

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会 第6回

日時 令和元年7月23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 18 時になりましたので、動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会第 6 回会議を開催したいと思います。本日もお忙しいところ、ご出席いただきましてありがとうございます。

本日の研究会では、前回配布しました資料 5 で取り上げた「構成部分の変動する集合動産・集合債権の担保化」というものの第 2 段ですけれども、第 2 の 3 以降を対象といたします。ただ、3 の話をするに当たっても、それ以前の論点に関して議論をせざるを得ない場合があります。例えば 9 ページを見ますと、3 の(1)で、「設定者は、通常の営業の範囲内でその構成部分である財産を処分することができる旨の規定を設けることについてどう考えるか」といった問題提起がありますが、その前提としましては、そもそもどのようにして担保の目的を特定するかとか、3 ページになりますが、経済的一体性と取引上の一体性というものが必要かといったこととかにも関わりますので、なかなか 3 以降だけを議論の対象にするというのは難しいかもしれません。したがって、適宜、第 1、第 2 のほうにも戻っていただいても結構ですので、イメージとしては 3 以降ということをお願いします。その後、今回新たに配布した資料 6 で取り上げている「動産を目的とする新たな担保法制における実行に関する規律」に関して議論を行いたいと思います。

まず前回の積み残し分です。前回と若干重なるところはあるかもしれませんが、事務局から簡単にご説明をお願いできればと思います。

○法務省 前は 9 ページから始まる資料 5 の検討事項(4)の 9 ページから始まる 3 の一部分をご議論いただきまして、説明 1 と説明 2 について一応説明を終えたかと思えます。説明がまだ未了の部分は 13 ページの 3 物上代位以降ということになるのですが、少し時間もたっておりますので、思い出していただくということもありまして、1 と 2 についても簡単に触れたいと思います。

まず、9 ページの説明 1 という部分は、通常の営業の範囲内の処分がされたときにどうなるかという問題として、担保の目的になっているとはいえ、通常の営業の範囲内で処分をされた場合にはそれは完全に有効な処分として、処分を受けた相手方は担保権の負担も何もない財産権を取得するということになるかと思えますので、そういった規律を設けることが考えられるのではないかということをごシック部分でご提案しております。

次に、10 ページの説明 2 です。通常の営業範囲を超える処分ですが、今申し上げたものとは違って、通常の営業の範囲を超えるような処分がされた場合にどうなるのかという問題です。

これは具体的に言うと、相手方が所有権を取得するかどうかということ、それから、処分された個別動産について担保権者が何か言えるのかということ、それから、設定者に対して担保権者が何を言えるのか、ほかにもあるかもしれませんけれども、3 つぐらいの問題があるのかなと考えました。1 つ目の相手方が所有権を取得するかどうかという問題ですが、担保権として構成していけば、少なくとも所有権は相手方に移転すると考えていいのではないかと。その上で 2 つ目の問題として、相手方は担保権の負担付きのものを取得

するのか、担保権者から見れば、担保権がまだ及んでいるものとして、原状回復、あるいは差止めが請求できると考えるのかどうか、こういったところが問題になるのではないかと考えています。3 つ目は、本来許されない処分をしてしまった設定者に対して担保権者がどういふことを主張することができるのかという問題で、この点については債務不履行の問題とか、あるいは不法行為とか、そういったことに基づく損害賠償が請求できるということになるのではないかと考えていますが、この点については、特段規定としては不要なのかと考えております。

13 ページ、物上代位についてです。物上代位については、集合物に関する議論に入る前に、特定の単発の譲渡担保について物上代位が認められるかどうかということをご議論いただきました。流動的な集合物の場合に、何かそれに加えて特殊なルールがあるかどうかということに今回は限らせていただいておりますが、こういった点では最高裁の平成 22 年の決定がありますけれども、平成 22 年の決定は損害保険金請求権への物上代位を認めつつ、営業の継続中は物上代位を行使することができないとしておりますので、そういった流動的な集合物に固有のルールがもしあるとすれば、そういったことを明文化していくことが考えられるのではないかと考えております。

最後にこの項目の 4 番目、担保価値の維持に関する規律です。流動的なものを考えますと、通常の営業の範囲内での処分が許される反面として、その営業の範囲で出ていたものについて補充していく、結果的に担保の目的となっているものの価値が全体として維持される。こういう必要があるのではないかと考えていますので、そういった規定が改めて必要なのかどうか、その必要性の要否も含めてご議論いただければと考えております。

続いて、まとめてこの資料の最後まで議論の対象にしてしまいたいと思いますので、説明させていただきます。

15 ページのゴシックの 4 では、設定者の債権者が、集合物の中の範囲に含まれる個別動産を差し押さえた場合にどうなるのかということについての問題提起をしております。ここは今の集合動産譲渡担保についても争いがあるところでして、設定者の債権者が個別動産を差し押さえてきたときに差押えができるのか、あるいは差押えが否定されるのか。否定されるということは、つまり、担保権者が第三者異議の訴えによってこれを阻止することができるということになるのだと思いますが、こういった第三者異議が認められるかどうかは争いがあるところだと思います。こういった点について立法的な解決が可能であれば解決していきたいと考えておりますので、いずれ取るべきかという点についてご議論いただければと思います。

最後に、5 の第三者が個別動産を毀損した場合の法律関係です。こちらでも個別の譲渡担保については既にご議論いただいたところですが、流動的な集合動産譲渡担保において特殊なルールが必要かどうかというところが問題になってまいります。

この点についても、最終的には民法 709 条の解釈に委ねられるということになるのではないかと考えておりますが、考え方として整理をしておくことができるのであれば、とい

うように考えまして、取り上げさせていただきました。

この点についてもご承知のように、損害賠償をこの時点で認めるのかどうかについて学説上争いがあるところですので、いずれがその結論として妥当なのかというところを含めましてご議論いただければと思います。説明としては以上です。

○座長 それでは、ご自由にご発言いただければと思います。Aさんからお願いいたします。

○A 前回の資料の3の(1)に関して、前回、F先生からご質問いただいていたのに対して、途中から話が逸れてしまっていて、答えそびれていた部分がありますので、それに関連して少し補足させていただきたいと思いました。

若干脈絡も含めて補足しますと、私は前回、設定者による通常の営業の範囲内での処分権の強行性と、担保設定要件としての取引上の一体性との間に連関があるのではないかというお話をしたところ、F先生から集合債権譲渡担保の場合についてはどうなのかというご質問をいただきました。具体的には、資料にあるとおり、集合債権譲渡担保においては取引上の一体性というのが設定範囲を画するものとしては考えられていないにもかかわらず、資料9ページにあるように、設定者による通常の営業の範囲内での債権の処分権は考え得るのではないか、というようなご質問だったと思います。

これに対しては、前半部分の、集合債権譲渡担保に関して取引上の一体性を要求すべきかどうかについては、別に要求する必要はないのではないかと思います。というのも、集合動産の場合の、通常の営業の範囲での処分を認めているシチュエーションでは、動産を処分してその対価を得て、それで更に代物を補充するというか、仕入れを行うというような形の営業がなされているというのに対して、集合債権の場合は、債権を取り立てて、それによって新しい債権が生まれるという関係はないわけですので、集合債権を担保の目的とするときに、特に取引上の一体性を持っている債権に限るとというような限定を付すことにはならないのではないかと思います。

他方で、その場合の集合債権について、設定者がどういう処分をなし得るのかということで、資料9ページでは、通常の営業の範囲での処分という形で、集合動産と横並びの形で書かれておりますが、これに関しては、必ずしも横並びのものとする必要はないのではないかと思います。通常の営業の範囲内での処分というのは、先ほども言いましたように、処分して、その仕入れのための原資を得るという回転をしていくということが前提とされているものに対して、集合債権は必ずしもそうではないということです。ただ、通常は設定者に債権の取立権限を付与するのだと思いますけれども、取立権限を付与するときも、実行通知するまでは履行期が到来した債権を取り立てることができるという形で、必ずしも通常の営業の範囲内での処分というような形にはなっていないのではないかと思います。その両者を抽象して、設定者は設定後も担保権者を害しない範囲で従前の地位を維持するというような抽象的な原理みたいなものを導けるかもしれませんが、集合動産における通常の営業の範囲内の処分と、集合債権における取立権限付与は別個のもの

として理解することができるのではないかと思いました。

○座長 ありがとうございます。

○B 今の点で、先ほどおっしゃった債権と動産とでは別個のものとおっしゃる話なのですけれども、通常の営業の範囲という概念自体は両者に妥当するという前提なのでしょうか。それとも動産については妥当するけれども、債権については、そもそも通常の営業の範囲内での処分ということは想定できない、約定で全部処理するというご趣旨だったのでしょうか。今の説明の内容ですけれども。

○A 想定できないというか、取立権限の付与があったというように解釈するようになると思うのですけれども、通常の営業の範囲内での取立権限の付与ということは考えられないのではないかと思います。債権は履行期が到来したら取り立てるのが通常だ、という考え方もありうるのかなとは思いますが。

○B それ自体が通常の営業の範囲というわけではないのですか。履行期がきたら取り立てるのが通常であるところ、それを期限前なのに無理やり取ってくるとか、そういう話は考えられないのでしょうか。

○A そこは多分、前回も問題になった、通常の営業をどれぐらい広く解するか、狭く解するかという問題で、私は狭く取っているのだと思います。

○B それは通常の営業の範囲内かどうかの話ではなくて、通常の営業の範囲の処分という考え方が債権については想定されるのかというそのレベルの話として基本的にないという前提でいらっしゃるということなのですね。

○A そういう整理になるか、ちょっとよく分からないのですけれども、債権の取立権の付与と、動産の通常の営業の範囲内での処分とを同視する必要があるのか、ということを考えていました。

○B 取りあえずは、これは結構です。

○座長 動産の場合でもその契約によって処分可能範囲を決めることは十分にできるわけで、通常の営業の範囲での処分ができるというのは、ある種デフォルト値なのですよね。そうしたとき、Bさんがおっしゃっているのは、債権譲渡担保についても弁済期が到来したもののついて取り立てられるというのがデフォルト値として存在して、それに加えていろいろと約定があり得るということで、構造は同じになるのかもしれない、という話なのかなと思って伺っていたのですが、確かにAさんがおっしゃるように、債権に関しては若干の表れ方も違うと思いますので、注意しないとイケないというのはそのとおりだと思います。今のところでもいいですし、2以下の所でも結構ですので、いろいろなご意見をいただければと思います。Cさん。

○C 今の点ですけれども、動産の場合は通常の営業の範囲と考えられるものがデフォルト値であるとしたときに、そのデフォルト値ということの意味合いなのですが、当事者で合意した場合のラインを超えた場合の効力にダイレクトに反映するのか、それとも、担保の効力の関係では、先ほどデフォルト値とおっしゃった通常の営業の範囲のラインが常に

妥当して、それ以上の当事者間の合意のラインは債権的な効力を持つにすぎないと考えるのかというのは、両方の考え方があると思いますが、特に後の議論で①②③のどれを取るかによっては、当事者の合意ではそのラインは動かさないという考え方もあるのかもしれないと思います。これについては、私としてはまだ考えはまとまっていないのですけれども、どのように考えればいいのかなどと思いました。

○座長 債権譲渡登記によって、対債務者との関係ではサイレントに行っているという場合は、通常ならば譲渡担保設定者に対してずっと弁済をしていって、それで免責されるのは当たり前だということになるのですが、通知・承諾による対抗要件が具備されても、設定者に一定の権限を付与する旨が通知されたときには、それは変えられますよね。

○C どちらかという、動産の場合のほうが議論としては重要なのかなと思ったのですけれども。

○座長 なかなか難しい問題かと存じます。1の問題はまだ続けて結構なのですが、通常の営業の範囲を超えて構成部分を処分したときについては、設定者の責任が生じるだけであるという見解というのもあり得るということで、11 ページに①②③と書いてありますけれども、これについてはどのようにお考えでしょうか。どうぞ、Dさん。

○D この議論を見ると、パッと頭に思い浮かぶのが、抵当不動産からの不可一体物の搬出についての議論です。私の理解では、安永先生のお考えが有力で、抵当不動産の立木が切られて搬出されたような場合というのは、伐木に抵当権の効力は及び続けるのだけれども、不動産から搬出されたことによって対抗力を失うのだというふうに説明されているように思います。不動産担保についてそういう説明があって、それが合理的なのだとすれば、動産担保についても同じようなルールでもいいのではないかと思いました。

○座長 「同じようなルール」というのは。

○D 動産が所在場所から搬出された場合にも担保権の効力は及び続けるのだけれども、対抗力がなくなるので、対抗要件の欠缺を主張できる第三者との関係では、もはや担保権を主張できなくなるということになります。

