

法制審議会
担保法制部会
第3回会議 議事録

第1 日 時 令和3年6月8日（火） 自 午後1時30分
至 午後5時28分

第2 場 所 法務省第一会議室

第3 議 題 担保法制の見直しに向けた検討（１），（２）

第4 議 事 （次のとおり）

議

事

○道垣内部会長 予定した時刻になりましたので、法制審議会担保法制部会の第3回会議を開会いたします。

本日は御多忙の中、御出席いただきまして、誠にありがとうございます。

配布資料の説明をしていただきます。事務局からお願いいたします。

○笹井幹事 新たにお送りしたものとしまして、部会資料2-2「部会資料2の補足（第2，5関係）」と部会資料3「担保法制の見直しに向けた検討（2）」がございます。これらにつきましては、後ほど審議の中で事務局から御説明いたします。また、今回は、前回お配りした部会資料2「担保法制の見直しに向けた検討（1）」についても使用いたします。

次に、事務局から準備した部会資料のほか、委員等提出資料3-1として、「担保法制の見直しに関する意見」と題する一枚紙を配布しております。こちらは富高委員から提出されたものでして、内容につきましては後ほど富高委員から御紹介いただく予定です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、本日の審議に入りたいと思います。

本日は前回の積み残しの物上代位のところからなのですが、委員等提出資料3-1というのが提出されております。富高委員から提出していただいておりますけれども、全体に関わる事柄ですので、今日の個別的な問題に先立って御意見を伺えればと思います。富高さん、お願いいたします。

○富高委員 ありがとうございます。審議の冒頭、貴重なお時間を頂戴し、感謝申し上げます。本意見書は、既に基本的には今まで申し上げてきたことでございますが、この間、我々の傘下の組合などから懸念の声などもあることから、改めて意見書の形で提出させていただきました。

まず、私も、この部会に参加させていただく中で現場の声も聴いておりますが、実態として、特に中小企業が倒産する直前等においては動産や債権が譲渡担保として活用されており、在庫を処分することで労働者の賃金債権を確保するはずであったものが、担保とされてしまったために賃金債権回収がままならないといった事態が現場では多く起こっていると聞いております。

1番に記載のとおり、2003年に成立しました「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」の衆参両院の附帯決議の中では、労働債権と他の債権との調整について、労働者の生活の保持に労働債権の確保が不可欠であることを踏まえて、検討して所要の見直しを行うことが決議されており、参議院の附帯決議にはILO173号条約の早期批准についても言及されています。先ほども述べたように、既にこの2回の部会でも述べておりますが、労働者の賃金債権は一般先取特権がありますけれども、担保や公課債権に劣後するので、賃金債権確保が容易でないことは先ほど申し上げたとおりでございます。したがって、この附帯決議に基づく見直しの検討は不可欠で、その議論を尽くした上で動産債権に対する担保権の設定に係る議論を行っていただきたく記載をしております。

また、倒産等による未払賃金は、国の制度で未払賃金立替払事業もございます。しかし、この制度はあくまで国による賃金の立替え払いで、立て替えた後には当然のことながら国

は使用者に対して求償を行います。実際には2019年の立替え払いの総額約86億4,000万円のうち求償によって回収された債権額は非常に低くなっております。これが今後、動産や債権にも担保権が設定されますと、さらに回収が難しくなり、この未払賃金立替払事業本体に与える影響も大きくなるのではないかと考えられます。既にご意見として出ておりますが、他の制度の波及、影響についても同時並行で検討していただきたく、改めて意見書として提出させていただいた次第です。ありがとうございました。

○道垣内部会長　ありがとうございました。富高さんからの御説明につきまして御質問がございましたら、お願いいたします。

差し当たってはよろしいでしょうか。全体に関わることであり、例えば、倒産のときの担保権の効力を弱めると、それは一般債権者のためであると言ったりすることがあったりするのですが、一般債権者との関係だけでなく、他の権利者ないしは先取特権者とのバランスをどういうふうにしてとっていくのかという問題です。それは、各担保権の実体的効力を考える際に極めて重要な点だろうと思います。そういう点を個別的な場面の議論において念頭に置きながら進めていければと思いますので、そのときにも富高さんから更に補足的な御意見を伺えればと思いますし、また、皆さんにおかれましても、それを踏まえて御議論をいただければと思います。

それでは、そういうわけで、全体のこととして扱わせていただくことにいたしまして、部会に基づく議論に入りたいと思います。

まず、前回からの積み残しとなっております部会資料2「担保法制の見直しに向けた検討（1）」について議論を行いたいと思います。

まず、事務局から部会資料2の「第2 個別動産を目的とする担保の実体的効力」の5と6と、それを補足する部会資料として2-2というものが今回出ておりますので、それを説明していただくことにしたいと思います。

2-2について私から一言申し上げますと、前回、物上代位の話をするに当たって、物上代位というのは、例えば担保の目的物が売却されたり、あるいは滅失したり、いろいろな場面に問題になってくるわけですが、そうなりますと、担保の目的物について、そもそも例えば売却権限があるのかとか、ないのかとか、売却したときにはどういう法律関係になるのか、そういうことの決定ないし議論を抜きにして物上代位について独立に語るというのは難しいのではないかと御意見を頂いた次第です。それは誠にгомともであるとは思いますが、かといって、それを確定的に決めてしまうということが現段階でできるわけではなく、その前に、物上代位一般についても意見分布といいますか、皆さんの御意見を伺うことも重要かと思います。そこで、前回の御指摘を受けまして、例えばこういうふうな実体的な効力というのが考えられるだろうというところを示し、それを踏まえながら、それについても意見ももちろんあっていいわけですが、主にはそれを踏まえながら、物上代位の問題について少し、第一読会といいますか、最初の意見の分布といいますか、皆さんの御意見を伺うことにしたいと思ひまして、部会資料2-2というのを、補足として今回、事務局の方から提出していただきました。それも含めまして、その御説明をお願いいたします。

○笹井幹事　部会資料2の18ページ「5 物上代位」につきましては、前回既に御説明したところですが、少し時間も経ちましたので、簡単に振り返りたいと思います。

現在の譲渡担保の物上代位につきましては、売買代金債権や損害保険金請求権に物上代位権を行使することができるというような裁判例があることを踏まえ、部会資料の5の本文においては、動産を目的とする担保権について、物上代位に関する民法304条と同様の規定を設け、その手続として差押えを必要とする、という提案をしております。

本文の(3)は、物上代位を認めた上で、目的物の代償物がほかの担保の目的財産となっていた場合に、当該ほかの担保と物上代位との優劣について取り上げたものです。同様の問題は先取特権と抵当権についても既にある問題で、それぞれ判例がありますけれども、そこで示された優劣の基準が先取特権と抵当権とで少し異なっているということもありまして、仮に動産を目的とする担保権に関して規定を設けるとすると、どちらの方に倣った規定とするのか、見解が分かれておりますので、両論併記の形でお示しをしております。

以上が5でございまして、次に23ページの「6 被担保債権の範囲」につきましては、質権に関する規定に倣って、被担保債権の範囲に関する民法346条と同じような規定を設けることを提案したものでございます。

以上が部会資料2ですけれども、これに加えて、今、部会長から御紹介いただきましたが、部会資料2-2を準備いたしました。

これは、前回の御指摘を受けまして、設定者がどんなことができるのかということを検討したものですけれども、考えられることといたしましては、目的物の真正譲渡、それから、物上代位とは直接関係ないかもしれませんが、後順位の担保権の設定が考えられるところかと思えます。担保取引としての実質からすれば、設定者による真正譲渡でありますとか、あるいは後順位の担保権の設定を認めてもよいのではないかとと思われるけれども、特に、担保目的での所有権の移転ですとか留保に関して規律を設けるというようなタイプの規定の設け方を念頭に置いた場合には、最初に担保目的での譲渡がされ、これについて対抗要件も具備されたという状況の下で、なぜその後に設定者が重ねて真正譲渡をしたり、あるいは担保目的で譲渡したりすることができるのかについて理論的にどのように説明するのが問題になると思えます。

このほか、真正譲渡、それから、重ねて担保権の設定ということに加えて、賃貸をするとか、あるいは物権的請求権としての妨害排除なり返還請求なりをする、これも物上代位とは直接は関係ないかもしれませんが、そういった物権的請求権の行使、あるいは不法行為に基づく損害賠償請求権などが問題になってくるかと思えます。賃貸ですとか物権的請求権の行使、それから保険への加入などは、設定者がすることができるということでよいのではないかと考えておりますが、不法行為に基づく損害賠償については、御承知のように現在の譲渡担保について見解が分かれておりまして、特に担保目的での所有権の移転を規律するというタイプでの立法を考えた場合にどうなるのか、それは現在の譲渡担保と同様に考えるのではないかと考えられますけれども、そこが現在、見解が分かっているという状況かなと考えております。

私の方からは以上でございまして。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

それでは、今の御説明を踏まえまして、5、6の、あるいは補足資料についてでもよろしく申し上げますけれども、御意見を伺えればと思います。よろしく願いいたします。

○亀井幹事 中小企業庁の亀井です。御指名ありがとうございます。

まず、この物上代位の問題というのは、第1の3で論点提供された、どのような担保に関する規定を設けるのか、ですとか、担保の目的財産の範囲と関わる問題として検討されるものでしょうか。例えば、動産、その代金債権、そしてその果実といったものも含めて、あらかじめ担保権に取ることができるという制度を採った場合、この場合でももちろん物上代位というのがあり得ることは否定しませんけれども、物上代位の問題は、担保権はどのように設定できるのか、担保権を設定できる目的財産は、種類等を含めどのような範囲で取れるのかという問題と絡めて検討する必要があるように思いました。

あと、もう一つ、部会資料2-2の「担保権設定者による行為の効力」の「1 設定者による目的物の譲渡」について、(1)が新しい担保権を創設する方式を採った場合、(2)・(3)が担保目的取引規律型を採る場合のことを述べられていると理解をしておりますけれども、(3)については、この新しい担保物権を創設する方式を採った場合についても検討する必要がある論点のように思いました。具体的に言うと、この即時取得の適用の可能性について、譲受人が善意無過失である場合には即時取得できるのだと、取引をした方は、担保が付いていないものを取得できるのだというような御説明がありますけれども、これは中小企業庁の研究会でも議論になったテーマでして、事業の範囲外でお取引をした場合には、この譲受人が、登記なのかファイリングなのかは分かりませんが、この担保に取られているかどうかを確認しない場合には過失が推定されるというような制度にすべきではないかというような議論がありました。事業を担保に取った場合に、その担保権者を保護するという趣旨で、そういった制度を採用すべきではないかという議論がございましたので、是非そういった点についてもこの場で御検討いただけたらと思います。

私からは以上です。ありがとうございました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。2番目のところの御意見につきましては、処分の効力というのを考える際にもう一度検討したいと思います。前半におっしゃった事柄なのですが、それは、例えば、処分した売却代金債権でもいいですし、不法行為に基づく損害賠償債権でもいいですし、保険金請求権でもいいのですが、それについて担保を設定できるというふうにしたら、別段、物上代位は要らないのではないかとすることを示唆されている御見解なののでしょうか、それとも、そういうのもあるから、それとの関係を考えなければいけないよねというお話なののでしょうか。

○亀井幹事 ありがとうございます。前者か後者か、もちろん広い範囲で担保を設定できるようになれば、物上代位をするシチュエーションというのが想定されにくくなるということを申し上げたつもりですけれども、担保の設定の仕方によっては物上代位という場面も想定され得ると思いますので、広く担保を設定できる制度を採ったから物上代位について検討する必要はないと申し上げたつもりはありません。

○道垣内部会長 分かりました。

今、お手がもう一人上がっていたのですが、どなたでしたっけ、御発言いただければと思います。いや見間違いかもしれませんので、他の方でも御自由にお願いします。

○沖野委員 物上代位について3点を申し上げます。

一つ目は、物上代位を認めるということ自体は、基本的にそれで結構だと思っております。二つ目ですけれども、(3)に関しまして、競合する場合に二つの考え方があり、い

ずれの考え方もあると思うのですけれども、さらに、その元物についての公示制度、特に登記ですとかファイリングということ想定したときに、それと債権を対象とする登記制度なりファイリングなり、あるいは優先関係の決定なりが同じもので行われるのか、それとも別の登記なりの制度になるのかということによっても違ってくるのではないかと考えられるように思います。

両者がそれぞれ別であるときは、やはり公示力が抵当権の登記ほどにはないというのは、ここに書かれているとおりですし、そうしたときに自衛すればいいのだと考えるとすると、元の動産を取っているものが、それが代わりの債権になったときにそれにも及ぶという合意をし、それについて対抗要件等を備えるということと、これに対して、債権を取る者が、その債権の原因に遡って、その原因になり得るような関係を想定しつつ元の方も取っておくということと、どちらが期待できるのかということを見ると、前者の方ではないかと考えられますことから、格別の登記制度などであれば、【案2.2.5.1】の形がよろしいのではないかと考えておるのですけれども、これが同一の登記等の制度であるならば、債権を取ろうとする者はいずれにせよチェックする、もちろん取引前には自身では詳細までは分からないわけですが、譲渡を受けようというような場合については当然、設定者や債務者から具体的な情報を出してもらうことになりますので、それを通して詳細をチェックしてから、競合するものがないかというのを確認して取るということでしょうから、そうすると当然、その前にあるものが出てきますので、後から来る人は登記等でチェックできるはずだと考えれば、【案2.2.5.2】ということも十分あり得るのではないかと思ったところです。

もう1点なのですけれども、これは細かいことなのですけれども、賃料について、賃料や収益にも掛かっていけるということで、これもよろしいのではないかと考えておるのですけれども、22ページのところに、本文(1)の賃貸というのが墨付きパーレンで入っている点についてです。これは賃料なり収益なりに掛かっていける、その根拠規定をいずれと考えるかによって違ってくるからだとしてされております。その限りではそうかなと思うのですけれども、最終的な形態を考えると、304条型の規律で、具体的には(2)の規律なども入ってくるとしますと、結局(2)の規律を導くためには、それに賃貸が入ってくるというようなことは書かざるを得ないのではないかと、そういう意味では(1)の、このような表現の中には結局、賃貸も入れることになるのではないかと思ったところです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。最初におっしゃったのは、結局、同一のファイリングないしは登記のシステムだったならば、債務者を基準にして検索を掛けたら、こういったタイプの動産が担保に取られているというのが分かるので、その売却代金債権についても及ぶのだということがわかる、つまり、債務者から検索をすれば分かるだろうと思われるが、それに対して、債権を担保に取ろうとか譲渡を受けようという人に対して、債権とは別個の動産のファイリングシステムまで検索しろというのには、多少やはり無理があるのではないかと、そういう話ですね。

○沖野委員 はい、そういうことです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかには何か御意見はございますでしょうか。

○片山委員 片山でございます。貴重な時間をお与えいただきありがとうございます。

前回のときもお話ししたことと関係するのかもしれませんが、目的債権の処分との優劣関係の問題で、（３）の【案2.2.5.1】か【案2.2.5.2】かという話で、対抗要件具備といえますか、登記時が基準になるということなのですけれども、これは賃料債権への物上代位の平成10年判決が示しているものでありまして、原則として物上代位をすること自体は、差押えを要求しておりますので、その差押えが基準になると考えるべきではないかと私自身は思っております。要するに、物と違う債権について効力が及ぶというのは、これは物上代位をして始めて効力が及ぶということで、そのためには差押えが要件となっているということなのだと思います。

それと反対に、賃料債権については、平成10年判決の段階ではまだ改正はなされていなかったわけですけれども、それを正当化できるとしたら、やはり371条が平成15年改正で導入されて、賃料にも抵当権の効力が及ぶということが大前提となるので、それが登記されているということであるならば、その登記時が基準になるということなのかと思っています。そういう意味で、物上代位が物以外の権利に広く及ぶということについて、公示がなされているので全て登記時基準にしてよいということにはならないのかなと考えているところでございます。

仮にその果実について、賃料については担保権の効力が及ぶということが、明確に別な規定を設けて認められるということであるならば、それはまた別に考慮することができるかもしれないのですけれども、それでもなお差押えを基準とすべきだという考え方は十分に成り立つかとは思いますので、直ちに【案2.2.5.2】になる、対抗要件具備時を基準にできるということにはならないのではないかと考えている次第でございます。

○道垣内部会長　ありがとうございます。片山さんの話を私の理解したところでまとめますと、例えば動産について担保権が設定されていると、それが公示されているというのが、それを売られたときの債権についても及んでいますよねという公示を直接に示していると考え、債権についても同一の登録制度にそれが載っているということになるならば、そういうふう考える余地もあるということなのだろうと思うのですが、他方で、そうではなくて、これは飽くまで物上代位で、動産について設定されている担保権の効力が別のところにも及んでいくのだと考えたら、それはやはり差押えによって効力が、公示がなされるといいますか、ということになるので、差押えを基準に優劣を考えなければいけないということになるのだろうと思います。つまり、言い換えると、ここにいう物上代位というのが、いわゆる抵当権の物上代位と同じ話なのか、それとも、動産の担保権の効力がどこまで及ぶというふうなものとして構想していくという話なのかということにも関わっているのかなという気がいたしましたが、いずれにしても、それは議論のあるところだと思います。

○大澤委員　大澤でございます。先ほど沖野先生から、賃料の物上代位のお話が少し出ましたので、その観点で少しと思いました。

担保法のレベルでいえば、収益との関係で賃料にも物上代位が及ぶというのは十分理解はできるかなと思っておりますが、実際に今度は包括執行になった倒産の場面では、また別途の考え方が必要かなとも考えております。というのは、破産管財人等が担保権に基づく、抵当権その他ですけれども、物上代位で、賃料なり何なり、その収益を吸い上げられてしまっている一方で、一般債権者の負担において管理をしなければいけないというの

