

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会 第8回

日時 令和元年10月10日(木)

17:30～

場所 公益社団法人商事法務研究会 1階A会議室

○座長 資料7の第3の3から5についてまでご議論いただきたいと思います。事務局から資料の説明をお願いします。

○法務省 今回は資料7の20ページ以下になりますが、資料でいうと第3の3からです。担保権実行手続中止命令について取り上げていまして、まず、3から5に記載された、担保権実行手続中止命令を動産や債権を目的とした担保権にそもそも適用するかどうか、その時期及び要件、手続について、ご議論いただければと思います。

まず、20ページの3ですが、ご承知のように、担保権実行手続中止命令については、非典型担保に類推適用されるのかどうかをめぐって議論があるところですが、現状では類推適用されるという見解が支配的になっていると思いますし、実務的にもこの見解に従って発令がされているのではないかと考えております。

担保という性質に着目して類推適用されるということであるとすれば、担保法制を見直したとしても、同様に見直し後の担保について担保権実行手続中止命令の対象とするのが適当ではないかということで、そのような提案をしております。

次に、4の中止命令の時期と要件についてです。これもご承知のように、非典型担保に、中止命令の類推適用をするに当たっては、それぞれの非典型担保、ファイナンス・リースとか、譲渡担保を中心にしてファイナンス・リースとか、所有権留保とかがございますが、それぞれ、どこまでが実行手続だと理解するかということと関連して、いつまで中止命令を発令できるのかが議論されております。ここもご承知のように、例えば引渡しを要するかとか、仮登記担保法第2条を類推適用して2か月の猶与期間を認めるなどのようにいろいろな見解があるところでして、また、債権を目的とする担保については、第三債務者に対する請求の通知によって実行は完了したと見るのか、実行が完了したといえるためには取立てが完了する必要があるのか、見解の相違があるところだと理解をしています。

以上を踏まえて、担保法制の見直しに当たってどのような見解に従うのかが問題になります。実行方法については前回ご議論いただいたところですが、実行方法について明文の規定を設けた場合に、中止命令がいつまでできるのかが問題になってくると考えています。

基本的な考え方としては、担保の目的を受け戻すことがまだできる段階では、別除権協定をする余地があるのではないかと。そうだとすると、受戻しをすることができる間は中止命令を発令することができるというように考えてはどうかということ、この資料の中では述べております。

具体的に申しますと、処分清算額方式においては第三者に対して処分がされるまで、帰属清算方式においては清算金の有無又は額の通知がされるまでが、中止命令の終期ということになるのではないかと考えています。

債権を目的とした場合も同様で、担保権者が第三債務者に対して、自分に弁済せよという通知を行った時点で、直ちに担保権設定者が受戻権を失うわけではないので、担保権者が回収を終えるまでは、中止命令を発令することに意味があるのではないかと考えています。

23 ページの辺りに記載しております。

これが終期の問題ですが、逆に、いつから中止命令を発令することができるのかという問題もあります。これも現行法下における非典型担保について議論がされておまして、一般的には、実行に着手された後に問題になるわけですが、非典型担保の実行手続が非常に短期間で終わってしまうことも勘案しまして、実務では譲渡担保等について実行の着手前に発令することができるというように理解がされているようですので、担保法制の見直しに当たっても、同様の規律を設ける必要があるのではないかと考えています。以上が始期の問題です。

あと、25 ページの 3 は、流動的な動産や債権を担保の目的としている場合に、不当な損害の要件をどのように理解するのかという問題を取り上げました。流動の過程で目減りしていくおそれがある場合に、中止命令の発令に当たって、例えば担保を積ませるであるとか、あるいは中止命令によって目減りしている分については損害賠償請求権を共益債権として扱うというような立法提案がありますので、この論点を提示しております。以上が要件と時期の問題です。

26 ページの 5 の発令手続については、これも現行法における非典型担保を参考にすると、発令前には意見聴取を行わない、意見聴取を行ってしまうと直ちに実行される危険もあるので、動産の担保について、非典型担保については 2 段階で、取りあえずは意見聴取を行わないまま、短期間の中止命令を発令し、発令した後に審尋を行うという運用がされているようですので、そういった手続を設けるか、必要があるかどうかという問題を、26 ページで取り上げています。

○座長 だんだん前のほうからというイメージではございますが、5 までの間でご自由にご発言いただければと思います。

○B 21 ページの 4 の 1、担保権実行手続の終期の所で、債権に関して、現行法だと債権の譲渡担保がメインだと思いますが、債権譲渡担保の受戻しというのはあまり考えたことがなくて、いつまで受戻しができるのかということについて、担保権者による取立てが完了するまで受戻権が失われないのではないかと書かれていたのですが、これがそんなに自明なのかどうかも分かりませんでした。現在の債権譲渡担保を念頭に置くと、取立権は設定時から債権者に一旦はあるということで、しかし、受戻ししたらその取立権が消えたといつて、また設定者が取り立てられるようになるという話になると思うのですが、これは、目的債権の債務者にとっては、誰に弁済していいのかよく分からなくなりそうな気がするのです。それなので、取立てが終わるまでは受戻しができるというのは、どのぐらい前提にしているのかがよく分からないと思いました。

○座長 今のご発言はいろいろありますが、債権の譲渡担保の受戻しということを観念するということのメリットというのが、実務的にあるのかということが、まず大前提として確認すべきところだと思いますが、その点についてはいかがですか。実務に携わっている先生方。

○C 債権によっては担保権者は回収に手間がかかることが少なくないので、担保権者のほうとしても面倒な回収をするぐらいだったら、むしろ合理的な金額で受け戻してもらったほうが良いということはあると思います。それは、スッと回収できる債権だったら、そのまま回収すれば終わりですけれども、相手に何らかの言い分があったり、どうなるか分からないというのはありますので、担保権者の方からかもしれません、手間のかかる回収よりは合理的な金額、それが券面額より低いことも多いと思いますけれども、一定の金額を払ってもらったら、それで返しますと。そういうことは実務的には十分にあります。

○座長 倒産の局面と倒産ではない局面を分けて考える必要があると思うのですが、倒産ではない局面から考えるときには、それというのは幾ら債権が譲渡されているという形になっていても、債務者＝設定者が自発的に払ってくれれば、そのほうが楽だという話にすぎないのかなと思います。そうすると受戻の話と言うよりは、担保が設定されているけれども、もちろん被担保債権を行使できて払ってくれるのが普通だよという話のような気がするのです。そして、もし仮にそれがそうであるとするならば、倒産のときにはできないですよ。払ってくれたら問題がありますよね。

○C 仮に譲渡担保権の実行が全部完了した後は被担保債権も終わっているわけですよ。だから、まだ回収していないというのは、まだ担保状態のまま、そこで代物弁済的に債務が消えたわけではないのは、おっしゃるとおりだと思うのです。そのときに、それを受戻しと呼ぶのか、単に和解をしているだけなのか、遡及的に担保を解除しただけなのか、それはいろいろな法律構成があり得ると思います。それは受戻しとは全然違うのだと言われたら、受戻しの必要性はないということも分かりません。実際上で言うと、そういう処理はいっぱい行われていることを申し上げただけで、それが受戻しかどうかは、私も言われたら、ちょっと自信はないですけれども。

○A 被担保債権を支払って目的財産を取り戻すという権利というのは、設定者にとっては当然認められているというように理解をしております。それで、そのような権利が、実務的に必要性はあるのかというお話については、そういう受戻権という権利を認めるようなことが説明として必要なのかというのは、ちょっと私もよく分かりませんが、ただ、実際には被担保債権を支払って、その目的財産である債権を買い戻さないし受け戻すという場面というのは、C先生がおっしゃったように、事案としては存在します。

また、受戻権とか、あるいは譲渡人側の回収権限とか、そういったことが存在していないと、そもそも更生担保権とか、あるいは別除権の基礎とならないと言うか、再生債務者とか、更生会社側にそういった権限が残っているからこそ、担保権としての基礎があるということだと思いますので、今のは理屈の話かもしれませんが、受戻権がおよそ債権譲渡担保の場合に存在しないというような理解は、実務的には詰めて考えられていないと思いますけれども、実務的にも取られていない、すなわち受戻権があるという前提で考えてよろしいのではないかと考えております。学説上、債権譲渡担保に受戻権は考えられないというような見解が主張されているのも知っていますが、それは多分そうではないのではな

いかと思います。

○座長 私は、受戻権という権利がそもそも存在しないと考えていますから。

○A それは、不動産についても存在しないという考え方ですよ。

○座長 そうです。被担保債権に係る債務を弁済するだけの話だからと思うのだけれども、もう1つ、ここでの問題というのは、まだ担保権が実行されていないという時期を観念することによって中止命令とか、そういうものを考えようという話なので、そのときに、ある時期が到来して、あるイベントが起こったといったときに、それで、もはや被担保債権がなくなるというように考えるならば、中止命令も何もあったものではないですが、Aさんがおっしゃるように、更生担保権というものを考えるならば、そこには債権があるわけであって、債権があるということは、まだ弁済によって消滅していないということの意味しているということで、そして、それが請求できるという状態にあるということだから、まだ弁済できるという状態というか受け戻し得る状態が観念できるよねという話かなと思います。Dさん、お待たせしました。

○D C先生がおっしゃったこととの関係で言うと、債権者が自分で回収するよりは、担保権者、設定者が回収するほうが便利だという部分に関しては、それは受け戻しているのではなくて、あくまでも債権者が被担保債権を持っている状態のことをおっしゃっているのであれば、それは受戻しとは言わないのだろうと思うのです。それは、むしろ担保設定している状態で、設定者に取立てを許容している状況と何ら変わらないのではないかなと思ったのですけれども。

○C 実行通知を送った後ということですか。実行通知を送って、それで本来なら、担保権者は自分で回収すると。ただ、第三債務者と言うか、そちらがごちゃごちゃ言い出したと。これはちょっと面倒だなと。こういう局面です。

○D 実行通知に、どういう効果を与えるかという前提がちょっと違ったのかもしれませんが。実行通知がそもそも必要かという文脈で、取立てを許容している状況を剥奪する通知を出したことを前提にすると、もう一回取り立てることを許諾することになるのですかね。そういう意味であれば、先生がおっしゃる受戻しとはちょっと違うのではないかと思うのですが。

○C 許諾と言うか、単なる許諾ではなくて、許諾だったら、また担保状態に戻りますよね。そうではなくて、幾らか払ってもらって、それで担保を完全にリリースするという。単なる取立権の再度付与ではないイメージです。

○D そうすると、私が誤解していたのかもしれませんが。申し上げたかったのは、受戻しと言うかどうかというのは座長がおっしゃるとおり、別に弁済することは権利ではないので、弁済した効果として戻ってくると考えると、受戻権と言うべきかどうか自体について言葉遣いの問題があるのかもしれないのですが、担保がまだ存在している間は、設定者としては、いつ何時、自分が回収し続けることを拒否されて、担保権者側に回収権限を奪われるかもしれないという状況をなくすということが受戻しになると思うので、債権につい

て受戻しを考えるのであれば、そういうことを受戻しがいつまでできるかというように考えればいいと思います。

○B まず、さきほどの受戻しをする実務的なメリットという話は、担保権者のメリットのほうに話がいったような気がするのですが、どちらかと言うと設定者のほうにわざわざ受戻しなるものをするメリットがあるのかという、そちらのほうにむしろ問題のような気がしました。動産であるとか不動産であるとかは、それを手元に残したいというのがありそうな気がするのですが、債権であったら、それをわざわざやる必要があるのかというのが、1つ疑問だったことです。

