

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会 第7回

日時 令和元年9月12日(木)

15:00～

場所 公益社団法人商事法務研究会 1階A会議室

○座長 それでは、定刻になりましたので、ただいまより動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会の第7回を開催したいと思います。本日もお忙しいところご出席をありがとうございます。

○座長 本日の研究会は、今回配布いたしました資料7で扱っているテーマを対象とするものであり、取り上げておりますのは、まず、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、第2は「債権を目的とする担保権の実行の規律」、第3が「動産・債権等を目的とする担保権の倒産手続における取扱い」ということになっております。順に議論をしていきたいと思っております。

それでは、まず第1の「動産を目的とする担保権の実行に関する規律」に入りまして、そのうちの1、私的実行の手続というのと、2の裁判所における競売手続というものについて、事務局から資料の説明をお願いします。

○法務省 今回のレジュメの後半では倒産手続の関係で担保権実行手続中止命令等を扱っていますが、その議論の前提として、そもそも担保権実行はどのような手順で具体的に行われ、どの段階でどのような法律効果が発生するのかについてももう少し詰める必要があると思われましたので、レジュメの前半ではその点を扱っています。個別動産、集合動産、個別債権、集合債権の順に、順次検討しております。

第1の1と2は、個別動産を前提として、私的実行と裁判所競売について、それぞれ記載したものです。第1の1の私的実行の関係では、論点は幾つかございますが、特にゴシックの本文で書いてあるもので申し上げますと、帰属清算の①や処分清算の①にある「実行通知」というものが必要なかどうかということが、1つの分かれ目かと考えています。譲渡担保の判例を見ますと、債務者の履行遅滞によって債権者が処分権を取得すると判示されておりまして、実行通知が必要だというような記載は特にございません。他方で、学説の中には、債務者に受戻しの機会を確保するといった理由で、実行通知を先行させる必要があるのではないかといった議論もあるところです。この辺りについてご意見を頂ければと思います。受戻しの機会の確保ということであれば、実行通知を求めるという考えも、もちろんあり得ると思いますが、他方で、そうしますと全体として担保権実行の開始から終了までが長くなってしまったり、隠匿のおそれや価値が減少していくおそれが生じてしまうといったご指摘もあり得るところかと思っております。

そのほか、1の私的実行の関係では、担保権実行の終了時期というものも問題になります。こちらについては今までの譲渡担保の判例を参考に、帰属清算については、例えば清算金がない旨の通知がされた時点でよいかという点ですとか、処分清算については処分がされた時点でよいかというところをご議論いただければと思います。

2の裁判所における競売手続との関係を5ページ目以降に記載しております。こちらは、まず議論のスタートとしては、既に民事執行法上に担保権実行としての動産競売手続についての規定がありますので、同じような規律を設けるとよいかというところを、確認のために議論させていただければと思います。こちらでも、受戻しがいつまでできる

のかといった点が問題になることについては、私的実行の場合と同様です。簡単ですが、以上とさせていただきます。

○座長 ありがとうございます。それでは、どちらからでも結構でございますので、ご自由にご議論いただければと思います。

○A 資料7の1頁では、動産を目的とする担保権の実行について、不動産譲渡担保の判例を引かれて、債務者が履行遅滞に陥ったときは、担保権者が目的物の処分権限を取得するということをご紹介されています。ただ、動産担保の担保権実行の議論をするのならば、所有権留保についての判例（最判平成21年3月10日民集63巻3号385頁）が被担保債権の弁済期経過後、担保権者が動産を占有する権能を有すると判示したことを忘れてはならないと思います。新しい動産担保権との関係では、担保権者による占有の取得をどのように位置付けるか考える必要があるのではないのでしょうか。

理論的な面では、現在の譲渡担保においては引渡しによって対抗要件が具備されるので、譲渡担保権者には何らかの占有があり被担保債権の弁済期経過後現実の占有を取得する権能があると理解されていると思うのですが、新しい担保権において占有改定による対抗要件具備や動産債権譲渡特例法3条によって「民法第178条の引渡しがあったとみなす」という形の対抗要件具備が否定され、登記によって対抗要件を具備すると規定することになった場合、動産担保権者は抵当権者と同じように占有を有していないと思われ、いつから占有権限が発生して自ら現実の占有を取得できるようになるのかということの規定しなくてはいけないのではないかと思います。

現実的な問題としては、債務者にとって一番穏当なやり方は、まず実行通知がきて、それからしばらく受戻可能な期間があつて、それを過ぎてしまったら現実の占有を取られてしまうという制度設計ではないかという気がします。しかし、不動産ならそれでいいかもしれないけれども、動産についていえば、実行通知をしてから2週間待ってあげますといった期間があると、その間に債務者が動産を持って逃げてしまったり、動産が行方不明になってしまったりということがあつたられば、実行通知と同時に現実の占有を取得することができる、又は、履行遅滞になったらすぐに現実の占有を取得できるとした上で、その後受戻可能な期間があるといった制度設計をすることも考えられるかと思いました。いずれにせよ、占有をいつ取得することができるのか、取得した後になお受戻し期間を設けるのか、そういったことも新しい法律に書いたほうがいいのではないかなというように思いました。

○座長 ありがとうございます。ちょっと話を整理すると、Aさんがおっしゃっているのは、例えば個別動産であるならば、処分をするためには債権者の側に占有がないと、現実的には無理だろうと考えると、処分権限を与えられるというだけがポイントなのではなくて、占有を取得するところをポイントとして、ちゃんと押さえなければいけないということですね。それが第1点目なのですかね。それはそれでよく分かるのですが、そのときには清算金があつても、留置権は行使できないということが前提になりますか。

○A 債権者と債務者のどちらをより保護するかという問題だと思います。債務者の立場を重視して、清算金がある限りは目的物を渡さなくていいとするのも1つだと思うのですが、債権者からすれば、実行通知を送った後に、しばらく占有を取得することができず動産がどうなるか分からない状態が続くとすれば、あまり使いたくない担保というか、実効性が弱い担保ということになるのではないのでしょうか。

○座長 それで、どちらにしたいのですか。

○A 私は普段アメリカ法を勉強しているからか、債権者が現実の占有を取得してしまってよいのではないかと思っていて、清算金は債権的に処理するというか、債権者に対して後から請求できるということで十分ではないかと思っています。

○B 今の点ですが、占有権限の有無として論じるというよりは、資料の3ページにある担保目的物引渡請求権が発生するかどうかという形で論じたほうが分かりやすいのかなと思いました。引渡請求権があるというのは占有権限があるということだということです。その上で、前回もかなり議論になりましたが、私は担保目的物引渡請求権というのは履行遅滞と言うか、債務不履行になったら直ちに発生するけれども清算金と同時履行で止まっているという整理をした上で、その清算金を直接設定者に払わなくても、引渡しを受けられるような手続を、前は保全処分というような話が出ましたが、そういう形で、清算金の確保と引渡しというのを両立させる道筋を立てていったほうがいいのかと思っています。

○A 今のお話についてお伺いしたい点があります。担保目的物引渡請求権なるものが発生すると、担保権者には、何らかの間接占有が発生して、処分清算で第三者に売りたいときは、担保権者の側が第三者に引き渡すことができることになるのでしょうか。

○B 間接占有は最初から持っているのではないのでしょうか、占有改定を受けた時点で。

○A それは現行法の話で、登記によって対抗要件を具備するということになったときに、動産担保権者には依然として何らかの間接占有があるのかと考えるのでしょうか。抵当権者には間接占有があるとは考えないと思うのですが、動産だと間接占有があることになるのでしょうか。

○座長 間接占有があると考えたら、処分が現実的にはできるわけですか。

○A 処分権限が発生して、かつ間接占有があれば第三者に引き渡すことができると思います。

○座長 どうやってですか。

○A 指図による占有移転です。

○座長 それで買う人はいるのですか。

○A いないと思います。だからこそ、私は債権者が現実の占有を持っていないと駄目だという立場なのですけれども。

○座長 Aさんのお立場はよく分かるのだけれども、間接占有があれば売れるかと言ったら、それは売れないでしょうと。

○A はい。

○座長 今回のポイントは、もちろん帰属清算で清算金を払って取得するとか、あるいは清算金はないということで取得するというのは、それはそれでもいいのですが、清算金があり、かつ第三者に処分するということが前提になっているときに、清算金債権を被担保債権とする留置権などを認めたりすると、うまく処分できない。そこで、留置権によって保護するなどということは諦めて、処分のために現実の占有を債権者に帰せしめるという考え方と、それはそれで認めながらも、手続のどこかで保証金を立てさせるといった方法をとることによって、清算金を少しでも守るといような制度を取ったほうがいいのではないかと、この2つの立場があったような気がするのですが、全体としてはどうなのでしょうかね。

○C 債権者とすれば、取りあえず担保目的物を自分の占有の下に置きたいと考えます。したがって、清算金が発生するかどうかを考えるよりも、まずは現実に占有を債権者の下に移転させることを可能にすることが必要だと思います。

清算金が発生するかどうかは、回収した担保目的物を実際に見ないと判断できませんし、その価値の把握に時間もかかるでしょうから、現実に占有を取得した後に債権的な処理をすればよいと思います。

○D ただ今の議論では、個別動産を先に検討していきまして、集合動産は後で出てくると思うのですが、実際の個別動産についての譲渡担保においては、どういう契約書になっているかと言うと、債務者がデフォルトを起こしたら処分権限を担保権者が獲得しまして、すぐに引き渡せというように言えることになっているのが通例だと思います。それを実際に、引き渡せというように言う通知が、担保権実行通知として使われているにとどまるのではないかと思います。

実際、相手方の協力を得られないような事案ですと、商社なり何なりの担保権者が仮処分の保全執行の申立てをして、仮処分の執行をする執行官と現地に同道しまして、担保権実行通知をするということもできるし、実際にもそういう事例は多々あると思うのです。そういうやり方をして、実行通知の後に設定者側で何らかの処分を行うということをしないうような体制を取ることも多いと思うのです。このように、担保権実行通知は、現行の私が理解する実務においては、特段の意味を持っていないのではないかと、個別動産については感じます。

他方で、集合動産については、流動性を持っているものを確定するという必要がどうしてもあります。固定化の必要があるということで、対象の担保物を確定しなければいけない。実行の前提として対象を確定する必要があるため、そのために通知を行う。担保権実行通知というものの実質は、集合動産譲渡担保については、担保対象物を確定するというために行うものではないかと。それで、これもまた仮処分と同時に行わないと、対象物が分からなくなってしまうのです。例えば担保権実行通知をしたときに、棚卸しや分別管理が行われるわけではありませぬので、そうすると、その後に入ってきたものと混在、コミ

ングルしてしまいかねないという問題があります。したがって、仮処分を同時に行うことによって、フリーズさせるということが実務的には最も賢明なやり方ではないかと思いません。

このように、担保権実行通知が持っている現在の実務上の意味合いというのは、恐らく、個別動産と集合動産とでは違っているのではないかと思います。それを前提とした場合に、今回の担保権実行通知というものを、これをしなければいけないという担保権における強行法規として入れるものだとすると、現行実務よりも使いにくいものとしないうような配慮もまた必要なのかなと思いますので、それをまずは指摘したいと思います。

それから、資料には、帰属清算方式と処分清算方式というように分けて書いてありますけれども、実務上は、担保設定契約において、両方を規定しておいて、担保権者が任意にいずれかを選択できるものとしていることが一般的です。すなわち、どちらか一方だけというように通常は確定しないで担保権を設定しているわけです。したがって、資料の記載につきましては、どちらを選んだ場合はこういう効果が生じるというご趣旨であれば、それでいいのですが、あまり帰属清算か処分清算かで最初から分けて議論すると、通常は任意選択の形になっていますので、そのような実務とそぐわなくなるかな、とも感じたので、この点も指摘したいと思います。

○座長 ありがとうございます。おっしゃるように、個別動産の担保権における担保権実行通知というのがどういう意味を持っているのかというのはよく分からないと言えよく分からないのですが、Aさんが説明されましたように、仮登記担保法との関係で言うと、通知をした後にしばらくの間、浮動期間みたいなものを設けて、その間には受戻しができるとして、その起算点として実行通知制度を位置づけることが考えられるのですが、このことの必要性について、皆さんはどのようにお考えになりますか。Aさんの1つのお考えというのは、仮登記担保については、登記によって仮登記担保権者の権利が公示されていて、第三者が登場しても勝てるような仕組みになっていますし、更には不動産ですから、隠してしまうというわけにはいきませんので、そのような目的物について受戻期間を置くのは分かるけれども、それに対して動産はなかなかそうはいかないから、そういうような期間は観念すべきではないとも考えられるという話だったのですが、Eさん、いかがでしょうか。

○E 担保権実行通知を、何をしようとする通知と捉えるかによって、必要かどうかを考えるべきだと思うのですが、今回の資料とか、今の仮登記担保法で予定しているような、受戻しの期間を与える目的では、私も要らないと思います。

むしろ、先ほどD先生がおっしゃったように、引き渡せという請求通知をもって実行通知と呼ぶことは、もちろん可能だと思います。そのような、引き渡せという請求通知、あるいは使用収益をとにかく止めてほしいというのであれば使用収益権を奪う通知は、債務者が履行遅滞に陥っていればできると思うので、それをもって実行通知と呼ぶことはできます。しかし、繰り返しになりますが、受戻しのための猶予を与える必要はないと思いま

