

法制審議会
担保法制部会
第18回会議 議事録

- 第1 日 時 令和4年6月14日(火) 自 午後1時30分
至 午後5時44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(5)
- 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18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、衣斐幹事が御欠席と伺っております。また、何人かの委員、幹事の方から多少遅れるという御連絡を頂いておりますが、始めておきたいと思えます。

それでは、まず資料の説明をしていただきます。事務局からお願いいたします。

○笹井幹事 本日もよろしくお願ひいたします。

新たなお送りした資料として、部会資料16「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)」がございます。これについては、後ほど審議の中で事務局から御説明いたします。

資料については以上です。

○道垣内部会長 それでは、審議に入りたいと思えます。

先ほど御紹介いただきました部会資料16「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)」というものについて議論を行います。

まず、そのうちの第1の「1 評価・処分に必要な行為の受忍義務」について議論を始めます。事務当局において、部会資料の説明をお願いします。

○工藤関係官 それでは、1ページの「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」の「1 評価・処分に必要な行為の受忍義務」について御説明いたします。

ここでは、一読と同様に、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を提案しています。

担保権者がどのような場面でこの受忍義務を活用することが考えられるかについては、私的実行手続について、どのような見解を採用するかにもよるところですが、例えば、部会資料15の【案15.5.2.1】及び【案15.5.3.1】を採用した場合には、目的物の客観的な価額が誠実評価額を下回っていたときに、過分に支払った清算金の回収リスクを負うという事態を避けるために、担保権者がこの受忍義務に基づき調査を行って、目的物の現在の状況を確認することなどが考えられるかと思えます。

また、一読では、担保権者が目的物の仕入価格及び販売価格等を把握するために、帳簿の開示等を内容とする情報提供義務を設定者に負わせるべきであるとの御意見がありました。この点については、提供すべき情報の内容や義務違反の効果が問題となると考えられます。また、質権設定者はこのような義務を負っていませんが、譲渡担保権が非占有型であるということから、設定者にそのような義務を負わせることを正当化することができるかについても問題となるように思われます。

以上について御議論いただければと思えます。

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、御意見等いただければと思えます。

○大澤委員 大澤でございます。この受忍義務のところにつきまして、情報提供との関係で

意見を述べさせていただければと思います。

私は、そもそも私的実行のところについて、【案15.5.2.1】、誠実評価を少し変更してはどうかと、猶予期間を債務者に設けてはどうかと考えておるものではありませんが、いずれにしても誠実評価というようなところも踏まえて考えると、完全な不作為である類いの受忍義務であれば、セットでということも、そういった私的実行とのセットでということも考えられるかなとは考えております。

ただ、情報提供義務に関して言えば、これ自体は法文としてデフォルトルールとして定めるべきではないと考えております。と言いますのも、情報提供義務自体は、主従の評価と、あとその範囲等も広範にわたる可能性が十分にありまして、一方で、債権者の方からすれば、貸出しのときに何らかの評価を行い、またその内容についても、きちんとした精査を行った上で評価をして貸し出すという作業をしておりますので、その後のモニタリング等に関して言えば、債権契約の中で、貸出しの契約の中で、その目的物の内容等に応じて、どのような債務者に義務を負わせるかというのを、債権的に決めていけば十分足りるであろうと、法文上のデフォルトルールとしては、それ以上のものは必要なかろうと考えておる次第です。

また、倒産に至った局面等を考えましても、こちらの受忍義務あるいは情報提供義務というものを、管財人がどこまで負うのかということも一つの議論になろうかと思ひまして、私個人の考え方としては、そういった平時の受忍義務、債務者の受忍義務という完全な不作為の義務であればまだしも、管財人が情報提供義務まで負うものではないとも考えておりました、それは、管財人の地位の問題として、また全く別の考慮が倒産法上働くからということでもございます。

そういった意味で、受忍義務の、完全な不作為という意味での受忍義務であれば、法文でのセットというのは十分あり得るかとは思いますが、それ以上のものをデフォルトルールとして書く必要はない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 ありがとうございます。実際上の情報提供義務や調査受忍義務は、担保権設定契約やローン契約に定められることが多いと思います。ただ、そういった約定は、かなり広範な義務にわたることが通常で、それが全て、設定者の倒産のときに管財人にそのまま主張できることはないと考えていまして、基本的には、倒産のときには、倒産事務に悪影響がない範囲で認められるのであって、過大な負担を掛けてはいけないという考慮が働くんだろうと理解しています。

ただ、約定がないとき、あるいは設定者が倒産したときに、およそ何の受忍義務も情報提供義務もないというのは、担保権者にとって大きな制約になり得るところだと思ひまして、特に非占有担保であるということを考えますと、担保権者による調査を設定者が受忍することは、少なくとも求めていく必要があるだろうと考えます。

それに加えて、情報の提供についても、約定ベースで行われる広範な請求権を、担保権の内容として認めるのは適切でないと思ひますけれども、特に非占有担保であること、更に加えて、動産担保の中には集合動産担保という形で中身が入れ替わるものが含まれていることを考えると、誠実な評価をするために、最低限の情報を求めることは、担保権の内容になっているということも十分に考えられるのではないかと、あるいは担保権者から見る

と、むしろそれが必要ではないかと思えます。

先ほど大澤委員から、貸付けの当初に、担保目的物をきちんと評価しているはずだと、その後のモニタリングの問題であるという指摘がありましたけれども、在庫などの集合動産については、もちろん設定当初にも評価をするんだとは思いますが、その後、対象物自体が入れ替わっていくことになって、物の種類はもしかすると変わらないことが多いんだらうと思えますけれども、製造部品、電化製品、工業製品、いろいろなものがあると思えますが、時間の経過とともにバージョンが変わったり、単価が変わったり、値上がりすることもあるかもしれませんが、値崩れを起こすこともあるかもしれないという中で、現認して倉庫の中に幾つぐらいあるねということさえ確認できれば評価できる場合ばかりではないようにも思えます。仕入価格は、もしかすると仕入先との関係で開示できない場合もあるかもしれませんが、その事案や、目的物の種類に応じて、担保権の内容として、評価に最低限必要な情報を担保権者として求めることも必要ではないかと考えておりました、それをどのように法文に表現するかというのは難しいところで、これも解釈に委ねるということはあるのかもしれませんが、少なくとも解釈あるいは明文で、担保権の内容として、調査の受忍とともに一定の情報提供も担保権者から求められるということ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。法文において具体的に明文化するのが難しい、というお話を最後にされまして、実は、その点を井上さんに質問しようと思っていたのです。仕入価格になりますと、今度は井上さん御指摘のように、相手方との関係とかもありますので、そう簡単ではないという感じはいたします。お考えは十分理解いたしました。

○井上委員 再びごめんなさい、井上です。そういう意味では、もし書くとすれば、抽象的な定め方になると思えますが、評価に必要な情報、評価に最小限必要な情報、そういう類いの定めにならざるを得ないかなと思えます。

○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、どうもありがとうございます。義務として、どこまでデフォルトで書き込むか、それとも合意に委ねるかという点と関連するか分かりませんが、ここの規定を義務の側から書いている趣旨を、改めてお伺いできればと存じます。

担保権者の方で評価・処分に必要な行為をなす権限、担保権者の権限の側から定めるといことになりますと、場合によっては、情報提供義務のようなものも入ってくるのかもしれないとも思いました。仮に書き込むというときに、受忍義務と書くことが、果たして法律の規定の仕方として、どこまで続べているのかはちょっと分からなかったもので、権限として書かず、義務として書き込むということについての方向性について、御説明を頂ければと存じます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。何か事務局の方からございますでしょうか。

○笹井幹事 いえ。義務の方から書くか、権限の方から書くかということの詳細に検討した上で、義務の方から書いたというわけではありません。おっしゃるように両方の書き方はあり得るのかもしれませんが、様々な用例等を踏まえまして、検討してみたいと思っております。

○道垣内部会長 私もよく分かりませんが、大澤さんがおっしゃったこととの関係で申しますと、設定者の側で何か積極的な行為義務を負うわけではないということをお知らせ

にするという面はあるんだろうと思います。だけど、では、それが妥当なのかというのは、井上さんなどがおっしゃるとおりで、その点は考えていかなければいけないのかなと思います。

○**阪口幹事** 阪口です。ここについて二つ申し上げたいと思います。

一つは、結論としては、僕も大澤先生と同じで、法律の定めとしては、受忍義務は認められるが、情報提供義務は定めないという結論です。特に情報提供義務については、サンクションがうまく規定できないということも理由の一つです。部会資料では、期限の利益喪失と間接強制が書かれていますけれども、間接強制は、この局面でほとんど非現実的かなと思いますので、期限の利益喪失だけになり、期限の利益喪失であれば、普通の債権的特約で十分なので、結局定めても、あんまりうまくつながらないというのが、先ほど申し上げた結論です。

もう一つ申し上げたかったのは、2ページの2番のところに書いてある、これがあるからといって、積極的にこの権限なり義務なりの活用をしなくてもいいんだというところに関してです。確かに誠実評価概念説を採ったとき、つまり、【案15.5.3.1】を採ったときには、そうしないとワークしないと思うんですけども、それって結局、不真面目な債権者の方が誠実評価になってしまうのではないか、というところは気になっています。つまり、先ほどお話が出たモニタリングをきちんとしている人は、自分のところに情報がたくさんあるので、それに基づいた評価をしないと誠実評価にならない。ところが、例えば、最後の方で添え担保のつもりで慌てて担保に取った債権者がいるとして、その人は情報が乏しいので、手元の情報だけで考えたら低い評価でも、それは誠実な評価だということになりかねないのではないか。それは、ここの受忍義務、情報提供義務の問題ではなくて、そもそもの誠実評価概念のところの問題なのかなと思いますけれども、それで本当にいいのかなというところは気になります。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。22行目にありますように、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はということであって、そうになると、そこに善良な管理者の注意とか、そういう義務のレベルというのをどういうふうに定めるかというのはまたありますけれども、その判断が、被担保債権額とか状況とか、そういうもののバランス上、実際に訪れて調査をするまでもないと考えることに合理性があるという場合には、なくてもよいと。行かなければ必ず不誠実だということになるわけではないですよというのが、ここに書いてあることだろうと思いますけれども、それが、個々具体的な局面においては分かりにくいと、分かりにくいというのは、その判断がつきにくいというのは、おっしゃるとおりだと思います。

○**大塚関係官** ありがとうございます、調査員の大塚です。私からは、先ほど問題となりました書き方の問題、法文化をどうすればいいのかについて、少し提案をさせていただこうと思います。

これにつきましては、通常の動産譲渡担保と集合動産譲渡担保では、担保権者にとって必要な情報というのが変わってくると思いますので、両者を区別して法文化することが考えられるかなと思いました。

通常の動産譲渡担保の場合には、その目的物については、設定契約時にある程度評価しているはずですので、その状態がなお保たれているのかということを確認すれば、それで

足りるような気がいたします。したがって、目的物を現認することを債務者は妨げてはならないという、義務として規定すれば足りるかなと思います。これに対して、集合動産譲渡担保の場合には、今現時点で目的物がどのくらいあるのかということを確認する必要がありますので、そういった現時点での数量あるいは種類といったものを、そういった情報を提供する義務というものを規定しておくことは必要になってくるかなと思います。それを、集合動産譲渡担保でも、倉庫内を現認すればある程度の情報は得られると思いますので、情報提供義務まで定めなくてもいいという考え方もあり得るかと思いますが、そういった区別して規定するやり方はあり得ると考えています。

もちろん、それらの強制方法などが難しいということも考えられますし、あるいは、担保権設定契約時に、合意によってそれを定めておくこともあり得るとは思いますが、デフォルトルールとしてそういった区別を行っておくこと、そういった方法を採用すると、見通しがよくなるような気がいたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに御意見等ございますでしょうか。

○片山委員 度々申し訳ございません。今までのお話をお伺いしております、一つ分からなかった点なのですけれども、消極的な受忍義務ととどめるか、それとも積極的な情報義務のようなものを書き込むかという視点と、それから基準時の問題として、債務不履行後にできることと、債務不履行前からできることという点も重要かと思ひまして、法定できるのは債務不履行後だけれども、約定、コベナンツあるならば債務不履行前からできるというのが、今まで多くの論文等で書かれていた点かとは思ひます。その点、これまでの議論をお伺いしておりますと、必ずしもその区別が明確でなかったもので、その点も留意点かと思ひましたので、再度発言させていただきました。よろしくお願ひいたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。「その点も留意点かな」とおっしゃるとき、具体的にはどういうふうなことですか。

○片山委員 法文に書き込むときに、債務不履行が要件となっておりますので、債務不履行後であれば、必ずしも受忍義務に限定せず、積極的な情報提供義務についても、書き込めるのではないかなということかと思ひます。

それと別途、債務不履行前から情報提供義務のようなことを要求し、それには担保失期等の効果を結び付けるというような合意で行うということになるかと思ひました。

○道垣内部会長 片山さんとしては、債務不履行前は債権的な合意、つまり担保設定契約において義務を定めて、その義務の不履行が期限の利益喪失事由に至っているというふうな合意をすれば足りるだろうと。ここで書いたり考えなければいけなかったりするの、債務不履行後の問題であると、そのことをはっきりすべきであるということですか。

○片山委員 そういうことになるかと思ひます。

○道垣内部会長 よく分かりました、ありがとうございます。

ほかに何か御意見はございませんでしょうか。

○大西委員 意味合いと文言に関してのコメントになりますが、この受忍義務といった場合に、消極的な概念で不作為義務という趣旨で議論されていて、その内容は、担保権者が目的物の評価・処分に必要な行為をする際に設定者がこれを受忍する義務ということが想定されています。しかしながら実際に担保権者が在庫商品を確認する際には、在庫のある倉

庫の鍵を開けるのをどうするかという問題や、また、倉庫の中へ入った後に大量の在庫があった場合、設定者から何らかの説明を受けないと、在庫商品数を担保権者が全部現場で数えられるのかという問題もあると思います。よって、設定者の義務としては、単なる受忍義務というよりも、担保目的物の調査に協力する義務、又は情報提供義務という作為義務が内容として必要だと思います。純粹に不作為の受忍義務ということだけでは現実に即していないのではないかと思った次第です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。そのとおりなのだと思うんですが、私は事務局ではありませんが、ちょっと申し上げますと、まず、担保権者に自由に設定者の敷地内に立ち入ることができる権限があるのかといたら、それはないわけですよね。そうすると、立ち入ることとか、あるいは、倉庫が開いていれば、そこを開けることっていうのが違法行為にならないということを定める必要があるだろうというのがあるのだと思います。それ以上に、設定者の側で扉を開けなければなりませんと書くと、では、扉を開けなかった場合はどういうサンクションになるんですかという問題があって、もはや債務不履行後の話だとするならば、今更ながら期限の利益の喪失でもなかろうということになります。そこで、間接強制というのは、この時期に至って、そんなことを言ったって始まらないだろうということになり、その部分は書けないよねということになり、そうなると、入っていくことは違法にはなりませんということだけが、法文上は残ることになるのではないかというのが、恐らく事務局のお考えなんだろうと思います。

それが、実際には、開けてくれなければどうしようもないし、余りにも数が多かったら、一個一個数えてられないんだから、その数を教えてくれなければ困るのではないかと、それはそのとおりなんです、それを強制したり、それに対する違反についての効果を規定するというのが難しいのではないかというわけでしょう。だから、話としては、受忍義務のこと、これだけ書こうということなのではないかなと思います。だけど、それは不自然だとおっしゃるのは、おっしゃるとおりだと思いますので、どういうふうにするかは、また考えなければいけないと思いますけれども。

私が言っているのは、理由がないわけではないということだけでして、それでとてもいいと言っているわけではございませんので。

○大西委員 分かりました、ありがとうございます。

○道垣内部会長 ほかに何かございますでしょうか。

多くの方々の御見解としては、債務不履行前の段階で一定の義務を負わせるというのももちろん必要かもしれない、モニタリングの実効性のために。しかし、それは、そういうふうにして書いて、期限の利益喪失とかつなげれば、約定でつなげておけばよいのであって、片山さんおっしゃったように、債務不履行後の問題として、担保権に基づく権利としては書くということになりそうだということで、そのときに、表として、受忍義務しか書けないよねということにするのか、やはりそうではなくて、仮に、実際には強制履行等が難しいとしても、やはり形の上では情報提供をある程度の範囲にしなければいけないということ、やはり書くべきなのかという話があり、それについては、書くべきだという方と、書かない方がいいのではないかと、受忍だけを書くべきではないかという方がいらっしまったということかなと思います。何かこのようなまとめで、まとめというか、対立を示しただけで方向性が決まっているわけではないんですが、そういうことでしょうか。

それでは、そういう御議論を踏まえまして、また次のクールに向けて、事務局等で検討をしていきたいと思っております。もちろん、次のクールに向けて、いろいろな御意見ございましたら、是非お寄せいただければと思っております。

それでは、恐縮でございますけれども、第1の「2 裁判所による実行完了前の保全処分」と、「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」、「4 実行完了後の引渡命令」というものについて議論を行いたいと思っております。事務局において、部会資料の説明をお願いいたします。

○工藤関係官 それでは、4ページの「2 裁判所による実行完了前の保全処分」について御説明いたします。

実行手続について、【案15.5.2.1】及び【案15.5.3.1】を採用した場合には、担保権者は、帰属清算の通知等又は第三者に対する処分をするまでの間は、原則として設定者に対して目的物の引渡しを求めることはできないこととなります。しかし、動産の価格は短期間に下落することがあるため、目的物が担保権者の手元にないために、担保権者が迅速に実行手続を進めて目的物を換価することができない状態が生じている場合には、その間に目的物の価格が下落して、担保権者が損害を被るおそれがあります。そこで、ここでは、価格減少行為等の設定者の行為がある場合に限らず、目的物の価格の低落のおそれがあるときは、担保権者への目的物の引渡しを含む各種の保全処分を発令することができるものとするを提案しています。

この考え方によれば、例えば、目的物はその性質に照らして短期間に価格が下落するおそれがあるにもかかわらず、設定者が担保権者による目的物の調査に協力しないなどの理由から、担保権者が迅速に実行手続を進めて目的物を換価することができない場合には、保全処分として担保権者への目的物の引渡しを命じることができるものと考えられます。

