

權利担保論序説

——權利讓渡担保の前提として——

鳥谷 部 茂

目 次

第一節 はじめに

- 一 權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 權利質

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

五 權利質の回避

第三節 特殊な目的の債權讓渡

- 一 「特殊な目的」
- 二 担保のための債權讓渡
- 三 取立のための債權讓渡
- 四 取立権限のみの授与
- 五 位置づけ

第四節 權利の讓渡担保への展望

第一節 はじめに

一 權利を目的とする担保の意義と問題点

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

權利担保論序説——權利讓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權利担保制度としては權利質なる制度を有するにすぎない。⁽³⁾ しかし、權利質のほかに、權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⁽⁶⁾、代理受領⁽⁷⁾、相殺⁽⁸⁾、ローン提携⁽⁹⁾、撤回できない代理⁽¹⁰⁾、解除できない委任⁽¹¹⁾、フアクタリング⁽¹²⁾、権利証預け⁽¹³⁾、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)⁽¹⁵⁾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迫られるのみではなく、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なではない。(c) 第三に、権利質は物上質と同じ性質のものとしたが、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。⁽¹⁹⁾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を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った。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った。⁽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関係するだけでなく、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、授權（Ermächtigung）論と信託行為（fiduziarisches Geschäft）論であつた。⁽²⁵⁾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（Sicherungsabtretung von Forderungen, Sicherungsbetreibung besonderer Rechte）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、實際取引における最近の権利面での発達には、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、譲渡担保は、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、あるいは債権譲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) 特殊な目的の債権譲渡は「担保のため」、「取立のため」、「取立権限の授与」に分けられるが、担保のための債権譲渡は権利の譲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譲渡を検討することにより権利の譲渡担保の展望に資することができるのではあるまいか、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、椿寿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、以前からこ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(伊藤達・銀行取引と債権担保一二頁)。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、保証・連帯債務などの人的担保のほかに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(末弘徹太郎・債権総論七四頁)。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 Forderungspfandrecht 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) Scholz, Das Recht der Kreditsicherung, 3. Aufl., 1965, S. 336 (第三節) Rechte als Sicherungsmittel を扱ふ。また Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, 1965, S. 263 (第三節) Forderung als Sicherungsgut を、第四章で Sicherungsübertragung von Rechten を扱ふ。従って目的として担保に供するというものは、als Sicherungsmittel, als Sicherungsgut という意味である。

(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NO7)

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・担保物權法二五六頁、柚木馨・高木多喜男・担保物權法〔新版〕一四二頁、鈴木保太郎・清水誠・金融法三四六頁、中馬義直「質權と代理受領の異同」民法學三四七頁、樗寿夫「預金担保」銀行取引法講座下巻三七八頁、神崎克郎「銀行の周辺業務」銀行取引法講座上巻四〇二頁など。

