

# 担保制度の論理と限界

三 隅 隆 司

## 1. 序

銀行の融資決定において、担保の果たす役割は重要である。「あらかじめ貸出金に見合う担保を徴求してあるかどうか、あるいは少なくとも業態の変化の兆候が認められるとき、適切な担保を提供し得る余力があるかどうか、貸出金の回収確保に決定的な差異をもたらす<sup>(1)</sup>」といわれているように、担保は融資決定において決定的に重要な要因でもあるのである。もちろん、「担保はあくまでも債権回収が危ぶまれる状態が発生したときに対する備えであって、担保自体が貸出を決定するうえで主役の役割を果たすべきものではない<sup>(2)</sup>」し、「およそ銀行の貸出にあっては、担保があるから貸すという貸出姿勢は存立の余地がない<sup>(3)</sup>」ことは理念としては全くその通りである。しかしながら、「担保が十分であるとの判断」から貸出を積極的に行ったのではないかと考えられている1980年代後半の銀行の融資態度や、「明治以降のわが国の普通銀行（商業銀行）の大きな特色が、オーバーローンと不動産担保貸出に集約される金貸会社的な業態にあったことは周知の通りである<sup>(4)</sup>」との指摘を考え合わせると、銀行の融資決定において担保の果たしている役割はかなり大きいと考えざるをえない<sup>(5)</sup>。

このように重要な役割を果たしている担保とは、いったいいかなる機能

を有しているのであろうか。この点に関してまずあげられることは、貸付資金の回収不能の危険に備えるためのものであるということである。しかしながら、これだけでは現実の担保の機能を説明し得るとは考えられない。なぜならば、回収不能の危険に備えるだけであれば、そのような危険のほとんどない優良企業の貸付に対しては担保をとる必要はないのであるが、実際にはほとんどの貸付に対して担保が徴求されているのが現状である。<sup>(6)</sup>

では、担保の機能としては他にどのようなものが考えられるのであろうか。この点の考察が本稿の目的である。

担保に関するこれまでの研究では、借手と貸手との間の情報の非対称性から生ずる逆選択やモラル・ハザードといった問題を解消するための手段としての担保の機能が考察されている。本稿において着目する担保の機能もこの機能である。しかしながら、これまでの研究は、担保の情報生産機能に着目するあまり、貸付資金の回収手段としての担保の役割を軽視しているように思われる。そこで本稿では、債権弁済の確保手段としての担保の機能をも明示的に考慮して、そのうえで担保の情報生産機能についての考察をしていく。さらに、担保の存在が、銀行および企業の行動に対して有する含意についても考察する。

本稿の内容は次の通りである。まず第2節において、担保制度の概要を説明する。この節においては、現実に利用されている担保の内容についてその一般論を説明し、そのうえで担保に期待されている基本的機能を考察する。ついで、銀行取引約定書に示されている担保に関連する条項を検討することにより、現実の銀行実務の上での担保の取扱を説明し、その中で担保が有すると思われる機能を考察する。本節での考察により、(1) 貸付債権の弁済の確保の手段としての担保、および(2) 弁済時以前の時点における借手による契約不履行の回避手段としての担保、という担保の2つの機能が明らかにされる。

ついで第3節では、担保制度を理論的に考察する。まず最初に、貸付債権の弁済の確保手段としての担保を考察の対象として明示するために、担保の実行が損害賠償の手段であるということを示す。そのうえで、「法と経済学」の文献において損害賠償方法として考えられている(1) 特定履行、(2) 信託利益の損害賠償、(3) 期待利益の損害賠償、のうち、担保権の実行が期待利益の損害賠償手段と考えられることを指摘する。そして次に、担保の存在が銀行と企業との行動に対していかなる含意をもつのかを理論的に考察する。その結果、担保の存在は企業が弁済時以前の時点で契約不履行を行うことを回避する手段としては有効であるが、それゆえに銀行が取引関係へのコミットメントを非効率にしか行わないという点が明らかにされる。

最後に第4節では、本稿での考察をまとめ、今後の課題を述べる。

## 2. 担保制度の概要

担保の経済的機能を理論的に分析する前に、現行の銀行取引における担保制度の概要について述べておくことが必要であろう。そこで以下では、現行の銀行-企業間の取引関係において用いられている担保について簡単に説明する。

本節の内容は以下の通りである。まず最初の小節(2.1)では、現行の銀行取引において利用されている担保の内容を説明する。まず、担保の分類と性質を説明し、ついで法律上および取引上用いられているさまざまな担保の内容を述べる。さらに、これらの担保に共通して期待されている機能を考察する。そして次の小節(2.2)では、実際の銀行取引において担保が果たしていると考えられる機能を、銀行取引約定書の規定にしたがって考察する。本稿の分析は、ほとんどこの小節での考察にもとづく担保の

機能を理論的に行うものである。

## 2.1 担保制度の概要

### 2.1.1 担保の分類と性質

資金が貸し付けられた場合、貸手は貸付金に金利が付されて元利合計金が返済されることを期待しているのであるが、環境の変化等によって返済がなされ得ないことが生じうる。このような場合、通常は、「債権者平等の原則」にしたがって全ての貸手は対等の立場で貸付資金の回収にあたることになる。とはいえ、債務者やその関係者が特定の債権者になんらかの「物」を提供して返済確保の手段とすることがある。このような「物」が担保と呼ばれるものである。すなわち、一般原則としては平等弁済であるけれども、ある特定の債権だけが優先的に弁済を受ける地位を確保できるようにするための手段が担保なのである。<sup>(7)</sup> 本小節では、法律上および取引上用いられている担保の分類およびその性質を説明する。

#### (1) 物的担保と人的担保

担保の分類としてはまず、人的担保と物的担保とがある。人的担保とは、債務者（借手）以外の第3者の信用および財産（支払能力）によって貸付債権の弁済を確保しようとするものである。人的担保の例としては保証がある。他方、物的担保とは債務者または第3者（物上保証人という）に一定の財産を提供させ、それによって貸付債権の弁済を確保しようとするものである。物的担保の例としては、預金担保や不動産担保といったものがある。

人的担保は、物的担保にともなう担保権の設定や担保物の管理や換価等に要するコスト負担等を免れうるという点で利点があるが、債務者と保証人との人間関係や保証人の信用や財産状態に依存するものであるため、担

保の安全性・確実性といった観点からは物的担保に劣ると考えられている(木内 [1989])。また、一般に担保という場合には物的担保のみをさす。そこで本稿では、物的担保のみを考えて分析をすることとする。

## (2) 法定担保と約定担保

担保に関しては、民法第2編物権の第7章から第10章において、その法的内容が定められている<sup>(8)</sup>。そのような担保としては、留置権、先取特権、質権、抵当権の4種類がある<sup>(9)</sup>。留置権とは、債権者がその債権の弁済を受けるまで占有している物を留置して、債務者の弁済を間接的に強制しようとする担保物権である<sup>(10)</sup>。時計の修繕を依頼された業者が、修繕代金が支払われるまでその時計の引渡しを拒む権利がその一例である。先取特権とは、法律が指定した特殊の債権についてその債権者を保護するため、債務者の一定の財産について、他の債権者に優先して弁済を受けることを認める担保物権である<sup>(11)</sup>。商品を売却した売り主に、その代金債権について、買い主のもとにあるその商品に対し、他の債権者に先んじて優先弁済権を認めるものがその一例である。質権とは、債権者が担保の目的物の引渡しを受けて占有し、債務不履行の場合は、その換価代金から他の債権者に優先して弁済を受けることを認める担保物権である<sup>(12)</sup>。ある経済主体がその有する預金通帳を差入れて銀行から資金の借入をする場合に借手の有する預金債権に対して銀行が有する権利がその一例である。抵当権とは、債務者または物上保証人が提供した不動産を、債務者が現状のまま占有して使用・収益を行い、債務の弁済がなされない場合には、その不動産を換価処分(競売)して、その代価から債権者が優先的に弁済を受けることのできる担保物権である<sup>(13)</sup>。さらに、昭和46年に根抵当権に関する規定が追加された。根抵当権とは、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保する抵当権である<sup>(14)</sup>。

これら4(5)種の担保物権のうち、質権と抵当権(および根抵当権)とは、当事者が担保を取り付けるという契約を締結して担保にとるものであり、約定担保と呼ばれている。他方、留置権と先取特権とは、あらかじめ当事者が担保をとる契約をしているのではなく、一定の場合に、法律がある債権者に、債務者の財産に対して特別の権利を認めるものであり、法定担保と呼ばれている。

本稿では、借手と貸手との融資契約について考察するため、約定担保のみを考察の対象とすることとする。

### (3) 正則担保と変則担保

(2)で述べた4(5)種の担保物権は、法律(民法)に規定のあるものであり、これらを正則担保という。正則担保には上記の担保物権のほかにも数多く存在しているが、いずれも民法による担保をベースにした変化形ということができる。また、担保の中には抵当権のように法律に規定のあるもののほかに、金融実務上の要請から担保として利用されるようになったものも存在している。このような担保を変則担保という。変則担保としては、譲渡担保、仮登記担保等がある。変則担保は、法律に規定がなされ<sup>(15)</sup>ていないために、当事者による契約によるほかなく、すべて約定担保と考えられる。

