

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第18回)

日時 令和2年9月17日(木)

場所 公益社団法人商事法務研究会会議室

*オンラインにて開催

○座長 それでは、予定時刻になりましたので、第 18 回動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会を始めたいと思います。座長それでは、研究会資料 16 の積み残し分の第 3、担保権者の引渡請求権のうちの私的実行における担保・目的物の自力引揚げのところが残っておりますので、法務省からご説明をお願いします。

○法務省 はい。10 ページの、私的実行における担保目的物の自力引揚げということですので。私的実行をする前提として、引渡請求権があるということ、研究会資料 16 の前のほうでご提案いたしました。その引渡しの実行方法として、更に自力救済的な方法を一定の範囲で認めるかどうかという論点について取り上げたものです。

これは、UCC の第 9 編の中には、一定の要件の下で自力救済と言いますか、担保権者が自力で引き揚げることを認める条項が置かれているようであり、日本法の下でも、一定の範囲でそういうものができるのではないかという議論もあるようではありますが、条文の形にそれをまとめていくときの要件をどのように立てるのかという点でも、難しい問題があるのかと思います。一定の解釈の幅というものはあるかもしれませんが、規定として設けないという形でご提案させていただいております。説明は以上です。

○座長 それでは、ご自由にこの部分についてご議論をお願いいたします。

○A 今のご説明は、解釈論に委ねるというご趣旨と承りました。例えば、譲渡担保権を設定する約定の中で、自力執行を認める条項を入れたという場合に、その効力も解釈問題ということになるということでしょうか。

○法務省 そこも、解釈になってくるのだと思います。今の判例法理の下では自力救済、同意がある場合も自力救済と呼ぶのかという問題が、実はあるのではないかという気がしています。ただ、そういうものも含めて、非常に限定的に考えているというものの中では、特に占有の侵害を伴うような自力救済を認める条項の有効性というのはかなり限定的になるのではないかと考えております。いずれにしても、この提案の下では解釈に委ねられることになるかと考えております。

○A 公序良俗に反するような対応のものは駄目だというのは、多分このコンセンサスのあるところだと思うのです。ボーダーラインはいずれにしても解釈問題であるということですね。どうもありがとうございました。

○B 融資取引において動産の譲渡担保が多く利用されていない理由の 1 つとして、担保権を実行しようと思っても、その担保目的物を担保権者が確保できない点が挙げられています。担保権者が設定者の所に行って担保目的物を確認し、自分が担保権設定を受けた物であることが明確な時は、それを持ち帰ることを認めても良いと思います。設定者が任意に引き渡しを承諾しないので法的手続きをとっているうちに、設定者が処分したという事態は避ける必要があります。自力救済が認められれば、融資取引における動産の譲渡担保の利用促進に少しでもつながると思います。

○座長 B さんからは積極的な意見が出ましたが、他に何かご意見はございますか。例えば所有権留保で自動車があって、それを引き揚げないと駐車場の人に対して不法占拠にな

っているというようなことを、一方で言われながら、他方で持って帰ってはいけないと言われると、どうするのという感じがする人もいるかもしれないですが、要件立てが難しいのです。例えば、所有権留保自動車の回収というのは認められるかもしれないけれども、それについてクリアに要件を書くということはなかなか難しい。

○C 今は、確かにファイナンスリースの場面では自力執行と言わないまでも、「これから取りに行きますから」と言って、実際には目的物を回収するというのは通常行われています。その場合には承諾があるということなのだろうと思うのです。それから、譲渡担保の場合もそうですが、誰の承諾を得ればいいのかという問題がそもそも論としてあります。設定者側のどのような職位の人だったらいいのか、という議論が真剣に行われていた時代もあると理解しています。その辺は難しい問題がやはりありますね。要件立ては難しいのかと思います。

商社の方が昔、使われていた言葉ですが、出保管（でほかん）とって、被担保債権の弁済期が来ると、自動的に使用貸借が成立するのだ、というような、あるいは鍵を開けられるのだ、というような、そういう条項を入れている場合もないわけではありません。そのような条項の効力も、結局、解釈問題と理解しています。今回の自力救済については何も立法しないということだと思しますので、そのあたりを全て解釈に委ねられるということだと理解しました。

○D 結論は同じ意見です。今回引用されている谷口先生の論文や伊藤先生の論文を読ませていただきましたが、谷口先生の論文では、多少の欺罔は許される、引揚げの際に少々騙してもいいのだ、というようなことまで書かれている。それは、論文の時期が昭和 50 年代若しくは昭和 60 年代だからだと思うのです。

平成から令和になって、コンプライアンスと言っている時代に、当時の論文で考えられていたような基準はかなり難しいのではないかと思います。これは、正に立法できないということの意味しているのではないのでしょうか。社会情勢が変われば、解釈はどんどん動いていくというように私は理解していますので、結論としては、規定化できない、ということ間違いなさそうです。

先ほど、C さんがおっしゃったように、誰が引き揚げに同意すればいいのかということだって、実務的には「●●長」というように、「長」の付いている人の印鑑をもらったらそれでいいとよく言われています。本当にそれでいいかどうか分からないのだけれども、いいと信じて、持って帰ってこられるというのが、多分実務では多いのではないかと思います。しかし、これだって、そのように実務的に言われているだけであって、何かのときに判例が出て、それでは駄目だと言われたら、皆がちょっと待ってよということになる。やはり、社会情勢が変われば変わるということだと思しますので、規定しないということしかないだろうと思います。

○C それで思い出したのですけれども、2008 年に三井住友銀行の三上さんが、「ABL と自力救済」という論文を書いておられます。これは、自力救済待望論と言うのか、一定の

範囲で認めたらどうかという論調だったと思います。ですから、平成の時代に入っても、銀行の方もこれは必要だとおっしゃっていた、ということだと思います。

○座長 一定の範囲で認めるべきではないかとか、条項があったときにどうなるかということで、それは誰の了解を取ればいいのかとかいろいろあると思うのです。そういうのは全部解釈論なので、その解釈論を全て許容して、実質的に判断できるように、「平穏な方法で」とだけ書く、という方法も1つあります。Dさんがおっしゃったような解釈論の変容というのは、「平穏」というのが時代によって変わって来得るというように考えるということなのです。

そんな立法をするということになったら、基準が分からないから駄目だと皆が言って、よってたかって潰すということに多分なるのでしょうか。それが正しい態度かどうかはともかく、したがって、今の段階で自力執行をある程度認めるというときに、それだけ評価の幅が広いものの基準を置くというのは多分無理なのではないかという気がします。

これからペーパーを作る段階で、今の皆さんのご見解というのは、解釈論でどこまで認められるかという問題があって、ある程度は認められなければおかしいよねとか、あるいはある程度認めるべきだよ、とおっしゃる方もいるわけなのです。自力救済という言い方をして、自力救済が認められないのが、近代法がどうしたというような感じで駄目なのだという感じで書くのではなくて、これについては認められるべき場合もあるかもしれないけれども、それは要件立てをクリアにするというのは難しいので、約定とか、状況とか、同意というものを考えながら解釈論でやっていくのですよというように、書くというか説明をするというぐらいしか現実的にはないのだろうね。

○E 現実的にそういう書き方しかあり得ないなということには、全く賛成です。しかし、ちょっと気になったことがあります。例えば、売買契約とか、賃貸借契約とかでも、物の引き渡しの問題になる局面というのはあると思います。そして、それについて自力救済してしまうとか、自力救済を許容する合意があるということはあると思うのです。

例えば、売買の目的物を勝手に持っていきますよ、という約束をあらかじめしているとか、不動産の賃貸借契約で、期間が来たら勝手に鍵を変えて、あなたの家の家財一切を外に放り出しますよという約束をしておく、といったことがあるかもしれません。これらの一般的な引渡請求権の自力救済と、この研究会で議論している担保の局面とで何か違うことがあるのか、というのが少し気になっています。

担保だから許容される、少し緩く許容されるということがあるのか、それとも普通の自力救済と同じことなのでしょうか。しかし、そんなことも書きようがないというのはよく理解しております。

○座長 他に何かご意見はありますか。ないようでしたら、本日もたくさんありますので、ひとまずは、否定されるわけではないけれども、クリアな条文とか、ルールで置くのは難しいだろうということで、皆さんのコンセンサスがあると考えたいと思います。

それでは、研究会資料17のほうに移ります。研究会資料17の第1は、同一の動産に複

数の動産譲渡担保権が設定された場合の取扱いということですが、1と2と分かれておりますけれども、1、2について法務省から説明をお願いします。

○法務省 それでは、研究会資料17の第1の1と2についてご説明いたします。第1は合わせて、同一の動産に複数の動産譲渡担保権が設定されたということで、いわゆる先順位と後順位がある場合というように議論されてきた問題のうちから2つ取り上げました。1つ目は、後順位というか劣後する譲渡担保権者が私的実行することができるかどうかという問題で、既読のときからもいろいろ議論してきた問題です。

説明の中にはいろいろ書いているのですが、説明の中の議論自体にあまり自信がないと言いますか、平成18年7月20日の判決が大体引用されて、後順位はできませんねというところで、文献は終わっているものが多いので、あまりその議論はされていないところがあります。ゴシックの部分では、あまり具体的な提案にはなっていません。ゴシックの部分では、あくまでこういう問題について、どのように考えるのかという問題提起をしております。

説明の中には、もう少し踏み込んで考えたことを書いたところもあります。まず出発点として、そもそも後順位というか、その動産に2つの譲渡担保権が設定された場合に、後順位、劣後する側は何を目的とする担保権を取得しているのかというところを、一応の出発点としております。

ここは、これが理論的に唯一なのかどうなのかというのは、十分な自信があるわけではないです。これまでの研究会とか、いろいろな文献の中では、設定者留保権に対してしか残っていないわけだから、設定者留保権に対して、担保が設定されているのだという理解ができるのではないかという議論がありましたので、それを前提にして、いろいろ考えてみたということになります。

設定者留保権が目的とされているのだとすると、その担保権の私的実行ということを考えてみると、最初に、担保目的で取得した設定者留保権それ自体を換価して被担保債権の弁済に充てるということが、観念的には1つ考えられるのではないかと。現実にそのニーズがあるかとか、現実にそれを買ってくれる人がいるかという問題はあるかもしれませんが、それを目的とする担保権の実行として考えた場合に、そういう実行方法が1つ考えられるのではないかと思います。そういう実行方法に関しては、先順位の人利益には基本的には関係がないので、それは否定されないのだろうと考えました。

他方で、今まで後順位担保権者が実行できるかという問題設定の下で議論されていた問題というのは、その設定者留保権を換価するかどうかということではなくて、その前の優先する担保権者が把握しているものも含めて、所有権全体を換価して、それを担保権の優先劣後関係に従って配当していくことができるかどうかという問題であったと思います。それについても検討してみる価値は十分あると思いますので、それについても議論しております。

このときに、そもそも後順位の人が売れるかどうかということなのですが、そもそも出

発点として設定者留保権しか把握していないとすれば、その人が先順位の人把握した価値を換価できるためには、やはり一定の、例えば同意が要るとか、そういうことが必要なのではないかと思えます。また、そのことによって、先順位担保権者が持っている、換価時期であるとか、換価方法に関するそれを選択できる利益も、同意を挟むことによって確保できるのではないかと思いましたので、1つの方法として同意が要るといふようなことがあり得るのではないかと思えます。

もう1つは、同意がなくても先順位担保権者が、あくまでその担保所有権を取得した目的は担保にあると考えると、被担保債権が満足される限りは、別に換価時期であるとか、換価方法を選択できる利益というのは考慮する必要がないと思えます。そうすると、先順位が完全に満足される、先順位担保権の被担保債権が完全に満足されるという要件の下では、同意なくして所有権全体を換価できるというようなルールもあり得るのではないかと思えます。

