

バブル経済後の不動産担保

— 2003 年担保法改正の批判的検討 —

鳥谷部 茂

1. はじめに
2. バブル崩壊期における金融担保関係法の推移
3. 担保法等改正の内容
4. 若干の批判的検討
5. おわりに

一 はじめに

バブル経済が崩壊するまでは、不動産担保が担保の主流であった。すなわち、一般論として、多額の与信をする場合に、債務者または設定者の財産のうち、何を担保に取るかといえば、まず、不動産（土地・建物）であった。不動産がない場合に動産を、動産がない場合に権利（債権、有価証券等）が担保に取られてきた^①。

ところが、バブル経済の崩壊とともに不動産価格が大幅に下落した。そのために、担保割れや執行不全が生じ、不動産担保が十分に機能しにくい状態が生じた。この間、金融機関は多額の不良債権を抱え、日本経済は破綻の危機に直面した。政府は、バブル崩壊当初から、金融機関の不良債権処理と経済立直しを最優先課題として取り組んできたが、最近になって、ようやく日本経済は部分的に回復しつつあるといわれている。金融機関の不良債権処理を最優先課題とする政策のもとに、多くの立法及び法改正が行われた。バブル経済崩壊を経た今、バブル経済崩壊期に行われた立法・法改正を冷静に振り返る時期が到来した。

本稿では、第 1 に、バブル崩壊期にどのような法的対応がなされたのか。

第2に、その具体的な立法として、担保法改正はどのような内容と意義を有するのか。第3に、バブル経済後における不動産担保の問題点を明らかにし、若干の検討を行う。

二 バブル崩壊期における金融担保関係法の推移

1 バブル崩壊期における法的対応

バブル経済崩壊後、わが国の金融経済を立て直すために、以下のような法律の制定や改正等が行われた⁽²⁾。まず、バブル経済崩壊によりわが国の金融機関に十分な機能を期待できなくなったため、資金調達が多様化に関する法律が精力的に制定された。このような推移の中で、担保・執行制度の改正は、金融機関による不良債権の回収等を主眼として、迅速に実施された。他方では、商工ローン問題や企業倒産等が多発している中で、保証人が過剰な負担を背負わされ、再起不能に陥るのを防ぐために、保証制度を見直す必要が生じてきた。

バブル経済と地価の関係については、以下のような図が参考になる⁽³⁾。

第1期	地価バブル前史	1985年まで
第2期	地価バブル展開期 前期	1985年～1987年
	地価バブル展開期 後期	1987年～1990年
第3期	地価バブル崩壊期	1990年～

※周藤利一＝稲本洋之助「土地政策の十年」『地価バブルと土地政策』東京大学社会科学研究所資料15集2頁（1996年）

主な法的対応等

1990年3月 大蔵省銀行局による不動産融資総量規制の導入。91年末解除。
1993年6月「特定債権等に係る事業の規制に関する法律（特定債権法）」（法

律 77 号) が施行された。この法律とともに、リース・クレジット債権の流動化が開始。

1994 年 9 月 リパッケージによる ABS (国内で組成された小口債権を裏付に海外で発行される資産担保証券) が解禁。

1995 年 1 月 阪神・淡路大震災。

1995 年 3 月「規制緩和推進計画」閣議決定。

1995 年 4 月「不動産特定共同事業法」(法律 77 号) 成立。

1996 年 6 月 特定債権を裏付とする ABS の国内発行が解禁。

1996 年 6 月「特定住宅金融専門会社の債権債務の処理の促進等に関する特別措置法」(法律 93 号)、「住宅金融専門会社が有する債権の時効の停止等に関する特別措置法」(法律 98 号)、「民事執行法の一部を改正する法律」(法律 108 号) 成立。住専関連法と呼ぶ。

1997 年 6 月 信託方式による流動化が法的に整備。

1998 年 10 月「債権譲渡の対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)」(法律 104 号)、「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律 (いわゆる旧 SPC 法)」(法律 105 号)、「債権管理回収業に関する特別措置法 (サービサー法)」(法律 126 号) が成立および施行。これらを資産流動化関係法と呼ぶ。

1998 年 10 月「金融機関等が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律」(法律 127 号)、「競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律」(法律 128 号)、「特定競売手続における現況調査及び評価等の特例に関する臨時措置法」(法律 129 号)。金融円滑化法と呼ぶ。

1998 年 10 月「金融再生委員会設置法」(法律 130 号)、「金融再生委員会設置法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律」(法律 131 号)、「金融機能の再生のための緊急措置に関する法律」(法律 132 号)、「預金保険法の一部を改正する法律」(法律 133 号)、「金融機関の早期健全化のための緊急

措置に関する法律」（法律 143 号）。金融再生関連法と呼ぶ。

1999 年 8 月「産業活力再生特別措置法」（法律 131 号）成立。

1999 年 11 月「民事再生法」（法律 225 号）および民事再生関連法成立。

2000 年 5 月「資産の流動化に関する法律（いわゆる資産流動化法）」（法律 97 号）が旧 SPC 法「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律」等の一部を改正する法律として成立、「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律（いわゆる改正投信法）」も成立。

2001 年 6 月 サービス法改正法（法律 56 号）の成立。

2002 年 4 月「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」の成立。

2002 年 6 月「証券決済制度等の改革による証券市場の整備のための関係法律の整備等に関する法律」成立。

2002 年 12 月「マンション建替えの円滑化等に関する法律」「会社更生法」「金融機関等の組織再編成の促進に関する特別措置法」の成立。

2003 年 8 月「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」（法律 134 号）公布、「ヤミ金対策法」の成立。

2004 年 6 月「不動産登記法の全面改正及び不動産登記法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（法律 123 号）、「破産法」（法律 75 号）の成立

2004 年 12 月「民法の一部を改正する法律（民法現代語化及び保証制度の見直し）」（法律 147 号）公布、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律」（法律 148 号）公布。

2 金融機関の機能不全と再生

(1) 不動産担保の位置づけ

前述のように、一般的に、担保取得者は、不動産担保を主たる担保方法とし、動産担保や債権担保は、これを補充する二次的担保として考えられてきた（近時、手形等の権利担保や割賦債権、リース債権、その他の集合債権、集合動産の担保等を主たる担保方法とする場合もあり、これらの担保方法に

対する法整備が望まれていた)。このような傾向は、地価インフレに支えられてきた。

地価の値上がりは、1955 年から 1985 年まで平均 15 %の上昇であった。これに対して、この当時の GNP は、年平均で 13 %上昇していた。ところが、1985 年から 1991 年までの地価は、年によって平均 56 %から 172 %まで上昇している。この時期の GNP は、年平均で 38 %から 53 %の上昇であった⁽⁴⁾。

