

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第26回)

日時 令和3年1月25日(月)
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 ただいまより動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会の第 26 回会議を開催したいと思います。本日もお忙しいところをご出席いただきまして、ありがとうございます。それでは、議事に入りたいと思います。本来は前回に扱うべきであった項目として研究会資料 23 の第 11、第 12、第 13、第 14 が残っております。第 11 というのが、構成部分の変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保の私的実行についてというのですが、ここから議論をしていきたいと思います。法務省から説明がございましたらお願いいたします。

○法務省 研究会資料 23 の第 11 についてですが、基本的に二読のときから変わった部分のご説明をさせていただきます。

まず(1)について、実行手続の対象となる動産がどこまでかという考え方については、そこまで変わっておりません。ただ、案 7.2.1 で記載したとおり、実行に当たって実行通知をしなければならず、1 週間の猶予期間を設けるという案を設けた関係で、6 ページのところで集合動産の実行における通知と、個別動産の担保所有権の実行に当たっての実行通知の関係性を少し整理しております。

あとは、前回ご議論いただいた際に留保させていただいていた、集合動産について 1 度実行がされた後に当該場所に参加してきた動産について、担保権の効力が及ぶのかという問題については、7 ページ以降で全部実行後の再度実行及び一部実行の可否という形で記載させていただいております。この点についてはご覧いただければお分かりのとおり、合意することができるかについて、これに関する規定の要否も含め、引き続き検討ということと、一部実行に関しても、同様に引き続き検討という形で、言い切らない形とさせていただいております。

なお、「合意をすることができるか」と記載しておりますが、この中には、合意の時点で実行後に加入した動産について対抗要件が具備されるのかとか、物権的な効力はどうなるのかという部分も含めての検討であることを申し添えさせていただこうと思っております。

こちらは、いわゆるシリーズ実行という問題になるのですが、理論的な部分をどう考えるのかというところを記載しており、また、ニーズがどの程度あるのかとか、そういう部分の言及もさせていただいておりますので、ご議論いただければなと思っております。一部実行についても同様でございます。

第 12 の担保所有権の競売手続による実行については、1 は前回から変わっておりません。民事執行法第 190 条の動産競売に関しての申立てをすることができるというものです。これは、担保所有権の目的となっている動産の所有権全体について、その競売申立てをすることができることを前提としております。

2 については、新たに付け加えたところで、一般債権者が担保所有権の目的物を差押えて強制執行をした場合や、他の担保所有権者が競売手続による担保権実行をした場合に、他の担保所有権者が配当要求をすることができるということについて、それが可能とする

ことでどうかというご提案をさせていただいております。

併せて5で問題提起させていただいているのですが、担保所有権に基づく動産競売がされた場合に、他の担保所有権者が配当要求をするという機会を確保する手段を何かしら設ける必要があるのではないかが問題になろうかと思えます。ただ、手段を整備した場合に、動産については他の担保所有権者の存否等が明確ではないという公示の問題もあって、この点について引き続き検討とさせていただいているところです。

資料23に関しては以上ですが、併せて資料24の第13、第14につきご説明させていただきます。

債権を目的とする担保権の実行については、資料21において、担保目的での債権の譲渡の債権質との関係に関しては、債権質の規定を準用するというのを提案させていただいております。それを前提として、債権譲渡担保に関して、どのような規定とすることが合理的かという観点と、それと併せて同様の法的効果になってくるであろう債権質についてどういう規定の在り方とするかということ、それぞれ検討していくという形で資料を作成しております。

債権を目的とする担保権の実行についてですが、動産の譲渡担保において、案の7.2.1ですが、猶予期間を設けるという案を提案しておりますが、担保権の実行が短期に終了してしまって、設定者の弁済の機会がないという点については同じ問題状況だと思いますので、この点についても債権譲渡担保について併せて、このような案をすることはどうかということをご提案させていただくとともに、債権質についても同様の規定を設ける必要があるかということをご提案しているものです。

2には、担保の目的が金銭債権である場合の取立ての範囲についてで、民法366条第2項は、金銭を目的とする金銭債権の場合には、被担保債権の範囲で取り立てられるということをご定めておりますが、この点は二読でもいろいろとご議論いただいたところですが、債権質の規定をどのようにするか、それと併せて債権譲渡の規定をどのようにするかと併せて、366条の第2項を削除するという案と、2項を維持するという案を併記させていただいたところですが、

366条2項について、それが金銭債権に担保が設定されているという質権の法的な構成と、債権譲渡の効力を制限していくという債権譲渡担保の、根本となる考え方に出発点が多少違うのかもしれないというところではございますが、いずれにせよ第三債務者から見てどうかというところで、被担保債権の額が第三債務者から分かりにくいという指摘や、質権者の立場からは複数の債権があり、総額が被担保債権額を超える場合に、限定して請求することが事実上困難であるという考え方から、366条の2項を削除して、質権においても債権譲渡担保においても、全て被担保債権の額にかかわらず、目的となっている債権の全てを取り立てるということが考えられる一方で、第三債務者が被担保債権の範囲を超えて弁済した場合には、いわゆる質権設定者とか設定者がその質権者の無資力リスクを負担することになるということが妥当ではないという観点から、366条第2項を維持して、そ

の点については債権譲渡担保においても同じように考えるということもあり得るでしょうし、そういうところを含めてご議論いただければと思います。

この点について、債権質と譲渡担保で規律を分けるという考え方も、もちろんあり得るところでして、その点については3で記載させていただいております。ここは二読の資料からそこまで書き方は変えていないのですが、その観点で、債権を目的とする担保権という場合に別々の規律を設けることが合理的なのかという議論の中で考えていくことになるのかなと思っております。

3は被担保の目的が金銭債権であって、その弁済期が被担保債権よりも先に到来する場合に、現行法上の366条第3項と同様に供託をさせることができるというようにするのか、それを削除するのかという案を、同様に2つ提起させていただいております。

この点については、質権者の立場から見たときは、被担保債権額の範囲を判断することは困難である一方、被担保債権の弁済期が到来しているか否かを判断することは容易であるから、若干事情が異なるかなというのが3ページの24行目で書かれているところです。

また、被担保債権を超えた範囲について弁済がされた場合に、質権者の無資力リスクを設定者と第三債務者のどちらに負担させるかという問題については、質権者が適切に行動する限りにおいて、質権者の受領権限を超えた弁済は回避することができるのではないかという考えがあり得るところではありまして、このような問題を生じさせないことが望ましいとすると、前記述については案13.2.1の366条2項を削除するという前提を取りつつ、本項については13.3.2の366条3項を維持するという選択肢もあり得るのかなというところです。逆に、これに対して、こちらで366条の3項を維持しつつ、366条2項を削除するということは、なかなか正当化が難しいのではないかと考えております。

こちらについても、債権を目的とする担保権という観点から、債権質と債権譲渡担保の規律の内容は同様としてよいのではないかとすることを提案させていただいております。

次に、4で直接の取立て以外の実行方法です。目的物債権を直接取り立てる方法によるほか、処分清算方式又は帰属清算方式による実行を認めることをご提案しています。二読の資料では、質権に一元化するというを前提に記載しておりましたが、処分清算と帰属清算を認めるということはどうかという形でご提案していたものですが、その議論では大きな反対もなかったということもございまして、質権においても処分清算と帰属清算を認めるという形でご提案させていただいているということです。こちらについても、債権質権と債権譲渡担保において、同じような扱いとすることでどうかということをご提案しております。

次に、5の集合債権を目的とする担保権の実行に関しては、こちらは二読のときから大きな変更はございませんので、説明は割愛させていただきます。

最後は第14の所有権留保の実行についてです。こちらは所有権留保の実行方法として帰属清算方式の私的実行を認めることをご提案しています。この点については、特段、解除を必要としないということを前提とさせていただいております。また、所有権留保の実行

方法として、処分清算方式の私的実行及び民事執行法の規定に基づく競売を認めることもご提案させていただいております。

本文では表れていないのですが、解除に基づく返還請求と所有権留保の実行としての返還請求をどう考えるのか、その関係がどうなのかというところについては、二読の際にかなり議論があったと承知しております、この点については8ページの6行目から、多少説明させていただいております。

この点については、仮に所有権留保に基づく実行を認めた場合に、当事者が契約の解除という方法を選択し、解除に基づく返還請求をした場合に、所有権留保に基づく実行としての返還請求と同じ規律に従うことになるという考え方もあり得ないではないと思っておりますが、そこまでの効力の修正という部分を、所有権留保があるということだけで正当化できるのかという問題もあろうかと思ひまして、解除権の行使を否定しない場合には、所有権留保売主は、それぞれの要件を満たす限り所有権留保の実行と契約の解除のいずれも選択することができて、その効果を調整する必要がないと考えてよいのではないかとさせていただいているところです。駆け足になってしまいましたが、私からの説明は以上になります。

○座長 いろいろなことが含まれておりますが、密接に関係いたしますので、どこについての発言は差し当たってはやめてもらいたいということをございませぬ。緩やかに前のほうからということで、ご自由にご議論いただければと思います。

○A 構成部分の変動する集合動産を目的とする動産譲渡担保権の私的実行についてなのですが、ご提案いただいた案というのは、通知が必要であって、その通知の時点で実行対象の動産が確定するというご提案であったかと理解しているのですが、これについて、もう少し当事者に委ねる考え方はどうかというように思っています。目的物の範囲が客観的に分かるような、そういう通知を送らなくてはいけないというルールにしておいて、例えば引渡しの時点でA倉庫の中に存在するものというような形の通知を認めつつ、そのような形で実行対象が確定するというルールはいかがでしょうか。もう少し抽象的に言えば、実行通知の時点で対象が確定するのではなくて、将来のある時点で客観的に範囲が確定できるような通知であれば、その通知が有効であるというように解してはどうかということです。

なぜなら、通知の後に一定期間を経てから目的物の引渡しを受けるであるとか、執行官が到着して、その執行に着手するという場合に、一体どれが通知の後に集合物に加入したものであるのかというのを判別するのがとても難しく、そこで紛争が起きてしまうとすると、実行通知という制度を設けたがゆえに紛争が増えてしまうということがあるのではないかと思ったのです。

○座長 今おっしゃったのは、どの段階の目的物が対象となるのでしたか。

○A 通知の中に特定方法を含む通知であれば、有効であって、将来の一定の時点で目的物を特定できれば、それでよしとするのはどうかというように思ったということです。

○座長 それは執行官が判断するのですか。

○A はい。執行官か、又は当事者間で引渡しを受けるのであれば、その時点で当事者が目的物の内容を確定するということになるということです。

○座長 分かりました。今、Aさんがお話になったところで、ある時点で通知をすると。その時点のものが引渡対象になると言っても、例えばそれで1週間たったときに、どのものがその時点にあったものかというのが、そう簡単に分からないではないかということがあったと思うのですが、この点についてはどうなのでしょう。

○B 確かに、頻繁に入れ替わったりするときに分からなくなってしまわないかとAさんがおっしゃることも、なるほどと思いつつも、他方で、通知をした時点で、そのときにあったものを持ち出せなくなる、あるいはその後に入ったものに及ばなくなるということにしないことを選択することによって、いくらでも出て行ってしまうことになるおそれも担保権者としてはあると思うのです。そういう持出し問題は別途対応するというお考えなのかもしれませんが、実行通知の到達で確定するというのをデフォルトルールにするという考え方は、そこで取りあえず固めようという利益を考えているのかなと思いました。ただ、いずれにもプラスマイナスがあるような気がしております。

