

研究ノート 権利担保論序説 : 権利譲渡担保の 前提として

著者	鳥谷部 茂
雑誌名	筑波法政
巻	3
ページ	57-86
発行年	1980-03
URL	http://hdl.handle.net/2241/00155659

権利担保論序説

——権利譲渡担保の前提として——

鳥谷部 茂

目次

第一節 はじめに

- 一 権利を目的とする担保の意義と問題点
- 二 視座の設定

第二節 権利質

- 一 権利質の法的性質
- 二 証書の交付
- 三 通知・承諾
- 四 直接取立権

五 権利質の回避

第三節 特殊な目的の債権譲渡

- 一 「特殊な目的」
 - 二 担保のための債権譲渡
 - 三 取立のための債権譲渡
 - 四 取立権限のみの授与
 - 五 位置づけ
- 第四節 権利の譲渡担保への展望

第一節 はじめに

一 権利を目的とする担保の意義と問題点

(一) 権利担保とは、担保提供者が(主として)第三者に対して有する権利を担保の目的(Gegenstand)として担保取得

権利担保論序説——権利譲渡担保の前提として——

者に供する場合をいう。(2) わが国においても、ドイツにおいても法典上の権利担保制度としては権利質なる制度を有するにすぎない。(3) しかし、権利質のほかに、権利担保の機能を有する方法

が少なからず行なわれている。そこで、性質を異にする「物上担保への統一」⁽⁴⁾から離れ、権利の個性にあった担保方法の発展のために、権利担保としての機能を有するもののみを中心に考察し、そこから個別的担保方法に方向づけを与えうる一般理論を探ろうとするのが権利担保論である。

(一) 権利質のほかは権利担保の機能を営なむものとして、例えば特殊な目的のための債権譲渡、権利の譲渡担保、代理受領、相殺、ローン提携、撤回できない代理、解除できない委任、ファクタリング、権利証預け、別段預金などの権利担保方法がすでに行なわれている。わが国のみならず、ドイツにおいても権利質以外の担保方法、特に債権の担保譲渡(Sicherungsabtretung)が権利質を凌駕しつつある。このような現象を理論的検討も加えずそのまま放置しておくことはできない。すでに、権利質以外の担保方法が、判例にも少なからず登場してきている。また、個別的担保方法については、研究者の成果も報告されている。しかし、判例・学説いずれも、個別的担保方法の具体的説明に力を注ぐのみで、権利担保としての総合的な展望に欠けている。特に、信用取引の発展とともに個別的な権利担保方法が増加し、複雑化しつつある今日、実務家・研究者のいずれにとっても、単にその個別・具体的な問題の解決に追われるのみではなく、その総合的な展望を提示することが早急に望まれる。

(二) そして、これまでの権利を目的とする担保論には、次

のような疑問があった。(a) 第一に、「物上質への統一」のドグマに捕われてきた。すなわち、元来 Pfandrecht an Rechten はその用語通り「権利を目的とする担保」であるが、民法典成立過程において争いがあり、その性質を制限的(条件付)権利譲渡とする捉え方と権利を目的とする質権であり物上質と異ならないとする捉え方とに分れた。だが結局は、後者の捉え方が支配的となり、動産質(Pfandrecht an beweglichen Sachen)に倣って、権利質と規定された。その結果、Pfandrecht an Rechten は「権利を目的とする担保」のより狭い意味である制限物権設定型としての内容に限定された。(b) 第二に、以上のような内容の権利質は物権として規定されているが、どのような意味で物権なのか、また、必ず物権でなければならないの明らかではない。(c) 第三に、権利質は物上質と同じ性質のものであったが、それにもかかわらず二次的な扱いを受けてきた。すなわち、実際上は権利質を避けて、他の担保方法を用いる場合が多く、理論上は物上担保の方に主力が注がれてきた。(d) 第四に、権利の譲渡担保や代理受領などの担保方法を権利質に準じて扱えばよいとの指摘がある。実務的な処理としての示唆にすぎないならばともかく、理論として、各々の根本的な法的根拠を示すことのないそのような指摘は、現行の権利質のみが唯一の(あるべき)権利担保方法であるということ前提としていることになり、権利の性質に応じた担保方法の発展を目指す権利担保論の否定ないし放棄でもある。(e) 第五に、債権の

財産化の下に債権の譲渡性は少なからず論じられてきたが、債権（権利）の担保性については、権利質のほかあまり論じられなかつた。債権（権利）の財産化を完全ならしめるには、当然後者すなわち担保性の問題も検討されねばならなかつた。⁽²¹⁾ 第三点とも関連するが、この背景には、あえて権利質を物権として規定したものの、債権（権利）の財産的価値以上に物の財産的価値を重視し、物に対する権利を絶対的・排他的に保護するという思想が存し、その思想が社会的・経済的要請のもとに担保論をも支配してきた、と考えることができる。⁽²²⁾

二 視座の設定

(一) 右で指摘した現状と疑問を克服するためには、一の冒頭で述べたような権利担保論なる構想は必然的とも言えるのである。そこで本稿では、個々の権利担保方法に方向づけを与えうる一般理論を探る過程のうち、その一部である「権利質」↓「特殊な目的のための債権譲渡」の過程を中心に考察する。

(二) 権利担保機能を有する方法・手段は多くあるが、それらのすべてをここで論ずることは不可能であるとともに、必要でもない。次に述べるように、個々の担保方法は権利質、特殊な目的の債権譲渡、権利の譲渡担保の三制度を基礎としている。これらの三制度は、成立時期が異なるものの、歴史的に連続性を有するとともに、内容的にも関連性を有している。⁽²³⁾

(1) 権利質 権利質は民法典上における唯一の権利担保制度であり、権利質自体の法的性質や機能を再検討することなく

して権利担保を論ずることはできない。比較法的にも、歴史的にも、権利質は、権利を目的とする担保における独占的な地位を確保してきたからである。

(2) 特殊な目的の債権譲渡 特殊な目的のためにする債権譲渡においては、債権の譲渡ということが担保と密接に係るだけでなく、担保のため、あるいは取立のために譲渡することによって、法典上の担保と同様の、またはそれ以上の役割を果たしてきた。それを理論づけてきたのが、授権（Ermächtigung）論と信託行為（fiduziarisches Geschäft）論⁽²⁴⁾であった。また、公示・對抗方法においても、実行方法においても、権利質は物上質よりこの債権譲渡に近い性質を有する。これらの点において、特殊な目的の債権譲渡が権利担保論の基礎として論じられねばならない。

(3) 権利の譲渡担保 債権およびその他の権利の譲渡担保（Sicherungsbretung von Forderungen, Sicherungsübertragung besonderer Rechte）⁽²⁶⁾とは、担保の目的で債権その他の権利を譲渡する場合をいう。権利の譲渡担保は担保のための債権（権利）譲渡の形をとって現われてきた。この点で特殊な目的の債権譲渡と関連する。そして、権利の譲渡担保も信託行為と捉えられてきた。また、実際取引における最近の権利面での発達は、著しいものがある。⁽²⁷⁾ 指名債権のみならず、特に手形・株式・公社債・ゴルフ会員権などまでがその対象となり、ごく最近の学説ではこの点を考慮に入れるものも現われて

(28) きた。さらに、法的構成による違いはあるにしても、讓渡担保は、学説上及び判例上、担保的機能を容認されるに至った。歴史的にも、古くは権利質を移転型権利担保と捉える見解が多かった点を考え合わせると、これも権利担保論の基礎として検討されなければならない。

(三) 私の研究は、これらの主要な三制度の検討から権利担保の一般理論を導こうとするのであるが、本稿では、とりあえずその前提として前二者を検討する。(29) その実質的・目的は以下にある。(a) すなわち、権利質については、その主たる機能の中にどれほど移転型としての、あるいは債権讓渡的要素が含まれているか、である。これによって、権利質から移転型権利担保の脱皮を基礎づけることもできよう。(b) 特殊な目的の債権讓渡は「担保のため」、「取立のため」、「取立権限の授与」に分けられるが、担保のための債権讓渡は権利の讓渡担保と同一のものであると考えられるので、それらの目的の債権讓渡を検討することに権利の讓渡担保の展望に資することができるのであるまいか、と考える。(30)

注(1) この場合の権利担保の「権利」とは、権利質の「権利」と同様の意味で用いている。このような概念は全く新しいものであり、格壽夫教授がごく最近初めて明確にされた(判タ三九〇号七九頁)。但し、以前からの用語を用いるものとして、清水誠・高木多喜男編・担保・保証の法律相談二五九頁、高木多喜男・吉井直昭編・担保保証の基礎二二八頁がある。

この権利担保と類似の概念として債権担保がある。一般に、債権担保とは、「債権の履行を担保することであり」、「債権の実行性を確保するための特別の手段・方策」である(伊藤蓮・銀行取引と債権担保二二頁)。従って、債権担保の「債権」とは、担保される債権すなわち被担保債権をいう。その債権担保の中には、担保・連帯債務などの人的担保のほかは、抵当権や質権などの物的担保も含まれる。さらに広くは、債権者代位権や取消権なども含めることができる(末弘誠太郎・債権総論二四頁)。しかし、それらは、通常は債権の担保といわれてきたものである。ドイツ法でも、Forderungsbüchrecht は、右にいう債権担保ではなく、債権を目的とする担保(すなわち債権質)のことをいう。近時の実務用語として、債権を目的とする担保の意味で債権担保と呼ばれることもある。

(2) Schulz, Das Recht der Kreditsicherung, 3. Aufl., 1965, S. 336 以下第三節の Rechte als Sicherungsmittel を扱ふ。また Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, 1965, S. 263 の第三章の Forderung als Sicherungsgut を、第四章の Sicherungsübertragung von Rechten を扱ふ。従って目的として担保が供するところのものは、als Sicherungsmittel, als Sicherungsgut とさう意味である。

(3) ドイツ民法典第二二七条以下。

(4) 『物上質への統一』とは、権利を目的とする担保を一律に動産質と同様の性質のものとして規定したことをいう。債権は客観的な、すなわち主体を離れた存在を有するし、また財貨として所有権の客体である有体物と同一の性質を有するから、その意味では理論上、「物」と見て妨げない、従って、物上質と同様の扱いもできるわけだが、常に「権利を目的とする担保」「イコール「権利質」でなければならぬ理由にはならない。

(5) 椿・前掲七九頁、椿・担保法(1)(銀行法務基礎コースNO.7)

五四頁、その他權利質以外の權利担保方法を指摘するものとして、鈴木竹雄編・銀行取引セミナー担保・保証九七頁、川井健・担保物権法二五六頁、柚木馨¹¹高木多喜房・担保物権法〔新版〕一四二頁、鈴木祿弥¹²清水誠・金融法三四六頁、中馬義直¹³質權と代理受領の異同¹⁴民法学三四七頁、樗寿夫¹⁵預金担保¹⁶銀行取引法講座下巻三七八頁、神崎克郎¹⁷銀行の周辺業務¹⁸銀行取引法講座上巻四〇二頁など。

