

第5章 電子記録債権の担保化

中 田 裕 康

1 検討の対象

電子記録債権法（2007年6月27日公布。以下、「法」ともいう）が2008年12月1日に施行されてから4年余を経過した。2009年から2010年にかけて大手金融機関を母体とする3つの電子債権記録機関が開業した後、2013年2月18日、全国銀行協会による株式会社全銀電子債権ネットワークの業務が開始し、全銀電子債権ネットワーク（通称「でんさいネット」）の取扱いが全国491の参加金融機関で始まった⁽¹⁾。こうしていよいよ本格的に利用されることになった電子記録債権は、これからの社会において重要な機能を果たすことが予測される。ここでは、電子記録債権を担保とする資金調達が図られることもあるだろう。本章は、このような電子記録債権の担保化について検討するものである。

電子記録債権法は、電子記録債権を目的とする質権について規定を置いている（法36条～42条）。もっとも、システムのコスト負担の軽減・最適化を考慮し⁽²⁾、電子債権記録機関が質権設定記録をしないことも許容している（法7条2項）。現に、「でんさいネット」では、質権設定記録は取り扱わないとのことである⁽³⁾。そこで、このようなシステムの下では、電子記録債権

-
- (1) 電子債権記録機関の第1号として、日本電子債権機構株式会社が2009年6月24日に主務大臣から指定を受けて開業し、2010年にはSMBC電子債権記録株式会社とみずほ電子債権記録株式会社が開業した。立法以後の動きについては、佐藤哲治「電子記録債権の法的位置づけ」NBL918号（2009）32頁、松本康幸^①「全銀協の電子債権記録機関『でんさいネット』」ジュリスト1391号（2009）50頁、池田真朗＝太田穰編著『解説電子記録債権法』（2010）340頁以下（以下、「解説」として引用する）。でんさいネット運用開始に際してのものとして、浅田隆ほか「《座談会》ペーパーレス証券からの回収の可能性と課題 — 投信受益権からでんさいまで」金法1963号（2013）6頁（以下、「座談会」として引用する）、安永正昭「電子記録債権実用化の新展開」金法1964号（2013）1頁、松本康幸^②「でんさいネットの参加金融機関業務と利用者対応上の留意点」同6頁、池田真朗「電子記録債権による資金調達の課題と展望」同18頁、葉玉匡美「電子記録債権を利用した銀行取引の留意点」同28頁、田路至弘＝政本裕哉「でんさいネット利用に当たって知っておきたい企業の留意点」NBL996号（2013）30頁。
- (2) 始関正光ほか「電子記録債権法の解説（2）」NBL864号（2007）47頁、始関正光＝高橋康文編著『一問一答電子記録債権法』（2008）41頁・141頁（以下、「一問一答」として引用する）。
- (3) 松本・前掲注（1）^①57頁、座談会43頁〔浅田隆発言〕。

を担保とする方法として譲渡担保の利用が見込まれるが、その法律関係は必ずしも明らかではない。また、個別の電子記録債権だけでなく、集合的な電子記録債権、さらには流動性のある集合電子記録債権の担保化の需要も予想され、これも検討しておく必要があるだろう。

以下では、電子記録債権の質入れ（２）と譲渡担保（３）に分け、それぞれについて、個別の電子記録債権の担保化と複数の電子記録債権の担保化を検討した後、その利用の見通しを考察する。最後に、電子記録債権担保の今後の展望について一言する（４）。

検討に先立ち、本章の検討対象を確認しておきたい。３点ある。

第１に、本章は、電子記録債権を約定担保とする場合（「担保化」）について検討するものであり、法定担保⁽⁴⁾については検討しない。

第２に、本章は、電子記録債権を担保とする場合（たとえば、貸金債権の担保として電子記録債権を質入れする場合）の問題を検討対象とするものであり、電子記録債権を被担保債権とする担保（たとえば、電子記録債権を担保するための根抵当権⁽⁵⁾）の問題は対象外である。

第３に、本章は、電子記録債権一般についての検討を行うものであり、「でんさい」に特有の問題⁽⁶⁾は取り扱わない。

また、本章の想定する取引モデルについて、２点、留保を付しておく。本章では電子記録債権の担保化の基本的問題の検討を目的とするので、次のような単純なモデルを用いることにしたい。

第１に、被担保債権は、指名債権である金銭債権であることを前提とする。電子記録債権⁽⁷⁾や非金銭債権も被担保債権となりうるが（法37条1項3号参照）、これらを含めるといたずらに複雑になり、混乱が生じるおそれがあるからである。

第２に、原則として、被担保債権の債務者がその有する電子記録債権を担保化する場合を検討対象とする。つまり、物上保証の場合については一々触れない。

(4) 先取特権及び留置権の対象となるかという問題である。特に商法521条の留置権の成否について議論がある（座談会9頁～16頁・22頁～34頁、田路＝政本・前掲注（1）34頁など）。

