

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会（第3回）

日時 平成31年4月16日(火)  
18:00～

場所 公益社団法人商事法務研究会 2階A会議室

○座長 本日の研究会は、物上代位、目的物の占有や善管注意義務、そして設定者と担保権者と関係した場合、また第三者との関係につきまして設定者の目的物の処分等を行った場合、最後に担保権者の目的物の処分等を行った場合、第三者の目的物を侵害した場合の法律関係というものについて、議論を行いたいと思います。前回も申しましたけれども、個々の場面における規律も、法律構成とか、立法の形式というものが決まらなければ決まらないという面はあるのですが、さしあたりその点は措きまして、実質的にどういうところが落ち着きどころとして妥当かということについて、まずは自由に議論していただこうと思います。

そこで、第1の物上代位から始めたいと思いますので、事務局から資料の説明をお願いいたします。

○法務省 第1の物上代位について、まず御説明します。物上代位については、仮に今後、動産であるとか債権であるとか、そういったものについての新たな担保権に関する規定を設けた場合に、物上代位を認めるのか、認めるとしてどのような範囲で認めるのかが問題になると思います。

そのことをご議論いただきたいということなのですが、今後の規定の作り方を考えたときに、ほかの担保物権に関する規律の在り方と全く無関係に議論することはなかなか難しく、最終的にはかなり制約されてくる可能性もあります。というのは、現行法は先取特権について304条という規定を設けていて、それが他の担保物件に準用されております。その上で、準用された結果、その性質に応じて物上代位の範囲が変わってくるということもあり得るのではないかとということで、例えば抵当権については、売買代金について物上代位が認められるのかどうかというようなことが議論されているという状況にあります。

したがって、仮に動産であるとか債権であるとかについての新しい担保権を作ったとしても、規定の設け方としては、今の民法の304条を準用し、その先はもう解釈に委ねるということにならざるを得ないかもしれないのですけれども、それはそれとして、実質的にどういった範囲で物上代位を認めるのがいいのか、さらにその前提として、そもそも物上代位を認めるのがいいのかについて、今日をご議論いただければという趣旨で資料を作成しました。

内容ですが、「説明」という所にあるように、現行法は今申し上げたような形で、民法の質権であるとか抵当権であるとかについては、先取特権に関する304条が準用されるという形で規定が設けられています。その他について見ますと、裁判例としては資料の1ページに書いてあるようなものがありまして、売買代金債権に及ぶとか、あるいは損害保険金請求権に及ぶといったような最高裁の判例があるというような状況です。

2ページです。学説上はどうなっているのかと言いますと、少なくとも代替的な物上代位については、通説的な見解は不動産譲渡担保権についても及ぶとしておりまして、また、所有権留保についても物上代位を認めることができるという見解もあるところですが、これに対する批判的な見解もあるというような状況でございます。

外国法につきましても、少し文献から紹介させていただきましたが、補足や誤り等がありましたら、ご指摘いただければというように思っております。

一般的に言えば、アメリカ法(UCC)については、プロシーズというものが定義されていて、それに対しては担保権が及ぶという記述がされているようですし、UNCITRALモデル法についても同様の定義の下で広く担保権が及ぶと理解されていると認識しています。

3ページの10行目の「検討」という所以下ですが、こういった状況を踏まえて、新しい担保権について物上代位を認めるのかどうか問題になってくると思います。質権であるとか抵当権であるとか、そういった担保物権について物上代位が認められており、また、担保権者は目的物の価値を把握しているという理解に基づけば、その価値を代替するもの、価値が変容したのに対しては担保権を及ぼしてもいいのではないかという考え方が自然な考え方として出て

くるのではないかと思います。

他方で、今後、新しい担保権がどのように形成されていくのかにもよってくるかと思えますけれども、むしろ当事者の設定行為に大幅に委ねていくということもできるのではないかと。例えば目的物が売買された場合には代金債権に転化していく、あるいはそれが毀損した場合には損害賠償請求権とか保険金請求権などの価値代替物に変わっていくことが予見できるわけですので、そういったものを併せて担保権に設定しておけばいいのではないかとということも考えられます。

そうだとすると、法定の物上代位という仕組みを設けておくのではなくて、当事者が価値代替物に広く担保権を設定するというような方法も考えられますので、物上代位をあえて肯定する必要はないのではないかとという考え方もあり得るのではないかと。ここが1つの議論の分かれ目ではないかと考えています。

その上で、仮に物上代位を認めるということになった場合に、代償物の性質等に応じて、どういった範囲に認めていくのかを個別に検討したものが(1)です。

(1)については、売買代金、目的物が譲渡された場合に売買代金請求権に物上代位していくことができるのかどうかという議論です。これは、先ほどご紹介したように、売買代金請求権に対する物上代位を認めた裁判例もありますし、また学説上も譲渡担保についての通説的な見解としては、物上代位を認める考え方が主流ではないかと思えます。

一方で、抵当権については、売買代金請求権に対する物上代位を否定するのが最近の多数説であると言われております。こういった多数説に従えば、仮に動産等を目的とする新しい担保権を作った場合にも抵当権並びで考えて規定するというようにも考えられるように思います。

一方で、抵当権において、なぜ売買代金請求権に対する物上代位が否定されるのかと言いますと、それは結局、譲渡されたところで、譲渡先で実行していくことができるので、したがって、譲渡された第三者の下で実行すればよくて、売買代金債権に対して物上代位していく必要はないという理由が挙げられています。

そうだとすると、それが動産処分にそのまま当てはまるのかどうか。動産についても、対抗要件制度をしっかり整備して、その対抗要件が具備されている限りは譲渡先で実行できるというように考えていけば、抵当権と問題状況は同じだということもあり得ると思えます。

他方で、動産については、いかに対抗要件制度をしっかり整備して、公示性のある登記制度のようなものを作ったとしても、やはり物的編成はなかなか難しいだろうと思えますし、動産の譲渡においていちいち登記を確認しなければならないとすると煩瑣なのではないかと考えられます。そうすると、恐らく今の動産譲渡特例法でも同じですが、即時取得を否定することは難しいだろうというように思います。

このように、動産の場合には、第三者に譲渡されてもその第三者の下で実行すればいいのではないかという議論は、即時取得のことを考えると抵当権と問題状況が同じだとは言にくいのだろうとも考えられるものですから、そうだとすると、やはり動産については、この物上代位を認めるべきではないかというような議論もあり得るのかなと考えられます。そういったことについて、ご議論いただければと思っています。以上が売買代金請求権です。

次に、誰かが遺物を滅失、損傷した場合の損害賠償請求権について、物上代位が認められるかどうかという問題です。

今の譲渡担保について、「物上代位を認めるのが通説である」と説明する文献もありますが、一方で譲渡担保権者が形式的には所有権を持っていますので、物上代位という形ではなくて、自分の所有権が侵害されたということを理由として、損害賠償請求権を行使することができるわけですので、物上代位を認める必要はないのではないかとという見解も主張されているところがあります。

ただ、ここから先は、今後どういった法形式での担保権を作っていくのかにもよりますが、仮に、財産権を担保目的で移転する場合についての規律ではなくて、動産を目的とする新しい担保物権を作るというような法形式での立法をしたとすると、今申し上げたような批判説の理由が妥当しないということになってきます。つまり担保権者は担保権しか持っていないということになりますので、そうすると物上代位という制度を設けておく必要があるのではないかと考えられるところです。そういった法形式の在り方にも関わってくる問題です。

最後に、(3)果実及び賃料についてです。果実は厳密に言うと物上代位ではないのかもしれませんが、果実先取権の問題かもしれませんが、法定果実である賃料について物上代位という形で議論がされていますので、ここで併せて取り上げました。

賃料については、ご承知のように古くから議論があるところで、判例は、抵当権は賃料に及ぶとしていたところです。抵当権に関するこのような判例法理と同様に考えていけば、動産等についても天然果実に及ぶという規律を設けることは十分に考えられるのではないかと思います。

ただ、ここは現行法の抵当権でもある問題でもありますし、また果実の371条の文言の在り方とも関わるところですが、どういう範囲で認めるのか、つまり、債務不履行が生じていれば差押の前後にかかわらず物上代位を認めるのかどうかなどの問題があります。ここは冒頭に申し上げましたように、解釈に委ねるしかないのかもしれませんが、併せて、どういう規律が望ましいのか、実体的なルールの内容についても、ご議論いただければと思っております。

○座長 どうもありがとうございました。あとは、ご自由に、この問題についてご議論いただきたいと思います。どうぞ、Aさん。

○A 一番最初のポイントでおっしゃったことかと思えますけれども、304条の準用という形を取るか取らないかというのは、アメリカ法との比較という意味では大きいかなと思います。304条だと差押が要件に入ってくるかと思えますけれども、アメリカ法だとそういうことはないですし、そもそも日本の話として考えても、もし設定行為における目的物の特定として代償物に相当するものを特定した場合で、債権譲渡担保ということになって、それで実行という話になったら私的実行が認められる方向になるのかと思うのですが、それを物上代位という形にしてしまうと、かえって差押が要件となってしまうというような問題が生じるのではないかと個人的には思っています。

○座長 質問なのですが、今のご発言は、例えば既存の制度を利用して、動産の登記制度に動産が担保権の目的物として登記されていれば、それで、その売却が行われたときの売買取金債権が、その動産登記の客体に含まれていることになり、物上代位ではなく担保の目的になっているという可能性を示唆されたのか、それとも、その売買取金債権については債権担保の形で、債権担保登記をすることによって効力が及ぶということをおっしゃったのか、どちらですか。

○A アメリカ法との比較からは両方が入っているというように思います。動産の場合は、むしろ合理的な推定のような観点から、担保権の効力がプロシーズでも及ぶという話になっているのでしょし、その場合はそのプロシーズについても差押というような372条のようなものはないという話になります。一方で、福岡高裁判決のように、もともと債権譲渡、在庫商品だけではなくて、その売却代金債権というように考えているときには、もっと端的に設定法理の中で書くのではないかと思いますので、プロシーズにも入っているかと思えますが。

○座長 2種類が入っているのは、ある種、当たり前の話で、そうではなくて、動産の登記だけで債権に担保権が及ぶことが公示されていると考えるのかということなのです。

○A それは、差押の点を外して言うと、やはり条文があったほうが良いとは思いますが。

○座長 条文は置いてもいいのだけれども、「及ぶ」と書くべきだというわけですか。

○A はい。

○B 動産について担保権の設定を受け、その旨の登記を備えた後、その動産が売却された場合において、その売買代金債権について物上代位により担保権の効力が及ぶとしたときに、現行法のルールを延長すると、担保権者は、その債権が弁済される前に物上代位に基づく差押えをしなければ、その債権を取り立てることができないこととなりますが、立法論としては、別の制度設計もある気がします。担保権の目的である動産について、私的実行が認められるのであれば、その代位目的債権である売買代金債権についても、私的実行が認められてよいのではないのでしょうか。これを認めるためには、担保権者が売買代金債権について物上代位により担保権の効力が及んでいることを、債務者に対抗することができなければなりません。動産担保権設定にかかる登記がされただけで、債務者対抗要件を備えたとするのは難しい一方で、担保権者は、債権が弁済される前に物上代位に基づく差押えをしなければならぬとするのも、行き過ぎである気がします。担保権者または担保権設定者が債務者に対し、登記事項証明書を交付して通知をすれば、債務者対抗要件を備えることができるとしたうえで、担保権の実行方法として、担保権者は、債務者から売買代金債権を取り立てることができるとする制度設計も、考えられるように思います。

○C 弁護士会でも今の話は議論しまして、第三債務者的な立場の者からしたら、それは困るというのが弁護士会の中での意見でした。つまり、動産譲渡登記に、どこそこにある何とかと書かれている私の担保物をあなたが買ったからその代金を私に払えと言われても、それは本当に自分が買ったものと一致しているのかという判断を第三債務者的な立場の者にさせるのかということになって、それは正直しんどい。第三債務者的な立場の者は、単に動産を買ったという一般の人ですから、その人からしたら、裁判所の差押手続というのが来て、確かに私が払うべき売買代金は、そちらに払わなければいけないということが分かるような手続にしてみました。今回の質問には入っていなかったのだけれども、プロシーズという、UCC だったり、UNCITRAL のモデル法だったりする、そちらの広く担保の効力が及ぶ法制度の方にいくべきかどうかという議論も弁護士会の中でして、それはいかないだろうと。今みたいなことを考えたときには、やはり現行の、ちょっと狭くて担保権者からしたら不自由かもしれないけれども、そのようなきちんとした手続があるほうがしっかりするのではないかというのが意見でした。