(6) 細久祐治「讓渡担保と信託」新報三六卷六三三頁、我妻榮・新訂担保物權法六六〇頁、粟島上代・林「共同研究銀行取引における讓渡担保の実務」金法二二九卷二六頁、鈴木保太郎・讓渡担保(經營法全集九)二五〇頁、川井健・担保物權法二五〇頁、稲葉酒井・前田・好美・鈴木「有価証券担保の諸問題(七下)」手形研究二五二二五二二頁、鈴木・米倉・浦野・堀内・小沢・鈴木・吉原・石井「銀行取引と讓渡担保」金法七八八八〇四頁、伊藤進・銀行取引と債權担保二二六頁、吉田真澄・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「流通過程における所有權留保」法協八二卷二五五八頁、田辺光政「ファクタリングと延長所有權留保」神戸學院法學七卷三・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學説は分れているが、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、成田栄造「代理受領」金法二四四号一九頁、長谷部茂吉「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」金法二五八号一二頁、堀内仁「代理受領權の第三債務者による侵害」金法二四九号一頁、中馬義直「債權担保のためにするいわゆる代理受領權委任契約の法的性質」神奈川法學一卷一六七頁、甲斐道太郎「代理受領」金法六〇六号二〇頁、伊藤進「代理受領制度」手形研究一九五五七二頁、田中和夫「工事代金の代理受領」手形研究二五〇号五二頁、山口英一「代理受領の問題点と実務対策」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もつ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、期待利益説などに學説は分れる。判例は古くは相殺適状説によつていたが、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つた(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・一二・八民集二九卷一・二一八六四頁)。すなわち、差押前に取得した債權を自動債權とする限り、常に相殺をもつて差押債權者に對抗できるとした(好美・清光「銀行預金の差押と相殺」判タ二五五二二五六号)。しかし、この相殺の對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關する原則が參考にされなければならない。最近の學説には、「公示の存しないことも」そのような担保權(たとえば債權質は公示はあるといつても機能としてはないにひとしい)が他にすでに存することの均衡上妨げにはならない」とする見解(米倉明「相殺の担保機能」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「消費者信用一總括」比較法研究三六卷一三〇頁、飯

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、於保不二雄「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認」志林六一卷二号三三頁、広渡清吾「財産管理論への一アプローチ—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—」立正法学一二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, § 24 S. 203, 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. 363.

(27) 「加藤調査」(私法二二号・昭和三四年)によると、譲渡担保のうちの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、鈴木禄弥・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)」(私法三一号)は、当時の最高頭脳を結集した優れた立法案であるが、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) 現在では、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、權利質は他の制度または他の權利に対して、極めて密接な接觸点を有していたので、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。⁽²⁾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、權利讓渡説と權利目的説である。

(1) 權利讓渡説 (Zessionstheorie) 特にこの説が引き合いに出されたのは、質権者と第三債務者の間には債権關係が存しないのに、何故に取立權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權利を取得するものではなく、設定者と同種の權利を譲り受けることによって取得するという。従って、この場合の讓渡は、單純な權利の讓渡ではなく、譲受人である質権者は、債権保全の目的を遂行するのに必要な範圍内における權利を取得するのみである。⁽³⁾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れを債権の停止条件付讓渡であると解する見解(停止条件付讓渡説)⁽⁴⁾や、債権の質入れは質権の目的のために企図され、その目的に従って制限される債権讓渡であるとする見解(制限的讓渡説)⁽⁵⁾あるいは、物権の設定觀念を基礎としながら、既存の權利(Mutterrecht)からその權利を構成する権能のうちの一部の權利(Tochterrecht)すなわち質権を作るとする見解(設定的讓渡説)⁽⁶⁾、さらに債権の質入れを、なお債権の讓渡としつ

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關係にとらえる見解(併存的讓渡説)⁽⁷⁾などがある。

(2) 權利目的説 (Theorie des Rechts am Rechte) この説は、權利質は權利を担保目的とし、權利の上に設定せられた質権であるとする。⁽⁸⁾従って、質入れされた權利は、依然として質権設定者にあり、質権者は質入れされた權利とは異なる權利を取得する点で權利讓渡説と区別される。この説は、Bremerから Windscheid⁽⁹⁾を経て Motive⁽¹⁰⁾に至り、民法典に採用された。わが国においても、当初權利讓渡説が支配的であったが、⁽¹¹⁾その後權利目的説が多数を占め、民法典に採用されて⁽¹²⁾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ふことができる。しかも、当初の權利目的説の提唱者である Arndts, Brinz や Bremer は、權利(物上質の場合には所有權)が常に質権の目的物(Pfand-object)であると捉えた。しかし、所有權の上の權利(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、非有体物の質入れの場合も、質入れされた權利(Ⅱ所有權)が權利質の目的である、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。⁽¹³⁾近代の經濟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捉え方である。しかし、権利を目的とする担保が、必ず物を捉える思想と同じに理解されなければならぬ。質権者と第三債務者の関係を考えるとき、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えられる。すなわち、*Denburg* 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*) と捉えるならば、*Pfandrecht an Rechten* を「権利担保」と概念づけることも可能となる⁽¹⁹⁾。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ない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 (*Grundschuld*) 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区别スル所以ナリ」と説かれたが、今日では「すべての物権は客体的な生活利益を一定の関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関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⁽²⁰⁾」とする。これはドイツの学説と呼応するものであり、結論は後者と同じである。しかし、物的性質を説明するについて多少異なる。

