

## 担保法制の見直しに向けた検討(9)

## 目次

|    |    |                                      |    |
|----|----|--------------------------------------|----|
|    | 第1 | 事業担保制度の導入に関する総論的な検討課題.....           | 2  |
| 5  | 1  | 事業担保制度導入の是非 .....                    | 2  |
|    | 2  | 事業担保権を利用することができる者の範囲 .....           | 12 |
|    | 3  | 事業担保権の対象となる財産の範囲 .....               | 13 |
|    | 4  | 事業担保制度と他の担保制度との関係.....               | 17 |
|    | 第2 | 事業担保権と他の担保権との優先関係.....               | 18 |
| 10 | 第3 | 事業担保権の効力.....                        | 19 |
|    | 1  | 事業担保権の優先弁済権の範囲（一般債権者に対する優先の範囲） ..... | 19 |
|    | 2  | 事業担保権設定者の処分権限 .....                  | 22 |
|    | 3  | 一般債権者が差し押さえた場合の担保権者の保護 .....         | 24 |
|    | 4  | 個人保証等の制限.....                        | 25 |
| 15 | 第4 | 事業担保権の実行.....                        | 26 |
|    | 1  | 事業担保権の実行方法.....                      | 26 |
|    | 2  | 収益執行型の実行方法の要否 .....                  | 29 |
|    | 3  | 私的実行の可否 .....                        | 31 |
|    | 第5 | 事業担保権の倒産手続における取扱い.....               | 31 |
| 20 |    | 文献略語表 .....                          | 32 |

## 第1 事業担保制度の導入に関する総論的な検討課題

### 1 事業担保制度導入の是非

事業のために一体として活用される財産全体を包括的に目的財産とする担保制度（事業担保制度）を設けることの是非について、どのように考えるか。

5

（説明）

#### 1 事業全体を担保化する考え方

民法が定める担保物権は、基本的には目的物に特定性が必要とされ、その換価価値を弁済に充てることが予定されている。非典型担保も基本的には同様であり、集合動産譲渡担保など目的物の構成部分が変動することが予定されているものもあるが、これらも事業を構成する財産を包括的に担保の目的とするのではなく、その特定の一部分を担保の目的とし、その換価価値を把握するものである。他方で、民法制定後、各種の財団抵当制度や企業担保法が導入され、事業体等を包括的に担保化することを可能にするという方向で、法整備が進められてきた。これは、複数の動産や不動産が結合して一つの企業体として利用されているという形態においては、それぞれの財産が別々に利用されるのではなく一体として活用されることによって大きな価値をもたらしているので、包括して企業体としての形で担保の目的とすることが望ましいという考え方に基づくものである<sup>1</sup>。

15

近時、証券化・流動化取引が増加しつつあるほか、プロジェクト・ファイナンスが発達してきたことにより、企業の財産を包括的に担保に取り、その交換価値ではなく収益を担保価値として把握することの重要性がより高まっているとの指摘がある<sup>2</sup>。

20

さらに、後述のとおり、現在、事業を構成する財産全体を目的とする担保権の設定を可能とする制度を導入するという立法提案が示されている。これらの問題提起を受けて、以下では、事業のために一体として活用される財産全体を包括的に目的財産とする担保制度（以下では、仮に「事業担保制度」と称し、このような担保権を「事業担保権」と称する。）の導入の是非について検討する。なお、事業を構成する財産の全てを担保の目的とする制度だけでなく、各種財団抵当制度のように、事業のために一体として活用される財産をひとまとまりとして担保の目的とするための制度であるが、必ずしも事業を構成する財産の全部が担保権の目的に含まれるわけではないものも「事業担保制度」に含まれるものとする。

25

#### 2 現行法における類似の制度

30

事業のための財産を一括して担保の目的財産とし、そのゴーイング・コンサーンとしての価値を担保価値として把握するための制度として、現行法上は財団抵当制度や企業担保権がある。

35

財団抵当制度は、有機的に結合された統一体としての企業設備を一体として把握し、これに一つの担保権を設定することを可能とするため、土地、建物、機械器具その他の物的設備や工業所有権などをもって1個の財団を組成し、これを抵当権の目的とするものであ

<sup>1</sup> 道垣内・担保法改革元年 20 頁

<sup>2</sup> 内田・担保法のパラダイム 15 頁以下

る。財団抵当制度については、企業経営のための金融の促進に大きな役割を果たしたという評価がある一方、①財団抵当制度を利用することができる事業が限定されており<sup>3</sup>、それ以外の事業では財団抵当制度を利用することができないこと、②財団を組成することができる財産が物的設備と物権的権利に限定されており、工業所有権以外の知的財産権や債権等の流動財産を財団の組成物件とすることができないため、企業を構成する一体としての総財産を担保化し、担保価値を十分発揮させることができないこと、③財団抵当制度を利用するに当たっては保存登記、財団目録の作成や組成物件が変動した場合の目録の変更等が必要になるが、これに相当の費用と手数を要することなどの問題が指摘されている<sup>4</sup>。

既存の各種財団抵当制度に対する指摘を踏まえて、簡易で合理的な企業財産の担保化を可能とすることを目的として制定されたものが、企業担保法である<sup>5</sup>。他方で、企業担保権は株式会社が発行する社債のみを被担保債権とするなど利用することができる場面が少ない上、企業担保権の設定後に個別財産に設定された担保物権にも劣後するなど、その効力が弱いものに留められた結果、一部の優良企業における社債の発行において利用されているに過ぎない状況であり<sup>6</sup>、現在では利用されていない。

### 3 企業法制研究会の提案等

前記のような現行法の状況を踏まえて、事業のために一体として利用される財産を包括的に担保化することに肯定的な立場からは、現行法の担保法制について、特定性の緩和、公示の緩和、価値権からの脱却などの方向性が示されていた<sup>7</sup>。

また、プロジェクト・ファイナンスを行う際には事業資産を一つのまとまりとして担保権を設定することが望ましいという観点から、財団抵当制度の見直しや全資産担保制度の創設について提案したものととして、企業法制研究会が平成 15 年 1 月に公表した「企業法制研究会（担保制度研究会）報告書」がある。ここでは、財団抵当制度の見直しの方向性として、業種に限らず、単一又は複数の事業設備の構成要素をもって「事業設備財団」を組成することができるものとし、これを 1 個の不動産をみなした上で抵当権又は賃借権の目的とすることができること、不動産、固定動産、不動産利用権（地上権・賃借権）、その

<sup>3</sup> 財団抵当制度を利用することができる業種は、現在では 9 種類であり、その事業の公共性の強弱によって「物財団」と「不動産財団」に分けられる。

公共性の強い事業については、財団を創設するに当たり企業設備に属するものは全て当然に財団に属し、財団組成後にその事業の用に供されることとなった財産も当然に財団に属することとなる。組成された財団は 1 個の物とみなされ、その公示は所管官庁における登録による。物財団に属するのは、鉄道財団、軌道財団及び運河財団の 3 種類である。

公共性の弱い事業の財団においては、そのために用いられる物件のうち当事者はどれを財団に属させるかを選択することができ、組成後にその事業の用に供されることになった財産は当然には財団には属しない。組成された財団は 1 個の不動産とみなされ、その公示は登記所における登記によってされる。このタイプの財団に属するのは、工場財団、鉱業財団、漁業財団、港湾運送事業財団、道路交通事業財団、観光施設財団の 6 種類である。ただし、道路交通事業財団は不動産財団に属するとされているが、財団の保存登記と同時に財団組成要素は全て当然に財団に属することとされ、財団設定後に新たに当該事業に属するようになったものも当然に財団に包含されるなど、物財団に近い性質を有する。

<sup>4</sup> 内田・担保法のパラダイム 12 頁、企業法制研究会報告書 52 頁

<sup>5</sup> 香川・企業担保法について(1)41 頁以下（1958 年）

<sup>6</sup> 執行・企業担保権の内容・効力 3 頁

<sup>7</sup> 内田・担保法のパラダイム 17 頁

他事業の実施に必要な物権的権利（ダム使用権等）、工業所有権・著作権を組成することができるものとする、目録への記載については、より概括的な記載を認めるなどにより、作成・変更手続の簡素化を図ること、任意売却を法制度上に位置づけ、強制管理制度を導入するなど、実行方法を見直すことなどが提案されていた<sup>8</sup>。また、全資産担保制度の創設について、設定者を限定した上で、その設定者が保有する全資産を担保の対象とすることができるものとし、その担保の効力を質権と同等程度の強力なものとするのが提案されていた<sup>9</sup>。

#### 4 中小企業庁及び金融庁の提案

事業のために一体として機能する財産の包括的な担保化に関する現在の動きとして、中小企業庁による譲渡担保制度に関する提案<sup>10</sup>及び金融庁の「事業者を支える融資・再生実務の在り方に関する研究会」における「事業成長担保権」の提案がある。

中小企業庁の提案の背景にある問題意識は様々なものを含んでいるが、包括担保との関連では、企業は事業の財産は有機的な一体物として機能するから、包括的に一体として把握する方がより大きな担保価値を有するにもかかわらず、現状では事業のゴーイング・コンサーンとしての価値を把握できず、資金調達需要に十分応えられていないこと、在庫品や売掛債権等に対する担保権が実行されるとキャッシュ・フローを生み出す一連のサイクルが停止し、事業継続が絶たれる上、複数の担保権者がそれぞれの担保権を実行しようとする、再建の途が絶たれるおそれがあることが挙げられる。このような問題意識に基づき、事業を構成する財産を包括的に担保化することも可能とすることを提案し、そのための選択肢として、譲渡担保権の目的として事業を構成する財産全てを包含できるようにすること、又は譲渡担保権とは別に事業そのものを担保の目的とする事業担保権を創設することを挙げている。また、事業財産が包括的に担保化された場合の実行方法として、担保権者が選任する管理者が事業を継続し、事業を売却した対価のほか、売却までの間事業から得られる収益から被担保債権を回収する事業継続型実行を提案している。

また、金融庁は、現在の金融の在り方について、次のような問題を指摘する。すなわち、金融機関は、事業の価値創造を支えるため、一つ一つの事業について個々の実情を理解して資金使途に見合った適切な資金供給を行った上、継続的に事業者の実態を把握し、再生側面になれば事業継続に向けたさまざまな行動を執ることが期待されるが、このような取組にはコストが伴うため、金融機関が持続的にこのような取組を行って事業の価値創造を持続的に支えていくためにはそこから得られるリターンとコストを釣り合わせる必要がある。しかし、多様化する事業を理解し、リスクを見極めて融資を実行するだけのノウハウが必ずしも蓄積されていないなど、高度成長期に比べ、今日では金融機関が価値あ

<sup>8</sup> 企業法制研究会報告書 54 頁（別冊 NBL86 号 239 頁）以下

<sup>9</sup> 企業法制研究会報告書 57 頁（別冊 NBL86 号 242 頁）

<sup>10</sup> 令和 2 年 3 月には、「令和元年度中小企業契約実態調査等事業報告書」

([https://www.meti.go.jp/meti\\_lib/report/2019FY/000303.pdf](https://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2019FY/000303.pdf)) が公表された。また、これを踏まえて、「中小企業が使いやすい譲渡担保制度の実現に向けた提案」

([https://www.chusho.meti.go.jp/keiei/torihiki/jyouto\\_tanpo.html](https://www.chusho.meti.go.jp/keiei/torihiki/jyouto_tanpo.html))（以下「中企庁・提案」で引用）が公表された。

る事業の継続や発展を支えるコストが相対的に高くなっている。特に、現行の担保法制の下で担保権者の関心が有形資産の換価価値に向きやすく、再生局面においても、個別資産について担保権を有する債権者は、再生を支援するよりも担保権を実行することによってより多額の回収をすることができる場合もある。以上のような問題意識に基づき、金融機関が事業全体に関心を向け、価値ある事業の継続や発展につなげることを適切に動機づけるための選択肢が求められるとして、事業全体を包括的に担保の目的とする「事業成長担保権」を提案している<sup>11</sup>。その制度設計に当たっての具体的な論点は、「事業者を支える融資・再生実務のあり方に関する研究会 論点整理(2.0)」(以下「金融庁・論点整理(2.0)」)<sup>12</sup>に詳細に記載されている。

## 5 諸外国の制度

### (1) アメリカ<sup>13</sup>

UCC 第9編が規定する担保制度は、別段の定めがない限り、形式にかかわらず人的財産 (personal property) に担保権を設定する行為、売掛債権の譲渡などに適用される (§ 9-109(a))。

