

アジア危機後の担保制度改革の検証

——法的分析の視点から——

かねこ ゆかり
金子 由芳

- I 問題の所在と分析方法
- II 制度モデルの設計と政策志向
- III 担保制度改革の実例
- IV 制度設計の政策的分析
- V 総括

I 問題の所在と分析方法

1. 法制改革の検討課題

1997年央のアジア通貨危機発生後、IMF・世銀・ADB等の国際開発機関は該当アジア諸国に支援パッケージを提供する一方、四半期ごとの対IMF趣意書（Letter of Intent）を通じて数多くの政策改善項目を要求した。そのコンディショナリティの中核に、金融部門・企業部門の構造改革をめざす法制改革が盛り込まれたことは注目に値する。国際開発機関の見解では、アジア危機の原因は、国際短期資本移動に伴うマクロ的な外因のみならず、国内経済のミクロ的要因、とくに国内金融セクターの金融仲介能力の不全に見いだされた。対策としては、国家による金融モニタリング（プルーデンス規制）強化、さらに金融機関・企業間の取引関係の適正化を促す制度群の強化が意図されることとなった^(注1)。法制改革は、その際の主要な手段とされたのである。その領域は極めて網羅的で、現下の金融破綻状況を克服する破産法や民事執

行制度の改革にはじまり、企業の閉鎖的経営体質を是正する会社法・証券法、ひいては市場競争のありかたを問い直す独占禁止法に及んだ。

こうした法制改革重視は、旧社会主義圏の体制移行に伴う資本主義法制度移植活動以来の傾向であるが^(注2)、同時に、昨今の開発理論における新古典派修正議論の影響が考えられる。1980年代に国際開発機関は新古典派経済学に依拠した構造調整政策を実施したが、プログラムの多くは失敗に帰したことから、90年代に入って、いわゆる新制度派を嚆矢とするさまざまな修正議論が行われた。そこでは開発モデルの前提として市場の万能も政府の万能もともに否定されるなかで、個別の政策選択や制度設計の有効性を検証する制度研究の蓄積が進められている。構造調整プログラム自体も、制度全般の有機的な整合性を意図して変化しつつあることは、世銀が推奨するいわゆる Comprehensive Development Frameworkの議論に顕著である。こうした修正議論が法制度の役割を重視する傾向は知られている^(注3)。おりしもアジア危機がマクロ経済指標の良好な時期に発生したことは、ミクロの制度面への注目を喚起し、新制度派理論を踏まえた改革試行の好機をなしたといえるだろう。

しかし、かくして国際開発機関の重視した法

制改革は、多くの問題を露呈させていることが指摘されねばならない。資金支援の交換条件として設定されるコンディショナリティは、わずか数カ月の期限を設定し迅速な立法対応を迫ることから、対象国では十分な政策的議論の余裕がない。この際、国際開発機関側は対象国の起草担当レベルに特定の制度モデルを持ち込み、迅速な制度移植を求めるわけだが、対象国側には既存の立法・慣習や開発政策などの制度秩序がそれなりに存在するのであり、少なくともそれらとの整合性を十分配慮する必要があるはずである。とくに世銀・IMFの改革指導は、英米弁護士を起用し規制緩和色の強い英米法モデルを持ち込む例が多いが、一方、対象となるアジア諸国では法制面で大陸法の素地を有したり、あるいは行政裁量の大きい介入主義的開発政策を採っていたりと、そもそも国際機関の推奨するモデルと原理的に相反する場合が少なくない。そこで法制改革をめぐるのは、政策選択の分析、すなわち具体的には、法制改革の意図する政策課題と採用された制度モデルの政策的志向との整合性、また制度モデルと実際に成った制度との政策的志向の整合性といった問題の検討が不可欠である。さらに、政策選択過程を現実的に規定する実施体制面の妥当性、すなわち制度モデルの立案指導過程や立法・施行過程についての検討もまた、急務となっていると目される。本稿ではこのうちとくに政策選択面の分析を意図して、対象領域として、担保制度改革に注目する。

2. 検討対象——アジア危機後の担保制度改革——

担保制度改革に注目する主な理由は、以下の2つである。まず、この分野が国際開発機関が

最も力点を置く法制分野のひとつであり、アジアのみならず国際的に制度指導例が豊富であるため、比較分析の素材が多い点が挙げられる。とくに1994年に公表された欧州復興開発銀行（EBRD）の「モデル担保法」がロシア・東欧の法制改革に影響を与え、また世銀・ADB等も独自の制度モデル構築に動いており、国際開発機関の意図する政策選択や制度設計、ならびにその受入をめぐる対象国側の動向を知るうえで格好の素材である。アジア危機後の担保制度改革においても、国際開発機関側は対象諸国に対して、多様な担保目的物を網羅する非占有移転型（使用継続型）担保制度の構築を促した^{（注4）}。その結果成った立法ないし草案が、本稿で検討するインドネシアの1999年「譲渡担保法」、タイの「事業担保法」草案、またベトナムの1999年政令165号「担保付取引令」である。

2つ目の理由として、担保制度改革は国内の固有秩序と外部から提供される制度モデルとの矛盾がとくに際だつ分野であり、法制改革一般に通じる問題構造を代表しやすいと考えられる。すなわち担保法は、不動産秩序や日常商取引に関わる最もドメスティックな法分野のひとつというべきで、それだけに各国とも千差万別の固有法秩序を有する。他方、国際開発機関の推奨する制度モデルは、昨今のグローバル化の潮流を受けた投資環境整備の趣旨を含み、おのずと国際資本の展開に有利な制度的画一性を伴う。このような固有秩序の多様性と制度モデルの画一性との対立構図は、法制改革全般に見受けられる傾向であり、これをどのような方向へ向け て解消していくべきかは、重要な検討課題となっている。

3. 分析方法——法解釈学的手法による法的分析——

国際開発機関や二国間援助の実施する法整備支援については、学術的議論が徐々に開始されている。しかしながら、議論動向は大きく分けて、支援実務に批判的な立場からする価値的議論と^(注5)、支援実務に肯定的な立場からの技術的議論^(注6)、とに分かれる傾向が指摘される。前者は実体的内容に踏み込んだ実務批判は行っていない。後者では逆に、価値的ないし政策選択の議論は所与とされ、すなわち経済開発を自明の目標としその実現戦略として「グローバリゼーション」を必然とみなしたうえで、グローバル化対応型の国際的ベスト・プラクティスとしての制度モデルの設計や、その移植推進をめぐる技術論に徹する向きがある。両者の議論は噛み合う向きはない。そこで改めて、価値論ないし政策議論を踏まえたうえで、実体的内容面の設計へと一貫して結びつけていく、実践的な専門研究が求められていると考えられる^(注7)。

このような一貫した実践的専門研究は、どのような方法によって可能か。本稿では、法的分析の伝統的手法である法解釈学の方法に依拠する。すなわち、立法活動やその現実的適用としての司法実務では、政策的判断に加えて、既存の立法秩序や判例との体系的・一貫性の保持が必須の条件と考えられる。法制を単なる政策実現の具とみなす立場（法的道具主義）とは異なり、おりおりの新たな政策課題を常時、既存立法・判例の論理秩序のなかに組み込んでいく専門的な体系化作業を、法解釈学と称してよいであろう^(注8)。こうした法解釈学の方法によるならば、法制改革をめぐる分析は、外部から所与として提供される制度モデル（例えばグローバル化対

応型の国際的ベスト・プラクティスを自称する米国型制度）の実現へ向けた道具主義的な技術論ではありえず、それらの外部モデルをいったん、既存の制度秩序の内包する価値ないし政策選択に照らし合わせて濾過し、改めて体系的整合的な独自の制度設計を引き出す手法となるはずである。このような方法は当然、変化に対して現状保守的な役割を伴いがちであるが（例えば自由主義経済基盤の護持）、一方で特定の価値基準（例えば効率命題を掲げた自由放任主義）を前提する制度モデルが外圧で強要されるような情勢において、さしあたり既存秩序の砦として機能しながら変化の急進性を和らげ、安定した連続的变化を保障するバッファー的役割が期待される。アジア危機後の急進的なコンディショナリティに拘束された法制改革は、まさにこうしたバッファーとしての法解釈学的方法による考察を必要としていると考えられる。

このような法解釈学的方法は、具体的には、まずは提供された外部モデルの政策志向を読み解く工程が必要であり、一方で現地制度の詳細に立ち入って既存体系の価値・政策秩序を見極める工程が必要であり、さらに外部モデルの政策志向をこうした既存価値秩序の濾過に通しながら、将来へ向けて望まれる政策展開をうかがう工程が必要である。また最終的に、法制改革の現実の成果である新規立法・草案などを読解し、体系整合的な政策選択の検証を行う工程を伴う。以上の工程いずれも、モデル法や立法といった具体的な制度設計の読解から政策選択を見極める作業を伴うわけであるが、こうした読解作業はいわば、制度設計—政策選択間の因果関係の発見作業である。かかる発見作業にあたっては、多様な知見を参照しより説得性の高い