○D 今おっしゃっている論点は、もともとの目的物に担保権を持っていれば、つまり、例えば動産担保権を持っていれば、その目的財産の価値代替物である債権に対して、差押なくして、その効力が及んでいくのだと。しかも、その、もともとの動産担保権についての対抗要件が具備されているということが前提になっていると思うのですが、それによって公示されている限りは、差押がなくとも、それで効力を及ぼしていいのだという考え方が前提になった議論がされていたと思うのです。

しかし、2つの問題があると思います。1つは、C先生がおっしゃったとおり、第三債務者を保護するという観点で差押を要するのではないかという点です。もう1つは、レンダーAとレンダーBがいて、例えば動産担保権はレンダーAが持つけれども、その価値代替物になりそうな債権はレンダーBが既に担保を取得している場合に、レンダーAとレンダーBの優劣をどう考えるかという問題があるはず。このときに、レンダーAの動産担保権の公示が代償物にも及んでいるのだと考えることができるような対抗要件制度を設けるかどうかということに、結局、帰着するのと思うのです。現在の動産・債権譲渡特例法の下では、今のような事例があった場合には、レンダーAは動産譲渡登記を備え、レンダーBは債権譲渡登記を備えているという場合に、どちらを優先するかという問題が生じると思うのです。現行法では、結局、動産譲渡登記は目的財産それ自体を公示はしていないわけなのです。おおよそ動産譲渡がなされたかなされていないかということ公示しているだけであって、公示といっても、一般の人も見ら

れるような状態になっているかという観点で言うと、その動産譲渡登記の目的動産を見られるのは当事者だけに原則的に限られていて、一般の人が目的財産を見ることができない。その目的財産を一般の人が見ることができない中で、目的財産が売られた場合の価値代替物にその公示が及んでいるかという論点になってきますので、抵当権設定登記などの場合とは公示力に差があると考えられると。

したがって、先ほどの話に戻りますと、C先生がおっしゃっているのは、第三者保護の問題と、いずれを優先させるかという問題の2点を解決する必要が出てくるので、差押を、なお残す意味というのは、その意味であるのではないか。これは頭の体操として申し上げましたが、そのように思っています。

○座長 頭の体操ではなくて重要な話だと思うのですが、Cさんがおっしゃったことに関して言えば、まず仮に動産譲渡登記がされているということが、売買代金債権にも効力が及ぶということを示しているというようにしても、恐らくそれは債権譲渡登記と同じレベルの公示力なのだと思うのです。そうすると、債務者は拘束されないはずなのです。

Bさんがおっしゃったのは、そのときに差押をしなければいけないのかと言うと、そうではなくて、例えば債権譲渡について債権譲渡登記によって第三者対抗要件だけが具備されているときと同じように、書面を送るというような制度を作ることが考えられるのであって、必ずしも第三者債務者が分からないというところから、差押というように、唯一なるわけではないのだろうということだと思うのです。

○C 債権譲渡登記も、いわゆる第三債務者不特定型のときに、実行段階でいつも苦労します。登記事項証明書を受け取ったほうも自分が当該譲渡債権の債務者にあたるかどうかよく分からないという問題です。あれと同じ問題ですが、より顕在化して、動産譲渡の証明書ももらったけれどもこれは本当に自分なのか、払ってよいのか、良く分からないということが、よりシビアになってしまうというのが弁護士会の意見だったのです。

差押という手続がいいかどうかは別にして、少なくともポンと登記事項証明書が届いたら担保の効力が及んでいるから払えと言われてしまうというのは、ちょっとしんどいという、もう少し安定的な手続がほしい。それがたまたま差押ということなのですが。

○座長 なるほど。差押を要求すれば、裁判所の行為が絡んでくるので、インフォーマルな書面が来るのに比べて第三者債務者としては非常にやりやすいということがあるみたいですね。

○C はい。

○座長 Dさんがおっしゃった、もう一個の問題点に関連しては、法務省が最初におっしゃったのですが、仮に債権譲渡担保というものが非常に使いやすい法定の制度として出来上がったならば、集合動産譲渡担保権を取るときに、その転売か売買か分かりませんが、代金債権についても譲渡担保を取ればよいのであって、そのようにしないで、物上代位というような制度設計にしてしまうと、優劣の問題が起こってきたり、差押の問題が起こってきたり、いろいろあったりして面倒である、せっかく便利になったのだから、Aさんのアメリカ法についての分類で言えば後者だけに統一するというのも考えられるのではないかということが考えられるのですが、Dさんはそれについて、どうお考えになりますか。

○D 恐らく資料の3ページの真ん中の辺りの議論ですよ。代償物である債権に、もともと別に質権あるいは譲渡担保が設定できるのだから、あえて物上代位を認めなくてもいいのではないかという方向の考え方もあり得るという。

確かに、債権譲渡担保法制に関しては、債権法改正によって債権譲渡担保が、だいぶやりやすくなったということだろうと思うのですが、少なくとも現行法でどうかと言うと、譲渡禁止特約が入っているような場合に、現行法上は原則として債権譲渡担保は取れないわけです。債権質も取れないということになるので、現行法上は物上代位を認めておく必要性は、より高か

ったというように思われるのです。

このたび、改正債権法が施行された後は、譲渡禁止特約があっても担保に取りやすくなるのだろうと思いますが、ご承知のとおり、担保を取ることによる債務不履行問題というのが発生するのではないかという懸念をお持ちの金融機関であるとか、担保権者が未だおられるとしますと、そのような方々は、なお債権譲渡担保とか債権質権を取ることについては謙抑的にとどまるという可能性があります。そうすると、譲渡禁止特約付債権については、いわゆる差押禁止債権は私人が作ることはできず、差押をすれば譲渡禁止特約付債権であっても担保力を及ぼすことができるわけですので、この意味で、物上代位による差押の途をなお残す意味はあるのだろうと思うのが1点です。

それから、もともと担保権者になる人と設定者との間の力関係という問題があって、担保として動産まではいいけれども債権までというのは嫌だとおっしゃるような方もいるわけですが、いろいろな場合が考えられて、したがって、資産Aと、その代償物である資産Bがある場合に、資産Aと資産Bの両方に担保を設定できるのに、資産Aにしか担保を設定しなかったのだから、資産Aの物上代位が資産Bに及ばないということにしてもいいのではないかとはい、取引の実態はそれぞれあるので、必ずしも言えないのではないかと。したがって、私としては物上代位をなお残すということは積極的に考えてもいいのではないかと考えています。

○座長 前半におっしゃったことは分かるのですが、後半については、設定者が債権までには優先権は与えないと言っているのに、実は物上代位で及んでいるということになってしましますね。

○D そうかもしれません。ただ、法律家として、そういうことはどちらを取るべきかという。

○座長 騙し討ちの感じがしますね。

○E 法務省がおっしゃったことと、今のお話について、分からないので伺いたいことがございます。それは、現在の物上代位、抵当権、質権でも当たるのかもしれませんが、保険金について代位の対象になるかという論点があり、そこで一応、代位の対象になると言われつつも、よく見る説明が、しかし実務的には債権質を設定しているからあまり問題にならないというものです。それはそうなのかなと思っており、それ自体を争おうとも思わないのですが、それがあある意味では全面的に広がって問題にならないのだからいいのではないかという発想ですよ、この3ページの中ほどの所では。

この点について、対抗要件のことなども考えて本当に実務的に問題がないのかどうかということ、知りたいのです。問題はないというのであれば、これが簡単でいいではないかと思うのですが、転化した債権について、対抗要件をあらかじめ備えるのは煩雑であるとか費用が掛かるとか、仮にそういうことがあるとすると、やはりこれだけでは問題は解決しないと思います。この点を特に実務家の先生方に教えていただければと思います。

○F この点については、プロジェクトファイナンスとかストラクチャードファイナンスのように、最初に全て何でも担保を取ることが前提になっていたり、債務者がSPCのような、あまり気を遣わなくてもいい相手だったりする取引においては、容易に全てを担保に取ることができるし、実際に取っているのだと思います。

ただ、そういう限られた範囲の取引ではなく、ごく一般に行われている中小事業者に対する融資まで含めて考えると、何もかも担保に取ることに対して抵抗がある場合も確かにあるのかなという印象はあります。

○C 補足すると、弁護士会で議論したときには、資料の3ページの17行目以下の部分に関しては、書ききれないのではないかという意見がありました。つまり設定契約書の特約で書けばいいと言われても、売買代金、請負代金、保険金、火災保険とか、列挙して書こうとしても書ききれないのではないかということです。しかも、第三債務者も何らか特定することになると、

まず契約書に列挙し、かつ対抗要件も全部備えるというのは、かなり難しいのではないかと。したがって、物上代位ということで、代替物が出てきたときに、その段階で新たな手続を踏むことでカバーするという手続のほうが、むしろ簡便なのではないかという意見がありました。○座長 非常に難しい問題を提起されていると思います。つまり現在における債権譲渡登記における債権の種類の特定制としてどのようなものが求められているのかという問題が、まず前提にあって、それが動かせないのかということなのだろうと思うのです。

動かせないという前提を取るというのが1つの考え方なのですが、そうであるならば、そのときには債権譲渡担保のつくりを、そのことを踏まえて作らなければいけないと思います。

もっと自在にと言いますか、曖昧にと言いますか、緩やかな形での特定というものが認められるように登記の在り方を変えるとということになると、どのような原因で、どのような場合に発生した債権なのかを法定することはできないような気がしますし、しかし、304条の所には売却うんぬんと書いており、ある意味で非常に包括的な指定になっているとも考えられるわけですね。そこらあたりをどのように調整していくかが難しいところですよ。

○C 先ほどの第三債務者的な立場の者から見たときという話とリンクしてしまっていて、軟らかな登記制度を認めたら、困るのは第三債務者的な立場の者です。軟らかな登記で、自分が当たっているかどうかを判断しなければいけない。他方、明確に書かなければいけない硬い登記制度を作れば作るほど、自分の債務が当たっているか当たっていないか、分かりやすい。そのバランスを考えてどういう登記制度を作るかという問題だと思うのですが、どちらかと言うと、第三債務者的立場の者にとって分かりやすい、ヒットしているかヒットしていないかが明確に分かる登記制度にしたいという価値判断が現行法の延長線上にあって、それで今のような意見がありました。

○D 2点あります。1つは、この平成22年12月2日の第1ページに書いてある、損害保険金債権に及ぶとした判例ですが、この判例は私は調査を完全に尽くしているわけではありませんが、質権が設定されていなかったという事例だと思うのです。ですから、その意味では譲渡担保の物上代位を認めるということに意味があると言うか、だからこそ、この判例が出てきたという事案だと理解しています。

2点目は、債権譲渡登記に、ときどきやるのですが、元の債権を記載しつつ、それに重ねて、その債権が発生した原因となった契約が例えば解除されたりする、あるいはそれによって損害賠償債権に転化するということがあり得るわけです。そのような場合の損害賠償債権も将来債権として、あらかじめ譲渡しておくことは可能なはずで、そのような債権も含めて、債権譲渡登記の対象として特定し、公示するということが可能だと理解しています。

もう1つは、物上代位の議論は個別動産に限ったものなのか、それとも集合動産も含めた議論なのかということも気にはなっています。

○座長 3番目について一言申しますと、今回は個別動産を中心に作っているということで、集合動産になると、問題の出方が違うだろうというのはおっしゃるとおりで、そのように1ページにも少し書いてあるのですが、まずは個別動産を念頭に置いて議論をしているところだと理解しています。

さて、今日は多くの点を議論しなければいけないところ、ここまでは目的物の売却、売買代金債権について議論が進んでいますが、ほかのもの、4ページの(2)とか、5ページの(3)については、方向性としてはいかがでしょうか。

○F 賃料債権への物上代位については、不動産抵当権について既に多くの議論も説明もあると思うのですが、先ほど来のお話では、物上代位を動産譲渡担保についてはやめてしまって、譲渡担保の設定と同時に価値代替性のある債権についても全てまとめて担保に取ればいいではないかという立場に対し、そんなことができるよきばかりでもないで、物上代位も合わせて認

めるべきであるという立場があると理解しました。

仮に後者の立場に立つとすると、取り分け、この賃料債権に関して言うと、物上代位に頼る場合については、より賃料債権譲渡との優劣が深刻になるのではないかという感じがするのです。そういう場合に、不動産抵当権と同じレベルの、先ほどの話にもありましたが、公示力がある登記制度が動産譲渡担保について準備されればよいのですが、そうではないときに、賃料債権を譲渡担保に取って別途の融資をしたレンダーにとってはサプライズになるのではないかと思います。