担保合意 (security agreement) においては担保の目的財産が記載されている必要があるが、その記載の程度は、合理的に特定されていれば足りるとされており (§ 9-108(a))、「在庫」「設備」などのカテゴリーによる特定や、UCC の規定する類型によるものでよい (§ 9-108(b))<sup>14</sup>。もっとも、「債務者の人的財産全て」のように、カテゴリーを超えた記載をすることはできない (§ 9-108(c))。

UCC 第9編においては、担保合意において、爾後取得財産 (after-acquired property) に担保を設定することができるとされている (§ 9-204(a))。例えば、「担保目的物は、債務者の全ての動産及び債権であって、その所在場所を問わず、債務者が現在所有するもののみならず、将来所有することになるものを含む。」というような条項が担保合意に含まれていた場合、このような条項の有効性は広く認められ、担保権者は、債務者が将来取得することになる目的物上に担保権の設定をあらかじめ受けることが可能となる<sup>15</sup>。

また、UCC においては、担保の効力が担保目的物の代替物であるプロシーズに及ぶ (9-315(a)(2))。プロシーズとは、(A)担保目的物の売買、賃貸、使用許諾、交換、その他の処分によって得られたもの、(B)担保目的物の取立てによって得られたもの、(C)担保目的物から生じる権利、(D)担保目的物の滅失、使用不能から生じる請求権、担保目的

<sup>11</sup> 令和2年12月、「事業者を支える融資・再生実務のあり方に関する研究会」が、論点整理 (<https://www.fsa.go.jp/singi/arikataken/rontenseiri.pdf>) を公表した。

<sup>12</sup> <https://www.fsa.go.jp/singi/arikataken/rontenseiri2.pdf>

<sup>13</sup> 森田修・アメリカ倒産担保法 87 頁以下、藤澤・UCC 第9編における担保目的物の入れ替わり 69 頁以下

<sup>14</sup> § 9-108(b)は次のとおり規定している (訳は森田修・アメリカ倒産担保法 91 頁による。)。 「担保物記載の担保物を特定する次のような方法は、いずれも特定の仕方として合理的である。

(1) 個別の表

(2) カテゴリー

(3) 本条 e 項の定める場合を除いて、UCC の定義する担保物のタイプ

<sup>15</sup> 藤澤・UCC 第9編における担保目的物の入れ替わり 75 頁

物上の権利の瑕疵・無効により生じる請求権、担保目的物の損害から生じる請求権、(E)担保目的物の滅失・毀損などから生じる保険金をいうと定義されている (§ 9-102(a)(64))<sup>16</sup>。

担保を第三者に対抗するためには、対抗要件の具備が必要であるが、その代表的な方法はファイリングを具備することである。UCC のファイリング・システムは、債務者と担保権者の合意内容を記載した **security agreement** を公示するのではなく、債務者が担保取引を行っているか行う予定があることを示す **financing statement** を登録する制度であり、債務者と取引をしようとする第三者に対し、当該債務者が担保取引を行っている可能性について警告を与え、更なる調査の出発点となるものであるとされている<sup>17</sup>。ファイリングによって公示される事項には、債務者の名前、担保権者又はその代表者の名前のほか、対象となる担保物の記載が含まれているが (§ 9-502(a))、その記載は、個別的なリストや「在庫」「設備」などのカテゴリー (§ 9-504(1)) のほか、**security agreement** と異なり「債務者の人的財産全て」のようにカテゴリーを超えた記載も認められている<sup>18</sup>。

このように、**security agreement** と **financing statement** における特定方法に齟齬があり、また、優先順位の基準時となるのが **filing** 又は **perfection**<sup>19</sup> (担保権が成立し、かつ対抗要件として要求されることを履践していること) の時点であることから、**security agreement** に先立って包括的な記載をした **financing statement** をとりあえずファイルすることにより、他の担保権者に対して優先的な価値を主張することができるとされている。たとえば、①債務者Aと債権者Bが「在庫・設備」を担保の目的とする **security agreement** をして融資が実行され、**financing statement** には担保物を「全資産」としてファイルした、②Aと他の債権者Cが「受取勘定債権」を担保の目的とする **security agreement** をして融資が実行され、**financing statement** をファイルした、③AがBとの間で「受取勘定債権」を担保の目的とする **security agreement** をして融資が実行されたという経緯をたどった場合には、「受取勘定債権」についての **perfection** はCの方が早い、Bの **filing** が早い、BはCに優先する<sup>20</sup>。

## (2) イギリス<sup>21</sup>

非占有担保権の一つとして **charge** があり、**charge** には **fixed charge** と **floating charge** がある。両者は、担保権設定者が担保目的物を処分するときにおける担保権者の同意の要否によって区別され、同意が必要な担保権が **fixed charge** であり、同意が不要な担保権が **floating charge** である。**floating charge** は、①ある会社の現在及び将来の一定範囲の財産についての担保であること、②当該一定範囲の財産は、営業の通常の過程にお

<sup>16</sup> 中島・ABL在庫担保における担保権実行手続 35 頁、藤澤・UCC 第9編における担保目的物の入れ替わり 77 頁以下

<sup>17</sup> 森田修・アメリカ倒産担保法 87 頁以下

<sup>18</sup> 森田修・UCCにおける担保物記載と倒産法 52 頁

<sup>19</sup> 沖野・約定担保権の意義と機能 83 頁、森田修・倒産担保法 95・96 頁

<sup>20</sup> 森田修・アメリカ倒産担保法 96 頁以下

<sup>21</sup> 道垣内・イングランド浮動担保における個々の財産に対する担保権者の権利、中島・イギリスの **Receivership** とそれを支える諸制度

いて刻々変化すること、③利害関係人によって、又はその者のために、将来一定の手續（結晶化）が踏まれるまで、当該一定範囲の財産について、当該会社は通常の方法で営業を継続することができると考えられていることという3つの要件によって定義される<sup>22</sup>。floating charge は、会社の全部の財産についても設定することができる。

2002 年のエンタープライズ法成立以前は、floating charge 権者は、管理レシーバーを選任し、これを通じて債権を回収することができた。管理レシーバーは、会社財産の管理処分権を持ち、選任した担保権者の債権回収の最大化を図る義務を負う者であり、裁判所に申し立てることなく管理レシーバーを任命することができることが floating charge のメリットであると認識されていた<sup>23</sup>。2002 年エンタープライズ法による倒産法改正により、一部の例外（プロジェクト・ファイナンス、一定の鉄道会社など）を除いて floating charge 権者による管理レシーバーの選任が禁止されるとともに、倒産手續の一種である会社管理の手續が見直され、floating charge 権者や会社・取締役等が管理人を選任するだけで自動的に会社管理を開始することができる裁判外の会社管理が導入され、以後、floating charge 権者も管理レシーバーを通じてではなく、会社管理手續を利用することによってその債権の回収を図ることとなった。なお、管理人は、floating charge 権者によって選任された場合でも、管理人は全ての債権者に対する義務を負い、floating charge 権者の利益だけを図ることはできなくなった<sup>24</sup>。

### (3) フランス

フランスにおいては、2006 年に担保法の大幅な改正が行われた。その際、UCC 第 9 編も参照されたが、その単一・包括担保モデルは採用されなかった<sup>25</sup>。この改正により、動産担保制度として、民法上の占有質及び非占有質、商法上の在庫質権が創設されている。

営業のための財産の集合体を目的とする担保として、営業財産質がある。営業財産は多様な構成要素から成る事実上の集合体であるなどと考えられており、その構成要素としては、「標識、商号、賃借権、顧客、のれん、営業用動産、当該営業に供される設備品・用具、特許権、免許、商標、意匠、その他知的財産権一般」が挙げられている（限定列挙）。営業財産質の目的財産には設備のような有体物を含むことがあるものの、中心となるのは商号、賃借権、顧客といった無形の財産である<sup>26</sup>。これらの中には当然に効力が及ぶもの（商号、賃借権、顧客）と、合意によって効力が及ぶもの（のれん、営業用動産、当該営業に供される設備品・用具、特許権、免許、商標、意匠、その他知的財産権一般）に分類され、商品、不動産、債権は営業財産質の目的財産とはならない。このように対象財産が限定されているため、営業財産質は、営業活動を継続するためのあらゆる財産を含む組織体を対象とした担保とはいえないとされる。また、将来形成される営業財産

<sup>22</sup> 道垣内・イングランド浮動担保における個々の財産に対する担保権者の権利 523 頁

<sup>23</sup> 高田・イギリス担保法制の概要 461 頁、中島・イギリスの Receivership とそれを支える諸制度 33 頁

<sup>24</sup> 中島・イギリスの Receivership とそれを支える諸制度 35 頁

<sup>25</sup> 大澤ほか・フランス物的担保法制・倒産法制の概観 157 頁

<sup>26</sup> 藤澤・岐路に立つ日本の動産担保法制 14 頁

に対して営業財産質を設定することは認められていない<sup>27</sup>。

(4) ベルギー<sup>28</sup>

2013 年の動産担保法改正により、質権について新たな規定が設けられた。設定者から質権者への占有移転を伴う質権も残されているが、設定者からの占有移転を伴わない質権を原則とし、その第三者に対する対抗要件は質権登録簿への登録である。質権は、有体物でも無体物でも、将来の財を対象とすることができ、既存及び将来の財の集合、さらには事実上の包括体、法的な包括体についても目的とすることができる。これは UNCITRAL の立法ガイドの勧告から直接の影響を受けたものであるとされる。

(5) UNCITRAL モデル法<sup>29</sup>

UNCITRAL モデル法は、動産（不動産以外の有体又は無体の財産をいう。）を目的とする担保取引、合意による真正の金銭債権譲渡に適用されるが、知的財産権、間接保有証券等を目的とする担保権には適用されない<sup>30</sup>。

担保権の設定契約において、将来財産に担保権を設定することを定めることができる（第 6 条第 2 項）。担保権は、あらゆる種類の財産、一定の品目の動産、設定者の全ての動産等を目的とすることができ（第 8 条）、担保目的物は合理的に特定できる方法で担保合意（security agreement）に記載しなければならないが、「設定者の全ての動産」「設定者の動産のうち一定の品目（generic category）に属するもの全て」という記載は、担保権の目的物を合理的に特定できる方法であるとされる（第 9 条）。担保目的物上の担保権は、その特定可能なプロシーズに及ぶとされ（第 10 条）、プロシーズとは、担保目的物に関して受け取るすべてのものをいい、担保目的物の売却その他の譲渡、賃貸、ライセンス又は支払の受領によって受け取るもの、法定果実及び天然果実、保険金、担保目的物の欠陥、損傷又は滅失から生じる請求権並びにプロシーズのプロシーズを含むと定義されている（第 2 条(bb)）<sup>31</sup>。

モデル登記関連規定第 8 条は、UCC § 9-502 と同様に、設定者及び担保権者又はその代理人が記載されていなければならないとするが、担保目的物については、「設定者の動産の全て」「一定の品目に属する設定者の動産の全て」と記載することが認められている（モデル登記関連規定第 11 条）<sup>32</sup>。

(6) 欧州復興開発銀行（EBRD）模範担保法<sup>33</sup>

EBRD 模範担保法は、動産質、権利質、抵当権などの担保類型の伝統的な区別を一つの権利に統合し、あらゆるタイプの物及び権利に関する担保のための単一の形態の担保権を設けている。担保の目的財産は、個別的又は包括的に特定することができ（5.5）、設定時に設定者に帰属していない物又は権利でもよく、担保権の存在する間に変化する

<sup>27</sup> 原・担保目的の信託 205 頁以下

<sup>28</sup> ヴァン＝デン＝オート（片山訳）・ベルギーにおける 2013 年動産担保法改正 48 頁以下、各国担保法制調査報告書 66 頁〔高秀成〕

<sup>29</sup> 曾野＝山中・対訳

<sup>30</sup> 曾野＝山中・対訳(1)102 頁以下

<sup>31</sup> 曾野＝山中・対訳(1)113 頁～115 頁

<sup>32</sup> 曾野＝山中・対訳(1)128 頁～130 頁

<sup>33</sup> 佐藤＝赤羽＝道垣内・EBRD 模範担保法の紹介と解説

ものでもよいとされている（5.8、5.9）。また、継続企業として操業できる企業で使用されている全ての物及び権利（5.6.1）、ある企業の物及び権利で、その取得者がこれを継続企業として操業するためには譲り受ける必要のある部分（5.6.2）を担保の目的とすることができ、これらが担保の目的である場合には、企業担保権として登録することができる（5.6）。