○A 「この通知が到達した時点で、A倉庫の中に存在するものが実行対象物です」という通知の仕方も、もちろんありだと思っているのです。当事者が様々な取引形態の中で、どの時点で目的物を確定するのが便利なのかということを考えられる、そういう余地があるような制度がいいのではないかと思った次第です。

○座長 それは通知の時を変えればいいだけではないのですか。

○A 通知して、即引き上げることが許されている制度であれば、そのような形でも大丈夫だと思うのですが、通知の後に一定期間経なければ目的物を引き上げることができないという制度であるとすると、やはりそこに時間的なタイムラグが生じてしまうので、その点を考慮したということです。

○B 確かにそういう設計もあると思います。他方で、正にAさんがおっしゃったように、実行通知を出したときに、そのまますぐに持ち出せなくなるような保全処分か何かと併せて対応すれば、実行通知一本でもいいかもしれないとも思います。

それもこれもできるという選択的な制度にしたらどうかというご提案と理解したのですが、それについては、法務省の提案でも、7ページの所に、実行通知以外の方法によって入と出を決められるようにしてもいいのではないかというご説明があります。こちらはAさんのご説明よりも更に広い自由度を認めているのですが、これが認められるということは、実行通知の中にいろいろな書き方ができるということでしょうから、Aさんのおっしゃる方法を包含するのかもしれないのですが、どこまで自由にするのが実務にとって便利な方向に行くのか、逆に執行実務においていろいろな判断が求められることになってしまうのではないかと、という辺りのバランスの問題という感じもしております。自由すぎるのもイメージが湧きにくいような気もしたのですが。

○座長 前回、個別動産に関する場合に、1週間という期間を置くということ自体に、賛否両論があったわけですが、Aさんのご発言は、集合動産のときには必ず1週間なら1週間、あるいは5日間とか、そういった期間を置くのが必然的だとおっしゃっているわけではなくて、個別動産の場合とのバランスで話をされているのだと思うのです。そうすると、個別動産の場合が変わると、この場合も変わり得るというわけなのだけど、個別動産のときについては、前回それなりに議論をしたのですが、集合動産の場合のときに、やはり期間を置くべきだ、あるいは期間を置いたのでは自由に処分ができてしまうので駄目だなど、その辺りの実務的な感覚のご意見はございませんでしょうか。

○C 集合動産は物が変動し続けます。目的物の質とか量が変わるようなものというのとはもともと集合物の対象となっている場合が多いわけです。原材料とか、半製品、商品・製品の完成品のようなものを含めてです。あるいは場合によっては、なま物とか生き物とか、そういうものもあるわけなのです。

ですから、普通の機械、設備を対象とした個別動産とはやはり違っていて、集合動産の場合には、個別動産の場合にもまして、1週間というのは置くべきでないと思っています。

それから、Aさんがおっしゃった目的物の確定の問題については、立法される前における現行法の下での状況ということですが、現状の保全執行の仕方としては、執行官の方を通知の時点で併せて同道しないと、目的物の確定ができなくなるというおそれがあります。執行官の方々というのは、結局のところ、違法な保全執行になることをすごくおそれるわけなのです。したがって、実際に通知をして、それが到達した時点で集合動産の目的物が確定するというのが実体法的な効果であるにもかかわらず、例えばその後、日を置いて、現場で保全執行しようとしたという場合に、どこからどこまでの範囲のものが同じで、どこからどこまでの範囲のものが違っているのかということが分からなければ、保全執行をするということには躊躇を覚えられるはずだろうと思うのです。集合動産の目的物が実体法上確定した時点と、実際に保全執行を行う時点との間に時間的なずれがある場合に、どうしたらよいかという問題です。

ですから、ある意味でフリーズをしていけばいいのですが、そこが難しい点かなと思っています。すなわち通知をした時点、通知によって目的物が確定した時点で執行官と同道していくということができない場合に、そこにずれがあった場合には、目的物がどこからどこまでの範囲のものかということを確認することができない。実体法上は明確であってもです。どこからどこまでが対象物で、いわば固定化したもので、どこからどこまでが新しく入ってきたものかということを確認することができないから、そうすると現場で執行不能に陥るという問題があるのではないかと思います。

○座長 ありがとうございます。ほかに何かご意見はございませんでしょうか。

○D 担保権者の立場からすれば、担保実行を通知することによって、どの部分が実行対象になるのかを早期に確定したほうがいいと思います。したがって、通知によって担保実行の目的物を確定させるという方向がいいと思います。

もう一つ、これは質問ですが、集合担保の場合も根担保は許容できると思います。したがって、被担保債権の額を通知しなければならない場合は、全ての債権ということでのいいのか、あるいは具体的な金額まで入れる必要があるのかという点は、どうなのでしょう。私の考え方とすれば、実行時の債権額は、債権者が分かっているので具体的な金額を書くことも可能ですし、あるいは全債権と表示すれば、債務者は具体的な債務額が分かっているので、それでもいいのかなと思います。

○法務省 ここは、どちらかと言うと特定のことを想定していましたので、根担保のときに何か問題があるというのはおっしゃるとおりかと思いました。ここは、今までの議論の中で、私的実行をする以上、どれだけの弁済が、どれだけの金額の債務があって、どれだけ弁済されて、どれだけ残額があるのかということは、明らかになったほうがいだろうというご議論があって、それに対応したつもりだったのですが、根担保はもう少し複雑な問題がありそうだということはおっしゃるとおりだと思いますので、検討させてください。

○座長 根担保に難しい問題があると言うよりは、被担保債権額を通知するという方法として、どのような方法を取るのかということでしょうか。例えば個別の債権であっても、この契約においては何月何日の貸付金債権が担保の目的物で、それは7,427万3,900円ありましたよね、というように言わなければいけないのか。それともただ7,427万3,900円でしたと金額だけを言えばいいのかということですよ。

個別債権の場合に、契約のときにこれでしたよね。だから幾らですよと言う、ということにすると、根担保の場合も契約のときにこの範囲でしたよね、だからそれが今はこれだけありますという言い方になるわけで、根担保特有の問題ではないかもしれませんね。

どこかの時点で確定して、そこで引渡しを受けるようにしないと、執行官も困る。Cさんがおっしゃるように、事実としてこちらが勝手に通知をしておいて、通知をしたときにあったものを持ってきてくださいと執行官に言っても、それは駄目なので、はじめから執行官が立会いの下に、通知とか確定手続を取る必要があるだろうというのは、おっしゃるとおりでしょうね。そうしないと、今度は実際にある様々な動産のうちに、通知時ないしは通知から1週間でもいいのですが、どれがそのときにあったのかということ積極的に証明していかないと、執行官は動いてくれません。Aさんがおっしゃった問題は、それをクリアしようという面もあるのかもしれませんが、しかし、なぜこの場合だけそんなに甘くて、執行官が行ったときに見たもので、ということにできるのかということについては、私は怪しいところもあるような気がしております、難しいところだと思います。

○E 私からは2点ありまして、どちらも表現についてです。今の第11の1の所は、私的実行の問題ですよ。執行官がどうのこうのというお話が続いていたのですが、私的実行の問題なのに、執行官が確定するというのは保全手続と一緒にというのなら分かるのですが、当然の前提になるのでしょうか。これが1つめで、単なる質問です。

次に7ページのシリーズ実行などの話については、意見としては両方あり得るということでのいいのかなと思うのですが、報告書で最終的にどうするかという話になりますと、

「引き続き検討する」というのは誰が検討するのだと素朴に思いました。この報告書自体が、全ての提案について今後検討する、ある意味たたき台になるのだと理解しているのですが、この「引き続き検討する」というのは、例えば法制審議会で「引き続き検討する」なら当たり前のことなので、表現を工夫したほうが良いと言うように思います。この研究会としては、この案なのですというところと、2案あるのですというところと、そもそも採用するか疑わしいところだがこういう考え方もありますというのを、うまく表現を分けるほうが良いのではないかと。中身ではなくて、単なる出し方の問題です。

○座長 前者については保全と一遍にやるというのがCさんがおっしゃっていたことですね。

○C そのとおりで、私的実行と言っても実際には目的物を任意に引き渡してくれない場合には、裁判所のお力を現状でも借りているということなので、そういう意味で申し上げました。

○座長 それでは、全部実行後の再度実行、一部の実行と。私はよく分からないのですが、そもそも契約の解釈の問題ですよ。

そうすると、1回そこに入っているものを持っていったのだけれども、その後入ったものについて、担保目的ですが、その所有権が債権者に移りますというように合意することができるのは当たり前なのではないかという気がしないでもない。ただ、それが集合動産譲渡担保のときには、設定というのは前の段階であって、中身が入れ換わっているだけなのだというような言い方をよくするわけですが、1回実行しておいて後から入ってきたものについてもう一回やるときも、いや、実はこれは今から何年か前に設定して、最近、実行したものの続きですからというように言って、いつまでも取れるのか、設定及び対抗要件具備の時期を最初の集合動産譲渡担保設定時と考えることができるのかということ、それはできないのではないかという気がするのです。これは私の感覚として申し上げただけで、いろいろなご議論があろうと思いますので、ご意見を伺えればと思います。

○C これは私の経験談で申し上げるのですが、前にも申し上げたかもしれないのですが、集合動産譲渡担保の実行というのを、債務者は同じなのですが目的物の保管場所が東京、埼玉にあったり、東京でも数か所にあったり、名古屋、北海道、大阪にあたりといった件で、しかし、その譲渡担保の実行日と、実際に現場で目的物を把握する日を違えたことがあるのです。

それは、どうして違えなければいけないかと言うと、先ほどの件にも関わりますが、保全執行した時期、したい時期というのは、当然担保権者側としては同じ日にやりたいわけなのですが、先ほどのずれのおそれということがあるために、執行官のスケジュールが取れる日というのと、実際の保全執行をする日というのを同じにしなくてはならないという問題があるわけです。

したがって、私がやった件では、東京を最初にやった上で、その後に大阪をやり、名古屋をやり、北海道をやりということで、時期的にずれていったわけです。譲渡担保の実行

通知と同時に東京で保全執行に着手しましたが、それとは別の日に、各地で保全執行をしました。処分禁止の仮処分も受けていたので、各地の動産については、初日に東京で保全執行をした時点から動かず、ずれが生じない状態を確保できていました。

目的物の保管場所の所在地というのは数箇所、10 数か所あったかもしれませんが、その担保契約自体は1個の担保契約であって、被担保債権も同じであると。目的物の特定の仕方も、保管場所の所在地が違うだけであって、全て同じだと。そういう件において、何回も分けて実行したということなわけです。それは本来、認めてよいのではないかと。私も実際にやりましたし、それを認められないという理屈もなさそうに思うわけです。

