

## 資料

### ウズベキスタン抵当法の特徴と課題

田 中 克 志

#### 1 はじめに

近代的な抵当制度は、「土地」を中核的な抵当目的物とし、その価値によって優先弁済を受けることができる担保制度である点では共通するが、これが制定された時代に、いかなる経済的な使命を託されたかによって、その具体的なあり方に違いが見られる。

20年もの編纂作業ののち1896年に公布されたドイツ民法典の不動産担保制度は、資本制的なユンカー経営へと転換するプロイセン農業へ資本を流入させる手段としての使命を負い、抵当証券など抵当権の流通性を高めるなど精緻な法的技術を駆使して創られた<sup>(1)</sup>。これに対して、日本の近代的な不動産（抵当）制度は、フランス民法典とともにドイツ民法典草案をも参考に編纂され、ドイツ民法典とほぼ同時期に公布された日本民法典によって創設された。しかし、この不動産担保（抵当）制度は、当時の外資導入に係る産業金融には対応できない不完全なものであることが露呈し、民法典制定後間もない1905年、ドイツ法に倣い、工場抵当法、鉄道抵当法、鉱業抵当法により財団抵当制度が導入された。その後、1世紀を経るなかで、日本の担保制度は、産業金融・企業金融の要請に応じて多くの特別法が制定され、あるいは民法の改正により、大

---

<sup>(1)</sup> 拙著『抵当権効力論』（信山社、2002年）第1章及び第2章

いに発達し、現在に至っている。

ウズベキスタン抵当法にあっては、低所得者向けの住宅融資に資するものとして立法に着手したという経緯があつてか、また、土地の私有化が進められるという状況にあって、日本の不動産担保（抵当）制度とは相当に異なる形態・特色がみられるところである。

日本の経験によれば、不動産担保（抵当）制度は、信用力が弱い中小企業における資金調達において、きわめて大きな役割をも担ってきている。本稿では、中小企業金融に機能する不動産担保（抵当）制度のあり方という観点から、とくに日本の抵当法と比較しながら、また2007年3月16日に採択された中国物権法の抵当権規定なども参考にしつつ、今後の経済発展に伴って抵当権をはじめとする担保制度の改善・改革にいささかなりとも寄与すべく、ウズベキスタン抵当法の特徴を明らかにし、若干の提言を行いたい。

[追記] 本稿執筆の経緯については、本誌掲載の宮下修一「ウズベキスタン担保法制改革の現状と課題」の注12を参照されたい。

## 2 重層的なウズベキスタン担保法制

ウズベキスタンの抵当権をはじめとする担保制度に関する根拠法は、1997年3月1日に施行された民法典<sup>(2)</sup>、翌1998年5月1日に施行された担保法、そして2006年10月4日に施行された抵当法という三層構造となっている。法整備の熟度にもなった制定過程を反映しているといえよう。そこで、「抵当権に関する法令は、抵当法その他の法令から成る」が（抵当法2条1項）、そのうち、抵当法は、「不動産担保権（以下、抵

---

<sup>(2)</sup> 邦訳については、名古屋大学法政国際教育協力研究センター編『ウズベキスタン民法典（邦訳）』（2004年）を参照されたい。

当権)を適用する際に生じる関係を規定すること」を目的(抵当法1条)とするものである。

そして、抵当法においては、①抵当権に係る実体法規定、②抵当権の実行に係る手続法規定、さらに③登記に係る手続法規定が混在している。立法技術の観点からは、②は、民事執行法に、③は、登記法に委ねるべきである。さもないと、抵当法、民事執行法、登記法に同様の規定が反復し、重複して規定されることとなるからである。

### 3 抵当権の意義・法的性質

#### 3.1. 抵当権の法的性質

民法によれば、抵当権は、質権と権利担保権とならび「担保権」の一種として位置づけられている。そして、担保権とは、「債務の弁済を確保するためにある者が他の者に財産または財産権を引き渡してこれを設定するもの」であり(民法264条1項、担保法1条1項)、「担保物の権利者(担保権設定者)に対し債権を有する他の者に優先して、当該財産の価値から満足を得る権利」(民法264条2項、担保法1条2項)、すなわち優先弁済権をその効力とする。したがって、「当該債務が履行されるまでの間、その物を留置することができる」留置権(民法290条1項)は、日本民法では担保権として位置づけられているにも関わらず、「担保権」とは別の、保証とならび、債務の履行を確保する制度の一つとされている。そして、抵当権は、不動産を目的とする担保権である(民法265条3項、担保法37条1項)。

