

法制審議会
担保法制部会
第22回会議 議事録

第1 日 時 令和4年8月9日（火） 自 午後1時30分
至 午後5時33分

第2 場 所 法務省第一会議室

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（7）

第4 議 事 （次のとおり）

議

事

○道垣内部会長 それでは、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22回会議を開会いたします。

本日は御多忙の中、御出席いただきまして、ありがとうございます。

本日は金子さん、倉部さん、松井さん、衣斐さんが御欠席と伺っております。

まず、前回の部会の後に委員等の交代がございましたので、御報告をいたします。

岩井幹事が退任されまして、新たに楢松幹事が就任されました。楢松さんにおかれましては、簡単に自己紹介をお願いいたします。

(幹事の自己紹介につき省略)

○道垣内部会長 よろしくをお願いいたします。

それでは、本日の審議に入りたいと思いますが、まず資料の説明をしていただきます。事務当局からお願いいたします。

○笹井幹事 本日もよろしくお願いいたします。

新たにお送りしたものととして、部会資料18「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(7)」がございます。これにつきましては、後ほど審議の中で事務当局から御説明いたします。

○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18「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(7)」について議論を行いたいと思います。

そのうちの、「第1 事業担保制度の導入に関する総論的な検討課題」というところから始めたいと思いますが、事務当局から部会資料の説明をお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、2ページの「第1 事業担保制度の導入に関する総論的な検討課題」の「1 事業担保制度導入の是非」について御説明いたします。

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を設けるかどうかについて、一読では、総論としては賛成する御意見が多かった一方で、事業担保制度を導入することによって借手側の資金調達や貸手側の融資慣行が変わっていくのかどうかについて疑問があるとする御意見や、一般債権者との関係で課題があるとする御意見など、慎重な御意見もありました。

また、3ページの説明の3のところに、「事業担保制度の在り方」として二つの異なる考え方をお示ししております。一つは、担保権者は事業者との間で緊密な関係を構築し、継続的にその経営を支援することによって事業価値の増大を目指すという考え方で、事業のキャッシュフローの低下が見られる場合、直ちに事業担保権を実行するのではなく、まずは十分な支援を提供することになるというものです。もう一つは、担保権者は事業価値を最大限に発揮することができる経営者に事業を経営させることによって事業価値の増大を目指すべきという考え方で、事業のキャッシュフローの低下が見られる場合、経営者の交代によって事業の状態を改善させるために、必要があれば早期に事業担保権を実行することになるというものです。こういったイメージは、制度設計に当たり直接に影響するものというよりは、運用レベルの話かもしれませんが、制度を導入する目的や導入された場合の運用の在り方についてのイメージを共有する観点から記載いたしました。

こうした賛否も含めた事業担保制度の導入の可否については、ここで御議論いただくほ

か、具体的な制度設計を踏まえた方が議論しやすいという面もあると思いますので、個別の論点を議論する中でも必要に応じて触れていただければと考えております。

次に、3 ページの「2 事業担保権を利用することができる者の範囲」について御説明いたします。

まず、事業担保権者については、一読において事業価値を見極める力のある金融機関に限定するべきという御意見があった一方で、余り範囲を絞りすぎない方がよいのではないかという御意見もありました。現行法の下でも、担保権者の主体を問わず、個別財産を目的とする担保を積み上げる形で、実質的に事業全体を担保化することができることに照らせば、事業担保権者を限定する必要はないように思われる一方で、事業全体に対する簡易な担保権の設定自体が濫用行為を誘発するものと評価するならば、一定の限定が必要とも考えられます。以上を踏まえて、事業担保権者の範囲をどのように考えるかについて御議論いただければと思います。

また、事業担保権設定者について、個人事業主の場合には担保権の対象となる事業用の財産と、それ以外のものとを区別することが困難であるため、法人に限ることを提案しておりますが、更なる限定が必要かどうかについても御議論いただければと思います。

最後に、5 ページの「3 事業担保権の対象となる財産の範囲」について御説明いたします。

設定者が複数の事業を営む場合に、その一つの事業だけを事業担保権の対象とすることについて、担保権の目的となる財産とそれ以外のものとを区別することが困難であるため、これを認めないこととした上で、事業担保権の目的物の範囲を、設定者の法人格単位で、その「総財産」とすることを提案しております。そして、その中に営業上の秘密や顧客に関する情報などの事実上の利益や契約上の地位などが含まれ得るかについて、企業担保法では否定的に捉えられているようですが、これらは事業を継続するに当たって必要なものであり、事業価値を形成していることから、「総財産」に含めることを提案しております。

事実上の利益を「総財産」に含まれるとすることによって、事業担保権が実行された場合、設定者は抽象的に当該利益を買受人が利用することができるようにしなければならないという義務を負うこととなります。

また、契約上の地位については、移転に当たり契約の相手方の同意が必要となりますが、その中でも特に雇用契約に基づく使用者としての地位について、特別に労働者保護の観点から何らかの措置を講ずることも考えられます。

このように事実上の利益や契約上の地位について担保価値として評価し、担保権の実行に伴い、それらを移転させる義務を負うものとすることはできないかという観点から「総財産」に含まれるという考え方をお示しいたしましたが、別途、それらを移転させる義務を負うものとする規律を設けることも考えられるかと思います。

以上について御議論いただければと思います。私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 どうもありがとうございました。

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、御意見等を伺えればと思います。よろしくお願いいたします。

○山崎委員 ありがとうございます。山崎です。

この範囲において三つ意見を述べさせていただきます。

まず、最初に、第1の「1 事業担保制度導入の是非」のところなのですが、中小企業やスタートアップ企業にとって事業の成長性や将来キャッシュフローを担保とする本制度の導入は、経営者保証や不動産担保に過度に依存しない資金調達の選択を増やすという意味で望まれるところと考えております。

本制度は、事業者と金融機関、メインバンクとの長期的なリレーションシップを前提にするものだと思います。3ページの12行目の3にあるように、キャッシュフロー低下時においても直ちに事業担保権の実行をするのではなく、十分な支援を提供しても、なお事業の状態に改善が見られないと判断される場合には、事業価値が毀損する前に実行することは当然あり得るものと考えております。その際、金融機関と事業者双方が納得して行うことが重要です。

事業者の納得を得られない形での早期実行は、実行手続時における事業者の非協力につながり、結果的に事業価値が毀損され、担保権者にも不利になることが考えられるからです。

その場合、期限の利益喪失条項等も利用して、早期実行する道を残すことも必要であるとも考えます。いわゆる折衷的な考えです。

次に、部会資料3ページの「2 事業担保権を利用することができる者の範囲」の(2)のところなのですが、事業担保権設定者を法人に限定することには異論はございません。一方で、設定者の範囲については、法人の多様性の観点から、法律で限定することは適切ではないと考えております。

最後に、部会資料7ページの5行目のところからなのですが、3の「(2) 契約上の地位」のところ、事業を行うためには労働者との契約関係は重要であり、制度設計で配慮すべきだと思います。

その上で、例示として7ページの23行目以降に、設定時における労働者などとの協議が示されておりますが、担保権実行時に行われることで十分に対応可能であり、設定時に求める必要はないと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○鮫島幹事 中小企業庁取引課長の鮫島でございます。

私からは2点。

まずは「事業担保権を利用することができる者」、資料で言えば3ページ30行目でございます。事業担保権の設定者の方でございます。こちらについては法人には限定せずに、法人以外の主体も設定者となり得るような提案としていただきたいと思います。匿名組合であるとか、あとは財産を私有財産と峻別し得る個人事業主も利用者となり得る可能性もございますので、中間試案の段階では広く構えていただければと存じます。

もう一つ、今度は「事業担保権の対象となる財産の範囲」、具体的には「契約上の地位」で、7ページ23行目以下の雇用契約に基づく使用者としての地位ということでございます。

先ほど山崎委員からもございましたとおり、担保権を実行する際には、その手続はしっかりと踏まれて、使用者としての労働者の個別の承諾が求められて、労働者の保護が図られているということになりますので、事前に、少なくとも必ず移転するわけではない担保権において事前の協議、また説明義務を課すということは、これは事業者、債務者の利用

可能性をややすぐという可能性もあるのではないかとということで、実行時の手続で足りるのではないかと考えてございます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○尾崎幹事 金融庁の尾崎です。

私は最初の「事業担保制度導入の是非」のところの3ページにある、今寺畑さんの方から御紹介もあった「事業担保制度の在り方について」のところについてです。基本的な考え方について御説明いただいたものだと思いますので、この点について少しコメントさせていただければと思います。

考え方は、一番最初に山崎さんがおっしゃっていただいたことと基本的には同じであります。若干補足させていただくような形になるかと思っています。

資料の方では、事業担保権について十分な支援のみ実行する考え方と、経営者の交代を通じて早期に実行する考え方という提示のされ方がされているのですが、必ずしもこういう説明の仕方というのがいい説明なのかなというのはちょっと疑問に思っています。ノウハウとか取引関係などから経営者、特に中小企業の場合は特にそうなのですが、経営者が余人をもって代え難いという場合も少なくありませんし、いずれにしても経営者とか従業員が納得した事業運営を行うのであれば、事業価値の向上は望めないと考えています。

したがって、事業者との間で密接なコミュニケーションを確立するということが重要であって、事業価値の把握を通じて、こうした動きを動機付けというのが事業担保権であると考えています。

事業がうまくいかない場合であっても、金融機関が支援を行って、業況が改善に向かうケースということがまず大部分であると考えられますけれども、様々な施策を講じて、どうしても改善に向かわない場合、事業者の意に反した担保権の実行を行うのではなくて、十分なコミュニケーションを取り、合意の上で事業を譲渡するといったような対応を行うということが事業価値の維持・向上の観点から望ましく、そのためのツールを提供するのが事業担保権ではないかと考えています。

このようなコミュニケーションがうまくいった結果として早期の対応が可能となるということであって、強引な早期の実行というのは事業価値を損なう可能性が高く、事業価値を担保としている債権者が自らの利益のためにも避けるように動機付けされているということではないかと考えています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 幾つかコメントをさせていただきます。まずは第1の1のところの総論ですが、この担保制度を導入することは資金調達の道を広げるという意味で有用だと思っております。

その上で第1の2以降の議論ですが、まずは、事業担保権設定者をどの範囲にするかについてコメントをします。よく倒産や私的整理において、従前から議論されていた論点ですが、整理屋等の介入を防ぐ必要性があり、そのためには、担保権者の範囲については限定すべきだと思います。具体的には、一定のディシプリンの下で活動している金融機関に担保権者を限定した議論をすべきだと思います。

続きまして5ページの「3 事業担保権の対象となる財産の範囲」ですが、まず「一部

事業のみを事業担保権の目的とすること」については賛成でなく、事業全体を事業担保権の対象にすべきだと考えます。理由は一読でも申し上げましたとおり、間接部門やオフィスの場所等は、担保権設定時に分けというのはなかなか難しいことと、一部事業を担保実行した後の会社が倒産した場合には、詐害行為や否認という問題が生じるため、いろいろな意味でこの事業担保権の問題を複雑にしないがためにも事業全体を対象にする案が妥当だと思います。

次に、6ページの「総財産」を全て事業担保権の対象とするかどうかという点ですが、例えば事業価値の維持と関係のないノンコア資産を担保対象から除外する選択肢は設けるべきではないかと思っております。