そもそも不動産と同じように考えるかどうかについては、動産の譲渡担保の対抗要件の具備時と、それから賃料債権の譲渡の対抗要件の具備時の先後で決めることに、アナロジーで言えば恐らくならないかと思うのですが、そうなってくると動産譲渡担保についての公示力をかなり上げる必要があるのではないのでしょうか。

○座長 どうぞ。

○D 今のお話につきまして、現在の動産譲渡登記と債権譲渡登記の関係で言いますと、すなわち先ほどのAレンダーとBレンダーという言い方をしますと、目的動産があって、それに基づいて発生する賃料がありましたという場合に、その賃料債権を譲渡担保にとって先に債権譲渡登記を経ているBレンダーと、後にその目的動産について譲渡担保を受けて動産譲渡登記を経たAレンダーがいたとした場合のAとBの優劣ですけれども、Bについては債権譲渡登記を基準とすることに問題ないと思いますが、Aのほうについて動産譲渡登記で見ると、それともAが物上代位に基づく差押えをした、その差押命令の到達と債権譲渡登記の先後で見るとかという問題があると思っています。現在の動産譲渡登記のもとでは、先ほど申し上げたように公示力の問題があり、抵当権設定登記並みの公示力はとてもなく、そもそも引渡しと同等の効力しかないということだと思いますので、むしろ先取特権に近い処理というのか、判例で言えば先取特権のような弱い公示力というのか、ほとんど公示力がないと見て債権譲渡登記と差押えの先後で考えるということになるのではないかと思います。現行法の理解だけ申し上げました。

○F 正にそここのところが、よく分からないと思っていまして、不動産抵当権とのアナロジーでいけば動産譲渡担保の対抗要件との先後で決まるのではないかと思ったのですが、それだと、今、D先生がご指摘のとおり、かなり見えにくい構造になりますし、今日の議論においては動産譲渡担保の対抗要件について動産譲渡登記を使うとも限定されていないはずですから、占有改定で対抗要件を備えることもあり得る前提で、それと債権譲渡担保の第三者対抗要件との先後ということになると、ますます債権譲渡担保を取ったレンダーからすると、サプライズになるのではないかと思います。

ただ、だからといって、動産譲渡担保については物上代位のための差押えと債権譲渡担保の第三者対抗要件との先後で決めるというのが、不動産抵当権の関係で議論されていた理屈と、どう整合するのかというのも、ちょっと難しい感じもして、その点をどう考えるかという問題かなと思います。

○B 個別動産について譲渡担保権が設定され、その旨の動産譲渡登記がされた後、その動産が賃貸された場合において、その賃料債権に対して物上代位をした動産譲渡担保権者と、その賃料債権を譲り受けた者がいたときに、どちらが優先するか、という問題であったかと思えます。動産先取特権に基づく物上代位に関する判例のルールによれば、両者の優劣は、物上代位による差押命令の送達時と、債権譲渡の第三者対抗要件の具備時との先後によって判断されます。これに対し、抵当権に基づく物上代位に関する判例のルールによれば、両者の優劣は、動産譲渡登記の具備時と、債権譲渡の第三者対抗要件の具備時との先後によって判断されます。

さきほど、動産譲渡登記の公示力が十分でないという理由から、動産先取特権に基づく物上

代位に関する判例のルールにより処理をすべきであるという考え方が示されました。もっとも、この考え方については、次の点が気にかかっています。

第1に、物上代位の公示が十分でないのは、抵当権設定登記も同じです。抵当権設定登記は、不動産について抵当権が設定されたことを公示するものであって、その不動産の賃料債権に対して抵当権の効力が及んでいることを公示するものとしては、十分なものではありません。他方で、個別動産について譲渡担保権が設定され、その旨の動産譲渡登記がされたときは、製造番号等によって譲渡の目的である動産が特定されています。そのため、動産の賃料債権を譲り受けようとする者は、同債権を譲渡しようとする者、つまり譲渡担保権設定者に対し、登記事項証明書の交付を受けてそれを提示してもらえば、その動産について譲渡担保権が設定されているかどうかはわかります。この意味では、物上代位についての動産譲渡登記の公示力も、認められるように思います。

第2に、動産先取特権に基づく物上代位に関する判例において、物上代位が債権譲受人に劣後するとされたのは、物上代位のもととなる動産先取特権について、追及効が認められていないからであるとする考え方があります。動産先取特権は、原目的物である動産が第三取得者に引き渡されたときは、333条により、その動産について行使することができない以上、代位目的債権が譲渡されたときに、その債権について行使することができるのは、アンバランスであるというわけです。これに対し、個別動産について譲渡担保権が設定され、その旨の動産譲渡登記がされたときは、物上代位のもととなる動産譲渡担保権について、追及効が認められます。この場合には、代位目的債権に対する追及効を認めたとしても、原目的物についての扱いと代位目的債権についての扱いとで、アンバランスは生じません。したがって、上記の考え方によれば、動産先取特権に基づく物上代位に関する判例の射程は、このタイプの動産譲渡担保権に基づく物上代位には及ばないこととなります。

第3に、動産譲渡登記の公示力の弱さを強調すると、動産譲渡担保権に基づく物上代位については、物上代位による差押えを対抗要件とすることになると考えられます。しかし、この考え方では、動産譲渡担保権者は、債権譲受人との関係だけでなく、差押債権者との関係においても、物上代位による差押えを先にしなければならぬことになりそうです。差押債権者と譲受人は、一般に、いずれも対抗要件を備えなければ対抗することができない「第三者」にあたりとされているからです。しかし、そうだとすると、動産先取特権に基づく物上代位に関する判例と、齟齬が生じます。動産先取特権に基づく物上代位に関する判例は、債権譲受人との関係では、物上代位による差押えを先にしなければならぬとするものの、差押債権者との関係では、物上代位による差押えは後れてもよいとしているからです。

○座長 雑談的になりますけど、多分、民法の作り、そのものとしては、将来債権譲渡も、いわんや債権者不特定の譲渡登記も、そんなものは全然認められないという前提から始まっている制度設計になっているのではないかと思うのです。ところが、いろいろところで、そういうふうなことを柔軟化してしまったものだから、そうすると誰が壊すか分からないし、誰が放火するか分からないけれど、全部、あらかじめ債務者不特定で譲渡できるとも考えられないのではないのですが、本当にそうなのか、という感じもします。まあ、今以上に明確にしないと、いずれにしても不安定になりますね、Fさんがおっしゃるように。あと3分くらい、この物上代位について議論していただきたいのですが、Gさん、どうぞ。

○G (2)の不法行為に基づく損害賠償請求権に対する物上代位というのは、資料の16ページ辺りで書かれている、直接、不法行為の被害者として第三者に損害賠償請求できるのかということに関わっているのだと思います。それで16ページの最後の辺りに、709条の解釈適用に委ね、特段の規定も設けないこととしてはどうかという意味が、ちょっとよく分からなかったのです。仮に担保権者が、被担保債権額の範囲で損害を被っているとして、損害賠償請求を直接

できるとすると、設定者は被担保債権額を除いた余剰の部分について不法行為債権を持っているということになりそうです。そうすると、その余剰の部分に更に物上代位するということまで、(2)の損害賠償債権の物上代位というのを考えているのか、どうなのか。そこまではする必要はないのではないかという気もするのですが、一般的に担保権者による損害賠償請求権の物上代位というのは、むしろ物上代位ができることを前提にして、だから不法行為の直接請求は認めなくてもいいのではないかみたいな、そういう議論がよくなされているような気がしますけれども、担保権者に対する不法行為の成立を認めると、逆に物上代位のほうが要らなくなるというか、「滅失または損傷によって生じた金銭」というのは、もっぱら保険金とかを見ればよくて、不法行為に基づく損害賠償請求権の物上代位はそんなに必要になるのだろうか。そちらの問題の立て方もあるかなと思いますが、ご趣旨としてはどういうふうに。

○座長 いや資料作成の趣旨はいつでもよいのでして、Gさんがどのようにお考えになるかをお聞かせください。

○G 私の意見としては、直接、不法行為の成立を認めて、それで損害賠償請求権の物上代位というのを、あえてやらなくてもいいのではないかと思ったということです。

○座長 途中で、おっしゃったことで1点だけ、直接請求権を認めた剰余部分について物上代位とおっしゃった、その話が数的によく分からなかったのですが。

○G 例えば100万円の動産があって担保債権が80万円だとすると、それが誰か第三者によって完全に滅失させられて価値がゼロになったとすると、担保権者は被担保債権の枠の範囲で80万円の直接請求権を持っているとして、設定者は100万円まるまる請求権を持っていたらまずいので、100-80で20万円だとすると、その20万円についてまで更に物上代位を認める趣旨なのか。

○座長 被担保債権がもうないですよ。

○G ええ。だから、結局、直接請求権を認めると、これについて物上代位というのを認める必要はないという方向性になる。

○座長 分かりました。

○法務省 今回のG先生のお考えですが、それは抵当権でも同じだということになるのですか。

○G 抵当権についても同じような議論になりそうですね。

○法務省 そうすると、抵当権についても損害賠償請求権についての物上代位は認めなくてもいいのではないかということになってくるのでしょうか。

○G 直接請求を認めると、必ずしも必要なくなるのではないかなと。

○法務省 それは現行法の解釈論としても、できるわけですね。

○G そうなのではないかなと思います。ただ、損害賠償請求権への物上代位が認められるというのが現行法解釈の前提になっていて、そこを前提とした形で議論すると、それがあたかも不法行為に対する特別法のようになって、物上代位のコースで、あくまでも設定者の損害賠償請求権に対していかなければいけない、という議論になっていると思います。しかし、不法行為の一般的な議論からすると、例えば抵当不動産の第三取得者がいて、その人が自分の所有する抵当不動産を壊し、それによって担保権が毀損されたときには、通説でも抵当権者から第三取得者への損害賠償請求を認めると思います。しかも、そこには契約関係などはないので不法行為に基づくと思いますけれども、その壊した人間が第三者だったときに、不法行為が成立しなくなるというのは、不法行為の要件からすると、どうなのかちょっとよく分からないのです。考えられることは、物上代位に関する規定が、ある種、不法行為に対する特別法みたいな感じで直接請求権を否定しているという考え方もあり得るかもしれませんが、果たして304条の「滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても先取特権を行使することができる。」というの、そこまでの意味を持っているのか。そこまでの意味を持っているという

のが座長の議論だったと思いますが、果たしてそうなのかというのは、ちょっとよく分からないなと思うところがあります。そうすると、むしろ直接請求のほうに揃え、その結果として物上代位は不要になる、という考え方もあり得るのではないかと思います。

○座長 問題点はいろいろ出て明らかになってきており、それぞれについてまだ詰めなければならないところがあると思いますが、本研究会における最初のクールとしては、様々な問題について皆さんがお考えになることを自由にお話をさせていただこうと思いますので、大変恐縮ですけれども、時間の関係上、第2の問題に移りたいと思います。第2の問題について、また事務局からご説明をお願いいたします。

○法務省 第2の問題は、「設定者と担保権者の関係」ということで、2つあり、2つ目にはいろいろまた含まれています。構成部分の変動する集合物を考えますと、例えば使用収益とか善管注意義務みたいなものについても、だいたい前提となる議論が変わってくるかもしれませんが、取りあえず今回は特定のもの、流動しないということを前提に、そういう原則型で議論してから、また後、流動物については、その原則がどう変わってくるのかということを考えるほうがいいのではないかと思います。

6 ページの1ですけれども、目的物の占有とか使用収益について何か規定を設けるかどうかという問題です。ここは実態としては、場合によっては担保権者が占有したり使用収益する。当事者の合意によって、そういう使用収益方法を定めることは全く否定されないと思いますけれども、多くはむしろ担保権設定者が使用収益する。占有も、引き続き占有したから使用収益するというパターンが多いのではないかと思います。

そこはそういう実態でよろしいですねという確認と、あと、そういう規定を設けるかどうかということが、また問題になってくるかだと思います。ここは、特に使用収益について規定を設けるかどうかというのは、また先ほどの規律の設け方の問題と関わっていて、変わってくるのではないかと思います。例えば、担保目的での財産権移転を規律するという規律の設け方をした場合には、財産権は移転しているわけですから、何かの占有権限、あるいは使用収益権限が担保権設定者の側にないと、使用収益できないのではないかと思いますので、使用収益権限についての規律を設ける必要が出てくるのではないかと思います。逆に、担保物権を設けた場合には、抵当権について、今、そういった規定が特に設けられていないのと同様に、別に使用収益について規律を設ける必要はないのではないかと思います。ここが論理必然的に必ずそうかというところはあるかもしれませんが、基本的にはそういうようなつながりが自然なのではないかと考えています。

