

〈研究ノート〉

条件付権利を組み込む担保物権・ 担保的効力 その2・完

松 田 佳 久

目 次

1. はじめに
 - (1) 条件付権利と期待権
 - (2) 担保物権・担保的効力と債務者の有する条件付権利
 - (3) 担保物権・担保的効力と物上保証人・第三取得者の有する条件付権利
 - (4) 本稿の目的
2. 担保的効力の概念と債権の履行を確保する態様
 - (1) 「担保」と「物的担保」
 - (2) 「担保物権」
 - (3) 「担保的効力」、「担保的機能」と「担保物権」との関係
 - (4) 債権の履行を確保する態様
3. 条件付権利と担保物権
 - (1) 約定担保物権
 - ①抵当権・根抵当権
 - ②質権
 - ③物上保証
 - (2) 法定担保物権（留置権・先取特権）
 - (3) 期待権の単独処分
4. 条件付権利と非典型担保
 - (1) 仮登記担保
 - (2) 譲渡担保
 - (3) 所有权留保 以上、44巻3号
 - (4) 不動産買戻特約付売買契約と再売買の予約完結権
 - ①不動産買戻特約付売買契約
 - ②再売買の予約完結権
 - (5) 代理受領と振込依頼
 - (6) 相殺の担保的効力
 - (7) 保証（人的担保）
 - (8) 手形

- ①手形割引
- ②手形貸付
- ③商業手形担保手形貸付（商担手貸）

5. まとめと得られた知見

- (1) 債権の履行を確保する態様
- (2) 期待権
 - ①概括
 - ②効力消滅型と物権取得型期待権
 - ③不利益補填型の担保的効力の作出
 - ④物上保証、担保目的物・物権取得期待権の第三者への譲渡
 - ⑤手形割引・商担手貸と担保的効力
- (3) 条件付法律行為と同様の条件成就効果の作出
 - ①効力消滅型の期待権
 - ②物権取得型の期待権
- (4) 条件付権利と担保物権・担保的効力

6. 他の法的構成と担保的効力

- (1) 債権者代位権の包括的担保権説
- (2) 強制執行の合意と担保的効力
- (3) 損害賠償額の予定と担保的効力
- (4) 解除権と担保的効力
- (5) 檢討結果

7. おわりに 以上、本巻本号

(4) 不動産買戻特約付売買契約と再売買の予約完結権

①不動産買戻特約付売買契約

不動産買戻特約を付した売買契約とは次の契約である。すなわち、資金を借り入れる際に、所有不動産を買主（＝貸主＝債権者）に売却し、その代金を融資金とし、弁済期が到来すると、売主（＝借主＝債務者）は不動産買戻権行使して当該売買契約を解除することで、土地を取り戻し、受け取った融資金（売買代金）に契約費用を加えたものを買主に返還するという特約が付された売買契約である。⁵⁵⁾ 不動産買戻権は解除権の性質を有する（民579）ものであり、この契約は、解除権を留保した不動産売買契約であるといえよう。

55) 中井・前掲注（18）10頁

56) 大判明33・1・23民録6・1・42、大判明41・2・21民録14・141、大判大5・4・11民録22・691、大判大7・2・28民録24・307、大判昭8・9・12民集12・21・2151、最三小判昭35・4・26民集14・6・1071

目的不動産の所有権が買主に移転されることで、買主たる債権者は当該目的不動産を債務完済がなされない場合の担保とするのであり、ここには担保的機能が作出されている。

不動産買戻権行使は特約内容や民法580条による期間制限があるが、売主は、不動産買戻権の行使によって目的物たる不動産所有権を取得する期待権を有するものである。この物権取得期待権は、債務完済（融資金等返還）と売買契約⁵⁷⁾の解除の意思表示によって実現するものである。

したがって、不動産買戻特約付売買契約の債権の履行を確保する態様は、Cであり、そこには債務完済かつ不動産買戻権の行使という解除条件付法律行為（債務完済かつ不動産買戻権行使を解除条件とする所有権移転契約）と同様の要件と効果が組み込まれているものといえる。なお、解除条件成就の直接の条件は不動産買戻権の行使（解除の意思表示の買主への送達）であるが、不動産買戻権の行使条件として債務完済があり、2段の条件が組み込まれている。債務完済によりただちに不動産所有権取得の解除条件が成就するわけではないし、不動産買戻権の行使は売買契約の解除と解されているため、目的不動産の所有権は当該売買契約時に遡及して売主に復帰するのである。これらの点は、譲渡担保や所有権留保において設定者・留保買主が条件付権利を有すると解する場合の物権取得期待権とは異なる。⁵⁸⁾ 不動産買戻権の行使によってただちに売主に所有権が⁵⁹⁾（遡及して）復帰するのは形成権たる解除権の効果ということになる。⁶⁰⁾

また、経済的には譲渡担保と同じ機能を果たすが、債権関係が残らないこと

57) 買戻権の効力は債務者（売主）が債権者（買主）に対する解除の意思表示（山本敬三『民法講義IV－1 契約』328頁（有斐閣、2005））をし、その送達により生ずる。

58) 買戻しの意思表示のみをしても効力はなく、民法580条における買戻期間内に代金（融資金）および契約費用を買主に提供しなければ効力は生じない。両条件のうち、いずれが先に成就しなければならないということはない。また、これらを買戻期間内に買主に提供しないと買戻権は消滅することになる（柚木馨『注釈民法（14）債権（5）』317頁〔柚木馨＝高木多喜男〕（有斐閣、1966））。

59) 譲渡担保での設定者の有する物権取得期待権、所有権留保での留保買主の有する物権取得期待権は、条件付権利に基づくものであるから、民法127条1項により、条件成就の効果は遡及しない。

60) 売渡担保契約に関する大判昭2・10・26 法律新聞2775・13は、弁済により債務が消滅し、附從性から目的物の返還が導き出されるとしている。

から、買主は積極的には返済を請求できない。⁶¹⁾ 不動産買戻特約を付した売買契約と譲渡担保との見極めがつかない場合も多く、判例（最三小判平18・2・7民集60・2・480）は「目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当である」としている。

なお、不動産買戻特約を付した売買契約では、第三者が売主のために契約する場合もあり（この場合の第三者はいわゆる物上保証人的な地位に立つ）、その場合は他律的となる。

さらに、売主は、不動産買戻権を譲渡することができ（大判明34・9・14民録7・8・5）、それにより譲受人が売主の地位を承継するとされ、譲受人が買主に対し買戻期間内に代金（融資金）および契約費用を提供して、当該不動産買戻権を行使することにより、目的不動産の所有権は譲受人に直接帰属する（大判明32・4・21民録5・4・64、大判明41・7・8民録14・859、大判大8・5・24民録25・889）⁶²⁾⁶³⁾⁶⁴⁾ のである。

ここでは、登記された買戻権は物権法理に服しており、買戻権の譲渡は物権

61) 内田・前掲注（32）547頁

62) 柚木〔柚木=高木〕・前掲注（58）313頁

63) 本城武雄「20 登記なき買戻権の譲渡と対抗要件」法時33・3・101（1961）

64) 目的不動産が譲渡された場合、買戻しの意思表示は直接譲受人に対し行使してのみなすべき（大判明33・2・2民録6・2・12）とされ、譲渡人に対してなしてもなんら効力は生じない（大判明39・7・4民録12・1066）とされている。

ところで、不動産買戻権はある程度物権に準ずる取り扱いがなされている（前掲最三小判昭35・4・26）。大判明32・4・21民録4・64、前掲大判昭8・9・12は、不動産買戻権の譲渡は、買戻権移転の登記をするだけで何人に対しても対抗力を生じ、相手方（買主）の承諾も相手方への通知も必要ないとしており（ただし、前掲最三小判昭35・4・26は、買戻特約の登記をしなかった場合、不動産買戻権は売主の地位とともにのみ譲渡することができ、その譲渡を買主に対抗するには、民法129条および同法467条に従い買主に対する通知またはその承諾を要するとしている）、大判大11・12・21民集1・786は、不動産買戻権の譲渡を受けても、登記をしない間は、第三者に譲渡され登記もなされたときは、登記のない（最初の）譲受人は当該第三者に対抗できないとし、大判大13・4・21民集3・5・191は、登記をした不動産買戻権の合意による消滅は、その旨の登記をしなければ当該買戻権を譲り受けた第三者に対抗することができないとしている。