それから、例えば私的整理による再生の局面において、先順位の不動産担保があったときに、事業担保権を取る際には、先順位の不動産担保権の被担保債権を全部リファイナンスしないと、事業担保権の設定はできないとなると、事業再生の局面で事業担保権は余り使えなくなってしまうと思います。なぜなら、幾らメインバンクであっても、他行に対する債務を全てリファイナンスして、再生局面で更にリスクを取るとことはなかなか期待できないからです。従って、先順位に不動産担保権があっても、その不動産部分においては、後順位となる事業担保権の設定の余地は残すべきだと思います。

それから最後、「契約上の地位」ですが、ここにつきましては、スキーム上可能かどうかは分からないのですが、担保権を実行するときに当事者が協力しない限り実行できないというスキームだと、担保権者がなかなか担保価値を見ることができないと思います。そのような点から、「契約上の地位」については、特に労働者との雇用契約や重要な取引契約自体は企業価値の構成要素だと思いますので、会社分割における包括承継的なスキームがもし採用できるのであれば、その方が望ましいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

1点だけ大西さんに伺いたいのですが、先ほど担保権者について、整理屋とかを排除するという意味もあって金融機関を考えるべきであるとおっしゃっていたのですが、それというのは3ページの3のところに「事業担保制度の在り方について、どのように考えるか」という話としては二つの考え方が、これは両極として書いてあるわけですが、そのうちの、金融機関が十分な支援を行って、それで、なお改善が見られないときに初めて実行が行われるといったタイプの担保権を構想するということが前提になっていらっしゃるのでしょうか。それとも、それとは無関係でしょうか。

○大西委員 その関係性については、私は意識していなかったのです。事業者というのは、担保を設定を行ったからといって、事業を責任感と裁量を持って経営をすべきだと思います。従って、資金繰り上なかなか経営が難しいといった場合には早期に経営者交代なり、事業譲渡なりを実施するために事業担保権の実行を検討する必要がありますが、キャッシュフローがちょっと低下しただけで担保権実行を行うというような考え方は、妥当でないと個人的には考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○鈴木委員 ありがとうございます。千葉銀行の鈴木でございます。

まず第1の1の全体感のところで申し上げますと、政府の経済政策でも、スタートアップ企業をどう支えていくかという議論も並行して進んでいると思っていまして、事業担保

権は資産を持たない企業へのファイナンスに当たって有効なツールになり得るものと考えています。その中で、せつかく整備される以上は適宜適切な場面で選択される制度にする必要があります。なおかつ最大の目的であるところの、事業に必要な資金が供給されることが大切だと考えています。

強すぎず、弱すぎずという観点については多くの委員の先生もおっしゃっているところで、一番大切なところかなと思っていますし、心理的なハードルを下げるような形で、実務家にとって理解しやすい制度にしていく必要があるかと思っています。

続きまして、3ページの「事業担保権を利用することができる者の範囲」についてですが、まず事業担保権者については実務の難易度もありますので、あと説明責任等を考慮しますと、担保権者となり得る人には一定のバーを設ける必要はあるかと思っています。

その上で仮に銀行であるとか、預金取扱金融機関を一つの軸と考えるとすると、業務の連続性のある事業形態で、サービサーとか信用保証協会、それから資料にあるような投資ファンドとか、それから部会資料4 1ページで触れられているDIPファイナンスで想定されるプレーヤー、この辺りまでは考慮に入れる必要があるかなと思います。

一方で、設定者については5ページの冒頭で、一定以上の規模の事業者に限定するとかプロジェクト・ファイナンスなどをイメージした限定などが記載されていますけれども、スタートアップなどの事業者の後押しが元々の思想だとすると、こういった制約はなじまなくて、ある程度柔軟性が残されてもよいものだと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○日比野委員 どうもありがとうございます。

まず3ページ目で、「事業担保制度の在り方について」の二つの考え方を示していただいているところです。既に複数の方からのお話があったかと思いますが、ここは対立するという考え方ではないのだろうと私も思っております。

ここでは、「十分な支援」とか「早期に」といった言葉が並んでおりますので、こういう言葉に着目してしまうと、何か対立軸しているように見えてくるかもしれませんが、現実には融資をする前の段階で事業者の方としっかり対話をして、何が必要なのかということを確認した上で融資を実行し、融資をした後においてもコベナントの設定などを通じて対話を重ねていくという流れが、この事業担保権の前提として考えられているものと思います。そのように考えると、折衷的という言葉もあったかと思いますが、何か二極的に考えるものではないのだろうと思っております。それを制度的に、あるいは明文でこうしなければいけないといったことにするものではないのだろうと考えていました。

これが1点目でございます。

次に2点目として、5ページ以降の「事業担保権の対象となる財産の範囲」のうち「契約上の地位」について、大西様が御指摘のところ、私も同じようなことを考えておりました。もし制度上可能なのであれば、包括承継の制度である会社分割も選択肢に入れることによって、円滑な承継ー円滑な承継というのは価値を損なわずに早期にできるということが大きなメリットになるかと思っておりますので、この点は、もし可能であれば制度として導入していただければと思います。

あと、3番目は念のための確認ということなのですから、一読のときに預金などへの担保設定については、第三債務者である銀行の同意が必要ではないかというような話が出ていたかと思いますが、今回「総財産」が対象になったということによって、事業担保権の担保権者ではない銀行の預金ですとか、あるいは信託受益権など、つまり現行の法制度において処分に制限があるような財産については、銀行や受託者の同意が必要になるという前提でよいのかという点だけ確認をさせていただきたいと思います。

○道垣内部会長 事務局から最後の点だけは答えていただくようにいたします。お願いします。

○笹井幹事 「契約上の地位」などでも書いたとおりですけれども、現行法上移転のためにだれかの同意が必要とされている場合には、この同意が実行に当たっても必要になってくると考えています。

ただ、今何人かの先生からも御指摘がありましたように、包括承継にするとすれば、それを要しないこととするということなのかなと思っております。元々資料作ったときには、むしろ個別承継だと考え、現行法上個別の承継に当たって同意が必要な場合には同意が要るのだという考え方でございましたけれども、包括承継という制度設計ができるのか、その場合に移転の要件がどうなるのかは、また少し考えてみたいと思います。

○道垣内部会長 差し当たってよろしゅうございますか。

○日比野委員 はい、ありがとうございます。結構でございます。

○井上委員 井上です。

資料の3ページの2のところについて意見を述べたいと思います。「事業担保権者となり得る者の範囲について」ですけれども、これについては資料にもありますように、濫用行為を誘発するおそれがあると考え、一定の範囲に限定する必要があるだろうと思いますが、その観点からすると、銀行とか、銀行以外の信用金庫、信用組合といったところも含めた、いわゆる金融機関、これは含めてよいのだろうと思います。

あとは、今回想定されているような事業評価をベースにした貸付け、あるいはプロジェクト・ファイナンスなどに用いられる可能性などを考えると、ファンドが担保権者になることも十分に考えられると思いますし、あるいは最初は預金金融機関を中心にシンジケートローンなどで事業担保権が設定されたとしても、そのシンジケートメンバーのうちの1行が債権を譲渡する先として、金融機関にしか譲渡できないということだと不都合な場合ももしかするとあるかもしれない。シンジケートローン契約上の定めにもよりますが、譲渡先がある程度広い方がいいだろうと考えると、ファンド等の貸金業者も対象にすべき場合もあるだろうと思うのです。ただ、貸金業者は業態としては非常に広いので、今申し上げたようなファンドをイメージしながら考えると、銀行等の金融機関と異なり、貸金業者については何らかの要件を課すとか登録制を設けるとか、一定の限定を付して対象に含めるのがよいのではないかと思います。

次に、事業担保の設定者についてですけれども、こちらは、いわゆる私生活のような部分がある個人を外すのは重要なことだろうと思います。ただ、そうであれば法人なのかという点ですけれども、これについては例えば組合とか、あるいは信託財産とか、法律上あるいは会計上分別される一定の責任財産が存在するものについては、そういった責任財産を単位として設定できるということも考えてよいのではないかと思います。

ただ、個人の責任などに波及することを考えると、例えば組合で言うと無限責任組合員が個人である場合は適切でないように思いますので、そう考えると、無限責任社員が法人である組合、あるいは信託を対象にすることが考えられるように思いました。

ただ、後で出てくる公示のことも考えると、結局のところ、組合一般・信託一般というよりは、登記制度のある投資事業有限責任組合、有限責任事業組合、あるいは限定責任信託といったものを対象にするのが現実的には考えられるのではないのでしょうか。

先ほど、そのほかに匿名組合というお話が出ましたが、匿名組合は法律上、営業者が財産の帰属主体になって借入れをしたり担保設定をしたりということだと思いますので、営業者が法人であることがやはり必要で、逆に言えば法人が設定者の範囲に入っていれば、あえて匿名組合を加えなくても、そこはカバーできると思いますか、設定者にな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。

○大澤委員　大澤です。

まず「事業担保制度導入の是非」のところについて申し上げます。結局、担保という以上、実行抜きにしては語れないと思っておりますので、事業担保、これから議論をさせていただくことになるのですが、担保としての、かなり今までの、従前の担保とは違うものだと思っておりますので、実行のところをうまく制度設計をしていかないとなかなか難しいかなとは思っております。その意味で慎重な検討が必要かなとは思っております。

特に今まで事業成長という形で中小企業向けというお話がありましたし、その考えを否定するつもりはございませんけれども、資金融通として必要ということの目的のために、手段としてどのようなものが必要かという点において、この担保を一つ導入しますというのであるとするならば、最後、お尻のところである実行のところでも一般債権者、一般の取引債権者等の公平な弁済等も含めたきちんとした制度設計が必要だと思いますし、また、では担保実行と倒産手続との関係をどう考えるのかというところもかなりの議論が必要かなとも思っております。

在り方について、すみませんが、総論としてはその程度とさせていただきます。

次に「2 事業担保権を利用することができる者の範囲」のところですが、これは皆さん、委員あるいは幹事の方々からお話が出ておりましたけれども、まず担保権者の方については先ほどのモニタリング、あるいはそういった経営の支援というような形での資金融通を開くのだということであればなおのこと、そういったツールなり知見を持った担保権者で在るべきですので、一定の制限が掛けられるべきだとも思います。その制限の仕方はいろいろあるかとは思いますが、そういった金融機関というような種別で図るのか、あるいは一定の要件というような形で認可制・登録制みたいなことを考えるのかというのは詰めていく必要があるかとは思いますが、担保権者の方についての制限というのはあり得べしと考えております。

他方で設定者の方については、今までの議論とそれほど変わりませんが、個人以外の法人ということで、何らかの制限はあるとは思いますが、少なくとも担保権者の方の範囲が決まってくればある程度、個人は駄目よということであれば、設定者の方はそれほど厳しい制限がなくてもできていくかなと、うまく組成できるかなとは思っております。

す。

それから、「事業担保権の対象となる財産の範囲」の方ですけれども、こちらもお話にありましており「総財産」ということでよろしいかと思っております。「契約上の地位」等については、包括承継がいいのかどうかはまだ分かりませんが、私、どちらかというと個別同意を考えておりましたし、担保権者の方で包括承継が仕組めないということであれば、契約上の地位の部分をリスクとして考えて評価をして、融資をしていくというようなことを考えていただくのかなとも思いましたので、包括承継そのものというよりは、こういった契約上の地位の相手方が保護される、バランスよく保護されるような形での総財産への設定ということを考えておりました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○村上委員 ありがとうございます。

お示しいただいた部会資料18については、様々論点がありまして、それについて意見を述べてまいりたいと思います。その前提といたしまして、事業担保制度を創設することについては一読のときと変わらず、基本的に否定的な立場であることは、まず申し上げておきます。

