

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第27回)

日時 令和3年2月24日(水)
10:00～

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」第 27 回会議を開催いたします。前回積み残しになっていた部分を含め、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」というところから議論をしていきます。資料 24 の途中からということになりますが、法務省から補充の説明がありましたらお願いいたします。

○法務省 説明させていただきます。15 のうち 1 から 5 までについては、前回もご議論いただいたところですので、6 以降について簡単に、修正点に絞って説明させていただきます。

6 の倒産手続開始申立特約の効力については、内容を大きく修正しているところではありませんが、本文では、案を 2 つお示しする形にしております。具体的には、案 15.6.1 として、担保所有権等の設定契約の中の倒産手続の開始の申立てによって担保所有権等の実行等に関する効果が生ずることを定めた一定の特約は無効とするということをご提案しています。具体的にどのような範囲で無効にする特約を規定するのかというところについて結論はお示しできておりません。ただ、こういった一定の特約は無効とするという規定それ自体は設けるべきではないか、という考え方がこちらの案です。

これに対して案 15.6.2 は、そのような規定は設けないというものです。これは、一切そのような規定が無効にならないという趣旨ではありません。もちろん無効になる特約もあるのだけれども、明文の規定としては設けないという考え方です。

7 と 8 は倒産手続の開始後に生じた債権や、倒産手続の開始後に設定者が取得した動産に対する担保権の効力についてです。こちら大きく内容を変えているところではありません。前回のご議論でも様々なご意見があり、一定の方向性を定めるというのは難しいのではないかと思いますので、この研究会では、引き続き検討するという形の取りまとめにさせていただければと考えています。

9 の費用のところは留保にさせていただいています。10 は否認の部分です。これも、方向性は変えておりません。取りまとめとしては案を 2 つお示しする形でどうかと考えており、その 1 つとして、専ら担保所有権者に債権を回収させる目的での担保目的の範囲への加入など、悪質性の高い加入について、担保の供与とみなして偏頗行為否認の対象とするというのが案 15.10.1 です。

それに対して、案 15.10.2 として、現行法上でもそのような切り分けは一応可能なのだという整理で、特別の規定は設けない。すなわち、通常の営業の範囲を超える等の担保目的の増加等について、現行法上の偏頗行為否認の対象として整理をするという案をお示ししています。簡単ですが、私からは以上です。

○座長 いろいろ絡んでいるところだと思いますので、それぞれ分けてというのは難しいかもしれませんが、イメージ的には前の辺りからしていきたいと思います。更に、前回 1 から 5 まで一応やりましたが、議論は不十分でしたし、それら以降の論点というのも 1 から 5 までの話と密接に結び付いてきておりますので、1 から 5 についてご言及いただい

てももちろん結構です。それでは、ご自由をお願いいたします。

○A 15.6.1 のところです。以前からDさんほか何人かの方から、確かご指摘があったと思いますが、解除という形を取るにしても、本質はそういう形式に包んで担保を実行するところに問題があるということでしょうから、資料のように、解除という言葉を使うよりは、「開始の申立て」とその結果としての「実行という効果」を捉まえるという書き方でいいと私は思いました。

そこで確認ですけれども、その開始の申立てによって実行の効果が生ずるというのは、当然にというか、それによって自動的に、という意味合いを込めていると私は読んだのですけれども、その理解でよいのでしょうか。別の言い方をすると、倒産手続開始の申立てによって、期限の利益が失われるというのはよくある契約規定です。それについてはあまり有効性に争いはないと理解しています。そして、期限の利益が失われれば、担保が実行できるというのは、前回あたりで、1週間のウエイティングピリオドを設けるかどうかは一応争いがありましたけれども、1つの考え方としては遅滞になればすぐに実行できるという考え方もあって、いずれも実行を無効にするという話ではなかったように思うのです。

そうだとすると、ここでは、解除という形を取るにしても、実行できる特約というのはあくまでも、直ちにその実行の効果が発生してしまっていて、例えば民事再生で言えば、中止命令の手立てを取るいとまがないというところを問題にすると理解したのですけれども、そういうご提案ということではよいのかを確認させてください。

○法務省 我々がこの資料を作った際の基本的な考え方としては、Aさんがおっしゃったとおりです。もっとも、案15.6.1の「申立てによって」というところに「自動的に」というところまで意味を込めて書いていたかと申しますと、そこまで意識的ではありませんでした。ただ、今のご意見の中にもありましたとおり、今までの議論で、例えば失期特約などについては実務上一般に使われていて、それを無効にするということではないのではないか。むしろ、担保権の実行が、例えば民事再生であれば中止命令、あるいは禁止命令の制約を受けない形で行われてしまうことを可能にするような特約が問題なのではないかというご議論もありました。この意味において、ご提案している案15.6.1の具体的な内容に関しては、今Aさんがおっしゃった内容で我々の認識と特に齟齬はないと思っております。

○座長 失期特約というのが、その効力を失わされることはないというのは、実務上よくあるからではなくて、担保とは関係ないからではないのですか。つまり、弁済期の定めをして、このような事情があったら、債務の弁済期が到来しますというのは、譲渡担保がなかろうが、所有権留保がなかろうが、抵当権がなかろうが、存在し得る特約ですね。だから、担保関連の特約であるというように分類というか、性質決定できないというのが一番の問題なのではないかという気がします。よし悪しの問題ではなくて、説明の論理としてですね。「よくあるから」と書くと、「よくあるならばいいのか」という話になるのではないですか。

○A すみません、問題の立て方を間違えました。よくあるかどうかにかかわらず、一般論として倒産手続開始申立てにより債務者が期限の利益を喪失する旨が定められているときに、あわせて予めの約定により自動的に担保実行の効果を発生させることは許されないが、直ちに担保を実行することは許されるのではないか、という問題の立て方をすべきでした。

○座長 いやいや、そういう意味で言ったのではなくて、報告書の書き方という観点から申し上げただけなのです。他に何かありますか。Bさん、お願いいたします。

○B いわゆる倒産解除条項の話ですけれども、前回これを扱ったときには、なかなか書くのは難しいのではないかとネガティブなことを言ったので、反省しております。できれば、15.6.1のほうで、条項の効力が否定される場合があるということを示す規定を書けたらいいと思っています。少なくとも判例は、再生・更生についてはここに書かれているように条項の効力を否定しています。そこで少なくとも再生・更生との関係では無効だという規定は書けないのかという気がしています。そうすると、もちろん破産については無条件でできるのかという反対解釈を招きかねないのですけれども、そこはまだ解釈の余地があるということ「一問一答」等で書いていただくということに対応できないのかということなのです。

破産との関係でも、効力を否定したくなるような場合がないとも言えない一方で、しかし、判例ではっきりしていることは書いておくという考え方もあるということです。以上が15.6.1関係です。

説明のところにある、平成20年の再生とファイナンス・リースの関係の判例の中で、田原補足意見が、開始決定後の解除のことについても触れていたと思います。これは、この問題そのものではないのですが、しかし非典型担保に限られず、担保一般の問題かもしれないけれども、この問題は解釈に残るということにならざるを得ないのかと思います。それはそういう理解でよろしいのですね。

○法務省 最後にご質問いただいた点については、この項目の範囲として開始決定後の解除のことは必ずしも念頭に置いておりませんでした。

○座長 もう1つ気になるのは、Aさんがおっしゃったところで、倒産手続開始の申立てによって、というのは、申立てによってオートマティックに一定の効果が生じるというようなことを念頭に置いているのかという話で、基本的にはそうだという話だったと思うのですが、倒産申立てがあるということやちゃんと気が付く人の行為を止めるのは、それは中止命令で対処するほかはないということなんでしょうか。つまり、逆に言うと、それが中止命令である程度対処できて、それで適当なところに収まるのだったら、特約の効力など否定しなくたっていいような感じもしているのです。

他方、そうではなくて、やはり中止命令ではコントロールが難しいということになったら、鵜の目鷹の目の債権者と、ちょっとぼんやりしていた人と、あるいは倒産申立てを密行性を持ってうまくやったという場合と債権者に明らかなたちで申立てをしたという場

合との差が激しすぎるような気もするのです。それは、最終的にはどのようなランディングになるのでしょうか。何かお考えがあれば教えてください。

○C 座長がおっしゃった点というのは、先ほどの失期の問題とも関わると思います。倒産手続開始申立てを原因として失期するとか、解除権が発生するという合意に基づいて手続開始前に解除権が発生させておくことで、特に所有権留保の場合などに、手続開始後にその解除権を行使することで、目的物を回収できるというような考え方も出てきてしまいかねません。

担保権の実行だというふうに認定できるプロセスであれば、それが失期であれ、解除権の発生であれ、解除権の行使であれ、第三者に所有権を移転させる合意のようなものであれ、それについて事後的に巻き戻すと言うか、取り消せるような制度が必要なのではないでしょうか。そうでなければ、実行終了までのプロセスを長く把握して、解除や第三者への所有権の移転だけでは実行が終了しないという考え方を取る必要があるのではないのでしょうか。どちらかの対応をしないと、結局いろいろな合意を工夫することによって、手続開始前に実行を終了させてしまいたいという企てが成功してしまうことにならないかと懸念しています。

○座長 時間が限られており、今はそもそもどういう特約について効力を失わせしめるのかというの完璧には書き下せないだろうという見通しになりつつありますので、「一定の特約」と書くしかないだろうということになります。

そうすると、Cさんがおっしゃっているような話をうまく書くというのは難しいだろうと思うのです。ただ、おっしゃったような問題があって、全体としてどのようにコントロールしていくのかという中でこの問題を考えなければいけないという視点は、説明の部分であっても、出しておく必要があるのだろうと思います。

6のところに話が比較的集中していますが、6.1と6.2をどうしますか。と、いいますのも、これは一緒なのです。6.2も解釈論でいろいろ考えなければいけないという話だし、6.1も一定というのがうまく書けるかどうかは今後の問題だというもの。書けなかった場合には、抽象的な文言で書かざるを得ない。実行等を進行させる条項は無効とすると、それでは、その実行等を進行させる条項というのはどんなものなのかという話になり、そこに解釈論の余地が出てきて、15.6.2を採ったときの解釈論とさほど異ならないという話におそらくなるのではないかと思います。

ただ、研究会の話として、6.1という形で出していくのか、いやそれは難しいから6.2が基本ではないか、という話で出していくのか、みなさんのお考えはどちらですか。

○B 好き嫌いと言いますと、先ほど言ったとおり6.1です。ただこれを書くのが難しいのは確かで、担保所有権等の実行等に関する効果が生ずることを定めた一定の特約というのは、まだ、なお抽象的なのです。条文に書けるかどうかは分かりませんが、要は取戻権が発生させるというような条項がここで対象としたいものであると思うのです。どんな倒産手続でも、取戻権の行使を制約することはできないので、直ちに取戻権が発生

させるような条項というような実質が書ければいいかなという気がしています。

○D 私も、書ければ何か書いたほうがいいと思います。そういう抽象的な形で書くという選択肢と、ある種、典型的な、これは駄目だよねという判例に表れているようなもの、解除特約と言われるようなものについて書いて、あとはそこからの類推というか、解釈論に委ねるというやり方もあるのではないかと思います。