取得期待権の譲渡をも包含していることから、結果的に、物権取得期待権も物権法理に服しているものといえる。

②再売買の予約完結権

再売買の予約とは、債務者の不動産の所有権を担保の目的で債権者のもとにいったん移動し、債務の弁済がなされると予約完結権が行使されて、再売買という形で買い戻されるという構成であり、売買の一方の予約（民556）を応用したものである。制限の強い買戻規制の適用がないので、実務ではこの形態が多く利用される。⁶⁵⁾

不動産買戻特約付売買契約と同様、債権関係が残らない。債権の履行を確保する態様は、Cであり、債務完済かつ予約完結権の行使という停止条件付法律行為（債務完済かつ予約完結権の行使を停止条件とする所有権移転契約）と同様の要件と効果が組み込まれ、売主は物権取得期待権を有している。予約完結権の行使には債務完済が条件となっていることから、ここでも不動産買戻特約付売買契約と同様、2段の条件が組み込まれているが、不動産買戻特約付売買契約とは異なり、その効果は遡及しない。

また、予約完結権は相手方（債権者）の承諾なしに譲渡できる。仮登記によって保全された予約完結権の譲渡は附記登記をもって対抗要件とし、かつ、附記登記の順位は主登記である仮登記の順位によるのだから、附記登記を受けた譲受人は予約完結権を譲渡人と同一の順位のままで取得できる。⁶⁶⁾ 仮登記ある予約完結権は物権法理に服しており、物権取得期待権を包含していることから、結果的に、物権取得期待権も物権法理に服す点は不動産買戻特約付売買契約と同じである。⁶⁷⁾

65) 債務者（売主）の債権者（買主）に対する予約完結の意思表示の送達により予約完結の効力が生ずる。

66) 最一小判昭35・11・24民集14・13・2853、宮崎俊行「判批（最一小判昭35・11・24民集14・13・2853）」別冊ジュリ47・115（1975）。なお、仮登記がされていないときは、予約完結権の譲渡の対抗要件は債権譲渡の方法によることになる（大判大13・2・29民集3・80）。

67) 宮崎・前掲注（66）114

なお、第三者の有する不動産を再売買の対象とすることもできる。

(5) 代理受領と振込依頼

代理受領とは、債権者が債務者の有する債権の取立て委任を受け、第三債務者の承認を得た上で、債権者が、債務者に代わって、取立てにより第三債務者より債務の弁済を受け、それを自己の債務者に対する債権の弁済に当てる制度である。⁽⁶⁸⁾ 実務的には、債務者である企業がその取引先に対して有する売掛金等の債権を担保に供する方法として、その取立てを債権者に委任する形での代理受領が行われている。債権者は債務者を代理して債務者の取引先から売掛金等の弁済を受け、これを自己の債務者に対する債権の弁済にあてるのである。⁽⁶⁹⁾

振込指定とは、債務者が有する債権について、その受領方法を債権者である銀行の預金口座への振込に限定し、第三債務者の承諾を得る制度であり、実質的に債権者にとっての債権回収の確保になっている。⁽⁷⁰⁾ 金融機関がその融資先の企業に対し、その企業が取引先に対して有する売掛金等債権の弁済方法として、自行の融資先名義の預金口座に振り込ませるよう指定し、振り込まれた預金との相殺または自動引き落としの方法により融資先に対する債権回収を図るのである。⁽⁷¹⁾

振込指定は担保権者が事実上銀行に限られるが、代理受領は銀行以外の債権者も利用することができる。⁽⁷²⁾

代理受領および振込指定は、要件は異なるが、被保全債権および被代位債権が金銭債権の場合の債権者代位権の行使とほぼ同様の機能を当事者の合意により作り出し、事実上の優先弁済的効力を得ている。

また、代理受領および振込指定は、これまで見てきた担保物権や担保的効力とは異なり、既に発生している不利益（債権者の債権が債務不履行に陥っていること）あるいは未発生の不利益について償いをするもの（未発生不利益につ

68) 中井・前掲注(18) 12頁

69) 中井・前掲注(18) 358頁

70) 中井・前掲注(18) 12-13頁

71) 中井・前掲注(18) 359頁

72) 松本崇「よたび『振込指定の担保的効力』について」判タ 532・75 (1984)

いての償いとは、たとえば将来、確実に発生する債務不履行等の不利益のために、あらかじめ代理受領もしくは振込指定を合意しておく場合などであり、この場合、債務者は本来の弁済を何ら要しない⁷³⁾である。したがって、代理受領および振込指定には、これまで見てきた担保物権や担保的効力に見出される、債務者に債務完済を条件とする条件付権利を組み込んでいるものとはいえず、債務者に期待権を生じさせるものではない。

ただし、第三債務者からの受領および振込がなされない場合は、債務者は自身による債務完済を余儀なくされる。そのときは無担保状態となることも考えられ、債権者はそのときのために備えて何らかの担保物権・担保的効力を保持しておくことが必要となり、これらの効力が機能する段階にあっては、債務者に、債務完済を条件とする担保物権・担保的効力消滅の期待権が生じることになる。

(6) 相殺の担保的効力

債権者たる金融機関は、あらかじめ債務者との間で、債務不履行、一般債権者による差押え等の一定の事由が生じたときに、予約完結権を行使（相殺の意思表示）して債務者の定期預金債権と金融機関の貸付金返還債権との相殺の効果を発生させる合意（相殺予約）をしておく場合がある。この場合、債権者は相手方に対し負っている債務の額の限度で自己の債権を確実に回収できることになるから、債権の担保を有するのと同じことになる。これを相殺の担保的機能といい、相殺の担保的効力には一定程度の優先弁済的効力が認められている。⁷⁴⁾

この場合、債務者の債務完済によって、条件不成就となり、ただちに相殺予約が消滅し、定期預金債権との相殺ができなくなるのであるが、担保的効力を重視してこの点を捉えるならば、相殺予約の合意により、相殺の担保的効力が発生し、その効力は相殺が現実に行われるまで、あるいは期限の設定がある場

73) 田山・前掲注(17) 1頁

74) 定期預金債権が差押えられても、差押前に自働債権を取得してさえいれば、自働債権と受働債権の弁済期の前後を問わず相殺ができる（民511、最大判昭45・6・24民集24・6・587）、債務者が破産したとしても破産法67条により破産手続きによらないで相殺を認められているなど、法によって一定程度優先弁済的効力が認められている。

合はその期限到来まで持続しているのであり、債務完済という条件成就により、相殺の担保的効力が消滅することになる。

よって、この条件付権利は解除条件ということになり、債務者は、債務完済によって金融機関の相殺権の付着しない形で定期預金債権を有することができる。この場合の債務者の期待権は、相殺の担保的効力消滅期待権とでもいうことができよう。

ただし、債務者は本来の弁済を何らすることなく、債権者たる金融機関があらかじめ定期預金債権との相殺により回収することを合意している場合には、未発生不利益への償いとして合意しておくということになり、代理受領および振込指定と同様のカテゴリーに属することになる。その場合は、債務完済によって相殺予約の効力が消滅するという解除条件は機能しないのであるから、債務者に相殺の担保的効力消滅の期待権は存しないことになる。

また、相殺の担保的効力の債権の履行を確保する態様は、Cということになる。

(7) 保証（人的担保）

主債務者による債務完済を解除条件として、消滅における附從性に基づき保証債務が消滅するという期待権を保証人が有することになろう（保証債務消滅期待権とでもよぶことができよう。）。しかし、主債務者との間で保証委託契約があり、当該保証委託契約の契約内容により主債務者を債務完済に自発的に促すといった縛りをかけている場合は別として、保証自体は主債務者に対して自発的な債務完済を強く促す効力を持つものではない。しかも、主債務者の意思に反しても保証人になることができることから、主債務者は保証人の存在すら知らないという場合もありえるのである。もちろん主債務者も保証債務消滅期待権を有するものといえるが、それは認識のない条件付権利ということ也可能であるのである。

もちろん、主債務者は、保証人から求償を受けることがありえ、これが主債務者の自発的な債務完済を促す効力を生み出しているといえなくもない。しかし、直接的には保証人が弁済をしてくれるわけで、保証人の有する期待権の効力として、主債務者に、債務を完済して解除条件を成就させるという強いイン