6 ページの2以降ですけれども、使用収益以外に何か規律を設ける必要があるかどうかという問題です。例えば善管注意義務であるとか、目的物を譲渡するときや所在を変えるときに同意が必要であるのかどうか。こういったものが検討の対象に上ってくるのではないかと思います。実質として同意が必要かどうか、あるいは善管注意義務を負うものとするかどうか、また、規律を設ける必要があるのかどうかについて、ご議論いただければと思っています。説明としては以上です。

○座長 それでは、ご自由に。

○E いきなり後向きの発言になるのですが、この項目について仮に規定を設けようとしても、恐らく任意規定になるだろうと思います。任意規定だとすると、当事者の間に定めがないときにこそ、当然のことながら適用されるだろうと思います。そうすると、この規律の対象となる問題について、一般的にこれが、それこそ原則ルールなんだということが立てられないと規定を設ける意味はないし、規定を設けることもできないのではないかと思います。

そうすると、譲渡担保については、様々な利用のされ方があると思うのです。例えば動産の譲渡担保について、使用収益について設定者と譲渡担保権者のどちらがするのが原則だとか、

あるいは使用収益をする者は善管注意義務を負うのが原則だ、負わないのが原則だということを決めることができるのか、という点を私は疑問に思いました。そうすると、当事者に全く合意がないということは恐らくなかなかないのかなと思いますので、当事者の合意に委ねるといふ形にするのがいいのではないかな、と漠然と思っています。

○H E先生がおっしゃったように、基本的には当事者の合意に委ねるといふことでいいと思います。ただし、現行法の抵当権でも問題になっていることですが、当事者の合意の対象にできない部分があるかもしれないと思いました。1つは、第3の議論とも関わりますが、担保目的物が第三者（第三取得者）に譲渡されて、第三取得者のもとで担保権が存続する場合です。第三取得者が目的物に対してどのような義務を負うのかという問題が出てくると思います。抵当権についてみれば、民法には規定がなく、判例では傍論ではありますが、第三取得者も担保価値維持義務を負うと言われているので、この点を新しい担保権との関係で議論する必要があると思いました。

もう1つは、費用負担の問題です。民法391条には、抵当不動産の第三取得者が不動産について費用を支出した場合に、第三取得者が優先弁済を受けられると定められていますけれども、そういった規定が新しい担保権に必要などうか問題になってくると思います。

最後に、倒産手続との関係も問題となりそうです。質権についての判例で問題となりましたが、破産管財人が破産財団のお金を使って、なお担保目的物を維持していく義務があるのか議論があります。この点も、現行法に規定がないのでよく分からないのですが、新しい担保権との関係でこの点が明文化されれば分かりやすくなると思います。

○F 今の議論にも関わると思いますが、資料7頁の担保目的物の使用収益に関する善管注意義務については、もしかすると賃貸借の場合の賃借人の義務として、用法遵守義務以外に善管注意義務を賃借人が負うのかという話に多少似ているような気がします。賃貸借については意見が分かれていると理解していますが、私は、どちらかというとも目的物の使用収益について善管注意義務がデフォルトルールとしてあるということに抵抗があります。担保権については、担保価値維持義務で足りるのではないかと思います。善管注意義務と言うときの善良な管理者の管理は、fiduciaryの業務に近い意味合いがあつて、誰かのために管理する者の義務としては馴染みがあるのですが、賃貸借あるいは非占有型の担保権のように、自分のために目的物を使える場合の使用収益における義務としては、やや厳しすぎるのではないか、あるいはちょっと質が違うのではないかという感じを持ちます。その意味では、担保について言えば担保価値維持義務で足りるのではないか。少なくともデフォルトルールとしては足りるのではないかなと考えます。

○座長 今のはよく分からなくて、担保価値維持義務を果たすときの注意義務基準は善良な管理者の注意なのではないですか。

○F そういうふうに担保価値維持義務についての基準として善管注意義務を捉えるのであれば、それでいいのかもしれないです。ただ、担保価値維持義務は何ぞやということにも関わることかもしれませんが、担保権者のために管理するというよりは、最高裁が言ったのは、合理的な理由なく価値を毀損しない程度のことですね。

○座長 しかし、善良な管理者の注意義務って、人のためにするという義務ではないですよ。

○F すみません、私が勝手に、担保権者の利益のために目的物を使用収益する義務として捉えていました。

○座長 善良な管理者である人が尽くす注意義務の話であつて、他人のために管理する場合の義務という独自の概念ではないし、全くよく分からないのは、賃貸借のときに用法遵守義務以外に善管注意義務というのがあるのかという議論があるとおっしゃったのですが、そうなのですか。

○F ありませんか。

○E 担保価値維持義務と善良な管理者の注意義務が理論的にどういう関係なのか。それも複雑なので何とも言えませんが、善良な管理者の注意義務とひと言えれば全部解決するのかが私にはよく分からなくて、善良な管理者の注意義務というの、結局、ベースにある法律関係に基づいていろいろ変わってくる。F先生がおっしゃった担保価値維持義務というのは、恐らく極めてベーシックなものであって、それこそ担保の損傷に当たるようなことはしてはいけないという程度のことなのではないかと私は理解しました。

それでHさんのお話に関わるのですが、善管注意義務という形でデフォルトルールを置いておいたほうがいいのかという、それは多分、F先生と同じで、私もあまり得策ではないのではないかと。善管注意義務という言葉を使えば、あるいは注意義務という言葉を使うと、そこに何か妙な議論を誘発するおそれがあるのではないかとこの気がするのです。

○座長 そうすると、自己のためと同一という意味ですか。

○E 自己のためとは言わない。だって担保は他人のために、当然、担保権者の利益ですね。その担保権者の権利を害するようなことはしてはいけないと、その程度のことではないかと私は理解しています。

○F 事前に十分な時間がなくてちゃんと調査できていないのですが、中田先生の契約法の教科書(398頁)で、賃貸借についてそういう議論(用法遵守義務と善管注意保存義務の関係)に触れられていて、星野先生は用法遵守義務の他に民法400条の適用はないと主張されていると紹介されていますが、私がそれを用法遵守義務の他に善管注意義務を負わないという趣旨だと誤解していました。

○座長 そのような論点についての議論が、全体としてかみ合っているのか、が疑問な感じもしますが。

○C この注意義務の話は、まず、ほとんどの場合は契約書に書いてあります。ただ、先ほどの話で第三取得者的な立場の者との関係では契約書がないから、規定する必要があるのではないかとこの議論がある。そのときに、善良な管理者の注意義務なのか、自己の財産における同一の注意義務でよいのか、ということを見ると、例えば、2つ機械があって、片方は担保設定し、片方は担保設定していない。それで火事か何か分からないけど、何かあったときに担保設定しているこっちの機械から運び出せ、もしくはこっちから修理せよと言うかという、それは言っているのではないかとこののが我々の弁護士会の中の意見でした。これは別に理屈でなく感覚として、担保が入っていたらそっちから直せ、そっちから運び出せと言っているのではないかとこのことです。

○座長 Eさんのおっしゃったところですよ。結局、Fさんがおっしゃるように善管注意義務を負うのか負わないのかという議論は、どういう形で具体的なこういう義務が出てきているのかという、担保価値を維持するという義務なのだから、書くとするところだけであって、さらに何かを書くという形にはなりにくい。

○G 使用収益権に関して、自動車の所有権留保などですと、設定者が使用収益するというのはかなり念頭に置かれるような気がします。他方で、最近問題になった輸入商品などの個別譲渡担保も事例として結構多いような気がします。そこでは設定者が使用収益することが予定されているかという、そうではなくて、単に設定者やその占有代理人が所持していることが予定されていると思います。設定者の占有は、使用収益のための占有の場合もあれば、そうでない占有もあって、占有権原が設定者にあるところまでは抽象的に括することはできるかなと思いますが、使用収益権が設定者にあることは常に動産担保について言えるのかという、難しいのではないかと思います。

○座長 298条2項というのは、これがなければ使用できるということなのですかね。

○G これがなければ……。

○座長 この条文は、債務者の承諾を得なければ、留置物を使用し、賃貸し、又は担保に供することはできない。賃貸と担保に供することはともかくとして使用することができないということで、保存に必要な使用だけができると書いてあるけれども、これは確認的な規定なのか、創設的というか、留置権者は所有者とは限らないけど占有権限を有しているので、それには当然に使用権が含まれているというのが、デフォルトであるから、それを覆した規定なのですかね。そこら辺も問題になる気がします。Eさん、何かありますか。

○E 298条等があって留置権というのはこういう権利だということが明らかになっているのであり、創設的なのか確認的なのかというのは、必ずしもどちらとも言い切れないのではないかという気がします。ですから、ある意味ではここも同じように、これらの事柄について定めていくことによって、譲渡担保というものはこういう権利だということを明らかにしていくことはあるのかなと思いますけれども。それがさっきの話で元の自分の発言に戻って恐縮ですが、留置権だったら多分、こういう権利を形成するというのがデフォルトとしてあるのだろうと。それに対して、譲渡担保は非常に様々なもので、なかなか難しいのではないかという感じがあります。

○A さっきのトラストレシートの方に近いのですが、譲渡担保の立法ということですけども、質権型の話というのは入ってくるのですか。つまり、占有を移転するタイプのものというのを想定して条文を作っていくことになるのか。それとも、あくまでも基本的には非占有担保であるということ的前提にするのかというのは疑問に思ったのですが。

○座長 Aさんはどのようにお考えですか。

○A 両方入ってくるのではないかと。そういうのは分けていけばいいのではないかと思います。

○座長 なるほど。占有をどう位置付けるかという問題があると思います。つまり、ある種の物権であると考えたときに、当該担保物権というのは占有を本体としていない。だけど、もちろん占有を移すのは自由であり、占有を移す場合もありますよねと考えるのか、それとも占有を移す型と移さない型というのが両方あって、前者の場合には、ちょっと観念的な言い方になるけれども、物権の内容として占有が含まれているというふうを考えるのか。占有がある場合を考えると二通りあり得る。

○D 単純に指摘だけですが、譲渡担保であっても、株券発行会社の株式などの場合、株券については譲渡担保権者に株券を渡してしまうという意味では、これを占有使用と言うべきかは分かりませんが、株券自体は担保権者側に移している場合が通例であろうと理解しています。それだけです。

○座長 所有権移転のためにということがありますが。この第2の問題はそんなに大きくないかもしれませんが、前段が定まってくることによって決まってくる問題かと思えます。

(休憩)

○座長 再開いたします。第3として、設定者が目的物の処分等を行った場合の法律関係というのが8ページ以降に記載されていますので、事務局から説明をお願いします。

○法務省 第3についてご説明いたします。第3についても冒頭に書いてあるように、まずはその特定の財産を目的とするという原則型についてご議論いただいたほうがよいのではないかと考えております。

1つ目は、設定者から権利を取得した第三者との関係です。設定者が、担保の目的である財産を第三者に譲渡した場合について、どういう規定が必要なのか必要でないのかという問題です。設定者が目的物を譲渡したという場面で、対抗要件も具備されていたとすると、設定者は処分権を完全に移したわけではないので、譲渡を受けた人は、基本的にはその目的物の所有権

を取得する。ただ、その担保権の対抗要件が具備されているので担保権の対抗を受けるというようになるのではないかと思います。原則として、今申し上げたような結論は特に問題はない。また、これは特段の規定を設けなくてもそのようになるのではないかと思います。そうすると、特に規定は要らないのではないかとというのが、この部分の趣旨です。

一方、即時取得についての問題が一応残っているのではないかとということで、説明の2以下は即時取得について検討しております。即時取得の余地は残さざるを得ないのではないかと考えていますが、それも第192条によって導かれるので、やはりその点についても特段の規律は要らないのではないかとという結論です。

10ページ以下が2です。2については、今度は設定者が目的物を譲渡したのではなくて、目的物に担保権を設定したという場合はどうなっていくのかという問題です。これは2つに分けて考えております。1つ目は、後順位の担保権を認めるかどうかという問題です。前回もご議論いただいたところですが、現状では平成18年の最高裁判決により、後順位の譲渡担保権を設定する余地はあるのだけれども、しかし後順位の譲渡担保権者による実行はできないと理解されています。