このような地価上昇は、一方では規制緩和によって不動産に対する投資や不動産取引が活発に行われるようになったことに要因があるが、それらの不動産が使用収益のためにではなく、不動産の投機手段として用いられたことに主たる原因があった⁽⁵⁾。

このような不動産投機による地価上昇の時期にも不動産担保は、従来どおり主たる担保方法として利用された。担保権設定前の 2～3 年間に上昇した地価を基準に担保評価したために、バブル崩壊後は、膨大な不良債権を抱えることになったのである⁽⁶⁾。

その結果、バブル崩壊後は、後述のように、不動産担保の競売を申し立てても買受人が現れず、不動産担保は機能しないといわれるようになった。また、詐害的賃貸借が不動産担保の実行を阻害するということが指摘された⁽⁷⁾。

(2) 不動産担保の機能不全

不動産担保については、前述のように、バブル崩壊後、不動産価格が被担保債権額を大幅に下回るという事態が生じた。そのために、多くの金融機関は、不動産の値上がりに期待して抵当権を実行せずに、賃料への物上代位権の行使(判例【1】～【4】)という手段をとる場合が多くなった。また、不動産の投機価値がなくなったことから、不動産取引市場が冷え込み、不動産担保権の実行に踏み切った場合においても、競売価格は期待にそうものではなかった。実際に、統計上も、1991 年から不動産執行未済数が増加している⁽⁸⁾。

政府の不良債権処理が、社会問題として最も強く現れたのが、1996 年における政府系住宅金融専門会社(いわゆる住専)の廃止と公的資金(預金保険

制度）の導入であった。住専の不良債権処理における第一次損失として6兆4100億円が投入されることとなった。住専の不良債権処理の過程では、抵当権の実行妨害が多く報じられた。さらに、住専処理と併せて、破綻金融機関への公的資金等の支援が実施された。旧2信用組合、兵庫銀行、北海道拓殖銀行、日産生命、小川証券等に対する公的資金の導入や預金保険制度の適用等である⁽⁹⁾。

その後、BIS（自己資本比率）規制が1998年に導入され、その間、中小企業等に対する銀行の貸し渋り・貸し剥し（1998年～2000年）が社会問題となった。この間の金融機関の対応は、超低金利と賃料への物上代位等による消極的対応が目立った。このような金融機関の機能不全に対して、政府は、中小企業等による資金調達方法として資産流動化関連法を制定し、金融機関に対する支援・再生関連法を制定することになった⁽¹⁰⁾。最後に、基本法である民法の担保法等に関する法改正が実施された。

（3）金融機関の回復

最近、前述のような法的対応により、都市部を中心に、経済は部分的に回復してきたといわれている。とくに、資産流動化法・金融円滑化法・金融再生関連法・担保執行法の制定または改正により、金融機関の不良債権処理はほとんど完了し、低金利のもとで金融機関の収益が増加している。金融機関の経営に関する報道によれば、大手銀行グループ最終利益は、2兆6000億円（2006年3月期）に達したとされている。他方で、大手金融機関の法人税の支払いは、平均して4年先になるということである⁽¹¹⁾。日本経済は回復しつつあるとの報道が行われる一方で、倒産企業数は減少しておらず、地方経済の低迷はまだ深刻な状態にある。

三 担保法等改正の内容

担保法改正は、2003年7月25日に成立し、2004年4月1日に施行された。

また、民法の現代語化とあわせて、保証・根保証の改正法（追加規定）が 2004 年 12 月 1 日に成立し、2005 年 4 月 1 日から施行された⁽¹²⁾。担保法等の改正については、末尾の一覧表を参照。

1 雇用関係の先取特権（民法 308 条）

民法旧 306 条 2 号および旧 308 条は、「債務者の雇人が受くべき最後の 6 か月間の給料」と規定していた。これに対して、平成 15 年の改正法では、広く雇用関係から生ずる債権について先取特権が成立することとなった。また、期間についても、6 か月という制限が削除された。この結果、6 か月を超える給料のみならず、退職金その他、就労中の事故による使用者に対する損害賠償請求権等も被担保債権となることになった⁽¹³⁾。

2 指名債権質の債権証書（民法 363 条）

民法旧 363 条は、債権質を設定する場合に、債権証書があるときは、その証書を交付することが質権の効力要件となっていた。これに対して、平成 15 年の改正法では、指名債権質において債権証書の交付を効力要件としないこととした。その結果、通常の指名債権の譲渡には証書交付は要件とされないから、指名債権質の設定の場合にも証書を交付する必要はなくなった⁽¹⁴⁾。

3 抵当権

(1) 果実に関する効力（民法 371 条）

民法旧 371 条では、果実には抵当権の効力は及ばないとし、但書きで、抵当権実行の通知を受けた後はこの限りでないと規定していた。この規定のもとで、抵当不動産の賃料について、次のような判例法理が形成されていた。

【1】最判平成元・10・27 民集 43 卷 9 号 1070 頁

抵当不動産が賃貸された場合においては、抵当権者は、法 372 条、304 条の規定に従い、賃借人が供託した賃料の還付請求権についても物上代位権を行使できる。

【2】最判平成 10・1・30 民集 52 卷 1 号 1 頁

民法 372 条が準用する民法 304 条但書きが、抵当権者が物上代位権を行使

するには払渡し又は引渡しの前に差し押さえることを要するとした趣旨は、第三債務者が不安定な地位に置かれ、二重弁済を強いられるという危険から第三債務者を保護する点にある。この趣旨に照らすと、払渡し又は引渡しには債権譲渡は含まれず、抵当権者は第三者が債権譲渡の対抗要件を備えた後においても物上代位権を行使することができる。その理由として、①「払渡し又は引渡し」という言葉には当然には債権譲渡を含まない、②第三債務者は弁済により免責されうるから物上代位権の行使を認めても不利益にならない、③賃料に及ぶことは抵当権設定登記により公示されている、④債権譲渡が物上代位に優先すると抵当権者の利益を不当に害する。

【3】 最判平成 10・3・26 民集 52 卷 2 号 483 頁

債権について一般債権者の差押えと抵当権者の物上代位権に基づく差押えが競合した場合、両者の優劣は、一般債権者の申立てによる差押命令の第三債務者への送達と抵当権設定登記の先後によって決する。