(5) 電子記録債権を被担保債権とする担保権も想定されており（一問一答111頁参照）、電子記録債権を根抵当権の被担保債権の範囲として登記することも認められている（平成24・4・27民二第1106号法務省民事局民事第二課長通知。古田辰美「『根抵当権の被担保債権の範囲』に係る通知の解説」金法1951号（2012）82頁）。回り電子記録債権を根抵当権の被担保債権に含めることについては、池田・前掲注（1）20頁、田路＝政本・前掲注（1）33頁及びその引用文献を参照）。

(6) 座談会43頁以下では、電子記録債権一般についての担保化の問題のほか、「でんさい」に対する担保設定に特有の問題が検討されている。

(7) 電子記録債権を被担保債権とする電子記録債権質もありうることに付き、青木則幸「質権」池田真朗ほか編『電子記録債権法の理論と実務』（2008）94頁・104頁注15。

2 電子記録債権の質入れ

(1) 個別の電子記録債権を目的とする質権⁽⁸⁾

(a) 設定

(i) 方式

電子記録債権を目的とする質権の設定は、当事者双方の請求による質権設定記録によって行われ、これをしなければ効力を生じない（法36条1項・37条・5条1項）。質権設定について質権設定記録が効力要件とされた理由は、①質権設定は電子記録債権の処分なので、譲渡において譲渡記録が効力要件であること（法17条）と揃えるのが相当であること、②動産質や不動産質において引渡し効力要件とされ（民法344条）、振替社債・振替株式の質入れにおいて質権者の口座の質権欄への増額・増数の記載・記録が効力要件とされること（社債株式振替法74条・141条）とも整合的であることによるとされる⁽⁹⁾。

したがって、電子記録債権を目的とする質権を民法上の権利質の方式によって設定することは、認められないと解すべきである。この方式による効力を認めることは、法36条1項の上記の趣旨に反するだけでなく、電子記録債権の質入れの法律関係を明確化しようとする同条2項の趣旨にも反するし、他方、その効力を認めないことは民法363条（譲渡に証書の交付を要する債権の質入れは交付を効力要件とする）の趣旨とも整合的だからである⁽¹⁰⁾。設定したとしても、民法の権利質としての効力（民法350条・304条による物上代位、同法366条による直接取立権など）も認められないと考える。

このほか、根質権も認められる（法42条）。

(ii) 質権設定記録前の合意

民法上の質権について、質権設定契約（権利質を除く）は要物契約である（民法344条）、と解するのが伝統的通説である⁽¹¹⁾。これに対し、質権設定契約は合意によって成立し、これにより質権者は質権設定者に対する目的物の引渡請求権を取得し、設定者はこれを引き渡す義務を

(8) 始関正光ほか「電子記録債権法の解説（5）」NBL867号（2007）29頁・32頁以下、一問一答・141頁以下、青木・前掲注（7）94頁以下、解説182頁以下。

(9) 一問一答142頁。

(10) 手形法においては質入裏書の規定（手形法19条・77条）があるにもかかわらず、裏書を伴わない手形の交付による質権設定が観念できるかもしれないが、法36条の規律はより積極的なものと解すべきである。そもそも、電子記録債権では、質権設定記録以外の「交付」に相当する行為も想定しにくい。

(11) 我妻栄『新訂担保物権法』（1968。使用版は1971年3刷）129頁、近江幸治『民法講義Ⅲ〔第2版〕』（2005）89頁、高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（2005）62頁、川井健『民法概論2〔第2版〕』（2005）281頁、安永正昭『講義物権・担保物権法』（2009）364頁。以下、本注及び次注で引用する教科書・体系書は、著者の姓のみで引用する。

負い、引渡しにより物権たる質権の効力が生じる、という諾成契約説が有力になっている⁽¹²⁾。要物契約説と諾成契約説とでは、質権設定契約の成立時期のほか、質権者が質権設定者に目的物を一時返還した場合の法律関係の説明などが異なりうる。しかし、電子記録債権においては、諾成的な質権設定契約を認める必要性は乏しい。すなわち、動産質においては、質権設定の合意とそれに基づく目的物の引渡しを一連のプロセスと捉えることができるので、当初の合意で質権設定契約が成立し、引渡しによって物権たる質権の効力が生じると説明することは、実態に即したものとして意味をもちうる。しかし、電子記録債権質は、質権設定記録によって初めてその効力が生じるので、質権設定記録以前の合意を諾成的質権設定契約と性質付ける意味は乏しい。また、動産質においては、質物の一時返還の際の法律関係について、質権設定契約に基づく説明がされることもあるが、電子記録債権でこれに対応しそうなものは、質権設定記録を削除する変更記録（法27条3号）をした場合であるところ、ここではいずれにせよ電子記録債権質は消滅すると解さざるをえない。このほか、質権設定記録が誤って削除されたり消去された場合に電子債権記録機関に訂正や回復の職権発動（法10条）を求めること⁽¹³⁾は、質権設定契約の位置付けがどうであれ、質権者もできると解すべきであろう。このように、電子記録債権質については諾成的質権設定契約を認める必要はなく、この概念はむしろ混乱を招くおそれがある。本章では、これをとらないことにする。

