債権質権・権利質権の法的性質レベルにとどまる議論）。

しかし、こうした論争は大正初期までには一定の落ち着きを見せる。すなわち、権利質権や債権質権も権利の上の質権であり、物上質権と同様に民法上の質権としての法的性質が与えられると解釈されるようになるのである。そのため、権利質権や債権質権が質権に含まれるならば、物上質権と同様に「物権」であるといえるのかということが議論されるようになった。そして、大正初期から昭和初期には、中島や我妻によって権利質権や債権質権の物権性が全面的に承認され、質入債権の消滅・変更等の行為に関する問題は債権質権の拘束力の問題として担保物権の効力の中で論じられるようになったのである（債権質権・権利質権の物権性の承認と拘束力の議論の登場）。

すなわち、我妻が質権の留置的効力を重視し、上記拘束を担保物権の留置的効力と関連して理解したことで、昭和初期以降には留置的効力との関連で債権質権の拘束力を論じる学説が登場してきた。しかし、昭和中期以降から徐々に権利質権（特に、債権質権）の留置的効力の存在が疑われるようになり、次第に債権質権の拘束力は留置的効力からはなれて立論されていった（拘束力の留置的効力からの離脱）。

こうした中で、平成15年の民法改正や平成18年判決を契機に、学説上では完全に留置的効力から離れた法律構成が登場する。その構成は多様であり、契約や信義則から論じるものが存在するのに対して、学説上では拘束力を担保物権の効力に位置付ける理解が多く、担保物権の優先弁済的効力から論じるものが登場している。さらに、担保価値維持義務を一般

的な概念と位置付ける見解も登場する。このように、学説は多様であるようにも見えるが、学説に共通する事項として、質入債権の担保価値を維持すべきという考え方の定着が見られること、そして、それは留置的効力という概念から離れつつあるということが大きな傾向として一致しているといえる。したがって、債権質権の効力が、仮に留置的効力と優先弁済的効力であるとすれば、債権質権の効力の中に拘束力を位置づけるならば、拘束力が優先弁済的効力と接近していることになる（拘束力の優先弁済的効力への接近可能性）。

では、このような学説の状況と既に本節の第1で指摘した「判例の担保物権の効力」への接近という状況を総合的に見ると、どのようなことがいえるのかについて次に検討していく。

第3 若干の検討

これまで、債権質権の拘束力や担保価値維持義務をめぐる判例と学説を概観してきた。そこで、以下ではこれらを前提に若干の検討を行う。

まず、これまで判例が取り扱ってきた問題（質入債権の消滅・変更等の行為に関する判示及び平成18年判決が判示した担保価値維持義務）は、果たして学説が議論してきた債権質権の拘束力の問題と同義であるのか検討したい（「Ⅰ．判例と学説の関係」）。

次に、学説上では債権質権の拘束力に関して、その法的根拠や法的性質につき多様な説明がなされてきたところ、現時点においては、これらをどのように考えるべきなのか検討し（「Ⅱ．拘束力に関する学説と担保価値維持義務の関係」）、学説や判例の状況等を総合的に勘案して、優先弁済的効力と債権質権の拘束力や担保価値維持義務との関係をみていく（「Ⅲ．担保価値維持義務と優先弁済的効力の関係」）。

その上で、最後に第3全体をまとめる（「Ⅳ．第3に関する整理」）。

Ⅰ．判例と学説の関係

1 平成18年判決以前の判例と学説の関係

前述した大正5年、大正7年、大正15年の各判決は質入債権の相殺が争われた事案であった。これは、まさに学説が従来から議論してきた質入債権を消滅・変更等する行為の典型例であり、債権質権の拘束力の問題とその内容が合致している。そして、学説も大正5年及び大正15年判決については少なくとも債権質権の拘束力の問題に関する先例として評価しており¹、これらの判例は学説からほぼ支持されているといわれている²。

¹ たとえば、新訂我妻・前掲序論注2の191頁はこれら三つの判決を先例として参照し、道垣内有斐閣・前掲序論注1の111-113頁では、大正5年判決及び大正15年判決を先例として参照している。

² 新田・前掲序論注7の228-230頁がこうした理解を示している。

また、平成 11 年決定は質権設定者に破産申立てを認めれば、質権者の取立権に影響が
出ることから破産の申立てを禁じていた。これについて、学説は次のように評価している。
すなわち、質権設定者が債権の質入れによって当該債権の処分権を失ったならば、質権設定者
は質権者の取立権に影響が及ぶような質入債権の処分行為が禁止されるため、その発展的
な帰結として、破産申立ても基本的にはできないというのである。このことから、平成 11
年決定についても、学説では債権質権の拘束力の問題と理解されているといえるだろう³。

なお、学説では、質入債権の保全行為である時効の中断については債権質権の拘束力から
禁止されるものではなく、この点で前述の昭和 5 年判決や昭和 12 年判決を債権質権の拘束
力の問題の中に位置付けている⁴。

以上の点から、学説は平成 18 年判決以前の判例については債権質権の拘束力の問題と関
連するものとして評価されているといえよう。

2 平成 18 年判決と学説の関係

では、平成 18 年判決に関してはどうか。まず、第 1 で判例を概観した際に述べ
たように、担保価値維持義務について論じた平成 18 年判決は、主に二つの特殊性（①充
当合意という行為の特殊性、②不当利得返還請求の中で担保価値維持義務が扱われている特
殊性）が認められたので、従来の判例と異なる点が存在した。

（1）充当合意の特殊性について

たしかに、上記①の特殊性についてみると、充当合意は、学説が論じている弁済や相殺と
いった債権質権の拘束力の典型的な行為とは異なるようにもみえる。

しかし、繰り返しになるが、充当合意は実質的な弁済と評価することが可能であり、担保
物権である敷金返還請求権を失わせるという性質を有する点で、充当合意の本質が従来の
判例が扱ってきた相殺や破産申立て、あるいは学説が問題としてきた質入債権の消滅・変更
等の行為と同様であるとの評価が可能である。

（2）不当利得返還請求の中で扱われている特殊性について

そして、上記②の特殊性についても、質入債権を消滅させる行為を禁止しているという点
では、従来の判例も平成 18 年判決もその法的判断としては同一の評価（質入債権の消滅禁
止という評価）を与えていたといえる。これと同じことは学説との間でもいえるのだろうか。

まず、学説では、相殺や弁済等の質入債権の消滅・変更等の行為が、債権質権の拘束力
の問題として禁止される典型的な行為であると想定されてきた。こうした行為をなすことは、

³ このような理解は、山野目・前掲第 2 注 119『物権法』274 頁を参照。また、道垣内有斐閣・前掲序論
注 1 の 111-112 頁も質権設定者の拘束の中に平成 11 年決定を位置付けている。なお、本文記載の大正
期の各判例及び平成 11 年決定に関しては、質権の効果として制約が課されており、その結果として、質
権設定者及び第三債務者は相殺や破産申立てという行為が制限されていると評価されており（能見喜久
ほか編『論点体系 判例民法 3 担保物権』[第一法規株式会社・平成 21 年] 140-141 頁 [今村与一] を
参照）、現在では、こうした制約が課されるという上記各判例の結論に学説から大きな異論は示されて
いないように思われる。

⁴ たとえば、新訂我妻・前掲序論注 2 の 191 頁を参照。また、道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 111 頁は昭
和 5 年判決を質権設定者が負う債権を健全に維持すべき義務の履行と理解している。

債権質権の拘束力から禁じられていたのである。

また、平成 18 年判決で述べられている担保価値維持義務の存在を前提とすれば、債権に質権を設定した者は、担保目的たる債権の価値を維持すべき義務を負う。したがって、質入債権を充当合意で消滅させる行為だけでなく、弁済や相殺等といった債権質権の拘束力の問題として禁止される典型的な行為についても、質入債権の担保価値を損なうものとして担保価値維持義務違反を問われるであろう。

現に平成 18 年判決は「質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反する」として、具体的に弁済や相殺等の行為を含む担保価値維持義務を害する行為を禁止する判示を行っている。そうであれば、平成 18 年判決の判断枠組みによっても、学説上で債権質権の拘束力が問題としていた典型的な行為について、法的に禁止すべきとの評価がなされるであろう⁵。

(3) 従来学説の理解の参照

上記の点から、債権質権の拘束力に関する学説の説明と平成 18 年判決の判示は重なり合うといえる。そして、特に、平成 18 年判決の担保価値維持義務に関する一般的な判断部分をみると、債権質権の拘束力に関する学説上の議論をかなり取り込んだ表現になっている⁶。したがって、平成 18 年判決は債権質権の拘束力という学説上の概念の影響がみられる。よって、平成 18 年判決は質入債権の消滅・変更等の行為を禁止する規範として債権質権の拘束力の問題として位置づけることができるのである。

3 債権質権の拘束力と担保価値維持義務の関係

以上から、学説上で議論されてきた債権質権の拘束力の問題は、判例が取り扱ってきた問題（平成 18 年判決以前の判例における質入債権の消滅・変更等の行為に関する判示及び平成 18 年判決が判示した担保価値維持義務）と実質的に重なり合うといえる。

したがって、学説上の債権質権の拘束力とは担保価値維持義務を負担することであることを前提として、以下ではさらに検討を進める。

II. 拘束力に関する学説と担保価値維持義務の関係

では、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）に関する学説上の議論（特に拘束力の法的根拠）についてどのように考えるべきか。

この点につき、学説上では、一方で①契約や当事者間の信義則に拘束力の根拠を求める理解が存在するものの、他方で②拘束力が担保物権と関連するとの理解が存在し、②のような理解が多数にのぼっていた。そして、物権との関係で整理する後者の学説にも、担保物権の

⁵ 谷口・前掲第 1 注 22 の 308 頁でも、担保価値維持義務は、学説が債権質権の拘束力の典型としてきた各種の行為や平成 11 年決定で問題となった行為類型について、それらの行為の効力を否定する根拠となることが承認されている。

⁶ 谷口・前掲第 1 注 22 の 325 頁注 8 では我妻説や道垣内説が参照されている。

効力から説明する方向性(②-1)や一般的な義務として理解する方向性(②-2)などが存在していた。もっとも、②-1の内部でも、留置的効力と優先弁済的効力のいずれの効力に拘束力の根拠を置くかは立場が分かれている。

そこで、これらの学説と担保価値維持義務の法的性質の関係について、まず①の学説から検討し、次に②-1のうち留置的効力に根拠を置く学説について検討していく。

1 契約や当事者間の信義則に根拠を求める見解について

まず、契約や当事者間の信義則に根拠を求める学説(近江説等)は、契約そのもの、あるいは、契約によって形成された信義則的な関係(担保関係)を担保価値維持義務の根拠としていた。たしかに、担保価値維持義務の負担を契約によって当事者間で課すことは可能である⁷。したがって、このように当事者の担保価値を維持する意思を尊重する立論はあり得る理解である。さらに、近江説によれば、担保関係を観念することで担保物権全体に(約定担保物権に加えて法定担保物権にまで)担保価値維持義務を及ぼすことが可能となるため、こうした理解は大変魅力的である。

では、この見解は従来の学説や判例の中でどのように評価すべきか。

従来の学説は、先に見たように、債権質権の拘束力の解釈として、質権設定者に関しては民事執行法145条1項や民法481条1項の類推適用を指摘するものが多く、また、第三債務者については民法481条の類推適用に加えて、特に相殺に関しては民法511条の類推適用を主張する理解が存在した。つまり、このように債権質権の拘束力の問題について、具体的事例における解決としては、差押えを前提とした条文を利用する見解が支配的である。

もっとも、差押えとは国家が介した権力的行為である⁸。このような行為は、民法481条や511条を類推適用する際に、契約という私人間の行為と対比することができるのか。

まず、質権設定契約の当事者間で合意がなされれば、担保目的の価値を把握するという効果が発生する。すなわち、担保目的が権利であれば質権が担保目的たる権利の価値を把握するという効果が発生するに至る。このように権利の質入れによって、権利の価値が質権者に把握されるのであり、このような価値の物権的な支配が国家によって質権制度として認められているのである。こうした点からみると、質入れは本来権力的な行為である差押えと対比可能とな行為といえるのであって、民法481条等の本来差押え(権力的行為)を予定し

⁷ たとえば、コベナンツ条項などがこれに該当する。コベナンツ(covenants)とは「何かを行う(作為)、あるいは何かを行わない(不作為)ことを定める契約条項」とであるとされている(山原英治「法律意見書の読み方(10)―留保各論 コベナンツ」NBL979号[2012年]102頁を参照)。

⁸ 福永有利『民事執行法・民事保全法[第2版]』(有斐閣・平成23年)107頁は「金銭執行の最初の段階の執行処分として、特定の財産を執行の目的物として確保するために拘束された状態に置く権力的行為、すなわち執行機関が特定の財産に対する債務者の事実上・法律上の処分を禁止すること」としている。なお、中野貞一郎『民事執行・保全法概説[第3版]』(有斐閣双書)『(有斐閣・平成18年[初版平成3年])100頁でも、差押えは執行機関による処分の制限行為であって、その本質は「国家の特別支配関係を設定する意思行為」とされており、権力的な側面を承認している。そして、民法481条の「支払の差止め」とは、差押等の意味であるとするのが通説・判例とされている(磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)[初版]』[有斐閣・昭和45年][沢井裕]121頁参照)。

た各条文と問題状況が類似していると理解できることになる。それゆえ、民法 481 条等が質入れの場面において類推適用可能となるのである。

仮に、このような形で類推適用を認めるならば、類推適用の背景には、差押と対比し得る強力な効果の発生が必要となる。すなわち、債権質権の拘束力の問題においては、債権の質入れによる担保物権という絶対的な権利に基づく担保目的の価値の把握と処分の禁止という効果が発生し、それが債権質権制度として国家によって承認されているという点から、差押と対比し得る効果が観念され、民法 481 条等の類推適用の基礎となっていたとみることができる。

したがって、仮に契約によって質権を設定した当事者間において、質入債権の処分を約定で禁止しても、担保価値維持義務は契約上の当事者間の義務として観念されるため、差押えに対比し得るような強力な効果は認められないし、国家による制度的な承認という点も希薄である。また、契約に基づく当事者間の信義則的な関係から担保価値を維持すべき拘束を認めたとしても、当事者の合意によって法的関係が発生し、その義務の根拠も契約当事者間に生じる信義則であるなら、これも国家機関が介入する権力的な行為と対比し得るほどのものとはいえない。

そうであれば、債権の質入れの場合に、差押えを前提とした規定を類推適用することは、契約や当事者間の信義則による効力というより、担保物権の効力によるものと親和的であるように思われる。このように考えれば、民法 481 条等の類推適用を認める以上、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は担保物権の効力と切り離せないのではないか。したがって、約定による担保価値維持義務の設定を否定するものではないとしても、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）の法的根拠や法的性質としては、契約や信義則的なものとみることには疑問が残り、物権的な効力という理解から考えてみる必要があると思われる⁹。

2 留置的効力そのものから説明する見解について

そこで、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）について担保物権の効力との関係をみると、学説には債権質権の拘束力を留置的効力との関係で説明する見解（我妻説、勝本説、林説）が存在した。

まず、我妻は留置的効力を本来の有体物を前提とした理解から、その内容を変化させることで、留置的効力との関係で債権質権の拘束力を位置付けている。また、勝本・林らは有体

⁹ 谷口・前掲第 1 注 22 の 327-328 頁注 11 及び注 14 では、担保価値維持義務は質権設定契約から生じる義務であり、質権設定契約に当然に伴う本質的義務であると述べられているものの、本文に示した点からすれば、この意味は、契約により質権が発生すれば当然に質権の効力が発生し、そこから当然に質権に本質的な担保価値維持義務が生じるという趣旨であると理解すべきであろう。現に、平成 18 年判決の 5 銀行（質権者）と質権設定者間で「質権者に損害を生じさせないことを約する旨の条項があったようであるが」、これは契約から当然に生じる担保価値維持義務を「確認する趣旨のものにすぎないと考えられる」ものであり、こうした条項が無くても担保価値維持義務が当然に生じることが認められている（谷口・前掲第 1 注 22 の 310 頁）。このことから、平成 18 年判決の背景としても、担保価値維持義務は契約から生じる義務というよりも、契約の結果として当然に生じる担保物権の効果と関係する義務と理解されたいとみるべきであろう。

物を支配する留置的効力を抽象化し、あるいは留置的効力を価値の支配と理解することで、留置的効力から債権質権の拘束力を説明してきた。

これは債権質権においても留置的効力の存在を維持し、留置的効力の意味・内容を変化させることで債権質権の拘束力と結びつけた点で、解釈として魅力的である。また、留置的効力は抵当権と質権の区別の基準であり、このように留置的効力を維持することで、債権質権と抵当権との区別をなお維持することを目指している点でも、担保物権の分類という点からは評価できる。

しかし、現在は債権質権について、債権そのものへの留置的効力を否定する学説が多いことは先にみたとおりであり、留置的効力の希薄化がすすんでいる現代では、債権質権の拘束力の説明は留置的効力から離れている。そのため、権利質権や債権質権については、証券が存在しなければ有体物が全く伴わないことから非占有担保的性質が指摘され、さらに、その価値権的性格ともあいまって、抵当権に接近しているとも評価されていた。したがって、現在の学説の状況としては、我妻らの理解は必ずしも支持されているとはいえず、理論的に限界があるように思われる。

(1) 留置的効力を借用する限界

まず、留置権や留置的効力は有体物の支配が前提であるところ（民法 85 条、295 条、342 条）、我妻らはこのような有体物を前提とした原則を観念的な無体物である債権にも適用することを説得的に論証し得るだけの一般理論を提示していなかったことが指摘できる。

そもそも、権利質権は物上質権と同様に民法上の質権でかつ制限物権であり、有体物に関する物上質権の規定を権利質権に準用することになっている（民法 362 条 2 項）。そして、準用とは「ある事項に関する規定をそれと本質の異なる事項について、当然必要な若干の変更を加えつつ、あてはめること」である¹⁰。権利質権が物上質権とその対象を異にする以上、必然的に違いが生じるため、物上質権の規定の準用にあたっては「若干の変更」を施さなければならないのである。

ここで我妻らの理解を見ると、我妻らは債権質権にも留置的効力を認めて、その効力との関連で拘束力を説明するものの、これが留置的効力を定める民法 347 条に「若干の変更」を加えるだけの準用といえるのかという点に疑問がある。すなわち、「質物を留置することができる」（民法 347 条）との規定について、我妻説のように「権利の行使（消滅を生ずる行為）を禁ずる」ことができる、あるいは「交換価値を破壊する行為を為すことを禁ずる」ことができるなどと読み替えることが可能なのか。あるいは、勝本説や林説のように、抽象的な留置的効力あるいは価値の支配と読み替えることができるのか。これらは「留置」概念

¹⁰ この定義は、吉国一郎ほか編『法令用語辞典〈第9次改訂版〉』（学陽書房・平成21年〔初版・昭和25年〕）〔高辻正巳〕393頁を参照した。また、林修三『法令用語の常識〔第3版〕』（日本評論社・昭和50年〔第1版昭和33年〕）25頁は、準用とは「本来はAという事項（又は人、事件等）について規定しているAという法令の規定を、多少Aに類似するが本質上これとは異なるbという事項に、多少読替えを加えつつあてはめること」であるとされ、ここでも準用の際の変更はわずかにとどまることが前提となっている。

の意味や内容の限界を超えて（若干の変更の範囲を超えて）いないのかという疑問がある。

また、我妻らのように債権質権の留置的効力と拘束力を関連させるならば、留置的効力の直接的な趣旨は質入債権を維持して担保目的の破壊を防止することになる。これに対して、物上質権の留置的効力の直接的な趣旨は弁済の促進である。そうであれば、債権質権の留置的効力への準用にあたって、「留置」概念の意味や内容だけでなく、その効果の「直接的」な目的や趣旨まで異なってきた。このような場合ですら、物上質権の規定を「準用」しているといえるのだろうかという疑問も生じる。

そもそも、留置権にいう「物を留置することができる」（民法 295 条）ということの意味は、「物を自らのもとに…留め置く」ことであって、占有権限が前提となっており¹¹、また「物が債権者の占有下にあるときには…債権者が物の返還を拒みうる」ことであると理解されている¹²。この留置権に関する規定が質権の場合にも準用されていることから（民法 350 条）、物上質権における「留置」の意味も占有する物を留め置いて返還を拒否することであるといえる¹³。

物上質権における留置概念がこのようなものであるとすれば、債権質権の場合に、これを上記の我妻説等のように読み替えることは、民法 347 条の内容そのものを変更することになり、「若干の変更」ととどまらず、準用の域を超える。なぜなら、「若干の変更」とは、たとえば民法 350 条が質権に留置権や先取特権の規定を準用する場合のように、「留置権」や「留置権者」を「質権」や「質権者」に読み替え（民法 296～300 条）、あるいは「先取特権」や「先取特権者」を「質権」や「質権者」に読み替える（民法 304 条）といった程度の変更にとどまるべきであり、「物を留め置いて返還を拒否する」ということを「権利の行使や消滅を禁止して価値の破壊を防ぐ」と読替えることは、用語の本来の意味や効果を超えて異なる意味や効果を与えており、当該規定の内容の変更になっているからである。

したがって、「留置」概念の意味や内容、さらに、その趣旨・目的に至るまで相違点がみられる場合には、もはや物上質権の規定を「準用」しているとは評価できないであろう¹⁴。

¹¹ 道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 11 頁及び 31—32 頁を参照。

¹² 山野目・前掲第 2 注 119 の 231 頁を参照。なお、新訂我妻・前掲序論注 2 の 14 頁も留置的効力が占有を要素とすることを認めている。

¹³ もっとも、効果面でいえば留置権と留置的効力には若干の違いが生じることはもちろんである。たとえば、質権の場合に、質権設定者が目的物の返還の請求訴訟を行っても、被担保債権が消滅していないならば請求は棄却され、引換給付判決にはならない（山野目・前掲第 2 注 119 の 266 頁）。

¹⁴ 本文のように民法 347 条の準用が否定される場合でも、我妻らの立場に賛同する見解からは民法 347 条を類推適用し、留置的効力から債権質権の拘束力を認めることができるという理解もあるかもしれない。すなわち、仮に我妻らの説明に従えば、債権質権の留置的効力の「直接的」な趣旨は質入債権を維持して担保目的の破壊を防止することであるものの、これは終局的には債権を確保し、もって債権者（質権者）の債権回収を図ることが目的である。これに対して、物上質権の留置的効力の場合の直接的な趣旨は弁済の促進であるとしても、その目指すところは債権者（質権者）の債権回収を確保することである。したがって、両制度の目的や趣旨は最終的には同じところにいきつくとみることもできる。こう考えれば、物上質権の留置的効力に関する民法 347 条を権利質権に類推適用するとの主張も考えられる。しかし、類推解釈及び類推適用とは「直接の該当規定がないときは、同種類の事項について規定した他の法条を類推」して適用すること（末川博編集代表『民事法学辞典下巻 [初版]』[有斐閣・昭和 35 年]）、あるいは「似かよったことがらのうち、一方についてだけ規定があって、他方については、明文の規定がない場合に、その規定と同じ趣旨の規定が他方にもあるものと考えて解釈する方法」であり、「ある法令の中に、A

(2) 抵当権との混同を生じる可能性

また、勝本や林らは物上質権が有体物を支配することと対比して、あたかも債権の価値を支配するものであるかのように留置的効力を用いている。この理解は質権が価値権的な性格を有し、担保目的の価値を把握しているとの理解には合致するようにもみえる。

しかし、担保目的の価値を把握する担保物権は質権だけではない。抵当権も担保目的の価値を把握するという性質を有する担保物権である¹⁵。したがって、留置的効力が担保目的の価値支配を基礎付けると考えるならば、同じように担保目的の価値を把握する抵当権についても留置的効力が問題となり、その効力から担保目的物の価値の把握を論じる可能性もあり得るように思われる。

とはいえ、現在の学説の多くは抵当権に留置的効力を認めておらず¹⁶、上記学説のように質権について留置的効力から価値支配を説明するならば、抵当権について留置的効力ではなく、異なる根拠で価値支配を説明することになる。もっとも、同じ約定担保物権において担保価値の把握を異なる効力で説明することは整合的ではないであろう。

こうして留置的効力との関連で拘束力を理解することは、一方で債権質権にも留置的効力を認め、占有を前提とした留置的効力の有無による抵当権と質権の区別を維持することを可能とするものの、他方で留置的効力により担保目的の価値支配を説明することにより、抵当権と質権の整合性を損なう可能性を生じるという問題をはらんでいたのである。

この問題を乗り越えるためには、抵当権の留置的効力の可否という点にも言及し、なぜ債権質権は留置的効力で価値の支配を認めながら、抵当権については留置的効力を認めないのか(認めないとすれば、どのような効力を根拠として担保価値を把握すると説明するのか)という点にまで踏み込んだ検討や説明が必要であるように思われる。しかし、我妻以来の学説は、そこまでの論証を提示してはいなかった。

したがって、留置的効力そのものから債権質権の拘束力を説明することには限界があり、こうした理解が現在の学説上で支持を集めていないことは、上記のような点に理由があるのではないか。

という問題については直接の規定がない、しかし、これと似かよった B という問題については規定がある、こういう場合に立法者が特に A について規定を設けなかったとしても、それは、A についても B についてと同様に扱う趣旨であったにちがいないとみることである(林修三『法令解釈の常識 [第 2 版]』[日本評論社・昭和 50 年、第 1 版昭和 34 年] 128 頁)。そうであれば、有体物の返還の拒否ができるということ(民法 347 条)は、質入された財産権が消滅・変更等の危険にさらされている場合に、その消滅・変更等の行為を禁止すること(債権質権の拘束力)と「同種類の事項」や「似かよったことがら」といえるほど共通点が認められない(有体物と無体物、物の返還禁止と権利行使・権利価値破壊の禁止では共通項が見出しにくい)。また、類推適用も「適用」であり、「適用」である以上は、「本来の規定に何ら変更を加えず、そのまま当てはめることができる」ことが必要であるところ(吉国ほか編・前掲注 10 [高辻] 393 頁)、本文でみたように、「留置」概念の意味や内容を変更するのであれば、これは変更を加えて適用していることになる。したがって、我妻らの理解につき、物上質権の留置的効力に関する規定を債権質権に類推適用していると評価することも困難ではないか。

¹⁵ 山野目・前掲第 2 注 119 の 283 頁を参照。

¹⁶ 道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 118 頁、山野目・前掲第 2 注 119 の 282 頁等を参照。なお、我妻自身も抵当権に留置的効力を認めていない(我妻初版・前掲第 2 注 51 の 18 頁、新訂我妻・前掲序論注 2 の 14 頁を参照)。

仮に、留置的効力との関係を一定程度維持するとすれば、留置的効力に比肩する効力として、松岡説のように新たな効力を措定することになろう。もっとも、こうした新たな概念を承認することができるか否かは、論じるべき課題が多く伴うことは提唱者が認めるところでもある。

(3) 質権の変化

① さらにいえば、かつては営業質屋が庶民金融の中心を担っており、そうした時代においては動産質権の有用性は高かったといえる。そうであれば、動産質権の留置的効力とそれに基づく心理的な圧迫・弁済の促進という目的も正当化し得たであろう。しかし、現代では消費者金融等の発展によって、営業質屋の庶民金融としての役割も終了しつつあるとされている¹⁷。

② また、既に述べたところであるが、平成 15 年には、証書の存在する債権に対する質権設定において、証書の交付が効力発生要件であるとしていた民法 363 条が改正された。なぜなら、証券的な債権を除いた指名債権は債務者に対する通知や承諾が対抗要件であり（民法 364 条、467 条）、証書の交付が権利関係の公示につながらず、指名債権の行使については証書の所持が必要ではないので、質権者が証書の交付を受けても、有体物の交付のように留置的効力を期待できないからである¹⁸。したがって、この改正によって、前章でも指摘したように、指名債権質権は要物性が緩和され、留置的効力の存在が希薄化し、非占有担保性が増しているのである。

そして、占有型の担保である動産質権の目的として、担保目的のはく奪による心理的な圧迫があげられ、動産質権の留置的効力の意義が強調されてきた。しかし、そもそも被担保債権の弁済期以前には債務者は履行を間接的に強制されるべきではないし、弁済期以後であれば、結局は質権を実行され、担保目的を確定的にはく奪されるとの不安感があるとしても、それは質権の場合も抵当権の場合も異なることはなく、動産質権に特有の問題ではないのである。そのため、動産質権の留置的効力による心理的な強制作用をことさら強調する解釈は債務者の負担となるとの批判があった。すなわち、動産質権の心理的な圧迫という目的をことさら強調することは妥当でないとされているのである¹⁹。このように、占有型の担保である動産質権ですら留置的効力の理解に慎重であるべきなのだから、権利質権が上記の通り非占有担保的性格を増している以上、権利質権の留置的効力をことから強調することは困難ではないかと思われる。

③ これらの観点からすると、民法 363 条の改正前であって時代背景としても動産質権が盛んであり、その留置的効力を重視し得た時代であれば、動産質権の状況と同様、債権質

¹⁷ 道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 80 頁は、古典的な動産質権が以前に比べて利用されなくなり、営業質屋が減少していることを指摘する。また、平野担保物権法・前掲第 2 注 112 の 9 頁及び 224-225 頁も同旨。こうした中で、山野目・前掲第 2 注 119 の 279 頁は、営業質屋の新たな可能性を指摘する文献（小浜ふみ子『質屋の社会史』[愛知大学経営総合科学研究所叢書・平成 12 年]）を紹介している。

¹⁸ 山野目章夫ほか「平成十五年法による改正担保物権法・逐条研究（2）」NBL779 号（2004 年）48-49 頁を参照。

¹⁹ 道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 92 頁を参照。

権の拘束力(担保価値維持義務の負担)も留置的効力と関連させて説明する可能性があったかもしれない。

しかし、現在においては、動産質権そのものが衰退しており(上記①)、むしろ、債権質権が社会の中で重要な機能を担っていると言われている²⁰。そして、占有担保たる動産質権の留置的効力による作用にすら慎重論がある以上、権利質権のような非占有担保化が進行している担保物権について、かつての学説のように留置的効力を強調し、その効力から拘束力を説明することには限界があり、留置的効力以外の効力から拘束力を説明する可能性が検討されるべきである。

3 比較の結果

上記のような比較からすると、契約や当事者間の信義則上の効果として債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)を位置づけることには疑問が残った。したがって、現在の多くの学説がそうであるように、担保物権(債権質権)との関係の中で債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)を理解する必要があった。

そして、担保物権(債権質権)の効力は、留置的効力と優先弁済的効力が存在するところ、まず、留置的効力から拘束力を説明する学説を検討したが、この学説には前述したような限界があり、他の説明の方法が模索されるべきであった。したがって、次に担保物権の効力として、優先弁済的効力と債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)との整合性を検討していきたい。このような検討は、判例がこれまで徐々に優先弁済的効力を保護する方向に接近しており、現在はその傾向が顕著となっていることから必要性が認められる。

Ⅲ. 担保価値維持義務と優先弁済的効力の関係

では、優先弁済的効力は、債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)とはどのような関係にあるのだろうか。

1 優先弁済的効力の意義との関係

たしかに、優先弁済的効力は取立て(民法 366 条)や執行等の場面で問題となる効力である。そうであれば、担保物権の優先弁済的効力は、他の権利者との順位に関する効力であると理解する方向性もあり²¹、こう考えると、優先弁済的効力からは優先的に取立て等が行えるという効果を導出できるに過ぎないのである²²。

しかし、取立てや執行等の場面で優先弁済を受けることができるということは、質権が担

²⁰ 道垣内有斐閣・前掲序論注 1 の 118 頁を参照。

²¹ 椿寿夫ほか編『解説条文にない民法 新版』(平成 16 年・日本評論社 [初版・平成 14 年]) [椿久美子] 124 頁参照。

²² たとえば、優先弁済的効力については「債権の担保された物につき、他債権者に先立って優先的に自己の債権の弁済を受けるもの」として、優先的な弁済を受け得ることのみを予定する理解も示されている(清水・前掲第 2 注 115 の 6 頁を参照)。

保目的の価値を当然に把握していることが前提である。故に、優先弁済的効力の内容として、担保目的の価値の把握まで含まれているといえるのではないか²³。

また、質権の本質が担保目的の価値の把握であり、同時に質権の中核かつ本質的効力は優先弁済権や優先弁済的効力といわれている²⁴。したがって、①質権が担保目的の価値を把握するという一般的性質と②優先弁済的効力の概念（担保目的から優先的に弁済を受けることができるということ）は、表裏一体の関係であって区別できないのではないか。なぜなら、一方で質権が担保目的の価値を把握しているからこそ、質権者が優先弁済を受けることができるのであり、他方で優先弁済が受けられないことになれば、担保目的の価値を把握しているという意味は失われるため、質権者が優先弁済を受けることができるからこそ担保目的の価値を把握することが意義を有するといえるからである。

とすると、担保目的の価値把握は優先弁済的効力の領分である（その効力の内容は担保目的の価値を把握するという意味を含む）とみるべきである。そして、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は、質入債権の担保価値を維持し、それを害する行為を禁じて、質権者の優先弁済を確保することを目的とするのであるから、優先弁済的効力という概念と債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は一定の結びつきをもった概念であるように思われる。詳細は本章第2節でさらに検討する。

2 従来の判例との関係

（1）判例全体との関係

では、仮に債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）が優先弁済的効力と関連していると仮定して、そのような理解はこれまでの判例に反することはないのか。

まず、平成18年判決以前の判例は担保物権の効力を保護するか否かを基準にすると、担保物権の効力を害する行為は否定され、保護する行為は肯定されてきた。また、こうした分類を前提とすると、平成18年判決は担保物権の効力（特に優先弁済的効力）を害する行為を否定しており、優先弁済的効力を保護する傾向が顕著となっていたといえる。

特に、平成18年判決で承認された担保価値維持義務は、質入れされた債権の消滅・変更等の行為を防止することが目的である。そうであれば、担保価値維持義務の負担を遵守することは、担保物権の効力を保護すること、つまり債権質権者の担保を維持し、優先弁済を確保することにつながる。したがって、平成18年判決にいたる判例の論理と債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）が目指すところは、いずれも質権の優先弁済的効力の保護・確保という方向性に収斂しつつあるといえる。

それゆえ、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）と優先弁済的効力が関連付けら

²³ 高木・前掲序論注1の8頁は、優先弁済的効力とは「目的物の有する価値を物権的に支配し、この価値から、被担保債権について優先弁済…を得せしめることのできる効力」としており、安永・前掲第2注126の228頁も同趣旨である。なお、山野目・前掲第2注119の218頁は優先弁済的効力を「ある財産を競売して得られる売得金から債権者に優先弁済を与える」効力と理解しているものの、この効力を確実にする裏づけとして、担保権の設定者にとっては担保価値維持義務（担保権者にとっては担保価値維持請求権）が存在しているとして、債権質権の効力と担保価値維持義務を関連付けている。

²⁴ 高木・前掲序論注1の85頁、石田・前掲第2注85の725頁等を参照。

れたとしても、その理解は判例の流れに反することはなく、従来の判例の傾向との整合性が認められる。

(2) 判例との個別的な関係

また、平成 18 年判決は担保価値維持義務を承認するにとどまらず、①その義務が破産管財人に承継されること、そして、②破産管財人が善管注意義務違反の責任を負わないことまで判示していた。この判決は、担保価値維持義務や優先弁済とのつながりを顕著にした事例であり、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）と優先弁済的効力との関連性を検討する上で、概念的に直接関連するものである。したがって、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）と優先弁済的効力とが関連しているという理解が、平成 18 年判決の①及び②の判示部分と比較しても、これらに反することはないかを以下でみていく。

i) 担保価値維持義務の承継（上記判示部分①）について

まず、平成 18 年判決は破産管財人が担保価値維持義務を承継するとしていた。すなわち、「質権設定者が破産した場合において、質権は、別除権として取り扱われ（旧破産法 92 条）、破産手続によってその効力に影響を受けないものとされており（同法 95 条）、他に質権設定者と質権者との間の法律関係が破産管財人に承継されないと解すべき法律上の根拠もないから、破産管財人は、質権設定者が質権者に対して負う上記義務を承継すると解される」と述べている。

そもそも、従来の学説をみると、破産管財人は破産者が宣告（破産手続開始の決定）時に有していた財産の管理処分権を引き継ぐため、破産法等の明文の規定がない限り、破産管財人を破産者の一般承継人として取り扱って法律関係を規律するのが原則であるとされてきた²⁵。平成 18 年判決はこのことを前提としている。そして、このように破産管財人が破産者の第三者に対する義務を承継するならば、第三者は破産者に対して主張することができた法律上の地位を破産管財人に対しても主張することが認められることになり、これらの関係は法が破産手続を原因として従来の法律関係を変更する特別の規定を設けていない限り維持されるともいわれてきたのである²⁶。この点も平成 18 年判決で同趣旨が述べられている。このように平成 18 年判決が学説上の理解を受け入れ、破産管財人が破産者の一般承継人であると理解し、破産手続の開始前に破産会社が負っていた担保価値維持義務を承継すると判示したことは正当といえよう²⁷。

²⁵ 伊藤・前掲第 1 注 12 の 247-248 頁は、破産管財人が破産者と同視されまたはその一般承継人とみなされることを述べている。なぜなら、破産手続が開始され、破産管財人が破産財団の管理処分権を有しており（破産法 78 条 1 項）、破産財団をめぐる法律関係を整理できるとしても、従来から存在した権利義務の帰属自体には何ら変更がないとすれば、第三者との関係において破産管財人を破産者と区別して扱う理由がなく、また、破産者となんらかの法律関係を結んでいた第三者としても、相手方の破産という自己と無関係な事由によって法律関係が変更されることを受忍する理由に乏しいからである。なお、山本和彦ほか『倒産法概説 [第 2 版]』（弘文堂・平成 22 年 [初版平成 18 年]）363 頁 [山本和彦] も同旨。同様の理解を旧法下において示すものとして、斉藤ほか編・前掲第 1 注 12 の 287 頁 [安藤一郎] がある。

²⁶ 伊藤・前掲第 1 注 12 の 248 頁を参照。

²⁷ 平成 18 年判決について、こうした理解を示すものとして、谷口・前掲第 1 注 23 の 142-143 頁、谷口・前掲第 1 注 22 の 312-313 頁を参照。

そして、この判断は質権（破産手続開始以後は別除権として）の効力が存在していることを義務の承継根拠としている。この質権者に与えられる別除権（破産法 2 条 9 号、旧破産法 92 条）とは、破産財団所属財産についての物的な優先弁済権に対応した担保価値を別除する権能とされている。したがって、別除権者が担保目的の価値の全部または一部を物的に把握しているといえるのである²⁸。故に、別除権は質権の優先弁済的効力の側面を重視し、その確保を目指した制度といえる。

こうしたことから、平成 18 年判決が、破産手続上、質権者は別除権を有していることに着目し、その別除権の効力を加味することで担保価値維持義務の承継を許容するならば、この判断は別除権者（質権者）の優先弁済権の確保を図る目的であると評価できる。

このような判断構造の点からみても、平成 18 年判決は債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）と優先弁済的効力との関係に関連付けても、義務の承継という問題点においては、矛盾を生じないといえるのではないか。

ii) 破産管財人の善管注意義務（上記判示部分②）について

このように担保価値維持義務の承継を認めながら、平成 18 年判決は先に見たように破産管財人の善管注意義務を否定している。すなわち、「破産管財人は、職務を執行するに当たり、総債権者の公平な満足を実現するため、善良な管理者の注意をもって、破産財団をめぐる利害関係を調整しながら適切に配当の基礎となる破産財団を形成すべき義務を負うもので」あって、「そして、この善管注意義務違反に係る責任は、破産管財人としての地位において一般的に要求される平均的な注意義務に違反した場合に生ずると解するのが相当である」と一般論を述べて、本件の具体的な事情の下では、破産管財人が善管注意義務違反の責任を負うということはできないと判断しているのである。

この判断は破産管財人の善管注意義務とは、民法上の善管注意義務と同趣旨であり、破産管財人としての地位・知識等において一般的に要求される平均的な注意義務であるとの理解を前提としている²⁹。そして、先に見たように平成 18 年判決が担保価値維持義務は、破産管財人が破産会社から承継した義務であると理解したことからすると、判決はその旨を明確に論じてはいないものの³⁰、ア) 質権設定者（破産者）から承継された担保価値維持義

²⁸ 伊藤・前掲第 1 注 12 の 333 頁の注 22 を参照。旧法下で同趣旨のものとして、斉藤秀夫ほか編『注解破産法 [第三版] (上巻)』(青林書院・平成 10 年、初版昭和 58 年) 667 頁 [斉藤秀夫] がある。同箇所では、特に破産法 95 条について優先弁済の確保と担保物権の効力を尊重するものと述べられている。なお、旧破産法は別除権について以下のように定めていた。

旧破産法第 92 条 破産財団ニ属スル財産ノ上ニ存スル特別ノ先取特権、質権又ハ抵当権ヲ有スル者ハ其ノ目的タル財産ニ付別除権ヲ有ス

旧破産法第 95 条 別除権ハ破産手続ニ依ラスシテ之ヲ行フ

²⁹ 旧破産法下の理解として、斉藤ほか編・前掲第 1 注 12 の 314 頁 [安藤一郎] がある。これは新破産法の下でも維持されていることを示すものとして、竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法 [初版]』(青林書院・平成 19 年) 359 頁 [菅家忠行] 及び伊藤真ほか『条解 破産法 [初版]』(弘文堂・平成 22 年) 622 頁がある。