ただ、研究会の提案として、必ず書くというところにまとめる必要性もないような気もしています。設けないという選択肢をわざわざ案として掲げるのが研究会としてどうかという見方はあるのかもしれませんが、もちろん設けないという選択肢も、なお今後の議論に残されているところということだろうと思います。私は、どちらかに絞るのならば、やはり書くという案を期待したいと思います。あえて絞らないという選択肢もあるかなと思います。

○E 私も、設けることを提案してよいのではないかと思います。今回の 15.6.1のご提案というのは、「担保所有権等の設定契約の中の倒産手続の開始の申立てによって担保所有権等の実行等に関する効果が生ずることを定めた一定の特約は、無効とするものとする。」というものですが、これは、いわゆる当然失期だけでなく、請求失期の場合も含めたご提案であると理解しています。すなわち、倒産申立てによって当然に失期し、かつ担保実行の効果が自動的に生ずるという場合に限られず、担保実行ができるというふうな権限の形で定めた規定も含めたご提案だと理解していますが、そのような理解でよいというのが1点です。

それから、ライセンス契約だとか、賃貸借契約だとか、組合契約だとか、JVだとか、あるいはその他諸々の、いろいろな契約においても、当事者の一方について倒産申立てがあった場合に解除の権利や効力が生ずるという特約が世の中に存在していて、それらの有効性との関係という問題もあるわけです。今回、担保の契約についてだけ明文の規定を設けるということが、そのような他の契約、つまり担保でない種類の契約に対して、どういう影響を及ぼし得るのか。反対解釈という問題が生ずるのか、それとも、そこはオープンなのであって、別途、たとえば管財人等の権限を制約するような、履行又は解除の選択権を制約するようなものであれば駄目だということで、オープンな問題だという整理にするのか。それは、もちろん後者だと思うのですが、そこは明確にしたほうがよいのではないかと思います。

それから、先ほどのご議論で出ていた、破産手続の場合にどうするかという問題については、事業継続型の破産だけではなくて、事業がストップしてしまうような破産の場合であっても、解除の効果が生ずると破産管財実務上困るというふうな場合というのはそれなりに存在しているものですから、Bさんがおっしゃいましたように、そこは解釈に委ねるということで、民事再生と会社更生だけとりあえず明文化するというだけでもよいと思います。

○F 中身のことでなくて、報告書の作り方としてどうかということです。先ほど、B

さんやDさんもおっしゃっていたように、特に規定を設けないという場合、設けてはいけないという意味だったら書くべきだと思うのです。どちらにしてもここで一旦提案しても、うまく練れなかったら規定は結局設けられないことに今後なるはずです。同じことなのですけれども、書き方を工夫して、積極的にこういうことを設けることが考えられるということを残していったらいいのではないかと私は思っています。10の否認のところも案1と案2とあって、現行法の規定の解釈で吸収すればいいから設けなくてもいいですねというのが案2で出てきています。そういうものは報告書の記載としてはやめておいて、案1、案2とするのであれば、2つの違う考え方があるときにそれを使うということにすることが望ましいのではないかと思います。単に表記だけの問題なのですけれども。

○座長 それでは、1のように書いて、一定の特約は無効とするものとし、なお特約の範囲について適切に規定できるかどうかを検討するという感じでしょうか。

○F はい、それがいいと思います。

○座長 Bさんがおっしゃったように、取戻権をもたらすというのは非常にクリアで、非常にシャープだと思うのです。シャープなだけあって若干怖い感じもして、本当にそれで大丈夫かとも思ってしまいます。効果が生じるというのはもっといい加減なわけですから。説明中に書くぐらいでしょうか、どうでしょうか。法務省からご意見をお願いします。

○法務省 Fさんからご指摘を頂きましてありがとうございます。私も、Fさんのご意見に賛成です。一応、ここであえて書かないという案を残したのは、Bさん、Dさん、あるいはEさんがおっしゃったこととも関わると思うのですけれども、とりあえず書けるところだけ書くというのであれば、何かしらは書けそうな気がするのですが、それが、逆にオープンな部分を奪ってしまうことにならないか、つまり反対解釈されて書かれていないものは有効だと解される懸念が、ここは特に強いところのように思いました。そういう波及効果に照らして、積極的に書かないという選択肢を取るという考え方もあり得るかなということでは残したということです。

中身については、座長がおっしゃったように、抽象的な書き方なのか、それは説明の中で書いていくということになると思うのですが、そのときに多分取戻権をもたらすというのは、その効果が発生してしまうということまでをもたらすような特約ということだと思います。Eさんのご質問からすると、当然と請求の対比で言うと、請求の部分は含まないということになるのでしょうか。含まないということになれば、より一層それが無効であるということが明確だと思うのです。ただ、これは一読のときにも申し上げたような気がするのですけれども、平成20年判決は解除事由としているだけで、解除という、もうひと手間が必要になってくる条項ですら無効ということになっています。そこまで広げていこうとすると、かなりぎりぎりのところを書く必要がありますが、それは難しいかなという感じはしています。いずれにしても、今回のこの段階でもありますので、報告書の中には書かずに、更に検討するというような方向になるかと思っています。

○座長 方向性というか、具体的に中身の方向性が定まったわけではないかもしれませんが

けれども、最終的な取りまとめに向けての方向性というのはだいぶ出てきたような気がします。6に限らず、法務省からご説明いただいた範囲内で倒産に関連するところで何かありますか。

○D 10の否認のところですか。Fさんから、案の15.10.2を入れるのはそもそもどうかというご指摘がありました。仮にこれを残すとしても、私はこの説明がやや納得できないというか、この説明は主として有害性で説明しようという考え方なのだと思うのです。私の有害性の理解だと、倉庫の中の動産が500万円から1,000万円に増えたというときに、それが担保権者の担保を増やすために1,000万円にしたという場合と、それから売れ残りで在庫が積み上がって1,000万円になったと。これは、通常の営業の範囲内ということなのかも分かりません。その場合で有害性が違うというのはやや私には理解できないというか、そういう議論があり得るのかなと思っています。有害性というのは、純粹に計数的なものとして、担保権者の分が増えて、その分一般債権者の分が減れば有害性はあると考えるのではないかということです。

そうすれば、一般条項で切るのだと、どちらかといえば不当性の話なのかなという感じがするところです。ただ、破産法改正後に不当性の概念というのがそもそも残っているのかという議論がありますし、残っているとすると、それをどの程度、そんなに多く使うということに対しては批判的な意見も多いように思います。特別の規定を設けないという選択肢はもちろん残ると思いますし、残っていると思いますけれども、その説明はもう少し工夫していただいたほうがいいかなという印象を持ちました。

○E 質問です。これは否認の場合についてだけ規定を設けるということで、詐害行為取消権のほうには何らその規定は設けないということによろしいのですか。今回、案15.10.1というのは、専ら債権回収目的で動産又は債権を担保の目的の範囲に加入させた場合など、悪質性の高い加入を担保の供与とみなして偏頗行為否認の対象とするものですが、これは、一読のときにたしかBさんがおっしゃられた、相殺禁止の場合の規定とそろえることが考えられるのではないかということに基づくご提案かと思います。他方、民法で新設された偏頗行為についての詐害行為取消権のほうでは、通謀プラス害意というやり方もあるわけなのですが、これらは似ているなとも思いました。案15.10.1というのは、否認については規定を設けるが、詐害行為取消のほうは特段要らないだろうという整理の下で、しかし、通謀プラス害意は使わずに、専ら債権回収目的というような形で要件化している、ということなのではないでしょうか。

○法務省 必ずしもそのような意図ではありませんでした。案15.10.1を採る場合でも、「詐害行為取消権の規定との平仄等も踏まえる必要がある」と書いております。ここで「踏まえる必要がある」と書いているのは、否認についてこういう規定というか改正をするのであれば、詐害行為について併せて何か整理をする必要はないかということも含めたつもりでした。否認だけ触って詐害行為を触らないということをご提案しているわけではありません。そのような前提でご意見を頂ければと思います。

○E 15.10.2 のほうは、結局特別の規定を設けないということになっていますから、こちらでは通常の営業の範囲を超える担保目的の増加については、解釈によって詐害行為取消の対象とするということが、そもそもあり得るとということが想定されているのかと思って拝聴しました。ただ、目的物を増加させた時点では、結局、債務者の行為がない、設定者の行為がない。つまり、担保設定行為自体は最初にあるわけですね。集合動産とか集合債権などは特にそうだと思います。そのような場合に、新たに目的財産を増やすというようなことを担保設定行為とみなすという想定だと思うのです。それが、否認であっても詐害行為取消であっても、できるのかということが、そもそも論としてはあるように思います。

○座長 集合動産の場合の搬入行為は搬入行為として捉えることはできるかもしれないのだけれども、集合債権の場合の対象範囲に含まれる債権を発生させる行為というのを捉まえるというのは難しいかもしれません。今はそういう話になっていますが、Dさんがおっしゃったところの有害性というのが、計数的な問題で考えるのではないのかという話についてはどうなのでしょう。

○B 私もこの有害性という言葉は、客観的な財産の増減で考えるのが基本で、そうでない使い方をする人もいますけれども、あまり有害性という概念でいろいろなことを考えようというのは、かえって概念を混乱させる原因なので、私もここはDさんと同意見です。他方、なかなか難しいなと思うのは、10.1 のほうの「専ら」という文言は、確かに私も一読で破産法第71条第1項第2号を使えるのではないかと言ったのですが、これも「専ら」というのは文字どおりの意味というよりは、目的以外のいろいろな事情を総合評価した評価概念だというのが一般的な考え方だと思います。そういう、文字どおりに読まない条文を増やすのがいいのかどうか自体は一つ問題かもしれません。しかし、第71条第1項第2号の「専ら」の解釈論がある程度安定しているということであれば、私はそう思いますけれども、同じような文言で、10.1 のような案で検討するというのも十分あり得る考え方かと思います。以上です。

○座長 これが先ほどの8と同じ構造になっているのは、10.2 のほうにしても、現行法上の偏頗行為否認の対象として整理をして、そこで解釈論で適当な範囲に収めるというわけですね。10.1 だって、全然違う類型を立てようというのではなくて、ある一定の類型が、今まで価値判断がされたものに、本来的には包摂されるよねという形で規定していくのですから、一緒と言えば一緒なのだけれども。感想ですが。

○G 私も感想のようなものなのですが、ここの話はとりわけ集合物論を採った場合ということですが、既に担保としては把握されているという前提ですね。それで、個別の担保供与行為もないというときに、しかし実質においてというか、本来は把握されているところなのだけれども、一種濫用的な形でそれを使うという、専らこれだけを目的としてというときには、あえて言えば権利濫用のような話をここで持ってくるという話になるのではないかと思います。それを、今までの否認の話の有害性や相当性というところで