○座長 そうですね。だから、安永さんがおっしゃっている話をすると、最初の処分の相手方というのは、対抗要件を自ら失わせた当事者なので、その人に対しては対抗要件なしに主張していけるが、そこから更に譲渡があった場合には、もはやその人に既に対抗要件のない状態での再譲渡が起こったことになり、その相手方に対しては何も言えないはずだという見解ですよね、そうすると、①②③という話で言うと、①②③のいずれでもないということになるのか、③なのだけれども、更なる相手方の場合には、今度は悪意者であったとしても、もはや対抗力は及んでいないのだから取得できるという、③の中で更に2つに分かれるわけですかね。およそ即時取得者が現れるまでは追及できるという見解と、2人目のときには、もはや追及できないという見解で、③は2つに分かれるということですね。

○E その考え方との関係では、工場抵当法5条に、目録に載っている動産は善意取得さ

れない限り追い掛けていけるという趣旨の条文があり、しかし、それは、目録にちゃんと機械等が特定されて記載されているので、動産譲渡担保の場合にそれほど強い公示力があるかと思うか、という点が①②③に影響すると考えることになるのではないかと思います。

なお、ある弁護士会の議論では、①説も②説も③説もあったというのが正直な状況です。私は個人的には、せつかく立法する以上は③で割り切ったらいいのではないかと思いますけれども、やはりそこは①説と②説と③説のそれぞれを支持する意見がありました。①説に対しては全く何も言えないということはちょっとどうかなという感じだったのですけれども、②と③はいろいろな意見がありました。

○法務省 今のD先生がおっしゃったお話ですが、土地、抵当地上の立木は、抵当権は何番どここの何番という土地で特定されていて、そこの上に木が乗っているという状態ですよね。その木が出ていっても、それはその土地、地番によって特定された不動産上にあった木だということになるわけですが、集合動産のように、そもそも担保権の目的物がこの倉庫の中の物だという特定のされ方をしているときに、それが出て行ってしまっても、それは、なお、担保権の当事者が合意したその担保権の目的物だと言えるのかというのがちょっとよく分からないのです。あくまで当事者がこの倉庫の中に入っている物が担保権の目的物なのだとか合意している以上は、そこから出て行ったら、それはもともと担保権の目的物ではないのだという考え方を取ることができないのか、あるいは、それが結論として不当であるとする、そこは立法的に解決するということがあり得ると思いますけれども、そこはその理論的にそれでよいのかどうかということがちょっと気になりました。

もう1つ、対抗力がなくなるというときに、それは処分の時点を基準に考えるので、その倉庫にあった物を設定者が売った場合には、まだ対抗力は及んでいる。設定者が1回持ち出して売った場合には、もう対抗力は及んでいないので、相手方が即時取得しなくても、完全な所有権を取得できるという理解でよろしいのでしょうか。

○D まず、1つ目の点についてです。抵当不動産上の立木については地番によって特定された土地にあった物だからといったような理由付けをされたと思いますが、抵当権の場合にも抵当権の効力が及ぶのは抵当不動産の付加一体物に限るとされていますから、そこから離れて付加一体物でなくなった以上は、もはや抵当権の効力が及ばないという考え方も十分あり得るところを、抵当権の効力を強めるというか、抵当権者保護の観点から搬出物に対しても効力が及ぶと解されているのだと思いますので、集合動産譲渡担保についても、もともと目的物の範囲にあったものが当事者の合意に反して運び出された場合には、なお、効力が及ぶという考え方があっても悪くはないのではないかと思います。

2つ目は、処分の時点によって対抗力があるかないかが変わるのではないかとというご質問ですが、正にそのように、動産がどこにある時点で処分されたかによって、対抗力の有無を決めるのが安永説の肝だと思いますので、そういう理解になると思います。

○座長 私はEさんなどに伺いたいことがあるのです。まあ、その前に、個別動産につい

て、③は少し問題があるまとめ方ですね。つまり、担保権者は当該動産の分離・搬出の禁止を請求することができるほか、というわけですが、分離・搬出の禁止は、②や①の見解でもできるかもしれませんよね。

○E そうですね。

○座長 すみません。伺いたいのは、元の場所に復帰させるべき返還請求権を行使したいと実務的に考えるのか、ということなのです。つまり、集合動産譲渡担保が設定されるようなタイプの集合動産で、出て行った物そのものを取り返すという訴訟をやりたくて、不法行為では足りなくて、元の物について請求できたほうが良いというように感じられますか。

○E 不法行為だけでは足りないように思います。不法行為で処理できる局面もあるとは思いますが、やはり不法行為だけでは、無資力者であったら結局どうしようもないわけですから、やはり物を取り返したいと思う局面は必ずあると思います。売られた相手方が大して資力もないようなややこしいやつであれば、不法行為債権を持っていても意味がないわけですね。やはりそこは物を取り返すという手続、それが訴訟なのか、仮処分なのかは別にしまして、やはり救済手段は金銭債権だけだと言われたら、ちょっとつらいと思います。③説は多分そう考えていると思いますけれども、そんなの関係ないと思う人が②説かも分かりません。けれども、もちろん金銭債権でいく場合もあると思いますが、常に金銭債権だと言われたらしんどいと思います。

○B 素朴な質問ですが、今、おっしゃった③で即時取得をするまでは担保権の効力は個別に及んでいて、そして、対抗力があるかどうかということですが、対抗力もあると即時取得までということになった場合には、動産は動いているけれども、対抗力もあって担保権は全く失われていなくて、しかも返還請求をかけられるような場面において不法行為は成立するのですか。損害がないように思うのですが。

○座長 ③を否定するからだよ。③を一生懸命取って、集合動産を組成していた動産そのものに対して物権的な権利を主張するということが実務的にそれほど必要なのですかというのが私の質問です。

○B 分かりました。ありがとうございます。それに対して無資力の場合もあるからということですね。

○E そうですね。

○F ③の見解について、一言だけ。この見解を正当化するためには、公示がされている限りで、対抗力が及ぶという考え方ではなく、ひとたび公示がされて対抗力が備えられたときは、分離・搬出がされて公示がされなくなったとしても、対抗力は残るという考え方をとらなければならないように思います。

○座長 実務家に対する別の質問ですが、権限の範囲内であったならばもちろん第三者が権利を取得できる、権限の範囲外になると、即時取得しない限り追及される、ということになった場合には、安心して買えないというような状態にはならないのですか。まあ、即



時取得に関して、善意の推定が及ぶとか、無過失の推定が及ぶとかいろいろあるのですが、Gさん。

○G 今朝も、弁護士会でそういうことを含めて議論していたのですが、私は、やはり一般商取引に対する影響というのは出てきてしまうのではないかと思ったので、その場ではそのような趣旨の発言をしました。結局、担保制度を強くすることは買受人となる第三者が保護されにくくなるという側面を生みかねないので、そのバランスをきちんと取らないといけないのではないかと考えています。動産・債権譲渡特例法が作られたときにも、いかなる場合に即時取得が認められるかという論点が出たことがあります。つまり、動産譲渡登記をつねに見るべきかどうかとか、法人の場合には登記を調べないと過失が認められることがあるのではないかと、すなわち登記調査義務みたいなものが認められるのではないかと議論がされていた時代があるわけです。しかし、そのようなことになると、第三者、特に法人事業者が安心して取引に入ることができない、また、取引の簡易・迅速性が損なわれるというおそれも生じかねません。そのような懸念があるのではないかと考えています。

○座長 Eさん。

○E 多分、通常の営業の範囲というものの捉えているイメージが人によって大分違っていると思います。私などは普通の商売は全部通常の営業の範囲に含まれていると考えています。当たらないのは、事業譲渡的なもの、事業をやめて全部渡しますというような、もちろんそれだけに限りませんが、それに近いようなものをイメージしているので、その取引は安心もへちまも考えなくてよいと、他方、普通の商取引は安心して買ってくださいというようにイメージしているのだと思います。ただ、通常の営業の範囲というのをもう少し狭く考えている人は、③はやはり安心できないなと考えているのかもしれない。若しくは先ほども出た、通常の営業の範囲というのは単にデフォルトルールであって、当事者間で別途、合意すればそれに拘束されるのだという説を取る人などは、そこも不安なのだという事になってくるとい、論理的な関係ではないですけども。イメージ的には通常の営業の範囲は私などは割と広く、よほどの場合でない限りは営業の範囲ではないという局面がないので、多分③でもそれほど商取引に影響しないと考えている。だから、ここは制度設計としては当然、どちらもあり得る話だと思うのですけれども、担保権制度をいやすということと言うと、やはり何らかの追及の手段がないと意味がない。

他方、通常の商売としてはそれは安心して売買してください。先ほどのG先生がおっしゃったように、登記調査義務だって一般の人は登記はそもそも見られないわけですから、利害関係がないと見られないわけですから、その見られないのを、調査義務も何もないので、ということから考えると、そこは基本は調査義務はない。つまり、大抵の場合は、私は善意取得が成立するようなイメージがあります。ただ、あまりにも大量、かつ、よっぽど安いとか、何かそういう場合は、それはちょっとおかしいよね、それは気が付くでしょうということもあるので、その場合には③で追及していてもいいのではないかと、

③として想定している局面は狭いイメージでしゃべっています。

○座長 どうぞ、Hさん。

○H 今の話と少し関係します。通常の営業の範囲内の処分、これは所有者が処分授権をしたであろうという推定だということになるかと思いますが、それよりもむしろ、買主側の即時取得の特則のような形で構成することはできないのでしょうか。というのは、先ほどの抵当権の伐木の事件でも、処理の仕方が分かりやすいという意味では、即時取得説は、かなり魅力的な説なのかと思います。その特則として、もう少し事業、営業そのものに対する信頼というようなものとして規定するというのでは駄目なのだろうか、と思っております。

○座長 こういう局面における即時取得については、米倉先生のご見解がありますね。先生は所有権留保目的物についておっしゃっていたわけですが、インベントリーの即時取得というのは普通の即時取得と別の法理として考えるべきであるというお考えです。インベントリーである、在庫商品であるというように信頼した場合には、それだけで保護されるというように考えるべきではないかということですが、私は、即時取得は所有権の信頼を保護する制度ではなくて、処分権限の信頼を保護する制度ですから、インベントリーなら自然に米倉先生のお考えのようになるわけですし、特殊な制度でも、特殊な法理でも何でもないのではないかという気がしています。米倉先生のご指摘は貴重ですし、確かに、それを明確に書くというのはあり得るのかもしれませんが、一般法理との関係を明らかにしなければならぬと思うのです。それでは、Dさん。

○D 先ほどE先生のほうから、通常の営業の範囲内とは何かという問題提起があったと思いますが、アメリカのUCCでは、第9編のほうには通常の営業の範囲内での買主ということがさらっと書いてあって、その定義というのははっきりしないのですが、第1編のほうに詳細な定義規定が置いてありまして、バルクセールの場合とか、あとは、既存の債務の弁済としてその物を渡した場合や担保権を設定したような場合は、通常の営業の範囲内ではないといったようなことがはっきり書かれています。日本で新しく立法をして、「通常の営業の範囲内」といった文言を条文に書く場合に、その定義を明示するか、それに当たらないものを例示列挙するといった形は考えられるのかという点について問題提起したいと思いました。

○座長 UCCのもとで通常の営業の範囲内を超える処分がなされたらどうなりますか。

○D 第9編で通常の営業の範囲を超える処分がなされた場合ですよね。

○座長 はい。

○D 第9編では担保権に追及効があるのが原則になっていまして、ただし、即時取得の例外があるので、第三者に即時取得されればそこで担保権が消えます。

○座長 この問題はなかなか今日、決定的になる話ではもちろんありませんが、ほかのことも含めて。

○H 通常の営業の範囲内の「処分」というのですが、売却以外に具体的にどのようなも

のが想定されているのでしょうか。基本的にほとんど売却と同義かと思っていたのですが、あえて処分として、売却に限定しない必要性が具体的に何かあるのかという点について、教えていただければと思います。

○法務省 書いたときに念頭に置いていたのは廃棄とか、陳腐化して在庫を廃棄したとかそういう場面を。

○H 事実行為のことですか。

○法務省 はい。

○H 通常の営業の範囲内の処分というところ、後発の担保権の設定が入るという学説があったかと思いますが。かつて、それが当たり前だと思って、いろいろな本を読んでいたことがあって、読んでいるうちに違うことに気付いたのですが、しかし、その可能性、処分の中に後発の担保権の設定というのが入る可能性、というのは実はあるのではないかと今でも思っております。そういう意味では、「処分」と規定するのは、広すぎやしないかと個人的に思ったものですから。

○G 担保設定についてですが、平成 18 年の最高裁判例は、あの日（平成 18 年 7 月 20 日）に 2 つ判例が出ていて、このうち 1 つの判例は、多重の担保設定を通常の営業の範囲外としていたのではないかと思います。

○座長 だけど、集合動産のうちの個別動産について質権設定したらどうなるのですか。

○H 営業そのものをどう考えるか、そういうことをよくやるような種類の営業かどうかによるという話になってくるのではないのでしょうか。そういう意味では、やはり理論的には入るのではないかと思います。しかし、そのような解釈が、現在の判例通説の一般的な扱いとあまりにもずれている気がしますので、少なくとも整理をする必要があるのではないかと思います。

