

競売制度研究会（第14回）議事概要

日 時 平成19年6月8日（金）午後6時から午後8時20分まで
場 所 きんざいセミナーハウス地下1階会議室
出席委員 山本座長，笠井委員，久米委員，越山委員，小林委員，下村委員，田作委員，成田委員，菱田委員，松下委員，山下委員，山田委員，山野目委員，吉田委員
議事内容 以下のとおり

1 海外調査の質疑応答

配付資料の確認に続き，前回に引き続き，海外調査についての質疑応答が行われた。その骨子は次のとおり。

（目的不動産の情報公開，競売のリスクについて）

- アメリカの司法競売と非司法競売との間には，目的不動産の情報公開の点で，差があるのであろうか。もし，日本に，アメリカの非司法競売のような制度をそのまま導入すると，3点セットによる不動産の情報公開の制度がある司法競売とそのような制度がない非司法競売の2つの制度が併存することになるようにも思われるところ，そもそも，アメリカでは，両者の間に差があるのであろうか。
- ワシントンDCとメリーランド州においては，司法競売はほとんど使われておらず，現地の者も司法競売のことをよく知らないようであるため，今回の海外調査で，司法競売の詳細を聞くということは困難であった。そのため，実態に根ざした答えをすることはできない。しかし，制度上，司法競売と非司法競売との間で，目的不動産の情報公開の点で差があるとは思えない。
- カリフォルニア州では，司法競売は，通常の居住用不動産には滅多に利用されず，例えば，権利関係が複雑である大規模商業用物件などに利用されることがあるようである。このような場合，担保権者は，通常，その不動産の内容をよく把握しているので，買受希望者は，必要があれば，目的不動産に関する情報を担保権者から入手しているようである。非司法競売

についても、買受希望者は、自助努力によって目的不動産の情報を入手しているようであり、基本的には、司法競売と変わらない枠組みである。なお、権原保険が利用されているところ、権原保険会社による権利関係の調査が比較的徹底しており、権利関係に瑕疵があった場合には保険による担保があることから、それで足りているようであるし、また、不動産のブローカー等からも、目的不動産の情報を容易に得られるようである。

- ニューヨーク州は司法競売に、マサチューセッツ州は非司法競売にそれぞれ特化しているので、うまく対比することはできない。しかし、ニューヨーク州では、司法競売と非司法競売との間で、目的不動産の情報公開について、それほど違いはないように思われる。むしろ、非司法競売に関する条文の方が、司法競売に関する条文よりも新しく作られているので、その分きめ細かに規定されているような気がする。なお、マサチューセッツ州は、非司法競売しか用いられていない状態であり、かつ、司法競売に関する条文もあまりはっきりしないところがあるので、よく分からない。
- 日本の競売は、3点セットによる目的不動産の情報公開を行うことによって、広く買受人を募り、できるだけ高く買ってもらおうという努力をしてきたように思えるが、アメリカの競売は、そうではなく、抵当権者が自己競落するのが多いようである。もっとも、**Restatement of the Law Property-Mortgage** には、「価格の適正さの問題は、物件情報の提供方法を改善するなどの立法措置によって対処していくべきである」旨の記述があり（井下田英樹「米国の競売制度の特色とわが国の制度論への示唆（上）」NBL750号38頁注（16））、アメリカでもこういう指摘があるようであるが、どうであろうか。
- マサチューセッツ州では、競売による売却価格が公正な価格に見合わない倒産法の否認の対象になり得るという過去の連邦控訴裁判所の判断が事実上生きているようなところがあり、そのため、評価人による目的不動産の評価をしているというのが実務上の慣行となっている。
- 今回の海外調査で、メリーランド州の競売物件の中に入ることができたようであるが、物件の中に入ることができるのは、居住者がいない物件に限られるのであろうか、それとも、居住者がいる物件でも中に入ることが