(6) 知欠祐治¹⁹讓渡担保と信託²⁰新報三六卷六号三三頁、我妻榮・新訂担保物権法六六〇頁、粟島²¹上代²²林²³共同研究銀行取引における讓渡担保の実務²⁴金法二二九号二六頁、鈴木祿弥²⁵讓渡担保(經管法学全集9)二五〇頁、川井健²⁶担保物権法二五〇頁、稲葉²⁷酒井²⁸前田²⁹好美³⁰鈴木³¹有働証券担保の諸問題(七下)一³²手形研究二五一〜二五二頁、鈴木³³米倉³⁴浦野³⁵堀内³⁶小沢³⁷鈴木³⁸吉原³⁹石井⁴⁰銀行取引と讓渡担保⁴¹金法七八八〜八〇四頁、伊藤進⁴²銀行取引と債權担保二二六頁、吉田真澄⁴³讓渡担保二四一頁など。ドイツにおける状況を所有權留保・ファクタリングとの關係で論ずるものとして、米倉明⁴⁴流通過程における所有權留保⁴⁵法協八二卷二号五八頁、田辺光政⁴⁶ファクタリングと延長所有權留保⁴⁷神戸学院法学七卷三・四号五五頁がある。本稿の重要な目的の一つは、權利讓渡担保をどのように捉えるべきかを展望することにある。第四節で述べる。

(7) 代理受領とは、債務者が第三者(第三債務者)に対して有する債權を、債權者が弁済の受領かたの委任を受け、受領した金員を直接みずからの債權の弁済に充当する、という方法による債權担保手段である(中馬・前掲四五頁)。この契約の法的性質について学説は分れているが、特に問題となるのは、①直接債務者に支払ったときは代理受領權者に不法行為責任を負うか、②代理受領契約を債權讓渡(担保)契約に切り替えた場合詐害行為となるか、③相殺は第

三債務者の承諾前の債權に限るべきか、などである。前注(5)のほか、成田榮造⁴⁸代理受領⁴⁹金法二四四号一九頁、長谷部茂吉⁵⁰請負報酬金の代金受領の委任契約を注文主が承認した場合の効力⁵¹金法二四八号二頁、堀内仁⁵²代理受領權の第三債務者による侵害⁵³金法二五九号一頁、中馬義直⁵⁴債權担保のたぐにするいわゆる代理受領權委任契約の法的性質⁵⁵神奈川法学一卷一号六七頁、甲斐道太郎⁵⁶代理受領⁵⁷金法六〇六号二〇頁、伊藤進⁵⁸代理受領制度⁵⁹手形研究一九五号七二頁、田中和夫⁶⁰工事代金の代理受領⁶¹手形研究一五〇号五三頁、山口英一⁶²代理受領の問題点と実務対策⁶³金法七八四号一八頁など参照。判例は必ずしも一定していない。方向づけが必要である。

(8) 相殺が担保的機能を有するのは周知のとおりである。法定相殺については、相殺適状説、制限説、無制限説、期待利益説などに学説は分れる。判例は古くは相殺適状説によっていたが、その後次第に担保的効力を強める方向に動き、ついには無制限説に至った(最大判昭四五・六・二四民集二四卷六号五八七頁、最判昭五〇・一一・八民集二九卷一號一八六四頁)。すなわち、差押前に取得した債權を自動債權とする限り、常に相殺をもって差押債權者に対抗できるとした(好美清光⁶⁴銀行預金の差押と相殺⁶⁵判タ二五五〜二五六号)。しかし、この相殺の対外効をどこまで強くできるかについては、權利担保としての効力に関する原則が参考にされなければならない。最近の学説には、「公示の存しないことも」そのような担保權(たとえ債權質は公示はあるといっても機能としてはない)にひとすべに存することの均衡上「妨げはならない」とする見解(米倉明⁶⁶相殺の担保機能⁶⁷民法の争点二一八頁)もあり、注目すべきであるが、どこまで強くできるのか理論的に明確な基準が必要である。

(9) 竹内昭夫⁶⁸消費者信用―總括⁶⁹比較法研究三六卷一三〇頁、飯

- 島紀明「消費者金融—ドイツ連邦共和国」比較法研究二六卷五七頁、小林資郎「西ドイツ制賦金融会社をめぐる法律問題の所在」北大法律論集二三卷三三、二三卷一、二、三、四、五、六、七、八、九、一〇、一一、一二、一三、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇、一〇一、一〇二、一〇三、一〇四、一〇五、一〇六、一〇七、一〇八、一〇九、一一〇、一一一、一一二、一一三、一一四、一一五、一一六、一一七、一一八、一一九、一二〇、一二一、一二二、一二三、一二四、一二五、一二六、一二七、一二八、一二九、一三〇、一三一、一三二、一三三、一三四、一三五、一三六、一三七、一三八、一三九、一四〇、一四一、一四二、一四三、一四四、一四五、一四六、一四七、一四八、一四九、一五〇、一五一、一五二、一五三、一五四、一五五、一五六、一五七、一五八、一五九、一六〇、一六一、一六二、一六三、一六四、一六五、一六六、一六七、一六八、一六九、一七〇、一七一、一七二、一七三、一七四、一七五、一七六、一七七、一七八、一七九、一八〇、一八一、一八二、一八三、一八四、一八五、一八六、一八七、一八八、一八九、一九〇、一九一、一九二、一九三、一九四、一九五、一九六、一九七、一九八、一九九、二〇〇、二〇一、二〇二、二〇三、二〇四、二〇五、二〇六、二〇七、二〇八、二〇九、二一〇、二一一、二一二、二一三、二一四、二一五、二一六、二一七、二一八、二一九、二二〇、二二一、二二二、二二三、二二四、二二五、二二六、二二七、二二八、二二九、二三〇、二三一、二三二、二三三、二三四、二三五、二三六、二三七、二三八、二三九、二四〇、二四一、二四二、二四三、二四四、二四五、二四六、二四七、二四八、二四九、二五〇、二五一、二五二、二五三、二五四、二五五、二五六、二五七、二五八、二五九、二六〇、二六一、二六二、二六三、二六四、二六五、二六六、二六七、二六八、二六九、二七〇、二七一、二七二、二七三、二七四、二七五、二七六、二七七、二七八、二七九、二八〇、二八一、二八二、二八三、二八四、二八五、二八六、二八七、二八八、二八九、二九〇、二九一、二九二、二九三、二九四、二九五、二九六、二九七、二九八、二九九、三〇〇、三〇一、三〇二、三〇三、三〇四、三〇五、三〇六、三〇七、三〇八、三〇九、三一〇、三一〇下民一三卷九号一九二二頁は、別段預金
- が担保として銀行に裏書譲渡された手形の代り金である場合は、この手形の裏書は担保の目的をもち、かつする信託譲渡とみるべきであらう、手形代り金も同様に銀行に信託譲渡せられた金員といふべきである」とした。
- (15) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, Sachenrecht, 1975, 10. Aufl., S. 718; Westermann, H., Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, S. 627; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 8. Aufl., 1975, S. 611.
- (16) 例えば複雑な例や二・三をひきき、債権質を（解除すべき）取立委任、担保目的の債権譲渡を共に問題とするもの（東京高判昭二五・一〇・三〇七民三卷一〇号一五二一頁）、取立目的の債権譲渡と信託目的の債権譲渡（札幌高判昭四一・九・三〇訟務月報一三三卷一三三六頁）、債権質と信託的債権譲渡（大阪高判昭四三・三・二二二當時五三二号三一頁）、前述の別段預金と信託譲渡、代理受領と債権譲渡（最判昭五一・七・一九金商五〇七号八頁）などがある。それら相互の関係は依然として明らかではない。権利担保論の重要な目的の一つは、これらを整理し、方向づけを与えることである。
- (17) Murgan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, Bd. III, Sachenrecht, S. 949 ff.; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, 1898, Sachenrecht, S. 851 ff.; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 1906, § 227, 230.
- (18) 法典調査会民法議事速記録十五卷九三二以下、Baur, a. a. O., S. 607.
- (19) 鈴木禄弥・前掲書二五五頁、我妻栄・新訂担保物権法六七二頁、吉田・前掲書七二頁。
- (20) 故高橋三知雄教授の指摘を想起すべきである（高橋・代理理論
- 高紀明「消費者金融—ドイツ連邦共和国」比較法研究二六卷五七頁、小林資郎「西ドイツ制賦金融会社をめぐる法律問題の所在」北大法律論集二三卷三三、二三卷一、二、三、四、五、六、七、八、九、一〇、一一、一二、一三、一四、一五、一六、一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇、一〇一、一〇二、一〇三、一〇四、一〇五、一〇六、一〇七、一〇八、一〇九、一一〇、一一一、一一二、一一三、一一四、一一五、一一六、一一七、一一八、一一九、一二〇、一二一、一二二、一二三、一二四、一二五、一二六、一二七、一二八、一二九、一三〇、一三一、一三二、一三三、一三四、一三五、一三六、一三七、一三八、一三九、一四〇、一四一、一四二、一四三、一四四、一四五、一四六、一四七、一四八、一四九、一五〇、一五一、一五二、一五三、一五四、一五五、一五六、一五七、一五八、一五九、一六〇、一六一、一六二、一六三、一六四、一六五、一六六、一六七、一六八、一六九、一七〇、一七一、一七二、一七三、一七四、一七五、一七六、一七七、一七八、一七九、一八〇、一八一、一八二、一八三、一八四、一八五、一八六、一八七、一八八、一八九、一九〇、一九一、一九二、一九三、一九四、一九五、一九六、一九七、一九八、一九九、二〇〇、二〇一、二〇二、二〇三、二〇四、二〇五、二〇六、二〇七、二〇八、二〇九、二一〇、二一一、二一二、二一三、二一四、二一五、二一六、二一七、二一八、二一九、二二〇、二二一、二二二、二二三、二二四、二二五、二二六、二二七、二二八、二二九、二三〇、二三一、二三二、二三三、二三四、二三五、二三六、二三七、二三八、二三九、二四〇、二四一、二四二、二四三、二四四、二四五、二四六、二四七、二四八、二四九、二五〇、二五一、二五二、二五三、二五四、二五五、二五六、二五七、二五八、二五九、二六〇、二六一、二六二、二六三、二六四、二六五、二六六、二六七、二六八、二六九、二七〇、二七一、二七二、二七三、二七四、二七五、二七六、二七七、二七八、二七九、二八〇、二八一、二八二、二八三、二八四、二八五、二八六、二八七、二八八、二八九、二九〇、二九一、二九二、二九三、二九四、二九五、二九六、二九七、二九八、二九九、三〇〇、三〇一、三〇二、三〇三、三〇四、三〇五、三〇六、三〇七、三〇八、三〇九、三一〇、三一〇下民一三卷九号一九二二頁は、別段預金
- (11) 注(10)参照。
- (12) 田辺光政「ファクタリング契約の検討—ドイツ方式を中心として—」民商七〇巻六号三二頁、同・前掲神戸学院法学七卷三・四号五五頁、吉原省三「信販会社のファクタリングについて」民法七八五号四頁、田辺「イギリスにおけるファクタリング取引の実態」NBL一四五号六頁、馬場正夫「ファクタリング取引の現状と問題点」NBL一五〇号二四頁など参照。
- (13) 鈴木竹雄編・前掲書八八頁、椿「預金担保」銀行取引法講座下巻三八〇頁、高木吉井・担保・保証の基礎二三四頁、東京高判昭三三・五・二六金法一七七号五頁、大阪高判昭四〇・八・一六金法四二二号八頁。弱いが担保機能を認める。
- (14) 村岡二郎「別段預金の法律的性質」金法三二二二号一頁、鈴木竹雄編・前掲書一一五頁、堀内仁「担保手形取立代り金の性質」銀行取引判例百選（新版）一四六頁、田中誠二・新版銀行取引法再全訂版一五四頁、中馬義直・入門銀行取引法講座「預金二六二頁など。東京高判昭三七・九・二〇下民一三卷九号一九二二頁は、別段預金

の研究二頁)。

(21) 我妻博士の「近代法における債権の優越的地位」は、「財産の債権化」の過程の中において債権の譲渡性から債権の担保化への発展現象を指摘する(二七頁、一七五頁)。このような指摘は、われわれが行なおうとする権利担保論の必要性を裏づけるものであり、出発点を与えるものである。

(22) 極めて重要な問題なので将来の研究課題としたい。

(23) 本文の三制度はドイツ法からの影響のもとに発達してきた。従って、方法論上の問題として、三制度を通じての権利担保論も、まずドイツ法における権利担保論の生成と発展に関する学説史から考察する必要がある。しかし、比較法的考察を行なうにしても権利担保論は全く未踏の分野であるため、その対象すら把握し難い状況にある。従って、ここでは必要な範圍でのみドイツ法を参照してとりあえず権利担保論の整理を行ない、後にその整理に基づいて比較法的考察を行なう予定である。

(24) 債権論と担保論の橋渡しをするのが財産管理論としての授権論である。これに関する研究として、於保三雄「授権(Ermächtigung)について」財産管理権論序説二七頁、伊藤進「授権概念の有用性—ドイツの学説を中心として—」法律論叢三九卷四—六合併号三七三頁、安達三季生「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」志林六一卷二—三頁、広波清吾「財産管理論への—アプローチ—」財産管理権概念の史的基礎と論理構造—」法学論叢八八卷四—六合併号一—八四頁、清水千尋「授権(Ermächtigung)に関する基礎的考察(一)—とくに、処分授権を中心として—」立正法学二二卷三—六合併号五—五頁などがある。

(25) 代表的な論稿として、四宮和夫「信託行為と信託」信託の研究三頁がある。

(26) Serick, a. a. O., Bd. II, § 21 S. 263, S. 409; Scholz, a.