○座長 まだ前回分は多々あります。物上代位も残っているのですが、これはいかがですか。

○F 資料では、平成 22 年決定を参考にして、構成部分の変動する集合動産譲渡担保権に基づく物上代位一般について、「通常の営業が継続している場合においては物上代位は認められないとすることが考えられる」とされています。しかし、同決定が「譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合」という判断枠組みを示したのは、代位目的債権が損害保険金に係る請求権であるときについてです。代位目的債権が売買代金債権であるときについては、この決定の射程は、及ばないものと考えられます。

構成部分の変動する集合動産譲渡担保権の効力は、通常の営業の範囲を超える処分がされたときは、その売買代金債権に及ぶという立場をとったとします。この場合において、その譲渡担保権者は、通常の営業が継続しているときは、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許されないとされるかどうかは、この決定からは明らかでない気がします。

○法務省 確かに、平成 22 年判決の射程が、当然に売買代金に及ぶかどうかというのは

別の問題ですので、直ちに一般化できないというのはおっしゃるとおりだと思います。ただ、営業の範囲が継続している場合には、やはりその売買代金は設定者が取得して、新しい物を購入したりとかということも当然あり得るのかなという気も。

○F 譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合において、即時取得が成立したときを念頭に置いています。

○法務省 あっ、失礼。

○F そのようなケースでも、譲渡担保権者は、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許されないのでしょうか。

○法務省 なるほど。

○F 譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合には、その通常の営業が継続しているときでも、譲渡担保権者は、その売買代金債権について物上代位権を行使することが許されるという考え方は、ないのでしょうか。

○法務省 営業は継続しているけれども、通常の営業の範囲を超えている、そこはまた考えてみたいと思います。

○A 通常の営業の範囲を超える処分をしたのに、まだ通常の営業が継続していると言えるという前提なのですか。

○F はい。譲渡担保権設定者がしたその目的物の処分は、通常の営業の範囲を超えているものの、譲渡担保権設定者の営業そのものは、まだ通常のそれが継続している、というケースです。

○A 先ほどのように、バルクセールを始めているとか、そういうようなシチュエーションでは、通常の営業の範囲を超える処分をしていると、もう、通常の営業は継続していないと見るという、そういう考え方もあるのかなと思います。それも通常の営業の範囲の処分の広狭によるのだと思いますが、先ほどのE先生のように、通常の営業の範囲を超える処分というのはかなり例外的なのだすると、それがやられている時点で、もはや通常の営業は継続していないと考えることも可能なのかなと思います。

○座長 お二人の議論の前提が分からないのですが、弁済期は到来しているのですか。

○A そこは、私も別に確認する必要があると思っておりまして、平成22年の最高裁決定は損害保険金への物上代位の事案で、損害保険金に関しては滅失したときには、弁済期が到来しなくても物上代位はできるかもしれないという議論があるので、それを念頭に置いて、それでも通常の営業を継続している間は物上代位はできない、と言っている決定なのではないかと思います。ですので、通常の営業を継続している間は物上代位はできないというのは、弁済期到来後においても、果たして妥当するのかと、実は最高裁決定の解釈としては考えようがあり得るといえるのか、これは、あくまでも弁済期が到来していない前提の話だということのように考えることもできるのではないかというように。

○座長 被担保債権の弁済期ですね。

○A そうです、弁済期というのは被担保債権の弁済期のことです。

○座長 そうしますと、通常の営業の範囲内の処分がされ、売買代金債権が発生していても、被担保債権について不履行があったら、その売買代金債権の物上代位権の行使をして差し押さえ得るといふところまでいきますか。

○A 私は差し押さえ得ると思います。というのは、被担保債権が特に設定者に対する債権である場合に顕著だと思いますが、結局、物上代位を止めたとしても、一般債権としてその債権を差し押さえることは何ら妨げないはずですので、そうだとすると、そのときに物上代位だけを止めてもしようがないのではないかというように思いました。

○座長 なるほど。売買代金債権が発生したときには、物上代位権の効力は及んでいないのに、その後には及ぶようになり得るといふことでしょうか。

○A 及んでいないと考えるのかどうかは問題だと思います。売買代金債権が発生した時点で譲渡担保権の効力は売買代金債権にも一応及んでいるけれども、物上代位は被担保債権の弁済期到来まで停止されている、というように考えるのではないかなと思います。

○座長 そうすると、通常の営業が継続している限りというような要件というのは考えなくて、被担保債権の弁済期が到来した後は、その売買代金債権の発生形態が通常の営業の範囲内による処分であろうが何であろうが関係なく、物上代位権は行使できる。そういう話だよ。

○A そういう可能性が残っていると思います。

○G 前提なのですが、物上代位権の行使と言った場合に、それは物上代位に基づく差押権の行使ということだと思ふのですが、それは被担保債権の弁済期が到来していない段階で、実務上できるのかという論点はあると思ふているので、それは念のため発言しておきたいと思ふます。

○座長 いや、一般的にできないでしょ。

○G できないと思ふます。

○座長 Aさんがおっしゃったのは、目的物が滅失して金銭債権に変換したようなタイプのものについては、債務不履行がないという状態であっても、担保目的物が完全になくなってしまうという状態にあるので、そのときには、なお物上代位権が行使できるのではないかという見解があり得て、それが背景にあると考えると、損害保険金請求権であるということが大きく影響しているのですね。それに対して売買代金債権の場合には、およそ被担保債権の弁済期が到来していなければできないのだというのは、二人とも共通の前提にはなっているのだと思ふのですが。

○D もう少し一般的な話になるのですが、集合動産譲渡担保において物上代位が認められるかということを考えるときに、2つの問題をクリアする必要があると考えています。1つは、集合動産譲渡担保の対象である個別物が処分されて、その個別物に対して担保権が追及していくということと、その個別物の売買代金に物上代位できるということが両立するのかという問題です。もう1つは、個別物が売られた後、何か物が補充されたとして、依然として集合物全体に対して担保権が及んでいるということと、売買代金に物上代位で

きるということが両立するののかという問題です。アメリカ法はザックリ全部 OK ということになってしまっているのですが、日本では抵当権においても、目的物に抵当権が追及できる場合に、売買代金に物上代位してよいのかという問題が提起されているとおり、簡単には話が進まないという気がしてきて、そこを調整するようなルールが必要になってくるのかなと思いました。

○座長 今はどうなのですかね。抵当権の目的物が建物である。それを第三者が一部を壊した。ところが、所有者は慌てて一生懸命自費で直した。しかし、所有者は壊した第三者に対しては損害賠償請求権を有している。その時点で、所有者が債務不履行に陥った。両方いけるのですかという問題が、現在の抵当権法にもあるのです。

○D ありますね。

○座長 そんな例は一生懸命考えていないのだけれども、ただ、あり得るのはあり得るのです。

○G 少なくとも集合動産については、流動性がある間は、それが売られていても、物上代位性は認められないと普通は考えられてきたのではないかと私は思っています。

○座長 そのとおりですね。Dさんは限界事例についておっしゃっているので、通常の営業の範囲で動産を売却し、同種の動産を補充したが、売掛代金債権は回収していないという時点で倒産したら、補充された動産についても及んでいるけれど、Aさんの論理で言えば、売買代金債権にその時点で物上代位権を行使できるようになるわけであり、両方に権利行使ができる可能性があるという場合をおっしゃっているのですね。債務不履行もなく営業が続いていったと言うのだったら、売買代金債権上に物上代位権は行使できないというのは、Dさんの前提にはなっていると思います。

○G したがって、いわゆる固定化を経て、集合動産の流動性が止まって、その固定化されたものが売買されましたという場合には、そこに物上代位を認めていく余地というのは出てくるのだろうとは思っていますけれども、その以前の段階で、例えば債務不履行が起きたというだけで、かつ固定化が起きていないという場合には、まだ依然として物上代位は認められないのではないかと、恐らく普通はそう考えてきたのではないかと思います。

○F G先生のおっしゃっていることは、譲渡担保権設定者が通常の営業の範囲を超える処分をした場合において、即時取得が成立したときでも同じでしょうか。固定化が生じる前は、その売買代金債権について、物上代位は認められない、ということになるのでしょうか。

○E 横からすいません。営業の範囲を超える処分をされたら、普通は期限の利益の喪失事由になると思います。

○F 期限の利益の喪失事由にあつると、なぜ、売買代金債権について物上代位が認められることになるのでしょうか。

○E ですから、やろうと思えばできるという状態になるのではないかという。

○F 固定化が生じる前は、売買代金債権は、物上代位の目的とならないと解するのであ

れば、期限の利益が喪失しても、売買代金債権について物上代位をすることは、できないはずで。その売買代金債権は、代位目的債権とならないのですから。

○E もちろん、だから私は期限の利益を喪失した状態になればできるという見解ではないかと思ったのですが。

○F E先生の見解は、G先生の見解とは、違うものであると思います。

○G いや、私の見解はどうでもいいのですけれども……。

○E というのは、そう考えないと、固定化前に全部物を放り出されました、それは何とかしないといけませんね、今から物上代位の手続をしよう。でも、まだ固定化前だから何もできない、という事態は、G先生は想定していないのではないかと思って、横から、そういう場合はできるだろうと横から口を挟んだのです。G先生は、固定化前にやられたら何もできないという説なら、それはそういうことになる。

○G すみません、考えます。

○H 実際問題として、在庫商品を担保に入れたときに、将来発生する売掛金債権を併存して担保に取らない例というのがあるのかどうか。普通は取っているのだとすると、売掛債権に対する物上代位の議論をがんばってする必要もないのかな、という気もしているのですが、そこはいかがなのでしょう。

○G そこは実際にあるのですね、動産だけしか取っていないということが。それは、担保権者の設定者との間の交渉力と言うか、いろいろな事案事案に応じてそういうことはございまして、特に譲渡禁止特約などが入っている場合に、では債権はやめておきますと。動産だけという場合もありまして、私自身もそういう事案だったために、動産譲渡担保を実行しなくてはいけなくなったということがありました。つまり、債権譲渡担保の実行ができれば、わざわざ集合動産譲渡担保の実行なんかしなくてもよかったわけなのですが、債権を取っていなかったために担保権者のレバレッジがなくなって、やるしかないというので、動産譲渡担保を実行したということがありますので、そういう例はあるのです。

○座長 Gさん、例があるので分かったのだけれども、それは債権を担保目的として取得しなかっただけではないですか。

○G ええ。

○座長 取れるのに取らなかったという人のために、これだけ難しい議論をして物上代位を認めなければならないのでしょうか。つまり、交渉力を考えて、債権を取るのはやめておきましょうと言ったのでしょうか。それでいて、いざというときは物上代位でいきますよというのは、おかしくないですか。

○G でも、担保をどこまで取るかというのはいろいろあるので。

○座長 あるけれども、取らなかったのだから、取れなくても仕方がないではないですか。

○G そうなるのかな。

○E いつも横から出てきて申し訳ない。まず個別動産で、物上代位ができるできないで、そもそもそこでまず議論があったわけではないですか。私などは実務的にできると思って

いるものだから、集合動産でもできるだろうという、実務に毒されているのかどうか分からないけれども、イメージがあるだけなのです。そもそも、そこで個別動産だって、そんなものできるのがおかしいという価値観に立っていれば、より集合物の、さらに固定前のものは、債権譲渡担保を取らなかった者が悪いとなってくる。個別動産の延長線で、それは集合だってできますよねというのは、どちらかと言うと弁護士はそういう意見で、実務に毒されている者が多いのではないかという気はしますけれども。

○G 全然違う話だからあまりよくないかもしれませんが、例えば抵当権についても、抵当家屋が燃えましたという場合に保険金に物上代位をしていく道と、質権を取っておくという道というのがあって、今、銀行実務では通常火災保険金質権を取っているわけですが、では、火災保険金質権を取らなかったお前が悪いから、抵当権について損害保険金への物上代位を認めないということにするのかというと、そうではないと思いますので。

○座長 そうではないというのは、現行法がそうではないというだけですよ。

○G それはそうなのですが。ですので、1つ1つの担保権については、それぞれ権利があってよろしいのではないかと考えています。

○座長 すみません。予定では積み残し分は7時までに終わることになっておりました。しかし、まだまだ残っております。

担保価値維持に関する規律というのは、それは置くにしても置かないにしてもそうなのではないかという気がするのですが、差押えについては、一応ご意見の分布を伺っておきたいと思うのですが、15ページ、16ページの辺りはいかがでしょうか。

○I 差押えについては、集合物に対する担保権の効力が個別の動産に及ぶのかどうかという問題と、個別動産の担保権についての差押えについて、以前に出てきたように第三者異議なのか優先弁済を取るのかといった議論の組合せなのかなとも思うのですが、ただ、そこで個別動産に集合物に対する担保権の効力が及ぶのかどうかということの意味が問題になってくるのかなと思います。

