The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	総括コメント : 日仏比較の視点から
Author(s)	横山, 美夏
Citation	阪大法学. 2020, 69(5), p. 355-364
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87258
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

総括コメント

――日仏比較の視点から――

横山美夏

シンポジウムも、いよいよ終わりを迎えようとしている。本シンポジウムでは、二日間にわたり、倒産手続における処遇を見据えた日仏の担保法について、熱心な議論が展開されてきた。

さて、債務者の倒産に直面した債権者が、他の債権者の利益を損なってでも債権を回収しようと力をつくすことは、おそらく、どこの社会にも共通する。このとき、債務者の財産を債権者にどのように分配するかについて、債権者の平等を原則としている国では、債権者の平等と担保権の優先性との間で衝突が生じる。さらに、当該倒産手続が債務者である企業の救済・再生を目的とするときは、債権者の利益と債務者の利益とが対立する。第一セッションの杉本和士教授の報告（「倒産手続における担保の処遇――日本」）[1]が言及するとおり、これは一つのアポリアであって、取引社会に普遍的な問題である。

これらの普遍的な衝突・相克にどのように対処するかは、国ごとに異なる。同じ国であっても、時の法政策によって相違することもある。たとえば、企業の再生手続であっても、その中心的目的を、債権者を犠牲にしてでも債務者である企業を救済することにおく場合には、企業の再生を試みつつも債権者ができるだけ満足を得られるよう

にする場合とは異なる制度設計がされるだろう。また、同一の法政策であっても、その実現方法は異なりうる。

本シンポジウムでの報告および議論は、日仏両法が、それぞれに、この普遍的な課題をどのように解決しようとしてきたかを比較検討する有益な機会となった。われわれのこの学問的な旅の終わりにあたり、以下では、担保法の内容および形式の二つの観点から、担保と倒産手続におけるその処遇をめぐる日仏の共通点とそれぞれの特徴をまとめることを通じて、これまでの議論の総括としたい。

一　担保法の実体的内容の日仏比較

A　所有型担保

まず、日本法もフランス法も、所有型担保が発展している点で共通する。所有権を移転する方法（譲渡担保）であれ、所有権を留保する方法（所有権留保）であれ、所有権に基礎をおく担保は、今日、隆盛の一途をたどっている。かつ、日仏両法において、所有型の担保は、担保権者が他の債権者を排して目的物の価値を独占することを可能にしており、それが所有型担保の利点となっているといえる。

しかしながら、倒産手続における所有型担保の処遇は、日本法とフランス法とでは異なっている。荻野教授がペロション教授の報告[2]に対するコメントで指摘した[3]ように、フランス法は非典型担保である所有型担保を、抵当権などの典型担保と比較してかなり優遇している。この点は、債権譲渡担保についても同じである。カブリヤック教授は、ダイイ譲渡による債権の譲受人が、商法L．六三二―一条一項六号の適用にあたって、債権質の質権者と比較して相当に優遇されていると述べている[4]。カブリヤック教授によれば、フランス法では、将来債権の譲渡に関する

枠合意がされた後に倒産手続が開始されても、その後に発生した債権は倒産手続の影響を受けない。ダイイ譲渡も債権質も、担保目的である点でその機能は同一であるにも拘わらず、である。カブリヤック教授は、ダイイ譲渡の譲受人は金融機関に限定されていることから、両者の違いは、金融機関が顧客に信用を供与することを促進するという法政策によって説明できるという。しかし、ダイイ譲渡は、所有型担保が倒産手続において他の担保と比較して優遇されている唯一の例ではない。ペロション教授の報告からわかるように、フランス法では、担保目的の信託も所有権留保も、典型的な担保と比較して倒産手続において有利な扱いを受けている。この扱いは、フランスではどのように正当化されているのだろうか。ペロション教授は、その報告のなかで、これらの所有型担保の優遇の根拠を、目的物が債務者の責任財産に属さないから、倒産手続の対象となる財産を構成しないことに求めていた。この説明は、論理的ではある。別な言い方をすれば、フランス法は、目的物が債務者の財産に帰属しているか否かという形式を重視するといえる。そうすると、テロン教授が論じたように、[5] 所有の移転のメカニズムと所有権移転の時期が重要な問題となる。もちろん、テロン教授の提唱された所有権移転のメカニズムは、担保目的の所有権移転に限定されているわけではなく、より一般的な射程を念頭に置いているのであるが。