もともと、設定者は、保全処分によって目的物の引渡しを余儀なくされた場合には、事業継続が困難となるおそれがあるほか、実行段階において同時履行の抗弁等を主張することができなくなるため、このような不利益を被る設定者に対して、手続保障を図るとともに、清算金の支払を確保する必要があります。この点については、保全処分の手続として、原則として設定者に対する審尋を要するものとするのが考えられるほか、私的実行手続について、【案15.5.2.1】及び【案15.5.3.1】を採用する場合においても、担保権者に清算金の見込額を担保として提供させる制度を新たに設けることが考えられるように思われます。

また、このような新たな保全処分の制度を設けるのではなく、担保権に基づく妨害排除請求権としての目的物の引渡請求権を被保全債権として、民事保全法上の引渡断行の仮処分を活用するとの考え方についても、一つの選択肢としてお示ししています。

次に、7ページの「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」について御説明いたします。

私的実行手続について、【案15.5.2.2】及び【案15.5.3.2】、又は阪口幹事御提出の資料の案を採用した場合には、担保権者は、帰属清算の通知等又は第三者への処分をするに先立って、目的物の引渡しを請求することができることとなります。しかし、目的物の引渡しを受けるために訴訟を提起するほかにないとなれば、引渡しを実現されるまでに長期間を要することとなり、引渡しを求めることができる時期を前倒しにすることによって、簡

易迅速に実行手続を進めようとした趣旨が損なわれることとなります。そこで、ここでは、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、簡易迅速に目的物の引渡しを受けるための制度を設けるか否かを問題提起しております。

このような制度は、担保権に基づく引渡請求権という実体法上の請求権を簡易に実現する制度であると言えますが、担保権に基づく引渡請求権についてのみ、他の実体法上の引渡請求権について認められていない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などが問題となると考えられます。

次に、9ページの「4 実行完了後の引渡命令」について御説明いたします。

私的実行手続について、【案15.5.2.1】及び【案15.5.3.1】を採用した場合には、担保権者は一応の合理的な根拠に基づいて目的物を評価して実行手続を完了させることができることとなります。しかし、実行手続の完了後に目的物の引渡しを受けるために訴訟を提起するほかなければ、目的物の引渡しを受けるために長期間を要することとなるため、適正価格による私的実行が困難となり、私的実行手続が機能不全に陥るおそれがあります。そこで、ここでは、民事執行法第83条の引渡命令制度に類似する制度として、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引渡命令制度を設けるか否かについて、問題提起しております。

この点については、民事執行法第83条の引渡命令制度は、裁判所による競売手続に付随する手続として位置付けられているのに対し、ここでの引渡命令制度は、私的実行手続に付随する手続として位置付けられることなども踏まえ、このような簡易迅速な引渡しを実現する制度を設けることを正当化することができるか否かを検討する必要があるものと考えられます。

以上の点について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した。

それでは、この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見等いただければと思います。よろしく願いいたします。

○片山委員 慶応大学の片山でございます、どうもありがとうございます。大きくは、【案15.5.2.1】、【案15.5.3.1】を採るのか、【案15.5.2.2】、【案15.5.3.2】を採るのかによって、大きく分かれてくるということになるのかとは思いますが、私自身は、【案15.5.2.2】とか【案15.5.3.2】の方がいいのではないかと考えておりますが、そのことと直接どこまで結び付くのか分かりませんが、今回の御提案で、まず第一に思いましたのは、特に2の方の御提案です。裁判所による実行完了前の保全処分の方ですが、基本的には、不動産執行における保全処分が参考にされているということですが、不動産に関しましては、占有を取得していなくても実行ができるというのが大前提であるのに対して、動産に関しては、例外もあるでしょうが、占有を設定者が持ったままでは、事実上執行は困難な状況にあるという点で、大きな差があるのではないかと印象は持っております。ですから、価格減少行為による保全処分について論じる場合も、原則として、占有を解く形の執行官保管とか、あるいは担保権者保管というような命令が中心となっていのではないかと考えたところではございます。

それから、2によりますと、実行完了前ということで、全て時系列として同一に取り扱われるのですが、実行通知がなされた後については、価格減少行為ということを要件としないで、引渡しの命令、占有を移転する旨の保全処分がなされていいのではないかと思います。やはり実行通知前、債務不履行に陥って実行通知前の段階でできることと、それから、実行通知後にできることということは、区別した方がいいのではないかと思います。実行通知前は、価格減少行為を要件とする形がいいのでしょうか、実行通知がなされた後は、換価処分のための占有移転命令というようなものを端的に取れる方が、使い勝手のよい保全処分制度になるのではないかと思います。

動産については、不動産とは必ずしも同じような立て付けではなくて、占有を早く取れるような形での保全処分ができればいいのかなと思った次第でございます。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。

○山本委員 今回の片山委員の御発言とも関連するかもしれませんが、2の実行完了前の保全処分について、ここには(1)から(4)まで挙がっていて、(1)から(3)までの処分というのは、一般的に民事執行法上の保全処分にはよく見られるというか、規定されている代表的な民事執行法55条の保全処分等に一般的に規定されている事柄かなと思います。

ただ、今、片山委員が御指摘のように、(4)の担保権者への引渡しを命じるものというのは、伝統的には執行法上の保全処分ではなくて、それは、片山委員御指摘のように、不動産の性質を反映しているという面もあるのかもしれないと思うんですけども、私が知る限り、唯一民事執行法の68条の2という、授業でもあんまり取り上げないものなんですけど、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分という、これは、確か平成15年改正、不良債権処理のときに作った規定だったのではないかと思います。これが、申立人に引き渡す、申立人というのは競売申立人、債権者を指していますが、に、不動産の保管を命ずることができる保全処分を規定しております。これは、いわゆる不動産の内覧の規定をこのときに入れたこととも関連をされていて、不動産を高く売るために、これは売却困難な要件になっていますけれども、不動産を売るためには、やはり申立人にその不動産を引き渡して保管させて、それで売らないとなかなか売れないという状況を前提にしてあったように記憶をしています。

そういう意味では、今回の動産とややシチュエーションが似ているといえれば似ている状況を前提にしている部分があるように思っております。実際、この制度、(4)まで入れたものを作るとすれば、これも一定の参考になり得るのかなというのが私の印象で、一つは要件の面で、現在の要件は、価格減少行為を前提にしている要件になっていて、これが(4)の引渡命令まで基礎付けるのかというのは、この資料自体自問自答しているように、やや疑問な点があって、むしろこれ、売却をするために、その評価を含めた売却を容易にするためのものなのだとすれば、そこを何か要件としても、むしろ書いた方がいいかもしれないということが一つです。

それから、担保清算金の支払の確保ということなんですけど、68条の2というのも、2項で、これ、買受けの申出をしていることを前提にして、買受申出額というのについての保証を提供させるというシステムになっていて、これは、必ず売却代金が支払われるとい

うことを担保するような形を採っているんですね。通常の担保は1項の方に書かれていて、それとは別に保証金を積ませるという仕組みになっていて、これも、だから、そういう清算金を提供させて、債務者にそれを確保させるということを保証する、そういう意味での保証金を積ませるということであれば、やや類似した面もあると思っておりますので、通常の担保とは別枠として、そういう保証金という制度も考えられないではないかなと思っております。この辺りが実際制度を作る際、制度を作るかどうかは政策判断の問題かなと思いますけれども、作るとすれば参考になるかもしれないと思ったということで、情報提供の趣旨です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。ちょっと申し訳ありませんが、山本さんに伺いたいのですけれども、民事執行法68条の2については、不動産であるということを前提に、売却自体が、設定者の行為によって妨げられるわけではないところ、売却を困難にするような事情がある場合にはという形になっているわけですが、動産に関しては、占有がないと売却本来難しいよねとなったときに、では、この68条の2に該当するような要件は、常にオートマチックに満たされていると考えて2の(4)が働くのか、それとも、やはり目的物の価値減少行為その他の要件があって、それに、(4)についてはプラスして売却のために必要であるというふうなときに、(4)の担保権者への引渡しを命じられるということになるのかということ、お考えとしてはどちらなんですか。

○山本委員 率直に言って、定見はありません。それは正に、先ほど片山委員が御指摘になった問題意識なのかなと思うのですけれども、私自身、実務が必ずしもよく分からないので、どの程度、処分清算の場合に、人に対して物を売るのに、その物が目の前になくて本当に売れるのかというのは、素人的にはしなくもないですし、帰属清算の場合でも、その清算金というのが本当に合理的なものとして算定するのに、物が目の前になくて大丈夫なのかということ、一つは確かにあって、そうだとすると、この売却が困難になるというのは、この68条の2は、それは債務者の行為、そういう行為が前提になっているように見えるわけですが、そもそも性質上売却は困難、占有がないと売却が困難だという見方はあるのかもしれない。

他方で、執行官保管というのが仮に可能なんだとすれば、あるいは、本当に物が担保権者への占有移転までが必要なのかどうかと、執行官が保管する状態になっているのであれば、あるいはそれで今のような目的は達成するということもあり得るのかもしれないという感じはするのですが、その辺りは、実務を全く知らない人間にとっては、何ともよく分からないということで、本当にやはり占有移転が必要なんだとすれば、場合によっては要件がないか、あるいは非常に軽い要件の下でということも、それはあってもおかしくはないという気はしています。そんなところです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阪口幹事 阪口です。私もこの2の(4)と清算金のところに関係して、質問なのか意見なのかはつきりしませんけれども、発言したいと思えます。まず、私自身は、委員等提出資料17-1及び2にあるとおり、言わば2型というか、ここで言うと、7ページ以降の3の方をベースにする考え方で、それはやはり、先ほどから出ているとおり占有取得が先にないと、なかなか換価がうまくいかない、特に第三者への処分はもちろんできないし、自分への帰属もやりにくいということがベースです。

他方、そうでなく、誠実評価説を採ったときの（４）と清算金のところが気になるわけですが、6ページの25行目のところ以降に、清算金の支払の確保について記載されています。ただ、この誠実評価説を採っているときには、まず、誠実評価通知を送れば、引渡請求権自身は暫定的清算金等との同時履行になるはずなので、これは、31行目の、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いうことでは足りないはずですよ。担保ではなくて、本当に弁済しなさいということになるはずですよ。他方、誠実評価通知をする前だとすると、債権者は何の額も言っていない段階で、ここでいう清算金の担保を立てさせるというのは、一体どういう手続、流れになるのかが分かりにくい。

もしかしたら、審尋を行って、設定者側から、この物の価値は何千万あるんです、被担保債権は何ぼなんです、だから、差額の清算金積んでもらわなければ困りますということを書いてもらわないと、裁判所が判断できないことになるのか。そうだとすると、実は、委員等提出資料17-2の②のルートとほとんど同じような話をしていることになってきて、そういう趣旨なのかどうかを確認したかったというのが、私のこの2のところに対する質問及び意見です。

○道垣内部会長 何か事務局の方でございますでしょうか。

○笹井幹事 おっしゃるとおり、誠実評価額を前提にすると、本来的には同時履行になるんですが、その時間がないという場合、あるいは清算金の提供をしたけれども誠実評価額が争われ、裁判所の判決が出るまでに時間が掛かってそれまでに価格が減少してしまうかもしれない場合に、保全処分として早く引渡しを実現しようというものです。

確かに、誠実評価額等の通知を送る前にこの保全処分を使うという余地はあると思いますので、その場合には、先生がおっしゃっている考え方に近いことになってくるとと思いますが、それは、その保全処分が使われる一場面においては近くなってくるということで、それを特に否定するものではありません。

○阪口幹事 すみません、再度確認ですが、誠実評価通知を行った後は、担保では足らずに弁済までしなければ、引渡請求権を行使できないというか、同時履行の抗弁権が付着しているので、求められないということはそうなんですよ。

○笹井幹事 それは、本来はそうだと思います。

○阪口幹事 保全裁判所は、被保全権利に抗弁権が付着しているのに、引渡しを命ずることはできないのではないんですか。つまり、実体法上の権利がないので、ないというか、抗弁によって阻止されているので。だから、引渡しを命じられないのではないのかなと思うんですが。

○笹井幹事 その分を担保でカバーするということはできないですか。

○阪口幹事 同時履行の抗弁権が付着している状態で、引渡しを求められないのではないですか。つまり、被保全権利がないとは言いませんけれども、行使できない状態では担保を積まれても保全命令が出せないように思います。

○工藤関係官 すみません。一応この資料の立て付けとしましては、帰属清算の通知等をする前の段階については、2の実行完了前の保全処分、帰属清算の通知等をした後については、4の実行完了後の引渡命令と、そういうふうな区分けで資料を作っております。

○阪口幹事 理解しました。そのように明確に区分するのであれば、理解できました。ありがとうございました、すみません。

○道垣内部会長 プラスで、私も要らないことを申しますと、2の保全処分の場合に、設定者側が評価の誠実性というのを争って、まだそれが確定していないという状態であっても、価格減少行為とかを要件として、引渡し担保を立てて命じられるということになるのではないかと思うのです。抗弁権が付着というか、引渡しの実体権があるところ、それを保全するというものではないんですよね。私もよく分かっていないのかもしれませんが。

あんまり、阪口さんは首をひねっていらっしゃって、余り説得的ではなかったのでしょうか。

○井上委員 井上です、ありがとうございます。私も4ページの2の実行完了前の保全処分について、コメントといいますか、意見を申し上げます。

いずれにしても、引渡しは、実務的にはかなり最後の手段に近いはずで、債務者にとっては事業継続のために重要な資産である場合が多いと思いますし、担保権者にとっても、債務者の協力を得て任意売却という形で換価する方が高く売れる場合が多いので、自分で売るのは大変だということを考えると、基本的には先行して行われたやり取りが全てうまくいかず、もう実行やむなしという状況でなされるものだと思います。そうはいっても、できるだけ避けたいとはいっても、放っておけない場合には、こういった保全処分が必要なのではないかと思います。

そこで今回要件として挙げられているのが、「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」というのが前段にあり、後段は、「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」となっているんですけども、この二つは、違いが結構大きいのかなと思います。前段は、もちろん読み方によっては思いますけれども、積極的な目的物の毀滅行為、毀損行為とか、実行妨害とかが想定されているのかなと思う反面、後段は、動産ですから、特に在庫などの場合は、目的物の価格の低落のおそれは、かなり一般に、常にとまでは言いませんが、認められるような感じがいたします。その点で、ちょっと後段の方は少し広いのかなという印象を受けております。

他方で、前段の方はちょっと狭すぎるように思っておりまして、先ほど2ページの1のところ、情報提供義務あるいは調査受忍義務の違反の効果が、サンクションがないのではないかという議論が出たんですけども、私はむしろ、この保全処分に結び付くような形で、調査に協力しない場合、あるいは、担保権の内容になるような最低限の情報提供すら拒むという場合には、この保全処分が認められるということが考えられないかと思いました。

この資料にも、5ページに、「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」うんぬんという記述が26行目ぐらいからあるんですが、ここの記述は、「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」という形で、かなり限定的な書きぶりになっているのですが、私自身は、前段の積極的な価格減少行為、あるいは実行妨害行為までいかなくても、調査に非協力であったり、評価のためには最低これぐらいは出すべきだというような情報の提供を拒絶したりということがあれば、それをもって、放っておけない状況になったと考えて、この保全処分を認めてもよいの

かなと思います。それに後段の「目的物の価格の低落のおそれ」をかぶせてもよいのかもしれないけれども、いずれにしても、後段だけを抽象的に見ると広すぎるように思って、他方で、前段だけだと狭すぎるように思って、それで、むしろ重要なポイントとしては、1の受忍義務あるいは情報提供義務の違反があった場合に引き付けて、引渡しを命ずることがあってもよいと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。井上さんの御指摘のうち、目的物の価格の低落のおそれがあるときというのが、設定者の行為等も結び付けられていない、と説明にも書いてあるんですけども、これはもう、動産はしかるべくそういう性質を有するということになる、不履行があったら、もう保全処分ができるというような立場なんですか。

○工藤関係官 この点については、目的物が性質上短期間に価格が下落するようなおそれがあるものといっただけでは、恐らく足りないのではないかとはおもっておりまして、仮に目的物がそういうものであったとしても、設定者が非常に協力的であるために、設定者の協力を得て直ちに引き渡してもらって処分することができるという状態であれば、保全の必要性はやはりないということになると思っておりますので、やはり設定者側で何かしら非協力的な面があるということも合わさることによって、迅速に実行できないために実行手続の過程で目的物の価格が下落するおそれがあるものとして、保全処分として引渡しを命ずることができる、そういったある意味二つの要件をこの目的物の低落のおそれというところに読み込んでいるということになります。

○道垣内部会長 たくさん手が挙がっているときに、司会が司会の特権を利用して勝手に発言するのはどうなのかと思いますが、これ、占有が設定者から離れることによって、価格の低落のおそれがなくなる場合ではないと意味ないですよ。つまり、動産であると、時間たつとどんどん下落してしまうんだというんだったら、占有どこに移したって駄目ですよ。下落のおそれを回避することはできないですよ、売ってしまわなければ。そうすると、何か1から4の方法によって、価格の低落というものが抑えられるというのが前提になっているような気がするんだけど、そういうことなのかしら。

○笹井幹事 占有を取得することによって手続が先に進められるということはあると思います。どこにあらうと、例えば、生ものは腐っていくわけですが、その争っているうちに腐っていく前に、手続を進められるようにするという意味で、この保全処分の意味というのはあるのではないかとおもうんですけども。

○道垣内部会長 それは、評価とか売却手続をスムーズに進めることができるという状態になるからということですか。

○笹井幹事 はい。

○道垣内部会長 分かりました、どうもすみません。

○大澤委員 大澤でございます。今、正に井上委員と、あと部会長、それから事務局とのやり取りがなされた部分でのお話で、この実行完了前の保全処分というものについて、要件をかなり考えた上で、法文としてできるべきではないかと思っております。正に井上委員おっしゃいましたとおり、後段の価格の低落のおそれというのは、確かに生ものですか生鮮食品とか、いろいろなことが出てきますけれども、目的物として、別に生ものでなくても、価格の移動というのは結構あるものだと実務上は理解をしておりますので、そうしますと、今、二つ要件を読み込んでというようなお話ございましたけれども、そういった

ところが明示されない限り、保全処分が極めてやりやすくなるということにつながるというところを懸念しております。というのも、やはり動産の場合、不動産と異なりまして、高く売るには、本来は任意売却、債務者との協力あってこそそのものだと考えてはおりますが、それが、不誠実、要は債務者が協力をしない、合理的な理由なく協力をしない場合に、やむなく使われるべきものなのだろうと思っている関係もございまして、そういった意味で、価格の低落のおそれとだけぽんと書かれてしまいますと、そういった範囲の幅が広すぎるのではないかとこのところは、非常に強く感じるところでございます。

