

## 競売制度研究会（第9回）議事概要

日 時 平成18年11月30日（木）午後6時から午後8時35分まで

場 所 きんざいセミナーハウス2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 イングランドの競売手続の調査報告と質疑応答

(1) 配付資料の確認に続いて，山下委員から，イングランドの競売手続についての調査報告が行われた。その内容は，目録番号2「イングランドの競売手続」（以下「レジュメ」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。

- モーゲージについて，イングランド・ウェールズとスコットランドとは共通する制度を採っている部分があるが，担保法制は様々な法制度が絡んで作られているところ，イギリスではイングランド・ウェールズでのみ適用される法律がいくつかあることから，スコットランドはイングランド・ウェールズとは別であると考えられる。今回の報告はイングランドに絞って行うこととする。
- イングランドにおける担保権の実行は，競売を使う場合もあるが，競売を使わないで売却することができるというところに特徴がある。
- イングランドの不動産担保は，モーゲージが中心である（レジュメ I（1），1ページ）が，チャージなどの別の担保法制も併存している。イングランドには，複雑な担保制度があるものの，単純化してモーゲージの効果を他の担保にも認めていくようである。
- 担保権者に不動産をそのまま取得させる受戻権喪失手続 Foreclosure も廃止されたわけではなく（レジュメ I（2），1ページ），最近でも Foreclosure に関する判例が存在している。Foreclosure については，昔か

- ら非常に複雑な判例法を形成しており、法の重要な部分を占めているものの、あまり使われていないという認識であるようである。
- 受戻権喪失手続 Foreclosure は、不公平な制度ではないかという批判があり、裁判所は、Foreclosure の申立てがあつた場合でも、なるべく法定売却手続 Judicial sale を使つた方がよい、つまり、Foreclosure は、制度の中心ではあるものの、なるべく使わない方がよいと認識しているようである。
  - モーゲージの実行手続としては、裁判外売却制度 Sale out of Court がもっとも頻繁に使われている（レジюме I（2），1 ページ）が、モーゲージの実行の方法についての公式な統計はない旨の文献の記述があり、統計は存在しないと思われる。
  - 裁判外売却制度でも受戻権喪失手続でも、不動産の占有を移転する必要があるが、この占有移転の手続については、一般の占有の移転のための訴え Claim for Possession を用いることになる（レジюме I（3），1 ページ）。この手続は、Civil Procedure Rules の part 55 に規定されている（レジюме V，5 ページ）。
  - 裁判外の売却のためには、一般には、モーゲージ設定時に売却権限についての合意が必要である（レジюме II 1，1 ページ）が、不動産については、Law of Property Act で、モーゲージの権利者には売却権限があることが規定されていることから、モーゲージの権利者は合意がなくても売却権限を持っていることになる。しかし、実務上は、不動産のモーゲージであっても、合意で売却権限を明示しているのが一般的なようである。
  - 売主は債務者の受託者ではないため、信任関係はないのであつて、売却にあたり設定者の利益に配慮する必要はなく、自身の利益に合致するときに売却をすることが可能である（レジюме II 2（1），1 ページ）。もっとも、昔の判例には、担保権者は担保権設定者に対して受託者としての地位を有すると説明するものもある。
  - 売主は、エクイティの義務として、権限を信義則に従つて行使する義務がある（レジюме II 2（1），1 ページ）ことに間違いはなく、その

具体的な内容が適正価格売却義務（レジュメⅡ 2（2），1 ページ）である。この適正価格売却義務は，適切な価格で売却されるよう合理的な注意を払う義務，つまり，そのときのベストプライスを得られるように合理的な注意を払う義務である。