す。

○座長 受戻しのための猶予を与えるべきだという意見はございませんか。そうではなくてもいいけれども。Fさんの手が半分挙がっているけれども。

○F ちょっと話をずらしてしまうことになって申し訳ないのですが、清算金について、この評価をどのように行うのかということで、占有等を取得せずに評価というのができるのか、そして、評価にある程度占有を取得してから時間がかかるならば、清算金の提供があるまでは払えるということであれば、その程度で十分ではないかという気もするものです。また、清算金算出のための目的物の価額評価には、かなり価額が変わっていく可能性もあるように思われます。個別動産で無価値に近いとか、残債務を下回ることが明らかというならそれほどでもないのかなと思うのですけれども。ある段階で評価して、通知してというようなことに関わる気がするので、この清算金の算出評価の実務について教えていただけないでしょうか。

○座長 Cさんからご発言があったときに、Cさんは、現実の占有を取得しなければ価値も分からないということをおっしゃったのですが。

○C 私は実際に動産執行をやったことがありませんが、いろいろな方から話を聞いていると、現実に担保目的物の占有を確保して、実際に担保目的物を確認してその形状や傷の有無、性能の程度等を確認しないと価値が分からないので、清算金が生じるかどうかははっきりしないと思います。実際に、どのようにして価値を見ているのか、処分価格をどのように算定してるのかは分かりません。

○E 私も実際にやったことがあるわけではないので、そういう意味で全く想像なのですが、まず、在庫と機械では違うのだらうと思います。在庫については、まずその状況を把握しないと評価のしようがないと思いますけれども、機械の中にもいろいろあるのでしょうか、一定の事業運営をしながら一定の収益を上げている機械を丸ごとという場合は、その財務状況をどのぐらい把握しているかによっては、もしかすると、直接の占有がなくても、例えば特定の工場の売上げ等からレンダーは価値を見ることができると推測できますが、そういう限定的な場合を除くと、確かに支配下に置かないで評価するのは難しいという感じがしました。

○D 機械のときは結局中古品と同じなので、実際に現物を見てみないと分からない、これは間違いなく分からないです。それから、在庫のときは、一応新品ではあるものの、在庫も実際に取って見ないと瑕疵が生じているのかどうかとか、そういう問題も出てきますので、それも分からない。ということで、在庫物は、実際に担保実行して、一旦倉庫なり何なりに移して棚卸ししてみないと、一体幾つのもを取ったのかすら、つまり個数自体も正確には分からないということです。ですので、清算金評価を直ちに、即時にできるということは実際にはありません。ただ、その被担保債権の額との比較において、およそこれだけの担保を全部取ったとしても、清算金は発生しないだらうという予測が付く場合はもちろんあるので、その意味では、清算金がおよそ発生しないだらうということを通知で

きる場合もあるわけですが、実際に清算金の金額をきちんと確定しようと思ったら、それは実行して手元に占有を移さないと、これは分からないです。

○G 質問になるのですが、教科書などを見ますと、清算金の額は、適正評価額と被担保債権額の差額だというように書いてあって、きっとそうなのだろうと思うのですが、適正評価額というのは、帰属清算だったら、どっちみち単純に評価しかできないので分かるのですが、処分清算の場合に、不当な処分は駄目だというのは分かるのですが、処分してみないと適正評価額が分からないというのではないのでしょうか。つまり、そうなると、先ほどの留置権の話ですが、処分清算が自由にできますということで、不当な処分でなければ、その売却価額で売って清算額の算定の基礎とできるということになると、留置権を認めていると、全然これは動かないことになるのではないかというように思いまして、紙の上での知識と実際がどうなのかというのを教えていただければと思ったのですが。

○H 価格に上下幅を見ても、ほぼ常に清算金がないので、それで実務は回っています。

○G それはそうなのですが、それを言うてしまうと。

○H 仮に、ここで考えるべきことは清算金が発生し得るシビアなケースだと言われたら、やはり何らかの手、先ほどB先生がおっしゃったように、清算金の確保と引渡しを両立させるために供託金を積むとか、何か全然別の手続でカバーしていくのが現実的なのかなというのが正直なところですね。今、現実には清算金の問題というのは起きていないけれども、立法のときにはそれを前提にするわけにはいかないと言われたら、何か、そういう別の手立てで対処するのが現実的かなと思います。

先ほど評価の所でD先生もE先生もおっしゃったとおり、物を確保しないと分からないというのがほとんどだけれども、ただ、ある程度の価格幅はもともと予測できるわけで、中古品で、仮によくてもこのぐらい、悪くてもこのぐらいという幅を持っていて、あとは下に言うか上に言うかという世界でやっているというのが、実務だと思います。

先ほどG先生がおっしゃった、適正価格とは何かという問題は、民事再生で言う不動産の早期処分価格とか、ああいう問題とも絡んできて、そこは、本当はもうちょっと詰めて議論できたほうが、今後の議論としてはいいのだろうと思います。具体的な見解があるわけではないのですが、処分清算の場合は、売った価格のままの処分価格でいいとしても、帰属清算の場合に、早期処分価格で帰属清算しましたというときに、それは本当に許されるのかという問題は残っているのだろうとは思っています。

○座長 ちょっとだけ付け加えると、不動産の場合で、発生メカニズムを変えて考えないと、うまく説明が付かなくなるかなというのが第1点と、そういうことを前提にしたときには、場合によっては「清算金」という言葉をそもそも使わないほうがいいのかもしれないですね。つまり、抵当権が実行されたときに、剰余があるときに所有者に返還されるというのは清算金とは言わないですね。単に、被担保債権の残りがあるといっただけで、どのような性質のものとして考えるのかということも考えたほうがいいのかもしれないですね。分からないまま言っていますから、あれなのですが。

○I 不動産と動産との違いについて、気になることがあります。Aさんがおっしゃるように、受戻しの機会の確保という点については、両者の間に違いを設けることを正当化することができるような気もします。これに対し、目的物の占有を取らないと、その価値を評価するのが難しいとか、事実上、目的物を処分することが困難になるといった問題や、目的物を占有している設定者が処分を受けた相手方に対し、清算金支払請求権を被担保債権として留置権を主張することができるとする、処分清算が機能しなくなるといった問題は、程度の差はあれ、動産と不動産とのいずれにも生じるのではないのでしょうか。

○座長 今ここで不動産について考える必要はないのですが、不動産と動産の違いをちゃんと説明できなければ、不動産の判例法理と異なる立法をすることの正当化、根拠がなくなってしまうので、どうでしょうかという話だと思いますが、どうぞ。

○H 不動産の場合は占有を得ていない場合だったら、いわゆる競売でいうところの第三者占有による減価みたいなものを観念すれば、数字はある程度出せると思うのです。競売のときに第三者が占有していれば、もともとベースとなる金額がある程度あって、占有を得ていないことによるダメージと言うか、減価幅が5%か10%ぐらいの幅で済んでいる。他方、動産の場合は、かなりその幅が大きくて、極端に言うと、実はもう機械が使いものにならなかつたら0円かもしれない。それが、1万円か100万円かもしれない。幅がかなり大きい。それが法的に違うかと言われたら違わないのではないかという気もしますが、実際には占有の有無によって価格の幅がだいぶ違うとは思いますが。

○I 目的物の処分については、どうでしょうか。設定者は清算金支払請求権を被担保債権として留置権の主張をすることができるというルールを前提にすると、目的物を買おうとする人があまりでてこない気がするのですが。

○H だから、一般の人は買うことはまずないので、現実には処分清算する担保権者側と関連する者でないと、自分のグループ会社を買ったりしているのが実情だと思うのです。それは不動産でもです。ただ、不動産であれば、評価は、1億円の不動産だけれども、関連会社を買うにしたって、占有のところでドタバタするから9,000万だねというような形で、処理はできる。そこがはっきりしているのが不動産です。他方、動産の場合は、そんなふうには全然はっきりしていません。

○I 今の話ですと、不動産では、処分が適正な価格でされたものではないとして、設定者が争うことは、あまりなさそうですね。

○H 仮に処分清算したときには、買った人が引渡請求訴訟を起こし、設定者が清算金債権に基づく留置権の主張をし、鑑定書か何かを出して、清算金が発生しないことを原告が立証して、仮に立証できたら留置権の抗弁が認められない状態で引渡しを命じられるということになります。ただ、古い判例、例えば昭和40年代のときは、不動産の価格の上昇が時間の経過とともに発生するので、結果的に清算金が発生しているということはよくあったと思うのですが、今日現在、我が国の不動産でそんなことが起きるかどうかはちょっと分からないですけれども。過去の裁判例というのは、古いし、債権者も街金だったりす

るので、かなり清算金が発生したケースというのはあるのだと思うのですが、現在の真っ当な債権者であり、かつ現在の不動産の状況からすると、ちゃんと評価すれば清算金が発生する云々ということは、もちろんあるときはありますが、そんなになんかという気はしません。

○J 不動産の場合ですが、これは債務者側から評価の仕方等がおかしいという形で主張していくということはあるのです。不動産の場合だったら、留置権との関係は先ほど説明があったかと思います。その場合、何か具体的な方法みたいなものはあるのでしょうか。動産の場合で、評価の方法がおかしいという。

○座長 留置権をとすることは認めないとしてですか。

○J ええ。

○座長 それは、支払請求訴訟じゃないの。

○J それは実際にあるのでしょうか。

○座長 あっ、現実にあるかどうかですね。

○J 先ほど、ほとんど清算金がないことを念頭にしているというような話でしたが。

○座長 Dさん、経験はありますか。

○D 訴訟になった経験はありませんが、幾らと評価すべきだという交渉や議論をしたことはあります。ただ、結局、通常は第三者に処分してしまうということが多いので、第三者に処分してしまうと、そこで客観的に処分評価額が出るものですから、私自身は、そこがすごく問題になって訴訟までいったという経験はございません。

○座長 受戻しまでさせる必要はないのではないかという意見が比較的強く、占有がなければなかなか評価もできないし、処分もできないというのが、今日の皆さんの見解の多くであったと思います。次に進めないといけないのですが、2についてはどうなのですか。裁判所における競売、民事執行法上の担保権実行としての動産競売手続によることとしてはどうかという話なのですが。

○K 今回のご提案ですと、民事執行法 190 条の、債権者が執行官に対し動産を提出した場合ですとか、動産の占有者が差押えを承諾することを主張する文書を提出した場合などにも、裁判所の競売開始を認めるというようなことが書かれているところなのですが、このような場合、例えば、後で出てきますが、4 項で出てくる後順位担保権者からは実行できないというルールがあったりしますと、その判断が付くのかということが出てくるのではないかと。何かしら、担保権の実行ができるということが明確にできるような資料がないと、直ちにうまく回らないのかなという気はしているところです。

○座長 それは後順位というか、劣後する担保権者からの実行申立てに対して、優先する担保権者が異議を申し立てなければ、そのまま進んでしまっても文句は言えないというような仕組みにするかどうかということも関わりますね。

1 点、皆さんに伺いたいのですが、私の素朴な疑問なのですが、普通、我々には、例えば債権者であったとしても他人の物を売却する権限はないわけですよね。そこで裁判所に

介入してもらうわけですが、これは他人の物を売却する権限を与えられているときに、なぜ何で裁判所が手伝ってやらなければいけないのでしょうか。そういうサービスを提供しなければならぬのですか。

○E さっきの問題に関わるかもしれませんが、引渡しがないと私的実行はなかなか難しいというときに、清算金との同時履行を確保しなければいいという程度で、相手が（同時履行の抗弁がないのに）引渡しを拒む場合は競売を利用しろということなのか、基本的には相手が抵抗する場合も私的実行でやるという制度を想定して、相手が引渡しを拒むような場合も裁判所が関与して広く私的実行を利用できるようにしてあげるところまで構想するのかに関わるという感じがするのですが、実務の人間としては、私的実行の余地を広げたいと考えると、相手の抵抗なしにこちらにいく場合がかなり限られることになります。清算金と同時履行にするかどうかにも、関わってくるのかもしれませんが。

○座長 限られるのだけれども、うまく自分の権限が実現できないときには、裁判所が手伝ってあげましょうというように。まあ、何でもそういうものか。そう言えばそうだね。

○E 前回の議論で、2つの選択肢を採りますか、それとも私的実行だけかという議論がありました。

○H 現行法上、質権であれば、私的実行と競売という手段が選択できる。そのような制度が既にあるわけですね。だから、別におかしくはないと思います。

○D 結局、私的実行といっても相手方の所に占有があるというところが、この動産譲渡担保の使いにくいと言うか、最後のところが困るところだと。かつ、設定者側の管理する場所に土足で踏み込んでいいですかという自力救済の問題があって、結局その担保権者が洗練された担保権者であればあるほど、そういうことはコンプライアンス上はできにくいということになります。それから、価格の公正性という意味で、もし裁判所が競売という手続を取れば、それで客観性が担保された価格で処分したというお墨付きを得られたことになる場合があると思います。したがって、私的実行と言いつつも実際には現状も裁判所のお力を借りないといけない、あるいはやりにくい、というのが、動産担保の弱いところですね。それを今回は何らか、競売手続なのか保全処分を充実させるのか、私は両方とも手段を設けるのがよいと思っていますが、その両方のやり方を拡充することによって、何とか使いやすい制度にしていくということができればというように思います。

○座長 実は、これは予定では30分までということになっていまして、そろそろ話を先に進めなければなりません。大体そんなには意見の割れがなかったような気もいたしますが、どうせ集合動産に対する担保権の実行方法を考えるときにも、先ほどの前提をもう一回洗い直さなければならぬということもありますので、ちょっと申し訳ございませんが、3に進ませていただければと思います。ここも、まずは事務局から説明をお願いします。