推論を行う必要がある。そのような知見として、実証的「法と経済学」の研究例が提供する各種仮説の有用性も説かれるが〔川濱 1991, 24以下参照〕、本稿は主として、比較法研究や法制史研究に由来する経験主義的知見の豊富な情報蓄積に依拠する手法をとる。

以下本稿では、こうした法解釈学的手法をアジア危機後の担保制度改革の検討に適用することを意図して、第II節でまずは国際開発機関の推奨する制度モデルの内容を分析的に読解し、政策志向の特質を抽出する。次に第III節で対象国側の既存の制度状況の理解を踏まえうえて、今次の法制改革の成果である新規立法・草案等の体系的な位置づけを確認する。第IV節では、それら法制改革の成果を第II節で検討した外部モデルの政策志向と対照させる作業を通じて、法制改革の主な政策的帰結を予測し、批判的考察を行うことをめざす。

II 制度モデルの設計と政策志向

1. 先進制度モデルの多様性

国際開発機関等が指導する昨今の担保制度改革では、対象諸国の多くで動産の担保活用が不足しているとして、動産に関する担保登録制度を推奨する傾向が強い。ここでいう動産とは、在庫などの流動資産や、売掛債権などの権利などを含む、広義に用いられている。しかし、こうした広義の動産の担保活用については、先進制度モデルの要件・効果の設計は多様である。まずは、「占有」の移転を根拠に公示・優先権・対抗力などの効果を生じる「質権」が、多くの制度例で共通するが、しかし産業金融においては債務者が財産の占有維持による生産活動

の継続を求めるので、質権は不便である。この点、先進諸制度では、財産の占有を債務者側にとどめたまま「所有権移転」を根拠に効果を生じる「譲渡担保」や、担保権の「登録」を通じて効果を生じる「動産抵当」制度、などが工夫されてきた。またこのうち「動産抵当」と一口に称しても、登録の結果として、所有権移転同様の絶大な効果が生じるのか、あるいはあくまで担保権としての相対的な効果しか生じないのか、またそもそも登録にあたっては公信用を前提した実体審査を伴うのか、あるいは簡易なファイリングで可とするのか、など、設計方針は多様でありうる。したがって、担保制度改革が動産登録制度を推奨するにあたっては、具体的にどのようなモデルを参照するかによって、制度の性格は大きく異なることとなる。

そこでさしあたり、主な先進制度モデルのバリエーションを把握する必要がある。以下ではこの目的で、主な動産担保登録制度につき、とくに法的効果に焦点をあてて制度設計の相違を概観する。この際、対象となる担保目的物の範囲、担保目的物の価額と被担保債権額との均衡関係、他担保権者との優先関係、第三権利者への対抗力、担保実行手続、の各点にとくに注目する。

(1) 大陸法の動産抵当・動産譲渡担保

ドイツや日本では、「取引の安全」を重視する見地から、性質上可動的である動産取引については、占有による公示を基本とし、善意無過失の占有取得者に配慮する「即時取得」制度が設けられ、また動産担保としては質権（占有で公示）を基本としている。したがって、英米法的な担保登録で容易に対抗させる包括的抵当制度を導入することには躊躇がある。

ただし、産業活動上とくに重要な動産に限って、不動産と同様に抵当権制度の対象とする場合がある。日本における各種の財団抵当制度や機械抵当制度がそれである。これら特殊の動産抵当制度は、対象こそ限られるとはいえ不動産抵当権と同様の効果を保障され、また限定を受ける。すなわち被担保債権は包括根抵当を認めず極度額を設け、担保目的物は登録順位に従い複数の担保権に供され、他の債権者や第三者即時取得との関係で所定の優先権・対抗力を保障される。担保実行は自力救済を認めず、他権利者の利害に配慮した公的実行手続を基本とする。

一方実務界では、いわゆる「譲渡担保」の慣行を形成してきた。譲渡担保とは、担保目的物の所有権移転ないし信託的譲渡の形式を利用した非占有移転型の担保制度で、債務者にとって、質権と異なり財産の占有使用を継続したまま担保活用を図りうる便宜があり、また登録制度による公示を避ける秘密保持のメリットもある。一方担保権者にとっては、所有権移転の体裁を用いることで、目的物の独占的取得、第三者への排他的対抗、私的実行の自由といった所有権者類似の便宜を得る。結果として、「抵当権」制度が政策的な利害調整の趣旨で設ける各種の制限を回避できるわけで、譲渡担保が脱法型の制度と称されるゆえんでもある。判例も実務の需要に配慮して、破産手続上で目的物取戻権を許容したり（いわゆる所有権構成）、あるいは抵当権類似の別除権を肯定するなど（いわゆる担保権構成）、いずれにせよ肯定的である^(注9)。

したがって実務界ではあえて動産担保登録制度を導入する要請は少ないと見られる^(注10)。またそもそも担保法体系全般の設計において、債務者が占有継続する動産は無担保債権者の利害

のために取り分ける制度思想が存在し、動産担保登録制度の導入がこのバランスを崩す懸念も指摘されている [中西 1999, 584-587]。

(2) 英米法の動産抵当 (bills of sale act; chattel mortgage)

英米法の動産抵当は、債務者が目的物を使用継続しつづける担保制度への要請に応じて、制定法（英法 bills of sale act, 米国各州の動産譲渡抵当 chattel mortgage 登録制度）で、コモン・ローの詐欺的譲渡法理の適用を排除した制度である。効果の面で、英法 bills of sale は所有権移転があったに近い効果を擬制し、また米国 chattel mortgage の効果は各州判例により変遷を示したが、とくに権原説 (title theory) による場合、不動産についての譲渡抵当 (mortgage) 一般と同様に、やはり所有権移転に近い法的効果を有することになる。すなわち、目的物の独占的取得、第三者への排他的対抗、担保設定者の受戻権の否定、また自力救済による占有回復を伴う代物弁済型実行をも含む自由な私的実行をなしうる [大和田 1985; Epstein 1991 など]。こうした効果は、上述の大陸法における動産抵当が、あくまで「抵当権」制度本体に盛り込まれた多様な利害関係への政策配慮に服する相対的な担保権である点とは相違する。

なお米国では、動産譲渡抵当は過去には各州法の多様な規定に従っていたが、現在では後述の UCC-9 にほぼ一本化され、一般の担保登録制度の対象である。

(3) 英米法の浮動担保 (floating charge)

英国エクイティ法に由来する floating charge とは、個別資産価値の把握ではなく、現在および将来の財産を総体として把握する総資産担保制度である。担保目的物は抽象的に記

載されてよく、被担保債権は極度額を論じない包括的根担保であって構わない。大陸法で論じられる特定性の要請はここで存在しない。効果の面では、平時には浮動担保の対象範囲に含まれる個々の資産についての固定担保権者や第三取得者には対抗できないが、債務不履行発生（デフォルト）と同時に担保権の具体化（クリスタライズ）が起これば、これらの他権利者に対して優越する効果が発生する。

とくに金融実務では、企業の営業総資産を対象として floating charge の設定を受け、担保実行に際しては、債権者団の選任する receiver への営業移管から最終的な営業売却処分へと展開し（receivership）、この過程では破産申立にも妨げられない別除権を享受する。いわば、営業総資産に関する一種の所有権移転留保の合意であろう。英国では、こうした担保権は、1985 年 Company Act により会社登記簿への登録を通じて公示され、1986 年 Insolvency Act に従って実行される。さらに金融実務では、この浮動担保（floating charge-receivership）と固定担保とが重疊的に併用されることが一般的で、もって債務者企業資産に包括的・独占的かつ最優先の担保権を設定することが意図される [Pennington 1997, 243-253 ; 中島 1999, 660-663 など]。

(4) 米国統一商法典第 9 編 (UCC-9)

米国の UCC-9 は、各州ごとに分断されてきた動産担保制度の統一をめざして作成されたモデル法で、ほとんどの州で採用済みである。動産取引一般に関する包括的な担保登録制度を提供するが^(注11)、ただし制定法等によるリーエンや不動産担保は対象外である。担保目的物は将来目的物も可能とされ (9-204(1))、いっぽう

被担保債権は将来にかけての包括根担保であってよく (9-204(5))、その結果、英国法の floating charge 同様に営業総資産担保としての機能も有する [柏木・沢木 1981, 62-63]。担保登録は、担保権の成立要件ではないが、他の債権者や第三取得者に対する効果発生要件（perfection）である。

その効果の具体的内容は、かなり所有権移転的に強力であるといえる。まず他の債権者に対する優先権の面では、perfection 具備の先後で優劣が決まり (9-312)、また perfection があれば、各種制定法が政策的配慮から規定する例えば労働者や下請業者などの先取特権（制定法リーエン）にも優先できる (9-301)。ただし取引安全への配慮から個別に若干の例外を規定しており、例えば perfection を経た売買代金担保権に具備の先後を問わない優先を認め、また営業通常過程上のリーエンに perfection なくして優先を認める (9-310)。一方、第三取得者との対抗関係の面では、在庫流動などを想定した「営業上の通常過程の買主」(9-307(1)条)等の一部の例外を除いては、広く対抗できる。担保実行面では、自力救済による占有回復のうえ、売却処分や清算義務のない代物弁済型実行（foreclosure）を自由に選択できる (9-503条～9-506条)。ただし担保実行上の唯一の縛りとして、「商業上合理的」な処分であるか否かにつき裁判所の監督に服する手続がある (9-507条)。