## 6 事業担保制度導入の効果及び活用が期待される場面

包括的な担保制度については、（具体的な制度設計にもよるが、）従来の担保法制にはなかった新たな制度であり、実務にも大きな影響を与えると考えられるから、これを導入することにより、具体的にどのような分野でどのような効果を期待することができるかを検討する必要がある。

事業担保制度のようなメリットと指摘されるもの<sup>34</sup>として、まず、設定者の継続企業価値を保全することができることが挙げられる。設定者が債務を弁済することができない場合でも、その有する財産の継続企業価値が個別財産の処分価値の合計を上回ることはあり、このような場合に、担保権の実行として事業自体を売却することができれば、非効率な清算が避けられ、企業の継続企業価値を維持することができるとされる。また、融資者が事業担保権者になれば、設定差の継続事業価値から優先弁済を受けることができるほか、設定者の成長によって生ずる追加の融資機会の享受を期待することもできるから、融資者が設定者の企業価値を高める行動をとるように動機づけることが可能になるということが挙げられる。第3に、我が国では経営の悪化した企業が早期に法的整理を試みないため法的整理に入ったときには既に企業価値が大きく毀損してしまっているという問題があるが、事業担保権者は、継続企業価値を維持しながら担保権を実行することができるため、担保権の実行を示唆して債務者に事業再建を図るように促すことができることが挙げられる。第4に、以上の3つの点から事業担保権の設定により債務者企業の価値が高まる結果、事業担保がないときは融資を受けられなかった債務者が融資を受けることが可能になったり、融資条件が改善する可能性があることが挙げられる。

そして、このような事業担保権が効果を発揮することが想定される場面として、複数の銀行に対するアンケート調査の結果によれば、企業の成長局面においては、プロジェクト・ファイナンス、従来の融資実務における担保となり得る個別資産を持たない事業者やベンチャー企業へのファイナンス、事業の再生局面においては、第二会社方式における新会社へのファイナンス、エグジットファイナンスなどが挙げられている。また、事業承継のファイナンスにおいても活用することができるとの指摘がある<sup>35</sup>。

## 7 事業担保制度に対する批判

事業担保制度に対しては、次のような問題点の指摘がある。

- (1) まず、いわゆる過剰担保の問題が指摘され得る。担保の過剰性として議論される問題にはいくつかの類型があり、①被担保債権額、②担保目的財産の価値、③債務者資産の

<sup>34</sup> 田中・事業担保権に関する一考察 18 頁以下

<sup>35</sup> 委員等提出資料 9－1、8 頁

総価値のうちいずれか2つの間での不均衡が問題となるとされ<sup>36</sup>、担保の過剰性がなぜ問題であるのかは、上記のいずれの間に不均衡があるかによって異なる。

②担保目的財産の価値が①被担保債権額を大きく上回る場合<sup>37</sup>でも、担保権者が清算義務を負うと解すれば、担保権者が不当に利益を得るという問題は生じない。もっとも、  
5 実行前の段階で、担保目的財産（事業用財産の全体）に担保としての余力があるにもかかわらず、担保の効力が全体に及んでいるため、この担保としての価値を有効に活用して他の債権者からの資金調達を得ることができないという問題が生じ得る。この不均衡は、包括担保においてのみ生ずる問題ではないが、包括担保における担保目的財産の価値は大きくなりがちであり、（制度設計にもよるが）被担保債権の額に合わせて目的財産  
10 の範囲を限定することができないため、包括担保以外の担保に比べ、この不均衡が生ずる蓋然性が高いといえる。この不均衡についての対処方法の一つとしては、後順位の担保権設定を認めることが考えられるが、これによる場合、後順位の担保権者にとっての予測可能性の確保や権利内容をどのように考えるかが更に問題となる。前者については被担保債権額や根保証の場合の極度額を公示することが考えられるが、後順位担保権者の権利が弱ければ（実行権限が制約されるなど）担保としての余力を効率的に活用することは困難になり、他方でこれを強めると、第1順位の担保権者の利益が害されるという問題が生じ得る。後順位担保権の設定以外の対処方法としては、既存の担保権者以外に融資をしようとする者によるリファイナンスが考えられる<sup>38</sup>。このようリファイナンスが適切に機能するかどうか、仮に阻害する要因があるとするとなどのような要因によるものであるか、その阻害要因に対する対応策が考えられないかを検討する必要がある。  
20 なお、この不均衡は、担保価値に比して融資額が少ないことを問題としているが、重要なのは、事業に必要な資金が供給されるかどうかである、という指摘もある<sup>39</sup>。

②担保目的財産の価値が③債務者資産の総価値の大部分を占めることも、担保の過剰性が問題とされる一場面である。このような不均衡がある場合の問題としては、まず、  
25 担保権者による債務者に対する支配が強すぎることにになりかねないという問題が指摘される<sup>40</sup>。制度が悪用されて企業の乗っ取りに使われるおそれがあるとの指摘もある<sup>41</sup>。他方、こうした指摘がどのような場面で実際に生ずるのかについては、更に検討が必要である<sup>42</sup>。仮に一定の悪質な債権者が事業担保権を取得した場合に問題となるのであれば、担保権者の範囲を制限するという対応策が考えられる（後記2参照）。このほか、担保権  
30 者の範囲にかかわらず、担保権者が担保の目的物を債務者が有効に利用しようとするこ

<sup>36</sup> 森田修・ABL—比較法の問題系列 14 頁

<sup>37</sup> 担保の機能再論 44 頁、中企庁・提案 21 頁が指摘する過剰担保は、この意味での過剰担保と考えられる。

<sup>38</sup> 担保の機能再論 43 頁、中企庁・提案 22 頁

<sup>39</sup> 金融庁・論点整理(2.0)19 頁

<sup>40</sup> 担保の機能再論 44 頁

<sup>41</sup> 中企庁・提案 22 頁

<sup>42</sup> 現在でも、例えばプロジェクト・ファイナンスのように、全資産を担保にとる実務が行われている場面があるが、このようなケースにおいては、債権者による支配が強すぎるという指摘が一般的にされているわけではない。

とを阻害するような不当な干渉をしたり、債務者の経営に過剰に介入した場合には、担保権者に一定の責任が発生するとの解釈をすることによってこの懸念を解消するという考え方も示されている<sup>43</sup>。

また、②担保目的財産の価値が③債務者資産の総価値の大部分を占めるという過剰性  
5 による問題としては、債務者の財産が広範に担保権者に把握される結果、債務者が財産  
を処分する機会が限定され、債務者の財産処分の自由を不当に害するという点も指摘さ  
れている<sup>44</sup>。この点については、少なくとも、実行前の時点において一定の範囲内で財産  
の処分を設定者に許容することが必要になる（後記第3、2参照）。

②担保目的財産の価値が③債務者資産の総価値の大部分を占めることによる問題とし  
10 ては、更に、債務者の一般債権者に対する弁済の原資がなくなるという問題が指摘され  
る。特に、労働債権や不法行為債権の保護が重要な問題となる。これらの債権について  
は、債権者があらかじめ担保権の設定を受けておくことが難しく、事業者の財産につ  
いて包括的に担保権を取得した担保権者に常に劣後することが妥当であるかが問題になる。  
このような一般債権者の保護を重視すれば、事業担保権の設定者が破綻した場合には担  
15 保の優先権の範囲を縮減することが必要になるとも考えられる<sup>45</sup>。この点については後  
記第3、1において更に検討する。

- (2) 事業価値を包括的に担保権者が担保の目的として把握することに対しては、事業価値  
の形成と保全は、経営組織と取引先、金融機関が一体となっていて行われているにもかかわ  
らず、事業担保が設定されるとその全てが事業担保権者への弁済に充てられることにな  
20 るが、これを正当化することは困難であるとの指摘もある。その理由として、事業担保  
権の実行により採算性のよい事業部門のみが譲渡されると、一般債権者は残された採算  
性の悪い事業部門からしか弁済を受けることができないこと、事業担保権が実行される  
ときは債務者は債務不履行に陥っているため、本来の事業価値を維持したままの事業譲  
25 渡は容易ではなく、譲渡の対価が高価なものになることによって一般債権者が利益を受  
けるともいえないこと、優良部門の取引債権者や労働債権者は既発生の債権も含めて事  
業の譲受人に引き取られるが、それ以外の取引債権者は労働債権者との間で不均衡が生  
ずることなどが挙げられている<sup>46</sup>。このような問題点への対応としては、優良部門以外  
の取引債権者や労働債権者等の債権も含め、事業価値の維持や増加に寄与すると考えら  
30 れる一定の債権に対して優先的に弁済する枠組みを設けること（後記第3、1）や、一  
部の事業のみに対する担保権の設定や実行を制限すること<sup>47</sup>が必要になると考えられる。
- (3) 事業担保制度を設けた場合、被担保債権について債務不履行があった時点ではその事  
業価値が既に毀損されていることもあり得るため、事業担保権者が十分な回収を図るた

<sup>43</sup> 担保の機能再論 45 頁

<sup>44</sup> 沖野・取引上のリスクと担保 165 頁、担保の機能再論 45 頁、藤澤・岐路に立つ日本の動産担保法制 14 頁

<sup>45</sup> これに対し、効率性の観点から、このような特別の制約を設けることは適切ではないとするものとし  
て、田中亘・事業担保に関する一考察 26 頁

<sup>46</sup> 伊藤眞・事業価値担保は事業再生を促進するか 6 頁以下

<sup>47</sup> 金融庁・論点整理(2.0)44 頁

めには、担保権の目的である事業の価値が大きく低下する前に担保権を実行することが必要となる。そこで、期限の利益喪失事由（事業計画の未達等）を定めるというインセンティブが生じるとも考えられる。そうすると、設定者の事業に相当のキャッシュ・フローが出ている状況であっても、期限の利益喪失事由に該当する事象が生じた場合には担保権が実行され得ることになるが、これに対しては経営陣の理解が得られるかが課題であるとの指摘<sup>48</sup>も見られる。

## 2 事業担保権を利用することができる者の範囲

事業担保権者となり得る者及びその設定者となり得る者の範囲や資格について、どのように考えるか。

（説明）

### 1 担保権者

事業担保権は、目的財産の範囲が広範であり、前記1の（説明）7に記載したように過剰担保や悪用の危険も考えられるため、事業担保権を利用することができる担保権者及び設定者を弊害が生じないと考えられる範囲に限定することが検討課題となる。

まず、担保権者の範囲については、不当な目的で担保権の設定を受けて設定者の経営権を不当に奪ったり、広範な担保権を有していることを背景として不当に設定者の経営に介入したりするおそれのない者に限定することが考えられる。金融庁・論点整理(2.0)では、そのような方法として、業態等の外形によって制限を付す方向性と、登録制度等を設けて適格性を満たした業者のみが担保権者になり得るという方向性が示されている<sup>49</sup>。

担保権者となり得る者を限定した場合、被担保債権が譲渡されても譲受人が担保権者の適格性を有しないときは随伴性は否定されるのか（その場合、担保権者が被担保債権を譲渡したくてもその阻害要因となるおそれはないか）、債務者以外の者が弁済しても弁済者が担保権者の適格性を有しないときは弁済による代位が否定されるのか（このような多額の被担保債権の弁済を行い得る者は限定されており、そのような者には事業担保権者としての適格を与えることも考えられる。）、担保権者に包括承継が生じた場合に担保権者としての適格性を失う可能性はないかなどの問題があり得る。

### 2 設定者

設定者については、まず、個人による設定を認めるかどうかの問題になり得る。事業者以外の個人は事業担保権の趣旨からして除外すべきであると考えられ、個人事業者を設定者とするかどうかの問題になる。個人事業者についても、事業のために用いる財産に目的財産を限定した上で事業担保権の設定を認めるという考え方もあり得るが、個人事業者の場合には事業のために用いる財産とそれ以外の財産を区別することが困難である場合も多いと考えられる。このことからすると、個人事業者についても事業担保権の設定を否定するのが適当であると思われるが、どのように考えるか。

<sup>48</sup> 志甫・金融庁研究会における議論と実務上の論点 182 頁、伊藤・事業価値担保は事業再生を促進するか 11 頁

<sup>49</sup> 金融庁・論点整理(2.0)54 頁

次に、法人についても、何らかの限定を付する必要があるかが問題となる。事業のための財産を包括的に担保の目的とする強力な担保制度は現存せず、これまでの金融実務にも影響が大きいと考えられるため、必要性が高く、弊害が小さいと考えられる場面に限定することが考えられる。