○法務省 6ページ目に記載がございます「3 集合動産に対する担保権の実行方法」について、ご紹介いたします。ここでは2つの論点を取り上げていまして、1つ目は、そもそも

担保権実行方法として、どのような手順を踏むべきかというものです、ここに記載していますのは、個別動産担保権の実行について議論したものに加えて、それに先立って、担保目的物を確定するための手続を必要とするということによいかというものです。また、その担保目的物を確定するための手続としては、まず担保権実行通知というものが考えられるだろうということを記載しております。ただ、実行通知に限らず、約定によって何らかの事由が発生した場合にいわゆる固定化が生じるですとか、倒産手続を開始した場合にも固定化が生じるのではないかといった議論もありますので、そういった約定の固定化事由や法律上の固定化事由と言われるものがあつた場合にも、実行通知が更に必要と考えるかどうかについては、ご議論いただければと思います。

また、2つ目の論点は、集合動産を目的とする担保権がある場合に、その一部だけを実行することはできるのかという点です。そもそも担保権者の選択で集合動産のうちの一部を実行できるのかという問題を資料では記載しておりますが、それと似た問題として、担保権者がその全てを実行しようとした場合に、設定者の側からその一部を引き渡して、被担保債権が終了したと主張するようなことが許されるのかといった問題もあるかと思えます。その辺りについて、そもそも一部実行というものが実務上、どのような場面で使いたいというニーズがあるのかというところも併せて、ご意見を頂ければと思います。以上です。

○座長 それでは、ご自由にご議論いただければと思います。いかがでしょうか。

○B 私は、この固定化というので全てを議論していくというのが、どうもしっくりこないところがあります。先ほど、D先生からも集合動産に関しては、固定化によって目的物を確定しないと話が進まないというお話もありましたが、そもそも集合動産における流動性にもいろいろなフェーズがあるはずで、そのフェーズごとに考えていくことはできないものかなというように思います。

例えば、集合動産譲渡担保においては、以前も話がありましたが、通常の営業の範囲内の処分権限というものがあつて、この資料ですと8ページの(2)に出てきていますが、担保権設定者の処分権限の喪失時期というのはどこかしらで確定しなければいけないのだと思いますが、その被担保債権の履行期到来の時点で直ちに失うという考え方が、そもそも一般論としてあるのか分かりませんが、そうではないとすると、実行通知するまでは、なお処分権限を持ち続けるということになると思います。

それから、以前にも議論がありましたけれども、通常の営業の範囲の外で保管場所から搬出されたときに、搬出されたものを元に戻せと言えるのかどうかという点で、固定化必要説というのは、固定化後に搬出されたものは戻せと言えるけれども、固定化前に搬出されたものは、もう諦めるしかないという考え方なのかなと思うのですが、固定化不要説というのは、いつまでも目的物が搬出されることを許すのではなく、むしろ逆に固定化する前であっても、搬出されたものを元に戻せと言うことができる立場のような気がしまして、どちらかと言うと、固定化というのはそこが一番メインの戦場になって議論されているの

かなと思います。そうだとすると、以前も議論されていた通常の営業の範囲の外で搬出されたものをそもそも戻せと言えるのかどうか、ある一定の時期までに搬出されたものについては戻せと言えないというような考え方をする必要はあるのか、ということを議論すれば、固定化するかどうかなどという形で論じ直さなくてもいいのではないかなと思います。

もう1つは搬入のほうで、新たに搬入されたものについて担保が及ぶというのが流動性だということになると思うのですが、その流動性がある一定の時期に失われるということは必要なのではないかと思うのですが、それも含めて、ある固定化という1つの時点を押えて全ての問題を統一的に議論しなければいけないのかと言うと、それは別に必然ではないのではないかと思うということです。

○座長 おっしゃっていることがよく分からないのですが、つまり、現在の学説上の固定化の議論というものが、どのようなものであるのかというのは、私はどうでもいいのではないかという気がしています。Bさんがおっしゃるように、実行をしようというときにも、引渡しを求めるためには、これについて引渡しを求めますというように言わなければいけないのだから、もはや動産を運び出してはいけないうねというのがまずあって、次に、外に出て行ったものについて、どのように扱うのかというのは、集合物論というものをどのように捉えるのかというものとも関係してくるのだけれども、外にある物はフィックスされているというか、外にある物はその時点で戻せという権限はずっとあって、固定化によってもその権限は全然変わらないという考え方も十分にあり得る。そして、実行をするに当たって、どれが実行対象になるのかというのを決めなければならない。こういうことをBさんはおっしゃっているわけですか。

○B どういう意味で実行対象になる、実行対象にならないと言っているのかというのが問題だと思うのです。

○座長 そうそうそう。そのとおりで、そこを議論すればいいのだけれども。

○B そうです。だから、搬出された物も、そのままでは実行対象にならないという意味で、目的物は固定されていないといけないう言っているのか、それとも、固定化前に搬出された物は戻すこともできないという意味で、固定化されていないといけないう言っているのか、どういう意味で言っているのかが、今一つ私にはよく分からないのです。基本的には、私自身は、保管場所に戻せば、いつ搬出されたものであっても対象にできていいのではないかと思うのですが。

○座長 その問題はまた別に考えなければいけないのは、戻さなければできないのかという問題もあるよね。

○B それはもちろんです。戻さなくても実行できるという考え方も論理的にはあり得るかとは思いますが。

○座長 戻さなくても、最初の場所、たとえば倉庫にある物については、そのまま実行できるし、そのときに外にあるものについては個別的にもできるという考え方もあり得るし、また、場所的な同一性を確保しないままに、外に出ている動産にも及びますよという形で、

一度に売却できるということだってあり得るかもしれないよね。

○B そうです。

○座長 だから、固定化という言葉がある議論と結び付いて嫌われているところがあるのですが、いろいろあり得るということ的前提にして、どのようにしてフィックスするのかという議論をすればよいというのは、そのとおりに思うかもしれませんがね。

○F 固定化と、一部実行もそうなのですが、例えば実行するという通知をした場合、その段階で対象にあったものと、その後に入ってくるものがありますよね。もともとは、ここで言わば担保権の効力が終わって、そこから先に入ってくるものにはもう担保権の効力は及ばないというイメージを持っていたのですが、それが必然なのかということです。

例えば在庫で、この段階で実行を掛けたら足りなかった、その後に入ってきているものもあるというときに、その後に入ってきたものにも、また改めてその部分は実行できるというようなことを認めるのかどうかということで、今までは認めないと考えていたのではないかと思うのですが、認めないという考え方なら、担保権の効力が及ぶのはそこまでということを区画する、それ以降のものについては及ばないという、それを決めるというのが、何らかの形で必要ではないかと思います。

もう1つ、一部実行というのが、更に残部実行があるのかということです。ここに書かれているものだと、十分に被担保債権はそれで満足させられるから、担保の対象になっているものの一部さえ実行すればいいという場面を想定されているようなのですが、一部実行というときに、そういう形で担保の範囲が及んでいるのだけれども、残りをまた実行するということもあるという想定なのか、一部だけ実行するなら、ほかを放棄してもいいようにも思いますし、あるいは最後に書かれているように、個々の財産に担保が付いていると想定するならば、そのうちの一部というか、特定のものだけ実行したらそれで被担保債権は消えてしまうので、あとはもう要らなくて、付従性で消えるだけではないかという感じもするのです。一部実行を論じる意味については、残部実行と言うか、更なる実行と言うか、そういうことを想定するのかどうかというのを、確認しておく必要があるのではないかと思います。

○座長 B君がおっしゃったことなのですが、実質論としてはどの辺りが、皆さんはいいという考え方なのでしょうか。つまり、一旦実行したら、後のものについては、もはや後に入ってきたものには及ばないという考え方なのか。ひょっとしてそのポリシーの背後には、あまり強くするのもどうかというようなことがあるのかもしれない。しかし、そうではなくて、常に、あるときに、また取って、また来たらまた取って、来たらまた取ってというようにしてもいいのだ、そういう担保があるのだという考え方だって他方ではあるかもしれないのですが、どの辺りがいいという考え方なのでしょうか。

○H F先生がおっしゃった、まず2つの問題。1つは、実行した後も、実はまだ固定していなくて、まだ入ってくるという問題です。それから、後半の一部実行と残部実行ということですが。

まず前半について、普通はやはり、実行したら確定して、その後に入ってくるものは、もちろん及んでいないというのは伝統的に考えられていたところでは、おおよそあり得ないのかと言うと、参考文献にある「田原・諸問題」に掲載されている座談会に載っていた例だったと思いますが、2棟の建物があって1棟燃えたときに、火災保険金請求権が発生して、それに対しては物上代位という形の実行を考えなければいけない。しかしながら、残りの半分では普通に物は回っていますというシチュエーションを考えたら、実行は実行なのだけれども、その後もまだ流動化は残っているという例はあり得ると。そういう議論が掲載されていたと思うので、おおよそあり得ないわけではないと思うのです。ただ、ほとんどの場合はないだろうと。よほど合理性があるような場合とか、そういうシチュエーション、先ほどの代替的物上代位のようなもので、それしかできないような場合とか、一定の限定をかけたなら可能性はあるだろうけれども、ほとんどの場合は多分できない。そうしないと、いつまで経ったって、ずっと効力が及んで、他の債権者の予測可能性なりを害する。多分そういうことになると思います。

あと、後半の一部実行と残部実行の問題は、これは「固定」という言葉を使いますが、固定した後は複数の共同担保権が成立した状態と一般には考えられるので、一部実行して全額回収できると思ったら当てが外れて、まだまだ債権が残っていたのだったら、残部実行できる。その段階で固定した、固定した瞬間にA、B、Cという動産があって、Aで回収できると思ったらけれども、Aで半額しか回収できなかったの、ではということでBとCをやると。例えば典型的には、場所が離れた所にあるので、まず第1倉庫でやって、足りなかったときには第2倉庫をやると。これはあり得るので、一部実行及び、固定したものがあくまでも対象ですので、範囲が変わるわけではないけれども、固定した瞬間で残したものをもう一遍やることはできると、一般には考えられます。

○G 2点ありまして、1つは、1回固定し実行し、もう一回いけるかという話は、ある種、収益執行的にやっていくことができるかという話になるのかなと思います、それは認めるならば、後順位のとっていいのか分かりませんが、後順位の権利者は先順位の人が全部債権を回収するまでは順番が回ってこないということになるのかなと、そういうのはいいのかよくないのかということ判断するのかなと思ったのが1つです。

あと、今、H先生がおっしゃったことで、最後のところを聞き逃しただけかもしれないのですが、倉庫1、倉庫2、倉庫3とあって、固定化というのは、1だけ固定化というのは、今のところはできないのですか。全部固定化したところを個別に云々というようにおっしゃいましたが。

○H 譲渡担保権の対象として1、2、3と書いてしまっていたら、1つの譲渡担保権だというように理解するように思います。

○G それをやってもいいのではないかと思ったのですが。

○H 設定のときに、譲渡担保権1、2、3というように、3つの権利があれば、それはもちろんばらばらの権利なので。

○G いや、今は結構そうなのかなと思ったのですが、新たに作るのだったら、一部実行というのがそこも入っていますということにするのだったら、実益はないのかなと思ったという単なる感想です。

○B 先ほどF先生が2つの問題を同時に論述されたのはなぜなのか、よく分からないところもあるのですが、私なりに理解したところでは、仮に固定化というものを観念しないとその先の実行に進まないというように考えたときに、一部固定ということが出来るのかという気もしまして、一部固定して残部を残しておけば、その残部はどんどん増えていくみたいな感じでやることはできるのか。何となく、固定というのは全体について固定しなければいけない、固定した後に一部実行するというのは、固定化された複数の動産、個別動産譲渡担保を1個ずつ実行していただくという感じになっている気がするのですが、固定というのは、何でそんなに必ず全体について固定しなければいけないのかなというのが、よく分からないというように思いました。

○F 固定することの一番の意味は、そこで流動性を切ってしまうと言うか、担保目的物はそれ以降はもう入ってこないという点にあるのではないかと理解していたのですが、それとは違う意味で使うのかどうかということを確認するために、一旦ここで基準となるところで切られて以後は入ってきませんとなるか、一旦実行してもいいけれども、まだ残りを、例えばさっきの倉庫1、2、3で言うと、1、2、3が対象だけれども、1は決めますけど、2と3はまだまだ入ってきますよというようなことを想定するのかどうかということを確認ができればと。

○座長 第1倉庫にあっても、9月12日分、12日に存在していたものについて、今実行しますが、営業はそのまま継続していて、13日分、14日分があつて、また1か月経ったらたまりましたので、また実行ということがあるのかという話ですね。

○F そうですね。

○座長 Gさんがおっしゃるように、見ようによってはそういうのもあり得て、そういうのもあるかもしれないというのはあるのだけれども、いいのかな、そんなに強くして。

○E おそらく集合物では今までそういうことは想定していなかったのではないかと思います。それは、基本的には集合物論というのはスクリーンショットで、そのときどきの在庫を担保に取っているということです。だから、ある企業の在庫レベルを見て、大体これぐらいはあるねということで掛け目をかけて与信するというのがセットになっているはずで、実行時に1回スクリーンショットで捕まえた後、出るものは止めるけれども、その後に入ってくるものは営業活動をする限りずっと捕まえ続けるということは、もともとその与信判断の中に入っていないはずなので、今後は新しくそういう担保も作ろうというのであれば別ですが、少なくとも、今、行われている集合物譲渡担保の与信行動からすると、too matchな感じがします。実際上は、危なくなったときは在庫レベルが下がっていくので、与信をした側の立場からすると、こんなに減らしやがってということで、スクリーンショットで捕まえた後に入ってくるものも取りたくなる気持ちはすごく分かるのですが、

