

法制審議会
担保法制部会
第12回会議 議事録

第1 日時 令和4年1月18日（火） 自 午後1時30分
至 午後5時22分

第2 場所 法務省20階・第一会議室

第3 議題 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）

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12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。

本日は大西さん、衣斐さんが御欠席と伺っております。

まず、配布資料の説明をしていただきますので、事務局の方からお願いいたします。

○笹井幹事 本日もよろしくお願ひいたします。

新しくお送りしたのものとして、部会資料12「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)」がございます。こちらにつきましては、後ほど審議の中で事務局から御説明いたします。

資料は以上でございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、審議に入りたいと思います。

先ほど御紹介がありました部会資料12「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)」について、議論を行いたいと思います。

そこで、事務局から説明を頂きますが、12の第1に入る前に、前注1及び前注2というのがございます。この部分の御説明からお願いいたします。

○笹井幹事 実質的な審議の内容ということでは必ずしもないのですけれども、今後の進め方につきまして、資料に簡単な前注を二つ書きましたので、その点について説明したいと思います。

昨年の4月以来、昨年いっぱいかけて一読の議論をしていただきました。もう一度初めに戻って、一読の議論を踏まえながら2巡目の議論をこれから進めていくということになりますが、一読目の最初の段階では、非常に総論的な問題提起をいたしました。担保法制全体としてどういう構成にしていくのか、一つの統一的なものを作っていくのか、あるいは財産権の種類ですとか、あるいは占有を誰がするのかというようなことに着目しながら、幾つかの類型を作っていくのかというような問題ですとか、あるいは、条文の作り方として、新しい物権を作るのかどうかという問題提起で、この点について様々御意見を承ったところです。

最終的にどういう条文の構成にしていくのかということは、また今後検討していきたいと思いますが、2巡目の議論の仕方として、総論的な議論は、それはそれで意味のあるものであったとは思いますが、ただ、統一的な担保制度ということがどういうものであるのかということについてのイメージが必ずしも一致していませんでした。また、担保物権創設型は分かりやすいかもしれませんが、それに対置されるものとして提示した担保目的取引規律型というもののイメージも、人それぞれやや異なっていたようにも見受けられましたし、また、その二つの方式というのが、本当にきちっと分けられるものなのかということについても、疑問が提示されたのだと思っております。

そういったことを考えたときに、条文をどういうふうにするのかは、法制的な観点から後ほど検討するというにさせていただきますが、一読の進め方と同じですけれども、まずは実質を議論していただければどうかと思います。その議論をするに当たっては、繰り返しになりますが、最終的にどういう形に条文を構成するかというのはひとまず置いて

において、まずは動産、特に特定の動産、それから特定の債権、それから集合物という順序で、一読と同様の順序になりますけれども、そういう順序で、まずは中身の實質について議論をしていってはどうかと考えております。

したがいまして、今後の部会資料についても、一読と同じような形でまずは特定の動産からと、議論を進めていきたいと思っておりますが、ただ、何度も恐縮ですけれども、最終的に、だから、まずは特定動産についての条文を作って、特定の債権に関する条文を作ってという、そこまでを考慮してこういう構成になっているわけではなくて、実質的なルールがそろった段階で、例えば、共通する部分を抽出して総則的なものにしていくということも考えられるかと思えますし、そうではなくて、まずは動産に関する担保制度を作って、例えば、必要な部分を準用していくという方法もあるかもしれませんが、そこは立法技術的な問題でもありますので、そういった部分については、また後ほど検討させていただくということにして、まずは実質からということ、そういう趣旨で部会資料を作りたいということでございます。

前注につきましては以上です。何か特に御質問、御意見等ございましたら、承りたいと思っております。

○道垣内部会長 今、笹井さんの方から説明を頂きましたけれども、特にこの段階で、部会資料の構成等につきまして、御質問とか、あるいは御意見とかがあれば、お願いいたします。

○佐久間委員 ありがとうございます。これから議論するときに、発言の仕方についてちょっと伺いたいことがあります。担保物権創設型と担保目的規律型というのがあるけれども、それはさておき、実質がどうかということを考えてみましょうということで、それは承りました。条文そのものについて、どうあるべきかということを考えるわけではないということも承知したんですけれども、そうすると、例えば、中身には立ち入りませんけれども、4ページの16行目からですと、例えば、担保物権創設型を採る場合、あるいは、もう少し下で担保目的規律型の場合、こういうことが考えられるというようなことがあり、この種の記述はそれなりに至るところで出てくるんですね。

例えばですけれども、私は担保目的規律型がいいと思っているんだけれども、ここは、担保目的規律型であって、こういう説明の仕方の方がいいと思っているんだというような発言は、することが生産的なのか、そうではないのか。結論は異論ありませんということなんですけれども、担保目的規律型に立つ場合には、こういう説明の方がいいと思います、というようなことを述べるのが、この二読の中間取りまとめに向けての議論で意味のあることなのか、ないのか、あるいは望ましいことなのか、別に要らないことなのかということをお教えいただければと存じます。要らないということであれば、そういう発言はいたしませんし、あった方が望ましいということであれば、発言をしようと思う箇所が幾つかありますので、すみませんが、お考えをお教えいただければと思います。よろしくお願ひします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。笹井さんから何かございましたら、お願いします。

○笹井幹事 担保物権創設型にするのか、担保目的取引規律型にするのかというのは、抽象的に二つの型を議論してもあんまり生産的でないだろう、また、何が違うのかがよく分からないという指摘もあったことを踏まえて、イメージを持っていただいた方がいいかなと

いうことで、説明の中に書いております。

この二つのどちらの方式を採るのかというのは、理論的な説明がうまく成り立っているか、また、いずれを採るかによって、実現しようとする実質が本当に実現できるのかに違いが生ずるかもしれないというところもあって、参考までに書いているというところではあります。

佐久間先生の御発言に対するお答えとしましては、基本的には、どちらの方式を採るのか、その際にどういう説明をした方がいいかは、直接にはこの部会で御議論いただくことではなく、ゴシック部分に書いた実質を御議論いただきたいということではございます。

御議論いただいた実質的なルールの内容は、多くの問題については、いずれの方式を採ってもそれなりの対応が可能なのではないかと思っております。ただ、やはりそこは、どちらを採るかによって、実現しやすさ、あるいは実現可能性が変わってくるという論点もあるかもしれないということもありますので、基本的には、今佐久間先生がおっしゃったようなことは、議論の対象ではないと思っているのですが、ただ、事務当局の今後の様々な作業に向けて、参考になる部分もあると思っておりますので、全く発言しないでくださいということではございませんので、若干煮え切らない言い方になりますけれども、しかるべき範囲で御発言いただく分には、全く差し支えはございません。

○佐久間委員 ありがとうございます。例えば、担保目的規律型だったら難しいとかと書いてある部分があったとして、それは難しくないと思うというような発言は、多分させていただくというか、した方がいいのかなと思っておりますが、ほかの説明の仕方もあるけれども、どちらでも一緒だよねというのは黙っておくというか、流すという、そういう感じがいいということですね。

○笹井幹事 御理解のとおりかと思えます。よろしくお願いたします。

○道垣内部会長 厳格に、どちらがいいかということは、もちろんないわけですし、個別具体的な問題について議論する際に、関係するというときには、御発言いただいて全く構わないと思えます。

ただ、早い段階で、このいずれにするかということを上段に構えて議論して、そのテーマについて直接に議論をするということではなくて、それ自体は後回しにするということだろうと思えます。

よろしゅうございますでしょうか。

○遠藤幹事 中小企業庁取引課の遠藤でございます。明けましておめでとうございます。今年もよろしくお願いたします。

今の事務局の御説明の、個別論点からアプリアリに物権創設型と目的規律型のどちらが良いかという結論は出てこないというのは、そのとおりだと思っております。事務局の、まず個別論点の議論を先にして、そこは後で決めましょうという議論の進め方自体については、異存はございません。

その上で、1点コメントさせていただきたいのは、個別の論点について、どちらがよりふさわしいかという点と別の切り口として、やはり、この制度を使うユーザー、例えば必ずしも法律に明るくない中小企業、あるいは海外から見てどう見えるかとかいうことを考える必要があるかと思えます。その観点から言うと、制度の立て付けが分かりやすいということ自体に恐らくメリットがあると思っております。そういう観点から、我々は担保物権創設型の方が分かりやすい制度になるかと思っております。そういった、ユーザ

一視点から見て分かりやすい制度かどうかという点は、今ではないにしても、今後視点に置いて議論を頂けると有り難いと思っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。それはそのとおりかと思えます。

ほかに何か全体的な、二読を始めるに当たっての御発言はございますでしょうか。

よろしゅうございますでしょうか。もちろん、今後も個別具体的な話をさせていただく中で、やはりそれは総論部分のこの問題、この問題の立て方に関係しているという形で御発言いただくということはあろうかと思えますし、そのことは全く差し支えないわけでございますので、適宜ここに立ち戻って御発言を頂くということにさせていただければと思います。

それでは、続きまして、第1の1から3までについて議論を行いたいと思えます。事務局において、部会資料の説明をお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、「第1 個別動産を目的とする担保の実体的効力」の1から3までについて御説明いたします。

まず、4ページの「1 付加一体物に対する担保権の効力」についてです。

部会資料2では、新たな規定に係る担保権の効力が及ぶ範囲について、従物や合成物に分けて検討し、特に設定後の従物についても、担保権の効力が及ぶことを明文化することを提案しましたが、設定後の従物については議論が分かれていることなどから、抵当権と同様に付加一体物という概念を用いるのが適切であるといった御意見がありました。そこで、基本的にそれに従い、新たな規定に係る担保権は、付加一体物に及ぶものとするを提案しております。

次に、「2 果実に対する担保権の効力」についてです。

ここでは、被担保債権について債務不履行があると、その後は果実からも優先弁済を受けることができることを提案しております。果実の範囲については争いがありますが、ここでは、債務不履行以前に生じた果実も対象となり得るという立場を採ってはどうかと考えております。

次に、5ページの「3 被担保債権の範囲」についてです。

ここでは、質権に関する民法364条と同様に、元本、利息、損害金、実行費用を被担保債権とすることを提案しております。なお、被担保債権については、抵当権と同様に、利息等を2年分に限定するかという問題もあります。この点については、限定しないことを御提案しております。これは、新たな規定に係る担保権をどのように公示するかという点に関わり、一読の議論においては、占有改定を含む引渡しを対抗要件として維持すること、登記制度などを改善するとしても、できるだけ簡易なものが想定されていたことなどから、第三者が被担保債権について制度上確実に知り得ることが確保されていないことを前提としたものです。もっとも、ここは、後順位担保権の活用の可能性をどの程度確保するかという政策判断から検討し、できるだけその促進を図るのであれば、それに併せて公示手段を設計すべきという考え方もあると思えますので、その点についても御議論いただければと思います。

私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

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、御意見等を伺

えればと思います。よろしくお願いいたします。

○片山委員 慶應大学の片山でございます。どうもありがとうございます。第1の1の付加一体物に対する担保権の効力のところについて、コメントさせていただきたいと思います。

部会資料の2の段階では、従物概念によって規律をするという御提案だったわけですが、今回の部会資料12では、付加一体物という概念を用いて規律してはどうかという御提案に変わっているということでございます。

私自身もそちらに賛成するという記録が残っておりますが、その際に、考えていたことは三つございまして、一つは、抵当権の370条との平仄ということがあろうかと思えます。それから、二つ目が、担保権設定後の従物にも担保権が及ぶことが、より明確になるという点であります。

それから、三つ目ですけれども、この点が非常に重要だと考えていたのは、不動産に動産が付加していく場合というのは主従の関係が明らかで、不動産が常に主ということなのですが、動産の場合には、現実には二つの動産のどちらが主従なのか区別がつかないケースも想定されるのではないかとということで、これが現実的にどこまで有意義な例か分かりませんが、ボートにモーターが付けられるという古い判例の事例を、そのときも引用したかと記憶しております。その場合は、多くの人はボートが主だと考えて、モーターが従と考えるのですが、モーターの価値が非常に高いという場合には、逆にモーターが主になるということもあり得るのではないかと。そういった議論をしないでよくなるという意義が、付加一体物概念にはあるのではないかとということを申し上げたわけでありまして。

仮に、今回この付加一体物概念によって規律するということになりまして、次の、三つの点を確認しておく必要があるのかなということがございまして、それを今日、指摘させていただければと思っています。

第一は、従たる動産に設定した担保権の効力が主たる動産に及ぶのか、それでいいのかという点であります。これは当然、87条2項の主物、従物論からは、従物に関する処分は主物に及ばないということになりますので、及ばないわけですが、付加一体物の概念ですと、それが及ぶということでもいいのかどうかということでもあります。

確かに、先ほど挙げたボートとモーターの例が、主物の区別が簡単には付かない例ということになりますと、そのような、例では、従物とされる可能性のあるモーターに設定された担保権がボートに及ぶということは説明できるようになって、そのことは、ある意味で適合的かとは思いますが、しかし、逆に、主従が明らかなケース、例えば、かばんと鍵のようなケースですが、鍵に担保権が設定されていた場合にかばんに及ぶということになってしまいますが、それでいいのかどうかという問題です。私は、それでもいいのではないかと考えておりますが、当然反対の御意見も想定されるかと思っておりますので、ここは御確認が必要なのではないかというのが一つであります。

第二は、その延長線上にある議論ですが、二つの動産が付加一体化されるという場合に、そのそれぞれに担保権が異なる担保権者のために設定されているというときにどうなるのかという点です。ボートにも担保権者がいて、モーターにも担保権者がいて、それが付加一体化するという場合です。

付合に関しましては、付合によって従たる動産の所有権が消滅するという場合については、その上の担保権も消滅することになるわけですが、それ以外の場合、例えば、

主従の区別がつかないとか、あるいは同一の所有者のものが付合する場合、これは、民法が想定する付合ではないかもしれませんが、その場合は、恐らく担保権は消滅しないで、合成物の上に担保権が存続するということになるのかとは思いますが。付合しない付加物という場合に、一体どうなるのかということでもあります。それぞれの動産の上の担保権が消滅するというにはならないと思えますから、それが存続しつつ、他方、付加一体化により効力がそれぞれに及ぶ動産に、いわば、たすき掛け状態で担保権の効力が及ぶということになります、そういう理解でいいのかどうかという問題です。

それと併せて、優先順位の問題が出てきます。そもそも設定されていた担保権が第1順位で、付加一体化によって及んでくる担保権が第2順位という整理でいいのかどうかというような、複雑な問題が出てくるようにも思われます。

そして、3番目が実行段階です。付合していない単なる付加一体物の場合には、物は二つですので、一種の共同担保状態になっているということになるのかもしれませんが。そうしますと、付加一体化することによって担保価値は上がっていますから、二つを一括に競売していくことが、原則だということでもいいのだと思いますが、飽くまでも共同担保の一形態だということになりますと、個別の動産の実行もそれぞれ可能だということになる。それでいいのかどうか、ここも議論が分かれることかと思えます。

以上、付加一体物の概念を導入するといふ面もあるのですが、何か逆にいろいろと難しい面もありそうですので、それらの点をきちんと確認した上で、立法化をしていく必要があるのではないかと考えた次第です。

以上でございます。よろしく御検討お願い申し上げます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ちょっと私の方から一言申しますと、片山さんの御指摘全体としては、極めて鋭くて正しいんだと思うんですが、個別具体的な結論においては、必ずしも賛成できないところがあります。例えば、鍵に担保権が付いているといったときに、それをかばんに付けたらどうなるかといったときに、鍵がそれなりの価値がある鍵であるとしたときに、鍵を差し押さえたらかばんに差押えの効力が及ぶのかということ、及ばないのではないかという気がします。差押えの範囲、効力の及ぶ範囲というのと、担保権の効力の及ぶ範囲というのを一致させないと、話は結構厄介なことになりますので、その点を考えなければいけないと思います。

