

不動産を目的とする担保方法の比較検討（二・完）

大島 一 悟

- 一 はじめに
 - 1 検討の視角
 - 2 優劣の基準
 - 3 検討の方法と順序
- 二 制度の趣旨と効力
 - 1 不動産留置権
 - 2 不動産先取特権
 - 3 不動産質権
 - 4 抵当権・根抵当権
 - 5 仮登記担保
 - 6 不動産譲渡担保
- 三 主要判例の整理と分析
 - 1 主要判例の整理（以上、広島法学第三四巻第一号）
 - 2 前記判例の分析
- 四 外国における不動産を利用した資金調達方法
 - 1 ドイツ法
 - 2 フランス法
 - 3 イギリス法
 - 4 アメリカ法

5 日本法との比較

五 検討

1 検討の観点

2 法律及び判例による各制度間の競合時の優劣

3 四つの観点からの優劣

六 おわりに(以上、本号)

三 主要判例の整理と分析

2 前記判例の分析

(1) 留置権に関するもの

【1】は、実質的に所有権を取得した債務者が、その建物に修理費用を拠出し、その後、目的建物の所有権が第三者に移転された場合の留置権の主張の可否に關し、自己所有物を修理しただけであるとして、留置権の抗弁を否定した。この点、我妻博士は、讓渡担保の目的物に關して債務者が支出を行い、讓渡担保債権者が目的物を第三者に勝手に讓渡した場合、費用償還請求権が生じ、牽連性も認められるとして、留置権を認めるべきであると批判する。^①

【2】は、抵当権が設定された建物の買主が、抵当権実行後にその建物について費用を支出した場合、費用償還請求権に基づく留置権の主張を否定した。判旨は二九五条二項を類推適用したが、適法に占有を開始した場合に問題となる。学説は、①立法者の穂積博士が、同項の趣旨を、「殊更ニ留置權ヲ得ヤウト思ツテ不正當ナ途ヲ以テ其物ノ占有權ヲ得ル欺テ債務者ノ手カラ不法ニ得ルト云ウヤウナ場合ニハ留置權ハナイ」点、及び、「正當ニ」ト表テカラ書キマスルト留置權ヲ主張スル者ハ占有ノ正當ナルコトヲ自ラ證明シナケレバナラヌト云フ風ノ意味ニ爲リマス此處ニ不法行

爲ト書イテ置キマスルト云フト之ヲ攻撃スル者ハ不法ジヤト云フコトヲ證明シナケレバ往カヌ」点にあるとしたことを根拠に、同項の適用は権原なきことを知りながら占有を開始した場合に限定する説^③、②占有それ自体に違法性があれば適用を肯定する説^④、③占有取得行為が不法行為の場合に限定して適用を認める説^⑤、④一九六条が悪意占有者にも留置権成立を認めることを根拠に、賃借人に不信行為がある場合にのみ適用を認める説などがある。本判決は、②説を採用したとされるが、抵当不動産の譲受人の競落後の占有が当然に違法とはいえないことを理由に、原則として③説に従いつつ、権限喪失後の悪意占有者のみに二九五条二項を適用するべきであるとの批判がある^⑥。

【3】は、譲渡担保設定者が、弁済期経過後に目的不動産を処分された場合、譲受人に対する留置権の抗弁を認めた。この点、【1】と比較して、不当処分の相手方の方が、弁済期経過後に処分を受けた相手方よりも強い保護を受けるとの指摘がある^⑦。また、本件は贈与で所有権移転がされた点を指摘し、贈与を無効とするか、有効とするにしても清算義務を譲受人に引き継がせるべきであるとの批判もある^⑧。なお、清算金未払い段階で引渡請求を受けた設定者には設定者留置権が残っており、留置権ではなく設定者留置権に基づく目的物の占有を認めるべきであるとの指摘もある^⑨。

(2) 不動産先取特権に関するもの

【4】は、不動産工事を行った者は、工事の依頼主から工事代金債権を回収するため、工事依頼主の有する、当該土地売却代金債権を、不動産工事の先取特権に基づいて差押えることができるとした。その際、三三八条一項の予算額の登記の不備が問題となったが、判旨は、予算額の登記は對抗要件にすぎないとし、その効力は要件を充足すれば当然に認められるとした。登記を備えた不動産工事の先取特権は、先順位抵当権者にも優先し(三三九条)、工事によって債務者の資産価値増大に寄与した先取特権者を保護する法の趣旨に合致する。立法者の富井博士は、不動産工事の先取特権を規定する趣旨として、「工事ガ落成スル迄ニ抵當ニドシドシ入レタ場合ニハ何ウナリマスカ其場合ニ本條

ノ如キ規定ガナケレバ抵當如キ規定ガナケレバ抵當権者ガ勝ツ」と指摘し、穂積博士は、「工事ガ永ク續テ居ル間ニ抵當ニ取ツタリ何カスルヤウナガアリマスカラシテ夫故ニ此處デハ抵當權ニ特ニ先立タス」と述べている。

【5】は、不動産工事の先取特権の存在が、競売手続時の評価人による評価に反映されていない場合でも、抵当権者の利益よりも先取特権者の利益を保護した。本判決は、三三八条二項が、増加額は鑑定人に評価させなければならぬと定めているものの、先取特権者の優先権は増加額に対する実体的権利であり、評価をすること自体が実体的権利を生ぜしめる要件とはなっていないとの見解を採用したとされる。立法者の穂積博士が、工事請負人に先取特権を認めるのは、工事によって不動産価値が増加した場合、「其増加額ニ付テハ勿論原因結果ノ關係カラ出タモノデアリマスシ事ニ依ルト其増加額ガ債權額ヨリ多イ場合ガアル然ウ云ウ場合ハ別シテ他ノ債權者ノ利益ニナルカラ増加額ニ付テ與ヘルノハ他ノ債權者ノ迷惑ニハナラナイ」と説明することと整合性があると思われる。

(3) 不動産質権に関するもの

【6】は、不動産質権者が、設定者の承諾後に目的不動産を賃貸し、賃借権登記もなされたが、質権設定前に根抵当権が設定され、登記も経由していた事案で、根抵当権が実行された場合も、賃借人は根抵当権者に対抗できるとした。判旨は、「民法第六百二一条二定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ対抗スルコトヲ得ルコトハ同法第三百九十五条ノ明ニ規定スル所ニシテ同条ヲ適用スルニ当リテハ若シ右賃貸借ニシテ適法ニ為サレタルモノナリトセンカ其ノ貸主カ抵當物ノ所有者ナルト將又質権者ナルトハ敢テ之ヲ問ハサルモノト解スル」とした。不動産質権者は目的物を使用収益できる以上、その趣旨に沿うものと思われる。

【7】は、不動産質権者が目的物の引渡しを受けて使用収益していたが、目的不動産が売却され、譲受人から明渡を求められた事案で、不動産質権者による留置権の主張を否定した。本件では不動産質権者の権利と、譲受人が所有権に