2. 政策志向の相違

以上で概観した先進制度モデルの多様な設計の背後に、どのような政策選択の相違が反映されているのだろうか。

まずは英米法系の制度では、所有権移転に似た担保権の絶大な効果に特色があるといえる。

すなわち簡易な担保登録を通じて、総資産上の包括的根担保が可能となり、またその実体的内容は他権利者への対抗力・優先権ができるだけ最大化され、実行過程では物理的な支配回復が自由であり、利便性の高い私的実行や排他的な営業管理・売却手続に直行する。こうした一連の枠組みのなかで、最大限の換価価値が意図される。総じて、継続的資金提供を行う金融機関の便宜を最大化する政策選択が存在するといえるだろう。こうした英米法の政策設計は、さらに、浮動担保と固定担保を併用する金融実務慣行によっていっそう金融機関優位のものとなっている。

英米法の枠組みは従来から、途上国におけるプロジェクト・ファイナンスや国際市場での担保付き債券発行など、大規模な国際金融でかなり知られてきた。しかし現地の実体法では、英国法のような floating charge のクリスタライズや破産別除権の肯定、また自由な私的実行や receivership を許容する規定が存在しなかったことから、国際金融筋では、現地実体法を英米法モデルに沿って改革させようとする期待が強かったといえる^(注12)。今後こうした諸国で、英米法の骨子に沿った EBRD モデル担保法が採用されるならば、とくに金融自由化の進展を睨んでグローバル展開を進める国際金融筋にとっては、便宜の大きい制度改善ということになる。

しかし、担保制度の政策設計においては、金融機関の便宜を最大化して事足りるのではなく、その他の権利者との利害調整を要するはずである。例えば債務者との利害調整では、担保目的物と被担保債権との対価的均衡の見地から包括根担保を制限し目的物の担保価値の最大活用を

図るべきではないか、また衡平の見地から少なくとも担保実行の際に債務者への清算を義務づけるべきではないか等の論点があろう。他の債権者との利害調整では、日常的取引の基本である売買代金担保権や、労働債権や公的債権といった政策上の配慮を有する債権について、金融機関による総資産に投網をかけるごとき包括的担保設定に例外を設けて優先的地位を与えるべきではないか、また実行手続において金融機関の独断を防ぎ債権者間の衡平に配慮すべく裁判所の関与を強めるべきではないか、等の論点があろう。また第三権利者との調整では、動産取引の安全上の配慮をいかに設計するかが課題である。この点、英米法は上記でみたように、日常取引のサプライヤー債権や善意買主の関係などについて若干の個別例外的ルールを織り込むことで配慮を行っているが、かなり複雑な仕組みで細部の判例も確定していないとみられる。

一方大陸法では、利害調整により多くの政策配慮が向けられている。動産抵当制度では抵当権一般の枠組み、すなわち被担保債権の特定性の要請からする目的物上の複数抵当権の設定、他担保権との優劣の法定、動産即時取得制度の優越、利害関係者の関与を保障する公的実行手続、といった仕組みを通じてより明解に利害調整が図られる。また実務が発達させた動産譲渡担保では、英米法流に目的物の独占取得・包括根担保・私的実行といった慣行を繰り広げてきたものの、判例・学説によって、例えばいわゆる担保権構成による破産取戻権の否定や実行時の清算義務づけ等、政策的見地からする様々な限定が付されている〔例えば、加藤 1995, 58-62 参照〕。

3. 国際開発機関の制度モデル

以上のような担保法制の設計における政策選択面の課題は、国際開発機関の推奨する制度モデルにおいて、どのように配慮されているだろうか。

制度モデルとしてまずは、欧州復興開発銀行（EBRD）が、ロシア・東欧地域の体制移行過程における、外資導入環境整備の趣旨で作成した「EBRD モデル担保法（1994年最終稿）」が挙げられる〔EBRD 1996〕。同モデル担保法では、改革対象諸国の多くが大陸法の素地を有することから、作成過程でドイツ人弁護士が英国人弁護士とともに中核を担い〔佐藤・赤羽・道垣内 2000, 76参照〕、「大陸法の伝統に配慮しつつ英米法の先進的制度を取り入れる」方針を打ち出した（前文参照）。全般の法的設計では英国の浮動担保（floating charge）や米国 UCC-9 に最も多くを学んでいるとみられる。まずは、米国 UCC-9 に近似した利便性の高い担保登録制度を採用する点が特筆され、担保設定文書の形式的な登録のみを要件として担保権が成立し（8条）、優先権・対抗力・私的実行権などの一連の法的効果が賦与される。すなわち担保登録の主な効果としては、他の担保権者への優先権では6カ月以内の売買代金担保権や占有型担保権や留置権を除く原則全ての担保権者に優先し（17条）、第三取得者との関係では日常営業取引や少額売買などの例外を除いてつねに対抗し（21条）、担保実行手続では債務不履行後の実行通知と同時に占有回復権が発生し私的実行する（22～24条）。一方、他の特色として、英国の浮動担保に似た、債務者の営業資産総体に対する包括的な担保権設定に便宜が図られている。すなわち被担保債権については将来債権を含む

包括的な範囲設定でよく（4条）、担保目的物については不動産・動産を問わず特定性も要せず（5条）、また担保実行について、通常の私的実行とは別に、企業担保管理（25条）なる英法の receivership を想定させる営業管理・売却型の特別手続を設けて、高額な換価の実現に道を開いている。なお、同モデル担保法が不動産・動産を問わず一括した担保登録制度を設ける点は、上述した営業総資産担保と固定担保を併用し実行面の便宜を図る英米の実務慣行によって、有利な仕組みであるといえよう。

しかし EBRD モデル担保法では他方で、大陸法にならった政策的配慮も目立つ。例えば、被担保債権に極度額の設定を要求することで目的物の排他的取得に制限を設けている（8.4.3条）。他担保権に対する優先権では、各国で先取特権などの例外を盛り込むことを許容している（17条7項）。第三取得者への対抗については、動産取引安全への配慮から、在庫取引や日常営業取引、また少額の善意有償買主を例外とする余地を残している（21条）。また私的実行についても、流担保特約による代物弁済型処分禁止（24.2条）、清算の義務づけ（28.3条）、裁判所の関与など（29条）、対価的均衡や関係者利害への手続的配慮をみせている。ただしこのような政策的配慮規定は、具体的内容を明示するものではなく、空欄を設けて、詳細設計を各国法のフリーハンドに委ねる形式をとっている。総じて EBRD モデル担保法は、多様な政策的配慮から、英米法の所有権移転的な設計を必ずしも貫徹しないが、しかし他方、政策的配慮のあるべき方向性を明確に提言するわけでもなく、いわば煮え切らない性格を示している。

一方最近、世銀・ADB 等の国際開発機関の

動きとして、上記の EBRD モデル担保法の態度不鮮明を克服するかのように、英米法本来の金融機関利害を前面に押し出す制度モデルを改めて推奨する気運がみられる。例えば、世銀が2000年に公表した「倒産法ガイドライン」の担保制度該当箇所〔World Bank 1999〕、また ADB 主催・世銀後援で1999年に開催された「担保法シンポジウム」報告書〔ADB 2000〕^(注13)では、まずは総論として、大陸法の担保制度が国家による公信力・公的実行手続を保障する介入主義的な制度モデルであって、硬直化しており、民間主導に委ねる英米法がより効率的で、グローバル化対応型モデルとしてふさわしいとの論理において、英米法モデルの推奨が前提されている^(注14)。具体的内容面では、まずは目的物と被担保債権との対価的均衡に配慮する極度額などを論ぜずに包括根担保を前提し（世銀ガイドライン5.2.(4)項(6)項、ADB シンポジウム報告書 V-E）、そのうえで他債権者への優先権では例外余地を否定ないし最小化し（世銀ガイドライン5.2.(8)項、ADB シンポジウム報告書 VI-B）、第三取得者への対抗では日常在庫取引などの取引秩序への配慮を除いては最大限対抗させ（世銀ガイドライン5.2.(9)項、ADB シンポジウム報告書 VI-D）、また担保実行面では自力救済による代物弁済型実行を含む自由選択を推奨し、関係者への公示を条件に、事後的な清算義務についても強制はしていない（世銀ガイドライン5.2.(7)項(10)項、ADB シンポジウム報告書 VIII-A-C）、などである。総じて、担保権者側にとって設定・実行上の利便性の高い所有権移転型の設計を打ち出している。