もっとも、民法上の質権について、目的物の引渡し前であっても、当事者が質権を設定するという合意をすること自体は、古くから認められている⁽¹⁴⁾。電子記録債権についても、当事者がこれを担保として提供するという合意をすることは可能である。その効力は、合意の内容による。特定の電子記録債権について質権を設定する合意であって、相手方に対し質権設定記録の請求をすることを求めうるものである場合もあれば、一般的・包括的な担保提供の合意である場合もある。いずれの場合も、合意だけでは電子記録債権担保権（質権・譲渡担保権）は発生しないが、その違反があれば、担保提供を約束した債務者又は第三者が債務不履行責任を負ったり、債務者が期限の利益を喪失する（民法137条3号）ことがある。このように、債権者に

(12) 道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』（2008）81頁、石田穰『担保物権法』（2010）160頁・214頁、山野目章夫『物権法〔第5版〕』（2012）262頁。内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（2005）489頁、加賀山茂『現代民法担保法』（2009）348頁参照。

(13) 一問一答55頁。

(14) 梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二』（1911。使用版は1984年復刻版）434頁は、質権設定契約を要物契約だとしつつ、目的物引渡し前の質権設定契約も無効ではなく、それにより設定者に質権設定義務を生じさせると述べていた（高橋眞『担保物権法〔第2版〕』（2010）61頁は、この見解を、目的物引渡し前における質権設定義務を生ずる債権的契約の成立の可能性を認めるものだと解する）。また、鈴木祿弥『物権法講義〔5訂版〕』（2007）324頁は、「将来質権を設定しようという合意」も当事者を拘束するから、要物性を強調する必要はないという。

対し債務者又は第三者が担保を提供するという合意を、本章では「担保提供合意」と呼ぶことにする。この合意は、抵当権設定契約のように合意によって物権（抵当権）を発生させるものではないし、上記の諾成的質権設定契約のように物権（質権）の設定契約そのものでもない。それは当事者間に債権債務関係を発生させるものであるにすぎない。

（iii）後順位質権

電子記録債権においては、後順位質権の設定も可能である（法36条3項、民法373条）。電子記録債権質は、後順位担保権者の地位が明確に定められ⁽¹⁵⁾、質権の実行を始めとする質権者としての権能が認められるという点で譲渡担保と大きく異なる。

（b）実行前の効力

債権質においては、質権設定者及び第三債務者に対する拘束が認められる。すなわち、設定者は質権者に対し、担保価値維持義務を負い（最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁）、設定者が第三債務者に対し相殺をしても、その効果は質権者に対抗できない⁽¹⁶⁾。また、第三債務者は、質権の対抗要件が備えられたときは（民法364条）、設定者に弁済しても質権者にはその効果を主張できない（民法481条の類推）と解されている。さらに、第三債務者の供託を認める見解もある（設定者の受領不能にあたるという）⁽¹⁷⁾。

電子記録債権においても同様に解しうるが、第三債務者の支払先を質権者の預貯金口座とし、これを質権設定記録に記録しておけば（法37条2項5号）、少なくとも第三債務者の支払に関しては、問題が生じる余地は、ほぼなくなるだろう。

（c）実行

電子記録債権質の実行方法は、①果実からの優先弁済（法36条3項、民法297条）、②直接取立権（民法366条1項～3項）、③民事執行法に基づく執行（民執法193条、民執規180条の3）⁽¹⁸⁾がある。①は、電子記録債権の利息債権を取り立て、元本に充当する方法である⁽¹⁹⁾。②は、電子記録債権質も債権質であることから認められる⁽²⁰⁾。③は、電子記録債権の弁済期が未到来である場合などにおいて、売却命令（民執法193条2項・161条1項）が意味をもつことがありえ

(15) 被担保債権の利息等についての定めを任意的記録事項としていること（法37条2項1号。法36条3項により準用される民法346条参照）も、後順位質権の設定を容易にする機能をもつ。一問一答150頁。

(16) 高木87頁、道垣内111頁。判例には、相殺を無効とするものもある（大判大正15年3月18日民集5巻185頁）。

(17) 道垣内112頁、石田244頁。

(18) 松下淳一「商事留置権と執行法・倒産法、パーパーレス化と執行手続」本報告書第7章参照。

(19) 道垣内114頁。

(20) 一問一答145頁注1（法36条2項は、電子記録債権質に民法362条2項（準用規定）を適用せず、準用すべき規定を法36条3項で直接的に定めるが、権利質の規定自体は、電子記録債権に適用の余地のないものを除き、適用される）。

よう。このほか、実行の方法、条件その他の事項について、合意をし、記録することができる（法37条2項4号）。

なお、流質契約は禁止されている（法36条3項、民法349条）。被担保債権に比べ高額の電子記録債権を質入れする可能性があるからである⁽²¹⁾。もっとも、電子記録債権を担保とする当事者間においては、商法515条の適用によって流質が許容されること⁽²²⁾が多いだろう。

(d) 処分

電子記録債権質の処分については、転質、順位の変更などが認められている（法36条3項、民法348条・374条）。質権又はその順位の譲渡・放棄は、実務上の需要の乏しさとシステム負担の大きさが考慮され、認められていない⁽²³⁾。

