

担保法制の理論的構造と現代的課題

神 田 秀 樹

1. はじめに
2. 担保の目的と機能
3. 担保法制の現状
4. 与信取引をめぐる環境の変化
5. 現代担保法制の課題
6. むすび

1. はじめに

担保法制の目的は、担保付与信を行う者に対してその経済的なニーズに応じた「法的保護」を与えることによって、担保付与信を望む債権者・債務者の両当事者にそのニーズに応じた与信取引を可能とすることにある。しかしながら、よく知られているように、昔から、担保の分野においては、経済的な実体と法的な形式との間には齟齬があった。例えば、法的には譲渡という形式をとりながら、経済的には担保を意図する「譲渡担保」と呼ばれる取決めが広く利用され、判例・学説は、そのような取引の法的有効性を承認するとともに、その法的な効果について、経済的な実質を重視した「担保的構成」を法解釈論として築いてきたのは、著名な一例である。そのほか、不動産の仮登記担保のように、まず判例によって「担保的構成」が確立し、それがそ

の後、立法によって制度化された例もある。

現代における企業活動の複雑化や有価証券のペーパー・レス化は、担保の対象となるべき物件の変容と多様化をもたらしめている。金融資産を担保にとる場合にはそのキャッシュ・フローを直接担保にとるといったことも行われ始めている。また、各種の市場リスクの増大は、不動産や各種の金融資産を担保にとる場合の担保管理のあり方についての再考を必要とさせつつある。そのような経済実体の変化に現在の法制が十分に対応可能なものか、そしてまた、21世紀に向けた担保取引の将来を展望すると、法制はどのような課題を抱えているかが問題となる。

戦後わが国に存在してきた「有担原則」という実務慣行は、近時大幅に崩れ始めているが、それは単に担保付与信は国民経済的な意味において効率性を欠くということを意味しているのか、それとも、従来型の担保付与信

本論文は、筆者が1990年10月から2年間にわたって日本銀行金融研究所の客員研究員を務めた際に行った研究を基礎として若干の加筆・修正をしたものである。研究に際しては日本銀行金融研究所の方々から多大な助力と示唆を得た。記して感謝したい。なお、本論文については筆者のみが責任を負うことはいうまでもない。

に代わる、より効率的な「現代型担保付与信」が利用可能かつ必要な状況になりつつあることを示唆しているのかという問題を提起している。

本論文は、担保法制（法学では担保物権法と呼ばれる領域）の背後にある理論的な考え方を整理するとともに、今日の経済実体に即した担保付与信の課題を検討し、法制面における問題点と課題について、いくつかの一般的な提言を行うことを目的とする。

2. 担保の目的と機能

(1) 担保概念

「担保」という概念は、法律上の概念であるとともに、実務上の概念でもあるが、これを正確に理解することは困難な面がある。その理由の1つは、法律上の担保概念と実際上の担保概念との関係が必ずしも密接なものとはいえないことにあると考えられる。すなわち、例えば「所有」あるいは「所有権」という概念を考えてみると、これも法律外の文脈においても使われる概念ではあるが、実際に使われる「所有」概念は法律上の「所有権」概念とほぼ同一であるか、またはかなり密接な関係がある。例えば、Aが時計を「所有」といえば、法律的にもAに「所有権」があることを意味する場合がほとんどであるといっていよい。

ところが、例えばAがBから借金をして、自分の時計を「担保」としてBに渡したという例を考えてみると、BがAの時計に法律上どのような権利ないし利益を有することになるのかは必ずしも自明ではない。わが国の現在の民法のもとでは、Bは「質権」を取

得するか（民法392条）、または譲渡担保権（判例理論によって確立された権利）を取得するかはのいずれかであると考えられるが、仮にこの場合、質権成立に関する民法の要件を満たしている場合であっても、なお譲渡担保であると解釈される場合がありえ、結局のところ、そのいずれになるかは当事者の合理的意思解釈によることとなる。

しかも、より複雑なことは、上記の例で、例えばAがBに対して「私の時計を5万円で譲渡します。そして、1年後に5万5千円で買い戻します」と約束したら、法的には「売買」なのか「譲渡担保」（年利10%での借金）なのかは必ずしも明らかでない。明らかなことは、そのような合意は契約自由の原則により法的に有効であるという点くらいである。しかしながら、よく知られているように、A・B間の契約が法的に売買であるか借金（金銭消費貸借）であるかは、例えば上記の5万5千円が7万円であったとすると、もし消費貸借であるとする利息制限法の適用があるというかたちで、結論に影響を及ぼすこととなる可能性がある。¹⁾

要するに、「担保」概念は、例えば「所有権」概念と比較した場合、第1に、その実際上の概念が広がりを持った概念であり、第2に、法律上の担保概念は「あるべき法律上の担保概念」（そういうものが存在するとして）からみると限定的である。したがって、法律上の担保概念は過不足を生ずることが避けがたい。換言すれば、実際に行われる関係当事者間の合意は、「担保」に関する既存の法制のもとでは、これを過不足なく位置づけることが困難である場合が少なくない。

1) 手形割引が売買か消費貸借かという問題について、例えば、神田秀樹[1990]参照。

(2) 担保の目的と機能

イ. 弁済の確保

なぜ債権者は担保をとるのか。非法律的に言えば、それは安心だからであると理解されているようである。Aに年利10%で5万円を貸し付けたBは、Aの時計（例えば時価7万円とする）を「担保」としてとっておけば、1年後にAが借金を返済できなくなったとしても「安心」である。