例えば、事業担保権の制度設計にもよるが、目的財産の範囲が広範で、かつ強力なものになるとすると、担保権者と設定者間の間で担保権者の発言力が強くなりすぎ、弊害が大きくなると考えられるため、一定の基準を設けて中小企業等を除外することも考えられる<sup>50</sup>。もっとも、設定者の規模のみで利用の有無を区分すると、事業担保権が有効な場面での活用を阻害するおそれもある（例えば、金融庁が提案する事業成長担保権の活用場面としては、設定者の規模がそれほど大きくない場面がむしろ中心であると考えられる。）。

また、企業法制研究会報告書は、全資産が担保対象となる制度の創設を提案するに当たり、何らかの方法で主体を限定することとし、その具体的な方法として資産の流動化に関する法律上の特定目的会社に限定する方法や、何らかの認定機関によって認定を行った主体に限るという方法を指摘している<sup>51</sup>。特定目的会社に限定することは、これらが利用される流動化・証券化やプロジェクト・ファイナンスで特に全資産担保が必要かつ有効であることを踏まえたものであると考えられるが、これらの金融手法において常に特定目的会社が用いられるわけではないため、設定者の範囲を限定しすぎるのではないかとも思われる。また、認定機関を用いることについては、明確で公平な認定基準を設けることができるか、どのような機関を認定機関とするかなどの問題が生ずる。

### 3 事業担保権の対象となる財産の範囲

事業担保権の目的物の範囲については、①設定者が複数の事業を行っている場合に事業単位で設定することができるものとするか、②ある事業のために一体として利用される財産のうち担保権の目的とするものを当事者が選択することができるものとするか、③事業担保権の目的財産となるものに限定を付するかなどが問題になり得るが、どのように考えるか。

（説明）

#### 1 一部の事業のみを目的とする担保設定の可否

設定者の財産を最も包括的に担保化しようとするれば、その方法としては、企業担保法第1条と同様に、設定者の総財産を対象とするのが簡明である。

これに対して、設定者が複数の事業を展開している場合には、設定者が営む一部の事業のために利用されている財産のみを対象として、事業担保権を設定することもできるものとすべきかどうか、検討課題となり得る<sup>52</sup>。

<sup>50</sup> 企業担保法の導入が検討されていた当時も、中小企業の代表者から、一般の中小企業にまで適用することは悪徳債権者に牛耳られるおそれがあるとの意見を述べていたとされる（執行・企業担保権の内容・効力 25・26 頁）。

<sup>51</sup> 企業法制研究会報告書 57 頁（別冊 NBL86 号 242 頁）

<sup>52</sup> 担保法制研究会報告書 53 頁（別冊 NBL86 号 238 頁）は、現在の企業担保法の問題点として、企業の一部の事業を対象とすることができないことを挙げている。

設定者が複数の事業を営んでいる場合、ある財産がいずれの事業に利用されているかが明確でなかったり、いずれの事業のためにも利用されていることもあるため、担保権の目的となる事業のための財産とそれ以外の事業のための財産を区分することには困難が伴う。例えば、いわゆる間接部門において用いられている備品や機械類などはいずれの事業のためにも利用されているといえるし、契約上の地位を含めて事業担保権の目的とすることができるものとした場合、例えば労働者に対する使用者の地位がいずれの事業に属するかを決定することは困難なことが多い<sup>53</sup>。

したがって、担保権の目的財産を例えば「A事業を構成する財産全部」などと特定するだけでは十分ではなく、一部の事業のための財産を目的財産として事業担保権を設定することができるものとするのであれば、担保権の及ぶ財産の範囲を明確に特定しておく必要がある。しかし、そのための事務が煩雑になる<sup>54</sup>など、財団抵当制度について指摘されていた弊害が妥当するおそれもある。また、担保権の及ぶ財産の範囲の定め方次第では、事業のために一体として用いられる財産の一部に担保権が及ばないこととなり、担保権の目的財産のみでは事業を継続することができなくなるおそれがある。このため、収益執行型の実行方法を導入した場合に、設定者と協力して事業を円滑に継続することができるかという問題や、収益の充当関係が複雑になるという問題が生ずるおそれがある。

## 2 当事者による任意の選択の可否

事業のために有機的に結合した財産の集合全体を担保化するという性質は後退するが、当事者が担保の目的財産を任意に選択することができるという制度設計も考えられる。現行法においては、不動産財団（この類型の財団に属するのは、工場財団、鉱業財団、漁業財団、港湾運送事業財団、道路交通事業財団<sup>55</sup>、観光施設財団の6種類である。）の組成物件は、設定者が選択することができる。例えば、工場財団抵当は、工場に属する土地及び工作物、機械などの物的設備、地上権、賃借権、工場所有権などの全部又は一部から組成される（工場抵当法第11条）。これと同様に、さまざまな財産権の集合体をまとめて担保権の目的とすることができるが、何をもってその集合体を構成するかは、当事者の判断に委ねるという考え方である。

このような選択を可能とすれば、当事者のニーズに合わせた柔軟な集合体の組成が可能になり、過剰担保の問題が生じにくくなるともいえる。他方、この考え方については、一部事業を対象とする事業担保権の設定を認める考え方に対する問題点（目的財産を特定する事務のコスト、収益型の執行が円滑に行えるかという問題）が同様に当てはまる。また、

<sup>53</sup> 金融庁・論点整理(2.0)45頁は、一部の事業のみを対象とする事業担保権を設定することの難点を指摘する。また、志甫・金融庁研究会における議論と実務上の論点189頁も参照。

<sup>54</sup> 現行の工場抵当法について、判例（最判昭和32年12月27日民集11巻14号2524頁）は、機械器具類は具体的に同条各号に掲げる事項を具体的に記載しなければならず、機械器具を「建物内にある機械器具その他工具一切」という概括的な記載に含めることはできないとしている。事業担保権の目的物を特定するコストを低減するためには、例えば動産を財団の組成物件とする場合には、所在場所を特定した上でその場所に所在する機械類一切、什器備品一切などと記載することで足りるとすることが考えられる。

<sup>55</sup> ただし、道路交通事業財団では財団組成要素は全て当然に財団に属することとされ、財団設定後に新たに当該事業に属するようになったものも当然に財団に包含されるなど物財団に近い性質を有し、当事者が目的物の範囲を任意に選択することができない。

事業のために一体として用いられる財産の全部が担保の目的になるとは限らないため、組成の在り方によっては、事業を継続する財産が解体されてしまうという問題も生じ得る（もっとも、これについては、当事者による適切な組成に委ねれば足りるという反論が考えられるかもしれない。）。

5 3 一部の財産権を除外することの可否

一部の事業のみの対象とする事業担保権の設定、当事者による組成物件の選択の可否についてどのような立場を採るとしても、ある種の財産権を事業担保権の目的から除外するかどうかが問題となる。具体的には、次のようなものが問題となる。

(1) 不動産

10 不動産については、事業担保権からの除外を検討すべきであるとの考え方がある<sup>56</sup>。その理由として、事業担保権の設定後に新たに設定者に融資しようとする者のために不動産の担保価値を活用できるようにしておく必要があること、不動産登記制度との関係を整理する必要性が生ずることなどが挙げられている。他方、これを除外せず、事業担保権の目的とすべきであるという立場からは、不動産が事業を構成する不可欠の要素とな

15 っていることなどが挙げられている。これに対し、不動産を事業担保権の目的から除外すると、不動産が事業の維持に必要な場合でも事業担保権の実行によって設定者の財産を事業として売却することができなくなり、継続的企業価値を保全するという事業担保制度の趣旨が損なわれることなどを理由として、不動産を事業担保権の目的から除外すべきでないという考え方も主張されている<sup>57</sup>。

20 不動産が事業を構成する不可欠の要素であることも多いから、不動産も事業担保権の目的財産に含まれ得るという考え方が簡明であるが、不動産に関する権利関係は、不動産登記制度によって公示されてきたこととの関係をどのように整理するかは問題になり得る（もっとも、この問題は不動産に固有のものではなく、登記登録制度があるその他の財産についても生じ得る）。事業担保権について何らかの登記制度を設けてその具備を対抗要件とし、特定の不動産について権利を有する第三者との関係では、当該権利に

25 関する不動産登記と事業担保権の登記の先後によって決めるという考え方があり得るが、不動産登記だけを確認した者にとっては、先行して登記された企業担保権が存在した場合には予測していなかった不利益を被る可能性がある。事業担保権が不動産（等の登記登録制度のある財産権）に設定されていることを第三者に対抗するためには、事業担保権の登記だけでなく、不動産（等の財産権）に関する登記（又は登録）を要するという

30 考え方もあり得るが、多数の登記登録を求められると事務の負担やコストが増大するようにも思われる（この点については、後記第2において再度検討する。）。

(2) 預貯金及び振替証券

35 預貯金及び振替証券については口座管理機関が関係するため、口座管理機関の負担を理由として、これを事業担保権の目的財産から除外すべきであるとの考え方がある<sup>58</sup>。これに対しては、設定者が預金口座に預金を預け入れたり払戻しを受けたりなどするた

<sup>56</sup>論点整理(2.0)12 頁

<sup>57</sup> 金融庁・論点整理(2.0)46 頁、田中・事業担保に関する一考察 24 頁以下

<sup>58</sup> 金融庁・論点整理(2.0)49 頁

びに担保価値が変動することになって合理性があるとは思えず、事業担保権の実行前は設定者に対して預金を払い戻すことなどは妨げられないとすれば、口座管理機関が対抗に困ることもないとして、これらを事業担保権の目的財産から除外する必要はないとの考え方<sup>59</sup>もある。

5 預貯金は設定者にとって最も重要な財産の一つであり、事業担保権の利用が想定される有力な場面の一つであるプロジェクト・ファイナンスを想定しても、これを担保権の目的から除外することは担保権の実効性を損なうものであると考えられるが、どのように考えるか。もっとも、仮に預貯金が事業担保権の目的財産に含まれ得るとしても、預金担保に関しては譲渡制限特約が付されており、これを悪意又は善意重過失の第三者に  
10 対して対抗することができるとされている（民法第 466 条の 5 第 1 項）ことから、基本的には口座を開設する金融機関の同意を得る必要が生ずると考えられる。

### (3) 事実上の企業利益

のれん、営業上の秘密、技術上の秘密などのような営業に伴う事実上の利益を事業担保権の目的とすることができかどうかとも問題になる。

15 企業担保権の目的である「総財産」（企業担保法第 1 条）にこれらの事実上の利益が含まれるかどうかについても見解が分かれているが、否定的に解する見解が多いとされる<sup>60</sup>。例えば、のれんについては、企業担保権の実行される状態に陥った会社ののれんに価値があるか疑問であること、のれんの利益の享受は債務者の協力なくして不可能であることなどから、のれんを担保の対象に含めても実効性を期待することができないとの指摘がある（ここでは、のれんを「商号や企業に特有の技能又は熟練や顧客間の名声」と理解することが前提となっている。）<sup>61</sup>。これに対し、一括競売の場合には会社の総財産を一体として評価しなければならない（企業担保法第 38 条第 2 項）ため、のれんのような事実上の利益も含まれた形で評価されるべきであるとの見解もある<sup>62</sup>。これらの見解がそれぞれ想定している「のれん」の内容にも留意が必要であるが、事実上の利益として議論されてきたもののうち、営業上の秘密、顧客リストなどの情報などのように、経済的な価値があり、他人に移転することができるような利益であれば、これを担保の目的とすることも検討に値するように思われる。もっとも、設定者が協力的でない場合に、担保権の実行に当たってこれらの利益の移転をどのように実現するかが問題になる。

### (4) 契約上の地位

30 契約上の地位についても第三者に移転することが可能であり、事業担保権が実行された場合に、これを譲り受けた者の下で継続的な企業価値が保全されるためには、事業の継続に必要な契約上の地位を担保の目的財産に含めることができるとすることが考えられる。もっとも、契約上の地位の移転の効力が生ずるには、譲受人及び譲渡人の合意だけでなく、契約の相手方の承諾が必要である（民法第 439 条の 2）から、このような契

<sup>59</sup> 田中・事業担保権に関する一考察 25 頁

<sup>60</sup> 新版注民(9)642 頁〔柚木馨＝小脇一海＝占部洋之〕

<sup>61</sup> 香川保一・企業担保法の逐条解説(1)14 頁。また、各種の財団抵当制度において、商号、得意先、のれんなどを組成物件とすることができないのも、権利の公示方法や執行方法等に問題があるからであるとされている（酒井・工場抵当法 104 頁）。