もう1つ、座長の話をもつていて思ったのは、あえて受戻しという話をしなくても、被担保債権が残っているのか残っていないのかというところを検討すればいいのかもしれないと思いました。具体的には、転付命令のような形で、実行の時点で代物弁済のようなものが完了していて、あとは取立てのリスクは担保権者が負っているのだというように考えると、実行は終了しているという話になるのに対して、そうではなくて実際に取り立てられた分だけが被担保債権が消滅するのだというように考えれば、取立てが終わるまでは実行は完了していないといって、実行中止命令をすることはできると考えられるような気がしました。どちらが普通の債権担保なのかというように考えると、多分後者なのではないかという気はしています。

○座長 それは後者でしょうね。別にリスクを引き受けているわけではないですからね。

○C はい。

○座長 ご自由にご発言をお願いします。

○D 実効性ということを考えると、終期についていろいろな議論があることは分かりませうけれども、始期の問題が重要ではないかという気がしていて、中止命令と呼ばずに禁止命令と呼んでもいいのかもしれませんが、倒産手続の開始の申立ての準備段階で、裁判所との間で議論をしながら中止命令の準備をして、それで申立てと同時に中止命令を出していただくことがスタンダードになっていけば、基本的にはそこで勝負が付くものですから、それによって大方の問題は回避できるのかなという感じを持っています。

担保目的物が再生にどのくらい必要であると中止命令の対象になるかを事前にある程度検討した上で、無審尋でできる範囲で、これは再生に必要な可能性が相応にあると思えば出すし、そうではないと思えば出さないというところで道筋が決まるほうがいいかなと思いました。

○E 私もそれでいけるのではないかという。意見聴取の後に出てくる手続のところがあるので、そこを今回のように変えれば、その申立てと同時に禁止命令を出してもらおうという実務が確立すれば、この終期の話はそういうことを考えなくてもというような気がしません。実務的には、それで回りそうなのですが、そういう運用は。

○A 本当に文字通りの「中止」命令になる場合というのはあると思うのです。申立前に実行が着手されてしまっているような場合というのは、やはり終期の問題というのはなお

残りますよね。申立前に実行の着手がされていまして。

その場合に、要するに今考えている前提というのは、申立てと同時に禁止命令としての中止命令が発令されるということを想定しているわけですが、申立前に実行通知だとか、実行の着手が債権譲渡担保等においてされていると。そのような場合には、なお中止命令の対象となるかを考えるに当たっては、終期の問題を考える必要はあるということだと思いますよね。

○E そこでの中止命令というのは、どういう効果を持つものか。後の議論と関係するのだと思いますが、どういう効果を持つものとして考えられるのですか。実行通知をしている状況で、債務者は取立権限を失っているという前提でいいのですか。

○A そうなると思います。

○E その場合に、仮に中止命令を掛けると、債権者は取り立てられない状態になると。

○A 中止命令は主文というのがどういう主文であるかによると思うのですが、通知を禁止する、それから取立てを禁止する、それから充当も禁止するという場合があると思うのです。会社更生において、いまでは包括的禁止命令を出すのが通例ですが、そうではなくて、担保権実行の保全処分という形で出されていた時代は、債権譲渡担保を禁止する場合は、対抗要件具備の禁止、それから取立行為の禁止、それから充当禁止もあったはずで。そうすると、それと中止命令をパラレルに考えると、被担保債権に対する充当を禁止するという意味での効果もあるのかなと。

○座長 Bさんが最初に債権譲渡担保の話がされたことによって、一番面倒なところから話が始まった気がするのです。まず動産から考えたいのです。一番微妙なところから考えるから、話が難しくなるのです。

○B すみません。

○座長 いやいや。Bさんのご発言は正当な質問だということなのです。それで、動産のときに、法務省がいろいろとお話になったのは、例えば、1つは実行が着手されていないうちに中止命令が出せるかという問題があるのですが、実行に着手されているとしたときも、実行がどこで終わっているのかということをはっきりさせなければ、中止命令というものを出せるかどうかは分かりませんという話になります。

それで、まだ完全に終わっているわけではないということが、比較的是っきりしていそうなのは、第三者に処分するというつもりなのだけれども、まだ第三者に処分されていないという場合だろうと思います。次にあるのは、清算金は〇〇円ですよという通知をした、しかしまだ払っていないという場合です。最後にあるのは何かと言うと、清算金はありません。それは算定に合理性があった場合ですが、清算金はありませんという通知を倒産手続の開始前にパッと送ったというときに、その段階で、実行が終了して、確定的な所有権が今で言えば譲渡担保権者に帰属したという考え方もあるわけですが、倒産の局面において、そういう清算金が出ないタイプの担保関係があるときに、手続の直前なら直前に清算金はありませんという通知を送ったら、それで終わりである、だから中止命令の対象には

なりませんということで、実務的にいいという感じがするか、それとも、それはまずいいという感じがするか。それはどちらなのでしょう。

○E 弁済をいつまでできるか、いわゆる受戻権をいつまで行使できるかという基準と、倒産手続でいつまで中止命令を発令できるかという基準を分ける、別のものにする可能性があるということ的前提にしている話と理解していいですか。

○座長 別のものにする可能性は皆さんがご自由に判断すればいいのだと思うのだけれども、例えば 1,000 万円の被担保債権があって、目的動産の価値について 500 万円であるというように算定をして、清算金はありませんというように通知をしたときというのは、被担保債権が残りが 500 万円になっているだけだというように普通は見るのではないか。それは見方にもよるのですが。

そうすると、もう通知があったのですが、1,000 万円払って、目的物の所有権を戻しますというのは、もちろん、そのほうが債権者としても便利だからいいのだけれども、理屈上は考えにくいし、かつ、それというのは禁止されている弁済ですよ。担保が付いているからといって弁済していいというわけではないですよ。

○E それは、しかし受戻しというのはできる。

○座長 だから、受戻しというのは何なのかなということですね。

○E 倒産法上の受戻し。

○座長 倒産法上の受戻しというのは、担保権を消滅させるということですか。

○E 非担保債権を弁済したら。

○座長 あ、そうか。担保物を戻すためにね。

○E ええ。

○座長 それもあり得るよね。

○E 担保権の実行が完了していないかと。

○座長 そのように考えるというわけですね。どのように整理するのが実務的には、担保権者と倒産債権者のバランスを取るということになるのか。

○D 私は動産においても始期が重要で、だからこそ現行法上は中止命令という制度であるにもかかわらず、何とか事前の申請をしたりして、それで解決する部分は相応にあると思うのですが、中止命令については、終期の議論によって解決できることは結構少ないと思います。というのは、一度実行に着手してしまうと、中止命令は、資料のどこかに書いてあったと思うのですが、それまでなされた手続の効力を覆すものではないので、動産ですと、例えば集合動産ですと、結局のところ固定化してしまっていて搬入が禁止されている状態で、にらみ合いになってしまっていて、スムーズな、もともと担保の実行中止をして、それまでと同じように集合動産であれば流れて事業活動ができるようにしたいのに、固定化した効力が覆らないとすると、債権者としてはそれ以上の実行はできないことになりまますけれども、設定者にとってもそんなに有り難いことでもないように思われます。ですので、やはり重要なのはフリーズする前に実行自体を禁ずることであって、それができるよ

うに始期を早めるという制度設計は是非すべきで、その場合に担保権者の審尋なしにやるとすれば、保護をどう考えるかというアプローチで議論すべきであって、終期のところで解決できるかというのは、もちろん担保物によってはできる場合があると思うのですが、特にグルグル回るような集合動産については、なかなか厳しいものがあるかなと認識しています。

○座長 それというのは、倒産法の改正になるのか担保法の改正になるのか分からないけれども、集合動産の流動性をストップして、現実的な実行に移ろうとしているときに中止命令を出したら、その後は、流動性の回復というのは無理なのですか。

○D そうできればいいなと思います。それも1つの考え方で、ソリューションだと思います。そういう解釈はないのでしょうかということ逆を聞いたかったのですが。

○E 一部、中止だけではなくて取消しも入れるということですよ。今までやっていた手続を取り消すという部分も、中止命令の中に含めるという構想ですよ。論理的にはあり得るのでしょうかね。

○A 先ほどの座長が設定された設例は、申立前に実行してしまっていて、清算金はないという通知もしてしまっていて、実行が完了していますという場合に、その後であっても、なお中止命令を出せるというようにしないと、実務上ワークしないかどうかと言うか、実務上、大きな影響があるかというご質問だったかと思います。

もちろん、再生債務者を再建させるという立場で考えたときは、もちろんそこまで取り込みたいということにはなってくると思います。つまり、担保権実行を取り消すと言うのか、そういったことまでできるようにしたほうが、再建に軸足を置いて考えれば、役立つ可能性が高いとは思いますが、しかし、他方で、実際にはその場合には、既に取戻権になっているはずで、担保権実行が完了していれば、所有権が確定的に担保権者のほうに来ていて、かつ目的物も確定したということになると思いますので、そのときには既に倒産法的な考え方の上では、担保権ではなくなって取戻権になっているということになって、担保権者の側では、所有権に基づく目的動産の引渡請求ということができなければいけないような局面になっているわけだと思うので、それを後から中止命令ないし、何らかの命令をもって覆すという効力まで認めることで、再生債務者を再建させていくというところまでのニーズを考えるのかどうか。ニーズは再生債務者側からするとあるのかもしれませんが、そこまでやっていいのかということなのかなと思ってしまっていて、結局民事再生というのは、もともと担保権は別除権として構成していて、実行は自由だという大原則の中で、そのような緊張関係の中で、債務者側と担保権者側のお互いの合意と言うか、自治をもって解決しなさいという趣旨がもともとあるわけなので、その原則に大分修正が求められるような話になるので、どうしたものかと思っています。

○座長 しかし、それは清算金はないという通知をされたときには、確定的な所有権が譲渡担保権者のほうへ行って、それで終了して取戻しの問題になるというのは、現在の譲渡担保に関する判例法理ないしは考え方を前提にすればという話なのだけれども、現実に占

有の移転がなければ、まだそれは途中段階にあるという理解も可能ですね。第三者に売られた場合には、更に第三者の利害が出てくるので、もう駄目かなという感じがするのですが、清算金がありませんというように言って、未だ設定者と債権者、担保権者との間の関係であるというときには、占有移転、現実の取戻しがないうちは、まだ終わっていないというように決めてしまうということは可能なのですよね。

○E 弁済もそこまでできるということですか。

○座長 いや、だから、それは分けて考えられるかという話なのだろうけれども、できるのだろうね。

○E ああ、やはりそう考えるべき。その説を取るのであればですね。

○座長 ええ。

○E それであれば、まあ。

○座長 それで、それはいいの、それ。

○F 前提が分かっていなくて、ぼやけた質問になるかもしれませんが、譲渡担保権の実行も対抗要件の具備は必要なのですよね。対抗要件の具備としての引渡しと言うか、占有改定でいいのかもしれませんが。