権利担保論序説——権利譲渡担保の前提として——

a. O., S. 353.

(27) 「加藤顯查」(私法二二号・昭和三四年)によると、譲渡担保のうち各種の権利が占める割合が全体の二、二パーセントであるのに対して、「金法調査」(金法二二九号・昭和三五年)では約三、三パーセントである。これに対して、最近の金法調査(金法七六九号・昭和五〇年)によると丁度六〇パーセントに達しているという報告がある。但し、この中には電話加入権、ゴルフ会員権、鉱業権や工業所有権が含まれている。

(28) 例えば、鈴木祿弥・前掲書二五〇頁、伊藤・前掲書二二六頁、菅野孝久「手形の譲渡担保と会社更正・破産」ジュリスト七〇三号六〇頁。

(29) 権利の譲渡担保については、別の機会に譲る。

(30) 松本財団財産法研究会「動産担保法要綱試案(第二章指名債権の担保)」(私法三二一号)は、当時の最高頭脳を集めた立法案であるが、視点として物上質への統一から脱しておらず、現実の権利担保から離れていた。権利担保論の構想と三制度間の相互関連性の認識が必要である。

第二節 権利質

一 権利質の法的性質

(一) 現在は、質権を「目的物の有する交換価値を優先的に把握する権利」と⁽¹⁾解し、この点においては、有体物の上の質権と権利の上の質権との間に少しも本質的な差異は存しないといわれている。

しかし、権利質は他の制度または他の権利に対して、極めて密接な接点⁽¹⁾を有していたので、従来、その法的性質如何について非常に多くの議論がなされた。ドイツ普通法上において、大別して二つの見解に分れた。すなわち、権利譲渡説と権利目的説である。

(1) 権利譲渡説 (Zessionstheorie) 特⁽²⁾にこの説が引き合⁽³⁾いに出されたのは、質権者と第三債務者の間には債権関係が存しないのに、何故に取立権能が質権者に与えられるのかを説明するについての便宜からであった。この説によると、質権者は全く新しい権利を取得するものではなく、設定者と同種の権利を譲り受けることよ⁽⁴⁾って取得するという。従⁽⁵⁾って、この場合の譲渡は、単純な権利の譲渡ではなく、譲受人である質権者は、債権保全の目的を遂行するために必要な範囲内における権利を取得するのみである。この説もさらに細かく分かれるが、詳細な展開については別稿に譲ることにして、ここでは簡単に説明するにとどめる。すなわち、この説の中でも債権の質入⁽⁶⁾れを債権の停止条件付譲渡であると解する見解(停止条件付譲渡説)や、債権の質入⁽⁷⁾れは質権の目的のために企図⁽⁸⁾され、その目的に従⁽⁹⁾って制限される債権譲渡であるとする見解(制限的譲渡説)あるいは、物権の設定觀念を基礎としながら、既存の権利 (Mutterrecht) からその権利を構成する権能のうちの一部分の権利 (Tochterrecht) すなわち質権を作るとする見解(設定的譲渡説)さら⁽¹⁰⁾に債権の質入⁽¹¹⁾れを、なお債権の譲渡とし

つも、債権者の交替ではなく、第一債権者のほかに第二債権者を加える一種の連帶債権関係ととらえる見解(併存的譲渡説)などがある。

(2) 権利目的説 (Theorie des Rechts am Rechte) この説は、権利質は権利を担保目的とし、権利の上に設定せられた質権であるとする。従⁽¹²⁾って、質入⁽¹³⁾れされた権利は、依然として質権設定者にあり、質権者は質入⁽¹⁴⁾れされた権利とは異なる権利を取得する点で、権利譲渡説と区別される。この説は、Bremer から Windscheid を経⁽¹⁵⁾て Motive に至⁽¹⁶⁾り、民法典に採用された。わが国においても、当初権利譲渡説が支配的であったが、その後権利目的説が多数を占め、民法典に採用されている。質権を統一的に解釈しようとする方向からみれば、以上のような結果となるのは当然であったとい⁽¹⁷⁾うことができる。しかも、当初の権利目的説の提唱者である Arndts, Brinz や Bremer は、権利(物上質の場合には所有権)が常に質権の目的物 (Pfand-object) であると捉えた。しかし、所有権の上の権利 (Recht am Eigentum) という概念を認めるべきかどうか問題があった。Windscheid はこれにつき肯定的であった。その結果、非有体物の質入⁽¹⁸⁾れの場合も、質入⁽¹⁹⁾れされた権利(≡所有権)が権利質の目的である、という考え方になる。しかし、このような説明では納得できない。他方、債権を一つの財貨として客観的な存在を有するもの、すなわちこの意味で「物」とみて妨げないとする見解がある。近代の経済現象を理解するうえで優れた

見解である。

いずれの見解も優れて合理的な提え方である。しかし、権利を目的とする担保が、必ず物を握るの思想と同じに理解されなければならぬだろうか。質権者と第三債務者の関係を考へるとき、また通常人の権利の担保に関する感覚からみても、権利譲渡説の方が理解しやすい点を含んでいるのではないかと思われる。ここで私の意図することは、現在の権利質の枠を壊すことではなく、権利を目的とする担保というさらに大きな枠の中で権利質の枠を修正するか、あるいは権利質以外の新しい枠を、その外に作り出すことができないか、ということである。

右でみてきた学説の発展から、少なくとも後者は可能であると考へられる。すなわち、Dernburg の云うように *cession in securitatem* (担保のための債権譲渡) を広い意味の担保 (*Pfandrecht im weiteren Sinne*) と捉へるならば、*Pfandrecht an Rechten* を「権利担保」と概念づけられることも可能とならう。⁽¹⁸⁾ それ故に「権利を目的とする担保 (*Pfandrecht an Rechten*) が常にイコール権利質でなければならぬ」ということはないように思われる。

(1) さらに、権利質の本質に関する問題として、権利質が債権と同様に相対的権利にすぎないのか、それとも土地債務 (*Grundschild*) と同様に物的権利 (*dingliches Recht*) であるのかが争われる。わが国でも古くは「其目的タル権利ノ性質ニ依リ或ハ物権タルコトアリ或ハ債権タルコトアリ、即チ債権

ノ質入ノ如キハ債権ニシテ、地上権ノ質入ハ物権ナル如シ、是レ権利質ヲ以テ純然タル質権ト區別スル所以ナリ」と説かれたが、今日では「すべての物権は客体たる生活利益を一定の關係において直接かつ排他的に支配することをその本質となし、質権においてはその關係が交換価値の一定の形態における直接かつ排他的な把握であることにその特色を示し」……、この本質においては、有体物上の質権と権利の上の質権との間に少しも本質的な差異のないことを明らかにすることができる」とする。これはドイツの学説と呼応するものであり、結論は後者と同一である。しかし、物的性質を説明するに於いて多少異なる。

(a) Windscheid のように権利質の目的たる権利が物権のときは、その性質は物権であり、債権のときは相對權であると見る見解、⁽¹⁹⁾ (b) 第三債務者に対する設定者の權原を *Stammrecht* とし、質権者は、設定者のいかなる他の債権者に対しても優位する地位にあるから物権的であるとする見解があるが、⁽²⁰⁾ (c) Baur は当初にかかげた問題設定そのものが誤り (*falsch*) であり、設定者の債権者との關係では優位する権利すなわち *dingliches Recht* であるが、第三債務者の債権者との關係では、設定者と同様 (*wie der Inhaber des „Stammrecht“*) の権利すなわち *relatives Recht* しかならないから、第三債務者の債権者には對抗できないとする。⁽²¹⁾

これは物権と債権という法体系の枠そのものに関わる根本的な問題である。権利の担保においては、對抗要件を備へること

よって優先的権利が生ずるが（この点では債権譲渡と同様）、物権に特有の物権的請求権云々を論ずる必要はほとんどないようである。そこで、権利を目的とする担保を物権の枠内に閉じ込めることにどのような意義があるのか問題であるが、必ずしも一刀両断的に物権とはできないと考えられる。

二 証書の交付

債権（権利）関係が成立している場合には、それを証明する何らかの証書を作成しておくのが通常である。そこで権利担保の場合においてもその証書の扱いが問題となる。

わが民法三六三条は、証書の交付を権利質の効力発生要件とする。立法者意思によると、このようになったのは、物上質と均衡をえるためであり、担保権の成立を第三者に知らせるのに適当であるから、という意図である。これはスイス民法と同旨であるが、現在の学説によると、権利質における債権証書は物上質におけるような物の留置的作用がなく、公示方法については、通知・承諾という對抗要件が存するのであるから、証書の交付を効力発生要件とするのは実質的理由に乏しいとするものが多い。このように物上質の延長として構成されてきた権利質においても、証書交付の必要性に関する根拠づけが明確ではない。

そこで、他の権利担保方法における証書の交付との均衡も考えた上で、すなわち権利担保的視点に立ち戻って証書の扱いを考察しなければならぬ。

周知のように、証書を移転することによって担保的機能を営む見返り担保、引当て、証書預りの方法がある。この場合の担保的機能は物上質の占有拘束による担保と同じである。

証書の扱い方は種々考えられる。例えば、常に証書の作成を命じ、証書の交付を設定要件として動産の中へ融和させるのも一方法といえよう。また、ドイツ法では証書の交付を質権設定の要件とはしていない。第三債務者への通知が、質権有効要件となるだけである（BGB一二八〇条）。これは立法者による、証書の存する場合も証書の交付を担保権設定の広い要件とする必要はなく、そのようなことを認めると実際上の弊害を生ずるからである、という。

わが国の権利質には、對抗要件として通知・承諾の方法があるから、証書移転の面においても物上質とは異なる。従って、証書交付がないということで権利質を無効とする必要はないとともに、逆に証書交付のみがある場合には、権利行使を事実上拘束することから担保的効力を認めることもできよう。

