

担保のための所有権移転

—— 経済的意義と解釈上の難しさ ——

コジマ・メラ
益井公司 訳

I. はじめに

すでにドイツ民法典（以下BGBという）施行以前から、債権者の担保の目的のための譲渡が許されるか否かという問題が議論されていた。経済的要求は、一方では債権者の担保の必要性から、他方では担保に供した物を継続して使用できるようにしたいという債務者の要求から、生じていたのである。動産担保としては占有質が予定されていた。直接占有を移転することのない譲渡担保を認めるための解釈上の難しさにすでにライヒ裁判所が、一九世紀末に取り

組んでいたのである。つまりこの問題は非常によく知られていたにもかかわらず、担保のための所有権移転は、BGBには規定されなかったのである。一九〇〇年以後のライヒ裁判所の判例は、そしてまた学説も、BGB九三〇条を、物権法上この制度を受け入れることの拠り所としたのである。

九三〇条によると、移転の際の引渡しは、当事者、つまり譲渡人と譲受人が、代理占有関係(八六八条、すなわち占有改定を合意することによってなすことができる。つまり譲渡人は以前と同じようにその物を占有しているのである。しかし彼はもはや所有者ではなく、他主占有者にすぎない。というのは、彼は取得者のために占有しているからである。このような引渡の代用は、必然的に二つの要素、つまり、物権的合意と占有移転を一つにまとめるという所有権移転のために形成されていたのである。基本的に、このこととは離れた形で、「物権行為と債権行為の」分離主義や無因主義⁽¹⁾により―これはフリードリヒ・カール・フォン・サビニーに由来するのであるが―、物権法上の出来事が有する債務法上の根拠、つまり、基礎となっている売買や贈与、あるいはまた所有権の行使を「当事者の」内的な関係において制限する取決め「合意」(Abrede)が、検討されなければならないのである。この最後にあげた布置状況が、譲渡担保の役割を生じる担保の取決めを述べているのである。それは多機能的なものであり、債務法上の根拠(Grundlage)を形成するだけでなく、譲渡担保権設定者と譲渡担保権者との間の代理占有関係をも作り上げ、譲渡担保権者は代理占有関係という形でBGB九二九条一文、九三〇条により所有者となる。譲渡担保権者は、信託的所有者(ein treuhänderischer Eigentümer)というべきものである。というのは外的に存在する法的権限(Rechtsmacht)は、担保目的のために内的な関係においては制約されているからである。さらにいうと、それは自己のためにする信託(eigenützige Treuhand)⁽³⁾なのである。というのはこの所有者の地位は、譲渡担保権者の利益という形で、より正確

に言うと、自己の担保利益という形で、基礎づけられるからである。

つまり、所有権移転というように構成することに、困難はないのである。もつとも、躰きの石となるのは、第一に所有権概念と調和がとれているのかということ、第二に占有質としての動産担保の規定、第三に物権法定主義 (numerus clausus der Sachenrechte)、第四に公示の原則に違反することになる公示のない担保を拡張することに対する法政策的な疑念である。これらの躰きの石について私はこれから以下において取組むつもりである。

II. 所有権概念と信託的所有権

所有権は、BGB九〇三条によると包括的な処分権とあらゆる人に対する妨害排除権 (Abwehrrecht) ということになる。所有権者は、自己の物につき自由に (nach Belieben) 取り扱うことが許されているという場合、例えば、その物から収益をうることができる。そのような包括的な所有権者としての地位というものを、担保のための所有権者 (Sicherungseigentümer) は、有しない。担保のための所有権者は、債権が弁済期にあるのに債務者が支払わないケースについてその物を換価することに限定されているのである。^④ その物の利用は、それまでの間、引き続き譲渡人、つまり、相変わらずその物を直接占有している以前の所有権者に属することになっている。ライヒ裁判所は、譲渡担保権者の有する経済的所有権という言葉を用いた。^⑤ 譲渡担保権設定者に帰属するのは、形式的な、換価する権限を付与する所有権なのである。これによって所有権を二つに分割するということが生じていないのであろうか。^⑥

もつとも、これを分割された所有権と呼ぶことは、歴史的関係を見殺したものであり、中世以来一九世紀まで存在した処分権限を有する者が持つ上級所有権と利用権を有する者の持つ下級所有権という形で永続的に分割された土地