できるのであろうか。また、商業用物件でも同じであろうか。

- 海外調査の際に実際に中に入った物件は、居住者のいない物件であった。実際に中に入ることができるのは、50パーセントぐらいの物件であり、この事案は、たまたま中に入ることができたということである。商業用物件でも、おそらく同じであると思う。
- 競売での買受けは、司法、非司法問わず、内覧などの検査や条件・保証をつけるなどの権利は実際にはないので、非常に危険である（当研究会第12回会議配付資料目録番号3「カリフォルニア州の競売手続について：ヒアリング調査の報告」（以下、前回のカリフォルニア州レジюме）」という。）VII. 1. B), 4ページ) とのことであるが、例えば、どのような危険があるのであろうか。危険が顕在化した事案は、どのような事案であらうか。
- 前回は紹介したが、例えば、外から見ると2階建てに見える物件であり、そう思って競落したが、実際には2階のように見える窓は、ただの絵であったという事案がある。債務者が自分の家の中を散々壊していたという事案もあり、これはしばしばある旨を聞いた。
- 前回のカリフォルニア州レジюмеに「実例多し」と書いてあるのは、今回の海外調査で、わりとよくある話であると聞いたということであらうか。
- そうである。もともと、インタビューをした相手によって、トーンが変わるところがある。例えば、ロースクールで教えている人は、実務を批判的に見ているので、そういう危険性が非常に高い旨を答えていた。他方、銀行の担当者や大手弁護士事務所の弁護士は、そのような危険はなくはないが、それほど重大には考えていない旨を答えていた。
- 前回のワシントンDC、メリーランド州のレジюме（当研究会第13回会議配付資料目録番号2）の5ページの「オークションへの参加者」のところに、「商業用地に関しては、・・・自己競落が大多数となる。同土地に興味を持つ者としても、まずレンダーに自己競落させた方がリスクは小さくなる」旨の記述があり、住宅用地についても、「リスクも小さくないため、ビッドするのは住宅用地であっても専門のブローカーである」旨の記述があるが、ここでいうリスクとは、どういうものであろうか。
- いろいろあると思うが、きちんと物件を見ることができないので、自分

の欲しいものがきちん手に入るかどうか分からないということがあるであろう。権利上の瑕疵の問題も含まれるのではなかろうか。

(後順位のモーゲージが設定されるかどうかについて)

- 後順位のモーゲージが設定されるかについて、インタビューした相手によって、答えにトーンの違いがあったようであるが(第13回議事概要2ページ)、それは、それぞれが想定しているモーゲージが違うからではなかろうか。つまり、Pickett 弁護士は、「債務者が企業の場合」ということであるので、企業が不動産を質草として資金調達をしたか、あるいは、ノンリコーススペースであっても不動産から生じるレント等で返していくプロジェクトファイナンスのようなものを想定し、不動産の担保価値にまだ余裕があれば追加の資金調達に資するというような思想で答えたのではなかろうか。これに対し、OTSの担当者は、住宅ローンを想定して答えたのではなかろうか。
- ニューヨーク州における商業用不動産を対象とした金融についての経験からすると、通常、後順位のモーゲージは付けないという印象を持っている。

(競売価額が低い金額である場合の対策、議論について)

- 前回のカリフォルニア州レジユメの7ページ(XI. 2. D))に、「市場価格レベル(fair value)からはるかに低い金額での入札がしばしばある」との記述があるが、これに対する対策のようなものは議論されているのであろうか。
- これに対する最もラジカルな対策としては、競落価格が市場価格(fair value)から離れていることを理由として競売手続の無効を主張するという方法があるが、判例は、競落価格がかなり低い額であっても競売手続の有効性を認めている。学者肌の弁護士などは、この点に問題がある旨を指摘をしているが、実務家は、よい物件であれば任意に売却され、任意に売却できない物件が非司法競売で売却されるので、競落価格がある程度低くてもやむを得ないという感覚を持っているような気がする。

(銀行の自己競落の制限の有無について)