(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、債権のときは相対権であるとする見解⁽¹⁹⁾、(b) 第三債務者に対する設定者の権原を *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先する地位にあるから物権的であるとする見解⁽²⁰⁾があるが、(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関係では優先する権利すなわち *dingliches Recht* であるが、第三債務者の債権者との関係では「設定者と同様 (*wie der Inhaber des „Stammrecht“*)」の権利すなわち *relatives Recht* しかな⁽²¹⁾ないから、第三債務者の債権者には対抗できないとする。

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、對抗要件を備えること

によつて優先的權利が生ずるが（この点では債權譲渡と同様）、物權に特有の物權的請求權云々を論ずる必要はほとんどないようである。そこで、權利を目的とする担保を物權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權とはできないと考えられる。

二 証書の交付

債權（權利）關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。そこで權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、証書の交付を權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、担保權の成立を第三者に知らせるのに適當であるから、という意図である。これはスイス民法と同旨であるが、現在の學說によると、權利質における債權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權利質においても、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、他の權利担保方法における証書の交付との均衡も考えた上で、すなわち權利担保的視點に立ち戻つて証書の扱いを考察しなければならない。

周知のように、証書を移轉することによつ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權設定の要件とはしていない。第三債務者への通知が、質權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と、証書の存する場合も証書の交付を担保權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實際上の弊害を生ずるからである、という。

わが国の權利質には、對抗要件として通知・承諾の方法があるから、証書移轉の面においても物上質とは異なる。従つて、証書交付がないということで權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、權利行使を事實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權利關係に入らうとする者に対して現在の權利關係を公示しなければならぬ。通知・承諾は、現在の權利關係を知らせる公示方法

でもあるが、實際、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あるものを準用す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、と理解するにとどめるべきか、あるいは立法者が権利譲渡説を否定したものの債権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對抗できな

いといわれる⁽³⁸⁾。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つ切れないであろう。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、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ろう⁽³⁹⁾。承諾についても債権譲渡と全く同じに解されている⁽³⁶⁾。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)⁽⁴⁰⁾ 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、何故に權利質の場合、通知を必要とするのであろうか。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質入れ債権が発生するという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とか、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る。⁽⁴⁰⁾

以上のように、ドイツ法とわが国の法とは、權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、權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、「債権質ハ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ツ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。⁽⁴²⁾これは權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対シテ取立ルト言フコトデナクテハナラヌト思ヒマス」と述べているが、立法者は權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ったドイツ民法

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 (Einziehungsrecht) 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、債権に基づく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された後も自由な取立権を認めないことは、実際的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) をさ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いる。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

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。

(二) 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、ドイツ民法一二八二条には規定がある。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与えることによって同様の目的を達することもできる。⁽⁴⁸⁾

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。⁽⁵⁰⁾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。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 vollstreckbarer 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」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。⁽⁵⁵⁾ 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の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。⁽⁵⁶⁾

注(1) 林良平・注釈民法(8)三三九頁、我妻栄・新訂担保物権法一一三

頁、柚木馨、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、權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りないものという扱いになった。神戸寅次郎「權利質」法協二八卷一〇〜一二号、岡松参太郎「權利質ノ性質」京法一卷五ノ八号。

