

担保法制の見直しに関する中間試案のとりまとめに向けた検討(1)

目次

	前注 1 今後の部会資料の構成.....	2
5	前注 2 担保物権創設型と担保目的取引規律型について.....	2
	第 1 個別動産を目的とする担保の実体的効力.....	4
	1 付加一体物に対する担保権の効力.....	4
	2 果実に対する担保権の効力.....	4
	3 被担保債権の範囲.....	5
10	4 担保の目的物の使用収益権限.....	5
	5 使用収益以外の設定者の権限.....	7
	6 担保権者の権限.....	8
	7 物上代位.....	9
	8 その他.....	11
15	9 根担保権.....	11
	文献略語表.....	15

前注1 今後の部会資料の構成

部会資料2においては、目的財産の種類や占有権原の所在などの態様に応じて複数の担保制度を設けるか、これらを区別せずに統一的な担保制度を設けるかという問題を提起した。

5 この点について、一読の審議においては、事業のサイクルに応じて在庫から売掛債権、預金債権などへと性質を変えても一貫して担保の目的財産とすることができるように統一的な担保制度とすることが望ましいという意見も示されたが、一方で、例えば動産を目的とする担保制度と債権をその目的とする担保制度とでは現行法上異なる対抗要件が定められているなど、制度を統一することには実務上のデメリットがあるとして慎重な検討を求める意見もあった。また、担保の目的としての動産と債権との性質の違いを強調する意見もあった。いずれにしても、対抗要件制度や実行の在り方を含めて全ての財産権について同様のルールを適用するという考え方はなかった。

15 このような審議状況を踏まえると、まずはそれぞれの財産権に応じて実質的にどのようなルールが適切であるかを議論する必要がある（その上で、最終的な条文の構成の方法としては、財産権の種類に応じて複数の制度を設ける方法のほか、動産や債権を包摂する担保制度を設けた上で、動産や債権の性質に応じて他の財産権と異なる扱いをすべき場面ではそれぞれ特則を設ける方法なども考えられるが、どのような構成が適切であるかは、実質的なルールの内容を踏まえて法制的な観点から判断することになる。）。

20 そこで、今後の部会資料においては、一読における議論と同様に、担保権の目的財産が特定の動産である場合、特定の債権である場合、集合財産の場合に分けて、順次検討を行う。

前注2 担保物権創設型と担保目的取引規律型について

1 一読の議論においては、担保法制に関する新たな規定を設けるに当たって、担保物権創設型と担保目的取引規律型という2つの方法が考えられるとした上で、いずれが望ましいかという問題を提起した。

30 ここで、担保物権創設型とは、抵当権や質権と並ぶ約定の典型担保物権として、特に動産を目的とする非占有型の担保物権を新たに設けることが想定されていた。これによると、担保権者が設定によって取得する権利が担保物権であることが明確になり、他方で設定者には所有権が残ることになる。これを前提に、その担保物権の内容などの法律関係を規定していくことになる。

35 これに対して、担保目的取引規律型は、「担保の目的で動産の所有権を移転する契約」や「担保の目的で動産の所有権を留保する契約」がされた場合に、その契約当事者が具体的にどのような権利義務を有するのかを規定していくというものである。譲渡担保（担保目的での所有権移転）を例にとると、このような契約の効果を考えるに当たっては、抽象的には「所有権移転の効力は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる」という判例の一般論を出発点とすることが考えられる（もっとも、この判例の考え方自体を修正することも、否定されるわけではない）。しかし、この一般論から具体的にどのような権能がどちらの当事者に帰属するかは直ちには明確にならないので、その内

容を具体的に規定していくことが必要になる。

2 5 10 15 20 25 30 35

2 5 10 15 20 25 30 35

いずれの方式を採るかによって、実現しようとする実質が同じであっても、規定の要否等に違いが生ずることがあると考えられる。例えば、非占有型の典型担保権を新たに設けた場合、設定者が目的物を使用していたところ、無権限者が無断で占有を奪ったという事例を例にとると、特段の規定がなくても、設定者は所有権に基づいて返還請求権を行使することができると考えられる。これに対し、「所有権移転の効力は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲内においてのみ認められる」という一般論からは、無権限の占有者に対して返還を請求する権能が設定者に認められるのかどうかは直ちには明らかにならないため、その可否について規定を設けることが考えられる。

また、いずれの方式を採るかによって、実現することができる実質について違いが生ずる可能性もある。

担保目的取引規律型においては、「所有権を移転する」という法形式や、担保目的を達するのに必要な限度ではあるが所有権移転の効果が生ずるという一般論からすると、目的物の所有権は一応は譲受人に帰属しているという理解も可能であり、これを前提とすると、担保権の私的実行ができることを説明しやすい。これに対し、担保物権創設型からは、他の典型担保物権について私的実行が認められていないこととの整合性をどのように説明するかが問題になる。

