

<p.205>

序 説

A. 担保の機能と基本的な種類

1. 信用を促進する手段としての担保

人的であれ物的であれ、およそ担保権の経済的機能は、信用を付与することを促進することにある。経験が教えるところでは、一国の経済がより進展していればいるほど、信用の必要性及び結果として信用を適切に担保することの必要性はより高くなる。

この基本的な命題は2点において詳細に説明しなければならない。第1に、担保の性質についてである。これは、2つの要素によって左右される。1つ目の要素は、債務者によって担保として提供される財産に固有の性質次第である。この性質は、有体財産の物理的な状況及びその市場性などの要素によって決まる。担保の法的な性質は、外的な要素、すなわち担保目的財産が第三者の権利から自由であり、その結果、完全かつ迅速に実行できるかどうかによる。

前述の諸要素は、信用を与えるか否か、及び、とりわけ担保される消費貸借の債務者の負担となる利息率につき、どういう条件で信用を与えるかという債権者の判断にとって重要である。

2. 非占有担保

昔とは異なり、担保権者に保有される占有質は、20世紀に、その鏡像である非占有担保に道を譲ってきた。商人も製造業者も担保として機能する財産を用い、それを処分することなくしては、被担保債務を弁済することができない。非占有担保、すなわち担保目的財産の占有、利用権及び処分権は、現代担保付信用体系の標識である。

3. 商業信用と銀行信用

経済的には、2つの債権者層の間で重要な区別をしなければならない。すなわち、一方では、銀行その他の金融機関という金銭信用のプロの供給者〔の信用〕、他方では、売買の場合の買主に与える売主の信用である。この経済的な相違は保護の程度の違いを正当化するのか。法は、この2つの競合する信用付与者群の立場で区別し、競合する法的担保手段の利用の間で区別をするか。これらは、現代の信用担保の2つの重要問題である。

4. 登記による公示

前述（上記2.）で指摘したように、非占有担保、すなわち債権者ではなく債務者が占有している担保は、支配的な担保方法となってきた。それゆえ、担保目的財産の占有は、債務者の担保目的財産に担保権者が保有している権利について第三者に警告を与える機能をもはや果たしていない。多くの国で採用されている有力な選択肢は、非占有担保権の登記である。

<p.206>

しかしながら、全ての国が担保権の登記を用意しているわけではなく、オーストリア及びドイツのように、非占有担保権につき立法のない国ではそうである。別の国では、たと

例えばチェコ共和国のように登記が任意ということもある。

動産担保権の登記による公示は、不動産の公示とは著しく異なる。土地登記の複雑な仕組みは、土地登記による土地上のすべての権利の広範な一般的公示と密接に結び付いている。この仕組みを動産にも適用するならば、きわめて負担が多く、時間のかかる高額なものになってしまうであろう。それゆえ、動産上の担保権の「登記」についての最も現代的な仕組みは、基本的に異なる問題解決方法を採用してきた。登記されるのは、特定の財産が担保権に服しうることを告知するのみである。この告知は、警告として機能する。債権者になろうとする者は、登記済担保権者の担保権についての詳細を知るために同人との連絡を図ることを誘導される。

B. 地域的文書、国際的文書及び超国家的文書の重要な発展

5.

20世紀の終わりになってようやく、物的担保による信用の効率的な担保が各国だけに重要というわけではないことがわかってきた。むしろ、それは諸地域にも諸大陸にも影響を及ぼしうる。このことはとりわけ、密接な経済的接触、高度の商事取引及び、国境を越える取引の強大な量によって特徴づけられる諸地域に当てはまる。国境を越える取引は、内国取引と同様に、取引信用、とりわけ売主による買主への信用付与を与えることを含む。そのような信用に関する契約条項は、融資する債権者が使える担保によって影響される。超国家的な法典又は条約が（いまだ）使える段階ではないと思われるところでは、超国家的な法のリステイトメントが有用となろう。それは将来の国際的法典に対しても、国内法典に対しても、説得力のある範型として機能しうる。以下の段落では、動産上の物的担保に関する現存の主要法典、条約その他の地域的文書、国際的文書及び超国家的文書の概要を論じるが、これらは、本書の諸原則の展開にも、部分的に様々な程度で影響を与えている。

6. UNCITRAL（国連商取引法委員会）の担保取引立法ガイド

この立法ガイドは、2007年に UNCITRAL によって採択され、2008年の国連総会決議で可決され、2010年に公刊されたものであるが、世界的な規模で採用されてきた動産担保取引一般の規定を調和させるための最も傑出した試みである。十何週にもわたる会議で、多様な国連加盟国の多様な法的背景を有する代表者や専門家が、動産担保権に関する議論をして、推奨すべき規律を作り上げた。無理からぬことであるが、UCC（統一商事法典）第9編の先進的な例を下にしたアメリカ合衆国の代表がとりわけ影響力をもった。UCC第9編の範型としての影響は、ガイドの機能的で統一的な問題解決方法において明らかである。この点で、1点だけヨーロッパの実務への重要な譲歩がなされた。それによれば、

<p.207>

加盟国は、

*1 このガイドは次のところからダウンロード可能である。

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf

売主の売買代金請求権の担保が一般的な制度に従う、すなわち、債務者としての買主が、購入動産上に売主のための担保権を与えることができる

又は

代金未受領の売主が制限物権を保有することができるだけでなく、売却した動産の所有権を売買代金の支払の担保として留保することができる（所有権留保）という選択肢を自由に選べることとなった。