- アメリカでは抵当権者が自己競落することが多いようであるが、銀行は

全く自由に自己競落をすることができるのであろうか。日本のように、業法的な規制によって自己競落が制限されるということは、アメリカではないのであろうか。

- 銀行が自己競落をすることについて制限を受けるという話はなかった。
- 今回の海外調査で銀行の担当者にインタビューする機会があったが、銀行が自己競落をすること自体には、制限はないようである。
- ニューヨーク州における金融実務の経験でも、銀行が不動産を自己競落することに対する規制はないと思う。ただ、現実的には、銀行本体ではなく、子会社である不動産管理会社が不動産を保有するというのが通常である。もっとも、銀行は、不動産をいつまでも保有し続けてよいというわけではなく、金融検査の時に、検査機関との間で、あと何年以内に売却するなどといった何らかの約束をさせられる。

(先順位担保権の引受けと配当について)

- 前回のカリフォルニア州のレジユメの5ページの「VIII. 売却による権利の帰趨」の「引受けか削除か」のところに、原則として先順位は引受けで後順位は削除である旨の記述があり、6ページの「X. 配当」のところに、配当の順序として、「税金」の次に「先順位の被担保債権」が書かれているが、この両者はどういう関係はどうなっているのであろうか。先順位担保権が引受けになると配当がされないような気もするが、あるいは、配当されるような場合もあり得るのであろうか。
- レジユメの該当箇所は、複数のインタビューの相手から聞いたことを合わせたものである。まず、先順位担保権が引受けであるかどうかであるが、細かな例外はあるものの、基本的には先順位担保権は引受けであるというのは、インタビューをした何人もの人がその旨を話していたので、確かなことである。他方、配当については、税金が最優先で支払われるというのは確かであるが、先順位の被担保債権についての記述は、例外的な場面のことなのかもしれない。

2 我が国の競売制度の改善策についての検討

- (1) 引き続き、〇〇委員から、同委員提案に係る我が国の競売制度の改善策

案（以下「B案」という。）についての説明が行われた。その内容は、目録番号2「抵当権の簡易実行手続に関する私案骨子」（以下「レジュメ①」という。）記載のとおり。なお、レジュメに補足して説明された内容の骨子は次のとおり。

- 後発的な特約は、後順位利害関係人全員の承諾を得て附記登記とする（レジュメ①1（3），1ページ）のは、後発的な特約の登記を主登記で認めると、新たな順位が付けられることになり、非常に相対的な法律関係が生じることになり、複雑になるからである。
- 換価方法（レジュメ①2，1ページ）は、現段階の案としては、仮登記担保のような帰属清算型，すなわち，抵当権者自身による所有権取得をベースに考えており，その手続は，仮登記担保とほぼ同様である。
- 強制力を有する執行官による現況調査を前提とする3点セットに代わるものを用意できない非司法競売では，民法568条の担保責任事例が多発するように思われる（レジュメ①2，1ページ）。特に，日本では，土地と建物とは別個の不動産とする法制を採っていることから，賃借権があるものとして私的実行が行われたにもかかわらず，実際にはその賃借権がなかったなどといった紛争が予想される。したがって，抵当権者自身による所有権取得の形態としたが，必ずしも公開入札に反対するというものではない。
- 先順位抵当権は引受けとすることを基本と据えている（レジュメ①3，1ページ）が，先順位者との関係はいくつか弾力的な処理を考えなければいけないのではないかと考えている。
- 後順位抵当権者は，清算金に物上代位ができ，債権者は清算期間終期に清算金を供託することができ，この時点で遮断効（民事執行法165条）が生じる（レジュメ①4（2），2ページ）。清算期間満了前の供託を認め，その時点で遮断効が生じるとするのは，早すぎると思われる。
- 一般債権者の手続参加は，清算金請求権に対する差押え又は仮差押えをすることによる（レジュメ①5，2ページ）とし，配当要求はできないものとしている。
- 差押えの要否についてであるが，実行手続が開始されたことを何らか

公示する必要がある（レジュメ①7（1），2ページ）と考えている。それは，（平成16年の不動産登記法改正前にあった）予告登記と似たようなものをイメージしている。他方，処分禁止効を持たせることができるかどうか（レジュメ①7（2），2ページ）については，私的実行手続であるので困難ではないかという気もしているが，私的実行手続開始後の目的不動産の所有権移転により清算金請求権者が変動するのは，手続が複雑になることから，処分禁止効的なものが必要になるように思われる。もっとも，手続開始の登記後の処分を否定することができるという強い効力まで認めるのは，行き過ぎのようにも思われる。