そういうものを受け止めていたのかというのが、従来の否認の要件との対応では問題になるということではないかと思っています。

それから、相殺との対比についてですが、相殺の場合は確かに債権・債務が対立すれば相殺ができる状態になる、そういう地位は確保されています。そういうものをあらかじめ作り出しているかということ、そこまでではなくて、その段階で初めて債権・債務を対立させるということが出てくるので、担保として、もう把握していて、そこは既に取り持っているという話とはまた少し違って来る状況ではあるのだろうと思います。

繰り返しですけれども、そうしたときに主観的な部分にスポットを当てるときに、相殺との対比がいいのか、Eさんがおっしゃったような詐害行為で既に通謀詐害というものが要件として立てられており、更にはそれが抵当権であれば、範囲の問題として第370条で、事実としてその目的物を増やしたときに、詐害行為の要件でもってそこは範囲とならないという、担保で把握されているはずなのだけれども範囲としないという枠組みが民法のほうでは用意されているので、それとは違う形を否認ですするというのが、果たしてどのように整合するのかという問題が残るそうには思うのです。

だからどうするのだということになります。通謀詐害としてここに具体的な担保供与行為というものは既に最初に行われているので、しかしそれがあると同じようにみなして、その部分は範囲にならないとか、無効という言い方は適切ではないのかもしれませんが、担保は及ばないという規律にすることは考えられるのではないかと、思います。

○座長 この局面で通謀という要件を維持できるのでしょうか。というのは、通常の担保供与の場合には、担保権者と担保設定者の間の合意になるので、そこに担保権者のほうの意思が必ず入ってくるわけです。それは贈与を受けるというのでも廉価売却を受けるというのでもそうだけれども、そういうときは通謀も語りうる。しかし、債務者がもう一回事業を起こすときに、こいつには良いようにしておかないといけないぞと思って、集合物を規定する、例えば倉庫に運び込んだというのであったら、債権者は、本当に事情を知らないことが多いかもしれませんよね。

○G 場面として、そういう場面なののでしょうか。つまり、債務者が付度して、これだけは入れるぞという場面なのですかね。一般的には債権者の働きかけがあって増加させるのではないかというような印象を持っていましたが、場面として、これでは捉えきれない、勝手に債務者がやってしまうという場合は結構あるのですか。それとも、それが証明できるかという問題なののでしょうか。

○E 一方的に増やしたというだけの場合に、どこまで否認すべきかということをやはり考えて、要件を定立する必要があるだろうと思います。債権者から働きかけがあるような場合、通謀まであるような場合に限定したほうが、担保としての安定性はもちろん高まるのだろうと思います。

もともと集合動産とか集合債権譲渡担保の場合には、約定された範囲では結局担保としては一旦提供しているわけで、有害性はその範囲では本来ないはずなのだけれども、しか

し、例えば、担保権者のための意図的な過大な増加については、あえてそこは悪質性を捉えて、否認を可能としていくということだと思えますから、そのような場合には、かなり明確な要件を定立したほうがよろしいのではないかと思います。

少し気になったのですが、これは普通預金などについても適用があることになるのでしょうか。普通預金担保が新たに立法化されるという場合に、例えばそれが集合債権質としての実質をもつと理解した場合には、普通預金の額が増えるというような場合にも、これは適用があるように見えますけれども、そのような理解でよいのか。そうすると、いろいろなご意見もあろうかと思うので、念のための確認です。

○座長 前半の要件を明確化するために、少なくとも詐害行為については通謀に限るとするのは非常に説得的な話で、そのような判断の下にそのように考えるのは私も賛成です。後半の普通預金に担保が設定された場合も同様ですかという話については、法務省に対する質問になると思いますので、お答えいただけますか。

○法務省 ご質問に関してですが、この資料自体は集合動産やいわゆる集合債権に関する議論をお示ししたものであり、普通預金についてまで意図してご提案しているわけではありません。ただ、二読の資料ではそのような立場をとっておりましたが、預金に関しても、否認に関しては、この集合動産やいわゆる集合債権と同様に考えるという考え方は十分あり得ると思います。研究会のとりまとめとしてもそのような内容になる可能性がございますので、この10の否認に関する考え方が普通預金についての考え方にも影響するだろうということはEさんのご認識のとおりだと思います。

○E 担保権を設定しておけば、その目的財産は優先弁済の対象として一般財産から逸出するので、否認を免れる、相殺禁止を免れるのではないかという問題意識もありそうなどころなので、重要と思い、発言しました。

○H 1つ確認です。例えば、商品を100個常に担保として提供する、あるいは債権は1,000万円以上を常に担保設定するという約定をしていた場合に、一時的に減ったので、担保権者が、「約束をしているのだから、それを維持してください」と言って、担保提供者がその条項に従って、100個にした、あるいは1,000万円にしたといった場合も、担保提供者が危機的状況であれば、追加した分は否認されるという理解でよろしいのでしょうか。

○法務省 以前ご議論があったのではないかと思います。私どもとしては、設定契約上ご指摘のような義務があったからといって必ず否認が成立しなくなるわけではないと理解しております。

○B 前にも同じようなことを発言したかもしれませんが、今の話は、担保設定について義務がある場合だと整理されると思うのです。法務省がおっしゃったとおり、義務があるからといって否認を免れるわけではない。義務がない場合には、更に支払不能の前でも否認できる場合があるという建付けになっているだけではないかと思います。

○座長 倒産の他のところも含め、取りまとめの方向でご意見を頂ければと思いますが、

いかがでしょうか。法務省で気になるところは他にないですか。

○法務省 前回の終わりに、中止命令における担保権者の保護について、もう少しご議論されたいというご意見があったように記憶しています。その辺りについて追加のご意見、ご議論があればお願いできますでしょうか。

○座長 全体として絵をどのように描くか、制度をどのようにして連続的にうまく、変な大きな段差がないようにつなげていくかということだろうと思いますから、全部に関係しますが、何か前回に続けてご発言があればお願いいたします。

○E これは、今おっしゃったことと関係するかどうか整理して申し上げられませんが、損害が生ずるかどうかというのは、流動集合動産・流動集合債権を担保としている場合には、結局のところ目的財産が減少していく、あるいは価値が減っていくということ、どこまで保障してあげるかというところがやはり問題だろうと思います。中止命令というのは、結局その中止している期間、1か月から3か月ぐらいが普通ですが、その中止期間の間に、別除権協定を結んで、そこで悔いのないよう合意しておくということ、対処するわけですが、それが必ず合意できるとは限らない。

中止されている期間中に、どんどん目的財産が減少していくことになり得るわけです。そのときに、ここで、例えば、裁判例等でもあったかと思うのですが、将来債権譲渡担保の効力が開始時の残高に限定されないのだという理屈で、その後もずっと及び続けていく、通常の営業の範囲で及び続けていくのであるから、したがってそこは不当な損害というのは生じないのだという考え方ももちろんあるわけです。ただ、それはそのような事業がきちんと継続していくという前提を置いた場合の話であって、事業がもううまくいかないということになって牽連破産に至れば、別除権の行使ができるのは、その減少して破産手続が開始されたときの残高だとか、あるいはその後にも発生していればそこに限られてしまうということになるわけです。

この論点というのは、7番の将来債権譲渡担保の効力に非常に大きくリンクした論点ではあるけれども、一定の条件を付けて発令するということは、実務上もこういう場合がありますし、そのようなことができるという規定は設けておいていただきたいと思います。

○法務省 基本的に、ご意見はそのだと思ってお伺いしておりました。7と8は今回ご意見を頂いていませんので、何かご意見があれば是非頂きたいと思っております。7と8にも関連する問題として、この不当な損害という要件の問題があって、中止命令がなければその時点での目的物に担保権の効力が及ぶはずだったのに、それが担保の目的の価値が減少していく場合というようなのが不当な損害の典型例だと思っており、その点についても認識を共有しています。

加えて、事業が続くかどうかというのが問題だということも、正にこの資料に関して法務省内部でもそのような議論がありました。仮にですが、債権について、累積的な担保設定が認められると考えるとしても、この債権は担保権実行によって事業を続けられなくなっていたら発生しなかったはずの債権なのだから、その分別の債権が回収されて担保の目的

から流出してしまっているという主張が可能な場面もあり得るよう
に思います。頂いたご意見を是非参考にさせていただいて、資料を修正しようと思います。
○H 今の話に関連することです。研究会資料 24 の 16 ページの 14 行目ぐらいに、「現
行法の下における債権譲渡担保については、担保権実行手続中止命令の発令後も設定者に
目的債権の取立権限が残る場合に、設定者が取り立てた金銭をその資金繰り等に使用する
ことができるかどうか議論されている」という記述があります。現在の実務において、ど
のような運用がされているかという点と、資金繰りで使ってそのまま牽連破産した場合、
本来担保権が及ぶべき債権について、担保権者が損失を被るという結果になると思いた
すが、今の実務の運営では、これをどう手当されているのか教えていただけないでしょうか。
○E 将来債権譲渡担保については、東京と大阪では違っています。大阪の場合には、い
ずれにしても中止期間中の取立ては認めるということです。取立てをしたお金を取り置い
ておくということ、使ってはいけないというのが大阪ルールだと理解しています。東京ル
ールは、そこまで厳格なものは指示していないと理解しております。結局これは民事再生
法第 38 条第 2 項の公平誠実義務、民事再生における再生債務者の公平誠実義務の問題だ
と思います。これが、会社更生であれば更生管財人の善管注意義務の問題だと理解してい
ます。会社更生では、資金繰りに使うことはできる。ただ、それは善管注意義務の問題と
して整理されていると理解しています。

一番の問題は、制度としては担保権消滅許可までであるので、中止命令をした上で担保権
消滅許可するというのが一番悲惨な話で、非常に減耗した担保価値になった上で、更にそ
の減耗した段階のもので、処分価格でもって担保権消滅許可を受けるというのは、担保権
者にとっては踏んだり蹴ったりであるということになります。ですから、中止命令を発令
する際に、そのようなことがないように裁判所が何らかの指示ができるようにすべきであ
ると。すなわち、預金として別段の預金に積立をさせるとか、信託的な取扱いが何らかで
きないかとか、その他、再生債務者の資金繰りを注視しながら、実務上よい工夫ができれば
と思います。本来であれば預金担保まで付けてあげることが理想的な在り方だと思
いますけれども、そこまでは難しい場合が多いと思います。事案に応じて、可能な対処
を何らか図ることが望ましい場合が多いのではないかと。

他方、再生債務者の立場においては、たとえば売掛債権の回収金がまったく使えないと
なると、資金繰り上持ちこたえられない場合も出てきます。したがって、再生債務者側の
立場においては、そこまでしなくても大丈夫ですというようなこと、つまり、回収金を使
えることとすれば資金繰りが回り、かつ、回収金を使えることとしても担保権者に不当な
損害を与えるおそれは乏しい、といったようなことを示して、それで、裁判所に、担保権
者のための保全措置は特段設ける必要はないということを示していくということになる
かと思います。

