

『非典型担保論』(1)

Der Lehre vom den untypischen Sicherungsrechte (1)

田 中 淳 子*

Atsuko TANAKA

- 1 はじめに
- 2 非典型担保の特性と活用
 - 担保目的物の多様化と非典型担保の種類 —
 - (1) 序 説
 - (2) 非典型担保の種類 (以上本号)
 - (3) 譲渡担保
 - (4) 集合動産・集合債権譲渡担保
 - (5) 仮登記担保
 - (6) 所有権留保
 - (7) 再売買の予約・買戻
 - (8) 代理受領
 - (9) 振込指定
 - (10) 相殺予約
 - (11) ファイナンス・リース, その他
- 3 それぞれの非典型担保の理論とその問題点
- 4 今後の課題と展望
- 1 はじめに

1 今, なぜ「非典型担保論」なのか。周知のごとく, わが国の民法典は, 法律上当然に発生する法定担保物権として, 留置権 (295条～302条) および先取特権 (303条～341条) を規

定している。また, 当事者の契約によって設定される約定担保物権として, 質権 (342条～367条), 抵当権 (369条～398条の22) のみを規定している。しかし, それだけでは現実の金融取引の需要を十分に満たすことはできない。そこで, 特別法上にはいくつかの担保物権を規定している⁽¹⁾。実際これらの特別法は抵当権を基盤に構成されているため, その「典型担保」のもつ特性により活用されていないものが多い (例えば, 自動車抵当法については, 所有権留保の登場により今日ほとんど利用されていない)。

では, 典型担保のいかなる「特質」によって利用されないのか。非典型担保と比較することで明確となる。「担保物権法」の教科書的見解によるとつぎのような記述をみることができる⁽²⁾。まず, 第一に, 企業信用のための動産や商品しか担保に提供することができる適当な財産を有しない債務者にとって, 民法が規定している質権設定の方法はあまりに硬直すぎ, 結果的に融資を受ける機会が奪われることになるが, 非典型担保の場合には, 実質的には動産抵当と同様の効果をもたらしてくれる。第二に, 質権と抵当権は目的物の価格が融資額を上回る場合は清算を必要とするために, 債権者としていわゆる「まる取り」のうまみ (債権者にとっては不合理) はないが, 非典型担保の場合には, 理論的にそれが可能になる場合がある。第三に,

* 社会教室－法学・民法

Department of Liberal Arts and Sciences

(Legal Science and Civil Law)

抵当権の実行方法である競売は手続きが面倒で、かつ抵当権には短期賃貸借の保護（395条）や法定地上権（388条）、さらには滯除（378条以下）など、債権者にとって債権の実行を妨げるような、多くの弊害があるが、非典型担保の場合には、所有権移転の法形式を採るため、これらの弊害を理論的に回避することができるからであるとされている⁽³⁾。

したがって、実際の金融取引実務においては、民法が正面から認めている「典型担保」でなく、むしろ、民法典に規定を持たない種々の「非典型担保」⁽⁴⁾が活用されることになる。いまだ立法をみない、いわば訴訟の場においては理論的に不安定な「担保」形態を進んで利用するのはなぜなのか。法律の規定をもたず、判例の積み重ねとそれに対する学説の対応の蓄積によって生成された「非典型担保物権」は、現在、その活用には法的安定性を持ち得るのであろうか。たとえば、後から詳述する譲渡担保の場合、その法律構成について「所有権移転の構成」なのか「担保的構成」なのか争いがある。その結論は訴訟にならないと明確にならない、という「憂鬱」な状態にあるとさえいわれている⁽⁵⁾。そのことから問題も多く残したまま利用されていることが理解できるであろう。

2 本稿の中心的課題はまさにここにある。すなわち、典型担保にとってかわる力強さを有する「非典型担保」の法的構成についてもう一度、その現況を整理し、じっくりと考え直してみる必要がある、と考えるからである。

具体的には、以下の四点について検討することにする。まず、第一に、さきの譲渡担保の例のように、制度の基盤である、「法律構成」に安定性が欠け、また、非典型担保設定契約の当事者間に交わされる特約について、債務者にとってあまりにも「不合理」な契約内容である場合等、その具体的な解決の基準となる法論理が形成途上にある。したがって、非典型担保論としての法形式を再構成する必要性があると考え。その方法として、まず各非典型担保特有の理論構成を明確にし、そこで展開されている種々の

法律構成の対立点、ならびにそれぞれの構成を前提とする場合の効果論についての差異を明らかにしたい。法的安定性を導ける理論の再構成への第一歩である⁽⁶⁾。

第二に、担保目的物そのものの多様化に対応できる担保手段の準備作業である。動産抵当という動産全般に渡る通則を持たないわが国としては、動産は質権しか設定できない。動産のみを財産とする者、その動産を利用しながら利益を得ている者、これらの者にとっては質権を設定することは事実上不可能である。たとえば、在庫商品のように、搬入・搬出を繰り返す「流動的」な性格を持つ動産の集合体（流動動産、集合動産）⁽⁷⁾や、また、たとえば、手形、小切手、株券、ゴルフ会員権、賃料債権等々の債務者が有する種々の債権の集合体（流動債権、集合債権）⁽⁸⁾等々について、担保化できる手段があれば資本主義経済社会にとって有益である。さらに、近時の情報化社会において、情報システム（たとえば、情報機器、ソフトウェア、データベース、新技術、デザイン等々の知的財産を含む）を担保に供する方途があれば価値があろう。たしかに、企業担保法（昭和23年制定）、建設機械抵当法（昭和29年制定）、航空機抵当法（昭和26年制定）、自動車抵当法（昭和26年制定）があるが、さきにも指摘したように、抵当権を基本に置くが故に結局、ほとんどが利用されていない。さらに、権利形成途上にあるアイデア、ノウハウ等の未知なる価値を含んだものの担保方法等々についても考えなければならない⁽⁹⁾。

近時、注目されているベンチャー企業の育成とも関連する⁽¹⁰⁾。これが第三の目的である。新しい財産価値の担保化により融資を受ける必要性が声高にいわれているいま、知的財産、動産等々のみで構成された財産のみを有するに過ぎない企業への融資方法を考える必要がある。実務的な具体的取扱いも含めて考えることが急務である。