所有権との不適切な対比を思い起こさせることになる。しかしながら、担保〔のための〕所有権の場合には、単一的権利として構想された所有権の所有者権限は、単に担保目的が続く間だけ分割されているにすぎないのである。エーヒスラー (Oechler) は、所有権の機能的分割という言葉を用い、それが所有権の特殊形態を基礎づけることである。⁽⁷⁾ 譲渡担保権者には換価権が帰属し、所有権が移転していることや処分禁止を法律行為上基礎づけることは許されないとする BGB 一三七条の規律により、譲渡担保に供された物を処分する法的権限が譲渡担保権者に帰属するのであり、そのことが、担保契約と矛盾し、譲渡担保権者がそのような処分につき損害賠償義務を負うことになるとしてもそうなのである。⁽⁸⁾

そうすると、譲渡担保権者つまり担保〔のための〕所有権者には、当事者の意思により換価権が与えられるとともにさらに所有権という法制度が選ばれたことに対して前もって定められている法律上の準則に基づき、処分権限が与えられ、引続きその物を直接占有している譲渡担保権設定者には、利用権限が与えられるのである。この換価権は、特別な形で条件づけられた延期された処分権と考えることができる。隠れた担保権⁽⁹⁾としての譲渡担保の持つ特徴は、この点に表れているのである。

担保〔のための〕所有権者の有するこうした特殊な状態は、譲渡担保権設定者が倒産した場合にも明らかになる。譲渡担保権者は、そうした場合に所有権者が有する取戻権を有しない。より正確にいうと、彼は単に別除権 (倒産法五〇条、五二条) を有するにすぎない。そうすると、譲渡担保権者の所有権が存在する物の換価は譲渡担保権設定者の破産管財人によって行われ、譲渡担保権者は他の債権者に優先して売得金から弁済を求めることができるだけなのである。⁽¹⁰⁾ このような倒産法上の解決は、担保〔のための〕所有権者が有するのは換価に限定された利益であるという

ことを示している。

こうした構成に問題が残るのは、B G B 九〇三条にいう包括的で分割されない所有権概念に対してであり、こうした所有権概念は、理由書 (Motive) によると、部分的な形でそうした所有権概念から分離することのできる個々の権限の総和と捉えるのではなく、現実の分割に逆らう単一の権利を形成するのである。¹¹⁾

Ⅲ・占有質と無占有譲渡担保

どのように譲渡担保 (担保のための所有権) を所有権解釈論 (Eigentumsdogmatik) へと整理するかということにのみ困難があるわけではない。譲渡担保の有する担保としての性格が、制定法上規定されている担保の枠組みへと譲渡担保を整理することを要求する。動産担保として、B G B は占有質を規定している (B G B 一二〇四条以下)。質権を設定するためには質権者に占有を移転するということが、明文上必要とされている (一二〇五条一項 (直接占有の移転) あるいは同二項 (間接占有の移転))。質権の場合も譲渡担保の場合も債権者利益を担保すること、より正確に言うと、担保権を実行する時期に達した場合 (bei Pfandreife) の換価権能が重要なのであるから、譲渡担保は、質権を設定する場合に占有を移転することが必要とされていることを回避するものであるというように考えることもできるのである。

簡単に法史的に回顧すると、以上のような疑念が存在しており、その疑念がすでに B G B 施行以前に、譲渡担保を認めることにつき争いをもたらしたということが分かるのである。

ライヒ裁判所は、すでにその創立二年目にして、つまり、一八八〇年に、このような形の担保法について判決しな

ければならなかった。というのは基礎となっている契約は、虚偽表示や脱法行為であり、それ故に無効となるという疑いがあったのである。¹² 一九世紀においては、占有質原則が広い範囲において確固たる地位を占めていた。ライヒ裁判所によって判決がなされなければならなかった諸事例形態は、金銭貸主の担保をねらいとしたものであり、直接占有は取得者に移転されることなく目的物が債権者に譲渡されたという点において、それは、際立っているのである。このような契約はしばしば買戻しの約束をもつ売買契約の形をまとうており、それにより、自分が売買契約締結後も継続して利用している物の所有者に再びなる可能性を売主に与えるのである。このような契約は、虚偽表示行為でないとして無占有担保の合意を隠蔽する仮装行為 (Scheingeschäft) や虚偽表示行為 (simuliertes Geschäft) であるか否かが争われた。売買契約に基づく所有権移転の義務を履行するために、当事者は、constitutum possessorium、つまり、占有改定を選択し、そうすることにより売主は譲渡した物を継続して利用することができるのである。その際、当事者は、担保権設定者によりその物が継続して利用されるという経済的必要性を考慮しているものであり、担保権設定者は、こうした形で、自己の事業を営むことにより利益を得ることができ、それによって彼はその貸付金債務 (Kredit) を返済することができるのである。このような可能性は、占有質原則を守った場合には、存在しなかったであろう。占有質原則を守ることは、確かに公示性や貸付債務の担保にとつては良いものであるが、このような経済的要求にはほとんどまったくく応えることができないのである。ライヒ裁判所によってなされたあるケースにおいては、¹³ 動産である製粉機が問題となった。占有を移転することは、製粉〔業〕を継続して営むことを不可能にするであろうし、おまけに担保を求める債権者の利益にもならないということが、すぐにはつきりすることになる。