立法ガイドの推奨するところによれば、非占有担保権はすべて、登記しなければ第三者に対する効力をもたない。登記の仕組みの詳細は、2013年に UNCITRAL により採択された担保権登記の実施ガイドにおいて扱われている。^{*2}

7. 可動物件の国際的権益に関する条約（ケープタウン条約）

この条約は、特定類型の動産上の物的担保の領域では、国際統一法の最も成功した例の1つである。現在までのところ、3種の動産すなわち、航空機^{*3}、鉄道車両^{*4}及び宇宙資産^{*5}を含むこの条約には3つの議定書が存在する。航空機に関する議定書のみがすでに発効している。

ケープタウン条約の仕組みは、統一的な国際担保権を構想し、伝統的な担保権と機能的な担保権（とりわけファイナンス・リースと所有権留保）の両方を含んでいる（2条2項を参照）。同条約は、ファイナンス・リースと所有権留保の下での担保権者の留保された所有権の特別な扱いを肯定し、関係する国内法の下でそう定められていれば、その有体動産への強制執行に関して、たんなる優先的な地位ではなく、その財産の取戻しを求める担保権者の権利を認めているのである（10条a号）。ケープタウン条約の仕組みの下では、担保権は、電子データに基づいて運営される国際登記簿に登録しなければならない。航空機の登記簿はダブリンにある。

8. 欧州連合（EU）の第2次立法

現在までのところ、主に動産の物的担保に関する2つの問題につき、関係するEUの第2次の立法が存在する。

第1に、EU金融担保物指令 Financial Collateral Directive^{*6}は、とりわけ、第三者に対する効力を認める方法として担保権者が金融資産につき管理を有することを定め、金融担保物の物的担保の特別規定を含んでいる（1条2項と合わせて3条1項を参照）。管理の実行は、<p.208>占有又は登記のような他の方法に代わる。この指令は、債務不履行前であっても担保権に

*2 <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/46th.html> を参照。

*3 2001年の航空機に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書。

*4 2007年の鉄道車両に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書（ルクセンブルク議定書）。

*5 2012年の宇宙資産に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書（ベルリン議定書）。

*6 2002年6月6日の金融担保契約に関する修正EU指令（2002/47/EC）。

基づき、金融担保物の充当の合意および担保権者によるその使用を容認している（4条2項及び5条を参照。そのような合意は、流担保約款 *lex commissoria* の下では、そう定めなければ無効となつたはずである）。

第2に、EUの第2次の立法は、所有権留保（又は権原留保）という伝統的な観念を承認する条項を含んでいる。すなわち、これらのうちで最も重要なものは、EU支払遅延指令である。この指令の9条によれば、構成国は、当事者が「適用可能な内国規定に従って」そのような条項を合意する場合には、売主による権原留保を規定するべきである。EU倒産規則もその7条で所有権留保に言及し、この法律制度を、制限的担保物権を含む他の物権一般とは別に規定している。

物的担保一般を規律するEUの包括的立法は、これまでのところ欠けているのである。

9. ヨーロッパ復興開発銀行（EBRD）の担保取引に関するモデル法

1990年にロンドンに本部を置くEBRDが設立された。その第1の目的は、信用付与その他の金融支援によって東ヨーロッパ及び東南ヨーロッパ諸国の経済復興に資金を供給することに助力することにあつた。この場合には、この銀行は、金融支援のみならず、旧社会主義諸国の経済復興に対する経済的・法的支援に対して調査と助言を与える広範な計画を引き受けた。

法律分野でのこの努力の最も著しい成果は、「担保取引に関するモデル法」であつた。⁹⁹ 東ヨーロッパ及び東南ヨーロッパの指導的な専門家はこの案を支持した。草案の作業が、1992年と1994年の間に、EBRDの職員の一員である英独の2人の法律家によりなされた。この組み合わせは、現代の潮流を維持するのに役立った。およそヨーロッパ諸国においてモデルとして機能することが可能であつた包括的な立法は存在しなかつたので、その当時参照可能であつた最も影響力のある立法モデルであつたアメリカ合衆国の統一商事法典（UCC）の第9編に注目が向けられた。このモデル法が公言する目的は、東ヨーロッパや東南ヨーロッパ諸国が動産に関する担保取引の現代的立法を起草することを支援することにあつた。1997年に、「諸原則 Principles」の要旨が、各々ただの1文から構成される「中核となる諸原則 Core Principles」の形にまとめられた。¹⁰⁰

この諸原則はイングランド法で用いられている用語を避け、中立的な専門用語を新たに造り出した。中核となる用語は、負担 *charge*、負担設定者 *chargor* および負担権者 *charge-holder* である。実質的には、このモデル法は、アメリカ合衆国のUCC第9編の問題解決方法を採用している。とりわけ非占有担保権は<p.209>、登記するまで有効ではなく、モデル法は、公的登記簿における担保権登記に関する詳細な規定を含んでいる（モデル法33～35章を参照）。