第四に、以上の視点は、財産的価値のある「物」を有する場合の担保化の議論である。で

は、不動産や価値ある権利・動産が全くない者（企業）は融資を受けることができないのか。例えば、毎月の返済額に見合う収入が一定の企業等から予定されていれば、その将来発生する債権を担保にできないものか。わが民法典において、債権を目的とする担保方法は唯一「債権質」（権利質）の規定を置くだけである。しかしながら、金融取引実務においては、その債権を、融資銀行の特定口座に直接振り込ませることをもって、実際、月々の返済に当てる形式をとる振込指定という方法や、その他、融資銀行にある定期預金を担保にする相殺予約、さらには、代理受領等、いわば立法者が予定していなかった債権の担保的機能を活性化させている。債権担保の法的強化の側面も本稿の目的である。

3 以上、四点を中心に実務社会における「非典型担保」の現況と問題点について検討してみることとする。各々の非典型担保理論は数多くの判例の長年に渡る集積とそれに対応する学説の影響を受けながら、いわば「生き生き」と生成されてきた。そこで、本稿では、各非典型担保の特性と実際取引社会での活用例を整理し、その上で、問題点を指摘し、今後生じうるであろう問題にも妥当な解決を導ける安定した法理構成を考えてみたい。

- (1) まず、根抵当権（民398条の2～398条の22、昭和46年、法律第99号）、立木抵当法（明治42年、法律22号）、財団抵当としては、工場財団抵当法（明治38年、法律第54号）、鉱業財団抵当〔鉱業抵当法〕（明治38年）、漁業財団抵当法（大正14年）、港湾運送事業財団抵当〔港湾運送事業法〕（昭和26年）、道路交通事業財団抵当〔道路交通事業抵当法〕（昭和27年）、観光施設財団抵当法（昭和43年、法律第91号）、その他、鉄道財団抵当〔鉄道抵当法〕（明治38年）、軌道財団抵当〔軌道ノ抵当ニ関スル法律〕（明治42年、法律第28号）、運河財団抵当〔運河法〕（大正2年、法律第16号）、動産抵当として、農業動産抵当〔農業動産信用法〕（昭和8年、法律第30号）、自動車抵当〔自動車抵当法〕（昭和26年、法律第137号）、

抵当証券法（昭和6年、法律第15号）、企業担保法（明治33年、法律第106号）等がある。

- (2) 本稿を書くにあたり特に以下の教科書を参考にした。近江幸治「担保物権法」〔新版〕（弘文堂、1988年）257頁以下、加藤一郎・林良平・平編集代表「担保法体系」第4巻（金融財政、1985年）、高木多喜男「金融取引と担保」（有斐閣、1984年）、高木多喜男「担保物権法」（有斐閣、1993年）293頁以下、高木多喜男・柚木馨「担保物権法」〔第3版〕法律学全集19（有斐閣、1982年）515頁以下、田代泰久「知的財産権担保融資の理論と実務」（清文社、1996年）、田高寛貴「担保法体系の新たな展開——譲渡担保中心として」（勁草書房、1996年）、道垣内弘人「担保物権」（日本評論社、1990年）220頁以下、星野英一編「判例に学ぶ民法」（有斐閣、1994年）、湯淺道男編著「担保物権法」（成文堂、1995年）109頁以下、米倉明他編集「金融担保法講座」（勁草書房、1986年）参照。その他、論文等については該当箇所にて引用する。
- (3) 半田正夫「やさしい担保物権法」（法学書院、1989年）145頁以下、道垣内・前出註(2)6頁以下、220頁以下、湯淺・前出註(2)109頁、その他、前出註(2)にあげた教科書はほとんど理由をあげている。
- (4) その他、変則担保という表現がある（近江・前出註(2)257頁）。
- (5) 大城節子・藤井哲「譲渡担保の憂鬱」法セ502号〔10月号〕108頁（1996年）。角紀代恵「所有権移転型担保（仮登記担保、譲渡担保）の実行」前出註(2)星野英一編『判例に学ぶ民法』81頁以下参照。
- (6) 同趣旨の問題点については、近時の論文として、田高・前出註(2)1～2頁。
- (7) 角紀代恵「商品や原材料等の担保化」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』45頁以下参照。
- (8) 鳥谷部茂「債権の譲渡担保・その他の担保方法」前出註(2)『金融担保法講座1』21頁以下参照。
- (9) なぜなら、知的財産の担保利用は、① 事業基盤として知的財産それ自体の取得をめざすもの、② 知的財産をベースに設備投資や資本的支出

をする二通りがあるからである（田代・前出註(2) 16頁）。

- (10) 田代・前出註(2) 3頁によれば、「今後の企業のリード役と期待されているのは、情報系や研究開発型の新しい企業群である。しかし、これらの企業は「頭脳」が最大の資産であり多くの場合、土地、建物、機械設備といった伝統的な担保資産は欠如している。(略)したがって、担保金融によってこれらの企業の発展を支えていくためには、「頭脳」を権利化したものすなわち知的財産権に着目せざるを得ないことになる」。近時、このような趣旨の指摘が多い。

2 非典型担保の特性と種類

一 担保目的物の多様化と非典型担保論 —

(1) 序 説

まず、典型担保と比較することで非典型担保の特質を明確にしてみたい。特に、本章では、第3章で取り扱う「それぞれの非典型担保の理論とその問題点」を考える前提として、現在、金融取引実務で活用されている非典型担保の特性とその種類について整理することにする。

〔第一の相違点〕 典型担保の法形式と非典型担保共通の法形式

民法の規定する「典型担保物権」（留置権以下、先取特権、質権、抵当権）は、いわゆる制限物権型の担保制度である。すなわち、所有権として物の全面的な支配権の内容の交換価値の側面を直接に支配するという担保物権である。たとえば、物のもっている交換価値を直接に支配するのが抵当権である。これに対し、非典型担保物権は、所有権移転のかたちを利用して担保の目的を達成する制度である、と説かれてきた。たとえば、あとで詳述する「譲渡担保」の場合には、債権者に権利を移転する、という法形式をとる担保物権であり、所有権留保とはその名の通り、買主に売買目的物の所有権を留保しておく＝移転しない、という法形式を利用し、売買代金債権を担保する機能を有する担保物権である。