ウズベキスタン民法典は、基本的に、日本民法典やそのモデルであるドイツ民法典と同じくパンデクテンシステムをとっており、第2編は「所有権その他の物権」、第3編は「債務法」として、物権と債権(債務)とは一応区別されている。しかし、物権として第2編「所有権その他の

物権」に規定されているのは、所有権のほか経営管理権および運用管理権、土地の相続可能な終身保有権、土地の永久占有使用権、そして地役権(165条1項)である。抵当権は、「担保権」そして、留置権や保証と並び、第3編「債務法」に規定されている。

物権と債権を明確に区別する日本民法典やドイツ民法典では、抵当権は、目的物を債権担保のために提供することを目的とする物権の一つ(担保物権)として位置づけられている。抵当権は、確かに、債務の履行確保という機能に着目すると保証とおなじである。ウズベキスタン民法典では、こうした機能的な観点から抵当権の法典での位置づけをしているともいえるが、法的性質について、これを物権としていない。これが大きな特徴である。

もともと、かつての中国法においても、旧ソ連法の影響で担保物権概念が認められず、担保は債権法の一部に位置づけられていた。しかし、講学上は担保物権概念が一般に受け入れられ、物的担保については、物権としての性質をもつものと解されていた<sup>(3)</sup>。

いすれにしても、担保権の法的性質が債権とされていることが、後述するように、抵当権の権利内容に影響を与えているように思われる。

### 3.2. 抵当目的物(不動産)の占有のあり方

抵当権は、目的物の使用収益を設定者のもとに留める非占有担保である。このことによって、抵当権は、産業(企業)金融等において、大きな役割を果たしてきた。他方、非占有担保であるがゆえに、抵当権の存在を登記でもって公示する必要もあった。このことは日本民法のみならずドイツ民法にあっても同じである。

ウズベキスタン担保法は、抵当財産は「抵当権者の占有に移されない」

---

<sup>(3)</sup> 本間正信・鈴木賢・高見澤磨『現代中国法入門』(有斐閣、1998年)201—202頁

と規定する（同法37条2項）。抵当法においても、同じく、「抵当目的物は、抵当権者または第三者が引き続き占有および利用する」と規定するが（同法4条2項本文）、「抵当権設定者に別段の定めがあるときはこの限りでない」（同条2項但書）、と、例外を認めている。すなわち、設定当事者の合意によって占有担保権としての抵当権をも認めているのである。この限りでは、担保に供された目的物（動産）が設定者から質権者の管理に移転する目的物を質権（民法289条、担保法33条）と区別されていない。

抵当権者に目的物の占有・管理が委ねられる事例として抵当権設定者がある期間不在であるような場合があげられる。しかし、これが抵当権設定契約に取り決めてあっても、それは、抵当権の内容ではなく、抵当目的物の管理に係わる別の契約関係として扱うべき問題であろう。抵当権は、抵当権設定契約の締結によって発生する（抵当法3条1項）約定担保権である。しかし、抵当権の内容は、これを抵当権設定当事者の合意によって決めることができるか、は別問題である。ウズベキスタン民法では、抵当権は、第3編「債務法」に位置づけられていることから、抵当権の発生のみならず、その内容が設定当事者の合意によって決められることに違和感がないのかもしれない。

しかし、日本民法では、抵当権は、物権として、その内容が民法によって決められており、抵当権設定当事者の合意によって変更することはできない。物権法定主義（民175条）の要請である。このことは中国物権法も同様である（2条3項、5条、179条1項）

## 4 抵当権の設定

### 4.1. 抵当権設定契約と公証・登記

抵当権を発生させる抵当権設定契約（約定抵当権）において合意すべ

き内容は、詳細に法定され（民法271条1項、抵当法10条）、これを書面により作成して、公証を受け、登記する必要がある（抵当法42条1項）。しかも、これによって抵当権設定契約は効力を生じる（同条2項）。他方、抵当権についても、これを建物担保登記簿に登記しなければならない（抵当法43条1項）。公証及び登記の要件を欠く抵当権は無効である（民法271条2,3,4,5項、抵当法12条3項）。日本民法と比べ、厳格な方式が求められ、登記は、抵当権の有効要件である。