これに対して、日本法では、所有型担保のなかでももっとも利用されている譲渡担保について、判例は、所有権移転という形式より担保の目的という実質を重視して、倒産手続において譲渡担保を典型担保と同様に扱っている。[6]

実は、日本法が、譲渡担保について、法形式を性質決定の決定的要素とせず、当該取引の目的、機能を重視するのは、倒産手続に限ったことではない。最高裁判所は、平成一八年二月七日第三小法廷判決（民集六〇巻二号四八〇頁）において、買戻特約付売買の形式がとられていても、「何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保契約と解するのが相当である」として、真正な買戻特約付売買を所有権取得原因とする目的物の引渡請求

を認容した原判決を破棄した。債権の担保を目的とする場合には、それが所有権を移転する契約の形式によっていたとしても、その契約により所有権が不可逆的に完全に移転するわけではないとしているのである。そして、同判決は、「買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され」るとしている。日本の判例は、売主が目的物の占有を続ける場合には、売買と性質決定することに慎重であって、これを、フランスでいうところの、占有の移転を伴わない質権あるいは抵当権を生じさせる契約と同視している。

日本の判例が、売買という法形式に示す警戒と慎重さの理由の一つは、日本における譲渡担保の歴史に由来するのではないかと考えられる。というのも、日本では、売買契約の形式をとる譲渡担保は古くから存在し、債権者が債権額よりもはるかに価値の高い物を取得することを可能にしていた。加えて、譲渡担保は一九世紀末に制定された民法にも商法にも担保として定められることはなかった。かつ、日本民法は担保物権を含む物権一般につき物権法定主義を採用している（民法一七五条）にもかかわらず、譲渡担保は、慣習に基づく担保物権として認められてきた。そのなかで、判例は、売買の形式をまとった担保について、その真の性質を明らかにし、譲渡担保権者に、債務者が被担保債権を期限に弁済できない場合に清算をすることを義務づけた。(7) 債権者が、売買の法形式に乗じて不当な利益を得ることを回避するには、売買の形式をまとった担保に、担保としての実質的効果を付与することが重要であった。このことは、裁判官が、よく見るべきであるのは取引の機能であって形式ではないという考え方をもつことにつながったのではないかと推測される。

このように、所有型担保については、フランス法が法形式を尊重するのに対して、日本法はその目的および機能という実質を重要視する。とはいえ、倒産に至らない段階での、所有型担保に関する日仏両法の違いは、相対化さ

れる必要がある。というのは、所有型担保のもうひとつのメリットは、少なくとも日本では、競売によらず裁判外で実行できることにあるが、フランス法では、典型担保についても、競売によらない実行が認められる場合があるからである。

まず、質権については、質権者は、一定の倒産手続においてさえ、裁判所の許可があれば、所有権付与により、競売によらずに質権を実行できる。(8) このような簡易な実行手段は、日本には、倒産手続開始前の担保法にも存在しない。また、フランス法は、担保法において、流担保条項を抵当権にも認めている（ただし、倒産手続開始後は、流担保条項の実行は倒産手続に対抗できない）。これも日本には存在しない。債務不履行時に流担保が生じる条項を入れておけば、質権者のみならず抵当権者も、裁判外で、実に簡単に担保権を実行することができる。つまり、担保法における典型担保の実行について、フランス法は日本法とくらべてはるかに柔軟である。このことは、見方を変えれば、フランス法では、所有型担保と典型担保の違いは、倒産手続の場面で突出することを示す。

B　典型担保

フランス法も日本法も、同じような類型の典型担保を定めているが、それぞれの担保の実効性は異なる。

第一に、人的担保に関して、まず、フランス法の保証に関する規律は、日本法よりもかなり発展しているようにみえる。保証は日本でも古くから非常によく使われている担保であるが、保証人の保護に関する規定は、二〇一七年の民法改正を経ても十分とはいえない。消費者契約についてさえ、特別法によっても、保証人の保護を促す規律の整備はされていない。