しかし、全体としての片山さんの御発言というのは、個々のそういうふうな解釈論の話よりも、付加一体物という言葉を使っても、抵当権の場合とは大分立ち現れ方が違う。したがって、抵当権と併せて付加一体物ということになりまして、抵当権と同じですよねと言っていれば済む問題ではなくて、ここで付加一体物という概念を使っても、具体的にどういった場合にどういうふうな形で効力が及ぶのかということ、明らかにするように議論をしないと駄目だよねという、そういう話ですよ。

逆にそういうことを言うと、付加一体物という言葉を用いることは、ミスリーディングであるという方向もあり得ますよね。抵当権と全く違う、全くかどうか分かりませんが、かなり違う形になるのもかわからず、同じ言葉を使うとよくないよねというのもあり得るかもしれないと思えます。そういう意味で、もっと言葉を出して終わりにするのではなくて、もうちょっと個々の場面を考えなければいけないということだと思えます。どうも

ありがとうございました。

○片山委員 ありがとうございました。

○阪口幹事 阪口です。私もこの1番について、一つ質問、一つ要望ということで申し上げたいと思います。

まず、質問は、「設定行為に別段の定めがある場合」という部分ですけれども、これは、もちろん抵当権の規定を持ってきたわけですから、抵当権の場合には、不動産登記法88条1項4号で登記をして対抗力を備えるということになっている。ところが、今考えている新しい担保権の場合には、不動産登記法88条1項4号のような登記若しくはファイリングは、恐らく考えていないのではないのかなと思います。もちろん考えているのであれば、考えているとお答えいただけたらいいんですけれども、考えていなければ、別段の定め対抗要件制度はないが、常に対抗力を有するという前提での話なのかという、質問です。今回のこの部会資料12は、対抗要件制度との兼ね合いが出てくる問題が一杯あると思うんですけれども、どういう前提で書かれているのかということが、一つ目の質問です。

もう一つの要望の方は、第2回的时候に、部会資料2に関して、あのときは設定後の従物という提案でしたけれども、設定後の従物に関して、所有権留保はそれでいいんでしょうかということで、車にスペアタイヤを積んだ例を申し上げたんです。今回も、部会資料12の4ページの20行目辺りの括弧の辺りは、何かちょっと微妙な感じで書かれているんですけれども、中間試案を作られるときに、所有権留保と譲渡担保は分けて議論していただきたい。中間試案そのものでは分けなくてもいいんですけれども、例えば注で、所有権留保もそれでいいですかということは、明示的に尋ねる形で中間試案、若しくはその補足説明を作っていただいた方がいいのかなと思います。弁護士会で議論しても、つい譲渡担保だけを念頭に置いて議論してしまうものですから、結論は、最終的に所有権留保も一緒になってもいいんですけれども、問題の所在を意識しないまま議論が進んでしまうのはまずいと思うので、中間試案を作られるときに、所有権留保もそれで本当にいいですかということを明示することを御検討いただけたらなという要望です。

○道垣内部会長 前半部分、何かありますか。

○笹井幹事 前半部分の御質問のところですが、確かに抵当権と違まして、物的編成の登記がされるわけではありませんので、ここでいうところの特段の設定行為における別段の定めについて、公示する手段はないだろうと思っておりました。というより、登記制度の中でこういったものを登記していく、そういう細かい登記制度を作っていくことは、考えてはいませんでした。

そういう意味では、担保目的取引規律型によるのか、担保物権創設型によるのかによっても、ここもまたちょっと違って来るのかもしれませんが、当然対抗という言い方がいいのかどうか分かりませんが、何か別段の定めがされていた場合には、公示されないけれども及ばないということになるのではないかなと思っておりました。そこは、やはりそれだと不十分だということであれば、また考えてみたいと思います。

○道垣内部会長 おまとめは、阪口さんの御理解で正しいのでありまして、通信状態を改善するという事は、並行していろいろ努力をするということにしたいと思います。

○笹井幹事 阪口先生に1点確認ですが、私が理解していたのは、当事者が、本来だ

ったら及ぶものに担保権者が及ばないようにしたと、そういう意味では担保権者が一步譲っているということなので、第三者を害するという事はそれほど大きくないのかなと思っていたのですが、それはやはり、第三者から見ると、公示されているべきではないかという御指摘でしょうか。

ちょっと私の370条の別段の定めですとか、不動産登記法に対する理解が誤っているかもしれませんけれども。

○**阪口幹事** すみません、阪口ですけれども、この370条ただし書の対抗の意味については、対抗関係にある人が一体誰なのかという論点があるようではありますが、恐らく一番多い理解は、効力から外す行為自体が一種の物権変動であり、そこに登記がなかったら外せない、外せないというか、対抗できなくなるので、競落人は、競落人が第三者なのかどうかは議論があるようではありますが、取得してしまうということになる。だから、対抗要件が必要になるとなれば、第三者が損をするというより、むしろ、せっかく外した設定者が損をするということになるのかなと思います。

もちろん、別の対抗の局面もあるとは思いますが、債権譲渡を受けた譲受人とか、何かそんな話があったかもしれませんけれども。ただ、少なくとも不動産登記法と丸ごとニアリーないしイコールの関係の制度がない中で、ここの提案されている中身がどうなるのか、つまり、先ほど出たように、不動産登記法に類するような規定は設けないという前提で作られているだろうから、そうすると、結局効力が変わってくることになるので、そこはどういう前提なのかを質問したかった。その結果、それがいいか悪いかは、もちろん最終意見は両方あると思いますけれども、そういう前提でいいですかという確認をしたかったんで、まず質問させていただいています。

先ほどの答えは、その質問のとおりということだったんで、それを踏まえると、それで本当にいいのかなという気持ちも若干するというぐらいです。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

2番目の所有権留保の問題について、ちょっと私の方から一言申しますと、これ、佐久間さんが最初におっしゃったことにも関係するんですけども、所有権が、例えば、譲渡担保でも何でもいいんですが、が設定された目的物の所有権はどこにあるのかという問題があって、付加一体物というのは、抵当権に関して、抵当不動産の所有者の有する所有物に関する概念だと思うんですね。他者の物がそこに付合した場合は別ですが、他者の物が、従物として置かれているといったときに、抵当権の効力が及んだりもしないんですよ。これは、飽くまで抵当権設定者、抵当不動産の所有者が、そこに付加一体物として持ってきたものについて、抵当権の効力が及ぶという規定なんですね。そうすると、例えば、抵当権の目的不動産に所有権留保約定の付いたテレビカメラ、例えば、玄関のところにテレビカメラが設置されたということになると、それには及ばないんですね、付合していない限りにおいては。

そういうふうに所有権概念との関係を考えながら作られている付加一体物という概念を、所有権の所在はちょっとよく分からない、置いておきましょうとあって、そのままに、同じ概念を使うと、やはりまずいんでしょうね、片山さんが最初におっしゃったことですが、やはり、どういうふうなものに対しては及ぶのかというのを、もうちょっと丁寧に考えていって、そして、370条の議論に引きずられないように、あえて別概念

で名前を付けた方がいいのかもしれないという気はいたします。そのとき、従物とか付合物とかという既存の言葉を用いるのか、それとも、ここについて新たな言葉を用いるのかという問題はございますけれども、そのような中で、阪口さんのおっしゃった所有権留保問題というのを、検討していくということになるのかなという気がいたします。

ちょっと私の意見を述べまして、申し訳ございません。

阪口さん、何か続けてありますでしょうか。

○**阪口幹事** いえ、1番に関してはありません。

○**道垣内部会長** それでは、1番に限りませんが、1、2、3のところでは何か御意見がございませうでしょうか。

○**藤澤幹事** ありがとうございます。立教大学の藤澤でございます。実は、通信環境があまりよくないようでして、片山先生の御発言を全部聞き取ることができませんでした。もしかしたら、おっしゃっていたことと重なり合ってしまうかもしれませんが、1についてコメントを申し上げます。

抵当権の場合には、付合等によって抵当権の目的である不動産の所有権が消えてしまうということは、あまりないと思いますが、動産の場合には、付合によって目的物の所有権が吸収されてしまうということがありえます。

特に、民法244条が定めているように、付合の結果、新たな物ができて、その物を共有するという形になるような場合に、担保権の効力がどのようになるのかということの規定する必要があるのではないかと思います。

次に、2についてもコメントさせていただきます。抵当権に関する371条に倣って、同様の規定を設けるという御提案ですけれども、動産の場合に、物上代位以外に収益執行型の執行というのは考えられるかということ、ちょっと伺ってみたいと思いました。例えば、機械、自転車、ドローンとか、そういった動産をレンタルして収益を上げるビジネスがあって、レンタルの目的物に担保権が設定されているとします。その担保権の実行に際して、管理人が目的物を管理しつつ、レンタルを続けながら、収益を上げて、その収益から債権回収をするような執行は考えられるのかというようなことに興味を持ちましたので、お伺いできればと思います。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。前半は、今、片山さんがおっしゃったことに全て含まれているかどうかわかりませんが、ポイントは同じだと思いますので、併せて検討していきたいと思います。

後半は、お伺いしたいとおっしゃったんですが、藤澤さんはどのようなお立場なんですか。

○**藤澤幹事** そのような実行方法については、不可欠であるとは思いますが、あってもいいかもしれないという感触を持っております。それから、371条が収益執行を支えるための条文として規定されたことに鑑みると、動産担保については、収益執行制度を用意せず、物上代位のみ認められるということであるとすれば、物上代位の条文があれば十分なのであって、御提案のような371条型の条文が要るのかなというのが、ちょっと気になったところです。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

何か事務局から御意見がありますか。

○笹井幹事 収益執行についてはもちろん、議論としてはあり得ることだと思いますし、機械とか、先生がおっしゃったような価値の高い動産に関して言うと、十分実務的にも考えられると思っております。ただ、担保権の収益執行を動産にまで拡大していくことは、執行法の建て付けを大きく変えてしまうこととなりますので、今、私どもとしては、そこまで考えているわけではありません。

そうすると、今、後半というか、2回目に藤澤先生がおっしゃったように、371条が何のためにあるのかということとの関係で、動産について収益執行を作らないんだったら要らないのではないかという考え方は十分にあると思いますので、それは、条文化のときにまた改めて考えたいと思っております。

ここで一応書いているのは、果実に対する実質的なルールとしてどのような場合に果実に効力が及ぶのかというルールを掲げておくということと、物上代位の根拠として371条を挙げるのか、372条が準用する304条を挙げるのかという見解の対立がありますけれども、前者の考え方も有力だということもありますので、そうだとすると、371条と同じような規定を設けておく必要があるとも考えられることから、一応項目としては立てたということですが、後ろの方の物上代位のところとも一体となるような規定でもありますので、条文化の際には、どういう規定を作るのかというのは改めて考えたいと思います。

○道垣内部会長 差し当たってはよろしいでしょうか、藤澤さん。

○藤澤幹事 はい、ありがとうございました。

○片山委員 ありがとうございます、慶應大学の片山です。

先ほど、藤澤幹事が御指摘になった点と同じところですが、果実に対する担保権の効力に関して、これが371条と同趣旨の規定ということになりますと、371条の方は、そもそもの趣旨は収益執行制度の実体法上の根拠規定として設けられたものであり、さらに、解釈論として、賃料債権の物上代位について372条とともに371条も根拠規定となるとの学説が有力になりつつあるという状況かと思えます。

そうしますと、動産についても、収益執行型の執行制度を、例えば、航空機のような大型の動産について、検討していく意義はあるのかもしれませんが、一般的に個別動産について収益執行のような制度まで設ける必要はないということであるとしたならば、何のために果実に対する担保権の効力に関する規定を置くのかということ、むしろ賃料債権の物上代位の根拠規定として、371条と同種のもので置かれるとなってしまいます。

私自身は、それに賛成の立場ですが、逆に、それはけしからんという方が大勢いらっしゃるのだと思います。それは、動産だけではなくして、恐らく371条の抵当権の方の議論まで大きな影響を与えてしまう気もいたしますので、慎重に議論をしていく必要があるのではないかという印象を持ちました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。収益執行は、不動産に関しては、強制管理、つまり、一般債権者ができるというときのこととのバランスという話もあったところ、動産に関しては、そのバランスの問題はないんですね。だから、不動産に関して認められるから、必ず動産について認められるということではないだろうと思うんですが、なお、藤澤さんおっしゃったような活用事例というものがあって、必要であるということならば、検討する必要があるのかもしれませんが、また、実行のところでは御議論いただければと思

ます。

ほかに何かございませんでしょうか。

1、2については非常に重要な御指摘を頂いたと思いますが、3につきましては、こう
いうことでいいかなということでしょうか。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。

まず、2について、先ほどの議論を少し私なりに整理いたしますと、議論は3段階ある
ような気がいたしまして、まず第1に、担保権者がこの果実から優先弁済を受けることが
できるか、いつの時点から優先弁済を受けることができるかという実質の部分と、その優
先弁済の受け方として、物上代位を使うのか、あるいは収益執行のような制度を新たに、
新たにというか、新しい担保権にも使えるようにするのかという点、第3に、それをどの
ように条文上表現するのか、371条と同じような表現にするのかどうかという点でして、
恐らく先ほどの藤澤先生と片山先生の御議論は、第2、第3の辺りの議論だったかと思い
ます。

その上で、第1についてはどう考えるのか。つまり、担保権者に優先弁済権を与えるべ
きかどうか、与えるとしていつの時点から与えるべきかという議論については、これは部
会資料と同じということでもよろしいのでしょうかということですね。それについては、一
致があるのかなという気がいたしました。

もう1点、3についてです。3について、部会資料でいいますと、5ページの「なお」
のところで、2年分を限度とする制約は設けないという提案についてですけれども、御説
明のところでは、後順位担保権の利用の促進という観点から、2年分の限度を制約として
設けつつ、公示について検討するという案が示されましたが、公示をどうするかという問
題と、被担保債権の範囲を限定するかという問題は、必ずしも一致させる必要はないので
はないかと思います。もちろん、2年分を限度とする場合、すなわち、後順位担保権の利
用を促進するとした場合には、被担保債権について、公示が十分であれば、当然後順位担
保権の利用を促進されるとは思いますが、しかし、公示が不十分であったとしても、2年
分を限度とする制約を設けられたとすれば、その限度で後順位担保権を付けることはでき
る、そういった利用をする余地は生まれてくるのかなと思います。

そこで、ここでの議論は、そういった公示をどうするのか、あるいは不十分だという考
慮をしつつ、加えて、後順位担保権をどのように利用させるのか、あるいは利用させない
のかといった政策判断をすべきなのかなと思います。

後で出てきます担保権の極度額の話とも関わってきますが、やり方としては三つほどあ
ると思ひまして、一つは、2年分の限度という制約を設け、後順位担保権を利用促進させ
るということ。もう一方は、2年分を限度とする制約を設けず、後順位担保権はそもそも
付けられないようにするという事です。三つ目は、その間、恐らく部会資料が採ってい
る立場であります。2年分を限度とする制約を設けず、しかし、後順位担保権の設定は
一応できる余地を残しておく。ただ、2年分を限度とする制約は設けないので、実質的
には余り後順位担保権の利用価値はないように思います。

ただ、使われる場面がないと言われると、一つは、先順位担保権者と何らかの合意を
することによって、後順位担保権者がある程度、自ら債権を回収する余地を作って、後順
位担保権を設定するという事はできるかなと思いますので、その限度で後順位担保権の

利用を促進するのか。いずれの政策判断がよいのかと、そんな議論をすべきな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。大塚さんのおっしゃった限りにおいては、それはそのとおりだろうと思いますが、ただ、1点だけ申しますと、この問題は、後順位担保権者等の関係だけで考えていいのかというのは、一つ問題として、例えば、動産質についてなぜ2年分の制約というのがないのかということ、動産質の目的物というのは、債権者が占有していて債務者の占有にないから、債務者に対する、又は質権設定者ですね、質権設定者に対する債権者が、それを当てにするとということはないだろう、したがって、2年以上取らせても、別段問題ないんだという話なんですね。これに対して、非占有型の担保としたときに、当該動産が債務者、設定者の占有にあるということで、一般債権者がそれを当てにすると考えるならば、やはり譲渡担保権者というか、担保権者には優先権を自由に与えていいわけではなくて、利息は2年に限定されるんだという判断も、それはあり得ないではないだろうと思えます。だから、ポイントを後順位の話だけにしては、多分いけないのだろうという気はいたします。