(e) 質権の消滅

被担保債権が弁済等によって消滅したときは、電子記録債権を目的とする質権も付従性によって消滅するが、弁済による代位（民法501条）が生じることがある。そこで、被担保債権の支払等については、支払等記録（法24条）をすることとし、これによって質権についての権利関係（被担保債権の債権者の地位の法定代位に伴う質権の移転など）を公示するものとしている⁽²⁴⁾。被担保債権を支払おうとする者は、支払と引換えに、支払等記録の承諾を請求することができ、この承諾があれば、単独で支払等記録を請求することができる（法25条3項）。被担保債権が消滅したのに支払等記録をしていないときは、その質権について転質（法40条）を受けた者などには対抗できず、質権の消滅や法定代位の効果は人的抗弁（法38条・20条）となる⁽²⁵⁾。

電子記録債権が質権者の取立てに応じた第三債務者の支払等によって消滅したときは、その上の質権も消滅する。この場合も、支払等記録（法24条）をしなければ、質権について転質を受けた者などには対抗できず、質権の消滅は人的抗弁（法20条）となる⁽²⁶⁾。

(21) 道垣内115頁参照。

(22) 解説186頁。

(23) 一問一答156頁。

(24) 法25条2項は、質権が設定された電子記録債権において、被担保債権の支払等がされたときは、当該支払等について支払等記録がされることを予定している。一問一答107頁、解説145頁。支払等記録の意義については、岩原紳作「電子記録債権の消滅」本報告書第6章、解説21頁参照。

(25) 解説145頁。なお、被担保債権の内容（債権額、支払期日等）の合意による変更は質権の内容にも影響を及ぼすところ、質権の内容の変更については変更記録（法26条）が効力要件となる（一問一答118頁）。しかし、ここは被担保債権の消滅に伴う質権の消滅及び法定代位の場面であり、意思表示による変更の場面ではない。

(26) 支払等記録をしなければ、電子記録債権の消滅の効果も電子記録債権の譲受人などに対抗できないが、この場合は、発生記録だけでなく質権設定記録も残っているであろうから、譲受人は質権の設定された電子記録債権を取得することになるだろう。

(2) 複数の電子記録債権を目的とする質権

電子記録債権の質入れには質権設定記録が必要であり、質権設定記録は法定の記録事項（法37条）を発生記録により発生した電子記録債権の債権記録に記録することによって行われる（法2条4項・5項）。ところで、発生記録においては、「債務者が一定の金額を支払う旨」及び「支払期日」などを記録しなければならない（法16条）。このため、金額や支払期日が不確定な債権については電子記録債権を発生させることはできず⁽²⁷⁾、また、将来発生すべき債権⁽²⁸⁾、債務者不特定の債権について、あらかじめ電子記録債権を発生させることもできない。したがって、これらの債権を目的とする質権の設定もできない。

被担保債権の債権者としてできることは、現に存在する複数の電子記録債権、あるいは、新たに発生する電子記録債権のそれぞれについて、個別の質権の設定を受けることのみである。いずれについても質権設定記録がされるまでは、質権設定契約としての効力が認められないことは、前述（2（1）（a）（ii））の通りである。これらの質権設定が当事者間の担保提供合意に基づくことはありうるが、この合意の対象となる複数の電子記録債権を「集合電子記録債権」と呼ぶことは、誤解を招く恐れがある。それは「集合物」ないし「集合動産」に対応するものではなく、複数の個別電子記録債権が対象となっているにすぎず、それぞれについて質権設定記録がされることによってそれぞれの質権が設定されるにすぎないからである。集合物概念の効用は、当初の担保権設定時に対抗要件を備えることができる点にあるが、電子記録債権においてはそれもできない。

結局、複数の電子記録債権についての質権設定は、個別電子記録債権質の集積であるにすぎず、それを超えるものとしては、当事者間の担保提供合意の債権的効力が認められるのみである、ということになる。

(3) 電子記録債権質の利用の見通し

電子記録債権質の利点は、細部まで法定されているので法律関係の予測が立てやすいこと、質権の内容が記録されるので「可視化」されていること、とりわけ後順位質権者の地位が明確であるので順位付けを伴う質権設定がしやすいこと、にある。

(27) 一問一答74頁。

(28) 動産債権譲渡特例法14条（同法8条2項を準用）は、将来債権の質入れについても第三者に対抗しうる質権設定登記を認めている。しかし、電子記録債権は発生記録により発生するので、将来発生する債権を原因債権として発生記録をしても、それは電子記録債権としては既に発生したものとなり、もはや「将来債権」ではない。そこで、便法として、将来に発生する債権の見込額をもって現在の債権として電子記録債権を発生させ、これに質権を設定する方法が示されている（一問一答11頁）。これについては、譲渡担保の項で述べる（3（2）参照）。