もっとも、原則論としては、先ほど申し上げましたように、担保権者の立場を考えれば、
その利益保護措置というのは本来あるべきだろうと思っています。

○ I 東京と大阪の実情はEさんがおっしゃったとおりだと思います。それで分かりますとおり、大阪は裁判所が若干慎重になっている。見方によっては過剰に慎重になっているとも言えます。つまり、お金は基本的に使えない。それは質権等が設定されているわけではないけれども、プールはされていって、かつ将来の売掛金に担保の効力が及んでいくと、ある意味二重に拘束されているようなものです。つまり、在庫が売掛金に代わることによって、担保の効力が及ぶ売掛金の残高はある程度維持されつつ、売掛金の回収金は、拘束され、その中で別除権協定の交渉をする。そのような大阪の運用は、再生債務者からすると少し厳しすぎるのではないかと。

他方、東京は、今は回収金のプールを約束させられない。ところが、牽連破産になったときに、そのお金は別に質権設定されている訳でもないのに、売掛金の残高が減っていたら、これはこれで、逆に担保権者のほうに損害が発生する。そこは、現在の東京地裁は、監督委員が事業継続性などを見ながら、1か月単位とかの短い期間で状況を見ているから、そういうことが起きないという前提で物事が動いているわけです。その辺が適切な保護のバランス感覚ということかも知れません。

本当は、例えば回収金のうち売掛金の残高が減っていくであろう額に見合う部分は質権設定するというようなことが考えられます。残高が1,000万円前後でぐるぐる回ったとしたら、例えば300万円以上は残高が減らないだろうというときに、300万円は回収金に質権設定する。その代わり回収金の残りは自由に使えますと。売掛金はずっと将来効が及ぶという前提だったらそのように考えることができるのではないかと。今現在、東京と大阪はある意味両極端な運用になっているのではないのでしょうか。東京は、少し前まではプールさせていたと思いますけれども、あるときからプールさせない方向に変わったようなので。

本当は、牽連破産の場合であるとか、資金繰りの問題であるとかをバランス良く考えた制度がうまくできないかなということなんです。一定の条件、必要な条件を付して中止命令を発令することができるという規定を設けた上で実務上どのような運用をするか。前にも少し申し上げたけれども、大規模庁だったら適切な保護の判断ができるのだけれども、他の裁判所ではなかなかその判断はしんどいという問題が正直あるのだらうとは思いますが。しかし、そこは熟練した弁護士か誰かを監督委員に選任することでカバーして、ある程度当該案件に合った、当該企業の実情に合った条件を付した形で発令するというのが、担保権者にも牽連破産のときに被害が発生しないし、他方再生債務者のほうの資金繰りにも資するという、そのバランスを決めてもらう必要があるだらうと思います。

○座長 感想のような話が2点あります。私の感覚からすると、取り立てた金銭が使えるなどということは信じ難いと思えないという感じがします。しかし、そのような解決に一定の合理性があると認められるというのは、やはり集合債権の譲渡担保というものが、そんなに大したものではないというふうに思われているというのが背景にあるのでしょうか、それともそういうこととは関係ないのでしょうかというのが質問です。

2 番目はより感想に近づくのですけれども、I さんがおっしゃったように、そのシチュエーションごとに妥当な落とし所というのが違うというのはそのとおりなのだろうと思うのです。民法なら民法の範囲としてそれを作るということになる、いろいろなものに対応できるように実体的な効力というのは定めなければいけないということなのです。そうは言っても、どちらかをデフォルトにせざるを得ないと思うのです。うまい所に実務上落ち着かせるためには、デフォルトとしての実体的な効果をどのように定めるのがいいのかというのが大きな問題かと思うのです。前者については私の妄想ですか。それは大したことないからいいじゃないかという感じですか。

○I 別に売掛金担保が大したことはないという認識は多分誰にもないと思います。売掛金を再生債務者が回収するというのは、そうしないとお金が担保権者に全部持っていかれてしまっても困る。他方、担保権者も自分で回収しろと言われても困るケースもある。そこで、その辺で調整しているのがある意味 Win-Win だということが実情なのだと思うのです。

つまり、再生債務者自身を取り立てるほうがスムーズである。それによってお金が消えていくな、もちろん担保権者としては納得できないけれども、プールされているのならそれはそれでいい。仮にプールされていなくても一定程度、監督委員なり、裁判所なりの誰かが監督していて、ひどいことにならないだろうと思っているからまあいいかという、担保権者にとって一定の納得性があるところで実務は回っている。プールされていれば、法的な意味の権利は確保されていないけれども安心感はありますよね。そういうのは理屈ではないのかも分かりません。

他方 2 つ目の、いろいろなバリエーションというのは、実体法としては分かりませんが、破産法や民事再生法の手続法としては、裁判所が適切な条件を付して中止命令を発令できるということに尽きてしまう。あとは、どういうふうにバランスさせるのかという運用の問題かと思います。もちろん今の議論は、売掛金債権に関する担保権の効力は開始決定後も担保権実行まで及んでいるということが前提で、もし、そこは開始決定以後は及んでいないとなれば話は全く別です。一応効力は及んでいるということで、あとはどのようにバランスさせるかということになるかと思います。

○A 今の点に付け加えて申しあげます。先ほど座長は「信じられない」とおっしゃいました。ただ、倒産手続に入った後に回収したお金を使えることが仮に正当化されるとすると、それは倒産手続開始後のリソースを使って獲得した新規の債権に担保が及ぶことが許されるからこそであって、それが許されずに、担保が開始後取得債権に及ばないのであれば、私も回収金を使うのはとんでもない話だと思うのです。そこがバランスしていれば、一応正当化する余地はあるかと思います。

ただ、その場合でも、倒産手続の開始直後は、債権の新規発生がどんどん減ってしまっていて、回収金が使われたらどんどん担保価値がなくなるという場合は問題です。そこを、案件に応じて、不当な損害の中身と言いますか、中止命令の要件、あるいは中止命令を出す

ときの条件として判断していくというのが1つの考え方かと思います。

先ほどから想定している場合とは逆に、いろいろな状況があり、債権が回収され、残高が最も減って、手元資金に代わったところで倒産手続の開始を申し立てることも一応あり得るので、そういう場合は逆に申立て、あるいは倒産手続開始時で担保の及ぶ範囲が固定してしまうのは、むしろ担保権者の利益から見て危ない場合も多いと思います。そう考えると、案件によって違うのかなど。違うのかなどというのは、つまり新規の取得財産に担保が及ぶというところと、それから回収金を使えるというところのバランスがどちらにも崩れ得るので、それによって不当な損害を担保権者が負わないようにする措置の中身も変わってくるのかと思いました。

○座長 再生手続の開始があっても、その後のものには及びますというふうにするが、全部に及ぶのはおかしいのであり、ただ、手続開始前と同様に営業が回っていくという感じにするということですよ。しかし、事業を縮小するかもしれないし、その分野の事業はなくすかもしれない。ある意味、それも通常の状態でも生じることであり、全部前と同じでというのであれば、それもかまわないとも思われるが、それはまずいだろうということですよ。

実体法のところでは、「及び続ける」と書いて、それで及び続けているのだけれども、これは閉じてしまう部門なのだから、実行については中止命令を出しておいて、その債権者に不当な損害を加えないように回収したら、そのまま蓄えておかなければいけないというように裁判所がする、あるいは、そもそも取立ては担保権者がやってくださいというようにする。「及び続ける」と書いてそうするのがいいのか、「及び続けない」と書いて、実行権限を与えた上で、しかし中止命令なり何なりでその効力を止めるというか、どちらのほうがやりやすいのかということが気になっています。落ち着き所は多分一緒なのだと思うのだけれども、法律の書き方としては全く正反対みたいになってしまうわけです。だから、そこが難しいなと思うのです。

○C 中止命令が出たときの適切な保護とか、不当な損害というのは、あるべき状態を措定しないと、何が損害なのか何が適正なのかが分からないと思うのです。私は、そもそも手続を開始したら、そこで将来債権とか将来動産に対する担保権の効力は止まってしまってもいいのではないかという考え方を採っているからということもあるのですが、中止命令が出た時点での債権の額とか、動産の額とか、それについて保護するというふう考えることでいかがでしょうか。

そうすると、その時点での担保権者の地位を保護することになるのですけれども、それには2つのやり方があります。1つは、担保目的物が換価されたときに、その換価金の中の一定割合、例えば費用を引いた部分の換価金の一定割合を供託していて、牽連破産になったときも、それは必ず手に入れられるようにしておくというやり方。それか、管財人に担保価値維持義務（一定量の担保目的物を維持しなくてはいけない義務）を課した上で再流動化するというやり方だと思うのです。

両者のどちらを選択するかについては、基本的には当事者が合意してくれれば、それが一番だと思うのです。当事者が再流動化を選択するか、一定割合の供託を選択するかを協議して、もし協議が調わない場合には裁判所が決めることとなります。多分、裁判所が決めるときに再流動化を選ぶのは、事業継続についての確信がない限り難しそうなので、基本的には換価金の一定割合を供託するというような制度になるのかと思っています。今お話しした二択ぐらいだったら、どこの裁判所でも選んでくれるのではないかという期待もあって、そういう制度はどうかと思っています。

○座長 他に動産絡みのほうで、つまり資料 24 のほうでありますか。

○E 二読のときにも申し上げましたが、やはり将来債権譲渡担保は目的債権もいろいろだし、その取引もいろいろです。単純に売掛金を担保に取っているという場合であれば、会社更生であれば開始時残高、民事再生であれば実行時残高にとどめ置いても問題がない類型も多くあるだろうと思うのです。

他方で、二読のときは診療報酬債権を例に挙げたかもしれませんが、それ以外にもエネルギーファイナンスとか、一定の種類のプロジェクトファイナンスとか、そういうキャッシュフローを継続的に担保に取っている、しかも、それは10年も20年も、発生している期間の目的債権を担保に取って、一定の担保掛け値はもちろん掛けるわけですけれども、総売上げから一定の経費を引いた残りに担保掛け値を掛けた金額について、これを被担保債権として貸付をするという場合、すなわち、担保価値としてそれだけの累積的な計算で得られる数字を見ている場合というのがあると思うのです。

そのように大きくいろいろな類型、2つ以上の類型があるものを、どちらかに寄せて解決するというのはなかなか難しい。実務では、そこは和解でやっているわけですけれども、立法において、いずれかに寄せて一刀両断的にやるというのはなかなか難しいと思います。前者の場合、すなわち開始時残高で切ってもよろしいという場合を原則類型と見て、開始時残高に限定する立法方針をとるとした場合には、別途、後者の類型にきちんと対処した法制度を設ける必要があります。ファイナンスの金額や規模からしたら圧倒的に後者のほうが上であり、後者は基本的にニューマネーが出る場合だと思うので、そのようなファイナンスを生かす道をなんとか残しておかないといけない。事業財団抵当などの制度にするのか、あるいは包括担保制度の文脈の中でやるのか、いずれもあり得ると思うのですが、とにかく後者を生かす道を確保しておかないと、担保法制全体としてはいびつなものと言うか、実際にファイナンスがワークしないことになりかねない。今までできていたものができなくなるというような問題を起こしかねないと思っています。