このことを法律的にみると、BはAの他の債権者との関係で、Aの有する特定の財産を担保の目的物（以下本論文では「担保物」と呼ぶことがある）としてAの一般財産から分離し、Bはその財産について自己の有する債権（被担保債権）の回収に関して「優先弁済受領権」を取得することになる。

そうだとすれば、担保概念にとって決定的に重要な法的保護は、債権者が「安心」を合意したはずの場合に、それが既存の法律上有効な「担保」であるとされることではなく、「責任財産の分離」と「優先権」とを法律上有効に取得することである。換言すれば、第1に、債権者にとってこれらが確保される限り、法律上は「担保権」であっても、「所有権」であっても、その他どのような権利であっても差し支えないわけであり、現在の法制に即していえば、法律上は担保権「以上」の権利を取得していればよいこととなる。また第2に、債権者が担保物を自ら管理・保管すべき必然性はない。第三者が担保物の管理・保管を行うという仕組みの方が優れている場合も十分ありうる。

このように考えると、法制としては、現在の法制のように（後述参照）、一定のタイプに限定した担保権というものを用意することはせず、端的に「責任財産の分離」と「優先権」とを制度として用意し、あとは、例えば所有権制度だけを用意しておく方が簡明なのではないかという問題提起をすることができる。²⁾

なお、現在の法制のもとでは、実際の取引において、両当事者が法律上担保権「以下」のものを望む場合もないではない（例えば、いわゆる代理受領や振込指定と呼ばれる取決めやネガティブ・プレッジ条項がその例）。当事者がどの程度「強い」担保権を合意するかは、両当事者の力関係や問題となる取引の性質等によって決定されるわけであるから、実際に法律的には担保「以下」の合意がなされる場合があることは不思議ではない。このことは、逆にいえば、現在の法律は一定のところに「担保権」としての線を引いているために、その線との関係でみれば、実際上のニーズは「弱い担保」から「強い担保」に至るまでの連続線のいろいろなところに位置づけざるをえないことになる。「担保権」という法制度の立て方がはたしてベストなものかどうか問われる必要がある。

ロ. 債権回収コスト

債権者にとっては、担保を取得しておけば債権の回収に関する費用を節約できると考えられる場合が少なくない。例えば、先に挙げた時計の例で、BはAの時計を担保にとっておけば、Aが期日に借金の返済を怠ったよ

2) 会計の分野においても、現行の会計制度では、担保付債権は無担保債権と区別した取扱いはなされていないが、それが正しい取扱いかどうかは、理論的に考えると難問である。きわめて興味ある問題提起を行うものとして、Financial Accounting Standards Board[1991] 参照。

うな時でも、Aは——後述する「譲渡担保権の私的実行」として——時計を売ってその代金をもって債権の回収に充てることができる。担保をとることの利点はこのような権利実行時の手続面だけではない。無担保で貸出しを行った場合には、その後も債務者の信用状態を不断に監視する必要があると考えられるが、担保をとっておけばそのような監視は不要となる。したがって、より一般的に言えば、担保の徴求は与信取引の「取引費用」を削減する効果を有する。

ハ. 担保のコスト

担保の徴求はメリットだけがあるわけではない。第1に、質権の場合に典型的にみられるように、担保物の管理にコストがかかる。これには、担保物の物理的な管理というコストのほか、担保物が目減りしないかどうかを監視するというコストも含まれる。第2に、債務者にとっては、その財産を質入れたような場合には、その財産を利用することができなくなる。第3に、担保債権者・債務者以外の第三者にとっては、担保権の存在が公示されているか、さもなければ事情を知らずに行動した時には保護される必要がある。

しかし、より根本的な問題は、担保取引にははたして「付加価値」があるかという問題であろう。すなわち、債務者はある取引を担保付とすれば、他の取引につき当該物件を担保に供することができなくなる。したがって、後から登場する債権者はその分だけ高い金利を課すはずである。つまり、全体としてみると、担保取引は「パイを大きく」するものなのかどうか疑問の余地がある。現にアメリカ

の学界ではこの問題が大いに議論されてきたが、なぜ担保取引が行われるのかについて決定的な説明を提供する理論はいまだ示されるに至ってはいない。³⁾

全体としての効率性（あるいはパレート優位性）の問題をしばらくおくとしても、例えば、1億円を貸し出した債権者が1.5億円の物件を担保にとれば（債権者はある程度そのような「過剰担保」をとらなければ安心できないはずである）、0.5億円（実際には金利部分を差し引いた額であるが、その点は無視する）分について、これを他の債権者の担保に利用する途がないとすると、その部分が「無駄」となる。また、——情報の不完全性を前提とすれば——、最初に登場した債権者に担保を提供したところ、次に登場した債権者がより魅力的な与信条件を示したような場合でも、最初の債権者が同意しない限り、最初の債権者に提供した担保を次の債権者に振り替えることはできないという問題が生じうる。⁴⁾前者の「過剰担保」の問題と比較すると、後者の「再交渉コスト」の問題は一般の取引にも存在するので（例えば無担保貸出しが2つある場合）程度問題であるともいえるが、最初の債権者に担保を提供したため次の債権者が、最初の債権者がいなかったとしたらオファーするであろう条件（換言すれば担保の入替えができればオファーするであろう条件）を提示しなくなるおそれがあると考えられると、そのコストは一般の場合以上であるとも考えられる。いずれにせよ、担保取引が関係者に与えるさまざまなインセンティブ効果についてはなお不明確な点が少なくなく、今後