(3) 富井政章、岡松参太郎・注釈民法理由物権編四九二頁によると「故ニ此点ヨリ觀察スルトキハ、債權ノ質權者ハ債權ヲ讓受ケタルニ等シタ、而シテ其讓受ハ制限ヲ付シタル讓受即チ自己ノ質權ノ弁済額ニ限ラルモノナリ、此ノ如ク質權ノ眼目トスル所ヨリ觀察スルナキハ、債權ノ質權者ハ其債權ノ讓受人ナリト謂フコトヲ得ハモノトス。故ニ債權ノ質入ハ、債權讓渡ノ法理ヲ以テ説明スベキモノナリト謂フ。」

右二箇ノ説(第一説は權利目的説をいひ、第二説は權利讓渡説をいひ)ハ、現ニ學者間ニ争ハレツツアルモノナルモ、第二説ハ多數且ツ勢力アル説ニシテ予輩モ亦之ヲ贊成スルモノナリ。以下。その後、岡松「權利質ノ本質」京法一卷五ノ八号以下でこの説をとりこる。

(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 Forderung, 1883, S. 13.

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

權利担保論序説——權利讓渡担保の前提と——

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

(7) Hellwig, a. a. O., S. 56ff.; Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I 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. I S. 524 ff.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, Bd. I, § 46 a, §§ 229, 230; Stammler, Nießbrauch an Forderungen, 1911, S. 10 ff.; Biermann, Sachenrecht, 1914, §§ 1068, 1723ff.; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, I, 1900, S. 381ff., 731; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Sachenrecht, 2. Teil, 1963, S. 2019.

(9) Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte, 1967, S. 36.

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

(11) Motive, a. a. O., Bd. I Sachenrecht 1888, S. 660ff.

(12) 註(8) 參照。

(13) 立法者である梅謙次郎・民法要義卷二「物権編四八二頁以下」で「動産ハハ不動産ノ所有權ヲ以テ質ノ目的ト為スコトヲ許スモノナルガ故ニ他ノ權利モ亦之ヲ質入スルコトヲ得ズンハアルベカラズ」といふ。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・金計担保物権法論四一七頁、我妻・前掲書一二三頁、柚木、高木・前掲書一四三頁。

(14) 我妻「權利の上の所有權について」法協五四卷三一

四号所収。

- (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・前掲五〇一頁。
- (17) 我妻・前掲書一一三頁、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; Ennecerus, 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・総合判例研究債権民法の権利質一二五頁、おとびそこに掲げる判例参照。
- (30) 棒「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; Ennecerus (Wolff-Raiser), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, Sachenrecht, 1957, S. 720.
- (40) Ennecerus, 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(8) (明治三説) 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. 561.
- (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っており、差押債権者に差押質権 (Pfändungspfandrecht) 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てゐる。そして、この論理を契約上の権利質に応用して、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移与されてゐることを考える。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

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、金銭債権に変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ねえ。

(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) 鈴木保弥・譲渡担保（経営法学全集九）二五〇頁、伊藤進・銀行取引と譲渡担保二二六頁、米倉明「流通過程における所有権留保

(111) 法協八二巻二五九頁。

(57) 権利質と権利の譲渡担保とに、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（権利の譲渡担保の独自性）。

第三節 特殊な目的の債権譲渡

一 「特殊な目的」

(一) 権利質の立法過程において権利譲渡説は否定されたが、特殊な目的の債権譲渡という形で存続してきた。わが民法には、特殊な目的の債権譲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」にするものとがあり、後者には、さらに「真正信託的譲渡」と「取立権限のみの授与」とがあるという。そして、この担保のための債権譲渡および真正の信託的譲渡は、債権の譲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譲渡や判例のいう担保のための債権譲渡が債権の譲渡担保と同じものであるならば、債権の譲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」の債権譲渡は、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

