

バブル経済後の日本における担保法の変化と立法手法に対する評価

— 動産譲渡登記制度の制定過程を例に —

田村 耕一*

目 次

- I. はじめに
 - II. 日本のバブル経済
 - III. 立法の内容
 - 1. 特定債権法（1993年）
 - 2. 債権譲渡特例法（1998年）
 - 3. 担保・執行法制の改正（2003年）
 - 4. 根保証（2004年）
 - 5. 動産譲渡登記制度の創設－動産・債権譲渡特例法（2005年）
 - IV. 立法の過程と特徴
 - 1. 立法過程
 - 2. 立法の特徴－動産譲渡登記制度の創設を例に
 - V. 検討－立法手法の分析と評価
 - VI. おわりに
-
-

I. はじめに

日本のバブル経済後の景気低迷を解決すべく、様々な法改正が政府主導で矢継早に実施されている。一言でいうならば、不動産に過度に依存せず債権・動産を担保として活用する、あるいは資産の流動化のための資金調達立法であり、特に資産の流動化との関係は立法時に常に意識されている。

本稿は、紙幅の関係で各法の内容自体については必要最小限に留め、これらの各立法

* 熊本大学 助教授

は、実務が編出した非典型担保に対して、どのような方針・手順で立法され、その一連の過程はどのような意味を持ち評価し得るのかを、特に動産譲渡登記制度の創設を例に検討する。なお、資産の流動化そのものには言及しない点をお断りする。

II. 日本のバブル経済¹⁾

バブル経済とは、土地や株式等の資産価格が、ファンダメンタルズ（物価・金利・経済成長率等の経済の基礎的条件）を反映した価格から、投機によって説明可能な価格以上に大幅に上昇・乖離して泡の様に膨らんでいる状態のことであり、その語源は18世紀イギリスでの南海泡沫事件にあるといわれている。バブル経済期には確かに活発に投資や消費が行われるものの、实体经济以上に資産価格が上昇しているため本来は維持できるものではなく、資産価格の下落が始ると急速に収縮する点が特徴である。

1985年のプラザ合意によって、ドル高による貿易赤字に悩むアメリカはG5諸国と協調介入する旨の共同声明を発表した。その結果、急激な円高が進行し1ドル240円前後だった為替相場が1年後に1ドル120円台まで急伸した。これにより米国債などのドル建て資産に含み損が発生し、資金が為替リスクのない日本国内へ向った。また、円高による打撃を受けた輸出業界を救済するために金融緩和が実施され、過剰な流動性が発生した。これが、1986年12月から1991年2月までの4年3か月間に起った日本のバブル経済の要因とされている。

国内への投機が向った先は「土地」であった。「土地は必ず値上りする」という土地神話に支えられ、転売目的の売買が増加した。また、地価高騰は地権者に含み益をもたらし、心理的に財布の紐を緩めさせた。もともと、土地の値段が上昇した場合はその上で操業している工場やビルの収益率が低下するため、土地を売却し債券などを購入することが合理的になり、土地の供給が増えて価格はやがて均衡するはずである。しかし、日本においては土地資産などの計上が簿価で行われていたため、名目的に収益率は変わらずに土地を持ち続けることが正当化された。加えて、簿価と時価の差額が含み益をもたらし、担保価値の上昇という形で資金を導入して経営を拡大する方向に動いた。

土地の高騰は、経済上の問題のみならず、一般市民の生活そのものにも問題を生じさ

1) 以下の記述のデータは、フリー百科事典「ウィキペディア (Wikipedia)」の「バブル景気」から引用したものが基となっている。

せた。例えば、土地が細分化されている駅周辺の古い商店街などでは、地価の上昇に伴って大きなオフィスビルや大規模小売店を建設して収益を上げるために、総ての土地を買上げて単一の区画とすべく、地上げ屋による強引な手法が問題となった。あるいは、個人の戸建の持家志向を実現しようにも都心部ではもはや購入できずに、より郊外へと購入対象が移っていった。都心部に持家等を有していれば地価上昇により相続税の支払が問題となり、そのために変額保険を利用する方法が喧伝されたが、バブル崩壊後はトラブルが生じている。また、次世代ローンや投機目的のマンション購入も行われた。さらに、地価上昇の影響は都市部に限られなかった。1987年に総合保養地域整備法（いわゆるリゾート法）が制定され、本来は収益の見込まれない地方の土地までリゾート開発を名目に取り引され、購入された土地の値上りを見込んで過剰に融資された。もちろん、バブル崩壊後は各地で問題が生じている。

バブル経済期は、ジャパン・アズ・ナンバーワンといわれた時期であった。しかし、1989年の消費税導入、1990年に大蔵省銀行局長から通達された「土地関連融資の抑制について（いわゆる総量規制）」により人為的に急ブレーキがかけられ、本来自然に起きるはずの景気後退を不適切に加速させた。また、日銀による金融引締め策は完全に後手に回った上に、本来は金融緩和しなければならないバブル経済崩壊の最中においても金融引締め策が続けられ、経済状況を極度に悪化させた。

担保に供されていた土地の価格上昇を見込んでバブル経済期に過剰に融資された債権は、地価の下落によって担保価格が融資額を下回る担保割れの状態に陥った。また、各事業会社の収益はバブル経済の崩壊により大きく低下した。その結果、銀行は回収困難となった債権を大量に抱え込むことになり、いわゆる不良債権は銀行の経営をも悪化させた。さらに、先の総量規制、株価の下落に加えて、BIS規制により1992年末までに金融機関が自己資本比率8%を満たさなければならなくなった。景気が低迷している中で自己資本比率を確保する方法として簡易であったのが、貸出枠を押えて貸出を縮小する方法であった。そのため、「貸し渋り」や、過剰に貸し付けていた融資を強引に引き上げる「貸し剥がし」も頻発し、景気の悪化に輪をかけ、運転資金を絶たれて倒産に追い込まれる企業も続出した²⁾。