しかし、両方考えなければいけないし、一般債権者の保護というのが、どれだけまた必要なのかという問題は、また別個に考える必要があろうかと思えます。

ほかにございますでしょうか。

○村上委員 連合の村上です。今、大塚様から冒頭に、2の果実に対する担保権の効力についてお話がありましたけれども、その部分について申し上げたいと思えます。

私は、一般債権者である労働者の労働債権保護という立場で、これまでも発言してまいりました。今回もその観点からの発言ですが、債務不履行前に生じた法定果実についても対象とする、5ページで言えば、③の考え方については疑問を持っております。この部分については、労働者を含めた、ほかの債権者の引当財産になるべきではないかという考えです。

○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。

まだまだ考えなければならない問題があるということをお指摘いただきましたので、更に当部会の議論において検討を続け、また、事務局の方としても検討を続けていただくことにしたいと思います。本日のところは、資料にありますようないろいろな問題について、全体としてどういうふうな方向性というのが示されるべきかというのを明らかにしていかなければなりませんので、先に進ませていただければと思います。

今、第1の1から3までお話をしたわけですが、第1の4と5について、次に議論をしたいと思えます。事務当局におかれましては、部会資料の説明をお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、5ページの「4 担保の目的物の使用収益権限」について御説明いたします。ここでは、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応えるために、新たな規定に係る担保権の内容には、原則として使用収益権限を含まないものとするを提案しております。その上で、一読で問題提起があったように、当事者間で担保権者が使用収益権限を有する旨の合意をした場合、その合意が債権的なものとどまるのか、あるいは物権の内容となり、担保権者が第三者に対しても使用収益権限を対抗し得るかということも、一つの論点になろうかと思えます。

次に、7ページの「5 使用収益以外の設定者の権限」についてです。

本文の（1）では、新たな規定に係る担保権について、抵当権や質権と同様に、後順位の設定を可能とすることを提案しております。

本文（2）では、設定者が担保権者の同意を得ることなく、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しております。真正譲渡については、一読の際に必要性に疑問を呈する御意見がありました。後順位の担保権設定ができることとの整合性、質権や抵当権においては、設定者がこれらの権利の負担付きで真正譲渡することができることとの整合性なども考慮する必要があるのではないかと思います。御議論いただければと思います。

本文（3）では、目的物の占有を奪われた場合の物権的請求権や妨害排除請求権を認めることを提案しております。

以上について御意見を賜ればと存じます。

私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 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、御意見等伺えればと思います。よろしく願いいたします。

○阪口幹事 阪口です。どなたも手を挙げられないので、すみません。

まず、4番について、先ほど言われた、ゴシック体そのものはもちろん賛成で、かつ、担保権者の方に使用収益権を渡す合意というのは、それは債権的合意にすぎないと思うべきだろうと思っています。

なお、ここでも所有権留保のことを考えなければいけないんですけども、恐らく所有権留保のときに、そんな合意をする人は誰もいない。売ってもいないし、渡してもいないということになるので、多分そんな合意をする人はいないから考えなくていいかなど。そうすると、譲渡担保のことを考えたら、債権的合意にすぎないとするのが、実務的に妥当だろうと考えています。

同様に、5番のところにも（2）の問題があり、同意なく真正譲渡できるということについてどうなのかということが、先ほどの問題と、完全に裏腹ではないんですけども、ニアリーな問題があって、まず、僕自身はできるとすべきだろうと考えています。実務上のニーズで、例えば、事業譲渡の局面を考えたときには、やはりできると考えるのがベースなんだろうと思っています。後順位担保設定ができることとのバランスということも理由です。

次に、この（2）のときには、さらに、それを禁止する特約がどのような効力を持つかという問題になって、ここでも、先ほどの話の延長線みたいな話で、その合意は債権的合意にすぎない、完全に禁止することはできないと考えるべきだろうと思っています。

ただ、ここでもまた、所有権留保のときに売っていないものなのでと考えていくと、本当に一緒にいいのかなという気がします。（2）のところの所有権留保に関してはどうなのかなという気がしますので、例えば、中間試案を作るときに、ここでも所有権留保については少し目に見える形で、書かれた方がいいのかなとは思っています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。阪口さんが最後におっしゃったことについて、一言お伺いしたいのですが、5の（2）で、真正譲渡という言葉がちょっとミスリーディングなんだろうと思うんですね。つまり、例えば、所有権留保目的物というのがあって、

それは、法律構成として、所有権が買主に来ていないんだと考えたときに、では、買主は所有権を第三者に譲渡できますかということになると、それはできませんという話になり得るわけで、そこを注意しなければならないという話なんでしょうけれども、阪口さんがおっしゃったのはね。ただ、そうなる、では、譲渡担保形式の担保権の場合には、どちらに所有権があるのという問題があつて、同じ問題がまた生じてくるわけなんですよ。

そうすると、目的物を真正譲渡することができるというのを、所有権があるものとして所有権を移転できると多分読むべきではなくて、結局処分ができるというふうな、広い意味で書かれていると、差し当たっては御理解を頂いた方がいいのかなという気が、伺っていらしたしました。

○**阪口幹事** 阪口ですけれども、よろしいでしょうか。

すみません。まず、ここで言う真正譲渡というのは、譲渡担保のことを考えると、譲渡担保の負担付で物を誰かに譲るということを考えています。譲渡担保の負担付なんで、その譲渡担保の負担というものを所有権そのものと考えてしまったら、結局何にも譲渡できないではないかということになるんだけれども、いわゆる設定者留保権のような、物権的な何かを持っているということがイメージでき、かつ、その物権的な何かを移すこと自身は、担保権者との間で合意で禁止すると特約していても、物権的には制約されない。部会資料の2-2で議論したことだと思いますけれども、そういう議論であろうと思います。

その物権的な移転ということは譲渡担保はできるとして、他方、所有権留保は、その物権的な何かの移転ということ自身ができないという考え方は、あり得ると思います。若しくは、特約しなければ移転ができるけれども、特約した場合には何もできないということもあり得る。やはり、そこには譲渡担保と所有権留保に若干の差があり得るのではないかという思いがあるものですから、この5の(2)のところは、自分の意見とともに、中間試案を作られるときには、所有権留保のところも少し、分けて書くのかどうかは別にして、注意的に記載された方がいいのかなと思って、申し上げました。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

○**片山委員** 慶應大学の片山でございます。今、阪口委員から御意見のあった5の(2)の、設定者の処分権限のところでございます。

阪口委員の御意見に反対ということになるのかもしれませんが、非占有担保の担保権の設定者としての処分権限に関しては、担保権の重複設定については認めていくという方向、すなわち担保余力の活用を積極的に認めていくということではないかとは思いますが、他方、第三者への譲渡に関しては、簡単に認めるべきではないと考えております。

と申しますのは、担保物権は物権ですので、理論上は第三者への追及効があるということが大前提となりますから、設定者が自由な処分をしたとしても、それが直ちに抵当権侵害になるわけではありませぬので、どんどんやってくださいということになるのかとは思いますが、しかし、それは、あくまでも理論上の話であつて、制度設計上は、その追及効が実質的に確保されるかどうかという点が、重要な問題になるのではないかと考えています。

抵当権に関しては登記制度で公示が完備されていますし、実質的に追及効も認められるということで問題はなく、設定者の自由な処分を認めてよいということになります。

次いで、占有担保である動産質に関しては、質権者が占有を継続している限りにおいては、設定者が所有権自体を譲渡したとしても、即時取得の可能性がそれほどあるわけでは

ありませんし、また、占有自体を担保権者が確保していますので、実行することも容易です。ですから、実質的に追及効が確保されているということなので、処分権、譲渡する権利を認めても問題はないのかということになるのかと思います。

これに対して、今新たに創設しようとしている非占有担保としての動産担保権、これは、構成のいかんを問わず、基本的には設定者が占有をしていますので、これを処分されてしまうということになりますと、即時取得によって、追及効が遮断されてしまうリスクが高いですし、それから、実行する際には、やはり動産ですので、引渡しを受けて占有を取得していることが必要ですが、第三者に譲渡され引渡しがなされてしまうと、占有の回復もかなり困難になりますから、実質的に追及効はかなり阻害される状況になると考えざるを得ないのです。設定者による処分が担保権侵害になる可能性が非常に高いように思います。ですから、それはやはり認めないという方向での制度設計をせざるを得ないのではないかと考えている次第です。

ですから、もし認めるとしたら例外という形で処分権を付与する合意があって、かつ、抵当権侵害に当たらないという条件があって、初めて譲渡が認められるということなのではないかと思います。その点では、集合動産譲渡担保でいうと、通常の営業の範囲でしか処分が認められないというのと同じような話になるのかもしれない。

もっと抽象的に言うと、設定者が合意によって同価値の他の動産を差し入れる、そういう義務を負うということ的前提に、初めて処分が認められるということでしょうか。差替えの義務であるとか、取換え義務と言うことができるかもしれませんが、これは、広い意味での担保価値義務の一種だと私自身は思っておりますが、そのような義務を負っている場合についてだけ、その処分が可能になるという、極めて制限された範囲でしか、処分を認めるべきではない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。最後におっしゃったことは、差替えのときには、処分に許諾をしていると考えると、特に条文が要するような話ではないような気もいたしますけれども。

○片山委員 そうかもしれません。

○道垣内部会長 実質論はよく分かりました。

○佐久間委員 まず、4のゴシック部分には全然異論はありません。そのうえで、先ほど阪口さんがおっしゃった、占有を担保権者の方に移転するという合意をした場合に、物権的効力か債権的効力かの話ですけれども、全然こだわるものではないんですが、質権においては、原則として幾つか制約があります。私的実行はできないし、基本、収益もできないといったことです。また、目的物を奪われたときに、質権に基づく請求ができなくなるというようなことがあるわけですね。そういったことに関して、担保権者が占有を取得した形で質権のそういった制約を免れるということに、一定程度のメリットがあるということだとするならば、ここで物権的効力を認めることは、あり得るのではないかと考えています。

それから、5の(2)、片山さんと同じ論点なんですが、(2)について、私は前に真正譲渡ができると確かに述べたんですが、別の回にも申しましたが、素朴にできるんだろうと思っていたというレベルの話でありまして、別段真正譲渡ができるべきだという考え方を積極的に採っているわけではありません。できてもよいともな思うものの、もし真

正譲渡をすることはできないんだということにする場合には、その根拠は、担保権者の利益を考慮すると、それが当事者間の契約において、当然の前提となっているだろうということになるのかと思います。ただ、その場合、言葉の問題かもしれませんが、こだわるつもりもありませんが、真正譲渡だけが問題になるのではなくて、占有の所在が物権的に移ることこそが、問題なのではないかと思います。そうだとすると、妨げるべきは、真正譲渡だけではなくて、例えば、質権の設定は、確かに担保物権どうしなので、優先順位は確保されますけれども、優先権の争いになる前の段階で、担保権者の権利が害されることだあってあり得ると思います。設定者は一定の行為をすることができないとするときには、そういったものも含めて考える必要があるのではないかということです。そうすると、結局、もう一回譲担保目的での譲渡に供するということが許されて、それ以外は駄目だということにならないのかなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。留置物、留置権者の権利の裏返しみたいな形に、裏返しではないんですけども、立場を変えても、限定されている権利しかやはり持っていないと考えるという感じかなと思って伺っておりましたが。

○沖野委員 ありがとうございます。5の(2)について、私も述べさせていただきたいと思います。

一般的な権利の在り方という点からすると、残っている権利といいますか、担保権設定だということであるならば、担保付の権利が設定者にありますので、特別な理由がない限り、本来は処分ができるはずではないかと思います。処分の仕方が、後順位の担保権の設定であったり、あるいは担保権付での譲渡であるということではないかと思います。

しかしながら、これは片山委員や佐久間委員もおっしゃったことですが、非占有型の担保というのは、占有を把握しているということが非常に重要で、それがなくなってしまうと、確かに権利としては、担保権付で他の者のところにいつているはずなんですけれども、もはや所在が分からないとか、実行もできないということになりますので、そういう政策的なといいますか、担保権の実効性の観点から、占有のコントロールを担保権者から奪うような処分はできないということが、ポイントなのではないかと思います。その点からすると、およそ処分権を奪うというのはやや過剰なのかもしれませんけれども、しかしながら、ちょっと実効的な方策もないのかと思われま。第三者に譲渡するときには、その第三者が、以後は元々の譲渡担保権者といいますか、その者のために占有しますというようなものを取らないとできないとか、そういう占有のところで端的に抑えるような方策もあるのかもしれませんけれども、やや複雑になりますし、実効性もどうかと。そうすると、本来は占有を押さえたいんですけども、それ以上に所有権というか、権利移転まで抑えてしまうというところでは、いささか過大ではあるけれども、政策的にはそのようなコントロールを利かせるべきではないかと思います。

そうしますと、佐久間委員がおっしゃいましたような、次に質権設定をしたらどうなるのかということ、現実の占有は後順位であるはずの質権者になってしまうんですけども、しかし、設定者もそれを把握していて、どこにあるかが分かる、そういう意味では、設定者のところできちんとコントロールがされるということになっていけばいいと考えるならば、次の質権設定までは制約しなくてもいいということになるかもしれません。

ただ、むしろ逆に、(1)と平仄が合わないのであれば、(1)の重複設定の方について

ても同意を掛けるということも考えられるのかもしれませんが、それは更に過剰なのかもしれません。(2)で、同意がなく担保付譲渡をもうできないということについては、事業にとって不要になったような場合に、後順位を付けるということでは処分ができないというような問題が生じることが考えられ、担保付でいいから譲渡をしたいという状況がありうると思うんですけれども、さらには、不合理な同意拒否というのにどうするかという問題はあるんですけれども、それに対しては、担保権を本当に消してしまう形で、被担保債権も弁済して対応するということにな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。留置権に関する298条とか質権者の権利の制約というのは、やはり制限物権だから、その物権内容というのを比較的自由に決めることができるというところから発想しているんだと思うんですね。それが、担保物権創設型の立法をするということにして、設定者というのが一応所有者であるということになると、それを物権的に妨げるとするのは、片山さんがおっしゃったように、担保物権を侵害するからという論理で、処分権限とかを制約するということになるわけであって、ちょっと留置権者や質権者の権利は制約されるというのとは、ちょっと異なるのかもしれないと、伺いながら考えておりました。

それとともに、物権的な制約という形にするのか、それとも、同意なく処分したり、占有移転したら、弁済期が到来するという、そういう形にするのかというのは、選択肢としてあり得るのかもしれないとも思いましたけれども、そうすると、実行は事実としては難しいのかもしれませんが、ちょっとその辺、分かりませんが。すみません。

○藤澤幹事 ありがとうございます、藤澤です。私も、今先生方が御議論されていた点について発言させていただきます。4で御説明いただいた使用収益権の法的構成の問題と、5の(2)の処分の可能性の部分とは、関係しているのではないかと考えました。

設定者が持っている何らかの物権の中に、使用収益権が含まれているのだと考えるとすると、その設定者が持っている何らかの物権、すなわち、所有権とか設定者留保権といったものを譲渡すると、当然に目的物の使用収益権、目的物を占有する権限も、処分の相手方に移っていくと考えることになりそうです。そうすると、先ほど片山先生が御指摘されたような、担保権者にとって非常に困った事態が生じてしまうという問題があると思います。