そういうことで、キャッシュフローファイナンスを死滅させるような結果になるような、これは大げさかもしれませんが、そのようなことを本気で心配している方々もおられますので、そのようなことにならないように設計をしていただきたいと思います。

○A Eさんがおっしゃったような累積的な形での担保取得ですが、累積的と言っても何年もというのは、実際にはあまりないと思うのです。ただ、そのときの残高だけしか担保

価値を見ないというわけではなく、その後一定程度の安定性のあるキャッシュフローを、数箇月分かもしれませんが、見るというのはあると思うのです。そういう点で、担保の効力の及ぶ範囲をスクリーンショット的に切ることしかないという方向に向かうことには、検討の余地があると申し上げたいです。

いずれにしても、今の議論は、今申し上げた手続開始後の取得財産に担保の効力が継続的に及び続けるかという問題やら、手続開始時に担保の効力の及ぶ範囲がフィックスするのか、手続開始時にはフィックスしないけれども、ある時点をスクリーンショット的に捉えるだけなのかという問題やら、中止命令をどういう条件で出すのかという問題などが、全体としていろいろと絡み合っているので、その辺りを平場の効力も含めて議論しないと、ここの中止命令の要件、あるいは不当な損害とは何かというのは、議論できないと思いました。

先ほどからの議論に、もう 1 つ要素が付け加わるとすると、担保の目的の捉え方の包括性について以前に議論しましたがけれども、今のプラクティスと比べて、例えば今後は「全ての在庫」とか「全ての売掛債権」という包括的な目的動産・債権に譲渡担保が設定できるとすると、そこも結構大きなファクターにはなると思います。そういう特定を許すと、仮にスクリーンショット型で事後取得財産に及ばないという立場を取ったとしても、売掛債権が全て担保によって把握されて回収金が一切使えないことになるので、それで事業が本当に回るのかという問題もあります。選択肢としては、先ほどCさんがおっしゃったような立場に立つとしても、むしろ事業を回していく方向で残高を維持するという形でしか対処できないことも出てくると思うのです。いずれにしても、いろいろな要素を考えないといけないという感想を持ちました。

○座長 資料 24 に関係してはこのぐらいでよろしいでしょうか。

○C Eさんがおっしゃった、診療報酬債権などについて手続開始後の債権についても担保権者が優先権を保持したいというタイプのファイナンスについては、おそらくその費用の問題が関係してきます。診療報酬債権を発生させるためには、例えば病院の賃料を払っていかねばいけなかったり、看護師さんお医者さんのお給料を払ったりということが必要だと思うのです。担保権が及び続けるという考え方の場合、費用の部分については担保権の効力は及ばないとか、そういう制度をお考えなのかどうかをお聞かせいただければと思います。

○E 会社更生手続における開始時残高、あるいは民事再生手続における実行時残高に担保権が及ぶのは当然の前提です。その後に発生するものについて、どこまで担保権の効力をそのまま認めるかという問題があります。そこは、もともとの担保契約、設定契約の趣旨や、担保当事者の合理的・客観的意思にも照らして考えなければいけないことです。先ほどおっしゃられたとおり、生み出すのに必要な費用について一定の控除をしないと、そもそも目的財産というのは生まれていかない。

そもそも民事再生などにおいて、担保権を実行してしまったら、1 か月か 2 か月は発生

するかもしれないけれども、その後に破綻してしまえば、それ以降は生まれなくなるというか、そういうおそれもある中で、そこを生かし続けることによってなんとか回収するということになりますから、当然別除権協定を結ぶときには、生かさず殺さずの協定になるわけです。そのときには、生かし続けるための費用は控除してあげるとするのは当然の合意事項ですから、それを別除権協定の中の弁済スケジュールで合意をすればよいということになるわけです。

問題は、実行の効果だと思うのです。別除権協定を結ばずに、担保権を実行した場合の効果はどう考えるかということです。本来、もともと担保実行時の残高あるいは倒産手続開始時残高しか担保価値として見ていないようなケースでは、そのような実行時残高や開始時残高さえ確保してあげればいいのです。それ以上の価値を認めてあげるということは、むしろ一般債権者との関係では問題があるかもしれないとさえ思われるわけです。

他方、先ほど申し上げたような、一定の期間のキャッシュフローを担保価値として見ているような取引類型の場合には、実行時残高や開始時残高に限定されると困ることになるので、倒産手続に入ってからの実行については、例えば裁判所の関与する、あるいは監督委員の関与する範囲でその実行を制約するというか、実行後又は開始後に発生する部分については一定の、裁判所が認めた、あるいは監督委員が認めた費用を控除した残高にしか及ぼしていくことができないというふうな規定を、例えば設けておく。そうであれば、そこが別除権協定を結ぶための 1 つの出発点になるのではないかと思います。この辺はまだ考えがまとまっていませんし、これから詰める話だと思いますから、1 つの考えとして申し上げました。

○座長 ただ、売掛代金債権が担保になっているときに、普段のときは原価を差っ引いていないのです。そのときのものについては実行できないというふうにしておいて、その後発生するものについては原価を差っ引くということになると、大幅に下がるはずなのです。だから、本当にそれでいいのかということについて、私は若干疑問を持っていて、当然そうはならないだろうという感じはします。抵当不動産の強制管理というか、担保不動産収益執行のときにも原価分をどうするか。原価というのは、かかった費用をどうするかという問題はあるのですが、あれは目的物の換価価値との関係で、それではなくて、管理のあれから上がるものを取れるという選択をしたときの話であって、最初から何かの債権を取っている場合とはちょっと話が違いますので、同じように言えるのかというのは更に考える必要があるような気がします。

私だけ話して、これで無理やりに終えようとするのは大変恐縮ですが、資料 25 のほうもやる必要がありますので、そろそろ資料 24 は締めさせていただきたいのですが、よろしいでしょうか。資料 25 からは報告書(案)そのものになってまいりますので、もう一度そのときにも今回の話がありますので、またお考えいただければと思います。ここで休憩を取りたいと思います。

(休憩)

○座長 時間になりましたので再開したいと思います。

次は、報告書(案)(1)ということですが、新たに作成された資料 25 のうち、まず第 1 章総論という所と、第 2 章各論の第 1、第 2 です。個別動産を目的とする非占有型の担保権の効力と、債権を目的とする担保という所について議論をしたいと思います。それでは、まず法務省からご説明をお願いいたします。

○法務省 それでは、資料 25 の第 1 章と第 2 章の第 1 についてご説明いたします。今回、途中まで、報告書(案)(1)は集合物の所までお送りしてしまして、この後、残りの部分も順次お送りしたいと思います。全体の作り方としましては、取りまとめに向けた検討の資料としてお配りした資料をベースにして、その資料を使ってご議論いただいたときのご意見を踏まえて修正するという形にしています。したがって、大きく変わった所を見え消しにして、どの部分が変わったか、大部でもありますので変わった所を明示するような形で今後もお送りしていきたいと思えます。

ただ、変わった所を誤記なども含めて全部見え消しにしておきますと、またそれはそれで見にくいということになりますので、些細な表現みたいなもので実質は変わっていない所は反映させる形になっています。したがって全部見比べていただくと、ここも変わっているのではないかと思われる所があるかもしれませんが、それは大勢に影響はないだろうと考えた部分については反映させて、内容的に多少付け加わったなどの変更があった所に関しては見え消しにしているという建付けになっています。その見え消し分と反映分につきまして併せてお送りさせていただきました。ただ、説明の便宜上は見え消しのほうをご覧いただいたほうがいいのかと思えますので、取りあえずページ数に言及する場合には見え消しのほうでのページ数について言及をさせていただきます。

全体はそういう形で、まず第 1 章について、ゴシックにつきましては内容的に大きく変わっているつもりはございませんけれども、3 の債権について、債権質との関係であまり余計なご懸念があってもいけないかなと思えてまして表現を整えたというところです。債権については譲渡担保型と言いますか、担保目的で譲渡されたという場面を念頭に置く規定を新たに設けるけれども、権利質は権利質で放っておいていいというわけではありませんので、それはそれで必要な見直しはしておくと。その上で法制的にどういう形にするのか、まだそれは法制的な面からの検討が必要になるという程度にとどめています。それを準用するという形になるかもしれないし、あるいは法律の建付けによっては両方同じことを書き下すことになるかもしれないし、それはそれぞれ債権質と債権譲渡について必要な見直しをしておきましょうと。債権質については見直しになりますし、債権譲渡については新たな規定を設けるという形になるということを書いたところです。もともとそういうつもりだったのですが、その部分についていろいろご懸念もおありかと思えますので表現を改めたということになります。

それから、旧 4 で動産・債権以外の財産権について、それも権利質に委ねましようと言っていたのですが、そこは動産の譲渡担保、債権の譲渡担保に関する規定が設けられた

場合には、その規定の類推適用ということもあり得ると思いますので、権利質に委ねるといふ決め付けでもないですが、そういう言い切った形はやめまして、そこはゴシック部分では語らないことにしています。

それから、新しい 4、旧 5 ですけれども、こちらは対抗要件制度についてこの報告書(案)(1)の範囲を超えることになりませんが、次にお送りする対抗要件の所でまたご議論いただければと思っています。全体像として簡単に書いておくとすると、基本的には担保目的での財産権を移転する法形式を取りますから、そうすると、対抗要件についても基本的にはそれぞれの財産に応じて、それぞれの移転についての対抗要件が必要になるというのがベースになるだろうと思いますから、そのことを確認しております。その上で、実際に担保の場合には別の対抗要件制度を作る。例えば統一的な登記制度を作るということも考えられなくはないと思いますが、そういう制度にはせずに、真正譲渡と同じ対抗要件制度に委ねるといふような方向性でどうかということにしています。

ゴシック部分は以上で、説明の所は冒頭に申し上げましたように少し内容的に付け加わった所、修正している所がございませぬけれども、大きな方向性として違っている所とか、変えたというつもりはございませぬ。むしろ、もともと方向性として新しい担保物権を作っていくのか、担保権としての実質をかなり見て、新しい担保権が作られたのと同じような説明が少し残っていたところがありましたので、そこは方向性として担保目的での財産権の移転という形を取り、その効果をどういふふうと考えていくのかという規定を設ける。そういった立場に沿った形に説明も改めているという程度で、内容的に大きく変えたつもりはございませぬ。そういう観点から若干、補足的な説明が加わっている所もあるということです。第 1 章は以上です。

第 2 章の各論についてです。ここも方向性として大きく変えたというつもりはございませぬが、見え消し版で言いますと 8 ページの 1 のゴシックです。取りまとめに向けた検討の所で、非占有型を明示したほうがいいのではないかとご指摘がございませぬ。そうでなければ占有型である質権にいろいろ影響があるのではないかとご懸念で、それは確かにごもっともなご指摘だと思ふのですが、実態として今の譲渡担保においても占有型というものが考えられないではないということもありますし、占有をするということが担保目的で譲渡することと必ずしも矛盾するわけではありませぬので、制度としては、一応、非占有型に限定するというより、射程としては占有、非占有にかかわらず、担保目的での財産権の移転というものをカバーする方向にしたほうがいいのではないかと考えています。その上で、確かに質権にどういふ影響があるのかというのはあろうかと思ふので、その点につきましても今後の検討課題とさせていただきますと思っております。説明の所も補足的なことを書いていますが、大きな所で変えたつもりはございませぬ。