法制審議会電子債権法部会⁽²⁹⁾では、電子記録債権質の利用可能性として、①メザニン・ファイナンス⁽³⁰⁾において劣後順位の質権設定が用いられること、②複数の金融機関が小口の電子記録債権の「プール債権」を担保にとって融資をすること（この場合、与信比率の変化に応じて質権の順位変更が可能であるという利点がある）が指摘されていた。電子記録債権の譲渡担保においては、後述の通り、後順位譲渡担保権の設定が困難であるので、電子記録債権質のもつ順位を伴う担保権の設定の可能性は、實際上、重要な意味をもつ（担保余力の活用のほか、劣後順位であることに意味のある担保を設定できることなど）。もっとも、その利用は、多くの場合、複数の電子記録債権を対象とするものとなるだろうが、上述の通り、それ自体は個別電子記録債権質の集積にすぎず、質権設定記録がされる前は担保提供合意の債権的効力があるだけである。メザニン・ファイナンス等における電子記録債権質の現実の利用見通しは、現在の制度の下では限定されたものとなるだろう。

3 電子記録債権の譲渡担保

(1) 個別の電子記録債権を目的とする譲渡担保権

(a) 概要

電子記録債権を譲渡担保の目的とすることは、可能である⁽³¹⁾。電子債権記録機関が質権設定記録をしないという取扱いをなすこと（法7条2項・16条2項15号）も、そのことを想定しているといえよう。

(b) 設定

(i) 方式

電子記録債権の譲渡担保は、譲渡記録（法17条）によってなされる。譲渡担保の目的で行われる譲渡記録の記録事項は、通常の譲渡目的で行われるものと同様であり、被担保債権の債務者や被担保債権の額は記録されない⁽³²⁾。譲渡担保目的での譲渡記録であっても、通常の譲渡目

(29) 法制審議会電子債権法部会第12回会議（平成18年11月28日）議事録。青木・前掲注（7）102頁もこれを紹介する。

(30) メザニン（＝中2階）・ファイナンスとは、会社の資金調達手段のうち、株式（エクイティ）と負債（デット）の中間の性質をもつものの総称であり（西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全（上）』（2003）348頁〔太田洋〕参照）、具体的には、通常の融資よりも返済順位が劣後し、普通株式よりも剰余金の配当・残余財産の分配等について優先するファイナンスをいう（粟澤方智「メザニンローンにおける後順位担保権の設定」金法1785号（2006）16頁）。解説190頁も電子記録債権質のメザニン・ファイナンスへの利用可能性に言及する。

(31) 一問一答141頁、解説189頁、道垣内106頁・343頁。

(32) 担保目的の譲渡であることも記録できないだろう（法18条2項参照）。一問一答141頁。

的のものと同様、善意取得（法19条）や人的抗弁の切斷の効果（法20条）が認められる⁽³³⁾。譲渡記録は、譲渡の効力要件であり、対抗要件でもある⁽³⁴⁾。

(ii) 後順位譲渡担保権

譲渡担保一般について、後順位譲渡担保権の設定が認められるか否かの議論があるが⁽³⁵⁾、いずれにせよ、電子記録債権においては、その設定は不可能である。電子記録債権の譲渡には譲渡記録が効力要件であるところ（法17条）、譲渡担保権設定者は既に電子記録義務者ではなくなっているので、後順位譲渡担保者のために譲渡記録をすることができないからである⁽³⁶⁾。

電子記録債権を譲渡担保とする場合の担保余力を活用するためには、電子記録債権を分割してそれぞれに譲渡担保権を設定する方法が考えられる（複数の譲渡担保権を同時に設定する場合のほか、先行する譲渡担保権者の協力を得て事後的に設定する場合もありうる）⁽³⁷⁾。この場合、順位の設定はできないが、複数の譲渡担保権者の中で優先劣後特約をし、その内容を「支払方法についての定め」（法16条2項3号）又は「弁済の充当の指定についての定め」（同項7号）の変更記録（法26条）の方法で記録することが提案されている⁽³⁸⁾。この方法によると、順位付けについては、電子記録債権の債務者など利害関係者全員の請求が必要となる（法29条1項）。このように、電子記録債権に複数の譲渡担保権を順位を付けて設定したのと類似する状態を形成することは不可能ではないが、解釈によるものであるため不安定性があり、また、設定者単独ではできないという制約の大きなものとなる。

(c) 実行

指名債権を目的とする譲渡担保の実行については、被担保債権の弁済期と譲渡担保の目的債権の弁済期の先後で分けて検討されている。

(33) 一問一答141頁。

(34) 一問一答90頁。

(35) 山野目367頁は個別動産譲渡担保について肯定し、内田532頁も個別動産譲渡担保の例で肯定する。高木354頁は、担保権的構成をとると動産譲渡担保については認められるとし、不動産譲渡担保についても理論的には認められるが、登記が担保権者に移転していて公示できないので、事実上、後順位譲渡担保の設定はありえないといい、石田744頁は「非権利移転型譲渡担保権」について不動産譲渡担保権では登記との関係で考えるのが困難だが、他の種類の譲渡担保権は考えうるという。他方、道垣内312頁は、動産譲渡担保について、設定者留保権を担保目的として取得できるだけだという。判例（最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁）は、集合動産譲渡担保について、後順位譲渡担保権の成立を認めるが、後順位譲渡担保権者による譲渡担保権の実行は認めず、その権能は明確でない。

