

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会 第2回

日時 平成31年3月26日(火)

10:30～

場所 商事法務研究会 2階A会議室

○座長 若干まだ早いようですが、皆さんがおそろいですので、動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第2回)を開催したいと思います。本日もお忙しいところ、ご出席くださりまして、どうもありがとうございました。また、こんなにたくさんのおブザーの方までいる中で、それに見合った議論ができるのかどうか、緊張していますけれども、追い追いという感じで、よろしくをお願いします。また、先ほどオブザーバーの方がたくさんいらっしゃると申しましたが、本日から日本司法書士連合会の委員の方が、この研究会を傍聴されるということですので、よろしく願いいたします。それでは、議事に入りたいと思います。まず、事務局から資料の確認をお願いします。

○法務省 研究会資料2として動産・債権等を目的とする担保権についての検討事項(1)を配布しています。それから、B先生から、清算義務と不動産担保の執行について比較法の資料をご準備いただきました。今回配布させていただいたのは以上です。

○座長 法務省がおっしゃった資料で欠けていましたらご指摘ください。さて、法務省がおっしゃってくださりましたように、今回は総論的な問題についてご議論いただきましたが、本日の研究会の前半は、今日、お配りしている研究会資料2にあります清算金の支払いといった具体的な問題に入る前に、前回に引き続いて総論的な問題についてご意見を伺いたいと思います。今回は所有権留保やファイナンスリースを取り込んだ立法をするかどうか、新しい担保物権を創設したとしても、その担保物権の設定契約をするのではなくて、担保目的で財産権を移転した場合をどのように扱うか、あるいは設定者の財産全体に対して、担保の設定をどの程度緩やかに認めるのかといった議論がありましたが、それを踏まえつつ、もっとこういうことを検討すべきではないかという総論的な課題についてご意見を頂きたいと思います。研究会資料1の中で書いてあるけれど、この点は確かに重要だというご発言でも結構ですし、あるいは、こういう観点からすべきだというものもあるかもしれません。さらには書かれていないけれども、こういうことは検討すべきではないかということもあろうかと思えます。1時間程度ということで総論的なところの補足を最初にさせていただきたいと思えます。ご自由にご議論いただきたいと思います。

○A 譲渡担保権の実行方法として私的実行が認められています。それと並んで、民事執行法による競売申立てをすることができるのかという問題があろうかと思えます。この点は、民事執行法は譲渡担保権による競売を想定しておりませんし、費用や時間が掛かるということで実務上も必要性はないと考えられているのかなと思えます。ただ、担保権設定者が私的実行に協力的でないような場合に、何と言うか差押えをするとか引渡命令のような制度で簡易に引渡しを実現することとか、目的物の適正な価格について争いがある場合に、競売手続で公正な価格で売却することとか、また、そのほかに担保権者が先順位と後順位が、もしいる場合があるとして、そういう場合に配当手続を利用するような競売手続とか配当手続の利用可能性といった問題についても、検討する価値はあるのかなと考えます。

○座長 引渡命令とか、あるいは保全処分とかやるときに担保物権を指定することによって、それが初めて可能になるのか。そうでなくても可能なのか。所有権でやるということでも十分なのか、それとも特殊な担保であるということに応じた保全とか引渡しの方法が定められるのか。その前提としては、どういう論理構成をとることが必要なのかという問題がありそうな気がします。それ以外にいろいろあるかもしれませんが、Bさん、どうぞ。

○B 動産譲渡担保について、民事執行法に何らかの規定を置く必要があるというという

お考えに賛成です。そして、規定の必要性は、担保権実行の場面に限られないと考えます。というのも、動産譲渡担保の目的物を一般債権者が差し押さえてきたときに、譲渡担保権者に第三者異議が認められるかという問題があります。判例・通説は、第三者異議を認める立場ですが、立法論としては、配当要求でいいのではないかという意見が多数なのではないでしょうか。現時点では、民事執行法に規定がないので譲渡担保権者による配当要求は実現できないと言われているので、立法に際しては、譲渡担保目的物に差押えがあった場合に、譲渡担保権者が配当要求できるという規定もあったらいいなと思います。

○座長 さきほどの A さんのご発言に戻ってしまうのですが、先ほどの差押えもそうですが、後順位者の存在を認めるとなったときに、それでは、後順位者がいるときは私的実行しかできないのか。うまく処理するために裁判上の手続を使うことはできなくなって、私的実行しかできなくなるのか。あるいは先ほど清算金の額に争いがあるときとおっしゃいましたが、裁判所を用いる手続としての担保権実行手続を担保権者の権利として位置付けるのか、それとも後順位者や清算金の債権者の救済手段として位置付けるのか。そういった問題があるかもしれません。続けて C さん、どうぞ。

○C 実行の場面に関してですが、必ずしも裁判所の換価手続に馴染まない担保物が結構あると思います。例えば換価処分を裁判所の手続で行なうとすれば時間が掛かるので、例えば生ものや消費期限や賞味期限があるものを手続に乗せるのは難しいと思います。したがって私的実行により処分するのか、あるいは裁判所の関与する手続に乗せるのかは担保権者の権利として位置付けないと、全て裁判所の関与する方法で換価処分を強制されることになれば、担保物の価値自体が減耗する可能性もあるので、柔軟な手続にしたほうがいいと思います。

○座長 C さんのおっしゃった話の前半部分を押し進めていったときに、例えば UCC などでは一定程度の自力救済が認められていたりするわけですが、占有について平穏を害さない方法によってとか、そういうふうな生ものとか賞味期限があるという話になったときには、取りに行かせてくれということも含んでいるわけでしょうか。

○C そうです。

○座長 分かりました。D さん、どうぞ。

○D A 先生がおっしゃったこととの関係では、前回は申し上げましたけれども、大きな議論として、担保法制を作る以上は執行、倒産における扱いをきちんと定めておくべきだという考え方を、もう一度申し上げたいのと、民事執行法 190 条というのがありますが、ここで動産競売の規定がございます。これは先取特権を主に考えた規定だと思いますが、これが譲渡担保権に類推適用できるかという問題が、かねてから議論されているわけです。実務上は、この 190 条で譲渡担保物の差押えをして競売をしたという先駆的な事例は、調査を尽くしているわけではありませんが、私まだ知らないです。それはなぜかと言うと、190 条が本当に譲渡担保に類推適用できるのか試してみることが、ちょっと危なくてできない。つまり、先例がおそらくないために、担保実行で 1 日を争う場面でもまだ使えていないというのが実情だろうと思います。

ですから、もし執行法制を変えるとということであれば、民事執行法 190 条は 1 つの手掛かりであり、ここに譲渡担保を加えていくことも考えられると思います。そのときに先ほど C さんがおっしゃったこととの関係では、譲渡担保の実行方法として、このような公的

な裁判所を通じた方法に必ずやらなければならないのか、それとも私的実行を許すのかということが問題となります。結局、それは総論としての新しい担保権を作る場合、あるいは担保を横串で貫くようなルールを作る場合のいずれにしても、要するにそこで漏れたものを非典型担保として、なお許すかどうかという議論につながる論点かと思います。いずれにしてもCさんがおっしゃった点は重要であり、裁判上の手続に必ずやらなければならないとすると、確かに動産の場合は不動産と違って場所が変わる。保管場所からなくなってしまうという問題と、それから価値の減耗という問題がありますので、その動産の2つの特性をきちんと捉えた対応が必要であろうと思います。

○座長 ありがとうございます。

○B 今、CさんとDさんがおっしゃった点について、後で清算義務のところに入ったところでもう少し詳しい議論になるかと思いますが、少しだけアメリカ法とフランス法を調べたところ、両方とも裁判所を使った実行方法と私的実行方法の二本立てになっています。日本で立法するときも、どちらかに絞るというよりは、二本立てにしておいたほうがユーザーフレンドリーなのかなと思いました。

○D 現在でも、例えば株式質なんかは質権の実行方法として当然ながら民事執行法上の競売はあるのですが、それはほとんど使われていなくて、私的実行でやっています。このように質権についても実行方法としては両立てになっている場合がありますので、そのような二本立ては十分にあり得る方法かなと思います。

○座長 ほかに何か検討すべき問題はございますか。

○法務省 幾つかご発言があったように、実行方法をうまく設計することが、使いやすさという面で重要な問題になってくると思います。今、譲渡担保という形で動産の担保化がされているわけですが、そこでのメリットの1つは私的実行ができるということですから、そのメリットをどうやって生かしていくか。それをどう確保していくかが課題になってくるのかなと思います。

そのときに、A先生がおっしゃったことですけれども、後順位担保権者がいたときに、実行しようとする先順位の担保権者に配当までさせるというのは難しいと思いますから、そこで裁判所を利用するというのは1つの方法だと思います。しかし、後順位があったときに必ず裁判所を使わなければいけないということになるのか。それとも後順位担保権者がいてお金の行き先が複数に分かれるときに、それをうまく私的実行でやっていく仕組みが可能なのかが、問題の指摘だけですけれども、難しい問題なのかなと感じます。

○座長 具体的な話をすると細かくなってきますのですが、現在、清算金を供託したらどうなるのですか。後順位者がいて、それが有効に成立していることを前提に後順位者が清算金を取れるのではないか。だから債権者が不明であるということで供託が認められるのか。認められたとすると、その後はどう処理するのかという問題もあって、裁判所が仮に嫌がっても供託が認められるということになると、その処理を確定させなければなりませんね。

○E 細部にわたることなのですからけれども、そもそも後順位がいるときに後順位権者が実行できるのかという問題も1つあると思いますし、裁判所の手続に乗せるときは、結局、重くなるとは思いますがけれども、それを可能にすることは十分考えられると思います。ただ、私的実行というときにできるかという問題があり、現在はできないと考えられていると思いますが、恐らく、そのときには消除主義をとるのかどうかということも関係して

くるので、組み方は幾つかの選択肢があり得ると思います。取りあえずそういう点にも関わるのではないかということだけです。

○座長 消除主義をとらなかつたら売れないでしょう。

○E 先順位が残るので、担保価格によるということですね。

○座長 ああ、後順位が実行したときですね。

○E そうです。先順位が実行するときはちょっと別の話で、さっきの供託とか清算の話です。後順位権者が実行できるとするならば、どういう仕組みが作れるかということです。

○座長 なるほど。Jさん、どうぞ。

○J 今の制度、後順位、裁判所の手続を作るということに特段反対はないですが、仮に後順位がいるときは後順位が実行するにしろ、先順位が実行するにしろ、裁判所に行かなければいけない。行くことができるという規律を設けたときに、それが先順位者に妨害的に使われるおそれというのは、かなり懸念する必要があるのではないかという気がしています。裁判所でもものすごく簡易な手続を作れば話は別なのかもしれませんが、裁判所に行けば手続が重くなるということだとすると、わざと後順位を付けて裁判所に行かせる。そういう事態が懸念されるように思います。そういうことが一般的になれば、結局、この担保は使われなくなるおそれがあるので、私的実行のメリットとの兼合いで慎重に考えたほうがいいかなと思います。

○座長 Fさん、どうぞ。

○F 裁判手続を設けること自体には私も賛成ですが、今の話、あと先ほどのCさんの話にも関わりますけれども、私的実行の道は残すべきだろうと思います。

今までに出てきた例とはまた違った観点からになりますが、例えばストラクチャード・ファイナンスの世界とか、プロジェクト・ファイナンスの世界など、当事者が意図して順位を付けたい関係者が複数いる1つのまとまりのファイナンスの世界では、これは後順位も含めて事前のアレンジをすることは十分に可能ですし、担保目的物の処分手続などを当事者があらかじめ合意することも当然に可能です。そういう場合に、ただ破産管財人や差押債権者に対して優先権を確保するために担保物権を利用すると、途端に法定の実行手続しか許されないということになるならば、極めて柔軟性を欠くことになりかねません。ですので、一定の範囲では、後順位が付いていても私的実行をスムーズにできるようなプリアレンジメントがなされる場合も十分考えられるので、少なくともそのような場合には、その余地自体は残しておくべきだと思います。