三 通知・承諾

(一) わが国の民法は、通知・承諾を對抗要件と規定する。何故にこのような規定を設けたのか、まず立法者意思をみてみる。それによると、通知・承諾は第三債務者並びに第三者に対する對抗要件であるが、對抗要件であるためには新たに権利関係に入ろうとする者に対して現在の権利関係を公示しなければならぬ。通知・承諾は、現在の権利関係を知らせる公示方法

でもあるが、実際、公示方法として不十分なものであるということが認められている。にもかかわらず、これを定めたのは他に優れた方法がないということと、質に取る者が第三債務者の所へ問い合わせに行く労を取れば、その目的を達することができるからということである。これはまた、債権質の設定によって債権譲渡に類似した効力が生じ、このため第三債務者その他の第三者の利害に影響を及ぼすこととなるところから、債権譲渡の場合と同一の公示方法をとることとしたものであるという説明もなされている。⁽³⁵⁾しかし、その債権譲渡に類似した効力とは、どのような効力なのか、さらに類似した効力のものを用いるというその背景にはどのような意味があるのか、明らかではなかった。これは、一で述べた法的性質の検討を経て初めて理解できる。さらに、この準用を、権利譲渡説を否定した立法者が単に便宜的手段として定めたにすぎない、と理解するにどうめるべきか、あるいは立法者が権利譲渡説を否定したものの権利質の中に物上質では捉え切れないものがある、とまで理解すべきか問題となりうる。基本的には、後者まで踏み込んで検討すべきであると考ええる。

次に、この公示方法と担保権ないし質権についてであるが、この問題は、やはり先に述べた債権と物権の問題にも接続する。債権質においては、証書は証拠書類であり、権利行使の必須条件ではないから、単に債権証書を質権者に交付しただけでは十分に質権設定の事実を債務者その他の第三者に対抗できな

いといわれる。⁽³⁶⁾通説も説明するように、権利質も交換価値に対する排他的支配の点で物上質と同じだとしても、設定者と質権者間のみで自由に担保権を設定できるのでなければ、そして、それだけで排他的支配が可能であるのでなければ、物上質と同様と言いつけられないであろう。すなわち、設定者の他に第三債務者との法律関係が説明されなければならないからである。もし、仮に物上質と同様とみることができれば、権利移転による、交換価値の排他的支配については、より一層に理解し易いのではあるまいか。

(二) 通知・承諾の内容 通知の内容は、債権譲渡の場合と同様、質権者の氏名・被担保債権額および質権設定の事実である。これらを厳格に解する判例もあるが、⁽³⁷⁾第三債務者に質権設定の趣旨が了知しうる程度であれば有効と解すべきである。⁽³⁸⁾承諾についても債権譲渡と全く同じに解されている。従って、わが民法上、債権質の通知・承諾は、債権譲渡のそれとほとんど同じとみてさしつかえない。これに対して、ドイツ法は異なる。ドイツでは、債権譲渡の場合に通知を必要としないため、通知を必要とする権利質よりも、担保のための債権譲渡ないし権利の譲渡担保 (Sicherungsabtretung) や取立のための債権譲渡の方がよく行なわれる。何故なら、権利の譲渡担保は第三債務者に知られずに済むからである。この点において、ドイツ法では権利質よりも債権の譲渡担保に強い利点が存在するのである。

それでは、債権譲渡において通知を不要とするのに、何故に権利質の場合、通知を必要とするのであるのか。ドイツ民法の立法者によると、通知を要件とした結果、債権の存在が個別的に通知され、その結果一個の債権から多数の買入れ債権が発生するといふ危険を回避できるとする。これ以上の理由をそこからは知ることができない。ドイツでは債権質における通知は、債権譲渡における債務者保護のための通知とは異なるので、動産質における物の引渡しに代わるものとして⁽³⁹⁾と、第三債務者に知らせることによって公示の役割を果たすからであるといわれ⁽⁴⁰⁾る。

以上のように、ドイツ法とわが国の法とは、権利質における証書交付の点、債権譲渡における通知・承諾の点で相異がある。優先的帰属の効力を与えようとする場合、わが国の扱いが優れているといえる⁽⁴¹⁾。

四 直接取立権

(一) 直接取立権の性質 わが民法三六七条では、直接取立権が質権者に与えられている。この直接取立権を説明するために、ドイツ普通法時代およびわが民法典成立以前から、権利質の本質に関する議論の存したことは、一で述べた。問題は、この直接取立権がどのような根拠に基づき、何故に担保権者に与えられるかということである。

わが国における三六七条の説明として、「債権質へ債権ノ制限セラレタ譲渡ナリ、故ニ債権質ヲ以テ担保シタル債権ガ弁済

セラレザルトキハ債権質ヲ有スルモノハ其担保ヲ供セラレタル債権ノ譲受人トシテ其債権ヲ取立ルコトヲ得ルハ当然ノコトナリトス」とするものがあつた。これは権利譲渡説から見ると当然の説明であるが、立法者には容れられなかった。すなわち「質物ノ性質カラ考ヘテ見テモ又實際ノ利害カラ考ヘテモ質権ノ目的ガ債権デアレバ其執行ノ方法ハドウシテモ第三者ニ對シテ取立ルト言フोटデナクテハナラヌト思ヒマス」と述べているが、立法者は権利譲渡説をとっていないから、これだけでは理論的根拠にはならない。被担保債権が弁済期を過ぎても、担保権者が第三債務者の債権者となるわけではない。にもかかわらず、この担保権者の直接取立権がいかなる性質を有するものか明らかではない。実は、担保権における優先的弁済権、さらにその実行の根拠も必ずしも明らかではないが、それは「物権」↓「価値権の排他的支配」↓「被担保財産からの優先弁済」というパラダイムで説明されてきた。しかし、債務者の被担保財産からの優先弁済といつても、債権質の場合は、物上担保のように当該債務者のものではない。直接、第三債務者から取り立てるためには、譲り受けるか、第三債務者の承諾なしは設定者の委任が必要であり、そうでなければ第三債務者が弁済するまで待つか、設定者を代位する(民四二三条)という構成をとらざるをえないであろう。わが国の立法者は、それを省略できるという意味で直接取立権を認めたにすぎないのであるか。この点について、わが民法の模範となつたドイツ民法

草案が参考になる。

ドイツ草案は、担保権者に強制執行の方法により弁済を受け
る権能と並んで、取立権 (Einziehungsbefugnis) を与える。しか
し、当初は強制執行の方法によって債権に基づき弁済を受けら
れるのみで、債権に基づき売却によって弁済を受ける権能は有
しない、としていた。これに対して、「債権が質権の目的であ
るときは、質権者は、取立をなす権能を有する」と付加変更さ
れた。⁽⁴⁵⁾これは次のような理由による。担保権を実行するための
要件が満たされた後も自由な取立権を認めないことは、実際のな
要求と一致しない。取立権は差押え (Pfändung) によってで
はなく、裁判上の移付命令 (Überweisung) の場合に始めて成
立するので、ZPO (七三六条) に依拠できなかった。変更にあ
たり、訴訟法 (Prozeßordnung) は、取立命令 (Überweisung
zur Einziehung) と転付命令 (Überweisung an Zahlungs
Statt) の選択権を与えており、他方では、執行裁判所での移
付命令の要件が容易に満たされ、しかも差押決定とも結合しう
るため、債権者の権利の追行 (Rechtsverfolgung) をきほど遅
延させることはなく、このような理由から、契約上の質債権
者 (Konventionalpfandgläubiger) の取立権と差押質権者
(Pfandungspfandgläubiger) の取立権とが、他の要件のもと
で結合することに何ら不都合はないとしてゐる。そして実質的
には、この独立 (selbständig) の取立権を排除するために、取
立命令は可能にとどまるだけで、強制執行の方法は、行なわれ

権利担保論序説——権利譲渡担保の前提として——

ない。その結果、質権者は不必要な廻り道を省くことができる
のである、といわれている。⁽⁴⁶⁾従って、権利目的説としての権利
質それ自体の性質からは、この直接取立権を説明することはで
きない。権利としての性質を考慮して、不必要な廻り道を省く
ため法律が特に質権者に付与したものである、と考えざるをえ
ない。権利譲渡説ならば、明確な説明ができる。

(一) 支払いに代わる債権の譲渡 (die Abtretung der
Forderung an Zahlungs Statt) これは、わが国では認め
られていないが、ドイツ民法二二八二条には規定がある。この
支払いに代わる債権譲渡において、担保権者が請求できる範囲
は、彼の弁済に必要な額にまで及ぶ。担保権者は、譲渡を通じ
て譲受人の地位をえ、そして設定者に対する債権は被担保債権
の存する限度で弁済されたものとみなされる (BGB 三六四条
一項、ZPO 八三五条二項)。この規制は、担保権者に対して強
制執行の廻り道を省くために、支払いに代わる金銭債権の譲渡
を求める権利を権利質の効力の一つとして与えた。そのほか
に、担保権者は、債務者に対する執行力のある債務名義をえ、
それにより当該債権を差し押さえ、ZPO 八三五条により転付
命令をえることによって同様の目的を達することもできる。⁽⁴⁷⁾

直接取立権のほかにこのような方法を認める実益は、所有者
土地債務 (Eigentümergrundschuld) の場合にあるとされる。⁽⁴⁸⁾
そして、この質権者の取立権を制度論的に考えるとき、そこに
債権譲渡、転付命令、支払いに代わる債権譲渡、さらに弁済者

代位制度との性質上の類似性を強く感じさせられる。⁽⁵¹⁾

(三) 民訴法に定める執行方法 わが民法は、直接取立による弁済充当のほか、民訴法に定める執行方法によることができるとする。学説上は、この方法による場合も一般債権者と異なり、債務名義を必要としないとされている。また、それは担保権の実行であるから疑いがないといわれる。⁽⁵²⁾ その趣旨は、立法者によると、質権の目的が金銭債権であるときは、質権者は自己の債権額に対する部分につき券面額でその債権の転付を受けることができるという。転付命令は、裁判所の執行行為に基づき代物弁済的に指名債権の譲渡と同一の効力が生ずる、⁽⁵³⁾ というが、以上の点から必ずしも債務名義が不要ということにはならない。民訴法の原則に反するからである。

ドイツ法は、この点を明文で定める。質権者は、別段の定めがない限り強制執行に関する規定に従い、執行名義 (ein vollstreckbaren Titel) に基づいてのみ権利から弁済を受けることができる。⁽⁵⁴⁾ これは、換価の不確かさによる非経済的な被担保権利の投売 (Verschleuderung) からできるだけ質権者を保護するためであるという。

以上から考えて、わが国の見解に疑いがないわけではなく、従って強制執行における債務名義まで不要することは、支払いに代わる債権譲渡と転付命令との区別を曖昧なものにしていくのではないだろうか。

五 権利質の回避

以上で、権利質の法的性質と各機能についてみてきた。元來、権利を目的とする担保方法には、権利譲渡的な観念によるものと制限物権設定的な観念によるものが存した。法典上は設定的な観念による方法が採用されたが、必ずしも唯一の方法ではない。従って、広い意味における *Pfandrecht an Rechten* (権利担保・イコール) 設定的な意味における権利質⁽⁵⁵⁾ と解しなければならぬ理由も存しないことになる。むしろ、設定的な意味の担保は、右の各機能からみてもわかるように理解し難い側面を含んでいる。