3) 詳細は、Schwartz[1984] 参照。その後の試みの例として、Picker[1992]。

4) この点については、例えば、Kanda[1992] 参照。

の研究が期待される。

3. 担保法制の現状

(1) 担保物権の個別性

わが国の現在の担保法制を整理すると、法が承認する担保には、まず第1に、モノを対象とする「物的担保」とヒト（債務者以外の者の信用）を対象とする「人的担保」とがあり、わが国の民法では前者は担保物権と呼ばれ、後者は保証と呼ばれる。本論文では後者はとりあげないが、本論文の分析は後者についても当てはまる点が少なくないと考えられる。第2に、学問上、典型担保と非典型担保という分類がよく行われる。前者は法律上明文の規定のあるもので（例えば動産質権）、後者は法律上明文の規定はないが、判例によって担保権としての有効性が承認されているものである（例えば譲渡担保や所有権留保）。また、担保権と同様の効力を法律上与えられるものを「担保的効力」があるものなどと呼ぶ場合もある（例えば相殺や交互計算契約）。なお、典型担保には、法律の規定によって当然に発生する法定担保権（例えば先取特権）と当事者の合意によって発生する約定担保権（例えば動産質権や不動産抵当権）という分類もあるが、本論文では、前者はとりあげない。⁵⁾

わが国の民法は、一定のものに限ってこれを典型担保権として承認するという体制をとっている。このようにメニューを列挙する法制は、わが国の民法では「物権法定主義」

とも関係があると考えられるが、その点はともかくとして、非典型担保に関しては、判例により、一定のもの（譲渡担保や所有権留保）が承認されるに至っている。⁶⁾

重要なことは、典型担保以外の「担保」は、いずれも、法的形式としては、典型担保以外の何かの有効（にみえる）法的形式をとることになるため、判例があるものを「非典型担保」として承認するという意味は、①そのような合意は無効ではないこと、②そのような合意は法的に「担保以上」のものではないこと（いわゆる「担保的構成」）を承認するという意味であるということである。換言すれば、当事者は、典型担保でない以上、法的形式としては形式的には典型担保以上か以下かの何かを選択せざるをえない。譲渡担保や所有権留保にみられるように、当事者が典型担保以上の「譲渡」あるいは「所有権」という法的形式を採用した場合、判例がこれを「非典型担保」として承認するという意味は、「清算義務」を課すなどの方法で、問題となる合意を100%「譲渡」ないし「所有権」として承認することをせず、制限的な「担保的構成」を行うという意味である。

逆に、当事者が典型担保「以下」の形式を選択した場合については、代理受領や振込指定にみられるように、これを典型担保と同じ効力を認めるという具合にその効力を「引き上げる」ことは一般に承認されてきてはいない。

もっとも、詳細は省略せざるをえないが、

5) わが国の担保法制の全容については、例えば、鈴木・竹内[1984]の23頁以下（野村豊弘執筆）、加藤・林[1984]、米倉ほか[1985]を参照。従来の学界における研究で本論文に関連しうるものは無数にあるが、一番関係があると考えられる研究は、椿[1989]および星野ほか[1993]である。

6) 非典型担保についての詳細は、例えば、米倉ほか[1985]の第4巻を参照。

譲渡担保や所有権留保の場合には、判例は「私的実行」を認めるため、実際問題としては、典型担保以上の効力が認められていることになる。この点については、担保権の実行に関しては典型担保の場合には法律に明文の規定があるが、それ以外には明文の規定がないため、「私的実行」を認めざるをえず、したがって、立法論としては、判例が承認した非典型担保についても、その実行方法については典型担保と同一の規制を設けるべきであり、私的実行を認めるのは、手続規定を欠く法制のもとでのやむをえない帰結であると理解することもできなくはない。しかし、現実問題としては、この点は重要な点であって、例えば債権者の立場に立つと、株式を担保にとる場合に譲渡担保とはせず質権にするということは、よほどの特殊事情がない限り考えられない。

いずれにせよ、典型担保以下の法形式を用いた合意についてはその法的効力の「引き上げ」をせず、典型担保以上の法形式を用いた合意についてはその法的効力につき「担保的構成」を行い「引き下げ」をするという「非対称性」は、前述したように当事者のニーズが連続的であると仮定した場合に、はたして合理的な現状といえるであろうか。「引き下げ」を正当化する理由としては、次の2つくらいしか考えられない。第1は、強い形式が使われる場合には、往々にして債権者側の力が強く、本来は担保目的（すなわち優先権の確保）であるのにそれ以上の効力を持つ形式を選択したのであって、形式どおりの効力を承認するのは不当であると考えられるという理由である。第2は、現在の法制が個別列举制であるために、担保取引を望む当事者の実際のニーズに十分には対応できず、当事者は

ニーズに応じた担保権が法制上存在しないために、もしそれが存在すればそのような担保権を設定するはずであるが、それが存在しないために譲渡などの形式をとるだけのこと、当事者自体、もともと形式どおりの効力を発生させるつもりはなく、要するに「法の不備」の結果にすぎないという理由である。

これらの理由にはそれなりに合理性はあるが、だからといって、上記のような非対称的な現状をどのように理解すべきかはなお検討を要する問題である。例えば、担保の目的物（担保物）が何かの事情で値下がりしたような場合には、債権者は増担保を要求する旨の契約条項を入れておく場合が多い。この場合の当事者の意思はいうまでもなく「担保」である。しかし、これとは異なり、当事者が「担保」と「譲渡」との中間を合意する場合も考えられる。すなわち、例えば担保物が値上がりしたような場合には、例えば値上がり分を両当事者がシェアするという合意はどうであろうか。訴訟になれば、そのような合意も上述したような意味で「不当」とされない限りおそらく有効なものとされると考えられる。そうだとすれば、譲渡担保や所有権留保について「清算義務」を課した判例は、結局のところ、上述した第2の理由（すなわち当事者はもともと「担保」のつもりであったという理由）でのみ正当化されることとなる。換言すれば、「清算すべき部分」をペナルティとして課するという合意があったとすると、それを直ちに無効と解すべきかは疑問の余地がある。その部分に対応する金額を別個の約定で損害賠償の予定（民法420条1項）として定めておけば、それが不当でない限り、その条項は有効であると考えられるからである。