○座長 重要な指摘を含んだご発言だと思います。と申しますのは、フリーアレンジメント、つまり例えば本日後半に扱います清算金の算定方法とか、あるいは同時履行の抗弁や留置権が成り立つというときに、最初に担保権設定者と合意をしていたら、法定の規律は全部外れるというのが当然なのかというと、私は当然ではないと思います。ただ、そういうふうな立法論があり得ないかということ、あり得るのであって、どこまでフリーな実行方法の取決めを許すかという問題はある。Fさんは当然できるみたいなことをおっしゃったので、当然はできないだろうと釘をさしておきます。

○F 私も制度論として常にできるとは考えていないのですが、当事者が一定の合意をした場合に、その合意した範囲で認められる場合もあろうかと思います。もちろん、それ自体意見が分かれるところだと思いますが、例えば清算金を強行的に必要とするかどうか、

あるいは清算金の支払い時期をどうするかといったことについては、個人的には、原則は強行法規であるとしても一定の範囲、いろいろなセーフハーバーの括り方はあるかもしれませんが、一定の範囲では当事者の合意により、例えば清算金であれば排除することを認めてもいいのではないかと思います。

○座長 そのとおりというか、そういうご意見も十分にあり得ます。資料1の所に森田果君の論文が引用されていますけれども、先物取引などで予想が外れたときに清算するということはあり得ないにもかかわらず、どうして譲渡担保などの非典型担保についてだけ清算するのか分からないというわけでして、これはある意味、もっともな指摘だとは思っています。

そうすると、今のFさんの発言を前提にし、Jさんの発言と合体させますと、後順位の権利をいろいろ認めることによって、まだ実行すべきときではないのに実行されて嫌がらせに使われる。そのときに更に時間が掛かる裁判上の手続になりますと、ますます嫌がらせに使われるということもあるでしょうし、特定動産、特定不動産を特定債権のために担保の目的とするというときには債権額よりも目的物の価格が大きいことが多く、剰余が生じるというときには、履行されても担保権者は困らないのではないかと当然に言えるわけですが、集合動産や集合債権のときに、本当に途中でやめられていいのかという問題があるということかな、と思います。

しかし、Fさんがおっしゃったように、敵対的な債権者どうしではなく、シンジケートローンとかジョイントベンチャーなどで同質的・相互協力的な複数の債権者がいろいろ出てくるときに、その債権者間のアレンジメントとして、当該担保から、どういうふうにして優先的な債権回収をするかを決めておくということは十分にあり得るといえる話です。認めないとも簡単に言えない。しかし、認めます、自由ですということも危ないところですね。Dさん、どうぞ。

○D 今、後順位の譲渡担保の議論をされていると思いますが、私の理解では後順位の譲渡担保というのは、まだ最高裁の判例の影響もあって、これは実務上確立した担保取得の手法にはなっていないと思います。これはF先生から補足あるいはご訂正いただければと思います。そのような理解をしています。最高裁の平成18年の判例も、四重担保ぐらいの設定事案であり、むしろ債権保全の強化のために、できるだけのことをしたという事案であったわけです。

前向きな仕組みものでやるときに、後順位の譲渡担保というものにリライするかというと、普通はリライしていないと思います。というのは、判例が固まっていないし、それから、もちろん成文法規もないということなので、後順位という形ではなく、例えば同順位で第一順位の担保権を複数の債権者が設定を受けて、それを準共有し、それで内部的な債権者間の合意でもって優劣を付けるなどの方法によっていると思います。

いずれにしても、譲渡担保というものを後順位で付けるというプラクティスは、まだ現在は確立していない。それはどうしてかということ、先ほどの事情に加えて、もう1つには、動産の担保価値というものが後順位まで及ぶ場合が、そもそもそれほど多くないということがあると思います。あとは譲渡担保の後順位が付いていますと、例えば任意売却をしようと言ったときに、買主は通例、担保付きでは買いませんから、先順位だけでなく後順位の担保もその同意を得て外さなければいけないということがあるために、先順

位権者がそのような煩瑣な事態が生ずることを嫌うのです。ですから、このような事情から後順位担保をそもそも付けてはならないというコベナントを、先順位の担保契約の中にネガティブコベナントとして入れてしまう。そういうことが結構あるわけです。そういう実情があると。

現在、実務で後順位をどうしても付けようとする場合は、後順位を付けてもいいのですが、それと並行して、またはそれと代替的に、清算金請求権に質権の設定を受けることがあります。先順位の譲渡担保の実行により被担保債権が完済された場合、まだ目的物に余剰価値があれば清算金請求権が発生するわけですが、そのような将来の清算金請求権に後順位権者が質権の設定を受けると、こういうやり方をすることもあります。ただ、その場合にも先順位権者の承諾が要ることになります。後順位の譲渡担保ということが、今、いろいろ議論されていますけれども、現在の実務では当然にそれが行われているわけではないということを、まず申し上げたいと思います。ちょっと長くなって申し訳ありません。

○座長 Hさん、どうぞ。

○H 今の点ですが、確かに意図的に後順位担保を使うことは少ないかもしれませんが、どちらかという意図せずに後順位になってしまったという場合、特に占有改定を対抗要件としていることとの関係ではあり得ると思います。そういう場合、蓋を開けてみると後順位だったときに何もできないというのは、まずいような気もいたします。その意味では、後順位の担保権者のために何らかの実行手続の必要があると思います。

○座長 Dさんがおっしゃった、現在まだ発展していないというのは、そのとおりだと思いますが、感覚として、仮に譲渡担保という制度にして後順位譲渡担保という制度があつて確立したほうが、実務はやりやすいという感覚はありますか。

○D それはあります。

○座長 あるのですね。

○法務省 今、座長がお聞きになったことを私も聞こうと思ったのです。確かに今は確立していないということだと思いますが、新しく作るときにそれが可能なものにしていく。それに合わせて実行方法を整備していくということはあり得ると思います。ただ、相当難しいことをみんなで議論して時間を掛けてやったけど、あまりニーズがなかったということであれば意味がありませんので、前提としてどれぐらいニーズがあるのか。そういったところを確認したかったということです。

○F 今の一連の発言との関連ですが、確かに、現行法上は後順位譲渡担保があまり使われていないというのは、そのとおりだと思います。実際には、権利自体に優先劣後をつけるように一連の取引の当事者間で取り決めて、受け取った回収金を優先順に分配していくというやり方をとっていると思います。それを確保する方法として、担保についても同じように優先劣後を作るということは、今の時点ではあまりやっていないと理解しています。

先ほどの担保権の準共有というアレンジメントについても、これは債権自体を準共有している場合には当然に可能ですが、現行法上、被担保債権がばらばらなのに担保を準共有することについては、いろいろ問題の指摘もあります。ばらばらな債権にそれぞれ譲渡担保を同順位で付けるニーズもあるとは思いますが、それについても現行法上そもそもできるのかという問題がありますから、後順位譲渡担保権者を認めるのかという論点とともに、同一目的物について同順位の譲渡担保を複数設定する制度を明文化することを考える価値

はあると思います。

それと、使うだけのニーズがあるかという点では私も D 先生と同意見で、もしそういう制度ができれば、同順位の制度であれ後順位の制度であれ、使われるようになるのではないかと思います。

○座長 G さん、お願いします。

○G 今、後順位担保権のお話が出ていますけれども、先ほど議論になりましたが、後順位の人も実行できるとすると、消除主義をとるのか引受主義をとるのかという問題が生じて、ほかに消除主義をとるとなると今度は無剰余の規制が出てきます。しかし無剰余の規制は買受可能価格をどこかで出さないと出てこない規律で、それはいかにも重たいという感じがするので積極的な提言ではないですが、そういう重たい規律でない規律を設けないと実際にワークしないのではないかと思います。以上です。

○B 消除主義についてですが、個別物の動産譲渡担保の場面を念頭に置くと、消除主義か引受主義かという対立になって、消除主義をとらないと買受人が現れないでしょうということになっていくと思います。しかし、集合動産譲渡担保を念頭に置いた場合には、消除主義でもなく引受主義でもないやり方があるのではないのでしょうか。例えば、A 倉庫の中にある在庫に第一順位の担保権と第二順位の担保権が設定されていて、第一順位が担保権を実行したら、その倉庫の中は 1 回空っぽになるわけですが、その後、まだ債務者である企業が生きていれば倉庫の中に物が入ってくることになります。第二順位は、その後に入ってきた在庫に自分のタイミングで実行するといった形で、消除もしないけど引受けもしないという制度設計ができるのか気になります。

○座長 今の例で、どうして第一順位が消滅するのですか。

○B 第一順位の担保権の被担保債権が消滅したからです。

○座長 その被担保債権は変動しているわけでしょう。

○B はい。実行前には、そのような状態があるかもしれません。そういう場合の担保権実行の制度設計にも幾つかの選択肢があると思います。被担保債権に不足額がある場合にその存続を認める形の実行というのと、認めない形の実行があって、不足額の請求を認めない実行の形をとると被担保債権が全部消えてしまうので、第一順位の担保権は消滅することになります。

○座長 第一順位の譲渡担保権者は、被担保債権の元本確定手続きみたいなものを当然に生じる形で実行させて、そうしても第二順位はそのまま生きているということはある得るのでしょうか。

○B はい。

○座長 すみません、E さんから手が挙がっていました。

○E 私も、同じ点で、今、おっしゃったのが引受主義と消除主義との間の問題というよりは一部実行のようなものを認めるかという、そちらの問題ではないだろうかと思ったものですから、そういう問題もあるのではないかということをお願いしたいと思います。

○D 関連してですが、目的物が同じ場合は第一順位の譲渡担保、第二順位の譲渡担保ということを観念しやすいわけですが、特に流動集合物の場合には目的物の特定の問題が出てきますので、どの財産についての順位かという問題が生じやすいと思います。これが法制化に当たっては重要なポイントかなと思っています。現在の実務上は、四重の譲



渡担保のような事例を考えた場合、どの範囲で重なりが生じているかによって、その範囲で順位付けが生じるため、その認定が必要なわけですが、もし、今後、法制化をするという場合には、そのような重なり合いの問題、目的物の特定の問題がまず大切なポイントかなと思っています。

関連して、今は動産ばかり話していますが、債権譲渡担保あるいは債権質についても順位を認めることができるのかという問題は、なお残っていると思っています。現行法上、権利質について、性質が許す限り順位が付けられるということになってはいますが、債権質においても順位は付けられるのだと考えるのか、本当にそう言えるのかどうか、という問題が残っていて、債権質とか債権譲渡担保に順位が付けられるのかというのが、実務上、まだ未解決の問題として実は残っているのです。ですから、そこも明確化していただけると実務は助かるのではないかと思います。電子記録債権については質権に順位が付けられるという条文が確かあったと思いますが、そのような明確化があるとよいのではないかと思います。