〔第二の相違点〕 担保目的物の多様化と非典型担保

典型担保を利用する場合は、担保可能な目的物が限定されてしまう。すなわち「硬直化」する。わが国において、動産抵当は原則として認められず、特別法においてごく限られた動産にのみ抵当権設定が認められているにすぎない。そのため、工場で稼働する生産用の高価な機械、事業用の大型コンピューター機器等の動産は事実上、抵当権を設定することはできない。特に、抵当権が設定された不動産にこのような設置型機器は、特約をしない限り、原則として抵当権の「附加一体物」として抵当権の処分に従わなければならない（民法370条）危険性もある（抵当権の効力の及ぶ範囲⁽¹¹⁾）。そうすると、このような動産を納入する業者の債権は保護されないことになる。動産についてはもっぱら質権が利用可能となるが、質権は、目的物自体を債権者の手元に引き渡さなければ担保として効力を発生しない（344条）ため、さきの事業用の機械等が手元からなくなったら事業存続は不可能（債務返済も不可能）となる。したがって、結局生産信用としては「質権」は利用できないことになる。質権を設定できるもの、言い換えれば、債務者が債権者に引き渡せるものは限られてしまう。その点に対して、「抵当権」は、物の持っている交換価値を直接に支配するものであるから、不動産の場合は登記制度を利用することで、債務者は、担保目的物を手元で利用しながら、担保に提供できる点、生産信用に付することができる。したがって、現実として、あくまでも価値を有する不動産を持つ企業のみが利用可能な担保であることになる。

このように、「目的物」に柔軟性を欠くという点に典型担保の限界がある。この点が近時の担保目的物の多様化ともあいまって、「非典型担保論」の整序が急務である。すなわち、土地が担保として十分に機能を果たした時期を過ぎ、現在は、被担保債権を下回る、という状況にきている。このことにより、新たな担保目的物に目を向ける必要性があるからである。

〔第三の相違点〕担保権の実行方法

典型担保は制限物権型、非典型担保は権利移転型という法形式の相違により、担保権の実行方法も異なる。

具体的に、不動産に抵当権の実行についてみよう。まず、① 目的物の競売にあたり、裁判所に競売手続きを取り（民執181条1項規定の文書の提出）、その旨を公示し（民執173条2項）、② 裁判所が競売開始を決定し（民執188条）、目的物を差し押さえ、それを登記する。③ 目的物の評価をして、最低落札価格を決定し、売却がなされる（民執188条）。④ 買い受け人が登場し、代金納入後、所有権が移転される（188条）。⑤ その後、目的物の換価金が債権者の順位に従って配当される。なお、競売手続費用、第三取得者が持つ償還請求権（民391条）に配当された後、各債権者に、その優先順位に従って配当されることになる⁽¹²⁾。

以上のように、時間と手間を掛けても現実には落札価格は極めて低く、全額債権回収というまでには至らない。

この典型担保の「限界」を克服するために登場したのが、非典型担保である。具体的には、債権者に担保目的物の権利を移転するために、債務不履行に陥った場合、競売手続きを経ることなく、債務の弁済に代えて、その担保目的物の権利を取得することになる。したがって、債権額に見合った担保目的物に非典型担保を設定しておく、債権回収においてのリスクが極めて少ない、という点もある。この権利移転型担保のほか、債務不履行に陥ったら権利移転をする旨を予約する、権利移転予約型、債務が履行されるまで売買目的の権利を買主に移転しないという、所有権留保型などがある。担保目的物を債務者がそのまま使用できる点、抵当権に類似しているが、所有権そのものの移転をとまなう点で債権者にとっては安心して融資に応じられる。結果として、「貸しやすく、借りやすい」という債権・債務者相互に意味を持つ制度であるといえよう。

〔第四の相違点〕制限物権型と権利移転型の効果の相違

典型担保の場合には、債権額を超えて権利行使をすることはできない。あくまでも担保の目的として、目的物の交換価値権を制限するものであり、目的物の所有権は債務者（第三者の物である場合もある）であるからである。この点が、債権者にとって、債権の回収の実現を妨げる場合がある。さきにみたように、後順位の担保権者の登場や、短期賃貸借権者や滌除権者、法定地上権を有する者等々の登場する可能性が極めて高いからである。すなわち、「抵当権と用益権の調和」を図る制度が問題となる。

詳述すれば、民法395条に、抵当権設定後の短期賃貸借権者（民法602条を超えない期間の短期の賃貸借権者）はその賃貸借権を登記することによって抵当権者に対抗できる、という短期賃貸借権者保護規定がある。これはいうまでもなく抵当権が抵当権設定者自身に目的物の用益を委ねる担保であるからである。したがって、抵当権設定後に他人に用益させることも保護しなければ、意味をなさない。そこで、民法は、395条で短期賃貸借権者保護規定を置いたのである。しかし、実際には、抵当権の実行を詐害する目的で賃貸借を設定される場合が多く、また、後順位の抵当権者の登場を妨げる目的で、あらかじめ抵当権と併用してこの短期賃貸借権を設定するが多い。これらの短期賃貸借権が設定されている担保目的物は事実上、競売が実行されても、買い手が付かなかったり、担保評価より著しく低い価格でしか競売されない。判例においては、このような、詐害的な併用型短期賃貸借は賃貸借の実体がないとして「無効」としている⁽¹³⁾。また、滌除とは、抵当不動産の第三取得者が抵当目的物を評価して、その評価額（滌除金額）を弁済することで抵当権を消滅させることを申しでることができ、負担のない所有権を取得できる方法である（民378条以下）。そもそも抵当目的物の流動化を促進するための制度である。しかしながら、実際には、抵当権者にとっては、担保供与の義務（民384条3項）や増加

買受の責任(民384条2項)に苦しみ、不本意に抵当権を失う結果となる、抵当権者にとっての「脅威」といわれて、「滌除権制度廃止」の声が学説から提示されている⁽¹⁴⁾。さらに、法定地上権者と抵当権者との問題⁽¹⁵⁾は、そもそも、わが民法上、土地と建物とは別個の不動産として取り扱われることに起因する。したがって、一方のみ抵当権が設定され競売に付された場合、建物はその存立の基礎を失い建物を収去して土地を明け渡さなければならない。しかし、それでは、社会的不利益を被り抵当権設定当事者の意思にも反する結果を招来することになる。そこで、民法では建物のために法律上当然に地上権が生ずるとした(民388条)。そうすると、抵当権者にとっては実行の弊害となる場合がある。