そういった意味での、価格の低落のおそれの文言に関しては、かなり慎重な限定されたものである、あるいは、この要件そのものではなくて、もう少し別の要件を組み替えるというようなところまで、法文上としては検討する必要があるのではない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。多分もうちょっと、それぞれでプロセスが明確化されて、そのためには、どういうふうな場合にどういうことが必要なのかということも明らかにするということが必要なのかなと思いますけれども。

○大塚関係官 調査員の大塚です。2ではなくて3と4に関わる発言なのですが、よろしいでしょうか。

○道垣内部会長 3は後にしましょう。

○山本委員 既に旬を過ぎた発言になってしまっただけなんですけれども、先ほどの阪口幹事と部会長のやり取りを聞いた感想にすぎないんですけれども、私は、やはり阪口さんの発想は、どちらかというところ、この保全処分を民事保全処分的に捉えるということなのかなと思っております。つまり、被保全権利というのがあって、そこに同時履行の抗弁権が掛かっているから、被保全権利は難しいと。そうすると、それを前提とした保全処分も難しいと、そういう発想から出られた発言かなと思っております。

私自身は、先ほどの発言も含めて、どちらかというところ、これ、特殊保全処分と、執行法上の保全処分という位置付けでこの制度を捉えてきたということでありまして、そもそも執行法上の保全処分であれば、先ほどの私が挙げた68条の2で申出人に引渡しをさせることもできるわけですが、当然競売申立人って一般債権者ですから、そんな不動産の引渡請求権なんか持っているわけではないんですが、それは、しかし、執行手続を進めるための理由、根拠として、そういうものが需要であるという判断の下に、そういう措置も可能であるということをお認めているわけで、そういう意味では、実体権と切り離されたところにある。だからといって、何でももちろんできるわけではないと思いますけれども、それは一定程度自由なとか、そこの切離しが可能であるということをお前提にした制度であると理解をしています。

そういう意味で、私は部会長の発言のときに、私自身はうなずいていたんですけれども、それは、私は部会長の意見は合理的かなと思っていたという、感想だけお伝えしたかったということです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。持つべきものは友達だと心から思います。

○青木(哲)幹事 ありがとうございます、神戸大学の青木です。本文の提案は、民事執行法187条が定めている担保不動産競売開始決定前の保全処分が参考にされているかと思いますが、そこでは、すなわち、競売開始決定前の保全処分では、基本的には現状維持に

よる価格、換価価値の維持が図られているのではないかなと思います。これに対して、動産担保権の私的実行の際において、清算前に目的物の価額を評価・処分する、それに必要な行為を実現するという目的に対しては、そごがあるのではないかなと思います。

そこで既に指摘されている点と重なりますけれども、民事執行法上の保全処分として認めるとして、端的にその目的物の評価・処分に必要な行為を妨げることにより、ここは議論があるかもしれませんが、目的物の価格が減少するおそれがあるというような要件にして、目的物の評価・処分に必要な行為を可能にするような内容の保全処分を命ずるというような規定を、検討した方がよいのではないかなと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。この実行完了前の保全処分というか、手続を進めるための保全処分という感じでしょうか、それについての御意見は、ほかにはございませんでしょうか。

大澤さんの方から、もうちょっと要件を絞らないといけないのではないかというお話を頂きましたが、私自身が、(4)というのは何のためにどういうふうにしてなるのかという話で、その後に手続を進めることが容易になるというお話をいたしまして、そうすると、1から3も、別段価格減少行為を止めるということ自体だけがポイントではなくて、やはり手続をうまく進めるということも結構重要な要素になって、この保全処分が組み立てられるのかなと思います。ただ、その要件設定をどうすべきかという問題は残っている、まだ若干残っているということかなと思います。

○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。ここでのお話は、阪口委員の御発言とも関係しますけれども、民事保全の手続として行うということであれば問題ないのかもしれませんが、ここはあくまでも執行法上の保全処分ということになりますと、やはり出発点として、競売開始決定等がなされていない段階から、すなわち私的実行の段階から執行裁判所がお手伝いをしてくれるということが、どこまで正当化できるのかという出発点の問題があるのではないかなと思います。今の民事執行法上の保全処分が当然、競売手続が開始されたことが前提となるということとの関係で、私的実行でそこまで執行裁判所が関与してくれるということでもいいのが、それが認められるのかという根本的な問題は多少残っているのかなと思ひまして、補足させていただきました。よろしくお願ひいたします。

○道垣内部会長 おっしゃるとおりで、3、4にもそれが大きく関係するところではありまして、大前提を形成しているんですが。

○山本委員 度々申し訳ありません。今、片山委員の御指摘、誠にそのとおりで、そこは根本的な問題なんだろうと思うんですね。私はこの制度を、仮にこれを民事保全処分ではなくて特殊な保全処分として位置付ける以上は、私的実行の手続というのは、裁判所における執行手続と、言わば並ぶ、あるいは代替する、我々の世界ではADRと言いますが、裁判所の手続に対するオルタナティブとして、制度上位置付けるということの意味しているものかなと思います。それが、かなり根本的な問題であるということも、片山さんの御指摘のとおりで、私が多分ごく最初の頃に、例えば、仲裁手続、裁判外の紛争手続や仲裁手続に対して、裁判所が一定の援助をする、仲裁判断の執行決定とか、あるいは証拠調べで裁判所が援助すると、そういうようなものと、言わば裁判外でのそういう実行手続に裁判所がアシスタンスするというようなものとして位置付けられるのではないかなという観点から、私

は、この3というのはよく分かりませんが、2とか4というのは制度化できるのではないかと考えていますけれども、それはかなり根本的な制度的な問題提起になるというのは、片山委員と認識を共有しています。

○道垣内部会長 山本さんおっしゃるように、4のところでは特に関係してまいりますので、だんだん3、4に移っていきたいと思います。

○大塚関係官 ありがとうございます、調査員の大塚です。私からは、3、4について質問をさせていただきます。

これらは、担保権者や第三者に、訴訟を提起することではなく、より簡易な引渡しを制度として認めるという趣旨の御提案だと思います。このときに、ここで考えられている担保権が、登記をされているものに限定されているのか、あるいはそうではないのかというところをお聞きしたいです。なぜかと言いますと、登記がされておりますと、担保権の存在及び被担保債権の弁済期到来が、ある程度制度的に確認できるということになりまして、資料でいうと、11ページの中ほどにある起訴責任の転換ということが、正当化可能であると考えられます。

これに対して、登記がなく、占有改定のみで対抗要件が備えられているような場合に、なおこれらの制度、簡易な引渡しの制度が使えるとなりますと、確定判決もなく、登記もなく、公正証書、その他のものもなく、こういった手続を使ってしまうというのは、これは果たしてどこまで正当化できるのかという点を慎重に検討すべきではないかと思いましたが、まずは、登記を前提としているのかどうかということをお答えいただいた上で、それぞれどうなるのかということ、少し考えてお答えいただきたいなと思います。

○道垣内部会長 分かりました。それでは、事務局の方で何かお考えございましたらお願いいたします。

○笹井幹事 ここでは、特に登記を要件にしようということまで考えていたわけではありませんので、占有改定であっても使えるということが一応前提ではありました。それを正当化できるのかというのは問題提起を頂きましたので、ちょっとそこはもう一度考えてみたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかにございますでしょうか。

制度化できるのかという問題と、大塚さんがおっしゃったのは、プロセスとして、登記簿の写しを提出すればというところではなくて、担保権者が占有改定を主張しているというふうなことになるんだけれども、登記簿を提出するというのと、そういうふうに分の側で積極的に担保権の存在を証明していくのか疎明していくのか分かりませんが、と、いうので、プロセス的にはどうなるんですかというのが、大塚さんの質問には含まれていたように思うんですが、その点については何かお考えはありますか。

○笹井幹事 そこも結局、どの程度の疎明を要求するのかという問題になってくると思うんですけれども、その疎明の程度といいますか、疎明をどういう方法によってするのかという問題、その認定の問題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。

○青木(哲)幹事 ありがとうございます、神戸大学の青木です。今の起訴責任の転換を正当化できるのかという話ですけれども、民事執行法上の担保不動産競売の引渡命令との対

比で、資料の説明がされているかと思えます。裁判所における動産競売を、これ、後で出てくる話かと思えますが、行うという場合には、担保権の存在を証明する文書を裁判所に提出して、裁判所が動産競売開始の許可の決定をし、それをもって執行官のところへ行って、執行官が差押えをして売却し、買受人に引渡しをするという手続になるかと思えます。

この場合は、引渡請求権を確定するというような判決手続は経ずに、執行官により引渡しが実現されるということになるのかなと思えます。売却が、私的な売買契約なのか裁判所の競売なのかという違いはあるかと思えますが、いずれも担保権設定契約と被担保債権の債務不履行に基づくといつてよいかと思えますけれども、目的物の処分権限、担保権者の処分権限に基礎があると考えれば、私的実行の場合にも簡易な手続で引渡しを認めることも正当化され得るのではないかなと思えます。登記がある場合に限るとするのは、一つの考え方かとは思いますが、動産競売の手続は登記がなくてもできることになるかと思えますので、担保権の存在を証明する文書が提出されるのであれば、こういった手続を利用するということも認めても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。

ほかに御意見ございますでしょうか。

○山本委員 基本的には、私も今の青木幹事と同じ意見です。資料には、11ページの19行目辺りに、民事執行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という叙述がありますが、これは先ほど申し上げたように、私はこのような認識は持っておらず、この私的実行というのは、基本的にはやはり裁判所の競売手続に代替するようなものとして位置付けられるものではないか。そうならないと、先ほどのような保全処分を、私は正当化できないのではないかと考えておりますので、そういう意味ではやはり、基本的には裁判所で行うような売買、競売手続の一種のアフターサービスとして、引渡命令のようなものが存在するとすれば、同様のものがあってもよいのではないかと考えています。

起訴責任の転換という話については、青木さんが言われたとおりで、どの程度の担保権の存在等の疎明というのが求められるかということになるわけですが、基本的には、担保権の実行と同様、裁判所での実行手続に求められるものと同程度の疎明があれば、それは認められてい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。山本さんの理解の構造というのは、極めてよく分かるころではあるんですけども、皆さん本当にそういう理解でよろしいでしょうか。というのは、この部会も含めて、あるいは譲渡担保に関して競売手続を使える、不動産譲渡担保について競売手続を使えるとおっしゃっていた米倉明先生なんですけれども、その先生も、譲渡担保とかそういうものって、私的実行というのが基本であるとされます。そして、それがあって、でも、裁判所の手続も場合によっては使えるようにしようではないか、というわけでした、裁判所の手続がADRなんですよね、どちらかと言えば。これに対して、これまでの議論の流れからすると、立法が終わって教科書を書くというときには、担保を設定します、こういうのありました、新しい担保権においては、裁判所の手続によって競売することができますというのが第1節で、第2節が、私的実行もできますということになるんですよね、論理的に言えば。

ここまでは、多分第1節が私的実行で、裁判所の手続でやった方が便利な場合とか、額

がはっきりしたりする場合もあるから、裁判所の手続も利用できるようにしましょうというふうな、ここで議論されてきたわけですが、そういうふうな裁判所の手続の方をオルタナティブなものとして位置付けると、今日の最初に出た保全処分のところも、本当は正当化が難しいのではないかと、引渡命令もそうではないかと言われますと、そうではないということなんです、今ここで、そういう理解でここの辺りの制度を組むということで、皆さんのお考えはいかがなんでしょうか。私が自分の意見として嫌だと言っているわけではないんですけれども。

○山本委員 今の部会長の整理、私が申し上げたかったのは、オルタナティブだというのは、現実の問題として、あるいは理論的な問題として、この私的実行の方がオルタナティブだということでは必ずしもなくて、その私的実行の手続、裁判所外の手続に、裁判所が手を貸すという形で、全体として制度を合理的にするということはあってよくて、どっちが主で、どっちかが従ということは、私自身は必ずしもないんじゃないかと思っています。

今、仲裁の例を挙げましたけれども、仲裁は日本ではあんまり使われていないので、現実問題としては、裁判所の手続が主で、仲裁が従で、その従たる仲裁手続に裁判所が手を貸すということになっているわけですが、別にそちらが実際には主たる手続になるということは、私は差し支えはないと思っています、そういう私的な権利実現の手続に裁判所が手を貸す、で、全体として合理的な実行手続が構成されるということは、あってよいのではないかという、その限りでの意見だったのですけれども。

○道垣内部会長 分かりました。それは、私の誤解かもしれませんが、それは、その部分には裁判所が手を貸すということ、どうやって正当化するかという話であり、私は山本さんの最初の御発言では、そもそも裁判所がやる売却手続を私的に行っているということにすぎないと考えると、最初に、裁判所が自ら主体的にいろいろなことをやるというのがあって、その部分の売却の部分、私的なところに委ねるというふうなことをしても、残りが存在するといいますか、そういうふうな考えて、裁判所の権限ないし責務が正当化されるという方向なのかなと思っています、そうではないということですか。

○山本委員 こういう議論をしていると大変楽しいんですけれども、審議会でこういう議論を続けていいのかどうか分かりませんが、私は両様の説明があると考えていて、今の部会長の説明は一つの説明で、元々は裁判所の手続で、その一部を民間に投げるという発想ですね、投げるって言葉は悪いかもしれない、民間に一部を委ねて、残余は裁判所の権限として、司法権として残っているという理解だと思うんですが、別なアプローチとしては、私的な手続で本来完結するものについて、しかし、そこで私的な手続では限界があるところ、より合理的な制度を作るために、司法権が一定の手を貸すというアプローチもあり得て、これは今、若干世の中で議論されている、例えば私的整理が合意できない場合に、多数決でやるという場合に、裁判所がその多数決のいろいろな要件について、認可の決定という形で手を貸すというような制度構成もあり得るのではないかというような議論もされていて、私は、何か出発点は違うけれども、結果としては、そういうハイブリッド的な、私的な手続と公的な手続がハイブリッドで合理的な制度を形成していくということは、十分あり得るんじゃないかという認識を持っているということです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○工藤関係官 すみません。差し支えなければ、山本先生、青木先生にちょっと1点御質問

させていただければと思うんですけども、今、この資料の立て付けとしては、4番の引渡命令というのは、私的実行手続自体は終わった後の引渡命令という形で位置付けていて、それ自体は実行手続ではないという位置付けをしているんですけども、先生方のお話で、裁判所による動産競売手続とのある意味並びで正当化するような方向性を考えますと、この引渡命令というの、むしろ担保権実行手続の一環というような形で位置付け直した方がよいということになるのか、その辺り何かお考えあれば教えていただければと思います。

○**山本委員** 青木さんが発言された方がいいのかもしれませんが、一環なのか事後的なのかというのは、それほど私は重要な問題かなと思っていて、不動産引渡命令も、狭義の執行手続は既に終わっているわけですね、売却されて、売却代金がもう既に支払われている。一種のアフターサービスであるというような説明がされることが多いのではないかと思いますけれども、そのアフターサービスというものが、実行手続の一環なのか、実行手続が終わった後のプラスアルファの部分なのかということは、それは何か説明の問題のような気がするんですが、そこ、何か実質、実態が違ってくるということの問題意識なんでしょうか。

○**工藤関係官** その位置付けが変わってくるといういろいろ規律の内容にも若干影響してくるところがもしかしたらあるのかなと、ちょっと思っていたところですけども、特に影響はないんだと言われますと、確かにそうなのかもしれません。

○**道垣内部会長** 青木さんも何かございますでしょうか。

○**青木（哲）幹事** ありがとうございます、青木です。私も、位置付けとしてはアフターサービスという位置付けでよいのではないかと思います。起訴責任の転換との関係で、動産競売の場合には、引渡請求権を確定するというような判決手続はないということとの対比で、起訴責任を転換するとしても、正当化されるということを申し上げた次第でございます。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

○**阪口幹事** 阪口です。まず先に、今の話との関係でいくと、実行手続の一環かアフターサービスなのかは別にして、何かが残っているといえるからこそ、受戻権の消滅時期の後ろ倒しをお願いしたいという話につながる余地があると思います。これが一つです。

元々の私が手を挙げた段階では、これは一体執行法なのか、実体法なのかという問題が、道垣内先生の方から御指摘があって、委員等提出資料17-1でも、両方書いてあってはつきりしないことになっています。僕自身も、正直に言うと、本当に執行法でいけるのかなという思いがある。ただ、仕組みとして考えるときには、執行法的に組み立てた方が確実に安定すると思っています。ある意味、自由に決められると言うと、ちょっと言い方が悪いですけども、実体法の規律に束縛されずに、執行上の必要性があれば組み立てていける。要するに、いかに実行がスムーズに進むかという観点から、制度設計をしていいんだということになる。そうなってくると、前から出ている清算金の担保を積む話も組み立てやすくなってくるんだと思っています。

ただ、それが本当にできるのかというのは、これは一実務家の私には、答える範ちゅうを超えていて、研究者の先生方に、いや、それは別に構わないよと言っていたら、安心して、では、執行法的に組み立てたらいいのではないのでしょうかということをお願いすることができる、こういうことを言いたかったんです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

何かほかに。

私がどちらの立場に立っているというわけではないんですけども、なぜこういうふうな保全処分とか引渡命令とかが正当化されるのかという問題点があります。ある種私的な作業に手を貸すわけですが、それが認められるのかという問題でして、それで、それは手を貸すこともいいよねと言うのは、もちろん政策的にはそれはそれでもいいんですけども、理屈として成り立つんですかというのが、気になるところですが。

○横山委員 横山です。私は本当に、今の点で分からないので教えていただきたいという、そういう趣旨なんですけれども、先生方お二人からアフターサービスだというお話がありました。何のアフターサービスなのでしょう。通常の執行手続の場合は、裁判所の手続があって、引渡命令はその手続のアフターサービスだと説明すると思うんですけども、これは一体何のアフターサービスなんですかというところがちょっと気になります。その説明の4のところについて、私は、基本的には仲裁プラス私的な手続に裁判所が手を貸すというのはあり得ると思っているんですけども、最後の御説明を伺って、この部分はこういうふうに説明されるんだろうかと疑問に思いました。