他方、担保物権創設型によると、後順位の担保権の設定が許容されること（所有権留保と譲渡担保権が競合すること）、担保権が設定された目的物について設定者自身が譲渡することができること、倒産手続における取扱いが取戻権ではなく別除権であることなどを理論的にスムーズに説明することができる。これに対し、担保目的取引規律型において（特に所有権が移転していると理解する場合に）は、上記の点をどのように説明するかが問題となる。

3 5 10 15 20 25 30 35

3 5 10 15 20 25 30 35

もっとも、一読の議論においては、両者は必ずしも截然と区別されるものではないとの意見もあった。例えば、担保目的取引規律型においても、「所有権移転の効力は債権を担保する目的を達するのに必要な範囲でのみ生ずる」という考え方は、所有権の移転という概念を通常の売買などにおけるそれとは変容させており、「所有権を移転させる」という言葉遣いをしたとしても、その意味内容は必ずしも所有権が移転するというわけではないという理解も示された。このような理解からすれば、担保目的取引と担保物権創設型とは明確には区別できないと考えられる。また、具体的な論点を離れて抽象的に2つの方式の優劣を検討しても、生産的な議論とならないおそれもある。

そこで、今後の部会資料においては、いずれの方式で規定を設けるかはひとまず措いて実質的にいずれの当事者がどのような権限を有するかを中心に検討課題を設定し、（説明）の中で、いずれの方式からは具体的にどのような規定が考えられるかというイメージを可能な範囲で示すこととしたい。

第1 個別動産を目的とする担保の実体的効力

1 付加一体物に対する担保権の効力

新たな規定に係る動産担保権は、付加一体物に及ぶものとし、ただし、設定行為に別段の定めがある場合及び債務者の行為について民法第424条第3項に規定する詐害行為取消請求をすることができる場合は、この限りでないものとしてはどうか。

(説明)

部会資料2第2、1(1)においては、新たな規定に係る担保権の効力が及ぶ物理的な範囲を従物と合成物等に分けて検討し、特に設定後の従物について担保権の効力が及ぶことを明文化することを提案していた。これに対しては、現行法の抵当権に関しても設定後の従物に及ぶかどうかについては議論も分かれていることなどから、「付加一体物」という文言を維持すべきであるという意見が複数あり¹、他方で設定後の従物について特に規定を設けることを支持する意見はなかった。本文は、このような審議状況も踏まえて、新たな規定に係る動産担保権についても、非占有型の担保権である抵当権と同様に、その効力が付加一体物に及ぶという実質を実現しようとするものである。

このような実質を実現するためには、担保物権創設型を採る場合には民法第370条と同様の文言による規定を設けることが考えられる。担保目的取引規律型においても、担保目的で動産を譲り受け、あるいは動産の所有権を留保した者の権利は、当該動産に付加して一体となっている動産に及ぶ、などとするのが考えられる(もっとも、その権利が付加一体物に及ぶためには、付加一体物の所有権が担保目的の達成に必要な範囲で移転したと説明することになるようにも思われる。しかし、設定後の従物については、設定者がある物を他の物に附属させたという事実行為によって所有権移転の効果を発生させることは困難であるとも思われ、その可否については解釈に委ねることも考えられる。

2 果実に対する担保権の効力

新たな規定に係る担保権の担保権者は、その担保する債権について不履行があったときは、目的財産の果実から優先弁済を受けることができるものとしてはどうか。

(説明)

抵当権に関する民法第371条に倣って、新たな規定に係る担保権の目的物の果実に対する効力を規定するものである。同条は、抵当権は被担保債権に係る債務について不履行があったときはその後に生じた抵当不動産の果実に及ぶと規定している。これは、平成15年の担保不動産収益執行制度の創設に当たり、抵当権の効力が担保不動産収益執行の開始後の天然果実及び法定果実に及ぶという規律を実体法上明確にするために改められたものであり²、法定果実に対する執行方法としては、担保不動産収益執行のほか、物上代位が認められている。

¹ 第2回議事録22頁(道垣内部会長)、23頁(佐久間委員)、27頁(片山委員)