は問題が生じるというのは、随分前から言われていることとございまして、この点は多分、別途、倒産法のお話が大部分後ろで出てきますけれども、その際にその費用の問題として語られる場面でもあるかなと思ってはおるのですが、その費用の問題だけではなくて、そもそもそういった物上代位をいつまで認めるのかと、倒産法との関係で少し考えるべきではないかというふうに、今この資料の方を読んで、感じております。

簡単ではございますが、以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

いろいろな方からも御意見いただきたいと思いますので、青木則幸さん、お願いいたします。

○青木（則）幹事 ありがとうございます。1点気になっていることなのですが、こちらは物上代位の目的、客体なるものであっても、別途、将来債権の譲渡担保という形で取るとはでき、そのときの将来債権の譲渡担保の特定の中身が動産の物上代位の客体と全くかぶっていても、それは差し支えないということによろしいのでしょうか。というのは、物上代位であれば差押えが必要だけれども、恐らく将来債権の譲渡担保であれば私的実行も可能ということになるのかと思いますので、この2つは両立する別の制度だということによろしいのでしょうか。そうだとすると、包括担保というものが認められるということになった場合には、包括的な目的物なのだから、その将来債権の譲渡担保の部分を優先するという形に整理されていくことになるのでしょうか。この関係についてお伺いしたいと思います。

○道垣内部会長 お伺いしたいというよりは、青木さんがどのように考えるのかの方が重要だろうと思うのですけれども、先ほど私が申し上げた事柄になるのだろうと思うのですけれども、ここでいうかぎ括弧付きの物上代位の対象となる債権であっても、それについて譲渡をしたり、あるいは担保権をそれについて設定したりすることを禁ずるということとはできないのだと思うのです。そうすると、後から担保に取ったり、後から譲渡を受けたりした人が負けるというのはあり得るだろうと思うので、それは、どちらですかというよりは、勝ち負けをどちらにしますかという問題に収斂されるのではないかと思いながら伺っていたのですが、それは青木さん、私の理解の誤りでしょうか。

○青木（則）幹事 すみません、「手を挙げる」のボタンを押したタイミングの問題でお話と重なってしまったように存じます。申し訳ありません。整理していただいたとおりかと存じます。ありがとうございます。

○道垣内部会長 どうお考えになりますか。

○青木（則）幹事 基本的には、包括担保の目的物の問題だと考えるべきではないかと思っております。物上代位の規定を強行法的な形で広げていくと、そちらに飲み込まれてしまうといいますか、一種の競合が生ずるのかなと思っております。個人的には、なるべく物上代位の方に飲み込まれない方向、特に売却代金債権については飲み込まれない方向が望ましいのではないかと思っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに御意見はございますでしょうか。

○藤澤幹事 前回の会議のときに、設定者の処分を取り上げた方がいいのではないですかとか言ってしまったような気がして、それで、すごく緻密な資料を頂いて、すごく申し訳な

い気分になっております。すみませんでした。せっかく頂いたので、その資料2-2についてコメントを二つ考えてきました。

物上代位とは関係なくなってしまうかもしれないのですが、一つ目が、設定者による処分行為の効力についてです。資料は、担保設定者が目的物を処分した場合には、処分の相手方に設定者留保権的なものが承継取得されることを前提にしているように読めましたが、その前提を確認しておく必要はないでしょうか。

第1の確認事項は、処分行為の解釈です。担保目的物の完全な所有権を移転する目的で処分行為が行われた場合に、本当は完全な所有権がないにもかかわらず、設定者留保権的なものだけが当然に移転することになるのかという疑問を感じました。自分がどのように考えるか固まっているわけではないのですが、単なる無権限の処分行為であるとして、何も移転しないという考え方はあり得ると感じました。

第2の確認事項は、今度は設定者留保権的なものだけを移転するという合意があった場合についてです。担保権者と設定者との間で、設定者留保権的なものを移転してはいけないという合意があった場合には、その合意に反した処分が無効なのか、それとも、その合意は債権的な効力しか持たず、処分が有効なのかというところをもう少し考えてみたいと思いました。

それから、二つ目のコメントは物権的請求権についてです。資料2-2の3ページのところで、物権的請求権がどちらに帰属するのかという問題が提起されていまして、もちろんそれは重要な論点であると思ったのですが、所有権についても、それ以外の制限物権についても、民法には物権的請求権の規定はなくて、解釈に委ねられている状態だと思えます。そうすると、今時の立法についてだけ物権的請求権を明文化するということは難しいような気がしました。

他方で、賃貸借については債権法改正に際して605条の4の規定が設けられていて、賃借人として何ができるかということがはっきり書かれるようになりました。担保取引規律型を採る場合には、その権利の性質が物権なのか、どちらが所有権を持っているのかということに立ち入らないで、このように設定者ができること、つまり、結論だけを書いてしまうというのが、その立法の姿勢とも整合して、分かりやすいのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

○阿部幹事 私も、藤澤先生の第1のコメントと少し関わるところで疑問を持ったのですが、資料2-2の1(2)の冒頭のところで、担保目的取引規律型を採るとしても、設定者が目的物の真正譲渡をする必要がある場合もあると考えられ、その余地を残しておくのが妥当であるように思われると書いてあるのですが、これが具体的にどういう場合なのかというのが私にはよく分かりませんでした。取り分け、ここで念頭に置かれているのは、はっきりとは書かれていないですけれども、設定者が担保権者に無断で目的物の真正譲渡をする必要がある場合だと思うのです。つまり、担保権者の合意を取った上で目的物を真正譲渡することができるというのは当たり前で、その場合に担保権が残るか残らないのかも合意次第だと思うのですが、ここで念頭に置いているのは、そういう担保権者の合意を得て目的物を真正譲渡する場合ではなくて、設定者が自分の一存で何ができるか、そういう議論だと思うのですが、そのときに果たして無断譲渡す

る権限を設定者に認める必要があるのでしょうか。確かに抵当権の場合には、抵当不動産の言わば無断譲渡をする権限が設定者に認められているわけなのですけれども、こと動産の担保権設定者にそこまで認める必要が本当にあるのかどうか、実際にあるとすれば、それはどのような場合なのかを伺いたいと思いました。

○道垣内部会長 いや、結構なのですが、それについて、それは認めるべきではないというお考えならば、そう言っていたければ。

○阿部幹事 そうなのですけれども、ただ、資料ではその必要がある場合もあると書かれているので、それはどういう場合を念頭に置いているのかを伺いたくと思いました。

○道垣内部会長 阿部さんはそれに反対だけれども、必要がある場合もあるというのはどういうことなのだろうということですね。

○阿部幹事 はい、そういうことです。

○道垣内部会長 事務局から何かありますか。

○笹井幹事 まず、阿部先生の御質問につきましては、例えば、非常に高価なもので、いろいろ資金繰りも悪くなってきたので、担保価値の余力がある部分に関してはお金に換えたいた、そういう場面があるのではないかと、事業全体も譲渡することになったが、譲渡される財産の中に譲渡担保権が設定されていたものがあって、しかしもう自分としてはその事業から手を引くので、事業の譲受人に完全に譲り渡してしまいたい、ただ、担保権の負担はくっついていく形で譲り渡してしまいたいというような、そういうケースがあり得るのではないかと考えた次第です。

それから、藤澤先生の一つ目のコメントですけれども、完全な所有権として譲渡したつもりだったのだけれども、そのときに実は完全な所有権でなかった場合に、どの部分で移転するかというのは、これは結局、最終的にはその契約の解釈によってくるのかなと思いました。あるいは、所有権そのものと設定者留保権と呼ばれているものの同質性というか、それを全く違うものとして捉えるのかということとも関わってくるかもしれません。いずれにしても、契約としては成立しているのだとした場合に、どういう契約が成立したかという、それは完全な所有権を移転するという契約が成立していたのだと見た上で、しかし、譲渡した側がその履行をできなかった場合には、それは債務不履行として処理されていくのではないかと思います。それ以前の問題として、そもそもそれは契約として成立していないのだという立場もあるかもしれませんが、差し当たりは債務不履行として処理されていくのではないかと考えておりました。

それから、二つ目の、設定者留保権を移転してはいけないという合意が仮にされていた場合のことですけれども、これは、今ここで考えたことですけれども、それは恐らく債権的な合意で、物権的なものとして設定者留保権を捉えるならば、その移転を禁ずることは債権的には有効であるとしても、それが第三者に譲渡されて対抗要件が具備された場合には、譲り受けた人に対しては対抗できないということになるのではないかと思います。

全体の二つ目としてのコメントで、物権的請求権を明文化するのは難しいのではないかなというのは、これは御指摘のとおりだと思います。2-2は設定者が何ができるかということを検討するに当たって全体的に考えてみたということで、そういう意味では頭の整理ということで、必ずしも明文化を意図してこれを作ったというわけではございません。

○道垣内部会長 よろしいでしょうか。

○佐久間委員　ありがとうございます。今、阿部さん、藤澤さんがおっしゃったことと、笹井さんがお答えになったことに関してなのですけれども、まず、阿部さんがおっしゃった2-2の1ページの(2)のところなのですけれども、私はこれは素朴に3行目の、設定者が担保所有権の負担のあるものとして目的物の真正譲渡をした場合というのは、担保所有権の負担のあるものとしての譲渡だから、今でいう、いわゆる設定者留保権をそれとして譲渡し、結局、この譲受人は第三取得者になっているという場面が想定されているのかなと思いました。そうだとすると、阿部さんは認める必要はないとおっしゃったのですけれども、どのぐらいニーズがあるのか私も分かりませんが、譲渡担保を例えば念頭に置きますと、譲渡担保権者は優先弁済の権能さえ確保されていればよろしいはずで、そうであるときに、誰の下に占有があるかとか、誰がどのように物を使うかということに関してまで介入できるようにする必要はないのではないかと思ったものですから、私は別にこれ自体としては認められてもよいのかな、繰り返しですけれども、担保所有権の負担のあるものとして譲渡しましたというときは、それはそれでいいのかなと思っておりました。

しかし、そうではなくて、ここから藤澤さんがおっしゃったことに笹井さんがお答えになったことに移るのですけれども、単純にこれは私が完全な所有者ですという形で物の譲渡が行われたというときには、それで本当に何か権利が移るのか、移らないのかというのは、いろいろな立場がやはりあり得るのだろーと思いました。そのときに、私は、それがいいと思っているわけではないのですけれども、立場によっては、藤澤さんがおっしゃったように何も権利は移らないということはやはりあり得るのではないかと。少し例は違いますけれども、地上権者が自分が所有者として土地を売買したというときに、では地上権だけ当然に相手方に移りますかという、多分そうは考えていないのではないかと思うのです。所有権に負担が付いているというときに、所有権は取得できるけれども、負担がくっついていきますということはありますけれども、全く別の権利が、所有権でない権利が売買によって相手方に取得されるということは考えられていないのではないかと思うのです。そうだとすると、ここの設定者留保権と今まで呼ばれてきたものが、例えば所有権の一種であると捉えようということになったのであれば、真正の売買の場合には、所有権自体が移り、しかし担保権の負担が付いていると整理はできると思うのですが、そういう整理をしないということになると、売買をしたって何の権利も移らないと考えることになるのではないかと。そうすると、笹井さんがおっしゃったことに関連するのですが、債務不履行の問題はもちろん起こるのですけれども、債務不履行の問題が起こるという前に、そもそも物権が何がしか相手方に移っているものがあるのかどうかということを考えなければいけなくて、それは結局のところ、譲渡担保が例えば設定された場合に、その設定者が持っている権利を、所有権と呼ぶかどうかはともかくとして、所有権と同じような権利を持っているのだと最終的に見るか見ないかというところで、結局変わってくるのかなと、そこを決めないといけないのではないかと思います。

もう1点ありまして、戻って申し訳ないですけれども、物上代位のところで、前回いろいろ発言したので、同じことを言おうとは思わないのですが、本日の物上代位に関して出てきた意見では、18ページの(3)のところで、【案2.2.5.1】と【案2.2.5.2】があるところ、どちらかというと【案2.2.5.1】の方が優先なのではないか、取り分け物の売却代金債権について、同じ債権を担保に取った人がいた場合には、シチュエーションを分けて

御発言もありましたけれども、債権の譲渡の方が勝ってもいいのではないかという話がありました。飽くまでこれは登記の制度とかファイリングの制度がある程度できるということを前提としてなのですけれども、そのような制度ができた場合には、物の売却代金債権を担保に取ろうという人は、何が価値の源であるかということは認識しているはずであるので、その自分の債権の価値を生み出す元になる物に関して誰かが先に優先弁済の権能を押さえていないかどうかということを、登記とかファイリングを通して確認すべきだということは、私はあってもいいのではないかと、そのような立場を採ることがあってもいいのではないかと考えています。それでないと、先ほど道垣内先生がおっしゃったことですけれども、物を担保にせつかく取ったのに、債権を担保に取るという形で現れた人がいたら、結局物を担保に取ったということの意味がほとんどなくなってしまうおそれがあるのではないかと。それが嫌ならば債権の方も一緒に取っておきなさいというのは、それは言うのは簡単ですけれども、全ての債権者にそこまでのことを簡単に期待できるかということ、なかなか難しい局面もあるのかなと思いましたので、私はそのように考えております。

以上です。長くなりまして申し訳ありません。

○道垣内部会長 いえ、どうもありがとうございました。佐久間さんの話に一言だけ申し上げますと、占有がどこにあるのであっても優先弁済を確保できればいいと、それは違うのではないかと。抵当権の場合には占有が動かないですから、不動産登記簿提出して実行できるわけですが、動産の担保を実行するときに、所在がどこにあるのかというのが重要になり、所在場所が動いても実現できるということにはならないのではないかと。そして、そうすると、阿部さんがおっしゃったように、処分自体がそもそも駄目だというのはあり得るのではないかなと思いついて伺いました。それと、そのときに後順位というものを認めるというのは多分に話が違って、後順位というのは占有が移っていかなくて、債務者にそのままある、設定者にそのままあるというのが前提になるので、処分と大分性格が違うのではないかという気がしましたが、そういう反対論もあり得るというだけで、別に私が今ここでそうだと決め付けているつもりではありません。それでは、次に、阪口さん、お願いします。

○阪口幹事 阪口です。先ほど来出ている部会資料2-2のところに関して、設定者の権利については、設定者留保権とかいろいろな法律構成が言われているわけですが、実務的に考えると、やはりそれは、一言で言うと、申し訳ないけれども、所有権なのだと思います。譲渡担保権が最初から、担保構成なのか所有権構成なのかでずっと議論がされているわけですが、今回、担保目的取引規律型という法律構成で大きなスキームを立てるとするのは、飽くまでキャッチオールするためであって、やはりそこは担保であるという性質は、どこまで行っても残っている筈です。ただ、その担保のために形式上の所有権が移っている。所有権は確かに移っているのだけれども、日弁連のバックアップ会議で出た表現だと、機能としての所有権は一部残っているということです。端的に言うと所有権は分属しているのだというのが実務的な感覚なのだと思います。

ここは、担保権のことを考えているから、担保権者が何ができるかの局面を考えているけれども、譲渡担保って別に実行されなければ、対象物はずっとそのまま設定者に本来どおり残っているだけの話です。だから、設定者留保権とか、いろいろな議論はあるけれども、やはり設定者は所有権者でもある、その形式は移転しているのだけれども、実質とし

ては所有権者であるというところは否定できないのではないかなと思います。そこを否定してしまうと、もう、まず実態に合わないというのが正直な感覚ですし、法律構成的にもかなりいろいろ難しくなってくるのではないかなと思っています。その結果、設定者は一切動かしては駄目ですよみたいな合意は、僕は債権的合意にすぎないだろうと思いますし、所有権者が真正譲渡したときに譲受人に何も移らないということは、法律論としてはあり得るかも知れないけれども、実態には合わないのではないかなというのが実務家の感覚です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○井上委員 ありがとうございます。今、阪口幹事のおっしゃったことと余り変わらないのかもしれないのですけれども、2-2についてですが、担保目的取引規律型を考えるとときは、担保目的で所有権を移転した場合には、その目的の限度で所有権が移転するというのでしたっけ、そういう発想になりますので、結局のところ、所有権の中に担保目的で移転する部分、これをA部分として、担保目的では移転できない、あるいはしない部分、設定者留保権と呼ばれたりする部分かもしれませんが、これをB部分とすると、1ページ目に書いてある、「設定者が担保所有権の負担のあるものとして目的物の真正譲渡をした場合」というのは、B部分の譲渡と考えるということだと思います。B部分も一種の所有権、負担付きの所有権であって、「場所を動かしてはいけないよ」とかいうのは、債権的には当然、担保権者として要求することだけでも、物権としては、設定者は所有権の一部分を持っていると考えるのかなという感じがします。他方で、後順位の担保権の設定が2ページに書いてあって、2ページの下の方に、設定者留保権というのですか、設定者に残されたものが後順位担保権者に移転すると考える場合の難しさが書いてあるのですけれども、私はむしろ、先ほどのB部分（設定者留保権）は担保目的で移転しない部分なので、後順位担保権者にもそこは移転しないものと、そこはずっと設定者に残って、むしろ担保目的で移転する部分ですね、担保の性格をまとった部分、すなわちA部分こそが、担保的な性格を持つわけですから、二重、三重に移転されると考えるのではないのでしょうか。A部分は、担保的な性格をまとっているわけですから、最初に対抗要件を備えた人が全取りするのではなくて、対抗要件具備の順に順位が決まっていくという説明の方が分かりやすい気がします。つまり、第1順位の人に移転した残りの部分を第2順位の人に移転するというよりは、基本的には担保目的で移転できる部分が担保権者に行き、それが後順位担保権者にも二重、三重に担保目的で移転され、担保ですから、その対抗要件なり担保ファイリングの順に順位が決まると説明し、逆に、B部分、設定者留保権は、A部分に担保を何重に設定しても設定者が持ち続けて、それも一種の所有権であって、ただ担保の負担付で真正譲渡されることもあり得るというような、そんなイメージの方が分かりやすいように思いました。