もともとの発想としては、基本的にはスクリーンショットの部分に担保の対象を限定するのが固定化であり、そういうものとして担保に取って与信をしているのだから、固定化と呼ぶかどうかは別として、一定のタイミングの後に入ったものには及ばないし、一定のタイミングまでに入っていたものは持ち出しが禁止されるということがセットになっていると思います。

○A 今のお話は、これまで、将来債権譲渡とか将来債権譲渡担保のところでも論じられてきた問題と似ていると思います。日銀の金融研究所の山本慶子さんが昔、論文に書かれていたのですが、将来債権譲渡担保には累積的に将来にわたって全部の債権の担保価値を期待するものと、今、E先生がおっしゃったような、スクリーンショットで実行時点の担保価値を期待しているものがあることがあって、そのどちらなのかによって制度設計を変えなくてはいけないのではないかとされています。

なるほどと思う一方で、実はそれは決めの問題で、制度を作る側が累積的なものも OK ですよ、スクリーンショットも OK ですよという形に作れば、両方の融資が行われるけれども、制度を作る時点で、スクリーンショットしか駄目ですという制度にすれば、あえて累積的担保価値を期待して融資しようという人は出なくなるわけなので、決めてしまえばいいのではないかと思います。つまり、理論的には2種類を考え得るけれども、立法する場合には、こちらだけだと決めてしまうのが分かりやすいのではないのでしょうか。

○座長 一言言わせてください。固定化論について、私に対する批判というのがすごく強いのですが、実は私の見解は、固定化まで個別動産に効力が及ばないという前提を取っているから、全部それできれいに説明できているのです。固定化という概念を個別動産に効力を及ぼすための概念にしているわけですね。しかし、その部分については反対が多い。ただし、その反対を前提にした上で、私の固定化論はおかしいというのは、それは前提が違うのだから当たり前ではないかというように思っておりまして、批判にも何にもなっていないと思います。

こういうことを言うと、私の考えるところの集合物論をとれ、と言っているように思うかもしれませんが、そのつもりは全然ありません。しかし、個々の動産について効力が及んでいるのだというような前提を取ったときに、今あるものは今あるもので実行して、その後のものはその後で更にとるか取るとか、そういうようなことをポリシー上の判断で禁ずることが理論上可能なのだろうか。つまり、個々の動産について全部譲渡担保の目的になっているわけです。そしたら、この譲渡担保になっているものについて実行するからよこせよと。それで、また同じ所について入ってきているわけなのだけれども、それも個々の動産の譲渡担保の目的物になっているということになりはしないのか。それとも、個々の動産がたくさんあるときに、引き渡せという請求を起こすことが、1回しかできないという性格のものであると考えるのか。こういったことをきちんと議論しないと。

○E 先ほどの累積的な担保もスクリーンショットの担保も、両方とも制度設計としてはもともと可能でしょうが、実際には、動産の場合は将来債権譲渡のような判例法理はない

ので、将来動産の譲渡が有効だという前提には立たず、それはできない前提で、集合物という「現在あるもの」としての概念を媒介にして譲渡担保に取って、そのとき1回で対抗要件を備えられることになっているのだと思います。だから、基本的に現在まで積み上げられてきた集合物論を取るならば、スクリーンショットの取り方になるのではないかと思います。

そうではなくて、法制度として、将来動産の譲渡を認めて、向こう3年分の在庫を譲渡することができるようにすれば、もちろんA先生がおっしゃるような累積的な動産譲渡担保も可能だと思います。そうすると、その場合は、将来動産譲渡の効力が、将来債権と同様に、非常に問題になってくると思うのですが、少なくとも、今、行われているのは、累積的な与信ができない範囲のもので、それを前提にすれば、基本的には集合物論というのはスクリーンショットになるのではないかと思います。そこからはみ出して、もっとたくさんの与信ができるような、将来在庫を何年分も担保に入れて、累積的に与信できるようにするというのは、私は現実的にかなり難しいと思いますが、それをするのだったら集合物論から離れて、将来動産譲渡になるのではないかなという感じがします。

○座長 理屈上は可能であるということを前提にして、政策上の判断の問題として、今のEさんの言葉を借りて言えば、スクリーンショットとして取るということと、Gさんの言葉だったと思いますが、収益執行的な方法を認めるということと、皆さんの意見分布と言うか、お考えはいかがなのでしょう。どちらにするかというB君の問題提起が最初にあったのだけれども。

○B 私は両様あってもいいのではないかと思います。スクリーンショット型にしたいのであったらすればいいし、累積型にしたいのであったら、そちらにしてもいいのではないかと思いますけれども。

○座長 あとは、累積型にしたときの詐害行為とか否認の問題とか。

○B 取りすぎがどうか、そういう問題というのは出てくると思いますけれども。

○法務省 2つのタイプを作るというときに、2つの制度を作っておかないといけないというようにお考えなのか、スクリーンショット型だったら、それを1つの原則型として作っておいて、しかしそれは特約によって修正できるというような形を考えておられるのでしょうか。

物権法定主義との関係で、担保物権を特約によって自由に設計できるというのは物権の世界ではなかなか難しいような気もして、2つのタイプが必要であれば、スクリーンショット型と累積型の両方を制度として作っておくということが望ましいのかもしれない。

ただ、累積型というのは、動産のことを考えたときにあまり現実的ではないという気もして、どこまで頑張るかという問題があります。ただ一方で、スクリーンショット型だけを作って、あまり自由に制度設計できないということになり、今後の将来の金融実務にあまり支障になってもいけないという気もしますので、もしお考えがあれば教えていただきたいと思います。

○E 繰り返しになってしまいますが、少なくとも集合物論という、今まで判例が作ってきた法理に依拠して整理するとなると、スクリーンショット型に親和的なのかなと思うのですが、他方で、将来債権譲渡と同じように、将来動産を特定性あるいは識別可能性があれば有効に譲渡できるという法律制度を取り、その最初の段階で対抗要件を備えられるというような、今は多分そのようにはなっていないと思うのですが、そういうルールを作れば、その一部を切り取る形で、現在（累積型でない）集合債権譲渡担保が行われているような形でスクリーンショット型もできると思うので、将来動産譲渡制度を法律で作れば、2つ作る必要はないと思うのですが、そこまでやるのかなと感じます。もしやれば、もしかするとABLとか、そういう世界に新たな地平が見えてくるのかもしれないですし、考えたことはないのですが。

つまり、累積的に取りすぎる場合は、もちろん倒産法上の問題になるし、公序良俗の問題にもなると思うのですが、それは将来債権譲渡も同じ話なので、そういった法理に抵触しない範囲で、在庫の全部を将来3年分にわたって累積的に取った上で、そのうち3分の2については都度戻す（リリースする）ような設計をすれば、事業継続自体は可能な範囲で、もしかすると累積的な与信につながるかもしれないと、今、話を聞いて思ったりはしたのですが、現実に行われている実務からすると、全くない話だなと思います。

○座長 生かさず殺さずなかったことに。

○C 極めて実務的な観点からですが、累積型を取った場合に、債務者の将来の信用というものが見えないと思うのです。とすれば、担保に依存する融資形態になりますが、果たしてそれが金融機関としてよいのか疑問です。今は債務者の信用を見ながら融資するというのが基本的スタンスです。累積型にした場合に、将来債権を全部担保に提供する代わりに必要な資金の融資を受けられるとなれば、金融機関が融資義務を負うことになりませんが、これは許容できません。

○D E先生から、現在の集合動産譲渡担保の話がありましたが、実際上は将来動産譲渡担保として機能しているということも言えるわけですし、結局は、政策判断とか、あとは担保権者と設定者との合理的な意思の問題として、これまで恐らく動産については「シリーズ実行」ができないと考えられてきたと思うのです。それに対して、債権譲渡担保の場合には、例えば、発電所を建設するために巨額の融資をすると。それは将来生まれてくる、例えば売電債権だとか、そういったものを担保にせざるを得ないというような場合には、それは1回の実行こっぴり切り取ってしまうと、さすがに与信上の問題と言うか、そもそも融資ができなくなってしまうと。そういうものを担保とした融資ができなくなってしまうと。そういった問題があるので、したがって、シリーズ実行が将来債権の場合はできるというように、恐らく漠然と思われてきたのではないかというように思います。ですから、シリーズ実行というのは、むしろ本来は、集合動産ないし将来動産、そして将来債権の双方ともに、理論上は、多分できないわけではなくて、あとは動産の場合に将来ずっと発生し続けるものまで担保に取るということが公序良俗上よろしいのかという問題につな

がっていくのかというように思います。

それから、先ほどの一部実行についてですが、これは私自身もやったことがあって、東京で実行した後に、大阪で実行して、名古屋で実行しました、北海道で実行しましたということがあり、それぞれ実行した日にちが違うのです。それは、本当は同じ日にやりたかったのですが、同じ日にできないのは執行官のスケジュールが取れないからです。

では、東京で実行したその日に、全て大阪や名古屋の倉庫にある動産まで固定化したのかと言うと、そこはよく分からなかったのです。そういう解釈を取れるのか否かというのが。ただ、一応、処分禁止の仮処分も出ていたため、店は全部閉めてもらいましたので、実際にどの店舗にある物も、在庫の流動性が大きく変動することは、東京で実行した以降はなくて、したがって、あまりそこは問題にはならなかったのです。ただ、理屈の上では、東京で実行したときに、名古屋とか大阪とか全部固定化したのかという問題はあって、そこは個別に一部の倉庫なら一部の倉庫だけ固定化させるということもあっていいのではないかと思います。例えば名古屋の店舗は開けておいて流動性を保たせるということではできたほうがよくて、それはもしかしたら譲渡担保権の個数の問題なのかもしれませんが、そういったことをどう考えるのかというのは、論点の1つかと思いました。

○G D先生が前半におっしゃったことと同じことを言おうと思っていて、集合物が1個のものについてあり、個別のものにそれ以上権利はもう及んでいないというようになると、その集合物の処分ということで、固定は終わりということになると思うのですが、個別のものに及んでいるとなると、これは流動するので、結局将来のものについても及んでいるという考え方はあり得ると思うのです。集合物を、ただある一定の時点で固定したら、その集合物で終わりなのだという考え方に立って、初めて先には行かないということになると思うので、理屈の上では成り立つのではないかということと言いたかっただけです。あとは、そう認めることがいいのかどうかという判断かなと思います。

○座長 集合物論自体を否定して、全部将来動産の問題にしようと、森田宏樹君なんかはそういう考え方だと思うのですが、実は複数の譲渡担保の話を含めて、16時20分に終わっているはずなのです。しかしながら、盛り上げようと思えば幾らでも盛り上がる話でして、大体の意見分布のようなものは明らかになりましたし、極めて優れた議論ができたのではないかと思いますので、ここで30分まで10分間の休憩とします。それから、4、5に入っていきたいと思います。

(休憩)

○座長 再開します。まだまだ先ほどのところでもご議論はあろうかと思いますが、非常に申し訳ありませんけれども、先に進めさせていただきます。9ページで、同一動産に担保権を有する者が複数いる場合の担保権実行ということの一部に重なりがある場合という4と5について、まず事務局から説明をお願いします。

○法務省 9ページの4です。ここでは、先行して担保権者となった者と、劣後して担保権者になった者をG1、G2と呼んでおります。この場合に、どちらがどのような担保権実

行をすることができるのかについて、今までにも議論がておりましたが、一つの案をレジュメにまとめております。

9 ページの一番下の「(1) G1 による担保権実行」では、G1 は先順位ですので、自由に担保権を実行することができ、G2 は何ら異議を述べられない、そして G1 が担保権を実行すれば G2 の担保権は消滅することでどうかという案を記載しております。また、ご議論があるところとは思いますが、その場合に G2 は清算金に対して物上代位することを認めてはどうかということに記載しております。

(2)は、「G2 による担保権実行」についてです。こちらについては、私的実行であれ、競売であれ認められないとした上で、仮に行ったとしても、それは法律上無効であるとしてはどうかという案を記載しております。無効とする理由を 11 ページ辺りに書いておりますが、やはり先行する担保権者に優先権を行使する機会を確保するということが難しいのではないかとことです。隠れた占有改定の問題もありますし、仮に登記優先ルールの採用や登記一元化といった見直しがされた場合であっても、動産については物的編成の登記制度を構築することが難しいと思われるので、人的編成取った場合には、仮に登記を見たとしても、確実に先順位担保権者がいるかいないかを判断することは難しいだろうと思われます。このような理由から G2 の担保権実行はすることができないとにしてはどうかと整理しております。4 の関係は以上です。

12 ページの 5 は、複数の集合動産担保権者がいて、その目的物の一部が重なり合う場合の処理についてです。非常に難しいところでして、そもそも分からないところが多いのですが、4 でご説明したような整理を前提とすれば、重なり合う部分を特定して、重なり合う部分については G1 のみ実行することができて、G2 の権利は消滅するというのが論理的な帰結になるかと思えます。しかし、その場合には、そもそも重なり合う範囲をどのように確定していくのかというところが非常に難しいのではないかと考えております。

レジュメに記載しておりますように、例えば固定化の時期がずれたらどうなるかという問題もあります。また、G1 については固定化しているけれども、G2 については固定化していないという状態で重なり合いをどのように認定していけばよいのかという問題もあります。また、仮に清算金に対する物上代位を G2 に認めるとした場合には、どのような範囲で物上代位していけるのかといった問題もあろうかと思えます。とりあえず、現時点ではこのような疑問点を資料に記載しております。以上です。