- 裁判外売却制度では，この適正価格売却義務がポイントとなる。
- 適正価格売却義務との関係で，広告や競売の必要性は必ずしもない（レジュメⅡ 2（2），2 ページ）が，広告や競売をすれば，適正価格売却義務を果たしたことの証明が容易になる。
- イングランドの裁判外売却制度では，自己競落が多いアメリカと異なり，担保権者自身の購入が完全に禁止されている（レジュメⅡ 2（3），2 ページ）。その理由としては，売主が同時に買主になることができないという形式的な理由と担保権者自身が購入して転売するのは適正価格売却義務違反の可能性が強いという実質的な理由があるようである。
- 売主である担保権者と購入者との間に利害関係がある場合には，売却が無効になる可能性が高いようである。もっとも，売主と買主が違うことから，売却に関わっていない被用者等への売却は許される（レジュメⅡ 2（3），2 ページ）が，この場合，担保権者は適正価格売却義務違反がないことの立証責任を負うことになる。
- 適正価格売却義務に関しては，専門家のアドバイスを受けるべきであるとの指摘があり，価値評価，売却方法，広告方法，あるいは，競売をする場合に最低売却価額をどのように設定するかなどについて，専門家のアドバイスを受けるのが望ましいとの文献の記述がある。他方，担保権者は専門家のアドバイスを受ければすべて許されるわけではなく，「担保権者は名声ある代理人に売買を任せたとしても，義務違反の責任を免れるわけではない」旨の判例があり，そこでは適正な価格で売却するために十分な注意を払ったかどうかを実質的に判断されているようである。
- 担保権者は，売却の時期を自由に選ぶことができる権限があり，不動産価額が上昇している時期であるからといって，売却を延期する必要はない（レジュメⅡ 2（1），1 ページ）が，早く実行するために私的に

売却する場合、著しく市場価格を下回る価格で売却したときは、適正価格売却義務違反になる旨の判例がある。

- 裁判外売却制度では、適正価格売却義務をどれだけ果たしたかということが非常に重視されており、非常に多くの判例の集積がある。
- 売却手続に入ると、担保権者は受託者となり（レジユメⅡ 2（4），2 ページ），売却剰余金の処理について、担保権設定者の利益を最大限図らなければならないという義務を負うことになる。
- 売却金の処理について、売却にかからない先順位権利からの解放、もしくは先順位権利に見合う金額の裁判所への払込み（レジユメⅡ 2（4），2 ページ）がされることがある。これは、必ずしも先順位の権利を消滅させる必要はないことから、売却によって十分な金額が得られた場合のことではないかと思われる。
- 売却の手続のレシートが免責の効果を持つ。すなわち、権利者は、レシートを発行すると、権利を行使することができなくなる。
- 受戻権喪失手続 **Foreclosure**（レジユメⅢ，2 ページ）は、あまり使われていない。適用される法律は、ほとんど昔から変わっておらず、細部が曖昧であるほか、被担保債権に比べて価値の高い不動産を取得するなどの濫用的な利用がされるのが問題であるとの指摘がある。
- 濫用に対しては、裁判所は強制売却を命令できる（**Law of Property Act 1925 s.91**）（レジユメⅢ 1，2 ページ）。この命令権限は、利害関係人の申立てがあったときに発動するというルールになっており、担保権設定者や後順位権利者などの売却命令を申し立てることができる者が **Foreclosure** の手続に参加していない場合には使うことができない。したがって、これによっても **Foreclosure** の濫用を完全に阻止することはできないので、**Foreclosure** を廃止すべきであると提言している古い文献の記述がある。
- レジユメⅢ 2 の「申立人となる当事者」（3 ページ）は、単に「当事者になることができる者」という意味である。
- 後順位権利者は、「（1）担保に利益を有する者」にも「（2）受け戻しのエクイティに利益を有する者」にもなり得る（レジユメⅢ 2，3 ページ）。

ージ)。前者については、担保権設定者が受戻権を行使して先順位のモーゲージが消滅した後に、後順位権利者が Foreclosure を申し立てることができるからであり、後者については、先順位権利者が Foreclosure を使うと、後順位権利者の権利が消滅することになるので、自己の権利を保全するために受戻権を行使することができるからである。

- レジューメⅢの「4 裁判所による期間の延期」(3 ページ)の記述は、若干ミスリーディングであるため、削除願いたい。なお、Administration of Justice Act の概要は、住居を含む土地のモーゲージに関し、担保権者から占有の申立てがあった場合でも、裁判所は、債務者が被担保債権に係る債務の一部又は全部を支払うことが近いうちに可能であると考えたときは、裁量により、占有取得の時期を遅らせることができるというものである。
- 受戻権喪失手続の申立てがされると、裁判所は、受戻権喪失手続の仮命令(レジューメⅢ 5, 3 ページ)を発する。この仮命令は、債務者に対して受戻しに必要な債務額を特定の日までに支払うように命ずるものであり、その日までに受戻しをしなければ、担保権設定者としての権利を喪失することになる。この仮命令を発するには、債務額の特定が必要になるので、争いがあれば、審理が開かれ、発令までにある程度時間がかかることになる。
- 受戻権喪失手続の仮命令で支払のために認められる期間は、6 か月が普通である。この期間が経過すると、担保権設定者は受戻権を喪失するが、この場合、後順位権利者は、新たに自己の権利を保全するために受戻権を取得する。後順位権利者が多数いる場合には、最後順位の権利者から順に、一人の後順位権利者が受戻権を喪失すると次の後順位権利者が受戻権を取得するということが繰り返されることになり、形式的には後順位権利者ごとに3か月の受戻期間が与えられることになる。そうすると、受戻権喪失手続があまりにも長期間かかることになるため、実務上、受戻期間は、裁判所の裁量で、担保権設定者の6か月と後順位権利者の3か月とされ、この3か月の経過によりすべての後順位権利者の受戻権が一斉に喪失するとされていることが多いようである(レジューメⅡ