### (4) 担保の性質

担保は債権からの優先的弁済を確保するための手段であるから、債権との関係である共通した性質を有している。以下では、その性質について簡単に説明する。

まず、付従性という性質がある。債権がなければ担保は成立しないという性質のことである。担保が債権からの優先的弁済を確保するための手段

である以上これは当然の性質である。<sup>(16)</sup>

ついで、随伴性という性質がある。債権が譲渡される場合には、それにもなつて担保権も移転するというものである。

さらに、不可分性という性質も有している。これは、債権の全部の弁済を受けるまで目的物の全部についてその権利を行うことができるというものである。<sup>(17)</sup>

また、先取特権、質権および抵当権については、担保の対象である物権が滅失・毀損したり、売買されたり、あるいは賃貸されることによって設定者に資金が入ってくる場合、担保の効力がその資金にもおよぶという性質がある。このような性質を、物上代位性と呼ぶ。<sup>(18)</sup>

## 2.1.2 担保の概要

本節では、銀行取引上よく用いられているいくつかの担保（抵当権、根抵当権、譲渡担保、相殺）について、その内容を若干詳しく説明する。

### (1) 抵当権

前節でも述べたように、抵当権とは、債務者または物上保証人が提供した不動産等を、債務者などが現状のまま占有して使用・収益を行い、債務の返済がなされないときのみ、その不動産等を換価処分（競売）して、その代価から債権者が優先的に返済を受けることのできる担保である。土地等の不動産を担保にとる場合によく用いられるものである。さらに、船舶、各種財団抵当も特別法によって抵当権の対象となる。

抵当権は、当事者間の抵当権設定契約によって設定される。この契約は、特別の形式を必要とせず、当事者の意思表示のみによって効力を生ずる。<sup>(19)</sup>

とはいえ、契約を締結すればつねに優先弁済を受けられるというものではない。債務者 A と債権者 B との間に、A の有する不動産について抵当権

設定契約が締結されたとしよう。契約締結の後に、この事実を知らない第三者（善意の第三者）Cに対してAが当該不動産を売却したとする。Aが債務不履行に陥った場合、Bは抵当権を実行して債権の返済をはかろうとすることとなるが、抵当権の対象となる不動産は今や第三者Cの手元にある。このとき、Bは抵当権設定契約が締結されているという事実をもって、Cに対して当該不動産の抵当権の実行を主張することはできないのである。すなわち、抵当権設定契約のみでは善意の第三者に対して対抗することはできないのである。したがって、抵当権者は善意の第三者に対抗するためには、その抵当権の対象となる不動産を登記する事が必要である。<sup>(20)(21)</sup>

抵当権にもとづく資金の回収は、その対象となる不動産について競売を管轄裁判所に申し立て、その売得金から抵当権の順位にしたがって配当を受けるという方法によって行われる。<sup>(22)</sup> 競売による売得金が、返済すべき金額よりも多い場合には、その差額は債務者に返還される。さらに、利子および損害金については、債権の支払が行われるまでの最後の2年間についてのみ回収が認められている。<sup>(23)</sup>

## (2) 根抵当権

抵当権は、ある特定の債権を担保するものとして用いられるものであるが、銀行のように、その日常業務において次から次へと債権・債務が発生・消滅していくような場合には、その各々について抵当権を設定していたのでは非常に煩雑でコストのかかることになる。そこで銀行実務上、一定の範囲にある不特定の債権を担保するものとして根抵当権というものがある。早くから行われていた。このような事実を受けて、民法においても昭和46年に根抵当権に関する項目が追加されることとなった。<sup>(24)</sup>

既述のように、根抵当権は不特定の債権を担保するものではあるが、何らの限定もなく当事者間の全ての債権を担保するもの（包括根抵当権）は

認められない。民法では、根抵当権を設定しうる債権の範囲として、(1) 特定の継続的取引契約によって生ずるもの、(2) 一定の種類<sup>(25)</sup>の取引によって生ずるもの、の2つをその基準としてあげている。銀行実務との関連では、法務省が、登記所に対する通達の形で根抵当権の被担保債権の範囲についての登記として受理できるものとした取引の例の中に、「銀行取引」が入れられているため、銀行が通常行う業務によって生ずる債権は全て根抵当権の被担保債権と心得ることとなっている。

根抵当権は、抵当権の変形と考えることもできるので、登記を行わなければ第三者に対抗できないこと、その実行は競売手続によること等共通点も多い。他方、以下のような相違点も存在している。まず第1に、根抵当権においては付従性がないことである。抵当権は、特定の債権だけを担保するものであるために、当該債権が消滅するとその抵当権も消滅してしまう（付従性）が、根抵当権は不特定の債権を担保するものであるから、ある特定の債権が消滅したとしても根抵当権は消滅する必要はない。それゆえある債権の担保として根抵当権を設定しておけば、その債権の消滅にかかわらず、その後の全ての債権の優先順位は最初の債権の優先順位と同一のものとなり、弁済の優先性の点から望ましい性質を有することとなるのである。<sup>(26)</sup>第2の相違点は、担保される利息・損害金の範囲である。普通抵当権の場合には、支払までの最後の2年間についてのみ利息・損害金が被担保債権と認められるのであるが、根抵当権の場合には、極度額の範囲内であれば全ての利息・損害金が被担保債権と認められることとなっている。このような点から、銀行実務においては、普通抵当権よりも根抵当権の方が選好されている。

### (3) 譲渡担保

譲渡担保とは、債権担保のために目的物自体を債権者に譲渡するという

方法をとる物的担保のことである。この担保は、法律に明文の規定のないものではあるが、経済的必要性とそのもつ利益から銀行実務上相当広範に利用され、早くから判例によっても認められ保護されてきた担保制度である。

このような担保制度が発達した理由としては、担保の対象となるものとして動産しか有していない借手にとって現行の担保法制は非常な制約となってしまう点あげられる。民法によれば、抵当権は不動産にしか設定できないため、動産に対しては質権を設定するほかはない。しかしながら、質権契約は要物契約であるため、債務者は担保の対象となるものを債権者に引き渡さねばならない。これでは債務者にとって制約となってしまうため譲渡担保という制度が考えられたというのである。

この点を我妻 [1992] にしたがってより詳しく説明しよう。

いま、工場を経営している B が銀行から運転資金を借りたいと思っているが、担保に供するものとしては工作機械一式があるだけであるとしよう。これは動産であるから、もし担保にいれようとするならば、民法からいえば質権を設定するよりほかはない。しかしこれを質権者に引き渡してしまったのでは、工場の運転ができない。運転資金を借りる目的だから、どうしてもこの機械を手もとにおいて、これを利用しながら資金を借りられるようにする必要がある。このとき、貸手 A との間次のような契約を締結すれば、B は目的を達成することができるであろう。まず、融資契約を締結する。第 2 に、工作機械を担保のために譲渡する。だが、その引渡しは占有改定により、依然として B の直接の占有・使用にまかせる。弁済期に弁済しなかったときは、A は機械の引渡し（直接の占有）を受けて自分の所有として元利に当てることができるとか、処分して精算するか、担保の実行方法について特約をする。弁済がなされた場合には B は機械を A から受けだし、弁済がなされなければ B は特約にしたがって、

機械で弁済を受けることになるのである。

このように、譲渡担保は担保の利用可能性をひろげた点に意義があり、それゆえに広範に用いられているものと考えられることができる。

#### (4) 相殺

2人が相互に同種の債権をもつ場合、それぞれが個別に現実の履行をする代わりに一方の意思表示によって相互の債権を対等額だけ消滅させる決済制度を相殺という。相殺をなすには、同一当事者間に同種の目的を有する債権の対立があり、両債権の弁済期が到来しているなどの要件（相殺適状）<sup>(28)</sup>が必要である。銀行取引における相殺の例としては次のようなものがあげられる。いま、銀行が取引先に対して貸金債権、取引先が銀行に対して預金債権をもっているとする。これらの債権はともに金銭債権である。また、ともに弁済期が到来しているとする。このとき、銀行が取引先に対して意思表示を行うことにより、貸金債権（自働債権）と預金債権（受働債権）とを相等しい額において消滅させることを相殺というのである。

相殺適状にある債権が存在する場合には、銀行はその債権の少なくとも一部については、受働債権によって自らの債権の弁済を優先的に受ける手段を確保していることになるため、相殺は担保としての機能を有していると考えられる。判例も、相殺について「相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである」と判示している（最大判昭45.6.24金法<sup>(29)</sup>584号4頁）。

### 2.1.3 担保の機能

担保の第1の機能は、貸付資金の返済がなされない場合にその担保物権を処分して、その代金から貸付資金の元利合計金を受け取ることによって、貸付資金の返済を確保しようとするものである。抵当権および根抵当権の場合には、その対象となっている財産を競売にかけることによって資金を獲得し、そのうち貸付資金の元利合計部分のみを債権者がとり、残りを債務者に返還することによってこの機能が達成される。譲渡担保の場合には、その対象となっている財産の引渡しを受け、その財産を売却するなりそのまま使用するなりあらかじめ約定された特約にしたがって処分することによって、貸付金の元利合計額に対応する価値を受け取ることを通じてその機能が果たされる。この場合にも、債権者が受け取ることのできる価値は、その債権の価値額に制限されている。また、相殺の場合には、自働債権の保有者が受働債権を自働債権の価値額の範囲内で消滅させることによってその担保としての機能を果たすことができるのである。