【4】 最判平成 14・3・28 民集 58 卷 3 号 689 頁

賃貸借契約が終了し、目的物が明け渡された場合においては、目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅するのであり、このことは、明渡前に賃料債権に対する物上代位権の行使としての差押えがあった場合も同様である。

平成 15 年の改正法では、民法 371 条を「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、その後を生じた抵当不動産の果実に及ぶ」と改正した。その結果、債務不履行があるまでは、非占有担保である抵当権の効力は果実に及ばないが、不履行時からは天然果実にも法定果実にも抵当権の効力が及ぶとされている⁽⁴⁵⁾。しかし、果実に及ぶと規定しただけで、債務不履行と差押えの関係、賃料に対する対抗力の基準等は明確にされなかった。

(2) 担保不動産収益執行（民事執行法 180 条 2 号）

民法 371 条の手続規定として、民事執行法（新 180 条 2 号）に担保不動産

収益執行手続が新設された。この手続については、一般債権者が債務者所有不動産の収益に対して行う強制管理手続に類似するので、強制管理に関する規定（民事執行法 93 条以下）が準用される（民事執行法新 188 条）。なお、一般の先取特権者もこの不動産収益執行を利用することができる（民事執行法新 105 条⁽¹⁶⁾）。

担保不動産収益執行は、民事執行法 181 条 1 項に掲げる文書が提出されたときに限り、開始する。執行裁判所は、収益執行開始決定を行い、これと同時に管理人を選任する（民事執行法 94 条）。開始決定では、債務者に対して収益処分を禁止し、天然果実および法定果実（賃料）を管理人に交付すべきことを命ずる（同 93 条）。開始決定を受けた債務者は、新たな使用収益を伴う質権や用益権（短期賃貸借を除く）を設定しても効力を主張できない。管理人は、収益または換価代金から必要な費用を控除し、裁判所が定める期間ごとに計算して配当等を実施しなければならない（同 106 条、107 条）。抵当権者は、自ら収益執行の申立てをしないと配当を受けることができない（同 107 条）。収益執行手続は、担保不動産競売が実行され、買受人が代金を納付した場合には、この手続も終了する（同 188 条、111 条、53 条）。物上代位によって差押えをしていた債権者は、その効力を停止し（同 93 条の 4）、収益執行において実体法上の順位に従って配当を受けることになる（同第 1 項、第 3 項）。

(3) 一括競売（民法 389 条）

平成 15 年の改正では、従来の「設定者が抵当地に建物を築造したとき」との規定を、「抵当地に建物が築造されたとき」と改め、設定者以外の者が建物を建てた場合にも敷地の利用権を抵当権者に対抗できないときには、一括競売ができるようになった⁽¹⁷⁾。建物保護という観点から望ましい改正である。

(4) 滌除から抵当権消滅請求へ（民法 379 条ないし 386 条）

代価弁済および抵当権消滅請求は、取得した抵当不動産やその上の用益物

権が抵当権の実行によって消滅する場合に、それらの物権の第三取得者が債務者に代わって一定の代価を支払って抵当権を消滅させる制度である。その結果、第三取得者の所有権や用益物権が存続できることになる。この意味で第三取得者の保護として位置づけられてきた。新たな抵当権消滅請求制度は、平成 15 年の改正によって、このような従来の滌除制度に代えて導入されたものである⁽¹⁸⁾。

抵当不動産の第三取得者は、自ら評価した額を抵当権者に提示し、その承諾を得た金額を払渡または供託することによって、抵当権の消滅を請求することができる。これに対して、抵当権者が第三取得者の申出額を承諾した場合には、抵当権が消滅する（新 378 条）。反対に、抵当権消滅請求を受けた抵当権者は、第三取得者の申出を拒絶するときは、2 か月以内に抵当権実行（担保不動産競売）の申立てをしなければならない。平成 15 年の改正では、抵当権者が第三取得者の申し出を拒絶する場合に課されていた 10 分の 1 以上の価格での増価競売や第三取得者への実行通知義務、抵当権者の買受義務に関する規定等が削除された。また、抵当権消滅請求権者の範囲も、所有権者のみに限定され、地上権者、永小作権者は除外された。抵当権消滅請求手続きについては、民法 383 条ないし 386 条を参照。

（5）短期賃貸借から明渡猶予制度へ（民法 395 条）

民法旧 395 条では、短期賃貸借は抵当権の登記後に登記したものであっても抵当権に対抗できる、ただし、その賃貸借が抵当権に損害を及ぼすときは、裁判所は抵当権者の請求により賃貸借の解除を命ずることができると規定していた。この規定のもとで、短期賃貸借と抵当権の関係について、次のような判例法理が形成されていた。

【5】最判昭和 38・8・27 民集 17 卷 6 号 871 頁

民法 395 条により抵当権者に対抗しうる土地又は建物の賃貸借の期間が、抵当権の実行による差押えの効力が生じた後に満了した場合には、賃借人は、借地法 6 条、借家法 2 条による法定更新をもって、抵当権者に対抗すること

ができない。

[6] 最判平成 3・3・2 民集 45 卷 3 号 268 頁

抵当権は非占有担保であり、優先弁済権を有する担保権であるから、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使も、395 条但書きによる解除の効果としての占有排除も、さらに被担保債権を保全するために債務者が有する所有権に基づく返還請求権の代位行使もすることができない。

[7] 最大判平成 11・11・24 民集 53 卷 8 号 1899 頁

抵当権者は、物件所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することにより、直接抵当権者に対し物件を明け渡すよう求めることができる。また、抵当権者は、抵当権に基づく妨害排除請求権として右状態の排除を求めることもできる。

[8] 最判平成 17・3・10 民集 59 卷 2 号 356 頁

抵当権者は、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となる場合には、所有者から占有権原の設定を受けて抵当不動産を占有する者に対して、抵当権に基づく妨害排除請求権を行使することができる。設定者が適切に維持管理することを期待できない場合には、直接抵当権者に明渡しを請求することができる。ただし、賃料相当の損害賠償の請求はできない。

民法新 395 条は、抵当権設定登記後の短期賃貸借に対抗力を付与する規定および抵当権者による賃貸借契約の解除規定を削除した。すなわち、新 395 条では、期間の長短を問わず、抵当権に後れる賃借権は抵当権に対抗できないこととなった。その結果、抵当権が実行された場合には、不動産買受人との関係では、抵当権に後れる賃借権は存在しないものとして扱われ、賃貸借契約の期間内でも当該不動産を明け渡さなければならない。改正法は、この例外として、建物賃貸借に限定して、一定の要件のもとに、買受後 6 か月の明渡猶予制度と全抵当権者の同意による賃借権の存続規定（新 387 条）を新設した⁽¹⁹⁾。