それで、資料の11ページの先ほどから議論されている①から③という所の諸見解、設定者が処分した場合の諸見解も、問題とされていることがそれぞれ①については追及効であり、②については何らの効力は及ばないということですが、③については分離・搬出を禁止できるとか、返還請求できるとか。ただ、いろいろなところが問題になってき得るのかなという気がしていて、先ほど座長が、①とか②でも分離・搬出の禁止を請求できるのではないかということをおっしゃっていたかなと思うのですが、そうすると、個別動産には譲渡担保の効力は及ばないとしても、分離は阻止できるという点で、優先弁済は認められないけれども、第三者異議としてであれば認められるというようなこともあり得るのかなと思いました。

○座長 なるほど、差押えというのを、正に分離をしようとしている行為であるというように見るとということですね。いかがでしょうか。

ただし、そうしますと100万円の債権のために1億円分の在庫を集合動産譲渡担保にし



ておくと、第三者からの差押えは全て排斥できるということになりますか。

○I 通常の営業の範囲を超える処分ができないとすると、そうなり得るのかなと思いますが。

○座長 そうすると差押禁止財産を作れるということだよな。

○I それはそうですね。

○座長 いいのでしょうか。

○E 今、座長がおっしゃったように、これで全部第三者異議できるとなったら、100万円か何かの債権で、全部常に差押禁止財産を作出できるというか、そういう議論は当然あります。結局、今日の資料6に出てくる、民事執行制度と私的実行制度を二本立てにするのか一本立てにするのか。仮に二本立てにするのだったら、その競売制度的なものを整備しなければいけなくなって、整備具合とここの問題がリンクしているのは、間違いのないと思います。そちらで手続が完備するのであれば、ここの問題は優先弁済の配当要求みたいなものでよい、結局資料6のほうとの兼ね合いだろうという話です。結論は特にありませんけれども。

○G 資料4番の、設定者の債権者による差押えという場面というのは、一般債権者に対する差押えを考えているのでしょうか。動産売買先取特権については判例が存在していて、その差押えに対して集合動産譲渡担保権者は第三者異議ができるということになっていて、そこではもう集合動産譲渡担保が原則として勝つということになっているわけですが、ここでの議論というのは、一般債権者を考えておられるのかどうか。

○座長 それは自由です。というのは、現行制度における集合動産譲渡担保が、譲渡担保権者は所有権を取得するのだということで、動産売買先取特権の目的との関係を民法333条で処理しているわけですよ。それに対して、それを担保権の競合だと考えて、集合動産を構成する一部について、別の担保権者が実行を開始したという場合に、残りの部分で十分なのに、なお排斥できるのかとか、あるいはどの部分からでも集合動産の譲渡担保権者は優先弁済権を行使できるはずなのだから、そういうように考えて排斥できるというのか。それとも、やはり新しい立法をしても333条が適用されて、動産売買先取特権が行使できなくなるというのか。そういったところについては、みなさんの見解の問題で、事務局に何か特別な決め打ちがあるわけではないと思います。

○G ありがとうございます。

○座長 いかがですかね。

○G 集合動産譲渡担保権者が第三者異議をできるという結論でないと、やはり困ると思います。それは結論だけ。

○H 第三者異議かどうかというのは、この後の6の議論で変わってくるという、抵当権と差押えのように考えていくことも、場合によってはあり得るということでしょうか。

○座長 それはそうですね。差し押さえた部分から、譲渡担保権者が、動産担保権者が自らの被担保債権の全額を回収できるなら。

5はどうですか。5になると、どうでもいいと言えればいいか。

○法務省 どうでもよくないのですが、またちょっと考えさせていただきます。

○座長 そうですか。ちょっと前回にたくさん積み残して、今回もまたたくさん積み残しますと、全体のあれがうまくいかなくなりますし、何回も申し上げていますように、1回だけの話合いで全てを決定しようというわけではありませんで、なるべく早い時期に考えられる論点について、一通り検討しておくということが必要だろうと思います。

そこで、ちょっと先を急いで申し訳ありませんが、このあたりで、資料6について事務局からご説明いただければと思います。

○法務省 それでは研究会資料6の「第1 動産を目的とする新たな担保法制における実行に関する規律」というタイトルのレジュメについてご説明します。まず第1の1の「担保権の実行方法」という箇所についてです。なお、このレジュメの記載は個別動産についての担保権実行を前提としておりまして、集合動産については、また別途検討という形で考えていますので予めご了承ください。

担保権実行方法としては、案1、案2、案3とあるとおり、理屈で考えれば私的実行のみ、競売のみ、私的実行と競売の併存と、この3つがあり得ると思います。どの案も一長一短あるのだと思いますが、現行法の下で、譲渡担保権に基づく私的実行が広く利用されており、それが迅速で使いやすいと評価されていると思いますので、新たに担保権を法律に書く場合にも、少なくとも私的実行をすることは認めるという方向で考えてはどうかと思っております。

また、ただ私的実行をすることはできるとした場合であっても、更に具体的な内容は詰めていく必要がありますので、このレジュメ2ページ目、2「案1について」のなお書きに記載していますが、帰属清算と処分清算という2つの方式について、どのように選択していくことを認めるのかですとか、持戻しがいつまでできるのかといった具体的な制度設計については別途検討する必要があると思っております。

また、案2と案3は、裁判所での競売を認めようという案です。現行法上、既に動産を目的とする担保物権としては、質権や動産先取特権がありますが、いずれについても競売手続の利用が認められておりますので、新たな担保権について競売を認めることが法制上難しいというわけではないのだと思っております。ただ、この競売手続を新たに認めようという方向で考えるときには、どのようなニーズがあるのか、どのようなメリットが競売にあるのかというところを詰めておく必要があるのではないかと考えております。レジュメ3ページの一番下の段落で、私的実行だけでなく、裁判所の競売手続も選択することができることとするメリットとして、どのようなものがあるのかという問題提起をしております。もちろん抽象的には公正な価格で売れるのではないのかとか、配当手続が利用しやすいのではないのかといったことが考えられるわけですが、それだけで十分に実務家の皆様が使いやすいと思えるものなのかというところは、ご意見をいただければと思っております。もし、それらではメリットとして不十分であるということになる場合には、このレジュメ

の後半に出てきますが、例えば引渡命令のような、何か強制力を伴う手段を整備することで、裁判所における手続をより使いやすい制度とするということもアイデアとしては考えられるのかなと思っております。この辺りはどのような制度設計がよいかご意見をいただければと思います。

○座長 それでは、ご議論いただければと思います。ご自由に。

○J 結論的には3番目の案がいいのではないかと思います。譲渡担保は私的実行ができるというのが1つのメリットであると思いますので、それは残すべきです。ただ、金融機関の立場からすれば、裁判所が関与する手続の下で処理する方法も残していただきたいと思います。また、研究会資料6でも言及されていますが、目的物の価格を客観的に算定するには、裁判所の手続を利用した方が確実だろうと思います。したがって、3番目の案が妥当ではないかと考えています。

○C 案2は考え難いと思うので、案1か案3だと思うのですが、案3を採るのであれば、最上位の担保権者がイニシアチブを取れるようにしておく必要があるのではないかと考えていまして、後順位担保権者がイニシアチブを取って実行手続を選べるようにするのは、適切でないのではないかと思います。ですので、どういう設計かはいろいろあり得ると思うのですが、後順位担保権者がいる場合に、後順位担保権者に手続の選択を認めないルールと合わせて設計する必要があるのではないかと考えています。

○座長 まず、後順位担保権というのを認めるかという大前提があるのと、もう1つは、さっき話に出ましたが、差押えの場合にどうするのかという問題点があって、差押えの場合に排除できますという一般ルールを採ってしまえばCさんのおっしゃることもよく分かるのですが、差押えがきたときには、その差押えによって始まる手続の中で、優先的に債権を回収するにとどまりますと言ったら、なぜ後順位担保権者が裁判所でやるという選択をしたときには、差押えとは違うことになるのかという問題が出てくるかもしれませんけれどもね。

○C 個別動産についてということですよ。

○座長 ええ。

○C 個別動産について譲渡担保権が設定されて、対抗要件が設けられた後に差押えがあった場合にどう考えるのかというのとセットでももちろん考えなければいけないのですが、その場合には、差押えが弾かれると言うか、第三者異議ができるという。

○座長 それが大前提になっていますか。

○C それが大前提と言いますか、それを合わせて採るとというのが1つの考え方としてあり得て、ほかにも後順位担保権者については、単に申立権を与えないのみならず、そもそも後順位担保権を認めないという考え方もあり得るし、認めない選択を許すこともあり得ますし、認めるにしても、案1を採った上で、設定者の先順位担保権者に対する清算金請求権に代位できる権利しか認めないという設計もあり得ると思うので、ここだけ議論するのはなかなか難しいと思いますが、言いたかったことは、最高順位の担保権者が簡易に実

行できるという現行法上のメリットをなくさないように設計しないとイケないのではないかと思います。

○座長 分かりました。

○A 私も、後順位担保権者がどういうことができるかというのは、そもそも後順位担保権をどのように設計するかということにも関わってくるので、後で申し上げようかと思っていたのですが、差し当たり最先順位者がどう実行できるかということに絞って考えた上で、後順位者に何ができるかというのはまた後で考えることにしたほうがいいのかと思いました。

○H またアメリカの紹介で恐縮ですが、このところは今のお二人の先生の話にやや近いのかなと思うところがあります。

まず1つは、競売局面ですと、アメリカの場合は完全な競売手続ではなくパブリックセールということになります。その方式のものを採用する理由としてよく言われるのは、まったくの私的実行を選んだ担保権者には商業上の合理性という要件が非常に強く課されているので、それとの関係で、パブリックセールに流れることがあるということです。私的実行か競売かが、商業上の合理性要件の充足しやすさを基準としたバランスで捉えられているということが、1つです。

もう1つは、最先順位の担保権者にプライオリティをという話との関連です。アメリカ法での解決方法は、要は先順位担保権については引受主義で、後順位担保権者については消除主義というコンビネーションを使うことによって、要するに、自分より順位が低いものは全部流せるけれども、自分より順位が高いものは流せないという方式を採ることによって、実質上、最先順位の担保権者のコントロールの下に置いているという仕組みになっているといえるかと思います。ご紹介です。

○G 案1、案2、案3という中では、私は案3がいいと思っています。この理由は、結局、私的実行のみを認めるという現状の法制度によりますと、債務者・設定者側が任意に協力しない場合に、担保権者が目的物の物理的占有を確保する手段が非常に狭まってしまう現状があるからです。つまり、「私的実行」と言いながら、実は私的実行をするために、後ほど4番でも議論されるのだと思いますが、仮処分などの裁判所の手を、実際上は借りざるを得ないと。私的実行と言いながら、そのような状況にあるわけです。仮処分をしても、それが断行に近いような効果を生むものでなければ、では訴訟でもやりますかということにもなってくるわけですが、普通の動産については価値がどんどん劣化していくので、訴訟をして判決を求めるような時間的な余裕はないわけなのです。

そうすると、速やかに物の物理的占有を確保して、それを公正な手続で、すなわち私的実行の場合にありがちな自力救済などと言われたいような形で、換価していく手段というのは必要なのではないかと思います。

後ほど第4の所で、物の占有を確保するための民事保全手続についての議論があるのだと思うのですが、そこと少しリンクはするのですが、ここ3番では、要するに裁判

所における競売手続でもって、法的に差押え、換価、配当までするという手続が恐らく想定されているものと思います。他方、4番で今後議論される仮処分の手続というのは、私的実行の前提としても使えるというものかと理解しております。すなわち、私的実行の前提として、相手が協力しないという場合には、占有移転禁止の仮処分とか、あるいはその他の断行の仮処分を、いわば借用せざるを得ないというのが、現在の実務的な状況なので、それが4番のほうであると。

他方で、この3番のほうは、裁判所における競売手続をした以上は私的実行とはならず、その中で差押え、換価、配当という手続がなされていくことになるのだろうと想像しています。

そのような手続を設ける場合には、登記制度との関係も重要なのではないかと考えておりましたし、裁判所が競売をするというのに相応しい公示方法というのがあるだろうと思いますし、仮に第2順位、第3順位ということが今後出てくるのだとすれば、その対応についても、やはり公示制度ということが前提となるのだろうと思いますので、登記の効果と関連させるのも1つの手ではないかと。つまり、新しい登記制度を作る、あるいは今後登記制度を改善するというのであれば、「その登記をされた譲渡担保あるいは担保権であれば、このような競売手続を取れる」というメリットが出てくるような法効果を結び付けることによって、少なくともこの競売手続を使うときには、担保権は登記を使っていなければいけないというような設計にするということが考えられるのではないかと考えております。登記とは別に、通常の占有改定などの方法を残すかどうかはともかくとして。