過去数十年の研究を通して明らかになっていることは、すでにライヒ裁判所は担保〔のための〕所有権を、当初た

めらったのであるが、法制度として承認していたということ、さらには、BGBの起草者は確かにこの制度を制定法の中に明確な形では規律しなかったのであるが、この制度が存在するということから出発していたことである。¹⁴ 法史学者であるクラウス・ルーイク (Klaus Lügig) は、BGB施行後、ライヒ裁判所の判例が引き続き効力を有するということに関する一つの例を要約的な形で述べていた。¹⁵ BGB施行後の当初は、ルーイクが明確に述べているように、譲渡担保を原理的に認めるかどうかということよりは、むしろ、特に具体的な占有改定論を展開する際にそうなのであるが、譲渡担保を適正な形で形作ることが問題だったのである。¹⁶ このねらいは、担保目的物に関する当事者の権利及び義務についてははっきりしていた。この点については後でもう一度取り上げなければならないことになる。

IV. 類型強制 (Typenzwang)

歴史的に回顧すると、冒頭に述べた解釈論上の第三の問題、つまり、物権法における類型強制を破るおそれがあるということに行き着くのである。しかし、今日では、担保「のための」所有権は一般に認められた制度であるということについては、意見が一致している。¹⁷ もっとも、それを信託的に結び付けられた所有権―通説はそうなのである¹⁸が―としてより詳細に特徴づけるのか、直接占有、つまり、占有質原則を放棄した質権¹⁹としてそうするのか、あるいは担保権それ自体 (Sicherungsrecht sui generis)²⁰としてそうするのかについては、争いがある。どの学説 (Theorie) に依ったとしても、少なくとも物権法定主義違反は存在しない。というのは、物権法定主義の類型強制は、正当な理解によると、単なる合意によって新たな物権を創設するということが、当事者の意のままになるべきではないということとを述べているにすぎないからである。判例による法の継続的形成は、物権法定主義の類型強制によって妨げられな

いし、ましてや制定法において全く規定されていない制度を承認するということでは決してないのであり、ライヒ裁判所は譲渡担保の場合にはBGB九三〇条によって認められている占有改定という可能性を拠所にしたのであった。類型強制によって達成しようとしている法取引上の準拠確実性(Orientierungssicherheit)は、このような形で拡張した場合には、基本的に損なわれないのである。譲渡担保を承認するということは、今では倒産法(InsO)五一条の規定によって制定法に具体的に定められた。

それどころか、譲渡担保という形態の場合には新たな物権は問題にならないということ論証することもできるであろう。というのは、所有権が譲渡されたのであり、その譲渡の有する特別な目的は、担保約束によって単に債務法上の局面においてのみ形成されているにすぎないからである。²²⁾

V. 公示の原則の空洞化

とは言うものの、重大な懸念が、公示の原則という見出し語の下に生じる。特に推定力と善意の保護を考える場合がそうである。対外的に認識できるようにすることは、物権法上の問題状況であるということを考えると、必然的に明確性に配慮したものでなければならないのである。²³⁾ しかしながら、ある人が占有しており、しかもそれによって事業を営んでいる物品が、またその占有者の所有するものでもあるか否かは、対外的には知ることができないのである。このことは、新たな債権者が、その状況を見通すことのできないものにする。²⁴⁾ こうした懸念は否定することはできない。それは、すでに一九世紀の論議に表れており、BGBの第二草案に関する審議議事録に受け入れられていた。²⁵⁾ しかしながら委員会の多数意見は、債権者は債務者の占有しているすべての物が債務者のものでもあるということ