基づいて目的物を利用する権利が対立したが、質権設定登記がなかったことが大きな理由であると思われる。不動産質権には目的物を使用収益する権利が認められるが、第三者に対抗するためには登記が必要であるとの判断によるものである。不動産質権設定登記がなされていた[6]と対比すると結論の相違が明確である。

(4) 抵当権・根抵当権に関するもの

[8]は、仮登記担保の目的建物に、仮登記後に根抵当権が設定され、登記経過後、代位弁済によって仮登記担保権者の地位を引き継いだ者が、後順位の根抵当権者に本登記手続の同意を求めた事案である。代位弁済者は、債権者に対して有する別債権を本件建物の代金債権と相殺したと主張したが、最高裁は、代位弁済者が優先できるのは、仮登記担保権者が債務者に有していた被担保債権額に限定されるとして、相殺はできないとした。これに対し、別債権による相殺を制限した点からは、根抵当権者の保護を図ったとしつつ、仮登記担保権の及ぶ範囲を代位弁済した額ではなく、仮登記担保権者の有していた債権額としたことで、根抵当権者の利益は後退したとの指摘がある。⁽¹⁴⁾

[9]は、仮登記担保法に基づいて仮登記がなされた後、根抵当権が設定され、目的不動産について仮登記担保法に基づく代物弁済予約完結の意思表示がなされた事案である。本件では、仮登記担保権者の清算期間終了後に清算金を支払って目的不動産を取得することができる利益と、根抵当権者の抵当権保護の利益が競合したが、根抵当権者が同法五条一項の通知を受領していないことを理由に、本登記請求は認められなかった。後順位担保権者は、仮登記担保法により、清算金見積額を同法五条一項の通知によって知り、不満があれば競売申立をすることができること(同法一二条)を考慮すれば、後順位担保権者を保護すべきであり、判旨に賛同する見解が多い。⁽¹⁵⁾

[10]は、抵当権者の賃料への物上代位権と、差押前になされた賃料債権譲渡の優劣が争われた事案であるが、抵当権者が優先するとの判断がなされた。学説には、①物上代位は法が特別に認めた効力であることを理由に、差押を権利

保全のための要件とする見解と、②物上代位は担保物権の価値権性から当然に認められる効力で譲渡後も行使可能とする見解があるが、本判決は②説を採用した。この点につき、差押前に支払期が到来している賃料債権については設定者に認められた使用収益権能の行使の一環であることを理由に、全ての賃料債権への物上代位を認めることに疑問を呈する見解¹⁶⁾もある一方、三〇四条一項の「払渡し又は引渡し」の文言に譲渡が含まれていないこと、第三債務者は供託によって免責されるので利益が害されるわけではないこと、設定者は差押前に一括譲渡によって物上代位権の行使を逃れることができることを理由に判旨に賛成する見解¹⁷⁾もある。

[11]は、目的不動産に対する抵当権設定前に、債務者の一般債権者が目的不動産に関して有する賃料債権を差押えた後、抵当権者が、当該賃料債権について物上代位に基づく差押を行った事案である。最高裁は、一般債権者による差押と抵当権設定登記の先後によるとの判断を示し、一般債権者を優先させた。本判決に対しては、将来発生する賃料債権を包括的に差押えても抵当権者に対抗できないとする批判¹⁸⁾がある一方、¹⁹⁾抵当権の効力は登記によって公示されていることを前提とする¹⁰⁾と整合性があるとして賛成する見解もある。

[12]は、債務者所有不動産に根抵当権が設定され、登記経由後、債務者が当該不動産を賃貸し、賃借人との間で、賃貸時に生じた保証金返還債務と賃料債権を相殺する合意がなされたが、当該賃料債権を根抵当権者が物上代位によって差押えた事案である。同一賃料債権をめくり、賃貸人の相殺権と、根抵当権者の差押の優劣が争われ、根抵当権者が優先するとされた。この点、結論自体は妥当としつつも、敷金返還請求権の実質的価値が減少する点について検討が必要であるとの指摘²⁰⁾のほか、²¹⁾抵当権者の利益を一方的に保護するものであるとして批判的な意見も多い。

(5) 不動産譲渡担保に関するもの

[13]は、債務者所有の譲渡担保の目的不動産につき、債権者名義へ所有権移転登記経由後、債権者が目的不動産を第

三者へ代金完済時に所有権を移転する特約を付して割賦払にて売渡し、代金完済後に所有権移転登記がなされたが、代金完済前に債務者の国税滞納を理由とする本件不動産に対する差押がされた事案であるが、国税徴収権者が優先するとされた。本件では、目的不動産が国税徴収法二五条一項の「譲渡担保財産」に該当するかどうか争点となり、譲渡担保財産性は、代金完済、所有権移転の時期までは喪失しないとの理由から、譲渡担保財産であると認定された。裁判所は国税徴収実現の公益性を重視し、譲渡担保財産性は清算手続終了時に失われるとしたが、譲渡担保財産から国税を徴収することを認める同法二四条一項の趣旨からは、清算終了時を基準とすることには説得力がある。

〔14〕は、譲渡担保原因で不動産の所有権移転登記がなされ、弁済期後、譲渡担保債権者の一般債権者が目的物を差押えたが、債務者は差押登記後に譲渡担保債権者へ弁済をし、目的物を取り戻した事案である。裁判所は、差押が弁済期後であることを理由に一般債権者を優先させた。この点、担保権者による目的物譲渡と同様、差押が弁済期前の場合には九四条二項の適用あるいは類推適用で差押債権者は保護されるとし、判旨に肯定的な見解がある一方、弁済期前の差押に第三者異議の訴えを認めた点は、差押禁止不動産を私的に創出すること、譲渡担保であるとすれば執行裁判所は弁済期到来の有無を確認する必要があることを理由に、競売実務に混乱が生じるとの批判もある²³。

四 外国における不動産を利用した資金調達方法

1 ドイツ法

ローマ法受継以前の中世ドイツでは、不動産担保形態は目的不動産の占有を移転するものであったが、一八世紀に法令によって抵当権制度が整備され、登記によることで債権者は優先的な権利の出現を恐れる必要がなくなった。

ドイツでは、銀行信用に際しては、金融機関は他のヨーロッパ諸国以上に担保の提供があつた時のみ与信を行い、担保がなければ融資できないと考えている。そして、不動産を担保とする場合、登録簿に登録がなされることから、債権者は登録簿をみて、目的不動産の担保設定状況の確認ができるため、信用が裏切られる可能性はないとされる。⁽²⁴⁾