他方、非典型担保の場合には、所有権自体が債権者に移転したり、また売主である債権者に留保されていたり、または債権者に移転することが予約されていたりする構成をとる。そのために、さきの抵当権のように、種々の弊害により債権回収が阻害される心配がない。債権者は所有権者として、安心して担保としての効果を享受することができるわけである。その結果、債権額よりも高額の担保目的物を「まる取り」することも可能になる、いわゆる「うま味」もあった⁽¹⁶⁾。「あった」という表現からも理解できるが、現在、「仮登記担保法」の成立や、また、多くの判例の積み重ねによって、被担保債権額を超える価値を有する目的物をまるどりすることは許されず、帰属清算⁽¹⁷⁾にしる処分清算⁽¹⁸⁾にしる余剰金があれば債務者に「清算」しなければ、債権者は所有権者としての権利を取得できないとされている。

しかしながら、判例は、あくまで、非典型担保の法律構成については「担保権設定と同時に所有権が債権者に移転している」という立場をとっている。にもかかわらず、所有権が移転していれば、どうして「清算」と「所有権移転」が同時履行の関係に立つのか?。担保制度としての最も重要な部分である法形式において納得し得る説示をしていない⁽¹⁹⁾。このことは、例え

ば、譲渡担保の場合、その法形式的には、――

登記実務においても明示されているように(登記原因=売買, 登記表示=所有権移転), 一 所有権を移転するが、実質的には、債権を担保するためのものである、という点から生ずる問題である。前者に重きをおく考え方を「所有権的構成」といい、後者に重きを置いて考えるのを「担保的構成」という。前者の立場に立てば、まさしく「まるどり」可能な構成といえる。非典型担保論の核心的問題は、ここにある。いずれの構成をとるか未だ判例・学説とも膠着状態であり、互いに説得されない状態が現在もなお継続しているからである(この点においての学説の対立については、3章において検討することにする、ここでは詳述しない)。

では、現在、実務に登場し、一定の定着をみている非典型担保を概観することにしたい(なお、仮登記担保については、すでに昭和53年に立法化されているが、民法制定当初に規定はなかった。当時は、代物弁済予約+仮登記担保という法形式によって、「まる取り」が認容されていたが、土地の高騰により、「まるどり」という弊害除去のために「債権額」だけを清算取得しうるに過ぎないことになった。その実行手続のために手続法が必要となった。そこで「仮登記担保契約に関する法」(仮登記担保法・昭和53年〔法78号〕)が制定された。本稿では、一般的教科書に従い、非典型担保として位置づける。

(2) 非典型担保の種類

非典型担保の設定は、当事者の用いる法形式も目的物も種々様々であるが、一般的にはつぎのように整理される。

① 担保契約と同時に担保目的物の権利自体を(与信者)に移転させる形式をとる代表的な制度として「譲渡担保」がある⁽²⁰⁾。たとえば、XがYに融資する場合、債権担保としてY(第三者でもよい)が提供した担保目的物の所有権をXに移転する。もしも、Yが債務不履行に陥った場合には、他の一般債権者に先立ってその担

保目的物から優先して弁済を受けることができる制度である（変則担保というものもある）⁽²¹⁾。近時、担保目的物の多様化によって、この譲渡担保の法形式が柔軟に用いられている。たとえば、店舗内の動産を一括して「集合物」として担保に取ったり（集合動産譲渡担保）することが判例・学説においても有効視されている。この方法について、具体的には、(イ) 搬入・搬出を繰り返すが原型をかえないで流通過程におかれる「流動集合動産譲渡担保」、(ロ) 個々の動産に加工が加わって原材料から半製品、そして製品へと変質する「変質集合動産譲渡担保」、(ハ) 機械器具、計器、営業設備などの有機的に関連をもって集まった動産の集合体を担保の目的とする「確定集合動産譲渡担保」に目的物の性質によって分けることが可能である⁽²²⁾。または、担保権設定者が有する知的財産、種々の債権、たとえば、手形・売掛債権等々も集合債権として一括して担保にとる（集合債権譲渡担保）⁽²³⁾ という方法もある。

② 債務者（受信者）の債務不履行に備えて、不履行があればただちに債権者が権利を取得することができるように、担保化と同時にその権利を保全しておく、「代物弁済予約」をその典型とする「仮登記担保制度」についてはすでに紹介した。たとえば、XがYに融資する場合、もしYが債務の弁済を怠ったらY所有の不動産の所有権をXに移転することを予め「仮登記」しておくという法形式をとることから「仮登記担保」と呼ばれる⁽²⁴⁾。

③ 本来ならば、買主（債務者）に移転する権利を債務不履行が生じた場合に備えて売主（債権者）にその権利を留保しておく、という「所有権留保」制度がある⁽²⁵⁾。この制度が、特に主として高価な商品（動産）の売買、したがって代金が割賦販売の場合に頻繁に利用される。それは、自動車抵当法や建設機械抵当法がありながら、担保の実行の簡便さも備えているため所有権留保がよく利用されることからその機能を理解できよう。

④ 売買予約⁽²⁶⁾ という制度が利用される。

この制度は、売買予約をしておき、債務者が債務を弁済しない場合に、債権者が予約完結の意思表示をし、その売買代金と金銭債権とを相殺して所有権を債権者が取得するという形式をとって債権担保の目的を達成するという法形式をとっているものである。これは抵当権と併用または、独立して債権担保のために活用されている。しかも、これらは「仮登記」を伴うものが多く、従来、その多くは代物弁済予約とみられていた。そのため、現在では、仮登記担保法の適用をうけることになっている⁽²⁷⁾。

⑤ 譲渡担保に類似するもので売渡担保（買戻しと再売買予約）⁽²⁸⁾ がある。売買の形式で信用の授受を行う法形式をとる。まず、「買戻し」（民579条～585条）とは、たとえば、債務者Yは自己の不動産をXに1000万円で売却した形をとって1000万円の融資を受ける。ただし、これはあくまでも融資のための担保の意味であり、弁済期までには、1000万円を用意すれば債務者Yはその不動産を買戻せる、という特約付の売買契約である。契約によりなされた売買を実質に解除するという方式である⁽²⁹⁾。他方、「再売買予約」とは、受信者が実質的に担保となる目的物をいったん与信者に売却し、将来、与信者が受信者にこれを売り渡すことについて予約する（556条）、という方式をとる。先の買戻しと同様「売買」の方式を基盤にするが、売買を解除する買戻しと異なり、売買を予約しておく、という点で区別される⁽³⁰⁾。現在では、法律構成として「譲渡担保」と区別して取扱う必要はない。