センティブを与えるものではない（債務者が無資力である場合は、債務者は保証人に頼らざるをえないことになろう）。

これに対し、保証人の自律性に着目するならば、保証人は主債務者の債務完済につき法律上の利害関係を有することから、第三者弁済（民474）が可能であり、自己の出損により債務を完済させ、自己の期待を実現させることができる。債権者にもこのような者による弁済を拒む合理的な理由はないものと思われる。よって、このように本来、当該期待権者（=保証人。以下、(7)において同様とする）以外の者の債務完済を条件とする場合でも、条件を成就させる主体が主債務者から期待権者に変わる形にはなるが、期待権者に自発的な第三者弁済（債務完済）を促す効力が生じているものといえる。この点は物上保証と同じである。

保証の履行を確保する態様としては、保証人がその有する責任財産でもって弁済することになるから、本来であれば目的物の価値より優先的弁済を受けるとするCとは異なるものということになるが、あえて分類するのであれば、Cといわざるをえないであろう。

(8) 手形

①手形割引

手形割引とは、満期日のまだ到来していない手形を銀行が買い入れる取引をいう。手形割引は有価証券としての手形を通常の商品同様に売買すること自体を目的とし、手形が消費貸借の証書の代わりに授受される場合である手形貸付とは異なる。⁷⁵⁾

手形割引の法的性質としては、売買説が通説・判例である。すなわち、手形割引は表章されている手形債権の売買であり、割引率の適用によって、手形債権の現在の価値が決定され、割引料を差し引いた額が代価として支払われるのである。⁷⁶⁾

しかし、一方、消費貸借説が妥当であるとする有力説も主張されている。⁷⁷⁾

75) 田中誠二『新版銀行取引法』203頁（経済法令研究会、三全訂版、1984）

76) 最一小判昭48・4・12金法686・30、大阪高判昭38・4・11高民16・4・218

なわち、銀行は割引依頼人との間に手形の買戻請求権を約定（手形買戻約款）⁷⁸⁾しているのであるが、手形割引が売買というのであれば、その買戻し価格も手形の額面ではなく、実際に購入した（割引料を差し引いた）金額のはずである。しかし、その金額は、手形金額である。この点は売買説とは論理矛盾を生じて⁷⁹⁾いる。消費貸借上の資金返還請求権と解するのが、論理整合的であるとする。

手形割引の法的性質を売買として捉えたとしても消費貸借として捉えたとしても、手形割引金の回収にあっては、一次的には割引手形の期日取立金によるのである。一般に銀行取引約定書により手形売主（消費貸借説では資金の借主。以下同様）に対して買戻債務を負担させているが、この債権の回収は割引手形の期日決済のなかったとき、またはその危険の生じたときにのみ、補完的に⁸⁰⁾なされるのである。

したがって、割引手形の期日取立については、既に発生している不利益について償いをする（売買説にあっては買主たる銀行の購入代金の回収、消費貸借説にあっては、資金の回収）ものであるといえ、この点では代理受領・振込依頼と同じである。よってこの段階が適切に機能する場合には、債務者に債務完済を自発的に促すという効力は生じない。

しかし、手形売主が、買戻請求をされる段階にあっては、手形の再売買契約⁸¹⁾

77) 後藤紀一「手形割引の法的性質と資金業者の期限の利益喪失条項の効力」広島法科大学院論集（後藤紀一教授退職記念号）3・62（2007）。

78) 河本一郎「手形割引と買戻請求権」藤林益三=石井眞司編『判例・先例 金融取引法（新訂版）』127頁（金融財政事情研究会、1988）

79) 後藤・前掲注（77）61－62。しかし、「買戻請求権」という用語を用いてはいるが、「買戻請求権」が民法579条の買戻しを意味するものであるとはかならずともいえず、たとえば再売買請求権と捉えることも可能である。再売買請求権と捉えるならば、買戻金額が手形金額であっても何ら不合理ではない。よって、後藤教授の示すこの理屈には理由がないといえる。

80) 鈴木祿弥=竹内昭夫『金融取引法大系 第6巻 債権回収』30－31頁（有斐閣、1984）。なお、期日前に他に裏書譲渡する方法によって、融資した資金の実質的な回収を図ることもあるが、一般には銀行は日本銀行に再割引に出すか、これを担保にして銀行が日本銀行から借り入れする以外には、この割引手形を期日前に資金化することはないと（同・前掲30－31頁）とされている。

81) 銀行取引約定書6条では、買戻請求権につき、「一定の事実の発生により当然に発生するか、または銀行の請求により発生する」とし、一定の事実の発生として手形の満

の代金支払債務を負うことになる。このとき、代金支払債務と手形売主の有する定期預金債権とを相殺する旨の合意が存する場合⁸²⁾も多く、その場合には、相殺の担保的効力が発揮されることになり、手形売主は、相殺の担保的効力消滅期待権を有することになり、代金支払債務の完済を自発的に行おうとする効力が生じていることになる。ただし、手形売主は代金支払債務の弁済を何らすることなく、銀行があらかじめ定期預金債権との相殺で回収することを合意している場合には、すでに発生している不利益について償いをするものということになり、その場合は、このような期待権は当然生じない。

なお、手形割引が反復継続的に行われる場合には、現存債権群を一括して担保するために根抵当権が利用される。この場合の根抵当権は、手形売主が買戻請求される場合の手形の再売買契約の代金支払を担保するために設定されているものと思われるが、根抵当権の元本確定時に債務完済を解除条件とする根抵当権消滅の期待権が手形売主に発生することになる。

このとき、履行を確保する態様としては、Cということになる。

②手形貸付

手形貸付の法的形態は、次のとおりである。すなわち、借主は別に基本的な銀行取引約定書に署名して銀行に提出しておき、これを前提として、貸付の借主である相手方が貸主である銀行を受取人として約束手形を振り出して銀行に交付し、これに対して銀行は、その手形額面から利息に当たる額を差し引いた金額を相手方に交付するのである。手形を用いるために、その利息を割引料の形式で銀行は先に取ることになり、この点においては、手形貸付は手形割引に

期前の割引依頼人（手形売主）の信用状態の悪化などが挙げられている（田中・前掲注（75）224－225頁）。

82) 手形割引にあっては歩積・両建預金が行われている。歩積とは銀行が手形を割り引く際に、その支払うべき割引代り金の全部または一部を当該銀行の預金に預けさせることをいう。歩積のための預金は、その割引手形の支払完了まで払戻しを認めない。歩積の金額の程度は、割引代り金の1%ないし5%の場合が通常であるといわれるが、大蔵省（現財務省）から「歩積・両建預金の自肅について」との通達が出され、自肅がなされるようになった。歩積は、手形割引の担保という目的を有する（田中・前掲注（75）219－220頁）。

類似し、証書貸付が通常は利息が後払いとなるのとは異なる。手形貸付の場合に用いられる手形は、単名手形、すなわち手形債務者が一人であり、裏書人がなく、銀行を受取人とする約束手形であるのが通常である。⁸³⁾

手形貸付の場合、原因債務と手形債務が併存することになるが、A. 手形が原因債務の「支払いのため」授受される場合と、B. 手形が原因債務の「担保のため」に授受される場合がある。Aの場合には、債権者はまず手形債務を行使すべきであり、それにより満足を得られなかつたときにはじめて原因債権を行使でき、Bの場合は、債権者は手形債権と原因債権のいずれを先に行使するも自由である。⁸⁴⁾
⁸⁵⁾

A・Bいずれにしても、銀行は取引先との間で反復継続的に行われる手形貸付等のために根抵当権の設定を受ける場合が多い。債権者である銀行が手形債権、原因債権のいずれを行使しても当該債権が履行遅滞になることはありえることであり、これを根抵当権でカバーするのである。通常の手形貸付にあっては、根抵当権がその担保的効力を発揮することになるのであるが、当該根抵当権の元本確定時に債務完済を解除条件とする根抵当権消滅の期待権が債務者に発生することになる。

また、預金担保手形貸付（預担手貸）⁸⁶⁾にあっては、定期預金との相殺合意が相殺の担保的効力消滅期待権を作り出している。

以上、根抵当権を設定して手形貸付をする場合も、預担手貸の場合も、履行を確保する態様としては、Cということになる。

83) 田中・前掲注（75）191－192頁

84) 大判大5・5・24民録22・1019

85) 最一小判昭23・10・14民集2・11・376、最三小判昭40・8・24民集19・6・1435、秦光昭「証書貸付・手形貸付の法律関係」藤林益三＝石井眞司編『判例・先例 金融取引法〈新訂版〉』126頁（金融財政事情研究会、1988）、田中・前掲注（75）192－193頁