*7 2011年2月16日の商取引における支払遅延対処に関するEU指令。

*8 2000年5月29日の倒産手続に関するEU指令（1346/2000）。

*9 文案は *Röver* 323–347に再掲されている。 <http://www.ebrd.com> からダウンロードできる。

*10 文案は *Röver* 348–349 及び *Kieninger* (ed.), *Security Rights* 102–103に再掲されている。

<http://www.ebrd.com> からダウンロードできる。

所有権留保に関しては、モデル法の解決は以下のとおりである。未払の売却動産の権原は—— 契約上の留保条項にもかかわらず —— 買主に移転したものとみなされるが、買主は、未払の売主のためにその動産に担保権を設定したものとみなされる (9.1条)。言い換えれば、二重の擬制によって、権原留保は、買主が購入した動産の負担となる担保権に転換される。唯一の実務上の譲歩は、登記を行うことについての6か月の最長期間制限である (9.3条及び9.4条)。未払売主の担保は、譲渡された物につき買主が付与した他のあらゆる担保権に対しても優先する (17.3条)。

主としてイングランドにおいてであるが、北欧諸国でも行われている実務によって生み出されたと思われる特異な点は、企業担保権を設定し、企業担保権管理人を任命する可能性である。詳細は25条に規定されているが、26もの下位準則 *sub-rules* を含んでいる。

モデル法はいずれにおいても全面的には採用されていないが、ほとんどの東ヨーロッパ及び東南ヨーロッパの法体系における特別立法にきわめて著しい影響を与えてきた。全体の概要と問題毎の包括的な総覧が、EBRDモデル法のドイツ人共著者による本にある。^{*11}

10. OHADA 統一担保法

物的担保一般についての法の真に地域的な統一は、フランス語圏の「アフリカの平準化のための取引法の統一機構 *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*」OHADA によって達成されているだけである。同機構は1976年に創設され、現在、中央及び西アフリカの14のフランス語圏諸国及び2つのスペイン語圏諸国、計16か国で構成されている。^{*12} OHADA は、完全に統合された法的共同体である。その立法は構成国を直接に拘束し、その最高裁は OHADA により立法された制定法の解釈及び適用について最高の司法機関である。^{*13}

1997年に最初の OHADA 統一担保法が採択されたが、^{*14} 同法はむしろ伝統的な問題解決方法に従い、占有質を重視し (1997年統一法44条～62条)、非占有質 (*nantissement*) を5種類の財産に限定した。すなわち、株主権 (株券を含む)、企業、職業上の備品、自動車及び商品並びに原材料である。これとは対照的に、同法は、物的担保に関する規定の一般的な枠内では所有権留保を含まない。^{*15} <p.210>所有権留保には、同法ではなく、1997年の統一一般商法284条が適用される。

1997年法の下での非占有担保は、登記した場合にのみ有効であり、1997年の統一一般商法59条～61条の所有権留保に同じ要件が適用される。最後に触れた立法の地域的側面は特別の注目に値する。すなわち、登記の3層構造である。むしろ拡張的に求められる情報を

*11 Röver 91-108 及び 111-319。

*12 フランス語圏である北アフリカのアルジェリア、モロッコ及びチュニジアの3国は OHADA の構成国ではない。

*13 OHADA条約10条及び14条～20条。 *Issah-Sayegh, Pougoué a.o.* に掲載の条文を参照。

*14 担保支援機構統一法 (1997年4月17日)。 *Issah-Sayegh, Pougoué a.o.* 619 以下の条文を参照。フランス語の条文と英語訳は、 *Anoukaha* 79 及び 119 にある。注釈が *Anoukaha, Cisse-Niang a.o.* にある。

*15 同法の条文は、 *Issah-Sayegh, Pougoué a.o.*, p. 187 を参照。

*16 62条、72条、77条～90条、95条及び102条。

備えたものが地域的に登記される。国家レベルでは謄本が登記され、16の全構成国からの登記を含む中央登記に共同体レベルでの第2の謄本登記が行われる。^{*17}

前段の要旨が示すように、OHADAの物的担保体系は、1980年代後半に改正されたフランス法にぴったりと従っている。いくつかの点ではフランス法の範型よりも厳格でさえあった。とりわけ、非占有担保権の限定的な承認及び権原留保に対する登記義務の拡張の点がそうであった。それゆえ、関連するフランス法が1990年代以降に改正されると、OHADAの構成国が前述の規定の大幅改正を考えるようになったのも、驚くことではない。その結果、2010年にOHADA統一担保法の改正が採択された。^{*18}

2010年法は、集権化されていないとしても一般的な登記による公示体系を導入した（51条以下）。1997年法の非占有担保類型に加えて、有体動産一般の上の担保（gage; charge）も、占有移転に代えて登記により第三者に対抗することができる（97条）。2010年法の登記の仕組みは、所有権留保にも適用され（50条、74条）、所有権留保には、現在では統一担保法も同様に適用される（72条以下。2010年の改正OHADA統一一般商法276条も参照）。

11. 米州機構（OAS）の担保取引に関するアメリカ大陸諸国間モデル法^{*19}

2002年の米州機構の担保取引に関するアメリカ大陸諸国間モデル法が目指した統一効果は明らかにそれほど強烈ではない。仲裁と涉外法を扱う最後の5条を除いて、I編 適用範囲と総則、II編 設定、III編 公示、IV編 登記、V編 優先順位、VI編 実行という6編に67条の実体規定が置かれている。