2) 旧長銀の売却契約の中に、瑕疵担保条項（新生銀行が引継いだ債権が3年以内に2割以上下落したら国に買取請求を行う）があった。旧長銀を引継いだ新生銀行にとっては、有効期限内に不良債権を一掃し、かつこれにより貸倒引当金戻入益を計上できるメリットがあったため、積極的に瑕疵担保条項が行使された。この結果、ライフ、そごう、第一ホテル等、長銀をメインバンクにしていた企業が破綻に追い込まれ、社会的非難を浴びた。

1994年に東京協和信用組合及び安全信用組合が破綻した。また、個人向け融資機能の弱かった金融機関が住宅資金需要に応じて設立した住宅金融専門会社（住専）も、バブル期前後には金融機関自身が住宅ローン市場に参入したこともあり、本来のターゲットである住宅ローン以外の不動産事業に傾斜した結果、住専7社の内6社が破綻し国会で大きな問題となった。住専の破綻に対しては、住専の母体として多額の資金を融資していた銀行や農林系金融機関を保護するために公的資金（税金）が6,850億円投入された。政府は、住専処理後に不良債権は基本的に処理されたと宣言したが、実際は不良債権は増加を続けていた。政府は当初、大手金融機関は破綻させないという方針を取っていたものの、1995年頃より「市場から退場すべき企業は退場させる」という方針に転じ、不良債権の査定を厳しくして経営状態の悪い金融機関は破綻・再生する処理にかかった。1997年以降、北海道拓殖銀行（拓銀）、日本長期信用銀行（長銀）、日本債券信用銀行（日債銀）、山一証券などが破綻した。その後、日本は不良債権処理に追われ、長い不況を経験することになる³⁾。

3) 金融機関の破綻処理の状況を、以下、時系列で示す。

1994年に東京協和信用組合及び安全信用組合が破綻し、その受皿銀行として東京共同銀行が設立された。東京共同銀行は後に改組され、金融機関の破綻処理機能を持った整理回収銀行となった。また、1996年に住専処理のために住宅金融債権管理機構（住管機構）が設立された。

「金融機能の安定化のための緊急措置に関する法律（金融機能安定化法）」に基づき30兆円の公的資金枠が設けられ、1998年3月に一部の地銀を含めた大手銀行21行に総額1兆8,156億円の公的資金が投入された。しかし、ほぼ一律に供給されたため、目的を達することが出来なかった日本長期信用銀行がその直後に破綻したこともあって、そのスキームや公的資本投入審査のずさんさが厳しい批判を浴びた。

1998年に破綻処理を進めるために金融再生関連法（「金融機能の再生のための緊急措置に関する法律（金融再生法）」、「金融再生委員会設置法」、「預金保険法一部改正」、「金融再生関係整備法」、「債権管理回収業特別措置法」、「債権譲渡円滑化臨時措置法」、「競売手続き円滑化法」、「特定競売手続き臨時措置法」と「金融機能の早期健全化のための緊急措置に関する法律（早期健全化法）」が成立し、公的資金枠が60兆円（最終的には70兆円）に拡大された。1999年3月には早期健全化法に基づき、大手行に対して優先株6兆1,592億円、劣後債・劣後ローン1兆3,000億円の計7兆4,592億円が投入された。

1999年に、金融再生関連法に基づき住管機構が整理回収銀行を吸収合併して整理回収機構が設立された。整理回収機構は預金保険機構等と回収協定を結び、破綻した住専の債権回収、預金保険法及び保険業法等に基づく破綻金融機関の債権買取、金融再生法に基づく健全金融機関等からの債権買取、早期健全化法等に基づく金融機関に対する資本注入、が実施された。金融機関に対する資本注入は、増資という形で金融機関の発行する優先株式や劣後債の買入れや劣後ローンの引き受けを整理回収機構が行い、必要な資金を預金保険機構が貸し付け、債務保証や利益の収納等の形で行われている。優先株式の形で投入された資金は、2期連続で優先株が無配当になるなど一定の条件で議決権を持つ普通株式へ転換する事で実質的に国有化され、経営陣の更迭など経営への介入が行われた。また、1999年2月より2006年7月まで、短期金

これまでは土地神話もあって、土地は単に所有するだけでも資産価値があり、その価値は毀損しないものと思われており、土地の価格の算定にあたっては「取引事例比較法」により今までの取引実績や周辺での土地取引の事例に基づいて値段を決める方法が主であった⁴⁾。バブル崩壊後は、その土地が賃料等で上げる収益を勘案する「収益還元法」

利の指標である無担保コール翌日物金利をほぼゼロにする「ゼロ金利」政策が実施された。

なお、官僚・金融機関の不祥事等に端を発する省庁再編の流れの中、1998年には、大蔵省（現財務省）が担ってきた民間金融機関等の検査・監督が切り離されて総理府の外局として金融監督庁が設置された。その後、金融再生委員会が設置されると同委員会の管理下におかれ、2000年に金融制度の企画立案にかかる事務も統合されて、金融庁として再編された。

金融機能安定化法は時限立法で、銀行を2001年4月から対象外とし、信用金庫や信用組合などの協同組織金融機関のみを2002年3月まで特例として対象としていたため、2001年4月に金融機能安定化法に代るものとして改正預金保険法が施行され、預金の全額保護などを通じ金融システム危機を回避する制度が用意された。改正預金保険法102条によって「わが国または当該金融機関が業務を行っている地域の信用秩序の維持に極めて重大な支障が生ずるおそれがあると認めるとき」に、預金保険機構に新設される危機対応勘定（総額15兆円）から政府の危機対応会議が金融機関に公的資金を投入するかどうかを判断する仕組みが構築された（これに対しては責任処理を伴わない銀行救済という批判がある）。

