

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第25回)

日時 令和3年1月19日(火)  
17:30~

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 それでは時間になりましたので、第 25 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させていただきます。前回積み残しとなっておりました資料 22 の第 7、担保所有権の実行方法、第 8 の担保目的物の受戻しについてから議論を始めます。それでは、資料 22 の残り分から説明をお願いいたします。

○法務省 第 7 と第 8 について、まとめてご説明いたします。基本的には、二読のときの資料の内容から変わった部分についてコメントさせていただきます。第 7 の 1 は、担保所有権の各種の実行方法についてです。これは、もともと「動産譲渡担保権の」という記載になっていたところを、留保所有権の実行方法も含める趣旨で、「担保所有権全般についての実行方法とした」としたものです。その他に大きな変更点はございません。

その関係で、19 頁の 3 の留保所有権の実行についても加筆をしております。こちらについては、留保所有権を含む担保所有権全体について、私的実行と競売申立による実行の双方を認めることとするとともに、「留保所有権について特殊な取扱いが必要であるとすれば、これについての特則を別途設けることが考えられる」旨を記載しているものです。所有権留保の実行については、別途触れることになる予定です。これが 1 についてです。

2 は、私的実行の通知に関してです。こちらは、もともと二読の案では、ゴシックで書いている案 7.2.2 の部分がありました。それに加えて案 7.2.1 という形で、実行後 1 週間経過したときには、その目的物を自己に帰属させ、又は後記 4 に従ってその目的物を譲渡することができる、という形のもを新たに案として提示させていただいております。こちらが大きな変更点です。

この点について説明している部分が、20 ページの 1 の部分からになります。21 ページの 8 行目以降で記載してあるように、この 1 週間の猶予期間は、目的物の所有権を確定的に失うことで影響が大きいということを重視して、実行の完了までに被担保債権を弁済して所有権を回復する機会を設けることが望ましいと考えられるのではないかという観点から設けたものでございます。

更に、現行法上の譲渡担保権や留保所有権については、その実行が短期間で終了してしまうことから、倒産法上の中止命令が適用されるとしても、この実効性が小さいという問題があると思いますので、このような観点からも、その実行開始通知から実行の終了までに一定の時間を設けることで、このような問題に対応するという形で今回の規定を案として提示させていただきました。もっとも、受戻しのための期間を確保するとしても、動産の価値の下落が早いというところもありますので、そこのバランスを取っていく必要があります。そのような観点から、「実行通知から 1 週間が経過することにより」という、その 1 週間という期間を設定させていただいたということになります。

これに加えて、説明の 2 が、案 7.2.2 に対応するものです。こちらのほうは、現行の譲渡担保に関する判例に従って、債務不履行があれば直ちに処分権能を取得するという現行の判例に沿った形の案に関する説明をさせていただいております。これによって、現行法上特に実務上の問題が生じているわけでもないというところは二読のところでご説明した

とおりです。また、受戻しの機会を与えるということで、担保所有権者にとってはその担保目的物の価値の下落のリスクが、ある意味強制されてしまうという側面もあるので、その猶予期間を設けることが正当化できるかという問題もあろうかと思えます。

先ほどの中止命令に関する問題については、それで十分なのかという問題があるとは思いますが、担保権実行手続の禁止命令の導入というところで対処することも考えられるかと思ひ、以上の2つの案を併記させていただいたということです。この点についてもご議論いただければと思います。

次は、3の帰属清算方式による実行手続です。変わったところは大きく次の3点です。もともと算定根拠については通知の対象にしておりませんでした。算定根拠を通知の対象としないと、どういう方法で算定されたかが分からないとのご指摘がありましたので、これを加えたというのが1つです。また、清算金の基準について、設定者留保権の消滅に関しては客観的な清算金が基準になるという考え方と、そうではなくて誠実に評価した目的物の価額という考え方もあるかと思ひ、(2)のところ、「誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超えるときにあっては」という隅付き括弧に入れて記載してあります。

(3)については、二読の資料では、動産ということもあり、かつその評価において占有が必要であるという点も踏まえて、引渡しを先履行としておりましたが、特にその処分清算において、それを先履行にするということは、清算金の確保の観点から問題があるのではないかという指摘も多くあったものですから、今回の資料では、「同時履行の抗弁権を主張することができる」とさせていただきました。それに対して生じる問題については、後に記載している担保権設定者の受忍義務で対応するという形にさせていただきました。これが3に関する説明です。

4は、処分清算方式による実行手続に関してです。大きなところとしてはコメントに書いたとおりです。帰属清算において、その評価額の通知をするということが書いてありますので、処分清算においても事後的な譲渡額の通知を設けたというのが1つです。こちらについてはゴシックでは書いておりませんが、26ページの12行目で、もともと先ほど申し上げたとおり二読では先履行という形にしておりませんでしたので、処分清算においても留置権は成立しないということを前提にしておりましたが、その前提をなくしたということです。譲渡担保権の実行として、処分清算がされた場合にその清算金が支払われるまで留置権を主張することができるということについては、民法第295条の解釈の帰結としてそうなるだろうということで、特段の規定は設けておりませんが、そのことを前提とするという形にさせていただいております。これが、第7に関するご説明になります。

第8の、担保目的物の受戻しに関しては、特段大きな変更はありませんので、ここでの説明は割愛させていただきます。

○座長 それでは、この範囲でご議論をお願いいたします。

○A 3点あります。1点目は、20ページの私的実行の通知の、今回加わった案7.2.1に

関してです。別段これに反対だということはないのですけれども、気になりましたことが1つあります。今の説明にあるところに加えて、設定者による隠匿のリスクを考えなくていいのだろうかということ。リスクそのものがあるということは間違いのないと思うのです。それをどの程度評価するかなのです。今ご説明いただいた中には入っていませんけれども、第9の、特に裁判所による実行前の保全処分のところでは、隠匿のリスクへの対応がとても重要なのだということが述べられているわけです。

そうだとすると、通知をして1週間の期間を設けるとすることが、第9の2の考え方と果たして整合するのだろうか。逆に言えば、このような通知の期間を設けた上で、第9の2を設けたときに、第9の2がどのくらい役立つものとして働くのかということ疑問に思ったのが1点目です。

2点目は、仮に、ですけれども、案7.2.1ではなくて案7.2.2を採るとなった場合に、22ページの3の帰属清算方式における実行手続における通知内容について、そこに被担保債権額を設けるとするか、被担保債権額も通知の内容に含めるということになるのか、ならないのか。これは、単純に質問あるいは確認です。

3点目は、同じく3の清算に関して、誠実に評価した目的物の価額が基準となっています。清算方式の場合は適正な価額となっているのですが、その適正との関係です。24ページにそれは説明として書かれているのですけれども、こういう理解でいいのかということをお伺いします。つまり、誠実に評価したら今まででいい、あるいは処分清算のところという適正として扱うというふうにとりあえず考えるということでもいいのか。

仮にそうだとした場合に、誠実には評価したのだけれども、客観的には適正でなかったというときに、どういう効力になるのか。客観的に適正でなかったら、私の感覚では実行の通知としての効力を認めないということのほうがいいのではないかというようにも思ったのです。これは、適正に評価した価額か、適正な価額かというのは、受戻しのところにも、どうも要件としては連動してくるので、ここをはっきりさせる必要があるのではないかと思います。

○法務省 ご指摘ありがとうございます。1つずつということになるのかと思います。おっしゃるとおり、第9で隠匿のリスクを勘案して、その受忍義務で、かつそれに保全処分を設けるということがありつつ、それでその1週間の猶予期間を設けることが整合するのかがというご指摘と理解しておりますが、いつまで弁済をして所有権を戻せるのかという問題と、今自分が担保権を設定している担保目的物の価額が毀損されたり隠匿されようとしているときに、その担保目的物がどこかに行かないようにとか、その価値が失われないように保全処分をするということは別のこととして考えること自体はできるのではないかと考えております。

その意味で、1週間の猶予期間を設けることとした場合であっても、その動産自体を好き勝手やる自由が認められているわけではなくて、本来的にはその1週間の間になんとかお金の算段を付けられるのであれば弁済をするということが認められたり、あとは、倒産

手続の関係で言えば、中止命令をするためにと言うと少し語弊があるかもしれないのですが、倒産手続の準備をするとか、そういうことを想定している期間だと思しますので、その間に担保目的物を好き勝手していいという表現が適切かわかりませんが、そこで隠匿されるということとそのリスクとして勘案していないというわけではなく、一応それを踏まえても両立はするかなというふうに考えているところです。

もう1つは、案7.2.2を採ったときに、実行通知に被担保債権の額を入れるかということについては、3のゴシックが適用されることになるかと思うのですが、少し検討させてください。

○座長 誠実に評価するという問題は、いろいろな位置付けの中で別問題として考えたほうがいいので、差し当たってこの1週間の猶予期間について考えていきたいと思えます。その間も保全処分ができるということはそのとおりだと思うのですが、案7.2.1と案7.2.2との優劣を考えたとき、もう案7.2.2でいいのではないかというのがこの多数なのか、やはり中止命令とかいろいろな柔軟性を考えたときに案7.2.1というのは捨てるべきというふうに考えるのか、その辺りについて皆さんのご意見を伺いたいのですが、いかがでしょうか。

○B 倒産手続との関係では、手続開始前とか開始申立前に担保権の実行が終了してしまうようなことになると、中止命令や禁止命令の意味がなくなってしまうという問題があります。その観点からすると、このような1週間の猶予期間があるのは、評価できるのではないかと思います。

他方で、その間に目的物が隠匿されてしまうことになると、担保権者が害されると思いますので、実行通知と同時に保全処分を掛けられる。それぐらい保全処分の要件が緩やかというか、そういうものであったらいいのではないかと思います。

○C 弁護士会では、案7.2.1と案7.2.2はある意味、拮抗しています。例えば、ある単位会では、二読のときは案7.2.2は債務者に不利ではないかなと思ったが、資料22では同時履行の抗弁権があるとされているので、前の段階では通知なしでいいのではないかというほうが多数でした。案7.2.1と案7.2.2の問題、誠実評価の問題、同時履行の抗弁権の問題、この辺を総合的にみてどこでバランスを取るかだと思うのです。

ここで1週間というのは、話し合いが終わっている段階まで来ている中で、更に1週間も時間を要求するのかなという感覚があります。やはり実行するときにはすぐに実行する。実行通知というのはそういうものだという感覚が弁護士としてはございます。

他方、倒産手続に関する部分というのは、実行通知を打たれた場合の中止命令の終期の問題はまた別途解釈の余地はあるはずですので、そちらのほうで対処することもできるのではないかと。そうすると、ここは倒産手続以外のことも考えると、1週間はないほうが実務的にワークするのではないかというのが、どちらかというとなんか弁護士の意見としては多数だったように思います。

○D Cさんのご発言で、中止命令において解釈の余地があるというところがよく分から

なかったのです。もう、それで実行が終わってしまうのだったら、解釈も何もないような気もいたしますが。

○C まず、処分清算であれば処分まで行かないと実行手続は終わらないですよ。つまり、ここで言う実行通知なるものを送られても、まだ中止命令の余地はある。他方、帰属清算については、運び出しもしていないときに実行手続が終わっていると見るかどうかという問題はまだあるのではないのでしょうか。それは、中止命令の期間を若干広げすぎているという議論はあると思いますけれども、運び出しも終わっていないのであれば、まだ終わっていないという議論はあるのかと思います。

○D もう受戻しができなくなっていて、完全な所有権という言い方が適切かどうか分かりませんが、所有権を移転していて、その運び出しというのは取戻権の行使になっているのではないですか。

○C 帰属清算に関してはおっしゃるとおりだと思いますが、極端に言うと、その受戻権だけは前から出ているとおり、受戻可能時期の終期と実行通知の完了が絶対に一致しなければいけないわけではないはずですので、もしかしたらそちらのほうをずらすのかも分かりませんが、そこには動かす余地がないかなというのが正直な感想です。

○座長 清算金が発生する場合と、もう1つは第三者に対して処分をするという形で実行します、というふうに決めている場合については、その通知だけでは完了しないという解釈は採れるのだと思うのです。ただ、皆さんがここまで議論してきたように、清算金なんてそんなにめったに発生するものではないというのを前提にしますと、清算金はゼロですという通知をした瞬間にもう終わってしまう、完了してしまう。あとは、事実としてではなくて、法的な話ですけれども引渡請求権だけが存在している。担保関係はもう終わってしまっているということになるかもしれないですよ。Dさんが懸念されているのは、そういう話なのですか。

○D そういうことです。私の知っている複数の倒産弁護士が、そこが非常に困ると言っていたものですから、Cさんの今のご発言は私にとっては意外な感じがして、実務的にそれで構わないのだということであれば、私自身は別にこだわるものではありません。