担保に期待されている第2の機能は、債務者に対して返済の意欲をもたせるといふものである。これは、担保の有する心理的効果とも考えられる。債務者は、債務の返済をする場合に、有利な条件の債務は後回しにする傾向がある。そこで、債務者にとって重要な資産を担保として押さえておくことによって、債務者が率先して返済しようと努力することを期待しようとするものである。<sup>(30)</sup>

## 2.2 銀行取引上の担保

前節では、現行担保制度の概要の一般論を考察してきた。本節では、銀行の与信取引の中で担保がいかなる機能を果たすと期待されるかを考察する。まず最初に、銀行取引約定書において担保に関する条項がどのように規定されているのかを考察する。そのうえで、担保が果たすと期待される機能として、前節であげたもの以外にいかなるものがあるのかを考察する。

### 2.2.1 銀行取引約定書

貸付取引を始めるにあたって、銀行は貸付先に必ず銀行取引約定書への署名・押印を求める。約定書を差入れただけでは、まだ銀行と差入れ人との間に債権債務関係は発生しないが、約定書第1条に次のような条文があることから、約定書は、貸付先が銀行と貸付取引を行う場合の基本的内容を定めたもの<sup>(31)</sup>と考えることができる。

#### 第1条（適用範囲）

- ①手形貸付・手形割引、証書貸付、当座貸越、支払承諾、外国為替その他いっさいの取引に関して生じた債務の履行については、この約定にしがいます。
- ②私が振出、裏書、引受、参加引受または保証した手形を、貴行が第三者との取引によって取得したときも、その債務の履行についてこの約定にしがいます。

すなわち、約定書差入れ後に行われる手形貸付や証書貸付など個々の貸付取引は、その細かい内容について契約しなくとも、すべてこの約定書の規定にしたがってその内容が定まることとなる。

銀行取引約定書では、担保に関する規定は第4条になされている。

#### 第4条（担保）

- ①債権保全を必要とする相当の事由が生じたときは、請求によって、直ちに貴行の承認する担保もしくは増担保を差し入れ、または保証人をたてもしくはこれを追加します。
- ②貴行に現在差し入れている担保および将来差し入れる担保は、すべて

その担保する債務のほか、現在および将来負担するいっさいの債務を共通に担保するものとします。

- ③担保は、必ずしも法定の手続によらず一般に適当と認められる方法、時期、価格等により貴行において取立または処分のうえ、その取得金から諸費用を差し引いた残額を法定の順序にかかわらず債務の弁済に充当できるものとし、なお残債務がある場合には直ちに弁済します。
- ④貴行に対する債務を履行しなかった場合には、貴行の占有している私の動産、手形その他の有価証券は、貴行において取立または処分することができるものとし、この場合もすべて前項に準じて取り扱うことに同意します。

この条項（担保条項）は、担保に関する特約を規定したものである。すなわち、(1) 債権保全のために客観的必要性のあるときは、銀行はいつでも担保または保証の提供を請求できること、(2) 銀行は担保をいっさいの債務の共通担保となし得ること（換言すれば、銀行取引の担保は全て根担保であること）、(3) 銀行は担保やその占有する動産、有価証券を法定の換価手続によることなく任意処分し、債務の弁済に充当できること、を特約することによって、銀行が債権の回収を安全、確実かつ迅速に行い得るようにしているのである。

担保がその機能を発揮するのは、債権の弁済期に債務者がその弁済を行わない場合である。民法および銀行取引約定書の担保条項においても、弁済期においていかに弁済を確保するのかという点を考慮した規定となっている。しかしながら、弁済期以前の時点においても、債権の弁済を危うくさせるような状況が発生することになる。このような場合にあっても、弁済期まで待たねばならないのであれば、状況をより悪くするのみならず、もしこの時点でなんらかの手をうっていれば回収できた債権までも回収不

能なものとしてしまうという問題が生じてしまう。

そこで民法では、(1) 債務者が破産の宣告を受けたとき、(2) 債務者が自ら担保を毀滅またはこれを減少したとき、(3) 債務者が法律または契約によって担保を提供する義務を負いながらこれを供しないとき、には債務者は期限の利益を失い、債権者は直ちに債権の弁済を請求できることとされている(民法137条)。しかしながら、銀行の与信取引の実情からすれば、上記の3つの場合だけでは、債権保全の上で十分ではない。なぜならば、銀行の与信取引は、銀行と取引者との間の信頼関係を基礎としているものであるため、この信頼関係を破壊するような事由が生じたとき、すなわち信用失墜をきたす事態や行為があったときには、銀行は本来の弁済期以前であっても直ちに取引先に対して貸付債権の弁済を請求できるというのでなければ、債権の保全はできないと考えられるからである。そこで、銀行取引約定書においては、銀行取引における期限の利益が喪失される場合として第5条に詳細に規定がなされている。

#### 第5条(期限の利益の喪失)

①私について次の各号の事由が一つでも生じた場合には、貴行から通知催告等がなくても貴行に対するいっさいの債務について当然期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

1. 支払の停止または破産、和議開始、会社更生手続開始、会社整理開始もしくは特別清算開始の申立があったとき。
2. 手形交換所の取引停止処分を受けたとき。
3. 私または保証人の預金その他の貴行に対する債権について仮差押、保全差押または差押の命令、通知が発送されたとき。
4. 住所変更の届出を怠るなど私の責めに帰すべき事由によって、貴行に私の所在が不明となったとき。

②次の各場合には、貴行の請求によって貴行に対するいっさいの債務の期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

1. 私が債務の一部でも履行を遅滞したとき、
2. 担保の目的物について差押、または競売手続の開始があったとき、
3. 私が貴行との取引約定に違反したとき、
4. 保証人が前項または本項の各号の一にでも該当したとき、
5. 前各号のほか債権保全を必要とする相当の事由が生じたとき、

本条では、第1項において、客観的に明確で与信取引上も重要なものについて、期限の利益の当然喪失事由を定め、第2項において、銀行の主観が多少はある余地のある信用異常として、期限の利益の請求による喪失事由を定めている。法定（民法第137条）の期限の利益喪失事由とは別に、本条によって取引先の信用異常を示す一定の事由が生じた場合には、取引先はもはや借入債務について期限の利益を主張し得ず、したがって直ちに借入債務を弁済する義務を負うことが特約されているのである。その結果、弁済時点のみならず弁済時点以前においても、債権者は債務者の行動から生じうる不利益を担保する事が可能となるのである。

銀行取引約定書において、担保制との関連でもう一つ重要な条項が、相殺に関する規定である。前節で述べたように、相殺は担保としての機能を有している。しかしながら、相殺は正式には担保ではないため、約定書の第4条は相殺の場合には適用することはできない。そこで、相殺については第7条の規定を適用することが必要となる。

#### 第7条（差引計算）

①期限の到来、期限の利益の喪失、買戻債務の発生、求償債務の発生その他の事由によって、貴行に対する債務を履行しなければならない場

合には、その債務と私の預金その他の債権とを、その債権の期限のいかんにかかわらず、いつでも貴行は相殺することができます。

②前項の相殺ができる場合には、貴行は事前の通知および所定の手続を省略し、私にかわり諸預け金の払戻しを受け、債務の弁済に充当することもできます。

③（省略）

本条は、取引先が第5条によって貸付債権の期限の利益を喪失するなどして、「貴行に対する債務を履行しなければならない場合」には、銀行はそれらの債務と取引先の預金とをいつでも相殺できることを特約することによって、相殺の可能性を拡大するとともに、相殺に関する手続を簡素化することによって迅速に相殺が行われるようにしたものである。この規定により、相殺の担保的機能はより強化されることになるのである。

以上みてきたように、現実の銀行取引実務上では、弁済時点以前の段階においても担保権の実行が可能であったり、担保や相殺の実行手続が簡素化されていたりして、法律で規定されているよりも担保の機能は拡大しているように考えられる。そこで、次節でこの点を考察する。

## 2.2.2 銀行取引実務上の担保の機能

前節で考察した担保の可能性の拡大は2つの点に存在していると考えられる。

第1は、実行手続の簡素化である。これは、法律で規定されている担保に比べて債権の弁済を迅速にするものであり、本質的に新たな機能を追加するものではない。

第2は、担保権の実行可能期間を拡大するものである。法律で規定されている担保においては、基本的には債権の満期時に弁済がなされない場合

に担保権が実行され、それ以前においては民法第137条において規定された3つの期限の利益が喪失される状況に該当するときのみ担保権の実行が認められることとなっている。他方、銀行取引約定書に定められた特約においては、期限の利益が喪失される状況がかなり拡大され、相殺等の可能性も拡大されている。それゆえ、債権の満期以前においても、債務者が債権者の信頼を裏切るような行為をとった場合には、債権者は債務者の期限の利益を喪失させて債権を弁済させることが可能となる。このとき、債務者が資金を有していない場合には、担保権の実行によって債権の弁済を確保することができるのである。担保の対象となっている財産が、債務者にとって重要なものである場合には、担保の有する心理的效果によって、債務者は債権者による担保権の実行を回避したいと考える。そこで、債務者は債権者の信頼を裏切るような行為をとらない誘因を有することになる。すなわち、期限の利益喪失条項の存在と相殺をも含めた担保権の拡大とにより、債務者による契約違反の誘因を低下させることができるのである。