他方、法律の規定により成立する法定抵当権も認められるが（抵当法3条1項）、約定抵当権に関する規定が準用される（抵当法3条3項）。日本民法に規定されている法定担保である先取特権に類する。種々の政策的理由からある特定の債権の履行を確保するために、債務者の所有に属する財産（債務者の総財産、不動産、動産）について、民法上当然に優先弁済権としての担保権が成立するのである。

#### 4.2. 抵当権の目的物：建物・土地利用権

抵当権の目的となりうる不動産（民法265条3項）は、民法によれば、区画された土地及びその地下、立木ならび建物及び建造物である（民法83条2項）。その他の財産でも法律により不動産とすることができる（民法83条3項）。財団としての企業も、その全体を一個の不動産とされ（民法85条1項）、抵当権の目的物となる。

抵当法では、その目的物として、より詳細に、建物、集合住宅内住戸、企業その他の財団、商業施設、サービス網等の不動産、法人及び自然人の所有する居住用建物とその敷地、法令により不動産とされ所定の手続きで登記されるその他の物とする（6条1項）。他方、終身相続可能土地占有権、賃借権といった土地の利用権を担保に供することができ、この場合、抵当権に関する規定が適用される（6条2項）。

このように多様な地上の構造物や多様な土地の利用権が目的物として

規定されている。建物の用途に従って土地利用権も異なるという複雑な土地をめぐる権利関係を反映したものであろう。中国物権法では、建物及びその他土地定着物、そして建設用地使用权に整理されている（180条1項）。

#### 4.3. 抵当権の目的物：土地

民法272条5項によれば、土地に抵当権を設定する場合、抵当権は、契約に別段の定めがない限り、当該土地に定着する建物又は建造物に及ばない。したがって、土地に設定された抵当権が実行される場合、抵当権設定者は、建物又は建造物の利用に必要な土地の一部に対して制限的利用権（地役権）を留保する（同条6項）。土地と建物とが別個の不動産であることが前提になっており、日本民法に規定されている法定地上権制度（日本民法388条）と類似する制度であり、興味深い。

もっとも、抵当法には、抵当権の目的として、土地は、規定されていない。土地の私有化に関する大統領令が改訂作業であり、詳細は、成案を待たねばならない。

日本民法では、抵当権の目的物は、土地と建物である（日本民法369条1項）。地上権や永小作権も抵当目的物として認められているが（日本民法369条2項）、例はほとんどない。抵当権にあっては、「土地」がその目的物の中核を占めてきた。したがって、土地の私有が認められず、土地をめぐる利用関係が複雑な法制のもとでは、抵当目的物の流通性が阻害され、抵当制度が果たす役割は限られたものとなる。

#### 4.4 抵当権の目的物：建築中の建物と企業財産

建築中の未完成建物や企業その他の財産（企業抵当権）が抵当目的物として認められているが、中国物権法にも類似の規定（180条1項5号、181条）がある。

未完成建築に対する抵当権は、住宅建築のための融資または用途指定貸付のさいに設定される。他方、住宅や住戸が、銀行その他の金融機関の融資やそれ以外の法人から受領した用途貸付金を利用して取得し建築され、その住宅や住戸に対する借主の所有権が登記されたときに、担保権が設定されたものとみなされる（抵当法64条1項）。そして、この住宅抵当権については、約定抵当権に関する規定が準用される（同条2項）。法定抵当権ではあるが、契約に別段の定めがある場合はこの限りではない（抵当法64条1項）。そうであるならば、約定抵当権のみで足りるのではないかと思うが、住宅金融の促進に対する手当という観点から興味深い特則である。

また、企業抵当権は、日本の財団抵当権に類似する抵当制度であり、企業金融にとっての寄与が期待されるところであるが、抵当権者の抵当権設定者に対する管理権能が強い印象を受ける（抵当法59条3項4項）。

## 5 抵当権設定者の権能

抵当権設定者は、所有目的物に抵当権を設定したとしても、所有権を失うものでもなく、抵当不動産をその用途に従い占有し、利用することができるため（抵当法22条1項）、それを不必要に制限することは望ましくない。しかし、抵当法には、日本法では抵当権設定契約での合意に任せておくような事項について、詳細な規定がある。