○C もう少し、そこは考えさせてください。この議論をするときに、倒産手続前の平場と倒産手続後をどこまで同じように議論するのかという問題が出てきて、私は、どちらかというところ、ここの議論は倒産前の手続をベースに考えてしまっているのかも分かりません。そこで、もしかしたら倒産手続への影響が多めで、まずいのかもかもしれません。

○座長 ではまず、一般的に1週間という話については皆さんどのようにお考えでしょうか。

○E 通常、動産とか債権というものに対する実行というのは、本当はしたくないはずだと思うのです。特に流動動産、流動債権のようなもの、かつ将来分にまでわたるような時間の幅を持った形で集合的に担保に取っているような場合というのは、金融機関あるいは担保権者一般は、担保実行を必ずしもしたくないのが普通なのではないかと思います。

もちろん、設定者が倒産しても構わないだとか、あるいは倒産してしまったとしても、今これを実行すれば現在ある在庫や売掛金の残高、あるいはその清算価値だけで被担保債権の全額が回収できる、そのほうが経済合理性に資するという判断をすることもあります。しかし、そのような場合はともかくとして、通常は、私的実行という形で担保権を実行していくというのは相当覚悟のいる話で、それは設定者をたとえ破綻に追い込んででも担保権を実行して、被担保債権を回収するのだという、そういう果敢な決断をしない限りは起きないことであるわけです。基本的に私は、担保権者というのは、通常はできるだけ任意の回収をできるようにしていくのではないかと、これまでの経験に照らしても、そう思うのです。

私も譲渡担保権を実行したことがありますけれども、それは本当にどうしようもなくなった場合であって、通常はきちんとした話合いでもって、場合によっては期限の利益を再度付与するとか、そもそも失期させないようにする工夫を、まずは試みています。その間にきちんと弁済ができるように、そして弁済を受けられるように、担保権の評価額の合意をしたり、あるいはどうやって目的物を売却するか、どうやって回収するか、そのうち被担保債権に幾らをどういうスケジュールで内入れ弁済してもらおうか。そのようなことを話し合っ解決していくというのが本来の在り方だろうと思うのです。

それを考えると、この担保実行をしていくという場面は本当にどうしようもなくなったときなのです。もう担保権者の側で、設定者・債務者がどうなっても構わない、あるいは債権回収を優先せざるを得ないと考える場面、そのように追い込まれているというか、お互いに追い詰められている場面なのです。そういう場面においては、やはり担保権の実行というのはきちんとできなければ困るわけです。きちんとというのは、速やかにできないと、これは担保権としての意味合いがなくなってしまうというか、非常に効果が減殺されてしまうというように私は思っております。

たしかに、ご提案されている1週間というのは、受戻し等のために必要な期間として考えられた期間だろうと思います。しかし、他方で、通常は、担保実行を決断するような局面まで追い込まれる前に、そもそも1週間で話合いが付くようなものは、それ以前に解決しているはずではないのかというのが私の考えです。この場面、すなわち被担保債権の弁済期の利益を失わせるというような局面に至っている場合においては、これは1週間を待つべきではないと思います。むしろ1週間の間にいろいろな悪さをされるということが、動産や債権の場合には最も危険なのです。不動産であればともかく、動産や債権については、1週間の間に、先ほどおっしゃられたような隠匿とか処分といったことが、容易に起き得るということなのです。こうした意味から、この1週間というのは不要であろうと私は思います。

先ほどCさんから、同時履行の抗弁権があるということ根拠とするような考え方も弁護士には多いというお話があったかと思えます。同時履行の抗弁権というのは、もちろん清算金の支払いとの同時履行の抗弁権ということだと思っておりますが、例えば、これは強行

法規として提案されているものなのかということは検討を要することではないかと思えます。すなわち、それは特約による排除を許さないものなのかどうかということも検証が要るのではないかと思えます。

先ほどからおっしゃられているように、確かに事業再生の債務者側の観点から言うと、担保権の実行が、着手したとたん直ちに終了しかねない担保権、特に動産とか債権を目的とする担保権が正にそうなのですが、その場合には、非常に早く実行が終わってしまうと困るというようなことは確かにそうなのですが、しかしながら、これに対処するために、債務者側においては、倒産手続の申立てというのは、いつでもできると言ったら変ですが、一定の要件を満たす限りはいつでもできるものとされているわけです。会社更生手続の申立てとか、あるいは今回、民事再生法に関するご提案においても、担保権実行の禁止命令までできるということにしているわけです。その意味で、債務者保護の方向での防禦手段は用意されており、バランスは一定程度図られていると思えます。その意味では、債務者側が倒産手続の申立てをせずに1週間待てる、しかも、その1週間の間に動産や債権が隠されたりするリスクまで担保権者が負わされるというのは、むしろ担保権者と債務者とのバランスを考えるとときには、ちょっと不適切ではないかと。したがって、私は案7.2.2でよろしいのではないかと思えます。

○座長 Eさんのお話は非常に説得的なのですが、他の方はいかがでしょうか。

○F Eさんのお話で非常に興味を持った点が1つありました。今のような話し合いをするというのは、アメリカの話だと、そのような話し合いの端緒を知らしめるために、処分の10日前の通知を、登記された全ての債権者に通知することになっています。そのような形で通知を使うという議論があります。そこで今おっしゃられたような話し合いみたいな議論が出てくるのかと思うのです。

我が国の場合だと、そのような一部の債権者が意外にも抜け駆け的に実行しようとしているみたいなことを、他の債権者に通知するようなシステムは特に必要ないという現状でしょうか。そういうことに非常に興味を持ちましたので伺いたいと思えます。

○座長 Eさんは、最初の話合いの期間というのがあって、つき詰まってもう駄目になったので通知をするというイメージをお持ちだと思うのです。Fさんは、通知をして、そうすると話し合い期間が始まる。その話し合いでうまくいけば、実行をやめることになり、先ほどEさんがおっしゃったように、再度期限の利益を付与してというようなイメージなのではないかと思えます。Eさんのおっしゃっていることを実現するためには、「話し合いをするぞ」というものとしての通知という考え方は、先ほど密行性という話が出ましたけれども、そのようなインフォーマルな通知では駄目で、やはり案7.2.2というところから始まらなければ、きちんとした話し合いは難しいよねというようにEさんはお考えでしょうか。補足をしていただければと思います。

○E 通知というのは、いわゆる正式なオフィシャルな通知ということではなくて、担保権者あるいは金融機関の側からすれば、それは、この債務者はまずいと思えば、通常は非

公式にアプローチするだろうと思うのです。したがって、それがオフィシャルな通知でなければならないとか、あるいは法律の規定でもって、アメリカはそうなのかもしれませんが、立法されていなければならないとは、私は思わないということです。

○G 私も、日本の金融機関は、いきなり何もコンタクトもせずに実行通知を出すことは基本的にはなくて、窮境にある債務者との間でいろいろな話合いを持ったりして、もう期限の利益を喪失させるための請求をしようかと思いつつも、一生懸命できる手立てを打った上で、最終的に期限の利益を喪失させることになるのではないかと思います。今回、1週間という期間を取ることにしたときに、想定されている話合いというか協議は、基本的には終えているという認識です。

逆に言えば、1週間の期間を置いたことにより協議に応じる余地があるような状況であれば、そういう債権者はいきなり実行通知を出さずに協議しているのではないかと思います。ですから、その1週間の間を置くというのは、先ほどDさんもお指摘くださったように、その間に倒産を申し立てて中止命令を取ることに意味があるのではないかと思います。話合いのためというよりは、倒産の申し立てを急いで、中止命令を取ることを認めるべきなのか、それをするのだったらもっと早い段階で先立つ協議の状況を見て自ら申し立てるのならともかく、それをしないで置いて、担保権者がもはやこれまでと言って実行通知を送った以上、むしろ先ほどから出ている隠匿のリスクを回避したり、あるいは価値劣化のリスクを回避したりするほうをより重視するかという価値判断の問題だと思うのです。

現在の金融機関による比較的抑制的な担保実行の実務を前提にすると、私も案7.2.2のほうが適正ではないかと考えます。その上で倒産実務の観点からの懸念というのはなかなか100%ではないのですけれども、担保権実行中止、あるいは禁止命令の導入の程度適正化していくことで達成するしかないのかなという感覚を持っています。

○座長 Dさんは、個人的にはどちらでもいいとおっしゃったのですけれども、倒産畑の弁護士さんたちは、あつという間に実行が完成してしまうのは困るとおっしゃっているというお話でした。そのようなときに、Eさん、Gさんのお二人から出たように、話合いは先行しているではないか。だから、通知をして1週間の期間を与えるのも、Eさんの言葉で言えばオフィシャルではない形の通知に基づいて話合いが先行している場合だって、もはやこれまでというふうにどちらが先に思うかによるのだと思うのです。債務者のほうを思えば、倒産申立をする。それでいいのではないかと言ったら、それは納得してもらえないのでしょうか。

○D おそらく、いろいろな担保権者がいるし、いろいろな債務者がいるということなのではないでしょうか。その倒産弁護士の方々のご懸念というのは、そのようなおとなしい債権者、日本の典型的な金融機関のような、礼儀正しい人たちだけを前提にしている話ではおそくないのかな、と思います。その話合いはあると思うのですが、倒産手続の申立をするというのも、ハードルはかなり高いので、ぎりぎりの交渉をしながら、一歩担保権者の見切りが早かったときに、もう取り返しがつきませんと。その後倒産手続を申し立

ても、もう巻き戻しはできません、あとは取戻権で持っていかれますということになることを強く懸念をされているということだと思います。今の弁護士の皆さんのお話で、そういう懸念が払拭できるかどうかというのは、私にはなんとも言えない感じがします。

○B アメリカの関係で、1点、Fさんにも確認させていただければという点があります。アメリカの場合の実行通知というのは、占有回収が先行してしまって、その後に「この金額で自分に帰属させるけれどもこれでいいか」ということについて債務者に同意を求めるためにするのではないのでしょうか。処分する場合にも、「こういう形で処分するけれどもどうですか」というようなことを通知しなければいけないということですので、占有回収に先立って実行通知を送って、目的物の価値が毀損されるのを指をくわえて見ているというような制度ではないような気がしています。担保権者の地位はやはり強くて、まず物を取ってきてしまって、その後でゆっくり交渉しましょうという話なので、ここで議論されている制度とはちょっと建付けが違うのかなと思いました。

日本でも、同時履行の抗弁を入れてしまって、占有が回収できない状態で、のんびり交渉しましょうというのは、やはり担保権者の懸念が強いというのはよく分かるのです。ですから、保全処分ができて、その上で交渉するというのだったら納得できるのかもしれないというような気がしました。

○F 保全と同時に必要だというのはおっしゃるとおりかと思います。

○座長 Eさんが、3の帰属清算方式による実行手続ということに関連して、同時履行の抗弁権と書いてあるけれども特約は可能なのかという話をされていました。例えばBさんが今お話になったことを踏まえると、特約で占有は先に取れる。しかし、例えば案7.2.1の期間が経過するまでは、占有を回収したって、まだ実行は終わっていない。したがって、Cさんがおっしゃるように、その時点で中止命令ができるというようなことにもなるのかもしれないのですが、3の帰属清算方式による実行手続というところに関しては、特約も含めていかがお考えでしょうか。

私が個人的に思っていることを申しますと、誠実評価をした額というものを、清算金の基準額にする必要はないのではないかと個人的には思っています。誠実な評価をして、清算金が幾らですよとか、あるいは清算金はありませんと言って、あるいは幾らですよと言ったときにはその額を提供したら、それで実行が終わりますというのは分かります。しかし、具体的な清算金債権の額というのは、別に誠実評価額というものを基準にして定める必要はなくて、後で裁判上どうぞ自由に争ってくださいというふうにしていいような気がするので。

というのは、処分に関しては誠実処分額には多分なっていないですね。そのときには客観的な価値との間で清算金額が決まるという仕組みになっている。しかし、処分によって目的物の所有権は確定的に処分の相手方に移転するのです。それとの関係でも、最終的に支払われるべき清算金額と、どれだけ支払えば同時履行関係を消滅させうるかというのは別の問題として考えられるのだと思うのです。

まだ3のところについても、もう少しご意見を伺えればと思うのですが、いかがでしょうか。

○G 一部、法務省への質問も含まれますがよろしいでしょうか。座長がおっしゃったことにも関わりますが、価額といったときに、1つ目として客観的な適正評価額、神様の目を見た価額がまずあります。2つ目として一定の算定根拠を示した担保権者による評価額です。3つ目として担保権者の言い値、言っておけばいいという価額があります。このように3つ位の「価額」を考えますと、今回ご提案の3の(1)は、算定根拠も合わせてということかもしれませんけれども、2つ目の価額を通知するということだと理解しました。