○道垣内部会長 誰が答えなければいけないかという問題はあろうと思うんですけども、その点について御意見があらわれる方がいらっしゃいましたら、お願いいたします。

○松下委員 松下です、ありがとうございます。不動産競売のときの引渡命令は確かにアフターサービスですが、2なり4なり、保全処分とか引渡命令を設けるときには、アフターサービスという言葉を使わなくても、ある種の法律で決めた私的なものについて、裁判所が力を貸す仕組みとだけ考えればいいのであって、そこではアフターという言葉を使う必要もないと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに何か。

○片山委員 すみません、慶應大学の片山です。アフターサービスの話からはすこしズレるかも知れませんが、むしろ先ほどの私的実行と民事執行法上の手続との関係です。私自身は、担保権の実行手続というのがあって、その一つは私的実行であり、もう一つが民事執行法上の競売であるということで、対等な位置付けという理解でおりまして、私的実行に関してはすべてを私的に実行できるということであればいいのですが、一部では、法制度として執行裁判所の力を借りて、円滑な私的実行手続を行うということが認められるということになるのかと思っております。

そういう意味で、私的実行と競売とは、担保権の実行手続という意味での共通性があるということかと思えます。私的実行については、従前どう説明されてきたかということ、特に譲渡担保の場合には、当事者の合意によって所有権が移転しているので、その移転した所有権の効果として実行まで全部できてしまうんだというような説明がなされていたわけが、今日的には、決してそういうことではなくして、私的実行であれ、競売であり、おおよそ担保権実行手続には、換価処分権あるいは実行処分権が必要となり、それに基づく実行手続が進められるという意味で、競売手続も私的実行手続も共通する面があるということなのかと思えます。それゆえに、私的実行であっても執行裁判所のお手伝いをお借りできるということになると考えていたところでございます。よろしくお願いいたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大塚関係官 ありがとうございます、調査員の大塚です。先ほどの二方の先生の御説明、非常によく分かりました、ありがとうございます。現行法上の動産競売の手続と比較したときに、登記を必須要件としないということは、特に問題がないんだということだったと思います。

その上でですが、立法論として、登記がある場合に限って、こういった簡易な引渡制度を認めるということはある得ないのでしょうかというのが、次の問題となるかと思えます。もちろん、担保権の存在を証明する文書の提出、そして、その疎明によって手続を進めるということは、現行法との比較としてはあり得るかと思えますけれども、登記を今回使いやすくするということとなれば、登記をした担保権者に限って、こういった手続、ある種のアフターサービスといいますか、何らかのサービスを認めるということはある得るのではないかと思います。そうすることによって、登記をすることに対するインセンティブも上がりますし、あるいは、手続上、疎明の手続が簡単に進めるかなと思えますので、そういった提案に対してはどうかなというところですよ。

○道垣内部会長 ありがとうございます。お土産をあげるといいますか、登記をするということあるよという制度にした方がいいのではないということなんだろうと思えますけれども、いかがでしょうか。ほかに、もちろん結構でございます。

横山さん、それはそうと、アフターという言葉が、どうしてアフターなのとお聞きになったところ、アフターではないんだという返事があっただけのような気がするんですが、それで御納得されているのでしょうか。

○横山委員 制度の作り方として、どんなふうに整理されるのかが、実はちょっと、まだよく分かっておりません。つまり本当の、例えば抵当権が付いている不動産について、抵当権を外して、でもって、買手を探してきて売りますよと、そういうような本当の私的な処分というか実行というのものもあるわけですよ。それと、今回の譲渡担保における私の実行は、引渡命令ができるかどうかの正当化との関係で、レベルが違うのだろうか、という疑問があります。譲渡担保の場合には、引渡命令ができるんだと。けれども、本当の純粹の私的なやり取りによる私的な処理については、恐らく引渡命令は使えないだろうと。そうすると、引渡命令ができる場合とできない場合との間に、どうやって線を引くんですかねという疑問と、最初の正当化の話、部会長がおっしゃっていた、何でこの場合だったら引渡命令というのできるんですかというところの理由付けというのは、もう少し考えないといけないかなとは思っておりました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

藤澤さんから手が挙がっているんですが、ちょっと松下さんから今、レスポンス的に手が挙がりましたので、松下さんに先にお願ひしたいと思えます。

○松下委員 松下です。確かに、今、横山委員のおっしゃるとおり、抵当権外して、買手探してきて売ると、何が違うのかという話なんですけど、今回は、ところどころで裁判所の手を借りられる私の実行という仕組みを作ろうとしているわけですから、そのところどころに何を付けるかというのは、立法でいろいろな幅があり得るところなので、横山委員がおっしゃる純粹に私的なものとはやはり違うという立て付けで、物事を整理しようとしているのではないかと思います。

○山本委員 一言だけ。私は、横山さんが言われた、いわゆる任売ですよ、任意売却というのは、基本的には全関係者の同意の下に行われるものだろうと理解をしています。だからこそ、法的な規律とか全くなくてやられている、つまり、売却と担保権の抹消とそれから弁済を、みんなの合意の下で行っていくということなので、そこでは、特に引渡命令とか、そういう強制的な手続が入ってくる必然性というのは、必要性というのは必ずしもないものなのかなと思ってまして、何らか強制的な要素が必要なときに、そういう手続でも裁判所が手を貸す、例えば、後順位担保権者がいるような場合には、その担保を抹消させるようなところで裁判所が介入して、より任意売却をやりやすくすると、かつてそういう法案が作られたことありましたけれども、そういうようなことは、私は仕組む可能性というのはあり得るのではないかなと思ってますが、純粹の今やられている任売というのは、そもそもその必要はないということなのかなと思っていましたけれども。

○道垣内部会長 合意をすれば、合意をしているからなんだという、普通の売買契約で売主が引き渡さないときに引渡命令が出ますかという疑問が生じます。それ、合意しているんですよ、正に売買契約で。しかし、それは出ませんよね。そうすると、そういうふうな契約によって所有権が移転した場合と比較して、この場合にはなぜ助力をするのかということの正当化根拠が必要なものであって、任意売却というのは、比較的担保としてパラレルに考えやすいので、横山さん、そうおっしゃったんだと思いますけれども、通常の売買契約と比べてもいいんだろと思うんですが、それは何かございますか。

○山本委員 分かりました。何かそれ、やはり手続的なものと考えられる根拠がどこにあるのかということですかね。

○道垣内部会長 そうですかね。
続けて御発言がありますか。

○山本委員 今、私はそれ以上の答えはありません。

○藤澤幹事 ありがとうございます、立教大学の藤澤です。部会長が提起された問題について、つまり、御提案のような制度にすると、民法の教科書の書く順番が変わるのではないんですかという問題について、手続法の先生方がお答えになっていて、民法の研究者の側からあまり発言がなかったので、本当は、阿部先生とか水津先生とか、理論家の方が何かおっしゃるところのような気がするんですけども、ちょっと私も思ったことを一言だけ申し上げようと思いました。

抵当権のような典型的な担保物権ですと、その中に換価権が含まれていて、その手続的な表現として、民事執行法上の手続が定められていて、それにのっとって換価がなされて、アフターサービスなるものもそれを支えるという構造になっているかと思います。これに対して、これまでの譲渡担保は、譲渡担保権者の側に所有権があって、その所有権に基づいて、占有を回収したり、第三者に売却したりというような権限が生ずると考えられてきたのではないかなと思ってます。今次の改正によって、譲渡担保について裁判所による実行手続が規定されるとすれば、譲渡担保を典型担保物権に寄せて考えるといいですか、譲渡担保権にも換価権的なものが含まれていて、それを手続的に表現するものとして裁判所による実行手続があって、その代替手段として私的実行があると位置付けて、担保権的な性質を強く考えるようになるのかなみたいな、そんな印象を受けました。

すごく拙い発言で申し訳なかったんですけども、民法からも何か言った方がいいかな

とあって、一言発言させていただきました。ありがとうございました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。使命感を持っていることは大切だろうと、有り難いことだと思います。

○片山委員 私も、今、藤澤幹事がおっしゃったように、これまでの譲渡担保の実行というのは、取得した所有権に基づく権利行使という理解がベースにあるのだとは思いますが、今度創設する新しい担保権の場合には、後順位の担保権も付くという話を大前提としております。そうしますと、単に売っただけで、何で消除主義の原則が導入されるのかということになりますと、それはやはり、担保権の実行としての換価権を行使しているから、消除主義で担保権も全部消滅してしまうという、抵当権の実行と同じように考えていかざるを得ないのかと思っております。

そういう意味で、民事執行法上の様々な諸制度についても準用の可能性は出てくると思います。今回議論している点を、何法で書くのか、民法か民事執行法かという点は、今後、大問題になると思います。私的実行の手続を民事執行法の中に入れるといたら反対される方もいらっしゃるでしょうが、私自身は、私的実行という形で担保権の実行として民事執行法の中で規律することも十分に可能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。理論的な正当化という問題でずっと議論をしてまいりましたけれども、結論として、3の問題は、実行の手続をどう考えるかと、プロセスをどう考えるかということと大きく関係しているので、2と比較的パラレルに考えられるのかもしれませんが、4につきまして、引渡命令というのが認められるべきか否かという実質論につきましては、別に認められていいだろうということ御異論はないということなんでしょうか。

○阪口幹事 阪口です。誠実評価説を前提にすると、4は必須にならざるを得ないと思います。そうしないと、占有取得を全部2の保全処分の方でできるかということ、要件を欠くことだってあるわけですから。だから、制度としては、正当化の根拠のところは、先ほど申し上げたように、私には説明できませんけれども、正当化されるのであれば、あとは誠実評価説を採るのか採らないのか、ということになり、仮に誠実評価説を採ると、この4は必須だということになります。僕自身は、誠実評価説ではない意見を探っていますけれども、仮に誠実評価説を採ると、実質論として、4がないと執行手続が回らないと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに何か。

よろしゅうございますか。実質論的には余り大きな異論がなかったということなのかなと思います。論理的正当化につきましても、別にいいのではないのというような御意見が強かったのではないかという感じがいたしますが、私は何か必ずしも説得されていないんですけれども、個人的には。まあ、よろしいかと思えます。

それでは、これらの議論を踏まえまして、もう一度事務局等で検討していただくことにいたしまして、申し訳ございませんけれども、次の問題に移らせていただければと思います。

次の問題といたしましては、第2の1がかなり時間掛かるのではないかと。そうすると、ここで一旦休憩を入れるということもあり得るかなという話なんですけど、そうしますか。多少2時間には早いですが、3時半まで一旦休憩をさせていただければと思います。では、

3時半になったらお戻りくださいませ。よろしくお願いたします。

(休 憩)

○道垣内部会長 それでは、15時30分になりましたので再開をしたいと思います。

次のところに移りたいと思うのですが、第2の1ということで「劣後担保権者による私的実行の可否等」というのと、「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」、「3 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知」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。

○工藤関係官 それでは、14ページの「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」の「1 劣後担保権者による私的実行の可否等」について御説明いたします。

ここでは、一読と同様に、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しています。一読では、劣後担保権者による私的実行を一切許容しないこととすべきとの御意見もありましたが、優先担保権者よりも劣後担保権者の方が目的物の評価や処分又は機動的な判断が容易である場合があるなど、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御指摘もあることを踏まえ、従前の提案を維持することとしております。

もっとも、このような考え方に立つ場合には、優先担保権者の同意なく私的実行がされたときに、私的実行は無権限者による処分として無効となるのか、それとも、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のかが問題となるほか、優先担保権者は同意なくされた私的実行を追認することができるか否かなどが問題となりますので、これらの点も含めて御議論いただければと思います。

次に、16ページの「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」について御説明いたします。

一読では、【案7.1.2.1】として、担保権者が私的実行をするときは、知っている劣後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する考え方を提示しましたが、これに対しては、知っ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く、むしろ登記等の有無によって通知の対象となる者の範囲を明確に画するのが妥当であるとの御意見がありました。

そこで、このような御意見を踏まえ、【案16.2.2.1】として、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うことなく、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、一律にその旨の通知をしなければならないものとするを提案しています。なお、【案16.2.2.2】については、一読の際に提案した【案7.1.2.2】と変わりありません。

【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担保権実行の事実が広く知れ渡るのもやむを得ないとするか、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、設定者に通知義務を負わせれ

ば足りると考えるかによって、考え方が分かれるのではないかと考えられます。

また、【案16.2.2.1】を採用する場合には、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か否か、また、担保権者が通知を怠った場合の私的実行の効果をどのように考えるかが問題となります。他方で、【案16.2.2.2】を採用する場合には、通知の対象を劣後担保権者とするか、又は優先担保権者を含むその他の担保権者とするかが問題となります。これらの点も含め、御議論いただければと思います。

次に、18ページの「3 担保権者間の分配方法についての合意内容の通知」について御説明いたします。

劣後担保権者が優先担保権者の同意を得て私的実行をするときには、その同意を得る過程において、目的物の評価額の各担保権者に対する分配方法について合意が形成され、各担保権者の被担保債権はその合意の内容に従って消滅することとなると考えられます。しかし、目的物の評価額の各担保権者の被担保債権に対する充当額は、設定者にとっては重要な情報であるにもかかわらず、設定者がこれを当然に知ることはできません。そこで、ここでは、劣後担保権者が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するを新たに提案しています。このような考え方に立つ場合には、その通知の時期を、実行前と実行後のいずれにするかを検討する必要があると考えられます。

そのほかに、ここでは、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、各担保権者の被担保債権の消滅の効果には影響を与えないとする考え方を示しているほか、劣後担保権者による私的実行によって清算金が発生する場合には、設定者は私的実行をした劣後担保権者に対して清算金を請求することができるの考え方を示しています。以上の点について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、御意見等を頂ければと思います。

○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。私の方からは、2番の他の担保権者への通知に関して、コメント申し上げられればと思います。

従前、部会資料7に関しまして、今回の提案の【案16.2.2.2】に当たる提案を支持させていただいておまして、その考え方は今回も特段変わりはありません。一方で、【案16.2.2.1】として、登記又はファイリングを備えている他の担保権者に対して私的実行しようとする担保権者が通知するという案を提案いただいておりますが、これについてコメント申し上げられればと考えております。

その通知の際に、先ほど事務局から御説明がありましたとおり、システムを通じて通知ができるようにするという方策も考えられているところではございまして、そのシステムが整う限りにおいては、許容できる部分はあるのかなと考えております一方で、仮にシステムが整備されるまでに時間が掛かりますというような場合に、この提案によりますと、優先担保権者として担保権を実行するに際しまして、例えば、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を取り寄せて、劣後担保権者が実際にいるかどうか、い

たとして、その住所を検索した上で、疎漏なく担保権実行に関する通知を送らないといけないということになりそうであり、そうした取扱いが現行実務対比アドオンされるという形になるのだと思うのですが、その結果として、担保実行の迅速性が害されることにならないかどうかというのは、懸念されるところでございます。

一方で、そういう問題は一旦置くとして、仮に実行の通知を担保権者が怠ってしまった場合の効果として、私的実行が無効になるという提案もされているのですけれども、例えば目的物の客観的な価額が被担保債権を下回るというような場合において、その場合は、清算金も発生しないし、劣後担保権者の保護利益もないというような状態なのかもしれませんが、そうした場合に、実行の通知を怠ったことをもって無効とされてしまうということなのだすると、保護すべき利益がない中で、取引の安全が一方的に害されてしまうというふうな形にもなり得るのかなとも思われました。

一方で、無効ではなくて、不法行為責任を負いますという設計も考えられているところではあるのですけれども、そうだとすると、優先担保権者としては、そういう責任を負わないように、実行前にかなり慎重に精査をしないといけないということになりそうでありまして、その結果として、担保実行の迅速性に影響が生じないかどうかというのが、やはり懸念されます。

あわせて、現状においては、少なくとも優先担保権者としてそういう通知を行う義務はないのですけれども、そういう義務を設ける必要があるとの判断の過程において、優先担保権者が劣後担保権者の清算金に関する権利行使機会を慮ってあげないといけないというような、フィデューシャリー・リレーションシップみたいなものが想定されているようにも見受けられるところがありまして、もし仮にそうなのだすると、そういう判断というものが正当なのかどうかということについては、精査される必要があるのかなと考えております。

つまるところ、本件の問題は、部会資料の18ページ目の20行目以下、先ほどの事務局からの御説明にもありまして、劣後担保権者の清算金に係る権利行使の機会をどの程度保障すべきなのかという、その大きさに関する価値判断の問題なのだと思うのですが、そういう利益を保護すべき必要があるというのはよく理解できます一方で、優先担保権者に対する負担だったり、それを怠った場合の効果だったりというものの大きさに鑑みますと、【案16.2.2.1】がバランスが取れた内容なのかどうかというのは、少し疑問に感じるところがございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阪口幹事 阪口です。私の方は、2番に関しては、【案16.2.2.1】の方を推したいと思っています。今、本多委員の方から御指摘があったとおり、確かに、選択肢によっては幾つかの問題点が生じると思いますけれども、まず、ここで考えている登記というのは、重なり合いも考えなくていいということを想定しています。とにかくその設定者について、動産担保登記が付いている人で、かつ、それは登記されている住所にさえ送ればよい。その後の本店移転とか、そんなことも何にも考えなくてよい。なおかつ、送るタイミングも、部会資料には明確に書かれていませんけれども、ゴシック体のところと言うと、私的実行をするときはと書いてあって、これが何か事前のようにも読めます。けれども、効果のところを先に考えると、効果は、無効というのは何ぼ何でも行き過ぎだと思っておりますので、損

害賠償の問題、不法行為というのかな、の問題なんだろうと思います。そうだとすれば、そこに行き着くだけであれば、適切な機会に送られたらよく、優先担保権者の私的実行の前に通知しなければいけない必然性は何もない。物上代位の機会がある程度のタイミングというか、完全にあるとは言えませんが、一定の時間内に通知すればよく、つまり、私的実行手続を取った後でも、十分足りると思います。それが余りにも遅く、例えば、私的実行の実行完了の前日というのは、それは確におかしいでしょうけれども、私的実行には一定の時間掛かるということを考えると、先ほど言っておられた、迅速性に関して阻害にならない制度設計は十分可能ではないかと思っています。