○座長 いや、現在の個別動産譲渡担保を考えると、所有権移転の対抗要件も譲渡担保権者が具備しているわけですね、占有改定によって。

○F 譲渡担保権の実行により所有権が移ったということは。

○座長 確定的に所有権が移ったときにもう一回占有改定が要するという意味かな。

○F 要らないということですね。すみません。

○座長 普通は要らないのではないか。普通の考え方だったら。

○F これまではそうだったと思いますが、担保だとしたときに、それが必要ではないかと思ったもので。

○座長 それはあり得ますよね。だから、そのときは現実の引渡しだけを考えて、ここまではできると言ったのだけれども、それは占有改定でもいいです。しかしながら、ともあれ、確定的な所有権が担保権者に帰属したということを前提にして、そのための対抗要件というのは何らかの形で具備される必要があるのではないですか。それで、あるという立法論というのは十分に可能なわけです。

○D 座長は、まだ残っているものとして現実の引渡しのことをおっしゃったのですが、もう1つ清算金がないというだけでは足りないというものを考えるとすれば、充当額が幾らであるということまで言わなければいけないという考え方も、一応考え方としてはあるのではないかと思います。清算金はないのだけれども、幾ら債務が減るのかを何も言わなくていいのかということなのですが、それを言って初めて確定的に実行が完了するという考え方です。それについて、争いたければ争うことはできて、争った結果、当初幾らといった通知があまりにも低すぎるということであれば、実はその時点では確定的には所有権が移っていなかったという整理はあり得ると思います。それがいいかどうかというのは、

基準の明確性も含めて意見の分かれるところだと思うのですが。

○座長 それは譲渡担保権者にすごい負担ですね。

○D 私は、そういう考え方を結論としては取らないで、始期のほうで考えればよくて、後ろのほうはどうしても限界があるので、シンプルにしておいてもいいのではないかとは思っているのですが。

○G 担保権者とすれば、清算金なしの通知で所有権が確定的に自分に帰属したと普通は思いますから、それが後で覆るとなれば、担保権者の地位が極めて不安定になります。担保権者としては承服できないと思います。

○座長 それは、個別動産はもとより、流動動産に関してもですか。

○G 個別動産、流動動産ともです。

○座長 結局、担保権者の立場からするとそうでしょうね。あとは、それで再生というような手続がうまくいくのかという話の感覚の問題だろうと思います。

○G 債権者が確定的に自分のものになったと思っていた担保物が後で覆されれば、再生支援の場面で極めて厳しい立場で臨むようになると思います。これは事実上の問題ですけども。

○座長 事実上の問題だけけども、重要な問題だと思います。

○H 2つの点について発言させていただきます。1つ目は、機械のような個別動産を念頭に置いた場合でも、実行のプロセスには2種類あるということです。先に債権者が物を引き上げてしまって、その後に清算金はありませんでしたという通知を送る場合と、債務者の手元に物がある状態で、倒産手続が始まりそうだとということが分かって慌てて通知を送る場合がありますが、それぞれにおいていつが実行手続の終期になるのかというのを考える必要があると思っています。

前者の場合には、既に占有が債権者側にありますので、清算金がない旨の通知の時点で、基本的には清算金も消滅する債権額も決まっています、通知の時点で実行が終了していると考えざるを得ないのかなという気がします。他方、後者の場合には、占有を回収するまでは、目的物の本当の価値も分からず、本当に清算金がないのかも不確定であって、実行が終了していないと考える余地もあるような気がしています。結局、占有の回収と清算金の計算と、両方が済んで初めて実行が終了しましたというような、そういうルールの作り方はないのかなと思うというのが1点目です。

2つ目は、仮に占有がまだ債務者の下にある状態で、債権者が清算金はありませんという通知を送った場合に、通知によって実行が終了し、その後は債権者は取戻権を持っているのだというように考えたとすると、債権者と債務者とは、取戻権の対象物をめぐって交渉をする、すなわち、目的物を使い続けられないかというような交渉をすることになると思うのです。そうすると、担保権を持っているよりも取戻権を持っているほうが、担保権者の交渉力というのは強くなっていくものなのかということを実務家の先生にお伺いしたいと思います。債務者としては、再生のために目的物を使いたいと思っています、取戻権者

と交渉したいというときに、そのような交渉成立するのとか、担保権者と交渉するよりも、もっと債権者側が強い立場になるのかといったことを確認したいです。

○座長 それは明らかに強くなる。

○H 取戻権の対象となっている目的物を再生のために使わせてくださいと言ったときに、断られてしまうこともあるのですかね。

○座長 逆に、どうしてOKを出してくれることがあると思うのですか。

○H 債権者が倒産後も債務者との取引を継続する可能性などを考えています。

○座長 ああ、そうか。それは。

○A 取戻権になってしまった後の話ですよ。

○H はい。

○A 取戻権になって、債務者側に物理的に占有が残っているという場合は、実は取戻権者は回収するのが面倒くさいわけですね。なので、そこで、やっぱりなしにしてもらえませんかという、そういう交渉は成立する可能性はあるとは思いますが、それぐらいかなと思います。

○I よく分かっていないのだと思うのですが、仮に清算金はありませんという通知が先にあって、占有がまだ債務者の所にあると。そこで中止命令が出たときに、そこから先に進めないというようにすると。今そういう話ですよ。その場合に、その前に占有回収とおっしゃったのですが、既に清算金はないという通知があって、よこせと言っているのにもかかわらず、現実に占有が動いていないというときは回収はされたことになるのか、されていないことになるのか。されていないというようになると、にっちもさっちもいかないことになるのではないかという気がしたのです。もしそうなるすると、結局清算金がないという通知がされたあとに、早く返せと言っているか言っていないかで、結論が変わるといっても、気持ち悪いなという感じがしたのですが。

○座長 いろいろな問題が出てきましたが、債権から話をするのはやめようというように言ったので、債権担保の場合の問題がまだ残っていますし、そのほかにもいくつか問題が残っているとは思いますが。しかし、ここまででも、集合動産に関しては、結局固定化という概念を使うかどうかは知りませんが、そういうような流入などをストップした状態というものが起こった後に、それをもう一回解除して動かせるような命令というものが考えられるのかという話が、一番大きな問題として出たのではないかと思います。

真ん中でお話をしました、清算金がある旨の通知が行われるという問題については、これは実はいろいろなことを考えなければいけなくて、Gさんが前回か前々回におっしゃったように、取り戻しもしないで評価はできないという問題があって、そうすると、まずは取り戻させてくれという話があって、まず取り戻して、まだしかしながら評価をしていない段階というのをどのような段階として、中止命令との関係で、ないしは先ほどの受戻権、つまり弁済にできるのかという問題で考えるということとか、あるいはそういうように仮に現実の占有を債権者が得ないうちに、幾らだという通知が可能であるということにな

っても今度は、それは留置権があるのですかという問題、留置権が倒産によってどういう問題になるかというのにはありますが、留置権などは認めないほうがいいのではないかという問題も出たように思いますが、そういう問題があります。そういう問題を整理しなければなりません、まだ今日1日では整理できないと思います。

戻りまして、債権が目的であるときの問題について、私は途中で議事をさえぎってしまったのですが、話はどこまで詰まっていたのでしょうか。

○B 私は、受戻しどころという話があったけれども、取りあえず被担保債権が消えるかどうかという話で考えたらいいのではないかということで、執行手続と類比して、転付命令型と、取立型ということで、どちらかと言うと取立てのように、実際に取り立てられた額の被担保債権が消えるのが普通なのではないかという話をして、そうだとすると、ご提案のとおり、取立が完了するまでは被担保債権は残っていて、実行中止命令ができるという話になるのかなという話を最後にしました。

○座長 なるほど。それが必要なかどうかというのが、そもそもの問題としてあったのですね。

○G 債権の譲渡担保の中止命令という意味自体がよく分からないのですが、少し前に議論がありましたが、誰も手が出せない債権が残るとするのは極めて不健全なように思いますし、担保権者とすれば自分の手元に置いておき、いつでも相殺したり、債権に充当できる状態にしておかないと、そもそも債権譲渡担保が極めて弱いものになると思います。したがって、債権譲渡担保については、中止命令という概念自体が必要ないのではないかと思います。債務者に取立権が改めて付与され、取立てた資金を運転資金に使われることが許されるとなれば、債権者は承服できないと思います。

○座長 個別の債権のときにはそうかもしれないのですが、例えば売掛代金債権が継続的に発生するときで、再建型の倒産手続であって、そのまま商売を続けているという場合に、その時点で存在している、残存している債権に対しては、担保権の効力は及んでいるけれども、なお債務者がそのまま取り立てて運転資金に充当していける状態になっているということは、考えられないのですかね。

○G 事業がうまく再生できるという前提であれば、それはそうかもしれませんが、再生できるかどうか分からない状況で、担保権者が本来確保できる回収原資を債務者に解放しろということですよ。その後、事業再生に失敗した場合、仮に共益債権的な取扱いにされたとしても、実際は回収できません。そうであれば、担保権者としての地位が極めて弱くなってしまいます。

○J その点は、31条の担保権者の不当な損害の所で考えるべきで、もともと損害がない場合は、やはり債務者自身に取立てを認める効果を伴う中止命令というのは考えられるのではないのでしょうか。つまり、担保権者としてたまったものではないという状況のときには、不当な損害があるので、中止命令は出せないわけです。

○E ある程度、債権可能性も審査して、中止命令を出すことを決めるという前提ですか。

○G その場合には、事前に債権者に対して審尋を行うということですか。

○E あとからやる、ということです。

○座長 あとからやるというけれども、さっきの一旦、固定したものをもう一回流動化できると考えたら、先にやっても構わない。

○E それはそうかもしれませんがね。

○座長 それでもあれか、固定化して、あっという間に第三者に、もう一度債権譲渡されちゃう。

○E そういことがなければ、ということですよ。

○座長 自分で取り立てないで、更に第三者に譲渡するということをされると面倒ですね。

この後に6と7の話もするのですが、もちろん6は法的効果についてどう考えるかという話ですので、今までの話が全部関係してきますし、第三債務者をどうするかという7の話も関係してきておりますので、今お話足りない点はその後にお話をさせていただくことといたしまして、今日は途中でご飯を食べるというようになっていますので、ここで15分取ってありますので、15分で食べてください。50分まで休憩といたします。

(休憩)

○座長 先ほど申しあげましたように、5まで済んだという状況だということは、重々私も承知していますが、6、7までを語るに当たっても5までが関係してきますので、まず6、7について事務局から説明をお願いした後に、6、7を中心にしてそれよりも前のほうも含めて、もう少し議論をしたいと思います。では、お願いします。

○法務省 27 ページの6では実行手続の中止命令の効果を、目的物が動産である場合、債権である場合、また、どういう進捗状況の段階で中止命令が発令されたのかに応じて、具体的に考えてみようというものです。説明の中に記載をしています。

まずは動産の場合ですが、実行通知が必要かどうかということが前回議論されました。実行通知は必要ないという意見が多かったのですが、仮に必要なとした場合に、その前に発令されたとすると、実行通知自体ができないということになるのではないかと考えます。実行通知が必要ないという立場を取ったとしても、清算金の有無の通知や清算金の提供がされる前に手続の中止命令が発令された場合、あるいは処分清算型を念頭に置いた場合には第三者に対する処分がされる前に発令された場合には、その後の清算金通知、第三者に対する処分など、帰属清算方式、処分清算方式の具体的な実行ができなくなると考えられるのではないかと思います。