次の(2)は、これと同じ金額のことを言っているのかなと思ったのですが、それでいいのでしょうか。先ほどAさんもおっしゃっていましたが、客観的な評価額か、担保権者による算定根拠のある評価額か、それとも単なる言い値かというときの、(1)が2つ目であり、(2)も2つ目のことを言っていると思ったのですが、いかがでしょうか。

それから、(2)の2行目に「清算金の支払」と書いてあります。私は、ここは「当該超過額の支払」ということかと思いました。別の言い方をすれば、やはり、座長がおっしゃったように、私が先ほど申し上げた1つ目、つまり客観的な評価額で定まるもののことを清算金と呼ぶべきではないかと思えます。そうだとすると、(2)の「清算金の支払い又はその提供をしたときは」というのは、清算金というよりも、むしろ超過額の提供をすれば消滅するという建付けにすべきなのではないかと思いました。

(3)は、何と引渡しと同時に履行になっているかが必ずしもはっきりしないのです。あくまでも、(2)に言う超過額の支払いとの同時履行と考えるべきではないかと思ったのですが、それでよいかどうかを確認したいと思えます。

繰り返しになりますが、物の移転の効果、あるいは物に対する設定者留保権の消滅の効果、あるいは同時履行なり何なりの効果、つまり担保目的物の処分を安定させるために考えるときのコンセプトとしては2つ目の評価額、誠実と呼ぶか、算定根拠のあると呼ぶかはともかく、そういう評価額で決めてしまって、金銭のやり取りは時間をかけて、1つ目の客観的評価で決めてくれという建付けがいいのではないかと思うのです。この点について、同じ趣旨がここに示されているのかを確認したいと思えます。

○法務省 先ほどAさんから頂いたところとも重なると思えます。少なくとも私個人は、実体的な清算金の請求権と、通知の所有権が消滅することの要件としての評価額の算定という部分について厳密に考えていたわけではございません。まず、Gさんからご指摘いただいた、(1)の算定価額と(2)の誠実に評価した目的物の価額というのは、Gさんがおっしゃった2つ目の担保権者が合理的な評価をした額ということで考えているというふうに私は思っています。

その意味で、座長にもおっしゃっていただいたとおり、ここは、あくまでも設定者留保権が消滅するための要件として、評価額が合理的に算定されていることを要件としていて、清算金請求権の実際の存否とは離れるという考え方はあり得ると今は思います。そうする

と、Gさんがおっしゃったとおり、清算金というのは当該超過額の支払いということでも思いつつ、仮登記担保法第3条第1項の建付けと離れてしまうことが少し怖いと思っているところもあり、そこが今は悩ましいと思っております。

先ほどの、同時履行の抗弁権の関係で言うと、おっしゃっていただいたとおり、(2)の通知がされるまでの間ということになるのかと思いました。

○H 2のところについて、再度お伺いしてもよろしいでしょうか。実務上、今はまず話し合いをした上で、オフィシャルな通知をするという話であったかと思えます。ただ、その扱いは、現行の規律を前提としているからであって、案7.2.1のように1週間待たなければならないという規律が設けられれば、より早い段階でオフィシャルな通知をすることとなるのではないのでしょうか。そうすると、倒産手続の開始の申立てがされるかもしれませんが、その申立ては、もともとされて仕方がなかったものです。他方、案9.2.1では、裁判所による実行前の保全処分に関する規律を設けることが提案されています。案7.2.1の規律が設けられると、案9.2.1の規律がこれとセットで設けられたとしても、実務上、大きな不都合が生じてしまうのでしょうか。

○G 確かにHさんがおっしゃるように、1週間という待機期間を設けられれば、逆に今よりも早めに実行通知を出して、そこから最後の話し合いをしましようというプラクティスに変わっていく可能性はあると思えます。ただ、いろいろな債務者やいろいろな債権者がいる、ということに尽きるのかもしれないのですが、今回のご提案の案7.2.1は、1週間という、事案によっては長すぎるけれども、事案によっては短すぎるという固定期間を債権者に強要するルールです。そちらの世界へ行くほうがいいのかという観点で言うと、債務者のことを考えていいのだという考え方もあるかもしれませんが、今行われている実務が1週間のルールにすれば良い世界に行くのかというと、そこはやや固すぎると言えますか、事案に応じた話し合いにならないのではないかという感じもしております。私としてはなお案7.2.2を支持したいと思えます。ただ、確かに実務が変わることも想定して議論しなければいけないということをご指摘のとおりだと思います。

○H 分かりました。

○I 今の点について、ルールが変われば実務も変わるというのは当然かもしれませんが、その場合、担保権者にとっては、担保目的物の確保が前提になると思えます。担保物確保の実効性が低下したり、担保目的物が隠匿されるリスクが増すのであれば、1週間という期間を置くのは受入れ難いと思えます。先ほどからGさんやEさんが言われているように、担保権実行に至るまでに金融機関は話し合いを行いますから、その間は友好的な関係にあると思えます。ところが、担保処分に着手の段階となれば、話し合いが決裂して対立関係が出来ているので、友好的にまだ話し合いを続けるということはできません。

○座長 Aさんもおっしゃったところと、Gさんもそうなのだけれども、3の同時履行の抗弁が成り立つときの支払額というのを、客観的な清算額としなければいけないから、したがって誠実に評価して通知した額を客観的な清算額とするというのは、思考が随分逆立

ちしていませんか。3 の話をうまく付けるために、それでは面倒だから清算金という概念自体を変えてしまえというようにするという考え方でしょう。ここまで何回かこの研究会で出てきたのは、それで調査官解説の話がCさんから出たりしたのだけれども、誠実に評価した額を通知したら、それでも一応は終わりということにしないと、いつまでたっても目的物の所有権関係が浮動的なものとして残ることになり妥当でない、というのはそうかもしれないのですが、清算金の支払請求権が残るのもいつまでたっても残るといのはかまわない気がします。

3 について私から個人的に皆さんにお伺いしたいことがあります。この研究会で、目的物の評価をするに当たっては、引渡しを受けなければ難しいという意見が何回か出ました。そのための方法は幾つかあって、B さんがおっしゃったこととも関係するのだけれども、占有の移転は簡単に受けられることにするが、それはただ単に実行の中の1プロセスであり、占有の移転は必要があったら受けて、それで評価をして通知をして支払ってということをしてしないと実行は完了しない。しかし、ここはまずスタートラインとして占有を取得できるのだというふうにするというのが第1の方法です。

第2の方法は、そうではなく、分からないのだったら分からないなりに一生懸命やればそれでいいのだというものです。債務者・設定者として、高く評価してもらいたかったら見せにければいいのです。見せにもこないで、それで高く評価と言うほうがどうかしていると考えます。見えないので、欠陥があってもわからない。そこで、リスクを負わないようにして低く算定したら、それはもう誠実なのだという話になる。

しかし、そうすると、先ほどの話になるのだけれども、誠実に評価をしたとされた額を、最終的な清算金額のところまで引っ張ってくるのを基準にしてしまうというのは若干問題があるだろう。したがって、プロセスを進めるための、G さんの言葉で言えば、2つ目としての清算金の話をそこにするのだと。それによって、占有が債権者になんないということによる評価の困難をある程度救うということにするのだと。いろいろな考え方が成り立つと思うのです。

3 はEさんも最初に質問されたように、これは全部任意規定で、特約を付ければなんだってできるのだというのかもしれないです。その辺りはいかがでしょうか。

○C 二読のときと違って、どちらかというところ、担保権者の言い値とまで言うところちょっと極端ですけども、手続としては、ある意味、価格が分からなくて仕方がないという意見がある弁護士会の中では多数でした。もちろん清算金は客観的な価額との関係で決まり、かつ、仮に清算金があったら同時履行の抗弁権があり、同時履行の抗弁権は特約では排除できないという、そこが、債務者側の最後の砦というバランスの取り方です。もちろん、そういうバランスの取り方ではなくて、別の取り方もあると思うのですけれども、最初の1週間通知なども、やはり隠匿とか、滅失とか、毀損のリスクを考えたら望ましくない。誠実評価というのでも、占有がなく正に評価もできない中で、結局よく分からない状態で評価額を決めたときに、その受戻権の消滅のところを後日争われてもかまいませんので、法

律関係の安定のためには、極端にいいという調査官解説のレベルまで行くのか、少なくとも算定根拠を示せばそれでいいというぐらいのもので進める。

ただ、最後の砦として、債務者側の権利保護としては、同時履行の抗弁権だけではありませんということです。清算金もないような場合というのは、ある意味残債務の額だけの話ですので、客観的な時価との関係での充当がされるのであれば、債務者側としても他に何かすることがあるのかなという感じがします。もちろん、法的には保護すべきことだけれども、それはもういいのかなという、そのぐらいのバランス感覚です。二読のときにはそうではなかったけれども、同時履行の抗弁権のところでごっとバランスを取っているからもういいのでは、というのがやや多数という状況ではないかと思えます。

○座長 まだ説明を法務省のほうから伺っていない部分ですが、第9に担保目的物の評価処分に必要な行為をするための担保所有権者の権限や手続というのが入っています。設定者は目的物を見に来られたら、それを受忍しなければなりませんというような話を書いてあったりするのですが、これでは駄目だとお考えになるか、それとも、こういう権限があれば、引渡しを受けた場合と同じような感じの丁寧な評価ができるよねという。それはどうなのでしょう。

○C 弁護士の感覚ではあまり実効性がないというのが、どちらかというところ多数意見でした。このように規定してもそう簡単にはいかないだろうという意見です。本当にしっかりと評価しようと思うと詳細に調査しないと分からない、例えば、機械であれば動かしてみないと分からない、在庫品にしても全部中身を見てくるのかといいますと、それは難しいだろうというのがあります。この規定は、規定としてはあって然るべきだと思いますが、実務的には、この規定があるからといってうまくいく感じではないというのが弁護士の感覚としては多かったように思います。

○E 今の感想や弁護士としての感覚は、Cさんと同じです。ただ、この評価・受忍義務が重要だと思うのは、解釈の話として、同時履行の抗弁権が強行規定だとして仮に残る場合であっても、評価・受忍義務を履行していない場合には、同時履行の抗弁権は主張できないということは効果としては入れられるべきだと思います。担保権者が目的物の評価をすることができない状態におかれているときに、清算金を算出して履行を提供せよといっても、担保権者に不可能を強いることになってしまうからです。

同時履行の抗弁権は特約で排除するというのを認めてもいいと思います。また、留置権との関係も重要で、留置権は処分清算のほうには記載がありますが、帰属清算の場合にも、清算金の請求権を被担保債権とする留置権というのはあり得るのではないかと思いますから、それとの関係も出てくると思います。もちろん、特約で排除することについては、債務者・設定者に対して、契約時に十分な説明が必要だろうとは思いますが。このように理解を得た上での話ですが、同時履行の抗弁権や留置権を特約で排除するということはあり得るのではないかと考えています。そこは仮登記担保法と違うことにはなりますが、それは不動産と動産の違い、評価・隠匿・処分等のしやすさ・しにくさの違いということになり

ます。

○B 私の意見というより比較法のご紹介のような形になって大変恐縮なのですが、やはり帰属清算というのは、一体いくらと評価するのかというのがすごく争いになりやすいものだと思うので、決定のプロセスがはっきりしていることが大事だと思うのです。フランス法では、帰属清算したい場合には、目的物に公定価格がなければ、鑑定人を介さなければいけないというルールになっています。つまり、必ず鑑定人が評価をして、それで両者が納得するというルールです。

アメリカでは債務者の同意が帰属清算の要件になっているので、債務者が「うん」と言わない限りは帰属清算で自分に帰属させることはできず、駄目だったら売ろうかということになります。売るとなれば客観的な価格が出てくるので、それによって評価額が決まることになっています。日本でも誠実な評価額というようなフワッとしたルールというよりは、必ず鑑定人を雇いなさいとするか、債務者の合意を必要とするか、その二段構えにして、債務者の合意が取れない場合には鑑定人を雇いましょうみたいなルールとするか、何か明確な手順が決まっているほうがいいのではないかと思います。

○座長 ありがとうございます。しかし、なぜ第三者に処分するときは客観性が確保されるのですか。

○B 第三者への処分について一定のルールがあって、商業上合意的な処分でなければいけないという大前提があります。例えば自分の身内に売りましたとか子会社に売りましたという場合には、正当な処分とは認められないというルールによって、客観性が担保されています。

○座長 そうですね、だから簡単に処分できる。今の日本のルールというのは贈与でもいいはずなのです。贈与でもよくて、ただ清算金の算定というのは別のシステムによって生じるので、第三者から得られるお金はいくらでもいいというシステムではないかと思うのです。