86) 総与信に対して定期預金を根担保とする方法のほかに、定期預金の中途解約に代えて、これを担保として同額以内を貸し付ける方法が行われ、単に「預担」とも呼ばれている（三菱銀行「第Ⅲ節 手形貸付」鈴木祿弥＝竹内昭夫『金融取引法大系 第4巻 貸出』169頁（有斐閣、1983））。

③商業手形担保手形貸付（商担手貸）

手形貸付は与信者に借用証書がわりに約束手形を渡す形の融資であるが、商担手貸は、その際、受信者が自己の保有する第三者振出の商業手形を担保として供するものである。手形割引ではなくてかかる商担手貸の形が用いられるのは、受信者の手持ちの商業手形の枚数は多いが一枚当たりの金額は少なく、⁸⁷⁾ 割引に適しない場合に、これをまとめて担保にして手形貸付を受けるからである。

振出人がこの手形金を債権者に支払って、振出人・債務者間の売買代金の問題も債権者・債務者間の融資の問題を一挙に解消されるという形で、担保の方が作動するのがノーマルな事態（自働実現性）⁸⁸⁾ である。したがって、商担手貸の基本的な債権回収は代理受領・振込依頼と同様に、未発生不利益への償いとして手形があり、それによって回収するということになる。

同じ手形貸付でも商担手貸は、担保商業手形の決済金を第一次の回収資源としており、債務者からの弁済は、万一担保手形が不渡りになった時にだけなさる点で相違している。⁸⁹⁾ 万が一のために根抵当権が設定されている場合が多く、不渡りになり、債務者に請求される場合には、その債務不履行のために当該根抵当権が機能し、その元本確定時に債務完済を解除条件とする根抵当権消滅の期待権が債務者に発生することになる。

なお、商担手貸では、債権者たる銀行は、手形貸付の担保として債務者から譲渡担保権の設定を受けた商業手形を受け入れ、この担保手形を期日に取立の上、その代り金を直ちに、あるいは一定期間別段預金に保留した後、貸出金の返済期日に別段預金から引き落として、貸出金の回収にあてるのであるが、銀行が受け入れた商業手形はあくまでも譲渡担保目的であるから、第三者から弁済があった場合、手形は債務者に返還されることになる。⁹⁰⁾

その点からすれば、根抵当権が設定される場合はもちろん、商業手形に譲渡

87) 鈴木禄弥『物的担保制度の分化 民法論文集5』20頁（創文社、1992）

88) 鈴木・前掲注(87) 22頁（『物的担保制度の分化 民法論文集5』）

89) 鈴木=竹内・前掲注(85) 40頁

90) 西尾信一「商手担保手形貸付の法律関係」藤林益三=石井眞司編『判例・先例 金融取引法（新訂版）』131頁（金融財政事情研究会、1988）

91) 西尾・前掲注(90) 132頁

担保の設定をする場合も、履行を確保する態様としては、Cということになる。

5. まとめと得られた知見

担保物権および担保的効力に関する検討結果を以下にまとめ、そこから得られた知見を提示する。

(1) 債権の履行を確保する態様

留置権を除くすべての担保物権および担保的効力は債権の履行を確保する態様としてCを採っている（Aを併有するものとして動産質、Bを併有するものとして不動産質がある）ものといえる。

(2) 期待権

①概括

一般人を標準とした場合、自発的な債務完済への圧力にはなり得ないが、当該債務者個人にとって非常に重要な目的物が留置された場合、当該留置権は自発的な債務完済にむけて当該債務者に対しかなりの程度の心理的圧迫を与えることになる。ただし、このような心理的圧迫は一般的なものではなく、当該債務者個人のみに対する圧迫である。心理的圧迫は人によって個々別々である。

しかし、この心理的圧迫は、一般的にみても担保物権および担保的効力に存在するものといえる。たとえば抵当権の場合、債務者は自発的に債務を完済しなければ、抵当権が実行され、所有する抵当不動産が競売されてしまうという心理的圧迫が一般的に存するものといえる。これを逆に捉えると、債務者は自発的な債務完済をすることにより、抵当権が消滅し、抵当権の負担のない所有不動産を取り戻すことができるのであり、それは抵当権の負担のない所有不動産を取り戻したいという債務者の事実上の期待である。その期待を実現するために債務者は自発的に債務完済をしようとする。そして、この期待を法的地位として捉える場合、それは債務完済によって抵当権が消滅することによって、抵当権の負担のない所有不動産を取り戻せるのであるから、債務完済によって抵当権を消滅せしめる法的地位であるといえる。それはつまり抵当権消滅期待

権（物権消滅期待権）であり、この地位は保護されるべき地位である。なぜならば、債務を完済したにもかかわらず抵当権が消滅せず、効力を維持するものとするならば、債務者に不当な不利益を与えることになるからである。

そして、このような期待権は、担保物権・担保的効力のうち、代理受領・振込指定などの既発生・未発生不利益に対する償いという担保的効力（以下、「不利益補填型」の担保的効力という。）を除くすべての担保物権・担保的効力（以下、「支払担保型」の担保物権、「支払担保型」の担保的効力という）に見出すことができた。

このことは、期待権から来る債務者等の自発的な債務完済を促進させる効力は、不利益補填型を除くすべての担保物権・担保的効力に存するということを意味するとともに、債権の支払の確保という、担保としての最低限の効力・機能に、債務完済を条件とする条件付権利を組み込み、債務者等に期待権を生じさせることにより、新たな支払担保型の担保的効力を作り出せる可能性を示している。

なお、不利益補填型の担保的効力にあって、債務者の債務完済による物権消滅期待権、物権取得期待権等の期待権が生じないのは、支払担保型の担保物権・担保的効力にあっては、当事者、特に債務者が自らの債務弁済を引き受けているのに対し、不利益補填型の担保的効力にあっては、債務者自らは債務弁済を引き受けず、代わりに他の物（者）により弁済する合意が存するためである。この担保的効力がどちらに該当するかを決定するにあたっては、当事者の合理的意思解釈が必要となろう。

②効力消滅型と物権取得型期待権

担保物権、および仮登記担保・譲渡担保・所有権留保を担保物権として捉える場合、債務者は、債務完済による、これら担保物権消滅の期待権を有することになる。物権ではないものの担保的効力を有する場合（相殺の担保的効力）も当該効力の消滅期待権を債務者が有している（以下、物権および担保的効力の消滅期待権を生じさせる担保物権・担保的効力を「効力消滅型」の担保物権、「効力消滅型」の担保的効力という）。

これに対し、担保目的物所有権等の債権者への移転型（不動産買戻特約付売

買契約、再売買の予約完結権)、あるいは譲渡担保を所有権的構成で捉える場合、所有権留保で留保売主を所有権者として捉える場合、債務者の有する期待権は、債務完済により債権者から目的物を取得するという物権取得期待権である(以下、物権取得期待権を生じさせる担保物権・担保的効力を「物権取得型」の担保物権、「物権取得型」の担保的効力という)。

保証についても保証人の有する期待権は保証債務消滅期待権であり、これは保証人自身の債務消滅を期待するものではあるが、債権者からみれば保証という人的担保の消滅であるから、効力消滅型に属するものといえよう。

③不利益補填型の担保的効力の作出

なお、不利益補填型の担保的効力は、代理受領・振込指定をみてわかるように、債務者を通常の債務の弁済から解放し、債権者が、その代わり他の物(者)より回収することを予め合意しておくものである。

形式的には条件付法律行為は現存しているものといえるかもしれないが、当事者間では弁済はすでになされており(あるいは将来時点での弁済が確約されており)、その点では条件は消滅しているものといえる。よって、債務者に債務完済を条件とする期待権は既に存在しない、あるいは生じていないものといえる。

逆にいえば、既存の担保的効力にあっても、債務者に債務完済を条件とする期待権を生じさせない合意をしておけば、不利益補填型の担保的効力を作り出すことができるものといえる。たとえば、債務者は通常の弁済を一切要せず、債権者は債務者の定期預金との相殺でのみ回収することを予め合意しておくことにより、相殺の担保的効力は不利益補填型の担保的効力に変容するのである。このような変容は民法上の担保物権についても行うことができる。たとえば、債務者は通常の弁済を一切要せず、債権者は債務者の有する不動産に設定された抵当権を実行することによってのみ回収することを予め合意しておくのである。

