

法制審議会  
担保法制部会  
第20回会議 議事録

- 第1 日 時 令和4年7月12日(火) 自 午後1時30分  
至 午後5時41分
- 第2 場 所 法務省大会議室
- 第3 議 題 担保法制の見直しに関する中間試案のとりまとめに向けた検討(6)
- 第4 議 事 (次のとおり)

## 議 事

○道垣内部会長 予定した時刻になりましたので、法制審議会担保法制部会の第20回会議を開会したいと思います。

本日は御多忙の中、御出席いただきまして、誠にありがとうございます。

本日は衣斐幹事が御欠席ということで、佐久間さん、藤澤さんが遅参と伺っております。

まず、前回の部会以降に委員等の交代がございましたので、御報告を致します。

本多さん、若林さん、遠藤さんが退任されまして、新たに日比野さん、浅野大介さん、鮫島さんが就任されました。そこで、日比野さん、浅野さん、鮫島さんの順番で簡単に自己紹介をお願いしたいと思います。

○日比野委員 ただいま御紹介にあずかりました、みずほ銀行の日比野と申します。本多委員の後任として今回から参加させていただくことになりました。何とぞよろしくお願いいたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○浅野幹事 前任の若林に替わり、この部会の幹事を拝命いたしました、経産省の産業資金課長、浅野と申します。よろしくお願いいたします。ABLの普及に向けて活動を行ってきた立場として、また、新たな担保法制度が実務にとって使いやすい制度になるように、引き続き必要に応じて意見させていただきたいと思っております。よろしくお願いいたします。

○道垣内部会長 よろしくよろしくお願いいたします。

○鮫島幹事 中小企業庁の取引課長の鮫島と申します。中小企業の事業環境の整備という立場でございます。よろしくお願いいたします。

○道垣内部会長 よろしくよろしくお願いいたします。

それでは、まず、資料の説明をしていただきます。事務局からお願いいたします。

○笹井幹事 それでは、本日もよろしくお願いいたします。新たにお送りした資料といたしまして、部会資料17「担保法制の見直しに関する中間試案のとりまとめに向けた検討(6)」がございます。こちらにつきましては、後ほど審議の中で事務局から御説明いたします。

資料については以上です。

○道垣内部会長 それでは、審議に入りたいと思います。

部会資料17「担保法制の見直しに関する中間試案のとりまとめに向けた検討(6)」について議論を行います。まず、そのうちの「第1 別除権としての取扱い」というのと、「第2 担保権実行手続中止命令に関する規律」のうち「1 担保権実行手続中止命令の適用の有無」、「2 担保権実行手続禁止命令」、「3 担保権実行手続中止命令を発令することができる時期の終期」について、議論を行いたいと思います。事務局において、部会資料の説明をお願いいたします。

○浅野関係官 それでは、部会資料について御説明いたします。

まず、「第1 別除権としての取扱い」については、新たな規定に係る担保権を有する者を別除権者等として扱うことを提案するもので、一読の際の御提案を維持しているものです。

次に、「第2 担保権実行手続中止命令に関する規律」のうち「1 担保権実行手続中

止命令の適用の有無」ですが、本文（１）では、一読の際に引き続き、新たな規定に係る担保権の実行手続を民事再生法上の担保権実行手続中止命令の対象とすることを提案しております。また、本文（２）では、一読での御議論を踏まえ、新たな規定に係る担保権の実行手続を会社更生法、会社法及び外国倒産処理手続の承認援助に関する法律に基づく担保権実行手続中止命令の対象とすることを提案しております。これらの対象となる実行手続につきましては、将来債権を含む複数の債権を担保の目的とし、設定者に取立権限が付与されている場合において、その取立権限の付与を解除する行為がこれに含まれるのかどうか、また、所有権留保付売買契約の解除がこれに含まれるのか、なども問題になるかと存じます。

５ページの「２ 担保権実行手続禁止命令」では、新たな規定に係る担保権を担保の実行を禁止する旨の命令の対象とすることを提案しております。これは、民事再生法第３１条の担保権実行手続中止命令は、既に係属し又は開始している実行手続を中止するものと解されておりますが、新たな規定に係る担保権の私的実行については、極めて短期間に終了するという特殊性があり、実行の開始前に禁止する必要があるためです。このような観点からは、新たな規定に係る担保権の私的実行についてのみ禁止命令の対象とすることが考えられますが、一読での御議論では、私的実行に限らず、新たな規定に係る担保権の実行手続一般を対象とすべきという御意見もあったことから、本文では両案を併記する形としております。また、更生手続、特別清算手続及び承認援助手続においても同様の規定を設けるほか、債権質権についてもこれらの手続の対象とすることを提案しております。

最後に、７ページの「３ 担保権実行手続中止命令等を発令することができる時期の終期」について御説明いたします。中止命令は、担保権実行の終了時までには発令をすることにより、実行手続の続行を停止するものであるため、中止命令の発令のためには、その実行が終了していないことが必要です。新たな規定に係る担保権の私的実行手続については、民事執行法に基づく実行手続と異なり、いつ実行が終了するのか明らかではなく、その明確化の必要性が高いことから、本文では、被担保債権に係る債務が消滅する時を終期とすることを提案しております。これは、一読での御提案に御異論が見られなかったことから、実質的に提案を維持するものでございます。

他方で、仮に被担保債権が消滅した後も受戻権が存続するという考え方を採った場合には、受戻権が消滅する時まで中止命令を発令することができることとすべきかどうかの問題となります。資料では、そのような考え方を採る場合でも被担保債権の消滅時を終期とするという考え方を示しており、御意見を頂ければと存じます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見等を頂ければと思います。よろしく申し上げます。

○阪口幹事 阪口です。第２の１の中止命令の対象と、その所有権留保との関係について、少し確認だけしておきたいと思っています。部会資料１６の方で所有権留保について、実行と解除は別だという整理をしたと思います。そのときの議論として、解除に関しては結局、対抗問題なのか、広い意味の対抗ですけれども、対抗問題で処理できるので、解除の方が有利とか不利とかいう問題が起きないという整理があったと思います。ここでもそれを前提にしていくと思うのですけれども、細かく言うと、民再申立て後、開始決定までの

間は、再生債務者に第三者性がまだないということになると思います。その間に限定して言えば、中止命令の対象にする必要性がないわけではないと。ただ、時間がたって開始決定がされたら、結果、第三者性が備わって、解除自身を中止命令の対象にする必要がなくなる、こういう理解の下でこの部会資料を作られているかどうかの確認をしたいということです。よろしくお願いします。

○道垣内部会長 それでは、事務局からお願いいたします。

○笹井幹事 倒産手続が開始した場合に、その解除権が行使されたとするところかという問題については様々な考え方があり得るところだと思いますので、特に事務当局として一定の見解を前提にするというのは余り適切でないというか、そこは引き続き、最終的には解釈に委ねられるのではないかと考えております。そういう意味で、特定の見解を前提にしているわけではないのですが、ただ、おっしゃるとおり通説的な考え方として、倒産手続開始後の管財人とか再生債務者に第三者性があると理解されているとっておりますので、そういう考え方に立てば解決できる問題というか、設定者から見て非常に不都合な結論になるわけではないということも、この背景の一つとしてはあると御理解いただければと思います。

○道垣内部会長 よろしいでしょうか。結局は解除の一般論に委ねられるという話になってしまっていますけれども。

ほかに何かございませんでしょうか。

○松下委員 ありがとうございます。松下です。第1、それから第2の1については、現在、非典型担保について実務で行われていることをそのまま認めるものと理解をしております。その意味では、この御提案に賛成です。

第2の1について、債務者対抗要件の具備とか取立権限の付与の解除も禁じられるのかということが資料で議論されていて、この資料はそれは禁じられるという立場だと思います。この中身については異論がないのですが、あとは条文に書くときにどういう書き方になるのか、法制的に可能なのかということ事務局で御検討いただくことになるのかなと思います。

資料7ページの3の中止命令を発令することができる時期の終期についても、被担保債権が消滅する、つまり抵当権、担保権がなくなって取戻権になるという整理が理論的にも実際的にも落ち着きがいいのかなと思っています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○片山委員 慶應義塾大学の片山でございます。どうもありがとうございます。将来債権譲渡担保に関して確認をしたいと思っております。今回の資料の後半の、特に倒産手続開始後に取得した財産に担保権の効力が及ぶかどうかというところの議論に関しましては、いわゆる循環型か累積型かというものの類型をある程度前提とした議論になっているかと思うのですが、この中止命令あるいは禁止命令辺りのところの記述を拝読しますと、例えば3ページの26行目で、将来債権を含む複数の債権を目的とする譲渡担保には、というところのくだり等も、これは実行されるまでは設定者が担保目的債権の取立権限を有し、実行に当たって担保権者が設定の取立権限を喪失させた上で、第三債務者から目的債権を直接取り立てることによって被担保債権を回収する類型であるということ、これは恐らく、いわゆる循環型等が想定されているということになるのかと思うのですが、

いわゆる累積型といったものの実行という概念をそもそもどう捉えればいいのかというところが若干、分からなくなりまして、それを質問しているということになります。

いわゆる累積型の場合は、期限の利益を喪失する以前から、多くの場合には担保権者に取立権限が付与されていて、担保権者が回収をして、そして、被担保債権の弁済に充当しているという状態が平時からずっと続いてきているということになります。もちろん再生手続に入って期限の利益を喪失するというようになって、いわゆる実行ということで、現時点のある債権を全て回収してしまうというような形での実行を図るということになれば、ここで当然、実行の対象になるのでしょうかけれども、再生手続が開始された後も平時と同じような形で取立権を行使して、そして、債権の回収をし、一部は設定者に解禁をしていくというような状況がずっと続いている場合に、それを果たして実行と呼んで、そして中止命令とか禁止命令の対象とすることができるのかどうかというところがよく分からなくなりまして、ここではあえてその類型等についての言及がなされていないということは、それは特に実行とは捉えていないので、中止命令とか禁止命令という議論にならないということなのか、それともそうではなく、それも実行ということなので、中止命令、取立命令の対象となるという立て付けでお考えなのか、そこの確認をさせていただければと思います。

長くなりましたけれども、よろしく願いいたします。

○道垣内部会長 何か事務局からございますか。

○笹井幹事 そこは確かに少し難しい問題があるかなと思っておりまして、私どもとしても現時点の段階で、いわゆる累積型で、かつ、被担保債権について債務不履行が生ずる前から、担保権者が取り立てているというような類型について、それが実際どういう場面で使われているかとかいうことも含めて、確定的な見解を持っているわけではございません。そこは是非、そういったものをどのように法的に位置付けるかということも含めて御議論いただければと思っておりますが、ただ、少し内部的に議論したところでは、いわゆる累積型で、担保権者が最初から取立権を持っているというものについても、それを実行として捉えるというのは、当事者の意識からすると余り合っていないのではないかと、つまり、最初から担保権者に取立権を付与していることを実行と捉えるということは、債務不履行になることが元々想定されており、任意に弁済がされて実行がされずにおわるということを含めて全く予定していないということになりますが、それは、担保取引を行う当事者の合理的な意思というか、通常の意味には余り即していないのではないかと感じておりました。

そういう意味では、契約上、担保権者が取り立てているとしたとしても、それは実行というよりは、任意の弁済の一形態として行われているとか、そういう理解も採り得るのではないかと感じていたところです。それはもしかすると当事者の契約の立て付けの仕方、設定の仕方によっても違ってくるのかもしれませんが、いずれにしても、ここでは当然に平時における取立てが当然に実行に当たるということを当然の前提にはしていないという程度で御理解いただければと思います。

○道垣内部会長 片山さん、差し当たってよろしいでしょうか。

○片山委員 どうもありがとうございます。そうしますと、平時の取立てと申しますか、任意の弁済と評価する限りは、やはり中止命令の対象にはならないという余地も十分に検討できるということですね。

○**笹井幹事** 被担保債権について債務不履行が生じていない段階では、中止命令の対象にはならないということではできないのではないかと思います。少し蛇足になるかもしれませんが、その上で、ただ、被担保債権について債務不履行が生じたということになると、それはもう任意の弁済ということではなくて、正しく担保権の実行としての取立てというフェーズに移っていくというものはあり得るのだらうと思います。そうすると、条文上は中止命令の対象になるということにはなってくるわけですが、ただ、平時においてもそもそも設定者が取り立てたお金を自分の運転資金に回すということが全く予定されていないと、そういう類型であることを前提とすると、民事再生法31条の要件をそもそも満たすのかという問題もありますので、そういういわゆる累積型において、実行が行われたとしても、なお要件を満たすかどうかというのは少し慎重な検討が必要ではないかというのが今、事務当局の中で少し議論しているところです。

○**片山委員** どうもありがとうございました。

○**道垣内部会長** 一言私の方から申しますと、集合債権譲渡担保の中に累積型というのがあるという形の言葉を余り大前提にしない方がいいのだらうと思うのです。つまり、それは債権者の持っている債権額に応じて確定的な債権譲渡がされましたという場合ももちろんあるわけで、そうしたら、それは債権者がそれを取り立てて、そこから回収していくという、それだけの話で、仮にそこから取り立てられないというときには、売買の予定された額より小さいということで責任を問うとか、あるいは、そのときには契約次第によってほかのところからも取れるということもあるのかもしれませんが、また、笹井さんがおっしゃったところかもしれませんが、基本的にはもう担保なのだ、ただ、平時の段階で債権者に例外的な形での取立権というものが与えられていて、本当は担保権の実行をしないと確実に債権者の下にそれは移ってこないのだけれども、平時の段階から債権者が取立権が与えられて取立てをしているという、取立権が与えられてというふうな言い方をするかどうかも問題なのですが、どちらをデフォルトにするかということがありますので、なのですが、そういうふうなものかもしれませんが、とにかくにも担保です、累積型ですというふうなことで話を進めていくと、そこにある様々な場合というものの区別というもののがうまくできなくて、正に片山さんがおっしゃるような、どういったタイプのものが中止命令に係るのかというふうなことになってくるのかなという気がいたしますので、今後の議論において、累積型の譲渡担保という言葉で定義なく用いるということは、議論を混乱させるのかなと思いますので、委員、幹事各位、私のその分析自体が妥当でないという批判はもちろんあり得まして、それは甘んじて受けますけれども、もしそうであるならば、どういった効力を、それがどういった契約であって、ということをはっきりさせながら議論するということが今後必要なのかなと思っております。何かそれで意見があるわけではございません。今のは感想でございます。

○**山本委員** ありがとうございます。1点御質問で、1点コメントですけれども、まず、第2の1の関係で、中止命令の対象に債務者対抗要件具備行為を入れるということになった場合に、そうすると債権譲渡通知をするということが許されなくなるということであるとすれば、第三者対抗要件も間接的に具備できなくなるということかと思うのですけれども、それはやむを得ないとお考えなのかどうかということです。恐らく、開始前の保全処分というか、の中で、担保権者に第三者対抗要件、通常であれば普通の対抗要件ということに

なりますが、の具備を禁止するような保全処分というのは通常、観念されていないのかなという気もするのですけれども、その点について、それは結果としてそうなるということであって、やむを得ないとお考えということなのかどうかということ、趣旨を確かめたいということです。

それから、第2点はコメントですけれども、2の方の実行禁止命令の(1)ないし(4)の亀甲括弧に入っている部分、つまり、私的実行だけを対象にするのか、裁判所における実行手続、競売手続も対象にするのかという点です。この点につきましては、6ページの(3)のところ、典型担保との均衡ということが問題になっていて、確かにこの競売手続についてもこの場合に禁止命令を認めるということは、この種の担保権者は差押えができないということになるのに対して、それ以外のいわゆる典型担保については、取りあえず差押えはできると、その後、中止命令が掛かって、それ以上手続は進まなくなると、そういう意味で均衡を欠くというか、そのバランスをどう考えるのかということが問題になるような気はします。ほかの担保権者は差押えだけできるということの利益というか、それをどの程度のものとするかということかと思えます。恐らく實際上、差押えを排除したいということであれば、取消命令等を再生債務者等の側は掛けてくるということになるのだらうと思えますが、そこに一定の手間が掛かるとすれば、事実上、別除権協定等を結ぶ場合に、差押えをしている担保権者が一定の優位の地位を取得するということがあり得て、この新たな規定に係る担保権者はそのような地位が認められないのが妥当かということになるのかなと思っています。

ただ、結論的には私自身は、そういう地位をそれほど重要なものとする必要は必ずしもないのではないかと考えておまして、そこに一定の差が出る、一定の不均衡があり得るとしても、実際上の便宜、この資料に書かれてあるような再度の中止命令等をしなければいけないということが煩雑であるという点の方を重視するという政策判断は十分あり得るかなと思っておまして、そういう意味では、私的実行に限定せず、担保権実行手続一般をこの禁止命令の対象にするということでも問題はないのではないかと、一応今の段階ではそのような感触を持っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。取り分け前半につきまして、事務局から何かございますでしょうか。

○笹井幹事 ここで念頭に置いていたのは、既に第三者対抗要件だけは登記等によって具備されていて、債務者対抗要件だけが欠けているという場面を典型的なものとして念頭に置いておりましたので、第三者対抗要件が具備されていないと、かつ、それが通知によって具備することまで禁止されるかという問題について明示的に検討していたわけではありませんでしたので、そこは引き続き検討したいと思います。ただ、第三者対抗要件の具備そのものがおおよそ禁じられるというわけではなくて、担保権者が登記をすることによって第三者対抗要件を具備すること自体は中止命令によっても禁じられないということではあるかと思えます。おっしゃった問題は、通知という共通の手法を用いるということ、その場合に事実上の効果として禁じられないかということであろうかと思えますので、その点については少し検討させていただきたいと思えます。