### 5.1. 賃借権の設定

抵当権設定者は、抵当権者の同意なくして、抵当目的物を賃貸など利用に供することができる。ところが、この場合、賃貸など利用期間は、抵当債務の弁済期を超えてはならないという制限がある（27条1項、3項）。抵当権が実行されると、抵当権設定契約の締結後に付与された賃



借権はすべて消滅するである（同条2項）。もっとも、抵当権者の同意を得れば、抵当債務の弁済期を超えて抵当物を利用に供することができる（同条3項）。この抵当権者に後順位抵当権者が含まれるのか、明らかではない。

## 5.2 抵当目的物の譲渡制限

これに対して、抵当目的物の譲渡には、抵当権者の承諾が必要である（26条1項）。これに反すると、抵当権者には、以下の選択、すなわち、一つは、抵当目的物の譲渡（権利承継）に関する法律行為の無効確認の請求であり、他の一つは、被担保債権について期限の利益を喪失させ、抵当権を実行することができる（同条2項）。そして、後者の場合、抵当目的物の取得者が、その取得時に、目的物が本条1項の要件に違反して譲渡されたことを知っていたか、知ることができたことが証明されたときには、この取得者は、抵当目的物の価格の範囲内で、被担保債権の不履行に対して債務者と連帯して責任を負う（抵当法26条2項）。制裁規定である。

しかし、抵当権は、抵当目的物が譲渡されたとしても、抵当権は消滅しないのであるから、抵当目的物の譲渡について抵当権者の同意を要件とするのは行き過ぎというものである。日本民法にはこうした譲渡制限の規定はない。ただ、抵当権設定契約において、抵当目的物の譲渡制限条項がおかれ、これに反して抵当目的物を譲渡した場合には、契約違反として期限前に弁済しなければならないことはある。その限りであり、抵当目的物の処分が無効とされることにはならない。

他方、企業財産に抵当権が設定された場合、抵当権設定者は、抵当権設定契約に別段の定めがない限り、抵当権者の許可がなければ、企業財産に担保権を設定し、企業に属する不動産の譲渡を目的とする法律行為をすることができない（抵当法59条2項）。そして、これに反して抵当

権者が締結した法律行為については、抵当権者は、その無効確認の訴えを裁判所に提起することができる(抵当法59条3項3号)。

ところが、抵当権設定者は、抵当権の目的たる企業の属するその企業に属する財産を売却、交換、賃貸、消費貸することができ、その他の方法でこれを処分することができる(抵当法59条1項本文)。処分が認められる「財産」とは、不動産以外の財産と解されるが、これは、企業活動を阻害しないための規定と解される。したがって、こうした処分が、「抵当権設定契約の定める企業財産の総価値を減少させるとき及びその他の契約要件に反するときはこの限りではない」(抵当法59条1項但書)。

これに反する処分行為の効力については、規定がない。したがって、抵当権の設定された企業に属する財産、たとえば機械であることを知らないで譲り受けた者は、その機械の所有権を取得することができるのか、動産取引の安全を保護する制度(日本民法では規定されている即時取得の制度)がないことから、問題が残されている。

### 5.3 後順位抵当権の設定制限

抵当権設定者は、先順位抵当権設定契約により禁じていないときに限り、後順位抵当権設定することができる(29条3項)。後順位抵当権の設定禁止に反して設定された後順位設定契約については、後順位抵当権者がその禁止を知っていたか否かにかかわらず、先順位抵当権者の訴えに基づき、裁判所がこの後順位抵当権設定契約を無効とすることができる(同条5条)。しかも、先順位抵当権設定契約によって、後順位抵当権の設定が禁止されない場合、後順位抵当権設定契約の契約条件を定めることができ(抵当法29条4項)、これに反する後順位抵当権設定契約による後順位抵当権の請求は、先順位抵当権設定契約の要件に従って可能な限りで弁済されるにすぎない(同条6項)

後順位抵当権の設定は、先順位の抵当権設定契約が禁じていないとき

は認められるが（抵当法29条5項）、与信を受ける抵当権設定者は、抵当権者に比して経済的に弱い立場であることが少なくなく、処分が制限される原則が貫かれる場合が多くなると思われる。