(36) 解説190頁。

(37) このほか、電子記録債権を担保のために複数の者に譲渡し、複数の譲受人＝債権者が譲渡担保権を有するとする方法も考えられる（粟澤・前掲注（30）17頁は、動産譲渡担保について、シニアレンダーとメザニンレンダーによる譲渡担保権の準共有の方法を紹介する）。もっとも、電子記録債権の複数債権者についてこのように構成することには、難点が多そうである（法16条1項4号参照）。

(38) 大垣尚司「分割」池田ほか・前掲注（7）106頁・111頁、解説212頁。

被担保債権の弁済期は未到来だが目的債権の弁済期が到来している場合、①債権譲渡担保権者は、目的債権の債務者との関係では、取立権を取得しているので、直接、取り立てることができ、被担保債権の弁済期において取立金を同債権の弁済に充当できるという見解⁽³⁹⁾と、②譲渡担保権者に取立権を授与する特約がある場合を除き、譲渡担保権者は目的債権の債務者に供託を求めること（民法366条3項参照）しかできないという見解⁽⁴⁰⁾がある。目的債権の債務者の利益を考えると、①の見解が妥当であろう。

被担保債権の弁済期が到来しているが目的債権の弁済期が未到来の場合は、譲渡担保権者は目的債権の完全な債権者として、目的債権の弁済期にその取立てができる。ここで目的債権の額が被担保債権の額よりも大きい場合、譲渡担保権者は、③目的債権の全額を取り立てた後、設定者に清算する義務を負うという見解⁽⁴¹⁾と、④被担保債権額の範囲でのみ取り立てることができるという見解⁽⁴²⁾がある。これも目的債権の債務者の利益を考えると、③の見解が妥当であろう⁽⁴³⁾。

以上の議論は、電子記録債権譲渡担保にも妥当する⁽⁴⁴⁾。もっとも、電子記録債権の支払は、口座送金決済に関する契約（法62条）又は支払に関するその他の契約（法64条）により、電子記録債権の債権者口座に対する払込みによって行われ、それに連動して支払等記録がされる（法63条・65条）のが通例であろう。そこで、電子記録債権譲渡担保にあつては、譲渡担保権者の口座に払込みがされることになる。振り込まれた額が被担保債権よりも大きいときは、譲渡担保権者は譲渡担保権設定者に対して清算義務を負う。この帰結は、一般の債権譲渡担保における上記の①③の見解と整合的なものである。

(d) 譲渡担保権の消滅

被担保債権が弁済等によって消滅したときは、電子記録債権を目的とする譲渡担保権も付従性によって消滅する。ここで被担保債権の債務者A（Bを債務者とする電子記録債権の譲渡人＝譲渡担保権設定者）がその債権者C（電子記録債権の譲受人＝譲渡担保権者）に弁済した場合、電子記録債権のAからCへの譲渡記録を削除する変更記録（法27条3号）による方法と、Cか

(39) 角紀代恵「債権非典型担保」椿寿夫編『担保法理の現状と課題（別冊NBL31号）』（1995）76頁・80頁、近江340頁。

(40) 道垣内345頁。

(41) 角・前掲注（39）80頁、近江341頁。

(42) 道垣内345頁。

(43) なお、目的債権の受戻権については、目的債権が金銭債権であるときは、ほとんど意味がないと言われることが多い（道垣内345頁、近江340頁）が、③の見解をとる場合は、設定者は、受戻しをすれば、清算を待たずに済む（担保権者の無資力リスクを負担することもない）ことになる。④の見解をとれば、この点はそもそも問題にならない。

(44) 道垣内344頁、一問一答141頁。

らAに再譲渡する譲渡記録（法17条）による方法が考えられる。担保としての実質に鑑みると、変更記録によるのが適切であるとも言えそうだが、いったんは譲渡の効力が生じていること、Cの下で何らかの処分があった場合にも対処できること、Cは手形裏書人のような担保責任（手形法15条1項）を当然には負わないので譲渡記録によってもCの不利益が過大になるわけではないこと、他方、変更記録をするためには利害関係を有する者全員の請求を要する（法29条1項）のでAの負担が大きいことを思うと、譲渡記録によるのが妥当だと考える⁽⁴⁵⁾。第三者が被担保債権を弁済し、弁済による代位（民法501条）が生じる場合は、譲渡担保権者から弁済者への譲渡記録によるのが適切である⁽⁴⁶⁾。

被担保債権が消滅したのに変更記録又は譲渡記録をしていない場合には、電子記録名義人の権利適法の推定（法9条2項）が及ぶ。電子記録債権の債務者Bは、電子記録名義人であるC（元の譲渡担保権者）に支払えば、悪意又は重過失のない限り免責される（法21条）。当該電子記録債権を名義人Cから譲り受けた第三者との関係では、人的抗弁（法20条）の問題となるだろう。

これに対し、電子記録債権が支払等によって消滅したときは、譲渡担保権者はその支払金を被担保債権に充当することができる。電子記録債権の額が被担保債権額よりも大きい場合も、譲渡担保権者は全額の支払を受け、清算金支払義務を負うと考え、常に、電子記録債権の支払等記録がされるべきことになる。