2 以下につきましても、あまり大きくは変えていませぬが、あるとすると、見え消し版の 12 ページ以下、3 の所でゴシック部分は多少定義とかいろいろ入れたという程度で、大きな所はありませぬけれども、(2)の所で、この取りまとめに向けた検討のときに余剰

があることの立証責任をどちらに課するかというご指摘がございました。説明で言いますと 14 ページの 21 行目以下に少し付け加えましたけれども、基本的には差押債権者側が、剰余が生ずることの主張立証責任を負うという立場ではどうかと思っています。つまり、担保権者としては取りあえず請求原因段階では無剰余だということを主張せずに、第三者異議の訴えを提起することができる。剰余があるなら剰余があるということで、差押債権者側に立証責任を負わせるということのほうが、少なくとも現行法の判例法理には合致しているのではないかという理解で、そういう方向にしております。そのことを明らかにするために、ただし書に書いたというところが変更点と言えば変更点でございます。

説明の 4、14 ページで言いますと 30 行目以下ですが、説明の 4 では、これも取りまとめに向けた検討のときに配当要求しなかった場合、配当要求もしなかったし第三者異議も提起しなかった。結果的に譲渡担保の目的物が差押債権者によって売られてしまったときにどうなるのか、というご質問がございました。この点についても一定の記載をしていて、結論的に言うと、その場合は担保所有権というものは消滅せずに、言わば買い受けたものが物上保証人的な立場と言いますか、その担保の負担を負ったままその所有権を取得する形になるのではないかという説明を付加しています。

4 以下ですが、ここも方向性として変えたつもりはございません。言及する所としては 5 のゴシック部分です。ご指摘として、処分というものの概念から第三者所有権留保、信販会社が代金を立て替えたために、所有権留保における、売主から信販会社に対して所有権が移ったと、この部分を処分から除くべきではないかというご指摘がございました。ただ、これは、もしかするとご指摘から私の理解が勘違いをしているかもしれませんが、所有権留保の売主から信販会社への所有権の移転というのは、この時点では担保所有権者からの処分というわけではないのかなと思っていましたので、あえて書く必要はないのではないかということでそのまま維持しているところです。あと、表現として弁済期が到来すると書いていましたが、ここは遅滞の責任を負った場合に実行できるということになるのかなと思いましたが、全体的に表現をそのように修正しています。大きな方向性としては変わっていません。少し補足的な説明等を付加しているぐらいです。

1 点だけ、物上代位について、見え消し版の 18 ページですが、物上代位というのが本来の所有権者の権能を超えているというところもございまして、そのような物上代位権の行使をするためには、担保ファイリングをした場合に限っておくべきではないかというご指摘がありましたので、その点を、ゴシックで言いますと最後の注の所に付け加えたということがございます。それに加えて、21 ページの説明の所で説明を書き加えました。簡単ですが、25 ページまでは以上です。

○座長 ありがとうございます。それでは、今、ご説明いただきました範囲でどこからでもいいですが、感覚的には前のほうからということでご議論いただければと思います。

私のほうから 1 点申し上げますと、担保ファイリングの話が書いてあって、見え消し版の 7 ページの(3)の 30 行目辺りに、「担保目的の取引であることについての登記制度」

と書いていますね。登記ということの定義の問題ではあるのですが、対抗要件ではないということですね。かつ、対抗要件であるところの「動産・債権譲渡特例法上の登記制度などとは性質を異にする」と書いてあるわけです。そうすると、ここは登記制度と書かないほうが、ファイリングと書いてあるならファイリング制度と書いたほうが、混乱が少ないという気がしました。これは非常に細かい点ですけれども。ほかにご自由にご議論いただければと思います。

○B 第2章の第1、個別動産を目的とする非占有型の担保権の効力の適用範囲の所ですが、以前の資料13の7ページでは、確かここにファイナンス・リースがあったと思います。ファイナンス・リースはこの報告書の対象外とされる趣旨でしょうか。つまり所有権の移転も留保もない。一貫してリース会社に所有権はあるので、ここの第2章の第1から外すという趣旨でしょうかという質問です。それに関連して、総論の4のその他財産権を目的とする担保として整理されているのでしょうかということも、併せてお尋ねしたいと思います。

○法務省 今回、途中までということもありまして入っていないのですが、ファイナンス・リースはファイナンス・リースで二読の最後にご議論いただきましたので、この報告書全体の中には入れようと思っています。ただ、第2点目のご質問とも関係しますけれども、二読のときも動産そのものを目的とした担保ではなく、利用権を目的とするというような立場で書きましたので、そういう意味で1の中に書きづらいかなど。というのは、それぞれの項目の中にファイナンス・リースについて織り込んでいければ、それはそれで分かりやすい形になるのかなと思ったのですが、対象が動産でも債権でもないということで、最後にまとめて括り出そうと思ったこととの関係で、ここには外しているということでございます。

○座長 それはそれでいいけれども、そうすると見え消し版の8ページの説明の1の所の1段落でしかないのですが、2段落目に、なお、ファイナンス・リースについてはというふうに早めにそういう説明を付けておいたほうが誤解を生みにくいかもしれません。

○法務省 分かりました。ありがとうございます。

○F 第2章の第1の所です。2点あって両方細かいのですが、第1の見出しが「個別動産を目的とする非占有型の担保権の効力」となっています。でも、先ほどのご説明あるいはコメントの所で、非占有型に限らないからということがありましたよね。そうすると、そもそも見出しが適当なのか疑問に思いまして、要するに個別動産を目的とする担保所有権の効力のことなのかなど。ただ、担保所有権の定義自体は後で2の所で出てくるので、ここで担保所有権と出すのがいいのかどうか分かりませんが、非占有型に限らないという趣旨であり、それでよいと私は思いますが、そうだとするとここは見出しがミスリードなのではないかというのが1点です。

もう1点は、さらに細かくて恐縮ですが、見え消しで言うと9ページの8行目、「ア及びイはいずれも」という段落がありますね。ここで他の有償契約にも同様の考え方が及

び得るということが書かれています。請負契約が例に出されています。これはちょっと気になったのですが、請負の場合に、いわゆる所有権の請負人帰属説を採ると、これは法律上、言わば当然に所有権の留保がされることになると思われ、その場合に、ここで用意されている規律が適用されるというのは、やや違和感があります。もしそういう場合は除くというか、契約でわざわざ所有権を留保した場合というようなことなのだとすると、少なくとも「請負契約などの」の部分は除いたほうがいいのかなと思いました。

○座長 法務省からお答えいただいてもいいのですが、まずFさんがおっしゃった見え消し版7ページの第2章各論で、第1の題目の所です。第1章の1の所で個別的な担保権の規律ではなくて、所有権が担保目的で移転されたときの規律ですという立場を取っている。担保権という言葉が無闇に使わないほうがいいだろうと思うのです。それが表れているのは見え消し版6ページの4の所で、「動産及び債権以外の財産権を目的とする担保」と書いてあって気を付けているわけです。そうすると、第2章の第1になって突然、また担保権と言うのは平仄が合っていないので、「非占有型の」というのを削除するとともに、個別動産を目的とする担保の効力、ないしはFさんが正確におっしゃったのは個別動産を目的とする担保所有権の効力ということですが、担保の効力でもいいかもしれません。「担保権」と書くと担保権なのですねという話になって、出だしとずれてくるような感じがしますから、ちょっと整理をしたほうがいいかもしれません。

2番目の請負の場合の請負人原始取得説と言いますか、請負人から何か一定のあれがないと移らないという話を取った場合ということですが、それって解釈論ですよ。

○F そうなのですが、一応、判例がそうだとされていますよね。それを尊重しないでいいのかなと思ったものですから。判例がそうだからということで、ミスリードにならないかということで、ちょっと無理に「請負契約などの」というのを入れる必要もないのであれば、取ればいいのではないかと。それだけのことです。

○座長 なるほど。「請負契約などの」と入れたのは、私が入れたわけではないけど、一番典型例として思い浮かべやすいということで入っているのだと思いますが、かえってミスリーディングであるというのならば、それはそうかもしれない。しかし、「契約によって」と書くと、デフォルトが引渡しまでは請負人に帰属するのだということになってしまふし、判例は引渡しにしたらどうなるのでしたか。

○法務省 引渡しで所有権が移転することになります。

○座長 そうすると引渡しの状態のときには所有権留保になるわけですね。そのあたりを細かく書き出すと話は厄介になる。

○法務省 ここは、請負一般が常にこうなると言うつもりだったわけではなく、もちろんFさんがおっしゃった議論も承知していますが、売買契約に限らないということをおおとしたときに、請負契約の中には少なくともそういう類型があるだろうと思ったということですが、確かに判例を念頭に置いて考えると、もともと所有権留保されているだろうと言われるかもしれませんので、ちょっと表現は考えます。

○E 既に担保目的取引規律型でいくというご提案のように拝読したのですが、まだ未練があるというのは、担保物権創設型を考える余地はないのかということもちょっと気になるものですから、お伺いします。担保目的取引規律型の場合には設定者から担保権を担保権者に移転しました。譲渡担保であれば担保権を設定しましたという場合に、所有権は誰のもとにあるということになるのですか。すなわち、AさんがBさんに担保目的で譲渡担保を設定しましたという場合に、担保物権創設型であれば所有権はなおAのもとにあって、Bは担保権だけを取得することになるとと思いますが、担保目的取引規律型の場合には、担保所有権がBにあるということになるとと思います。Aには何が残るといえるのか、所有権者は誰になるのかをお伺いしたいと思っています。

○法務省 それは担保の目的の範囲ではありますけれども、Bのほうに移転しているので、所有権者は誰かと言われればBが所有権者になるという理解でございました。

○E ありがとうございます。そうすると、Aさんが例えばCさんに更に目的物を譲渡するという事は、それは真正譲渡と担保目的譲渡の場合があると思いますが、第三取得者みたいなことは生じないと。すなわち、AさんがBさんに今で言う譲渡担保を設定すれば、Bさんに担保所有権というものがあるので、AさんからCさんに目的物を譲渡しても、それは第三取得者みたいなことは起きないと。それから、目的物の二重譲渡みたいなことが起きた場合、たとえばAさんがCさんに2番目に担保権を設定した場合の法律関係については、何らかの説明を行うということになるのですか。

○法務省 そこが後順位のときにずっと議論していた問題だと思いますが、説明ができていくかどうか。担保目的取引の規律型を採った場合には、その説明が苦しくなるという問題が出てくるのだらうと思います。ただ、第三取得者というのは真正譲渡がされたという場合ですかね、真正譲渡がされて担保の負担が付いたままの所有権の移転になるケースということでしょうか。