(2) 担保物および債権の特定性

現在のわが国の法制は、担保物権を個別列挙するという構造をとっているだけでなく、担保物および被担保債権の特定性を要求する場合がほとんどである。すなわち、債権者はこれこれの債権についてこれこれの物件を担保にとるというかたちで被担保債権および担保物が特定される必要がある。制度的に例外が認められている例としては、将来発生する被担保債権をカバーする「根抵当権」（民法398条ノ2以下）と、債務者の全財産を担保物とするため将来債務者が取得する物件をも担保物に含めうる「企業担保権」（企業担保法）があるが、後者は特定の物件が他の債権者の担保に供されたような時にはその債権者の担保権が企業担保権に優先することになっているため担保制度としてはきわめて不完全である。なお、銀行取引約定書（同4条2項）にみられるように、例えば担保として取得した手形は当事者間で生ずるあらゆる債権の担保に供するという旨の定めも有効と解されているが、一般論として、被担保債権と担保物との牽連性はどこまで要求されるかは必ずしも明確ではない。また、集合物の譲渡担保や集合債権の譲渡担保がいかなる要件のもとでどこまで認められるかについても、法律上明文の規定はなく、判例や学説の態度も必ずしも明確ではない。

(3) 公示性

現在のわが国の法制は、典型担保については公示性を要求する。公示性といっても、不動産抵当権の登記のような場合はともかく、例えば、動産質の占有の継続（民法352条）

とか債権質の確定日付のある証書による通知・承諾（民法364条1項）といったものは、現実問題としては公示機能を果たしているとはいいがたい。しかし、考え方として公示性を要求していることだけは確かである。

もっともこの問題は、事情を知らない第三者がどのような立場に置かれるかという問題と表裏をなす問題である。すなわち、不動産抵当権の場合には、登記がなされていれば、善意の第三者にも対抗できるが、動産担保権の場合には善意の第三者は保護される可能性がある（民法192条）。

非典型担保の場合には、一般にその法形式に従った対第三者対抗要件を備えることが要求されているようである（例えば譲渡担保の場合には譲渡の対第三者対抗要件という具合）。

担保的効力を有する取引の場合には、例えば相殺については民法は何ら公示性を要求してはいないが、法定相殺ではなく、約定相殺（相殺適状を作り出すための期限利益喪失約定など）の効力が第三者との関係でも有効とされるためには、何らかの公示性ないし周知性が要求されるべきであると説く見解も有力である。⁷⁾

(4) 担保権の帰属

現在のわが国の法制は債権者が自らその債権を被担保債権とする担保物の管理・保管を行うという仕組みを原則としている（例外としては、例えば担保付社債では、被担保債権と担保権とが別人に帰属する）。先に挙げた時計を質にとるような場合には、債権者が自ら債務者の時計を占有するという仕組みにも

7) 詳細は、例えば、米倉[1985]の85頁以下を参照。

それなりの合理性があるのかもしれないが、そのような仕組みは担保取引にとって必要条件ではないことに留意する必要がある。

(5) 小 括

現在のわが国の法制の構造は、典型担保については、ある仕組みを担保とするかそうでないとするかのいずれかとする体制をとっている。そして、法が担保の仕組みであるとする場合の特徴点は、おおざっぱに言えば、個別列挙性、特定性、公示性にあるといえる。その際、法が個別列挙性や特定性を要求するのは、公示性（あるいは物権法定主義のもとでの法的安定性）と深くかかわりがあるとも考えられる。例えば、根抵当権を認めたのは、法は、登記という公示手段が存在するために、特定性をある程度緩和しても第三者に不測の不利益を与えるおそれがないと考えたためと推測できる。

このように、いろいろな条件のすべてをワンセットとして満たした仕組みについて、これを担保として取扱うこととするという典型担保権についての現行法制は柔軟性に欠ける面がないではないが、他方において非典型担保等の各種の合意が承認されているために、実務のニーズに応じた柔軟な対応が結局はある程度可能となっているということができるといえる。しかしながら、典型担保以外の合意を承認する際には、特定性や公示性がどこまで要求されるかが必ずしも明確ではなく、典型担保権の場合と比較するとこれらの点における要件は不明確の状態にある。また、手続面においては、典型担保以外の場合には「私的実行」が認められるため、典型担保権の実行が相対的にコスト高となるという結果が生じている。

また、現在の法制は、一部の例外を除いてほとんどの場合、担保権と被担保債権とが同一人に帰属することを前提としているため、この点に関する柔軟な仕組みは、担保法制の外で行うしかないという事態が生じている。

4. 与信取引をめぐる環境の変化

金融の分野における近年の各種の環境の変化は、与信取引における担保のあり方についても変容を必要とさせている。ここでは、有価証券のペーパー・レス化と金融の証券化とを例としてとりあげてみたい。

