

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(5)

目次

5	第1	新たな規定に係る担保権の目的物の評価・処分のための担保権者の権限や手続	2
	1	評価・処分に必要な行為の受忍義務	2
	2	実行完了前の保全処分	4
	3	帰属清算の意思表示や第三者への処分前の引渡請求を実現する方法	7
	4	実行完了後の引渡命令	9
10	第2	同一の動産に複数の新たな規定に係る担保権が設定された場合の取扱い	14
	1	劣後担保権者による私的実行の可否等	14
	2	新たな規定に係る担保権の私的実行に当たっての他の担保権者への通知	16
	3	担保権者間の分配方法についての合意内容の通知	18
	第3	集合動産を目的とする担保権の私的実行について	19
15	1	集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続	19
	2	実行後の再度実行の可否	22
	3	集合物の一部について実行がされた場合の効果	24
	第4	新たな規定に係る担保権の競売手続による実行等について	26
	第5	質権の実行方法に関する見直しの要否	32
20	第6	所有権留保売買による留保所有権の実行	33
	第7	債権を目的とする担保権等の実行	35
	1	後順位債権譲渡担保の設定の可否	35
	2	債権譲渡担保権者による債権の取立て	36
	3	債権質権者及び債権譲渡担保権者の取立権限及び実行通知の要否	37
25	4	担保の目的財産が金銭債権である場合に担保権者が取り立てることができる範囲	39
	5	担保の目的である金銭債権の弁済期が被担保債権の弁済期前に到来した場合に、担保権者が請求することができる内容	40
	6	担保の目的財産が非金銭債権である場合の実行方法	43
	7	直接の取立て以外の私的実行の方法	44
30	8	集合債権を目的とする担保の実行	45
		文献略語表	46

第1 新たな規定に係る担保権の目的物の評価・処分のための担保権者の権限や手続

1 評価・処分に必要な行為の受忍義務

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

(説明)

1 帰属清算方式の実行手続において、清算金の支払若しくは提供又は清算金が生じない旨の通知が必要であるという現在の判例法理を維持するのであれば、担保権者は目的物について一定の評価をしなければ、清算金の支払や清算金が生じない旨の通知をすることができない。もっとも、設定者が目的物を占有している状況下で、担保権者が目的物の評価を行おうとしても、これを可能とする法律上の根拠がなければ容易ではない。また、処分清算方式の実行に当たって目的物を譲り受けようとする第三者が売買代金等の条件を検討するに当たり、目的物の状態を確認することなどが必要になると考えられるが、設定者が目的物を占有している状況下では、法律上の根拠がなければ容易ではない。そこで、本文は、担保権者が目的物の評価・処分に必要な行為をすることについて、設定者に受忍義務を負わせることとしたものであって、この点について部会資料6第2、1からの変更はない。

2 帰属清算の通知において前提とされる目的物の評価額が誤っていても、受戻権の消滅等の効果が生ずると考えれば、このような規定は不要とも考えられる。また、誠実評価額を導入するとしても、担保権者において目的物を誠実に評価したといえるために、この調査受忍義務に基づく調査を行う必要はなく、自身の把握している情報に基づいて評価すれば足りると考えるときには、調査受忍義務の意義をいかなる点に見出すかが問題となる。この点については、担保権者が目的物の現在の状況を把握していない場合において、担保権者は、目的物を誠実に評価したといえるためには、その時点で有している資料や情報を前提として、集合動産については標準的な在庫量を推定し、個別動産については設定契約時から時間の経過に照らして標準的な状態を推定して、目的物を評価しなければならないと考えるとすれば、実際の目的物の在庫量が想定よりも少なかったり実際の目的物の劣化が想定よりも著しかったりしたために、目的物の客観的な価額が誠実評価額を下回り、結果として担保権者が設定者に対して不当利得として支払済みの清算金の返還を求めることになる事態が生じ得るが、担保権者が既に債務不履行に陥っている設定者からこれを回収することは困難であると考えられる。そうすると、目的物の現在の状況を把握していない担保権者としては、目的物の客観的な価額が誠実評価額を下回るという事態が生じることを回避すべく、目的物の現在の状況を正確に把握するために、調査受忍義務に基づく調査をすることが考えられる。

さらに、担保権者において、業者から取得した査定価格が著しく低額であり、これを前提として担保を実行しても意義が乏しいと思われるような場合には、目的物についてより正確な情報を収集し、収集した情報を踏まえて再度目的物を評価した上で、担保を実行するか否かを最終的に判断することも考えられる。

本文は、上記のような理解に基づいて、目的物の評価・処分に必要な行為の受忍義務についての規定を設けようとするものであるが、受忍すべき行為の具体的な内容や範囲を適切に規定することができるかは更に問題になり得る。

3 本文の設定者の受忍義務に関する一読の議論においては、実行における担保権者の行為
5 に対する受忍義務（不作為義務）以外にも、担保権者にとって目的物の仕入価格及び販売
価格等も重要な情報となり得ることを踏まえ、設定者が債務不履行に陥る前の義務として、
納入伝票及び注文伝票等の帳簿の開示等の情報提供義務が課されてもよいのではないかと
の意見があった。仮にこのような情報提供義務に関する規定を設けることとする場合には、
どのような情報が提供義務の対象となるのかを検討する必要がある。

10 情報提供義務の趣旨が、担保目的物の価格がどの程度であるかを把握することにより、
例えば根担保契約がされている場合には、その後の貸付けの可否や額を調整したり、場合
によっては増担保の請求や期限の利益を喪失させるかどうかを検討したりするなど、担保
目的物の価値を把握することによって適切に対応することができるようにすることである
とすると、提供義務の対象となる情報は、担保目的物の価値を具体的に把握するために必
15 要な情報ということになる。例えば、集合動産を目的とする担保権の場合においては、担
保目的物の種類、分量などが考えられる。

このような情報提供義務に係る規定を設けた場合において、その違反にいかなる効果を
付与すべきか。設定者が目的物についての情報の提供を怠ったからといって、直ちに担保
を滅失、損傷又は減少させたもの（民法第137条）ということとはできないように思われる
20 が、これに類似するものと考えて、情報提供義務違反があった場合には被担保債権に係る
期限の利益を喪失させることができる旨の規定を設けることが考えられる。もっとも、実
務上一般に設定契約においてそのような定めが設けられているのであれば、実務上の運用
に委ねれば足り、あえて法律上の規定を設ける必要はないとも考えられる。

25 また、目的物についての情報の提供を求める実体法上の請求権を認めることとして、こ
れを間接強制によって実現することができるものとするとも考えられる。

これらの点についてどのように考えるか。

4 以上のような受忍義務及び情報提供義務については、質権との関係で、どのような義務
を設定者に負わせることまでを正当化することができるかを検討する必要があると考えら
れる。

30 すなわち、質権については、質権者が自ら占有している目的物を評価することは困難で
はないから、設定者は、目的物の評価・処分に必要な行為の受忍義務又は情報提供義務を
負っていない。これに対し、新たな規定に係る担保権については、担保権者が自ら占有し
ていない目的物を評価することは困難であるから、少なくとも、担保権者が目的物の占有
を有していないことに起因して生じている情報の不足（例えば、目的物の種類及び量が不
35 明であるなど）を補うために、そのような情報を取得するための調査受忍義務又は情報提
供義務を設定者に対して負わせることを正当化することはできると考えられる。しかし、
これを超えて、例えば、目的物をできる限り高値で売却するために必要な情報を取得す
るための調査受忍義務や情報提供義務を設定者に対して物権の効力又は内容として負わせ
るとすることは、質権の設定者が負っていない義務を新たな規定に係る担保権の設定者に負

わせるものであって、正当化することが容易でないようにも思われる。この点について、どのように考えるか。

2 実行完了前の保全処分

5 (【案 15.5.2.1】及び【案 15.5.3.1】を前提として) 被担保債権について不履行があった場合において、設定者が、目的物の価格を減少させる行為若しくは実行を困難にする行為をし、又はこれらの行為をするおそれがあるときその他目的物の価格の低落のおそれがあるときは、裁判所は、担保権者の申立てにより、次に掲げる保全処分又は公示保全処分を命ずることができるものとしてはどうか。

- 10 (1) 価格を減少させ、又は実行を困難にする行為を禁止し、又は一定の行為をすることを命ずる保全処分(公示保全処分を含む。)
- (2) 占有者に執行官への引渡しを命ずること及び執行官に目的物の保管をさせること
- (3) 占有者に占有の移転を禁止することを命じ、その使用を許すこと
- (4) 占有者に担保権者への引渡しを命ずること

15

(説明)

1 本項で扱う問題

動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実行手続における引渡請求権の在り方については、清算金の支払又は提供がされるまでは引渡しを拒絶することができるという考え
20 方と、実行に着手した時点で(清算金の支払や第三者への処分がされる前に)清算前に引渡しを請求することができるとする考え方があり得る。

前者の考え方によると、担保権者は、引渡しを受けるには清算金の提供等をしなければならないが、評価に一定の時間を要する場合も考えられるし、実行通知から実行の着手までに一定の猶予期間を設けると、動産は短期間に価格が下落することがあるため、その間に動産の価格が下落するおそれがある。そこで、このような場合に、保全処分として引渡
25 しを受けて実行を進めることを可能とする必要がないかが問題となる。本項では、前者の考え方を前提として、清算前に、設定者が引渡しを拒んでも引渡しを実現するための方法について検討する。

2 一読における議論

30 一読においては、設定者が、目的物の価格を減少させる行為若しくは実行を困難にする行為をし、又はこれらの行為をするおそれがあるときは、裁判所が保全処分として担保権者に目的物を引き渡すことを命ずることができるという考え方を提示した(部会資料6第2、2)。現行法の動産譲渡担保権の実行手続においては、譲渡担保権に基づく引渡請求権などを被保全権利として、債務者の使用を許さない執行官保管型の占有移転禁止の仮処分
35 命令や引渡断行の仮処分が考えられるが、これらが発令される場面が限定されていることや設定者の審尋が原則として必要とされるために密行性を保つことができないことなどから、新たな保全処分を設けることを提示したものである。

これについては、設定者が目的物の調査に協力しないときは、価格減少行為等のおそれがあるとして保全処分の発令を求めることができるようにするなど、上記の要件を厳格に

考えるのではなく、清算金の確保のために相応の担保を積むことによって引渡しを求めることができるようにすべきとの意見があったほか、価格減少行為等の担保権侵害がなくとも端的に目的物を評価するために引渡しを求めることができるようにすべきであり、設定者が占有を保持する正当な理由がある場合は例外的にこれを拒絶できるという制度にすべきとの意見があった。

保全処分の要件及び手続を軽くすべきという要請がある一方で、目的物を引き渡すと設定者の清算金の確保が困難となるという問題もあるところ、保全処分の要件と内容は相関関係にあるから、引渡しまで認めるためには要件を厳格化する必要がある一方で、引渡しには至らない処分は緩やかな要件で認めてもよく、その他に担保の要否及び額も考慮要素として保全処分の要件及び内容を判断することとなるとの意見や、保全処分の内容として目的物の引渡しまで認めるとすると、審尋の必要性及び担保の必要性が高まり、手続が重くなるから、価格減少行為等の禁止や執行官保管にとどめることも考えられるとの意見もあった。

3 本文の考え方

本文では、担保権者への引渡しだけでなく、民事執行法第 187 条が定める競売開始決定前の保全処分を参考に、価格減少行為等の禁止を命ずること(同法第 55 条第 1 項第 1 号)、執行官保管型の保全処分(同項第 2 号)と債務者使用型の占有移転禁止の保全処分(同項第 3 号)を発令することができるものとするを提案している。また、その要件としては、価格減少行為等の設定者の行為がある場合に限らず、価格の低落のおそれがあればよいとすることを提案している。動産においては目的物の価格が短時間で低下することがある(目的物自体が短時間で劣化することもあれば、衣類などのように一定の時期に処分されなければ品質自体が劣化するわけではなくても、価格が下落することも考えられる。)と、本文の保全処分は、できるだけ高い価格での処分を実現することを目的とするものであるから、設定者が不当な行為をした場合でなくても、早急に引渡しを受けて処分をしなければ目的物の価格が下落するおそれがある場合には、その発令を認めても差し支えないと考えられるからである。

したがって、例えば、設定者が担保権者による目的物の調査に協力しない場合にも、設定者が担保権者の実行に必要な行為を妨害するなどしてその実行を遅延させ、その結果時間の経過による動産の価格減少を招いた場合などは、目的物である動産自体を積極的に毀損していない場合であっても、価格減少行為として保全処分の要件に該当すると考えられる。

4 引渡しを命ずることの可否

民事執行法第 187 条が定める競売開始決定前の保全処分においては、純粋な執行官保管型の保全処分(同法第 55 条第 1 項第 2 号)と債務者使用型の占有移転禁止の保全処分(同法第 55 条第 1 項第 3 号)が認められているにとどまり、債権者使用型の占有移転禁止の保全処分など債権者が目的物を占有する方法による保全処分は認められていない。その理由は、保全処分の制度趣旨又は目的は執行妨害行為の予防又は排除にあることを前提とすると、執行妨害行為を予防又は排除するためには占有の移転を禁止した上で債務者に目的物の使用を許すか又は執行官に目的物を保管させれば足り、あえて債権者に目的物を引き

渡す必要はないという点にあるものと考えられる。そうすると、新たな規定に係る担保権について実行完了前の保全処分の制度を創設するに当たって、保全処分の内容として債権者に目的物を引き渡すことを認めるとするならば、これをどのように正当化するかが問題となる。

5 この点については、上記のとおり、担保権の実行のためには目的物を評価する必要がある、目的物の評価のためには目的物について十分な情報を取得することが必要であって、目的物について十分な情報を取得することができないのであれば結局担保権の実行自体が困難であると考えるのであれば、担保権者への目的物の引渡しを実現されなければ目的物を評価することができない以上は、保全処分の内容として、担保権者への引渡しを認める
10 ことが必要かつ適切であると考えられるように思われる。

5 設定者の利益の保護

本文のような保全処分を設けた場合、担保権者に対する目的物の引渡しを余儀なくされる設定者は、その目的物が事業継続にとって重要なものであった場合には事業継続が困難となるおそれがあり、また、同時履行の抗弁又は留置権を主張して清算金の支払を確保す
15 ることもできないこととなる。そのような設定者の手続保障や清算金の請求権の保護をどのように図るか。

民事執行法第187条が定める競売開始決定前の保全処分においては、密行性の要請から、実務上、相手方に対する審尋はほとんど行われていないとされるものの、上記のとおり、担保権者に対する目的物の引渡しを認めた場合には設定者に重大な不利益が生じるおそれ
20 がある上に、民事保全法上の動産の引渡しを目的とする断行の仮処分については審尋は必要的であり、債権者使用型及び執行官単純保管型の占有移転禁止の仮処分についても審尋を要するという見解がある¹。そうすると、担保権者に対する目的物の引渡しを命じる保全処分を発令するに当たっては、審尋期日を設けることまでは必要でないと考えとしても
25 (民事保全法第23条第4項)、少なくとも書面審尋によって債務者に対する手続保障を図る必要がある、原則として審尋を要することとすべきではないかと思われる。

また、清算金の支払の確保については、担保権者が立てた担保に着目することが考えられる。もっとも、ここでの担保は違法な保全処分の執行等による損害賠償請求権を担保するものであって清算金の請求権を担保するものではないから、この担保から清算金の請求権の優先的な弁済を受けることはできない。そこで、清算金の提供があるまで目的物の引
30 渡しを拒むことができることが清算金の支払を確保する手段として機能していること、保全処分によって設定者がこの手段を失うことに鑑み、本文の保全処分を発令するに当たっては、担保権者に清算金の担保をも立てさせることができるとすることが考えられる。この点についてどのように考えるか。

6 保全処分発令後の手続

35 本文のような保全処分を設ける場合には、これに続く執行手続としてどのような手続を想定するかが問題となる。すなわち、民事執行法第187条が定める競売開始決定前の保全

¹ 菅野＝田代・民事保全の実務 105 頁〔佐藤隆幸〕は、不動産の占有移転禁止の仮処分についてであるが、債権者使用型及び執行官単純保管型の占有移転禁止の仮処分の申立てについては、実務上は原則として債務者審尋を行うとの運用がされており、債務者審尋をせずに仮処分命令を発することができるのは、極めて例外的な事情のある場合に限られるとする。

処分においては、これに続いて担保不動産競売手続が行われることが想定されており、同条第4項において、保全処分の決定の告知を受けた日から3月以内に担保不動産競売の申立てをしたことを証する文書を提出しないときは、申立てにより保全処分は取り消されるものとされている。本文の保全処分も、これと同様に、後に行われる私的実行又は競売手続を前提とした先行処分としての性質を有しており、一定期間内に私的実行又は競売手続に進まなかった場合には保全処分の前提が失われ、それ以後も設定者に保全処分による権利の制約を受忍させるのは妥当でないと考えられる。