○山本委員 ありがとうございます。

○道垣内部会長 山本君のあれが十分に理解できていないかもしれないけれども、今、登記

を念頭に置いたからそうなるのだけれども、第三者対抗要件が備えられていないときに、民法467条、よく分からないけれども、に従って確定日付ある証書による通知というのを送って、かつ、何かあるまでは譲渡人に払ってくださいよという文言を付けた通知を発しないようにしたら、事実として第三者対抗要件と債務者対抗要件がその時点で備えられることになり、かつ、第三債務者からすると、その通知をしてきた人に払えと言われているという状況になるのではないかと、そういうことが山本君の御発言の根本にあるのかなと思ったりしていたのですが、私の言っているのは読みすぎですか。

○山本委員 完全に今の部会長の整理と一致しているかどうかよく分からないのですが、私の問題意識は、ここの中止命令の最大の対象というか効果は、担保権者に取立権を付与しないようにするという事、あるいは債務者から取立権を奪わないということにするという点に主眼があるのかと思っていて、それが対抗要件具備を禁止するという事はやや過剰な効果をもたらすことにならないかというところが私の危惧の点でありました。もちろん登記というものはあり得るということだと思いますけれども、ただ、現行法上はその登記ができる対象者等は限定されていると理解していますので、第三者対抗要件具備のために登記ができない場合もあるのではないかという気もいたしますし、効果としては今、部会長がおっしゃったことかもしれませんが、確定日付ある通知をするのだけれども、引き続きその弁済自体は債務者に対して支払ってくれというような通知をすることまで禁じられるのかというのが、それは必ずしも禁じる必要がないような気も少ししたものですから、その点をお伺いしたということですが、部会長のあれとは少し違っていましたか。

○道垣内部会長 いや、問題意識の根本は同じで、文章化するとしたら、設定者から取立権を奪うような行為をしてはならないということなのだろうと思うのですが、笹井さんから何か、お願いします。

○笹井幹事 ありがとうございます。おっしゃるように、ここは確かに設定者が取立権限を持っていると、それを奪ってはいけないというところに主眼がありますので、債務者対抗要件をおよそ奪う必要がないのではないかとわれれば、そのとおりだと思います。ただ、そこは正しく和彦先生がおっしゃいましたように、よくあるパターンとしては、債務者対抗要件を具備しないということによって取立権限を設定者に留保しておく、それで実行段階でその債務者対抗要件を具備するということを念頭に置いていたのでこういう書き方をしたのですけれども、債務者対抗要件を具備しつつ、しかし取立権限を改めて付与するという事は、そこまで禁じられないのではないかとわれれば、おっしゃるとおりだと思います。そういうことはあり得るかなとも少し考えたのですが、ただ、そうすると中止命令の主文が非常に面倒くさいことになってしまって、こういうことはやってもいいのだけれども、こういう条件の下ではやってもいいよ、みたいな非常に複雑なものにならないといけないので、余り実務的に現実的ではないのではないかとということで、少しざくっとした形でありますけれども、今こういう記載になっているということでございます。

○道垣内部会長 若干まだ詰めるところがあるかもしれませんが。

○大西委員 大西です。よろしく申し上げます。私は実務的な点から1点、5ページの第2、2の1のところなのですが、新たな規定に係る担保権が特に動産、集合物譲渡担保の場合、やはりこれを行使されてしまうと事業そのものがストップしてしまうということで、これを確実に中止命令にしなければいけないと、こういう事態が再生手続の場合、想定される

のですが、この場合に禁止命令と中止命令というのを別の手続にすると、ここにも書かれているとおり、実際、実行が着手されたかどうかということでもう一回、禁止命令を打ったけれども空振り中止命令という、要件にそれほど差がないのだとすれば、余り実益のない手続を要するということになるので、これは両方を区別しない命令というのが考えられないのかなと思った次第です。

○道垣内部会長 重要な御指摘だと思いますが、事務局から何かありますでしょうか。

○笹井幹事 今の御指摘は正しくそのとおりだと思いますので、それを条文上表現できるのか、あるいは実務的な工夫なのかということも含めて、少しまた考えたいと思います。あわせて、やはりそこは今、既に何度か御発言もございましたけれども、この私的実行だけを禁止命令の対象にするのかどうかということとも関わってくるかと思っておりますので、その辺も併せて検討させていただきたいと思っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。この問題というのは、実行手続をどういうふうにするのか、実行手続の各段階の行為の効果をどういうふうにするのかということと密接に結び付いていて、そちらが定まらないと具体的な内容が定まらないということも実はあるのです。つまり、例えば実行手続に入ったことによって、集合動産にせよ集合債権にせよ、その後の動産債権には効力が及ばないというふうな効果が仮に生じるとしたときに、それを中止したら、では、取立てとか利用だけ是可以にこなって今後減っていくだけになるのかということ、それはおかしいだろうと思われるわけで、そうすると全体が、入ってくるのも入ってくるようにしておき、出ていくことを妨げないというふうにもしなければいけないわけですが、そのときに中止命令というのと、手続自体をもうストップすると、固定化みたいなものも起こさないような形のことにするということが、ひょっとしてそういう効果を導くには必要かもしれないということになりますと、実は手続を開始した後でも禁止命令というものを出すというふうな考え方を採らないとうまくいかないかもしれない、そこは実行のプロセスと各段階における発生する効果というものを詰めながら全部、どこの段階で中止命令を出すとうなるのかということを考えていかなければならないということになるのだらうと思っております。その中で大西さんがおっしゃった点というのは極めて重要なポイントだと思いますので、更に考えるようにしていただきたいと思っております。

阪口さんをお願いをするべきところなのですが、沖野さんから一旦手が挙がって、下がったのですが、沖野さん、よろしゅうございますか。

○沖野委員 すみません、もう結構です。

○道垣内部会長 では、阪口さん、お願いいたします。

○阪口幹事 阪口です。7ページ、8ページの終期の点について意見を述べたいと思っております。この部会資料では被担保債権の消滅時となるのではないかと書かれていますけれども、受戻権消滅時とすることについて理論的説明は十分可能だと、また、実際的にもその方が妥当だということについて意見を述べさせていただきたいと思っております。

まず、受戻権の後ろ倒し、例えば現実の占有移転ということを私は提案していますけれども、仮にそういうものを考えた場合ですけれども、それは仮登記担保法11条を想定しているわけです。仮登記担保法には同じく15条という条文があります。すなわち、仮登記担保法の15条というのは、所有権移転がし、被担保債権も消滅した、その後も受戻権が残っている場合には、他の債権者の差押えが入ったら、やはり担保権状態に戻るとい

うことが想定されている条文です。確定的所有権移転の効果が覆滅するという一方で、もちろん被担保債権消滅の効果も覆滅するということになっています。部会長の教科書の285ページには、15条の局面では被担保債権が復活すると考えるほかにないと書かれておりますし、仮登記担保法制定当時の立案担当者の当時の論考を読み直しますと、清算期間の経過による被担保債権の消滅は解除条件付きのものであるというような説明がされています。

したがって、仮にここでの新たな規定に係る担保権について、巻き戻し型の受戻権というのを導入できるのであれば、その権利が残っている間は中止命令の対象になると、つまり、所有権移転とか被担保債権の消滅も言わば解除条件付きのものであるという整理をするのが、仮登記担保法との関係で一貫しているのではないかと思うということ。以上が理論的説明ですけれども、理論的妥当性についても述べさせていただきます。

既に何度か述べたことがありますけれども、まず一つは、やはり事業再生の可能性を残したいということです。在庫が引き揚げられてしまっただけでは、もうこれは再生の可能性はありません。

二つ目は、時間的制約です。今まで議論されてきた論点では、やはりどうしてもスピーディーに帰属清算完了に至るということになるのではないかと考えています。実行開始まで猶予期間を設けるかという論点がありましたけれども、設けない方が有力のように私には思えましたし、また、仮に1週間の猶予を設けても、事前の1週間というのは何もできないというのが実務家の共通認識です。誠実評価概念のところでも、実際上それをワークさせようとするれば、誠実性は手元資料に基づく判断でいいということになりますので、そこで時間が掛かるということは想定できない。そうすると、結局は帰属清算通知による被担保債権の消滅までの時間は非常に短く、被担保債権の消滅で中止命令はもう使えませんという制度は、かなり時間的制約は厳しいということになると思います。

三つ目は、担保権者の不利益です。部会資料には、権利行使の過度な制約であるようにも思われるということが8ページの10行目、11行目に書かれていますけれども、それはどうかと。まず、当然、裁判所が不当な損害を及ぼさないという前提での発令になりますし、また、実際上の設定者の手元に動産が残っている状態で手続が終わったなんて思っているのきな担保権者は一人もいませんので、それを過度な制約だという評価は違うのではないかと思います。

四つ目は、制度上のバランスです。部会資料15、16では、実行を容認する制度が導入され、また、実行完了後の引渡命令制度というもので導入されるのであれば、バランス上、再生債務者にもやはりその対抗策というか、それを広げていくと、実行完了後の引渡命令というのは正に実行完了後の実行手続ですけれども、そうであれば再生債務者側にも実行完了後の対抗策というのがバランスがとれるのではないかと思います。

以上のとおり、長々申し上げましたけれども、何とか中止命令発令の終期の後ろ倒しをお願いしたいと思っています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。何か差し当たってございますか。別に、御意見として伺う。更に検討したいと思いますが、井上さん、お願いします。

○井上委員 井上です。ありがとうございます。第2の1の担保権実行中止命令の適用の有無というところについて、今回新たな担保権に関して規定を設ける際、従来から他の担保

権について存在している中止命令の対象にすると、私的実行を含めて対象にするということについては、異論はないです。

ただ、担保権実行中止命令の効果についてお話を伺いますと、私が正しく理解できているか自信はないのですけれども、実行通知なり何なりがなされて、でも、まだ完了はしていないという状況があるとすると、取立権限を喪失したという状況、あるいは新規加入動産あるいは新規発生債権に及ばなくなっている状況というのはひっくり返るのではなくて、そのままその状態は変わらないで、それ以上、先に進めなくなるのだということだと理解しました。

そうすると、流動性のある目的物を担保に取る場合、今回新たに構想する担保権というのはかなりの部分、そういう担保物だと思うのですけれども、集合動産、集合債権といったようなものについては、実は中止命令ってそれほどすごく使えるものではないということであって、繰り返しになりますが、対象にすることに全く異論はないのですけれども、基本的には、そうすると、実行着手前であれば禁止命令を取り、実行着手後であれば後で出てくる取消命令を取り、あるいは、資料にもどこかあったと思いますが、両方を取りに行くということで、その中間形態である中止命令というのは、流動性がそれほどないような担保については従来の担保と同様に使われると思うのですけれども、流動性が高い担保目的物については、先ほど申し上げたような効果だとすると、結構利用価値が限定的なのかなという印象を持ちました。もちろん制度として全て準備するということは、それでいいと思うのですけれども、そういうイメージ、そういう理解をするということについて何か誤解があるようであれば、御指摘いただきたいというのが1点目です。

2点目は、担保権実行手続禁止命令の対象として、最後の(4)のところに債権質権の実行手続全体、あるいは直接取立てによる実行をこれらの手続の対象としてはどうかというのがあるのですけれども、仮に後半部分を採用する場合というのは、有効な流質特約に基づくものも手続の対象にするということが考えられるのかなと。あるいは、そうだとすると、動産質についても、有効な流質特約が付いた動産質権についても対象にするということが考え得るのだろうかということも思いました。

あと、今度は7ページの3のところですけれども、実行中止命令の終期については非常に実務的には関心が高いところで、大阪の弁護士会からの、あるいは先ほど阪口先生から御紹介があったような御提案というのも十分考えられるところだと思いますけれども、他方、仮に実行通知によって勝負が決まるのだというような立場に立つ場合でも、例えば、先ほど出ていた仮登記担保法でいえば2条の方になりますけれども、債権の消滅時期というか効果が確定的に生ずる時期というのを一定程度ずらすというようなことも方向性としてはあり得るので、例えば、それが仮登記担保法制に2か月になってしまうと相当使い勝手が悪くなるのではないかというイメージがありますが、もっと短い期間だとすると担保権者から見ても容認可能な後ろ倒しということは可能なのかもしれません、後ろ倒しにするという価値判断自体も議論があるところだと思いますが、方法としてはそちらの方法もあるのかなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。何かありますか。特にないですか。

○笹井幹事 先生がおっしゃった部分、流動性のある財産については中止命令は余りに立たないのではないかという部分は、もちろん流動性のある集合債権ですとか集合動産につ

いての実行手続をどういうふうにかえるかというところ自体がまだ固まっていないところではありますけれども、ただ、いずれにしても実行手続の最初の段階でその流動性が止まってしまうということを前提にして設計していくのだとすると、その点は先生の御指摘のとおりだと思います。そのためにも、後から出てくるわけですが、取消命令等が議論されているということになるのかなと思っております。

流質についても検討すべきではないかという御指摘も、そのとおりかと思ひまして、そうすると、動産質権について流質があるときとないときで分けるのか、ただ、それがなかなか裁判所にとって判断しづらいということになると、もういつそのこと動産質も全部含めてしまうのかといったところも含めて、宿題として少し検討してみたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。井上さんがおっしゃった最初の点について申し上げますと、確かにフル装備でいろいろ置いておかなければいけないのですが、これは大西さんがおっしゃったことに関係しますけれども、申立てをする命令を間違えたら困るというふうな事態になりますと困るわけでありまして、その辺りのことも使いやすい制度として、どこまで進んでいるのかが分からないとうまく選べないということでも少し困るかもしれませんので、その辺も含めて検討する必要があるかと思ひます。

○大澤委員 大澤でございます。ありがとうございます。今の担保権実行中止、禁止、取消しのセットについてですけれども、やはり実務家からすると、いろいろなものの組合せで使うことを想定もしておるところもございまして、理屈上、中止命令がそれほど役に立つのかどうかと単独で考えるかどうかというところ、それは恐らくそうではなくて、実務的には急いでやる時間の中で、特にこういったものはかなり短期間で申立てまで至りますので、いろいろな組合せをセットにして確実なところを狙うというようなことをやることも併せて考えますと、やはりフルセットということが実務家には使いやすい制度になるかなと思ひしております。それが1点です。

あと、3の方の担保権実行中止の終期のところ、これはもう阪口先生と井上先生からお話がありましたので、細かいことは余り申し上げるつもりはありませんが、やはり受戻しの終期を後ろ倒しにするということを債務者と担保権者のバランスの観点からも是非考えたいというところもございまして、それが阪口先生がおっしゃるようなオウサカンから来る巻き戻しなのか、あるいは仮登記担保法の条文を使った消滅時期をずらすのか、あるいは誠実評価に関して少し猶予期間を取るのか、何らかやり方は幾つかあると思ひていて、どれがいいと今申し上げるつもりはございませんが、そういったいろいろな解決策を踏まえて受戻しの時間をある程度取るということが、また、その期間についてきちんと定めておくことで担保権者と債務者の方のバランスもとれるのではないかと思ひしております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○倉部委員 ありがとうございます。法政大学の倉部でございます。担保権実行中止命令の効果、その主眼は設定者に取立権限を残すことというところは全くそのとおりと思ひておりまして、禁止命令、中止命令、取消命令と今、お話が出てまいりましたけれども、中止命令の出番が少なくなるのではないかと、余り使われなくなるのではないかと、もう現に実際にはそのような状況は起きているのではないかと思ひておりまして、実際、集合債権譲渡担保について中止命令が発令されているケースを見ましても、実質はもう禁止命令の内容というのを先取りしているというのが実態だと思いますし、公表されている

主文例といったものを、例えば東京地裁、大阪地裁のものを拝見しましても、どちらも内容としては禁止命令だと思いますので、ここでもうそれが後付けされるといいますか、裏付けが取れるということで、今回、禁止命令までも含めて発令が可能なのだということになれば、むしろ中止命令よりは禁止命令の方にシフトしていくのかなとは思っております。

ただ、その際に、資料の4ページですね、14行目から説明をしていただいているところですけれども、やはり設定者が目的債権を、例えば取り立て続けるということになると、担保権者がもちろん害されるおそれが高くなるということになりますので、やはりこの点は、後に議論が続くかと思っておりますけれども、4の方で提案されている、担保権者に不当な損害を及ぼさないために必要な条件を付するというのが、やはりセットとして考える必要があると思っておりますし、さらには、倒産手続開始した後入ってくる新規の債権についても担保権の効力が及ぶのかというところで、ここも基本的には及ぶと考えていかないと、ここで禁止命令まで発令をしたときの担保権者のリスクとのバランスのとり方というのが十分に確保できないのかなと思っておりますので、この3点をセットで考えていく必要があるのかなと思っております。

以上でございます。ありがとうございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかにはいかがでしょうか。

前半の中止命令、禁止命令のところについては大分、皆さんに御意見を頂きまして、取消命令と含めて、使いやすい形で並べる、実務的にはそれを一遍に申し立てるというのもあるのかもしれませんが、選択しやすいようにするというのも必要かもしれない、いずれにせよ柔軟にいろいろな形でストップできるというのがよかろうというのが皆さんのおっしゃったところかなと思っております。