すなわち、合意により、支払担保型の担保物権・担保的効力を不利益補填型の担保物権・担保的効力へ変容させることができるのである。

④物上保証、担保目的物・物権取得期待権の第三者への譲渡

債務者は、物上保証や担保目的物の第三者への譲渡により、債務完済に関する自身への直接的な心理的圧迫を弱めることができる。この場合は、物権・担保的効力消滅期待権から生じる自発的債務完済を促進させる効力も弱まる。なぜならば、債務完済による担保物権・担保的効力消滅の期待権は物上保証人・第三取得者が有するからである（物上保証も物権取得期待権の譲渡にあっても、債務者自身の所有財産上において物権取得・消滅の効果が生ずるわけではないことから、債務者は物権変動期待権を有するものではない。債務者が有するのは、債務消滅の期待権であり、物権的効力を取得する期待権（物権変動期待権）ではない。ただし、債務者も他人による物権取得・消滅につき、条件付権利を有しえると捉えるのならば、物権変動期待権を有するものといえる。）。

なお、この場合、債権者は、債務者から自発的な弁済のなされる可能性は低くなるものの、反対に債務者からの弁済以外での債権回収の可能性が高まるものといえる。

一方、物権取得期待権を第三者へ譲渡することにより、当該期待権は譲受人に移転することから、この期待権から生ずる債務者自身の自発的債務完済を促進させる効力は消滅し、条件成就は他律的となる。もちろん、債務者は、債権者から請求を受け、あるいは譲受人からの第三者弁済後に求償を受ける可能性があることから、債務者は債務完済によってこれら請求権の消滅の利益を受ける地位、すなわち債権者の請求権消滅期待権を有するといえ、この期待権から債務者に債務完済を自発的に促す効力が生じているものといえる。また、債務者は譲受人との間の合意にも拘束されることから、その合意の効力としても債務者に債務完済を自発的に促す効果を生じさせているものといえる。

しかし、もはや物権取得に関心がなくなった債務者に対する効力は物権取得期待権から生ずるそれよりも弱いといえよう。

また、担保権者・担保的効力の権利者も、担保物権や担保的効力において担保目的物や物権取得期待権の第三者への譲渡により期待権の実現が他律的になることを覚悟しなければならない（物上保証は当初から他律的である）。これを防ぐためには、当事者間で担保目的物もしくは物権取得期待権の譲渡禁止を合意するしかない。

その代わり、担保権者・担保的効力の権利者は、物上保証人、担保目的物の第三取得者、そして期待権譲受人からの第三者弁済の可能性が高まる。

なお、第三取得者が担保目的物を担保物権・担保的効力負担付で取得する場合、あるいは第三者が物権取得期待権を取得する場合は、債務者から債務の負担を引き受けるべく、取得価額は被担保債権相当額を控除して算出される場合が多いと思われる。この場合は、被担保債権を第三取得者・譲受人が弁済することになることから、支払担保型であった担保物権・担保的効力は不利益補填型の担保物権・担保的効力へ変容することになる。

⑤手形割引・商担手貸と担保的効力

また、手形割引および商担手貸にあっては、不利益補填型の担保的効力を作出するために、手形が金融機関に引き渡されるのである。しかし、手形割引にあっては、当該割引手形の期日決済がなされず、またはその危険が生じた場合に、売主に対し買戻請求がなされるのであるが、この段階に至った場合には、売主の買戻代金支払債務につき何らかの手立てをしないかぎり無担保状態となってしまう。この点は商担手貸についても同様である。譲渡担保に供した第三者振出の商業手形が不渡りになった場合には、やはり無担保状態になる。

そこで、債権者は売主（商担手貸については債務者、以下同じ）から根抵当権の設定を受けたり、売主の定期預金との相殺予約の合意をしたりするのである。すなわち、手形割引および商担手貸にあっては、第一段階の担保として、手形による不利益補填型の担保的効力、第一段階の担保的効力が機能しない場合に、根抵当権・相殺の担保的効力が第二段階の担保的効力として機能し、債権回収をより確実なものとするのである。

同様のこととは代理受領・振込指定でもいえる。これらは不利益補填型の担保的効力であるが、期限に第三債務者からの受領・振込がなされるとは限らず、当該担保的効力が機能しない場合にそなえて予め他の担保的効力を具備しておくことが必要となる場合があるであろう。

このように手形割引および商担手貸にあっては、既存の支払担保型の担保物権・担保的効力を第二段階の担保として組み込むことにより、債権回収をより確実なものとさせているのであるが、これは他の不利益補填型の担保的効力に

ついても、それが機能しない場合に備えて適用できるものである。たとえば、債務者は通常の弁済を一切要せず、債権者は債務者の有する債権に設定を受けた債権質行使することによってのみ債権回収を図るとの合意をしている場合（すなわち、債権者は被担保債権に債務不履行が生ずることを予め容認している場合）に、第三債務者からの取立てが不発に終わった場合にそなえて、債務者の他の財産に質権の設定を受けるなどである。

あるいは第一段階の不利益補填型の担保的効力がかならず機能するものであっても、被担保債権が第一段階の担保的効力によって回収できる金額よりも多く、その金額がある程度判明している場合にも適用できる。たとえば、債務者は通常の弁済を一切要せず、債権者は債務者の有する不動産に設定を受けた抵当権の実行によってのみ債権回収を図るとの合意をしている場合（債権者は被担保債権に債務不履行が生ずることを予め容認している場合）に、被担保債権が当該抵当権における担保不動産の価値を上回る額につき、債務者の別の不動産に抵当権の設定を受けておくなどである。

債務者の期待権に着目するならば、第二段階の担保物権あるいは担保的効力の設定によって、債務者に債務完済を条件とする期待権を生じさせ、債務者の債務完済を自発的に促す効力を発生させているのである。

なお、手形貸付にあっては、貸付の借主が貸主である銀行を受取人として約束手形を振り出すものであるから、手形割引・商担手貸とは異なり、当該約束手形はなんら担保の役目を果たしておらず、通常の資金融資（証書貸付）と同じで、そのままでは無担保の状態である。この無担保状態を解消するために、根抵当権・相殺の担保的効力を活用し、借主に効力消滅型の期待権を生じさせるのである。

(3) 条件付法律行為と同様の条件成就効果の作出

①効力消滅型の期待権

担保物権、仮登記担保・譲渡担保・所有権留保のうち担保的構成を探る場合、保証、相殺の担保的機能が該当する。

担保物権には消滅における附從性が観念でき、担保的構成を探る場合にもそれが見いだされるものとされている。

債務者によって被担保債権が完済され、消滅における附従性によって担保物権等が消滅することにより、債務者は担保物権等の負担のない目的物を取り戻しするのであるが、そこでは消滅における附従性が物権消滅期待権に関する条件成就による効果発生に寄与しているのである。つまり、物権消滅期待権がただちに実現するのは、当事者間の合意でもなく、法律上の規定でもなく、担保物権の通有性である被担保債権との従属性（附従性）なのである。

保証にあってはその法的性質である消滅における附従性が保証債務消滅期待権のただちの実現に寄与している。

物権以外の担保的効力にあっては、附従性がないため、合意により条件付法律行為の成就の効果と同様の効果を作り出している（相殺の担保的機能）。

なお、仮登記担保を、一定の物権的効果を付与する契約を規制するにすぎないとして、担保物権性を否定する見解もここに該当し、債務者は契約消滅期待権を有する。停止条件付代物弁済契約にあっても、代物弁済予約にあっても、停止条件付権利の不成就の効果によってただちに契約が消滅するのである。

ところで、消滅における附従性との関係で期待権が実現する担保物権・担保的効力・保証にあっては、消滅における附従性との関係ではあるものの、結果的に、債務完済により、被担保債権が消滅すると期待権もただちに実現して消滅することになる。また、期待権は被担保債権が成立しなければ発生しないものでもあり、被担保債権との関係を捉えれば、結果的に、期待権は被担保債権に従属するということができよう。すなわち、結果的にではあるが、ここでの期待権は附従性ある期待権となっているのである。