その上で、まず「1 事業担保制度導入の是非」の「事業担保制度の在り方について」のところですが、こちらは主に実行のタイミングの観点から二つの考え方が示されておりますが、事業全体を担保の対象とする事業担保権においては実行段階だけでなく、実行前の段階から担保権者による強い経営への関与が行われることも想定されます。そのため、リストラや労働条件の切下げ、人件費の抑制などの施策が強行されるのではないかと懸念を強く持っております。一読でも述べましたが、改めて申し上げます。

次に、「2 事業担保権を利用することができる者の範囲」のうち「(1) 事業担保権者となり得る者の範囲」についてです。考え方として、事業担保権者の範囲に関しまして特段制限する必要はないということと、限定すべきという2つが示されていますが、私としては12行目にありますような濫用行為や、先ほど申し上げましたように経営への関与が強くなるといったことから来る懸念を考えれば、限定すべきと考えております。

次に、「3 事業担保権の対象となる財産の範囲」の「設定者の総財産」のところ、「(2) 契約上の地位」について述べます。こちらは、労働契約を含むあらゆる契約上の地位も「総財産」に含まれるということで御提案されておりますが、実行時におきましては契約上の地位の移転の効力が生ずるためには相手方の承諾が必要ということで、事業担保における労働契約の取扱いについては特定承継が提案されているものと認識しております。この点、特定承継については承継から排除された労働者の不利益や、従前の労働契約の内容が当然に承継されるわけではなく、譲受会社との合意が別途必要となり、その際に労働条件が切り下げられるであるとか、労働条件を切り下げなければ承継されないといったような労働者にとって不利益が想定されまして、大きな問題であると考えております。

現状の事業譲渡において労働者保護の観点から、このような問題があるにもかかわらず、その問題が放置されている状況の中で、事業担保という中で、そのまま特定承継の手法を導入することについては反対です。

なお、先ほど会社分割のような包括承継も考えられるのではないかと御意見がありました。包括承継であればある程度の課題は解消されるのかなとも思いつつ、他方で、現

行の労働契約承継法においても課題が指摘されているところですので、この点は少し留保させていただければと思っております。

また、「契約上の地位」に関しましては、一読の際にも個別的な労働契約関係のほか、集团的労使関係における労働協約の帰趨はどうなるのかということや、使用者としての地位も契約上の地位に含まれるということで、団体交渉の当事者が誰なのかというような集团的労使関係の課題も整理が必要であると申し上げました。この点も再度申し上げておきたいと思います。

最後に、先ほど部会資料の7ページの23行目以降に記載のある、設定時において労働者や労働組合に対する協議、あるいは説明義務に対して懸念や、反対という御意見が多数ありましたけれども、事業担保について私どもが組合役員の人たちに話すと、労働契約も担保になるのかと、それはどういうことなのだというような戸惑いの声が上がってくるものがほとんどです。実行までは関係ないというお話もありましたが、労働契約も担保にしているのに、設定段階では影響がないから話す必要もないのだと言えるのかどうかということは大変疑問がございます。感情的に納得し難い部分があるのではないかと考えております。

私ども事業再編におきましては、労働組合への事前の情報提供や協議が大変重要であると思っております。実行時のみならず、設定時においても担保権の対象である労働者、労働組合に対して協議や説明を行うということは、労働者の納得を高めるためにも重要だと思います。その労働者の理解と協力があって初めて事業価値の向上もなされるものと考えておりますので、そういった意見も申し上げてお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。

○青山幹事 厚生労働省の青山でございます。労働行政を担当する立場から発言いたします。

私の方からは、幾つか御意見も出ていました7ページの「事業担保権の対象となる財産の範囲」の「(2) 契約上の地位」の、特に労働契約の扱いの関係でございます。

先ほどから多々議論がありますけれども、実行となった場合に事業譲渡されて、労働者も譲渡先に譲渡されるということが想定されるのがこの制度と認識をしております。そのような労働者の地位に影響のある実行も含めて、担保設定以降の各ステージにおいて労働者サイドの理解と協力が得られて、それによって労使間の紛争が防止される。実際、例えば特定承継であれば個別の承諾が移転のとき必要なものでしょうけれども、承諾の実質性を担保するといったことも非常に重要かと思えます。そうしたことが、ひいては担保の運用の円滑化、実行の際の手続の円滑化にもつながるものと考えておりまして、重要なことと思っております。

そうした視点に立てば、担保の設定の時点において労働組合等への協議、説明といった労使間のコミュニケーションがなされることは適切と考えております。今後、そういった手続を求めることを検討する必要があ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。

○阪口幹事 阪口です。かなりの意見が出ているので、重ならない範囲で2点だけ申し上げたいと思います。

「事業担保権者となり得る者の範囲」について、何らか制限を課するという方向は多分かなりの意見が出たと思うのですが、その中でサービサーと信用保証協会について、

3 ページに書かれている制度の在り方とも関係するのですけれども、ちょっとそぐわないのではないかという意見が弁護士会では出ていました。

金融機関からすると、サービサー、信用保証協会も担保権者になり得るとしてもらわないと貸出しができないというのは非常によく分かるのです。ただ、それを認めて、当行は一抜けたということを認めるのはこの制度からすると、ちょっと違うのではないか。そこは慎重に御検討いただいた方がいいのかなと思います。これはある意味この制度を、件数は少なくとも小さく産んで始めるのか、少し広げて始めるのかという問題なのかなとも思いますけれども、そういう意見がありました。

もう一つ、5 ページの「事業担保権の対象となる財産の範囲」で「総財産」ということで、基本そうなるのだろう、一部は非常に大変だろうと思っているのですけれども、そのことの派生として、その企業は合併などの組織再編ができなくなるのかという疑問点が出ていました。吸収分割とか合併とかすると、対象が企業の総財産の一部になってしまうのか、それはややこしくなるという意見です。もちろん、合併したら、合併した後の全財産に及ぶんだという意見があるかも知れないけれども、それはそれでまた極端な話なので採り難い。そうすると、「総財産」にするという規律でいいと思うけれども、そうするとその会社は、合併とか吸収分割とかはできない状態になるのかという疑問が生じ、いろいろ検討した結果、そう割り切って、合併とかしたければ、もうリファイナンスしてやりなさいという割切りでいいかなぐらいのところを思っています。少なくともそういう問題があるのではないかということを指摘したいと思います。

○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。

実務的な問題点は実務家委員の方々から今御指摘がございましたので、少し理論的といえますか、概念的な点について指摘をさせていただければと思います。

それは、よく言われますとおり、これが事業担保なのか包括担保なのかという議論がございます。その意味で、今回の第1の1のところでは「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」であるということで、担保の目的自体は事業ではなくして、そのために用いられている財産であると。そして、3のところでは総財産であるということなのですから、この対象が事業ではなくて財産であるということとで果たしていいのかどうかという点に若干疑問を覚えなくはありません。

それは、一つには総財産というときには、のれんとか顧客であるとか、あるいは契約上の地位とかが含まれるという議論をして、恐らく事業担保とするためにはそれを含めなければいけないのだということなのかなと思いますが、それが総財産という概念で入ってくるのかどうなのかというのが第1の疑問点です。

例えば一般先取特権とか、それから企業担保権の場合には「総財産」という概念を用いて、のれんとか契約上の地位は入らないという形で用いられているわけですので、果たして「総財産」という定義の仕方でいいのかどうかというのが一つです。

それは逆の面から言いますと、「総財産」という形で規定をしたときに、全て入るという意味での総財産ということなのでしょうけれども、オプション条項というものが入るのかどうかという点です。一読のときは不動産とか信託受益権などを外すかどうかという議論はありましたが、例えば極端な話ですと、のれんとか契約上の地位といったものを外す

というようなことが可能なのかということになります。

そうしますと、単純な包括担保ということにはなるのかもしれませんが、動産とか債権とかについても包括的な担保が一方で予定されておりますので、例えば動産担保と債権担保を組み合わせることによって広い意味での包括担保が可能ではあります。そのような包括担保と事業担保の違いはたとえば、実行のときに、一部のばら売りができるのかどうかというようなところで違ってくるのかも知れません。そのような形で事業担保と、それからそれ以外で行われ得る包括担保との違いというのを考えていいのかどうかという点も若干気になったところでございます。

以上、概念的な問題としまして、事業担保の対象が「総財産」という概念のくくり方でいいのかどうかという点について、若干の疑問を感じているという点を説明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。片山さんがおっしゃったような問題というのは、「事業」と書けば解消するのですか。

○片山委員 その点ですが、事業とは何か、我が国においては権利客体論として、必ずしも確定しておりませんので、たとえば、事業を、一種の無体財産権のようなものと考えて、顧客とかそういったものも全部含み得るとするような枠があればいいのでしょうか、そういう枠が我が国においてあるわけではありませんので、なかなか難しい問題だとは思いますが。

ただ、「総財産」という規定だけにして、直ちにのれんとか契約上の地位が入ってくるかどうかという、それは疑問だと思いますので、補足的な説明を書き加える必要が出てくるのではないかとはいっているところでございます。

事業を目的にするということで全てが解決するとは思ってはおりませんので、そこは部会長の理解と同じかと思えます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。「総財産」ということだけでははっきりしないというのは、おっしゃるとおりで、企業担保法における言葉遣いとの関係とかいろいろございますので、部会資料そのものとしては、のれんとかそういうものについては書くという、「それを含まれる」と書くということなのだろうと思います。ただ、書くとなるとアディショナルな感じがするので、片山さんからすると、今度は外せるのですかみたいな感じが出てくるよねという問題が更にあるという話かなと思います。どうもありがとうございました。

○尾崎幹事 ありがとうございます。のれんが入ったものとして構築すべきだろうと考えていますけれども、どのような書き方をすればいいのかということに関しては、皆様方のお知恵をお聞きしながらということなのかなと思っております。

途中で大西さんがおっしゃっていたように、一部の資産について事業担保権の範囲から除外するといったようなことについては認められるべきではないかと思っておりますけれども、今片山先生がおっしゃったように、のれんを除けるのかということになると、難しいのかなとは考えております。例えばどこかの遊休資産を抜きますといったような形での抜き方というのはできるかと思っておりますけれども、非常に不分明であるのれんをうまく抜けるのかというのはちょっと難しいかなと考えております。

それから、阪口先生がおっしゃっていたサービサーの話ですけれども、恐らく鈴木さん

がおっしゃったのは、例えば地銀系のサービサーの中には、かなり事業再生に通じたようなサービサーもいらっちゃって、そういったサービサーのことを念頭に置きながらお話をされたのかなと考えております。ただ、阪口先生がおっしゃるように、サービサーの中にもいろいろなサービサーがあるかと思しますので、その辺の懸念というのは我々も共有しているところでございます。どういうふうに範囲を画するかといった点を考える際に、十分に配慮すべき問題ではないかなと考えております。

それから、最後に何人かの方がおっしゃっておられた労働契約上の地位の移転のことについてなのですが、労働契約上の地位に関して、事業担保権の実行に当たっては、当然のことながら、事業価値の向上に資する債権については優先的に弁済が認められるべきであると考えておまして、これは後ほど話す議論だと思いますけれども、労働債権というのは当然に優先されるべき債権であると考えています。

また、これも何人かの方がおっしゃっておりましたが、事業担保権を実行する際に、雇用契約に基づく使用者としての地位を第三者に移転するに当たっては労働者の承諾が必要であって、加えて労働組合への協議といったようなことを求めるということも必要ではないのかなと考えているところであります。