頼することを一般的な形では保障されていないということを引き合いに出したのである。

委員会はさらに新たな一つの視点を強調したのである。行為が不適法かどうかの問題ではなく、「自己の動産によつてのみ担保を提供することができるが、その動産を継続して占有し利用することなしにはやつて行けず、それ故、債権者に自己の物を占有質として引渡すことはできない⁽²⁶⁾」そういった庶民の金融の必要性を満たすために用いられる法形態が問題なのであるというのである。それ故、ライヒ裁判所の判例にこの委員会の多数意見は賛意を表す形で言及しており、それによるとそうした行為は虚偽表示として無効となるのではないのである。譲渡に結び付けられた法律効果はむしろ意図されたものなのである。

こうした主張は、「庶民」の場合の譲渡担保についてのみ持ち出すことができるのではないのであつて、それは公示手段としての占有に向けられているのである。それは基本的に、担保設定の公示性一般に対して向けられているのではない。

VI. ドイツの現在の法状況

以上のような解釈論上や法政策上の懸念にもかかわらず、譲渡担保は、ドイツにおいて幅広く用いられている担保手段である。⁽²⁷⁾判例はまず代理占有関係をより詳細に整えるという問題に取り組み、次いで、特定主義を守るために担保約束の目的物は特定したものであるか少なくとも特定できるものであるということ⁽²⁸⁾を要求したのである。

新たに問題となつたのは過剰担保、つまり、債権者が債権を大幅に上回る額において、担保のための所有権を設定するによつて自分自身を守ろうとする現象である。この点に関しては、判例は三つの観点から制約を加えていた。つ

まり、債務者を不当に拘束する場合、不当に他の債権者に不利益を与える場合、これ以外に公序良俗に違反する要件を満たす場合には、一三八条により担保契約は無効となると解されている。大法院判決という形で、連邦通常裁判所(BGH)は、一九九七年に、契約を補充するという方法で、後発的に生じた過剰担保の緒ケースにおいて新たな方法をとった。担保のための所有権の持つ信託的性質、つまり二四二条に根拠を有する信義誠実(bona fides)の原則、に依拠する形で、連邦通常裁判所は、担保権者の裁量に左右されない解放条項をすべての担保約束の自明の一部分とみなしたのである。ここに存在しているのは譲渡担保制度を新たな形で発展させたものなのである。

譲渡担保の典型的な内容を確定するにあたって、連邦通常裁判所は、ちょうど二年まえに、なおいつそう思い切った行動に出たのである³⁰。換価時期に達した後には(nach Eintritt der Verwertungsreife)、担保のために譲渡された物の利用はだれに帰属するのかということが問題となった。連邦通常裁判所によると、担保約束において換価のやり方をかなり詳細に定めていない場合には、担保権者がその物の換価をなすまでは、その利用は担保権設定者に帰属するということを出発点とすべきであるとする。こうした解決はほぼ好意をもって迎えられたのである³¹。もともと、批判する人達は、担保権設定者に引渡されなければならない利用を無権限の第三者がなしている場合、債務法上、つまり、当事者間で(inter partes)、効力を有するにすぎない担保約束に第三者に対する効力を与えることになるが故に、債務法と物権法の分離を無視しているということを指摘する³²。さらにもっと明確な形でこの問題が現れるのは、担保約束が違った形でなされている場合、当事者間で効力のある担保権者にその利用を与えるという約束もまた第三者に対して効力を有するということになりうるということを考えるときである³³。譲渡担保契約の意味が非常に大きくなるということ容易に予想することができるのである。

VII・ヨーロッパ全体の展望―改革は必要か

ドイツにおいてはなくてはならない譲渡担保という制度は、比較法的に考察した場合、特殊なケースなのである。公示の要請が用意されていない動産担保というものは、ヨーロッパの他のほとんどの国には存在しないのである⁽³⁴⁾。登録を義務付けるとか登録以外の方式を必要とすることにより、有効な金融担保にかなりの厳格性を要求することは、担保を有する債権者が優先的に扱われることにより必然的に劣後することになる他の債権者の利益をかなり強く重視しているのである⁽³⁵⁾。