そこで、設定者の持つ何らかの物権の中に、使用収益権が必ずしも含まれないという考え方があってもいいのではないかと考えました。担保権者の側に使用収益権というか、占有を含む権限が一旦移るけれども、設定者個人に対して使用収益を許諾するという形で、設定者の使用収益権が基礎付けられるとすると、設定者が自分の持っている何らかの物権を第三者に譲渡したとしても、使用収益権まで一緒に付いていくことにはならないと、構成することができるかなと考えました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。おっしゃるとおりなんです、なかなか、設定者の使用収益権限というのを、担保権者からの許諾であるというところで、全体の法律構成を考えていいのかというのは、ちょっとまだ、私には自信が持てないところがありますが、またそれもあり得る考え方ですので、検討していきたいと思っております。

阪口さん、お願いいたします。

○阪口幹事 阪口です。5の(2)について、政策的な観点から真正譲渡できないとすると

いう、もちろんそういう選択肢というのにはあり得て、弁護士会の中でもそういう意見も、どちらかというところと少数ですが、ありました。

ただ、例えば、先ほど藤澤先生がおっしゃった使用収益権限まで担保権者に移り、むしろ債権的に使用収益が設定者に許されるだけだというのは、むしろそれは、買戻特約付売買、いわゆるリースバックのような形の世界なのかなと思いました。所有権が本当に移り、ただ借りているだけというものと、ここで考えている譲渡担保は別のものだと整理する、もちろん、事実認定上どっちになるかというのはまた別論ですけれども、抽象的には別のもので整理するのがいいのではないかと考えて、先ほど4のところでも債権的合意と申し上げ、5のところでも真正譲渡はできるという、意見だったわけです。

また、5の(2)で真正譲渡を政策的にできないとするのは、結局は物理的な問題が一番大きいのかなと思います。しかし、物理的に動かすことは、実はどんな規定を設けても止めようがない事実行為ですので、やはりどちらかというところ、5の(1)とのバランスというところか、理論的統一的説明からすると、真正譲渡できるとした上で、あとは物理的な移転を制約するのをどうするかという問題だと思います。もちろん、それを行ったら期限の利益の喪失事由になるというのは、一般的には契約条項に入るでしょうし、それで対処するのかなと。

仮に、もしそこで(2)も真正譲渡できないんだとなってくると、そのような条項が一般的な契約書に入ってしまうと思うんですね。そうすると、言わば、設定者は全部縛られた状態ということが実務上ベースになってしまうので、それはそれで行き過ぎではないかと思って、今のような意見を申し上げました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。かなり法律構成と結び付いてくる議論だということが分かりますが。

○阿部幹事 ありがとうございます。東京大学の阿部です。資料の、5の(2)に関して、私は一読のときから承認権限を認めないという方向の主張をしておりましたけれども、それは今でも同じように考えたいと思っています。

今御指摘の点で、5の(1)の担保権設定権限との平仄に関しては、既にほかの方の議論にも表れていたかもしれませんが、やはり5の(1)で与えられるのは、非占有担保権の設定権限なのだと思います。だから、幾ら担保権を設定したとしても、そのことによって、既に設定されている担保権者の権利が危うくされることはないということが(1)の前提にあると考えると、(2)で真正譲渡権限を否定しつつ、(1)で同じ非占有担保権の重複設定はできるとしたとしても、平仄が合わないということはないのではないかと考えています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに、4、5のところでございますでしょうか。

ほかに御意見が差し当たってございませんようでしたら、議論の在り方とか、いろいろなことについては、非常に深まった議論をしていただけたと思います。拙速なようで恐縮でございますけれども、続きまして、第1の6の担保権者の権限についてというところに移りたいと思います。事務局におかれましては、部会資料の説明をお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、「6 担保権者の権限」について御説明いたします。

本文(1)では、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、目的物を第三者に譲渡することができないことを提案しております。一読の際には、これに反した処分は無効とすることを明文で提案しておりました。今回も、その提案実質は変わっておりません。譲渡することができないという規定に加えて、無効とする旨の規定が必要であるかどうかは、条文を作成する際に更に検討したいと思います。

本文（２）では、一読での御意見を踏まえて、抵当権や質権と同様に、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しております。これは、一読では、事務当局の資料には記載されていなかった論点です。実務的なニーズや具体的な活用場面なども含めて、御議論いただければと思います。

本文（３）では、一読での御意見を踏まえて、抵当権と同様に、新たな規定に係る担保権の順位の変更や担保権の譲渡、放棄、担保権の順位の変更、放棄を認めるかどうかという問題を提起しております。これも、一読の際には資料に記載していなかった論点です。抵当権においては、これらの制度が整備されておりますが、これは、物的に編成された登記簿があり、抵当権の順位の変更等に単なる債権的な合意以上の意味を与えることができるからであるとも考えられます。新たな規定に係る担保権については、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ますので、単なる債権的合意を超える意味を与えることができるか、そうしようとするれば、その順位の変更を示す重い公示制度を設ける必要があるのではないかなどが問題になると思います。そのような実務上のニーズがあるかどうかについても、御議論いただけたらと思います。

私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。差し当たっては、私は6の（１）で、説明のところでは、目的物を被担保債権から切り離しては譲渡できないと説明されておりますが、それはそのとおりでして、仮に条文化するということに、譲渡できないということになるのか、切り離してという言葉が必要なのかというのは、他の担保物権とかとの文言上の平仄を合わせるという形にしていく必要があるのかと思います。内容としては、説明の1にあるとおりでございます。

○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。私からは、6の（２）と（３）について、一読目に際して実務上のニーズありということで提案をさせていただいておりましたので、もう少し具体的な事例を考えてみながら、必要性について意見を述べさせていただければと思います。

例えばなのですが、動産や債権を主要資産とする債務者がいるとして、この動産、債権の大宗について、担保提供することによってファイナンスを得ているという状況下において、信用が悪化してきたとします。窮境に陥ったために、私的整理による再生を図ろうとした際に、資金繰りのために、例えば、プレDIPファイナンスから資金調達をしようと考えたところ、プレDIPファイナンスからは、既存の担保権に優先する担保権を与えてほしいというようなリクエストがある場合に、転担保であったり、それから順位の変更だったりというのは、その手段になり得るのかなと思っております。

一方で、そういう手段が与えられない場合において、プレDIPファイナンスの要請を実現しようとするためには、例えば、私的整理の中で、もともと既存担保権者が既存担保権について、動産・債権譲渡登記によって対抗要件を具備していたような場合に、一旦抹消登記をした上で、プレDIPファイナンスによるニューマネーの供給に際して、プレDIPフ

ファイナンスのために動産、債権、についての担保権設定を行って、それについて、動産・債権譲渡登記によって対抗要件を具備することとし、その後、既存の担保権者が再度、動産、債権担保についての譲渡登記を行うということになりそうなのですが、その後、債務者について倒産手続が開始してしまったような場合には、否認が問題になり得るという状況になってしまうとも思われます。そうした状況を回避する上で、転担保だったり、順位の変更だったりというアレンジメントが認められてしかるべきなのかなと考えております。

ちなみに、部会資料の9ページ目の18行目以降でしょうか、物的編成主義による登記制度のある抵当権との比較において、新たな規定に係る担保権の順位の変更だったり、順位の譲渡等だったりについての困難性が指摘されているところではございますが、そもそもかかる指摘というのは、法理論上の問題というよりも、制度上の理由によるものにとどまっているとも理解されます。確かに占有改定の方法によって、個別動産を目的とする担保権の設定についての対抗要件を具備する場合には、順位の公示については難しそうなかなと思われます。一方で、動産譲渡登記によって対抗要件を具備する場合には、人的編成主義によるものであったとしても、目的動産の特定を含めまして、担保権の設定だったり、順位だったりというものの公示は、相応になされ得るのかなとも思われます。なお、現状の動産譲渡登記制度上においては、順位の変更を行うための手続が欠けていますので、この制度整備が必要になるというところではあるのですが、こうした制度が整備される限り、少なくとも順位の変更だったり、順位の譲渡だったりというものに関して、部会資料において指摘されている問題点は解消できそうなかなと考えております。

ちなみに、こういう制度を整備することによって、順位の変更等を要するような複雑なファイナンス取引を行おうとする当事者にとって、動産譲渡登記を活用するという点についてのインセンティブが与えられることになりそうなどころもありまして、こういう観点からも、望ましい部分があると考えます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかには何かございますでしょうか。

本多さんが最初に出された例が、ちょっと私には本当は理解できなかったところがございます。私的整理の場面で新たに得させるといったときに、旧来の人がそのまま担保権の譲渡というのを行えば、それは否認の問題とか生じないかもしれませんが、順位の変更とか、あるいは担保権の譲渡を行った後に、更に担保権を旧来の債権者が取得するということになると、そこでの否認の問題というのは多分生じるんですね。ですから、もう渡してしまう場合か、あらかじめ両方がいて、順位を正にチェンジする場合に必要なということになるのでしょうか。ちょっとそれ、分からなかったんですけども。

○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。

御指摘のとおりかなと思っております。担保権がそれぞれ設定された状況において、順位を変更するという点だけなのであれば、否認の問題は発生しないと考えておりますが、先ほど私が申し上げた例は、順位の変更や順位の譲渡が難しい、あるいはできないということを経験した前提とした場合の議論として、その順位の入替えを事実上実現するための方策に関し、プレDIPファイナンスのための担保権設定という例を挙げさせていただいたのですが、順番的には後順位になる担保権を設定するのだけれども、先順位にある担保権者が登記を

抹消するということを通じまして、事実上その登記の順番の入替えをする結果として、順位の先後を登記の面で組み替えることができるのではないかという考え方でございまして、そうした場合に、既存の担保権者が新たに登記をしたタイミングが危機時期以降だったときは、後の倒産手続において否認される可能性が出てきてしまうのかなという問題意識になります。

○道垣内部会長 ありがとうございます。ただ、私的整理の場面にもう入っているわけではないですよね、そうなる。プレDIPファイナンス自体の担保権の取得が、危機時期にはなっていないというのが前提になる御議論ですよね、それ。

○本多委員 三井住友銀行の本多です。私的整理に入った債務者が危機時期に陥っていたとしても、そうした時期において、プレDIPファイナンスがニューマネーを出して、その見返りとして担保権の設定を受ける場合には、同時交換的行為として否認の対象にならないという議論ができるという理解でおります。

○道垣内部会長 よく分かりました。その部分は、そこでクリアして、その後につける側だけのことを心配するということですね

井上さん、先ほど手が挙がっていらっしゃいましたが、手をおさげになったようですが。

○井上委員 ありがとうございます、井上です。かなりの部分、今の本多委員の発言と重なるところがあるかもしれませんが、私も、同様のニーズを弁護士会での議論とか、あるいは私が所属する事務所内での議論などを通じて、感じております。

今の例で言いますと、信用不安時にプレDIPファイナンスという形でニューマネーを出すときに、ニューマネーを出す人は、担保を取っても否認の対象には今のお話のとおりならないわけですが、既存の担保権者がいるときに後順位になってしまうところを、どのように調整できるのかというときに、銀行団が協議をして、そのうちの1名、あるいは新しいファイナンスがDIPファイナンスを出しやすくするために、一旦担保権を設定した上で、順位の変更などで対応できないかというニーズがあると聞いております。あとは、そういった信用不安の状況以外でも、転担保については、バックファイナンスのファイナンスに転担保を入れるという形での実務のニーズがあると聞いております。

その意味では、ニーズがあるのではないかとはい思うのですが、問題点として、資料にあるような公示の問題があるということですが、これも本多委員が御指摘のとおり、登記されている担保権との関係でいえば、現在の制度を一定程度改良できれば、対応できる可能性があるのではないかと思います。動産譲渡登記に付記登記をするような形で、順位の変更がなされたことを記録するなど、何らかの形で公示制度を設けることができ、かつ、もし登記優先ルールが導入されるとするならば、登記をした人だけで、こういった形の公示をすれば、実現が可能なのではないかと考えております。

○道垣内部会長 どうもありがとうございます。それは、人的編成で行われている動産譲渡登記において、そこに書かれている譲渡ないし担保設定の目的物の同一性を、どこかの機関が判断するということが前提になりますか。

○井上委員 井上です。どのような制度が可能なのか、よく理解できていないところはあるんですけども、譲渡登記によって公示を備えた債権者が集まって、その債権者の間で同意をして、順位の変更をしたことを想定すると、それぞれがなした、過去に行った譲渡登記にひも付けて、付記するような形で、こういう順位の変更が行われたということを公示

できないかと、先ほどは申し上げました。それが、技術的に、あるいは理屈上うまくできるのかは、ちょっと自信がないところです。

○道垣内部会長 二つの担保権が、目的物が同じであるという判断がどこかに、先行的に行われなければいけないですね、多分。このことが気になるんですか。

○井上委員 その判断は、担保権者自身が行うというイメージです。同一の物について担保を設定し登記をしたと信じる担保権者が集まって、自らのなした登記に付記をするということが行えないかということなんですけれども。事実としてそれがずれていれば、もちろん公示としては空振りになることがあるかもしれないんですが、元々の譲渡登記すべてが、同一物についてなされていることを前提としたら、公示の効果が認められないかということです。

○道垣内部会長 分かりました。

○阿部幹事 ありがとうございます、阿部です。資料の6の(2)について、どういう場面を念頭に置いているのかを確認したいのですが、まず1点目として、「他の債権の担保にすること」というのは、当初の被担保債権の弁済期前に、新たな規定に係る担保権を、他の債権の担保とすることを念頭に置いているという理解でよろしいでしょうか。

というのは、被担保債権の弁済期後に、更に担保の目的で第三者に譲渡するというような場合には、それ自体を処分清算をしていると理解できなくもないような気がしましたので、念頭に置いている場面として、(1)の方でも不履行があるまではと書かれていたけれども、(2)の方でもやはり、被担保債権についての不履行がある前に、このようなことをすることの可否を論じているという理解でよいのか、確認したいと思いました。

もう1点目は、「被担保債権とは切り離して」と書かれていることの趣旨なんですけれども、これは、被担保債権の譲渡に伴うのではなく、目的動産だけを担保目的で譲渡することを念頭に置いているということだと思うんですけれども、その際に、当初の被担保債権がなお第三者の権利の範囲を限定すると考えているのか、いないのかということです。「切り離して」と書くと、元々の被担保債権とは何も関係なくなってしまうようにも見えなくはないのですけれども、当初の被担保債権の限度で第三者が担保の目的を達することができると考えているのではないかと、何となく思っておりまして、そこを確認したいと思いました。

○道垣内部会長 2点、お願いいたします。

○笹井幹事 1点目はおっしゃるとおりで、被担保債権の弁済期後になれば、確かに処分清算ということが既に可能になっている場合ですから、ここで想定しておりましたのは、被担保債権の弁済期前に、転担保という形で、担保権者が自分の債権者に対して担保を設定するという場面を考えておりました。

それから、二つ目は、切り離してというのは正しく御指摘のとおりで、もちろん、被担保債権を譲渡した、特に特定の被担保債権を譲渡した場合に、随伴性でこの目的物がくっついていくということは、それはあり得べしということで、そうではなくて、被担保債権は債権者が保持したままで、その担保だけを、セキュリティーラストとかをどうするかという問題はちょっと置いておいて、その目的物だけを譲渡することはできないというのが、(1)の趣旨です。

ちょっとお尋ねの後半部分、被担保債権が範囲を限定するとおっしゃったことの趣旨が

ちょっとうまく理解できなかつたのですが、(1)で……

○阿部幹事 すみません、ちょっと補足してもよろしいでしょうか。

例えば、当初の被担保債権が100万円だったとして、第三者が持っている債権が1,000万円あって、その1,000万円のために更に担保目的で譲渡した場合に、その第三者は、1,000万円を担保物から、例えば、私的実行などによって得ることができるのか、それとも、当初の100万円という被担保債権がその第三者の権利を枠付けるのか、というのが質問の趣旨です。