ただ、そういうルールの下で、先順位担保権者の意に反しても換価できるということになると、配当手続のような手続の中で、換価された代金がちゃんと先順位のもとに確保できるという制度を作り上げることが必要なのではないかと思えます。ただ、これは裁判所を挟まないということになるとなかなか難しい。例えば、先順位の人何かの清算金請求権であるのか、あるいは処分清算される場合の売買代金を差し押さえるということも考えたのですけれども、売却先がまだ確定していない段階で、差し押さえるというのは難しいという問題もあろうかと思えます。その辺の優先弁済権の確保の手段というのがなかなか難しいのではないかと考えています。そういうこともあって、ゴシックの(1)では、先順位の同意が必要なのだというように問題提起をしています。

仮に同意が必要だというルールを設けたとしても、イレギュラーなというか、1つの病理現象として、後順位の人知らないということもあるかもしれませんが、悪意を知らずながら同意を得ないで売却する。所有権全体を売却するということもあり得るかもしれません。こういう場面では、先順位の人気付いた場合に、その履行方法を止めるというように方法を何か設けておく必要があるのではないかと思えます。

ただ、その場合にどういう制度が設けられるのか。もし同意がないまま譲渡された場合には、即時取得がされない限り先順位担保権が存続するというように考えると、存続する限りはあまり先順位の人には不利益を被らないので、とにかく即時取得さえ阻めばいいということであるとすれば、何か特別なルールを設けるというよりは、誰かに、あるいは買い受けようとしている譲受人に対して、私が先順位ですということを教えてあげさえすれば、即時取得は阻めるということになるのかもしれませんが、ただ、もう少しちゃんとした、例えば裁判所の保全みたいな処分禁止の仮処分みたいなものを作るといふ考え方もあり得るかもしれません。そういうものの制度としてどういうものが考えられるかというのを、2つ目の問題点として提起しております。

ただ、仮にこういうものを作ったとしても、私的実行が非常にスピーディに完結するこ

とを考えると、あまりその制度を使っている余地はないかもしれないという問題もあるかと思えます。

3 つ目の問題として、後順位の人が先順位担保権の存在について知らない。しかもその知らないことについて過失がないという状況の下で実行してしまった。それを前提にして清算金を受け取ってしまったという場合に、先順位の人が後から何か言えるのか、あるいは後順位の方は善意無過失だったので、それはそういうものとして実行は完結してしまって、その信頼が保護されるのかという問題もあるかと思えます。

この点については、即時取得とのバランスを考えると、特に帰属清算の場合には即時取得と同様に、現実に占有取得した時点で、なお善意無過失だった場合には、その信頼を保護してもいいのではないかと思います。また、処分清算型の場合には、帰属清算型とのバランス上帰属清算と同様に、後順位の人が善意無過失だった場合には、その信頼が保護されてよいというような制度、これがもしかすると即時取得だけでは説明できないかもしれませんので、新しい制度を作る必要があるのかもしれないかもしれません。いずれにしても、後順位担保権者が善意無過失だった場合に、保護されるような仕組みを作る必要があるのではないかと思います。

最後にゴシックの(4)では、不当利得ということで、先順位が知らないまま、同意なく後順位によって売られてしまって、そしてその先順位の担保権が消滅してしまった場合に、不当利得を誰かに対して言えるのかという問題を提起しております。ここは、即時取得とのバランスを考えると、即時取得が認められるようなケースだと不当利得も難しいのではないかと思います。

例えば処分清算がされたケースで、譲受人は善意無過失で譲り受けたので即時取得したのだけれども、後順位の方は過失があったとか、悪意だったという場合には、後順位の方に対して不法行為もあり得るかもしれませんが、不法行為なり不当利得なり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。説明の中ではそのような記載をしております。

以上が第1の1のところですが、これを、今申し上げたことをまとめたのが参考資料1になります。真ん中辺りに縦の二重線が入っていますけれども、この左側はこういう要件の下でという要件設定をしています。右側に今申し上げたようないろいろな問題についての、今の資料の立場といいますか、今の資料でこういう考え方を採っていますという結論部分について一覧表にしたものです。

研究会資料17に戻って5ページの2です。こちらは、私的実行、複数譲渡担保がある場合、そのうちの1人の譲渡担保権者が私的実行した場合に、他の動産譲渡担保権者がどういった権利行使をすることができるかということに記載したものです。(1)は、先順位の方が私的実行したという場面で、後順位の方が何かできるかということです。ここは、仮登記担保法の第4条第1項などを参考にして、物上代位の方法で差し押さえをするというようなことが、考えられるのではないかと思います。

そのときに、先順位の担保権者が、設定者に対して支払うべき清算金を差し押さえると

ということと、あと、処分清算の場合にはそれだけではなくて、相手方が先順位の担保権者に対して支払う代金を差し押えるというようなことも考えられるのではないかと思います。

これは(1)とは逆に、先順位の人が後順位担保権者による私的実行においてどういう形で権利の行使ができるかということです。これも同じように、物上代位を考えてみたのですけれども、この場合帰属清算の場合には、おそらく先順位のものも含めて差し引きした上で余剰があれば支払うことになると思います。帰属清算の場合には(1)とは違う結論になります。処分清算の場合には、売買代金を差し押さえるということが考えられるというように考えております。私からは以上です。

○座長 結構複雑なところで、いろいろなご意見があろうかと思しますので、ご自由にお願いたします。

○F 基本的には説明していただいたことに賛成です。資料の4ページの下のほう、参考資料としてお配りいただいたもので言うと「？」が付いている所がちょっと気になっています。処分清算の場合に、譲受人に即時取得が成立するかどうか、あるいはむしろ先順位者の担保権がなくなるかどうか、という問題について、現在の説明によれば、「？」が付いてはいるものの、後順位者が善意無過失であるか、あるいは譲受人が善意無過失であるか、どちらかで消滅するような印象を受けました。

私は、一番下の場合は、処分清算における譲受人が善意無過失というのですから、先順位者が担保権を失うこともやむを得ないと思うのです。しかし、処分清算における譲受人が悪意又は有過失であるときは、譲受人が引渡しを受けても即時取得は成立しないはずなので、その場合に後順位者がいくらか気の毒だとは思いますが、後順位者が善意無過失だからと言って、先順位担保が消えることになるのは、先順位担保権者にはちょっと酷ではないかと思います。

この場合どうなるのかというと、先順位担保はなくなるのではないのでしょうか。「それでもいいや」という譲受人が果たしているのかよく分かりませんが、いいやというのであればそれまでのことで、先順位担保権の負担が付いた動産を、譲受人が取得することになるのでしょうか。多くの場合、それでは話が違ふということで、売買が解除されて、動産が元に戻り、後順位担保権者はお金を返さなければならなくなるはずですが、それによって元に戻ることはないのでしょうか。それでもいいのではないかと思います。そこで、先順位担保権が消えることにしてまで、後順位担保権者を守り、先順位担保権者は不当利得返還請求権も失うことには、どういう理由があるのでしょうか。

○法務省 ここは、Fさんがおっしゃったようなお立場はもちろん十分あると思います。ただ、後順位担保権者が善意無過失だった場合に、結局それは対抗要件を備えた対抗力のある先順位担保権があるのだからしょうがないだろうと言われればそうなのです。一旦実行してしまったときに、帰属清算の場合は、今申し上げたように占有取得した時点で善意無過失だったら、それは後順位の人自身の即時取得という形で、自分が上から取れるという信頼が保護されるので、同じ主観的な状態にある場合に、実行方法として帰属清算を

選択したのか、処分清算を選択したのかによってその状況が変わってくるというのは、ちょっとバランスが悪いのかなと思います。そうすると、どちらの清算方式を採ったとしても、同じように自分がこれだけの最先順位だと思った場合に、それを前提とした担保権からの満足が受けられるという状況を確保したほうがいいのではないかと思ったということです。

ただ、冒頭に申し上げたことの繰り返しになりますが、結局知らなかったとはいえ、対抗力のある先順位の担保権者があったので、そのことは実行前だったら文句は言えないわけです。実行したことによって、大きく法的な地位を変える必要はないのではないかなと言われれば、それはそれで1つの立場だろうと思います。

○F バランスが良いか悪いかの問題としては、即時取得の成立について、譲受人が担保権者か第三者かの違いだけであって、譲り受けた人が善意無過失であれば保護されるけれども、悪意有過失であれば保護されないという点では、むしろバランスが取れているように思います。処分清算においては、売買に関し、後順位担保権者は媒介者のようなもので売買当事者ではないので、そこは違いが生じてもおかしくないのではないかと思います。

そういうバランスの論理ではなくて、処分清算というのは、いったんあたかも後順位担保権者が目的物を引き受けて第三者に譲渡すると考えると、あるいは、処分のために後順位担保権者が目的物を支配下に置いたところで、譲渡担保権の即時取得になるのか何かはよく分かりませんが、そこで担保設定当初は占有改定だから即時取得できなかったものが、そこでようやく即時取得されるというような形式論理は、もしかするとあり得るのかなと思います。ただ、結論としては、そうでないほうがいいのではないかと思います。バランスという意味では、そんなに崩れていないように思います。

○G いまのお話しは、第1の1の(3)のルールかと思います。(3)について申し上げたいのは、先ほどの法務省のご発言でも触れられてたように、対抗関係の優先規定をわざわざ置くのに、それと違う結果になるのは問題ではないかという点です。

(3)の保護というのは、後順位担保権者に実行権限を認めるかといったレベルの話とは違って、実質上の優先弁済を与えることを意味することになるのだと思うのです。

そうなってくると、例えば(3)の規定で想定されているのは、後順位が善意無過失ですから、先順位にはおそらく登記がない、占有改定しかないという状況だと思うのです。そのときに、これまで検討してきた優先規定では、登記優先ルールということで、後順位が登記をすれば登記した後順位が優先するが、占有改定のままだと先順位のほうが優先するというような関係だったかと思うのです。結局この保護の結果、それと違う結論になってしまう。このことはあまり妥当ではないのではないかと思うのです。後順位担保権者の信頼を保護する必要があると考えるのなら、むしろ優先ルールの方で、先行する登記のない担保権についての善意といった主観を考慮するルールを検討すべきなのではないかと思います。

要するに、実行方法についてどれを選ぶにしても、優先ルールと一致するような結論に

すべきではないかと個人的には思っています。

○H F さんがおっしゃったのに対し、法務省がお答えになったところについてです。本日の提案の前提は、帰属清算の場合は、現実の占有取得時に、後順位の人が善意無過失であれば、その人たちを優先しましょうというのが大前提になっているわけです。

価値判断的にはそれもあるのかなと思うのです。即時取得という構成を考えた場合に、もともとは譲渡担保権の設定があり、そのときに占有改定で占有を取得している。それでは即時取得は成立しない。その後、実行がされたときに、この実行は形式的ですけども、1つの新たな取引行為と見て、それによって現実の占有という、本来自分は占有を取得しているはずなのだけけれども、別途の占有を取得するというふうに構成し、だからこそ後順位が優先するのだという考え方を採るといっていいのでしょうか。そうだったら、帰属清算の場合は、即時取得が現実の引渡しをもって成り立つということができ、そうだとするならばバランス論として、処分清算の場合も、ワンクッション、自分に現実の占有取得というのをわざわざ噛ませることなく、直接その処分の相手方の所に占有を移転させるという便宜論から、バランスを取ろうというのは分かるのです。

前者の帰属清算の場合には、まず間違いなく一致してこのようになるというような考え方でよろしいのでしょうか。そこは違うという自信は、私にはありませんけれども、本当にそう考えていいのかというのがよく分かりませんでした。

○座長 私もよく分からないのですけれども、参考資料の下から3番目の、先順位担保権者の帰趨のところ、「消滅」と書いてあるのが、どのようなメカニズムによって消滅するのかということなのだろうと思うのです。

自分に帰属させるということによって、新たな一定の処分行為、担保所有権であったのを、完全な所有権にするという行為があって、その行為について即時取得という効果を考えるのならば、善意無過失の判断基準は、もちろん帰属清算を行う時点ということになるわけです。そして、それは、第1順位の譲渡担保権を即時取得しているという効果としては考えないので、次の「消滅？」という所とのバランス問題が生じてこないのです。それがFさんのおっしゃっていることだろうと思うのです。