一般的な問題解決方法とアメリカ合衆国のUCC第9編の特徴が範型となってきた。しかしながら、モデル法の形式と言語は、明らかに<p.211>この準則の名宛人、すなわち中南米諸国を反映している。こうした諸国の法体系は、スペイン及びポルトガルの以前の植民地支配を介してヨーロッパ大陸法に沿革を持つため、この準則の研究は、アメリカ合衆国の法体系に馴染んでいない多くの法律家にとって、きわめて高度の法技術的用語を伴う原典の英語を読むよりも、UCC第9編をより利用しやすいものとしている。

これまでのところOAS構成国の法体系に対するモデル法の影響は限られている。メキシコとペルーがその大きな特徴のうちのいくつかを採用していると思われる。アメリカの研究所 American institutions は、中央アメリカ諸国がモデル法を採用するよう説得することに特別の努力を行っている。グアテマラにおける最初の試みは、機能的な登記の仕組みを作ることに失敗したため実らなかった。OASは失敗から学んで、動産上の担保権のための適切な登記の規定によってモデル法を補充した（担保取引に関するアメリカ大陸諸国間モデル法の下でのモデル登記規定を参照）。これとは対照的に、登記規定を伴ったホンジュラスにおける第2の試みは、成功をおさめたように思われる。

*17 44条～55条及び63条～68条。

*18 フランス語による公式条文は、OHADA Journal Officiel 15 (2011), no. 22 を参照。

<http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADAU-Suretes.pdf> でもダウンロードできる。

*19 英語条文は、Yearbook of Private International Law IV (2002) 371 以下に掲載されている。最近の記事については、Garro。

C. 共通参照枠草案 DCFR 第IX編 — その大きな特徴

12. 一般的特徴

動産物的担保に関するヨーロッパ連合構成国の法体系の間には強度の相違が存在し、現在に至るまで、動産の物的担保法一般に関するヨーロッパの共通獲得物 *acquis communautaire* は発展してきていない。それゆえ、本書において展開する動産の物的担保に関する一連のヨーロッパ法原則は、共通の標準というものが存在しないため、構成国の現状 *status quo* をたんに記述することにとどまることはできない。その代わりに、本書は、構成国の法の現状を超えるヨーロッパ法の共通原則モデルを発展させることを試み、この法分野における現代の法的思考を具体化する。このモデルを発展させることについては、ヨーロッパ以外からの影響も、動産物的担保法の最近の国際標準を代表する場合には、考慮に入れた。もっとも、ヨーロッパ法の伝統の特徴は、とりわけ所有権留保について、尊重されなければならなかった。たとえば、アメリカ合衆国のUCC第9編の諸原則のモデルは動産物的担保に関する国際的な法的議論をほぼ間違いなく支配しているのであるが、ヨーロッパ法の伝統では、それを全面的には適用しない。

13. 占有担保と非占有担保

本書の規律が伝統的な占有質の役割を明らかに認めている一方で、DCFRの第IX編が明確に強調するのは非占有担保である。現代の法実務は、有効な非占有担保権が使えることを求めており、第IX編はこの要請に応えようとしている。物的担保の設定に関しては、担保権者による占有が必要とされるのは、両当事者がそのような合意をした場合に限られる（IX.-2:103条（占有担保権及び非占有担保権）を参照）。第三者に対する物的担保の効力に関しては、担保権者による占有は、第三者に対する効力を取得するいくつかの選択肢の1つに過ぎない（IX.-3:102条（第三者に対する効力を取得する方法）2項a号を参照）。<p.212>不履行にならない限り担保目的物を使用するためにその占有を保持している担保提供者の権利には、幅広い規定が適用される（IX.-5:202条（一般的権利）からIX.-5:205条（無権限の使用又は処分）までを参照）。

14. 伝統的に承認されている担保権と機能的な担保

機能的担保を用いる市場実務の発展は、こうした諸原則が無視できない事実である。それゆえ第IX編は、伝統的に承認されている担保権と機能的担保の使用の両方に適用され、あらゆる種類の物的担保に対して一般的に統一的な制度を創設している。

第1章第1節の一般的諸原則のほとんどは、第IX編の実体的な適用範囲を定めることで、伝統的な「純粹の」担保権から出発し、その後異なる沿革を有する機能的に等価な権利に拡張している。

最初の例は、担保権から出発して所有留保に拡張するIX.-1:101条（一般準則）1項である。2項a号は「担保目的の信託上の権利」を追加している。c号は、さらに、「法の目的に適用場合には」、「財産法による」担保に拡張する。

さらに広い適用範囲がIX.-1:102条（動産担保権）2項b号〔訳注：原文のIX.-101条は二重の誤記〕

でも、物的担保設定契約に基づく制限物権及び被担保債権の優先弁済の権利を担保権者に与える旨を両当事者が意図したか……又は契約においてこのような趣旨を有する制限物権」に拡張している。

IX.-102条（動産担保権）3項及び4項は、前述の一般原則を、一般的に適用されるか又は各国に固有に適用される特定の制度にも適用する。以下のような制度は、機能的担保として用いられる限り、本編の（標準的な）物的担保権とみなされる。

- ・担保の意図又は効果を伴う所有権移転は担保権を設定するのみである（3項）。
- ・特定の例が4項に規定されている。
 - (a) 所有権の譲渡担保
 - (b) 債権の譲渡担保
 - (c) セール・アンド・リースバック売買
 - (d) 買戻特約付売買