不動産を担保とする場合、抵当権のほか、土地債務及び定期土地債務が利用されているが、実務においては、土地債務が支的であるとされる。土地債務とは、債権を前提とせず、抵当権同様に目的物の価値を把握するものであるが、実際には被担保債権を定めて継続的な債権関係を担保する根担保としての機能を有する。附従性が存在しない点のみ抵当権と異なるが、目的不動産を換価実行できる点では抵当権と同じである（ドイツ民法一一九一条⁽²⁵⁾）。土地債務は根担保として利用できる点で、わが国の根抵当権類似の効力が認められるが、「取引関係から生ずる現在及び将来の一切の債務」を担保するとの特約を付した契約に関しては、法的素人の予想をこえて将来の全ての債権を担保すると定めることは無効となりうるとされ、一定の制約を受ける。⁽²⁶⁾ 当事者間の設定の手続は多くの場合は金銭消費貸借契約を前提とされるものの、土地債務が債権を前提としない物権的権利であるため、当事者間の物権的合意と被担保債権を記載しない形で登記簿への登記によって設定される。⁽²⁷⁾ なお、建物に関しては、ドイツ民法九四一条一項によって土地の構成部分とされるため、別個独立の不動産とはならず、土地のみが担保設定の対象とされる。

また、定期土地債務とは、定期金の支払を目的とする土地債務であり、その設定には償却金額（土地債務でいう元本に該当する）を定めて登記する必要があるが、現在ほとんど利用されていない。⁽²⁸⁾

そして、ドイツにおける譲渡担保とは動産抵当のことであり、条件付または期限付の不動産所有権移転の意思表示がドイツ民法で禁止され、不動産の譲渡担保は否定されている。⁽²⁹⁾ 一方で、条件付請求権を保全するための仮登記が認められていることから、不動産にも譲渡担保の設定が可能であるとの見解もある。⁽³⁰⁾ ゼーリック博士は、理論上は不動

産も担保のために譲渡され得るとしつつ、譲渡担保を利用するのであれば公証人による認証費用のほか、土地取得税もかかり、当事者にとって不便であるため、土地の譲渡担保には実用的な意味はないとする。⁽³¹⁾

なお、所有権留保は、売買代金の完済まで売主が売却物の所有権を留保する制度であり、代金の完済を停止条件として所有権が買主に移転するという意味で、買主は商品を賃借している状況とあまり変わりがないことになる。⁽³²⁾ 所有権留保に関しては、二〇〇二年改正後のドイツ民法四四九条に所有権留保に関する規定が置かれており、従前との変更点は、①被担保債権消滅後でも留保売主は所有権留保の実行が可能である点と、②所有権留保に基づく目的物取戻は契約の解除による点である。⁽³³⁾ 日本では、不動産の所有権留保は最高裁判例（昭和五八年七月五日判時一〇八九号四一頁）もあり、件数は少ないものの、利用されることがあるが、ドイツにおける所有権留保は、土地所有権移転の合意に条件を付す場合には効力が否定されることから、所有権留保付きの土地売買は、法的に不可能であるとされる。⁽³⁴⁾

2 フランス法

フランスでは、ドイツと異なり、信用供与に際しての人的担保（保証）への依存度がかなり高かったとされる。しかし、二〇〇六年の担保法改正により、信用を促進することが図られた。

担保法による不動産担保の定義は、先取特権、不動産質権、抵当権及び留置権である。これは、動産担保として質権及び所有権留保があり、先取特権を不動産及び動産共通として残した点で、目的物に⁽³⁵⁾ 応じて担保権を分類し、より単純かつ実務に適合しているとの評価がされている。

フランスでも、不動産担保が担保の中心であるが、今回の改正により、①担保目的の範囲の拡大、②被担保債権の範囲の拡大の二点により、特定性の原則が緩和された。すなわち、①に関しては、⁽³⁶⁾ 抵当権設定につき、原則として現

在の不動産にしか設定できないとしつつ、一定の場合、将来の不動産への抵当権設定が可能となった。債務者が債権担保に十分な不動産を有していない場合と、不動産を滅失・減価させた場合、及び、他人の所有地上に自らの利益で建物を建築する現在の権利を有する者は、建築の計画がされている場合の当該建物を担保とすることができる。②に關しては、複数の将来債権も特定可能であれば抵当権の対象となった。結局、特定性の原則を維持したものの、実際にはそれを大きく緩和した。さらに、②に關しては、充填抵当権と称される抵当権の新設もされた。これは、抵当権設定後に、同一抵当権を別の債権の担保とすることができるもので、設定段階で予定されていない新たな債権を担保できるほか、新たな債権者に対しても充填可能とするものである。結果として抵当権の再利用を可能にしたものであるとの評価⁽³⁶⁾がなされている。また、合意による留置権の成立も認められている。

フランスでは、個人信用に關しては「消費法典」が消費信用と不動産信用を定め、企業信用に關しては「商法典」が各種の動産担保について、「通貨金融法典」が各種債権質規定をそれぞれ置いている。

また、流担保契約が認められるようになったほか、抵当権に特定性の要件が緩和されたことで、債権者の権利が強化されている。一方で、流担保契約には清算義務を課し、消費者信用の返済を行う場合には流担保契約を認めず、流担保契約の目的物が設定者の主たる住居である場合には認めない等の規定もある。営業財産質権においては、在庫商品等が担保の対象外とされ、商人の営業活動の自由を確保し、一般債権者の利益を保護しているとの指摘がある。⁽³⁷⁾

3 イギリス法

イギリスでは、担保物権は三種に分類されていた。第一は、目的物の所有権を移転させる、わが国の売渡担保や讓渡担保に該当するモーゲージである。第二は、所有権を移転させないが占有を移す、わが国の質権に該当するブレッ

ジで、動産を主対象とし、不動産を目的とする場合には利用されないとされていた。第三は、所有権も占有も移転させない、わが国の抵当権に該当するチャージである。担保としては第一のモーゲージが中心に利用されていた。³⁸⁾ だが、イギリスでは、伝統的に土地は全て国王に帰属し、国王のみが唯一の土地所有者であるという考え方が根強かったため、土地を対象とする担保に関する考え方は、歴史的背景の異なるわが国とは相違する。

個別不動産を目的とするモーゲージには二種類の設定方法がある。第一は、定期賃借権設定によるモーゲージで、受戻しによる消滅を条件として、定期賃借権を設定する。第二は、コモンロー上のモーゲージを目的としたチャージで、設定者が、コモンロー上のモーゲージを目的として土地にチャージを設定する旨の証書を作成して設定する。⁴⁰⁾ モーゲージ設定時、債権者がコモンロー上の権利を取得しない場合にはエクイティ上のモーゲージが成立する。⁴¹⁾

モーゲージ設定者には受戻権が認められる。そして、モーゲージ債権者には、①目的不動産の占有を開始する権利、②受戻権を喪失させる権利、③目的不動産を売却する権利、④収益管理人を任命する権利がある。①は、定期賃借権に基づいて当然に占有をなしうるが、占有者は善管注意義務を負い、収益を受領すれば設定者へ返還する必要がある。②は、弁済がなされなかった場合、裁判所の命令を得て受戻権を喪失させることができる。③は、目的不動産売却によって自己の債権に充当できる権利であるが、剰余があれば清算義務が生ずる。④は、目的不動産から生じる収益を取り立てるため、収益管理人を任命することで、自ら占有した場合に課される①の義務を回避できる。