では、もっと言うと、それらは区別した契約書にしておけば、集合動産譲渡担保権というのは別々のものになるから、それぞれ実行ができるのだという理屈が、もし立つのだとすると、実質的にはあまり違いがないような感じもいたします。もとになる担保契約が1個なのか数個あるのかによって違うということも変な感じがいたしますので、今申し上げたような意味においては、複数の箇所において別々に実行していくということは、残部実行のようになるわけですが、それは認められてもいいのではないかと思います。1か所を実行した時点で全ての場所について固定化が生じるのかどうかとか、いろいろな論点が絡む問題なので難しいですけれども、以上のように経験談を踏まえて考えております。

○座長 Cさんがおっしゃったのは(2)の、どちらかと言えば一部実行の話ですよ。ただ、一部実行という観念自体が難しく、量的な一部実行とか、そういうのを考えると、(1)と(2)が重なるのではないかとこの気もするわけですが、Cさんがおっしゃったのは非常に常識的で、東京をやって、札幌をやってというときに、これは1つの集合動産譲渡担保であって、一部の実行なのだけれども、一部の実行をした段階で全部が確定するというのは、それは困るし、現実問題として執行官の都合が、みんな一緒とは全然限らないのだから、彼らもお忙しいのですから、別々にならざるを得ないのではないかとこのことがあって、(2)はそうかなという感じもするのですが、東京をやって、札幌をやって、そして東京がまた復活したので、東京をやってというのがいいのかというのは、また別問題なのだけれども、どこでどういう概念で、一部というのと、そうではないのを切り分けるかという問題があるのですけれども、その辺はいかがでしょうか。

○C また経験談で申し訳ないのですが、東京を1回やったら、その後に東京に入ってきたものには実行できないという理解の下でやりました。ですので、(1)のほうについては、できないのかなという気もいたします。

ただ、特別の合意、何回でもできるという合意をしていても、それは強行法的に駄目だというような趣旨で書かれているのだとすると、そこはいろいろなご意見があろうかと思えます。私の過去の経験としては、先ほど座長がおっしゃっていた常識的な実行をしたということです。

○F 質問じみた話で申し訳ないのですが、例えば3回ぐらい集合動産譲渡担保を実行して、最終的に事業が3回目のときに止まったというケースがあるとすると、1回目、2回

目の実行というのは、債務不履行によって発生した私的実行のための処分権限の行使なの
でしょうか。何となく、そういう権限の行使というのは事業の停止に結び付いて考えがち
な気がするのですが、最初の1回目、2回目というのは、むしろ実行前の処分の許諾のよ
うな話にならないのかなというように思っていたのですが、この点はいかがでしょう。

○座長 そうだとすると、Fさんが出された例で、1回目と2回目は任意の代物弁済しか
ないのだけれども、そういうようなものにすぎないという分析ですか。

○F いわゆる自己清算みたいな形で、一旦債務者の事業を通してから弁済させるのも、
目的物から代物弁済をするのとあまり変わらないような局面もあるのかなと思ひまして。

○座長 常識的に考えると、合意で自由に弁済するなら弁済すればいいではないかという
感じもするのだけれども、担保目的物による代物弁済とか、担保目的物、例えば約定担保
ないし法定担保の目的物をもって代物弁済をしたり処分権限を与えたりするというときに、
取ろうと思えば取れたのだから否認の対象にならないという話がありますよね。そのよう
な効果が、Fさんがおっしゃった場合に生じるのか、それとも、全くそれは任意の合意な
のだから、担保目的物の固定化みたいなものも引き起こさないとともに、他方では場合
によっては否認の対象にもなりますというようになるのか。そういう問題かなと思ひながら
伺っていました。何を目的とした議論なのかが今一步分からなかったのですけれど。

○F 実行手続の中のどの効果が、係るものかということの整理をしたほうがいいのでは
ないかということで、もちろん、否認の対象になるかどうかというのは1つだと思います
けれども、それは否認のほうで検討していくことも可能なのかなと思ひまして、そういう
意味では実行とは区別して、そういう処分という形で整理することも可能なのではないか
と思ったという次第です。それ以上の話ではありませんので、申し訳ございません。

○座長 そちらに対しては、実行と別のものとして整理する必要がないのではないかと
いうのが私の感想です。つまり、それは集合動産譲渡担保なら、譲渡担保の目的物である
ということと無関係の事柄で、債務者が債務不履行になったときに、ここにあるものを売
って払いましょうとか、これで払いましょうと言っているだけであって、前提として集合
動産譲渡担保契約があるということが、Fさんがおっしゃっている例では響いてきてい
ないのではないかという気がするのですが、どうでしょうか。理由はいろいろあるかもしれ
ませんが。

○B 先ほどのCさんの議論に戻るのですが、現在の判例法理が認めている典型的な集
動産譲渡担保を前提にすると、まさにリーズナブルな執行をされたと思うのです。つまり、
場所的な特定をしたものが幾つかあって、それで東京、大阪という具合に順次実行する
ことができると然るべきだろうと思ひます。

それは、入替えの単位として倉庫ごとに在庫が入れ替わっていると考えると、集
合物が幾つかあって、それぞれの集合物全体を1つずつ実行したという評価もできるよ
うなタイプの一部実行だと思うので、1つの担保設定契約であっても、1つの共通の被担保
債権であっても、複数の担保物に担保を設定するという考え方で構成することもできる
と思うの

です。しかし、今、我々が検討している中には、例えば「在庫一切」とか、広い特定を許容することも一応視野に入れていると理解しています。その場合にも、設定者が東京、大阪といった具合に倉庫を置いているときは、同じように順番に実行していくことができるという考え方が適切だと思うのですが、1回きりしか実行できないという考え方に立つと、その2つの考え方が両立することがだんだん難しくなってくる場面がないのかが気になりました。

先ほどご説明いただいた事案では、東京は東京で1回だけですけれども、東京の後に時間をずらして大阪での実行ができる。これは両立するし、実務的に適切なのは間違いない。けれども、今回、法務省が9ページに挙げられているように、集合動産の中の「シリアルナンバー1番から100番まで」という特定をして、一部実行ができるという考え方ですか、先ほど私が申し上げたように、「在庫一切」のように広く特定して、1つの集合動産を担保目的としている場合に、1回しか実行できないという考え方と、それが部分的に実行できるという考え方を両立させて、先ほどのような東京、大阪と順次実行していくことができる整理するのは、場合によっては難しくなるような気がします。

繰り返しですが、広く対象を捉えるのであれば、残債が残っている限り、何度か実行できるということを考えてもよいのかなと思います。もちろん、倒産の場合は、別途担保権の及ぶ範囲を制約しなければいけないのですが、平場の場合は、たまたま一部の場所を特定して実行してみたら、被担保債権全額の回収ができなかったというときに、しかし、まだ事業が続いているのであれば、ほかの場所の在庫についても実行するということが、広く特定された動産を対象として担保が設定された場合にはできるような理屈を考える必要があると思いました。

○座長 Bさんと反対なのだけれども、理屈上は正しいということは分かります。というのは、実質的には何かおかしい感じがするのです。つまり、東京にある第1倉庫、第2項庫が隣合わせの建物になっており、その中で結構ものが動いている場合に、東京の第1と第2をそもそも分けて話ができるのか。第1倉庫は実行したということになると、第1倉庫にその後に入ってきたものが駄目になるのか、それとも、第1倉庫と第2倉庫は近接した一緒の所なのだから、第2倉庫に来るものももう駄目になるのか。限界を言いだすと分からないところというのは結構あるのです。東京と札幌だったら比較的分かりやすいのだけれども。

○B 今の第1倉庫と第2倉庫が正にその例なのですが、そのほかにも、第1と第2ではなくて、今は東京の倉庫は1つしかないのだけれども、実行した後も東京では事業が続いているので、新しく別の倉庫を借りたというときは、「全ての在庫」と言って担保を取って、対抗要件を備えていたときに、新たな倉庫が実行できる倉庫なのか、できない倉庫なのかということも、問題になりうると思います。

○座長 そうですね。全ての在庫というようにしたときの問題もありますし、例えばお台場の倉庫の在庫と言ったときに、お台場に新しいのを建てたらどうなるのかという話にな

りますから、限界は難しいのですよね。

○D 実務的に考えた場合、平場で債務不履行があつて、担保権を実行した。その後の債務者との話し合いにおいて、引き続き融資取引は継続することになった。ところが第2順位、第3順位の後順位担保権が付いている、といったケースを考えれば、やはり第1順位、最先順位の集合担保権を活かす必要があるのではないかと思います。そう考えれば、シリーズ実行を認めるという合意をすること自体、何も不合理はないように思います。

○座長 不合理というか、順位ですから。

○D 第2順位、第3順位ということで設定し、そのような制度ということであれば甘受するのではないのでしょうか。

○座長 そういう制度として仕組めばと言ったら、両方に言えそうな気もするのだけれども。ちょっとよく分からないですが。

○G 今のDさんの、そういう意味の第1順位というのは無敵の第1順位になるわけですね。というのは、先ほど少し根担保の話も出ましたが、それも合意ではないかとなってしまつと、その根担保は、被担保債権の確定もしないで、かつ対象物も確定しない。幾らでも貸し続け、幾らでも対象物も広がる。第2順位、第3順位はひたすらじっと待っているだけということになります。担保目的取引規律型といつても、やはり担保としての物権的性格がある程度は残っていると思つているので、そこまで無限定なものには、法律関係の安定を考えたときには、できないのではないのでしょうか。

○座長 どちらも理屈は考えられると思つたのです。Dさんがおっしゃるような形にしたほうが、うまく世の中が回るのか、Gさんがおっしゃるように、それではうまく回らないと考えるのかということだと思つたのです。それは議論が分かれるところですね。

○E Dさんがおっしゃつたような、まず実行しました、しかしその後も取引を続けるのでシリーズ実行というお話とか、Gさんがおっしゃつた根担保になつていて無限定にという話は、前に金融庁の方が来られて、今回の担保法制の整備によって、金融を活性化するおっしゃつた中の、私の取りすぎなのかもしれませんが、金融機関に丸抱えさせようというところがあるのかなという感覚を受けたのですが。DさんとGさんがおっしゃつたのは、正に、ある種の丸抱えをしましようというところにつながる要素があるのかなと感じました。

ただ、そのようなときだけにシリーズ実行ができるというわけではないと思つたので、うまく仕組めるのであれば、シリーズ実行にも意味があるのかなと感じました。

○座長 比較的好意的な見解が多いのかなと思います。理屈上、切れないということもあります。

まだ議論が尽きませんが、12、13、14を含めて、ご意見はいかがでしょうか。12は、今まで民事執行法による動産競売開始の根拠として、それを使うというのはありだという意見が強かつたような気がするのですが、どうでしょうか。

これは、普通なら差押えをしないとできないのですが、所有者だからできるということ

ですかね。所有権を主張することによって、本来ならば取戻請求というのが実体的にもできるし、裁判上の手続としてもできるところ、その取戻請求権が動産競売開始の申立てのところ縮減されていると考えるから、できるということでしょうか。つまり、抵当権で債務名義が要らないのは、抵当権の実行証明書を出すことによって、できますよということで、そのとき抵当権に換価権は含まれているかどうかというような議論が背後にあるわけですが、そういうようなことになる。