5, 3 ページ)。

- 受戻権喪失手続の仮命令で認められた受戻期間が経過すると、受戻権喪失の絶対命令 **order absolute** (レジюме II 7, 4 ページ) が発せられ、これにより受戻権喪失の最終効果が発生する。
- 受戻権喪失手続は、非常に時間がかかる制度のようである。
- 法定売却手続 **Judicial Sale** は、**Foreclosure** の代替として行われるのが通常であるが、担保権者が受託者的地位にいるなどの **Foreclosure** を認めることが適当でないような場合にも行われることがある (レジюме IV 1, 4 ページ)。
- **Law of Property Act** 9 1 条は、裁判所による強制的な売却命令権を認めたものである (レジюме IV 2, 4 ページ)。法定売却手続は、従前からある制度であるところ、従前は、売主の同意がなければすることができなかったが、**Law of Property Act** により、利害関係人の申立てがあり、適当であると認められれば、することができることになった。
- 売却命令権は、裁量によるものであるので、後順位の権利 (先取特権など) を確定せずに売却を命ずることも可能であり (レジюме IV 2, 4 ページ)、例えば、被担保債権の額が不動産の価格を上回り、後順位の権利者には配当が回らない場合には、後順位の権利を確定せずに売却を命ずることができる。
- 占有のための訴え **Claim for Possession** (レジюме V, 5 ページ) については、オンラインで申請することやクレジットカードで費用を支払うこともできるようである。
- 占有のための訴えにおいては、被告は申立ての明細受取り後 14 日以内に異議を申し立てる必要がある (レジюме V 3 (2), 6 ページ) というルールになっている。しかし、被告は、異議申立てをしなくても審理に参加することができ、その場合には費用の面で不利に扱われることがある。
- 占有のための訴えの審理は、通常はカウンティ・コートで行われるが、他の **Foreclosure** などの審理と併合された場合で占有の申立てが付随的なものであるときは、ハイ・コートで行われる (レジюме V 1, 5 ページ)。

ジ)。ハイ・コートでは占有令状 writ of possession が発行され、カウンティ・コートでは占有の令状 warrant of possession が発行される（レジユメ V 6， 7 ページ）。

(2) 引き続き質疑応答が行われた。その骨子は次のとおり。

(手続の全体像， 占有の移転について)

- 裁判外売却制度と受戻権喪失手続の関係はどのようなものであろうか。また， 占有のための訴えの位置づけはどのようなものであろうか。
- 裁判外売却制度と受戻権喪失手続とは別個の手続である。裁判外売却制度においては， 売却により所有権が買受人に移転するとともに受戻権も喪失する。受戻権喪失手続は担保権者が不動産を取得するときに選択される制度であり， この手続によって受戻権が喪失する。
- 裁判外売却制度であれ受戻権喪失手続であれ， 任意に占有が移転されるのであれば何ら問題はないが， 任意に占有が移転されないときは， 占有のための訴えの手続によって処理される。モーゲージの権利者については， もともと， デフォルトがなくても占有権原を持っているので， デフォルト前であっても占有しようと思えば， 担保権設定者が任意に占有を移さないときは， 占有のための訴えの手続を使うことができる。もっとも， 住宅組合 Building Society の約款などにはデフォルトがあった場合に占有が移転する旨が記載されているので， 通常は， デフォルト後に占有を取得することになると思われるが， そのときにも占有のための訴えの手続を使うことができる。
- 裁判外売却制度においては， 担保権者が売却前に担保権設定者から占有移転を受けた上で第三者に売却するのであろうか， それとも， 担保権設定者に占有を残したまま売却し， 買受人が担保権設定者から占有移転を受けるのであろうか。
- おそらく， 適正価格売却義務と関連して， 両方あり得るであろう。担保権設定者の占有を排除した方が高く売れる可能性があるときは， 担保権者は， 担保権設定者の占有を排除しないと適正価格売却義務違反を問われる可能性があるので， 先に占有の移転を受けた上で第三者に売却す