○座長 集合債権譲渡担保における対抗要件の具備の仕方のときに、最終的には改正になったのですが、一時期議論があった。つまり、被担保債権額に満つるまで譲渡する、という形の譲渡契約ないし対抗要件の具備が可能かどうかという話があって、そうすると、実はこういうふうな債権の固まりがあったときに、所詮、ここまでしか第一順位の人権利が及んでいない。それは個別具体的な債権についての一部にしか及んでなくて、及んでいない債権が存在するという見方です。そうすると、第二順位というのは実は第一順位が及んでいない債権を把握しているだけの話で、順位付けがそもそもされていなくて、客体が違うだけなのではないかという感じもします。それに対して、いや、そういうのは不可能で、全部のものが譲渡担保の目的になり、被担保債権額というのは、そこからどれだけ取れるのかを確定するだけの問題であると考えれば、第一順位の譲渡担保権者の権利は全ての範囲に及んでいますから、そうすると第二順位というのは第一順位と客体が重なっているということになります。そういう債権譲渡担保でも捉え方をそもそもどうするかです。後順位という観念、概念がどういう意味を持っているのか違ってくるわけです。

○D 補足したいのですが、その意味では目的物、財産の重なり合いと同時に、被担保債権、要するに極度額が付いている場合があります。そのポイントも大事なかなと思っています。

○F 今の話と重なる部分があるかもしれませんが、先ほど集合物のところで被担保債権の元本の確定の問題が出ましたけれども、それとは別の問題として、目的物の特定・確定の問題が集合物においても、集合債権と言いますか将来債権においても、問題になると思います。その点、動産と債権では問題の出方が違うように思います。例えば将来債権であれば、譲渡担保設定者の倒産手続開始後の将来債権に及ぶのか、手続開始時に存在する債権に確定するのか。あるいは、その時点で確定しない場合でも、集合債権譲渡担保の実行によって被担保債権の元本の確定とは別に、目的債権の範囲が確定するのかということも効果の問題としては問題になるのではないかと思います。

○I 先ほど D 先生が最後におっしゃったことについて、現行法のもとで、後順位の債権質権も設定することができると思うときは、後順位の債権質権者が、質権の目的である債権を直接に取り立てることができるのかどうか問題となります。質権者による債権の

直接取立ては、私的実行の一種であると考えられます。平成18年判決が後順位の譲渡担保権者は私的実行をすることができないとした論理を推し進めれば、後順位の債権質権者による債権の直接取立ては、認められないことにもなりそうです。いずれにせよ、後順位の債権質権を設定することができることを明確化するときは、その実行の方法も合わせて明確化する必要があると考えられます。

○B D 先生の方から複数の人が、別々の範囲で担保権の設定を受けていて、しかし、目的物に一部共通する部分があったりすると訳が分からなくなるというお話があったと思います。この点について、従来の担保物権法のなかには、共同抵当という制度があり、これを参考にすることはありうるのでしょうか。共同抵当の事例を出してみると、Aさんは甲不動産および乙不動産に1番抵当を持っていて、Bさんは甲不動産に2番抵当を持っていて、Cさんは乙不動産に2番抵当を持っています。実行の際には、各不動産に被担保債権の割付を行って、異時配当の場合には代位が生じるということになるのですが、新しい動産債権担保制度においても、そういうルールは必要なのでしょうか。それとも、そういうことをすると訳が分からなくなってしまうので使いづらくなってしまうのでしょうか。

○座長 だから、根抵当権はそうっていないですよ。それをどう考えるのかということ。割り付けという方法が日本民法上、当然というか、絶対の話にはなっていないということ踏まえながらというのがあるかもしれませんね。

○法務省 今、何人かの先生がおっしゃったように、範囲が一致している場合、一致しない場合の問題がすごく難しく、割り付けをすることによって、理論的にあるべき姿というものを考えることはできるような気はするのです。しかし、共同抵当ですら処理が難しいのに、流動動産の中に多数の物が入ってきたときには本当に処理が非現実的になると思います。そうすると、もう少し使いやすいものにする必要があると思います。例えば財団抵当のように、1つの集合物を1個の物とみなしてしまい、1回組成してしまえばその全体についてしか後順位が付けられないことにするという方法があると思います。

ただ、そうすると、自分が融資する額に比べて、すごく大きなものを担保にとらないといけなくなったりして、また別の使いにくさがあるのかなという気がしています。

○座長 ちょっと待ってください。

○法務省 間違ったことを言いましたか。

○座長 いや、私が知らないだけなのか、財団抵当は最初の人が付けると、それで財団が決まってしまうという仕組みですか。

○法務省 財団を組成すると、それが物として見なされるので……。

○D 工場財団は1個の不動産と見なされます。

○座長 それは、その抵当権者との関係ではないのですか。

○D そうなのかもしれません。なお、工場財団抵当については、工場財団に属すべき動産について、官報公告の期間内に権利の申出がない場合、譲渡担保などの既存の担保があっても、これを全部消すという効果があるものですから、あれはもう少し既存の担保権者が認識しやすい方法にしてもらえないかと思っているということだけ申し上げます。すみません。

○法務省 財団を組成すると、そこに含まれる不動産の不動産登記を全部閉鎖してしまひまして、財団についての登記というのを1個作るのです。正にそれは1個の不動産と見な

されるということの帰結なのですが、そうすると、不動産登記上もそれが1つの不動産ということになりますので、それを分割して、その中の一部分について個別の担保というのは付けられないと思います。

○座長 最初、論ずべき点はなおありませんかというかたちで発言をお願いし、私的実行と公的実行という話が出るとともに、それとの関連で後順位というのを考えるに当たってはそもそもどのような、目的物の範囲とか、どのように先順位者が押さえていくというように考えるのか、ということの検討が必要であるという話が出ました。

本日は、総論だけに時間を割いているわけにはいきませんので、何か別の話でこういうことが私は気になっているということがありましたら教えていただければと思います。

○H 前回も出ましたけれども、後順位抵当権者が後順位にとどまるのか、一定の場合に先順位に優先するという逆転のルールを入れるのかというのはやはり気になっています。

○座長 何か難しいな。

○H 前回のお話というのは、基本的には、所有権留保のようなものを入れるのかどうかということになるかと思います。そのような枠組みを作るのか、それとも同じタイプの譲渡担保だけを想定して、後発の担保は常に対抗要件で救えれば後発ということでもいいのかという、そここのところのルール作りです。

○座長 なるほど、2つありますね。所有権留保型の担保だと見たときに、1個の話に取り込んで同一に処遇するのかという問題と、処遇するというようになった場合、ないしはそうならなくても譲渡担保との衝突の場合をどのようにして処理するのかという問題があるのかもしれない。

○E 今の話で、順位の付け方というか、恐らく時間軸で順番に付いていくというのが基本と想定されますが、それに対して、ある範囲のものとか、原因がこうであるというものについては最優先的なものを認めるのかという点があり、タイプはどう違うのかという話も、そういうことに関連する話でもあるのかなと伺いました。

現在の一般の担保でも、後から付いたけれどもそっちのほうを優先するというのはものによってはもちろんあります。譲渡担保だけを取り上げるとしても、他の担保権とか権利との調整をどうするのかというところで、やはりその点は出てくるのではないかと思います。

もともと申し上げたかったのは合意の話で、先ほどF先生から、事前のアレンジメントにどこまで効力を認めるか、それに委ねるものもかなりあるのではないかと、しかし、限界付けはあるという話がありました。その合意というのは、考え方は難しいのですけれども、しかし非典型型のものの場合に、ある程度そのような合意の活用委ねるという選択肢もあり得るところがあるのではないかと思います。この範囲は認めるというよりは、そちらに委ねるという部分もあるのではないかとということです。

それから、事前のアレンジメントだけなのかということも気になっています。事後の劣後合意とかよく言われるわけなのですが、法的には、それに効力を認めるということが何をもちよるかというのが分からない面もあります。当事者のアレンジというか合意というか、そういうものの扱い方ということも視点として持っておく必要があるのではないかと思っています。

○座長 Hさんがおっしゃった問題は、所有権留保との関係もありますが、例えば集合動

産譲渡担保というものを考えていくときに、通常の営業の範囲内の処分であったら云々というときに、通常の営業の範囲内の個別動産譲渡担保の設定があるのかという問題があります。そうすると、それは第二順位とか衝突が起こっているのではなくて、個別動産譲渡担保が設定されることによって、集合物から離れてしまうという場合と、中にあるままに個別動産譲渡担保が設定されている場合とが理論的にはあり得る。あり得るとか何とか言い出したら面倒くさいからそういうことは認めない、と言うのも1つの方法なのです。詰めていけばいろいろなことがあり得ます。更にまだ何かありますか。

○F 今の関連ですが、例えば将来債権譲渡担保の目的債権の選び方についても、今はあまり当事者が選んでいるという意識はないのですけれども、俗に累積型とそうでないものと言われているように、分かれ得ると思います。売掛債権の譲渡担保のように、その時々々の残高をつかまえるイメージで、与信額（被担保債権）を判断し、その担保価値を見ているというファイナンスもあります。そうではなくて、例えば形式上は向こう3年分の将来債権を譲渡担保に入れるけれども、実際に担保価値として把握しているのは、その時々々の残高を見ていて、被担保債権はその時々々の残高で回収することを意図している（与信額は残高ベースで判断される）というタイプのファイナンスもあります。

それらとは異なり、将来3年分の売掛債権を見込みでまとめて譲渡担保に入れて、その全額とまでは言わないけれども、それに近い金額をファイナンスするという発想のものも、今はほとんど行われていないのですけれども、担保目的物としては、例えば途中で担保設定者に倒産が起こっても、なお担保権がその後の売掛債権に及ぶという法制になるとすれば利用可能になります。いずれにしても、担保目的物を集合物や集合債権の場合にどう捉えるのか（どのくらい当事者の設計の自由を許すのか）という観点も議論の対象になると思います。

○座長 そうか、難しいな。

○D 今までの議論とは別の事項について発言します。事業財団抵当という提言をした方が昔おられました。中村廉平さんなども言及されたことがあるかと思います。そういう方法もあるのではないかと。つまり、一定の事業に関する動産とか債権とか、あるいはその他の財産をひとまとめにして財団抵当にしてしまうというやり方です。そういう方向性も1つあるのではないかと。ということが1つです。

もう1つは、ものすごく大きな議論になってしまっちょっと無理かもしれませんが、被担保債権についてです。社債については担保付社債信託法というのがあります。担保法制上、社債については非常に重たい制度になっています。日本の担保付社債信託法は非常に使いにくいと言われて、日本で担保付社債が発行されない大きな原因になっていると言われています。担保法制全体の見直しというように考えた場合には、そのような担保付社債信託法の規律を使いやすくするという立法の必要性というものも現時点ではあると思います。そのような点も一応指摘しておきます。

○座長 ありがとうございます。

○B D先生のご発言に関連してですが、第1回のときに議論したことにやはり戻ってくるような気がします。D先生のお話やF先生のお話を聞いていると、融資にはすごく大きな規模のものもあれば、自分の売ったものだけ担保に取りたいという小さな規模のものまである。いろいろなニーズがあるときに、アメリカのUCCのような一元的な担保制度を

用意するのか、それとも、事業財団みたいなものを作りたいときはこの制度を使おう、個別の担保ならこちらの制度だというような形で、複数の制度を用意するのか、というのは選択肢として残っている気がしています。

直近に勉強したことにはすぐ影響されるのですけれども、フランスにはたくさん担保の種類があって、2006年改正のときに、あえてUCCとは違う道を行くと言って、多元化の道を選んでいきます。動産の非占有担保についても、非占有質もあれば、担保信託もあります。商法典のほうには、営業財産質や在庫担保も個別に規定されている形になっています。使うほうから見たときに、私はこれを使えばいい、ということがはっきりしていて、それはそれで分かりやすいかもしれません。

○座長 フランスが成功しているという評価はあまり聞かないように思うのですけれども。それから、事業財団抵当でも何でもいいのですが、そのように複数を作ったときに、「私は、これは普通の集合動産譲渡担保ですけれども」と言うのと、「いやいやあなたがここまで取ったら事業財団でしょう」と言うのと、それで効果が違ったりすると、「これは何なの」という話と、衝突が起こったときにどのように処理をするのかという問題とか、いろいろ難しい問題も出てくる。ただ、一元化というのが全ての方法ではないというのはおっしゃるとおりだと思います。