仮に、担保権の目的の担保余力を有効に活用するために、この後順位担保権を積極的に活用できるようにしようとした場合にどうなるのかということを検討してみました。

その場合の問題点として、1つ目は10ページの24行目以下の2です。後順位の担保権を設定する財産の範囲をどのようにするのか。流動物ではないにしても、例えば集合動産を考えたときに、その一部分が重複している、あるいは包摂されたり、逆に包摂したりということもあり得ます。先順位と後順位の担保権の目的の範囲がずれているということも許容するののかどうかという問題があるかと思います。仮に許容した場合に、実行の場面等でいろいろ複雑な問題が生じてくるのではないかと思います。

次に、実行方法をどのようにするのかという問題です。複数の担保権が設定されているということになると配当の問題が出てきますので、この配当を誰が担うのかという問題が生じてまいります。複数の担保権者に対する配当は裁判所にやらしてもらおうということも1つの考え方としてはあり得るところかもしれません。しかし、現在の譲渡担保権は、私的な実行ができるところに大きなメリットがありますので、そういったメリットをできるだけ生かせるような形で、つまり裁判所に抛らない形での実行の余地がないかどうか、検討しておく必要があるのではないかと思います。

(2)以下です。1つは仮登記担保法における実行方法を参考にしたような制度が考えられないかということです。具体的に言うと、担保権の実行が開始されると清算金が生じてきます。また物上代位の議論になってきますが、清算金に対して後順位の抵当権者や担保権者が物上代位をして差押えをする。物上代位の仕組みによって配当のようなことが実現されるというのが1つ考えられるのではないかと思います。

ただ、後順位担保権者自身が私的実行をできるようにするという仕組みは、なかなか難しいのではないかと考えています。先順位の担保権者が実行した場合でもいろいろ問題はあるのかもしれませんが、実行が開始されたということを他の担保権者がどのように知るか。例えば通知義務を課すということもあり得るかもしれませんが、これは登記制度ができるのかどうかにも関わってきますが、他の担保権者を知る機会があるのか、また容易に知ることができるのかという問題も出てくるのではないかと考えています。

また、後順位担保権者による私的実行を認めた場合には、ちゃんと先順位に対する通知、あるいは配当というものがちゃんと現実に確保できるのかどうか。こっそり実行してしまうということではなくて、現実にこれを担保することができるかも問題になってくるのではないかと考えています。また、前回第2回会議においては、無剰余取消しのような仕組みを設ける必要があ

るのではないかと、その場合に、その手続全体が重くなるのではないかとという問題も指摘されたところではある。

説明4の「その他の規定」は、例えば後順位の担保権者が生ずるとすれば、利息及び遅延損害金を最後の2年分に限定するというような先順位の担保債権の限定が必要ではないか。あるいは、清算義務を任意規定とするかどうかが前回議論されましたけれども、そういった任意規定化との関係も問題になってくるのではないかと考えております。以上が、後順位の担保権を設定した場面での問題です。

12 ページの(2)は、設定者が、担保権の目的物について、担保権の負担がないものとして第三者のために担保権を設定した。そういう意味では、虚偽を述べて担保権を設定したという場面で、担保権の即時取得があり得るのかという問題です。所有権については先ほど申し上げましたように、動産について仮に登記制度を設けたとしても、やはり即時取得の余地を残しておく必要があるのではないかとというようなことを申し上げました。

そうだとすると、所有権ではなくて、後から設定を受けたのが担保権であった場合にも、担保権の即時取得ということを考える必要があるのかないのかという問題です。この場合に、担保権の即時取得、しかも先順位、最先順位での担保権の即時取得というものを認めるとすると先行して設定されていた担保権の扱いはどうなるのか。これが劣後するとすると、せっかくその登記制度みたいなものを作ったとしても、登記の時期と実際の担保権の優劣関係が一致しないということになりかねません。そうだとすると、せっかくの公示制度の意味が失われてしまうのではないかとこの感じもいたします。一方で、所有権については即時取得が認められるということとのバランスをどのように考えるのかという問題があるかと思っておりますので、そういう問題提起をいたしました。

13 ページの3では、設定者の債権者が担保の目的を差し押さえた場合の法律関係について取り上げています。ご承知のように、現行法における譲渡担保については、設定者の債権者が担保の目的を差し押さえた場合に、譲渡担保権者は第三者異議の訴えを提起することができるということとされております。同様に考えれば、第三者異議の訴えを提起することができるということになるのですが、一方で担保権者が把握しているのはその担保権だけだと考えると、むしろ配当要求だけ認めればそれで十分ではないかという考え方もあり得るところです。この点について、第三者異議の訴えまで認めるのか、あるいは配当要求さえ認めれば足りるのかどうか、こういう問題提起をしております。説明は以上です。

○座長 今、お聞きになって分かりますように、かなり広い範囲の事柄を扱っております。なんとなく前のほうからということですが、密接に関係しておりますので、どの部分をお話くださっても結構です。自由にご議論いただければと思います。

○H 12 ページの一番下の所から13 ページにかけての(2)についてです。担保権の即時取得の可否が問題になると書いてあります。現行法上も民法192条の要件の問題として、「占有を始めた」とは、占有改定で足りるかとか、登記をしたことが民法192条の「占有を始めた」とことになるかという問題があります。判例に従えば、第2順位の譲渡担保権者というのは、現実の占有を取得しない限りその担保権を取得することはできないと考えられていると思います。このルールを変えるならばともかく、このルールで十分ならば、規定の必要がないというか、第192条の解釈の問題に尽きるのではないかとおっしゃいました。

○法務省 おっしゃるとおりで、第192条で否定される方向に行けば、それで多分問題はないのだと思います。先ほどありましたように、新しい担保権を作ったときに、その占有が設定者に残るというタイプだけを考えるのかどうかにもよってくるかと思っております。多くの場合は設定者に残るのだらうと。占有改定なのか、登記なのか分かりませんが、占有が設定者に残った目的物の即時取得は認めないということで特に異論がないということであれば、この問題はおそ

らく生じてこなかっただろうと思います。

ただ、現行法の中でも、動産譲渡登記で即時取得できるかという問題があります。H先生もおっしゃいましたけれども、仮にそれを肯定するとなると、現行法でも同じように、例えば譲渡担保について二重に設定がされて、後から取得した人が登記を得たという場面で即時取得が成立することになると同様の問題が生じてくるのではないかと思ったので問題提起をさせていただいたということです。

○H 今の点なのですが、現行法で登記による即時取得を認めたいという議論の実益は、おそらく第1譲渡担保権者が占有改定で譲渡担保権の設定を受けていて、同じ目的物について第2譲渡担保権者が登記を備えた場合に、登記のほうが優先するという結論を導くところにあると思います。

○座長 いや、必ずしもそうではないと思うのです。

○H そうですか。

○座長 E君に聞いてみましょう。

○E E君に聞いてみましょうというのは、『民法の基礎2物権』の初版は、即時取得が認められると書いたからだと思うのですが、第2版では改説しました。

○座長 そうですか。

○E それ以外にちょっと申し上げたいことがあって、言い訳をするわけではなくて、先ほどからそれで手を挙げていました。現行法を前提とすると、座長に突っ込まれたように、私が初版で書いたような立場も一応はあり得るけれども少数説というか、多分異説だと。必ずしも説得力がないという議論にとどまるのだと思うのです。その上で、ここの資料でも顔を出していると思うのですけれども、そもそも債権譲渡登記とか、動産譲渡登記の位置付けを現行法と同じにしておくのかというのが論点になっているわけです。

今は、あくまで引渡しに替わる登記ですけれども、どちらかと言うと、可能かどうかは分かりませんが、登記の効力をいわば不動産の登記に近づけるようなものがないかという話だと思うのです。もしそれができるとしたら、そこでは即時取得を認めることがいいかと言う議論をしていく可能性があると思うのです。今の段階でどちらというようには言えないと思うのですけれども、結局は登記制度の作り込みと、この論点というのは密接に関係してくるのではないかと考えています。

もう1つ、Hさんが13ページについておっしゃったことについてですが、私も実は気になっていました。たった1つのフレーズなのですが、登記の順序と現実の優劣関係が齟齬するということに触れているわけです。現在の動産登記制度でしたら、齟齬も何もなく、占有の取得がない限り、他の者は占有改定以外の方法で即時取得が可能です。ところが、先ほどちょっと申し上げたような、かつちりとした登記制度を作ったとなると、正に、この登記の順序と現実の優劣関係が齟齬することは適当ではないということになるのかもしれない、というようには思っていました。

○H 先ほど言いかけたことは、新しい担保制度において、占有改定による対抗要件の具備を否定する可能性があるとするれば、そのようなルールの下では第1譲渡担保権者は必ず登記をしているということになります。第2譲渡担保権者が登記をするときに、先順位がないかを確認するのは普通のことだと思いますので、善意無過失で担保権を即時取得することはあり得ないのではないのでしょうか。

○法務省 私も、E先生がおっしゃったように、登記を作るなら、その登記の順序と現実の優劣関係が齟齬するというのは適当でないと思います。ただ、そのときに、所有権の即時取得は認めてよいということによろしいのですよね。所有権は認めるのだけれども、担保権、所有権よりちょっと小さいという比喩的なことができるとすると、それについては即時取得は仮に善

意であってもできないということでもいいのかどうか。

善意の後順位担保権者というのはいないのではないかとおっしゃったのですが、そこは確かに登記制度が物単位でできるかどうかということにもよってくるかと思います。1つ考えられるのは、担保権を設定する人は、自分自身も、登記によって自分の権利を完全なものとして行っていますので、他の人が同じような制度を使っていないかどうかはちゃんと調べる義務があるということになるのでしょうか。

そういう意味では、過失があるというように考えるのか、それとも制度上、そういうものはおよそ認めないのだというふうに考えたほうがよいのか……。

○I その次なのですけれども、今正に問題になっていることなのですが、買う人はいちいち登記を見なくてもいいけれども担保権の設定を受けようとする人は、既存の担保の有無を確認しなければ不利益を被ると書いてあります。正に先ほどおっしゃった、所有権は即時取得を認めながら、担保権は即時取得は認めないという、そこが分かれ目だと思うのです。この登記を確認する義務の有無の差はどこから来るのでしょうか。先ほどおっしゃったことから言えば、所有権を取得しようとするときには登記を見なくてもいいけれども、担保権を取得しようとするときには登記を見なければいけないということになりはしないか。それがちょっと変な感じがするのです。

○法務省 もともと、所有権の即時取得を認めることのバランスを欠かないかというのが最初の問題意識の出発点です。ただ、その場合に登記の順序と現実の優劣関係が齟齬するということがあってはやはり適当ではないので、担保権の即時取得というものを否定する何か理屈はないかというように考えたわけです。

その場合に、これは政策判断みたいなのところもありますけれども、担保権者というのは、もし対抗要件が登記に統一化されているということになったとすれば、自分自身もその登記を得ることによって利益を得ようとしている人でもあります。そういう意味では、まず自分が登記という手続に関わっていくわけですので、そこで確認する機会というものもあるだろうし、そこで自分が担保権を設定しようと言うことは、恐らくその目的物というものが何か担保権を設定するのに適した財産であったり、財産の集合であったりということになるのだと思います。このことは担保を新しく設定を受けようとする人にとっては予測可能なので、そういう意味で登記を確認する義務を負いますと言っても、あまり酷ではないというような説明があり得るのではないかと考えました。

これに対して目的物の所有権を取得しようとする人は、それはそもそも担保取引とはあまり関係ない人かもしれないので、一概に担保権の登記の確認義務を負わせるのはなかなか難しいところから即時取得の可能性を説明するということが、1つの試みとしてはあり得るのかと考えた次第です。

○座長 前提が分からなくなってきたのだけれども、私が借りている動産について、自分のものだと言って、誰かを担保権者とする担保権を設定し、それで登記によって対抗要件を備えました。このときには、その担保権者は担保権を即時取得し得るのですか。

○法務省 現行法の動産譲渡登記。

○座長 いや、現行法の動産譲渡登記の話は、動産譲渡登記に即時取得の効力まで認めないということにするならば、それは認められないということになりますが、仮に担保権については、動産譲渡登記によって即時取得というか、権利を確定的に取得し得るというように考えたときに、第三者所有物について債務者が譲渡登記をしたら、それは担保権の設定を受けた人は権利取得をするのですか、しないのですか。

○法務省 それは、そういう余地がある。

○座長 するという余地がある。

○法務省 余地があるということではないかと思えます。ここで書いてあるような担保権の即時取得という議論をするのであれば、自分が設定したものについて重複して設定するという場面だけではなくて、他人物についても担保権の即時取得が考えられるということが前提になっていて、その場合に自分が既に担保権を設定しているものについても同じようなことが考えられるのではないかと。