29 ページをご覧くださいまして、(4)ですが、一般的には文献によりますと、流動的な動産譲渡担保を念頭に置いて、設定者の処分権が失われた後に発令がされた場合には、処分権を失わせるという効果を覆すような効果までは持っていない。他方で処分権が失われる前に発令された場合には、その後は処分権を失わせることもできないと書かれています。ただ、この2つがそれぞれ本当にリンクすることなのかどうかということ、ちょっとよく分からなくて、中止命令が発令されたために実行して回収したりすることはできな

いのけれども、担保権が及ぶ対象となる動産だけは確定させてしまうということができてもよいのではないかとも思いましたので、その辺についてご議論いただければと思っています。以上が動産です。

28 ページ 3 では、債権が目的である場合について検討をしています。この点についても、どういうふうに行う通知を実行していくのかということにもよるかもしれませんが、まず対抗要件具備としての債権譲渡の通知や、取立委任の解除、それから取立委任を解除したという通知がされる前に中止命令が発令されれば、こういった通知ができなくなるということになると考えられます。それがされた後に発令されたということになりますと、取立てが禁止されると考えるのが一般的ではないかと思います。そうすると、もし設定者の取立権限が失われた後に発令されれば、どちらも取り立てることができないというような状況が生じてしまうのではないかと考えています。

いずれにしても、こういった現行法下における議論を踏まえて、今後、仮に立法していく場合に、中止命令がそれぞれどういうふうな段階で発令されればどういう効果を持つのかということについて、ご議論いただければと思っています。以上が 6 の説明となります。

最後に、30 ページの 7 ですが、中止命令が発令された場合に第三債務者をどのように保護していくのかという問題があると思います。例えば、流動性が一旦失われたのだけでも、それが回復するというような場合に、取立権がそれに応じて担保権者にいたり設定者にいたりすると、第三債務者にとって混乱を生じさせるという問題が、出てくるかと思っています。今の実務的な議論としては、中止命令を第三債務者に対しても送達する必要があるのではないかというような見解も主張されているところです。ただ、現実には第三債務者に送達しようとする、第三債務者が特定されていない段階で発令された場合にどうするのかなどの問題も出てくるかと思っていますので、その点を踏まえて第三債務者の保護を、どういうふうに行っていくのかをご議論いただければと思っています。以上です。

○座長 どうもありがとうございます。法務省のご説明を伺ってもお分かりのように、今まで議論していたところが含まれており、先ほどの議論に続けていただく形でもほぼ大丈夫だと思いますけれども、6、7 のお話を伺ったということを踏まえて、ご議論いただければと思います。

○A 29 ページの 15 行目の「また」という所ですね。担保権者による取立てが禁じられる場合の問題として、担保権設定者が取立てをすることができるかという問題については、先ほどのお話では、設定者も取り立てられない、担保権者も取り立てられないという問題が生じるのではないかと、そういう議論。

○法務省 そうですね。

○A そうですね。私も考えたことがあるのですが、実務的には会社更生では少なくとも包括的禁止命令とか担保権実行の禁止の保全処分が、債権譲渡担保についてなされた場合には、「反射的効果」という説明がなされています。担保権者が取り立てられないことの反射として設定者が取り立てられるのだという、そういう理屈でもって、東京地裁の 8

部は設定者側、すなわち管財人あるいは保全管理人側に、取立てを認めるということをしているということだけ指摘をします。

○座長 ちょっと伺いたいのですが、集合債権譲渡担保において純粋な流動型、つまり現実に債務者の状態が悪化するまでは、完全に債務者イコール設定者が取り立てて自分の事業資金として使うというタイプのものと、教科書的にはですけども、順次代物弁済型というか、ここから10年分譲渡しますと債権者がずっと取り立てていって、10年分はおおげさかもしれないですね、1年分、2年分かもしれませんが、債権を第三債務者から回収していくというふうなタイプのものとがあると書いてあったりしますけれども、現実の現在の実務においては、ほとんどが前者なのですか。

○A 前者が多いですが、後者がいいわけではなくて、ファクタリングに近いのですよね。ファクタリングというのは基本的に真正譲渡の前提でやっているわけですが、実はあれは担保なのではないかという論点が出てくることがあるわけですが、もし担保として見なされた場合には、ファクタリングというのは全部第三債務者から譲受人が回収するというタイプになりますので、それが一例とはいえます。それ以外にも、第三債務者から担保権者が直接弁済を受けて貸金に充当するタイプというのがありますので、ファクタリングを持ち出すまでもないですが、ただ、前者が多い。

○座長 そのときには、倒産手続の開始とかそういうものよりもずっと前から、担保権者側が回収権限を持って回収しているわけではないのですか。それを中止命令で止めたら、取立権限は設定者に発生するのですかね。設定者に取立権限があるのを実行手続で移して、その実行手続をたたくことによって、元に戻るというのは比較的分かりやすいのですけれども、ずっとこっちにあったのに、譲渡担保権者側にあったのに、ある時こっちへ移るというのは、反射的な効果もあるのかなという気もして。

○A それは確かにおっしゃるとおりだと思います。ただ、誰も回収できないというのも、また困るので、どちらかには弁済できるようにしてあげないといけないし、そうではなければ供託でもさせてあげないといけないという話にもなると。

○E 今の点は正に、会社更生法には113条という規定があって、債権質の債務者に更生手続が開始したときには、質権者は取り立てることができなくなるわけですよね。しかし、やはり債務者も取立権を回復できるわけではないという前提で、第三債務者が供託して債務を免れることができるという規定を、わざわざここに入れたのですよね。今の話だと、前提としてはそれはやはり両方とも取り立てられないというのが、少なくとも質権については現行の設定になるということだと思えるのですけれども。

○A ご指摘のとおり条文は存在していて、ただ債権質のその規定が債権譲渡担保に類推適用されないという前提が、多分まずあるのだろうと理解しています。

○E 状況は同じなので、もしそっちを変えるのだと113条も多分変えることになるのではないのですかね。

○A 確かにそうかもしれません。

○座長 大変ね、面倒だよ。供託するのって、第三債務者の負担ですよ。

○E そうなのですけれども、ただ、その2項で供託金について質権者は、質権者と同一の権利を有するという規定を置いて。

○座長 もちろん。

○E やはり更生会社が勝手に使うということは、できないという前提だと思うのですが。

○座長 なるほど。

○A 会社更生の議論ばかりして申し訳ないのですが、会社更生の場合には債権譲渡担保の場合には、先ほどの113条の規定の類推がないという前提もあるのかもしれませんが、その債権譲渡担保が止まった後、それによって回収を管財人がしますという場合、ここでも中止命令におけるのと同様に、そのお金を使っていいかという議論はあります。それは、実務的には回収金を使わないと、更生会社が生きていけないからという問題があるのですが、そこは管財人の善管注意義務の問題として、整理をされていると思います。したがって、管財人は、再建できるという自分の見込みと善管注意義務のきちんとした履行ということで、整理されていると理解しています。

○E それは個人責任を負うということですか。

○A それはそういうことにもなりかねないわけですが、そういう理屈で処理されてしまっていると。だから本来であれば、都度それは流動債権質みたいなもので預金質権、担保権者のための預金質権を設定しておくというのが、もし会社更生が失敗した場合に破産しても別除権にしてあげるといふ保全まで、本来、認めてあげべきだといふ議論もあると思うのですが、倒産実務の現実においては、そこまではされていない。

それから、民事再生についても回収金を別途プールしておく、再生債務者が回収するということになるわけですが、その回収金は担保権者に損害を与えてはいけないので、回収金はきちんと取り分けておくということが、裁判所からのご指導によって運用としては行われているわけです。ただ、それは信託財産になるとかそういうものでもなく、かつ、預金債権質が設定されるような形でもなくて、ただ単にそれだけの分が分かるように取り置くという、もしかしたら計算上の分別だけになっている場合もあるかもしれませんが、そういうふうなものにとどまるので、破産になったような場合には、一般財産に混入しかねないという、そういう状態ではあります。ただ、その点は、裁判所や監督委員が、きちんと監督するという前提なのだろうと思います。そういう運用が一応はされていると理解しています。

○座長 少しEさんに伺いたいのですが、会社更生法113条は、会社更生法ができたときからあるのですか。

○E いえ、この間、改正したときに作られました。

○座長 この間できた。そのときには集合債権質というのを念頭に置いていたのですか。

○E そこまでは考えていないです、普通の質権の場合。

○座長 普通の債権質なら非常によく分かる規定なのです。単純に1個の債権についての

話。それならば供託しろというふうにしても、直接取立権が質権者にあるというのを、それを止めるというためだけにあって、供託しなさい、その上に質権が及びますというの
は分かるのだけれども、今はそれを使って集合債権譲渡担保をどうするか。

○E やはり恐らくそこから、集合債権譲渡担保には類推適用されないという議論もあり
になっているのかなと思うのですが。

○座長 なるほどね。

○E ただ、理論的に説明が付くかとどうかというのは、ちょっと。

○座長 なるほど。Dさん、どうぞ。

○D 今、ご議論があったように、集合債権について回収金をどんどん使われては債権者
が困るということだとすると、牽連破産のことを考えると基本的には信託か、あるいは預
金を別に設けて質権を付けないと、単に分けているというだけでは、保全に全然なってい
ないと思うのですが、他方、それを求めると流動性のある在庫・売掛債権などの譲渡担保
では、再建のための資金が全く使えないことになってしまうので、それはそれで中止命令
の意味が非常に薄れてしまうと思うのですね。そうすると結局、そのバランスを取る方法
として、回収金をトラップすべきということではなくて、むしろ在庫・売掛債権残高レベ
ルをできるだけ維持する。つまり出してもいいのだけれども、その分入れるという形を志
向するほうがいいのではないかという感じがしていて、そうすれば別途預金質権などを
使わなくても、そのものに対して、集合債権の範囲の形で、対象に入ってくる。

ですから、禁止命令あるいは実行着手後すぐの中止命令を考えたときに、債権者の保護
を考える方法としては、債権であれば債権が新しく入ってくるように、あるいは動産であ
れば新しく搬入されるような、そういう工夫が必要ではないかということであって、別途
預金を作っておきなさいという裁判所の指導よりは、在庫レベルを例えば申請時の9割以
下にはいけないというような条件を付ける方向のほうが本来的なような気がするの
です。

○G 動産の場合であれば、新たな動産の品質を従前と同等なものにさせることは可能と
思いますが、債権の場合には事業が順調であるときの売掛債権の質と、倒産状況になっ
たときの売掛債権の質は違ってくると思いますが。売掛債権であっても、第三債務者の資力や
信用度により債権の質は異なります。倒産状況になったときは信用が低下するので、従前
と同じ取引先が取引を継続するのか分かりません。信用力が低い取引先と商売をしなけれ
ばならなくなるかもしれません。したがって表面的な金額だけを言われても、債権者にす
れば、従前と同じ担保価値があるのかを考える必要があります。

○D おっしゃるとおりだと思うのですが、それも実行中止命令によって再建を果たす必
要性とバランスの問題で、どんな資産でも中止命令を出せるということではないので、
再建のために必要だということでもまず相当程度限定が掛かると思うのです。そうは言っ
ても売掛債権や在庫については、再建のために必要だということでも中止命令が出やすいので、
その場合にGさんがおっしゃる懸念は分からないでもないのですが、だから中止命令の対