○法務省 今の事業財団抵当という制度も確かに1つの方法だと思います。確認したいのですが、それによって実現しようとしているのは、取っている担保の価値を大きくしたいということなのか、そうではなくてむしろプロジェクト・ファイナンスなどを念頭において、企業というか事業単位で資産を包括的に担保化したいということなのか、どういう目的で使うということなのか。

○D いろいろあり得ると思うのです。プロジェクト・ファイナンスに限らず、一種の包括担保です。全資産担保的なものを簡易に設定でき、かつ対抗要件も具備でき、かつ実行も裁判所を通じてできるという、事業財団抵当のような言葉で恐らく表現できるような抵当権、これを作れば資金調達がかなり円滑に進むのではないかと。

それは、先ほど座長がおっしゃったとおり、既存の集合物譲渡担保があった場合に、それとの関係をどうするのか、という問題は出てまいります。例えば、事業財団抵当が後に設定された場合に、いずれを優先させることとするのか、という問題など、いろいろなルールを作らないといけないと思うのです。ただ、事業財団抵当を作ることによって、動産であれ債権であれ簡易な実行ができるという一種のメリットが見えるようにすれば、使われる余地が出てくるのではないかと、使いやすくなるのではないかと趣旨で申し上げました。

もっとも、これは動産・債権譲渡特例法を立法化するときにも言われたことだと思うのですが、包括担保自体をよしとしない考え方もあるわけなので、そこでのバランスの取り方は重要だと思います。例えば、「ナニワ金融道」的な金融に使われてしまうと、そういうことにならないようにできるだけしていくという配慮はもちろん他方では必要だと思うのです。今は、設定の際には、集合物譲渡担保は取りやすい、それから債権譲渡担保は取りやすいですけれども、実際に、特に集合物譲渡担保について実行しようとする、なかなか実行しにくい面がある。もちろん、集合物譲渡担保は私的実行による場合の良さというのも残していると思うのです。他方で裁判所も使えるようにした場合には、何らかの手

掛かりとなる担保権の規定が必要だと思えますから、そのようなものとして事業財団抵当というものを考えてもよいのではないかと。これは1つのアイディアにすぎませんが、そのような趣旨で申し上げます。

○C 事業資産全部に担保権を設定するということが、これは直感ですが、金融機関の立場として、包括的な担保権の設定を受けて融資取引をするかという、多分怖くてできないだろうと思えます。と言うのは、事業に関わる全ての財産を担保に取るということは、場合によっては金融機関が経営責任を問われたり、当該債務者が倒産に至った場合にはレンダーズライアビリティを問われるのではないかと懸念されます。また、金融機関が全ての事業資産に先順位で担保権の設定を受けると、当該事業会社が他の金融機関から融資を受けようとしても、担保提供する財産がなくなり、他の金融機関から融資を受けられなくなる可能性が生じます。そうなれば、担保設定を受けている金融機関の融資義務が主張されたり、金融機関にとっても、巨額な融資を特定の債務者に集中させることは大きなリスクとなります。成長が見込まれ、極めて優良な財務体質の債務者であれば、他の金融機関の取引を排除するために利用を検討する可能性は否定しませんが、極めて例外的なケースだろうと思えます。

次に、後順位の譲渡担保権の設定を認める点については、後順位担保権の設定を認めることは構いませんが、前提として、公示されることが必要だろうと思えます。例えば、公示のない占有改定による引渡しを残すのであれば、厳しいのではないかと。思えます。

譲渡担保権を活用して融資を受ける方法を広げること自体は、賛成です。ただ、平成30年の最高裁判所の判例で示されていますが、譲渡担保が所有権留保に負けるということであれば、金融機関の立場からすれば動産譲渡担保の利用は消極的にならざるを得ないのではないかと。思えます。商社の人に話をきいたところ、所有権留保による売買取引は珍しいものではないと言っていました。従って、商品を担保目的物とするような動産譲渡担保を利用した融資は、越えなければならない課題があるように思えます。

もし動産譲渡担保を活用した融資手段の円滑化を図るのであれば、譲渡担保を優先させる制度が必要だと思えます。

○座長 Hさんの手が挙がっていましたので、Hさんの話を最後にして後半の話に移りたいと思えます。ただ、先ほどのCさんのご発言に関連し、商社の人たちに聞くと逆の発言になるでしょうね。所有権留保を重んじて、譲渡担保には完全に勝つという制度が望ましいですよ、円滑な取引のためにそれが重要だ、とおっしゃるだろうと思えます。私は、どちらかというところの判断なのです。

○H 半分質問です。事業財団抵当というように考えていく場合に、企業担保法とどう違うのか。企業担保法はある意味で広く取りやすいけれども弱い。これは後順位、後発の担保のことを意識したものです。譲渡担保の一連の議論と、企業担保法の両方の議論があるときに、更に事業財団を位置付けるとすればどういう関係になるのか、というイメージが難しいかという気がいたします。企業担保法みたいなもののデザインを維持するかどうか。これは、イギリスでは成功していないという話もあります。外国の立法例や運用をみますと、むしろ譲渡担保型一元のほうが成功した例が多いかと思えます。いずれにせよ、その関係を検討する必要があるかと思えます。

○座長 Cさんがおっしゃっていたのは、結局集合動産譲渡担保や集合債権譲渡担保など

をばらばらに取って、それを組み合わせて ABL を考えるというだけではなくて、もうちょっと包括的な形で簡易に取れないかと。当然に変形物、例えば売ったときの債権とか、金銭というようなものにも及んでいく制度に設計できないかという話だったのだろうと思いますけれども、それはどこまで考えるかということもあります。

○J 今の、担保を包括的に強く取るという構想というのは、そういう事業財団に限らず、これでも取りやすくなって非常に強く全ての財産が担保に取られるということになったときに、倒産手続における一般債権者の保護という問題は必ず出てきて、それは不法行為債権者の優先順位というようなこととも関連して、E さんの言われたアメリカのカーブアウトとか、そういう議論にどうしても踏み込まざるを得ないということになるかもしれない、ということは念頭に置いていただければと思います。

○座長 総論的な課題で、今後この研究会がやっていかなければならない問題というのは多々あるということはよく分かりました。本日出たお話だけではなくて、もっともっと今後検討すべき点というのはあるかと思っています。それは、事務局とも追いつ追いつ話をしながら、論点を析出していくことにして、本日の後半に移ります。本日のようなご発言で、こういう問題は各論として検討したほうがいいというようなことでお気付きの点、お考えの点がありましたら、事務局なり私なりにお声掛けください。検討して次回以降の各論の中になるべく組み込んでいきたいと思っていますので、どうぞ自由にご意見を頂ければと思います。

研究会資料 2 は第 1 と第 2 に分かれています。昼食前に、第 1 を少しやっておきたいと思っています。それでは、第 1 について説明をお願いいたします。

○法務省 今回お配りした研究会資料は、第 1 と第 2 からなっています。第 1 では清算義務、清算金に関する規律、第 2 では効力の及ぶ範囲を取り上げております。このテーマの選択にあまり深い意味があるわけではありません。執行とか倒産などの手続的な問題もありますけれども、最初ですので実体的な問題から入ろうということと、限られた時間でもありましたので、我々もイメージしやすいということで選んだという程度です。

第 1 は清算金の支払に関する規律を取り上げました。前回の会議でも清算に関する規律については言及があったと思います。

ゴシック部分の①では、実行の段階で清算金が生じた場合には、設定者に対する支払義務があるという規律を設けることを提案しています。②で、いわゆる同時履行の抗弁があるということを取り上げています。注)にありますけれども、現行法上、帰属清算方式の場合には同時履行の抗弁権、処分清算方式の場合には留置権という構成で、裁判例の法律構成が分かれています。実態としては、清算金の支払がされるまでは、対抗要件の移転であるとか、引渡しであるとか、そういう義務を拒むことができるとされています。その実質を法制面でどう整備していくのかは、また次の段階での問題ということになるのかと思っております。②の注)は問題提起にとどまっています。

内容ですけれども、規律を設けることを提案する理由としては、今までの譲渡担保を例にとると、昭和 46 年の最高裁判例等があります。また、ファイナンスリース契約についても判例がある。さらには仮登記担保法には条文上の根拠もあります。所有権留保については学説上ですけれども、清算義務があるというように一般的には言われているようです。

動産の担保化に当たっては幾つかの手法があるわけですが、そのいずれにおいて

も清算義務が判例上あるいは学説上認められているということを背景として、今後、動産や債権についての担保立法をする場合には、清算義務があるという規律を設けてはどうかということです。

また②についても、譲渡担保については先ほど申し上げたのと同じ判例ですけれども、昭和46年の最高裁判例があります。帰属清算方式だけでなく、処分清算方式の場合にも、同時履行ではなくて留置権という構成ではありますけれども、判例上、清算金の支払までは、引渡しなどは拒めるとされていますので、今後新しい立法をするに当たっても、こういう判例に鑑みて同時履行関係というものを規律してはどうかということです。

一応これがゴシック部分についての説明になるわけですが、これに関連してまだ残された問題が幾つかあるかと思えます。資料に書かれているもの以外にもあるかもしれません。資料に書かれているものとしては、2の検討が必要と思われる論点の所に、(1)(2)(3)(4)ということを取り上げています。

(1)は、清算義務が原則的には必要だという考え方を取るとしても、新しい担保法制が妥当する規律の全てについて清算義務が課せられるのかということ、取引の種類とか範囲によっては清算義務を負わない場合があり得るのではないかと。ここではケープタウン条約を1つ例として挙げております。ケープタウン条約では、所有権留保やリース取引については清算義務を課していないという規律になっているようです。今後検討していくに当たっても、例えば、一部の取引については清算義務を負わないというような規律にしていくということもあるのではないかと考えられます。

3ページの11行目の(2)をご覧ください。今申し上げた(1)は、取引の種類・範囲で清算義務の範囲を限定していくということでした。(2)は、当事者の合意、特約によって清算義務の排除を認めるのかどうかという問題です。清算義務についてのゴシック部分のような規律を設けるとしても、それを任意規定だというように捉えて、これと矛盾するような合意を認めるのかどうかという問題です。ここでもUCCに言及しておりますが、UCCにおいては清算義務に関する規律は任意規定であるというような紹介もされています。清算義務を排除する特約の有効性をどこまで認めるのかが今後の検討課題になってこようかと思えます。

前半の議論でも森田果先生の論文が引用されておりましたけれども、森田果先生は清算義務の有無はオプションの一種としてとらえることができるという論文を書いておられます。清算義務についても、そういう捉え方の下で任意法規化していくということもあり得るのではないかと思います。

ただ、一方で、常に任意規定なのかと言われると、やはりそこは一定の範囲では強行法規にしたほうがいいのではないかと思います。仮に、任意規定とする余地を認めるとしても、どういう取引で、どういう人たちが合意する場合には特約の効力が認められるのかということも、次の段階での問題として出てくるように思います。以上が(2)です。

4ページ9行目の(3)では、清算金の額の算定方法について取り上げています。これは、いつの時点を基準時として担保物の価値を把握するかという問題です。判例もあるのですが、規律を設ける必要があるのかどうかも含めてご議論いただければと思います。

最後に、4頁26行目の(4)、同時履行の抗弁及び留置権についてです。これは冒頭に申し上げたところと同様です。同時履行の抗弁という構成と、処分清算の場合には留置権と



いう構成とがありますが、これについて明文の規定を設けるか、その場合にどのような形で規律を設けるのか、まとめて規律を設けることができるのかが問題になってくるかと思えます。