- 私的実行手続は，公権力が関与しないことから，強制力を使うことができないので，所有権移転登記手続や後順位抵当権の抹消登記手続は，相手方の任意の協力が必要であると考えている。
 - 換価手続は，仮登記担保に似たものであるが，抵当権の延長として利用されるようになればよいと考えている。
- (2) 引き続き，〇〇委員から，同委員提案に係る我が国の競売制度の改善策案（以下「C案」という。）についての説明が行われた。その内容は，目録番号3「裁判外実行手続特約付き抵当権（仮称）の実行手続に関する素案」（以下「レジュメ②」という。）記載のとおり。なお，レジュメに補足して説明された内容の骨子は次のとおり。
- 本案は，債権者が目的不動産の所有権を取得するというB案と異なっており，第三者が競落することができるという案であり，できるだけ裁判所の手を煩わせないで仕組もうと考えているが，全く裁判所の関与がなくともよいのかは問題であり，現行制度との整合性も考慮して考えたものである。
 - 裁判所による売却基準価額の決定については，一種の非訟事件として位置づけている（レジュメ②3.（4），2ページ）。これと同様の手続については，仮登記担保の実行手続においても必要ではないかという立法提案が，仮登記担保の立案段階のころにされたことがある。なお，この手続の参考となる手続として，非訟事件手続法84条の評価（買戻権の代位行使の鑑定人の選任等）がある。その件数については，はっきり

とした数字は分からないが、平成10年以前の司法統計には、非訟事件手続法80条から84条までの事件の件数がまとめて掲載されているところ、その件数は、年間10件を超えた年もあったが、毎年一桁くらいで推移している。

- 売却（レジユメ②3.（5），3ページ）に関し、公告の方法・内容をどうするかとか、競売の場所をどうするかも問題になると思われる。裁判所が競売のために場所を貸すことの正当性についても問題になると思われる。
 - 買受人は代金を供託しなければならないとしているが、その期限については、現段階では、買受人になることが確定してから2か月以内としている（レジユメ②3.（6），3ページ）。現行の裁判所による競売手続においては、代金納付期限は1か月以内である（民事執行規則56条1項）が、一般人が1か月以内に資金を調達しなければならないとするのは、住宅ローン実態などから考えると容易ではないのではないかと考えられるので、2か月としたらどうかと考えている。
 - 買受人は、代金を実行手続主宰抵当権者に支払うのではなく、供託するものとしている（レジユメ②3.（6），3ページ）。後で、実行手続主宰債権者、債務者・所有者、後順位抵当権者等の利害関係人の間で、清算をめぐる紛争が生じる可能性があるところ、買受人は、代金を供託することにより目的不動産の所有権の移転を受けるとすれば、安全である。後の清算をめぐる紛争は、買受人が巻き込まれることなく、利害関係人の間だけで訴訟等によって解決されることになる。
 - 清算手続については、現段階では、まだ十分に検討できておらず、さしあたり2案を考えている（レジユメ②3.（7），4ページ）。第1案は、仮登記担保と似たものであり、実体法的な規律である。第2案は、裁判所が行っている配当手続を実行手続主宰抵当権者にさせるようなものである。
- (3) 引き続き、質疑応答・意見交換が行われた。その内容の骨子は次のとおり。
- (B案と仮登記担保との違い、B案においても公開オークションを採用すべき

かどうかについて)

