

動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会(第9回)

日時 令和元年11月12日(火)

17:30～

場所 公益社団法人商事法務研究会

○座長 予定時刻になりましたので、ただいまより動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会の第9回を開催したいと思います。

本日、財団抵当等について検討を行うことになっているのですが、この件については内容的な面もさることながら、経緯があるわけです。動産・債権の担保の問題については、私も入っておりましたけれども、以前は経済産業省のほうで、そのような担保制度を拡充する、あるいは、整備するための研究会が行われておりました、そのときに、1つの方法として考えられていたのが財団抵当を整備・拡大していくというでした。さらには、比較的最近でも、より立法に近づいた形として、財団抵当法等を再検討するという作業が山野目さんを座長にして行われておりました。そういうわけで、本日、財団抵当とか、企業担保について、一度検討の機会を持つとうとうというのは、そのような経緯あるいは検討成果とも結び付いているということをお願いしておきたいと思っております。

座長 それでは、資料9の第1の「財団抵当に関する規律」から始めたいと思っております。ここでは総論、財団抵当制度を利用できる範囲など4つの各論的な論点を取り上げていますが、いずれも相互に関連しますので、第1の「財団抵当に関する規律」というところを一括して議論していきたいと思っております。まず、事務局からご説明をお願いします。

○法務省 それでは、資料9の前半についてご説明させていただきます。第1で、財団抵当に関する規律を取り上げておりました、1の総論のほか、2から5まで各論的な論点を4つ取り上げております。まず、1ページの1の総論ですが、そもそも財団抵当という制度を今後どのような形で活用していくのか、活用していく余地があるのかどうかという問題提起をしたものです。座長からも経緯のご説明がありましたが、プロジェクトファイナンスなどを念頭に置きながら、財団抵当をより活用していこうという考え方もありました。ただ、現状では利用件数が減ってきているということもありまして、それには相応の理由があるということで、現状のままでこれを使っていくことは難しいだろうというように認識しています。各論的な論点についての見直しをした上で活用していく余地があるのかどうかということの問題提起したものです。

説明の1は財団抵当制度の概要をご説明していますが、ご承知のように9種類の財団抵当が定められており、その事業の公益性の強弱によって物財団と不動産財団の2種類に分けられていることや、それぞれの特徴について述べております。

各論的な問題点は、2以下ですけれども、そもそも財団抵当という制度を考えたときに、基本的には1つの不動産又は物として幾つかの動産なり不動産なりを組み合わせ、その全体を1つの不動産なり物なりとみなした上で担保権の対象とするという制度ですので、この基本的な構想からすると、財団の一部を譲渡したり担保権を設定したりすることは難しいと思っております。また、他人の権利の目的となっているものを財団に帰属させることも難しいと思っております。そうすると、一旦、財団を組成してしまうと、その後の柔軟な変更とか、別の資金需要が生じたときにどのように対応するのかという問題点があるのではないかと思います。このような観点から、財団抵当制度を今後使えるのかどうか、特定

の範囲では使えるということであれば、そういった特定の範囲に限った立法も不可能ではないかというように思っておりますので、ご議論いただければと思っております。以上が総論でございます。

2 以下は、もう少し各論的な問題になってきますけれども、まず、2 では、財団抵当制度を利用することができる事業の範囲について取り上げています。現状では9種類の財団が認められておりますが、このことが財団抵当制度の使いにくさの1つの原因だと指摘されております。仮に財団抵当制度を活用していくということになった場合には、利用できる業態を拡大していくということが問題として指摘できるのではないかと思っております。

説明の中では、今まで認められてきたものの具体的な内容について少しご紹介しております。9種類ありますけれども、一番多く使われているもので、また、汎用性が多いものは工場財団ではないかと思えます。具体例として、物品の製造のほか、冷凍施設といったものが工場としてこれまで認められてきたということを紹介しております。

仮にこれを拡大していく場合に、必要性に応じて、財団抵当制度を利用することができる業態を個別に付け加えていくという手法が1つ考えられるかと思えます。同様の見直しはこれまでもされてきて、放送用の施設とか、電気通信役務提供を行う場所とかが付け加えられてきたという経緯があります。ただ、これは個別に1個1個付け加えていくということですので、全てを検討し尽くせるかという問題ですとか、あるいは、今後いろいろな業態の発展可能性みたいなものを考えたときには限界のある手法だろうと考えられます。

そこで、業態を工場などといったものに限らず、事業のために使う設備であれば、それを財団として組成して、抵当権の目的とすることができるというような業態に関わらない一般的な財団抵当制度を設けるということも、もう1つの手法として考えられるところではないかと思えます。

この場合の問題点としては、業態が一般化しますので、これまでは9種類の財団ごとに組成できる財産の範囲が法定されていたわけですが、これを見直す必要が出てくるだろうと思えます。

また、3 以下の問題点とも関わってきますが、これまでは、例えば工場財団について、不動産が必ず含まれていなければならないなどの制約がありましたが、こういったものについても見直していき、不動産がなくても、例えば動産だけで財団を組成することができるか、そういった業態の拡大に伴って財団の中身自体についても、見直していくことが必要になってくるのかもしれない。

この場合に、また少し話が異なる側面に至りますけれども、4 ページの27行目以下の4の所ですが、財団の公示をどうするかという問題も、併せて問題になってくるかと思えます。以上が2の事業の範囲についてです。

3 では、財団の組成物件とすることができる財産の範囲について取り上げております。業態を拡大するかどうかということとは別に、財団の組成物件が法定の範囲に限定されて

いるということについて、狭すぎるではないかということが問題とされてきました。財団抵当の基本的な趣旨としては、実際に事業を行うために有機的に一体として機能している財産の集合体を、一括りのものとして担保権の対象にしようというのですが、そういう趣旨からすると、その事業のために用いられている債権であるとか、棚卸資産であるとか、工業所有権以外の知的財産権とか、あるいはその事実上の企業の利益といったものも財団に組成できるようにすべきではないかという議論があるところです。

今までの限定されていた理由というのも説明の中で少し触れておりますけれども、理想としてはいろいろなものが含まれることが望ましいのだけれども、法律関係の明確化であるとか、公示の在り方ということに鑑みて、売掛債権や棚卸資産といったものは組成物件としては認められていないという説明がされております。仮にこういったものを組成物件として今後広げていくということになった場合には、例えば実行方法、のれんや営業上の秘密みたいなものについては、実行されたときにどうやって移転するのかという問題も出てくるかと思えますし、また、流動的な財産を一括して財団の組成物件とする場合には、その一部の処分をどのように捉えていくかということも、また併せて検討対象になってくるかと思えます。以上が、3の財産の範囲についてです。

4は財団を組成するための要件という少し抽象的な見出しですけれども、どういう趣旨かと申しますと、今までは財団の組成することができる事業も法定されていて、範囲も法定されてきたわけですが、こういったもの緩めていき、例えば、工場財団を組成するためには必ず不動産が含まれている必要があるといった制約も全て取り払っていくということになると、かなり自由に財団を組成することができるということになってくるかと思えます。ただ、もともとの財団抵当の趣旨としては、ある事業のために有機的に結合している財産の集合体を一括して、1つのものとして担保権の対象とし、実行によってばらばらにならないようにするというようなことが目的とされてきたということですので、あまり自由度が増していくと、もともとの趣旨から離れてくるのではないかということです。もちろん趣旨として変わってきても自由に組成できればいいのではないかという考え方もあり得るかもしれませんが、一方で、もともとの趣旨からすると有機的な一体性とか、経済的な一体性が要件として必要だという考え方もあり得るのではないかと思います。

他方で、仮に有機的な一体性とか、経済的な一体性が要件だということになれば、登記官が登記の段階で判断することができるのかという問題もありますし、また、抽象的な要件なので、事後的にその要件を欠いていたということで効力は否定されるとかということになると法的な安定性も害するということになってきますから、こういった法定な安定性や、登記官の判断可能性という観点からも、こういった要件の要否について検討する必要があるのではないかと考えております。

各論的な論点の最後に、財団目録の作成方法を取り上げております。財団目録については、財団抵当制度の一番大きな問題点として指摘されてきました。財団を組成するときに、財団の中身にどのようなものが入っているのかということを目録にして記載しなければ

ばなりません、そもそもこれを作成するということが非常に面倒ですし、また、企業活動の中で、例えば機械類とかが変わっていくというときに、いちいち変更していくということも非常にコストが掛かるという問題が指摘されております。実際に実行しようとすると、中身が全く違っていたということもあったように聞いております。そういうことで、財団目録制度自体は維持するとしても、その作成方法をもう少し緩和できないかということなのです。

説明の中で2つほど具体的な問題を挙げております。まず、8ページの26行目の3以下ですが、これ自体も動産・債権譲渡登記の特定の在り方自体についても問題が指摘されているところではあります、少なくともこれと同様に、所在場所等によって、そこにある重機とか、機械類一切のものという形での記載方法というのが考えられるのではないかとというのが1つ目です。

2つ目は、今は土地に付加一体物ではないけれども備え付けられている機械類には工場抵当権が及ぶとされておりますが、第三者に対抗するためには財団目録に書かないといけない。ここをもう少し緩和するということがあるのではないかとということで、この2つを財団目録の作成方法として記載しております。

以上の総論及び各論についてご議論いただきたいということですが、少し資料に記載していない点になりますが、仮に2から5の各論的なところで見直しをしていって、大分自由度を高めていくということになると、集合物譲渡担保にかなり近づいてくるのだと思います。1つの同じことを実現するために、2つの制度を包容しておくことは不要です、むしろ法律関係の明確化という点では有害ですらあるかもしれませんので今日、財産の組み合わせを担保権の対象にするということが考えられるときに、どういう組み合わせを可能にするのか、そして、また、その組み合わせたものの担保権の公示をどのようにするのが望ましいのかというあるべき姿をご議論いただいて、あとは、立法技術として財団抵当の修正という形でやっていくのか、譲渡担保の見直しとして実現するのかというのは、また技術的に検討していけばよろしいのではないかと考えております。私からの説明は以上です。

○座長 それでは、どの論点も有機的に関係しておりますので、ご自由に、どこからでもご議論いただければと思います。

○A これまで何回か研究会を通じて議論されてきたことの中で、後順位担保権をどうするかとか、あるいは実行の仕方、競売の手続をどうするか、配当をどうするか、あるいは目的物の確保を容易化する仮処分をどうするかという議論がずっとされてきたわけですが、今回の財団抵当という形で仮に集合物譲渡担保に置き換えるとか、あるいは同じような形を目指すということになった場合に、メリットとなるのは物的編成主義が取れるということだろうと思っています。つまり、これまで人的編成主義、動産譲渡登記が問題となってきた1つの理由は、人的編成主義で、その場所についても住居表示とか、地番を選択的に使えるということで、そのものの重なり合いとか、そういったことを考えるときに、そも