³⁰ なお、平成 18 年判決は「破産管財人の職務上の義務と質権設定者が質権者に対して負う義務」、または「質権者に対する義務に違反するものではないと考えて本件行為を行ったとしても、このことをもって破産管財人が善管注意義務違反の責任を負うということはできない」などとして、質権者に対する担保価値維持義務と破産管財人の善管注意義務を概念として分離して論じてはいる。

務とイ) 破産管財人としての地位・知識等において要求される善管注意義務とは理論的に別個の義務と解しており、こうした理解は正当であるといえよう³¹。なぜなら、担保価値維持義務が担保物権の優先弁済的効力から説明される物的義務であると理解するならば、破産管財人に承継された担保価値維持義務(物的義務)は破産管財人の地位に基づいて要求される善管注意義務(職務上の法的地位に基づく義務)とは当然にその性質を異にするからである。

このように、債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)を担保物権の優先弁済的効力に位置付けることで、平成18年判決の担保価値維持義務に関する判示を説得的に説明することが可能であった。そうであれば、債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)と担保物権の優先弁済的効力との関連性を模索するという方向性は、善管注意義務に関する平成18年判決の判示との間でも矛盾を生じないものといえる。

iii) 以上の点から、債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)と担保物権の優先弁済的効力とが関連するとの理解にたつて平成18年判決の判示を検討しても、矛盾は認められず、整合性が保たれるといえよう³²。

3 平成期の学説との関係

以上のように、平成18年判決の認めた担保価値維持義務の負担は債権質権の拘束力という学説上の概念と同義とみることができた。そして、学説上では担保物権の留置的効力が後退しており、優先弁済的効力と拘束力の関係が緊密になりつつあり、また、判例は平成18年判決にいたって担保物権の効力(優先弁済的効力)の保護との関係が明確になりつつあった。そうであれば、学説・判例のいずれも、債権質権の拘束力(担保価値維持義務の負担)について優先弁済的効力の方向に収斂されてきているように思われる。

とはいえ、平成期の学説をみると、平野説のようにまさに優先弁済的効力そのものを根拠に拘束力を論じるものだけでなく、担保価値維持義務を一般的な義務と構成する理解も存在した(先述の学説②-2)。そこで、こうした学説との関係で、上記の学説・判例への見方が矛盾を生じないか検討する。

まず、清水説は、債権質権の効力のうち、留置的効力には実効性がないと述べ、優先弁済的効力と担保保存義務(質権設定者が質権者のために担保価値を維持すべき義務)を認めている。たしかに、これは担保保存義務という一般的な義務を設定している。しかし、先にも述べたように、清水は債権質権が目的債権の交換価値を支配するものと理解し、優先弁済的効力を重視している。そうであれば、清水の認める担保保存義務も質権者が優先的に弁済を受けることにつながるため、まったく優先弁済的効力と乖離した概念ではない。

³¹ このような理解を示すものとして、谷口・前掲第1注22の320頁を参照。

³² もっとも、平成18年判決については、破産者(質権設定者)の担保価値維持義務を管財人が承継するとの理解について、担保価値維持義務が質権の設定契約上の義務であるとの観点から、承継に対する批判が存在した。たとえば、「<特集>破産管財人の注意義務-2つの最一判平成18・12・21を読んで」NBL851号(2007年)22-23頁[上野保]、37頁[竹越健二]、42-43頁[土岐敦司]、49頁[永島正春]等を参照。しかし、本文で述べたように担保価値維持義務が質権の効力として認められる物的義務であると理解すれば、上記のような批判は理論的に回避されるのではないだろうか。

また、山野目は先に述べたように、優先弁済的効力を確実なものとするという一般的な原則にしたがって、質権設定者が担保価値維持義務を負うと述べていた。そうであれば、担保価値維持義務は優先弁済的効力と関連することが承認されているのである。

よって、平成期の学説のうち、担保価値維持義務を一般的な義務として理解するものも、債権質権の拘束力や担保価値維持義務が優先弁済的効力と完全に乖離することまで明示するものではない。

IV. 第3に関する整理

債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は担保物権との関連で説明されることが学説において支配的な状況であったところ、債権質権の留置的効力からこれを説明することには限界があり、担保物権の効力と接近する判例の傾向とあいまって、優先弁済的効力との関連性が検討される必要があった。

そこで、このことについて検討すると、優先弁済的効力概念そのものの理解、また、上記のような平成18年判決に至る判例の傾向、さらには学説の現在に至る状況とも整合的に説明が可能であった³³。

したがって、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は、担保物権との関連で認められる物的義務であり、特に、その義務の説明としては優先弁済的効力に収斂する方向に向かいつつあるのではないかと思われる³⁴。

第4 小 括

ここで、本節全体をまとめると、以下のようになる。

i) まず、判例は平成18年判決以前においては一貫した判示をしていないようにもみえるところ、担保物権の効力との関係で判例が問題として取り上げてきた行為類型について整理すれば、少なくとも担保物権の効力を維持・確保する行為か否かという限りで類型化することは可能であった。つまり、質権設定者は、ア) 担保物権の効力を害する行為は禁じら

³³ 担保権は歴史的に占有型担保=留置的効力を有する担保から非占有型担保=優先弁済的効力を有する担保へと発展を遂げており、優先弁済的効力は非占有型担保と結合してこそ機能を発揮できるといわれている（清水・前掲第2注115の6-7頁を参照）。したがって、現代において本文のように優先弁済的効力と非占有担保性を帯びた債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）との関連性を論じることは、担保物権の歴史的な流れからみても正当性を有するといえるのではない。

³⁴ もっとも、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）が問題となる場面は判例や学説が議論してきた債権の消滅・変更等の行為に限定されない。たとえば、転質や増担保の事案（権利質権や転質等について片山・前掲序論注4の71頁、また、増担保について片山直也「判批」金融法務事情1844号32頁）においても、債権質の拘束力（担保価値維持義務の負担）が問題となるのである。これらの場合においても、優先弁済的効力との関係で理論的な説明が可能であるとすれば、本文のような債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）を担保物権の優先弁済的効力に収斂する方向性が一層明確になるといえるだろう。

れるものの、イ) 担保物権の効力を保全する行為は認められる、というレベルでは判例を整理することが可能であった。

そして、特に担保価値維持義務を明示する平成 18 年判決では、優先弁済的な効力を保護する傾向が顕著であったことから、債権質権に関するこれまでの判例全体との関連でみると、債権質権（担保物権）の効力の保護という理解が徐々に明確になってきているとの理解を示した（「第 1 判例の整理」）。

ii) また、学説に関しても、明治期から平成期までのものを概観すると、権利質権や債権質権は法的性質の理解の変遷がその効力の理解の変化と関連しており、債権質権の拘束力も、そのような理解の変化と関連していることを示した（「第 2 学説の変遷」）。

ここで簡単に権利質権や債権質権の法的性質に関する学説の変遷をまとめると、①明治期には、債権の質入れは債権の譲渡と理解するものが存在し、そこでは債権質権は単なる債権と理解され、その後、明治末には債権質権が権利の上の権利として認められるようになり、権利質権や債権質権も質権に含まれるようになった。もっとも、それらは当初担保物権ではない（準物権等）とされていた。しかし、②大正初期に債権質権にも物権性が認められ、昭和初期にはその理解が定着し、価値権的性格まで認められている。こうした理解を前提に、③昭和中期から④平成にかけては徐々に権利質権や債権質権の非占有担保的側面が強調され、抵当権に接近しているという評価がなされており、法的性質に変化がみられる。

こうした性質の変化に伴い、その効果も変化してきた。つまり、上記の①～④に対応させれば、①債権質権が債権とされた明治期には債権譲渡の効果が承認されるにとどまったが、その後、債権質権が物権とまでは認められないものの、権利の上の権利とされた明治末には絶対的な効果は存在するということまでは承認された。さらに、②担保物権であることが正面から認められ、価値権的性格まで認められるようになった大正初期から昭和初期には、担保物権の留置的効力や優先弁済的効力が認められることが明確になった。しかし、債権質権の価値権性や非占有担保的側面が強調される③昭和中期から④平成期には、抵当権的な性格が示され、留置的効力の有無に疑問が生じ、むしろ優先弁済的効力が中心的効力であるとされるようになったのである。

このような変化の中で、債権質権の拘束力は②の時期以降、担保物権の効力との関係を深め、当初は留置的効力との関連も示されたが、③期及び④期には留置的効力との乖離がみられ、優先弁済的効力へ接近しつつあった。

iii) そこで、債権質権の拘束力や担保価値維持義務に関して、判例上の理解と学説上の議論とが、どのように関係しているのかを検討した（「第 3 若干の検討」）。

まず、学説上で述べられている債権質権の拘束力も、その法的評価の実質は担保価値維持義務と同趣旨であることを示し、担保価値を維持すべき義務の負担が債権質権の拘束力と同視できると理解した。

このように判例上の概念と学説における概念が結びつけられるとすれば、債権質権の拘束力がどのような法的性質及び法的根拠に位置付けられるかという学説上の理解と担保価

債権維持義務の関係が問題になるため、現在にいたる学説のうち主要なものとの関係を検討した。学説では、留置的効力から債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）を理解するものも存在したが、解釈の手法や抵当権における留置的効力の否定という原則等との関係上、こうした理解には限界がきていた。

そうであれば、債権質権の残された効力として優先弁済的効力が想起されるどころ、これまでの判例は徐々に優先弁済的効力との関係を示してきたのであり、この優先弁済的効力と債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）がどのような関係にあるかは検討の必要があった。まず、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）という概念が、優先弁済的効力という概念と整合するかを検討した。すなわち、優先弁済的な効力は担保目的の価値を把握することまで含む概念であり、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）と優先弁済的効力とは矛盾なく整合するものであることを示したのである。そして、次に債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）を優先弁済的効力と関連させて理解することは、これまでの判例と整合するかを検討したところ、こうした理解は判例の全体的な流れに反することも、とりわけ担保価値維持義務を明示した平成 18 年判決の判示内容に反することもなかった。さらに、平成期の学説との関係も矛盾はなかった。

したがって、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は、全体として優先弁済的効力に収斂される方向性に向かいつつある可能性を示した。

iv) 以上から、結論として本稿冒頭の問題の所在に立ち返るならば、債権質権の拘束力と担保価値維持義務を負担することは同様であると理解することができることを提示し得る。そして、判例は平成 18 年判決に至って優先弁済的効力の保護という方向に向かっており、学説も債権質権の性質や効力の説明に際して、債権質の留置的効力から離れて優先弁済的効力への関心をむけている状況からすれば、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は、少なくとも担保物権と関連する物的義務であり、判例・学説の全体的傾向として、この義務が優先弁済的効力との関連で理解される方向に収斂しつつあるとみるべき可能性を示すことができた。

こうした検討は、これまで債権質権の効力につき研究が乏しいとされていた中で、権利質権及び債権質権の効果の内容を明確にし、民法という一般法において担保価値を維持すべきとの原理を認める一定の根拠を提示するものである。また、本来質権の要件とされる占有と債権（無体物）に関する現在の議論状況を明らかにした。こうした点で、今後の担保物権のあり方を探る上で（特に債権質権の要件や効果に関して）、本稿が一定の貢献を果たすものではないかと思われる。

もっとも、本節では質権のうち証券的債権を除いた指名債権質について、従来の判例や学説を材料に検討し、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）の法的性質や根拠、そして、それらのあるべき方向性を示したに過ぎない。したがって、こうした理解が正当性を有することを示すにはいくつもの課題を伴っている。

まず、権利質権は債権質権以外にも存在する。そのため、本稿で示した方向性が知的財産

権に関する質権や株式に関する質権など他の権利質権との関係においても維持できるか検討する必要があるが¹、これは今後の課題としたい。そして、日本法に対応する外国法の議論を参照することは、権利質権や債権質権に関する議論が乏しかった日本法においては有益な視点を提供するものであるが、こうした検討については第3章で展開する。

また、担保目的の価値を維持すべきという理解は、判例によって抵当権の領域でも示されていたことは前述した。これは債権質権と同じ約定担保物権である抵当権に関する判断であり、これが平成18年判決に応用されているとすれば、抵当権の判例も含めた総合的な検討が必要である。特に、権利質権や債権質権が抵当権に接近していると理解するならば、効果面にとどまらず、占有の有無などの要件面や法的性質についても、権利質権全体と抵当権をあわせて検討するべきである。さらに、そもそも、本節では債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）が物的義務であり、その義務の説明としては優先弁済的効力に収斂しつつあることを示すにとどまった。そのため、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）が、優先弁済的効力の内部で論じられるのか、あるいはそれとは別の概念として独立させるべきであるのかという点については議論していない。これも、同じように優先弁済的効力を有する抵当権の領域における判例を検討する上で議論が試みられるべき問題である²。

そこで、次節では主に抵当権に関する判例との関係において上記で確認した方向性をどのように一般的なものとして概念構成することができるか論じていきたい。

¹ 特に、知的財産権に関する質権は前章で指摘したように明文規定によって、担保権者の知的財産権に関する利用が否定されており、留置的効力がない非占有担保であることが制度的に明確にされていた。すなわち、準占有とは「自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場合」と定められているもの（民法205条）、たとえば著作権に関してみると「著作権は、これを目的として質権を設定した場合においても、設定行為に別段の定めがない限り、著作権者が行使するものとする」とされているため（著作権法66条1項）、著作権を質に供した場合、特約がなければ質権者には原則的に「財産権の行使」が明文規定によって否定されることになる（特許法95条等他の知的財産権についても同趣旨）。したがって、準占有を認めることができないのである。故に、知的財産権に関する質権は留置的効力がない非占有担保権であり、これは同じように留置的効力がない非占有担保である抵当権と非占有的な性格が強い債権質権との比較の材料となるのではなからうか。

² 抵当権の領域においても、担保価値を維持すべきとの原理は優先弁済的効力と関連する物的な概念であることが指摘されている。つまり、抵当権者は「抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして」、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような「状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」といわれている（最判平成11年11月24日）。もっとも、この請求権を物権的請求権であると理解する学説が存在し（松井宏興「抵当権者の不動産明渡請求—最大判平11年11月24日と最判平17年3月10日を素材に—」清水元ほか編『平井一雄先生喜寿記念 財産法の新動向』[信山社・平成24年]76頁を参照）、これが多数説とされており（片山・前掲序論注4「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権」164頁）、債権質権においても同様の理解が可能であるか検討の必要がある。なお、平成18年判決を前提として、担保価値維持義務と抵当不動産の第三取得者の費用償還請求権との関係を論じたものとして、藤澤治奈「抵当不動産の第三取得者の担保価値維持義務と民法391条」大塚直ほか編『社会の発展と権利の創造—民法・環境法の最前線』（有斐閣・平成24年）31頁以下が存在する。平成18年判決の判示が抵当権について広がりをもっている可能性を示すものとして注目したい。

第2節 担保価値の維持に関する法的位置づけ

これまでみてきた第1節においては、証券的債権を除外した狭義の指名債権に関する質権（以下、特別の記載がなければ「債権質権」とする）について、その拘束力と担保価値維持義務を負担することは同様であると理解することが可能であり、判例・学説の全体的傾向として、この義務が優先弁済的効力との関連性を深める方向に収斂しつつあることから、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は、担保物権と関連する物的義務とみるべきであることを示した。

上記の考察の際には、債権質権に関して担保価値維持義務を判示した最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁（以下「平成18年判決」とする）の詳細とその評価等を示したものの、担保価値の維持に関する判示を行った最高裁判決は平成18年判決に限らない。すなわち、抵当権の分野において、最判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁（以下、「平成11年判決」とする）及び最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁（以下、「平成17年判決」とする）も存在している。

これらの判決から平成18年判決が受けた影響をどのようにみるかについて、前節では課題として残していた。また、従来、これらの判決全体を一体として考察し、これまでの学説も踏まえて、判例において示されてきた担保価値の維持に関する法理が民法上の一般的な概念から説明されるという試みは必ずしも多くはなく、十分であったようには思われないのである。

そこで以下では、まず担保価値の維持に関して判示するいくつかの判例、すなわち、抵当権に関する諸判例から平成18年判決までの流れを確認し、抵当権に関する諸判例を平成18年判決と比較することで、抵当権に関する諸判例から平成18年判決が受けた影響や判例相互の比較から引き出され得る担保価値の維持に関する規範、さらには、担保価値の維持に関する実務上の位置づけ等について述べ（「第1 抵当権に関する判決との比較」）、その後、担保価値の維持について理論的にどのように位置づけるべきであるか、その概念構成についての試論を述べる（「第2 担保価値の維持に関する概念構成」）。

第1 抵当権に関する判決との比較

I. 担保価値の維持に関する最高裁判決との比較

1 抵当権に関する最高裁判決の流れ

まず、抵当権に関する最高裁判決と平成18年判決を比較するため、担保価値の維持に関するこれまでの最高裁判例を概観する。

(1) 平成 11 年判決

そもそも、平成 11 年判決以前の最高裁判決は抵当権者が抵当不動産の不法占有者に対して、退去を求めることを否定してきた¹。しかし、前述の平成 11 年判決がこれを認めたのである。

この平成 11 年判決の事実の概要は次のとおりである。X は、A に対する債権を担保するために、A 所有の土地・建物に根抵当権の設定を受け、その後、2800 万円を貸し付けている。X は、A から弁済を得られなかったため、根抵当権の実行として競売を申し立てたものの、Y らが競売の申立以前から本件建物を権原なく占有していたため²、買受人が買受申出を躊躇し、競売手続が進行しなかった。そこで、根抵当権者 X は貸金債権を保全するために、A が建物の所有権に基づいて Y らに有する妨害排除請求権を代位行使して、建物を X に明け渡す旨の請求（民法 423 条所定の債権者代位制度に基づく請求）を行った。

これに対して、最高裁は次のように述べている。

i) まず、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるもの」ではない。

そして、抵当不動産の所有者は「抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」といえるため、上記のような抵当権侵害の状態にある場合には「抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と述べ、この請求権を保全する必要があるときは、民法 423 条の法意に従って、抵当権者は抵当不動産の所有者が不法占有者に対して有する妨害排除請求権を代位行使することができる判断した。

ii) さらに、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許される」とも述べている。

以上に抵触する限度で、最判平成 3 年 3 月 22 日は変更され、X は A の妨害排除請求権を代位行使して、A のために建物を管理することを目的として、Y らに X へ直接に建物を明け渡す旨の請求が可能であるとされた（奥田昌道裁判官の補足意見については後述する）。

この平成 11 年判決は妨害排除請求権の代位行使を認めると同時に（上記判示 i 部分）、傍論ではあるものの、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権を認めた（上記判示 ii 部分）。この i 及び ii の両請求においては、第三者が抵当不動産を不法占有することにより「抵当不

¹ 最判平成 3 年 3 月 22 日民集 45 卷 3 号 268 頁を参照。

² Y らは、A から建物を賃借した B より賃借していると主張したものの、1 審では、AB 間の賃貸借契約を認めるべき証拠がなく、Y らが B から賃借したと主張しても、Y らの建物の占有権原は認められないと判断されており、控訴審も 1 審の判断を支持している。

動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態がある」ことが要件となっていることから、上記の「競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど」という判示部分は、不法占有による抵当権侵害の例示に過ぎないと評価されていた³。

また、この平成 11 年判決はいくつかの課題を残していた。まず、平成 11 年判決は抵当権侵害の状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を被保全権利としているところ、この権利の性質がどのようなものか問題となる。また、直接の明渡しを受ける抵当権者が「管理することを目的として」占有すると判示されているものの、これはどのような意味であるかということも問題となった⁴。さらに、平成 11 年判決は、無権原の占有者に対して、所有者の妨害排除請求権の代位という構成を採用した事案であったが、権原を有する占有者に対しては、そもそも所有者が不動産の明渡し請求権を有しないため、この場合、所有者の妨害排除請求権を代位行使する余地がないとの限界があり⁵、こうした事例への対応策が問題となっていた。

(2) 平成 17 年判決

こうした課題を残した状況で、平成 17 年判決が、権原ある占有者の事案につき抵当権に基づく妨害排除請求を認めた。事案の概要は以下のようなものである。

建設業者 X 社が、A 社との請負契約に基づき、A 所有の土地上に建物を建築・完成した。ところが、A が請負代金の大半を支払わなかったため、X は建物の引渡しを留保していた。その後、XA 間において、①請負代金の分割払い、②建物及びその敷地に請負残代金担保のために X を第 1 順位とする根抵当権を設定すること、③建物を他に賃貸する場合には X の承諾を得ることなどが合意され、X のための抵当権設定登記がなされた。そこで、X は建物を A に引き渡したところ、A が上記分割金を一切支払わず、さらに、X の承諾を得ずに、建物を B 社に賃貸して引渡し、B も X の承諾なく建物を Y 社に転貸して引き渡した。上記転貸賃料は適正金額より大幅に安く、また、Y と B の代表取締役が同一人物であり、A の現在の代表取締役はかつて Y の取締役であった。そして、A が事実上倒産したので、X は本件建物及び敷地に関して競売を申し立てたものの、買受人が現れずに売却できなかった。そこで、X は Y に対して本件建物の明渡しと賃料相当損害金の支払を求めたところ、原審は X の請求を認容したので、Y が上告及び上告受理申し立てを行った。

これに対して、最高裁は次のように判断した。すなわち、「抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設

³ 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡し請求（中）」NBL 682 号（2000 年）39 頁、松井宏興「抵当権者の不動産明渡し請求—最大判平 11 年 11 月 24 日と最判平 17 年 3 月 10 日を素材に—」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』（信山社・2012 年）74 頁が本文のような評価を示している。

⁴ 平成 11 年判決について、その他の残された課題については、内田貴『民法Ⅲ [第 3 版] 債権総論・担保物権』（東京大学出版会・2005 年）439～440 頁、山野目章夫『物権法 [第 5 版]』（日本評論社・2012 年）300 頁を参照。

⁵ 安永正昭『講義 物権・担保物権法』（有斐閣・2009 年）288 頁注 35 を参照。

定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである」。

さらに、「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるものというべきである」と述べている。そして、本件の事情の下では、賃貸借契約や転貸借契約のいずれもが競売手続を妨害する目的が認められ、Yの占有により本件建物及びその敷地の交換価値の実現が妨げられ、Xの優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があり、取締役等が重複している関係から見てA社が抵当権に対する侵害が生じないように建物を適切に維持管理することを期待することはできないとの判断がなされ、Xが直接自己へ建物の明渡しを求めることができるとされた（不法行為に基づく賃料相当損害金の支払請求については省略）。

平成17年判決は、抵当不動産の所有者が「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されて」いると述べており、この点で平成11年判決の延長線上にあるといわれていたが⁶、平成17年判決が抵当権そのものに基づく妨害排除請求を正面から認めた以上、平成11年判決のような代位構成を今後はあえて採用する必要がないとの評価がなされた⁷。

（3）平成18年判決

その後、債権質権に関して、担保価値維持義務を認めた平成18年判決が登場している。前節でも詳細を述べたが、ここで再度簡単に事案と判旨を確認しておく。

平成18年判決は、敷金返還請求権に質権を設定していた債務者が破産し、その破産管財人が裁判所の許可を得て、質権の目的である敷金返還請求権を未払賃料等に充当する合意をなした事案であった。上記充当合意の時点で、破産財団には相当額の預金が存在したため、質権者が、上記充当合意は破産管財人の善管注意義務に違反するものであり、これによって自己の質権が価値を失って、優先弁済権が侵害されたと主張して、損害賠償または不当利得

⁶ 金融・商事判例1218号（2005年）31頁の無記名のコメント、丸山絵美子「判批」法学セミナー607号（2005年）120頁を参照。

⁷ 妨害排除請求権の代位構成は「本来物権的請求権として処理されるべきものを債権者代位権制度に乗せるべく、無理な技巧を重ねているように思われる」と評価されており（松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求（下）」NBL683号〔2000年〕38頁）、本文記載の通り、平成17年判決が抵当権自体に基づいて物権的請求権を認める以上、代位構成の必要性が乏しいことが指摘されてきた（中田裕康『債権総論 第三版』〔有斐閣・2013年〕227頁を参照）。こうした評価からみると、平成11年判決の代位構成は過渡的な法律構成に過ぎないと理解することになろう（松岡・前掲「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求（下）」40頁、内田・前掲注4の439頁）。

返還請求を求めた。

これに対して、平成 18 年判決は、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと」述べ、敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、「質権設定者である借入人が、正当な理由に基づくことなく貸入人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反する」と判断した。

そして、具体的には、原状回復費用を除く賃料及び共益費等（以下、「賃料等」とする）について、破産財団にこれらを支払うのに十分な銀行預金が存在しており、現実にこれを支払うことに支障がなかったにもかかわらず、これを支払わないで敷金をもって充当する旨の合意をし、敷金返還請求権の発生を阻害したと認め、こうした行為は「特段の事情がない限り、正当な理由に基づくものとはいえない」と判断して、担保価値維持義務違反を認めている。

こうして、破産財団が上記の充当合意により、「賃料等の支出を免れ、その結果、同額の本件敷金返還請求権が消滅し、質権者が優先弁済を受けることが」できなくなっているため、破産財団が質権者の損失において賃料等に相当する金額を利得したというべきであるとして、不当利得返還請求を認容した（裁判官才口千晴の補足意見は省略）⁸。

最高裁における担保価値維持概念に関する判示は以上のようなものであり、平成 18 年判決は上記の抵当権に関する判例と一連のながれにあるといわれていた⁹。そこで、次に抵当権に関する最高裁判例と平成 18 年判決を比較し、抵当権に関する判決が平成 18 年判決及ぼした影響、そして、両者の判決を比較することによって引き出される規範について論じる。

2 抵当権に関する判決からの影響と判決相互の比較

(1) 平成 18 年判決への影響関係

以上のように抵当権に関する最高裁判決は担保価値を維持すべきことを指摘している。このような判示が平成 18 年判決にどのような影響を及ぼしたのか簡単に確認しておく。

まず、平成 11 年判決では、抵当権者が「抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態（筆者注：抵当権侵害の状態）を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と述べられていた。これに対して、平成 11 年判決における奥田昌道裁判官の補足意見では、抵当権者が「抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権（担保価値維持請求権）を有する」と述べられていた。

⁸ なお、平成 18 年判決の事案や判旨の詳細及びその評価に関しては、第 2 章第 2 節の第 1 の II 及び第 3 を参照。

⁹ 片山直也「判批」ジュリスト臨時増刊 1354 号（2008 年）71 頁及び片山直也『詐害行為の基礎理論』（慶応義塾大学出版会・2011 年）624 頁では、平成 11 年判決と平成 18 年判決を比較・連続して位置づけ、設定者に対する担保価値維持義務等を根拠づける方向性が示されている。

これらの請求権に関する評価としては、奥田補足意見の認める請求権と区別して、法廷意見の述べる請求権は「侵害是正請求権」と評価する立場が存在する¹⁰。もっとも、法廷意見と奥田補足意見の請求権概念はほぼ同趣旨であるとも指摘されており¹¹、法廷意見が述べるこの請求権は平成 11 年判決において「抵当権の効力として」認められていることから、この請求権は物権的請求権という法的性質であるとの評価が示されていた¹²。

以下では、上記のように、担保価値を維持すべき請求権という概念が一般化してきたことから、法廷意見が述べる請求権と奥田補足意見の指摘する請求権をほぼ共通するものとみて、担保価値維持請求権と統一的に呼ぶこととする。

ところで、平成 11 年判決以前の判例としては、平成 11 年判決と同種の判断を行うものとして、東京地判昭和 52 年 10 月 28 日下民 28 卷 9～12 号 1123 頁が存在した。同判決は、X が Y1 所有の建物に根抵当権の設定を受けたが、Y1 が Y2 に同建物を賃貸し、さらに Y2 が Y3 に転貸したところ、X が上記賃貸借と転貸借の解除、そして、Y1 に代位して Y2 及び Y3 に対して建物の明け渡しを請求した事案であり、次のような判示を行っていた。

すなわち、「抵当権設定義務者である被告 Y1 は、その設定権者である原告 X に対し、その約旨に従って抵当物件である本件建物を保存し維持すべき義務を有するから」、被告 Y1 及び被告 Y2 間の賃貸借契約が解除され、被告 Y2・Y3 が「本件建物に対する占有権原を失うことを前提として、被告 Y1 に代位して、被告 Y2 および被告 Y3 に本件建物の明渡しを求める原告 X の請求は理由がある」とされた。

これに対して、学説では平成 11 年判決の登場まで、上記のような請求権を承認するような理解はほとんどみられず、十分に議論されてこなかったといわれている¹³。このように平成 11 年の段階で、判例・学説上では担保価値維持請求権という概念が定着していないにもかかわらず、このような理解が採用され、抵当権の分野においてはかなり新しい概念が承認されたと受け止められていた。

¹⁰ こうした評価は、松岡・前掲注 7 の 38 頁を参照。

¹¹ このような指摘をするものとして、道垣内弘人『『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』をめぐって—最大判平成 11・11・24 の理論的検討』ジュリスト 1174 号（2000 年）29 頁がある。もっとも、結論としては前記の松岡説の区分に従うことが明示されている。その後の学説では、担保物権の優先弁済的効力を確実にする概念として、設定者が「担保物の価値を維持すべき義務」を負い、これを「担保権者の側からいうならば、担保物の価値維持請求権があることになる」と述べて、担保価値維持義務や請求権という用語を一般的に認める立場も登場するに至っている（山野目・前掲注 4 の 218 頁が代表的である。）詳細は、第 2 章第 2 節の第 2 の IV を参照。

¹² このような理解を示すものとして、山野目章夫「抵当不動産を不法に占有する者に対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの許否—最大判平成 11・11・24 をめぐって」金融法務事情 1569 号（2000 年）49 頁、道垣内・前掲注 11 の 30 頁、森田修『債権回収法講義〔第 2 版〕』（有斐閣・2011 年）206 頁、松井宏興「抵当権者の不動産明渡請求—最大判 11 年 11 月 24 日と最判 17 年 3 月 10 日を素材に一」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』（信山社・2012 年）76 頁等を参照。これらと若干異なり、物権に対する妨害者一般に対して主張し得る物権的請求権とは距離があるものの、「物権的な性質の請求権」ではあるとの評価を述べるものとして、八木一洋「判解」法曹時報第 52 卷第 9 号（2000 年）291～292 頁を参照。

¹³ これを述べるものとして、小笠原浄二ほか「最大判平成 11. 11. 24 と抵当権制度の将来」金融法務事情 1569 号（2000 年）41 頁〔鎌田薫発言〕、角紀代恵「判批」法学教室 234 号（2000 年）49～50 頁、生熊長幸「判批」ジュリスト臨時増加平成 11 年度重要判例解説（2000 年）73 頁を参照。

したがって、平成 18 年判決が「債権の担保価値を維持すべき義務」との用語を用いたことは、平成 11 年判決以来の抵当権に関する最高裁判決の判示からの影響は絶無ではないだろう¹⁴。

もっとも、既に本章第 2 節で述べたように、平成 11 年判決の登場以前から、債権質権の領域においては、学説によって設定者が質入債権を保存する義務が存在することが承認されてきた。すなわち、古くは大正期にさかのぼるものの（学説の詳細は第 2 章第 2 節第 2 の中島説以降を参照）、その例の一端をここで示せば、以下のような学説が存在した。

たとえば、債権を質入することは「債権の有する交換価値が第三者（丙）の支配に帰属し、その債務者（乙）はこの把握された交換価値を破壊しないように拘束を受ける」との理解が示され¹⁵、その後、「設定者は、質権者のために目的債権を健全に維持する義務を負う」との理解が示されてきたのである¹⁶。

これらの学説が、平成 18 年判決の際に、参考とされた可能性をうかがわせる事情もあるため¹⁷、「債権の担保価値を維持すべき義務」との判示は平成 11 年判決だけでなく、学説上の議論の影響も無視できないように思われる。

（2）担保価値維持の前提

このように、抵当権に関する最高裁判決は平成 18 年判決と判示の用語形式を見る限り、一定の影響関係が存在した。そして、両者は担保目的の価値を維持するという理解を示しており、内容面でも共通性を感じさせている。そこで、これらの判決から実際に引き出される共通点が存在するかについて確認する。

まず、抵当権に関する担保価値の維持が初めて登場した平成 11 年判決についてみると、平成 11 年判決の登場以前は、上記の通り、最判平成 3 年 3 月 22 日民集 45 卷 3 号 268 頁が抵当権に基づく物権的請求権の行使も、被担保債権を保全するために設定者の所有権を代位行使することも、いずれも否定していた。

こうした状況下で、執行妨害を回避し、抵当権者を保護するための手段が必要とされていたところ、平成 11 年段階までには執行法で一定の対応策がとられた。しかし、平成 3 年判決の存在によって実体法上では抵当権者が競売前に占有を排除する方法が失われていたため、実体法上の原則の確立が求められている状況であった¹⁸。それゆえ、平成 11 年判決では担保価値維持請求権という概念が考え出され、この担保価値維持請求権を被保全権

¹⁴ 現に、平成 18 年判決の調査官解説では次のような理解が示されていた。すなわち、平成 11 年判決の調査官解説において抵当権者が一定の請求権を有するならば、その反面として抵当不動産の所有者（つまり設定者）はこれに対応した義務を負うことが示されたことから（八木・前掲注 12 の 293 頁）、「抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を承認する平成 11 年判決が同請求権に対応する担保価値維持義務を実質的に認めているとの評価が示されており（谷口安史「判解」法曹時報第 61 卷第 3 号 [2009 年] 325 頁注 9 を参照）、このことから平成 11 年判決が平成 18 年判決に与えた影響が見受けられる。

¹⁵ 我妻栄『新訂担保物権法（新訂第 6 刷）』（岩波書店・1975 年）184 頁を参照。

¹⁶ 道垣内弘人『担保物権法 [初版]』（三省堂・1990 年）88 頁を参照。

¹⁷ 谷口・前掲注 14 の 325 頁注 8 を参照。

¹⁸ 内田・前掲注 4 の 436～437 頁を参照。

利とする妨害排除請求権の代位行使が認められたのであった。

次に、平成 18 年判決をみると、敷金返還請求権に質権を設定した者（賃借人）が破産したことで、法的には破産者の地位を承継する立場にたつ破産管財人が登場した。そして、この破産管財人が支払にあてる現金が破産財団中に存在するにもかかわらず、賃料をあえて滞納し、未払い賃料に敷金を充当する旨を貸借人と合意して、敷金返還請求権（質入債権）を消滅させている。

こうした破産管財人の行為について、事後に責任追及する手段として損害賠償請求や不当利得返還請求などが考えられる。実際に、平成 18 年判決における原告（質権者から債権回収を委託された業者）は、上記のような破産管財人の充当合意によって優先弁済権を侵害され損害を被ったとして、破産管財人に対して、善管注意義務違反に基づく損害賠償請求（旧破産法 164 条 2 項）と不当利得返還請求（民法 703 条）を行っている。

しかし、いずれの請求においても、破産管財人の上記充当合意が全く有効かつ適法なものであれば、その請求を維持することは困難となる。とはいえ、破産法上は上記のような破産管財人による質入債権の消滅行為の効力を法的に否定する手段は用意されていなかった¹⁹。そこで、平成 18 年判決は善管注意義務違反に基づく損害賠償請求は否定したものの、以下の方法で不当利得返還請求を認めている。

すなわち、上記の充当合意によって敷金返還請求権の発生を阻害することは、設定者が質入債権の担保価値を維持すべき義務に違反すると判断され、同義務に反する充当合意によって破産財団が賃料等の支出を免れ、その結果、質権者が優先弁済を受けることができなくなったのであるならば、質権者の損失において破産財団が法律上の原因なく利得を得ているとみて不当利得返還請求が認容された。

つまり、ここでは、破産管財人が賃料等へ敷金を充当するという実質的な弁済によって「賃料等の支出を免れ」、これが担保価値維持義務に反するものであるため、その効力が失われ、破産管財人の上記充当合意（利得）は質権者の財貨を権限なく自らの弁済に供した（法律上の原因がない）と理解されているのである²⁰。すなわち、担保価値維持義務は同義務に違反する行為の効力を否定する規範として、不当利得の要件の中で作用しているのであった²¹。

このように、平成 18 年判決では、実体法上、破産管財人の充当合意の法的効力を否定する手段が明文で存在しておらず、担保価値維持義務が不当利得返還請求の要件である「法律

¹⁹ もっとも、管財人の充当合意の効力を一般条項によって否定することも理論的には考えられ、その際には、充当合意の法的効力を否定する実体法上の手段が存在したといえる。しかし、一般条項への逃避は非常に危険であり、最終手段的な側面がある。質入債権の消滅や変更等の行為に関してどのように対応するかは、第 2 章第 2 節で述べたように、債権質権の拘束力によって対処するという学説上の議論が積み重なっていたし、担保目的物の価値を維持すべき視点を示す抵当権に関する判決も登場していたのであるから、こうした議論を破産の場面における管財人の充当合意に適用できるか否かを考慮せず、一般条項を適用することは危険であり、一般条項を適用する可能性があるとするれば、上記の学説や判例の理論構成を適用できるか否か検討し、それが不可能であった場合に限られるであろう。

²⁰ 谷口安史「時の判例」ジュリスト 1377 号（2009 年）143 頁が本文のような理解を述べている。

²¹ これは、谷口・前掲注 14 の 308 頁及び 310 頁が指摘している。

上の原因」の中で、充当合意を否定する行為規範として用いられているのであった。

以上のように、平成 11 年判決及び平成 18 年判決の両者を比較すると、ある共通点が浮かび上がる。それは、いずれの事案においても担保に供された目的がなんらかの方法によってその価値を害される状況に陥っており（占有による競売妨害や充当合意による質入債権の消滅）、担保権者として実体法上とるべき明文の法的手段が存在しない（占有排除の方法や質入債権消滅を否定する方法がない）という場面におかれているという共通点である。

そもそも、債権や不動産が約定によって担保権を設定されたとしても、担保権者は当該債権の債権者でも所有権者でもない。したがって、債権質権の場合でいえば、設定者が質入債権における債権者のままであり、質入債権の譲渡がなされても、基本的にはその効力を問題にはできなかった（民法 364 条の対抗要件を具備していれば質入債権の譲受人にも質権を対抗可能であり、それで問題もなかった）。

また、抵当権の場合であれば、抵当目的物の所有者はやはり設定者である。ましてや、非占有型の担保である抵当権では、抵当権者は担保目的物である不動産の使用・収益に関与することは基本的にはないはずであり、設定者あるいは設定者からの賃借人等の占有に介入することは本来的には不可能であるということが原則であった。

したがって、担保目的である財産の価値が害されたとして、当該財産の処分を法的に否定する、あるいは、その財産の占有関係の排除に介入することができるとしても、それは例外的な場面であって、上記の共通点が示すように「担保権者として実体法上とるべき手段が他に存在しない」という状況に限定されるといえるのである。

このような判例の比較から、「明文の法的手段の不存在」ともいえる一般的な前提を引き出し得る。この比較の対象となった平成 11 年判決は非占有型担保である抵当権の事案であり、また、平成 18 年判決は証書の交付が要件とならない狭義の指名債権質権の事案であった。この債権質権は第 1 章でも述べたように平成 15 年改正以後は完全に要物性を欠いており、第 2 章第 1 節でも触れたように占有を観念されていないので、その法的性質は抵当権に接近していた（債権質権の非占有担保化）。故に、少なくとも約定担保物権のうち、占有が認められない（ないしは占有が希薄な）担保物権において、担保価値維持請求権や担保価値維持義務の発生が認められる場面は、「明文の法的手段の不存在」という前提が整っている場合であるといえるのではなかろうか。

もっとも、担保価値維持義務違反の有無を判断する際には、こうした前提の他に、質入れされた権利毎に個別の要件が課されることになるだろう²²。

²² たとえば、敷金返還請求権が質入れされた平成 18 年判決では、「条件付債権としての敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、質権設定者である賃借人が、正当な理由に基づくことなく賃貸人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反するものというべきである」と述べられ、実際には質入債権の発生を阻害することにつき「正当な理由」という規範的な要件を課した上で、担保価値維持義務違反か否かを判断している。この正当な理由については、たとえば賃貸人の資力に問題があり、敷金の返還を受けられるか不安がある場合などいくつかの事態が想定されている（詳細は谷口・前掲注 14 の 318 頁を参照）。そして、この「正当な理由」要件は、敷金返還請求権のような条件付債権を前提としており、その特殊性を反映した定式であるため、一般化でき

(3) 物権的請求権概念の限界

このように、一方で抵当権に関する判例と平成 18 年判決の比較から一定の影響関係を確認し、また、それらの共通点として、担保価値の維持は実体法上他の明文の法的手段が存在しない場面で問題になるという前提を抽出することが可能であった。

このように、担保価値の維持は他の手段では対応不可能な場合に必要とされるのであるが、この手段そのものが実体法上に明文規定としては存在していない。そのため、担保価値の維持という問題を実体法上のものとして位置づける努力をするならば、どのような法制度として理解すべきなのか、担保価値の維持の概念構成が問題となる。そこで次に、上記の各判例を比較し、これらの判決の相違点を確認することで、担保価値の維持に関する概念構成について明らかにしたい。