- B案は、先買権などの現行制度にないものも若干取り入れているところがあるものの、その大枠については、現行制度のもとでも、抵当権と仮登記担保を併用すれば実現できるのではなかろうか。B案と仮登記担保との違いはどこにあるのであろうか。
- 仮登記担保においては、登記上、担保目的の仮登記であるか否かや被担保債権額がいくらであるかが判明しないが、B案においては、登記上、それらが判明する。この点が、仮登記担保とB案との決定的な違いであろう。もともと、仮登記担保と抵当権とを併用した場合には、上記のような事情も分かるであろうから、B案は、仮登記担保と抵当権を併用した場合と近接しているといえるであろう。
- B案と同様の結果を実現することができる仮登記担保と抵当権の併用は実務上あまり利用されていないが、そのことについてどのように考えるべきであろうか。
- B案は、後順位担保権者の保護の一つとして、先買権を考えているが、換価方法として公開オークションを義務づければ足りるようにも思われるが、基本的に、公開オークションを採用しないとしているのは、なぜであろうか。
- B案は、レジュメ①の2(6)(1ページ)の1つ目の*の箇所にも記載してあるように、公開オークションになじみにくいことから、やむなく、換価方法を抵当権者による所有権取得としているが、それを推奨したいという趣旨ではない。2つ目の*の箇所にも記載してあるように、公開オークションを模索するような制度を仕組むことができるのであれば、その方が好ましいとも考えている。
- アメリカの競売では、司法競売、非司法競売を問わず、裁判所が物件明細書を作成することもなく、また、評価も行わないことが一般的であるのに、担保事件が多発して手続の安定を欠くという報告がない以上は、現況調査や評価の手続がないから手続の安定を欠くので適切ではないと推論するのは適當ではないように思うが、どうであろうか。
- 日本の場合、特に、土地と建物が別個の不動産であるため、土地と建物

とで権利関係が異なるということがあり、土地利用権があると思って建物を取得したものの、実際には土地利用権がなかったなどといった問題がかなり予想されるであろう。このような場合、手続の安定を欠くことになり、結局、誰の徳にもならない可能性があるのではなかろうか。他方、アメリカの場合、土地と建物は1個の不動産であるから、この問題が生じることはないであろう。

(B案における後順位抵当権者の競売申立権について)

- B案は、価格に不服のある後順位抵当権者の対抗手段の一つとして、仮登記担保と同様に、清算期間内の競売申立権を認めることとしているが、そうすると、実行抵当権者は、私的実行手続を開始しても、後順位抵当権者に競売を申し立てられると、目的不動産の所有権を取得することができなくなってしまい、私的実行のうまみがなくなってしまうのではなかろうか。それとも、仮登記担保などの現行制度との整合性を重視すべきであろうか。
- 仮登記担保において、後順位抵当権者の清算期間内の競売申立権に対する批判があるところであり、B案において、不動産の価格に不服のある後順位抵当権者の保護をどのように考えるかは、悩ましいところであろう。
- B案は、破産法における担保権消滅請求(破産法186条以下)と近似しているところであろう。破産法の担保権消滅請求は、破産管財人が裁判所に担保権消滅の許可の申立てを行うことによって始められるが、これに不服のある担保権者は競売を申し立てることができ、これにより、裁判所は担保権消滅の許可をすることができなくなる。しかし、これが無剰余のため取り消されると、破産管財人は再度担保権消滅許可の申立てをすることができる。B案において、後順位抵当権者の競売申立てが無剰余のため取り消された場合、既に開始していた私的実行手続は、どうなるのであろうか。
- 同様の論点は、現行の仮登記担保にもあるものであろう。仮登記担保において、後順位担保権者が競売申立てをしたものの、それが無剰余のため取り消されたとき、既に開始していた私的実行手続は当然に生き返るのか、その場合、清算期間の計算の仕方はどうなるのか、あるいは、私的実

行手続を一からやり直さなければならないのかなどといった論点があるであろう。その辺りについては、仮登記担保法制定時に議論があったのではなかろうか。

(C案における評価、売却基準価額・競売可能価額の制度について)