世銀・ADB 等がこうしたいわば金融機関優位型モデルを推奨する背景には、いくつかの政

策的意図が想定される。ひとつは、経済開発過程への資金調達促進である（ADB シンポジウム報告書Ⅲ参照）。しかし金融機関利益のことさらな擁護が資金調達過程の適正化につながるか疑問が残るし、また経済開発にとって配慮を要する制度基盤は資金調達の一事のみではあるまい。一方コーポレート・ガバナンスの効率化の見地も想定されよう。すなわち「法と経済学」の主流の見解によれば、英米法の制度設計が企業活動の平常時に株主利益最大化を意図し、事業破綻時には債権者利益を最大化する方針は、最も効率的な会社経営監視の枠組みとして評価される。しかしこの点、昨今の規制緩和の潮流を受けて英米法の伝統的な制度方針は崩れ去りつつあることがうかがえ、担保法のみが伝統的な債権者利益最大化に固執しても総体的な効率化効果はもはや期待できないと考えられる〔金子2002参照〕。残る政策意図として、短期的な不良債権処理の促進が考えられる。債権者に有利な制度設計は、金融機関から債権譲渡等を受ける主体に引き継がれるので、不良債権の売却処理（資産管理会社への譲渡や債務株式化を経た市場売却）などはたしかに促進されうらう。しかしたとえアジア危機後の事後処理として妥当としても、中長期的な制度設計のありかたは別途論じられる必要がある。一時の不良債権処理を大義名分として、ハゲタカ投資家優位の制度設計が長期間固定化することには疑問が残らう。

いずれにせよ、このように法制改革を指導する国際開発機関の制度モデル自体が、変遷を示すなか、指導を受けとめる側では、現実にかかなる制度改革が進行しているのだろうか。次節ではアジア危機後に改革指導の対象となったイ

インドネシア、タイ、ベトナムについて、既存の制度秩序を概観するとともに、新たに成った立法や草案の制度的位置づけと概要を確認する。

III 担保制度改革の実例

1. インドネシア譲渡担保法の経緯

インドネシアの独立後の担保制度は、オランダ植民地時代の民法典規定を継続する形でスタートしたが、1960年に同国の土地政策の憲法というべき「農事基本法」が成って、独自の不動産担保制度を構想した。同法は西欧近代法の絶対的所有権概念に対抗して、多様な保有権・使用権の体系を構築しているが^(注15)、担保設定はこのうち自有地（保有権 Hak Milik、国有地耕作権 Hak Guna Usaha、建設用土地使用権 Hak Guna Bangunan）に限って可能とされた。この趣旨は、植民地時代の土地流動化に対抗し、土地保有者と現実利用者の同一化を図ることにあるとみられる。また、厳しい外資排除も特色であった。ところがその後、1960年代の経済的独立気運はしだいに薄れ、むしろ規制緩和が時代の趨勢となっていく。例えば農事基本法（5条）の予定していた担保に関する下部法規が、ようやく1996年に至って「不動産抵当法」として成立したが、同法では外資も保有できる国有地使用权（Hak Pakai Atas Tanah Negara）上の抵当権を公認した。また実務では、オランダ時代以来の判例法が動産について認めてきた「譲渡担保」を、不動産分野にまで拡張することで、自有地以外の不動産施設をも担保活用する慣行が浸透していた。こうした慣行は「農事基本法」の保有・利用一体化主義に反するが、しかしすでにこの趣旨を追認する1985年コンド

ミニウム法、1992年家屋住居法などの立法も存在していた^(注16)。このような規制緩和が、アジア危機前夜に至る不動産バブル・不動産担保依存型過剰融資の一因をなしたことは否みがたい。

不動産以外の担保については、民法典上の「質権」以外に上述の「譲渡担保」が広く浸透してきたが、法制化は遅れていた。そこでアジア危機後、国際開発機関らはまっさきに不動産以外の担保制度構築を指導し（1997年10月31日第1回 IMF 趣意書33項）、1999年「譲渡担保法」の成立につながった^(注17)。ただし興味深い点として、同「譲渡担保法」の公式注釈前文の立法趣旨解説において、産業活動活性化のために従来の譲渡担保実務の対象拡大を図るとしつつ、動産のみならず、既往の不動産担保制度から洩れてきた不動産（つまり他所有地上の不動産設備一般）への拡張的適用を宣言している。

新法の内容面を概観すれば、まずは既存の不動産登記制度とは別個に担保登録制度を新設し、従来の譲渡担保慣行に代わる明確な公示手段を可能にした。また第三権利者との対抗関係では、債務不履行発生前の商品在庫取引先や有償買主の優先などを規定し（21～22条）、個別の例外を設けて政策的調整を図る点は EBRD モデル担保法や米国 UCC-9 と同様のスタイルである^(注18)。一方他担保権との優劣関係は、規定上不明確であり、そのため、例えば同一目的物上で不動産抵当権（民法典 507条の土地・建物一体原則のもとで一種の財団抵当化している場合を含む）や質権と競合したといった場合に本法の担保登録だけで優位できるのか明示的規定がない。担保実行面の強化も特徴的である。すなわち新たに設けた担保登録証書に、債務名義同様の執行力を付与することで（15条2項）、従来の譲

渡担保では私的実行のみに頼っていた担保実行について、公的実行制度を追加した。公的実行では一般に多大な時間を要するとして批判されており、国際開発機関は盛んに私的実行を推奨しているが、インドネシアが大陸法流儀にむしろ公的実行の効率化を意図する姿勢はユニークである。とはいえ、担保登録申請日に権利関係の実体審査もなく即日発出される担保登録証書(14条)に、このような絶大な執行力を付与する仕組みの是非は疑問で、執行過程でもろもろの利害対立・異議が噴出し、かえって最終的決着を遅らせる懸念がある。

以上から本法の法的性格は、動産・不動産を問わず、従来の抵当権制度がカバーせず「譲渡担保」が活用されてきた領域に、改めて非占有移転型担保を導入する点にあるといえる。ただしこの新制度は、英米法系の制度モデルや、また日本の譲渡担保判例における所有権構成の立場が想定するような、目的物の独占処分の可能な包括的担保権ではなく、あくまで被担保債権の極度額や目的物評価額の登録上の明記など個別の特定性が求められ、担保実行についても清算義務を伴う。むしろ法的性格は日本の譲渡担保理論における担保権構成の立場に近く^(注19)、担保登録による公示を条件として第三者対抗や別除権扱いや担保実行の便宜を図る、いわば抵当権制度の改良・拡張の試みとみるべきだろう。

2. タイ事業担保法草案

タイの従来の担保制度は、大陸法系の民商法典が規定する法定担保権(抵当権・質権等)が基本をなし、このほか動産の非占有移転型担保制度として、1971年「機械登録法」(工業省主管の生産機械に関する抵当制度)が存在するもの

の広くは浸透していない。また一部の中下位商業銀行の融資慣行で、売掛金などの流動資産を対象とするいわば「譲渡担保」の実施があったが、同国の判例では、1940年「破産法」下で優先弁済権を認める担保権の範囲を厳しく限定する伝統があることから、譲渡担保の有効性は疑問とされてきた^(注20)。こうした制度状況のもとで、金融実務ではいきおい不動産担保依存が顕著であり、他方、不動産の担保取得を規制されている外資にとっては無担保融資を累積させる背景をもなしていた。このような制度状況が、アジア危機前夜の貸し込みブームの一因をなしたことが想定される。

こうしたなか、危機発生後の国際機関の改革指導は非占有移転型の動産担保制度の迅速な確立によって、担保実体法の多様化を求める内容となった(1998年5月第4回IMF趣意書)。これを受けて法務省レベルの「事業担保法」草案が2000年初頭までに形成された^(注21)。

草案の主眼は、商業省主管で新設される担保登録制度により、企業の営業資産総体ないしその一部分を対象とする「事業担保権」を設定し(5条)、商業上適正な方法によるかぎり自由な担保実行を可能にしていく点にあり(24~38条)、まさにEBRDモデル担保法の推奨する営業総資産担保を意図している。また既存の抵当権制度と重疊的に利用することが想定されており(19条、25条)、いわば浮動担保と固定担保とを併用する英国流の金融実務である。

主な内容面では、まず担保登録に際して被担保債権の特定性や極度額の規定はなく、つまり担保目的物の価額との対価的均衡は問われていない。むしろ目的物の担保提供は一回限りで独占され(13条)、複数債権者があっても協定等

で順位を決定し第一順位者のみが担保実行を開始できるなど集団的な設定となるなど(31条)、総じて、債権者が目的物を独占する形で包括根担保を設定する仕組みが前提されている。一方担保登録による他債権者に対する効果については(以下9条)、破産別除権を保障され、先取特権や一般債権者に一律に優先する。しかし不動産登記や抵当権(前述の機械抵当法も当然含むであろう)には対抗できず、別途、各々の登記制度自体で先後を競う必要がある。一方で後続の質権には優先できる。以上のような重要な実体法の変更が、民商法典や破産法自体の改正を経ずに導入されることは留意される。