そも場所の特定方法すら統一的な手法を取ることができなかつたということが1つ問題としてあったと思いますが、仮に、これを集合動産抵当とか、あるいは事業財団抵当とか、どのような呼び方にするかはともかく、工場とかそのようなものと結び付けずに、単なる集合物抵当みたいなものを作っていくとした場合には、しかも、それは場所で特定していくということにした場合には、後順位抵当とか、それから配当といったものを容易に作るができるということが、まずメリットとして挙げられるのではないかと思います。

あと、既存の集合動産譲渡担保と、事業財団抵当を併存させるかという点について、先ほど不要ではないかというお話、つまり、財団抵当を作った場合には、既存の集合動産譲渡担保は不要となるのではないかというお話がありました。これについては議論が分かれるところかと思えます。ただ、もちろん併存させる場合には、これらの先後関係とか、どちらが優先するのかといったことを考える必要があつて、現在、工場抵当法では、工場財団抵当を作ろうとする場合ですけれども、公告しなければいけないということになっています。工場財団抵当を作るときの公告期間内に権利の申出をしないと、工場財団に属すべき動産に権利を持っていた人は、その権利がないものとみなされて、工場財団抵当に優先されてしまうという法制になっていると思えますが、そのように後から付けられた財団抵当のほうを優先するという優先ルールを作るという方法が1つありますけれども、そうではない方法も恐らくあり得ると思えます。そのような問題をどうするか、どう調整するかという問題が、やはり生じてしまうだろうと思えます。いずれにしても財団抵当のほうを優先するとか、そういった何らかのインセンティブを与えるということが、今回、もしも財団抵当制度を作るということになれば、それが使われていく、促進される道であろうと思えます。

ただ他方で、財団抵当は、特に登記制度をどのようなコスト、あるいはスピードがあるものとして作るかによって、やはり既存の集合動産譲渡担保のほうがいいというように考える人たちもいます。その場合には、集合動産譲渡担保と財団抵当を併存させた上で、どちらのほうか、より利用者の目的に適合したものになるのかということを考えていくことなのかと思えます。

○座長 ちょっとよろしいでしょうか。なぜ物的編成主義にできるのですか。

○A できないのですか。

○座長 つまり、現在は、不動産を基軸にして、いろいろな物を含めて財団を作ることになっているから、不動産を基本にする物的編成主義ができているわけですよ。仮に不動産を外して財団を組成するとしますと、そのとき、どうして公示制度として物的編成主義が採用できるのですか。

○A 物的編成主義が取れないとすると、私の前提は全て覆ってしましますが、不動産の登記簿上に財団を登記できるという制度にした場合、かつ、財団の、その上に抵当権を付けられるとした場合には、そうなると思えますが。

○座長 そうすると、現行法で不動産を基軸として財団を組成できる場合について、不動

産を外してもいいことにするけれども、そのときも不動産登記簿に載せるということになりますか。

○A そうすると確かに難しくなりますね。

○座長 という話になってしまいますよね。

○A なってしまいます。だから、担保設定者が、不動産を持っている人じゃないと駄目になってしまいますね、そうすると。

○座長 それでも、財団組成物件の所在場所を1箇所特定して、それによって検索できるようにすることによって物的編成主義をとることは可能かもしれませんが、所在場所についても緩和しようと思うと、物的編成主義にはなかなかなじまないと言うべきか、少なくとも、当然には可能だと言えないですね。

○A 当然には言えない。

○座長 そう思いながら伺っていました。

○B 私もA先生がおっしゃったことと基本的には同じような意見を持っているのですが、今の話で言えば、逆に、土地又は建物に結び付けられる財産の範囲で財団を構成するという縛りを維持しつつ、その限度で対象を今よりは広げ、あるいは柔軟化していくということであれば使い勝手は良くなるのではないかと思いますけれども、財団抵当の最大のメリットは、やはり公示において物的編成主義を取ることができ、その所在する場所を手掛かりにして、そこにある集合物とか、設備といったものをまとめて公示することができるという点に安心感があるのではないかと感じています。他方で、そうすると、集合債権とか、それ以外の（場所と結びつかない）動産とかを対象にすることが難しくなりますので、従来の動産譲渡担保あるいは債権譲渡担保を代替することは難しいのではないかと思います。

財団抵当制度は、今、申し上げたように公示力があることがよいところだと思いますが、これは重い制度だと思いますので、重い制度だけになってしまうということには、やはり抵抗があります。不動産譲渡担保や債権譲渡担保は、特に実行の場面で、抵当制度に比べて極めて簡便だというのがあって、そこに大きな違いがあるので、どちらかに統一することには、なかなかかなりにくいのかなと思っています。

私自身はあまり財団抵当の経験がなかったので、事務所の中の実例を聞いてみたのですが、実際にやっているものとしては、太陽光発電に係るプロジェクトファイナンスとか、あとはバイオマス、風力発電などのファイナンスにおいてよく使われているようです。取り分け、バイオマスとか、風力発電のプロジェクトファイナンスに関しては、財団抵当を使うのが基本だと聞きました。この統計の数字からすると、それほど絶対数は多くないのですが、そもそもプロジェクトファイナンス自体が多いわけではないから、それでもかなりの割合を占めているということなのかもしれません。いずれにしても、これらのファイナンスでは財団抵当をむしろ基本的には利用しているとのことでした。

その利用している理由は、建物とは言えないような土地の定着物に安心して担保が付けられるということらしいです。太陽光発電の場合はパネルが最も重要な資産で、途中でそ

の入替えが起こるので、あれについては集合動産譲渡担保の形を取ることが多く、そのため財団抵当を使わないこともあるようです。これに対し、風力発電の場合は、皆さんご存じのプロペラみたいな設備を中心に、建物とはいえない土地の定着物で価値のあるものが担保物として重要になるので、財団抵当を使うメリットが大きいと聞いております。

それ以外にも、組み入れられる設備とか、機械などについても、明認方法のようなものに頼ることなく場所で特定して不動産登記に表示されると、それなりに公示力も高まるので、動産の譲渡担保に代えて財団抵当を取るというのはあり得ます。また、知的財産権についても、法律上、その登録簿に財団抵当に入ったことが付記されるので、知的財産権の対抗要件を見に行った人にも財団抵当の存在がわかります。ですので、そういったもの全体をセットで財団抵当に取るニーズはそれなりにあるのだらうと思います。

ただ、先ほど申し上げたように実行手続が重いので、実際上使われる場合は、プロジェクトファイナンスみたいに実際には実行を想定していない取引に限られると思います。つまり、実際には、事業ごとまとめて任意売却の形で移転することが想定されていて、法律上の担保実行手続を取らないような取引については、担保を付けるときの包括性とか、公示力とかのメリットが実行のときの重さより優先して、財団抵当が選ばれるのです。実際には民事執行法上の実行をしないものですから、ステップインするにしても契約関係を含めて事業全部を任意売却するような取引の場合は、財団抵当の利用価値が高いと聞きました。以上です。

○座長 1点だけ確認したいのですが、今のBさんのご発言というのは、中心に不動産があるという場合を念頭に置いていらっしゃる。

○B そうです。

○座長 ですから、現行の財団抵当制度のコンセプト自体は変えないで、これをもうちょっと使いやすくするという事なのですね。

○B そうですね。土地又は建物が基本にあって、そこにある集合物とか、機械とかについて権利関係が気になる人はとにかくその不動産登記簿を見に行けば財団ができている不動産かどうか分かり、財団ができている不動産かどうか分かれば、その別紙を見れば、何が財団抵当に入っているかが分かるという範囲で使えるようにするのであれば、それほど他の担保との競合とか、サプライズを与えるような害が生じないかなと思います。

○座長 ありがとうございます。

○C まず、現在の財団抵当ですが、私は長年法務に携わっていますが、財団抵当を実行したという例は聞いたことがありません。財団抵当を組成するのは大規模な事業だと思いますので、実際上、法的手続に従って担保処分することがないのだらうと思います。事業そのものを任意で売却したり、スポンサーが出てきて支援するというのが、実際の処分方法だと思います。したがって、新しい制度を作った場合に、その対象を中小企業などではなく、大規模な事業に限定する議論を行なうなら意味があると思いますが、対象に中小企業も含むという議論をするなら、あまり意味がないように思います。メリットとしては、不



動産、機械設備や知的財産権も含む事業一体を1個の財団に構成して、事業が上手く行かなくなった場合に、それが有益な事業であれば、解体せず一括して処分できれば、社会的にも有益だと思います。しかし、一方で、一旦財団が組成されれば、個々の財産をバラ売りできないので、担保処分に制約が生じることになるのではないかと思います。したがって、財団抵当により融資する側とすれば、その事業の有益性や将来性を見極めが極めて重要となります。事業価値を見極める能力を有する債権者であれば、新しい制度を利用するかもしれませんが、事業の見極めができない債権者は、財団抵当制度は利用しにくいように思います。感想ですけれども。

○座長 企業全体を売却するといったときに、財団抵当の設定を受けていると、事業譲渡の売却代金全体に対して、堂々と優先権を主張できるといったメリットはあるのですか。

○C あります。

○座長 そうですか。財団抵当としての実行はしないけれども、先ほどの任意売却のときには、ということですかね。

○C 担保権を解除するに際して被担保債権を弁済してもらいますから、そうであれば担保権を外します。

○座長 そういうことですね。

○C はい。

○座長 分かりました。

○A 今、B先生とCさんがおっしゃられた「任意売却が普通です」というのは実際そのとおりだと思っていて、プロジェクトファイナンスで競売するとか、担保実行するとか、ステップインするとか、というのも、ほとんど日本では行われていないと理解しております。所内や所外のファイナンスの弁護士といろいろと話していても、ステップインというのは、あれはいろいろ担保を付けているけれども、実際にはそれをテコにして交渉して任意売却を成功させるために付ける担保であって、実際の、文字通りの担保実行までは必ずしも想定していない担保である、もちろん最終的にどうしても実行が必要となればやらざるを得ないけれども、というのが共通した認識だろうと思います。

他方で、今回、事業の担保ということを考えた場合に、これはテクニカルな話ですが、株主総会は要らないのかというそういう問題というのはあろうかと思いました。すなわち、会社法上の事業譲渡に該当するような、事業の全部の譲渡や、事業の重要な一部の譲渡に関わるということであれば、例えば取締役会設置会社である株式会社を想定した場合に、取締役会だけでできるのかという論点は出てきそうに思います。以上です。