この点について、一読の議論においては、本文の保全処分を新たに設ける場合の本案の手続として、動産競売の手続を想定することが考えられるとの意見や、その申立てがされなかったときであっても、私的実行手続を本案の手続と捉えることが考えられるとの意見があった。

そうすると、本文の保全処分についても、後に行われる手続として私的実行手続又は動産競売の手続を想定し、帰属清算の通知等をしたこと、第三者に対する処分をしたこと又は動産競売の申立てをしたことを証する文書を例えば3月以内に裁判所に提出しなかった場合には、申立てにより保全処分を取り消すものとすることや、帰属清算がされたものとみなすことなどが考えられるが、この点についてどのように考えるか。

7 本文の保全処分を設けない考え方

以上に対し、現行法上の運用を踏襲し、民事保全法上の保全処分に委ねることも考えられる。

判例は、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対して自己への明渡しを求めることができるとしている（最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁）。新たな規定に係る担保権についても同様の解釈が可能であるとすると、担保権者が有する引渡請求権を被保全債権として、民事保全法に基づき、引渡断行の仮処分を利用することが考えられる。

引渡断行の仮処分については、その発令が認められる場面が担保権者の隠匿のおそれがある場合などに厳格に限定されているとの指摘や、原則として審尋を要することから密行性の要請を満たさないとの指摘もあるが、審尋の要否については例外的にこれを要しないで発令することも可能であること、担保権者が提供しなければならない評価額は誠実評価額でよく、そこで求められる評価の在り方として担保権者が有する資料から可能な範囲で合理的に評価すれば足りるとすると、その評価にはそれほど時間を要しないことなどからすると、目的物の価格の減少が短期間で生じ得るとしても、新たな保全処分を設けるまでもないという考え方も成り立ち得るが、どのように考えるか。

3 帰属清算の意思表示や第三者への処分前の引渡請求を実現する方法

【案15.5.2.2】及び【案15.5.3.2】を前提として）担保権者は、実行に着手した時点で（帰属清算の意思表示などをすることなく）設定者に対して目的物の引渡しを請求することができるという考え方を前提として、設定者による目的物の隠匿や価格減少のおそれなどを要件とすることなく、担保権者が清算金の見込額等の観点から定められた担保を提

供することによって、目的物の引渡しを受けるための簡易な制度を設けるかどうかについて、どのように考えるか。

(説明)

5 1 本項で扱う問題

10 動産を目的とする新たな規定に係る担保権の実行手続において、担保権者は、実行に着手した時点で、帰属清算の意思表示などを行う前に設定者に対して目的物の引渡しを請求することができるという考え方（【案 15.5.2.2】及び【案 15.5.3.2】の考え方）が示されている。この考え方は、担保権者が目的物を評価するためには引渡しを受ける必要があることを前提とするから、実行を進めるためには、設定者が引渡しを拒絶したとしても引渡しを実現することができるようにする必要がある。その方法として訴訟も考えられるが、実行手続の一環として、訴訟よりも簡易な方法で実現する方法を検討する必要があるかが問題となり得る。

15 2 具体的な提案の内容

担保権者が設定者に対して実体法上の引渡請求権を有することを前提とすると、これを
15 実現する訴訟以外の手続としては、民事保全法に基づく引渡断行の仮処分が考えられる。
しかし、現行法において、引渡断行の仮処分は債務者による隠匿の可能性が高い場合など、
相当限定的な場合にしか認められていないとして、簡易な手続によって現実の引渡しを受
けることができる裁判上の制度を設けるという提案がされている^{2・3}。

20 その要件としては、担保権の存在、被担保債権の存在及び弁済期の到来を担保権者が証
明することが必要であるが、設定者による目的物の隠匿のおそれや価格減少のおそれなど
は要件とされない。その発令の手続として、原則として設定者の審尋が必要であるが、目
的物の隠匿のおそれ又は価値減少のおそれがあり、審尋をすることによって担保権実行に
支障をきたすおそれがあるときは、無審尋で発令することができる。

25 このような制度を設ける場合、設定者に対する清算金の支払を確保する必要があるが、
その方法として、担保権者は清算金の見込額を担保として提供しなければならないとする
ことが提案されている。ここでの担保の趣旨は、①清算金に対する担保と②違法執行に対
する担保の二つの趣旨が含まれており、裁判所はそれぞれについて金額を明示して担保提

² 山本ほか・動産譲渡担保権の私的実行①61頁。

³ この提案は、創設される裁判上の制度を、民事執行法上の保全処分と位置付けている（山本ほか・動産譲渡担保権の私的実行①63頁）。しかし、この裁判上の制度を設けるという考え方は、担保権者は実行に着手した時点で引渡請求権を有することを前提としているから、本来引渡しを請求することができるタイミングで引渡しが認められるに過ぎず、この引渡しを「保全」と位置付けることには疑問がある。上記の文献は、動産の特殊性からして本訴ではなく簡易な手続による引渡しの断行を認めるべきという理解から、「無審尋の場合を除き、特段の保全の必要性は不要」とし（前掲 62頁）、目的物の価値減少のおそれは要件にならないとするが、保全処分と位置付けながらその要件として保全の必要性を要件としないということには疑問がある。

仮にこの制度を保全処分と位置付けるのであれば、民事訴訟の確定判決を待っている担保権実行の目的が達成できないために、早期に引渡しを実現する制度を設けるという説明が考えられるが、そうであるとすれば、本訴の判決確定までに価格が減少するおそれがあることが保全の必要性として要件になると考えるべきであるように思われる。

供を明示することが相当であるとされる⁴。

3 このような制度を設けることの正当化について

このような簡易な引渡制度を設けることについては、非占有型の動産担保においては、担保権者が適切に目的物を評価することができるように引渡しを受けなければ、その後実行手続を進めることが困難になること、引渡しの手続を簡易なものとしなければ、動産の価値が下落するなどして担保権の実効性が確保できないことなどから、その必要性が主張されている。

他方で、例えば所有権に基づいて返還を請求する場合や、買主が売買契約に基づいて目的物の引渡しを請求する場合も、必要があれば引渡断行の仮処分が認められるにとどまっておき、譲渡担保権に基づく引渡請求権についてのみ、このような簡易な手続を設けることをどのような根拠で正当化することができるかも問題となる。

この点を含め、譲渡担保権に基づく引渡請求権を実現するための簡易な制度を設けることについて、どのように考えるか。

4 実行完了後の引渡命令

新たな規定に係る担保権の私的実行の完了後に担保権者又は第三者が簡易迅速に目的物の引渡しを受けるための手続として、次のような引渡命令の制度を設けることについて、どのように考えるか。

(1) 裁判所は、帰属清算の通知等をした担保権者又は目的物の処分を受けた第三者（以下「担保権者等」という。）の申立てにより、設定者又は目的物の占有者に対し、目的物を担保権者等に引き渡すべき旨（担保権者が誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超えるとときにあっては、その超える額に相当する金銭の支払と引換えに目的物を担保権者等に引き渡すべき旨）を命ずることができる。ただし、担保権者等に対抗することができる権原により占有していると認められる者に対しては、この限りでない。

(2) 担保権者等は、帰属清算の通知等をした日又は目的物の処分を受けた日から3月を経過した時は、前項の申立てをすることができない。

(3) 裁判所は、(1)の規定による決定をする場合には、相手方を審尋しなければならない。

(4) (1)の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

(5) (1)の規定による決定は、確定しなければその効力を生じない。

(説明)

1 一読の議論においては、【案 15.5.2.1】及び【案 15.5.3.1】の提案を前提として、設定者が誠実評価額を争って目的物の引渡しを拒む場合には、執行官又は執行裁判所を執行機関とする担保権の実行手続として、担保権者が目的物の引渡しを受けることができるものとする規律を検討する余地があるとの指摘があった⁵。

⁴ どの債権について優先弁済を受けることができるかが異なってくるため、2つの趣旨があるのであれば、金額を分けて担保を立てさせることが必要であると考えられる。

⁵ この指摘は、誠実評価額の立証に当たっては担保権者が一応の合理性のある方法で評価したことを立証すれば足り、その立証が容易であることを理由とし、帰属清算通知等に当たって誠実評価額を基準と

確かに、動産担保においては、時間の経過によって目的物の担保価値が毀損するおそれなどがあるため、担保権者又は第三者が簡易迅速に目的物の引渡しを受けることが重要であるところ、帰属清算方式又は処分清算方式のいずれの私的実行手続によっても、最終的に目的物の引渡しを受けるために訴訟を提起しなければならないものとする、簡易迅速な目的物の引渡しを実現することができないおそれがある。したがって、担保権者又は第三者において簡易迅速に目的物の引渡しに係る債務名義を取得することができる手続を創設するニーズは大きいものと考えられる。

2 制度の理論的な位置付け

(1) 新たな規定に係る担保権の私的実行においては、帰属清算方式においては設定者に対する帰属清算の通知等により、処分清算方式においては目的物の第三者に対する処分により、目的物の所有権が担保権者又は第三者に確定的に帰属することとなるから、担保権の実行手続自体はこの時点で終了するものであって、その後の目的物の引渡しを実行手続の一環として捉えることはできないように思われる。そうすると、担保権者又は第三者が帰属清算の通知等又は目的物の第三者に対する処分の後に設定者に対して目的物の引渡しを求める手続を創設するとすれば、引渡命令（民事執行法第83条）類似の制度として整備することが考えられる。

(2) 民事執行法上の引渡命令の制度は、不動産の強制競売や担保不動産競売においては買受人への不動産の引渡しは競売手続の一環を構成するものではないものの、任意の引渡しがないときに通常の民事訴訟を提起するほかにとすれば買受人の地位は極めて不安定なものとなり、ひいては適正価格による競売が困難となり競売手続が機能不全に陥るおそれがあることから、競売手続に付随する手続として、買受人のために簡易迅速に債務名義を取得する手段を認めたものである⁶。

新たな規定に係る担保権の私的実行については、上記のとおり動産については時間の経過によって目的物の担保価値が毀損するおそれがあるなど不動産にも増して迅速に引渡しを受けることが重要であるところ、担保権者又は第三者に対する引渡しは競売手続の一環を構成するものではないものの、任意の引渡しがないときに通常の民事訴訟を提起するほかにとすれば担保権者又は第三者の地位は極めて不安定なものとなり、ひいては適正価格による私的実行が困難となり私的実行が機能不全に陥るおそれがあることは、不動産の強制競売又は担保不動産競売の場合と異ならないものと思われる。

また、民事執行法上の引渡命令は、裁判所が関与する手続である競売手続に付随する手続として設けられているのに対し、新たな規定に係る担保権の私的実行の完了後の引渡命令は、裁判所が関与する手続に付随する手続とみることはできないことをどのように考えるかという問題があるが、この点については、私的実行手続に引き続いて行われる制度として位置付ければ足り、裁判所が関与する手続に付随する手続であることが制

するという提案（【案 15.5.2.1】又は【案 15.5.3.1】）と結びついていると考えられる。【案 15.5.2.2】や【案 15.5.3.2】のように、担保権者が実行に着手した時点で設定者に対して目的物の引渡しを請求することができるという考え方を採った場合でも、担保権者がすぐに引渡しを請求せず、引渡しを受ける前に目的物を評価して帰属清算の意思表示等を了し、その後に引渡しを請求することもあり得るが、この場合に本文のような制度を導入することを意図したものではないと考えられる。

⁶ 伊藤（眞）ほか・条解民事執行法 827 頁〔水元宏典〕

度の正当化根拠として必ずしも求められるものではないと考えることもできるように思われる。

さらに、不動産の担保権実行競売については簡易迅速な引渡しの実現のために引渡命令制度が設けられているにもかかわらず、動産の担保権実行競売についてはこのような制度が設けられていないのは、動産の担保権実行競売においては担保権実行手続の中で買受人に対する動産の引渡しを実現することが予定されているためと解される（民事執行規則第178条第3項、第126条第1項）。そうすると、上記のとおり、新たな規定に係る担保権の私的実行手続の中では動産の引渡しは行われず、また、ここで設ける引渡命令制度を同手続に付随する手続と考えることができるのであれば、新たな規定に係る担保権の私的実行完了後の引渡命令制度を設けることは、体系上も不整合を生じさせるものではないと考えることができる。

他方で、民事執行法上の引渡命令は、申立人に訴訟を提起する負担を免れさせる一方で、その相手方に請求異議の訴えを提起する責任を負わせ、もって起訴責任を転換したものであって、このような起訴責任の転換の正当性は、競売による買受人の所有権取得の蓋然性が極めて高いこと、執行裁判所は現況調査の結果等に基づき不動産上の占有者やその占有権原の有無・内容を掌握していること、買受人は物件明細書・現況調査報告書等により占有者の占有権原の有無・内容を知った上で引渡しへの正当な期待をもって買い受けて代金完納に至っていること、差押発効後に占有を開始した者については差押えの処分禁止効が働くことなどに由来するともされている⁷。民事執行法に基づく裁判所の競売手続と異なり、私的実行は私的な売買契約と異なるものではなく、通常の売買契約においてはこのような基礎責任の転換をすることはできないことからすると、新たな規定に係る担保権の私的実行完了後の引渡しについては、このような起訴責任の転換の正当化根拠が及ばないと考えることもできる。このように考えると、新たな規定に係る担保権の私的実行完了後の引渡命令制度を設けることは相当でないとも考えられるが、この点も踏まえ、引渡命令類似の制度を設けることについて、どのように考えるか。

3 具体的な制度設計

(1) 本文のような規定を設けることとする場合の具体的な制度設計としては、帰属清算の通知等をした担保権者等（その範囲については、この（説明）の後記(2)参照）が、①被担保債権の発生原因事実、②上記①の債権を担保するために担保権が設定された事実、③弁済期の経過、④暫定的な清算金の支払若しくは提供又は清算金が生じない旨の通知をしたこと（処分清算方式にあつては、第三者が担保権者から処分を受けたこと、担保権者が誠実評価額を設定者に通知したこと）、⑤上記④の前提となった目的物の価格が一応の合理性を持って評価されたものであることを主張して、目的物の引渡命令の申立てをすることが考えられる。

これに対し、設定者等（その範囲については、この（説明）の後記(2)参照）が主張することができる抗弁としては、帰属清算の通知や第三者に対する処分に先立って被担保債権が弁済されたこと、担保権者が暫定的な清算金を算出するに当たって前提とした評価額が一応の合理性を有するともいえないこと、暫定的な清算金の現実の支払との同時

⁷ 中野ほか・民事執行法 597 頁

履行などが考えられる。同時履行の抗弁が認められた場合には、裁判所は、暫定的な清算金の支払と引換えに目的物を担保権者等に引き渡すべき旨を命ずることになる。

- 5 (2) 民事執行法第 83 条第 1 項は、執行裁判所は、代金を納付した買受人の申立てにより、債務者又は不動産の占有者に対し、不動産を買受人に引き渡すべき旨を命ずることが
10 できるが、事件の記録上買受人に対抗することができる権原により占有していると認められる者に対しては、この限りでない旨を定めている。また、民事執行法上の引渡命令においては、その制度趣旨は買受人が簡易迅速に引渡執行の債務名義を取得できるように
15 することにあることから、申立人は買受人又はその一般承継人に限定されており、買受人の特定承継人は、買受不動産の所有権を取得しても買受人の地位の移転を受けるもの
20 ではないから、申立人になることはできないとされている。もっとも、買受人は、目的不動産を他に譲渡しても引渡命令の申立資格を失うことはないとされており、また、引渡命令の告知後に特定承継が生じたときには特定承継人は承継執行文の付与を受けて引渡命令の執行を求めることができるとされている。

私的実行完了後の引渡命令制度における申立人として、帰属清算の通知等をした担保
15 権者及び目的物の処分を受けた第三者のほか、担保権者又は第三者から目的物の処分を受けた者を含めるか。民事執行法上の引渡命令と同様に、担保権者又は第三者は目的物を他に譲渡しても引渡命令の申立資格を失うものではないと解するのであれば、担保権者又は第三者は、目的物を更に第三者に譲渡した場合でも、自ら引渡命令を得て目的物の引渡しを受けた上でこれを第三者に引き渡せば足りる。また、担保権者又は第三者
20 から目的物の処分を受けた者を申立人に含めるとすれば、その処分の有無などをめぐって争点が増え、迅速な発令に支障を生じるおそれがある。以上によれば、私的実行完了後の引渡命令制度においても、民事執行法上の引渡命令と同様に、申立人を帰属清算の通知等をした担保権者及び目的物の処分を受けた第三者に限ることが考えられるが、この点についてどのように考えるか。