（2） 複数の電子記録債権を目的とする譲渡担保権

複数の電子記録債権の譲渡担保も、質権と同様、個別の電子記録債権譲渡担保の集積としてなされうる。

問題は、既発生の電子記録債権だけでなく、将来発生すべき電子記録債権も併せて、譲渡担保の目的とできるかである。判例は、指名債権について、将来発生すべき債権の譲渡を認め（最

(45) 不動産譲渡担保の登記においては、所有権の構成をとるか担保的構成をとるにもかかわる問題である。不動産担保において被担保債権が消滅した場合、登記権利者は単独で担保権の登記の抹消を申請できるが（不登法70条3項。山野日章夫『不動産登記法』（2009）356頁参照）、ここで譲渡担保は担保権として掲げられていない。そこで、被担保債権の弁済による譲渡担保権の消滅の登記は、共同申請となろう。その方法としては、所有権移転登記の抹消登記ではなく、設定者への移転登記（登記原因は譲渡担保契約解除）とするのが実務のようである（柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（9）』（1998）858頁〔福地俊雄〕）。

(46) 弁済による代位においては、原債権及び担保権が弁済者に移転するという債権移転説が判例・通説である（拙著『債権総論〔新版〕』（2011）345頁）。また、電子記録債権法は電子記録債権質の被担保債権の支払の場合（法25条3項）とは異なり、譲渡担保について特別の規定を用意していないこと、求償権の譲渡に伴う電子記録債権の移転の場合の変更記録（法28条）は、譲渡記録ができないことから特に設けられたものであること（一問一答120頁）からも、ここでは譲渡記録によることが想定されていると考えられる。

判平成11年1月29日民集53卷1号151頁)、また、将来発生すべき債権を含む債権を一括して譲渡担保の目的とすることを認める(最判平成13年11月22日民集55卷6号1056頁)。これらの判例法理のうち、指名債権の譲渡の対抗要件に関する部分が電子記録債権に妥当しないことは当然である(動産債権譲渡特例法の適用もない)。しかし、将来発生すべき債権について、発生前に譲渡することができるという考え方自体は、電子記録債権についても検討の対象となりうる。

将来発生すべき指名債権の譲渡における債権移転効果の発生時期については、債権発生時移転説と契約時移転説の対立があり、後者においては、譲受人は債権発生前に、「処分権」を取得するという構成、「債権発生時に原始的に債権者となるという法的地位」を取得するという構成などがある(47)。電子記録債権は発生記録によって発生するのだから、「将来電子記録債権」は考えられず、せいぜい債権発生時の移転を電子記録債権の外で合意することしかできないことになりそうである(48)。契約時に移転するために、「電子記録債権発生時に原始的に債権者となるという法的地位」を契約時に譲渡し、指名債権譲渡の対抗要件を備えておくという方法をとっても、その対抗要件の効果が後に発生した電子記録債権に及ぶとは解しにくい(49)。

そこで、いわば便法として、「将来に発生する債権の見込額および最終の支払期日を電子記録債権の債権額および支払期日として発生記録を行い、これを譲渡する」方法(50)が紹介されている。この場合、現実に発生した債権額は、人的抗弁にすぎず、原則として譲受人には対抗できなくなる(法20条)。この譲渡を担保目的であれば、将来発生すべき債権の譲渡担保ができることになる。これは、譲渡の効力発生及び対抗要件具備の時期や詐害行為取消権・否認権の判定時期を発生記録と譲渡記録のされた時点にできるという利点がある。他方、電子記録債権の債務者にとっては危険を伴うものであること、また、発生記録・譲渡記録の対象となっている電子記録債権と原因関係との関係が不明確であること(51)、という問題がある。

そのため、結局、担保提供合意の範囲でのみ効力を及ぼす方法が検討されるべきことになる。

(47) 拙稿「将来又は多数の財産の担保化」『動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討(金融法務研究会報告書(18))』(2010)14頁・20頁以下。

(48) 座談会44頁[森下哲朗・道垣内弘人・小塚莊一郎発言]、池田・前掲注(1)24頁も同様の理解であろう。池田・同25頁以下は、それゆえ、できるだけ早い時期に電子記録債権を発生させ、これを担保とする方法を提唱する。

(49) もっとも、詐害行為取消権や否認権の対象となるかどうかの時間的基準との関係、契約時と債権発生時の間に譲受人について倒産手続が開始した場合の問題については、それぞれの制度趣旨の観点からの検討の余地はありうる。

(50) 一問一答11頁。

(51) 電子記録債権の原因債権となるべき将来発生すべき指名債権を包括的に譲渡し、指名債権譲渡の対抗要件を得ておくことが考えられるが、債権発生時移転説をとるにせよ契約時移転説をとるにせよ、少なくとも対象となる指名債権がすべて発生するまでの間の原因債権と電子記録債権との関係は、不明確である。