そこにそもそも「取引上の合理性のある処分」というような制約をかけるのかという問題があるのですが。

○A 今の点に関して伺いたいと思ったのが、帰属清算の場合に、債務者の協力がないうちきちんとした価額評価はできないということなのではないでしょうか。そうなのだろうと思うのですが、その状況で処分清算しようとなったときに、まともな値付けなんていうのは買うほうもいくらだというのは分からないので、これがいい線の値段だということは、この中で付いてくるものなのではないでしょうか。もちろん、結果的にまともだったということはあるのですが。

だから、なかなか付かないことも多いので、処分清算の場合はそれでも第三者、贈与は論外かもしれませんが、第三者で、よからぬことに協力しようという人でない者に処分さえできたら、それで権利の移転自体は行われている。あとはゆっくり、それこそいくらが適正かということ弾き出しましょうということなのかなと思っていました。認識として間

違っているかもしれませんが、もしそうだとすると、処分清算の場合も一定の適正な金額を弾き出すような手続を取りましようといったときに、何が考えられるのか。先ほどから出ている帰属清算と一緒に、権利自体はどこかできちんと保全された上で、第三者を巻き込んでゆっくり評価しましようということに第一段階でなるのでしょうか。そこがよく分かりませんでした。少なくとも今の日本を前提にすると、処分清算であろうが帰属清算であろうが、第一段階では、もうどんな金額がついても仕方がないと。仕方がないのだけでも、少しでもそれをましにしようという手続を盛り込むのだったら盛り込むのかと。でも、その少しでもましにする手続が、所詮その程度のものだとしたら、あまり重いものになると意味がないのかとと思っているのです。

○座長 分かりました。ちょっと雑談のようですが、重要な話だと思うのでここで失礼します。譲渡担保に関する立法論とかをするときに、そもそも仮登記担保もそうだったので、債務者保護のために帰属清算を原則とすべきであるという意見が以前からあるので、どうしてかという、債権者に帰属させるというときには、債権者がよほどリーズナブルな額の提供のようなことをしない限りにおいては、債権者に帰属するという状態を作ることができないというような縛りを置くことができる。然るに第三者に処分をしてしまったらそれで終わりですよというようなルールを入れてしまうと、第三者保護のためにも、債務者は受戻しができなくなるというのをその時点で認めざるを得なくなって債務者保護にならない。したがって、第三者に売りたいければ帰属清算をした上で売りたいというの、1つの債務者保護的な立法論として説かれていたところです。

然るに、Bさんなどの紹介されるアメリカ法になると、帰属清算というのは究極の利益相反行為であるということになる。関連会社に売ってはいけない。取引上の合理性が確保できないというわけです。自分に売るわけですから最悪です。それはトラスティのセルフトレーディング、受託者が自己取引の類型になるということなのだろうと思うのですが、それは駄目だというのが前提になって、第三者に売りたいましようというところから始まる。

債務者保護ということなのかもしれませんが、発想が全然違うのです。したがって、外部的に説明して、例えば処分清算だけにしましようという話を仮にすることにすると、それは今までの議論の流れとはかなり違いますので、それなりの説明が必要です。しかし、今日出ている話は非常に重要な話だと思います。以上が、学説の流れとの関係での分析です。

ここで同時履行の抗弁権がある。それは、今法務省からのお話のときには、真摯にやった通知額との間の同時履行の抗弁権であると。法務省の場合には、それが清算金額になるからそうなるというわけだし、Gさんや私が言ったのは、清算金額はそれではないのだけれども、同時履行の抗弁の牽連性が立つのは真摯に評価をした額との関係で立つのだということです。それを前提にして、しかし、こんなもの同時履行などを主張されたら面倒くさくて仕方がない。さっさとこっちへよこさない、そもそも評価のためによこしてくれなくてはいけないのだというので、お金を払ってやっとなよこしてもらおうという。こんな面

倒くさいことはしたくないというので、そもそもこれをなくしてしまおうという考え方が1つあります。

もう1つ、Eさんが言われたように書いてもいいと。書いてもいいけれど、特約ができることにしましょうと。これは皆さんの感覚としてはどうなのがいいとお考えでしょうか。

○J 実態は分からないのですが、同時履行の抗弁の対象が何かは、客観的に適正な価額ではないかと思います。それをどう算出するかということと誠実評価との関係が同じなのかどうかにもよると思いますけれども。別のことを言って恐縮ですが、清算金というのがそれなりの計算をした額でいいのだということになると、もちろんその清算金がないときの被担保債権の残額がどこまであるのかというのは連動するのですよね。つまり残債務がどれくらいになるかの確定でも精算金のための計算が利いてくるのではないかと思います。そのときに、誠実な評価額というのはよほどきちんとした額でないと、その額として扱えないのではないかと思います。最終的に払う額は適正な価額でないといけないのだと思います。同時履行によって本来得られるものを確保するということからすると、受戻しはなくなったけれども、適正な部分が取れない限りは引渡しは受けられないということではないかという感じがしているのですが、そうすると第三者との関係での留置権も同じようになってくるので、揃うことは揃うということではないかと思うのです。

特約ですが、もしそういう判断をするのなら同時履行の抗弁でその部分を保護しようということですので、本人がその保護は必要ないということであれば放棄はできると思います。ただ、事前の担保権合意などのところで放棄するというのは適正が確保できないので、実行通知があった後に自分はもうそれはいいですとか、その段階での放棄はできると思いますし、それなら1週間についても短縮もできると思いますけれども、特約というのはそのレベルではないかと思います。

○座長 Jさんのお考えを確認したいのですが、同時履行の抗弁権を認めるとしたときに、対象となるのは客観的な清算金額であるという話ですけれども、それはここに言う誠実に評価した目的物の価額を基準とするのを客観的な清算額にしようとする法務省がおっしゃっているところを前提にしているのか。それとも、また別個に客観的な清算額というのがあるというのを前提にしているのか。それはいずれなのですか。

○J 誠実に評価するというのが一体何なのかということで、それが例えばBさんがおっしゃったような鑑定額を幾つか取って、それでいきましょうということであればあるいは一致させてもいいと思いますが、そうではなくというか、ある程度債権者としてはそれなりに分かる限りでコストも考えながら、この程度の額として出せばそれはそれでいいということだとすると、評価額として本当に適切で、その額で所有権等を失ってしまう、留保権かもしれませんが、とにかく権利を失ってしまうというものがそれでいいのかと考えると、ずれるということになるのではないかと思います。

○座長 ずれると、どういう訴訟形態になるのですか。つまり、債権者が債務者に対して、

こういう計算だったではないか、その額は提供したではないかと言って引渡請求をしますよね。それに対して債務者側がいやまだある、と言うわけですか。

○J いえ、まだあるというか、それは適正額でないですねと言うことになります。だから受戻しはできないけれども、引渡しのためにはその分を払ってくださいという話をするのではないのでしょうか。

○座長 そのときの評価の立証責任はどちらにあるのですか。

○J 清算金支払債務について適正額を提供したので、同時履行の抗弁はないというふうに言うわけですから、債権者側ですね。

○座長 分かりました。細かいことですがすみません。ちょっと気になったものですから。個人的には手続的に重いと思います。

○B 細かい話なのですが、評価時点というのが結構大問題になるだろうなという気はしていて、つまり、実行通知時の目的物の評価額であるということにすると、動産などがどんどん減価していく局面で、担保権者としては通知時の清算金を支払わなければいけないのだけれども、債務者側が足りないにごねるような行動を取ると、どんどん現物の価値は下がっていくにもかかわらず、高い清算金を提供しなければいけないことになってしまうのだと思います。

目的物引渡時の評価額というのは、事前の計算が難しいものだと思いますけれども、目的物引渡時の評価額というふうにしたとすると、債務者の側に目的物を早く引き渡そうというインセンティブが生じて、同時履行の抗弁を入れたとしても、Jさんがおっしゃったように、それを事後的に債務者の側から放棄して目的物を渡そうというインセンティブが働く可能性はあるのではないかと思います。

○座長 同時履行の抗弁権の行使が正当でなくて、ぐずぐず言って引きのぼしたら損害賠償義務を負いますね。それを減価額とイコールに本当は算定できるはずなのです。だから抽象的にはどんどん下がって清算金額が変わってくるというふうには、本来はならないはずなのだと思います。清算金額が減ってくるのですよね。

○B 実行通知時の評価額を提供しなくてはならないというルールを取る場合、清算金と相殺できると考えれば、債権者が提供すべき金額がどんどん減っていくことになります。

○座長 目的物の価額が下がるだけでも清算金は減ってくるでしょう。

○B 実行通知時の評価額であるとなれば、清算金は減らないと思います。

○座長 そうそう、そうですね。それで減って来ているのに、前の基準時での評価額を払わなければいけないということにすると可哀想だという話なのですが、それは引渡しの遅滞があるのではないかという感じが私はするのです。

○B それを事後的に回収できるというふうに言っても、債務者は無資力の人が多いはずなので、やはり清算金自体が減る形にしないと債権者は救済されないのかなという気がします。

○K 先ほど Eさんが、受忍義務違反の法律効果として何ができないかという話をされて

いたと思いますけれども、そこで同時履行の抗弁を取り上げてしまうというところまでは行き過ぎかなと思います。しかし、例えば、原則としては客観的な評価額との同時履行になるけれども、受忍義務違反があったら、債権者が算定した額が客観的でないという設定者の主張を制約するとか、何かそういうような形で、同時履行の抗弁を麻痺させるというか、そういうような限りだったら、それもありがちなと思いました。

それから、任意規定としてしまうという話に関しては、Jさんと同じで、時効の利益を予め放棄できないのと同じように、同時履行の抗弁を予め設定契約段階で放棄してしまうというのは、設定者は割と簡単にやってしまいがちなので、その効力を認めるのには問題があると思います。実行段階になって放棄するというのは問題ないと思いますが。

○座長 ありがとうございます。同時履行の抗弁権に関しては、処分清算という形を採ったときの留置権とどこまでパラレルに考えるかという問題と密接に関係していますので、4の所も併せて話をさせていただかなければならないような気がいたします。ただ、留置権が成立するのは当然だと法務省がおっしゃいましたが、私はこれに長年反対しているので、当然だと言われますと悲しい感じはしますけれども。いかがでしょうか。結局、一緒ですね。処分清算を認めるときには処分をしたら、もはや受戻しはできないというのは何となくそうかなという感じがしますが、そのときの清算金額というのをどうやって算定するのか。このペーパーは客観的な評価額で算定するというふうに言っていますけれども、そうしたときに、さっきの帰属清算の場合との真摯な評価額という考え方と矛盾しないのか。客観的な神様の目から見た額で裁判によって最終的に決着がつくのだと。その額について同時履行とか留置権の基準にするのだと考えると、またひとつの考え方ですけれども、いかがでしょうか。

これはCさん、Eさん、Gさん、Iさん等々に対して、みんなこれでいいんですか、というのが私の質問ですが、BさんとかJさんは、ちゃんと払ってあげないといけないよね、同時履行は当然あるべきだよという感じで話していらっしゃるような気がしますけど、私からすると、債務不履行時に目的物で払おうと言うのだから、そんなにいろいろな主張ができなくてもよいのではないかとも思うのですが、その後、もちろん清算金額について争って請求するのは、それはいいけれども、そのときには取られますという前提で話をする。そして、それが倒産手続において、そうやって持っていかれると再建ができなくて困るというのだったら、またさっきの最初の問題になってきて、そこで調整するのは分かるのですが、実行まで至って清算金がどうしたとか、大した額でないときが多いのに、争ってればいつまで経っても引き渡さなくてよくなり、そうすると結局、解決金とか払わなければいけなくなる。それは昔からそうです。仮登記担保法ができた後でもそうですが、昔から言うハンコ代というやつです。みなさん優しいなというのが私の今日の感想です。

○G どちらかという物の処分を安定させるという観点から、同時履行の抗弁権とか留置権とか、処分清算で言えば何をしたら物権の移転が安定するのかというときの金額を、先ほどから出ている誠実評価額というか合理的な算定根拠を示した額、法文にするときにど

うなるか分かりませんが、そっちの金額で決めるほうがいいのではないか、つまり、債権者がある程度主導して、しかし、言い値ではない、相応にきちんとした金額で物権の処分とか帰属については決めてしまうほうがいいのではないかと思います。