25 なお、私的実行完了後の引渡命令制度における相手方については、これを設定者に限定した場合には設定者が目的物の占有を第三者に移転することによって引渡命令から逃れることが容易になってしまい、引渡命令制度が実効性を欠くものとなることから、民事執行法上の引渡命令と同様に、設定者のみならず動産の占有者（直接占有者）を相手方に含めるのが相当であると考えられる。この点に関連して、前記 2 の実行完了前の保全処分として占有移転禁止の保全処分がされているときは、引渡命令との関係でも当事者
30 者恒効を付与するのが相当であるから、民事執行法第 83 条の 2 と同様の規定を新設する必要があると考えられる。

- 35 (3) 引渡命令の申立期間は、原則として代金納付の日から 6 か月とされているところ（民事執行法第 83 条第 2 項）、その趣旨は、時の経過によって法律関係が変動し、競売手続の結果や事件記録に現れた事情が当てはまらなくなるおそれがあるためとされている。

動産は、不動産と比較して流通性が高く、時の経過によって法律関係が変動する度合いは不動産よりも大きいと考えられるほか、時の経過によって目的物の状態に変動が生じると、帰属清算の通知等又は処分の時点を基準とした誠実評価額の認定判断が困難となる可能性もある。また、帰属清算の通知等をした担保権者又は目的物の処分を受けた

第三者は、通常は比較的近い時期に目的物の引渡しを受けた上で動産を処分することを予定しているものと考えられるから、引渡命令の申立期間を長期間とする必要性も乏しい。これらの点を踏まえると、私的実行完了後の引渡命令制度における申立期間は、6か月よりも短期なものとするのが相当であり、例えば3か月とすることなどが考えられるが、この点についてどのように考えるか。

(4) 民事執行法上の引渡命令の審理においては、債務者（担保不動産競売手続においては競売手続上の所有者）に対する審尋は必要的でない一方で、債務者以外の占有者に対する審尋は、原則として必要的であるが、事件記録上その者が買受人に対抗することができる権原により占有しているものでないことが明らかであるとき又は既にその者を審尋しているときは必要的でないとされている（民事執行法第83条第3項）。その趣旨は、債務者（所有者）は実体法上の売主としての引渡義務を負うからその手続保障を図る必要は乏しい一方で、それ以外の占有者は買受人に対抗できる占有権原を有していることがあり、合理的な範囲でその手続保障を図る必要があることにある。なお、ここでの審尋は書面審尋で足りるものとされている。

私的実行完了後の引渡命令制度においては、設定者には、誠実評価額を争うことによって担保権者又は第三者の所有権の取得を否定する機会が与えられるべきであるとともに、暫定的な清算金が生じる場合には同時履行の抗弁権又は留置権の主張をする機会が与えられるべきであるし、動産の占有者には、担保権者又は第三者に対して対抗することができる占有権原を主張する機会を与える必要もあるから、設定者及び動産の占有者に対する審尋は原則として必要的なものとするべきである。

これに対し、民事執行法上の引渡命令と同様に、例外的に審尋を必要としない場合を設けるか。設定者については、担保権者が設定者に通知した価額が目的物を誠実に評価した価額であることが明らかであり、かつ、その価額が被担保債権額を下回るときには、上記の機会を与える必要は乏しく、また、動産の占有者については、これに加えてその者が買受人に対抗することができる権原により占有しているものでないことが明らかであるときには、上記の機会を与える必要は乏しいから、このような場合には審尋は必要的でないものとするのが考えられる。他方で、民事執行法上の引渡命令の実体要件は、物件明細書等を含む競売事件記録を検討することによって客観的かつ容易に判断できることが多いのに対し、私的実行完了後の引渡命令制度の実体要件は、一方当事者である申立人が提出した資料のみによって判断することとなるため、客観的かつ容易に判断することはできないと考えられることを重視すると、相手方に対する審尋を不要とすることは相当でなく、少なくとも書面によって主張立証の機会を与えることが必要ではないかとも思われる。この点についてどのように考えるか。

(5) 民事執行法上の引渡命令は、即時・無条件の引渡し・明渡しを目的とし、条件・期限を付した将来給付や金銭支払等との引換給付を命ずることはできないとされ、実務上もそのような運用がされているものの⁸、留置権の成立を認めて被担保債権との引換給付を命じた裁判例がある⁹。

⁸ 中野ほか・民事執行法 606 頁、相澤＝塚原編著・民事執行の実務・不動産執行編（下）169 頁

⁹ 東京高決昭和 57 年 11 月 18 日決定・判時 1067 号 49 頁

新たな規定に係る担保権の私的実行手続においては、設定者は、担保権者又は第三者から目的物の引渡しを請求された場合において、担保権者が誠実に評価した目的物の価額が被担保債権額を超えるときは、担保権者がその暫定的な清算金の支払又は提供をするまでは目的物の引渡しを拒むことができるところ、設定者に対する暫定的な清算金の支払を確保するためには、設定者は、私的実行完了後の引渡命令制度において、そのような同時履行の抗弁権又は留置権を主張して、引換給付決定を求めることができるものとする必要がある。したがって、私的実行完了後の引渡命令制度においては引換給付を命じることができるようにするのが相当であるところ、上記のとおり民事執行法上の引渡命令について引換給付を命じることができないとされていることからすれば、これを規定する場合には引換給付を命じることができる旨を明示的に定めることが考えられる。

(6) 民事執行法上の引渡命令の申立てについての裁判は、これに対して執行抗告をすることができ（民事執行法第83条第4項）、確定しなければ効力を生じない（同条第5項）。

これらの点については、私的実行完了後の引渡命令制度においても、同様の規定を設けることが考えられる。なお、引渡命令は請求権を終局的に確定する裁判ではなく既判力は生じないから、相手方は、その執行力を排除するため、引渡命令発令前に生じた実体上の事由によっても請求異議の訴えを提起することができる。

4 このような引渡命令制度を設けることを前提とすると、設定者が非協力的である場合の帰属清算方式による私的実行は、①担保権者が誠実評価額を算定して帰属清算の通知等をする、②引渡命令によって目的物の引渡しを受ける、③引渡しを受けた目的物をできる限り高い価額で処分する、というステップで行われるものと考えられる。

第2 同一の動産に複数の新たな規定に係る担保権が設定された場合の取扱い

1 劣後担保権者による私的実行の可否等

新たな規定に係る担保権が同一の動産について複数設定されているときは、担保権者は、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り、私的実行をすることができるものとしてはどうか。

(説明)

1 本文の提案

本文は、部会資料7第1、1と同様に、劣後担保権者は、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り、私的実行をすることができるものとするを提案するものである。

一読では、同意を要件とした場合にはその有無を容易に知り得ない買受人にとって取引の安全が害されることや、濫用的な後順位担保権者が出現する可能性があることなどから、判例（最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁）と同様に、後順位担保権者による私的実行は一切許容しないこととすべきとの意見もあったが、例えば、優先担保権者が金融機関であり、劣後担保権者が商社、メーカー、小売り等の事業会社であるなど、劣後担保権者の方が目的物の評価や処分が容易であったり機動的な判断が可能であったりする場合があることから、劣後担保権者による私的実行を認めるニーズがあるとの指摘がある

¹⁰。そこで、本文では、部会資料7第1、1の提案を維持することとしている。

2 優先担保権者の同意なくされた劣後担保権者の私的実行の効果

この点については、私的実行は無権限者による処分として無効であるとの考え方と、私的実行によって優先担保権の負担付きの権利が移転するとの考え方があり得る。

5 一読では、前者の考え方を支持する立場が多数であり、この立場からは、①後者の考え方に立つと、動産の占有が移転された場合に、優先担保権者による実行が事実上困難となり担保価値が毀損されるおそれがある上に、即時取得が生じて優先担保権が消滅する可能性もあること、②後者の考え方によれば、目的物の価額が優先担保権者の被担保債権額を上回る場合には、その部分について劣後担保権者が満足を得られることとなり、優先担保権者の同意なく私的実行できるとの規律を採用した場合と結論において異なることになること、③仮に、設定者が目的物を処分した場合に担保権の負担付きの権利が移転するとの立場に立った場合であっても、この局面では、劣後担保権者は優先担保権者の同意によっ

10 てはじめて私的実行権限を取得すると考えられるから、同意なくされた劣後担保権者の私的実行は無権限者による処分として無効であると解することができ、必ずしも設定者による目的物の処分の場合と同様に解する必要はないことなどの指摘があった。

15 これに対しては、設定者が目的物を処分した場合に担保権の負担付きの権利が移転するとの立場に立った場合には、劣後担保権者は劣位ではあっても設定者から債務不履行時の処分権を設定されているから、同意なくされた劣後担保権者の私的実行によって優先担保権の負担付きの権利が移転すると考えるのが自然であるとの意見もあった。

20 以上によれば、少なくとも、設定者による目的物の処分は無効と考えるのであれば、同意なくされた劣後担保権者の私的実行の効果も当然に無効と考えることとなるが、仮に設定者が目的物を処分した場合に担保権の負担付きの権利が移転するとの立場に立った場合でも、同意なくされた劣後担保権者の私的実行の効果については無効とみる余地があると考えられる。この点については、設定者による目的物の処分の効果との整合性も踏まえつつ、引き続き検討する必要がある。

3 同意なくされた劣後担保権者による私的実行の追認

同意なくされた劣後担保権者の私的実行の効果についてどのように考えるとしても、その私的実行によって目的物の占有が移転し、優先担保権者による私的実行が事実上困難となるのであれば、優先担保権者の保護に欠けることとなる。そこで、優先担保権者は、劣後担保権者がその同意なく私的実行をした場合には、劣後担保権者に対して追認の意思表示をすることにより、優先担保権者に分配されるべき額を劣後担保権者に請求することができるものとすべきとの考え方が示されている¹¹。この点について、どのように考えるか。

4 目的物が集合動産である場合の固定化の範囲

担保目的物が集合動産である場合には、劣後担保権者がした実行通知によって、いずれの担保権者との関係でも目的物である集合動産の固定化が生じるものと考えられる。なお、この場合において、優先担保権者の担保権の目的である集合動産の範囲に、劣後担保権者

¹⁰ 富山ほか・同一の動産に複数の動産譲渡担保権が設定された場合の取扱い 55 頁

¹¹ 富山ほか・同一の動産に複数の動産譲渡担保権が設定された場合の取扱い 57 頁。なお、劣後担保権者は優先する全ての担保権者の同意を得た場合に限り私的実行をすることができることからすれば、ここでの追認も、優先する全ての担保権者がした場合に限って効力を生じるものと考えられる。

の担保権の目的である集合動産の範囲に含まれない部分がある場合には、当該含まれない部分についても固定化が生じるか否かが問題となるが、この点は、後記第3、3において、担保権者が集合動産の一部について実行した場合に、その他の部分について流動性が維持されるか否かをどう考えるかによって判断されるべき問題であると考えられる。

5

2 新たな規定に係る担保権の私的実行に当たっての他の担保権者への通知

新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行に当たってとらなければならない手続については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【案 16.2.2.1】

10 新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行をするときは、その担保権の設定者を設定者として【同一の種類目的物について】登記又はファイリングを備えている担保権者に対してその旨の通知をしなければならないものとする。

【案 16.2.2.2】

15 設定者は、新たな規定に係る担保権の担保権者から私的実行をする旨又は私的実行をした旨の通知を受けたときは、【劣後担保権者／その他の担保権者】に対してその旨の通知をしなければならないものとする。

(説明)

1 部会資料7第1、2では、新たな規定に係る担保権の私的実行に当たっての他の担保権者への通知について、担保権者が知れている劣後担保権者に対して通知しなければならないとする考え方（【案 7.1.2.1】）と、設定者が劣後担保権者又はその他の担保権者に対して通知しなければならないとする考え方（【案 7.1.2.2】）を提示した。

25 一読では、【案 7.1.2.1】について、優先担保権者の負担が重くなること、知れている劣後担保権者か否かについて後に争いの余地を残すことは相当でないことなどの指摘があり、これを積極的に支持する意見はなかった。他方で、この考え方と同様に担保権者に対して通知義務を負わせるものの、実行の対象となる目的物について担保権を有しているか否かを問うことなく、当該設定者について登記又はファイリング（以下「登記等」という。）を備えている全ての担保権者に対して一律に通知するものとすべきとの考え方が示され、これに賛成する意見があった。

30 そこで、本文では、【案 7.1.2.1】は提示せず、【案 16.2.2.1】として、新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行をするときは、その担保権の設定者を設定者として登記等を備えている担保権者に対してその旨の通知をしなければならないとの考え方を新たに提示している。なお、【案 16.2.2.2】は、【案 7.1.2.2】と同一である。

35 2(1) 【案 16.2.2.1】は、新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行をするときは、実行の対象となる目的物について担保権を有しているか否かを問わず、その担保権の設定者を設定者として登記等を備えている全ての担保権者に対し、一律にその旨を通知しなければならないとするものである。

一読では、通知の対象となる者の範囲が明確に画されること、設定者はあえて劣後担保権者に対する通知をしないことによって清算金を受領することができる立場にある

ため、設定者に通知義務を負わせる【案 16.2.2.2】は実効性を欠くことなどから、【案 16.2.2.1】に賛成する意見があった。また、【案 16.2.2.1】による場合には、システムを通じた通知を可能とすることによって通知の負担を軽減できるとの指摘もあった。さらに、【案 16.2.2.1】については、実行の対象となる目的物について担保権を有していない担保権者にも担保権実行の通知がされることによって設定者の信用不安を惹起するおそれがあるため、担保権実行の事実を秘匿することについての設定者の利益を保護する必要はないかが問題提起されたが、この点については、既に担保権の実行段階に至っている以上はその事実を秘匿する利益は強いものとはいえず、むしろ劣後担保権者の権利行使の機会の保障の要請が優越するとの意見があった。

(2) 【案 16.2.2.1】による場合の通知の対象については、担保権実行の事実を秘匿することについての設定者の利益を一定程度保護する観点から、当該設定者について登記等を備えている全ての担保権者ではなく、実行の対象となる目的物と同一の種類目的物について登記等を備えている担保権者に通知の対象を限定することが考えられる。

もっとも、このように通知の対象を限定する考え方は、登記等のシステムにおいて、例えば機械、家畜、在庫、什器備品など目的物を種類ごとに分類する仕組みが設けられていることを前提とするが、いずれの種類に該当するかが一義的に明確ではない目的物について、登記等を具備する際又は通知を送信する際の目的物の種類の理解が異なったことによって、実行の対象となる目的物について担保権を有する担保権者に対して通知が到達せず、ひいては当該担保権者の保護に欠ける事態やこの（説明）の後記(3)の通知を怠った場合の効果が発生する事態が生じる可能性がある。

(3) 担保権者が通知を怠った場合の効果について、どのように考えるか。

上記のとおり、担保権者は同一の設定者について登記等を備えている全ての担保権者に対して一律に通知すれば足り、かつ、部会資料 14 の別添で示したようなシステムを通じた通知を可能とするのであれば、担保権者による通知について何らかの誤りが生じる可能性は乏しく、通知がされないのは担保権者が意図的に通知をしなかったようなケースに事実上限られるとも考えられる。そのように考えると、この場合には第三者の取引の安全よりも他の担保権者の権利行使の機会の保障を重視するのが相当であって、担保権者が通知を怠った場合にはその私的実行は無効と考えるべきとも思われる。

他方で、担保権者による通知の有無という第三者には容易に知り得ない事情によって私的実行が無効となり得るとすれば、第三者の取引の安全が害されることとなり、ひいてはそのようなリスクが潜在していることが処分の可否や処分額にも影響し得る点を重くみるとすれば、担保権者が通知を怠ったとしても私的実行自体は有効であり、担保権者が通知を怠ったことによって権利行使の機会を奪われた劣後担保権者は、優先担保権者に対して不法行為に基づく損害賠償請求等を行うことができるにとどまるとの考え方もあり得る。

3(1) 一読では、【案 16.2.2.2】に賛成する意見として、①設定者には通知をするインセンティブがないとの指摘があるが、設定者が目的物の受戻しのための資金調達を目的として積極的に他の担保権者に通知することも考えられること、②実行の対象となる目的物について担保権を有している者やその連絡先などの通知に必要な情報を最も有している

のは設定者であること、③劣後担保権者は単独の私的実行権限を有しておらず、仮に剰余が生じた場合にそれに対して権利を有する者にすぎないから、劣後担保権者の保護の要請は強いものではなく、実効性が高くないとしても設定者に通知義務を負わせればその保護としては十分であることなどの指摘があった。