それに対して一般的には、普通の債権はある特定のものについて、換価権を有しているということにはならないので、差押えなら差押えということをするということになるわけです。では、その担保所有者が、このことができるのは、メカニズム的にはどうしてなのですか。あったほうが便利だからあるとして、あとはそれがメカニズム的にどうだというのは、民事執行法とか担保物権法の教科書を書く人が考えるということなのではないでしょうか。○C 研究者の先生方のご領域だと思って発言を控えているわけなのですが、ちょっと思ったのは、抵当権だって一種の制限物権なのではないかと言うか、所有権というのは円満な完全な権利であると。そこで、処分権限とか換価権限といったものが担保権者に残されているというのが、抵当権である。そうすると、担保所有権というのもその部分が残されているという意味では、実質的に抵当権と同じであって、すなわち抵当権というのは所有権の中から使用収益権能を設定者側に分け与えているような意味での制限物権であって、今回の担保所有権というのも、それと同じであるというように考えることができるのではないか。例えば物上代位がなぜ譲渡担保についてできるのか、所有権者にできないのに、なぜ譲渡担保権者にできるのかという問題がありますが、これは、譲渡担保の形態においては、所有権が、実質的にみて、一時的にせよ、抵当権化されている、つまり抵当権と同様の状態におかれているからではないかと考えたことがあります。研究者の先生方の前で申し訳ありませんが、ご批判を頂ければと思います。

○法務省 二読のときも、1度資料では問題提起をしたところかと思うのですが、何らかの説明を考えないといけないと思っています。

○座長 説明は考えるとして、こういうようなことを認めるのがいいのではないかとというのが、みなさんの考え方なのではないでしょうかね。

○H 第12のうちの1の部分について疑問があるということなのですか、それとも1の2の両方について疑問があるということなのですか。どの範疇について、ご疑問を抱いていらっしゃるのでしょうか。

○座長 特に大きな疑問を抱いているわけではありません。私は問題提起をする立場なものですから。

○H 1の競売の申立てをすることだけがどうなのか、という問題提起であったら、配当要求できるのだったら配当要求しかできないと考えるか、それとも、自分で差押えすることもできると考えるか、ということになります。そして、2の配当要求を手掛かりとして、1の差押えをも認めていいのではないかと、という議論もあり得るように思いました。しか

し、2 も含めてどうなのかという問題提起であるとする、話がかみ合わなくなると思いましたので、どういう疑問だったのかということをお伺いいたしました。

○座長 2 は、本来ならば、所有者ならば第三者異議で排除するというだけであって、配当要求という手段はないわけですね。それを配当要求にするというのが、所有権を担保の範囲に縮減するというように考えることによって、配当要求ができるのだと考えるならば、2 は比較的説明は付くわけです。そうなったときに1 は何なのかと言え、所有者というのは本来は差し押えなくてよく、単に自分のものだから返せと言え、いいわけです。しかし、自分のものだから返せと言え、いいところを、担保の目的の範囲内しかその権利が存在しない、ないしは行使できないということだから、縮減することによって動産競売開始の申立てという形の処理ができるのだという説明をすると言うのであれば、それはそれで分かるというだけです。所有権を移転するという契約について、担保目的であるということに鑑みて、その効力を変える、というのが全体の作りですね。そうすると、全てのことはそこから話ができなければいけないのではないかと思うわけで、担保権だからというのは、ちょっとよくないのではないかと考えられる。最初の出発点と合わせた形の、全体として説明をするということに努力をしなければいけないのではないかという話です。結論に反対しているというわけではありません。

○H ありがとうございます。私としては、競売申立てが便利だったらそれを認めて構わないのではないかと考えていました。立法論なので、それを認めるために権利の縮減という理屈をわざわざ立てなくてはいけないのか、よく分からないのです。担保所有者は、第三者異議ができるときでも、それをせずに配当要求することもできるわけですね。

○座長 それはそうですね。一方で所有者はできないでしょう。

○H はい、そうです。普通の所有者は、できないということですね。その配当要求のところから、まず今、ご議論されているということですね。

○座長 いえ、議論は別にしなくてもいいのですが、私は最初につくりの所、担保目的で所有権が移転するという契約の効力を定めるところにこだわっているものですから、それを担保権への設定というところから説明をするということになると、最初の出だしが狂ってくるとともに、やはり別の対抗要件制度にするなどするのはいいのだけれども、仮にそのようにしないとすれば、その辺りの出発点との整合性というのは常に気を付けておく必要があるのではないかなと思うということなのです。第12 は比較的、そういうことで前々から、みなさんは認めようということだったような気がしますので、ご異論は少ないのかもしれないのですが。

○I 第12 の規律は、座長がおっしゃったように、所有権を担保の範囲に縮減するという論理によって説明することができそうです。他方、物上代位のように、所有権の効力を超過する規律については、所有権の縮減という論理がうまくあてはまらないため、これをどのように説明するかという問題が残る気がしました。

○座長 ありがとうございます。物上代位に関しては、ある種、不当利得の件の行使の代

償請求権か分かりませんが。

○A 今の点について1点と、もう1つちょっと細かいことで確認させていただきたいことがあります。今の点については、第23回研究会のときも申し上げたことかもしれませんが、実質的には担保権であって、配当要求などで処理することが望ましい権利について、所有権だからそれが少し難しいになってしまうのであるとすれば、新しい担保権をつくるという形の立法もあり得るのではないか。もし、そのほうがすっきり説明できて、いろいろな人にとって理解しやすいのであるとすれば、そういう立法もあるのではないかなと思いました。繰り返し同じようなことを言って本当に申し訳ないです。

もう1つは、少し細かいことなのですが、資料の10ページの5番などで、配当要求ができる機会を保障する必要があるかもしれないということについて書かれていて、勉強不足なので民訴の先生にフォローしていただきたいのですが、不動産では、執行裁判所が執行機関として責任を持っていて、抵当権の登記などがある人に対しては、配当要求するように催告していくという制度がある一方で、動産競売については執行官が担当するので、登記を見て催告しましょうという制度は現行法上はないような気がします。こういう制度を新しく導入するとき、執行官にこれまでなかったようなお仕事をやり出してほしいという制度にするのか、反対に裁判所が関与して、登記を見て通知をするというような制度にするのか、その辺りの見通しなど、そういうものがあれば教えていただきたいし、今後考える必要があるのかなと思いました。以上です。

○法務省 おっしゃるとおり、現行法上、動産先取特権や質権が多分問題になるのだと思いますが、これらの担保権者については特に民事執行法上そういう配当の機会を確保する手段がありません。ただ譲渡担保は動産先取特権や質権に比べて後順位というものが存在しやすくなる制度だということもあって、問題提起をしたというところではあるのですが、実際にそれが裁判所においてワークするのかということもそうでしょうし、先順位や優先担保権者のスムーズな担保権の行使を阻害しない形で制度設計できるのかについては個人的なところで言うと、ちょっと難しいのではないかという感触があり、どうだろうかというところにとどめているというのが、正直なところでした。

○J まず基本的に不動産の場合と動産の場合は前提が違って、不動産の場合は抵当権者先順位やその抵当権者は配当要求はそもそも不要なのです。登記があれば、当然に配当対象になる。今、Aさんがおっしゃったのは債権届出の催告という制度であって、配当要求ではないので、当然に基本的には配当がされる。ただ、現在、抵当権や登記されている額から目減りしていたり、いろいろあるので、その配当をするために今幾らありますかということ届け出をもらうという制度で、届出をしなくても配当は受けられるという制度になっています。

それに対して、動産は配当要求が必要です。担保権者も配当要求が必要であるということで、現行法は配当要求を催告するというか、民事執行法上そういう制度はありません。ですから、仮にこの5という制度を執行官がやるような制度を作ることになると、

新たな制度を作るということになるということです。ただ、前々からせつかく先順位に登記をしていたとしても、後のほうで別の債権者が出てこそこそと民事執行されてしまって、私的実行は同意がいるということになったとしても、これが抜け道として使われてしまって、登記していても意味がなくなるのではないかというお話があります。

せつかく登記したことのメリットとして、せめて通知をしてやって、配当要求の機会を補償して、その場合は無譲与になるということもありますし、そういう機会を与えてやったらどうかという話があったということだと思います。今、法務省、あるいはAさんが言われたように、本当に執行官がその登記を見て物的編成になっていないようなもので、全ての先順位などにちゃんとそういう通知ができるのかということ、アバウトなところぐらいでもやったらいいのではないかという話があるかもしれませんが、裁判所はそういうことはすごく嫌いなので、やれるなら完璧にやれる制度を作ってくれという話をするに決まっていますと思います。そうすると、なかなか難しいのではないかという話になっていて、結局、ここも引き続き検討という玉虫色の話になっているのだろうというのが、私の認識です。

○座長 知り得たる人に言うぐらいという程度だとどうでしょうか。

○J 知り得たるときに、どこまで調査義務があるのかなど、調査しない場合に国賠になるのかなど、そういう話が常に出てきてしまって、嫌になるというのでしょうかね。

○座長 裁判所は、知り得たというのは、難しいでしょうね。

○C 第12の2の規律なのですが、第三者異議の訴えとの関係はどうなっているのでしょうか。第12の2は、第三者異議の訴えはできないという前提での規律ですか。つまり譲渡担保権者が、その担保目的物について強制執行があった、例えば差押えがありましたという場合において、譲渡担保権者は、そんな他人に差し押さえられて実行されて、そこで配当されると結局、安価な処分にしかならないだろうと、だったら自分で私的実行したから、だから譲渡担保権者としての第三者異議をしたいと考える可能性は十分にあるだろうと思うのです。したがって、第三者異議の訴えをすることも排除していないということであれば、いいと思うのですが、これは配当要求のみに限るというご趣旨であるとする、異論のある担保権者というのは出てきそうに思います。特にその目的物の価値など、自分で実現できると思って担保に取っているような人々にとっては、配当要求に甘んじるということは、むしろしたくないと考えるのではないかということで、ちょっとお伺いをしました。

○法務省 第三者異議はできないという前提で考えています。結果的に無剰余だった場合には民事執行法に基づいて取り消されてしまうので、後順位の人が申立てをしたときに、実際に競売まで至るのは先順位の人が満額を受けられる場合に限られてしまう。ですから、自分だったらもっと高く売れるという場合があったとしても、結果的に裁判所の配当までいくという場合は、満額弁済が得られる場合なので、その利益は考慮しなくてもいいのではないか、そういう発想です。

○C 要するにそれは、裁判所による競売手続における動産等の価値の実現ということ、高い価値の実現ができるということ、信頼した制度だろうと思いますが、実際には多くの場合はそうはならないだろうと思います。ですから、第三者異議ができないということにしてしまうと、困る担保権者が出てくるだろうと思います。その場合、担保権者としては執行の申立てをした人と直接交渉して、取り下げてもらうような、私が任意売却するからという形での落ち着かせ方をして何とか解決するというやり方になるということなのでしょう。要するに、自分による私的な売却のほうが、ずっと高い価値を実現できるという利益を担保権者が持っているはずであるということ、どこまで保護してあげるかという問題で、それが裁判所の競売手続でもって実現できるという蓋然性がどの程度あるのかということの見極めの問題だろうと思います。特に動産の場合には、不動産にもまして、誰がどのように売るかによって大きな価値の差が出てくると思います。私としては、第三者異議は残しておいたほうがよろしいと思います。