² 谷口=筒井編著・改正担保・執行法の解説56頁

5 抵当権が及ぶ賃料債権の範囲については、①差押え以後に発生したものに限定する考え方、②債務不履行後に発生していれば差押え以前に発生したものを含むという考え方、③差押え時に設定者に帰属していれば、債務不履行以前に発生していたものを含むという考え方がある³が、民法第 371 条を改正した平成 15 年民法改正の立案担当者は③の考え方に立っている⁴。本文は、これと同様に、債務不履行以前に生じた法定果実であっても、債務不履行後には物上代位の対象となることを提案するものである。なお、これに伴って民法第 371 条を改正して上記③の立場をより明確にすることも考えられる。

10 担保物権創設型による場合には、例えば、新たな担保権は、被担保債権について不履行があったときは、その目的である動産の果実に及ぶ旨の規定を設けることが考えられる。また、担保目的取引規律型による場合、例えば、担保目的で動産を譲り受け、又はその所有権を留保した者は、被担保債権の債務不履行があったときは、その果実を収取することができる旨の規定を設けることが考えられる。

15 3 被担保債権の範囲

15 新たな規定に係る担保権は、元本、利息、違約金、担保権の実行の費用及び債務の不履行によって生じた損害の賠償を担保するものとし、ただし、設定行為に別段の定めがあるときはこの限りではないものとしてはどうか。

(説明)

20 新たな規定に係る担保権の被担保債権について、質権に関する民法第 346 条と同様の規定を設けようとするものである。ただし、原則として設定者が目的物の占有を継続することを想定していることから、目的物の保存費用や目的物の隠れた瑕疵によって生じた損害賠償請求権は除外している。

25 なお、新たな規定に係る担保権の対抗要件としては占有改定を含む引渡しを維持する方向で議論がされており、その被担保債権が公示されるわけではない。したがって、利息等について 2 年分を限度とする制約を設ける必要性は乏しい。

4 担保の目的物の使用収益権限

30 新たな規定に係る担保権は、原則としてその内容に使用収益権限を含まず、設定者が目的物の使用収益をすることができるものとしてはどうか。

(説明)

35 1 非占有型の担保である現行法の譲渡担保権は、設定者が目的物の使用及び収益をすることが多い。新たに設けようとする動産担保制度は、設定者が目的物を使用収益しながら担保化するというニーズに対応しようとするものであり、原則として設定者が目的物の使用

³ 松岡・担保物権法 67 頁参照

⁴ 谷口＝筒井編著・改正担保・執行法の解説 57 頁。学説上同様の立場を採るものとして、道垣内・担保物権法 153 頁、松岡・担保物権法 50 頁。これに対し、新注民(6)751 頁〔古積健三郎〕は、抵当権の優先弁済権の対象は債務不履行後に生じた果実に限定すべきであるとする。

及び収益をする権限を有するものとするのが考えられる。本文は、新たな規定に係る担保権は、原則として使用収益権限を内容に含むものではなく、設定者が引き続き使用収益することを原則とすることを提案するものである。

5 担保物権創設型による場合、所有権は設定者に残されていることになり、新たな担保物
権の担保権者に占有権原や使用収益権限を認める規定を設けない限り、設定者は所有権に
基づいて目的物の使用収益をすることができるといえるから、設定者が使用収益をす
ることができることについて特段の根拠規定を要しない（抵当権設定者は抵当不動産の使用収
10 益をすることができるが、これに関する規定が設けられていないのと同様である。）。なお、
この（説明）の後記2において、当事者の合意によって担保権者に物権的な使用収益権限
を付与することができるという立場を採る場合には、その旨の規定を設けることが必要と
なる（例えば、「新たな担保権の担保権者は、設定者との合意に基づき、目的物の使用及び
収益をすることができる。」など。）。

15 他方、担保目的取引規律型に従って規定を設ける場合、所有権移転の効果が債権を担保
するという目的を達するのに必要な範囲で生ずるとい一般論のみでは使用収益権限が原
則としていずれに帰属するのが明確にならない。そこで、譲受人が取得する担保所有権
の内容には原則として使用収益権限が含まれていないことを明らかにするため、例えば、
担保目的で動産を譲り受けた者は、別段の意思表示がないときは、目的物の使用及び収益
をすることができないなどの規定を設けることが考えられる。

20 2 担保権の内容に使用収益権限を含まないことが原則となるとしても、当事者の合意によ
り、担保権者が使用収益権限を有するとすることは可能である。この権限が債権的なもの
にとどまり、設定者が目的物を第三者に譲渡した場合（なお、これを可能とするかどうか
については、後記5(2)のとおり議論がある。）には当該第三者には対抗し得ないものである
か、当事者の合意により担保権者の使用収益権限を物権の内容とし、その担保権について
25 対抗要件を具備したときは使用収益権限も対抗し得るものとすることができるかという問
題がある。この点について、当部会の審議においては、担保権者と設定者の合意に基づい
て担保権者に使用収益権限があることとした場合、担保権者はその使用収益権限を第三者
に対しても対抗することができるという考え方も示された⁵。