- 5 (2) 【案 16.2.2.2】による場合の通知の対象については、劣後担保権者とする考え方と、優先担保権者を含むその他の担保権者とする考え方があり得る。

この点について、一読では、優先担保権者には劣後担保権者による実行を防ぐ利益があるから、優先担保権者を含むその他の担保権者とすべきとの意見があった。他方で、劣後担保権者は担保権の設定を受ける時点で登記によって優先担保権者の有無を把握しているはずであり、私的実行の際には優先担保権者の同意を得ようとしたり優先担保権の状況を確認したりすることが期待できるし、仮に劣後担保権者が優先担保権の存在を把握していないときでも、設定者が私的実行をしようとしている劣後担保権者に対して優先担保権者の存在を伝えることとなり、その場合には私的実行は無効となる上に設定者が目的物を引き渡さなければ即時取得も生じないから、優先担保権者に対して通知する必要がある状況は想定しにくいとの意見もあった。

- 10 (3) 【案 16.2.2.2】による場合に設定者が通知を怠った場合の効果について、一読では、担保権者には左右できない事情によって私的実行が無効となるのは不合理であるから、設定者が通知を怠った場合でも私的実行は有効と解すべきとの意見があり、この点について異論は見られなかった。

- 20 4 【案 16.2.2.1】と【案 16.2.2.2】のいずれを採用するかについては、劣後担保権者の権利行使の機会の保障を重く見て、他の担保権者に対しても広く担保権実行の事実が知れ渡ることもやむを得ないものとするか、それとも、劣後担保権者の権利行使の機会の保障の要請は強いものではないとして、実効性が十分ではないとしても設定者に対して通知義務を負わせれば足りるものとするかによって、考え方が分かれるのではないと思われるが、この点についてどのように考えるか。

3 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知

後順位の担保権者が優先する担保権者の同意を得て私的実行をするときは、設定者に対し、目的物の価格相当額の配分方法に関する合意の内容を通知しなければならないものとしてどうか。

(説明)

1 各担保権者が有する被担保債権への充当

まず、私的実行における目的物の評価額の各担保権者に対する分配方法（消滅すべき各担保権者の被担保債権額の算定方法）については、同意を得る過程において合意が形成されることになると考えられる（仮に具体的な合意が形成されなかった場合には、目的物の評価額は、劣後担保権者が支出した私的実行に要した費用に充当された上で、優先順位に従って各担保権者の被担保債権額に順次充当されることが合意されていたと解釈される場合が多いと考えられる（同意の解釈によっても分配方法についての合意内容を明らかにす

ることができない場合には、同意がなかったものと扱うほかない。))。

私的実行の対象となった目的物の評価額は、配分方法の合意内容に従って被担保債権に充当されることになる。この配分方法の内容は、充当後の各担保権者に対する債務の残額を決定するなど設定者の利害に関わるが、設定者がこれを当然に知ることはできないため、
5 本文では、私的実行をする担保権者は配分方法についての合意内容を設定者に通知しなければならないこととしている。その時期については、仮に実行の開始に当たって実行通知を義務づけるのであれば(【案 15.5.4.1】)、その機会に通知しなければならないこととする
10 ことも考えられるが、実行通知を義務づけないのであれば、被担保債権への充当がされたとき(帰属清算方式においては、清算金の支払や清算金が生じない旨の通知がされたとき、
処分清算方式においては第三者への処分がされたとき)は直ちに通知しなければならない
15 こととも考えられる。

優先担保権者は、帰属清算方式によって目的物の所有権を取得し、又は第三者に対して処分してその対価を受ける劣後担保権者に対し、分配方法に関する合意に従って分配を請求する権利を有する(その弁済期も合意によって定められるが、帰属清算の通知や第三者への処分に先立って支払がされることも多いと考えられる。)。仮に、私的実行をした劣後担保権者が分配方法の合意に従った分配をしない場合でも、被担保債権の消滅の効果には影響を与えないと考えられる。

2 私的実行をした劣後担保権者による権利行使

後順位の担保権者が私的実行をする場合、清算金の有無及び額は、私的実行をする後順位の担保権者とこれに優先する全ての担保権者が有する被担保債権の額の合計と目的物の価格を比較することによって決まり、目的物の価格が大きいときは、設定者はその差額を清算金として私的実行をした担保権者に対して請求することができる。

私的実行をした担保権者に劣後する担保権者は、物上代位権を行使してこの清算金請求権を差し押さえることにより、その被担保債権の回収を図ることになる(この点は、最先順位の担保権者が私的実行をした場合と同じ。))。

第3 集合動産を目的とする担保権の私的実行について

1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続

集合物を目的とする担保取引における私的実行について、次のような規定を設けるもの
30 としてはどうか。

(1) 集合物を目的とする担保権を実行しようとするときは、担保権者は、目的物を自己に帰属させる意思表示又は第三者への譲渡に先立って、設定者に対し、担保を実行する旨を通知しなければならない。

(2) (1)の通知が設定者に到達した後に集合物に加入した動産には、担保権の効力は及ばない。ただし、その到達の時点で集合物の構成部分であった動産と分別して管理されていないときは、この限りでない。

(3) (1)の通知が設定者に到達したときは、設定者は、その時点で集合物の構成部分であった動産の処分権限を失う。

(説明)

1 部会資料7第2、1においては、構成要素が変動する集合物を目的とする担保権（担保
の目的を範囲によって特定した場合）の実行に当たっては、設定者に対して担保権を実行
する旨の通知（実行開始通知）をしなければならないこととし、実行開始通知の到達によ
5 って、その後に担保権の目的を画するための範囲に加入した動産（以下「新規加入物」と
いう。）はその実行の対象にならず、また、設定者はその時点で集合物を構成する動産の処
分権限を失うとの効果が発生することを原則的なルールとすることを提案した。これは、
実行開始通知到達後の新規加入物に担保権が及ぶかどうかという実体法上の問題は後記2
の問題として扱い、ここでは当該通知によって開始される実行手続における対象の範囲を
10 問題とするものであった。

一読では、このような原則的なルールを設定することについて多くの異論は見られなかつたこと
から、本文では、基本的にこの提案を踏襲することとし、本文(1)において実行開始通知を
しなければならないこととしたうえで、その到達によって集合物への新規の加入が止まり
15 (本文(2))、集合物から逸出させることもできなくなること(本文(3))を規定する
ことを提案している。さらに、後記2のように再度の実行を認めないという立場を採るので
あれば、担保権者は実行後の新規加入物からの優先弁済は受けられないこととなるため、
本文(2)は、実行手続の対象の範囲に関する規定ではなく、新規加入物には原則として担保
権が及ばないという実体法上の規定を設けることとしている。

2 実行通知の到達後の新規加入物には担保権が及ばないとした場合には、実行通知の到達
20 から実行までの間に集合動産のうちに実行の対象とならない新規加入物が混入し、実行の
対象となる動産と実行の対象とならない動産を区別することができないために、いずれの
動産に担保権が及んでいるかが不明になり、実行手続に支障が生じるおそれがある。一読
では、このような事態を避けるために、設定者が新規加入物を実行通知の到達時に存在し
ていた動産から分別している場合に限って、新規加入物を実行の対象から除外すべきとの
25 考え方が示され、これに賛成する意見もあった。

本文(2)のように、新規加入物は原則として担保権が及ばないという原則的な規定を設け
るとすると、この考え方は、新規加入物と実行通知の到達時の構成部分を適切に分別する
ことができるのは設定者であることを踏まえ、設定者が適切にその分別をしていない場合
には、分別されていない新規加入物にも担保権が及ぶという例外を設けるものと位置付け
30 られる。

なお、この考え方を採用しつつ、新たな規定に係る担保権の実行手続について誠実評価
額の概念を前提とする【案 15.5.2.1】及び【案 15.5.3.1】を採用した場合には、新規加入物
が実行の対象に含まれ得ることから、誠実な評価として目的物の価額をどのように算定す
ることが求められるかが問題となり得る。この点については、上記のとおり、設定者には
35 新規加入物と実行通知の到達時に存在していた動産とを適切に分別するインセンティブが
働くことを踏まえると、担保権者としても、目的物について適切な分別が行われて新規加
入物が実行の対象とならない状態にあることを合理的に期待することができるから、担保
権者が目的物を誠実に評価するに当たっては、原則として新規加入物の存在を考慮する必
要はないと解される。

以上のような本文(2)の考え方のほか、実行開始後の新規加入物が混入することによって担保権の及ぶ範囲が不明になるという問題に対する対処の方法としては、実行開始通知の到達時点で担保権の及ぶ範囲を確定することなく、引渡しの時点で存在する動産を実行の対象とすることも考えられる。しかし、実行開始後の早期の段階で設定者の処分権限を喪失させておかなければ、その範囲が通常の営業の範囲に限定されるとしても、債務不履行が生じている段階においては事業が縮小傾向にあるなど、現実に引渡しを受けるまでに集合動産価値が減少することも考えられる。そこで、本文では、部会資料7と同様に、実行開始時点で担保権の及ぶ範囲を確定するという考え方を採っている。

5
3(1) 部会資料7第2、1では、新規加入物が実行の対象とならないとの効果と設定者が集合物を構成する動産の処分権限を失うとの効果が発生する時点について、本文の原則的なルールと異なる定めをすることは妨げられず、また、その二つの効果が発生する時点として異なる時点を定めることも可能であるとの考え方を示した。

10
この考え方の実務上のニーズに関しては、短期間に在庫量に大きな変動が生じたり在庫の搬入が遅れたりするなど、担保権者にとって偶然の事情によって実行の対象が大きく変わってしまうことや、設定者が悪意をもって在庫の補充を遅らせたりすることがあり得ることに照らすと、実行対象の動産の範囲が実行通知が到達した一時点に確定してしまうとすると担保権者にとって不合理な事態が生じ得ることから、例えば、実行通知の到達後の所定の期間内に搬入される新規加入物を実行の対象とすることができる一方で、その間における設定者の処分権限を停止するとの合意をすることは認められるべきであるとの意見があった。

15
20
他方で、この考え方に対しては、新規加入物を実行の対象としつつ設定者の処分権限を停止することとした上で、その期間を1か月や半年とするような合意を想定すると、結局は後記2のような累積的な担保権設定の合意の効力を認める（集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分となった動産を含む集合物に担保権の効力が更に及び、これを目的として再度実行をすることができること）のと異なるのではないのかとの指摘があった。

25
30
35
(2) 集合物の構成部分の変動するのは、担保権設定後に動産が新たにその構成部分となることが予定されているとともに、設定者が一定の範囲での処分権を有するためであるが、前者の側面がなければ集合動産を目的とする担保権には当たらない（特定物を目的とする担保権に当たる）のに対し、後者の側面は必ずしも集合動産といえるための要素とはいえ、設定者の処分権限はあくまで当事者の合意によって与えられたものであるという説明が可能である。そして、実行開始通知の効力は、例えば後順位の担保権者などの第三者の利害にも影響するため、これによって当事者の合意によって新規加入の停止と設定者の処分権限の喪失という二つの効果が生ずることやその時期を変更することはできないが、これに加えて、当事者の合意により、新規加入が停止する事由や処分権限の喪失事由を定めることは可能であると考えられる。さらに、このように、集合物の流動性を基礎づける二つの側面が、それぞれ異なる根拠によるとすると、当事者が定める新規加入の停止事由と処分権限の喪失事由が同一である必要はなく、これらが異なる時点で生ずることもあり得る。部会資料第7の考え方は、以上のような考え方に基づくもの

であり、この資料においても変更していない。

もともと、新規加入物を実行の対象とすることができるものとしつつ設定者の処分権限を停止する一定の期間を設ける合意の効力を認めるとすると、設定者はその期間の間は新規加入物を搬入したとしてもこれを売却して事業を遂行することはできないこととなるから、その期間の長短にもよるもの設定者にとっては不利益が大きく、少なくともこれを無制限に認めることは相当でない。このため、集合動産を目的とする担保権の実行開始通知前に設定者の処分権限を停止する事由を設けること自体は原則として有効であるが、その内容が設定者の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情が認められる場合には、その合意は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある¹²との考え方があり得るように思われる。

しかし、上記のような考え方に対しては、設定者等の保護を公序良俗に委ねることは予測可能性を害するものであって相当でないとの指摘もあり得る。このように考えると、実行開始通知に先立って設定者の処分権限を失わせる事由を設ける合意の効力は否定することも考えられる¹³。

- 4 実行開始通知の到達によって固定化が生じた後に、担保権者による実行通知の撤回又は担保権者と設定者との合意によって、その効果を覆滅させることができるか。

実行開始通知の到達には、新規加入物に担保権が及ばなくなるという効果と設定者の処分権限の喪失という効果が結びついていることからすれば、担保権者が一方的にそのような効果の発生や不発生を事後的に左右し得るものとする、設定者の地位が著しく不安定となる。したがって、担保権者による実行通知の一方的な撤回は認められないものとするべきと考えられる。

これに対し、担保権者と設定者との合意によって実行通知により生じた効果を覆滅させる場合には、それによって設定者に不利益が生じるおそれは小さい。もともと、このような合意を無制限に認めるとすると、担保権の効力が及ばなかったはずの新規加入物（後記2のとおり、再度の実行はできないことを前提とする。）に対して、その合意によって担保権の効力が及ぼされることとなり、その結果、その合意までの間に新規加入物について利害関係を有するに至った第三者の取引の安全が害されるおそれがある。そこで、実行通知により生じる効果を覆滅させる旨の担保権者と設定者の合意は、有効であるものの、これを第三者に対抗することはできないものとするのが考えられる。

以上の点について、どのように考えるか。

2 実行後の再度実行の可否

担保の目的財産とされた集合動産について、実行の時点で存在する構成部分である動産

¹² 最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁参照。

¹³ 設定者の処分権限が当事者の合意によって与えられたものであるとすると、その喪失事由について当事者が合意することができないことをどのように正当化するかという問題が生ずる。政策的な観点から正当化することも考えられるが、集合物とは、構成部分が新たに加入するという側面と処分によって逸出するという二つの側面を不可分のものとして有しているという説明も考えられるか。

全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の担保の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることはできないものとしてはどうか。

(説明)

- 5 1 集合動産が担保の目的で譲渡され、一度その構成部分全部について実行がされた後、特定範囲に新たな動産が加入した場合、これにも当初の譲渡の効力が及んでいるものとして再度の実行をすることができるか。この問題は、実行方法そのものの問題ではなく、集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分となった動産を含む集合物に担保権の実体的な効力が更に及ぶという趣旨での累積的な担保権設定の合意をした場合、その合意内容のとおり効力を認めるかどうかという問題である。
- 10 2 一読では、累積的な担保権設定の合意の効力を認めることに反対する意見が多数であり、そのような立場からは、①累積的な担保権設定を認めると担保権が強大になりすぎる事、②担保権が一度実行されれば事業継続が困難となるのが通常であるとする、実行後に新たに実行の対象となる目的物が生じることは期待できず、担保権者側もそれを認識しているから、再度実行を認めることによって融資額が増えるとは考えにくいこと、③濫用的な担保権者が現れるおそれがあること、④担保実行の段階に至ると事業継続が困難となるのが通常であり、再度実行まで認めるとすると設定者は対抗的に法的整理に入ることになると考えられるから、再度実行を認める実益がないこと、⑤担保権を一度実行した後に与信も事業も継続するような局面においては、実行という形で債務者の意思を問わず強制的に回収を図るというよりも、任意売却などの形で債務者の協力を得て必要な範囲で換価することになると思われるから、その局面で実行を認める必要があるか疑問があることなどの指摘があった。
- 15 3 これに対し、累積的な担保権設定の合意の効力を認めるニーズについて、①プロジェクトファイナンスにおいては、所定の事業を実施するために事業用の設備資金等をファイナンスし、事業の遂行に伴って生じるキャッシュフローで長期的に分割返済するものとされているところ、ここでは、ファイナンス期間にわたって発生したり入れ替わったりする動産に対して継続して担保権が及ぶことが想定されているから、例えば、分割返済の資金が一時的に不足したときに、その埋め合わせのために集合動産のうちの一部のみを担保実行してその分割返済に充当するが、それ以外の集合動産は流動性を維持して事業及びファイナンスを継続し、後に再度担保実行を行うことが認められるべきであるとの意見や、②上記第3、1の(説明)3と同様に、短期間に在庫量に大きな変動が生じたり在庫の搬入が遅れたりするなど、担保権者にとって偶然の事情によって実行の対象が大きく変わってしまうことや、設定者が悪意をもって在庫の補充を遅らせたりすることがあり得ることに照らすと、実行対象の動産の範囲が実行通知が到達した一時点に確定してしまうと担保権者にとって不合理な事態が生じ得ることから、新規加入物について再度実行を可能とすべきとの意見があった。
- 20 25 30 35

もっとも、上記①については、そのようなニーズは事業担保やプロジェクトファイナンスに限定されたものであって、集合動産担保一般にそのようなニーズがあるとはいえないとの指摘や、そのような意見が念頭に置いているのは一定の塊としての事業の担保化であ

って、そのような場合に限って累積的担保設定を肯定するものとして事後的な性質決定によって合意の有効性を判断するのは安定性を欠くから、それは集合動産担保ではなく包括担保の問題として検討した方がよいとの指摘があった。