ることになるであろう。他方、占有者がいなくなると不動産の価値が下がるような場合もあるようであり、このような場合には、占有を排除しないで売却するのではなかろうか。

○ 裁判外売却制度とレシーバーとの関係はどのようなものであろうか。昔、ウェールズで担保不動産を処分した経験があるが、その時、まずレシーバーを選定し、そのレシーバーに物件の売却を実施させたという記憶があり、しかも、アメリカと違って、裁判所の関与なしに、債権者がレシーバーを選定することができたという記憶がある。Sale out of Courtも裁判所の関与なしに債権者が当初の合意に基づいて物件を処分するわけであるが、これとレシーバーとはどういう関係にあるのであろうか。

○ Sale out of Courtの中に、レシーバーを選定する場合としない場合があると考えるとよく、適正価格売却義務との関連で、売却するまでの間の占有管理を行わせるためにレシーバーを選任しているようである。なお、担保権者は、占有管理をしているレシーバーに対して適切な指示を行わなかったときは、その責任を負う。また、例えば、占有のための訴えの手続においては事前の通知が必要であるところ、レシーバーがこの通知を適切に行わなかったときは、担保権者がその責任を負う。

(裁判外売却制度における担保権者による購入の禁止について)

○ 裁判外売却制度において、担保権者自身の購入が禁止されている（レジメⅡ 2（3）、2ページ）のは担保権者自身が購入して転売するのは適正価格売却義務違反の可能性が強いというところにその実質的な理由があるとすると、担保権設定者は、安く売られたのであれば、後で合理的な注意義務違反による売買の無効を主張することができるのであるから、担保権者による購入を禁止しなくてもよいのではなかろうか。

○ その点については、売主は同時に買主になることができないという形式的な理由によるのではなかろうか。Judicial Saleにおいても、担保権者が売却を実施することがあるところ、その場合には、裁判所の権限によって売却するものであるから、裁判所の許可を受ければ担保権者も購入者になることができるが、裁判外売却制度においては、主宰しているのは担保権者自身であることから、担保権者による購入が禁止されてい

るようである。

- アメリカの非司法競売とイングランドの裁判外売却制度とを比較すると、アメリカでは、担保権者が自己競売をするのがほとんどであるようであるが、イングランドでは、それが禁止され、なおかつ、適正な価格で売れるという点が異なっている。このような違いがあるのは、イングランドでは、所有者・債務者が物件についての情報を出さなかったりして競売の邪魔をしたりすると、すぐに占有を奪われてしまうからではなかろうか。
- 確かに、モーゲージの権利者は、一応デフォルト前であっても占有することができるという権原があり、占有の移転の手続に関して、占有のための訴えという簡略な手続がある。しかし、通常不動産の売買において、特別法により、売主に情報提供義務が課せられているのと同様に、裁判外売却制度における売却についても、売主であるモーゲージの権利者には情報提供義務が課せられていると考えられる（レジюме II 1, 1 ページ）。もっとも、その義務の程度が同じであるかどうかなどはよく分からない。
- そういう意味では、レジюме II 1（1 ページ）の「買主に対する担保責任」は、瑕疵担保責任のようなものではなかろうか。  
(先順位権利の引受け、先順位権利の調査について)
- 裁判外売却制度においては、先順位の権利は引受けであろうか。当研究会第2回会議のレジюме「イギリスの不動産担保（モーゲージ）について」（以下「第2回会議のレジюме」という。）には、引受主義が採られている旨の記述がある（同レジюме 2. 3. (3), 3 ページなど）一方、本日のレジюме II (4) (2 ページ) には「売却にかからない先順位権利からの解放、もしくは先順位権利に見合う金額の裁判所への払い込み」との記載がある。これと引受主義とはどのような関係にあるのであろうか。
- 引受主義を採っていることは確かであり、先順位の権利は消えないのが原則である。先順位の権利が消えないからこそ、Foreclosure では、後順位の権利者だけが手続に参加するという説明がされている。レジюме

Ⅱ（４）（２ページ）の「売却にかからない先順位権利からの解放、もしくは先順位権利に見合う金額の裁判所への払い込み」との記載は、おそらく十分な価格で売れた場合において、先順位の権利を消したいというときの話ではないかと思われる。なお、その払込みの主体は、担保権者であると思われる。