⑥ 代理受領⁽³¹⁾ とは、たとえば、債権者Xが、債務者Yが第三者Aに持っている債権を担保にとる場合、XがYから委任を受けて代理人となって、AからXが直接債権を受け取り、それをもって、Xの債権回収に当てる方法である。あくまでも債権者Xと債務者Yとの特約であり、当事者間の債権担保の特約であるため、その特約は、第三者に対して、対抗力や優先弁済権は持たない点、後述する振込指定と同様である。これは、債権の譲渡が禁止されている債権（特

に官公庁の発注による土木請負工事において有する請負代金債権等)を担保目的とすることができない、という状況から、なんとか担保とする方法はないか、と考えだされた方法である。特に、企業間で有している代金債権を譲渡したり、質入れするとたちまち信用不安を招き、銀行融資以外にはあまり利用されていないのが実情である。

⑦ 振込指定⁽³²⁾とは、債権者が債務者の取引先に有している売掛代金債権を担保にとる場合に利用される。多くは、銀行と融資先・債務者との間で利用される担保方法である。たとえば、X銀行から融資を受けようとするYは、Yが継続的取引によってAらに対して有する売掛代金債権の支払い先を、融資を受けようとするX銀行の特定の振込口座へ振り込むように約し、YのXからの融資の返済に当てることを前もって約束する方式をとるものである。民法典にも「債権質」が置かれているが、債権質を担保に取ることができる要件には、すでに債権の効力が発生しているものに限る。ところが、振込指定は、融資を受ける当時、未発生 of 債権でも担保にとることができる、という点で非典型担保としての意味をもつ。ただし、振込指定は、債権であるため、その効果を第三者に対抗することはできない。さきの事例で、YにX以外の一般債権者に差し押さえられたり、第三者にこの債権が譲渡されてしまえばX銀行はそれらの者に優先弁済を主張することはできないが、後でみる、「相殺予約」との併用によって担保として十分機能している。

⑧ 相殺予約⁽³³⁾とは、もっぱら、銀行が自行に定期預金を有している預金者とのあいだでなされる担保方法である。たとえば、X(銀行)が1000万円の定期預金をX銀行に有しているY(債務者・預金者)に500万円の融資をする場合、もしも、Yが弁済期に債務を返済できない場合には、他の一般債権者に先立ってその1000万円の定期預金から500万円については優先弁済を受けることができる旨の合意によってなされる非典型担保である。「相殺」制度はいうまでも

なく民法505条以下にその規定を置いている。しかしながら、そこに規定されている「相殺」は、両当事者が互いに相対立する債権・債務を有している場合に、当事者の一方の意思表示によってその債権・債務を対等額において消滅させる制度である。弁済と同様債権の消滅原因の一つである。確かに、Yの持つ定期預金の払出しとXへの弁済とが相殺関係に立つのと同視できる。それを将来、債務不履行生じたら、「定期預金」と同額において相殺する旨の「予約」をして置くと、結果として、債権者であるX銀行にとって「担保的機能」を有する制度になる。学説では争いがあるが、銀行取引のように公知性のあるものはその効力が一般的にも認められているといつてよい、とされる⁽³⁴⁾。

(未完)

(11) 現在、通説・判例ともに、抵当権設定の前後に関わりなく、付加一体物は主物と共に処分される(370条)。建物に抵当権が設定されている場合、大型の設置型機器を備え付けた場合、建物の処分とともに高額な機器も一緒に処分されてしまうのか。近時の事業用建物と比較するとそこに備えつける機器の方が高額な場合も稀ではない。この点について、担保権設定時に、当事者間で「当該機器については除外する」旨の合意(370条但書)をすることは可能である。しかし、あくまでも債権的な効果であるため、第三者について対抗はできないとされる(道垣内・前出註(2)115頁)。この点については、疑問が残る。湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」『民法講座3 物権(2)』47頁以下(有斐閣, 1984年)、拙稿「抵当権の効力の及ぶ範囲」『愛知学院大学法学部同窓会創立30周年記念法学論集第1巻』335頁。

(12) 道垣内・前出註(2)160頁-161頁。

(13) 濫用型併用短期賃貸借については、判例はその制度趣旨は認めるものの、その法的効果については、否定している(最判昭和53年2月17日民集31巻1号67頁, 平成元年6月5日民集43巻5号355頁, 最判平成3年3月22日民集45巻3号268

- 頁。学説については、内田貴「抵当権と利用権」(1983年、有斐閣)、同・「抵当権と短期賃貸借」『民法講座3 物権(2)』175頁、椿寿夫「抵当権にもとづく妨害排除請求への道 —— 併用賃借権および短期賃借権との関連で ——」ジュリ963号99頁参照、拙稿「併用賃借権者の後順位抵当権者に対する明渡請求の可否」愛学法研会論集10巻1・2号149頁。
- (14) 濫除については、生熊長幸「わが濫除制度の矛盾と濫除制度廃止論」岡法44巻3・4号、新関輝夫「濫除制度の存続の可否」『金融担保法講座I巻』、甲斐道太郎「濫除とその機能」『担保法体系(1)』参照。
- (15) なお、法定地上権については、抵当権設定当時から土地の上に建物が存在することを要する。更地に抵当権を設定した後にその上に建てられた建物については法定地上権は成立しない、というのが通説・判例の立場である。しかし、デベロッパーや住宅会社が地上建物を建てるために融資を受けて築造した建物に法定地上権が成立するという現在の通説(道垣内・173項、判例は、大判大正15年2月5日民集5巻82頁、大判昭和11年12月15日民集15巻2212頁)については再考する余地があろう。
- (16) 清算理論が打ち出された判例として、最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁参照。
- (17) 近時の判例の傾向である。帰属清算について判示した判例として、最判昭和45年3月26日民集24巻3号209頁、最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁参照。
- (18) 当初はこれを原則型としていた。前出註(16)の判決の他、最判昭和43年3月7日民集22巻5号509頁、最判昭和44年10月16日民集23巻10号1759頁等参照。
- (19) この点についての整理は、道垣内・前出註(2)249頁以下、湯浅・前出註(2)116頁以下参照。
- (20) 譲渡担保について、清水誠「譲渡担保の意義・効力」前出註(2)『担保法大系4』282頁、吉田眞澄「譲渡担保」(商事法務、1979年)、米倉明「譲渡担保」(弘文堂、1978年)、近江幸治「譲渡担保理論の再構成」(早稲田法研論集13号)、同