同様の広い問題解決方法が、本編の他の物的担保の重要類型、すなわち所有権留保という仕組み（IX.-1:103条（所有権留保の適用範囲）。後述15も参照）にも適用される。「仕組み devices」という用語は、所有者による留保が債務の履行請求権を担保する目的である場合、あらゆる種類の所有権留保を含む（IX.-1:103条1項）。これは、売買契約における所有権留保を別にして、以下のような典型的な場合を含む。

- ・買取選択権付売買契約による供給者の所有権（b号）

<p.213>

- ・一定の条件下でのリース契約におけるリース貸主の所有権（c号）
- ・担保目的での委託販売契約における供給者の所有権（d号）

主要な機能的担保という仕組みのこうした簡略な概観は一定数の機能的担保権を説明するが、これらに限定されるものであってはならない。それは一方で、商取引実務における担保合意を起案する者の建設的な思い付き *constructive phantasy* 及び厳格な法規定を潜脱する見え透いた意図に注意を払う必要性のいずれをも例証する。

15. 所有権留保

前述の14ですでに述べたように、所有権留保の制度は、動産の物的担保についての現代的体系の中の扱われるべき最重要問題の1つを提示するものであるが、この原則の下では動産の物的担保の体系の特定の部分として規律されている。第IX編の規定では、所有権留保が統一的な物的担保権の概念に含まれるべきであるとするほどには機能主義は押し進められてはいない。むしろ、担保権者に留保された所有権を基礎として所有権留保という制度に特別な地位を与えているヨーロッパの伝統的な見解に基づいて、この原則は、所有権留保と（標準的な）制限物権的担保の統一的な扱いを部分的に定めるのみであり、他方でそれ以外の問題、とりわけ実行に関する〔両者の〕取扱いの違いが残っている（一般的に、IX.-1:104条（所有権留保に適用される規定）を参照）。

16. 登記による公示

第IX編のモデルの他の重要な特徴は、非占有物的担保が第三者に対して効力を取得するための一般的な要件としての登記の役割である。登記によって動産の物的担保を公示する

一般的な仕組みを持たない構成国もなお存在するものの、物的担保の登記の導入は、動産の物的担保の領域における国際的な法の発展に明確に支配的な傾向を反映しており、構成国全体にわたるこの法分野での最近の立法活動のほとんどすべての立場に対応する。登記によって物的担保を公示する仕組みによって、担保権者による現実の占有の行使を要求することなく有効な物的担保を設定できるようになる。同時に、それは隠れた担保権からの保護を提供し、担保権者が自らの権利を第三者に知らせることを可能としている。

しかしながら、この原則によって認められている登記による公示というこの種の仕組みは、構成国全体で用いられている典型的な登記の構造とは異なる。現在のところでは、ヨーロッパの法体系の中では、伝統的な登記のモデルが支持されている。そこでは、当該物的担保権の詳細がすべて登記される。土地の登記と同様である。本書の原則の下では、これとは反対に、登記の仕組みは通知をファイルするという問題解決方法に従っており、世界中の国際的な法発展の現代的な傾向を反映している。その提案は、負担の存在についての通知のみを登記する仕組みを導入するものである。これによって、債権者となろうとする他の者は、登記された担保権者から、担保設定をしようとする対象<p.214>がすでに担保権によって負担を課せられているのかどうかを知ることができる。そのような仕組みは、動産の物的担保一般により適合している。なぜなら、その運用は当事者にとってより負担が軽く費用もかからないからである。

17. 無体物とりわけ金銭債権及び知的財産権上の担保権

有体動産上の非占有担保への圧倒的な傾斜と並んで、無体物上の担保の重要性や量が非常に増えている。これはとりわけ、金銭債権上の担保に妥当する。債権質及びとりわけそのような債権の譲渡担保がすべてのヨーロッパの国々で広く使われている。金銭債権の担保はIX編で扱われている。というのは、本編は、「可動財産 *movables assets* 上の物的担保」に適用されるからである。「財産 *asset*」という用語は第VIII編の対象である「物品 *goods*」よりも広い。「物品 *goods*」は「有体動産」を意味する (VIII.-1:201条 (物品) 第1文を参照)。第IX編は、一般的に無体財産にも適用される。とりわけ「金融資産 *financial assets*」すなわち「金融商品 *financial instruments* 及び金銭債権」にも適用される (IX.-1:201条 (定義) 6項を参照)。これには「株券及びこれと同等の証券並びに債券及び債権を表示した同等の証券であって、流通性があるもの」が含まれ (IX.-1:201条7項a号を参照)、「短期金融市場証券 *money market instruments*」も同様である (同項d号を参照)。DCFRにおける規制の広範な概観については後述23を参照。

最近、知的財産権を価値のある無体の担保物として用いることの重要性が増した。多種の知的財産権の経済的重要性の増加に鑑み、知的財産権は今や担保権の対象としてもますます頻繁に用いられる。しかしながら、この新たな法分野はなおむしろ落ち着きを見せていない。この種の財産上の担保権の登記及び裁判外の実行に関する当事者間の合意 (とりわけライセンス合意) について、各国法の規定は今も区々である。それゆえ、知的財産権上の物的担保は本書の適用範囲からとくに除外されていないものの、この問題についての特則は開発されていない。各国法に現存する登記はなお適用され (IX.-3:312 (国内法における他の登記制度又は記録制度における登記に関する経過規定)、裁判外の実行についての賃貸借又はライセンス契約の利用は、詳細には規制されていない。すなわち、大部分は当事者の合