②物権取得型の期待権

一方、債務者が物権取得型の期待権を有する担保的効力の場合、すなわち、譲渡担保で所有権的構成を採る場合、所有権留保で留保売主を所有権者として捉える場合では、まさしく契約に定めた条件付法律行為そのものの条件成就の効果によって、ただちに期待権を実現させている。

受戻権にあっては、形成権である受戻権行使の効果によって、ただちに期待権を実現させているのである。

なお、物権的効力を認められているも、被担保債権との従属性のない担保的

効力（不動産買戻特約付売買契約、再売買の予約完結権）にあっては、2段の条件を課し、1段目の債務完済では実現しない物権取得の効果を、2段目の条件成就により実現させる（売買契約の解除権行使、再売買の予約完結権の行使）構成が採られている。

再売買の予約完結権の行使によってただちに期待権が実現するのはこの予約完結権の効力であり、不動産買戻特約付売買契約では買戻権の行使によってただちに期待権が実現する仕組みを解除権の効力を借用して達成している。買戻権行使では解除権を借用していることから、民法127条2項の規定にはない遡及効が作出されており、民法127条3項に定める、当事者がそのような意思表示をしたかのごとき効果が作出されている。

以上からするに、担保物権・担保的効力にあっては条件付法律行為における条件成就の効力を作出するためにさまざまな法的効力を借用しているものといえる。

（4）条件付権利と担保物権・担保的効力

これまでみてきたとおり、担保物権もしくは担保的効力は、債務者に債務不履行が生じた場合に債務者の重要な所有物を売却する、あるいは債権者がその所有権を取得するなどの構成を採っており、債務者に債務不履行をさせないという心理的圧迫を生じさせることから成り立っているものといえる。これは裏を返せば、債務者が債務を完済することによりその重要な所有物を売却されない、あるいは所有権を債権者に取得されないといった期待を生じさせているのである。債権者からすれば債務者の債務不履行という条件成就によって担保的効力を行使することができる。これが担保的効力の根幹であるといえよう。それは同時に債務者からすれば債務完済という条件を成就させることにより、上記期待を実現させることができる。これが担保的効力に包含された債務者の有する条件付権利であり、債務者は期待を実現すべく、自発的に債務完済をしようとするのである。

担保的効力はこのような条件付権利を根幹として、これに優先弁済的効力が付加され、担保的効力となり、さらに留置的権能、使用収益権能、換価優先弁済権能のいずれかあるいはすべての権能が付加され、その範囲で排他的支配力

が具備されることにより、担保物権と化すものといえるのではないだろうか。

6. 他の法的構成と担保的効力

担保物権および担保的効力には、条件付法律行為と同様の要件と効果が組み込まれていることを確認できた。

ここでは、一部の見解によって担保的効力を有するものと考えられているもの、担保的効力になりうるものと一般に考えられるものにつき、条件付法律行為と同様の要件と効果がどのように組み込まれているかを検討し、そのうえで担保的効力としての要素を満たしているかどうかについて検討する。

なお、担保的効力といえるためには、債権の支払の確保という、担保としての最低限の効力と機能を有することが必要であるが、そのためには担保物権の効力である優先弁済的効力もしくはそれと同様の優先弁済を受けられる機能を有することが必要になる。

また、検討の対象としては無数に考えられるであろうが、ここではある程度知られているものとして、債権者代位権、強制執行の合意、損害賠償額の予定と解除権を対象にする。

(1) 債権者代位権の包括的担保権説

債権者代位権の効力に包括的担保的効力を主張する見解が從来から有力に主張されていることから、まずは実際に債権者代位権が担保的効力として機能するかどうかについて検討する。

債権者代位権の存在理由を再検討し、現実的機能を正面から肯定し、その理論的説明を提示する見解として、包括担保権説がある。この見解は、代位権とは、フランスにおける直接訴権 (action directe)⁹²⁾ 的に解するとすれば、「その根拠を一般に債権者の有する共同担保に対する権利に求めるべきであって、強いてこれを表現すれば、そのような権利を根拠とする包括的担保権的なもの」⁹³⁾

92) 自己固有の名で債務者に対する請求権を行使できる訴権である（平井宣雄『債権総論』261頁（弘文堂、第二版、部分補正、1996））。

と理解するのである。⁹⁴⁾

債権者代位権は、代理受領および振込指定と同様の債権の確実回収方法ともいいうが、状況においては代理受領とは異なる回収方法である。たしかに代理受領および振込指定と同様、不利益について償いをするものという点では同じであるが、代理受領および振込指定はあらかじめ債務者との間で債務者自ら弁済しない代わりに債権者が代理受領および振込指定という方法で債権回収することを合意しているものであり、債権者代位権は債権者が債務者による自発的な弁済を期待していたにもかかわらず、それがなされないためやむなく行使するものであり、また代理受領および振込指定のような債務者との合意がないのが通常である。

ただし、機能上、債務者が第三債務者に請求しうる権利（一般債権、物権法上の権利たる登記請求権など）を有する場合のみ、債権者代位権を包括担保権として行使しえることは間違いないし、債権者代位権には債権の支払の確保という、担保としての最低限の担保的効力・機能があることに疑いはない。しかし、他の債権者も同様にこの担保的効力を行使できるので、排他性はなく、当

93) 平井・前掲注 (92) 261 – 262 頁。代位権に権利濫用法理が適用され得るために、平井宜雄教授は、「代位権を単に債権保全のために債務者の権利を行使できるにとどまる権利だと規定するのを捨て、債権者が自己の債権を回収するための債権者固有の権利であ」ると解すべきであるとしている（同「債権者代位権の理論的位置 — 解約返戻金支払請求権の差押えおよび代位請求を手掛かりとして』『民法学雑纂 — 平井宜雄著作集III』352 頁（有斐閣、2011））。なお、佐藤岩昭教授は、「包括担保権」は民法 423 条を根拠条文として代位債権者に直接訴権の行使と同じ効果を一般的に与えることのできる権利と考えるべきであって、それはもはや債権者固有の権利であるから、「一般的直接請求権」と呼ぶべきであるとする（同「債権者代位権に関する基礎的考察 — 解釈試論のための理論的基礎付けを求めて —」能見喜久=瀬川信久=佐藤岩昭=森田修編『民法学における法と政策』307 頁（有斐閣、2007））。

一方、包括担保権説は、一般には、債権者代位権の行使には無資力要件が必要であるとするも、被保全債権が代位行使される権利によって担保される関係が密接であるほど（被保全債権が被代位債権によって担保されている場合、すなわち、被保全債権が被代位債権によってのみ弁済されうる関係にある場合には）、無資力要件は不要であるとする（角紀代恵『基本講義 債権総論』166 頁（新世社、2008））が、債権者代位権の行使が「包括担保権」の行使であるなら、なぜ、債権者が自己の担保権を行使するに際して無資力要件が課されるのかにつき、理論的説明ができない、との批

然に物権的効力を有するものではないものの、一度行使した場合には、被保全債権も被代位債権も金銭債権である場合には、事実上の優先弁済を受けうるのであり、担保的効力の一つとして行使後における優先弁済的効力という物権の一般的効力を有するものといえよう。

債務者としても、債務完済を条件として、自己の有する債権に対する債権者代位権の行使を免れるという期待権を有するものといえ、あらかじめ、ある債権者が債務者との間で、債務が完済されないことを条件に、債務者の有する特定の債権に債権者代位権を行使する旨を合意しておくことにより、債務者への拘束力を強めることができる。債務者からすれば、債務完済を条件として合意による債権者代位権の消滅につき強い期待権を有することになる。債権者代位権の包括担保的効力を重視するのであれば、債務発生と同時に生ずる債権者代位権の包括担保的効力につき債務完済を条件とし、その条件成就により消滅せしめるのであるから、この条件は解除条件であるといえよう。

なお、その合意内容が、債務者による被保全債権の自発的な完済を一切要せず（もちろん被保全債権が弁済期にあることが必要になる）、弁済期到来による債務者の有する特定の債権を被代位債権とする債権者代位権の行使を合意する場合は、代理受領および振込指定と同様、不利益についての償い、すなわち、不利益補填型の担保的効力ということになり、その場合は、債務完済を条件とする合意による債権者代位権の消滅を解除条件とする期待権は債務者に生じない。