<sup>62</sup> 新版注民(9)642 頁〔柚木馨＝小脇一海＝占部洋之〕

約の相手方の利益の保護を図るには、実行に当たって第三者への移転に合意を要するなどすることが考えられる（契約の相手方の利益は、契約上の地位が具体的にどのような者に譲渡されるかによって大きく変わってくるため、実行の結果契約上の地位が誰に移転するのかがわからない設定時の段階で契約の相手方の承諾を得ることでは、不十分

5 であると考えられる。）。  
また、同様に契約上の地位であっても、労働者に対する使用者の地位については、労働者保護の観点からの考慮が必要になると考えられるが、どのように考えるか。

#### 4 事業担保制度と他の担保制度との関係

10 事業担保制度を設ける場合、企業担保法、各種の財団抵当制度との関係をどのように考えるか。また、集合動産や集合債権を目的とする譲渡担保権との関係をどのように考えるか。

(説明)

15 1 事業のために一体として利用されている担保権をその継続的な企業価値を維持しながら担保の目的とする方法として、現行法では各種の財団抵当制度や企業担保法がある。そこで、事業担保制度を設ける場合には、これらとの関係をどのように考えるか（これらの制度と併存する新しい規定として設けるか、これらのいずれかを改正することによって規定を設けるか）が問題になる。金融庁・論点整理(2.0)においても、①事業全体に対する担保権そのものを立法するアプローチのほか、②現行の財団抵当法、企業担保法を改正するア

20 プローチ、③個別財産を目的とした担保制度という現在の担保制度をベースにしつつ、現行法で不足している部分について個別に法改正を行うアプローチがあり得ると指摘されている<sup>63</sup>。  
いずれのアプローチを採るかは法制的な観点から検討する必要があるが、例えば、事業担保権の目的を設定者の総財産とし、企業担保法よりも被担保債権の範囲が広く、効力も強い担保権を設けるのであれば、現在の企業担保法と新しい事業担保権を併存させる必要はないと考えられる（可能性としては、企業担保法を改正するか、新法を制定した上で企業担保法を廃止することなどが考えられる。）。  
25

これに対し、事業担保権の目的を「総財産」に限るのではなく、継続的な企業価値の維持を目的としつつ、当事者が事業を構成する財産のうちのいずれに担保を設定するかを選択することができるようにすると、様々な可能性が考えられるが、その一つとしては、財団抵当制度の一種として制度を設けることもあり得る。その場合、財団を組成するという手法を用い、これに設定されるのは抵当権であるということになるから、その枠内での制度設計をすることとなり、その是非が問題になる。例えば、財団抵当という手法を用いる場合、  
30 収益型の執行をこの部分にだけ導入することは困難になる可能性がある。また、財団を組成する物件への個別担保権の設定はできないことや、登記制度の在り方などについても、既存の財団抵当制度との整合性に留意が必要である。特定の事業にかかわらず一般的に利用することができる財団抵当制度を設けるのであれば、これとの関係で他の財団抵当制度

<sup>63</sup> 金融庁・論点整理(2.0)42 頁

をどのように位置付けるかも検討する必要が生ずる。

財団抵当制度ではなく、集合物概念を拡大し、多様なものを含む集合財産を譲渡担保の目的とするというような考え方もあり得、その場合には企業担保とも財団抵当制度とも異なる譲渡担保の一種として考えることになる。この場合にも、設定されるのが譲渡担保権であることを踏まえた制度設計をすることになる。原則として譲渡担保権に関する規律が適用されることになるため、これと異なる扱いをするのであれば、その適用範囲をどのように規律するのか、どの点についてどのような特則を設けるのかを個別に検討する必要がある。

このように、立法の在り方としてどのようなアプローチを採るかは、どのような内容の事業担保権を設けるかによるため、これを踏まえて、法制的な観点からの検討が必要となる。

## 第2 事業担保権と他の担保権との優先関係

事業担保制度を設ける場合、事業担保権と他の約定担保権との優劣関係をどのような基準で決定すべきか。また、事業担保権と先取特権の優劣関係については、どのように考えるか。

(説明)

1 事業担保権の対抗要件としては登記が考えられる。登記事項としては、事業担保権の目的を設定者の総財産とするのであれば、担保権者、設定者、被担保債権額、事業担保権が設定されている旨などで足りる。これに対し、一部事業を構成する財産のみを目的とすることができるものとする場合や、事業を構成する財産の中から当事者が担保の目的財産を任意に選択することができるという制度にするのであれば、担保の目的財産を登記する必要がある。登記の在り方としては、現在の企業担保法と同様に商業登記簿に記録する方法や、新たな登記制度を設ける方法が考えられるが、この点については登記事項の内容なども考慮した上で検討する必要がある。

2 事業担保権と他の担保権との優劣関係についてどのように考えるか。

企業担保権は、その登記後に設定者が個別の財産に設定した担保権にも劣後することとされており（企業担保法第6条）、一般先取特権にも劣後するとされている（同法第7条第1項）。各種の財団抵当法においては、これを組成する物件について個別の担保権を設定することはできない。

事業担保制度が設定されている場合についても、その効力が及ぶ財産については、個別の担保権を設定することができないという考え方も示されている<sup>64</sup>。これは、事業担保権と個別の担保権が併存すると法律関係等が錯綜すること、あとから融資しようとする者は個別の財産に対する担保権ではなく、後順位の事業担保権の設定を受ければ足りることなどを理由とする。

このように、個別の財産権に対する担保権の設定が禁止されるのであれば、事業担保権と個別担保権の優劣という問題は生じにくい(特別の先取特権との間などに限定される。)

<sup>64</sup> 金融庁・論点整理(2.0)57頁

しかし、個別の財産権に対する担保権の設定をおよそ認めないという強い効力まで認めるのは困難であるとする、これと事業担保権との優劣関係をどのように考えるかが問題となる。この点については、約定担保権の間では対抗要件の先後によるということがまず考えられる<sup>65</sup>が、個別財産について登記登録制度がある場合、事業担保権の登記さえ先行しておけば、当該個別財産に関する登記や登録を得なくても優先することができるか、登記登録制度がある財産については、事業担保権の登記に加えてその財産に関する登記や登録を具備しておかなければ、当該財産については事業担保権の設定を受けていることを対抗することができないものとするかが問題となる<sup>66</sup>。個別の登記登録まで必要であるとする、事業担保権の設定を受けた場合、設定者が有する財産のうち登記登録があるものについてはすべて登記登録を受けておかなければ第三者に対抗することができないこととなり、そのコストが大きくなるという指摘が考えられる<sup>67</sup>。また、個別の財産の登記登録がされると、設定者がこれを事業の通常の過程で真正譲渡することが困難になることも考えられる。逆に、個別財産についての登記登録が不要であるとする、例えば不動産のみを担保として融資をする既存の金融実務に影響を与えるという指摘が考えられる（これに対しては、既存の金融においても法人登記等も確認しているから、それほど大きなコストの増加にならないとの指摘もある。また、登記登録制度のない財産（例えば動産）については、これについて個別の担保権を取得しようとする者は、担保権の登記を確認しなければその存在を知ることができない。事業担保権の登記後に質権を設定した場合にはその質権は事業担保権に劣後する、登記登録のある財産についてのみ、個別の登記登録を要するという考え方を採らなければならない必然性はないようにも思われる。）。  
5  
10  
15  
20

以上の点についてどのように考えるか。

### 3 先取特権との関係

企業担保権は、一般の先取特権にも劣後するものとされている。したがって、企業担保権は、一般債権者に先立って優先弁済を受けることができるのみであり、このように効力が弱いものととどめられていることがその利用が乏しい理由の一つとされている。そこで、事業担保権の効力をより強いものとする観点からは、質権と同様に、民法第 330 条第 1 項第 1 号の特別の先取特権と同じ効力を有するものとするのが考えられる。特別の先取特権は一般の先取特権に優先するため（民法第 329 条第 2 項）、この考え方に従えば、事業担保権が一般先取特権や民法第 330 条の定める第 2 順位以下の特別の先取特権に優先することになる。以上の点について、どのように考えるか。  
25  
30

## 第 3 事業担保権の効力

### 1 事業担保権の優先弁済権の範囲（一般債権者に対する優先の範囲）

事業担保権の優先弁済的効力を制限し、一般債権者が有する債権のうち一定の範囲のも

<sup>65</sup> 動産や債権について担保ファイリング制度を設けた場合にどのように考えるかという問題はあるが、さしあたりは、対抗要件の先後によるという考え方を前提とする。

<sup>66</sup> この点については、仮に財団抵当制度を改善するという手法による場合、財団を組成する個別財産の不動産登記は閉鎖されるため、問題にならないと思われる。

<sup>67</sup> 個別担保権に優先したい重要なものについてのみ登記を備え、それ以外の財産については設定者との債権的な合意によって担保の設定を禁ずるというような対応も考えられる。

のは事業担保権の被担保債権に優先して配当を受けられることにすべきであるとの考え方があるが、どのように考えるか。また、仮にこのような考え方を採る場合、事業担保権の被担保債権に先立って弁済を受けられる一般債権として、どのようなものを規定する必要があるか。

5

(説明)

1 事業担保権が設定されると設定者の財産は広く担保権者に把握されてしまうため、他の一般債権者が弁済を受けるための引当てとなる財産がなくなり、一般債権者が害されるおそれがある。そこで、事業担保権の優先弁済的効力を一定の範囲で制約するなどし、その範囲でその他の債権者を優先させることが考えられる。この点について、金融庁・論点整理(2.0)は、商取引債権等、事業の維持継続や成長に不可欠な債権者は事業担保権の被担保債権よりも優先することを提案し、具体的にどの債権を優先させるかについて、①裁判所、  
10 実行手続の実施主体（管財人等）又は担保権者が個別に判断するという考え方、②先取特権が認められた債権については事業担保権の被担保債権に優先するという考え方、③先取特権の定め方とは無関係に政策的に優先する債権の範囲を定めるという考え方を示している<sup>68</sup>。

15

事業担保権が実行される前には、事業の経営は設定者に委ねられており、少なくとも事業のために必要な債務の随時弁済することが許容される（この点について何らかの制約を要するかは、後記2の（説明）4参照）と考えられるから、他の債権者の保護という問題は顕在化しない。事業担保権の優先弁済的効力を実体法上制約し、その被担保債権が一定の債権に劣後するとすれば、この優劣関係は、実行がされて換価代金等を配当する段階<sup>69</sup>でこの優劣関係が反映されることになる。

20

なお、具体的にどのような実行手続を規定するかは今後の検討課題であるが、以下では、おおむね、企業担保法における企業担保権の実行と同様、実行手続の主体として管財人が選任され、最終的には事業のために一体として活用される財産を売却してその代金が被担保債権その他の債権に配当されることになるが、実行から売却までには一定のタイムラグが生じるため、その間は管財人の下で事業が継続されるという手続を想定している。

25

## 2 実行後に発生した債権

30

35

実行が開始されると、担保目的財産の管理処分権は管財人に専属し、その事業も管財人の下で継続されることになる。管財人は事業の価値を維持するために必要な範囲で商品や原材料を仕入れたりすることが考えられるし、労働契約や賃貸借契約が継続することも想定される。これらは事業の価値を維持するために必要な負担であり、これらの支払が滞るために反対給付が受けられないとすると、事業を継続することもできない。このため、実行開始後の債権（例えば、実行開始後に管財人が締結した契約に基づく債務、賃料や労働債権については実行開始後の期間に対応する部分）については、事業担保権の弁済に先立ち、管財人が随時配当手続外で弁済することができるものとして差し支えないように思わ

<sup>68</sup> 金融庁・論点整理(2.0)63頁以下

<sup>69</sup> 金融庁・論点整理(2.0)63頁は、随時弁済も許されるとする。

れる<sup>70</sup>が、どのように考えるか。

### 3 実行前に発生した債務

(1) 実行前に発生した債務が実行開始時点でも未払のまま残っていた場合に（実行開始後に弁済期が到来する場合もある）、実行手続において、これらの債権を事業担保権の被担保債権に先立って随時弁済したり、これらの債権に対して被担保債権よりも優先して配当したりすることができるかが問題になる<sup>71</sup>。ここでは、実体法上事業担保権の優先弁済的効力を一定の債権に対する関係で制約するかどうかという問題と、管財人が実行手続において事業を継続するために実行前債権について随時弁済をすることができるかという問題が含まれているように思われる。