象にしないというのは、それはそれでちょっと難しいのではないかという気もして、集合動産の場合は比較的分かりやすいと思うのですが、搬出分だけは搬入してくれ、あるいは搬出分が過大にならないような在庫レベルを維持するという条件を付けるというのは1つあると思いますが、集合債権については足の長さにもよるのですが、もともと実行中止命令というのは多分1月とか2月とかという話なので、その間に悪化していない新たな債権を別途どこまで用意できるのかということになって、運転資金の必要性との兼ね合いで、どういう条件が付けられるのかなと思っています。

○座長 どうすべきだろうかということに対しての意見ではないのですが、例えば中止命令なり何なりの方法で、設定者が取り立てて事業資金に使うことができるというふうな制度設計をするときには、集合債権譲渡担保において、再建型の倒産手続開始後に発生したのものについても、効力は及ぶという解釈論を前提にすることになりますか。それとも、ここまでしか及ばないけれども、その変容物、使われて補充していくのだから、その変容物には及んでいるのだという解釈論も可能なのだろうか。それは何かの方策を取るときに、ほかのところについてのどのような考え方の限定になるのかというのが気になるのだけれども、それはどうなのですか。

○A 今、D先生がおっしゃられたように、要するに新陳代謝する、新たに入ってくるもので補完されるということで代償措置が取られているのだということを考えるときには、座長が今おっしゃられた設問との関係では、再生債務者の再生手続開始後に発生する債権にも及んでいるという考え方が前提になっていると理解しましたが。

○H 及ばないという考え方を取るとすると、開始決定が出た時点で存在している債権が譲渡担保の範囲だということになると思うのですよね。ただし、開始決定時に存在する債権を取り立てて回収金が預金債権になっているという場合には、預金債権は開始決定時の債権が姿を変えたものであるとして、そこに担保権の効果が及ぶということが考えられると思うのです。開始決定時にあった債権を1つ取り立てて、その代わりに別の債権が1つ入ってきたという場合も、代替的な関係があるというふうに考えるとすれば、仮に開始決定後の債権には及ばないという立場に立ったとしても、代わりに入ってきたものが担保の対象になるという考え方もあり得ると思うのですよね。

逆に開始決定後の債権全てに及ぶという考え方は、累積的に全ての債権に担保の効力が及んでいるという考え方に親和的なのではないかと思いました。つまり、開始決定時に存在した債権にも及んでいるし、その後に発生してきた債権にも及んでいるし、累積的に全部担保権の対象になるのだという発想です。

○座長 いろいろな考え方ができると思いますし、その変容物といっても倒産開始時の目的債権の券面額で決まってくる。その範囲で代わって入ってきたものに対しても及ぶのかということなのかもしれませんが、そういうふうに聞くと、実は券面額が同じであっても、質は下がってくるということが多いよとGさんがおっしゃっている話が出てきて、券面額で維持していても、価値は維持されていないかもしれないという問題も生じてきますので、

Aさんがおっしゃるように全部に及んでいるのだということを前提にして処理をしている。いやったほうが、恐らくは簡単だとは思いますが。第三債務者保護の問題も、ありますね。会社更生法 113 条との関係で言うと、実行しましたのでこちらに払ってください、いえ中止されますのでこちらに払ってください。解除されました、解除というのは、損害を与えるのでこちらに払ってくださいと言われても、面倒でたまらないという感じはあると思います。

○法務省 それも中止命令を送達するかどうかという、第三債務者に送達するかどうかという問題が、取りあえずは念頭に置いていた問題ではあるのですが。

○A 会社更生の話ばかりして、申し訳ないですが、包括的禁止命令は公告して、後は開始前会社に送達するのですかね。そういう形になっていて、それで足りるような気はしますが、ただし 28 条ですか、必要な保全処分、すなわち担保権実行の保全処分で行う場合は、送達というか名宛人である担保権者をきちんと書いて、送っているのではないかと思います。ですので、中止命令という形でやる場合には、どちらもあり得るのかもしれませんが、ここでは第三債務者への送達ですよ。

○法務省 はい。

○A そうするとちょっと効果が弱いのかなという気はしますけれども。

○座長 とにかく第三債務者にも通知をするということなのですかね。というのは、この現行の譲渡担保という前提にすると、30 ページの説明の 13 行目ですが、「担保権者が自分に弁済するように求める通知をした後に」と書いてあります。ここの通知は、何の方式も要求されない通知ですよ。

○法務省 はい。

○座長 僕に払ってと言うだけなのですよ、多分。それを覆すときには、ちゃんとした送達になる。それはそれでいいのですか。

○法務省 そのようなことを想定しています。。

○座長 ただ、そうすると弁済するように求める通知をした後かどうかはよく分からないけど、何かやりそうになっていて、着手していなくても中止命令ができるという方向で考えるなら、とにかくにも送ります、担保権者から来ても無視してくださいというふうに書いておくのかな。

○法務省 そのとおりだと思います。ただ、実行通知というか第三債務者に対する自分に払ってくださいという通知の前に、中止命令の送達が来てしまうと、第三債務者に対しては混乱を招くだろうというような問題はあるのだと思います。

○A 余計な発言かもしれませんが、会社更生の場合には、申立ての日に、担保権を止める必要が高い事案では、あわせて包括的禁止命令も申し立ててしまいます。この場合に、その申立代理人、あるいは保全管理人が付いていたら保全管理人かもしれませんが、いずれにしても、特に重要な第三債務者がいる場合には、この担保権者には払わないでくださいというふうなことを示すために、第三債務者に Fax すると思うのです。ですので、Fax し

たり、あるいはそういう通知を会社から送るとか、そういうことをすると思うので、そういうことで大分、緩和されるような気はしますけれども。

○G 第三債務者が巻き込まれる場合は、第三債務者の保護を一番に考えるべきだと思います。いろいろな通知が届いたときに第三債務者は自分がどうかればよいのか判断に迷うときは、費用を負担して弁護士と相談すると思います。弁護士費用をさせるとなれば、第三債務者の保護に欠けると思います。制度としては、第三債務者はいずれかに弁済すれば免責され、あとは担保権者と債務者との間で解決するという制度を作るべきだと思います。

○座長 Fax が来ても困りますよ。そこに何か弁護士、何とか管財人何とかと印が押してあっても、どう考えても何か振り込め詐欺かなと思いますよね。だから、分からないんですよ、本当かどうか。中小企業とかの個人とかのときは、難しいよね。

○G ですから、弁済の相手方はどちらでも構わないことにして、その後の処理は担保権者と債務者の間で解決させるような制度がもっとも第三債務者保護になると思います。

○座長 本来ならね。でも本当は、債権譲渡ってそうなのですけどね。通知したらそれで分かるだろうとか、教科書には書いてありますが、本当のことを言えば、そんな通知が来たからって、その法的な効果が普通の人には分からないですよ。

もちろん、今日で終わるわけではありませんし、この後も倒産手続の取扱いというものも続きますので、ひょっとしてまた中止命令でそこはコントロールするとか、そういう話が出てくるかもしれません。したがって、また場合によっては、後ろに戻っていただくということを前提に、ちょっと前に一旦進めさせていただければと思います。

前に進みますと、今度は新しい紙のほうですね。研究会資料 8 と書いてあるところです。まず第 1 の 1 の話から始めたいと思いますので、事務局から御説明をお願いいたします。

○法務省 資料 8 の第 1 の 1 は、事業再生型の民事再生手続や会社更生手続の開始の申立てがあれば何か法的な効果が発生するという特約がされていたときに、その特約の効力をどう考えるのかという問題です。この点に関しては昭和 57 年と平成 20 年の著名な最高裁判決がありますが、昭和 57 年の最高裁判決は所有権留保売買において更生手続の開始の申立てが解除原因とされていたという事案に関するものです。平成 20 年の最高裁判決は、ファイナンス・リース契約において民事再生手続の開始の申立てが解除事由になっていたという事案ですが、いずれも特約の効力が否定されました。

これらの最高裁判決をもう少し一般化すると、動産・債権の担保法制におきましても、再生型の倒産手続の開始の申立てがあると実行が容易になるという特約の効力を否定すべきではないかという議論が出てきます。所有権留保やファイナンス・リースなどにおいては解除の意思表示をすること自体が実行ですので解除条項の効力が問題になったわけですが、今、私たちが議論している担保法制で、どういう条項が考えられるのかということを考えていきますと、実行方法としてどういうものを考えるのかということによって、いろいろ考えられるのかなという気がしています。

2 ページ目以下になりますが、具体的に考えると、例えば帰属清算方式を念頭に置けば、

開始の申立てがあった場合には直ちに何か通知をすることができる、あるいは処分清算方式を念頭に置きますと、開始の申立てがあったときに直ちに処分権を取得するという特約が問題になるのではないのでしょうか。今、判例上は債務不履行があって財産の処分権が担保権者に発生するということになっていますが、その開始申立てがあれば債務不履行に陥ってなくても処分権が発生するという形で実行の着手の要件を緩める特約ができるのかという問題です。

また、現行法における流動的な財産の譲渡担保については、特に集合債権譲渡担保を念頭に置いて、平常時には設定者に認められていた取立権限が、会社の申立てによって喪失するというような特約の有効性も問題にされていますので、こういった処分権限、債権に関していえば取立権限ですし、あるいは流動的な集合動産譲渡担保を念頭に置くと在庫などの処分権限ということになるのかもしれませんが、そういった権限が設定者から失われるというような特約をされていた場合に、そういった特約の効力というものが問題になってくるのかなと思っています。

民事再生等におきましては、結局、債務不履行があれば、期限の利益を喪失して実行できるという状態になりますから、具体的な差異としては、先ほど議論になったような実行の着手前に、中止命令を発令してもらっておくというような余地が、どれだけ広く認められるかというところになってくるのかなと考えていたのですが、そういったその余地を認めるべきなのかどうなのかというところも課題になってくるのかなと考えています。

また期限の利益を喪失させる条項についても議論されています。一般的には、少なくとも現行法の譲渡担保などを念頭に置いた場合には、開始の申立てによって、期限の利益を喪失するという旨の条項については、有効であると考えられる見解のほうが支配的なのかなと思っていますが、それでいいかどうかについて、ご意見いただければと思います。以上です。

○座長 どうもありがとうございました。ご自由にご議論ください。これは、開始申立てがあったときには例えば解除が起きるところを問題にするのか、あるいは、このタイプの権利においては、明示の解除、あるいは実行という手続を取らなければ、何かのことでオートマティックに実行というものは起きないのだというふうに制度を捉えるのか、によって若干違うような気がするのですね。例えば、雨が5日続いたら担保権が自動的に実行されるといった条項が有効なのかという問題を考える。それは有効で、しかしながら更生申立てのときに実行になるというのは無効であるということもあり得る考え方だろうし、ともかくにも両方とも明示の実行手続を取っていない限りにおいては、何かのトリガーイベントによって当然に起きることが、認められないというのか。

○法務省 問題意識を十分把握しているかどうかは分かりませんが、昭和57年判決や平成20年判決は、再生や更生のために必要な財産が、当事者の合意によって手続開始前に逸出させられてしまう、そういう特約が事業を再生していこうという会社更生法なり、民事再生法なりの趣旨目的に反するというを理由としていたのだと思いますので、明示