2002年に竹中金融相が「金融再生プログラム」を公表し、①自己資本の充実、②資産査定厳格化、③企業統治の強化という目標が掲げられ、大手銀行には不良債権比率を2005年3月末までに半減することが求められた。

2003年4月に日経平均株価はバブル崩壊後の最安値7,607円を記録した（バブル期最高値は1989年12月の3万8,915円）。2003年3月期決算で四大グループに次ぐ規模にある「りそなグループ（大和銀行系とあさひ銀行が統合）」の自己資本比率が国内業務行の基準である4%を割り込み2.07%まで急低下したため、政府は直ちに金融危機として預金保険法102条に基づき実質国有化となる特別支援行として1兆9,600億円の公的資金が再投入された。りそな銀行に公的資金投入が決定してからは、日経平均株価は上昇し、2005年8月に1万1,900円を回復したことから政府・日銀は「踊り場脱却」を宣言した。

金融庁が2006年8月に発表した全国123銀行の2006年3月期の不良債権残高（金融再生法開示債権）は13兆3,720億円であり、前年より4兆5,550億円減少した。貸出債権に占める不良債権比率も2.9%となり、前年の4.0%から大きく低下した。また、資本増強行に係る公的資金の返済等については、1998年から2003年にかけて行われた資本増強額約12.3兆円（早期健全化法、金融機能安定化法、預金保険法、組織再編成促進特措法）に対し、2006年3月末までに約5.6兆円が返済されており、残高は6.7兆円となっている。しかし、2006年4月に豊和銀行がペイオフ解禁後初めて公的資金投入を申請するなど、二極化が進んでいるといわれている。

- 4) 土地の価格は「一物四価」といわれ、①取引事例価格である「時価」、②国土交通省が設定する国土法の指導価格であり土地収用の価格である「公示価格（公示地価）」、③国税庁が設定する相続税・贈与税の課税標準となる「相続税評価額（路線価）」、④各市町村が設定する固定資産税・不動産取得税等の課税に使用される「固定資産税評価額」がある。また、これ以外にも各都道府県による7月1日時点の土地価格の調査で発表される「基準地価」などもあり、一物多価ともいわれている。

による評価方法が考慮されるようになった。また、1999年以降の「会計ビックバン」により、連結決算、時価主義、キャッシュフロー計算書の基本財務諸表への組込みが始まっている。

日本では、バブル経済崩壊後の経済状態において土地が担保として機能しなくなったこともあるが、根本的には土地（及び個人保証）に過度に依存しすぎたという反省から⁵⁾、土地に依存しない担保方法の整備が求められた。これを受けて90年代以降に担保に関する立法が数多くなされており、主なものとして、債権譲渡特例法、担保・執行法制の改正、根保証、動産譲渡登記制度などが立法されている。

III. 立法の内容

1. 特定債権法（1993年）

金融機関からの借入れ（間接金融）が困難な状況にあって、金融機関に頼らずに直接に資金を一般投資家から集める方法（直接金融）として、アメリカで発展してきた資産の証券化・流動化の手法を用いた資金調達が目を集めた。まず、資金を必要とするリース・クレジット業界において小口の債権を用いた直接金融による資金調達の需要が高まった。しかし、クレジットやリースなどの小口で多量の債権を譲渡しようとする、いちいち債務者への通知又は債務者の承諾を個別に備えなければならず（民法467条）、事務処理は煩雑でありコストがかかりすぎる問題があった。

そこで、まず、1993年にリース・クレジット業界の債権の小口化販売による資金調達を円滑にするための緊急立法的に「特定債権等に係る事業の規制に係る法律（特定債権法）」が制定された。これによって、リース・クレジット債権の流動化が開始された。

特定債権法は、民法の特例として、日刊新聞紙への広告によって債務者及び第三者に対抗できると定めた（同法7条2項）。日刊新聞への広告では債務者に代るインフォメーションセンターとしての機能が期待できないので、経済産業大臣にその機能を果させるために書面閲覧制度が導入された（同法8条1項）。特定債権法では、特定債権はリー

5) 日本の主要銀行の担保付貸付における担保別割合（2002年）は、不動産が73.5%、債権が12.2%、有価証券が5.7%、商品が0.2%である（『NBL Plus 新しい担保法の動き』商事法務（2004年）279頁）。

ス・クレジット債権の中で具体的に定められ（同法2条1項1号～4号）、資金調達のスチームも①譲渡方式、②組合方式、③信託方式と規定された（同法2条4項・6項）。

特定債権法の主な問題として、①日刊新聞への広告で債務者に対して確定日付のある証書による通知を行ったものと同一の効果を付与するものであるから、広告後、債務者が認識しないところで譲渡人に対する抗弁を譲受人に対抗できなくなり、債務者に抗弁切断の危険を負わせることになる、②特定債権法の広告と民法上の確定日付のある通知が競合した場合、広告と確定日付のある通知の到達日を比較して優劣を決することになるが、債務者が広告日を知るためには書面の閲覧をしなければならず債務者に負担を負わせることになる、③特定債権法の広告は1日の幅があるので、広告日のどの時点で対抗要件が具備されたかは不明確である、ことが挙げられていた。

特定債権法を利用したリース・クレジット債権の流動化は、資金調達ベースの累計で1998年には3兆2,000億円となっており、民法との優劣関係が問題になったという事例は監督官庁においても把握していないとされていた⁶⁾。方式では、組成コストが低いこともあってか、信託方式が約9割を占めていた。