ところで、民法（債権関係）の改正に関する要綱では、第15 4第1文で、「債権者は、…被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。」とされ、2文で「この場合において、相手方が債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、被代位権利は、これによって消滅する。」とされ、⁹⁵⁾大判昭10・3・12民集14・482の立場と同様、従来どおり債権回収機

判がなされている（角・前掲166頁）。

94) 中田・前掲注(23)208頁

95) 法制審議会第174回会議（平成27年2月24日開催）

能を残すものとされている。要綱どおりの改正であれば、債権者代位権の担保権的機能は維持されることになる。

(2) 強制執行の合意と担保的効力

債務者の有する特定の物に対する強制執行を予め合意しておくことにより、担保的効力を作出することができるのであろうか。

債権者は債務者によって債務完済がなされない場合に、予め合意した特定の物を差押え、強制執行を行い、その競売代金から回収を図るのである。この合意では、債権の支払の確保という、担保としての最低限の効力と機能を有している。

また、この合意には、債務者による債務完済という解除条件を成就することにより、ただちに当該合意の効力が消滅するのである。すなわち、債務者による債務完済を条件とする条件付法律行為（債務完済を解除条件とする強制執行の合意）と同様の要件・効果を組み込むことにより、債務者には当該合意の消滅期待権が生じ、債務者は当該期待権を実現すべく、自発的に債務完済をしようとするのである。

この合意はこのように債権の支払の確保を有するものの、債権者には優先弁済的効力はないことから、かならずしも債権の全額が回収できるものではない。

なお、債務者による自発的債務完済を一切要せず、広義の債務不履行を容認し、債務者の有する特定の物に対する強制執行からのみ回収することを合意する場合は、不利益補填型の担保的効力ということになるが、債権者には優先弁済的効力がないことから、この場合も、当該強制執行によって債権の全額をかならずしも回収できるとは限らないのである。

(3) 損害賠償額の予定と担保的効力

損害賠償額の予定において、予定される損害賠償額を通常のものよりもいくぶん高くすると、債務者は期日に返還するよう努めることになる。損害賠償額の予定は債権の支払の確保という、担保としての効力・機能を有するものではなく、あくまでも債務不履行によって生じた損害の賠償であり、債務本来の弁済ではないことから、担保的効力ではないが、債務者に一定の心理的圧迫がか

かっている。これを別の面からみると、期日での債務完済という解除条件成就により、債務者は予定されている損害賠償額を支払わなくとも済むという期待、すなわち、損害賠償額の予定の効力を消滅せしめる地位たる期待権を有するものともいえる。債務者は、期日に債務完済をしたにもかかわらず、損害賠償の予定額の支払を余儀なくされるべきではなく、この法的地位は保護されるべきである。

期待権者の期待実現の大きさは心理的圧迫の大きさに比例するともいえ、これを利用することにより、担保的効力を作出するものではなくとも、債務者に自発的な債務完済を促進させる効力を作出することができる。

(4) 解除権と担保的効力

解除権を利用する方法が考えられる。たとえば、売買契約で売主が目的物をすでに給付し、買主が代金を支払っていない場合、代金を支払わなければ解除との合意は、債権の支払の確保とは異なるも、解除による原状回復によつて代金に相当する売買目的物を取り戻すことができ、損害が生じている場合はその損害を埋め合わすべく損害賠償請求もできることから、巻き戻し的な債権の支払確保ということになろう。これを買主側から見た場合、買主は、代金完済を解除条件とし、条件成就により解除権が消滅するという条件付権利、すなわち、解除権消滅期待権を有することになる。

真正な担保的効力とはいえないが、債務者に代金債権の完済を自発的に促進させる効力が生ずるものといえる。

(5) 検討結果

検討結果として次のことがいえるであろう。

まずいえることは、条件付法律行為と同様の要件と効果が担保的効力の土台にあるということである。検討したすべての効力において債務者に条件付権利すなわち期待権が生じている。そして、担保的効力に至らないものであつて、条件付権利を根幹とした仕組みを構成することにより、債務者による債務完済を自発的に促進させる効力を作り出すことができる（損害賠償額の予定、解除権）。

次に、債権の支払い確保にあって優先弁済的効力は必要な効力であるということである。

債権者代位権は、被保全債権および被代位債権が金銭債権である場合には、代位債権者は事実上の優先弁済を受けることができ、債権者は債権の支払をある程度確保することができるのに対し、優先弁済的効力のない強制執行の合意にあっては、債権全額の支払い確保がかならずしも実現するとはかぎらないのである。

これに対し、債権者代位権は、包括担保権説が主張するように、事実上の優先弁済的効力を有している。しかし、債権者代位権はすべての債権者が行使できることから、ある債権者が債務者の債務不履行を契機として債権者代位権を特定債権に対して行使する旨の合意があつても、その効力は当事者間に限定されるものであり、債権者代位権の行使につき早い者勝ち状態であつて、他の債権者によって債権者代位権を先に行使されてしまった場合、債権の支払い確保が実現しない。特定の債権者だけが債権者代位権を行使できるようにするためにには、その行使につき抵当権等の担保物権が有している排他性が必要になる。債権者代位権の中にこのような排他性を作出することはできないことから、債権者代位権は、債権の支払い確保を確実にするための担保的効力を有しているとはいえない。

損害賠償額の予定にあっても予定された損害賠償額の支払につき、優先弁済的効力はなく、解除権にあっても、単に契約が解除されるだけであり、債権の支払い確保とは無関係である。

以上より、ここで検討した効力はすべて担保的効力ではないということになる。

7. おわりに

本稿のように債務者の条件付権利、すなわち期待権に着目した場合、条件付権利が担保物権・担保的効力の根幹をなしている旨につき、わが国民法が影響を受けたフランス・ドイツの担保物権・担保的効力等についても、今後、確認していきたい。⁹⁶⁾さらに、ドイツ民法・フランス民法が影響を受けたローマ法に

おいても確認し、本稿のような捉え方の妥当性を証明していきたい。

なお、ローマ法において、債務履行を物的に担保する最初の方法は、債務者がまたは第三者が握取行為によって担保物の所有権を債権者に移転するとともにかかる債権者と締結する信託 (*pactum fiduciae*、*fiducia cum creditore contracta*)⁹⁹⁾ であった。手続としては、買戻約款を付して買主たる債権者に対し売却する方式が採られていた。¹⁰⁰⁾ この点はわが国の不動産買戻特約付売買契約と類似する。さらに債権者への占有引渡しなしに設定されることもしばしば行われていたことから、その場合は譲渡担保と類似するものであったといえる。このことは債務者に物権取得期待権が生じることを意味している。債権者占有型の信託の場合は、債権者は債務者（あるいは第三者、以下同じ）による支払額の返還とひきかえに担保目的物を債務者へ再譲渡する義務を負うことになる。債務者への担保目的物の所有権移転は、債権者によって返還義務が履行されることによりはじめて実現するものであるから、条件付権利とはいえないが、それに類似するものといえ、債務者は期待権と類似の権利を有するものといえるのではないだろうか。

96) ドイツにおいて譲渡担保および所有権留保にあっては条件付権利が根幹をなしており、イギリスの不動産質權たる譲渡抵当 (mortgage) も古典時代においてそれが確認できる（注 29 参照）。ドイツにおいては被担保債権との附從性が緩和されている土地債務 (Sicherungsgrundschuld) があるが、その設定契約には実行要件、消滅要件などが規定され、その内容はまちまちである。しかし、債務者が約定債務を履行することにより土地債務を実行されない、あるいは消滅するといった期待権を債務者が有するといえ、ここでも条件付権利が当該担保物権の根幹をなしているものといえる。なお、被担保債権との附從性が緩和されている担保物権・担保の効力は欧米各国に存在する ([http://www.pfandbrief.de/cms/bcenter.nsf/0/D3B276B590CFD3D7C125772E0049AA69/\\$File/Schriftenreihe_Band_43.pdf](http://www.pfandbrief.de/cms/bcenter.nsf/0/D3B276B590CFD3D7C125772E0049AA69/$File/Schriftenreihe_Band_43.pdf), Stöcker / Stürner, Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa, Band. III, 2. Erweiterte Auflage, Berlin 2010 (Bd. 43 vdp-Schriftenreihe), p. 53.)。