これに対して、この、「消滅？」という所が、帰属清算の場合とのバランスが必要であると考えた発想は、実は後順位の譲渡担保が設定された時点で、後順位担保権者が善意無過失によって、第1順位の譲渡担保権を取得していて、それが保護されるというように考えるものであり、それゆえに先順位担保権がなくなるというふうに考える。帰属清算による実行というイベントと、第三者に処分するというイベントとは、いずれにせよ確定的な所有権を取得する人を即時取得で保護するという話なのだという事になれば、下から3番目というのは別段消滅しないに決まっているのではないかという話になるのかもしれない。以上のような分析なのかな、と思いながら、FさんやHさんのおっしゃったことをうかがっておりました。他にいかがでしょうか。

○E 座長がおっしゃったことと同じことなのですからけれども、これまでも、譲渡担保権の

即時取得は、民法 192 条をめぐる大きな論点の 1 つでした。今回立法するに当たって、譲渡担保権の即時取得の要件を、これまでどおり判例や解釈論に任せておくのか、それとも登記をした場合も含めて、立法によって解決するのかというのは考える必要があると思いました。

○D 今の件ですが、ここでのご提案は、対抗要件制度について何か一定の前提を置いているのか置いていないのかが分からなくて、質問させてください。登記優先ルールなり、もしかして登記一元化なりの話もあるかもしれませんが、それはどれも前提にしていけないというご提案でしょうか。つまり、現行法と同じく占有改定もあります、登記もありますという場合なのか、いや、占有改定もあるけれども、登記を優先させるという場合なのか。対抗要件制度についてどのパターンを考えておられるのかがはっきりしないと、一体この後順位の人が先順位の存在を善意無過失で知らないというのはどのような局面なのかが多分全然違うのだと思います。そこにどういう前提があるのかないのかを教えてくださいましたらという質問です。

○座長 ありがとうございます。実は、G さんの発言に絡めて、その点も、私も今までの発言の整理を申し上げようと思っていたところでした。G さんがおっしゃったのは、恐らく後順位者の主観を設定時の主観というように捉えたら、設定時に仮に登記優先ルールというのがあったとするならば、先順位者が登記だったら、主観的な態様、有過失になると思いますけれども、登記と登記なら先後になるし、占有改定と登記ならば登記が優先することになり、いずれにせよ、そこにおいて主観は順位には影響してきていないはずなのでですね。

両方とも占有改定によるということになると、2 番目のものが後順位ということになっていますが、このとき、たまたま第 2 順位の人が知らなかった場合、実行の段で突然上にくるといえるようになるのは、それは変なのではないというのが、G さんのおっしゃっていることなのかなという気がしまして、D さんはその点をとらえて、そもそものところを決めないといけないのではないかという話なのだと思いますが、法務省から何かありますか。

○法務省 そこは基本的に何かの前提を置いているわけではないつもりで、誰が優先するのか、誰が劣後するのかというのが、優劣決定ルールによって確定されるので、その確定された後順位の人が実行ができるかどうかという問題提起をしたつもりでした。登記制度なり、優先劣後ルールがどういうルールになるのかということと、ここでの議論は必ずしもリンクしないのかなと思っていました。

確かに、どういう登記制度、優先劣後ルールになるかによって、後順位の人が善意無過失であるというのがどういう場面なのか、想定される場面が違ってくることになるのかもしれませんが、ただ、仮に登記優先ルールの下であったとしても、例えば今の動産譲渡登記のような場面を前提にすると、登記されているからといって後順位の人が必ず有過失だという訳でもないと思っていて、そうだとすると、先行する登記がある場面であっても、そのあとに担保権を得た者が善意で、かつ、無過失であるという場面というのは生じ得る

のではないかと思っていたところです。

○座長 それはそうなのだけれども、実際の善意無過失かという問題よりも、順位は決めるしかないというのがあって、この登記で分かったかとか、この占有改定で分かったかということを見捨て、例えば、両方占有改定があったら、それは分からないでしょと言ったら、それまでなのだけれども、順番で決めるのだよねというように決めるということなのだろうと思うのですね。

もう1つは、一区切りに善意無過失であっても、実はその後悪意、又は有過失になったときにどのようなことになるのかという話で、Hさんがおっしゃったような実行時に即時取得するかどうかを決めるという考え方からすると、ポイントは「実行時」なのですが、先順位譲渡担保権を取得するのだということになると「取得時」になって、これが、いわゆる占有改定と即時取得という問題に関連する肯定説、否定説、我妻折衷説という、そういう対応になってくるわけなのですが、本当はその辺もよく分からないですよ。

○D 今の話とほぼ同じなのだと思いますが、後順位者の実行手続を考えると、一番極端な場合、登記一元化ルールの世界の中では、実行のときに、例えば裁判所には実行の書類を出さなければいけないわけですよ。そこでなおかつ善意無過失という局面は、あえて、もう捨象していい世界だと思います。仮に登記一元化された世界の中では、登記簿謄本を出す世界になってくるはずなので。だから対抗要件制度によって実行時に求められる規範が変わり、実行時の求められる規範が変われば、そこで考えられる善意無過失というのが、ほとんど無視していい世界になるかどうかが変わるのかなと思っているものだから、ここで言われる提案の前提をお伺いした次第です。

もちろん全部現行法と同じで、占有改定が多く使われているという局面だとしたら、確かに一定程度占有改定、本当にサイレントで全然分からない先順位がいたのを、何とかひっくり返さなければいけない局面もあり得ると思いますけれども、ちょっとその局面が大分違うというのが正直な印象です。実は、ここを議論したときに、大分、人によって考えているイメージ自体が違うのです。どういう場合がひっくり返るのか、ひっくり返らないのか、ひっくり返すべきなのか。やはり問題設定というか、局面が分かりにくい議論になっているのは対抗要件制度のところ、みんなが考えているイメージが違うものだから、それであえて質問させていただきました。

○B 担保取引の場面では、担保権者は担保権の設定を受けたときに自分が得られる優先権の内容や取分が確定していることが重要であり、優先権の内容や取分が確定していなければ極めて不安定な担保であって、誰も利用しないと思います。担保権の設定を受けた後に、例えば担保権実行時に予定した回収ができないことになれば担保と言えるのかという問題にもなると思います。やはり担保権設定時に優先する内容を明確に把握できる制度を考えるべきであると思います。その意味においては、登記一元化にしておけば、登記を確認しなかったことが過失になるという方向にも議論が進み易くなり、すっきりするのではないかと思います。

○座長 どうもありがとうございました。しかし、物的編成主義にならないので、完全に分かるかという問題も更に残るかもしれませんが、ほかにいかがでしょうか。

○H 今のところから少し離れてもよろしいでしょうか。後順位担保権者が設定者留保権しか担保に取れなかったことになる。しかし、その担保に取れたものについて、実行を認める必要があるのかということがちょっとよく分かりません。論理的にあり得るというのはよく分かるのですが、実際上の必要性があるのか。それを認めると、ややこしくなるだけではないかということ疑問に思っています。もし、認めるとしたら、今、この資料は先順位、後順位として2人のプレーヤーを考えていると思いますが、事態としては3人、4人と出てくることもありえて、そうすると、その場合は、1番の人は設定者留保権に限られない、ちゃんとした譲渡担保を取っていますけれども、2番目以降の人は、2番目の人は設定者留保権を担保に取っている。3番目の人は、更にその残った設定者留保権を担保に取っている。こういう構造に多分なると思うので、かなり決めも難しくなると思いますが、ですから、そこがどうなのかということが1つ疑問に思いました。

それと、ちょっと違うのですが、関連するのでお聞きしたいというか、考えていただければと思いますが、譲渡担保権が、2番目に出てきた人に即時取得された場合には、恐らく、当初、1番の人は2番に下がるというような、後順位になるという考え方が取られているのだと思うのですね。この場合に設定者留保権は、結局担保目的で取得しているということに構成としてはなるのだと思いますが、結論としては分かるのですが、これ、理屈はどうやたらつくのかなと。その理屈がうまくつくのであれば、結果的に2番に下がった人も、今ご提案されているルールで処理されるのだと思いますが、1番だったのに2番に下がった人もこのルールですということ、本当に問題はないのかなということ、あるいは精査すべきところはないのかなということ疑問に思いました。以上です。

○座長 ありがとうございました。転質のときなんかにも本当は、転質なのか、質物を使って、他人のために質権を設定しているのかが本当によく分からないところがあるのです。それは置いておいて。Iさん、お願いいたします。

○I 後順位動産譲渡担保権者は、設定者留保権しか担保に取っていないにもかかわらず、所有権全体について私的実行をすることができるのかという問題について、意見を申し上げます。この問題については、後順位動産譲渡担保権の対象は、設定者留保権である以上、所有権全体については、私的実行をすることができないということから出発する方向性と、後順位動産譲渡担保権の対象がなにかという観点ではなく、私的実行を適切に機能させるためには、どのような制度を設計するのが望ましいかという観点から検討していく方向性があるような気がします。後者においては、先順位譲渡担保権者の利益等も、もちろん考慮されます。

現在の提案は、前者の方向性をとるものであると考えられます。なぜなら、後順位動産譲渡担保権者が所有権全体について私的実行をするためには、先順位動産譲渡担保権者の処分授権が必要であるとされているからです。

○座長 ありがとうございます。最初におっしゃったことは、恐らくこういうことだと思うのです。設定者留保権を後順位担保権者が担保目的物として取得していたとしても、その設定者留保権の金銭的な価値を実現する手続として、清算金を具体的に発生させるという手続を取る必要があって、その手続のためには先順位譲渡担保権の実行というか、清算金は発生させる手続はとれるのだという、そうしないと、説明がつかないではないのかなと思います。

ただ、先ほど私が転質で言ったのですが、その後順位譲渡担保権を取得する人の意思は何なのだろうというのがやはり気になりますよね。つまり、設定者留保権を担保として取得するという意思であるならば、それはそれでいいのだけれども、先順位譲渡担保権の存在について善意無過失なのに、そんな意思を形成するということはありませんということになります。これに対して、先順位譲渡担保権が存在しないと思って出てくるときには、今度は先順位譲渡担保権というものの存在は知らないわけですから、設定者留保権を担保の目的物として取ろうなんて気持ちもまた起きないですよ。だから、そのような意思の問題と絡めていくと、本当はよく分からなくて、メカニズムとしてそういう感じのものなのだと決めるという感じかなということです。ほかに何かありますでしょうか。

○J 今の I さんのお話についてお聞きします。今の話からすると、先順位担保権者の同意がなかった場合には、先順位担保の負担付きで譲渡がされてくるようになるのですか。

○I 現在の提案では、そのような扱いになるとされています。

○J そうですけども、I さんのご説明からはそういう結論になるのかどうなのか。今の話からすると、同意がなかったら、全ての効力が生じないということになりかねないのかなと思ったのですけれども。

○I 先順位動産譲渡担保権者の処分権がないにもかかわらず、後順位動産譲渡担保権者が所有権全体について私的実行をしたときは、処分権がない部分については、あたかも他人物を処分したかのような状態になるのではないかと思います。

○J 他人の物を勝手に処分したら、処分の効果は生じないですよ。それなのに、一応、設定者留保権限りでは移転の効果みたいなのが生じて、それで、その結果、先順位担保の負担も付いた状態での譲渡みたいなのがされるということになるのかなというのがよく分からなかったのですが。

○I 後順位動産譲渡担保権者は、設定者留保権については、処分権限を有している一方、それを超える部分については、処分権限を有していません。そのため、先順位動産譲渡担保権者の処分権がないにもかかわらず、後順位動産譲渡担保権者が所有権全体について私的実行をしたときは、設定者留保権の処分は、有効であるものの、それを超える部分の処分は、原則として、無効であると整理されているものと考えられます。