まず、平成 11 年判決は、前述の通り、抵当権者が抵当権の効力として抵当不動産の所有者に対する担保価値維持請求権を被保全権利とした債権者代位訴訟を提起する可能性を開いた。さらに、平成 17 年判決は平成 11 年判決と同種の要件を前提として、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権の行使を認めた。

これらは、いずれも抵当目的物が物理的に占有可能な不動産であって、不動産を占有することによる抵当権侵害が生じ得る事案であったことから、抵当権者に妨害排除請求や管理占有を認めることが可能であり、かつ、それらを承認する意義もあった。そして、これも既に指摘したが、上記の平成 11 年判決で承認された担保価値維持請求権は学説上の評価として物権的請求権であると理解されてきた。

これに対して、平成 18 年判決は債権質権の事案であり、合意による充当によって担保目的である敷金返還請求権が消滅の危険にさらされているものの、ここでは担保目的が債権という無体物であるし、第 1 章でも指摘したように、このような債権質権は要物性を欠いている以上、占有という手段によって債権質権を侵害するということはあり得なかった。

この場合に、債権質権に物権的請求権としての妨害排除請求権を認めることができるのだろうか²³。そもそも、物権的請求権は物権の円満な行使（効力内容の実現）を確保するために発生するものである²⁴。したがって、債権質権は債権自体の上にも物権的な支配を及ぼすことから、債権の侵害が存在すれば、その侵害に対して妨害の排除及び損害賠償を請求することができるという学説が存在するものの、その範囲は限られており、質権者が対抗要件を備えた後の質入債権の消滅や変更等には及ばないと理解されていた²⁵。さらに、学説

ないことが指摘されている（清水恵介「判批」税務事例 39 卷 8 号 [2007 年] 64 頁）。よって、平成 18 年判決が予定していない他の債権・権利が質入れされ、その消滅・変更等の行為の際に担保価値維持義務違反を判断する個別の要件は異なってくる可能性がある。

²³ 債権そのものの占有が観念できない以上、債権の明渡請求はあり得ないし、既に質入債権が消滅しているため、妨害予防請求も意味をなさないため、質入債権の消滅等の場合に問題になるとすれば妨害排除請求権のみであろう。

²⁴ 我妻栄『新訂 物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店・1983 年）21～22 頁、山野目・前掲注 4 の 97 頁を参照。

²⁵ 我妻・前掲注 15 の 196 頁は、債権質権にも本文に述べたような妨害排除及び損害賠償請求をする効力を認めること指摘している。もっとも、この妨害排除はもっぱら債権質権者が対抗要件を具備する以前に

には金銭債権に対する侵害の際に、妨害排除請求権の行使を行う場面が想定できないし、債権そのものに物権的請求権が存在しないのに、債権質権にこれを認めるのは背理であるとして、妨害排除請求権を否定する理解も存在した²⁶。これらの立場からみれば、平成18年判決は、債権質権の妨害排除請求権が発生し得ない事案であったとみることも可能である。

仮に、債権質権に一般論として物権的請求をみとめるとしても、平成18年判決は現に不当利得返還請求の要件の中で充当合意の効力を否定する規範として担保価値維持義務を作用させている。したがって、担保価値維持請求権を前提として、その請求権に対する義務として、担保価値維持義務を承認しているわけではなかった²⁷。

このような担保価値の維持に関する最高裁判例の比較から、以下のことを述べることができるのではなかろうか。

たしかに、先に述べた通り、平成11年判決が認めた担保価値維持請求権は物権的請求権とみる理解が存在した。そして、物権的請求権が物権の円満な行使（効力内容の実現）を回復するために生じるものである以上、抵当権の担保価値が害された際に、抵当権の円満な効果の実現が妨げられるとみて、担保価値維持請求権が生じ、これを物権的請求権と性質決定することは制度趣旨に合致するようにも思われる。

しかし、抵当権の事例だけでなく、債権質権の事例も含めて考察すれば、平成18年判決は担保価値維持請求権を明示せず、物権的請求権が前提となるという法律構成を採用していなかった。そのため、債権質権制度との関係から、担保価値維持請求権や担保価値維持義務の法的根拠や法的性質を見直すならば、これらは必ずしも物権的請求権やそれに対応する義務の枠内にとどめ得る概念とはいえないように思われる。

このように抵当権に関する各最高裁判例と債権質権に関する平成18年判決は、いずれも担保目的の価値が維持されるべきとの結論を示しており、その用語法としても、また、その発生状況としても関連性が認められたものの、物権的請求権を承認できるか否かという点で相違点が認められた。そして、このような違いは担保価値の維持という各判例の共通項を物権的請求権以外のどのような概念で説明すべきなのかという問題を提示しているのである。

質入債権の消滅や変更がなされた場合に、設定者に対する責任追及手段として想定されており、債権質権者が対抗要件を具備した後に、質入債権を消滅・変更等する行為は債権質権の拘束力の問題として処理されている（我妻・前掲注15の191頁及び196頁）。したがって、債権質権に基づく妨害排除請求権が承認されるとしても、その範囲は限られているといえよう。

²⁶ 道垣内弘人『典型担保の諸相 [現代民法研究 I]』（有斐閣・2013年）53頁 [初出・道垣内弘人「担保の侵害」山田卓生編集代表・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 2』（日本評論社・1998年）285頁以下]、道垣内弘人『担保物権法 [第3版]』（有斐閣・2008年）111頁を参照。この理解によれば、質入債権に対する第三者の債権侵害は設定者が第三者に対して有する損害賠償請求権への物上代位の問題となり、設定者と第三債務者間の弁済によって質入債権が消滅するような場合には、設定者が質権者に対して負う「目的債権を健全に維持する義務」（平成18年判決登場以後は、担保価値維持義務と同視されている）の問題とされている（道垣内・前掲『担保物権法』111頁を参照）。

²⁷ 平成18年判決が述べる担保価値維持義務が学説上議論されている債権質権の拘束力と同視できることは既に指摘した（第2章第1節第3のIを参照）。そして、学説上も、この債権質権の拘束力は、基本的になんらかの請求権が存在し、その請求権に対する義務という理論構成はなされていなかった（詳細は第2章第1節第2の各学説を参照）

そこで、このような問題について論じるにあたって、平成 18 年判決以後に登場した担保価値維持請求権に関する最新の下級審判決を概観し、上記のような最高裁判決相互の影響関係や相違点をさらに明確にして、担保価値の維持に関する実務上の位置づけを明らかにする。

II. 担保価値の維持に関する近時の下級審判決との比較

以下では、まず、東京高判平成 23 年 8 月 10 日金融法務事情 1930 号 108 頁（以下、「平成 23 年判決」とする）の事実と判旨を紹介し、その後、上記のような最高裁判決との関係を明らかにする。

1 事 実

① Y（水産に関する財団法人）は、昭和 34 年 3 月 31 日、訴外甲社との間において、期間を平成 31 年 3 月 30 日までと定めて、土地（以下、「本件土地」とする²⁸）の賃貸借契約を締結し、同土地を甲に引き渡した（当該賃貸借に係る借地権につき、以下では「本件借地権」という）。

② その後、昭和 47 年 12 月 21 日に、甲は、Y の承諾を得て、本件借地権を訴外乙社に譲渡した。乙は、昭和 57 年 3 月 15 日、本件土地上に、建物（以下、「本件建物」とする）を建設し、登記を済ませている。

③ 乙は、丙社に対して、平成 8 年 2 月 6 日に本件建物及び本件借地権を譲渡し、同年 3 月 1 日に Y がこれを承諾している。そして、丙・Y 間では本件借地権の内容につき合意がなされた（以下、「本件賃貸借契約」とする）。本件賃貸借契約 9 条には次の各号のいずれか 1 つに該当すれば、催告なくして本件賃貸借契約の解除を認める旨が定められていた。すなわち、9 条は、「丙が使用料の支払を怠ったとき（2 号）、丙が第三者強制執行及び保全処分を受け、もしくは支払を停止し、その他信用を失ったとき（4 号）、丙が本件賃貸借契約に違反し、Y において本件賃貸借契約を存続しがたいと認めたとき（6 号）」を無催告解除の事由として規定していた。

④ 平成 18 年 3 月 29 日、X（信用組合）は丙との間で信用組合取引にかかる基本契約を締結し、同取引の約定に基づいて、丙に 1 億 5000 万円を貸し付けた（利息年 3.5 パーセント、平成 18 年 10 月以降毎月末日に元利金 148 万 3288 円を分割弁済するとの約定）。

⑤ そして、丙に対する上記貸付債権等を担保するために、X は、訴外丁銀行が本件建物につき設定をうけていた根抵当権の譲渡を受け、その登記を行った。このように、本件建物に根抵当権や抵当権を設定することについて、Y は X に対して承諾しており、この承諾の際には、将来、根抵当権が実行されて建物所有権が第三者に移転しても、当該第三者が水産

²⁸ 本判決が引用する原審の認定によれば、本件土地は、Y が東京都知事による公有水面埋立免許に基づいて造成した漁業基地であるとされている。

関係業者であり、主たる業務内容が漁業基地の利用目的に沿うならば、本件土地の使用を承諾するとされていた。

⑥ 丙は、平成 19 年 6 月 30 日に支払うべき分割金の弁済を怠ったため、X が書面にて催告を行い、また上記信用取引約定に基づき、平成 19 年 11 月 16 日の経過をもって、丙は期限の利益を喪失した。期限の利益喪失時点における丙の残元金は 1 億 4162 万 9537 円であり、これと同額の元金及び本件根抵当権の極度額に満つるまでの利息、さらに遅延損害金を請求債権として、X は平成 20 年 8 月 27 日に、根抵当権に基づき、本件建物の競売を申し立てた。

⑦ さらに、X は、平成 20 年 11 月 7 日に、代払許可決定（民事執行法 188 条、56 条）を得て、平成 20 年 11 月 28 日には Y に対して賃料を提供するも、Y が受領を拒絶した。そのため、X は 95 万 8906 円（内訳：平成 20 年 7 月～10 月分の賃料 74 万 9380 円、供託の遅れた日数分の利息 2 万 2181 円、平成 20 年 11 月分の賃料 18 万 7345 円）を供託し、以後も継続して遅滞なく賃料 18 万 7345 円を供託した。

⑧ ところが、丙は平成 20 年 9 月 30 日に株主総会において解散決議がなされており、平成 21 年 5 月 21 日には特別清算開始決定がなされたため、Y は、平成 21 年 5 月 28 日に、本件賃貸借契約 9 条 2、4、6 の各号に該当するとして、丙に対して解除の意思表示を行った。

X が申し立てた競売手続では、第 1 回入札において、1 億 1112 万円の最高価買受けの申出がされ、執行裁判所が売却許可決定をしたものの、その後、上記のように Y による本件賃貸借契約解除の意思表示がなされたので、売却許可決定は取り消された。そして、第 2 回入札においては、Y から賃貸借契約解除の意思表示がなされていることを考慮して、売却基準価格が第 1 回入札の価格である 8216 万円から 6685 万円に減価された。

なお、丙は Y による本件賃貸借契約の解除について異議なく認めている。

⑨ そこで、X は、丙及び Y を被告として、本件土地につき、丙が本件賃貸借契約に係る賃借権を有することの確認を求めた。これに対して、Y は、i) 丙が本件土地の平成 20 年 7～10 月までの賃料（74 万 9380 円）を滞納し、その後も本件賃貸借契約解除までの賃料を支払っていないため、本件賃貸借契約 9 条 2 号に該当すること、また、ii) 本件土地の利用者は水産漁業関係者であって、かつ、公有水面埋立許可に基づき造成された漁業基地の利用目的に沿うものでなければならぬところ、丙は清算され、新たに営業を行うことができないため、漁業基地の利用目的に沿う業務も行えないとして、本件賃貸借契約 9 条 6 号に該当する等と主張している。

これに対して、X は次のように反論している。まず、上記 i) について、未払賃料 74 万 9380 円は、X が代払許可決定を受けて供託しており、その後も供託は継続しているし、本件建物の競売終了後には、建物の買受人が適法に弁済を開始することが予測されると反論し、また、上記 ii) に対しては、特別清算が開始されても債務不履行解除の事由になるものではないし、根抵当権の実行により買受人が登場するとしても、Y は借地権の承諾（民法

612条1項)の際に、買受人が使用目的に沿った使用を行うか判断することができるため、Yの利益が害されることもない等の反論を行っている。

⑩ 原審(東京地判平成22年12月28日金融法務事情1930号112頁)は、本件賃貸借契約の解除の有効性を中心に判断している。すなわち、Yが解除の意思表示をした時点では丙の債務不履行は解消されており、本件賃貸借契約9条2号に該当する解除事由は認められず、また4号及び6号については、たとえ無催告解除の事由が認められても、解除を相当とするような賃借人の背信行為が認められないとされて、Xの請求が認容された。

Yは、これを不服として控訴した。また、Xも附帯控訴して、原審における確認請求(以下、「当初確認請求」とする)につき交換的変更の申立てを行った。つまり、本件土地について丙が借地権を有することの確認を債権者代位権に基づいて求める請求(以下、「当審確認請求」とする)に変更する申立てを行った。しかし、Yがこの変更に同意しなかったため、控訴審では当初確認請求及び当審確認請求のいずれもが審理の対象となった。

2 判 旨

原判決取消し、当初確認請求を不適法却下、当審確認請求を認容²⁹

(1) 当初確認請求の「確認の利益」について

「抵当権は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産につき他の債権者に先立ち抵当権者が自己の債権の弁済を受ける権利であって、抵当権の目的物に利用権を有するものではないから、そもそも、根抵当権者であるXは、本件建物について利用権を有しないし、本件建物の所有を目的とする本件借地権の権利者でも義務者でもない。そして、Xが本件借地権を確認する旨の判決を得ても、本件借地権の当事者である丙(賃借人)とY(賃貸人)は当初確認請求についての対立当事者ではないから、Xと丙あるいはXとYとの間で本件借地権を確認する判決が確定しても、本件借地権の当事者である丙とYとの間で、本件借地権の存在が既判力をもって確定される関係になく、本件建物の買受人とYとの間においても、その既判力を前提とする法律関係が構築されるものでもない。

したがって、Xが、当初確認請求をすることによって得ようとする本件借地権の当事者間(本件建物の買受人を含む。)における法律関係の不安定が当初確認請求により解消されるものではないから、Xにその確認を求める法律上の利益(確認の利益)はないというべきである」と判断された。

(2) 当審確認請求の「確認の利益」及び代位訴訟について

「これに対し、Xの当審確認請求は、債権者代位権に基づくもの、すなわち、丙のYに対する確認請求を代位行使するものであるから、その既判力は本件借地権の当事者間に生じ、本件建物の買受人とYとの間においてもその既判力を前提とする法律関係が構築されることになって本件借地権の存否に関する不安定が解消されるものであり、本件借地権の賃貸

²⁹ なお、判旨の紹介におけるタイトルや番号などは筆者が付した。

人である Y が本件解除を主張して本件賃貸借の終了を主張しているのであるから、その確認を求める法律上の利益は存するのである。そして、上記当審確認請求に関する前提事実によれば、X は丙に対して前記貸金債権等を有し、Y が本件解除をしたために、本件競売手続において、X は丙に対して有する貸金債権等について十分な満足を得ることのできる見込みがなく、また、丙は Y の本件解除について異議なく認めていることが明らかである。

X は、本件根抵当権に基づき、本件建物について競売の申立てをしているところ、賃借人である丙が本件借地権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより、本件建物の売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがあるため、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられているのであるから、X は、抵当不動産の所有者である丙に対して有するこの状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を保全するため、丙に代位して、本件借地権の確認を求める請求を行使することができる」と述べている。

(3) 本案に対する判断

こうして、X の当初確認請求は確認の利益がなく、不適法であるため、原判決を取消し、当初確認請求に係る訴えを却下し、また、X の当審確認請求については確認の利益があるため、X が代位行使することができるとして、以下のように本案の判断を行った。

すなわち、原審の判断を引用して、本件賃貸借契約 9 条 2 号の解除事由は存在せず、9 条 4 号については解除事由が存在しても、背信行為がなく解除が認められないとの事情があると認定された。また、本件土地の賃貸借が東京都知事の埋立許可に関連して、漁業基地の目的で本件土地を利用することが前提となっているところ、丙は特別清算が開始すれば取引能力を失って新たな営業ができないため、上記利用目的に沿った業務遂行ができない。この点から、Y は本件賃貸借契約 9 条 6 号の事由が存在するとの主張を行っているものの、丙について特別清算が開始されても、丙の現況に変更はなく、上記のような目的と異なる他の目的で利用するわけではないので、土地の利用に関する違反はないとされた。

以上から、当審確認請求は理由があると判断され、この請求が認容された。

3 本判決と従来判例との関係

では、前記の抵当権や債権質権に関する最高裁判決との関係で、平成 23 年判決をどのように位置付けるべきであろうか。

(1) 先例との異同と代位構成の新たな可能性

先にみたように平成 11 年判決は無権原者の占有によって、①抵当不動産の交換価値の実現の妨害、そして、②抵当権者の優先弁済請求権の行使の困難という状態が発生すれば、こうした状態を抵当権侵害と評価している。この抵当権侵害が要件となって、③抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして、①及び②のような侵害状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」が発生すると述べられている。

この点について平成 23 年判決をみると、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられてい

る」という点（上記①）、そして、この妨害状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を保全するために」代位を認める点（上記③）は平成 11 年判決と同様の判断を示している。しかし、平成 23 年判決は優先弁済請求権の行使が困難であるという点（上記②）には明示的に触れていないし、抵当権侵害という表現もみられない。したがって、平成 11 年判決との間で判示内容に違いがある。

この点についてみると、まず平成 23 年判決は判示部分冒頭で、抵当権者が担保不動産から優先弁済を受けることを認め（判旨 1 冒頭）、その上で、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」と述べている。不動産の交換価値の実現が妨害されると、優先弁済権の行使が困難となる可能性が高いとみるならば、平成 23 年判決でも実質的に担保目的物の交換価値からの優先弁済が困難となっているとの評価も可能であり、平成 23 年判決は平成 11 年判決が示したのと同種の状態（「①交換価値実現妨害及び②優先弁済請求権の行使困難」という状態）にあるといえる。

また、平成 11 年判決では、上記①及び②の状態を「抵当権に対する侵害と評価することを妨げない」と述べるのみであって、抵当権侵害の一般的な意味・内容が説示されているわけではない。そうであれば、平成 23 年判決のように不法占有以外の行為によって、担保目的である建物の価値を下落させ、その交換価値の実現を妨げる場合も抵当権侵害から除外されるわけではない³⁰。

こうした観点からすれば、平成 23 年判決が上記②や抵当権侵害という文言に言及していないとしても、平成 11 年判決と抵触するものではなく、その理論構成は平成 11 年判決と完全な連続性を保っているとの評価もあり得るかもしれない³¹。

とはいえ、平成 23 年判決は占有以外の方法で抵当目的物の交換価値が害された事案であり、その意味では占有による抵当権侵害を前提とする平成 11 年判決や平成 17 年判決と侵害の態様が異なる。

また、平成 11 年判決では、抵当不動産の競売が開始された後、買受人が買受申出を躊躇したので、入札がなく競売手続が進行していないことまで事実として認定されている。また、同様に、平成 17 年判決も「競売手続による売却が進まない」ことまで認定していた。これらの認定を前提として、両最高裁判決は交換価値の実現妨害に加えて（上記①）、「抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」（上記②）をも抵当権侵害の

³⁰ 学説上も、抵当権侵害とは「目的物の交換価値が減少しそのために被担保債権を担保する力に不足を生ずること」とされており（我妻・前掲注 15 の 383 頁）、競売手続上、抵当目的物の価格が減少するおそれがあり、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」と判示された平成 23 年判決は、抵当目的物が被担保債権を担保する力を不足させるものであって、こうした点からも抵当権が侵害されている事例とみることが全く否定されるものではないように思われる。

³¹ 類似の方向性として、松井宏興「判批」私法判例リマークス 45 号（2012 年）13 頁がある。ここでは、抵当権の優先弁済的効力が①優先弁済権と②換価権という両機能を含むものであることを前提とすると、平成 23 年判決のように、競売の場面で「売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがある」場合、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて「いる場合には、換価権（前記②）の行使の妨害が認められ、抵当権の優先弁済的効力の機能が害されていると評価されている。こうした理解から、平成 23 年判決は抵当権侵害との文言は用いていないものの、平成 11 年判決と同様に、交換価値の実現妨害を抵当権侵害とする事案であるとされ、平成 11 年判決の説示と連続的に評価する視点がみてとれる。

内容としているのである。これに対して、平成 23 年判決は、競売開始後に第 1 回入札における売却許可決定が取り消され、その後の第 2 回入札では売却基準価額が減価されたという認定しかされていない。すなわち、競売の帰趨が明確に認定されていない点で、平成 11 年判決や平成 17 年判決と明確に異なっている。

したがって、平成 23 年判決が上記①までしか述べず、上記②に言及していないという判決の前提となった認定事実の違いは上記の最高裁判例と比較して特徴的な差異であると思われる。このことから、平成 23 年判決を上記の理解のように、平成 11 年判決と完全に連続するものとみて、平成 11 年及び 17 年判決の述べる抵当権侵害と全く同一の事例と評価するには若干の距離があるように思われる。

そうした中で、平成 23 年判決と先例となる最高裁判例の共通点をあえて見つけるとすれば、それは平成 11 年判決も平成 23 年判決も代位訴訟の必要性に迫られていたということであろう。

すなわち、平成 11 年判決では、先にみたように最判平成 3 年 3 月 22 日民集 45 卷 3 号 268 頁が抵当権に基づく物権的請求権の行使も、被担保債権を保全するために設定者の所有権を代位行使することも否定していた状況において、救済の必要に迫られ、担保価値維持請求権という概念が考え出され、この担保価値維持請求権を被保全権利とする妨害排除請求権の代位行使が認められた。また、平成 23 年判決でも同じように、借地権の存在を脅かす設定者の異議なき同意に対して、抵当権者は設定者の借地権の確認請求権を代位行使する以外に、実体法上の対処手段をもたなかった。したがって、平成 23 年判決は平成 11 年判決と同様に代位訴訟を認める必要性があったといえる。

そして、平成 23 年判決のように要件を満たさない解除が貸貸人から主張され、それに対して、借借人の同意がなされれば、抵当目的物である建物の存立の基礎となっている借地権が存在しないか、あるいは、不明確になり、抵当目的物の価値が損なわれる危険性があった。現に、解除が主張されたことで、平成 23 年判決では競売手続において売却基準価額が減価している。そうであれば、抵当権が交換価値を把握する権利であるにもかかわらず、交換価値の実現が妨げられており、抵当不動産が適切に維持管理されているとはいえない。したがって、交換価値の妨害（上記①）という点では、平成 11 年判決と同様の状況にあり、「抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を認めたとしても（上記③）、不当とまではいえない事案であった。

以上の点から、平成 23 年判決は代位訴訟の必要性や代位訴訟を認めて事案の解決を図る妥当性という点で、平成 11 年判決と同種の問題状況にあったことから、平成 11 年判決の規範が一部借用されたとみるべきであろう。このように借用という形ではあるものの、担保価値維持請求権を被保全権利とする代位行使が機能する事例が認められたことは、以下の意義があるだろう。

まず、第一点目の意義として、判例固有の意義があげられる。すなわち、平成 17 年判決が抵当権に基づく妨害排除請求を認めた以上、あえて平成 11 年判決のような代位構成によ

って妨害排除請求権を行使するという必要はない(代位構成の役割は終了した)という評価がなされてきたものの、平成 23 年判決は妨害排除請求権の代位行使以外についても、代位構成を認める新たな必要性を認識させた点に意味があるといえる³²。

次に、第二の意義として、前記の最高裁判決の比較との関係があげられる。先の考察で指摘したように、抵当権に関する最高裁判例と平成 18 年判決を比較すると、担保価値の維持という問題が認められるのは、「担保権者として実体法上とるべき明文の法的手段が他に存在しない」という前提が存在する場面であった。平成 23 年判決では、抵当権者が設定者の借地権の確認請求権を代位行使する以外の実体法上の他の手段をもたなかったことは既に確認した通りであり、まさに上記の「明文の法的手段の不存在」という状況にあった。したがって、平成 23 年判決によって、担保価値の維持という問題が登場する場合には上記前提をふまえた場面であることがより明確になったといえよう。

さらに、上記の最高裁との比較を前提に述べれば、平成 23 年判決も平成 11 年判決や平成 17 年判決と同様、物権的請求権を承認する意義が存在した事例であり、この意味で、物権的請求権を前提としていない債権質権に関する平成 18 年判決との違いがみてとれる。

(2) 担保価値の維持という意識の浸透

さらに、平成 23 年判決では、借借人丙が賃貸借契約の解除について異議なく認めているとの認定がなされている(事実⑧参照)。このように、丙が賃貸借契約の解除を争わないのであれば、丙・Y 間に紛争がないとみて、そもそも X が丙の賃借権の確認請求権を代位行使できないと考える余地もあるかもしれない³³。

もっとも、i) 債権質権に関して、平成 18 年判決は担保価値維持義務によって担保価値を害する行為を禁止している。この義務については同義務に違反する行為の効力が否定されるとの作用が承認されているのは前述のとおりである。この点からすれば、平成 23 年判決では丙が解除を異議なく認める行為の効力について判断が示されていないものの、丙の同意は抵当不動産の競売価格に影響を及ぼす行為であって、担保目的物の価値を害するといえる。そうであれば、平成 18 年判決が認めた担保価値維持義務の作用から、丙の同意は担保価値維持義務に違反するため、その効力が否定されることになる³⁴。こうした平成 18

³² 本判決に対する無記名のコメント金融法務事情 1930 号(2011 年)109~110 頁、片山直也「判批」金融法務事情 1953 号(2012 年)25 頁、松井・前掲注 31 の 12 頁等を参照。

³³ この点について訴訟法的な観点からみると、丙・Y 間で借地権の解除について争いがなければ、丙には即時確定の現実的利益が乏しく、確認請求権が発生しないようにも思われる。このように考えれば、X が丙の請求権を代位行使することは観念できないようにもみえる。もっとも、訴えの利益は原告・被告間の事情で判断されるため、丙・Y 間で借地権の解除について争いがなかったとしても、原告である X と被告 Y との間で法律関係の不安定が存在すれば、丙・Y 間の紛争の有無に関わらず、X には即時確定の現実的利益が認められ、訴えの利益が肯定されることになろう。なお、平成 23 年判決の訴えの利益に関する問題点の詳細は、原謙一「担保価値維持請求権保全のための敷地賃借権確認請求の代位訴訟」横浜国際社会科学研究所第 18 巻第 3 号(2013 年)114~117 頁を参照。

³⁴ これに対して、以下のような民法 398 条との関係における理解も示されている。すなわち、平成 23 年判決のように Y が約定解除の要件を満たさない場合にも、Y の解除の意思表示を合意解除の「申込み」と理解し、丙の同意を合意解除の申込みに対する「承諾」と評価すれば、賃貸借契約の合意解除に類似した法律関係にあるものの、こうした合意解除は民法 398 条を類推適用すれば禁止されるものである。したがって、丙は解除につき異議がないことを認定しながらも、平成 23 年判決が X の代位訴訟を認めたこと

年判決の理解からみると、平成 23 年判決においては、丙の同意によって X の代位訴訟が否定されることはないだろう。

また、ii) 平成 18 年判決の影響は以下の点にもみられる。すなわち、平成 11 年判決は第三者の不法占有という行為により担保目的の価値が下落し、換価が妨害されて優先弁済権の行使が困難となったとして、第三者の行為が抵当権を侵害するとの判示がなされた。

これに対して、平成 23 年判決では土地の賃貸借契約を解除した第三者 Y ではなく、「賃借人である丙が本件借地権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより」、建物の価額が下落して抵当不動産の交換価値の実現が妨害されると判断されている。

したがって、平成 23 年判決では、平成 11 年判決のように第三者の行為による抵当権への影響を論じるのではなく、むしろ設定者丙の行為とその行為の抵当権への影響（不動産の交換価値実現の妨害）を論じている点で、その構造は質権設定者の充當合意を問題とした平成 18 年判決に近い。このことから、平成 23 年判決が平成 18 年判決の述べた担保価値維持義務の上記 i) の作用を意識していると思われる。

このように、平成 23 年判決では平成 11 年判決の代位訴訟のための判断枠組みを借用しながら、平成 18 年判決で承認された担保価値維持義務の作用が意識されており、これまでの最高裁判例が承認してきた法理が融合されている。この点から、下級審において、これまでの最高裁の示した判例法理が一連の統一的なものと捉えられ、担保目的の価値が維持されるべきであるという考え方が民法上の原理として存在感を増し、実務に徐々に浸透しつつあるという傾向がみてとれるのではないか。

Ⅲ. 判例の整理

以上を簡単に整理すると次のことが確認できる。

まず、平成 18 年判決と担保価値の維持を判示する抵当権に関する諸判例の流れを確認・比較すると、平成 18 年判決は抵当権に関する最高裁判決から用語上の影響を受けているだけでなく、判決相互に共通のものとして、「明文の法的手段の不存在」という前提にあったことが抽出可能であった。すなわち、担保価値維持概念が認められるのは、「担保権者として実体法上とるべき手段が明文で他に存在していない」という場面に限定されるのであった。そして、このことは、平成 18 年判決以後の抵当権に関する平成 23 年判決においても認められ、その前提の存在は確かなものとなったといえるだろう。

また、最新の下級審裁判例である平成 23 年判決では、抵当権に関する最高裁判決や平成 18 年判決の作用が意識されており、最高裁の示してきた担保価値の維持に関する法理が実務上は民法の原理として定着してきたことが認められた。

もっとも、上記の最高裁判決の比較からは、判決相互の相違点も認められた、すなわち、

は、上記のような民法 398 条との関係を考慮したとの評価も示されている（片山・前掲注 32 の 25 頁）。

抵当権に関する最高裁判例と債権質権に関する平成18年最高裁判決では物権的請求権を承認できるか否かという点で相違点が認められたのであった。このような違いは、平成23年判決との関係でも確認することが可能であり、担保価値の維持に関する抵当権の諸判例と債権質権に関する平成18年判決の共通項について、物権的請求権以外のどのような概念で説明することができるのか、その統一的な理解の方法という問題を提示しているのである。

そこで、次に担保価値の維持の問題を理論的にどのように位置づけるべきであるのか、その概念構成に関して試論を述べる。

第2 担保価値の維持に関する概念構成

I. 優先弁済的効力からの概念構成

これまで述べたように、担保価値の維持という問題は実務上民法の原理として定着しつつある。しかし、これをどのような理論的な根拠をもって説明するかという問題においては、物権的請求権という枠組みで説明することには限界があった。そこで、抵当権に関する諸判例と債権質権に関する平成18年判決について、共通の枠組みをもって担保価値の維持という問題を概念構成する必要がある。

このような理論化にあたっては、各判例、さらに、厳密に言えば抵当権と債権質権の両者に共通のより一般的な制度・概念に注目すべきである。抵当権と債権質権は担保物権であり、その中でも留置権や先取特権という法定担保物権を除いたもの、すなわち約定担保物権という共通点が存在する。そして、約定担保物権の効力として、抵当権も質権もいずれの担保物権においても優先弁済的効力が認められる。

したがって、ここでは抵当権及び債権質権に共通する一般的原理である優先弁済的効力から、担保価値の維持という問題を説明する可能性を示したい。

1 抵当権と優先弁済的効力の関係

まず、抵当権の諸判例においては物権的請求権が認められていた。物権的請求権は物権の円満な行使（効力内容の実現）を図る目的で発生することは既に確認した。つまり、抵当不動産が占有によって競売手続を阻まれ、または、競売手続中に抵当建物の基礎となる法律関係（例えば土地の賃貸借契約）の消滅行為が行われる等の場合には、抵当目的物の価値が害され、競売手続上で、抵当権の効果の円満な実現が阻まれている。そのため、たとえば占有による競売妨害であれば、抵当不動産を適切に維持・管理するために抵当権そのものから妨害排除請求権の発生を認めるべきであろう。また、たとえば抵当建物の建っている土地の賃貸借契約を消滅させる平成23年判決のような例であれば、土地の賃借人（建物への抵当権設定者）に抵当建物を適切に維持・保存するよう求めるために担保価値維持請求権が発生するとみてよいのである。

そして、担保価値維持請求権の出発点となった平成 11 年判決において、この請求権は優先弁済権の行使が困難となるような抵当権侵害状態の際に、「抵当権の効力として」、抵当不動産の所有者に抵当権侵害状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と述べられていた。したがって、ここでは担保価値維持請求権が「抵当権の効力」と関連することが示されている。

抵当権は設定者に担保目的物の占有を残す非占有担保物権であるので、留置的効力は承認されず、上記の抵当権の効力としては優先弁済的効力だけが認められてきた³⁵。そうであれば、平成 11 年判決が述べる「効力」とは優先弁済的効力において他にないであろう。現に、平成 11 年判決は抵当権侵害に優先弁済権が行使困難となることを含んでおり、その状態を是正すべく担保価値維持請求権を認めているのである。これは優先弁済的効力が害され、抵当権の効力の円満な実現が阻まれているため、この効力を回復すべく物権的請求権を認めているといえるのである。

また、平成 17 年判決においても、抵当権に基づく妨害排除請求権は、占有によって抵当不動産の交換価値の実現が妨害され、抵当権者の優先弁済権の行使が困難となる状態を要件として、抵当権者は占有者に対して抵当権に基づく妨害排除請求権を行使し、上記状態を排除できるとされた。これも、優先弁済権の行使が困難となり、抵当権の優先弁済的効力の円満な実現が阻まれたことが、物権的請求権発生の前提となっているといえるだろう。

このように、物権的請求権の発生をもって、抵当不動産の担保価値を維持しようとする最高裁判決はいずれも優先弁済的効力との関連性を有していると評価可能であり、こうした担保価値維持の場面では優先弁済的効力が密接な関係を持つのである。

2 債権質権と優先弁済的効力の関係

次に、債権質権に関しては、第 1 章において、その非占有担保化の傾向が進んでいることを確認した。このような傾向から債権質権が抵当権に近い法的性質となり、債権質権においては留置的効力を承認することはできず、優先弁済的効力が本質的効力となっていたことを第 2 章第 1 節で確認した。

現に、債権質権に関する平成 18 年判決は、破産財団が担保価値維持義務に反する充当合意により、「賃料等の支出を免れ、その結果、同額の本件敷金返還請求権が消滅し、質権者が優先弁済を受けることが」できなくなっていると述べ、優先弁済的効力を確保することを請求の前提とし、この効力との関連性を示していた。

また、この判例が認めた担保価値維持義務は学説上の概念である債権質権の拘束力と同視可能であり、学説における大きな流れとしても、債権質権の法的性質が非占有担保化するにつれ、この拘束力を債権質権の留置的効力と切り離し、優先弁済的効力と関連させて議論してきたのである（第 2 章第 1 節第 2 及び第 3 を参照）。

したがって、債権質権における担保価値維持義務も判例・学説上で優先弁済的効力との深

³⁵ 我妻・前掲注 15 の 14 頁及び林良平編『注釈民法（8）物権（3）[復刊版]』（有斐閣・2013 年）[初版・1965 年] 3 頁 [林良平]、道垣内・前掲注 26『担保物権法』118 頁を参照。

い関連性を有していたのである。

3 優先弁済的効力から引き出される理解

以上から、優先弁済的効力は抵当権にも債権質権にも共通する担保物権の一般的な概念であるだけでなく、いずれの担保物権の領域でも承認されている担保価値の維持と関連していた。したがって、この効力は前述の抵当権に関する最高裁判決や平成 18 年判決が示してきた担保価値の維持に関する法理に共通する一般的な概念として、この法理を説明する根拠として適しているのである。つまり、この効力が物権的請求権概念をこえる担保価値維持概念の法的根拠となるといえるのである。

よって、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）は担保物権の効力から独立した別個の特別な概念ではなく、担保物権の効力の一つである優先弁済的効力から課される制限（担保価値を害さないという不作為義務³⁶）とみるべきではないか。要するに、優先弁済的効力を法的根拠として、その派生原理として拘束力が生じ、この拘束力の法的性質が担保価値維持義務の負担、すなわち担保価値を害さないという不作為義務という制約として課されるとみるのである。

このような負担・制約が設定者や担保物権を対抗される第三債務者に一般的に課されるとすれば、判例上で担保価値維持請求権と担保価値維持義務の両者が登場してきたことは次のように説明されることになる。

たとえば、抵当不動産の占有により担保価値が害された場合や抵当建物の基礎となる法律関係（例えば土地の賃貸借契約）が消滅した場合には、不動産はその占有や返還が観念できる担保目的物であるので、抵当不動産の価値を害さないという不作為義務を実現するために担保価値の維持は物権的請求権の問題として登場し、代位請求の被保全権利となる。また、妨害排除や管理占有を行うために明渡しを求めることも物権的請求権の問題として可能となる。

したがって、あらゆる担保物権において、担保目的の価値の低下や価値の毀損の場合に、物権的請求権が担保価値の維持のための法的手段や法的根拠となるわけではない。債権質権の場合には、質入債権の消滅・変更等の行為がなされるのであれば、担保目的が債権という無体物であって占有が認められない以上、上記の負担・制限は物権的請求権の問題としては登場しない。この場合には、質入債権の消滅・変更等の行為は、担保価値を害さないという不作為義務に違反することになり、この義務に反する行為を否定する規範として登場するのである。

こうして、一般的な概念である担保物権の優先弁済的効力から担保価値の維持を概念化する可能性が示されるならば、抵当権の判例と債権質権の判例で担保価値維持請求権や義務の現れ方が異なる点を矛盾なく説明することが可能となり、いずれの場面についても、一

³⁶ 設定者が抵当権侵害状況を除去しないという不作為の除去を求めるというのが平成 11 年判決で承認された請求権である可能性を指摘するものとして道垣内・前掲注 11 の 30 頁がある。このことも加味して、平成 18 年判決の内容を参照し、優先弁済的効力によって一般化すれば、本文のような義務が承認できるのではないかと。

貫した観点から統一かつ整合的に問題への法的対処を説明する余地がひらかれるのではないか³⁷。

II. 概念構成に伴う課題とその検討

1 課題の提示

これまで、抵当権及び債権質権に共通する一般的原理である優先弁済的効力から、以上のような負担や制約を引き出し、担保価値の維持に関する考え方を概念構成する可能性を示した。もっとも、債権質権の優先的弁済効力については、「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する」と定められているものの（民法 342 条、362 条 2 項）、取立権の内容、民事執行との関係、流質の可否等質権の実行手段との兼ね合いが論じられることがこれまで中心であった。

そのため、担保物権のうち物上質権の留置的効力が「質物を留置することができる」（民法 347 条）こと、また、収益的効力が「使用及び収益をすることができる」（民法 356 条）というように、民法上で具体的かつ直接的な効果を生じてきたことと比較すると、民法上の効力として優先弁済的効力そのものの実体法的な意味や内実が明確に意識されることは少なかったように思われる。

このように、優先弁済的効力はこれまで必ずしも解釈論の基礎と認識されてこなかったため、ここから上記のような負担や制約を引き出し得るのかということは一つの課題となる。

そこで、以下ではこの課題に関して、どのように考えるべきか簡単に検討していく。

2 若干の検討

(1) 解釈導出の可否

たしかに、優先弁済的効力はこれまで明示的に解釈の基準とされることが少なかった。しかし、担保価値維持義務を承認した平成 18 年判決は設定者が破産した事案であった。破産は民事執行のような個別財産への執行の場面とは異なるものの、経済的に破綻した債務者の全財産につき行われる包括執行（一般執行）としての性格を有する³⁸。そのため、この判決の事案においては、まさに債権質権が実行されるべき段階にあったといえる。また、上記理解の基礎とした抵当権に関する判決についても、いずれも競売段階の事案であり、抵当権を実行後の段階を対象としたものであった。したがって、概念構成の基礎となったこれらの判例では、当然に担保物権の優先弁済的効力が発現すべき段階にあったといえる。

また、そもそも、平成 18 年判決が債権質権の事案で承認した担保価値維持義務は学説上

³⁷ 学説上では、債権質権だけでなく抵当権についても拘束力概念が論じられており（我妻・前掲注 15 の 294 頁）、本文のような優先弁済的効力に由来する負担や制限という理解を債権質権だけでなく、抵当権の領域にも共通するものとして整合させる可能性が学説上も否定されないように思われるが、本研究では抵当権との関係における詳細な検討は今後の課題としたい。

³⁸ 中野貞一郎編『民事執行・保全法概説〔第 3 版〕』（有斐閣・2006 年）16～17 頁〔中野貞一郎〕。

の債権質権の拘束力と同視されるどころ、この拘束力の問題は大正以後担保物権の効力として論じられてきた。そして、債権質権が抵当権的性格を強める昭和後期からは、優先弁済的効力と関連する議論が示されてきたのである³⁹。すなわち、債権質権が非占有型の担保物権である抵当権に接近すれば、留置的効力が認められない以上、その本質的かつ唯一の効力は優先弁済的効力しかありえず、拘束力の解釈論も徐々にこの効力と関連してきたのであった。そうであれば、債権質権において拘束力を担保物権の効力の問題として位置づけ、債権質権に優先弁済的効力以外の他の効力を措定しない以上、今後も基本的な解釈論の方向としては、拘束力と優先弁済的効力との関連性は完全に切り離されることはないように思われる。