なおかつ、【案16.2.2.1】を採るか、【案16.2.2.2】を採るかについては、劣後担保権者の権利行使の機会の保障という観点はそのとおりなんですけれども、先ほど別のところで、大塚関係官の方から出たとおり、登記又はファイリングすることによるメリットというのが、ここでもあった方がいいのではないかと思います。そういう連絡が来るということであれば、やはりそちらの方にみんなシフトしていくんだと思うんです。そういう制度設計が全体として望ましいのではないのかなと、私は思っています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 大西です、よろしくお願いします。本多委員、阪口委員のお話もあったのですが、登記ファイリングの担保権者と、占有改定で対抗要件を備えた担保権者の優劣関係で、登記ファイリングを常に優先するという説を採る場合は結論が明確です。しかしながら、そうでない説、例えば対抗要件具備の先後関係で優劣を決める説を採った場合、設定者以外は占有改定によって対抗要件を備えた担保権者の存在を分かり得ないので、【案16.2.2.2】が妥当と言えるのではないかなと思います。優先担保権者が占有改定の担保権者である可能性もあるので、【案16.2.2.2】しかないと思います。

また、【案16.2.2.1】は、本多委員がおっしゃられたように、自動的に他の担保権者に通知が行くようなシステムが導入される場合は別として、そうでない場合、担保権者に通知義務を負わせるのは酷ではないかと考えます。そういう点からも【案16.2.2.2】の方がいいのではないかと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○佐久間委員 ありがとうございます。今の【案16.2.2.1】か【案16.2.2.2】かなんですけれども、【案16.2.2.1】を採った場合の効果ですね、通知を怠った場合の効果に関しまして、無効は行き過ぎだろうというのは、そのとおりだと思うんですが、では、損害賠償なのかというときに、不法行為だと書いてあるんですけれども、一体優先する担保権者は、先に担保取りましたと、自分はファイリングをしましたとして、その後に、劣後する人に担保がまた設定され、ファイリングされたら、何で義務が生じるのかが、私にはよく分からない。先ほど本多さんがフィデューシャリーみたいなものなのかとおっしゃったのか、僕が聞き間違えたのか、ちょっと分かりませんが、もしおっしゃったとして、本多さんがそう考えておられるという意味ではないんですけれども、そうなのかもしれないけれども、私にはよく分からないとしか言いようがなく、この種の担保を優先的に確保した人は、その後に担保余力があれば当然、なくても担保が設定されたら、そのうえで、登記が、あるいはファイリングがされたら、劣後する人に利益があるかどうか分からないにもかかわらず、たまたま利益がありましたということであれば、劣後する人の利益を確保するため

に、通知までしてあげないと駄目ですよ、というわけですよ。優先する担保権者がそこまでしなければならぬのは一体どうしてなのかが私には分かりません。申し訳ないんですけども。そうすると、【案16.2.2.1】の通知を怠った効果って、あんまり何も考えられそうにないのかな、と思います。結局のところ、特に優先する担保権者が私的実行をする場合ですけれども、他の担保権者に通知しなければいけないという考え方自体に、やや納得できないものがあるなと感じました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。担保権を持っている人の権利を、例えば、清算金上に存在しているとして、それを自分の行為で侵害してしまうから、不法行為責任を負うというだけでは足りないということなんではないでしょうか、そういう理屈だけでは。

○佐久間委員 劣後する人がそもそも私的実行をできるかどうかというのは、私は、1の問題かなと思いました。1についても、またいろいろ御意見あると思いますけれども、劣後する人が優先する担保権者の同意を得ずに、当然に私的実行できますという立場にないとするならば、通知の問題には必ずしもならないのではないかと。そうすると、優先する人が実行する場合はどうですかという話にはなると思うのですけれども、繰り返しにしかありませんけれども、確かに後順位の人が出てきた場合には、結果的にその人には清算金というか、優先順位の高い人がもっていった後になお余りがあるときは、そこから一定の配当を受けられるという、その利益があることは間違いないと思うのですけれども、それを、優先的に担保を取った人が当然に自ら保障してあげなければいけないのだろうか。そういうもんなんだと言われれば、そうですかと申し上げることになりますけれども、どこからそのような保障をすべき義務が出てくるのかが分からない、私にはちょっと理解できないということです。

○道垣内部会長 おっしゃっていることは分かりました。ちょっとそれは、後で考えたいと思います。

○大澤委員 大澤でございます。私、阪口幹事の意見に賛成でして、どこかのタイミングで、もしかしたら佐久間先生の先ほどの議論と少し関連するのかもしれないけれども、劣後担保権者をどこまで保護してあげなければいけないかと考えたときに、どこかで通知はすべきだろうと、知る機会を与えるべきだろうと考えたときに、時期として、必ず実行通知の前でなければならないと、そのような時間的な制限を設けないのであれば、登記なり何なり載っている劣後担保権者に対して通知をして、私は受戻期間はなるべく後ろ倒ししましょうという考え方なんで、私的実行の期間は比較的長く取りましょうと考えているからかもしれないけれども、その中での通知というものがあれば、あとはそれで判断ができるという仕組み程度での、こういった他の担保権者の通知ということで、バランスが取れるのではないかなと考えました。

○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。ありがとうございます。通知の件ですけれども、恐らく担保であるということで、換価処分をするということになりますと、やはり買受人が現れて、全ての担保が消滅するということを前提とするのでしょうから、やはり後順位担保権者への通知はどうしても必要なものかなとは思っています。

そのときに、恐らくこの【案16.2.2.1】が、登記をしたらオートマチックに通知が行くということのある程度前提としているかと思しますので、そうであるならば、【案

16.2.2.1】でいいのかと思います。

そのこととは別に、一番最初の1の問題で、やはり後順位担保権者の私的実行権限の問題が非常に気にはなっているところがございます。一読のときには、やはり、新たな立法をするのであるならば、後順位の担保権者の実行権も認めるという、きちんとした担保を設計しなければいけない、制度設計しなければいけないという趣旨は非常によく分かるのだが、制約がいろいろ多くなって、仮登記担保のように使い勝手が悪くなってしまうと、元も子もない、使われなくなってしまふ担保というのも困るので、今の判例法理が、一応後順位担保権者の私的実行の可能性は否定しているということを踏襲してもいいんじゃないかということをお願いしました。

その際に、今回の資料でいいますと、14ページの一番下のところで、例えば、後順位担保権者が商社とかメーカーで、独自の商流を持っていて高く売れるということであれば、やはり後順位担保権者に実行させることにメリットがあるとの御指摘を頂いて、それはそのとおりかなとは思ったのですが、改めて考えてみますと、果たしてそのときに、後順位担保権者が自分の商流を使って私的実行を自分がやるということなのか、それとも、仮に、全員の同意が必要だっというような話ですと、結局は優先担保権者、先順位担保権者がイニシアティブを取って実行していて、そのときに後順位担保権者の商流を使わせてもらっているというだけのことにすぎないという分析も可能ではないかとも思い始めております。そうしますと、特にここにおいて、後順位担保権者が私的実行をしているという言い方をする必要があるのかどうかということ、少し疑問を感じております。

それと同時に、そうしますと、処分清算をするということであれば、後順位担保権者も実行ができるということでもいいかなという気はしておりますが、今回の御提案ですと、恐らく後順位担保権者も私的実行ができて、そのときに、帰属清算もできてしまうということかと思いますが、そこまで後順位担保権者に認める必要があるのかという思いもございます。そういう意味では、もう既に遅いかもかもしれませんが、先順位担保権者しか実行できないということも、再度、見直されてもいいのかなという気はし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。

○沖野委員 ありがとうございます、東京大学の沖野です。2の通知の点ですけれども、私は、片山委員がおっしゃったような形が、もし登記からオートマチックに通知ができるならばよろしいのではないかと考えております。具体的には、【案16.2.2.2】がよろしくて、かつ、登記を使ったオートマチック通知のような形ができればいいということです。

【案16.2.2.1】については、佐久間委員から、なぜ不法行為に基づく損害賠償請求というサンクションがあるような形で通知義務を先順位が負うのかと、後順位について何のコントロールも関与もしていないのにという指摘をされました。ただ、一方で、実行で余剰があるといったようなときについて、配慮をするというようなことはあり得るだろうと思っております。それが本当に、よほどひどい場合でない限りは、不法行為に基づく損害賠償というのは基礎付けないのではないかとは思いますが、ただ、後順位の担保権者の権利行使の機会を確保する方法として、【案16.2.2.1】の方が望ましいのかということにして、情報収集をどこまでするかという点について、登記にあって、それで機械的にその登記に記されている住所に送るようなシステムで、場合によってはメールで送るというような話だとすると、結局、現在の後順位の情報宛て先というのは確保されないわけで、それを知

っているのは債務者、設定者のはずですけれども、そちらは全く関与しないとすると、結局確保はされないということになりそうです。

また、別途占有改定どうするかという問題もありましたけれども、むしろ後順位権者の利益の保証をきっちりやるということであるならば、債務者から情報を出してもらって、債務者からきちんとやってもらい、債務者がきちんとやらないときには、そこに責任を付けていくと。それと同時に、登記からのオートマチックな情報提供も行う、これが一体いつになったらどのようにできるのかという問題がありますけれども、その方が制度趣旨にも合うのではないかと思うところです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。1点分からなかったのは、後順位者の住所が変わっているときに、そのことは設定者、債務者は把握できるけれどもとおっしゃいましたっけ。

○沖野委員 把握し得るとすると、設定者の方ではないかということです。債務者、設定者の方ではないかと。

○道垣内部会長 それは、後順位者が、自分が登記し直さないのが悪いだけなのではないのでしょうか。

○沖野委員 そういうふうな考え方であれば、それで結構ですけれども、所詮その程度のものですということです。

○道垣内部会長 そうそう。だけど、それは自分の利益をその人が守れなかったということなんで、債務者、設定者が後順位担保権者の住所変更について知っているということに依存するよりは、自らが住所変更しなかったら、前の住所に送られても知りませんというのが筋のような気が、ちょっと伺っていたんだけれども。

○沖野委員 ありがとうございます。いずれにせよ、登記やファイリングを通じたオートマチック的な通知がされるのならば、その限りでは、その部分は送られなかったとしたら、自分が訂正しておかなかった責任ですということですけども、それを超えて、設定者であれば住所がもう新しく分かっているとかいうことであれば、更に通知をする可能性が出てくるけれども、そういう可能性に期待するかという話ではないかと思いましたがけれども。

○道垣内部会長 なるほど。設定者は、自らあなたに一定の優先権を与えますという約束をしている人ですからね。その人がそれを守るべき行動をしなければならないというのは、非常に理解はしやすいところだと思います。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。1の先ほど片山先生がおっしゃったことに関連してなんですけれども、片山先生は、私の理解の間違いでなければ、最優先順位の人だけに実行を認めればいいというお考えだったと思います。私、その立場もあり得ると思っているんですけども、仮にそうでない、劣後する人も私的実行ができると考えたとき、最優先順位の人が実行を本来できていいはずだということだとすると、私には、その劣後する人は自分より優先する人全員の同意を得なければいけないのかというのがよく分かりません。最優先の人の同意があれば、それでいいのではないかと。そうすると、実際に実行するのは順位が3番目とか4番目の人なんだけれども、その人は、平たい言い方ですけども、最優先の人のお墨付きを得て、その人の代わりにというと、ちょっとやはり幾ら何でも言い過ぎかもしれませんけれども、この人の権利が実現されるという形で実行するんだからそれでよいと、考えることはできないのかなと思いました。

そうすると、片山先生がおっしゃったように、それだったら最優先の人が実行することになればいいとするか、劣後する人による実行は事実上最優先の人が実行しているのと変わらないと整理するのか、それはどっちもあり得ると思うんですが、私はそのように1については思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阪口幹事 すみません、2の方で申し訳ないです。佐久間先生が問題提起された、何でそんな下の順位の人に上の順位の方は配慮せないかんのという問題についてです。もちろん清算金なりについて手続を採る機会の保障ということなんですけれども、先ほどの話にも関係するとおり、私的実行は、法的実行とイコールではないけれども、やはりニアリーな部分を含んでいるんだろうと思います。

そうすると、本来であれば、私的実行を行った優先担保権者が、配当手続まで行うのが法的な実行手続と平行な関係になりますが、それは現実性がない。なので、ここでいう、そういう機会保障のための通知だけにとどめるということかと思えます。完全にイコールではないので、その説明だけでは足りないとは思いますが、そういう言わば、優先担保権者が執行機関の側面を負っている側面が、私的実行ではあるのではないのかなと思っていて、そうだとすると、通知というのが義務付けられても、もちろん僕が考えているのはかなり軽い義務ですけれども、一定の義務を負ってもおかしくはないというのが、私の感覚です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阿部幹事 ありがとうございます。先ほど佐久間委員がおっしゃったことについてですけれども、この部会での審議が始まる前の「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」で、私も全く同じことを申し上げたことがありました。最先順位の人が実行すれば、ほかの人の同意は要らないのだから、最先順位の人同意さえ取れば、最先順位担保権者と同じことができいいのではないのか、ということをお願いしました。ただ、そのときは確か、実行する担保権者と最先順位担保権者との間の順位担保権者にも優先権を行使する機会を保障する必要があるのではないかと、ということで、結局、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認めるというのが、今の御提案にも残っているのではないかと思います。

ただ、片山委員のおっしゃったとおり、結局最先順位担保権者の同意を得ていれば、最先順位担保権者自身による実行だと性質決定することも、状況によっては可能ですし、最先順位担保権者が処分権限を与えれば、最先順位担保権者と同じことを他の担保権者もできるわけで、たとえば商流を持っている劣後担保権者がいる場合には、その人に最先順位担保権者が授権すれば、最先順位担保権者の処分権に基づく処分が可能なのだとすると、優先する全ての担保権者の同意を得た場合に、劣後担保権者自身の実行権限に基づく私的実行を認めたとしても、それはシンボリックな意味しかなく、實際上より機動的に使いやすいのは、最先順位担保権者から処分授権を得るなどして、最先順位担保権者の手足となって私的実行するという方になってしまうのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○横山委員 ありがとうございます。【案16.2.2.1】なんですけれども、これ、無効とする考え方と、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いう考え方とは、

実際上どこまで違うのでしょうか。

私自身は、どちらがよいのかということにははっきりと分からないのですけれども、場合によっては、完全に無効としてしまう方が、その後の手続が複雑になってしまうのではないかとも思いました。むしろ、私的実行によって負担付きの権利が移転すると考えた上で、同意なく実行したことによって損害が生じた場合には、その実行した者に対して優先的な担保権者が、損害賠償か何か分かりませんが、何かその辺りで解決するという方法もあり得るのではないかとも思いました。

無効な場合とどれだけ違うのかということについて、私自身の認識不足があるかもしれませんが、もし誤解をしているようでしたら、教えていただければと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。これは、設定者による処分のときに結構複雑な、どこまでの権限があつてという話がありまして、なんですけれども、事務局の方から、今の横山さんの質問に関連して、無効であるとしたらどういうふうになる、担保権付きで、先順位者の担保権が残るんだと考えるとどうなるのかということについて、何か御意見とか御認識があれば、御説明いただければと思います。

○笹井幹事 十分に理解できなかったところもありますので、きちんとしたお答えになるかどうか分かりませんが、無効になるということは、第三者に対する処分や担保権者への帰属の効果が生じなかったということになるので、担保権も、それから被担保債権もそのまま残っているということになるのではないかと思います。もちろん、処分は無効だけれども即時取得が生ずるということはあるかもしれませんが、その場合は、第三者はその所有権については取得するということになるのでしょうかけれども、即時取得の要件が認められない限りは、今申し上げたように、処分の効果も生じない、帰属の効果も生じないということになるのではないかと思います。

他方で、負担付きだということになると、同意を得た人、それから私的実行をした担保権者の担保権は消えるということになって、同意を得ていない人の担保権は残ることになるのでしょうかから、優先する担保権者全員の同意が必要になるとすると、1番の人の同意は得たけれども、2番目の人の同意を得ずに3番の人が実行した場合に、2番目だけが残るのかとか、そういう問題が残ってくるのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。しかし、それって実行できる。1に書いてある、同意を得た場合に限り私的実行をすることができるということの前提を崩していませんか。結局、同意がなくても実行はできますが、先順位者は残りますというだけの話で。

○笹井幹事 なので、この15ページの②ですかね、7行目、8行目ぐらいに書いたように、結局一緒になるわけだから、やはり無効にするしかないのではないかという考え方が出てくるのではないかと思います。

○道垣内部会長 それと、もう一個重要なのは、設定者は止めなくていいのかしらね。実行をする担保権者は、自分が先順位者だと思っている人だっているわけですね、後順位なんだけれども。それが分かっているのは設定者であるとする、後順位の人が実行すると言ったら、いや、それはできません、あなたよりも優先の人がいるんですと、設定者が止めなければいけないんであって。処分の相手方が即時取得した場合に、後順位者は権利侵害をしたということで不法行為責任を負うんだというんだけど、一番責任があるのは設定者のような気がするけれども、どうなんだろう。それは、設定者に負わせても、どうせ

債務者だから無意味は無意味なんだけれども、どうなんだろう。

○**笹井幹事** そうかもしれませんが、それでも売ってしまった場合に、第三者がどういう権利を取得するか、例えば、処分清算の場合に、第三者がどういう権利を取得するのかという問題が出てくるのではないかと思いますので、そこでどう考えるかということかと思えます。

○**道垣内部会長** ちょっともう一つだけ言うと、無効であると作るんだったら、そうすると、設定者は止めなければいけないという文にするとか、ルールを入れた方がいいのではないかという気もしないでもない。

○**大西委員** すみません。ここについては、まず、現実的に、動産で担保権付きの譲渡を行う場合、そのような状態の動産を買うような買手は多分いないと思いますので、担保権付きで動産が譲渡されるという構成は余り現実的ではないと思います。よって、原則無効と考えるべきですが、一方で、優先担保権者の被担保債権の全額について、第三者弁済や供託等の制度を利用して、きちんと劣後担保権者が弁済をするのであれば、剰余部分を劣後担保権者がそのまま取得すること自体、認めてもいいと思います。要するに、完全に無効として巻き戻さなくても、優先担保権者の被担保債権を全額満足させれば、有効にしてもいいのではないかと思います。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。ただ、そうすると、実行はできるが、自らに配当が来ない人の実行権限は否定されるというだけになりそうな気もするんですが、ちょっとそれ、誤解かしら。ルールの作りとかお金の流れとかというのを、もう少し整理をしないといけなかなと思います、私の誤解かもしれませんが、