なものとして Enneccerus⁽⁵⁾ は、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(Sicherungscession)、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⁽⁴⁾。しかし、多少異なるものもある。例えば Larenz は zum Zweck der Sicherung と zum Zweck der Einziehung に分け、die Sicherungsabtretung, die Übertragung zur Einziehung, die Einziehungsermächtigung の三つを並列する⁽⁶⁾。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(Inkassozession)と担保譲渡(Sicherungscession)とに分類する⁽⁶⁾。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、Inkassozession は、ドイツでも広狭の意味を有する⁽⁷⁾で、wahre fiduziarische Abtretung といえるかどうか争いがある。

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⁽⁸⁾。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明らかなではない。判例では、担保のためをもつ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⁽⁹⁾。

そこで、ドイツ債権法のリーヤブーフをみると、Sicherungsabtretung⁽¹¹⁾、古くは Oertmann にみられる。それによらず、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 Sicherungsüberweisung に対応するものであり、Sicherungsüberweisung 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⁽¹³⁾。従って、Sicherungsabtretung と Sicherungsüberweisung 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、債権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、物権法で述べる Sicherungsabtretung と債権法

でいうそれと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」、取立のため⁽¹⁶⁾の債権譲渡の延長として行なわれてきた。

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。*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悪意の抗弁によって對抗する場合である⁽²⁰⁾。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⁽²¹⁾。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⁽²²⁾。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する見解がある⁽²³⁾。

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⁽²⁴⁾。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（*Inkassozession, die Übertragung zur Einziehung*）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⁽²⁵⁾。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、譲渡の無因の性質から、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、取立のためにする譲渡(*Zession zwecks Einziehung*)については、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」という⁽³⁰⁾。

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⁽³¹⁾、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⁽³²⁾。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⁽³³⁾。

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る⁽³⁴⁾。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⁽³⁵⁾う。

① 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 *Inkassomandat* 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 fiduciärische 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する。すなわち「単に債権譲渡の通知または承諾があつたにすぎぬときは、真正なる信託譲渡が取立授権的信託譲渡かといず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。第一の場合は、本稿では問題外となる。第二の場合は、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。従つて、*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。第四の場合は、返還の実体に應じて第二の場合か、第三の場合と同様に解することができる。⁽⁴¹⁾第三の場合が真正の信託的譲渡にあたるといことができる。

四 取立権限のみの授与

取立権限のみの授与は、⁽⁴²⁾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。従つて、譲渡人は債権の処分権を失うことなく、譲受人が取立て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⁽⁴³⁾いた。また、学説も大きく二分されている。⁽⁴⁴⁾*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であるといわれる。Einziehungsermächtigung 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(Ermächtigter)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、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。⁽⁴⁶⁾ 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。⁽⁴⁷⁾ 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(50)に特に保護に値する利益を有する場合に限られる、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

供与されない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 litiscontestatio 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、処分に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⁾ 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と、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* ⁽⁵⁵⁾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。⁽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)の場合は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のであれば、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決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のあれば、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ったものとして扱つても不都合がないのではないかと考える。⁽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二二二

四頁、甲斐道太郎・注釈民法(四)三四六頁、柚木馨・高木多喜男・判例債権法総論「補訂版」三三九頁、於保不二雄・債権総論【新版】二九六頁、山本戸克己「取立のためにする債権譲渡」判例演習債権法一三三頁、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・中井・森・三和・石外・伊藤・新田・民法講義4債権総論二六三頁、林・石田・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い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・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.

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

(e) *Fikentscher, Schuldrecht*, 1975, S. 318. その他類似のもの多し。例えば *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6)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・八新開六三八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ナラシムル趣旨ニ出タルコトハ明

白ナリ、左スレバ即担保ノ性質ニ反セザル限りハ債權譲渡ノ効力ヲ認ムベキヲ以テ当事者ノ意思ニ適合セザルガ故ニ債務者ニ於テ借受元利金ヲ弁済シタルトキハ、担保タル債母子拂込債權ノ譲渡ヲ得クヤハ担保權ノ性質上當然ナルハ勿論、債務者ガ其約定又ハ猶予期間内ニ於テ利息ノ支払ヲ為シ若シタハ依然債母子金ノ拂込ヲ継続セルト否トニ依リ、右譲渡担保ヲ以テ虚偽ノ意思表示ナリト判断スルニ由ナシトス。その他第1節第(2)ニおいた判例ヲ手形・株式に關する判例を參照。