このように、判例・学説ともに優先弁済的効力と債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）の関連性を認めており、とりわけ学説上では優先弁済的効力から拘束力を直接引き出す解釈も展開されている。このことからすれば、優先弁済的効力から、上記の負担や制約を引き出す解釈が全くあり得ないものではないといえよう。

（２）実行前の効力の有無

このように担保物権の実行以後の段階を念頭において債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）を議論する可能性が見出された。そうだとすると、このような解釈の可能性が認められるとしても、それは担保物権の実行以前でも同じように成立し得るのか。

そもそも、実行以前の優先弁済的効力が論じられることは少ない。とはいえ、債権質権においても抵当権においても、設定から実行まで時間的なひらきがあるため、実行以前に担保目的が損なわれれば、実行段階の優先弁済はかなわない。そうであれば、上記の拘束力（担保価値維持義務の負担）は実行以前にも及ぶとみるべきであろう。

このように、実行以前の問題とあわせ考えると次のことが明確になる。まず、担保権者がその実行前に担保目的の価値を把握しているからこそ、担保物権の実行後に優先弁済を受けることが可能となる。担保目的から優先弁済を受けることはできるが、担保目的の価値は把握していないという事態は想定できないのである。そうであれば、優先弁済（担保物権の実行）と実行前の担保目的の価値把握・維持は常に表裏一体である。したがって、優先弁済的効力が担保物権の実行後における優先的な弁済の受領権を意味するならば、その前提として、同効力は設定以後における担保目的の価値の把握・維持という概念をも含んでいるのである⁴⁰。

現に、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）に関するこれまでの学説も、拘束力

³⁹ この傾向を示す代表的な学説をここで挙げると、石田喜久夫「Ⅰ債権・その他の財産権の質権の内容、効力」加藤一郎ほか編『担保法大系〈第2巻〉』（金融財政事情研究会・昭和60年）725頁、高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣・2007年）87頁、平野裕之『基礎コース民法Ⅰ 総則・物権法〔第3版〕』（新世社・2005年）413～414頁、平野裕之『担保物権法〔第2版〕』（信山社・2009年）245～246頁、平野裕之『コアテキスト民法Ⅲ 担保物権法〔初版〕』（新世社・2011年）148～149頁、山野目・前掲注4の218頁を参照（詳細は第2章第1節の第2を参照）。

⁴⁰ 高木・前掲注39の8頁、安永・前掲注5の228頁、平野・前掲注39『基礎コース民法Ⅰ』413頁、平野・前掲注39『担保物権法』245頁、平野・前掲注39『コアテキスト民法Ⅲ』148頁を参照。

が債権質権の実行後のみに生じるとの限定はしておらず、むしろ債権に質権が設定されたことを差押えと対比して民法 481 条や 511 条等の「類推適用」を主張することが支配的であった。したがって、多くの学説が実際に取立てや執行段階にはない、実行以前の状態を前提としていたように思われる⁴¹。

よって、優先弁済的効力が担保価値の把握という概念も含むとみれば、そこから引き出され得る帰結として、把握した価値を損なわないために、担保物権の実行以前・以後にかかわらず、優先弁済的効力を根拠に拘束力（担保価値維持義務の負担）が観念され得るといえるだろう。

とはいえ、上記のように優先弁済的効力との関係で一般的な制約を引き出せるという解釈は従来議論が乏しい問題であり、このような理解に飛躍がないことを示すための材料として、次に母法であるフランス法における議論を参照したい。

第 3 節 第 2 章のまとめ

上記を前提に、担保価値の維持に関する概念構成に関する結論として以下のことを指摘して、第 2 章のまとめと代える。

まず、近時の最新の下級審判決まで考察を進めると、抵当権に関する平成 11 年判決、平成 17 年判決、そして、債権質権に関する平成 18 年判決の定式や作用が意識されており、これらの最高裁の示してきた担保価値の維持に関する考え方が実務上は民法の原理として定着してきたことが認められた。

もっとも、上記の最高裁判決の比較からは、抵当権に関する判例と債権質権に関する判例において、物権的請求権を承認できるか否かという点で相違点が認められ、このような違いは上記各最高裁判決の共通点（担保価値の維持という問題）について、物権的請求権以外の説明の方法が求められることを明らかにしていた。

そこで、担保価値の維持という問題を理論的にどのように概念構成するべきであるのかについての試論を明らかにした。すなわち、まず、優先弁済的効力は抵当権にも債権質権にも共通する担保物権の一般的な概念であるだけでなく、いずれの担保物権の領域でも承認されている担保価値の維持という問題と関係していたことを確認した。そのことを前提とすれば、抵当権や債権質権には優先弁済的効力を法的根拠とした派生原理として拘束力が生じ、この拘束力の法的性質が担保価値維持義務の負担、つまり担保価値を害さないという不作為義務という制約であるとみる概念構成を提示したのである。

とはいえ、優先弁済的効力はこれまで必ずしも解釈論の基礎として認識され、利用されることは多くなかったのであり、上記のような一般的な負担や制約を引き出し得るかという

⁴¹ たとえば、道垣内・前掲注 26『担保物権法』110～113 頁がこの立場を示している。

ことは検討が必要であった。

しかし、上記の各最高裁判決そして債権質権の拘束力に関する学説の両者が優先弁済的効力との関連性を深めており、とりわけ、学説上では優先弁済的効力から拘束力を直接引き出す解釈が展開されており、この拘束力を課されることは担保価値維持義務を負担することと同視できるのであるから、優先弁済的効力に基づいて上記の負担や制約を引き出す解釈も許容できるといえる。

しかも、優先弁済的効力が担保価値の把握とその維持という概念も含むとみれば、そこから引き出され得る拘束力（担保価値維持義務の負担）は担保物権の実行前後を問わず観念され得るといえるだろう。そうであれば、優先弁済的効力から上記のような解釈論を展開することに問題は少ないといえる。

とはいえ、上記のように優先弁済的効力との関係で一般的な負担や制約を引き出すという解釈に飛躍がないかはより慎重であるべきで、従来議論が乏しい問題でもあるのため、このような概念構成に飛躍がないことを示す材料として、母法であるフランス法を参照し、上記のような概念構成を図る可能性を模索する。

そこで、第3章では、フランス法における占有とその効力に関する議論を紹介していく。

第3章 フランス法上の債権質権制度

序 節

旧民法は、債権担保編の 103 条で以下のように規定していた。

「103 条

質物カ債権ノ記名証券ナルトキハ質取債権者ハ其証券ヲ占有スルコトヲ要ス
此他記名証券ノ質ノ設定ニ付テハ債権ノ譲渡ヲ告知スル通常ノ方式ヲ以テ第三債務者
ニ其設定ヲ告知シ又ハ其第三債務者カ任意ニテ之ニ参加スルコトヲ要ス
又財産編第三百四十七条ノ規定ハ右ノ場合ニ之ヲ適用ス
右ハ総テ裏書ヲ以テ取引スキキ商証券又ハ商品ノ質ニ関シ商法ニ記載シタルモノヲ妨
ケス」

この法文の仏語公定訳では、「債権ノ記名証券」とは《*créance nominative*》と表現されていた。旧民法では記名証券と無記名証券（旧民法債権担保編 102 条 3 項）という概念を用い、しかも、フランス法を模倣して債権質権は動産質権に分類されていたのである。

もともと、その後、現行の民法が制定され、その起草者は条文上債権を指名債権、指図債権、無記名債権に分類し、債権質権は物上質権と区別されて権利質権に含まれた。このように、債権について旧民法と異なる名称を用いたため、《*créance nominative*》とは指名債権であるとの理解が起草委員によって示され¹、若干の変化がみられるものの、権利質権のうち債権質権に関する規定は平成 15 年に改正される前の民法 363 条が旧民法 103 条 1 項と共通する形式を有し、そして、債権譲渡の規定を準用する民法 364 条 1 項が旧民法 103 条 2 項・3 項と共通する形式を有していた。

したがって、フランス法上の制度に範を得た旧民法の規定は現行民法の基礎となっており、日本の質権制度が動産、不動産、権利といった質権の目的毎に規定を用意していることも勘案すれば、不動産質権が存在しないドイツよりも、フランス法が日本の質権の母法であるといえよう²。

そして、フランスの現行制度をみると債権質権は活用されているといわれている。すなわち、企業が不動産を有していない場合も多く、金銭債権に関する質権のように設定が容易であり、かつ、現在は将来の金銭債権に関しても質権が設定できるような柔軟な制度となっていることから、企業取引において活用されているといわれている³。

そこで、以下では日本の母法であり、その制度の活用がなされている成功例として、フランス法上の債権質権制度を概観する。

¹ 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之三 債権編』（有斐閣書房・1914 年）208 頁がこのような理解を示している。

² たとえば、柚木馨『担保物権法 [初版]』（有斐閣・1963 年）6 頁がこのことを指摘する。

³ 川瀬真「知的財産権担保による資金調達の円滑化のための制度的研究」（研究課題番号：24530111）の調査のために、2013 年 9 月にフランスを訪問した際、パリ第 1 大学の Laurent Aynès 教授からご指摘を受けた。

第1節 フランス法上の債権質権における占有

はじめに

I. フランス担保法の改正と先行研究

フランスでは2006年3月23日のオルドナンスによる担保法の改正によって¹、民法典は新たに担保のための編を設けた（「第4編 担保」）。改正前には、「第3編 所有権取得の諸態様」に規定されていた人的担保（第3編第14章「保証」）及び物的担保（第17章「質」、第18章「先取特権及び抵当権」）に関する法文が大幅に改正され（一部の法文はそのまま）、新設された第4編に規定され、フランス民法典は現在全5編の構成となっている²。

この2006年の担保法に関する改正以後も、フランスにおいては、2007年から2009年の間に多くの関連する改正がなされている。2006年以後の改正について、特徴的な点をあげると、たとえば、2007年には、民法典の第3編中に初めて信託（fiducie）の規定が導入された。しかし、この規定は信託の担保としての利用については定めていなかったため、2009年に、前記の「第4編 担保」において、担保として設定された信託、すなわち《fiducie-sûreté》（担保信託あるいは譲渡担保）の規定が設けられた³。

そして、特に動産担保に着目すれば、2006年改正前の民法典第3編第17章が質権（nantissement）に充てられており、この17章は質権を動産質権（gage）と不動産質権

¹ 2006年の担保法改正の概要については、平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年3月23日のオルドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学第8号（2007年）163頁以下、山野目章夫ほか「2006年フランス担保法改正の概要」ジュリスト1335号（2007年）32頁以下、山野目章夫「2006年フランス担保法改正とこのミニ・シンポジウムの趣旨」比較法研究第69号（2007年）144頁以下、平野裕之「今般改正の経緯ならびに人的担保および動産担保に関する改正について」比較法研究第69号（2007年）148頁以下、片山直也「不動産担保に関する改正について」比較法研究第69号（2007年）159頁以下、平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」日仏法学第25号（2009年）9頁以下、片山直也「不動産担保に関する改正およびその意義」日仏法学第25号（2009年）45頁以下、山野目章夫「二つの研究報告へのコメント」日仏法学第25号（2009年）70頁以下、小梁吉章「所有権に基づく担保と再建型倒産処理—フランス・フィデューシー法制の視点から—」信託研究奨励金論集第31号（信託協会・2010年）113～115頁等を参照。

² 制定当初は3編構成であったフランス民法典は、2002年に海外特別自治体であるマイヨットに関する特則を第4編に規定し、全4編構成となっていた。そのため、2006年の改正によって、マイヨットの特則に関する旧第4編が第5編に繰り下がり、新たに担保に関する第4編が挿入されたのである。なお、2006年の改正前のフランス民法典の構成については、北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣・2006年）516～518頁〔北村一郎〕を参照。

³ 担保信託（譲渡担保）に関する改正の経緯等については、平野・前掲注1）「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」32～36頁、平野裕之「フランス民法担保編における譲渡担保規定の実現」法学研究第82巻8号（2009年）77頁以下、平野裕之「海外金融法の動向（フランス）」金融法研究第26号（2010年）147頁以下、小梁吉章『フランス信託法』（信山社・2011年）69～72頁等を参照。

(antichrèse) に分類していた (旧 2072 条 1 項及び 2 項⁴)。しかし、2006 年の改正によって、質権は《gage》及び《nantissement》に分類されることになった⁵。この 2006 年の改正時点では、《gage》は有体動産質権 (gage de meubles corporels) についてのみ用いられる用語であった (2329 条 2 号及び第 4 編第 2 章第 2-2 章第 2 節の表題)。

しかし 2009 年 5 月 12 日の法律によって不動産質権の呼称が《antichrèse》から《gage immobilier》に変更された (2373 条 1 項、第 4 編第 2 章第 2-3 章第 2 節の表題、2387 条、2388 条 1 項、2392 条 1 項)。この結果、現在のフランス民法典では、《gage》という用語は、①有体動産に関する質権 (gage de meubles corporels) だけでなく、②不動産質権 (gage immobilier) にも用いられるようになったのである⁶。

これに対して、2006 年改正によって《nantissement》は無体動産質権を意味することになった。そもそも、フランス法上の理解として、財産が不動産と動産に分類され、さらに、動産が有体動産と無体動産に分類されている。この無体動産には債権などの権利が含まれるのである⁷。したがって、債権をはじめとした権利等の無体動産に関する質権は改正前の《gage》(動産質権) に含まれていたものの、2006 年改正以後は、無体動産質権 (nantissement) という用語が共通法 (一般法) 及び特別法を通じて、無体動産に関する質権を意味するに至った⁸。もっとも、フランス民法典においては、債権質権 (nantissement de créance) を中心に規定が設けられている。

⁴ 今後、フランス民法典の条文を提示する場合には、改正があった法文については番号に「旧」と付し、それ以外の現行法を指摘する際には数字のみを示す。

⁵ 平野=片山・前掲注 1) 169 頁及び 173 頁、山野目ほか・前掲注 1) 「2006 年フランス担保法改正の概要」40 頁、平野・前掲注 1) 「今般改正の経緯ならびに人的担保および動産担保に関する改正について」152 頁、平野・前掲注 1) 「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」17 頁等を参照。なお、改正前の質権については、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 (18) 仏蘭西民法 [V] 財産取得法 (4) [復刻版]』(有斐閣・1956 年) 182 頁以下 [川上太郎]、下村信江「フランスにおける動産質 (1)」近畿大学法科大学院論集創刊号 (2005 年) 181 頁以下、下村信江「フランスにおける動産質 (2)」近畿大学法科大学院論集第 3 号 (2006 年) 47~62 頁を参照。改正後の質権については、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在—近年の担保法改正・担保信託導入をふまえて—」比較法学第 46 巻第 2 号 (2012 年) 53 頁以下、下村信江「フランスにおける動産質 (3・完)」近畿大学法科大学院論集第 9 号 (2013 年) 99 頁以下等を参照。

⁶ なお、有体動産に関する質権については、2006 年の改正によって、占有移転を伴わない動産質権 (gage avec dépossession) が設けられたものの、2006 年当時、同質権には留置権が認められていなかった (2006 年改正以前のフランスでは、日本のように統一的な留置権の規定が存在しなかったため、個別のケースごとに留置権を承認していたことが指摘されている [下村・前掲注 5 「フランスにおける動産質 (2)」61 頁])。しかし、2008 年に、占有移転を伴わない動産質権にも擬制的な留置権を承認する改正がなされている (白石・前掲注 5 の 67 頁及び下村・前掲注 5 「フランスにおける動産質 (3・完)」113 頁を参照)。

⁷ このことを指摘するものとして、たとえば、Christian Atias, *Droit civil Les biens*, 11^e éd, Litec, 2011, n°51, p.38 がある (フランス民法典の 529 条 1 項も参照)。なお、邦語文献として、神戸大学外国法研究会編・前掲注 5) 184 頁 [川上]、下村・前掲注 5) 「フランスにおける動産質 (1)」183~184 頁及び 192 頁注 (16) 等がある。フランスにおいては、動産は財産 (bien) に含まれ (516 条)、財産は「物 (chose)」及び「権利 (droit)」を意味すると定義されることが一般的であることから (片山直也「財産—bien 及び patrimoine」北村・前掲注 2 の 181 頁)、上記のような理解に至ることは自然といえよう。

⁸ たとえば、特別法上で《nantissement》の用語を用いるものとして、保険法典 L.132-10 条 1 項を参照。なお、フランス民法典の外で規定されている質権の多様性を指摘するものとして、フィリップ・デュピシヨ (吉井啓子訳) 「物的担保法の経済的効率性」慶應法学第 15・16 合併号 (2010 年) 164 頁を参照。

これまで、2006年以來の担保法改正は日本においてもたびたび紹介されてきた。ここでは、上記のフランス法上の債権質権についても、改正の経緯や制度の概要、さらにはその評価も示されてきた⁹。その中で債権質権の「占有」についても触れられている¹⁰。もっとも、フランスでは、なぜ債権に関する質権制度において、「占有」という概念が承認され得るのか。また、その法的根拠について、判例や学説はどのように理解してきたのか。さらに、債権質権の占有についての判例や学説の理解は、2006年改正以後、何らかの変化が生じているのか。これらの問題は、後述のとおり、質権者が優先弁済を受けることと関係しているように思われるが、そのようなフランス法上の議論の紹介や比較法の見地にたった検討は、日本において乏しいように思われる。

II. 日本法の状況と研究の必要

日本におけるフランス債権質権に関する研究状況は前記の状況にある。ここで、日本法上の指名債権質権（以下、「債権質権」）についての状況を概観すると以下ようになる。

まず、日本法上の債権質権は、権利質権の一種として、動産質権や不動産質権といった有体物に関する質権とならんで質権の章（日本の民法第2編第9章）に規定されている。しかし、学説においては債権そのものの占有は希薄化していることが示され、その存在が否定されるようになった。その結果、債権質権の法的性質としては抵当権に接近していると評価され¹¹、非占有型の担保物権に近づいている。このような債権質権の性質は、従来約定担保物権が占有の有無によって分類されてきたことに、どのように影響するかは問題となり得る。

また、債権質権においては、第三債務者が設定者との間で弁済や相殺等の行為によって質入債権を消滅させるおそれがある。そのため、債権質権の効力として、拘束力が承認されてきた¹²。この拘束力ゆえに、設定者や質権者が対抗要件を具備した後の第三債務者は、弁済や相殺等の質入債権を消滅・変更等させる行為が禁止されるのである。加えて、最判平成18年12月21日（民集60巻10号3964頁）は、債権質権の事案において、設定者が担保価値維持義務を負うことを認め、質入債権の消滅原因となる行為が禁じられることになった。そこで、この担保価値維持義務と学説が論じてきた拘束力の関係、そして、担保価値維持義務の法的根拠や法的位置づけ等が、債権質権の効力との関係で問題となっていた。特に、債

⁹ ピエール・クロック（野澤正充訳）「フランスにおける担保法改正の評価—成功か失敗か？」ジュリスト1365号（2008年）94頁以下。

¹⁰ 下村・前掲注5）「フランスにおける動産質（2）」58～59頁、ピエール・クロック（野澤正充訳）・前掲注9）99頁、白石・前掲注5）83頁等を参照。なお、債権の準占有者への弁済との関係でフランス法上の債権の占有を指摘するものとして、新関輝夫「フランス民法における債権占有」名古屋大学法政論集第41巻（1967年）84頁以下がある。

¹¹ 学説の概観に関しては、原謙一「債権質の拘束力について—担保価値維持義務の法的根拠に関する考察—」横浜国際経済法学第21巻第2号（2012年）182～183頁を参照。

¹² 代表的なものとして、我妻栄『新訂担保物権法〔新訂第6刷〕』（岩波書店・1975年）116頁及び191頁を参照。

債権質権の拘束力や担保価値維持義務という概念の法的根拠や法的位置づけとの関係においては、これらの概念を契約上のものと理解するのか、または、物権的なものと理解するのか（そうだとした場合、担保物権の留置的効力と関連するのか、優先弁済的効力と関連するのか）等が問題となっていた¹³。

このように、日本法の債権質権については、占有移転という要件面でも、担保価値の維持という効果面においても、法的な問題が生じており、これらをどのように考えるかは今後十分に議論が必要である。そして、日本法は質権を動産質権、不動産質権、権利質権という三つの分類を設け、その規定のあり方がフランス法に類似しており、その淵源はフランス質権制度にあるといわれてきた¹⁴。そうであれば、前述の日本法上の問題を今後検討する際に、質権者へ弁済を確保させるために債権質権に占有を認めるフランス法上の議論は参照に値するように思われる。そこで、フランス法上の債権質権制度を詳細に研究する必要がある。

Ⅲ. 第1節の課題と論述の順序

そこで、本稿は日本法との比較を行う前提として、フランス法上の債権質権における占有やその機能に着目し、それらの2006年改正前後の変化について研究するものである。

したがって、以下では、まず改正前のフランスにおける債権質権制度と占有の関係について述べ（「第1 送達手続による債権の占有」）、次に、2006年の担保法の改正後における債権質権制度の変化と改正後の債権質権における占有やその機能のあり方について紹介する（「第2 2006年改正後の債権質権における占有」）。さらに、これらを前提として日仏の両制度に若干の考察を加え（「第3 若干の考察」）、最後に、まとめと残された課題を示す（「おわりに」）。

第1 送達手続による債権の占有

I. 証書交付の要否

フランス民法典上には、債権質権について特別な規定が設けられていた。すなわち、旧2075条は、「質権は、債権のような無体動産上に設定される場合、公署証書又は適式に登録された私署証書が、質権を設定された債権の債務者〔筆者注：第三債務者〕に送達されるか、

¹³ この問題の所在については原・前掲注11) 54～56頁を参照。また、この問題に関する学説の詳細な状況に関しては、原・前掲注11) 99～159頁、学説の概要については、原謙一「担保価値維持請求権保全のための敷地賃借権確認請求の代位訴訟」横浜国際社会科学研究所第18巻第3号（2013年）122頁を参照。

¹⁴ たとえば、柚木馨『担保物権法〔初版〕』（有斐閣・1963年）6頁、林良平編『注釈民法（8）物権（3）〔初版〕』（有斐閣・1965年）230頁等を参照。

又は、公署証書において、その者〔筆者注：第三債務者〕によって承諾される」と定め¹⁵、第三債務者に対する送達もしくは第三債務者の承諾を必要とする旨を規定していた¹⁶。

この旧 2075 条の手続は、これまでどのように理解されてきたのか。2006 年の担保法改正前の判例のうち、送達に加えて質権設定の際に作成される証書の交付まで要求する古い判例を紹介し、その問題点を論じ（「1 証書交付を求める判例とその問題点」）、その後、この当初の判例の理解に変更をもたらした破毀院の立場を概観する（「2 破毀院の立場」）。

なお、本稿では、旧 2075 条の送達手続を中心に取り扱い、関係する箇所でも適宜承諾に関しても触れることとする。

1 証書交付を求める判例とその問題点

(1) 当初の判例の立場

i) 判例の理解

破毀院審理部 1846 年 6 月 11 日判決（以下、「1846 年判決」とする）は、質権を設定された物が債権者あるいは約定の第三者の占有下におかれるということは質の契約の本質そのものであり、したがって、この質物が債権である場合、債務者はこの債権の設定証書 (*titre constitutif*) の交付 (*remise*) を行う必要があると述べていた¹⁷。すなわち、「債権質の契約は、契約が債権を目的とする場合ですら・・・債務者により行われた物の交付によってのみ完全となる」との理解が示されたのである¹⁸。

そして、この 1846 年判決の立場はその後も踏襲された。すなわち、破毀院民事部 1894 年 2 月 19 日判決（以下、「1894 年判決」とする）が、質権設定の契約をした旨の通知 (*notification*) は「証書すなわち質権を設定された権利の存在を証明する証書 (*acte instrumentaire*) の現実の交付 (*tradition*) の代わりとならない」と述べており、質権の設定を証する証書の交付を要求しているのであった¹⁹。

¹⁵ 旧 2075 条は、1980 年 7 月 12 日の法律によって改正されており、1804 年の民法典の原初規定に第三債務者の承諾に関する規定が盛り込まれた。

¹⁶ 旧 2075 条の送達及び承諾という方式は、債権譲渡の対抗要件を規定する民法典 1690 条の方式によって実現されている (Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., tome XII [sûretés réelles, première partie] par Emile Becqué, L.G.D.J., 1953, n°94, p.103)。なお、民法典 1690 条の送達は、譲渡人・譲受人のいずれからでも可能であることを指摘するものとして、池田真朗『債権譲渡の研究〔増補二版〕』(弘文堂・2004 年) 320 頁注 (5) 及び 326 頁注 (1) を参照 [初出：池田真朗「フランス民法における指名債権譲渡法理の展開—その対抗要件の緩和をめぐる—」法学研究第 56 巻 5 号 (1983 年) 1 頁以下]。

¹⁷ Cass. Req. 11 juin 1846, *D.P.* 1846, I. 254.

¹⁸ *Ibid.*, p.252.

¹⁹ Cass. Ch. Civ. 19 février 1894, *D.P.* 1894, I. 420. なお、1894 年判決は《*notification*》との用語を用いているが、これは日常用語としての通知一般を意味しており、執達吏 (*huissier*) による送達ではない。その他にも、Cass. Req. 13 mars 1888, *D.P.* 1888, I. 352 が旧「2076 条によって要求される質物の占有の付与 (*mise*) 及び維持 (*maintien*) は、債権者〔筆者注：質権者〕の手に証書を交付すること (*remise*) 及び容仮占有〔筆者注：一時的な所持・占有〕をすること (*détention*) の結果である」と判示しており、証書の交付を要求している。なお、《*détention*》の訳語の選択にあたっては、山口俊夫編『フランス法事典』(東京大学出版会・2002 年) 165 頁《*détention*》の項目を参考にさせていただいた。

ii) 学説による判例の分析

このような判例の理解については、①債権質権と債権譲渡の間における類推、そして、②債権質権と有体財産に関する質権の間における類推という二重の類推を前提としているという分析が示されている²⁰。

この分析をより詳細に紹介すると、まず、①債権譲渡に関する民法 1689 条が「第三者に対する債権、権利又は訴権の移転において、引渡し (délivrance) は、譲渡人と譲受人との間で証書 (titre) の交付 (remise) によって行われる」と定めている。このように、債権が譲渡され、譲受人が債権を取得する場合と比較すれば、債権を質に供する際にも、債権の譲渡と同じように証書の交付がなされることが想定される。

また、②たとえば建物のような有体財産の場合は、建物そのものは動産のように手渡すことができない。そこで、建物の鍵の交付 (remise) をもって、建物自体の引渡しと擬制することがある。これと同様に考えれば、質物が権利である場合に、権利の法的性質からして、有体財産の規定をそのまま適用することはできないため、権利そのものの「引渡し」ではなく、権利が表章されている証書の交付 (remise) をもって権利の「引渡し」と擬制することもあり得る²¹。

こうした学説の上記②の分析に従うと、債権質権については、有体動産そのものの引渡しを行うのと同じように、債権そのものの引渡しはできないため、債権質権については上記の鍵と建物の例のように、証書の交付をもって債権の引渡しを擬制することになり、上記①の権利の譲渡との整合性をとることにつながる。したがって、かつての判例は、こうした二つの制度との類推から、債権質権の設定に証書の交付を要するとの結論を導いていたという分析に従って、当初の判例の立場にたつならば、債権を証明する文書の交付は有体動産の引渡しに類似した機能を確保するとみることになるのであろう。

(2) 当初の判例の問題点

i) 問題点①

しかし、1846 年判決等の質権の設定証書の交付を要求する判例には否定的な理解が示されていた。なぜなら、証書の交付が、有体動産の物質的な (matérielle) 引渡しと同じ機能を果たすことはなく、債権者による占有と同じ価値があるとは言えなかったからである²²。

すなわち、設定者が証書を作成すれば、複数の異なる人物に債権質権の設定をすることが可能となり、証書は有価証券のように債権を表章するというよりも、証拠文書でしかなかった。したがって、第三者との関係でみると、証書の交付は何ら公示の機能を果たさなかったのである。また、質権者との関係でみても、この証拠文書を交付しても、設定者から権利を

²⁰ このような分析を提示するものとして、Dominique Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, Economica, 1986, n°66, pp.42-43 があり、この後の本文の論述は主に同書によった。

²¹ Dominique Legeais, *supra* note20, n°66, pp.42-43 では、1935 年 10 月 30 日のデクレ・ロワ (décret-loi) による公取引 [公契約] (marché public) に関する質権との比較による分析も示されている。

²² これ以下の本文の内容は主に、Béatrice Parance, *La possession des biens incorporels*, thèse, L.G.D.J., 2008, n°473, p.325 を参照した。

奪うわけではなかった²³。

ii) 問題点②

また、証書の交付を徹底すれば、証書が存在しない債権は譲渡が可能であるものの、質入は不可能であるという不均衡が生じることになる。

しかし、そもそも債権質権は有体動産の場合と異なり、証書の物質的な容仮占有（一時的な所持・占有）とは全く関係がなく、証書の交付を要求することは、占有付与（*mise en possession*）という言葉の意味を思い違いしているといわれていた²⁴。

2 破産院の立場

この 1846 年判決等が認めた証書交付の原則は、上記のような問題を抱えており、結局、破産院民事第 1 部 1983 年 5 月 10 日判決²⁵（以下、「1983 年判決」とする）によって緩和されることとなった。

(1) 事実及び判旨

i) 事実

まず、1983 年判決は、以下のような事案であった。すなわち、Y 社は Z に対して貸付を行ったところ、1965 年 10 月 7 日に、Z は Y 社に対して債権を質入れした。この質入債権は、Z がニース市に対して有していた債権であった（判決文をみても詳細は不明な点があるが、Z が取得した土地につき、ニース市が不法占有したこととの関係によって発生した損害賠償請求権のようである）。

Z には、Y 社以外にも X1 社、X2、X3 という債権者が存在したところ、これも判決文から詳細は不明であるが、上記の質入債権について、債権額に按分比例した配当手続（*procedure de distribution par contribution*）が開始されたようである。この手続に関連して X1、そして、X2 及び X3 が、それぞれ Y 社とその共同当事者（*consorts*）とされた Z との間で、上記債権に関する配当の優先順位を巡って争った。

質権と関連する問題点のみとりあげると、第二審では、次のように判断されていた。つまり、質入債権が、①証書の物質的などのような交付も生じ得ず、②1965 年 10 月 7 日の質権の証書が債務者に送達されたことが、質権者への占有付与を確保し、そのことが第三者（*tiers*）の問い合わせを可能としていたのであれば、質権者 Y 社が X 等に優先して弁済を受けると判断されたのである。

これに対して、各々の訴訟において X 等が上告したところ、関連性に鑑みて上告審において二つの訴訟が併合されたのが本件である。X らの上告理由の中心的なものを示せば以下ようになる。すなわち、民法典の旧 2076 条は²⁶、あらゆる場合において、質権の効力

²³ なお、1846 年等の判決の問題点については、Dominique Legeais, *supra* note20, n°67, pp.43-44 も同種の指摘を行っている。

²⁴ Marcel Planiol et Georges Ripert, *supra* note16, n°95, p.105.

²⁵ Cass. 1^{re} Ch. Civ. 10 mai 1983, *D.S.* 1984, *J.* 433, note Gérard Légiér.

²⁶ フランス民法典の旧 2076 条は、「この質権（*gage*）は、債権者または当事者間で合意した第三者の占有下におかれ、そして、占有されたままである範囲でだけ、あらゆる場合において、先取特権（*privilège*）が質物の上に存続する」と規定していた。なお、《*privilège*》とは、債権者に認められた優

を質権者の占有付与に従わせていることからすれば、債権質権の場合においても、証書の物質的な交付が前提となるはずであり、上記のように、証書の交付を否定した第二審の判決は民法典の旧 2076 条に違反するとして非難された。

ii) 判旨

このような事案に基づき、破毀院は次のように判示している。すなわち、民法典の旧 2076 条に従うと、「それ [筆者注：物] が、債権者の占有下に置かれ、そして、債権者の占有がなされたままである範囲でだけ、先取特権が質権を設定された物の上に存続するのであるが、質権が債権を目的とし、そして、引渡し (tradition) が物質的に不可能である場合には、この占有付与は質権を設定された債権の債務者への送達 (signification) によって、十分に実現される」と判示した。

こうして、第二審である控訴院の判断は民法典の旧 2076 条の正当な適用を行っていると考えられ、X らの上告理由は受け入れられず、上告が棄却された。

(2) 判決の評価と学説の発展

i) 判決の評価

このように破毀院は、質物が債権であって、物質的な引渡しが不可能である場合に限り、送達によって占有が実現されることを認めている。これは証書の交付が不可能である場合に、その要請を緩和するものであって²⁷、間接的に証書交付が債権者の占有付与に必要ないことを認めるものと評価された²⁸。

ii) 学説の発展

以上のように、1983 年判決が、それまで証書を要求してきた判例を緩和したことによって、債権のような無体動産へ適用される占有喪失 (dépossession) の概念が問い直されることになった²⁹。たとえば、学説では質権の目的物毎の特別な性質を十分に考慮して、債権質権のように物質的な引渡しを観念できない場合には、占有付与を定義し直すことが論じられるに至った。

すなわち、「担保を設定された財産の法的性質に適合した占有付与の定義を与えるために、有体財産の占有付与と債権のそれ [筆者注：占有付与] を同じ原理に従わせることは放棄されなければならない。とりわけ、債権の占有付与を説明するために、引渡し (remise) の概念を捨て去る必要がある。引渡しとは、それが有体財産と関係がある場合にだけ承認される」という考え方が示されているのである³⁰。

先弁済権を意味している (山口・前掲注 19 の 459 頁 <privilège> の項目を参照)。

²⁷ Michel Cabrillac et Christian Mouly, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004, n°686, p.572. なお、同書は旧版であり、後掲注 70) 記載の 9 版が最新版である。

²⁸ Dominique Legeais, *Nantissement de meubles incorporels : nantissement de créance, J. - Cl. civil*, art. 2356 à 2366, n°39; Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil Les sûretés*, 3^e éd., Dalloz, 2000, n° 537, p.472 も証書の交付を要求するのは行き過ぎているとしている (なお、同書は旧版であり、後掲・注 41 記載のものが最新の第 6 版である)。

²⁹ Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, n°806, p.234.

³⁰ Dominique Legeais, *supra* note 20, n° 69, p.45.

このように、債権質権における占有の理解を問い直すことを前提として、さらに、有体動産に関する質権と債権質権を比較すると、債権質権の設定に際して、証書の交付の必要性は乏しいことが明確に承認されるに至った。

まず、有体動産を対象とする質権の占有の場合には、設定者から質権者へ物に関する事実上の支配 (*pouvoir de fait*) が移転する。このことによって、設定者が質物を処分し、破壊し、持ち去ることを意図しても、質権者はこれらを避けることが可能となり、質権を設定した財産価値の維持を実現する特権 (*prérogative*³¹) を有するに至る。しかし、債権質権は担保の対象が有体財産ではないので、上記のような物に関する事実上の支配を認めることは不可能であり、規律のあり方は有体動産の場合と異ならざるを得ない³²。

そこで、債権質権の場合には、質物の価値を保護するために、第三債務者及び設定者に対して、質権者にはいくつかの特権が認められる。この特権を対象として、設定者の権利 (権限) の喪失 (*dessaisissement*) が生じると理解されている。つまり、質権の設定以後は、もはや設定者は自身の債務者へ弁済を請求する権利も債務の免除を認める権利も有しておらず、これに対して、質権者は弁済期に債権の弁済を担保することを可能にする諸権利を与えられると理解するのである³³。

このように、質物の価値を保存するために、設定者から質権者に弁済を受けるための権利等が移転するとみれば、質入債権の証書を質権者へ交付することは、第三債務者が設定者に対して弁済することを妨げる具体的な効果を認めることはできず、また、質権者に弁済受領の権利を移転することにも関係してはいない³⁴。よって、「証書の交付はもはや本質的な特徴を有しなくなる。それ [筆者注：証書の交付] は、質権者がそれを要求する場合だけ生じ得る」程度の存在となり³⁵、有価証券のように証券に権利が表章されている場合ならばともかく、債権質権の場合には証書の交付は全く質権者を保護することはなく³⁶、この要件は学説上一致して不要であると解されるに至った³⁷。

こうして、1983年判決によって債権質権の場合に証書の交付が不要と理解されたことで、この点については、学説と判例の立場は同一の方向を向くことになった。もともと、前記のような設定者から質権者への権限の移転や債権質権における占有が、どのような法的根拠

³¹ この特権 (*prérogative*) に対して、《*pouvoir*》も「支配」の他に「特権・権限」の意味を有し、両者は類似する概念とみられている (山口・前掲注 19 の 449 頁《*prérogative*》及び 443 頁の《*pouvoir*》の項目を参照)。

³² Dominique Legeais, *supra* note20, n° 69, p.45.

³³ Dominique Legeais, *supra* note20, n° 69, p.46 ; Philippe Simler et Philippe Delebecque, *supra* note28, n° 537, p.471.

³⁴ Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *supra* note29, n° 807, p.234. 結局、物理的な引渡しを観念できない債権質権においても、もし設定者の占有喪失 (*dépossession*) という用語をあえて用いるならば、それは、質入債権の弁済を有効に受けることが法的に不可能であること (*impossibilité juridique*) に求められるとされている (Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *supra* note29, n°807, p.236)。

³⁵ Dominique Legeais, *supra* note20, n° 69, p.46.

³⁶ Dominique Legeais, *supra* note28, n°39.

³⁷ ピエール・クロック (野澤正充訳)・前掲注 9) 99 頁を参照。

によって説明され得るのかについて判例と学説に対立がみられた。すなわち、1983年判決は、債権質権のように物質的な引渡し不可能的な場合には、送達手続によって占有が実現されるとしているものの、学説には、後に詳細を述べるように、債権質権における権限の移転や占有の実現は契約の効果とみる理解（ルジェの見解）も存在した。

II. 効力要件としての送達手続の機能

そこで、以下では、質権の成立に送達手続を要求する破毀院商事部 1997年1月28日判決³⁸（以下、「1997年判決」とする）とその評価を紹介し（「1 破毀院の立場」）、その後、送達手続を公示機能に限定し、債権質権における質権者への権限の移転や占有の実現は契約に委ねるというルジェの理解とその問題点について述べる（「2 ルジェの見解とその問題点」）。

1 破毀院の立場

（1）1997年判決の登場

1997年判決は以下のような事案であった。まず、A サッカークラブは、Y から貸付を受け、その担保として 1988年6月28日付の私書証書によって Y のために質権の設定を約した。ところが、A クラブは、1990年4月26日をもって支払停止となり、1991年10月25日及び12月6日の判決によって、裁判上の更生及び清算に入った。

清算人となった X は、上記の質権設定を約した証書の登録日付を根拠として、質権の無効（annulation）を請求した。すなわち、1985年1月25日の法律 107条1項6号によれば、支払停止後の質権の設定の場合、質権の無効が生じるとされているところ、本件では、質権が 1988年6月28日付の証書によって設定されているものの、その登録³⁹は 1991年10月14日であることから、支払停止の日付（1990年4月26日）以後に登録がなされているため、X は質権の無効の宣告を請求したようである。

控訴院は X のこの請求を受け入れたため、Y は以下の理由によって上告した。すなわち、上記の 107条1項6号による質権の無効は、支払停止日後の質権の設定を原因とするのであり、設定の登録によって生じるものではないのに、控訴院は支払停止後の登録によって確定日付を得たに過ぎないとして、質権が無効であると判断しており、これは 1985年1月25日の法律 107条1項6号を侵害したと主張したのである。

これに対して、破毀院は次のように判断した。すなわち、「民法典の 2075条の規定から、当事者間で締結された証書が登録され、ついで、質権を設定された債権の債務者〔筆者注：第三債務者〕へ送達されるか、または、公署証書において、その者〔筆者注：第三債務者〕

³⁸ Cass. Ch. com. 28 janvier 1997, *Bull. Civ.* IV, n° 35.