○座長 それでは、自由にご議論いただければと思います。

○G 重なり合う部分については 4 のルールによるというときに、先ほどちょっとおっしゃった、例えば G1 は固定ということは、固定の手続を取った、G2 はまだだというときにどうなるか分からないのですけれども。倉庫はまだ 1、2、3 の 3 つあると。G1 は 1、2 を取っていて、G2 は 2、3 だと。G1 が固定の手続を取った。2 が重なり合うので焦点になるわけですね。この場合に、もし G2 が固定の手続を取ったら全部清算でいいのだと思うのです。

しかし、取っていない段階の G2 の地位は 2 つあるかと思うのです。1 つは G1 の手続で清算金が例えば出てきたら、清算金についての権利があるというのはもちろんあってもいいと思うのです。ただその後に営業が続いていると、倉庫には商品が入ってくるので、それしかできないというのは G2 の地位を何だかえらく害するのではないかと思ったのです。つまり、G1 については清算というか、債権回収が終わった。終わった後、ある意味では倉庫 2 についても第 1 順位に上がる形になって、2 と 3 の倉庫については譲渡担保を取っていますという形にしようとなってもいいのではないかと思ったというのが 1 つです。

もう 1 つは、清算金について物上代位できますと言ったときに、その清算金はどうやって出すのだろうかと思います。1 と 2 の割付けみたいなことをするのだろうか。そういうところが何となく難しいのかと思いました。

○座長 何かありますか。

○法務省 新しく倉庫 2 に入ってくるのまで取れないと G2 の権利を害するののかというと、それは倉庫 2 についてスクリーンショット的に考えるかどうかなのではないかという気がします。G1 が固定化した場合に、倉庫 2 についてもその時点のものとして固定させるのだとすれば、それはその時点で上から取っていくことができれば、もう残った部分しか取れなくなる。ただ、倉庫 3 についてはなお流動的になっているので、それを G2 のタイミングで実行すればいいということもあり得るのではないかと思います。

○座長 後で追い追い議論することにして、A さんから何かありますか。

○A G 先生がおっしゃった問題については、すごく複雑な問題だと思いました。その一歩手前の問題として、そもそも集合物でない個別動産譲渡担保で、今おっしゃったように、G1 は機械 1、2 を担保に取っていて、G2 が機械 2、3 を担保に取っているという状態があったときに、共同抵当のようにそれぞれの配当額をどのように割り付けるのかを考える必要があります。

もう 1 つは 4 の問題なのかもしれないのですけれども、1 つの集合物上に G1、G2 という担保が付いていたときに、G1 が実行すると、G2 はその後に入ってきた在庫についても実行できなくなるのかという問題があります。これらの 2 つを先に解決して、その応用問題として G 先生がおっしゃった問題を解決していくというのはどうかなと思ったのですが、ちょっと違うでしょうか。

○座長 100%理解できたとは、私は自分では言えないです。

○A 私も 100%理解して言っているわけではないのですが、そんな問題もあるよねというふうに思ったということです。

○座長 A さんが理論的な話をされたので、ちょっと私も理論的な話をすると、全体として後順位であると考えて議論をするのか、その人はその人として存在しているのだけれども、その人に優先する人がいるという話として考えていくのかということかなり違うのかなという気がします。倉庫 2 のものについては、確かに G2 も取っているけれども、G1 にはかなわないというように考えるということならば、別に固定化ではありませんけれど

もして、そのまま実行される。そのときに何もしなかったらどうなるのかということになる。何もしなくてそのままやっていたら、一旦は G1 が実行して空っぽになったのだけでも、また増えただけであるという話になるような気がします。清算金に対して、物上代位権を行使しようなどと考えるから面倒なことになるという気もする。そういうのをしなければ、何だ G1 さんがやられたか、つゆとも知りませんでしたという状況だってあるわけですね。

○L (1)の優先する担保権者 G1 による担保権実行についてですが、裁判所の競売手続を利用する場合は、後順位の担保権者 G2 は配当を受けられるのでよいと思う。

○法務省 そのような制度設計にするかということところは 1 つ検討すべきところだとは思っています。裁判所から見て、G2 の存在を認識できるかということと必ずしもそうではないと思いますので、もし作るとしても、知れた G2 のみに配当をするという制度設計になるかと思えます。

○L その場合でも物上代位というのもあり得る。

○法務省 配当がされなかった場合について、例えば裁判所が全く G2 の存在を知らずに全部終わってしまったという場合については、清算金の物上代位は同様に認めてもよいのではないかと思いました。

○L 清算金というのは剰余金で。

○法務省 はい。

○L 弁済金交付の残ったものですね。

○法務省 そうですね。

○L もう 1 つは、(2)の後順位の担保権者による実行について、それができないのは分かるのですが、もしその権限なくして行ったという場合に、12 ページの(2)のところで、無効とされているのですが、これはその売却が無効になるということかと思うのです。そこまでする必要はあるのか。先順位 G1 の担保権が付いたものが移転するというのもよいのではないか。というのも、担保権設定者が売却した場合には、前の議論で、売却は有効で、G1 の担保権は付いていくというようになるのかなと思うのです。

それから、一般債権者が強制執行した場合には議論がありますが、付いていくか付いていかないかはともかく競売は有効だと、売却は有効だとなっているので、なぜこの場面だけ後順位抵当権による実行の場合には売却が無効になるのかというのが、あまり整合的には説明がしにくいと思うのです。あるいは、そもそも後順位の動産担保権というのは換価権がないようなものとして最初から考える。そういうことになるのでしょうか。

○法務省 ご指摘を頂いて、なるほど私も思いました。記載時に考えていたのは、やはり私的実行と競売とで処理が違うということよりも、そろえるのが自然ではないかという考えでした。私的実行で処分された場合には無効であるのに、裁判所競売で売却された場合には有効というのと、その並びを取るべきではないかと思いました。

○L そうすると、私の言ったことでいくと、私的実行で処分された場合も同じで、担保

権が付いていくということといいということになるのかな。

○座長 Lさんが、私的実行の場合は、G2が売却するという行為をした場合と、設定者が通常の営業の範囲を超えて、個別動産だったらそうだけれども、不当に処分したという場合は、無権限処分であるという考え方ができるのは同じになるわけだから、効果も同じになるわけで、設定者の処分は有効で、ただ悪意者はその譲渡担保の効力を受け続けるというのだったならば、G2のものも同じでしょうといったときに、私的実行のときにも無効だという解釈を取らないという前提を取っていらっしゃるわけですね。

○I 資料では、G2による担保権の実行としての競売を認めないのは、G1がいることを裁判所が認識するのが難しいからであるとされています。しかし、現行法では、そのような場合でも、後順位者が動産について担保権の実行としての競売をすることは、認められているのではないのでしょうか。適切な例かどうかはわかりませんが、たとえば、AがBに対し、動産を売却し、これを引き渡した後、BがCに対し、その動産について質権を設定した場合において、CがAの動産売買先取特権があることを知っていたとします。この場合には、Aが先順位者であり、Cが後順位者となります。Cがその動産について質権の実行としての競売をしたときは、Aがいることを裁判所が認識するのは難しいように思います。しかし、だからといって、Cによる質権の実行としての競売は認められない、とはされていません。

○M 第333条でAの権利には追及効はないのではないですか。

○I 動産質権者は、第333条の「第三取得者」に含まれません。先取特権と動産質権とが競合したときは、動産質権者は、第334条により、第1順位の先取特権者と同一の権利を有します。もともと、第330条第2項によると、第1順位の先取特権者が動産売買先取特権者といった後順位の先取特権者があることを知っていたときは、その者に対して優先権を行使することができません。ですので、先のケースでは、動産について、先順位者である先取特権者Aと、後順位者である質権者Cがいることとなります。

○B その点に関してですが、平成18年7月の判決は、先取特権と譲渡担保をあまり同じように考えていないのだと思います。先取特権の場合は、他の質権などが実行されたときに、配当要求はできるけれども、しなかったらそれまでです、という感じで割り切りをしているのだと思うのです。これに対して、先行する譲渡担保権者はもう少し強く保護しようとしているのが、平成18年判決の、後順位担保権者の実行は認めないということの意味なのではないかと思います。だから、整合しないのは、整合させていないのではないかと思うのです。

○I 平成18年判決は、G1の優先的地位を保障するため、G2の私的実行権限を否定したものですよね。これに対し、立法上の選択肢としては、G2が担保権の実行としての競売を申し立てたときは、G1の私的実行権限を制約する一方で、その配当要求を認めるといった方法も、考えられるのではないのでしょうか。

○B それは、そういうことになるのではないかと思います。これまでにも、先順位担保

権者の配当要求を認めつつ、後順位担保権の実行を認めるべきではないかという議論は結構あったと思うのです。そういう議論からすると、こういう提案にはならないと思うのです。

○I わたしも、そうだと思います。

○B 今回のこの提案だと、そもそも後順位担保権が実行されたときに、先順位担保権が引受けになるか消除になるかという問題や、先順位担保権者による配当要求ができるかできないか、という問題は全部出てこなくなるので、これまでに積み上げてきた議論は意味がなかったことになると思うのです。

○座長 一言言うと、制度を精緻にしないほうがいいと思うよ。制度を精緻にすると使えなくなる。

○H 精緻かどうか分からないけれども、G2 は一般債権として差押えすることは、一旦できます。一旦できるが、従前の議論で第三者異議を G1 が言って止めることができるという、この前提がないとこの議論にならないと思うのです。つまり、一般債権者は差押えができるのに、担保権者は後順位なら差押えができないというのはちょっと明らかに変な感じがします。だから、そこは従前の議論でも第三者異議で全部排除するのだという前提がないと、この制度にならない。先ほどのお話と多分近い話なのです。しかし、それは前回言われたとおり、事実上、差押禁止財産の作出ができるのかという問題にもつながってくるので、そういう制度で本当にいいのでしょうかという問題提起になってくると思います。

別のことなのですが、11、12 ページのところでは、登記優先ルール又は一元化を採用してもサイレントな G1 の問題が生じるから後順位担保権者による実行を認めないと書かれていますが、むしろ私は逆の問題なのかなと思います。G2 は G1 がサイレントな場合、自分は G1、1 番と思っているわけです。それでずっと手続が進んでいって、裁判所も G1 の存在を知らない、買受人も知らないとなって、でも後でサイレントな G1 がいたと分かったときに、手続は全て無効ですと。そういう制度設計というのはあるのかな、と思いました。全部登記一元化にすれば、それは G2 も自分が 2 番なのか 1 番なのか分かって、だからあなたには競売申立権はないのですよというルールであればまだ理解できるのですが。

○座長 分かりません。人事的編成主義。必ずしもこれは分からない。

○H 確かに人的編成主義である以上、登記一元化しても 2 番か 1 番か分からないという可能性がありますが、少なくとも占有改定による担保権設定を認めたら、もう全く分かりません。分からないときに G1、G2 がいて、でも G2 が自分は 1 番だと、だから俺は換価権があるんだと思っているときに、後から全部無効という制度でいいのだろうかという意見が、この前、弁護士会で議論したときに出ました。特に、そのような制度にすれば、後から債務者が G1 がいたかのような書類を作って、G2 の手続は全部無効ですということが言える、やりやすくなってしまわないか。そういうことも含めて、G2 に換価権な

し、それは後から G1 の存在が分かって全部無効というのはちょっとドラスティックな制度なのではないか。

○座長 Kさんが休憩前に発言されたときに私が申し上げたところなのですが、今のHさんの話というのは、G2が私的実行をするのはすればよくて、それに対してG1が第三者異議とか、そのような異議を唱えないで、そのままずっと進んでいったら、G2による、例えば売却行為が有効であるということですね。さらにその次に、G1はG2に対して不当利得返還請求もできないということになってしまうのか、それとも、それは自分のほうが優先する債権者であった、権利者であったというように主張して、不当利得返還請求はできるという前提になりますか。1番目は確認と、2番目は質問です。

○H 不当利得返還請求権については、むしろ考え方は逆で、追及して返せと言えるのだったら利得がない、という説明も可能と思います。

○座長 いやいや、だから1のほうで異議を唱えなければ、そのまま有効な処分として成立してしまっているというふうに考える。

○H えーと、この制度の前提、ごめんなさい、ちょっとご質問を理解できていません。

○座長 Hさんのおっしゃったと思われる、G2は何も知らないのだから、その人がずっと実行して行って、買受人だって知らないのだからそのままずっと行くでしょう、そしてたら無効であるというのは変な話で、そのまま有効に動産を処分できますよね、というふうな考え方というのは、G1がそれに対して途中の段階で異議を述べて止めることはできるかもしれないのだけれども、止めない限りは進んでいくという前提ですね。

○H 分かりました。弁護士会で議論したときには、私的実行のときにはG1の権利がくっ付いたままかなと。

○座長 ああ、なるほど。

○H 他方、裁判所の競売は有効なものとして完全に成立しているという制度ではないのか。これは理屈ではなくて、裁判所の手続に対する信頼があって、そのぐらいにすべきではないのかということです。理論的な話ではないですが。

○座長 しつこいのですが、G2が私的実行をしたのだけれども、買受人がG1の存在について善意無過失だったために、所有権を即時取得したとします。そのときには、不当利得関係は発生するのですか、発生しないのですか。

○H そのときは発生すると思います。

○座長 はい、分かりました。

○H 少なくとも問題提起としては、占有改定による担保権設定を認めると、先順位の担保権者がいるかいないか分からないという事態があり得る、特に個別動産に関してはあり得る。そのときに、裁判所競売の手続で無効というものが頻発することはおかしいのではないか。そういう意見です。