なお、1998年に債権譲渡特例法が制定されて以降は同法の意義が失われ、2004年の信託業法改正において一般的な信託受益権販売業者規制が講じられたことを踏まえて、特定債権法は信託業法の附則により廃止された。

2. 債権譲渡特例法（1998年）

特定債権法の一定の成果もあって、不動産以外の担保として注目されたのが債権であった。しかし、債権を担保として供する譲渡人にとっては、自己の有する債権を担保として利用したことを自己の債務者に知られることは、自己に対する信用不安を生じさせることから望ましくない。ところが、債権を担保に供するには、質権設定であれば対抗要件として第三債務者に質権の設定を通知又は第三債務者の承諾が必要である（民法364条）。この点、譲渡担保であれば実行時まで債務者に譲渡通知を控える方法がよく採られている。譲渡担保設定の段階で譲渡通知書の差入れを受けておき、譲渡人の経済的事由が悪化すると譲受人が譲渡人の使者又は代理人として債務者に通知を発するのである。この場合、譲渡担保設定時から15日以上経過しているのが通常であるので、破産法164条1項の権利変動の対抗要件の否認が問題となる。そのため、原因行為である権利移転時を遅らせるべく、実務では停止条件や予約という構成が用いられ、破産法上の

6) 第142回国会法務委員会（1998年5月28日）政府委員（森脇勝）発言。

否認権を回避するものとして問題とされた。

ところで、否認権が認められるとなると、有効な譲渡を前提とする資産の流動化にとっては不都合である。そこで、資産の流動化を進める意図もあって、この問題に対処するために1998年に制定されたのが「債権譲渡の對抗要件に関する民法の特例等に関する法律（債権譲渡特例法）」であった。同じ1998年に成立した「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律（旧SPC法）」、「債権管理回収業に関する特別措置法（サービサー法）」とあわせて資産流動化関連法と呼ばれている⁷⁾。

債権譲渡特例法は、民法の特例として、法人が行う指名金銭債権の譲渡につき、東京法務局に備えられた債権譲渡登記ファイルに債権譲渡登記をすることによって、債務者以外の第三者については民法467条の確定日付のある証書による通知があったものとみなすと規定する（現行の動産・債権譲渡特例法4条1項）。譲渡を債務者に対抗するには、債権譲渡及び当該譲渡につき債権譲渡登記がされたことを債務者に対し通知するか、債務者が承諾することが必要である（同法4条2項）。この場合、虚偽の通知がなされないように登記事項証明書を交付して通知しなければならない。したがって、虚偽のおそれが無くなるので債権の譲受人からも債務者に通知することができる。債務者は、登記事項証明書が交付されるまでは、従前の債権者（譲渡人）に支払えば足りるので、二重弁済の危険を負うことがない。債務者が登記通知を受けた場合に限り、通知を受けたときから抗弁切断の効力（民法468条2項）が生じる（同法4条3項）。また、登記申請はフロッピーディスクなどに入れてデータで申請することも可能であり、2004年からは債権譲渡登記、質権設定登記、延長登記及び抹消登記についてはオンラインによる登記申請も可能となった。

本法により、債務者に通知せずに債務者以外の第三者への對抗要件を備えることが可能となり、また破産法164条1項の権利変動の對抗要件の否認の問題は回避可能となった。これを受けてか、停止条件や予約を用いた譲渡に対して最高裁により「債務者に危機時機が到来した後に行われた債権譲渡と同視すべきであり、同号の否認権行使の対象となる」と判示された（最判平16.7.16民集58巻5号1744頁）。

なお、主な問題点として、①債権譲渡が商業登記簿へ記載されることが信用不安を招くこと、②債務者不特定の将来債権の譲渡には対応していないこと、が挙げられていた。この点は、後述する様に2004年の法改正で解決された。

7) その後、2000年に旧SPC法が「資産の流動化に関する法律（資産流動化法）」に改正され、2001年にサービサー法も改正されている。

以上、債権については、第一に、債権譲渡の対抗要件につき簡易・迅速な方法が求められたこと、第二に、民法上は「債務者への対抗要件」と「債務者以外の第三者への対抗要件」が様式は異なるにせよ共に「債務者への通知又は債務者の承諾」となっており、債務者に知らせることなく債務者以外の第三者への対抗要件を備えることは民法上は不可能であることから、両者を分離する制度が求められたこと、第三に資産の流動化への対応、からなされた法整備であった。債権譲渡特例法の審議過程において特定債権法の対抗要件と一本化することも検討されたが、実現しなかった。したがって、2004年までは、①民法上の対抗要件、②特定債権法による対抗要件、③債権譲渡特例法による対抗要件、と三種類の対抗要件が併存することとなった（2004年以降は①と③の二種類）。さらに、注意を要するのは、独立した債権ではなく賃料債権のように「果実」としての債権への処分である。法定果実は抵当権の物上代位との関係が問題となり、最高裁判決が平成10年1月30日以降相次ぎ、最終的には2003年の担保・執行法制の改正が行われた。

3. 担保・執行法制の改正（2003年）

不動産競売の促進、明渡しの簡易・迅速化を主眼として担保・執行法制が改正された。民法上の主な改正点は次の様なものである。①不動産上の担保権の実行方法として担保不動産収益執行という新しい方式を認め（民事執行法180条）、その実体法上の根拠として民法371条が改正され「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。」と規定された。②旧395条が定めていた短期賃貸借制度を廃止し、抵当権に対抗できない賃貸借の賃借人で競売手続開始前から抵当不動産たる建物を使用収益していた者は、競売手続における買受人の買受けの時から6か月間、明渡しを猶予されることとなった（民法395条1項）。③滯除を廃止し、それに代えて第三取得者の抵当権消滅請求権制度を創設した。この制度は、基本的に滯除と同じであるが、抵当権者に対し抵当権実行を第三取得者に通知すること及び競売で買受人がいなかった場合の増価競売を不要とし、抵当権者の負担を軽くしている。また、執行法上の主な改正点として、④民事執行手続における売却のための保全処分の要件を緩和する、⑤同じく保全処分の内容として限定的になされる執行官保管の保全処分を売却のための保全処分の一般的要件が充足されている場合には認める、⑥各種の保全処分を相手方を特定しないで命令を発し、さらに執行も可能とする、などがある。