単なる説明の問題かもしれませんが、以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

佐久間さんからもう一度御意見いただいておりますので、お願いします。

○佐久間委員 度々すみません。今、阪口先生、井上先生がおっしゃって、私も実はそのように考えています。というのは、2-2の2ページのところで、担保目的取引規律型の場合に、例えば、実質的には第1順位の担保権者、第2順位の担保権者、第3順位の担保権

者というようなものを、まず認めるか、認めるときにどういう理屈を採るかという話が出ているのですけれども、理屈は分かりません、分かりませんが、私は第1順位、第2順位、第3順位は、これは認める方がもう絶対いいと思っており、その認める際には、先ほど井上先生がおっしゃった、設定者留保権と呼んでいるけれども、実質上はやはりそれは所有権であって、担保目的の所有権として債権者に与えられるのは、担保目的取引規律型を採ると、所有権を移転する形式を採った契約をしていてということだから、所有権が移っているように見えるのだけれども、実際は担保権にすぎないという、そういう考え方で規定を設けていく方がいいのではないかと思います。

そうすると、新たな担保物権を創設するのとどこが違うのだという話に、ひょっとしたら、なるかもしれないと思うのですが、担保物権を新たに作って、債権者が取得するのはその担保ですというふうにやると、何度も繰り返し出てきている話ですけれども、それとは違う形式で契約をされたときに規律が及ばないということが起こり得るので、担保目的取引規律型を採りつつ、しかし、そこで移ることになると言われている担保目的の所有権は、やはり実質的には担保として処遇すれば十分なものである。担保の目的でそれを処遇すれば十分なのだとすると、その所有権に当たる権利は、突き詰めて言えば、誰が持っているようにして制度を組んでいくのかということ、設定者がなお持っているということで制度を組んでいくということが、私はいいのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

物上代位の問題の前提として2-2というのをお配りしたつもりなのですが、2-2プロパーのことに議論が盛り上がってしまっております。ただ、片山さんからは既に挙手を頂いておりますので、片山さん、お願いいたします。

○片山委員 すみません、と言われながらも2-2の話で申し訳ないのですけれども、担保目的取引規律の基本的な考え方ということなのでしょうけれども、やはり新たな制限物権を作るということではなくして、所有権の移転を前提とする担保権を考えていくということです。そのやはり違いというものがあっていいのではないかとと思っています。というのは、やはり担保目的取引規律の場合は、当事者が所有権を移転させるという合意をしていることが大前提となっていて、それを前提として、どれだけ担保目的で規律できるかということです。やはりその実際のニーズがきちんとあるということが大前提になるのだと思います。ですから、例えば後順位担保権の設定は認める必要があるということであるならば、それは法律構成の如何にかかわらずそれを認めていくという立法をすべきだということになると思います。ただ、担保目的ということによって全て制限物権と同じような効果が認められるということではなくして、やはり担保目的取引規律の出発点にあるのは、所有権を移転させるという当事者の合意が大前提としてあるということで、それを出発点として、制度設計化していくかということを議論していくということではないかと思っております。

○道垣内部会長 水津さん、手が挙がっておりますが、物上代位の話であるということを祈りながら、水津さんを当てたいと思います。水津さん、お願いいたします。

○水津幹事 物上代位の話です。これまでの議論で述べられた意見のうち、2点について意見を申し上げます。

第1に、担保権者は、代位目的債権そのものについて、担保権の設定を受けることがで

きる以上、物上代位の効力は、弱めてもよいという視点が示されました。しかし、これと同じことは、約定担保物権に基づく物上代位すべてについて、あてはまります。そのため、上述の視点を強調して、新たな担保権について物上代位の効力を弱めるルールを設けるときは、現行の約定担保物権に基づく物上代位の解釈についても、その影響が及ぶこととなりそうですので、注意をしたほうがよいように思いました。

第2に、平成10年判決は、抵当権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣について、代位目的債権が賃料債権であることに着目して、抵当権設定登記がされた時を基準としてその優劣を判断する考え方をとったものであるという理解が示されました。この理解によると、抵当権に基づく物上代位と債権譲渡との優劣について、代位目的債権が損害賠償請求権や保険金債権であるときは、物上代位による差押えがされた時を基準としてその優劣を判断する考え方がとられることとなりそうです。しかし、この考え方は、あまり一般的なものではないように思います。そのため、上述の理解を基礎として、新たな担保権に基づく物上代位についてルールを設けることには、慎重になったほうがよい気がいたしました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに御意見はございますでしょうか。

いろいろ御意見いただきましたが、物上代位は否定すべきであるという意見そのものはなかったような気がいたします。ただ、事業担保との関係において、事業担保というものを重要であるとする、亀井さん、青木さんはそうなのかもしれませんが、そのような見解からしますと、事業担保として債権まで取得した人が物上代位の権利者に勝つというふうにしなれば、なかなか事業担保の方がうまくいかないのではないかと御意見が出されるとともに、他方では、取り分け同一のファイリングシステムにおいて公示されているということになれば、動産担保が先に設定され、対抗要件が具備されているならば、そちらの方が、例えば売却代金債権に対しても勝つということもあり得るだろうというのも一つの考え方として示されたかと思います。さらには、そのときに、動産担保の効力が当然に及んでいくのだとして、効力の当然拡大として物上代位目的債権についての効力を捉えるのか、それとも、やはり飽くまでそれは物上代位という特殊な、本来の目的物ではないものに対して特別に効力が及んでいると考えるのかという分かれ道があり、片山さんは、物上代位は物上代位だという前提の下に、やはり差押えがあつて初めて地位が確保されるということではないかという御意見だったかと思います。これらを踏まえて更に整理をする必要があるのだと思いますけれども、何か本日のところで更に御発言がありましたらと思います。

よろしいでしょうか。それでは、若干時間も超過しておりますので、続きまして、被担保債権の範囲について、何か御発言がありましたら、お願いします。

○鈴木委員 ありがとうございます。被担保債権の範囲で、少し事務局さんに確認をさせていただければと思うのですが、23ページの35行目、保存費用を被担保債権に含めないという提案について確認させていただきたいと思います。ここでの議論は飽くまで個別動産を対象としているケースであつて、集合動産については別の提案があるのかという点です。担保研究会の報告書では、集合動産についての被担保債権の範囲という見出しは見当たりませんでしたので、少し確認させていただければと思います。というのも、在庫担保などの集合動産においては、実務の中で保存費用のようなものが、立替えが発生したりす

るケースがしばしばあるように思いますので、債権者としては保存費用は被担保債権に含めたいということになります。民法上の保存費用がどこまで入るのかということも含めてなのですが、例えば冷凍マグロを担保としている場合であれば、冷蔵倉庫の賃料とか電気代を立て替えて担保物権の価値を維持する、そんなケースもあるように思うのですが、その辺りはいかがでございましょうか。

○道垣内部会長 笹井さんから何かお返事があれば。

○笹井幹事 実務的にどういったものがあるか教えていただければと思いますけれども、今おっしゃったような冷凍マグロの冷蔵庫の費用ということであれば、基本的には想定しておりましたのは、冷凍マグロは設定者がずっと保管していると、その際に、基本的にはその冷凍マグロの冷蔵庫の費用についても設定者が支出しているので、そういう意味で、債権債務関係が生ずることがあまりないのではないかと考えておりました。ただ、それが違っている、むしろ担保権者といいますか、譲渡を受けた側が費用を負担していることも結構あるということであれば、またそういった実務につきまして教えていただければと思います。

○道垣内部会長 これは抵当権の場合には、抵当権の目的物である土地が崩れそうで、したがって抵当権者の権利がそれによって台無しになる可能性があるということで、しかし債務者にはお金がない、そこで抵当権者がお金を払って土地の崩落を何とか防ぐという工事をしたとします。このとき、その費用は抵当権の被担保債権には入ってこないのですね。入るとするならば、それは保存費用の先取特権が別個にあるかという問題であって、しかるに、同じく非占有担保という形式のときに、こちらの方にはそれを含めるということが、実務的にそういう状況があるというのは分かりますけれども、どこまで正当化できるかということを更に考える必要があるのかなと思います、それは実務の状況も十分にお教えいただきながら、更に検討させていただければと思います。

○阪口幹事 阪口です。6番は被担保債権の範囲と書いてありますが、根担保の問題、被担保債権の根ですね、が書かれていないのです。第1回のときに配られた参考資料1-1のいわゆる研究会報告書では、この被担保債権の範囲の次の項目として、その他という形で根担保の問題が書かれていました。根担保の、特に確定のところは、特に集合動産をイメージした場合にはかなり重要な規定になるのだろーと思っていました。ただ、それは多分、対抗要件制度とかとの兼ね合いがあるので、今の段階では、具体的に根担保、被担保債権の範囲が根になった場合の処理のことまでなかなか議論しにくいのだとは思うのだけれども、二読の段階では少しずつでも出していただかないと、そこが決まらないと、またほかのことも決まりにくいということもあるのではないかと考えていますので、よろしくお願いします。

○道垣内部会長 そういうふうな方向だろうと思います。

ほかに御意見はございますでしょうか。

それでは、申し訳ございませんが、先に進めさせていただきまして、部会資料2の「第3 債権を目的とする担保の実体的効力」というところの議論をお願いしたいと思います。事務局におきまして部会資料の説明をお願いいたします。

○笹井幹事 部会資料2の24ページを御覧ください。債権を目的とする担保の実体的効力の部分ですけれども、前回、動産につきまして御議論いただいたものと同じように、設定

者の債権者が目的債権を差し押さえた場合にどういったことができるかという問題ですとか、担保権者が目的債権を処分することができるかといったような問題があるのではないかと思いますので、そういった部分について言及をしております。ほかに、債権についてどういう規定を設ける必要があるのかを含めて御議論いただければと思っております。

○道垣内部会長 この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見等を伺えればと思います。よろしくお願いいたします。

○山本委員 設定者の債権者が差し押さえた場合とかにどういう対応をとるかというところで、基本的には今回は動産の担保と同じような規律、つまり第三者異議ができる、配当要求ができるということが提案されているのではないかと思います。そのこと自体、私は特に、それでもいいのではないかとはいっているのですが、一つ考えないといけないのは、債権質との関係だろうと思っております。御承知のように債権質については現在、配当要求はできないという考え方だと思います。それは、質権については直接取立権が認められているので、配当要求、要するに質権者には差し押さえられても影響しないというところから、特段配当要求を認める必要はないという考え方に立っているのだと思うのですが、今回の新たな担保もその点においては同様の様な気もするのですけれども、ここで配当要求を認めるということが債権質にどういう影響を及ぼすのか、債権質と何らかの形でディスティンギッシュできるのか、あるいは債権質にも配当要求を認めるという形で転換するのかといった辺りは問題になりそうな気がします。

第三者異議については、現在も通説は、第三者異議を認めると、直接取立権に一定のやはり制約が掛かるので、第三者異議ができるという立場が多いのかなと思いますが、しかし、それについても最近、有力な疑問を唱える見解も出されているように思いますので、そういう意味では、債権質との関係を整理して、立法するのであれば立法するというふうを考えるのがいいのかなと思っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。検討しなければならない課題を的確に御指摘いただいたと思います。

ほかに何か、こういう点も考えておくべきであるということはいかがでしょうか。

○阪口幹事 何度もすみません。先ほど山本先生がおっしゃられた問題の大前提として、債権譲渡がされた後に一般債権者の差し押えがあったときも、それは一応、ヒットしているというのが前提にあるということなのですか。第三債務者からしたら、債権譲渡がされていると思っているわけだから、裁判所に対して外れという答えをしてしまうと思うのですけれども、それでも、それは第三債務者の答えが間違っているだけで、差し押えはヒットしているのだというのがまず大前提なのですか。観念的には当たっているような気もするのですけれども、真正譲渡と担保としての譲渡は第三債務者からは区別付かないので、そこはヒットしているのかどうか、まずそこが若干疑問ではあるのですけれども。

○道垣内部会長 なるほどと思いますが、山本さん、何か御意見ありますか。

○山本委員 今のあれは、真正譲渡の場合は当然、第三者異議もできるのだから、譲渡担保というか、今回の新しい担保でも第三者異議ができて当然ではないかというような御趣旨なのでしょう。

○阪口幹事 阪口ですけれども、第三者異議ができるかできないかのもう一つ手前に、差し押えが当たっているかどうかという質問です。

- 山本委員 だから、設定者のところで差押えがそもそも、設定者を債務者として差押えができるのかという。
- 阪口幹事 発令はもちろんできますけれども、発令しても実は空振っていないかということなのですから。
- 山本委員 ですから、第三債務者は結局、差押債権者に支払っても二重に支払わなければいけないということですよ。
- 阪口幹事 第三債務者は裁判所の陳述催告に対して、そんな債権はありませんと答えますよね、債権譲渡された後だったら。それでも、その答えが間違っているだけで、実は差押えが当たっているということになるのかどうか、実は分かっていないのですけれども。
- 山本委員 当たっているという言葉の意味が正確によく分からないのですが。
- 阪口幹事 第三債務者の答えがどうあれ、差押えの効力は当該債権に発生しているのかという、例えば、取立権が本当にあるのですかと。
- 山本委員 差押えが有効であれば取立権はあるのではないのでしょうか。
- 阪口幹事 空振っていたら、ないですよ。
- 山本委員 空振っているということの意味。空振っているということはないのではないのでしょうか。第三債務者は支払う必要はないのではないですか。それは対抗要件優先しているわけですから、譲受けの担保権者が、そちらに本来は払うべきだというのはそのとおりだと思いますけれども。だから、第三者異議の必要もないといえはないというのは、そうなのだと思いますけれども。
- 阪口幹事 理論的な説明ができないので、どなたか助けていただいたらという気がしますけれども、すみません。僕のイメージだと、第三債務者は、裁判所に対して、そもそも差押えは当たっていませんと答える。だから、例えば差押債権者が取立権を行使してきても、いや、元々そんな差押えの対象となった債権は移転して存在しないのだから、払うつもりは一切ありませんと答えることになります。しかし、それでも差押債権者があるに違いないと思って、仮に取立訴訟を起こしたという場面で、第三債務者は、債権譲渡がもうされているよということだけ抗弁と言えば、もう一切払わなくていいというのが、空振りの意味であり、他方、いやいや、差押えの後にでも譲渡担保の被担保債権が弁済されたら、復帰的に戻るのだ、その限度では差押えが当たっているのだ、だから何か一定の条件付か何か分かりませんが、取立権も本当はあるのだということなのかが、分からないということです。
- 山本委員 転付命令とかが出た場合は、あれですよ、今、質権と同じだと考えれば、質権付きで転付命令がされたのと同じ状態になるというのが判例だと思うのですが、それと同じような状態になるのではないですか。
- 阪口幹事 質権の場合は帰属は元の債権者であって、質権という負担が付いているだけです。他方、債権譲渡がされていたら、もうそれは債権自身が元の債権者との関係ではないと、第三債務者から見れば、ないというふうに考えて、だから、転付命令をされたって結局、何もないということにならないかということなのです。
- 山本委員 おっしゃるとおり、だからそれは真正譲渡に引き付けて考えるのか、質権に引き付けてこの担保を考えるのかという問題なのではないですか。
- 阪口幹事 はい。それで、ここの第3、24ページの問題は、まずそこがはっきりしない

と実は答えが出ないのではないのか、答えというのか、在るべきものが出てこないのではないのかと。動産の場合には占有は設定者のところにあります。したがって、設定者の一般債権者から差押えができます。だからこそ第三者異議とか配当要求とか、次の制度を考えなければいけない。他方、債権の場合は外れとなれば、そもそも何の手續も要らないということだってあり得るわけです。それはなぜかという、債権の場合には、第三債務者という、動産の場合と違うプレーヤーが1人いるからです。しかも第三債務者の目から見て、いろいろなことを処理していくというのが現在の債権執行手續なので、そこが根本的に動産執行の場合と債権執行の場合で違うので、当たっているか当たっていないか問題を、どなたかが、回答はこれだよというのを言っていた上で議論していった方がいいのかなと思ったのです。

○道垣内部会長 青木さんから手が挙がりましたけれども、何かそれについて御発言がございますか。

○青木(哲)幹事 神戸大学の青木です。阪口幹事がおっしゃっている、当たっているかどうかというのは、恐らく、御説明されたとおり、担保目的取引規律型において、法形式ですよね、担保権者の方に既に移転していると考えなのか、そうすると、もう当たっていないということになるのだと思いますし、そうではなくて、担保の実質を重視して、担保権であると、だから形式的には移っているかもしれないけれども、まだ設定者に残っているということを前提に考えていくのかということのお話かなと思いました。

ただ、当たっているかどうかということについて、もう一つ申し上げると、動産執行では、いわゆる執行官が外形に基づいてその帰属を判断するということとの関係で、債務者が占有しているということで、その債務者への帰属を判断するということになるのに対して、債権執行においては、申立てにおいて債務者に帰属するという主張がされていれば、手續としては適法に差押え命令が発令されるということになり、しかし、実際には対象債権が設定者ではなくて担保権者に帰属しているのであれば、それは結局、阪口幹事がおっしゃったように、空振りに終わるということになるということ、その意味で空振りという言葉をお使いになったのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