○K 私もCさんと同じ方向の意見です。ここは設定者の一般債権者が差押えをした場合と同じ規律でよいのではないかと。すなわち無剰余無剰余の場合には、第三者異議の訴えを提起できるということ。その理由は研究会資料の、一般債権者の差押えの場面で第三者異議の訴えを認める理由がここにも妥当すると考えています。

○座長 第三者異議ができないという話と、無剰余の話とどういう関係があるのでしょうか。一番関係はあるのだけれども、つまり無剰余措置というのはこの第12の2の規律を置いても生じるのでしょうか。

○K それは一般債権者が差押えをした場合も同じだと思いますが、すなわち、結局、無剰余の場合には売却できないのですが、早期に取消しをして自分で売却したいという利益があるので、一般債権者が差押えをした場合には第三者異議の訴えを認めるということだったかと思いますので、同じ議論が妥当するのかなと思いました。

○G 確かにおっしゃるとおりかもしれませんが、第三者異議は、実態で言うと早期解決にならないので、むしろ配当要求によって取り消してもらうほうが早いというのが、現在の動産執行だと思います。

他方、問題なのは前も申し上げましたが、動産執行の場合には不動産執行と異なり、買受可能価額の制度がないので、実はこの評価でいけると思って手続が進んでいっても、それより低い金額で落ちた場合に問題が起きる。つまり無剰余にならない、先順位担保権者が満額回収できると思って手続が進んだが、いざ入札をやってみたらそれを下回ったという場合が制度上あり得まして、その辺りは不動産と動産では違いが生じてしまっていますので、調整をしないとイケないところだと思います。その関係で例えば第三者異議を残すなど、そういう制度設計はあり得るとは思います。

○座長 第三者異議と無剰余無剰余措置との関係というのは、以前から整理が必要なところとして考えられているところで、もう少し整理をきちんとして、またお示しすることにしたいと思います。

そろそろ債権のほうに移らせていただきます。第 13 の所なのですが、ここについては研究会資料に書かれている所と法務省のおっしゃったところが微妙にスタンスが違うようにお聞きになられた方もいらっしゃるかもしれません。ただ、これは債権質権の実行という話から書いてありますが、債権質権の話を書いて譲渡担保は必ず一緒にするという形で作っているつもりではないということです。例えば 13 の 1 に関して言いますと、直接取立権にしても何にしても、実行するに当たって、一定の猶予期間、予告期間のようなものが必要か。譲渡担保というか担保所有権の実行のときだけ必要である、質権のときにだけ必要である、その両方に必要である、両方に必要でないという 4 つの可能性があるわけですが、そういうものが取り立てることができる範囲などにも及んでいるというわけですが、○H 以前も同じ質問をさせていただいたかと思うのですが、債権のときに受戻しをする利益というのは、保護する必要があるのですか。実行通知の話は、動産についてもいろいろ議論がありましたが、基本的に設定者に受戻しの機会を確保するという目的のためのものだったと思うのです。一方で債権のときは受戻しの機会の確保という話はあまりピンとこないような気がしてまして、そういう点でも、もし動産について実行通知することが必要だと考えても、債権について同じように考える必要があるのかと疑問に思ったのです。何かすべき状況というのは、例えばどのような場合があるのでしょうか。

○法務省 一読のときでしたでしょうか、Hさんに同じような問題を指摘いただいて、確かに文献上は、債権譲渡担保については受戻しの利益というのは考えられないということが書いてあるのです。ただ、第三債務者に体する取立権が債権譲渡担保権者に移ってしまって、その旨が第三債務者に通知されてしまうよりも、取引関係のある設定者が引き続き取り立てていくことによって、第三債務者との取引関係が維持されたり、信用不安がひどくなくなるとかという場面があるのではないかと考えております。債権についても受け戻すことがその後の取引という観点から望ましい場面もあるのではないかと考えたのですが、その点の実務家の観点からのご議論がありましたら、ご教示いただければと思っています。

○C 受戻しというのは、十分ある話だろうと思っています。債権譲渡担保においても、その被担保債権を弁済して目的債権を取り戻すということは十分あるし、その債権譲渡を一部解除するということもあるわけですが、あるいは被担保債権を別の方法で支払ったというような場合もあり得るわけですが、そのときに返ってくるということは十分あるはずで、受戻権という言葉を使うかどうかというのはご議論があるところだと思いますが、被担保債権を支払った場合に、担保に入っていた債権が、設定者に担保がないものとして再び帰属するという話は、幾らでもある話だと思います。

○座長 それは幾らでもあるのだろうけれども、被担保債権が債務不履行になったときに、1 週間などという期間を実行のときに与えてまで、被担保債権の弁済のチャンスを与えなくてはいけないのかというのが、Hさんのおっしゃった話でしょうから、普段あるということはある種当たり前かもしれないですね。

○C 続けて申せば、私は1週間はいらないと思っております。動産でも債権でも全てでいらないと思っています。

○座長 そうすると、Hさんと呉越同舟になってしまう感じですが、呉越でもないのですよ。

13の5は特殊かもしれませんが、13の2や13の3、4もそうですね。1~4もそうなのですが、結局、これを機会に質権の規定を触らなくてはいけないのかという話についてはどうでしょうか。もう何回も出ていますので、しつこいですが、譲渡担保の規定として考えていくということはもちろんなのですが、そのときに第三債務者としては担保権者の被担保債権額が分からないではないか、だから全部払っていいと、あとは勝手に内部でやってくださいというほうが、第三債務者の保護のためにいいのではないかと考えるのか。いや、質権について、やはり担保の範囲というものがあるわけだから、それをいじるということはないほうがいいということなのか。その辺りはいかがですか。

○G 2番の所については、弁護士会などでも議論が分かれてはいるのですが、私自身はやはり質権と譲渡担保権は違うのではないかと考えています。まず、質権は取立ての議論になっていますが、差押えの手段を使ってもいいわけで、そのときは裁判所が当たり前ですが被担保債権の範囲しか差押えを認めてくれないと思うのです。

他方、債権の譲渡担保に関して言うと、真正譲渡との違いの有無を考えたときに、どちらにしても訴訟で回収するとなったときには、譲渡債権全額の支払を求めて訴訟できるのだらうと思います。したがって、前から、ここでの議論として、債権が設定者に残っているのか、移転しているのか、その違いによって何か現実に違いが発生するのかと、ずっと質問を受けているわけですが、違いを発生させたほうがいいのではないかと思います。つまり、この局面に関しては、質権に関しては366条2項を残し、他方、債権譲渡に関しては366条2項の適用・類推適用は受けないというほうが、私としてはいいだらうと考えます。ここに書かれているマイナス面、例えば複数の債権が質権の目的だった場合は、被担保債権の額に限定して請求するのは事実上困難と書かれていますが、まずそのような場合は実際上ないので、そういう問題も起きないと私自身は思っています。

○E 実務のことは全然分からないので、単にこんな感じがするというだけなのですが、まず質権についても現行法は確かに債権の範囲内でだけ取り立てることができる。それ以上の取立ては権限がない取立てなので、478条で第三債務者は保護されるということになっています。弁済期がずれている場合だと、被担保債権の弁済期が未到来の場合だと、供託の請求ができます。それはつまり、取立てはできませんよ、もし払ってしまったら第三債務者はやはり478条で保護されますよということですよ。

実務でそれでうまく回っているというのだったら、それで全然いいのですが、第三債務者からすると、債権の譲渡はもちろん分かっていますが、自分にとっては全然関係ないところで債権の譲渡や質権の設定がされ、質権の設定がされたときは被担保債権が幾らかということまで目配りしておかないと、もしかしたら自分が不利益を被るかもしれない。ど

うして他人がやったことでそんなことに、と思うのではないかなと、単に感覚ではありますが、考えるところがあるのです。もし、そういう面があるのだとすると、この際、見直すということはあってもいいのではないかと、1つは思っています。

もう1つは、譲渡担保との関係なのですが、もし譲渡担保についても今の質権の規律と同じにして、担保的に扱うということになると、第三債務者としては、譲渡しましたという通知が来たときも、単純譲渡なのか、それとも実は担保としての譲渡なのかに留意しなければならないこととなります。知っている場合はいいのかもしれませんが、過失も一応478条の保護を遮るものとして問われますので、そういった建て付けになると第三債務者の負担がものすごく重くなるのではないかと感じると思います。実務上それで全然問題ないというのであれば、私は結構なのですが、そこがどうなのかということを知りたいなと思いました。

○D 私はEさんのご意見に全面的に賛同します。担保契約に関係しない第三債務者に迷惑を掛けることは、基本的に許されないと考えますし、478条は無過失要件ですから、無過失でなければ保護されないというのはあまりにも冷たい法制度だと思います。それに、第三債務者が法律に精通していない場合が多いのではないのでしょうか。したがって、Eさんがおっしゃるとおり、全額弁済を認めるということによろしいのではないかと思います。

○座長 それは質権も譲渡担保も全部一緒でということによろしいのでしょうか。

○D はい。

○B 私も質権の規定をこの際見直してもいいのではないかと考えているのですが、今、第三債務者の保護についていろいろ議論がありましたが、もう1つ、これも前回の議論のときに申し上げたかもしれませんが、設定者がかわいそうではないかという議論との関係です。2ページの21行目の所を書いてある「質権設定者が質権者の無資力リスクを負担することになる」のではないかと、過剰に弁済された分について取り戻さなければいけないから、という議論があるのですが、これについては、私は、ここでの設定者というのは、自分の有する債権が弁済期にあるにもかかわらず回収していない状態で、自分の債務については履行を怠っている、そういう状況なのですから、回収できないことについて何か事情がある場合もあるかもしれませんが、一般的には、そういう状況でなお設定者を保護する必要があるのかというと、それほどないような気もして、そう考えると13.2.の1か2かという点では、13.2.1を取って、366条2項の削除を考えていいのではないかと思います。

その一方で、13.3の1か2かについては、今申し上げたような設定者側の事情はないので、そうすると3ページの最後のほうにあるように、13.2.1を取りつつも、この問題については13.3.2を取るということもあるという考えに、現時点では比較的共感しているところではあります。

○座長 今のBさんのご発言自体が、債務者が債務不履行している挙げ句に、というのが前提になっているので、自分が債務不履行しているという挙げ句に、ということがなくな

ってしまうと、必ずしも正当化できないということになり、366条の3項については、まだ自分については、弁済期がきていない場合、まだ自分は不履行していないという状況は供託だけになるには、それは仕方がないのではないかとこののですが、Eさんの言葉を借りれば、それは分からないという話にはならないのですか。

○B 分からないとは、第三債務者にとってということですか。確かに、揃える方がいいという考え方もあるのも分かります。確かに第三債務者のことだけを考えると揃えたほうがいいのですが、併せて設定者のことも考えると、ここについては違う立場を取ることもあり得る。どちらを重視するかなので、まだ考えが必ずしもまとまっているわけではないのですが、供託については現行法の規定にも合理性がありそうな気がしたということです。

また、質権と譲渡担保で分けるほうがいいのかどうかについては、私はできれば合理性があるほうに一本化するほうがいいのではないかと思います。それぞれのよさがあるという考え方との関係で、まだ悩んでいるところではありますが、複雑になることや分かりにくくなることのデメリットも考えると、どちらかにとりあえず合わせておくことで逆に不都合がどのくらいあるのかを考えているところです。