(2) まず、管財人が事業を継続するために配当手続外で随時弁済することができるかどうかについては、例えば、実行前債務が履行されなければ実行開始後に反対給付の履行を受けることができず、結果として事業の継続が不可能になるおそれが生ずるという場合などには、事業価値を維持するため、随時の弁済を認めることも考えられる<sup>72</sup>（同様の趣旨から、裁判所の許可により、倒産手続外での随時弁済を認めるものとして、民事再生法第 85 条第 5 項がある。）。仮にこのような考え方を採る場合、弁済の是非を誰に判断させるか（裁判所、管財人等の実施主体又は事業担保権者自身が考えられる。）が問題になる。

(3) 次に、事業担保権の優先弁済的効力を制約するかどうかについて検討する。

まず、この問題全般にかかわる問題として、事業担保権が設定された個別財産について個別の担保権の設定を認める（例えば、事業を構成する財産のうち特定の不動産について抵当権の設定を認める）とすると、一定の無担保債権が事業担保権に優先することとした場合、事業担保権の被担保債権、個別担保権の被担保債権、事業担保権に優先する無担保債権の三者の間で優劣関係の決定が困難になるのではないかという問題があり、この点についても検討が必要となる。

次に、一定の債権を優先する場合、一つの考え方として、事業担保権はその事業が継続的に生み出すフリーキャッシュフローを把握しようとするものであるという理解に基づき、事業担保権の被担保債権の弁済に充てられる原資はこれを生み出すために必要な費用を控除したものであり、金融債権を除く全ての商取引債権は事業担保権の被担保債権に優先するという考え方もあり得る<sup>73</sup>。しかし、他の債権が優先することとすれば、事業担保権の効力は弱いものとなり、事業担保権の設定を受けたことでかえって不利になることもあり得る（事業担保権の設定を受けていなければ他の債権を含めて按分で弁済されるのに、事業担保権の設定がされていると他の債権に優先的に弁済されるため）こ

<sup>70</sup> 設定者が、事業価値の維持と無関係な不当な継続的契約（内容の伴わない継続的役務提供契約を締結し、継続的に多額の対価を支払うなど）を締結しており、管財人がこれを解除することができない場合に、実行開始後の期間に対応する債務の支払が事業担保権の被担保債権に優先するのは不当であるとも考えられる。しかし、その実質判断は困難な場合も多く、実務上の便宜からすると、実行後の債務については随時の弁済が許容されるところとも考えられるのではないか。

<sup>71</sup> 金融庁・論点整理(2.0)63 頁以下で議論されているのも、この問題であると考えられる。

<sup>72</sup> 田中亘・事業担保権に関する一考察 26 頁

<sup>73</sup> 金融庁・論点整理(2.0)66 頁の c-1 案はこれに近いと考えられる。

ととなつて不合理であるとの批判があり得る。また、金融債権と商取引債権とを区別することが困難な場合もあり、商取引債権を優先し、金融債権は事業担保権に劣後するというルールが実務上適用可能であるかどうかにも問題がある（金融債権と商取引債権を明確に区別することが可能であるとしても、例えば、借り入れた金銭で仕入れを行い、貸主に対する借入金の返還債務が残っている場合と、売主に対する仕入代金債務が残っている場合とを区別することに合理性があるか、検討を要する。）。

そこで、事業担保権に優先する債権を一定の範囲に限定し、事業価値の維持や向上に直接影響すると考えられる債権や、保護の必要性が高い一方で担保権を取得するなどしてその保全を図ることを債権者に期待することができない債権を個別に検討しておく必要があると思われる。そのようなものとして、労働債権（その期間を限定するかどうかという問題がある。）、不法行為債権などがあり得るが、どのように考えるか。

あらかじめどのような債権が事業担保権の被担保債権に優先するかを法定するのではなく、裁判所、管財人などの実行主体又は事業担保権者の判断により、優先する債権を決定するという考え方も示されている。もっとも、このような考え方による場合、どのような基準で優先する債権を決定するか、また、その判断主体が適切に判断するための資料をどのように収集するかなどの問題があり得る。また、事後的に特定の判断主体の判断による場合、どのような債権が優先することになるのかが事業担保権の設定の段階で明確になっていないため、（事業担保権者の許可にかからしめるのでない限り、）担保権者の予見可能性を害するという問題も指摘することができる。

(4) 債権ごとにそれが事業担保権の被担保債権に優先するかどうかを決めるのではなく、事業担保権の目的財産のうち一定割合を一般債権者のための責任財産として残しておくという考え方もあり得る（一般債権者のために残された部分をどのように割り付けるかは、実体法上の優先劣後関係による。）。しかし、このような考え方を採る場合、その具体的な割合をどのように決定するかが問題となり得る。

(5) 以上に対し、特定の債権を優先させる必要はないとの見解も主張されている<sup>74</sup>。一定の要件を満たす商取引債権等について当然に事業担保に優先するものとすることは、事業担保の優先弁済的効力を弱体化させることになり、他のより非効率な担保権の利用を促してしまうおそれもあるとして、適切でないとする。この立場からは、一定の無担保債券の権利者（商取引債権者のほか、労働者など）について現行法が認める以上の保護を与える必要性が仮にあるとしても、事業担保の有無にかかわらずそれらの者の権利を強化する方法によるべきであるとする考え方が示されている。

## 2 事業担保権設定者の処分権限

事業担保権設定者が事業担保権の効力が及ぶ財産を処分することができるか、その処分権に何らかの制約を課するかについて、どのように考えるか。

（説明）

### 1 設定者の処分権限

<sup>74</sup> 田中亘・事業担保に関する一考察 26 頁

事業担保権は事業を継続することによって生じる収益を担保に取ろうとするものであるが、事業を継続して収益を上げるためには担保権の効力が及ぶ在庫を処分したり、既存の設備等を入れ替えたりすることなどが必要になる。したがって、事業のための財産を包括的に担保の目的とする事業担保権においては、設定者が一定の範囲で担保権の及ぶ財産の処分権を有しているものとする必要がある。もともと、設定者が担保権者を害するような処分を行った場合に事業担保権者に何らの権利も認められないとすると、事業担保権者が害されるおそれがある。そこで、事業担保権者がどのような範囲で処分権を有するか、設定者による処分によって事業担保権者が害されるおそれがある場合の法律関係（権限の範囲を超える処分の効力の有無、担保権者による対抗措置の有無及び内容）が問題になる。考えられる可能性としては、集合動産譲渡担保の設定者に通常の営業の範囲内で処分権が認められるのと同様に、事業担保権の実行開始前の設定者について一定の処分権限を認めつつ、何らかの制限を設けること、あるいは、企業担保権のように実行開始まではその目的となる会社の総財産は浮動していることを前提として、設定者のその総財産に関する処分権限等は何らの制限も受けないこととするなどがあり得る。

## 2 処分権限を制約する考え方

設定者の処分等の権限に何らかの制限を設けることとした場合には、どのような制限を設けるかが問題になる。設定者が事業を継続していく過程で担保権の効力が及ぶ財産権の入れ替わりが予定されているという点では、事業担保権と集合動産譲渡担保とで変わるところはないから、事業担保権の設定者に認められる処分権の範囲を画する基準も集合動産譲渡担保と同じく「通常の営業の範囲内」などとするのが考えられる<sup>75</sup>。例えば在庫の処分や什器備品の老朽化に伴う入れ替えなどについては、事業担保権の設定者の処分権限をこのような範囲で画することには合理性があるように思われる。しかし、設定者が有する財産権全部に担保権の効力が及んでいる事業担保権においては、集合動産譲渡担保と比べ、設定者が担保の目的財産について行う処分には多様なものがある。例えば、採算の取れない店舗を閉店してその不動産等を売却することなども考えられる。このような処分も含めて設定者の経営判断について裁量が認められるとすると、「通常の営業の範囲内」という基準が適切であるかどうかには疑問も生じ得る。

設定者の処分権限の範囲に制限を付する場合には、その範囲を超えた処分の効力が更に問題になる。この点については、集合動産譲渡担保においても生ずる問題であり（集合動産譲渡担保の目的物が通常の営業の範囲を超えて処分された場合については、この処分を無効とする考え方、担保権の負担付きで移転するという考え方などが議論された。）、これと整合的に考える必要がある。

## 3 処分権限を制約しない考え方

これに対し、事業担保権の実行が開始されるまでは、設定者の財産に対する処分権限には制約はなく、逸出した財産については事業担保権の効力は及ばないという考え方もあり

<sup>75</sup> 「通常の営業の範囲内」を更に具体化しようとするものとして、金融庁・論点整理(2.0)56 頁があり、通常の取引の交渉プロセスを経ていること、対価や条件が著しく不当でないこと、組織再編に相当する取引でないことなどが示されている。前二者は集合動産譲渡担保についても共通する考え方であると考えられる。

得る。現行の企業担保権は、その目的となる総財産が企業経営に伴って変動する結果、設定当時会社に属していた財産が会社に属しなくなったときはその原因いかんを問わず追求することができないとされている<sup>76</sup>。しかしながら、この場合には、設定者が目的物である総財産の価値を毀損する行動（例えば、事業の継続に不可欠な動産の譲渡）をとろうとしていても担保権者が何らの権限も有しないとすれば、事業担保権の実効性を確保することができないため、担保権者に何らかの対抗措置を採る権限を与えるべきではないかが問題となる。担保権の設定契約において被担保債権の失期事由を定めることによる対応が考えられるが、設定者の処分によって目的財産が逸出するという事態を直ちに防止することはできない。この点については、事業の継続に不可欠な財産に関しては、担保権者と設定者間で譲渡禁止の特約を結び、これを何らかの方法により公示することで、当該財産に関しては設定者の処分権限を制限するということも考えられるが、公示に関する制度設計も踏まえた検討を要する。

#### 4 被担保債務以外の債務の弁済

事業担保権においては、実行までは設定者が事業を継続することができ、その過程で担保権の効力が及ぶ財産を処分することが設定者に認められることはこの（説明）の1記載のとおりである。同様に、設定者が事業を継続するためには、被担保債務以外の債務を負担してこれを弁済すること（例えば、労働契約を締結して労働者に賃金を支払うこと、商品や原材料を仕入れてその代金を支払うこと）が必要となることがある。もっとも、設定者が担保権者の利益を害するような債務負担行為をし（贈与等によって設定者の財産を流出されるなど）、担保権者がこれに対して対抗手段を有しないとすると、担保権者の利益が害されるおそれが高い。そこで、設定者がどのような範囲で債務負担をし、負担した債務を弁済することができるのか、不当な債務負担行為や弁済に対してどのような対抗手段があるのかを検討する必要がある。これらの点についても、財産権の処分と同様に考えることになると思われる。

#### 3 一般債権者が差し押さえた場合の担保権者の保護

事業担保権が及ぶ財産について、設定者の一般債権者が差し押さえた場合に、事業担保権者が強制執行の不許を求めることができるものとすべきかについて、どのように考えるか。

（説明）

動産の譲渡担保権の目的物が設定者の一般債権者によって差し押さえられた場合は、譲渡担保権者は、特段の事情（一般債権者への配当に充てるべき剰余があること）がない限り、第三者異議の訴えを提起して一般債権者による強制執行の不許を求めることができるとするのが判例である。当部会における調査審議においても、これを踏まえて、第三者異

<sup>76</sup> 企業担保法案の成立過程では、担保権者と設定者間が一定範囲の財産について譲渡禁止の特約を結び、その特約に物権的効力を認めるという提案もされていたが、それらの特約について公示がされなければ取引の安全を害するとの理由から、採用されるに至らなかったとされている（執行・企業担保権の内容・効力 29 頁）。

議の訴えを認め、更に配当要求も可能とする（あるいは、配当要求のみを可能とする）という考え方が示されている。同様の問題が事業担保権についてもあり、事業担保権の目的である財産が設定者の一般債権者によって差し押さえられた場合に、事業担保権者が第三者異議の訴えを提起することができるのかなどが問題になる。

5 事業担保権は事業のために一体として利用される財産をまとめて担保の目的とし、その  
実行に当たっても財産が散逸することなくひとまとまりの財産として譲渡されるところに  
意義があるとする、財産が別々に処分されることを防止するため、個別財産の強制執行  
に対し、事業担保権者に第三者異議等の訴えを認めることも考えられる。もっとも、事業  
担保権を設定するだけで他の債権者の強制執行を排除することができる、不当に  
10 執行を妨害するための悪用をもたらすおそれもある。事業担保権の被担保債権は通常多額  
であることが多く、一般債権者が差し押さえても無剰余であると判断される場合が多いと  
考えられるから、一般債権者が差し押さえた場合の特別な規定を設けないとして大きな不  
都合は生じないとも考えられる。