他方、事業担保権の設定時には労働者に具体的な不利益が生じているというわけではなく、将来もちろん借金を返済できなければ雇用契約上の地位が移転する可能性があるということになりますけれども、これは主として借入れとか事業計画の失敗による担保権の実行によるというものであって、このような事業計画の失敗によって借入金の返済ができず、資産を強制的に売却されて、事業が解体されてしまう、その結果、労働者の地位に影響が及ぶという事態は事業担保権に限らず、通常の借入れや個別財産への担保権設定の場合にも当然に起こり得るものであると考えています。

そして、借入れ時や個別財産への担保権の設定時に労働組合への協議を要するということはされていないと理解しています。

しかも、設定時以降に新たに加わる労働者もいると思いますし、こういった労働者については仮に協議を義務付けたとしても、それにあずかることはできないという形になりますし、労働者が加わる度に協議をするというわけにもいかないと思います。

こうした中で、事業担保権の設定のみを協議事項とするということは、具体的な不利益ということが必ずしも明確でないにもかかわらず資金調達という、場合によっては迅速な対応が求められる状況の中で手続負担を求めるということになって、結果として事業担保権の活用には制約を加える可能性があるのではないかと考えております。

労働者や労働組合とのコミュニケーションというのは、事業担保権の設定について場当たりに協議するということではなくて、経営の考え方について日頃から実質的なコミュニケーションを行うということで果たされるものではないのかなと考えているところです。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。

私からは第1の1の「事業担保制度の在り方について」、少しコメントをいたします。

多くの委員・幹事の方々がおっしゃっていたとおり、この事業担保制度において担保権者と設定者との間のコミュニケーションが重要であるということはおっしゃるとおりかと思います。

また、事業が傾いた際に十分な支援を提供してもらうということと、しかし事業価値が大きく毀損される前に実行できるということ、どちらも重要だということは、これはまたおっしゃるとおりかと思います。

ただ、担保権者と設定者との協議がうまくいっているときはいいとしても、それがうまくいかないときどうするのかということはあらかじめ考えておくべきかなと思います。

例えば事業が非常に成長していくとき、段階において追加融資を得たいと設定者が考えたとしても、この追加融資をするかしないかを決定できるのが、今の提案だとこれは担保権者のみになってしまうのではないかと懸念があります。つまり、第2以下の規律とも関係いたしますけれども、後順位担保権などが非常に付けにくいということになりますと、他の金融機関などに頼って追加融資をしてもらうということはなかなか難しいことになります。

そうすると、この事業担保権者に追加融資をお願いすることになるでしょう。そのときに事業担保権者がイエスかノーかを自由に選べるということになってしまうと、何というか、設定者に対する担保権者の発言権が大きくなりすぎるのではないかと懸念があるということです。

それを解消するためには、例えば先ほど日比野委員は反対の見解を示しておられましたけれども、担保権者に対してある程度追加融資をする義務のようなものを法的に整備するとか、あるいはそういった追加融資をなされない場合に、他の者に追加融資をしてもらうために、事業担保権の範囲を少し狭めるようなことができるようなものを設定者のインセンティブによってできるような制度設計というのも考えていくべきなのかなと考えています。

私自身が今の時点でいずれかの制度に賛成しているというわけではありませんが、それらのことも考えて慎重に制度設計をしていくべきかなと思っております。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

ほかにございませんでしょうか。

今まで頂いた御意見をいろいろ整理してみますと、第1の「1 事業担保制度導入の是非」については、村上さんから根本的に、そもそも余り容易に認めるということをするればよいというわけではないだろうという御意見があるということはそのとおりなのですが、多くの方は、これ自体についてはいいのではないかとのお考えだったと思います。ただ、具体的な内容はこれから後の、先の問題でございますので、まだ呉越同舟状態かもしれません。

それについて、3ページのところの3のところに「在り方」について書いてあるわけですが、これについては両極のいずれかを採るので、対立的に考えるという必要はないのではないかと多くの方の御意見ではなかったかと思います。ただ、それで十分な支援を提供しても改善が見られない場合にだけ実行すると申しまして、大塚さんがおっしゃったように義務まで認めるとか、縮小・軽減を認めるとか、そこまでやればそうなりますけれども、そこまではできないだろうということになりますと、よっぽどうまく仕組みないとなかなか、何といいますか、改善を第一に図るとはなかなかかなりにくいかもしれないという気がいたします。

設定者、担保権者の問題につきましては、担保権者についてどこまで含めるか、金融機

関という定義の問題とかもありまして、分かれているのですが、誰がやってもいいだろうとはならないというのが多くの方の御見解だったろうかと思います。それに対して設定者については個人を外すということはそうかなという御意見だったかもしれませんが、井上さんがおっしゃったように、これは法人登記で公示を図るみたいなことを考えますと、それによる制約というのが実はかかってきますので、公示方法というのと結び付いているということかと思います。

財産については、のれんとか、そういうものを含むというのは皆さんそうかなというお考えだったような気がいたしますが、契約上の地位に関連して労働者の問題というのがいろいろ御意見を頂いたところであります。

「契約上の地位」という（２）でくくってしまうというのは、これは多分問題で、労働問題とかなり、労働者、労働契約の問題は分離して考える必要があるのではないかと思います。

若干そのときに契約上の地位までが担保になっているというふうな書き方があったり、あるいは村上さんもそういうことをおっしゃったのですけれども、これちょっと違うのではないかと思うのは、例えば倒産時に破産管財人が双方未履行双務契約で解除したり継続を選択したりすることができるかという、多分これできないという方向につながる議論なのだろうと思うのです。つまり、不利な契約であっても、それが契約として存在しているのだから、引き継ぐということが基本になるのだということなのだろうと思いますので、必ずしも有利になるとは限らない話だろうと思います。それは労働者に関してもそうで、またそこで村上さんがおっしゃったように、人員整理をしたり、言うことを聞く従業員だけをピックアップして持っていくといったりすることを避けるということになりますと、包括的に引き受けなければならないというふうな意味をひょっとして持つのかもしれないと思いますので、そこら辺は更に考える必要があるのかなという気がいたします。

頂いた意見、随分端折ってしまったかもしれませんが、そういうふうな対立軸があったのかなと理解しておりますが、何かほかに御意見ございませんでしょうか。

それでは、第２以下の話をするに当たって第１の話のところに戻らざるを得ない、先ほどの公示の問題もそうですし、理念の問題もそうでございますので、になりますので、ちょっと先に進ませていただいて、議論としては第１の話も含めて御議論を頂くとさせていただきます。

そこで、テーマとしては「第２ 事業担保権の効力」というところに移りまして、そのうちの「１ 事業担保権の設定」というところと「２ 事業担保権の対抗要件及び他の担保権との優劣」というところ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。

○寺畑関係官 それでは、７ページの「第２ 事業担保権の効力」の「１ 事業担保権の設定」について御説明いたします。

事業担保権は、設定者の財産を広く対象とし、実行されると事業譲渡と同じ結果となり得るため、事業担保権の設定契約についても、株主総会決議が必要だと考えるか、譲渡担保権の設定と同様に、株主総会決議は不要だと考えるかについて問題提起をしております。

次に、８ページの「２ 事業担保権の対抗要件及び他の担保権との優劣関係」について御説明いたします。

本文（１）では商業登記簿への登記を事業担保権の対抗要件とし、事業担保権相互の優劣関係は、その登記の先後で決することを提案しております。また、被担保債権の範囲や極度額もその登記事項とするかどうかについても併せて御議論いただければと思います。

本文（２）では、事業担保権の効力が及ぶ個別財産で、登記登録制度があるものに対する他の担保権との優劣関係について、仮に設定を認めるという考え方を採った場合、事業担保権者は、商業登記簿への登記で足りるものとするか、それに加えて当該個別財産についての登記登録を必要とするかについて、問題提起をしております。

事業担保権者のコストという観点からは、商業登記簿への登記で足りるものとするべきだと思いますが、物的編成がされている登記登録制度においては、当該物に対する権利関係は当該登記登録制度に集約されていることに照らすと、個別財産についての登記登録を必要とせざるを得ないようにも思われます。他方、担保ファイリングを導入する考え方からは、個別財産に対する担保権と事業担保権を担保ファイリングに記載し、その先後によることも考えられます。

本文（３）では、事業担保権と先取特権との優劣関係について、アにおいて、動産の先取特権との関係では事業担保権を民法第３３０条に規定する第一順位の先取特権と同一の効力を有するものとし、イにおいて、不動産の先取特権との関係では、事業担保権を抵当権と同様に扱い、ウにおいて、事業担保権は一般の先取特権に優先することを提案しております。

以上について御議論いただければと思います。私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

御議論いただきたいのですが、先ほど私が第１のところの対立軸をまとめたときに１個だけ重要な話を落としてしまいました。それは部会資料が、顧客名簿にしる何にせよ、個別的に承継されるという、労働契約にせよという考え方に基づいているのに対して、包括承継という考え方をここで適用できないかという話が何人かの方々から出ておりました。そのことについての検討というのも今後の対立軸といいますか、検討の課題としてあるということを申し述べるのを忘れてしましまして、大変失礼いたしました。

それでは、先ほど御説明いただいた第２のところにつきまして、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。よろしくお願いいたします。

○加藤幹事 幹事の加藤です。事業担保権の設定のところについて１点コメントいたします。

私としましては、この資料で引用されている学説の見解に異論はありませんで、事業担保権の設定自体については株主総会決議を要求するほどの取引ではないと考えます。

事業の全部の譲渡については、確かに株主総会決議が必要とされておりまして、その理由としては会社の基礎的な変更であるということが伝統的には言われております。しかし、実は何が基礎的な変更かということについては理論的に明らかになっていないわけです。

このような状況ですので、やはり何か新しい取引について株主総会決議が必要かどうかを考える際には、そのような行為によって株主利益が害される危険がどの程度あるのか、そのような危険に対処する方法として、株主総会決議を要求することが合理的かという観点から検討がなされるべきであると考えます。

このような観点から考えますと、事業担保権の設定については設定段階では債権者間の問題が中心であって、例えば債権者の利益が優先されることで株主の利益が害されるとい

った可能性が他の担保権の設定の場合と質的に異なるとは評価できないと考えます。

そのため、重要な意思決定ではありますが、取締役会なりの判断に委ねてもよい事項であるように思います。

ただ、事業担保権の設定という問題は設定時からだんだん会社の状況が変化するにつれて株主にとっての重要性が変化していく可能性があります。

そうしますと、事業担保権が設定されていること及びそれが一体どういった内容なのかということについては何らかの形で株主が知ることできる、株主に対して何らかの情報提供というものがあつた方がよいと考えます。

後ほど商業登記の対象とするというお話もあるのですが、それで十分なのか検討の余地があると考えます。

情報開示の問題は事業担保権の実行段階の手続きと密接に関係しており、不意打ち的に事業担保権が実行されてしまうと、株主に不利益が生じます。しかし、事業担保権の内容が開示された上で、現在の会社の利害状況に鑑みて、それがどれほど実行される可能性が高いものなのかということについて、株主が対応できるような状況が確保されているのであれば、実行段階については、事業担保権の実行を阻止するために何らかの行動を取ることができる機会が存在した上で実行されたという事実を考慮して制度設計できるのではないかと考えております。

こういった観点から考えますと、御提案されているわけではないのですが、事業担保権の設定契約において定めるべき事項についても何らかの定めがあつた方が適切であると考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。加藤さんがおっしゃるように、実行のとき――26ページに、後で出てまいりますけれども、実行のときにどういう決議が必要かということも、ここで今やっているのは設定のときにも必要かという話ですので、また分けて考える必要があろうかと思ひます。