結局、差押債権者が第三債務者に対して弁済を求めていくということをしたときの手續をどういうふうと考え、仕組んでいくのかということですね。第三債務者としては、いや、ほかの人に既に譲渡されているという通知を受けていますと言ったとき、何を差押債権者が主張立証していくことになるのか、そして、どこまでの実体的な権利があるということになるのかということ、そういうふうなことをプロセスの中で詰めていかなければいけないだろうとは思いますが。その辺はもっと丁寧にやっていく必要があろうかと思います。

○片山委員 貴重な時間、ありがとうございます。今、各委員の御発言と若干関連するのかもしれませんが、今回、担保目的取引規律型ということで、動産と債権を同じように取り扱っていくということのようなんですけれども、基本的に動産と債権でかなり違うとは感じております。動産に関しましては、これまでの議論からもありますとおり、後順位の担保権の設定もやはり広く認めるべきであるという意見が多数で、基本的には制限物権の担保とそれほど変わらない担保の設計を考えておられるように感じました。けれども、他方、やはり債権に関しては、排他的な効力を、より強く認めていく必要性が高いようにも思っ

ております。それは特に、今の判例法でも、集合債権譲渡担保に取るということになりますと、対抗要件を具備してしまうと、事実上その債権者だけが独占してしまえるという状態になっているわけですね。これを、担保目的規律という形になると、そうはいっても、やはり後順位担保権の設定も可能になるというような形の議論をしていくということになると、今の実務でも認められている債権担保の排他的な効力を否定してしまうということにつながりかねないと思っております。そういう意味では、債権担保に関しては債権質という典型担保はあるのですけれども、それと違う効力が認められる所有権担保といいますか、債権譲渡担保の効力をきちんと区別をして、動産担保と差別化を図りながら議論していく必要があるのではないかと感じております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○本多委員 ありがとうございます。三井住友銀行の本多でございます。先ほど来の対象債権の差押えの空振りの議論との関係で前提的な問題になるのかなと理解していた一方で、譲渡担保権の効力をどう捉えるのかにも関連するのかなというのを、今の片山委員のお話をお伺いして改めて感じたのですけれども、債権を目的とする担保の実体的な効力という論点について、先ほど山本委員も債権質について触れていらっしゃいましたが、債権質との比較において、譲渡担保権の設定によって、対象債権の第三債務者や設定者に対する制限的な効力を生じさせることについても、規律を明確化する必要があるのかなと思っています。債権質の場合ですと、民法481条1項の類推とか、それから、民事執行法145条1項の類推とかという形で説明がされていると思うのですが、基本的に第三債務者は、設定者に対する弁済等を質権者に対抗できなくなるとされ、設定者は、放棄、免除、相殺、更改等対象債権を消滅、変更させる行為ができなくなるとされています。譲渡担保権が設定された債権についても、差押えの対象が何なのかというところもあると思うのですが、設定者が持っている対象債権に係る権利について対抗力ある譲渡担保権が設定された後に、当該対象債権に差押えがなされたということなのであれば、第三債務者として差押債権者に弁済することができなくなり、また、債権執行手続においても差押債権者は劣後することとなって、結局事実上空振りという帰結になりそうなのかなと思いました。

申し上げたかったのは、譲渡担保権の効力の問題として、第三債務者についての弁済制限効というのが明確にされる必要があるのかなという点と、併せまして、設定者の担保価値維持義務というふうに最高裁平成18年12月21日判決において述べられていますとおり、設定者に担保価値を維持する義務が生じ、その結果として対象債権の放棄だったり、免除だったり、相殺だったり、更改であったりという対象債権を消滅、変更させる行為ができなくなるという規律を明確化する必要があるのかなと考えておりまして、その考えを述べさせていただきました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに何か、差し当たって債権の担保化について、こういうところは注意して今後やらなければいけないよという御指摘はございませんでしょうか。

○加藤幹事 ありがとうございます。必ずしも債権の担保化の話ではないのですけれども、担保目的取引規律型の担保の実体的効力に関する規定が、信託受益権や株式を担保とする取引に与える影響が気になります。例えば信託受益権や株式などは既に譲渡担保の対象と

されておりますけれども、動産か債権かという類型に当てはまるわけではないと思います。こういった財産権も、担保目的取引規律型の担保の対象になると思うのですけれども、その場合の実効力をどのように考えればいいのかということです。株式の譲渡担保については、株式質の効力を定める会社法151条が準用されるという解釈が有力ではないかと思うのですけれども、仮に担保目的取引規律型の担保として株式や信託受益権なども対象となると考える場合には、この信託法97条や会社法151条に相当する規定を新設する必要があるか等を整理する必要があるのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

整理しなければいけないところが多いような気もいたしますが、ほかに何か今の時点で御教示、御指摘がございますでしょうか。

それでは、債権の方についてはまた包括的に検討しなければいけないと思いますので、今後も、その機会が回ってくるまでの間に、こんなこともきちんと考えなければいけないのではないかとということがございましたら、事務局に、あるいは私にでも結構でございますけれども、いつでも頂ければと思いますので、よろしくお願いいたします。

それでは、そういうことで、急ぐようで申し訳ございませんけれども、次の部会資料に入っていきたいと思います。

今回新たに送付されました部会資料3に基づく議論でございますが、まず「第1 集合動産・集合債権の担保化」の「1 集合動産の担保目的での譲渡（集合動産に対する担保権の設定）の可能性」について御議論いただければと思います。

事務局において、部会資料の説明をまずお願いいたします。

○浅野関係官 それでは、部会資料3の「第1 集合動産・集合債権の担保化」のうち「1 集合動産の担保目的での譲渡（集合動産に対する担保権の設定）の可能性」の部分について、御説明いたします。

現行法の集合動産譲渡担保について、判例は、いわゆる集合物論を採ることによって、個々の動産が集合物の範囲に流入した時期を当該動産についての担保設定時期とするのではなく、当初の担保設定時の集合物に担保が設定され、あとは集合物の内容が変動しているだけであるという評価を導いています。この点に関しましては、動産譲渡登記制度が導入されたことを契機として、集合物概念を介する必要はないという見解なども存在するところですが、将来動産を含め、設定時に何らかの形で対抗要件を具備することを可能とするための議論が蓄積されており、これが可能であることについての異論は少ないように思われます。

そこで、本文は、集合動産の担保目的での譲渡が可能であり、ひいては将来動産を含む集合動産全体について対抗要件を具備することができることについて、明文上明らかにすることを御提案しております。【案2.1.3.2】に従って新たな担保物権を創設する場合にも、ただいま御説明しました議論が参考になるように思われまして、いずれにしましても、集合動産を目的財産として担保権を設定することができるということを明らかにしておくことが考えられます。

その上で、集合動産として担保権の目的とするための要件についてですが、3ページの2にありますとおり、まず、担保の目的物の範囲が特定されているということが必要です。特定されているかどうかが問題になる場面として、「在庫一切」が担保の目的物とされて

いた場合が挙げられます。現行の動産・債権譲渡登記におきましては、対抗要件を具備するため、動産の特質によって特定をすることができない場合には所在場所を特定する必要があります。しかし、在庫という文言から、いかなる動産が担保の目的物であるかということを理解することができるとも考えられまして、担保の効力の及ぶ客観的な範囲の特定としましては、在庫一切でも足りるようにも思われるところです。

さらに、「設定者の所有に属する」という限定が付されている場合の取扱いにつきましても議論がございます。

ここでは担保権の及ぶ客観的範囲の特定の問題を取り上げましたけれども、このような方法により特定された担保権について対抗要件を具備できるかという問題も別途ございますので、この点は対抗要件制度を検討する箇所でも検討が必要と考えております。

4 ページの3ですが、本文のようなルールを設ける場合に、個別動産と集合動産をどのように区別するかという点も問題になります。この点に関して、本文は、将来新たな構成部分がある範囲に加入する可能性があるかどうかで区別することとしております。

また、それに加えて、5 ページの4にありますように、伝統的には経済的一体性や取引上の一体性が必要であると考えられてまいりましたが、どのような場合に一体性があるのかは明確といえず、取引の不安定さをもたらすという批判もございます。

そこで、本文においては経済的一体性等の要件を明示的には設けない提案としておりますが、集合物として扱われるために何らかの要件が必要であるという御見解もあると思いますので、御意見を賜りたいと思います。

実務上、集合動産を目的とする担保としては譲渡担保が用いられることが多いかと思いますが、集合動産を目的とする所有権留保があり得るかどうか問題になるように思われます。5 ページの5で検討しております。例えば、A という人が継続的にB という人に商品を売却している場合において、B がA から購入した物を含む在庫全体につきまして、金融機関C のために譲渡担保を設定しようとしているとすれば、C は集合動産譲渡担保の設定後、直ちに対抗要件の具備等を行うことができますが、集合動産所有権留保が認められないとすると、C の対抗要件具備等の後にA がB に譲渡した動産については、A がC に優先する方法はなくなってしまうという問題が想定されるところです。仮に集合動産所有権留保を認めることができるとすれば、A は所有権留保の合意時点において対抗要件の具備等を行うことにより、他の担保に優先することができるということになります。

最後に、現在及び将来の債権を一括として担保の目的とする場合についてです。債権につきましては、未発生 of 債権を譲渡したり担保の目的財産にしたりすることが明文で可能とされておりますから、動産についての本文と同様の規定を置く必要性は乏しいと考えました。そのため、本文は複数の債権を一括して担保の目的とする場合についての規定を置くことを提案しておりません。

私からは以上でございます。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

それでは、この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見等を頂ければと思います。

○山崎委員 どうも、山崎です。私からは、意見なのですけれども、3 ページの20 行目以降に述べられている在庫一切に関してなのでもすけれども、現行の手法に加えて追加的に、

在庫一切を担保の目的物にすることを認めてもよいと思います。理由としましては二つございます。一つ目は、登記に記載されていない種類の在庫を仕入れたり保管場所を変更したりするたびに契約書や登記を変更することは、コストと手間が掛かると思われるからです。二つ目は、場所を移すことで担保権を外そうとする動機を設定者に与える可能性があるからです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○井上委員 井上です。ありがとうございます。

「設定者の所有に属する」というところですが、資料でいえば4ページですが、この限定は付されていようがいまいが同じことを意味するのではないかというのは、この資料に書いてあるとおりではないかと思います。集合動産の譲渡担保契約において、例えば「A倉庫内の在庫に担保を設定する」という合意をした場合も、その中に他人のものが交じっていれば、当然それは担保目的の範囲に入っていないはずなので、「設定者の所有に属する」というのは言わば枕詞のようなもので、常に付されているということと理解しております。ですから、そういう限定が付されていても特定されていると思いますし、逆にそういう限定が付されていない場合に、X倉庫内に他人のものが交じっていると、それで突然、特定が失われて担保の効力に悪影響が生ずることはないということを確認したいと思います。

例えばですけれども、他人のものが少し交じっているということではなくて、狭義の所有権留保がなされた在庫が倉庫の中に相当程度交じっているというときもあり得ると思うのですが、そういう場合は、現在の判例によると、狭義の所有権留保の目的物は譲渡担保の目的には入っていないと考えるのではないかと思います。この場合も、だからといって譲渡担保の目的物の特定が失われるというわけではないだろうと思います。ここで関心があるのは、その先の問題でして、所有権留保が狭義でなされている場合に、その所有権留保売主との特約で、代金を払うまで買主は目的物を一切転売するなという合意がなされ、それが守られていれば、問題が起こる場合は少ないのかもしれないですけれども、そうではなくて、通常の販売行為が認められている状況で、狭義の所有権留保ではあるけれども、売却したらそこで及ばなくなるという所有権留保合意がある場合に、所有権留保の目的となっている部品と、そうではない全く同一の部品が、同一の倉庫内に存在している場合の問題です。例えばAという所有権留保売主からX倉庫に搬入されるものと、Bという留保特約のない売主からX倉庫に搬入されるものがあり、きちんと物理的に区別されてX倉庫内にあれば問題は起きないのかもしれないですけれども、そうなっていない状況で、通常の販売行為がなされて、Aから買ったものかBから買ったものかを区別せずに随時搬出され処分されていく状況になっているときに、集合動産譲渡担保の対象がどういうふう to 特定されるのかは、気になっているところです。それについてはどう考えるのでしょうか。

例えば、民法の混和の規定の適用が仮にあるとして、主従の区別ができないと考えるならば、そのぐしゃぐしゃに混じっている同一の部品について共有状態が生ずるということかもしれないのですが、ではどういう割合で共有を考えるのかという問題が出てくるように思ひまして、そういう場合には、どういうふう to 実行するのかという問題も出てくるかもしれないと思います。他方で、先ほど申し上げたような状況にあるときに、そういう考

え方ではなくて、例の乾燥ネギに関する判例のような問題として捉えたとすると、これは特定が失われるということになりかねず、それは大変困ったことになるし、結論としては妥当ではないように思われるので、今申し上げたような、つまり全く同一のものなのだけれども、設定者の所有に属するものと属さないものが集合動産の範囲の中で一緒になっている、典型的には一部に狭義の所有権留保が付されているというような場合に、譲渡担保の効力、あるいはその範囲をきちんとワークするように解するには、どういうルールがあるといいのだろうかと疑問に思っています。結論としては、できればそのときの事業サイクルに応じて、仕入れの状況に応じて按分するとか、何らかのルールを設けて割合的に物権的な効力を認められるようにした方がいいのではないかと考えます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。たくさんの手が挙がっているのですが、少し確認したいことがあります。今現在、例えば単純な所有権留保の目的物1個が、債務者といえますか、買主の財産の中に紛れ込んで、どれが所有権留保目的物か分からなくなったら、これはどうなのですか。これは主従があるので、混和してしまうということで、所有権留保の効力はなくなるのですか。

○井上委員 そうなのですか。

○道垣内部会長 なくならないですか。100対1だったときに。

○井上委員 その場合も、主従の区別ができると考えて、主の方に飲み込まれてしまうという結論はよくないように思っていて、そういう場合も、これはコシヒカリとササニシキが交じった場合ではないので、主従の区別はできないと考えて、割合的な共有状態になると考える方が結論としてはいいと思っているのですけれども、いずれにしても、集合物については、その応用問題ということになるのかも分からない。

○道垣内部会長 私も、井上さんのように考えることはあり得るのだろうとは思いますが、しかし、それは今回発生する問題なのか、混和一般に存在している問題なのかというのが少し分からなくなったものですから、確認をいたしました。

○鈴木委員 ありがとうございます。千葉銀行の鈴木でございます。山崎委員に続きまして、在庫一切という捉え方につきましては、中小企業にとってもスムーズに、より大きなボリュームの資金を引き出しやすくなるものと考えられますので、我々としても歓迎したい議論でございます。金融機関はバランスシートの実績値から運転資金のサイズを把握していますけれども、店舗や倉庫が拡大されるような成長局面、右肩上がりの局面では、過去の実績値では十分でない場面が出てきます。現行の動産譲渡登記の枠組みですと、成長に伴う拠点の増加で店舗や倉庫が追加されますと、在庫の保管場所を都度登記しなければいけません。一方で、在庫一切と前広に捉えておけば、新たな登記等の手当てが不要なので、機動的な融資増額に応じやすくなるのではないかと考えられます。成長資金の出し手を後押しする、そういった設計として、在庫一切という考え方は取り入れられればと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○青木（則）幹事 ありがとうございます。こちらの第1の1の規定でございますけれども、こちらは恐らく中心的なところは、集合動産を含む流動動産を譲渡担保の目的物にすることができて、ひいてはその時点で対抗要件を具備できるという点にあるかと思うのですが、問題はこれを集合物という考え方で説明するかどうかということなのかと思います。もし

集合物という考え方を使得って説明するのであれば、やはり定義が必要なのではないかということを感じており、そのとき考えなければいけないのは、同じ流動動産だけれども、集合動産として特定した場合とそれ以外の記述の方法で特定した場合で効力が違ってくる可能性があるかどうかということで、この点をかなり明確にしなければ、危ないのではないかと考えております。というのは、御承知のように集合動産譲渡担保と言ったときには、やはり集合動産のみと考える見解も有力でございますので、そういうふうなものとして捉えられる可能性がある。そうなってくると、単なる集合動産及びその構成部分に及ぶというような意味での流動動産とは違ってくるという可能性も出てまいります。これはひいては、ファイリングや何かのときの登記事項にも関わってくるようにも思いますので、その辺りの整理が必要かと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。そこら辺は難しいところなのですが、結局、集合物というのをどういうふうなものとして捉えるか、定義をどういうふうにするかということなのだろうと思いますが、続けて富高さんの方からお願いいたします。

○富高委員 ありがとうございます。先ほど何人かの方から、在庫一切という特定を認めるべきであるとの御発言もあったのですが、私としましては、冒頭申し上げたとおり、一般債権者の保護が十分に図られていない現状においては、広範な担保権の設定を認めるような考え方は極めて慎重で在るべきではないかと思っておりますので、御意見として申し上げます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。恐らく、在庫一切という特定の仕方が認められるかというのは、理論的にそれで特定しているのかという問題と、例えば公序良俗の観点からそのような包括的な特定の仕方を認めていいのかという問題と二つあるのだろうと思うのです。特定できますかということからすると、まあ特定できるのかなという気もするわけですが、後者の観点も結構重要だろうと思っておりますので、今御指摘いただいたと理解しております。

○佐久間委員 ありがとうございます。3点ございまして、一つは単なる言葉の問題なのですが、この3の資料では担保権と担保権者という言葉が出てきていて、担保所有権、担保所有権者という言葉にはなっていないのです。これは意味があるのかどうかということを確認で、あるのだったらどういう意味かということ、この集合動産の場合はそういうのだということなのかどうかというのは、後で教えてくださいというのが1点です。