事実、実務においては権利質を回避して、債権譲渡や他の方法による場合も多いことが指摘されている。⁽⁵⁶⁾ その理由として、①債権譲渡の形の方が効力が強く、後順位質権者が出現するおそれがないこと。②融資資金の回収・充当には、簡易であり、取引先との信頼関係から振込充当するにわざわざ質権設定の方法を取る必要がないこと。③取立の労を省くことができること。④指名債権群や未発生債権も譲渡の目的とすることができること、などをあげることができる。ドイツでも、債権譲渡制度がわが国とは多少異なるものの同様の現象が生じている。

権利の譲渡担保は、債権譲渡の方法をとる(そしてこの債権譲渡の方法によって、権利質は、回避される)ので、次には特別な目的のための債権譲渡が検討されなければならないわけである。

注(1) 林良平・注釈民法(9)三三九頁、我妻栄・新訂担保物権法一一三

頁、柚木馨ニ高木多喜男・担保物権法〔新版〕など一四三頁。

(2) 法典調査会速記録十五ノ九七以下では、権利質は物上質と異なるので、準質や附則あるいは補則とした方がよいと議論された。しかし、その後の修正の段階で物上質と変わった方がよいものとする扱いはなかった。神戸寅次郎「権利質」法政二八卷一〇—一二号、岡松参太郎「権利質ノ性質」京法一巻五—八号。

(3) 富井政章ニ岡松参太郎・注釈民法理由物権編四九二頁以下と「故ニ此点ヨリ觀察スルトキハ、債権ノ質権者ハ債権ヲ譲受ケタムニ等シテ、而シテ其譲受ハ制限ヲ付シタル譲受即チ自己ノ質権ノ弁済額ニ限ラルルモノナリ、此ノ如ク質権ノ眼目トスル所ヨリ觀察スルトキハ、債権ノ質権者ハ其債権ノ譲受人ナリテ謂フモノトナリ得ルモノトス。故ニ債権ノ質入ハ、債権譲渡ノ法理ヲ以テ説明スルニキモノナリテ謂フ。」

右二箇ノ説(第一説は権利目的説をいひ、第二説は権利譲渡説をいひ)ハ、理ニ學者間ニ争ハレシマシモノナルモ、第二説ハ多數且ツ勢力アル説ニシテ予輩モ亦之ヲ賛成スルモノナリ。以下。その後、岡松「権利質ノ本質」京法一巻五—八号以下で改説をせよとす。

(4) Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungenrechte, 1832, S. 520 ff.; Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts, 1825, Bd. I, S. 262 ff.; Vangerow, Lehrbuch des Pandekten, Bd. I, 1869, § 368 Anm. 1; Puchta, Pandekten, 1877, S. 208 ff.; Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen, 1883, S. 13.

(5) Dernburg, Pandekten, Bd. I, 1884, § 233 Anm. 10; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischen Recht, 1873, S. 133 ff.; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1900, § 143 ff.

権利担保論序説——権利譲渡担保の前提として——

(6) Horn, Recht als Objecte des Pfandrechts, 1897, S. 10 ff. S. 66ff.; Manbach, Niessbrauch an Forderung, 1880, S. 32 ff.

(7) Hellwig, a. a. O., S. 56ff.; Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III 1888, Sachenrecht S. 538 ff.

(8) Gesterding, Über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts, 1831, S. 43ff.; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1902, § 32; Motive, a. a. O., Bd. III S. 524 ff.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, Bd. I, § 46 a, §§ 229, 239; Stammler, Niessbrauch an Forderungen, 1911, S. 10 ff.; Biermann, Sachenrecht, 1914, §§ 1068, 1723ff.; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, III, 1900, S. 381ff., 731; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Sachenrecht, 2. Teil, 19 63, S. 2019.

(9) Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte, 1867, S. 36.

(10) Windscheid, a. a. O., Bd. I, 1906, § 227, S. 1145.

(11) Motive, a. a. O., Bd. III Sachenrecht 1888, S. 600ff.

(12) 註(8) 參照。

(13) 立法者である梅謙次郎・民法要義卷二ニ物権編四八二頁以下と「動産又ハ不動産ノ所有權ヲ以テ質ノ目的ト為スモノト許スモノナルガ故ニ他ノ權利モ亦之ヲ質スルモノト得ズニシムルニカラス」云々。しかし、所有權が質の目的となるとする捉え方には疑問がある。末弘蔵太郎・債權總論一六四頁、石田文次郎・金訂担保物権法論四一七頁、我妻・前掲書一三三頁、柚木ニ高木・前掲書一四三頁。

(14) 我妻「權利の士の所有權云々の總論(二)」法政五四卷三一

四号所收。

- (15) Denburg, Pfandrecht, Bd. I, S. 96; Derselbe, a. a. O., Bd. I, 1894, S. 632; Dittmar, Die Abtretung von Forderungen zum Zweck der Sicherung und der Zahlung, 1911, S. 31.
- (16) 富井＝岡松・前掲書五〇一頁。
- (17) 我妻・前掲書一三三頁、その他多数。
- (18) Windscheid, a. a. O., Bd. I, § 227 S. 1146 f. Anm. 8.
- (19) 基幹権。要するに第三債務者に対する設定者の権原を云ふ。
- (20) 現在、この説が多数を占める。Gesterding, a. a. O., S. 43 ff.; Bremer, a. a. o., S. 36 ff.; Motive, a. a. O., Bd. III, S. 539ff.; Heck, Sachenrecht, 1930, § 120; Enneccerus, Sachenrecht, 1932, § 120 I, 176 III; Staudinger, a. a. O., S. 607; Thiele, Die Zustimmungen in der Lehr von Rechtsgeschäft, 1966, S. 35; Westermann, Sachenrecht, 1966, S. 666 I 2.
- (21) Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 1975, S. 605.
- (22) ここから物権と債権の区別に関する再検討の必要性を窺うことが出来る。
- (23) 法典調査会民法議事速記録十五ノ一〇三。
- (24) スイス民法第九〇〇条一項。
- (25) 我妻・前掲書一八三頁、柚木＝高木・前掲書一四九頁、林・注釈民法⑧三四四頁。
- (26) 第一節注(5)にあげる文献を参照。
- (27) フランス民法二〇七五條。
- (28) Motive, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, S. 856.
- (29) 我妻編・判例コンメンタール担保物権法一七九頁、薬師寺志光・総合判例研究叢書民法の権利質一二五頁、およびそのに掲げる判例参照。
- (30) 樺「預金担保」銀行取引法講座下巻三八六頁。
- (31) 法典調査会民法議事速記録十五ノ一三〇〔富井発言〕。
- (32) 林・前掲書二四九頁。
- (33) 末弘・前掲書一七一頁。
- (34) 大判昭四・五・四評論一九民一五三。
- (35) 林・前掲書三五〇頁。
- (36) 林・前掲書三五〇頁。
- (37) Baur, a. a. O., S. 577, S. 607.
- (38) Motive, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, S. 856.
- (39) Staudingers a. a. O., S. 2956; Enneccerus (Wolff-Raiser), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, Sachenrecht, 1957, S. 720.
- (40) Enneccerus, a. a. O., Bd. III, 1957, S. 720.
- (41) 我妻・前掲書五二九頁、西村信雄編・注釈民法③(明治三郎)三七一頁。
- (42) 富井＝岡松・前掲書五〇六頁。
- (43) 法典調査会民法議事速記録一五ノ一五二〔富井発言〕。
- (44) Motive, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, S. 861.
- (45) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, Bd. III, Sachenrecht, 1899, S. 581.
- (46) Motive, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, S. 862.
- (47) ドイツでは、金銭債権執行においては優先配当主義をとり、差押債権者に差押質権 (Pfandungspfandrecht) を認める。わが國の転付命令に近いが、裁判所は債権者に優先的取立権を与えず。そこで、この論理を契約上の権利質に適用して、設定者の担保権設定により担保権者に優先的取立権限が授与されるべきである。その結果、担保権者は法定代理権 (Gesetzliche Vertretungsmacht) をもって設定者の権利を行使するのであり、設定者の譲受人としてではない、むしろ担保権者として有する担保権によるもの

Paßow, 31-56 (Staudinger, a. a. O., S. 2063).

(48) Motive, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, 862. として、取立権の成立は次の場合と定められている。すなわち直接金銭に関わるのではなく、金銭債権に交わる場合で「一六五条二項(担保権実行の時期)の要件が存する場合である。債務者は、この要件を証明する特別の負担を負わぬ。」

(49) Staudinger, a. a. O., S. 2064; Baur, a. a. O., S. 618; Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1976, S. 586; RGZ 77, 147.

(50) Staudinger, a. a. O., S. 2064.

(51) 弁済者代位制度と債権譲渡については、寺田正春「弁済者代位制度論序説(一)」「(二)」法学雑誌二〇巻一号、二号、三号参照。転付命令については、吉川大二郎「強制執行の諸問題が判例・学説ともに詳し。」

(52) 我妻・前掲書一九三頁、柚木・高木・前掲書一六二頁、林・前掲書三七〇頁。

(53) 宮脇幸彦・強制執行法(各論)一五六頁。なお、昭和五五年一月一日から施行されることとなっている民事執行法(昭和五四年法律第四号)は、差押命令と取立権限について現行法を改め、別途の取立命令を不要として権利関係の明確化を図っている(第一四五条・一五五条)。浦野雄幸「逐条概説民事執行法二一四頁参照。」

(54) 訴訟法サイドからの注目すべき学説として、三ヶ月章「債権質の実行」実体法と手続法の交錯下巻三三七頁、三ヶ月「任意競売と強制競売の再編成」民事訴訟法研究六巻二二五頁、三ヶ月「任意競売」概念の終焉「現代商法学の課題下巻一六〇五頁。」

(55) Staudinger, a. a. O., S. 2047.

(56) 鈴木緑弥・讓渡担保(経営法学全集9)二五〇頁、伊藤進・銀行取引と讓渡担保二二六頁、米倉明「流通過程における所有権留保

(111) 法協八二巻二号五九頁。

(57) 権利質と権利の讓渡担保とに、どのような実質的差異があるのかは、各々の具体的効力が検討された後、比較されなければならない(権利の讓渡担保の独自性)。

第三節 特殊な目的の債権讓渡

一 「特殊な目的」

(一) 権利質の立法過程において権利讓渡説は否定されたが、特殊な目的の債権讓渡という形で存続してきた。わが民法には、特殊な目的の債権讓渡に関する規定は存しない。通説の分類によると、これには「担保のため」にするものと「取立のため」にするものがあり、後者には、さらに「真正信託的讓渡」と「取立権限のみの授与」とがあるといふ。そして、この担保のための債権讓渡および真正の信託的讓渡は、債権の讓渡担保と同様であると指摘されている。しかし、この内容についての説明はなされていない。債権法で必ず触れられている真正の信託的讓渡や判例のいう担保のための債権讓渡が債権の讓渡担保と同じものであるならば、債権の讓渡担保を展望する格好の資料となりうるであろう。

(二) わが国の「特殊な目的」の債権讓渡は、ドイツ法の影響の下にある。そこでドイツ法を一瞥してみる。学者の見解は種々であり、必ずしも一致していないようにみえるが、代表的