の意思表示が要るかどうかというところが問題なのではなくて、再生型の会社更生や民事再生の趣旨に反するかどうかというところが問題なのかなと思います。

○座長 だから、今までの議論の仕方はそうだったと思うのだけど、例えばフィナンシャルレイシオみたいなものは、つまり財務制限条項みたいなのを付けて、ある一定の状態になったら自動的に実行されるのですよとか、あるいは他の債務の債務不履行があったら自動的に実行されるのですよ、他の差押えがどんな小さいものであっても自動的に実行されるのですよというクロス・デフォルト条項を置いておく。それを民事再生の申立てや会社更生の申立てにリンクさせていなければ、それらは有効だと見ざるを得ないか。それとも財務制限にせよ、担保制限にせよ何にせよ、それらの事由があったときであっても、何か明示な行動を取らなければ実行手続は起きないという担保権として仕組んでいくのか。立法論としては。2つ大きな選択肢がある気がするのですね。

もし、更生申立て、再生申立てが駄目なのを事由にするのが駄目だとすると、いくらでも潜脱する方法がありそうな気がする。だけど、この自動実行条項が駄目なのだという議論が一般的にできるのかというのは、若干気になるのだけれども。

○法務省 自動的に実行されてしまうことの問題というのはあるのではないかと思うのですが、雨が5日続いたら実行に着手できると決めておいて、通知を1本送るだけで解除できる、実行に着手できるのだとすると、同じ条件の下で自動的に実行に着手することになるという条項を無効にしてもあまり意味がないような気がするのです。

○座長 しかし、雨が5日降ったら実行できるようにするという特約を結ぶのは自由ではないですか。だから、それを制限して1本送っても駄目だ、それは合理性がないというのだったら、やはりそれは、「大工殺すにゃ刃物はいらぬ、雨の3日も降ればいい」っていうのが、昔からあるくらいで、何が合理的で何が合理的ではないかという話になってしまう。

○法務省 ですので、問題の所在は、自動的なのか手続が要るのかということでもなく、またその事由が雨が3日なのか5日なのかという合理性ではなく、やはり会社更生、民事再生の趣旨目的に着目せざるを得ないのではないか。確かに潜脱は幾らでもできるかもしれませんが、最終的には類推適用などで対応せざるを得ないのではないかと考えていました。

○座長 私ばかり話して申し訳ないのですが、もう一個。これはリースとか所有権留保売買とかで、解除に結び付いている話なので、当然、解除特約みたいなものを無効にするという形にできたわけだけど、新たな動産債権担保制度を作るに当たって、解除というものをかませるかどうかというのは、1つの大きな問題だし、仮に解除をかませるとしても、それっていうのは正にリースや所有権留保とか、そういうときになってしまうので、通常の動産譲渡担保ではないですよ。解除が絡むときだけ問題にするという話になるのですか。それとも当然、更生とかそういう目的の話ですよと法務省がおっしゃることを認めるとしても、更生とかの目的に照らして動産担保当然実行条項は駄目ですよと、そうい

う話としてここで議論するということですか。

○法務省 今、先生がおっしゃったとおりで、この最高裁判決はいずれも解除が問題になっていますけれども、恐らく解除という切り口は必然ではなく、実行がされやすい状態になるというような特約として議論されているのだと思います。それが具体的にどういう条項なのかというのは、その実行の仕組みにもよってくるのかもしれませんが、たとえば帰属清算方式であれば処分権限が直ちに付与されてくるような条項であるとか、清算金通知によって直ちに自分に帰属させられるようなことができるようになる、そういう条項が念頭に置かれるのかなと思っています。

○座長 現在の譲渡担保に関する判例法理を前提とするならば、債務不履行になったら処分権限は譲渡担保権者にいくわけですよ。そして債務不履行になるというのは、先ほど更生申立てか分かりませんが、それが債務不履行事由になるかという話、債務不履行というか、期限の利益の喪失事由になるかという話が出ていましたけれども、それについては制約はないよということになったら、当然処分権取得特約というのは現行法下では有効になっているわけです。

○法務省 ただ、平成 20 年判決でも、田原裁判官の補足意見では期限の利益を失う条項は有効だ書かれていて、しかし、解除事由になるのは無効だと言っているわけです。期限の利益を喪失するという条項が有効で債務不履行に陥るとすると、その債務不履行に基づいて解除ができるということになるので、結局そこも一緒にならないですかね。催告の要否などで若干違ってくるというのはあるのかもしれませんが。

○座長 いや、全く納得できないのですが、Hさんが手を挙げられておりますので、Hさん、どうぞ。

○H 昭和 57 年判決と平成 20 年判決で解除特約が取り上げられた理由は、座長も再三ご指摘されているとおり、所有権留保とファイナンス・リースの担保権実行の仕組み、流れにあると思います。というのも、所有権留保においてもファイナンス・リースにおいても解除をすることによって、確定的な所有権が売主又はリース会社に帰属することになって、それ以降は取戻権として目的物を取り戻すことができるというルールが前提となっています。このようなルールにおいて解除特約が一体何を意味するかというと、特約にもとづく解除をしたことによってその時点で実行が終了してしまっていて、それ以降は受戻しもできなければ、実行中止命令や担保権消滅許可の可能性もなくなるということです。そういう意味で実行のプロセスが一瞬に集約されているのが所有権留保とリースだからこそ、解除を否定する必要があったのだと思います。

先ほど法務省がおっしゃったように、動産の譲渡担保の場面を念頭に置くと、実行が一瞬で終了するかどうかということにははっきりしていませんで、例えば実行通知を送ったとしても、その後、目的物の評価や清算とかそういったプロセスがあるとしたら、その間に、なお目的物を受け戻すチャンスがあったり、実行中止命令を打つチャンスがあったりします。ですので、そこを圧縮してしまっていて、一瞬で実行を終わらせるような特約があり、か

つ特約が倒産手続開始をトリガーにしているような場合には、これらの判例の趣旨からそのような特約は無効だとされる可能性はあると思いますが、それ以外に実行の開始をいつにするか、トリガーはいつかということについては、別にこれらの判例とは関係なくその射程の外で、当事者が自由に決められるということになっていいと考えています。

例えば、雨が5日降ったことがトリガーとなって実行通知が出るとしても、そこで実行が終わるわけではなくて、その後受け戻すチャンスがあるとすれば、そのような特約は別に構わないのではないかと思うわけです。

○E 私も同じような考えですが、ここで書かれてある例えば清算金の支払いを要しない旨の特約がなされて、清算金のない旨の通知というのがなくても実行を終了してもらおうという解釈がされて、それは倒産手続開始申立ての瞬間に実行が終わっているとか、あるいは債務者の取立権限が申立てによって自動的に喪失する。先ほど来の議論でそれが中止命令とか、取消命令とかという制度を作れば別なのかもしれませんが、それはもう回復しないという、回復不能の状況になってしまうとすれば、それは申立てと同時に中止命令を出すという運用によっても解決できないので、そこを法律で対処する必要があるという考え方があり得るということなのではないかと思います。

○B 私も全くH先生とE先生と同感ですので、資料3ページの上から2行目の、担保権者は直ちに目的である財産の処分権を取得することができる旨の特約は、別に問題ないのではないかと。つまり、処分権を取得しても、処分権を行使して、処分し終わって初めてその実行が完了するので、それまでであれば実行中止命令で止めることができるというように考えるのであれば、このような特約は、平成20年判決などを前提としても、特に問題ないということになるのではないかと思います。

○法務省 私もそうだと思うのですが、ただ、平成20年判決は当然解除がされるわけではなく、解除事由になっているだけで、解除の意思表示が必要なわけですね。ですので、開始申立てによってその瞬間に当然全部終わってしまうというわけではなくて、その瞬間と解除の意思表示との間には一定のタイムラグがあるはずなのだと思います。そうだとすると、3ページの2行目に書いてあるような特約も処分の売買契約というところまでは若干のタイムラグがあるかもしれないけれども、この処分がされてしまえば、その一瞬で全部実行が終わってしまうので、平成20年判決とパラレルに考えられるのではないかと。

清算金の有無に関する通知をすることができるという、2ページに書いてあるのも同じようなものでして、通知をするまでの間、開始申立てをしてから通知をするまでは若干のタイムラグがあるかもしれませんが、その解除の意思表示との間にタイムラグがあるのと同じではないかと考えたところです。

○E ですから、そこがあれなのではないですか、開始申立てと同時に、中止命令をするという運用がどれだけフィージブルなのかということとも関連してくると思えて、ファイナンス・リースなんていうのは、全ての物権について開始申立てと同時に中止命令を発令

できるのかというのは、かなり難しいところもあるような気がするのですね。そうすると、その申立てからある程度のところまで規制しておかないと、中止命令を出しても意味がないということになり得るのだらうと思うのですが、この局面においても同じような問題があるのだったら、開始申立てからある一定の時間の間に実行が完了するような合意についても網をかぶせておかないと、再生の障害になるということはあるのだらうと思います。だから、最初に伺って、それはどの程度それがフィージブルなのかということにもよるのかなということですね。

○座長 ほかによろしいですか。Dさん、どうぞ。

○D 判例が前提にしている会社更生法の場合は、担保権の実行がそもそも禁じられる。担保の種類によらず禁じられるというのに対して、民事再生の場合は、担保権実行命令の手続を取る機会が失われるということに留意していると思うので、その点でちょっと違いがあるのではないかなと思っていて、そう考えると、担保目的物によっては、民事再生手続との関係では非常に短い時間で実行が完了してしまうような合意も、なお許される余地があると思ったのですが、それはそういう理解でよいのでしょうか。例えば、手続開始申立てをトリガーにして、特段の意思表示なしに直ちに実行完了するというような合意をしたとしても、民事再生手続においては特段効力を排除されないというか、効力は認められるという考えはあるのではないかと思います。

例えば、事業の再生等と特段関係のないポートフォリオ運用している上場株式について担保を取っているときは、中止命令は出すべきではないと思いますし、担保権者が直ちに実行できていいと思いますので、それについて自動的に実行するような条項は、実例があまりないのかもしれませんが、許されるのではないか。民事再生との関係では、倒産解除特約、倒産トリガー特約は、特段問題はないと評価される場合があるのではないかと思います。

○座長 平成 20 年判決が扱ったのは、リースについて、債務不履行にならないという判決ですよ、結局。弁済期が到来しても弁済は止められているのだから、という感じですね。

○法務省 平成 20 年はそうでしたけれども、昭和 57 年は会社更生の禁止命令、弁済禁止の保全処分がされていたので、帰責事由がないのか、そもそも債務不履行にならないのかは若干解釈の幅があるのかもしれませんが、履行遅滞を理由として、それでも解除できないというのが昭和 57 年の判決です。

○E 2 つのことを言っているのではないですか。それと、手続開始申立てを解除事由にするというのは別の話としているのではないですか。

○法務省 昭和 57 年判決はそうだと思います。

○H 昭和 57 年判決は、当事者の主張の関係から、法定解除も約定解除も両方止めたかったので、約定解除のほうは倒産解除特約が駄目ですと言って、法定解除のほうは債務不履行にならないから法定解除権は発生しませんというように言って、2 つのことを言っ