(11) 債權譲渡のなかに Sicherungsabtretung といふは Abtretung zum Zweck der Sicherung (擔保のための引渡)といふべきであらう。Oertmann, a. a. O., S. 433 ff.; Tuhr, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 1924, S. 724 ff.; Leonhard, a. a. O., S. 673 ff.; Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1975, Bd. I S. 893 ff.; Blommeyer, a. a. O., 1969, S. 263 ff.; Luderitz-Marschall, Fälle und Text zum Schuldrecht, 1969, S. 161; Westermann, H. P., BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1976, S. 140 ff.; Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1974, S. 508; Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1974, S. 208 ff.; Soergel-Siebert, a. a. O., S. 501 ff.; Fikentscher, a. a. O., 1975, S. 318 ff.; Palandt, a. a. O., S. 404; Esser, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil Teilband 2, 1976, S. 245 ff.; Larenz, a. a. O., S. 464 ff.

(12) Oertmann, a. a. O., S. 433 ff.

(13) Larenz, a. a. O., S. 354.

(14) Baur, Lehrbuch des Sachenrecht, 1975, S. 577; Enneccerus, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, 1957, S. 734; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. III, Sachenrecht, 1963, S. 2052 ff.

(15) Erman, a. a. O.; Bd. I, S. 901 ff. Unter Sicherungsabtretung ist die Rechtsübertragung zum Zweck der Sicherung eines Anspruchs des Zessionars gegen Zedenten zu verstehen. したがって、債權の担保譲渡(Sicherungsabtretung)といふのは譲渡担保のうちに担保のための權利譲渡(Rechtsübertragung zum Zweck der Sicherung)といふものと同一に考へるべきであらう。Esser, Enneccerus-Lehmann, a. a. O., Bd. I, S. 309; Staudinger, a. a. O., Bd. I, Recht der Schuldverhältnisse, 1930, S. 797 (§ 398 I 3 b) といふに同意する。この説に依りて Serick, a. a. O., Bd. I, S. 263 ff.; Scholz, Das Recht der Kreditsicherung, 1965, S. 353 ff. に従ふ。

(16) 機械的な推察によらずに、債權譲渡の場合と同様の無理な存する限り、物上譲渡担保が諸説紛糾するものなるを、必ずしも認むべきはなからう。

(17) Staudinger, a. a. O., Bd. III, Sachenrecht, 2 Teil, 1963, S. 2052; Fikentscher, a. a. O., S. 318; Soergel-Siebert, a. a. O., S. 502; Scholz, a. a. O., S. 353 ff.; u. s. w. 認められた新説に依る(RGZ 59, 191; 102, 386; 152, 22.)

(18) Erman, a. a. O., Bd. I, S. 901 ff.; Palandt, a. a. O., S. 404; Baur, a. a. O., S. 577 ff.; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 1945 ff.; RG 76, 347.

(19) Erman, a. a. O., Bd. I, S. 901 ff.; Palandt, a. a. O., S. 404 u. s. w.

(20) Soergel-Siebert, a. a. O., S. 503; Enneccerus, a. a. O., Bd. I, S. 310.

(21) Serick, a. a. O., Bd. I S. 291 ff.; Enneccerus, a. a. O., Bd. I, S. 310; Erman, a. a. O., Bd. I, S. 901.