これまでの考察により、(1) 債権の弁済を確保する、(2) 債務者が債権を弁済する誘因を有する、(3) 債務者が契約違反をする誘因を低下させる、という3つの機能が担保にはあることが明かとなった。次節では、このような担保の機能を理論的に考察することとする。

### 3. 担保の経済機能

第2節では、現行の担保制度の概要について考察し、担保が有する機能を3点あげた。そこで本節では、その機能（特に第3の機能）について理論的に考察する。

担保制度に関する研究は、これまでも行われてきている。清水 [1980]

は、担保が金利とならんで貸出市場の均衡を実現させるものであるとの指摘を行っている。すなわち、貸出市場における最適性を達成するための手段としての担保の機能を考察しているのである。担保の機能に関する同様の考察は、Benjamin [1978] においてもなされている。また、Chan and Kanatas [1984] は、投資案の収益の確率分布に関して借手と貸手との間に認識の相違がある状況において、担保がそのような差別的情報から生じる非効率性を解消する機能を有していることを示している。Bester [1985, 1987], Piker [1992] および Chan and Thakor [1987] は、借手の投資案の質に関する情報の非対称性が存在する状況において、担保が借手のタイプを選別する機能を有することを考察している。さらに、Besanko and Thakor [1987] は、借手の投資案の選択に関してモラルハザードが発生する可能性があるような状況において、担保がそのような情報の非対称性から生じる非効率性を解消する機能を有することを考察している。Igawa and Kanatas [1990] も、借手によるモラルハザードが発生する可能性のあるような状況における担保の機能を考察するとともに、最適な担保契約の形態についても考察を行っている。清水 [1991] も、担保が借手の投資案の収益性に関する不確実性を低下させるという担保の情報生産機能を考察している。

これらの研究は、担保の経済機能を考察しようとした点で評価できるものの、担保の導入の仕方の一つの共通した問題点を有している。それは、債権の弁済を確保するという担保の基本的かつ最も重要な機能をこれらの研究は考慮していないという点である。これまでの研究は、担保に関しては、それが借手の資産額以下であるという制約のみを考慮し、担保の存在によって貸手にとって債権の弁済が確実に行われることになるという点が考慮されていないのである。そこで、本稿では、担保に関するこの基本的機能を導入した上で、担保の経済機能を考察する。

本節の内容は次の通りである。まず最初に、担保の第1の機能を考慮するために、担保が損害賠償としての側面を有していることを考察する。そして次節において、損害賠償としての担保の有する経済機能およびその問題点を理論的に考察する。

### 3.1 損害賠償としての担保

担保の基本的な機能は、債権者に債権の弁済を確保できるようにすることである。貸付契約においては、貸付資金の元利合計金の返済が契約履行の状態であり、担保権は資金の返済が行われない契約不履行の状態において、銀行が元利合計金を獲得できるようにするために実行されるのである。すなわち、担保権の実行は、契約不履行によって債権者がこうむる損失を回避するためのものであり、これを債務者の観点からみれば、債権者の損害を賠償するものと考えることができるのである。

損害賠償の算定方法としては、「法と経済学」の文献において次のようなものが考えられている。

#### (1) 特定履行 (Specific Performance)<sup>(32)</sup>

債務者に対して、契約通り債権の弁済を行わせることである。これは、債務者に対して債務不履行に対する無限の損害賠償を行わせることを意味する。

#### (2) 信賴利益の損害賠償 (Reliance Damages)<sup>(33)</sup>

契約の不履行により、契約が締結されていなかったならば達していたであろうよりも不利な状態になることを損害と考え、その損害額を賠償させようとするものである。このような損害によって侵害される利益を「信賴利益」というため、この賠償は「信賴利益の損害賠償」と呼ばれている。

すなわち、この損害賠償は、信頼利益を保護するためのものであり、契約を締結していなかったならば達していたであろう状態に契約不履行の被害者を復帰させる目的をもっている。

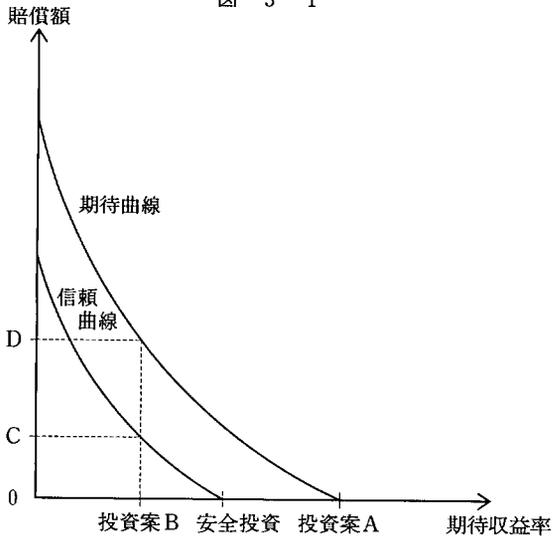
### (3) 期待利益の損害賠償 (Expected Damages)

契約の不履行により、契約が履行されていたならば達していたであろうよりも不利な状態になることを損害と考え、その損害額を賠償させようとするものである。このような損害によって侵害される利益を「期待利益」というため、この賠償は「期待利益の損害賠償」と呼ばれている。すなわち、この損害賠償は、期待利益を保護するためのものであり、もし契約が履行されていたならば達していたであろう状態に契約不履行の被害者を復帰させる目的をもっている。

担保を損害賠償手段と考えた場合、それによって賠償される額は上のうちいずれに該当するのであろうか。この点を考えるために、企業が投資案 A を実行するという条件のもとに銀行から資金を借りるという借入契約を想定してみよう。この借入契約のもとの借手の不履行は、(1) 借入資金の元利合計金を返済しない、(2) 投資案 A を実行しない、という2点において発生し得ることとなる。

まず、担保権の実行が特定履行に該当するかどうかを考えてみよう。既述のように、特定履行とは債権の内容となっている給付を債務者に行わせることであるから、(1) の場合には「元利合計金の返済」、(2) の場合には「投資案 A の実行」がその履行（損害賠償）内容となる。このうち、(1) の「元利合計金の返済」は担保権の実行によって実現できるものであり、この意味で担保権の実行を特定履行と考えることができるが、(2) の「投資案 A の実行」は、投資が不可逆的なものであることを考えると、そ

図 3-1



もそも不可能な履行の強制であり、担保権の実行によってそれが果たせるとは考えられない<sup>(34)</sup>。したがって、担保権の実行は特定履行には該当しないと考えられる。

そこで、担保権の実行は（有限の）金銭の支払による損害賠償であると考えられるが、それは信頼利益の損害賠償と期待利益の損害賠償とのいずれに該当するのであろうか。

元利合計金が返済されないという契約不履行の場合を考えてみよう。このときの債務履行は、元利合計金が返済されることであり、それにとまなう利益は利子収入である。また、契約が締結されなかったという状態は元金だけが手元にあるというものである<sup>(35)</sup>。したがって、信頼利益の損害賠償金額は利子額と元金の損失額の和である。他方、契約が履行されなかった場合には、上記に加え契約不履行による損害金も賠償金額として算入される。担保の被担保債権の範囲としては、利子のみならず損害金も考慮され

ているため、担保権の実行は、期待利益の損害賠償の賦課と考えることができるのである。

次に、契約通りの投資案が実行されない場合を考えてみよう。このときの損害賠償額は、図 3-1 に示されている。図の横軸は危険を考慮した期待収益率を表わしており、縦軸は損害賠償を表わしている。図中の曲線は、期待収益率とそれを保証するために必要な賠償金額との組合せを示している。第 1 に、投資案の実行の変更における期待利益の損害賠償について検討しよう。図の「期待曲線」と表示された曲線がそれを示している。期待利益については、もし借手が契約を履行していたら達していたであろう状態は、投資案 A が選択された場合の期待収益率である。他方、信託利益はこの借手に資金を貸し出さず、安全投資に資金を運用した場合に得られる期待収益率であり、信託利益の損害賠償額は図の「信託曲線」と表示された曲線によって示されている<sup>(36)</sup>。さて、投資案の選択に関する第 2 のケースにおける担保権の実行は、銀行が投資案 A に対応する期待収益を確保しようとする行動と考えることができる。すなわち、この場合に銀行が獲得する金額（損害賠償額）には、貸付契約にともなう金利のみならず、借手が別の投資案を選択することによって銀行がこうむった負債価値の減少部分も含まれているのである。したがって、担保権の実行は、期待利益の損害賠償と考えることができるのである。図 3-1 において、借手が投資案 B を選択した場合に担保権の実行によって銀行が獲得する金額は、信託利益の損害賠償 OC ではなく期待利益の損害賠償 OD と考えられるのである。

以上の考察により、銀行による担保権の実行は、期待利益の損害賠償を実現させる手段であるということが理解できた。そこで次節では、このような性質を有する担保が、借手および貸手の行動にたいしてどのような含意をもっているかを考察しよう。