○鮫島幹事 中小企業庁の鮫島でございます。

10ページ、23行目以下の対抗要件の話でございますが、まずは対抗要件については担保ファイリングに集約する方法を御検討いただければと思ひます。登録免許税の負担も下げるということでございますし、また記載事項につきましても、できるだけ簡素なものとするので、すなわち安価で簡易な公示とすることで事業者、特に中小企業者にとって使いやすい制度につながると、そういう制度設計に御配慮いただけますよう、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。

御発言の対象ではないことなので何うのは恐縮なのですが、鮫島さんの御意見というのは個別動産の譲渡担保とかそういうものについても、対抗要件制度を担保ファイリング制度というものに一元化すべきであるという前提を含んでいらっしゃるのでしょうか。それとも、含んでいらっしゃいませんか。

○鮫島幹事 含んでいるということで御理解いただければと思ひます。

○道垣内部会長 分かりました。ありがとうございます。

○青木（則）幹事 ありがとうございます。私の方からは1点、後順位担保、しかも事業担保が後順位担保ではなくて、競合する方の、これまで議論してまいりましたような担保権

が後順位になっている場合の処遇についてお尋ねをいたしたいと思っております。

こちらの事業担保について商業登記でいくのか、それとも例えば担保ファイリング等で優先順位を決めるのかということは、これはまだこれからの御議論かと思いますが、いずれにしても優劣は付くということになるのかと思います。

その場合、後順位の通常の譲渡担保などが今回立法化されるような担保が劣後する場合に、順位としては担保権の方が劣後している場合でも、これは実行はできるという理解でよろしいのでしょうか。

というのは、差押債権者との関係、第三者異議の訴えができないとか、あるいは売却等を主に想定した処分の際には法的な処分の制限はしないというルール作りをされていますので、後順位担保権でやっても実行はできるのかなというイメージで読んでおりました。

そうしますと、結局それに対する優先する事業担保の方の対抗手段というのは、実質的には事業全体の実行があれば個別の強制執行や実行は失効するという、このルール一本でいくという理解なのではないかというのが、まず質問でございます。

もしそうだとすると、もちろん事業担保というのは担保権者と設定者の間のコミュニケーションが非常に良い事案を想定されているということですので、余り弊害はないのかもしれませんが、やはり主要な資産についてはそういったような実行をされると非常に悩ましい事態になるというのか、事業全体について実行するか、許すかという点で非常に悩ましい事態になることもあり得るのではないかと少し懸念をいたします。

であれば、もしかすれば通常の担保との併用というのをお考えなのかもしれませんし、あるいはそうではなくて、ネガティブ・プレッジではありませんけれども、この資産だけはそういった処分を許さないといったようなことを約定で入れていくということになるのかと思いますけれども、それについて、もし後者の方でお考えであれば、公示制度の方もそれに対応する制度設計が必要なのではないかと思っております。

以上、御質問と若干のコメントでございます。ありがとうございます。

○道垣内部会長 事務局の方から何か今の段階でお話しございますか。

○笹井幹事 個別の担保権との関係をどうするかというのは、4、5でも議論されておりますが、悩ましい問題だと思っているところです。

後順位の方が個別の担保権だったという場合は、無剰余の判断を被担保債権全額で考えれば、恐らくほぼ無剰余になってしまうと思います。事業担保権が実際に実行された場合には、被担保債権を各財産に割り付け、それぞれの財産の剰余から後順位担保権者に配当されることになると考えられますが、事業担保権が実行されなければ後順位の方の担保権は配当を受けられないことになるのかなと思っております。

○道垣内部会長 資料を作ったときはそういう考え方だということなのですが、青木さんの方で、それについて何か御意見ございますか。

○青木（則）幹事 すみません、一般債権者との関係では剰余にかかわらず第三者異議の訴えというのは考えていらないような印象を受けて、それは恐らく事業全体を担保に取っているということなので、ちょっと危険かもしれませんが、あえて集合物論に当てはめて言うと、構成部分に刺さっていない集合物論のような、それに近いようなものを想定されているのかなという印象があったものですから、担保の場合も同じことに結局ならないのかな。つまり、後順位の方について言うと、引当てが違うというような考え方で、

剰余という発想にかかわらず、全体を実行するまでは個別の債権目的での譲渡についての効力は一応認めるという、そういう議論もあるのかなと個人的には思っておりましたが、もしそれでないとすると、むしろ被担保債権の強制執行をやった方が担保権の実行よりも有利ということにもなりかねないような気もいたしますので、そこは少し整理をする必要があるのかなと個人的には思っております。

○道垣内部会長 何かありますか。

○笹井幹事 先生がおっしゃったような方向性というのはあり得るのかなとも思ったのですが、ただそうすると、後順位担保権が実行されてしまうと、先順位の事業担保権者は何もそこから得られないということになってしまい、劣後する担保権を設定することによって、どんどん担保目的である財産が失われるということになりかねないので、事業担保権の意味が乏しくなってしまうのかなと思っていた次第です。

○道垣内部会長 青木さんがおっしゃったのは、18ページ以降の「一般債権者が差し押さえた場合」とのバランスの問題ということなのですが、ここも割り付けをどうするかという問題が更に残っていて、割り付けの仕方次第によっては必ず一般債権者、差押えは負けるということになってしまう、空振りになると無剰余になるということもありまして、そこら辺が本当は考えなければいけないところであります。

確かに、一般債権者が差し押さえたときには、それで特にそれに集中して割り付けられるわけではなく、競売手続に進むことができ、配当も受けられるのだということになりますと、担保を取っていない方が権利は強いではないかということにもなりかねませんので、考える必要があるのかなという感じはいたします。どうもありがとうございました。

○藤澤幹事 ありがとうございます。藤澤です。

対抗要件の関係について、二つ発言させていただきたいと思います。

一つ目は、先ほどの第1の議論のところで出ていた遊休資産などを事業担保の範囲から外すという考え方と、その公示についてのコメントです。

遊休資産のようなものがあるときに、当事者間の合意でこれを事業担保の範囲から外すということはあってもいいような気がいたしますし、一般債権者にとってはそのことは有り難いような気もするのですけれども、もしそれを一般債権者が活用できる、例えば差押えの対象とできるというようなことが、それがメリットだとしますと、そういったことも公示されていることが望ましいような気がして、そうすると事業担保の公示制度のところで、それを引き受けられるような制度が必要になるのかなということを感じました。

次に、二つ目は不動産登記との関係です。

資料の中では、不動産が事業担保の対象となっている場合に、そのことを登記、不動産登記の方に反映するかどうかという論点が挙げられていました。これについては、例えば事業担保権が設定された後に、事業担保権設定者が持っていない不動産について抵当権が設定されるというようなことがあって、その抵当権が設定された不動産を事業担保権設定者が譲り受けるというようなことがあり得ると思うのです。その場合には、恐らく抵当権の方は事業担保権に優先するということになるのだと思うのですけれども、事業担保権の範囲に入りました、不動産が入りましたということが不動産登記のところに表れていないと、優先順位がはっきりしないということや、設定時を比べただけでは優先関係が判明しないというようなことがあり得ると思いますので、少なくとも不動産登記については、い

つ事業担保の対象となったのかということ登記しなくては行けなくて、それが対抗要件となるべきと考える方がいいのではないかと考えました。

もしかしたら、これと同じことが動産とかについても言えるかもしれないのですが、今そこまで考えが及んでいなくて、不動産についてだけ発言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。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。

私からは第2の2について、その前提となるような話を少しコメントさせていただきたいと思います。

第2の2、対抗要件の仕組みというのは事業担保権が対抗要件、何らかの対抗要件を備えた後に、個別財産に対して担保権が設定された場合には事業担保権が個別財産に対する担保権に優先することを当然の前提としているように読めます。このルール自体が果たしてどういう意味を持つのかということを少し御議論させていただきたく思います。

少し先の話になりますけれども、第2の4では事業担保権の設定者に個別の財産の処分の自由が与えられております。そうすると事業担保権者は、例えば設定者が1,000万円相当の土地を持っていて、それまでは事業担保権が及んでいたとしても、その土地を1,000万円で売却してしまった場合、これに対して原則としては文句を言えないことになります。そうすると、このときには、その土地にはもう事業担保権が及ばなくなる反面、その売却代金である1,000万円という金銭に、金銭そのままの場合もありますし、預金債権の場合もあると思いますが、そういった金銭に担保が及ぶことになる。この場合、もちろん1,000万円という金銭が隠匿等処分しやすいという面はあるものの、財産の価値としては減少していない。1,000万円が出ていって、1,000万円が入ってきたということになるわけです。

他方、第2の2の話に戻りますけれども、設定者が1,000万円を借りて、事業担保権の中に含まれる土地に、その1,000万円の貸金債権を被担保債権として抵当権を設定した。こういう場合、部会資料の第2の2のルールですと、事業担保権者が抵当権者に優先しますので、土地も事業担保権の対象となり、かつ入ってきた1,000万円も事業担保権の対象となると。結局増えてしまうということになります。もちろん、こういったルールですと、当然そこに抵当権を設定しようとする者が現れないということになるかと思いますが。

これに対して部会資料の提案とは異なって、個別財産に対する担保権がその対抗要件の先後にかかわらず、事業担保権に常に優先するというルールを採用した場合、この場合は個別担保の被担保債権額の範囲で途中で事業担保権が及ばなくなるということにはなるものの、しかし、借りてきた1,000万円には事業担保権が及ぶということになりますので、結果、その1,000万円については、特に事業担保権の価値が減らないということになるはずです。これは先ほどの土地を売却した場合と同じなのではないかと考えられるわけです。

そういうふうに考えられるのであれば、第2の4、先ほどの財産処分の自由というルールを維持することを前提といたしますと、仮に個別担保が事業担保権に常に優先するというルールを採用したとしても、事業担保権を設定しようとする時点における事業担保権の担保価値というのは下がらないのではないかと考えるわけです。

このように解しますと、第2の2が前提といたします対抗要件を備えた事業担保権がその後に対抗要件を備えた個別担保に優先するというルールは事業担保権の担保価値を増加させるという機能を有しないのではないかと考えられるわけです。

では、どのような機能を有するかといいますと、これは先ほども申し上げたとおり、事業担保権を設定した場合には、後順位の担保権というのが付けづらくなりますので、設定者による個別財産の処分の選択肢を狭めるという機能を有するのではないかと考えられるわけです。そうすると、そういったルールが適切かということを慎重に検討すべきかなと思います。

例えば事業担保権者がその個別財産、例えば土地とかを確保しておきたい、把握しておきたいと考える場合もありますが、ただ第2の4というルールを前提といたしますと、それは対抗要件のルールをどうするかにかかわらず、実現できないということになります。もし、その望みを実現したければ、むしろ事業担保権に重ねて個別の抵当権なり個別の担保権を設定すればよろしいということになるわけです。

もう1点は、何か担保権、事業担保権を設定するときにはなかった個別の担保権が出てきてしまうと、ちょっと処理が面倒くさくなるということはあるかなとは思いますが、これも設定者との間の合意でも多少対応可能であるような気はいたしますし、デフォルトルールとして常にこういったルールを用意しておく必要があるのかということとは多少疑問もあるところかなと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。ただ、今大塚さんがおっしゃったのは、事業担保権の設定後に新たな融資がされたという場合だけを考えるわけであって、その前からある債権を被担保債権として抵当権が設定されたのでは、今の論理は通用しないし、不法行為債権者などが自らの債権を確保するために抵当権を取得するといった場合にも成り立たない。