明渡猶予のための一定の要件とは、①競売手続の開始前から使用または収益をしている者であること、②強制管理または担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後に行った賃貸借により使用または収益をなす者であること（新 395 条 1 項）、である。ただし、建物使用者が建物使用の対価（賃料）につき 1 か月以上の支払を滞納する場合には、建物買受人は建物使用者に対して相当の期間を定めて 1 か月以上の対価の支払を催告し、その相当の期間内に履行がないときは明渡猶予の効力を失う（新 395 条 2 項）。

他方、建物への抵当権設定に後れて設定された建物賃借権については、新 395 条によって抵当権に対抗できないが、例外的に、建物賃借権に優先するすべての抵当権者から競売後の建物賃借権の存続につき同意を得て、かつ、その旨の登記をしたときは、その同意をした抵当権者に対して賃借権に対抗することができることにした（新 387 条 1 項）。ただし、抵当権者がこの同意を行うには、この同意によって不利益を受ける者の承諾を得なければならない（同 2 項）。

このような新設規定は、第 1 に、賃借権の登記をしなければならないこと、第 2 に、抵当権者その他のすべての利害関係人の同意を得なければならないことから、實際上困難である。

なお、土地賃貸借については、明渡猶予制度は適用されないが、全抵当権者の同意による賃借権の存続規定は適用される。

また、改正法施行の際に現に存在する抵当権に後れる短期賃貸借で対抗要件を備えたものについては、この法律施行後に更新したものを含め、従前の取扱いによることとした（改正法附則 5 条）。

（6）敷金と登記事項

敷金について、民法 619 条 2 項は、賃貸借が更新されても敷金は消滅しないと規定する。賃貸不動産の所有者が交代した場合については、次のような判例法理が形成されていた。

【9】最判昭和 44・7・17 民集 23 卷 8 号 1610 頁

建物賃貸借契約において、当該建物の所有権移転に伴い賃貸人たる地位の承継があった場合には、旧賃貸人に差入れられた敷金は、未払賃料債務があればこれに当然充当され、残額についてその権利義務関係が新賃貸人に承継される。このような判例は戦前から確立しており、最高裁にも引き継がれている（大判昭和 5・7・9 民集 9 卷 839 頁、大判昭和 18・5・17 民集 22 卷 373 頁、最判昭和 48・2・2 民集 27 卷 1 号 80 頁）⁽²⁰⁾。

平成 15 年の改正では、敷金について、不動産登記記録に賃借権の登記をした場合における登記事項とする改正が行われた。すなわち「抵当権者の同意により賃貸借に対抗力を与える制度の創設に関連して、改正法により、敷金が、新たに賃借権登記における登記事項とされた（不動産登記法 132 条 1 項）。この改正は、①賃貸人の敷金返還義務は、目的不動産の所有権の移転に伴い当然に新所有者に承継されると解されていることから、敷金の有無および額は、目的不動産の新所有者にとって、一般に重要性の高いものとなっていること、②抵当権者の同意により賃貸借に対抗力を与える制度の創設に伴い、買受人の引き受けとなる賃借権の内容を明確にし、高額な敷金差入れの仮装等の執行妨害を排除するためには、敷金を登記事項とする必要があることを考慮したものである。」との趣旨からである⁽²¹⁾。

以上の趣旨からは、敷金を登記事項としたのは、賃借権の登記がなされた場合を前提に、買受人を保護するためである。決して、抵当権者を保護するためではなく、従来の判例法理【9】を変更しようとするものでもないと思われる。

4 根抵当権の確定（民法 398 条の 20 の旧 1 項 1 号、398 条 19 の第 2 項）

平成 15 年の改正では、取引の終了などの客観的確定事由（旧 398 条の 20 の旧 1 項 1 号）が削除され、根抵当権者から何時でも確定請求ができる旨の規定が追加された。取引の終了については、客観的確定事由とされていたが、実際上はどのような場合にいつ取引が終了したかの基準が明確でないとの批判があった。

また、根抵当権者が根抵当権設定後に確定請求したときは、その請求の時に確定することとなった（398条の19第2項）。この改正によって、不良債権処理や会社合併などの場合に、一方的に根抵当権を確定させ、確定根抵当権つきで被担保債権を譲渡することが容易となった⁽²²⁾。

5 保証・根保証契約（民法446条2項、465条の2ないし5）

（1）保証・根保証の要式性

新法では、根保証契約だけでなく、一般の保証契約についても書面による契約を効力要件とした（446条2項）。また、保証契約が電磁的記録による場合にも書面によるものとみなされる（同3項）⁽²³⁾。

（2）貸金等根保証契約

本法の貸金等根保証契約であるためには、①根保証契約であること、②主たる債務の範囲に金銭の貸渡または手形の割引を受けることによって負担する債務、すなわち「貸金等債務」が含まれること、③個人を保証人とするものであること、が必要である（465条の2第2項）。

貸金等根保証契約が効力を有するためには、極度額を契約書に定めなければならない（465条の2第2項）。極度額には、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額の全額が含まれる（465条の2第1項）。

主たる債務の元本の確定すべき期日（元本確定期日）は、5年以内で定めることができ、これを超える場合は効力を有しない（465条の3第1項）。元本確定期日の定めがない場合は、根保証契約締結の日から3年を経過する日に元本が確定する（465条の3第2項）。元本確定期日の変更（延長や更新）は、変更日から5年を超える場合は無効となる（465条の3第3項）。元本確定期日の定めと変更は書面で行わなければならない（465条の3第4項）。

元本確定期日の到来によって元本が確定する。ただし、元本確定期日到来前でも、以下の確定事由があったとき、すなわち、①債権者が債務者又は保

証人の財産に対して金銭債権についての強制執行等の申立てをしたとき、②主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき、③主たる債務者又は保証人が死亡したとき、元本は確定する (465 条の 4)。

原保証人の求償権を確保するために会社の経営者個人を求償保証人とする保証契約を締結する場合 (求償権保証契約)、この求償権保証契約が効力を有するためには、債権者・原保証人間の原根保証契約において、①極度額の定めがあること、②元本確定期日の定めがあること、③元本確定期日の定め若しくは変更が 465 条の 3 第 1 項、第 3 項の規律に従ったものであること、が必要である。