それに対して、中止命令等を発令することができる時期の終期については、なるべく後ろに持って行く、場合によってはひっくり返す、ひっくり返すというのはもう一度、被担保債権の消滅というのを巻き戻すというふうなことも、仮登記担保法に準ずれば、あるのではないかというふうな御意見も頂きましたし、一応はここで終わりというところまでで勝負しましょうというのものなおあり得る可能性なのかもしれませんが、そこは意見が分かれているところかと思っております。

差し当たって、ほかにございませんでしょうか。

○村上委員 ありがとうございます。第1のところ、念のためということで申し上げておきたいと思っております。

別除権のところ、資料の中で特段の異論がなかったという部分がございます、その点についてです。通説、判例を踏まえれば、担保権者と設定者との間ではこういった御提案のような制度になってくるのかなとは考えておるところですが、しかし、労働債権者を始めとする一般債権者の方という立場からは、これを全て別除権としていくので妥当なのかというところがございます。以前の部会でも、回収金の一定割合を供託ということも考えられるのではないかという御意見も頂いたところですので、そういったことも十分、措置していただくということも踏まえた上での別除権としての取扱いと考えておりますので、意見として申し上げておきたいと思っております。ありがとうございました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。第1そのものの問題点というよりは、全体の手続

の中で給与債権などの保護をどういうふうに位置付けるのか、この担保権がいろいろな意味で便利になるということになりますと、給与債権者に対するしわ寄せというのが来る可能性がある中で、この部会の担保権の強化の中でその問題も一定程度は考えなければいけないのではないかというのは、ずっと御指摘いただいている点でありますし、重要な点であろうと思います。ありがとうございました。

まだ御意見もあろうかと思いますが、今のような形で、取り分け3の時期のところは考えなければいけませんし、中止命令等の諸命令の関係につきましては、次の4の問題とも実は関係してまいりまして、どういうふうな形でどういうふうな内容でどういうふうな効果が生じるような命令を出していくのか、命令を求めていくのかということと関係してまいりますので、次に移らせていただければよろしゅうございますでしょうか。

それでは、第2の「4 担保権者の利益を保護するための手段」というのと、「5 審尋の要否」というところについて議論を行いたいと思います。事務当局におかれましては、部会資料の説明をお願いいたします。

○浅野関係官 まず、8ページの「4 担保権者の利益を保護するための手段」について御説明いたします。動産や債権は価値の変動が著しいという特性があるため、担保権の実行が遅れた場合、その減価が進むおそれがあります。また、構成部分の変動する集合動産や集合債権を目的とする担保については、新たに加入する動産や新たに発生する債権の多寡により担保権の目的財産の価値が減少するリスクがあります。このような観点から、本文では、中止命令等を担保権者に不当な損害を及ぼさないために必要な要件を付して発することができることを提案しております。

まず、【案17.2.4.1】は、担保目的物の価値の減少のリスクは、いわゆる構成部分の変動する集合動産や集合債権を目的とする担保において大きいということを踏まえ、それらに対象を限定しております。それに対して、【案17.2.4.2】は、それ以外の担保目的物に関しても担保目的財産の減価のリスクがあることを踏まえ、対象を限定することなく、広く中止命令等について条件を付して発することができることを提案するものでございます。

次に、10ページの「5 審尋の要否」について御説明いたします。民事再生法第31条第2項は、中止命令を発令する場合は担保権者の意見を聴かなければならないと定めております。しかし、新たな規定に係る担保権の私的実行は短期間で終了することもあることから、発令前に審尋を行うと、中止命令等の申立てがあったことを知った担保権者が実行手続を急ぐことにより、発令前に実行手続が終了するおそれがあります。

そこで、本文は、新たな規定に係る担保権の私的実行については、中止命令等を発令するに当たって事前に担保権者の意見を聴取する必要はないものとし、ただし、事前に担保権者の意見を聴取しなかった場合には、発令後に遅滞なくその意見を聴かなければならないとしております。これは一読の際の御提案と同様です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、この点につきまして御意見を伺えればと思います。どなたからでも結構ですので、よろしく願いいたします。

○藤澤幹事 ありがとうございます。立教大学の藤澤です。資料の【案17.2.4.1】と【案17.2.4.2】との比較についてなのですが、一般的に動産債権は価値の変動が著しい

ですとか減価のおそれがあるということについて、特に異論があるわけではないのですけれども、そのことと、つまり減価の可能性があるということと、それと、それが集合物であるかということは切り離して考えられるのではないかと考えております。例えば、個別物について担保を付けた場合であっても、それが減価しやすいものであるということはあるかもしれません。そこで、この二つの問題を切り離して考えて、一般的に担保権者に不当な損害を及ぼさない必要な条件を付す必要があるというふうにした方がよいのではないかと考えておまして、その観点からしますと、【案17.2.4.2】の方を支持したいと考えました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。浅野さん、何かありますか。笹井さんでもいいのだけれども。これは、民事再生法第31条の不当な損害を及ぼすおそれがないものと認めるという要件があった上での、特別のプラスアルファのルールとして書かれているということなのですか、それとも、これだけが基本ということなのですか。

○笹井幹事 不当な損害を及ぼすおそれがないという要件は、それはそれとして係っているという理解です。

○道垣内部会長 ということですね。【案17.2.4.1】というのは、集合物の特殊性に鑑みてプラスアルファのことを書こうとしているのだけれども、だから、全てのものについてそういう損害が生じるおそれがあるよねというときに【案17.2.4.2】になるというふうな必然性があるわけではないように思ったのですが、僕が藤澤さんの意見を誤解しているような気がするので、その辺を踏まえてもう少し補足していただけますか。

○藤澤幹事 ありがとうございます。といいますのも、つまり、集合物として特定しているような動産であっても、例えば、新聞で見たことがあるのは、ワインの在庫とかそういったものと、それ自体、物自体が動かなければ、減価してしまうということはほとんどないのではないかと考えております。他方で、輸入商品などについては、個別物として把握しているというお話をこれまで聞いてまいりましたけれども、その輸入したものの中には食品であるとか減価しやすいものというようなものもあるかと思えます。ですので、それが特定の仕方によって保護の程度が変わってくるというのではなくて、物の性質に着目した上で保護を決めていくということにすればよろしいのではないかと考えました。

○道垣内部会長 すみません、よく分かりました。つまり、流動性というものだけを取り出すことに十分な理由があるわけではないのではないかとということで、【案17.2.4.1】というのに違和感があるというお話ですね。よく分かりました。申し訳ありません。

4及び5について、ほかに何か御意見はございませんでしょうか。

○松下委員 松下です。ありがとうございます。5については、これも現在、非典型担保に対する中止命令を解釈論でやっている実務ではこのような運用をしていると承知しておりますし、それは合理性のあることだと思いますので、こういう御提案でいいのかと思えます。

相当細かい点なのですけれども、発令の後、遅滞なく担保権者の意見を聴くとなっているのですが、これが遅滞なくでいいのか、速やかに、直ちにという即時性を入れた方がいいのか、そこら辺りは少し、実際には余り変わってこないのかもしれませんが、規定の意味は大分違うのではないかとと思うので、御検討いただければと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。その辺は考えていただくことにいたしまして、阪



ただ、上の方に書かれてあるように、実質的にそういう請求権みたいなものを新たに立てるのか、この場合にだけ立てるのかということは、倒産法上は相当大きな問題であることは確かであると思っています。そういう意味では、先ほどの前段の問題とは私は少し違うと思っています、そういう意味では、これをこの担保法制部会という場で結論を出すということには、私自身は結論的にはどちらかという賛成なのですが、やや慎重であるべきではないかと思っております、倒産法の抜本改正の機会があるのかどうか分かりませんが、もう少しそういう倒産全体のことを考える場で最終的に結論を出した方がいいのかなという個人的な印象は持っているということです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○松下委員 松下です。今、山本和彦委員から言及のあった、資料10ページの(2)の損害賠償請求権を共益債権とするという点についてです。今、山本委員からは実質論としても理論的にも、共益債権とすることは考えられるのではないかと御指摘があり、それ自体はそうかなと思ったのですが、しかし、中止命令は多くの場合、多分、再生手続の開始決定の前に発令されることになるのではないかと、そうすると、中止命令が損害賠償請求権の原因だとすると、開始前の原因に基づく請求権を共益債権とするという、再生手続の構造としてはやや異例なことを認めることになるという理論的な問題があるような気がしますので、その点も含めて御検討いただきたいと思えます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに何かございますでしょうか。

【案17.2.4.2】の支持が何人かから出ましたけれども、具体的にどういった条件を付するということが考えられるのかということになったときには、【案17.2.4.1】の例が出てくるのかもしれませんが、しかし、そうだからといって【案17.2.4.1】のようなシチュエーションに縛る必要はないであろうということなのだろうと思えます。大体そういう御意見かと思えますが、ほかに何か、よろしゅうございますでしょうか。

それでは、先に進んで恐縮でございますけれども、第2の6というので、中止命令が発令された場合の第三債務者の保護というのと、7、担保権実行手続取消命令というものについて議論を行いたいと思えます。事務当局において部会資料の説明をお願いいたします。

○浅野関係官 それでは、まず、11ページの「6 担保権実行手続中止命令等が発令された場合の第三債務者の保護」について御説明いたします。債権を目的とする担保権の担保権者が債務者対抗要件を具備し、又は取立権限の付与を解除することにより、一旦は目的債権を直接取り立てることができるようになった場合でも、その後中止命令が発令されますと担保権者は取立てをすることができなくなります。その一方で、第三債務者は担保権者に弁済すべきであると認識しているのが通常であると思われることから、このような場合に第三債務者をどのように保護するかが問題となります。この点については、第三債務者の担保権者に対する弁済は無効であるとした上で、受領権者としての外観を有する者に対する弁済として保護されるという考え方があり得ますが、そもそも中止命令は第三債務者に対して弁済を禁止する効力を有するものではないという御指摘もあるところです。

本文では、まず、第三債務者の保護の観点から、第三債務者が担保権者に弁済することは妨げられないという考え方を【案17.2.6.1】として御提案をしております。もっともこの考え方を採ると、中止命令等の効果が減殺されることとなります。そこで、第三債務者

が中止命令等の発令を知っていたときは、担保権者に対する債務消滅行為を設定者に対抗することができないとすることが考えられまして、これを【案17.2.6.2】として御提案しております。また、中止命令等の趣旨を貫徹する観点からは、第三債務者は、その主観的事情にかかわらず債務消滅行為の効力を設定者に対抗することはできないとするとも考えられます。この場合、第三債務者が中止命令等の発令を知ることができないと不利益が大きいため、再生裁判所が第三債務者に対して中止命令等が発令された旨を通知することが考えられ、以上を【案17.2.6.3】として御提案しております。以上のうち【案17.2.6.2】及び【案17.2.6.3】を採ると、第三債務者が担保権者に対して弁済をして、債務を免れることができない場合が生じます。第三債務者が弁済により債務を免れる利益を確保するために、これらの場合については第三債務者に供託することを認める規定を設けることが考えられるところです。

次に、14ページの「7 担保権実行手続取消命令」について御説明いたします。新たな規定に係る担保権のうち集合動産を目的とするものが設定されている場合、設定者は実行開始通知により集合物の構成部分であった動産の処分権限を失うこととなります。その後中止命令が発令された場合、設定者の処分権限が回復するわけではないと考えられます。また、新たな規定に係る担保権のうち債権を目的とする担保権について、設定者に取立権限が与えられている場合に、一旦設定者の取立権限が喪失させられた後に中止命令が発令された場合、失われた取立権限が回復するわけではないという考え方があります。

以上のような場合、設定者の事業の継続が事実上困難になり、別除権協定締結までの時間的猶予を与えるという中止命令の趣旨が達成できない可能性があることから、本文では、設定者の処分権限や取立権限の消滅などを取り消す取消命令の制度を設けるかどうかを問題提起しています。このような制度を設ける場合、中止命令と同様に、再生債権者の一般の利益に適合することや担保権者に不当な損害を及ぼすおそれがないことを要件とすることが考えられますが、担保権者に損害を与える程度がより大きいと考えれば、要件を厳格にすることも考えられます。

また、債権譲渡担保について取消命令が発令された場合には、第三債務者による弁済の受領権限も問題となります。取消命令が取立権限の付与の解除を取り消すものであると考えれば、設定者は第三債務者から弁済を受領することができる一方で、担保権者は弁済を受領することはできないという考え方があり得ます。しかし、そうすると担保権者に弁済を受領することができると思った第三債務者が害されるという問題が発生するため、先ほどの6の【案17.2.6.2】や【案17.2.6.3】のような仕組みを設けるかどうか問題となります。

以上について御議論いただければと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見を伺えればと思います。

○山崎委員 ありがとうございます。山崎です。6のところについて意見を述べさせていただきます。

担保の設定に関与していない第三債務者が二重払いのリスクを負うのは妥当ではないので、保護が必要であると考えます。一方で【案17.2.6.1】を採用した場合、中止命令が発

令されているにもかかわらず、その効果が一定程度減殺されてしまうのは設定者にとって不利になると思われます。今回の部会資料の内容について幾つかの事業者にヒアリングを行ったところ、取引の種類によっては担保権者、第三債務者のいずれの立場にもなり得ることとあり、【案17.2.6.2】を支持する意見が多かったです。その上で、発令の事実を知らなかったことの証明は難しいため、第三債務者に対して確実に発令の事実が通知されるような制度設計を望む意見がありました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに何か御意見はございませんでしょうか。

○松下委員 松下です。まず、11ページの6ですが、結論としては【案17.2.6.2】という案を支持したいと思います。確かに中止命令の名宛て人は担保権者であって、第三債務者ではないわけですが、【案17.2.6.1】だと実効性を欠いてしまうと。資料の12ページの10行目にあるとおり、名宛て人はともかくとして、実効性を確保するためには、中止命令について悪意のものときには保護しないというのも一つの解釈論というか、民事再生法30条6項で採られている価値判断と同じだと思いますので、そういう理由で【案17.2.6.2】を支持するという次第です。実際には設定者である再生債務者が第三債務者に連絡をするインセンティブを持っていると思いますので、それを利用するということになるのではないかと思います。それをもっと強力にしたければ、【案17.2.6.3】で通知ということも考えられるのですが、ただ、通知という方法が多分いろいろな方法があり得て、漏れたときにどうなるのかとか、あるいは裁判所の負担とかいう問題を考える必要があるのかなという気がして、少し【案17.2.6.3】まで行くのはためらわれるところでは。

それから、資料14ページ、7の取消命令の話ですが、これを31条の筋で考えていくと、こういう御提案になるのかなと思うのですが、民事再生法の26条3項の他の手続の取消命令というのも参考になるのかなと思って、発言をさせていただく次第です。26条3項というのは、再生債権に基づく強制執行等を中止した後、しかし、事業の継続のために特に必要があると認めるときは、中止した処分取消しを命ずることができるという規定です。これは、中止だけだと在庫商品や売掛債権に対する強制執行が止まるだけで、それらを使ったり取り立てたりすることができるようになるわけではないので、そういう意味で現状維持だけなので、事業再生には資さないということで、所定の要件の下に取り消せるという規定になっているわけです。確かにここで議論しているのは担保権の実行ですし、26条3項が規定するのは強制執行なので、違うものではあるのですが、しかし、強制的な権利の実現手続であるという点では共通しているのかなと思いますので、31条の筋から考えていくのでいいのですけれども、26条3項も参酌してよいのかなと思います。

今少し言い掛けましたけれども、26条3項は、差押え債権者の保護のために、事業の継続のために特に必要があるという要件と、それから、必要的に担保を立てるということを要求しています。ですから、資料の14ページの7(1)あるいは(2)で墨付き括弧になっているような中身とは別に、26条3項の要件を参酌することも十分考えられるように思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 今、松下先生がおっしゃられたことと同じになってしまうのですが、6については【案17.2.6.2】が妥当なのかなと思います。まず、第三債務者を保護するという趣旨からすると、【案17.2.6.1】というのは難しいのかなと。【案17.2.6.2】を採った場合、これは悪意の場合は対抗することができないということなので、実務上、多分、管財人が、中止命令が出たらすぐ第三債務者に通知をして、払わないようにという形でやると思いますので、そういう意味でこれが妥当なのかなと思います。一方で、【案17.2.6.3】を採ると、ここを見ると、担保実行の通知が来た後、中止命令が出て、その後、通知ということなのですが、通知実行後、その通知が来るまでの間に第三債務者が払った場合は保護されないというふうになると思いますので、それは第三債務者にとって酷ではないのかと思いますので、【案17.2.6.2】がよろしいのかなと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○山本委員 ありがとうございます。私も今までの皆さんと基本的には同じ意見で、余り言うことはないのですが、簡潔にしますと、6については、やはり【案17.2.6.2】がよいのではないかと思います。【案17.2.6.3】は、私が前回、あるいはひょっとしたらこういう考え方についても言及したのかもしれないとは思いますが、こうやって字にして見てみると、やはり少し中途半端というか、もしこれで行くのだとすれば、もう第三債務者も名宛て人にして第三債務者に対して命令を送達するということまで行けば、徹底するような気がするのですが、この案は、やはり第三債務者は名宛て人とはせずに、ただ、サービスとして一種、通知をするというような構想の制度になっているということで、これで第三債務者に対して効力を及ぼしていくということはなかなか難しいのかなと思っていて、13ページの（注21）に中野、下村で引用されている、破産手続開始決定により強制執行が停止された場合とは、やはり少し違うのかなと思っています。