³⁹ 第1の冒頭で述べたとおり、フランス民法典の旧 2075条が、「質権は、債権のような無体動産上に設定される場合…適式に登録された私署証書」が、第三債務者に送達されることを要求していた。したがって、私署証書によって質権を設定する際には、証書を「登録」することが必要となるのである。

による承諾がなされた限りでだけ、無体動産を目的とする質権は質権者へ物権を与え」、前記の107条1項6号の意味で設定されると判示された。したがって、証書が1991年10月14日に登録されたのであれば、この証書は質権の予約をなすに過ぎず⁴⁰、証書が支払停止日より前のものであるということは重要ではないと述べた。

以上から、支払停止日後に質権の証書を登録したことを理由とした控訴院は誤った理由を述べているものの、これは余分な判決理由（*surabondant*）、すなわち、上級審がこれを除外して原判決を維持し得る理由であるため、上記の控訴院の判断を除外すれば、その結論は正当であると述べ、Yの上告を棄却している。

（2）判決に対する評価

以上のように、1997年判決は、質権者に物権が付与されるためには、私署証書が作成され、その証書が登録されることに加えて、さらに、送達等の手続（旧2075条の手続）が必要であるとしており、学説からは無体動産に関する質権について、旧2075条の手続が、単に公示手続というだけでなく、質権の効力発生のための実体的な要件であると判断されたとの評価が示されている⁴¹。本件の質権者Yは、この要件をみたしていないため、質権の予約をしたに過ぎず、物権を有していないことから敗訴したのである。

そもそも、2006年の担保法の改正以前は、フランス民法典の旧2071条において、「質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債権者に引き渡す契約である」と定められており⁴²、さらに、旧2072条1項が、動産に関する質を《*gage*》と呼ぶことを規定していた。これらの法文が動産質権の節（第17章第1節）より前に、通則的におかれていたことから、改正前のフランス民法典は動産質権に質物の引渡しを要請する構造となっていたように思われる。そして、本稿冒頭で述べたように2006年の担保法の改正以前は《*gage*》に債権質権が含まれていたのであるから、上記の各規定の求める引渡しは、有体動産質権だけでなく、無体動産である債権に関する質権（債権質権）にも要求されていたといえる。

⁴⁰ この点は、1997年判決以前に、破毀院民事第1部1994年1月6日判決（*Cass. 1^{re} Ch. Civ. 6 janvier 1994, Bull. Civ. I. n°4*。以下、「1994年判決」とする）が判示していた。すなわち、1994年判決では、XがA社のB銀行に対する債務の保証人となり、その後Aの負った主債務を弁済したところ、Y夫妻が1987年12月21日付の証書に、自身が加入している保険の証券へ、Aのために質権を設定する旨の記載がなされていた。そこで、上記の質権に関する証書の存在を援用して、XがY夫妻に対して、弁済を訴求したものの、控訴院ではこの請求が棄却されたので、Xが上告した。これに対して、破毀院は次のような判断を示した。すなわち、本件において、Xは民法典の旧2075条の要請が満たされていないことを認識していると控訴院判決が指摘しており、「この唯一の理由によって、控訴院は、そこから、まさに1987年12月21日の証書が後に正式なものとされない質の予約を設定するに過ぎないと結論づけている」と述べ、そもそも旧2075条の定める手続の一つが実現されていない以上、設定証書は質権の予約（正式に成立し得ない状態）でしかないとされ、Xの上告は棄却されていた。この1994年判決の判示については、「質権の目的物が有体であっても、無体であっても、質権はまさに要物契約」であって、質権は占有付与がなされることによって、完成しなければならないとの評価が導かれていた（*Laurent Aynès, note, Defrénois, 1994, art.35897, n° 137, pp.1175–1176*）。

⁴¹ *Arllette Martin–Serf, chroniques de législation et de jurisprudence françaises, RTD Com., 1997, p.516* ; *Béatrice Parance, supra note22, n° 474, p.326* ; *Philippe Simler et Philippe Delebecque, Droit civil Les sûretés, 6^e éd., Dalloz, 2012, p.575, note2*.

⁴² 訳語については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会・1982年）295頁の2071条を参照させていただいたが、適宜変更している。

その上、先に述べたように、旧 2076 条が、《gage》は「債権者または当事者間で合意した第三者の占有下におかれ、そして、占有されたままである範囲でだけ、あらゆる場合において、先取特権が質物の上に存続する」と規定し、動産質権（債権質権を含む）に占有の継続を要請していた。

したがって、改正前のフランス民法典は、その構造として、債権質権にも引渡し及び占有を要求しているように思われ、まさに債権質権の要物性が承認されていると理解できる。

もっとも、引渡しの点については、前述した 1983 年判決が債権のように物質的な引渡しが可能ない目的物を質物とする場合には、占有は送達手続によって実現されると判示し、その結果として、証書の交付は債権質権の占有には不要と解され、引渡しの要請は緩和されて、これが厳格に要求されないことになった。

こうした状況を前提とすれば、債権質権が占有を生じるための必須の前提として送達手続を要求し、要物性を実現しているのであり、1997 年判決が送達手続を質権の効果発生のために必要な要件（効力要件）と判断したと述べる上記のフランス法上の学説の評価は自然なものとして受け入れることができるであろう。

2 ルジェの見解とその問題点

(1) ルジェの見解

もっとも、ルジェは送達手続を効力要件とみる上記の理解に反対していた。ルジェは、民法典の旧 2075 条の送達手続が第三者に質権の発生を示す公示手続でしかないとみている。そしてルジェは、債権質権における占有が何らの手続も介さずに、契約の効果として生じると理解していた。このような理解は①民法典の条文及び②送達手続の機能から論証されている。

i) 論拠①について

はじめに、ルジェは、送達に占有付与の機能を認めることが質権に適用され得る条文の分析から必ずしも結論づけられるものではないという視点で、以下のような立論を展開している。

まず、民法典の旧 2071 条は、債務者が負債の担保のために、自己の債権者へ物を引き渡す (*remet une chose*) 契約であると質権を定義しており、この規定に続いて、質物が債権である場合に、物の交付に該当する行為がどのように行われるかを明示する特別の条文は存在しないことを指摘している。また、旧 2076 条は占有がなされている範囲でだけ、先取特権が質権の上に存続すると規定し、占有の継続性 (*permanence*) を課しているとみていた⁴³。

これらの条文は、いずれも物の交付や占有を前提とした規定であり、立法者の意図として、「無体動産の質権を設定するために、占有付与が送達によって実現されなければならないとすれば、この手続を課す規定は前記の二つの条文のいずれにも続くであろうと考えられる」。ところが、実際には、送達手続に関する旧 2075 条はいずれの条文にも連続的な位置

⁴³ Dominique Legeais, *supra* note 20, n° 62, pp.39–40.

関係にない。むしろ、旧 2075 条は、いかなる要件において質権が第三者に対抗できるかを明示する旧 2074 条⁴⁴のすぐ後ろに配置されているのである⁴⁵。

したがって、こうした条文との関係から、旧 2075 条の送達等の手続は、占有付与を実現するというよりも、むしろ、対抗要件であると理解されたのであった⁴⁶。

ii) 論拠②について

次に、後者の送達手続の機能との関係については、民法典の 1690 条が公示の機能を有していることと比較して、旧 2075 条の送達手続の機能につき、ルジェは以下のような理解を示している。

まず、民法典の 1690 条の送達がもっぱら公示の機能を有していることを前提とすれば、それと同様の手続を用いる旧 2075 条の送達手続が、譲渡か質権かという取引の性質に応じて異なる役割を有するとは認められないだろうと述べられ、送達が占有付与を実現するものではないとされている⁴⁷。

また、旧 2075 条の送達手続は、有体財産に関する質権と比較すると、「同じ機能を保証すると主張され得るには、あまりに有体財産の引渡し (remise) と異なっている」ため、有体財産を質権者に引き渡す場合の機能は発生せず、債権質権者は、自身に対する質権の設定の後、設定者による二重、三重の質権設定という危険にさらされ得る。したがって、質権者は送達手続からどのような安心 (sécurité) も得られず、送達手続が有体財産の引渡しに代わるものとはいえないと述べられている⁴⁸。

このような二つの理由から、ルジェは、質権者が占有を付与されるのは、送達手続によつてではないと結論づけている⁴⁹。では、ルジェは、占有付与の実現はどのようになされるとみているかといえば、契約の効果によるものと理解している。

すなわち、ルジェによれば、債権質権における占有付与は、設定者の特権が喪失し、その同じ特権が質権者へ移転されることによって実現されるというのである。この特権の移転による占有付与が「担保の設定と関係する合意のみによって、実行され得ることを強調することが重要である。余分な手続の必要は少しもない。当事者の合意が行われるやいなや、設定者はいくつかの特権を奪われる。同時に、質権者がそれ [筆者注：特権] のいくつかを獲得する。この特権の移転のおかげで、質権者は、質入れされた債権の弁済を得る潜在的な権利を保護することができる」と述べている⁵⁰。このようにルジェは、債権質権の場合、特権の移転とその帰結としての占有は契約の効果として実現されるとみているのである。

そして、債権質権においては、物の物質的な引渡しではなく、特権が移転することで占有

⁴⁴ 旧 2074 条は、動産質権の先取特権が、いくつかの記載事項を含んだ「公署証書または適式に登録された私署証書が存在する範囲でだけ、第三者に対して生じる」と規定していた。

⁴⁵ Dominique Legeais, *supra* note20, n° 62, p.40.

⁴⁶ Dominique Legeais, *ibid.*

⁴⁷ Dominique Legeais, *supra* note20, n° 63, pp.40—41.

⁴⁸ Dominique Legeais, *supra* note20, n° 64, p.41.

⁴⁹ Dominique Legeais, *ibid.*

⁵⁰ Dominique Legeais, *supra* note20, n° 70, p.46.

が実現されるのならば、設定者と第三債務者の間に存在する法律関係の停止だけが、質権者に担保をもたらすのであって、「権利のこの凍結を実現するために、文書の交付 (*remise d'un document*) は一般的に何の役にもたたない」と述べられている。つまり、ルジェは債権質権者の優先弁済を図る担保の取得のためには、証書の交付が機能しないとみているのである⁵¹。

こうして、ルジェは、民法典の旧 2075 条の手続が公示の機能しかないと限定的に理解し、送達手続と占有の関連性を否定して、債権質権における占有は契約に関連するとの理解を示したのである。もっとも、このような理解にたっても、証書の交付は債権質権の設定に必要ないと解されるのであった。

(2) ルジェの問題点

判例と多くの学説は債権質権において送達手続が占有を実現する質権の効力要件であると理解するものの、これに反して、ルジェは債権質権の送達手続に公示以上の意味を認めず、占有は送達手続と切り離して契約の効果であるとみている。このように、判例と一部の学説において、送達手続の意義・機能、そして、債権質権における占有の法的根拠の諸点で相違が存在していた。

上記のようなルジェの立論は特徴的な点を含み参照に値するものの、この理解はフランスにおいて支配的な立場として受け入れられてはいないようであり、以下でみるようにいくつかの批判がなされていた⁵²。

i) 質権の効力要件としての送達手続

まず、ルジェは民法典 1690 条の手続が債権譲渡と債権質権の両者において、同じ役割を有していることを前提としていたものの、これは両者の性質が異なる点を考慮していないという問題がある。

たしかに、債権譲渡は意思主義の原則等が適用されるため、通常の売買と同様に合意によって完全なものとなる。そのため、合意のみによって債権譲渡がなされ、その後、民法典の 1690 条の手続をとることは、第三債務者に譲渡を知らせて、第三債務者が譲渡人へ弁済することを妨げ、また、譲受人と譲渡された債権に関する第三者（質権者、差押債権者等）との間の紛争を防止することを目的としているといえる。このことから、民法典の 1690 条の手続は公示手段であるといえよう⁵³。したがって、この 1690 条と同一の形式で規定されている旧 2075 条も公示の機能を否定することはできない。

しかし、仮に旧 2075 条の手続に公示の機能が認められるとしても、質権が要物契約であるということからは、質権者へ質物の移転が求められる。そのため、有体財産の場合に設定

⁵¹ Dominique Legeais, *ibid.*

⁵² この後、本文で述べるルジェの問題点については、Béatrice Parance, *supra* note22, n° 476, p.328 を中心的に参照した。

⁵³ Béatrice Parance, *supra* note22, n° 476, p.328 が注 138 で引用する Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés*, Defrénois, 2003, n° 523, p.216 が同趣旨を述べている（同書は旧版であり、後掲・注 64 の 6 版が最新版である）。

者の占有喪失 (dépossession) が認められることと比較すれば、1690 条の送達等の方式 (formalités)、すなわち、債権質権においては民法典の旧 2075 条の方式 (formalités) が、「占有喪失に代わらなければならないだろう」と評価され、質権の効力要件でもあるといわれている⁵⁴。こうして、要物契約という質権の本質から、第三債務者への送達や第三債務者の承諾の手續が質権の効力要件 (先取特権の発生要件) でもあると評価されるに至ったのである⁵⁵。

このように送達等の手續が債権質権の効力要件となっていることは、これらの手續の機能からも確認できる。

すなわち、旧 2075 条の送達手續によって、質権の存在を第三債務者に伝達することは、設定者から質入債権の取立てを訴求する権利を奪って、質権者の優先権 (droit de préférence) を生じるのに十分である⁵⁶。つまり、民法典の旧 2075 条の手續を行うことは、設定者から権利を奪って、質権者に同権利を取得させ⁵⁷、優先的な弁済を実現するのである。

この優先権 (droit de préférence) が第三債務者に対して行使されれば、質権者と第三債務者間に直接の法律関係を生じることになる。したがって、「送達だけが、その者 [筆者注: 第三債務者] と質権者の間の直接の法律関係を生じ、そして、債務者 [筆者注: 第三債務者] に問い合わせに行くことで、第三者に質権を知ることを可能とする」のである⁵⁸。よって、民法典の旧 2075 条の送達手續は、ルジェの理解のように公示の機能にとどまるものではなく、より重要な機能として、債権質権者の第三債務者に対する先取特権の発生要件 (すなわち質権の効力要件) であるということまで認められるのである。

ii) 送達手續に認められる効果

この送達手續を有体動産質権における物質的な引渡しの制度と比較するとどうなるか。

たとえば、X が A の B に対する債権に質権の設定を受けた際に、実は、既に X に対する質権設定の前に、A が C に対しても質権を設定しており、そのことを X に秘していたとする。このような事例の場合、質権者 X は質権の設定を第三債務者 B に送達してはじめて、先行する質権の存在を B から知らされることになる。

したがって、たしかに、送達手續は既に行われた設定者 A の詐害行為 (fraude)、すなわち、二重三重の質権設定を防止することができない。そのため、有体動産質権における物の物質的な引渡しは、上記のような質権の多重設定の危険を防止できる点と比較すると、送達手續の効果は劣る点があるといえる⁵⁹。

とはいえ、債権質権においても、証書が作成され、その送達手續がなされた後には、設定

⁵⁴ Laurent Aynès et Pierre Crocq, *ibid.*

⁵⁵ Béatrice Parance, *supra* note22, n° 476, p.328.

⁵⁶ Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *supra* note29, n° 819, pp.254–255.

⁵⁷ Laurent Aynès, *supra* note40, p.1176 も、旧 2075 条の手續が、債権のような無体動産について、有体動産の引渡し (民法典旧 2071 条) に相当するものであるから、旧 2075 条の手續は、質入債権に関する権限を設定者から奪って (たとえば、もはや第三債務者は設定者に弁済を不可能な状態等にして)、質権者へ占有に相当する債権の支配を与えるものであるとしている。

⁵⁸ Marcel Planiol et Georges Ripert, *supra* note16, n° 94, p.103.

⁵⁹ Béatrice Parance, *supra* note22, n° 477, p.329.

者が二重に質権を設定しても、先行する質権者が後発の質権者に劣後することはなく、また、設定者は先に述べたように質権の設定によって債権の取立権限等を失っているため、第三債務者からの弁済の受領等はない。そうであれば、送達手続も質権設定以後のさらなる質権者の登場という「将来のあらゆる詐害行為を妨げていた」という意味で、一定の効果は認められるのである⁶⁰。

これに対して、先にみたように、ルジェは契約の効果によって設定者からの特権の移転が生じ、結果として、質権者が占有を付与されるとみているものの、仮に、契約によって質権者に一定の権利や占有が与えられるとしてみることで、送達手続を欠けば、質権設定後における設定者の二重の質権設定という詐害行為が特に防止できるわけではない。これでは、質権者を十分に保護することができるものではなく、この点でも、ルジェの理解が不十分であるということがいえよう⁶¹。

Ⅲ. 第1に関する整理

こうして、民法典の旧 2075 条の手続は、判例や多くの学説によれば証書の交付を要することなく、送達等の手続によることのみで、債権質権者への占有付与を実現することが可能であった。すなわち、「第三債務者が質権者の手の中に債権の帰趨に関する決定権限が移転したことを知るときから」、質権者は債権の占有を開始するものとみることができ、民法典の旧 2075 条が質権者への占有付与を確保する手続であることが裏付けられるのであった⁶²。

もともと、この送達等の手続は物の物質的な引渡しほど効果的ではないため、債権質権における占有の機能は有体動産の占有の場合よりも弱まっている点には注意すべきである⁶³。

第2 2006年改正後の債権質権における占有

I. 送達手続に代わる通知手続

フランスにおける 2006 年の担保法改正によって、新たに加えられた第 4 編では、無体動産に関する質権の規定が置かれている。そこでは、「無体動産質権 (nantissement) とは、

⁶⁰ Béatrice Parance, *ibid.*

⁶¹ Béatrice Parance, *ibid.*

⁶² Béatrice Parance, *supra* note22, n° 479, p.331. なお、質権の設定による権限の移転の内容については後述する。

⁶³ こうした劣った効果ゆえに、民事組合 [民事会社] の持分に関する質権の設定にあたって、立法者は民法典の 1866 条で、旧 2075 条の手続に補足的な手続 (商業・会社登記簿への公示) まで要求したと評価されている (Béatrice Parance, *supra* note22, n° 478, pp.329–331)。なお、この民事組合 [民事会社] の持分に関する質権は、不動産の民事組合 [民事会社] の発展にともない、今日大変な発展をみているといわれている (Béatrice Parance, *supra* note22, n° 478, p.330)。

無体動産又は現在のもしくは将来の無体動産の集合体を債務の担保に供することである」と定義されている(2355条1項)。そして、2356条以下では、主に債権質権(nantissement de créance)を中心とした規定が設けられている。

改正前の民法典における債権質権では、送達手続等がとられることを基点として、債権質権にも占有概念が認められてきたことは既に述べてきた。このことは、改正後の新しい民法典における債権質権についても同じように当てはまるのか。2006年改正後の債権質権制度の概要を述べた後に(「1 2006年改正後の債権質権制度の概要」、送達等の手続に代わる通知手続と占有概念の関係を論じる(「2 通知手続による質権者の占有」)。

1 2006年改正後の債権質権制度の概要

(1) 要物性の放棄

まず、民法典の2356条1項は「債権質権は書面(écrit)によって締結されなければならない、これに反すれば無効である」としており、2項では「被担保債権及び質権が設定された債権は証書(acte)において示される」と規定している。

前記の通り、民法典の旧2075条では、質権の設定が公署証書あるいは登録された私書証書によることが求められており、1997年判決によってその証書の送達が効力要件となることが明確にされた。しかし、2356条は、書面を効力要件とし、証書であることを要求するものの、その書面が公署証書や登録された私書証書に限定される必要はなくなっている⁶⁴。

このように、債権質権は書面の作成によって発生する要式契約となっており、この点に限ってみれば、改正後の民法典は、それまでの民法典が維持してきた債権質権の要物的な性質(債権者が占有を維持すること)が放棄されているようにみえるのである。

(2) 第三者に対する対抗要件手続の変化

そして次に、2006年の担保法改正後には、対抗要件手続にも変化が見られる。すなわち、第三者への対抗要件と第三債務者への対抗要件の規定が別々に設けられているのである。

まず、第三者対抗要件として、2361条は「現在のまたは将来の債権に関する質権は、証書の日付で、当事者間に効力を生じかつ第三者へ対抗できることになる」と規定している。つまり、第三者に対しては、どのような手続も介さず、作成された証書の日付によって対抗できるのである。

こうして、かつて民法典の旧2075条が要求していた、第三債務者への送達あるいは第三債務者の承諾の手続は、2006年の改正以後は債権質権の効力要件どころか、対抗要件でさえなくなっている⁶⁵。この新たな制度下の債権質権は、書面の日付のみによって第三者への対

⁶⁴ Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés*, 6^e éd., Defrénois, 2012, n° 526, pp.257-258.

⁶⁵ この債権質権の制度は、ダイイ明細書による債権譲渡等の制度を参照している。なお、ダイイ債権譲渡等の制度の概要に関しては、山田誠一「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ—フランスにおける最近の動向—」金融法研究第7号(1991年)57頁以下、池田真朗『債権譲渡法理の展開—債権譲渡の研究 第二巻—』(弘文堂・2001年)87~90頁及び184~186頁[初出:池田真朗「債権流動化と債権譲渡の対抗要件(下)」NBL586号(1996年)27~29頁及び池田真朗「判批」判例タイムズ1024号(2000年)60頁]、池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化—債権譲渡の研究 第4巻—』(弘文堂・2010

抗力を有することから、債権質権は公示手続を全く欠いた「隠れた担保 (sûreté occulte)」になったとの評価も述べられている⁶⁶。

この意味でも、旧 2075 条の送達等の手続を通じて承認されてきた債権質権における占有が認められる余地はないかにみえる。

2 通知手続による質権者の占有

このように改正後の債権質権は要物性を喪失し、さらに、第三者対抗要件制度の変化から、もはや占有移転を伴わない質権となっているように見える。

もっとも、第三債務者に対する対抗要件は債権質権の占有と関連する様相を呈しており、債権質権の効果を十分なものとするには、占有概念を承認することが必要であることが理解できる。そこで、以下では現行法の第三債務者に対する対抗要件制度を概観する。

(1) 通知等による対抗要件の実現

まず、民法典 2362 条 1 項は、「質権の設定された債権の債務者に対抗できるためには、債権質権がその者 [筆者注：債務者] へ通知されるか、又は、その者 [筆者注：債務者] が証書に関与しなければならない」としており、2 項は「それを欠く場合には、設定者のみが債権の弁済を有効に受ける」と規定している。

このように、第三債務者への通知又は第三債務者が関与した証書の存在は第三債務者に対する対抗要件となった。この通知手続は旧 2075 条の送達手続のように執達吏によるものでなく、受取証明がついた書留郵便による簡易化された方法で十分とされている⁶⁷。

(2) 通知に認め得る機能

そして、2363 条 1 項において、「通知後は、質権者のみが、元本についても利息についても、無体動産質権を設定された債権の弁済を有効に受ける」と規定され、2 項において、「各債権者は、他の債権者が適式に呼び出されるならば、その [筆者注：質権を設定された債権の] 履行を訴求できる」と定められている⁶⁸。

このように、通知等の手続がとられなければ、設定者が第三債務者から弁済を受け、逆に、通知等の対抗要件が具備されることによって、質権者のみが弁済を受領できることになる。こうして、通知手続は、2006 年改正前の送達手続に代わって、無体動産質権の存在を第三債務者に認識させて、対抗する機能を有するだけでなく⁶⁹、質入債権の凍結権限 (pouvoir de blocage de la créance) を与えられているといわれる。

年) 295 頁以下 [初出：池田真朗「海外金融法の動向－フランス」金融法研究 14 号 (1998 年) 144 頁以下、池田真朗「海外金融法の動向－フランス」金融法研究 15 号 (1999 年) 146 頁以下、池田真朗「海外金融法の動向－フランス」金融法研究 18 号 (2002 年) 133 頁以下] 等を参照。

⁶⁶ Béatrice Parance, *supra* note 22, n^{os} 471 et 481, pp. 324 et 332.

⁶⁷ 平野・前掲注 1) 「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」 27 頁及び 42 頁の注 63 を参照。

⁶⁸ なお、2363 条 2 項は、「各債権者 (chacun des créanciers)」と記載されているため、この各債権者 (créanciers) が誰を意味するのか争いがある。すなわち、この債権者が質権者 (créancier nanti) を意味するのか、設定者の他の債権者であるのか、さらに、第三債務者にとっては債権者である設定者自身までも含まれ得るのか、どのような債権者が想定されているのか議論がなされているようである

(Dominique Legeais, *supra* note 28, n^o 51)。

⁶⁹ 通知手続が対抗要件であることについては、Laurent Aynès et Pierre Crocq, *supra* note 64, n^o 527, p. 259 を参照。

この権限はあたかも留置権のようにもみえる⁷⁰。しかし、この権限によって、質権者は質入債権について第三債務者が設定者へ弁済すること等を妨げる権利を与えられるだけでなく、弁済を受領する排他的な権利も与えられるため、留置権以上の概念と評価する立場も見られる⁷¹。

(3) まとめ

留置権の有無はここではおくとして、いずれにしても、改正後の 2363 条によって、通知手続は、ア) 担保の存在を第三債務者に伝える機能だけでなく⁷²、イ) 第三債務者が自身の債権者(設定者)に有効に弁済することを妨げる機能をもたらしているといえるのである⁷³。

以上のことから次のことが明らかになる。すなわち、通知手続は以前に必要とされていた送達手続と同様に、「設定者が弁済を受けることを妨げて設定者から債権を奪い、そして、通知は質権者に弁済を請求する唯一の者となる権限を与えて、質権者に債権を占有させる」のであり、さらに、この通知手続は執行吏証書を要求しない点で、送達手続よりも柔軟になった債権の占有を実現する手続であるということができるのである⁷⁴。

よって、占有移転は債権質権の効力要件や第三者対抗要件ではないものの、第三債務者との関係でみると、債権質権を対抗するために必要不可欠な概念であるという点は改正以前と変わらないといえる。

II. 通知手続によって得られる質権者の権限

先に述べたように、フランスの学説によれば、債権質権者が送達あるいは通知手続等の結果として、設定者から一定の特権の移転を受けることになる。そこで、債権質権が設定された場合、その特権の移転によって、設定者に残る権限及び質権者へ与えられる権限はどのようなものと理解すべきなのか。

一方で、設定者が自己の債権に質権を設定したからといって、第三債務者に対する債権者としての地位を失うわけではない(旧 2079 条⁷⁵)。しかし他方で、設定者が債権者として質

⁷⁰ Philippe Simler et Philippe Delebecque, *supra* note41, n^{os} 642, 645 et 649, pp.574, 576 et 579 では、2363 条によって、質権者は排他的な権利を有するに至り、特に 2363 条 1 項が凍結権 (droit de blocage) の表れであって、設定者の諸権利を凍結することができるため、質権者はあらゆる者に自己の権利を対抗できる留置権を認めている。Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n^o 783, p.587 も、通知の結果、債権質権に留置権を承認している。

⁷¹ Laurent Aynès et Pierre Crocq, *supra* note64, n^o 536, p.266.

⁷² 質入債権の弁済期が被担保債権の弁済期よりも前である場合について、2364 条 2 項は次のように定めている。すなわち、質権者は受領権限を有する一定の機関の下に開設された口座上に、自身に支払われるべき金額を担保として保管することが可能であると規定されている。このように、質権者が担保として特定の機関に現金を保管するためには、第三債務者が代金を支払う必要がある。この点からも、通知によって第三債務者が無体動産質権について知らせを受けることが想定されていると理解されるのである

(Béatrice Parance, *supra* note22, n^o 483, p.333)。

⁷³ Béatrice Parance, *ibid.*

⁷⁴ Béatrice Parance, *supra* note22, n^o 484, pp.333-334.

⁷⁵ 旧 2079 条は「場合による債務者の強制徴収 (expropriation) までは、その者 [筆者注: 債務者] は依

入債権の弁済を受けようとしている場合に、債権質権者がそれを妨げる権限がないとすれば、質権の意味が没却される。そのため、債権質権者に一定の権限が認められはらずであり、この権限がどのような内容であるのか問題である。

この問題は、保険証券の無体動産質権に関する判例が明らかにしている。そこで、以下では、保険証券の無体動産質権に関する判例を取り扱う前提として、まず、フランス法上の生命保険制度について概観し（「1 生命保険制度の概観」）、その後、生命保険証券の無体動産質権と同制度に関する破産院の判例について論じる（「2 生命保険証券に関する無体動産質権の制度」）。

1 生命保険制度の概観

そもそも、生命保険契約とは、保険者が保険料を支払われた代償に、被保険者の生存または死亡の場合、一定期間、元本（*capital*）または定期金（*rente*）を保険金受取人へ支払うことを契約者と合意することである⁷⁶。まず、この契約における当事者等について述べ、次に、生命保険契約の内容を概観する。

（1）契約当事者及び契約内容⁷⁷

i) 契約当事者について

まず、生命保険は保険者（*assureur*）と契約者（*souscripteur*）の二当事者間で締結される。保険者とは保険を引き受ける者であり、契約者とは保険料を支払う自然人または法人である。そして、保険契約の約定が実現するか否かは、被保険者（*assuré*）について、死亡等の危険事由が発生するかどうかにかかっている。したがって、生命保険契約においては、被保険者は必然的に自然人となる。

この被保険者に危険事由が発生した場合に、現金を受け取る者が保険金受取人（*bénéficiaire*）と呼ばれる。保険金受取人は契約者によって指定される。保険金受取人が複数人存在する場合も認められ、たとえば、被保険者が一定時期まで生存した場合の給付について、A氏を受取人として指定し、また、被保険者が死亡した場合の給付については、B氏をも受取人に指定しておくということが考えられる⁷⁸。

ii) 契約の内容について

次に、生命保険契約は三つの大きなグループに別れる。それは、①死亡した場合の生命保

然として質物の所有者であり、[筆者注：質物は]債権者の手中において、その先取特権を確保する寄託物（*dépôt*）でしかない」と規定しており、設定者が債権を質入れしても、自身の債権者としての地位は失わないと思われる。

⁷⁶ Frédéric Douet, *Précis de droit fiscal de la famille*, 12^e éd., LexisNexis, 2013, n° 2644, p747 ; Théodore Corfias, *Assurance vie : technique et produits*, 2^e éd., l'Argus éditions, 2010, p.22.

⁷⁷ 当事者の意義については、Théodore Corfias, *supra* note76, pp.23–24, Frédéric Douet, *supra* note76, n^{os} 2648–2655, pp.749–750 を主に参照した。

⁷⁸ 被保険者が生存する場合に、保険金の給付がなされるタイプの契約では、契約者、被保険者、保険金受取人は、しばしば同一人物となることが指摘されており、本文で記載した例で見れば、A氏は、一般的に保険金受取人でありながら、被保険者であり、契約者でもあることがほとんどであろう（Théodore Corfias, *supra* note76, p.24.）。

険契約（死亡保険契約）、②生存している場合の生命保険契約（生存保険契約）、そして、③それらの混合型の生命保険契約（混合保険）である⁷⁹。

①まず、死亡保険とは被保険者が死亡した場合に受益者に対して保険金を支払うことが目的であり、この契約は四つのタイプに分類される。

第一に、被保険者の死亡日がいつであるかにかかわらず、保険者が保険金の支払いを義務付けられる契約である。第二として、特定の日までに被保険者が死亡した場合にだけ、保険者が保険金を支払う義務を負う契約である。第三は、被保険者が特定の日付以後に死亡した場合にだけ、保険者が保険金の支払い義務を負う契約である。さらに、第四として、もし指定された保険金受取人が被保険者よりも長く生きた場合に、保険金の支払いを義務付けられる契約が存在する。

②次に、生存保険についてみると、この契約は一般的に貯蓄を行う目的でなされ、年齢または一定の日付が事後的に到来することで契約が実現される。すなわち、保険金の支払いは被保険者が約定の日付までに死亡しないことが条件になるのであり、逆に、もし被保険者が期日までに死亡すれば、保険者は保険金の支払い義務から解放される。

③最後に、混合保険契約は、貯蓄と同時に被保険者死亡の場合の保険金の取得という二つの目的がある。したがって、上記の①及び②の混合型といえる。

たとえば、上記 i) でみたように、被保険者が約定の日付に生存しているならば、保険者が保険金受取人兼被保険者へ保険金を支払うことを義務付けられ、約定の日付の前に被保険者が死亡した場合には、保険金は指定された別の保険金受取人へ支払われるタイプの契約が考えられる。

iii) まとめ

フランスにおいて、保険制度は近時大いに発展しているといわれている⁸⁰。そして、特に生存保険型の生命保険をみると、貯蓄の手段という側面が大変注目されているのである⁸¹。

(2) 契約の媒体とその組合せ

次に、生命保険契約の媒体（support）はどのようなものか、そして、この媒体は生命保険契約においてどのような組み合わせがあるのかをみていく。

i) 契約の媒体

生命保険契約における保険料や保険金等は、ユーロによって決定されるか、または、基準

⁷⁹ 以下契約内容の概略については、Frédéric Douet, *supra* note76, n^{os} 2658–2663, pp.751–752 を主に参照した。

⁸⁰ 生命保険業者は、1970年代から80年代の間に低迷したものの、ここ20年から30年の間に、「時代遅れ」の生命保険から現代的な生命保険へ移行し、生命保険契約は前例のない発展をしていると言われる

(Théodore Corfias, *supra* note76, p.267)。現に、林雅彦「フランスの社会保障制度の概要—年金制度及び年金改正の動向を中心に—」（日本労働研究機構欧州事務所・2002年）51頁は、1996年時点において、フランスでは個人金融資産の25%が生命保険であることを指摘している。なお、同レポートは、http://www.jil.go.jp/foreign/kunibetsu/france/jil_france3.pdf で確認できる（平成25年7月1日現在）。

⁸¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque, *supra* note41, n^o 655, p.586 は、生命保険に貯蓄の性格があることを認めている。

となる有価証券等との関連によって決定されるといわれている⁸²。

①ユーロを媒体とする契約 ユーロを媒体とする契約は、ユーロによって最低限の保証がなされる。すなわち、この契約は保険者によってなされる利益の分配によって、最低限の保証がなされている⁸³。また支払われる保険料は契約で定められ（保険法典 L.131-1 条 1 項）、この保険料は基本的にユーロが基準となる。したがって、この契約はユーロが契約の媒体となっており、さらに、利益分配によって元本（*capital*）が保証される積立型の保険契約であるといえる。

②計算単位を媒体とする契約 上記①の契約に対して、計算単位（*unités de compte*）を媒体とする契約も締結することができる⁸⁴。

計算単位とは、たとえばユーロ登場以前のエキュー（*ECU*）のような「計算のための通貨単位」である⁸⁵。この計算単位を媒体とする契約においては、基準となる価値（*valeur de référence*）として有価証券等が想定されている⁸⁶。なぜなら、通貨が価値を計算し、価値を示す尺度として取引に利用されるのと同様に、株式などの有価証券等も取引のための価値をはかる尺度となり得るからである⁸⁷。このように、多様な有価証券等を媒体とする契約が計算単位を媒体とする生命保険契約である。

この契約においては、概して、契約者によって多様な媒体を対象として、鞘取り取引（*arbitrage*）が行われる⁸⁸。すなわち、契約者は保険者が用意した多様な媒体（金融商品）から選択を行って（ときには選択した媒体を他の媒体に変更することも可能であり）、選択された金融商品が取引にかかり、その運用による収益を狙うのである。したがって、この契約は媒体の交換価値の変動による影響を受けるので、投資の側面を有する契約であり、この投資との関係において、保険料や保険金等が決定されることになる⁸⁹。

ii) 契約媒体の組み合わせ

最後に、契約の構成としては、ア) 一つ、または、イ) 複数の金融媒体を対象とすることが可能であり、ア) のように単独の媒体を生命保険の対象とする場合（*monosupport*）は、しばしば上記①のような形態でユーロを媒体とすることが多く、これに対して、イ) 複数媒体を対象とする場合（*multisupports*）には、上記の①ユーロ及び②計算単位という異なる

⁸² Frédéric Douet, *supra* note76, n°2656, p.750.

⁸³ Vincent Ruol, *L'assurance vie*, Revue—banque édition, 2012, n°s 47 - 48, pp.44 - 45. なお、保険法典 L.331-1 条を参照。

⁸⁴ Vincent Ruol, *ibid.* ; Théodore Corfias, *supra* note76, p.272. なお、保険法典 L.131-1 条 2 項も参照。

⁸⁵ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 2011, p.1043 の《*unité*》の項目を参照。

⁸⁶ Théodore Corfias, *supra* note76, p.269.

⁸⁷ ここで認められる媒体は、保険法典 R.131-1 条及び R.332-2 条で定義されており、本文で述べた株式はもちろん、手形、さらには不動産や土地を目的とする会社の持分証券等も媒体とすることが可能である。

⁸⁸ 鞘取り取引とは裁定取引とも呼ばれ、例えば、同一銘柄の有価証券や金融商品について異なる市場で同時に異なる値段や金利が成立している場合に、割安な証券や商品を購入し、割高な証券や商品を売却することで、利鞘を獲得する取引である（上村達男ほか編『証券用語辞典 第四版』[銀行研修社・2007年] 213 頁を参照）。

⁸⁹ Vincent Ruol, *supra* note83, n° 50, p.46.

複数の媒体を組み合わせることが多いといわれる。

2 生命保険証券に関する無体動産質権の制度

(1) 生命保険証券の質権

i) 設定

以上のような生命保険の証券に関する無体動産質権の制度は、共通法（一般法）である民法典を参照している。すなわち、生命保険証券の無体動産質権の制度は、特別な規定のない限り、民法典上の債権質権の制度（民法典の 2355 条から 2366 条）を参照しており（保険法典 L.132-10 条 1 項）、債権者と債務者（たとえば、銀行と契約者）の間で結ばれた合意は、保険者に通知されなければならない⁹⁰。

ii) 実行

また、担保の実行も共通法（一般法）の規定に従う⁹¹。そのため、保険証券の期日前に被担保債権の支払期限が到来した場合には、質権者は契約者と同様の解約権（*rachat*）を有し（保険法典 L.132-10 条 4 項）、保険を解約した場合に生じる金額の支払を保険者から受けることができる。また、保険証券の期日後に被担保債権の支払期限が到来した場合には、民法典 2364 条を参考に、供託する（*consigner*）という方法がとられるだろうといわれている⁹²。

(2) 質権者の権限に関する破産院の立場

このように、保険証券はかなり債権質権に接近した制度である。このことを前提に、保険証券に関する質権を設定された場合の質権者の権限の範囲について判示した破産院商事部 2005 年 7 月 12 日判決⁹³（以下、「2005 年判決」とする）について、事案と判旨を紹介する。

i) 事案

事案を簡略化して紹介すると次のようなものであった。

まず、保険契約者 X は、1996 年 8 月 31 日に、保険者 Y1 社と計算単位（*unités de compte*）を媒体とする三つの生命保険契約を締結した。当該契約は、それぞれ 100 万フランの価値があり、契約者は契約期間中、鞅取り取引のために多様な権利媒体を選択し、媒体の変更も可能であった。

そして、X は、1996 年 9 月 26 日、同日をもって効力を生じる保険証券への裏書（*avenant*⁹⁴）の方法によって、上記契約の保険証券に Y2 銀行に対する質権を設定した。その後、1998 年 5 月及び 10 月に、Y1 社によって、X のための鞅取り取引の実行がなされた。さらに、X は、1998 年 10 月 21 日、証券の媒体を変更する旨を Y1 社に伝えたところ、Y1 社より相談を

⁹⁰ Philippe Simler et Philippe Delebecque, *supra* note41, n° 655, pp.586-587. なお、保険法典 L.132-10 条 1 項によると、裏書（*avenant*）の方法によって質権を設定することも可能となっている（詳細は後掲注 94 を参照）。

⁹¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque, *supra* note41, n° 655, p.587.

⁹² Philippe Simler et Philippe Delebecque, *ibid.*

⁹³ Cass. Ch. com. 12 juillet 2005, *Bull. Civ.* IV. n° 175.