なまものとして Enneccerus⁽⁶⁾ 信託的譲渡 (die fiduziarische Zession) を「取立のための譲渡 (Zession zur Einziehung)」、すなわち譲受人が債権を譲受人の計算において取り立てるものと、担保譲渡 (Sicherungszeession)」、すなわち債権が譲受人の有する彼の請求権に対する担保となり、その請求権の満足後に取り戻されるものとの二つに区分されるという。そして、多くの他の学説も Enneccerus と同様の区別を行なう。しかし、多少異なるものもある。例えは Larenz は zum Zweck der Sicherung と zum Zweck der Einziehung とに分け、die Sicherungsabtretung, die Übertragung zur Einziehung, die Einziehungsermächtigung の三つを並列する⁽⁷⁾。Fikentscher は、「担保のため」「取立のため」というよりは信託的譲渡と取立権限のみの授与とに分け、信託的譲渡の中で取立のための譲渡 (Inkassozeession) と担保譲渡 (Sicherungszeession) とに分類する⁽⁸⁾。分類すること自体にはさほどの意義は存しないであらうが、Inkassozeession はドイツでも広狭の意味を有する⁽⁹⁾で、wahre fiduziarische Abtretung といえるかどうかの争いがある⁽¹⁰⁾。

二 担保のための債権譲渡

わが国では、担保のための債権譲渡という形では、ほとんど論じられていない。むしろ、権利(債権)の譲渡担保として論ずるものが多い。そこで、その両者は全く同じものなのか、そうでないのかを明らかにする必要がある。

学説では、債権の譲渡担保を説明するにあたって、「債権譲渡の形で担保権の設定」とか、「債権譲渡方式による担保すなわち譲渡担保」という⁽¹¹⁾。これらの学説によると、担保のための債権譲渡と債権の譲渡担保は同じもののようにも窺われるが、債権の譲渡担保は債権譲渡の形式を借りるだけなのか、それ以上の何らかの効力を取得するのかわ明らかなではない。判例では、担保のためをもってする債権譲渡は譲渡担保である、とするものもいくつかある⁽¹²⁾。

そこで、ドイツ債権法のローヤンーンをみると、Sicherungsabtretung⁽¹³⁾ は、古くは Oertmann にみられる。それによって、Sicherungsabtretung は、担保のために制限された譲受人のための譲渡である。最近の学説によると、Sicherungsabtretung は Sicherungsüberreignung と対応するものであり、Sicherungsüberreignung と同様、譲受人の譲渡人に対する債権のために、譲受人に譲渡された債権から弁済を受ける可能性を作出することを経済的な目的とする⁽¹⁴⁾、という。従って、Sicherungsabtretung と Sicherungsüberreignung とのちがいは、その目的物が債権か動産かによって生ずる差異のみである。さらに、最近の学説⁽¹⁵⁾において、Sicherungsabtretung を担保物権の中で論ずる者によると、Sicherungsabtretung とは、債務者が債権者に対して自己の第三者に対する債権を、債権者の自己に対する債権の担保のために譲渡する場合をいう、とする⁽¹⁶⁾。故に、物権法で述べたる Sicherungsabtretung と債権法

でいうそれも同じものであるといえる。従つて、*Sicherungsabtretung* は、担保のためにする債権譲渡であり、また債権の譲渡担保でもある。但し、債権の譲渡担保という用語は、物の譲渡担保が一般に定着してきた近時において、すなわち、動産→不動産→債権（権利）という方向から発展し、用いられてきたものである。しかし、権利の譲渡担保は、内容的には、必ずしも動産・不動産の延長上にあつたわけではない。むしろ「担保のため」の取立のための債権譲渡の延長として行なわれてきた。⁽¹⁶⁾

他方、担保のためにする債権譲渡と債権の譲渡担保の範囲が全く一致するものなのか否か、が問題となる。権利（債権）の譲渡担保という概念の内容は必ずしも明らかではないので、より明確で、かつこれまでも相当論じられてきた担保のため、取立のため、取立権限のみの授与の方から論じられなければならない。

そこで、「担保目的の債権譲渡」の効力如何をみてみる。そこで、*Sicherungscession* は、完全な権利の譲渡である。譲受人は、債務者との関係では唯一の債権者であるが、譲受人との関係では担保の目的の範囲内で処分権を行使する債務を負う。⁽¹⁸⁾この故に、債務者は譲渡人・譲受人間において債権譲渡契約から生ずる抗弁を主張することができない。債務者は、委任の解除による戻し譲渡 (*Rückabtretung*)⁽¹⁷⁾や受託者の返済に関する委託者の権利を援用することはできない。ただ、例外的な場合において

では、担保のために譲渡された債権である旨の主張が認められる。すなわち、担保目的が終了した後には悪意の抗弁によって對抗する場合である。しかし、譲渡人は譲受人にのみ目的を知らしめるのみで、債務者に対して悪意に行動するようなことは、通常存しない。担保のための債権譲渡は、譲受人の利益のためになされるので、譲渡人は契約を撤回することはできない。被担保債権が消滅したときは、譲受人は、債権を譲渡人に戻し譲渡する義務を負う。この担保目的の債権譲渡には、権利質を準用すべきであると見る見解がある。⁽²⁰⁾

担保目的の債権譲渡は、次の取立目的の債権譲渡と並んで *fiduziarische Abtretung* といわれる点では争いが無い。従つて *wahre fiduziarische Abtretung* の場合はその理論に従うこととなる。⁽²²⁾ 真正のものであるか否かは、次に述べる取立目的の債権譲渡 (*Inkassession, die Übertragung zur Einziehung*)⁽²¹⁾ において問題となる。

三 取立のための債権譲渡

(一) 取立のための債権の信託的譲渡とは、債権の取立という経済目的をこえて、法律的には債権を譲渡し、譲受人をして取立目的の範囲内で債権を行使せよとする一種の信託行為である。この場合には、譲渡人に対して譲受人は目的の範囲をこえて債権を行使してはならない債務を負担する。この取立の場合を二つに分けて、譲受人の利益のために行なわれたときは真正の信託的譲渡であつて、権利は譲受人に移転し、譲渡人の

利益のために行なわれたときは、権利は譲受人に移転しない、とする見解もある⁽²⁷⁾。

ドイツ法上、*Enneccerus* によると、譲渡が譲受人のため、特に譲受人に担保を与えるために行なわれた場合には、多くは信託的譲渡とみなされる。この場合、その譲渡は撤回できない。単純な取立授權(譲渡人の利益)の場合には、債務者は授權の有効な撤回を当然に主張することができるが、完全な信託的譲渡の場合、債務者が如何なる範囲まで譲渡の基礎たる法律関係の内容及び存続に基づく異議を譲受人に対抗できるかどうかについては、争いがある。RGは、譲渡の無因的性質から、原則として否定する⁽²⁸⁾。手形法についても、RGは同様である。RGは、譲渡が債権者の満足を解除条件としてなされた場合にのみ例外的に法上当然の(*ipso jure*)取戻し(*Rückfall*)を認めようとする⁽²⁹⁾。これに対して *Enneccerus* は、譲受人が原因関係の消滅にもかかわらず、なお主張しようとする場合には、譲受人に対する悪意の抗弁を債務者に与えようとする。そして「その目的を超える結果を引き起そうとするこの種の完全譲渡には、実際に追求した目的の満足のために用いられることを予定する法制度上の法を適用するのが妥当である。すなわち、取立のためとする譲渡(*Zession zwecks Einziehung*)について代理法(*Recht der Vollmacht*)を適用すべきである。そして、譲受人が譲渡債権の債権者としての地位を失う時、債務者はそれを主張できることは疑いない⁽³⁰⁾」⁽³¹⁾。

さらに現在では、前述の債務者の新債権者に対する異議について、*Inkassoession* の場合は、これを認める。経済的には債権は依然として譲渡人に属するからである。それ故に、譲渡人に利益のある *Inkassoession* については、判例は、利益のない信託すなわち管理信託(*Verwaltungstreuhand*)と⁽³²⁾、債務者が譲渡後に旧債権者に対して有するすべての異議をも新債権者に対して主張することを認めている⁽³³⁾。この方法によると、債務者は *Inkassoession* によって抗弁が切断されるのを免れる。それ故に、相殺は、譲渡人に対する債権との間でのみ行なわれ、譲受人のそれとの間では行なわれない。遅延賠償につき譲渡人の経済的地位を考慮するならば、譲受人は譲渡人の損害を譲渡債権から清算できる⁽³⁴⁾。

Staudinger-Werner は、譲渡の無因性を強調し、譲受人・譲渡人間の関係を譲受人と債務者との関係から切り離して考え⁽³⁵⁾。しかし、譲受人の利益の存しない *Inkassoession* においては、担保のための債権譲渡以上に、譲渡人と債務者の権利義務関係を知ったうえで、譲受人が取り立てるといふ例が実際に行なわれている。債権譲渡の無因性によって、そのような取立行為をする譲受人の法的地位を支持することはできないとい⁽³⁶⁾。

〔 従って *Inkassoession* にも真正の信託的譲渡とされるものと、次の *Einziehungsermächtigung* に近い *Inkasso-mandat* とがある。前者は譲受人の利益において行なわれ、後

者は譲渡人の利益において行なわれる。⁽³⁹⁾しかし、その際の「利益」とは如何なるものを言うのか検討されねばならないが、学説によっても説明は付せられていない。この利益をどのように考えるかにより、*wahre fiduziarische Abtretung* とされるか、*Einziehungsermächtigung* とされるかが決せられるならば、それは重要な意味を有する。

わが国においても、当事者の利益によって区分する見解が存在する。すなわち「単に債権譲渡の通知または承諾があったにすぎぬときは、真正なる信託譲渡か取立授権的信託譲渡かのいづれかが存するものと解すべく、譲渡が譲受人の利益のためになるときは前者が、譲渡が譲渡人の利益のためになるときは、後者が存するものと解して妨げない」とされる。⁽⁴⁰⁾そして、その場合の利益については、取立費用をいづれが負担するかにより決し、費用を負担した方を利益者だとする。しかし、取立費用のみに限る必要はないと思われる。利益の形態も種々分類できるのではあるまいか。すなわち、(a) 第一に、債権の割引や売買のように等価値交換が一時に行なわれる場合、(b) 第二に、あらかじめの原因債権関係は存しないが、譲受人に受任者としての報酬債権が成立する場合、(c) 第三に、あらかじめ被担保債権が存し、譲り受けた債権を取り立てて充当する場合、(d) 第四に、第三の場合と同様に取り立てるが、充当せずに取立金を返還する場合などがありうる。そして第三の場合には、担保のために譲渡された場合も、取立のために譲渡された場合も含まれ

る。第一の場合には、本稿では問題外となる。第二の場合には、譲受人にも利益は存するが、譲渡自体から生ずる利益ではない。債権譲渡としての利益は譲渡人にある。従って、*Einziehungsermächtigung* と同じである。第三の場合には譲受人固有の利益が存するといえる。第四の場合には、返還の実体に応じて第二の場合か、第三の場合と同様に解することができる。第三の場合が真正の信託的譲渡にあたるということが出来る。⁽⁴¹⁾

四 取立権限のみの授与

取立権限のみの授与⁽⁴²⁾は、真の意味の債権譲渡ではなく、いわゆる譲受人は債権そのものは取得せずに、ただ自己の名において債権を取り立てる権能を取得するにすぎない。従って、譲渡人は債権の処分権を失うことなく、譲受人が取立をなすまでは自ら取立てをし、免除をし、和解することができる。また、授権の撤回もできる。

ドイツ法上、*Einziehungsermächtigung* を認めるかどうかにつき、判例は動搖して⁽⁴⁴⁾いた。また、学説も大きく二分されている。⁽⁴³⁾*Einziehungsermächtigung* を認める見解によると、債権譲渡によるが、債権が実は譲渡人にとどまり、譲受人は単に自己の名において (*in eigenem Namen*) 取り立てる権限を有するにすぎない場合が考えられうるし、また、度々行なわれる。この場合は、代理権 (*Vollmacht*) が存するのでもなければ、譲渡人の代理人 (*Vertreter*) として彼の名において取り立てるものでもない。むしろ同意者 (*der Einwilligende*) に属する他