○笹井幹事 ごめんなさい、ちょっと私が誤解をしております、いずれも(2)の問題です。

そうであるとする、おっしゃるとおりで、結局新たな担保権者というか、担保権者の担保権者が把握できるのは、元々の担保権の範囲内であると思っております。

○道垣内部会長 阿部さんがおっしゃったのは、そのことはそうなんだろうけれども、切り離してという文言が、若干ミスリーディングな感じがしますねということだろうと思うんですよね。実際の、例えば、民法376条のときには、そういうことを書かないで書いているんですが、ここ、分かりやすくこう書いてあるつもりでして、現実の、仮にこれを法律のルールとするときに、切り離してという言葉になるかということ、それは多分ならないんだろうと思います。それに注意しながらという必要があるんだろうと思います。

次に、(2)なんですけれども、実は、私は伺っていて、お二人の議論がよく分からなかったんです。弁済期到来していたら駄目なんですかね。それは、当該担保権は、もはや私的実行ができるような状態になっていますというだけの話であって、そういったタイプの担保権を、他の債権の担保にすることというのは、これはできるのではないかという気がするんですが。もちろん、どういう場面が念頭に置かれていますかというのは、阿部さんや笹井さんがおっしゃるとおりだと思うんですけれども、到来前でないとできないということになるかということ、そうではないような気がするんですけれどもね。

○阿部幹事 いえ。私も、突き詰めていくと、道垣内部会長のおっしゃるとおりかなと思いますが、実際、その趣旨を特にはっきりとさせず、単に担保目的物を第三者に譲渡した場合には、その解釈としては、転担保の趣旨ではなくて処分清算の趣旨と第一義的には解されるのかなと思いました。

処分清算の趣旨ではなくて、自分としては、担保権を実行することなく転担保の趣旨で譲渡しますということであれば、そのことがはっきりと示されていることが必要になってくるのかなと思いましたがけれども、いずれにしろ、おっしゃるとおり理屈の上で、被担保債権の弁済期が到来したら、もう転担保ができないということにはならないかなと、私も思いました。

○道垣内部会長 それは、弁済期到来前でも同じではない。つまり、担保権者が譲渡するときに、担保権をあなたに譲渡するんですよと言うのか、目的物を譲渡しますよと言うのかという問題は、それがどちらと性質決定されるのかという問題は、弁済期到来前だって、目的物を譲渡しますよと言って譲渡するということはあるわけであって、もちろんそういうときに、有効に譲渡できるかという問題はもちろんあるわけですがけれども、それって何か担保権者のやっている処分行為の性質決定の問題にすぎないのではないかなと思うんですけども、それは僕の誤りでしょうか。

○阿部幹事 いえ、おっしゃるとおりだと思います。性質決定の問題だと思いますが、ただ、よく分からないときは、おそらく、無効行為をしたと性質決定するのではなくて、有効行為をした方に性質決定されることになるのではないかと思いますので、そういった意味で、弁済期到来前と後でちょっと違ってくるかなとは思いました。ただ、おっしゃるとおり、性質決定次第だと思います。できないことをやったと性質決定して、その上で無効になるということも、あり得なくはないかなと思います。

○道垣内部会長 すみません、ありがとうございました。

○沖野委員 ありがとうございます。6の(3)について申し上げたいと思います。

法律構成として、担保権の順位の変更、担保権の譲渡・放棄等々ということではなくとも、特に目的財産を非常に広く把握できるということになると、順位についての調整としての劣後合意の効力を認めることが重要であると言われてたりします。それを実現する手法として、6の(3)に挙げられたような手法というのは、考えられるのではないかと考えております。

ただ、包括的に担保を把握するという場合は、そうではないかと思うんですけども、今の局面は、飽くまで個別動産の場合に、そういう場面がどのくらいあるのだろうかというのが気になっておまして、先ほど来言われている私的整理による再生という場合も、一つの財産だけではなくて、やはりたくさんいろいろ、しかし個別動産という形で担保に取っていて、あるものは後に来たファイナンスに優先をさせて問題ないというような場合があるからということなのかなと思ったんですけども、個別動産ということが必要性に関わってくるのかというのが気になりまして、この点の実務上の必要性について、教えていただければと思います。

それから、もう一つ、ここで仮に順位が変わることになりますと、優先関係だけではなくて、恐らく実行についてのイニシアチブですとか、かなり後順位は弱いという形になりますので、そういう地位を、優先関係だけを左右するのではなくて、そういった地位をまとめてほかの人に与えるというようなものとして考えるということでもよろしいかというのも、実務上のニーズとして確認をさせていただければと思うところです。

ひよっとすると、個別の動産でも、維持とか修理とか、そういうもののために、しかし、法定担保によらず約定担保でしっかりとファイナンスを付けるというようなことはあるのかもしれないと思うんですけども、仮にニーズもあるということであれば、占有改定ではもう無理だと考え、——無理ではないかもしれませんが、証明さえできればいいという考え方もあるかもしれませんが——、やはり登記に載せるという、その手法によってのみ実現が可能とすべきではないかと考えております。そうしたときには、何か変更のファイリングというんでしょうか、変更の登記というようなものを、人的な編成の下でも行う形にして、登記番号を特定させる、連結させるような形でのファイリングをするということなのかなと。

そうしたときに、一体前のものと本当に目的物がきちんと一致しているかというのは、別に登記所等でチェックするというのではなくて、争いになったら問題になるということなのかなとっております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。質問にわたる部分があったような気がいたしますが、何か笹井さんの方からありますか。

○**笹井幹事** 実行についてのイニシアチブとかも含めてという点でしょうか。

その点につきましては、私どもの方で資料作成時に考えておりましたのは、順番が変わって、2番と3番が変わっても余り変わらないのですが、1番と3番が変わって、3番が1番になった場合には、その実行に関しても、一読のときにいろいろ御議論いただきましたように、私的実行できるのは1番だけで、今まで、元1番は実行できなくなるということだと理解をしておりました。

○**道垣内部会長** 沖野さん、差し当たってよろしいですか。

○**沖野委員** 結構です、ありがとうございます。

○**道垣内部会長** すみません、お待たせいたしました。

○**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。

今ほどの沖野先生からの御質問に関しまして、実務上、個別動産に関して、順位の変更等のニーズがあり得るかという御質問も含まれていたものと理解いたしましたので、実務的な観点から申し上げますと、例えば、機械設備のような高価な動産も、事業を構成する重要な資産に含まれている可能性がありまして、そういう場合に、個別動産としての機械設備、それから場合によっては流動動産もそれとは別途という形で担保設定をさせていただいて、先ほどのプレDIPファイナンスの例の場合のように、順位の変更が必要な場合に、個別動産についての担保権も含めて変更する必要が生じるということは、実務的には出てきそうなのかなと、お話をお伺いしながら考えておりました。

その際に、笹井参事官からも御指摘がございましたとおり、優先性を譲る結果として、元々持っていた私的実行権限を含む最先順位担保権者としての地位が変わってしまうということも、後順位になるファイナンスとしては覚悟しないといけないということなのかなと考えておりました。

一方で、その前に、道垣内部会長と井上先生との間において、そもそも順位変更の対象となる目的物の特定性がどう確保されるのかという御議論もあったかと思えます。沖野先生も触れていらっしゃったと思いますが、私も登記制度について具体的なイメージを必ずしも持ち合わせているわけではないのですが、例えば、個別動産を前提とした場合には、動産譲渡登記上において、種類と特質によって特定がされるはずでして、そうした特定がなされていることを前提として、順位変更の付記登記ができるというふうな、登記制度の改定ができるということなのであれば、必ずしも目的の範囲が不明確になるということではないかもしれないのかなと考えました。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。担保権の譲渡とかはそれで、付記登記だけで可能なんですけど、順位の変更ということになったときには、Aさんの持っている担保権の目的物の範囲と、Bさんの持っている担保権の目的物の範囲の同一性という問題が出てまいりますので、気になったところなんですけれども、そういう技術的な問題も含めて、更に検討したいと思えます。

それなりのニーズはあるというのが、実務からの御意見としてあるということは、よく分かりました。

ほかに何か御意見はございますでしょうか。

それでは、ちょっと技術的なところの詰めはまだ行わなければならないんですけれども、どこまで可能かということを含めまして、更に検討したいと思えます。

開始から2時間を一応経過いたしましたので、ここで休憩を取らせていただければと思います。3時50分まで休憩としたいと思います。よろしくお願いいたします。

(休 憩)

○道垣内部会長 それでは、時間になりましたので、審議を再開いたします。

7から入りたいのですが、6のところについてなお御発言がございましたら、お願いしますが、もちろん後になって御発言いただいても構いませんので、議事自体としては、7に進めさせていただければと思います。

部会資料12の第1「7 物上代位」、「8 その他」について議論を行いたいと思いますので、事務当局において部会資料の説明をお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、まず9ページの「7 物上代位」について御説明いたします。

留置権や質権、抵当権と同様に、本文(1)では、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を、本文(2)では、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を提案しております。その上で、本文(3)では、目的物の代償物が他の担保の目的財産となっていた場合の優劣関係について、一読と同様に二つの案を併記しております。この点については一読の段階で様々な議論がありましたので、この資料ではいずれかの案には絞っておりません。一読に引き続き御意見を承りたいと思います。

次に、「8 その他」では、抵当権に関する民法372条などを参考にして、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することを提案しております。

以上について御意見を賜ればと存じます。私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 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。よろしくお願いいたします。

○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。一読目に際しまして私の方からは、この部会資料の【案12.1.7.2】を前提としてコメントさせていただいたのですが、改めまして、もう少し具体的なケースを想定させていただいて、議論させていただければと思っております。

例えば、先ほども機械設備の話させていただいたのですが、機械設備のような相応に高価な動産について担保権を設定したという事案を前提としますと、個別動産についての担保権の設定なのであれば、占有改定による対抗要件具備の場合とはともかくも、動産譲渡登記を用いた場合には相応に担保権を公示できることになると評価できるのかなと考えております。

もう少し具体的に説明いたしますと、個別動産の特定の方法として、動産の種類と特質が登記事項に記載されることとなりますが、動産の設定当事者、それから利害関係人以外の者については、登記事項証明書を得られるわけではなくて、登記事項概要記録事項証明書だったりという証明書による情報によってしか登記情報を入手できないという実務上の制約が確かにあって、その結果として、何らかの動産担保権が設定されているのだけれども、この目的動産が担保の対象になっているかというのは、必ずしもこうした証明書から

は分からないという状況となっていると思います。

それを前提とした場合に、債権担保権者との関係においてどうなるかというところなのですけれども、例えば、この機械設備に関しまして損害保険が付されていて、損害保険金請求権について担保取得をしようという債権目的の担保権者が現れようとした場合に、ここから先において考え方が分かれるところなのかもしれないですが、高価な機械設備であるのであれば、その設備自体について担保権が設定されている可能性があるかもしれないと考えるかもしれないと、機械設備自体の担保権の有無に関しまして、ないこと証明を得るべく、登記事項概要証明書だったり概要記録事項証明書だったりというものを取ろうとするとおられます。そして、登記事項概要証明書あるいは概要記録事項証明書により、何らかの動産に担保権が設定されているという事実関係が発覚した場合には、設定者に対して、この機械設備自体が担保対象でないかどうかということを確認するために登記事項証明書の提出を求めるといふ行動に出ることがあるかもしれないと、その結果、実際に機械設備について先行する動産担保権の設定が行われているということは把握できるかもしれません。そういう意味で、動産譲渡登記による公示性というのは、場合によっては認められるかもしれないと考えております。

一方で、物的編成主義による抵当権登記との比較に関しまして、不動産登記の場合には、より直接的に抵当権の存在が把握できるというところはあるとは思いますが、債権担保を取得する当事者からすると、目的債権以外のアセットである抵当不動産について別途、調査をしないといけないという一手間が掛かりますという点において、抵当権の登記による公示力というのは相当程度間接的と評価できるかもしれないと、それを一旦念頭に置いた場合に、動産譲渡登記の公示力に関しまして、一手間掛ければ動産担保権を把握できますという限りにおいて、物的編成主義による登記の公示力との差は、相当程度相対的といえるかもしれません。そうした場合に、動産譲渡登記による公示がされているという限りにおいては、不動産登記による公示との相対的な比較感の問題であるといえる点において、必ずしも【案12.1.7.2】による場合に、【案12.1.7.1】対比、相当大きなビハインドがあるというわけではないかもしれないと、引き続き【案12.1.7.2】を推してみたいと考えております。

○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。これについては、理屈でどちらというわけではないのだらうと思っております。前回発言したときも、その前提として、動産担保についての公示制度として現在の制度、あるいはそれと連続性のあるような制度を前提にすると、抵当権の公示とは違うのではないかと、そういう前提で申し上げたわけなのですが、もし公示制度が整備されれば、例えば公示力の弱い、占有改定を除外して、更に登記の公示力を向上させることを前提として考えれば、【案12.1.7.2】も十分にあり得るのではないかと考えています。その意味で理屈の問題ではなく、むしろ、何かの動産を担保に取る時に、融資慣行として、その代替物とか付加物として予想されるものも一緒に担保に取る、つまり、基本的には物上代位には余り頼らない融資実務を目指すのか、あるいはそうではなくて、何か、債権が中心かもしれませんけれども、担保に取ろうとするときに、それが何か元となるものの代替物あるいは価値変更物であるかに想像を巡らせて、そういった元物に担保が付いていないかを見に行くという融資実務を目指すのか、どちらが

よいのかという話であって、後者を志向するというのであれば、それに見合った、調べれば分かるという状況が必要で、逆に言えば、そういう状況が整うのであれば後者の選択は十分あり得ると、そういうこと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。実務の在り方として両方あり得るということで、調べるというのもあり得るよねという話だったのですが、そうではなくて、物上代位の目的物であり、かつ、他の債権者が担保の目的物として個別に取る可能性があるようなものについては、もう取っておきなよというふうな実務慣行にした方がいいというお考えは、別に井上さんにはないということでしょうか。

○井上委員 前は、そういう実務慣行を目指した方がいいのではないかと、それは裏から言えば、動産担保の公示制度には一定程度限界があるという認識の下に、そうだとすれば、何かを担保に取る際には、その代替物に当たるようなものを想定して、そういったものも担保に取りに行くという融資実務を志向することが考えられるのではないかと思つたのですが、そのような担保の取り方が本当に網羅的にうまくできるのかという問題なども、そちらの選択肢にはあるかもしれません。その点で、どちらにもいいところ、悪いところがあるのかなという認識ではおります。

○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。井上先生、それから道垣内部会長の御指摘のとおり、動産にまつわるいろいろな債権を併せて取るという実務慣行自体はできなくはないと思つていますし、合理的な制度の設計としてそれに誘導されるということなのであれば、金融機関としてもそういうふうに対応していくということなのだろうと思つます。

一方で、動産の担保権設定の状況によっては、それが難しい状況が出てくる可能性もあるかもしれない、先ほどの5（2）の議論とも連関するかもしれないのですが、例えば、動産が売買された場合の売買代金債権について物上代位しようとするを想定した場合に、そもそも5（2）のところで、担保権者の同意を得ることなく担保付き動産を処分することができないということなのであれば、そういう状況は生じないのだろうと思つのですが、仮にそれが可とされる場合に、動産売買代金債権について担保権を設定することが、動産担保権の設定に際して要求されることになるかもしれません。そうであるとして、例えば、先ほど来の高価な機械設備を前提とした場合に、担保付きであっても設定者において真正譲渡、できるのだとすれば、少なくとも担保権設定契約における債権的な合意として、対象の動産を処分してはいけませんという処分禁止の誓約を契約上、いただくことになるのだろうと思つのですが、場合によっては不誠実な設定者が、その誓約に違反して、対象の機械設備を売却してしまうかもしれない、そうした場合に、売却しようとする設定者としては、担保権者に知られることなく密行的にそういう処分を行って、動産売買代金債権を発生させ、債権担保権者にそれについて担保権を得させ、債権譲渡登記による対抗要件を具備してしまいますという状況が生じた場合に、仮に【案12.1.7.1】のような規律による場合、動産担保権者としては事実上、勝つことができない状況に追い込まれてしまうということも想定されますし、仮に先んじて動産売買がされる場合における売買代金債権についてあらかじめ担保権を設定しておくという自衛手段をとろうとしても、処分禁止の誓約と矛盾するような行為をリクエストすることになりまして、設定者との交渉上、難しいという局面が生じることはあるかもしれないのかなと思われました。