○E そうです。

○法務省 物上保証人的な立場になるというケースがあり得ないかと言われれば、法律関係の明確化あるいは単純化というもののために、それは否定してしまう考え方もあり得ると思いますが、先ほどどこかで出てきましたように、差押えとかで売られてしまった、第三者異議も配当要求もしないまま売られてしまった結果として、物上保証人的な立場になるということがあり得ることを認めるとすると、AさんとCさんとの間で担保が移転した残りの部分だけを売ってしまって、物上保証人的な立場になるということも結果としては生じざるを得ないのかなと思っています。また、対抗要件が具備されてしまったので二重譲渡ということがあり得るのかどうか分かりませんが、しかし、担保目的の譲渡というものが両立し得ると考えると、後順位の二重に譲渡担保権を設定するということがあり得るのではないかと。というか、あり得るということを前提に後順位に関する議論がされてきて、ただ、それは理論的に本当に説明できているのかという問題は残っていますが、事象としてはあり得ると考えているところです。

○座長 最初からずっと議論に上がっている点で、担保権の創設という制度にして、かつ、当該担保権の設定のための特別な対抗要件制度を創設するという事ならば、それはそれで一貫した処理で大変結構ですねという話になるのだらうと思います。かつ、説明の所にはまだそういう可能性はありますよと一言書いてあるわけです。そうでなくて、担保権の設定ですよというふうに性質決定することにいたしましても、しかし、対抗要件は基本的には占有改定による引渡しによって行われるのですよとなりますと、あとは個々具体的に書いてある効果の説明を、それこそ所有権者は誰なのかということにして行うのかという違いが出てくるだけであって、結論は同じになるのだらうと思います。個々具体的な場合の処理は同じ結論になるということです。

同じになるのだらうならば、今、報告書としてはこう書いてあるけど、法律の所にはそんなに担保権だというふうに性質決定は絶対できませんと、例えば書く必要も実はなくて、これは前に何回かここで発言しましたがけれども、仮登記担保法ができた当時は、これは代物弁済予約の契約の効力を決める法律であって、仮登記という新たな担保権を創設するものではないのだと立案担当はずっと言ってきたわけですが、早い時期に学説は、いやいや、これは事実として仮登記担保権という担保権が新たにできたのだと考えて説明するほうが、条文も説明しやすいという解釈論になってくるわけです。

したがって、今回、いやいや、これは所有権の移転が担保目的であった場合の効力を定めるという方向でルールを作りましたと言っても、後順位とかいろいろな規定を踏まえて、これは新たにこういうふうな動産担保権というもの、動産抵当権でも何でもいいのですが、そういうものが作られたと解釈したほうが全体としては説明しやすいという学説とか解釈論が出てきても、それは止めることはできないし、それが不当であるということにもならないような気がします。

だから、ポイントとしては特に統一性を持たせて UCC 型の登録制度みたいなものを入れるわけではなくて、対抗要件は基本的に占有改定なのだというという、そういう話にすぎないのではないかという気が私はするのです。私だけの感想かもしれませんが。

○E ありがとうございます。担保目的でこういう取引があった場合には、その目的財産の上に担保権が設定されたものとする、あるいは担保権が設定されたものとみなす、という、そういうやり方もあると思ったものですから。ありがとうございます。

○座長 Eさん、そのときに対抗要件はどうなりますか。

○E 対抗要件は、担保ファイリング等は考えず、真正譲渡と担保権設定は同じ対抗要件とすることでもいいのかなど。ただ、もちろん、登記優先ルールにするかどうかという論点はあるとは思いますが。

1点だけ付け加えると、担保ファイリングについては、同一の動産について真正譲渡だと思ってやった後に担保目的譲渡が行われ、その真正譲渡が実は担保であったと後からみなされてしまった場合に、担保目的相互間の優劣の問題となって担保ファイリングの先後で決まるのだと思いますが、その場合に真正譲渡の対抗要件だけ備えていた人は、結局、

担保ファイリングを備えていなかったことになってしまっていて劣後してしまう。そうすると、担保目的譲渡を受けて担保ファイリングを備えていた人に結果的に劣後してしまう問題が起きそうに思うので、真正譲渡していた人は担保ファイリングしていたとみなすとか、そういう救済規定か何かを置いてあげないと、ちょっと可哀想かなという気はしました。

○座長 今、正確に理解したいのですが、真正譲渡した人、それとも真正譲渡だと思っていた人のどちらでしょうか。

○E 真正譲渡だと思っていた人の方です。かぎ括弧付きの「真正譲渡」をした人です。そういう人は担保目的ファイリングはしていないでしょうから、その人が後で担保だとみなされた場合に、優先性を確保するための担保ファイリングはしていないだろうと。そのような人が劣後してしまうリスクを抱えたままの制度とすることがいいかどうか。真正か担保目的譲渡かというのは結構微妙な場合もあるかと思ったのです。

○座長 おっしゃるとおりです。そもそも担保権の設定契約であると言うことの問題点として、真正譲渡だと思ったときにという話があったわけですが、担保ファイリングという制度を別個に作って、それに対してその効力を高めていくと、そこでも真正譲渡なのか担保譲渡なのかということの判断リスクを負う問題が出てきてしまうので、問題解決にはなっていないのではないかと。それならば担保権だと言ってしまうのもいいのではないかと。いうところにつながってくる気がいたします。それは、今、UCC 型のというのも書いてありますけれども、もう一言、二言、可能性とかも付け加えるべきかもしれませんので調整を考えたいと思います。ほかにいかがでしょうか。

○I また非常に細かい話で申し訳ないですが、15 ページから 16 ページにかけての部分です。今回、見え消しの 16 ページの冒頭で「(1)に反する処分は、その効力を有しないものとする」。こういう規定を明確にして書かれています。このゴシック体の部分は主語が「担保所有権者は」となっているので、所有権留保も含む規定になっているはずですが、本文の説明を見ると譲渡担保の説明しか書かれていません。所有権留保に、この規定と 16 ページの説明を当てはめると、何かおかしいことにならないのかなと思います。つまり、普通、所有権留保は占有が買主のほうに渡っているから問題が生じないことが大半だと思いますが、仮に占有が渡る前に他に売却したとき、これは一般的には二重譲渡そのものですね。二重譲渡そのものなので、ここの説明部分とはちょっと合っていないと思います。担保所有権という言葉の中に、どうしても譲渡担保をイメージして読んでしまうのですが、所有権留保を除くときは除くとか、もし所有権留保を含むのだったら所有権留保も含んだ説明をお願いしたいと思います。そうすると多分、ここの表現がうまく合わないのだと思うので、説明として入れていただいたほうがいいかなと思います。

○法務省 はい、検討いたします。

○F 私も、今、I さんがおっしゃった箇所についてどうなのかなと思ったことがございまして、それは 15 ページの(1)の最後、「その他の処分」の所です。これはやや揚げ足

取りみたいになるのですが、処分の中身が所有権留保の場合についてコメントで、こういう場合は処分に当たらないでしょうというご説明がありました。ただ単に処分というと、例えば担保所有権を質入れするような場合も処分の中に入り得るのかなど。それも認めないのだということなのか、それはあり得るのかということ、これは説明レベルでいいと思いますけれど、入れたほうがいいのではないかと思いました。念頭に置かれているのは所有権そのものを移すということだと思いますが、「譲渡その他の処分」となると、もっと広がりがあるのかなと思えるので、非常に細かいことですが触れたほうがいいのかと思いました。

それから、これは直接関係ないのですが、被担保債権を譲渡したら、それ自体はここで言う目的の処分ではないということは分かりますけど、当然の前提として、いわゆる随伴性はあるのだということが念頭に置かれているのですかね。担保物権としての効力に関して、例えば物上代位性があるかどうかということは個別の規定を設けるということになっていきますけれど、担保なのだから随伴していくのだということで、当然、何も触れなくてもそうなるのか。一応、念のために触れたほうが、ゴシックで触れるかどうかはともかく、例えば関連する説明として触れておいたほうがいいのか、どっちなのかなと思ひまして。随伴性はあってもいいと私は思いますけど、そもそもどういう立場なのかなということ、それに触れなくていいかということをおもいました。

○法務省 随伴性はあると思っていたのですが、確かにこういう書き方をした場合に、その前提が共有されていない可能性はあると思いますので、ちょっと書き足す方向で考えたいと思います。ありがとうございます。

○A 7 ページの終わりから 8 ページの所、2 章の第 1 の 1 の「適用範囲等」の(1)に、いわゆる移転型というか譲渡担保型の担保が、(2)に、所有権留保型の担保が、それぞれ挙げられています。こういう整理になるのかなとは思いますが、この挙げられている(2)のイは、現状、行われている第三者型と呼ばれる所有権留保ですからここに挙げるのが適切だと思いますが、よく考えてみると、留保型なのか移転型なのかよく分からない感じもしています。というのは、売主が物上保証人のような形で第三者に譲渡担保を設定して、そのうえで設定者留保権を売買契約に従って買主に移転し目的物を引き渡すことによって成立する担保形態と非常に似ているのです。当事者がどう呼ぶか、どう法律構成するかの問題かもしれませんが、留保という言葉を使うのか移転という言葉を使うのか分かりませんが、いずれにしても所有権の一定部分が売主から第三者に移転していて、他方、買主との関係で留保されている部分もあると思いますけれども、それを第三者が買主との関係で留保していると見るのか、売主から第三者に移転していると見るのかで、譲渡担保にもなれば所有権留保にもなるような担保形態のように思われるので、結構、実際の当てはめは微妙なのかなと思います。微妙でも、当事者がどういう合意をした場合に、どういう効果が与えられるかという立法なので、これはこれでいいと思いますが、私が言いたかったことは、そういう意味では、(2)のアとイは本質的に違うような感じがするので、場

面によって、実際上の結論としては、イは(1)に近い効果が与えられることがあってもいいのかなと思いました。

○座長 ありがとうございます。言われてみればそのとおりですが、難しいですね。債権者が担保所有権を持っているという状況が、どのようなプロセスで実現されるのかというのはいろいろあるというところであって、正に検討していただきたいと思います。

○C 今の点についてと、もう1点発言させていただきます。今の点については、所有権留保は、譲渡担保と競合した場合に優先順位が優遇されることになるのだと思います。もちろん、優先するかどうかはこの後の議論ですが、優先するとすれば、その理由というのは、債務者が目的物の所有権を取得するために与信をしてくれたからという点にありそうです。そうすると、物権変動のプロセスというよりは、物の取得のために誰がお金を出したのか、その人が担保権を持っているのか、といった点がポイントになって、所由権留保なのか、そうでないのかが変わってくるのかなという気がしましたけれども、それをどう条文に書くのかがよく分かりません。

もう1つの点は、占有に関するところです。非占有ということは書かない方向になったということで、それについて特に異存はないのですが、気になっているのが不動産に関する判例です。買戻しに関する平成18年の最高裁判例は、担保目的かどうかということ認定するために、所有権は担保権者の側にあるけど占有は移ってしまっていることが認定に関係すると述べていたと思います。ゴシックの中に書いてある「担保のために」とか、「担保するため」という言葉の解釈に際して、占有がどちらにあるかということは考慮されたりするのではないかと思います。