○座長 後半はよく分かったのですが、4に関連しておっしゃったことがちょっとよく分かりませんでした。Gさんのお考えの、私的実行に加え、裁判所における競売手続の利用を認めるというときの、裁判所における競売手続の利用の中身なのだけれども、つまり、担保権者が目的物を執行官に提出しなければならないとか、そのようにするならば、さっきのなかなか協力してくれないのだという話は解決されないような気がするのだけれども。○G 逆に言うと、そういう手続にしてはいけないのだと思うのです。つまり、それは昔、動産売買先取特権の実行が行われなかった原因の1つで、それがゆえに動産競売の手続を平成15年に入れたのだと思うのです。

ですので、差し出さなければいけないという手続ではなくて、この競売の申立てをして開始されたなら、専門の執行官がいて、その執行官が、スケジュールなどを合わせなければいけないかもしれないのですが、とにかく即座に現地に行きますと。そして、差押えをしてフリーズさせて、それをその後どのぐらいのタイミングで換価できるか分かりませんが、ともかく執行官に差し押さえてもらえるというルートを考えています。すなわち、相手が協力しようがしまいが、要するに裁判所が民事執行としての差押えができるということになれば、相手が例えば任意に差し出さなければいけないとか、そういうようなことにはならないはずではないかと思うのですが。

○K Gさんが言われる構想というのは私もよく理解できて、占有改定の譲渡担保という

のを認めると、なかなか執行官では恐らく判断はできなくて、今の裁判所が許容する処分みたいなものを前提にして、それで執行官が押さえにくるということになるのだと思うのですが、登記の場合だけ使える、登録などがある場合にだけ使えるということに明確化すれば、執行官でも差押えにいきなり行くというのは可能になるのかなと思います。

それとは別に、私も最初に事務局で言われたように、この裁判所の競売手続のメリットというのをどこに置くのかということが1つ問題かと思っていて、Jさんが言われたことというのは、担保権者としては、後から適正な価格より安かったのではないかという争いを遮断することができる。これが適正な価格で、それ以上の剰余があったのではないかということは言わせなくするということなのですよ。

○J　そうです。

○K　それは、確かに現在の動産の担保権の執行はそのようになっているということだと思うのですが、ただ、それはちょっと裏腹で危うそうなところがあって、本当に今の動産執行でやっている手続が、適正な換価金を保障するような手続になっているのかどうか。今回これを作ったときに、それがなるのかどうかという、いわゆる軒下競売みたいなことをやっていて、それをやったからといって、それでも適正な価格なのだから、それ以上は私は払いません、担保権者もそれ以上は出しませんということを正当化するだけの手続になっているかというところは、私はちょっと疑問に思っています。そこも変えるということになるのかどうか。執行手続にも影響をかなり及ぼしそうな話なのかなと思っていますけれども。

○L　今の軒下競売との関係で言うと、どのぐらいの譲渡担保の規模感、ボリュームあるいは金額で考えるのかによるのだと思うのです。半ば間接強制のような動産執行を考えるのか、もっとがっちりした動産執行を考えるのかで、だいぶ描くイメージが違ってくるような気がしています。

私は、大きな目的物についてがっちりした競売というのを基本に据えて、軒下競売みたいな問題は付随した問題として考えればいいのかと思います。

○K　だから、不動産みたいな形で、しっかりと入札手続のようなものを入れて、多くの人に公示して、それを買う機会のようなものを与えれば、それは適正なマーケット価格で、それでも安い安いと競売では言われているわけですが、工場にある機械みたいなものを押さえたときに、そこまで売却手続にコストをかけるような手続をやるということにするのかどうかというのは、1つのポイントかなと思います。

○座長　そのときの前提としての実体法的な関係の理解なのだけれども、例えば動産売買先取特権を実行しようといったときに、軒下競売か何か分かりませんが、うまくやればもっともっと高く売れるのに、例えばメルカリで売ればもっともっと高いのに、非常に安くしか売れなかった。そのことについて動産売買先取特権者が責任を問われるわけではないですよ。

○K　そうですね。

○座長 それに対して譲渡担保の場合には責任を問われる可能性があるというのは、やはり動産売買先取特権者は高く売らなければならないという実体法上の義務がないのに対して、譲渡担保権者とか、あるいは新しい動産担保権者には、そのような実体法上の義務があるという前提に立つわけですか。

○K 譲渡担保権者は、私的実行というのを認めれば選択肢を与えるということになるわけですね。選択肢を与えて、私的実行をやれば後から追及されるのに、裁判所の手続を通せば、もうそれを遮断できるというルートを認めたときに、それは結局そこが非常に形式的なものであるとすれば、それが一種の適正価格を払わないでよいようにできる抜け道になるのではないかなと思うのです。

○座長 そうですね。若干、どちらが鶏か卵かという問題はあるけれども、実体法的に適正価格で売るという義務を觀念するか、それとも選択肢があるということから、そこから見ていくかという両方あり得るかもしれないけれども、そこが動産売買先取特権者との違いであるということだよ。

○J 私的実行と裁判所の手続の双方を選択できる場合、債権者が私的実行をする場合の適正な価格が分からないので、裁判所の手続を選択した場合に、そのことが善管注意義務違反に問われるという問題が生じるのでしょうか。

○K おっしゃるとおりで、私は債権者が悪いというようには思っていないのです。それが適正な価格で売るといった競売手続が作れているのかどうかということ自信を持って、果たして言えるのでしょうかというところで、建前は全くそのとおりなのです。国が売っている以上は適正な価格だというのは。

○座長 勝手に自分たちで法律で何かやっておいて、私的実行だとかやって、変なときだけで裁判所を使うなよといった異論が、Mさんからあってもよさそうなのだけ。

○M 軒下競売の動産執行に言及がありましたので、若干ご説明をしておきますと、普通の動産執行であれば、競り売り期日を開いて、最高の価額で売れるかどうかという手続を実施します。ただし、取引所の相場のある有価証券の場合は、その日の相場以上の価額で売らなければいけないという縛りですとか、貴金属の場合は、地金としての価額以上の価額で売らなければいけないという縛りがあります。また、高価な動産を差し押さえたときは、評価人を選任して評価をした上で、売りに出すということにはなっていますので、最低限の縛りは掛かっているのかとは思いますが。

実際の問題としては、動産執行の場合、差し押さえようとしても大部分は差押禁止財産に当たってしまうため、ほとんどが執行不能で終わってしまいますので、売却以前のところで手続が終わっているというのが実情と思われれます。

○E 実務的には、個人所有の動産はいわゆる軒下競売で、今は全く売却できない状態です。他方、今ここで議論をしている中心は、先ほどL先生におっしゃっていただいたとおり、集合動産であったり、大きな機械であったり、そういうものをイメージするのではないかと思います。そのときには、債権者は高く回収したいですから、実務的には債権者が

何人か業者に声を掛けて、この日に競売があるからと言って、3社か4社かを適当に呼んで、入札してもらって、少しでも高く回収しようとしている。これが今の実務だと思うのです。

いや、それは債権者が努力しているだけであって、制度上は何の担保もないではないかと言われたら、そうかもしれないけれども、一般的には債権者は高く回収したいので、そういうことを含めて実務が回っているということではまずいですか。

○K いや、まずいとは言いませんが、私が想定しているのは、その場合は結局債権者が売却最低価格で買って、その後はどうするかはともかくとして、しかしそれは安いのではないかという主張に対しては、いや、裁判所でちゃんと売ったのですからということになってしまう。つまり、実質は帰属清算なのだけれども、帰属清算で剰余金の請求の追及を遮断するということになりはしないかという懸念です。善良な担保権者は先生がおっしゃるとおりなのだと思うのですが、そうではない人もいはしないかということを行っているだけなのです。

○E その点が不安だったら、債務者が自分で業者を呼んでくる。私は債権者が業者を呼んでくる話をしましたが、債務者が業者を呼んでくることも可能なわけです。

○K おっしゃるとおりで、その議論は我々、この民間競売というのが可能かということの研究会というのをやって、随分それは議論をして、そういう場合は債務者が呼べばいいのではないかという議論を、確かに有力な経済学者の人たちがしていましたけれども、本当にそのようなことが可能なのですかという議論もあったということは間違いないです。

○E 個人に対する執行はちょっと置いておいて、企業の話をしているとすると、少なくとも弁護士は業者を何社か知っているので、電話すればやってきますので、全く何もないということはないのかなと思います。ここで考えている局面が企業の集合動産、若しくはそれなりの機械、車というものをイメージすれば、そこは何とかなると思います。

○K そこがもし実務的に何とかなると言うなら、私はむしろ案の3に賛成なので、裁判所も競売によるほうがそういうメリットがあって、その弊害もそんなにないのであれば、案の3の道を何とか追究していく。その場合はG先生が言われたように、登記などがある場合だけ認めるというのは1つの選択肢だと思いますが、そういう方向で検討すればいいのではないかなとは思っています。

○座長 でも、清算金が発生するような場合を考えたら、Eさんがおっしゃった話は成り立ちませんね。高く売れなくていいのだから。

もう1つは、登記のときだけという話はそうなのだけれども、そのとき、執行官がそれで困らないからということが正当化につながるのだとするならば、執行官が判断に困らないような方法の登記だけを認めるという方向になってきて、シリアルナンバーで認められる、製造番号で認めるとしたりするのは、比較的分かりやすいのだけれども、ある種の制約が登記方法に掛かってくるという結び付きになるかもしれませんね。

○L 案1、案2、案3というのは、裁判所による競売手続の中身にもよるのだと思うの



です。一番重たければ、今の不動産執行と同じで、3点セットを作って、インターネットで公示するという、そこまでやれば多分値段が公正になるのだと思うのですが、社会的なコストの問題がありますので、そこからどのぐらい簡素化していくかだと思うのです。その相場感にもよるのだと思うので、そこの兼ね合いで議論すると言うか、案2とか案3と言うのであったら、そういうことも考えなければいけない気がします。

○座長 案3が比較的多いような感じですが、面倒くさいから案1でいいという意見はないですか。

○D もっと面倒くさくする方向の意見なのですが。

○座長 どうぞ。

○D これまでの議論では、私的実行と裁判所による実行というように、実行を2種類に分けて考えていると思うのですが、それをさらに段階で分けていって、裁判所と債権者の役割分担みたいなことは考えられないかという意見です。段階というのは、順番は前後するかもしれませんが、目的物の占有を回収する局面と、それを換価する局面と、その換価金を清算、配当する局面の3段階です。

このように3つに分けたときに、占有を回収する局面にしても、債権者が自分で持ってきてしまってもいいという、自力救済的な私的な占有回収を認めるというやり方もあるでしょうし、裁判所が差押えをしたり、執行官が占有を回収してくるやり方もあるでしょう。

換価の局面についても、債権者が売却先を探してくるという換価方法もあるでしょうし、裁判所による競売もあると思います。

配当と清算についても、債権者が自分で払うということもあり得るけれども、例えば換価金を裁判所に全部渡して、裁判所が手を挙げてきた債権者に配って、残りは債務者に返すのだというようなやり方もあると思うのですが、これらをモザイク的に組み合わせ、好きな実行方法を選べるというのでは駄目かというように思いました。例えば自分で占有を持ってきて、自分で売るのだけれども、配当は裁判所に頼みたいとか、そういうことです。

○L それはかなり大きな問題提起で、既存の動産の競売についても全く同じことが言えますよね。既存の動産競売をやって、動産担保権の実行をやって、そういうモザイク的な仕組みがあり得るといえる話になると、この研究会の検討範囲を大きく超えて、執行法の立て付けを全部組み直しましょうという話なので、そういう覚悟で議論をしないといけないと思いました。

○K 私は、例えば私的実行なのだけれども、物を確保する最初のところで、7ページの4の所のあれですが、4の所で、案の1ではなくて案の2を採ると。つまり、実体法上の、民事保全法上の手続ではなくて、それも私的実行も執行の1態様だと考えて、その前提となるような執行法上の保全処分というものを作るといえることは、私はできなくはないだろうと思いますし、1つの選択肢だろうと思っています。

○座長 なるほど。4の所の話にまで及んでおりまして、実はまだ1の所までしか説明を

受けておりませんが、そろそろ休憩を一旦入れたほうがいいと思いますので、8時まで休憩をいたしまして、再開後、2、3、あるいは4までを含めて、5までいくのも行き過ぎかもしれませんが、先のほうまでご説明いただきまして、また議論を継続したいと思います。今までの問題と絡んできますので、実行の問題が終わったというのではないという理解で、一旦休憩を入れたいと思います。

(休憩)

○座長 それでは、8時になりましたので、残りの部分についてまず事務局からご説明をいただいて、適宜今の1の所も含めて残りの時間を議論したいと思います。それでは、説明をお願いします。

○法務省 5 ページ以降の残りの部分について、時間の関係でまとめてご説明いたします。グループとしては2と3がひとまとまりでして、担保目的物に複数の権利者がいる場合を念頭に置いて、消除主義、引受主義の問題とか、後順位、担保権者の実行の問題というのを取り扱っています。まず、こちらについて申し上げます。