○J 分かりました。

私も、座長がおっしゃっていたように、後順位担保権者による実行に多少なりとも効力を認めるというのは、話を複雑にするだけであり、しかも、先順位担保権者を危うくする

ことにもつながりかねない、つまり、即時取得がなければ先順位の担保の負担が残るということになっていきますけれども、即時取得の危険を生ずることになるので、そういう後順位担保目的の実行を正面から認めるべきなのか、疑問に思っていました。

それとの関係で、参考資料1の表の右から2列目の、後順位の不当利得について、これは、後順位担保権の実行によって先順位担保権が消えたときの不当利得の話だと思いますが、ここで、後順位担保権者が善意無過失の場合に後順位者の不当利得の成否がなぜ「×」になるのかが、今一つよく分かりません。これは最初のほうでFさんたちがおっしゃっていたこととも関係するのかもしれませんが、私としては、帰属清算の場合は、それによって自ら完全な所有権を取得することになった後順位担保権者自身が善意無過失なので、後順位担保権者は完全な所有権の即時取得はするかもしれないけれども、あくまでも取得者として保護を受けるだけであって、後順位担保権者としての立場に基づいて先順位担保権者に対して負担する不当利得返還義務まで免れるかどうかはまた別の話であるし、そうすると、処分清算の場合でも帰属清算の場合からの類推で不当利得返還義務を否定できるとは言えないのではないのかなと思っています。

○座長 この「×」「×」「×」というのは、善意無過失によって先順位の担保権を取得していると考えerということなのかなと思いますが、Eさん、お願いします。

○E 私からは2つです。1つは、そもそも後順位担保権者の存在を認めるかどうかについてなのですが、「動産にはほとんど余剰価値はない」というようなお話があったと思います。しかし、例えば第1順位の担保権者が、不動産も担保に取っていて、不動産担保のほうを実行した結果として債権を全額回収できて消えてしまうというようなことがあったときに、後順位の人が順位上昇してくるという期待もあると思うので、後順位について一概に否定するのはどうか、という気もしています。

第2に、譲渡担保の構成を取った上で、設定者留保権については当然に実行の対象となるというルールについては、少し危ういのではないかという感じがしています。資料の中に書いてあったかと思いますが、設定者留保権について帰属清算で実行したときに、後順位担保権者が物目的物の占有を取れるということになると、後順位担保権者が実行したことによって、債務者にとっての重要な財産の占有が後順位担保権者の所にいってしまうということになるので、設備であれ、在庫であれ、債務者の息の根を止めるというか、倒産のトリガーを引くような行為になりかねないと思うのですね。

先順位の担保権者から見ると、自分とは何の取引関係もない、何も契約関係もない人の所に担保目的物の占有が移転してしまうということになるので、先順位にとっても、かなり心配な状態になりそうです。設定者留保権の実行は、理論上は当然認められるということになるのだと思いますが、それによって占有が移転すると、かえって、先順位担保権者の地位を脅かすことになるのかなという気もしました。

○C 譲渡担保権の後順位譲渡担保権の必要性ということについては、先ほどご紹介がありましたけれども、これは間違いなく必要であると私は信じております。これを安定化さ

せるということは極めて重要で、私自身も、例えば、の話ですが、1,000万円の被担保債務を負っている法人について、3,000万円の担保価値の資産がありますという場合に、余剰の2,000万円の価値を何とか活かさないかということで後順位を付けたということもありますし、そのように余剰の担保価値があった場合に、これを活かして何とか生き延びるという手立てを整備し、法的に安定させるということは必要です。

ただ、そのときに設定者がどういう気持ちでやっているか、あるいは担保権者がどういう気持ちでやっているかということですが、動産譲渡担保権というのは確かに理論的には所有権を移転するということが取られているわけですがけれども、実際のところ、抵当権みたいなものだということに思っているのではないかと、すごく雑駁な言い方ですが、そのように私は思っています。

今回、動産譲渡担保を法制化するに当たって、仮にその順位を認めるということをする場合には、譲渡担保の理屈を詰めるということで設定者留保権の処分自体も考えられるかということを考えるよりは、本来は動産抵当、実質的な動産抵当と同様なものをつくるのだというような考え方で進めるほうがずっと分かりやすく、世の中にも受け入れられやすいのではないかと考えております。例えば、1番譲渡担保権が存在します、2番譲渡担保権が存在しますという場合でも、1番譲渡担保権というのは、要するに、1番の被担保債権が消えれば順位が上昇し、2番の人が上に上がるということになるわけですが、そのときのメカニズムの理屈についても、設定者留保権がどのように変わっていくのかということ考えると、かなり複雑な話になってまいります。もちろん抵当権とは異なり、物的編成主義ではないわけです。また、今、動産の重なりは全て同じものに、同様に重なり合っているということを前提に議論していますけれども、実際には1番と2番がずれるということも集合動産等ではあり得るわけです。そのへんは難しい問題はもちろんあるのですが、しかし、根本的に、担保権者がどういう意識かということ、自分が、設定者留保権の上に担保権をつけているなんて思っている人は、おそらく一人もいないと思います。

したがって、2番であれ、3番であれ、それは抵当権と同様の考え方で、目的物全体について2番目の価値を持っているのだ、3番目の価値を持っているのだと、そういう期待でもって、担保の設定を受けているに違いない、普通はそう考えると思いますので、そのような意思に近いようなやり方で、かつ、公示もきちんとする、法人であれば登記していかなければいけないとか、そういう形のルールをつくるほうが、適切なのではないかと思います。また、債権譲渡担保についてどう考えるのかというポイントが、別途の問題としてあると思いますので、それは別の機会があると思いますが、同じような問題があるかと思っております。以上です。

○座長 ありがとうございます。1点だけ伺いたいのですが、後順位の譲渡担保権を設定したときに、後順位譲渡担保権者になる人は、現在の実務上ですが、どのような権限を持っているという認識のもとにそういう取扱いがなされているのですか。例えば、実行も自分でできるとかというような前提なのでしょうか、それとも、先順位がやるときにでき

るという認識なのでしょうか。

○C これは難しい問題ですけれども、例えば先ほどの例で言うと、集合動産であれば、3,000 万円のうち、1,000 万円分の物の価値が取り分けられると、いわば物理的に。そのような場合は、後順位譲渡担保権者は、自ら私的実行はできないという判例はもちろんあるわけですけれども、しかし、1,000 万の部分を取り除いた残りの、2,000 万円の担保価値の部分については、集合動産であればそれを取り分けて、実行できるであろうという期待を持っていると思います。

それに対して、同じ目的物について、3,000 万円の価値を持っている人の 1 つの機械について、1,000 万円の被担保債権を持っている第 1 順位の人がいたという場合に、その余剰の 2,000 万円を獲得しようとする人は、結局のところ自分では私的実行できないであろう。ただ、それを任意売却した場合だとか、あるいは私的整理などにおいて、その目的物の担保価値を何らかのその弁済の対象とするということが起きた場合には、自分は 2,000 万円の配当というか、弁済に与えるはずだというような期待を当然持つわけなので、そのようなことを期待してやるということかと思えますけれども。

○座長 ありがとうございます。これは大変難しい問題で、D さんがおっしゃったような公示、今、C さんは、そもそも全部登記でという話もされていましたが、どのような組み方をするのかという問題とか、どこまでの権利を認めて、それでその処理をしていくのかと。後順位者で私的実行は認めませんというようになれば、また全然作りが変わってきます。いろいろな前提があって、1 回ではなかなか決まらないところだと思いますが、C さんからも先ほど話が出ましたように、集合動産譲渡担保などのときにもこのことが問題になりますので、次に進んでも同じ話が出てくると思います。そこで、次に進みたいと思いますが、D さんから手が挙がっておりますので、D さんのお話を最後に伺ってからにしたいと思います。

○D 第 1 の 2 について確認だけしたいと思います。5、6 ページにかけての部分の所です。また質問で申し訳ないのですが、2 の(1)の前半部分、つまり、先順位担保権による私的実行により設定者が支払を受けるべき清算金に後順位担保権者が差押えする。これは比較的イメージしやすい。それは債務者の先順位担保権者に対する清算金債権を後順位担保権者が差し押さえたいとして、裁判所へ自分が第 2 順位の担保権を有することを証する書面、例えば登記簿謄本をもって、債務者はこの人ですと、差押債権はこういうものですよというようになるので、これはイメージできます。

ところが、その部分の後半の「又は」以下、若しくは(2)の先順位動産譲渡担保権者は後順位動産譲渡担保権者による私的実行により、後順位動産譲渡担保権者が支払を受けるべき代金に対してもその権利を行う、というのが良く分かりません。

例えば(2)の先順位担保権者は、裁判所に何を出せばこの差押えができるのかというのが観念できない。担保権の物上代位かと思いますが、それを証明するものが何もないような状態になってしまっているのではないかと思います。ちょっと抽象的なポイントなのか

もしれませんが、物上代位で差押えするための担保権を証する書面を出せない状態になってしまうのではないかと思うので、そこら辺の何か実行手続にお考えがあれば教えてください。

○座長 聞き漏らしてしまったのですが、1のときはできるのですか。

○D 1の前半、設定者が支払を受けるべき清算金、この部分は担保権を証する書面として第1順位、第2順位というのがあれば、これで担保権の存在は証明できます。他方、「又は」以下のほうは、これは実ほうまくいかないように思います。だから、うまくいかない(1)の後半部分と(2)の場合、このときに一体裁判所に何を出せばいいのかが、実際ちょっと難しいなと思いました。

○座長 法務省から何かお話があればと思いますが。

○法務省 私が十分Dさんの問題意識が理解できないのですが、(1)の前半と後半で違うというのはどういう理由なのでしょう。私も十分にこの辺の実務をよく分かっているわけではないので、非常に初歩的な質問で大変恐縮ですけれども。

○D 物上代位の手続では、その債務者に対して担保権を持っていることをまずは証明しなければいけなくて、他方、被差押債権については、動産売買先取特権の物上代位で言う同一性の証明が要るけれども、それ以上のものは要らない。被差押債権の存在そのものの証明は不要とされている。だから、(1)の前半部分であれば、例えば譲渡登記があれば、その債務者が持っている動産に対して担保権を持っていることは証明されているので、その変形物である債務者の清算金債権に対する物上代位の差押えは登記簿謄本で申し立てできる。

ところが、「又は」以下の文章だと、先順位担保権者が支払いを受けるべき代金なので、先順位担保権者を差押えの執行債務者にしなければいけないですけれども、そういう証明文書はどこにも後順位担保権者は持っていませんよね。Aが担保設定者、Bが第1譲渡担保権者、Cが第2譲渡担保権者で、BがDに処分清算したのでBがDからお金を受けとるとすると、BのDに対する債権をCが差押えしなければいけないのだけれども、Bを執行債務者とすることができる担保権の存在を証する文書をCは持っていませんということになってしまう。

○座長 実態的には、観念的な配当手続というのを考えて、先順位譲渡担保権者は自分の被担保債権を回収した後のお金は、後順位担保権者に交付しなければならないというルールを陰で考えて、その実現のために差押えをするということなのかなと思います。実際としてこういう差押手続というのは回るのかという問題は、今の話では全然解決はしていないかもしれませんね。

○法務省 そうですね。確かに、具体的にどういう書面を誰に出すのか、どう書くのかということまで考えていたわけではありませんでしたので、そこはまた考えたいと思います。売主は先順位の担保権者ですが、ここも何を目的とする担保権があるのかということところとも、また関わってくるのかもしれませんが、その担保の目的物である動産が譲渡さ

れた代金に変わったということなので、物上代位できるのではないかと考えていたのですが、手続についてはまた考えたいと思います。

○J 物上代位は基本的に設定者の責任財産の範囲内でするもので、清算金債権のほうは設定者が支払いを受けるべきものなので、設定者の責任財産だと思いますけれども、先順位動産譲渡担保権者が買主に対して持っている代金債権は、設定者の責任財産ではないと思います。だから、担保権者の買主に対する代金債権が物上代位の手続に乗らないのは、その辺りに原因があるのではないかと考えました。