ただ、先ほどからお話を伺っていると、占有のない担保物の評価が非常に難しいことを前提とすると、算定根拠を伴う評価額と言っても債務者からすれば非常に不満なものになる可能性はあるのかもしれないですけど、逆に言うと、客観的な金額を争い続ければ、ずっと引き渡さなくてもよい、あるいは、その処分の効果が引っくり返りうるという状況で、本当にそれが高く売れるのかなということが気になっています。そう考えると、お金のやり取りについては長い時間をかけてでもきちんと争ってもらえばいいのですけれども、物の処分とか占有とかの移転に関してはどこかで割り切ったほうがいいのではないかと思います。そうすると、先ほど3つ申し上げた2つ目の金額を、いかに適正にするかという方向で制度の設計に工夫を加えるほうが良く、とにかく客観的な神様の金額でないと、同時履行の抗弁権を失わせられないところについてしまうのは、私も重たいのかなという印象を持っています。

○座長 Gさんのおっしゃったところをより良く実現しようとする、第三者に処分をする形を取ったときに、処分が行われた時点で、もはや受戻しはできなくなるけれども、しかし、債権者は債務者に対して目的物の誠実な評価額と被担保債権額を通知して、ゼロですよとか、幾らですよというのを通知すべきである。第三者が幾らで買っていようが、その真摯な額を支払うまでは例えば引き渡さなくてよいというふうにして、さっきの帰属清算一元化みたいな話の伝統的な立法論になるのですが、そういうほうがGさんのおっしゃっていることをうまく達成できるという感じがするのですが、そうでもないですか。

○G そうかもしれません。あと、これは前回か前回より以前に申し上げたかもしれませんが、処分清算方式によるルールを、そもそもどういう範囲で適用するかについては、先ほどもお話に出ていましたが、インサイダーに対する処分の場合、あるいは処分に買戻し特約が付いている場合が典型だと思いますけれども、真正譲渡でない場合については、少なくとも、今、座長がおっしゃったようなルールにするか、あるいは帰属清算にむしろ近づけて判断しないと、処分という形だけで物の移転について結論を出してしまうのはよくないように思います。

○座長 それはそうだけど、インサイダーほどの範囲ですかみたいな話になるわけだから、それもそれで面倒ですね。

○G それはそうですね。

○座長 誰に処分しようが、とにかくにも誠実評価額はこれですと。その誠実評価額を表すための資料の1つとして、ほら、第三者に幾らで売れているでしょうというのも出していくという形で、常に誠実評価額で実行のためのGさんの言う2つ目のほうの支払額というのは決まると、そういう制度設計もあり得るような気がします。

○G そうなのかもしれません。

○C 私の意見は、同時履行の抗弁権というのは、ここが最低ボトムだということがあって、ただ、それは当然ながら清算金がないと駄目だという話です。他方、清算金が発生する局面というのは、かなり少ない、客観的な神様の金額を取っても少ないという意識があるので、おそらくそのような議論を考えているのだと思います。つまり、債務者が粘ればいくらでも粘ることができるということにはならないと思っています。動産ですから、例えばこれは1億円あるんだと言っても普通は通らないわけです。売っている金額や簿価だったり、簿価の何掛けというのが普通の評価額ですから、そこから下がることはいくらでもあるけれど、上がることはまずない。そうすると清算金というのはかなり少ないと考えられます。その代わりそれが本当にあるときには、保護されるべきだというイメージです。

ですので、まず手続としては、受戻権の消滅に関しては、債権者の言い値の金額でいいのかはともかく、合理性のある金額もしくは誠実評価金額で一旦受戻金の消滅は確定する。ただ、占有との関係は清算金との同時履行が残る。もしくは処分清算だったら留置権が残る。しかしながら、実際に清算金が起きる局面は少ない。こういったイメージで考えているのですけど。

○I 譲渡担保を利用した場合に、担保権者が困るのは、いつまで経っても担保処分が確定しないということです。したがって、処分を確定させた上で、その清算金額というか、客観的な金額と債権者が通知した金額との間に不満があるなら、事後的に裁判で争ってもらい、譲渡担保の処分とは切り離して別の世界で解決する方が、譲渡担保権の利用促進にはなると思います。担保権者にとってみても、担保目的物の帰属の争いから解放されるので、受入れ易いと思います。

○G 現在の動産譲渡担保の利用状況を考えると、確かにCさんがおっしゃるように清算金がない場合が多いのだと思いますが、今、我々が検討している担保制度の改革が仮にうまくいって比較的使われるようになると、例えば、何回かにわたって実行できる集合動産譲渡担保ですとか、あるいは、そのときどきの残高をモニタリングしながら、その残高に掛け目をかけた範囲でだけ短期運用資金を貸していくような完全フルカバータイプのABLとか、そういった担保取引がなされるようになると、今とは違った世界になる可能性があって、そういう場合には清算金が出てくるのではないかと思います。ですから、使われるようになればなるほど、この問題は実は重要になってくるのかなと思います。

○座長 ありがとうございます。まだ意見がかなり分かれています。今までも話は出てきているので第9の所について法務省からご説明を頂いて、第9も含めてあと少しだけ議論する形にしたいと思います。

○法務省 第9についてご説明させていただきます。1の受忍義務については先ほど座長からもご案内がありましたが、ここに書かれているとおりです。もともと二読の資料では引渡しの先履行とにしていたのを改めて、それに対応させるものとして受忍義務を定めたというのが、その内容です。

2の「裁判所による実行前の保全処分」という、ここもかなり変わっていますのでご説明させていただきます。もともとは引渡命令類似のものとして二読の所で提案させていただいたところではあるのですが、それが本案の強制執行の簡易な実現という形だとなかなか説明が厳しいのではないかとご指摘があったことも受けまして、保全処分という形でご提案しています。この中で9.2.1というのが、いわゆる民事執行法上の保全処分のようなものを想定しておりまして、9.2.2が規定を設けないとしておりますのは、担保目的物の引渡請求権を被保全権利とする民事保全上の仮処分に対応できることを前提とすると、特に設ける必要はないのではないかとご観念に基づくもので、2つ提案させていただいたものです。

案9.2.1について補足すると、説明の2が当該部分に関する説明です。イメージしているのは担保不動産競売の開始決定前の保全処分、民事執行法第187条に類するもので、それは担保目的物について価格減少行為がされた場合に、それを止めるというものをイメージしてご提案しています。それと対応して、要件としては3に書いていますとおり、故意、または過失といっているのか分かりませんが、目的物を損壊したり、維持するための適切な保管をあえて怠っているように目的物の価値を減少させる行為などを想定しているところです。

それに対して、このような規定を設けないものとしている案9.2.2については、そういう目的物の隠匿や担保価値の減少行為がある場合には、そもそも本案として担保権に基づく妨害排除として担保目的物の引渡請求権を有し、それを前提とする民事保全法に基づく保全処分、その1つの類型としては例えば引渡断行の仮処分ですとか、そういうものが利用できるのではないかと考えまして、特に規定を設けないというご提案をさせていただいているものです。簡単になりましたが、説明は以上でございます。

○座長 ありがとうございます。このような保全処分や受忍義務も含めて、評価とか毀損を防ぐという方法を考えた上での実行方法だということなので、実行方法についてあと少しご議論いただくとともに、保全処分については2つ書くというのと、一般論だから書かないという話と2つ出ていますが、その点についてもご意見を承ることができればと思います。

○B 先ほどの関係ですが、座長から、JさんとBさんは優しいね、といったお話がちょっとあったと思いますけれども、私はずっと同時履行の抗弁は動産譲渡担保については要らないと思っていて、引渡しが先履行ということで構わないというふうに考えております。今回の資料では、同時履行の抗弁ありで先履行の引渡命令もなしということになって、やっぱり債務者の権利も保護しなければいけないから、しょうがないよねという感じで納得はしているのですが、少なくとも保全処分については実行通知と同時に保全という形で、隠匿とか流出することがないように仕組みを入れないと、実行通知をして1週間待っているというのは呑気すぎて、動産で融資をしようという人にとって結構大変になってしまうのではないかとご心配しています。

○座長 リポゼッションを認めることから始まるのだと主張されていたわけですから、Jさんの同時履行の話とはかなり違うというのは確かで、それをいい加減にまとめてしまったのは大変申し訳ありませんでした。ほかにご意見のある方はおられますか。

○C 先ほどの話の延長になるのですが、まず保全処分は民事保全法ではなく民事執行法で作るべきだと考えております。裁判所の感覚で言うと、民事保全法では、断行の仮処分はかなりハードルが高くなる感覚があります。先ほどの私の考えのように実体法上の同時履行の抗弁権があるとと言われると、価額の適正をかなりしっかり立証しなければいけないというハードルが上がってきます。先ほど清算金は実際は殆ど発生しないのではないかと私は申し上げましたが、裁判官の発想としては本当に発生しないのかと思って躊躇してしまうというがあるので、そこは民事保全法でなく民事執行法だと思うわけです。既に一定の債務名義はあるのだという前提での建付けのほうが望ましく、もちろん、そのために例えば登記を要求するとか、それはそれで別の要件があってもいいと思いますけれども、ここで考えるべきことは、少なくとも登記がある担保に関しては民事執行法で処理すべきだと思います。

このようにすることによって先ほどの価額の適正のところは、無審尋で、債権者側がそれなりの誠実評価であると裁判所に思ってもらえるレベルで、つまり複数の見積書を出すとか、もしくは動産評価鑑定士さんの鑑定書を出すとか何でもいいのですが、何かを出すことで発令されるというイメージです。ですから、先ほど私が同時履行の抗弁権があると言いましたが、それに対してはこの民事執行法上の保全処分担保権者は占有を確保できるという、その辺が実務的にはバランスが取れるのではないか。そのためには、もちろん担保金は若干は積まなければいけないけれど、それは後日、ゆっくりやればよいというふうに思っています。

○J 繰り返しになってしまうかもしれないのですが、よく分からないのが、誠実評価価額というのを出したときに、それ自体が争えるのかということです。事後的に価額だけ争うというのはあるかと思いますがけれども、同時履行の抗弁というのを仮に認めたときに、誠実評価価格でさえあればいいのだということだとすると、それは誠実に評価されていないとか合理的な評価ではないと。しかも、債務者の協力の中で実現できればいいですけど、そうでなく情報自体も債務者のほうしかないとなると、例えば数が違うとか、こちらの鑑定によればこうだとか、いろいろいくらでも誠実評価価格なのかということ争うという事態も想定されます。結局、誠実評価とは何なのかということになると思います。

それに対して、では同時履行の抗弁もないということになったときに、債権者自身はこれだけ払いますと言っているけれども、それは払うと言えども済むことではあるけれども、その払うと言っていて債権者も認めている額についても確保できないまま目的物を渡さなければいけないのかというのがよく分からないというか、それでいいのだろうかと思うこともあり、そうだとすると、誠実評価というのが債権者が何をすればいいかということが明確に決まっていて、それをやれば、その額は争えないということにした上で同時履行を

認めるというのはいりうるのではないかと考えています。

ただ、そのときも、その後があるということだと思いますが、それはそれとして、実はBさんがおっしゃるような形になっていくのかなと思います。つまり、こういう手順さえ取ってれば、もうそれで誠実評価は満たしていて、同時履行を認めるとすると、その額についてだけは履行の提供なりをしてもらわないといけない。しかし、それが最終的に使用する権利を失うものの対価として適切なのかというところは更に後に争いますと。それは先ほどの同時履行で引渡しを請求していくほうではなくて、清算金をもっとあるはずだということで請求していくと、そちらの争いになるのかなと思います。そういう形でいくのか、あるいは誠実評価額というのはそれなりに争えるけれども、結局、それは債務者のほうは情報を持っているからということだとすると、そのこの部分の情報も出さずに、あるいは協力もせずに言うことはできませんとKさんがおっしゃった、あるいはEさんがおっしゃったような第9の1と連動させて構想するということもあり得るのではないかと考えています。保全処分は鍵なのではないかという感じは私もしたのですけれど。

○座長 ありがとうございます。感想だけ言うと、まず誠実評価額を争うのは額の不当性を争うのではないですね、多分ね。評価における善管注意義務違反を争うのだろうね。誠実でないと言うのでしょね。それに対して、いくら客観的にこうであると自分が持っている情報を出しても、一切、それは争うための適正な証拠にはならないのではないかと気がします。

○J ただ、争いの余地がある以上は争えるわけです。

○座長 それはそうです。そうすると、その通知自体が意味がなかったということになりますからね。ですから、そこを争うということならば長引いてしまうというのは一緒だという話になると、それは一緒かもしれないと思います。それと、もう1個だけ誰かに聞きたいのですが、第9の1の受忍義務というのを規定したとします。そうすると、これがあると受忍させてちゃんと見ないと誠実な評価でないというのが起こってくる。そういうふうな方向に働くという意味はあるのですか、ないのですか。

○J 評価の手法として、より道を拡大することになるというか、よりデータも集める機会を与えることになるので、そんな機会も使っていないというのは適切にやっていないということになりかねないということですよ。