また、上記②についても、実行対象の動産の範囲が実行通知が到達した一時点に確定してしまうとすると担保権者にとって不合理な事態が生じることがあるとしても、その解決のために累積的な担保権設定の合意の効力を一般的に肯定することは、目的達成のための手段として強力すぎることから、他の方法によって対処すべきとの指摘があり得るように思われる。

4 以上によれば、集合物を目的財産とする担保権が一旦実行されても、その後に構成部分
10 となった動産を含む集合物に担保権の実体的な効力が更に及ぶという趣旨での累積的な担保権設定の合意の効力は認めないこととし、実行後の再度実行をすることはできないものとするのが相当であると考えられる。そこで、本文では、このような考え方を提案している。

3 集合物の一部について実行がされた場合の効果

15 集合動産に担保権が設定され、担保権者が集合物の一部について実行した場合には、当該一部が所在場所によって他の部分と区別される場合を除き、その他の部分にも上記1(2)及び(3)の効果が生じるものとしてはどうか。

(説明)

1 集合動産を目的とする担保権において、担保権者がその一部のみについて実行をした場合に、その後の担保権の範囲やその他の部分の流動性への影響が問題となる。

ここでの問題は、担保権者は実行に当たって固定化が生じる範囲として集合動産の一部を指定することができるかという問題であると考えられる。すなわち、担保権者がそのような指定をすることは許されないとする、担保権者は実行に当たって常に集合動産全体を固定化するほかなく、固定化された集合動産のうち一部について実行した場合には、
25 後に他の部分について実行することはできるものの、当該他の部分への新規加入物に対して実行することはできないこととなる。他方で、担保権者がそのような指定をすることが許されるとすると、担保権者は集合動産のうち実行に当たって指定した一部のみを固定化させ、他の部分については流動性を維持して、当該一部について実行した後に当該他の部分
30 への新規加入物に対して実行することができることになる。

2 上記2の累積的な担保権設定の合意の効力が認められないことを前提とすると、既に実行が終了した部分については再度の実行ができないこととなるから、担保権者が集合動産の一部のみについて実行した場合において、一部実行後の残部の実行を可能とするためには、
35 実行が終了した一部と残部とを区別する必要があるが生じるが、実行が終了した一部が所在場所によって他の部分と区別されている場合を除き、このような区別は必ずしも容易ではない。

一読でも、「在庫一切」という特定方法が許容されること及び上記2の累積的な担保権設定の合意の効力を認めないことを前提として、一部実行後に残部の流動性が維持されるこ

とを認めるとすると、一部と残部を明確に切り分けることが困難であって、法律関係が不明確となるとの指摘があった。

3 実行が終了した一部が所在場所によって他の部分と区別される場合とは、例えば、担保の目的物が地理的に離れている複数の保管場所に所在している場合に、そのうちの一部の保管場所に所在する目的物のみについて実行をした場合である。一読の議論においても、このような場合については、各保管場所について同時に実行することが事実上困難であるなど、一方の保管場所についてのみ実行を認める必要性が高い場合があり、少なくともこのような場合については、同時にしか実行できないのは不都合であるから、一部実行を認めるべきとの意見があった。

このような場合については、一部実行の問題とみるのではなく、一つの担保権設定契約が締結され、契約書中において複数の担保であることが明示されなかったとしても、契約の解釈又は担保権の成立の仕方として、流動性の単位ごとに複数の担保が設定され、そのうちの一つが全部実行されたとみることもできる。このような理解ができるのであれば、所在場所によって区別できる場合に関する規定を設ける必要もないと考えられる。もっとも、設定行為の時点で、どのような範囲について実行を行うかを予測して担保権の単位を定めるのは困難であり、実行時に柔軟に実行の範囲を選択することができるようにするためには、担保権の個数にかかわらず、所在場所によって区別されていれば、一部実行によって他の部分の流動性に影響を与えないというルールを設けることが望ましいように思われる。

4 一部実行の範囲が所在場所以外の要素によって他の部分と区別することができる場合に、他の部分は流動性を失わないという規律を設ける必要はないか。例えば、A、Bという2種類の商品が倉庫内にある場合に、商品Aについてのみ実行がされた場合に、商品Bについてはなお流動性を失わないとすることも可能ではないかが問題となる。しかし、場所によって区別される場合には、前記2の再度の実行の禁止に抵触しない形で、実行が終了した部分とその他の部分を区別することが可能であるのに対し、それ以外の要素によっては、再度実行の禁止に抵触しないでこの両者を区別することが困難であるように思われる。例えば、商品Aと商品Bが保管されている倉庫内の商品が担保の目的とされ、倉庫内の商品の合計額は概ね一定であるが、AとBの比率は季節によって大きく変動するという場合、Aの比率が大きい時点でAについて実行し、その後Bの比率が大きくなった時点でBについて実行すると、実質的には再度の実行をしたのと同じ効果が得られることもあり得る。そこで、本文では、所在場所以外の要素によって実行済みの部分とそれ以外の部分を区別することができる場合でも、全体について流動性が失われることとしている。

もっとも、担保権設定の際の合意によって、当事者が明示的に商品Aと商品Bについて別々に担保権を設定することは可能である。この場合は、Aについて実行しても、これと別個の集合物であるBの流動性には影響せず、また、担保権の実行の時期は担保権者に委ねられることの帰結として、その後任意の時期にBについて実行をすることができると考えられる。

第4 新たな規定に係る担保権の競売手続による実行等について

- 1 新たな規定に係る担保権は、民事執行法第190条以下の規定に基づく競売によって実行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、設定者に対する他の債権者が申し立てた動産に対する強制執行手続及び他の担保権者が申し立てた担保権実行としての動産競売において、
5 配当要求をすることができるものとしてはどうか。
- 3 新たな規定に係る担保権の担保権者は、その担保権者に劣後する他の担保権者又は一般債権者がその目的物を差し押さえたときは、その強制執行の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができるものとし、ただし、目的物の価額が手続費用並びに第
10 三者異議の訴えを提起しようとする担保権者の債権及びこれに優先する債権の合計額を超えるときは、この限りでないものとしてはどうか。
- 4 執行官は、差押えをしたときは、その申立てに係る担保権の設定者を設定者として【同一の種類
15 の目的物について】登記等を備えている担保権者に対し、その旨を通知しなければならないものとしてはどうか。

(説明)

1 本文1及び2について

本文1は、部会資料7第3、1と同様に、新たな規定に係る担保権は、民事執行法第190条以下の規定に基づく動産競売によって実行することができるものとするを提案して
20 いる。

本文2は、部会資料2第2、2の本文(1)及び部会資料7第3、2と同様に、動産を目的とする強制執行又は担保権の実行としての動産競売において、当該動産について新たな規定に係る担保権を有する担保権者は、配当要求をすることができるものとするを提案
25 している。本文2は、動産競売がどのような担保権に基づいて申し立てられたかを問わず、また、新たな規定に係る担保権者が動産競売を申し立てた担保権者に優先するか劣後するかを問わず適用される。

これらの点については、一読では異論は見られなかったことから、従前の提案を維持することとしている。

2 本文3について

(1) 部会資料2第2及び部会資料7第3においては、新たな規定に係る担保権の担保権者は、担保の目的物が一般債権者の申立てに基づく強制執行や、劣後する担保権者による担保権実行としての競売について、その不許を求めるため、無剰余の場合には第三者異議の訴えを提起することができるものとするを提案した。

本文2のように、動産を目的とする強制執行又は担保権実行としての動産競売の手続
35 において、新たな規定に係る担保権の担保権者が配当要求をすることができるものとすると、この配当要求がされたときは、執行官が無剰余であるかどうかを判断し、無剰余の場合には差押えが取り消されることになる(民事執行法第129条第2項、第192条)。これに加えて、第三者異議の訴えを提起することができるという提案をしたのは、現行法の譲渡担保権については、設定者の一般債権者が担保の目的物を差し押さえ、強制執行の

5 手続が開始された場合であっても、目的物の価額が譲渡担保権の被担保債権額を上回るなどの特段の事情がない限り、第三者異議の訴えによって上記強制執行の不許を求めることができることとされている（最判昭和 56 年 12 月 17 日民集 35 卷 9 号 1328 頁、最判昭和 58 年 2 月 24 日判タ 497 号 105 頁）ことを踏まえたものである。一読の議論においては、無剰余の場合には担保権者による強制執行の排除を認めるべきであるとした上で現行法の判例法理との連続性から、第三者異議の訴えを提起することができることを支持する意見や、真正譲渡であるか担保目的譲渡であるかが争われた場合に、剰余が生じる見込みがないのであれば、同じ第三者異議の訴えの手続において請求が認容されることにした方がよいなどの意見があった。

10 他方で、剰余の有無に関する執行官の判断に不服のある者は執行異議を申し立てることができるため、新たな規定に係る担保権の担保権者が第三者異議の訴えを提起することもできるとすると、無剰余であるかどうかについて、執行異議に対する執行裁判所と第三者異議の訴えの受訴裁判所の双方が判断する場合があります、その判断が矛盾するおそれがあるとの指摘もあった。この指摘については、優先担保権者が執行手続を排除しようとするときは、先行して第三者異議の訴えを提起するのが通常と考えられるから、上記の判断の矛盾のおそれは、第三者異議の訴えが無剰余ではないとの理由で請求棄却となり、その後優先担保権者が執行手続において配当要求をしたために再度剰余の有無が問題となるという局面で生じるものと考えられるところ、この場合には、剰余の有無については既に判決手続で決着が付いているから、執行手続で再度剰余の有無が問題となる可能性は低いし、仮に問題になったとしても、判決手続である第三者異議の訴えにおける判断が既判力はないとしても事実上尊重されると考えられるから、上記の判断の矛盾のおそれはそれほど大きい問題とはいえないとの意見があり、これに賛成する意見もあった。

25 本文 3 では、以上から、新たな規定に係る担保権者は、一般債権者による強制執行や後順位担保権者による担保権実行としての動産競売を第三者異議の訴えによって排除することができるという提案を維持している。もっとも、第三者異議の訴えに関する民事執行法第 38 条は、「目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者」が第三者異議の訴えを提起することができることと規定し、所有権のほか、ここにいう「権利」が何を指すかは具体的には明示していない。このことからすると、新たな規定に係る担保権がここにいう「権利」に当たるとしても、条文上これを明示することができるかどうかについては、なお検討を要する。

30 (2) 本文 3 では、部会資料 7 第 3、3 と同様に、同一の動産に 3 つ以上の担保権が設定され、最も劣後する担保権者が競売申立てをしたときに、最優先担保権者の被担保債権のみでは無剰余とならず、最優先担保権者に次ぐ担保権者（以下「第 2 優先担保権者」という。）の被担保債権も併せれば無剰余となる場合に、最優先担保権者は第三者異議の訴えを提起することはできないが、第 2 優先担保権者は第三者異議の訴えを提起することができるものとしている。

35 この点について、一読では、民事執行法第 188 条において準用する同法第 63 条第 2 項ただし書は、無剰余の場合であっても、優先担保権者の同意を得たときは担保権実行

としての競売の手続を続行することができる旨を定めているところ、買受可能価額で被担保債権の全部の弁済を受けることができる見込みがある者からは同意を得る必要はないとしているから、上記の局面についてもこれと同様に考えることができることや、最優先担保権者が配当要求をしたとしても、自ら担保権実行をするのと配当要求をするに
5 すぎないのでは違いがあることを指摘して、第2優先担保権者のみが第三者異議の訴えを提起することができるものとすることに賛成する意見があった。

本文3では、このような意見があったことも踏まえて、従前の提案を維持することとしている。

3 本文4は、新たな規定に係る担保権に基づく動産競売開始の申立てがされた場合に、他の担保権者が配当を受けるための実効的な機会を確保する必要があることから、執行官は、
10 差押えをしたときは、その申立てに係る担保権の設定者について登記等を備えている全ての担保権者に対し、その旨を通知しなければならないものとするを提案するものである。

上記第2、2では、新たな規定に係る担保権の担保権者が私的実行をするときは、その担保権の設定者を設定者として登記等を備えている担保権者に対してその旨の通知をしなければ
15 ならないとの考え方と、設定者は、新たな規定に係る担保権の担保権者から私的実行をする旨又は私的実行をした旨の通知を受けたときは、劣後担保権者又はその他の担保権者に対して通知しなければならないとの考え方の両案を提示した。動産競売の手続における他の担保権者への通知の在り方についても、これと同様に、実行しようとする担保権者
20 に対して登記等を備えた担保権者への通知義務を負わせる考え方と、設定者に対して実行の対象となる目的物について担保権を有する担保権者への通知義務を負わせる考え方があり得ると考えられる。一読では、競売手続による実行においても、登記等によって通知の範囲を画するべきとして、前者の考え方に賛成する意見があった一方で、設定者に対して
25 実行の対象となる目的物についての他の全ての担保権者を執行裁判所に届け出る義務を課した上で、執行裁判所又は執行官が通知するものとするべきとして、後者の考え方に比較的近い意見もあった。

優先担保権者が私的実行をする局面においては、劣後担保権者は単独の私的実行権限を有しておらず、仮に剰余が生じた場合にそれに対して権利を有する者にすぎないから、劣後担保権者の保護の要請は強いものではないとの考え方があり得るのに対し、劣後担保権
30 者が競売手続による実行をする局面においては、特に第1順位の優先担保権者は常に配当を受ける権利を有していると考えられるから、優先担保権者の保護の要請は強いと考えられる。また、競売手続による実行は、裁判所の関与する手続として行われるものであって、買受人が競売による権利取得の確実性を信頼する度合いは私的実行よりも強いものと考えられるから、後記のとおり優先担保権者が特段の行動をとらなかった場合に買受人が優先担保権の負担付きの所有権を取得すると解したとしても、優先担保権者の権利が即時取得
35 によって消滅する可能性は低いものとはいえないように思われる。さらに、設定者はあえて他の担保権者に対する通知やその存在の執行裁判所に対する届出をしないことによって剰余部分を受領することができる立場にあるため、設定者に通知又は届出義務を負わせる考え方が実効性を欠くことは、優先担保権者が私的実行をする局面と異ならない。加えて、

競売申立てをする者が登記事項証明書を取得しないことは通常は考えられないから、申立てに当たってその提出を義務付けたとしても負担とはならないし、登記事項証明書上の担保権者全員に機械的に通知することとし、更に部会資料 14 の別添で示したようなシステムを用いて、執行官も通知を行うことを可能とするのであれば、裁判所に過大な負担を課すものともいえない。

5 そうすると、新たな規定に係る担保権の担保権者が競売手続による実行をするときは、他の担保権者が配当を受ける機会を実効的に確保するために、その担保権の設定者を設定者として登記等を備えている担保権者に対してその旨の通知をするものとするのが相当であると考えられる¹⁴。

10 この考え方による場合には、新たな規定に係る担保権に基づく動産競売開始の申立てについて、添付書類として登記事項証明書等の提出を義務付けることが必要となる¹⁵。

また、本文では、通知の主体を執行裁判所ではなく執行官としている。これは、動産競売の執行機関は原則として執行官であり、また、ここでの通知は登記事項証明書等において担保権者とされている者に対して行えば足り、通知に当たって実質的な審査を行うことは予定されていないからである。

15 本文では、通知の時期を申立てがあったときではなく差押えをしたときとしている。これは、差押えに先立って通知をすれば執行妨害のおそれがあり、また、他の担保権者に対して配当を受けるための機会を確保するためには差押え後に通知をすれば足りるからである。

20 なお、ここでも、上記第 2、2 と同様に、通知の対象については、担保権実行の事実を秘匿することについての設定者の利益を一定程度保護する観点から、当該設定者について登記等を備えている全ての担保権者ではなく、実行の対象となる目的物と同一の種類目的物について登記等を備えている担保権者に限定することが考えられる。

4 担保権に基づく動産競売開始の申立てがされたが、他の担保権者が配当要求をせず、また、優先担保権者が第三者異議の訴えを提起しなかった場合に、他の担保権が消滅するかどうか問題となる。

25 一読では、優先担保権者の競売による担保権実行に際して劣後担保権者が特段の行動をとらなかった場合には、劣後担保権はいずれも消滅するものとするについては、異論は見られなかった。また、第 2 優先担保権者に劣後する担保権者が競売申立てをした場合において、最優先担保権者が配当要求し、第 2 優先担保権者が特段の行動をとらなかったときは、第 2 優先担保権のみが引き受けられて順位上昇の利益を受けるのは相当でないこと、買受人が第 2 優先担保権の引受けを理由に競売を後から取り消すことになると配当