○座長 いろいろな意見が出ていますが、全壊まで議論してきた動産担保制度が、それはそれで必要だろうということを前提としたときに、そのような担保権とバッティングするから、この機会に財団抵当制度等は廃止したほうが良いということにはならないのですかね。

○D Aさんが冒頭でおっしゃったことで、今の関連で気になるのは、財団抵当が設定されたら何か公告が打たれて、その間に名乗り出なければ担保が飛んでしまうというお話を

されましたけれども、それによると、動産の担保とかも全部飛んでしまうわけですよ。そうすると、財団抵当を仮に、今の状態で柔軟化して使いやすくした場合、公告というのが、それがされたときに、権利を有する者がまず間違なく申告して、名乗り出られるようになっているものだったらいと思います。必ずしもそうでないとしたら、既存の個別の担保がとんでもなく毀損されてしまって、かえって不安定なことにならないのかなど、今の座長のご発言を聞いて思いました。そうすると、かえって拡充するのは、まずいいのではないかとも思います。

○B 今の点ですが、現在の財団抵当は他人の権利が付いているものに設定できないので、相互排他的にしか成立しない制度を何とか維持しようとして、今みたいな、ある種激烈なルールが含まれているのではないかと思いますので、その点は逆に、財団抵当の効力を場合によっては引っ込めるような工夫をしないと、確かに広げればいいというものではないのだらうと思います。ただ、財団抵当制度をなくしたほうがいいのかどうかという点でいうと、その制度に取り込む財産を、先ほど申し上げたように、ある程度限定して、その場所から動かし難いもの、あるいはその場所に結び付いた集合動産のようなものに制限すれば、それを重ねて取りに来る人、あるいは、それを既にとった人との関係では、財団を設定できないか他人の権利を消すかという形ではなくて、先順位者と後順位者みたいな形の整理もあり得るのかもしれない、いずれにしても、この制度だけ使い勝手をどんどん良くすればいいということではないのは正にご指摘のとおりですけれども、工夫の余地はあるのではないかという感じもしております。

○E 今の件は、私の弁護士会でも議論になって、工場財団抵当を広げたら、今の 24 条、25 条辺りによって権利がどんどん消えていくということになる。なお、工場抵当法 26 条の 2 というのがあって、前 3 条の規定は、一応、「登記・登録制度があるものについては適用しない」と書いてあるのです。書いてあるけれども、このコンメンタールを見ると、ここで言う登記登録がある動産というのは、たまたま登記する建設用機械とかではなくて、自動車とか当然登記するものに限定するのだと、酒井さんだったかのコンメンタールでは書いてある。ただ、そこはそういう解釈を取ればそうだけれども、そうではなくて、例えば集合動産譲渡担保が登記されている場合に関して、26 条の 2 の適用せずの対象になると変えれば、少なくとも先ほどの登記されている集合動産とかは負けないという制度は可能で、調整は一定程度は可能でしょう。ただ、あまり何でもかんでも工場財団抵当を広げていいわけではない。今みたいな、登記した集合動産、集合債権の譲渡担保権者は救われる。そうではない人、占有改定しか得てない担保権者は救われないみたいな割り切りをするかどうかということになってくるのかなど。

○座長 私から 1 つ、皆さんに伺いたいことがあるのです。工場財団抵当という話をしている、現在は、財団の目録に、普通ならば抵当権の効力が及ばないものについて、それを及ぶものとして書いていくわけですし、それを柔軟化するかどうかという話があるわけですが、他方で、工場抵当法というのは、普通ならば民法 370 条で付加一体物に対して及ぶ

ということになっているのに対して、工場に抵当権を設定された場合には、機械とか、器具とか、その土地の上にある物に対しては抵当権のほうに及ぶということになっていて、それは抵当権が設定されたことの当然の効果になっているわけなのですが、それについてはいかがなのでしょう。つまり、先ほどのように、個別動産ないしは集合動産の担保についてきちんと整理するのだということになると、機械とか、器具など今まで工場抵当法に及ぶとされていたものについて、では、その新しい制度を使ってきちんとやってくださいということで、それが当然に及ぶというのが抵当権における規律だとすると、バッティングが生じ、面倒だという話になるのか、やはりそれは工場に抵当権が設定された場合の重要な効果であって、改正するのは妥当ではないということになるのでしょうか。

○E 確認ですが、大前提として、今回の研究会資料は、いわゆる狭義の工場抵当は含まない議論を書かれているのですよね、全部財団と書かれているから、本来の話とは別で、一応、念のために確認ですけれども。

○法務省 狭義の工場抵当についても、一応いろいろ問題点は指摘されていますが、今回は財団抵当に絞って問題提起をしています。

○E 分かりました。狭義の工場抵当に関しては、3 条目録について対抗要件説を取ることによって、本来は付加一体物に効力が及んでいるけれども目録に載せなかった場合、対抗できなくなってしまうという餡と鞭という、確か座長の表現だったと思いますが、あの問題がある。そうだとすると、本来、抵当権の及んでいるものまで財団抵当でどんどん消えていくではないかというのも、結局は3 条目録と財団目録のバッティングの問題にすぎない。それは公示はされているわけです、いずれも。だから、工場抵当権者は3 条目録に載せなければ負け、財団抵当権者は財団目録に載せなければ負けるという、そこだけの処理で終わるのかなとは思っております。そもそも3 条目録が対抗要件だということに批判はもちろんあると思います。あると思うけれども、現状はそれで動いていて、多分、実務もそれで動いているので、それが是とすると、結局はそういう目録ないし登記制度のところまで全て処理されていることかなと思います。

○座長 いや、立法論ですから自由なのだと思いますが、一番極端なことを言うと、不動産の担保権の効力が及ぶ範囲というのを、動産や権利については極小化して、その部分を担保目的として取得したければ、動産・債権担保制度のほうでやってくださいというのも1つの考え方としてありうると思います。

もう1つの考え方としては、工場抵当法等をどんどん拡充して、さらには、真ん中に不動産がなくてもよいこととして、今まで議論してきたような新しい動産担保制度ではなくて、こちらにしましようというのもあると思います。今のところ真ん中として出ているのは不動産があつたりする場合においては、どこまで使いやすくするというのが問題で、どこまで拡大しますかという話をしているのですけれども、いろいろな選択肢があり得るのだらうと思いますが。

○法務省 今、不動産を核にして、そこにある動産について財団を組成することができる

という考え方が出ているわけですが、その場合に、ある不動産の上に乗っかっている機械なり、在庫なりの動産に加えて、その土地にはない別の動産も併せて財団に組み入れられるというところまでは拡大してもよいのか、あるいは、やはり不動産を核とする以上は、その不動産上にあるものに限定したほうがよいのか、その点はいかがでしょうか。

というのは、その不動産を核にしながらかし、何かその事業に関係するものが別の所に置いてあるということも想定できまして、事業のための有機的一体性ということを考えて、不動産は核にしつつも、厳密にその上にあるものに限らないとすることは、1つの選択肢としては考えられそうな気がします。

ただ一方で、利害関係を持つとする第三者から見たときに、ある不動産の上の動産についてはその不動産の登記簿を見に行けば分かるので公示として十分だけれども、ほかの所にある動産については、さすがに公示として十分ではないのではないかとすることも思われますので、もし不動産を核とする以上は、やはり所在場所はそこに限定するという縛りは必要だと考えられるでしょうか。その点はいかがですか。

○座長 今の笹井さんがおっしゃったことがよく分からなかったのですが、不動産の上にある物であっても、それが動産担保の目的になっていることはあり得ますよね。

○法務省 それはあり得ると思います。

○座長 それは物的編成主義では検索できないわけだから、債務者の名前で検索するというのも併せてやらないと、どういう権利関係になっているか分からない。

○法務省 その土地から引っ張っていけるかというのと、100%は明らかにはならないけれども、少なくとも財団抵当の対象になっているかどうかというのは、動産が所在している土地の登記簿を見れば分かる。

○座長 それはそうです。

○法務省 ただ、それとは別の所に保管されている物については、その所在場所からはたどっていけないので、財団抵当の公示という形では不十分ではないかということなのです。

○F 今の前提で、他の場所に保管されているというのがどういう場面かです。保管場所として土地なり、建物なり、債務者あるいは設定者の所有の物である場合と、他人の倉庫を借りているといった場合があって、前者であると土地が幾つかある、あるいは不動産が幾つかあって、しかし、それを更にひとまとめにするという話があり得るのかと思います。後のほうの話は、これは所在場所自体が債務者の土地等ではないので、債務者ないし設定者からすれば動産だけがそこにあるということで、また状況が違ってくると思いますが、そういうニーズがあるのかというお問合せではないかと思います。債務者所有の複数の不動産上のものをまとめて、あちこちに置き場があるというようなものを1つにするというニーズがあるのかというのと、そうではなくて、ある部分は他人の土地を借りているとか、倉庫を借りているけれども、工場の稼動のためには原材料を全部自分の所に置いておけなくて、そういう形で借りているというところまで含めてセットにするということが望まれるのかということです。これはどちらでしょうか。

○法務省 私が念頭に置いていたのは後者の、別の人の倉庫に何か道具とかが置いてあるという、そういうものです。

○F 他人の所ということですね。

○A 集合動産譲渡担保と同じようなことを、このたびの、事業財団抵当や工場財団抵当でやろうとした場合には、もちろん今おっしゃったようなことが必要になってくると。現在でも集合動産譲渡担保の場合には、その保管場所の所在地が、設定者所有の不動産であるかどうかは問わず、その保管場所の所在地を特定して、譲渡担保設定しているわけですので、ニーズがあるかないかと言えばニーズはあるということになると思います。

私は、ことばの問題かもしれませんが、物的編成主義と最初に申し上げて、ちょっとシユンとなってしまったのですけれども、物的編成主義と言うとちょっと語弊があるかもしれませんが、人的編成主義でも構わないのですが、人的編成主義、すなわち譲渡人から検索を始めていって、その不動産の地番だけでもって特定するという形の財団、あるいは集合動産抵当といったものだって、作ろうと思えばできるのではないかと思います。担保の目的となる集合動産などを特定するための保管場所の所在地が、他人の不動産であっても、それはよろしいというようにすることは、別途、可能ではないか。つまり、不動産の登記簿を見ても、その不動産上に、集合動産抵当があるかどうかは分からない。その意味で、物的編成主義ではない。だけれども、不動産の登記簿自体には載らないけれども、要するに、目的物の所在地、保管場所の所在地を特定する場合に、それは地番でなければならぬという制度にするということとは可能なのではないか。何を申し上げたいかというところ、そのようにしないと、後順位とか、そういうのは難しいのではないかという趣旨で申し上げます。そのような方法も考えられるのではないかと。すみません、頭の体操ですけれども。