実質的なところとしては(1)と(2)の辺りが重要な問題なのかと思っておりますので、その辺りをご議論いただければと思います。説明は以上です。

○座長 私のほうから一言お断りしておきます。いろいろな選択肢があるかもしれませんが、例えば、動産・債権担保に対する法的な規律を作ると言ったときに、前回も申しましたが、私がぼんやり考えるだけでも3つの方法がありそうなのです。1つは、仮登記担保法というのは、債権担保の目的で売買や代物弁済予約をした場合には、その契約の効力は以下ようになりますという規定で、それは代物弁済予約契約であるということ自体は動かさず、その契約の効力を定めるという形になる。したがってそれと同じように定めるならば、債権担保の目的で、ある物の所有権を移転したときには、その契約の効力は以下ようになりますという話です。これは、新たな物権を作る、解釈論上の物権だと言っても構わないのですが、そういうことではない。

今度逆の極端は、UCCなどはそうかもしれませんが、債権担保の目的で目的物の所有権を譲渡するというをしたときに、それはあくまで担保権の設定契約であって、所有権の移転ではありませんというようにしてしまうのが1つの方法です。本当はその2つに分かれていて、そのような契約をするのではなくて、担保権設定契約をなささいというのと、いや契約は所有権移転でも何でも構いませんと。それを法律の力で担保権の設定契約だというようにみなします、というような選択肢もあり得るのかもしれませんが。

その部分から検討していくというのも、ありうる1つの方法なのです。ただそれはやめて、最終的な立法の形をどうするのかではなくて、個々具体的な問題点について、あるべき方向性というものをだんだんと決めていって、その後全体に法律構成としてどのようなものを作ればそれが達成できるか、という形で処理をしていこうと。もちろんそれは片方が片方の成約要因となりますので、全く分離できるわけでもないのですけれどもそのようにしようという考えのもとで、本日は清算義務という話と、目的物の効力の及ぶ範囲という話をしております。

念頭には、最終的にどのような形の作りをしていくのかということ置きながら議論しなくてはいけないのかもしれませんが、そういうことですのでしばらくはあるべき方向性、あるべき具体的な内容ということについて議論していただければと考えております。

本日はそれに関連して、Bさんのほうから資料を頂きましたので、Bさんからご紹介いただけますか。

○B 本当にいい加減で恥ずかしいものなのですけれども、こういう意図で資料を作りました。清算義務について議論をするというお話だったのですが、先ほどの議論でも出てきたように、清算義務というのは実行手続の最後の所に出てくる話で、その前段にどのような実行があるのかということ少し見たほうが、清算義務の意義が明らかになるのかもしれないと思って、アメリカとフランスを対比しながら見てみたいと思いました。

まず、日本人にとって理解しやすいと思われる、フランスのほうから簡単にご紹介します。動産非占有担保である非占有質の実行は、民事執行の手続に乗る場合と、私的と言ってもあまり私的でもないのですけれども、私的実行に行く場合とに分かれます。

民事執行手続に乗る場合には、裁判所による配当になるので、清算義務というのはそもそも出てこないことになります。ここが分からなくて J 先生に教えていただきたいと思っただけですけれども、フランスの民事執行法には、債務者による任意売却手続というのがあって、これが非占有質の実行のときにも使えるとすれば、これも結構面白いと思いました。債務者自身が目的物を売って、売却代金を債権者に払うという形になるので、こちらでもやはり清算義務というのは問題になってこないことになります。

他方で私的実行としては、裁判所による帰属と流質契約があって、これらは両方とも日本で言う帰属清算になります。フランスでは、なぜか処分清算方式の私的実行はないようです。裁判所による帰属の場合は、裁判所が目的物の所有権を質権者に帰属させますという命令を出すもので、目的物の価格が被担保債権額を上回る場合には、差額が債務者に返還されることになります。他の質権者がいる場合には供託になるということです。ここでは、担保権者に清算義務が課されているということができません。

流質契約とは、当事者の合意に従って流質が行われるものです。ただし、日本の私的実行と大きく違うのは、民法に目的物の鑑定人を任命しなくてはならないというルールがある点です。その鑑定人の評価額によって、幾ら被担保債権が弁済されたかということが決まって、目的物の価格の残額がある場合には、それは債務者に返さなければいけないとか、他の質権者がいる場合には他の質権者に払わなければいけないということになっています。この場面にも、清算義務があります。

以上のフランスの手続においては、どのルートを行ったとしても目的物が競売されるか、鑑定人の評価がなされるので、目的物の適正価格での評価が担保され、また、担保権者がもらいすぎるといってもないように制度設計されています。しかし、全体的に実行手続が重そうな感じがするというものになっています。

資料の裏側にはアメリカがあります。アメリカにも、裁判所による実行と私的実行の両方があります。裁判所による実行のほうが、前回ご紹介したとおりよく分からないのでそれは置いておいて、UCC に規定された私的実行についてだけご説明します。これは H さんに補充していただきたいのですが、UCC の私的実行には、占有回収 (Repossession) が先行するのです。つまり、先に目的物を担保権者が取ってきてしまうので、清算金の支払と目的物の引渡しとの同時履行の余地はないのだと思います。占有回収した後でどうするかなのですが、帰属清算方式と処分清算方式に分かれています。私が読んだ本によれば、帰属清算方式がメインだと書いてありました。

こちらは結構独特なものです。帰属清算方式の中の一番左側の被担保債権全部を消滅させる実行方法というのが、小規模な実行に関してはメジャーなやり方で、これは被担保債権全部を消滅させる代わりに、担保目的物全部を担保権者がもらいますよという実行方法なのです。ですから、代物弁済みたいな形で実行が終わるので、清算が生じない代わりに、「deficiency」という被担保債権の残額も請求できないという形になっていて、森田果さんが言うエクイティ型のやり方になっていると思います。

これに対して一番右側が処分清算方式です。こちらは、債権者が処分清算をしますという告知をして、商業上合理的な方法によって売らなければいけないというルールになっています。これが合理的かどうかということをもぐって山のような裁判例があって結構もめる処分方式です。ここでは、処分した結果の被担保債権の残額があれば債務者に返還しな

ければいけないという清算義務があるのですけれども、その清算義務が任意規定だということになっていて、これが森田果さんの論文でも紹介されているところです。

ただ先ほども言ったように、この処分清算方式というのが、そこまでメジャーな実行方法ではないので、「アメリカでは目的物を勝手に売ることができて、清算義務がないのです」という理解が独り歩きするのはちょっとまずいような気がしています。一番左側の代物弁済っぽい清算の仕方というのが一般的であるというように紹介したほうがいいのかと思います。以上です。

○座長 ありがとうございます。名前が出ましたJさん、Hさんのほうから何か補足はありませんか。

○J 昔、何か書いたような記憶もかすかにあるのですけれども全く忘れていました。フランスの民事執行は、全般的に裁判所の手続を軽減する、デジュディシアリザションと言ったと思いますが、なるべく裁判所の手を離す。裁判所は非常にワークしていないので、執行手続から手を離すということで、売却の局面、それから配当の局面とありますけれども、裁判所ではなくて、当事者主導でやっていくという手続が一般的です。動産もそうだと思いますし、不動産にもこの任意売却という制度はあると思います。

○H アメリカ法について、帰属清算が中心かどうかは領域によって違うかと思っています。これは担保権者の種類、業界によるのかと思います。処分清算がないわけではなくて、かなり多くの判例があるのも事実です。特に自動車の流通関係では処分清算を中心にやっているといえようかと思っています。帰属清算はおっしゃったとおり基本的には買取りです。実行時に合意があって初めてできることであるので、清算は必要ないという話になるのかと思っています。

処分清算の場合は、基本的には商業上合理的な方法でなければならないというルールにかなりのウエイトがありますので、それでコントロールされるのかと思います。また、処分清算の場合に行われるのは、かなり多くの場合、日本で言うと所有権留保に当たるような場合が多いので、基本的には目的物の余剰が出ない場合がほとんどであり、逆に実務家が気にしているのは不足金判決を得なければならないときに、商業上合理性の基準を満たすような実行方法であったのかどうかです。もしこれが立証できなければ不足金判決を取れないというような制度設計になっていて、議論の中心はそこにあるというような感じがしています。

○座長 清算義務及び外国の話についていろいろお考えやご議論があろうかと思いますが、午前中はここまでにしたいと思います。ただ、この後Eさんはいなくなってしまうので、昼食の前に質問がありましたらお受けいたします。

○E 資料のゴシックのほうの話なのです。同時履行等の話の中の、担保の目的である権利の移転についての対抗要件を備えさせる債務の履行との同時履行とか、留置権と言われる話です。どういう局面を念頭に置いたらいいのか、仮登記担保で本登記にするというそんな話なのか、一般的に譲渡担保を念頭に置いた場合には、なかなか考えるのが難しそうな気がします。あとは実行の話として、処分清算をしたときに、対抗要件をすでに備えているのが前提ではないか、これがなくてできるのかというののもちょっとよく分からないところがあります。具体的にこの記載を置かれたイメージというのはどういうものを念頭に置いていたのかということをお補足していただければ有り難いということが1つです。

それから、B 先生には非常に分かりやすい図を描いていただいて、ご説明も大変有り難く伺いました。この妥当する範囲なのですけれども、専ら動産を念頭に置いてよいのか、債権についても妥当する図だというように理解していいのかということが気になりました、動産と伺ってもいいのでしょうか。

○B 動産です。

○E その上でなのですが、アメリカのほうのエクイティ型等と言われた、いずれにしても同意が要するという事なので、同意ベースでやるのならばこれでいくということだと理解しています。これが仮に一番左で、異議申立てしたらどうなるのか、あるいは真ん中で同意をしなかったら、その後はどうなるという想定なのかということについて、自分で調べるべきなのですが、専門家に聞いてしまおうということで、あるいはH先生に伺ったほうがいいのかもかもしれませんが、それはどういうことになるのかを教えていただければと思います。

○B もう一回頑張らなければいけないのではないかと思います。

○E でも、リポゼションまでは行っているのですね。

○B リポゼションまでは行っているのです。

○E もう一回頑張るということは、新たな合意を取れるまで、何度も何度もこれでいくというふうに提案し直すということでしょうか。

○B そうです。とはいえ、帰属清算のほうは強行法規になっていて、融通が利かないので、帰属清算できないのだったら処分清算することになりそうです。

○E 合意が取れなかったら売ってしまうということが想定されているということですか。

○B はい。

○法務省 ここは、仮登記担保を参考にしながら資料を作成したのですが、ご指摘を受けて考えてみますと、どういう場面なのかより具体的にイメージしなければならないと思いました。例えば債権の譲渡担保などの場合に、設定者が譲渡人として対抗要件を具備させるというような場面が考えられるのではないかと思います。動産の場合はあまり関係ないですかね。もう一度検討させていただきたいと思います。

○座長 それでは、これで休憩にしましょう。

(休憩)

○座長 昼食に30分も取らないということで、大変非人道的な会合かもしれませんが、1時半までの予定になっておりまして、この後いろいろ都合が詰まっていらっしゃる方もいらっしゃると思いますので、もちろんコーヒーはお飲みになりながらで結構でございますけれども、研究会に戻りたいと思います。

先ほど、休憩前に清算義務に関して話をさせていただきましたので、あとは報告と言いますか、検討事項に対する質問でも結構ですし、自由なご意見でも結構ですので、自由にお願いいたします。どうぞ。

○H 清算の機能の1つとして、同時履行の抗弁権や留置権の話をされたかと思いますがけれども、これは例えばアメリカみたいに、最初に占有回収をやってしまうと、こういう機能はないということになるかと思えます。そうすると不動産の譲渡担保に関する昭和46年判決などが当てはまらないという話になってこようかと思うのですが、日本の場合は実