(1) 有価証券のペーパー・レス化

有価証券のペーパー・レス化は、現象面に着目すると、わが国では2つの分野がある。第1は、株式や社債（国債を含む）の権利保有形態が証券形態から保管・登録形態に移行しつつあるという分野であり、第2は、約束手形の利用が激減し始めているという分野である。

イ. 投資証券のペーパー・レス化

株式や社債（国債を含む）の権利保有形態が証券形態から保管・登録形態に移行することに伴って、株券や債券などの証券が世の中を流通することがなくなり、これらの券面は保管機関に保管されるか、または完全に廃棄され、いずれにせよ権利の移転は登録簿上の記載によって行われるという状況が普及しつつある。法律的には、権利が有価証券化されている場合と保管・登録化されている場合とでは、その権利移転や担保化の方式が異なることが重要な点である。

この問題は担保取引との関係でみると、従来有価証券の現物を担保として徴求していた取引は、今後は保管や登録のかたちをとる株

式や社債を担保の目的物とすることになるという問題である。これは、現在、差し当たり2つの問題を生ぜしめている。すなわち、第1の問題は、有価証券が保管機関に入った場合に投資家が有する権利の性質やその物権変動の法的方式が必ずしも明確でなく、実体が先行しているきらいがあることである。例えば、ユーロ・ボンドは現在ユーロ・クリアやセデルと呼ばれる国際的な保管機関に預託され、券面が流通することはほとんどないが、例えばイギリス法のもとでは、そのような預託された有価証券の物権変動の方式が必ずしも明らかではないため、わが国の投資家がイギリスの金融機関を通じてユーロ・ボンドを保有する場合には、その問題をわが国の投資家が抱えるおそれがある。

第2の問題は、担保物が有価証券から保管・登録機関への債権（後述するように債権でない場合もある）へ変容することに伴って、担保権の成立・管理・実行等の各種の局面で、各種の法技術的な問題を生ぜしめることである。そのような法技術的な問題が生ずるのはある意味では当然のことであるが、問題は、そのような有価証券から登録機関への債権への変容に伴う担保法的な対応を既存の法制を変えずにそのもとで行おうとすると、予想外のコストが生ずるということである。そしてまた、一般法を変えずに特別法で対応する場合には権利の範囲等について従来の範囲を前提とする場合が多いため、将来、保管・登録制度のもとで可能となるかもしれない柔軟な取引を阻害するおそれがある。

例えば、わが国では債券のほとんどが無記名債券であるが、これは動産とみなされているため（民法86条3項）、その質入れや譲渡担保は動産質や動産譲渡担保の要件を満たせ

ばよい。しかし、これが債権に変容すると、債権質や債権譲渡担保の要件を満たす必要が出てくる。ところが、この場合、わが国の法制では、ペーパーがあればそれを渡して占有させれば済むが、債権となると確定日付のある証書による通知・承諾をしなければならない（民法467条、364条1項）。本来、ペーパー・レス化は券面の管理・搬送のコストやリスクの削減、権利移転手続の簡素化等を目的とする効率性を高める動きであるにもかかわらず、有価証券と比較した場合の債権の譲渡・担保化の方式の煩雑さがペーパー・レス化の進展にブレーキをかけることになりかねないという望ましくない状況がわが国の法制には存在する。

この点で、株券の保管振替制度がペーパーを保管機構に預託して不動化したものの、「有価証券法理」は残すこととして、口座簿上の振替えをもって株券を交付したものとみなす（株券等保管振替法27条2項）という解決をしたことは、有価証券そのものは実質的に廃棄しながら有価証券法理の利点は継承するものとして評価することができる。しかし、このやり方は2つの問題を生ぜしめている。すなわち第1に、そのような特別規定による解決は、証券と債権とに関する一般法制のアンバランスという不都合の顕在化を防止する結果となったため、かえってそれ以外の分野での問題解決を先送りするという問題を生ぜしめている。第2に、そのような解決は従来有価証券化されていたものを前提として「有価証券法理の継承」を行うため、従来有価証券化されていなかったような権利——換言すれば、今後もしばらく有価証券の時代が続いたならば有価証券化されることになったような権利であるが、有価証券のペーパー・レス

化の時代においては有価証券形態という段階をいわば飛び越えて、いきなり登録化に行くこととなるような権利——について、これを登録制度化する途を事実上封じてしまうおそれがあることである。

第1の問題の例としては、株券等の保管振替制度と比較すると、契約に基づく振替決済制度では、権利の譲渡・担保化に関する法律関係が、券面が動く場合と比較して必ずしも明確ではない。また、国債の登録制度や社債登録制度における権利の譲渡・担保化方式は券面がある場合の方式とは異なるため、株券等保管振替制度における方式とも異なっており、例えば善意取得の認否といった点で制度間にアンバランスが生じている。

ロ. 約束手形の利用減

近年における大企業の「約束手形離れ」減少はもともとは税負担の軽減を動機とするものであるが、その結果、従来、約束手形を担保の目的物として徴求していた債権者は担保にとるものがなくなるという事態が生じている。投資有価証券の場合と異なり、この分野では約束手形が保管・登録化されるわけではないので、手形法分野における用語を使えば、「原因債権」（すなわち約束手形振出しの原因となる商取引上の債権）を担保にとることを考えざるをえないということになる。もともと、なぜわが国では売掛金債権を直接担保に徴求するかたちでの金融が行われず、約束手形を経由した金融が行われてきたのかは興味ある問いであるが、法制面についていえば、売掛金債権を担保として徴求することには、債権担保の手続が煩雑であることと、集合債権を担保物とすることが困難であること、という2つの問題がある。