97) ドイツはローマ法を継受している（オッコー・ペーレンツ＝河上正二『歴史の中の民法——ローマ法との対話』40 頁（日本評論社、2001））。

98) フランス民法典の中でも物権法や債権法ではローマ法の影響が顕著である（オッコー＝河上・前掲注（97）45 頁）

99) 船田亨二『ローマ法 第三卷』668 頁（岩波書店、改版、1970）

100) 船田・前掲注（99）668 頁、柴田光蔵『ローマ私法概説』242 頁（創文社、1979）

そして、イギリスの古典時代における不動産質権たる譲渡抵当がそうであるように、債権者は債務者の債務不履行（解除条件不成就）によって完全に担保目的物の所有権を保持しえることになるのであるから、やはり条件付権利あるいは類似の権利が信託の根幹をなしているといつても間違いではなかろう。

この点は、債権者非占有の信託にあっても、同様である。

その後信託制度に遅れて発展したと想定される質制度も類似の経過を考えることができるとされている。¹⁰²⁾また、すでに共和制のうちに、質権が附従的であるという原則が形成され、債権が消滅する場合には、質権も消滅するとされた。¹⁰³⁾質権のうちの債権者が担保目的物を占有する形式（以下、占有質という）にあっては、債務者は担保目的物の占有を債権者に移転するにとどまり、信託つき所有権移転の方法よりも債務者に危険の少ない方法であるとして用いられた。¹⁰⁴⁾ローマにあっては、債権者占有型の信託では所有権が完全に債権者に移転してしまい、同一の客体を他の債務の担保に利用することができないことを理由とし、債権者非占有の信託が用いられるなど、とりわけ債務者の権利保護が重要視されている。¹⁰⁵⁾したがって、債務者による債務完済により質権が消滅するという附従性は債務者保護のために考え出された担保物権の性質であると捉えることはあながち間違いとはいえないのではないだろうか。¹⁰⁶⁾債務者側に立った発想として、債務者は債務完済を解除条件として質権の消滅を期待する物権消滅期待権を有するとの考え方は、ローマにおいても妥当し、債権者からしても債務者の債務不履行（停止条件成就）によって債権者は所有権を取得し、または売却権

101) 柴田・前掲注（100）243頁

102) 注31参照

103) 船田・前掲注（99）672頁、柴田・前掲注（109）244頁。柴田光蔵博士によれば、信託は、古典期の終わりには衰退し、ユストニアヌス帝によって、古典期の法源から修正を通じて除去され、この修正によって、質が設けられたとする。

104) 柴田・前掲注（100）243頁

105) 柴田・前掲注（100）248頁

106) 船田・前掲注（99）673頁

107) 占有質の変形として、債権者に占有を移転しない抵当（hypotheca）も利用されており（オッコー＝河上・前掲注（97）208頁、船田・前掲注（99）674頁）、これが現在の抵当権に発展するのであろう。占有質で消滅における附従性が債務者のために存することが確認されたならば、抵当権における附従性も債務者のためということにな

を行使しえるのであるから、条件付権利が質権の根幹をなしているものといえるのではないかと思われる。

また、担保物権の附從性に目を転じると、相殺などの担保的効力につき、債務完済によって相殺の担保的効力が直ちに消滅するのは、本稿で指摘したように条件付権利の効力であるとするならば、担保的効力が時代の変遷により担保物権と化すという手順を経ることが通常の過程であるならば、担保物権の被担保債権における附從性の原点は条件付権利ということになる。すなわち、ローマにおける当初の担保権たる信託において、債務者による債務完済があつても債務者への所有権復帰は直ちに生ぜず、債権者による返還義務の履行によってはじめて所有権が債務者に復帰するものであったが、時代の変遷とともに、債務完済によって当然に所有権が債務者に復帰するといった条件付権利に変じ、ついで、債務者の利便を考慮して編み出された、占有だけを債権者に移す、質権にあっては、条件成就の効果として質権（担保物権）の消滅が導かれるようになり、その過程で遡及効が消滅し、附從性へとつながったのではないかということである。

ところで、担保物権・担保的効力は条件付権利を根幹として組み立てられているという本稿の主張が正しいとするならば、民法130条の適用が問題となる。つまり、譲渡担保での所有権的構成、および所有権留保での担保権的構成以外の構成における債務者（所有権留保にあっては留保買主）の有する権利は、まさしく条件付権利であるから、民法130条が当然に適用されるのであるが、さ

る。

108) 占有質権設定にあたって、当事者の多くは債務不履行の場合に質物が質権者の所有に帰すべきこととする流質特約を付した。これにより、質権設定契約は、質権を設定するというよりはむしろ停止条件付きに所有権を移転するものとなった。すなわち、質物の占有引渡しを受けた質権者は、債務不履行という条件成就によってただちに質物の所有権を取得できたのである（船田・前掲注（99）686頁）。ここでは債務不履行を条件とする停止条件付権利が当該質権の根幹をなしていたものといえる。なお、この方式は設定者たる債務者にとって危険の多い方法であるとして、共和政末期以来、特約なくとも債権者は債務不履行により質物を売却する権利を有するとされるに至った（船田・前掲注（99）687頁）。

109) したがって、債務者による債務の弁済につき、債権者の受領拒絶が故意かつ信義則

らに、それ以外の担保物権・担保的効力についても民法130条が類推適用される要件を有しているといえるのではないだろうか。¹¹⁰⁾

ローマ法では、債権者による受領遅滞は信託において債務者への再譲渡の請求原因とされ、質権でも債権者の受領遅滞は消滅原因とされていることから、受領遅滞により担保物権・担保的効力が消滅するのである。このように、民法130条と類似の効果が実現されている点は、ローマ法においても、担保権が条件付権利を中心に組み立てられているとする一つの証拠であると捉えてもあながち間違いとはいえないであろう。

以上

(本学法学部教授)

に反する程度であったならば、民法130条により、債務者の方的意思表示によって、条件が成就したものとみなされることから、譲渡担保にあっては、債務者の有する条件付権利につき、解除条件が成就したものとみなされ、目的物所有権が債務者に復帰し、債務者の物権取得期待権は実現する。所有権留保にあっても、停止条件が成就したものとみなされ、その効果主張により、売買契約の効力が生じ、売買目的物の所有権が債務者に移転し、債務者の物権取得期待権は実現するのである。

110) 民法130条が類推適用された場合、担保物権消滅期待権であれば、抵当権等の担保物権は消滅し、債務者の期待権は実現する（担保物権の負担のない担保目的物を有することになる）。相殺の担保的効力であれば、相殺の担保的効力が消滅し、債務者の期待権が実現する（定期預金等の債権を相殺されないですむことになる）。

保証債務であれば、債権者が債務者からの弁済あるいは保証人からの第三者弁済の受領拒絶が故意かつ信義則に反する場合には、解除条件が成就し、保証債務が消滅し、保証人の期待権が実現する。

また、2段の条件が組み込まれている不動産買戻特約付売買契約にあっては、債務完済が不動産買戻権の行使を直接的に導くものではないが、債務完済は不動産買戻権の行使条件であることから、債務完済を妨害したことにより不動産買戻権の行使を妨げたとして、不動産買戻権が行使されたと同様の結果を導くものと解され、これにより買戻特約付売買契約は解除され、債務者の物権取得期待権は実現する。再売買の予約完結権にあっては、再売買の予約完結権の行使条件である債務完済を妨害したことにより予約完結権の行使を妨げたとして、再売買の効力が生じ、債務者の物権取得期待権は実現するのである。

債権者は、自ら生じさせた、故意かつ信義則に反する受領遅滞の責任を負うことになる。それによる債務者の不利益は、一つには、債務者の民法130条の（類推）適用の一方的意思表示によって、担保物権もしくは担保的効力消滅という形で、あるいは権利行使されたものとして、解消されるのである。

もちろん、債務者全体の損害を考える場合、不法行為の要件を満たすことから、償われない損害がある場合は損害賠償請求ができるであろうし、見解によつては債務不履行責任も追及できる（奥田昌道『新版 注釈民法（10）I 債権（1）債権の目的・効力（1）』523頁〔奥田昌道＝潮見佳男〕（有斐閣、2003））であろう（その場合は請求権競合）。

なお、民法130条が適用され、条件が成就したものとみなされたとしても、債務はすべてが履行されたわけではなく、完済されるまでは、依然として無担保・担保的効力のない状態等で存続するのである。

111) 柴田・前掲注（100）245、251頁