際はどうなっているのでしょうか。実務で動産譲渡担保を実行するときに、あらかじめ占有を取ってしまうということが行われているのかどうかということが、教科書等にはいまひとつ詳しくは書いていないような気がするのですが、その辺りはどうなのでしょう。

○座長 どうぞ。

○D およそ民事執行の手続というのは、差押え、評価、換価、配当という4つの段階を経ると思うのです。動産譲渡担保の実行の場合にも、これは私的実行によらざるを得ないわけですが、普通は物理的な占有をまず確保することが通常であろうと思います。これは、債務者ないし設定者側が任意に協力してくれない場合の強制的な担保実行手段を取る場合の話だと理解してご回答していますが、基本的には目的物の物理的な占有を取得しないと、まず目的物の評価自体が困難であるということが普通であろうと思います。それは不動産であっても、物を実際に見てみないと分からないということはいわゆる多岐にわたりますが、動産の場合は、そもそも不動産よりも、先ほどから申し上げているとおり、物がそこに行ったらないかもしれないということから始まり、物の毀滅、価値の減耗ということが生じやすいものですので、まずは目的物を確保するというところから始めて、その後に評価するというところになっていくというのが、通常のパターンではないかと。

その観点から、この論点について申し上げますと、清算義務云々はさて置きまして、清算義務と目的物の引渡請求権の同時履行、それから留置権を排除する特約というものの効力が、もし仮に認められないとすると、動産担保の実行ということは実務上はできなくなると思います。これは、まず目的物を確保するという要請が不動産にもまして、ずっと高いからです。不動産は動かないから、そこにいてくれるから問題はないのですが、動産の場合は清算金請求権との同時履行関係がもしあるとすると、そもそもその前提となる清算金請求権を算定できないという問題があるわけですね。およそ評価ができないからです。ですので、もしその意味での同時履行関係が強行法規化されるとすると、つまり特約による排除が認められないとすると、これはちょっと困ったことになるというのが実務的な感覚でございます。

○法務省 休憩前のE先生のご質問にも関連するところですが、確かに改めて考えてみますと、②については妥当する場面があるのかもしれませんが、常に妥当するということになると、今D先生がおっしゃったように、実際に実行の過程で問題が出てくるのかなという気がいたしましたので、考えてみたいと思います。

○座長 Dさんがおっしゃるのはもっともなのですが、それを全体的にと言うか、この研究会だけではなくて、世間的に「そうだよな」というように皆に思ってもらうためには、不動産の譲渡担保について形成されている判例法理というのが適用されないというようなことを積極的に正当化しないとイケないわけですね。Dさんがおっしゃったのが、動産というのはそもそもあるかないかが分からないものを売れるわけがないし、その評価だって手元にない限りは難しいというのが不動産と大きく違うというのは、たしかに1つの理由として存在しますね。

しかし、その問題については、適当な評価額を言ったらどうなるのだろうかというのが問題となり得て、その評価額を争う側が証明しなければいけないのか、適切でないというように債務者側が言えば、それで先ほどの同意をしてくれるまでというような話と同じですが、その辺りの主張、抗弁とかの、そういうような関係にも関係してくるかもしれません。

それがありました。

第2番目に、Dさんとかほかの先生方でもいいのですが、経験例として、個別動産で清算した例というのはあるのですか。

○D 経験が多いわけではありませんが、私は知らないです。ですので、清算金が発生しないという実行通知をしてしまうことはあります。ですから、その意味で、問題が生じないと言えば問題は生じないままかもしれません。

○座長 いやいや、問題が生じないと言うよりも、不動産とは違うのだよという正当化根拠が、多分必要で、そのときに現実問題としても清算なんてありませんというのは、1つの理由付けになるわけだね。

○D ただ、たまたまそれは私が知っている限りで、清算の問題は発生しないという個人的な経験にとどまります。

○F 私も、自分の経験としては清算をして実行した経験はないので、自分の周りには見当たらないのですが、ただ、確かに（設定者の事業価値の毀損と無関係に処分できる）建設機械とかを譲渡担保に取って貸付けが行われる場合などに、一般論として清算はあまり行われたいと言い切ることは躊躇があります。

○K 担保権者側で清算したことはないのですが、債務者側、正確に言ったら破産管財人ですが、機械を売ったら余剰が出て、それは返してもらったということがあります。絶対に余剰の清算がないということはもちろんなくて、それはなぜかと言うと、債権者が不動産担保権も持っておられて、不動産担保の任売をした結果債務がだいぶ減って、もう1つ担保に取っていた機械はかなりお金が余ったというので返してもらったということです。つまり、ほかの担保もあるから結果的に余剰が出て清算するというのが実情でしたけれども、清算の例がないということはないです。

○座長 そうすると、①の清算しなければいけないというのは、そうかなというところなのですかね。だから、②の問題を、Dさんは強行法規としなければいいという雰囲気でしたが、動産についてはそもそも引渡しを求め得るというようにするということもあり得るのですよね。デフォルトで。それは、大きすぎますか。

○D おっしゃっているのは、担保権者として常に引渡しを求めることはできるということですね。

○座長 ええ。

○D 事業に必要なものもあるので、ちょっと線引きをどうするかは難しいなと思いますし、倒産時は、当然何らかの制約の仕方があるのかなとは思いますが、一般論として、原則論として、そうする可能性はあるかなと思います。すみません、感想で申し訳ないです。

○座長 幾つかに分けなくてはいけなくて、恐らく、今個別動産について話が進んでいますが、個別動産の場合と集合動産の場合と、あるいは債権の場合と、更にはそれ以外のいろいろなゴルフ会員権とか、そういう場合と同じなのかという問題があるのだと思いますが、まずは個別動産の問題についてですかね。

○B 頭がこんがらがってきてしまったのですが、普通、譲渡担保の契約には債務を弁済しなかったときには、目的物の占有を債権者が取得できますみたいなことが書いてあって、それに基づいて目的物の占有を受け取るということができると思うのですが、新しい担保物権として立法化すると、そもそも動産担保権の効力としてとか、担保権実行の方法とし

て、目的物の占有を取得できるというような書き方もあると思うのです。

そのような立法をすると、最初に債権者が、「私は目的物の占有を取得しません」という合意をすることはできるのでしょうか。占有を取得したくない債権者がいたときに、無理矢理取らせることもないだろうなという気もしていて、分からなくなってしまったのですが。

○F 占有は要らないといっても、譲渡担保の実行方法として、実行通知を出すことによって、「実行の結果として所有権が移転する」と表現するかどうか分かりませんが、現実の引渡しを求めるか、あるいはもし現実の占有が要らないのであれば、その場でそのまま設定者による占有の継続を認めるとしても、占有の形態は変わるのではないかと思うのです。その意味では、実行によって一種の引渡しが行われたと評価をするのかなと理解していたのですが。

○座長 占有の形態が変わるとするのは、占有改定で引渡しがされるということですか。

○F はい、そういう意味です。あるいは占有改定の趣旨が変わると申しますか。

○座長 よく分からないのは、すごく高価な時計ですということになったら、評価のためにも引渡しを求めないと困るし、本当にあるかどうか分からないしという話はよく分かるのだけれども、先ほどから出ていた建設機械だとか、大型のクレーンだとか、あるいは工場に設置してある機械だとか、そういうようなものというのはどうやって実行するのですか。つまり、どういう意味かと言うと、引渡しを得て、これを買いませんかという話で実行するのも大きすぎて難しいのではないかというのもあるわけではないですか、それはどうやるのですか。

○F 正にその意味で、物によっては、B先生がおっしゃるように、現実の占有までは要らないというものもあるでしょうから、そこに置いたままで実行できるものもあるように思います。ただ、実行までは、担保権の設定時に占有改定という形で対抗要件を取っていた状況であったのだと思うのですけれども、実行通知によって、帰属清算するのであれば担保権者に完全な所有権を帰属させるという形で権利の中身が変わるので、そのまま設定者に占有させておくのであればその占有改定の趣旨が変わるのだと思います。物によっては実行段階で担保権者に現実の引き渡しを求めることもできると思いますが、物によっては座長がおっしゃるとおり、そのままそこに置いておいたほうが処分しやすい場合もあるのかなと思います。

○D これは2通りあると思うのです。譲渡担保権者の手元に物理的な占有を引き渡してしまう方法と、それからもう1つ、設定者の元に占有を置いたまま、例えば何らかの保全方法を用いてフリーズすると、例えば執行官が網を掛けるとかそういうことをして、何らかの表示をして、特定をするという2通りあると思うのです。

ですので、そこはいずれかを、どちらも採用できるようにするということがよろしいのではないかと。担保権者が希望する方法のいずれかを求めることができるということが、担保権者にとってはフレンドリーだとは思いますが。

○座長 担保権者にとってフレンドリーだと思うというだけでは、多分みんなに納得してはもらえないと思うのです。判例が不動産に関するものであることの利益状況が前提になっているものであるというようなことをちゃんと言えないとね。

○D 建設機械などは、昔は引渡断行の仮処分などをやっていたのだと思います。今でも

それはできるのだらうと思いますが。

○L 今、D 先生がおっしゃったように、今でも実は仮処分を使う例は多くございます。要件としては保全の必要性が掛かってきますので、不自然な処分をしているとか、散逸のおそれがあるというのは当然掛かってくるわけですが、占有権移転の仮処分を掛けて、債務者が保管するのが適当であれば、それこそ仮処分の公示をするぐらいで済みますし、自動車のようにいつ動くか分からないようなものであれば、債権者保管にするということはあるのではないかと思います。債務者の手元からなくなってしまうリスクがどれぐらいあるかとの兼ね合いで、処理は変わっていくのかなと思っております。

○座長 そうすると、5 ページの所で特段の事情がある場合というのが言われていますよという話なのですが、例えばゴルフ会員権などの場合に名前を変えないと絶対に売れないという場合に、名前があらかじめ変えられるかという話があったりして、そういう特段の事情というのを目的物の性質に応じた実行の必要性と言うか、そういうところで考えていくと。ただ、それをまたリジッドに、こういった場合はできます、こういった場合はできませんというように書くと、たぶんワークしなくなるので、やはり選択できるとするという方向なのですかね、今のご議論は。

○B 今のお話だと、目的物をその場に置いておいて仮処分を掛けるというパターンと、自分で占有を取得した上で売却するというパターンとがありそうに思ったのですが、この2つのルートを法律に書いておいて、そのうちどちらを選ぶかを担保権設定時に選ばせるか、実行時に選ばせるかということが論点になる、という整理の仕方はあり得ないでしょうか。

○座長 あり得るのではないのでしょうか。どうぞ。

○M 今の話ですが、今の話は、結局実体的には引渡請求権があるとして、しかしその請求権があるにもかかわらず、引渡しを求めてそれに応じない場合には、仮処分を掛けていく、という形で整理されるべきものではないかと思うのですが、そうだとすれば、2通りのやり方があるけれども、それは別に設定時に必ずどちらかを選ばなければいけないというものでもないですし、実行時にも、結局任意に引き渡してくれるのであったらそちらによりますし、そうはいかない場合は仮処分を掛ける、ということになるのではないですかね。それで十分かなと思ったのですが、いかがでしょうか。

○B 2つのルートを用意しておいて、実行段階で選べるというのが、一番いい感じに思うのですが。

○座長 M さんがおっしゃっているのは、選んでいるのではないという考え方だと思うのです。つまり、引渡請求権というのが実体的に存在していて、それを行使しなければいけないというものではなくて、そこにある状態のまま売却が可能であって、そのほうがスムーズであればそうすればいいので。それは権利を行使するのかどうかの問題であって、選択の問題ではないということなのではないでしょうか。