○J その場合、既に譲渡担保権の設定登記がある部分についても、譲渡担保権の即時取得ということが認められるのですか。

○H 現行法上は、占有改定による即時取得の否定説がとられているのですから、現実の占有を取得した時点で、その譲渡担保権を取得することはできます。だから、即時取得できるかできないかと言われれば、答えはできるのだけれども、その登記の時点で取得しているかと言えばそうではなくて、実行段階に至って現物の占有を取得した時点で譲渡担保権を取得することになるというのが現行法の理解だと思います。

○E 私は、Jさんの問いに対しては、資料を読んだ限りの理解では、即時取得はできないという答えになるのではないかと思いました。現在は、占有優先ルールであるのを、登記優先ルールに変えることはどうですかということが資料では問いかけてられているのだと思います。

その理解が正しければ、座長がおっしゃった例では、登記はされていないので占有が唯一の公示なので、賃借人が自分のものだと述べて譲渡担保に供したのであれば、それは即時取得の可能性が占有に基づいてある。

それに対し、登記がされているということになると、これは登記優先ルールになるので、占有の効力は認められないことになり、その登記のあるものについて現在の192条の要件を満たしても即時取得は認められないということになるのかなど、私は理解しました。もしそのように理解してよいのであれば、そのように考えることの是非が論じられるべきことになるのかと思えます。

○D Jさんのご指摘は、民法第192条の要件の中で、過失があるという場合があるのではないかとご趣旨かと思ったのです。

○J そうです。すでに譲渡担保権の登記がされているのですから、調査を怠ったということで過失があるのではないかと思いました。

○D そうですよ。

○法務省 今のご質問の趣旨は、もともと動産譲渡登記がされていて、そのものについて更に譲渡登記がされたというケースですね。

○J そうです。

○法務省 それは、1つ目の譲渡登記がされていることによって、過失があるとされるのかどうかという問題がまず最初にあります。この点については、過失が必ずあるとは言えないと考えられているのだと思います。ただ、その目的物の性質であるとか、あるいはその取引の形態によって、また、譲渡担保の設定を受けようとする人の特性等によっては、ちゃんと登記を確認すべきであって、登記を確認していないとすれば過失があるというように判断されるということになるのだらうと思います。少なくとも理屈上の余地として、無過失と判断される余地というのは残されているのだらうと思います。

次に、2つ目の譲渡登記が第192条で言うところの占有に当たるのかどうか問題になります。この点について、見解が分かれています。多数説は、譲渡登記によっては第192条の占有の条件を満たさないと考えるので、第2の譲渡担保権者が現実の占有を取得する時点で即時取得が成立する。

他方で、少数説によれば、譲渡登記をすることによって第192条の占有だと見ており、この見解によれば、譲渡登記によって即時取得が成立するということになるのではないかと。

○J 実務の感覚からすれば、登記制度も評価し、かつ登記を信じた者は不利益を被らない制度にしておく必要があると思います、例えば後順位の譲渡担保権を認めるのであれば、先順位の譲渡担保権の内容が公示される制度にしておく必要があると思います。あとの問題にも関係しますが、担保物件を換価する場合に、私的実行を認めれば、残余の分配金のどのような手続で配当するのかということが問題になりますが、後順位にどのような債権者がいるのかを明確にしておかないと対応に困ることになります。後順位の担保権者の立場としても、先順位者が私的実行を行なったときに、後の配当がどのような手続で行なわれるのかが明確にされていないと、実務的には回らないと思います。

つまり、動産譲渡担保権を上手く機能させ、利用されやすいものにするためには、占有改定による譲渡担保権を認めず登記に一本化して、それを前提とした制度にしなければ実務としては利用し難いのではないかと思います。

○H 先ほどI先生が、所有権の即時取得ができるのに、担保権は即時取得できないのはまずいとおっしゃったのではないですか。

○I おかしいと言ったのです。バランスがどうかという話をしました。

○H バランスがどうかとおっしゃいました。それは、D先生がおっしゃった無過失の要件のところ、規範的に処理される問題なのではないかと思っています。現状でも第192条の無過失の要件は、どういう取引態様によって取得したかとか、その取得者がプロだったのかとか、その財産がどういうタイプの財産なのか、つまり、他人の担保権が付いていそうな財産だったかどうかというようなことも含めて判断されていると思うのです。

それを踏まえると、所有権の場合は無過失という判断がされやすくて、担保権設定の場合には無過失と判断されづらいというだけの話であって、所有権なら即時取得を認められる可能性があって、担保権だと一切ないというようなルールにするとすれば、もしかしたらかえってバランスを欠いているかもしれないと思うのです。そうすると、そのことを条文に書いてしまうよりは、現在と同じく第192条の解釈に委ねておくというのも1つではないかと思っています。

○座長 動産質権は現実の占有を取得すれば即時取得できるというのが一般の考え方です。

○H そうですね。

○座長 そうすると、およそ担保権がという話ではないですね。

○H はい、そうです。

○座長 そうとするならば、現実の占有だけに認められているものを、動産担保権については動産譲渡登記によっても認めるかという議論だろうと思います。解釈に委ねるということにすると、訳が分からないというか、認めないということですかね。

○J 譲渡担保権が設定されている動産について所有権の即時取得が成立する場合は対価関係が生じているので、結果的に譲渡担保権の実行と同じことになると思います。譲渡担保権に物上代位を認めて優先的回収が確保されるなら、担保物件が処分され換価されたということであると思います。

○座長 なかなか面白い問題なので盛り上がっていますが、この財産という論点は多々あります。いろいろなところについてのお話ができるとよいと思いますので、よろしくお願ひします。

○G 少し戻って10ページ以下の後順位担保権の本来的な効力の話についてコメントしたいと思います。11ページの(2)以下の所で、仮登記担保法における実行を参考にした制度を設ける、というのは、具体的には、清算金への物上代位を効力の中心として、後順位担保権者の権利を認めるという考え方だと思うのです。

ただ、法務省のご説明の中で口頭でもおっしゃっていたように、仮登記担保の場合だと、後順位の権利者には通知を送って、それによって物上代位するための機会を保障しているというところがあると思うのです。それをそのまま動産担保に持ってこようとすると、恐らく大変な

ことになるのだろうと私も思います。しかしながら、現在は物上代位の差押えをしなかった担保権者というのは、不当利得返還請求もできないみたいな議論になっているような気がしています。それは、特に抵当権に基づく賃料への物上代位の場合を念頭に、賃料を差し押さえなかった担保権者というのは、払渡し又は引渡しまでに差押えをしなかったら、そもそも賃料について全然何も権利を持っていなかったという状態になって、その人を飛び越して払渡し又は引渡しを受けた人に対する不当利得も成立しない、という話になっていると思うのです。せめてこれくらいは、清算金への物上代位に関してはひっくり返さないと、後順位担保権者にとっては不利益がすぎるのではないかと。差押えをするための機会の保障みたいなものも実質的にはあまりない中で、担保権も消えてしまって、清算金に対する権利まで全部消えてしまって、あげく不当利得も成立しないとなると、完全に何も無いということになってしまうので、せめて不当利得の請求ぐらいは認めてもいいのではないかと思います。

○座長 それというのは、物上保証人の場合でないという意味はないですよ。債務者に対して不当利得返還請求権をするというのは、後順位担保権者が債務の支払いを求めるのと一緒ですよ。

○G はい。物上保証の場合と、他に物上代位差押えをして払渡しを受けた更に後順位の担保権者がいた場合に、その人に対する不当利得返還請求というのも考えられると思うのです。

○座長 はあはあ、なるほど。

○G つまり、第2順位と第3順位がいて、第3順位はたまたま気付いて清算金を差し押さえたけれども、第2順位はそれができなかったというシチュエーションなどです。

○座長 普通の場合はできるのですよね。債務者所有財産で売ってしまって、払われたときには。

○G 清算金が債務者に払われた場合にはあまり意味がない。

○座長 不当利得だと言ってみたくて意味がない。

○G だから、せめてもということでもありますけれども、そういう意味では不当利得返還請求を認めてもあまり実効性は強くはないかもしれないです。

○H 後順位担保権者が登記をしている場合、登記をした後順位担保権者に対しては実行の通知を義務付けるというルールが良いと思います。

○座長 そこで質問なのですが、仮登記担保法は不動産について出来上がっているだけであって、同一目的物に後順位の人がいるというのは分かるわけです。動産の場合には、いろいろな特定の仕方があって、場所で特定するとか、場所もいろいろな特定の仕方があり得るわけです。そうしたら、必ず同じ形の特定方法が用いられているわけではないですよ。でも、実際には重なっていると。そのときには、先順位の人が自分のリスクで判断するということになりまして、そんなリスクをどうして後発的に負うことがあるのかが疑問なのですが。

○H もし、そのような後順位担保権の設定を止めたい場合には、例えば後順位担保権の設定を禁ずる合意を担保権設定契約の中に入れておいて、後順位担保権を付けてしまったら、期限の利益を喪失することにするといった対応が考えられます。

○座長 設定しても一緒じゃないですか、そう通知しないといけないのだから。

○H 担保権設定者がそもそも後順位担保権を設定することはないだろうと期待できるということです。

○座長 私は、すべきではないと思うけれど。

○H 通知に失敗した場合の効果はどうするかという問題はありますが、後順位担保権者に通知しないで実行してしまうというのはちょっとやりすぎに思います。後順位担保権者に冷たいアメリカ法でもそこまでのルールにはなっていません。

○G 同じ後順位の権利の内容ということで、少し話題が変わりますが、ここで問題になって

いる清算金に対する物上代位以外にも、これまでに最初のところで議論されていたような物上代位というのがある、それを後順位の権利者ができるのかというのでも検討課題としてあるのかと思います。とりわけ、即時取得は成立しないような場面での、いわば付加的な売買代金への物上代位みたいなものというのは、私は抵当権についてかなり研究したのですが、それを認めるのに消極的な議論が結構あるというのはご紹介のとおりです。ただ、不動産それ自体に対する権利があるのだから、というのは、物上代位を認める必要はないという消極的な議論だと思っております。これに対して、認めることに積極的に何か不都合があるかと言うと、専ら複数の抵当権者がいて、それで誰かしか物上代位をしなかったというような場合に問題が起こる、というようなことが言われています。

そういう意味からすると、最先順位担保権者しか物上代位できない、というようにして、しかもその最先順位が物上代位すれば、他の権利者の権利も消える、というような形に制度設計していけば、その物上代位は認めてもいいのではないかと、というような形で、後順位の権利者の清算金以外のものへの物上代位の可否も少し検討してみたいかと思っております。

○座長 最後の20秒ぐらいがちょっと分からなかったです。つまり、最先順位の人がやったらと、おっしゃらなかったですか。

○G はい、そうです。

○座長 それで、後順位の人に物上代位を認める。

○G つまり、その後順位の人への物上代位は、最先順位が物上代位したときにしかできないのか。

○座長 というようにするということですね。

○G 後順位は単独では物上代位できないというようにするとか、そのようなことです。

○座長 できないようにする。どちらかと言えば、制約する方向での議論ということですね。

○G そうです。後順位の権利を先順位に比べて制約する方向です。

○座長 分かりました。失礼しました。

○A 逆に、後順位のほうを、もうちょっと書き直していいのではないかと、という方向で、もし考えるとすれば、やはり物上代位だと先順位の人が実行するまでできないというような問題もある。あとは、第304条を使うとすれば、後順位の方は差し押さえが絶対に必要だという話も出てくるかと思っております。やはり、後順位抵当権者にも何らかの方法で権利行使ができる、かつ執行手続を使わずにできるという方向性も場合によっては必要なのではないかと、ということだと思います。

その場合、ある意味ではアメリカのサブロゲーションではありませんけれども、一種の弁済者代位みたいな考え方から持ってきて、それをもう少し条文を置くことによって使いやすくするという方向性があるのではないかと、思っています。もちろんこれは後順位譲渡担保のほうの実行を活性化するという意味があるというほうに立った場合の議論かとは思っています。

○G その点に関しては、例えば最先順位の方の同意を取れば私的実行ができるとか、承諾を得て私的実行ができるとか、そういう方向が1つあるのかなというように思っていたところでした。ただ、同じことは最先順位者の代理人みたいな形で、最先順位者の私的実行として実際は関わっていくということで、事実上はできるのかもしれないのですが、1つそういうやり方もあるのかなと思っております。