意に委ねられているのである（IX.-7:207条（換価に関する一般準則）1項b号）。

18. 管理 control

動産の物的担保のこうした特別な側面に関するアキ・コミュニテールを反映して（前述の8を参照）、本書の諸原則は、管理という観念を、金融資産上の担保が第三者に対して効力を取得するための特別な手段として採用している。担保権者がIX.-3:204条（金融資産に対する管理）の要件を満たして管理権を行使している場合には、その担保権の登記又は第三者に対して担保が効力を取得するための担保権者による占有行使は不要である（IX.-3:102条（第三者に対する効力を取得する方法）を参照）。これに加えて、金融資産に対して管理権を行使している担保権者の担保権は、他の競合する担保権が同一の担保目的財産上に時間的に先に、すなわち登記を根拠として、効力を取得したとしても、これらの権利に対して優先する（IX.-4:102（最優先順位）2項を参照）。

<p.215>

19. 流担保約款 *lex commisoria*、当事者自治及び消費者保護

当事者が自らの要求に従って自らの関係を律することが許されるか、許されるとすればどの程度まで許されるのかという一般的な問いに関して、本書の諸原則は、当事者自治の原則を広く適用している。原則として、当事者は、担保目的財産に関する相互の関係を自由に決めることができる。IX.-5:101条（総則）1項を参照。この原則にもかかわらず、流担保約款の規定は、第IX編でも一般的に適用され、担保目的財産の充当に関する債務不履行前に締結されたあらゆる合意を無効と宣言する規定を置いている。IX.-5:101条2項及びIX.-7:105条（担保目的財産の充当に関する債務不履行前の合意）1項を参照。しかしながら、流担保約款の適用は、その場合、再び、現代の商取引実務を反映する重要な例外に服する。この実務の下において、流担保約款によりより効率的な資本の利用が可能となり、かつ、担保提供者の利益が十分に守られる場合には、担保目的財産に関する一切の合意による処理を禁じるか又は担保権者によるそのあらゆる充当を禁じるとすれば、一定の場合に不合理なことになってしまうだろうからである（IX.-5:207条（銀行の金融資産処分権）及びIX.-7:105条2項を参照）。

第IV編G部における人的担保に関する規定が消費者保護に独立した章を設けているのに対して、第IX編の中にはそのような一連の独立した規定は存在しない。本編が適用される場面は、消費者である担保提供者にとってより低いレベルのリスクしか含んでいない。すなわち、第IX編の下での担保提供者の責任は、第IV編G部の下での担保提供者の人的責任が全財産をもってするのに対して、担保目的物となる特定財産に限定された責任である。さらに、不動産は、担保目的物としてのその利用が、第IV編G部の適用される人的担保の下での人的責任と同様に、消費者である担保提供者にとって比較的重要なものともみられる問題を生じる唯一の財産類型でありうるところ、本書の諸原則は不動産には及ばない。もっとも、本書の多くの章にわたって消費者保護に関するより多くの特別規定が存在し、物的担保権の異なる生活場面の個々の局面に関連して消費者を保護している。IX.-2:107条（消費者による担保権の供与）2項、IX.-3:107条（購入資金信用担保の登記）4項〔訳注：原文の2項は4項の誤り〕、IX.-7:103条（裁判外及び裁判上の実行）2項、IX.-7:105条（担保目的財産の充当に関する

不履行前の合意) 3項及びIX.-7:107条 (消費者に対する実行通知) を参照。

20. 適用対象外の問題

第IX編の規定は若干の問題には適用されない。特別の国際条約に従うという理由か又はまだ適切な統一的規律が存在しないからである (IX.-1:105条 (適用除外) を参照)。後者の理由が少額融資のようなむしろ周延的な問題に関するのに対して、特別の国際条約に服する問題はより重要である。

物的担保権の諸問題に適用される最も重要な国際条約は、2001年11月16日の可動物件の国際的権益に関するユニドロワ条約 (前述7を参照) 及びこの条約の議定書である。注意すべきことは、2009年4月28日にEUが航空機に関するケープタウン議定書<p.216>に加入した^{*20}ことである。このことの意味するのは、条約と航空機議定書がヨーロッパ法を拘束するに至っていることである。それゆえ、これらは第IX編の競合する規定すべてに優先する。

すでに指摘したように、この条約の下での担保権の制度は、若干の重要な特徴との関係で、とくに所有権留保と登記の特別な位置に関して、第IX編の体系に対応している (前述7を参照)。

第IX編が倒産の諸問題及び倒産手続一般、とりわけその手続的側面を扱っていないことも言及しておくべきである。むしろ、これらの諸問題は —— 物的担保の仕組みの運用にしばしば密接に関連しているのではあるが —— 一般的には各国法に委ねられており、第IX編は実体的私法の諸問題に関する規律に集中している。しかしながら、物的担保法の中心的な実体的側面は、物的担保の倒産管財人に対する効力の問題である。この実体的問題は、第IX編でも当然に規定されている。他方、たとえば、倒産の場面における担保権の実行の手続の諸問題は、これらの規定が直接に扱うものではない。