動産を目的とする担保権について引受主義なのか消除主義なのかというのは、これは動産質権ですが動産先取特権が既にありますので、現行法上もある問題かと思うのです。しかし明確な規定はないというところかと思えます。これを改めて検討していきますと、これまでの研究会でも既に若干議論がありました。買受人が現れやすいかですとか、影響を受ける者の手続保証をしようとするのと逆に手続が重くなってしまうかですとか、そういった懸念を踏まえ、バランスを考慮して決めるものかと思えます。

また、理論的には私的実行と競売手続のどちらについても消除主義か引受主義かというのが問題になるかと思えます。ただ、私的実行の場合については、任意売却との均衡のところは考える必要があるかと思えます。任意売却の場合には、当然関連する権利が消えるということはないと思えますので、この点も視野に入れる必要があるかと思えます。

続いて3ですが、資料の6ページです。こちらでは後順位担保権者の実行に関する問題を取り上げております。こちらも、これまでの研究会で既に議論があったところですが、実行手続、執行の局面で考えても、例えば通知や配当をどのようにするかですとか、無剰余取消しの前提として買受可能価格をどう計算していくか、などといったところが問題になるかと思えます。また、ただいま申し上げたような複雑な手続を誰が主宰していくのかというところをクリアするためには、1つの案として、裁判所競売でのみ後順位担保権者による実行を認めるということもあり得るかと思えます。その場合であっても、既にご指摘がありましたけれども、登記をしている担保権者であればともかく、占有改定しかしていない担保権者がいる場合に、それをどのように把握していくのかという問題は残るかと思えます。

このレジュメに記載していない問題点を若干ご紹介します。もし仮に法律上、後順位担保権者による実行を認めないものとした場合であっても、自分が後順位だとは知らずに、隠れた先行する担保権者がいる場合などには、担保権を実行してしまうということもあり

得ます。法律上は認められないとしても、実際には実行してしまうという場合の処理についても別途検討すべき課題だと思われます。2と3の関係は以上です。

続いて資料の7ページ以降の、4と5についてです。これは、動産の占有を確保するためにどういう手続を準備するかという点を取り扱ったものです。4が担保権実行前の話、5が担保権を実行した後の話ということで2つに分けています。4について申し上げますと、こちらの案1と案2というのは、民事保全手続に乗せるかそうでなくて別の制度として設けるかというところで、法律上の仕組みで2つに分けています。どちらを採用するかという問題もありますけれども、どちらを採用したとしても共通する問題として、そもそも引渡請求の要件としてどのようなものを設定するのか、単に債務不履行があればいいと考えるのか、何か要件を加重すべきなのかという問題があります。例えば、第2回の清算義務のところでも議論になりましたけれども、現行法上は、担保権設定者が清算金請求権に基づいて同時履行、留置権の抗弁を主張できますが、引渡請求の要件の設定によってはそれらの抗弁を主張することができなくなりますので、その関係をどう整理していくのかというところは、どのような法形式を採ったとしても問題になるかと思ひます。

最後に、資料11ページの5です。担保権を実行した後に、買受人、これは帰属清算型であれば新しく所有権となった担保権者ですが、この方が動産の占有を持っていない場合に、簡単に債務名義を取れたほうがよいのではないかと提案するものです。こちらは、不動産について引渡命令の制度がありますので、これと同様の制度を設けたらどうかという提案です。こちらについて、資料では私的実行と裁判所競売それぞれについて言及していますが、私的実行については、そもそも買受人が誰かというところを立証するところからなかなか難しい部分もあると思ひますので、裁判所競売についてのみこれを認めるというところも十分あり得る案かと思ひます。以上についてご意見をいただければと思ひます。

○座長 自由にご議論いただきたいのですが、法務省からの説明にもありましたように、先ほどお休みの前に、登記で対抗要件を備えたときだけ裁判所の手続が使えるという話がありました。しかし、そのときも、実はその前に占有改定が行われている可能性もありますし、これはなかなか難しいところがあります。そういう問題も含めながら自由にご議論いただければと思ひます。

○A 資料5ページの2について、「他の担保物権が設定されている場合」と書いてあって、これは実行されている担保権より上位の担保権と下位の担保権の両方を念頭に置いているのでしょうか。

下位の担保権については、消除しかありえないような気がするのです。それに対して、実行されているのより上位の担保権については、引受と消除と両方あり得るような気がします。この場合、要するに実行している担保権者は後順位担保権者だということになるので、資料6ページの3の後順位担保権者による担保権実行を認めるとした場合に、先順位担保権の処遇をどうするかという、その問題に吸収されていくような気がするのです、2でここに位置付けられているというのがよく分からなかったのです。他の担保物権というの

は、上位も下位も両方を含む趣旨なのでしょうか。

○E それと同じような質問があります。5 ページの記載は、消除主義と引受主義という二本で書かれていると思うのです。ただ、消除主義であれば1番で実行しようが2番で実行しようが全部消えるというのが一般的な消除主義です。

ところが、ここに書かれているのは5ページの22行目に、「買主に對抗することができる担保権は引き受けることができる」と。ここで1と2を分けて書かれているので、弁護士会で議論していても、これは消除主義と引受主義のミックスですか、という話が出たので、その意味を教えてください。多分先ほどと同じ趣旨の質問です。

○座長 法務省からお願いします。

○法務省 起案した段階では実行されている担保権に劣後する権利をどう扱うかという問題を念頭に置いて記載しました。

○A それは、逆ではないかと思えます。

○K 現行法で、不動産は留置権でその議論があります。結局は引受主義を採るということは、当該担保権は実質的には最優先順位に扱われるということに等しい結果になるわけです。つまり、その分だけ価格が安くなるわけです。そして、その人は買受人に対しては追及できるということになるから、実質第1順位に上がるということに等しい結果を導くわけです。

それがおそらくAさんの言われたことで、あるいは先ほどHさんがアメリカの制度を紹介されていましたが、後順位については消除されるということにならざるを得ない。つまり、劣後させるというのはそういうことなのではないかということだと思いのです。違うのですか。

○法務省 一度整理させていただきたいと思えます。

○座長 それは、そうなのだろうと思うのです。

○B 他の担保物権としてどういうものが想定されているのかですが、今の例だと留置権ですか、これはあくまで個別の動産だということなので、機械を修理に出してというようなときに留置権が付いていたりする。

○K 私が今留置権と言及したのは、現行の不動産執行において留置権については引受主義が採られていて、それに対しては結局留置権を最優先順位にするということになるのではないかという批判というか議論があるということなのです。

○B 実質は最優先である、不動産だと引受けで最優先だし、動産だと占有の点で結局は最優先に近いのではないかという話はあると思うのです。例えば、留置権があったときに、どういう扱いを動産の場合にするのかというのは、現行法は決まっているのですか。

○座長 執行できない。

○B そもそも執行できないということでやっているのですよね。でも、動産の先取特権とか、一般先取特権と競合して証明書でいくような場合もありますね。配当要求ですかね。

○M 先取特権者が配当を受ける方法としては配当要求以外の規定はありません。

○B はい。だから、そういうものをどう扱うか、残るのか残らないのか。結局どちらにするかによって優先させるかどうかというのが決まってくる。実体的な優先劣後がまずあって、それを踏まえてどう扱うかという観点が一方にありますけれども、留置権のような場合ですと、実体的な優先劣後に即してというより、逆に執行のところで、引受けになっているとか、開始の要件などで、結果的に実行になったら優先になるというものがあったて、さらに、それは私的実行にも効いてくるのかという話になってくるのかと伺っていたのです。そもそも場面を間違っているかもしれません。

○法務省 もともとのご質問は、どういう物権があるのかということですね。

○B はい。

○法務省 実はあまり考えにくいのではないかという議論もしたのですが、例えば、現行法の譲渡担保を前提にすると、最初に譲渡担保が設定され、それが設定者のもとで占有されているわけですが、設定者が、それに更に質権を設定すると、2つの担保権が存する状態というか、譲渡担保権の下位に質権が付いているというようなこともあるのではないか。あるいは、条文上、質権自体が重複して設定され、後順位の質権が設定されているという場面が予定されています。現行法上問題になる場面としては、そういうことがあるのではないか。

結果的に、用益物権は考えにくいですし、賃借権も結局買受人に対抗できませんので、あり得るとすると、担保権が複数設定されているという場面ではないかと思います。

○G この2番の議論は、転担保は想定していますか。

○法務省 具体的には考えていませんでした。

○G 例えば、譲渡担保物が更に転担保の形で転譲渡担保されたりすることが実務上あるのですけれども、そういうことは、今のところは想定されていないということですか。

○法務省 はい。

○G 承りました。

○A 先ほど私が言いたかったのは、「他の担保物権」というときに、実行された担保物権より上位の担保物権に関する議論と、下位の担保物権に関する議論は分けたほうがいいということです。そのうち下位の担保物権については消除だろうというのは先ほどK先生からご説明いただいたとおりです。それなので、そこは分けてやったほうが最低限いいのではないかと思うのと、その下位に関しては消除というのがおそらく多数になるのではないかと思いますので、それを受けて実行された担保権よりも上位のものをどうするかという問題になると思うのです。そのためには、そもそも下位の担保権者に実行を認めるのかというのが先決問題としてそもそも出てくるということになるのかと思うのです。

○法務省 十分に理解できているかどうか分かりませんが、まず下位の担保物権が残るとするのは結論としてはおかしいだろうと思います。そういう意味では、上位と下位とを分けて考えなければいけないというのはそのとおりだと思います。

その上で、理論的に消除主義という概念が何を意味するのかは、若干調べたのですが、

現行法の抵当権のように上も下も全部消えるということを目指すのかどうなのかはよく分からなかったという次第です。

○座長 消除主義、引受主義の定義について議論をする必要はそんなにないだろうと思うのです。Aさんは、その優先する担保権というのは残ってもおかしくないという前提でお話をされていますか。

○A そうです。実行している担保権に優先するものは残るとというのがここで言うところの引受主義なのかと私は思ったのです。

○座長 いや、ここで言う引受主義はどうでもよくて。

○A はい、分かりました。そういう考え方もあり得るのかなと思っていました。

○座長 根本的に分からないのですけれども、物的編成主義でもないのにどうして分かるの。

○A すみません、引受主義というのは、そもそも後順位に実行を認めるということが前提になっているので、それ自体をまず考えなければいけなくて、現在の判例の考え方だと、そもそも少なくとも私的実行は認めないということになっているので、まずそこを考えて、後順位担保権者に私的実行を認めるのか、私的実行は認めないけれども競売手続による実行は認めるのかとか、そこから議論しなければいけないのではないかと思います。

○座長 ある人が自分の譲渡担保なら譲渡担保の実行であるというように主張して、何らかの手続を取ろうとしたときに、誰かがそれについては私が既にあなたよりも先に譲渡担保を取得しているというように言ったら排除できる。先に着手された実行手続をやめさせることができるというように考えると、それは劣後者は実行できないということになるわけですね。

そうすると次に考えなければいけないのは、排除という手続を取らなかったらどうなるかということです。物的編成主義を採ったら、第2順位と書かれている人については、この人については実行の申立てを認めませんという執行裁判所の手続ができることになるけれども、そうではないということならば、はい、私は譲渡担保権者です、実行します、私的実行かもしれませんし、先ほどの裁判所の使っている実行かもしれません。それについて本来ならば排除できる権利を持った譲渡担保権者というのが排除の手続を取らなかった場合にはどうなるのだろうか。

○A それは、第三者異議ができるけれども、異議を申し立てなかった場合一般に同じ問題が出てくると思うのです。その場合、異議を申し立てなくても実体法上の権利は残って、即時取得の可能性はあるけれども、即時取得が成立しない限りは権利が残ることになるのではないのでしょうか。

○座長 そうすると、必然的に引受主義になるのですか。

○A それは、引受主義なのではないかと私は思っています。

○座長 だから、それは引受主義とか、執行法的な引受主義である、消除主義であるという議論をしなくても自然にそうなる。つまり、物的編成主義の登記の下での抵当権の議論

を当てはめることはできないのです。事実として第三者異議を言わなかったときにどうなるかという問題だとして議論すべきではないかと私個人的には思うのです。そのときには、買受人が善意であることが要求されるの。

○A そういうことになります。

○座長 買受人が善意でなければ、いわゆる悪意者に対する処分というのと同じ形になるのかなあ。

○A そうでないかと思います。

○座長 そのときに、第三者異議を出さない限りにおいては、とにかくにも買受人は何も付いていない、何も権利が付着していない動産なら動産所有権を取得します。ただ、いわゆる実行して債権を優先的に回収できた人に対する不当利得の関係は残ります、という処理はあり得るのですかね。