いずれにせよ、いうまでもないことではあ

るが、約束手形がなくなったからといって担保にとるモノがなくなったわけではない。通常、約束手形は空に存在するものではなく、商取引があってはじめて存在する。約束手形はなくなっても、商取引がなくなるわけではない。したがって、担保にとるモノを変容させればよいわけであって、問題は、それにどれだけコストがかかるかということである。約束手形の利用減がもたら税制に起因するものであるかどうかはここでは立ち入らないが、世の中がその流れである以上、法は、それに対応した担保物の変容を妨げないようにする必要がある。そうだとすれば、従来以上に集合債権担保法を研究する必要がある。

(2) 金融の証券化

金融の証券化現象はわが国でも今後ますます進展することが予想される。金融の証券化は、単に資金調達の状態の変化を意味するだけでなく、担保取引の状態にも影響を及ぼすものと予想される。ここでは、企業金融の証券化と資産金融の証券化について、担保取引に与える影響を考えてみたい。

イ. 企業金融の証券化

企業金融に占める「証券」形態の比重が増大すれば、その分、世の中に登場する「証券」が増加することとなる。例えば、従来にも増して社債が多く登場することとなるし、また、短期資金調達手段としてのコマーシャル・ペーパーも実際に普及しつつある。このことは、新たに担保にとれるモノが増加してきたことを意味するか。

約束手形の利用減について述べたとおり、ここでもまた、これまで担保にとるべきものがなかったところへ、新たに担保物の候補者が続々登場してきているとみるのは幻想であ

るというべきである。従来、社債やコマーシャル・ペーパー形態でなく行われた「借金」が担保の対象とならなかったとすれば、それは——法制にも一因があるかもしれないが——コスト高であったからにすぎず、逆にいえば、証券化されたものを担保にとるニーズがあるのであれば、従来の非証券形態のものについてもそれを担保にとるニーズがあったはずである。

もっとも、現在の法制が債権と比較して有価証券の譲渡・担保化をコスト安としていることを前提とすると、大企業の手形離れと企業金融の証券化とは、歴史的偶然とはいえ、奇妙な相互補完作用を持っているのかもしれない。すなわち、約束手形離れの結果、売掛金債権を直接担保にとることは煩雑となった。そこで企業は、売掛金債権を直接担保に提供する資金調達をせずに、企業金融として資金調達をし、しかもそれを資本市場において証券形態で資金調達を行う。その結果、今度は企業金融の手段が有価証券となり、より容易に担保の目的物となる、というわけである。

もし世の中の金融が担保徴求にかかわるコストに大きく依存するとすると、法制（この場合は債権と証券との譲渡・担保化方式の差）の持つ影響は甚大である。従来は、商取引を背後に持つ証券（約束手形）が担保付与信の対象となったものが、今後は、そのような裏付けを欠く社債が担保付与信の対象となるとすれば、大企業向けの与信取引市場全体のあり方が変容することになるからである。

ロ. 資産金融の証券化

資産金融とは、企業がその保有する特定な

いし一定の資産（債権等の金融資産である場合が少なくない）のみを引当てとして資金調達を行うことを意味するが、その資金調達の形態が「証券形態」に移行することが「資産金融の証券化」という意味である。詳細には立ち入らないが、⁸⁾ 通常の仕組みとしては、当該資産を別会社（信託等、会社形態以外の形態が用いられる場合も少なくないが、本論文との関係では重要ではないので、以下会社形態で代表させる）に移転して、その会社が当該資産を引当てとする資金調達を行うという仕組みが使われる。資産金融である以上、当該資産の信用力を企業自体の信用力から切り離さなければ意味がないので、別会社は当該資産のみを保有することとし、また、スポンサーである企業から独立性が保証されるような仕組みを確保する工夫がなされる。

このような資産金融の証券化においては、例えば別会社の発行する社債を購入する投資家は、仮にそれが無担保社債であったとしても、実質的には、証券化の対象となる資産を担保とする社債を保有しているのと同様であるとみることもできる。換言すれば、資産金融の形態が貸付形態である場合には、別会社を設立する必要はなく、債権者が当該資産を担保にとれば済むはずである（より厳密には「ノン・リコース」の貸付を行う必要がある）。つまり、ここでは、担保徴求の主要な目的である責任財産の分離ということは別会社の設立によって行われるわけであるから、さらに、その別会社への与信についてこれを担保付とすべきか否かは、それ以外の効果を取得するのに担保設定というコストを払うべきかという問題であることになる。

8) 資産金融の証券化については、差し当たり金融財政事情研究会[1993]の第5章（神田秀樹執筆）を参照。

一例を挙げると、法技術的には、例えば売掛金債権をプールして別会社に移転して別会社が社債を発行するとして、その社債を担保付社債としようとする、現在の担保付社債信託法のもとでは、社債の担保物とできるものが限定列挙されており（同法4条）、この場合には、債権質か企業担保権を用いるしかない。前者は設定方式が煩雑で、後者は前述したようにその効力が弱い。したがって、ネガティブ・プレッジ条項を付した無担保社債の発行が現実的となりそうである。

そうだとすれば、現実問題としては、別会社が社債を発行するという仕組みはわが国では当面登場しないかもしれない。しかし、いずれにせよ、本論文との関係で重要なことは、従来「担保」取引概念に渾然一体と含まれていた各種の機能のうち責任財産の分離という機能は、別会社設立によって（相当程度）達成され、別会社への与信を担保付とするか否かは、それ以外の機能をどれくらい重視するかによって決定されるべき状況が生ずるであろうということである。