- C案のように、ある程度裁判所の監督のもとに私的実行手続を行っていくという制度は、大変結構ではないかと思うが、C案では、競売可能価額は売却基準価額の80パーセント以上でなければならないとしているところ、もし、競売可能価額以上の額での入札がなかったときは、どうなるのであろうか。
- その点については、何らかの手当てをする必要があるであろう。
- C案において、競売可能価額を売却基準価額の80パーセント以上でなければならないとしている理由は何であろうか。現行法との整合性を保つべきであるからなのであろうか。
- 現行制度と同様のものとするのが、平仄がとれてよいであろうと考えている。その前提としては、債務者・所有者や後順位抵当権者の保護の必要性がある。
- 裁判所による競売は、必ず3点セットがあるが、C案は、必ずしもそうではないし、場合によっては、全員の合意でもってすれば、売却基準価額を任意に決めることができる。このように裁判所による競売とC案には違いもあるところ、C案において、裁判所による競売と同様に、競売可能価額を売却基準価額の80パーセントとすることを維持すべきであろうか、それとも、70パーセント、60パーセント、50パーセントなどというように、ある程度柔軟性を持たせるべきであろうか。
- その点については、いろいろな考え方があり得るのではなかろうか。
- C案においては、3点セットの代わりとして、評価書に代わるものは一応出てくるが、現況調査報告書に代わるものをどうするかについては、検討しなければならないであろう。
- C案において、評価を行う場合、現行の裁判所による競売における評価と同様に、物件の中にまで入って調査を行うのであろうか。そうであるとすると、目的不動産の占有者に立入りを拒絶された場合、どうなるのであ

ろうか。

- 売却基準価額を定める非訟手続を裁判所の権限とされた場合、評価の前提として目的不動産の状況をきちんと調査すべきであるとするか、それとも、ある程度不明であるとして幅のある評価を行うべきであるとするかなどについて、裁判所の立場から、どう考えるであろうか。
- 理論的には、「検証」とすることもすることができるのではなかろうか。
- 「検証」もあり得るが、訴え提起前の執行官の現況調査（民事訴訟法132条の4第1項4号）もあり得るのではなかろうか。もっとも、後者の場合は、完全な任意ベースになるかもしれない。
- C案は、売却基準価額・競売可能価額による規制の保護の対象には、後順位担保権者も含まれるとしている（レジュメ②1.（3）、1ページ）が、後順位抵当権者は、抵当権を設定する際、登記上、先順位の抵当権に裁判外実行特約があることが分かるのであるから、それほど保護しなければならないのであろうか。
- 売却基準価額・競売可能価額による規制がないと、後順位担保権者は、目的不動産に担保余力があっても、融資がしなくなるのではなかろうか。そういうことも考慮して、売却基準価額・競売可能価額の規制を設けるべきであろうと考えている。
- それは、担保設定者つまり融資を受ける側の利益も考えるということではなかろうか。
- 結局、裁判外実行特約があることにより、不動産の担保余力を十分活用することができなくなり、他の融資がしにくくなるとか、後順位抵当権の設定がしにくくなるということを防ぐのは、債務者・所有者の利益であるとともに、貸す側である後順位抵当権者の利益でもあり、社会経済的な利益でもあるのではなかろうか。
- 現行の裁判所による競売でも、先順位の抵当権が実行されると、売却価格いかんによって後順位抵当権者に配当が回るかどうかは分からないところがあるのであり、この点からも、現行制度との整合性を考えて、売却基準価額・競売可能価額の制度を採るとすることも考えられるであろう。
- 現行制度には、保護しなければいけない人がいるからある制度があるの

に、新しい制度を作ってその保護をなくすのはおかしいという考え方は、突き詰めていくと、現行制度と違うものは一切作ることができないということにもなりかねないのではなかろうか。もちろん、そこまで極端に突き詰めて考えるべきではなく、現行制度が保護しようとしているものをどのような形で保護していくことができるかを考えていく、つまり、現行制度について、本質的なものと付随的なものとを仕分けして、付随的なものについては落としていく、あるいは、代わりになるものを考えていくということになるのではなかろうか。債務者・所有者、後順位担保権者、一般債権者を保護するための仕組みとしては、売却基準価額制度・買受可能価額制度のように一定金額以上でなければ売却することができないという実体的な縛りもあれば、3点セットを作成して公開するとともに、期間入札を行うなどといった手続的な縛りもあるのであり、いろいろな仕組みがあり得るであろう。