また、債務者が倒産した場合の保証人の処遇は、フランス法と日本とでかなり異なる。デュモン教授がフランス

法について挙げていた[9]、債権者と保証人の連帯という観念は日本には存在しない。債務者が倒産したときに、保証人とともに債権者が満足を得られないリスクを負う、という考え方はわれわれにはなじみがない。齋藤准教授がデュモン報告に対するコメント[10]で説明したように、日本では、保証人はかなり厳しい立場におかれる。債務者が倒産した場合のリスクは債権者と保証人がともに負うべきであるという考えはなく、保証人は、むしろ、債務者が倒産した場合には責任を負うべき者として自らを犠牲にすべきであると考えられている。もちろん、保証人が保護されなければならないことは日本でも受け入れられているが、保証人と債権者の連帯によるリスク配分という考え方は、これとはかなり次元を異にするように思われる。

また、フランスでは、保証人が債務者の資産が悪化しないうちに対処するように促す政策が、倒産法のなかに組み込まれているのが興味深い。保証人に対し、早めの対処を促す法政策は、おそらく、関係当事者にとって望ましいものと考えられる。齋藤准教授のコメントによれば、日本でも、ソフトローとしては、同様の仕組みが存在するが、一歩進めて、正面から立法をすることが検討されてよいのではないだろうか。

第二に、物的担保に関して、驚きであったのは、フランス法における留置権の効力である[11]。フランスでは、民事留置権も含め、清算手続および事業譲渡の場合に、留置権が、目的物の売買代金への代位も含め、強力な効力を有するのが目を引く。留置権を有するすべての債権者は、その権利を排他的に行使することができる。マコリグ＝ヴニエ教授は、その報告のなかで、この留置権の効力を、留置という事実の力のみならず衡平によって基礎づけている。これに対し、日本法では、倒産手続における留置権の効力は、フランス法と比較すると脆弱である。たしかに、日本でも、商事留置権は、破産手続においては特別の先取特権とみなされることにより（破産法六六条一項）、優先弁済権をもつとされている。しかし、民事留置権は、破産手続において破産財団との関係では効力を失う（同条

三項）。また、民事留置権の帰趨は、更生手続については、法文に明示されていない。

留置権が衡平に依拠することは日本でも主張されていることであり、衡平を根拠として留置権の効力を強化するフランス法の発想は非常に興味深い。日本とフランス法とで「衡平」の内容が同じかどうかは定かでないが、日本でも、倒産手続の中で、民事留置権の効力をどのような根拠に基づきどのように処遇すべきかについて、再度検討する余地があるかもしれない。

二　担保法の規律形式に関する日仏比較

A　判例の重要性

フランス法でも日本法でも、担保法および倒産手続における担保の処遇の準則として、判例が重要な役割を有していることは共通する。たとえば、債権譲渡に関して、日仏両国の民法は、類似する明文の規定（フランス民法典一三二一条、日本民法四六六条）を有しているが、債権譲渡担保の法的性質については、判例により、異なる理解が確立している。すなわち、デュモン教授によれば、フランスでは、判例は、債権譲渡担保を債権質と性質決定し、債権譲渡の原則を定めるフランス民法典一三二一条一項の適用を退けている。これに対し、日本の判例は、フランス民法典一三二一条一項に相応する民法四六六条に基づき、債権譲渡担保を債権質（民法三六二条）ではなく所有型担保と性質決定している。このことは、担保法の形成にあたり両国で判例が大きな役割を果たしていることを示す。

B　立法の課題

これに対して、担保法および倒産手続における担保の処遇に関する立法の状況は、フランス法と日本法とで大いに異なっている。すなわち、フランス法をみると、民法典および商法典のなかの、担保に関する一般法および、それぞれの倒産手続における担保の処遇に関する規定は、日本法と比較してとても多く、またその内容も非常に詳細である。フランスでは、担保法に関する法の形成に判例が重要な役割を果たしているとはいえ、その第一の法源は法律である。加えて、フランス法は、最初にモンセリエ＝ボン教授が報告したように[12]、最近、担保法および倒産法の数次にわたる大きな改正を行っており、立法による担保法の大きな改革が行われている。もっとも、なかには、担保について多様な手段を設けるという法政策のもと、必ずしもニーズが明らかではないしくみも存在することが、議論のなかで明らかにされた。