○**阿部幹事** 阿部です、ありがとうございます。私的実行を無効だとすることの最大の意味は、設定者が実行を止めることができるということにあるのではないかと思います。平成18年7月20日の最高裁判決も実際そういう事案で、劣後担保権者が実行しようとした際に、引揚げの拒絶を設定者に認めていますので、無効とするということの一番の意味とは、設定者が実行を拒絶することができるということなのではないかなと思いました。

先ほど部会長からは、設定者が実行を拒絶しなければいけないかという議論が出ていましたけれども、しなければいけないとなると、しなかったときのサンクションはどうするのかといった議論になりますけれども、そのように考えなくても、設定者が拒絶することができるということ自体が、実行無効の効果として重要なのではないかなと思いました。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。

悪意というか、その人に先行する担保権者がいるということを知っていて、私的実行に応じて購入するという人が出てくるというのは、ほぼ考えられないという大西さんの御指摘は、本当にごもつともだと思いますので、劣後担保権者による実行が進むときというのは、阿部さんがおっしゃるように、設定者も止めなければ、第三者も知らなかったと、処分の相手方も知らなかったということで、即時取得が成立しますという場面以外はほとんど存在しない。もちろんそういうふうなルールを作る前提として、先順位者担保権は残りますというのは必要かもしれませんが、しかし、即時取得のことだけ考えるんだらば、これは無効としてしまっても、別段同じ結論になるので、それはそれでよかろうということにはなるのかもしれない。

2の方に關しましては、いろいろな御意見を頂きましたが、ちょっと確認をしたいのですけれども、何人かの方々から、登記、ファイリングも含めてですが、登記をしていたならば、担保権の実行があれば、その登記をしている担保権者に、例えばシステム上、当然に通知が行くというふうな、メールかもしれませんが、というふうなシステムという話が出ましたけれども、そのときというのは、同じ目的物にほかの担保権者がいるということと無関係に、ある設定者の財産に登記された担保権がほかにもあるとすると、その人には目的物がどう書いてあるにせよ、その人には通知が行くという、そういうふうな制度設計を考えていらっしゃるということで構わないのでしょうか。

○藤澤幹事 ありがとうございます、藤澤です。道垣内先生がおっしゃったとおり、財産の選別みたいなものをせずに、その債務者について登記をしている者全員に通知する設計ではないかと考えておりますし、登記から自動的にメールが行くというようなシステムができるのであれば、そのようなものについて賛成です。

というのも、佐久間先生が御指摘されたように、先順位者に対して、後順位権者の保護義務みたいなものを負わせるのは、ちょっとおかしいのではないかとというような、そういった御指摘がありましたけれども、むしろここでの通知義務は、公示の義務として位置付けることがよいのではないかと考えております。不動産について、執行、実行を行うときには、それが登記されて、外部に公示されることになるかと思えます。ところが、動産譲渡登記は、物的編成主義ではありませんので、執行や実行を登記して公示することは困難です。そこで、どのようにして実行に着手したことを外部に知らせるのかということが問題になるんだと思えますけれども、システムとかに頼らない原始的なやり方だと、通知義務ということになりますし、よりシステムが発展しているのであれば、メールの自動送信といったような形になってくる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。

○佐久間委員 物的編成主義ではないので、オートマチックに通知をするとすると、先ほど藤澤さんもおっしゃったように、当該設定者について担保を取っているということで、登記又はファイリングされている全ての債権者に通知が行くということになるんだと思うんですけれども、それってなかなか設定者にとってはつらいのではないかと思います。確かに不履行を起こして実行されるような人だから、もう事実上、お前は死んでいるということなのかもしれませんけれども、必ずしもそうとは限らないようにも思います。こんな例を挙げるのはどうかという感じもしますけれども、ある人が一杯財産をもっていて、そのうちの一部に担保を付けている。そその担保をつけている財産の一つについて、これぐらいどうでもいいやということで不履行にして放っておいたら、非常に重要な取引先にまで分かる形でどーんと通知が行くというのは、これは仕組みとして本当にいいのかなという気がいたします。

○沖野委員 もちろん仕組み方によっては、できなくはないとは思いますが、後順位の人が見れば、何が先順位で何が重なっているかとかが分かり、更にその情報を入力するとか、そういうことも考えられるかもしれませんけれども、それは、登記の中の事項を厚くして非常に複雑にしますし、望ましくないのだと思えます。

それで、自動的に目的物の重なりとかを選別せずに行うことになると思えますけれども、そのときのデメリットというのは、通知を受ける側が全く関係ないのに通知が来て、それ

をチェックしなければいけないということですが、それは、後順位担保権者というのは元々そういう公示の下で行動しているので、そこは仕方がないのではないかと思います。

もう一つは、佐久間先生のおっしゃった設定者にとっての不利益ということで、全く関係のない人にまで送られてしまう、その目的物については、別に後順位でも何でもない人に、しかも、場合によっては、ごく限られた財産についての実行であったのに、そうではないかなりの部分を抱えているような人に対して送られてしまうということです。ただ、一般的には財産に差押えがかかるとか競売がかかったら、期限の利益を喪失して、他の実行のトリガーを引くということは、割と約定でも一般的にあることですし、そういう事実があるけれども、例外的な事情があるというのは、もう設定者に説明してもらおうほかないのではないかと思います。ただ、それが問題となるのならば、いっそ【案16.2.2.2】でいくべきではないかとは思いますが。

○道垣内部会長 ありがとうございます。実は、二つありまして、一つは佐久間さんがおっしゃったことでして、風評被害ではありませんけれども、そういうふうなことがあり得るといふこと、もう一つは、私的実行に着手した、正当とは全く限らないですよ。それにもかかわらず、どうやってコンピューターシステムが作動して、メールが自動的に送られるのだろうかというのが、私には実はよく分からなくて、誰がどこまでの正当性をどの時点で判断するのかという問題は、多分あるんだろうと思います。そうならば、そういうふうな問題があるんならば、【案16.2.2.2】にしてしまえというのが、沖野さんが最後におっしゃったところでありますが、ちょっとその点も考えなければいけないのかなと思います。

1、2につきましては結論が出ているわけではございませんけれども、大分御議論いただきました。3につきましては、もちろん後順位担保権者は実行できませんというのももちろんあり得る選択肢なんですけれども、消滅する担保権というものが複数ある、後順位者がそのインセンティブを取ってやるといったときに、配分方法についての合意をして、それを設定者に通知しなさいというふうなことについて、まだ十分な御意見を頂いていないようなんですけれども、この点については何かございますでしょうか。

別に、特に何も無いということなんでしょうか。全ての先順位者を把握することが、そもそもできるのかという問題と、申し出てきた先順位者はともかく、自分も担保契約の解釈ないしは登記の解釈によって、あなたも先順位者であると主張する人が、それぞれの正当性を判断して、それで合意を作りなさいというのも、本当はなかなか難しい問題であるような気はしますけれども、差し当たっては御意見ございますでしょうか。無理をして御意見を出していただくのも妥当ではありませんが、本当は出していただきたいんですが。

○大塚関係官 ありがとうございます、調査員の大塚です。3について、余りきちんと考えていない段階での発言になってしまいますけれども、これは、私的実行を後順位担保権者がするときというのは、する前なのか、つまり、同意取れているんで私的実行しますよという段階で通知をすれば、先ほど何人かの先生がおっしゃっていたとおり、設定者がそれを止めることが可能になるかもしれない、この人の同意取れていないですよと止めることができる、そういった機会を与えられるかなと思います。

ただ、価格相当額の配分方法に関する合意の内容ということになると、ある程度目的物の評価を行った段階で通知をすることになるのかなと思ひまして、そうすると、ある種誠

実評価額などの通知と似たようなところが出てくるのかなと思ひまして、前回の議論との関係というか、実行開始通知などとの関係がどうなるのかなというところで、よく分からないところがありましたので、後順位担保権者が私的実行する場合に、実行開始通知を求めるとするか、あと誠実評価額の話が出てくる場合に、それらの関係がどうなるのか、プロセスとして、実行しようとする担保権者がいつ何をすればいいのかというのが、もうちょっと整理されているといいかなと思ひましたが、どういう御趣旨なんでしょうかという質問です。

○道垣内部会長 おっしゃるとおりで、この1、2、3のところ、それぞれどういうふうな局面で何をして、それに対して誰がどういうレスポンスをするのかというふうなことが、必ずしも明確でないというところはあるかと思ひます。3のところも、大塚さんがおっしゃいましたように、どの時点で誰との間で合意をして、それに対して、例えば設定者が法定充たないしは合意充たとかの関係で、何らかの異議を申し述べ得るのかとか、そういうふうなことを、それはどういうプロセスの中でやるのかというふうなことも、本当は明らかにしないといけないんだろうと思ひますが、今回はそこまでできておりませんので、こういうふうな制度で分配するというふうなことではどうかなというジェネラルなことです。

これに対して、およそこういうふうな配当みたいなものを、後順位担保権者に認めるというふうなことが、そもそもイニシアティブを取ってやるというふうなことはよくないというのも、ポリシーの問題としてあるかもしれませんが、何か差し当たって、今この段階で御意見ありますか。

○大塚関係官 そういう趣旨であれば、例えば、いずれかの段階において、目的物を換価というか、帰属清算の場合、処分清算の場合、いずれに対しても、どの被担保債権がどの額で消えるのかということ、設定者に知らせるということは必要なんだろうと思ひます。その限度では、この提案に賛成いたします。

ただ、その場合に、それを独自の通知の規律として置くのか、あるいは、前回の御提案の通知のところ、後順位抵当権者が通知をする場合は、こういう情報も入れましょうねとするのかというのは、法文化に当たっては検討すべき事項かなと思ひました。

○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。先ほど、部会長が何にもないのかとおっしゃったときに、黙っていたら賛成したことになるのかなと思ひて、何か言わなければいけないなと思ひたんですけども、では、何を言えるかなという自分でもよくわからないのですが、実は、これは一体どういうものなのかということがよく分からなかったんです。そのよく分からないことの一つは、ここに、通知を怠った場合の効果って書かれていませんよね。私が読み損なっているのかもしれませんが、通知をしたんだけど、それと違う分配方法をした場合はうんぬんということは述べられているんですけども、通知しなかったら、これも損害賠償の問題になり得るということなんでしょうか。

損害賠償の問題というのは、例えば、誰がどういうふうに影響を受けることがあるのかよく分からないんですけども、もし余り実際上の効果が期待できないというか、考えられないのであれば、手続をただ重くするだけで、いろいろな人に親切にはなるかもしれませんがねというぐらいのことを、法律に義務として定めるのはどうなのかなと、現時点では

思っています。

この発言の趣旨は、僕は結構今まで遅れて、そのとき黙っていたかもしれないけれども、ごめんなさいということが多いので、気持ち悪いとだけ思っているということを申し上げておきたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。プロセス的に、今一步はっきりしないところがあるということなんだろうと思います。

ほかにございませんか。

○井上委員 ありがとうございます、井上です。私もここについて検討が十分でないので、間違った理解に基づく発言になるかもしれないんですけども、今、佐久間先生がおっしゃった違反のときに生じる効果についてです。この通知は、基本的には、通知をした結果に従って被担保債権が消滅するということでしょうか。そうすると、この通知がないときは、債務者はどの債務がどれだけ減ったかが分からないことになるのかもしれないと理解したのですが、そうだとすると、債務者は実行前までには債務不履行になっている状況で、そうすると、遅延損害金が発生していると思うんですが、もしこの通知がなされないとする、どこにどれだけ残債が残っているか分からないという意味で、遅滞の効果が生じなくなるということが考え得るのでしょうか。もしかすると誤解しているかもしれないんですが、そういうことであれば、通知を義務づける意味もありますし、インセンティブも生じる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。何か今の井上さんに関連して、また、あるいは大塚さんに関連して何か、事務局の方からございますか、それに関連して。

○笹井幹事 それぞれ、頂いた御意見はそのとおりでと思うのですが、これを作った最初の問題意識としては、井上先生がおっしゃったように、担保権者相互間では、充当に関して何らかの合意がされているからこそ、先順位の方は同意を与えるんだと思うんですけども、設定者はその合意の内容を知りようがないので、どの被担保債権がどの金額で消滅したのかを決める基準、それから、それを知らせる方法が必要になるのではないかと考えたということです。

まず客観的にどういう基準に従って消滅するのかということがあり、またその基準をどうやって設定者が認識できるかという、二つの問題があると思うんですけども、設定者が知っていようと知っていまいと、担保権者相互間の合意で決まるという考え方もあり得るかもしれませんが、そうではなくて、単純に優劣の順に従って配当されるという考え方もあるのかもしれないので、その辺をどう考えるのかというのが、ここでの問題提起です。実行全体について、実行開始通知を必要とするのかどうかなど、様々なオプションがある中で、詰めるべき論点がたくさんあるということは認識しております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。これちょっと、民事執行法の教科書とか論文とか債権総論とか、読むと分かるような話をするのは恐縮なんですけれども、これ、2人の担保権者がいて、第1順位があつて、さらに第2順位の方も債権回収の余剰があると、目的物の価値に余剰があるといったときに、しかし全部は取れないといったときに、第1順位の方が利率が高いので、第1順位を先に回収したことにしようぜとって、第1順位者と第2順位者が合意することはできるんですかね。

もうそれ、実行するような段階になったら、あと一般債権からとても取れそうもないと

いうんだったら、また別問題なんですけど、例えば、共同担保との関係とかそういうのがあって、第1順位者はたくさん利率を稼げて、ほかのところからも取れるので、この担保は第2順位者が全部取るようにしようと、いやいや、第1順位者から払ってくださいよと債務者は言いたいんだけど、そういう合意はできるんですかね。

○**笹井幹事** 第1順位と第2順位の間で、第2順位の方を先に充当するということですよ。それは、私はできると思っていたので、その理解を前提に作ったのですけれども、もし間違っていたら、御修正いただければと思います。

○**松下委員** 授業で話すようなことを申し上げて恐縮ですが、民事執行法の85条の1項で、配当表の作成の規定があって、ただし書で、配当の順位、額については、配当期日において、全ての債権者間に合意が成立した場合は、配当表を作成せずにその合意のとおりに行くんだという規定があるので、これで対応するのではないかと思うんですけども、違うでしょうか。

○**笹井幹事** 配当の場合には配当表があるので設定者は分かるのですけれども、動産担保の私的実行の場合には分からないので、何かこういう通知が要るのではないかというのが、元々の出発点です。

○**道垣内部会長** 分かりました。私、自ら防御線を張って、債権総論の教科書とか民事執行法の教科書を見たら分かる話を伺って恐縮ですと申し上げたのは、何かあったような気がするなという気がしたものですから。どうも松下さん、ありがとうございました。

ちょっともう少し検討の余地があるということですので、この辺りのところは検討させていただくことにいたしまして、ちょっともう少しだけ先に進めさせていただければと思います。

ちょっと今度も重い話なので、5時半までにどこまでできるか分かりませんが、「第3 集合動産を目的とする担保権の私的実行について」ということございまして、「1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続」、「2 実行後の再度実行の可否」、それから「3 集合物の一部について実行がされた場合の効果」というのが、密接に関連しておりますので、ここまでということではなくて、三つ一度に扱いたいと思います。事務局におかれましては、資料の説明をお願いいたします。

○**工藤関係官** それでは、19ページの「第3 集合動産を目的とする担保権の私的実行について」の「1 集合動産を目的とする担保権の私的実行の手続」について御説明いたします。

一読では、集合動産を目的とする担保権の私的実行手続について、実行に先立ってその旨の通知をしなければならないものとした上で、その実行通知の到達によって、その後の新規加入物は実行の対象とならず、かつ、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ました。ここでは、基本的にこのルールを踏襲することとしていますが、実行通知の到達後の新規加入物が実行の対象とならないとのルールについては、2点変更を加えています。

第一に、一読では、当該実行手続の対象の範囲に関する規律として、このルールを位置付けていましたが、ここでは、担保権が及ぶか否かという実体法上の規律として、このルールを位置付けています。

第二に、一読での御意見を踏まえ、実行通知の到達から実行までの間に集合動産の範囲

に新規加入物が混入した結果、担保権が及ぶ動産と及ばない動産を区別することができなくなり、実行手続に支障が生じる事態を回避するために、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と分別して管理しているときは、新規加入物に担保権の効力が及ばないものの、そのような分別管理がされていないときは、新規加入物にも担保権の効力が及ぶものとするを提案しています。

また、ここでは、担保権者と設定者の合意によって、実行通知の到達以外にも新規加入の停止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の考え方をお示ししていますが、その合意の内容が設定者に著しい不利益をもたらすような場合には、公序良俗に反するなどとして、その合意の効力が否定されることもあり得るのではないかとの考え方をお示ししています。

そのほかに、実行通知の到達後にそれによって生じた効果を覆すことができるか否かについては、担保権者が一方的に実行通知を撤回することはできない一方で、担保権者と設定者の合意によって実行通知の効果を覆すことは可能であり、ただしその合意の効果を第三者に対抗することはできないものとするとの考え方をお示ししています。以上の点について御議論いただければと思います。

次に、22ページの「2 実行後の再度実行の可否」について御説明いたします。

ここでは、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の効力が認められるか否かを問題としています。

一読では、これを認めると担保権が強大になりすぎることや、再度実行を認めたからといって融資額が増えるとは考えにくいことなどから、累積的な担保権設定の合意の効力を否定する御意見が比較的多かったように思います。また、事業担保やプロジェクトファイナンスの局面で再度実行のニーズがあるとの御意見もありましたが、これに対しては、そのようなニーズは集合動産担保一般に存在するものではなく、むしろ包括担保の問題として検討すべきであるとの御指摘もありました。

そこで、ここでは、このような一読での御議論を踏まえて、累積的な担保権設定の合意の効力を認めないこととし、実行後の再度実行をすることはできないものとするを提案しています。

次に、24ページの「3 集合物の一部について実行がされた場合の効果」について御説明いたします。

集合動産を目的とする担保権においては、担保権者がその一部のみについて実行した場合に、他の部分の流動性にどのような影響が生じるかが問題となります。先ほどお話ししたような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再度の実行をすることはできないこととなるため、一部実行後の残部実行を可能とするためには、実行が終了した一部と終了していない残部とを明確に区別することができる必要があります。一部と残部とが所在場所以外の要素によって区別されるときには、そのような区別は必ずしも容易ではない一方で、一部と残部を所在場所によって区別することができる場合には、実行が終了した一部と終了していない残部とを明確に区別することが可能であると考えられます。また、一読では、担保の目的物が地理的に離れた複数の保管場所に所在している場合に、各保管場所について同時にしか実行でき