そうすると、大塚さんの話の根本には後ろ側の方で出てくる、ある一定の債権者には事業担保権に優先する権利を与えるべきではないかという話の、その範囲をどういうふうに絞るのか、決めるのかということがあり、そしてその債権者が例えば抵当権を取得しているといった場合の抵当権の効力というのは、一般的な個別の抵当権と事業担保権の優劣の問題とはちょっと別の問題がそこでは出てくるのではないかという話であって、ちょっと一般理論ではないような気はします、伺っていて。

○大塚関係官 ありがとうございます。それは確かにそのとおりでありまして、事業担保権設定後にお金が入ってくる場合のみを念頭に置いておりました。

ただし、事業担保権設定前にお金が入っていて、なおかつ無担保の債権、債務を負っていて、そこに事業担保権設定後に抵当権を設定したというような場合を想定したといたしましても、例えば事業担保権実行前に事業担保権設定前から負っている債務を弁済すること、これ自体は自由なはずであって、それと比較しますと、必ずしも抵当権設定を封じる必要があるのかという気はしてまいります。

そうすると、何かむしろ詐害行為取消しの可能性を残しておけば、それで足りるような気もいたしまして、私はそうすべきだと思っているわけでは必ずしもないのですが、事業担保権を優先させなければいけない、優先させると設定者や担保債権者にいいことがあるよというところに必ずしも納得いかないのが、先ほどの発言をさせていただいたという

ところであります。

○道垣内部会長 ありがとうございます。企業担保法の企業担保権自体がそういう制度で
すし、その基となったイングランドのフローティング・チャージという制度も個別担保権
の方が優先するわけですので、論理構成としてそちらの方がスムーズであるというふうな
ことは十分に考えられるところだろうと思います。

そういうことも含めまして、今後議論をしていかなければいけないかと思いますが。

○佐久間委員 ありがとうございます。今大塚さんと道垣内部会長がおっしゃったことに関
連することを申し上げようと思っておったのですけれども、基本的には大塚さんと同じよ
うな考え方を持っていました。ただ、大塚さんがおっしゃらなかった理由がもう一つあ
るかなと思っておりまして、事業担保権の設定後に新たな融資を設定者の方が欲していて、
その融資を調達する手段として個別担保権の設定とともに融資を受けるということを念頭
には置いておるのですけれども、このような場面というのは結局のところ、確かに事業の
成長性ということに関して疑問があって、事業担保権を取った債権者が追加の融資になか
なか応じにくいという局面ではあるのかもしれませんが、しかし、なお、担保余力
のある財産を設定者は有しており、それを使って融資を引き出したいという状況にあると
考えられると思うのです。

そうだといたしますと、事業担保権を取った債権者は、基本的には事業の継続を図るた
めに多くの融資をすべきであると言うと、ちょっと言い過ぎかもしれませんが、融
資に積極的に応じる姿勢を見せるべきであるとは考えられるのではないかと思います。

そうだとすると、個別の担保権の設定がされるというのは、ある意味では事業担保権を
取った債権者の融資の失敗だという、その一徴表だと見ることも可能なのではないかと思
います。言い換えれば、事業担保権を取った以上、債権者は個別担保権の出現を極力自ら
の責任においてという言い方はちょっとあれかもしれませんが、姿勢として、そのような
ことを債務者、設定者がしなくて済むようにという融資行動に出ることが望まれるのでは
ないかと、まあ、理念的すぎると言われるかもしれませんが、思っております。

そうであるとする、先ほど大塚さんがおっしゃったようなことも含めて、個別担保権
が結局設定されましたというような場合には、後の実行局面において個別担保権の方が結
局優先されるようなことがあっても、私はおかしくないのではないかと思います。

加えて、ここから大塚さんがおっしゃったのと違うのですけれども、もう一つ考えたの
は、問題局面は一緒なのですが、事業担保権の設定を受けた者が、例えば目ぼしい不動産
があるので、そちらに後順位のものが付いてはいけないということで、個別の抵当権を取
るということが事前に考えられるところだと思うのですが、これは何かそれこそ事業担保
権の制度趣旨というか、それを取った債権者として在るべきでない行動なのではないかと
思うので、可能かどうか分かりませんが、仮に個別担保権が後に設定されても、事
業担保権に優先するか、少なくとも劣後しないという考え方を採るのであれば、事業担保
権者による個別担保権の設定はできないとしておかないと、結局意味がなくなってしまう
のではないかなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。代物弁済予約の権利者が抵当権も取得するとい
う話が仮登記担保法以前にあったのですが、そういう話ですね。

○尾崎幹事 すみません、まず、別の話からするのですけれども、今佐久間先生や大塚さん

のおっしゃっていたことに関連してきます。冒頭はちょっと違うのですけれども。

9 ページに対抗要件の登記の記載事項の中に極度額が含まれていて、この話を少しさせていただければと思っています。

極度額自体は事業担保権の設定契約で、必ずしも定める必要はないというか、任意であると考えておまして、登記事項とはすべきではないと考えています。それは事業担保権が事業に必要な融資を必要に応じて機動的に行うということを制度趣旨としていることから、極度額の定めがあると、このような機動的な融資が害されるということになってしまおうと考えるからであります。

ただ、ここからが今までの議論と関係してくると思うのですけれども、事業担保権設定者が、現在の事業担保権者から本来必要な資金を借りることができないことから、他の金融機関から別途融資を受けたいと考えた場合には、設定者が担保権者に対して極度額を設定するということを要求する権利というのは認めるべきではないかと考えています。

例えば今1億借りていて、それ以上貸してくれませんという場合には、その1億を極度額にした上で、新たに別の金融機関から借りるにあたって、最初の事業担保権者の権利は1億までということになりますので、後順位の金融機関が入りやすくなると考えています。

ただ、この場合も必ずしも登記事項とする必要はないと考えていて、それは譲渡担保についてもこれまでの議論の中で極度額の設定とかの記載を必ずしも必要としないとされていたということを前提にしているわけですが、同時に登記登録制度をなるべく簡素なものにしていくべきであると考えているからでもあります。

基本的に金融機関が貸す際には当然のことながら借手に対して確認するということになりますので、問題になってくるのは一般債権者の差押え等の場面であるかと考えております。例えばここで仮に、今資料の中で議論されているように、第三者異議を認めないで事業担保権者に個別財産の強制執行とか担保権実行の配当手続に参加させないといったような場合であれば、一般債権者のために公示する必要も乏しいのかなと考えています。

それから、これともう一つ関連しているのが個別財産への登記登録の必要性の話だと考えておまして、私は事業担保権の登記に加えて、個別財産への登記登録ということは必要ないというか、そこまで求めるべきではないと考えております。事業担保権の登記を行えば、事業を構成する個別財産に関する対抗要件も具備されていると考えるべきであろうと考えております。

というのは、事業担保権設定時に登記登録の必要な全ての財産にこれを設定しなければいけないというのは得られる利益に比べてコストが大きいですし、事業担保権のメリットというものを一定程度損なってしまうというものではないかと考えています。

特に事業担保権、この話も少し関連してくる話かと思うのですけれども、事業担保権設定後に事業担保権設定者が取得した財産にまで登記を求めるということになってくると非常に煩雑になりますし、事業担保権設定者が売却した場合には、今度登記を抹消させる必要があるということになってきますので、ますます負担が大きくなるのではないかと考えております。

事業担保権が設定されている財産の譲渡を受けた場合というのは、譲受人は事業担保権の負担のない財産を基本的には取得すると考えておまして、法務省資料の中で提案しているように、もし事業担保権設定者の処分権限を制約しないのであれば、第三者が不動産

を例えば取得するという場合であっても、それは有効に処分権があるので、譲渡が成立しますので、第三者の利益は害されないと考えておりますし、これも先取りになりますけれども、通常の事業の範囲内に設定者の処分権を限定するという場合であっても、通常の処分であれば問題ないですし、ここで例えば善意の第三者を保護するような規定を設けるということになれば、ここでも第三者保護は図られるのではないかと考えております。

なので、通常の譲渡、個別資産の譲渡ということであれば、このような形で問題は生じないと考えておりますし、それから担保権を金融機関が設定するという場合については、元々商業登記簿等で確認するというプラクティスがございますので、商業登記簿のみに登記を求めても、取引の安全を害することはないのではないかと考えています。

それから、こういう場合はどのくらいあるのか分かりませんが、例えば新たな不動産を金融機関が、別の金融機関が融資をして取得するといったような場合は新たな不動産が事業担保権の範囲内に入ってくるわけですが、当然のことながら、ファイナンスをしたことによって事業担保権の担保権の中身は増えるということになりますので、この場合にはファイナンスを行った金融機関の、ここで例えば抵当権の登記を取ったという場合にどちらを優先させるのかという問題というのは出てくるかなと思っています。

登記の先後ということだけでいいですと、当然事業担保権の登記の方が早く取られているという可能性が高いんだとは思いますが、正に融資によって不動産が新たに購入されて、事業を構成する資産の中に入ってきているわけなので、この点については別途規定を設けるといったようなことは必要になるのかなとは考えているところでございます。

以上のように、先ほど大塚さんがおっしゃっていたように、元々後順位が入りにくい問題というのは極度額のところで一定程度対処できるのかなと思っておりますし、本来は極度額ということではなくて、新しい金融機関が丸ごとリファイナンスをするという形が通常ではないかなと思っておりますけれども、制度上も極度額を債務者の方から設定できるというような形を設けるということが一つの対策になるのではない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。

○阪口幹事 阪口です。今の辺りの議論に関する質問が一つと、別の部分に関する意見が一つです。

意見の方を先に申し上げると、第2の1の設定時に組織決定を要するかという論点ですが、これは要すると思っています。

理由は、事業担保権設定は事業譲渡予約のような性質が強く、会社法の規制の潜脱のおそれがあり得ることが一つと、部会資料で必要としない理由と書かれている機動的な資金調達の必要というのは、この事業担保に関して言うと、少し要請が下がるのではないのかなということです。こういう大掛かりな融資ですと、デューデューリ的な作業が必要で、金融機関サイドも一定の時間を要する融資なのではないか。したがって、機動性の要請は下がると思います。

あと三つ目に、先ほど、合併とか吸収合併とかができなくなるのではないかと申し上げましたけれども、仮にそういう効果を持つのだったら、いつの間にかできなくなってしまうという株主からしたら、それはちょっとどういうことなのと言いたくなるはずですので、組織決定に関しては要するというにすべきで、またそれで、支障は起きないのではないかなと思っています。

次に、質問の方です。先ほどから出ている対抗要件なり処分のところで、17ページ、18ページの処分権限のところとの兼ね合いがもう一つ分かりにくいので伺いたいです。

まず、この17ページ、18ページは、不動産についても自由に処分できるという前提があるのか。仮に不動産を売ったときには、事業担保から外れるという意味で、完全に自由に処分できるということをまず考えておられるのですかという質問です。

さらに18ページでは、仮に本文のような考え方をするとしても、個別に処分権限を制約することはできるのではないかという記載もあって、そうすると、個別に禁止というのは物権的な効力を持って制限しているという意味なのですかということの確認をしたいと思います。そうでないと、事業担保権者は事業の中心になる不動産が処分されて悲しいことになってしまうし、他方、担保の効力が及んでいくという考え方ももしかしたらあるのかも分かりませんが、商業登記による対抗要件の傘だけでは追い掛けられないことになってしまうので、部会資料の17ページ、18ページは、不動産についてどういう前提で書かれているのかお教えいただきたいと思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