また、設定者が企業の場合には、個別不動産を目的とするのではなく、企業の現在及び将来取得する全ての資産を対象とするフローティングチャージと呼ばれる浮動担保の利用が会社法上可能であり、担保設定には、公正証書での契約と登記が要求されるが、よく利用されている。ただし、浮動担保は後で設定された個別担保に劣後する。⁴²⁾

そこで、個別担保を排除するため、劣後する担保設定を禁止する合意(制限条項)が付されることが多い。ただ、

その条項を登記したとしても、第三者に対する法的効力はないため、現実の通知を要するとされる。⁽⁴³⁾

4 アメリカ法

アメリカでは、所有権移転を伴う売買も、再売買の条件付売買も、売買代金担保目的の所有権留保形式でも、不動産担保の場合には「モーゲージ」として統一的に扱われる。担保設定の方法には、信託契約とモーゲージの二種類があり、信託契約は貸主としての受益者と借主としての設定者の間に受託者が関与する三者契約であり、モーゲージは債権者と債務者の二者で契約が行われる点で異なるが、どちらも担保権設定契約と同様の効果をもたらすものであり、実質が担保であればモーゲージの法規に服する。また、不動産分割給付契約と呼ばれる日本の所有権留保に相当する契約もある。⁽⁴⁴⁾ 他にも、担保地代譲渡、担保リース等の担保方法があるが、不動産分割給付契約を含め、全ての担保権設定を意図した取引は担保合意とされ、そこから生じる効力は担保権として統一モデル法の適用対象となる。なお、不動産取引に関する法制は、各州によって異なり、統一モデル法が一九八五年に公表されたが、各州はなかなかそれを採用していない。動産や債権は州をまたがって取引され、移動もするが、不動産は各州から移動しない以上、各地域で従来から積み上げられてきた取引習慣等を変える必要性が動産や債権よりも低いと思われるからである。

担保の効力は賃料債権等にも及ぶが、日本のように担保権それ自体の効力による取引ではなく、当事者が合意によって収益や設備動産等を付加的に担保にとることが行われている。その合意により、賃料債権であればモーゲージ法上の登録制度によって行われる登録によって公示され、他の債権者より先に登録がなされれば、賃料譲渡に対抗力が及ぶとされる。その効力は倒産後に発生する賃料にまで及び、非常に強い効力が認められる。しかし、賃料債権は、収益型不動産の担保化なのか、付加的担保取引によって対象とされたものかによって異なり、利益状況に応じた細か

い配慮がなされ、ルール化されている⁽⁴⁵⁾。また、登記の効力に関し、将来融資を行うに際して先に登録をし、資金の一部を貸付け、残額を貸付ける前に別の債権者が当該目的物を対象とする担保付融資を行った場合の優劣は、先に登記をした者が優先する。その根拠は、追加で貸す都度、登記を確認するのは実際的ではないからであるとされる⁽⁴⁶⁾。

5 日本法との比較

日本の不動産担保制度については、本稿で扱っている制度が主な制度として考えられるが、ドイツ法との関係では、やはりドイツ同様に日本でも実務では根抵当権が多用されている。ただ、根抵当権の被担保債権の範囲については、過剰担保等の問題があり、その点についてドイツの判例で将来の一切の債権までをも対象とすることは無効であるとの判断がなされたことは、日本の根抵当権へ一定の示唆を与えるとの指摘がある⁽⁴⁷⁾。

所有権留保については、被担保債権消滅後には担保物権は附従性によって消滅する点で、被担保債権消滅後も実行が認められるドイツ法と相違があり、権利移転型の担保の場合も権利設定型担保と同様の附従性を認めるかどうかの検討を要し、所有権留保の実行に際しては、わが国では解除を要しないとされている点で相違があるとの指摘がなされている⁽⁴⁸⁾。また、譲渡担保に関しては、日本もドイツも明文規定がない点で共通するものの、日本では不動産の譲渡担保が多く利用されることを考慮すると、不動産譲渡担保を認めないドイツ法は対称的である。

フランスの場合、不動産担保に関する「特定性の原則」は、事実上はそれを放棄したと思えるほど大きく緩和しているのではないか。現在の手持ち担保が不足している場合には将来取得する不動産を担保とできるとしたため、事実上、多くの債務者は自己が将来取得する不動産を担保目的とすることができる。ただし、担保権を目的物ごとに区別して捉えようとする点は、担保の対象を目的物の性質に応じて検討を行う際には、わかりやすい。

フランスの担保法改正は、実務上の要請である信用需要に応じる形で改正されたが、担保方法が増加し、その対象が緩和されることで、債権者としては担保権を取得しやすくなり、債務者としても資金調達の手段が増加することは望ましいと思える。しかし、広く担保目的物を認める緩和がなされると、債務者の有する「特定性の原則」によって保護される債権が減少することとなり、その利害調整は必要となろう。わが国でも動産・債権譲渡特例法などによって担保方法が多様化しているが、その点ではフランスと共通の問題を有しているように思われる。

イギリスにおける不動産担保は、譲渡担保形式のものが多用されているが、歴史的な背景が異なり、法制度も異なる以上、ドイツやフランスほどわが国の制度との接点は見当たらない。ただ、浮動担保に関しては、全ての資産を対象とできる点で日本の企業担保に近いといえる。企業融資の際には浮動担保がよく利用されているようであり、目的物ごとに個別に担保権を設定するわけではない点でアメリカの制度との共通性がある。

わが国での企業への融資の際には、不動産担保偏重の傾向から離れる必要性が指摘され、収益を担保として取得する等の手段が模索されている。その際、企業の資産全体を担保対象とするイギリス法が参考になろう。

アメリカの制度は、異なる法律構成となる担保権であっても、一括してひとつの制度として扱う点は、明快である。また、適用される法律も担保目的でなされる場合であれば同一という点は、当事者にとってもわかりやすい。さらに、賃料債権等へ担保権に基づく効力が及ぶかどうかの点についても、原則として登記を先に行った者を優先させるとし、登録制度が整備されていることを考慮すれば権利者間の優劣を判断しやすい。その上で、具体的な利益状況に応じて例外規定を設けて対応している点は、個別紛争の解決に際しては有用であると思われる。

ただ、未発生債権をも登記することによって有効とし、実際には他の債権者よりも後で債権が生じるような場合にも、その債権者を保護する必要性があるのかどうかについては疑問が残る。