30 この（説明）の1に示したような規定を設ければ、「合意」や「別段の意思表示」は、単
に使用収益に関する債権的な合意ではなく、担保権者が有する物権の内容を定めるもので
あると解釈することも可能であり、このように解すれば、担保権者が設定者との合意に基
づいて使用収益をすることは、設定者による処分があったとしても、第三者に対してその
使用収益権限を対抗することができることになる⁶。

⁵ 第2回議事録 23 頁（佐久間委員）

⁶ 担保権者が目的物の占有権原や果実収取権を有する点で事情は異なるが、最判平成9年7月3日・民
集 51 卷 6 号 2500 頁は、留置物の所有権が譲渡等により第三者に移転した場合において、その対抗要
件を具備するよりも前に留置権者が民法第 298 条第 2 項の承諾を受けていたときは、留置権者はこの承
諾の効果の新所有者に対して対抗することができ、新所有者は使用等を理由に留置権の消滅請求をす
ることはできないと判示している。この判例については、承諾により留置権者が使用収益を行っている
というのが当該留置権の内容であり、その内容の留置権を第三者に対抗できるかという対抗問題として整

5 使用収益以外の設定者の権限

(1) 新たな規定に係る担保権は、同一の目的動産の上に重複して設定することができるものとしてはどうか。

5 (2) 新たな規定に係る担保権の設定者が担保権者の同意なく目的動産を真正譲渡することができるかどうかについて、どのように考えるか。

(3) 新たな規定に係る担保権の設定者は、目的動産の占有を第三者が妨害しているときはその第三者に対する妨害の停止の請求を、目的動産を第三者が占有しているときはその第三者に対する返還の請求を、それぞれ請求することができるものとしてはどうか。

10

(説明)

1 本文(1)は、新たな規定に係る動産担保権を重複して設定することができること、すなわち、後順位の担保権設定を可能とすることを提案するものである。

15 担保目的取引規律型の場合、「担保目的で動産を譲渡した者は、当該動産を更に担保の目的で譲渡することができる。」というような形で規定を設けることが考えられる。担保物権創設型では、抵当権や質権に関する規定ぶりからしても、後順位を設定することができることについて特段の規定を設ける必要はない。

2 本文(2)は、新たな規定に係る担保権の設定者が、担保権者の同意を得ることなく自らの判断で目的物を第三者に真正譲渡することができるかどうかという問題を提起するものである。当部会においては、これを認めて差し支えないという意見⁷と、これを認める必要性に疑問を呈する意見⁸とがあった。

25 質権設定者や抵当権設定者がその目的物を真正譲渡することに特に制限がないことからすると、新たな規定に係る担保権の設定者に残された権利の真正譲渡に制約を加えるとすれば、質権等と異なる扱いをする理由をどのように説明するかが問題になる。この点については、担保目的取引規律型による場合には質権や抵当権と規定の構造が異なるので、担保物権創設型と比べると説明がしやすいとも考えられるが、担保目的取引規律型による場合、本文(1)において担保目的での譲渡は認めることになるので、これとのバランスを失しないかが問題になる。これらの点については、動産の非占有型の担保権においては、設定者にとって隠匿が容易であることや担保権者にとって実行段階で確実に占有を取得し得る
30 ようにしておく必要性が高いことなどから、担保権者が目的物の所在場所等について強い利害を有していることをその根拠とすることが考えられる。この点についてどのように考

理しているものと理解するもの（安永・講義 522 頁）、譲受人はそのような使用等を許諾された留置権の負担を承継しているからであると説明するもの（松岡・担保物権法 255 頁）などがある。他方、承諾は留置権者の果実収取権を確定的なものとするという性質を有することを重視するもの（八木一洋・最判解平成 9 年度 828 頁）や、譲渡を知らないまま使用を継続した結果として留置権の消滅請求を受けることになれば留置権の第三者への対抗力は事実上無意味になることに根拠を求めるもの（道垣内・担保物権法 37 頁）によれば、上記最判は、新たな規定に係る担保権の担保権者による使用収益に対する承諾には直接の参考にならないと考えられる。

⁷ 第 3 回議事録 11 頁（佐久間委員発言）

⁸ 第 3 回議事録 10 頁（阿部幹事発言）

えるか。

- 3 本文(3)は、目的物について占有を妨害されたり占有を奪われたりした場合に、その妨害を排除したり返還を求めたりする権限を設定者に認めることを提案するものである。現行法の譲渡担保について、譲渡担保権設定者は正当な権限なく目的物権を占有する者に対してその返還を請求することができるとするのが判例（最判昭和 57 年 9 月 28 日判タ 485 号 5 83 頁）であり、これを踏まえたものである。