【案17.2.6.1】と【案17.2.6.2】の対象については、今皆さんがおっしゃったとおりで、さすがに第三債務者が悪意のときにまでそれを保護する必要性というのはないだろうと思いますので、先ほど来申し上げたように、実務上は實際上、第三債務者の悪意にするような形で設定者が動くということだと思いますので、それで基本的には十分なのかなと思います。

それから、7の取消命令も、これは松下さんが言われたことと同じで、私自身もこの取消命令という制度は元々民事再生法26条3項とか会社更生法の24条5項の制度の並びで基本的にはイメージをしていました。ですから、そういう意味では、この処分権限の付与の解除というのを裁判所が取り消すというのは、あたかも通常の強制執行等の場合の差押えを裁判所が取り消す、恐らく、松下さんが言われたように、この取消命令を採る一つの大きなメリットは、差押えを取り消して再生債務者ないし管財人の処分権限を回復するという点にあると思いますので、そういう意味では、これは私的実行の場合でありますけれども、実質的に同じ効果を達成しようとするものと理解できるのではないかと考えておりますし、16ページの（4）の要件のところも、基本的には先ほど来、中止命令、禁止命令、取消命令が並んでいるというふうな御指摘がありましたけれども、基本的には取消命令というのは中止命令の延長線上というか、中止命令プラスアルファの命令なのではないかと、これは先ほどの民事再生法26条などはそういう位置付けをしていると思いますが、そういうふうに理解をしています。したがって、中止命令の要件、債権者一般の利益

の適合とか、不当な損害を及ぼすおそれがないとかということは当然、かぶっているということ为前提に、プラスアルファで事業の継続のために特に必要があるときという要件が、取り消す場合には別途付される、それから担保の提供というのがあるというイメージで、私自身は基本的には捉えておりました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○井上委員 井上です。ありがとうございます。今の取消命令のところで、お話を伺っておりますと、確かに31条のほかに26条3項というのが参考になるということを理解したのですが、それによって要件が中止命令あるいは禁止命令と変わってくるのか、より取消しというのは厳格化すべきではないかというサブスタンスのといえますか、中身の問題でいうと、厳格化する必要は特にはないのではないかという印象は持っております。

確かに言葉といいますか用語の問題としては、取消しというのは強い効果を持つように思われるのですが、それが一方的に担保権者にとって酷な効果として強いかということ、そういうわけでもなくて、先ほども申し上げましたけれども、流動性がある目的物を担保に取った場合でいいますと、中止命令が出たにとどまるときは、集合動産でいえば処分権限が失われた状態が続いてしまうと同時に新規に加入する動産についても及ばない状態が続くと理解をしているのですが、そうだとするとある意味、設定者もせっかく中止したのに事業には使えない反面、担保権者もそこから先には進めないという状況にとどまるどころ、取消命令というのを使った場合には流動性が回復するという効果が想定されているのではないかと思いますので、そうすると、設定者は事業に使うために、例えば在庫を処分できるというようなことが得られる一方で、担保権者からしても新規加入物に及ぶ状態が続くと、そういう状況が回復するという効果が得られるのであれば、それほど、効果としては中止よりも強い巻き戻しという効果ですが、どちらかに酷という意味では、担保権者にとっても悪い話ではないので、そういう意味では、流動性が非常に重要な資産については実務的には、実行着手前であれば、先ほど申し上げたように禁止命令を申し立て、着手している場合、あるいは着手しているかどうか微妙な場合は、もうこれは取消命令と禁止命令を同時に申し立てる、あるいは場合によってはもう全部、中止命令も含めて申し立てるということになるように思いまして、ある意味、割と一連のもの、それほど大きく区別されずに利用されることもあり得ると考えると、取消命令についてもほぼ似たようなといえますか、取り分け厳格な要件を設けずに認めていくということも考えられるのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

私からも1点、事務局に質問があるとともに、1点は別の方に質問があるのですが、6の大前提なのでありますが、第三債務者が担保権者に払ったとしますよね、こういういろいろな、オーケーになったり、あるいは善意だったりして。これは担保権者は受け取ったものを自分のものにすることができるのですか。というのは、全部禁止した上で民法478条によって処理されるとする見解もあるというふうなことは、民法478条というのは、払った相手方には本来、受領権限がないというのが前提の条文ですよね。そうすると、それを受け取ったら、管財人なら管財人に返さなければいけないのではないかと思います、そして、かつ、そのときにそれは被担保債権を持っているのだから相殺できるのではないのかという話が出てくるのですけれども、それは本当にそうなのかと。受領権者が管財人だと

したときに、倒産債務者に対する債権を基に相殺できるのかなというの若干気になるところで、【案17.2.6.1】から【案17.2.6.3】までのいずれを採ったとしても、受け取ったときにどうするのかということについて検討しておく必要があるのではないかと。受け取って、かつ相殺もできないとするならば、実は【案17.2.6.1】を採っても場合によっては大丈夫なのかもしれないという気もするというのが第1点の、これは事務局に質問なのですが。

2点目は、誰に聞けばいいか、大澤さんだったか、教えていただければ有り難いのですが、先ほどの議論のときに、中止命令、取消命令、禁止命令というのがあって、実務的にはそれを並行的に申し立てたりいろいろしてうまくやっていると。それはそのとおりで、それは腕の見せ所なのかもしれませんが、裁判所はそのときどういうふうな態度をとるのですかというのが僕の質問で、それぞれの要件が複雑だと命令を出すのに時間が掛かるような気がするのです。裁判所って、三つ仮にいろいろな申立てがあったときに、要件が満ちていることが分かったものから順番に出してくれるのですか、それとも、丁寧にいろいろ見ながら、最終結論が出て初めて、それならこれを二つ出しましょうかとか、そういうような話になるのか、そこら辺がよく分からなくて、山本さんでしたっけ、どなたでしたっけ、井上さんか、取消命令の要件をきつくる必要もないのではないかみたいな話が先ほどどなたかから出ていましたけれども、それとの関連で、本当に並行して申し立てていくというのはうまくいくのですかと、それで支障はないのでしょうかというの少し実務的に気になるところで、教えていただければと思います。

すみません。ちょうど今、手が挙がっていない瞬間がありましたものですから発言をしまして、申し訳ございませんが、前半、事務局から教えていただきたい。では、まず大澤さんからお願いします。

○大澤委員 すみません、事務局に先んじて。それほど経験が多いわけではございませんが、正に井上先生がおっしゃられましたとおり、要件との絡みで申し上げると、確かに要件が異なってくる場合、裁判官は当然のことながら、それはどれに当たるのですかという話になってくるように思います。ただ、取消命令は今度、新たな考え方だと思うのですが、実務家の方で取消命令の使い方を考えたときに、正に井上先生がおっしゃいましたように、どれもそれほど要件が変わらないような形で申立てができるべきものではないかというような話もございまして、そうすれば裁判所においても混乱することはないのではないかと。申し立てた直後等に、やはりこの中止命令は要らないとか、取消命令までは不要だとかいう話になってくるかもしれませんけれども、いずれにしても要件を同じような形で整えられているというのが実務家的には非常に親和性を感じておりまして、だからこそセットでお話ができるのかなと思った次第です。お答えになっているかどうか分かりませんが、そういった考え方で、先ほど、組み合わせたりというようなことを申し上げた次第です。

○道垣内部会長 十分にお答えを頂いているので、正にその点を考えて、要件の包摂制といえますか、全部一緒にするというのも一つでしょうし、どれがどれを包摂したような要件にするのかということを考えていかなければならないと思いましたので、少し確認をさせていただきました。

前半の部分について、事務局から教えていただけませんかでしょうか。

○**笹井幹事** そこは大変、荷の重い問題で、むしろ手続法なりの先生に教えていただきたいところではあるのですが、普通に考えますと、この第三者債務者の保護が問題になってくるということは、元々設定者に取立権限、それから取り立てた資金の利用権限が留保されているという状態で、その後、被担保債権について債務不履行があったために担保権者側にその取立権限であるとか資金の利用権限が移ったと、その後中止命令が発令されたという場面で、第三債務者をどういうふうに保護するかという問題が出てくるのだと思います。先ほど来問題になっておりますように、7の取消命令があればともかく、中止命令だけが発令されたという場面では、この取立権限ですとか、それから、その資金の利用権限というものが担保権者側にもう移っており、既に発生したその効果自体を覆すことはできないとされており、そうだとすると、目的債権の取立権限や資金の利用権限自体が設定者にはもう残されていないということになりますので、それを担保権者側から設定者に対して返さないといけないということにはならないのではないかと考えていたところです。

担保権者と設定者との関係でいうと、そういうふうになるのではないかと考えてまして、ただ、中止命令によって担保権者の取立てが禁止されることの効果として、第三債務者との関係で、積極的に取り立てることが禁じられるという効果が発生するのだと思うのですが、例えば、振り込まれたものを受動的に受け取ることによって目的債権の消滅という効果が発生することまで、その中止命令によって阻止されるのかというのは、中止命令の効果をどういうふうに考えるのかということによってくるのかと思います。

取立権限が本来的にはもう担保権者側の方にだけあって、設定者の方にはないのだということからすると、むしろ【案17.2.6.1】につながりやすいのではないかと考えていたのですが、ただ、今の学説には、民法第478条を問題にしているものもございまして、そうだとすると、担保権者に支払うことによって目的債権を消滅させるということも中止命令の効果として阻まれるというふうな理解がされているのかなと考えていたのですが、そこはまだ私どもとして十分に整理がされているところではございませんので、もし何か誤り等がございましたら、手続法の先生方に教えていただければと思っております。

○**道垣内部会長** どうもありがとうございます。そうですね、第三債務者、供託するという自体で、担保権者が受領権限を持たないからといって設定者に受領権限があるということのをそれは意味していないと、それもないということの意味しているからこそ供託になるのだということなのかなと思いましたが、少し478条論というものとの関係で気になりましたものですから、発言を致しました。大変失礼いたしました。

○**片山委員** 慶應義塾大学の片山でございます。2点ほどございまして、まずは、もう随分議論が積み重なってきましたので、改めて私の方から申し上げることではないのかもしれませんが、中止、それから禁止、この取消しというのは、やはり一つのセットで考えていかなければいけないのかなと思っております。

その一つが、やはりこの取消命令のところというのは、債権に関して言いますと、そもそも担保権者に取立権限はあるのだけれども、一旦設定者に取立権限を付与した、それを解除したというときに初めて取消しという話が出てくるのだということで、そもそも質権のように、担保権者にしか取立権限がない場合とか、あるいは、また累積型という怒ら

れるかもしれませんが、累積型で譲渡担保権者だけが最初からずっと取立権限を持っているという場合は、一切もう取消しという問題は出てこなくて、中止命令あるいは禁止命令の問題だけになるということであるとしたならば、その境に要件面等でそれほど差があつてはいけないのかなとは思いますが、その三つの命令を同じような要件で、余り差がないような取扱いをしていく必要があるのかなと思ったのが第1点でございます。

それからもう一つは、6のところは、私も倒産法のことはよく分かりませんが、【案17.2.6.2】と【案17.2.6.3】ということで、【案17.2.6.2】の方が多数の御意見ということだったということなのでしょうけれども、知っていたかどうかという話が個別に全部判断されるということになると、何千人、何万人という第三債務者についていちいち知っているか、知らないかという話をしなければいけないということが手続に耐えられるのかなというような気は若干しております、もう民事再生まで手続が行っているわけですから、そういった段階では第三債務者に画一的に協力の要請をするということであってもいいのかなという気はしております、通知をすることがどれほど大変なのかということが分かりかねますけれども、簡単に通知ができるということであれば、通知によって画一的な処理ができれば、それに越したことはないのかなというのが私の印象でございます。

以上2点でございます。よろしくお願ひいたします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 私は先ほど6の発言をして、7についてなのですが、これは文言との関係で、取消命令は認めるべきだとして、競売申立人に不当な損害を及ぼすおそれがないと、この要件なのですが、これは例えば食品もそうですし、季節物のアパレルの在庫もそうですが、不当な損害のおそれのものがないかどうかというのが結構微妙なのかなという、そういう商品も結構あるかと思うのです。先ほどの中止命令との要件ですと、不当な損害を及ぼさないことを条件にしてというようなことなので、先ほど三つの手続を同じ要件にしてもいいのではないかというお話もあったのですが、要は、減価は多分するのだと思うのですね、少なくとも食品とか季節物のアパレル、でも、やはり代替担保を入れるとか、そういうことによって損害を及ぼさないと、そういうことが考えられるので、不当な損害を及ぼさないような措置を採った場合とか、何かそういう、単純におそれがないという要件だとどうなのかなと思った次第です。

それから、少しそれに関連して、4についてコメントしてもいいですか。少し遡ってしまつて大変恐縮なのですが、10ページの4の2(2)のところ、共益債権になるかということで、これも不当な損害が生じた場合にどうかということの議論なのですが、まず一つは、ここにある減価分が、要するに、在庫の商品が減価すればそれは確かにその分マイナスで、担保権者に不利益があると思うのです。ただ、だから一般債権者の利益になつていないということではなくて、それはそれで在庫として持って商売ができるわけですから、減価はしても一般債権者の利益にはなる状態というはあるのかなと。それから、もう一つは、ここは結果的には共益債権を提案していないということなのですが、やるとすれば共益債権というよりは、やはり代替担保ですね、要は、ここで何か回収するような共益債権というよりは、これの、もし損害があつた場合は、代替担保の提供義務を負わせる、このようなスキームだったらあり得るのかなと思った次第です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○井上委員 井上です。先ほど議論されていた6についてなのですが、先ほど来の議論というのは、【案17.2.6.1】なのか、【案17.2.6.2】なのか、【案17.2.6.3】なのか、いずれも中止命令を想定した議論になっているように受け取っております。この提案には、ただ、禁止命令も同じように併記されているのですが、禁止命令というのが実行着手前に出されるものだとすると、同じように考えるべきなのかということなのですが、禁止命令が出たというのは、言わば何もまだ起こっていない状況ということですよ、そうすると、何ら実行が着手されていないときに、その意味では取立権限が元々あるままの状況で、こういった手当てが本当に必要なのかと、あるいは、取立権限はまだ設定者に残っているけれども、それにもかかわらず、第三債務者が担保権者に払うということがどのぐらい起こるか分からないですが、そういうことが起こったときには、まだ実行着手前であれば、当事者間の契約解釈ですとか合意の読み方によって処理するということが平場では行われるわけだと思うのですが、この倒産手続の申立てに至った段階で、それをあえて禁止命令が出たときにも、平場のアレンジと変えて、【案17.2.6.1】なのか【案17.2.6.2】なのか【案17.2.6.3】なのかはともかく、手当てをするという必要があるかどうかということについては、これは中止命令とは少し違う問題にもなるのかなと思って、なお禁止命令の場合にも同じような手当てをすべきだというのはどういう想定なのかということをお伺いしたいというのが私の質問です。

○道垣内部会長 もし想定があれば、お願いします。

○笹井幹事 柱書に、実行に当たって担保権者が取立権限を取得して、その後にと書いてありますように、御指摘のとおり、6の問題が出てくるのは、取立権限が担保権者の方に移るとするか、担保権者が取立権限を取得した後の話ですので、そういう意味では、禁止命令がされたために何も起こらなかったという状態の場合にはこの問題は起こらないというのは、御指摘のとおりだと思います。

○浅野関係官 今、笹井が申し上げたとおりですがけれども、本文に禁止命令という文言を併記していた理由を念のため申し上げますと、13ページの24行目以降のとおり、禁止命令と中止命令を区別せずに規定を設ける考え方もあることを踏まえたもので、必ずしも担保権者が取立権限を取得する前に禁止命令が発令された場合を念頭に置いたものではございません。

○井上委員 ありがとうございます。

○道垣内部会長 よろしゅうございますか。

ほかに何か御意見、御指摘はございますでしょうか。

○藤澤幹事 ありがとうございます。立教大学の藤澤です。7番のところの不当な損害についてどのように考えるかということについて、少し質問させていただければと思って、手を挙げました。

これまでの議論によりますと、集合物のようなものについて担保権の実行に着手すると、その後入ってくるものに担保権の効力が及ばなくなるということと、これまであったものについて債務者の処分権限がなくなるということによって、どの範囲から担保権者が優先弁済を受けることができるのかということが決まってくると思います。このような効力が発生しているところで、中止命令があって、その後で取消命令があったというふうになった場合に、担保権者の持っている優先弁済権の範囲が担保権実行に着手した時点のもので

保護されることになるのか、それとも実行自体なかったというようなことになって、その後、流動していくものに対して及び続けますという程度のものになるのかというところを少し伺ってみたいと思いました。

つまり、すごく単純な例を出しますと、1個1万円の商品が100個あるという状態で実行手続が開始したとします。そこで中止命令があって、この1個1万円というのがどんどん減価していってしまうとなると、その中止命令のところの適切な保護というか、保護が発動して、減価していく部分についてカバーしてあげなければいけないよねということになるのだと思うのですけれども、取消命令があって、再び流動化しましたといったときに、100個がどんどん減っていく、1個1万円というのは変わらなかったとしても、流動していく中で100個が50個になってしまうとか、そういう可能性が生じることを考えて、その場合には、例えば、取消命令はできませんとなるのかとか、その減った部分については何らかの形で損害賠償とかでカバーしてあげますとなるのか、どの辺りの水準を念頭に置いて不当な損害というのを議論しているのかというのを教えていただければと思います。よろしくお願いたします。