「担保制度の研究 —— 権利移転型担保研究序説 ——」(成文堂、1986年)参照、なお、譲渡担保の実行について、角紀代恵「動産譲渡担保」小林=角『手続法からみた民法』89頁以下参照(弘文堂、1993年)。

近江・前出註(2)参照。

伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ699号92頁参照。その他、集合動産譲渡担保について、角・前出註(7)、千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力(1)～(4)」判タ754、761、763、766号、椿寿夫「集合動産譲渡担保の有効性および動産売買先取特権との優劣」前出註(2)『判例から学ぶ民法』68頁以下、伊藤進「集合動産譲渡担保の有効性の検討」手形研究323号、松井宏興「集合物の譲渡担保 —— 判例が提起した問題を中心として」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』75頁以下参照。

集合債権譲渡担保について、角紀代恵「流動債権譲渡担保」別冊NBL31号76頁参照。椿寿夫「集合債権担保論の基礎」ジュリ806号、807号、鳥谷部茂「債権譲渡担保・その他の担保方法」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』121頁。

仮登記担保法について、宇佐見大司「仮登記担保の内容・効力」前出註(2)『担保法大系4』114頁以下、生熊長幸「仮登記担保」星野英一編代『民法講座3』(有斐閣、1984年)241頁以下、椿寿夫「代物弁済予約の研究」(有斐閣、1975年)、吉野衛「仮登記担保権に対する抵当権の規定の準用」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』1頁以下参照。

なお、その一例としては、割賦販売法第7条において、一定の商品を指定商品と定め割賦販売の方法により販売された指定商品の所有権は、割賦金の支払の義務が履行される時までには、割賦販売業者に留保されたものと推定している。所有権留保の文献については、前出註(2)の他、米倉明「流通過程における所有権留保再論」法学協会百周年記念(3)(有斐閣、1983年)引用の文献、安永正昭「所有権留保の内容・効力」前出註(2)『担保法大系4』(金融財政、1985年)参照。

売買予約については、湯浅・前出註(2) 111頁。

柚木＝高木・544頁参照。

買戻と再売買については、生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」前出註(2)『担保法大系4』446頁参照。

したがって、売買契約と同時にその特約を交わさなければならない(民579条本文)。一度、所有権が債権者Xに移転するため、所有権者となったXはその後、その不動産について使用、収益、処分については自由であるが、必ず、買戻すことができる、と特約を結べば、「手放す気持ちがない」目的物でも「担保」として安心して機能させることができる点、通常の売買とは異なる。ただし、目的物は不動産に限定される、という制約がある(民579条本文)。したがって、第三者に対抗するためには、登記簿にその旨の記載が必要である(581条1項)。しかし、その理論的な解決については譲渡担保とどれだけの相違があるか、ということとも関連があろう。

なお、再売買予約については、先の買戻しとは異なり、売買契約と同時に再売買予約が締結される必要はなく、目的物は不動産に限られないが、実際上は不動産について行われるのが一般的であり、その予約完結権について仮登記が付される(不動産登記法2条2号)ことで第三者に対抗することができる。

代理受領について、甲斐道太郎「契約形式による担保権——代理受領」『現代契約法体系(6)』(金融財政、1985年)34頁以下、

振込指定については、道垣内・前出註(2) 293－294頁参照。

相殺予約について、星野英一「〔シンポジウム〕相殺の担保的機能」民法論集(2)(有斐閣、1976年)267頁以下、清水誠「相殺の担保的機能についての再論」我妻追悼・『私法学の新たな展開』365頁以下、伊藤進「差押と相殺」『民法講座4』(1985年、有斐閣)393頁以下、拙稿「親和銀行預金差押事件」判例演習民法3(成文堂、1996年)277頁以下参照。判例について、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁参照。なお、立法者は、当初、「相殺」制度のこのような担保的機能については予測はしていなかったため、非典型担保として位置づけられている。一般的にこのように評価が確定したのは、さきの昭和45年判決による。この判決は、一般債権者が定期預金を「差し押さえ」した場合、それが特に、税金滞納による税務署による差し押さえである場合、銀行の有する「相殺予約」と国の有する「税金徴収」といづれがその定期預金債権について優先するか、という点について、X銀行の「相殺予約」の担保的機能の方を優先させる、という立場を明示することによって、「相殺予約」の担保的機能が強化されることになった。現在もこの判例の立場を踏襲し、銀行の融資実務の場面で活用されているものである。

前出註 の判例の他、最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁。

中部大学経営情報学部論集

第11巻 第2号

正 誤 表

中部大学経営情報学部論集第11巻第2号の訂正のお知らせ

先般発行いたしました中部大学経営情報学部論集第11巻第2号で、
①論文 田中淳子先生執筆分と、②資料 加藤昭二先生執筆分におき
まして編集上のミス及び印刷上におけるミスが併せてありました。

このことについては、著者の責任ではないことをお知らせいたしま
すとともに、関係各位にご迷惑をお掛けいたしましたことをお詫び申
し上げます。

平成9年6月

中部大学経営情報学部
紀要編集委員会

不二印刷工業株式会社

田中淳子先生執筆分

裏表紙目次 ・ 15頁 タイトル

(誤)

Der Lehre vom den untypischen Sicherungsrechte (1)………… Atsuko TANAKA (15)

『非 典 型 担 保 論』(1)

Der Lehre vom den untypischen Sicherungsrechte (1)

(正)

Die Lehre von dem untypischen Sicherungsrechte (1)………… Atsuko TANAKA (15)

『非 典 型 担 保 論』(1)

Die Lehre von dem untypischen Sicherungsrechte (1)