日本法では、後順位抵当権抵当権の設定は、抵当権設定者の目的物処分権能の一環として自由に認められ、先順位抵当権者の同意を要件としていない。先順位抵当権が必ず実行へと至るわけでもないから、抵当目的物を効率よく担保として利用できるのである。

また、抵当法によれば、後順位抵当権者が抵当権を実行する場合、先順位抵当権者が期限前弁済を請求しないと先順位抵当権の負担が付いたまま競売に付される（同法32条2項）。被担保債権の弁済期が到来していない段階での抵当権実行という不利益を負わせないようにとの配慮であろう。ところが、先順位抵当権が抵当権を実行する場合には、後順位抵当権は、被担保債権の弁済期が到来していない場合であっても、競売によって消滅するとされる（32条3項）。先順位抵当権者の保護に過ぎており、抵当権設定者が抵当不動産を担保として効率的に利用することを妨げるおそれがある。

日本民法では、先順位抵当権にせよ後順位抵当権にせよ、いずれかが実行されれば抵当権はすべて消滅し、抵当権者は優先弁済の順位に従って弁済（配当）を受ける。

## 6 抵当権者の権能

抵当権者がみずからの債権につき優先弁済を受けるについては、抵当権を実行し、抵当目的物を換価処分することが原則的な方法である。その換価処分に関して、抵当権者にとって重大なことは、(1)抵当目的物の価値が維持され、損なわれないこと、(2)換価処分の対象、(3)換価処分の方法である。

## 6.1 抵当権設定者に対する抵当目的物の価値維持

抵当権設定者は、法律または抵当権設定契約に別段の定めのない限り、必要な時期における修繕、合理的な利用、違法な侵害および第三者からの権利主張からの目的物の保護など、抵当目的物の保護に必要なすべての措置を自己の費用で講じなければならないことが明文をもって規定され(抵当法22条3項)、その義務違反について詳細な規定が置かれている(同法23条)。そして、こうした担保保存義務を実効あるものにするため、抵当権設定者には、抵当目的物の滅失・毀損の危険に対して、抵当権設定者の費用でもって保険をかけることが強制されている(同法24条)。抵当権設定当事者の合意に任せず、法律をもって規律するのは、日本法と異なる。

また、抵当権設定者の抵当目的物保存義務に対応する形で、抵当権者には、抵当目的物の存在、状態、保存・利用状況を調査する権利が付与されている(同条5項)。こうした抵当権者の権能は、企業抵当権にあっては、より強力となり、企業抵当権設定者が抵当財産の管理措置を講じず、または、抵当財産を非効率的に利用するために企業価値が低下するおそれがあるときには、期限前弁済の請求はむろん、抵当権設定者の行為に対する抵当監督の導入を裁判所に請求することができる(抵当法58条3項、4項)。こうした制度は、民事私法に属する抵当権にあって、行政の監督権限を思い起こさせる異質な規定であるように思われる。

## 6.2 換価処分の対象：抵当権の効力の及ぶ範囲

抵当権の効力は、抵当目的物の従物(民法90条2項)に及ぶ(民法272条1項)。実際の運用にあっては、日本法でも議論があったところであるが、たとえば抵当権が設定されている建物に備え付けられた機械・器具が建物の従物であるか、解釈上問題となる。裁判例の積み重ねを待つより他はない。しかし、機械・器具に抵当権の効力が及ばないとなる

と、工場の建物を機械・器具とともに一括して担保に提供することができなくなり、企業金融に耐え得ない。日本法では、工場抵当法により、工場建物に備え付けられた機械・器具などにも効力が及ぶ抵当権（工場抵当権）が創設されている。

また、抵当目的物を使用して得た果実、生産物および収益にも抵当権の効力は及ぶ（同条2項）。抵当目的物が賃貸されている場合の賃料がこれに含まれるものと解されるが、その手続きをどのようにして行うのか、担保法や抵当法には規定がない。

他方、抵当権者は、保険金受取人が誰であるかを問わず、抵当目的物の滅失・毀損に対する保険金から直接に被担保債権の満足を受けることができる（24条2項）。さらに、担保目的物が強制収用され、抵当権者は、抵当権設定者に支払われるべき補償金から自己の債権の優先弁済を受ける権利を取得する（抵当法28条1項）。この場合の手続きについても抵当法には規定がない。