- 引受主義のもとでは、剰余があれば、先順位の権利を消すために支払うのではなく、債務者に返還すべきものではなかろうか。
- もし、先順位の権利を消すために支払うことが法律に書かれているのであれば、それは消除の手續ではなかろうか。
- 引受主義にしる消除主義にしる、いずれにしても先順位の権利が絡むことから、裁判外売却制度においては、先順位の権利を調査しなくてはならないのではなかろうか。その調査をするとすれば、モーゲージの権利者が行うのであろうか。
- おそらく、モーゲージの権利者が調査することになるのではなかろうか。購入希望者への説明は適切に処理されなければならないという判例があり、例えば、重要な開発計画の許可が出ている場合にはそれについても広告しなければならないという義務を売主であるモーゲージの権利者が負うようであり、先順位の権利関係についても同じように考えられるかもしれない。もっとも、売主であるモーゲージの権利者が先順位の権利関係について調査して広告しなければならないということを書いてある文献の記述は見当たらなかった。
- 一つの不動産に複数のモーゲージが設定されるかどうかについて、実態はどうなっているのであろうか。第２回会議のレジュメ（３．１．（１），３ページ）によると、イギリスでは登記制度の整備が進まなかったようであり、そうすると、一つの不動産に複数のモーゲージが設定されることがあまりないのではないかという印象を受けたが、本日の報告では、後順位の権利者に関することも触れられているので、一つの不動産に複数のモーゲージが設定されることもあるようにも思われる。もし、一つの不動産に複数のモーゲージが設定されるのだとすると、権利関係についての調査のプロセスが重要になるのではなかろうか。

- 実態についてはよく分からない。なお、後順位の権利者というのは、モーゲージの権利者に限らず、賃借権、リーエン（先取特権）のようなものも含まれるようであるので、必ずしも後順位のモーゲージの権利者のことだけを指しているのではないようである。
- 先順位の権利が引受けなのか消除なのかという議論は、モーゲージを想定したものなのであろうか、それとも、リーエンなどを想定したものなのであろうか。アメリカでも、すべてモーゲージを想定したものかという怪しい気がしている。

(売却の方法について)

- 裁判外売却制度においては、売却の方法について、広告や競売の必要性は必ずしもない（レジюмеⅡ 2（2），2ページ）ものの、それらを行うと適正価格売却義務を果たしたことの証明が容易になるとのことであるが、ここでいう「競売」とは、いわゆる「競り売り」のことであらうか。また、裁判所の関与は必要ないのであろうか。
- 「競売」は、一般のオークションのことであり、公的である必要はなく、裁判所の関与は必要ない。方法を特定しているわけではないが、どのような方法をとるかということも含めて専門家の助言を受けながら適切な方法を選択すべきであり、例えば、オークションをする場合には、購入希望者が十分出席することができるような方法を探るべきであって、それが適正価格売却義務の内容になる旨の文献の記述がある。また、オークションについては、特別の法律があり、オークション業者についての業法的なルールが定められているようであるが、裁判外売却制度における「競売」も、オークション業者を使うケースが多いと思われる。
- 売却には十分な時間と、適切な公開、そして公開市場価値の把握がなされるべきであるものの、広告や競売の必要性は必ずしもない（レジюмеⅡ 2（2），2ページ）とのことであるが、どのような情報をどのような方法で公開すればよいのであろうか。また、公開市場価値の把握とは、具体的にはどういうことをすればよいのであろうか。
- 情報の公開についての具体的な例まではよく分からないが、公開市場価値の把握については、専門家の意見を聞く、専門的な評価を受けると

いうことを考えているようである。ただし、担保目的物の性質によって異なると思われる。担保目的物が非常に価値の評価が難しいものである場合は常に専門家の意見を聞かなければならない旨の文献の記述があるが、逆に、評価が容易なものであれば専門家の意見を聞かなくてもよいケースもあるのではなかろうか。