2点目は、特定の話でして、所有権が設定者の下にある、設定者が所有しているもの、設定者の所有に属するという限定が付いていた場合なのですが、担保の効力が及ぶ、及ばないという点では結論は一緒ではないかというのはそのとおりだと思うのです。つまり、設定者が所有していないものに担保の効力が及ぶなんていうことはないということなのですが、だから結論も一緒ですよということではいいとは思いますが、理屈としては多分これまではこうだったのではないかと思うのです。つまり、まずは契約において、その契約が何を客体としているか、目的物としているかということが決まり、その決まった中で、しかし、例えば設定者に権利がないから担保の効力が契約によっては及ばないということがあったのではないかと思うのです。そうだとすると、設定者の所有に属するものという限定を付けたら、これには及ぶのですか、及ばないのですかと言われたら、客観的、外形的にはそこは分からないという状態になってしまい、そうすると、当該契約の目的物はどれですか、特定されていますかという点において、それは特定できていませ

んということから、判例は契約成立自体が認められないのだということを多分、言っていたのではないかと思います。それを維持すべきだということでは全然ないのですけれども、結果一緒だからということだけでは済まないのかなと思いました。

私の中ではそこからつながってくるのではないかと思いますのですが、集合動産所有権留保のところについて、6ページに例として、当該売買基本契約に基づいて甲から乙に譲渡される商品のうちのうんぬんという部分については、こういう限定が付くと結局、客観的、外形的には、当該契約に基づいてその中の一つ一つの物が当該担保の目的となっているかどうか外形的、客観的には分からないということになってしまう観点から、これは特定されていないということになってくるのだと思うのです。それが3点目です。ですから、2点目に申し上げたのは単に理屈の問題なので、そこはいちいち条文に、こういう限定が付いていたら駄目ですよなんていうことだとか、特定の方法についていちいち細かく書き込むことはないと思うのですが、3番目に申し上げた集合動産所有権留保について検討する必要があるかという、この資料に書いてある限りでは、これは特定がおよそされているということにはならないので、有効なものとして認められることはないだろうと思えますし、ほかの特定の仕方では何かうまくいくということもなかなか思い付かないのではないかな、だからそれは考える必要がないのではないかなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。佐久間さんのお話の前提は、例えばここに三つの時計があって、そのうちの1個が私の所有物であるというときに、佐久間さんと私との間で、この三つの時計のうちの道垣内所有のものを売却しますという契約を結んでも、いろいろ調べてみないとどれが道垣内の所有か分からないというふうなものであるときには、目的物が特定された形での売買契約というのは成立しているとはいえない。こういう考え方が前提になっているわけですか。

○佐久間委員 それはそうだと思いますけれども、特定物というか、一つ一つの物の売買の場合は、後で定まれば別にそれでよろしいという前提が採られているのに対し、今後も維持するかどうかはともかくとして、これまで集合物ということにくっついてきたものについては、後から分かりますというのは排除しようという考え方が採られてきたのではないのかと思っています。今の道垣内先生の御質問に対する答えになっているかどうか分かりませんが。

○道垣内部会長 いえ、集合物の特殊性として捉えるのか、それとも、およそ一般に三つのうちの一つというときに、しかしそれは客観的な指標で、選択債権ではなくて定まっている、だけれども外形的には分からないというときにどうなるのかという一般論と同じであるという話なのか、どうなのかというのを確認したかったというだけで、考えなければいけない問題だろうと思います。すみませんでした。

○本多委員 ありがとうございます。三井住友銀行の本多でございます。先ほどの在庫一切の議論に関連してなのですが、山崎委員、それから鈴木委員がおっしゃったように、ファイナンスをさせていただく立場から、コストだったり手続だったりというのが低廉、簡便になるとか、それから、物の所在場所が移転してしまった結果として担保から外れてしまうことを回避できるという点等において利点があるというのは、御指摘のとおりなのかなと思っています。なお、現状も、例えば買収ファイナンスという企業を買収する場合における支援をさせていただくファイナンス等に際しまして、全資産担保を設定させてい

ただいているという実務がございまして、そういうものへの利用可能性がありそうなのかなと感じているところはございます。

一方で、富高委員が一般債権者との間における調整の必要性を御指摘されたのですけれども、ファイナンスを行う与信者間においても調整が図られないといけない事象を生じさせやすくする可能性があるかもしれないと、念のために幾つかの事例を御案内させていただければと思っています。まず、例えば甲、乙、丙という担保権者がおり、一方で担保対象としてA倉庫、B倉庫、C倉庫に所在する在庫がある、といった事例を想定した場合に、担保権者甲はA倉庫に所在する在庫一切を担保に取って、一方で担保権者乙は、その後に在庫一切を担保に取って、更にその後、担保権者丙がB倉庫に所在する在庫一切を担保に取りましたという場合に、A倉庫内にある在庫に関しては甲が第1順位で、仮に後順位譲渡担保権を認めるのであれば、乙が第2順位で譲渡担保権の設定を受けることになりそうです。一方でB倉庫にある在庫に関しましては、乙が第1順位、それから丙が第2順位という形になりそうです。一方でC倉庫内にある在庫に関しては、乙のみが担保権を有しているという状況になるのだと思うのですけれども、ここで担保権者間の競合が生じやすくなっているということと、それに伴いまして、この競合状態の取扱いに関するルールをどうやって整備していくのかということをごきちんと考えないといけない度合いというのが広がりそうなのかなと考えております。

また、別の例に関しまして、例えば信用状取引において、信用状発行銀行が輸入商品である付帯荷物に個別の動産譲渡担保権を設定させていただいているのですけれども、仮に商品一切について譲渡担保権が別途設定された場合に、信用状取引約定書に基づく輸入商品についての個別の動産譲渡担保権と商品一切を目的物とする集合動産譲渡担保権の設定の先後によって勝ち負けが決まりそうなののですけれども、実務にどのような影響が生じることになるか、どうやって実務的に調整を図るようにするのかというのは考えないといけないところがありそうかなと思っています。

さらに、また別の例として、例えば財産抵当が設定されていて、その財団に属する機械設備等が財団抵当の目的物になっていた場合に、別途機械設備一切について集合動産譲渡担保権を設定する担保権者が現れた場合に、どういう競合関係、それから優先劣後等のルール設計をしていくことになりそうなのかということについても議論が必要になりそうなのかなと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○亀井幹事 ありがとうございます。中小企業庁としても意見を表明しておきたいと思えます。

まず、1の集合動産の担保目的での譲渡の規定を置くということについては賛成をしたいと思います。その上で、在庫一切というの、私たちの研究会を開催したときには、そういう在庫一切という特定の仕方だと非常に融資が受けやすい、お金が借りやすいという御意見がございましたので、この線で考えていただけたらと思います。

また、第1のタイトルが集合動産・集合債権の担保化ということで、この集合というのは動産と債権、それぞれの集合ということなののですけれども、例えば事業みたいなものを考えた場合には、動産債権が集合している財産ということは考えられないのでしょうか。ここでの検討の対象は、やはり集合物というのは、動産は動産の集合、債権は債権の集合

というように、動産単位、債権単位ということを前提とされているのでしょうか。動産であったり債権であったり、そういったものが交ざった集合というのは考えられないのかということは、一つ問題提起をしていきたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございました。あとまだ何人かに御発言いただきたいのですが、「在庫一切」というのは認めるべきだという人がほとんどでございますので、亀井さんに代表していただいて、幾つか私の方から疑問を提起したいのですけれども、では「機械一切」でもいいのですか、皆さんは、「在庫」だからいいのですか、それとも「機械」でもいいのですか、さらには「動産」でもいいのですか。今、債権でもいいということになったら、「動産・債権一切」でもいいということでしょうか。「在庫」だからいいのかということなのですが、亀井さんは多分、何でもいいのですね。

○亀井幹事 おっしゃるとおりです。もちろん何らかの特定があるだろうというのは、そういうことだと思いますけれども、在庫だから特別に一切が認められるべきだということではないと私は考えています。

○道垣内部会長 ほかの在庫一切肯定派の方も同じようなお考えで、それは特定ができていなのだからいいではないかということなのではないでしょうか。そういう感じですかね。いや、別にそれに反対するとかいう話ではなくて、少し確認をしておきたいと思っただけで。よろしゅうございますか。

○大澤委員 大澤でございます。今の在庫一切のところのお話でして、先ほど部会長がおっしゃられた、特定としていいのかという問題と、公序良俗違反等の二つに分かれますよねというようなお話がございました。部会資料4ページの冒頭の方にもありますけれども、公序良俗違反の方の懸念を考えた上で、在庫一切というのが認められるかどうかということもなお慎重に考えた方がよいのではないかと考えております。というのは、過剰担保になり得る土壌にはなるのだと思っております。一切、それが在庫一切なのか、機械一切なのか、動産一切なのかは別として、一切といった取り方で過剰担保にならないのか、あるいは、優越的地位の濫用ではないのですけれども、そのような形で担保が過剰に取られてしまうというようなことを多少懸念しておりまして、そういった点についての検討を踏まえた上、なお在庫一切というものを特定として適切かどうかということを考えてはいかがかと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○井上委員 今の点については、私はそもそも特定の問題を条文化するという観点でいうと、在庫一切はいいとか、いけないとかという条文にはなかなかならないと思うので、結局のところ何をもって特定として認めるかという議論としては、識別可能性の有無で切ることが分かりやすくよいのではないかと考えています。そうするとかなり広く特定できるという結論になってもよいのではないかと考えています。その上で、一般債権者、あるいは取引債権者、あるいは労働債権者に残されるものが少なくなりすぎるかどうかという問題は、別の観点で規律するべきで、それは例えば公序良俗の問題もありますけれども、そこまで行かなくても、リファイナンスをしやすくする、あるいは後順位担保権を設定しやすくするといったような方法で過剰担保の問題を解消するとか、いろいろほかの手当てで考慮しなければいけないことはあると思うのですけれども、特定の問題としては、広くといいますか、識別可能かどうかで判断してもよいのではないかと思います。

ところで、元々私が手を挙げていたのは、実は先ほどの「設定者の所有に属する」というところの関係なのですけれども、特定を比較的広く認めるとした場合でも、先ほどの「設定者の所有に属する」というのは書いても書かなくても当然に枕詞として常に入っているということだと思います。佐久間先生が先ほどおっしゃったことを私が誤解しているのかもしれませんが、「X倉庫内の在庫」に加えて、「設定者の所有に属する」という語句を加えると特定が失われてしまう、加えないと全体として特定されるということが本当にいいのかは、やや疑問に感じました。当事者の間で仮にそういう語句を担保設定契約に入れたとしても、やはりX倉庫内の在庫という範囲では特定していて、その中に他人物が交じっているという状況で、ぱっと見、どれが他人物か分からないという理由で特定性が失われることにはならないのではないかと思います。

先ほど私は同一の部品について他人物が交じっている例を挙げて、混和のことを申し上げたのですけれども、これは（ぱっと見ではなく）どれだけ調べても区別できなくなる場合の問題なのですが、そうではなくて、もう少しシンプルに、 α 部品と β 部品があって、 α 部品は狭義の所有権留保が付いていない、でも β 部品は狭義の所有権留保が付いているという状況で、「X倉庫内の在庫」を対象に集合動産譲渡担保を設定した場合は、これは α 部品全体について譲渡担保が有効に成立しているのではないかと、所有権留保の付いた β 部品がX倉庫内に入っているという、それも在庫ではあるのですけれども、そういう理由で譲渡担保の特定性が失われると考える必要はないのではないかと考えます。

そう考えると、今度は集合動産所有権留保の話になりますけれども、AとBの間で継続的売買が行われて、それで、留保売主であるAがBとの約定の中で、AがBに販売した在庫であって倉庫Xに保管されているものについて所有権を留保すると定めた場合に、AがBに販売する在庫部品を、A以外の人はBに売っていない、その倉庫の中においては混和の問題が生じないシンプルな例を考えると、その時々で、その倉庫内にある、かつ残っている部品について所有権留保ができるという規律自体はあってもおかしくなくて、あっているかどうかという観点で言うと、集合動産譲渡担保について対抗要件が備えられてしまった後に、AとBの間で売買がなされて倉庫内に持ち込まれたものについて、所有権留保が集合動産譲渡担保に先立って合意されているにもかかわらず、狭義の所有権留保ではない場合、拡大された所有権留保の場合には、およそ後に設定された譲渡担保に負けてしまうという結論で本当にいいのかやや疑問に思っています。所有権留保についてどういう対抗要件制度を設けるかというのは、拡大された所有権留保について対抗要件が必要だという立場に立った場合には、考えなければいけない問題ですが、そういう対抗要件制度ができた場合、あるいは所有権留保についても譲渡登記制度を利用できることになった場合に、中身が将来入れ替わる集合動産について所有権留保を合意した段階でそれを備えて、その後の譲渡担保権者との関係で勝てるポジションを作ることが認められてもよいのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○亀井幹事 ありがとうございます。一つだけ、包括的な特定を認めると、濫用だとか過剰担保の問題があって心配だという御意見がございました。我々もその点は検討すべき課題だと思っています。ただ、一つ一つ財産を押さえていく形式にしておけば、過剰担保とか濫用といった問題が起きないかというと、それはそうではなく、制度を使いやすくするこ

とと、それが濫用的に使われることというのは別の問題として考えていくべきだと考えております。過剰担保だったり乗っ取りだったり、そういった問題は、それはそれとして考えていくべき、検討すべき大事な課題だと考えておりますけれども、それとともに、制度はなるべく使いやすくというふうに考えているということを申し上げたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

○大西委員 大西です。よろしくお願いします。いろいろ議論に挙がっている在庫一切につきまして、私も賛成でございます。やはり、先ほどお話もありましたとおり、買収ファイナンスで全資産担保というのもございますし、本項のテーマではないのかもしれませんが、いわゆる事業の担保というのも正に、在庫一切が特定できないのであれば事業はどうかという議論もあることからすると、やはり社会通念上、若しくは取引上、関係者が確認できるような内容であれば、これをもって特定できるものと取り扱ってよろしいのかなと思います。

一方、御意見がありました過剰担保ですが、これは特定の問題ではなく評価の問題なのかと思います。要は、在庫をいろいろ担保として取得したにもかかわらず、それをほとんど担保として評価しないようなことがあると、やはり過剰担保の懸念があると思います。個別の動産や債権は比較的评价がしやすいのかもしれませんが、集合物動産若しくは今後議論になる事業については、きちんとした評価をして担保として取るという実務が定着することが重要だと思った次第でございます。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

○片山委員 片山です。貴重な時間、ありがとうございます。集合物とか集合動産という概念をどう考えるかということについて、定義を置くというのはなかなか難しいかもしれませんが、今回このペーパーを拝読しておりまして、従前のイメージですと、いわゆる在庫、流動資産の担保ということだけが念頭に置かれているのかと思っていたのですが、他方、4ページを見ますと什器備品一切というような例も出てきてまして、決して流動資産に限らず、固定資産についても集合動産として把握することも想定されているのだなと思いました。さらに、8ページ、工場における設備機械というような記載もございました。そうしますと、単に流動資産ということだけではなくて、固定資産の集合ということもその集合動産の概念の中で把握できるということであるのならば、事業全体ということはなかなか難しいのかもしれませんが、動産以外のものも含まれるでしょうから。しかし、それに近いような収益を生み出すような固定資産の集合体、そういったものを集合動産、集合物として担保客体にできるということが示唆されているのかなとも思いました。

そうしますと、一方では、流動資産の場合に関して言いますと、集合物概念の把握は、設定段階だけ把握していればいいということになるのかもしれませんが。実行段階では、固定化を前提として、個々の構成部分たる動産の売却を考えていくということでも十分なのかもしれませんが、他方では、事業担保の実行のような形で丸ごと全ての財産を処分するという実行の仕方を想定しますと、実は集合物というものに関する権利変動関する一般のルール設定も必要になってくるのではないかという気もいたしました。ただ、そこまで議論する必要はない、それは事業担保の話で別にやればいいのかということになるのかも知れません。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

まだ1の問題については御議論があらうかと思います。経済的一体性というもの、皆さんの御意見全体としては不要であるという方向だろうと思うのですけれども、直接的にはまだ議論しておりませんし、集合動産の所有権留保についてももう少し議論をすべきなのかもしれないと思います。

ただ、開始をいたしまして2時間20分を既に経過しておりますので、少し中途半端ではございますけれども、ここで一旦少し休憩を取らせていただければと思います。16時5分までですかね。

ただし、休憩前に事務局の方から、質問にわたった事項については答えておきたいということでございますので、それを先にお願いたします。

○笹井幹事 まず、「担保権」と「担保所有権」が使い分けられているのかという点ですけれども、一応の意図としては、担保目的での所有権の移転とか留保とかというタイプで行くのか、それとも新しい担保権を作るのかにかかわらず、妥当する記載については「担保権」というふうに記載しております。それに対して担保目的取引規律型を前提とした記載については、「担保所有権」というふうに書き分けたつもりです。そういうふうにしたつもりですが、もしかするときちんとそうになっていないところがあったら申し訳ありません。

もう一つ、集合動産・集合債権というところで、それぞれ集合というのは動産ごとか債権ごとかという御質問がありましたけれども、部会資料3の中では動産は動産、債権は債権という形で分けております。これは、第1回目のときに少し御説明した中にもありますけれども、例えば実行するとかというときに、一つの担保権が債権も動産も入っているということになると、どう実行するのかという問題も出てきますし、対抗要件をどういうふうに具備するのかということについても、全部登記に一元化するとかという形にしなければ、別々に対抗要件を具備しないといけないので、そういったことを考えて、別途、取りあえずは動産は動産、債権は債権で考えていこうということです。