四 若干の批判的検討

1 民事立法のあり方

2003 年の担保法改正および 2004 年の保証制度の改正は、従来の判例理論とどのような関係にあったのであろうか。

従来の判例法理や学説理論を今回の法改正に取り入れたものとして、前述のように、雇用関係に基づく先取特権、指名債権質の証書交付、一括競売の拡張、根抵当権の確定、根保証契約の制限などがあり、これらの点については、今回の改正は、若干の異論もあろうが、一定の評価ができるものと考えられる。

これに対して、今回の法改正によって従来の判例法理等が無視または否定されてしまったものがある。

第 1 に、抵当不動産の賃料については、判例【1】により賃料への物上代位が無条件に肯定された。さらに、判例【2】【3】等により、物上代位権に基づく差押えがあれば抵当権の登記を基準として賃料への対抗力を認める判例法理が形成された。ただし、この判例法理に対しては、肯定する理由・基準が合理的でないとの批判が学説からなされていた⁽²⁴⁾。民法新 371 条は、以

上のような問題を明確にすることなく規定された。

第2に、抵当権の実行と賃借権更新との関係については、すでに判例【5】が抵当権実行通知後の更新は認めないとの法理を形成していたが、明文の規定とはならなかった。

第3に、詐害的賃借権の排除については、これを排除する判例（最判平成3・9・13判例時報1405号51頁、最判平成6・3・25判例時報1501号107頁等）の努力が重ねられてきたところ、民法上唯一の排除根拠規定である旧395条は削除された。これによって、最高裁大法廷判決【7】が拠って立つ「解除→不法占拠者→妨害排除請求権→債権者代位権」構成も否定されてしまった⁽²⁵⁾。ただし、前述のように、最近の判例【8】では、抵当権自体に基づく物権的請求権としての明渡請求が肯定されている。学説には、詐害的賃貸借契約につき一定の場合に抵当権に基づく明渡請求を認めることに賛成するものがあつたが、正常な短期賃貸借については保護すべきとするのが多数説であつた⁽²⁶⁾。

第4に、敷金の承継に関する判例法理【9】は、敷金が登記事項とされたことによって、否定されようとしている。すなわち、敷金の登記がなければ、いかなる場合も買受人には対抗できないとの解釈が支配的になっている⁽²⁷⁾。

以上から、ここで指摘すべきことは、判例法理と立法および法改正の関係である。従来、民事立法学が論じられたことはあるが、立法（法改正も含めて）と判例法理や法理論との関係について、明確なルールが確立されてこなかった⁽²⁸⁾。

今回の担保法改正だけでなく、従来からの貸金業法等の改正例等をみればわかるように、判例法理や学説理論をまったく否定する法改正が平然と行われてきた。これは、判例法理や法理論を立法に反映することを任務とする法曹・学者委員が、いわゆるプレッシャーグループの圧力に抵抗できなかったことによる⁽²⁹⁾。そこで、民事立法および法改正を行う場合の第1原則として、まずは従来判例法理を条文化するというルールを確立すべきことを提案し

ておきたい⁽³⁰⁾。

ちなみに、韓国の物権法改正案においては、7つの基本方針が掲げられている⁽³¹⁾。すなわち、第1に、民法の立法者が採択した民法の基本原則を尊重するものである。第2に、理論的な洗練を追求するよりは現実的な法律関係において合理性を図る。第3に、現行法解釈に学説の対立がある場合には立法が片方に偏るのを避ける。第4に、大法院の判例が確固たる場合には大法院の意見に反する内容を立法しない。第5に、外国の立法は参考にするものの、従属する形態はとらない。第6に、仮登記担保法等の特別法の民法への吸収は今回の改正では除外し、今後の改正に反映する。第7に、歴史的に意味のある事項や学会で十分な研究が行われていない場合には改正の範囲に入れない、というものである。以上の基本方針は、各国の事情や当該経済状況によっても変わりうるが、きわめて注目すべきものであると考える。

2 不動産担保の機能の変遷（価値権から収益権へ）

バブル経済期における不動産担保の効力は、不動産の交換価値のみを基礎とする傾向にあった。最近では、前述のように、担保不動産の賃料等、収益価値を基礎として評価する傾向に変わった。賃料の物上代位に関する判例【1】【2】【3】、明渡請求に関する判例【7】【8】、担保不動産収益執行制度の導入などがその現れである。これは、賃料を得ながら債務を弁済しない債務者に対する関係では、抵当権者が債務を抵当不動産から直接回収することは肯定されるべきである。

しかし、注意しなければならないのは、他の債権者に対する関係である。例えば、不動産質権との比較である。不動産質権者は、不動産の管理等の費用を負担することから、収益権が付与されている。抵当権者はまったく管理等の負担をすることなく、利益のみを得ることになる。

また、抵当権消滅請求権については、地上権者・永小作権者は請求権者から削除された。これは、収益権を強化する方向と矛盾する。要するに抵当権

者に有利な収益権は強化し、抵当権者に不利な収益権は否定したことになる。

さらに、賃料債権に対する抵当権の効力を強化することにより、他の担保方法との競合が生じうる。例えば、不動産質権や集合債権の譲渡担保などの競合である。動産債権譲渡特例法との競合も起こりうるであろう。いずれにしても、不動産本体とその果実は、別々の法的支配の対象となりうるのであり、他の債権者との間では公平な基準が提示されなければならない⁽³²⁾。

以上の前提として、不動産の評価（交換価値・収益価値を含めて）は慎重になされることが重要であることはいうまでもないことである。

3 不動産賃借権・利用権の保障

今回の担保法改正では、担保不動産の収益価値を確保するために、賃借権を排除する傾向が見られる。しかし、一般の正常賃貸借は、従来どおり安定的に保護する必要がある。なぜならば、賃借人が不安定な地位に置かれている場合には、その収益価値を基礎とする不動産担保も不安定となるからである。

これに対して、担保不動産の収益価値・交換価値を害する許害的賃貸借は徹底して排除すべきである。このような観点からは、賃貸借期間中でも抵当権の実行によって法的に賃借人を追い出すことができる今回の改正（民法旧395条の対抗力削除）は、正常な賃貸借を不安定に陥らせる、きわめて問題のある法改正といえることができる。すなわち、第1に、正常賃借人と許害的賃借人を区分する規定を削除したことは、民法典上後者を排除することを放棄したものである。第2に、抵当権者との関係では、従来は後者のみを排除していたものを、今回の改正は、正常賃借権をも排除することとなったもので、法的正義に反する。第3に、抵当権の実行によって買受人すなわち新所有者との関係では賃貸借契約（旧法では承継された）を終了させたにもかかわらず、6カ月間明渡しを拒絶できるという、きわめて不明確な法律関係を