- しなくてもよいことであるから、あまりぎりぎりとした決まりはないのではなかろうか。考え方としては、一方では、専門家の意見を聞くことなく、市場に委ね、売れた価格が適正な価格であるとする考え方が、他方では、価格は専門家の意見によって決めるのであって、市場に委ねないという考え方が、それぞれ両極にあり、この両者についてどの辺りで折合いを付けるのかによって、連続線上に考え方が並んでいるのではなかろうか。また、物件の価値を把握するコストを誰が負担するかについては、専門家が評価するという考え方は、担保権者が負担するということになり、市場に委ねるという考え方は、買いたいという人が自分で調べる、つまり、買受人になろうとする者が負担するということになるのではなかろうか。
- 売却には十分な時間がかけられるべきである（レジュメⅡ 2（2）、2 ページ）とのことであるが、その時間は対象物件によって異なるのであろうか。
- 「十分な」とか「適切な」とかについては、モーゲージによるこの文献の記述があるので、「十分な時間」についても対象物件によって異なるであろう。
- **Sale out of Court** においては、売却の一定期間前までに支払を要求する通知をしなければならないが、その期間については合意により変更が可能である（レジュメⅡ 1、1 ページ）ところ、合意による変更によって、いくらでも短くすることができるのであろうか、それとも、何らかの最低限のしほりがあるのであろうか。
- おそらく、いくらでも短くすることができるのではなかろうか。  
（適正価格売却義務について）
- 「適正価格売却義務」（レジュメⅡ 2（2）、1 ページ）は、第 2 回

会議のレジユメ 2. 2. 2. (2) (2 ページ) の「最高価格売却義務 Duty to obtain best price reasonably obtainable」と同一のものである。

- 第 2 回会議のレジユメ 2. 3. (1) (2 ページ) によると、「売却が不適切になされた場合、債務者は契約前であれば差止め、契約後であれば売買の無効を『悪意の』買主には主張できる。」とされているところ、差止めについては、契約前に売却が不適切にされそうであるということが判明するというのはあまり想定することができないようにも思われるが、どういうケースを念頭に置いたものなのであろうか。また、「契約後であれば売買の無効を『悪意の』買主には主張できる」というのは、逆にいうと、担保権者が適正価格売却義務に違反したとしても、買主が善意であれば、売買の無効を主張することができない結果、所有権を失わざるを得ず、担保権者に対して適正売却価額義務違反に基づく損害賠償請求をすることができるにとどまるのであろうか。

(売却剰余金の処理について)

- 売却剰余金の処理 (レジユメ II 2 (4), 2 ページ) についてであるが、日本的な発想だと、不適切な計算や控除をするなどして剰余金を少なくすることによって本来返すべき剰余金を債務者に返さないという事態が生じることも考えられるが、売却剰余金の処理の適正はどのようにして担保されているのであろうか。それは、あくまでも担保権者が受託者として負う義務にかかっているのものであって、もし義務違反があれば損害賠償による救済を受けるにとどまるのであろうか、それとも、売却自体が無効になることもあるのであろうか。
- 手続上の瑕疵は、基本的には、売却の効力に影響を与えないようである。例えば、事前の通知が必要であったとしても、その通知がされなかったからといって売却が無効になることはないのであり、手続全般についての義務違反によって売却が無効になることはないと思われる。もっとも、適正価格売却義務違反については、売却が無効になることがあり得る。

(受戻権喪失手続、法定売却手続について)

- 担保目的物の価値が債務額を超えている場合などに法定売却手続

Judicial Sale による売却を命ずる（レジュメIV 1， 4 ページ）というのは、受戻権喪失手続 Foreclosure において、担保目的物の大まかな相場が裁判所に知れているのが前提になっているのではなかろうか。それを前提として、裁判所は法定売却手続で売却をする際に最低売却価額を定めるのではなかろうか。

- 担保割れのときは、日本で言えば帰属清算型譲渡担保のような受戻権喪失手続 Foreclosure を行い、担保余剰があるときは、法定売却手続 Judicial Sale を行うというように、受戻権喪失手続と法定売却手続とは大まかな区分があるのではなかろうか。
- Law of Property Act 9 1 条が裁判所の売却命令権を認めており、受戻権者全員に申立権がある（レジュメIV 2， 4 ページ）が、他方、当事者に売却要求権限を与えるのではなく、裁判所の裁量を認める（レジュメIV 3， 4 ページ）とのことであるが、両者の関係はどのようなものであろうか。
- 受戻権者全員に申立権はあるが、裁判所は申立てに従う義務はないようである。条文上は、申立てがないと売却命令権の発動をしないとなっているが、実際には裁判所は命令権をいつでも発動できる旨の文献の記述もある。9 1 条2 項は、要するに、裁判所の売却命令権は、利害関係人の申立てがあったときに発動することになっているが、その申立人以外の当事者が、反対したり、あるいは、自分は手続に出ていなかったの知らないと主張したとしても、裁判所は、そういうことに関係なく発令することができるという趣旨である。
- 法定売却手続 Judicial Sale では、通常は担保権設定者に売却を実施させるが、それは最高価格で売却することに利益がある者であるから（レジュメIV 5， 5 ページ）である。担保割れの場合には、担保権設定者ではなく、後順位担保権者が最高価格で売却することに利益がある者であるから、後順位担保権者に売却をさせることになる。売却の実施者は裁判所の裁量で指定されるものであるが、担保権設定者が売却を実施しないときは、最後順位の担保権者が最高価格で売却することに利益を有することから、最後順位の担保権者を売却の実施者とし、その者が売却を

実施しないときは、後順位から順番に売却の実施者を決めていくというのが望ましいようである。

- ノンリコースローンはない、あるいは、使われていないのであろうか。ノンリコースローンであれば、担保権設定者には最高価格で売却することについてのインセンティブがないので、担保権設定者には売却を実施させないというのが適当なのであろうか。
- 誰が一番強いインセンティブを持っているかというのは、売却してみなければ分からないのではなかろうか。要するに、誰のところまで配当が回るかについては、売却してみなければ分からないはずであり、裁判所が裁量で売却の実施者を決めるにあたっては、だいたいの売却見込価格みたいなものが分からなければ、誰に実施させたらよいのかが分からないであろう。誰が一番強いインセンティブを持っているかという議論はよくするが、一般的にいうと、売却してみなければ分からないのではないか。
- 法定売却手続 **Judicial Sale** の売却方法については、裁判外売却制度 **Sale out of Court** と同じく、競売は要求されていないのであろうか。
- 法定売却手続においても、一般的に競売が義務づけられているわけではない。競売が義務づけられているのは、住居などについての公的なモーゲージの場合である。
- 法定売却手続 **Judicial Sale** で競売を行わない場合は、日本の特別売却と同じように、一定の基準価額以上で最初に手を挙げた人が買受人になるのであろうか。
- 法定売却手続においては最低売却価額が設定される（レジュメIV 5，5 ページ）が、それは裁量である。
- 最低売却価額を設定する際、評価人を選任して評価を行っているのであろうか。
- 裁判外売却制度 **Sale out of Court** では、専門家の意見を聞くことが重要なようであるが、受戻権喪失手続、法定売却手続でも、裁判所がそういう専門家の意見を参照すればよいのではなかろうか。
- 担保権を設定する時には銀行が担保目的物を評価するのであり、銀行

にも相当な専門性があるが、仮に、売却の際にあえて第三者に評価をさせる必要があるならば、客観性、第三者性が必要とされているのではなかろうか。

- 第三者による評価を受けなければならない義務はないようである。
- 裁判外売却制度 **Sale out of Court** においては、モーゲージの権利者がオウンスで売るので、最終的にはモーゲージの権利者に全部責任を負わせればよいという仕組みになっているが、法定売却手続 **Judicial Sale** においては、国が責任を負うというわけにはいかないのが、適正な売却を担保するものが必要になるのではなかろうか。
- 最低売却価額を決定する際、基本的には、担保権者の同意を取るべきであり、同意が取れないときは、債務額を基準として設定すべきであるとの文献の記述があったので、最低売却価額の設定により担保権者が損をしないように配慮されているのではなかろうか。
- 最低売却価額がそのようにして決められるのであれば、担保権者は損をすることはないであろうが、被担保債権が担保目的物の価値に比べて非常に小さい場合には、担保権設定者の利益が害されることにならないであろうか。そもそも、イングランドでは、最低売却価額の機能は、担保権設定者を保護するというより、むしろ担保権者を保護することにあるのであろうか。
- 法定売却手続 **Judicial Sale** については、**Law of Property Act 91** 条によって裁判所に強制売却権が与えられるまでは、担保権者の同意がなければ発動することができなかつたようであるので、**Judicial Sale** 自体が担保権者を保護するものとして始まっているようである。
- 最低売却価額を設定した場合、売れないということもあるのではなかろうか。

(制度全体について)

- アメリカでは、比喩的に言えば、裁判所のどこかに集まってこそこそとやっているだけであるのに、競り売りをしたということによって受戻権を喪失させることを正当化しているというような印象を受けたが、イギリスでは、売却が適正に行われることを手続的に担保する仕組みがあ

ってもよさそうなのに、売却の方法という点では、競り売りということにこだわっていないようなので、全く違うという印象を受けた。

- イングランドでは、裁判外売却制度 **Sale out of Court** であろうが、法定売却手続 **Judicial Sale** であろうが、売却を実施する者に高い義務を負わせ、義務違反があれば、後からその責任を問うという仕組みのようである。
- そういう仕組みであると、当然、後で争われることが多くなりそうな感じがするが、それで判例が多いのであろうか。

## 2 非司法競売の経済分析－米国での利用実態と日本での導入提案－についての説明と意見交換

〇〇委員から、目録番号3「非司法競売の経済分析－米国での利用実態と日本での導入提案－」に基づいて、その内容について説明が行われ、引き続き、この提案及び今後の調査検討の在り方についての意見交換が行われた。その骨子は次のとおり。

- 提案は、売却価格の適正については、後で不足額請求の減額を主張することができるということと売却を公開オークションで行うということとで担保されるということであるが、このような制度と現行の日本の競売制度とで、全体としてどちらがより効率的な制度であるかという観点で考えていけばよいという示唆ではなかろうか。
- 実態については、今後の海外調査において、どの程度調査すればよいのであろうか。
- 海外調査で一番重要なことは、非司法競売という簡便な手続によって弊害が生じているかどうかを調べることではなかろうか。もし、特に弊害が生じていないのであれば、非司法競売はよい制度であるといつてよいのではなかろうか。制度の導入・運用に政府のお金がほとんどかからないのであれば、仮に年間わずか1件しか利用されないとしても、その制度の導入によって確実に社会的有効性が高まったといえるであろう。要は、制度の瑕疵による弊害があるかないか、ないとすればどういう制度によって担保されているのかということさえ明らかにすればよいのではなかろうか。

- 弊害がないことは、どうすれば立証することができるのであろうか。
- 弊害があれば、何か報告があるはずであるという前提でよいのではなかろうか。
- 弊害についてであるが、イングランドでは、適正価格売却義務違反を推認させる事情の一つとして、自分に近い人が購入してすぐ転売したということが挙げられるが、それは、すぐに転売をしたというのは、他に買い手がいたはずであり、高い価格で売っていないのではないかと考えられるからである。アメリカでは、自己競落が多いようであるが、その点をどのようにしてクリアーしているのであろうか。
- アメリカにおいて、自己競落して転売してもよいのは、それはそれで悪くないのではないかという考え方があるからではなかろうか。つまり、転売されたくなければ、みんな競売に参加すればよいのである。逆に、多少のリスクのリターンとして価格の上乗せがあったとしても、誰かがリスクを取って引き受けたものを買った方が安全でよいという人もいるのである。M&Aで、ファンドがリスクを取って会社を買取り、割と短い時間で会社の価値を高めて売ることがよくあるが、ファンド経由であればその会社を買うが、最初の段階でリスクを取って買うことはしたくないという人はたくさんいるのである。それを事後的に見て、短期間で転売して売り抜けるのはけしからんという人も多いが、それならば、自分がリスクを取って買えばよいのである。アメリカにはそういう発想があるのではなかろうか。
- 実態については、非司法競売の対象となる物件がどのようなタイプのものであるのか、すなわち、事業用の物件に限られているのか、居住用物件も広く含まれているのかについて調査いただけるとありがたい。弊害のないことの立証は非常に難しいものであるから、見方を変えて、非司法競売が機能している領域の普遍性、広がりについて調査されてはいかがであらうか。
- 引受主義か消除主義かという議論があったが、その点は立法を考える際の前提として確認しておかなければならないであろう。
- 適正な売却であったかどうかについて裁判例がたくさん出ていますとすれ

ば、裁判をするのに多大なコストがかかっているという評価もあり得ると思われる。アメリカで事後の争いが皆無といえるのならばよいと思うが、どうであろうか。

- 前回も申し上げたとおり、日本には到底導入不可能と思われるものについてはなるべく省き、導入可能なものについて集中的に調査するのがよいのではなかろうか。その際、今回の提案を参考にするとよいのではなかろうか。
- 日本ではおよそ導入不可能なものというのは、具体的にはどのようなものがあるのでしょうか。
- 例えば、日本では登記制度がしっかりしているが、アメリカには権原保険のように登記制度がしっかりしていないことを前提としているものがある。権原保険は、導入不可能というか、導入不要というべきものではなかろうか。
- 海外調査において、社会実態をどこまで調査すべきか、弊害の有無をどこまで解明すべきかについては、一般論としては、その範囲を示すことは困難であろう。そういった点にも配慮して、分かる範囲で調査するということがよいのではなかろうか。
- 統一非司法競売法についても、調査・検討すべきではなかろうか。

### 3 次回以降の日程と進行予定

第10回：1月11日（木）

山本座長報告

調査対象地域：フランス

第11回：2月13日（火）

越山委員報告

調査対象地域：ドイツ

以 上