(2)に関しては、しかしそれでも先順位担保権者には何か認めてあげたいと思ったのですが、それは多分、先順位担保権者が後順位担保権者に対して不当利得返還請求権を持っているとか、そういう前提があるためであって、従って、物上代位とは違うメカニズムで、何か支払請求を認めたほうがいいのではないかと考えています。

○法務省 先順位が取るべきところまで差し押さえられるように見えるのが、ちょっと押さえすぎだということでしょうか。

○座長 いやいや、そういうことでJさんがおっしゃったのではないと思いますが、先ほど私が言ったように、観念的には先順位担保権者の残りの部分を後順位担保権者に払わなければいけないのだと考えて、やはり後順位担保権者に対する債務者であると考えられるうね。

2番目の(2)については、不当利得があるからとおっしゃったのだけれども、不当利得があるからというときにも本当は2つ問題があり、不当利得があるのならば、別にいつまでたっても不当利得の返還請求権があるのではないかという感じもしないではなくて、その代金の渡す前に差押えなどをしなくても、不当利得返還請求権はあるのではないのかという考え方はできるかもしれないね。今、まだ皆さんの不満が多々残っているというのは、お顔を見ているだけでも分かります。ですが、集合のところについても話ができますから、ここで一旦休憩とし、休憩後に集合のところへお話を進めましょう。

(休憩)

○座長 では、第2の所の説明を伺って、それから第1も含めてということになりますが、実行と後順位者との関係みたいな話をしていきたいと思いますので、よろしくお願ひします。

○法務省 第2につきましては、いわゆる集合動産を目的とする実行について、1と2.8、ちょっと間に合いませんでしたので、またどこかで機会を設けたいと思いますが、1番は、いわゆる集合動産のときの私的実行をどういうふうにしていくのかという問題です。前の資料16になりますが、特定動産の場合には特に実行通知みたいなものなしで帰属させたり、第三者に譲渡したりという形で実行するとしたのですが、集合動産については(1)で実行通知というものをする。その実行通知をすると、(2)になりますが、その後に入って来た新規の加入物については、その回の実行の対象にはなりませんということにしています。それから、(3)で、この実行通知が到達した時点以降は既存の構成部分について処分

権を失うという形にしています。

説明の所ですが、そもそも、いわゆる固定化という概念については、必要性があるのかどうかということも含めていろいろ議論になっていますが、要らないという見解もあるようです。ただ、もともと固定化という概念が必要だとされていたのは、実行の対象と言いますか、何を引き渡せ、何が所有権が確定的に帰属するのかという、その範囲を確定するためには流動的なままでは引渡しも帰属の対象も分からないので、それを確定する必要があるということだったのだらうと理解しています。そうだとすると、そういう意味での固定化、つまり実行の対象となる動産の範囲を確定することは、どういうふうにか考える、集合物論を取るかどうかにかかわらず、必要になってくるのではないかと思ひまして、そのために、どの時点での集合物を実行の対象にするか。その基準時的なものを確定する必要があるのではないかと思ひました。それで、特定物とは異なって実行通知が必要だとしたものです。

今までの固定化の議論というのは、どちらかという実体法上の担保権の範囲が、その後及ばなくなるのかどうかということとリンクさせて、議論されてきたのではないかと思ひますが、先ほど申し上げた固定化概念の必要性というところから見れば、結局、実行において何が売られるのか。何が帰属の対象になるのかということさえ決めておけば、先ほどの問題点については、一応、クリアできるのではないかと思ひました。今回のゴシック部分は、そういう意味で実体法上の担保権の範囲とは少し切り離す形で、手続的にその実行行為という単位の付け方がいいのかどうか分かりませんが、その実行において、その対象になるのが何かということを確認するための枠組みとして固定化というか、実行通知というものを位置付けているところが少し違っているのかなと思ひています。

実体法上の担保の範囲と切り離してしまうとすると、1回、実行通知をして、その時点での集合物を売ったけれども、その後、また倉庫に物が溜まってきた段階で、また実行することができるのかどうかという問題は、実体法の問題として再度考えないといけないこととなります。そのことについて今回の資料では取り上げていないのですが、またどこかの機会に議論させていただければと思ひています。

それから、9ページの2の一部実行の可否というのは、今の問題とも関わってくると思ひますけれども、さらにある時点での集合物のうちの、例えば倉庫が1～3までである場合に、倉庫1だけを実行することができるのかという問題を取り上げようと思ひていました。この部分は資料の作成が間に合いませんでしたので、また次回以降、どこかの機会に議論させていただければと思ひています。私からは以上です。

○座長 どうもありがとうございました。では、ご自由にご議論いただければと思ひます。Jさん、お願いします。

○J この資料の2の話ですが、実行の対象となる動産の範囲を確定しなければならないというのは、おっしゃるとおりだと思ひます。そういう観点から考えたときに、資料の7ページの10行目以降で、「具体的な実行のプロセスにおいては、実行の対象となる動産

の範囲が確定していなければ、それを帰属させる意思表示をしたり第三者に譲渡したりすることはできないし、前に引渡請求をすることもできないから、実行の対象となる動産の確定は実行のプロセスの初期の段階である必要がある」と書かれています。そうすると実行通知で対象を確定して、その後の帰属清算の意思表示や処分清算までにはタイムラグがある、ことになると思います。そのタイムラグがある間に新規加入物が保管場所に入っても、それには効力が及ばないということだと思いますが、シリアルナンバーなどで新規加入物がどれか特定できれば、さほど問題にならないかもしれないですが、そうでない動産も結構あり得るような気がします。そうすると混和が生ずることになったりしてしまうので、それいいのだろうかという疑問があります。このような面倒な問題が生ずるのであれば、実行の対象となる動産の範囲を確定するのは、例えば帰属清算の意思表示だったり、処分清算であったりとか、あるいは、そのための目的物の引渡請求とか、そういうものになるべく接着させたほうがよくて、初期の段階ではしないほうがいいのではないかと思いますのですが、いかがでしょうか。

○法務省 確かに実務的に対応できるかどうかという問題はあるかもしれないので、実務家の先生方にご教示いただければと思います。どんどん新規加入物は入って来るし、一方で処分権も制約されないとすると、支払時に幾ら払えばいいのかというのが、なかなか算出しにくいのではないかと考えております。引渡しも、あり得る考え方としては、例えば執行官がいたときとか、あるいは任意で引き渡されるのだったら、その引き渡された時点であった物とするのが一番分かりやすいと思います。引渡しが先行する場合には、その後いろいろな評価すればいいので、それでもできるのかもしれませんが、そこは実務的な観点からご教示いただければと思います。

○C J さんのお話のポイントは、担保権実行通知による固定化ということにした場合、実行通知の時点で存在していた物と、実際に引渡しを受けられる時点ですね、担保権者が引渡しを受けられる時点で受けられる目的物とが、その間にタイムラグがあるために違ってきてしまわないかというポイントでしたか。違いますか。

○J そうです。新規加入物というものがあるのだとして、その新規加入物には実行の効力が及ばないのだとすると、そういうことになると思います。

○C そういうことですね。そうすると、すごく極端な話をすれば、執行不能のおそれすら出てくるというか、執行不能というのは、要するに目的物の範囲の確定ができない。混在してしまって、コミングルしてしまって、という問題が起きてしまう。こうしたことも含んだ問題であろうと思いますが、実務的にどうしたらいいかという点で言えば、私が集合動産譲渡担保の実行をしたときは、担保権実行通知の時点と、仮処分での保全執行の時点と同時にしたのです。すなわち、執行官が現地に行く時点と、担保権実行通知をした時刻ぐらいまで合わせたと思いますが、それを同一の時刻にして、したがってタイムラグが生じるのを防いだということになります。

ですから、実務上、どうやって工夫ができるかという問題でいえば、担保権実行通知の

時点と仮処分執行の時点を同時にするとか、そういうやり方もあり得ると。このときに、被保全債権がいつ発生しているのかという問題は実際のところあるわけですが、そのような形であっても仮処分の発令を受けて執行することはできたということです。

○座長 Jさんのお話は、本当は今一步分からなかったのですが、Cさんがおっしゃったことはよく分かるのです。実行通知でなく引渡請求という方法を取ってみても、執行官が仮処分をしない限りにおいては、事実として内容が変動するかもしれない。そうすると、問題は実行通知と引渡請求とを分けるところに存在しているのではなく、結局、仮処分を使ってもうまくやらないと駄目だということになるのかなという気がしたのですが、違うのですか。

○J 確かに、どんなやり方でやっても、実際、引渡しを受けるまでは混和現象みたいなものが生じてしまう可能性はあるかもしれないですが、なるべくそれを抑えるような形で、対象を特定したほうがいいのではないのでしょうか。実行の対象範囲は実行通知によって特定するとした上で、いろいろ実務的な工夫によってその実行通知を遅らせる方法はあるようですが、もし可能であれば、最初から範囲確定の時点をうまく設定できないだろうか、と思いました。

○座長 だけど、実体的な裁判手続ではない引渡請求というものがあるとすると、それによって、その後の入れ替わりみたいなものを事実として止めることはできないわけです。その倉庫には物が入って来るかもしれないというのは止められないわけです。したがって、引渡請求をする時点を実行通知時点にしたからといって、問題は解決しないのではないか。

○J そうです。完全に問題を解決するためには、引渡しを受けた時点で実際に引渡しを受けた物が対象動産になる、としなければなりません。

○座長 でも今度は、そうすると不特定の形で引渡請求が裁判所はできるかという問題になるでしょう。

○J 裁判手続を使うのだったら、そういう問題が生じます。

○座長 そうすると、結論としてはCさんがおっしゃったように、事実としてそこで入れ替わりで止まるような仮処分を使わないと、解決しようがないのではないか。そんなことにはないのかな。Cさん、どうぞ。

○C 今回、もし引渡命令とか、あるいは競売という制度が集合動産譲渡担保に導入されることになった場合には、執行官が現地で引渡しの執行に着手したときとか、あるいは差し押えた時点においても、担保権実行通知と同様に、例えば「固定化」が生じると思います。そのような引渡命令や競売の申立ての時点では、言わば模索的と言うのでしょうか、漠とした状態で申立てをするわけですが、実際には執行官が現場に赴いて、そういった行動を取れば目的物は確定することになるのだから、そのような申立てであっても、適法として承認するという事は考えられるのではないかと思います。

○座長 手続をうまく組まないと、実体的な権利の問題と実際の執行の問題と、あるいは本当に執行は必ず裁判所の手続を使うのかといったら、そうでもないかもしれませんので、

そこら辺をどうするかというのは、うまく作らないと難しいと思います。ほかに何かございますか。Dさん、お願いします。

○D この問題は、もちろん現行法でもあって、執行不能になるのが怖いので、結局、実行通知は送るタイミングを見ているというのが実務だと思います。債務者がひっくり返って誰もいない状態になっていれば、新たな動産が入って来ないのでしょうけれども、実際に生きているというか、入って来るかもしれないと思えば実行通知は最後まで出さない。先ほどCさんがおっしゃったように、執行官が行くときに合わせて同時に実行通知を渡すというのが現行法の実務だと思います。ただ、そうなってくると逆に、この実行通知にほとんど意味はないというか、常に一緒になってしまうわけです。債権者側からすると怖いので実行通知はずっと置いておいて、執行官が行ったときに渡す。そういう極めて形式的なものになってしまう。もちろん、理論的にはこういう基準時を定めるためのものとして観念するのは分かります。先ほど法務省が最初におっしゃったとおり、実体法上の問題でなく、当該手続における範囲を確定するためのものとして実行通知は要るのだと思います。それは理論的で非常によく分かるのですが、実務的には何かイベントが起きたとき、一緒にペラッと1枚付いてくるだけ、そういうふうになってしまうのが実態かなと思います。ただ、それを先ほどCさんがおっしゃったとおり、執行官の差押えの中に実行が含まれるとか、何かそういう概念を立てるためのものとして観念することはあり得る。そんな感じに思いました。

あと、実行通知という表現は非常に不正確だと思います。実行前の引渡命令を考えると、実行前の引渡命令に着手するときに実行通知が要するというのは、言葉上合わないので、実行範囲確定のための通知みたいな言葉にして、実行通知という言葉はできれば使っていないでいいと思います。別のところで議論したときに実行概念がごちゃごちゃとなってしまうので、実行範囲確定通知のような言葉を考えていただけたらと思います。