D. 世界的な発展との一致

21. 効率的な倒産及び債権者・債務者制度のための (2013年11月改訂の) 世界銀行原則

前節で述べた第IX編の特徴は、動産物的担保法の改革と現代化を支持する重要な最近の世界的発展と一致する。この点での最近の主要な努力の1つは、元は2001年に世界銀行が公刊し、以来数次にわたって改訂されてきた効率的な倒産及び債権者・債務者制度のための原則である。この原則は、倒産及び債権者・債務者体制の計画的側面についての国際的な最善の実務を抽出するものとして世界銀行が用意したものである。この原則は、商取引法の中心部分を評価・改善する努力を行うことを支援する評価指標として[支援対象となる]諸国が使うことが意図されている。商事取引法の中心部分は、世界銀行には、健全な投資環境及び、商取引と経済成長を促進する基礎とみられている。この原則は、物的担保法の対象と主な特徴を以下のように述べている。

「A 3部 担保 (動産)

現代の信用経済は、信用コストの低減のため信用保護を提供する手段として動産を

*20 2009年4月6日のEC理事会決定 (O.J.E.U. 2009 L121, p.3)。

効率的に利用するという点で、金銭貸借及び信用取引並びに構造のあらゆる現代的な形態を広く支援しなければならない。円熟した担保取引の仕組みにより、当事者は、以下のような主要な特徴を含む動産上の担保権を供与することができるようになる。

—動産担保権の設定及び第三者に対する効力についての明確に定義された規定

<p.217>

—担保契約についての明確な規定、及び、規定されるとすると法の適用によって生じる担保権についての明確な規定

—不動産以外の財産 *movable assets* についてあらゆる種類の担保権を認めること。有体物か無体物か（たとえば、設備、在庫、運送中の商品、付属物、売掛債権、銀行預金口座 [上の債権]、有価証券、知的財産権及びこれらの価値代償物、派生物並びに変形物）、現在の財産か後得財産か将来財産か（製造予定や取得予定の商品を含む）、どこにあり、特定の財産として担保目的物とされているか否か、種類物か又は譲渡人の全動産か、主として非占有の権利に基づくものか否かを問わない

—債権者に対する債務者のあらゆる債務に関する担保権 [を認めること]。その債務が現在のものか将来のものかを問わず、かつ、あらゆる種類の人の間の債務に関するものであること

—債権者、買主及び公衆一般に対して可能な限り低費用で担保権の存在を公示する告知（とりわけ登記の仕組みを通じたもの）の方法

—同一財産上の競合する権利を規律する優先順位の明確な規定であって、可能な限り担保権に優先するものを排除又は低減すること

—購入資金融資のための特則であって、担保権の一般則に服するもの又は権原留保及びファイナンス・リースにつき所有者の権利を認め機能的には担保権と同等の効果を生じるもの

—国際的な場面における担保権について、設定、第三者に対する効力、優先順位及び実行に関して適用される法を定める明確な抵触法の規定

22. UNCITRALの担保取引の立法ガイド

UNCITRALの担保取引の立法ガイドについては、前述6で、物的担保法の調和を目指す別の主たる試みとしてすでに述べた。推奨事項1において、提案されている動産物的担保法の主要な対象と特徴は、以下のように要約されている。

「効果的かつ効率的な担保取引法（「担保取引法」は以下では「法」とか「この法」と呼ぶ）のための広範な政策的枠組みを提供するため、法は次のことを実現するよう立案されるべきである。

- (a) 担保権の利用可能性を増大することで低費用の融資を促進すること
- (b) 信用を維持するために財産に内在する全価値を利用することを債務者に認めること
- (c) 簡便で効率的な方法で両当事者が担保権を得ることができること
- (d) 多様な信用源及び多様な担保取引形態を等しく扱う旨を定めること

- (e) あらゆる種類の財産について非占有担保権を有効とすること
- (f) 一般的な担保権登記簿における担保権の告知の登記を定めて安定性と透明性を促進すること
- (g) 明確で予測可能な優先順位の規律を確立すること
- (h) 担保権者の権利の効率的な実行を促進すること
- (i) 担保契約の条項を交渉して定める最大限の柔軟性を当事者に許容すること
- (j) 担保取引により影響を受けるあらゆる人の利益の間の均衡すること

<p.218>

- (k) 担保取引に関する抵触法を含めて担保取引法を調和させること

E. 第IX編 —— DCFRの他の編との関係

23. 所有権の移転に関する第VIII編との関係における一般的な境界線

有体財産及び無体財産の担保権は両方とも物権である。これらは、その有効性のための前提条件がすべて満たされれば、あらゆる第三者に対して効力を有する。物権として、担保権は最も包括的な物権である所有権の潜在的な要素である。

動産の所有権と担保権の間の境界線は一直線ではない。2つのレベルで描かれる。第VIII編は、「所有権」を『所有者 owner』が財産に持ちうる最も包括的な権利』であると定義している（VIII.-1:202条）。第VIII編からみると、「第IX編又は各国法により物権とされ、又は物権に準じて取り扱われている場合」、担保権はまず「制限物権」である（VIII.-1:204条（制限物権）a号）。

しかしながら、これは基本的な境界線であるものの、それではヨーロッパ法の現実を完全には包摂しない。それゆえ、第VIII編は、第2の境界線を定めている。VIII.-1:103条（他の規定の優先）1項によれば、「担保目的での所有権の移転又は留保には、第IX編の規定が適用され、第IX編の規定が第VIII編の規定に優先する」。したがって、両方の制度には、物的担保に関する本原則の第IX編が適用される。所有権の担保的譲渡は、IX.-1:102条（動産担保権）3項によれば、（制限的な）担保物権にすぎないものとみなされ、所有権留保は、本編では物的担保の別の基本類型である（IX.-1:101条（一般準則）1項b号を参照）。