4. 根保証 (2004年)

2004年3月から法制審議会の保証制度部会において、社会問題化した個人の包括根保証の責任制限を中心に検討され、緊急性の高い改正として民法典の口語化と同時に貸金等根保証契約の規定が民法典に挿入された(民法465条の2乃至465条の4)。

具体的には、保証契約に書面を要求した上で(民法446条2項)、個人の貸金等の保証に対象を限定して極度額の定めのない根保証を無効とし(民法465条の2)、元本確定期日や元本確定事由によって保証人の責任範囲が具体的に確定するとして、責任期間を実質的に3年乃至5年に限った(民法465条の3)。

5. 動産譲渡登記制度の創設—動産・債権譲渡特例法(2005年)

動産の直接占有を移転せずに動産を譲渡するには、真正譲渡であれ担保目的であれ、占有改定を用いるしかない。しかし、占有改定は当事者間の意思表示のみによる移転であり外形的に変更がないことから、二重譲渡や即時取得の可能性がある、譲受人の権利取得は確実とは言い難い。さらに、そもそも先行する隠れた譲渡があった場合、即時取得の要件を満たさない限り譲受人は権利を取得できない。このような法制度が、動産を資金調達のために活用することを困難にしていると指摘されていた。

そこで、主に譲渡担保を念頭にして動産譲渡登記制度が創設されることとなり、民法の特例として登記による対抗要件の具備を認める点で既に制定された債権譲渡登記制度と性格や手続が共通であるとして、2005年に債権譲渡特例法を改正する形で債権譲渡特例法に動産譲渡登記制度が規定され、「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律(動産・債権譲渡特例法)」が成立した。同時に、債権譲渡特例法で問題とされていた二点が、①商業登記簿への譲渡の記載を廃止し代りに新たに登記事項概要ファイルへ登録する、②債務者不特定の将来債権の登記を可能とする、と改正された。

動産譲渡登記制度は、法人が動産を譲渡した場合、動産譲渡登記をすることによって、動産の譲渡につき対抗要件を具備することができるとして、民法の対抗要件の他に登記により対抗要件を備えることを可能にするものである(動産・債権譲渡特例法3条)。登記は民法が定める対抗要件と並列の効力とされたため、対抗要件具備の先後関係によって優劣が決められることになる。したがって、登記をすれば優先できるわけではなく、登記の意味は「後発する譲渡」を排除できるに過ぎない。なお、登記の対象となる譲渡は、担保目的に限定されていない。

IV. 立法の過程と特徴

1. 立法過程

はじめに述べた様に、本稿は、内容自体に踏込んで検討するものではなく、これらの各立法は、どのような方針・手順で立法され、その一連の過程はどのような意味を持ち評価し得るのか、を論じるものである。したがって、主要な立法である(1)債権譲渡特例法、(2)担保・執行法制の改正、(3)動産譲渡登記制度、の立法過程を示した上で、具体例として比較法的にも珍しい動産譲渡登記制度について、どのような審議過程であったのかを明らかにする。

(1) 債権譲渡特例法

- 1995年6月 法務省民事局「債権譲渡法制研究会」発足
- 1997年3月 規制緩和推進計画(再改訂)閣議決定で言及
 - 4月 研究会の検討結果の公表
 - 9月 法制審議会民法部財産法小委員会で審議が開始
- 11月 経済対策閣僚会議の緊急経済対策において、債権譲渡の第三者対抗要件具備の簡素化を次期国会へ提出することが決定
 - 12月 「法律案要綱案」取りまとめ
- 1998年1月 法制審議会民法部会で了承
 - 2月 閣議決定、同日国会へ提出(6日)
 - 5月 衆議院で可決(21日)、参議院で可決(6月5日)

(2) 担保・執行法制の改正

- 1999年2月 経済戦略会議の答申「日本経済再生への戦略」において、不動産の流動化を促進するために民法・民事執行法の改正を具体的に提言
- 2000年5月(旧)通産省「経済活動と司法制度に関する企業法制研究会報告書」公表
 - 11月 司法制度改革審議会中間報告
- 2001年2月 法務大臣の諮問に基づき、「担保執行法制部会」設置
 - 6月 司法制度改革審議会より意見書公表 → 法務大臣より再度の諮問
- 2002年3月 要項中間試案採択 → パブリックコメント

- 2003年1月 部会で要綱案決定
- 2月 法制審議会総会で要綱の採択
- 3月 閣議決定、同日国会へ提出
- 6月 衆議院で可決（5月30日より法務委員会で4回の審議を経て24日に本会議で可決）、参議院で可決（25日）

(3) 動産譲渡登記制度

- 2003年3月 閣議決定された「規制改革推進3か年計画」において、動産担保法制の整備に関して検討を行うことが決定
- 2003年9月 法務大臣の諮問に基づき法制審議会「動産・債権譲渡担保法制部会」設置
- 2004年2月 要項中間試案公表 → パブリックコメント
- 3月 閣議決定された「規制改革・民間開放3か年計画」において、動産譲渡及び債権譲渡の公示制度を整備し同年中に法案提出が決定
- 8月 部会で要綱案決定
- 9月 法制審議会（総会）で決定、法務大臣に答申
- 10月 閣議決定、同日国会へ提出
- 11月 参議院で可決（2日から法務委員会で3回の審議を経て10日に本会議で可決）、衆議院で可決（法務委員会で3回の審議を経て25日に本会議で可決）