いずれにしても、実際に規律の内容がどういう形で定まるかということ为前提として、融資者として個別動産について担保権を取得する場合に、どこまでできるのかということを検討しながら、慣行が培われていくことになりそうなのかなというふうに御議論をお伺いして思いました。

○道垣内部会長 密行的に売却され、それで弁済を受けられてしまったら、それまでなのですよね、物上代位って。密行的にやられたときを想定して議論をしても、それは、受け取られてしまえばそれまでだという物上代位の限界というのがあるわけだから、それほど説得的なのかなという感じがして伺っていたのですが。損害保険とかそういうのが、掛けてもいなくちから損害保険について担保を取らなければいけないとか、そういう問題があって、全てのことを考えながら全部担保化するというのも大変だろうという感じはします。結論として、別に【案12.1.7.2】に反対するわけではないのですけれども。

ほかに御意見はございませんでしょうか。

物上代位は認めなくていいではないかという考え方は余りないということでもよろしいのだろうと思うのですけれども、具体的な担保との優劣の関係については、ルールを置かないという考え方はあるのだろうか。というのは、私が本当は気になっているのは、抵当権についての話って解釈論ですよね。それは判例法理ではあるのですけれども、その判例法理を前提にして確定したものとして扱って、動産についてだけ明文規定を置いていいのかなというのは気にはなるところで、安定性を求めるためには置いた方がいいだろうと思うのですけれども、片方の解釈というものが、まだ立法もしないうちに判例を確定的なものにしてしまうということにしているのかというのは気になるのですが、それは別にいいのですか。

○片山委員 慶應大学の片山でございます。私も、(1)、(2)は置くとして、(3)をどちらかに決め打ちする形で立法をすべきかどうかということですが、これは確かに抵当権の方も判例法理であるし、その射程がどこまで及ぶかも明確ではないというところで、動産に関してだけ絞り込む形の規定を置くことによって、抵当権に関する判例法理にまた影響を与えるということでありまして、諮問の範囲を超えているという気もしますので、置かないという選択肢もあるかとは思いますが。

置く場合に、私自身は、これは前回の繰り返しになってしまうのですけれども、やはりあくまでも担保目的は目的動産であって、その価値変形物というのは別の財産で、それ自体は一般債権者の責任財産であるという点を出発点とした上での物上代位という制度であり、できる限り設定が可能であるならば物以外の損害保険金請求権や、売却代金債権等も併せて担保に取るということを原則として考えていただくのが筋道ではないかと思っておりますので、やはり差押えの時点を基準とするというのが大原則になるとは相変わらず考えているところではありますが、いずれにせよ、詳細に規定を置くことは今回回避する、解釈に委ねるとするのは十分にあり得るとは思っております。

○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。私は今の片山さんと違って、基本的な立場は、この資料に出ているように、対抗力が備わったときと差押えのときを基準にしたらいと思っておりますけれども、抵当権の場合に影響を与えるのではないかということは、私は余り考えなくていいのかなと思っております。ここだけのルールだと割り切って、そのようなも

のとして設けましたということにすれば、それは余り考えなくてもいいのかなと思っています。他方でしかし、前回も同じですし、今回も分布が変わらないという状況ですと、結局何がいいルールかというのが一律に定められないということなのではないかと思います。それはやはり、物上代位とぼんと一つ論点が与えられたら一樣にこう考えられますというようなことがなくて、やはりケース・バイ・ケースになるのかもしれない、資料でいうと付加的物上代位と代替的物上代位で区別したらいいのではないかという見解が挙げられて、おり、そういった考え方はあり得ると思うのですが、多分これは条文にはうまく書けないだろうと思うのです。付加的物上代位と代替的物上代位をきれいに分けるなんていうことはなかなか難しい。けれども、解釈だったらできるということはある。一つ一つの場合について判例が出れば、その場合はこうですということができるということになると思います。ですから、こちらがいいのだということが大方決まるならば、規定を設ければいいと思うのですが、なかなかそうはいかないね、いろいろな考え方があるよねということだとすると、無理に設けるのはよくないと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○水津幹事 部会長がおっしゃったように、新たな担保権に基づく物上代位について、7（3）の規律を設けることは、難しいのではないかという気がいたします。

新たな担保権に基づく物上代位について、担保との優劣に関する規律を設けるとすると、その基礎に据えられた考え方が、先取特権や抵当権に基づく物上代位に関する規律について影響を与えるように思います。いずれにせよ、先取特権や抵当権に基づく物上代位についても、同じように担保との優劣が問題となる以上、新たな担保権に基づく物上代位についてのみ、7（3）の規律を設けるのは、バランスが悪いように感じます。そして、このように、物上代位と担保との優劣に関する規律を設けることは、物上代位と差押え、真正譲渡等との優劣に関する規律についても、影響を与えます。そうであるとする、新たな担保権に基づく物上代位について、7（3）の規律を設けるのであれば、先取特権や抵当権に基づく物上代位についても、担保との優劣に関する規律を設けるとともに、いずれの物上代位についても、差押え、真正譲渡等との優劣に関する規律を合わせて設けることとなりそうです。

この方向性を採った上で、判例法理に従いますと、先取特権に基づく物上代位と抵当権に基づく物上代位とについて、規律を分けて整備することとなります。しかし、この作業は、それほど容易ではないように思います。また、これらの物上代位について適切な規律を設けることができたとしても、質権に基づく物上代位について、同じように規律を設けるのは、難しそうです。だからといって、質権に基づく物上代位についてのみ、現行法の規律を維持するのであれば、ここだけ規律の密度が低くなってしまいます。そのほか、民法304条の規定を改めると、同条の規定を準用している財産分離の物上代位についても、影響が生じます。

このように考えていくと、物上代位に関する規律を明確化するという方向性は、望ましいものの、そのことを実現するために乗り越えなければならないハードルは、高そうです。以上の次第で、新たな担保権に基づく物上代位について、7（3）の規律を設けることは、難しいのではないかという気がいたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。水津さんが最初に、部会長が置くのは難しいの

ではないかというふうな発言をしたとおっしゃいましたが、私はどちらかといえば議論を喚起するためにいろいろな可能性を提示しているだけであって、私が置くべきでないという立場を採っているわけではないということは、ここで申し上げておきたいと思います。

○**沖野委員** ありがとうございます。私も今の7（3）について申し上げたいと思うのですが、確かに抵当権についての、あるいは動産の先取特権についての既存のいろいろな判例法理との関係というのは以前から挙がっていますが、それ自体もいろいろ議論があるということなので、それを固定点とした上で、それを素地としてその上にルールを設けていくというか、それに立脚してこのルールを考えるということは必然ではないし、それと切り離して考えられるのではないかと思います。ですから、ここで何らかのルールを置いたとしても抵当権について決めを打つことにはならない、という理解の下でルールを置くというのは考えられていいと思います。

そうしたときには、どういうファイナンスを望ましいと考えていくのかという、本多委員や井上委員がおっしゃったその線で、こちらで行きましょうということになるのではないかと思います。それから、どこまでの詳細度で規定を置くかというのも、いろいろなものに決めを打ってあげれば、それはいいでしょうけれども、現在の304条程度のものにするのか、もう一段、他の担保との優劣、具体的には債権担保との優劣だけは書いておくということにするのか、あるいは、もっと更に他の場面ということも書いていくのかというのは、それ自体が選択だと思います。

更に言うと、規定を設けるということを考えながら、既に解釈の分かれ目を想定するというのもどうかと思いますが、仮に【案12.1.7.1】や【案12.1.7.2】で規定を置いたときに、しかし、これは付加的物上代位に限定すべきだとか、そういう解釈は、実はその後、起こってくる可能性もあるとは思われます。ではどういうスタンスで想定していたかというのを、逐一付加的なものか代替的なものかということもきっちり明確に全部書いていかなければならないかという、それは難しいと思われます。どのレベルまで書いておくかについても、そこまで書かないとしてもそのようなルールの明示がファイナンスを助けるかという観点から考えていくべきではないかと思えます。

そうしたときに、【案12.1.7.1】や【案12.1.7.2】についての優先関係の規定が全くなくて解釈に委ねられるというときには、やはり非常に不安定になるのではないだろうかと思われまして、ここは実は、どれに決めるかよりも、決めてあることが大事だという類いの問題ではないかという気もいたします。どちらかに決めてあれば、それで動く。決めるにあたり、一方では大きな弊害があるなら逆の方で決めればよいということではないかと、そういう問題として考えるべきではないかと思っております。

そう言いながらですが、対抗要件具備時点との優先で考えるときに、占有改定も含むのか、それはやはり登記に限るべきではないかということはあると、私はそこは仮に【案12.1.7.2】を採るとすると、登記に限るべき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。最後の最後におっしゃった点は重要な、それまでが重要でないというわけではないのですが、そこも重要な点だろうと思います。

ほかに御議論はございませんでしょうか。まだ十分に結論は出ていないとは思いますが、

○**井上委員** ありがとうございます。ほかの委員から御意見がなければ、正に沖野先生がおっしゃったことに共感するというのを申し上げたいと思います。どちらもあり得るとい

う御意見、理屈ではどちらとも決め切れないというご意見は、全部そのとおりで思いながらも、だからこそ実務的には明確化することが大事で、先ほど申し上げた、どちらの融資実務を目指すのかを議論した上で、どちらかに決めることが大事なのではないかと思えます。そうではなくて解釈に委ねることにしたなら、結局両方やらなければいけない。実務上は、何か担保を取るときは、その代替物も取るし、でも、その元物も全部調べるしという、結局そうになってしまうので、どちらかに明確化できればなと感じます。それに、むしろ抵当権についても、不動産については判例法理でいいというのであれば、そちらも明確化した方がいいのではないかというくらいの問題かなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

問題点はだんだん収束してきたのかもしれないと思いますけれども、何かございましたらお願いいたします。

なお議論は分かれているのかもしれないですが、決め手はないところ、やはり置いた方が明確化のためには資するということなのかなとは思いますが、もう一度事務局に持って帰って検討していただきまして、次の回により説得的な形でまとめることができればと思います。次の回で決定するという意味ではございませんけれども、本日のところはそういうことで、させていただければと思います。

8はよろしゅうございますか。「8 その他」、不可分性と物上保証人の求償権。

よろしゅうございますね。特に御意見はないということで。

それでは、続きまして、第1の「9 根担保権」について議論を行いたいと思います。事務局において部会資料の説明をお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、「9 根担保権」について御説明いたします。一読の資料では取り上げていなかった論点ですが、審議の過程で問題提起があったことを受けて新たに記載した論点です。本文（1）では、一読での御議論も踏まえて、新たな規定に係る根担保の設定を認めることを提案しております。その上で、本文（2）では、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しております。これは、新たな規定に係る担保権の対抗要件として、占有改定を含む引渡しを維持する方向で議論されていることとの関係で、極度額を公示することによって第三者保護を図ることが難しいことに鑑みたものです。もっとも、この点についても、現状のような公示の在り方を前提とするのではなく、まずは後順位の担保権をどれだけ活用しやすいものとするかという観点から議論すべきであるという考え方もあると思しますので、この点についても御議論があれば承りたいと思います。

次に、本文（3）では、各被担保債権の当事者の変更があった場合について、随伴性を否定する方向で規定を設けることを提案しております。本文（4）では、元本の確定前に包括承継があった場合に、根抵当権に倣い、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、本文（5）では、根抵当権に倣い、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かどうかについて、それぞれ問題提起をしております。（5）については、このような制度を設けるとすると公示制度をどこまで完備するか、それによって制度の使いやすさを害することにならないかなども考慮に入れる必要があると思えます。それを上回るだけの実務上のメリットがあるのかなどについて御意見を承りたいと思います。

最後に、本文（6）では、新たな規定に係る根担保の元本確定事由としてどのようなものが考えられるかについて問題提起をしております。基本的には根抵当権と同様に、一定期間の経過後に確定請求をすることができることとする、実行手続が開始されること、設定者や債務者について破産手続が開始されることなどを考えておりますが、ほかに確定事由とすべきものがありましたら御意見を承りたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、御自由に御議論いただければと思います。

○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。今ほど事務局から9（5）に関する実務上のニーズについてのお問合せを頂いておりますので、実務的な考え方を申し上げますと、是非設けていただきたいと考えており、根担保権の全部譲渡、分割譲渡、一部譲渡に関する規定は実務的にはあった方が望ましいと考えております。先ほど個別動産に関する順位の変更等についてのニーズを申し上げたのですが、根担保権に関しましても、例えばシンジケートローンのようなファイナンス取引に際しまして、コミット型と呼ばれる被担保債権が変動し得るタイプのファイナンス形態もございまして、こういうローンについて、担保権者としての貸付人の変動が生じた場合に根担保権を異動させる必要がありますし、また、場合によっては順位の変更をこういった根担保権の譲渡を通じて行うということについても、実務的に相応のニーズがございまして、是非設けていただけるとよい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。

○藤澤幹事 ありがとうございます。藤澤です。2点ありまして、1点目は、根担保権の問題に入る前の前提について確認させていただきたいと思います。当たり前のことかもしれないのですが、根担保ではなくて、一つの被担保債権を担保するために新たな担保権を設定した後、将来発生する別の債権を担保するためにその目的物を担保としたいという場合には、別の担保権となるという理解でよろしいでしょうか。担保目的譲渡という法的構成に立った場合には、抽象的に債権担保目的で目的物の所有権が担保権者に帰属していると考えれば、別の債権を担保したっていいではないか、とも考えられそうです。そうでないとするれば、そのことをはっきり書く、必要もあるのかなと思いました。

2点目は、9（2）の極度額の定めがないことについてです。ここでは、公示する方法がないから、極度額を定めても仕方ないという風に書かれていますが、極度額は後順位担保権者を保護する制度であると同時に債務者や一般債権者を保護する役割も担っていると思います。また、債務者が契約書などを積極的に開示して、極度額がこうなっているから、残りの部分を担保として活用することができる旨を示して、次の融資を受けるということも考えられると思いますので、公示がないことから、直ちに極度額が要らないと言っているのかどうかは、一考の余地があるのではないかと思います。

仮に極度額を定める必要がないとする場合には、債務者が他の債権者からの融資を受けるとか、融資した次順位の担保権者を保護するという観点からは、今、幾ら被担保債権があるのかというようなことをはっきりさせる手続があった方がいいのではないかと考えております。例えば、問合せがあった場合には担保権者が被担保債権額について確答する必要があるとか、被担保債権額を明らかにする何らかの制度は用意した方がいいのではないのでしょうか。