○座長 別の地番の不動産登記簿の付属資料として付けて、それに共同抵当目録ではないのだけれども、そのようにして、主たる所のリンクを発見できるようにするのですかね。

○A 今回、担保法制をどのように作るかだと思います。もし新しい担保制度を、本当に事業財団抵当の形に一本化して作るということでしたら、この事業財団抵当制度がもし不動産を中核にしないといけない制度となると、要するにこれまでの集合動産譲渡担保というのは不動産を持たない人のための担保ですので、その目的が達成できないというように思われるのです。したがって、不動産を所有しているということを前提にしないほうがよろしいと思うのです。もちろん、工場財団抵当などは別です。しかし、工場などを要件としないで、事業財団抵当みたいなものを作るとしたら、それは不動産を所有しているということを前提とせず、しかし実行は容易で、設定も容易である必要があると思います。担保制度を利用するインセンティブを働かせるためには、それを使うメリットがないといけないだろうと思いますし、それが融資を促進する作用だと思いますから、そのためには、例えば不動産の地番だけで特定できるようにする。ただ、それは不動産登記簿上にそれを反映させるというのではなくて、ただ単に、その保管場所の所在地を特定するための方法

として、不動産の地番を使うということも考えられるのではないかという趣旨で申し上げました。

○G 今、A先生がおっしゃったことを今いち理解していなくて、同じようなことかもしれないのですが、集合動産譲渡担保について現在の判例と同じように、目的物を所在場所及び種類で特定するというルールを改正後も維持するとしますと、一定の場所にある一定の種類の動産に担保権の効力が及ぶということになるのだらうと思うのです。

新しく作り直す財団抵当なり工場抵当なりについても、目的物の範囲を一定の所在場所にあるものに限るとすると、座長がおっしゃったように、両者は重なり合う制度になりがちだと思います。

ただ、特定のコンセプトが違っていて、現在の集合動産譲渡担保に関する判例は物の種類で特定するという事なので、例えば乾燥ネギですとか、鉄鋼の棒ですとかというような、物の種類で特定していくのが集合動産譲渡担保というようになるのに対して、財団抵当とか工場抵当というものは、この場所でやっているこの事業に関わる動産に担保の効力を及ぼすということになると思うので、必ずしも動産の種類では特定しないのですよね。機械も含まれることもあるかもしれないし、その中の在庫なども含まれるかもしれないというようになってきて、特定のコンセプトが違うということになると思うのです。

ところが、後者のコンセプト、「事業に関わるもの」というような特定の仕方をしたときに、それは一義的に決まるのかが問題になります。特定が難しいのであらかじめ列挙させましょうという制度にするとすれば、結局、集合動産譲渡担保を複数取ったことと同じことになるのではないのでしょうか。

集合動産譲渡担保だと登記を何度もしなければいけないのが、財団抵当なら1つの目録で済みますというぐらいの違いは出るかもしれないのですが、結局は集合動産譲渡担保と同じコンセプトに落ち着くということだとすると、この2つの制度を並立させる意味はあまりないのかなと思いました。

○座長 最後におっしゃったことはよく分かるのですが、そのために財団抵当制度において「事業に係る一切の物」という形の目録記載というのが認められるというように仮にするとすると、それは動産担保制度でもそうやってもいいわけですね。

○G そうなると思います。ただ、現在の動産譲渡担保に関する判例法理をすごく大きく動かすことになる変更なので、できるかどうか分かりません。

○座長 しかし、財団抵当制度を大きく動かすことになる変更の可能性をおっしゃっているわけだから、動産担保の規律については変更は駄目で、財団抵当制度についてはよい、ということにはならないのではないのでしょうか。どちらかと言えば、現在登記・登録みたいなものが行われていないところに、新しく登記・登録を持ってくるとすると、そちらのほうが内容や効力を決定するにあたって自由度が高い気がするけれども。

○H 制度設計としてですが、これから利害関係を持つようとしている第三者候補の人が、ある場所に目的物が置かれている状況を見たときに、まずどちらの登記を見たいかという制度

を作るのか、ということに関係があるように思います。つまり、動産に着目する場合には、まず債権者、債務者あるいは所有者といった人の名前から探していかなければと思うような制度になりますし、置いてある場所に着目すると、その住所の不動産登記をまず見なければと思うような制度になると思います。重なる部分が出てくるのはしようがないと思いますが、主にどちらを先に見るような制度設計にするのかということがポイントなのではないかと思います。

そうしますと、あまり財団抵当を拡張してしまうと、どちらを見ていいかわからない、あるいは両方とも同時に見なければいけないというような制度設計になってしまうのではないかと思いますので、そこは整理したほうがよいのではないかと思います。やはり、あまり財団抵当のほうは拡張せずに、工場抵当に類する程度にとどめておいてもいいのではないかと思います。

○I 工場財団抵当では、財団を組成する物件について、公告をして他人の権利を失わせる制度があったり、財団を組成した物件は、個別に譲渡等を行うことができないとされたりしています。このような扱いは、工場財団は、これを1個の不動産とみなす、という出発点と関連しているのだと思います。つまり、現行法を前提とすると、工場財団抵当と集合動産譲渡担保とでは、その基本的な仕組みが大きく異なっているようにみえます。今回の提案では、その基本的な仕組みまで変更しようとしているのでしょうか。

○法務省 立法論ですので、今の財団抵当制度から大きく変わっていくということ自体は議論としては許容されていると思うのですが、ただ、最初の説明で申し上げたように、1つの物としてみなして、それを担保権の対象とするという基本的な在り方からすると、公告をなくしてしまって、財団を組成する物件の中に他人の対象物が入ってきたりすると、それだけを実行することができるのかとか、法律関係が複雑になってくるのだと思うのです。

そういう意味では、財団抵当から出発して手直しをしていくという方法を取ったときには、変容させていくということができるとしても限界はあるのかなと個人的には思っているのですが。

○I 基本的なところには手を入れない、という話ですね。

○法務省 はい。

○座長 個人的な見解を言うと、私としては財団抵当制度の全廃が正しい道ではないかというように思っているのです。財団抵当制度の発想自体が古いのです。我妻先生的な考え方で、個々の動産とか不動産に比べて、有機的な一塊として、工場なら工場、観光財団なら観光財団というように見ると、ぐっと価値が上がるのであり、そのようなかたちでの担保化を可能にすることが、債務者の有する価値を最大限に活かす方法なのだという考え方に基づいているわけですね。個人的には、今はそんな考え方はないのではないかという気がしてならないのですが、実務的に考えたときに、そのようなことはないのですか。

○C ある事業そのものに将来性があるのであれば、個々の財産をバラ売りするよりも、

有機的に結合したものとして売却できれば、個別にバラ売りするよりも高くなると思います。それは、今も同じような考え方だろうと思います。

公示について少し言わせていただきますが、現在はデジタルライゼーションが急速に進んでおり、これは極論かもしれませんが、公示制度についてもデジタル化を進展させて、たとえば商業登記簿を見れば、その会社について、不動産登記簿、財団抵当、動産・債権譲渡担保権、知的財産権の登録などが一覧できたり、あるいはリンクから登録内容を閲覧できるようにするといった観点も入れて検討すべきだと思います。

○座長 Cさんに少し意地悪を言うのですが、今、一体として売ったときに高く売れる場合があるとおっしゃいましたが、いずれの方法での売却にするかという判断は銀行がしたいのではないのですか。財団抵当制度というのは、Iさんがおっしゃったように、一度、財団を作ると個々のものは個別に売却できないとか、財団として必ず扱わなければいけないということなる。しかし、経済的な状況によって、この財団をひとまとまりで売ったほうが儲かるという場面と、この企業自体の企業形態そのものにはそんなに価値はないけれども、個別的な在庫商品などをバラ売りするなら、それなりの価値があって回収できるという場合とがある。

私は、まとまって売るときに高く場合があることを否定する気はまったくないのですが、それは実は債権者が判断したいというのが、取り分けCさんのような立場からは出てくるのではないかと思うのです。

○C 買う側にしてみれば、個々の権利移転を考える必要はなくて、有機的に一体的なものを手に入れることができるので、メリットはあると思います。不要なものは、買った後に別途処分すればよいので、買う側はそれを見込んで購入価格を算定すればよいのですから、一体として購入できる手続的な容易さにメリットがありますし、担保債権者も、一体として処分できるということがメリットです。

○F 今の話なのですが、ひとまとまりにするということは当事者が選択すれば、どういうひとまとまりも作ることができ、ただ、G先生がおっしゃったように、公示を何本かやらなければいけないとか、そのコストあるいは手間が掛かるということかと思うのですが、ただ、例えばこれを使えば個別には売却できないというようなタイプのものを当事者の合意で作ることは考えられるわけですが、合意したとしてもそれに反して売却する人はいるということもあるし、差押が掛かるということもある。そうしたことを考えると、財団抵当の制度を用意することで、当事者でできないようなことができるようにして、そういう選択が1つあるということが意味をなすという場合があるのかどうか。そういうものとして一体にすることに意味があるのかどうかというのが1つ気になりました。

それから今までの話の中で、日本法が、例えば公示自体を一本化したUCCのような在り方を取っていけば、全部そこでやるということになるのですが、財産ごとの公示制度を取っているの、そういった制度がないようなものについて、何か公示を用意するか、コストとか迅速さ以外にいろいろ出てくるかと思うのですが、集合物の話は、集合物でいけ



る限りではもう用意があるのですが、そういうものの組合せによって、コスト面などはあるとは思いますが、できないことを財団抵当が何をやっているのかということです。今日のお話だと、1つB先生からあったのは、建物と言えない工作物というのを明確に公示して、そこまで取るといことは何かの組合せではできないのか。それとも土地を取れば、そこに建っているものも合わせて書けるような仕組みにすれば、そこは解決するのか。あるいはA先生がおっしゃった物的編成という言葉は適切ではないかもしれないけれども、場所から探っていくような仕組みにすることで、本当に後順位が付けられて配当が楽になるのかというのは、1つの不動産にするからではないかという感じもするのですが、逆に、そういう登記にすれば、もう少し権利の幅が広がっていくということがあるというようなことがメリットなのか、財団とすることのメリットと言うか、財団でしかできなくて、集合動産などのほうに手を入れるのではできないことというのは、一体何なのかというのは、まだはっきりとは分からないのですが、幾つかはありそうな気もするし、でもそれは些細なことのようにも思われるし、別の手当ができて、あとはそれを幾つか自由に組み合わせてくれればいいのですというようにすれば足りるようにも思うのですが。財団抵当の何が、それがなければ今ではできないことを一番手当をしていて、それゆえに必要なのだろうかと考えたら、それは何なのでしょう。