¹⁴ このように考えると、一般債権者が担保権の目的物を差し押さえた場合についても、担保権者に対して同様の方法による通知をするものとするか否かを検討する必要がある。川北ほか・動産を目的とする譲渡担保権の競売手続による実行 61 頁は、譲渡担保権に基づく動産競売開始の申立てに当たって登記事項証明書を添付することを義務付けるのであれば、一般債権者による動産競売の申立てにおいても同じ取扱いをすることになるとする。

¹⁵ ある法人を設定者として登記を備えている担保権者を全て把握することができる限り、登記事項概要証明書（動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律 11 条 1 項）のようなものでも足りるとも考えられる。

を受けた最優先担保権者の地位が不安定になることなどから、第2優先担保権は消滅する
と考えるべきとの意見があり、これに賛成する意見もあった。

5 他方で、劣後担保権者の競売による担保権実行に際して優先担保権者が特段の行動をと
らなかった場合については、一読では、買受人が優先担保権の負担付きの所有権を取得す
るとすれば、執行官がそのようなリスクのある目的物を売却するのは容易ではないから、
裁判所の手続として競売手続を行う以上は、競売によって他の担保権は消滅し、買受人は
10 優先担保権の負担のない所有権を取得するものとすべきとの意見があった。確かに、本文
4のとおり、新たな規定に係る担保権の担保権者が競売手続による実行をするときは、そ
の担保権の設定者を設定者として登記等を備えている担保権者に対してその旨の通知がさ
れるものとするのであれば、登記等を備えた優先担保権者が配当を受けるための機会等は
原則として確保される一方で、登記等を備えていない優先担保権者が通知を受けられず
15 配当を受けるための機会等が確保されないのは自ら登記等を具備しなかった以上やむを得
ないともいえるから、競売によって優先担保権が消滅するものとしても、優先担保権者に
とって不合理とはいえないとも考えられる。

20 これに対し、一読では、優先担保権の負担付きの所有権しか取得できないとすれば買受
人が現れなくなるという問題に対しては、即時取得で対処するというのが動産執行の現在
の考え方であり、普通に競売に参加して普通に買い受ける人は普通は無過失であると整理
できるのであれば、買受人が現れなくなるという問題はそれほど起こらないとの意見があ
った。また、劣後担保権者の競売による実行は、私的実行ではできないはずのものである
25 から、買受人が現れないとしてもやむを得ないものであって、優先担保権者の利益を害し
てまで競売手続を使い勝手のよいものにする必要はないとの意見もあった。さらに、本文
4のとおり、新たな規定に係る担保権の担保権者が競売手続による実行をするときは、そ
の担保権の設定者を設定者として登記等を備えている担保権者に対してその旨の通知がさ
れるものとしても、登記等を備えている担保権者が常にシステムを通じて行われる通知に
30 直ちに対応できるとは限らないし、登記等を備えていない優先担保権者の担保権が何らの
通知を受けることなく競売によって消滅してしまうことを自己責任とまでみるのは相当で
ないと考えるのであれば、競売によって優先担保権が消滅するものとするのは、優先担
保権者にとって不合理であるという見方も成り立ち得る。

以上の点について、どのように考えるか。

30 5 私的実行と競売手続との関係をどのように調整するかという問題がある。

(1) 集合動産を目的とする担保権を有する担保権者が私的実行のために一旦実行通知を送
付し、これによっていわゆる固定化が生じたが、その後に私的実行を取りやめて改めて
動産競売の申立てをした場合に、どの範囲の動産が競売（執行官による差押え）の対象
となるかについて、どのように考えるか。

35 この点は、集合動産を目的とする担保権の設定において、集合動産の全部について一
度実行がされると再度の実行はできないこと（すなわち、累積的担保設定の合意の効力
は認められないこと）、担保権者は一方的に実行通知を撤回することはできないことを
前提とした場合に、問題となる（これらの前提を採らない場合は、固定化された時点で
集合動産の構成部分となっていた範囲とは無関係に執行官が差押えをすることができ、

差し押さえられた動産が競売の対象となる。)

この点について、いわゆる固定化の効果が、あくまで当該私的実行の対象を固定化するという私的実行の手続内の効果を有するに過ぎないものであるとすると、その後を開始された動産競売の手続に影響を有するものではなく、動産競売の手続において、執行官は、固定化された時点で集合動産の構成部分であるかどうかにかかわらず、差し押えの時点で担保権が及んでいる物を差し押さえることができ、差し押さえられた物が競売の対象となる。

これに対し、いわゆる固定化の効果が、実体法上担保権が及ぶ動産の範囲を確定するものであるとすると、固定化が生じた後に集合物に加入した動産には担保権が及んでいないことになるから、その後の担保権の実行としての動産競売の手続においても、競売の対象とはならないことになる(ただし、いわゆる固定化後に集合物に加入した動産は、固定化時点での構成部分と分別して管理されているときは当該通知に係る実行手続の対象とならないという考え方を採るとすれば、(その根拠をどのように説明するかにもよるが)分別されていない動産は差し押えの対象となるとも考えられる。)

以上のように、どの範囲の動産が競売の対象となるのか(どの範囲の動産について差し押えをすることができるか)は、集合動産を目的とする担保権の実行における「固定化」の制度設計によることになると考えられる。

(2) 優先担保権者による私的実行が開始された後に劣後担保権者が動産競売の申立てをした場合において、剰余があるときは、競売手続は取り消されず、私的実行と競売手続が併存することになるが、このときに優先担保権者は競売手続を排除することができるか。

優先担保権者は、剰余がある以上は、第三者異議の訴えによって競売手続を排除することはできない。しかし、競売手続による差し押えは、設定者の処分を制限する効力を有するにすぎず、優先担保権者の処分を制限する効力を有するものではないと考えるとすれば、優先担保権者は、目的物について競売手続による差し押えがされていたとしても、自身の有する処分権限を行使して、私的実行を有効に行うことができるようにも思われる。そうすると、帰属清算の通知等をした優先担保権者又は目的物の処分を受けた第三者は目的物の確定的な所有権を取得する一方で、劣後担保権者は担保権を失うこととなるから、優先担保権者又は第三者は、このようにして私的実行を完了させた後においては、第三者異議の訴えによって競売手続を排除することができるとも考えられる。

これに対し、競売手続による差し押えの趣旨は、差し押え後の換価、満足に反する行為を抑止し、後の手続の換価、満足の準備をさせる点にあるとすれば、差し押えによる処分制限効は、差し押さえられた目的物自体に生じると解すべきであって、その処分制限効は設定者にとどまらず優先担保権者にも及ぶとも考えられる。このように考えると、優先担保権者は、競売手続による差し押えによって目的物の処分権限を失い、私的実行をすることはできないこととなるように思われる。もっとも、このように解したとしても、優先担保権者は競売手続において配当要求をして被担保債権全額の満足を得ることができるから、優先担保権者に生じる不利益は大きくないとも考えられる。

以上の点について、どのように考えるか。

第5 質権の実行方法に関する見直しの要否

民法第349条を削除し、動産質権について流質契約の有効性を認めるかどうかについて、どのように考えるか。

5 (説明)

1 動産質権については、いわゆる流質が禁止され、質権設定者は、設定行為又は弁済期前の契約において、質権者に弁済として質物の所有権を取得させ、その他法律に定める方法によらないで質物を処分させることを約することができないとされている(民法第349条)。同条の規定の趣旨は、流質契約を認めると、窮迫した状態にある債務者が少額の債務のために高価な質物を失い、質権者が不当な利益をむさぼるおそれがあることであるとされている。同条については、質権設定後であれば弁済期到来前でも流質契約を有効とする見解、暴利性の有無に照らしてその効力を決するのが妥当であるとの見解、清算金を支払うのであれば流質契約を認めてよいとする見解などが主張されている¹⁶。なお、同条に対する特則として、商法第515条は、商行為によって生じた債権については流質契約の有効性が認められている。

15 部会資料15及び16で検討したとおり、動産を目的とする新たな規定に係る担保権については私的実行を認めることについて異論が少ない。動産競売によらない実行方法を認めるかどうかについて、占有型であるか非占有型であるかの区別のみによって扱いを異にする理由はないとも考えられることから、新たな規定に係る担保権について私的実行を明文で認めるのであれば、同様に動産を目的とする担保権である質権についても流質の禁止を見直す必要がないかどうかの問題となる。

20 2 前記のとおり、動産質権と同様に動産を目的とする担保権について私的実行を明文で認める規定を設けることに加え、流質の禁止については現行法上もその範囲を限定しようとする見解が主張されていることからすると、動産質権についても、少なくとも流質契約の有効性を認めることとして、民法第349条を削除することが考えられる。

25 仮に流質契約の有効性を認める場合、帰属清算方式や処分清算方式のような具体的な手続を定めるか、また、清算義務に関する規定を設けるかが問題になる。部会資料15第5のような具体的な手続を定めるとすると、質権についても同様の規定を設けることが考えられる。他方で、商行為によって生じた債権を被担保債権とする質権については現行法上も流質契約の有効性が認められているが、流質契約の具体的な内容は当事者間の合意に委ねており、法律上実行方法についての規定は設けられていない。新たな規定に係る担保権については、当事者間で目的物の処分方法について特段の規定がなくても私的実行が認められるのに対し、質権においては、流質契約において処分方法が定められるため、これに加えて処分の方法や手続について規定を設ける必要はないとも考えられるが、どのように考

30 えるか。
35 さらに、流質契約がなくても動産質権者は私的実行をすることができるものとするとも考えられるが、従来私的実行が認められてきた譲渡担保権においては、債務不履行が生じた場合には私的実行を行う意思を当事者が通常有していると考えられるのに対し、動産

¹⁶ 新注民(6)495頁参照〔直井義典〕

質権においては、質権者及び設定者の通常の意味として私的実行をする意思を有しているとはいえないようにも思われる（また、後述のとおり、デフォルトルールとして私的実行を認めると、設定者の清算金請求権を確保することが困難になる。）。そこで、デフォルトルールとして私的実行をすることができるとするのではなく、当事者が流質契約をした場合に限って動産競売以外の方法での処分ができることとするのが相当であるように思われるが、どのように考えるか。

3 これに対し、質物は動産質権者が占有しているため、一般的に流質契約の有効性を認めると、設定者の保護が弱くなるとの批判も考えられる。すなわち、現行法の譲渡担保においては、目的物を設定者が占有していることが多く、私的実行に対しては清算金が支払われるまで同時履行の抗弁権を主張して目的物の引渡しを拒み、又は目的物について留置権を主張することによって清算金の請求権を確保することができ、私的実行に関する新たな規定を設けるに当たっても、清算金請求権を確保するために同時履行や供託請求権などを設けることが検討されている。これに対し、質権においては既に質権者が目的物を占有しているため、動産競売以外の方法においては設定者の清算金請求権を確保する手段がない。このため、現行法と同様に限定された場面でのみ流質契約の有効性を認めるという考え方もあり得るが、どのように考えるか。

第6 所有権留保売買による留保所有権の実行

所有権留保売買による留保所有権の実行方法として、部会資料15第5、2及び3の帰属清算方式及び処分清算方式による私的実行並びに前記第4の民事執行法の規定に基づく競売を認めるものとしてはどうか。

(説明)

1 本文は、所有権留保売買による留保所有権の実行方法として、新たな規定に係る担保権と同様に、帰属清算方式と処分清算方式による私的実行を認めるとともに、裁判所の競売手続を利用することができることとし、所有権留保売主がそのいずれの方法によるかを選択することができるものとするを提案するものである。

一読では、所有権留保売買による留保所有権の実行方法について、新たな規定に係る担保権と同様の方法とすることに賛成する意見が複数あった。

また、所有権留保売買による留保所有権の実行方法を新たな規定に係る担保権と同様のものとした場合には、現在の実務よりも実行手続が重いものとなる可能性がある。これに対しては、確かに、そのような考え方を採用した場合には、目的物の評価及び清算金が発生しない旨の通知といった新たなプロセスが発生するかもしれないが、所有権留保売主にとって自ら売却した目的物を評価することはそれほど難しいことではないし、清算金がない旨の通知も実行通知にそれを追記するだけであるから、現在の実務の手続をそれほど重くするものではないとの指摘があった。

そこで、本文では、上記のとおり、所有権留保売買による留保所有権の実行方法を新たな規定に係る担保権と同様のものとするを提案している。

2 所有権留保売買による留保所有権の実行と売買契約の解除の関係について、一読では、

上記のとおり、所有権留保売買による留保所有権の実行方法を新たな規定に係る担保権と同様のものとするを前提として、実行と解除を異なる制度として併存させるべきとの意見が複数あった。この考え方によれば、所有権留保売主は、売買代金債務の不履行があった場合に、留保所有権の実行と売買契約の解除のいずれを選択することもでき、売買契約を解除した場合には、契約が遡及的に無効となる結果として、目的物の完全な所有権を得るとともに、原状回復として、買主に対して目的物の返還を請求することができる一方で受領済みの代金の返還義務を負うこととなる。このように考えると、所有権留保売主は、①倒産手続においては、解除権の行使は制約される可能性があるのに対し、留保所有権の実行は別除権の行使として規律されること、②解除を選択した場合には買主に対して受領済みの代金を返還する必要があるのに対し、実行を選択した場合には清算金が発生しない限り支払をする必要はないこと、③契約締結後に目的物の価額が上昇した場合には、実行を選択したときには清算金が発生する可能性がある一方で、解除を選択したときには清算金を支払う必要はないことなどの留保所有権の実行と売買契約の解除のそれぞれの利害得失を考慮した上で、いずれを選択するかを判断することになると考えられる。

これに対し、一読では、判例は解除権の行使を担保権の実行と評価していると考えられることや、倒産手続に入る前に催告をして解除権を取得しておくことによって留保所有権者が倒産手続において有利な地位に立つことが可能となってしまうことへの懸念から、売買契約の解除権の行使は留保所有権の実行として評価すべきではないかとの意見があった。

しかし、目的物の所有権が売主に留保されているとしても、売買代金債務の不履行があった場合に民法第541条等に基づく解除が許されないものとするを説明することは容易でないようにも思われる。また、少なくとも倒産手続に入る前に催告をして解除権を取得していた場合には倒産手続の開始後に解除権を行使することができるとしても¹⁷、破産手続においては破産管財人は民法545条1項ただし書の第三者に当たると解されるから、売主は売買契約を解除しても破産管財人に対して目的物の返還を請求することはできないし¹⁸、再生手続においても、再生債務者が同項ただし書の第三者に当たると解する立場に立った場合には、売主は売買契約を解除しても再生債務者に対して目的物の返還を請求することはできないこととなるから¹⁹、解除権の行使の可否や再生債務者の第三者性に関してどのような見解に立つかにもよるが、倒産手続の開始後の売買契約の解除を認めたからといって、直ちに留保所有権者が倒産手続において有利な地位に立つものとはいえないと

¹⁷ 伊藤（眞）ほか・条解破産法 610 頁注 42 は、破産手続開始前に破産者に債務不履行があり催告も経て解除権が具体的に発生している場合は、相手方は破産手続開始後でも解除権を行使できるのに対し、債務不履行はあるが必要な催告が破産手続開始前又は保全処分命令前になされていない場合には、同開始後は催告を受けても法律上履行することができないので、相手方に解除権は発生しないと解されるとする。もっとも、契約の解除権は、債務不履行をされた相手方を反対給付の債務負担から解放するための制度であり、破産手続開始後の履行不能を理由とする解除権の行使も可能と解する余地があると

¹⁸ 伊藤（眞）ほか・条解破産法 610 頁

¹⁹ オロ＝伊藤・新注釈（上）190 頁は、多数説は、再生手続開始に伴い再生債務者には第三者性が付与されるものと解しているとする。もっとも、森＝川畑・民事再生の実務 119 頁〔栢分宏和〕は、再生債務者の第三者性について、実務上は肯定する見解と否定する見解のいずれか一方の見解に固まっているわけではないとする。

も考えられる。さらに、所有権留保売主は、代金債務の不履行があった場合に売買契約の目的物から優先弁済を受けることを可能にすべく目的物の所有権を自身に留保しており、それによって自身の売主としての地位を弱めることは意図しておらず、買主もこれと同様の認識であると考えられることからすれば、代金債務の不履行があった場合であっても解除権を行使することはできないこととして、所有権留保売主の地位を一部であっても通常の売主よりも弱めることは、契約当事者の合理的意思にも反するのではないかとも思われる。

以上によれば、留保所有権の実行と売買契約の解除を異なる制度として併存させ、留保所有権売主はいずれを選択することもできると解するのが相当であるようにも思われるが、この点についてどう考えるか。

第7 債権を目的とする担保権等の実行

1 後順位債権譲渡担保の設定の可否

債権譲渡担保権設定者は、その目的である債権について更に債権譲渡担保を設定することが出来るものとするか否かについて、どのように考えるか。

(説明)