ないのは不都合であって、このような場合には、一部実行後も残部の流動性が維持されると考えるべきとの御意見がありました。

そこで、ここでは、担保権者が集合物の一部について実行した場合において、その一部と残部を所在場所によって区別することができるときには、残部の流動性は維持される一方で、それ以外の場合には、残部の流動性は失われるものとするを提案しています。以上について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、多岐にわたる論点ありますけれども、どなたからでも結構でございますので、御意見を伺えればと思います。

○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。私の方からは、まず第3の1の(2)と(3)の規律についての御質問を2点ほどさせていただければと思っております。

まず1点目なのですが、第3の1の(2)のただし書のところで、分別管理されていない集合動産に関して、実行通知後においても担保権の効力が及ぶという規律が示されているのですが、(3)との関係において、こういう分別管理されていない動産について、処分権限がどうなるのか、失われることになるのかどうかというのを確認させていただければと思っております。

2点目は、この(2)の同じくただし書に関する部分なのですが、事務局の先ほどの御説明によると、実行通知後に加入する動産に関して、なお担保権の効力が及び得るのは分別管理されていない場合だけではなくて、別途設定者と担保権者間の合意によって担保権を及ぼし得るアレンジができそうということだったのですが、それはそういう理解でよろしいのでしょうか。

○道垣内部会長 ありがとうございます。事務局の方から何かありましたらお願いします。

○笹井幹事 一つ目は、分別されていないものについて、処分権限を失うのかという御質問だったんですけれども、元々通知が届いた時点で、その集合物の構成部分だったものについては、もう処分権はなくなるということで、その後新規加入物が入ってきたときに分別管理していようとしているまいと、それについては処分権限は失っているという前提でしたが、御質問は、その新しく入ってきたものについて、処分権限があるのかないのかということでしょうか。

○本多委員 はい、その御理解のとおりです。念のためですが、一旦通知がされたタイミングで存在する動産については、設定者は処分できなくなりますという理解です。ただし、そのタイミングにおいて、きちんと分別管理されていない、それは、客観的に、その通知が到達したタイミングにおいて所在する動産とその後に入ってきた動産が識別可能でない状態と理解していますが、そういう識別可能でない状態で新規に加入したものについて、処分権限が失われることになるのか、あるいは、通知がされた後に入ってくる限りにおいては処分できるものなのかどうかというのを、念のために確認させていただきたかったという趣旨です。

○笹井幹事 ありがとうございます。正直に申し上げますと、余りその点については考えておりませんでしたので、ちょっと考えたいと思います。

規律としては別に、処分権限があってもいいとは思いますが、ただ、何が処分できて、何が処分できないのかということの区別自体が非常に困難になっていきますので、最終的にどう認定、どう立証していくのかという問題が出てくるかと思えます。ちょっと、検討させていただければと思います。

それから、2点目の御質問は、実行通知後に加入する動産について、合意によって新規加入物に担保権が及ぶというアレンジができるのかという御質問だったかと思えます。元々の実行の対象となった集合物とは別の集合物を目的として、別途の担保権を作るということは、もしかすると可能かもしれませんが、その場合、まだ存在していない、つまり、ある集合物について実行がされなければ発生しない集合物について、将来の担保権を設定するというようなことになるのだと思えます。したがって、それについて、担保権の対抗要件を具備できるかどうかという問題はあると思えます。一般的には、設定時点で対抗要件を具備することはできないのではないかと思います。

○**本多委員** 本多です、ありがとうございます。私ももう少し御質問の趣旨を明確化させていただければと思っていたのですが、この第3の1の(2)の規律による限り、このただし書で書かれたもの以外のケースにおいて、新規加入物に担保権の効力が及ぶというアレンジはできなさそうなかなと理解していたのですが、先ほどの事務局の御説明の聞き取り方が誤っていたかもしれないのですが、あたかも担保権設定の合意のタイミングにおいて、設定者、担保権者間の合意によって、通知後の新規加入物に担保権の効力を生じさせる合意ができそうな御説明として聞き受けたところがありましたので、実際それがそうなのかどうなのかというのを確認させていただきたかったのですが、今ほどの御説明を踏まえると、それはできないという理解になりますでしょうか。

○**笹井幹事** 既存の集合物について、通知によってもなお流動性を失わず、新規加入物が既存の集合物の構成部分となってくるというアレンジは、できないと考えておりました。

○**本多委員** ありがとうございます。

○**山崎委員** ありがとうございます、山崎です。第3の2の再度実行の可否のところなのですが、よろしいでしょうか。

基本的には、再度の実行をすることができないものとするこの提案については、事業継続の観点から評価する声が多くありますし、私もそう思います。一方、集合動産の構成物については、実行の段階で担保権者にとってはブラックボックスになっている部分があるかと思われまますので、担保権者の権利保障が十分にされないと、新たな制度が使われないものになるのではないかという懸念があります。ということで、新たな制度を広く普及するためには、担保権者と設定者双方にとって価値のある制度設計になるよう御検討願います。

○**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。第3の1の(2)のただし書の先ほどから御説明いただきました、分別して管理されていれば、新規加入物には担保の効力が及ばなくなるという規律についてなんですけれども、こういう規律を設けることで、設定者側に分別のインセンティブを与えることにより、混じってしまって担保の対象が分からなくなることを防ぐべきだというのは、一読のときにも発言した記憶があるんですけども、ただ、ここで言う今回の御提案の「分別」の意味合いなんですけども、典型的には、物理的に分

別されていれば、物理的に分別された新規加入物に及ばないということははっきりしていると思うのですが、物理的には分別されていない場合、ただ、通知到達時点で1,000個あった在庫が、その後新規加入物によって1,100個に膨らんだということが帳簿上は明確になっていて、タイミングという意味では、1,000個分が担保権の効力が本来及ぶべき対象だということ自体、明確になっているという場合についてどうかということなんですが、実務的には、実行通知をしたときも、事業が継続しているのが一般ですので、直ちに物理的な分別ができる場合ばかりではない可能性もあるので、実際上はどうですか、余り理論的ではないのかもしれませんが、今申しあげたみたいに帳簿上の割合的量的把握ができていれば、倉庫の中に1,100個あるという状況で、このうち1,000個分を実行してくださいということも認められる方が、担保としては使い勝手がよいのではないかと思います。使い勝手がよいといいますか、担保権者からすると、1,100個全部取れる方がいいのかもしれませんが、帳簿上明確に分別されていても、事業の必要があって仕入れた分に担保権が及んでしまうことが問題になると思ったので、今回の御提案は、どういう御趣旨かをお尋ねしたいというのが御質問です。よろしくをお願いします。

○道垣内部会長 量とか数による分別というのが、帳簿上の分別で足りるかという問題なんだろうと思いますが、いかがでしょうか。

○笹井幹事 そこはちょっと悩ましいなと思っておりまして、帳簿上で分別されていてもいいのではないかという思いもあって、ここでは分別という表現にしました。ただ、ここで分別させておく意味というのは、実際に引渡しを受けようとしたとか、あるいは執行官が行って占有を取得するというときに、一見して分かるということが重要なのではないかという気もいたします。いろいろな資料を奥からごそごそ出してきて、長時間掛けて証拠を見れば分かるという意味では分別されているんだけど、すぐには分からないという状態で本当によいのかというのは悩ましいと思っています。そこは、速やかに引渡しの対象を判別するという実際の実行段階における利便と、実際事業を動かしていくに当たっての利便とを、どういうふうに調整するかという問題かなと思っています。

○道垣内部会長 さらに、1,000個、途中で900になったときどうなるのかという問題も、微妙な問題としてありまして、1,000以上必ずあるといったときに、1,000は及んでいますということなんですが、途中で900になったときには、今度は900になるのか、それでもう一回復活したら1,000に戻るのか、これは、信託法上いろいろ伝統的に議論される問題ですけれども、そういう問題がいろいろあるかなと思います。

○井上委員 再びよろしいですか、ごめんなさい、井上です。今の部会長の説明との関係では、今回のルールによれば、900にすることは許されないのではないかと理解していただき、新規加入分を帳簿上だけで分別するとどまらず、1,000を下回るころまで処分することは、これはできないということです。これは、先ほどの(3)のルールをどう読むかによるんですけれども、帳簿上の分別で仮に足りるとしても、少なくとも帳簿上分別された100を超えて処分することはできないというルールにはしなければいけないと思っています。

次に、3の先ほどの笹井さんの御説明との関係では、やはりそこ、一応悩まれたんだなということが確認できて、よかったです。是非ここは重要な問題なので検討を進めていた

だきたいのですが、それとの関係で、確かにぱっと見て分かるというのは重要だと思うんですけども、この問題って結構波及するところが恐らくあって、例えば、倉庫の中に所有権留保の対象になっているもの、例えば仕入先5社から在庫を仕入れて保管している倉庫の中に、1社との関係では所有権留保が掛かっているというときに、複数の売主から同じ商品を仕入れているときなども、同じような問題が起こり得るのではないかと思います。そういう場合に、物理的に分かるようにしておかないと、執行できないのか、あるいは担保権が及ばないのか、という問題も、もしかすると同じ問題ではないのかもしれないんですけども、気になっております。実務的には、個数で判断できるものについては、個数で明確に区別されるのであれば、実行できるという方向の整理が望ましいのではないかと。奥からごそごそ出してきた時間が掛かるという要素が、どのぐらい時間が掛かるかにもよるんですけども、帳簿で明確に、さらっと分かるという事例であれば、分別されているという評価も可能と考えられないかというのが、私の問題意識です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○鈴木委員 ありがとうございます、千葉銀行の鈴木でございます。私からは、再度実行や一部実行を可能とできないかという立場で意見を述べさせていただきたいと思っております。

これは、一読目でも議論になったところですけども、集合動産を担保としている融資形態では、担保実行のタイミングを切ると、在庫の量が多かったり、少なかったりという場面が出てきまして、正しくボトムのタイミングにあると、担保権者にとって酷なのではないかという論点があります。対応として、金融機関としては、担保を場所や物の種類で細分化して、細切れに担保取得するというような行動を取ることもあり得るわけですけども、当然にして煩雑ですし、煩雑であれば利用されない制度になってしまう可能性もあるわけです。本当に金融機関としては、事業者さんにスムーズに最大限の運転資金の選択肢を広げるというスタンスでやらんとしているところであるんですけども、こういった議論とは逆行してしまうような気もしております。

担保が強大になりすぎるという御指摘もあるので、そこには配慮しつつ、再度実行や一部実行が可能であるような形態というのが実現すると、ファイナンサーとしては安心感が高まるのかなと思っております。それが難しい場合でも、一読目で本多委員から御指摘があったように、実行開始通知到達後、所定の期間内に加入される在庫については、実行の手の対象とできるような手当てがあると、有効なのかなと感じております。

○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。第3の1の(2)の先ほど来御議論ありました、ただし書についての意見を述べます。

井上先生のおっしゃっていたことにも関係すると思っておりますが、分別というものを現場においてどのように考えればよいのかということがあると思っております。先ほど事務局から悩ましいという御指摘はありましたけれども、識別可能という本多委員の表現ではなく、やはり分別が適当な表現ではないかと考えております。というのは、物理的に場所で分けて管理されているというだけではなく、実際に納品書であるとか帳簿などで分かるものについては、分別して管理されているとみなすということが重要かと思っております。設定者が実行開始を通知により知ったとしても、実際に在庫管理をしている現場でそれを分かっているということとは限らないということもございまして、分別のところは慎重に考えて

いただければと思います。

また、先ほど鈴木委員から御指摘がありました2の再度実行については、今回の御提案どおり、再度実行はできないとの御提案に賛成いたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阪口幹事 私は、1について二つ申し上げたいと思います。

まず、今から出ている(2)のただし書のところです。私の認識では、これは、今現在の実務で問題となっている、実行通知と、執行官が行く瞬間の時間のずれが生じると、執行不能になってしまうおそれがあるという問題を解消するためのものというのが基本の考えです。そこで、執行官が行って分かることが大事であり、それはやはり、僕は物理的分別なんだろうと思います。もちろん、帳簿上も分かれていないと話になりませんが、執行官が、こっち側のA倉庫に入っている分は固定した分ですね、B倉庫に入っている分、若しくはA倉庫の端っこの部分、この棚は、という分別でもいいんですけども、この部分は違いますねと分かる状態が、本来なんだろうとと思っているんです。また、そうすることによって、設定者の方にモチベーションというか、きちんとやるということになるのかなと思います。そうしないと、結局、設定者の方は管理が不十分で、物の出入りがあっても、数だけ管理していればいいということになってしまいますが、それはおかしいと思っています。したがって、まず、(3)の規律との関係で言うと、その瞬間にあった個数、例えば、1個から100個は手を付けてはいけない、かつ、実行通知の翌日から入ってきた分、101個目からは、分別管理していれば及ばないし、分別管理していなかったら110個持っていかれてしまうと、そういう規律として決めてしまう方が、執行手続との関係では簡明なのではないかなと思っています。

ただ、それをすると、期間制限を設けないと累積的担保みたいになってしまう問題が生じますので、そこは、実行通知から、ここで言う本当の引揚げなら引揚げの瞬間までに、一定の期間制限、1か月か2か月か分かりませんが、その範囲内という枠組みで、この(2)ただし書のルールが生きるのではないかなと思っています。

もう一つ1番について申し上げたいのは、部会資料の22ページの4のところの固定の覆滅のところですか。まず、一方的撤回が認められないということは賛成しますし、合意によって覆滅できるということも賛成します。ただ、例外として、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ことが書かれています。この第三者の範囲について確認というか意見を求めたいと思っています。

まず、優先担保権者と劣後担保権者がおり、優先担保権者が実行したときに、たまたま個数が少なかった、極端に言うとゼロ個だったとします。優先担保権者からしたら、しまったというのが正直な感じで、劣後担保権者はしめしめと思っていると、こういうことになるのではないかなと思います。このときに、優先担保権者の実行の翌日から、物がどんどん入ってくるとしたときに、設定者と優先担保権者が話し合っ、固定化を覆滅することについて、劣後担保権者が新たに新規加入物について利害関係を有するに至ったと評価するかというと、これは評価しないだろうと思うんです。そこで言うしめしめは、保護されない。他方、例えば、そのしめしめと思ったときに、新規融資、追い貸しすれば、これは利害関係があるのかなとも思います。更に言うと、優先担保権者が実行し、たまたまゼロ個だった、その翌日たくさん入ってきたと思って、劣後担保権者が、期限の利益喪失が

前提ですけれども、直ちに実行した。この場合はやはり、そこでの実行の利益はもう確保されるのかなと思うんですね。

つまり、僕の言いたいのは、第三者の取引の安全と書かれていますが、取引の安全ではないのではないかと申し上げたいわけです。つまり、先ほど申し上げたとおり、新規融資だったり、若しくは劣後担保権者が実行して固定したような場合とか、そういう一定の状況下では、覆滅できないのではないのかなと思います。単に取引の安全というと、売買の話なのかなと思うんですけれども、典型的には、劣後担保権者がいない状態で1回目実行しました、固定したんで、その翌日、新たな劣後担保権というか、そのときは劣後でもないんですね、新たな担保権を設定しましたと、これは明らかな取引の安全なんですけれども、そうではない局面でも保護すべき人、保護すべきでない人がいるだろうなということをお願いしたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○本多委員 ありがとうございます、三井住友銀行の本多でございます。先ほど来の井上先生、それから鈴木委員、それから村上委員、それから阪口先生も少しお話しになった、ぱっと見て分かるということのイメージについて、念のためにすり合わせをさせていただければと思っております、私は、識別可能というふうな表現を用いたんですが、村上委員の御指摘を踏まえてはとしたのですけれども、決して物理的にぱっと見て、これが実行通知到達時の対象動産ですと分かることのみを意図していたわけではなくて、帳簿も含めて、正に実行通知が到達したタイミングにおいて、この数量の動産が対象となる動産であるはずだし、それから、望むらくは、執行官がいらっしゃって、これが対象動産として差押えをする場合に、この範囲が差押えの対象となると分かるという形で管理されているというのが、想定されているものなのかなと理解しておりました。そういう意味で、通知到達時に所在する範囲の動産とそれ以外が識別可能な形で、物理的、あるいは帳簿上の管理として分かるということが重要なかなと思っております、逆にそういう形で管理されていない場合には、新規加入物についても担保権の効力が及ぶことは致し方ない、そういう不利益を設定者側で負ってしまうというのはこれありである一方で、担保権者としては、その反面として、その範囲での新規加入物について担保権が及んでいると取り扱うことができるかと理解しておりました。

一方で、鈴木委員もおっしゃってましたとおり、再度実行との関係で配慮されるべき、少なくとも二つの局面がありまして、かねて申し上げておりましたとおり、一つは、動産が、例えば運送されてきますという場面を想定した場合に、その運送のタイミングによって数が変わってくるという偶然的な事情によって担保の対象が変わってくるというのが、そもそも適当なのかどうかという価値判断はあるかもしれない、また、もう一つ、ファイナンスの組立ての仕方として、累積的に実行させていただけるという方が、すなわち、今までプロジェクトファイナンスというふうなものを例示的に挙げさせていただいたのですけれども、長期的なファイナンスとして、その長期にわたってファイナンスをさせていただく際に、設定者の事業のプロセスの中で発生する動産だったり債権だったりというものに累積的に担保権の効力が及んでいると考えられる結果として、より長いファイナンスができるということがあるかもしれないのだとしたら、そういうファイナンスの、今はできないということなのであれば、将来におけるイノベーションの芽を摘んでしまっ

ていいのか、それによって、あるべき資金供給の方法が狭まることにならないかどうかというのは、気になるところでございます。

ちなみに、集合動産についての考え方は、これまでの判例の考え方を踏襲したもの、すなわち集合物論を前提として、一定のタイミングで固定化し、その後に入ってくるものには及びませんという考え方という理解である一方で、集合債権に関しては、この後議論されることになると思いますが、判例の理解のされ方は、累積的に担保権の効力が及んでいきますということなのだとすると、集合動産と集合債権との間において、跛行的な取扱いになるということが想定されそうなのですが、それが、先ほど申し上げましたような、例えば長期的なファイナンスを新たに仕組むに際してのイノベーションの芽を摘んでしまうことにならないかどうかというのは、気になるところでございます。