- 道垣内部会長 ありがとうございます。少し私、理解が行き届かなかったのですが、1
ってどういう話をおっしゃったのでしたっけ。
- 藤澤幹事 一つ目は、根担保ではなくて、一つの被担保債権を担保する目的で新しい担保
権を設定するという場面について、特に担保目的譲渡の構成をとった場合についてなので
すけれども、二つ目の債権についてもこの目的物で担保してもらいますということが可能
なのかどうか、確認する必要はないかということです。
- 道垣内部会長 それは、後順位が設定できるかという問題とは別問題ですか。
- 藤澤幹事 特に後順位の人が既に存在しているような場合に、1番目の人が、新しく発生
した別の債権も担保してほしいですと言い出したときに、第1順位になるのか、それとも
第3順位になるのかということを確認しておく必要はないかなと思いました。
- 道垣内部会長 それは第3順位になるという以外に解決策はあるのですか。
- 藤澤幹事 アメリカ法ですと、担保権設定契約の内容によっては、第一順位になることも
あるので、日本法はそうではないというのだったら、それを一応確認しておく必要もある
かもしれません。また、担保目的譲渡という構成をとったときに、抽象的に担保目的で所
有権が移転していると解すれば、3番目に発生した債権をカバーすることはあり得ないか、
少し疑問に感じたところです。
- 道垣内部会長 それは無体な行動というやつではないですか。
- 藤澤幹事 もちろん、そのような理解で問題ないと思います。
- 道垣内部会長 分かりませんが。それは、だって、これだけのこととして譲渡を受
けていたら、譲渡を受けた限りにおいては私の自由ですと突然言うというのは、御無体な、
という感じがしませんか。分かりませんが、すみません。御趣旨は分かりました。
- 阿部幹事 阿部です。ありがとうございます。少し関係ないところになってしまうのです
けれども、資料の9(6)の元本の確定事由なのですけれども、「担保権者等が実行に着
手した」の「等」というのは、例えば、劣後担保権者による担保権の実行の申立てである
とか、あるいは一般債権者による差押えとか、そういうものも含んでくるのであろうと思
います。(説明)で参考にされている根抵当の規定で、民法398条の20の第1項の3
号では、他の債権者による差押えがあった場合には、それを知ったときから2週間を経過
したときに元本を確定するという元本確定事由が定められていて、それが参考にされるの
ではないかと思います。ただ、抵当権の場合は、誰が担保権を実行しようと、強制執行を
しようと、抵当権者にはその実行手続または、強制執行手続で優先順位に従った配当が確
保されるので、それで十分だという考え方もあり得るような気もしますが、動産の非占有
担保になると、配当の機会が十分に確保されないという問題もありそうな気がして、それ
で多分、ほかの回で検討されると思うのですが、劣後担保権者による担保権実行の効力自
体がどうなるのかという問題、あるいは実行ができるとして、優先する担保権がそれで消
えてしまうのかどうなのかという問題もあって、抵当権の場合は実行で全部消えると、そ
の代わり優先順位に従った配当は確保すると、そういう立て付けで制度設計されています
が、同じようなことが新たな規定に係る担保権の場合でもいえるのかというようなことは、
少し注意した方がいいかなと思いました。

どちらかという、私が一番気にしているのは、集合物の担保化のところで、一読でも、
設定者が処分権限を失う前の段階での集合物担保権者による第三者異議は認めないという

ような提案もあったような気がして、集合物が根担保とされている場合に他の債権者の差押えで元本が確定してしまうということになると、それで融資も止まってしまうというようなことも起こったりしますので、そういったことでいいのかということも少し考える必要があるかなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます、ありがとうございますというのはどういう意味かということ、それは考える必要があるというのはいいのだけれども、阿部さんは考える必要があるとおっしゃった二つか三つのことについて、どのようにお考えですか。

○阿部幹事 私自身も煮え切らないので、そういう言い方になってしまったのですが、集合物担保権者に第三者異議を認めるにせよ認めないにせよ、他の担保権者の実行とかそういうものによっては元本は確定しないことにして、融資を継続していけるようにするというのが一つの立場としてあり得るかなと思いました。

○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。早稲田大学の青木でございます。少し観点が違うかもしれませんが、優先要件との関係で気になっている点がございますので、少し発言させていただければと思います。これは優先要件の方でも、被担保債権の話との関係では余り御議論がなかったということもございますので、こちらの方で思っております。

御承知のように、部会資料でいうと4になりますけれども、一般的な対抗要件とは別に優先要件というものを設けるという御提案が、御提案としてはあるかと思えます。すなわち、第三者対抗要件を具備した数個の担保権の優劣について、新たに設けるファイリングを基準とするという御提案でございますけれども、これは、捉え方によっては、事業成長担保権などで論じられている趣旨に通じるような包括担保権を実現する手段として、アメリカ法でありますとかUNCITRALで採用されているようなプレファイリングに近い運用を可能にするという側面もあるのではないかと思っております。

ただ、これとの関係で、気になっておりますのは、集合動産などに含まれる将来動産との関係で御議論のあった、我が国では実体的な担保権の発生前に担保ファイリングをしても効力が認められないのではないかなというような考え方でございまして、被担保債権の発生との関係でも考えておく必要があるのではないかと思っております。この考え方でいきますと、被担保債権についても、附従性の問題で、実体的に成立していない間は優先登記をしても意味がないとか、優先登記ができないというようなことにもなるように思っております。その観点から言いますと、被担保債権についての附従性の縛りというのが余り強くないようにするべきではないかと思えます。例えば、御提案のように極度額を定めないということについては賛成でございますし、加えて、根抵当のような特定の継続的取引契約とか、あるいは一定の種類といった制限をなるべく設けない方がいいのではないかと思っております。

○道垣内部会長 前半と後半のつながりが私にはよく分らなかったのですが、9にしている根担保権について、占有改定、対抗要件の問題にせよ、別個に担保ファイリングというのを作る、ないしは別個ではなくて、それを正に公示の手段にするというふうな、いろいろなきに、極度額を定めなくても、また、被担保債権の種類というものを定めなくても、根担保権の設定契約そのものが存在しないといけないですね。それが前半のプレフ

ファイリングを可能にするというところに結び付くということとの関係がよく分からなかったのですが、そんなものはなくても勝手にできるということを今、青木さんは言おうとされているわけではないわけですね。

○青木（則）幹事 それは、そちらのプレファイリングの方の議論で、そういうルールにするという可能性もあるかと思っておりますけれども、少なくとも現状では実体的な担保権の発生前に優先権のような地位だけを生じさせるというルールは認めにくいという方向性の議論が強いように感じております。そういたしますと、仮に目的物についての議論で将来動産についてプレファイリングによる優先権を認めてよいということになっても、被担保債権の方で無理ということが出てくるのではないかと心配しております。そのようなことがなければいいという方向で、発言をさせていただいた次第です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。よく分かりました。

○大塚関係官 大塚です。極度額について御指摘を申し上げたいと思います。

さきに担保権について、被担保債権に利息等、2年の限度を設けるという話のところでも申し上げたとおり、ここではやはり後順位担保権の設定をどの程度使いやすくするのかという観点から検討をすべきかと思えます。また、道垣内部会長がおっしゃっていたように、一般債権者にどこまで取らせるのかという問題とも関連するかなと思えます。その上で、更に加えてですが、藤澤幹事がおっしゃっていた債務者保護の観点からいたしますと、極度額を設けて、根抵当権と同じように、極度額の減額請求であったり、あるいは消滅請求のような制度をここでも設けるという選択肢はあり得るかなと思えます。

どう考えるべきかという話ですが、先ほどの別の提案のところ、後順位担保権の設定を可能とし、かつ真正譲渡のようなものをできないことに、ここは議論があったと思えますが、できないことにいたしますと、やはり後順位担保権の設定という利活用の手段を余り限定すべきではないのかなと思えます。そうすると、実質的に後順位担保権が設定できるように、根抵当権については極度額の定めを必要とすべきなのかなと考えております。この点は、必ずしも公示において、登記やファイリングにおいて極度額を明示しなければいけない、それを登記事項あるいはファイリング事項にすべきかということまでは含んでおりません。登記事項やファイリング事項にした方がよい気はいたしますが、そういった登記やファイリングの制度の重さを考えますと、必ずしもそこに入れなくてもよいのかなとは思っています。少なくとも、極度額の定め自体は必要的としつつ、極度額について公示するかどうかは更に検討を要するということだということなのです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○村上委員 連合の村上です。今の大塚関係官、藤澤幹事の御発言に重なる部分があるのですが、資料を拝見している中で、資料12ページの10行目に後順位担保権に関する記載はありますけれども、一般債権者の視点であるとか、あるいは設定者の保護に関する視点はありませぬので、そういった視点も加味すると、限度額を定める必要があるのか否かという議論は必要ではないかと思いました。メリットやニーズをどのような視点から考えるのかという点から、限度額も視野に入れた検討が必要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。

○阪口幹事 阪口です。既に出ている話と少し重なるところもありますけれども、まず、9（1）のところ、一定の範囲に属する不特定の債権という表現をしておられて、これは3

98条の2の表現だと思うのですが、完全な包括根担保は否定するという趣旨まで含むのかどうかを確認したいと思います。根抵当権は制定の当時に、それまであった包括根抵当を否定して一定の枠をはめ、仮登記担保法も根仮登記担保は競売等で効力を有しないという形になっています。ここで書いている、一定の範囲に属する不特定の債権というのが、そういう、限定なしに包括というのを否定する趣旨まで含んでいるのかどうか、それは明確にされた方がいいのかなと思います。例えば、今もう手形がほとんど死滅してしまいましたが、昔であれば枠を活用して回り手形を放り込んでくるのは駄目ということで、398条の3の2項のような規定があるわけですが、同様の規律はどうするのかということです。現状の実務だと、譲渡担保に関しては完全包括根担保が認められていると私は理解しているので、その実務を少し制限するべきだということまで考えているのか、僕自身はそこまでしなくていいのではないかと個人的には思っていますけれども、ここに書かれている提案がそういう趣旨まで含むのかどうかは明確にされた方がいいのかなということです。

次に、確定事由のところ、阿部先生がおっしゃられた話と重なるのですが、まず、個別動産を考えたときには、当該個別動産に対する他の債権者の差押えがあったことを知って2週間というのが確定事由にならないといけない。というのは、基準時を決めないと、第三者異議の可否を決める際の債権額と価値との大小であるとか配当要求するときの債権額の確定ができない。執行手続上、一義的に基準時を決めておかなければいけないはずですから、この398条の20の第1項3号は、個別動産担保に関して考えたら、持ってこられるべきだと思います。その場合、当然2項も持ってこられるべきだと思うのです。

他方、阿部先生も御指摘のとおり、部会資料3のところ、集合動産担保に関しては、あの段階での御提案は基本、関係ないよ、手が出ないよということでした。手が出ないという表現がいいかどうか分かりませんが、第三者異議等ができないという御提案で、そうだとすると、集合動産担保の構成物に対して差押えが入っても、それは確定事由でないとなりそうです。そうすると、他の差押えのあったときに確定するか確定しないかが個別か集合かで変わってくるということになって、それは妥当でないような気がします。

しかし、たくさんあるもののうち1個だけを押さえられたときに常に被担保債権が確定しなければいけないというのも、これもまた金融機関からすると非常に不都合です。別に1個ぐらい押さえられたって何ということないと思っているときに、でも被担保債権が確定したら、その後の金融取引が、非常にややこしいことになる。債権は確定し、対象物の固定は発生するわけではないでしょうから、非常にやりにくくて仕方がない。だから、元々、部会資料3にあったように、集合と個別は完全に世界を分けて、個別の場合は確定事由、集合の場合は確定事由でないという割り切りもやはりあるのかなとも思うのです。今回の部会資料は差押えのところが入っていないので、そことセットで議論、検討させていただけたらなと思っています。

もう一つ申し上げたいのは、今回書かれていることが、398条の2以下の条文を持つてくるとすれば、基本、強行法規的なものの規定として作られるということだと思いますけれども、他方、部会資料の中には根保証との比較の議論も書かれています。根保証の場合の随伴性というのが平成24年の最高裁判決の中で問題になったと思うのですが、

最高裁の理解は、まず、原則当事者の合意ですよねと、合意でもって随伴性の有無が決まるが、ただ、それが合意されていないときに随伴するかというデフォルトルールとしてこうだということをあの最判は述べたと私は理解をしています。そうすると、根保証的に考えたら、当事者間の合意で随伴性や何やらが決まるという世界が他方にあることとなります。ただ、ここは、担保物権創設型なら正に物権の世界ですし、担保目的取引規律型だとしても、言わば物権の世界なので、ここで決めることは強行法規としてのルールであるということでもいいのかどうか、私はそうすべきだと思っていますけれども、それをお願いしたい。

あと、四つ目として、極度額は定めてもらった方が本来いいのだろうと思っているところもあり、ただ、それが仮に対抗要件制度上、若しくはファイリング制度上、非常に載せにくいというのであれば、代替手段とか補完手段として、例えば、その部分は確定日付で作るとか、公正証書を作るとか、何かそういう全然別の、公示性はないけれども最低限のものだけ作るという制度も、余り望ましくはないとは思いますが、そういうものであっても作るということも考えられるのではないかと思います。

私からは以上、4点です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。もう1人、お手が挙がっているのですが、幾つか質問が含まれていたと思いますので、笹井さんの方から何かありましたら、お願いいたします。

○笹井幹事 まず、一定の範囲に属するところなのですが、これは御指摘のように、根抵当の方から持ってきたというのがありまして、その結果として、完全な包括根担保は制約される結果になる、そういうことになるのだろうと思っておりました。ここは実務的にやはり障害があるというのであれば、そこは再検討したいと思います。

現行法の譲渡担保において、完全な包括根担保も許されるのかどうかについては、学説状況や実務を十分に把握ができておりませんでした。質権に関しては、包括根質が許されるという文献もありまして、そこのバランスというのは確かに少し気になっていたところではありますけれども、ここの(1)で一定の範囲に属すると書きましたのは、そこは一定の制約が生ずるということを前提にしていたということです。

それから、今、阪口先生がおっしゃったように、確定事由のところ、第三者の差押えがあったときにどうなるのかというのは、詳しくはまた実行のときに考えたいと思っておりますが、特定動産の場合に、配当要求は少なくともできるということが前提となる。と、やはり配当要求した場合には元本を確定する必要が出てきますから、そういったものを想定しつつ、「等」と書いたということですが、具体的にどういう場面で、また集合と特定についてどうするのかとか、あるいは配当要求もしなかった、第三者異議も言わなかった場合にどうなるのかといったところについては、少し実行のときに併せて考えたいと思います。

それから、398条の2以下の条文を持ってくるとすると強行規定になるのかということで、ここは阪口先生と考えていることは多分それほどずれてはいないと思っておりますけれども、恐らく規定によっても違ってくることはあると思っております。例えば、元本確定事由は法定されたものに加えて当事者が決めるということもあり得ると思っております。それを任意規定と呼ぶのかどうかは分かりませんが、そういう当事者の設計に委ねられる部分とい

うのは当然あるだろうと思います。そうすると多分、おっしゃった任意規定なのか強行規定なのかというので議論が分かれ得るとすると、随伴性のところぐらいでしょうか。仮に極度額ということが規定されることになれば、それは当然、強行規定だということになると思いますし、9でいうと（4）のような規定に関しても、基本的にはそれを排除するというのは想定されていないのだろうと思います。

随伴性に関しては、この資料を作成した場合には、随伴性に関してこの（3）と異なるルールを当事者が合意できるということは考えておりませんでした。根保証に関する平成20年判決は、根保証というものの捉え方が恐らく根抵当と構造が変わっていて、あちらの方は極度額もなかったというようなこともあるのかもしれませんが、個別保証契約が集積していったものとして根保証を捉えるというのが前提になっていると思いますので、大分ここでいうところの根担保権ですとか根抵当権とは構造が違って、こちらは根抵当に近付けて考えるのではないかと理解しております。

大体それでよろしいでしょうか。

○道垣内部会長 よろしいでしょうか。

（1）の一定の範囲というものを要求するかどうかという問題に関しては、動産譲渡登記ファイルを用いるにせよ担保ファイリングという別の制度を設けるにせよ、自由に一定の範囲を書けるということにすれば、それはそれで制度としては成り立つのですが、根抵当のように定め方を法定して、かつ、その定め方の法定に合致しているかどうかということや登記所が審査をするというシステムにすると、急に制度としては重たくなってしまいますので、その辺りのことをどういうふうにするのかという問題はあるのだろうと思います。仮登記担保のときには、そもそも被担保債権を書かないので、契約として不特定のものであったかどうかということの後発的に執行裁判所かな、の段階で判断をするということになりますので、また別なのですけれども、その辺りを考えなければいけないのかなという気がします。

それと、もう1個だけ言わせていただくと、（5）の分割譲渡というのは、これは極度額の分割なので、極度額というものを定めなければ分割譲渡してあり得なくて、共有にしかならないので、一部譲渡だけになるのだと思うのですが。沖野さん、お待たせいたしました。申し訳ございません。