1 債権質については、後順位の質権を設定することができることに問題はなく、実務上も後順位の質権を設定することがあるとされるが、債権が担保目的で譲渡された場合（以下「債権譲渡担保」ということがある。）についても、後順位の債権譲渡担保の設定を認めるか否かが問題となる。一読では、後順位債権譲渡担保を認めるか否かによって、債権を目的とする担保権等の実行についての考え方が変わってくるとの指摘があったことから、債権を目的とする担保権等の実行手続を検討するに先立ち、後順位債権譲渡担保の設定の可否を検討することとしている。

2 一読では、後順位債権譲渡担保の実務上のニーズについて、典型的には、複数の担保権者が順位を合意した上で目的債権について担保権を設定するケースが想定されるとの意見があった。そして、このようなニーズを前提とすると、後順位債権譲渡担保の設定は原則として許されないものとしつつ、先順位担保権者の同意がある場合には設定することができるという制度設計もあり得るとの指摘があった。

また、既設定担保権に余剰が生じている場合で事後に新たな資金ニーズが生じている場合や、買収資金等で総資産担保が設定される場合で当初よりメザニンレンダーから調達を受ける場合は、後順位担保権を設定するニーズがあるとの指摘がある²⁰。もっとも、特に民法上の通知によって債務者対抗要件を具備するときは、真正売買か担保目的かの区別について第三債務者に通知する必要はなく、いずれの取扱いをすべきか確知できない第三債務者は、次順位権者に対する取扱いについて判断を迫られることになり、最悪二重払いのリスクを負わされること、仮に担保権であることが分かったとしても、各担保権者の被担保債権額の計算、配当の事務を第三債務者の負担で行わせることは酷であることから、第三

²⁰ 全銀協・銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書 36 頁

債務者への適切な保護を与えつつ、後順位債権譲渡担保権の設定を可能とする方策を考
ることが望ましいとも指摘されている²¹。

これに対し、一読では、債権譲渡担保は目的債権を排他的に担保権者に帰属させるもの
であって、判例も後順位担保権者の存在を想定していないと考えられること、後順位譲渡
担保権の設定を認めると、先順位担保権者の被担保債権額が目的債権額に満たないときに、
後順位担保権者はその剰余部分について先順位担保権者に先立って取立てをすることがで
きるか否かなどの問題が生じることから、後順位債権譲渡担保の設定は認められないもの
とすべきとの意見もあった。

3 ある債権について後順位債権譲渡担保を設定するに当たっては、まず第1順位の債権譲
渡担保権者となろうとする者が設定者との間で譲渡担保契約を締結して目的債権について
第三者対抗要件を具備し、次いで第2順位の債権譲渡担保権者となろうとする者が設定者
との間で譲渡担保契約を締結して目的債権について第三者対抗要件を具備するとの方法に
よることとなると考えられる²²。このとき、いずれの担保権者も債務者対抗要件を具備した
場合には、第三債務者との関係では先行して第三者対抗要件を具備した第1順位債権譲渡
担保権者が債権者として扱われることとなるから、この場合において第2順位債権譲渡担
保権者が私的実行をすることは原則としてできないこととなると考えられる。

もっとも、第2順位債権譲渡担保権者は、第1順位債権譲渡担保権者の被担保債権が消
滅してその譲渡担保権が消滅した場合には、当然に順位が上昇して第1順位債権譲渡担保
権者となる（債務者対抗要件を具備したときに第三債務者との関係で債権者として扱われ
る地位を得る）ことができると考えられる。また、上記のとおり第三債務者との関係で債
権者として扱われる第1順位債権譲渡担保権者について、後記4のとおり、目的債権の全
額を取り立てることができるものとし、被担保債権額を超えて回収がされた場合には、担
保権者が設定者に対して清算する義務を負うものと解するのであれば、第2順位債権譲渡
担保権者は、その清算金請求権に対して物上代位権を行使することができるものとするこ
とが考えられる。さらに、後記7（説明）2のとおり、第2順位債権譲渡担保権者は、第
1順位債権譲渡担保権者の同意がなくとも、配当手続の整備された民事執行法上の債権執
行手続による実行をすることができると思える余地もないではない。

以上のように解したときに、後順位債権譲渡担保の設定によって先順位債権譲渡担保権
者又は第三債務者の利益が害される可能性は大きくないとすれば、後順位債権譲渡担保の
設定は可能であると考えることができ、また、その設定について先順位債権譲渡担保権者
の同意を得る必要もないと考えることもできるように思われるが、この点についてどう考
えるか。

2 債権譲渡担保権者による債権の取立て

債権譲渡担保権者は、その目的である債権を直接に取り立てることができるものとして
はどうか。

²¹ 全銀協・銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書 36, 37 頁

²² 担保権者間の優劣関係については、議論を単純化するために、差し当たり現行法を前提として検討す
る。

(説明)

- 1 本文は、部会資料7第4、1と同様に、債権譲渡担保権者は、その実行方法として目的
債権を直接取り立てることができるものとするを提案するものである。一読では、こ
5 の点について特に異論は見られなかったことから、従前の提案を維持している。
- 2 債権質の規律と債権譲渡担保の規律とを全体として同一のものとするべきか否かについて、
どのように考えるか。この点は、2以降の論点に全体として関連する問題であることから、
ここで総論的に検討する。

一読では、債権質は目的債権を設定者に帰属させたままで担保権を設定するものである
10 のに対し、債権譲渡担保は目的債権を排他的に担保権者に帰属させるものであって、目的
債権の帰属の仕方が異なっていること、債権質と債権譲渡担保をニーズに応じて選択する
ことができるようにすることが実務上も望ましいと考えられることから、債権譲渡担保と
債権質を差別化すべきとの意見があった。

他方で、債権については動産と異なり第三債務者の存在を考慮する必要があるところ、
15 債権質の規律と債権譲渡担保の規律とを実行の局面で異なるものとする、第三債務者
としては真正譲渡、債権譲渡担保及び債権質をそれぞれ区別して適切に対応しなければなら
ないことになるが、対応を誤った場合に無過失が要求される民法478条によって保護さ
れるとは限らないから、債権質と債権譲渡担保は第三債務者保護の観点から同一の制度と
するのが望ましいとの意見もあった。

債権質の規律と債権譲渡担保の規律とを異なるものとして選択可能とすることについて、
20 実務上のニーズが相当程度存在するのであれば、債権質と債権譲渡担保を内容の異なる別
個の制度とすることが考えられるが、そのようなニーズが大きくないのであれば、第三債
務者保護の観点から、債権質の規律と債権譲渡担保の規律とを全体として同一のものとし
ることが望ましいようにも思われる。

25 この点について、どのように考えるか。

3 債権質権者及び債権譲渡担保権者の取立権限及び実行通知の要否

債権質権者及び債権譲渡担保権者の取立権限及び実行通知の要否については、次のとお
りとすることが考えられるが、どのように考えるか。

【案 16.7.3.1】

(1) 債権質権者及び債権譲渡担保権者は、その実行をしようとするときは、被担保債権の
債務不履行があった日以後に、債権質権設定者又は債権譲渡担保権設定者に対し、実行
をする旨及び被担保債権の額を通知しなければならないものとする。

(2) (1)の通知が設定者に到達した時から1週間が経過したときは、債権質権者及び債権譲
35 渡担保権者は、質権又は譲渡の目的である債権を直接に取り立て、又は後記4に従って
実行することができるものとする。

【案 16.7.3.2】

被担保債権の債務不履行があったときは、債権質権者及び債権譲渡担保権者は直接の取
立てその他の方法による実行をすることができるものとする。

(説明)

1 本項は、動産を目的とする担保権の実行についての【案 15.5.4.1】と【案 15.5.4.2】の対
立と同様に、債権質権及び新たな規定に係る債権を目的とする担保権の実行権限がいつ発
5 生するかを問題とするものである。この点については、債権譲渡担保についてどのような
規定を設けるかを検討するとともに、権利質に関する規定との関係も整理する必要が生じ
る。

2 一読では、【案 16.7.3.2】に賛成する意見として、①受戻しの可能性などがある場合に担
保権者が合理的な期間にわたって待機することは現在の実務でも行われており、また、そ
10 の待機期間は個別具体的な事情を踏まえて設定されるべきものであるから、画一的に一定
の期間を設けて待機させることは相当でないこと、②非協力的な設定者は待機期間中に第
三債務者から取り立てた金銭を隠匿、費消するおそれがあること、③担保権者が動産と債
権を同時に担保として取得しているケースもあるため、動産について【案 15.5.4.2】を採
15 用するのであれば、【案 16.7.3.2】を採用して動産と債権とで手続を同一のものにすること
が望ましいこと、④【案 16.7.3.1】による場合には、第三債務者は実行通知の到達日を容
易に知り得ない上に、仮に債務者対抗要件の具備や取立委任の解除に関する第三債務者
に対する通知自体が実行に該当するとすれば²³、その通知は1週間の経過前に送付された場
合には無効ということになるが、このような状況は第三債務者にとってあまりに判断要素
20 が多く、その保護に欠けるものであって、このことは債権質と債権譲渡担保と異なら
ないことなどの指摘があった。また、債権の場合には支払サイトが短期であることも多く、通
知後1週間以内に目的債権の期限が到来するケースでは、特に時間的猶予が実行の大きな
妨げとなるとの指摘もある²⁴。

他方で、【案 16.7.3.1】に賛成する意見として、設定者の立場からは、受戻しの最後の機
会を与える期間として一定の期間を置く必要性は高く、債務不履行に至った設定者に対し
25 て即時に私的実行を強行するような不誠実な担保権者を想定すると、画一的な待機期間を
設ける必要があるから、債権譲渡担保と債権質のいずれについても猶予期間を設けるべき
であるとの指摘があった。

これらの指摘も踏まえ、【案 16.7.3.1】と【案 16.7.3.2】のいずれを採用するかについ
ては、動産を目的とする担保権の実行について【案 15.5.4.1】と【案 15.5.4.2】のい
30 ずれを採用するかとの整合性を考慮しつつ、また、債権質と債権譲渡担保とで同様の規
律を採用するかについては、異なる規律を採用することが第三債務者の保護に欠ける事
態を生じさせないかを考慮しつつ、それぞれ引き続き検討する必要がある。

²³ もっとも、本文では、担保権者による目的債権の取立て、帰属清算方式における帰属清算の通知等又は処分清算方式における処分を「実行」と捉えており、債務者対抗要件の具備又は取立委任の解除のための第三債務者に対する通知は、ここでの「実行」には当たらないものと整理している。確かに、そのような第三債務者に対する通知によって担保権者が目的債権を確定的に取得するようにも思われるが、なおその目的債権の取得は担保の目的の範囲で生じていると解される（最判平成19年2月15日民集61巻1号243頁参照）のであって、被担保債権の消滅は、そのような第三債務者に対する通知によって生じるものではなく、担保権者による目的債権の取立て、帰属清算方式における帰属清算の通知等又は処分清算方式における処分によってはじめて生じるからである。

²⁴ 阪上ほか・債権を目的とする担保権等の実行 61、62 頁

4 担保の目的財産が金銭債権である場合に担保権者が取り立てることができる範囲

(1) 債権譲渡担保権者は、譲渡担保権の目的が金銭債権であるときは、その全額を取り立てることができるものとしてはどうか。

5 (2) 民法第 366 条第 2 項を改め、質権者についても、質権の目的が金銭債権である場合には、その全額を取り立てることができるものとしてはどうか。

(説明)

1 部会資料 7 第 4、3 では、債権譲渡担保について、第三債務者からすれば、被担保債権
10 の額を把握することは困難であるため、担保権者の取立権がいくらまでかを判断することが
難しい場合があり、これを誤った場合に無過失を要件とする民法第 478 条によって保護
されるとは限らないこと、担保権者の立場から考えても、その目的財産が多数の第三債務
15 者に対する債権であり、その総額が被担保債権額を超える場合には、被担保債権の額に
限定して請求することは事実上困難であることなどから、債権譲渡担保権者は、譲渡担保
権の目的が金銭債権であるときは、その全額を取り立てることができるものとし、被担保債
権額を超えて回収がされた場合には、担保権者が設定者に対して清算する義務を負うもの
20 とすることを提案した。本文(1)は、この提案を維持するものである。

一読では、真正譲渡と同様に扱うという理由を持ち出さなくとも、担保権に関する一般
20 的な考え方、すなわち担保権の不可分性や動産を目的とする担保権の実行方法とのバラン
スを理由として、この考え方を正当化することができるとの意見があった。

2 後順位債権譲渡担保の設定を認める場合に、各担保権者が目的債権を取り立てることが
できる範囲について、どのように考えるか。

一読では、後順位債権譲渡担保を認める場合において、先順位担保権者が全額を取り立
25 てることができるとするときは、後順位担保権者は清算金に対する物上代位などの何らか
の手段ができるようにすべきではないかとの指摘もあった。

目的債権額が 150 万円であり、先順位譲渡担保権者と後順位譲渡担保権者の被担保債
権額がいずれも 100 万円である場合において、先順位譲渡担保権者は 100 万円、後順
位譲渡担保権者は 50 万円をそれぞれ取り立てることができることは、それぞれの
30 被担保債権額を容易に知り得ず、各担保権者に弁済すべき額を的確に把握することが困難
な第三債務者の保護に欠けると考えられる。そうすると、先順位担保権者が目的債権の全
額を取り立てることができるものとした上で、後順位担保権者は設定者の先順位担保権者
に対する清算金請求権に対して物上代位権を行使することによって満足を受けるものとする
ことが望ましいようにも思われる。

この点について、どのように考えるか。

35 3 現行法上、債権質権者は自己の債権額に対応する部分に限って質権の目的である金銭債
権を取り立てることができるとされている（民法第 366 条第 2 項）。そこで、債権譲渡担
保について本文(1)のような規律を設ける場合に、質権についてもこれと同様の見直しをす
るか（民法第 366 条第 2 項を削除するか）が問題になる。

一読では、債権譲渡担保においては目的債権が担保権者に帰属しているから、担保権者

に目的債権の全額の取立てを認めることは理論的に説明可能であるが、債権質においては目的債権はなお設定者に帰属し、質権者は被担保債権の範囲でしか優先弁済権を把握していないから、被担保債権額を超えた取立てを認めることを理論的に説明することは難しいとの意見があった。

- 5 もっとも、上記1のとおり、質権者に対して目的債権の全額の取立てを認めることについても、担保権の不可分性の観点から説明することは可能であるとも思われる。また、債権質と債権譲渡担保で目的債権を取り立てることができる範囲を異なるものとした場合には、第三債務者は取立てに際して債権質と債権譲渡担保を区別して対応することを求められることとなり、第三債務者にとっては負担となるとも考えられる。このように考えると、
10 質権についても債権譲渡担保と同様に目的債権の全額の取立てを認めることも考えられる。
以上の点について、どのように考えるか。

5 担保の目的である金銭債権の弁済期が被担保債権の弁済期前に到来した場合に、担保権者が請求することができる内容

- 15 譲渡担保の目的である金銭債権の弁済期が被担保債権の弁済期よりも先に到来する場合には、債権譲渡担保権者が請求することができる内容について、次のいずれかの規定を設けるものとしてはどうか。

【案 16.7.5.1】

- 20 譲渡担保権の目的である金銭債権の弁済期が到来したときは、債権譲渡担保権者は、被担保債権の弁済期が到来する前であっても、目的債権を直接に取り立てることができるものとする（取り立てた金銭の処理方法や、債権質についても同様の見直しをするかどうかについて、検討する必要がある。）。

【案 16.7.5.2】

- 25 譲渡担保の目的である金銭債権の弁済期が被担保債権の弁済期前に到来したときは、債権譲渡担保権者は、第三債務者にその弁済をすべき金額を供託させることができるものとした上で、第三債務者は、対抗要件を具備した担保権者に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもって設定者に対抗することができるものとする。

(説明)

- 30 1 本項は、譲渡担保権の目的である金銭債権の弁済期が被担保債権の弁済期前に到来した場合に、譲渡担保権者が目的債権を取り立てることができるか、供託をさせることができるに過ぎないかという問題を取り上げるものである。

- 一読では、第三債務者は被担保債権の弁済期を容易に知り得ないため、第三債務者は被担保債権の弁済期が到来するまで担保権者に弁済できないとすると、第三債務者の保護に欠けることとなることを理由として、【案 16.7.5.1】に賛成する意見があった。また、代替物的物上代位については、目的物が滅失することを根拠として、物上代位権を行使するに当たって被担保債権の弁済期の到来は要求されないとの見解があるところ、ここでも弁済期の到来によって目的債権が弁済により消滅する状況にあるから、同様に被担保債権の弁済期が到来していなくとも担保権者が目的債権を取り立てることができるとの考え方があり