2. 立法の特徴－動産譲渡登記制度の創設を例に

この度の各立法には、これまでになく特徴として、第一に経済界の強い要請・政府の強力な主導、第二に審議の短期化⁸⁾、第三にパブリックコメント⁹⁾がある。バブル経済後の破綻した経済を立直すために、実務の要請、政府のリーダーシップにより迅速な対策

8) 担保執行法制は法制審議会の部会で20回（2001年5月～2003年1月）、「動産・債権担保法制部会」で10回開催（2003年10月～2004年8月）。

9) パブリックコメントは、1999年3月23日の閣議決定において「規制の設定又は改廃に係る意見提出手続」が定められて開始された。また、2005年には政省令等の制定手続に関して、意見を公募する手続に係る規定の整備を行うこと等を内容とする行政手続法の一部を改正する法律案が提出されている。

具体的には、担保執行法制（要項中間試案）：2002年3月28日～5月10日の期間に意見数91万8948件（内91万8763件については意見提出者の集計）、動産・債権譲渡（要項中間試案）：2004年3月3日～4月85日の期間に意見数89件（63団体、個人26名）であった。

が採られたことの評価については後に触れるとして、ここでは、第三の特徴であるパブリックコメントにつき、動産譲渡登記制度に関するパブリックコメントを例に子細をみることにする。

まず、「登記制度の創設」、「利用を法人に限定」という点に関しては、ごく僅かの反対意見があったものの、目的動産につき個別・集合を問わないことについての反対意見はみられなかった。

	A 案 (担保目的に限定)	B 案 (目的限定無し)
1 案 (占有改定より強い)	賛成 19・反対 2	賛成 4・反対 3
2 案 (占有改定と同等)	賛成 22・反対 7	賛成 1・反対 3

集計の結果としては、A・B案ではA案が、1・2案では2案が多いとも思えるものの、個人や団体など様々な母体からのコメントであり、一概に数による比較はできない。特に1案と2案については差は僅差といえよう¹⁰⁾。

このパブリックコメントの集計を受け、部会でどの様に議論されたのかは、非常に興味がある。法務省で公開されている審議録をみる限り、数や特定のコメントに依拠することなく、個々のパブリックコメントで指摘された疑問に対し解答する形で審議が展開されている。具体的には、例外は限定的でよいとするとA案ということになるが、真正譲渡と担保目的との区別が困難なことから、資産の流動化への対応も視野に入れて部会ではB案が決定された。また、担保として利用する側からは力の強い1案が望ましいとも考えられるが、部会では、一般原則との調整が困難なために、現状を前提として設定者に問い合せることで先行する登記を利用しない譲渡担保の確認は可能として、2案が支持された。

審議はB2案を前提としつつ、パブリックコメントにある、いわば懸念に解答する形で進められたことから、パブリックコメントの位置づけ・効果が問題となる。集計からはB2案は賛成が最も少ないことも注目すべきであろう。部会での動産譲渡登記制度のパブリックコメントの扱は、国家法とするための基礎資料ではなく、単に各方面の意見・疑問を提示してもらい、それらに対する確認作業をしているに過ぎない。単なる実務の要望であれば、もっと早期の段階ですべき調査であろうし、単に数で判断していないという点も、事実関係における利益対立を明らかにして衡量を行っているという点で、正

10) 余談であるが、重要な問題であるのにも拘らず件数が少ないことについては、特に年度がわりで検討や提出が困難であったのが原因ではないかと思われる。私自身の大学内部での検討でもそうであった。

当であろう。

V. 検討－立法手法の分析と評価

今回の立法によって、債権は民法上は不可能であった①債務者への対抗要件と債務者以外の第三者への対抗要件の分離、②債務者不特定債権の譲渡が可能となり、「出来なかったことが出来るようになった」ため、一定の利用が見込まれる。しかし、動産は「出来なかったことが出来るようになった」わけではなく、対抗要件具備の証明が容易かつ確実にしたに過ぎない。動産は、今回の立法で「添え担保」から脱却し、新たな独自の地位を獲得していくであろうと期待されている。しかし、どの程度利用されるかは、後発する譲渡の排除しかできない「登記」に実務がどの程度のインセンティブを見出すかに係っている。

ちなみに、民法の特例として債権と動産に導入された登記制度の利用状況は、2004年の債権譲渡登記事件数が42,024件（全登記事件の内0.2%で成年後見登記41,600件とほぼ同数）。動産については次表のようになっており、実際の活用も報道されている¹¹⁾。

動産譲渡登記事件数	件数・個数
2005年10月	14・72
11月	35・310
12月	181・14,386

債権と動産に関する今回の一連の立法は、譲渡登記制度の整備であり、譲渡担保の中身や効力については何ら法定されていない。政府の主導で、債権・動産の担保利用を後押しし、そのための裏付けとなる対抗要件制度の整備であり、担保としての実体的な権利関係は従来と何か変化があるわけではい。したがって、債権の処分時期についても、集合債権・集合動産についても何ら言及されているわけではない。では、この様な中身に言及しない立法については、どの様に考えればよいのであろうか。

これまで日本の非典型担保に関する大きな立法は二つあり、一つは、1971年の「根抵

11) りそな銀行は大手ディスカウントストアのドン・キホーテと提携し、商品在庫などを担保にした動産担保融資を始めた。第1弾として景品企画・製造のパートナーズ（東京・新宿）に、景品などを担保に3000万円を貸した。ドン・キホーテに在庫の評価、処分を委託する。不動産の乏しい中小企業やベンチャーにも融資しやすくなる（2006年4月8日/日本経済新聞 朝刊）