### 3.2 担保の理論分析

本節では、期待利益の損害賠償手段である担保が、その期待される機能を実現できるか否かを考察する。さらに、担保の存在が、借手および貸手の行動に与える効果をも考察する。

第2節で述べたように、担保に期待されている効果としては、(1) 弁済時における債務者による確実な弁済、(2) 弁済時以前の時点における債務者による契約内容の確実な実行、の2点がある。銀行の与信契約においては、(1) は元利合計金の返済のことであり、(2) は約定通りの投資案の実行のことである。このうち、(1) については、担保が期待利益の損害賠償手段であることからその効果を有していることは容易に理解できる。したがって、本節で考察するのは、(2) の借手が約定通りの投資案を実行させる機能を担保が有しているか否かである。

危険中立的な企業と銀行とを考える。企業は実行すべき投資案を有しているとす。この企業は、投資必要資金をまかなえるだけの資産を有しているが、投資実行時点においてはその資産が非流動的であるか、その資産無しでは投資の実行ができないかの理由で、資産を売却することによって資金を調達することは不可能であるとする。したがって、この企業は外部から資金を調達するほかに、その調達方法を銀行からの借入に決定したとする。投資の収益性は、企業の努力水準に依存しているとす。簡単のために、企業が最大限の努力をした場合の投資案（投資案1）の収益性を $V_1$ 、全く努力しなかった場合の投資案（投資案2）の収益性を $V_2$ とする。<sup>(37)</sup>そして、企業の努力水準に応じて、投資案の収益性が $V_1$ である確率 $p$ が上昇していくとする。また、企業の努力のための支出額は、確率 $p$ に依存した関数 $e(p)$ で表わされるとす。<sup>(38)</sup>

銀行と企業との間の融資契約は、企業が投資案1を選択するという前提のもとでなされるとす。このときの負債の市場価値を $B_1$ とする。した

がって、当初の契約が正しく履行された場合の株式（自己資本）の市場価値は  $S_1 = V_1 - B_1$  である。Jensen and Meckling [1976] によれば、負債が存在する場合、自己資本の市場価値は、投資案を原資産、負債の元利合計金額を行使価格とするコール・オプションの価値に等しい。それゆえ、投資案の危険性が高くなるにつれて自己資本の価値が高くなると考えられる。すなわち、ここでの想定のもとでは  $S_1 < S_2$  であり、企業による投資案の選択に応じて負債の市場価値も  $B_1 = V_1 - S_1$  から  $B_2 = V_2 - S_2$  へと変化することになる。企業が危険な投資案を選択することによって負債の市場価値が減少するか否かは、これだけでは明かではないが、以下では、企業と銀行との利害が対立する興味深い状況を考察するために、 $B_2 > B_1$  であるとする。

企業および銀行は、融資契約によって獲得した自らの請求権の価値を最大にすべく行動するとする。危険中立性の仮定より、努力水準  $e(p)$  を選択した企業の目的関数は、 $U = S - e(p)$  で与えられる。ここで、 $S$  は融資契約および努力水準  $e(p)$  のもとで企業が獲得する請求権の期待市場価値である。銀行は、企業との取引関係の形成にあたって、その取引に特殊な支出  $c(a)$  <sup>(39)(40)</sup> を行うとする。この取引特殊な支出は、銀行と企業との協調関係の形成を通じて投資案の収益性にも影響を与える。したがって、危険中立的な銀行の目的関数は  $W = B(a) - c(a)$  <sup>(41)</sup> と表わされる。モデルの設定の最後に、銀行と企業との間でとられる行動を順をおって説明しておこう。まず、企業が投資案 1 を選択するという前提のもとに銀行が貸し出し契約を設定する。ついで、銀行はこの企業との取引関係に特殊な支出を行う。その後、企業が投資案の選択を行う。企業が投資案 1 を選択した場合は契約を履行したことを意味し、投資案 2 を選択した場合は契約の不履行を意味する。

担保の経済機能を考察する前に、パレート効率的な契約とはどのような

ものであるのかを明らかにしておこう。それは次の問題の解として与えられる。

$$\begin{aligned} & \text{Max}_{a,p,S_1,S_2} EU \\ & \text{s. t. } EW \geq \bar{W} \end{aligned}$$

ここで、 $\bar{W}$  は、銀行の留保価値である。この問題は、次のラグランジュ関数の最大化問題として解くことができる。

$$\begin{aligned} \text{Max}_{a,p,S_1,S_2} L = & pS_1(a) + (1-p)S_2(a) - e(p) \\ & + \lambda \{ pB_1(a) + (1-p)B_2(a) - c(a) - \bar{W} \} \end{aligned}$$

$S_j(a) + B_j(a) = V_j(a)$  ( $j=1, 2$ ) に注意してこの問題を解くことにより、次の命題が得られる。

[命題 1]

パレート効率的な取引特殊な支出水準および企業の努力水準は、次式を満たす  $(a^*, p^*)$  <sup>(42)</sup> によって与えられる。

$$V_1(a^*) - V_2(a^*) = e'(p^*) \quad (1)$$

$$p^* V_1'(a^*) + (1-p^*) V_2'(a^*) = c'(a^*) \quad (2)$$

一般に、パレート最適な契約を締結することは不可能である。この場合、経済主体は、相手の行動を所与として自らの価値を最大にするように意思決定を行うであろう<sup>(43)</sup>。したがって、担保が存在せず、契約不履行による期待利益の損害賠償がなされない場合の企業と銀行との意思決定は次のように決定される。

$$a \in \arg \max_a EW(B, a) \quad (3)$$

$$p \in \arg \max_p EU(S, p) \quad (4)$$

この問題を解くことにより、担保が存在しない場合の企業の努力水準と銀行の取引特殊な支出水準とが次の命題によって与えられることが理解で

きる。

[命題 2]

担保が存在しない場合の企業の努力水準および銀行の支出水準とは、次式を満たす  $(a^{**}, p^{**})$  で与えられる。

$$\begin{aligned} \{V_1(a^{**}) - V_2(a^{**})\} - \{B_1(a^{**}) - B_2(a^{**})\} &= e'(p^{**}) \\ p^{**} B_1'(a^{**}) + (1 - p^{**}) B_2'(a^{**}) &= c'(a^{**}) \end{aligned}$$

このとき、企業の努力水準は、パレート最適な状況に比べて低下する。また、銀行による支出水準の変化に対して、負債の価値よりも企業価値の方がより大きく増大する場合、銀行の支出水準もパレート最適な状況に比べて低下する。

(証明)

$(a^{**}, p^{**})$  が満足すべき式は、(3) および (4) を解くことによって容易に与えられる。

また、仮定により  $B_1(a) - B_2(a) > 0$  であるから、 $V_1(a) - V_2(a) > \{V_1(a) - V_2(a)\} - \{B_1(a) - B_2(a)\}$  であり、 $e$  に関する仮定  $e'' > 0$  より、 $p^{**} < p^*$  が得られる。

さらに、 $V'_i(a) > B'_i(a)$  ( $i=1, 2$ ) であるとき、 $p V'_1(a) + (1-p) V'_2(a) > p B'_1(a) + (1-p) B'_2(a)$  であるから、 $c$  に関する仮定  $c'' > 0$  より、 $a^{**} < a^*$  が得られる。

したがって、担保が存在しない場合には、パレート最適な状況に比べて、企業の努力水準の低下と銀行による取引関係に対するコミットメントの低下という、より悪い事態が生じてしまうのである。

では次に、担保が存在する場合を考えよう。このとき、借手企業が契約

不履行を行えば、銀行は担保権を行使してそのこうむった期待利益の損害賠償を請求することとなる。本稿での想定における債務不履行は、企業が投資案1ではなく投資案2を実行することであり、それによって侵害される銀行の期待利益は  $\Delta = B_1(a) - B_2(a)$  である。したがって、担保が存在する場合の銀行および企業の期待価値はそれぞれ、投資案1が実行された場合には  $B_1(a)$  および  $S_1(a) = V_1(a) - B_1(a)$  であり、投資案2が実行された場合には  $B_2(a) + \Delta = B_1(a)$  および  $S_2(a) - \Delta = V_2(a) - B_1(a)$  である。したがって、担保が存在する場合の、企業の努力水準および銀行の取引関係特殊な支出水準は、次の命題によって与えられる。

<sup>(44)</sup>  
[命題3]

担保が存在する場合、企業の選択する努力水準は銀行の行う取引関係特殊な支出水準を所与としてつねに最適な水準となる。しかしながら、銀行の選択する支出水準はパレート最適な水準とは異なる。

(証明)