○沖野委員 ありがとうございます。9（2）の極度額について申し上げたいと思います。

確かに根抵当ですとか、あるいは保証人の場合に極度額というのが要求されているのですけれども、個別の動産、あるいはそのほかの場合もそうなのですけれども、についても同じように考えるべきかどうかというのは私は疑問に思っております。もちろん後順位の可能性ですとか、債務者が財産をフルに活用できる可能性というのはありますけれども、それを将来の融資というものを状況に応じて最初の担保権者になる人から融資拡大してもらうということもある中で、事前に極度額という形で決めるというのがかえって硬直的にならないかという感じがしております。ですので、極度額を定めることは要しないという考え方でいいのではないかと考えております。極度額自体がほとんど目的財産と同じぐらいの価格に決めてしまえば、余り変わりはないというようなことにもなるようなものですし、どれほど有用かというのは、特にこういう動産の場合には疑問に思っております。

ただ、そのときも、当事者があえて割り付けというか、を行いたいのであれば、合意を

することはできるわけで、被担保債権のうちここまでということで極度額というのを定めることはできると思いますし、かつ、そういう形で一種、手を縛って、自分はこちらまでだから、それ以上超えるようなものはほかからファイナンスを付けてくるようにという選択を当事者がするならば、それはやはり後押しをした方がいいのではないかと考えております。したがって、(2)については極度額を定めることは要しないというのだけれども、定めてもよいというか、定めることもできる、それで、それを確実なコミットメントにするためには、やはり公示が望ましく、登記なりファイリングに、極度額を定めたときには極度額ということ置くということは、それほど大変ではないのではないかと、被担保債権の定めも何も置かなくてということになると、また別になるかもしれませんが、それは登記事項をどの程度のものに持ってくるかによるのですけれども、極度額を定めたときには極度額ということを示すというのは十分あり得るのではないかと考えています。そうすると、その登記を確認して、ここまでだというふうに、安心してというか、後順位が付くとかいうこともありますし。ですので、話は少し説明とも変わってくる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。

○井上委員 井上です。ありがとうございます。先ほど部会長から(5)について、極度額を定めないとすると、分割譲渡はないのではないかと御発言がございました。確かに、自分が抜けて相手に渡す全部譲渡と、準共有という結果をもたらす一部譲渡と比べて、分割譲渡は、根抵当に関して言えば、言わば枠を分けるというものなので、そういったものが観念できなくなるということなのかもしれないですけれども、実務上のニーズとしては、今挙げた全部譲渡、一部譲渡とは別に、同順位で並べるという効果をもたらす行為のニーズはあるのではないかと考えて、そうだとすると、分割譲渡という言葉にはフィットしないかもしれないですけれども、私自身は、この資料を拝見したときは、これの意味するところは、極度額を要しないという選択を(2)でした場合には、単純に自分と隣に並ぶ人を迎え入れるような行為と考えておまして、それは制度としてはあってもいいのではないかと考えておりました。

○道垣内部会長 それは一部譲渡ではないのですか。

○井上委員 担保権を準共有するというのと同じことになるのでしょうか。全く別の、被担保債権を持っている人に、同順位の別々の担保権を付けるという効果が生じるようにしたいというときの話なのですけれども。

○道垣内部会長 仮にそれが別々の担保権だと観念すると、それは新規設定なので、新規設定するというだけになるのではないですか。そうではなくて旧来のものをするというのだったならば、それは準共有にするのであり、根抵当の条文でいうと、債権額の割合に応じて弁済を受けるというのが原則になるわけだけれども、仮にそうではなくて同額、例えば目的物の価格が1億円だったら5,000万円ずつ優先弁済を受けるようにしようとすると、398条の14において当事者間において別段の定めをするということになるのかなと、そういうことなのではないかと思うのですけれども、細かい話ですし、定義の問題ですので、いかようにでもなるといえばいかようにでもなるのですが。すみません、細かい話で食い付いてしましまして。

○井上委員 結果として、担保権を自分の自由にできない準共有的なものにするのではなく

て、結果として、同順位で同時に別々の担保権を設定したのと同じ状態を作るということですので、その2つは別なのかなと思っていて、そのような効果を、それは段階を踏んでやればいいのかもかもしれませんが、一度にやるとすると、この分割譲渡という言葉で示していることになるのかなと思っていたということです。

○道垣内部会長 けれども、そういうのはできるとすべきなのですかね。僕からすると、それは新たな担保権の設定で同順位にただけなので、という感じもするのだけれども。

○井上委員 実務上のニーズはあると思うのですが、すべきでないということでしょうか。

○道垣内部会長 ニーズがあればいいというものではなくて。

○井上委員 はい、もちろんそうです。ですから、それは不適切だという理由があれば、そこはむしろ議論をすべきではないかと思います。

○道垣内部会長 でも、そうすると、抵当権があったって、普通の抵当権の場合だって、自由に同順位のものを取りますと言ったらできそうな感じがするのですが、それとは違うのですか。それとは違って、正当化の理由があり得るのですかね、特にそのニーズに関して。他の債権者がいなくて、別に危機時期でも何でもないということならば、それはいずれにせよ自由なのですから、多分、実務上はそういうふうなシチュエーションで行っていらっしゃるのではないかという気がするのですけれども、ぎりぎりの場合を考えたときにそうなるのかというのは、多少私には分からないところがあるのですが。まあ、いろいろなやり方があり、本多さんからも手が挙がっていますので、お願いいたします。

○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。今ほどの議論に關しまして、実務上の素朴な感覚、を申し上げますと、井上先生がおっしゃったとおり実務上のニーズはありそうなのかなというふうに拝聴して、例えば、根担保権の設定をシンジケートローンで各参加行がやりますという場合に、必ずしも根担保権を準共有する形のみではなくて、同順位でそれぞれ根担保権を設定しますという実務が行われることもあります。そういう場合に、ある参加行が、貸付人としての地位の一部だけを譲渡しますという場合に、分割譲渡という方法をとって、自分、若しくは他の参加行と並ぶ地位の根担保権を個別に得させるというのはアレンジメントとして必要になりそうではありまして、そういうアレンジメントができる法制度として分割譲渡の活用というのはあり得るのかなと感じました。

○道垣内部会長 その分割譲渡が、元のやつが極度額で仕切られているときには、例えば3,000万円の極度額を1,500万円、1,500万円と分けるということはあるのだけれども、その極度額でリミットが付いていないものを分けるというのは、それは同順位のもの新規に設定するというのと根本的には変わらないような気がするのですけれども、それが元の抵当権の順位で確保されるのだということになったら、自由ですよ、最初に極度額のない根担保権を取得した人は、潰れそうになったところにおいて、自分の持っていた枠を、枠ということはないのですが、自由に売れて、全部それが、それはそうか、分割譲渡の場合も同じか、極度額があっても同じなのかもしれませんね。ですから、余り反論になっていないかな。分かりました。アレンジメントとしてそういうのがあり得て、それをどういうふうにするべきなのかということはある得るということはお分かりました。ありがとうございました。

ほかに何か御議論はございますでしょうか。

○**本多委員** また別の論点になって恐縮なのですが、9（6）の元本の確定事由に関して、先ほどの阪口先生の御議論に関連すると思っておりますが、集合動産の場合と個別動産の場合とで確定事由が異なり得るというお話として承ったのですが、個別動産が複数あって、その複数について同時に根担保権を設定するという場合に、その複数の担保対象のうちの一部だけ実行するというニーズはありそうでして、そういう一部実行は許容されてしかるべきなのかなと考えております。そうした場合に、他の部分に関して確定してしまうのかということなのですが、それはそうではないという設計はできそうなのかなと思っておりますし、それが実務的な感覚にも合致しているというところではありますので、そういう一部実行による不確定というのは制度設計として考えられるべきな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。共同担保権の場合に一部だけ実行したらどうなるか、例えば、集合動産譲渡担保というのが二つの地理的にも離れた倉庫について存在しているときに、片方だけをまず実行するとしたら、それで元本が確定したりするわけでもなかろうという話がずっと、札幌倉庫と横浜倉庫を持っているときにどうなるかという話として存在していたわけですが、そのコロラリーかもしれませんね。

○**阪口幹事** 阪口です。先ほどの本多委員の点、少し確認なのですが、今、道垣内先生がおっしゃったように、まず担保の個数というか、別の担保なのかというのがまず先にあって、A、B、Cという機械を一つの担保として押さえていますと考えたら、それはやはり現在の不動産の共同根抵当権、共担の物件を一つ実行すれば、それはやはり全部の物件について、被担保債権は確定するという、それはそうならざるを得ないのだらうと思えます。もちろん任意売却とかそんなのは別にしまして、本当に実行だったら、それはやはり確定する。他方、A、B、Cと取っているけれども、それは飽くまでAの担保権、Bの担保権、Cの担保権が別々にあるとなれば、それはもちろん別にできるということではないのかなと思えます。あとは、個別と集合の境目という、これはこれでまた難しい問題が別にある、でも、それはその中で決めなければいけないのかなとは思っていますけれども、先ほどの、いわゆる普通の不動産の根抵当権の共担と同様に、一部実行は全部確定というのが普通の、実務的な感覚かなと思っておったのですが、そこは僕の感覚がずれているのですかね。

○**本多委員** よろしいでしょうか。ありがとうございます。阪口先生が御指摘のとおり、複数の個別動産について根担保権を設定する場合に、複数の根担保権を設定するというやり方も当然あると思いますが、一方で一つの根担保権で複数の個別動産を担保対象とするということも否定されないのかなとは思っています、特に、担保権者が複数となる場合に、個別の動産ごとに複数の根担保権を設定するというのが場合によっては実務的に煩雑になってしまうようなことが考えられ、各動産について同じ内容の根担保権を同時に設定するために、1個の根担保権として複数の動産を対象とするというやり方はできてしかるべきなのかなと考えておりました。

○**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。意見ということではなくて、よく分からないので教えてくださいということなのですが、先ほどの道垣内さんと井上さん、本多さんのやり取りのところ、分割譲渡、一部譲渡について、分割譲渡について実務的ニーズはあるのだ

ということがあったのですが、一部譲渡も含めてなのですからけれども、極度額の定めがないときに、別に分割譲渡でも一部譲渡でもいいのですけれども、もう1人、新たな債権者を招き入れたというか、共有にさせた、あるいは別個与えたというときに、被担保債権というのは、極度額の定めがなければ、その新たに加わった人の分も純粋に増えるのでしょうか。それとも、元の債権者が結果的に有していた債権の枠でとどまるのでしょうか。私は前者なのかなと思ったのですが、もしそうだとすると、先ほどの道垣内さんがおっしゃった新たな担保権の設定と同じではないかというふうな感じがするのです。つまり、元の担保権者だけだったら債権額が1億円でとどまっていたところ、新たな人が入ってきて、合計1億5,000万円になりました、2億円になりましたということが起こり得るのかなと思って、それがよく分からなくて、起こり得るのだったら、少しそれは、そもそもが認めますというのがいいのかどうかということが疑問になりましたので、分割、一部譲渡の効果ですね、それをよく理解できていないので、教えていただければと思います。

○道垣内部長 私が答えるのも変なのですからけれども、根抵当権の規律は設定者の承諾が必要であるという形になっていて、しかし設定者の承諾が必要であるといっても、かつ極度額があるわけですね。極度額が1億円であるといったときに、しかし、最初の債権者は5,000万円しか持っていなかったのではないかと、にもかかわらず、もう5,000万円持っている人に一部譲渡すると、全部で1億円、極度額一杯まで使えるようになる可能性があって、それはおかしいのではないかという形なのですが、まずは設定者は承諾しているという話で、次に、それでは後順位担保権者や一般債権者はどうなのといったときに、根抵当権法全体の作りとしては、極度額までは諦めるという作りになっているわけなのです。よね、それでバランスをとっているわけで、そこを極度額を外してしまうと妙な感じもするのですが、沖野さんがおっしゃったように、1億円の不動産のときに1億円の極度額にしていたら話は一緒ではないかという話になると、それはそのとおりになりまして、設定者の承諾があれば、それはそれで構わないのではないかという話になってきます。

ただ、そこで更に問題になってくるのが、現在の根抵当権法は被担保債権の範囲について特定しなければいけない、つまり、最後になって一杯債権譲渡を受けるというふうにして被担保債権額を増やしても駄目ですよと、そういう仕組みになっているわけですよ。その部分について一定の範囲というものの境を置かないということになると、実は、幾ら根担保権の設定者の承諾が必要だというふうな制約を置いても、債権譲渡の方式をとれば幾らでも入ってこられるということになってしまうわけなので、よくできていると言ったら、失礼なのですからけれども、根抵当権法ってそういう意味では、微妙にいろいろところでバランスをとっている仕組みになっているのです。1個外すと、本当はかなり、がたがたとバランスが崩れるということになりますので、結構危ない作業ではあると思います。そんなことを言ったって、根質とかそんなのは余り、極度額は要らないとか言われているのではないかという話なのですが、これは余り使われていないからなのだけれども、不動産に関してはね。もちろん有価証券というか、そういうものについては別かもしれませんが、問題にならないわけなのだろうと思います。すみません、私が語ってしましまして。井上さん、お願いします。

○井上委員 ありがとうございます。今、佐久間委員がおっしゃったことについてですが、私は元々、事務局の御提案で、(2)について極度額を定めることを要しないとした上で、

(5) で全部譲渡、分割譲渡、一部譲渡と挙げられているのは、極度額がある場合は根抵当と同じようなことを想定しておられるのだらうなと思いながら、極度額を定めない場合には、正に今おっしゃったように、部会長もおっしゃったと思うのですけれども、新規で根担保を設定するのと似たようなイメージを持っておりまして、ただ、新規で設定すれば通常は後順位になるわけですが、その関連する人が全員、その人が同順位になってもいいよという平場の取引を想定して、そういったことができていいのではないかと申し上げておりました。それについて、もちろん危機時期に行われるような場合には否認の対象になるとか、詐害行為になるとかいうことはあり得ると思いますけれども、先ほど一つシンジケートローンの例がありました、平場での行動として、新規で設定して、後に付けたのだけれども、関連する当事者の同意により同順位にする、あるいは準共有にすることを認めるといって考えておりました。それが要らない、あるいはむしろ害があるということであれば、それはやめた方がいいと思いますが、平場の制度としてはあってもいいのかなと私は思ったということでございます。

○道垣内部会長 多分、後順位者にも勝てないのですね。

○井上委員 その時点で後順位者がいれば、その人の同意ももちろん取らないといけなだろうと思います。あるいは同意を取らなければ後順位に勝てない。

○道垣内部会長 分かりました。

ほかに。結局1から6の問題というのは、一定の範囲に属するというを入れるのかと、極度額という制度を入れるのかということを中心として、全体が結構結び付いているということがだんだん明らかになってきたと思いますけれども、ほかに何かございますでしょうか。

このテーマは一読では御議論を頂いていなかったテーマでございますので、今日の段階で細かいところまでいろいろな御意見を頂くというのもなかなか難しいかと思えます。ただ、いろいろなニーズがあるということについてはお話を伺うことができましたので、そういうふうなニーズも踏まえながら、あるいはそれについては更にお話を伺いながら、進めていきたいと思えます。

ほかに何か。よろしいでしょうか。

それでは、本日の審議はこの程度にさせていただければと思います。本日は少し通信状態がいろいろ悪いこともございまして、皆様には御迷惑をお掛けいたしました。申し訳ございませんでした。

それでは、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 本日もありがとうございました。次回は来月2月15日火曜日の午後1時30分から午後5時30分まででございます。次、また1週間前をめどに(2)という資料を新しくお送りさせていただきまして、次は、特定の債権が今回漏れてしまいましたので、それと、集合財産までは少なくとも扱いた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。

それでは、法制審議会担保法制部会の第12回会議を閉会にさせていただきたいと思えます。

本日は熱心な御審議を賜りましてありがとうございました。では、また来月、よろしくお願いたします。

-了-