担保物権を創設する場合には、設定者は所有権を有していることになるから、本文のような実質を実現するために特段の規定を要しないと考えられる。これに対し、担保目的取引規律型の場合には、担保目的で動産を譲渡し、又はその所有権を留保した者が妨害排除や返還を請求することができる旨の規定を設けることが考えられる。

10 なお、当事者の合意によって担保権者が目的物の使用収益をすることとされている場合（しかも、この使用収益権限が物権の内容を構成していると解する場合）に、この妨害排除請求権や返還請求権を担保権者に認めるべきではないか、さらには担保権者に使用収益権限がない場合でも妨害排除や設定者（場合によっては担保権者自身）への返還を求める権限を与えるべきかも問題になる。担保権者に使用収益権限がある場合については、本文 15 (3)とのバランス上明文の規定を設け、使用収益権限がない場合については解釈に委ねることも考えられるが、どのように考えるか。

6 担保権者の権限

- 20 (1) 新たな規定に係る担保権の担保権者は、その担保する債権について不履行があるまでは、目的動産を第三者に譲渡することができないものとしてはどうか。
- (2) 新たな規定に係る担保権を他の債権の担保とすること（担保目的で動産を譲り受けた者がその動産を被担保債権と切り離して更に担保の目的で第三者に譲渡すること）の可否について、どのように考えるか。
- 25 (3) 新たな規定に係る担保権の順位の変更、担保権の譲渡・放棄、順位の変更・放棄に関する規定を設けるかどうかについて、どのように考えるか。

(説明)

- 1 本文(1)は、新たな規定に係る担保権の担保権者は、被担保債権の不履行があるまでは、目的物を被担保債権から切り離して真正譲渡をすることができないとすることを提案する 30 ものである。新たな規定に係る担保権者は被担保債権の債務不履行が生じた場合に目的動産からその満足を得ることができれば足り、不履行が生ずる前に目的動産を譲渡することを認める必要はないからである。

担保物権創設型による場合には本文(1)の実質を実現するために特段の規定を設ける必要はない。担保目的取引規律型による場合には、担保権者（担保目的での動産譲受人）は形式的には目的動産の所有権を有するから、これを更に第三者に譲渡することも可能であるように見えるため、これができないことを明らかにする規定を設けることが必要になる。

35 なお、被担保債権の債務不履行後に目的物を第三者に譲渡することは、処分清算型の私的実行に該当すると考えられる。

2 本文(2)は、新たな規定に係る担保権について、転担保を認めるかどうかという問題を提起するものである。当部会での議論においては、複数の与信者の間でファイナンスの組換えを行う際に活用することができるのではないかと指摘があった⁹

5 現行法の譲渡担保については、転譲渡担保と再譲渡担保をどう区別するかをめぐっていくつかの考え方が¹⁰あるが、いずれにしても転譲渡担保の有効性は認められている。抵当権及び質権のいずれについても転抵当及び転質が認められている。

10 担保物権創設型の場合、規定を設けるとすると、転質や転抵当と同様に、新たな担保権を他の債権の担保とすることができる、という規定を設けることが考えられる。他方、担保目的取引規律型による場合、担保目的で動産を譲り受けた者は、その動産を他の債権を担保する目的で第三者に譲渡することができる、というような規定を設けることが考えられる。

15 3 民法第 374 条は抵当権の順位の変更について規定し、民法第 376 条は、転抵当のほか、抵当権の順位譲渡又は放棄、抵当権の譲渡又は放棄を抵当権の処分として認めている。本文(3)は、新たな規定に係る担保権について、抵当権の順位の変更や、転抵当以外の抵当権の処分と同様の処分をすることができるかという問題を提起するものである。当部会の審議においては、これらについても、導入するかどうかを検討すべきであるとの指摘があった¹¹。

20 抵当権の目的物である不動産については物的に編成された登記制度が存在し、抵当不動産ごとにこれに設定された抵当権の内容が公示されている。これによって、抵当権が実行された場合には、裁判所は当該不動産を目的として設定された抵当権の順位や被担保債権を把握し、これに従って配当を行うことができる。これに対し、新たな規定に係る動産担保権については占有改定を対抗要件として維持する方向で議論がされている。登記優先ルールや担保ファイリングの導入も議論されているが、動産について物的な編成での登記制度を設けることは困難であるから、債務者ごとに編成された登記制度とならざるを得ない。