○座長 なりかねないというか、なってそれでいいという考え方かもしれないし、一見、債権者にとって有利な権利のように見えて、実は不利に働くというものなのかもしれないという位置付けの問題ですけどね、良いか悪いかはともかく。

○K 案の9.2.1の文言について、まず「前記第7,2の通知をした担保所有権者の申立てにより」というのは、7.2.1の案を採ることを前提にした表記であって、7.2.2を採るときには、その前記7,2の通知というのがないので、単に担保所有権者の申立てになるということでもいいのか、というのが1つです。

また、Cさんの先ほどのお話を伺っていて思ったのは、担保権実行に伴う保全処分とす

ると、担保所有権者であるということをどう確認するかが結構重要な問題になってきていて、先ほどCさんは債務名義とおっしゃいましたが、実際には厳密な意味の債務名義にならないと思いますけれども、そこが結構、実質的には重い要件になりかねないのかなと思いました。

○座長 第9の2の前半のKさんの指摘はそのとおりですね。

○法務省 はい、そうなっていると思います。

○K すみません、ひとつ言い忘れたのですが、そうだとすると、これは実行前なのですか。この通知をしたという、その時点で実行していることにはならないのですかね。

○座長 実行完了前ですね。1週間経っていない。実行に着手はしたのです。

○法務省 いずれもおっしゃるとおりかと思います。

○H 清算金があるときは、担保所有権の設定者に同時履行の抗弁が認められるという規律と、裁判所による実行前の保全処分に関する規律は、どのような関係にあるのでしょうか。担保所有権の設定者に同時履行の抗弁が認められるのであれば、その設定者は、目的物の引渡しを命じられても、その目的物の引渡しを拒むことができるのではないかという疑問です。

○法務省 そこは私も厳密に理解していませんが、基本的に案9.2.1の民事執行法上の保全処分というのは、目的物の価額を減少させる行為を止めるためにという形で設けている趣旨ですので、それは、今、目的物を持っている設定者がそれをやるのを止めるために、同時履行関係なしにやれるものということ为前提として設けているつもりではありました。

○H その場合には、同時履行の抗弁は、なくなるということなのでしょうか。

○法務省 そうですね。

○H 分かりました。

○座長 まだ全然方向性も見えていなくて諸説乱立しているのですが、論点自体は大分明確になったと思いますので、更に今のご議論を踏まえて、もう少し取りまとめに向けて法務省で検討していただくことにしたいと思います。一旦休憩を挟みまして、別の論点にまいりたいと思います。

(休憩)

○座長 まだまだ前回の積み残し分についてご議論あるかと思いますが。最も重要なところの1つですので、それはある意味当たり前でしょう。ただ、可能性としてあり得る実行の流れというものが幾つか分かれ道として出てきたと思いますので、ちょっとそれはまた整理したものを皆さんにお配りして議論をしていただく機会を持つことにいたしまして、今日どうしても、その件について関連して発言をすべきときがありましたら、していただくのは結構なのですが、少し先に進ませていただきます。

研究会資料23の第10、同一の動産に複数の担保所有権が設定された場合の取扱いというところについて、まず法務省から説明をお願いしたいと思います。

○法務省 それでは第10に関して説明させていただきます。こちらは後順位という形で、

今まで言われていたところではありますが、今回、担保所有権という形の概念を採用した関係で劣後担保所有権者による私的実行の可否という形で表現させていただいています。

コメントの部分に書かれているところでもあるのですが、もともと設定者留保権に担保権を有しているという構成を前提にして、まず設定者留保権を目的として実行したときにどうで、そのほかに所有権全体を目的とする実行が何故できるのかという議論をしていたのですが、その所有権全体について実行ができるかどうか、後順位担保権者のメインの問題意識であって、設定者留保権自体を実行する人はそんなにいないだろうというご意見が二読ではかなり強かったというところでもございました。それを前提として、全体に対して私的実行ができるかどうかというところについては、結論として優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り私的実行をすることができるという、ある意味結果めいたところを記載させていただいていますが、それが理論的な説明として、どういう理屈を取るのかという部分がゴシック及びその説明でも明確にできてはいないという面も否定はできないのですが、その部分について、是非、ご議論いただきたいということが大きなところで

す。

それを前提にして、簡単に前と変わった部分をご説明させていただくと、まず担保目的で移転した設定者留保権自体に対する実行については記載を落としております。そこから劣後担保所有権者が私的実行をすることによってどういう問題が起きるかということにつき指摘をし、その観点から、私的実行に当たっては優先担保所有権者の同意が必要であるとしております。ただ、ここで 1 点注釈を入れておく必要があると思われまうのが、第 12 で記載しております担保所有権の競売手続による実行では、優先担保所有権者の同意なく劣後担保所有権者であっても、所有権全体について 190 条の動産競売開始の申立てをすることができるということを置いています。今回の第 10 に関する記載は、私的実行においては優先担保所有権者の同意が必要であるという形のご説明になっています。

4 では、仮に同意なくして実行した場合にどうなるかや、その私的実行の結果として即時取得はどういう場合に成立するのかという部分を整理し、5 ではその即時取得の成否やそれに伴って権利を失わなかった場合に、不当利得として返還される範囲はどうなるのかについてご説明させていただいております。6 の所では、私的実行の手続を開始したときには即時取得の成立ということもありますので、担保所有権者が、仮に同意がないとできないということを前提としても何らかの私的実行を阻止する必要がある、それを実現するために何らかの手段が必要ではないのかということの問題提起させていただいております。その具体的な内容については引き続き検討が必要であるという形で終わらせています。

2 は担保所有権が私的実行された場合における他の担保所有権者の権利行使方法についてです。いわゆる物上代位的な権利行使ができるかどうかというところで、(1)についてはあまり変わっておりません。処分清算方式における第三者に対する売買代金債権については設定者に帰属する財産ではないので削除いたしました。が、(1)については前のままと

(2)に関しては、新しく入れたところですが。これは優先担保所有権者が私的実行を行うときに、劣後の担保所有権者が権利行使をすれば物上代位になると思いますが、それを行わせる機会をどのように確保するかという観点で、仮登記担保法第5条第1項を参考として、知っている劣後担保所有権者に通知をしなければならないという規定を設けることはいかがかと、そういうご提案です。ただ、その仮登記担保と異なる点として、公示が必ずしも十分ではないために、優先担保所有権者が劣後担保所有権者の存在を知っているわけではないというところがあるので、この手続があまり重くなりすぎるかどうかというところが、1つご議論いただきたい点というところです。私からは以上です。

○座長 どうもありがとうございました。議論が混乱しないように、ちょっと一言申し上げておきます。第10に書いてあるのは、私的実行を劣後する留保所有権者が行うという場合の話であって、民事執行法に基づく実行というのができるかという問題、あるいはそもそも劣後する担保所有権者も債権者なわけですから、差押えをするということはあり得るわけですが、差押えとのときとの間で、バランスを取る必要は一応はないという前提で作られているのです。それは裁判所の手続としてやる場合であり、これは私的実行の話ですから違いますという話なのですが、バランスを取らなくてはいけないという批判はあり得るのだらうと思います。ただ、つくりとしては当然にはバランスを取らなくてもいいというつくりになっているということをご認識いただければと思います。先に発言して失礼しました。ご自由にご議論いただければと思いますが、いかがでしょうか。

○K まず、法務省から理論構成についてどう考えたらいのかというような問題提起がありました。私は、これは、優先する担保権者の同意を得たことによって、その担保権者が持っている処分権限が授権された、という説明が成り立ちうるのではないかと思います。

その観点からすると、優先する全ての担保権者の同意を得るということは、果たして本当に必要なのか、ということが疑問です。例えば最優先の担保権者から同意を得れば、その最優先の人ができたことはできてもいいのではないかと。その最優先担保権者が担保権を実行するには、別に他の人の同意はいらなかったわけですから、最優先する担保所有権者の同意が必要にして十分なのではないかと思ったのですが、いかがでしょうか。

○K 私の理解としては、第1順位の担保権者から、その人ができることについて授権を受けていると構成して考えているのですが、そうだとすると、第1順位ができることはその同意を得た第3順位でもできるということになるのではないかなと思います。

○法務省 もう一度考えさせていただきたいと思いますが、私も今お話を聞いていて、そのとおりかと思いましたが、修正したいと思います。

○E 私も第1順位の授権を得ているという仕組みを取るのであれば、Kさんがおっしゃるとおり、できるのではないかと思います。ただし、第1順位であるということとをどのように後順位の人が分かりうるのかということが実は一番重要で、やはり登記があるなど、

何かないと難しいのかなと。そのように思います。

○座長 第1順位者であるかは分からないのです。分からなくて、自分が第1だと思ったら、ただ単に元気よく実行するのです。分からないから実行できないのではなく、分からないからこそ元気に実行してしまうという形になるのです。そうすると、この説明の中にありますが、ある種の不当処分になるという考え方だと思いますが。

○法務省 おっしゃるとおりで、基本的に分からない場合というのは結構生じてしまうと思われま。ただ、正常に考えれば債務者が全部分かっているはずなので、債務者から情報を得ればいいということになるのですが、最終的にそれは100%ではないので、では100%でなくて失敗したときにどうするかというルールをちゃんと決めておきましょうという方向で考えるのではないかと考えています。

○C 先ほどの第1順位の同意だけでいいのかという問題は、例えば集合動産などの場合に超過差押えの問題を考えるときに、第1順位から見た超過のときには駄目なのか、そういう問題は別途考えなくてはいけないかなとは思っています。ただ、それは、決めの問題だと思います。

そもそも、ここは登記優先ルールを前提にするかしないかという問題がまずあるのだろうと思います。登記優先ルールを決めるか、決めるとしてどの範囲かという話があります。登記優先ルールを決めると、完全には分からないかもしれませんが、ほぼ、優劣が分かる状態になる。所有権留保が残りますから完全には分かりませんが、譲渡担保同士の中ではだいぶ分かることになる。他方、登記優先ルールを入れないときには、分からないもの同士がかなりあるということになるので、このルールでいいかもちょっと考えないといけないということになってくる。

次に、どちらにしても一定程度は分からないことがあるのですが、ここに書かれている同意を得なかった場合の処理についてがどうなるかです。自分を一番だと思って処分清算したときに、その動産を購入した第三者が無権利者のままなのか、それとも最先順位の譲渡担保権負担付きの何かを取得しているのかが、はっきりしない書き方になっていると思います。例えば3ページの3行目辺りの記載は、「第三者が悪意又は過失がある以上、第三者は負担のない所有権を取得することはできない」と書いてあって、これは全くの無権利者、劣後担保権者には処分権限はないのだから何も得られないということなのか、でも、劣後担保権者も何か権利を持っていたのだから、その権利の限度では第三者は権利を持っているのか。この記載がどっちの趣旨なのかを、まず確認させていただきたい。

次に、それにも関係すると思っっているのですが、同意がなかった場合、不当利得はない、でも不法行為はあるかもしれませんという辺りの処理が、本当にそれでいいのかということにもなってくると思っっています。この法律関係としては、もともと後順位担保権の法律構成をどうするかご議論いただきたいということはあるのですが、少なくともここでの第三者は無権利者なのか、何かを持っている状態なのか、どちらのイメージだったのでしょうか。

○法務省 理論的にどう構成するかを議論してくださいと書いたのですが、おそらくその結論は出ないので、そういう意味ではむしろどういうルールを作るかという表面に出てくるところを議論していただいたほうがいいのではという気がいたしました。これを前提に、前半のご質問のところですが、当事者が何を合意していたかというところにもよると思いますが、おっしゃるとおり、劣後する人もおそらく何かの権利があるので、二読の冒頭に出てきた議論ですが、何かを移転することはできるのだと思います。そのときに、実際にその人は処分権限を持っていないわけなので、自分が処分できない大きなものを処分してしまったという形になる。そこに含まれる小さなものは処分権限があるので、大きなものを処分するという合意をしたときに、それは大きなものについての合意なのだから、小さいものについては合意はされていないと見るのか、それとも大は小を兼ねると考えるのかということなのかと思います。それは合意の解釈の問題でしょうが、しかし大きなものについての一定の合意があると考えたとしても、さらに債務不履行や錯誤などの問題は出てくるのかなということになるのではないかというイメージでした。

○座長 今、おっしゃったことで、私は気になることがあるのですが、何らかの権利を持っていたら必ずそれが譲渡できるのですか。

○法務省 何らかの権利を持っていれば、譲渡できるのではないかという前提で考えていたのですけれど。

○座長 例えば、抵当権に関して、抵当権の処分などに対する条文がなくても、抵当権の処分は可能なのですか。

○法務省 それは抵当権だけを被担保債権から分けて処分することになります。

○座長 被担保債権でやったときに何を処分しているのかという問題で、被担保債権を処分して、それで随伴性でいっているだけなのか、抵当権自体が処分対象なのかということがありますが、担保のため劣後するという形に制約されているが、担保の範囲で所有権を有しているという人がいたときに、それは性質上当然に何か権利がある、譲渡できるという話になるのですか。譲渡できませんということがあり得るのではないですか。