得るとの指摘があった。

これに対し、一読では、①直接取り立てるか供託するかは、諸外国の立法例を参考として、取り立てた金銭を充当するのではなく預金等で分別管理するという考え方もあり得る、②担保権者が取り立てた金銭を被担保債権に充当することができる積極的な根拠は明らかではないから、供託が第三債務者にとって手間が掛かるのであれば、より負担の軽い別の措置を採るべき、③被担保債権について不履行が生じる前に担保権者が目的債権を取り立てて被担保債権に充当することができるとする考え方は、債権譲渡担保を真正譲渡と同じように扱うとの考え方には整合的であるが、担保権に関する一般的な考え方からは外れている、④ここでの問題は、担保の目的物が形を変えるときにどのようにして担保権者に不当に不利益にならない形で担保権の効力を維持するかという問題の一環であり、供託させるか又は取り立てた金銭について質権を取得するものとしたり分別管理させたりすることが考えられるなどの指摘があった。これらの指摘は、第三債務者の保護の観点からは、担保権者が被担保債権の弁済期到来前に目的債権を取り立てることを認めることが妥当であるとしても、担保権者が取り立てた金銭を被担保債権に充当することを認めることは、担保権の効力の観点から理論的に説明することは困難であるとの点で概ね共通している。

2 一読の議論においても指摘されたように、被担保債権の弁済期前に目的債権の弁済期が到来した場合の担保権者の権限について検討するに当たっては、第三債務者が適切に行動することができるかどうかを考慮する必要がある。

債権譲渡担保においては、①第三者対抗要件だけを具備しておき、実行段階になって初めて債務者対抗要件を具備する場合、②設定の段階で債権譲渡の債務者対抗要件を具備するが、担保権者が設定者に対して取立権を付与し、第三債務者に対して設定者に弁済するように指示しておき、実行の段階でこの委任を解除して担保権者への弁済を請求する場合、③設定の段階で債権譲渡の債務者対抗要件を具備し、設定者の債務不履行が生じていない段階から、担保権者が取立てを行う場合などがある。実行の段階では、第三債務者に対し、①においては債務者対抗要件としての通知がされ、②においては、取立委任を解除し、その後の弁済を担保権者に対してすることを指示する通知がされることになると考えられるが、いずれにしても、第三債務者からみれば、担保権者と設定者との間の法律関係が目的債権の真正譲渡であるか譲渡担保であるかを区別できない場合もある。さらに、譲渡担保であることを知ることができたとしても、被担保債権の弁済期が到来したかどうかを知ることができない場合もある。この点を考慮すると、【案 16.7.5.1】のほうが適切であると考えられる。

3 【案 16.7.5.1】を採る場合において、譲渡担保権者に支払われた金銭をどのように処理するかが問題になる。

代替的物上代位において、物上代位権の行使として取り立てた金銭を弁済期到来前の被担保債権に充当することが認められると考えるのであれば、債権譲渡担保の目的債権の弁済期が被担保債権の弁済期前に到来した場合にも、同様に担保の目的物が滅失することを根拠として、担保権者が取り立てた金銭を弁済期到来前の被担保債権に充当することができると考えられる。しかし、前記のとおり、一読の議論においては、弁済期到来前の被担

保債権に充当することに対しては、否定的な意見が強かった。

他方で、このように解することができないとすると²⁵、担保権者が取り立てた金銭を弁済期到来前の被担保債権に充当することはできないことを前提として、取り立てた金銭の処理方法を検討する必要がある。ここでは、担保権の目的財産である債権が消滅する場合に、担保権の実効性をどのように存続させるかが問題となるが、①被担保債権の弁済期前に取り立てた金銭を被担保債権に充当することはできず、②担保権者は取り立てた金銭を設定者に返還する義務を負うが、③この返還義務の弁済期は、被担保債権の弁済期までは到来せず、④被担保債権の弁済期においてこれを被担保債権に充当することができるものと解すべきと考えられる²⁶。

4 以上に対し、担保という性質からすれば被担保債権の弁済期が到来していない段階では実行できないのが原則であり、取立てを認めなくても担保権者に不利益を与えずに担保権の効力を維持することができるのであれば、取立てを認める必要はないという考え方もあり得る。現行法上債権質については供託請求のみが認められており、このような方法で担保権の効力を維持することができることからすると、基本的には債権を目的とする譲渡担保においてもこのような規律を維持すべきであるとも考えられる。このような考え方に基づく提案が、【案 16.7.5.2】である。

もっとも、前記のとおり、第三債務者が、担保権者が真の債権者であると信じ、又は被担保債権の弁済期が既に到来していて担保権者に取立権があると信じて、担保権者に対する弁済をする場合があるため、【案 16.7.5.2】を採る場合には、このような第三債務者を保護する必要性が問題になる²⁷。第三債務者の保護を民法第 478 条（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）によって図ることも考えられるが、第三債務者は、担保権者と設定者との法律関係という無関係の事情に巻き込まれた立場にあることからすると、その主観的事情の主張立証を要せずに第三債務者を保護することが考えられる。そこで、本文

²⁵ 野山宏・最判解民事篇平成 10 年度（上）37 頁以下は、抵当権に基づく物上代位一般について、賃料債権を代位の目的とする場合を除き、原則として被担保債権の履行遅滞は物上代位権の行使（保全）の要件ではないと考える方が実体法の解釈としては自然であるとした上で、物上代位権の行使は民事執行法 193 条において準用する 143 条以下の規定により債権執行の方法によるとされるが、被担保債権が履行遅滞の状態にないものの民法 304 条 1 項ただし書により差押えを認めるべき場合において、最終的な満足の段階にまで進む債権執行の方法を丸ごと準用することは適当でなく、現行の手続法の中から弁済期前における物上代位権の行使のために流用（準用）できる手続を探すとすれば、相対的に最も流用（準用）しやすいのは仮差押えの手続であるとする。また、中野＝下村・民事執行法 722、723 頁も、物上代位の差押えは、保全的物上代位として、被担保債権の弁済期到来前の準備的措置としてされる場合があり、このときには、民法 304 条の「差押え」については、民事保全法上の仮差押えの規定を類推適用すべきとする。これらの見解は、被担保債権の弁済期到来前において物上代位権を行使することができるとしても、その弁済期到来前の段階ではその代位の対象となる債権を取り立てて被担保債権に充当することはできないことを前提とするものと解される。

²⁶ なお、現行法上、金銭債務を担保する目的で債権者に対して金銭が交付される場合として、敷金がある。

²⁷ もっとも、第三債務者が被担保債権の弁済期到来前に担保権者に対して支払ったとしても、被担保債権の弁済期が到来すると、いずれにしても担保権者は第三債務者から取り立てることができるため、第三債務者が二重弁済の危険を負うケースはまれであると思われる。被担保債権の弁済期到来までに設定者が被担保債権を弁済すれば目的債権が受け戻されるが、既に担保権者に対する支払がされているのに、設定者がさらに弁済をすることは考えにくい。

では、債務者対抗要件を具備した譲渡担保権者に対して第三債務者が目的債権の弁済をしたときは、この弁済をもって設定者に対抗することができることを提案している。

5 債権の譲渡担保権についていずれの考え方を採るとしても、債権質に関する民法第 366 条第 3 項を見直す必要があるかどうか問題になる。債権を目的とする担保としての共通性や、第三債務者の保護が問題になるという状況には譲渡担保か債権質かで変わりが
5 ことからすると、債権質についても債権譲渡担保と同じ規律にすることが考えられる。他方で、譲渡担保と異なり、債権質については、債務者対抗要件の通知において、それが債権質であることが明らかにされているから、少なくとも真正譲渡との混同は生ぜず、設定者として弁済する義務があるか供託する義務があるかに留意して行動することを期待
10 することができるとも考えられる（もっとも、特に法律に関する専門知識を有していない第三債務者にこのような期待をすることができるかどうかには疑問もある。）。

一読では、第三債務者に対する分かりやすさから、債権質についても同様の制度にすることが望ましいとの意見があったが、この点についてどのように考えるか。

15 6 担保の目的財産が非金銭債権である場合の実行方法

担保の目的財産が非金銭債権である場合に、譲渡担保権者は、弁済として受けた物について【譲渡担保権（新たな規定に係る担保権）／動産質権】を有するものとしてはどうか。

(説明)

20 前記 2 では、債権譲渡担保権者は目的債権を直接取り立てることができるものとしたが、これは目的債権が金銭債権ではない場合にも適用され、債権譲渡担保権者は、金銭以外の目的物を弁済として受けることができる。しかし、債権譲渡担保権の目的はあくまで債権であり、弁済として受領した物について当然に担保権を取得するものではない。そこで、担保権者が弁済として受領した物からどのようにして被担保債権の満足を受けるかが問題となる。
25 なお、ここでは、目的財産が債権である場合を検討対象としており、目的財産が株式や信託受益権などの債権以外の権利である場合は検討対象としていない。

債権質については、質権者は弁済として受けた物について質権を取得すると定めている（民法第 366 条第 4 項）が、これは物上代位を定めたものであるとされている²⁸。非金銭債権を目的とする担保について、その弁済として受けた物が目的債権の代償物に当たるものとみて、
30 物上代位としてその代償物に対する担保権を成立させるのであれば、その代償物に対して成立する担保権の種類は、従前の担保権と同一のものとみるのが整合的であり、当事者の合理的意思にも合致するようと思われる。これによれば、債権譲渡担保において、目的債権が非金銭債権である場合には、譲渡担保権者は弁済として受けた物について譲渡担保権（新たな規定に係る担保権）を取得するものとする
35 ことが考えられる。

もっとも、新たな規定に係る担保権は非占有型の担保権であり、そのデフォルトルールとしては、設定者に使用収益権限を認めることとしている。しかし、物の引渡請求権を目的として譲渡担保権を有していた者が、受領した物を設定者に使用収益させることは、当事者の合理的な意思に反すると思われる。そこで、少なくとも設定者の使用収益権限を排除し、担

²⁸ 新注民(6)554 頁〔直井義典〕

保権者が引き続き受領した物を占有することができるものとする必要があるが、担保権者の占有権原が債権的な権原に過ぎないとすれば、担保権者の占有の保護を十分に図ることができないおそれもある。

5 以上からすると、担保権者が目的物を占有している場面が問題になっていることに鑑み、担保権者は受領した物について譲渡担保権ではなく動産質権を取得するとすることも考えられる。もっとも、動産質権者は当然に私的実行をすることができるわけではないから、担保権者が目的物について動産質権を取得するとしても、流質契約を締結したとみなすとともに、流質契約に基づく処分の具体的な内容についても何らかの規定を設けるなど、実質的に私的実行をすることができるよう、規律内容を検討する必要がある。

7 直接の取立て以外の私的実行の方法

債権譲渡担保権者は、目的債権を直接取り立てる方法によるほか、帰属清算方式又は処分清算方式の私的実行をすることができるものとする。

15 (説明)

1 部会資料7第4、6では、債権譲渡担保権の実行方法として、直接に取り立てる方法のほか、動産を目的とする担保権の実行方法と同様に帰属清算方式及び処分清算方式の実行方法を認めることを提案した。一読では、この点について異論は見られなかったことから、本文ではこの提案を維持することとしている。

20 また、債権譲渡担保について本文のような規定を設ける場合、債権質についても同様の実行方法を認める必要がないかも問題になる。この点については、動産質についてどのように考えるかとも併せて検討する必要がある。

2 一読では、債権質については民事執行法上の債権執行手続による実行をすることができることから、債権譲渡担保についても同法上の債権執行手続による実行を認めることが考えられるとの指摘があった。同法上の債権執行手続による実行の具体的なニーズとしては、同手続が配当手続の整備された手続であることから、前記1において後順位債権譲渡担保の設定を可能とした場合に、劣後担保権者は優先担保権者の同意がなくとも同法上の債権執行手続による実行をすることができるものとするのが考えられる。また、前記第3のとおり、動産について新たな規定に係る担保権の競売手続による実行を認めることからすれば、債権譲渡担保についても同法上の債権執行手続による実行を認めるのが整合的であるとも考えられる。

30 もっとも、同法上の債権執行手続による実行を認めるか否か、また、後順位債権譲渡担保の設定を可能とした場合に、劣後担保権者は同法上の債権執行手続による実行をすることができるか否かは、債権譲渡担保の法的構成とも関わる問題である。債権譲渡担保が設定された場合において、目的債権は債権譲渡担保権者に帰属していると考えるのであれば、債権譲渡担保権者が設定者を執行債務者として目的債権を差し押さえたとしても、いわゆる空振りとなり、執行手続を進行させることはできないし、また、後順位債権譲渡担保が設定された場合において、目的債権は優先債権譲渡担保権者に帰属していると考えるのであれば、やはり劣後債権譲渡担保権者は設定者を執行債務者として目的債権を差し押さえ

たとしても執行手続を進行させることはできないこととなる²⁹。また、第三債務者が真正譲渡と債権譲渡担保を的確に区別することは困難であることからすれば、真正譲渡されている場合には債権執行手続は空振りとなるが、債権譲渡担保が設定されている場合には債権執行手続は空振りとならないと考えることは、第三債務者の負担を増加させるものとも

5

考えられる。
この点について、どのように考えるか。

8 集合債権を目的とする担保の実行

目的である債権を範囲によって特定した債権譲渡担保の私的実行については、特別な規定を設けないものとする。

10

(説明)

現行法のいわゆる集合債権譲渡担保については、一般に、動産における「集合物」に対応する「集合債権」という概念は用いられず、個々の債権が一物としての「集合債権」を介することなく直接譲渡の対象になると考えられている。部会資料7第4、7では、このような理解を前提として、集合債権が担保目的で譲渡された場合であっても、個々の債権について個別に直接取立てによる実行を行えば足りることとし、特段の規定を設けないことを提案した。本文は、この提案を維持するものである。

15

一読では、債権譲渡担保は結局は取立権の問題に帰着するとして、循環型の債権譲渡担保では、実行通知によって設定者から譲渡担保権者に取立権が移行し、設定者の処分権の制限という効果が生じることから、これを集合債権概念を採用して固定化と呼ぶ必要はないとしても、特別な規定を置くことも考えられるとの指摘もあった。債権譲渡担保における取立委任について、本来的には取立権は担保権者に帰属しているところ、担保権者は債権的な合意によって設定者に対して取立てを委任しているにすぎないと考えるのであれば、当事者の合意の問題であるから、この点について特別な規定を置く必要はないと考えられるのに対し、取立権は担保権の一内容として当初から設定者に留保されていると考えるのであれば、これについて規定を置くことも考えられるように思われるが、この点についてどのように考えるか。

20

25

30

²⁹ 第3回議事録16～19頁参照。中野＝下村・民事執行法717,718頁は、執行債務者に属しない債権が差し押さえられた場合の真正債権者や、執行債務者に属する被差押債権の譲渡・質権設定の対抗要件具備が差押発効に先立つ場合の譲受人・債権質権者は、債権差押えによって何らその権利を害されず、差押債権者に弁済した第三債務者に対して二重弁済を請求できるとする。

文献略語表

- 相澤＝塚原編著・民事執行の実務・不動産執行編（下） 相澤眞木＝塚原聡『不動産執行の実務【第4版】不動産執行編（下）』（金融財政事情研究会、2018）
- 5 伊藤（眞）ほか・条解破産法 伊藤眞＝岡正晶＝田原睦夫＝中井康之＝林道晴＝松下淳一＝森宏司『条解破産法〔第3版〕』（弘文堂、2020）
- 伊藤（眞）ほか・条解民事執行法 伊藤眞＝園尾隆司＝林道晴＝山本和彦＝古賀政治『条解民意執行法』（弘文堂、2019）
- 10 川北ほか・動産を目的とする譲渡担保権の競売手続による実行 川北大和＝唐井貴久「動産を目的とする譲渡担保権の競売手続による実行」金融法務事情 2173号 59頁（2021）
- 才口＝伊藤・新注釈（上） 才口千晴＝伊藤眞監修、全国倒産処理弁護士ネットワーク編『新注釈民事再生法（上）〔第2版〕』（金融財政事情研究会、2010）
- 阪上ほか・債権を目的とする担保権等の実行 阪上武仁＝山本隼平「債権を目的とする担保権等の実行」金融法務事情 2174号 60頁（2021）
- 15 新注民(6) 道垣内弘人編『新注釈民法(6) 物権(3)』（有斐閣、2019）
- 菅野＝田代・民事保全の実務 菅野博之＝田代雅彦『民事保全の実務』（商事法務、2012）
- 全銀協・銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書 全国銀行協会「銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書」（2007）
- 20 富山ほか・同一の動産に複数の動産譲渡担保権が設定された場合の取扱い 富山聡子＝中祖康智「同一の動産に複数の動産譲渡担保権が設定された場合の取扱い」金融法務事情 2173号 54頁（2021）
- 中野ほか・民事執行法 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院、2021）
- 山本ほか・動産譲渡担保権の私的実行① 山本健司＝奥津周＝福井俊一＝福永将大「動産譲渡担保権の私的実行①」金融法務事情 2171号 57頁（2021）