その上で、それは実は差押えとか何かそういうものの中に包含されているようなイメージです。どうしても裁判手続を中心に弁護士は考えてしまうものですから、そういうものに包含させるということになって、実務上は別に送ることが非常に少ないという感覚があります。

○座長 実際上、別に送るかという問題と、引渡命令を出してもらうにせよ、引渡請求をするにせよ何にせよ、実体的に確定していないとできないかという問題が、多分あって、事実としては執行官が行くと同時に請求するんだよと言おうがどうしても、多分、実体法上は必要なのではないかという気がします。

もう1つ、今、名前の問題が出たのですが、これはなかなか難しいところです。恐らく固定化のための通知と言うと、固定化は不要ではないかという意見が出て、固定化という言葉自体が手垢にまみれたというか、既に一定の意味を持ってしまっているので、それは不要ではないかという話が出てくるのではないかと思いますので、そこを分かりやすく、しかし、あまり批判がないような的確な言葉を見つけなければいけないかもしれませんね。

通知の問題については、Jさん、Cさん、Dさんからお話がありましたが、実はそんなに皆さん、意見が対立しているというよりは、どういうふうにしたら一番うまく、この物について引渡しができるかということ、みんなで考えていたということだろうと思いますが、第2の所はもう1つ大きな問題があって、今、ここにある動産について実行通知でも何でもいいですが、やって持って行く。第三者に売るでもいいですが、そうするとまた第1倉庫に更に動産が入って来た。そしたら、またそれを売ることができるという形で作られていて、そういうふうな契約にしまえばそうなのかもしれないという気は一方ではながら、他方で、何回も使えていいのかというイメージ論みたいなものもあると思います。この辺りはいかかでしょうか。Fさん、お願いします。

○F 正にそこが気になっているのですが、今回は実行手続についての資料なので、そういった部分についてはオープンにしたということかもしれませんが、資料17の7ページの20行目以下を見ると、実行通知の後に入って来たものに担保権が及ぶかどうかは、実行の対象とするかどうかとは区別できるのではないかと、別問題だとした上で、担保権の効力自体に関して24行目にあるように、「累積的な動産譲渡担保権の設定が可能であるとするのであれば」と書いてありますが、そういう立場に仮に立つとすると、何度でも実行できることとなります。今回の実行対象はここで決まりました。でも、その後、事業が仮に続くことがあるとすると、そこでまた入って来た動産について、2回目の実行ができることとなります。そのように、1回実行した後、通常の営業の範囲内で、また元どおり新しく入った物を搬出することもできる。そういうことができるかどうかを全部解釈に委ねるとするのは、ちょっと危険な気がします。それを認めるというのであれば、そのベースには、累積的な将来動産の譲渡あるいは譲渡担保の設定ができるという法理がなければいけないように思いますが、将来債権の譲渡のような条文も判例法理もない中で、それを解釈だけに委ねるとするのは、ちょっと曖昧過ぎるように思います。

仮に、それをできるという方向で整理するのだとすると、それって相当すごいことになり得ます。平場であれば、それでも倒産しないでやっていける程度の限られた範囲の集合動産について実行するだけだから、もしかするといいのかもしれませんがけれども、倒産手続のときには、担保権がどういうふうに及ぶのか、例えば別除権が手続開始後の搬入分に及ぶのか及ばないのかという辺りは、十分に議論しなければいけないし、私としては相当制約的に考えないといけないように思います。

これに関連して、もう1つ、9ページの競売手続による実行についてもお伺いしたいのです。6ページ、7ページの議論は私的実行の議論だと思いますけれども、9ページに挙げられている競売手続による実行は民事執行法上の実行です。どちらにおいても考えられているのは、先ほどから議論があるように、いきなり匕首を突き付けて、そこから先に搬入した分には及ばないけれども、ここにある分については、固定化というか対象を特定して処分し、事業の過程で回っているはずの在庫等の動産の動きを止めると、それも突然止めるということだけが想定されているのですが、それは債務者にとって息の根を止められ

るようなところがあります。果たしてどこまで実現可能かについてまだ考えがまとまっていないのですが、民事執行法上、不動産収益執行みたいな手続を設けることは考えられないのかなと思うのです。それは、先ほどの累積的な動産譲渡担保を何度も実行するというのと違って、確かに担保権の効力がずっと累積的に及ぶのですが、あくまでも事業運営コストとか仕入れに必要な金額をきちんと控除した上での売上げの上澄み部分だけを収益的に、そして個別動産そのものには手を付けず、ずっと継続的に代金の上澄み部分に物上代位していくようなタイプの執行が、法律上の手続としてできないのかと思いました。

実現可能性がどれくらいあるのかはよく分かりませんが、今みたいな議論をしていると、どうしても事業用資産に対する担保の実行が設定者の事業にとって致命的な効果をもたらすことしか想像できなくなってきた、こういう実行しかないと感じた次第です。もちろん、実際には、別除権協定なり何なりで折合いをつけていくのだと思いますが、法律が用意する手続として、もうちょっと共存共栄的な実行手続を考えられないのかなと思いました。

○座長 どうもありがとうございました。さきほどの回帰的に何回も実行ができるかという問題は、実行できてはいけないのではないかという気が私もするのですが、それと集合物の捉え方との関係が問題です。

例えばここに倉庫があって、そこに物がだんだん入って来るといったときに、今、4つのものが入っているとします。この状態にあるときに集合動産譲渡担保が実行されて、それで終わりましたと言うためには、この4つが格上げされて、集合動産譲渡担保が、この4つの担保ですということに変わるという発想なのだと思います。それというのは、私から言わせると集合物だけが担保の目的物であり、個々の動産は、最初は集合物の構成要素にしかすぎなくて、別段これ自体は担保の目的物になっていない。固定化があったことによって担保の目的物になって、それで当該集合物というものが流動状態から固定状態に変わっていくのだと、こういう発想なのです。

それに対して、私以外のほとんどの見解と言うべきだと思うし、判例法理も構成要素として云々といういろいろ書いてあるので、よく分からないところがあるのですが、今、4つが倉庫に存在していたら、確かに集合物という概念はあるのですが、それは、この倉庫という範囲に入って来たものが譲渡担保の目的になっていますよというだけであって、4つの物が譲渡担保の目的物であるという発想なのだと思います。そうすると、この4つが実行されても、この倉庫内という範囲に入って来たものは譲渡担保の目的になりますよという契約は、まだそのまま残っているので、またここで新たに3つ入って来ることにより、これがまた譲渡担保の目的物になって、それは実行できるし、また入って来たものについては譲渡担保の目的になって実行できますということになる。最近よく使われる言葉で言えば、感染してしまうのですね。そういうものとして考える発想なのだと思います。

私の見解を取れと、ここで言うつもりはさらさらないので、4つ入っているときには4つが譲渡担保の目的になっているということを認めつつ、しかし、この4つについて

実行してしまったらば、どんな契約をしても、もはや回帰的な話はできませんと言うためには、よほど政策的な判断としてそういうものですよと言わないと、多分難しいのではないかと思います。

今日、法務省のつくられたレポートというのは、そういう政策的な判断をしないということになると、自然に入って来た物が譲渡担保の目的物になる、自動的にになっていく状態というのは変化がないのであり、個々に譲渡担保の目的物になったものについて譲渡担保を実行しても、そのメカニズム自体には変化がないのだから、またできるよねという話なのだろうと思うのです。それを契約ですればそれは仕方がないと考えるのか。それとも、少なくとも政策の問題としてそれを駄目だとするのかということについて、Fさんの後半の問題は大胆かつ面白いので別の問題かなという気もしますから、前半の回帰的なところについてご意見を伺っておきたいと思います。Fさん、お願いします。

○F 前半の問題については、平場で、すなわち倒産していない状態で、いろいろな事業で会社がちゃんと回っているときに、そのうちの一部の事業における在庫担保の実行ということだとすると、もしかすると現在の法務省ご提案の法理によれば、繰り返し実行できるという考え方は成り立ち得るといえるか、むしろそちらが自然なのかなと思います。そうでなくて実行は1回切りというルールを別途作れば、それは1回切りということになるとは思います。そうでなければ繰り返しの実行はあり得るわけです。

そこでどちらがいいのかというのは、何度も実行するニーズが本当にあるのかを含めて、実行しやすさ、利用しやすさで決めればいいぐらいの話かなと思っているのです。それに対し、何と言っても倒産したときについては、累積的に及ぶまま放っておくことはできないはずで、累積的な集合動産譲渡担保について対抗要件まで備えられることのインプリケーションとして、倒産後にも繰り返し実行できる、あるいは担保権がずっと及び続けることを集合動産全体について認めてしまうのは行き過ぎだろうと思います。この手の担保において一定の範囲で搬出が許される一方で、その搬出した物を売ったお金でまた仕入れがなされ、担保価値が維持されることをベースに担保評価をしているはずなのに、それについて、実行が開始された後もずっと担保権が及び続けることを倒産手続においても認めるとすると、一般債権者が害される気がするので、その意味では何らかの制約を課す必要があって、そのための1つのアイデアとしてカーブアウトみたいな議論があるかなと思います。そのカーブアウトみたいな議論は、先ほど申し上げた収益執行みたいな発想にもつながるかなと思って後半の話になりましたが、前半についてはそういうふうに考えて、倒産手続における問題がすごく大きいと思います。

○E 私としてはFさんの問題意識を共有していることもあって、倒産時には固定化というか、開始決定時に存在したものについてしか別除権を行使できないと考えます。他方、倒産手続開始前は繰り返し実行することができるという制度にするべきではないかと考えています。

理論的な説明をうまくできないのですが、まだ倒産していない段階であれば、新たに担

保権を設定することもできるわけですから、それと同じように繰り返し実行することが認められてもいいのではないかと考えます。他方、倒産手続に入ってから、その後を取得したものを担保権者の担保の対象とするというのは、一般債権者からの利益の移転と捉えられるのではないのでしょうか。

そして、さらに実質的な議論になるのですが、もし倒産手続開始後の財産に対して担保権が及ばないというルールを採用したとすると、おそらく累積的な融資をしようと思う人はいないはずなのです。倒産の時点で範囲が確定してしまうのだから、いつの時点で倒産してもいいように、その時点の担保目的物でカバーできる額だけ貸しておこうということになると思うので、累積的な融資は期待できないのではないのでしょうか。では、繰り返し実行というのはどういうときに起こるかという、例えば担保権者としては在庫に 1,000 万円の価値があると信じて 1,000 万円貸していたけれども、1 回実行してみたら、たまたまそのとき在庫が少なく 900 万円分しかありませんでしたというときに、10 日後にまた在庫が入って来るのだったらもう 1 回実行しようかみたいな形で、一種の絞り取りというか、債権額に満つるまで回収するというような形で使われるのではないかと考えています。

○座長 ありがとうございます。よく集合物論の議論をしたとき、伝統的には否認とか詐害行為取消しのときに関係してくるという話がありましたけれども、それというのは何回やろうが、1 回目の設定のときに全てのものというか、譲渡担保の設定はずっと前のものだと考えて、それは構わないということですかね。

○E 否認との関係は一番触れられたくないなと思っていたところです。債権者平等の判断基準時を一定の時点、すなわち、債務超過の時点とか支払不能の時点と捉えて、それ以降は否認の対象となると考えるとすると、基準時の時点で担保の目的となっていたものについての実行は否認の対象とならないけれども、それ以降の担保目的物についての実行は否認の対象とするというのが、筋が通っているかもしれませんが、ものすごく煩雑なルールになりそうです。