○G 私も同じ疑問を持っています。ですので、先ほど正に C さんがおっしゃった 3 ページの 3 行目の「第三者は負担のない所有権を取得することはできない」と書いてあるのは、正確には第三者は負担のある所有権すら取得できないと書くべきではないか、と読んでいました。つまり、優先順位の担保権者の被担保債権よりも目的物の価値があるときに、その余剰価値のある範囲で後順位担保権者が一定の価値のある担保権を持っていても、実行することはできないというルールを取るときは、それは譲渡を有効にできないということなのかと思っていました。単なる無権限者の処分として、譲受人は何も取得できないという整理になるのかと思っていたのですが、そうではないとすると、むしろ設定者の権限のところ、設定者が物件を処分したときに担保権の負担付きのまま譲渡できるという権限の議論がありましたが、むしろそちらに近いことになります。ですから、消除主義ではなく引受主義の実行を後順位担保権者ができてしまうという方向に近付いていくことになる

気もしたので、私の理解ではむしろできないというほうがすっきりするのかなと思っていたのですが。

○法務省 そうですね。もともとここを書いたときに頭にあったのは、二読のときの印象が残っているかもしれませんが、担保権の負担付きで所有権を移転できるようなことが起こり得る。そうすると、それは今回の資料で書いたこととはまた違う前回、二読のときにちょっと議論していた設定者留保権を譲渡するということができるという、それが前提になっているのですが。

○座長 その部分も、設定者が一切負担が付いていないものですと嘘をついて、第三者に譲渡しました、占有しているので、あり得ますね。しかし第三者には過失がありました、でも設定者は、仮に名前を付けるとすると、設定者留保権というものを持っており、それは処分ができるのですから第三者はそれを取得しますという話と、劣後する担保所有権者というものがいて、その人がその劣後する担保所有権というものを譲渡できるのですかという問題も1個ある。

もう1個は、それについて設定者留保権を合わせて第三者に譲渡するということが出来る権限を持っているのかといたら、これは当然には持っていない。実行権限がないのだったら、持っていないのでは。

○法務省 そこはまた考えたいと思います。ただ、実行権限というのは、自分の持っている負担付きのものに限らない全体の実行権限はもちろん持っていないのです。負担付きの設定者留保権というか。

○座長 しかし、後順位担保所有権者からすると設定者留保権は他人のものでしょうか。

○法務省 そこから更に抜かれたものだけが設定者に残っていて、設定者留保権の担保目的で移転した部分に相当するようなものは劣後する人に帰属しているのかなということだったのですが。

○座長 それはそういう分析もできて、その中身というのはいちいち検討しなくてはいけないけれども、設定者が持っている権利はどのような状態かと観念するかはともかくとして、それについての処分権限はないのだから、移転しないというのも考えられますよね。設定者が文句を言わない限り、文句を言えばよかったのだと考えれば一緒に処分していると考えられなくはありませんが。それは、またさらに検討するとして、理屈よりも、やはりどうすべきかですね。

○C 動産に1,000万の価値があって、第1順位の債権が100万円だというときには残り900万円の価値があるわけです。それを第2順位のままという考え方もありますが、その地位でいいという考え方もあり得るわけです。物上保証人の地位でも経済的には900万の価値があるから、例えば帰属清算する。つまり第1順位はまだ実行しません、第2順位の実行に同意もしません、第1順位の債務不履行になっていますという状況下で。そうしたら、とりあえずその900万の地位だけこちらへよこせと。対象物全体を処分する権限は同意がないからできないが、少なくとも設定者に残っていた残りかすみみたいなものだけはこ

ちらが持つておくという。これは、できてもいいのではないですか。つまり第1順位担保権者の同意がないことを前提に設定者の持つている権利を第2順位担保権者に帰属させることができるのだったら、先ほど言ったように自分が第1順位だと思って帰属清算をしたが、同意がなかった場合の法律関係も同じことになる。もちろん第三者が登場したときには、第三者からそれは俺の買おうとしたものとは違うという議論は残るかもしれませんが、帰属清算のことを考えたときには、全体を取得したと思って喜んでいますが、結果的には質的一部だったということも有効なのかなと、そういう余地もあるだろうと思います。その辺によって今の不当利得など、その辺も処理の仕方として変わってくるのではないのかなというので最初に質問させていただいたのです。

○B Cさんのおっしゃったことに対して1つと、もう1つあります。まずCさんのおっしゃったことについてですが、残りかすの部分は取れるのはいいかなと思ったのですが、そのときに問題になるのは動産であればその動産を誰が占有するのかということです。後順位の担保権者が設定者留保権について帰属清算しましたので、私が使わせていただきますということが可能になるとすれば、優先する担保権者が期待していた場所から違うところに物がいつてしまうことになるので、優先する担保権者にとってはちょっと怖いことかなと思いました。

もう1つは、これまで格調の高い話をしていたのに、とても単純な話になってしまって申し訳ないのですが、同意をして劣後担保権者が実行した場合のお金の流れがちょっと気になります。資料には、物上代位の説明のアラビア数字の2の所に、劣後担保権者が物上代位できますということは書いてあるのですが、劣後担保権者が同意を得て実行した場合のお金を、先順位の人がどうやって取るのかというところが書いていなかったような気がするので、そこについて何か決まっていることがあれば教えていただきたいと思いました。

○法務省 決まっていないのですが、お金の流れは同意しているわけなので、そこできつと同意として処理されるのだろうと。そういう意味では当事者が決めると思っていました。

○B もし万が一、同意の中で決め忘れてしまったなどというときには、物上代位をすることができるのか、不当利得返還請求ができるのか、その辺りのことはいかがでしょうか。

○法務省 それは相当なうっかりさんだと思うのですが、不当利得がどっちにいくかというのは、つまり清算金の額が変わってくるわけです。ですから、本来、先順位の人に行くべきものは清算金に含めてはいけないはずなのですが、それが劣後する人のもとにとどまっていれば、それが不当利得になるし、清算金で払ってしまえば、設定者に対して不当利得になるということだろうと思います。その段階で物上代位をするかどうかというのは二読のときにちょっと議論した話ですが、清算金請求権という形で権利になっていけば、そこに設定者の財産なので物上代位していくということが考えられると思ったのですが、恐らくそれは余剰部分ではないので清算金請求権の中に入らないのではないかと思いますので、物上代位はできないのではないかと考えていました。もし清算金に入れるのであれば物上代位ということはあるかもしれません。

○座長 それはできないですね。

○B 本来は清算金が発生しないような場合はいかがでしょうか。実行を行う第2順位の担保権者は、被担保債権全額の回収が期待できないような場面で、本当は第1順位の人に満額を払わなくてはいけないはずなのに、自分が満額をもらってしまって、残りを清算金としたとします。第2順位が自らの債権を回収した部分が不当利得かはっきりしていないと、第1順位の担保権者が困るような気がするので、同意による実行の場合にも、配当義務といいますか、先順位担保権者の被担保債権を全額払わないといけないというようなルールを入れておくのはどうかと思ったのですが。

○座長 そのルールを入れることはできるのですが、第三者に対する処分の形で実行する限りにおいて、第三者がたまたまその後順位担保所有権者に対して債権を持っていたら、第三者が購入するときに相殺できるのです。つまり、裁判所の手によって売却されて必ずお金が入ってくるということがこのシステムでは確保されていないのです。処分はしたのだが、相殺されたので1円も入ってきません。だから、結局、後順位の人が代わりに買主を探してくるのだったら、ではそのときに一緒に契約書で、払い込みのときに何らかの額はこちらに払い込むという契約でやりましょうということ自分で全部アレンジしてやらないといけない。もっと率直に言うと、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り私的実行できるというけれども、同意をする担保権者はあまり利口ではない。そういう話です。

○B 分かりました。

○座長 このような同意はしてはいけないのです。もっとも、私の場合は、極端なことを言って皆さんの議論をプロボクしようとしているだけですから、私がそう思っているとは思わないでください。どうもすみません。

○E 今の関連で、先ほどKさんがご提案された「第1順位さえ同意していれば第3順位が実行してもいいのではないか」ということとの関係で言うと、確かに、第2順位の同意を得なくても、第1順位が同意していれば、第3順位の方は、その第1順位という人の授權を得ているから、実行してもいいのではないか、かつ、その第3順位の方は、自分にトリクルしてくる、雫がしたたってくるように、つまり第3順位であっても分け前に与えるように実行するはずであるから、それでいいのかな、と先ほどは思ったのです。しかし、改めて配当のことを考えると、第2順位の方がきちんと配当を受け取れないと困ってしまうということはあるので、その配当の仕組みにきちんと第2順位の方が関与できる仕組みというのは、やはりないといけないのかなと思いました。研究会資料で、このような理由から全員の同意が必要ということが意図されているのであれば、それはそれで適切な措置のようにも思います。したがって、「優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り」私的実行をすることができるという研究会資料の提言は、その意味では適切なものかもしれないと思いました。

○座長 極めて鋭い分析だと私は思います。つまり、第1順位の方の授權を受けてやって

いるということになったときに、真ん中に、まださらに私的実行する人よりも優先する人がいると、その人は本来は第1順位の人が実行すると清算金上に物上代位できたはずなのです。そうすると、その権利は残るはずなので、私的実行をした最下位の人も実は第1順位者が払う清算金債権上に物上代位をするという形で回収するというようにしないといけないということになる。それは極めて面倒です。したがって、Eさんがおっしゃるように全員がやって、こう分けます、こう分けて必ず不当にならないように全部手はずを整えますとして、これで初めてできると、そういうときだけに限ることに結局なるのではないかというのは、分析としてはかなり正しいのではないかなという気がするのですが。

○I 担保権者は、優先する全ての担保権者の同意を得た限り、私的実行することができるという制度を採用するためには、登記一元化、あるいは登記優先ルールを前提にしないと安定しないように思います。と言いますのは、担保者にしてみれば、自分に優先する担保権者の有無が分からないというのは不安ですし、存在しないと判断して実行しても、優先担保権者が存在して私的実行の効力が覆されるのではないかという不安定な地位に置かれるというのは実務的には相当難しいだろうと思います。

また、研究会資料23の4ページに、「先順位担保権者は、私的実行を行うときは、知れている劣後担保所有権者に対して通知をしなければならない」とあります。解説部分では、設定者が劣後担保所有者を知っているから、設定者に聞けばいいと記述されていますが、私的実行される債務者が、そのようなことを協力するでしょうか。これは机上の空論のように思います。したがって、これを安定化させるためには、登記優先、あるいは登記一元化を前提にして担保権者を見えるようにする必要があります。

○座長 ありがとうございます。登記一元化には登記一元化の真正譲渡と区別がつきにくいときという話がどうしても出てくるのですが。

○K すみません、今、Iさんから債務者が私的実行に協力するというのは机上の空論ではないかという話が出たので、その関係で考えたことがあったのですが、資料の3ページの6の所で、結局、優先担保権者の同意を得ることなく私的実行したときに、優先担保権者がどのような対抗手段を取り得るかということが書かれていて、結論としては劣後担保権者に対する占有の移転を阻止する手段を優先担保権者に与えるが、その手段の要否や具体的な内容については引き続き検討が必要だとなっています。確かにそういう手段を優先担保権者に与えるということ自体はいいと思ったのですが、実際のところ、優先担保権者は、自分の同意なしに私的実行が劣後担保権者によって行われているということは、なかなか目に見えない。おそらく、占有が移転して初めてそのことに気付くぐらいのものなのではないかと思ったのです。そうだとすると、こういう手段を与えたとしても、それほど優先担保権者の保護にはならず、それよりも実効的なのは、設定者というか債務者が、劣後担保権者による私的実行による担保物の引揚げに対する拒絶権を持つ、という形の処理なのではないかと思いました。実際、平成18年7月20日判決は、民事再生の事案なのでちょっと特殊ですが、先順位の担保権者が当事者になっているわけではなくて、後順位

の担保権者が私的実行しようとしたら、設定者がそれに対抗していったというケースだったと思います。設定者が優先担保権者のために実行を拒絶するというやや奇妙な形にはなるかもしれないのですが、そのような形で優先担保権者の利益を保護するというのも 1 つかなと思いました。

○座長 しかし、それは結局債務者が手伝ってくれないとおしまいということですね。うるさくやってくる劣後担保所有権者を何とか回避するために、これはもうこっちで処理しとけというように言って、既に先順位がいるものについて処理をしてしまうわけですね。