ています。平成 20 年判決では、判旨では約定解除のほうが問題となっていますが、田原裁判官の補足意見が法定解除について触れています。それがどれぐらい意味を持つかはよく分かりませんが、弁済禁止の保全処分の間は履行遅滞にならないので法定解除権は発生しません。でも、開始決定がされると、その後は解除権が発生しますと書いてあります。

○座長 ほかにご議論がありましたら続けていいのですが、最初に皆さんが到達された話が基本ですかね。倒産手続開始申立て等によりそれで実行が終了してしまうということでは、再生目的のためにそれをコントロールすることが一切できなくなるので、それは駄目だろう。ただ、それ自体を債務不履行事由なり何なりにして、債務不履行というのは期限の利益の喪失事由ですが、実行手続に入ることを可能とするというのを止めることは、なかなかできまいということなのですかね。最初におっしゃったところに尽きているのですかね。それでまとめて、議論を収束させようというわけではないのですが。

もう 1 つは、期限の利益を喪失させる条項自体を問題にするという可能性もペーパーでは記載されていますが、これは無理でしょという感じですね。

それでは、2、3 の最後のほうの今回の話を全部ご説明いただいた後で、議論は自由に中止命令その他の所に戻っていただいても結構ですので、2、3 のご説明を事務局から伺うことにしたいと思います。

○法務省 2 は否認についてです。これは現行法の譲渡担保、特に流動的な動産譲渡担保、債権譲渡担保についての議論を参照して記載しておりまして、担保権の設定行為自体が否認の対象になることは当然ですが、設定契約それ自体は否認の対象にならない場合であっても、流動的な譲渡担保における財産の混入について否認の成立が認められる余地があると言われていました。

具体的には、160 条 2 項の詐害的債務消滅行為の否認と、偏頗行為否認が挙げられていると理解しております。こういった状況を踏まえて、動産・債権等に関する担保法制の見直しに当たっても、何か規定を設ける必要があるかどうか、否認の対象について同様に考えてよいのかどうかを御議論いただければと思っております。

ここに一応、紹介しておきましたけれども、動産と債権について設定者の作為があるかどうかで区別する見解もありますので、動産と債権とで扱いを変えるかどうかも問題になってくるのではないかと考えております。

7 ページをご覧くださいと、担保権の消滅請求制度について、動産や債権の担保について適用してよいのかどうかを取り上げています。倒産法上の担保権消滅請求制度についてはそれぞれ破産、民事再生、会社更生で趣旨などは異なっていると指摘されておりますが、いずれにしても担保権であるということに基づいてこういった制度が認められているため、新たな担保法制においても消滅請求制度の適用を認めてよいのではないかと考えております。ただ、細かいところですが、対抗手段としての担保権の実行を認めるかどうか、その私的実行でもよいのかどうかということが問題になり得ると思いましたので、8 ページではそういった個別の問題についても取り上げております。説明については以上です。

○座長 ご自由にお願いします。

○E 細かいところだけですが、160条2項が問題になるというご指摘がありましたけれども、私の理解で、これは要するに、債務額よりも過大な担保設定がされたということですね。

○法務省 はい。

○E 担保の場合は清算義務があるはずなので、160条2項が想定しているような事態というのは発生しないのではないですか、基本的には。つまり、自分の債務の額よりたくさん取ってしまったから、そのたくさん取った分を返せというのがこの160条の過大な代物弁済というのですよね。

○法務省 はい。

○E しかし、それは否認の問題ではなくて、実体法上の清算義務の問題に担保の場合にはなるので、それはこの場合の根拠、この場合の問題は債権額はもっとたくさんあるのだけれども、要するに担保割れしている場合ですが、担保を増やしてしまったと、結果として担保で回収できる分が多くなったと。純粋に162条の問題なのではないかなと思いますけれども。

○J 全く同感です。160条2項は詐害行為なので、効果を考えると、出ていった財産を取り戻して破産者の受けた反対給付を返せというのが詐害行為の否認の効果になるはずですが、それは観念しにくいのではないですかね。つまり、増えすぎた担保だけなかったことにすればいいだけなので。

○法務省 もう一度よく考えたいと思います。

○座長 Dさん、どうぞ。

○D これは、既存の債務についての追加担保設定として否認するということですね。

○J そうですね。

○D 私もそう思ったのですが、事前に議論していてよく分からなかったのは、主観要件をここに加味するかどうかなのですが、私も、これは偏頗行為だというようにしか構成するのは難しいと思うので、そうすると、悪性みたいなものをここに持ち込むのはそれほど簡単ではなくて、そうすると、ここでどういった要件を取り上げるのかはよく考えなければいけなくて、1つの方法としては、客観的に「通常の営業の範囲」を超える持ち込みを、その超える分について否認するというのが1つ考えられるのかなと思いました。基本的には、単にちょっと増えたというだけで、それを否認できるという話ではないのかなと思いました。

○座長 そもそも伊藤眞先生が初期に議論されたときには、アメリカの2ポイントテストといって、集合動産だったら、危機時期開始時にどれくらいの担保の価値の量があったかを問題にし、それが現時点で増えているとすると、その増えている部分が否認される、価値的に否認されるというような議論から始まったと理解しています。これに対して、今、Dさんなどがおっしゃっていたのは、現行の否認制度の中で運用しようとするというこ

とですよ。増加価値部分の否認とか、そのように新しい制度設計をするのではなくて、それが第1点。

第2点として、集合債権について、集合物と同様の集合債権概念をとるべきか、個々の再建の集合体にすぎないかという議論が前からあって、つまり現存の債権がここに1個あります、1か月後に発生する債権があります、2か月後、3か月後に発生する債権がありますと言って、5年なら5年間分の債権があります。それについて担保に取っているということを、1個1個について見たら、将来債権を担保目的物とする担保権が複数存在するだけであり、それがその以前の時点でそういう担保が設定されているとも考えられる。そして、そういうことになったら、幾ら倒産手続開始後にその債権が現在化した、発生したというようにしても、否認などは問題にならないのではないのという意見があるわけです。これは、4、5回だったか分かりませんが、何回か前から話が出ています。

集合動産譲渡担保を個別動産譲渡担保と別扱いにするというときも、集合動産譲渡担保というのは何という話があって、将来に存在している動産について今現在、担保権を設定するということが認められないのならば、集合動産という形を取って初めて認められることになるのですが、何か月後にできる自動車、何か月後にできる自動車というようにずっと取って、個別的に動産譲渡担保を積み重ねられるとするならば、どこに線を引くかの問題、どこで集合動産譲渡担保と、通常の個別将来動産譲渡担保との区別をつけるのかというのがあって、だから個別のときには幾ら将来動産であっても設定時に考えてみると、否認の問題は起きませんというように言ってしまうと、結果、話が難しくなってきた、ちょっと思い切って個別の将来動産であっても、将来動産である限り、将来債権である限りにおいては、個別の担保権設定はあっても、否認の問題は生じませんと言ってしまうと、何か区別が難しくなるような気がしてならないのです。今のは感想にすぎませんが、Dさん、どうぞ。

○D 今の点についてですが、私は逆に、否認という制度が期待されているところからすると、先ほどは集合動産について申し上げましたけれども、将来動産譲渡が仮に有効だという制度を取り、あるいは現時点で有効とされている将来債権の譲渡との関係では、むしろ否認を当てはめるのは難しいのではないかという感じがします。それはどちらかというと過剰担保の問題か、現行法であれば何の条文もないので公序良俗の問題になるということなのかなと思っております。

○A 私も原則としては集合動産とか、あるいは将来債権譲渡担保とかを含めて、その価値全体が担保権者に渡っているということが原則だと思いますので、否認は例外的にしか認められない。ただ、立場によっては、例外として認められる余地はあるだろうと思っていて、それは、やはり危機時期以降、つまり支払不能以降に通常の営業の範囲というように、今、D先生がおっしゃいましたけれども、害意とか、通謀をもって担保権者だけを利する目的で、本来は一般財産に帰属するはずだったものまで取り込んで担保権者に提供したような、そういう例外的な場合に再生債務者などであっても、もちろん大きな仕入れを

ガツとやらなければいけないときもありますから、否認を仮に入れるとしても、そういう営業上の理由を超えて担保権者に対して一方的な、偏頗的な利益を与えるような場合だけに否認を認めればよいのではないかと。そのように思われます。

○座長 つまり、2 ポイントルールのような増加額とか、増加量ということに着目するのではなくて、やはり詐害性というか、主観的意図に着目して、通常の営業の範囲を超えるような不当な倉庫への搬入行為とか、そういうようなものがあつたときだけ、それを何らかの形で捕まえるということですね。

○A はい。

○J 今のと同じ話ですけれども、通常の営業の過程で担保提供されるものと、それを超えるものという切り分けだと、連想されるのは現行の破産法 71 条 1 項 2 号です。破産債権者が危機時期以降に債務負担をした場合に、ただそれだけで相殺禁止されるわけではなくて、専ら相殺する目的で財産を処分する契約を結んだという要件をかぶせて限定しているわけですが、考えていることは多分似たような話なのですよ。

○A おっしゃるとおりだと思います。相殺というのは結局、流動債権上の根担保みたいなものですから。

○H アメリカのルールを座長が紹介されたので、もう少し付け加えるとすると、アメリカはすごく割り切っていて、担保権の効力は将来財産に及ぶというルールを取りながら、債務者が倒産したときにはその倒産時に存在したもので担保目的物の範囲が決まるというルールを取っているのです。理論的に正しいかどうかはともかく、そういうルールになっていて、ただし、倒産時に存在するものが、危機時期に入る前よりも増えてしまっている場合には、その部分については否認しますというようになっています。倒産手続開始後に発生した部分については、そもそも範囲が及ばないというルールになっているので、いずれにせよ、倒産のときにあつたものというのが基準になっています。ですので、日本でそれが理論的に可能かどうかはともかくとして、仮に将来物に対して担保権が及ぶというルールを取ったとしても、破産のときは開始時にあつたものに限定するのだという考え方もあり得るのではないかと思います。

2 つ目は、相殺との対比というお話がありましたが、アメリカは実は相殺についても二時点比較法を採用していて、相殺できる債権が危機時期に入る前よりも増えてしまっているときは、その部分については相殺できませんという、相殺禁止がかかるのです。このようにパラレルなルールを置いているので、アメリカ法を参考にするとすれば、日本法でも J 先生がおっしゃったように、破産法の相殺禁止のルールを参考にして、危機時期以降流入した目的物についての否認を考えるというのもあり得ると思います。以上です。

○座長 それで私もそうかなと思いましたがけれども、皆さんも大体そういうことでまとまりつつあるのですが、否認の対象は何を根拠にするのですか。

○H 搬入行為という事実行為を否認することはできないのではないかと問題があると思います。

○D 本当は違うのですけれども、恐らく搬入行為を追加担保設定と事実上評価されて、そういった評価の部分が入るのかなと思いますけれども。

○座長 これは、説明は何とかなりそうだ。

○D でも、従来そのように恐らく考えて議論しているのだろうということですが、ちょっと無理があるような気もするのですけれども。

○A 関連してですが、否認対象の範囲は増加価値部分に限られるということによいのかなと思う、全体ではなくて、もちろん。

○座長 もちろんそれはそうだと思います。増加対象部分であっても、通常の営業の中で増えていったものならいいわけですね。

○A はい。

○座長 だから上限ですね。

○A 上限。

○座長 上限でないか。

○A つまり担保権者と通謀して、専らそういうところ。

○座長 いやいや、全部ではないよというところをAさんはおっしゃりたかったと思いますけれども。

○A そうです。

○G 例えば担保設定者と担保権者との間で常に100担保として入れるという契約をしていて、支払停止時は80でした。その後、20増えて100になった。その場合は、増加した20の部分は否認されるということですか。