24. 第VIII編との関係の詳細

第VIII編と第IX編の相互関係の特別な事例として、若干のものに説明を加えるほうがよいだろう。第IX編と第VIII編は、ともに加工・混和・付合に用いられる物品上の担保権の運命を扱っている。こうした添付の場合の「材料」上に存在していた担保権の運命は、新しい物ができる場合にはどうなるのか。第IX編の関係規定すなわちIX.-2:307条（担保目的物が加工又は付合に用いられた場合）からIX.-2:309条（物的担保に服する財産の混和）は、第VIII編に定められている対応する規定すなわちVIII.-5:201条（加工）からVIII.-5:204条（担保物権に関する補則）までを完全に参照しており、後者を補充している。

善意取得者による担保目的財産上の物的担保権の消滅についても、IX.-6:102条（所有権の善意取得による物的担保の消滅。訳注：DCFR訳本の「喪失」より「消滅」の方が章の表題に適合的）は、VIII.-3:102条（制限物権の負担のない所有権の善意取得）及びVIII.-3:101条（所有権を移転する権

利又は権限を有しない者からの善意取得)を参照している。同じ場面で指摘しておかなければならないのは、<p.219>第IX編の担保権の善意取得に関する規定が、^{*21}暗黙のうちに前述のVIII.-3:101条及びVIII.-3:102条に合わせて作られている。

もう1点言及に値することがある。「制限物権」は「VIII.-2:307条の意味での〔所有権〕取得権」すなわち所有権留保の場合の(買主のような)譲受人の未確定な権利にも適用される(VIII.-1:204条(制限物権)c号を参照)。VIII.-2:307条(所有権が留保されているときの譲受人の未確定な権利)によれば、「代金を支払うことにより所有権を取得する譲受人の権利は、譲渡人の債権者に対して効力を有する」。

25. 債権・債務に関する第III編、とりわけ第5章の当事者の変更との関係

IX.-2:301条(金銭債権に設定される担保)は、金銭債権上の担保権の設定を扱い、そのような担保権は、同条に含まれるかそこで参照されている特則に服する(同条1項。訳注:同条に含まれる特則は3項・4項、同条が参照する債権譲渡の規定を定めている特則が2項)。金銭債権の高度の流動性のゆえに、実務において格別の重要性を有する。金銭債権は最も重要な担保対象である。

多くの法体系では一方で金銭債権の質入れの規定と他方で担保目的での債権譲渡が分かれて規定されているが、この慣例とは異なって、本編の原則は2つの方法を同じように扱う。これはより現代的な問題解決方法であり、規律と結果の相違を避け、本原則の一般的な問題解決方法(前述14を参照)とも整合する。すなわち、所有権の無条件の outright 担保的譲渡と担保目的での債権譲渡〔★訳注:ここは参照条文との関係で債権譲渡担保を話題にしている。原文の transfer of ownership for security purposes では動産所有権譲渡担保と同じになってしまうため、assignment of menetary claims (= right to payment of money) for security purposes の誤記と思われる〕はともにたんなる担保権とみなされる(IX.-1:102条(動産担保権)3項及び4項b号を参照)。

しかしながら、実際の観点からすると、第III編の(無条件の)債権譲渡に関する規定との整合性を保つ必要がなお存在する。経済の用語では、担保のための債権譲渡は、むしろ無条件の債権譲渡に近いとも言えるため、当事者の目からは、物権的効果が異なるにもかかわらず、物的担保に関する本原則の方針によって必要となる一定の例外には服しつつも、それぞれの取引の有効性の要件はできるだけ近い方が望まれる。

第III編第5章に定められている金銭債権の譲渡に関する規定との内的な調和というこの目的は、第III編第5章における金銭債権譲渡の規定が、「適切な補正を加えた上で」適用されると明確に述べることによって達成されている(IX.-2:301条(金銭債権に設定される担保)2項)。「補正を加えた上で」適用するとした理由は、担保が制限的な(担保の)権利の一部譲渡に過ぎないからである。この規定は、III.-5:103条(物的担保及び信託に関する規定の優先)とも整合する。同条は、「担保の目的でされる債権譲渡」には、<p.220>第IX編の原則が優先することを認めている。しかしながら、とりわけ第III編第5章第1節の22か条の規定は、担保目的での債権譲渡にも同様に関係する。IX.-2:301条2項は、担保目的での債権譲渡に

*21 IX.-2:108条(担保権の善意取得)及びIX.-2:109条(担保の目的となっている有体財産上の担保権の善意取得)を参照。

は適用されない第Ⅲ編の2つの特則に明確に言及している。すなわち、債権譲渡の契約による禁止の効果に関するⅢ.-5:108条（債権の譲渡性と契約による譲渡禁止の効果）の一定の部分及び承継的な債権譲渡間の競合に関するⅢ.-5:121条（複数の譲受人の場合）である。後者の問題は、第Ⅸ編第4章の優先順位に関する一般準則に服する。本編の原則では、第三債務者への通知は、金銭債権その他の無体の権利上の競合する担保権者の優先順位に関する地位には関係がない。そのような担保権と他の担保権者の権利との優先順位は、それに代えて、主に登記の順を基本にして決まる（Ⅸ.-4:101条（優先順位に関する一般準則）を参照。これにはⅨ.-4:102条（最優先順位）の扱う例外がある）。