質問にわたるところがございましたので、その点についてはよろしくをお願いします。

○笹井幹事 前提としては不動産も含んでおり、処分された場合には追及効はないということです。

個別に禁止するというのは債権的なもので、物権的な効力はないという前提で考えておりました。

○阪口幹事 阪口ですけれども、事業の中心となる工場の土地建物をばーんと売られてしまっても、後は詐害行為か何かでやってくれということですか。

○笹井幹事 処分されてしまったら、それには確かに詐害行為とかということがあるのかもしれないませんが、物権的にはもう及んでいけないという前提です。

○阪口幹事 続けて申し訳ない。もし、そうだとしたら、結局、事業担保権者は全ての不動産、少なくとも、重要な不動産については個別に抵当権か何かを付けざるを得ない。理屈はともかく、もう付けざるを得なくなってしまうのではないのかなと思うので、ここで対抗要件制度と処分権限のところがうまくリンクしているのかなというのが疑問の発端でした。

○道垣内部会長 そちら辺の判断は非常に難しいところだと思います。どこかの（注）にも出ていたと思いますが、企業担保法というのは包括的な登録によって個別不動産等に登記をしなくても、企業担保権の効力は不動産にも及ぶと。しかし、それでは個々の財産についての公示力が余りに低いということもありーまあ、それだけではないのですが、自由な処分というのを認めるという形にしてバランスを取るということにしているわけで、そこはどこでバランス取るかというのはなかなか難しい問題だろうと思います。

阪口さんがおっしゃったように、事業担保権って付けたってどんどん売られてしまうのではないということになりまして、では弱いではないかと。それならば、個別的に抵当権を取得して登記をするということにならざるを得ないではないかと。それは動産に関してもひょっとしてそうかもしれませんよね。そういうことになるのではないかとということなのですが、それをどう考えるか、どういうふうなタイプの担保制度であるとこれを捉えるのかということの判断に最終的には結び付いているのだと思います。皆さんで御議論をし

ていただければと思います。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。

今の阪口幹事の御質問の件ですが、私自身の議論は当然不動産についても第2の4は及ぶと考えておりました。ただし、私の議論は特に不動産に限ったものではなく、単に例示として不動産を挙げたにすぎないということは一応補足しておきます。

阪口幹事がおっしゃったように個別の財産どんどん売り払われたら困るではないかというところですが、一つはモニタリングしておけば、事業価値が大きく毀損される前に実行できるような仕組みというのはあり得るかなと思います。一方で、特定の財産を把握しておきたいのであれば、前に申し上げたとおり抵当権なり個別の担保権を備えておけば対処可能であると考えています。

この点については佐久間委員から反対の見解が示されたところでありまして、その理由付けも大変納得できるところではあるものの、ただ事業担保権に加えて個別の担保権を取ったとしても、それが制度の潜脱になり得るかということ、必ずしもそこまでは言えない可能性はあるかなと思います。

つまり、個別の担保権でありますと、その財産について残存価値が幾らかということとは事業担保権に比べてかなり計算しやすくなると思います。したがって、仮に残存価値があって、つまり、その設定者に担保余力がある場合にはその残存価値について担保権を設定し、新規融資を他の金融機関から得るということが可能になるのではないかと思います。

もちろん、全ての財産について個別の担保権を設定されてしまうと、それは困ったことになるのですが、それは事業担保権に限ったことではないと思いますので、その辺りはクリアできるのかなと考えています。

それから、尾崎幹事がおっしゃってありました極度額の設定請求というようなものについては、あり得る選択肢かなと思っております。仮に事業担保権者が対抗要件で劣後する個別担保権に優先するという部会資料の提案どおりのルールを作るとなると、そういった極度額設定請求のようなことを法定すべきかなと思います。

ただし、これで担保余力を十分にいかせるかというと、必ずしもそうとは限らないような気がしておりまして、どういうことかと申しますと、事業担保権の場合には個別の財産にどれだけかかっているのかが実行してみないと分からないという側面があると思います。

例えば新規融資を別の金融機関がしようとして、この土地にどれくらいの担保余力があるかということを計算しようとしたしますと、そこに事業担保権は付いている。そうしますと、今ある設定者の財産を全て計算して、それを割り付けて、その土地にどれだけかかってくるのかということを計算することになるのだと思いますけれども、ただ、それで計算して担保余力を把握した場合に、その後、設定者の財産が減ってしまった場合、つまりその土地以外の財産が減ってしまった場合、割り付け額が増えてくる可能性があります。そういたしますと、仮に極度額を設定したといたしましても、新規融資をしようとする場合に、担保余力、その個別財産についての担保余力がどれくらいかということを計算できないのではないかと考えています。これはもちろん、後順位の事業担保権を設定するみたいなことは可能かもしれませんが、個別財産の担保余力を生かそうということはなかなか難しいのかなと考えておりますということです。

○道垣内部会長　ありがとうございました。

○井上委員　井上です。ここで発言すべきなのか、後で発言すべきなのかとは思ったのですが、既にも、既にいろいろ議論が出ておりますので、発言させていただきます。

後の「4 事業担保権設定者の処分権限」との関係でここは非常に重要な問題になると私も理解しておりまして、今の御提案の設計というのは、基本的に担保権設定者は財産を自由に処分できるということになっています。もちろん、危機時期に処分したりしたら詐害行為の対象になるとか、態様によって無償、あるいは廉価処分などが担保価値維持義務違反の問題になるとかいったことは別途あるかもしれませんが、通常事業をしている範囲で、日常的な事業にとどまらず、結構重要な取引も含めて、設定者は自由に行うことができ、それによって事業担保権の対象から外れるということなのかなと理解しました。

そうだとすると、そういった財産については逆に言うと譲受人というか買手は、事業担保を気にせず買えるわけなので、個別の財産についての登記制度あるいは登録制度に公示をする必要性は相対的に低くなるかもしれないのですが、そうなってくると、先ほどの議論にあるように、対価があるからいいとか、お金が入ってくるからいいというだけで済まなくなるような気もしまして、担保権者の立場からすると、この担保を利用するインセンティブは非常に下がってしまうように思います。もちろん約定で一定の財産処分を禁ずることはあるのしょうから、それによってモニタリングと併せて防御することもあるのかもしれませんが、やはりコア資産と思われるものについては、単なる約定のみならず、第三者との関係でも処分を止めたいと考えるのではないかと思います。そう考えると、1つの方法としては、商業登記上の公示に加えて、例えば不動産で言えば、不動産登記にも事業担保権の登記をすれば追及効が生ずる。つまり、処分しても担保権の負担の付いたものしか譲り受けられないという設計が望ましいのではないかと思います。これについては、今申し上げたような事業担保権の登記を不動産登記に加えるという方法ではなくて、先ほど来話が出ている、事業担保権者が当該不動産について抵当権の設定を受けるという方法で抵当権の設定登記をすることもあり得るのかもしれませんが、いずれにしても、追及効を及ぼすような形でコア資産を守るすべが担保権者にないと、実際上この担保権が非常に使いにくくなるようには思いました。

佐久間委員が先ほどおっしゃったように、そういう事態――個別の資産に着目するような事態は、事業担保のコンセプトからすると、そぐわない面がないわけではないのかもしれませんが、しかし、むしろ事業の評価の中でこの資産はコア資産であると認めて評価するというのはむしろ自然なことで、その意味ではそういうコア資産を処分されないように別途押さえに行くというのはあっていいのではないかと考えます。

こういった場合に、事業担保の実行とは別に個別担保の実行を、あるいは個別資産ごとの実行を事業担保権者に認めるかというのは、これはまた別の問題で、事業担保権者としては基本的には事業全体の処分あるいは任意売却を優先して考えるべきであって、個別資産の切り売りは認めないと、これは私は必要だと思っておりまして、それを絶対禁止するのか、要件を絞って極めて例外的な場合に認めるのかはともかく、実行の局面ではまた別途考える必要があると思います。しかし、いわゆるプロテクションの観点でコア資産を押さえるという観点では、これは事業担保権者にも一定の防御を認めるべきではないかと考えます。

そういう前提で考えた場合でも、今度は先ほど大塚先生がおっしゃったところに関わりますが、事業担保設定後の個別担保の設定との関係では、どうぞやってくださいというわけにはいかないのではないかと思います。私は、事業担保について仮に商業登記しなくても、その後に設定された担保権に対する優先権はあってもいいのではないかと思います。

大塚先生は先ほど、既にある担保について、既にある債務について追加的に担保が設定される場合ではなくて、少なくとも新規で借り入れる場合はプラスマイナスゼロではないかというお話をされていたのですけれども、そこもどこをどう見るかの問題なのですが、確かにお金は入ってくるわけですが、他方で借入れの場合は債務も発生しますので、そこがある意味プラマイゼロになっていると考えると、無担保で借り入れる場合との比較で言えば、借りたお金と、それから発生した債務は見合っているけれども、それに追加して物が担保に入ってしまうという見方ができなくもなくて、そういう意味で言うと、事業活動の一環として対価を得て物を売却した場合と比べて、違った面があるという感じがして、事業担保に遅れて担保の設定を受けた金融債権者との間では、個別の登記なしに事業担保権者の優越を認めるというのも一つの考え方かなと現時点では悩みつつも考えております。

そういう問題とは別に、例えば管財人との関係で対抗できるかという意味で言えば、事業担保権者は、不動産についても登記なしに商業登記上の公示だけで対抗できるという設計はあるのかなと考えます。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

○沖野委員 ありがとうございます。沖野です。

私も第2の4について元々は申し上げたいと思っていたのですが、それが今の御議論にかなり関係してくるように思われましたので、ここで申し上げたいと思います。ちょっと順序が先取りになりますけれども。

第2の4については、一定の範囲の制約は課すべきではないかと考えております。もちろん、事業を設定者に委ねるので、非常に広範な裁量を持つというのは確かですけれども、それでも異常な行動ですとか、極めて異例な投資だとか、あるいは不作為であるとか、そういうものについて全くノーチェックでいいのかというのは、そうではないのではないかと。事業の通常範囲というのが適切な定式かということはあると思いますが、担保の種類や当事者の一般的な通常の意味とか合理的な意思によって、その範囲というのは、このタイプの場合は非常に広くなるということになると思いますので、そういった制約が掛かるべきだというのがまず第2の4については考えております。

ですから、そもそもスタート点が違うのかもしれませんが。その点を申し上げた上でなのですが、先ほど来大塚先生や佐久間先生から、少しまたお立場も違うのですが、特に佐久間先生からは、後順位の担保権者が付くような新たな融資がされるというのは、必要な資金需要に事業担保権者がこたえていないということの証左であって、言わば失敗ではないかという御指摘もあったように思われます。

また、大塚先生からは、融資をするということは、それだけお金が入っているので、財産増加しているのだから、言わば事業の全体の財産に対してプラマイゼロというか、債務と両方ということですが、だから気にしなくていいのではないかなというような話があったと思うのですけれども、果たしてそうかということで、一方で必要な事業資金が

得られていないという可能性もありますけれども、無謀な投資行動、あるいは不適切な投資行動に出ているという可能性もあって、本来であれば、その必要な資金には既に提供してあるのに、別の財産を購入—別の—というか、当初予定された財産を購入するために別途また借入れをしているというのは、用意したはずの資金はどうなったのだとか、そういう話もあって、無謀な取引や借入れ自体というよりは、その借入れを使ってどうするのかという、そちらの方だと思うのですけれども、その部分が問題行動であるということも十分あり得ると思うのです。