- (22) Serick, a. a. O., Bd. I, S. 264; Bd. III, § 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、しかし、この譲渡人から譲受人に対する Rückübertragungsanspruch は、従来から譲渡担保において学説が論じってきた期待権なしの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)変動の一過程であり、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、という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 の義務を負っていることは、他の学説の多くも認める。
- (23) Enneccerus, 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、担保目的が通知ない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いう。
- (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(範囲まで一致するかどうかは別として)ということであれば、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ないであろう。
- (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」信託の研究所報、山本戸克己「取立のためとする債権譲渡」判例雑誌債権法一三二頁、奥田昌道「取立のためとする債権譲渡」民法判例百選Ⅱ債権七四頁、林・石田・高木・前掲書「高木執

筆」四七一頁など。

- (27) 高木・前掲書三四頁、Palandt, a. a. O., S. 404; Erman, a. a. O., Bd. I, S. 902; Enneccerus, a. a. O., Bd. I, S. 310; Fikentscher, a. a. O., 1975, S. 318.
- (28) Enneccerus, a. a. O., Bd. II, S. 310.
- (29) RG 102, 386.
- (30) RG 134, 292.
- (31) RG 99, 143.
- (32) Enneccerus, a. a. O., Bd. II, S. 310.
- (33) Enneccerus, 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。この点で fiduziarische Sicherungstreuhand として区別する。この点で fiduziarische Abtretung を Sicherungszession を Inkassozession として区別する。Einziehungsermächtigung を担保として一般的に認識される。
- (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、合せて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; Rüßmann, 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「取立授權」産大法学二二卷三三頁がある。

(43) Enneccerus, a. a. O., Bd. II, 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・一二・八民録三三輯二〇六六頁、大判二・一二・一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、Löb, Die Geltendmachung fremder Forderungsrecht im eigenen Namen, AcP 129, 130; Soegel-Siebert, a. a. O., § 398 S. 1206; Jahr, Ungerechteste Bereicherung bei Verfügungsermächtigung, Jus 1963 S. 397; Stathopoulos, a. a. O., S. 109 ff.; Enneccerus, 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. 2 a; Erman, a. a. O., Bd. I, S. 902; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1975, S. 901 ff.; Larenz, a. a. O., 11. Aufl., 1976, S. 466, 468 Anm. 3. Larenz は註釋 9. Auflage において、Stathopoulos の文を基礎として、その「Einziehungsermächtigung」は法律上の「認容」であるとして、事実上の適用に必要は裁判官の裁量 (richterliche Rechtschöpfung) であると認容された (Rüßmann, Jus 72, 170; Palandt-Heinrichs, BGB, S. 404) とする。

(46) Enneccerus, a. a. O., Bd. II S. 311.

(47) Enneccerus, 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)」法臨八二卷二七五頁。

(39) BGH 1957, 11, 26. NJW 58, 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、Tuh, 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べきかについて、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、取立授權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、特殊の場合であることを第三者に対抗しない」と論断すべきことは当然である」とする。わが国の通説である。大審院の判例は「取立権限のみの授与を原則とする」とするものが多い。ドイツの通説は「わが国では同様である」(Enneccerus, 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益や委任報酬の利益と異なる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を「特殊目的」の債権譲渡 (Below, Bürgerliches Recht Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1963, S. 122 ff. Sonderformen der Zession) とする用語を用いる。

いうのが適切かどうか、債権譲渡が債務の引当て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か、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てきたものなのか、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、権利移転の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、債務に対する引当て（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、真正信託の譲渡にあたるのは、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つ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。その旨の通知があつ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、譲渡人の關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、性質論は妥當な結論を無理なく導き出しうるものでなければならぬから、それを無理なく導きうる性質論はどれかを採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、原則的な現象との關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るのである、單なる結果妥當性からは理論的法則も將來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」の發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 *wahe 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、*wahe 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、契約關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らう。

(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る。さらに、権利の種類によってその性質も異なりうるの⁽³⁾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關係や位置づけを検討する必要がある。このように権利を目的とする担保を總論的・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) 鈴木禄弥・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Ⅲ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。