○J 今、論じられていることの実質論はよく分かりますけれども、それを「累積的な動産譲渡担保権の設定が可能かどうか」という形で論じるべきなのではないのでしょうか。そういう実行ができるかどうかというよりは、1 回、例えば在庫について担保権実行がされた後で、さらに債務者がそこに物を搬入すべきなのかどうか。新規加入物を加入させるべきなのかという問題のような気がします。倒産手続が始まると、例えば再生債務者や破産管財人などがどういう義務を負うか。担保権実行までは、担保権設定契約に基づいて補充義務を負っていたかもしれないけれども、担保権実行後までその補充義務がなお生きるのか。それとも、他の債権者との平等の観点から、その補充義務はもう負っていないと考えて、以後はそこを補充しないようにすべきなのか。そういう形での議論も可能なので、累積的な動産譲渡担保権の設定ができるかどうか、累積的な実行ができるかどうかという形だけで、その問題を論じなくてもいいのかなと思います。

○座長 補充義務がなくなると書くためには、最初に補充義務があると書くことが前提になるのです。

○J そうですね。その補充義務があるかどうかと書くかどうかは問題だということも理解しています。

○B F さんのご意見に賛成です。ただし、実務的な観点から言わせていただくと、例えば継続的に毎月 25 日に在庫が搬入される取引をしているケースで、法的整理の申立てが在庫が一番少ない 20 日に行われた場合、担保権者は 25 日に在庫が搬入されるということを目指していますから、そのような期待を何らかの形で保護する必要があるのではないかと思います。相殺の場面では、差押え後に取得した受働債権であっても、差押え前に原因があれば相殺禁止に該当しないとされています。債権者が期待していた搬入在庫については、法的整理申立後であっても優先権を認める制度にしておく必要があるように思います。

○F 先ほどの J さんのお話との関係ですが、累積的な譲渡が可能、あるいは累積的な譲渡担保設定が可能かどうかという問題と結び付けることは、必須ではないのかもしれませんが。ただ、補充義務があるのか、どこかのタイミングでなくなるのかという議論の前提として、担保権がそのときどきの動産だけをつかまえているのではなく、向こう何年間かにかわってと表現するかどうかはともかく、まだ入って来ていないものも含めて累積的につかまえているという実体的な効力がベースにあると言ったほうが、どちらかというところ補充義務の説明がしやすいだろうし、それがなくなるというのは、それ以降に搬入される動産には担保の効力が及ばないと言ったほうが説明しやすい。

逆に言うと、累積的な担保が設定できるということは、1 回実行した後も、元と同じような世界が続くということに結び付きやすいのではないかと思います。つまり、一定の搬入義務・補充義務があるとともに、一定の搬出が通常の営業の範囲で認められるという状況がその後もずっと続くというのは、累積的に譲渡できるというのがベースにあったほうが説明しやすいのではないかと思います。

それとは異なり、単発で、今ある集合物を、今譲渡して対抗要件を備えるという法理に親和的なのは、それを 1 回、固定化と呼ぶかどうかは別として、実行したところで勝負は終わりと言うほうが、結び付きやすいのかなと思ったのです。それとは別に考えるとすると、どういう理由に基づいて搬入が義務付けられなくなるのかが分からなかったということです。

B さんがおっしゃったことについて一言申し上げると、そういう意味では、1 回勝負をかけたときにたまたま在庫が少なかったということが、どうしても勝負をかけるような実行については起こりやすいので、より継続的な形で優先権を確保していくみたいな実行を、むしろ進めていくような方向で考えたほうがいいのではないかと思います。

○J 今の F さんのご発言に対してですが、やはり、どこまで補充させてどこまで担保権者に取らせるかというのは、最終的には政策決定なのだと思うのです。それを、集合物とはこういうものだ、というような理論で覆い隠すべきなのかということ、私はもっと正面

から政策的な問題を議論したほうがいいのではないかと思います。

そうだとすると、集合物とはこういうものだという前提は置かずに、あくまでも、政策的に、どこまで担保権者にとらせるべきなのかという形で議論したほうがいいのかと思いました。

○座長 もちろんです。それを集合物とはどういうものかということで、後で形を整えて説明するという理論なのですから。

○C 考え抜くことができているわけではないのですが、集合動産を繰り返し実行できるかという点については、通常はできないと考えられてはいるものの、確かに本来は通常時であれば1,000あったはずの在庫が、実行時に700に下がってしまっているケースがあると。例えば、債務者、設定者側がいろいろな作為をして減らすということもあり得るわけで、そのような場合に、700はいいほうかもしれませんが、もっと低い金額の価値のものしか残していないという場合もあり得るわけです。そのような場合に、2回目が必ずできないということなのかというのは、よく考えなければいけないことかと思います。担保権者の保護も大事だし、設定者の保護も大事なので、政策決定はどちらにするかというのはすごく難しい問題だと思います。

それから、倒産手続に入ったときの話です。これは特に民事再生であれば手続開始時点での在庫に限るという理屈はないはずであり、別除権として担保実行を許容するという前提であれば、担保実行時に存在した目的物は全て取れるのは当然だし、その後、仮にシリーズ実行を認めるという法制にするのであれば、倒産手続に入ってからであっても、シリーズ実行が可能であるということにしなければ本来はおかしいと思うのです。

だけれども、そういうことをしてしまったのでは再生ができなくなるということで、この度、民事再生の中で、担保権実行中止命令だけではなく、禁止命令まで認めるという考え方が検討されているのだろうと。その中止命令、禁止命令は何のためにあるかということ、通常は、中止する期間中に別除権協定をうまく結んでくださいという期待によるわけで、その中で、先ほどFさんのお話がありましたが、収益執行等をしなくても、結局、任意売却とか、目的物の売れ払いとか、そういう形の約定をしていくことも含めて、合理的な解決をする。Win-Winの関係で、お互いに「生かさず殺さず」と言うか、そういう形の合理的な解決を目指すということだろうと思います。

ただ、もう1つ気を付けなければいけないのは、担保実行が止められている間に、担保目的財産の数量や価値が減っていくという問題です。会社更生は特にそうですが、更生手続開始時の時価で担保目的物の価値が決まるということになっているわけです。しかし、例えば集合動産や集合債権の場合は、包括的禁止命令や担保権実行禁止の保全処分が、通常は更生手続開始前の段階で、申立てと同時に発令されると思っておかないといけない。そうすると、会社更生法上は、更生手続開始時の時価で更生担保権の額が決められるというルールがあるわけですが、しかし、包括的禁止命令が申立ての初日に出ると、開始前会社が、更生手続開始までの3週間か4週間の間に、目的財産を減らしてしまうという問題

があります。

その場合、担保権実行が禁止されていなければ、本来 100 あったものが 70 に下がるということはなかった。禁止命令が出ていなければ担保権者は 100 を回収できたはずなのに、更生手続開始時に 70 になってしまったという場合の差額の 30 を、どのように補填するかという問題が出てくると思います。B さんのおっしゃられたような理屈と言うのでしょうか、衡平、公正の観点から補ってあげるということは、解釈問題かもしれませんが必要な話だろうと思います。以上です。

○座長 ありがとうございます。今、C さんから少し出ましたが、F さんのおっしゃった収益執行的な効力という話についても少し話しておきたいのです。それは集合債権譲渡担保を取ればいいだけではないのですか。もちろん、仕入値との差額にならないという問題点はあります。

○F 債権譲渡担保の話でもあります。将来債権譲渡担保も集合動産譲渡担保も、事業用の在庫や事業用によって生じた売掛債権を実行によりすべて取りあげると、担保の実行が事業継続に致命的なダメージを与えることになると思います。

倒産のときは、そこで設定者側と言うか、倒産者側の武器として、禁止命令や中止命令を出してもらって一定の猶予を得て別除権協定を結んで、お金を一定程度組み入れてもらいながら事業を回していくということだと思います。

これに対し、平場においては、倒産直前に実行を掛けると、事業価値を毀損して倒産させることに直結するような気がしていて、それを避ける方法として、そのときの債権や動産を全部取るという方法ではなくて、きちんと事業を回してもらいながら上澄みを取ると。上澄みの取り方を ABL 的に考えると、在庫担保も取り、売掛債権担保も取り、恐らく、それにリンクした預金も担保に取るということかもしれません。

それらを全部丸取りして帰属清算あるいは処分清算することで結局は安くしか売れない、あるいは、その事業自体が死ぬということよりも、もちろん合意でできれば一番いいのですが、合意がうまくいかないときには、法律に基づいた執行の仕方として、一定の事業継続資金を事業者の手元に残しながら担保権者が上澄みを優先的に取るみたいなことが考えられないかというのが、もともとの発想です。

○座長 そのときには管理人を選任するのですか。

○F そうです。不動産と比べると、いきなり管理人が出て来て事業をやるわけにはいかないので、恐らく、設定者の協力がないと、在庫とか売掛債権については、特に在庫についてはうまくいかないのではないかと思います。その仕組みは、まだちゃんと考えていません。ただ、事業は事業主に続けてもらうべきなので、その点では管理人に在庫のコントロールがすべて移るというよりは、一定程度、事業主にもコントロールと言いますか、在庫自体の販売運営を任せつつ、キャッシュフローを管理人がしっかり握るというイメージです。

○座長 キャッシュフローを握るといときには管理人にお金が入ってこなければ、そこ

から適切に譲渡担保権者に上積み分だけでも交付するということはできないですね。つまり、そうすると売買代金の払込先を変えるか、あるいは変えないでも、当該払込先については債務者名かもしれないけれど特定してしまって、その管理権は譲渡担保権者側が押さえるなどしなければいけないわけだけでも、話は大きいですね。

○F 常に利用できる実行方法とは思わないのですが、事業の大半を担保に取るような重要な在庫担保が設定されたり、売掛債権に包括的に担保設定されたりしているときは、そういう手間を掛けてでも事業を活かしながら収益を取っていくという発想はあってもいいかもしれないし、選択肢の1つとしてそれがあると、結局、ABL みたいになっていけばもともと預金に分かれていますので、それ自体を管理人がしっかり管理すればいいわけですが、ごちゃごちゃになるような状況にあるのであれば、すぐに預金口座を変えさせてということも必要になってくると思います。いずれにしても、そういう方途がないかなということ

○K 面白いですね。前に執行制度の研究会をやったときに、アメリカにはキーパーレビディーという制度があり、債務者の事務所に執行官や執行官の補助者を送り込んで、例えば、ゴルフ場の受付に8時間か何か滞在して、毎日上がってくるお金を押さえるという制度があります。日本でもそういうもので、管理型動産差押えというのを入れたらどうかみたいな立法提案を、かつてしたことがありましたけれども、それは物理的な動産の差押えにまだ近いようなものです。

F さんのお考えは、恐らく、それを超えて何を差し押さえているのかよく分からないような、ある一定部門の事業を何となく押さえているという、あるいは企業担保の、あるいは管財人という名称でしょうか、あれは企業全体を包括的に押さえて、そこから上がってくる収益を押さえるというシステムだと思います。その中間みたいなものなのかもしれないという感じがします。

非常に面白い制度で個人的には作ってみたい感じがするのですが、作るのはものすごく大変なのだろうという感じは、どれだけ使われるのだろうという、よく使われるのならば苦労して作るというのもありかという感じがするのですけれども、何年かに一遍とか使うのに、ものすごく大きな制度かなという感じもしないではない。担保不動産収益執行は、もちろん、不動産を押さえて管理するというところで、賃料を管理人の所に振り込んでもらうということだと思います。先ほど言ったように、事業を差し押さえるというイメージなのかと思うのです。何を押さえているのかというお話を伺わないと、理論的には、かなりいろいろ大変なことを考えなければいけないかと思って個人的に少し笑っていました。

○座長 F さんのおっしゃったことは、集合動産譲渡担保の実行方法として認めるということなのか、それとも、集合債権譲渡担保が100万円の売掛代金債権だったら100万円を取るという話になっているのですが、そうではなくて、100万円の売掛代金債権に80万円の元手が掛かっているということになると、20万円という上澄みを取るという形の集合債権譲渡担保ができないか。それは集合動産とは別に、それは同じものに設定してもい