○G 全然確信ないのです。だから、よく分からないのです。私的実行の場合に、先ほど言ったように、G2はG1の存在を知らない。それだけれども、なぜか買主のほうは悪意

なのか過失があって、即時取得が成立しない。その場合に担保付きで取得になるかということなのですが、悪意だったらいいのかもしれないし、即時取得の場合に、過失が認められるから即時取得がないなどというのはほとんどないのかもしれない。先ほどもLさんもそのほうがいいとおっしゃいました。買主の立場からすると、全く所有権を取得することができたというふうに、過失があるにせよ信じているところを、担保付きで所有権を取得することが、現行法でも解除できるのですか。

いや、解除すればいいのか。担保付きの所有権の取得で、私的実行の場合、強制されるのはそれでいいのかなというのが。全く素朴なのですが。

○座長 いや、純粹に他人のものだったら駄目でしょう。

○G いやいや、だからいっそのこと。解除できるからいいのかな、無効のほうがまだましなのかなと。支払った代金を返しましょうかという。

○座長 それは、できるのではないですか。

○G 解除でやるということですね。

○座長 権利を動かして、何だっけ。

○G だから、その解除の手續のほうがいいということですね。

解除されたら、担保付きで戻ってきた。

○A 今のお話を聞いていて、G2による実行を認めなかった場合に、「差押禁止財産を作り出してしまう問題」というのと、「自分がG1だと信じてしまったG2問題」という2つの問題があることが分かりました。後者の問題については、例えば登記優先ルールを導入して、占有改定によって対抗要件を具備したG1に登記によって対抗要件を具備したG2が優先するルールにするのはいかがでしょうか。また、G先生の教科書の第1版のお考えが復活して、登記による即時取得が可能だというルールにして、G2でも即時取得でG1になれる可能性を認めるのはどうでしょうか。このようなルールにすれば、G1の立場にある人には、一生懸命登記をしたり明認方法を施したりというインセンティブが生じ、「G1と信じてしまったG2問題」自体が減っていきます。仮にご提案のようなルールを採用する場合には、登記のほうのルールも変えたらいいのではないかと思います。

○座長 順位問題は、大体話していると分からなくなりますよね。まあ、今日はこのくらいにしましょう。ただGさんがおっしゃるように、一般債権者でもできるのに、なぜできないのかというのは重要な問題だろうと思います。一般債権者ができるのか問題もあるのかもしれない。他人のものである。その辺も考えなくてはいけないかもしれません。

第1クールですのもう1つ先へ進みます。13ページの第2の「債権を目的とする担保権の実行に関する規律」の議論をしたいと思います。事務局から説明をお願いいたします。

○法務省 13ページの「第2 債権を目的とする担保権の実行に関する規律」という部分です。1については、直接取立てと帰属清算・処分清算、更に果実からの優先弁済と、民事執行法上の担保権実行の4つの担保権実行方法を並べております。こちらは、債権質と

債権譲渡担保について認められていると思われる実行方法を、とりあえずはメニューとして全て並べたものです。

動産担保と若干問題状況が違うように思うのは、動産については非占有型の担保物権が今は存在していませんが、債権については債権質というものが既に存在していて、債権譲渡担保と果たしている機能が重なるところがありますので、両者の関係はどう整理していくのかという点については、今後検討が必要なのではないかと思います。

15 ページの 2 は、直接取立てに関する論点です。現行法でも既に存在した論点かもしれませんが、目的債権の取立権限をどの時点で設定者が失い、担保権者が取得するのか。また、取り立てる額が被担保債権の額を限度とするのか、さらに、被担保債権が弁済期にあることが取立ての要件であるのか。こういった問題についても担保権については改めて整理する必要があるのではないかと思います。

2 の「集合債権を目的とする担保権の実行」について、(1)は動産の場合と同様に、そもそも担保権実行通知を先行させることが必要という整理でよいのかを論点として挙げております。(2)については個別債権でももちろん問題になりますが、集合債権においては特に担保権設定者が取立権限をどの時点で失うのかというのが実務上重要な問題になると思われますので、この辺りを一度整理したいというところです。以上です。

○座長 それでは、自由にご議論いただければと思います。

○B 債権譲渡担保において、設定者に目的債権の取立権限があるのかないかとか、担保権者がいつの時点で取立権を取得するのかという中の、資料の 15 ページの 2 に関するところです。集合債権の話にもちょっと関わってきてしまうのですが、平成 13 年 11 月 22 日の最高裁判決があります。あれは、債権譲渡した上で設定者に取立権を付与する合意があった場合の、債権譲渡担保に関する判例で、その場合には、設定の通知でもって債権譲渡の対抗要件を具備したことになる、というものだったと思います。

この判決の判例解説では、取立権を付与するとしても、債務者との関係では、設定者は設定の時点で取立権を失って、譲渡担保権者が設定の時点で取立権を持っていて、設定後も設定者が取り立てることができるというのは設定者と譲渡担保権者の間での内部的な合意にすぎず、それを債務者に併せて通知することによって債務者の協力を仰いでいるにすぎない、というようなことが書いてあったりします。

そうでないと、債務者対抗要件を具備したということと矛盾してしまうのではないかと。つまり、債務者対抗要件を具備したということは、以後は譲受人に対して弁済すれば足りるという、取立権が譲受人に移ったということを認識させることによって対抗要件を具備したといえる、という話になっていると思うのです。そういう債務者対抗要件の構造からすると、もともと取立権限というのは、その時点で債務者との関係では譲渡担保権者に移っていないとおかしいということになるのではないかと思います。確かに債権質の場合のように、担保権者の設定の時点では、直ちには取立権を取得しない規律のほうが合理的なのではないかと思うのですが、現在の債権譲渡法制の対抗要件の、まず債務者対抗要件を

具備して、それを必要条件として初めて第三者対抗要件も具備できるという構造の下だと、どうしても取立権が債務者との関係では担保権者に移っていると考えないとまずいのではないか、ということが気になりました。

○座長 それは、第三債務者に対して何が対抗されているというように考えるのですか。

○B 債権譲渡が対抗される。

○座長 それは、債権担保という新たな制度を作ったときも、債権譲渡が対抗されるというふうにするの。

○B 新たな制度を作る場合は、そこで言うところの債権担保を設定しましたという通知は、譲渡人の取立権限は失われましたということの意味するだけで、担保権者が取立権限を取得しましたということは即時には意味しないという、そのような切分けにすることも可能かもしれません。

○座長 するということか、それは、この債権担保制度の実体法的な効力をどう仕組むかの問題であって、取立権が担保権者に移るというふうにししないと、論理的におかしいということにはならないように思いながら伺っていました。

○B 少なくとも、私は現在の債権譲渡の対抗要件の構造の枠内でものを考えているからそうなるのだと思うのです。そこから切り離れた形で、債権担保設定の通知からは設定者の取立権限の喪失の効果しか生じないことにして、譲渡担保権者の取立権限の発生は更にまた実行の通知のような2度目の通知に係らしめる、というような形で、第467条と別に整理するのであれば、それはありかなと思います。

○座長 分かりました。私もどうしたらいいという意見は全然なくて伺っていました。

○D 私も、B先生と同じような感想を第2の1を読んだときに思いましたので、ほぼ同じ趣旨かもしれません。要するに、直接取立権というのは、債権質の場合は、質権設定者に債権が帰属しているということを前提とした制度であるのに対して、債権譲渡担保に関する現在の判例法理を前提とするとしますと、譲受人のほうに債権が一旦移ります。だけれども、その取立権限は設定者に委任します、というふうな仕組みで考えられているし、かつ今の実務は大体そういう契約書にしています。動産譲渡担保の場合、契約書でも、通例は「担保権を設定する」と書くのに対して、債権譲渡担保の場合には、「担保権を設定する」というよりは、「被担保債権を担保する目的で債権を譲渡する」と書き切ってしまうと、その取立権限はその設定者に委任します、というふうな形にしていることが多いものですから、債権譲渡担保の場合にも、この直接取立権というのを認めるということにした場合には、どちらに債権が帰属しているのかということについて、恐らく整理が必要であると思います。すなわち、この直接取立権を書くということであれば、質権と同じようにもし考えるのであれば、債権譲渡担保においても、まだ設定者のほうに債権が帰属しているように読めたものですから、そこが質権と譲渡担保とどのように今後整理していくのかということが、一旦気になったということは今では申し上げたいと思います。

○座長 そのとおりのだけれども、私も自分の意見があって申し上げるのではないので

すが、別に帰属しないというふうにしてもいいわけです。

○D それは立法ですので、新しくどうするかというのはやり方次第で、ただ、それは現行と違えるのであれば違えるということの整理が必要だということです。

○座長 もちろん、それはそのとおりです。

○E もしかしたら座長に近いのか、それとも座長はニュートラルにおっしゃっているのか分かりませんが、B先生とD先生とはちょっと違うのかもしれない。

確かに債権質は担保なので、設定者に債権が残っていると考えるのかもしれませんが。動産と同じように考えてはいけないのかもしれませんが、債権質は、質権者が債権を支配して、自分で取り立てるというイメージに近いのです。

それに比べると、譲渡担保は、動産で言えば非占有質みたいな感じで、設定者の所に債権が支配の関係では残って、設定者が取り立てるほうをむしろ原則にして、実行のときに取立権を奪われるというイメージで捉えていました。流動化取引などにおいては、確かにD先生がおっしゃるように、譲渡した上で回収委任をしているわけですが、譲渡担保については、支配を設定者に残すことを原則ルールとして考え、実行のタイミングでそれを奪うという設計もあるのではないかと思います。

そう考えるほうが担保権のメニューが増えるという意味では良いような気がしたので、私は逆にこの資料を拝見したときに、第三債務者に対する債務者対抗要件の具備をベースに②のプロセスが始まると書いてありますが、それとは切り離して、取立権の喪失を、むしろ実行のタイミングに結び付けて考えてもいいのではないかと思います。同様に、不履行になった途端に①が始まると書いてあるのですけれども、そのように考えるのではなくて、これも実行のタイミングでという形もあると思うのです。

○座長 制度設計ですから自由に議論していただければと思います。

○C 現行の債権譲渡担保の多くはD先生が述べられた通り、債権譲渡により取立権も債権者に移ると考えています。ただし、第三債務者に対しては債権者から個別に通知するまでは従来どおり譲渡人に支払ってくださいという内容を通知しています。この場合、債権者が第三債務者に対して、以後は自分への支払をして欲しいとの一方的な通知を行なうことにより、債権者は以降の弁済金を確保できます。取立権を譲渡人に残したままにすると、いざとなった時に、取立権の変更通知を譲渡人と債権者の連名で行なうことは難しいと思います。従って、債権譲渡担保を活用するためには、債権譲渡により取立権も債権者に移転するが、第三債務者には債権者から通知するまでは、引き続き譲渡人に支払うという内容にした方が使いやすいと思います。

○座長 もう私に払ってね、という担保権者の1通の手紙を単独で出すというものの効力を認めるためには、どのような法律構成を取ったほうが説明しやすいかということですね、Cさんがおっしゃるのは。

○C はい。

○座長 委任の撤回の前のほうは説明がしやすいのに対して、そこで初めて移るというよ

うに考えると一方的な通知では難しいのではないかということだと思のです。実質は同じですから、片方だけは難しいということになるのかというのはよく分かりません。

○J 証券化の話のときにアメリカの議論が紹介されました。アメリカではなぜ UCC が、真性譲渡に適用されるのかと言うと、実行後だけではなくて、実行前の目的債権からの回収、あるいは目的債権そのものの代物弁済のような形で支払う。それがきちんと履行されない場合どこまでリコースできるのかということで担保とトゥルーセールを区別する。その区別の基準が曖昧だから両方とも入れたのだというようなことが紹介されていたかと思います。

現在の日本の仕組みだと、実行前の目的債権からの回収というものと担保というものは截然と分けたほうが分かりやすいと言いますか、実態に合っているということでしょうか。つまり、ハイブリッドのようなものはないのかという整理になったのですが、いかがでしょうか。

○座長 Jさんのおっしゃっていることを私なりの言い方で言い直しますと、集合債権譲渡担保の形として、被担保債権の額に満つるまでの不確定な代物、目的物の量が不確定な形の代物弁済みたいなものが認められるかという話で、そういうのは結構使われるのですかという話だったと思うのです。つまり、債権譲渡をして、譲渡された債権をどんどん譲受人側が回収していくのだけれども、例えば 4,000 万円に満ちたらそこでもう終わりですと言う。どこにも担保とは書いていなくて、4,000 万円までの債権額を、譲り渡された債権の回収ということで実現していきますという形の実務というのはどうなのだと思います。

○J そういうときに、自己清算型という形で紹介されていたようなものがあったかと思うのです。最近ではあまりそれは意識する必要はないのですか。

○E 譲渡担保という形ではなくて、満つるまで譲渡という話ですよね。満つるまで譲渡については、特定性に問題があるという見解もありますので、実務的にそれをそのままやることについては、なかなか抵抗と言いますか、不安が残るということで、あまり見たことはありません。以前、それについて検討した際に行ったのは、余裕を持って全部ガバっと信託に入れて、優先受益権と劣後受益権に切り分けて、優先受益金の内容として、いくらかに満つるまでもらえる受益権という形で設計し、優先受益権を売却するという流動化をしたことがあります。