ただ、何人かの方が言及されましたけれども、事業全体について担保化するというようなことを考えた場合には、それはまた別途、全体についての実行方法をどうするのか、あるいは対抗要件を全体としてどうするのか、また別の制度として考えていく余地はあるのかなと思っております。そういったものを含めて、全体を担保化するというニーズがあるとするれば、そちらの方で対応するということが考えられるのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

休憩時間の実質は短くなったのですが、ただ、少し押しておりますので、4時5分再開というのは動かさないままで、暫時休憩に入りたいと思います。4時5分にお戻りくださいませ。

(休憩)

○道垣内部会長 それでは、予定した時間になりましたので、再開をしたいと思います。

先ほど、部会資料3の第1の1というのを扱っておりまして、いろいろ御意見を既に頂いておりますけれども、なおどこまで集合物として対抗要件の具備というのを最初の段階でできるという特典を与えるのかと、4の経済的一体性等の要否というのは、特典を与えるのに特定性以外の一定のハードルがないと、要件が具備されないと特典が与えられない

というものだと思いますが、そういうふうを考えるべきなのか、さらには、集合動産所有権留保についてもなお考えるべき点があるということなのかもしれません。もちろん1から3までの間で、まだ御発言いただくべきことがあれば、御発言いただければよろしいのですけれども、取り分け残っている4、5の辺りも含めまして、いましばらくこの問題について御意見を頂ければと思います。よろしくお願いいたします。

○藤澤幹事 藤澤です。よろしくお願いいたします。これまでの最高裁判例や下級審裁判例との関係で幾つかお伺いしたいことがあります。

これまで最高裁判例や下級審裁判例は、動産譲渡担保の目的物の範囲について、特定性の要件と、それから集合物性の要件で一定の絞りというか、歯止めを掛けてきたと思います。特定性の要件に関しては、家財一切という特定をした場合について、何が家財かわからないから特定性がないと言って譲渡担保の成立を否定したものがあったと思います。集合物性に関しては、少し古い判例ですけれども、プロパンガスボンベが点在しているような場面について、これは集合物性がないから、やはり譲渡担保の対象にはならないとした下級審裁判例があったと思います。もし現状の判例のルールを明文化するというか、一定の特定性がある場合に限って集合物を担保の対象とすることができる、というふうに書いた場合には、こうした判例を参考に条文が解釈されることになるかとも思うのですけれども、これらをオーバーライドする趣旨なのかどうかということや、もしそれをオーバーライドするのだとすれば、何か別の文言を入れる必要はないのかということが気になりました。

それから、佐久間先生が先ほど御発言された件と関わるのですけれども、これまで学説は、設定契約の時点で物がはっきり特定されているということを重視して特定性の要件を考えてきたと思うのですけれども、下級審裁判例の中には、単に「製品」と書かれた設定契約について、債務者の業態からすれば、その製品というのは時計や宝飾品に限られるから特定性が認められるとか、明細書を毎月差し入れていて、その明細書の中に物が書いてあるのだから特定性があるというようなことを認めたものもあります。そうすると、設定契約における特定と、その後、実行する時点で目的物が特定されているという評価とは、ずれていることもあって、ここでいう特定がどの時点のものを指しているのかということも少し検討する必要があると思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。前半の問題については、藤澤さんはどのようにお考えですか。

○藤澤幹事 私自身は、在庫一切とか家財一切といったものでも、実行の時点で何が対象になっているのか分かるのであれば、特定性ありとしてよいと考えました。下級審裁判例にあるように、事後的な資料も含めて、実行の時点で目的物を特定できるのであれば、担保設定契約だけを取り上げて、それを無効とする必要はなくて、実行対象の問題として捉えればよいと考えております。そうであるとすると、設定契約における特定性の要件は、現在の判例のルールよりは少し緩やかになるので、それが明らかになるような文言で条文を書く必要があると思います。集合物性についても、当事者が何らかの範囲の財産を担保の対象にするということであれば、それ以上の制限が必要である理由が良く分からないので、集合物という言葉は使わない方がいいのではないかと考えています。

○道垣内部会長 実行までにというときには、どの段階で設定されたと考えなのですか。ど

の段階で当該動産に効力が及んだとお考えなのですか。例えば、明細書を出すということをしたときに、それ以前の段階で、当該明細書に記載された動産について担保権の効力が及んでいるというのはとても考えにくいような気がするのですが、それはどういうふうにお考えですか。

○藤澤幹事 ある動産に担保の効力が及んでいるかどうかが問題になる段階というのは、第三者に譲渡される場合や、第三者が差押えをする場面や、それから、実行する場面だと思うので、その時点で第三者と争うとか、実行をするということになったときに、「この資料からこの動産には私の担保権が及んでいます」ということが証明できれば、それで足りると思っています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。そうすると、詐害行為とかいう話はまた別に出てくるかもしれないですね。

ほかの方、どうぞ。

○片山委員 すみません、今、集合という概念も不要であるというお話があったのですけれども、どこまで認めるかという問題はあるかもしれませんが、例えば動産一切という形の集合動産が認められるのかというと、なかなか難しいかと思ひまして、やはり経済的一体性というつもりはありませんけれども、集合というときには、今まで、やはり何らかの制約が含まれていたのだと思います。それは、在庫という意味では流動資産に限りまうということでしょうし、その他、固定資産までということになると、何らかの形での経済的一体性が、例えば事業という形で要求されるのではないかと考えます。動産一切ということで、確かに特定性は確保されるわけですが、それを認めてよいかは議論が必要なのではないのでしょうか。そういう意味で、集合という概念によって、何らかの制約はおのずとあるのではないかというふうな印象は持っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに何か御意見はございますでしょうか。もちろん、それには既に反対の御意見も出ているわけですので、そのような意見でまとまったということは全く意味しておりませんが。

もう一つ、集合動産所有権留保について、佐久間さんの方から、ここに書かれている例は特定性がないことが明らかなのでというふうなことをおっしゃったような気がしたのですが、その意味がよく分からなかったのですが。

○佐久間委員 特定性の意味を、外部的、客観的に識別可能であるということ、そのような意味でとった場合は、当該売買基本契約に基づいて甲から乙に譲渡される商品というのは、ある商品というか、A倉庫内にある1個の商品に当たるものを見たところで、それが売買契約に基づいてそもそも甲から乙に譲渡されたものであるかどうかは、当事者には分かるのでしょけれども、他の人には分からないということから、これでは特定されていないのではないか。一つの動産について、それが集合動産譲渡担保の対象になりますか、なりませんかということについて、例えば契約内容に書き込まれたことを突き詰めて調べていけば、最終的にこれは属しますね、これは属しませんねという仕分ができることをもって識別可能というふうにこれから言いましょうというのだったら、それはもう、まあそうですねと私は申し上げますけれども、これまではそのような、仕分ければ分かりますよねということでは特定があったとは見てこなかったのではないかと思いますので、先ほ

どそのような発言をいたしました。

○道垣内部会長 それは、個別の所有権留保が単発的に行われた場合とどう違うのですか。

○佐久間委員 それは、個別の場合については1個の物について、初めからこれが客体であるということが対象になっているのに対し、包括的に認めるということになる場合には、1つ1つの物についてそもそも支配が及んでいる、及んでいないということが、まずもって問題と今までされてきたのではないか。個々物についての取引の場合と集合体についての取引の場合とでは、そのように異なる考え方が採られてきたのではないのでしょうかというのが私の認識です。

○道垣内部会長 分かりました。

ほかには。さらに、6の集合債権担保のところについても余り御意見を頂いておりませんけれども、そこも含めまして、1のところはそろそろまとめに入りたいと思いますけれども、御意見はございませんでしょうか。

○阿部幹事 債権の方ではなくて、集合動産所有権留保の話なのですが、資料では、集合動産所有権留保を認めなければ、譲渡担保権者に所有権留保売主が優先する方法はない、と書かれていますけれども、これは必ずしもそうではないような気がします。個別のといいますか、目的物と被担保債権との間に一定の対応関係がある所有権留保であっても、将来にわたって包括的に所有権留保合意をすることによって、譲渡担保権者に優先するという余地は認められていて、実際、平成30年12月7日判決はそういう事案だったように思います。ただ、問題はその平成30年の事案の射程をどこまで拡張できるかという話でありますけれども、あの事件だと、1か月ごとに代金を決済するという話になっていて、その1回の決済ごとに目的物と被担保債権の対応を認め、集合動産所有権留保ではなくて、言わば特定動産所有権留保の延長として、しかも狭義の所有権留保としての効力が認められておりましたけれども、そういう形で譲渡担保権者に優先していくということは、集合動産所有権留保を設定するという以外にもあり得るのではないかということを思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

何か、優先する方法はないというふうなことについての事務局からの弁明ないし解説というのがありますか。

○笹井幹事 今、阿部先生がおっしゃったことにつきましては、そのとおりだと思います。私の理解としては、平成30年判決というのは、若干その対応関係というのが緩やかにはなっていますけれども、ただ、月の範囲内で対応しているという限度では被担保債権と目的物の対応を図っている、言わば狭義の所有権留保をやや広げてその枠内で取り扱ったものだとして理解しております。この判決のように、被担保債権と目的物の対応関係を若干緩めることによって実務上のニーズに対応することができれば、それは問題ないと思うのですが、ここではさらに、狭義の所有権留保とは到底いえないような拡大された所有権留保については譲渡担保との優劣関係が問題になってきて、その場合には、譲渡担保と所有権留保とで同じような扱いにしておく必要があるのではないかということを検討したということです。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

○青木（則）幹事 ありがとうございます。債権担保の目的という機能で担保権概念を作るのに、あえて所有権留保という留保型のものを残すことの意味というのは、一定の場合に、

優先することがあるということに尽きるのかなと個人的には思っております。現状の御提案ですと、狭義のものでないものは結局、優先できないわけですね。そうすると、譲渡担保に吸収させてしまった方がすっきりするのではないかと思います。留保売主が、狭義なのか、それとも拡大された所有権留保なのか、どちらか区別が付きづらい状況で複数回の所有権留保売買をするということももちろんあるのだと思いますけれども、そのときも、全体を所有権留保で処理するとしても、所有権留保を複数契約することになるのか、それとも、拡大された所有権留保で契約しておけば、そのうちの牽連性が高いものについては狭義と認められて、それ以外のものについては拡大されたものということになるのかというようにいろいろな問題が出てまいります。拡大された所有権留保を譲渡担保として構成しうること自体については、留保売主からの譲渡のような構成になるかと思いますけれども、現在でもコンセンサスがあるかと思いますので、そのような取引については、集合動産譲渡担保を取りつつ、なおかつ優先を期待できる場合には留保売買をするという方がすっきりするのではないかと思いますのでした次第です。

○道垣内部会長 同一債権者が、最初は所有権留保売主として売り、それが、例えば第1倉庫に搬入されて、その後もずっと継続的にそれをほかの債権、売買代金債権以外の担保にも使おうと思うならば、第1倉庫内にあるある一定のものについての集合動産譲渡担保を取得するというふうに、所有権留保に加えて別の担保設定を行うと考えた方がスムーズだよということですね。分かりました。

ほかに何か御意見はございませんでしょうか。

集合債権はもう別に、将来債権の譲渡が民法上認められて、対抗要件の具備というのもの、あらかじめ具備するということが、どの時点で発効するのかよく分かりませんが、認められているということであるならば、特に担保に関する条文は、もちろんそれを担保権だと見るという条文は必要かもしれませんが、集合債権としての条文が必要になるわけではないということで、それは皆さんよろしゅうございましょうか。

もちろん本日の段階で全てが決まるわけではございませんので、いろいろな問題がございますので、少し先を急ぐようでも申し訳ございませんけれども、いろいろなところについての最初の御意見を伺うという趣旨もありますものですから、先に進めさせていただければと思います。

それでは、部会資料3の第1の2について、御説明を頂ければと思います。第1の2と3について、併せて御説明いただきまして、議論をさせていただければと思います。それでは、事務局からお願いいたします。

○浅野関係官 それでは、部会資料3の「第1 集合動産・集合債権の担保化」のうち、2及び3の部分について御説明をいたします。

まず、7ページの「2 集合動産を目的とする担保を設定した設定者の権限」についてです。

集合動産譲渡担保については、集合物の内容が設定者の活動により変動することが予定されております。判例も、このような譲渡担保権の設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的である集合物を構成する個別財産を処分する権限が付与されており、その権限内でされた処分の相手方は、当該個別動産について、譲渡担保の拘束を受けることのない完全な所有権を取得することができるとしております。

在庫など、一定の範囲での入れ替わりが予定されている動産については、設定者に一定の範囲で個別動産の処分権が与えられているというルールが合理的であり、本文（１）では、このようなルールを、「担保権の目的物が範囲によって特定され、特定範囲に、設定者の所有に将来属すべきものを含む場合」と表現しています。また、判例では「通常の営業の範囲」という表現が用いられている設定者の権限の範囲につきましては、事業のために用いられない動産を担保の目的とする場合や、設定者が商人ではない場合などに適切ではないという批判があり得ます。そこで、本文（１）アでは、より一般化した表現として、「譲渡の対象の構成について通常の過程で生じ得る変動の範囲内において」という代案を示しております。

また、判例が「通常の営業の範囲内」で設定者に処分権限が与えられるとした根拠は、担保権者がその範囲内での処分を設定者に許諾していることにありと考えられ、そうだとすれば、設定者の処分権限について当事者間で異なる合意がされていた場合には、その合意に基づく処分権限が与えられると考えられます。ただし書はこの点を明示したものです。このような合意については、設定者に倒産手続を開始したときに、当該合意が管財人や再生債務者に対してどのような効力を有するのかという問題もあるところです。

次に、設定者の有する処分権限を越えて個別動産が処分・逸失されるおそれがあるが、まだ現実にはそれが生じていない場合について、本文（１）イでは、個別動産が担保の目的の範囲にいまだ含まれていることから、担保権に基づく物権的請求として、その差止めを請求することができることとしております。さらに、本文（２）は、設定者の有する処分権限を越える個別動産の処分・逸失がされた場合についてでございます。11ページの3以降に記載をしておりますが、この場合の法律関係については、権限範囲を超えた処分、すなわち個別動産に関する権利変動を生じさせる法律行為、がされた場合にどのような権利変動が生ずるのか、そして、個別動産が特定範囲から逸失した場合に担保権やその対抗力がどうなるのか、の組合せによって検討することが考えられます。

まず、権限範囲を超えた処分の効果については、三つの考え方ができるのではないかと思います。一つ目として、権限範囲を超えた処分であることから、相手方は何らの権利を取得しないというもの、二つ目として、相手方は言わば物上保証人としての地位に立つとするもの、三つ目として、相手方は負担のない所有権を取得するというものです。

次に、事実行為として個別動産が特定範囲から逸失する場合についても、三つの考え方ができるのではないかと思います。一つ目として、実体法上も担保権の効力は及ばなくなるという考え方、二つ目として、実体法上の担保権は存続するが、対抗力はなくなるという考え方、三つ目として、即時取得がされるまでは実体法上の担保権も対抗力も存続するという考え方です。

資料では、以上の考え方を踏まえ、処分がされたが物理的には特定範囲にとどまっている場合、処分がされその後逸失した場合、逸失の後処分がされた場合について場合分けして分析をしておりますが、このような分析方法の当否を含め、御議論いただきたいと思います。

また、以上では処分権限を越える個別動産の処分・逸出がされた場合等について、担保権者がとり得る手段について御説明をいたしました。14ページの4にもございまして、個別動産の処分が行われた場合の相手方など、第三者の保護も問題となります。こ

の第三者の保護についてどのように考えるかも、権限範囲を超えた処分の効果について、先ほど御説明したうちいずれの考え方を採るのかに関係するところですが、現行の即時取得制度によって保護を図ることができるかどうかが問題になると考えられます。

次に、14ページの「3 集合債権を目的とする担保を設定した設定者の権限」についてです。集合債権譲渡担保におきましても、設定者は、その構成部分である債権を回収し、回収した金銭をその後の営業等に使用することができます。もっとも、動産と異なり、通常の営業の範囲内であるかどうかを問わず、履行期が到来した債権の取立権限が付与されているとの考え方もあり得ます。

他方で、取立てのみではなく、金銭を対価とした債権譲渡、和解や免除等が行われる可能性もあり、そのような処分について、動産と同様、権限範囲が問題になると考えられることから、本文では、設定者が権限範囲内において特定範囲に含まれる債権を処分し、弁済又は対価として受けた金銭等を利用する権限を有するとすることを提案しております。