担保が存在する場合の企業および銀行の有する請求権の期待価値の値より、企業の努力水準および銀行の取引関係特殊な支出水準は、次式によって決定される。

$$p \in \operatorname{argmax}_p p(V_1(a) - B_1(a)) + (1-p)(V_2(a) - B_1(a)) - e(p) \quad (5)$$

$$a \in \operatorname{argmax}_a pB_1(a) + (1-p)B_1(a) - c(a) \quad (6)$$

(5) より、

$$V_1(a) - V_2(a) = e'(p) \quad (7)$$

(6) より、

$$B_1'(a) = c'(a) \quad (8)$$

(7) は (1) と同じであるから、銀行の取引関係特殊な支出水準を所与し

て、企業はパレート効率的な努力水準を選択する。他方、(8)は(2)とは異なっており、銀行がパレート効率的な支出水準を選択することはない。

すなわち、担保の存在は、企業が契約で前提にされているものとは異なる行動をとるという意味での不履行を回避するという意味では最適な効果を有するものではあるが、他方で銀行による取引関係への支出水準の選択という点に関しては最適性をそこなうものになってしまうのである。

#### 4. 結論

本稿では、担保権の実行を借手の契約不履行から生ずる期待利益の損害に対する賠償と考えることにより、担保の機能およびその存在が銀行と企業との行動に与える影響を理論的に考察した。その結果、担保の存在は借手たる企業の債務不履行を回避するという点では有効なものであるが、銀行が借手との取引関係へ投入するコミットメントの最適化は達成しえないことが明かとなった。

本稿のこの結論は、現実の銀行—企業間関係に対してどのような含意を有するのだろうか。まず第1にあげられる点は、従来の研究による結論と同様に、担保には情報生産機能があるということである。したがって、担保の存在は借手の行動を制御するという点では確かに意義あるものといえるであろう。他方、担保の存在は銀行が借手との取引関係の形成に対して非効率な努力をする可能性があることが第2の点としてあげられる。このことをより具体的に述べると次のようにいえるであろう。銀行による取引関係特殊な支出の内容を、借手企業の救済に対する準備のための支出と考えた場合、本稿での結論は、担保の存在によって銀行が借手企業の救済により積極的になる可能性が存在するということを意味している。また、

支出内容を銀行によるモニタリングの減少によるコスト負担と考えれば、担保の存在は銀行による情報生産を過小にしか行わないということの意味している。本稿での取扱がまだ抽象的であるために、上記のように具体的な結論を出すことは必ずしもできないが、担保のもつ影響についてなんらかの示唆を与えているとは考えられる。

本稿は、担保の有する債務弁済の確保手段としての機能を明示的に考慮した点で他の研究とは異なっており、この点で意義があると考えられる。しかしながら、今後考察すべき点は多い。以下ではそのような点を今後の課題として挙げておこう。

まず第1は、本稿における銀行による取引関係特殊な支出の内容をより具体的にすることである。いわゆる「バブル崩壊」から得られた結論の一つは、担保貸付の結果、銀行は借手の審査を怠り、その情報生産機能が低下していたのではないか、という点である。本稿においてもこの可能性は示唆され得るものの、より具体的なレベルで考察を行うことによって、担保貸付のもつ効果を詳しく考察していくことが必要であろう。

第2は、担保形態の相違がもつ効果を分析することである。担保の対象となる資産としては、預金等の債権、動産、不動産といったさまざまなものがある。これらはそれぞれに借手・貸手に対する意義が異なっており、担保としても異なった効果を有していると考えられる。特に、日本の銀行は不動産担保金融を行ってきたものであり、その弊害が指摘されている現在、担保形態の相違が銀行－企業間関係に有する効果を考察することは重要なことであると考えられる。

最後に、望ましい担保制度のあり方を模索することである。本稿で考察されたように、現行の担保制度は必ずしも最適なものではない。そこで、いかなる担保制度を構築すれば、望ましい状況を達成し得るのかを考えることは必要であろう。そのためには、「法と経済学」の手法をより積極的

に取り入れていくことが重要であろう。以上の点は今後の課題である。

- (1) 松本他 [1987] 4 ページ
- (2) 松本他 [1987] 4 ページ
- (3) 松本他 [1987] 4 ページ
- (4) 朝倉 [1978] はしがき。
- (5) 松本他 [1984] においても、「俗に担保本位の貸出といわれるものも、担保におかれた重視の度合が他の要因よりも相対的に大きいという意味」と述べており、融資決定において担保が他の要因よりも重視されていることは認めている。
- (6) 日本銀行の調査によれば、全貸付の4割強が「信用貸付」（いわゆる無担保貸付）であるのではあるが、この中には相殺や代理受領といった事実上の担保が含まれていないことから、現実の無担保貸付の比率はもっと低いものであると考えられている。さらに、銀行取引約定書では、その第4条において客観的事由により銀行が必要と認めるときはいつでも増担保の請求ができると規定されており、このような権利までも考慮すると実質的な無担保貸付はほとんどないと考えられる。
- (7) 「弁済」とは債務者が、債務の目的である給付を行うことにより、債権を消滅させることである。債権が金銭債権である場合には、「弁済」と「返済」とは同じ意味と考えてよい。
- (8) これらは一般に「担保物権法」と呼ばれている。
- (9) 以下の担保物権に関する内容説明は、岩城 [1984] および我妻・有泉 [1992] を参考にしている。
- (10) 民法第295条第1項には、留置権の内容として以下のような定めがある。  
「他人ノ物ノ占有者ガ其物ニ関シテ生シタル債権ヲ有スルトキハ其ノ債権ノ弁済ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債権カ弁済期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス」
- (11) 民法第303条には、先取特権の内容として以下のような定めがある。「先取特権者ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ従ヒ其債務者ノ財産ニ付キ債権者ニ先テ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クル権利ヲ有ス」
- (12) 民法342条には、質権の内容として以下のような定めがある。「質権者ハ

其ノ債権ノ担保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取りタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債権者ニ先チテ債権ノ弁済ヲ受クル権利ヲ有ス」

- (13) 民法第 369 条第 1 項には、抵当権の内容として以下のような定めがある。「抵当権者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サシテ債務ノ担保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債権者ニ先チテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クル権利ヲ有ス」
- (14) 民法第 398 条ノ 2 第 1 項には、根抵当権の意義として以下のような定めがある。「抵当権ハ設定行為ヲ定ムル所ニ依リ一定ノ範囲ニ属スル不特定ノ債権ヲ極度額ノ限度ニ於テ担保スル為ニモ之ヲ設定スルコトヲ得」ここで、極度額とは根抵当権によって担保される債権の金額ないし限度額のことである。
- (15) 仮登記担保については、昭和 54 年から「仮登記担保契約に関する法律」が施行されているため、正則担保となったかのようにみえる。しかし、これは現実にそのような担保のとり方が存在する以上、他の債権者との権利の調整のため、法律をつくって規制する必要が生じただけのことであり、正式に担保として法律上承認されたというものではないと考えられているようである（岩城 [1984]）。
- (16) ただし、根抵当権については、与信契約その他の基本契約の存在を必要とはせず、被担保債権から切り離して処分することができるなど、付従性は必ずしも存在していない。
- (17) 民法では、担保物権の各々について不可分性を規定している。第 296 条「留置権者ハ債権ノ全部ノ弁済ヲ受クルマテハ留置物ノ全部ニ付キ其権利ヲ行フコトヲ得」その他の担保物権についても、この規定を準用することが述べられている。（第 305 条、第 350 条、第 372 条）
- (18) 物上代位性に関しては、民法第 304 条、第 350 条、第 372 条に規定されている。
- (19) したがって、抵当権設定契約は、諾成契約である。
- (20) 抵当権設定における登記に関しては、我妻・有泉 [192] および岩城 [1984] を参照。
- (21) 対象となる不動産の登記をしていない抵当権には優先弁済権はないけれども競売権はあるため、そのような抵当権がまったく無価値であるというわけではない。
- (22) 管轄裁判所は、不動産所在地の地方裁判所である。競売手続の詳細について

ては、我妻 [1992] を参照。

- (23) したがって、平成5年12月末日を弁済期とする債権が債務不履行となり、抵当権の実行による競売が平成6年6月末日に完結した場合、債権者が受け取ることのできる利息および損害金は、利息につき1年6ヶ月分、損害金につき6ヶ月分（あわせて2年分）となる。
- (24) 「根……」という担保は抵当権のみに認められているものではなく、不動産質権、仮登記担保、譲渡担保にもそれに対応するものは存在している。
- (25) 民法第398条ノ2第2項「前項ノ抵当権（以下根抵当権ト称ス）ノ担保スベキ不特定ノ債権ノ範囲ハ債務者トノ特定ノ継続的取引契約ニ因リテ生ズルモノ其他債務者トノ一定ノ種類ノ取引ニ因リテ生ズルモノニ限定シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス」
- (26) いま、債権Aの担保として第1順位の（普通）抵当権を設定したとしよう。その後、別の債権者が別の債権Bの担保として同一の不動産に対して第2順位の抵当権を設定したとする。このとき、債権Aの債権者が別の債権Cの担保として同一の不動産に対して抵当権を設定すれば、この抵当権の順位は、債権Aが消滅していれば第2順位、債権Aが消滅していなければ第3順位となり、いずれにしても債権Bの順位よりも劣ることとなる。しかしながら、債権Aの担保として根抵当権を設定しておけば、債権Aの消滅いかんにかかわらず、債権Cの担保順位はつねに債権Bよりも上にあることとなるのである。
- (27) 占有改定とは、AがBに引き渡さないし占有権の譲渡をなすときに、現実の引渡しによらずに、以後AがBのために物を所持する旨意思表示をしてBに占有（権）を得させるという方法により行うことをいう。民法183条にこの点が規定されている。「代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ為メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有権ヲ取得ス」
- (28) 相殺の意思表示をする側の債権を自働債権、相手方のもつ債権を受働債権という。
- (29) この判例は、永井他編 [1992] によっている。
- (30) Townsend [1979], Diamond [1984] および Gale and Hellwig [1985] は、資金需要者が調達資金を用いて行った投資の成果を資金供給者が確認できない場合の最適金融契約は、倒産ペナルティ付きの負債契約であることを