登録の対第三者対抗力については、担保実行開始以前は「正当な方法」で目的物を取得するか対価を支払った主体に対抗できないとする(10条)。営業総資産担保のいわゆるクリスタライズ以前の日常在庫変動などをカバーする趣旨であろうが、この規定のみでは解釈上曖昧である。また担保実行開始すなわち商業省への実行通知(23条)後は、そのことの公示なくして対抗できるようだが、第三取得者として知りようもない事態であり、動産即時取得制度(民商法典1303条)との関係も不明である。

担保実行面では、事業担保権と他担保権(抵当権など)を重疊的に有している担保権者はいずれを根拠に実行してもよい(25条)。事業担保権自体の実行方法としては、私の実行と公的実行を自由に選択できる(24条)。このうち私的実行(30~36条)では、商業省への実行通知を契機に目的物の占有回復権が生じ、穏便な範囲で自力救済も可能であり、その後自由な実行手段を選択できるが、ただし代物弁済型の自己取得は入札・競売をいったん試みたのちに限っ

て可能である。私的実行の結果につき当然に公信的効果が与えられているが、一方で実行開始の公示や異議申立手続が不十分であるだけに、他債権者の利害等への政策配慮が不足する。なお公的実行(26~27条)については、抵当権の実行手続では限定的にしか許容されていない代物弁済型実行の余地が若干拡大している(債務者が代物弁済に同意しており、目的物価額と被担保債権額の不均衡について債務者が申し立てていない場合など)。

以上のように、本草案は他権利への対抗面や担保実行面で便宜の大きい営業総資産担保制度を創設する意図がある。ことに抵当権等の固定担保と重疊的に用いられる場合、一有力債権者(集団)が企業のあらゆる資産を独占取得する運用が大いに懸念される。

3. ベトナム担保付取引令

ベトナムの担保制度は、1990年代初頭の金融改革過程で中央銀行の規程群により試行錯誤の形成を見たが、1995年民法典でようやく基本原則が提示された。従来の担保権の主流は不動産抵当権・動産質権である。民法典は、非占有移転型動産担保制度の余地を認めてはいるが(民法典330条2項ほか)、当該動産について所有権登記制度が存在することを条件とするため、制度化されたものはなかった。しかし実際には非占有移転型の動産利用は従来から行われており、例えば抵当権では、土地保有・現実利用の一体化を原則とする土地政策を受けて、土地・建物一体で一種の工場財団抵当のごとく生産設備総体の担保利用が行われてきた(国立銀行総裁決定217号5条など)。また実務では、機械設備などの動産につき使用登録証などの権利証に準ずる公的書類の質入れを通じた、譲渡担保類似の

慣行も行ってきた模様である^(注22)。いずれにせよ、ベトナム政府は目下推進する金融改革の過程で、非占有移転型動産担保の正規の制度化を重要な課題として位置づけていた^(注23)。

こうしたなかで導入されたのが、1999年「担保付取引令」である^(注24)。同令の趣旨は民法典の下位法規として担保付取引全般の一般ルールを敷衍する点にあるとするが（1条）、その主眼は、動産の使用継続型担保利用を拡張する担保登録制度の創設にある（15条2項）。ここで動産の定義は流動資産・将来物を広く含み（4条3項、7条）、集合的価値の把握を可能にしている。ただし目的物の特定の記載を要している点（11条1項）、また被担保債権の極度額にこそ言及していないものの後順位担保の設定を促し（14条1項）、担保実行で代物弁済型処分を実行方法のひとつとして認めつつも清算義務が存在する点（33条）、などからして、英米流の営業総資産上の包括根担保を前提するとはみられない。ここでの担保登録制度は、あくまで既存の抵当権制度の対象を拡張する性格の動産抵当制度と解される。

ただし、実体的設計の細部ではあいまいな点もみられる。例えば、他担保権者との優先関係について規定がなく、後続質権や土地と一体で抵当権の対象となっている動産などとの優劣は不明である。また第三権利者との対抗関係も明記されていないが、民法典の抵当権の一般原則で処理できると考えられているのだろうか。なおベトナム民法典は全般に取引の安全より財産秩序維持を重視する傾向があって、動産即時取得制度も採用していないため、動産担保登録に不動産抵当権同様の対抗力を認めても制度上の大きな矛盾はないとみられる。

担保実行面では、担保登録所への実行登記を条件に、すべての担保権について簡易な私的実行が保障されている（26条以下）。公的手続への言及はない。行政当局による占有回復補助（29条）などユニークな手続迅速化規定を含む。しかし実行過程は全般的に当事者自治に委ねられる向きがあり、関係者の異議等を裁く手続はとくに設けず、仲裁・裁判など事後的な一般の紛争解決手段に委ねるのみであり（39条）、公信的効果にも言及がない。総じて、実行促進規定は十分ではない。

IV 制度設計の政策的分析

以下では、第Ⅲ節でみたアジアの担保制度改革の実例を、第Ⅱ節でみた先進制度モデルと対照することで、制度設計に伴う政策的帰結を予測し、主な問題点を指摘したい。

1. 動産担保登録制度の採否

まずは、英米法の制度モデルの本質が、およそ不動産以外で担保価値を有するものを広範に対象とする担保登録制度を構築し、他債権者や第三権利者に対する関係で所有権移転に近い優位性を賦与しようと図る点にあることをみた。この点、大陸法では実務界に譲渡担保制度の必要があるものの、立法では、そもそも包摂的な動産担保登録制度に占有から遊離した公示性を認めることやそのための制度維持コストについて懐疑的である。ただ不動産類似に特定化できるものについて抵当権の対象を拡張し、その場合、他権利者との関係もあくまで抵当権登記としての効果一般で律しようとする。こうした異なる制度設計の示唆する政策選択の相違として、英米法モデルでは金融機関の債権回収利益を重

視し例外的に日常取引先等の権利に配慮を向けること、また大陸法モデルでは動産取引の安全を原則とし、また各種の無担保債権者への配慮なども伴うことが指摘される。EBRD モデル担保法では、両者の折衷を意図した包摂的な担保登録制度を採用するものの、その法的効果については多様な例外余地を想定して相対化しており、結果として政策選択が不透明になっている。一方この点を批判するかのように、昨今の世銀等の制度研究例は改めて英米法モデルを基本に動産担保登録制度の法的効果のさらなる強化を図り、政策的に金融機関利益の最大化を選択しているとみられる。

一方、第Ⅲ節でみた立法例では、各国とも包摂的な動産担保制度の採用方針に踏み切っており、とりあえず大陸法流の取引安全重視や無担保債権者への配慮は後退している。しかしそれぞれの政策選択は同じではない。タイの草案は先取特権や日常取引関係にも優位する強力な動産担保制度を想定し、世銀等の推奨する金融機関利益重視の方向性に近いかのようである。その結果、多様な政策的配慮を捨象しており、例えば労働債権や日常取引の売買代金債権などに十分な配慮を向けない点の妥当性に疑問が残る。また細部の設計に体系上の疑問も残り、例えば登録後の担保権は質権一切に当然優先するとし株式登録質さえ配慮していない難点、また既往の機械抵当制度との競合などがある。一方、インドネシアやベトナムでは、他権利者との関係について規定が不備である点が目立ち、あたかも EBRD モデル担保法が各国法に政策選択を白紙委任しているブランク箇所が、そっくりそのまま脱落したかの印象である。

このような政策選択をめぐる多くの不備や疑

問の存在は、国際開発機関の指導する法制改革の限界を露呈している。指導の趣旨が動産担保登録制度を導入せよという制度移植の指令にとどまるかぎり、政策選択をめぐる実質的な検討がなされぬまま、制度の形骸のみが導入されて終わる。当該制度の導入を通じてどのような課題解決をめざすのか、すなわち、金融機関が包括的に設定する動産担保登録に対して、中小サプライヤー債権、労働債権、租税債権など具体的にどのような権利者を優先させていくのか、といった実質的な政策議論が、事前に十分尽くされる必要があったと考えられる。

なお参考までに、ロシア・東欧地域でも、EBRD モデル担保法を基礎として担保法改革が実施されたが、アジアの実例と異なり、各国それぞれに既存の制度基盤との整合性や他権利者への政策配慮を工夫した努力の跡が窺われる。例えばロシアでは^(注25)、1992年担保法、1994年民法典第一部、1997年不動産登記法、1998年抵当法、といった一連の担保法制を通じて、動産担保についてはあくまで占有移転を原則とし、ただし一部の動産について抵当権の対象たる「不動産」概念を拡張することで登録に公信力を認め、それ以外の動産登録は公示の一手段としてのみ機能させる設計を採った。また1998年破産法では担保権の別除権扱いを否定したうえで、債権者間の優先関係について労働債権等をつねに担保権に優位させた。このように、独自の政策選択を反映した実体設計を図っている。ロシア・東欧地域では体制転換という息の長い改革が意識され、とくに当初のビッグバン政策の反省をも踏まえて、慎重な制度構築が図られていると想定される。これに対してアジア危機後の法制改革では、コンディショナリティに従