○M すみません、それもそうかもしれないのですが、私が言おうとしたのは、それにプラスして、その権利を行使したときに、行使の方法というのも相手方が任意に応じてくれればそれでいいですし、応じない場合にはその手続に乗るということで、結局その相手方、債務者というか、設定者の対応次第で、その場で最終的にやり方が決まるということになる、という理解でいいのではないかなと思うのですが。



○座長 それは、もちろんおよそ必ず仮処分は掛けないといけないと、引渡しをやるためにね。そういう話ではないと思います。

○法務省 不動産についての判例法理が提示されているのに動産についてこれと異なる規律を設けることが正当化できるかどうかという問題については、隠匿のしやすさとか、実行方法の違い等を考えると動産については引渡しを先行させることができるのだということを正当化することはできそうな感じもしているところです。

仮にそうだとすると、②は適当ではなく、実体法的には引渡請求権があるという方向に行くのですが、ただやはり不動産についての判例法理と違うとは言っても、清算金の請求権があるときに、その履行をどのように確保するのかという問題はなお残っています。不動産については同時履行なり、留置権なりで確保できていたのだけれども、それがなくなったときに、動産について何によって確保していくのかというのが、今度は問題になってきそうだと思います。

○D 清算金請求権を判例法理によれば、同時履行関係あるいは留置権によって確保するという事前の対策が取られているということだと思うのですが、動産の場合は事前の対策ではなくて、事後的なことで、例えば不当利得だとか、そういうことで吐き戻しをさせるということがあり得るのかなと思いました。

○座長 それは対策ではないですよ。それは事後的対策ではなく、事後的な処理ですね。

○D すみません。先ほど、どのように占有を確保するかというお話がありましたので、現在、現行法の実務として、どのように譲渡担保を実行しているかという話だけ申し上げたいと思います。仮処分との関係で整理が必要だと思いましたので申し上げます。

動産譲渡担保権者は、債務者の協力が得られない場合は当然裁判所の手を借りるということを考える。自力救済ができないという前提で裁判所の手を借りるということになった場合に、民事執行法上の手立てがあるかと言うと、先ほどの190条は考えられるけれども、それは先例がなく、どうなるか分からないので、まだ誰も恐らく使っていないという問題だと思います。

それから、民事保全法を使うという方法があって、この場合には、要するに被保全権利として引渡請求権が発生していなければいけないわけですが、発生しているということ、あるいは発生しそうであることを前提にしまして、引渡断行の仮処分をするか、あるいは占有移転禁止の仮処分を求めるという方法になります。

引渡断行の仮処分の場合には、これはもう満足的な仮処分になりますので、実際の物理的な占有が担保権者の手元にくるという苛烈なやり方があります。この場合には、問題点としては裁判所に積む保証金、担保金が高額になるということ、それから場合によって無審尋で発令をしていただけるかどうかというところのハードルが高くなるという点があるだろうと思います。

それから、他方で占有移転禁止の仮処分でやるという場合には、これは債務者の使用を許すかどうかというところで事情が異なってきました、通常はこのような対立関係になった担保権者と設定者の間においては、債務者の使用を許さない、設定者側の使用を許さないという方法を取るということになるはずで、その場合には、執行官が自ら保管するという形の仮処分になるということが普通だろうと思います。したがって、執行官が自らの倉庫に物を物理的に移転するという執行官保管の仮処分、すなわち債務者の占有を許さな

い執行官保管の仮処分になるということが考えられる。これは、特に物の散逸のおそれがある場合などはそうです。しかし、債務者の占有を許す場合ということも考えられないわけではなく、その場合には、設定者の手元に置くということも考えられるでしょうし、また債務者の使用を許さない場合であっても、債務者の手元に置いておかせて、しかし絶対に動かせないような何らかの保全方法を執行官の方が対処されるということがあり得るだろうと。特に生ものとか、冷蔵庫から出したらもう駄目になってしまうとか、そういうものの場合には、例えばスーパーならスーパーの冷蔵庫に置いておかないといけないということがありますので、そういった場合には、執行官が網や鍵をかけてその表示をしておくとか、そういう執行方法になるのだらうと思うのです。

この債務者の使用を許さない、執行官保管の占有移転禁止の仮処分の場合は、無審尋での発令のハードルが引渡断行の仮処分に比べれば低いということと、それから裁判所に付く保証金、担保金の金額が、引渡断行に比べれば低く抑えられるというメリットが、あえて比較をすればあるということになります。

ただ、この占有移転禁止の仮処分の問題は満足的仮処分でないという点でありまして、すなわち占有移転禁止の仮処分というのは、担保権者自らに目的物の物理的な占有を移す方法ではないのです。したがって、最終的に債務者と仮処分をした後に和解をしたり、訴訟をして確定判決を得たりしないと、担保権者自らの手元に確定的に占有を移せないという問題があります。ですので、そこが引渡断行の仮処分に比べた場合のネックということになると思います。ただ、普通は占有移転禁止の仮処分で執行官保管までやられると、債務者のほうも困って事後的に和解ができることもあるので、一応使われているという状況だと思ふのです。

要するに、裁判所を使う方法というのは、今申し上げた3つぐらいしかなくて、したがって、それが動産譲渡担保の実行が難しいと言われている理由だろうというように思います。実務上の問題は、そういう点にあるのだということのご紹介として申し上げました。○座長 まだこの問題について議論すべきことがあるかもしれないのですが、もう1個論点があるとともに、第1の①②についても、今ずっと個別動産についてやってきたのですが、集合動産の場合及び債権の場合、債権というかその他の権利と言うべきかもしれませんが、そういうことがあると思うのですが、その辺りについては皆さんどのようにお考えでしょうか。

○M 集合動産債権と言うより一般論としての清算義務の話というのは、ここでもよろしいでしょうか。

○座長 はい。

○M 清算義務の合理性に関して資料の3ページに森田果先生の議論がありますが、この清算義務は合理的なのかどうかというのは、結局清算金の算定方法をどうするかということと多分に関係しているような気がしまして、資料の3ページに書かれているように、経済的に合理的でない取引が行われる場合があるというのは、恐らく処分した価格がそのまま清算金の算定基準になるという場合で、その場合であれば高く売っても高く売っただけ清算金が増えるということになるので、いい買主を探してくるインセンティブがないという話になると思うのですけれども、客観的な適正価格が基準だということになるのであれば、そうすると適正価格よりも高く買ってくれる買主を探し出してこられたら、適正価

格との差額は自分のものになるということで、高く売るインセンティブというのが担保権者にもあるということになるのかなと思います。

ただ、実際に判例で客観的な適正価格というときも、実際に売った額が適正かどうか、という判断の仕方をするように思いますので、そういうことになると、安く売らないというインセンティブはあるかもしれないのですが、適正価格を超えて高く買ってくれる人を探す、というインセンティブまであるかどうかはちょっとよく分からないと思います。

それとの関係で、資料の4ページに昭和62年の判決についての記載があり、処分清算の場合に用いられるのが処分価格であるか適正な評価額であるかは判例上は必ずしも明らかではない、というようなことが書かれていますが、この昭和62年の判決は、目的物は処分されて清算金をどう算定するかというのが問題になった事案で、しかも原審に差し戻すときに、「処分時の適正な評価額を認定して清算金の有無及びその金額を確定すべきであった」というような一文があるようで、ただ、その適正な評価額というところで括弧書きをして「実際に売った売却額が適正な処分価格であったか否か」ということが書かれているので、この判決の原審への差戻しの直前に書かれている辺りを見ると、やはり処分清算の場合に算定に用いられるのは、実際の処分価格ではなくて、適正な評価額だということが前提になっている判例だと読むことも可能なのかなと思いました。

○I M先生の発言と同じような趣旨の発言ですが、よろしいでしょうか。

○座長 なるべく短くお願いします。

○I 先ほどにもありましたように、清算金の額の算定基準となるのは一般に、目的物の処分価額ではなく、その適正評価額であるとされています。それによれば、担保権者の被担保債権額が100であり、目的物の適正評価額が120であった場合において、担保権者が目的物を50で処分したときは、清算金の額が目的物の適正評価額である120を基準に算定される結果、担保権者は、設定者に対し、20を支払う義務を負うこととなり、残債権額は0となります。他方、これと同じケースにおいて、担保権者が目的物を150で処分したときにどうなるのかは、かならずしも明確でない気がいたします。このように、目的物の処分価額が適正評価額を上回った場合においても、清算金の額の算定基準となるのは、目的物の適正評価額であるとするならば、150で処分したケースは、次のように処理されることとなります。清算金の額が目的物の適正評価額である120を基準に算定される結果、担保権者は、設定者に対し、20を支払う義務を負い、残債権額は0となる一方、目的物の処分価額がその適正評価額を超える部分である30は、自分のものとする事ができる。

以上のように考えていきますと、特約により清算義務を排除することができるかどうかを問う前に、特約により清算義務を排除する、ということの意味を分析する必要があります。上記の例でいえば、第1に、後者のケースにおいて、担保権者が設定者に対し、目的物の処分価額がその適正評価額を超える部分である30を支払う義務を排除する特約が考えられます。研究会資料では、このタイプの特約も念頭に置かれているようにみえます。しかし、先に述べましたように、目的物の適正評価額が清算金の額の算定の基準となるとしますと、この場合には、担保権者は、そもそもその部分の清算金支払義務を負わないため、特約により清算義務を排除することができるかどうかという問題は生じません。このことは、研究会資料の項目(3)「清算金の額の算定方法について」は、その項目(2)「特約による清算義務の排除の可能性について」の前に検討しなければならないことを示して

います。第2に、前者のケースまたは後者のケースにおいて、担保権者が設定者に対し、目的物の適正評価額が担保権者の被担保債権額を超える部分である20を支払う義務を排除する特約が考えられます。このタイプの特約は、清算金支払義務、つまり目的物の適正評価額が担保権者の被担保債権額を超えて清算金が生じたときに、担保権者が設定者に対してその清算金を支払わなければならない義務を排除するものであるということができません。第3に、担保権者は、目的物の処分価格を基準として清算することができるとする特約が考えられます。これが前者のケースについて認められれば、担保権者は、設定者に対して20を支払う義務を負わないだけでなく、残額の50を無担保債権として残すことができます。このタイプの特約は、清算の基準となる額の算定方法を変更するものであるということです。

いずれにせよ、特約により清算義務を排除することができるかどうかを検討するにあたっては、問題となる類型を整理したほうが良い気がいたします。長くなってしまって、申し訳ございません。

○座長 ①②の所を基準にしながら、適正価格というのが基準であるというように考えるのか、そしてそれで押していくのか、それに対して例えばイギリスとかアメリカもそうだと思いますが、処分価格であるということを前提にしながら、しかし処分のときにフィューチャーとして、ちゃんと高く売らなくてはいけないという義務を課するという形になります。そうすると、高く売れたというのは頑張ったねと。それだけでも、全部取ってしまうという考え方だと思うのです。全部吐き出させてしまうという考え方だと思うのです。

だから、頑張るという義務として考えるのか、それとも適正な価格という客観的な基準として考えるのかという問題は明らかにしなければいけないということだと思うのですが。

○K 清算義務の今の話にも関係するのですが、所有権留保に関してですが、担保権者は本来は債務不履行解除もできるはずですよ。そうすると、たまたま解除時に対象物の価格が上昇していたときに上昇分を返せなどということは、債務不履行解除のときにはあり得ないですよ。100万円で売りました、1円も払ってくれないので債務不履行解除しました、物の価値がそのときたまたま150万円になっていました、というときに、50万円を相手方に返せという議論はないはずなのです。