示している。ここであげられている担保の心理的効果は、彼らのいう倒産ペナルティの一種と考えられるであろう。

- (31) 銀行取引約定書の全文は、参考のため付録に掲載してある。
- (32) 特定履行は、わが国の民法においては「強制履行」に対応すると考えられる。民法第414条1項本文「債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」
- (33) 信頼利益の賠償責任および期待利益の賠償責任については、わが国民法ではその区別は明示的には行われていない。民法第415条「債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ」民法第416条1項「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サシムルヲ以テ其目的トス」これらの条文から判断するに、信頼利益の賠償責任と期待利益の賠償責任とは、「通常生スヘキ損害」をどのように考えるかの違いであると考えられる。
- (34) 民法においても、不可能な履行内容の強制はできないことが規定されている。民法第414条第1項但書「但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス」
- (35) ここでは簡単のために、安全投資の収益率は0と仮定している。
- (36) ここでは、簡単のためにこの借手に貸し出す以外には安全投資への運用しか方法がないと仮定しているが、安全投資以外の運用方法があったとしても議論の本質には変更は要しない。ある借手に資金を貸し出すのは、それ以外の用途に資金運用をした場合よりも期待収益が高いと考えられるからであるため、信頼曲線はつねに期待曲線よりも左下方にある。
- (37) 明らかに  $V_1 > V_2$  である。投資案1と投資案2との違いは、投資案1のほうがより安全な投資案であるというものと考えてよい。
- (38) ここで、関数  $e$  については、 $e(0) = 0$ 、 $e' > 0$ 、 $e'' > 0$  と仮定する。
- (39) 銀行の行う取引特殊な支出の内容としては、企業救済の準備のために銀行が行うさまざまなコミットメントのための支出や企業のモニタリング水準を低下させることによって銀行が負担せねばならない期待損失といったものが考えられるであろう。このような支出は、「法と経済学」の文献においては「信頼支出 (reliance expenditures)」と呼ばれている。信頼支出について

は, Shavell [1980], Rogerson [1984], Letzel [1989] 等を参照.

- (40) 関数  $c$  については,  $c(0)=0$ ,  $c' > 0$ ,  $c'' > 0$  と仮定する.
- (41) 銀行による取引特殊な支出の導入により, 投資案の収益性  $V$  および自己資本の市場価値  $S$  もそれぞれ,  $V(a)$  および  $S(a)$  と書き改められることとなる.
- (42) これは, 契約締結によって生ずる社会的総価値の最大化を達成する水準と同一である. Shavell [1980] を参照のこと.
- (43) いわゆるナッシュ均衡が, ここでの解概念となる.
- (44) この命題は, Shavell [1980] の [命題 2] と同一である.

#### 参考文献

- Benjamin, D. K. [1978] "The Use of Collateral to Enforce Debt Contracts," *Economic Inquiry* Vol. 16
- Besanko, D. and A. V. Thakor [1987] "Collateral and Rationing: Sorting Equilibria in Monopolistic and Competitive Credit Markets," *International Economic Review* No. 28
- Bester, H. [1985] "Screening vs. Rationing in Credit Markets with Imperfect Information," *American Economic Review* No. 75
- [1987] "The Role of Collateral in Credit Markets with Imperfect Information," *European Economic Review* Vol. 31
- Chan, Y-S, and A. V. Thakor [1987] "Collateral and Competitive Equilibria with Moral Hazard and Private Information," *Journal of Finance* Vol. 42
- Cooter, R. D. and T. S. Ulen [1988] *Law and Economics* Scott, Foresman & Co., (太田勝造 (訳) [1990] 『法と経済学』 商事法務研究会)
- Craswell, R. [1989] "Performance, Reliance, and One-Sided Information," *Journal of Legal Studies* Vol. 18
- Diamond, D. W. [1984] "Delegated Monitoring and the Theory of Financial Intermediation," *Review of Economic Studies* Vol. 51
- Gale, D. and M. Hellwig [1985] "Incentive-Compatible Debt Contracts: The One-Period Problem," *Review of Economic Studies* Vol. 52
- Igawa, K. and G. Kanatas [1990] "Asymmetric Information, Collateral, and

- Moral Hazard," *Journal of Financial and Quantitative Analysis* Vol. 25
- Jensen, M. C. and W. H. Meckling [1976] "Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics*, Vol. 3
- Kornhauser, L. A. [1983] "Reliance, Reputation, and Breach of Contract," *Journal of Legal Studies* No. 26
- Leitzel, J. [1989a] "Reliance and Contract Breach," *Law and Contemporary Problems* Vol. 52
- [1989 b] "Damage Measure and Incomplete Contracts," *Rand Journal of Economics* Vol. 20
- [1989c] "The New Institutional Economics and a Model of Contract," *Journal of Economic Behavior and Organization* vol. 11
- Piker, R. C. [1992] "Security Interests, Misbehavior, and Common Pool," *University of Chicago Law Review* Vol. 59
- Polinsky, A. M. [1983] "Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies," *Journal of Legal Studies* Vol. 12
- Rogerson, W. [1984] "Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract," *Rand Journal of Economics* Vol. 15
- Schwartz, A. [1984] "The Continuing Puzzle of Secured Debt," *Vanderbilt Law Review* Vol. 37
- Shavell, S. [1980] "Damage Measure for Breach of Contract," *Rand Journal of Economics* Vol. 11
- [1984] "The Design of Contracts and Remedies for Breach," *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 99
- Townsend, R. M. [1979] "Optimal Contracts and Competitive Markets with Costly State Verification," *Journal of Economic Theory* Vol. 21
- Wette, H. C. [1983] "Collateral in Credit Rationing in Markets with Imperfect Information : Note," *American Economic Review* No. 73
- 朝倉孝吉 [1978] 『銀行経営の系譜 - 不動産担保金融とオーバーローン』 日本経済新聞社
- 岩城謙二 [1984] 『担保・保証の実務』 日本経済新聞社

## 担保制度の論理と限界

- 加藤一郎・吉原省三（編）[1989]『銀行取引』（第5版）有斐閣
- 神田秀樹 [1993]「担保法制の理論的構造と現代的課題」『金融研究』（日本銀行）第12巻
- 木内宜彦 [1989]『金融法』青林書院
- 清水啓典 [1980]「銀行貸出市場の価格メカニズム」『ビジネスレビュー』（一橋大学産業経営研究所）第27巻
- [1980]「銀行貸出市場と人為的低金利政策」『一橋論叢』第84巻
- [1981]「銀行貸出市場の構造と貸出金利の『硬直性』」『一橋論叢』第86巻
- [1991]「銀行の情報生産と担保の役割」（一橋大学金融研究会報告資料）
- 田中誠二 [1990]『新版銀行取引法』（4全訂版）経済法令研究会
- 永井紀昭・石井真司・林部實（編）[1992]『金融実務手続双書 回収』金融財政事情研究会
- 松本崇・峯崎二郎・川田悦男・北原重信・穴戸育夫・秦光昭・石井真司 [1987]『新銀行実務総合講座 2. 法人貸出』金融財政事情研究会
- 森泉章・松本崇（監修）[1978]『貸付取引の法務と実務 上巻 総論と銀行取引約定書』近代セールス社
- 我妻栄・有泉享（川井健補訂）[1992a]『民法1総則・物権法』（第4版）一粒社
- ・——（水本浩補訂）[1992b]『民法2債権法』（第4版）一粒社
- 我妻栄（川井健補訂）[1991]『民法院内4-1担保物権法上』（全訂第1版）一粒社
- （清水誠補訂）[1992]『民法院内4-2担保物権法下』（全訂第1版）一粒社

## 参考資料

### 銀行取引約定書（ひな型）

私は、貴行との取引について、次の条項を確約します。

### 第1条（適用範囲）

- ①手形貸付, 手形割引, 証書貸付, 当座貸越, 支払承諾, 外国為替その他いっさいの取引に関して生じた債務の履行については, この約定に従います.
- ②私が振出, 裏書, 引受, 参加引受または保証した手形を, 貴行が第三者との取引によって取得したときも, その債務の履行についてこの約定に従います.

#### 第2条 (手形と借入金債務)

手形によって貸付を受けた場合には, 貴行は手形または貸金債権のいずれによっても請求することができます.

#### 第3条 (利息, 損害金等)

- ①利息, 割引料, 保証料, 手数料, これらの戻しについての割合および支払の時期, 方法の約定は, 金融情勢の変化その他相当の事由がある場合には, 一般に行なわれる程度のものに変更されることに同意します.
- ②貴行に対する債務を履行しなかった場合には, 支払うべき金額に対し年%の割合の損害金を支払います. この場合の計算方法は年365日の日割計算とします.