○E 答えになっているかどうかは分かりませんが、今ちょうど、うちの事務所で民事再生を申し立てました。それは工場財団抵当がたまたま付いていたのです。それは産業廃棄物の処理施設で、民事再生ですから、別除権者と話をすることになるのですが、そこでの別除権協定は、その工場の事業価値そのものを取り込んだ別除権価値に多分なってくるのだと思うのです。

それを、例えば動産譲渡担保などですと、これは事業価値ではなくて、動産なり売掛金なりの価値でしかないわけです。そういう財団抵当を取ることによって、倒産という局面、少なくとも、民事再生若しくは会社更生、そういう局面においては事業価値を担保化し、それに伴う配当を担保権者は得られるという局面はあるとは思っています。もっとも、それはかなり限られた局面で、普通の実行ではなかなかそんなことはできない。恐らく工場財団抵当を実行しましたというときに、産業廃棄物処理施設を丸ごと事業として買う人というのは、なかなか現実にはなくて、それこそ、ばらで売るほうが価値が高いかもしれない。けれども、民事再生とか、そういう局面においては、事業価値が把握された局面になる。それがメリットと言えらるほどかと言われたら、ちょっと分かりませんが。

○座長 重要なご発言だと思います。例えば不動産で筆が分かっているために連続する土地が別々の抵当権の設定になっていると仮定します。しかしながら、それだけの連続した土地であることによって、工場を建設することができるといったメリットがある。

さて、債務者について民事再生手続が開始しました。土地の抵当権が実行されたのではお話になりません。そこで別除権協定なり何なりでお支払いして消してもらいましょうというわけですが、このときに、連続する土地を取っている抵当権者の主張できる把握して

いる担保価値として主張できる額というのは、それ一体を持っているということが評価の対象になるのですか。それとも、いや、それは5つの抵当権だから、それプラスの足し算だよねということになるのですか。

○E 共担にする限りは、それは5つを1つとした価値というように評価されていると思います。

○座長 共同担保的にとらえるのですか。

○E 担保権者側がまとめて実行できるのであれば、まとめて実行できる価値を把握しているというように評価して競売手続はやっている。それは、そうしていると思います。

○座長 そうすると、Fさんの話になるわけですが、個別に不動産担保だけに担保が設定されていても、それを一度に実現でき、実行できる権利を持っている権利者の把握している担保価値というのは、まとまりの把握価値になるのではないですか。

○E 不動産と動産と、仮に全ての執行手続が一体となり、かつ、まとめて落とせるのだったらそうなるでしょうけれども、現行法では不動産と動産は別だし、一体的に取得できる保証はないですね。

○座長 分かりました。財団抵当権を取得していたら一体として売却されるという権利が確保されているということで、だから、そういうような評価がしやすいのですね。

○G 座長がCさんに「銀行が選びたいのではないですか」とおっしゃったところに関連してなのですが、古い発想は正にそれを止めるところにポイントがあったのだらうと思うのです。今、倒産の話も出ていましたけれども、会社更生手続で担保権実行を止めてしまう理由とも共通していて、個別財産の担保権実行によって会社の一体としての価値が毀損されるから、それを止めるための制度だと思います。財団を組成した場合に一体としてしか売却できないとすれば一体的な価値は存続することが保証されていると思うのですが、担保権者が個別財産を実行することが許されるとすれば、それが毀損される可能性があります。例えば財団を一体として売れば1億円になるのだけれども、担保権者の被担保債権は5,000万円ですというときに、財団に含まれる土地だけ売っても5,000万円になるのだったら、担保権者としては処分が簡単なものだけ売って後はどうなっても知らないという態度をとることもあり得ます。それによって、一般債権者だったり債務者だったりを害する可能性があるのだけれども、そうさせないという縛りを掛けられるところが、財団とすることの意味なのだらうと思うのです。しかし、財団にするか、個別財産の担保をとるかの選択肢がある場合に、融資の時点で縛りがきつい方にコミットする債権者がいるかと言うと、そのような債権者はいないだらうという意味で、座長がおっしゃっていることがそうなのだらうなと思います。

○座長 と言うか、最初に工場財団抵当権を取得する債権者がたっぷり融資してくれるのならば、この制度にはと意味があるのだけれども、最初の人か、工場財団抵当権を取得するのだけれども、さほど融資してくれないとすると、次に融資を受けることがすごくやりにくくなってしまいます。一体を作ることによって、担保の取り方が制約されてくる。

工場財団抵当を設定すると、債務者の所有している価値がすごくうまく実現できて、それに見合った融資がなされるので大変いいという、そういう発想で工場財団抵当等の制度ができていないのではないかという気がするのですが、そういうような債権者の行動というのが前提にできるのかというのが、私はよく分からないのです。

○C 正にそのとおりです。問題点は、第1順位に担保設定を受けている債権者が、その会社を丸抱えすることを求められるのではないかということです。それは、債権者にとり大きなリスクを抱えることになります。

リスクの分散をする場合は、シンジケートローンを組むことが多いと思いますが、シンジケートローンのアレンジャーやエージェントに就任した場合は、個々の貸付人に一定の責任を負うので、座長がおっしゃるとおり、制度を作ったとしても制度の運用には、実務的に難しい面が少なくないことは事実です。

○A 実例の話ですが、エルピーダメモリという会社があります。これは公表されている事案です。エルピーダメモリは広島工場が主力の工場なのですが、広島工場に工場財団抵当を付けていたのです。その工場財団抵当に入っていた目的物、機械ですが、工場財団抵当は入替えができないものですから、その一部について、別のリース会社からリースを受けて、工場の中に、リース物件をたくさん置くということをしたことがあるのです。それをした後、会社更生になりました。

このときに、工場の評価をどうするのか。工場財団抵当権者と、その同じ工場の中にある別の機械のリース所有権者との間で、すなわち更生担保権者どうしの中で、工場が生み出す価値のパイの取り合いみたいなことが起きたわけなのですが、工場財団抵当をした後に、そういうことも起きるのです。そういう問題も起きるので、必ずしも1個の財団上に、継続的に1個としての価値を見いだしている事例ばかりではないということを指摘しておきたいと思います。

○座長 見いだして、それが継続するわけではないというわけですか。

○A はい、必ずしも継続するわけではないです。

○F 今の点について教えていただきたいのですが、さっき法務省さんが、基本骨格は崩さない方向で言われたときの基本骨格として、何が基本骨格なのか、1つの動産にみなすということがそうなのかとか、そういうものもあると思うのですが、まず、他人のものは入っていないという形でスタートさせる、全部自分のものだという形にして、かつ入替えは一切しないということなのですが、今のA先生のお話が、それが望ましい在り方なのかどうなのかということを含んでいるのかということで、私の感覚は、他人のものが最初から入っていたらそれが他人のものであるというだけで、しようがないではないかという感じがしていて、入替えはどんどんあり、それがなぜいけないのかと。機械が古くなったときに入れ替えるというのは普通のものでもそうですよね。よく言われる建物を取ったときに畳を入れ替えないといったことはないわけだから。なぜそれが必須なのかということで、そういうものとしてやれば、エルピーダメモリのケースはリース物件などは入ってこなく

て、入れ替えましたという話でいけるような気がして、ただ、そのときにリース物件は使えないのかという問題がもう1つ出てくるので、そこでの調整とか、最初からそういうものが入っていたら、それとの競合はどうするかということで安定性を欠くという話にはなるのかと思うのですが。先ほどおっしゃったうちの2点の、最初に必ず全て権利を消して、ここからスタートして、そしてあとは一切入替えなしというのは必須なのでしょうか。

○座長 いやいや、もちろん必須ではないという方向です。集合動産譲渡担保などについて、在庫商品とかを目録に書けないかという問題が指摘されるときには、サーキュレイトするということが前提になっており、そこは動かし得るということだろうと思います。

○F 動かしていいと。最初の入り口も動かしていい。

○座長 ただ、機械などに関しては、特定の仕方が問題であるとともに、いい人ばかりを考えると、古い機械になったので、それを新しい機械に換えるということなのかもしれませんが、悪い人を考えると、古い機械になったので売らなければならないと言って、売ってお金にするだけで補充はせず、担保目的物のほうの価値を減らしていくということになります。工場抵当法のつくりというのは、やはり、それというのは判断できないよね、同種同等のものが来るときには、といった形で、物権的な効力を変えることはできないよねという考え方でできているのではないかと思うのです。

ただ、もちろん、通常の営業の範囲での入替えというのがあり得るといような法制度に、その部分を変えるということはあるのだと思います。

○法務省 今、座長におっしゃっていただいたとおりだと思います。ただ、やはり最初に、ほかの人の権利を消しておかないと、その後の実行などの段階で法律関係がすごく複雑になってしまうのではないかという感じはしています。一方で、今は普通にリースで機械が入っているということはすごくよくあると思うので、それを除外してしまうと、結局、もともとの趣旨としていた有機的な一体性のようなものを維持することは難しいのではないかという気がします。

そういう意味では、リース物件や所有権留保がされているものを財団の中に含めることができるようにしたほうがいいのかという考え方も当然あり得ると思います。ただ、どのように調整するのかというのは、今、何か具体的な方策があるわけではありません。

その後の話で、在庫みたいな流動的なものを財団に組成しようとするのであれば、当然入れ換わっていくということを想定しないといけませんし、機械などでも変わっていくことを想定するということは十分に考えられていいのではないかと思います。ただ、これも座長がおっしゃったように、その場合には担保価値維持義務みたいなものを考えないといけないのではないかという気がしまして、それをどのように組み込んでいくのかという課題が出てくるのだろうと思います。

ただ、その担保権維持義務の話は、譲渡担保が流動的な集合物担保でも同じ問題があるはずですので、それと同じように対応するのか、いずれにしても流動的なものを財団の中に組み込んでいくということは十分に考えられてよいのだと思うのですが、付随する問題

が出てきて、それにどう対応するかというのが課題になっているのかなと思います。

○座長 よく分からなかったのですが、工場財団抵当を設定したのだが、工場にリース物件があるといったときに、抵当権の目的は、リース契約上の権利、それともリース物件そのものですか。