- 頁。学説については、内田貴「抵当権と利用権」(1983年、有斐閣)、同・「抵当権と短期貸借」『民法講座3 物権(2)』175頁、椿寿夫「抵当権にもとづく妨害排除請求への道——併用貸借権および短期貸借権との関連で——」ジュリ963号99頁参照、拙稿「併用貸借権者の後順位抵当権者に対する明渡請求の可否」愛学法研会論集10巻1・2号149頁。
- 04 濫除については、生熊長幸「わが濫除制度の矛盾と濫除制度廃止論」岡法44巻3・4号、新関輝夫「濫除制度の存続の可否」『金融担保法講座I巻』、甲斐道太郎「濫除とその機能」『担保法体系(1)』参照。
- 05 なお、法定地上権については、抵当権設定当時から土地の上に建物が存在することを要する。更地に抵当権を設定した後その上に建てられた建物については法定地上権は成立しない、というのが通説・判例の立場である。しかし、デベロッパーや住宅会社が地上建物を建てるために融資を受けて築造した建物に法定地上権が成立するという現在の通説(道垣内・173項、判例は、大判大正15年2月5日民集5巻82頁、大判昭和11年12月15日民集15巻2212頁)については再考する余地があろう。
- 06 清算理論が打ち出された判例として、最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁参照。
- 07 近時の判例の傾向である。帰属清算について判示した判例として、最判昭和45年3月26日民集24巻3号209頁、最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁参照。
- 08 当初はこれを原則型としていた。前出註06の判決の他、最判昭和43年3月7日民集22巻5号509頁、最判昭和44年10月16日民集23巻10号1759頁等参照。
- 09 この点についての整理は、道垣内・前出註(2)249頁以下、湯浅・前出註(2)116頁以下参照。
- 20 譲渡担保について、清水誠「譲渡担保の意義・効力」前出註(2)『担保法大系4』282頁、吉田眞澄「譲渡担保」(商事法務、1979年)、米倉明「譲渡担保」(弘文堂、1978年)、近江幸治「譲渡担保理論の再構成」(早稲田法研論集13号)、同「担保制度の研究——権利移転型担保研究序説——」(成文堂、1986年)参照、なお、譲渡担保の実行について、角紀代恵「動産譲渡担保」小林=角『手続法からみた民法』89頁以下参照(弘文堂、1993年)。
- 近江・前出註(2)参照。
- 伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ699号92頁参照。その他、集合動産譲渡担保について、角・前出註(7)、千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力(1)~(4)」判タ754、761、763、766号、椿寿夫「集合動産譲渡担保の有効性および動産売買先取特権との優劣」前出註(2)『判例から学ぶ民法』68頁以下、伊藤進「集合動産譲渡担保の有効性の検討」手形研究323号、松井宏興「集合物の譲渡担保——判例が提起した問題を中心として」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』75頁以下参照。
- 集合債権譲渡担保について、角紀代恵「流動債権譲渡担保」別冊NBL31号76頁参照。椿寿夫「集合債権担保論の基礎」ジュリ806号、807号、鳥谷部茂「債権譲渡担保・その他の担保方法」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』121頁。
- 仮登記担保法について、宇佐見大司「仮登記担保の内容・効力」前出註(2)『担保法大系4』114頁以下、生熊長幸「仮登記担保」星野英一編代『民法講座3』(有斐閣、1984年)241頁以下、椿寿夫「代物弁済予約の研究」(有斐閣、1975年)、吉野衛「仮登記担保権に対する抵当権の規定の準用」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』1頁以下参照。
- なお、その一例としては、割賦販売法第7条において、一定の商品を指定商品と定め割賦販売の方法により販売された指定商品の所有権は、割賦金の支払の義務が履行される時までには、割賦販売業者に留保されたものと推定している。所有権留保の文献については、前出註(2)の他、米倉明「流過程における所有権留保再論」法学協会百周年記念(3)(有斐閣、1983年)引用の文献、安永正昭「所有権留保の内容・効力」前出註(2)『担保法大系4』(金融財政、1985年)参照。

- 頁。学説については、内田貴「抵当権と利用権」(1983年、有斐閣)、同・「抵当権と短期質貸借」『民法講座3物権(2)』175頁、椿寿夫「抵当権にもとづく妨害排除請求への道——併用賃借権および短期賃借権との関連で——」ジュリ963号99頁参照、拙稿「併用賃借権者の後順位抵当権者に対する明渡請求の可否」愛学法研論集10巻1・2号149頁。
- (14) 濫除については、生熊長幸「わが濫除制度の矛盾と濫除制度廃止論」岡法44巻3・4号、新関輝夫「濫除制度の存続の可否」『金融担保法講座I巻』、甲斐道太郎「濫除とその機能」『担保法体系(1)』参照。
- (15) なお、法定地上権については、抵当権設定当時から土地の上に建物が存在することを要する。更地に抵当権を設定した後にその上に建てられた建物については法定地上権は成立しない、というのが通説・判例の立場である。しかし、デベロッパーや住宅会社が地上建物を建てるために融資を受けて築造した建物に法定地上権が成立するという現在の通説(道垣内・173項、判例は、大判大正15年2月5日民集5巻82頁、大判昭和11年12月15日民集15巻2212頁)については再考する余地がある。
- (16) 清算理論が打ち出された判例として、最判昭和42年11月16日民集21巻9号2430頁参照。
- (17) 近時の判例の傾向である。帰属清算について判示した判例として、最判昭和45年3月26日民集24巻3号209頁、最大判昭和49年10月23日民集28巻7号1473頁参照。
- (18) 当初はこれを原則型としていた。前出註(16)の判決の他、最判昭和43年3月7日民集22巻5号509頁、最判昭和44年10月16日民集23巻10号1759頁等参照。
- (19) この点についての整理は、道垣内・前出註(2)249頁以下、湯浅・前出註(2)116頁以下参照。
- (20) 譲渡担保について、清水誠「譲渡担保の意義・効力」前出註(2)『担保法大系4』282頁、吉田眞澄「譲渡担保」(商事法務、1979年)、米倉明「譲渡担保」(弘文堂、1978年)、近江幸治「譲渡担保理論の再構成」(早稲田法研論集13号)、同「担保制度の研究——権利移転型担保研究序説——」(成文堂、1986年)参照、なお、譲渡担保の実行について、角紀代恵「動産譲渡担保」小林=角『手続法からみた民法』89頁以下参照(弘文堂、1993年)。
- (21) 近江・前出註(2)参照。
- (22) 伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ699号92頁参照。その他、集合動産譲渡担保について、角・前出註(7)、千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力(1)~(4)」判タ754、761、763、766号、椿寿夫「集合動産譲渡担保の有効性および動産売買先取特権との優劣」前出註(2)『判例から学ぶ民法』68頁以下、伊藤進「集合動産譲渡担保の有効性の検討」手形研究323号、松井宏興「集合物の譲渡担保——判例が提起した問題を中心として」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』75頁以下参照。
- (23) 集合債権譲渡担保について、角紀代恵「流動債権譲渡担保」別冊NBL31号76頁参照。椿寿夫「集合債権担保論の基礎」ジュリ806号、807号、島谷部茂「債権譲渡担保・その他の担保方法」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』121頁。
- (24) 仮登記担保法について、宇佐見大司「仮登記担保の内容・効力」前出註(2)『担保法大系4』114頁以下、生熊長幸「仮登記担保」星野英一編代『民法講座3』(有斐閣、1984年)241頁以下、椿寿夫「代物弁済予約の研究」(有斐閣、1975年)、吉野衛「仮登記担保権に対する抵当権の規定の準用」前出註(2)『金融担保法講座Ⅲ』1頁以下参照。
- (25) なお、その一例としては、割賦販売法第7条において、一定の商品を指定商品と定め割賦販売の方法により販売された指定商品の所有権は、割賦金の支払の義務が履行される時までには、割賦販売業者に留保されたものと推定している。所有権留保の文献については、前出註(2)の他、米倉明「流通過程における所有権留保再論」法学協会百周年記念(3)(有斐閣、1983年)引用の文献、安永正昭「所有権留保の内容・効力」前出註(2)『担保法大系4』(金融財政、1985年)参照。