○座長 代理人になったのでは、債権額は増やせないですね。後順位者は自分の債権額でやりたいわけだからね。

○H 今の問題と、あとは差押債権者が出てきたときに担保権者が第三者異議によって差押えを排除できるかという問題と、その両方に関係するのですが、先順位の担保権が付いている限り、後順位担保権者も差押債権者もその財産に対して実行・執行できないということになると、

例えばごくごく小さな債権を担保するために、在庫全てに先順位の担保権を設定しておいて、先順位担保権者以外の方が実行・執行しようとする、それを全部排除することができてしまう。一種の差押禁止財産を、担保権を使って作り出すことができてしまうのではないかと、いう危惧を持ちました。

そこで剰余主義にたって、剰余がある場合には差押債権者なり、後順位担保権者なりが実行できるというルールにしておくほうが安心ではないかと思っています。ただ、やはり後順位担保権者が担保目的物の占有を持っていってしまうことが心配であるとすれば、例えば私的実行を使えるのは先順位担保権者だけだけれども、後順位担保権者は剰余があるのかないのかをしっかりと判断できる裁判所の関与があって初めて実行できるとか、そういうルールを作っておくのがいいのではないかと思います。

○G 今の議論に関してですが、最先順位が本当に僅かな被担保債権のために担保権を持っているとすると、後順位者としては先ほど出てきた弁済者代位で最先順位を飛ばしてしまえば最先順位になれるのではないかと思います。ですから問題になるのは、それなりに資金調達をしないと最先順位を飛ばせない程度に、最先順位者の被担保債権額がある場面なのではないかと思いました。

○座長 微妙な額にしておくとかね。それは昔から議論があります。中野貞一郎先生のドイツ法の議論で、非典型担保、経営維持機能という話があって、第三者異議で排除できることによって、当該財産が売られないという意味があるという話が、1960年代から紹介されていたりするわけです。

○K 3の問題については、途中まではHさんのご意見に基本的に賛成です。確かに弁済すればいいと言えば、そういうことですけれども、やはり目的物価格のほうが担保債権より大きい場合に、他の債権者の実行手続を阻止することができるというのは、基本的には担保というものからすれば変なのではないかと思えます。その場合は、やはり排除の要求で、優先弁済請求権が保証されればそれで足りる。しかし他方で、無剰余の場合は担保権の実行時期選択権が保証されるべきですから、その場合は無剰余で取り消すという規律が基本的には望ましいのではないかと思います。

○座長 1点、伺いたいのですが、それは根担保のときの確定が起こることも認めるべきだということですね。

○K その先順位が根担保だということですか。

○座長 そうそう。

○K 無剰余だった場合にどうなるかというのはよく分かりませんが。

○座長 無剰余だったら、いずれにせよ排除されるのかもしれませんが、剰余があるときには、その時点における被担保債権額で元本が確定される、被担保債権で元本ができるということになりますか。

○K それは、それでしょうかがないのではないですか。

○座長 分かりました。

○L 差し押さえられた場合についてです。差し押さえられた後、動産ですと売却された、あるいは債権ですと、例えば転付命令で差押債権者の所に移転したときに譲渡担保権がどうなるのかという、消除主義か、引受主義かという話が、まず前提にあるのかと思いました。もし仮に引受主義を取るとすれば、そもそも第三者異議すら認める必要もない。ただ、他方で即時取得の可能性がありますので、動産について即時取得さえ排除しておけば、譲渡担保権者には影響がないということです。そうであるとすれば、配当要求を認める必要もないということになるかと思えます。

他方で、消除主義を取るのであれば、今度は消えてしまう譲渡担保権者に対して手続保障を

与えないといけない。しかもその場合、場合によっては配当要求ではなく、配当要求がなくても配当しなければならぬという規律になる可能性もあるかと思えます。そこで、どうなのかということですが、動産執行で消除主義を前提に手続保障を与えるということは、やや手続が重くなるし、執行官が行う手続としては難しいという気がします。債権執行でも、そのようなタイミングはなさそうな気もいたしますので、引受主義かなというように何となく考えてはいるのですが。そうであれば、第三者異議まで認めなくても、即時取得を排除できればよい。それと同じことなのかもしれません、担保権が設定された物として売却できればいいのかなということ。そのような物として差押換価ができればいいのかなとも思うのですが、それもまた手続が重くなるのかなという気もして、なかなか難しい問題だと考えております。

○座長 知らないで誰か教えていただければ有り難いのですが。取引通念上、一かたまりのものになっていて、一かたまりであるからこそ価値があるというものに担保権が設定されているとします。それは集合動産かもしれませんし、そうでないかもしれないのです。そのときにそれが全部1,000万円の価値があると。しかし第1順位の譲渡担保権者は700万円であると。全部を一遍に売れば1,000万円で、残りは300万円ですね。それで後順位ないしは他の債権者が、債権額200万円であるというときに、他の債権者はどの範囲を押さえることができるのでしょうか。つまり、これだけ一度に売却すると1,000万円であるという範囲を、当然差し押さえ得るわけではないのですよね。

○L 動産執行だとその場所にあるもの、場所単位主義で差し押さえられる。もちろん執行債権の額によるとは思うのですが。

○C 不動産の執行裁判所の立場で言うと、強固な牽連性、2つの不動産が一連一体であって分けて考えることができなければ1つの売却単位と見て一括売却し、他方、法定地上権が発生する建物と底地のような場合だったら、それは別に一括売却でなくてもいいというように考える。結局、裁判所は、これは一体でいかなければいけないと思うものは一体でやっているというのが現行の競売ですよね。

○K 不動産はそうです。

○M 何らかの概念を機関が判断するわけです。これはもう、1つでなければ価値が、1+1は100になるのが、バランスがものすごく下がってしまうみたいなことを考える局面は必ずある。つまり執行機関が考える手続があるからです。執行管理的にその手続をやるかどうかというのは、これはまた問題になるのだと思えます。

○K 執行手続の場合は、超過差押さえの禁止というのがありますから、執行債権を超過することは基本的にできないということになっていると思います。

○座長 今のご議論を伺っていても、本当は十分には分からないけれども。

○K Lさんの先ほどのお話は、確かに引受主義というのはあり得る選択肢だろうと思えますけれども、ここで言っているのを引受主義にして、どれぐらいの執行法を変える必要があるかというのは、私には、にわかには。前にカンボジアの執行法を作ったときに引受主義にしたのだと。結構大変だった記憶があるので、うまく作れるかどうかというのが1つ疑問です。それから現行法上、既に先取特権等については配当要求の制度があります。確かに、それは実際には少ないから、それで動いているということなのかもしれませんけれども、それがそんなに大変なのかというのが。

○L 先取特権は、追及効がないと言いますか、そもそも移転してしまうと消滅してしまうようなものなので、それでもいいと思うのですが、譲渡担保は、前の所で、譲渡した場合には担保権の負担付の権利を取得する……。

○座長 だんだん前に戻ってきたね。

○L そうということが前提になっているので、同じには扱えないかなと思いました。

○K 執行手続は大変なので、……になるのですよ。

○H 引受主義を取った場合、処分清算をするときに他の担保権者がいるかという問題が当然出てきますよね。すぐ担保権の実行されそうなものをわざわざ買い受ける人がいるのかということ。それがちょっと気になることです。

○D 全体の話に戻りますと、動産の重なり合いといったことも考えられるので、この人が必ず第1の最優先の担保権者だということが、きちんと公示制度上、分かる形でないと、法定の担保実行制度というのは機能しなくなると思われます。登記優先ルールにするのか、あるいは工場財団抵当みたい、それができた場合には先にあった担保権を飛ばすようにするのか、法律・制度の作り方はいろいろあると思うのです。いずれにしても、このような担保実行、特に裁判所を通じた配当を考えるのであれば、担保権者の順位と目的物は必ず確定できないといけないというのは当然のことですが、前提とされなければならないだろうというのが、まず第1点です。

第2点が、配当要求のところ。私も考えがまとまっていないのですが、今回作ろうとされているものの実質というのは、例えば譲渡担保で言えば動産抵当に近いもの、すなわち実質的な動産抵当を作るものということになると思うのです。そこで、不動産の抵当権について、現行法が第三者異議の訴えを認めているかということ、認められていない。なぜかということ、他の差押債権者が差し押さえたとしても、抵当権者が優先するということがそもそも公示されているし、抵当権者は、その差押により開始された強制執行手続を通じて、優先的な換価配当を受けることができるということが、制度上保障されているからだと考えられます。したがって、今回、譲渡担保権についても、第三者異議を認めずに配当要求をすることができることで足りるとするかどうかは、裏返して言えば、現在の抵当権制度と同等な程度の換価配当、すなわち、他の一般債権者による差押えを通じた強制執行手続の中で、譲渡担保権者が優先的な換価配当を確実に受けられるという制度作りができるかどうかということに、一番関連しているのではないかとというのが第2点です。

それから譲渡担保や所有権留保について、現行実務上は、もし動産差押により換価するとなると、執行官が換価することになるわけですが、担保権者の立場からすれば、その場合には、どのような換価となるかについての保障がない。要するに、実際のところ、譲渡担保権者や所有権留保者が、一番いい形のバリューの実現ができにくいということにならざるを得ない場合が多いと思うのです。だからこそ、現行実務上も、第三者異議の訴えを、譲渡担保権者や所有権留保権者に認めざるを得ない。すなわち、動産差押における執行官換価を前提としたバリューの実現やそれに対する配当要求ではなく、むしろそのような差押を第三者異議により排除して、私的実行による自分たちのインセンティブと言いますか、自分たちがイニシアチブを取った換価ができるようにしたいということが、実質的な理由になっていると思うのです。ですので、法定の制度を作ったとしても、なお私的実行は認めてあげることになるのか、あるいは非常に合理的な競売の制度が作られることによって、現在の執行官による換価のような、あまり期待できないような制度にはしない、ということを考えないと、なかなか魅力的な制度にはならないのではないかと思います。その3点です。

○座長 今の無剰余のときには駄目だということで、合理的でなくても別に構わないという考えもあるかもしれませんね。時間の関係で1の設定者から権利を取得した第三者との関係について、一言お話を伺って、第4に移りたいと思います。

○H 9頁の1についてですが、先ほどA先生がおっしゃっていたように、個別動産譲渡担保でも転売予定型のものがあって、そういうときにも当たり前担保権者が追求できますというルールがいいかどうかは少し問題な気がしました。もちろん設定者に処分権限がある場合には、当事者間で合意があり、合意に基づいて処分したことによって担保権が消滅しているというこ

とになるので、第三者は保護される、つまり、担保権の負担のない所有権を承継取得できるので、このルールでも問題ありません。

ただ、処分権限を誤信した場合というのが出てくる可能性があります。つまり、本当は処分権限がないのに、処分権限がありますというように偽られてしまって、第三者がそれを信頼して取得した場合に、現行法だと192条の解釈問題として、その所有権を第三者が原始取得することができるかというのが問題になってくると思うのです。立法論としてみれば、設定時に処分権がある形の担保権なのか、ない形の担保権なのかを決めて、それを公示してくれていると、第三者としてはすごくうれしいのではないかと思います。

○座長 分かりました。ありがとうございます。それは逆に働く可能性が十分ありますね。いわゆるディーラー、サブディーラーといった者が登場する自動車の所有権留保売買に関する車の有名な一連の最高裁の判決がありますよね。しかしHさんのような制度にして、「これは転売できない」というように書いてしまうと、第三者の処分権の取得は否定する方向になってしまいます。「できる」と書いてうまくいくというのが、今のHさんの話の前提かもしれないけれども、「できない」と書かれた場合の副作用もある。書いてなければ、この場合は転売授権がありますという認定の問題が可能だけれども。

○A H先生に名前を挙げていただきましたので。多分、最初の物上代位の議論のときに申し上げた話であったかと思います。先ほどは時間がありませんでしたので補足しませんでした。お話が出ていたようなL1、L2という場合のL2の保護とか、あるいはリース料債権を一緒にするときに、リース物権を担保に差し出しただけでリース料債権が及ぶとはとても考えないのではないかと思います。たとえば、動産の場合のアメリカの例ですけれども、動産本体だけにしか担保を付けていないということで対抗要件を具備したときには、21日目には対抗力が消滅するといった工夫は必要であろうと思います。

○座長 私からも一言いたいのですが。これは所在場所を特定することによって、動産譲渡登記で担保が設定されて対抗要件が具備されているときに、当該所在場所から運び出されたらどうなるのでしょうか。今までの譲渡の考え方というのは、ある動産が譲渡されるということが起こったら、この時点で対抗要件が具備されましたということになって、ある意味、そこで終わりなのです。つまり、譲渡登記の意味も、その時点で終わっていて、不動産の登記と違って、ずっとそのまま所有権を持っているということは、多分表わしていないのです。