こうした抵当目的物の賃貸、滅失または毀損などによって債務者である抵当権設定者が受けるべき金銭などに対して行使できる抵当権者の権能は、その行使の手続きを明確にし、一つの制度として整備すべきである。日本民法のみならずドイツ民法でも物上代位として規定している。

### 6.3 抵当権実行の要件① 債務不履行

抵当権者が抵当権を実行することができるのは、当然のことながら債務不履行がその要件である（抵当法36条1項）。しかし、この要件については特則がある。

定期金支払債務（民法512条）のためには法定抵当権が成立するが（同法516条1項）、定期金債権者である抵当権者が抵当権を実行できるには、定期金債務が支払期限を継続的に徒過すること、具体的には12ヶ月間のうち3回を超えて期間徒過がなければならないことが要件となっ

ている(抵当法36条2項)。これは、扶養のための資産の提供(抵当法512条1項)という定期金契約に係る施策的配慮であり、興味深い。

#### 6.4 抵当権実行の手続き② 優先弁済権の実現

抵当権の優先弁済権を実現するには、競売による換価処分から始まる。この換価処分には、「裁判手続き」による方法と「裁判外の手続き」による方法がある。そして後者には、抵当権設定契約の条項に基づく場合と抵当目的物に対する抵当権実行原因発生後に抵当権設定者と抵当権者との間で公証された合意に基づく場合とがある(抵当法37条1項)。いずれにおいても抵当目的物の競売であるが、「特別機関」がこれを行う。複雑な制度をとっている。

日本の抵当権には、「裁判手続き」による方法に相当する方法が法定されているにすぎない。ただ、抵当権設定契約では、債務不履行のさいに、抵当目的物の所有者である抵当権設定者が当該抵当目的物を任意で売却し、その代金をもって債務の弁済をする旨の特約を結ぶことがある。裁判所が関与する抵当権実行の手続き、すなわち抵当目的物の競売は、厳格ではあるが、時間やコストがかかり、しかも適正価格で換価できるとは限らないといった難点があり、抵当権者がこれを回避する傾向にある。効率的な抵当目的物の換価制度を作り上げることが肝要であり、これが優先弁済権としての抵当権の担保力を左右する。しかし、建物や土地は、そもそも流動性が低く、抵当制度を過信することは避けなければならない。

他方、日本法では、抵当権の実行にさいして、競売による抵当目的物の換価をいう方法でなく、賃料などの収益から優先弁済を受ける方法が設けられ、民事執行法がこれを規律している。抵当目的物が高額賃料収入が見込まれる大規模な賃貸物件である場合に適した方法である。一考の価値がある。

なお、抵当権の実行が「裁判手続き」の方法によって行われる場合、抵当権の負担の付いた債務の不履行がきわめて軽微であり、それに基づく抵当権者の債権額が抵当目的物の価格と比べて明らかに不均衡であるときは、抵当権設定者は、抵当目的物の実行を拒絶することができる（抵当法38条2項）。しかし、「きわめて軽微」とか、「明らかに不均衡」とか、の具体的な適用のさいに解釈上争われることになるだろうが、裁判例の蓄積を待つより他はない。

さらに、市民が抵当権設定者である場合において、相当の理由があるときは、裁判所は、抵当権設定者の申立に基づき、1年を限度として、判決に基づく抵当目的物に対する抵当権実行を延期することができる（抵当法53条1項本文）

「相当の理由」の具体化は、裁判例の蓄積を待つことになる。市民（自然人）が企業活動に関連して抵当権が設定された場合には、こうした抵当権実行の延期は認められないことから（同条但書）、この規定の趣旨は、住宅融資などにとまなう社会政策的な配慮であろうが、裁判所に申し立てることが必要であり、どこまで機能するのか、疑問が残る。あるいは、濫訴という事態を招くのか、予測はできない。

## 6.5 住宅に対する抵当権実行

民事執行法52条によれば、自然人に対する執行文書の執行時に「債務者の家族の正常な生活に必要なもの」に対しては強制執行が許されない。具体的には、日本の強制執行法の規定（131条）と同じく、家具調度、家財財産、衣類などが列挙されている。それに加えて、住宅及びアパートも強制執行禁止財産となっている。これらは、確かに「債務者の家族の正常な生活に必要なもの」であり、債務者の生活保障という政策的配慮であるが、これでは、債権者は債権回収が非常に厳しくなる。