法律自らが作り出すことになった。

敷金については、登記事項となったから、登記しないと第三者に対抗できないとの指摘がある。今回の改正では、登記事項となっただけで、その内容は不明である。

民法新 395 条により、賃借権が抵当権設定より後の場合、賃貸借契約は買受人に対抗できず引き受けられないことになった。この場合は、敷金返還請求権も承継されない。権利が承継されない場合でも、敷金の登記をすれば対抗できるというわけではないと思われる。仮に、賃借権発生後に抵当権が設定される場合でも、そもそも賃借権は登記されない。しかし、借地借家法 10 条および 31 条によって対抗力は付与される。これらの場合には賃借権の登記をしていないことを理由に敷金を対抗できないとするのは判例法理に反する。

また、明渡猶予制度においては、賃貸借契約終了後 6 ヶ月間は居住できるが、敷金は引渡後でないとは発生しないとされるため、賃貸借契約の終了時点と敷金返還請求権の発生時点がずれてしまった。このような場合には、敷金の承継を認めないと、敷金返還請求権の回収は事実上困難になる。したがって、賃貸人が交代した場合には承継されるとする従来の判例法理は維持されるべきであり、敷金返還請求権を新賃貸人に対抗できないのは、賃借権の登記をしたのに敷金特約の登記をしない場合に限定すべきである。敷金については、ドイツ民法と同じように、分別管理義務を明文化し、強行規定とすべきである⁽³³⁾。

4 不動産担保の需要と再構築

バブル崩壊期には、前述のように、不動産担保は機能不全に陥った。中小企業等には、資産流動化制度等を利用することによって資金調達する例も多数報告されている。資金調達方法の多様化は、経済活動の活性化にとって有意義であり、バブル崩壊期には著しい実績をあげている。では、不動産担保

は、利用されなくなったのであろうか。

最近実施されたアンケート調査報告によると、依然として不動産担保への期待が高いことが明らかにされている。すなわち、金融機関等に対して、どのような資金調達方法を利用するかの質問に対して、170件の回答があった。不動産担保については、抵当権・根抵当権が156件、不動産譲渡担保が24件、仮登記担保が9件、不動産所有権留保が2件、信託が1件であり、利用回答総数が193件であった。また、動産担保については、動産質が5件、動産譲渡担保が25件、所有権留保が4件、その他が4件であり、利用回答総数が50件であった。さらに、債権を目的とする担保については、債権質が44件、債権譲渡担保が36件、代理受領・振込指定が53件であり、利用回答総数が133件であった⁽³⁴⁾。

このような期待に応えるためには、前述のように、バブル崩壊期における不良債権の回収・抵当権者の保護強化という観点から実施された2003年の改正法について、再構築が必要である。再構築の基準としては、担保方法の多様化（動産担保・人的担保等も含めて）に整合的な制度とするために、他の担保方法との併用・補充・競合関係について、公平な基準に基づく検討が必要である⁽³⁵⁾。

五 おわりに

前述のアンケート調査で明らかになったように、日本における不動産担保は、資金調達方法として、現在でも利用が最も期待されている担保方法である。バブル経済後の不動産担保制度は、バブル崩壊期の教訓を活かし、利用権や収益機能を基本として再構築されるのが望ましい。その際、不動産担保を再構築するためには、民事立法の基本ルールが確立されなければならない。立法や法改正においては、確立した法理論・判例法理がある場合にはこれを明文化することを第1の任務とすべきである。

また、不動産の収益機能を基礎とする担保制度を構築するには、賃借人の利用権が安定的に保護されてはじめて可能となる。賃借人の利用権が不安定では、その収益担保権も危うくなる。

一般の短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすことが少ないのであれば、正常な短期賃貸借は従来どおり保護すべきである。ただし、いつまでも居座り続けることができるような更新制度（立退料）であるならば、短期賃貸借の対抗力を復活させたいと、見直されなければならない。

司法が国民に信頼されるためには、公平な制度・基準を提示することが必要である。貸金利息や敷金等、多くの国民が経験する問題について、判例法理・法理論と立法の対応が正反対であり、かつ、法律を知らない者が不利益を被るような不公平な制度は、司法の信頼を損なう源である⁽³⁶⁾。判例法理等が排除に努めてきた詐欺的賃貸借について、民法典上唯一の根拠規定を削除してしまうような法改正は言語道断というべきである。むしろ、判例法理を踏まえた法律要件を定め、正面からこれを排除する明文規定を民法典の中に置くべきであって、詐欺的賃貸借はこれを認定して徹底して排除するのが司法の使命である⁽³⁷⁾。

<注>

- (1) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）において論じられているように金融取引全体において債権（担保）の地位・機能が高くなったことは周知の通りである。しかし、個別の取引において、不動産担保の地位・機能自体は、バブル崩壊の一定時期を除いては、必ずしも低下してしまっただけではなかった。最近の担保取得方法の実態については、堀田親臣「担保の多様性に関する実態調査（一）－アンケートの調査結果を中心として」広島法学 30 卷 4 号 47 頁（2007 年）を参照。
- (2) バブル経済後の担保法の推移については、田村耕一「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」『李善永博士還暦記念・土地法の理論と実際』717 頁（韓国・法元社、2006 年）がある。
- (3) 稲本洋之助他「地価バブルと土地政策（1985-1995）」東京大学社会科学研究所資料第 15 集（1996 年）、長谷川徳之助＝稲本洋之助「地価バブルと土地政策」社会科学