AC間にAのBに対する電子記録債権をAがCに担保として譲渡するという担保提供合意があるが譲渡記録がされていない状態として、次のような場合がある。

①AのBに対する電子記録債権の発生記録はあるが、AからCへの譲渡記録がされていない場合。

②AのBに対する電子記録債権の発生記録はないが、AB間で特定の電子記録債権を発生させる具体的な合意がある場合。

③AのBに対する電子記録債権の発生記録がなく、AB間には、将来、電子記録債権を発生させるという一般的な合意のみがある場合。

このうち、①においては、CがAに対し譲渡記録を求める権利を有するものとし、AがCに譲渡記録の請求についての代理権を授与する方法が考えられる。②においては、AB間の電子記録債権の発生及び発生した電子記録債権のAからCへの譲渡について、ABC間で合意し、AとBがCに発生記録及び譲渡記録の請求について代理権を授与しておく方法が考えられる。③においても②と同様だが、Cに授与する代理権は包括的なものとなる。これらの方法は、実態に合致し、電子記録債権の債務者Bの危険も防止されうるが、譲渡の効力発生及び対抗要件具備の時期は譲渡記録がされた時点となり、詐害行為取消権・否認権の成否の判定時期もその時点になる可能性が高いという問題がある。また、特に③の方法は、AB間の電子記録債権の発生記録及びAC間の譲渡記録をCが実効的に行うためには、かなりの手当が必要となるだろう⁽⁵²⁾。

これらのいずれの方法をとるにせよ、譲渡担保権の効力が生じるためには、個別の電子記録債権についてCを譲受人とする譲渡記録が現実になされる必要がある。流動性ある指名債権の譲渡担保のように合意によって将来債権の確定的な譲渡が生じ、包括的な債権譲渡通知又は債権譲渡登記により対抗要件を備えることができるという制度には、現在のところは、なっていない。これらの方法は譲渡担保ではあるが、実際には、債権の譲渡予約と同程度の機能をもつに留まることになる⁽⁵³⁾。

(52) これらの場合、口座間送金決済に関する契約（法62条1項）があるときは、債権者口座をCの口座とする必要がある。支払先口座をAの口座としておく場合は、Cのその口座への優先権の確保が求められる。いずれの場合も、Cが銀行であって、Aに対する与信者であり、かつ、口座間送金決済契約の当事者でもあるときは、Cの2つの立場が利益相反となることのないよう、留意する必要がある。

(53) このほか、AのBに対する指名債権をAがその債権者Cに担保として譲渡し、そのCB間の債権を原因債権としてCB間で電子記録債権の発生記録をする（AがCから発生記録の包括的代理権の授与を得ておく）方法も考えられる。しかし、多くの場合、Bは自己の取引先であるAを債権者として電子記録債権を発生させることを望むだろう。解説21頁参照。

(3) 電子記録債権譲渡担保の利用の見通し

電子記録債権譲渡担保は、質権設定記録を取り扱わない電子債権記録機関のシステムの下ではもとより、それを取り扱うシステムの下においても、電子記録債権の担保化のために用いられることが予想される。もっとも、その利用には制約がある。

既発生 of 1 個の電子記録債権について 1 件の譲渡担保を設定することは可能であり、その法律関係も比較的明確である。また、それを集積することにより、複数債権の譲渡担保も可能である。しかし、これについて順位を伴う譲渡担保を設定することはできず、それと類似する効果をもつ方法が考えられはするものの、現実的な制約がある。

将来発生すべき電子記録債権について譲渡担保権を設定することには、電子記録債権の債務者となるべき者の協力（見込債権額による発生記録の請求、又は、将来の発生記録についての包括的代理権の授与）が必要である。そのような協力が得られる場合に限って、将来発生すべき電子記録債権の譲渡担保が可能だということになる。

なお、分割払いの電子記録債権（法16条1項2号参照）について、被担保債権の債務者（譲渡担保権設定者）に取立権限を与えることは可能だが、支払等記録との同期性が保障されず、電子記録債権の債務者にとっては危険がある。ここでも電子記録債権の債務者の協力（そのリスク負担）が必要になる。

4 将来の展望

電子記録債権の担保化は、現在の制度の下では、かなり制約されている。流動性ある集合債権の担保は、指名債権を目的として債権譲渡登記制度を用いる方法が明確で安定性がある⁽⁵⁴⁾。電子記録債権担保は、さしあたっては、既発生 of 比較的少数の電子記録債権について用いられるに留まるであろう。しかし、電子記録債権担保には、劣後順位の質権の活用可能性、担保権の内容を記録することによる「可視化」、譲渡担保権者の預金口座への払込みなどの特長がある。これらの特長に鑑み、今後、集合的ないし流動的な電子記録債権（将来発生すべきものを含む）の担保化の需要がさらに高まる可能性がある。当面は、電子記録債権が社会において広く利用され、定着するようになることが目標となるが、その見通しがついた段階では、次の課題として、柔軟かつ安定的な電子記録債権担保制度の構築が目指されるべきことになるだろう。

(54) もっとも、指名債権を目的とする将来債権譲渡担保において、担保の目的となる個別の債権が発生した時点で、設定者がこれを電子記録債権としたうえ、第三者に譲渡すると、譲渡担保権者が害されるという問題が指摘されている（解説20頁）。