そうであるとして、ということなのですけれども、例えば、部会資料で示唆されていますのは、今後事業担保権のようなものが新規に検討される際に、事業担保権を用いると、場合によっては、その対象となる事業を構成する集合動産について累積的に担保権の効力が及びますという設計が可能である一方で、事業担保権の対象ではない、単なる集合動産についてはそうではないですという、二分法が想定されているようにも見受けられるところがあるのですけれども、そういう二分法があり得る一方で、その結果として、例えば、中間的な部分に位置付けられるようなケースにおいて、やはりファイナンスの円滑な構築というものが妨げられることにならないかというのも気になります。例えばなのですが、事業担保権が利用できるケースとして、ある事業体の全部の事業に担保権を設定する場合には利用できますという一方で、一部の事業を対象として担保権を設定する場合には利用できませんという設計となった場合に、今の制度的な建て付けを前提とすると、集合動産、それから集合債権の譲渡担保を組み合わせて、一部の事業についての事業価値を掴取っていくというファイナンスの設計を検討せざるを得ないわけなのですが、集合動産に関しては、累積的な担保設定ができない結果、こうした一部の事業についての事業価値を累積的に掴取できたことにはならないかもしれないとなるのだとすると、少し窮屈なように感じられるところがございます。

ちなみに、そもそも事業担保権に関しては、対象の事業を構成する動産について累積的な担保権設定ができるということ自体がまだ定まっていないのだと思うのですが、仮にそれができるとして、単なる集合動産譲渡担保についてはできない一方で、事業担保権だとできるということについての正当化根拠についても、あわせて詰めていかないといけないのかなと感じました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。イノベーションというのは、どの観点から見るかによるとは思いますが。

○藤澤幹事 ありがとうございます、立教大学の藤澤です。第3の1、2、3について、それぞれ一つずつ質問させていただこうと思います。

まず1番についてなんですけれども、集合動産を目的とする担保権の実行通知の効果として、担保目的物の範囲が確定するということがあったと思うんですけれども、この確定の効果は、後順位担保権者にも及ぶのかということを確認させていただければと思います。

先ほど阪口先生のほうから「後順位担保権者、しめしめ」というお話があったと思うん

ですけれども、それが当たっているか、それとも当たっていないのかということです。もし「後順位担保権者、しめしめ」ということがあるのだとすると、再度実行を否定した意義が、後順位担保権がある場合には貫徹されないことになるのかなといったような気もして、そこについて伺えればと思います。

2点目の再度実行に関連してですが、本多さんの御発言と重なり合うんですけれども、ここで再度実行を否定する理由として挙げられているものの多くは、集合債権の担保の実行の場合にも当てはまると思います。お送りいただいた資料の最後のところに、その集合債権の実行についてのお話が少し載っているんですけれども、集合債権の方で累積的なものを認める一方で、集合動産について、それはいろいろな弊害があるから認めないというのは、価値判断として一貫しているのかという疑問がありまして、そこについて御説明を頂ければと思います。

最後に、3点目の一部実行の部分についてなんですが、所在場所で区別できる場合に限って一部実行を認めるという御提案がありました。しかし、例えば、衣類の在庫を目的とする譲渡担保が設定されていたときに、衣類ですと、季節によって売行きも違うと思うんですけれども、夏物は今売った方が高く売れて、冬物はその後で売った方が高く売れるというふうな場合もあり得て、それにもかかわらず、倉庫のものは全部一体として実行しなければならないとすると、そのことがむしろ債務者にとって売却価格が下がるという意味で損になることもあるのではないかと思います。そこで、当事者の合意によって、一部実行の範囲をコントロールできるというような可能性はないかということについて、お伺いしてみたいと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。藤澤さんの方から幾つか質問が出ておりまして、それは本多さんの御主張、御質問にも関わっているんですが、ただ、もうちょっとお話を伺って、まとめて事務局から何かお話があればと思いますので。

○片山委員 ありがとうございます。慶應大学の片山でございます。本多委員と藤澤幹事と、一つの点は全く同じなのですけれども、いわゆる累積的な担保権設定について、部会資料の23ページでは、累積的な担保権設定には反対する意見が多数だったという整理で、24ページでは、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いう意見や指摘があったというまとめになっております。確かにそうであったかも知れませんが、少なくとも、選択肢の一つとしては、やはり集合動産担保の中でも、累積的な担保権設定を議論する道はあってもおかしくないかと、私自身も思っております。

特に、包括担保、事業担保について、この後、いろいろ検討をもしていただくということになるのでしょうか、場合によっては、流産といいますか、今回の立法では見送ることになってしまいますと、結局どこでもそれを実現することができないということにもなりかねませんので、包括担保が流産した場合には、停止条件的というわけではありませんが、動産担保についても固定化を前提としない実行についても論じておくということがあってもいいのではないかと考えたのが、第1点です。

それから、もう一点は、第3の1の(2)の新規加入物についてですが、ここに関しましては、実行通知といいますか、固定化の意義をどう考えるか再度検討すべきかと存じます。たとえば在庫に関して言いますと、一つは、担保権者への換価処分権の付与ということと、二つは、設定者の通常の営業の範囲の処分権の停止という、その二つが執行通知と

して重要な点であって、通知後の新規加入物について、一切執行の対象にならないという意味での、厳格な意味で従来言われていた固定化概念に、必ずしも固執する必要はないのではないかと感じておまして、一種の余後効的に一定の期間は担保権の効力が及ぶことを、むしろ原則としてもいいのかなとは思っています。極端な話を言いますと、換価処分の完結まで及ぶということを経験としてもいいのではないかなとも思っています。

実務のことがよく分かりませんが、余り厳格な意味での固定化ということに固執せず、もう少し柔軟な担保権の実行を考えていくということになれば、再度の実行の問題であるとか、一部について実行がされた場合というのも、ある程度、吸収しできる問題なのではないかと考えた次第でございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 先ほど本多委員から、いわゆる包括担保の場合と、集合動産担保とで扱いが違うのがどうなのかというお話がありました。御案内のとおり、事業の価値評価は、事業の清算時における価値評価と異なり、いわゆる将来キャッシュフローを基礎とした将来概念で評価しますので、通知後の新規加入物にも担保の効力が及ぶという考え方が馴染みます。

一方で、悩ましいのが集合物動産譲渡担保です。これがいわゆる物の単なる集合体と考えれば、通知後の担保の効力を制限する考え方に馴染みますし、これを事業の一部として商品が回転しているような将来も含んだ概念と考えれば、通知後の新規加入物に対しても担保の効力が及んでいると考えることが馴染むため、集合物動産譲渡担保は、ちょうど中間的なところに位置している概念だと思います。

本多委員のおっしゃられたように、プロジェクトファイナンス的な制度は、ファイナンスを受ける設定者の側も、将来的な加入物も含めて満額評価されることを想定し、それによってメリットを受けているので、このような制度を、何らかの弊害があるという理由で存立し得ないような状況を作るとするのは好ましくないと思います。単純に、通知後の再度の担保実行ができるかという視点ではなく、銀行界で認知されているプロジェクトファイナンス的な集合物動産譲渡担保という範ちゅうを区分けをして、その場合には、通知後の再度の担保実行が可能となるような法制度を設けられるのであれば、それが一番良いのではないかと思います。すみませんが、その場合にどういう文言で区分けすればよいかというアイデアはないのですが、そのような方向での解決策はある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。

○尾崎幹事 尾崎です。今、大西さんがおっしゃったことと全く同じでありまして、恐らく在庫のようなものについて、何度も何度も実行するというを想定しているわけではなく、プロジェクトファイナンスのような長期にわたるファイナンスであって、元から、債務者の方も将来にわたるキャッシュフロー自体が担保に取られているという認識が明確にあるようなものについて、将来にわたって実行ということが可能であるというような仕組みを、多分想定していると思います。したがって、再度実行が可能なのかどうかといった点についても、どのような担保、物であるかということ踏まえた上で考えていくことが望ましいのと考えています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。誰に何うべきか分かりませんが、プロジェクトファイナンスで融資をしているというときに、他の債権者に勝つ必要があるんですか。つまり、担保で再度実行できるといったりするときに、他の債権者もその財産を狙っている、

そこで競合したときに勝つというのが、担保のポイントですよ。もし任意で払ってくれるんだったら別に、本当は何の合意もなくたって払ってくれるわけであって、そうしたときに、当該集合動産とか、在庫商品でもいいんですけども、に、何度も他の債権者に勝つということが、プロファイで必要になるんですか。

○大西委員 すみません、これは、むしろ私よりも本多さんの方からお答え……。

○道垣内部会長 では、本多さんでももちろん結構です。

○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。プロジェクトファイナンスというファイナンス類型だけに限られるわけではないのだと思うのですが、先ほど来、事業を引当てとして、というふうなことを申し上げておりますとおり、事業キャッシュフローを、これは大西先生も、それから尾崎幹事もおっしゃっているのですが、引当てとするようなファイナンスを仕組む際に、その事業を引当てとさせていただく以上は、事業を構成するものに累積的に担保権が及んでいるというのは自然であるという発想に基づくものなんですけれども、そういう発想を採った場合に、競合する債権者がどの範囲で発生し得るのかというのは、いろいろあり得るかもしれない、一般債権者としての商取引債権者も含めて、それから、場合によっては不法行為債権者も含めて発生し得るのだと思います。

そうであるとして、事業が回転している限りにおいて、部会長も御指摘になったとおり、任意に、金融債権に先んじて弁済すべき債権に対しては弁済していくというやり方ができるはずで、それが、事業性ファイナンス、すなわち事業キャッシュフローを引当てとするファイナンスの正常な姿なのだと思います。一方で、例えば、倒産手続に至る、あるいは担保権を実行するという場合に、事業担保権を検討した第10回会議において議論させていただいたことかもしれませんが、バランスシートの左側にあるアセットを引当てとして各債権者間において分配するというのを考えるのか、それとも、商取引債権者、それから労働債権者も含む、キャッシュフローモデル上、トップラインから金融債権に先んじて支払充当されるべき債権者群に、引き続き弁済がされるということを前提とした上で、事業価値を把握して、それを踏まえて事業全体として処分するのかという考え方があるかもしれないのですが、私が事業を引当てとするファイナンスと考える場合には、どちらかというと後者をイメージしておりまして、そうした場合に、事実上、こうした債権者群と金融債権者間で競合は発生しないという言い方はできるかもしれません。一方で、前者のように、事業を構成する資産をばら売りして、そのハードアセットが換価されて、それが債権者間において分配されるということになりますと、担保を持っている人に優先的に分配されてしまうということになる結果として、そうでない人との間におけるフリクションが顕在化してしまうということなんだろうと思います。

問題は、そういう先ほどの二つの事例の前者のみを想定して、累積的に担保権が及ぶ結果として、場合によっては担保権者に敗れてしまうかもしれない債権者群が不当に不利益を受けるところが強調されることになるのか、一方で、後者の場合ですと、可能な範囲でということになるかもしれないんですが、債権者間においてウィン・ウィンの関係を維持した形で、債権者間における分配が実現できているかもしれない、かつ、それが設定者におけるファイナンス上のメリットを与えているということがあっても、そういう可能性があるのであれば、累積的な担保権設定の合意という言い方が、少しバイ

アスが掛かった言い方になっているかもしれないですが、事業全体を継続的にファイナンスの対象とさせていただいて、かつ、事業全体についての価値把握ができるというような形で累積的な担保権の設定の在り方は、引き続き残されてもいいのではないかなと考えております。

○道垣内部会長 私は、その形式におけるファイナンスにおいて、何回も実行しなければいけないのかと伺っているわけです。別に1回実行したら、もうなくなりますという担保権でも構わないわけですね。それでも、実行しないままの状態では、事業をずっと継続体として把握していることになるわけですが、そのお話と、再度実行ができるとしなければいけないというところの結び付きが、私には分からなかったのですが。

○本多委員 ありがとうございます。再度の実行の仕方として、一旦、今あるアセットを全部売却、処分しますとした上で、その後、また新たに現れてくる新規加入物について、もう一回実行しますというやり方は、事業を引当てとするファイナンスを前提とした場合に、およそ採り得ないやり方なのかなと思っています。そういう意味で、そうした形での何度でも実行するというのは、私が想定しているファイナンスにおいては起こらないやり方なのかなと思っています一方、事業を構成する動産のうちの一部について、今キャッシュショートが生じたので、その部分だけを、場合によっては担保権の換価権の行使として換価をさせていただいて、埋め合わせをし、ファイナンスを継続できるようにしますという実行のやり方が複数回生じるというのは、想定されると思います。

○道垣内部会長 よく分かりました、ありがとうございます。

それでは、幾つか御疑問とか御質問が出ておりますので、ちょっと時間過ぎておりますけれども、事務局の方で何か御見解があればお願いいたします。

○笹井幹事 ありがとうございます。まず、第3の1につきまして、いわゆる固定化の効果が後順位にも及ぶのかという御質問で、これはどこかにも書いたかもしれませんが、基本的には、重なっている部分では、固定化の効果が、それを目的として担保権を有している全ての担保権者との関係で及ぶと思っておりました。そういう意味では、後順位担保権者がしめしめと利益を得ることにはならないのではないかと思います。ちょっと阪口先生が念頭に置かれた事案が、全く同じかどうか分かりませんが、全く同じ集合物を目的として、1番目の人と2番目の人がいるという場合には、固定化の効果が両方の担保権者との関係で及んで、換価した価値を優先順位に従って配当していくということになるのではないかと考えております。

それから、集合債権と集合動産のところについてです。ここは、ゼロから制度を作っていくという場合には、集合債権と集合動産を同じように規定していくという構想も十分あり得ると思います。ただ、判例法理が、債権については、個々の債権が譲渡担保の目的になるという考え方を採っているのに対して、動産については、集合物という一つの物として担保の目的とするという考え方を採用し、実務もそれを前提にして動いているということ踏まえて、現在のこの部会での議論の到達点としては、この判例法理を維持する形で制度を作っていくということだったのではないかと理解をしておりました。

集合物論を前提としたときに、再度実行は必然的に認められないことになるのかというのは、これ自体も考え方が分かれるところではないかと思いますが、これも、私どもの理解しているところでは、一読のときの議論での議論では、およそどのような場合でも、

集合物を目的とする担保権について、デフォルトとして再度実行を認めていこうということではなく、むしろ、それには様々弊害もあるのではないかということが、指摘されたのではないかと思います。

あり得る選択肢としては、デフォルトとしては再度実行できないだけけれども、プロファイとか、今指摘がされたような一定の類型については、再度実行を認めていくという方向性は、これは選択肢としてはあり得ることなのかもしれません。ただ、どういうふうにその適用範囲として切り出していくのかと、あるいは要件として当事者間の合意とかが要件になってくるのかもしれませんが、そういったものをどういうふうに要件として取り込んでいくのか、それができない場面とうまく切り分けることができるのか辺りが問題になってくるのかなと思います。

ちょっと今日、いろいろまた御指摘もあったところですので、その辺りは少し、引き続き考えてみたいと思っております。

それから、最後に一部実行のところ、場所によって区分されている場合には、残部について固定化は生じないけれども、それ以外の場合には全体として固定化するという案については、必ずしも場所に限らないのではないかという御指摘もありました。ここは私も、一読のときにはむしろ、とにかく実行された一部と残部とを、何か確定的に分ける基準があればいいのではないかという案をお示ししていたところですが、これについても、必ずしも明確な基準にはなり得ないのではないかという御指摘があったところで、今回は場所だけにしたということになります。

場所だけを特別視するというのは、それでいいのかと悩ましくは思ったところなのですが、場所に関しては、全体として同時に実行できないというようなこともありますので必要性が高いということと、また、物理的にどの部分が実行されているのが明確になるので、明確性という観点からも、場所に関して言えば許容できるのではないかと。

夏物と冬物とか、種類によって分けていくということは、考え方によっては、一部と残部が十分に分けられるということもあり得るのかもしれませんが、ただ、それが、一つの担保権として設定されたのか、可分なものとして設定されているのかというのを、実行の段階でコントロールするのは難しくなるのではないかと。元々当事者間において別々のものとして、可分なものとして考えられていたのであれば、それは設定時において別のものとして、例えば、夏物を目的とする担保権、冬物を目的とする担保権と、設定の段階で分けておいていただく。そうすると、結局、それが一部実行として認められ、残部について流動性が維持されるのか、あるいは全体としても固定化しているのかということの悩みが、実行時において生ずることはありません。その辺の不明確性が実行時において生ずるのであれば、それは設定時において別々のものとして最初から設計しておいていただくという方が、その後の法律関係が明確になるのではないかと考えて、場所だけはちょっと別扱いにしたいということです。

ちょっと、全てについて御疑問が解消されていないかもしれませんが、差し当たりは、私の方からは以上でございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。ちょっと時間が過ぎておりますが、第3のところはまだ議論が不十分であろうと思います。場合によっては、次回、またお話を伺うということでもいいのかと思います。いろいろ御意見ございましたけれども、結構重要な

点は、再度実行が駄目だと言ってみても、一部実行の場合、こういうふうな制約があると言ってみても、担保権を複数設定するという形にすれば、意外に擦り抜けられちゃう。そうしたら、そもそも駄目だと一生懸命言う必要もないのではないかという気がしてしまうところで、それをどういうふうにコントロールしていくかというのが、だから、その次にポリシーの問題が掛かってきて、擦り抜けられちゃうんだから、もういいということにしちゃえというのと、擦り抜けてくれというのと、擦り抜けられないようにしようというの、いろいろな選択肢があり得るわけですけども、そこら辺を考えるとすることが必要なんだろうと思います。また、債権との関係もしかりだろうと思いますので、ちょっと、場合によっては次回も少し、最初に時間を取らせていただくとしたいと思いますが、本日のところはこの辺りで終了させていただければと思います。第4以下は完全に残っておりますけれども、次回続けて議論をさせていただければと思います。

それでは、本日の審議はこの程度にさせていただきまして、次回の議事日程等につきまして、事務当局から説明させていただきます。

○笹井幹事 本日もありがとうございました。

次回は、6月28日火曜日の午後1時30分から午後5時30分まで、場所は、法務省地下1階の大会議室でございます。次回は予備日の開催ということになりますので、新しい資料はございません。

○道垣内部会長 よろしゅうございますか。

どうも、それでは、本日も熱心な御議論いただきましてありがとうございます。次回も予備日を使わせていただくということで、御迷惑をお掛けいたしますけれども、よろしく御出席のほどお願い申し上げます。

それでは、お元気でお暮らしてくださいませ。

—了—