○座長 分かりました。ちょっと私、急に思い付いたのですが、通常民法の債権譲渡で条件を付けて、その条件を明示して対抗要件を具備することはできるのですか。例えば、〇〇の事実が発生したら債権を譲渡しますと債権譲渡の契約をする。これで対抗要件のときにも、そのように通知をするということはあるですか、なしですか。通常債権譲渡においても、条件成就などということについての判断を、第三債務者も強いられるという場面というのがあるような気もしたのです。

○B それは私はなしかと思ったのですが、違いますか。特定の日ということであれば、近い将来の譲渡についての対抗要件も備えられますし、将来の債権の譲渡という形で譲渡した場合の対抗要件も備えられると思いますが、譲渡するかどうかは分からないが、対抗要件を備えるということについては、条件が成就したことが……。

○座長 例えばなんでしょう。

○B 第三債務者に分からなくても、その最初の時点で対抗要件を備えられるということですか。

○座長 いえいえ、それは実体的な譲渡が、条件成就があって初めて生じるわけですから、対抗要件としての効果も条件成就の後しか有効にはならないわけですが、その第三債務者が条件が成就したかどうかの判断を強いられるという場面があるということが、現行法上予定されているのか、どうなのかということを確認したかったのですが。

○B なるほど、私はそれは駄目かと思っていました。そうすると日付が意味を持たなくなるというか、事実として条件成就を併せて立証するということですね。

○座長 そうですね。

○B まず実際、確定日付がある通知が到達したときから、到達と合わせて譲渡も発生していないといけないという観点からすると、両方あり得るのですかね。

○ I 細かな話なのですが、366条3項の規定を単純に削除すると、質権の被担保債権の弁済期が到来する前に質権の目的である債権の弁済期が到来したときは、質権者は、質権の被担保債権にかかる債務の不履行が生じていないため、質権の目的である債権を直接取り立てることができないこととなってしまいそうです。しかし、この提案は、質権の被担保債権の弁済期が到来する前であっても、質権の目的である債権の弁済期が到来したときは、質権者は、質権の目的である債権を直接取り立てることができるものなのですよ。

○座長 到来が分からないからということ的前提にすると、未到来でも取立てができることにするというのは、1項の文言で3項がなければそのように読めるのかということなのか。ただ、どのような規律にするのかという話になったときには、そういう条文の技術論ではなくて、現実をきちんと示す必要が多分あるだろうと思います。そして、質権者の有する債権について弁済期が到来していなくても、取り立てられるとあって、取り立ててから相手に払うということになるのだと言われたらびっくりする人は多分、結構いると思います。しかし、びっくりするから隠しておくのではなくて、要はきちっと出しておく必要がありますから。

○ I 債権質権の実行の通知に関する13.1.1の規律には、質権の被担保債権の弁済期以後とありますので、質権者は、質権の被担保債権にかかる債務の不履行が生じないと、質権の目的である債権を直接取り立てることができないとされているものと理解していました。

○座長 分かりました。4ページの直接取立て以外の実行方法についてはいかがですか。

○ G これについても弁護士会では議論が出て、サービサーに見積もってもらったときに確実に金額は下がるというとき、もちろんそれは当然ながら帰属清算でも同じですが、複数のサービサーに見積りを取った場合、100万の債権で第三債務者の資力に問題がなくても100万円では売れない、90万円程度になる。まして第三債務者がなにか言っている状態となると、100万円の債権がすぐに20万、30万の評価になってしまう。これは誰に聞いたところでその金額にしかならないので、処分清算価額としては適正ということになってしまうのではないのか。しかし、それでいいのかとなりました。これは債権譲渡担保でも起きる問題ではあるのですが、せめて債権質に関しては従前と同じでもいいのではないのかと、そういう議論です。これに対しては、債権譲渡のことも考えたら、サービサー10社に見積ってもらって30万円の評価でも、100万円が適正価格だと言い切るしかないのではないのかという反論もあって、答えとしてすっきりはしないのですが、少なくとも債権質の処分清算若しくは帰属清算という方法に対して、少し躊躇があるという意見がありました。

○座長 リスクが発現して100万円が30万円しか回収できませんでしたといったときに、いえ、これは100万です、100万というように評価されて、その額だけ譲渡担保権者や質権者の債権がなくなりますというのめかわいそうな感じがしますが、いかがですか。現在

の質権であっても、債権質の実行方法として理論的には目的債権を売却するということはあり得るわけですね。それを否定するわけにはいかないということになったときに、質権の場合には裁判所を通して目的債権を売れるといったときに、譲渡担保の場合には譲り受けているのだから自己取立てしかありません、それも1つの考え方ではあるけれども、先ほどの動産について民事執行法上の手続が取れますと言うのならば、やはり売れるような気がします。

○C 関係ないかもしれませんが、質権の場合の処分清算というものは、質権の中に内包された処分権限を実現するということだと思うのですが、処分の方法というのは、いかなる形式になるのかということがよく分からないのです。質権者というのは一旦帰属清算せずに処分をするということができるということを、恐らく権限としては内包しているのだと思います。質権者が処分清算方式で第三者に対して譲渡する場合に、それは売買となるのだろうとした場合に売主になるのは質権者ということでもいいのかということ疑問に思っています。

○座長 質権者はそういうことはできないのではないですか。質権者自ら取り立てるという方法と、民事執行法上の手続を使って債権の売却をするということだけであって、任意売却権はないのではないですか。

○C 分かりました。そうしますと、ここで言っているのは、あくまで民事執行法上の手続ということですか、債権質の。

○座長 いえ、これは違うと思います。今の質権というものが、そうであるとしても、譲渡担保において仮に目的債権を任意で売却するという処分清算の方式が認められるのだったら、今度はそれが質権に影響を及ぼして、質権についてもそういった方法が認められ得るのかという問題が立つということであって、現行法の質権の扱いというものとはそこが違い得るという前提に一応なっているのではないかと思います、それで資料作成者の趣旨とは合致しているのでしょうか。

○法務省 おっしゃるとおりだと思っています。

○C 確認なのですが、そうするとこれは現行法ではできないことを質権者が新たにできるようにするというので、処分清算方式というのは質権者による処分権限の行使ということで、売買なのかどうか分からないですが、そういったことができるようになる、そのような理解をすればよろしいのでしょうか。

○法務省 おっしゃるとおり、債権譲渡担保において処分清算方式、帰属清算方式ができるということにしたときに、質権についても同じということになると、これまで債権質においてできなかったとっていいのだと思いますが、できなかったものについて新たに規定を置いてできるようにするというのでご提案しているつもりでした。

ただ、債権の譲渡担保の場合、債権の帰属が移転しているという形を取っているのだから自分がそれを処分することができるのでスムーズに説明できるのに対して、質権の場合はその債権への帰属自体がまだ設定者に残っているはずなので、何でそんなことができ

るのかというご指摘なのかなと思います。そこの理屈の説明まではまだ十分に練り切れていないのですが、ただそのときに他の規律を、ここは考え方が分かれているところなので、どうなっていくのかはまだ分かりませんが、質権と譲渡担保の規律内容がだんだん近付いていく中で、帰属清算は流質のようなものだから認めるとして、処分清算だけ質権という形だったらできないというのも、ちょっとそれはそれでまたバランスが悪いというか、実質として合理的なのかという気がしております。またもう少し考えたいと思います。

○C ご説明ありがとうございました。今の点は、株式質などについても、時々、私は疑問に思うことがあって、ただ株式質などでも処分清算は実際にも行われている気がするのですが、そのときの理屈とどう接合するかなと。また、商法 515 条で商事の場合の質権について、流質を認めている場合がありますが、それとの関係でいうと、ここでのご提案は、商法 515 条は関係なく、誰でもできるようにする、つまり商法 515 条の適用要件を満たす場合だけでなく、流質の禁止は全部外すという感じになるのですか。

○法務省 そうですね。ここで書いてあるのは、商法に限らず、あるいは質屋営業法に限らず、一般的な質権の実行方法として流質でもいいのではないかとということです。

○座長 そうすると、どうしても動産もそうやってきますね。といいますのは、債権者が占有しているタイプの動産質においては、流質はできないのですが、非占有だったら帰属清算ができるというので、それはやはり占有があるときのほうが、強いと考えるのか、ちょっと分からない。

○E この処分清算、帰属清算を認めるほうがいいのかという結論は、流質との関係を論ずるだけで足りるのでしょうか。つまり、流質だと一応当事者の契約でそれを許すわけです。ですが、この処分清算、帰属清算はどういう組み方をするかは分かりませんが、譲渡担保のところで行われている判例からすると、当事者の行為によらずにどちらでもいいということでしょうし、今の提案の仕方では、当事者間で特段合意がなくても実行方法として認めるということですよ。そうすると、だいぶ流質からも距離があるのではないかと気がするのですが。

○H 動産質は動産譲渡担保とは違うような気がします。動産譲渡担保だと、一応、清算金が発生すると、清算義務の履行と目的物の引渡しなどが同時履行になったり、あるいは留置権や、座長であれば設定者留保権の行使によって清算金を確保するということができるのですが、動産質だと、設定段階で占有が債権者に移転してしまっていて、設定者による清算金の確保ができず、流質による弊害が大きい、というところがあるので、動産譲渡担保と動産質は違うと思います。ただ、その理屈を詰めていくと、債権のときも、そういう意味では清算義務を確保するものは何もないように見え、債権のときにどれぐらいそういう清算を自由に認めていいのか、逆に問題になってくるかもしれないと思いました。

○E 最初にCさんがおっしゃった、あるいは座長とやり取りがあったことかもしれませんが。取り立てるのはともかくとして、どうして質権者が目的物を自分に権利はないにもかかわらず、処分をしたり、自分のものにしたりすることができるのかという、流質で

は契約があるわけなので、処分権限をその契約によって結局付与していると理解することができます。ところがその契約がないところでこれを認めるということは、質権のことが念頭にありますが、結局、法定の権限として債務不履行があると動産質であれ、債権質であれ、まさに処分権まで含めて譲渡担保権者と同じで完全な権利者に近いような地位に置きますということになるのではないかと思います。それは今までの質権の理解とは大きく異なることになって、結論がこれでいいからいいのだということかもしれないのですが、質権だけ理屈がそれで本当にいいのだろうかというような気がしています。

○座長 ありがとうございます。いろいろなご意見があるのですが、14 についてもご意見を伺えればと思います。ポイントとしては、もう解除はおよそできないとするというのが一方の極にあるわけで、米倉先生はそうおっしゃっています。これに対して、所有権留保の実行をするときには解除が必要であるとする論者もいます。その両方をちょっと置いておいて、解除は止められない、解除の要件が満たされていれば、541 条でも何でも、解除は止められない。これに対して、所有権留保自体については、譲渡担保と同じような形の実行を認めうるということがポイントになっているのかなと思いますが、こういう考え方についてはいかがお考えでしょうか。

○A 平時に所有権留保の売買契約について代金の債務不履行があったときに、担保権者が所有権留保の合意に基づく担保権実行を選択するのか、それとも法定解除権を行使して解除するのか、選べるということについては、やはりそうならざるを得ないというか、そのように考えるのかなと思いました。