○道垣内部会長 何かありますか。まず私が一言言うと、どこを基準にしてというのですが、損害と書いてあったらそういう質問は簡単に成り立つのですよ。不当なと書いてあるのだから、実は基準時だけの問題ではなくて、不当性というのが要件になっているということは、まずは前提として指摘をしなければいけないのではないかと思います。すみません、事務局からお願いいたします。

○笹井幹事 中止命令によって担保権者に損害が発生し得るという問題については4でも御議論いただいたところですが、4については、まだ7が出てきていなかったもので、中止命令と禁止命令だけを問題にしているのですけれども、仮に7を実際に具体的に設計していくということになりますと、やはり同様の問題といたしますか、取消命令が発令されることによって流動性が回復して、その流動することの結果として構成部分が減っていくということもあり得ますので、そこは4のような条件、例えば個数で考えていくのか、そこは具体的な発令に当たっての判断になると思いますけれども、そういったもので損害の発生をカバーするということが考えられるのではないかと思います。

そのときに、時点的な問題として、取消命令が発令された時点のことを問題にするのか、あるいは固定化した時点の、そのときに把握していた価値というのを前提にするのかという御指摘、そこが御質問の中心だったでしょうか。

○藤澤幹事 はい。質問の方を補足させていただきます。つまり、取消命令の効果として、再び物が流動するようになって、その流動する物に対して従来どおり担保権の効力が及び続けるということであれば不当な損害なしと考えるのか、それとも、実行の時点であるとか何らかの時点で担保権者がこれくらいの価値を把握していたのだということを認定した上で、そこから減ってしまうとすればそれが損害であると考えられるのかとか、そのことを少し伺いたいと思いました。

○笹井幹事 それは後者で、やはり流動することによって元々把握していたものの価値が減っていくということはあると思いますので、その担保権者の保護というのは図られる必要があると思います。その具体的な方法としては、4番のような条件を設定した上で発令するということが考えられるのではないかと思います。

○道垣内部会長 よろしゅうございますか。

○山本委員 ありがとうございます。先ほど来、部会長の先ほどの疑問をずっと考えているのですが、私自身もまだ必ずしも整理ができていないところがあります。最初の方におっしゃられた疑問ですけれども、担保権者がこの中止命令、禁止命令等にかかわらず取り立ててしまったときに、担保権者が再生債務者等にそれを返還する義務があるのかどうかという問題で、笹井さんの答えは、再生債務者等も受領権限というか取立権限はない、中止命令が出ているだけなので、担保権者の取立権限というものは維持されているというか、債務者から取立権限が奪われているという事態は維持されているので、債務者に返す必要はないという趣旨の整理だったのではないかと思いますけれども、それは確かにそういう、債務者は確かにそれを取り戻す権限はないけれども、担保権者が中止命令に反して取り立ててしまったと、やってしまったということはあると、しかし第三債務者が弁済したのは有効となっているという状態なので、一種、浮いたお金になってしまっているというところをどう考えるのかということがなかなか難問で、私自身、必ずしも整理はできていません。

さらに、今度は取消命令との関係で、17ページの7行目辺りから、この取消命令が出ているにもかかわらず担保権者が弁済を受領してしまったらどうなるのかという問題設定がされていて、やはり先ほどの【案17.2.6.2】とか【案17.2.6.3】のような第三債務者保護の仕組みが必要ではないかということが議論されています。ただ、このときは取立権限の取得の効果は取り消されて、逆に債務者が取立権限を持っているということは、この場合は多分そうなるのだらうと思いますから、この場合はやはり担保権者は再生債務者等に返さないといけないのではないかという気がしています。その場合に相殺などの問題が、部会長が提起された問題が生じると思うのですが、相殺は多分、相殺禁止が掛かるのだらうと思うのです。開始申立て後にそれを知って、担保権者が取り立てていることは間違いないと思いますので、そうすると相殺禁止が掛かるので、そうすると返さないといけないのかなという感じがしています。

それを前提にして、この場合が、中止命令の方は【案17.2.6.2】が有力な意見として主張されていましたが、こちら【案17.2.6.2】でいいのか、あるいは【案17.2.6.1】みたいな話になるのか、少しシチュエーションが違うという印象を持ちまして、全然整理できていないのですけれども、一応、問題点の指摘として発言をさせていただきました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。それほど的外れな感想ではなかったということが分かって、私はうれしいです。

ほかに何か御意見、今の段階で御指摘はございませんでしょうか。

○倉部委員 ありがとうございます。倉部です。先ほどの藤澤先生の御質問のことを少し考えていたのですけれども、取消命令が発令された場合の不当な損害を及ぼすおそれの有無のところ、どこまでを保護の対象とするのかという範囲のことを藤澤先生はお尋ねになったのかなと思っているのですけれども、取消命令発令時の評価額で考えるのか、それとも実行時の評価額で考えるのかというところが差し当たり選択肢としてはあり得るのかなと、既にその辺も御指摘があったところかと思うのですけれども、やはり民事再生法は基本的には担保権者は別除権者であって、担保権の実行の着手というところで換価権の行使を一旦はしていると考え、やはり実行時の評価額までは保護してあげるべきなのかな

と今、考えているところで、そうすると、そこまでの評価額の補償ができるのかということ考えた上で、更にこの後は少し質問にもなるのですけれども、7のところでは4のところの必要な条件を付して発令するという文言がないわけですが、7も必要な条件を付するということがあり得るということなのかというのが、これは質問になります。

場合によっては、今、7のところだけを拝見すると、不当な損害を及ぼすおそれがないという場合にだけ取消命令が発令できるということになっていて、そうすると、現行法の民再でいえば、まだ2のところの段階で止まっていて、ないときには発令ができる、でも、あるとしてもそれが必要な条件を付することによって補填ができるのであれば、元々は不当な損害が生ずるおそれはあるのだけれども、必要な条件を付することによって、なお発令することができるという二段構えになっていたのだと思うのですけれども、取消命令のところについてはそこまでは考えずに、不当な損害が生ずるおそれがないという場合にだけ、必要な条件は特に付することなく取消命令を発令するのか、後半は質問になってしまったのですが、その辺りはどのように考えたらいいのかなと。

私としては、必要な条件を付すというのが取消命令の場面でもあり得るのかなと、代替担保の話も先ほど御指摘がございましたし、いろいろな補償の仕方というのはあり得るのかなと思いますので、4と同じような、必要な条件を付するというのも選択肢としてはあり得るのかなと思った次第です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。それでは、事務局から何かございましたら、お願いいたします。

○笹井幹事 取消命令のところは確かに条件を付してみたいところまで、まだ書き込んでいないのですけれども、まだ取消命令については十分な議論の蓄積もないところもありましたので、少し概括的なお示しの仕方をしたということで、今後これをやはり必要だと、しっかり具体化していこうということになった場合には、御指摘のように4のような条件を付するということによって発令できるということは当然あり得るのだと思います。そうすると、不当な損害のおそれがない場合はもちろんですし、そのまま発令すれば不当な損害が発生してしまうかもしれないけれども、一定の条件を付すことによって、それを遵守することによって、その損害の不当性なり損害自体の発生が回避できるということであれば、そういった条件の下で発令するということもあり得るのではないかと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに、7までで何かございますでしょうか。

難しい問題が幾つか残っているのですが、差し当たって御意見がないといたしますと、次に第3の倒産手続開始申立特約の効力というところに移っていくのですけれども、開始から2時間10分経過しておりますので、ここで少し休憩を取らせていただければと思います。3時55分まで休憩としたいと思いますので、55分にお戻りいただければと思います。よろしくお願いいたします。

(休 憩)

○道垣内部会長 予定した55分になりましたので、審議を再開したいと思います。

それでは、第3の倒産手続開始申立特約について議論を行いたいと思います。事務局

において部会資料の説明をお願いいたします。

○浅野関係官 17ページの「第3 倒産手続開始申立特約の効力」について御説明いたします。実務上、所有権留保売買契約等において、設定者に再生手続又は更生手続の開始申立てがされたことを解除事由とする特約がされることがあり、その効力が問題とされています。この点に関する昭和57年判例及びファイナンス・リース契約に関する平成20年判例等を踏まえ、解除条項に限らず、設定者について再生手続又は更生手続の開始申立てがあった場合に、目的物を債務者の責任財産から逸失させること等により、倒産手続の中で管財人等がその必要性に応じた対応をする機会を失わせることとなるような特約については無効である旨を規定することが考えられます。

以上を踏まえて、本文(1)は、設定者についての再生手続開始の申立て又は更生手続開始の申立てを理由に、新たな規定に係る担保権の目的物を設定者に属しないものとし、又は属しないものとする権利を担保権者に与える契約条項を無効とすることを提案しております。これは、再生手続開始の申立て又は更生手続開始の申立てを直接の解除事由等とする条項を意図したものでして、それらを期限の利益の喪失事由とし、それに伴う債務不履行解除を行うことを妨げる趣旨ではございません。他方で、このような条項については、新たな規定に係る担保権の実行手続に関する規定が強行規定であれば、一定の条項は倒産法の観点から無効とするまでもなく無効であり、本項目との関係で対象とする必要がないという考え方もあり得るところであり、対象とする条項の表現については更なる検討が必要と考えております。

また、本文(2)は、いわゆる構成部分の変動する集合動産を目的とする担保について、倒産手続開始申立てがあったことを構成部分である動産の処分権限の喪失事由とする特約や、複数の債権を目的とする担保について、倒産手続開始申立てがあったことを設定者の取立権限の喪失事由とする特約を意図したものです。このような特約については、本文(1)と異なり、判例法理が確立しているわけでもなく、このような特約のみを取り出して無効とする明文の規定を設ける必要があるかについて、検討が必要と考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見を伺えればと思います。よろしくをお願いいたします。

○松下委員 ありがとうございます。松下です。まず、17ページの第3の本文(2)ですけれども、これは(1)と違って取戻権の発生までは行かないけれども、しかし動産なり債権なりを設定者の事業継続には使えない状態になるというものかと思えます。確かに取戻権が発生していないという点では(1)とは大きく違うわけですが、しかし、事業の継続に使えないというのは、そういう意味では取戻権の発生と同じような効果を持つので、こういうものについても効力を失わせる規定を設けるのが望ましいと考えます。以上が1点目です。

2点目は、資料の18ページの14行目から15行目辺りで、設定者について倒産手続開始の申立て等があった場合と、これは17ページの本文と違って、等が入っているわけですが、これは同じ18ページの1行目、2行目にあるように、昭和51年の判例も、倒産手続の開始の申立ての原因となるべき事実が発生したことを解除事由とするというものだったので、18ページの15行目の方では等と入っているのだろうと思います。これら

の倒産手続の開始に至るまでに必ず経由する、あるいは経由する可能性が高い事実を網羅的に挙げるとするのはなかなか大変ですので、規定としては申立てを解除事由とするものは無効だということにしておいて、あとは解釈論ということにせざるを得ないのかなと思います。以上が2点目です。

それから、3点目で、破産手続開始の申立てを解除事由とするものをどう取り扱うかなのですけれども、これは以前から申し上げていますが、資料20ページの32行目にあるとおり、なお解釈に委ねるということをはっきりさせておく必要があるかと思えます。裏返しで言うと、第3の(1)のような本文を設けたからといって破産手続開始の申立てについて反対解釈をするということではないということはこの資料でも残しておく必要がありますし、それから、この審議会の議論としてもそういう議論をしたということをはっきりさせておくべきだと思います。

以上です。ありがとうございました。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

ほかに御意見、御質問等はございますでしょうか。

○大澤委員 弁護士の大澤でございます。まず、倒産手続開始申立特約そのものについて、今、二つ目ですかね、松下教授からお話のあった点に関連するかと思うのですが、文言として、第3の(1)で、設定者についての再生手続開始の申立て又は更生手続の開始の申立てを理由にということで、申立てを一つの起因として書いてはいただいているのですが、恐らく実務上は申立以外の理由による、例えば支払不能とか、別のトリガー条項を入れるような形で、実質的には倒産手続開始申立特約と同じような狙いをする条文というのも出てきませんかと思えます。そういったものは、この条文ができたとしても、解釈論として広げていくという趣旨であるのかもしれませんが、だからこそ先ほど、等というお話があったのかとも思っておりますが、なお実務的には、条文ができて、その解釈論としてそこまで及ぼす、あるいは限定するものではないということをお書きいただくのかもしれませんが、そういった、申立てだけと読めてしまうような余地を残す条文というのはやや怖いかなと思っております。部会資料20ページ等にバスケットクローズを置くというような方法もあり得るといようなことも説明としては書いていただいております。こういったものを、ただ、法制度上どう書くのかがよく分からないというところはあるのですが、申立特約として、こういった特約は無効だと書くに当たって、何らかそういった範囲を解釈としてきちんとできる余地のある部分のある法制度の文言にさせていただければいいかなと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。それは必要なことだろうと思っておりますが、ほかにこの特約についての。

○日比野委員 ありがとうございます。第3の(2)のところなのですが、こちらで無効とする対象にされている事項が、第2で議論された中止命令ですとか禁止命令とか、このようなものの対象と重なりがあるとしますと、これを更に強行法規として無効とするという規律を設けるという必要性まではないような気もいたしまして、債権者の立場としては個別事案ごとに中止命令ないし禁止命令、取消命令で対処していくという方法も考えられるのではないかとと思われるところですので、一応その旨、意見として申し上げたいと思います。

あと、別の話となりますが、20ページで、一括清算法についての記載を頂いております。これは一読で、本多委員がお話ししたところかと思いますが、こちらについては御検討いただいたことに対して感謝を申し述べるとともに、この一括清算法はそもそも、いわゆるネットィング処理が日本において有効であるということを明確にするという目的もあると思いますので、御提案いただいたように、ネットィングが有効になるということを明確にさせていただきたいと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。最後の最後が私、よく分からなかったのですが、ネットィングについて有効であるという規定を特に置くべきだというお話でしょうか。

○日比野委員 そうですね、どの法律にどのような規定を置くのかということについて、私も最終的に何かこうすべきだという定見があるわけではないのですけれども、21ページの14行目以下のところで、当初証拠金に規定の効力が及ぶかは明らかでないが、仮に及び得るとすれば規定の効力が及ばないとするとも考えられると、このような記載のされ方をしておりましたので、今回の改正が成立したとしても、ネットィングの対象にはなるのですということを法律上明らかにさせていただきたいと考えたという次第です。

○道垣内部会長 分かりました。どうもすみません。

それでは、ほかに何か御意見はございませんでしょうか。

○山本委員 ありがとうございます。私はこの資料を見て、19ページの2行目ぐらいから書かれてあることが非常に興味深く思ったのですが、この担保権実行手続を経ることが強行規定なのかどうかということなのですけれども、これについて民法の先生に教えていただきたいのですがけれども、例えば民法349条の流質の禁止というのですか、そういう規定が明文で置かれているというのは、これは何となく、質権については必ず担保権実行の手続、所定の手続をとることが強行的に要求されているわけではないけれども、法律の条文でそれを明らかにしました、みたいな感じにも見えるわけなのですが、一般にこの担保権実行の手続を経ないとその実行ができないというのが強行規定として理解されているのかどうか。この場合は、私的実行というのがあるから、何か特別に、やはり強行規定と解されるべきなのかどうかといったような辺りが、必ずしもよく分からないところでした。

仮にこれが強行規定だとすると、もちろん再生とか更生だけではなくて破産のときもそれは駄目だということになるのだろうと思うので、それは担保権実行の手続をとらないと駄目だということの意味するということになって、恐らく先ほどの松下さん、解釈に委ねるとということ、また、この資料全体が、強行規定だという意見が多くあったということではあるけれども、最後のところは、破産等の場合にはなお解釈に委ねるという趣旨であるということは、強行規定だとは考えていないというか、そういう形でこの資料はできているのかという、幾つか疑問が、とりとめのないあれなのですが、もしどなたかお分かりの方があれば、教えていただきたいですが。

○道垣内部会長 事務局から何かございますか。

○笹井幹事 一読のときの議論を踏まえた形で、強行規定ではないかと、そういう意見が多くあったと書いておりますけれども、私的実行に関する規定を設けた場合に、それが強行規定になるかどうかというのは、この部会での議論も踏まえながら、また検討してみたいと思っています。その上で、破産の方は解釈に委ねると書いておりますのは、この資料の

第3全体として、実行に関する規定、実行が完了するという規定だけではなくて、平成20年の最判ですとか57年最判が扱っていたような解除に関する規定も対象にしているということです。そういったものについては、少なくとも実行の規定が強行規定だからというような議論が妥当しないということになりますので、その解除については引き続き、破産手続との関係においては、解釈に委ねられるということに記載した趣旨でございます。