日本の現在の制度は、法律制定の経緯からドイツやフランスの制度と類似している点が多いとされるが、昨今は各国が法改正を重ね、実務の要請に依えており、当事者にとっては担保制度を利用しやすくなる点でメリットは大きい。ただ、従来からの制度と並行して類似の制度が利用されるようになると、債務者との間、あるいは他の債権者との間で予期せぬ紛争も生じかねない。そこで、新しい制度による当事者の利益を求めつつ、新しい制度の制定によって不利益を受ける者(例えば、フランスのように担保目的物の特定性の緩和を進めると、債務者は今までは担保目的として得なかった財産をも担保目的とされかねず、不利益になりかねない)への配慮も欠かせないと考える。

五 検討

1 検討の観点

ここまで、それぞれの制度の趣旨、効力、主要判例及び海外での状況をみてきた。以下では、それぞれの担保権の優劣についての比較を行う。その際、各制度の優劣自体を決する場合には、個別事情等の利益考量とは別に、客観的な観点から判断することで、それぞれの制度が有する本来の効力の比較が可能になると考える。すなわち、「はじめ」で示した四つの観点に基づき、それぞれの効力を比較検討する。

具体的には、まず、現在の法律・判例の示す優劣を整理し、その後、四つの観点から優劣を検討する。

2 法律及び判例による各制度間の競合時の優劣

(1) 不動産留置権と他の方法との競合

不動産留置権者が、目的不動産について留置権を有している場合、他の権利者との競合が生じた場合はどうなるであろうか。不動産先取特権者に対しては、登記がなされれば劣後しそうである。しかし、留置権者は実質的には当該不動産を留置しうるし、結果としてその代価から優先弁済を受けることになるため、不動産先取特権者に優先する。質権者との関係では、どちらの担保権も目的物の占有が要件となるため、両者の競合は生じえないと考えられる。抵当権者、仮登記担保権者、譲渡担保債権者には、留置権者は目的不動産を留置できる以上、優先する。【2】は、留置権の主張を認めなかったが、転得者（競落人）ではなく、抵当権者との関係では主張は認められると考えられる。

(2) 不動産先取特権と他の方法との競合

まず、不動産保存の先取特権に関して検討する。不動産質権、抵当権、仮登記担保、譲渡担保との関係においては、三三九条により、優先することが規定されている。なお、不動産工事及び不動産売買の先取特権との関係では、三三九条一項・三二五条より、どちらに対しても優先する。

次に、不動産工事の先取特権は、不動産質権、抵当権、仮登記担保、譲渡担保に対しては、不動産保存の先取特権と同様、三三九条によって優先する。不動産売買の先取特権に対しては、三三九条一項・三二五条より優先する。

不動産売買の先取特権は、不動産質権との関係では三三九条のような規定がなく、一般原則の三四一条・三七三条一項及び三六一一条・三七三条一項により、登記の先後によって優劣が決する。抵当権との関係でも規定がないため、一般原則により、三四一条・三七三条一項より、登記の先後による。仮登記担保との関係では、仮登記担保法一三条一項が、仮登記担保を抵当権設定登記とみなしており、不動産売買の先取特権と抵当権の優劣は登記の先後で定まるので、仮登記担保との優劣も登記の先後によって定まる。譲渡担保との関係でも定めがない。譲渡担保の登記は所有

権移転登記であるので、担保権の登記ではないが、不動産売買の先取特権との関係では登記の先後によって決する。以上から、不動産売買の先取特権は、不動産質権、抵当権、仮登記担保及び譲渡担保とは優劣は決せられず、同順位になると考えられる。

(3) 不動産質権と他の方法との競合

先述の通り、抵当権と仮登記担保は同順位となるので(仮登記担保法一三条一項)、同時に検討する。

不動産質権と抵当権、仮登記担保の関係については、優劣に関する規定はなく、三六一条・三七三条一項より、登記の先後によって優劣を決する。**[6]**とも整合性がある。譲渡担保との関係でも、明文規定はないが、登記の先後によって優劣を決することになる。先に譲渡担保による所有権移転登記がなされていれば、不動産質権の登記には譲渡担保債権者の同意が必要となるからである。

以上から、不動産質権は、抵当権、仮登記担保及び譲渡担保とは同順位となる。

(4) 抵当権・根抵当権と他の方法との競合

抵当権と仮登記担保の関係については、先にみた通り、両者の優劣は登記の先後によって定まることになる。譲渡担保との関係についても、不動産質権の場合と同様に登記の先後によることになる。**[8]**及び**[9]**は、どちらも抵当権者と仮登記担保権者が争ったものであり、**[8]**は後順位抵当権者を保護し、**[9]**は通知を怠った仮登記担保権者の利益を劣後させたため、抵当権の方が優先するようにも思えるが、仮登記担保法一三条一項があるため、ここでは両者は同順位として扱う。

以上から、抵当権・根抵当権は、仮登記担保及び譲渡担保とは同順位となる。

(5) 仮登記担保と他の方法との競合

仮登記担保と譲渡担保の優劣に関する規定はない。この点、仮登記がなされれば、譲渡担保債権者に対して仮登記の主張ができるが、譲渡担保による所有権移転が先になされ、登記も了した場合には仮登記担保は譲渡担保債権者の同意がなければ登記できないため、優劣は設定の先後によることとなり、両者は同順位と考えることができる。

(6) 担保権相互の優劣

以上より、全体としての優劣は、①留置権、②不動産保存及び不動産工事の先取特権、③不動産売買の先取特権、不動産質権、抵当権・根抵当権、仮登記担保及び譲渡担保になる。

3 四つの観点からの優劣

(1) 不動産留置権と他の担保権の関係

留置権には、四つの観点から非常に強い効力が認められる。特に、優先弁済権がない点が他の担保物権と異なり、その点で劣後しそうではあるが、実際には留置権者は目的物の留置を続けることができ、弁済を受けるまで留置ができるため、他のどの担保権よりも強力であるといえる。上記観点から整理すると、②及び④は不動産留置権と、不動産保存及び不動産工事の先取特権にのみ認められるものであり、他の担保に比して効力は強い。

次に、不動産保存及び不動産工事の先取特権との関係では両者とも②④の観点からは目的不動産に対する寄与がある。①を比較すると、優先弁済権が法律上認められるのは不動産保存及び工事の特権であるが、留置権も実質的には優先弁済を受けるまで目的不動産を留置でき、実際の効果は同じと考えることができる。③に関しては、留置権者は目的不動産を留置しており、不動産保存及び工事の先取特権は、登記によって保護されるが、目的物の占有はない。

この点、実際に目的不動産を留置し、弁済受領まで適法に占有を続けることができる留置権者が優先すると考える。他の担保権との関係に関しては、先に行った整理でも他の担保債権者に優先すると考えられる。