もっとも、「法令に定められる場合」は除かれる。その例の一つが、

当該住宅または住戸が銀行その他の金融機関またはそれ以外の法人が住宅または住戸の取得または建築のために提供した融資または用途指定貸付金の返済を担保とするための抵当権設定契約または法定抵当権(抵当法64条1項・2項)に基づいて抵当目的物になっている場合である。この規定は、民事執行法52条の規定とは反対に、抵当権者の債権回収を保障することで住宅融資へ誘導を意図したものと思われる。

## 7 根抵当権の導入

ウズベキスタン法にはないが、日本の金融取引において重要な役割を担っている担保方法として、根抵当権がある。これを導入すべきである。ドイツ法にも類似の担保方法<sup>(4)</sup>はあるし、中国の新しい物権法にも根抵当権が規定されている<sup>(5)</sup>。

銀行と顧客との銀行取引、卸商と小売商との継続的な商品供給取引においては、反復継続して多数の貸付債権や代金債権が発生するが、ある特定の債権のために抵当権を設定しても、その債権が弁済されると抵当権はその附従性のゆえに消滅する。次に発生した債権のために新たに抵当権を設定し直すと、その抵当目体物に別の債権者のために後順位抵当権が設定されていると、これが順位上昇の原則により先順位の抵当権となるので先の債権者は劣位に立たされる。そこで、後順位抵当権の設定を禁じておくとしても(参照、抵当法29条3項)、債権が発生すること

---

<sup>(4)</sup> この役割を期待されたのが最高額抵当(Höchstbetragshypothek)である。しかし実際には、その機能は土地債務(Grundschuld)に取って代わられた。参照、鈴木禄弥「近代ドイツ法における抵当権発達史補論—信用抵当制度の生成について—」『概観ドイツ法』(東京大学出版会、1971年)135頁以下、とくに174頁、拙著『抵当権効力論』190頁注(309)。

<sup>(5)</sup> 第203条～第207条、邦訳については、鈴木賢・崔光日・宇田川幸則・朱曄・坂口一成『中国物権法』(成文堂、2007年)63—64頁を参照されたい。



に抵当権を設定し、債権が弁済により消滅するごとに抵当権を抹消するという煩雑さとコストを避けることはできない。

そこで、いったん抵当権を設定しておく、ある特定の債権が弁済により消滅しても、抵当権が消滅しないで（すなわち、附従性が否定される。）、継続的に発生する別の債権を、抵当権設定のさいにあらかじめ決めておいた額（極度額という。）を限度として優先弁済を受けることができる特別な抵当権（根抵当権）を用意しておくことが必要である。

日本法では、当初民法には規定されていなかったが、金融取引では頻繁に利用され、1971年に民法に追加された。

## 8 住宅金融と抵当証券制度

抵当権者は被担保債権とともに抵当権を譲渡することができる（抵当法33条）。住宅融資のように長期間にわたって債権回収をする金融機関にとっては、この抵当権によって担保された債権（抵当債権と呼ぶ。）を譲渡（売却）することによって投下資本の固定化を防ぎたいところである。そこで、抵当債権の譲渡を簡易にする制度が抵当証券（抵当法14条~21条、34・35条）である。ウズベキスタンにおいては、抵当債権の流通性を高め、住宅金融を活発にするのが狙いであろう。

日本民法には、ドイツ民法とは違って、抵当証券に関する規定はない。1931年、ドイツ法に倣って、抵当証券法が制定され、抵当証券制度が創設された。しかし、日本での経験によれば、抵当証券制度は期待されたような成果をあげてこなかった。日本での抵当証券制度は、1927年の金融恐慌のさい、地方銀行が有する抵当債権を流通させることで資金難を救済することを意図したものであったが、意図された役割を果たさなかった。その後、1970年代から、銀行の住宅貸付債権の流動化という問題の解決策の一つとして見直され、抵当証券を専門に扱う抵当証券会社が

数多く発足した。抵当証券会社は、抵当証券そのものを流通させるのではなく、抵当証券が発行された抵当債権を裏付けに、これを小口にした証書を別途発行し（証券化）、これが高金利の金融商品として人気を博し、個人投資家が買い求めた。しかし、1990年初頭のバブル経済の崩壊により、抵当証券会社は、抵当債権の回収が行き詰まるなどして破綻し、多くの個人投資家が損害を被った。