○法務省 リース物件そのものだと思っていました。今、他人の権利の対象になっているものを公告して消してしまうというのは、目的物そのものが財団に入るということを念頭に置いて、その上にある担保権などを消してしまうという発想だと思っていますので、同じように考えると、リースの対象物を財団の中に組み入れるということにした上で、担保権であるリース業者の権利を消すということになるのかなというように思っています。

○座長 しかし、そんなことをやったら、工場にはリースしないという実務慣行になるのではないですか。いつ工場財団抵当を設定されるか分からない、そしたら権利を失ってしまうのだから。

○法務省 はい。

○座長 それで、あるいは公告されるのだったら、今度はリース業者がどんどん物件を引き上げるということになり、財団抵当を設定しようとした途端に工場が破綻するということになりそうです。さらに言えば、リース物件が存在するときに工場財団抵当を設定することは、横領にはならないのですか。他人物への抵当権設定ですよ、今の判例法理だったら、これは駄目だと思います。背任か横領だという議論はあるけれども。

○法務省 いい人ばかりだとすると、そういうものは除外して担保権を設定するのだと思うのですが。

○座長 堂々と工場抵当法も消せるとなっているけれども、犯罪にはならないのかしらね。他人物であるとは分からないことを念頭に置いているのでしょうかね。いろいろ入っているけれども、誰のものかよく分からないから、公告をして、自分のものがあつた持って帰ってくださいと言うのだけれども、言わなかった場合には、そのまま工場財団抵当に服します。そういう感じなのかな。

○法務省 今は契約上の地位は組成物件に含まれていませんが、リース契約上の地位を組成できることとした場合には、そういう形で調整が図られるのかもしれませんが。また、契約上の地位の移転の要件とか対抗要件という問題が出てくるかもしれません。

○A 毛色の変った話なのですが、今、包括担保とか財団抵当という話をしているのは、工場財団というのは、要するに設定者の固有財産の中から一定のまとまりを財団化するというわけなのですが、それと違った発想としては、目的財産を信託譲渡あるいは自己信託をしてしまって、その受益権の上に担保を付けたとか、あるいは、信託財産の側で借入をするとか信託財産の側で担保設定をするといった発想もあり得ると思うのです。包括担保と言うか、財産を切り分ける。

特に、責任財産を切り分けるという発想からすると、むしろそちらのほうが倒産隔離は図られやすくなると。もちろん、受益権上の担保についてどうなのかとか、そういう問題

はありますが、発想としてはそういう方向もあり得て、そのような例えば信託譲渡とか、信託財産の自己信託などをするのをしやすくすると。例えば将来財産、将来動産とか、将来債権といったものの信託譲渡や自己信託を、今は不明確ですが、それをしやすくするような法改正をするというのも、1つのやり方だろうとは思いますが。

1個の責任財産の中で、1個の法人格の中の1個の責任財産を、今どうやって担保化するかという議論をしていますが、そうではなくて、1個の法人格の中の責任財産を同一法人格の中で切り分けるような自己信託、あるいは外に切り出す場合には信託銀行に譲渡して受託してもらおうとか、そういったことになりませんが、そういったことをしやすくすると。つまり、将来動産の自己信託というのが、集合動産でできるのかできないのかといった問題も今は不明確なので、そういったところも発想としてはあり得るのではないかとは思いますが。

○座長 自己信託をして、その後はどうなるのですか

○A 同一法人の中ではありますが、信託勘定でもって、その在庫をどうするかという問題はもちろんあります。

○座長 運用するのだけれども。

○A ええ。

○座長 そうすると、債務者は、その金銭は利用できないのですよね。

○A 固有財産と信託財産と、どのように設計するかという問題はあります。

○F 複数の工場を持って、工場財団でやっているという部分を事業の信託と言うか、そのようにするなら別ですが、ある工場しかないという主体だと、なかなか難しいですか。自分が受益者になってしまう。担保権者を優先受益者のようにするのですか。

○A 受益権上に担保を付けるか、あるいは担保権者を受益権者にしてしまうか。

○F 自分が受益者だと、完全に全部受益権を固有で持つことになるので信託として有効かが問題になりますね。

○A そうですね。

○座長 まだまだあるのですが、まだお話を伺っていない所が幾つかありまして、順番でいきますと、3番の棚卸資産などの集合動産とか、そういうものは、もし財団抵当法を拡充するようなら、それを入れようという話なのだけれども、「のれんや営業上の秘密などの事実上の企業利益」の担保化、営業上の秘密というのを、それだけ切り離して担保にして意味がある場合と意味がない場合があるのかもしれませんが、多くの場合はあまり意味がないのだとするならば、こういう事実上の企業利益というものを担保化するという方法を考えたほうがいいのではないかということについては、いかがでしょうか。ここまでは議論が出てきていないところですよ。

○A どうやって担保権を実行するかという問題があると思いましたが。ただ、これは実行を予定しない担保と考えるのか、それとも収益執行のような制度、企業担保に近付くのかもしれませんが、抵当権の担保不動産の収益執行の場合の管理人のような人を置いてや

るようになるのか。今までの実行法とは変わってくるだろうと思いました。

それから、集合債権についても書いてあるのですが、集合債権を財団抵当の対象にするかどうかというのは、結構ポイントかなと思っています。集合動産とか場所で確定するようなものについてはいいと思うのですが、集合債権の発生原因というのは、必ずしも場所に関わらないものも含まれております。集合債権を対象とするのだとすると、工場財団抵当でプロジェクトファイナンスなどがあって、工場財団から出てくる売電債権などを、例えば累積的に収益執行できるような制度にするとか、何か、財団抵当ならではのメリットをくっつけて創設するというのならよいと思うのですが、現在、将来債権譲渡担保のほうについては、それほどの使いにくさというのはない中で、どのようなメリットを、この新しい制度に付加していくのかなと感じました。

○G のれんとか営業上の秘密については、当事者間でその使用を許すという側面と、第三者がそれを侵害してきたときに、それを止めるという側面があると思うのです。

どうやって担保化するのか、どうやって実行するのかということですが、当事者間では、基本的には担保権設定契約に書いておいて、債務不履行のような一定の事由が生じた場合に、何らかの契約上の義務が生じるということにするのだと思います。例えば、こういう情報を渡しますとか、こういう看板を使ったとしても、それを差し止めませんといったような義務の形で書いておいて、債権者の側はそれを粛々と履行してもらおうということになるのだと思います。

他方で、第三者との関係で、第三者が秘密を勝手に持って行ってしまったという場合、第三者が勝手にのれんを使っている場合に、それを差し止めできる地位が誰にあるか、その地位の移転をどうやって基礎付けるかというところには手当が必要なのだろうと思います。

○座長 それは、のれんや営業上の秘密、ノウハウなどに関する一般法の問題ですよ。

○G そうです。

○座長 Gさんがおっしゃる話の全体は担保の問題ではないということですよ。

今、大体それで3番の所の議論をしていただきましたが、4番、5番等については、いろいろな意見が既にもう出ています。もちろんまとまったわけではないのですが、問題点とか、このようにしたら、より良くなるという話が出ておりますので、財団抵当の最初の議論としては、このぐらいでいいのかなという気がいたします。

それはそうと、統計をみますと、財団抵当権は、結構、設定されているのですよね。

○法務省 今でも350件ぐらいあるのですね。

○座長 工場財団以外の抵当権も結構多いわけで、46とか70とか100とか。

○法務省 そうですね。

○座長 私は、ある大規模な動物園というか、そういったものの例ぐらいしか知りません。

○A 観光施設財団ですか。

○座長 あれは面白いのですよ。「アフリカ産サイ何頭」とか書いてあるのです。

- F サイの入替えはできないのですか。
- 座長 サイの入替えね。サイを特定していないのです。「サイ 10 頭」とかです。
- F でも、亡くなって変わっていたということは普通にあります。
- 座長 ちょっとそれは、今どうなっているか分からないです。
- A サイが子どもを産んだらどうなるのですかね。
- 座長 それは果実ですかね。
- A 果実はいいのですか。
- 座長 目録に記載しないとね。
- F 果実は何でもありだったら、問題ありますよね。
- A ついでに、工場財団抵当とか工場抵当というのは、物上代位というのはできるのですか。
- 法務省 抵当権の対象になっている以上は、当然できると思っていました。
- A いや、工場抵当法は物上代位の規定を引っ張っていないのですよね。コンメンタールを見てきているわけではないのですが。
- 座長 いや。
- A できるのですかね。
- 座長 これは抵当権の設定ができるというのが基本的な条文になっていますから、効力的には抵当権の話だろうと思います。なるほど、16 条で。
- A そう、工場抵当法 16 条で、民法 371 条を引っ張っているのに、民法 372 条を引っ張らず、民法 304 条も引っ張らず、他方で鉄道抵当法というものがあって、鉄道抵当法ではちゃんと物上代位はできるという独立の条文を作っているのです。19 条でしょうか。それはなぜかというのは気にはなりました。少なくとも、財団が滅失したとか、そういう場合は、ちゃんと物上代位ができないとおかしいのではないかとは思いましたが。
- 座長 分かりました。ひとまずは、今日はこれで、あと企業担保権の問題に入っていかなければいけないのですが、一休みとします。

(休憩)

- 座長 再開します。続いて、資料 9 の第 2 の企業担保権に関する見直しの要否についてです。これも総論と企業担保権の効力うんぬんと 3 つに分かれています。一括して議論していただきます。まず、法務省から資料の内容の説明をお願いいたします。
- 法務省 資料第 2 で企業担保権に関する見直しを取り上げています。
- まず総論です。財団抵当制度については、既に前半でご議論いただいたような問題点を含めていろいろな問題点が戦後すぐくらいから既に意識されており、それを解決するために昭和 33 年に制定されたのが企業担保法です。

統計をご覧いただくとお分かりのように、企業担保権は昭和 48 年ぐらいがピークで何百件か使われていたようですが、平成 6 年以降は新しい設定はずっとゼロであり、現在はほぼ使われていない状況にあります。ただ、これも財団抵当と同じで、動産も含めてです



けれども、事業のための財産を一括して担保の目的とするという方法として活用できないかということが問題とされております。

活用されていないのはなぜかという、被担保債権の範囲が限定されているという問題もありますが、やはり効力の点が一番ネックだと感じております。活用するという事になると、この効力を強めていく必要があります。ただ、後記2以下になりますけれども、やはり会社の財産全体を担保の目的とするというものの性質上、あまり強くすることには問題があると思われ、この点についてどう考えていくのかというところが課題になってくるかと思えます。