- 研究 47 卷 5 号（1996 年）参照。
- (4) 長谷川徳之助＝稲本洋之助・前掲社会科学研究 47 卷 5 号 218 頁参照。
 - (5) バブル経済の原因として、土地転がしが指摘されている。また、取引主体も、法人から法人への売買契約の比率が圧倒的に多くなっている。稲本洋之助他「座談会・都市的土地利用の十年」社会科学研究 47 卷 5 号 169 頁（1996 年）、長谷川徳之助＝稲本洋之助・前掲社会科学研究 47 卷 5 号 225 頁、大槻久志他「特集・バブル腐敗と金融動向」経済 330 号 8 頁（1991 年）、吉田克巳「経済危機と日本法— 1990 年代」北大法学論集 50 卷 6 号 152 頁（2000 年）、吉田克巳「90 年代日本法の変容」法律時報 72 卷 9 号 5 頁（2000 年）など参照。
 - (6) 金融機関の不良債権については、谷啓輔「バブル崩壊と不良債権処理」東亜法学論集 4 号 1 頁（1999 年）、岩原紳作他「座談会・金融機関の不良債権の実態と破綻処理スキーム」ジュリスト 1151 号 13 頁（1999 年）、北見良嗣「不良債権の回収と法」法律時報 72 卷 9 号 16 頁（2000 年）、北見良嗣「不良債権問題の早期処理に向けて」ジュリスト 1214 号 2 頁（2001 年）、深尾光洋「不良債権処理と銀行への公的資金注入」ジュリスト 1240 号 35 頁（2003 年）、須藤正彦【精説不良債権処理】経済法令（2004 年）等を参照。
 - (7) 詐害的貸借については、内田貴【抵当権と利用権】（有斐閣、1983 年）、生熊長幸【執行妨害と短期貸借】（有斐閣、2000 年）など参照。
 - (8) 椿寿夫他「特集・バブル経済崩壊と法的諸問題」ジュリスト 1030 号 10 頁（1993 年）、高木新二郎「バブル経済崩壊がもたらした民事執行についての諸問題」ジュリスト 1030 号 36 頁（1993 年）、道垣内弘人他「特集・バブル後の根抵当実務をめぐる諸問題」金融法務 1483 号（1997 年）、福永有利他「シンポジウム・担保権の効力と不動産執行」民訴雑誌 44 号 102 頁（1998 年）など参照。
 - (9) 住専問題や銀行破綻問題については、長谷川靖他「特集・住専破綻処理」金融法務 1458 号 6 頁（1996 年）、藤井良広他「特集・金融機関の経営破綻と法」ジュリスト 1085 号 8 頁（1996 年）、貝塚啓明他「特集・金融関連六法成立」法律のひろば 49 卷 9 号 4 頁（1996 年）など参照。
 - (10) 金融再生関連法については、岩原紳作他「特集・金融機関の再生と早期健全化」ジュリスト 1151 号（1999 年）、江頭憲治郎他「特集・あたらしい金融システムと法」ジュリスト増刊（2000 年）、川濱昇他「特集・金融リスクをめぐる法的問題」ジュリスト 1240 号（2003 年）など参照。
 - (11) 金融機関の回復については、朝日新聞 2006 年 10 月 15 日「大手行まだ半人前」参照。
 - (12) 谷口園恵他「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の解説（1）～（7 完）」NBL767 号 8 頁～775 号 44 頁（2003 年）、山野目章夫

「新しい担保法制の概要」判例タイムズ 1127 号 14 頁 (2003 年)、松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点 (上) (下)」金融法務 1687 号 18 頁、1688 号 19 頁 (2003 年)、道垣内弘人他「特集・新しい担保・執行法制と金融実務」金融法務 1682 号 17 頁以下 (2003 年)、道垣内弘人他「新しい担保・執行制度」有斐閣 (2003 年)、谷口園恵他「改正担保執行法の法律及び規則の概要と実務」判例タイムズ 1135 号 4 頁以下 (2004 年)、鎌田薫他「特別座談会＝担保・執行法制の改正と理論上の問題点」ジュリスト 1261 号 32 頁 (2004 年)、西口元＝小賀野晶一編「担保法の最前線」金融・商事判例増刊 1186 号 6 頁以下 (経済法令、2004 年)、山野目章夫＝小粥太郎「平成一五年法による改正担保物権法・逐条研究 (1) ～ (3)」NBL778 ～ 780 号 (2004 年)、谷口園恵＝筒井健夫編著「改正担保・執行法の解説」(商事法務、2004 年) など参照。

- (13) 谷口園恵＝筒井健夫編著「改正担保・執行法の解説」13 頁 (商事法務、2004 年) 参照。
- (14) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 18 頁参照。
- (15) 旧法の物上代位に関するものとして、清原泰司「物上代位の法理」(民法法研究会、1997 年)、生熊長幸「物上代位と収益管理」(有斐閣、2003 年) がある。改正法については、谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 56 頁参照。
- (16) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 59 頁参照。
- (17) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 30 頁参照。
- (18) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 20 頁参照。
- (19) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 35 頁、40 頁参照。
- (20) 石外克喜「権利金・敷金」契約法大系 Ⅲ 130 頁 (有斐閣、1963 年)、同「注釈民法 (15) 債権 (6)」319 頁 (有斐閣、1996 年)、升田純「敷金をめぐる諸問題」民法法情報 93 号 50 頁 (1994 年) など参照。
- (21) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 42 頁参照。
- (22) 谷口園恵＝筒井健夫編著・前掲書 46 頁参照。
- (23) 保証制度の見直しについては、吉田徹他「保証制度の見直し等に関する民法改正の概要 (上) (中) (下)」金融法務 1728 号～1730 号 (2005 年)、吉田徹「保証制度の見直しに関する民法の一部改正」ジュリスト 1283 号 80 頁 (2005 年)、吉岡伸一「保証制度の見直しに関する民法の一部改正法について」銀行法務 21・646 号 44 頁 (2005 年) 参照。
- (24) 抵当不動産本体への登記を基準として賃料への優先弁済権を認めることに対しては批判があった。高木多喜男「賃料に対する物上代位」銀行法務 21・601 号 33 頁 (2002 年)、鳥谷部「抵当不動産の使用収益権 (1) — 中間試案を中心に」広島法学 26 卷 4 号 241 頁 (2003 年) など。学説の整理については、松岡久和「物上代位の成