問題となるのは、ヨーロッパ共通の域内市場を背景とするこうした状況なのである⁽³⁶⁾。というのは国境を越えた競争は、商品売買による債権や金銭貸付債権を一般に認められた形で担保するということが可能であるということと密接に結びついているからである。所在地法準則 (Lex rei sitae-Regel) により、その物が存在する国家の法が常に適用されるので、ドイツにおいて有効な譲渡担保が、外国にそれに相当する制度がないため、なくなるという危機に瀕するとするならば、それは国境を越える経済取引に対して障害を設けることを意味する。欧州委員会によつて委託されたある鑑定には、壊滅的な影響が述べられている⁽³⁷⁾。とりわけ、中小企業が被ったこうしたおもしろくない経験から、中小企業が域内市場に参加するということをまったく諦めるといことがしばしば生じたのである。それ故、経済取引をやりやすくするために、改革が必要であろう⁽³⁸⁾。二〇〇八年の四月に成立した新しい消費者金融指令 (Verbraucherkreditrichtlinie) において認められているように⁽³⁹⁾、他の方法においても、欧州連合 (EU) は資本市場を開放するよう努めている。貸付をする「信用授与」にあたっての国境を越えた競争は、消費者保護の有する均整のとれ

適切な基準というものと明らかに関連しているが、明確な形で定義された担保を受け入れるということも明らかに関連しているのである。そうすると、そうした明確に定義された担保を作り出すことは、同時に、ヨーロッパ共通の金融担保法 (Kreditsicherungsrecht) を得ようとする際に模範的役割を果たすのである。こうした金融担保の必要性に応じるということは、譲渡担保に代わるものによってもなすことができる。特にこの一つに数えられるのが、他のヨーロッパ諸国に存在している登録義務のある動産抵当である。⁽⁴⁰⁾ 動産抵当によつて、不明確な担保により金融取引の安全が危険にさらされるといふことは、避けられるであろう。⁽⁴¹⁾ キーニンガー (Kieninger) は、動産担保の改革や形成にあつて、国ごとの動向がどう展開したかという彼女のごく最近の研究においてつきとめたのは、公示の原則を維持することは、登録システムを認めることによつて現代の経済生活の要請にそう形で、占有質を適合的なものにすることになるということである。⁽⁴²⁾ ヨーロッパ法という形で統一しようとの試みは、二〇〇八年四月に草案テキスト「条文」として公表された「共通参照枠組み (Common Frame of Reference)」⁽⁴³⁾ を最終的なテキスト「条文」として採択すべきである。

VIII. おわりに

所有権と人格権ないしは人格というこの我々のシンポジウムの二つの主要テーマの間を架橋するものがあると考えられる。所有権と人格権の関係を連邦憲法裁判所は、次のようなよく知られた表現で明示したのである。

「所有権は、個人の自由を保障することと内的に関連する根源的な基本権である。基本権の全構造からして、所有権が有している使命は、基本権を保有する者に財産法上の領域において自由に活動できる余地 (Freiheitraum) を保障

し、そうすることにより彼が自己の責任で生活を形成することを可能にするということである。⁽⁴⁴⁾

債務者の有する所有権やその所有権を用いて担保を設定することができるということが、金融〔信用〕の基礎を形成し、それにより債務者に自由に活動できる新たな余地を開くのである。貸付をすることができるようにするもうひとつの可能性は、保証を引き受けるとかその債務に加わるとの意思表示をすることにより、ある個人が債務者のために直接尽力する場合がそうである。どのような担保がより大きな経済的意義を持つのかということは、文化的に興味深いものである。ローマ法においては、保証が優位していたことを確認することができる。その背後には、他の人のために責任を負う友情義務というものを認める社会に見られる人的な結びつきを見て取ることができるのである。私の印象では、ヨーロッパの今日の法状況にとって異論なく認められるのは、物的担保が人的担保より大きな意味を有するということである。⁽⁴⁵⁾

そうした物的担保の場合、ドイツ法の所有権は、絶対権として―絶対権は次の講演で取り扱われることになっているのであるが―、その効力を発揮するものではない。より正確にいうと、連邦通常裁判所が強調したのは、担保〔のための〕所有権は完全に制約のない所有権ではないということである。⁽⁴⁶⁾ 民法解釈論に対するこうしたゆがみが回避されるのは、担保〔のための〕所有権を展開するための基盤となっていた経済的必要性に適切な形で応じる場合、つまり、無占有質権を認めることによつてであり、そのためには、他の債権者のために登録により公示するという方式が採用されるべきであるといわれている。⁽⁴⁷⁾ この議論をするにあたっては、日本の法秩序と比較することが、一つの助けとなるであろう。というのはそこではすでにかなり長い間、フランス法およびドイツ法の諸構成要素により金融担保法が独自の形で形成されているからである。⁽⁴⁸⁾ 譲渡担保はそこでは重要な役割を演じており、これについては次の講演で