○座長 そうね。Eさんは 10 億単位以上でないと成立しないと。

○E いや、実例があるかということであれば、そういう話があるということです。もう少し基礎的な形態で「満つるまで譲渡」という取引は、現時点では行われていないのではないかと思います。

○座長 10 億でも駄目かもしれない。Jさんはどちら。2,300 万円ぐらいですか。

○J それはないと思います。

○座長 少なくとも 2,300 万円だったとしたときに、3,000 万円譲渡してしまって、満ち

たら解除しますというのではないのか。そうすると多分、満つるまで譲渡は特定性がないということで議論が。

○E 3,000万円に満つるまでの譲渡になってしまう。

○座長 そうだね。議論が響いてきて、有効性に問題があったりして危ないからということですね。

○E 1年分とか、大目に譲渡しておいて、余れば解除しますという特約を付けると、おそらく真正譲渡(true sale)でなくなると思います。

○座長 なるほどね。そうだね。危ないことはしないと。ご議論は、個別債権の13ページは現行の質権と債権質権と同じように、直接取立てを基本的にある程度認めるということになると、問題は16ページ以降の集合債権の担保権実行について、大体お話が集中していたというように考えてよろしいかと思います。方向性として、すでに取立権が担保権者であって、それを債務者に委任しているというように考えるのか、あるいは何かがあって初めて担保権者に移るという話なのか。これは1点だけ伺いたいのですけれども、担保権者に全部行っていて、本来、担保権者に取立権限があるけれども、ある特定の時までには譲渡人イコール債務者、つまり、譲受人との関係における債務者に取立権限を授与しているという構成を取るとき、債務者イコール譲渡人は取り立てた金銭を自己使用できるのですか。

○D それはできると。

○座長 どういう理屈で。

○D 理屈は、要するに債務者は債権者にお金を返せばいいわけですから、取り立てたお金の全部又は一部を弁済原資として、普通は一部だけの弁済原資として、ほかに会社にキャッシュがあれば、それも元手にして、被担保債権を期限までに弁済すればよろしいのです。ですから取り立てたお金を自分で一切使用できないということはない。

○座長 いいえ、私が聞いているのは理屈を聞いているのです。実際がそうだというのはよく分かりますが、譲受人に行ってしまうっていて、その人が取り立てることができる債権について取立委任を受けているというときに、取り立ての受任者が取り立てたお金を自分で使えるということには、一定の理屈が必要だろうと思うのです。「いや、これはいいんですよ」では済まないのです。どうしていいのか、そこはどう説明すれば済むのかということですね。

○D それは設定者と債権者との合意で。

○座長 では、債権譲渡をしているのですか。

○D いや、債権譲渡はしてないです。何の債権譲渡なのか……。

○座長 贈与ですか。

○F 元の債権の帰属が変わらないのであれば、委任報酬か贈与しかないのではないですか。かつ、委任であれば委任契約上、全部渡すというのが本来なのです。なぜキープできるかということと、サービスの対価か、それもあなたにあげているという贈与のどちらかしか

ないのではないのでしょうか。

○D 民法上の委任契約上は、全部引き渡さなければいけないことになりますか。

○座長 それはそうですよ、他人のものです。

○D けれども、それは担保権設定者と、債権者すなわち担保権者との合意によって、全部引き渡さなくてもいいです、お金を弁済期に返してくれればいいです、ということに普通はなっている、と説明できるのではないのでしょうか。

○座長 分かりません。でも、その原因を突き詰めていくと贈与しかないですよ。ないしは委任の報酬。

○D 委任に基づく引渡請求権を制限している合意なのではないですか。

○座長 制限している合意という説明が付くのなら、どんな場合にも贈与税など掛からないですよ。

○D 贈与税は別に……。

○座長 いやいや、だからその。

○E 厳密に言うと、贈与になるのではないかと思います。結局、先ほどの話に戻ってしまいますけれども、集合債権の場合は何を担保に取っているかというときに、スクリーンショットで取っている。つまり、判例法理によれば将来債権は3年分累積的に譲渡できるけれども、当事者の合意によれば、スクリーンショットで与信して、スクリーンショットで取っているので、担保目的で取っている集合債権自体は常に入れ替わっているイメージです。なので回収する瞬間は、集合債権の場合は他人物として委任を受けて回収しているのですけれども、常に回収される毎にリリースするという約束に基づいている。それが贈与税の根拠になるかどうかは分かりませんが。

○座長 分かります。

○E もともと期待しているのがスクリーンショットなのです。

○座長 今のEさんの「リリースしている」というのは、債権譲渡を解除しているということですね。それが1つの説明です。次の説明は、取立権は皆さんがおっしゃるように譲受人、譲渡担保権者なら譲渡担保権者に移転しているけれども、経済的な帰属は、なお譲渡人イコール債務者にあるというのが1つの説明だと思うのです。

○E 私が先ほど申し上げたのは、そちらのほうです。新しい法制はそういうほうにできるのではないかという。債権質と違う方法でと言ったのは、そういうほうなのです。

○座長 そうすると取立権が譲受人、担保権者に移転しているということには、かなりの説明が必要になりますよね。経済的な帰属が。

○E 私がリリースしていると申し上げた意味は、現行法上は解除になりますかね。つまり、その時々スクリーンショットでしか捕まえてないので、回収済のものは譲渡を解除していると言いますか。

○座長 そうそう。だから、それが1つの説明です。というのは、取り立てた後です。

○C 取立完了後の金銭には担保権が及んでいると思いますが、取り立てた金銭について

担保権の解除はできるのですか。

○座長 できる。目的物はなくなったけれども。

○C 本来、取立後の金銭は債権者に引き渡すべきものですが、債務者に利用させる部分については担保権の解除を行なうということではないでしょうか。

○E そのように構成しないと、「向こう3年分、将来債権譲渡担保に入れます」と言っておきながら、スクリーンショットで把握していることとの説明が付かないのではないですか。

○座長 私は、最初から結論には全く反対していません。それをどういように説明するかということ突き詰めていかないと、どちらに原則としての取立権があるのかということの詰めができないだろうと思って、嫌みったらしくいろいろ伺っているにすぎないわけです。それを伺っているときに「でも、そうしないとうまくいかないではないですか」と言われたら、そんなものは最初から分かっているという話になってしまうのです。ただ、リリース論の中にも譲渡のリリース、担保のリリース、あるいは経済的リリースとかいろいろな話が出てきたので、私の質問は大方答えていただいたような気がしますが、そんなに簡単なものではないですよ。移転して行って取立権があるだけで取立委任をしているけれども、受任者側が取り立てたものを使うことができる。どうしてなのだろうと、実はよく分からなかった。

○E だからこそ、非占有質的に動産と同じように考えるのであれば、取立権は設定者にあると言ったほうが素直だろうと思います。

○座長 そうですね。

○E そちらの方が新しい法制を考えるときには説明しやすい。でも今はそういうようになってないので無理をしている。

○座長 だけど、そうするとCさんがおっしゃったように、実行のときにそれを譲受人が取ってしまうというときに、一方的な意思表示、第三債務者に対する1枚の手紙では、それができなくなってしまうのではないかという問題があります。

○E 最初から、その事実（譲受人からの通知の到達）を終了事由とする取立権限と考えればいいのではないですか。

○座長 分かりました。そうですね。

○法務省 取立権は設定者にあるとすると、集合債権であればいいと思うのですけれども、個別の債権を目的とする担保権のときにそれでいいのか。

○座長 個別の債権は最初から取立権限が与えられていて、債権質と同じように考えるので、それはそれでいいという考え方でしょう。

○法務省 そこは、集合債権か特定債権かで全然違うものとして考えるということではないのですか。

○E 特定債権1本だけだとすると、期中に取り立てるのは利払いみたいなイメージですか。

○座長 いや、法務省が言っているのは、1つ2つたくさんという話で、そんなに全く性質が違うのだったら、どこで消えるのか。本当は間に似たようなものがいろいろとあり得て、Aさんの言葉を使えば、どこで消えるのか問題というのがあるだろうということでお伺いしたのです。

あと30分しかなくなってしまったのですが、簡単に事務局から第3の途中まで、1、2について説明していただいた上で、Mさんには1、2についてお話をいただければと存じます。

○法務省 17ページの第3の1「別除権としての取扱い」は、担保権として作るのであれば、倒産手続上は別除権として取り扱われるという理解で問題ないかという確認です。

それから、18ページの2は固定化についてです。前半でご議論いただいた、平時の実行時点での固定化という問題もありますけれども、倒産手続が開始されたことが直ちに固定化の原因になるのかどうかについて、今の譲渡担保についてはいろいろ議論があるところですので、改めて取り上げました。

固定化にもいろいろフェーズがあるのではないかというご指摘も、前半にありましたけれども、ここでは固定化の意味として、具体的には2つの意味があるだろうと考えています。1つ目としては、ある時点以降に取得したり発生した動産とか債権について、その担保権が及ぶかどうかということです。それから、既にある時点で発生して構成部分となっている動産とか債権について、設定者が処分権を失うのかどうかということです。そういう2つの意味が固定化にはあると理解した上で、倒産手続開始がそれぞれの固定化の契機となるかどうかについて、ご議論を頂ければと考えております。

私どもの理解として、現在の学説状況としては、集合動産譲渡担保・集合債権譲渡担保について言えば、倒産手続が開始されたからといって、当然固定化が生ずるわけではないというように理解されているのではないかと考えておりますので、そういう方向にしてはどうかと考えております。その上で、今は実行の着手というか、流動性を失った時点が固定化の基準時になるという学説が有力だと理解しておりますけれども、更にそれを具体的に考えていくと、実行の着手、流動性の喪失がいつの時点で生ずると考えるか。

文献などによりますと、債権譲渡担保について言えば、第三債務者に対して、自分たちに払うように請求したり、対抗要件としての通知をすることによって実行に着手するという表現があるのです。しかし、第三債務者も多数いるとなると時点がばらばらになってしまい、どの時点の債権を換価の対象、処分の対象にするのかということが、必ずしも一義的に決まらないという問題があるのではないかと気がいたします。ですから、設定者に対する実行通知が固定化事由と考えられるのであれば、第三債務者に対するアクションよりは、設定者に対する実行通知が画一的でいいのではないかと考えます。

それから20ページの説明の2についてですが、冒頭申し上げたとおり、固定化には2つの意味があり、一応別々にそれぞれの効果が生ずる時点を考える必要がありますが、結論的には一致すべきではないかと考えますので、担保権設定者の処分権限についても、設

定者に対する実行通知が契機となって失われるというように考えてはどうかと考えております。私からは以上です。

○座長 もし、よろしければMさんから。

M法務省M法務省○M 18 ページから 19 ページにかけて、固定化の有無ということで議論がされていますが、学説の分布状況として、私の認識はこのとおりで、Nさんの意見も聞いてみたいですが、18 ページの 27 行目の「従来は」の後から書かれている所から、19 ページの冒頭の「有力であった」までというのは、かなり前に有力だっただけで、現時点でそれほど重視する必要はないのかなという気がいたします。むしろ先ほどご説明があったとおり、実行の着手というのがどの時点かという 22 行目以降の問題、各論に勝負が移っているのかなという気がします。

○座長 どうもすみません。もっと先に重要なお話が。

○M Nさんはどうですか、学説の分布は。

○N いや、学説の分布はそうなので、ただ、一部倒産弁護士の話が私が聞く限り、手続開始時というものはあるのではないかという意見はあるように思いました。つまり、実行着手だと担保権者が、どこで固定化するかというのは選べるわけですね。だから結構、倉庫にいったままってくるのを待って実行着手するとか、そういうこともあるのではないかということを行っている弁護士はいました。

○M この実行着手を基準とする見解というのは、民事再生ではよく分かるのですが、更生のときにはそもそも実行できないので、むしろ脚注の 42 にあるような、開始時の時価の評価が問題となるのだろうという気がします。

○法務省 その点は時間が足りなかったもので、また次回に議論させていただければと思います。

○M 時価評価のときには、先ほど出てきた累積型なのか循環型なのかという問題が、一般的によくされる議論ではないかと思えます。

○N 再生手続でも当然のことながら、実行中止命令が出た場合に実行が着手できないとすると、ずっと固定化しないのかという問題はあるのだろうと思えますね。

○法務省 そこはまた 3 以降でというように思っているのですが、3 以降でまた取り上げたときに、ご議論いただければと思います。

○D 「固定化」という言葉を使うときに、集合動産譲渡担保とか集合債権譲渡担保の目的物が確定して、そのものに対してあたかも特定動産譲渡担保、個別動産譲渡担保が設定されていたのと同様の効果を生じると考えるかどうかで、だいぶ違ってくると思うのです。そのように考えるのが普通だろうと思うのですが、そうだとすると、倒産手続が開始した時点で、全ての担保物が特定動産譲渡担保の対象物になることとなります。そうしますと、管財人や再生債務者がこれを売却しようとするときに、いちいち在庫を売るにも、あるいは債権を回収するにも、担保権者の同意が要するということになりかねないという問題があります。そうだとすると問題が多いので、従前、倒産手続開始時に固定化するとい

う議論があった時代には、結局、それだと更生自体ができないので、担保権者と管財人が和解をして、流動性を再度保たせるということが行われていたのではないかと思うのです。したがって、固定化をさせるということは、実は担保権者に有利な効果をも生じるので、その点は1つ整理が必要だと。