なお、企業の手形離れと金融の証券化との関係について再言しておく、手形離れと社債の増大に関して前述したことは、企業が企業金融としての社債発行を行うのではなく、売掛金債権を証券化したような場合には、前述した（偶然的な）補完関係は一層完全なかたちで現れることとなる。

5. 現代担保法制の課題

(1) 総論的課題

以上に概観した担保取引の機能、担保法制の現状、そして担保取引をめぐる環境の変化に鑑ると、担保にかかわる現在の法制は次のような課題を抱えていると考えられる。

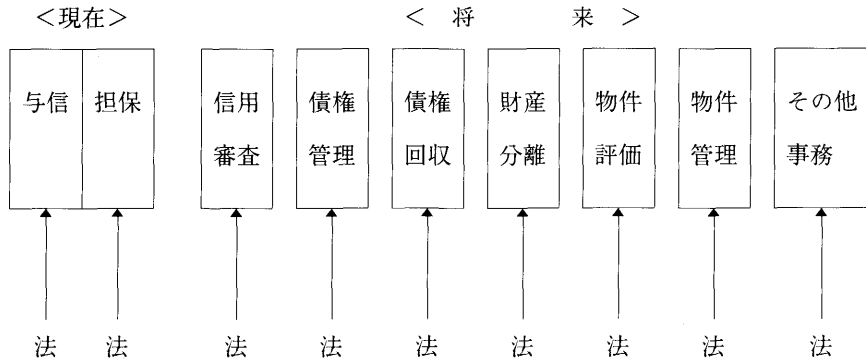
イ. 担保取引の機能の分解

従来「担保」取引概念は各種の機能を渾然一体として包含してきた。しかしながら、資産金融の証券化にみられるように、担保取引の「アンバンドリング」が発生しつつある。そこでは、担保取引の各種機能の1つ1つごとに法制のコストが問われることになる。権利の譲渡・担保化方式といった技術的な側面がそれ自体重大な法制のコストとなる可能性が、今後ますます増大することが予想される。不動産担保制度に代表されるように、従来は、登記等関係の費用を含めて、担保権の設定・管理・実行等に要するコストも、責任財産の分離という担保徴求の目的に照らすと、それとのバランスで負担可能かどうかを考えれば、制度としては使われる状態を維持することができた。しかしながら、担保取引のアンバンドリングが進展すれば、責任財産の分離は独立した取引として構成される場合が出てくる。そうになると、担保権の設定・管理・実行等に従来のようなコストを要求していたのでは、担保制度が利用されなくなるおそれがあり、ひいては与信取引市場に重大な影響を及ぼすおそれがある。法制は、いままで以上に、担保取引の1つ1つの機能に敏感になる必要がある（第1図参照）。

ロ. 個別列挙、特定性、公示性

上記の点とも関連するが、従来の法制は、典型担保にみられるように、一定種類の担保権のみを明文規定で担保物権として承認し、同時に、原則として担保物および被担保債権の特定性を要求し、また、担保権の公示性を要求してきた。そして、その不都合は、一定範囲で非典型担保を承認することや、担保類似の合意の存在を承認すること、さらには「弱い担保」を承認することで補完してきた。し

第 1 図



かしながら、このような対応に限界があることは、集合債権譲渡担保が現行法制のもとで十分承認されるに至っていないことから、かなりの程度明らかであるといわざるをえない。しかも、今後、上述したような担保取引のアンバンドリングが進展すれば、個別列挙、特定性、公示性をワンセットとした法制はそのコストだけが顕在化し、「競争相手」である非典型担保その他の形態へ実務のニーズはますます移行していくことが予想される。そのような新種の担保取引について、もしこれを有効視しないで、現在の制度的枠組みのみを維持しようとするれば、世の中の流れに逆行することとなる。

このように考えると、現在の典型担保権制度について根本的な見直しを行う必要があるのではないかと考えられる。例えば、アメリカの統一商事法典（9編）では、動産担保取引について、個別列挙性を排除し、また特定性の要件を大幅に緩和して、将来債務者が取得する物件を担保物としたり、将来発生する債権を被担保債権とする途を認め、公示面については低コストでの登記類似の制度を採用しており、わが国の法制と比較すると格段に

進歩していると考えられる。

ハ. 担保物の性格

現在の法制は担保の目的となる物件について、その形式に着目した取扱いを行っている。しかし、例えば、時計を質にとるということは、その利用価値ではなく売却価値に重点があるのであるし、また、金融資産を担保にとる場合には、その資産の内容を成すキャッシュ・フローを担保にとっている場合が少なくない。そうだとすれば、担保法制にとって重要なのは、動産か有価証券か債権かといった区別ではなく、経済実体としては一体何を担保にとっているのかということである。法制は、担保の目的となる物件について、担保取引の機能に着目した対応を行う必要がある。

(2) 各論的課題

ここでは、以上に指摘したことをもう少し具体的な例を挙げながら敷衍して検討してみる。

イ. 担保管理の改善

担保物である不動産や有価証券の時価が下落すれば、担保割れのおそれが生ずる。実務

では、短期的には、担保物件の不断の評価を行い、また長期的には担保「掛け目」の見直し等を行っているようであるが、これらの担保管理コストは、とくに国の経済の状況等によっては多大なものとなるおそれがある。他方において、必要以上に担保を徴求する「過剰担保」状態は国民経済的にコストを生ずる。