25 このような制度の下では、担保権の順位の変更や、順位譲渡・放棄、担保権譲渡・放棄の制度を設けても、その対抗要件をどのように具備するか、実行された場合に適切に配当を実現することができるかなどの問題があるように思われる。例えば、いずれも占有改定によって対抗要件を具備した担保権が複数あり、その担保権者間で順位の変更や順位譲渡・放棄が行われても、これを公示する方法はない。譲渡登記制度や担保ファイリング

30 を活用することは考えられるが、これらの制度が複雑なものとなり、かえって使いにくくなるおそれもある。そのようなデメリットを上回るだけの実務上のニーズがあるかどうか問題になるが、どのように考えるか。

7 物上代位

35 (1) 新たな規定に係る担保権は、その目的財産の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務

⁹ 第2回議事録 20 頁 (本多委員)

¹⁰ 新注民(7)561 頁 [小山泰史]

¹¹ 第2回議事録 20 頁 (本多委員)

者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができるものとしてはどうか。

(2) 新たな規定に係る担保権の担保権者は、(1)に基づいて金銭その他の物に対して権利を行使するときは、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならないものとしてはどうか。

5 (3) 新たな規定に係る担保権に基づく物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣関係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。

【案 12.1.7.1】 物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、(2)の差押えがされた時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

10 【案 12.1.7.2】 物上代位とその目的債権を目的財産とする担保との優劣は、元物に設定された担保権が対抗要件を具備した時点と、その目的債権を目的財産とする担保が対抗要件を具備した時点との前後によるものとする。

(説明)

15 1 本文(1)は、新たな規定に係る担保権について物上代位を認めることとするものであり、本文(2)は、物上代位権を行使するために払渡し等の前に差押えをしなければならないこととするものである。いずれも留置権及び民法第 304 条を準用する質権や抵当権と同様に扱おうとするものである。

20 2 物上代位の目的となる債権について、これを直接の目的とする担保が設定されていることがあり得るが、この担保と物上代位との優劣関係については、その債権担保についての対抗要件と本文(2)の差押えとの先後関係による考え方、債権担保についての対抗要件と物上代位の基となる新たな規定に係る担保権の対抗要件との先後による考え方がある（部会資料 2 第 2、5 の【案 2.2.5.1】【案 2.2.5.2】）。

25 当部会の審議においては、差押えを基準とする立場を支持する意見¹²、基となる担保権の対抗要件具備時を基準とする立場を支持する意見¹³のほか、付加的物上代位と代替的物上代位に分けて、付加的物上代位については基となる担保権の対抗要件具備時、代替的物上代位については差押えを基準とする意見¹⁴、さらにはその逆（付加的物上代位については差押え、代替的物上代位については基となる担保権の対抗要件具備を基準とする意見）も成り立ち得るとの意見¹⁵などがあつた。

30 一読の議論においては上記のとおり様々な議論があり、議論が収束していないことから、本文(3)においても【案 12.1.7.1】【案 12.1.7.2】の両論併記を維持している。

3 なお、これに関連する指摘として、目的債権を目的とする担保だけでなく、差押え、真正譲渡などとの優劣について規定を設けるべきとの意見¹⁶もある。この点についてどのように考えるか。

¹² 第 2 回議事録 42 頁、44 頁（井上委員）

¹³ 第 2 回議事録 42 頁（佐久間委員）、43 頁（本多委員）、

¹⁴ 第 2 回議事録 45 頁（片山委員）

¹⁵ 第 2 回議事録 45 頁（水津幹事）

¹⁶ 第 2 回議事録 41 頁（水津幹事）

8 その他

民法第 296 条（担保権の不可分性）及び第 351 条（物上保証人の求償権）の規定を新たな規定に係る担保権について準用するものとしてはどうか。

5

（説明）

抵当権に関する民法第 372 条などを参考として、新たな規定に係る担保権について、担保権としての性質から妥当すると考えられる規定を準用しようとするものである。

10

9 根担保権

(1) 新たな規定に係る担保権の設定は、一定の範囲に属する不特定の債権を担保するためにもすることができるものとしてはどうか。

(2) (1)の場合に、極度額を定めることを要しないものとしてはどうか

15

(3) 個別の被担保債権について譲渡や債務の引受け、債権者又は債務者の交替による更改があった場合について、民法第 398 条の 7 と同様に、譲渡された債権などに対して担保権を行使することができないものとしてはどうか。

20

(4) 元本の確定前に根担保権者又は債務者について相続開始、合併又は会社分割があった場合について、民法第 398 条の 8 から第 398 条の 10 までの規定を参考として、被担保債権の範囲や元本確定請求権に関する規定を設けるかどうかについて、どのように考えるか。