私からの御説明は以上です。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

それでは、どなたからでも結構でございますので、今の範囲で御意見を頂ければと存じます。よろしくお願いいたします。

○横山委員 京都大学の横山です。非常に初歩的なことで申し訳ないのですが、今の一番最初の2(1)のアというところで、設定行為に別段の定めがない限りは、通常の営業の範囲内で処分することができることが前提となっているのですけれども、集合物が目的であるということから直ちに処分権があるということが導かれるのだろうかというところが少し、分からなかったというところがあります。どういうことかといいますと、集合物の譲渡担保というのは何かというと、構成物が変わるものだと考えられていて、理論的には、例えば旅館のニシキゴイのように、ニシキゴイが生まれたり死んだりして内容物は変わるかもしれないけれども、そこにいるニシキゴイに譲渡担保を付けていると、そういう場合もあると思います。もちろん、現実には、ここで問題になっているのは、集合物の内容について設定者が処分することが予定されている場合がほとんどだと思うのですけれども、理論的には、構成部分の変動する集合動産譲渡担保は、そのような処分権が与えられたからこそ、処分できるのではないのかと思ひまして。そうだとすると、書き方としては、別段の定めがない場合には常に集合物を目的とするときには処分ができますよとまで言い切ってしまうのか、それとも、特に何らの定めがなければ、通常の営業の範囲内で処分する権限を与えた合意があるものとみなす、あるいは推定するという方法もあるかと思ひます。そのようにすべきだということまで申すつもりはないのですけれども、集合物であるということから直ちに、通常の営業の範囲内について処分権があるとするときには、何か少し論理的に飛んでいる感じがしましたので、もう少し丁寧な説明は要らないのか、あるいはこれでもいいのかは、お考えいただければと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。それは多分、1のところから問題になっていることと密接に関係しているのだと思います。つまり、今までの議論が、通常の営業の範囲、さしあたって営業の範囲といいます、その範囲で処分して内容が変わっていくようなものを念頭に置いていて、それを集合物と呼んでいたわけですが、1のところでの議論で、特定があれば足りるだろうという話で、2の(1)のような書き方、これは非常に

正確な書き方だと思いますけれども、こういうふうな書き方で、別段集合物概念は採らないとか、経済的一体性などというふうな話とか、流動性みたいなことは必ずしもそこでは書かなくて、特定という形での譲渡担保の設定の話ですと考えると、それは別に処分権限とは結び付かないでしょうという話に多分なるのだらうと思うのです。だから、そこはこの制度をどういうふうなものとして仕組んでいくのかというところと非常に密接に関係している重要な御指摘だらうと思います。旅館のニシキゴイという、久しぶりに聞く古典的な例が出てきまして、私も懐かしく感じましたけれども、青木さんお願いいたします。

○青木（則）幹事 同じく7ページの2（1）のアの、ただし設定行為に別段の定めがあるときは、その定めに従うという点について、全く違う観点から一点発言させていただきます。設定行為に別段の定めがあるときは、処分授權の推定が働かず、別段の定めのおりになるということで、例えば権限外の処分になってしまうというときには、その処分の相手方である買主が保護される余地というのは、192条の要件を満たすときだけということになるのでしょうか。

この点については、違和感を感じております。と申しますのは、営業ないし事業の通常の過程における買主保護に関しましては、アメリカ法にも類似の規定があるわけですが、アメリカ法の場合は、正に権限外の処分からの買主の保護の規定の一つの態様であって、権限外の処分の相手方の保護を、事業の通常の過程の場合（§9-320）と、そうでない場合（§9-317）に分けてあります。これと比較すると、営業をしている債務者からの買主の保護という意味では大分厳しくなってしまう。少なくとも、完全な所有権を取得するには192条の要件を全て満たすというのではかなり厳しいような気がしますので、それで足りるのかどうかということについて御検討いただければと思います。

○道垣内部会長 日本法の話をししますと、14ページのところに第三者の保護という話を書いてありまして、即時取得といっても、何を信託するのが即時取得なのかという話で、例えば、通常の営業の範囲であると信じた場合には、即時取得の要件が、処分権限があると見るわけですから、それで即時取得が成立すると考えることもできるのではないかと話したのですが、こういうふうに考えても、やはり即時取得では足りないと考えということなのでしょう。これが、青木さんのお考えをもう少し明らかにするために伺いたいことの1点目です。2点目は、最初に事務局からお話があったときに、処分をするという法律行為の問題と搬出するという話を分けて考えると申し上げたのですが、搬出してしまってもはやもう及ばないというふうに搬出行為の方を捉えてしまいますと、処分が無権限処分であっても、搬出によって効力が及ばなくなるというのもあり得るという作りになっているのだと思うのです。そこは少し確認なのですが、前者の、即時取得ではすごく狭くなってしまう、アメリカよりも狭くなってしまうということについて、少し補足的に御説明いただければと思うのですが。

○青木（則）幹事 まず、御指摘いただきました2つ目の点とも関係するのかもしれませんが、特定の範囲からの搬出ということでも、即時取得でも、基本的に現実の引渡しを要件としているということになるかと思いますが、権限外の処分の相手方の保護の狭さという点では、そこが1点目の違いになるかと思っております。アメリカ法の場合は、事業の通常の過程でない権限外の処分のときには、現実の引渡しプラス善意が必要という要件があって、事業の通常の過程であるということになれば、その二つの要件は両方とも要りま

せん。2点目の違いは、その善意要件の要否です。おっしゃるとおり、事業の通常の過程とは何かということで考えていくと、権限があると信じるのが一般的だという状況だろうと思いますので、そういう意味では、アメリカ法でも、通常人から見た主観みたいな話は要件に入っていると考えてもいいのかもしれませんが、いずれにしても、当該相手方の主観、善意や過失は問わないということになっております。

○井上委員 ありがとうございます。井上です。3点ほど申し上げたいと思います。

一つ目は、細かな点ですが、債権の方、14ページの3のところでは、設定者の権限として、特定範囲に含まれる債権を処分し、弁済又は対価として受けた金銭その他のものを利用する権限という書き方がしてあるのに対して、動産の方は7ページで、特定範囲に存する動産を処分し、その特定範囲から逸失させる権限とだけしか書いていないのですけれども、これは当然のこととお考えなのだろうとは思いますが、担保権者の代理人として処分したり逸失させる権限ではなくて、処分したり逸失した結果得られた、典型的には代金たる金銭を自分のものとして事業に利用できることを含意しているのだと思うので、集合債権について14ページに書かれたような表現をするのであれば、集合動産についても同じように、その対価を利用することまで明らかにする方がバランスがとれているように思いました。どう書けばいいのかよく分かりませんが、一番短く、取りあえずの思い付きで言うと、この墨括弧の後に、「自らのために」というような言葉を入れてもいいのかなと思います。ここは、自らのために特定範囲に存する動産を処分し、特定範囲から逸失させる権限という意味合いだと理解しているということが1点目です。

2点目は、この「通常の営業の範囲内で」あるいは「譲渡の対象の構成について通常の過程で生じ得る変動の範囲内において」というところですが、これは設定者の処分、逸失あるいは搬出の基準として理解されているのだと思うのですが、判例法理上も恐らくそういうことだと思うのですけれども、本来はこの基準は、集合動産からの流出だけを見る基準ではないのではないかと考えています。むしろ流入と併せて、設定者の権限と義務の内容、担保権の内容を画する基準と考えるべきではないかと考えます。

したがって、通常の販売行為で売れた分だけを搬出するのであれば常に設定者の権限範囲内と言えるわけではなくて、通常の販売行為で売れた分を搬出しているだけだけでも、一方で仕入れについて、X倉庫とは別に新たにY倉庫を借りて、新規仕入れ分はY倉庫に入れていくという場合は、通常の販売行為で売れた分だけの搬出行為自体も正当化されないのではないかと考えております。そういう状況を、補充義務の問題、担保価値維持義務の問題と評価して解決するという解決の仕方もあると思うのですけれども、「通常の営業の範囲」として設定者の権限に入るかどうかという問題としても捉えられるのではないかと思います。いずれにしても、この「通常の営業の範囲内」という基準が、流出といいますが、出るところだけを捉えるのか考えるのが本当にいいのだろうか、むしろ通常の営業の範囲でぐるぐる出入りすることが担保権の内容として了解され、そういうものとして担保権者は担保価値を把握していると考えれば、当然一定の増減は許されるわけですが、その増減の範囲で代わりに入ってくることとセットになって出すことが許容されていると考えるべきではないかと思いました。

この基準は、先ほどの経済的一体性の議論に少し近いのかもしれませんが、道垣内先生が先ほど特典とおっしゃいましたが、現時点の担保設定行為、処分行為と現時点の

対抗要件具備によって、どうして将来の動産にまで担保権を及ぼせるのか、それは特典というよりはむしろ、その代わりに担保が及んでいるはずのものを設定者が担保の範囲から出してしまっただけで、かつ、それを処分した代金を自分の懐に入れられることとセットになっているからこそ、将来の動産にも及ぶというのがバランスしているのではないかと思いますので、そういう意味で、「通常の営業の範囲内」を入りと出を両方含めた概念として捉えて、まだ御説明いただいていないのですけれども、15ページの4とも併せて本来考えるべきことと理解してはどうかと考えております。

そして、そのように考えるとすると、先ほどの横山委員の御発言にも関わってくるわけですが、やはり原則は、通常の営業の範囲内で出せる権限ありと考えるべきではないか、だからこそ入ったものに及ぶという、こちらがむしろ原則と考える、事務局の提案でいいのではないかと思います。池のコイは、通常の営業という言葉にはうまくフィットしないのですが、「譲渡の対象の構成について通常の過程で生じ得る変動」という意味でいうと、池のニシキゴイはどのぐらいの変動が通常なのか、私にはよく分かりませんが、余りにも減ってきたら足すかというような話なのかもしれません、元々の担保設定合意において、担保の目的は「今あるコイ」ではなくて、「入れ替わればそれは含めるよ」という合意がなされているとすれば、その合意の評価として「通常の変動」をどのぶれで解釈するかによりますけれども、そのぶれの範囲で、やはり入替えが許容されているのが原則になるのかなと思いました。

これが2点目ですが、3点目は、そうすると、このただし書をどう捉えるかですけれども、今のように考えると、当事者が合意すれば何でもできると考えていいかというのが、実はまだ考えがまとまっておりませんが、資料の説明にもあったかもしれませんが、極論すれば、処分をおよそ許さないことができるかが問題となります。処分をおよそ許さないというのは、在庫については事業活動として考えられないので、その意味するところは、在庫を処分した代金は全部担保権者に渡すということを意味するのだと思いますけれども、そういったことが単なる債権的合意ではなくて担保権の内容になり、第三者に対抗できるのかは、悩ましいといえますが、累積的な譲渡担保を許容することにつながり得ると思っ

ていところですが、少なくともはっきりしているのは、それはさすがに倒産手続においては制約すべきであろうということです。平場で許容するかどうかについては考えが完全にはまとまっておりませんが、倒産手続になっても、ただし書のような合意に基づく担保権の内容をそのまま物権的に認めることは難しいでしょうから、やはりそこには制約原理を設けるべきであろうと思います。その制約原理の中身については、また倒産のところで議論するということかと思いますが、三つ目として、このただし書の意味について思ったところを申し上げました。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。事務局ないしは私の方で答えなくてはいけないこともあるのかもしれないのですが、多くのお手を頂いておりますので、いろいろな方の御意見をまずは伺うということにしたいと思います。

○尾崎幹事 私の方は青木先生と具体的な内容は近いというか、ほぼ一緒ではないかと思うのですけれども、発言させていただきます。金融庁として、これまで様々な意見を申し上げておりますが、これまで一貫して軸に据えて考えております「事業を成長させる」という観点から、2点申し上げたいと思います。

1点目は、9ページの20行目あたりで紹介されている判例にあるような、当事者間での別段の定めについてです。「事業を成長させる」という観点からは、こうした当事者間での別段の定めが、場合によっては足かせになり得るようになりますので、その指摘です。ある実務家の方から聞いた話ですが、売掛金を除いて在庫だけを担保にして融資をするときは、担保価値を維持してもらうために在庫を一定量確保してもらわないといけないそうで、そのせいで事業者が在庫の売り時を逃してしまうといったようなことが実際にあるということでした。これは、事業の一部を切り取って担保権が設定された場合に、設定者にとって、事業の成長のための合理的な行動を妨げられてしまうような定めがなされるおそれがあるということだと思います。これは、設定者だけでなく、取引の相手方にとっても問題です。在庫の売り時で、合理的な条件で、設定者にとってもよい取引だろうと思って契約をしても、後からその効力を否定される可能性があるということであれば、取引をとりやめるといった判断につながり得ると思います。事業の一部を切り取って担保権が設定される場合の問題点として、この点指摘させていただきます。

2点目は、提案になりますが、こうした不都合を回避して事業の成長を促す制度とするためには、資料14ページの24行目で示唆されておりますような、第三者保護の規定が求められるべきはないかと考えております。

この資料では、14ページで、3(1)②として、相手方が設定者としての地位を引き継ぎ、言わば物上保証人としての地位に立つという考え方を採ることで、善意無過失の商取引先を保護するという選択肢と、3(1)の③として、相手方は負担のない所有権を取得するという考え方を採ることで、悪意であっても保護する、という二つの選択肢が示されております。しかし、それぞれの選択肢について疑問がございます。

まず、②の善意無過失の商取引先を保護するとの考え方を採った場合の帰結については、善意「有」過失の商取引先でも、「事業を成長させる」のであれば保護すべきではないか、ということです。資料には、結局のところ権限について無過失を求めるということが書かれておりますが、「事業を成長させる」商取引先であれば、権限を知ることについて過失が仮にあったとしても、保護すべきではないか、過失がないことを求めると商取引が萎縮してしまうのではないかと考えます。また、③の考え方を採った場合の帰結については、例えば、非常に低い価格で買い取るような詐欺的な第三者についても保護することになってしまい得ますので、これでよいのか疑問を感じます。いずれの選択肢についても「帯に短し襷に長し」という感想を持ちました。

そこで、むしろ保護に値する第三者、商取引先というのは何者であるのかということ正面から考えて、それに見合った保護規定を設けるべきではないかと考えております。特に、「事業を成長させる」という観点から考えますと、例えば、第三者が事業者の通常の商品を通常取引条件で購入してくれるのであれば、恐らくその取引は「事業を成長させる」ものですので、保護すべきではないかと思えます。仮にその担保権者と設定者の間に別段の定めがあったとしても、そして第三者にそれを知るべき過失があったとしても、「事業を成長させる」取引をするものとして、保護すべきであることは変わらないのではないかと考えております。青木先生も仰っておられましたが、アメリカでBuyers in the ordinary course of businessが保護されているのは、そのような趣旨があるのではないかと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○佐久間委員 ありがとうございます。私も7ページの2（1）のアについてなのですが、結論として井上さんがおっしゃったのと、この原案でいいのではないかということでは賛成です。どうしてかと申しますと、先ほど個別の譲渡担保のところで、所有権が担保のために利用されるということであっても、例えば実質は担保権にすぎないのではないかと見てもいいのではないかと私は申し上げたのですが、それを前提としたら当然、前提としなくても、集合動産の場合に、特にまだ現に設定者が所有するに至っていないものについても、最終的にその債権者が権利を得るとしても、それは所有権に近いというか、所有権に類する個々のものについて権利を有しているとまで考える必要はないのではないかと。設定者の方に元々、結局、所有権そのものか、所有権に極めて近い権利がやはりまだ個々のものについては帰属しているというふうに考えることが適当ではないか。ただ、では全面的に何でもしていいのですかというのと、井上さんがおっしゃったことだと思うのですが、担保権者を害するような行為、これはしてはいけなくて、だからこそ井上さんは、出だけではなくて入りも一緒に判断すればとおっしゃったのだと思うのです。そのような担保権者、債権者を害するような行為はできないということになるにしても、そうでない行為については特段の制限はないとすることが出発点であっていいのではないかと考えています。したがって、この本文ただし書はこの順でいいのではないかと考えています。

その際に、井上さんがおっしゃったことについて次に申し上げたいのですが、出だけではなくて入りも見ろべきだというのは、設定者の義務として見ればそうなのだろうと思うのです。しかし、権限として見た場合は、そもそも出た瞬間に、権限があって、法的に効力を妨げられることのない行為なのか、それとも、そもそも効力を認められるべきでないものなのかということが判断できないといけなく考えられるので、入ってくるのが予定されているからこの出はオーケーですとか、入ってくるのが予定されていなかったら、これは濫用的だということにはなるのだと思うのですけれども、後に補充があるかないかによって、既に出ている、先に行われている出の行為について権限を画するということは、適当ではないのではないかと思います。ただ、全体として義務に反する行為であるかどうかの判断は、出だけではなくて入りも含めて考慮するということは、それはまあそうなのかなと思っています。

その上で、2（1）のアのただし書のところの別段の定めがあるときの、その別段の定めによる制約は、基本的には権限そのものを、これは広げたり、狭めたり、物権的にといいますか、権限そのものについて効力があるということで考えられるのだろうとは思いますが、所詮債権的な効力しかありませんという作りもおよそあり得ないわけではないのではないかと、債権というか、義務レベルで従わなければいけませんという作りもあり得るのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。多岐にわたっておりますが、もう少し皆さんの御意見を伺ってとしたいと思いますが、片山さん、続けてお願いします。

○片山委員 片山でございます。どうもありがとうございます。通常の営業の範囲かどうかという話なのですが、これは流動資産か固定資産かで全然違っておまして、流動資産ですと売却を前提としている財産ですから、処分権があるのが当たり前ですが、固定資産に関して言いますと、処分できないというか、処分するのは基本的には担保権侵

害になるというのが大原則ということになるかと思います。ですから、先ほどのコイの例も、庭の観賞用のコイということであれば、処分権は認められないのでしょうか、コイ屋さんでコイを商っているということであれば、通常の営業の範囲の処分権限が与えられているということになるのだと思います。ただ、そう考えた上で、固定資産に関してはやはり売れないのが大原則だということになるのであれば、通常の営業の範囲ということで基準にはなっているかとは思いますが。

ただ、通常の営業の範囲というときに、どちらがそれを主張立証するのかという話になりますと、流動資産に関して言いますと、やはり処分権限があることが前提で、売れるに越したことがないということです。権限の範囲を超えたような一種の濫用的な処分であるということを担保権者の方で主張できなければ、基本的には有効な処分というふうに考えざるを得ないのではないかと考えております。その際に、井上委員からの指摘もございましたとおり、入替えの余地もありますので、補充義務はぜひ法定をしていただいて、均衡を図っていただければと思っております。