当」の民法典への挿入、もう一つは、1978年の特別法としての「仮登記担保法」の立法である。何れの立法も、具体的な権利関係や手続について子細に定められた。根抵当も仮登記担保も先行する実務に対応するための立法であった。しかし、内容を子細に定めた二つの立法は、異なる性格を持っていた。まず、「根抵当」を利用していたのは銀行などであり、継続的取引における担保として社会的にも承認されていた。したがって、「活用させたい」というベクトルが働いた。これに対して、「仮登記担保」を利用していたのは清算せずに暴利を貪ろうとする金融業者であり、社会的に問題となっていた。したがって、「規制する」というベクトルが働いた。その結果、立法後は根抵当は順調に利用され、仮登記担保は殆ど利用されていないといわれている。

今回の一連の立法は、景気対策として資金調達を容易にするという目的がある以上、早急に手当を講じる必要があり、敢て実体的権利関係や手続等の中身にまで踏込んで立法する時間的余裕も必要もなかった。さらに、これまでの判例で譲渡担保には清算義務も確立しており妥当な形で活用されていることから、潜在的には、先の仮登記担保法の様に立法の内容によっては譲渡担保の活用にブレーキをかけてしまうため、慎重にならざるを得なかったのではないかと考えられる。

では、譲渡担保の実体的権利関係につき、成文法を持たず、実務に委ね、紛争が生じた場合に裁判所で決する、というスタンスで問題はないのであろうか。あるいは、この様なスタンスをどう評価すべきであろうか。

現在の実務で行われているのは、事実上の強者が自らに有利な内容を強いるような「なま」の事実状態でもなく、また一方に有利な慣行があるわけではない。例えば清算義務など裁判規範が確立し学説によって検討された上で、「行われているのはこういうことだ」とのエールリッヒのいうところの「生ける法」が存在している¹²⁾。また、とりわけ非典型担保では、債権者にとっては担保としての効力が国家権力によって否定されては意味がないので、「なま」の事実状態であっても裁判規範を受けて自律調整的に変動していかざるを得ない。したがって、「なま」の事実状態での行為の内で承認されない行為は裁判で否定され、それが裁判規範となり、さら実態が判決が出る毎に自らを調整していくという過程が繰返される。そして、この様に作り出されていく慣習は、既に

12) エールリッヒの「生ける法」を事実と規範の関係でどの様に理解すべきかは、それ自体が問題であるので、本稿では、「説明され得る社会現象としての法」を差当たり「慣習」と表現する。「生ける法」を規範の一種として捉える場合は、本稿の「慣習」を「生ける法」に読替えて頂きたい。

確立した裁判規範に反するような慣習ではない。つまり、非典型担保における慣習は、実務からすると外部的・間接的プレーヤーとしての裁判規範の影響の下にあり、自律調整機能を備えている、別の言い方をすると、結果として国家権力によって間接的にコントロールされているともいえよう。

そうすると、その慣習に何故にある種の「規範的性格」を承認し得るのかは、国家権力の一定の影響下にあるから、と解することができよう。もちろん、国家権力による影響があること自体をどう考えるかは問題である。例えば、自律調整機能を備え、あるいはコントロールされているということを否定的に表現するならば、慣習が法曹法、国家法を打破り、それを改変させるということは、根抵当の様に成功した例もあるが、極めて困難なのではないか、ということになる。

この様に解せずとも、あるいは端的に不文法・判例法により支配されているといってもよいのかもしれない。ただ、本稿が問題としたいのは、契約自由を前提とする領域における国家権力の関与、行使の仕方である。民間や実務が鋭意努力して作り出してきたものに対して、国家権力は、どの様な姿勢で接すべきであろうか。

裁判規範（法曹法）が確立すればそれを前提に慣習が調整されていくとの見地からは、国家が敢て実体的な権利関係にまで踏込んで規律するよりも、まず、その調整過程を尊重し、国家権力としては、サポート的に対抗力や手続を整備すれば足り、整備されたものをどの程度どう使うかは慣習に委ねる、という手法も選択肢の一つであろう。今回は、審議過程において「実務に任せる」という意見が多く述べられている。もちろん、この様な手法を洗練された手法とみるか国家による立法の放棄とみるかは、検討の必要がある。

この手法の対極は仮登記担保法の立法であろう。日本の仮登記担保法が担保目的の仮登記のみを対象として実体的な権利や手続を子細に定めた結果、立法後は仮登記担保が使われなくなってしまったと評価されている。しかし、立法の目的が活用ではなく規制であったのであれば、仮登記担保法によって仮登記担保が使われなくなったのは、立法の失敗ではなく、むしろ成功と肯定的に評価できる。その上で、仮登記担保の直接の適用がない譲渡担保に対して、仮登記担保法の「趣旨」が影響を与え、妥当な裁判規範や慣習が形成されてきた。したがって、間接的影響を与える仮登記担保法を隣人としつつ、実務には非典型担保の契約形成に対してコストを投下するインセンティブが存在していた。

これに対して、韓国では実体的権利関係を問わず担保目的であれば総て、即ち譲渡担保等一切が、仮登記担保法の適用があると法定され、第三者との関係や、実行・清算手

続が具体的に規定された。したがって、目的物や契約形態については実務で様々な努力がなされるとしても、「簡易な執行」のためという側面に置いては、非典型担保の魅力を立法によって低下させたといえよう。