- そうすると、C案においては、現行制度の売却基準価額の制度は、コアなもの、本質的なものであると考えたということであろう。
- ニューヨーク州でも、最低売却価額のような制度はなく、それによって弊害があるという報告はなかったようにも思うが、その辺りについては、どのように考えるべきであろうか。
- ニューヨーク州では、非司法競売が使われておらず、弊害がないというよりは、むしろ、権原保険会社が非司法競売を嫌っているという話ばかりであった。他方、マサチューセッツ州では、非司法競売が使われているが、実務の慣行として、評価人による評価が行われている。
- 評価を行うかどうかは別として、一定以下の価格では競売を成立させないという制度が本当によいのであろうか。

(用益権の引受け・消除、情報公開について)

- 用益権の引受け・消除は、担保権と同様に、先順位は引受け、後順位は消除になるのであり、それは、実行抵当権者の抵当権を基準にして決めるということになるのであろうか。
- C案においては、そうである。
- B案においては、基本的にはそうであるが、先順位抵当権の同意等によ

り先順位抵当権も消除されるような制度を採る場合には、これによって消除される先順位抵当権が基準になる。

- C案においては、売却基準価額を定める際、用益権があるかどうか、用益権が引受けになるか消除になるかなどについても調査し、それを何らかの形で買受希望者に分かるように情報公開するのであろうか。
- そうである。

(清算金請求権と被担保債権以外の債権との相殺について)

- 実行抵当権者が債務者に対して抵当権の被担保債権以外の債権も持っている場合、私的実行手続による売却代金を実行抵当権者に渡してしまうと、実行抵当権者が清算金請求権と全債権とを相殺してしまい、被担保債権以外の債権についても優先的に債権回収をすることができることになり、実体法上の優先順位に反する結果になってしまうのではなかろうか。私的実行手続の制度を考える際、この点についても考慮する必要があるであろう。

(差押えの処分禁止効の理論的根拠、私的実行手続において処分禁止効を認めることができるかどうかについて)

- 差押えの処分禁止効が発生する理論的根拠は何であろうか。強制競売においては、差押えの処分禁止効は必要不可欠なものであろうか、担保権実行としての競売においては、必要不可欠なものなのであろうか。非司法競売において、仮に手続が開始されたことに関して何らかの登記をするという制度を設けたとしても、従来の議論からすると処分禁止効は認められないのであろうか、それとも、認められる余地があるのであろうか。
- 旧競売法時代には、動産の担保権実行としての競売については差押えはなかった。担保権実行の競売において、差押えが必要であるかどうかについては、論理必然ではないといえ、そのとおりかもしれない。
- 処分禁止効は、強制執行でいえば、強制執行の対象財産の価値を手続内に留め置くためのものであるという説明がされるので、抵当権その他担保物権のように既に目的物の交換価値が把握されているのであれば、開始決定に伴う処分禁止効を仕組む必要は必ずしもないであろう。もっとも、何か付随的な効果のために必要になるのかもしれないが、いずれにしても本質的なものではないのではなかろうか。

- 処分禁止効は、公権力によって手続が主宰されていることから生じるものであろうか、それとも、実体権から導くことができるものなのであろうか。もし、後者であるとした場合、抵当権に劣後する者に対しては処分禁止効を認めることができるが、優先する者に対しては認めることができないということになるのであろうか。
 - 仮登記担保においては、差押えやそれに伴う処分禁止効に相当するものはないであろう。私的実行手続に処分禁止効を認めようとするには、その理論的説明をする必要があるであろう。
- (争いのある事案は司法競売を利用すればよく、争いのない事案は非司法競売手続を利用すればよいとの考え方、アメリカの統一非司法競売法の序文について)
- 債務者が非協力的であるとか、権利関係に争いがあるような事案については、非司法競売ではなく現行の裁判所による競売を使えばよいのであって、債務者が協力的で争いもない非常にシンプルな事案については、わざわざ裁判所による現況調査などに手間暇をかける必要はなく、素早く換価手続を実現したらよいのではないかという考え方でよく、アメリカの統一非司法競売法の序文にもそのようなことが記載されていたと思う。これに対し、B案とC案は、非司法競売においても極力取引安全を図る制度が必要であるというような設計になっているように思われる。危うそうな事案は司法競売を使い、絶対安全な事案は非司法競売を使えばよいという考え方は、どうであろうか。
 - 危うそうかどうかの判断は、抵当権者と買受人との間で異なってくるのではなかろうか。抵当権者は売却を促進しようとするが、買受人は買ってみたところとんでもないということが起こり得るのではなかろうか。
 - 利害関係人全員が同意しているのであれば、任意売却をすることができ、契約事由の範囲内ですべて私的にすることができるであろう。法律でわざわざ制度を作る以上、関係者の間に認識の違いが生じる場合があるということも想定しなければならないであろう。
 - アメリカの統一非司法競売法の序文に記載されているのは、事実認定や法解釈をめぐる争いとか債務不履行があったかどうかの争いについて、す