それから、もう1点なのですが、権限外処分の効力の問題は、これは難問中の難問だと思いますので、果たして立法的な解決がどこまでできるのかというのは分からないところですが、11ページに挙がっている①、②、③ですが、これは通常の制限物権的に構成するということであれば、当然、所有権が残っているという前提ですので、少なくとも担保権の負担があっても、担保権負担付きのもので譲渡はできて、そして、ただ追及効を観念していくということになりますから、②ということになるのでしょうかけれども、所有権担保であるということが大原則として考えますと、基本的に処分権は、もう所有権自体が移転していることを前提としますと、通常の営業範囲で処分権が与えられているときにだけ処分できるということです。権限のない処分というのは、全く無権利者の処分ということにもなってしまうという整理になるように思われます。それを②の立場でここで考えるということになりますと、それは制限物権に近いものにならざるを得ないのではないかという気はいたしました。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

いろいろな見解がありますが、大西さん、続けてお願いします。

○大西委員 大西です。よろしくお願いします。まず、通常の営業の範囲内と、スラッシュで、譲渡の対象の構成について通常の過程で生じ得る変動の範囲内においてという文言があるのですが、これはやはり通常の営業の範囲内というのが一般取引上よく使われているので、こちらの方がよろしいのかなと思っております。担保設定をしたとしても、設定者のビジネスは通常どおり行っているのだということは、やはり明確にすべきということから、この文言がいいのかなと思います。

それから、2点目は、権限の範囲の中で動産を処分し、また、特定範囲から逸失させるうんぬんという記述についてです。この中で、動産の処分については、在庫を売って、売掛金になって、回収するというサイクルになるので当然問題はないのですが、場所で特定されている集合物動産の場合に、場所を動かす方は問題があると思います。動産を動かす場合もいろいろあるかと思いますが、新しい倉庫を造る際に動かす場合もあれば、倉庫に雨漏りが生じて移さざるを得ないというようなケースもあります。こういう場合に、設定者の権限から外れてしまうのか、即ち、これが通常の営業の範囲内なのかどうか問題と

なるのですが、この判断は多少ファジーなのかなと思っております。だからといって通常の営業の範囲内という文言がよろしくないという意味ではなくて、そこは何らかの形で通常の営業の範囲内での逸失にあたるのか否か判断基準を明確にした方がいいかなと思います。

このように担保対象となる集合物動産の設置場所を移すものについては、担保対象から外れるのですが、先ほどの流動資産のサイクルからは外れるので、担保価値の維持の点から問題があると思います。一方で、在庫でも長期滞留在庫のように価値がないものであれば、これを廃棄する行為は価値が変わらないわけですから、そこは許されるものと思います。このように、価値がある在庫をその場所から何らかの形で移動させるということは、これを担保設定者の権限という視点でどのように捉えるのかについては、私も分からない点で多分にございます。

3点目は、第三者であるいわゆる取引先からすると、やはり今のような不明確な部分もある点と、先ほどのただし書のように設定行為に別段の定めがあるというようなケースもあるので、第三者を保護するための条件として、即時取得における善意無過失まで求めることは厳しすぎるのではないかと思います。ここにおいては、無過失までを求めるべきではないと思っております。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

多々挙がっておりますが、阪口さん、続けてお願いします。

○阪口幹事 阪口です。大体議論が出ていますと思いますが、通常の営業の範囲のところについては、まず、対抗要件制度とか公示制度の作り方によっても当然、ここの状況は変わるのだらうと思っています。例えば、先ほどの在庫一切で場所限定がなくなってしまうと、逸出という問題がかなりなくなってくるということになります。けれども、仮にここで現行法のスキームを前提にしたときに考えたときには、私はどちらかという、集合動産というものについては、古典的によくいわれる集合動産というものが明確にあって、それは設定者が一定の範囲で処分できるということがもうデフォルトとして決まっているという、それが先に考えるべきことではないのかと思っていますので、別段の定めについても、一番端的には、債権的合意にすぎないとすべきですし、債権的合意でないとするのだったら第三者保護規定を別に設けて、善意無過失でない形で、単に善意であればいいとか、何かそんなのかも分かりませんが、そうしていかないとうまく回らないと思います。やはり商売というのは、後から文句を言われるのではないかと思っただけで商売が止まってしまう、やはりそのファクターは大きいと思いますので、過失があったと後から言われるのではないかと、きちんと調べないといけなかったと言われるのではないかと、思ってしまうこと自身が、もう商売自身を毀損すると思います。

あと、細かいことで、表現ですが、通常の営業の範囲内という言葉について、日弁連では通常の事業の範囲内という言葉が出たのと、大阪弁護士会では常務に属する範囲、よく倒産手続で監督委員の同意の要否などで常務に属するという言葉が使われることがあるので、そちらの方がいいのではないかという意見があったことを付言します。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

藤澤さん、お願いいたします。

○藤澤幹事 やはり同じところについてなのですから、大勢の先生方が御提案に賛成す

る中、あえて反対意見を言ってみようかなと思いました。先ほどの個別動産についての設定者による処分のところで、事務局からの御説明では、基本的には処分することができるのだけれども、担保権に追及効があるという御説明でした。これに対して、この集合動産の場面では、一定の場面では追及効がないのがデフォルトルールで、それを合意によってひっくり返すことができるというふうな御説明になっていて、追及効の有無について、個別動産なのか集合動産なのかによってルールが変わってくるということかと思います。

しかし、従来、個別動産の譲渡担保として行われているものであっても、例えば信用状取引のように大量かつ債務者が将来取得する物を目的とする取引というのもありまして、一体どちらなのかでデフォルトルールが変わってくるというのは、線引きの問題を生じさせて面倒なのではないかと思いました。そこで、集合動産の場合でも、デフォルトは追及効ありで、処分権限がある場合には追及することができなくなるというルールでいいのではないかと思いました。

他方、そうすると、取得者、第三者の保護が問題となってきますけれども、それについては青木則幸先生がおっしゃったことに賛成で、第三者保護のルールとして、通常の営業の範囲内で取得した第三者については、その主観を問わず、目的物を原始取得することができる、完全な所有権を取得することができるというルールを設ければいいのかなと思いました。

○道垣内部会長 何で原始取得なのですか。

○藤澤幹事 処分権限がないので、原始取得になると考えました。

○道垣内部会長 細かい点に突っ込んで申し訳ありませんが、承継取得だと思いますけれども、分かりませんが、沖野さん、お願いします。

○沖野委員 3項目について申し上げたいと思います。

一つ目は、一番最初の横山委員から御指摘のあった処分権限そのものについてなのですが、個々の財産として特定してこの取引をするという場合と、範囲で特定するということでは、やはり類型が違うと見るということではないかと思います。更に言うと、ここでの処分権限というのは担保権を消すものですので入れ替わりと補充が想定される場合のことだと思います。これに通常の営業の範囲内ということが掛かってきますので、既に何人かの先生が繰り返しおっしゃっておられますように、旅館の鯉の、あるいは什器備品一切というときも、壊れたら入れ替えるわけですので、それをどんどん売ってしまうというのは、やはり通常の営業の範囲ではないということになりますので、これによって実は絞り込みが働いているのではないかと。ただ、通常ではない形で、例えばより慎重を期したい債権者が同意を必要とするというような範囲を絞り込むとか、それぞれ作り込むということは考えられていいのだろうと考えますので、したがって、(1)の規律の構成というのはこういう形でいいのではないかと考えております。

その場合の第三者保護なのですが、当該取引類型といいますか、そこから当然にというか、デフォルトというか、本来こういうものであれば許されるであろうという客観的な性格から出てくるものと、それに対して作り込みの方は内部的な制約という形をとりますので、債権的効力かどうかという問題もありましたけれども、例えばですけれども、ただし書による場合には相手方の保護要件というのを無過失までは要しないと、善意で足りるというような形で段階を付けるということは考えられるのではないかと思います。

それに対して、別に善意かどうかとも問わないという考え方も出されていたかとは思いますが、それでも、本文の場合とただし書の場合とで第三者保護の在り方が違うというのは、それは更にこれに組み合わせるということができるのではないかと思います。

なお、通常の営業については、阪口委員が御指摘になりましたように、ここで書かれている問題点は主として営利性と結び付けられる2点の問題ということであるならば、事業といった表現に変えるということは十分考えられるのではないかと思います。

最後に、権限外の処分がされたときの効力ですが、いずれの説明の仕方というか、考え方もあり得ると思いましたが、これはここに限定されるものではないのですが、これより前のところでも言われた片山委員のお考えが非常に私は気になっておりまして、すなわち所有権なり権利移転を使った取引なのであるということに非常に重く見、それがスタート点になるべきだというお考えですけれども、私は、担保目的で権利を移転しているということで、確かに権利移転という構成や所有権移転という構成を現在は使っていますけれども、そこではやはり担保のためにそれを使っている、そういう形式をとっているだけのことではないかと、私は個人的にはむしろ正面から担保権構成にしてしまっただけというふうに作り込んだ上で、それに対して、それと同様の取引、担保目的でされる権利移転の構成をとるような場合もそれに服するというような在り方も十分考えられると思っております。仮に、担保権的に構成した、あるいは新しい担保物権なりで構成した場合と変わらないではないかという疑問というか指摘に対しては、それで全く問題ないという、むしろそちらのスタンスで考えております。今回お伺いして、ここは非常に大きなスタンスの違いかなと思われ、それはいろいろなところに出てくるという気がいたしましたので、少しそのことを申し上げたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

最後の沖野さんのおっしゃったことに関連して申しますと、担保目的取引規律型の規律を結構説明していますが、なお担保権であるというふうな形で全体を作るという選択肢は全く排除されておりませんので、それは今後の議論だろうと思います。それで、そのときに、所有権移転だというふうに言った人のことをどうするのかという問題が先ほど沖野さんから、その場合も同様にするというふうな話で乗り切れることも可能だろうとおっしゃったのですが、それもそうかなと思います。とにかく、そのところに関しまして、所有権移転をするというふうなものがもう今後の議論の前提になるとは考えないでいただければと思います。ただ、その可能性もあるわけですので、所有権移転の契約であって、その効力を規律するのだというふうになったときには、考え方としてこうはなり得ないのではないかというふうな議論というのでも十分にする必要があると思いますので、今後も両方とも並行してしばらくの間は進んでいきたいと思っています。

○倉部委員 ありがとうございます。法政大学の倉部です。よろしくお願いいたします。

10ページの(5)の別段の定めがある場合の倒産手続上の取扱いについてですけれども、この点もそうですし、あとは、今日はもう触れられないのかもしれませんが、後半の担保価値維持義務についてもそうなのですが、やはり倒産手続が開始して固定化が生ずるのかどうかというところが固まらないうと、議論がなかなかしにくいと感じております。

本日扱われている10ページの(5)のところでは、固定化が仮に生じて設定

者の処分権が失われると考えるのであれば、あとはもう別除権協定の問題になってくるのだらうと考えています。従前の合意内容がそのまま手続開始後も維持されるのかどうかということを別除権者と再生債務者等との間で交渉して、維持するかどうかが判断される、あるいはもちろん合意内容によっては調整がされる可能性があるのかもしれませんが、そうなりますと、別除権協定が仮に担保権の目的である財産の受戻しという民事再生法の監督委員の同意事項だと考えられるのであれば、監督委員のモニタリングによってその内容がチェックされるということになるのかなと考えております。

逆に、固定化が生じないと考えますと、設定者に処分権が残るわけですが、その場合も、従前の別段の定めの内容が、仮に事業の継続に大いに支障があるような内容で、それがどういう内容か今はぱっと浮かびませんが、民事再生の目的が実現できないと言われるような内容だということになれば、倒産法上の公序という話が出てくるのかなと今のところは少し思い付いておりますけれども、この点は後ほど詰めて考えていきたいと思っております。

それから、10ページの20行目のところで、別段の定めで挙げられている内容が2点ほどありますけれども、例えば集合動産が一定量又は一定額を下回らないような範囲内で処分することができる、それから、一定の金額以上で処分しなければならないというのは、裏を返せば一定量又は一定額の集合動産を維持しておかなくてはならないということだと思いますし、一定金額以上で処分しなければならないということは、一定金額の流入も確保しなければならないということだと思いますので、こういった仮に別段の定めを検討するのであれば、やはり担保価値維持義務を倒産の場面でどう考えるのかということも検討しないと、結論がなかなか導きにくいかなと今のところは考えております。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

なお一言申しますと、先ほど藤澤さんに、どうして原始取得なのかと申し上げましたが、藤澤さんの趣旨はその後、よく分かりました。すみませんでした。

ほかに何かございませんでしょうか。

議論はかなり分かれておりますが、今までの中で幾つか質問にわたる、質問にわたるところがあったかどうか微妙なのですが、事務局の方で何かございましたら御発言いただければと思います。特にない。

○笹井幹事 様々な観点からの御指摘を頂きましたので、またよく咀嚼して考えてみたいと思います。

幾つか申し上げるとすると、井上先生から、集合物への補充も検討すべきではないかという御指摘があり、そこは全く異存はありません。処分する場面についてはゴシックの2で扱い、補充のところをゴシックの4で扱いましたのは、これが全く別の問題であるという趣旨ではございませんで、それはもちろん表裏一体の関係にあるものだとして理解はしておりましたけれども、ただ、局面として、処分それ自体が有効なのかどうかという問題と、補充の義務を負うかという問題は分けられるということなので、別々に議論したということです。ただ、それが相互に関連しているということはおっしゃるとおりだと思いますので、そういった点については全く異存はございません。

あとは、通常の営業の範囲と呼ぶのか、事業の範囲と呼ぶのかと、あるいは全く別の発想で文言を作るのかということはあると思いますが、いずれにしてもそういう評価

的な要件は入れていかないといけないと思います。片山先生あるいは横山先生がおっしゃったような、比較的固定的な、余り日常的に変動していくというものではないのか、あるいは在庫のように毎日売られていくというものであるのかという違いについては、その評価的な要件への当てはめの範囲内である程度対応できるのかなとは思っておりましたけれども、その点につきましても本日様々な御議論を頂きましたので、またよく考えてみたいと思います。

○道垣内部会長 私の方からも一言申しますと、今日の前半からの皆様の御意見を総括いたしますと、集合物というものに対して何かの制約を課すというのではなくて、基本的に特定の仕方として、範囲とか場所とか、そういうところで特定が可能であるならば、別に全ての在庫商品であっても何でも、それは構わないのではないかという意見が強かったように思います。その上で、そういうふうな特定の方法にすぎないと見ると、それは個別動産の場合だって、あるいは個別債権の場合だって、特定の仕方というものはいろいろあり得るわけであって、そうなる、個別動産の場合は、例えば製品番号で特定するけれども、場合によっては場所と何とかで特定するという場合もあるものであって、それほど根本的に変わらないという話になってくる。そして、根本的に変わらないという話になってくると、特定動産の場合には処分が禁止されるというのだから、それ以外の範囲で特定した場合も処分が禁止されるというのがデフォルトになるはずである。しかし、それではもちろんその目的に反してきますので、相手方が通常の営業の範囲で取得をするということになると、それはその後の主観的な要件なんていうのを訴訟において自分で立証していかなければ保護されないというのではなくて、通常の営業の範囲だよということさえ言えば取得ができるというふうにすることによって、流動性というものを事実上持たせるということになるというのが、一つの極端な絵としては出てきたのかなという気がいたします。

そのことを、最後の方のところを引っ張ってこられた青木さんと藤澤さんに伺いたいのですが、そうすると、個別動産のときも同じですか。つまり、買主としては分からないわけですよね、それが個別動産という形での譲渡担保に供されたのか、範囲の指定によって譲渡担保に供されたのかは分からない。ただ、その目的物を購入するというのが通常の営業の過程で普通の行為だよという話になれば保護されるということになるので、別に集合物の問題ではないということになるということで、それでよろしいのでしょうか。

○青木（則）幹事 せっかくですので、一言よろしいでしょうか、すみません。おっしゃるとおりでけっこうかと思います。アメリカの教科書的な議論でも、レンタカー屋を兼ねた中古車ショップの在庫商品の担保化の事例みたいなものを出して、どう分けるのかみたいな議論がありますが、事業類型で分けることができるけれども、物としては区別していないという考え方をとっています。わが国でも同じように考えていけないかと思っております。

○道垣内部会長 藤澤さんも異論はございませんが。

○藤澤幹事 はい、そのように考えます。

○道垣内部会長 分かりました。それを通常の営業の範囲とか、事業の範囲とか、常務だとかいうか、それとも契約条件というものを中心にして見るのか、尾崎さんは、契約条件というものがオーディナリーなものであったらば、それはそれでいいのではないのかというふうな御意見を出されたと思いますが、それはいろいろな見解があらうかと思っております。

ども、まあそういうところですかね、今のところの一つの案は。

もう3もやらないということで、2のところまでなのですが、2のところまでで何か御発言はございませんでしょうか。

それでは、ないようですので、本日の議論はこの辺りにさせていただければと思います。司会の不手際もございまして、なかなか予定したことは進みませんでした。私としては、非常に活発な御議論を頂いたので大変よかったと思っております。先に進めることが、それ自体が目的なわけではございませんので、今後とも様々に御議論いただければと思います。

次回の議事日程等につきまして、事務局から説明をしていただきます。

○**笹井幹事** 次回は令和3年7月13日火曜日、午後1時30分から午後5時30分までを予定しております。

○**道垣内部会長** これで第3回の担保法制部会の会議を閉会にさせていただきます。

どうも本日も熱心に御議論いただきましてありがとうございました。では、7月によりしくお願いいたします。

—了—