それに対して担保の登記というのは、動産に関しても担保を登記しましたということになると、そこで担保について対抗要件が具備されて、あとは実体権の問題なのか、この登記によって存続が公示されているというように見るかという、非常に観念的な議論かもしれないけれども、そういう問題があるような気がしています。登記の存在によって効力の存続が公示されているということになれば、場所が特定されている所から持ち出されてしまえば、それこそ登記の衣から、公示の衣から外れてしまって、できるわけですね。それは集合動産はもとより、個別動産でもそうである。それに対して、この時点でこの個別動産については担保権が設定されました、それによってもう公示されましたということになったら、あとはどこへ行こうが関係ないということになるけれども、どういう登記制度でどういう効力だろうかという前提問題が、本当はよく分からないという気がしたのです。

○D 今のは現行法の話ですか。

○座長 現行法の話です。

○D 私の理解ですが、現行法の前提で言いますと、個別動産か集合動産かによって違ってきます。登記をする際に、個別動産については、世の中に唯一1個しかないものとして特定するという形で、シリアルナンバーや識別番号、例えばこのレコーダーならこのレコーダーのシリアル番号までを特定して登記しなさいということに、一応はなっています。それに対して、集

合動産を特定する場合は場所で特定しましょうと。だから動産の種類と保管場所の所在地で特定するのが集合動産であるのに対し、個別動産については唯一それだけというように特定できる形で特定する。したがって、個別動産については動産の種類と特質で登記するという前提が取られている。

その区分で考えると、シリアルナンバーで特定している場合は、場所を離れても、その公示はなお及んでいるということになるので、個別動産が移転していても担保の効力が及び続けるのに対して、集合動産については、保管場所の所在地から一旦離れてしまえば、その当該構成要素たる物については、もはや担保の効力は及ばないというように、一応整理されていると思います。

ただ、必ず個別動産について特質で登記しているか、それとも集合動産についても特質でしているか。集合動産については、本来は集合動産として特定できるものについて、例えばウシのように耳標や個体識別番号みたいなものがある場合は、その特定を、ある牧場にいるウシとするのではなく、ウシの個体識別番号で特定するということはあり得ます。その場合には、そのウシはどこに運ばれても公示が及び続けることになる。

他方、そのウシを集合動産として保管場所の所在地だけで特定してしまうと、そのウシが特定された牧場から離れてどこかに行ってしまうと、その効力が及ばなくなるということになると思います。

○座長 細かく言い出すと切りがないところがあるのですが、本日はこのあたりでやめましょう。もうあと15分ぐらいしかないので、法務省から第4について。

○法務省 第4と第5を合わせてご説明いたします。第4は、担保権者から権利を取得した第三者との関係、担保権者が目的物の処分等を行った場合の法律関係です。1つ目は、担保権者から権利を取得した第三者との関係です。担保権者は担保権しか持てないので、目的物を譲渡したとしても、担保権だけを譲り受けるという場面が、場合によってはあるかもしれませんが、基本的に所有権を取得することはできない。あとに残るのが、即時取得の余地があるかどうかです。こういった点について、特に原則的な考え方を修正する必要はないと思われまますので、特段の規定は要らないのではないかと思います。

2つ目は、担保権者の債権者が担保の目的を差し押さえた場合です。現行法上は、設定者が第三者異議の訴えを提起することができるというようにされています。これは担保権について何か担保物権を設けた場合でも同じで、むしろ担保物権という形で設けた場合は、所有権は設定者の下に残されているということになりますので、第三者異議の訴えを提起することができるのではないかと。そうすると、その点については修正する必要がありませんので、特段の規定を設ける必要はないのではないかと考えております。

続いて第5です。第三者が目的物を侵害した場合の物権的な請求権、更に言うと、担保権者が自分に対して引渡しを請求することができるかどうかということが、抵当権と同様に問題になってくるかと思えます。現行法上、抵当権についてどのように考えられているかと言いますと、抵当権という物権に基づく妨害排除請求、妨害予防請求、更に返換請求といったことができるとされています。また、物の価値を毀損しない場面であっても不法占拠者を排除することができるかとされています。こういった現行法における状況を考えますと、動産等の新しい担保権を作った場合でも、こういった物権的な妨害予防請求権、妨害排除請求権が認められて然るべきではないかと思われまます。また抵当権と同様に、不法占拠者の排除といったことも認められてよいのではないかと考えております。

ここからは規定の設け方ということになってきます。新しい担保物権を創設するという形を採るとしますと、形式的には所有権が設定者に残っているということになりますので、設定者による妨害排除や妨害予防については、特段の規定を設ける必要はないのではないかと。ただ、

担保権者が目的物の引渡請求をできるかどうかについては、いろいろ争いがあるところですので、規定を設けるといことは考えられるのではないかと考えております。

そうではなく、担保目的の取引を規律するという方式での立法を考えた場合には、設定者については、こういう権限がある、物権的な請求権があるということを条文上も明示することが考えられるのではないかと考えております。このほかの侵害に対する損害賠償請求というのも問題になり得るのですけれども、こういった部分については709条の解釈に委ねることではないかと考えております。説明は以上です。

○座長 どうもありがとうございました。時間があまりありませんけれども、第4、第5についてご議論を頂ければと思います。

○C 資料の第4の1は割とサラッと、解釈でこうなるのではないかとこのように書かれていて、その結果、特段の規定の必要がないのではないかと考えているのですが、例えば松岡先生の教科書にケース40という設例が書かれていて、結構意見が分かれているように思えた部分が幾つかあるのです。例えば弁済期前に担保権者が譲渡した場合でも、対抗問題で処理するのか、そうでないのかという幾つかの問題が、見解が分かれています。判例もどう理解するのかというような局面があるように思うのです。資料では、割とサラッと、全部決まっているように書かれているが、本当にそうなのかという批判というか指摘が弁護士会でありました。

資料の第5については、所有権留保の担保権について、所有権が来てないのに買主に物権的請求権があるのかという疑問があります。「所有権が来てない」という表現がいいかどうか、もちろんそれ自体問題がありますが、資料の第5で、譲渡担保だけを議論しているのならいいのですけれども、所有権留保という担保権について、単純に考えれば所有権が来ていない以上、占有訴権はあるかもしれないが、物権的請求権があるのかという批判がありました。

○座長 最初の問題は結局、設定から最終的な実行の終了までの間の、どの時点で、どのような権利を担保権者に認めるのかということですね。現在の不動産に関する判例法理ですと、被担保債権の弁済期が到来したら、その時点で処分権限が発生するというのを軸に、いろいろ考えを立てているわけです。そういう考え方をとることによって、担保権者が第三者に対して譲渡した場合という場面を、どのように捉えるかという問題と関係してくるのかもしれないですね。ほかに何か。

○H 担保権者による目的物の処分についてですが、質権については質権者が占有している物を、まだ弁済期が来ていないのに処分してしまったというときに、第三者が所有権を取得することができるかという議論があります。そのときに即時取得の要件を満たしていれば、第三者は、質権の負担のない所有権を取得することができます。反対に、即時取得の要件を満たしていなかった場合に、第三者は質権を承継取得できて所有権は即時取得できないと考えるのか、それとも質権すら取得しないと考えるのか、2つの考え方があると思うのです。

質権の例の場合には、第三者は所有権を取得しようと思っていたのであって、質権を承継取得するという意思がなかったのだから、質権を承継取得することもないという考え方もできると思うのです。譲渡担保のときも、これと平行に、第三者は譲渡担保権すら取得しないという考え方でいいのか、それとも譲渡担保権はもともと担保権者が持っていたのだから、それを承継取得するという考え方を採るのかを検討する必要があるのではないかと考えました。しかし、条文を設けない方向というのは賛成です。質権のところにも条文がないので、設けないという方向でいいのではないかと考えます。

○座長 しかし考え方として質権の場合は、質権を取得すると考えたら、質権者と債権者との分離が生じてしまうのですよ。それが現行質権制度の下で認められるのかという問題があるのに対して、譲渡担保に関しては譲渡担保権者と債権者が異なってもいいと、我妻先生の本などには一応、書いてあるのですが、私は、あれは怪しいと思っているのです。実は、その1行を

根拠にして、そうやっていると便利だからと言って、セキュリティトラストという制度ができる前などは、我妻先生のその1行にすがるって何とかならないかという話もあったりしたのです。こういう動産の担保制度において、いわゆる日本における担保権の通則であるところの担保権者イコール債権者にはならない、例外はセキュリティトラストなどが定めているだけであるという考え方を採るか採らないかですよね。

もしお話がないようでしたら、さきほどHさんの発言を待っていただきましたので、8ページに関連するものだと思いますが、よろしければどうぞ。

○H 思い出しました。所在場所の変更についてです。譲渡担保目的物の特定方法については、現行法上はD先生がおっしゃったように、場所によって特定する特定方法は集合物に限られています。集合物の場合については、登記ではなく、占有改定による対抗要件具備の場面についての下級審判例があります。下級審裁判例によれば、一旦、場所によって特定された集合物が、集合物としての社会通念上の同一性を保ったまま、別の場所に移転した場合には、当初の占有改定による対抗力が維持されるというように考えられています。つまり、集合物の場合には、集合物の中から個別物が出ていった場合と、集合物がそのまま動いた場合とで場合分けをしなくてはなりません。後者の場合については座長がおっしゃっていたように、当初の対抗要件具備が場所の移動後も及ぶという考え方が、下級審裁判例の考え方だと思います。

○座長 それは、どのようにして特定するかという問題でもありますね。目的物の場所で特定しているわけではないから、そういう考え方が出てくるわけです。

○H 集合物だから。

○座長 そう、集合物だから。集合物というものを観念するときの集合物の定義というか、どういった集合物ですという名前付けと言ったら変だけれども、そのときのクオリフィケーションが、場所によるクオリフィケーションではないから、場所的には移転できるという話なのです。

○H 先ほど出した下級審裁判例では、「〇〇百貨店の何階にある在庫」といった特定がされていました。

○座長 しかし、それをどう解釈するかなんですね。何々にある在庫というのが、例えばここは、こういう物が置いてある所である、したがって3階の北東の場所のこういう物というように書いてあるけれども、実はこれは紳士服の上着であるという特定の意味を持っているというリンクを入れると、場所が移転されても、効力が及ぶ。これに対して、それを「あくまでも3階です」と言ったら駄目なのです。それにはやはり3階という解釈の問題が、多分入っていると思うのです。

○H 種類と場所によって特定されているので、種類による特定が生きているという理解でしょうか。

○座長 必ずしもそうではありませんが、まあ、いろいろ議論はあるかもしれません。

○H 現在の動産債権譲渡特例法に、動産譲渡登記の所在場所の変更手続が定められていないのは、当初の場所について対抗要件を備えていれば、目的物の所在場所が変わったとしても、その対抗力が維持されるからだという説明を聞いたことがあります。

○座長 それはおかしいでしょう。そうしたら自由自在ではないですか。「いや、今度はこの」「いやいや、こっちにする」「こっち」と言ってもいいということにもなりかねない。

○D 今のH先生の裁判例は、確か、同じ百貨店の中で階を移動したということなので、社会通念上の一体性が認められたというものだと思いますので、解釈の問題だという整理には異存ありません。

それから、第4の1の担保権者から権利を取得した第三者との関係についてですが、特段の規定を設けないこととしてはどうかということとの関係では、対抗要件制度については少なく

とも何か入れないと、ちょっとまずいのではないかという点を指摘したいと思います。というのは、現行の動産譲渡登記では、例えば元の所有者が A だとして、A から B に譲渡登記をするという場合には、AB 間での動産譲渡登記がされるということになって、B が譲受人となるのです。その後、B が C に対して更に動産を真正譲渡ないし担保目的で譲渡した場合に、元の登記を変更することが現行法上はできないということになっているので、単純に、B から C への動産譲渡登記をしておくのですが、もし先ほどの配当制度も含めた何らかの担保実行制度を設けるということとの関係で言えば、B から C に権利が移転したということが、何らか、より具体的に公示されていないといけないということになるのではないかということに関心を持ちましたので、その点をご検討いただければと思います。

○座長 ありがとうございます。同じこの範囲内でも、まだまだいろいろなご議論があろうかと思えますけれども、21 時を過ぎておりますので、今日はこの辺りでと思います。

どうも本日はお忙しい中、ありがとうございます。活発な議論をありがとうございました。