○K 債務者が処理をしてしまうのですか。

○座長 債務者がそれを守ってくれますか。

○K そこは、優先担保所有権者と設定者との間の設定契約で、そういう後順位の担保権実行を認めてしまったらこういうことが起こりますというコベナンツで対応していくしかないのかなと思います。

○座長 それはそうですが、おそらく無茶苦茶な状態になっていますよ。もう実行されてという状態です。そのときにコベナンツがあるから対応するだろうという話になるでしょうか。その辺はどのように仕組むかという問題があるというのはそのとおりですが。

○A ちょっと戻るのですが、C さんが後順位の人が残るかすを持っていてもいいのではないか、問題ないのではないかとおっしゃったと思いますが、その残りかすというのは設定者留保権そのものことではないかと受け取ったのですが、違うのだったらいいのですが、もしそうだとすると、今、設定者留保権という名前と呼んでいるものが本当に常に譲渡できるのかというと、それはケースバイケースだと思います。特に所有権留保の場合、留保所有権者は留保買主が自分の地位を誰かに譲渡しますということを、はいそうですかとはなかなか言わないと思うので、やはりそこには違和感があると思います。もし残りかすというものが違うのであったらご説明いただきたいと思ったということが 1 点。

もう 1 点は、先ほど I さんから 4 ページの(2)のことについて言及があったと思います。そこでおっしゃったのは、登記優先ルールにしておいて、登記でもってこの(2)のルールを組み立てるのはどうかというお話だったかと思いますが、2 点あります。まず、I さんがおっしゃったことの、このままの(2)だとすると、知れている劣後担保所有権者に通知するということは、知る義務がないのだとすると、全く素人的な考え方もかもしれませんが、わざわざ設定者から情報を得てやろうということはしなくていいはずではないのか。たまたま知れているということでもいいのではないのかと思ったのですが、それは違うのだろうか。もし私が思ったようなことだとすると、そんな面倒くさいことをする先順位譲渡担保権者はいるのだろうか、このルールは機能するのだろうかという 1 つ思いました。

また、そもそも仮登記担保の場合と違って、動産譲渡担保の場合は、劣後担保所有権者がいるかどうかを知るというのは偶然的要素が強いと思うので、ここまでのルールを設ける必要があるのかなと、まずこの 2 の(2)については思いました。その上で、I さんがおっしゃったようなことにするのは、あり得ると思うのですが、そのときには先順位譲渡担

保権者はいちいち登記を調べないと駄目なのか。そこまでして劣後担保権者の物上代位の利益を守ってあげる必要があるのだろうかということを疑問に思いました。なぜあるのだろうかと思ったかという、今日の前半でもよく出てきていましたが、そもそも清算金が生じるということはそれほど多くないとすると、そこまで大層なルールを作る必要があるのかと思いました。

○座長 ありがとうございます。2点、お話ししますと、仮登記担保法における劣後者というのは、全部登記簿上明らかになっている人のことですから、仮登記担保法と同じような仕組みをここに持ち込むというのは、私はあまり現実的な話ではないと思います。

次にKさんが先ほどおっしゃったことに関連して、債務者が先順位者がいますと言って、不当処分、つまり先順位者の承諾が取られていないような実行を妨げるということなのですが、債務者が今取られてしまうのは嫌だと思って自分を守りたいというときには、そのように行動してくれるのでしょうか、そうでない場合もあると思います。もっと言うと、やはり考えるべきなのは、清算金が出ないことがほとんどですとはいえ、清算金が出る場合という特殊な場合なのだろうと思います。1,000万円ぐらいする機械について、ちょっと運転資金がない、昔で言えば手形が落ちないということで150万円を借りましたと。したがって大きく850万円の譲与価値というものがある。そのときに、まだ先順位の150万円がいるが850万円あるのでとって、今で言えば譲渡担保がさらに設定されたときに、ではその人は何もできませんということでもいいのか。何らかの形で認めるということが何とかできないか。Cさんがおっしゃったのは、ボンと売ってしまって、ただ150万円が残るといって、劣後者の担保価値の実現を可能にしようということでしょう。また場合によっては、残りの方がどうしても欲しければ、第三者弁済をすればいいのではないかという考え方もあるかもしれません。知らないで後順位を付けて、しかし、計算上はまだたっぷり担保価値があるというときに、何もできませんということでもいいのですかというのは、何となく気にはなるところです。

○C Aさんのご質問に対して、私の答えは後順位担保権設定時には後順位担保権者が有しているのはもちろん設定者留保権そのものではないですが、後順位担保権者が帰属清算すれば設定者留保権を取得したことと同じ状態になると思います。それは、今の座長の1,000万、150万の例だったら、150万円の債務の担保権の負担付きというか、先順位の負担付きだが850万の価値はある。そうすると、第三者が取得したときに無権利者だという構成にしないほうがいいのか。無権利者だったら後順位担保権者が金を返すことしかできません。でも無権利者ではなくて、その限度で権利を持っているのだったら先順位担保権者に150万を払って、そのものを確保することもできる。その第三取得者という人が善意無過失でなくて、悪意又は有過失の場合の話ですが、それぐらいは認めてもいいのではないかという思いがあるものだから設定者留保権を取得することはできると考えます。

先ほどAさんが譲渡担保ならいいが、所有権留保のときはおかしいのではないかという

ご指摘がありました。これは確か二読で、担保所有権設定者は譲渡できるかという質問があったときに、譲渡担保と所有権留保はちょっと違うのではないですかという話を申し上げた記憶があるところです。担保所有権設定者は担保権の負担付きで譲渡できるという問題ですが、私としては少なくとも譲渡担保の場合にはそういう処理はできると考えています。所有権留保のときには、自信がないのですが。すみません、譲渡担保を中心に考えてしていました。

○座長 そうすると、Cさんがおっしゃっていることを一番実現できるようにするためには、第10の1のような同意構成は採らなくて、劣後する担保所有権者が引受主義の下で私的実行ができる、このようにすればいいのですか。

○C 結果的にはそういうことですが、もともと二読では、後順位担保権者が持っているものは何か、なぜ後順位担保権者が設定者留保権ではなく所有権全体を実行できるのかという議論があって、そこはちょっと難しい問題ですが、ここでの私のイメージは先順位担保権者の同意というのは所有権全体を処分する権限を正当化するものです。同意がなかったら、所有権全体は換価権がないのでどうしようもないが、後順位譲渡担保権者が持っていたものは処分でき、結果的に引受主義になる。引受主義が全面的に出るというよりは、むしろ結果的にというのが私のイメージです。それに対しては、余計にややこしくなるのではないかという批判、無権利者のほうがすっきりするという議論もあると思います。それはもちろん引受主義はややこしいという議論は当然あり得るので、悪意の人はいいかも知れませんが、他方、有過失というだけで無権利者というのはどうかと、そういうことも含めての意見です。

○G どちらから光を当てるかによって、見え方が変わりますが、私は先順位の担保権者の利益を考えると、先ほどBさんがおっしゃったかと思いますが、担保与信をするときに設定者がどのように使用収益して事業を行うかも含めて担保の管理をしているのだと思うのですが、それが自分の同意なしに劇的に変わってしまって、結果的に引受主義のような形で全く別の管理状況で目的物が保有されるところに、担保権はもちろん続いているのですが、それで本当にいいのかなと、疑問に感じています。こういう事業用の動産、あるいは集合動産を担保として考えるときは、実行するのだったら全部一遍に実行するということでないと、ワークしないのではないかという感じがしています。確かに余剰価値がたくさんあるときの後順位担保権者が何もできないことに関して気にならないではないのですが、優先順位者に弁済して、あるいはリファイナンスをアレンジして、それで自分が一番に上り詰めることができる場合もあると思うので、後順位者は一定程度制約を予見して、それを覚悟して入っていけるわけなので、後順位者を守るために優先的に担保を得た人の期待がそがれることに抵抗を感じます。いずれにしても、この辺りは自分が優先なのか劣後なのかということがきちんと分かって与信できるという、そもそもの登記一元化などの議論と合わせて検討しないとうまくいかないのですが、私としてはそのように考えています。

○座長 今までの皆さんの意見を伺って、全体の方向を確認しておきたいのですが、私自身は何回か複雑なことは避けようと言ってきて、その中の1つは後順位などは認めなくていいのではないかという話をしていたことがあります。しかし、それに対しては最高裁も後順位というものがあるとしても、いう趣旨のことを言っているし、やはり後順位ということを経たほうがいいのではないかという意見が、これまで皆さんの間で強かったと思います。それを踏まえたときに、今日の全体の方向性というのは何なのかというと、後順位というのは先順位者が実行したときに、清算金上に物上代位権を行使することができる。ないしは、その先順位者が消滅したときに上位に上がることができる。このような地位を持つのですが、それ以上には大した地位は持たない。それはもちろん最高裁が、後順位というものがあるとしても私的実行ができないと言っていることと、ぴったり一致していると言えぱぴったり一致しているのですが、そういうことなのでしょう、皆さんが最終的に今おっしゃろうとしていることは。もちろんCさんのように引受主義の形での実行を認める余地というものがあるという考え方は、もう1個あり得るのですが、どういうまとめになるのかを教えてください

○B 後順位担保権者に私的実行を認めると、やはり配当手続をどうするかという問題や無剰余禁止のルールをどう担保するのかという問題が出てくるので、動産競売はできるが私的実行はできないというルールはいかがでしょうか。

○座長 なるほど、動産競売のようなものはできる。それは今回、最初に言ったように差押えや動産競売というのは別の話としてあり得るとい話なのですが。ほかに何かまとめとしてのご発言は。

○H 先ほど、後順位担保権者が先順位担保権者の同意を得ないで担保権を実行したときは、先順位担保権の負担が付いていくという考え方に対し、その考え方では、先順位担保権者の関与なく、目的物の占有が後順位担保権者のところへと動くこととなり、先順位担保権者にとっては、大きな不利益であるという話がされたように思います。しかし、個別動産を目的物として譲渡担保権が設定された後、譲渡担保権設定者が第三者に対し、譲渡担保権者の同意を得ずに、その目的物を譲渡によって処分することがあります。この場合には、その第三者が目的物を即時取得しない限り、譲渡担保権の負担が付いていき、譲渡担保権者の関与なく、目的物の占有がその第三者のところへと動くこととなります。後者の扱いが認められるのであれば、前者の扱いが認められても、よいのではないのでしょうか。

○座長 この処分は不法行為ですが。

○H 後順位担保権者が先順位担保権者の同意を得ないで担保権を実行することも、個別動産を目的物として譲渡担保権が設定された後、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者の同意を得ないで目的物を譲渡によって処分することも、いずれも権限に基づかずにされるものである点で、同じではないのでしょうか。

○座長 そうですね。

○G その意味ではいずれも、約束違反をしていることになるのかもしれないのですが、

優先担保権者は常に契約相手である設定者、債務者を見て、契約上縛ったり、それをモニタリングしたりできるのですが、後順位担保権者のアクションというのは、そもそもそれが誰かも含めてコントロールできないので、やはりそこには一定の違いがあるのではないのでしょうか。

○座長 ありがとうございます。1点だけDさんに伺いたいのですが、この研究会でも、このような引受主義の可能性というのが以前にも論じられています。Dさんが民事執行法で一部引受主義のような話があったときに、なかなかやろうと思っても大体あれではうまくいかないのですという発言をされているように記憶しているのですが、引受けの形になるということについて何かご意見はありますか。

○D 私は競売の場面のことを念頭に置いてしゃべっていたのではないかと思います。1つはやはり買受人の地位が非常に不安定になるときに、そういうものを買受ける人が出てくるのかというところが一番大きな問題になるのではないかと思います。とりわけこの場合には、もちろんだの範囲で善意取得があれなのかというのはよく分からない、過失などがどれぐらいのあれなのかということが分からないところですが、やはり後から実は引受けでしたということが出てくるというようなことが想定されているようなマーケットに入ってくるような人たちというのがどの程度いるのか。必然的にそうなると、価額は安くなっていくのだらうと思います。それでどの程度意味があるような担保権になるのかというところの疑問を言っていたのだと思います。

○座長 ありがとうございます。おそらくCさんの話の引受主義という場合には、帰属清算的な形が前提になっているので、先ほどの安定した買受人が喜んで現れるのかという問題とはちょっと違うのかもしれませんが。

まだいろいろなお話があらうと思います。次のテーマが、第11、構成部分の変動する集合動産を目的とする私的実行です。そうすると、私的実行でまた重なってきて、同じような議論がされうる。集合動産に特異な議論もあります。そういう意味では、次回も続けてご意見を言っていただく機会があるということで、本日はこの辺りで終了とさせていただきます。熱心なご議論をどうもありがとうございました。