一方、担保に関する日本の法律は控えめであるといってよい。とりわけ、所有型担保については、古くから存在する譲渡担保はもちろん、所有権留保も非常によく使われているにも拘わらず、法律上明文の制度となってはいない。すでに述べたように、日本では、所有型担保の法形成を担ってきたのは、もっぱら判例である。債権譲渡担保に関する規律も、公示制度を除けば、主として判例によって形成されてきたといってよい。もっとも、所有型担保について立法化の例がまったくないわけではない。一九七八年には、債権担保の目的で締結された不動産の代物弁済の予約などを対象に、仮登記担保契約に関する法律が制定されている。その際には、判例に従って、担保権者の清算義務（同法三条）や担保設定者の受戻権（同法一一条）などが明文化されている。

取引の安全を維持し、法の透明性と予見可能性を確保するには、担保法について、一般的にも、また倒産手続に

おけるその処遇についても、十分に精確な準則が条文化されていることが望ましい。現在、日本では、所有型担保に関する立法の必要性について議論が始まっているようであるが、日本法の透明性の実現という観点からは、所有型担保の立法化には重要な意義がある。

その一方で、本シンポジウムのなかで、フランス法についてしばしば指摘された問題点に照らすと、法の透明性とそれによる取引の安全という観点からは、担保の効力および、とりわけ倒産におけるその処遇につき、必要かつ十分な規定を設けることが重要であるように思われる。というのは、フランス法では、担保法および倒産法について詳細な規定を有し、かつ、担保の処遇を担保権ごとに、さらには倒産手続の種類によって、細かく規定し、それを頻繁に改正しているため、条文相互の整合性が問われる場面が少なからず存在することが、いくつかの報告によって明らかにされたからである。倒産時の処遇も含めた担保法に関するフランス法の状況は、頻繁な改正を伴う、詳細な数多くの規定相互の整合性を保つことの難しさをわれわれに示している。担保法の立法化については、フランス法も日本法も、それぞれに課題を有しているというべきであろう。

この二日間の比較法研究は、フランス法を知る機会となったのはもちろんのこと、日本法を省察する契機ともなった。松川正毅大阪大学名誉教授が本シンポジウムのレセプションで述べたように、外国法を通じて自国の法を知ること、これこそが、比較法の大きな魅力といえよう。

（1）齋藤由起「フランス担保法の現在――倒産手続における処遇の観点をふまえて――（一）」阪大法学六九巻一号一五〇頁参照。

（2）フランソワーズ ペロション（山代忠邦訳）「担保のために譲渡された所有」阪大法学六九巻二号三五九頁以下。

（3）齋藤由起「フランス担保法の現在――倒産手続における処遇の観点をふまえて――（二）」阪大法学六九巻二号三一六頁参照。
（4）セヴリーヌ カブリヤック（白石大訳）「債権上の担保と倒産法」阪大法学六九巻二号三二〇頁以下。
（5）ジュリアン テロン（村田健介訳）「所有（権）留保の再解釈に向けて」阪大法学六九巻二号三三七頁以下。
（6）最判昭和四一年四月二八日民集二〇巻四号九〇〇頁（会社更生手続に関して譲渡担保権者による取戻権行使を認めず、更生担保権者として扱う）参照。
（7）最判昭和四六年三月二五日民集二五巻二号二〇八頁。
（8）フランシーヌ マコリグ＝ヴニエ（荻野奈緒＝齋藤由起共訳）「有体動産の債務の担保への充当」阪大法学六九巻一号一八三頁以下。
（9）フランスの人的担保、とりわけ債務者が倒産した場合の債権者と保証人によるリスク配分について、マリー＝ピエール デュモン（大澤慎太郎訳）「保証およびその代替手段と倒産手続」阪大法学六九巻五号三二七頁以下。
（10）齊藤・前掲注（1）一五一頁参照。
（11）フランスの留置権に関する最近の文献として、下村信江「フランス法における留置権の効力に関する一考察――非占有動産質権を中心として――」道垣内引人＝片山直也他編『社会の発展と民法学〔上巻〕』（成文堂・二〇一九）四四五頁以下参照。
（12）マリー＝エレーヌ モンセリエ＝ボン（荻野奈緒＝齋藤由起共訳）「従来型担保と倒産手続」阪大法学六九巻一号一五三頁以下。