#### 第4条 (担保)

- ①債権保全を必要とする相当の事由が生じたときは, 請求によって, 直ちに貴行の承認する担保もしくは増担保を差し入れ, または保証人を立てもしくはこれを追加します.
- ②貴行に現在差し入れている担保および将来差し入れる担保は, すべて, その担保する債務のほか, 現在および将来負担するいっさいの債務を共通に担保するものとします.
- ③担保は, 必ずしも法定の手続によらず一般に適当と認められる方法, 時期, 価格等により貴行において取立または処分のうえ, その取得金

から諸費用を差し引いた残額を法定の順序にかかわらず債務の弁済に充当できるものとし、なお残債務がある場合には直ちに弁済します。

- ④貴行に対する債務を履行しなかった場合には、貴行の占有している私の動産、手形その他の有価証券は貴行において取立または処分することができるものとし、この場合もすべて前項に準じて取り扱うことに同意します。

#### 第5条（期限の利益の喪失）

- ①私について次の各号の事由が一つでも生じた場合には、貴行から通知催告がなくても貴行に対するいっさいの債務について当然期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

1. 支払の停止または破産、和議開始、会社更生手続開始、会社整理開始もしくは特別清算開始の申立があったとき。
2. 手形交換所の取引停止処分を受けたとき。
3. 私または保証人の預金その他の貴行に対する債権について仮差押、保全差押または差押の命令、通知が発送されたとき。
4. 住所変更の届出を怠るなど私の責めに帰すべき事由によって、貴行に私の所在が不明となったとき。

- ②次の各場合には、貴行の請求によって貴行に対するいっさいの債務の期限の利益を失い、直ちに債務を弁済します。

1. 私が債務の一部でも履行を遅滞したとき。
2. 担保の目的物について差押、または競売手続の開始があったとき。
3. 私が貴行との取引約定に違反したとき。
4. 保証人が前項または本項の各号の一にでも該当したとき。
5. 前各号のほか債権保全を必要とする相当の事由が生じたとき。

#### 第6条（割引手形の買戻し）

- ①手形の割引を受けた場合、私について前条第1項各号の事由が一つで

も生じたときは全部の手形について、また手形の主債務者が期日に支払わなかったときもその者が主債務者となっている手形について、貴行から通知催告等がなくても当然手形面記載の金額の買戻債務を負い、直ちに弁済します。

②割引手形について債権保全を必要とする相当の事由が生じた場合には、前項以外の時でも、貴行の請求によって手形面記載の金額の買戻債務を負い、直ちに弁済します。

③前2項による債務を履行するまでは、貴行は手形所持人としていっさいの権利を行使することができます。

#### 第7条（差引計算）

①期限の到来、期限の利益の喪失、買戻債務の発生、求償債務の発生その他の事由によって、貴行に対する債務を履行しなければならない場合には、その債務と私の預金その他の債権とを、その債権の期限のいかにかわらず、いつでも貴行は相殺することができます。

②前項の相殺ができる場合には、貴行は事前の通知および所定の手続を省略し、私にかわり諸預け金の払戻しを受け、債務の弁済に充当することもできます。

③前2項によって差引計算をする場合、債権債務の利息、割引料、損害金等の計算については、その期間を計算実行の日までとして、利率、料率は貴行の定めによるものとし、また外国為替相場については貴行の計算実行時の相場を適用するものとします。

#### 第7条の2（同前）

①弁済期にある私の預金その他の債権と私の貴行に対する債務とを、その債務の期限が未到来であっても、私は相殺することができます。

②満期前の割引手形について私が前項により相殺する場合には、私は手形面記載の金額の買戻債務を負担して相殺することができるものとし

ます。ただし、貴行が他に再譲渡中の割引手形については相殺することができません。

- ③外貨または自由円勘定による債権または債務については、前2項の規定にかかわらず、それらが弁済期にあり、かつ外国為替に関する法令上所定の手続が完了したものでなければ、私は相殺できないものとします。
- ④前3項により私が相殺する場合には、相殺通知は書面によるものとし、相殺した預金その他の債権の証書、通帳は届出印を押印して直ちに貴行に提出します。
- ⑤私が相殺した場合における債権債務の利息、割引料、損害金等の計算については、その期間を相殺通知の到達の日までとして、利率、料率は貴行の定めによるものとし、また外国為替相場については貴行の計算実行時の相場を適用するものとします。なお、期限前弁済について特別の手数料の定めがあるときは、その定めによります。

#### 第8条（手形の呈示、交付）

- ①私の債務に関して手形が存する場合、貴行が手形上の債権によらないで第7条の差引計算をするときは、同時にはその手形の返還を要しません。
- ②前2条の差引計算により貴行から返還を受ける手形が存する場合には、その手形は私が貴行まで遅滞なく受領に出向きます。ただし、満期前の手形については貴行はそのまま取り立てることができます。
- ③貴行が手形上の債権によって第7条の差引計算をするときは、次の場合に限り、手形の呈示または交付を要しません。なお、手形の受領については前項に準じます。
  1. 貴行において私の所在が明らかでないとき。
  2. 私が手形の支払場所を貴行にしているとき。

3. 手形の送付が困難と認められるとき、
  4. 取立その他の理由によって呈示、交付の省略がやむを得ないと認められるとき、
- ④前2条の差引計算の後なお直ちに履行しなければならない私の債務が存する場合、手形に私以外の債務者があるときは、貴行はその手形をとめおき、取立または処分のうえ、債務の弁済に充当することができます。

#### 第9条（弁済の充当）

弁済または第7条による差引計算の場合、私の債務全額を消滅させるに足りないときは、貴行が適当と認める順序方法により充当することができます、その充当に対しては異議を述べません。

#### 第9条の2（同前）

- ①第7条の2により私が相殺する場合、私の債務全額を消滅させるに足りないときは、私の指定する順序方法により、充当することができます。
- ②私が前項による指定をしなかったときは、貴行が適当と認める順序方法により充当することができます、その充当に対しては異議を述べません。
- ③第1項の指定により債権保全上支障が生じるおそれがあるときは、貴行は遅滞なく異議を述べ、担保、保証の有無、軽重、処分の難易、弁済期の長短、割引手形の決済見込みなどを考慮して、貴行の指定する順序方法により充当することができます。
- ④前2項によって貴行が充当する場合には、私の期限未到来の債務については期限が到来したものとして、また満期前の割引手形については買戻債務を、支払承諾については事前の求償債務を私が負担したのものとして、貴行はその順序方法を指定することができます。

#### 第10条（危険負担、免責条項等）

## 担保制度の論理と限界

- ①私が振出、裏書、引受、参加引受もしくは保証した手形または私が貴行に差し入れた証書が、事変、災害、輸送途中の事故等やむをえない事情によって紛失、滅失、損傷または延着した場合には、貴行の帳簿、伝票等の記録に基づいて債務を弁済します。なお、貴行から請求があれば直ちに代り手形、証書を差し入れます。この場合に生じた損害については貴行になんらの請求をしません。
- ②私の差し入れた担保について前項のやむをえない事情によって損害が生じた場合にも、貴行になんらの請求をしません。
- ③万一手形要件の不備もしくは手形を無効にする記載によって手形上の権利が成立しない場合、または権利保全手続の不備によって手形上の債権が消滅した場合でも、手形面記載の金額の責任を負います。
- ④手形、証書の印影を、私の届け出た印鑑に、相当の注意をもって照合し、相違ないと認めて取引したときは、手形、証書、印章について偽造、変造、盗用等の事故があってもこれによって生じた損害は私の負担とし、手形または証書の記載文言にしたがって責任を負います。
- ⑤私に対する権利の行使もしくは保全または担保の取立もしくは処分に要した費用、および私の権利を保全するため貴行の協力を依頼した場合に要した費用は、私が負担します。

### 第11条（届出事項の変更）

- ①印章、名称、商号、代表者、住所その他届け出事項に変更があったときは、直ちに書面によって届け出をします。
- ②前項の届け出を怠ったため、貴行からなされた通知または送付された書類等が延着しまたは到達しなかった場合には、通常到達すべき時に到達したものとします。

### 第12条（報告および調査）

- ①財産、経営、業況について貴行から請求があったときは、直ちに報告

し、また調査に必要な便益を提供します。

②財産、経営、業況について重大な変化を生じたとき、または生じるおそれのあるときは、貴行から請求がなくても直ちに報告します。

#### 第13条（適用店舗）

この約定書の各条項は、私と貴行本支店との間の諸取引に共通に適用されることを承認します。

#### 第14条（合意管轄）

この約定書に基づく諸取引に関して訴訟の必要を生じた場合には、貴行本店または貴行 支店の所在地を管轄する裁判所を管轄裁判所とすることに合意します。

保証人は、本人が第1条に規定する取引によって貴行に対し負担するいっさいの債務について、本人と連帯して保証債務を負い、その履行についてはこの約定に従います。

保証人は、貴行がその都合によって担保もしくは他の保証を変更、解除しても、免責を主張しません。

保証人が、保証債務を履行した場合、代位によって貴行から取得した権利は、本人と貴行との取引継続中は、貴行の同意がなければこれを行使しません。もし貴行の請求があれば、その権利または順位を貴行に無償で譲渡します。

以上