かつ、これは開始決定時に固定化しないということでもいいと私も思っているのです。その理由は、今のような和解を要するとしていたのでは再建がおぼつかないということが1つです。もう1つは、開始決定時点において、実は即時に棚卸しとか対象物の確定とかそういうものを行えるわけではないということになると、どこからどこまでが固定化対象物で、どこから先が固定化されていないで、新たに流動して入ってきたものかということが截然と区別できないわけです。そういったコミングルの問題もあるので、開始決定による当然の固定というのは、現在の実務でも否定されていると思いますが、今後も否定してよるしいのではないかと考えております。

○H ご存じのとおり実務が少し分かれていまして。西の方では固定説がかなり強いので、所属弁護士会からは「固定説を言ってこい」と言われてきました。

まず先にD先生がおっしゃった、固定すると売れなくなってしまうではないかという問題に関しては、20 ページにあるとおり、「固定」と言われるものの中身のうち、設定者の処分権限がこの限度では残っている、という説明があり得ます。正確に言えば再建型倒産手続においては、という意味です。かなり苦しいのですけれども、再建型倒産手続の制度趣旨からしたら、その限度では処分権限がなくなるという説明をして、売っていいということです。もう少し言うと、例えばリース契約についての倒産解除特約は、法の趣旨に反しているという判例があります。固定したら処分権限がなくなるのが普通だけれども、再建型倒産手続の関係では、辛うじて設定者に処分権限が残っているということはあるのだという、かなり苦しいとは思いますが、そういう説明があり得ます。

そういうことで、西の方では固定説が主張されていますが、そこで言う固定説の心は、要するに枠固定なわけです。担保権者が優先的に回収する枠はそこで固定するのだということをお願いがために、「固定」というように言っている。会社更生の場合は、先ほど言われた評価の基準時の問題がありますから、比較的同じような議論がまだしやすいけれども、民事再生のときに別除権で実行できるのに、何が枠固定やと言われたら、非常に難しいわけです。しかし他方で非固定説のときには、別除権者と再生債務者との合意に時間が掛かるのではないかと危惧しています。

結局は担保権者と再生債務者はどこかで妥結して物事が動いている。もちろん、妥結しなければ実行するだけの話で、それはそれで仕方ないのですけれども、紛争解決機能としては、固定説のほうが合意の目安、指針になっていいよねというように、大阪の弁護士は言っています。理論的でなくて申し訳ありません。ここで議論しているのは立法なので、もし固定しないという説を取りつつ、枠固定のような全然別の制度が導入されるのであれば、それで全く構わないと固定説の弁護士は言っていました。ただ、そういうことはなか

なかしんどいでしょうから、取りあえず固定説で頑張っております。

○E H先生にお伺いしたいのですけれども、固定しないとそんなに債務者側で困るのかなというのがよく分からないのです。ただ単に、平時のままの状態が、再建型手続の場合には続くだけなのではないでしょうか。

○H もともと田原先生が最初にこの問題を提起したときに、開始決定後に債務者が努力して製造した製品を、ひたすら担保権者のほうに差し出しているのではないか、それはおかしくないかと。例えば開始決定時に在庫は3,000万円でした、しかしその後4,000万円、5,000万円、6,000万円、7,000万円となったときに、なぜその増えた分が一般債権者の引当財産ではなくて、担保権者の優先弁済権の対象になるのかという根本的問題になるわけですね。その数字がずっと平準化していれば、もちろんそれでいいのでしょうかけれども、数字が平準化しているかどうかは何の保証もないのです。増えた製品にまで及んでいくというのは、一般債権者の分から優先弁済権のほうに回してしまっているのではないかという批判があるので、そこで枠固定をしたいと。ただ、枠固定という概念が民事再生にはないので、しょうがないから固定と主張している。それが固定説の心かなと思います。

○E ただ、流動性があるものとして担保に取り、それで対抗要件を備えていて管財人に対抗できるということなので、そこはもう最初から折り込み済みのはずで、それで再建が難しいとなれば、実行中止命令で対処するということかと思っていたのです。逆に、会社更生の場合は担保権の実行を止められるので、最初の評価の問題に収斂してしまって、その後は別に固定しなくても、むしろ固定しないほうが、従来と同じようにリリースを続けることにつながるのかなと思いました。

○H 今おっしゃっている批判は、固定説に対しておっしゃるとおりの批判なので、そこに対して私が適切な反論を持っているわけではないのです。しかし他方で、なぜ開始決定後に、一般債権者の配当原資なるべきものまで入っていくのかという根本的疑問はあると思うのです。この点は、更生管財人や再生債務者の第三者性では説明できないという話があり、平成19年の判例に関して、開始後には効力が及ばないという考え方については、N先生の「息の根を止められた」という判例評釈で、息の根を止められている状態なので、反論しにくいのですけれども、立法なのでそこは別に息の根を止めない立法があるのではないかと。

○E 私は、動産は累積的に譲渡されているわけではないと思うのです。

○H ごめんなさい。債権譲渡に関する判例評釈の中で、N先生がそういうことを述べられたので、債権譲渡担保に関して固定説は、息の根を止められているのかもしれませんが。その上で、動産担保も同じではないか。第三者性では固定説は説明できないではないかというのが、どちらかと言うと今の学説の多数説だと思うのです。ただ、固定説の気持ちは先ほど述べた利益衡量です。弱いですが。

○座長 そんなことはないですよ。いかがでしょうか。

○A 固定化するかしらないかという、2つの考え方があると思うのですが、しないとした

場合には、H先生がおっしゃったように、開始決定後に債務者が費用を投下して作ったものが、全て担保権者に吸い上げられていってしまうという問題があると思います。この問題については、費用償還で解決しましょうという論文を書いたことがあります。そのような立法も選択肢の1つとして考えていただけたらと思います。

反対に固定化するという立場にたって、開始決定の時点で存在する動産・債権にだけ担保権が及ぶと理解したとしても、倒産時に管財人が処分できなくなってしまうという結論まで、取る必要はないのではないかと考えています。管財人が処分したら、そのお金を分別管理するなりして、そのお金の上に優先権が及ぶというルールにして、どんどん処分を許していけば、比較的通常のルートで処分することができて、担保権者にとっても高い値段での換価が期待できるというメリットがあります。立法論としては、そういうことも考えられると思っています。

○N 先ほどE先生が言われた、実行中止命令で対応すればいいではないかという議論は、要するに目的物がどんどんどんどん増えていって価値が高くなると。しかし中止命令が出ているから、確定者は実行できないと。

○E 集合物について実行中止命令が実際に出ている場合がどういう場合は、必ずしもよく分かってないのですけれども、もし事業の継続において必要があるのであれば、そういうことになるのですね。

○N ええ。ただ別除権協定ができないと、結局はどこかの時点で実行されてしまうので、それが開始の時点よりもかなり増えてしまっているということは、しょうがないのではないかと思います。

○E 結局増えることもあるかもしれませんが、通常の営業の範囲で出すものも止められない状態が続くだけなので、その点では別に固定化しないからといって、従前から把握しているものがすごく増えるわけでもないのではないのでしょうか。つまりその後の倒産手続開始後の事業活動によって、本来一般債権者のためになるものというのは、搬出によって確保できるはずのものではないかと思うのです。

○N でも何か動産弁済で言っていることと必ずしも。搬出というか、売るほうがうまくいかないけれども、入ってくるほうは。

○E どんどん増える。

○N 入ってきて、やはり増えてしまう場合があるのだというようなことを言われる。

○H 特に債権譲渡が一番典型的ですよね。債権譲渡担保に対する中止命令を発令するときは、いわゆる2段階発令をしますが、再生債務者は、裁判所の指導というか、債権の回収金は全部プールしろということになっていますから、合意ができるまでひたすらプールするわけですよね。なので債権譲渡の場合は、恐らく時間が経てば経つほど、確実に残高は増えていく。

○E 私は、債権譲渡の場合、現実の実務がそうなっているとすれば、本当にそれで先ほどから言っているスクリーンショットを取っているという担保に見合った実務になってい

るかに疑問を持ちます。そういうようにせずに、平時にその時々回収金を使い続けるのと同じようにリリースされる状態が続くのであれば、固定化しなくてもいいのではないかと思います。

○H その心は、正に枠固定を目指しているのですよ。

○E 本当はそうなのでしょう。

○H ただ、その枠固定というのが現在、民事再生法ではうまく説明できないものだから、結局、西の倒産弁護士は固定という強い概念を使って言ってしまうている。今、先生がおっしゃったように、スクリーンショットでもそこで数字がフィックスされているという考え方を取るのであれば、何も「固定」などと言う必要は全くないのです。

○E 私はそれに加えて累積型の将来債権譲渡担保が、債権譲渡に関しては現在のままで法令上一応可能で、それに関してはN先生がおっしゃったような。

○E もっとも、私は、それに加えて、債権譲渡に関しては累積型の将来債権譲渡担保が現在の判例法理上一応可能で、それに関してはN先生がおっしゃったような。

○H 息の根を止められている。

○E というような判断があり得るので、それは倒産目的との関係で、公序良俗違反として制限すべきだという議論は私もそのとおりで思っていますし、A先生のおっしゃるような解決法も十分あると思うのですけれども、それはまた別の話で、現在一般に行われているスクリーンショットの債権譲渡担保は、そういうものとは別に解決できるのではないかと思います。

○H 少なくとも今の裁判所の債権譲渡担保に関する中止命令の運用は、回収金をプールするのが基本だと思います。集合動産担保に関しての実行や中止命令はあまり問題にならないので、現実には再生債務者も動産を売っています。担保権者も「お前売るな」というのは、九十九電機のとときにD先生が手続を取った位ではないかと。あとはもうみんな大体穏便にやっている。全うな債権者と全うな担保権者は普通に協議して解決しているので、動産担保に関してそんなにガチガチに争うことはあまりないので回っている。ただ、もちろん法制度なので、ガチガチのときにどうなのか。仮に、先ほどD先生がおっしゃったように、店が閉まっていたからということで増えてはいませんし、別に減ってもいけないのでしようけれども、仮にあれがどんだん製造か購入か何かして増えていったときに、「それでいいのか」と言われると、ちょっと違うのかなと思いますので、何かの形で枠固定をお願いしたいというのが、先ほどの「言ってこい」の中身です。

○D 幾つか申し上げたいことがあったのですが、忘れてしまったので1つだけ。資料では開始決定による固定化ということが書いてあるのですけれども、実は現在は東京地裁もそうであるように、会社更生なら会社更生で申立てをした時点で、包括的禁止命令を打ってしまうか、あるいは担保権実行禁止の保全処分のいずれかを発令してしまって、その時点で担保権の実行は禁止されることが多いわけです。

要するに本来は、申立てから開始決定までに時間があって、その間、会社更生法上の原

則は担保権実行ができるわけです。しかし、包括的禁止命令や担保権実行禁止の保全処分によって、それができないように担保権の力を封じてしまうということになった。そうだとすると、固定化の時期として開始決定の時期でいいのかという問題が恐らくあると思っております。もし、固定化するとしても、開始決定の時期だけでいいのか。

あと、H先生がおっしゃったポイントは、確かに重要です。開始決定後に管財人や再生債務者が一生懸命汗をかいてつくり出す財産の価値を、担保権者にすべて吸収されてしまっていていいのかという問題が、確かに実際にあるわけです。しかし、それは、会社更生で言えば、開始決定時の目的財産の時価によって評価するわけですので、その評価に際して、開始後に発生する財産の価値をどの程度織り込むかという問題として解決すればよい問題であって、固定化をすることによってしか解決できない問題ではないのです。また、民事再生で言えば、民事再生の開始決定で固定化させなくても、E先生がおっしゃったとおり、倒産手続に入った後であっても、通常の営業の範囲で流動性を保ち続けるということは、およそとも想定されていたことで、しかも通常は倒産手続開始後、普通はビジネスはシュリンクするのですよ。

ですので、それが仮に開始決定後に担保権実行するとした場合であっても、開始決定時よりもそれがプラスの状況になるかどうかというのは、実は分からないのです。狙っている場合もあるかもしれませんが、そこが実際に増えるか減るかというのは、神のみぞ知るというところもあるわけです。そういったこともあるので、開始決定時による固定化というのは、必ずしも考えなくてもよろしいのではないかと個人的には思っております。

○座長 ありがとうございます。Hさんからは枠固定という話が出て、Dさんからは、それはまた別の手当になるのではないかという話が出たりしたわけです。今、研究会をやっていますが、最終的に仮に立法につなげるといったときに、どういう性格のものとして書くかというのがあります。例えば、枠固定という概念を入れましょうというのは、多分書きにくいだろうと思います。倒産法の改正そのものの問題になってしまうだろうという気がいたします。仮に民法として入れるのではなく、単行法として作ったとしても、ちょっと難しいのかなという感じがします。それをこの研究会として、どこの範囲で考えるか。もちろんこの研究会の最終的な報告として、倒産法のこの部分を直すべきであるという報告が含まれていたからといって、私は別に全然悪いとは思わないのです。そういうことも踏まえ、今後、もう少し議論をしていければと思います。

○N まとめているときに悪いのですが、この「合意による固定化」というのは、なお残っていて、それがどうなるかというのは、倒産法の解釈に委ねられるというような感じになるのでしょうか。例えば、あらかじめ再生手続開始申立てのときに固定化するというような合意がされていたという、その効力の話ですか。

○法務省 その点についても、次回の資料で考えてみたいと思っております。

○N 分かりました。

○座長 あと、倒産申立解除特約みたいなものだからね。

○N　　そうですけれども、それで規制できるかどうか。

○座長　　そういう問題も多々残ってはいるのですが、18 時までの予定で少し時間が過ぎておりますので、本日はこの辺りにさせていただければと思います。

　　それでは、本日の会議は以上とさせていただきます。本日も熱心なご議論をありがとうございました。