○A 否認されない。

○G 否認されないのですか。

○A されない。

○G それはもともと100という約束を結んでいるという理由ですか。

○A それは否認されない。

○G そこまでは担保権者は権利を行使できるという、理解でいいのですね。

○A 私はそういう理解で、それはそうではなくて、150だの、200だのということをやったら、それはグレーになってくるというか、それを意図的にやったらいけないのではないかという。ただ、150とか、200にする場合であっても、事業の再建のために大規模な催事をしなければいけないとか、そういう場合は当然それは通常の営業の範囲の中に入るということではないかと。

○座長 そうかな。例えば普段は50しかないのだけれども、100というように契約していたら、直前になって100にしていいいわけですか。それは駄目なのではないか、やはり。その20増やす行為に異常性、通常を超えたところがあったならば、それは駄目なのではないかな。ただ、破産犯罪のときのような話があって、今、普段は100あるのだけれども、80だと。これに気が付かれたり、あるいは文句を言われたりしていて、このままだと債

務不履行になって、倒産に至ってしまう。そこで慌てて一生懸命 20 増やしたのだけれども、全体として資金繰りがうまくいっていないので、すぐにその後、現実に倒産したといった場合に、その 20 増やしてでも債務不履行を免れようとした行為を異常性があるというように評価すると、それはおかしいのではないかとということもありますね。最後のあがきとは思いますが、やはり 100 にするのであっても、その 20 が、かなり無理をした行為で異常性がある、その人のだけに普通のもので得させようとしたのだとしたら、それは駄目なのではないの。

○G その場合、どの基準をもって駄目というのかを明確にしてもらわないと、実務は困ると思います。単なる異常性ということでは済まないのではないのでしょうか。私の考えは、通謀した場合以外は担保の効力を認めてもいいように思います。

○座長 通謀を基準にするという話ですよ。

○G はい。

○座長 だから 100 という契約が重要なのではなくて、通謀を基準にする。

○G もともとの契約は 100 ですから、債務者は 100 までは維持する義務があるが、それが支払停止時に 80 であった。それで、債務者と債権者が通謀して他の債権者を犠牲にして 20 入れれば駄目であるということは理解しますが、通常取引の結果として 20 入ることはいいわけですよ。

○座長 それはもちろん。J さん、どうぞ。

○J 今の話は担保提供に義務があるかないかという話だと思います。義務がある担保提供は否認できるというのは一般的にも認められていることで、義務がない場合には、支払不能の前 30 日まで遡れるというルールが広がるだけの話です。担保提供の義務があるからといって、その担保提供が否認の対象にならないということはないはずで、弁済期が到来した債務を払うのは義務ですが、その弁済が否認の対象になるのは当然です。100 を維持する義務があるからといって、80 を 100 にする行為は義務があるからという意味で否認できないということにはならないはずで。

○座長 ただ、先ほど私は異常性という話をしましたけれども、厳密な意味での通謀みたいなのを要求することになったら、義務であることが通謀性のなさという関係があるというのは微妙になりますね。うまくまとまらないから言うのではなかったと思いがらしゃべっていますけれども。

○A 支払不能後の担保提供について、担保提供義務があるからといって否認が成立しなくなるわけではないという点は、J 先生がおっしゃるとおりだと思います。なお、担保価値維持義務を考えると、担保価値維持義務というもの、特に数値を伴ったものは再生債権ではないかという考え方も倒産弁護士のなかには存在しています。

○D G さんが先ほどおっしゃったところで言うと、100 なら 100 というような合意が、どの程度合理性があるかに関わってくると思います。「通常の営業の範囲」がそれだけでは不明確だというときに、平時において、当事者が 100 を基本的には在庫レベルと想定し

て、それに債権者が担保を取って、それでいいよと設定者が応じて設定したということが、恐らく「通常の営業の範囲」かどうかの評価あるいは判断に大きく影響するのではないかと思います。それがそうではなく、非常に高いハードルを課して、実際には 50 ぐらいで普通に営業が行われていて、特にレンダーも文句を言っていないときに、危なくなったときに、言わばずっと容認していた 50 レベルを、急に最初に 100 と約束したと言い出すことは、それは義務があるからといって駄目というだけの話で、最初に合理的なラインを設定すれば、それが事実上、「通常の営業の範囲」の評価につながるのではないかと感じました。

○C 否認の話ではなく、担保権消滅請求制度について 2 点あります。1 つは、研究会資料 8 で書かれている担保権消滅請求制度は倒産法が 3 つ並んでいるのですが、そのうち民事再生法の場合には、事業不可欠性要件の問題があって、在庫に用いることができるかについては消極的な意見も結構根強くあります。ただ、それに対しては実務家からは、いや、在庫にも担保権消滅請求は必要だという議論がずっとある。ここには、その問題は書かれていないので、やはり集合物としての在庫だったら、それは事業不可欠要件をクリアすることが多いという価値判断があるのでしょうか。できれば、そうです、とっていただいたら一番良いのですが。

もう 1 つは価格です。不動産担保の場合にいろいろな考え方はあるところですが、早期処分価格というのが比較的有力というか、多数なのかなという状況の中で、動産担保に早期処分価格を用いていいのかというのは問題になる。これは非常に大きな問題ではないかと。これはそうしてしまうと、それこそ貸すときの金額が下がってしまうのではないかと批判があるところだと思っているのです。

そこで、考えたのですが、不動産担保は結局、競売実行という手段しかない。ですので、限定市場、早期市場でしか換価できないと。他方、仮に動産担保に関して、前回の議論でしたか、特殊保全処分とか、その他私的実行ルートがちゃんとあるのであれば、担保権者は本来は私的実行ルートを使って自分の手元に引っ張ってきて、早期に換価するかどうかも含めて判断できるという違いが動産譲渡担保にはあることになります。したがって、早期処分市場を考えなくてもいいのだという説明があり得るのかあり得ないのか。ここは、動産の場合には大きく差が出てしまうところなので、伺いたいと思います。価値判断としては、動産について早期処分価格はひどいのではないかという意見と、早期処分価格のほうが都合がいいという意見と両方ありますが。

○法務省 1 つ目のご質問については、そこはあまり考えていないというか、これらの規定が類推適用されるのであれば、民事再生法の 148 条の場合には、事業不可欠性という要件が必要になり、集合物の場合にもそれが不可欠だと言われれば適用されるし、不可欠でなければ適用されないというだけではないかと思えます。それは 148 条の当てはめの問題であり、集合物だから認められやすいとかそうでないとか、典型的にこうだという考え方があるわけではありません。ただ、およそ不可欠ではないと、不可欠性の要件を満たすは

ずがないとは言えないだろうと思いますので、そういう意味では理屈の上で適用される余地というのは認めておくべきではないかということになります。

○C いやいや、期待した答えとちょっと違っていただけです。

○法務省 2 つ目は、あまりそこまで考えておりませんでした。確かに消滅請求制度の趣旨を考えたときに、実際に実行すればこれだけの回収ができるのに、この制度を使ったがために回収額があまりに低くなってしまうというのは、不当な結論だと思います。確かに早期処分価格に限られないというような理屈を考える必要があるのかもしれませんが。

○座長 かもしれませんね。

○J ここは担保権者が設定者の協力を得ないで自分の力だけで実行したときに得られる価値というのがベースラインだというのが基本だと思います。だから不動産の場合には競売で売った値段ということになるのだと思いますが、つまり、債務者、設定者の協力を得て任意売却するというのでない場合ですが、先ほどC先生がおっしゃったとおり、この種の私的実行を認めるというのであれば、手元に置いてゆっくり売るというのも広い意味では実行になり得るのだと考えるのだとすると、ベースラインが上がることは十分あり得るのだと思います。

○B 素朴な質問になってしまうかもしれませんが、3つの制度のうち、破産法上の担保権消滅許可制度というのは、例えば別除権も抵当権者だったら競売しなくてはいけなくて、どうせ競売減価しますよね、それだったら任意売却して、それで、そのほうが高く売れるので、それで高く売れた分を、ちょっとずつ担保権者にも、別除権者にも払うし、ただ増えた分なので一般債権者にも回しますよと、破産債権者にも回しますよという制度だという前提だったような気がするのです。そうすると、譲渡担保権者は私的実行できるのだったら、それはうま味がないというか、もともと任意売却できるのだから、任意売却することによって処分価格を最大化できると言われても、元からできたことをやって、それで代金の一部を破産財団に組み入れられたら、譲渡担保権者にとって純然たる損失なのではないかという感じがするのですが、これはそのまま譲渡担保に適用してしまっているのですか。

○法務省 十分に考えていたわけではありませんでした。協力することによって高い価格で処分する余地があるのであれば、今おっしゃったように財団にも入れるということもあり得るのかなと思ったのですが、およそそういう余地が全くないというのであれば・・・。

○K 事実の問題かもしれませんが、管財人のほうがより高く売れるという場合があるかということですね。

○B そうですね。

○K 取引先とか、いろいろなノウハウとかがあったら制度を使う余地はあって、債権者自身が私的実行で処分先を見付けてくるよりは、手数の点でも優位だというような場合があるのでしょうか。実際に発動する場面はあまりないのではないかということかと思います。

が、だから典型的に外す必要があるのかというのは、そこは私的実行は除くということまでにはならないのかなと思います。

○座長 これはあれですか、なかなかいい例が浮かばないけれども、あるものとあるものと組み合わせたら一定の値段になるときに、片方にだけ譲渡担保権なり何なり担保権が付いていると、管財人なら一緒に売れるのに、担保権者なら片方しか売れない。そうすると、一緒に売ったことによる合わせ技による増加額というのは入れてもいいという、そういう場合なのですね。そういう場合もあるのですよね。

○J 今、私が正にそれを言おうと思っていたのですけれども。

○座長 ごめん、ごめん。

○J いやいや、おっしゃるとおりです。

○座長 だけれども、一般論としてこう書いたら、Bさんが言うように、普通の抵当権実行などというのでは話が違うのではないかということになるので、もうちょっと丁寧にやる必要があるかもしれませんね。

○L 全然違うところで、運用に関わりそうなところを質問させていただきます。資料の3の2(2)に関してですが、配当を受ける資格のある担保権者は、管財人等が把握しているものというように考えていいのか、それとも配当すべき人を裁判所が探すべきとなるのか。そこはどのような整理になるのでしょうか。

○法務省 私が理解したことを申し上げますと、こういう問題が指摘されているのだけれども、申立書の中に書いてある者に配当すればよく、あまり問題にする必要はないのではないかなというように文献等では指摘されていると思います。

○J ここは確かにご指摘はもっともです。しかし、これは消除主義を取れば必ず出てくる問題で、ここだけの問題ではないわけですね。

○座長 だから分かりにくい、だから分からない。そういうわけで、本日のまだまだ議論は尽きないところだと思いますけれども、また来月とかにありますので、よろしく願いします。関西方面にお帰りになる方はそろそろですので、本日の議事はここまでとさせていただきます。熱心なご議論をありがとうございました。