いのだけれども、そういうことも考えられるかもしれない。

集合動産譲渡担保の実行方法として仕組んでいくという方法と、集合債権譲渡担保のバリエーションとして仕組んでいくという両方があり得ると思います。いずれにしろ簡単ではないとKさんに言われそうですが、私は後者のほうがまだ簡単かもしれないように思います。駄目だ、みたいにAさんが首を横に振っておられますけれども。みなさん、どうぞ、ご自由に。

○E Fさんのご提案を大変面白く伺いました。この新しい実行方法が必須のものなのか、それとも選択肢の一つなのかということによっても、その評価が変わってくるものだと思います。もし必須であるというルールだとすると、現在よりも債権者にとって動産担保や債権担保が使いづらいものになってしまうのではないかという危惧を持っています。

もし債権者が選べる実行方法の一つとしてそういうものがあるということでしたら、シリーズ実行を認めるという考え方に立ったとしても、債権者の側で、債権譲渡担保のうち取りあえずこの部分だけを実行して、その次には幾ら押さえてと、自分で債権譲渡担保の実行範囲を抑制することによって実現できるような気もします。シリーズ実行を認めるという実行方法でも同じことが実現できるのであれば、それでいいのではないかと思います。

最後に、倒産時のことについてです。以前、Dさんが枠固定というお話をされてきました。枠固定というのは、物自体の入れ替わりは許容するのだけれども、担保権者が把握する担保価値の範囲は、倒産手続開始時のような一定の基準時で決めるのだという考え方でした。倒産になったときには、枠固定の考え方を採用することで、事業継続を可能にしつつ、担保権を保護することはあり得るのではないかと思います。

○座長 Cさん、どうぞ。

○C Fさんのご提案については、集合動産、集合債権、預金がそれぞれあった場合に、それぞれ担保権者が違う場合なども考えられるわけですし、そのうち集合動産だけ、集合債権だけ、など一部しか取っていないという場合も考えられるわけです。また、こうした財産は、根っこの事業と密接に関連しています。したがって、管理処分権の所在も含めて、より複雑な問題があるのではないかと考えております。むしろ、ご提案された点については、事業財団抵当みたいな包括担保法制が導入された場合に、事業の対象となっている財産を確定して、そこについて収益執行的な方法を取るというほうが、私は適しているのではないかという気がしたのです。先ほど企業担保というお話がありましたが、企業担保権の実行も管財人を裁判所が選ぶということで、総財産の管理は管財人が管理処分権を持つという形でやるのだらうと思いますが、それに近いことができるのではないかと思います。

それから、これは全然違う話なのですが、集合動産や集合債権について、シリーズ実行が認められるか認められないかという議論については、弁護士会などにおいては、倒産の関係では固定化すると考えたほうがいいのではないかという議論もあります。すなわち、シリーズ実行は認めないという議論も他方では存在しており、むしろ、集合動産だけでは

なく集合債権についても倒産手続に入った場合は、シリーズ実行は認めないとする。先ほどEさんがおっしゃった考え方に近いと思います。そのような考え方を主張する人も強くおられます。

ただ、そのような場合には、Eさんがおっしゃられたとおり、そのような担保を使う人がいなくなるのではないかと、倒産時に弱められる担保であれば、という懸念が生じてくるわけなのです。債権譲渡担保をはじめとして、今、譲渡担保は、すごくいろいろなタイプのファイナンスに使われているわけですし、循環型のものだけではなくて、累積的なファイナンスに対する需要もあります。したがって、平時における資金調達のために、そのような需要に応える担保が別途、必要になります。したがって、仮定の話ですが、もしも集合動産や集合債権譲渡担保について、倒産時に固定化させるとかシリーズ実行を認めないといった制度をつくる方向性がとられることになった場合には、包括担保法制と言うか事業財団抵当みたいなものを別途作って、そちらのほうで、累積的な、あるいは、より重厚な融資のための担保を認めて、倒産時の取扱いについても一定の強さを確保して、きちんと需要に応じていくことの検討も必要ではないかと思っております。

○座長 最初から事業担保、担保権を取る人はいいののですが、Fさんの背景には、集合動産譲渡担保程度でいいやと思って取っているのだけれども、しかし、それを堂々と実行されると破綻してしまうというときのソフトランディングという面も持っているので、私も事業担保の議論をちゃんとするほうが筋だろうと思うのですが、別除権協定でやってくれという感じもするけれども。

○D 収益執行は、多分、イギリスのレシーバーシップとかの話に近くなるのでよく分かりません。ここで申し上げたいのは、その前提の議論としての累積的動産譲渡担保は、もしできるとすれば、できる範囲を明確にすることが大事だと思っております。そもそも、できるかできないかについて、まず一切できないという考え方も1つの価値判断であると思っておりますが、仮にできるとするのであればこういう場合だと明確に決めるべきだと思います。例えば、イメージで言うと元本と利息みたいな、元本の全体に対応する資金を担保権者が融資した。その利息として果実の部分は累積的に担保に取れるというイメージならまだ理解できるのですが、普通に合意で累積的動産譲渡担保ができるというのは反対です。何でもできるようになってしまうので、もしできるのであればできる範囲を法律化、書き方は難しいと思っておりますが、決めないと非常に混乱するし、まずいと思っております。

ここで、最初に法務省が累積的な動産譲渡担保という問題に関しては、別の機会に議論するとおっしゃったようにも聞こえたのですが、もしそうだったら、どの範囲でできるべきかということをごどこかで議論していただきたい。そうしないと契約書に累積的と1行書いたらいいのかという議論になってしまいますが、それは避けるべきだと思います。また、逆に担保権者も貸し込んでいいのかどうか分からないので、融資にもつながらないし、むしろ、1行だけ書いたものが2回も3回実行されて、混乱するということになるように思うのです。

○座長 ちょっとこのあたりで、先へ進むことも考えねばならない。法務省から、第3の心を紹介していただけますか。

○法務省 第3の心は、前回の資料で、動産譲渡担保を指摘事項だけではなく、民事執行法上の競売手続にも使えるようにしようというような提案がありました。そういう場合に、具体的にどのようにしていくのかというと、基本的には民事執行法の190条の動産競売開始の申立てをすると、これに乗っていくので、申立てに必要な書類や必要な要件も190条に従って規律されることになるのではないかと考えております。

最初の後順位の話に戻りますが、最初の所では配当手続などが無いので、指摘事項の場合には制約がいろいろあるということを示しました。もし裁判所の手続でやっていくとすれば、担保の目的は何かという問題が、またここで背景にあるのかもしれないが、少なくとも裁判所が把握できる限りでは配当の手続などができるようになってきますので、そういう手続を更に具体的に考えていく必要があるのではないかとというようなことを書いたということです。

特に後順位が仮に申立てをした場合に、先順位がどういう形で権利行使していくのかというところをもう少し具体的に考えていく必要はあるのかと考えています。ちゃんと物的編成がされた登記が整備されるのであれば、裁判所も先順位に誰がいるのかということ把握できるわけですが、今の債権譲渡、動産譲渡登記でありますとか、あるいは、前回、前々回でしょうか、最後のほうに議論した警告型みたいな登記制度が出来た場合には、裁判所も登記があるからといって全ての権利関係を把握できるというわけではありませぬので、どういう形で先順位の方に権利行使してもらうかということが、具体的に問題になってくるのではないかと考えています。大体このようなところですよ。

○座長 ありがとうございます。時間のある限り少し議論をしておきたいと思っております。いかがでしょうか。

○D ここにご提案されていること自体は、基本的に結論そのものには異論がないだろうと。例えば、後順位の担保権者の申立てができるということについて、私的実行はできないけれども競売手続はできる。そうしないと、何もできないことになってしまって、僅かな債権の先順位担保権者が常に駄目と言い続けて、後順位が私的実行もできないし法的実行もできないのはおかしいので、法的実行はできるとすべきだろうと、これはこれでいいと思います。

あとは、政策的な判断として、そのときに登記を要求する議論が出てくるのかどうか、ここは純粋な政策論として出てくるのかどうかというのが、1つです。先ほど法務省から出ていた先順位の手続保証をどのようにしていくのかということ、これは当然よく考えなければいけない話だと思います。

先ほども少し言いましたが、申立てに際して、その当該債務者に関して動産譲渡登記の有無の書類を添付させることが考えられます。登記が何も無いのならば無きことを証明することになるし、あるのならばある。そのときに、一般的には登記事項証明書は利害関係

がないと取れないという問題があり、ここは緩和しなければいけないですが、これらは出すことにする。そうすると、少なくともその債務者に関しては何かあるかないかがはっきりするので、それらの者に対して債権届出の催告ではないですが、何かその次の形で手続保証していく。そういう意味で、できるだけここも含めて考えた登記制度に寄せていく形でカバーするのだろうと思っています。

○C Dさんが、登記を要求すべきであるとおっしゃるご意見に賛成です。法人については少なくとも登記をしていないと担保権の実行はできない。Dさんがおっしゃったように、利害関係がなくても、登記事項概要証明書や概要記録事項証明書をとることはでき、およそ登記をしているかしていないかということは、誰でも分かります。したがって、添付書類を付けさせるということも適切な対応だろうと思います。

あと、競売における実行方法についてです。動産は結局、換価が難しいですね。何というか、工夫しないと、低くしか売れない。競売後の換価の仕方について、担保権者の意見を聞かなければいけないとまでするかどうかは別にして、尊重していただけるような制度になるとよいと思います。民事執行規則上も委託売却が認められているので、例えば、美術品などではオークションを美術商にやらせるということが出来るはずだと思いますし、ネットオークションも考えられる。担保権者の意見をできるだけ聞いてもらいながらやるということが一番いいのかなと思っています。以上です。

○座長 債務者の名前、設定者と言うべきかもしれませんが、設定者の名前の登記簿を全部出したからといって、当該動産の特定の仕方について様々な方法があるとするならば、動産が重なっているかどうかについて、裁判所は紙からそう簡単には判断できない可能性があるような気がします。もちろん、実務的にはそれほど問題ないのかもしれませんが、絶対に一義的に判断できるように登記方法について細かな制約を付けると、多分、制約を付けるなという意見が出てくるのではないかという気がします。

2番目の債権者の意見を聞きながらという話です。後順位動産譲渡担保権者の話として理解すると話は分かるのですが、私的実行もできる先順位の動産譲渡担保権者が、「じゃあ、裁判所もやってよ」と言って裁判所にやってもらうのだけれども、「意見は聞けよな」と「俺の言うように、お前はしろよな」と。そうしたら、「そんなの裁判所は許さないぞ」という感じがする。「勝手じゃないか」となれば、「そんなに言うんだったら自分でしろよ」ということになりましょうか。

○C 結局、できない人が多いのです。

○座長 だからできない人は口を出すなという。

○C できない人が、担保を取ってお金を貸すことが多い。

○座長 にもかかわらず、口だけ出すなというわけです。

○D 物的編成主義ではない問題は全くそのとおりです。ただ、ここで言っているのは手続保証なので、とにかく動産の範囲が当たっているか当たっていないかは、執行裁判所は全く審理しなくていいと思うのです。最後は配当異議か何だかでやるだけであって、あく

まで、その債務者に関して登記を付けている人に対しては取りあえず全員に送るという意味の手続保証なのです。

あと、Cさんがおっしゃった申立権者に意見を聞くのは、例えば、ある裁判所の執行管室は行っています。申立直後に定型書式の照会書を送って、より良い売り方はありませんかみたいな、そもそも債務者は常駐していますか、から始まっているのです。それを民事執行規則か何かで定めるということなのかと思っています。特に集合動産に関して言うと、執行官も評価人を連れて行かなければいけないと思います。普通の動産であれば、執行官は自分で5,000円とか3,000円と評価していますが、集合物などに関しては執行官は自分で評価ができませんから、評価人を連れて行かなければならない。適切な評価人はいますかということから申立権者と調整する必要がある、そうせざるをえない。そういうことも含めて合理的な手続を作らなければいけないという意味で、よろしくお願ひしたいと思っています。

○座長 ご議論中で、ちょっと中途半端ですが、予定時刻が来てしまいました。それでは、第18回動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会を終了いたします。熱心なご議論をありがとうございました。