- 否と限界 (1) ~ (3)」金融法務 1504 号 6 頁、1505 号 13 頁、1506 号 13 頁 (1998 年) を参照。
- (25) 非占有担保である抵当権者に債権者代位権構成を用いるのは、法理論上の問題を含んでいた。しかし、詐害的賃借権を排除するために複数の法的構成を抵当権者に与えることは自体は必ずしも否定されるべきことではない。債権者代位権構成は、判例【8】によって代替しうるものかどうかについて、検討の余地が残されている。
- (26) 短期賃貸借を廃止しても問題の解決にはならないことを理由に、一定の場合に抵当権に遅れる賃借権に対抗力を与えるべきであるとする見解として、織田博子「短期賃貸借制度」土地問題双書 30 号 115 頁、121 頁 (1993 年)、同「短期賃貸借制度改正私案」ジュリスト 1218 号 99 頁 (2002 年)、高木多喜男「担保法改正についての一考察」【会社法・金融取引法の理論と実務】178 頁 (商事法務、2002 年)、生熊長幸「執行妨害と短期賃貸借」515 頁、523 頁 (有斐閣、2000 年)、同「短期賃貸借保護の制度改正の視点 (下)」ジュリスト 1217 号 79 頁 (2002 年)、亀田浩一郎「短期賃貸借制度見直しについての提案」ジュリスト 1218 号 101 頁 (2002 年)、畑一郎「東京地裁における最近の担保・執行法制に関する実務の現状と見直しの方向性」債権管理 95 号 41 頁 (2002 年)、石口修「短期賃貸借 (1) 一民法第 395 条の改正問題を中心として」広島法学 26 巻 4 号 250 頁 (2003 年)、吉田克己「短期賃貸借保護制度改正の方向」、ジュリスト 1223 号 19 頁 (2002 年) などがあり、多数の民法学者がこれを支持していた。
- (27) 敷金は登記しないと買受人に対抗できないとするものとして、古賀政治編『ケースでわかる新担保・執行法制』58 頁 (きんざい、2003 年)、関西法律特許事務所編『改正担保・執行法の理論実務と書式』71 頁 (民事法研究会、2004 年) などがある。また、賃借権の登記をした場合で、かつ、敷金の登記をしなかった場合に限って買受人に対抗できないとするものとして、山川一陽＝山田治男『改正担保法・執行法のすべて』103 頁 (中央経済社、2003 年)、小林秀之＝角紀代恵『わかりやすい担保・執行法改正』129 頁 (弘文堂、2004 年) などがある。いずれにしても、抵当権に遅れる賃借権に限定されたものかは理論的に明確でない。すなわち、抵当権に遅れる場合は登記をしても対抗できないし、抵当権に優先する場合も登記をしないと対抗できないというのであれば、ほとんどが買受人に対抗できないことになり、登記は意味がないことになるからである。
- (28) 椿寿夫他「特集・民事立法学」法律時報 53 巻 14 号 (1981 年 12 月臨時増刊) 参照。
- (29) 総合規制改革会議の第 1 次答申は、正常型か執行妨害型かを問わず、一方的に短期賃貸借制度を廃止すべきであるとするものであった。山野目章夫「短期賃貸借制度の見直し」銀行法務 21・601 号 4 頁 (2002 年)。

- (30) これは、最高裁判決が1つ出たら、直ちに立法や法改正をすべきであるという趣旨ではない。最高裁判決にも結論に賛成できるが理由には賛成できないものもあるからである。判例法理として確立したものを前提としている。また、立法の仕方としては、原則として最高裁判例法理を規定した上で、柔軟な対応ができるように、一定の要件を定めて、例外規定を設けることが必要な場合もあろう。近江幸治「プレッシャーグループと譲渡担保立法」法律時報 53 卷 14 号 220 頁も参照。
- (31) 金凡鉄「韓国物権法の直面する問題」2007 年 1 月 26 日国際シンポジウム「日中韓の民法学のトレンド」55 頁（主催：早稲田大学 21 世紀 COE 《企業法制と法創造》総合研究所）を参照。
- (32) 鳥谷部「賃料をめぐる抵当権の効力」広島法科大学院論集 1 号 83 頁（2005 年）。
- (33) 敷金の分別管理義務等については、鳥谷部「敷金返還請求権の発生時期と分別管理義務」法律時報 75 卷 8 号 67 頁（2003 年）を参照。
- (34) 堀田親臣「担保の多様性に関する実態調査（一）－アンケートの調査結果を中心として」広島法学 30 卷 4 号 52～53 頁（2007 年）を参照。
- (35) 執行妨害の口実となりにくい制度をじっくり検討する時間的余裕に欠けていたため、問題点が残され、引き続き必要な検討を行うとの附帯決議が行われている（松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点（下）」金融法務 1688 号 22 頁（2003 年）など参照。）
- (36) 鳥谷部「担保法改正と賃貸借契約—最近の重要事項説明書を中心に」法律時報 77 卷 6 号 1 頁（2005 年）。
- (37) 最近の報道で、暴力団が居座り、整理回収機構等が 600 件を対象に保全へ本腰、という記事があった（朝日新聞 2007 年 1 月 10 日朝刊）。短期賃貸借保護制度を廃止すれば詐害的賃貸借はなくなるとの主張が廃止論者からなされたが、幻想に過ぎない。それらの中には旧法適用のものが多く含まれていると思われるが、担保法改正によって何が残ったかについても注目しなければならない。

(2003年の担保法改正及び2004年の保証制度見直し)

改正項目・条文	改正前	改正後
先取特権 308条	給料債権に限定。 最後の6か月分に制限。	雇用関係から生じた債権に拡張。 期間の制限がない。
債権質 363条	債権証書の交付が効力要件であった。	指名債権質において債権証書の交付は効力要件でなくなった。
抵当権と果実 371条 不動産収益執行制度	抵当権の効力は原則として果実に及ばない。例外の規定有り。 一般債権者のみ強制管理が可能。	果実にも抵当権の効力が及ぶとし、一般債権者の強制管理に加え、担保権者が担保不動産収益執行できる制度を創設した。
抵当権消滅請求 378条～386条	滌除権者は所有権、永小作権、地上権を有する者で、1か月以内に買受義務を伴う増価競売、第三取得者への事前通知が義務づけられていた。	消滅請求権者は所有権を取得した者に限定。 抵当権者の回答期限を2か月に延長。 抵当権による増価競売を廃止。 抵当権による買受義務を削除。
一括競売 389条	抵当権設定後に設定者が建築した建物に限定。	設定者以外の者が抵当地に建築した建物にも拡張。
明渡猶予制度 395条 387条 附則7条	短期賃貸借は抵当権に後れるものでも抵当権に対抗できた。	抵当権に後れる賃借権はすべて抵当権に対抗できない。期間途中の退去請求が可能。 代金納付後6か月間の明渡猶予制度を導入。 抵当権者の同意により賃借権者に対抗力を与える制度を導入。 敷金が賃借権登記の登記事項となった。
根抵当権 398条の19 398条の20	取引の終了その他の事由により担保すべき元本が生じなくなったことが、確定事由であった。	取引の終了を元本確定事由から削除。 根抵当権者に元本確定請求権を付与。 この請求による確定時期は、請求の時。
保証・根保証 446条2項 465条の2～ 465条の5	保証契約は不要式契約であった。	保証契約は要式契約となった。 個人を保証人とする貸金等根保証契約は極度額を定めた場合にのみ効力を有する。 元本確定期日の定めは5年以内でなければならず、その定めがないときは3年で確定する。 元本確定事由が法定された。 法人が根保証を行う場合にその求償権について個人を保証人とするときも上記の要件を具備することが必要である。

〔追記〕本稿は、2006年11月11日に広島大学東千田校舎で行われた第16回日韓土地法学会大会で報告したものに若干の修正を加えたものである。