人の権利、すなわち BGB 一八五条による、いわゆる取立授權である。この授權については、BGB 一八五条の要件を満たすような特殊な同意が問題⁽⁴⁶⁾であるといわれる。Einziehungs-mächtigung を認める見解は、次のような理由を述べる。形式上の譲渡人が彼の名を彼自身の名で譲渡する権限を授權できるのであれば、彼の債権を譲受人の名で取り立てる権限を授与することができる。債務者が被授權者(Ermächtigte)に給付すべき義務は、被授權者が一時的に譲渡人自身の地位へ参加することや、授權に存する譲受人に給付すべき指図(Anweisung)から生ずる。債務者が完全譲渡(Vollabtreuung)を甘受しなければならぬならば、それより弱い効力の取立授權はなおさらである。この有効性は、ローマ法上の譲渡(Cessio)の発展からも明らかである、⁽⁴⁷⁾という。

判例もこれを認めるに至り、「法律の全ての領域において、その発展は、他人の権利を行使するための権限移転の可能性を認める必要に迫られている」という⁽⁴⁸⁾。また、RGには被授權者に固有の利益が存する場合にのみ、これを認めようとするものがある⁽⁴⁹⁾。これは、BGHにも受け継がれているといえる。すなわち、取立授權や訴訟追行授權は原則として許される。但し、それは被授權者が他人の権利を、訴えによって行使することに特に保護に値いする利益を有する場合に限られる、⁽⁵⁰⁾という。さらには、差押えが禁止されている年金請求権についても、請求権者を害しない場合、すなわち対価の限度で、あるいは対価が

供与されなるときは撤回できるとして、さらに対価の取得を停止条件としてなされる場合も、取立授權は有効である、とするものもある⁽⁵¹⁾。従って、判例は広く認める傾向にある。

以上に対し、これを認めない見解も存する。すなわち、Einziehungsermächtigung を肯定する者はローマ法を援用するが、ローマ法では債権は *Itiscontestatio* によって移転し、それ故に *mandatum agendi* は過去の権利状態を表わしたにすぎない。このローマ法の法則は、後の債権譲渡の発達により克服され、今日の法に移植できない不完全な移転形態である。⁽⁵²⁾さらに、契約自由から BGB 一八五条を援用して、債権を自己の名で処分することを授權できるということには、異議が述べられる。すなわち、そのような授權が認められるならば、受任者は、債権が他人のものとして表示されている場合でも、授權に基いて訴求できることになる。一八五条は、処分のみ関する規定であるため異論の余地がある。すなわち取立は、受任者が給付を受け、受領によって債権が消滅するときは、確かに処分と関連する。だが、取立自体は処分から区別され、むしろ管理行為(Verwaltungshandlung)とされるべきものである⁽⁵³⁾、⁽⁵⁴⁾という。

ドイツ法における *Einziehungsermächtigung* を考えるには、次のことに注意すべきである。ドイツにおける取立権限のみの授与は、実際の力関係・利害関係を反映するために起こるべくして起ったものである、⁽⁵⁵⁾ということである。取立目的や担保

目的の債権譲渡が行なわれるようになる、その実質を反映して取立権を説明するだけの形式的譲受人が登場したが、これは、次に述べるようにドイツにおける債権譲渡制度のあり方——債務者に通知をすることもなく譲渡人・譲受人のみで対外的な効力を有する債権譲渡を行なうことができる——からみれば当然ともいえる。そして、法律関係も実質に向って運動し、債権自体はなお譲渡人であり、債務者の譲渡人に対する一切の抗弁も譲受人に主張できる結果となる。

従って、少なくともドイツ法においては、当事者間のみで第三債務者その他の第三者に対抗できる債権の譲渡が可能であることと、BGB一八五条により「自己の名における他人の権利の処分」概念が肯定されてきたことから、*Einziehungsermächtigung* を認める基礎が確立されていたといえることができるであろう。

五 位置づけ

以上のような検討が、わが国の債権譲渡とドイツ法におけるそれとを比較した場合に、どのように位置づけられるべきであるかが、⁽⁵⁵⁾

わが国の債権譲渡について。わが国では、当事者間では合意のみで譲渡の効力を生ずるが、債務者および第三者に対しては、債務者への通知または債務者よりの承諾をもって対抗できるとする。

これに対してドイツ民法では、単に債権譲渡契約のみ(債権

権利担保論序説——権利譲渡担保の前提として——

証書の提示が必要)で当事者および債務者や第三者に譲渡の効力が生じる。但し、債務者の善意の場合と悪意の場合とで区別し、債権譲渡を知らない善意の債務者ならびに第三者を保護する(善意取得)⁽⁵⁶⁾

このような相異から、右で述べた取立目的、担保目的、取立権限のみの授与も修正を受ける。具体的に言うると、右の三つのいずれかにかかわらず、譲渡の形態として、(a) 通常の債権譲渡の通知(承諾)がある場合、(b) 担保取立の目的をも通知している場合、(c) 何ら譲渡の通知がない場合に分けられる。わが国では、この三つの場合で各々効力が異なる点でドイツ法と違いが生ずる。すなわち、ドイツ法では、通知・承諾の存否にかかわらず譲受人は債務者から取り立てる権能を有するが、わが国では、(c)の場合に取り立てることができない。従って、この場合には譲受人に権利が移転していると言う必要はない。(a)および(b)の場合において、譲受人が取り立てることができる。すれば、それは通知・承諾が示すように譲受人に権利が移転したからである。それ故、わが国では、当事者の利益のみによって権利が移転したか否かを定めることはできないこととなる。

しかも、ここで述べる譲渡には、予め当事者間に原因債権関係が存し、譲渡人が負っている債務に対して譲渡が行なわれたという前提がある。そうでなければ、単なる債権の売買ないし割引となるのであり、本稿から除外される。(a)(b)(c)いずれの中にも、取立目的の場合と担保目的の場合があるが、右の前提から

いけば、取立目的といつても取立の結果、自己の債権に充當するるのであれば、譲受人の利益としては、担保目的と同じである。ただ、取り立てて譲渡人に返還する場合も稀にはありうるが、取立報酬以上の利益は譲受人には存しない。そして、特殊な目的の譲渡には、担保目的であれ、取立目的であれ、取り立てて充當する場合が圧倒的に多いのではなからうか。従つて、(a)の場合で、取り立てて譲渡人に返還する場合以外は、わが国でも真正の信託的な債権譲渡といふことができる。(b)の担保取立の譲渡である旨が通知されている場合も、譲受人が債務者から取り立てることができるのは、やはり権利が移転しているからである。従つて、この場合も(a)と同じく真正の信託譲渡といえるが、*Rückabtretung* (戻し譲渡)——債務の弁済による譲渡人の受戻しない譲渡の撤回にあたるもの——が対外的に可能である点で(a)と異なりうる。(c)の場合には、譲受人として債務者から取り立てる権利を有しないので、債務者からの支払を待つしかない。それが担保目的の場合は、代理受領や振込指定と同じである。この場合においては、そもそも譲渡の通知もないから、取立権限の授与があつたものとして扱つても不都合がないのではないかと考へる。⁽⁵⁸⁾

注(一) わが国においても、特殊な目的の債権譲渡について論及するものが少なくない。磯谷幸次郎「債権ノ信託譲渡ノ性質ヲ論ジテ譲渡ヨリ生ズル時弊ノ防止策ニ及ブ」新報二八巻四号三一頁、我妻栄・新訂債権総論五五〇頁、我妻編・判例コンメンタール債権総論二二

四頁、甲斐道太郎・注釈民法(四)三四六頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男・判例債権法総論「補訂版」三三九頁、於保不二彦・債権総論【新版】二九六頁、山本貞克Ⅱ取立のためにする債権譲渡」判例演習債権法Ⅱ一三三頁、奥田昌道「取立のためにする債権譲渡」民法判例百選Ⅰ債権七四頁、森泉Ⅱ中井Ⅱ森Ⅱ三和Ⅱ石外Ⅱ伊藤Ⅱ新田・民法講義4債権総論二六三頁、林Ⅱ石田Ⅱ高木・債権総論四七〇頁、その他教科書でも必ずといってよほど触れられている。

(2) 我妻・前掲書五五〇頁、於保・前掲書二九六頁、柚木Ⅱ高木・前掲書三三九頁。

(e) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Recht der Schuldverhältnisse 1954, S. 309 ff.

(4) Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2, Schuldrecht, I, 1967, S. 501 ff.; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, S. 43.

(5) Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 1976, 11. Aufl. S. 464.

(6) Fikentscher, Schuldrecht, 1975, S. 318. その他類似のもの多し。例として Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1928, S. 433; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 1969, S. 263; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 1976, S. 404 ff.

(7) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, 1965, S. 270.

(8) 鈴木裕弥・譲渡担保(経営法学全集9)二五〇頁。

(9) 中馬義直「質権と代理受領の異同」民法学3担保物権の重要問題四五頁。

(10) 山口地判明四三・三・八新聞六三三八号一三頁は注目すべき最初の判例である。「……所謂担保ノ目的ヲ以テ払込債権ヲ原告木村作三ニ譲渡シ、資金債権ノ実行ヲ確保シ、ナラシムル趣旨ニ出タルコトハ明

- (23) Serick, a. a. O., Bd. I, S. 264; Bd. II, § 37 S. 385 ff. に特に詳し。Serick は Sicherungsabtretung は自己の債務を担保するために行なわれる債権譲渡であり、被担保債権が消滅したとき(担保目的が終了したとき)は、譲受人は譲渡人に対して債権の Rückabtretung を行なう義務を負担する契約であるとして、しかもこの譲渡人から譲受人に対して Rückübertragungsanspruch は、従来から譲渡担保において学説が論じてきた期待権ならし留保権と一致することにならう。そしてまた、譲受人から譲渡人へ戻る過程も、権利(物権)変動の二過程であり、単なる附從性の理論では説明し難いものを含んでいるのではないかと、どうも示唆を受けることができるのである。詳しくは、権利の譲渡担保を論ずる機会に譲る。譲受人が Rückübertragung の義務を負い、このことは、他の学説の多くも認めらる。
- (23) Emmeccerus, a. a. O., Bd. I, S. 310 ff.; Heck, a. a. O., S. 210. わが国では、第一節注(19)参照。但し、鈴木・前掲書では、担保目的が通知ならし承諾された場合に債権質権の設定があったものとみるべきであるところ。
- (24) 注(11)に掲げる多くの文献参照。
- (25) 前述のように、債権の譲渡担保とこの担保のための債権譲渡とは同じものである(範圍まで一致するかは別として)とらうことであれば、債権の譲渡担保もこの wahre fiduziarische Abtretung の理論に従って具体的効力と性質が検討されなければならぬであらう。
- (26) 注(11)に掲げた文献参照。わが国における文献として、我妻・前掲書五五〇頁、於保・前掲書二九七頁、四宮和夫「信託行為と信託」信託の研究所収、山本戸克己「取立のためする債権譲渡」判例通論債権法一三二頁、奥田昌道「取立のためする債権譲渡」民法判例百選Ⅱ債権七四頁、林・石田・高木・前掲書「高木敏