(5) 根担保権の全部譲渡、分割譲渡、一部譲渡に関する規定を設ける必要性について、どのように考えるか。

25

(6) 被担保債権の元本の確定事由については、担保権者等が実行に着手したこと、債務者又は設定者が破産手続開始決定を受けたこと、設定から一定期間経過した後に設定者の請求があったことなどが考えられるが、他の元本確定事由としてどのようなものが考えられるか。

（説明）

30

1 本文(1)は、新たな規定に係る担保権について、一定の範囲に属する不特定の債権を被担保債権とすること、すなわち根担保を設定することを認めることを提案するものである。現行法の譲渡担保権についても、根譲渡担保は認められるとされている¹⁷。当部会においても、被担保債権の確定等について規定を設ける必要性が高いとの指摘があった¹⁸。規定を設けるとすれば、【担保目的での動産の譲渡(又は所有権の留保)／新たな担保権の設定】

35 は、一定の範囲に属する不特定の債権を担保するためにもすることができる、などとする

¹⁷ 新注民(7)552 頁〔小山泰史〕、道垣内・担保物権法 311 頁、安永・講義 446 頁

¹⁸ 第 3 回議事録 16 頁（阪口幹事）

ことが考えられる¹⁹。

2 本文(2)は、新たな規定に係る根担保について、根抵当権や根不動産質権と異なり、被担保債権の極度額を定める必要はないとすることを提案するものである。

5 新たな規定に係る担保権において後順位の担保権設定を明文で可能とするのであれば、
どの程度の担保余力が残されているのかを明確にするため、根担保においては極度額を定
めなければならないとすることも考えられる。しかし、新たな規定に係る担保権の對抗要
件としては占有改定を含む引渡しを維持する方向で議論がされているから、登記制度等の
在り方を見直す余地があるとしても、極度額が常に公示されるわけではない。公示されて
いない場合であっても設定者等から情報を入手するという方法は考えられるものの、後順
10 位で担保権を取得しようとする第三者にとって確実に極度額を知る方法が確保されてい
ないことを踏まえると、極度額を定める必要はないものとしてはどうか。なお、同様に動産
を目的とする質権においても根質権は認められるとされているが、動産根質権については
後順位担保権者、設定者の利益保護を図る必要がないので、包括根質権も許されるし、極
度額の定めは不要であるとされる²⁰。

15 本文(2)の提案とは異なり、仮に極度額を定める必要があることとするのであれば、398
条の5（極度額の変更）と同様の規定を設けるかどうかについても検討課題となる。同条
の「利害関係を有する者」には後順位の担保権者が含まれるが、後順位の担保権者は極度
額を認識しているとは限らず、先順位担保権者も同一の目的動産について後順位の担保権
が設定されているかどうかを把握することは容易ではない。制度として先順位が把握して
20 いる担保価値を後順位の者に認識させるという制度にはなっていないことからすると、後
順位担保権者の同意は要しないとすることが考えられる。そうすると、極度額の変更をす
る場合に同意を得るべき利害関係人の範囲は必ずしも同条の利害関係人と一致するわけ
ではない。

25 3 本文(3)は、各被担保債権の当事者の変更があった場合について規定を設けることを提案
するものである。民法第398条の7は、元本確定前の根抵当権については随伴性がなく、
個別の被担保債権について元本確定前に債権者又は債務者が変動するとその債権は被担保
債権から離脱することとしている。これは、元本確定前の根抵当権は個々の債権と直接の
結びつきを持っておらず、抵当権によって終局的に担保されることに定めてはいない債
30 権について随伴性を認めるのは本来の根抵当権の機能を相いれない面があるだけでなく、
法律関係を複雑にする原因となり得るからであると説明されている。新たな規定に係る根
担保権も、元本確定前においては個々の被担保債権と直接の結びつきを有していないのは
根抵当権と同様であり、根抵当権と同様に個別の被担保債権の移転に伴う随伴性を否定す
ることによいのではないかと考えられる。

¹⁹ なお、新たな規定に係る担保権について根担保を明文で認める場合には、同様に認められるとされて
いる根質権（新注民(6)468〔直井義典〕、道垣内・担保物権法90頁、安永・講義426頁）を明文で認め
るかという問題も生ずる。現状において根質権に関する規定を設ける差し迫った必要性が高いわけでは
ないとすれば、新たな規定に係る担保権についてのみ規定を設け、根質権については規定を設けないこ
とも考えられる。