2以下で個別の論点を取り上げています。各論の1つ目として取り上げたのは、今申し上げた効力の問題です。今は、一般の先取特権、特別の先取特権その他の担保権に劣後することになっています。企業担保権の設定後に地上権とか賃借権などが新たに設定された場合に、そういうものにも全て劣後するという弱いものとどめられています。

仮に、この効力を強めるとすると、1つの方向性としては、これは立法当時に既に考えられていたようではありますが、企業担保権は会社の財産全体に及ぶのだけれども、この財産については他の権利を設定しないでくださいというような特約を設けて、こういう特約について効力を認める。そのことによって、重要な財産を防衛するということが考えられていたようです。しかし、あまり多用されて、約定担保によるその後の資金調達が難しくなるのではないかと、金融取引の円滑を阻害するなど、いろいろな考え方に基づいて結局は採用されなかったということのようです。仮に企業担保権の効力を強めていくことになった場合に、かつて放棄されたこういう考え方を復活させるかどうかというのは、1つの検討課題ではあるかと思っています。

その他には、一般的な企業担保権の効力を強めることはできないのだけれども、債務者、設定者の性質によって、ある特定の場面では強い効力を認めるとか、そういった考え方も示されておりますので、そういう可能性があるかどうかについても、取り上げております。

3では、企業担保権の被担保債権の範囲について取り上げております。今は被担保債権が社債のみに限定されておりますけれども、これを拡大するべきではないかという問題点です。この点については制定当時にはいろいろな議論があったようです。結局社債に限定されましたが、制度が定着していけば被担保債権を拡大してもいいのではないかということは当時から議論されていたようです。特に弊害がなければ、拡大してもそれほど混乱は生じないのかと思っています。

最後に、4のその他です。被担保債権の範囲とか効力の問題の他に、設定の主体の範囲として、今は株式会社限定されておりますけれども、株式会社以外の法人に拡大してもいいのではないかという問題とか、その会社が複数の事業を営んでいたときに、そのうちの一部についてのみ企業担保権の設定を可能とするというような課題が指摘されております。

前者の設定の主体の拡大については、当時は新しい制度だったということもあって株式会社に限定されたようです。その後、制度が定着していけば拡大してもいいのではないか

というようなことが議論されていたようですので、株式会社以外の会社に拡大するという  
こと自体にはそれほど問題はないのかと思っております。

他方で、会社が複数の事業を営んでいるときに、その一部分について切り出して企業担  
保権の対象にするというような考え方については、確かに一部の事業ということで独立性  
があれば、担保の目的にもなり得るのかとも思うのですが、一方で優先権をどのように確  
保していくのかということを見ると、いろいろ困難な問題もあるのかと思っております。  
この点については難しいのかとも思っておりますが、これも議論いただければと思います。  
私からは以上です。

○座長 これも全部関係しているところですので、自由にご議論いただければと思います。  
2 で、より強いものにするということになったら、会社の登記簿に、全部を担保にしまし  
たと書くと、一等賞をもらえるという制度にするということですね。

○法務省 そういうことを考えると、あまり多く使われることは想定されるものではなく  
なってしまうのかという感じがします。債権者が丸抱えするみたいな特殊な場面で、他の  
債権者が出てくる、あるいは一部の資産を用いて資金調達するというようなことが最初か  
ら想定されていないような場面に限定する。あるとすれば、そういうことなのかと思っ  
ています。

○G 実務家の先生にお伺いします。登記をしたら、全ての財産について一等賞を取れる  
というのはすごく有利な担保権になると思うのです。他方、現行の企業担保法によれば個  
別財産の実行はできないということだそうですので、例えば、その中の不動産だけを売っ  
て債権回収することはできないことになると思います。そういう担保だった場合に、一等  
賞を取れるからといって付けるものなのかをお伺いします。債務者を破産させなければ駄  
目なわけですよ。

○B そうですね。管理下に置いて回収することでも構わない。先ほど丸抱えという表現  
がありましたけれども、そういうことですので、やはり SPC を債務者とするプロジェクト  
ファイナンスみたいな場面が 1 つ考えられると思います。ただ、その場合に本当にそれが  
必要かと言われると、今は別に企業担保権を設定しなくても行われているので、一発でポ  
ンと簡便に低コストで設定できれば使われるようになるという程度かなと思います。

○A 結局、これは担保実行にどのくらいコストがかかるのかということにも関係してい  
るのではないかと思います。企業担保権は、イギリスにおけるフローティングチャージ、  
レシーバーシップみたいなのに近い制度だと思うのです。結局イギリスでは倒産申立てに  
使われ、実際にはそれに代わる制度になっているということだと思います。結局、債権者  
申立てで、レシーバーシップみたいなことをする場合のコストがどのくらいかかるのかと、  
それとの見合いで、別除権とはならない、一般優先債権などの効果にとどめられる制度に  
ついて、どの程度の魅力を感じられるかどうかということではないかと思います。

他方で、企業担保法には、「総財産」と書いてあるのです。現行の担保制度上は、担保  
に取ろうとしても取れない将来財産というのがあります。例えば、将来の手形とか、将来

の株式とか、将来取得する振替社債とか、将来の電子記録債権とか、あるいは将来取得する諸々の財産ですけれども、そういうものは、指名債権における将来債権譲渡とは異なり、将来財産として担保取得することができないわけです。何らか、将来財産について、対象範囲を区切ることで、この企業担保権みたいな制度で、あるいは他の制度でもよろしいのですが、そういうものを担保取得する方法はないものだろうか。

将来財産、将来発生するものというのは担保取得できない。ただ、現行法のもとでも、この企業担保権を付けておけば、将来、それが実際にあればですけれども、あれば「総財産」の中にたまたま含まれるということかもしれません。そうすると、その限りで担保を取得したのと同じ効果が生まれるという意味はあるかなど。ただ、それは将来財産を担保取得したということではなくて、たまたまそのときに結果的に「総財産」の中に含まれていけば優先権を主張できるに至るといようなものなののですが。

将来財産を含めた有価証券プールとか、今はそういうものが担保取得できないわけですが、将来の新しい法制度の中で、何か、この発想を生かせる余地はないだろうか、とは思っています。

○C 企業担保権の一番の問題点は、担保価値の算出だろうと思います。A先生がおっしゃったように、将来取得する手形とか、将来取得する振替社債も含むとなれば、価値の算出は無理です。とすれば、どの程度の金融がつけられるのかも分からなくなります。

全ての財産権について最優先の担保権の設定を受け、当該銀行が丸抱えせざるを得ないという状況になれば、リスクの分散化という今の金融の考え方とは相反します。そして、企業担保権の処分はどのように実行されるのかも明確にはなっていません。裁判所が企業担保権を評価できるのかという問題もあると思います。したがって、企業担保権が強くなり、被担保債権に一般金銭債権が含まれるようになったとしても、実際に金融で利用するには幾つものハードルがあると思います。

一方で、企業防衛するために関係する会社同士で企業担保権を相互に設定するということは可能かもしれません。

○座長 そこでの企業防衛の意味なのですが、他のものでも個別的には借りられなくなってしまいますね。

○C そうです。

○座長 それは構わないのですか。

○C 双方の会社にとり会社であって、他に取られたくないというのであれば、企業担保権を相互に設定するケースはないとは言えないと思います。

○座長 持ち合いです。

○C 持ち合いです。

○A どなたも発言なさらないようなので、場をもたせるために発言させていただきます。ブレインストーミングですが、効力を強めるという場合にどういう制度にするかということです。まず被担保債権の側と、それから目的財産の側、目的財産というのは「総財産」

となっているわけですが、被担保債権の側では社債だけではなくて他の一般金銭債権を増やすかということです。根担保みたいなものができるようにするというのが1つ考えられると思います。社債だと、結局、根担保的な利用というのはできない。効力を広げるとして、どこまでだったら許せるかという点については、そういう根担保的なものを認めるかどうかというのが1つあると思います。

現行法は、社債に限られているわけですが、社債というのは、公募社債に限られるわけではなく、例えば私募債でやるという場合もあり得るわけです。貸金と同じような機能を持つ私募債として実質上の金融を受けるというやり方もある。他方、社債の場合には、貸金業法や利息制限法の適用があるのかないかとか、そういう crystal clear ではない論点というのがあります。社債のままにしておいても、その問題というのは、なお残るということかと思えます。

あとは、倒産手続における取扱いです。企業担保権の実行というのは、要するに債権者側で実行する場合です。他方で、企業担保権を強化すると仮定した場合に、債務者側で例えば倒産申立てをした場合に、破産手続では現状、優先的破産債権であるのを別除権に繰り上げるのか、会社更生手続では現状、優先的更生債権であるのを更生担保権に繰り上げるのか、あるいは民事再生手続では現状、一般優先債権であるのを別除権に繰り上げるのか、そういう論点もあろうかと思うのですけれども、それはなかなか難しいのではないかと考えています。一般債権者や、他の個別財産上の担保権者とのせめぎ合いというか、バランスから見て、企業担保権の効力をいま申し上げたような形で強めるというのは、なかなか難しいのかなという印象は受けました。

例えば、民事再生でいえば、現在の一般優先債権というのも、随時弁済ですから、結構強い効力で、もちろん個別財産上のもではありませんが、別除権にさして劣らないような印象もあります。あるいは、優先的更生債権は、普通の更生計画では100%弁済することが多いと思いますので、そういう意味では、倒産手続における取扱いとしては、今のままでも十分強いです。これを、さらに強める場合には、他の利害関係人の利益とのバランスがなかなか大変で、むしろ、被担保債権の側について、根担保を認めるとか、あるいは一般貸付を認めるとか、あるいは株式会社だけではなくて、会社法上の他の会社の社債とか、さらに医療法人債とか学校法人債といったものも認めていくということのほうが、考えられるのかなと思います。

他方で、社債との関係でいえば、担保付社債信託法をもう少し使いやすくしたほうが本当はよろしいのではないかと考えています。企業担保権を拡大するとか、効力を広げるということは、もちろん立法課題としてはあろうかと思えますけれども、担信法それ自体を使いやすくするということが、現在の実務的な要請は強いのではないかと考えています。

○B 私自身は、企業担保権を強めることについて賛成する人はそんなにいないのではないかと予想していました。そのナンバーワンみたいな権利を取るというのは、日本の融資慣行を根底から変えるような覚悟を持って担保制度を変えますかというところにつながり