15 もっとも、事業担保権の優先弁済的効力を制限し、事業担保権の登記がされた後に生じ  
た原因に基づく債権の一部が事業担保権の被担保債権に優先して配当を受けられること  
にする場合、この債権に基づく個別の財産の差押えを排除することはいずれにしても困難で  
あると考えられる。

#### 4 個人保証等の制限

20 事業担保権の被担保債権については、個人保証や、生活に必要な財産を目的とする物上  
保証をすることができないという考え方があるが、どのように考えるか。

(説明)

1 事業者に対する融資に当たっては、個別の資産の換価価値ではなく事業の収益力に着目  
25 してその可否や額を判断すべきであるという立場から、事業価値そのものに着目した担保  
制度である事業担保権が設定されている場合には、保証人の生活の破綻を招きかねない  
との問題が指摘されている個人保証を制限すべきであるとの考え方がある<sup>77</sup>。また、個人が  
その生活に必要な不動産・預金等を目的財産とする物上保証を受けることも、同様の理由  
から制限すべきであるとする。

30 これに対し、経営者保証は保証債務の圧力によって間接的に事業経営の適正さを確保す  
る機能を持つものであり、経営者の属人的要素によって支えられている中小企業経営のモ  
ニタリングのための補助的手段としての経営者保証の役割は、事業担保制度を導入しても  
大幅に減少するものではないという指摘もある<sup>78</sup>。そのため、粉飾決算等を停止条件とす  
る経営者保証については許容する考え方も示されている。

35 2 仮に、事業担保権の被担保債権については個人保証を制約することとする場合、保証と  
同様の機能を有する重疊的債務引受についてどのように扱うか、法人である保証人が弁済  
した場合の求償権を被担保債権とする個人保証も同様に制約するか、個人保証が先行し、

<sup>77</sup> 金融庁・論点整理(2.0)54 頁以下

<sup>78</sup> 伊藤眞・事業価値担保は事業再生を促進するか9 頁

その後事業担保権が設定された場合の個人保証の効力をどのように考えるかなどが検討課題になると考えられる。

#### 第4 事業担保権の実行

##### 1 事業担保権の実行方法

事業担保権の実行方法としては、目的財産を譲渡する方法によることが考えられるが、その実施主体、開始の要件や、事業担保権の効力が及ぶ個々の財産の移転方法等について、どのように考えるか。

(説明)

1 事業担保権と同様に、設定者の財産に広く効力を及ぼす担保制度として、企業担保法がある<sup>79</sup>。そこで、事業担保権の目的財産を設定者の総財産とするなど、その目的財産が不特定の多数の財産に及ぶものとするのであれば、その実行方法を検討するにあつて企業担保を参考にすることが考えられる。

企業担保法においては、裁判所が実行手続の開始決定と同時に会社の総財産を差し押さえ（同法第20条）、裁判所が管財人を選任することとされている（同法第21条）。管財人が選任されるのは、企業担保権の実行においては、会社の総財産の散逸を防ぎ、その調査をし、更に換価をするという職務が必要になり、これらの職務を行う者が必要であるからである<sup>80</sup>。管財人は企業担保権者の意見を聞いて管財人を選任され（企業担保法第30条第1項後段）、法人でも差し支えない（同条第2項）。会社の総財産を保全するため、会社の総財産の管理権は管財人に専属する（同法第32条第1項）。管財人は、設定者の財産の散逸、価値の低下を防ぎ、総財産の一体としての価値を維持するために必要な管理をしなければならず、例えば溶鉱炉の火を絶やさないために石炭を消費し、又はこれを買入れたり、発電を続行したり、半加工品を完成させたりすることもできると解されている<sup>81</sup>。また、管財人は、商品及び有価証券を売却したり（同条第2項）、会社の債権を直接取り立てたり（同条第3項）する権限を有する。商品及び有価証券には相場があり、時機を失することなく売却する必要がある上、企業の維持や会社の総財産の一体としての価値にはそれほど重要な意義を有しないので、管財人に売却の裁量を認めたものとされる<sup>82</sup>。また、債権の取立権限が認められたのは、債権は一体としての企業財産としての総財産に占める意義は少なく、債務者が有効に弁済できるようにし、また、管財人が速やかに取り立てられるようにすることが合理的だからであると説明されている<sup>83</sup>。債務の取立てが反対給付に係る場合、管財人の裁量により、反対給付を履行することができると解されている<sup>84</sup>。

<sup>79</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(8)13頁は、「…企業の破壊を防止し、その維持を図ることも企業担保権の制度の所期するところであるから、会社の総財産を一括して売却換価することが最も望ましいわけである。」とする。

<sup>80</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(5)17頁

<sup>81</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(7)17頁

<sup>82</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(7)17頁

<sup>83</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(7)18頁

<sup>84</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(7)18頁

換価の方法としては、管財人による一括競売又は任意売却が定められている（企業担保法第 37 条第 1 項）。一括競売によって移転する会社の総財産は、管財人が作成した財産明細表に記載された総財産を意味すると解されており<sup>85</sup>、財産明細表の記載事項は「会社の動産、不動産、債権その他の財産の表示」とされている（企業担保権実行手続規則第 10 条第 2 号）。会社の財産であっても、競落人は法令上その移転性が認められていないもの取得することはできず、その移転について主務官庁等の認可等を要するものとされているときは、その認可等を要することが競落の場合の売却条件になることから、その認可等がなければ競落人は当該財産を取得することができないと解されている<sup>86</sup>。一括競売においては、競落人は会社の営業に関する行政庁の許可、認可、免許その他の処分に基づく地位を承継することとされている（同法第 44 条第 2 項）。

任意売却の方法によることができるのは、特別担保を有する債権者等の申出があった場合において、裁判所の認可がされたときに限られる（同法第 45 条第 1 項）。

2 事業担保権においても、その目的財産を設定者の総財産とするなど、その範囲が設定契約において明確に特定されていない場合には、担保の目的財産にどのようなものが含まれているかが直ちに明らかにはならないこと、また、その財産の散逸を防止する必要があることなどの点では企業担保権と共通する面がある。また、財産を一体として換価するまでには一定のタイムラグが生ずるが、この間、継続的企業価値を維持しようとするれば、売却が完了するまで事業を継続する必要がある点でも企業担保法と共通する。そこで、事業担保権の実行に当たっては、企業担保法と同様に、管財人を選任した上で目的財産の調査や散逸の防止の職務を行わせ、また、管財人の下で事業を継続させることが考えられる<sup>87</sup>。

もっとも、例えば管財人の権限として、商品及び有価証券の売却のみで足りるか、財産明細表の作成を義務的なものとするかなど、管財人の具体的な権限や義務の内容については見直す必要があるとも考えられる。

また、設定者の協力が得られる場合には、設定者自身に事業の継続を委ねることも考えられる。設定者は当該事業を継続してきた者であり、実行開始後に事業を継続することも容易であるから、管財人が新たに財産を調査したり保全したりするよりもコストは小さいとも考えられる。他方で、設定者の下で事業を再生するのではなく、最終的に設定者の総財産が譲渡されることが予定されている場合には、設定者が適切に事業を継続するインセンティブを維持することができるかという問題もあるように思われる。

以上の点についてどのように考えるか。

3 事業担保権の制度設計としては様々なものが考えられ、設定者の総財産を目的とする担保権のほか、特定の財産は除外されるところことや、担保の目的財産を当事者が任意に選

<sup>85</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(8)15 頁

<sup>86</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(8)15 頁

<sup>87</sup> 経営陣の理解が得られない場合に担保権が実行されると、事業の継続を維持した形で担保権を実行することが難しいという指摘もある（金融庁・論点整理(2.0)74 頁以下）。これに対しては、債務者や担保権者はこうした可能性を予見できるから、例えば、担保権実行に至らないように、担保権者が、日頃から事業を理解し、経営陣と密にコミュニケーションをとるほか、窮境に至る前の段階で、早期の経営改善・事業再生等の支援を行う動機付けになる、という考え方も示されている（金融庁・論点整理(2.0)71 頁）

扱することができるという制度設計も考えられる（前記第1、3参照）。上記のように、最終的には目的財産を売却することになるが、それまでの間管財人の下で事業が継続されるという実行方法を導入するの可否を検討するに当たって、その前提としてどのような事業担保制度を設計するかについても考慮に入れておく必要がある。設定者の総財産のうち一部が事業担保権の目的となっていない場合、管財人の管理処分権はその財産に及ばないため、管財人のみによって事業を継続することは困難になり、設定者の協力をどのように得るかが問題になる。設定者の財産の一部のみが担保権の目的となる場合であっても管財人の下で事業を継続しつつ目的財産を売却するという実行方法を導入することができるのであれば、個別財産を目的とする担保を積み上げることによって実質的に事業全体を担保化した場合にも、同様の実行方法を採ることができないかも問題となる<sup>88</sup>。

4 事業担保権の実行において、継続的企業価値を維持したまま目的となる財産権を移転するためには、会社に帰属する動産、不動産、債権のみならず、営業上の秘密等の経済的価値のある事実上の利益、既存の取引先との契約関係や従業員の雇用関係、許認可等を移転することが必要になる。例えば、以下のような点が問題になる。

- (1) 営業上の秘密、技術上の秘密、顧客情報などのような営業に伴う事実上の利益（前記第1、3の（説明）3(3)）については、これを移転するためには設定者の協力が必要であり、その協力を得られない場合にどのように実効的な移転を実現するかが問題になる。例えば、これらの情報がシステムに保管されている場合に、そのアクセスに必要な権限が与えられなければ、その情報を取得することは困難である。これらの事実上の利益を設定者の同意を得ずに移転するための方法として、どのような方法が考えられるか<sup>89</sup>。
- (2) 契約上の地位を担保の目的とするかどうかの問題となる（前記第1、3の（説明）3(4)）が、仮に契約上の地位が担保権の目的財産に含まれるとしても、実行による契約上の地位の移転は特定承継であるから、その効力が生ずるためには、相手方の承諾が必要である（民法第539条の2）。労働関係についても同様であり、移転に当たって労働者の個別の承諾がなければ労働契約上の地位を譲受人に承継させることはできない。
- (3) 企業担保権の実行がされて総財産が一括競売された場合には、営業に関する行政庁の許可、認可、免許なども競落人に承継される。これは競落人が取得した総財産をおって企業経営を継続使用とする場合の便宜を考慮したものであり<sup>90</sup>、事業担保権に関する規定を設けた場合でも、事業のために一体として活用される財産が一括して移転した場合には、同様に行政上の処分に基づく地位が移転する旨の規定を設けることが考えられる。
- (4) 会社法上、事業譲渡については、原則として、株主総会の特別決議によりその契約の承認を受ける必要があり、また、反対株主の株式買取請求権が認められる等の規律が設けられているところ、株式会社の事業譲渡の方法による担保の実行に当たって、会社法上保護されているこれらの株主の利益を図る措置を設ける必要がないか等の問題がある。

<sup>88</sup> 中企庁・提案1④A案（3頁）参照

<sup>89</sup> 岩原・電子決済と法504頁は、電子マネーの強制執行について同様の問題を提起し、発行者が利用者の設定したパスワードを強制的に解除できるような仕組みのほか、電子マネーの利用者に利用者に国家機関等に事前にパスワード等を預けさせておくキー・エスクロー制度等の必要性を説く。

<sup>90</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(8)15頁

株主総会決議の有無については、株主意思の尊重という考慮要素と、業務執行の迅速性の確保や取引安全という考慮要素とを比較衡量して決すべき政策的な問題であり、会社が債務超過でない限り事業譲渡には常に株主総会決議を経なければならないということではないと指摘した上で、事業担保の実行段階はもとより、設定段階においても株主総

5 5 配当の原資となるのは管財人が管理する財産を換価して得た代金であるが、このほか、管財人が売却までの間事業を継続して得られた事業収入やこの間に既存の債権を取り立てて得た金銭についても、配当原資となる。なお、実行後に管財人が事業を継続するために負担した債務や実行前の債権であるが手続の円滑な遂行のために弁済が必要な債務について  
10 随時弁済を認めるとすると（前記第3、1の（説明）2）、管財人は上記の換価代金、事業収入、取立金からこれらの債務を弁済し、その残りが配当に充てられることになる。