同僚の益井氏により取り扱われることになっている。

注

- (1) Bauer/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., §5 IV, S.47f.
- (2) Felentträger, Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre (所有権讓渡論へのサヴィニーの影響), 1927, 上の書のためそのことについて述べられている; H.H. Jakobs, Gibt es den dinglichen Vertrag? Ein Epitheton zu „Wissenschaft und Gesetzgebung“ (1983) (物権契約は存在するか。「学問および立法」について), SZ Romanist. Abteilung 119 (2002), 269ff.
- (3) Bauer/Stürner, §3 I 4.b), S.22.
- (4) MünchKommBGB-Oechsler (4.Aufl.2004), Anhang nach §§929-936, Rn. 1.
- (5) RG Urt. v. 3.12.1899, RGZ 45,80,85; RG Urt. v. 10.10.1917, RGZ 91,12,14; RG Urt. v. 26.11.1917, RGZ 91,277,279及びこれらの判決については Olzen, Die geschichtliche Entwicklung des rechtlichen Eigentumsbegriffs (法的所有権概念の歴史的発展), Jus 1984, 328ff.,329.
- (6) Olzen による論議' Jus 1984, Heck の Raiser を引くことについて三三〇頁及び三三三頁を参照。
- (7) MünchKommBGB-Oechsler (4.Aufl., 2004), Anhang §§923-936, Rn.1.
- (8) 自由主義的・市民的的所有権概念を最も重要な形で保障するものとしての二三七条の意義については' Hatzenhauer, Über vereintes und entzweites Eigentum (一体的所有権と分割所有権について), in: Das Eigentum, hrsg. von J.F.Bauer, 1989, S.83-101, S.91.
- (9) Bauer/Stürner, Sachenrecht, §56 B.I., S.699.
- (10) Bauer/Stürner, Sachenrecht, §57 B.IV.1., S.722f.
- (11) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III, S.145 (Motive III, S.262) 46

その点については Hattenhauser, Fn.8, S.90f.

- (21) RG Urt. v. 24.9.1880, III 58/80, RGZ 2, 173ff. このライヒ裁判所判決はこの裁判事例において隠れた質権設定を採用した。この点については Cosima Möller, Das römische Recht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (ライヒ裁判所の判例に見るロー法), in: Kern/Schmit-Recla, 125 Jahre Reichsgericht, Berlin 2006, S.109ff., 111 f. 及び RG Urt. v. 9.10.1880, I 395/80, RGZ 2, 168; RG Urt. v. 2.6.1890, VI 98/90, RGZ 26, 180 参照。よむべきは Zwilwe, A labyrinth of creditors : a shot introduction to the history of security interests in goods, in : Kieninger (Hrsg.), Security Rights in Movable Property in European Private Law (ヨーロッパ私法における動産担保権), Cambridge 2004, S.38ff., S.50f. 参照。
- (22) RG Urt. v. 24.9.1880, III 58/80, RG 2, 173.
- (23) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.III, 1899, S.3689f. (S.626f.); Festschrift für Rolf Serik, hrsg. von Ulrich Huber und Erik Jayme, Heidelberg, 1992, S.105ff., 114ff.; Luig, Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübergang, in: Das BGB und seine Richter, hrsg. Von Falk und Mohnhaupt, Frankfurt/Main 2000, S.383ff., S.391f. m.w.N.
- (24) Luig, Fn.14, S.383ff. このインベシマンの巻における新たな例。それ以外に、労働法に関するライヒ裁判所判例の継続的効力については Cosima Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Göttingen 1990, S.73ff.
- (25) Luig, Fn.14, S.400.
- (26) ちゅう Heck 及びハルツ。Sachenrecht, S.432.
- (27) Bauer/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., §57 B. V. 1., を参照。
- (28) Wieling, Sachenrecht, Lehrbuch, S.258 及び他の点では質権の規定が適用されるべきと結論付けている。
- (29) Gaul, Fn.14, S.151f.
- (30) Wiegand, Numerus clausus der dinglichen Rechte (物権法定主義). Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen

- Dogmas (民法上のある中心的学説の成立とその意義について), in: FS Kroeschell, 1987, S.623ff., 640 m.w.N. in Fn.58.
- (22) BGBの第二草案に関する審議における委員会の多数が既に同様のものでもった。Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.Ⅲ (1899), S.3689 (S.626f.)
- (23) 明確性による法状況の認識可能性は、基本的思考として、簡明性という要請 (Transparenzgebot) をも支配しており、その簡明性という要請はとりわけ普通取引約款規制法において中心的役割を果たしている。BGB三〇七条一項二文を参照。
- (24) MünchKommBGB-Oechsler, Anhang nach §§929-936, Rn.2 (ミュンヘナー民法コメンタール (担当エーヒスラー)、九二九条から九三〇条の補遺、欄外番号二) は、担保権設定者がリファイナンスするにあたって、自己の取引の相手方に対して特定の与信者〔貸手〕が介入することを正当化しなければならないというトラブルが避けられるということを引き合いに出すことにもつて、こうした実情を積極的に評価している。
- (25) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.Ⅲ (1899), S.3688-3690 (S.626f.).
- (26) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.Ⅲ (1899), S.3690 (S.627).
- (27) Kieninger, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, Teil I, WM 2005, 2305ff.
- (28) MünchKommBGB-Oechsler, Anhang nach §§929-936, Rn.5ff.
- (29) BGH, BGHZ 137, 212ff.
- (30) BGH Urt. v.26.9.2006 - XI ZR 156/05, NJW 2007, 216f. (ケーゲルバーン事件)
- (31) Karsten Schmidt, JUS 2007, 490f.; Stephan Lorenz, LMK 2006, 204400.
- (32) Lutz/Schapiro, Ansprüche des Sicherungseigentümers auf Herausgabe seitens Dritter gezogener Nutzungen, ZHP 2008, 1212ff.; Weber/Haselmann, Die Konkurrenz um die Nutzungen zwischen Sicherungseigentümer und Inhaber eines Vermieterpfandrechts, JURIA 2008, 372ff. 担保権者や担保のための所有者の有する法的地位を制限することは、担保権者と担保権設定者の間の債務法上の合意の価値を引き上げることによって達成されるべきでなく、そうすると第三者効を認めるといふ

方法では、債務関係が有する相対性という原則が無視されるのであり、担保権設定者に残っており、九八六条二項あるいは八二三条、さらには八一二条の枠内において第三者に対して主張することのできる占有保護を通して達成されるべきであるという。

(33) BGH NJW 2007,217.

(34) Kieninger, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherheitsrecht - Teil II, WM 2005, 2353, 2357; dies.(同), Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation, in : dies. (Hrsg.), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S.647ff., 六六三頁では、譲渡担保を認めつついる所としてギリシヤを指摘している。Wohlgemuth, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, 2004, S.61ff. フランスにおいては、二〇〇六年三月の物的担保の根本的改正により、これまで個別の法律において一定の目的物についてそれぞれ異なる形で規律されていた無占有質権は、民法典の中に取り入れられている。Code civil 一三三六条によると、質権の設定は文章による合意だけでなすことができる。とはいえ、第三者に対し効力があるためには、質物が引渡されるか、質権設定を質登録簿 (Pfandregister) に公示される必要がある (Code civil 一三三七条以下)。この点については、Kieninger, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208(2008), 182ff., S.199ff. スイスにおける、譲渡担保は確かに信託的法律行為 (fiduziarisches Rechtsgeschäft) として認められているが (Jörg Schmid, Sachenrecht, 1997, S.428ff. (Rn.2012ff.) を参照)、しかしそれは占有改定を用いた場合には第三者に対しては効力がないのである (ZGB七二七条)。判例および学説は、占有改定による移転が債権担保のために用いられる場合には常に、ZGB七二七条によつて必要とされている占有質原則を潜脱しようとする当事者意思を推定している。

(35) Kieninger, Introduction : security rights in movable property within the common market and the approach of the study, in: dies. (Hrsg.), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S. 6ff., S. 9.