べて裁判所で解決する必要はないのではないかという指摘であろう。アメリカの *judicial foreclosure* は、第1段階において、訴えを提起して判決をもらい、第2段階において、裁判所の関与の下で競売を行うというものである。日本の競売手続において、この2段階に相当するものが何であるかを考えると、第2段階については、執行裁判所による競売であり、確かに裁判所の関与があり、しかも、3点セットを作っているが、第1段階については、裁判所による手続は存在しないであろう。その意味では、日本の競売は、「非司法競売」であるといえるであろう。つまり、日本の競売は、担保権の実行について債務名義を必要とはせず、抵当権の登記さえあればよいとしているのであって、非常に安いコストで担保権の実行名義を作ることができる仕組みであろう。アメリカの統一非司法競売法の序文に書いてあることは、まったくそのとおりであり、何も担保権実行名義を作成するために裁判所に行く必要はないのであり、その点については、日本では既に手当てがされているであろう。問題は、第2段階の売却手続に特化して議論すべきではなからうか。

(一般債権者の利益の保護について)

- 一般債権者の利益の保護については、どうなるのであろうか。例えば、抵当権者が1人だけであり、かつ、債務者が破産状態に陥っているような場合、債務者は目的不動産の価格に全く関心がないのであって、価格についての利害関係を持つのは一般債権者であろう。一般債権者の利益の保護も考える必要があるのではなからうか。
- B案においては、悩ましいところであると思う。一般債権者が不動産の価格について争うことができるとするには、物的に参加してこななければならないと考えるが、清算金請求権を差し押さえた場合には、物的に参加しているということで、不動産の価格に対して利害関係があるといってよいのであろうか、それとも、一般債権者は、清算金請求権を差し押さえたとしても、目的不動産はあくまでも債務者の財産であるから、口出しをすることができないと考えるべきなのであろうか。
- 一般債権者が、清算金請求権を差し押えるのではなく、債権者代位権を行使して清算金の支払を請求した場合は、どうなるのであろうか。差押え

の競合があった場合と同様に、実行抵当権者に清算金を供託させた上で、共通のフォーラムを作って分け合うという制度を採用すべきであろうか。

- 債権者代位権の行使が競合した場合と債権の差押えが競合した場合とで、どこがどのように違うのであろうか。
- 債権者ごとにバラバラになるのを防ぐには、債権者代位権の行使を制限し、何か特別なルートで分け合うような仕組みを作っておく必要があるのではなかろうか。早い者勝ちになるのはまずいであろう。
- C案においては、債務者・所有者がなげやりになって売却基準価額について合意をしたが、一般債権者がその金額が低すぎるとして不服がある場合、どうなるのであろうか。
- C案は、売却基準価額、つまり、不動産の価格をいくらとするかについては、債務者・所有者、実行抵当権者、後順位担保権者の合意だけで決めることができるとしているの、その限りでは一般的債権者の利益は排除していることになるであろう。もっとも、公開オークションによって売却されるものであるから、売却金額は著しく低い金額にはならないであろうという期待もあるであろう。
- C案においては、売却基準価額の合意が債権者取消しの対象になることがあり得るであろうか。
- あり得るのではなかろうか。否認の対象にもなり得るのではなかろうか。

3 次回以降の日程

第15回：6月26日（火）

第16回：7月20日（金）

以 上