⁹⁴ ≪*avenant*≫とは保険契約の変更や追補を確認するための証券への裏書（条項）を意味している。なお、訳語の選択にあたっては平出价弘『経済フランス語辞典』（白水社・1992 年）、大井正博『フランス新語辞典』（エディション・フランセーズ、2003 年）の≪*avenant*≫の項目を参考にさせていただいた。

受けた Y2 銀行は、以下のように上記取引を認めないことを決定した。

すなわち、先に行われた二回の鞆取り取引が、質物の価値を既に減少させており、新しく選ばれた媒体についても、値動きが激しい (volatile) ものであるため、Y2 銀行の反対にあったので、Y1 社は X による変更の指示通りに取引を実行することを差し控えたのである。

このような Y2 銀行の行為が誤っているとして、X は、本件契約の終了後に、Y1 社及び Y2 銀行の責任を問題としたところ、パリ控訴院は X の主張を受け入れた。すなわち、本件の契約では、金融の多様な媒体について、どのような選択を行うかを契約者 X に任せているのであって、証書のどのような条項も、この X の権限を制限していなかったことが考慮され、Y2 銀行は金融媒体の選択に介入する権利を有しないのに、X による鞆取り取引の注文に反対したと判示された。

そこで、質権者 Y2 銀行が次の理由で上告した。すなわち、まず質権を特徴づける占有喪失を実行し、質権者へ生命保険証券を交付することは、設定者の権限を奪うのであるから、質権者に設定者の鞆取り取引に反対する権利を与えるものであるとの主張がなされ、これを否定する控訴院は民法典の旧 2071 及び旧 2076 条等に違反すると主張されたのであった。

ii) 判旨

こうした Y2 銀行の上告を受けて、破毀院は以下のような判断を下した。

すなわち、「はじめに、占有喪失 (dépossession) は、設定者に質権を設定された物に関するその諸特権 (prérogatives) の一部を失わせるが、だからといって、それら [筆者注：諸特権] を質権者に与えるものではない」と判示し、さらに、質権者は、物の「返還まで、その物の受寄者 (dépositaire) の地位で、それ [筆者注：その物] を保存し (garder)、維持する (conserver) 権限 (pouvoir) のみを有し、それ [筆者注：その物] を使用し、管理するそれ [筆者注：権限] を得ない」として、質権者の保存・維持の権限を認めた。

そして次に、「本件で、署名された証券は、その者 [筆者注：契約者] に提案された多様な金融媒体のうち、その支払の割当の選択を契約者だけに留保しており、そして、質権の証書は質権者のために制限されたどのような条項も」含まなかったことを指摘する控訴院には、Y2 の主張する違反はないと判断され、上告は棄却された。

iii) 判決に対する評価

2005 年判決は証券の所有者 (= 質権設定者) の権限とは別に、質権者に保全行為に関する権限を認めて、質物に関する権限の分配を明らかにした。すなわち、所有者は使用、収益、処分の権限を維持し、これらの権限が、質権の設定に伴って質権者に移転することはなく、これに対して、質権者は、①優先権 (droit de préférence)、場合によっては②追求権 (droit de suite) といった権利に加えて、③財産を保存・維持するという質物の保全を行う権限が与えられることが明確に示された⁹⁵。

判例のこのような理解は、当時の法文からは自然なものであったといえるだろう。すなわ

⁹⁵ Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit des sûretés*, J.C.Péd.E, 2005, p.2208, n°17 がこのことを指摘している。

ち、先に述べたように、設定者は質物について所有者のままであるから(民法典旧 2079 条)、もちろん質物の使用及び管理の権限を維持する。これに対して、質物は寄託物であるので(民法典旧 2079 条)、質権者は受寄者と同視され、質物を使用・管理することはできず、受寄者のように質物を維持する必要がある⁹⁶。

もっとも、質権者に保全行為の限りで質物に介入する権限が認められる以上、所有者の諸権限は質権者に移転されないとしても、一切の制約を受けないとまでは理解できないであろう。つまり、質権者に被担保債権の弁済が完全になされるまで、この所有者の諸権限は「凍結されて (gelée)」いるのである⁹⁷。

このように有価証券の存在を前提とする保険証券の質権について、質権者は設定者が質物を使用・管理する行為に介入できないというのが判例の理解であった。とはいえ、判例は設定者の権限を一部凍結していると評価されており、質権設定の結果、少なくとも質権者へ一定の権限が付与されるとの構造は承認しているといえよう。

翻って、債権質権をみると、これは今日要物性を完全に喪失しており、質物そのものの物質的な支配は観念できなかつた。したがって、要物性を維持する質物のように、質物そのものを維持・保存することが、その質物の価値を維持するという構造にはなく、債権質権者にはより進んだ権限が承認される必要がある。

そして、改正前の学説は、債権質権の場合に、その送達手続の結果、設定者から質権者へ弁済受領等の諸権限が移転し、設定者への弁済を妨げることを承認しており(第 1-I-2-2 参照)、実際に、2006 年の改正によって、通知手続がとられると、債権質権者のみが弁済を受領し、質入債権について設定者へ弁済等することを凍結する権限が与えられていた(第 2-I-2-2 参照)。

そうであれば、設定者と第三債務者が質入債権からその実質的な価値を取り除こうとする行為(たとえば、質入れ債権の弁済や相殺)をなす場合、通知手続をとった質権者は、2005 年判決以上の権限を承認されるといえるのではないか。なぜなら、債権質権者は弁済を確保すべく、質入債権を保存・維持するために、上記のような設定者等の行為を妨げることまで承認されるからである。よって、第三債務者になされる通知手続は、質権者が質入債権を自己の手中で実行することを確保し得る制度といえるのである⁹⁸。

⁹⁶ したがって、懈怠によって質物の滅失や損傷が認められれば、質権者はその責任を負うことになっていた(民法典旧 2080 条 1 項)。なお、現行法では、送達手続による占有喪失(dépossession)が効力要件ではなくなった以上、質権者に所有者が行い得る使用・管理行為まで認めなかつた 2005 年判決の結論は望ましいものであると評価されている(Laurent Aynès et Pierre Crocq, *supra* note64, n° 532, p.262)。

⁹⁷ このことは、Xavier Delpech, *Nantissement d'assurance vie : libre administration de ses avoirs par le titulaire du contrat*, D., 2005, p.2143 が述べている。このように考えれば、2005 年判決の述べる質物を「保存し、維持する権限」は、前述した債権質権者が通知手続によって得る「質入債権に関する凍結権限」と比較し得るのではなかろうか。

⁹⁸ Béatrice Parance, *supra* note22, n° 485, pp.335-336.

Ⅲ. 第2に関する整理

以上でみたように、2006年の担保法の改正後において、条文上の構造をみれば、債権質権は証書の作成だけによって成立し、第三者に対抗できる担保となっている。しかし、債権質権が効果的となるのは、むしろ通知手続以後である。

なぜなら、第三債務者に対する対抗要件である通知手続がなされてはじめて、債権質権者に債権の占有を観念できるからである。すなわち、債権質権者は、通知手続によって、弁済を受領した質物を保存・維持する権限を取得し、第三債務者が設定者へ有効に弁済することを妨げて、結果として、質入債権からの弁済を確実なものとして受領することができる状態に至るのである。

したがって、2006年3月23日の改正によって、債権質権があたかも占有移転を欠く担保となったように見えるものの、設定者からの占有移転は第三債務者に対する通知手続によって実現されている。よって、通知手続が債権者の保護を効果的なものにするための不可欠な存在であるという点で、フランスの現行法においても、債権質権の占有はいまだに大きな意義を有しているのである。

第3 若干の考察

I. 日仏両制度の相違点

これまで見てきたように、フランス法においては、当初債権質権において証書の交付まで要求され、要物性が維持されていた。しかし、判例によって証書の交付までは必要ないとの判断が示され、債権のように物質的な引渡しを行い得ない質物を目的とする質権は旧2075条の送達等の手続によって占有を実現し、この手続が欠くことのできない前提であることが示された。このことから、送達手続は対抗要件のみならず、債権質権の効力要件としての機能を有していたのである。このように、フランスでは債権質権の要物性が緩和されつつ、その要件について債権という目的物に即した理解が示されてきた。

そして、学説の多くは、この送達手続によって設定者が弁済受領等の権限を失い、これに対応して、質権者がこれらの権限を有すると理解してきた（判例も一定の権限が質権者に付与されることを承認していた）。

この権限移転については、契約が根拠となると述べるルジェの理解も存在した（なお、ルジェは債権質権における占有も契約が根拠であると述べる）。しかし、送達手続等により、第三債務者に質権の存在が認識されるからこそ、第三債務者は設定者への弁済を控えることを要請され、質権者は自己の優先弁済権を第三債務者に対して行使することを許容されるのである。また、送達手続によって第三債務者が質権を認識した以上、それ以後、設定者

による二重の質権設定がなされる危険を防止するとの効果も期待できた。

そうであれば、第三債務者へ質権の設定を知らせることが債権質権の必須の前提となっているのであり、たとえ契約を根拠として設定者から質権者へ弁済受領権等が移転したと説明してみても（さらに契約によって質権者に占有が付与されるとみても）、第三債務者に質権の存在についての認識がなければ、実際に第三債務者が設定者へ弁済することも設定者による二重の質権設定も禁じることができない。そういった意味で、判例や学説の多くは権限の移転やそれに基づく弁済禁止という状態が契約というよりも、送達等の手続を根拠としているとみていたのである。

以上のように、送達等の手続によってこそ第三債務者は設定者への弁済が禁止され、同手続の結果、質権者へ権限が移転すると解されるため、質権者のみが弁済を受領できる法律状態が生じた。こうした状態をもって、設定者から質権者への債権の占有移転が観念されていたのである。つまり、2006年改正以前のフランスにおける判例及び学説は質権の要物性を緩和しながらも、債権という物理的な引渡しを観念できない質物の特殊性に即して、送達等の手続及びそれに付随する弁済等の禁止状態をもって占有移転を擬制することで、債権質権にも占有を承認していたのである。

そして、2006年の担保法改正において、債権質権は契約によってのみ設定される質権となり、完全に要物性が失われ、また、証書の日付が第三者に対する対抗要件とされた。したがって、かつての送達手続は債権質権の効力要件でも対抗要件でもなくなるという変化を遂げている。とはいえ、第三債務者との関係においては、債権質権を設定した旨の通知等の手続が対抗要件となり、この手続をとった後の質権者は、弁済受領の権限が明確に与えられるに至った（2363条1項）。すなわち、通知手続以後、第三債務者が設定者へ支払い等を行うことを禁じられ、質権者のみが唯一の弁済受領者となるのであった。これは送達等の手続によって設定者への弁済禁止等が生じ、弁済受領権限等が質権者に移転するとみていた2006年改正前の学説の解釈と同じ方向性である。

したがって、2006年の改正前と異なる規定になったとしても、通知手続を介して生じる法律状態に変化はなく、改正後も質権者が債権を占有していると評価できることに変わりがなかった。このように、フランス法は2006年改正以後も債権質権について占有概念を肯定しているといえるのである。

これは、本稿の冒頭で述べたように、フランス民法が動産を有体動産と無体動産に分類し、債権がこの無体動産に含まれていることに起因するように思われる。つまり、フランスにおいては、債権が有体動産と同様に動産としての法的地位を与えられ、民法典上で、「財産 (bien)」(516条)としての「動産 (meuble)」(529条1項)に分類されていることからすれば、債権も動産の一種として占有を承認されることが極めて自然な理解であるといえる。

これに対して、日本法においては、民法上の「物」は有体物に限定され（民法85条）、債権をはじめとした権利は民法上の「物」からは除外されている。権利について例外的に

「物」に準じた規定が用意されているに過ぎない（たとえば、民法 264 条の準共有）⁹⁹。

したがって、日本の民法上は権利が「物」や「動産」として法制度に組み込まれておらず、「物」に準じた法的地位を与えられているに過ぎない。こうした状況において、単に日仏の法制度を比較しても、日本法はフランス法と距離感を有しているといわざるを得ない。

II. 日仏両制度の共通点

もともと、このようにフランス法と日本法で制度上の大きな乖離が存在している中でも、以下の点については、その共通性を認めることができるのではないかと考えられる。

まず、厳密に言えば、フランス法においては、債権の占有が承認されることから第三債務者が設定者への弁済を禁じられるというわけではない。むしろ、送達や通知といった手続によって、質権者へ権限が移転し、第三債務者から設定者への弁済が禁止され、質権者のみが弁済受領者となるという法律関係をもって、占有を擬制してきたように思われる。このことは、ルジェの学説が契約を根拠として権限の移転や債権質権の占有を承認したものの、このような理解が質権者の保護に資することはないとして否定的に解され、また、2006 年改正以後、通知等の手続によって質権者が弁済受領権限を有することが明示されたことから理解できるであろう。

結局、循環論法かもしれないが、理解の順序で言えば、送達や通知という手続とそれらの手続による弁済の禁止等の状態が先行し、そこから占有が認められているのであるから、フランス法上の債権質権における債権の占有は、債権質権者が弁済期に弁済を受けることを確保するための一過程に過ぎない。重要なのは送達手続や通知手続による弁済の妨害（設定者の権利の凍結）なのである。すなわち、フランス法において、送達手続や通知手続を起点として占有状態を認める最大の目的は、質権者へ弁済受領の権限を与えることによって、最終的に質権の先取特権を維持し、弁済を実現することにあるといえる¹⁰⁰。

こうした占有の機能を日本法の状況と対比することは可能ではなかろうか。

日本法においては、冒頭で若干述べたように、質入債権の消滅や変更等は債権質権の拘束力や担保価値維持義務によって禁止されると理解されてきた。この理解によれば、設定者は

⁹⁹ 日本法上の権利が物から除外されたため、権利質権については動産質権の中にも含めるわけにはいかず、準占有に倣って、別に 1 節を設けたことが指摘されている（前田達明ほか「〈資料〉質権（一）」民商法雑誌 125 巻 6 号 [2002 年] 127 頁 [水島郁子]）。このように権利質権や債権質権は有体物に関する質権とは異なる性質を有するものと理解され、立法当初「準質」とも呼ばれて、明治末までは「準物権」と評価された（明治期には債権質権の設定を債権譲渡と理解する学説さえ存在し、民法の起草担当者も地上権や永小作権以外の権利質権は物権でないとの立場を示していた [梅謙次郎「権利質に準用すべき規定の範囲を論ず」法学協会雑誌第 21 巻第 6 号 782 頁]）。したがって、質権の領域においてもかつては学説上で「権利」に関する質権を「物」に準じて扱う程度の評価しか与えられてこなかったのである。なお、権利質権及び債権質権の学説の変遷については、詳しくは原・前掲注 11) 99~142 頁を参照。

¹⁰⁰ こうした観点からみると、ピエール・クロック（野澤正充訳）・前掲注 9) 100 頁が質権者の弁済受領権を定める 2363 条 1 項を質権者へ優先弁済権を付与したものと評価することは説得的である。もっとも、同条については、排他的な方向性で理解する学説や留置権との関係で理解する学説も存在していることは既に指摘した。

第三債務者との間で弁済を受領することや相殺を行うこと等が禁止される。こうして質入債権が保存・維持されることによって、質権者は被担保債権の回収が困難な場合には、質入債権の取立てを行うことによって債権の回収が可能となる（優先弁済を受けられる）のである。

したがって、フランス法における送達や通知の手続を介した債権質権者の占有と日本法における債権質権の拘束力や担保価値維持義務という概念についての議論は、いずれも質権者の優先弁済を実現するための仕組みであるという点で共通性を有しているといえないだろうか。そうであれば、これらを機能的に比較すれば、フランス法の議論は上記の日本法上の諸概念を分析する上で十分に参照の価値があるといえる。

Ⅲ. 占有の実質的な意義

以上のように、機能的な点においては、日仏の両制度間における債権質権の共通性が認められ、制度の比較が可能であることを指摘することができた。これは債権質権の内部にとどまらず、フランス担保法全体において、占有概念の意義が低下していることと一体として考察すると、いっそう説得力を増すものではないかと思われる。

まず、そもそも 2006 年の担保法の改正後、フランス民法典は担保について定める第 4 偏を設け、そこでは、概ね以下のような章立てがなされている。

第1章 人的担保
[中 略]
第2章 物的担保
第2-1章 一般規定
第2-2章 動産についての担保
第1節 動産先取特権
第2節 有体動産の質権
第3節 無体動産の質権
第4節 担保として留保され又は譲渡された所有権
第2-3章 不動産についての担保
第1節 不動産先取特権
第2節 不動産質権
第3節 抵当権

この分類の大項目をみると、物的担保は、第 2-2 章と 2-3 章において、動産か不動産かという担保目的物の性質による分類がなされ、従来のように占有の有無によって担保を

分類する視点は大項目としては捨て去られている。

さらに、有体動産質権についてみても、占有は効力要件ではなくなり、有体動産質権が要式契約とされており、また、占有を移転しないタイプの有体動産質権が承認されるに至っている¹⁰¹。したがって、占有の位置づけは物的担保法の大項目にとどまらず、質権の内部においても、変容を迫られているのであった。

このように、フランス担保法において、占有の意味が低下しつつあることからすれば、債権質権において、占有概念を承認することは限られた意味しか持たないことが明確になるのではないか。

すなわち、フランス担保法は、債権質権の要物性が次第に希薄化していく中で、それでも占有概念を維持してきた。これは、占有を通じて、質権者の優先弁済を図るだけでなく、2006年の担保法の改正前には、動産質権が要物契約とみられていたことが関係しているのではないか¹⁰²。

つまり、2006年以前は物の現実的な引渡しや送達手続を質権の効力要件としており、有体動産に関する質権と無体動産に関する質権の両方で占有移転を観念することで、質権内部において要物性を維持し、占有概念の整合性を保つ必要があったとはいえないだろうか。こうした理解からは、2006年の改正以前は質権者の優先弁済だけでなく、有体動産に関する質権との均衡のために、債権質権の占有を維持する意味があったといえるのである。

これに対して、2006年の担保法改正後も、先述のとおり、債権質権の占有は重要な意義を有していた。とはいえ、この占有の承認はもはや完全に有体動産に関する質権との均衡という意味を失っている。なぜなら、改正後は債権質権だけでなく有体動産に関する質権も要物契約ではなく、要式契約とされており、要物性が完全に放棄されている以上、有体動産に関する質権との均衡のために、要物性を維持し、占有概念の調和を図る必要性が乏しくなったからである。

そうであれば、現在、フランス法上の債権質権における占有を認めるとしても、その実質的な意味は、質権者の優先弁済という目的を果たす点に限定されることになるだろう。そして、この実質に着目すれば、まさに、上記のような日本法との機能上の共通点から、日仏の両制度を比較することが可能となるのではないか。

第4 小 括

以上を前提に、本節を整理すると以下のことを述べることができる。

まず、フランス担保法では、債権質権の領域で、送達手続等の効力要件を通じて占有概念

¹⁰¹ 平野・前掲注1)「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」21頁を参照。

¹⁰² あるいは、一部の学説においては留置権を承認する前提として、占有を承認する必要性に迫られた可能性があるものの、この点についての検討は今後の課題としたい。

を承認し、債権質権者の弁済受領を確保し、さらに、有体動産に関する質権との整合性を保ってきた。そして、2006年の担保法改正以後も、通知手続によって、送達手続と同様に債権質権の占有概念は維持されているものの、債権質権が要物性を完全に失い、また、担保法全体において占有の位置づけが低下した以上、もはや、債権質権における占有を承認する意味は質権者に優先弁済を実現するという機能につきるのである。

このようなフランス法上の概念を考察することは、債権質権制度について占有移転という要件面でも担保価値の維持という効果面でも法的な問題をかかえる日本法において、これらの問題を検討する際に、有益な材料を提供するという意義が認められる。すなわち、フランス法上の債権質権は占有を擬制しているものの、占有の実質的な意味は質権者に優先弁済を実現する機能にあった。そのため、この債権質権における占有概念は、日本法において学説が承認する債権質権の拘束力、そして、この拘束力と実質的に同視される担保価値維持義務¹⁰³の法的根拠や法的性質を検討する際に、その共通点を比較・分析することで、日本における新たな解釈を提示する基礎を与える可能性を有すると思われる。

もっとも、本節はフランス法上の債権質権を弁済確保という視点から日本法上の債権質権と比較する基礎を提示したに過ぎず、実際に具体的な日仏の両制度を比較することまでは行っていない。これは第4章に譲る。

また、債権質権者の弁済を受ける権利(フランス民法典 2363 条 1 項)の評価と関連して、留置権まで承認するフランス法上の学説を紹介したものの、債権質権における留置権に関する学説の全体像は明らかにしていない。さらに、債権質権の留置権に関する破産院の立場を述べることに及ばなかった。これらの問題は債権質権に留置的効力を否定することが支配的であると思われる日本法¹⁰⁴にも大きく影響するため、本章第2節において十分に検討したい。

加えて、本節で示したように、フランスにおいて債権質権の占有が現行法下でなお重要な機能を有しているとしても、通知手続はかつての送達手続のような効力要件ではなくなっており、設定者の占有喪失及びこれに対応した質権者への占有付与の意義の一部は後退しているといってもよい。そして、この占有の後退という現象は、債権質権にとどまらず、フランス担保法の中で広く認められるといわれており、その端緒は無体財産 (biens incorporels) の発展であるとの指摘がなされていた。

すなわち、そもそも無体財産は有体性 (corporalité) が欠けるため、1804年の民法典が動産担保を設定するために要求した占有喪失を実現することは不可能である (物質的な意味での引渡しの対象とはなり得ない) と言われるようになり¹⁰⁵、無体財産の担保には共通法

¹⁰³ 債権質の拘束力と担保価値維持義務の関係については、原・前掲注 11) 160～162 頁を参照。

¹⁰⁴ かつては質権の留置的効力に意味を求める学説が見られたものの、学説上受け入れられるには至らなかった (学説の詳細は、原・前掲注 11) の 118～128 頁を参照)。もっとも、近時物上質の留置的効力に相当する権利行使制約力を観念すると思われる学説も登場している (松岡久和「物権法講義—32 [第 29 回] 質権」法学セミナー703号 [2013年] 82～86 頁を参照)。

¹⁰⁵ Anne Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, thèse, Dalloz, 2001, n° 479, pp.257–258 ; Christophe Juillet, *Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir*, dans Liber Amicorum

(一般法)を適用することができないとの見方がフランスにおいて示されてきたのであった¹⁰⁶。

したがって、立法者はこれまで無体財産を担保の客体とするために、営業財産に関する無体動産質権 (*nantissement de fonds de commerce*)、映画フィルムに関する無体動産質権 (*nantissement de films cinématographiques*)、ソフトウェア開発の権利に関する無体動産質権 (*nantissement de droit d'exploitation d'un logiciel*)等を民法典の外に創設してきた¹⁰⁷。

このように、各種の立法によって無体財産について質権の設定を認めることは、占有喪失を必要としない担保が存在する可能性を提示することになり、民法典が占有喪失という概念を放棄する契機となってしまったのであった¹⁰⁸。

その後も、特別法は占有を擬制する自動車質権をはじめとして、機具や材料に関する占有を喪失しない動産質権まで創設するに至り、物的担保の分野における占有喪失を放棄する方向が進行しており¹⁰⁹、結局、現行法では質権の定義から占有喪失の語そのものが消え去っている(2333条及び2355条)。

以上のように、占有が債権質権のみにとどまらず、他の質権制度との関係において徐々に希薄化し、後退してきたのであれば、フランス動産質権制度における占有概念を正確に理解するには、2006年の改正前後における債権質権以外の各種の質権を研究する必要がある。本研究では、こうした他の無体動産質権における占有やその機能の問題は扱えなかったため、これは残された課題として今後十分に検討したい。

第2節 フランス法上の債権質権における留置概念

はじめに

前節では、フランス法上の債権質権における占有の有無に関する状況を明らかにした。すなわち、2006年の担保法改正の前後において、いずれも送達や通知といった手続を介して、

Christian Larroumet, *Economica*, 2010, n° 5, p.244.

¹⁰⁶ Christophe Juillet, *ibid.*は、本文記載のような見方を指摘している。なお、本文冒頭で述べたように、フランス民法では債権のような無体財産も動産に含めている。そのため、かつては営業財産や著作権等についても動産に含まれ、これらの無体財産についても民法典上の質権の目的物たり得るとの指摘がなされていた(神戸大学外国法研究会編・前掲注5の184頁及び187頁[川上])。確かに、民法典は無体財産の担保を対象に含めているものの、旧2075条をみてもわかるように、債権が中心的なものとして想定されているため、共通法(一般法)たる民法が必ずしも各種の無体財産を担保の目的物とするという理解の根拠とはなり得ず、立法者は共通法(一般法)よりも、特別法による立法に頼ったと評価されている(Christophe Juillet, *supra* note105, n° 5, p.245)。

¹⁰⁷ フィリップ・デュピシヨ(吉井啓子訳)・前掲注8)164頁を参照。

¹⁰⁸ この評価について、Christophe Juillet, *supra* note105, n° 5, p.245を参照。

¹⁰⁹ Christophe Juillet, *supra* note105, n° 6, pp.245-246。

質入債権を凍結する（不可処分性）が認められた。それゆえ、判例・学説は債権質権においても、占有を承認している。

では、占有が認められるとすれば、それを前提として債権質権に留置権を認めることが可能であるのか。フランス法上の議論としては、債権質権に留置権が認める立場も存在している。もっとも、こうした理解には批判も存在するところである。

そこで、ここでは日本の質権の母法であるフランスにおいて、債権質権における占有の効力として、どのようなものが認められているのかを確認していく。まずは、関連する判例を取り上げ（「第1 破毀院判例の理解」）、その後上記の学説の状況を確認して（「第2 学説の対立」）、最後に日本法との接点を探るべく、一定の考察を示して本研究のフランス法のまとめに代える（「第3 若干の考察」）。

第1 破毀院判例の理解

I. 事実と判旨

フランス法上で、債権質権における留置権と関連する問題を含む判例として、破毀商事部2010年5月26日判決¹（以下、「2010年判決」とする）が存在する。事案を簡潔にして示すと以下のようなものであった。

まず、X社は建築施工に関する公共事業及び二次的な関連事業のために融資を行う団体であった。このX社は、A社が不動産を購入するためのつなぎ融資を行うことを1990年12月27日にA社と合意した。その際、X社は担保目的でA社より賃料債権の譲渡を受けた。この貸付は1992年2月28日に返済されたが、この貸付と同一の条件によって、再度X社からA社に貸付がなされた。

そして、X社は上記の賃料債権の譲渡を受けた旨の通知を賃借人に対して行った。そのため、賃借人はX社に対して直接に賃料を支払っていた。その後、1999年9月30日、A社の裁判上の更生手続が開始され、この更生手続は2000年6月22日に裁判上の清算手続に変更された。したがって、上記賃借人はこの更生手続開始時点までX社に対して直接に賃料を支払い続けていた。

上記の清算手続では、Y氏が清算人に任命されたところ、YはX社に対して上記賃料を受け取らせなかった。そこで、X社はこの点を非難して、Yの責任を追及すべく訴えを提起した。

これに対して、パリ控訴院2009年2月17日判決（以下、「控訴院判決」とする）は以下のように述べて、Xの請求を棄却する判断を示した。

すなわち、まず、本件においては、借主及び貸主の間での取り決めとして、賃料債権のよ

¹ Cass. Ch. com. 26 mai 2010, *Bull. Civ.* IV. n°94.

うに継続的に履行されるべき債権の譲渡がなされているところ、この債権の譲渡は、借主及び貸主の間において、融資の返済の一つの形態を示したに過ぎず、担保を設定したのもでも、帰属＝差押（*saisie-attribution*）²と同視できるものでもないということが示された。それゆえ、裁判上の更生手続開始以後に支払期限をむかえる賃料債権はこの更生手続の規定に従うことになる。その結果として、更生手続が開始された1999年の最終四半期（10月から12月）の賃料債権はまさに清算人に支払われるのであり、上記の債権譲渡によって、貸主であるXに先取特権が与えられるわけではないと判断した。

そこで、Xが上告したところ、破産院は質権に関連する第一の上告理由の中で挙げられている二点目の理由についてのみ判断を示した。つまり、担保目的の債権譲渡等を債権質権の設定と評価する判例（*Cass. Ch. com. 19 décembre 2006, Bull. Civ. IV, n° 250*）が存在し、しかも、本件では賃料債権の譲渡が賃借人に送達されているにもかかわらず、上記のように判示する控訴院判決は固有の客観的事実から法的結論を引き出していないため、民法典の旧2071条、旧2073条、旧2075条³を侵害したと主張された点についてのみ取り上げて、以下のように述べて、控訴院判決を破棄・無効とした。

すなわち、控訴院判決は「合意による貸付の返済に関する担保として、X社に対して、A社によってなされた賃料の譲渡が民法典の1690条の規定に従って賃借人へ通知されたにもかかわらず」、上記のように判断しており、控訴院は「その客観的事実から法的結論を引き出しておらず」、民法典の1690条⁴、旧2071条、旧2073条、旧2075条を侵害したとの判断が示されたのである。

² 帰属＝差押とは、執行名義を有する債権者が執行吏を介して第三債務者の手中にある金銭を対象に差押書を送付することにより、当該金銭は上記債権者の債権及びそれに付随する諸権利（損害賠償等）の総額に達するまで債権者に帰属し、この差押後に倒産手続等が開始されても、この帰属の効果は原則として妨げられない（山口俊夫編『フランス法事典』[東京大学出版会・2002年]534頁《*saisie-attribution*》の項目を参照）。

³ 2006年の改正以前の民法典は、以下のような規定であった。なお、訳語については法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典－物権・債権関係－』（法曹会・1982年）295～296頁を参照させていただいたが、適宜変更している。

旧2071条

質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債権者に引き渡す契約である。

旧2073条

動産質権は、債権者に、その目的である物について他の債権者に先取りし優先して支払わせる権利を付与する。

旧2075条

質権は、債権のような無体動産上に設定される場合、公署証書又は適式に登録された私署証書が、質権を設定された債権の債務者〔筆者注：第三債務者〕に送達されるか、又は、公署証書において、その者〔筆者注：第三債務者〕によって承諾される。

⁴ フランス民法典1690条は、第1項で「譲受人は債務者に対して行う移転の送達によってしか、第三者に対抗することができない」と規定し、第2項では「ただし、譲受人は公署証書において債務者が行う移転の承諾によっても対抗することができる」と規定している。この1690条の送達が譲渡人・譲受人のいずれからでも可能であることは既に第3章第1節において指摘した。なお、訳語については法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注3の165頁を参照させていただいたが、適宜変更している。

II. 判例の評価

1 2010年判決の評価

2010年判決は以上のような判断を示している。判決分からも明確なように、「留置権」という表現が判決のどこにも現れていないにもかかわらず、2010年判決が公式判例集において公表された際に、その見出し語の一つとして「留置権」という用語が使用され、さらに、「貸主がその者へ留置権を与えるような質権者の地位を有していた」と述べる要約を伴っていたのである。

そのため、2010年判決に関して、「債権のような無体財産上の留置権の可能性と関連する議論は、それ〔筆者注：文献調査サービス〕が当初含まなかった注釈を判決に加えるようになる破毀院の文献調査サービスによって、そのようにあっさりと決着がつけられ」、それが適切であったとの評価も見られた。なぜなら、このような理解が後に詳細を述べる債権質権における留置権の理解（どのような財産に対しても行使され得る凍結権限）に合致するとみられたからであった⁵。

しかし、上記のような判例集の見出しはおおよそのものであり、しかも、極めて重要な法律上の概念に関する問題に関して、裁判機関の特権ではないこの種のサービスが提示する内容に付与すべき権威があるといえるのかは疑わしく、判例集の見出しや要約に対する評価は慎重にすべきであるとの指摘もある⁶。

また、実際の判決の中身の分析からも債権質権に留置権を承認したとみることには疑問が提示されている。まず、2010年判決では、質権に関する上告理由は4部構成であったものの、破毀院はその構成のうち、第2番目の構成を採用した。しかし、上告理由中の第4の構成部分では、上告人は質権者の留置権の根拠となる民法典の旧2082条⁷が侵害されたと述べて控訴院判決を非難していた。すなわち、「債務者へ質入れされた賃料を正式に通知された賃貸借に関する債権質権は設定者の占有喪失をもたらし、そのように、設定者は自身が誤って質入れされた賃料に関する債務者から受領するだろうあらゆる弁済を無体動産質権の受益債権者〔筆者注：質権者〕へ必然的に移す義務を負う」と主張されたのである⁸。

この主張は設定者の占有喪失に基づいており、援用された法文からも、上告人が質権者の

⁵ Pierre Crocq, *Droit des sûretés janvier 2010 - décembre 2010*, D, 2011, p.412 がこうした評価を述べている。

⁶ Maxime Julienne, *Le nantissement de créance*, thèse, Economica, 2012, n°132, p.94.

⁷ 旧2082条

- ①債務者は質物の所持者がそれを濫用しない限り、その担保のために質物が供与された負債を元金並びに利息及び費用について全部支払ったのちでなければ、質物の返還を請求することができない。
- ②同一の債務者の側から同一の債権者に対して質権設定後に締結された別個の負債で、第一の負債の弁済前に請求可能となるものが存在した場合には、質物を第二の負債の弁済に充当するためのいかなる約定もないときでも、双方の負債が全部弁済されるまでは、債権者に質物の占有を手放す義務を負わせることはできない。

なお、訳語については法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注3の165頁を参照させていただいた。

⁸ *Bull. Civ. supra* note1は上告理由の詳細を省略しているため、詳細はレジ・フランス (legifrance) のウェブサイト (<http://www.legifrance.gouv.fr/>) から参照した (平成25年11月30日現在)。

利益のために留置権を前提としていたことは明確であった。そのため、もし破毀院が債権質権に留置権の存在を認めるべきと考えたのであれば、上告理由に留置権に関する主張が表れているので、債権質権の留置権についての判断を示すことが可能であった。それにもかかわらず、破毀院が債権質権者の留置権を判示しなかった以上、破毀院はこの問題に関する態度を決定するのが有効であると思っておらず、この概念を承認するものではないと評価されている⁹。

したがって、この判決の意義は債権質権の留置権を承認することにはなく、「排他的地位」あるいは「排他的権利」を質権者へ認めていることにあるといわれている。すなわち、2010年判決は、清算人 Y が収取した賃料を質権者 X に返還しない点に Y のフォート (faute) が認められることを暗示しており、清算人 Y が質権者 X へ現金を交付することが義務付けられる¹⁰。したがって、2010年判決からは、質権者が自己の担保の負担を課された債権を弁済される排他的な権利を有しているか¹¹、あるいは、他の債権者とのあらゆる競合を免れ、さらに、倒産手続の開始の影響を免れるような地位を有する¹²と解釈できるという評価が示されている。

しかし、2010年判決のより本質的な意義は、むしろ「担保目的での譲渡に無体動産質権としての新たな資格を与えたことである」とも言われている¹³。

2 関連する判例

2010年判決の他にも、これと同様に債権質権に留置権を認める機会がありながら、留置権について判断することを避けているとみられる判決が存在するといわれている。すなわち、金銭債権に関する質権者が司法上の帰属決定を請求したところ、控訴院がこれを認めたので、上告がなされた事案である。

この事案において、上告人は1985年1月25日の法律が材料及び道具に関する質権以外の質権については、質権の司法上の帰属決定権は留置権の存在に従わせる旨を述べていたことを上告理由としたので、この上告を棄却するために、金銭債権に関する質権に留置権を認めることも可能であったはずであった。しかし、破毀院は次のように述べて上告を棄却している。すなわち、控訴院は「どのような質権者も留置権を有していない質権についてですら司法上の帰属決定を請求し得るということをまさしく考慮した」と述べるにとどめているのである。

このように、債権質権に留置権を認めるきっかけがありながらも、破毀院はこれを承認す

⁹ 以上の評価は Maxime Julienne, *supra* note6, n°133, pp.94–95 を参照。なお、Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie - Noëlle Jobard – Bachellier, *Droit des sûretés*, 3e éd, Dalloz, 2012, p.474 note5 も、今日まで破毀院自体が債権質権者の利益のために留置権の存在に関して態度を明らかにしていなかったと述べて、同様の理解を示している。

¹⁰ Maxime Julienne, *supra* note6, n°127, p.91 は学説の大半がこのような帰結を判決から引き出すことを指摘する。

¹¹ Maxime Julienne, *supra* note6, *ibid.*

¹² Dominique Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, L.G.D.J., 2013, n°518, p.352 を参照。

¹³ Cass. Ch. com. 26 mai 2010, *D*, 2010, p.1340, obs. A. Lienhard, Dominique Legeais, *supra* note12, *ibid.*

る判断を行っていないことが指摘されていた¹⁴。

第2 学説の対立

フランス法上の判例は、債権質権における留置権に関して上記のような状態にあった。これに対して、学説では留置権を承認する見解とそれに異論を唱える見解がかなり対立している状況にあった。特に、2006年の改正後は、民法典の2363条1項が「通知後は、質権者のみが、元本についても利息についても、無体動産質権を設定された債権の弁済を有効に受ける」と規定したこととの関連で議論された。

そこで、以下では、まず債権質権において留置権を承認する立場がどのような法的根拠によって説明を展開しているのかという状況を確認し（「I. 債権質権における留置権を承認する見解」）、その後、理論的に上記の理解を批判して、異なる観点から説明する立場を紹介する（「II. 留置権を消極に解する見解」）。

I. 債権質権における留置権を承認する見解

債権質権に留置権を承認する立場は、債権の留置を認めるため、古典的な留置概念を再構成するという理解を筆頭にいくつかの根拠を提示している。そこで、学説が述べるこれらの根拠に関して順次確認し、その状況を明らかにしていく。

1 債権を留置する可能性

(1) 留置権概念の再構成

古典的な学説に従えば、留置権は物(chose)の上に質権者の物理的な支配を前提とすることになり、ここでは、留置権を「物の上の物理的な支配力」と解することになる。そうであれば、留置権は無体であって、物理的な支配の対象となり得ない財産を対象とすることはあり得ないことになる。

しかし、第3章第1節では以下のことを確認した。すなわち、不動産の占有と異なる様相を呈するものであるとしても、債権の占有を承認することは理論的に可能であり、判例も登場しているところであった。

このように占有が無体財産に対しても許容できることを前提とすれば、留置権についても無体財産を対象とするとの転換を観念できることが指摘された。つまり、留置権とは物の上の物理的な支配力ではなく、「所有者または権利の名義人を妨げる権限」とであると説明さ

¹⁴ 以上を指摘するものとして、Béatrice Parance, *La possession des biens incorporels*, thèse, L.G.D.J., 2008, n°584, pp.402-403 がある。

れるのである¹⁵。

たとえば、所有権の対象となる有体財産を質入れすれば、所有者の所有権が妨げられ、質入れされたのが債権等の権利であれば、その権利の名義人が妨害される権限として留置権を構成するのである。このような留置権概念を前提とすれば、留置権が無体財産を対象とし得ることを認めることができるのである。

(2) 送達・通知を介した「権利の停止」による根拠付け¹⁶

では、このような留置権概念の再構成はどのような理論的根拠をもって説明されるのか。それは、第三債務者への送達や通知等の手続を介した質入債権の停止によって説明されている。

まず、第3章第1節で既に述べたように、2006年の改正以前は送達等の手続（旧2075条）によって、改正以後は通知等の手続（2363条1項）の存在を理由として、第三債務者はもはや質権者の手の中にしか有効に弁済できないと理解されてきた。このように、質入債権は送達や通知といった手続によって不可処分性（*indisponibilité*）を課され、債権質権においては、このような状態をもって占有を観念できたのである。

そうであれば、設定者及び第三者が、質入債権の債務者（第三債務者）に対して、もはや自らの権利を自由に主張できないということ（権利の停止状態）が、上記の占有概念（ないしは不可処分性）の本質であるといえる。このように設定者等が担保に供された財産の有用性というものを欠く以上、まさにそこに留置の本質が発現しているのである。したがって、「留置権を特徴づけるのは、質権の目的財産に関する第三者の諸権利のこの停止である」（原文イタリック）¹⁷と理解することが可能となり、上記のように、留置権を物の支配による返還の拒絶権限としてではなく、「所有者または権利の名義人を妨げる権限」と説明することが可能になる。

結局、このような説明から、無体財産上の留置権の存在を認めることは、「この権利〔筆者注：留置権〕が多く著者の主張に反して、質の目的財産上の物質的な支配を前提とした古風な権利ではないということをもっぱら暗黙のうちに認めることに過ぎないのである。留置権に関する非物質的な分析はわれわれにとってすっかり納得し得るように思われる」と理解されたのであった¹⁸。

2 留置権の承認範囲の拡大

以上で指摘したように、留置権は有体財産に限定された古典的な理解から離れ、その成立範囲を拡大していくようになっていた。こうした留置権概念を拡大する傾向は他の質権に

¹⁵ 以上の説明に関して、Dominique Legeais, *supra* note12, n°518 et 520, pp.352 et 354 を参照した。

¹⁶ この項目に関しては主に以下の文献によった。Dominique Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, Economica, 1986, n°129 et 130, pp.79–80 ; Augustin Aynès, *La consécration légale des droits de rétention*, D, 2006, n°5, p.1302 ; Dominique Legeais, *supra* note12, n°518 et 520, pp.352 et 354.