このように、留置権は法定担保物権であるため、契約によって生ずる権利ではなく、当然に認められる担保物権であり、効力も強力であるため、二九五条二項による制限を受ける。この点、[1]は占有それ自体に違法性があれば同項の適用があるとするが、同項の文言とは異なる。一方、同項の文言通りに解すると、適用場面が限定されすぎてしまう。そこで、立法者の意思を重視し、判例よりも同項の適用範囲を狭く解し、権原がないことを知りながら占有を開始した場合に限って同項を適用すべきである。他の判例との整合性についても、おおむね妥当な結論が出されていると考えるが、[3]への批判である、不当処分相手方が、弁済期経過後に処分を受けた相手方よりも強い保護を受けることになるとの指摘に対しても、留置権の抗弁を広く認めればその矛盾も解決できるのではないだろうか。

(2) 不動産の先取特権と他の担保権との関係

不動産の先取特権に関しては、不動産保存及び工事の先取特権と、不動産売買の先取特権で分けて検討する。先にみたように、この三つの権利に関しては三三九条の適用の有無で大きな差があると考えられるからである。

不動産保存及び工事の先取特権に関しては、**②③④**の観点から非常に強い効力が認められ、要件を充たせば当然に成立する法定担保物権でもあり、留置権以外の担保権には優先すると考えられる。これらの先取特権は、国税徴収法一九条一項一号及び二号より、公租公課に対しても優先するとされ、他の抵当権に対する三三九条も考慮すると、他の担保権よりも優先する。不動産保存あるいは工事の先取特権に関する判例は多くないが、[5]では、実体的な権利発生は鑑定人の評価とは切り離して考える問題であるとし、[4]の分析時に指摘した通り、目的不動産を保存あるいは工事によって総債権者のために有益な行為をした者に法が特に与えた権利であるとの趣旨とは整合性がある。

次に、不動産売買の先取特権に関して、趣旨は不動産保存及び工事先取特権と同様に、売主に特に認められた権利である。先の整理によると、質権、抵当権、仮登記担保及び譲渡担保との関係では、優劣は同順位となるが、妥当であるうか。四つの観点からみると、②の観点からは当該不動産の価値の維持・増加がなく、不動産保存及び工事先取特権には劣後する。しかし、④の観点もあわせて考慮すると不動産売買先取特権を優先させるべきである。

また、不動産先取特権は、譲渡担保には優先すると考えられる。不動産先取特権は、当該不動産に対する物権であり、譲渡担保債権者に供されたとしても、効力には変化はなく、譲渡担保に優先すると考える。

(3) 不動産質権と他の担保権の関係

不動産質権は、上記整理から抵当権の効力が準用される部分も多い。確かに、登記の先後によって優劣を決する点では不動産質権は抵当権類似の担保権であり、②③④の観点からは大きな差は見当たらない。しかし、①の観点から比較すると、不動産質権者には目的不動産を占有・利用する権利が認められており、果実収取権も認められている点で、抵当権及び仮登記担保よりも強い効力が認められると考える。

譲渡担保との関係でも、不動産質権者は目的不動産を留置し、使用収益を受けることができる以上、不動産質権が優先する。

(4) 抵当権・根抵当権と他の担保権の関係

抵当権・根抵当権は、日本では伝統的に多用されてきた担保であり、抵当権者が他の担保権者や債権者と目的不動産、あるいはそこから生じる果実をめぐる争った事案も多く、優劣の決定には特に慎重な判断を行う必要がある。

①の観点に関連して、抵当権者と一般債権者が抵当権の目的不動産から生じる賃料をめぐる争った[10]事件においては、当事者間の公平を確保するため、差押の先後によって優劣を決するべきである。先に抵当権を設定して登記を

してしまえば、目的不動産の賃料に対して後で出現して差押える債権者に常に優先することは妥当ではなく、差押の先後で優劣を定めることが公平である。その上で詐害的な賃料債権譲渡のみを排除すれば足りる。抵当権者は、目的不動産本体への実行手続によって満足を得ることもできることから、抵当権者を不当に害することはない。

この点、アメリカでは原則として登記を先に行った担保債権者を優先させるとしつつ、目的不動産の賃料の性格によって取扱が区別され、例外規定によって当事者間の利益調整が図られており、類似事案においては参考になろう。

[11]は、抵当権者が優先するためには、差押より前に抵当権設定登記がなされていることが必要であるとして、[10]と整合的な判断を行ったが、差押の先後で優劣を決するべきである。判例は、担保不動産から生ずる賃料をめぐって抵当権者の利益が争われる場合には抵当権設定登記時を基準とするが、抵当権の制度趣旨は、債務者の債務不履行時に、目的不動産の交換価値を把握することであり、目的不動産から生じる果実を無条件に債権者に取得することまで認めただけではない。三七四条が被担保債権の範囲として抵当権者は期日後二年分の利息しか担保されないとして他の債権者を保護しようとしていることから、判例の姿勢は抵当権者の権利を必要以上に強く認めていると思われる。

抵当権と仮登記担保の関係では、先に行った整理によれば、仮登記担保法一三条一項より、同順位と扱うことができそうである。確かに②③④の観点から比較すると両者は類似しているが、両者は異なる制度であり、同順位と考えるのであろうか。抵当権は従来から担保権として多く利用されてきており、現在も実務上利用される担保権としては最もメジャーなものであるといえよう。一方、仮登記担保は、従来は目的不動産を債権者が丸取りできることもあって利用が多かったが、それを防ぐために仮登記担保法が制定され、制定後は利用件数が減少している。

①の観点で比較すると、根抵当権(三九八条の二)に比して、根仮登記は仮登記担保法一四条によって効力に制約がある点で相違する。また、仮登記担保が規制を受けるのは、抵当権の潜脱を防止し、債務者や他の債権者の保護を

図るためであり、その趣旨からも、抵当権以上の効力を認める必要性は低い。よって、抵当権は仮登記担保に優先する。【8】では、仮登記担保権者から地位を引き継いだ代位弁済者と後順位抵当権者の優劣に関して、仮登記担保権者が債務者に有していた債権額の範囲で、代位弁済者が優先するとしたが、登記の先後によって両者の優劣を決する仮登記担保法一三条一項の趣旨から妥当である。本判決には、仮登記担保権者の有していた債権が時効消滅しているのではないかの指摘があるが、その場合でも原則としては本判決の取扱が妥当であろう。仮登記を確認した後で抵当権者が抵当権設定を受けたような場合には、そう考えても後順位抵当権者を害することにはならないからである。

抵当権と譲渡担保との関係については、①の観点からは、譲渡担保は目的不動産の所有権そのものを取得できる点で、抵当権よりも強い権利とも思える。しかし、目的不動産の所有権を債務者が譲渡担保債権者へ移転したような場合でも、抵当権はそのまま残るため、何ら侵害されるわけではない。よって、抵当権が優先すると考えられる。

(5) 仮登記担保と譲渡担保の関係

仮登記担保と譲渡担保の関係は、②③④では相違はない。①の観点からは、目的不動産の所有権を債権者に移す点で共通し、目的不動産を担保とし、債務者へ履行を心理的に強制する点で似通っている。また、債権者が目的不動産の処分を行い、剰余が生じる場合には清算義務が生じる（仮登記担保に関しては仮登記担保法三条一項があり、譲渡担保に関しては規定がないが、判例によって認められている）ため、目的物の丸取りはどちらの場合もできない。