第七十一頁以下。

- (27) 高木・前掲書三四三頁、Palandt, a. a. O., S. 404; Erman, a. a. O., Bd. I, S. 902; Emmeccerus, a. a. O., Bd. I, S. 310; Fikentscher, a. a. O., 1975, S. 318.
- (28) Emmeccerus, a. a. O., Bd. II, S. 310.
- (29) RG 102, 386.
- (30) RG 134, 292.
- (31) RG 99, 143.
- (32) Emmeccerus, a. a. O., Bd. II, S. 310.
- (33) Emmeccerus, a. a. O., Bd. II, S. 310 f.
- (34) Fikentscher, a. a. O., S. 318 ff. は Inkassozession を Verwaltungstreuhand として区別する。この点の fiduziarische Sicherungstreuhand として区別する。この点の fiduziarische Abtretung を Sicherungszession として Inkassozession として区別する。Einziehungsermächtigung として区別する。高木・前掲書 367.
- (35) BGHZ 25, 367.
- (36) Erman, a. a. O., Bd. I, S. 902; RG 107, 135.
- (37) Staudinger, a. a. O., Bd. II § 398 Bem. II 3 b.
- (38) Erman, a. a. O., Bd. I, S. 902.
- (39) 注(27)参照。
- (40) 高木・前掲書三四三頁。
- (41) この場合がすなわち wahre fiduziarische Abtretung である。担保目的の場合と一致し、合むべき債権の譲渡担保を形成する。
- (42) 注(11)に掲げた文献の他、Henckel, Festschrift für Larenz, 1973, S. 655; Ryßmann, Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, AcP 172 S. 520.; Stathopoulos, Die Einziehungsermächtigung, 1968; Köhler, Findet die Ein-

- ziehungsermächtigung im geltenden bürgerliches Recht eine Grundlage? 1953. わが国では、注(1)や第一節注(24)に掲げた他、木村常信「取立授権」産大法律二二巻三号一頁がある。
- (43) Ennecerus, a. a. O., Bd. I, S. 310f. 我妻・前掲書五五〇頁、於保・前掲書四八〇頁、林・石田＝高木・前掲書二九六頁など。大判大六・二二・八民衆三三輯二〇六六頁、大判二・二・一七刑録一九輯二〇九頁。
- (44) Larenz, a. a. O., S. 467.
- (45) 肯定するものとして Löbl, Die Geltendmachung fremder Forderungsrecht im eigenen Namen, AcP 129, 130; Soegel-Siebert, a. a. O., § 398 S. 1206; Jahr, Ungerechtfertigte Bereicherung bei Verfügungsermächtigung, Jus 1963 S. 397; Stathopoulos, a. a. O., S. 109 ff.; Ennecerus, a. a. O., Bd. II, S. 311 ff.; Heck, a. a. O., 1974, S. 208; Kress, a. a. O., S. 517; Oertmann, a. a. O., § 398 Anm. 2a; Erman, a. a. O., Bd. I S. 902; Plüme, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1975, S. 901 ff.; Larenz, a. a. O., 11. Aufl., 1976, S. 466, 468 Anm. 3. Larenz 氏論説 9. Auflage 中では和訳語を多用し、(11. Aufl. S. 468 Anm. 3)° 特説では Jahr や Stathopoulos の大義を基礎とするものから、Einziehungsermächtigung は法律上の概念であること、事実上の適用に必要は裁判官の裁量(richterliche Rechtschöpfung)によることが認められた(Rüssmann, Jus 72, 170; Palandt-Heinrichs, BGB, S. 404) 云々である。
- (46) Ennecerus, a. a. O., Bd. I S. 311.
- (47) Ennecerus, a. a. O., Bd. II S. 311f.
- (48) RG 117, 72.
- (49) RG 91, 397; RG 170, 191.

権利担保論序説——権利譲渡担保の前提として——

- (38) BGH 4, 164. 米倉明「流通過程における所有権留保(三)」法臨八二巻二号七五頁。
- (39) BGH 1957, 11, 26. NJW 56, 338. 米倉・前掲参照。
- (40) Leonhard, a. a. O., S. 675 ff.
- (41) Leonhard, a. a. O., S. 675. その他否定説として Jahr, a. a. O., S. 724; Köhler, a. a. O., S. 13ff.
- (42) わが国では、必ずしもドイツ法と同様に解しない。これらの目的の譲渡を考えるにあたっては、手形法における(隠れた)取立委任裏書(一八条)や質入裏書(一九条)の議論も参考とされなければならない。
- (43) 信託的譲渡と取立権限のみの授与のいずれを原則とするべきかについては、我妻・前掲書五五四頁は「取立のための債権譲渡は原則として信託的な債権譲渡とみるべきときは、取立授権だけの授与という特別の場合には、その旨を明示した通知または承諾がなければ、特殊の場合ではあることを第三者に對抗しえない」と論断すべきことは当然である」とされた。わが国の通説である。大審院の判例は「取立権限のみを授与する」とするものが多い。ドイツの通説は「本國のそれと同様である」(Ennecerus, a. a. O., Bd. II, S. 310; Erman, a. a. O., Bd. I S. 901; Serick, a. a. O., Bd. II, S. 271 u.s.w.)°。
- (44) BGB § 405. 譲渡人から通知が行なわれた場合は別の効力(債務者の保護)が生ずる(BGB § 409)°。
- (45) この利益が担保の場合の利息を委任報酬の利益やどのような関係にあるのか問題である。第一節注(10)との関連でも論じられなければならないが、別の機会に譲る。
- (46) これらの目的の債権譲渡は「特殊目的」の債権譲渡(Below, Bürgerliches Recht Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1963, S. 122)の Sonderformen der Zession として用語を用いる。

いうのが適切かどうか、債権譲渡が債務の引当としてなされ取り立ててその債務に充当される場合がむしろ多いことから考えて、疑問でもある。通常の債権譲渡と信託的な債権譲渡とは、実質的にどのように異なるのが、それぞれの具体的効力を検討したうえで、権利の譲渡担保の独自性として論じられなければならない。

第四節 権利譲渡担保への展望

(一) 権利の譲渡担保が、量的にも多く、判例上にも複雑な形で登場するに至っているとすれば、それが如何なる性質を有するものかが、まず理論的に明らかにされなければならぬ。権利の譲渡担保の独自性を實際上認めてゆくべきか否かは、その次の問題である。権利譲渡担保の具体的効力については、すでに鈴木教授や伊藤教授によって報告されている。ところが、権利（ここでは特に指名債権）の譲渡担保は、どのような経緯で生じたものなのか、どのようなものがその範囲に入りうるのか、またどのような意味で理論的に可能なのか（例えば民法体系上どのように位置づけられるのか）などについては、必ずしも充分に説明されていない。そこで、本稿ではその手がかりとして、権利質と特殊な目的の債権譲渡を検討した次第である。

(二) 権利質から検討を始めたのは、そこに手がかりがあると考えたからである。現在の権利質は、ドイツ後期普通法から民

法典成立過程において定着した。しかし、それ以前から、経済取引が発展するにつれて、確実な債権につき財産的（交換価値的）意識が高まり、法的性質には無意識のまま、権利を目的とする担保は行なわれてきていた。それが権利目的説のもとに唯一の権利担保制度として法典上規定された。しかし、元来権利を目的とする担保には、権利移転的性質が含まれていた。従って、立法過程においても、権利を目的とする担保を物上担保の枠の中に閉じ込め切れなかった。その結果、債権譲渡の規定を準用するという処置がとられた。

それ故、権利質の諸機能には、物上質的視点からは捉えにくい点を含むものもある。しかも、信用取引の中では、物上質と同様の意味で物権として規定された権利質よりも、債権を譲り受けた方が簡便であり、都合が良い場合が多いので、債務に對する引当て（担保）として債権譲渡の方法がとられるようになった。

(三) 右のような債権譲渡が、担保目的、取立目的、取立権限のみの授与として論じられてきた。すでに、学説・判例において、債権の譲渡担保は担保のためにする債権譲渡である、という指摘や、星野教授のように、これらの債権譲渡と譲渡担保とを対比せよ、という指摘があったことから、右のような債権譲渡が、権利の譲渡担保を検討する際の資料となることは推測するに難くない（以上が権利の譲渡担保の由来）。

右の特殊な目的の債権譲渡を、わが国の債権譲渡制度との比

較からみると、真正信託的譲渡にあたるのは、通常の債権譲渡の通知(承諾)をした場合および担保ないし取立目的の譲渡通知があった場合のうちの担保ないし取立充當を實質的目的とした場合といえる(権利の譲渡担保の範圍)。全く譲渡通知がない場合は取立権限のみの授与とみても差支えない。その旨の通知があった場合も同様である。さらに、譲渡通知があるが譲受人が取り立て、譲渡人に返還する場合も、権利は移転し、譲渡人の関係で取立報酬に対する利益は保護される。但し、これらは眞の譲渡担保ではない。

(四) 非典型的な現象を捉えるにあたり、結論の妥当性に重要性を置き、性質論は妥当な結論を無理なく導き出しうるものになければならないから、それを無理なく導きうる性質論はどれかを探ることで足るという傾向が一方にある。しかし、非典型的な現象は原則的な現象の効力を借りる形で、あるいは原則的な現象と不可分に現われるのであるから、原則的な現象との関係をも一貫して捉えうるものでなければならぬはずである。そのような理論こそ諸担保方法に具体的指針を与えうるのであり、単なる結果妥当性からは理論的法則も将来への予測も与えられない。

従つて、債権の譲渡担保も、『権利質』↓『特殊な目的の債権譲渡』↓『債権の譲渡担保』の発展過程の中で捉えられなければならないことを認識すべきである。特殊目的の債権譲渡の中の *wahre fiduziarische Abtretung* が債権の譲渡担保と同

様であることが理解できて、初めて民法体系の中に位置づけることができるし、また具体的効力も引き出すことができるのである(むしろ、そこに権利の譲渡担保の具体的効力が、すでに示されている)。そして、*wahre fiduziarische Abtretung* は担保目的のみならず取り立てて充當を目的とするものも含まれるとするならば、権利の譲渡担保は、契約関係の表面には現われないものの相当多く行なわれていることになる。

(四) 今後の課題としては、右のことを前提として、権利の譲渡担保の具体的効力とそれに見合う法的構成が検討されなければならない。その際には、権利の譲渡担保と権利質や債権譲渡との實質的差異も検討されなければならない。その結果として、初めて権利の譲渡担保の独自性云々にも及ぶことができよう。さらには、権利の種類によってその性質も異なりうるの⁽⁵⁾で、権利ごとに考察する必要がある。また、権利を目的とする他の担保との関係や位置づけを検討する必要もある。このように権利を目的とする担保を総論的・各論的に検討することによって、権利の個性に合った担保方法が期待できるとともに、我妻博士の遺された「権利(債権)の財産性」を完全ならしめることができるのではあるまいか。

注(1) 鈴木祿弥・譲渡担保(経営法学全集9)二五〇頁、中馬義直「質

権と代理受領の異同」民法学3担保物権の重要問題四八頁。

(2) 星野英一・民法概論Ⅱ二四頁。

(3) しかし、その法的性質が、必ずわが国でいう信託譲渡説でなければならぬという意味ではない。

(4) 同じ非典型担保として、仮登記担保が法的に認知される以前に、椿寿夫・代物弁済予約の研究が「担保目的の仮登記という觀念の可能性・必要性および物権的効力・対抗力につき」(一六六頁)行なってきたのと同様の作業がここでも必要とされるであろう。

(5) すでに第三節でも若干触れたが、権利の譲渡担保を検討した後

に改めて論ずる。

【追記】 本稿は、本学大学院社会科学研究所法学専攻博士課程において、椿寿夫教授のご指導のもとに作成されたものである。また、権利の譲渡担保それ自体については、続けて別誌に別稿を予定している。