(36) この点に関する最も最近のものとして、Kieninger, Die Zukunft des deutschen und europäischen Kreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182, 184ff. を見よ。

- (37) Von Bar/Drobing, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, 2004, Nr.733: 「加盟国 A において有効に担保が設定されている目的物が、加盟国 B に輸出されるか、ならぬかの形で加盟国 B に運ばれた場合、そうした担保権を設定するための B 国の要件が A 国のそれと異なるときは、もともと有効であった担保権が B 国の法によって消滅するという危険性が高い。
- (38) これは一九九六年にはまだまったく違った形で判断されていた。Staudinger-Stoll, EGBGB, Internationales Sachenrecht, Rn. 319: 「これに対し金銭貸付は一般的にいくまれにのみ『国境を越えて』認められるにすぎない。」Rn.343: 「たいていの場合、典型的な国内取引が問題となるのであり、そうすると担保権を設定する場合、外国法との抵触は通常生じないのである。」
- (39) *Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG* または「点」については Rott, *Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, WM 2008,1104ff.
- (40) 例として Kieninger, *Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts - Teil II*, WM 2005, 2353, 2358f. 最近展開された提案については 同 *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, AcP 208 (2008), 209ff. 特にヨーロッパ金融担保法に関しては、二二三頁以下 (S.222f)。注目をすべきなのは、旧民法典において判例が無方式の譲渡担保を認めていたオランダ法においては、譲渡担保の禁止が新民法典 (BW) において認められたことである。 Staudinger-Stoll, EGBG, Internationales Sachenrecht (1996), Rn.343.
- (41) 望ましい新形態が有する長所を Braukmann 及び Pignus, *Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorclassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, 2008, S.139 及び *ローマ質権の様々な発展段階および概念を明確に分析する* により、強調する。
- (42) Kieninger, *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, AcP 208 (2008), 182ff., 208.
- (43) Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht*, JZ 2008,529ff., 531f. 最終的に信託と担保の領域が、二〇〇八年の終わりを目指して予定されている最終的なテキストに含まれているべきであるという。

- (44) BverfG, BverfGE 24, 367, 389.
- (45) Kieninger, Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation, in : dies. (Hrsg.), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S.647ff., 六七〇頁以下。xviiiの公示のない譲渡担保は孤立した国内の金融市場においてのみ満足すべき形で機能することができただけであるという。一二五の加盟国が有する共通の市場にふさわしい金融担保を見出そうというのであれば、国内金融市場で必要とされる人的な関係は、登録という制度的関係によって取り換えられなければならない。
- (46) BGH NJW 2007, 216f., 217.
- (47) この点については、Kieningerの諸提案、Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182ff., 222ff.をみよ。これに対して、登録義務に否定的なのは、Wohlgemuth, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, 2004, S.258 ff.; 彼は国境ごとの担保の可能性を維持し、しかも「[ヨーロッパ]共同体法としての動産担保法」を作り上げることからなる二元システムに賛成を表明している。
- (48) Nagata, Sicherungsübertragung im japanischen Recht, RIW 1985, 694ff. あるいは判例および学説の展開に関する詳細な検討がなされている。Hartwig, Publizität von Mobiliarsicherheiten im deutschen, US-amerikanischen und japanischen Recht, ZIP 1994, 96ff.; 日本法に関しては特に一一〇頁以下。; Maruttsche, Einführung in das japanische Recht, 1999, 物的担保法〔担保物権法〕については、一四二頁以下。

*本稿は、日本大学とベルリン自由大学とが、「日本とドイツにおける人格権の保護と所有権の自由」という共通のテーマで、日本側とドイツ側が対応する形で発表をするという形式で、二〇〇八年にベルリン自由大学でシンポジウムをなした。本稿は、そこでメラー教授が発表した原稿を翻訳したものである。この原稿は、*Persönlichkeitsschutz und Eigentumsfreiheit in Japan und Deutschland* という表題で、Carl Heymanns Verlag から二〇〇九年に出版され

た本に「Die Eigentumsübertragung zur Sicherheit - wirtschaftliche Bedeutung und dogmatische Schwierigkeiten」という題名で二二二頁以下に掲載されている。当初、日本側でもドイツ側に対応した形で本を出版することになっていたが、諸事情の関係で出版できなくなったため、今回、「日本法学」に掲載することとした。翻訳の掲載に關し快く許可を与えてくださったメラ教授に心より感謝する次第である。なお、本稿の最後に、「これについては次の講演で同僚の益井氏により取り扱われることになっている。」とあるのは、前記のドイツで出版された本のメラ教授の論文に続く形で(二二三頁以下)、訳者が、「Zur japanischen Sicherungsübertragung - unter besonderer Berücksichtigung ihrer rechtlichen Konstruktion」として発表したものである。