なお、仮登記担保の場合、所有権移転は仮登記担保法二条一項により、予約完結の意思表示を行った二ヶ月後に所有権が移転するが、譲渡担保の場合は担保設定の際に所有権移転が行われることが多い。また、国税徴収法上の取扱も、国税徴収法二三条一項が、国税は仮登記によって担保される債権に劣後すると定めるが、同法二四条一項では、国税債権が譲渡担保に優先するとしている。一方で、所有権そのものを移転させる譲渡担保は、仮登記担保に優先す

ると考えることもできる。これらの相違点を考慮して両者に優劣をつけることが可能であるかどうかは、今後の課題とするが、担保としての機能及び実質からは、優劣をつけることは難しい。

結果として、両者の優劣に関する規定はなく、その効力からは、両者を同順位と考えるのが妥当である。

(6) 担保権相互の優劣

以上から、四つの観点から比較した場合の各担保権の優劣は、①留置権、②不動産保存及び不動産工事の先取特権、③不動産売買の先取特権、④不動産質権、⑤抵当権・根抵当権、⑥仮登記担保及び譲渡担保となる。

これらの優劣に関し、不動産売買の先取特権、不動産質権、抵当権・根抵当権、仮登記担保及び譲渡担保は、先に整理したように同順位になるかに思えるが、それぞれ別の制度であり、効力に差が生じるのはやむを得ないと考える。

六 おわりに

本稿では、不動産を目的とする担保権について、各制度趣旨や効力、主要判例等を確認した後で、四つの観点に基づく担保権の相互比較を行ったが、実際の判例・実務での取扱いとは異なるものとなった。

例えば、不動産質権と抵当権、あるいは抵当権と仮登記担保のように、法律上、同順位として扱われる場合は、優劣にこだわる必要性は低いかもしれない。一方で、債務者に対して担保物権を有するものは、他の一般債権者よりも優先する権利が与えられており、なぜ優先するかについての根拠は、それぞれの制度によって異なる。そこで、各制度について制度趣旨を整理し、その効力がどの程度強いのかを検討し、他の担保権との比較によって優劣を検討した。

その優劣を決することで、そもそもその制度趣旨に見合った順位が定めれば、約定担保であれば当該権利を使用する当事者が、その効力に見合った担保権を選択して使用でき、紛争発生時にも、結果予測が可能になると考える。

もつとも、本稿では四つの観点に基づく効力比較を行ったため、その観点の設定自体が妥当であるのか、より適切な観点はないのか、他の観点は考慮しなくてよいのか、等の部分についてさらに詳細な検証を行う必要がある。

なお、異なる担保目的物に対する担保方法の競合時の取扱い（賃料債権に対する抵当権による物上代位と賃料債権への担保権の優劣、抵当不動産の付加一体物に対する担保権と抵当権の優劣、賃料をめぐる抵当権に基づく物上代位と相殺の優劣など）についての検討も、不動産を目的とする担保方法の効力に関する問題として今後の課題とする。

〈注〉

(1) 我妻栄「判批」法協七八卷三号三四七頁（一九六一年）。なお、損害賠償請求権については、留置権発生のため要件である、債権が物の返還請求権と同一の法律関係または同一の生活関係もしくは事実関係から生ずること、を充たしていないことを理由に、留置権の成立は否定すべきであるとして判旨に賛同している。

(2) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2法典調査会民法議事速記録二』（商事法務、一九八四年）三二八頁。

(3) 梅謙次郎『民法要義卷之二（訂正増補第三版）』（有斐閣、一九一一年、復刊一九八四年）三〇四頁、富井政章『民法原論第二巻物権（第一七版）』（有斐閣、一九三三年、復刊一九八五年）三二六頁。

(4) 大判大正一〇年二月二三日民録二七輯二二七五頁。葉師寺志光『留置権論（復刻版）』（信山社、一九九〇

年) 七四頁は、判例の立場を支持する。

- (5) 我妻栄『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』(岩波書店、一九六八年) 三六頁。
- (6) 伊藤昌司「判批」法時四六卷九号一二八頁(一九七四年)。
- (7) 道垣内弘人「判批」リマークス二〇号一七頁(二〇〇〇年)。
- (8) 吉田光碩「判批」判タ一〇〇九号五三頁(一九九九年)。
- (9) 道垣内弘人『担保物権法(第三版)』(有斐閣、二〇〇八年) 三三二頁。
- (10) 法典調査会記録・前掲注(2) 五四九頁。
- (11) 法典調査会記録・前掲注(2) 五五一頁。
- (12) 三井憲人「判批」平成一四年度主判解(判タ一一二五号) 三五頁(二〇〇三年)。
- (13) 法典調査会記録・前掲注(2) 五〇二頁。
- (14) 天野弘「判批」判タ三三三三号一〇六頁(二〇〇三年)。なお、天野判事は、本件「判批」一〇二頁で、本件仮登記担保権者の有していた債権は消滅時効にかかって、現実に存在していたのかどうか定かではないと指摘した上で、先順位の根抵当権者が別に存在した本件では、代位弁済者の行為は根抵当権者の権利行使に対して意識的に対処したものと評している。
- (15) 竹内俊雄「判批」昭和六一年度重判七〇頁(一九八七年)、賀集唱「判批」担保法の判例Ⅱ九〇頁(一九九四年)。ただし、賀集評釈九〇頁では、本判決は、競売で剰余見込みがない場合でも後順位抵当権者に競売請求が認められるとしたが、剰余のないことが極めて明白な場合には、それを認めることは問題であるとの指摘がされている。

- (16) 大西武士「判批」判タ九七四号八〇頁(一九九八年)、古積健三郎「判批」リマークス一九号二九頁(一九九九年)。
- (17) 道垣内弘人「判批」民法の基本判例〔第二版〕八五頁(一九九九年)、高橋眞「判批」平成一〇年度重判七〇頁(一九九九年)。
- (18) 生熊長幸「判批」民法判例百選Ⅰ〔第五版新法対応補正版〕一九七頁(二〇〇五年)。
- (19) 河野玄逸「判批」リマークス一八号二八頁(一九九九年)、林圭介「判批」平成一〇年度主判解(判タ一〇〇五号)六一頁(一九九九年)。
- (20) 山野目章夫「判批」平成一三年度重判七一頁(二〇〇二年)。
- (21) 荒木新五「判批」判タ一〇六八号八七頁(二〇〇一年)は、賃借人が抱く相殺についての期待は、いずれ不動産自体の換価代金から満足を受ける抵当権者の利益よりも大きいとし、鳥谷部茂「判批」リマークス二四号三三頁(二〇〇二年)は、抵当権者が賃料に広く干渉することを認めれば、抵当権者にリスクを負わずに利益だけを与えることになると指摘する。
- (22) 田高寛貴「判批」平成一八年度重判七五頁(二〇〇七年)。
- (23) 荒木新五「判批」判タ一三三四号四五頁(二〇〇七年)。
- (24) ライナー・フランク「ドイツおよび他のヨーロッパ法における銀行信用の担保」*NBJ*六〇九号二九頁(一九九七年)。なお、ドイツにおける抵当権制度に関しては、Baur / Stürner, *Sachenrecht*, 18. aufl., § 37, 2009 を参照。
- (25) 土地債務については、Baur / Stürner, *Sachenrecht*, 18. aufl., § 44, 2009 を参照。
- 中山知己「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説」山口経済学雑誌四五卷五号二二七頁(一九九七年)。