かねない。だからといって、その執行が便利になるわけではないということだとすると、どうも強めるという方向性には疑問を感じます。

ただ、効力が弱い今のままであればどうせ使われないということなのか、あるいは使われないのだから放っておいていいということなのかという観点から、弱いままでその利用を進める方向の改正をすることにもやや疑問を感じているところです。A先生がおっしゃったように、今のままだも倒産手続においてはそこそこ強い権利が認められています。そうだとすると、結局のところ他の担保権者の迷惑にはならないかもしれないのですけれども、この制度は無担保の一般債権者との取り合いの問題になりますので、この制度の使い勝手を良くして、一般債権者を泣かすほどのニーズがあるのかということに疑問を持っています。

さらに言えば、一般債権者のうち取引債権者であれば債務者に対して与信をして取引に入ったと言えるのでしょけれども、例えば大事故を起こしたり、不祥事を起こしたりして破産したような会社のことを考えると、不法行為債権者のような、与信行為を全く介さないで無担保の金銭債権を有するに至る人がいっぱい出てくる可能性があると思うのです。そういう債権者がいっぱい出てきたときの破産手続で、企業担保権者が個々の担保権の対象となっていない残りの財産を全部持って行ってしまっ、一般債権者が害されるというのも問題があるように思います。企業担保権の使い勝手を良くする方向を検討するときには、そういうことも考えなければいけないのではないかと思います。

○座長 いや、無理にはしなくていいのですよ。

○F どう言ったらいいのか、日本の融資慣行からはもう馴染まないということであれば、それで何か新しい融資慣行を作っていく必要もないということならばそれでいいのかと思うのです。他方で、いろいろなものが包括的に取れるということになっているときに、動産や債権であれば包括的に将来にわたって取ることができるわけですが、その手を今は取れない財産にも多少伸ばしたら、結局個別を組み合わせれば非常に強い、かつ非常に長期的な、たとえば債権譲渡登記ですと特別な事情も簡単に認められ 50 年ぐらいポンと取れたりすると、個別を組み合わせれば非常に強いものが作れて、総財産に近いようなものが作れるのかどうか。それがいいのかということです。そっちは行けるのに、これは駄目だというのはどういうことなのかというのが 1 つあります。

もともと、先ほどフローティングチャージのもとだと言われましたが、イギリスでも弱すぎるのではないかと問題があり、一方で UCC 型で全ての財産というと、不動産はどうするかという問題が残りますけれども、最優先ですよね。若干のタイプ、特定の財産取得のための融資とか、あるいは在庫だと一定の期限の限定をかけるとか、いろいろ細かい調整をするのだけれども、基本は最初の人優先、かつ特約を認めていくということで、それに調整をかけていくというのがあると思うのです。そういうものがあって、それに近づけたほうがいいのではないかと議論もある中で、かつ個々に取っていくとかなり強いものが取れるというときに、企業担保とすると、それはないというのかどうか。作り込

みとかが可能であれば、あるいは更に一部の財産だけでもできるならば選ぶこともかなりできるようになる。

全体としての判断などが整合しているのだろうか。逆に言うと、取れない財産もあるし、それぞれに登記簿を別途にやらなければいけないからそれなりのコストもかかる。そういうことでブレーキがかかっているものを、そのブレーキを完全に外して強くするというの、さすがに駄目ですね、そんな必要性はありませんという判断だというように理解すればいいのでしょうか。誰に聞いているのか分からないのですけれども。強くしたいということではないのですけれども。

○A 今、F先生がおっしゃられたような感覚が、私は弁護士ですから弁護士のことしか分かりませんが、弁護士は、おそらく、多くの人が、そう思っているのではないかと思います。金融機関の考え方は分からないです。これが、もし日本の担保制度を欧米というか、米国とか英国に近づけようとするのだったら、これは効力を強くしたほうが確かにいいのかなという気はします。UCC に近づけるとか、あるいはフローティングチャージに近づけるといったことをするのだったら、これをもう少し使いやすくするということは考えられると思います。

ただ、日本では、包括担保というものに対して従前から抵抗が結構あって、その抵抗感が拭えないという感覚が根底にあるのではないかという気はしています。個別の動産とか債権だったら、債権は担保に取ってもいいけれども動産は駄目だとか、動産は担保に取ってもいいけれども債権は駄目だということが交渉上できるわけですし、個別担保を組み合わせれば、結局、包括担保に近いこともできる。それに対して、文字通りの「総財産」、すなわち一般財産全体に対して優先権を持つような担保権を認めて、かつ特に破産したような場合に、一般債権者に対して圧倒的な優位性を持つというようなものを認めてしまうということに対しては、漠然とした抵抗感が多分あるのだろうとは思っています。

他方で、現在の効力のままであっても、これがもし一般の貸付債権とか、あるいは株式会社以外のものにまで膨らんで、根企業担保みたいなものができるようになれば、それはそれで、それならやってみようかという感じの人が出てくるかもしれないと思います。広げるとしてもその程度までではないかという気が何となくしています。

○H 現在でも、例えば企業担保権を取っている同じ債権者が、集合動産譲渡担保とか抵当権とかで他の債権者に取られそうな有望な個別動産を、別途、重ねて取ることは可能ではありますよね。

○A 可能です。

○H しかし、それはあまり行われたいという理解でしょうか。そうすると、現在の取引慣行で、個別の担保として取られないものについては、企業担保権者としてはあまり関心がないという話になるのでしょうか。

○座長 現在は、と言うけれども、現在は使われていないのだから。

○A 現在は使われていないわけですがけれども、使われていないのは社債だからではない

ですか。やはり。

○H 社債だからですか。

○A 社債だからで、社債もやろうと思えば、もちろん私募債でやることはできるのです。貸付代替手法としての社債ですけれども、それを私募債として発行してもらえばいいだけの話で、そういうローンに近い社債というのはあるわけです。それでやろうと思えばできるわけですけれども、そこまではしなくてもいいだろうと、みんな一応は思っているということかなと思います。ただ、日本では、身ぐるみはがされてしまうのではないかみたいな感覚を持ちやすくなるのでしょね。

○座長 まあ、そうですね。

○A そうですね。

○座長 それはそうと、これは印紙は幾ら掛かるのですか。

○A 知らないです。

○座長 つまり使われていないのだから分からない。

○法務省 調べてみます。

○座長 それほどのこともないのだけれども、まさか個別財産。

○法務省 結構、安かったはずなのです。

○座長 そうだよな。個別財産の積み重ねでやったやつで。

○法務省 そうではないです。

○座長 やったりはしないよね。そうしたら大変な額になってしまう。

○法務省 企業担保権設定登記債権金額の 1,000 分の 2.5。

○座長 ああ、債権金額を基本にするのですね。

○法務省 はい、債権金額の 1,000 分の 2.5 です。

○座長 1,000 分の 2 ですか。全部、それなりに掛かるということですね。

○法務省 確か個別が 0.41%だったと。

○座長 債権額の。

○法務省 個別登記の 3 分の 2。

○座長 F さんがおっしゃったことというのは、2 通りの捉え方があって、仮に UCC のように、全ての財産について担保権を有するというような約定ができ、それを第三者に対抗できるというような制度を構想するとき、だから企業担保のほうも別に認めないという理由はないのではないかという話にも理解できるのだけれども、もう 1 つには、仮に UCC 型にせよ、そうでないにしても、動産債権についての担保制度を作ったときに、あまり包括性の強い約定ないしは対抗要件の具備というのは認められないという方向に処理すべきではないかというふうに捉えることもできるわけで、両方考えなければいけないかもしれません。

○J 企業担保権の実行というほうから見ると会社を売ることになるわけです。昔、私が学生の頃使っていた物権法の教科書には、誰がそんな大きい会社を買うんだろうかといよ

うな記述があった記憶があります。でも、それほど大きくない会社について、企業担保権の実行によりそれが売りに出るというのは、例えば債権者申立てで会社更生が始まって、スポンサーを探すのと同じような作業なのです。昔に比べたら企業の売り買いが自由にできるようになっているのではないかと。

そういう意味で、昔は使いにくかったかもしれないけれども、ハードルがちょっと下がっているのかなと一応は思っています。コストの点で、これは実際に実行されたことはないのでしょうか。

○座長 ないでしょうね。

○J 実行されたことがないということは、管財人が選任されたこともないと思うのです。管財人の報酬というのはどのぐらいなのかなと。多分それが手続コストの大きい部分ですよ。更生手続でも管財人の報酬というのは手続コストのかなりの部分を占めます。例えば、今の会社更生一般だと、DIK型更生で、従前の経営者をそのまま管財人に選任するなどという方法もあるので、同じような方式が使えればコストが下がることになるのかもしれない。

○座長 さきほど言及された教科書は、鈴木祿弥先生の『物権法講義』ですね。

○J はい。

○K 事業単位での企業担保権の設定という話も資料 16 ページ 4 で出てきたような気がするのですが、これはあまり目がないのか、ということが気になっています。一応、事業も譲渡の対象にはなるからです。もっとも、そのときには個別財産の譲渡の束みたいな発想でやっているのかもしれない、結局企業担保権を実行するときには、それと同じような感じでやらないとどうしようもないのかなと思います。ただ、ここで書かれていることが、事業単位で企業担保権を設定したときに固有の問題なのか、事業譲渡とも共通する問題なのかというのがちょっとよく分からなかったのです。その辺りをどう考えているか教えていただけると有り難いと思います。

○法務省 適切なお答ができるかどうか分からないのですが。もともと企業担保権というのは、文献によると、財団抵当の、特に目録とかのコストを克服しようとして導入されたところがあります。まず、ある一事業についての財産というのが非常に明確に区分されるのであれば、そういう目録みたいなものを作らなくても対象は明確であるということはあるのかもしれない。もしその一部分、ある事業についての財産というのが、他の事業についての財産とうまく区分できない場合には、結局それを明確にするために一個一個個別に何が対象になるのかということ合意なり何なりで区分していかなければならない。そうすると、目録のコストみたいなものを克服しようとしたこの企業担保法のメリットがだいぶ失われてしまうのではないかと気がしました。

また、倒産手続になった場合に、その財産についての優先権をどういう形で算出していくのか。一般債権者は他の全ての財産を責任財産とし得るわけです。倒産した場合に、ある一部分の財産についての優先破産債権というものがどういう存在になるのだろうかとい



うのがちょっと想像できなかつたのです。平時に実行するというのであれば、何かあり得るのかもしれないですが、倒産の場合を考えると問題が出てくるのではないかと思います。

○座長 さて、8時半までの予定であり、少し早いですが、本日はこれで終わらせていただきます。いろいろとご議論いただきましてありがとうございました。