他方、アメリカでは、金融機関が、住宅ローン債権を裏打ちにし、これを住宅ローン担保証券（MBS）として証券化し、これが投資家に売却される金融市場が発達している。ところが、2007年、住宅価格の上昇が頭打ちとなり、サブプライム・ローンの延滞率が急速に上昇するなかでサブプライムローン問題が発生した。ハイリターンを追い求めた欧米のみならず日本の金融機関が大きな損失を被っている。住宅価格の上昇を前提に支払い能力が乏しい低所得者層に高金利で住宅融資をすること自体が問題であるが、土地価格が下落するなかで抵当権実行による競売が大規模に滞ると金融機関を巻き込んでの破綻をもたらすことは、日本でのバブル経済崩壊における経験であった。

## 9 中小企業金融と動産や債権の担保化

抵当権は、不動産を目的とする担保権であるが、中小企業金融を支える担保制度という観点からは、中小企業が有する在庫商品や原材料、さらに売掛代金債権などの担保制度の整備が重要である。日本においても、土地の価格は下がらないという土地神話が崩壊したこともあり、動産や債権の担保化がにわかに注目を浴びている。そして、日本民法には、動産や債権について、抵当権と同様な担保権に関する規定を欠いており、動産や債権の譲渡を担保のために利用する譲渡担保という方法が広く利用されている。

## 9.1 動産の担保化

民法と担保法には、流動動産担保権に関する規定（民法288条、担保法42条）が置かれている。しかし、わずか1ヶ条という簡単な規定であるため、実際の運用にさいしては検討すべき多くの課題がある。

第1に、流動動産担保権の成立要件である。流動動産担保権も担保権の一種であるから、民法270条1項および担保法9条1項により、担保権設定契約を締結した時に発生すると解されよう。

第2に、流動動産担保権の目的物である。

民法では、商品、具体的は、在庫商品、原材料、資材、半製品、完成品等を目的とするが（民法288条1項、同旨、担保法42条1項）、工場建物に備え付けられた機械などの特定動産については、その担保権設定に関する規定がない。今後の検討課題である。

第3に、抵当権設定者の所有する動産の一部に流動動産担保権を設定することとなるため、担保権の対象とされた動産を他の所有動産から区別する、言い換えれば、特定する基準（たとえば、場所、種類、量など）を担保権設定契約に規定しておくことが必要である。

第4に、被担保債権が債務不履行となった場合の担保権実行の方法である。同じく動産の担保権である質権については、担保物の競売により換価金から弁済を受けることとされているので（民法289条7項、担保法35条5項）、流動動産担保権の場合も同様と解される。

第5に、流動動産担保権は、登記制度が用意されている抵当権とは異なって、その存在が公示されない。したがって、担保目的物である流動動産を担保権設定者が流動動産担保権の目的物であることを告げずに第三者に売却したり、あるいは流動動産担保権を設定したりすることが起こりうる。担保権設定者には、担保物の構成および現状を変更する権利があり（民法288条1項本文）、担保権設定者が第三者に譲渡した流動動産は、購入者がその所有権を取得した時点から担保権の対象から外れる

(担保法42条4項、同旨、民法288条3項)。しかし、他方、商品の総価値は、担保権設定契約で定めた額を下回ってはならないとされており(民法288条1項但書、担保法21条4項)、問題は、これに反して商品が譲渡された場合に購入者がこの商品の所有権を取得できるのか、である。

## 8.2 債権の担保化

担保法には、有価証券の担保に関する規定が置かれている(同法45条)。しかし、証券化されていない債権の担保化については、規定がない。

日本の金融実務では、担保のために債権譲渡という方法を借用する債権譲渡担保が使われている。債権者が債権の担保として債務者の有する貸金債権や代金債権を譲り受け(民法313条)、債務者が債務を履行できない場合、債権者が譲り受けた債権をみずから取り立てて債権の弁済に充当するという方法である。譲渡される債権は、譲渡時にすでに発生している債権のみならず、将来発生する債権であることもある。

経済の発展にともない、担保物が伝統的な土地や建物(不動産)から動産や債権にまで拡大していくのである。