- (26) 中山・前掲注(25)二二三二頁。
- (27) 中山・前掲注(25)二二〇頁。
- (28) 山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔新版〕』二〇六頁(有斐閣、一九七三年)。
- (29) 近江幸治『担保制度の研究』一三九頁(成文堂、一九八九年)。
- (30) 杉江隆司『ドイツにおける不動産譲渡担保の現況』専修総合科学研究一六号一六〇頁(二〇〇八年)。
- (31) 永田誠／ロルフゼーリック『ドイツ動産担保法 概観と基本的思惟』三頁(テイハン、一九九八年)。
- (32) 石口修『所有権留保の現代的課題』三五四頁(成文堂、二〇〇六年)。なお、ドイツでは動産の先取特権が認められていない関係で、所有権留保買主が転得者へ目的物を売却した場合に取得する債権についても所有権留保の効力を拡張する、延長された所有権留保が利用されており、石口教授は特に原材料供給者等の貸し倒れが多い業界では導入をする必要があるのではないかと提案している(同書三六〇頁)。
- (33) 田村耕一「債務法現代語化後のドイツ民法典における所有権留保」熊本法学一〇七号六八頁(二〇〇五年)。
- (34) ゼーリック・前掲注(31)二三三頁。
- (35) ピエール・クロック／野沢正充訳「フランスにおける担保法改正の評価」ジュリスト一三六五号九六頁(二〇〇八年)。
- (36) 片山直也「不動産担保に関する改正について―抵当権改革を中心に―」比較法研究六九号一六八頁(二〇〇七年)。なお、この充填抵当権につき、クロック・前掲注(35)九七頁は、充填抵当権の設定された不動産の取得者に対して、自動的に抵当権が移転されるか否かに関して問題が生じるであろうと指摘する。
- (37) 片山直也「不動産担保に関する改正について」ジュリスト一三三五号五八頁(二〇〇七年)。

- (38) 伊藤正己「イギリスの擔保制度について」経済連合二〇号二二〇頁(一九四九年)。
- (39) 大澤正男「イギリス不動産法の変貌と展開」立正法学一六卷一・二号二〇頁(一九八二年)。
- (40) 植田淳「イギリス担保物権法の特質について」神戸外大論叢五二卷三号一二三頁(二〇〇一年)。
- (41) コモンローとはコモンロー裁判所による中世以来の判例法による原則で、エクイティとはコモンローで解決されない法原則のことをいう。
- (42) 新美育文ほか「ECの譲渡担保」法時六五卷九号六一頁(一九九三年)。Alan Dignam & John Lowry, *Company Law*, 4th ed. 85 (Oxford University Press, 2006) は、浮動担保には、浮動担保を設定した会社が、通常の営業を行うに際しては、担保権者の同意を得なくても担保目的財産の処分が可能である点に個別担保と大きく異なる特徴があるとす。その上で、債務不履行等の事由が生ずれば、結晶化によって債務者に認められている上記処分権が喪失するとされる。なお、従来から示されている浮動担保の特徴として、Robert R Pennington, *Company Law*, 5th ed. 479 (Butterworths, 1985) は、一九〇三年の *Romer* の指摘を引用し、①現在及び将来の会社財産を目的とする点、②会社の通常業務によって目的財産は常に変動する点、③担保権設定後も何らかの事由が生ずるまでは、会社は通常の営業を継続することができる点を挙げてゐる。
- (43) 青木則幸「イギリスにおける浮動担保制度の再評価について」早稲田法学七九卷一号四九頁(二〇〇三年)。
- (44) 田高寛貴「私的実行型担保法規範の定立(一)」専修法学七四号七五頁(一九九八年)。なお、福井秀夫「米
国における不動産担保契約の概要と非司法手続」NBL七七八号三四頁(二〇〇一年)によると、現在の金融実務では信託契約が一般的に用いられているようである。J. Steven Manolis, *The Emergence of Real estate Investment Banking, in Mortgage and Asset Securitization*, vol. 5 of the Library of Investment Banking, 15 (Robert

Lawrence Kuhn ed., *Dow-Jones Irwin*, 1990) では、アメリカにおいては、政府系の住宅専門会社が設立され、住宅を必要とする市民への住宅供給の拡大が図られ、住宅ローン債権の買い取りを一九七〇年代に開始したことで、住宅ローンや商業不動産への貸付債権の証券化が進んだ。そして、一九八七年時点で三七パーセントの住宅ローン債権が証券化され、住宅を担保目的物とする抵当権の五五パーセントがセカンダリーマーケット（個人投資家あるいは投資ファンド等）へ流れ、資産担保証券が多く流通していると指摘されている。その後、サブプライムローン問題が表面化し、その資産担保証券へ投資していた世界中の投資家が損失を被ることとなったが、Janet M. Tavakoli, *Structured Finance and Collateralized Debt Obligations : New Development in Cash and Synthetic Securitization*, 2nd ed. 155 (John Wiley & Sons, Inc, 2008) によれば、近年は DTI レンオ (debt to income ratio : 債務者の年収に対する元利金返済割合) が四〇パーセントを超えることや、LTV レンオ (loan to income ratio : 担保目的物の価値に対する貸付金割合) が八〇パーセントを超えることが日常的に行われていたとのことであり、回収の不確実性の高い債権を、保全不足の危険が高いものであっても、担保権があるとの理由で容易に証券化することは、安定した担保制度による堅実な資金調達の見点からは問題があると考えられる。

(45) 青木則幸「抵当権の効力拡張と動産・債権担保制度」私法七一号一八〇頁以下(二〇〇九年)。

(46) 國生一彦「順位譲渡、割付、根抵当権等とその類似制度との比較法的考察」NBL三〇七号二九頁(一九八四年)。

(47) 中山知己「補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論」山口経済学雑誌四六卷三号一八二頁(一九九八年)。

(48) 田村・前掲注(33)七四頁。

(49) 法務省民事局参事官室編『仮登記担保法と実務』(金融財政、一九七九年)一七二頁は強制競売や破産手続に

において効力が認められず、重大な制約があるとする。