¹⁷ Dominique Legeais, *supra* note16, n°130, p.80 を参照。

¹⁸ Dominique Legeais, *ibid.* なお、本文のような立場に賛成するものとして、Augustin Aynès, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, thèse, 2005, n°92, pp.71–72 ; Béatrice Parance, *supra* note14, n°582 et 583, pp.401–402 がある。

においても確認できる。

まず、自動車に関する質権は1934年12月29日の法律及び1953年9月30日のデクレによって内容が定められている。この質権では、自動車の販売人等が県に届け出を行うことで登記がなされ、受領証が交付される。この受領証の保持があることによって、目的物に対する「擬制による占有」が認められていた。そして、擬制的に占有される自動車に質権が設定されれば、上記の登記と受領証に設質権設定の事実等が記載される。こうして、擬制的な占有を前提として、質権者は自動車に対する留置権を行使することが可能となった¹⁹。

また、立法者は、通貨・金融法典（Code monétaire et financier）L.211 - 20条のIVにおいて証書口座に関する無体動産質権に留置権を認め、建築・住居法典（Code de la construction et de l'habitation）L.212 - 4条4項では持分等に関する無体動産質権に留置権を認め、さらに、商法典L.642 - 20 - 1条3項では清算人が留置権を訴求した場合に、物の価値上の留置権を承認している。

加えて、民法典上の有体動産に関する質権については、2006年の改正によって占有移転を伴わない動産質権（gage avec dépossession）が設けられ、改正当時、同質権には留置権が認められていなかったものの、2008年に占有移転を伴わない動産質権にも擬制的な留置権を承認する改正がなされているのは既に前節で確認したとおりである²⁰。

このように、フランスでは民法典の内外において、留置権は当初擬制的な占有との関連で承認され、さらには占有喪失を伴わない質権にさえ承認されるようになり、留置権の非物質化が進行しているのである。このような留置権の承認は上記のように、債権質権における留置権を承認する分析をさらに確固たるものとするといわれている²¹。

3 衡平の観点

さらに、債権質権について留置権を承認するにあたって、上記のような理由に加えて、次のことも指摘されている。

すなわち、既にみたように債権質権における占有を承認することを前提とすることができるのに、無体財産に関する質権者には留置権を否定し、有体財産に関する質権者に留置権を与えるというのは、無体財産に関する質権者をその他の財産に関する質権者よりも不安定な法的地位のままに放置することになり、衡平の観点からは不合理があるということである。

したがって、同一の担保の保有者であれば、全質権者が同じ権限として留置権を有すると

¹⁹ このことを指摘する邦語文献として、伊藤英樹「フランスの自動車質（2）－占有移転なき動産担保制度－」愛知学院大学論叢法学研究第24巻第一・二号（1980年）2～5頁を参照。なお、この自動車に関する質権は2006年の担保法改革によって、一定の修正を受けた上で民法典の2351～2353条に導入されている。受取証の交付による占有の擬制については2352条が規定し、留置権は従前通り生じるとされている（詳細は平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」日仏法学第25号〔2009年〕22～23頁を参照）。

²⁰ 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－」比較法学第46巻第2号（2012年）67頁及び下村信江「フランスにおける動産質（3・完）」近畿大学法科大学院論集第9号（2013年）113頁を参照。

²¹ このことは、Dominique Legeais, *supra* note12, n°520, p.354 が指摘している。

みるべきであり、その者らの間で区別をすることを正当化するいかなる論理的な理由も存在しないと指摘されている²²。

4 留置権を承認する見解の現状

以上のような根拠が示されたことにより、特に 2006 年の改正以後は質権者が唯一の弁済受領者となることを示す民法典の 2363 条 1 項は留置権の表れであると理解され、フランス法上、このように債権質権の留置権を承認する立場が最も大きな支持を集めているといわれている状況にある²³。

たとえば、2363 条 1 項が凍結権 (*droit de blocage*) の表れであって、設定者の諸権利を凍結することができるため、質権者はあらゆる者に自己の権利を対抗できる留置権を認めるとの説明が散見される²⁴。

II. 留置権を消極に解する見解

以上のように学説上は留置権肯定説が有力になりつつあったものの、このような理解には近時批判がなされ、異なる立場が示されている。そこで、以下では上記の学説に対する批判の内容とそれを前提として民法典の 2363 条 1 項を留置権とは異なる方向性で理解する見解を紹介する。

1 留置権の承認に対する疑問

留置権肯定説を批判する見解は、条文や判例の状況及び留置権概念の有用性という点を中心として問題点を指摘している。

(1) 条文の状況

まず、2006 年改正以前のフランスでは、第 3 章第 1 節で述べたように、条文上は有体動産に関する質権も債権に関する質権も《*gage*》として規定され (旧 2072 条 1 項)、留置権に関する旧 2082 条は「質物」に関する留置権の規定として存在してきた。

しかし、改正以後、現行の民法典において、旧来は留置権に関して定める一般規定を有していなかったフランス民法典が新しく 2286 条という留置権に関する規定を設けた。ここでは「物 (*chose*)」に関する留置が前提となっており、法文上は「権利 (*droit*)」の留置を当然に予定しているとまでは読み取れないのである。そうであれば、債権の留置許容できるかには疑問があると指摘されている²⁵。

(2) 判例の状況

²² Béatrice Parance, *supra* note14, n°583, p.402 を参照。

²³ Maxime Julienne, *supra* note6, n°193, p.134 を参照。

²⁴ Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil Les sûretés*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n°642, 645 et 649, pp.574, 576 et 579 ; Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n°783, p.587 を参照。

²⁵ Maxime Julienne, *supra* note6, n°119, p.86 を参照。

フランス法上には、債権質権における占有に言及した破毀院判例が複数存在した²⁶。これらの判例が債権質権において占有を承認しているとしても、その占有が無体財産の分野において、有体動産の占有と同様に理解しうるかは明確ではない。

たとえば、破棄院は無体の分野における占有は取得時効（民法典の 2276 条）の作用を引き起こし得ないと判断している²⁷。したがって、破毀院が占有概念を承認するとしても、留置権に係る 2286 条の作用を認めるか否かは明白ではない。すなわち、仮に判例上で占有や留置という用語が用いられたからといって、その用語が明確な法技術的な効果を必然的に認めることはならないのである²⁸。

そもそも、フランス法上は債権も無体動産とされており、2006 年改正以前は無体動産である債権に関する質権も有体財産に関する質権も、いずれも旧 2072 条において区別なく動産質（gage）と定義され、質権は物を債権者に引き渡すことが前提であった（旧 2071 条）。したがって、改正以前は有体・無体を問わず、動産に関する質権は引渡しが必要の前提であり、要物性が求められていた（要物契約）。そのような制度下では、有体動産に関する質権と債権のような無体動産に関する質権につき、要件等の説明に際して両者の整合性を保つ必要があり、それゆえ、上記の判例を示した裁判官は「占有」という用語を用いて論理を展開することが迫られたのである。そうだとすれば、ここで認められた「占有」は質権の担保目的である債権そのものの性質から当然に認められたものではなく、その法的効果は上記のように有体物の占有と同様であると速断できないのである²⁹。

そして、先にみたように、債権質権に関する判例の中には、留置権を承認する判示が可能であったにもかかわらず、これを認めなかったものが存在していた。とりわけ、2010 年判決を債権に対して行使される留置概念に決着をつけたものとはいえないのであった。そうであれば、判例の一般的な状況としては、債権質権における留置権を承認することは拒絶されているとみるべきではないかと解釈できるのである³⁰。

（3）留置権概念の有用性

このように条文・判例という実体法上の解釈の基礎となる材料からみて、債権質権における留置権を引き出すことは困難な状況にあることが明らかにされた。これに加えて、批判がなされている点は、債権質権において留置権を認める意味があるのかという点である。

まず、留置権肯定説の根拠を確認すると、送達や通知等の手続を介して、質権者だけが質入債権の弁済を受ける権利があるとの状態に至ること、すなわち、質入債権の停止・凍結（処分不可能性）によって、質権者が排他的に弁済を受領することが可能となることを前提として、留置権の存在が基礎づけられていた。

²⁶ Cass. 1^{re} Ch. Civ. 10 mai 1983, *D.S.* 1984, *J.* 433, note Gérard Légiér ; Cass. Ch. com. 12 juillet 2005, *Bull. Civ.* IV. n°175 等が存在する。詳細は第 3 章第 1 節の第 1 及び第 2 を参照。

²⁷ たとえば、Cass. Ch. com. 7 mars 2006, *Bull. Civ.* IV. n° 62 等が存在する。

²⁸ Maxime Julienne, *supra* note6, n°121, p.87 がこのことを指摘する。

²⁹ Maxime Julienne, *supra* note6, n°129, p.92 がこのことを指摘する。

³⁰ 以上の評価は Maxime Julienne, *supra* note6, n°s131 et 133, pp.94-95 が指摘している。

しかし、この排他性は留置権を説明することを目的とする表現でしかなく、留置権が質権者の享受する排他性を裏付けているわけではない。そうであれば、留置権は排他性の結果であって、その根拠ではないのである。つまり、留置権を否定する論者も、民法典の 2363 条 1 項に従えば、通知等によって債権質権者のみが弁済を受け得る状態となることは否定しないところであるものの、このように債権の排他的な把握が確保されるならば、それで足りるのであって、それ以上に、この状況を前提として留置権を認めることが特別な意味をもたらさないとみているのである³¹。

こうして、債権質権における留置権は通知等による質入債権の停止・凍結（処分不可能性）と結び付けて質権者の地位をうまく説明する点もあるものの、だからといって、留置権という名称を与えることに必ずしも何らかの法的技術的な効果が伴っているものではなく、その有用性は少なかったのである³²。

2 留置権と異なる法律構成

このように、留置権肯定説の問題点をあげる代表的な学説は、民法典 2363 条 1 項の文言に従って、これは排他的に弁済を受領する権利であると説明している。

すなわち、質入債権が通知等を介して凍結権限（*pouvoir de blocage de la créance*）を得ることを前提とすれば、この権限によって債権質権者は質入債権について第三債務者が設定者へ弁済すること等を妨げる権利を与えられるだけでなく、弁済を受領する排他的な権利も与えられるとして、留置権以上の概念で説明するのである³³。

もっとも、留置権を肯定しない立場としては異なる法律構成も存在している。すなわち、民法典の 2363 条 1 項の権利は先取特権の表れであるとの理解である³⁴。

いずれにしても、2006 年改正によって 2363 条 1 項が誕生した以上、債権質権における留置権を承認するか否かはもはや理論上の問題に過ぎず、その問題を議論する意義は失われつつあるのではないかとの評価も存在している³⁵。

³¹ Maxime Julienne, *supra* note6, n°139, 143 et 145, pp.99, 101 et 102 を参照。このような理解に立てば、次のように理解することになるのではないか。すなわち、2006 年改正によって 2363 条 1 項が誕生した以上、留置権を承認するか否かはもはや理論上の問題に過ぎず、その問題を議論する意義は失われつつあるのではないか（との指摘を受けた）。

³² Maxime Julienne, *supra* note6, n°143, p.101 を参照。

³³ Laurent Aynès, *Le nantissement de créance, entre gage et fiducie, Droit&Patrimoine*, 2007, p.68 ; Maxime Julienne, *supra* note6, n°193, p.134 ; Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés*, 6^e éd., Defrénois, 2012, n° 536, p.266 がこうした見解を示している。

³⁴ Marc Mignot, *L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, RDBF*, janvier-février 2010, n°26, p.22 がこの立場を採用している。

³⁵ 前掲序節注 3 の調査のためにフランスを訪問した際、Laurent Aynès 教授からご指摘を受けた。

第3 若干の考察

I. 債権質権における占有と留置の関係

これまで確認したようにフランスでは債権質権に留置権を認める見解が存在した。これは、古典的な留置権の意義を変容し、質物に関する権利の停止権限と再構成する。また、2010年判決が留置権に関連させる見出しや要約を付されたことも好意的に受け止めて、留置権を承認することの手がかりとしているのであった。

たしかに、前節で既に確認したように、債権質権は2006年改正以前に旧2075条の送達等の手続をとることによって、質入債権の凍結・停止状態が導かれた。判例・学説ではこのことをもって債権質権にも占有を承認できるとみており、2006年改正後も民法典の2363条1項により通知等の手続を介して同様の状態が承認可能であった。このように、債権質権においても占有を観念できるとすれば、それと連動して留置権を認めることも自然な流れとみえる。

また、民法の内外において占有擬制する質権、あるいは、占有を認め得ない質権が登場しているところ、これらの質権にも留置権が承認されている。このような状況からすれば、債権についても留置権を認める可能性が後押しされる。つまり、占有が認められない質権に留置権を承認することに比べれば、占有を理論的に認め得る債権質権はより留置権を認めやすくなるというみかたも可能であろう。

しかし、このような理解には問題点も指摘されていた。

はじめに、判例には上記の通り債権質権における占有を述べるものが存在するものの、その効力必ずしも有体動産に関する占有と同視はされていなかった。実際に留置権肯定説があげた2010年判決は、債権質権に留置権を認めることが可能であったのに、留置権を認めることを明示はしなかった。

したがって、判例上、占有を認めるとしても、それは改正前の質権に関する規定が無体動産たる債権に関する質権とそれ以外の有体動産質権を区別していなかったことに起因しており、有体動産質権の占有と同様の効力が認められるか疑問であるとの指摘がなされた。

また、前節で確認したとおり、2006年の改正により、無体動産に関する質権は独立の規定を持つに至ったものの、有体動産質権とあわせて要物契約ではなくなっており、さらに、民法典が担保物権を占有によって区別することをやめている。したがって、民法典における占有の意義がかなり後退してきたのである。

こうした判例・立法の状況においては、たとえ債権質権においてなんらかの形で占有を認めたとしても、その重要性は薄いと見える。このことに加えて、民法典が占有を移転しない有体動産質権にも留置権を擬制的に認めるに至ったこととあわせて考えれば、占有が承認されるから留置権が許容され、占有が承認できないから留置権が許容できないというより、占有の有無とは異なる次元で留置権の有無が決定されている可能性も否定できない。

すなわち、占有を移転しない質権に擬制的に留置権を認めたのは設定者の倒産時における質権の実効性を確保するためであった³⁶。したがって、留置権の有無は占有の有無と切り離され、こうした他の問題点との兼ね合いで認めるか否かが決定されているとみれば、留置権から離れて民法典の 2363 条 1 項の法的構成を説明する可能性もあり得よう。

同条は通知後の質権者は唯一の弁済受領者であることを規定している。したがって、2006 年の改正以後、このような規定が存在するならば、その内容通りに質権者には弁済を受領する権利があると説明することも一つの可能性といえるだろう。

改正後の民法典では、留置権に関する一般的な規定を設けながら、そこでは物の留置は認めても、権利の留置は全く明言していないことからすれば、条文全体からは債権質権における留置権を引出す余地が薄れているようにもみえる。

いずれにしても、民法典の 2363 条が存在する以上、通知以後の弁済受領はこの規定によって解決され、留置権の有無に関する問題は理論的なものに過ぎず、議論の実益は乏しくなったとの理解も可能かもしれない。

そうした意味では、この議論がフランスにおいて今後も盛んに行われるかは現段階では不明な点がある。したがって、この議論を参考にすることが果たして日本法に対して示唆をもたらすかは疑問が呈される可能性もある。

ましてや、第 1 章及び第 2 章第 1 節でみたように、日本の債権質権には占有が希薄化し、留置的効力も乏しいという事態となっている以上、債権に占有を認め、留置権を議論するフランスの状況は日本法との乖離があるようにもみえるのである。

II. 弁済を確保する機能を通じた比較の可能性

以上のような状況においても、上記のフランス法上の議論の実質に注目すると、日本法との接点が見出される。

まず、上記のフランスにおける議論は、一見すると、民法典の 2363 条 1 項と関連して、留置権の有無や弁済受領権の法的性質について論じられているようにみえる。しかし、留置権肯定論者も否定論者も、いずれも送達や通知等による質入債権の凍結・停止の状態は認めている。

そして、こうして状態をみとめることこそがフランスにおいて質入債権を維持し、債権質権者に弁済を確保することにつながるのであった。通知等から導かれる状態を占有とみて、そこから留置権を認めるか、占有の意義を重視せずに、条文に従って弁済受領権と認めるかという説明の違いはあっても、どちらの説明も結局は質入債権の消滅を防止して、債権質権者の弁済を実現するために機能するのである。

これに対して、日本法をみると、学説では債権質権の拘束力が議論され、判例では同視し得る担保価値維持義務が承認されてきた。これらは、質入債権の消滅や変更等を防止する点

³⁶ 白石・前掲注 20 の 67 頁を参照。

から同視され、債権質権の拘束力が担保価値維持義務の負担とみるべきことは既に第 2 章第 1 節の第 3 で述べた。

そうであれば、日本法上の債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）とフランス法におけるこれまで確認してきた議論は、質入債権の消滅等を防止し、債権質権者の弁済を確保するという機能面で同種の実益を有する議論であった。

それゆえ、このような機能的な比較を行うことで、債権質権の拘束力（担保価値維持義務の負担）の法的根拠や法的性質について日本法上で議論するにあたって、母法たるフランス法を参照し、示唆を得ることが可能となるだろう。

また、フランスにおいては、前節で確認したように、証書の交付が債権質権の効力要件であったものの、判例では証書の交付が不要と解され、結局、2006 年の改正によって、債権質権を含む動産質権が要物契約ではなくなったばかりか、民法の内外において、占有をみとめない質権が登場してきていた。

そもそも、フランスにおいては、債権や権利を動産に含むものの、民法典は債権以外の権利に関する無体動産の質権を想定した規定を用意しておらず、また、無体財産は有体性が欠けるため民法典ではなく、その外において知的財産権に関する質権を認めざるを得なかったといわれている。そして、このような制度を用意したことが、占有を欠く質権を承認する契機となったといわれている³⁷。

このようなフランス法上の質権内部における占有喪失の放棄と要物性の希薄化は進行しており³⁸、同様の現象は日本法においても債権質権を筆頭に権利質権全体で確認される。このような共通の現象を示す母法がその制度内において占有の後退をみているのであれば、そのことが日本法の将来像を描くにあたって与える影響も認められよう。

Ⅲ. 小 括

このようなフランスにおける債権質権の占有と留置権の有無に関連した議論を整理することで、本研究におけるフランス法のまとめに代え、次に、本章で保留した日本法とフランス法の比較を第 4 章で行うことにしたい。なお、第 3 章ではフランスにおける債権質権以外の他の質権制度の概要や破産手続等との関係を述べることは叶わなかった。これらは重要な問題であるため、今後の検討課題とし、本研究の全体的な考察にうつることとする。

³⁷ Christophe Juillet, *Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir*, dans Liber Amicorum Christian Larroumet, *Economica*, 2010, n° 5, pp.244–245 が本文のような指摘を行っている。

³⁸ このような評価については Christophe Juillet, *supra* note³⁶, n° 6, pp.245–246 を参照。

第 4 章 全体的な考察

これまで債権質権について述べてきたことを前提に、以下では本研究が課題とする二点について考察を進めていく。

まず、①債権質権の占有要件をどのように位置づけるのか、そして、その位置づけはこれまで占有を区別基準としてきた約定担保物権にどのような影響を及ぼすのかという点が課題であった。

また、②債権質権に関する最高裁判決が示す担保価値維持義務は従来の債権質権の効力に関する学説とどのような関係にあり、さらに、どのような法的根拠で発生し、どのような法的性質とみるべきなのかという法的位置づけも課題であった。この位置づけの問題は、抵当権の事案において担保価値維持請求権を認める判例が存在していたことから、担保価値の維持という問題をどのように民法上で一般的に概念構成するかという課題として現れていた。

そこで以下では、まず上記第一点目の債権質権における占有要件と約定担保物権の区別に関する課題について考察し（「第1節 占有による約定担保物権の区別について」）、その後、民法上における担保価値の維持に関する概念構成という第二点目の課題について検討し（「第2節 担保価値を維持すべき負担・制約について」）、最後に、このような具体的な各問題点の検討を通じて、日本法上の債権質権制度をどのように評価し、同制度が今後どのような方向をめざすべきかについて述べる（「第3節 債権質権制度のあり方について」）。

第1節 占有による約定担保物権の区別について

債権質権の占有については既に第1章においてその概要を示し、その課題として、約定担保物権の占有による区別の限界が提示されることも示した。そこで、以下ではその概要を確認しつつ、第3章で示したフランス法における議論状況を前提とし、比較法的な考察を加えていきたい。

第1 要物性喪失の進行と債権質権の非占有担保化

I. 日本法における状況の確認

日本法における債権質権については、起草者によって、以下の理解が示されていた。まず債権そのものは占有できないため、証書が存在しない債権質権であれば要物性を欠くことが原則となるということである。もっとも、起草者からは、一般的には債権が証書を前提とすることが多いと理解され、証書の存在する債権質権については有体物に引きつけて理解され、平成15年改正前の民法363条により証書の交付が効力要件となり、要物性を維持し

ていた。

しかし、証書の交付を要件として貫徹することは学説によって徐々に制限されるようになった。なぜなら、債権の証書を交付させても質入債権の消滅等を防止できず、公示としての機能も果たさないため、民法の起草者が意図したように、証書の存在を通じて物上質権に引きつけた議論を展開するには限界があったからである。さらに、証書が存在するにもかかわらず、それが隠されて質権設定された場合や証書をなくした場合等に、民法 363 条の交付を貫徹する不都合が理論的に指摘されてきたからである。

加えて、実務上も証書交付要件の問題点が指摘されてきた。すなわち、実務上は、そもそも証書が存在しないことも多く、仮に証書が存在してもそれを検索する手続がなく、証書の存否を確認し得ないという問題があった。また、債権に関連する何らかの書面が存在しても、それが民法 363 条の証書として法的に評価できるかが問題となる事例が平成に入って実際に判例上で問題となってきたのであった。

こうして、起草者が当初想定した民法 363 条の証書交付をめぐる状況は徐々に変化し、平成 15 年に法改正を受けるに至った。すなわち、証券的債権以外の狭義の債権質権については証書の交付は要求されないことになり、民法上の債権質権において要物性を維持する範囲が縮小したのである。

このような要物性の喪失現象は民法上の債権質権に限らず、特別法上の権利質権全体の傾向として認められたのである。すなわち、まず昭和中期に知的財産権に関する質権が登場し¹、その後、近時電子記録債権に関する質権が登場した。これらの質権は、そもそも制度として完全に要物性が存在しないことが前提となっており、立法によって権利質権の要物性が完全に否定されるに至っているのである。

とりわけ、知的財産権に関する質権においては、旧法では質権の法的性質が争われていたため、現行法では明文規定を置いて、非占有担保的な性格を明確にしていたのであった。

さらに、有価証券の世界では、現在も一部に要物性を残してはいるものの、ペーパーレス化の影響により、平成に入って有価証券を不要とする制度が法的にも前提となり、株式、社債、国債の分野で要物性を欠く質権が登場した。

したがって、日本の権利質権の分野においては、昭和中期以降から現在にかけて、民法上の債権質権をはじめとして、特別法上の権利質権まで全体として要物性を喪失する現象が拡大・進行してきたのである。このような傾向を前提とすれば、今後は、上記のように要物性が失われる範囲は現状を維持するか、または、一層広がることはあっても、この現象が後退し、ふたたび要物性を求める法制度に一気に立ち戻ることは考えられない。

そうであれば、以下のことがいえるだろう。すなわち、債権質権をはじめとした権利質権は引渡しや占有を肯定できず、要物性を失っており、それらは抵当権に接近していた。要するに、債権質権等は非占有担保的な性格を帯びているのであり、この状態は今後も基本的に維持され、あるいは、一層明確になっていくであろう。

¹ 現行特許法は昭和 35 年に施行され、現行著作権法も昭和 46 年には施行されている。

II. フランス法における状況との比較

このような日本における要物性喪失の拡大・進行は日本の質権制度の母法であるフランスにおいても同一の現象がみられる。

そもそも、フランスは債権や権利も無体動産とされ、有体動産と同列に動産としての法的地位を与えられてきた。したがって、1804年の民法典では、その制定以来、動産質権 (*gage*) と不動産質権 (*antichrèse*²) を設け、債権質権は有体動産に関する質権と共に《*gage*》に含まれていた。

もっとも、フランス民法典は債権や権利を動産に含めながらも、質権の規定としては債権質権以外の権利を予定した規定を用意していなかった。すなわち、2006年の改正以前には、債権質権を念頭にした規定として民法 2075 条が対抗要件の規定を用意していた程度であった。このようにフランスでは、民法上で知的財産権に関する質権の規定が存在しないため、立法者によって知的財産権に関する質権が特別法において承認された。この質権がまったく占有を観念できなかったため、質権の領域における要物性喪失の契機となり、その後、占有を擬制する質権や占有を欠く質権が民法の内外で登場するに至るのであった。

そして、債権質権においても要物性の喪失が進行していた。つまり、当初、判例は証書の交付が効力要件であるとしていたものの、債権質権のように債権の占有を認められない質権では通知によって占有に代えると判断され³、質権設定にあたって証書の交付が不要と解された。

さらに、2006年の担保法改正によって、ついに民法上の無体動産に関する質権は《*gage*》から分離されて《*nantissement*》と称されることになり、有体動産に関する質権とは別個の制度とされ、しかも、動産質権全体が要物契約ではなくなった。こうして、無体動産に含まれる債権に関する質権についても、要物性が希薄化したのであった。

フランス法は不動産、有体動産、さらに債権などを含む無体動産のそれぞれについて質権を設けており、その制度的な共通性から、日本の質権の母法といわれている。そして、フランス民法典の制定以来存在する質権制度も、その後 2006年に改正され債権質権に関する要物性が失われた現在の債権質権制度も、いずれも日本法に共通するものが認められる。

また、こうした要物性の放棄の現象は、先に述べたように、フランスにおいても債権質権以外の領域(知的財産権に関する質権、その後、有体動産質権等)で確認することができた。このような点においても、権利質権全体で要物性を失いつつある日本法と同種の状況にあ

² 既に第3章第1節で指摘したが、2009年5月12日の法律によって、《*antichrèse*》は《*gage immobilier*》に変更された(民法典の2373条1項、第4編第2章第2-3章第2節の表題、2387条、2388条1項、2392条1項)。

³ したがって、フランスでは債権質権にも占有を肯定しており、この点は日本における債権質権と異なる。これは、第3章で繰り返し述べたように、フランスにおいては債権が民法上有体動産と同様に動産や《*gage*》に含まれていたことから、有体動産に関する質権に認められる占有との整合性を図ったに過ぎなかった。

るといえる。

とりわけ、フランスでは知的財産権に関する質権を特別法で認めたことが質権の要物性喪失の契機であったが、日本においても現行の特許法や著作権法等で明文を設け、非占有担保的な性格を明確にしてきたのは、民法 363 条の改正以前であり、要物性を喪失した質権が明確に法制度化されたてきたのは知的財産権であった点で日仏に共通性が認められるのである。

このように日本とほぼ同一の法形式にある母法においても、同種の現象が認められることからすると、上記 1 で確認したような現在の日本法における債権質権の非占有担保的な性格は、今後維持されるか、あるいは、一層明確になっていくといえるのではないか。

第 2 約定担保物権の区別について

このように債権質権の非占有担保的な法的性質を前提とし、債権質権において占有要件が希薄なものと位置づけるならば、従来から採用されてきた約定担保物権の区別はどのように理解されるべきなのか。

I. 日本法における状況の確認

まず、これまで約定担保物権は占有の有無で区別されてきた。したがって、質権は質権者へ担保目的の占有を移転する占有移転型の担保と理解されており、権利質権も質権の一類型と位置づけられてきた。その権利質権の中に債権質権が含まれてきたのである。

しかし、前述した債権質権の法的性質や要件の位置づけからすれば、債権質権には明確に占有要件を認め得ない場面が存在した。したがって、理論的には、約定担保物権の内部において、債権質権を占有型の担保と整理することは限界にきている。

また、債権質権における質入債権の消滅や変更等の行為がなされると、債権質権からの優先弁済が阻まれるところ、これらの行為は判例・学説において担保価値維持義務や拘束力の問題として処理されており、占有要件は債権質権の効力を維持するという最も重要な局面でなんらの実益を果たすものでもなかった。

したがって、理論的にも現実的にも債権質権における占有は意義が薄く、その見直しが図られる必要がある。

そこで、実際の民法上の条文に着目すれば、質権は動産、不動産、権利という担保目的毎に分類されていた。また、質権以外の約定担保物権をみると、抵当権は総則規定において不動産と権利についてのみ生じることを定めているものの、特別法では動産についても抵当権を承認しており、特別法を含むならば、抵当権も質権と同様の担保目的を想定する担保物権であった。このように、条文上想定される担保目的としては、約定担保物権は共通性を有

していた。

また、現実には金融取引の場面において担保物権を設定する場合、当事者は担保目的がどのような財産であるかによって、どのような担保物権を設定すべきか検討するのであるから、金融の場面で利用される約定担保物権を担保目的によって区別することは利用者にとっても明確であろう。

そこで、法制度としても、現実の利用場面においても、約定担保物権は担保目的による区別を図る方向へ転換すべきではないか。

II. フランス法における状況との比較

とはいえ、約定担保物権の区別として、ただちに担保目的を指標とする区別を理論的に受け入れ得るかは問題であった。そこで、この点について母法であるフランス法をみると、かつては占有の有無によって質権と抵当権を区別していたものの、この区別は2006年の改正によって捨て去られた。すなわち、フランスにおける担保物権は占有による整理を大項目としては採用せず、担保物権の大きな分類は担保目的の性質によって行われることになったのである。

したがって、動産に関する質権については、動産担保に関する章に規定され、不動産質権は不動産に関する抵当権と共に不動産担保物権の章に規定されることになった。これは占有という設定方法による区別が担保物権の整理基準としては古くなってきたためといわれている⁴。

このように、フランスにおける占有の後退と担保目的の性質毎の分類可能性を確認することにより、フランス法における占有と同様に限界を示している日本法上の占有による区別基準は、担保目的の性質による新たな基準へと転換することが必要であり、また、理論的にはそのような転換が可能であることを示しているといえる。

よって、今後は約定担保物権の区別として、担保目的を基準とした分類が適することになるのではなかろうか。

第2節 担保価値を維持すべき負担・制約について

次に、担保価値維持概念をどのように民法上で位置付け得るかについて考察を示す。

まず、債権質権のうち証券的債権を除いた狭義の指名債権質権の拘束力に関する判例・学説については第2章第1節で確認した。そして、債権質権に関する担保価値維持義務に関

⁴ Christophe Juillet, *Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir*, dans Liber Amicorum Christian Larroumet, *Economica*, 2010, no10, p.249 がこの評価を述べる。

する最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 卷 10 号 3964 頁（以下「平成 18 年判決」とする）と抵当権に関する諸判例⁵との関係、そして、そこから引き出される帰結については第 2 章第 2 節で一定の考察を示した。

そこで、以下ではその概要を確認しつつ、第 3 章で示したフランス法における議論状況を前提とし、比較法的な考察を加えていく。

第 1 担保価値維持義務の法的根拠と法的性質

まず、第 2 章第 2 節で確認したように、債権質権に関する平成 18 年判決と抵当権に関する諸判例を比較すると、一定の共通点が浮かび上がった。すなわち、これらの判例では担保価値維持義務や担保価値維持請求権が実務上承認されているところ、その前提として、いずれの判例においても担保目的の価値の侵害に対処する実体法上明文の法的手段が他に存在しないという状況にあった。

このように、判例の比較からは、担保価値の維持に関する概念を法的手段として認められるべき場合が存在してきた事実とその実務への定着ということを確認することが可能であり、加えて、他の手段では対応不可能な場合にこのような概念が必要とされながらも明文規定としては存在しない以上、実体法上の概念として位置づける努力が求められるように思われる。

もっとも、こうした位置づけに関しては、上記の判例の比較から次のことも指摘可能であった。すなわち、抵当権に関する最高裁判例と債権質権に関する平成 18 年判決では物権的請求権を承認できるか否かという点で相違点が認められた。このような違いは、平成 23 年判決との関係でも確認することが可能であり、抵当権に関する各判例と債権質権に関する平成 18 年判決を「担保価値の維持に関する概念」という共通項でまとめて実体法上位置づけるとしても、その概念を物権的請求権以外のどのような枠組みで説明することができるのか、その統一的な理解の方法という問題が生じるのである。

そこで次に、「担保価値の維持に関する概念」を理論的にどのように構成し、法的に位置づけるのかについて私見を述べた。すなわち、まず、優先弁済的効力は抵当権にも債権質権にも共通する担保物権の一般的な概念であるだけでなく、いずれの担保物権の領域でも承認されている「担保価値の維持に関する概念」と関係していたことを確認した。

そして、このことからすれば、抵当権及び債権質権は優先弁済的効力を法的根拠として、その派生原理である拘束力が生じ、この拘束力の法的性質が担保価値維持義務の負担、つま

⁵ 抵当権の領域で担保価値の維持に関する判示を行ったものとして、これまで最判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 卷 8 号 1899 頁（以下、「平成 11 年判決」とする）、最判平成 17 年 3 月 10 日民集 59 卷 2 号 356 頁（以下、「平成 17 年判決」とする）、さらに、東京高判平成 23 年 8 月 10 日金融法務事情 1930 号 108 頁（以下、「平成 23 年判決」とする）を扱った。

り担保価値を害さないという不作為義務という法的性質の制約であるとみることができる。

したがって、あらゆる担保物権における、担保目的の価値の低下や価値の毀損の場合に、物権的請求権が担保価値維持のための法的手段や法的根拠となるわけではない。担保目的の性質に応じて、拘束力（担保価値維持義務の負担＝担保価値を害さないという不作為義務の制約）は異なる形で登場するのである。

たとえば、抵当建物の基礎となる法律関係（例えば土地の賃貸借契約）が消滅した場合には、抵当不動産の価値を害さないという不作為義務が害されており、抵当権の優先弁済的効力の円満な実現が害されている。そのために、この状態を解消するために物権的請求権としての担保価値維持請求権が発生し、同請求権を被保全権利として賃借権の確認請求権を代位行使することが可能になる。

これに対して、債権質権の場合に質入債権が消滅・変更等されるのであれば、上記の不作為義務は物権的請求権の前提としてではなく、担保価値を害さないという不作為義務に違反する行為を否定する規範として登場し、同義務に違反する行為の効力を否定する作用を生じるのである。

第2 優先弁済的効力に基づく解釈の正当化

このように、第2章第2節において優先弁済的効力を根拠とした解釈を示した。もっとも、この効力はこれまで必ずしも解釈論の基礎として認識されてこなかったため、上記のような不作為義務をこの効力から引き出し得るかということを確認する必要があった。

そこで、以下では、第3章で確認したフランス法の状況をも加味して、上記の解釈の正当化を試みる。

I. 日本法における状況

まず、上記の比較対象となった平成11年以来の各判例はいずれも執行段階にあった。すなわち、平成11年判決、17年判決、平成23年判決は競売段階にあり、個別執行の事案であったのに対して、平成18年判決は破産という包括執行（一般執行）の事案であった。したがって、前者では抵当権の実行としての競売がなされ、後者では破産手続との関係で債権質権が別除権として問題となるべき事案であった。

そもそも、約定担保物権の優先弁済的効力は担保物権の実行段階では当然に生じることからすれば、上記のような執行段階では、もちろんこの効力が発生すべき場面といえるのである。したがって、これらの事案では優先弁済的効力が発現しているか、または、発現すべき場面であり、優先弁済的効力から拘束力（担保価値維持義務の負担＝担保価値を害さないという不作為義務の制約）を認める前提が整っていたのである。

では、担保物権の実行以前では、優先弁済的効力からこの拘束力を承認することはできないのか。たしかに、執行段階でなく担保物権の実行が問題にならない以上、優先弁済的効力の問題にないようにも思われる。

しかし、担保物権が実行段階において同物権に基づき優先弁済を可能とするとしても、担保物権の設定からその実行までは時間的なギャップが存在している。そこで、仮に担保物権の設定から実行までの間に上記の拘束力が課されないとすれば、その間に担保目的が害され、結局は実行段階まで担保目的の価値を維持できず、優先弁済が実現できないのである。

したがって、優先弁済的効力は担保物権実行以前の段階においても拘束力（担保価値維持義務の負担＝担保価値を害さないという不作為義務の制約）を導くべく発現し、実行段階での担保権者の弁済確保を図るのである。

このように実行の前後で優先弁済的効力は発生しているのであり、優先弁済の前提としては担保目的の価値の把握が必須である以上、優先弁済的効力は実行段階での優先的な弁済受領権だけでなく、担保目的の価値の把握まで含む概念とみるべきことは既に第2章第2節で指摘した。

現に、これまでの学説もこのように価値把握まで含める理解を述べるものが存在していたし、債権質権の拘束力に関する学説上の議論も、必ずしも債権質権実行後のみを想定してこなかったことからすれば⁶、実行の前後を問わず、優先弁済的効力による担保目的の価値把握の帰結として、拘束力（担保価値維持義務の負担＝担保価値を害さないという不作為義務の制約）を認めることが可能であり、この効力から解釈として拘束力を引き出すことが可能であった。

II. フランス法における状況との比較

そして、日本の質権制度の母法たるフランス法との比較において、上記のような優先弁済的効力からの解釈に飛躍がないことを示す。

はじめに、フランスでは送達や通知等の手続を介して質入債権の凍結・停止を認め、債権質権者の担保目的である質入債権の消滅を防止し、その価値を維持して、弁済を確保していることを第3章で確認した。そして、日本法における学説や判例が議論してきた債権質権の拘束力や担保価値維持義務の負担も質入債権の価値を維持し、債権質権者の弁済を確保するための機能を果たした。そうであれば、日本とフランスにおけるこれらの議論は機能面で同種の実益を有する議論であるといえる。

このように、母法であり、その現在の法的状況が日本と類似するフランス法にまで遡ると、弁済を確保する規定を根拠として議論がなされており、このことは、日本法上において優先弁済的効力と拘束力や担保価値維持義務を結びつけることは論理的に飛躍がないことを示

⁶ むしろ、実行前にも担保目的の保護のための効力を認めることを明言する学説が存在する（第2章第1節の第2に記載した中島説を参照）。

すことができるのである。したがって、上記の私見のように、拘束力（担保価値維持義務の負担＝担保価値を害さないという不作為義務の制約）を優先弁済的効力から導出する試みは許容できるといえるだろう。

もっとも、日本法においては留置的効力の意義を変容させて、そこから債権質権の拘束力を説明する見解も存在した⁷。しかし、債権に動産としての法的地位を与えているフランスですら、その留置に疑問が呈されて、いまだに議論がなされている。そうであれば、債権のような無体物を動産とせず、民法上の「物」から除外している日本法では、留置的効力そのものから、または、それに類する効力から拘束力を説明するのはかなりの理論的根拠付けがなければ困難ではなかろうか⁸。

それゆえ、日本においては、債権質権が非占有担保化し、留置的効力みとめられず、優先弁済的効力が本質である以上、担保目的の価値とその維持は、効力の本質たる優先弁済的効力の領分であるとみるべきであろう。よって、拘束力（担保価値維持義務の負担＝担保価値を害さないという不作為義務の制約）が優先弁済的効力から引き出されるとの解釈は一定の根拠を有するものと思われる。

第3節 債権質権制度のあり方について

第1 日仏の債権質権制度の比較

I. 日仏の制度の現状

1 日本法上における債権質権の現状

これまでみたように、債権質権や権利質権の占有要件は全体として要物性の喪失ゆえに希薄化しつつあった。そのことは、これらの質権を占有型の担保物権に位置付けることに影響するだけでなく、その法的性質にも影響していた。すなわち債権質権をはじめとする権利質権の法的性質は、民法の立法当初（明治期）に、物権であるか否かが争われ、その後大正期から昭和初期に、これらの質権が物上質権と同様に担保物権であるということで議論が収束すると、次に、占有要件の希薄化との関係で、抵当権的な非占有型の担保という性質で理解されるようになったのである。

⁷ 第2章第1節の第2に記載した勝本説等を参照。

⁸ なお、拘束力を契約や信義則から説明する立場も存在するが、第2章第1節の第3でも述べたように、同説が民法481条等を類推することで現実的な事案への拘束力の適用を行うならば、契約や信義則といった私人の行為しか前提とならない法律構成に基づいて、国家による権力的な行為を背景とした条文の類推は困難ではなかろうか。民法481条や511条を類推適用するならば、やはり担保物権という強力な権利による価値の把握こそが差止め等の権力的な行為と比較の対象となり、類推の基礎を形成することになるとみるべきであろう。

このような性質として債権質権を理解すると、その効力としては、占有を前提とする留置の効力が認められないということになる。そうであれば、債権質権は優先弁済の効力が本質となる。したがって、債権質権は要件面においてもまた効果面においても、抵当権に接近するようになった。

それにもかかわらず、債権質権と抵当権を現実的な制度利用の側面で比較すれば、抵当権は実務上大いに活用されているのに対して、債権質権は質権の中では活用されている方ではあるといわれているものの、現実的には企業が有する財産として不動産と同等の規模に上る売掛金債権の活用は少ないのが現状である。このような債権質権と抵当権の利用実態の差は担保目的毎に固有の実務的な事情も関係しているであろう。したがって、利用に差が生じることは法制度だけに起因する問題と言い切ることはできないかもしれない。とはいえ、母法の状況をみると、日本における債権質権制度に一定の問題があることを指摘できる。

2 成功例としてのフランス法上の債権質権制度

そこで、フランスにおける債権質権制度の状況をみると、日本の状況と異なって、債権質権もそれ以外の権利に関する質権も実務上有益な手段として活用されているとの指摘があった。

そして、その法制度をみると、たとえば、債権質権では改革前後を通じて判例・学説によって、債権を質入れすると、その凍結・停止ゆえに設定者・第三債務者間での弁済等が禁止され、その状態をもって質入債権の占有を観念してきた。このように、フランスでは債権質権に関して、質入債権の消滅をどのように説明するかという法律上の概念構成の基礎として、基本的には、質入債権の凍結・停止による占有が共通のものとして受け入れられており、有体動産に関する法制度に即した理解が示されてきた。

また、質入債権の消滅を防止して担保目的を維持し、質権者の弁済を確保する法律構成として、上記の債権質権における占有を前提として、債権質権における留置権（日本法上であれば留置の効力）を承認する見解が学説上は有力となっているのに対して、これに反対する学説は占有を重視せず、民法典の 2363 条 1 項から弁済を受ける権利を認めるとの理解を示しており、判例も明示的には留置権を承認していなかった。このように、フランスにおいては細かな概念構成の点で一致していない部分が学説・判例に存在するとしても、留置権という有体動産に共通の法律概念で説明するか、あるいは、条文上引き出し得る明確な手段を認めるか いずれかの説明によって質入債権の消滅を防止する法律概念を措定していたのであった。

以上のように、債権質権等を活用しているフランスでは、債権に関する質権であっても有体動産に引きつけた理解や明文規定に即した理解が示され、対象とする財産が有体であろうと無体であろうと、相互に共通の概念（占有や留置）を用いることで有体動産と無体動産の制度的な共通化が図られ、また、明確な制度的基盤（明文規定）を利用することによって、日本に比べると、債権質権制度に対する明確性やアクセスの容易性が比較的維持されてきたといえるのではないか。

II. 日仏の制度比較の可能性と有益性

このように、フランスにおいて債権質権が一定の成功を収めているといっても、それはフランス法固有の点に由来すると考えることもできる。そもそも、フランス法では、民法典において債権も動産に含めてられている。そして、2006年の担保法改正以前は、債権質権も有体動産に関する質権も一体として《gage》として扱われていた（2006年改正以後は有体動産質権と債権質権の呼び名は明文規定で分離された）。さらに、改正以後、質権設定の通知等が第三債務者に対してなされると、それ以後は質権者のみが質入債権の弁済を受領することを定める2363条1項が用意された。したがって、債権の取り扱いや債権質権制度そのものが日本とフランスにおいて一定の差異を有することは否めず、単純に日本法上の債権質権制度の利用状況とフランスの状況を対比することはできないかもしれない。