- 売買予約については、湯浅・前出註(2) 111頁。
- 柚木＝高木・544頁参照。
- 買戻と再売買については、生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」前出註(2)『担保法大系4』446頁参照。
- したがって、売買契約と同時にその特約を交わさなければならない(民579条本文)。一度、所有権が債権者Xに移転するため、所有権者となったXはその後、その不動産について使用、収益、処分については自由であるが、必ず、買戻すことができる、と特約を結べば、「手放す気持ちがない」目的物でも「担保」として安心して機能させることができる点、通常の売買とは異なる。ただし、目的物は不動産に限定される、という制約がある(民579条本文)。したがって、第三者に対抗するためには、登記簿にその旨の記載が必要である(581条1項)。しかし、その理論的な解決については譲渡担保とどれだけの相違があるか、ということとも関連があらう。
- なお、再売買予約については、先の買戻しとは異なり、売買契約と同時に再売買予約が締結される必要はなく、目的物は不動産に限られないが、実際上は不動産について行われるのが一般的であり、その予約完結権について仮登記が付される(不動産登記法2条2号)ことで第三者に対抗することができる。
- 代理受領について、甲斐道太郎「契約形式による担保権——代理受領」『現代契約法体系(6)』(金融財政, 1985年) 34頁以下、
- 振込指定については、道垣内・前出註(2) 293-294頁参照。
- 相殺予約について、星野英一「〔シンポジウム〕相殺の担保的機能」民法論集(2)(有斐閣, 1976年) 267頁以下、清水誠「相殺の担保的機能についての再論」我妻道徳・『私法学の新たな展開』365頁以下、伊藤進「差押と相殺」『民法講座4』(1985年, 有斐閣) 393頁以下、拙稿「親和銀行預金差押事件」判例演習民法3(成文堂, 1996年) 277頁以下参照。判例について、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁参照。なお、立法者は、当初、「相殺」制度のこのような担保的機能については予測はしていなかったため、非典型担保として位置づけられている。一般的にこのように評価が確定したのは、さきの昭和45年判決による。この判決は、一般債権者が定期預金を「差し押さえ」た場合、それが特に、税金滞納による税務署による差し押さえである場合、銀行の有する「相殺予約」と国の有する「税金徴収」といづれがその定期預金債権について優先するか、という点について、X銀行の「相殺予約」の担保的機能の方を優先させる、という立場を明示することによって、「相殺予約」の担保的機能が強化されることになった。現在もこの判例の立場を踏襲し、銀行の融資実務の場面で活用されているものである。
- 前出註□の判例の他、最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁。

- ②⑥ 売買予約については、湯浅・前出註(2) 111頁。
- ②⑦ 柚木＝高木・544頁参照。
- ②⑧ 買戻と再売買については、生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」前出註(2)『担保法大系4』446頁参照。
- ②⑨ したがって、売買契約と同時にその特約を交わさなければならない(民579条本文)。一度、所有権が債権者Xに移転するため、所有権者となったXはその後、その不動産について使用、収益、処分については自由であるが、必ず、買戻すことができる、と特約を結べば、「手放す気持ちがない」目的物でも「担保」として安心して機能させることができる点、通常の売買とは異なる。ただし、目的物は不動産に限定される、という制約がある(民579条本文)。したがって、第三者に対抗するためには、登記簿にその旨の記載が必要である(581条1項)。しかし、その理論的な解決については譲渡担保とどれだけの相違があるか、ということとも関連があろう。
- ③⑩ なお、再売買予約については、先の買戻しとは異なり、売買契約と同時に再売買予約が締結される必要はなく、目的物は不動産に限られないが、実際上は不動産について行われるのが一般的であり、その予約完結権について仮登記が付される(不動産登記法2条2号)ことで第三者に対抗することができる。
- ③⑪ 代理受領について、甲斐道太郎「契約形式による担保権——代理受領」『現代契約法体系(6)』(金融財政, 1985年) 34頁以下、
- ③② 振込指定については、道垣内・前出註(2) 293－294頁参照。
- ③③ 相殺予約について、星野英一「〔シンポジウム〕相殺の担保的機能」民法論集(2)(有斐閣, 1976年) 267頁以下、清水誠「相殺の担保的機能についての再論」我妻追悼・『私法学の新たな展開』365頁以下、伊藤進「差押と相殺」『民法講座4』(1985年, 有斐閣) 393頁以下、拙稿「親和銀行預金差押事件」判例演習民法3(成文堂, 1996年) 277頁以下参照。判例について、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁参照。なお、立法者は、当初、「相殺」制度のこのような担保的機能については予測はしていなかったため、非典型担保として位置づけられている。一般的にこのように評価が確定したのは、さきの昭和45年判決による。この判決は、一般債権者が定期預金を「差し押さえ」た場合、それが特に、税金滞納による税務署による差し押さえである場合、銀行の有する「相殺予約」と国の有する「税金徴収」といずれがその定期預金債権について優先するか、という点について、X銀行の「相殺予約」の担保的機能の方を優先させる、という立場を明示することによって、「相殺予約」の担保的機能が強化されることになった。現在もこの判例の立場を踏襲し、銀行の融資実務の場面で活用されているものである。
- ③④ 前出註③③の判例の他、最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁。