

担保法制の見直しに向けた検討(5)

第1 新たな規定に係る担保権の実行方法

5 1 新たな規定に係る担保権の各種の実行方法

新たな規定に係る担保権の実行は、次に掲げる方法であって担保権者が選択したのものにより行うものとしてはどうか。

- ① 担保権者に被担保債権の弁済として目的物を帰属させる方式（帰属清算方式）
- ② 担保権者が目的物を処分し、その代金を被担保債権の弁済に充てる方式（処分清算方式）
- ③ 民事執行法の規定に基づく競売

(説明)

1 現行法の動産譲渡担保については、実行方法として、譲渡担保権者が被担保債権の弁済として目的物を自己に帰属させる方法（帰属清算方式）又は譲渡担保権者が目的物を処分してその代金を被担保債権の弁済に充てる方式（処分清算方式）による私的実行が認められている。他方で、民事執行法第190条に基づく競売の方法による実行が可能か否かは、明確でない。

2 動産を目的とする担保について新たな規定を設けるに当たっても、私的実行は簡易な手続で迅速に担保権を実行できるというメリットがあることから、これを実行方法として認めるのが適切であると考えられる。

裁判所による競売手続の利用を認めることについては、担保目的物の売却処分に裁判所の手続が介在することでその売却価格の適正さが一定程度担保され、担保権実行後の清算金に関する争いが生じるリスクを回避することができるという利点があるほか、設定者の協力が得られない場合等に備えた最終手段として裁判所による競売手続を準備しておく点に意義があると考えられる。

本文は、担保権の実行方法として、現行法の動産譲渡担保権と同様に帰属清算方式と処分清算方式による私的実行を認めるとともに、裁判所の競売手続を利用することができることとし、担保権者がそのいずれの方法によるかを選択できることを提案している。

3 担保権者が私的実行及び裁判所の競売手続のいずれを利用することもできるという実質を実現するためにどのような規定を設けるかについては、担保目的取引規律型と担保物権創設型のいずれを採用するかに応じてそれぞれ検討する必要がある。

担保目的取引規律型を採用する場合には、担保目的を達成するために必要な範囲であるが、所有権が債権者に移転しているため、これに基づく権能として私的実行をすることができるとの説明が成り立ち得る。

これに対し、担保物権創設型を採用することとした場合には、新たに設けられる担保物権に基づく担保権の内容として私的実行の権能が含まれる（したがって、その担保物権の

設定契約がされれば、担保権者はそのほかに特段の要件なく私的実行をすることができる)ものとするとも考えられるが、現行民法上の物を目的とする約定担保物権である質権及び抵当権の実行方法として私的実行が認められているわけではないこと¹を考慮すると、新しく設けられる担保権の内容に当然に私的実行の権能が含まれるとすることは、他の担保

5 権との整合性を欠くように思われる。担保権者による私的実行を実質的に実現するための他の方法としては、担保権者と設定者が、担保権者に弁済として目的物の所有権を取得させるなど、法律に定める方法によらないで目的物を処分させることを合意した場合には、その合意の効果として、私的実行の権能をその担保物権の内容とすることができるものとする

10 ことができる。このような方法は、質権に関する規律（質権者は当然に質権を私的に実行することができるわけではないが、流質契約が有効とされる場合（商法第 515 条参照）、その合意があるときは、裁判所における手続を経ずに質権を実現することができる）とも整合的であるように思われるが、どのように考えるか。

4 現行法において、最判平成 6 年 2 月 22 日民集 48 卷 2 号 414 頁は、「譲渡担保契約において、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は、右譲渡担保契約がいわゆる

15 帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分する権能を取得する」と判示しており、譲渡担保権者が帰属清算方式と処分清算方式を選択することができる旨を判示したものと理解されている²。学説においても、帰属清算方式では担保権者が差額の現金を用意しなければならなくなり、負担であるなどの理由で、上記の判例の考え方を支持する見解³が有力に主張されている。

20 これに対し、清算金の支払と引換えでなければ担保権者は目的物の引渡しを請求することができないことを前提とすれば、動産譲渡担保において処分清算方式の実行が選択されることは多くなく、選択される場合であってもその処分価格は市場価格に比較してかなり低廉になると考えられることなどから、動産譲渡担保権の実行は帰属清算方式を原則とすべきであり、処分清算方式による場合には特約を要するとの見解⁴もみられる。しかし、判

25 例を支持する学説が指摘するように、帰属清算方式を原則とすると清算金が高額となる場合には実行することが困難になる上、処分清算方式においては市場価格が反映されて担保の目的物が有する現実の価値が明確になるという利点もあるほか、帰属清算方式を原則とすると、清算金が生じる場合には担保権者はいったん清算金を支払ってその目的物を自己に帰属させた上で第三者に譲渡せざるを得ず、時間的経過によるその処分価額の低下のり

¹ 農業動産抵当、航空機抵当、自動車抵当等においても、担保物権の内容として私的実行が認められているわけではない。

² 道垣内弘人『担保物権法〔第 4 版〕』（有斐閣、2017。以下「道垣内・担保物権法」で引用）327 頁、松岡久和『担保物権法』（日本評論社、2017。以下「松岡・担保物権法」で引用）328 頁、安永正昭『講義物権・担保物権法〔第 2 版〕』（有斐閣、2014。以下「安永・講義」で引用）419 頁

³ 道垣内・担保物権法 327 頁、松岡・担保物権法 328 頁、安永・講義 419 頁

⁴ 生熊長幸「動産譲渡担保法立法私案(1)」立命館法学 383 号 219 頁、生熊長幸『担保物権法』（三省堂、2013）311 頁、柚木馨＝高木多喜男編「新版注釈民法(9)物権(4)〔改訂版〕」696 頁〔福地俊雄＝占部洋之〕。なお、「動産債権担保権の実行、法的倒産手続における取扱い、及び所有権留保との関係」別冊 NBL178 号 302 頁〔田高発言〕は、処分清算方式による実行において設定者に留置権を認めないことを前提として、帰属清算方式による実行を原則とし、処分清算方式による場合には特約を要するものとするべきとする。

スクを担保権者が負担しなければならなくなる。これは妥当でないと考えられるので、本文では、担保権者が帰属清算方式と処分清算方式のいずれによって私的実行をするかを選択することができるものとしている。

5 この（説明）の上記1及び2は、現行法上の動産譲渡担保に対応するものとして設ける担保権について設けるべき規定の内容について検討したものであるが、現行法の動産所有権留保に対応するものとして設ける担保権の実行について、どのような内容の規定を設けるべきかは別途問題となる。この点については、所有権留保について担保目的取引規律型を採用するか、担保物権創設型を採用するかという観点からの検討も必要になるが、追って検討する。

10

2 新たな規定に係る担保権の私的実行における担保権者の処分権限

新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行として目的物の所有権を自己に帰属させ、又は第三者に処分するための手続については、次のような考え方があるが、どのように考えるか。

15

【案 6.1.2.1】

(1) 新たな規定に係る担保権の担保権者が前記1の①又は②による私的実行をしようとするときは、被担保債権について不履行があった日以後に、設定者に対し、担保権の私的実行をする旨及び被担保債権の額を通知しなければならないものとする。

20

(2) (1)の通知が設定者に到達した時から1週間が経過したときは、担保権者は、後記3に従って目的物を自己に帰属させ、又は後記4に従って第三者に対して目的物を譲渡することができるものとする。

【案 6.1.2.2】

被担保債権について不履行があったときは、担保権者は、後記3に従って目的物を自己に帰属させ、又は後記4に従って第三者に対して目的物を譲渡することができるものとする。

25

(説明)

1

本項は、新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行として目的物の所有権を確定的に自己に帰属させ、又は第三者に処分する権限の発生に関するものであり、実行開始の通知及びその到達から一定期間の経過を要するとする【案 6.1.2.1】と、債務者の債務不履行により直ちに担保権者は目的物の処分権限を取得するとする案【6.1.2.2】の2案を提示するものである。

30

現行法の不動産譲渡担保について、最判昭和57年1月22日民集36巻1号92頁は、「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が債務の履行を遅滞したときは、債権者は目的不動産を処分する権能を取得し、この権能に基づいて、当該不動産を適正に評価された価額で自己の所有に帰せしめること（中略）ができる」とする。また、前記1の（説明）4で引用した最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁は、「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は、右譲渡担保契約がいわゆる帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処

35

分する権能を取得する」と判示している。このような判例法理を踏襲するのであれば、被担保債権の債務不履行があった場合には、新たな規定に係る担保権の担保権者は、目的物を直ちに自己に確定的に帰属させ、又は第三者に処分する権限を取得するものとするのが考えられる。

5 2(1) しかし、これによれば、清算金が生じない場合や処分清算方式の実行手続がされる場合には、設定者の知らないうちに実行手続が進行してしまうことがあり得ることになり、被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させる機会や、倒産手続において担保権
10 実行手続中止命令等を申し立てる機会が十分に確保できないおそれがある。目的物の所有権を確定的に失うことは設定者の事業等に大きな影響を与えることもあり、特にこれが事業に不可欠の物であるときはその後の事業継続が事実上不可能になる場合もあることからすると、担保権者が私的実行に着手することを設定者に認識させ、その完了まで
15 に被担保債権を弁済して目的物の所有権を回復する機会などを確保することが望ましいとも考えられる。現行法の譲渡担保に関する学説にも、設定者が被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させる機会を保障するため、担保権者は設定者に処分清算を行う旨を事前に通知すべきであるとするものがある⁵。

猶予期間を設けると、この期間中に設定者による毀損や隠匿等が生ずるおそれがある。しかし、後記第2の2の実行完了前の保全処分の制度が設けられ、かつ、実行開始通知と同時にそのような保全処分を行うことが可能な制度設計とすることを前提とすれば、このようなおそれも回避することができると思われる。

20 【案6.1.2.1】は、以上のような考えから、私的実行をする場合にはその旨の通知（以下「実行開始通知」という。）をする必要があることとし、その通知の到達から一定期間が経過してから、目的物を確定的に自分に帰属させる意思表示や第三者への処分をすることができるとするものとなっている。

25 (2) 新たな規定に係る担保権の私的実行において、設定者が被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させるための期間を確保する場合、仮登記担保法と同様の規律を設けることも考えられる。すなわち、処分権限の発生までに猶予期間を設けるのではなく、目的物を確定的に自分に帰属させる意思表示（併せて、清算金の有無及び額などの通知）
30 があった後一定期間はその効果が生じないとする方法である（仮登記担保法第11条ただし書）。しかし、清算金請求権への物上代位という方法で後順位者の権利を確保するという仮登記担保法の枠組みにおいては、清算金見積額と実際の清算金額の関係、後順位者の異議権行使としての実行権限など、細かな規律を置く必要があるために規律が詳細かつ複雑なものとなる
35 ところ、新たな規定に係る担保権の実行について、そのような複雑な枠組みを採る必要性はないと思われる。また、実行方法を帰属清算方式に一本化するのが妥当と思われないことも、既に述べたとおりである（前記1の（説明）4）。そこで、実行開始通知の段階では、帰属清算方式と処分清算方式を区別せず、私的実行をする旨（帰属清算方式であるか処分清算方式であるかを特定することを要しない）及び被担保債権額を通知するにとどめ、いずれの方式によって実行したか、清算金の有無や額については事後的に通知すれば足りるという枠組みを提案することとした。

⁵ 松岡・担保物権法 329 頁

被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させるための猶予期間を確保するとともに、動産の中には短時間で価値が大きく低下するものもあるため、できるだけ早く実行を着手するという担保権者の利益にも配慮する必要がある。このような観点から、猶予期間としてあまり長い期間を設けるべきではない。

5 以上から、【案 6.1.2.1】は、私的実行をするためには、実行開始通知としてその旨及び被担保債権額の通知をしなければならないこととし、実行開始通知の到達から1週間が経過することにより、担保権者は自己に目的物を確定的に帰属させる権限、及び第三者に処分する権限を取得することとした。実行開始通知において被担保債権額のみを通知させることとしたのは、この時点では評価額が定まっておらず、また、受戻しのため
10 の猶予期間を実効的に確保するために重要なのは、そのために弁済しなければならない債務の額であると考えられるからである。

(3) 目的物が集合動産である場合には、この実行開始通知に実行の対象となる目的物を確定する効果を生じさせるか否かという問題も生じるが、集合動産について扱う際に改めて検討する。

15 3 【案 6.1.2.1】については、次のような問題を指摘することができる。すなわち、猶予期間を設けた場合にはその期間中に設定者による毀損や隠匿が懸念されるほか、動産の価値は短期間で下落する場合もあるため、猶予期間を設けることによって適切なタイミングでの実行をすることが困難になり、ひいては債務者にとって不利益となる可能性もある（このような懸念に対応するための保全処分を設けるかどうかについて、議論がある。後記第
20 2、2参照）。債務者が弁済期に債務を履行していない以上、担保権者に目的物の価値の下落等のリスクを負わせてまで、債務者の弁済のための猶予期間を設けることが正当化できるかについては疑問も提起され得る。また、現行法下での実務では、実行前に担保権者と設定者間で弁済猶予等に関する交渉がされていることが通例であり、実行に至るのは交渉を経て協議がまとまらないというケースが多いところ、その段階に至って更に債務者に
25 猶予を与える必要は乏しいとの指摘があり得るほか、猶予期間を設けたとしても、実務上、担保権者による実行開始通知が早められるという結果をもたらすに過ぎないとも考えられる。

【案 6.1.2.1】のように実行開始通知からの猶予期間を設けることが相当か否かは、後記第2、2の実行完了前の保全処分の制度設計（その要件をどの程度厳格なものであるか、
30 手続的な要件としてどのような要件を設けるかなど）や、この実行完了前の保全処分がされたときの法律関係（設定者が有する目的物の使用収益権原が失われるかどうかなど）とも関連するものであるため、これらの点も併せて検討する必要がある。

4 【案 6.1.2.2】は、【案 6.1.2.1】についての以上のような問題点に加え、現行法の譲渡担保に関する前記昭和 57 年最判及び平成 6 年最判は債務不履行があれば直ちに処分権能を
35 取得することとし、設定者に対する事前の通知を要することとはしていないことを踏まえて、受戻し等のための猶予期間を設けないこととする案である。【案 6.1.2.2】による場合は、被担保債権について債務不履行があったときには、何らの通知を要せず、担保権者は直ちに目的物の所有権を確定的に自分に帰属させ、又は第三者に処分する権限を得ることになる。なお、被担保債権額は、処分権限を取得した後の通知（後記 3 及び 4 参照）にお

いて、清算金額算定の根拠の内容を構成するものとして通知されることになる。

5 なお、設定者について倒産手続が開始された場合に、担保権の実行に対抗して設定者が
目的物を確保するための機会を確保する必要があるという観点からは、担保権実行手続の
禁止命令の制度を導入するなどの手当てをすることも考えられる。もっとも、担保権実行
5 手続禁止命令の制度を導入したとしても、担保権者が交渉等を経ず、設定者の知らない間
に直ちに実行に着手したような場合には、設定者の申立ての機会が確保されているとはい
い難いが、債務不履行によって担保権が実行される可能性があることは認識しており、か
つ、必要であれば担保権実行手続禁止命令という手段を事前に行使することができる設定
者に対して、実行する旨の通知を受ける機会と猶予期間を設ける必要性は高くないとの考
10 え方もあり得る。

3 帰属清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等

帰属清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等については、次のとおりとす
ることが考えられるが、どのように考えるか。

15 (1) 担保権者が帰属清算方式による私的実行をしようとするときは、担保権者は、設定者
に対し、その旨、被担保債権の額並びに担保権者が誠実に評価した目的物の価額及び算
定根拠を通知しなければならないものとする。

20 (2) 担保権者は、(1)の通知（担保権者が誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超
えるときにあっては、これに加えてその超える額に相当する金銭（以下「暫定的な清算
金」という。）の支払。以下「帰属清算の通知等」という。）をするのと引換えに、設定
者に対して目的物の引渡しを請求することができる。

(3) 担保権者が帰属清算の通知等をしたときは、設定者は、その後に被担保債権に係る債
務を弁済して担保権を消滅させることができないものとする。

25 (4) 担保権者が帰属清算の通知等をしたときは、被担保債権は、その時における目的物の
客観的な価額の範囲で消滅する。

(5) 担保権者が帰属清算の通知等をした時における目的物の客観的な価額が被担保債権額
を超えるときは、担保権者は、設定者に対し、その超える額に相当する金銭（以下「最
30 最終的な清算金」という。）を支払う義務を負うものとする。

(説明)

1 本項は、新たな規定に係る担保権の実行を帰属清算方式によって行おうとする場合の手
続等に関するものである。

2 本文(1)は、新たな規定に係る担保権者が帰属清算方式による実行を選択した場合におけ
る手続として、実行のために必要な通知の内容について定めるものである。

35 判例は、現行法の譲渡担保について帰属清算方式の実行方法が採られたときは、担保権
者が債務者に対し目的物を確定的に自己の所有に帰属させる旨の意思表示をしても、清算
金の支払若しくはその提供又は目的物の適正評価額が債務の額を上回らない旨の通知をす
るまでは、債務者は被担保債権に係る債務を弁済して譲渡担保権を消滅させることができ
るとしている（最判昭和 62 年 2 月 12 日民集 41 卷 1 号 67 頁）。目的物を自己の所有に帰

属させる意思表示に加えて清算金の支払等がされた場合には、債務者は被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができず、目的物の適正評価額の限度で被担保債権は消滅し、実行手続は終了すると考えられる。本文(1)は、担保権の帰属清算方式の実行手続について、基本的にこの判例法理において採用された手続を踏襲するものである。なお、上記昭和 62 年最判は目的物を自己の所有に帰属させる旨の意思表示を債務者に対してすることとしているが、物上保証人が動産を譲渡担保に供している場合も考えられ、物上保証人の所有物の帰属に関する意思表示は物上保証人に対してすべきであるから、この意思表示は「設定者」に対してすることを提案している⁶。

本文(1)は、帰属清算方式の実行においては、担保権者は、設定者に対し、①帰属清算方式によって実行する旨、②被担保債権の額、③目的物を誠実に評価した価額（以下「誠実評価額」という。）を通知しなければならないとすることを提案している。この誠実評価額は、目的物の客観的な価額とは異なるものであり、担保権者が実行の時点で得られる資料を基に、帰属清算の通知等がされた時点における目的物の価額として合理的に算出された金額であって、その後の実行手続において、目的物の引渡しと引換えに担保権者が支払うべき金額を算出するためなどに用いられる。正確に客観的な目的物の価額を算出するには一定の時間を要し、その目的物の客観的な価額がいくらかについて争いが生じることもあり得るところ、その間に目的物の価格が下落する可能性もあるから、正確な評価額と異なる可能性があるとしても、その時点で一応得られる評価額を基に手続を進行させることとして、実行手続を進めるための担保権者の目的物の価額の評価に関する負担を軽減しようとするものである。誠実に評価したといえるためにどの程度の調査が必要かは、担保権者が、善良な管理者としての注意に基づいて評価したか否かの問題であり、事案ごとに判断するほかないが、目的物の性質や実行の緊急性がどの程度あるかなどが考慮されると考えられる。

誠実評価額の算定根拠の通知を提案しているのは、通知された誠実評価額が誠実に評価されたことを示し、場合によってはその金額を争うための機会を設定者に与えるためである。また、被担保債権額の通知を提案しているのは、この目的物の誠実評価額と比較することにより、本文(2)の暫定的な清算金として支払われるべき金銭の有無を知ることができるようにするためである。

3 本文(2)は、帰属清算の通知等と設定者による目的物の引渡しと同時に履行の関係にあることを示すものである。現行法の不動産譲渡担保権について、判例は、特段の事情のある場合を除き、清算金の支払と担保権者による担保目的物の引渡しは引換給付の関係に立つとして同時履行の抗弁権が認められるとする（最判昭和 46 年 3 月 25 日民集 25 卷 2 号 208 頁）。本文(2)は、基本的には、このような現行法の譲渡担保に関する規律を維持しようとするものである。ただし、現行法の譲渡担保の実行においては、客観的に相当な目的物の価額を前提に算出された清算金の支払と目的物の引渡しと同時に履行関係に立つのに対し、本文(2)においては、誠実評価額を前提に算出された暫定的な清算金の支払と目的物の引渡しと同時に履行関係に立つことになる。

⁶ 仮登記担保法第 2 条第 1 項は、「契約の相手方である債務者又は第三者」に対して通知をすることとしている。

誠実評価額を基準とするという考え方は、目的物の価額の評価に関する担保権者の負担を軽減するものであるが、どのような額であっても通知をすればそれだけで手続が進行するというわけではなく、それが実際に誠実な評価によって算出されたものであるかどうかについて、設定者は争い得る。誠実に評価した場合に暫定的な清算金が生ずるかどうかの立証責任については、これを担保権者に負担させる考え方と、設定者に負担させる考え方があり得る。担保権者に負担させるとすれば、担保権者が目的物の引渡しを求めるに当たっては、目的物を誠実に評価したこと、その金額等を通知したことを主張立証する必要があり、設定者は「誠実に評価したこと」を否認したり、これを前提とする暫定的な清算金が支払われるまで引渡しを拒絶する旨の権利主張をしたりすることができることになる。設定者に負担させるとすれば、担保権者は、一定の額を誠実評価額として通知したことなどを主張すれば引渡しを求めることができ、これに対して、暫定的な清算金が支払われるまでは引渡しを拒絶する旨の権利主張を設定者がするためには、誠実に評価すれば目的物の価額が●●円を下らないことの主張立証が必要になると考えられる。この点についてどのように考えるか。

4 本文(3)は、帰属清算の通知等がされたときは、その後、設定者は被担保債権に係る債務を弁済することによって担保権を消滅させることができなくなり、これによって目的物の所有権が確定的に担保権者に帰属することになることを示したものである。現行法における譲渡担保について、前記昭和 62 年最判は、帰属清算方式による実行においては、譲渡担保権者が清算金の支払若しくはその提供又は清算金がない旨の通知をした時点において、債務者の債務を弁済して担保権を消滅させる権限は終局的に失われる旨を判示している。本文(3)は、これを新たな規定に係る担保権についても妥当するものとして踏襲したものであり、債務者がいつまでであれば被担保債権に係る債務を弁済して所有権を自己に帰属させることができるかを示したものである。

本文(3)では、設定者留保権を消滅させる手続としての通知等の効力の基準となる評価額を誠実評価額とし、担保権者が帰属清算方式による実行をするために設定者に支払うべき金銭として、目的物の客観的な価額と被担保債権額の差額に相当する金銭である清算金⁷ではなく、誠実評価額と被担保債権額の差額に相当する金銭(暫定的な清算金)としている。担保権者への所有権の確定的帰属という効果が生ずる基準を客観的な目的物の価額ではなく誠実評価額としたのは、この(説明)の上記 3 記載のとおりであり、客観的な目的物の価額を正確に評価しようとするればそのための時間を要するし、その価額の評価をめぐって

⁷ 仮登記担保法第 3 条第 1 項に規定する「清算金」は、目的物の客観的な価額と被担保債権額の差額であると解されている(法務省民事局参事官室「仮登記担保法と実務」(金融財政事情研究会、1979) 27 頁)。他方で、現行法上の譲渡担保権における清算金の算定基準である目的物の価額について、「帰属清算の場合の評価額も、おおよその時価額の範囲内であれば足り、多額の費用と時間を要する不動産鑑定士等による厳密な鑑定評価によることは必ずしも不可欠でない。」(松岡・担保物権法 330 頁)とするなど、幅のあるものとして理解する見解もみられる。もっとも、帰属清算方式による実行の際には、被担保債権が目的物の価額の範囲で消滅するという効果も発生するため、目的物の価額を幅のあるものとして理解すると、被担保債権の残額が不明確となるという問題が生じるとも考えられる。したがって、本資料では、帰属清算方式による実行(及び引渡請求)を行うために設定者に対して支払う必要がある金銭の算定は誠実評価額を基準とし、設定者が有する清算金支払請求権や被担保債権が消滅する範囲の基準については目的物の客観的な価額を基準としている。

紛争が生じ、その間に目的物の価値が下落するおそれもあることから、最終的に支払われるべき清算金の額は客観的な価値を基準とするものの、その額の算定についての争いは事後的に解決することとして、暫定的に手続を進行させようとしたものである。

5 目的物の価額を誠実に評価し、誠実評価額の通知をすること（これに加えて、誠実評価額が被担保債権額を上回る場合には、その差額に相当する金銭である暫定的な清算金を支払うこと）が目的物の所有権を確定的に帰属させるための要件であるから、目的物の価額を誠実に評価したことの立証責任は、担保権者にあると考えられる。

10 上記昭和 62 年最判の示した規律を新たな規定に係る担保権についても及ぼすものとし、上記のように暫定的な清算金の額を基準とするときは、暫定的な清算金の提供がされれば、支払や供託によって実際にその支払義務が消滅しなくても、その後設定者は被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができなくなり、被担保債権に係る債務も消滅すると考えられる。これに対し、提供では足りず、支払や供託等により清算金支払義務を免れたことを要するとの見解もあるが⁸、担保権者が適正な清算金の支払を提供したにもかかわらず設定者が受領しなかった場合に、担保権者が確定的な所有権を取得することができず、その後も設定者が被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができることになるのは妥当でない。そこで、本文(3)では、支払又はその提供で足りることとした。

5 本文(4)は、帰属清算方式による実行において、帰属清算の通知等がされたときは、被担保債権がその時点の目的物の客観的価額の範囲において消滅することを示すものである。

20 現行法の譲渡担保について、帰属清算方式による実行の場合には、担保権者は、目的物の所有権を自己に帰属させ、目的物の客観的な評価額をもって、自己の債権の弁済に充てることができるものとされている⁹。本文(4)は、このような現行法上の譲渡担保権の実行に関する理解を踏襲するものである。

25 この被担保債権の消滅の効果は、目的物が担保権者に確定的に帰属することと引換えに生じるものであるから、上記昭和 62 年最判の考え方に従い、目的物の客観的な評価額及び充当される被担保債権の残額の基準時については、所有権が担保権者に確定的に帰属する時、すなわち帰属清算の通知等（暫定的な清算金が生ずるときはその支払又は提供を含む。）がされた時と考えられる。

30 6 本文(5)は、現行法の譲渡担保に関する判例法理を踏襲し、目的物の客観的な評価額が被担保債権額を上回る場合には、設定者は担保権者に対して、その差額に相当する金銭（最終的な清算金）の支払請求権を有することを示すものである。実行の安定性を図るために「暫定的な清算金」という概念を導入するものの、設定者が実体的権利内容として支払を受けることのできる金額を「最終的な清算金」として、それは「暫定的な清算金」とは必ずしも一致しない、客観的な評価額として観念している。

35 清算金の基準となる目的物の客観的な評価額の基準時は、帰属清算の通知等（暫定的な清算金が発生するときはその支払又は提供を含む。）をした時である。なお、現行法の譲渡担保について、判例（上記昭和 62 年最判）は、清算金の額の確定時を「債権者が債務者に対

⁸ 竹下守夫『担保権と民事執行・倒産手続』（有斐閣、1990）234 頁

⁹ 我妻榮『新訂擔保物權法（民法講義Ⅲ）』（有斐閣、1968）630 頁、道垣内・担保物権法 326 頁

して清算金の支払若しくはその提供又は目的不動産の適正評価額が債務額（評価に要した担当費用等の額を含む。）を上回らない旨の通知をした時」としているため、清算金が生ずる場合には、その支払又は提供をした時が算定の基準時となる。しかし、最終的な清算金が発生するのは、目的物の客観的な価値が被担保債権を上回るときに担保権者が目的物全体を取得することができるのであれば担保としての機能を超えて不当に利益を得ることになるからであると考えられるところ、本文(2)のような考え方を前提にすれば、暫定的な清算金の支払又は提供の時に担保権者は確定的に目的物の所有権を取得するため、被担保債権額を超える利益を得ることになるかどうかはこの時点で確定するのが適切であると考えられるからである。

なお、担保権者が暫定的な清算金の提供だけでなく現実の支払を終えている場合には、提供又は支払時の目的物の客観的な価額が誠実評価額を超えている場合の清算金の額は、誠実評価額を控除した額（客観的な価額と誠実評価額の差額）となる。担保権者が暫定的な清算金を現実に支払っている場合で、その額が清算金の額を上回っている場合は、担保権者は設定者に対し、不当利得返還請求として、その差額の返還を請求することができる。

7 以上は、担保権者が実行に当たって履践すべき手続等を中心とする検討であるが、担保権者が実行に必要な手続を履践しない場合に、設定者が担保権者に対してどのようなことを求めることができるかについても整理しておく必要がある。具体的には、誠実評価額等の通知がされ、それを前提とすれば暫定的な清算金が発生するが担保権者がその支払又は提供をしない場合に、設定者は被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることのみができるのか、それに加えて、実行がされたことを前提として清算金を請求することができるのか問題になる。

最判平成8年11月22日民集50巻10号2702頁は、譲渡担保権者の実行時期決定の利益が制約されるべきではないこと等を理由として、譲渡担保権者が清算金の支払又は提供をせず、清算金がない旨の通知もしない間に譲渡担保の目的物の受戻権を放棄しても、譲渡担保権者に対して清算金の支払を請求することはできないものとしている。

実行によって債権を回収するかどうかはあくまで担保権者の判断によるものであり、最終的な処分を決定する利益は誠実評価額の通知後もなお担保権者に残されていると考えれば、上記平成8年最判を維持し、設定者はあくまで被担保債権に係る債務の弁済をして担保権を消滅させることができるにすぎないのであり（暫定的な清算金が支払われるまで設定者が使用収益することができるのであれば、それで特段の不利益はない）、清算金を請求することはできないとすることが考えられる。これに対し、担保権者が誠実評価額等の通知をした以上、担保権者は実行を選択したといえる（この点で、上記平成8年最判とは事情が異なる）から、あとは速やかにその手続を進行させればよいという立場もあり得る。この点についてどのように考えるか。

8 本文(2)で通知が義務付けられている目的物の誠実評価額は、限られた資料に基づいて担保権者自身が判断するため、基本的には、客観的な目的物の価額より低廉な価額になることが多いと考えられる。しかしながら、誠実評価額が目的物の客観的な価額を上回る場合もあり得る。その場合、事後的に不当利得によって処理される。

例えば、被担保債権が800万円であって、担保権者が誠実に評価した額が1000万円で

あったため、担保権者が 200 万円を暫定的な清算金として支払ったが、目的物の客観的な価額が 600 万円であることが後に判明した場合、本来であれば清算金を支払う必要がなかったのであるから、担保権者は暫定的な清算金として支払った 200 万円について不当利得返還請求をすることができる（なお、被担保債権は本文(4)のとおり 600 万円の範囲で消滅して
5 しており、無担保の被担保債権 200 万円が残っていることになる。)

この不当利得返還請求権について回収のリスクを回避しようとするれば、担保権者においては、あくまで誠実に評価したといえる範囲内ではあるが、暫定的な清算金が生じないよう目的物を低く評価するインセンティブが生じることとなる。目的物の価値が低く評価されることは設定者にとっても不利益であり（誠実評価額と客観的な価値が異なる場合は、
10 最終的な清算金によって調整されるが、その立証等の負担が生ずる。）、担保権者の評価に適切に協力すること（第 2、1）によってこのような不利益を回避することが考えられる。

4 処分清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等

処分清算方式による新たな規定に係る担保権の実行手続等については、次のとおりと
15 することが考えられるが、どのように考えるか。

(1) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて目的物を第三者に処分したときは、設定者は、被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができないものとする。

(2) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、被担保債権は、その譲渡時における目的物の客観的な価額の範囲で消滅する。

(3) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて担保権の目的物を第三者に処分したときは、担保権者は、設定者に対し、その旨、処分時における被担保債権の額並びに担保権者が誠実に評価した目的物の価額及び算定根拠を通知しなければならないものとする。

(4) 設定者は、目的物の処分を受けた第三者から目的物の引渡しを請求されたときは、担保権者が(3)の通知（担保権者が誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超えるとき
25 には、担保権者がその超える額に相当する金銭（暫定的な清算金）の支払又はその提供）をするまでは、設定者は、目的物の引渡しを拒むことができる。

(5) 担保権者が前記 2 の権限に基づいて担保権の目的物を第三者に処分した場合において、その譲渡時における担保の目的物の客観的な価額が被担保債権額を超えるときは、担保権者は、設定者に対し、その超える額に相当する金銭（最終的な清算金）を支払う義務を負うものとする。
30

(説明)

1 本文(1)は、処分清算方式の私的実行に当たっては、前記 2 の権限に基づいて担保権者が第三者に目的物を譲渡したときには、設定者の使用収益権限が消滅するとともに、その後
35 設定者は被担保債権に係る債務を弁済して目的物の所有権を取り戻すことができないとするものであり、これによって目的物を譲り受けた第三者は完全な所有権を取得することになる。前記 3 の本文(3)に相当するものである。

現行法の譲渡担保について、前記昭和 62 年最判は、処分清算方式による実行においては、担保権者が目的物を第三者に売却した時点において、設定者の債務を弁済して担保権

を消滅させる権限を終局的に失う旨を判示している。本文(1)は、上記の判例を新たな規定に係る担保権についても妥当とするものであり、設定者がいつまでであれば被担保債権に係る債務を弁済して担保権を消滅させることができるかを示すものである。

5 なお、本文(1)は、処分価額が不相当であることは、最終的な清算金の額に影響する一方で、第三者への譲渡の有効性やその後設定者が被担保債権に係る債務を弁済して目的物の
10 所有権を取り戻すことができるかには影響しないことを前提としているが、この点については、不当に安価で第三者に目的物が処分された場合に設定者の利益の保護が十分でないとも考えられる。そこで、処分清算方式における譲渡も適正な処分価額でなければなら
15 ないこととするとも考えられるが、そうすると譲渡の相手方にとって権利の安定性が害されること、また、処分価額が不相当である場合であっても設定者は本文(5)のとおり譲渡時の目的物の客観的な価額を基準とする清算金支払請求権を有し、本文(4)のとおり、暫定的な清算金の支払等がされるまでは留置権を主張して目的物の引渡しを拒むことができる
20 ことから、設定者の利益の保護も図られていること、また、そうであるならば、第三者への譲渡が贈与によることも妨げられないと考えられることから、第三者への処分価額について要件を設けるという考え方は採用していない。

2 本文(2)は、権限を取得した担保権者が目的物を第三者に譲渡したときに、被担保債権の額がその時点の目的物の客観的な価額の範囲で消滅することを示したものであり、前記3の本文(4)に対応するものである。

20 実際の処分価額がその時点での目的物の客観的な価額を下回っていた場合には、実際の処分価額ではなく、目的物の客観的な価額の範囲で被担保債権が消滅することとなる。実際の処分価額の範囲で被担保債権が消滅するとすると、担保権者が不当に低廉な額で処分した場合に、設定者の利益を害することになるからである¹⁰。もっとも、ここでいう客観的な価額は、合理的な期間内に担保権の実行として処分しようとした場合に、いくらで処分
25 することができるかという観点から判断される。担保権者が誠実に譲渡先を探して処分をしたならば、その処分価額が目的物の客観的な価額を下回ると評価される場面は限定的であると考えられる。

3(1) 本文(3)は、担保権者が誠実に評価した目的物の価額及び算定根拠を通知しなければならないことを提案するものであり、本文(4)は、担保権者が誠実に評価した目的物の
30 価額が被担保債権額を超えるときにあっては、暫定的な清算金の支払又はその提供をするまでは、設定者は、目的物の譲受人への引渡しを拒むことができることを提案するものである。帰属清算方式の実行に関する前記3(1)と(2)に対応するものである。

35 本文(3)は、担保権者は実際の処分価額ではなく、誠実に評価した額とその根拠を設定者に通知すべきこととしている。これは、前記2のとおり、第三者の処分価額について要件を設けないこととしたため、実際の処分価額を設定者に通知する意味は乏しい一方で、本文(4)のとおり、目的物の誠実評価額は、設定者が譲受人に対して目的物の引渡しを拒むことができるか否かの基準となる暫定的な清算金の算定基準となることから、誠実評価額とその根拠を通知すべきこととしている。

(2) 本文(4)は、設定者は、暫定的な清算金の支払等がされるまでは、担保権者のみならず

¹⁰ 道垣内・担保物権法 330 頁

譲受人からの目的物引渡請求を拒むことができるとしており、これは、現行法の不動産譲渡担保について、譲渡担保の実行として譲渡された不動産を取得した者からの明渡請求に対して担保権設定者は清算金支払請求権を被担保債権とする留置権を主張することができるとする判例（最判平成9年4月11日集民183号241頁）の立場を基本的に踏襲するものである。もともと、現行法と異なり、その被担保債権は最終的な清算金（目的物の客観的な価額と被担保債権額の差額）の支払請求権ではなく、暫定的な清算金（目的物の誠実評価額と被担保債権額の差額）の支払請求権としており、その趣旨は、前記3の（説明）で述べたのと同様である。

5
10
15
20
25
30
(3) 既に述べたとおり、本文(4)は、不動産譲渡担保の処分清算方式において、譲受人に留置権を認めた前記平成9年最判の立場を踏襲している。学説上も、現行法上の譲渡担保権（動産を目的とするものを含む。）の処分清算方式による実行においては、設定者に留置権を認める見解が多数¹¹である。一方で、動産譲渡担保権の処分清算方式による実行においては設定者に留置権を認めるべきではないとする見解¹²も有力に主張されている。その理由としては、①動産の譲渡担保では担保物の価格が被担保債権額を上回る事例が極めて少ないこと、②目的物である動産の処分を設定者の占有に委ねたまま処分することが困難（具体的には、通常の買受人ならば設定者から任意に引渡しを受けられるか否か分からない状態で買い受けることはあり得ない）であるが、いつ譲受人が処分を受けられるか分からない状態で清算金額を算定することは事実上不可能であり、担保権者が設定者に対して清算金の支払等を行うことが困難であることなどが指摘されている。

処分清算方式による実行のために担保権者が目的物の占有を取得する必要があることは、これらの見解において指摘されておりであるが、他方で、処分清算方式による実行がされる場面では、帰属清算方式による実行と比べても、設定者の最終的な清算金の支払請求権を確保する必要があるといえることができる。すなわち、帰属清算方式による実行において、担保権者が所有権を確定的に取得するためには暫定的な清算金の支払又は提供が必要となるが、処分清算方式における処分については、担保権者が譲受人に目的物を処分した時点で設定者は確定的に所有権を失い、事後的に最終的な清算金を請求しようとしても、目的物を引当てにすることもできないため、設定者の担保権者に対する清算金支払請求権が十分に保護されないという事態が生じ得る。

これらを踏まえ、本文(4)のとおり、設定者に暫定的な清算金請求権を被担保債権とする留置権を認めることとして設定者の保護を図っている。

4 本文(5)は、設定者は、目的物が第三者に処分された場合において、その時点における目的物の客観的な価額が被担保債権額を超えていたときには、その差額に相当する金銭（最

¹¹ 高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣、2005。以下「高木・担保物権法」で引用）348頁、安永・講義421頁、松岡・担保物権法331頁、森田修編「新注積民法（7）物権（4）」555頁〔小山泰史〕

¹² 田原睦夫『実務から見た担保法の諸問題』（弘文堂、2014）270頁。なお、道垣内弘人『非典型担保法の課題〔現代民法研究Ⅱ〕』（有斐閣、2015）79頁以下は、譲受人は設定者に対して債務を負っておらず、譲受人に対して設定者が留置権を主張できるとするためには、清算金支払義務を負う担保権者の下で成立した留置権が、所有権を譲り受けた第三者に対して主張できるとせざるを得ないが、清算金支払請求権は目的物の処分時に生じるとされていることから、留置権が担保権者の下で成立したということとはできないとして、留置権の成立について疑問を呈する。

最終的な清算金)の支払を請求することができることを示している。

現行法における譲渡担保について、判例(最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁)は、「…債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合においては、目的不動産を換価処分し、またはこれを適正に評価することによつて具体化する右物件の価額から、自己の債権額を差し引き、なお残額があるときは、これに相当する金銭を清算金として債務者に支払うことを要する」と判示し、譲渡担保権者が処分清算方式による実行を選択した場合においては、担保目的物の換価処分額から被担保債権額を差し引いた残額を清算金とすることとしている。もっとも、実際の処分価額が常に清算金算出の基礎となることとすると、不当に廉価で担保目的物が売却された場合など、処分価額が相当でない場合には債務者及び設定者の利益を害することになる。そこで、処分清算方式における清算金は、実際の処分価額ではなく譲渡の時点における適正な評価額と被担保債権額との差額であるとされている¹³。本文(5)は、このような学説も踏まえ、譲渡時における客観的な価額を基準として最終的な清算金の額を算出することを提案するものである。

本文(5)の考え方によれば、譲渡時点での客観的な価額が処分価額を上回ることを立証することができるのであれば、客観的な価額と被担保債権額との差額を最終的な清算金として請求することができることになる。もっとも、ここでいう客観的な価額とは、あくまで譲渡の時点で担保権者が誠実に譲渡先を探せば譲渡することができたであろう金額をいい、事後的にそれを超える価額で譲渡することが可能であったことが判明しても、その価額での譲渡をするために取引通念上合理的な範囲を超える活動が必要であった場合にまで、その価額を基準とする清算金の支払義務を課すものではない。

第2 新たな規定に係る担保権の目的物の評価・処分のための担保権者の権限や手続

1 評価・処分に必要な行為の受忍義務

新たな規定に係る担保権の被担保債権について不履行があったときは、担保権者は目的物の評価・処分に必要な行為をすることができるものとし、設定者はこれを受忍する義務を負うものとする。

(説明)

前記第1、3及び4のとおり、新たな規定に係る担保権の設定者は暫定的な清算金が支払われるまでは、同時履行の抗弁又は留置権を主張して目的物の引渡しを拒むことができる。

しかし、暫定的な清算金の算定に当たっては目的物の評価を要するところ、担保目的物が動産である場合には、設定者が目的物を占有している状況下で目的物の評価を行うことは、これを可能とする法律上の根拠がなければ容易ではないと考えられる。また、処分清算方式であれば目的物を譲り受けようとする第三者が売買代金等の条件を検討するに当たり、目的物の状態を確認することなどが必要になると考えられるが、設定者が目的物を占有している状況下では、法律上の根拠がなければ容易ではないと考えられる。

¹³ 高木・担保物権法 348 頁、道垣内・担保物権法 330 頁、松岡・担保物権法 330 頁

そこで、担保権者が目的物の評価・処分に必要な行為をすることについて、設定者に受忍義務を負わせるとすることとした¹⁴。

5 具体的には、設定者又は目的物を譲り受けようとする第三者が目的物の状態を確認したいという希望を伝えた場合に、保管されている場所への立入りを許容し、目的物を提示することなどが考えられる。この義務に反した場合の直接の効果は規定していないが、この義務への違反が目的物の隠匿、損壊などのおそれを基礎づけることはあり得、その場合には後記2の保全処分の発令を求めることが考えられる。

2 裁判所による実行完了前の保全処分

10 被担保債権について不履行があった場合において、設定者が、目的物の価格を減少させる行為若しくは実行を困難にする行為をし、又はこれらの行為をするおそれがあるときは、裁判所が担保権者に目的物を引き渡すことを命ずることができるという考え方について、どのように考えるか。

15 (説明)

1 前記第1、3及び4記載のとおり、設定者は、暫定的な清算金が支払われるまでは、同時履行の抗弁又は留置権を主張して目的物の引渡しを拒絶することができる。しかし、動産は隠匿が容易であり、また即時取得制度があるため、担保権者が実行に着手した後、目的物を確定的に担保権者に帰属させたり、第三者に譲渡したりするまでに目的物が隠匿されたり善意無過失の者に即時取得されたりして、実行が困難になることもあり得る。そこで、担保権の私的実行を円滑なものとし、担保権の換価機能を実効的なものとするため、担保権の私的実行をするに当たり、裁判所が強制力をもって私的実行の実効性を確保するための手続を設けることが考えられる。

25 なお、現行法の動産譲渡担保の実行手続においては、目的物の占有を強制的に取得する方法として、民事保全法上の仮処分、具体的には所有権に基づく引渡請求権、譲渡担保権に基づく引渡請求権又は譲渡担保設定契約に基づく債権的な引渡請求権を被保全権利として、債務者の使用を許さない執行官保管型の占有移転禁止の仮処分命令や引渡断行の仮処分が活用されているとされている¹⁵。しかし、引渡断行の仮処分については原則として審尋を要し(民事保全法第23条第4項本文)、債務者の使用を許さない類型の占有移転禁止の仮処分についても同様に審尋を要するという見解もあるため、密行的に手続を進めることが難しく、手続の間に目的物の担保価値の毀損が生ずるおそれがあるとの指摘がある。そこで、本文では、民事保全手続ではなく、独立した手続として担保権者が目的物の占有

¹⁴ 松岡・担保物権法 331 頁は、現行法上の譲渡担保権についても、担保権者は担保権の実行のために必要な行為を求めることができるとする。また、最判昭和 50 年 7 月 25 日・民集 29 卷 6 号 1147 頁は、ゴルフ会員権が譲渡担保の目的とされた事案において、会員権譲渡に必要な理事会への承諾の申請手続について設定者に協力義務があるとしている。

¹⁵ 花井正志「新しい動産譲渡登記制度の実務Q&A<特集 動産・債権担保はこう変わる>」銀行法務 642 号 17 頁、株式会社三菱総合研究所「平成 24 年度産業金融システムの構築及び整備調査委託事業『動産・債権担保融資(Asset-based lending:ABL)普及のためのモデル契約等の作成と制度的課題等の調査』報告書」89 頁、栗田口太郎「倒産手続における ABL 担保権実行の現状と課題—再生手続における集合動産譲渡担保権の取扱いを中心に—」金融法務事情 1927 号 92 頁

者に対し、担保権実行の準備として目的動産の引渡しを請求するという手続を設けるかどうかという問題を提起している。

- 2(1) 民事執行法第 187 条は、不動産の担保競売において、競売開始決定の前に債務者又は担保不動産の所有者若しくは占有者が不動産の価格を減少させる行為またはそのおそれがある行為をする場合において、特に必要があるときは、執行裁判所は、申立てにより、
5 執行売却の手続において買受人が代金を納付するまでの間につき、保全処分を発することができる旨を定める。その保全処分の内容は、①価格減少行為の禁止又は一定の行為
10 価格減少行為をする者の不動産の占有を解いて執行官に引き渡し、執行官に保管させることを命ずる保全処分（同法第 187 条第 1 項、第 55 条第 1 項第 2 号）、③価格減少行為
15 価格減少行為をする者の不動産の占有を解いて執行官に引き渡し、執行官に保管させた上で、不動産の占有移転を禁止する保全処分（同法第 187 条第 1 項、第 55 条第 1 項第 3 号）とされている。

執行裁判所は、債務者・所有者以外の占有者に対し、この保全処分の決定をする場合
15 において、必要があると認めるときは、その者を審尋しなければならないとされている（同法第 187 条第 5 項、第 55 条第 3 項）が、密行性の要請から、実務上、相手方に対する審尋はほとんど行われていないとされる¹⁶。

- (2) 本文で問題提起しているのは、動産を目的とする担保権についても同様に、目的物である動産の価格を減少させる行為若しくは実行を困難にする行為又はそのおそれがある
20 行為をする場合に、裁判所が保全処分を発することができる旨の規定を設けるかどうかである。

その具体的な要件については、このような制度が利用される場面を真に必要性がある
25 場合に限定するため、設定者が目的物を損壊したり価値を維持するための適切な保管をあえて怠っていたりするなどのように目的物の価値を減少させる行為や、隠匿・不当な処分など担保権者による私的実行を困難にする行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合に限定することが考えられる¹⁷。これに対しては、不動産と異なり、動産は時間の経過により価額の下落が生じやすいことから、積極的な価値毀損による価格減少行為のみならず、不作為によって動産の価値を下落させる行為も保全処分の要件に含めるべきかが問題となる。この点に関しては、単に動産の価値が下落したということのみ
30 だけでは価格減少行為とはいいい難いものの、設定者が担保権者の実行に必要な行為を妨害するなどしてその実行を遅延させ、その結果時間の経過による動産の価格減少を招いた場合などは、目的物である動産自体を積極的に毀損していない場合であっても、価格減少行為として保全処分の要件に該当すると考えられる。また、目的物が集合動産である場合においては、通常の営業の範囲を超えて集合動産を構成する個別動産を処分する行為
35 も、集合動産の価格減少行為に該当し得ると考えられる。

¹⁶ 深沢利一ほか「民事執行の実務（上）〔補訂版〕」986 頁

¹⁷これに対しては、保全処分の要件を緩やかなものとし、実行開始通知とセットで行うことができるものとしてはどうかという指摘もあり得る。そのような制度設計は円滑な実行に資するものであるが、目的物の引渡しという強力な効果を緩やかな要件で発生させることを正当化することが可能か、なお検討を要するものと考えられる。

保全処分の内容として、本文においては担保権者への引渡しを挙げたが、引渡しは最も強力な手段であるから、引渡しまでには至らない処分（一定の行為の禁止や命令、担保の目的物であることの公示など）をすることができるものとするとも考えられる。

5 手続的な要件としては、上記(1)の担保不動産競売開始前の保全処分と同様に、執行裁判所が必要があると認めるときに審尋をすべきこととすることが考えられる。

担保については、清算金が発生する蓋然性、設定者側の行為の悪質性やこれによる担保価値の減少を防止することの必要性等に応じ、立てさせることも立てさせないこともできるとすることが考えられる（担保を立てさせた場合に、最終的な清算金が生ずるときは、設定者は担保が取り消された場合の返還請求権を差し押さえることにより、清算金の支払を確保することができる。）。

10 なお、本文で議論されている考え方は、被担保債権の債務不履行を実行完了前の保全処分の要件とすることとしている。これは、ここで議論されている提案が担保権の実行に関する特別の規定を新設するものだからであり、債務不履行が生していない段階での担保価値の毀損等については別途検討が必要である¹⁸。

15 3 これに対し、現行法上の運用を踏襲し、民事保全法上の保全処分によって目的物の占有の確保を図ることも考えられる。

民事保全法上の保全処分を利用しようとする場合、その被保全債権をどのようにとらえるかが問題になり、担保権者が、目的物の価値を毀損しようとする設定者や第三者に対して実体法上の引渡請求権を有するかどうか問題になる。抵当権に関しては、判例は、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して自己への明渡しを求めることができるとしている（最判平成 17 年 3 月 10 日民集 59 卷 2 号 356 頁）。現行法の譲渡担保や所有権留保においては、原則として設定者に使用収益権限があるが、設定者が担保の価値を毀損する行為を行っており、又はそのおそれがある場合には、担保権者は目的物を自己に引き渡すように請求することができるとも考えられ、新たな規定に係る担保権についてもこのような解釈は可能であるように思われる。これを前提とすれば、新たな規定に係る担保権が侵害された場合に担保権者が有する引渡請求権を被保全債権として、民事保全法に基づき、引渡断行の仮処分を利用することが考えられる。

¹⁸ この問題への対応策として、この（説明）の後記 3 のとおり、民事保全法上の仮処分を利用することができるかどうか問題になる。これを活用することができるのであれば、その要件次第ではあるが、本文での検討されているような新たな保全処分の必要性は乏しいとも考えられる。