事業担保権の優先弁済的効力を制約し、実行前の原因に基づく一定の債権が事業担保権の被担保債権に優先するものとする場合には、これらの債権者は配当要求をした上で、被担保債権に先立って配当を受けることになる。随時弁済を認めることも考えられるが、手  
15 続円滑な進行に必要とまでいえない債務について、配当以外の方法による弁済を正当化することができるかという問題があるし、管財人が債権の存否や（要件によっては）被担保債権との優劣関係について判断することが困難な場合もあるため、随時弁済を認める場合にその可否を誰が判断するかという問題もある。

## 20 2 収益執行型の実行方法の要否

事業担保権の実行方法として、目的財産を譲渡する方法のほか、事業を継続させてそれによって得られる収益を被担保債権の弁済に充てる収益執行型の実行方法を認めるかどうかについて、どのように考えるか。

25 （説明）

1 事業担保権は、事業の収益力に着目して、その事業全体の担保価値を把握しようとするものであることからすると、その実行に当たっても目的財産の換価価値ではなく、不動産収益執行のように、実行開始後に事業を継続させ、その収益から被担保債権の回収を図るという実行方法を認めることも考えられる。

30 企業担保法の立案においても、このような収益執行の方法による実行が検討されたが、①企業担保法による企業担保権の客体は、総財産即ち財産権とされているものの集合体であって、企業そのものではない点から、企業担保権の実行として、企業の強制管理を認めることは若干疑問がある、②企業担保権者となる者は担保附社債の受託会社であるから、強制管理によって弁済の満足を得られるような場合であっても、実際には企業担保権を実  
35 行せずに事実上強制管理的な手段配慮が採られるのであって、万が一企業担保権の実行が開始される場合、強制管理ではその目的を達することがほとんど不可能であり、強制換価

<sup>91</sup> 田中・事業担保権に関する一考察 26 頁。また、株主の利益保護を図った規定の制度趣旨から検討する必要があると指摘するものとして、金融庁・論点整理(2.0)97 頁以下。

をせざるを得ない事態に至っているはずである、という理由から、企業担保法上強制管理の方法による実行が認められなかったとされている<sup>92</sup>。もっとも、企業担保法上、実行手続開始決定がされてから会社の総財産が換価されるまでの間、裁判所によって選任された管財人は、会社の総財産を保全するためにこれを管理する権限を有しており（企業担保法第

5 32 条第 1 項）、管財人は、会社の財産の一部を費消して物件を購入したり、半加工品を完成させたりするなど、会社の総財産の価値を維持するために必要な行為をすることができる

と解されており、また、商品を売却することも可能である。このことからすると、企業担保権の実行における管財人の権限は、収益執行をするために必要な権限と共通する面があるともいえる。

10 2 収益執行を認める場合には、不動産の強制管理を参考にすることが考えられる。すなわち、収益執行が開始されると事業担保権の目的財産の管理処分権は裁判所が選任した管理人に専属し、管理人がその管理処分権に基づいて事業を継続し、収益から公課や費用を控除して一定期間ごとに配当に充てる金銭の額を計算して、配当を実施するというものである。

15 3 収益執行については次のような点が検討課題となる。

(1) 事業担保権の実行が可能になるのは被担保債権について債務不履行があったときであるが、この時点では事業の収益性が低下している場合も多いと考えられ、そのような事業について収益執行を認めても被担保債権への弁済に充てられるだけの十分な収益を挙げることができるかどうかは疑わしい。このため、実効的な収益執行を行うためには、

20 事業の収益性が低下する前に開始する必要がある、そのような開始を可能とするために期限の利益喪失条項を設計することが考えられるが、そのような段階で経営権を奪われる旧経営陣の反発も予想される。

(2) 収益執行に限って生ずる問題ではないが、管理人が事業を行うためには設定者の協力が不可欠であり、その協力が得られない場合には事業を行うことも困難になる。したがって、収益執行を行うにはどのようにして設定者の協力を確保するかが問題となる。

25

(3) 事業はさまざまな財産が複雑に結合して形成されており、その費用も様々であるから、配当に充てることができる金額を一定の期間ごとに計算することが管理人にとって大きな負担となるおそれがある。

4 なお、このような収益執行型の実行方法を導入する場合には、事業担保権についてだけでなく、集合動産譲渡担保権についても収益執行型の実行方法を認めることも考えられる。平成 24 年度「動産・債権担保融資普及のためのモデル契約等の作成と制度的課題等の調査」報告書の〔参考資料 2〕「ABL に係る法整備のあり方に関する提案書」においても、在庫担保を対象として、管理人が在庫動産を管理するとともに、通常の営業の範囲内でこれを処分し、買主等から収益を収受する権限があることとして、収益から管理人報酬その他の必要費用を控除した残額から被担保債権への弁済を行うという提案をしている。

30

35

もっとも、設定者の総財産が担保の目的財産になっている場合と異なり、在庫のみが担保の目的財産となっている場合に、その譲渡代金からどのような範囲の費用を控除する必

<sup>92</sup> 香川・企業担保法の逐条解説(4)15 頁。もっとも、「しかし、将来の問題として、企業の強制管理も十分検討される必要があるかも知れない。」とする。

要があるのかを判断するのは困難な場合がある(例えば、その売上げを生み出すためには、仕入れ代金だけでなく、人件費や保管費用など様々な費用を要するが、設定者が負担したこれらの費用全体のうち、特定の動産について支出された分を特定することは困難である。))。

5

### 3 私的実行の可否

事業担保権の実行方法として、私的実行を認めるかどうかについて、どのように考えるか。

10 (説明)

現行法の譲渡担保権については、帰属清算方式や処分清算方式の私的実行が認められており、当部会における調査審議においても、上記の動産の譲渡担保権について私的実行を認める方向での検討が進められている。事業担保権についても私的実行を認める必要はあるか。事業担保権においても、簡易迅速に実行を行うニーズはあると考えられる。

15 帰属清算方式や処分清算方式の私的実行を認める場合には、基本的には動産の私的実行における帰属清算方式又は処分清算方式と同様の手続になると考えられる。また、私的実行を収益執行として行うということも考えられないではない。しかし、事業担保権においては、具体的にどのような財産が担保の目的財産であるかを把握するために調査を行ったり、事業の価値が毀損しないように価値を保全したりする必要がある。また、収益執行を行うのであれば、事業を執行する権限を（一部）設定者から奪い、担保権者（が選任した者）に移転する必要がある。これらの業務を誰がどのような権限に基づいて行うか、上記のような業務が必要となるのであれば、私的実行の簡易性や迅速性などのメリットが減殺されるのではないかなどについて検討する必要がある。

### 25 第5 事業担保権の倒産手続における取扱い

事業担保権者は、破産手続及び民事再生手続においては別除権者として、会社更生手続においては更生担保権者として、それぞれ扱うものとすることが考えられるが、このほか、事業担保権の倒産手続における扱いについて、どのような問題があるか。

30

## 文献略語表

- 伊藤眞・事業価値担保は事業再生を促進するか 伊藤眞「事業価値担保（事業成長担保）は事業再生を促進するか」別冊 NBL178 号 2 頁
- 5 岩原・電子決済と法 岩原紳作『電子決済と法』（有斐閣・2003）  
ヴァン＝デン＝オート（片山訳）・ベルギーにおける 2013 年動産担保法改正 エリック・ヴァン＝デン＝オート（片山直也訳）「ベルギーにおける 2013 年動産担保法改正」法学研究 90 巻 6 号 45 頁
- 10 内田・担保法のパラダイム 内田貴「担保法のパラダイム」法学教室 No.266（2002 年）  
大澤ほか「フランス物的担保法制・倒産法制の概観」大澤慎太郎＝白石大＝杉本和士＝原恵美「フランス物的担保法制・倒産法制の概観」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保 比較法のマトリクス』（商事法務、2015）155 頁
- 15 沖野・取引上のリスクと担保 沖野眞已「取引上のリスクと担保」ジュリスト 1126 号 160 頁（1998）  
沖野・約定担保権の意義と機能 沖野眞已「約定担保権の意義と機能—UCC 第 9 編の「効率性」に関する議論の素描—」学習院大学法学会雑誌 34 巻 1 号 75 頁（1998）  
香川・企業担保法について(1) 香川保一「企業担保法について（一）」法曹時報第 10 巻第 6 号 41 頁（1958 年）
- 20 香川・企業担保法の逐条解説(1)～(13) 香川保一「企業担保法（昭和三十三年法律第一〇六号）の逐条解説（一）～（一三完）」金融法務事情 172 号 12 頁、173 号 10 頁、174 号 12 頁、175 号 10 頁、176 号 15 頁、177 号 10 頁、179 号 16 頁、180 号 13 頁、181 号 12 頁、183 号 16 頁、184 号 16 頁、185 号 14 頁、186 号 14 頁（1958 年）  
各国担保法制調査報告書 商事法務研究会「各国の動産・債権を中心とした担保法制に関する調査研究業務報告書」（2020 年）
- 25 企業法制研究会報告書 企業法制研究会「企業法制研究会（担保制度研究会）報告書」（2003 年）  
酒井・工場抵当法 酒井栄治『〈特別法コンメンタール〉工場抵当法』（第一法規、1988）  
佐藤＝赤羽＝道垣内・EBRD 模範担保法の紹介と解説 佐藤安信＝赤羽貴＝道垣内弘人「欧州復興開発銀行・模範担保法の紹介と解説（上）（下）」NBL695 号 75 頁、696 号 79 頁
- 30 （2000 年）  
執行・企業担保権の内容・効力 執行秀幸「企業担保権の内容・効力—制定過程からみた現行企業担保権の意義」加藤一郎＝林良平編『担保法大系＜第 4 巻＞』（金融財政事情研究会、昭和 60 年）
- 35 志甫・金融庁研究会における議論と実務上の論点 志甫治宣「金融庁「事業者を支える融資・再生実務のあり方に関する研究会」における議論と実務上の論点」事業再生と債権管理 172 号 169 頁  
新版注民(9) 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4) 改訂版』（有斐閣、2015）  
曾野＝山中・対訳(1) 曾野裕夫＝山中仁美「担保取引に関する UNCITRAL モデル法の対訳（1）」北大法学論集 68 巻 1 号（2017）

- 高田・イギリス担保法制の概要 池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保 比較法のマトリクス』（商事法務、2015年）439頁
- 田中・事業担保権に関する一考察 田中亘「事業担保に関する一考察」別冊 NBL178号 15頁
- 5 担保の機能再論 債権管理と担保管理を巡る法律問題研究会「担保の機能再論」金融研究 2008年12月号
- 道垣内・担保法改革元年 道垣内弘人「《講演録》担保法改革元年」金融法務事情 1682号 17頁（2003年）
- 道垣内・イングランド浮動担保における個々の財産に対する担保権者の権利 道垣内弘人「イ  
10 ングランド浮動担保における個々の財産に対する担保権者の権利」星野英一＝森島昭夫編  
『現代社会と民法学の動向（下）』（有斐閣、1992年）521頁
- 中島・イギリスの Receivership とそれを支える諸制度 中島弘雅「イギリスの Receivership  
とそれを支える諸制度」別冊 NBL178号 28頁（2021年）
- 中島・ABL 在庫担保における担保権実行手続 中島弘雅「ABL 在庫担保における担保権実  
15 行手続」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保 比較法のマトリクス』（商事法務、  
2015）33頁
- 原・担保目的の信託 原恵美「担保目的の信託」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権  
担保 比較法のマトリクス』（商事法務、2015年）
- 藤澤・岐路に立つ日本の動産担保法制 藤澤治奈「岐路に立つ日本の動産担保法制」NBL1198  
20 号（2021年）
- 藤澤・UCC 第9編における担保目的物の入れ替わり 藤澤治奈「UCC 第9編における担保  
目的物の入れ替わり」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保 比較法のマトリク  
ス』（商事法務、2015）69頁
- 森田修・アメリカ倒産担保法 森田修『アメリカ倒産担保法 「初期融資者の優越」の法理』  
25 （商事法務、2005）
- 森田修・ABL—比較法の問題系列 森田修「ABL—比較法の問題系列」池田真朗＝中島弘雅  
＝森田修編『動産債権担保 比較法のマトリクス』（商事法務、2015）
- 森田修・UCC における担保物記載と倒産法 森田修「UCC における担保物記載と倒産法」  
池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保 比較法のマトリクス』（商事法務、2015  
30 年）51頁