○A それは、どちらかと言うと消除主義に近いことをすることになるのだと思うのです。そういうやり方をするというのはあり得ると思います。ただ、結局その先順位への配当というのはそんなに確保されないわけです。不当利得の権利を残すだけで、果たして先順位のほうに十分なかというようになってくると、結局先順位は、後順位を設定されること自体嫌がるのではないかという問題が出てくるのではないのでしょうか。

○座長 それは、どうやっても嫌がるだろう、どんな制度設計しても嫌がる。抵当権だってみんな嫌がるのだから。

○A ええ。

○C ちょっと違うかもしれませんが、関連はするかもしれないことなのですが、資料の6ページの3の冒頭に、「ストラクチャーファイナンスなど、当事者が意図して順位をつけることを希望し、処分手続についても当事者間で合意することが可能な場合もあるから、少なくとも一定の場合には後順位担保権者が私的実行をする余地を認めるべきであるなどの意見もあった」と書いてあるのは、もしかすると私の発言なのかなと、これを見て思ったのです。そんなことを言ったのかなと思って議事録を見てみましたら、ちょっと正確ではないような気がします。

私が申し上げたのは、先順位・後順位の担保権者が、ある程度顔が見えてお互いに認識している状況で、閉じた形のファイナンスをするときには、後順位担保権者がいてもスムーズに私的実行が行われ得ると言ったのであって、後順位者が先順位者の意図に反して実行することを認めるべき場合があるという発言ではなかったのです。その意味で、ちょっとこの書き方はやや正確ではないような印象を持ちました。

その上で先ほどの問題になるのですが、後順位者にイニシアティブを取らせるのは適切ではなく、先順位者が実行するかどうかについてイニシアティブを取ることができるようにすべきであるとは思いながらも、自分が果たして一番上位なのかを確認することはなかなか容易でないので、先ほど座長とA先生がおっしゃっていたような議論が必要になり、それが消除主義か引受主義かの問題なのかを私はよく分かっていないのですけれども、上

位の担保権者の権利をどこまで保護するのかという話や、それを例えば登記なり何なりの制度を向上させて、どこまで適正化するのかという話などにいろいろ関わってくるのかと思って聞いていました。すみません、よく分かりません。

○A K先生に1つ質問したいことがあります。以前、譲渡担保権者に第三者異議を認めるかどうかという話をしたときに、そうでなくて配当要求のような形に行くべきだという話をされていたと思うのです。あのときは、後順位担保権者が実行するというのではなくて、一般債権者が動産執行を申し立てたときに譲渡担保権者に何ができるかという文脈だったと思うのですが、K先生のお考えからすると、後順位担保権者が実行したときもやはり同じような話になるということではよろしいのでしょうか。

○K 私は、同じだと思っています。

○A はい、分かりました。ありがとうございます。

○K 基本的には剰余があるにもかかわらず、それを実現することを後順位の人、まあ一般債権者であれ後順位担保権者であれ、剰余がある部分についても権利実行ができなくなるというような仕組みはおかしいのではないかという趣旨なので、それは基本的には同じことになるのではないかと思います。

○座長 買受人が善意かどうかでは、悪意だったら引き受けることになるというふうに限るのが私にはぴんと来ないのですが、理屈の上では分かります。

○B 現行法上どうなるかということと、あるべき姿はどうなるかという両方があると思います。両方についてそうおっしゃっているのですか。

○座長 現行法上はどういう理解ですか。

○B 現行法上は特別な規定がなくて、第三者異議を出すことができるというのであれば、その当該財産についてそもそも実行を掛けていくような実体権はないわけですよ。そうすると、その手続を取ったことによって、しかし保護されるという、実体権はなくなるというような規定が全然ないときは、そのまま行くことにならざるを得ないのではないですか。

○E 質問ですけれども、それは私的実行の話がされているのか、競売の話をしているのか、今はどちらの話がされているのですか。

○B 競売のところで特別に消えるという規定がないという場合です。消えるというか消えるのではなくて、正確に言うと全く権利がない、実行権も何もない、実体権もそれもないということですよ、第三者異議が出せるということは。だけれども売られてしまったというときに、それでも買受人の善悪にかかわらず買受人が権利を取得するといった規定もないという場合です。

○K だから民事執行法上の議論は、私の理解ではほとんど結局は善意即時取得でしょう。だから、そこで問題は解決され、実質的には消除されるということで問題は解決されるでしょうということのレベルで、私は教科書の叙述とかは終わっていて、悪意だったらどうするのですかということにどうですか、そんなに真剣に議論しているようには思え



ないのです。

○I していないと思います。しかし考えると、悪意であれば引き受けると言わざるを得ない。

○K それは、そうだと思います。

○I なぜ消滅するのですかという話になるのではないかと思うのです。

○K それが前提になっているのでしょうかね。

○I ええ。

○E 配当要求できる 133 条の権利者は消えるという考え方はできないのですか。民事執行法上、先取特権者と質権者は配当要求ができますよね。

○K うん。

○E 配当要求できる人は、それは手続に乗っている人なのだと。手続に乗っている人が実際には手続に乗らなかったら、それは実体法上消えていくのだと。この考えはあり得るのではないですか。

○K それはあり得ます。

○E そうすると、同じように今回仮に改正することで、譲渡担保権者が優先的配当要求ができるという規定を設ければ、その裏返しで消えるという制度設計はあり得るわけですよね。それは現行法ではなくて、もちろん未来の話ですけれども。そうではないのですか。

○I 話が逆で、消えてもいい人に配当要求をさせるとも言えます。

○E すみません。私は、私的実行ルートと競売ルートがあって、競売ルートは全部手続に乗る、不動産競売に近いものをイメージしているので、全部乗せて全部消えていくというシンプルなイメージがあるものだから、つい言ってしまいましたけれども、おっしゃるとおり議論は逆です。

○座長 私的実行ルートだったらどうなるのですか。

○E 私的実行ルートは、特別な規定を設けない限り、引受けしかないだろうと思います。例えば一番端的なのは帰属清算ですよね。帰属清算で、仮に先順位の担保権者がいます、自分は 2 番担保権者です、1 番がいることを知っています、という状況で帰属清算しました。これは 1 番を引き受けているとしか言えないです。それは、なんぼなんでも 1 番担保権は消えないということです。

○座長 それで第三者に行った場合も、その第三者が善意かどうかということ。

○E 第三者が仮に悪意で即時取得しないという局面であれば、引受主義の延長線でいくと。その辺は先ほどの 5 ページ辺りの記載で、特別な規定がない限り私的実行ルートはその道ですねと。それは論理的には自然な感じですよ。

○A 先ほどの競売の話なのですけれども、上位の担保権者が全部配当手続に乗れるようにして消除するというのは、理念的にはあり得るかもしれないと思うのですが、不動産の場合は登記があるので、確実に先順位の人に配当できるのに対して、動産の場合は、これまでの議論だと、どうも対抗要件を登記に統一するというのはあまり現実的ではないとい

う話になっているはずですが。そうだとすると、先順位は、本当は占有改定で先順位であって、法的には配当要求できる地位はあるけれども、全然知らないまま競売が進むということはある。そうすると、それは現実的ではないのではないかと思います。

○E これが良いかどうか分かりませんが、登記一元化ルールを実体法上レベルで導入するのはいろいろな問題があるとして、他方手続法上は登記しているほうが有利であり、登記していない人は何かの拍子に飛ばされてしまうリスクがある、という制度設計はあり得ると思います。飛ばされてしまうというのは、もちろん不当利得返還請求権という制度での救済は残っているけれども、物的権利を主張する地位がいつ飛ばされるか分からないという若干脆弱な地位にある。そういう切り分けによって、事実上登記を皆さん使ってくださいという、そういう制度設計はあり得るのではないのかとは思っています。

○法務省 登記していなかった場合は担保権自体も消えてしまうということですか。

○E 第三者異議等の手続を取らない限りです。登記をしていない担保権者も、競売手続が進んでいることを直ちに知れば、待て待てと言って第三者異議を言えるわけです。それは言える。ただし、ぼーっとしていて、結果的に何の手続も取らなかったら、それは担保権は消えてしまって、あとは不当利得返還請求権か何かでやってください、という制度です。不当利得返還請求権まで言えなくなるということは制度上は難しい、考えにくいと思いますので。

他方登記を得ている担保権のほうの私のイメージは、動産競売の申立てのときには執行官室に、自分の登記事項証明書だけではなくて、先順位の登記があるかないかとか、そんなことが分かる登記事項証明書を全部まとめて提出するという制度設計にして、執行官は申立て段階で動産譲渡登記に関しては全部把握できている、という前提での執行制度にするのかなど。そうすると、登記関係は1番目、2番目、3番目も分かっている。他方占有改定の担保権者の存在は執行官室は分からない、裁判所も分からない。その人たちは結果的に、あまりにもぼーっとしていたら物的権利が消えるかもしれないという制度設計というイメージです。

○座長 分からないなというのは、シリアルナンバーのある動産ならともかく、設置場所で特定した場合に、設置場所から持ち出されて登記が変わっていない場合には、対抗要件が失われているというように考えるのですかね。

○E 持ち出されて。

○座長 つまり、第1工場にあるというように書いてある機械が、その同じ敷地内の別の建物に例えば移動されているという場合には、対抗要件はなくなっているというように考えるのですかね。

○E 地番が別であれば、なくなっているというのは。

○座長 地番はともかく、「A棟」というのを所在場所に行っているとき、「B棟」に移されたときは。

○E 少なくとも登記されている場所から別の場所に持って行けば、無くなっているとい

うのが現行法の解釈だと思います。

○座長 だけど第三者が出てきて持っていったときには、隣の所に置いていても対抗力が存続していると考えられるのですね。

○E 対抗関係にない人とか。泥棒との関係では対抗問題ではないですから。

○座長 購入した悪意者。悪意者が購入したときに持ち出して、自分の家へ持って行って、その人が悪意者だったら追及できるわけですね。でも、設定者が隣に持っていったら、少なくとも対抗力はなくなっている。

○E その瞬間にね。

○座長 それで整理が付くのかな。

○E それは、債務者が何か悪いことをして不動産の抵当権登記を消して無担保だと見せかけているというのと理屈は一緒ですね。別の場所へ運んでいくというのは、非常に簡単な手続で対抗力を消せる。抵当権登記を消すのは簡単ではないですけども、それはそうならなかったら仕方がないという、仕組み上はそうなのではないですか。容易さが全然違いますが。

○座長 分かりました。もう少し考えてみたいと思います。4も5も続けた話ですので、2、3で一旦切りましたけれども、結局私的実行にせよ、公的実行にせよ、どのような方法として仕組むのかという話ですので、4と5も合わせて自由にご議論をいただければと思います。

○H 4番ですが、自力救済を一定限度で認めるという趣旨の規定は要らないのでしょうか。これは、当たり前の話ということなのですか。

○座長 当たり前の話というと、どういうもの。

○H 事実上認められているということなのかなと。もちろん平穩を害しないとか、合意がある場合というふうにはなるかと思いますがけれども、何らかの枠組みでそれができるけれども、できない場合には保全手続が要る、あるいはここにある2案のような手続がという話になるのかなと。

○座長 平穩を害しないというのは、こっそり持っていくのはいいということですか。

○H いいえ、こっそり持って行ってよいというルールを入れる必要はないと思いますけれども。

○座長 いや、アメリカはこっそり持っていてもいいわけだろう。

○H ええ、平穩を害さなければ。

○座長 こっそり持っていくのは駄目。前提が合っているというのが、どのようなものとして前提になっているのかというのが、これは誘導尋問でも何でもなく分からないと。

○H いえ、公然と持っていく場合に限ってもいいと思うのですけれども、公然と自力救済をした場合でも許されるのかどうか。要は、債務者側が反対しなければ持っていい、司法手続等を使わなくてもできるということが、前提にあるのかと聞いていたのですけれども、そういう場合に関する規定はいらないのでしょうか。

○G これは、結局私的実行の方法として、セルフヘルプと言うのですか、自力執行を認めるかどうかということだと思いますので、そこは明文を設けるなら設けるということになるのだと思うのです。明文を設けないという前提で、しかし自力救済ができないという前提では、占有物の確保という方法が必要となるので、4番の民事保全の手續とか、あるいはその競売による差押えが必要だと、こういうことなのかと思いました。

○法務省 基本的に自力救済は駄目なのではないかということが前提になっていますけれども、ただ、もちろん多少のその交渉というのはあろうかと思いますが、黙認していたとか、異議を積極的に述べなかったという場合には、それはその設定者というか債務者が任意に引き渡したものとして、任意性の認定のレベルで解決されるものであるのかと思っています。

○G 要するに契約の自由ということですね。

○法務省 契約段階でというよりは、実際にその債権者が占有を回収しに行ったときに、多少言葉遣いは穏便ではなかったかもしれないけれども、それは自力救済ではなくて、任意で引き渡したものと認定するかどうかということではないでしょうか。

○G これを議論してもしょうがないかもしれません。誰からどういうふうを取得するかというのが一番大事なのです。掃除のおばちゃんでもいいのかという問題です。要するに、どのぐらいの権限がある人から一筆もらうのか、それとも断りだけでやるのかということかなと思います。