資料2の清算義務の記載は、上記の例で担保権実行したら50万円を返さなければいけないように読めます。いや、それは担保物権法理としての所有権留保の実行と、債権法理としての解除権行使は全然別なのだ、あちらは清算義務なし、こちらは清算義務ありで構わないのだ、という整理もあるかもしれないけれども、そうでない整理もあり得ますので、もしかしたら、資料2の清算義務の中身を整理しておいたほうがいいのかと思います。先ほどのM先生やI先生の話にもちょっと関係するのだと思いますけれども。清算義務と言ったときに、引き上げたときの物の価値との差額というようにしてしまうと、所有権留保の対象を解除で取り返したほうが得をして、担保権実行をした担保権者が損をすると、全部吐き出さなければいけないというようなことになってしまってもおかしいことで、清算義務の有無・内容の議論を担保物権の種類との関係も含めてもう少し分けたほうがいいのかと思います。

○座長 何回か繰り返して同じことをやることになりますので、今日はこの辺りでというようにしていと思うのですが、私が発問をした理由というのはもちろんお分かりだと思います。集合動産譲渡担保の場合だったら、目的物全部を売却すると清算金が出るというときに、目的物の一部しか引渡し請求できないというような処理でバランスを取ることがあり得そうだけれど、しかし、必ずそうだとということになりますと、今度は目的物が一体性において初めて大きな意味を持っているというのが分断されるということ強制することになって、それはかえってよくないという場合もあり得るという話ですね。

債権に関しては、動産についても引渡請求を認めるべきだという意見が皆さんからも強かったのですが、債権の場合には第三債務者との関係での取立てというのが、別に清算しなければ取立てができないという話ではなくて、取立てはできそうだし、また今度は逆に取り立てるときに、債権額に満つるまでしか取り立てないというように考えるなら、今度は清算の問題というのは理論的には起きてこないわけで、それは債権質の場合はそのようになると言われているわけなのです。

だから、そういうような問題がありますよねという議論もあるよねということをしたかったのですが、いいもん、という感じですが。ということもあります、第2のところについても頭出しと言いますか、ご説明を頂いて、若干その話をして、次回につなげたいと思いますけれども、よろしくお願いします。

○法務省 資料の5ページの第2について御説明いたします。第2は、動産を目的として担保権を作った場合に、その効力をどの範囲に及ぼすのが妥当なのかという議論でして、ご承知のように、抵当権については民法の370条があって、それを付加一体物と言っているわけですが、従物との関係がどうなるのか、付合との関係がどうなるのか、こういった議論があるところです。

譲渡担保につきましては、この370条を類推適用するのかどうかという議論がありますが、動産を念頭に置いた場合には、付合だけではなくて混和とか加工といった場面でどうなってくるのかという問題が出てくるのではないかと、このように考えました。

6ページ、7ページでは、今までの学説や立法提案等をご紹介します。7ページの22行目の「検討」以下ですが、今申し上げましたように、370条が譲渡担保に類推適用されるのかという議論があるところですが、いずれにしても、不動産の譲渡担保を念頭に置いた議論がされているようでして、動産の譲渡担保についてどのようになるのかというのは、私の勉強不足もあるかもしれませんが、議論があまり活発にされているというわけではないのかなと思います。

ただ、動産を念頭に置いた場合には、譲渡担保の目的であろうと何であろうと、付合、混和、加工の規定の適用はあるだろうと思いますので、それに従った処理が考えられるのではないかと思います。そこで、8ページの(2)以下で、これらの規定によればこのような結論になるのではないかとご紹介しております。簡単ですが、説明は以上です。

○座長 時間がございませんけれども、ご議論、ご質問いただければと思います。

○F 動産について起こる問題で、先ほどご紹介のあった加工とか混和のうち、混和なのですが、現在、動産担保の目的になるものとしては、例えばコシヒカリとササニシキが混じるような場合よりは、完全に同一種類の部品ですとか、典型的には種類物が混じる場合

の方が起こりやすいと思います。そういう場合の民法の規律について、私の理解が足りない部分があると思うのですが、245条によると、主従の区別をすることができないときは、それぞれの割合に応じて共有するのですが、主たる所有者が分かるときは、そちらの所有物に全部がなくなってしまうことになっています。先ほど申し上げたように、同一種類の900個の部品と100個の部品が混じったときに、そういう同質のものの場合には主従の区別ができないと解釈できれば問題は生じないのですが、もし900を持っていた人が主だという解釈にならざるを得ないとすると、その人が全取りすることになってしまって、残りの人は償金請求権を持つだけになります。私としては、このルールが妥当なのかということに疑問を感じているところです。

今回の研究会では、この条文（物権総論のルール）を議論の対象にしてはいけないのかもしれませんが、この245条の解釈がもし動産譲渡担保に及ぶとすると、混じってしまったときに部分的に少ない方を元々持っていた人は物権的な権利を失ってしまい、そうすると設定者と担保権者との間で混和が起こったとするとその担保権者は単なる無担保債権者になってしまいかねないような気がしています。そういった問題は、種類物については主従の区別をすることができないという解釈で解決できるかもしれないのですが、そんなに議論されているわけではないような印象を持っているものですから、検討の必要があると感じています。

○座長 そのとおりですね。そもそも金銭の場合に適用があるかという議論があって、四宮先生などはないとおっしゃるわけですが、それというのは同種のものであって、パッと分ければいいだけの話だからという論理なわけですが、そうすると、部品が1,000個の中に30個混ざったということになると、同質の部品なら30個取ればいいだけの話なのですが、本当は考えていくと難しい問題はあるのですよね。共有持分的なであるとか、それを離れたときの集中の問題とか。いわゆる混蔵寄託のときの問題と同じ問題です。

○B 2つ発言させていただきます。1つは動産に370条を使うかという問題についてなのですが、やはり座長がおっしゃるように、動産のときは従物や添付の規定でいくべきではないかと考えています。なぜなら、沿革が正当化理由になるかは問題がありますが、370条の沿革は、フランスの用途による不動産の規定であると思います。例えば、ある土地上の耕作のための道具とか、ウサギとか、そういうものが不動産の所有権に含まれるので、その結果として、それらに抵当権の効力が及ぶという制度です。それを動産に及ぼしてくるというのは何かおかしいような気がします。

2つ目は、混和の問題についてです。混和が起こる場面としては、在庫に担保が付いている場面が念頭に置かれていると思います。混和から生じるややこしさを排除するためには、「ある種類の在庫すべて」という形で担保権を設定できるようにしておけばいいのではないかなと思うのですが、それはやりすぎでしょうか。

○座長 後半について言うと、他者のものであるという場合には問題は解決しませんよね。

○B もちろんそうです。それは、そもそも混和した物の所有者が誰かという問題になりますが、先ほど出ていた設定者と担保権者との混和の問題やAさんが担保に取った動産とBさんが担保に取った動産が混和したときにどうするか、という問題は生じなくなります。担保権設定時に、Aさんも全在庫を担保に取っていて、Bさんも全在庫を担保に取っていれば、順位の問題で終わるからです。

○座長 順位の問題で終わるというのは、どういう意味ですか。

○B 先に担保権の設定を受けた方が、全在庫について優先権を持つからです。

○座長 こちらはもう B の権利が付いていたのですよ、こちらには A の権利が付いていたのですよ。一緒になったら、どちらが先の担保権かによって、片方が取ってしまうことになりますか。

○B そうではなくて、最初から A さんも B さんも全在庫を担保に取るというルールです。

○座長 それはそうすればね。そうすると、それは混和の問題ではないですね。まあ、いいです。

○H 従物のほうなのですが、これは特定の仕方とか、対抗要件がどのような公示によるのかという、その理解によっては要らないのではないかと思います。というのは、不動産の場合だと、登記の対象はあくまでも不動産で、動産は基本的に対象外ですので、従物への効力というのが問題になるのかと思うのですが、動産の場合だと、「全ての在庫商品」といった特定方法が極端な例になるように、特定の仕方の書き方によっては、同じような問題は全て解決できる気がします。もちろん 87 条を適用除外という規定を置く必要はないと思いますけれども、それ以上プラスアルファで必要かどうかというのは疑問を感じております。

○D 固定動産譲渡担保、特定動産譲渡担保において、例えば目的物を特定した上で、その付属品とか、そういうような書き方をしておけば、設定後であっても担保権の効力は及ぶというご趣旨でしょうか。H 先生へのご質問でございます。

○H 基本的にはそれに近い方向性だと思います。

○座長 D さんは、必ずしもそうは言えないのではないかと。

○D その解釈が不明確なのではないのか、という点に、問題の所在があるのかなと思いました。

○座長 そうですね。所有権移転契約であると考えたときに、所有権移転契約が行われた時点で目的物が決まるということになると、その後に増えても関係ないではないかと、及ばないという話になりそうなのだけれども、何かの契約がされたといったときに、担保権か何か分かりませんが、何かの権利、債権者の権利が付着した状況というのが生まれるということになると、その後にそれに付属物が付いてくるというのはあり得ることであって、その設定された権利の効力として、付属物を吸収していくということが考えられる。それに対して、もちろん集合動産譲渡担保的に、付属物には将来動産として効力が及んでいるという見方もできるかもしれませんが。

○M どちらかと言うと座長に対する質問になるかもしれないのですが、そもそもこの議論の前提として、普通の真正の譲渡というか売買のような場合には、契約後に取得された従物みたいなものには、譲渡の効力は及ばないというのが前提になっていると思うのですが、それ自体が本当なのかというのがちょっとよく分からないような気もして、確かにその時点では所有物ではないのかもしれないのですが、契約後に、しかし引渡し前に所有物になったものに関しては、契約の解釈として当初の売買契約の効力が及ぶというように考えることも、普通の売買でもできるような気がして、そうすると、87 条の解釈として、果たしてそういう処分時に従物であったということが必ず必要なのかというのが、一般論としてよく分からないような気もしたのですが、いかがでしょうか。

○座長 そういう考えでもいいのではないのでしょうか。私は、そういう問題を検討しないままに、370条が類推適用されるというように言っているのでは、検討が足りないのではないかと言っているだけで、87条の解釈自体を通常の売買のときにも再検討してみましようと言うのであったら、それはそれで大変結構な話だと思いますし、もっと言えば、私は立法論をするときには、一切自分の解釈論に対する思い入れはないですから、どうでもいいのです。私は現在の状況でどう解釈すべきかと言っているだけなのです。何かほかにございますか。

実質論としてはどうなのですか。概念をどうしているのか、どのようなことを念頭置いて従物というように考えるのか、普通は及びますよね。自動車が個別動産の譲渡担保にされた後に、そこにナビを付けても。ナビは付合しないか。付合しないからいいのだね。ナビを付けたらどうなるかとか。愛車キットとかね、スパナとかが入っている箱です。ああいうものを後ろに置いたらどうなるかと言うと。Mさんに言わせると、引渡し前にそれが付いてきたら、それも売買の対象にそもそもなるでしょうと。それが売買契約の趣旨としてそうだよねというわけなのだけれども、そうではなくて担保の問題だというように言っても、やはり普通は及ぶのでしょうか。

その問題とBさんのおっしゃった、ないしはDさんの量が増えるみたいなタイプのものを、同一平面で考えるのか、全然別の問題として考えるのかという話だったかもしれません。何かほかにはございますか。

先ほど申しましたように、1回の議論で結論を出して、もう決めてしまおうというよりは、こんなことがありますよねというような、論点確定のためのブレインストーミングということがございますので、今日は何も結論は出ておりませんが、それはそれでいいのではないのでしょうかと思います。

私の不手際により少々時間を超過いたしました。時間がまいりましたので、今日はこの辺りにしたいと思います。本日も熱心なご議論をありがとうございました。