しかし、次のテーマに入ってしまうのですが、倒産時にそれをどうするかということが大問題になるように思っています。手続開始前に催告があって、催告があったにもかかわらず不履行があって、法定解除権が発生しているというときに、現在の通説によれば手続開始前の解除権は開始後も行使できるということになると思います。その解除権を行使して、目的物を取り戻せる、担保権に対する制約は受けませんということが言えるのかどうかというところが気になります。

○座長 ありがとうございます。しかし、それは倒産手続における解除の問題一般を考えようということなのですかね。前も話したことがあります。所有権留保が付いていたらできなくなるというのは変だと思っています。ですから、そうすると解除権が既に発生していたらという A さんのおっしゃる問題点をクリアしようと思ったら、倒産手続における解除の話一般をきちんと整理して、場合によっては立法化するということを前提にしないところは議論できないと。それはそうかもしれないと思うのですが、そこも含めて、ご自由にご議論いただければと思います。所有権留保自体については、このようなところかなと思うのですが、A さんのおっしゃるように所有権留保については次にやっているような担保の実行は中止命令で止めるなど何とか言いながら、解除はできますと言ったのでは本当はおかしいでしょうということについては、次の所で話をしましょう。

○I 所有権留保がされた場合において、買主が売買代金債務を履行せず、債務不履行を

理由とする解除の要件を満たしたときは、売主は、それにより契約を解除することができるかとされています。ここでは、所有権留保は、所有権留保特約が付いた売買契約にもとづいてされることが前提とされているようです。他方、譲渡担保については、売買について買戻しの特約を付けたり、再売買の予約をしたりしても、債権担保の目的でされているときは、その契約は、売買契約ではなく、譲渡担保設定契約と性質決定されるものと考えられています。一般的な理解とは異なりますが、所有権留保も、譲渡担保と同じように、所有権留保特約が付いた売買契約ではなく、所有権留保設定契約のようなものにもとづいてされると捉えることは、やはり難しいのでしょうか。

○座長 ですから、言うとするならば、例えば目的物に契約不適合があつて、契約の目的が達成できないときに解除できるということを、所有権留保特約があつたからと言って、排除することはおおよそできないのだらうと思うのです。そう考えると、売買代金については、所有権留保という担保のほうで処理をするので、その不履行自体に対しては担保の実行という形で対処するのであつて、解除という方法は取りませんということを契約が意味しているのかということ、米倉先生のご趣旨というのはそういう趣旨だらうと法務省はご説明くださっていたのですが、そういうことですね。所有権留保したら瑕疵も言えなくなるとは言えないでしょう。

○法務省 それはおっしゃるとおりだと思います。被担保債権について、所有権留保の実行という形での実現方法があるので、それに加えて認める必要はないのではないかとご趣旨ではないかと思いました。

○座長 それはそうですが、一般に貸金債権で抵当権を持っていたら、ほかのものを差し押さえることができますし、何でできなくなるのか分からないのです。英米法は、代金債務の不履行による動産売買契約の解除がそもそもできないのですね。それと関係しているのかもしれませんが、それではここで少し休憩を入れて倒産の手続のところに入りたいと思います。

(休憩)

○座長 時間になりました。Iさんが最後のところに関して1つご意見があるということなのでお願いします。

○I 所有権留保特約が付いた売買契約ではなく、所有権留保設定契約のようなものを構成すれば、買主の売買代金債務の不履行は、すなわち被担保債権にかかる債務の不履行となりますので、売主が買主の売買代金債務の不履行を理由に契約を解除する余地は、ないのではないかと気がしました。

先ほど座長がおっしゃったのは、売主が買主の売買代金債務の不履行を理由に契約を解除する局面ではなく、逆に、買主が売主に売買の目的物の契約不適合責任を追求する局面です。所有権留保設定契約のようなものを構成したとしても、譲渡担保では、譲渡担保権設定者が契約に適合しない目的物を担保に供したときは、譲渡担保設定契約の不履行となるかと思いますが、所有権留保でも、上述のような局面は、その裏返しのような形で、

所有権留保設定契約の不履行として処理することができるかもしれません。

○B 解除できる場合と、できない場合というか担保を実行する場合とを区別することが考えられるということでしょうか。どのように切り分けるのかについて、よく分かりません。所有権留保にはいろいろなものがあると思いますが、長期の延べ払い債権あるいは分割払債権を被担保債権にして、所有権を留保するというのは分かりやすい例だと思いますが、短期の売買契約で物を先に引き渡して、代金が1か月後払いになっているときに、代金の完済時に所有権を移転すると定めたときの当事者は、単なる所有権移転時期の合意と考えているのだと思います。しかし、所有権の移転の時期を代金の完済の時と定めるときは、やはり担保目的が共存する面もないわけではないと思うので、法務省の作成資料が想定している所有権留保の過去に示された定義によると、それもまた所有権留保に当たるのだらうと思われまます。つまり、引渡しを先にして、代金の支払いが完了するまで所有権を留保するという合意ではありますので、そうすると、当事者が普通に売買している状況で、代金の支払いがなされないときに解除できなくなるというのも妙な感じがしますので、解除はできるのだらうと思います。これに対し、そういう合意をしていると、むしろ所有権留保の実行であるから、解除ではなく実行手続で行ってくださいということになってしまうというご趣旨だとすると、それは当事者がびっくりするのではと思うのです。結局、どちらかしか認めるべきではないというスタンスに立つのであれば、どこかで線を引く定義をするか、規律を設けなければいけないのではないかと思うので、どちらがいか確信はないのですけれども、両方並存していいのではないかという今の法務省のご提案に乗るか、そうではなくて、やはり両方できるのはおかしいと考えるのであれば、逆に、どこかで線を引く形で所有権留保と売買とを分けなければいけないように思いました。

○I 発言の趣旨は、譲渡担保設定契約のような担保設定契約を所有権留保について構成することができないかという点にありました。これに対し、Bさんは、所有権留保というのは、特約が付いた売買契約であることを前提とされているように思いました。この構成を前提とするのであれば、おっしゃっていることは、よく理解することができます。

○B もちろんいろいろな形態があるので、単品についての所有権留保は売買契約と一体として定められることが多いと思いますが、在庫のように、継続的売買契約に基づいて個別の売買が行われる場合は、むしろ先生がおっしゃる所有権留保合意に当たるものを、継続的売買契約の中で定めるか、あるいは、継続的売買契約のときに別途、締結することもあると思います。契約形態はいろいろあると思いますが、構成としては先ほど申し上げたように、売買の際に引渡しを先履行して代金が後払いになっているときに、その完済まで所有権の移転を留保するという約定が何らかの契約形態でなされれば、それは全て所有権留保と見るというのが現時点での整理と理解しているところです。

○座長 まだまだあろうかと思いますが、Iさんが私の発言について、それは売主と買主が逆の場面だからとおっしゃったことについても、でも、本当はそういう話ではないのでは、とも思いますが、ここまですておきます。

倒産手続に関して少し入っておきたいので、15 以下について話を進めさせてください。
○法務省 それでは、第 15「動産・債権等を目的とする担保権の倒産手続における取扱い」の前半部分、中止命令の部分までを、簡単にご説明させていただきたいと思います。

基本的に本文を中心にご説明いたします。まず、1 の「別除権としての取扱い」、2 の「担保権実行手続中止命令の適用の有無」については、二読から大きな変更はしておりません。3 の「担保権実行手続中止命令の始期(担保権実行手続禁止命令)」についても、基本的に二読でもご提案していたものです。内容に大きな変更はありませんが、「担保所有権」や「担保所有権者」という概念は、あくまで所有権の対象となる動産に対する概念だろうということを踏まえて、債権の譲渡担保を含む趣旨でそれぞれに「等」という文字を付けまして、「担保所有権等」「担保所有権者等」と記載しております。コメントに書かせていただいておりますが、このほか、債権質あるいは動産質について私的実行ができることとする場合には、それらについてもこの対象としてよいのではないかという考えもあり得るかと思っておりますので、記載ぶりについて要検討かと思っております。

次に、4 の「担保権実行手続中止命令の要件」ですが、これは二読の議論を踏まえて新たにご提案している部分です。まず、(1) は、終期の話でして、正確には「担保所有権等に係る私的実行については」と書くべきだったかもしれませんが、私的実行が行われた場合の終期、このときまでに中止命令を出さなければいけない、という規定をご提案しています。

中止命令の発令に当たっては、担保権者に不当な損害を及ぼすおそれがないという要件はもともとありますけれども、(2) ではそれに関連して、「中止命令は、担保所有権者等に不当な損害を及ぼさないために必要な条件を付して発することができる」という規定を新たに置いてはどうかというご提案をしております。

最後に、5 の「担保権実行手続中止命令の効果(担保権実行手続取消命令)」です。こちらにも新しくご提案をしております部分ですが、まず、(1) は、二読の議論で、本文の中でこういった規定を置くことはどうかという形でご提案しておりました第三債務者の保護に関する規定を本文に追加したものです。そして、(2) が見出しにもございます担保権実行手続取消命令でして、中止命令に加えて取消しの効果を有する取消命令の規定を設けることについても、引き続き検討が必要ではないかということでご提案しております。

○座長 ありがとうございます。ではご自由にご意見を申し上げます。

○G 前回、1 週間通知の要否の議論のときに、1 週間の通知がなかったら中止命令の発令可能期間が終わってしまって駄目なのではないかという話があって、私は前回、発令可能な終期を何とか後ろにずらすことで、何とかありませんかという話を申し上げました。今回の資料では、終期は帰属清算、処分清算の理論どおりのご提案をいただいている。そうすると、この前の 1 週間通知の問題が残ると思います。そこで、一方で実行通知がされて、一旦帰属清算されても、例えば物の占有が動いていない段階では取り戻せる、つまり、取消命令の終期は中止命令の終期よりも、もうちょっと後ろになるということが可能にな

るのであれば、前回の1週間通知はなく、かつ、再生のために必要となる一定の期間を確保でき、全体としてのバランスとしては取れるのかなと思います。つまり取消命令は実行手続終了後も、例えば占有の移転時期まではできるとか、その辺まで含む趣旨であれば、そういう制度でいいのではないかということです。

○座長 13ページの(1)の①の前記第7の3(1)の意思表示、これは何でしたか、清算金がないという意思表示でよろしいですね。Gさんがおっしゃった占有が移るまでは中止命令で止めさせてくださいという話のときには、清算金の提供があってもなのですか。

○G 清算金が発生する場合の話ですと、今までの中止命令の場合は清算金の提供があったら消えますよね。提供があってもできる、占有がまだ動いていないときには取消命令はできる制度でお願いしたいということになります。1週間通知は前回に議論がありましたけれども、実務的には1週間というのはちょっとおかしいのではないか、使いにくくなるのではないかという思いがあるものだから、その代わりに一定の期間の確保としては最後のお尻で時間を取っている、そういうイメージです。つまり、清算金の提供があってもできるということです。

○座長 振り込んでしまえばもう駄目ですか。

○G すみません、細かい部分までまだ考えていませんでした。

○座長 そうなったら振り込みますよね。清算金がないというように言っても駄目なのだけれども、清算金がないというときの判断の基準時は、清算金がないという意思表示をするときなのですが、そこから先の、そこでまだ占有がくるまでは、中止命令で止められるということになったら、清算金は目的物の占有が移転するというときを基準にして判断するということになるのですかね。