○山本委員 ありがとうございます。

○道垣内部会長 よろしいですか。つまり、18ページから19ページの流れのところは、まずは最初は所有権留保売買というのを念頭に置いて、リースもそうかもしれません、解除というものが生じるようにすると、倒産申立てとかそういうものによってですね。そうすると、解除によって所有権の復帰が起きると。そして、それを妨げるためには当然、解除条項の効力を否定するという事になっているわけですが、そこから始まって、では、例えば、譲渡担保の形の担保であり設定者が専有しているものについて、倒産申立てがあったら、その目的物が確定的に担保権者、債権者の方に移転して、それで終了してしまいますというふうな条項を倒産申立解除特約として置いたときに、それが、まずその私的実行として有効な特約であるということから始まって、特に倒産申立ての特約の効力を否定すると解するならば、平時ではもう自由自在ですよ、実行のやり方。もう実行について条文は要らないということになるわけで、私はそれが強行規定でないという考え方はあり得ない考え方だと思います。だって、そうすると債権者はみんなそうしますよね。債務不履行があったときには意思表示によって確定的に所有権が移転して、それでも全部終わりにすると、書いておけばそれが有効で、条文に書いてあるような清算金の通知とか、そういう手続を全部回避することができる、それはあり得ないと私は個人的には思いますけれども。だから、ここでこういうことが問題になると私が言うこと自体が、問題もならないだろうという感じが僕にはするのだけれども、少しそこは意見が事務局とは違うのかもかもしれません。

○山本委員 今のような部会長の御見解を前提にすれば、破産手続開始申立てを契機として實際上、実行手続をすっ飛ばすような形で所有権を帰属させるようなものも、それはやはり駄目だということになるということでしょうか。

○道垣内部会長 当然駄目なのではないでしょうか。それは、解除と所有権留保の担保としての実行というものを並列させるといったときに、解除条項の方でやれば解除によって所有権戻ってしまうのではないかと、それで売買契約がなくなってしまうのではないかと、そうすると更生会社の財産からオートマチックに流出させてしまうということになるので、それは有効ではないようにしましょうと、それはよく分かる論理ですけれども、その解除の話ではなく、実行の話として持ってくると、最後までやってしまうという条項については、それは効力は認められないのだろうと思うのです。ただ、実行通知をしますといたりしたときに、例えば、実行通知のときに清算金額の見積額を通知しなければならないとかというふうなことをいろいろしないと、そういうふうな制約を置かないということになって、第一歩としての手続というのが、まず、例えば実行通知の送付というのがありますというのに関して、当然に倒産申立てによってそれが生じますというのは、それはあり得るのかもしれないという感じがするのですが、それは着手条項であって、完全に責任財産から逸失させるという条項ではないのではないかと思いますけれども。

- 山本委員 それは、どこまでが強行法規かという感じの。
- 道垣内部会長 そうですね。
- 山本委員 ありがとうございます。
- 道垣内部会長 いや、それは私の個人的な見解なのですが。
- 山本委員 一応分かったような気がします。
- 道垣内部会長 それは少し事務局の前提や問題意識と違いますか。
- 笹井幹事 いえ、私も、部会長が今おっしゃったとおりにかと思えます。今少し議論を聞きながら思いましたのは、そうだとすると、そもそも実行に関する規定を設けた以上は、それに反する実行方法といえますか、そういうものは別のプロセスをたどって、その所有権が担保権者なり第三者に帰属するというような規定は元々無効なので、それをどこかに書くかどうかは別として、こういった倒産手続の開始を契機とする条項としてはそもそも書かないと考えるのか、あるいは、私的実行に関する条項の中にも、今、部会長がおっしゃったように、この部分に関しては何か特則が要ることになる余地もあるかもしれないので、最後まで逸失してしまう条項、しかもそれが倒産手続の開始申立てを契機として起こってしまうという部分については、少なくとも無効であるということを書いてかというような選択肢もあり得るのかなと思いました。
- 道垣内部会長 すみません、たくさん手が挙がっている中で、更に私が続けて話して申し訳ないのですが、山本さんの御発言の中で結構重要な意味を持っていたのが、これは私的実行が認められる担保なのでこういうふうな話が問題になるのですかという御発言なのです。というのは、抵当権に関して、例えば倒産申立抵当権実行条項というのを入れて、民事再生でも会社更生でも何でもいいのですが、やった瞬間に抵当権の実行が終わりますというふうな条項を置いたって、その効力があるとは恐らくは考えられていないだろうと思います。それは抵当権の効力として、公の手続を使ってやる実行手続しか効力として認められていないからなのだろうと思うのです。しかるに、私的実行というのが認められると、今度はそうではない可能性というのが出てくるということなのかという話なのだろうと思うのですが、ただ、そこでまだもう一個問題になってくるのが、抵当権に関して抵当直流れは有効であるとどこの教科書にも、私の教科書には書いていませんが、そのことについてはこれから言いますが、多くの教科書には明治四十何年かの判決を引用して、抵当直流れは有効であると書いてありますよね。そんなわけがないので、どう考えたって、それは対抗力のない仮登記担保であると私は思うのですけれども、しかし、それは僕の個人的な見解であって、もし抵当直流れというのが有効であると、それは質権のところでは駄目だと書いてあるのに、抵当権のところはないからいいのだというのが明治の大審院の判例の内容なのですが、そうだとするならば、そういうふうな私的実行を倒産申立てを原因として行うという条項の効力というのが議論されなければならない可能性というのが実はあるのだろうと思います。すみません、学者的な、ただ単に分析をするだけで、何の結論も出ていないことを申し上げたのですけれども、結構そこら辺は、抵当権も含めて、議論の前提が固まらないで何となくやっているという感じは、山本さんのおっしゃるとおり、あるような感じはします。すみません、それも含めて事務局に更に考えていただくことにしたいと思います。すみませんでした。ありがとうございます。

たくさん手が挙がっているのにたくさんしゃべって、申し訳ございませんでした。

○**阪口幹事** 阪口です。今の19ページの2行目以下の部分について、理論的なことは正直分かりませんが、今まで私的実行と考えられていたものは、正に私的な世界で考えられてきたと、かつ、所有権留保に関していうと解除と実行もごちゃごちゃになって考えられてきたというのが今までだと思うのです。今回、部会資料15、16で、私的実行というのも一定程度、それはもう私的実行は執行なのだと、だからこそ引渡命令みたいなものが利用できるのだと、今回の議論は、前回か前々回も含めてですけれども、一步進んでいるのだと思うのです。そういう執行の世界に入ったら、それはもうある意味、公序というか、公的な仕組みで、ましてや引渡命令という裁判所の手続の力も借りることができるのに、でも、俺は好きなことを特約するよと、これはあり得ないのだと思うのです。したがって、今回、引渡命令なり何なり、そういうプロセスを使えるのであれば、正にこの2行目以下に書かれていることがもう妥当するのだろうと、バランスとしてはそうならざるを得ないのではないかと思います。

かつ、所有権留保に関しても、今まで解除と実行がごちゃごちゃになっていたのを今回分けるとして、なおかつ解除の部分は残っているのではないかと、解除は実行ではないからということ整理したときに、そうするとすぐ思い付くのは、担保権者というか、するのは、何らかのトリガーが発生したら解除しますという条項は、それは実行ではないからいいよねと、なおかつ、解除したらその後はあなたは私のために占有しますと、つまり未来の占有改定の合意みたいな、そうしたらその瞬間に、解除の対抗要件取得ができれば、元々解除に関しては第三者性で決めるのではないかという問題すら飛ばすことができるという、何かそういう、更に悪いことという失礼ですけれども、何か工夫していく債権者もいるかもしれないので、今の実行というものは控除ですねという問題と、それからバスケットクローズみたいなものをお互い合わせて、何らか駄目なものは駄目ということを考えなければいけないのかなと思っています。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

○**片山委員** 慶應義塾大学の片山でございます。山本委員と部長との議論の流れの中で、発言マークを出したり引っ込めたりしていたのですけれども、倒産解除条項の方はもう十分な議論がなされているので、いいのかもしれないですけれども、2の方の設定者の処分権限を喪失させる条項の効力については、必ずしも十分な議論がまだなされていないのかなという印象は持っておりまして、今回は更生手続開始の申立てによって直ちに取立権限の喪失をする旨の条項の効力だけが取りあえず論じられているということなのですけれども、やはり議論にもありましたとおり、他の失期条項みたいなものと、取立権限の喪失条項とが結び付いたものとの関係をどう見るのかとか、あるいは、通知をしたものとみなすとか、通知を不要とする旨の特約、そういったものの効力をどうするのかということをもう少し広く検討する必要があるのかなとは思っているところです。

もうそれでやめておこうかと思ったのですけれども、道垣内部会長の方から実行通知をしない旨の特約は有効と考えてもいいのではないかという御発言もあったもので、直ちにそこも有効とっていいのかどうかというのは少し心配にもなりまして、そこも検討の余地があるのではないかということで、併せて発言をさせていただきました。よろしく御検討いただければと思います。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。私は、有効と見るのならばという、そこがせい

ぜいだろうという話で申し上げたので、片山さんのおっしゃるように、ちゅうちょするというのは非常によく分かります。

○藤澤幹事 ありがとうございます。立教大学の藤澤です。道垣内先生がおっしゃった実行手続の強行法規制について、全く納得したのですけれども、二つぐらい付け加えさせていただきたいことがあって、発言させていただきました。

一つ目は、349条、流質契約の効力に引っ掛けてお話しするとすれば、債務者、担保権設定者保護の観点からすると、債務不履行前のそういった特約については無効と考えられる一方で、債務不履行になってしまった後に、実行について担保権者と担保権設定者とが合意して任意売却のようなことをするという事は考えられると思いました。そのことは担保権設定者保護の観点からすれば、自由にそうしたらいいのではないかということがある一方で、倒産手続との関係で他の債権者が関わってくるとすると、偏頗行為的というか、そういうことがあって、倒産との関係で効力を否定する場面が出てくるのかもしれないと考えたりいたしました。

もう一つの、二つ目については、片山先生がおっしゃったこととも関係するのですが、申立てがあったときに実行通知があったものとするといったようなルールについては、もしそれを導入するとすると、第3の(2)で提案されている、申立てによって処分権が喪失するというようなことを結局可能にしてしまうものかもしれないので、そのことを認めるかどうかについては(2)の価値判断とのバランスというのを考えなくてはいけないのかなと思いましたが、(2)との関係で言えば、申立てですぐ失期するというふうな特約があったとすると、失期した途端に通知を送れば、それで処分権を喪失させることもできると思いますので、(2)の規定というものは、置いたとしてもそこまで実効性のある規定なのかどうかというのも、もう少し考えなくてはいけないのかなと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。前半について一言だけ申し上げると、債務不履行後に質物を直接に債務に弁済するという約定をしたときに、それは質権の実行約定なのですか、それとも代物弁済の約定なのですか。後者だと見たら質権と関係ない話だという話になりますよね、そこはいかが。今回、債務不履行後の約定でというふうなことを考えたときにも、それがそもそも存在している担保権の効力に関わる問題だと見るならば、それは倒産手続との関係においてもその優先権が問題なく確保されるということにもなりそうなのだけれども、ただ単に債務不履行後に代物弁済なり、そういうふうな約定をしたと考えるならば、優先性が認められる根拠というのはほとんどないわけなのですが、これは藤澤さんはどちらのお考えでおっしゃったのですか。

○藤澤幹事 代物弁済的なものだと考えております。

○道垣内部会長 分かりました。どうも。よく抵当権のときに、任意売却するときに私的な実行といたりするのですが、あれは厳密にいうと多分抵当権の実行ではないのだろうと思うので、議論が混乱しがちになりますので、と思ひまして、少し確認をさせていただきました。

ほかに何かございませんでしょうか。

○阿部幹事 ありがとうございます。東京大学の阿部です。倒産申立解除条項についての判例に則して、少なくとも再建型手続の申立てをトリガーとするタイプについて無効だというのはいいのですけれども、その理由付けでこれまで判例で言われてきたことというの

は、要するに、目的物は担保としての意義を有するにとどまるので、担保権であるならば担保としての債権者と債務者との間の利害調整の仕方があって、それを解除特約ですっ飛ばすことに問題があるということなのかなと理解したのですけれども、そうだとすると、翻ってこれまで所有権留保売買について担保権実行ルートと契約解除ルートというのを並列させるという話になってきて、この話は矛盾なく整合的に説明し得るのかというのがよく分からなくなってきました。もっと具体的に考えていけば、別に一般論として担保権実行と契約解除を並列させるということに問題ないということになるのかもしれないですけれども、契約解除ルートを設けることで担保権実行ルートでの利害調整とは違った形になってしまうというのは、倒産申立解除条項に限らず及びそうな話のような気がしましたので、少し遡って、これまで議論されてきたところですが、契約解除ルートと担保権実行ルートを並列させるというのがこの話とどういうふうに整合するのだろうかということが少し気になったということをお知らせしたいと思います。

○道垣内部会長 そうなのですが、今のインプリケーションとして、並列し難いという話なのか、こういうふうに考えると並列するよねという話なのか、その辺りはいかがでしょうか。

○阿部幹事 私は、この話からすると、担保権実行ルート一本に絞るべきなのではないかという話が、この解除特約の効力を超えて、もっと普遍的な話として出てきそうな気がしてしまったのですけれども、それは私が何かこれまでの議論に付いて行けていないだけのよな気がしましたので、教えていただければと思いました。

○道垣内部会長 何かありますか。阿部さんのおっしゃることは十分に考えられると思うのですが、他方で第3の(1)についていうと、所有権留保の存在していない解除特約はどうなるのかという問題が実はあって、その解除特約の効力も多分否定しないとうまくいかないですよ。そのときにはさすがに、所有権留保は担保権の一種であります、実行方法は解除ではなくて所有権留保の実行方法に一元化され、解除だというふうに言ったとしても、それは所有権留保の実行方法ですというふうな一般論を立てても、倒産申立解除特約の効力の規律というのはまた別個、別に必要になってくるような気がしますので、第3の(1)の読み方なのですけれども、倒産申立てとか、あるいはそういうふうな原因を理由にしてオートマチックに当該ある種の財産を設定者の責任財産から逸失させるというふうな特約の効力を否定するルールというふうに考えざるを得ないのかなと私は思っていたのですが、その辺りはいかがですか。結構重要な問題だと思うのですよ、おっしゃるとおり、所有権留保とかの規律の根本につながるころの。ですので、少し阿部さんの御意見を伺いたいと思っております。

○阿部幹事 今の話は私が申し上げていたところから更に先に進んでしまっていて、私が申し上げたかったのは、この話はこれとして、更に進んでいくと結局、担保権実行とは別に、その契約解除というのを別ルートとして認めてよいのかという話の疑問だったのですけれども、今、道垣内部会長は更にそれを進めて、担保権実行なのだから、この種の解除条項についての特別な規定を設ける必要はないと、そういう方向に更に論理を進めて御議論を今、されていたのですか。

○道垣内部会長 いいえ、違います。

○阿部幹事 そういうわけではない。すみません。だとすると、私は部会長がおっしゃって

いたことをきちんとうまく理解できていなかったのですけれども。

○道垣内部会長 いや、書き方の問題として、所有権留保売買の解除の効力ということになると、正面から担保権実行と解除との関係はどうなるのかという問題が出てくるわけだけれども、倒産申立特定動産責任財産逸失条項というものを考えるならば、それは単なる解除の話も含まれるとするならば、このルールに関して言えば、阿部さんのおっしゃった根本的な問題点の存在というのは隠蔽され続けて回避できるかなと、そういう意味で申し上げたのですけれども。根本として重要な問題提起であることは、そのとおりなのですが。

○阿部幹事 すみません、なお私がきっちり先生のおっしゃっていることを理解できているか、よく分からなくて、この話で時間を空費してしまうのに少し責任を感じてしまうのですけれども、今の話だと、責任財産から逸失させることになる契約条項を無効とするという、そちらの話がなお必要になるのではないかということですか。

○道垣内部会長 そういうルールの問題として考えるということですか。

○阿部幹事 それは確かにまた必要なのだと思うのですけれども、それはそれでまた、資料19のところで書かれていた、担保権実行なのに手続をすっ飛ばしていいのかという、また別の問題とも関係してくるのかなと私は思いました。

○道垣内部会長 分かりました。根本的なところに関係しますので、更に検討したいと思いますが、取り分け(2)につきまして、別にこれについてストップしなくたって、中止命令、取消命令、禁止命令その他で対応できるのだから、この入口のところでコントロールする必要はないのではないかという意見も出たところでありまして、他方では、これ自体が一種のオートマチック担保権実行のスタートということになりますので、そのこと自体が有効かという問題も含んでいるので、中止命令等でコントロールできるのだから、それでいいのではないかということには十分にはならないという意見もあったかと思えます。この辺りも含めて、あと少し御意見を伺いたいと思うのですが、今のに限りませんが、井上さん、お願いいたします。

○井上委員 井上です。ありがとうございます。今のところにも一応関係するかもしれないのですけれども、先だってからこの特約の効力の議論としてはといたしますか、規定の立て方としては、限定的な書きぶりにするにしても類推をしないといけないねということですか、あるいはそれに対応して、一種のバスケット条項のような形で決めるべきではないかということがあり、なかなかその範囲というのを列挙するのは難しいというのはそのとおりだと思いますので、一定の範囲の解除特約の効力を否定する必要があるというのはそのとおりだと思うのですけれども、他方で有効な解除としてどういう範囲のものがあるのかという方向から考えたときに、一般的には期限の利益を喪失する条項というのは、これは倒産申立てをトリガーとしていても有効であると考えられているのではないかと思います。それはローン契約のようなタイプの契約だけではなくて、売買契約で、例えば長期分割払いになっているような所有権留保付き個別の設備機械の売買契約というようなものについて、期間の途中で不払いがあったというような場合には、元々延べ払いになっていた残代金全額を直ちに払えというような期限の利益の喪失というようなものも一般論としては有効であり、それが不払いというのではなくて倒産の申立てというのをトリガーにするような期限の利益喪失特約というものも有効であると理解しているのですけれども、そもそもこの理解が間違っているか、あるいは異論があるかどうかというところが、まず