²⁰ 道垣内・担保物権法90頁

4 本文(4)は、元本の確定前に根抵当権者又は債務者について相続開始、合併、会社分割があった場合について、民法第 398 条の 8 から第 398 条の 10 までのような規定を設けるかという問題を提起するものである。根保証については、このような規定は設けられていない。例えば債務者が死亡した場合、優先権のある根抵当にあつては新たに行う融資について従前の根抵当権を利用したいという債権者の利益を保護する必要があるのに対し、優先権のない根保証にあつては、必要に応じて新たに根保証契約を締結すれば足りると考えられることから、このような制度は設けないこととされたと説明されている²¹。

5 根担保権者又は債務者について相続、合併又は会社分割による包括承継が生じた場合でも、その事業を承継した法人との間で取引は継続する場合には、その取引によって生じた債権を被担保債権を根担保の対象とし、その順位を維持する必要がある。したがって、民法第 398 条の 9 及び第 398 条の 10 と同様の規定を設ける必要性は高いように思われるが、どのように考えるか。

10 5 根抵当権については、根抵当権の譲渡（民法第 398 条の 12 第 1 項）、分割譲渡（同条第 2 項）、根抵当権の一部譲渡（民法第 398 条の 13）をすることができることとされている。本文(5)は、新たな規定に係る根担保権について、これらの規定に相当する規定を設けるかどうかという問題を提起するものである。

15 抵当権の処分と同様の規定を設けるかという前記 6(3)と同様に、ここでも、根担保権の譲渡等の対抗要件をどうするのかなどの問題が生ずる。これを「動産に関する物権の譲渡」に当たると解することも不可能ではないように思われるが、占有改定を対抗要件とすることには公示性が十分でないとの批判が妥当し、これに関する登記制度等を設けようとする制度全体が複雑なものとなるおそれがある。そのようなデメリットを上回る実務上のニーズがあるかどうか問題になる。

20 6 本文(6)は、新たな規定に係る根担保は、何をもって元本確定事由とするかという問題を提起するものである。現行法においては根譲渡担保の有効性は認められているが、その元本確定事由について規定はなく、どのような事由があれば元本が確定するかは不明確である。そこで、根抵当権や根保証における元本確定事由を参考として規定を設けることが考えられる。

25 根抵当権については、当事者が定めた元本確定期日の到来（民法第 398 条の 6）、設定から 3 年経過後にされた元本確定請求（民法第 398 条の 19）、根抵当権の実行、債務者又は根抵当権設定者が破産手続開始決定を受けたこと（民法第 398 条の 20）などによって元本が確定するとされている。また、根保証については、民法 465 条の 4 において元本の確定事由が定められており、債権者による強制執行・担保権実行、保証人が破産手続開始決定を受けたこと、主債務者又は保証人の死亡などが挙げられている。

30 新たな規定に係る根担保権は、その責任の範囲が目的物に限定されているから、主債務者や保証人の死亡を元本確定事由とする必要性は乏しいように思われ、根保証よりも根抵当権に関する規定を参考にしながら元本確定事由を検討することが適切であるように思われる。そこで、担保権者等が実行に着手したこと、債務者又は設定者が破産手続開始決定

²¹ 吉田＝筒井編著・改正民法の解説 53 頁

を受けたこと、設定から一定期間経過した後に設定者の請求があったことなどを根担保権の確定事由とすることが考えられるが、どのように考えるか。

5 他方、現行法においては根質権の有効性も認められているが、根質権については元本確定事由は定められていない。占有型であるか非占有型であるかという相違点はあるものの、同様に動産を目的とする根担保権について、元本確定事由の有無という点で相違点が生ずるのは適当ではないとも考えられる。このように考えると、質権についても元本確定事由を設けることも考えられる（根譲渡担保について引き続き解釈に委ねるという考え方もあり得る。）

10 これに対し、例えば、非占有型の担保権においては、例えば機械設備など設定者の事業継続にとって不可欠な財産が担保権の目的となり得るため、設定者の利益を保護する必要性がより高いなどとして、非占有型についてのみ元本確定事由を規定することも考えられるが、どのように考えるか。

文献略語表

- 新注民(6) 道垣内弘人編集『新注积民法(6)』(有斐閣、2019)
- 新注民(7) 森田修編集『新注积民法(7)』(有斐閣、2019)
- 5 谷口＝筒井編著・改正担保・執行法の解説 谷口園恵＝筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』(商事法務、2004)
- 道垣内・担保物権法 道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』(有斐閣、2017)
- 松岡・担保物権法 松岡久和『担保物権法』(日本評論社、2017)
- 安永・講義 安永正昭『講義物権・担保物権法〔第4版〕』(有斐閣、2021)
- 10 吉田＝筒井編著・改正民法の解説 吉田徹＝筒井健夫編著『改正民法の解説』(商事法務、2005)