い短兵急な立法対応を要求された事情が、政策議論の不足、制度設計の遺漏を招いた一因と考えられる。

2. 目的物の排他的把握による実行の可否

英米法系の制度モデルの特色のひとつは、担保実行の過程で、目的物の排他的占有を確保し、流担保型（代物弁済型）の私的実行による換価を可能にしていく仕組みにあるといえる。同様の効果が、大陸法系諸国の譲渡担保慣行における所有権移転的構成で期待されよう。こうした仕組みのもとでは、被担保債権と目的物価額との対価的不均衡、また実行時の他権利者への配慮が問題とならざるを得ないが、こうした難点にもかかわらずあえて排他的な私的実行が志向される最大の理由は、不効率な公的実行の回避にあるとされる〔Pena, Fleisig and Wellons 1999, 45参照〕。

しかし一方、大陸法系の動産抵当では、公的実行が原則であり、その不効率の問題は、公的手続自体の合理化のなかで対応が図られる傾向がある。すなわち、もともと担保権は被担保債権の見合いでしか目的物に及ばず、根抵当においても極度額の設定が必要とされ包括根抵当は認められないなど、目的物の把握は債権額に応じた相対的なものになる。実行過程でも自力救済や流質特約は禁じられ、原則換価は公的手続に従い、他権利者への配慮はその手続中に織り込まれている。そのうえで、公的実行の効率化の工夫が意図される。例えば日本の制度例では、旧競売法以来の立法論上、担保実行は担保権に内在する換価権の行使とみて、裁判・債務名義不要で担保登記簿謄本（公信力はない）などを根拠に執行手続に直行できる。また執行過程で他権利者の救済手続が織り込まれているので、

換価の結果に公信的効果が与えられて早期決着に資する。

こうした先進制度モデルに見られる相違は、国際開発機関の推奨する制度モデルにも影響を与えている。EBRD モデル担保法では、折衷的に、私的実行を推奨するかたわら、担保設定時の極度額の要求、流担保特約の禁止、私的実行後の清算義務づけなどで対価的均衡性に配慮し、また実行開始時の公示、自力救済の制限、裁判所への異議申立などで他権利者との利害調整に配慮している。しかしこのような折衷は、英米流の私的実行の迅速性という妙味を減殺する中途半端な帰結を伴うといえよう。そこで、世銀・ADB が推奨する最近の制度志向においては、より英米流に目的物の排他的把握が肯定されている。

以上のような制度モデルの側の相違は、第Ⅲ節でみたアジアの制度例にも反映している。タイでは極度額の規定はなく、担保登録所への実行通知後すぐに占有回復権を生じて私的実行に移行でき、流担保型処分についても一定の条件下で認め清算義務を問わないなど、英米流に金融機関による目的物の排他的把握に便宜を図る向きがある。またこの際、実行の公示や異議申立などの手続が不足したまま換価結果に公信的効果が与えられるなど、他権利者への配慮を欠く例となっている。一方、インドネシアやベトナムでは EBRD モデル担保法に近似して折衷的である。すなわち両国とも流担保型処分を許容しつつも清算義務を課して対価的均衡に少なくとも事後的に配慮する。さらにベトナムでは、他権利者の異議は一般の紛争解決処理に委ねられ、換価結果に容易に公信的効果を与えない点で、担保実行の便宜が減殺されている。またイ

インドネシアでは私的実行以上に公的実行の合理化を意図して、裁判・債務名義なくして執行に直行しうる点で日本流であるが、しかし一方で他権利者の救済手続が不足する。

このように担保実行の便宜のうえでも、各国の設計は多様である。政策選択の視点からすれば、タイのような金融機関の便宜優先の設計で犠牲となる他権利者とは、具体的には日常の継続的取引における中小サプライヤーや納入先、また労働債権等の先取特権であることに留意を要しよう。つまり取引促進ないし産業育成政策や労働政策などが関わってくることを意識した制度設計が求められる局面である^(注26)。この点、タイでは十分な検討が行われたとはいえず、またインドネシアやベトナムは EBRD モデル担保法流の折衷的姿勢に形骸的に学ぶものの、どのような政策的帰結を主体的に意識した設計であるのかみえにくい。

3. 営業総資産担保の是非

英米の金融実務の特色が、営業資産総体に及ぶ浮動担保を活用し、固定担保と重畳的に用いる点にあること、また EBRD モデル担保法もこれを推奨することは上述した。第Ⅲ節のアジアの立法例のなかではタイがその採用を図っている。制度モデルとしては、担保登録対象となる目的物の定義に日々流動する企業資産総体を含め、かつ担保実行時（破産別除権行使の場合を含む）に英国法 receivership 流の私設の企業管理手続を用いる仕組みとなる。

こうした営業総資産担保、またその固定担保との重畳的使用の推進にはいくつかの難点が指摘されよう。まずは、金融環境をめぐる政策的見地からの批判である。債務者企業のあらゆる資産に投網を掛けるごとき担保設定は、特定金

融機関による企業支配を絶大なものにしうる。この点、タイで事業担保法草案の成立が遅延している背景に、金融機関の経営介入や外資系資本による経済侵略に対する企業セクターの根強い警戒が存在する模様である^(注27)。このような影響力は、とくに本節第2項でみたように対象財産の排他的把握と流担保型担保実行が選択されるとき、いっそう懸念されよう。さらにこうした支配の増大は、金融機関と債務者企業との関係の固定化や癒着化を招き、競争的な金融環境を阻害し、複数金融機関による客観的な経営監視の機会を奪うだろう。今次のアジア危機が、まさにそうした癒着的な金融関係に発する過剰融資に由来したことはつとに指摘されているなか [Hallward-Driemeier et al. 1999, 12参照]、英米流の金融慣行の導入はいっそう金融環境を阻害するおそれがある。

他方、営業総資産担保における担保設定・管理の困難性が指摘される。営業総資産担保のメリットはまさに、従来型の個別資産評価の積み上げではなく、暖簾分を含めた企業価値を総合的に活用しうる点にあるわけだが、このことは、担保設定・管理に際して周到な財務分析能力を必要とすることを意味する。しかしアジア諸国の金融実務の現実においては、融資件数の6割において財務情報の公開を一切受けずに貸し込みが実施されていたとするサンプル調査データもある^(注28)。このような財務審査への無関心ないし能力の不在が露呈しているなか、一朝一夕に営業総資産担保の管理能力が向上することは期待できない。いきおい、ずさんな水増し評価から過剰融資慣行が深まるか、欧米コンサルタントに担保管理実務を委任するなどの他力本願が浸透し、結果として金融仲介能力の向上には

結びつかない恐れがあろう。

他方、金融機関による包括的な担保取得では、以上で触れた中小企業取引や労働債権などとの対立状況を生む点が留意される。改めて意識的な政策選択に基づく制度設計が問われることとなる。なおこの点のひとつの参考として、ロシアの担保法制では、企業担保を「不動産」定義に含ませることで抵当権の対象とし（ロシア1997年不動産登記法1条）、あくまで抵当権制度一般の優先関係・対抗関係に組み込む形で政策的配慮を行っている点が注目される。

最後に、浮動担保と固定担保を併用する英米流モデルを目標とするかぎり、固定担保の主力である不動産抵当権への依存が継続する難点が指摘される。そもそもアジア危機後のIMF政策趣意書で担保制度改革が指導された狙いは、不動産担保依存からの脱却にあった点は、上述のとおりである。この点の克服のためには、動産担保の充実のみならず別途、既往の融資慣行を歪めてきたとみられる不動産担保制度自体の改革、さらには土地政策など不動産法全般におよぶ点検が必要とされているはずである。この点、アジア危機発生に至る原因連鎖の過程に、明らかに不動産担保制度の規制緩和が作用していたこと、またこれら規制緩和は、かつて各国が（植民地時代の自由放任主義的土地政策の超克の意志を込めて）工夫してきた投機取引や濫用を阻む慎重な土地保有・利用体系を安易に取り崩すものであったことが、教訓として改めて回顧される必要がある^(注29)。なお、アジア危機後に関係諸国ではいずれも動産担保のみならず、不動産担保制度に及ぶ改革が連動して起こっている点が注目されるが、しかしこうした動きがさらなる不動産担保依存を助長しないよう、制

度設計に注意が向けられる必要がある。

V 総 括

以上、本稿では、アジア危機後の担保制度改革を素材として、改革に際して示された制度モデルと、実際に作成された立法ないし草案との対照を通じて、制度設計と政策選択とのあいだの齟齬を指摘することを試みた。まずは制度モデルの側では、英米法系モデルが一般に金融機関の回収利益を最大化する傾向を示すが、他の利害関係者への配慮を織り込む大陸法の設計姿勢に配慮して、EBRDモデル担保法が作成されており、アジア諸国の制度改革過程でもかなり参照されている。しかしEBRDモデル担保法は英米法と大陸法を立法技術的に折衷しようと図るものの、制度設計の背後に存在する政策選択の相違まで遡った整合的設計に成功しているわけではない。むしろ英米法・大陸法の政策選択が大幅に対立する重要な場面でこそ、問題を棚上げし、立法を行う国の独自選択に委ねる白紙委任が目立つ。他方で、こうしたEBRDモデル担保法の弱点を排するかのよう、世銀等の国際開発機関は昨今、より英米法的色彩の濃厚な制度モデルを打ち出しつつある。