○座長 最後におっしゃったところは、質権はどうなるのでしょうか。占有がポイントになって、占有が担保であるかどうか決めるというのだったら、動産質は担保ではないということになるのでしょうか。

○C 質権については、当事者が「質権」という形を選んでいるのですから担保権なのだろうなという気がするのですが、譲渡担保か真正譲渡かということ争うときに、占有がどちらにあるかというのは結構ポイントになるのではないかと思います。

○座長 性質決定に当たってはポイントにはなるでしょう。だけど、平成18年判決は不動産に関してだけでも、占有が移っているときに担保目的ではあり得ないということにしているのかというと、そうではないのではないのでしょうか。

○C はい、そう思います。なので、特にこの平成18年最判が気になるのは、譲渡担保の認定というより、むしろ所有権留保との関係です。例えば占有がまだ売主の側にある状態で、それで「代金を支払うまでは所有権が買主にいきませんよ」といった合意をしているときに、それが所有権留保、担保ですということはないだろうなという気がしています。そのあたりが気になっています。

○座長 単なる同時履行の抗弁権を行使しているだけだからね。おっしゃることは分かりますが、少し整理をしなければいけないかもしれません。ほかにはいかがでしょうか。

私から言わせていただきますと、見え消しの 18 ページ、6 の物上代位の所に(注)があって、「(1)について、当該担保所有権について担保ファイリングがされているときのみ、物上代位を認めるべきだとする意見がある」という話ですが、いろいろ考えられると思うのです。というのは、例えば抵当権に関しても、未登記抵当権の効力というのはどういうものなのかという問題があって、それは未登記抵当権も、例えば極端な話ですけど、公正証書で設定されていて云々だったらばできるとか、未登記抵当権の効力自体を否定するわけではない。しかし、民事執行法上はスムーズに進まないという仕組みになっている。実体法上、未登記抵当権の効力が否定されているわけではないと言ったりするわけです。あまり重要性がない議論だと私は思いますが、そうしたときに、この担保ファイリングというのをどういうふうに位置付けるのかにもよりますけれども、物上代位という実体的効力が導かれるための要件なのか、それとも物上代位権の行使として差押えをするときの便利な要件なのかという問題があって、担保ファイリングがないときに物上代位権を否定するというふうに必ずしもつながるわけではないのではないかという気がしたというのが第 1 点です。

同じく物上代位に関連するところで、見え消しだと 23 ページの(4)にプロシーズという考え方が書いてあります。ここは、プロシーズというのが物上代位との関係で、こういう考え方を入れるというのは日本法上おかしいのではないかという話で書いてあって、これはそのとおりでらうと思いますが、この研究会でも話があったように、実際にはアメリカなどにおいても倒産手続を開始した後に、そのまま集合動産なら集合動産の回転が続いていると。そのときに売掛代金に変わり、預金に変わりとしていくわけですがけれども、それに対して効力が及ばないということになると、今度は逆に売却自体を止めなければいけない。売却を管財人ができるとするために、今度は逆に及んでいかなければいけないという、先ほど議論した話とつながっているわけですが、そうなる、そういったところに効力が及んでいくという考え方自体は、中止命令とか倒産の局面において、どこまで担保権者に権利を認めるかという判断において、フィロソフィー的、ないし技術的に価値がある可能性はあるのだというのを一言書いておいてあげないと、世の中にはプロシーズという言葉が好きな人がたくさんいるので、ここら辺は消しますけど、そうするとプロシーズについて、ただ単に否定してあると、プロシーズというものの考え方が分かっていない、けしからんと言う人が絶対出てくるので、そこは、その意見も承知していますということを書くことも必要かなと思いました。ほかになにかご意見のある方は。

○ I 25 ページの所に、※で「このほか、第 1、3 及び 5 と同じ規律を別途設けるか」と書かれています。このうち第 1 の 3、つまり差押えの所については規定が要るかどうかはともかく、検討が要ると思っています。つまり動産に関しては譲渡担保がされたものでも債務者の所にその物が残っていて、占有があるからほかの債権者が差押えして入ってくる。だからこそ第三者異議が起きるという話ですね。ところが、債権について譲渡した場合はどうなるかという、そこに他の債権者の差押えが入ってきても第三債務者は外れと

思うわけです。つまり譲渡担保に供された動産の場合と譲渡担保に供された債権の場合で、他の債権者の差押えの意味というか働き方が全く変わってくると思います。ですから、第1の3については規律を設けるかどうかは別にして、検討は要るだろうと。第三債務者からしたら、その差押えは外れましたよというふうに陳述催告回答で答えることになる。それは抽象的には債務者の元に残っているという議論があるのかもしれませんが、第三者異議の局面などが全く変わってきますので、そこは何か違いを意識した検討が要るのではないかとこのことを申し上げたいと思います。

○法務省 第2はもともと第1章の3でしたか、書き改めた所に従ってそれぞれ質権と譲渡担保権について検討していきましょうと。その結果として、ほぼ内容は被るのではないのでしょうかということをこれまでずっと言ってきたのですが、1つ1つ改めて考えていくと、先ほどもIさんがおっしゃった3の所とかは、そもそもの帰属がどっちに帰属しているかによって、ちょっと質権とは異なるルールが要るのではないかと思ったのですが、今、Iさんもおっしゃったように、十分考えていなかったものですから、きちんと考えたほうが良いように思いまして問題提起したということでございます。内容的にどうするか、規定としてどういうものが必要なかというところまで、十分にまだ考えられていませんでしたので、報告書の段階でどこまで書くかということも含めて少し考えさせてください。

○J この話をどこですべきなのか分からないのですが、二読のとき、最後のほうにファイナンス・リースと合わせて預金の担保化の話があったと思います。それが取りまとめに向けた検討の際にも最後に議論されるのかと思ったのですが、それがないまま、今回、報告書案に入ったので、債権を目的とする担保というところで、預金を目的とする担保についてどう考えるかということも考えておいたほうが良いのかなと思ったのです。そこの関係で私が前から気になっているのは、法的実行しかできない担保というのを債権について作ることは有益なのではないかということなのです。それは預金もそうですし、また預金に限らず、もしかすると譲渡制限の付いている債権一般についてそういうものを作っておくことが、債務者の承諾なしに債権を担保の目的とすることができるという点で、何か譲渡担保であるとか債権質にはないメリットがあり得るのかなと思っています。

○法務省 ありがとうございます。次回、報告書(案)の続きと、預金とファイナンス・リースについても機会は設けようと思っています。

それはそれとして、今のご意見は十分に理解できたか分かりませんが、一度、考えさせていただければと思います。

○座長 Jさんに今のお話を伺いたいのですが、Jさんのお話というのは、先ほどEさんがおっしゃったように、これは譲渡契約の効力の話ではなく、担保権の設定であるというふうに全体を作ることと必然的に結び付いているのか。それとも譲渡契約の効力なのだけでも、しかし、譲渡禁止がある場合であってもこの範囲での効力というのは認められるのですよということとは可能であるから、担保権の設定であると言わなくても、今、Jさん

のおっしゃったようなことは達成できるとお考えなのか、どちらですか。

○J　そこまで深くは考えていませんでしたが、今、お話を伺って、両方のやり方があり得るのかなと思いました。つまり、法的実行しかできないような預金担保権を、債権譲渡担保や債権質とは別に、一種の典型担保として作るというやり方と、そうではなくて、債権が担保の目的で譲渡されて、しかもその債権が、譲渡制限がかかっていたとしても、その限度でのみ、法的実行ができる限度でのみ効力を認めるという、2通りのやり方があり得るのかなと思いました。

○座長　その法的実行というのは、どういう意味で使っていらっしゃる言葉ですか。

○J　念頭に置いているのは、目的債権を差し押さえることが必要だ、というものです。債権譲渡担保の場合でも権利質の場合でも、担保権者は、担保権の実行として、目的債権を差し押さえることなく取り立てることができると思いますが、差押えを経ないと取り立てられないような担保権を預金に関して作るか、あるいは預金の債権譲渡担保や権利質についてはその限度でしか効力を認めないものとするか、その両方があり得るかと思いました。

○H　預金については次回、資料を頂いて議論されるということですが、銀行界の立場からすれば、民法の債権譲渡の規律では、預金については特別な規定が置かれ、改正前の譲渡禁止特約の効力が維持されている点を配慮して、ご議論いただきたいと思います。それともう1点、これはFさんが言われた随伴性の点ですが、根担保で譲渡担保権の設定を受けた場合、被担保債権が譲渡された場合に、担保権も随伴していくという考え方でしょうか。根抵当権の場合には、確定しない限り随伴しないというのが民法の規定になっていますが、どう考えたらよろしいのでしょうか。

○法務省　随伴性は、一般的な担保の通有性として、特定の債権が被担保債権である場合を念頭に置いて随伴性があるのではないかと考えたのですが、根担保に関しては、おっしゃったとおりの別な考慮になるのかなと思っていて、根担保の場合は確定しない限り随伴していかないのではないかと私は思っていました。ただ、根担保について、今回、根抵当ほどかなり厳密な規定を設けるところまでは話が深まっていませんでしたので、明示的に深く考えていたわけではありませんけれども、イメージ的に根担保の場合には随伴しないのかなという理解でいました。

○H　実務的には、随伴性の有無の争いが最も困ると思います。最高裁は、根保証については随伴すると言っています。物的担保の場合と違う扱いをした理由はよく分かりませんが、仮に確定しない限り随伴しないと言うのであれば、確定という制度を入れるかどうかの検討が必要だと思います。

○座長　ありがとうございます。おっしゃるとおりです。根担保を触り始めると切りがないぐらい条文が増えていくのですが、法務省と調整したいと思います。ほかにかがでしようか。

○E　随伴性の問題ですとか、あるいは根担保の問題、それから転担保の問題というのは、

今回の研究会では概括的なご説明が資料に書かれているにとどまっています。十分議論できていないと思いますが、実務的には非常に重要で、債権譲渡するときなどにおいては、当然それらは全て問題となってきていて、現在の実務ではそこが明確でないために、結構、スタックすることがあります。これは後順位担保の問題も同じです。ですから、そこは是非明確化していただきたいと思います。あと、対抗要件についても動産・債権譲渡登記制度があるわけですが、これについても随伴性に対応した制度になっていないために、結局、AさんがBさんに対して、Bさんから譲渡担保の設定を受けてお金を貸し付けている場合に、貸付債権をAさんがCさんに譲渡した場合の対抗要件の具備の仕方というのは非常にいびつになっているわけです。BさんからAさんに譲渡登記をし、更にAさんからCさんに譲渡登記をしたとするなどの方法を取っているわけですが、そういうやり方でなく、ちゃんと被担保債権の譲渡に伴った随伴移転がなされるのだという仕組みの登記にさせていただくのが最も適切だろうと思います。その観点からも担保物権創設型のほうがいいのかと思います。

○座長 それでは、本日も熱心なご議論、ありがとうございました。