○G 中止命令ではなく、今ここで言っている取消命令ですが、取消命令を使うというのはまだ実行していない状態に戻すための手続ですよ。更に言うと、別除権協定を締結するための手続なわけですけども、どちらかという、取消命令は中止命令とちょっと違うのかと思いますが、詰められていません。

○B 集合動産について考えたときに、実行通知がなされた後に中止命令が出たときと取消命令が出たときとは、出来上がりが違うと理解したのですけれども、それでよいでしょうか。つまり、中止命令というのは、実行通知が出た後だとすると、その効果を覆滅させるものではないので、そのときの実行の対象は固まりますが、ただ、それを、そこから先に進めて更に処分したりすることが、あるいはその先に帰属清算を完了することが許されないということだと理解しました。そうすると、在庫の流れが止まった状態で設定者も処分できなくなるし、担保権者は進めなくなるという状況で、にらみ合って別除権協定を結びにかかると、こういう動きになるのだらうと思います。

これと違って、取消命令が出ると、それまでの効果がひっくり返るので、流動性が回復されて処分もできるし、他方で、新たな仕入れにも担保権が及ぶという状況になり、ただ、担保権者の利益が害されない措置が何らかの形で取られて、例えば、一定以上の仕入れを

ちゃんとしてくださいとか、それが無いのであれば、代金をちゃんと確保しておきなさいという措置がセットになる中で、在庫を流動させながら別除権協定を結ぶことになるのかと思ったのですが、どうでしょうか。Gさんがおっしゃるのは、そういう違いだけではなくて、終期自体を引渡しまで延ばせるのではないかということでしょうか。そこまですると、別除権と言いながらも、かなり実行が止まりやすくなります。取消命令をどんどん使っていこうという立場であれば、そうなるのかもしれませんが。中止命令と取消命令の効果も含めて理解を確認したいと思います。

○G 取消命令自身は今後の検討なので、どこまでを取消命令でできるかというのはもちろん議論だと思いますけれども、今、おっしゃった流動性の復活というのか、固定化の解除というのか、元の状態に戻るものをイメージしています。債権譲渡通知の場合だったら、債権の取立権限まで再度、設定者のほうに戻り、売掛金は回収できるという、そういうものを作るべきだということです。もちろんそのためには中止命令よりは、実際上か、法律上か分かりませんが、要件のハードルが上がるとは思いますけれども、そういうものを作ることで全体のバランスが、平場のときも含めて1週間の期間は要らないけれども、倒産手続のうち再建型倒産手続に入れば、最後はそこまでは猶予があるというぐらいのバランスの取り方です。

○B 17 ページの 5 のゴシックの所で挙げられている第三債務者ですけれども、(1)の「第三債務者が担保権者に対して弁済を行うことは妨げられない」というのは、これは取消命令、今はブラケットに入っていますけれども、この場合には妥当しないということでしょうか。

○G 私としては、そういう意味の取消命令を作るべきではないかということです。

○B 了解しました。

○座長 そうすると、取立権が設定者にあるということ、この担保制度の本質として位置付けないといけないのですよね。だからこそ取立権を撤回するか、そういうのをなくすというのが特殊な行動であるというように考えないといけない。取立権限を何かの拍子に目的で授与しているというように考えるのではないという考え方を前提にしないと、うまくいかないのかと思いますが。

○B そこに関して、中核は取立権限ではないと仮に考えて、懐に入れることこそがポイントなのだという考え方も一応は可能かなとも思ったのですが。つまり、債務者對抗要件を備えるために通知を出すこと、あるいは、一旦委任した取立権限を解除することが実行の本質ではなくて、それによって、その後に回収された金銭を設定者が自分の懐に入れられなくなるところに実行の本質があると考えれば、例えば 17 ページの 5 の(1)の「弁済を行うことを妨げられない」という規律を仮に維持したとしても、弁済を受けてしまったら、担保権者は、逆に設定者に返さなければいけないという効果を、取消命令に与えることができるかなと思ったのですが。

○G 17 ページの 5 の(1)に関して言うと、中止命令が発令されたときに、第三債務者か

ら見たら弁済を妨げられないのはいいのですけれども、担保権者と債務者、設定者との関係がどうなるかはちょっとよく分からないという議論が弁護士会でありました。本来は担保権者は請求できない、取り立てられないことにはなっている、ただ、第三債務者から見たら払えるほうが便利だから払うというのはあくまで第三債務者の保護という観点だけなので、中止命令が出ている中で受け取ったら、それは不当利得になるのか、その法律関係はこの資料では必ずしも書かれていないのではないかという意見が出ました。どういう前提かをお尋ねしたい。

○法務省 法務省としてというよりは、私個人としてということかもしれませんが、一応、これを想定していたのは、中止命令なり、禁止命令なりというのは、あくまで担保権者の実行を中止させる、あるいは禁止するものなのでという前提で、そういう意味で、その効果として取立てを行うことができなくなるわけですけれども、向こうから来てしまったものはしょうがないのではないかという発想で書いておりました。要は、向こうからというのは、第三債務者から弁済をされてしまったら、それを受け取るしかないのではないかという発想でここは書いていて、そういう意味で中止命令、取消命令によって、もちろん自分で取り立てることはできないのだけれども、何か取立権限が実体法上移るというわけではないのではないかと。そういう意味で、向こうから来てしまった場合には、取立権限が失われているわけではないので、それを受領して、利用することはできるのではないかという前提で書いておりましたが、ここは法務省内部でも違う見解があるかもしれません。

○座長 取り分け債権が問題になっているときの議論について、その前提が分からないのだけれども、これまでの第1回から何回も議論してきた中で債権譲渡担保、今の言葉で債権譲渡担保と言われるものの中には、その取立権を設定者にずっと付与して、それで、いざというときに、それをストップさせて、取ろうというタイプのものと、現実には取立権をずっと担保権者が持っていて、債権者が持っていて徐々に債権を回収していくというタイプのものがありますよね。後者に関しては、それはある種代物弁済の予約ではないのですが、そのような取立権限の付与といったものであって、担保ではないというような見方をすることも十分に可能だと思いますけれども、設定者の取立権限が中止命令とか、取消命令によって復活するという考え方は、前者の、本当はずっと設定者にある。ところが、実行という手続によって、その取立権限が奪われて、しかし、その奪われたというこの行為を元に戻して、また設定者が取立権限を有するようになるということですね。そういったことを規定するとき、徐々に回収するタイプについては、もう考えなくていいのですか。担保権者がずっと第三債務者から徐々に回収していくというもの、それは担保ではないという言い方ももちろんできるとは思いますけれども、それはいいのですか。

○G 考えたのは前者のほうだけで、後者のほうまでは法律関係はちょっと整理できていません。

○座長 そうですよ、前者のほうですよ。だから後者については、もうそれは担保の話ではなくて、取立権限の真正債権譲渡か、債権者への取立権限の付与があって、それで

あとは相殺で行われているというように考えるのであって、担保の話ではないと整理してしまうのですか。それでいいのならいいのですけれども。

○G まだそこまで考えられていませんので、お答えできる状態ではありませんけれども、担保ではないとまで言い切る自信は全くないので、そのときには使えないということだけなのかも分かりませんし、使えない、若しくは何か非常に要件のハードルが上がるのか、そういうことも含めてまだ全く検討できていません。

○座長 そうですね、倒産前の状態は、設定者が取り立てて使えるという状態にあったと、それが、あることをトリガーの事由にして、奪われてしまって継続ができなくなる。つまり、ある事由の発生によって状況が変わってくるというのを防ごうというわけならば、そこで変化が起こって始めてそれを止めるということがあるわけであって、ずっと担保権者が取るというような話の場合にはこの話の問題ではない。変化を止めるのがこの話なのです。それはそういう整理はあるかもしれませんね。

○L ほかの件で失礼します。13 ページの 4 の(2)の「担保所有権者等に不当な損害を及ぼさないために必要な条件を付して」という部分の話です。この提案は現行法の 31 条の「不当の損害を及ぼすおそれがないと認めるときには」というのでは足りないということ、つまり、「不当の損害を及ぼすおそれがないような措置が講じられているなら」という条件は、現行の文言では読めないという前提でこういうご提案をされているのだろうと思います。これに関して 2 つありまして、1 つは、17 ページの脚注 42 に書いてあることは、私はそのとおりだと思っていて、不当の損害を及ぼさないようにするためには何をしたらいいかは、いろいろなパターンがあり得るので、裁判所が何か指定して、担保所有権者等の優先権を保障する措置を講じなさいと命じるということが可能なのかということがちょっとよく分からないという気がしました。つまり、裁判所は、不当の損害を及ぼさないようにしなさいと言えばいいのであって、更に具体的に何かをしてくださいと命ずることができるのかということがよく分からなかったというのがまず 1 点です。

それから、説明の部分なので、ここはあまり言わないほうがいいのかもしれませんが、17 ページの 15 行目の、条件の違反があった場合の効果で、「速やかに中止命令を取り消すべきだ」と書いてあるのですが、しかし、違反があっても、直ちには不当の損害というか、実害が生じていない場合もあると思うので、ここまで言うのは強すぎないかなという気がしました。以上、2 点です。

○座長 ありがとうございます。言いつ放しになってしまうようなことでも構わないので、気になっている点をご指摘いただくとありがたいと思いますが、いかがでしょうか。

○C 先ほど座長がおっしゃられた、担保権者が回収するタイプの債権譲渡担保というものを、真正譲渡と見て相殺だというようなこととすると、結局、相殺禁止にかからない限りにおいては取戻権的な構成になってしまうと思います。これはやはり担保権として整理した上で、中止命令のほうに引き寄せていくということは、債務者の再建のことを考えた必要なことではないかと。すなわち、設定者に取立権限を付与するということは、もと

もと債権譲渡担保権の場合には、譲受人である譲渡担保権者に取立権があるということを前提に、取立権限を設定者に付与し直しているというようなことであるわけで、むしろ取立権が担保権者側にあると、譲受人側にあるというのは、債権譲渡担保の、言わば、本来のやり方をしているというわけなので、それを担保の形態から外すというのは、ちょっと私の認識とは違います。

もう1つは、これは中止命令ということで出てきているわけですが、結局、中止命令というのはいろいろなところから出てくるのですね。会社更生でも中止命令はあるし、特別清算でもあるし、もっと言うと、外国倒産手続の承認援助法にもあるわけなのですけれども、こういったところに禁止命令の規定を設けるということは、併せて考えなくてよいのかということとか、あるいはこのような禁止命令的な中止命令を規定したこととの関係で、会社更生における包括的禁止命令とか、あるいは担保権実行の保全処分の解釈とか、要件立てを検討しなくてよいのかということなどは少し思います。以上です。

○座長 ありがとうございます。ほかに今日の段階で指摘をしておいていただくべきことはありますか。

○D 債権譲渡担保で、中止命令が出た後に取立権が行使された場合に、取り立てたお金の管理方法、並びに取立金を事業資金に流用できるとされた場合に、担保権者の保護をどのようにするのかに関心があります、この点について、もう少し議論させていただきたいと思います。

○座長 ありがとうございます。何かほかに今日の段階で次回に向けて言っておきたい、未来に向けて言っておきたいということはございませんか。よろしいでしょうか。それでは、本日はここまでとさせていただきます。本日も熱心なご議論をありがとうございました。