しかし、日本の債権質権制度はフランス法を基礎としており、その発展の過程を見てもフランスにおける状況と共通性が認められた。すなわち、旧民法においては指名債権の質入れも動産質権と整理されていたので証券の占有を必要とし（103条1項）、対抗要件についても債権譲渡と同様に譲渡の通知（原文は告知）等を対抗要件としており（103条2項、3項）、現行民法典の363条及び364条が同一の内容を引き継いでいる。そして、現行民法は当初債権の質入れに証書を要求し、要物性を維持していたが、平成15年に改正がなされて証券的債権以外の指名債権には証書が不要と解されて要物性が失われた。このような債権質権の要物性の放棄はフランス法においても2006年の改正で実現され、日本法上の債権質権制度は母法と同種の発展の過程を示している。特に、フランスにおいて質権の要物性放棄を引き起こしたのは民法典の外で特別法によって知的財産権に関する質権を承認したことであると指摘されてきたが、日本においても指名債権の要物性を放棄する以前に、特許法や著作権法などの知的財産権に関する質権が承認され、その後、ペーパーレス化された振替株式等に関する質権や電子記録債権に関する質権といった要物性を欠く質権が増加している状況にあり、この点でも共通の現象がみられるのであった。

したがって、旧民法の規定の内容とそれを受け継いだ現行法の規定の内容、そして、不動産、有体動産、債権を含む無体物に関する質権を用意している現行法の形式から、フランス法は日本の質権制度の母法といえるのであり、その後の権利に関する質権を巡る要物性の喪失の状況が両者において類似の方向性を示している。こうした法内容・法形式や占有要件の希薄化という現象の点で日仏は共通性を示しているだけでなく、質入債権の消滅を防止するための議論もフランスにおいては日本法と機能的に同種の議論が展開されており、効果面においても類似した状況にある。こうして、日仏の債権質権制度の現状にも近接性があると理解することができる。そうであれば、日仏の債権質権のそれぞれがおかれている状況を対比することは可能であろう。

そこで、両者を比較するとしても、そこにどのような意義があるのか。債権質権制度の活

用に大きな差が生じた制度上の要因を探求することは有益といえるのか。

まず、日本においては権利担保を活用する必要性が高まりつつあり、債権質権を中心として規定する民法の制度をいっそう活用可能性あるものとする必要あるにもかかわらず、実際には債権担保の利用率は低いと言われていた。また、もし仮に債権等の権利を利用する場面が存在するといっても、譲渡担保の活用される場面が多く、さらには新たな制度として電子記録債権に関する質権なども登場しており、民法上の債権質権の利用率は低下しつつある。

こうした現状からすれば、私法の一般法たる民法上の債権質権の意義は他の制度との比較で徐々に後退しているともいえる。このように、民法上の債権質権制度の存在意義は現在の程度あるのか問われかねない状況にある。このような制度の行き詰まりを解消するために、債権質権の成功例として、制度的なつながりを有するフランスとの制度的な比較において、日本の民法上の債権質権制度の存在意義や今後の活用可能性を探求することは一定の意味を有しているといえるだろう。

第2 無体物の特殊性への認識の現状と制度の方向性

I. 無体物の特殊性に対する認識の現状

そこで、フランス法との比較において日本の債権質権制度をどのようにみるべきであろうか。

まず、フランスでは上記の通り有体動産に関する法制度にひきつけた債権質権の理解や議論が展開されてきた。これは共通の制度・概念で有体動産と無体動産の両者を結ぶことが可能であって制度としての明確性に富み、それゆえ、利用者にとっては制度へのアクセスを容易化するものとみることが可能であった。このような考え方は、無体動産を有体動産に引き付けてはいるものの、異なる両者の整合性を保つために、債権が無体動産であって有体動産と異なるということを明確に認識した上で、動産としての共通性を維持すべく解釈上の努力がなされてきた面がある。

しかし、日本の民法上ではフランスと異なり、債権は無体物であって、民法上の「物」として扱われていないため、フランス法におけるように債権質権と有体動産質権を共通のものとして一括りにするには制度的な限界や不明確さが生じる。現に、有体物との整合性をはかって証書の交付を要求した民法 363 条は改正を受けており、債権質権において物上質権に引き付けた理解を維持することは限界があり、また、権利質権に物上質権等の規定が準用されているものの（民法 362 条 2 項）、その範囲は解釈に委ねられており、必ずしも明確であるとはいえない。

それゆえ、日本法において債権質権制度を明確化し、利用者の制度に対するアクセスの容易化を図るとしても、フランス法の債権質権制度を模倣して、有体物と同種の法的規律を行

うことは困難である。しかし、債権が無体物であって有体物と異なることを認識して、制度に反映するという点ではフランス法の状況を参照することは可能であり、このように無体物の特殊性を認識する前提で債権質権制度を設計することは日本法における制度の拡充にとって極めて重要である。なぜなら、これまで日本の民法における債権質権制度は無体物の特殊性を十分にうけとめきれていなかったように思われるからである。

すなわち、既に繰り返し指摘したように、要件面をみると債権質権の要物性は希薄化し、占有を要件とし得ない現状であった。そのため、これまで約定担保物権が占有の有無を基準として区別され、質権は占有型担保に整理されてきたものの、この占有による区別は一定の限界を提示し、約定担保物権に対する明確な分析の指標ではなくなっていた。

また、効果面をみると担保目的の価値が失われれば、その担保物権の効力も発揮しえないため、こうした事態を防止すること（担保価値の維持）は重要であるとしても、それが契約の問題なのか、あるいは、物権上の効果の問題なのか不確かであった。仮に、担保価値の維持が後者の問題と仮定しても債権質権は要物性を欠くことから、留置的効力が存在しないことを前提とすると、どのような効力として担保価値を維持可能なのかは、学説・判例上に関連する議論が存在するものの、これらが十分に検討されずに未解決の問題として残っており、最も重要な点（担保物権の効力の維持）に関して制度に不明確さがあったのである。

さらに、現行の質権制度には債権をはじめとした権利に関する質権のための規定は少なく、有体物の質権の規定を準用するも、その範囲は解釈にまかされており明確性を欠くため、特別法上の権利質権との関係でも一般法の機能を十分に果たしているか疑問があった。

したがって、現行民法上の債権質権制度は無体物の特殊性をとらえきれていない点があり、また、実際に無体物の特殊性を実体法上でどのように反映させるかについて検討が不十分であったことを指摘することが可能である。そうであれば、民法は私法の一般法として原理や原則を示す存在でありながら、有体物と無体物の違いを前提とした制度的な担保が乏しいため、無体物の特殊性を認識したうえで、それを制度に反映するべく見直す段階にきているといえるのではないか。

II. 日本の債権質権制度の今後の方向性

このように、現在の債権質権制度の主要な問題として、上記のような占有の有無に関する区別の限界を克服し、担保価値の維持に関する実体法上の位置づけを明確にする必要があった。

もっとも、この問題については、担保目的による約定担保物権の区別へ転換する可能性があること、そして、優先弁済的効力を根拠とした担保目的の価値を害さないという不作為義務が課されると理解することが可能であることを本章第1節及び第2節で示してきた。このように考えることで、現行の民法上の制度として、解釈上、無体物の特殊性を受け入れる余地あり、この限りで現行の債権質権制度を一定程度明確化し、同制度へのアクセスの容

易化を実現し得る可能性を提示した。

もちろん、これは制度の問題の一端を提示したにすぎないかもしれない。しかし、上記のような理解は、民法上の債権質権制度が無体物の特殊性を明確に受け入れて、一般法として固有の意義を有する存在として、その機能を発揮させる可能性を見出し、債権質権制度の存在価値を増すことに資するのであり、今後の債権質権制度のあるべき方向性といえるのではないか。

終章 本研究の結論

第1節 総括

これまで本研究の課題について論じてきたことをここで再確認し、本研究の総括とする。

まず、本研究の課題は債権質権における占有という要件面に関連する問題や担保価値の維持という効力面に関連する問題、すなわち、債権質権制度に関する具体的な問題点について、現在の制度の限界や議論の不十分さを指摘し、債権質権制度の今後の利用可能性を示すことで、債権を例として民法上で無体物をどのように取り扱うべきかを明らかにし、私法の一般法たる民法が無体物の存在を前提とした法的規律として機能すること、そして、特別法との関係においても一般法としての存在意義を有することを示すことであった。

そこでまず、第1章において、証券的債権を除いた狭義の指名債権質権（以下、「債権質権」）の要件を確認した。すなわち、要物性が徐々に薄れる中で占有要件が希薄化し、そのことが債権質権を抵当権的な法的性質へ導いていたことを示した。そして、この要物性の後退現象は民法上の権利質権の中心である債権質権に固有の現象ではなく、民法外の権利質権にまで広がっていた。しかも、こうした現象は日本だけでなく母法においても、同様の状態にあった。つまり、フランス法においても債権質権をはじめとして民法典の内外で質権は要物性が希薄化し、日本と極めて似通った現象が発生していたのである（第3章第1節）。

こういった状況にある以上、要物性の後退現象は金融取引が迅速化し、その対象が無体物に拡大する一方の現代に特有な現象として、今後拡大することはあっても、後退することはないといえるのではないか。そうであれば、上記のように債権質権の要物性の喪失から、債権質権における占有要件の希薄化と債権質権の非占有担保化を論じることは今後の債権質権の要件や法的性質の評価として定着するべきものといえる。したがって、約定担保物権の内部において債権質権をはじめとして要物性を欠いた権利質権を占有型担保に整理することには限界があり、要物性について日本と同種の現象を示すフランスの状況を参考にすれば、占有を基準とした区別ではなく、担保目的によって約定担保物権を分類する視点を打ち出すことが可能であり、これは日本法上も許容できるものであるといえよう（第4章第1節）。

さらに、上記のように占有要件が希薄化し、法的性質が抵当権に接近している（＝非占有担保的性格である）として債権質権を理解すると、その効力としては占有を前提とする留置的効力を承認することができず、優先弁済的効力がその本質ということが確定的になる。そこで、学説・判例の議論をみると、債権質権の効力として学説上では拘束力が論じられ、さらに、平成18年判決が担保価値維持義務に反する充当合意の効力を否定し、そのような充当合意により質権者に損失が生じて優先弁済を受けられなくなったとの判断を示していた。このように学説・判例が優先弁済的効力と関連しており、前記のように債権質権が優先弁済的効力しか認められないとすれば、学説の承認する拘束力や18年判決の認める担保価値維持義務は優先弁済的効力と関連しているといえる（第2章第1節）。

こうして債権質権における拘束力（担保価値維持義務の負担）を優先弁済的効力と関連するものと理解すると、さらに、平成 18 年判決以前に抵当権に関する平成 11 年判決が抵当権の効力から担保価値維持請求権を認めていたこととの関係が問題となる。そこで、抵当権の領域で担保価値維持請求権を認める判例との関係を見ると、担保価値維持請求権や担保価値維持義務は、もはや物権的請求権の問題として議論できないことが明らかとなった。なぜなら、平成 11 年判決では物権的請求権と評価可能な担保価値維持請求権が認められ、担保目的も不動産であり、占有が問題となるので、妨害排除請求が意味を持つ事案であったものの、平成 18 年判決は担保目的が債権であり、その占有が観念できないため物権的請求権を観念する余地がなく、実際に判例も担保価値維持請求権に言及することなく、担保価値維持義務を承認しているからである。したがって、抵当権と債権質権に共通の概念である優先弁済的効力に注目した。そもそも、担保目的の価値が把握・維持されていなければ、担保物権の実行時点における優先弁済を実現することができない以上、優先弁済的効力は実行以前の担保価値の把握とその維持まで含む概念であると理解し、それを前提に優先弁済的効力を根拠として拘束力（担保価値を害さないとの不作為義務の制約）を導出する可能性を提示した（第 2 章第 2 節）。

このように質入債権の消滅を防止し、質権者の弁済を確保する議論は債権質権の要件面で日本と同種の現象を示したフランスにおいても実質的に同様の議論がなされており（第 3 章第 2 節）、質権者の弁済確保との関係で上記のような私見を日本法上で展開することに飛躍がないことを示すことができたのである（第 4 章第 2 節）。

以上のように債権質権の要件・効果を中心として、これまでの制度の状況や議論を整理し、学説上の約定担保の区別という伝統的な概念の限界を提示し、また、位置づけが不明確であった判例上の担保価値の維持という問題に優先弁済的効力という一般的な概念から実体法上の位置づけを与えることは、従来研究が乏しく未解明な点が多かった債権質権制度を理論的に明確化し、さらに、今後の債権質権制度を議論する際の参考となるという意義があるだろう。

とりわけ、担保価値維持請求権や義務は民法においては債権質権だけでなく他の質権や抵当権の領域でも議論され、しかも、その広がりには民法外にまで拡大する状況にある以上、一般法において担保価値維持請求権や義務の実体法上の位置づけを明らかにする必要性は高く、今後の議論に与える理論的な影響は大きいと思われる。

また、このように債権質権の制度上の問題を解消し、制度に明確性をもたらすことは、現行の民法上の制度として解釈上無体物の特殊性を受け入れる余地があり、一般法として固有の意義を有する存在として民法がその機能を発揮する可能性を見出すことにつながる。このことは債権質権制度の今後のあるべき方向性を示すものであり、その存在価値を増進することに資するのではないか（第 4 章第 3 節）。

第2節 残された課題

本研究では、債権質権の要件・効果という制度面を中心とした検討を行った。特に、効果の問題として担保価値の維持に関する問題を実体法上の概念として構成したものの、その検討も債権質権との関係を中心としたものであった。既に述べたように担保価値の維持は抵当権をはじめ、多くの領域で問題となる。このような債権質権以外の領域における担保価値の維持に関する概念構成の適否については本研究では扱えなかったため、今後の課題としたい。

また、本研究ではフランス法を比較の対象に設定した。フランスでは、債権質権以外の物的担保の分野においても占有を放棄する傾向が進行しており、現行法では質権の定義から占有喪失の語そのものが消え去っていた（2333条及び2355条）。このように、占有が債権質権のみにとどまらず、他の質権制度との関係において徐々に希薄化し、後退してきたのであれば、フランス法上の質権制度における占有概念やその効力を正確に理解するには、債権質権以外の各種の質権を研究する必要がある。

特に、日本はフランスと比較して権利質権の利用が活発でない状況にあり、日仏において、このような差異が生じる理由がどこにあるのかを知るには、仮にフランスの多様な質権制度とその活用が法制度に由来するものであるならば、フランスにおける債権質権以外の質権制度の検討は日仏の制度比較の前提として重要である。本研究では、このようなフランス法上の債権質権以外の無体動産に関する質権における占有やその効力の問題は扱えなかったため、これも残された課題として今後十分に検討したい。

引用文献目録

【邦語文献】

1 概説書・単行本等

あ

- 吾妻光俊『担保物権法 [初版]』（青林書院新社・1968年）
- 浅木慎一『手形法・小切手法（第2版）』（中央経済社・2013年）
- 荒波正隆『独逸民法 [7版]』（有斐閣書房・1914年）
- 淡路剛久ほか『民法Ⅱ 物権 [第3版補訂]』（有斐閣・2010年）
- 飯島喬平『物権法第7章以下』（日本大学・1912年）
- 生熊長幸『担保物権法』（三省堂・2013）
- 池田真朗『債権譲渡の研究 [増補二版]』（弘文堂・2004年）
- 池田真朗『債権譲渡法理の展開－債権譲渡の研究 第二卷－』（弘文堂・2001年）
- 池田真朗『債権譲渡の発展と特例法－債権譲渡の研究 第3卷－』（弘文堂・2010年）
- 池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化－債権譲渡の研究 第4卷－』（弘文堂・2010年）
- 池田真朗＝太田穰編『解説 電子記録債権法』（弘文堂・2010年）
- 石田喜久夫「I 債権・その他の財産権の質権の内容、効力」加藤一郎他編『担保法大系〈第2巻〉』（金融財政事情研究会・1985年）
- 石田剛ほか『民法Ⅱ 物権 [初版]』（有斐閣・2010年）
- 石田文次郎『担保物権法論下巻 [3版]』（有斐閣・1936年）
- 磯村哲『注釈民法（12）債権（3） [初版]』（有斐閣・1970年）
- 伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『会社法 第2版』（有斐閣・2011年）
- 伊藤眞『破産法・民事再生法（第2版）』（有斐閣・2009年）
- 伊藤眞ほか『条解 破産法 [初版]』（弘文堂・2010年）
- 上村達男ほか編『証券用語辞典 第四版』（銀行研修社・2007年）
- 内田貴『民法Ⅲ [第3版] 債権総論・担保物権』（東京大学出版会・2005年）
- 内田貴『民法改正－契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房・2011年）
- 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之三 債権編』（有斐閣書房・1914年）
- 梅謙次郎『民法要義 卷之二（オンデマンド版）』（有斐閣・2001年）[1911年版を復刻した1984年版のオンデマンド版である]
- 江頭憲治郎『株式会社法 第4版』（有斐閣・2011年）
- 遠藤浩『民法基本判例3 担保物権 [初版]』（信山社・2001年）
- 遠藤浩他編『民法（3）担保物権 [第4版増補版]』（有斐閣・2003年）
- 近江幸治『担保物権法 [新版]』（弘文堂・1994年）

近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権 [第2版補訂]』(成文堂・2007年)
大井正博『フランス新語辞典』(エディション・フランセーズ, 2003年)
大村敦志『民法改正を考える』(岩波書店・2011年)
奥田昌道ほか編『法学講義民法3 担保物権 [初版]』(悠々社・2006年)
岡松参太郎『註釈民法理由 中巻 物権編 [8版]』(有斐閣・1899年)

か

加賀山茂『現代民法担保法 (現代民法シリーズ4)』(信山社・2009年)
加賀山茂『債権担保法講義』(日本評論社・2011年)
角田正芳ほか『知的財産法 [第6版]』(有斐閣・2012年)
賀古貞太郎「権利質ノ定義並ニ其性質ノ一般及ビ普通ノ質権トノ區別」梅謙次郎他著『法典質疑問答 第2編 物権法 全』(信山社・1994年) [法典質疑社編『民法物権問答4版』有斐閣書房・1909年の復刻版、初版1906年]
片山直也『詐害行為の基礎理論 [初版]』(慶應義塾大学出版会・2011年)
片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権一担保価値維持義務論の視点から」池田真朗ほか編『民法(債権法)改正の論理【別冊タートンヌマン】』(新青出版・2010年)
勝本正晃『担保物権法 [初版]』(日本評論社・1938年)
勝本正晃『担保物権法下巻 [三版]』(有斐閣・1954年)
角紀代恵ほか『わかりやすい担保・執行法改正』(弘文堂・2004年)
加戸守行『著作権法逐条講義 五訂新版』(著作権情報センター・2006年)
金井高志『民法でみる知的財産法 [第2版]』(日本評論社・2012年)
鎌田薫編『現代青林講義 物権法・担保物権法 [初版]』(青林書院・2000年)
鎌田薫編『債権・動産・知財担保利用の実務』(新日本法規出版・2008年)
川名兼四郎『物権法要論 [訂正5版]』(金刺芳流堂・1920年)
神田秀樹『会社法 [第15版]』(弘文堂・2013年)
神戸寅次郎『権利質論 [初版]』(巖松堂書店・1911年)
神戸寅次郎『権利質論第二巻 [初版]』(巖松堂書店・1912年)
神戸寅次郎『民法論纂 [初版]』(巖松堂書店・1926年)
北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣・2006年)
久保久『物権法要綱 [増補10版]』(巖松堂書店・1929年)
神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(18) 仏蘭西民法 [V] 財産取得法(4) [復刻版]』(有斐閣・1956年)
小浜ふみ子『質屋の社会史』愛知大学経営総合科学研究所叢書(2000年)
小林俊三『担保物権法 [初版]』(中央書房・1934年)
甲斐道太郎編『物権法 [初版]』(青林書院・1993年)
川井健『民法概論2(物権) [第2版]』(有斐閣・2006年)

ク

- 斎藤和夫『レーアブーフ民法Ⅲ（担保物権法）〔初版〕』（中央経済社・2007年）
 斉藤秀夫ほか編『注解 破産法〔第三版〕（上巻）』（青林書院・1998年）
 斉藤秀夫ほか編『注解 破産法〔第三版〕（下巻）』（青林書院・1999年）
 作花文雄『著作権法 制度と政策 第3版』（発明協会・2008年）
 佐藤隆夫『物権法・担保物権法概説〔初版〕』（評論社・1967年）
 始関正光＝高橋康文『一問一答 電子記録債権法』（商事法務・2008年）
 清水元『プログレッシブ民法〔担保物権法〕初版』（成文堂・2008年）
 清水元ほか『新・民法学 物権法〔第4版〕』（成文堂・2011年）
 清水元『プログレッシブ民法〔担保物権法〕〔第2版〕』（成文堂・2013年）
 末川博編集代表『民事法学辞典下巻〔初版〕』（有斐閣・1960年）
 鈴木禄弥『物的担保制度の分化 民法論文集5』（創文社・1992）〔初出：谷口知平ほか編
 『新民法演習2（物権）』有斐閣・1967年197頁以下〕

た

- 田井義信ほか『NJ叢書 新 物権・担保物権法〔第2版〕』（法律文化社・2005年）
 高石義一『知的所有権担保』（銀行研修社・1997年）
 高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣・2007年）
 高木多喜男他『民法講義3 担保物権〔改訂版初版〕』（有斐閣・1980年）
 高橋康文編『逐条解説 新社債、株式等振替法』（きんざい・2006年）
 高橋眞『担保物権法〔第2版〕』（成文堂・2010年）
 高林龍『標準 著作権法』（有斐閣・2010年）
 高林龍『標準特許法（第4版）』（有斐閣・2011年）
 竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法〔初版〕』（青林書院・2007年）
 田代泰久『知的財産権担保融資の理論と実務』（清文社・1996年）
 谷口園恵＝筒井健夫編『改正 担保・執行法の解説』（商事法務・2004年）
 田高寛貴『クロススタディ物権法』（日本評論社・2008年）
 多田利隆他著『物権法・担保物権法〔第1版〕』（嵯峨野書院・1999年）
 建入則久＝今井和男編『Q&A 新しい担保・執行制度解説』（三省堂・2004年）
 田山輝明『担保物権法〔第2版〕民法要義3』（成文堂・2004年）
 田山輝明『通説 物権・担保物権法〔第3版〕』（三省堂・2005年）
 椿寿夫他編『解説条文にない民法 新版』（日本評論社・2004年）
 道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣・2008年）
 道垣内弘人『担保物権法』（三省堂・1990年）
 道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度』（有斐閣・2003年）
 道垣内弘人『典型担保の諸相〔現代民法研究I〕』（有斐閣・2013年）〔初出：道垣内弘人
 「担保の侵害」山田卓生編集代表・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座2』（日本評論

社・1998年)]

富井政章『訂正 民法原論 第2巻 物権』(有斐閣・1985年)(第2巻上冊[初版明治1906年]と第2巻下冊[初版1914年]を合冊した1923年版の復刻版)

月岡利男『物権法講義[初版]』(法律文化社・2004年)

な

中井美雄『担保物権法[初版]』(青林書院・2000年)

中島玉吉『民法積義 卷ノ二下[初版]』(金刺芳流堂・1916年)

中田裕康『債権総論 第三版』(有斐閣・2013年)

中野貞一郎『民事執行・保全法概説[第3版]〈有斐閣双書〉』(有斐閣・2006年)

中野哲弘『わかりやすい担保物権法概説[民法概説Ⅲ] 初版』(信山社・2000年)

中山信弘『特許法[第2版]』(弘文堂・2012年)

中山信弘=小泉直樹編『新・注解 特許法【上巻】』(青林書院・2011年)

能見喜久他編『論点体系 判例民法3 担保物権』(第一法規株式会社・2009年)

野村豊弘『民法Ⅱ 物権[第2版]』(有斐閣・2009年)

は

鳩山秀夫講述『担保物権法[初版]』(国文社出版部・1928年)

鳩山秀夫『民法研究(第2巻)』(岩波書店・1936年)

林修三『法令用語の常識[第3版]』(日本評論社・1975年)

林修三『法令解釈の常識[第2版]』(日本評論社・1975年)

林良平ほか編著『注解 判例民法 物権法[初版]』(青林書院・1999年)

林良平編『注釈民法(8) 物権(3)[初版]』(有斐閣・1965年)

林良平「物権法[初版]」(青林書院・1986年)

林良平編『注釈民法(8) 物権(3)[復刊版]』(有斐閣・2013年)(初版・1965年)

原謙一「著作権の質権に関する考察—民法との理論的關係について—」著作権情報センター編『第9回 著作権・著作隣接権論募集論文集』(2014年予定)

半田正夫『物権法[初版]』(有斐閣・1986年)

半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール2[23条~90条の3]』(勁草書房・2009年)

半田正夫『著作権法概説[第15版]』(法学書院・2013年)

平井一雄ほか編『物権法要説[初版]』(青林書院・1992年)

平出价弘『経済フランス語辞典』(白水社・1992年)

平野裕之『基礎コース民法Ⅰ 総則・物権法[第3版]』(新世社・2005年)

平野裕之『担保物権法[第2版]』(信山社・2009年)

平野裕之『コアテキスト民法Ⅲ 担保物権法[初版]』(新世社・2011年)

福永有利『民事執行法・民事保全法[第2版]』(有斐閣・2011年)

藤澤治奈「抵当不動産の第三取得者の担保価値維持義務と民法391条」大塚直他編著『社会の発展と権利の創造—民法・環境法の最前線』(有斐閣・2012年)

船越隆司『担保物権法 [第3版]』(尚学社・2004年)
法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』(法曹会・1982年)
星野英一『民法概論Ⅱ(物権・担保物権)合本再訂第10刷』(良書普及会・1994年)
本田純一ほか『ハイブリッド民法2 物権・担保物権法 [初版]』(法律文化社・2007年)

ま

前田庸『手形法・小切手法』(有斐閣・1999年)
槇悳次『担保物権法 [初版]』(有斐閣・1986年)
松井宏興ほか『導入対話による民法講義(物権法) [第2版]』(不磨書房・2005年)
松尾弘『物権・担保物権法 [第2版]』(弘文堂・2008年)
松岡久和=中田邦博編『新・コンメンタール 民法(財産法)』(日本評論社・2012年)
松阪佐一『民法提要物権法(第4版)』(有斐閣・1981年)
三瀧信三『担保物権法 [初版]』(有斐閣書房・1915年)
森泉章『民法入門 担保物権法 [第3版]』(日本評論社・2005年)
森田修『債権回収法講義 [第2版]』(有斐閣・2011年)
森本滋編『手形法小切手法講義 [第2版]』(成文堂・2010年)
紋谷暢男『知的財産権法概論(第3版)』(有斐閣・2012年)

や

安永正昭『講義 物権・担保物権法 [初版]』(有斐閣・2009年)
柳澤秀吉『物権法 [新 現代社会と法シリーズⅡ] 第1版』(嵯峨野書院・2008年)
山口俊夫編『フランス法事典』(東京大学出版会・2002年)
山下友信編『会社法コンメンタール3—株式(1)』(商事法務・2013年)
山野目章夫『物権法 [第4版]』(日本評論社・2009年)
山野目章夫『物権法 [第5版]』(日本評論社・2012年)
山本和彦ほか『倒産法概説 [第2版]』(弘文堂・2010年)
柚木馨『担保物権法 [初版]』(有斐閣・1963年)
柚木馨『物権法』(青林書院新社・1964年)
柚木馨=高木多喜男『担保物権法 [第3版]』(有斐閣・1982年)
薬師寺志光『物権法概論 [第3版]』(法政大学出版局・1963年)
吉国一郎ほか編『法令用語辞典(第9次改訂版)』(学陽書房・2009年)

わ

我妻栄『民法講義Ⅲ 担保物権法 [初版]』(岩波書店・1936年)
我妻栄「判批」民事法判例研究会編『判例民事法(10)昭和五年度 [初版の復刊版]』(有斐閣・1955年 [初版1932年])
我妻栄『新訂 債権総論 [新訂第12刷]』(岩波書店・1974年)
我妻栄『新訂担保物権法 [新訂第6刷]』(岩波書店・1975年)
我妻栄『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店・1983年)

我妻栄編『体系民法判例Ⅲ-1 担保物権（オンデマンド版）』（有斐閣・2003年）〔我妻栄編『体系民法判例Ⅲ-1 担保物権〔初版〕』（有斐閣・1971年）のオンデマンド版〕
渡辺達徳他編著『新民法講義2 物権・担保物権法〔初版〕』（成文堂・2010年）

2 雑誌記事等

あ

青木則幸「質権」池田真朗ほか編『電子記録債権法の理論と実務』別冊金融・商事判例（2008年）

秋田能行「ABL（動産・売掛金担保融資）の積極的活用」金融法務事情 1967号（2013年）

朝日新聞 2013年1月18日（金）朝刊3面

生熊長幸「判批」ジュリスト臨時増号平成11年度重要判例解説（2000年）

伊藤英樹「フランスの自動車質（2）－占有移転なき動産担保制度－」愛知学院大学論叢法学研究第24巻第一・二号（1980年）

伊藤進編「別冊法学セミナー 法学ガイド 民法Ⅲ（担保物権）」（日本評論社・1987年）

植竹勝「ABLにおける担保価値維持義務－ABL取引に関する契約実務を踏まえて－」金融法務事情 1967号（2013年）

上野保「<特集>破産管財人の注意義務－2つの最一判平成18・12・21を読んで」NBL851号（2007年）

梅謙次郎「権利質二準用スヘキ規定ノ範囲ヲ論ス」法学協会雑誌第21巻第6号（1903年）

大坪丘「最高裁判所判例解説」最高裁判所判例解説民事篇平成11年度（上）（1～6月分）（法曹会・2002年）

小笠原浄二ほか「最大判平成11.11.24と抵当権制度の将来」金融法務事情 1569号（2000年）

岡田幸宏「判批」私法判例リマックス・2000年下（2000年）

岡松参太郎「権利質の性質」京都法学会雑誌第1巻第5号（1906年）

岡松参太郎「権利質の性質（承前）」京都法学会雑誌第1巻第7号（1906年）

岡松参太郎「権利質の性質（承前）」京都法学会雑誌第1巻第8号（1906年）

か

片山直也「不動産担保に関する改正について」比較法研究第69号（2007年）

片山直也「判批」ジュリスト増刊1354号（2008年）

片山直也「判批」金融法務事情1844号（2008年）

片山直也「不動産担保に関する改正およびその意義」日仏法学第25号（2009年）

片山直也「新たな合意社会における債権者代位権・詐害行為取消権－担保価値維持義務論の視点から－」池田真朗他編著『民法（債権法）改正の論理【別冊タートンヌマン】』（新

青出版・2010年)

片山直也「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務—最高裁第一小法廷平成二二年九月九日判決を契機として—」法学研究第84巻第12号(2011年)

片山直也「判批」金融法務事情1953号(2012年)

角紀代恵「判批」民商法雑誌123巻2号(2000年)

角紀代恵「判批」法学教室234号(2000年)

角紀代恵「判批」別冊ジュリスト184(2006年)

加藤貴仁「第4章 電子記録債権と商事留置権—試論—」金融法研究会報告書(22)(2013年)

河上正二「質権(その2) —不動産質・権利質」法学セミナー665号(2010年)

神作裕之「第2章 電子化された有価証券の担保化—「支配」による担保化」金融法研究会報告書(22)(2013年)

金融・商事判例1115号(2001年)

金融・商事判例1218号(2005年)

木村健太郎「経営者以外の個人保証の禁止」金融法務事情1967号(2013年)

小梁吉章「所有権に基づく担保と再建型倒産処理—フランス・フィデュシー法制の視点から—」信託研究奨励金論集第31号(信託協会・2010年)

小梁吉章『フランス信託法』(信山社・2011年)

さ

酒井太郎「株式(3)」法学教室397号(2013年)

杉之原舜一「判批」法律時報第3巻第2号(1931年)

清水恵介「税理士のための重要商事判例【第31回】」(税務事例39巻8号・2007年)

清水恵介「担保価値維持義務について—最高裁判所平成十八年十二月二一日判決に示唆を受けて—」民事法情報No.250(2007年)

下村信江「フランスにおける動産質(1)」近畿大学法科大学院論集創刊号(2005年)

下村信江「フランスにおける動産質(2)」近畿大学法科大学院論集第3号(2006年)

下村信江「フランスにおける動産質(3・完)」近畿大学法科大学院論集第9号(2013年)

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—」比較法学第46巻第2号(2012年)

た

竹越健二「<特集>破産管財人の注意義務—2つの最一判平成18・12・21を読んで」NBL851号(2007年)

谷口安史「判解」法曹時報第61巻第3号(2009年)

谷口安史「時の判例」ジュリスト1377号(2009年)

道垣内弘人「『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』をめぐって—最大判平成11・11・24の理論的検討」ジュリスト1174号(2000年)

土岐敦司「<特集>破産管財人の注意義務—2つの最一判平成18・12・21を読んで」NBL851号（2007年）

椿久美子「増担保請求権の民法上の位置づけ—期限の利益喪失および抵当権侵害と関連させて—」明治大学法科大学院論集第11号（2012年）

鶴藤倫道「判批」（法学教室・230号）

な

永島正春「<特集>破産管財人の注意義務—2つの最一判平成18・12・21を読んで」NBL851号（2007年）

新関輝夫「フランス民法における債権占有」名古屋大学法政論集第41巻（1967年）

新田敏「民法における権利拘束の原則」法学研究38巻1号（1965年）

は

原謙一「債権質の拘束力について—担保価値維持義務の法的根拠に関する考察—」横浜国際経済法学第21巻第2号（2012年）

原謙一「担保価値維持請求権保全のための敷地賃借権確認請求の代位訴訟」横浜国際社会科学第18巻第3号（2013年）

林雅彦「フランスの社会保障制度の概要—年金制度及び年金改正の動向を中心に—」日本労働研究機構欧州事務所（2002年）

半田正夫「著作権の準占有、取得時効」斉藤博ほか編『裁判実務大系第27巻 知的財産関係訴訟法』（青林書院・1997年）

播磨良承「無体財産権の担保」星野英一ほか編「担保法の現代的諸問題」別冊NBL10号 商事法務研究会（1983年）

鳩山秀夫「債権質と第三債務者の相殺（質疑解答）」法學志林第19巻第8号（1917年）

蓮井俊治「4 債権質の設定と効力」中野哲弘編『現代裁判法大系④ [担保・保証] 初版』（新日本法規出版株式会社・1998年）

平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学第8号（2007年）

平野裕之「今般改正の経緯ならびに人的担保および動産担保に関する改正について」比較法研究第69号（2007年）

平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」日仏法学第25号（2009年）

平野裕之「フランス民法担保編における譲渡担保規定の実現」法学研究第82巻8号（2009年）

平野裕之「海外金融法の動向（フランス）」金融法研究第26号（2010年）

フィリップ・デュピショ（吉井啓子訳）「物的担保法の経済的効率性」慶應法学第15・16合併号（2010年）

ピエール・クロック（野澤正充訳）「フランスにおける担保法改正の評価—成功か失敗か？」

ジュリスト 1365 号 (2008 年)

ま

前田重行「第 1 章 社債株式等振替法における有価証券のペーパーレス化と商事留置権の成否」金融法研究会報告書 (22) (2013 年)

前田達明ほか「〈資料〉質権 (一)」民商法雑誌 125 巻 6 号 (2002 年)

松井宏興「抵当権者の不動産明渡請求—最大判平 11 年 11 月 24 日と最判平 17 年 3 月 10 日を素材に—」清水元ほか編『平井一雄先生喜寿記念 財産法の新動向』(信山社・2012 年)

松井宏興「判批」私法判例リマークス 45 号 (2012 年)

松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求 (中)」NBL 682 号 (2000 年)

松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求 (下)」NBL683 号 (2000 年)

松岡久和「物権法講義—32 [第 29 回] 質権」法学セミナー 703 号 (2013 年)

松田政行ほか「手形・小切手の電子化 (ペーパーレス化) をめぐる法的研究」金融庁研究センター (2003 年)

丸山絵美子「判批」法学セミナー 607 号 (2005 年)

水口吉蔵「民法判例批評」国家及び国家学第 5 巻第 5 号 (1917 年)

森田修「ABL の契約構造—在庫担保取引のグランドデザイン—」金融法務事情 1959 号 (2012 年)

森田宏樹「有価証券のペーパーレス化の基礎理論」金融研究第 25 巻 (日本銀行金融研究所・2006 年)

や

八木一洋「判解」法曹時報第 52 巻第 9 号 (2000 年)

山田誠一「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ—フランスにおける最近の動向—」金融法研究第 7 号 (1991 年)

山野目章夫「抵当不動産を不法に占有する者に対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの許否—最大判平成 11・11・24 をめぐって」金融法務事情 1569 号 (2000 年)

山野目章夫=小粥太郎「平成十五年法による改正担保物権法・逐条研究 (2) ●債権質・不動産の収益に対する抵当権の効力」NBL779 号 (2004 年)

山野目章夫ほか「2006 年フランス担保法改正の概要」ジュリスト 1335 号 (2007 年)

山野目章夫「2006 年フランス担保法改正とこのミニ・シンポジウムの趣旨」比較法研究第 69 号 (2007 年)

山野目章夫「二つの研究報告へのコメント」日仏法学第 25 号 (2009 年)

山原英治「法律意見書の読み方 (10) —留保各論 コベンナツ」NBL979 号 (2012 年)

吉田克己「21世紀の財の法に向けて―第2回日仏物権法セミナーへの1つの総括」新世代法政策学研究・第17号（2012年）

山田正三「判批」法学論叢・第25巻2号（1931年）

山田晟「判批」法学協会雑誌56巻1号（1938年）

山本弘「判批」金融法務事情1588号（2000年）

【仏語文献】

1 概説書・博士論文等

A

Anne Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, thèse, Dalloz, 2001

Augustin Aynès, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, thèse, 2005

B

Béatrice Parance, *La possession des biens incorporels*, thèse, L.G.D.J., 2008

C

Christian Atias, *Droit civil Les biens*, 11^e éd, Litec, 2011

Christophe Juillet, *Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir*, dans *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010

D

Dominique Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, Economica, 1986

Dominique Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, L.G.D.J., 2013

F

Frédéric Douet, *Précis de droit fiscal de la famille*, 12^e éd., LexisNexis, 2013

G

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 2011

J

Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996

L

Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés*, Defrénois, 2003

Laurent Aynès et Pierre Crocq, *Les sûretés*, 6^e éd., Defrénois, 2012

M

Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., tome X II [sûretés réelles, première partie] par Emile Becqué, L.G.D.J., 1953

Michel Cabrillac et Christian Mouly, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004
Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010
Maxime Julienne, *Le nantissement de créance*, thèse, Economica, 2012
Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie - Noëlle Jobard – Bachellier, *Droit des sûretés*, 3^e éd, Dalloz, 2012

P

Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil Les sûretés*, 3^e éd., Dalloz, 2000
Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil Les sûretés*, 6^e éd., Dalloz, 2012

T

Théodore Corfias, *Assurance vie : technique et produits*, 2^e éd., l'Argus éditions, 2010

V

Vincent Ruol, *L'assurance vie*, Revue – banque édition, 2012

2 雜誌記事・論文等

A

Arlette Martin – Serf, *chroniques de législation et de jurisprudence françaises, RTD Com.*, 1997
Augustin Aynès, *La consécration légale des droits de rétention, D*, 2006

D

Dominique Legeais, *Nantissement de meubles incorporels : nantissement de créance, J. – Cl. civil*

L

Laurent Aynès, note, Defrénois, 1994, art.35897
Laurent Aynès, *Le nantissement de créance, entre gage et fiducie, Droit&Patrimoine*, 2007

M

Marc Mignot, *L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n°2006 – 346 du 23 mars 2006, RDBF*, janvier – février 2010

P

Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit des sûretés, J.C.Péd.E*, 2005
Pierre Crocq, *Droit des sûretés janvier 2010 - décembre 2010, D*, 2011

X

Xavier Delpech, *Nantissement d'assurance vie : libre administration de ses avoirs par le titulaire du contrat, D.*, 2005,

3 判例等

Cass. Req. 11 juin 1846, *D.P.* 1846, I . 254.

Cass. Ch. Civ. 19 février 1894, *D.P.* 1894, I . 420.

Cass. Req. 13 mars 1888, *D.P.* 1888, I . 352.

Cass. 1^{re} Ch. Civ. 10 mai 1983, *D.S.* 1984. *J.* 433, note Gérard Légier.

Cass. 1^{re} Ch. Civ. 6 janvier 1994, *Bull. Civ.* I . n°4.

Cass. Ch. com. 28 janvier 1997, *Bull. Civ.* IV. n° 35.

Cass. Ch. com. 12 juillet 2005, *Bull. Civ.* IV. n° 175.

Cass. Ch. com. 7 mars 2006, *Bull. Civ.* IV. n° 62

Cass. Ch. com. 26 mai 2010, *Bull. Civ.* IV. n°94.