最初の問題にはなるかもしれません。

その上で、仮にそれは有効であるとした場合に、その特約に基づいて直ちに全額を支払う必要が生じたというような状況で、倒産申立てをトリガーとしてそういう状況が生じたときに、そこから先は法定解除、つまり催告をして相当期間が経過した後に解除権が発生するというようなところまで行ったとすると、その発生した後に手続が開始されるというようなことがあった場合には、これは解除はできるという理解をしてよいものなのかというのが次の問題でして、その更に次の問題としては、法定解除ではなくて、先ほど申し上げた倒産申立てをトリガーとした期限の利益の喪失条項に加えて、例えばですけれども、仮に不履行の場合には、履行遅滞の場合には無催告解除ができるという特約が更にあった場合は、これは今回想定している倒産手続開始申立特約とほとんど異なることになるので、それは駄目といたしますか、効力を否定されるべきではないかという感じもいたします。

そうすると、その間ぐらいに線が引かれるのかなという気もしますが、催告期間をもう特約で定めておくというような特約の場合とか、いろいろなバリエーションがあるので、その意味では、冒頭申し上げたように、どこから先が無効になって、どこから先が無効にならないのかが決め切れないということの一つの、逆に例なのかもしれないのですが、今私が理解しているのは、その間ぐらい、というのは、倒産申立てによって期限の利益が喪失するのは有効、その上で法定解除の要件がそろったときにその解除権を行使するのは禁止されない、ただ、そうではなくて、期限の利益の喪失とともに直ちに解除できる、あるいは無催告で解除されるというような特約は認め難いという辺りのところに線が引かれるというぐらimageでいるところについて、どのぐらい皆様と共有できているのか、できていないのかということを知りたいというのが今、議論を伺っていて思いました。

それと同じようなことがこの2についてもあり得て、これは今までの議論からすると、不履行になったら催告などなく直ちに実行できるというのが担保権の実行のところの議論だったと思うので、もし倒産申立てによって期限の利益を喪失するという特約自体が有効だとすると、直ちに実行すること自体は認められそうな気がするのですが、こちらは逆に、申立てをしたらその瞬間に、実行通知すらなしに私的実行がなされるというようなものだけが無効になって、そうではない、直ちにすぐに通知一本で実行するというタイプのものについては、これはむしろ禁止命令で対応するのだという辺りが線の引き方になるのかなと思っているのですが、それも少し、どの程度、私に誤解があるのかどうかという辺りのレベル感を知りたいと思って発言いたしました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。事務局から何かありますか。皆さんのレベル感というのはあるのですけれども。

○笹井幹事 そうですね、少なくとも井上先生が今おっしゃった期限の利益喪失条項については、恐らく今までのこの部会で議論されてきたところでは、有効だということが前提にされていたのではないかと思います。そういう意味では、期限の利益喪失条項についてはそれ以上、私は特に余り考えていなかったのですけれども、それと加えて、無催告解除条項を無効にするかどうかというのは、これは仮に今提案をしている(1)のような規定を設けたときに、言わば契約の解釈として、実は(1)に当たるものなのだと条項解釈してしまうとか、あるいはもしかすると、最初から言うべきではないかもしれませんけれども、

類推適用のような形で適用範囲を拡大していくというものはあり得るのかもしれませんが。ただ、組み合わせるということになった場合に、およそ無催告解除を許す条項は全て無効にするところまで言えるかというところ、そこは難しいような気もいたしまして、そうすると、たまたまこの二つが組み合わされたときに初めて無効になるということが条文上書けるのかといったようなところは、いろいろ難しい問題があるのかなと思いました。そういう意味では、失期条項と無催告解除が組み合わされたときに、この提案されている（１）とほぼ同じ効果があるのではないかということは、おっしゃるとおりかと思えますけれども、そこはなかなか、条文を作っていくということからすると、規定を設けるというのは難しそうです。少し感想みたいなものですが。

○道垣内部会長 ありがとうございます。これは差し当たって対象にしているのは、意思表示が必要かどうかという分岐点なのですかね、つまり、解除の。

○笹井幹事 そうですね、その分岐点はあって、（１）はその両方を一応捉えている、（１）の２行目の「又は」の前は、もう意思表示もなくして直ちに実行が終わってしまうというものを無効としていて、「又は」の後には、これは一読のときに、又はの後の、意思表示を必要とするものを、という議論はあったのですが、一応、平成２０年の解除条項なんか意識して、意思表示を要するものも対象にはしているということになっております。

○道垣内部会長 どこまでかというのは難しいところですが、ほかの方の意見も聞いて、また必要があれば、更にやりたいと思いますが、山本さん、お願いいたします。

○山本委員 先ほどの部会長のお話の関係で、（２）ですけれども、私自身は基本的には倒産手続開始前にされた当事者間の合意を無効とするというのは、当然ながらかなり限定的な、例外的な場合だろうと思っていて、最高裁の判例も、倒産手続の中で定められた対応方法をおよそ失わせるような形で、倒産手続の趣旨、目的に反するようなものについては無効だといったいいのかなと、言わば、倒産手続としてもう手も足も出ないような形にしてしまうような合意、それによって言わば倒産手続の規律を潜脱するような効果を持つものということかなと思っています。

その意味で、（２）について言えば、単に喪失させる権利を担保権者に与える契約条項を無効とする、今の笹井さんの分類で後者の方は、これは論理的には禁止命令で一定の対応をすることができて、申立てと同時に禁止命令が取れば、その後に処分権を喪失させるような通知が来たとしても、それは効力は生じないということになるので、その通知をする権限が仮に与えられたとしても、その禁止命令で対応できるのではないかと考えられます。

それから、前段の方は、当然にこれは喪失するという合意だと思いますので、禁止命令では対応できない、つまり、もう申立てをした瞬間に権限は移っているということになるとすれば、もう禁止できないことになってしまうということになるわけですので、そうすると、対応策としては取消命令ということになるのかなと思います。そういう意味では、この取消命令が仮に今回作られるのであれば、手も足も出ないことはないということになるのかなとは思いますが、ただ、その取消命令というのがどの程度実効的なものとして作れるのかどうかということとも関わってきそうな感じはするところです。

結論的に私自身は、ここまで今回の段階で書くということが必要なのか、解釈に委ねるという余地も、そういう禁止命令なり取消命令なりがどの程度実効的なものかということ

も踏まえて、ということもあり得るかなとは思っていますけれども、そうですね、今のところ必ずしも定見はないのですが、以上のようなことを考えています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。なかなか難しい問題が提起されておりますが、片山さん、お願いいたします。

○片山委員 片山でございます。どうもありがとうございます。今、山本委員から御指摘を頂いた点なのですけれども、当然喪失条項というのですかね、その場合について、取消命令が対応できる可能性があるということなのですけれども、しかし、その合意自体は平時になされている合意で、恐らく申立てを、前後ということになりますかね、に何か行為があるというわけではないのですので、取消の対象みたいなものがないということになると、取消命令がひょっとしたら対応できない領域なのかなという気も少しいたしました。少し分からないところですが、よろしく御検討いただければと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。今のことについては、山本さん、いかがお考えですか。

○山本委員 以前の部会で私、この取消命令を作った場合に、その取消しがどこまで遡及するのかということの問題提起をした記憶があって、それは当然のことながら、申立て前に権限剥奪、取立権の喪失というのが起こったとしても対応できるのではないかということで、ただ、もう実際に取り立てた分を返せというのは、当然それはもちろん言えないわけですが、取立権喪失の効力は、前のものであっても失わせることができるのではないかということであったかと思えます。

今の片山委員の御疑問というか御指摘は、事前に当事者間で合意をして、あるトリガーが設定されて、そのトリガーが来れば自動的に権限が喪失するといった場合に、その取消の対象が何になるのかということかなと思うのですけれども、それは私は、取消の効力の発生が否定されると考えれば基本的には足りるのかなと思っていて、ですから、そういう意味では、いわゆる当然喪失条項も取消命令で一定程度対応することは可能だろうとは考えているというのが私の理解です。

○大澤委員 ありがとうございます。今の対応策としての取消命令、あるいは禁止命令というお話に関してなのですが、基本的に再生手続あるいは更生手続開始の申立てということをするとき、非常に短期間の中で行うことが通例です。一方で、ではこれは禁止命令の対象、取消命令の対象と仕分をして、個別狙い撃ちでやっていかなければなりませんけれども、見ている限り、いろいろな契約、ローンなり担保にしても、取りあえずと言ったらあれですが、定型的にはこういった何らかの解除特約条項というのを取りあえず入れるというようなことはあろうかと思っていて、それを短期間で識別して、これは要る、要らないとやって、その上で裁判所がタイムリーに命令を出してくれるのかというところまで考えますと、実務的には個別相打ち撃破型で命令で対応できるかと言われると、かなり難しいのではないかと考えております。

一方で、特にそういった禁止命令ですとか、あるいは中止命令については余り、東京とか大阪ではかなり例があると思えますけれども、それ以外の地裁等では余り例がないとも思っています。すみません、私が不勉強なせいかもしれません。そうすると、裁判所におかれて検討ということで時間が掛かったり等している間に、基本的にはそういった倒産手続開始申立特約というものがべったり付いている中で、個別撃破をきちんと立証せよ

という話まで行くとなると、実務的にはかなり使いづらいというか、こういった特約をもし条文として入れるのであれば、何らかバスケットのような形で入れておかないと、かなり申立て時の混乱というのが大きくあるのではないかとは思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

ほかに御意見はございますでしょうか。

なかなか難しい問題が多々提起されているように思いますが、まとまりがまだ付いていないのはありますが、何かここでこういう点は確認しておかないと嫌だよという話がありますか。

事務局が頑張ると申しておりますので、更に論点を増やしていただいても全然構わないのですが、頑張るそうですので、御意見はございませんでしょうか。

えるというのでいいのかどうかという問題はありますけれども、客観的には異常なものであわせていただくということになるかと思うのですけれども、さて、第4にはとても入れない、第4というのはすごく大きいのですよ。第4の1だけやりますというようなのも余りよくなくて、全体、つまり33ページまで一気に一つの塊としてやりたいということになりますと、どうしますか。

今、少し事務局を相談しているのですが、筋からいうと第4に入るところで、少なくともここに着手せよというのが事務局の希望ではあったのですが、私としては余りに中途半端な状態でやめるというのも、結局はもう一回することになるのではないかという気がいたしますので、少しどうかと思います。あと30分、もちろん30分を少し超えても、お許しただければそれで結構なのですけれども、できるものとしては、これは決して30分以内で議論をやめろというふうなことを申し上げているわけではないのですけれども、ぴょんと飛びまして、36ページなのですが、少し順番を変えて、第6の否認について扱わせていただければと思います。事務当局において、まず部会資料の説明をお願いしたいと思います。

○浅野関係官 それでは、36ページになりますけれども、少し飛びまして、「第6 否認」について御説明いたします。本項目では、集合動産や将来発生する複数の債権を目的とする担保権において、個別の動産や債権が担保権の目的の範囲に加入した場合に、いかなる要件の下で偏頗行為否認の対象とするべきかを検討しております。

【案17.6.1.1】は、客観的な取引の異常性を要件とすることを意図したもので、具体的な要件については検討が必要ですが、部会資料13の表現に合わせて、通常の事業の範囲を超えるという文言としております。【案17.6.1.2】は、問題状況が破産法第71条第1項第2号で相殺が禁止されている場合と類似していることに鑑みて、主観的な要件を規定することを提案するものです。これらの二つの案は、一読の際に御提案した内容と同様ですが、一読の際にはこのほかに、設定者が担保権者と通謀して他の債権者を害する意図をもってしたことを要件とする考え方を示しておりました。この考え方については、要件が狭きに失するという御意見が複数あったため、本資料では提案しておりません。

また、本文では、一読の御提案に加えて、担保権者の主観的要件を課すかどうかについて問題提起をしております。この点について御議論いただければと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

それでは、この点につきまして、どなたからでも結構でございますので、御意見、御質問等を頂ければと思います。よろしくお願いいたします。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。私からはこの否認の効果について、少し質問をさせていただきます。こういった動産とか債権について、担保権の目的の範囲に加入することを否認した場合に、ではその場合、加入した動産や債権というのはどうなるのかということがよく分からなかったということです。まず、動産については、例えば甲倉庫内にある在庫一切ということ担保の目的とした場合に、通常の事業の範囲を超えたりして動産を加入したというとき、それを否認したときには、これはその通常の事業の範囲を超えた部分、あるいは専ら担保権者に債権を回収させる目的で行われた部分については、これは甲倉庫内にあるけれども、しかし担保権の効力が及んでいないということになるのでしょうか。

それから、債権につきましては、例えばAさんに対する売掛債権というものをまとめて担保の対象とした場合に、通常の事業の範囲を超えてAさんに商品を売ったと、それによって売掛代金債権というものが通常の事業の範囲を超えて生じたという場合に、これを否認するとしたときに、これはAさんとの契約が一部無効、否定されるのか、あるいはそうではなくて、契約自体は有効なのだけれども、代金債権のうち一部が担保の目的の範囲から外れるということになるのかということです。

もし両者とも担保の効力の範囲から外れるということだとすると、例えば民法370条のただし書のような条文の書き方というのはあり得ないのかという質問です。

○道垣内部会長 事務局から何かございますでしょうか。

○笹井幹事 問題意識を十分に理解しているかどうか分かりませんが、いずれも担保の効力は及ばないのだと、つまり、動産の場合もそうですし、債権の場合も当然、第三者との契約の効力が否定されるわけではありませんので、債権は財産としてはもちろん残っているのだけれども、担保権が及ばないのだと理解しておりました。条文の書き方までは現段階でまだ詰めておりませんので、そこはまた引き続き考えたいと思いますけれども、370条のただし書というような例も挙げていただきましたので、それも踏まえて条文の書き方は、また考えたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 36ページの第6の【案17.6.1.1】、【案17.6.1.2】についてですが、私は【案17.6.1.1】の通常の事業の範囲を超えるということ否認の対象にするのがいいのではないかと思います。この理由なのですが、例えば、通常の事業の範囲外で、目的がない場合、39ページの例でいうと、これも様々な解釈があるということなのですが、雨漏りのときに倉庫を移して入れましたと、雨漏りが起きるということはめったにないと想定すると、これは通常における事業での対応ではないと考えるべきですよ。ただ、そうはいつでも当初の担保権者の評価額にこれが想定されていたかということ、想定されないのか、これを担保の範囲に入れるということになると一般債権者の権利を害するのではないかと思います。

今度は、逆に通常の事業の範囲内で【案17.6.1.2】のような目的がある場合、これも39ページの真ん中に書いた例のように、一旦動産がなくなったのだけれども、その後回復しましたみたいなケースですが、これは全体を見れば通常の事業の範囲に戻っているとい

うことからすると、仮に目的が担保権者のためであっても、通常の事業の範囲内でやっているの、これは元々担保権者が価値として期待されていた行為なのかなということで、結局は通常の事業の範囲内外で決めるのがいいのではないかと思います。

あと、もう1点ですが、この通常の事業の範囲というのが、先ほどの解釈にもありますとおり、雨漏りが起こった場合にこういう対応をするというのは、これも通常の事業といえば通常の事業だし、いや、これはイレギュラーだといえばイレギュラーなので、文言がこれでいいのかというのもあるのですが、イメージとしては、通常の状態において行われるべき事業を逸脱してみたいな、飽くまでその状態が通常であると、しかも、その場合における通常の方法ですよ、これを逸脱してという、そんなふうにしこの文言を工夫する余地もあるのではないかと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。大西さんの最後の御発言は極めて重要なところだろうと思います。というのは、倉庫に雨漏りがして目的物が一部減価してしまったときに、それを一気に安く売ってしまうというのは、めったに起きないことであっても、通常の営業の範囲内ですよ。つまり、設定者にはそれをする権限があるはずなので、する権限があるかというときの概念と否認のときの概念の範囲が、同じ文言を使って同じ範囲であるというふうに必ずしもならないのではないかと思います。というのが大西さんの最後の御発言だろうと思います。したがってどういうふうな文言を使うべきかというのは、更になお考える必要があるのかもしれない。

○沖野委員 沖野です。ありがとうございます。今回あるいは前回指摘された【案17.6.1.2】についての主観的要件について申し上げたいと思います。それで、私は債権者ないし担保権者の主観的要件はやはり必要ではないのかと思っておりまして、ここでの否認というのが、担保の供与の効果の方だと思いますけれども、そういう結果をもたらす部分を否定するというときに、それによって利益を受けるはずの担保権者が全く不測の不利益を被るということにやはり、なるのではないかと思いますので、そうだとすると主観的要件は必要ではないのかと思います。行為者が誰かという問題と、それによって利益を得る者の不利益ということを見ると、ということです。