こうした制度モデルの動揺を受けて、アジア諸国の側の改革事例でも異なる対応ぶりがみられた。例えばタイは、金融機関の利害を前面に強調する営業総資産担保に踏み出そうとする姿勢が目立つ。金融機関優先の制度設計は、世銀等の国際開発機関が推奨する志向である。タイの設計は世銀等の指導傾向に忠実に対応したものと目されるが、しかし他権利者の利害への政策的配慮があまりに不足し、現実には、異議申

立などが続出して却って手続過程を錯綜させるおそれがある。一方インドネシアやベトナムの制度は、立法技術的にはあくまで大陸法系の動産抵当権制度を基礎とする手堅い制度設計姿勢を示すが、内容的には遺漏も目立つ。そうした遺漏箇所がえてして、参照した EBRD モデル担保法がまさに立法側に白紙委任したところの、いわば最も政策選択の間われる局面であることが指摘される。

これらの立法例の検討から、ひとつの教訓として、法制改革のありかたへの示唆を引きだしうるだろう。すなわち、コンディショナリティで短い期限を設定し、特定の制度モデルの迅速な受容を強制する現行スタイルの限界が指摘される。改革過程に、重要な政策議論を詰めて整合的に織り込む余裕がなければ、結果は制度モデルの形骸的移植に終わりやすい。とくに担保制度の特色として各国の千差万別の経済社会環境を反映する分野だけに、本来、改革は国ごとに多様な道筋をとらざるを得ず、時間をかけた慎重な検討を要するはずである。

ただし、先進制度モデルはなおも、政策配慮と制度設計との組み合わせの多様なヒントを提供する役割が期待される。改革を行う主体の側には、比較法的知識を生かして制度モデルからヒントを受け取る立法技術論と、現地の金融環境の実態や産業育成上の課題など多様な政策知識とが不可欠であり、さらにその両者の総合化作業が必要とされている。改革を支援する側としては、そうした立法技術や政策課題発見にかかわる作業協力をこそ、任務とすべきであろう。

そのような作業協力過程では、慎重かつ総合的な政策理解が求められる。担保制度が志向すべき政策課題とはなにか。国際開発機関等は途

上国の工業化過程における資金供給の重要性を説き、あるいは企業ガバナンスの効率化の視点から、いきおい金融機関の利益に有利なモデルを肯定する。しかし金融機関利益の最大化はたして資金獲得の効率化に資するのか、検証はなされていない。直観的には、少なくとも間接金融の役割の残る途上国経済において、むしろ金融機関の地位が他権利者との関係で相対化されたほうが、担保依存が後退し事業リスク審査が厳格化し、また金融の競争環境が喚起されるなど、より効率的な資金獲得に資すると考えられる。さらに、工業化過程で必要とされる企業活動基盤は資金獲得のみではなく、サプライヤーとの継続的取引関係や、技能労働者の雇用関係や、販売流通関係など、政策配慮の対象は多様のはずである。さらに工業化のみが開発政策の課題ではなく、農業金融や消費者生活上の慣習法などをも念頭に置いた社会開発的な制度設計も必要であろう。また、以上のような担保法分野の実体的政策選択は、倒産法分野でも尊重されるべきであり、昨今企業救済の趣旨で倒産法による担保実体法の変更が推奨される向きは、政策選択の体系性の見地から大いに問題である。いずれにせよ、担保制度の望むべき設計へ向けた政策議論は、むしろこれからの課題というべきである。

(注1) 金融・企業セクターの制度改革方針をめぐって、IMF (1999, 105ff.), World Bank (1998, 62ff.) など。

(注2) 旧社会主義圏の法制改革支援の経緯について、例えば Delisle (1999) が詳しい。またこうした法制改革支援の潮流をいわゆる Law and Development Movement の再来 (New-LDM) であるとする批判的論述も注目を浴びている [Trubek 1996 ;

Rose 1998など]。

(注3) 例えば取引費用仮説の影響が色濃い、世界銀行(1991)のいわゆる市場フレンドリー・アプローチでは、政府の裁量的政策に比較して非介入主義的な市場補完手段として法制度の役割に注目した。なお世界銀行(1994)の構造主義アプローチや青木昌彦らの比較制度研究が制度の各論的研究の蓄積課題を示唆して注目されているが、そこでは制度の有効性が特定の政策達成度(主として経済成長)で判断されることが暗黙の前提となっているとみられ、そのため研究対象は各国の特定期間(とくに高度成長時代)に際立った特殊な制度慣行に向かいやすく、より息の長い制度基盤にかかわる法制度の設計や成果については、精緻な研究が及んでいないと見受けられる。

(注4) インドネシアでは1997年10月第1回IMF趣意書による。タイでは1998年5月第4回IMF趣意書以降で同年10月ないし年末までの立法が義務づけられた。またベトナムではADB技術支援T. A. No. 2823-VIEによる。

(注5) 従属理論の立場から法整備支援の価値的普遍主義を批判するCarty(1992)がある。またTrubek(1996)等のNLDM批判は一見技術的問題を論じながらも、価値多元主義に近い位置でワシントン・コンセンサスのグローバル化志向に異を唱える点に真髓がある。日本でもアジア価値と西欧価値との対立をめぐる法哲学会の成果として、今井・森際・井上(1998)、また比較法学会(2000)など。

(注6) 世銀関連でWorld Bank, Legal Department(1995)、米国二国間援助関連でHammergren(1998)、Lippman and Emmert(1997)、Delisle(1999)など多数。

(注7) こうした実践研究を促す問題意識として、Davis and Trebilcock(1999)がある。また金子(2001)参照。

(注8) ただし法解釈における政策的判断と法ドグマ的思考との比重の置き方については諸説ある。日本でも、ドゥーキン[Dworkin 1986など]の原理論・政策論などに影響を受け、法的体系思考の独自性を重視する見解が唱えられている[田中 1989; 平井 1988-1989など]。しかし一方、むしろ司法現場が政策判断

を明示していくことを求める利益考量説[星野 1987など]の立場も引き続き有力である。後者の立場は、立法が体する価値・政策から照射された法解釈を認めるリーガルプロセス学派[Hart and Sacks 1958など]、また体系的整合性を条件として政策判断を許容していくアイゼンバーグ[Eisenburg 1988]などの見解とも通うだろう。

(注9) ドイツの判例の変遷について、中西(1999, 577-583)など。また日本の判例・学説の変遷について例えば鈴木・竹内(1984, 338-344)など。

(注10) ドイツの動産担保登録制度導入が実務界の反対等で頓挫した経緯につき、中西(1999, 585-586)参照。

(注11) 1998年にも対象となる担保目的物の定義の拡張が行われた。改正部分につき、米国商事法・金融法実務研究会(1999)のVol.27, No.6以下の連載参照。

(注12) 苦肉の策として事業収益金を英法圏へ送金してエスクロー口座として管理するなどの実体法回避行動が採られてきた。しかしこうした回避行動を規制する国も稀でなかった(中国の1997年海外プロジェクトファイナンス管理暫定規則(13-14条)等)。以上につき、金子(1997)参照。

(注13) 1999年10月、アジア開発銀行(ADB)が世銀・IMF等の後援で開催したアジア諸国の担保法比較研究シンポジウム(ADB Symposium on Secured Transaction Law Reform, October 25-28, 1999, Manila)に顕著である。またシンポジウム提出資料として、Pena, Fleisig and Wellons(1999)参照。

(注14) 世銀ガイドライン5.1項, ADBシンポジウム資料, Pena, Fleisig and Wellons(1999, 44)、また世銀関係の研究者によるPena(1999, 357-359)、同じく世銀関係の研究者によるFleisig(1999, 13-17)なども同旨。

(注15) インドネシア「農事基本法」下の土地政策の解説として、水野・重富(1997)、水本・野村(1996)。

(注16) インドネシアの譲渡担保が不動産担保へ及んでいった拡張経緯につき、Smariam D. Badrulzaman, SH(1997, 31ff.)参照。

(注17) 主にインドネシア法務省非公式英訳“The Law on Fiduciary Security”によった。

(注18) なおインドネシア民法典 548 条は動産「即時取得」制度を想定していない。

(注19) 日本の譲渡担保理論のなかでとくに、吉田(1979)などの、いわゆる担保権説に近似しよう。

(注20) 1940年「破産法」6条が、破産手続における別除権行使を抵当権・質権等に限定し、もって無担保債権者の債権回収利益とのバランスを図っている。

(注21) 2000年2月作成のタイ法務省草案“Prarac-banyat-Lak-Prakan-Turakit”によった。複数の起草関係者へのヒアリングによれば、同草案はEBRDモデル担保法や先進諸国の制度例を参考としつつ、タイ独自の取引慣行に配慮して作成されたという。2000年3月時点で法制委員会に提示されたが、その後国会上程スケジュールは政権交替等の政治過程のなかで頓挫し閣議承認待ちのまま現在に至る。