○座長 それでは駄目なのですよ。

○G 掃除のおばちゃんでは駄目だろうと思います。昔の商社の方の本を読むと、どういう人が、誰からどういうふうにするのかということを実際に、トラックを乗り着けた後ですね。そういうのが書いてあるのですが、そういう時代が長かったのだろうと思います。確かに昔の民事の判例では、自力執行であっても救済した判例があります。ただ、平成元年に窃盗の車を引き上げた刑事の判例以降、やはり普通は駄目と考えられていると思います。

○A 少し問題点は変わりますが、以前にも議論になっていた清算金の確保をどうするかというところが一番問題になってくるのかと思いました。私としては、引渡請求権を実体的に認めるということと、それを完全に請求認容するというのは別問題で、やはり同時履行などを認めざるを得ないのではないかと思います。そうすると、その仮処分としても引渡断行まで本当に認めてもいいのかというのが問題になってきて、なんとかそこまで行かないような形で、しかしながら評価とか処分ができるような状態に持っていくような手續というのを何かうまく作れないのかと思っていたのですけれども、そういうことは無理なのではないでしょうか。

例えば、執行官保管型の仮処分というのは引渡断行と並んで挙げられていますけれども、執行官に保管させて、しかし担保権者とか、その処分を受けた第三者が占有を取得するためには、清算金との同時履行とか、清算金を払ったことを証明しなければいけないとか、

そのような形にするというのは無理なのでしょうか。そう思いました。

○法務省 売るのはどこで売るのですか。執行官が自分で本当に保管するというのは難しい場面も多いのではないかという気がします。執行官保管であるとしても、実際に物理的には設定者のもとにある場合にはうまく売れないのではないかという気もします。先生がおっしゃったのは、物理的には設定者のもとにあるのだけれども、執行官がなんとというか張り紙とかをして保管をしていて、その状態で売るといような制度ですか。

○A そうです。しかし、そうすると評価とかが難しくなってしまうのでしょうか。

○K これは、担保を積ませるといふのでは駄目なのではないでしょうか。金額が。

○A その清算金の額になりそうな額の担保を積ませるといふことなのではないでしょうか。

○K うん、まあ多めでもいいかもしれない。使いにくくなるのかもしれない。

○A なるほど。それは何か特別な制度を設けるということですか、それとも現行法上の。

○K いや、当然断行の仮処分ですから担保は積ませるのだらうと思います。特殊保全処分、執行法上の保全処分を作っても、担保を積ませるといふことを書くといふことはあり得る。可能なのだらうと思います。

○A 担保の金額といふのはどのようになるのかといふところが、全然分からないのですけれども。

○G 相当高いですよ。動産で例えば執行官保管の仮処分をやるという場合は1億円というのがあります。もちろん対象の動産の価値がどのくらいあるかにもよりますけれども、競売の手続のほうがずっと安く済むのではないかと思うのです、私の発想では。もちろん、どの程度コスト・エフィシエントな競売手続にするかによりますけれども。動産で、特に断行タイプ、または断行に近いタイプのものをしようとする、仮処分の申立てで、在庫のときに1億積んだ例があります。もちろん私が積むわけではなく依頼者が積んだのですが、そういうのを積まなければいけないということになる。保全処分といふのは本当のやり方ではないのではないかという気はしています。

○座長 担保金額といふのは、清算金額とは対応していないのです。つまり、それは引渡しを受ける実体法上の権利があるかといふところについても、裁判手続をやっていないわけですから。そうすると、目的物の価値そのものにならざるを得なくて、被担保債権額を差し引くといふふうにはならないのです。そうするとGさんがおっしゃったように、清算金確保といふ目的を大幅に超えた額の担保が要求されるということにどうしてもなってしまうといふ話になるのだらうと思うのです。

○G もちろん目的動産の価値そのものではなくて、その事案ごとに何割程度といふことなのですか。

○A そうすると、清算金を確保できそうな金額の担保を積ませて、引渡しは一応断行的に認めるといふような手続といふのはあってもよいということになるのでしょうか。

○法務省 確かに担保を積ませることで清算金を確保するといふ方法はあると思うのです。ただ、その担保から回収できますか。結局正当な保全処分だったといふことになるので。

- K それは、結局取戻請求権を差し押さえるということになるのですか。
- 法務省 その手続を1つはさむということになるんですね。
- 座長 それは、清算金請求権者が。
- K そうそう。
- 座長 かわいそうだね。
- A その辺りを何か、あまり負荷なく担保金から清算金をもらえるような特別な制度みたいなものができればいいのかもしれないです。
- K だから、保全法上でいけば、そういう理屈にならざるを得ないと思うのです。何か特殊保全、執行法上何か作って、そういう特別な手当てをするということはできなくはないような気もするのです。
- E 清算金がある場合には留置権か同時履行の抗弁権かがあるはずなので、そこを消されて持ち出されたという点で、何らかそこで債権者には実体法の権利がなかったと言うか、本来なら仮処分ができないのにできたという整理になるのではないのですか。
- K 損害賠償ができるということ。
- E 理屈では。だから、本来なら被保全権利に対する抗弁があるのに、断行の仮処分を持っていかれてしまったということ。
- 座長 その前提が問題なのです。譲渡担保権者側の代理人をされるお立場として、清算金請求権に基づく留置権というものがあっても、別にそれは仕方がないだろうというお考えですか、実務的な感覚として。
- E いやいや、現行法で、帰属清算と処分清算と分かりますけれども、帰属清算だったら同時履行の抗弁権、処分清算だったら留置権、というのがあるという整理で一応進んでいるのではないのですか。それはもうないということですか。
- 座長 いやいや進んでいるのはいいのですが、それによってまともな処分ができないということで困っているということはないのですか。
- E もちろんその問題はあります。ですから、先ほどK先生が言うておられた、制度設計として担保なら担保を積ませるということで進むことはいいのです。実際には、清算金がない局面、結果的には発生しない局面がほとんどです、実際上は。だから結果的には担保は債権者に返っていくわけです。何ら問題はなかったから。ところが、本当に清算金があったとなれば、それは後日その担保から回収するのはできておかしくないのです。
- 座長 もちろん。
- E だから、そういう制度として、言ったら本来被保全権利がなかったのに、本来なら持っていけないのに、断行仮処分を持っていかれてしまって、売られてしまったと、それによって損害が発生したということは主張できるのではないのですか。
- K しかし、それだと常に被保全権利はないということになりますよ。
- 座長 そうそう。
- E いやいや、常にではないでしょう。だって、清算金が発生しなければ、被保全権利

がないという事態が生じないわけだから。

○K その蓋然性を考えるということですか。

○E 結果的に分かるわけですか。結果的には分かる。

○K いやいや、でもそれは疎明しなければいけないわけですね。同時履行の抗弁権はないということを疎明しないと出せないということですよ。

○E でも大体そうではないですか。ほとんどの場合、担保物の価値と被担保債権の額を比較して、普通は大抵被担保債権のほうが大きくて、こんなもの清算金なんかありませんということまで疎明していると思います。

○座長 今はそうかもしれませんが、Eさんのように、置いた担保から清算金相当額を設定者側が取得できるという制度を整えたならば、別に清算金がないということを行わなくても、この断行の仮処分は使えるというふうに仕組むべきではないのですか。

○E そこまでいくのであれば、現在の民事保全法上の仮処分の枠を超えた別の制度です。

○座長 そうそう。

○E これは案2なのかな。案2としての保全処分であれば、それはできる。それは保全処分なのか、何か別の制度なのか分かりませんが、それはあります。私は、あくまで保全処分という枠組みの中で考えたら、そういうものになるのではないかということです。

○G 留置権とか、同時履行の抗弁権があったら不都合があるという実務的な感覚を申し上げたいと思います。確かに清算金が発生しない場合がほとんどだと私も思うのですが、ただ念のために普通は契約書の中に留置権を排除するとか、あるいは同時履行の抗弁権を排除するという特約を入れておくわけですか。その特約の有効性如何という問題はもちろん議論になるのだらうと思います。

前の研究会でも申し上げたかもしれませんが、私が思うのは、清算金との留置権とか、同時履行の抗弁権というのは、不動産の事例で培われてきた判例理論だと思うのです。それを単純に動産に導入していいのかというポイントがあると思っていました。動産は逃げってしまうものですから、不動産みたいに動かないものと清算金との同時履行とか留置という議論と、動産のように正に動く財産に関する議論とは、本当に同じように考えていいのかと思っています。ことに動産については、留置権などの排除特約、あるいは同時履行の抗弁権の排除特約というのは認められないと、実際のところ、申立てに困ってしまう。そのように思っています。

○C 特に付け加えるほどのことではないのですが、後順位は実務的には関係者が了解してやっている場合がまま見られますが、そうでない場合は、基本的には後順位が現れること自体を嫌うので、通常後順位の担保設定を禁ずることが通常で、清算に困っている事例を知らないです。禁じていても約束を破って後順位を設定してしまった場合に清算が生ずると、確かにそれは困るだらうということです。

○座長 いやいや、それは債務者自体が清算金請求権を持っていたら留置権を持つわけだ

から。

○C そうですか。

○座長 別に担保が二重に設定されなくても。

○C そうです。先順位担保権者は後順位が現れることを面倒くさがるので、通常禁ずることで事実上清算の問題が生ずることはあまり起きないということがあります。そもそも設定者の清算金請求権との関係では、先ほどE先生がおっしゃったように、事実上清算金自体が。

○座長 まあ、ほとんどが生じないからですね。

○C はい、いずれにしても事前に清算について心配する場合はほとんどないのかなと思います。

○座長 5 は、担保権の実行によって新しい所有者が簡易な手続で引渡しの債務名義を取得する。普通の売買契約の場合には認められないけれども、民事執行法で不動産を買い受けたような場合には、引渡命令みたいなものが得られるわけだから、それとパラレルに考えると、動産担保権実行の場合にも普通の買主と違って、可能性の問題としてそういう権限が認められてもおかしくはないのではないかな。こういうことですね。

○M 引渡命令類似の制度を設けるか否かについて特に定見はないのですが、不動産の場合は、裁判所が売却手続に関与しているので、すぐに命令を出せるという事情があります。他方で、裁判所が売却手続に関与していないと売却の把握は容易ではありません。そうすると、私的実行の場合ですとか、先ほどD先生がおっしゃったように、モザイク型の手続を設けた上で売却手続に裁判所が関与していない場合ですと、簡易な命令を出すのは難しいかと思われます。この場合、本案並みの立証が必要になってくるのではないかなという気がします。裁判所が売却手続に関与している場合とそうでない場合とでは、やはり事情は変わってくるのではないかなとは思われます。その点は区別して議論していただければと思います。

○座長 買いましたと言われてもね。

○K 逆に裁判所が関与している場合だとすると、動産執行一般に波及する問題なのかなという感じはします。このロジックからすれば、動産執行の買受人一般に認めるということになっていくのかなという感じが、それはそれで悪いというわけではないのですけれどもね。

○L 現行法では、動産の売却をしたら、その動産の現実の占有は、執行官から買受人に移転する建前だと思いますので、設定者の占有が残ったまま売却することを認めるのであれば、新しい問題であるように思います。

○G 実務的に困ったことがあったというお話をします。占有移転禁止の仮処分で占有を確保しました。その場合に、かつ断行ではなくて執行官保管の仮処分、債務者の使用を許さない執行官保管の仮処分にとどまるという場合というのは、物理的な占有者は執行官になるわけです。その占有が執行官になると。だけれども譲渡担保の実行は終わっているか



ら、所有権者は担保権者であると。でも、その執行官から引渡しを受けるためには、やはり設定者との間で引渡請求訴訟をすとか、あるいは引渡しに関する和解をしないと、目的物の占有を取得して売ることができない、転売することができないという問題に遭遇したことがあります。

したがって、所有権者が譲渡担保を実行して所有権は持っているけれども、占有は別の所にあるという場合に、その占有を取得するための簡易な手段がないと困るというように思います。

○座長　しかしね。

○I　引渡命令類似の制度ということなのですが、まずは基本的には先ほどから出ているように、売却の段階で執行官か、あるいは担保権者が占有を取得してから売却するほうがいいのではないかとということが1つ。これを認めるとして、設定者のほうから同時履行の抗弁とか留置権が主張されたらどうなるのか。あるいは第三取得者が即時取得を主張したらどうなるのかという問題を全部引渡命令に対する請求異議の訴えに持っていくというのはちょっと難しいのではないかと気もしております。

○座長　なるほど。あまりサービスを充実させて制度を重くしてしまうと、また逆にサービス過剰になってうまくいかないというところがあるかもしれません。まだまだご意見があるかと思いますが、大体時間がまいりました。何回も申しますように、いろいろな論点は繰り返して扱ってまいりますので、本日のところはこれで終了させていただきます。どうもありがとうございました。