この問題は、債権回収確保手段としての担保という仕組みの限界を表しているといってしまうとそれまでのことであるが、物的担保への過剰な依存にその一因があることも否定できない。人的担保等を含めた債権確保手段の全体像を明らかにし、その中における物的担保の意義と限界を明らかにする作業が一度必要となる時期に来ているように思われる。また、物的担保という場合であっても、特定の不動産や有価証券を担保にとるという体制に代えて、例えば、債務者企業のキャッシュ・フローに連結したような物件(例えば債権群)を担保化する途を考えるなど、立法論を含めて法制的にも見直しを行うべき領域が少なくない。

また、有価証券の搬送リスク等にかかわる有価証券担保管理の領域においては、担保物となる有価証券が頻繁に変動する短期金融市場取引の分野等においては、券面の存在を前提とする場合であっても、何らかの保管専門機関を設けるなどの手法で有価証券を不動化する途を検討することが、1つの課題であると考えられる。その際には、法制的には、担保物と被担保債権との牽連性やそれらの特定性、公示性を柔軟に考える必要がある。

しかし、より根本的には、有価証券のペーパー・レス化を想定して、権利の譲渡・担保

化の法的方式の簡便化を検討することが急務である。しかも、その場合には、従来有価証券であったものに限って特別法で手当てをするといういき方は十分ではないといべきである。むしろ、従来ないし現在有価証券化されていない権利が今後新たに担保物とされる可能性を開くという意味においても、権利の譲渡・担保化方式の簡便化は一般法のレベルにおいて検討されることが望ましい。

担保取引の機能のアンバンドリング現象が進展すると予想されることに鑑ると、そのような簡便化に際しては、譲渡と区別された担保化というカテゴリーを法制として残すことは不要となるのかもしれない。イギリスの国債に関するCGOと呼ばれるシステムにおいては、その対象とする国債が当該システムの中にある限り(したがって、その意味では特別法的対応にすぎないが)、担保化というカテゴリーは廃棄され、すべて譲渡というカテゴリー1本で制度設計がなされていることが参考となる。

ロ. 有担原則の変容

有担原則の変容の意味を検討することは本論文の目的ではないが、⁹⁾この原則が近年崩れ始めていることは、単に担保付与信が非効率であることを意味しているものとは思われない。むしろ、債権確保の手法としての物的担保の徴求の意義が問い直されているものと考えられる。有担原則とは、優良企業に対しても貸出しは(そして社債発行も)物的担保を徴求して行うということの意味してきたが、それは非効率であるというよりも、むしろ企業自体の信用を評価する手法が未発達であったことに起因するものと考えられる。近

9) 有担原則の意義等については、木下[1984]参照。

年の格付機関による格付けの普及や企業評価手法の発達に鑑ると、物的担保の徴求はそのコスト面の方が目立ってきたとも考えられる。ここでも法制の課題は、物的担保制度にかかわるコストをできる限り低減することにある。

6. むすび

担保取引は従来さまざまな機能をその中に渾然一体として包含してきた。物的担保に関するわが国の法制もまた、各種の条件のすべてを満たしたものを担保権として取扱うという態度をとってきた。実際に行われる取引においては、当事者は担保取引の各種の機能のうちに必要な機能だけを取り出して利用するということが可能であるが、それは、法制的には担保法の外で行うということの意味してきた。換言すれば、法制は、担保権としての取扱いを認めるということとの引換えに、担保権の要件をはじめ、その設定・管理・実行

手続等の面において、各種のコストを課してきた。そのような制度も、これまでは、担保取引の有する各機能がアンバンドルされていなかったため、制度として存続しえてきたものと考えられる。今後、担保取引の有する各機能がアンバンドルしていくことが予想される中で、法制は、1つ1つの機能を意識してそれぞれの機能に見合ったルールを設けている必要がある。1つ1つの機能との関係で、法制は合理的なコストを課すにとどまっているか否かを検討し、制度を改善していくことが求められている。また、実務的には、従来担保取引と呼ばれる仕組みに期待してきた各種の機能のうち、どれを何に期待するのが最も合理的かという観点から、債権管理あるいは与信取引の仕組みの全体を検討するという作業が是非とも必要な時期に来ている。

以 上

[東京大学法学部教授]

【参考文献】

- 加藤一郎・林 良平（編）、『担保法大系』（全5巻）、金融財政事情研究会、1984年
 神田秀樹、「手形割引の法的性質」、『手形小切手判例百選（第4版）』、有斐閣、1990年
 木下正俊、「わが国の有担保原則の評価と今後のあり方」、『金融研究』第3巻第3号、日本銀行金融研究所、1984年10月
 金融財政事情研究会（編）、『セキュリタイゼーション』、金融財政事情研究会、1993年
 鈴木祿弥・竹内昭夫（編）、『金融取引法大系』第5巻、有斐閣、1984年
 椿 寿夫、『集合債権担保の研究』、有斐閣、1989年
 星野英一ほか、「〈シンポジウム〉権利（債権）の非典型担保—その現状と課題」、『金融法研究』第9号、金融法学会、1993年
 米倉 明、「相殺の担保的機能」、『民法の争点II』、有斐閣、1985年
 ————ほか（編）、『金融担保法講座』（全4巻）、筑摩書房、1985年
 Financial Accounting Standards Board, *Recognition and Measurement of Financial Instruments — Discussion Memorandum 153 et seq.*, November 18, 1991.
 Kanda, Hideki, "Debtors and Equityholders," *Journal of Legal Studies* 21, 1992, p.431.

金 融 研 究

Picker, Randal C., "Security Interests, Misbehavior, and Common Pools," *University of Chicago Law Review* 59, 1992, p. 645.

Schwartz, Alan, "The Continuing Puzzle of Secured Debt," *Vanderbilt Law Review* 37, 1984, p. 1051.