(注22) 以上ベトナムの担保制度の形成経緯につき、金子(1999b)参照。

(注23) ベトナムの昨今の金融行政が、従来の有担保原則の一律強制を緩め、金融機関の自己責任における事業審査・担保取得判断に委ねる方針転換の過程にあることから、担保制度メニューの充実がこの文脈において重視されている経緯につき、金子(1999b, 161 ff.)、また、金子(2000)参照。

(注24) 英文官報 *Cong Bao* 1999年12月31日号掲載の英訳法文“Decree No.165/1999/ND-CP on Secured Transactions”によった。なお同草案の起草担当部門である同国中央銀行(ベトナム国立銀行)財政政策局によれば、同草案は、ADB派遣のカナダ・ケベック州専門家の支援で、EBRDモデル担保法を参考に英米法・大陸法の調和を意識する見地で作成された。

(注25) ロシアの担保制度の動向につき、小田(1998, 94-104)参照。

(注26) 中小企業金融の促進や労働者の利害に配慮した制度設計への視点として、例えば International Labour Organization, Enterprise and Cooperative Development Department (1997) 参照。草案起草関係者によれば、起草委員会に参加した大手財閥代表者らがこのような懸念を表明し、起草過程が2年越し

に遅延した経緯がある。また草案成立後も企業界の反対が根強く、起草関係者らがセミナー等を通じた立法化キャンペーンを繰り返している模様である。

(注27) 例えばタイに関して、1997年10月14日付けタイ大蔵省・中央銀行共同通達「金融再建パッケージ」参照。またタイ金融危機の背景分析として、金子(1999a)参照。

(注28) インドネシアでコンドミニウム法・不動産抵当法などや土地管理行政の緩和を通じた段階的な他有地使用权の担保設定自由化と流動化、タイの土地管理行政の錯綜と腐敗による各種土地利用権証の濫用、またベトナムの不動産バブルの背景に土地政策確定の遅れを縫った宅地使用权取引慣行などによる流動化など。

(注29) インドネシアでは今回の譲渡担保法がおよそ従来の抵当権制度のカバーしてこなかった資産をすべて対象とすると謳い、とくに他者保有地上の不動産担保の自由化を意図する。タイでも1999年、外資の土地所有規制緩和を意図する土地法改正や、民商法典の物権概念とは異なる担保提供自由な「不動産質借権」なる権利を創設する立法などの動きがあった。ベトナムでは社会主義ならではの土地国有制、土地使用权・現実利用の一体化を前提に譲渡・担保提供を制限してきた1993年土地法を98年以降改正し、土地取引の流動化に踏み出している。

文献リスト

<日本語文献>

- 今井弘道・森際康友・井上達夫編 1998.『変容するアジアの法と哲学』有斐閣。
- 大和田実 1985.「米国における動産担保法の形成(1)」『法学協会雑誌』95(2)。
- 小田博 1998.「ロシア担保法制の現状」『日本輸出入銀行海外投資研究所報』9-10号。
- 柏木昇・沢木敬郎 1981.『アメリカの担保付取引』国際商事法研究所。
- 加藤雅信 1995.「非典型担保法の体系」『担保法の現状と課題』別冊 *NBL*. No.31。
- 金子由芳 1997.「アジア諸国の BOT 法の傾向について」『国際商事法務』25巻10号。

—— 1999a. 「タイ金融構造改革をめぐる制度選択の現状」『アジア研究』45巻3号.

—— 1999b. 「ベトナムの担保制度をめぐる改革課題」『広島法学』23巻2号.

—— 2000 「ベトナムの担保付取引に関する新政令」『国際商事法務』28巻6号.

—— 2001. 「法整備支援と比較法学の課題——経済法の観点から——」『比較法研究』(比較法研究会) 62号.

—— 2002 「タイの企業構造改革をめぐる法的分析」『広島大学国際協力研究誌』8巻2号.

川濱昇 1991. 「法と経済学と法解釈の関係について」『民商法雑誌』109巻1号.

佐藤安信・赤羽貴・道垣内弘人 2000. 「欧州復興開発銀行・模範担保法の紹介と解説(上)」*NBL*. No. 695.

鈴木禄弥・竹内昭夫 1984. 『金融取引法体系 第5巻 担保・保証』有斐閣.

世界銀行 1991. 『1991年 世界開発報告』.

—— 1994. 『東アジアの奇跡——経済成長と政府の役割——』(白鳥正喜監訳・海外経済協力基金開発問題研究会訳) 東洋経済新報社.

田中成明 1989. 『法的思考とはどのようなものか——実践知を見直す——』有斐閣.

中島弘雅 1999. 「イギリス倒産手続における担保権の処遇」『民商法雑誌』120巻4・5号.

中西正 1999. 「ドイツ倒産手続における担保権の処遇」『民商法雑誌』120巻4・5号.

比較法学会 2000. 「比較法学会五十周年記念大会報告(2000年6月)」『比較法研究』62巻.

平井宜雄 1988-1989. 「法律学基礎論覚書(1)-(9)」『ジュリスト』No.916, 918-921, 923, 926-928.

米国商事法・金融法実務研究会 1999. 「米国統一商事法典第9章(1998年度改正版)の紹介」『国際商事法務』27巻6号.

星野英一 1987. 「民法解釈の方法について」『民法論集 第四巻』有斐閣.

水野広祐・重富真一編 1997. 『東南アジアの経済開発と土地制度』アジア経済研究所.

水本浩・野村好弘編 1996. 『アジアの不動産法制1・

2』日本住宅総合センター.

吉田真澄 1979. 『譲渡担保』.

<外国語文献>

ADB 2000. "Secured Transactions Law Reform in Asia: Unleashing the Potential of Collateral." In *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000 Edition*. Vol.II. ADB.

Carty, A. ed. 1992. *Law and Development*. New York: New York University Press.

Davis, K. and M. J. Trebilcock 1999. "What Role Do Institutions Play in Development." University of Toronto, Presented to IMF Conference on Second Generation Reforms, November 8-9, 1999.

Delisle, J. 1999. "Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond." *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Vol.20, No.2.

Dworkin, R. 1986. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Belknap Press.

EBRD 1996. "An Introduction to the European Bank's Model Law on Secured Transactions."

Eisenburg, M. 1988. *The Nature of the Common Law*. Cambridge(Mass.): Harvard University Press.

Epstein, D. G. 1991. *Debtor-Creditor Law in a Nutshell*. 4th ed. St. Paul (Minn.): West Pub. Co.

Fleisig, H. 1999. "Integrating the Legal Regimes for Secured Transactions and Bankruptcy: Economic Issues." Center for the Economic Analysis of Law, Harvard Law School.

Hallward-Driemeier, M. et al. 1999. "Asian Corporate Recovery: A Firm Level Analysis." World Bank.

Hammergren, L. 1998. "Code Reform and Law Revision." USAID-PN-ACD-022.

- Hart, H. and A. Sacks 1958. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*.
- IMF 1999. "IMF-Supported Program in Indonesia, Korea and Thailand: A Preliminary Assessment."
- International Labour Organization, Enterprise and Cooperative Development Department 1997. "Collateral, Collateral Law and Collateral Substitutes." ILO.
- Lippman, H. and J. Emmert 1997. "Assisting Legislatures in Developing Countries: A Framework for Program Planning and Implementation." USIAD Program and Operation Assessment Report No.20.
- Pena, N. 1999. "Refining the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property." Vol.1, IV *Unf. L. Rev.* 247.
- Pena, N., H. Fleisig and P. Wellons 1999. "Secured Transaction in Asia: Overview of Key Legal and Economic Issues in Five Asian Countries." Center for the Economic Analysis of Law, Harvard Law School (Discussion Materials for Symposium on Secured Transaction Law Reform, October, 1999).
- Pennington, R. 1997. *Pennington's Corporate Insolvency Law*. Second Edition. London: Butterworths.
- Rose, C. 1998. "The 'New' Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study." *Law & Society Review*. Vol.32, No.1.
- Smariam D. Badruzaman, SH 1997. "Posisi Hak Tanggungan Dalam Jaminan Nasional" [国家の担保制度における抵当権の位置づけ]. *Jurnal Hukum Bisnis*. Vol.1.
- Trubek, D. M. 1996. "Law and Development Then and Now." Presented to American Society of International Law.
- World Bank 1998. *East Asia: The Road to Recovery*. Washington, D. C.: World Bank.
- 1999. "World Bank Draft Background Paper: Principles and Guidelines for Effective Insolvency Systems." presented to the Symposium on Insolvency System in Asia: An Efficiency Perspective (November 29-30, 1999, Sydney).
- World Bank, Legal Department 1995. "The World Bank and Legal Technical Assistance: Initial Lessons." World Bank Policy Research Working Paper 1414.

(広島大学大学院国際協力研究科助教授)