それで、もう一つ、元々なのですけれども、【案17.6.1.2】は、相殺に関する規律を基にしているということです。確かに文言上はそうなのですけれども、相殺の71条1項2号の規定は、破産債権者が専ら相殺をする目的で、しかも基本的には破産者との間で契約を締結して、そして債務を新たに負担して、それを相殺するということですので、債務引受けの方は、債権者と債務者ではなくて引受人と債務者との間でやって、債権者は承諾をするという場合には、そこまでの関与はありませんけれども、いずれにせよ目的は、債権者がそういう目的を持っているという場合ですし、本来の場合は破産者との間でそういう了解で契約をするというものですから、むしろ構造は通謀詐欺の構造なのだと思います。しかしながら、今回問題となる局面では債務者、設定者の方が一方的な行為でできてしまいますので、通謀詐欺というようなものでは狭すぎるということではないかと思います。ですので、元々は相殺の場合も利益を受ける側の非常に強い加害意図みたいなものを問題としているということからしましても、あるいは偏頗行為の否認であるとするれば、受益者の主観的要件が全く要求されないというのは非常に特異な場合であるということから考えても、主観的要件は要るのではないかと思います。そうしたときの主観的要件だと、

そうすると、設定者の側でそのことを知っていたと、仮に通常であれば当然担保化されるというような客観性を持った行為であっても、主観的な意図によって除外されるということであるならば、そのような意図で加入させられたということを知っているということが必要ではないかと思っております。

それでなのですが、更に言うと、【案17.6.1.2】だとそういうのが必要ではないかということで、しかしといいますか、定式化の難しさがありますし、考え直す必要があるというのは、今ちょうど御指摘をくださったとおりですけれども、基本的には債権者としてはあらかじめ担保取得しているということで、危機時期にこういう行為があったとしても、それは担保化されるということを期待すべきではないということを問題とするならば、【案17.6.1.1】の客観的な要件だけの方がいいのではないかと思っておりますが、それでは必ずしも明確性が十分ではないということになれば、【案17.6.1.2】プラス主観的要件か、さらには、主観的要件で知っていたということまで常に要求するというのではまた狭すぎるということであれば、主観的要件があるか客観性を欠くか、つまり、【案17.6.1.2】にした上で、債権者、担保権者側に、それを知っていたか、あるいは客観的な要件を欠くかというような形で組み合わせることもできるかもしれないと思っております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。おっしゃることはよく分かりますが。

ほかの方、何か御意見はございますでしょうか。

○片山委員 慶應義塾大学の片山でございます。どうもありがとうございます。私も最初、大塚関係官がおっしゃったとおり、必ずしもそうではないですけれども、事実行為としてなされることが多いでしょうから、単に搬入するというだけになりますと、やはり否認の対象というのが難しいのかなとも思いますので、370条の付加物のところのような書き方でできればいいかなとは思っておりました。確か一読でもそう申し上げたかもしれません。

それが一つと、それから、主観的要件を課すかどうかという点に関してなのですが、私も課すべきだと思うのですが、【案17.6.1.1】で、その基準として通常の実業の範囲という、集合動産に関する処分権の範囲に関する基準が、ここでは一般債権者の財産を集合物の中に搬入するときの基準にも同じく妥当するという説明になるかと思うのですが、それが同じ基準である必然性といいますか、それが少し分かりかねるところがあるという点が疑問点ではあります。やはり基本的に否認の対象ということで考えるとすれば、主観的要件が要るのが基本ということになりますから、その立て方がどうなのかというのは必ずしも今、明確に申し上げることはできませんが、主観的要件を課すべきではないかと考えているところでございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○日比野委員 ありがとうございます。まず、債権者の主観的要件については、必要であろうと考えております。極端な話、全く債務者あるいは設定者の方が何をしているか分かっていないのに、いきなり否認をされるというのは、やはりかなり納得感を欠くというのは否めないと思っております。ただ、現実的に、こういった局面で否認を受けてもやむを得ないというような事象がどういう場合かと少し考えますと、要するに、モニタリングの過程で債権者としては状況をよく知っているの、むしろ危機時期に担保対象物を積極的に集めろといった交渉をして、その結果、担保権設定者がそれに従うということが恐らく典

型的というか、あり得るとするとそういうことなのだろうという気がします。そのようなケースであれば、【案17.6.1.1】であっても、【案17.6.1.2】であっても、対象になるのだろうと思うのですけれども、いずれにしても主観的要件というのは必要なだろうと考えた次第です。

あと、既に御指摘いただいているところなのですが、通常の事業の範囲という点について、債権者からのそれを意図した要請のようなものがないにもかかわらず、債務者限りで通常の事業の範囲、この要件の立て方も問題だと思えますけれども、を超えるというようなことが、ビジネスの過程で発生し、それが否認の対象になると認定できるものがどの程度あるのかというのは、やや疑問かなという気がしております。重ねての話で恐縮ですけれども、以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阪口幹事 阪口です。担保権者側の主観的要件に関してですけれども、一般的に考えたら、もちろん普通は債権者側の主観的要件が要るではないかということかと思えますけれども、しかし、この局面では、どちらかというは無償否認の類型になっている局面を想定することになるのではないかと思います。

つまり、A倉庫ならA倉庫の動産を全部担保に取っていますと、しかし、現実にはもうそこは空っぽですという状況下で、しかし、債務者側が特定の債権者にだけ便宜を図りたいということは、正直、実務的にはたくさんあります。典型的には、その債権者だけ保証人が付いていると、例えば、自分の親族が付いていると、だから、その債権者には迷惑を掛けたくないと、結果的に自分の親族を守りたいと、こういうケースが非常に多いわけです。そうすると、そのときにA倉庫の中に、元々空っぽなのに、ほかのところから無理やり持ってきて放り込んでいくということを結果的に倒産局面において是認していいのかどうかと考えると、それは担保権者側の認識を問わず、やはり否定すべきなのではないのかと、結論においては否定すべきだと。それは、確かに担保権者からしたらびっくりだと、何なのだということかもしれません。しかしながら、元々期待できなかった担保物と考えるべきではないでしょうか。主観的要件を完全に外すのはやはり望ましくなくて、その組合せの仕方、【案17.6.1.1】、【案17.6.1.2】との組合せの仕方もあるので、一概に言えるわけではないですけれども、主観的要件は必要ですという議論をすると、否認すべき行為のかなりの部分が否認できなくなってしまうというのが実務家の認識ですので、よろしくをお願いします。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大澤委員 弁護士の大澤でございます。今の阪口先生と同じ話になってしまうので、もう下げようかと思っていたところですが、私も同じように、主観的要件ありきというところにはやはり問題があると感じております。阪口先生がおっしゃられたような事例もそうですし、そもそも担保権者がどこまでをもらうべきであり、あるいは、どこから先は棚ぼたになるようなものというものも含めて、特にこういった集合物の場合には、あり得ると思っておりますので、【案17.6.1.1】、通常の事業の範囲を超える動産又は債権、担保の目的物の範囲への加入に関しては、少なくとも棚ぼたを許す必要はないとも思っておりますので、主観的要件は要らないのではないかと。

これは、そうすると、沖野先生のお話に似てくるのかもしれませんが、【案17.6.1.1】

と【案17.6.1.2】で別に相互に排斥するものでもないかなとも思いますので、【案17.6.1.1】又は【案17.6.1.2】に当たる場合というような形で、【案17.6.1.2】の方は確かに主観的要件が必要な場合も多いかとも思いますので、そちらに主観的要件を付すというような考え方もできるかなとも思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○山本委員 ありがとうございます。私は今日は絶対ここまでは行かないだろうと思っていたので、資料なども十分読んでいないあれで、申し訳ないのですが、今お話を伺っていて、主観的要件のところをコメントしようと思っていたのですが、この主観的要件の対象についての認識が一致しているのかどうかというのが少し不安になりました。私自身は、この資料を見たときの主観的要件というのは、支払不能等について知っていたかどうかという話なのかと思っていたのですが、皆さんの御議論はどちらかという目的物の範囲への加入行為を知っていたかどうかについての主観的要件を論じられているようにも見えたので、そこは私の認識が前提としてどうなのかというのが少し不安でしたが、私自身は、この主観的要件というのは、支払不能、つまり破産者の財産状況についての悪意の話として考えましたけれども、それについてはやはり必要なのではないかとはいっています。

ここに書かれてあるように、確かに加入行為自体は設定者のみで行うことができるし、対象を悪質な加入行為に限定しているということが挙げられていますけれども、しかし、設定者のみで行うことができるという、例えば口座に弁済金を振り込むというの、その行為自体は設定者のみで行うことができることだけでも、しかし、やはりその時点で債権者が相手方の支払不能を知っているというのが否認の要件になっているように思われますし、確かに行為は悪質な行為ということ、特に【案17.6.1.2】のようなものは悪質な行為ということかもしれませんけれども、ただ、債務者の財産状況が問題なければ、びんびんしていれば、これは別に構わないという話になるのかなとも思いますので、そういう意味では、やはりこの主観的要件というのは、まあ通常どおり必要かなと思っています。

先ほど、無償行為否認と同じではないかと、阪口幹事でしたか、の御指摘がありましたけれども、やはり無償行為とは違うと思うので、これは債権があるわけですから、債権があって、その債権はほとんど回収見込みがないときに、新たな担保権を設定するとかいうのも、それは当然、偏頗行為と考えられているはずで、それは実質、債権価値がゼロだから無償行為だとはみんな思っていないと思いますので、やはりこういう場合でも、それは偏頗行為としての主観的要件、もちろん非義務行為とかということはあるかもしれませんが、偏頗行為として考えられる主観的要件は要るのかなとも思いました。ただ、何か前提を間違えているのかもしれないという気がしていますので、一応意見を言ってみたということです。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。私からも主観的要件についてなのですが、主観的要件を求めるのは受益者である担保権者に不測の不利益を与えないためであるというのは、確かにそのとおりのかなとも思います。ただ、これを否認した場合に、担保権者に本当に不測の不利益があるのかというと、よく分からないところがありまして、すなわち、目的の範囲に加入した時点というのは、そこで必ずしも担保権の実行がなされるわけではありません。したがって、目的の範囲に動産や債権が加入した後に、それ

が出ていくという可能性は十分あり得るわけです。動産が他に処分されるであったり、債権が設定者によって取り立てられると、それによって減る可能性は十分あり、当然、担保権者はそのリスクを覚悟しなければいけない立場にあります。そうすると、その状態の動産や債権を担保の範囲から外すことによって担保権者に不測の不利益があるのかと言われると、それは必ずしもそうとはいえないのではないかと思います。そして、そのように考えられるとすれば、主観的要件を必ずしも問わなくともいいのではないかと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○沖野委員 ありがとうございます。今の塚先生、債権者には全く不利益にならないのだというのが、そうなのかというのは、よく分からない、対象となった目的財産から除外されるということが、それが相変わらず流動性で、そういうものが出ていって、また普通に入ってくるものがあるって、それについては対象になるというようなことであれば、全く関係ないというようなお話であれば、そういうような局面もあるかと思いますけれども、そもそもこの否認されても被担保権者にとっては何ら不利益にはならないというのは少し、そうなのかなとは思っています。

もう一つ、主観的要件について山本先生から御指摘のあった、何についての主観なのかということでしたので、そこを自分はこういうつもりでしたということだけを申し上げたいと思います。一つは、債務者の状況、例えば支払不能であるとかというような状況については、それは知っている必要があると考えておりました。危機時期の搬入だからこそ問題になるので、危機時期の搬入であるということが分かっている必要があるのではないかとということです。その意味では、【案17.6.1.1】についてもその点は必要ではないかと考えておりました。

それに対しまして、【案17.6.1.2】については、むしろ一番これが効いてくるのは、形式が通常の事業の範囲を超えるというのでいいのかどうかという問題はありますけれども、客観的には異常なものであって、先ほどの阪口先生がおっしゃった、空の倉庫に無理やり入れてくるというのが、無理やりというものが本来は入らないということであれば、【案17.6.1.1】でも対応できるような場合についてということになるように思われますけれども、【案17.6.1.1】では認められるようなものが、しかしながら債務者の主観によって、保証が付いているようなものは極力回収をできるようにしたいと慮って、債権者にも何も知らせずに、外から見れば通常の形で入れているというようなものが否認の対象になるというのは、一体債務者がどういうつもりでそこに搬入したのかということ調べないと、これが目的財産として期待していいのかどうか違ってくるというのは、非常に問題ではないかと、債務者の状態がそうなっているときにはもうそれは全部確保すべきだ、ということはいえないのではないかと思います。ここはもう一段の主観的要件が必要ではないかということで、そのような目的で行われた搬入行為であるということを知っているということが必要ではないかと考えておりました。そのようなつもりで申し上げたということを確認する趣旨です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。少し私、伺っていて、あれなのですが、沖野さんに伺うべきことかどうか分からない、皆さん、債権者側の主観的要件というのは、どの時点で必要であるというふうな前提で議論がされているのですか、今。せっかく手が挙が

っているのだから、沖野さんをお願いしよう。

○**沖野委員** すみません、手は下げ忘れていただけでしたけれども、私はこの加入行為、加入があった段階、その時点で考えておりました。

○**道垣内部会長** ということは、加入が今されつつあるということを知っていなければ、そういう問題は起きないですね。

○**沖野委員** そうですね。

○**道垣内部会長** 分かります。大塚さんがおっしゃったのは恐らく、実際に倒産しましたと、それで行って見ましたと、そうするとたくさん倉庫に入っているのだけれども、いや、実はこの2割は設定者がこういうふうな主観的に思って、一人だけいいようにしようと思って入れましたというふうなことになって否認されたとするならば、それは期待は形成されないでしょうというのが大塚さんがおっしゃったことなのだろうと思うのです。つまり、行ったときに見えたのが10入っていたと、行って、それは10全部だと思ったら2否認されたといっても、倒産したときに訪ねていったときに10あったということによって、保護されるべき期待というのが形成されるわけではないでしょうというのが大塚さんのおっしゃったことではないかと思うのです。搬入時に分かっているときには、それはそもそも駄目ですというのはよく分かるのですが、そのときも駄目だけれども、搬入時に分かっていたなくて、行ったときに20%は駄目ですと言われても、別に構わないではないかというのが大塚さんのおっしゃったことではないかと思うのだけれども、大塚さん、違いますか。

○**大塚関係官** 調査員の大塚です。道垣内部会長がおっしゃることも、私の指摘には入っていたような気がいたします。そこまで考えていたわけでは必ずしもないですけれども、一つ、担保権者が期待しているのは、あるいは期待することが許されているのは、基本的には通常の事業の範囲で、その範囲に含まれているものであり、それを超えるものについては期待というものが保護されていないとすれば、事実上というか、たまたまそこに入ったものを主観的要件によって保護する必要はないのではないかというのが先ほどの意見でした。

もう一つ考えられるのが、例えば、通常の事業の範囲を増やすという何か合意というのはあり得て、つまり、加入時点で担保権者と設定者というのが合意によって、少し増やしましょうと、これまで100だったのを120に増やしましょうと行って20加入した場合には、これはそういった期待が生じ得るので、そういった期待を主観的要件によって保護することは可能かなと思います。この場合には、基本的には加入時点で何らかの合意があるはずなので、そこについて詐害行為の要件を検討すればよろしいのかなということです。

少し混乱してしまったかもしれませんが、二つの場合があり得るかなという点を指摘したかったということです。

○**道垣内部会長** ありがとうございます。

ほかに何か。債権者側、担保権者側に加入時の主観的要件を要求するという方が比較的多かったのかなという気もしますが、それほどは別に必要ではないという考え方も十分にあり得るのだろうと思います。

ほかに何かお考えは。

まだ否認がこれによって片が付いて、もちろん全部終わったというわけではないかと思  
いますけれども、時間も過ぎておりますので、本日のところは否認について8、9割方  
のお話を伺ったというふうにさせていただいて、次回は、今回全く入れませんでした第4の  
ところに入り、ほかのところもやっていかなければいけないと思います。

山本さんが、最後まで行くわけはなかろうというふうにこの部会資料を御覧になってお  
思いになったというわけなのですが、実はそのとおりで、最後まで行くことは多分無理だ  
ろうという予定でございました。それで、否認に飛んだのは少し、事務局も私もまずいぞと、  
山本さんと同じように思いながらも、否認に飛んでしまったというところがありまして、  
山本さんの戸惑いは共有するところがございますが、そういうふうなことでございますの  
で、誠に申し訳ないのですけれども、また予備日を使って少しやらせていただくというこ  
とになろうかと思います。

本日の審議はこの程度にさせていただきまして、次回またお願いができればと思いま  
すので、事務局から説明をしていただければと思います。

- 笹井幹事** 今回も積み残しが生じてしまいましたので、大変申し訳ございませんが、次回、  
予備日も開催ということにさせていただければと思います。予備日として予定していただ  
いておりました7月26日火曜日、時間は午後1時30分から午後5時30分まで、お越  
しになる場合、場所は法務省7階、共用会議室6・7でございます。

次回は、予備日の開催ということになりますので、新しい資料はございませんで、今回  
検討できなかった第4、第5、それから第7を中心に御議論いただければと考えておりま  
す。

- 道垣内部会長** それでは、法制審議会担保法制部会の第20回会議を閉会にさせていただ  
きます。

本日も熱心な御議論を賜りまして、ありがとうございました。予備日の開催になります  
が、次回も是非ともよろしく願いいたします。どうも失礼いたします。

—了—