以上の視角からすると、今回の「中身を決めない」という立法手法に対しては、例えばゲーム理論的に分析するならば、次の様な評価も可能と思われる。

今回は「登記制度を整備した」というよりも、国家法が「中身を決めなかった」ということ自体が意味を有している。即ち、国家権力が「中身を定めない」、「実行手続を定めない」というコミットメント（確約）をシグナルとして出したと解すれば、「中身については慣習に委ねます。ただ問題があれば裁判規範で規制します。それを前提に実務は動いて下さい。」と宣言したことになる。そして実務は、このコミットメントの信頼度合に応じて担保契約の形成に投下するコストを決めていくことになる。これは、慣習の調整機能を尊重し活かす手法、あるいは小さな政府・規制緩和的発想として、戦略的思考からは肯定的に捉えられる。

この点、韓国の仮登記担保法のように、あまりにも強烈的なコミットメントがシグナリングされると、「担保は法律に規定のあるものによるべし」あるいは「動産抵当を立法すべき」ということが実務の行動の前提になってしまい、実務において非典型担保を形成・活用するモチベーションは減少してしまう。

もちろん、今回の日本の一連の立法は、単に対抗要件の整備でことが足りると判断された故の結果であるかもしれない点には注意する必要がある。また、本稿の様に国家権力の関与の姿勢をある種肯定的に捉えたとしても、「効力や権利の性質」は未解決のままであり、「誰にどの様な権利が帰属しているのか」が不明確であることは何ら変らない。

VI. おわりに

日本では、現在、債権譲渡禁止特約や電子債権について検討されており、担保付取引についてはUNCITRALとの関連も重要であると意識されている。一連の立法は、特定債権法を手掛りとして、従来の後追い規制ではなく、先に立法して制度を整備し経済を刺激する先導型であり、既にこの立法を受けた金融手法が定着している。

本稿では、政府の強い方針の下、資金調達のための立法がパブリックコメントなどを活用した上で短期間で整備されたことを踏まえた上で、時間的な要請が大きいものの、

実体的な権利関係に触れることなく立法されたことに対して、実務の慣習の調整能力を尊重し、国家権力は一步引いた形で関与したことに一定の評価を与えることが可能であると指摘した。

もちろん、自律調整機能を内在する慣習という見方は担保に限った問題ではない。また、この様な見方をしても幾つかの問題が残る。とりわけ、他の債権者との優劣関係は最終的には国家権力による裁定が必要となる。また、裁判規範として確立していないもの、新しい動向、については、「なま」の事実状態のままであり、不安定さ故に可能性も秘めていることから、とりわけ国家権力がどの様に接していくかは慎重に検討しなければならない。さらに、廃止された銀行取引約定書のように、一度は規範となったものが分解し、あるいは拘束力が弱まった場合、どう考えていくのか、という問題がある。規範の細分化、揺らぎとも捉えられよう。この問題については、本書の村山論文で論じられる。

国家法による実質的な規制がなくとも、譲渡担保に関する日本と韓国の実際の差は、実行・清算の手續が法定されているか私的実行かであり、実行後の結論がそれほど異なるわけではない。事後規制あるいは私的自治を重視する立法スタイルでは、実務の慣習における調整能力への信頼性と、実務の努力の結果生じた法律に直接規定のない合意をどの程度承認するかという立法政策上の判断が重要となる。今後は、この様なスタイルの立法が増えていくことが予想されることに伴って、そもそも「法の役割は何か」、「立法手法はどうあるべきか」について、改めて考察する必要があるだろう。

銀行取引約定書における相殺予約条項

— 銀行取引約定書ひな型廃止後の動向を中心に —

村山 洋介*

目 次

- I はじめに
 - II 銀行取引約定書ひな型の廃止と相殺予約条項の基本的構造
 - 1. 銀行取引約定書ひな型の廃止
 - 2. 銀行取引約定書ひな型における相殺予約条項
 - III 相殺予約関連条項に関する改訂動向
 - 1. 適用取引の範囲
 - 2. 期限の利益喪失条項
 - 3. 割引手形の買戻条項
 - 4. 差引計算条項
 - IV 改訂済み銀行取引約定書の相殺予約条項に関する若干の検討
 - 1. ひな型における相殺予約条項に関する判例学説の意義
 - 2. 改訂済みの銀行取引約定書における相殺予約条項の担保構造
 - V おわりに
-

I. はじめに

銀行取引約定書ひな型は、取引先が銀行に対して債務を履行すべき状態になり、銀行も当該取引先に対し預金等の債務を負担している場合に、銀行がこの債権債務を対当額で消滅させることができることを定めている。これを一般に、銀行取引約定書ひな型における相殺予約条項と称しているが、右相殺予約条項は、債権債務の簡易な清算手段であると同時に、実質的には相殺の担保的機能を利用した銀行による貸付金等の債権回収

* 鹿児島大学大学院司法政策研究科 助教授

至巖 李善永 博士 華甲紀念論文集刊行委員會

委員長：金相容

委員：姜大成, 孔淳鎭, 金敏圭, 金正泰, 李起羽, 鄭照根(가나다 순)

至巖李善永博士華甲紀念

土地法の理論과 實務

2006년 12월 25일 初版印刷

2006년 12월 31일 初版發行

刊行人 至巖李善永博士 刊行委員會
華甲紀念論文集

發行人 文 一 哲

發行處 圖書出版 法元社

서울특별시 강남구 신사동 541-14

Tel : 544-8086 Fax : 544-1733

등록 1976. 11. 8. 제1-194호

홈페이지 www.bubwonsa.com

저자와 협의
하에 인자첨
부금 생략함

※ 本書의 無斷複製行爲를 禁합니다.

定價 60,000원

※ 잘못된 책은 바꾸어 드립니다.

ISBN 89-91512-25-9 93360