ですから、債務者が常に合理的な行動をしているのに、担保権者だけが不合理だという前提に立つのは適切ではないのではないかと考えておりまして、担保権者が不合理にも資金調達にこたえないだけではなくて、財産を活用した他の債権者からの調達もノーと言っているというような場合については、それをどう債務者なり設定者のイニシアチブで対応できるような制度にしていくかというのはあるのですけれども、担保権者が合理的であるならば、特定の財産について劣後合意を結ぶとか、後でまた順位の変更の話とかも出てきたかと思えますけれども、そういう対応もできるわけですし、担保権者が不合理であるということであると、先ほど言われた極度額の設定要求というようなことも一つあり得るかと思えます。ですから、対抗措置をどう考えていくかということで一方では考えるべきではないかと。それに対して全く担保権者ノーチェックで、債務者やり放題というか、自由にできますというのでは、何のために担保を付けているのかということがあって、ここでの担保というのは優先権が、かなり強い権能があるということが債務者との間での協議を促し、適切な事業活動への一定のコントロールをしていくということですので、それを実現するためにそれぞれの側からどのような規律なり拘束なりを掛けるのが適切かということになるのではないかと考えております。

事業担保権というのは非常に弱い、後から付いた後順位はどんどん優先するというのは企業担保法もそうだし、あるいはイングランドのフローティング・チャージもそうだという御指摘がありましたけれども、それらが果たして成功例なのかということで、では企業担保、社債から広げればそれでいいのですかという。それが余りうまくいかないから問題ではないのかと考えておりまして、担保権者に一定のコントロール権を持たせないと、うまくいかないのではないかと。担保権者の側の濫用的なものはどう防ぐかということを考えていくべきではないのかというのが、私が考えているところです。

最初の第2の4からして立場が違っているということなので、スタート点が違うのかと思えます。

それから、ちょっと細かいことですが、非常に濫用的な処分に対しては詐害行為取消しでと、あるいは経営の利益に相応して実行へということですが、実行というのは非常に大なたになりますので、それだけが対抗措置で十分かというのは、やはりそうではないのではないかなと考えておりまして、それが第2の4の範囲設定というか、権限設定にもなってくるわけなのですけれども、もう一つ、詐害行為取消しで、例えば廉価であるとか、そういうのは詐害行為で取り消せばいいと言うのですけれども、詐害行為取消権は基本的には一般債権者のための共同担保の確保のための制度で、担保で把握されている部分というのは一般的には除くわけですね。今回の対象というのは担保毀損ですので、だから詐害行為取消しを使うとなると、担保ではない、一般債権者並びの地位ですというよう

な性質決定にするか、特別な事業担保権詐害行為取消権みたいなものを設けないとできないのではないかと考えておりました。なお、倒産のところでも否認権の話があって、管財人が否認権行使して、それを担保権の実行で換価するという話がありましたが、否認権をそんなふうに使えるのかというの、つまり担保権者のための否認権行使というのが、まだ破産の方であれば組入れだとか、一般の債権者のために入れてくるということはあると思うのですが、普通の詐害行為取消権はちょっと無理ではないのかとは思っております。ですので、やはり対抗措置ということが十分考えられなければならないと思っているところではあります。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 私も今沖野先生がおっしゃられた思考に沿って、まず第2の4をどう考えるのか。それで、その担保設定と考えました。

まず第2の4についてですが、私は、事業譲渡担保権の設定を受ける金融機関は、通常の事業の範囲内で処分若しくは購入がなされることを想定していると思いますので、そのベースで考えるべきであり、通常の事業の範囲を超えるものについては処分権限を制約すべきではないかと思えます。

そうすると、当てはめですが、例えばよく出てくる商品を仕入れたり、販売することは、通常の事業の範囲内に当然入りますので、処分の制限はないことになります。また、遊休不動産を売却してキャッシュ化することは、事業価値には余り影響しない部分だと思っています。企業価値算定においては、事業のキャッシュフローから算出される価値、事業と関係ない遊休不動産の価値、そして運転資本を超える余剰キャッシュの合計額が企業価値の総額と考えると、遊休不動産を売ったとしてもそれは不動産がキャッシュに替わるだけであり、企業価値評価には影響がないと考えます。

一方、工場の資産等の事業に使用している資産を売ると、これはキャッシュが入ってくるものの、当然売った不動産と同様の不動産をどこかで借りなくてはいけないため、そこに賃料支払が発生するため、その額の多寡によっては事業価値に影響が出てくると思えます。このため、このような事業用不動産の売却については、設定者の処分権限外となり、仮に、当該不動産を処分又は担保設定をするのであれば、少なくとも事業担保権者の同意を必要とするものと考えべきです。

そうすると、資産を事業用か非事業用かで分けをすることになり、このうち、事業用資産として処分を制限すべき不動産については、あらかじめ設定時から個別登記をすべきかなと思えます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○片山委員 慶應大学の片山でございます。どうもありがとうございます。随分議論が積み重なったところではありますが、4のところの処分権限の問題です。この点は沖野委員とか大西委員の御発言に全く賛成ということにはなりません。事業担保権というのは、単なるコベナントではなく、物権として想定する限りにおいては、やはり何らかの処分制限は必要かと思えます。

実は、私自身は、先ほどからの御発言にもございましたように一般債権者のみではなく担保権者も、詐害行為取消権を使うという点を積極的に考えてはおりまして、単に一般債権の保全だけではなくして、担保価値維持義務違反の行為、コベナント違反の行為につい

て詐害行為取消権を一種の転用のような形で用いていくというのはこれからの自由社会の中においては重要だという趣旨の提言をさせていただいておりますが、ここでは、それでは不十分なところもあり、事業のコアとなる資産についての処分を制限していく規定が必要かなとは思いますが。

不動産ですと、個別の登記で対応できるのかのことも知れませんが、一番問題となるのは顧客の譲渡とといいますか、契約上の地位を全部譲渡するなど、事業収益がまったく上がらなくなるような形で処分をしてしまうということになると、これはもう明らかに担保権侵害ですので、そのような設定者の行為に対する対応は詐害行為としては不十分ですし、また個別の財産の登記などでは対応できないですから、そういった問題の対応について、設定者の処分権限の制限という本質的なところでやっておくことが必要ではないかと思うのが第1点です。

それから全く論点が変わりますが、9ページのところにあります後順位の事業担保権の設定の可否という問題です。

私もこれは全く想定していなかったのですが、確かに後順位の事業担保権の設定を認める意義というのはそれなりにあるように思われます。それは要するには乗換えといいますか、事業担保権者が、たとえば、地銀から信用金庫にバトンタッチするというようなことが実際あるのかなとは思いますが、その場合に後順位の事業担保権の設定を認めておくことの意味はあるのかなとは思いました。

そのときに、そうしますと、後順位の事業担保権の設定の前に個別の担保権の設定がなされているという場合を想定しますと、事業担保権がそれに負けてしまうということになるので、第一順位の事業担保権の地位を取得させる必要があるのではないかなとは思っているところです。事業担保権自体の譲渡というような議論も出てくるのかも知れませんが、個別の担保権の設定に対して、事業担保権の公示が商業登記簿への公示で果たしてそこまで対応できるのかというのは私も分からないところではあります。

○笹井幹事 例えば事業担保権の被担保債権が第三者によって全て弁済された場合に弁済による代位が生ずるとかいうことは、担保権者になり得る人の範囲をどう制限するかということとの関係で、何らかの制約を考える必要があるのかどうかという問題がありますけれども、法律上の効果として事業担保権が移転するということはあるのではないかと思います。

また、被担保債権全額の譲渡によって随伴性によって移転することも、理論的にあり得ないかというところではなく、その辺も先ほどの弁済による代位などと併せて、譲渡先に何らかの制約を加えるかとか、そういったところについては検討する必要があるのではないかと思います。

事業担保権の譲渡といったときに、事業担保権そのものを被担保債権から切り離して譲渡するということは、余り想定していなかったところではあります。公示方法について随伴性によって移転するという場合には何らかの形で対応する必要があるのかもしれませんが、そこはまだそもそも商業登記簿に書くのかどうかということ自体も今回お示したばかりですので、細かい制度設計につきましては今後更に詰めていく必要があるかと思えます。

○道垣内部会長 よろしゅうございますか。

まあ、しかし、根担保に限定した方がスムーズだと思うけど。予想というか、用いられるであろうシチュエーションとか考えたときに、確定的な被担保債権額があって、それが代位弁済されるといったり、譲渡されるといったりするのはいくら考えても余り考えにくいような気がします。

○日比野委員 どうもありがとうございます。先ほど来、後順位抵当を付けるということについての御意見が複数の方から出たかと思しますので、その点をお話させていただきます。

後順位抵当を付けられてしまったら、それは早々失敗ではないかという佐久間先生からの御指摘は、そういう制度であれば当たっている部分があるかと思えます。ただ、事業担保権者の立場として後順位を自由に付けられるということは、やはりちょっと難しいところがありまして、先ほど大西様からもあったように、例えば同意を得るなどの何らかの制約は設定していただきたいと思えます。

というのは、事業担保権者として融資をするというのは、事業自体が解体されないように、あるいは事業価値が低下しないようにすることが大切で、ある個別の不動産が事業の一部を構成しているときに、それに個別に抵当権が設定され、それが実行されるということになってしまうと、当初想定していた事業価値というものを維持しながら、万一の局面では任意処分、あるいは実行という形で事業全体として処分していくことによって換価価値を実現するという前提が崩れてしまうことになりかねないという懸念があると思えます。したがって、どちらかという、対象としての事業自体をしっかり維持していただきたいということを担保権者としては意識しているということだと思います。

また、もし、担保権設定者と担保権者の間で意見の対立が生じたときは、これももう既に多くの方が御指摘されているところかと思えますけれども、リファイナンスで新しい債権者を連れてくることも考えるということがあり得るシナリオなどではないかと思えます。

というのも、事業の価値というのは不動産のように確定的な評価方法があるものではなく、債権者の見立てなどによってもかなり評価の幅は大きいものですので、ある人から見ても現在の事業担保権者は十分な融資ができていないと思ったときに、それがほかの人から見ても、あるいは客観的な目から見たときに、本当に貸し渋っているという状況なのか、それとも適切なのかというのはとても評価が難しいところだろうと思えます。

したがって、結論として後順位の担保を設定することについては抑制的に考えていただきたいと思う次第です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大塚関係官 ありがとうございます。調査員の大塚です。

まず沖野委員がおっしゃっていたとおり、異常な投資の自由を認める必要はなくて、その点に関しては担保権者のコントロール権を一定程度認めるべきだと私も思います。ただ、その場合に担保権者が追加融資について全ての決定権を有しては、これはよくないと思えますので、要は設定者がそのインセンティブによって追加融資を得られるということと、担保権者が一定のコントロール権を有する、このバランスをどう取るか、そういう制度設計ということなのだろうと思えます。

それについては、いずれの制度設計もあり得るところですが、私の先ほどの御提案は、担保権の設定をできるようにしつつ、期限の利益喪失条項プラス担保権の実行ないし詐害行為取消権の行使ということで担保権者のコントロール権は十分ではないかと考えての意

見でした。

もちろん、担保権の実行自体はかなりドラスティックなものではあるものの、それを控えていることによってある程度交渉、コミュニケーションができるのではないかと考えた次第です。

それから、詐害行為取消しについては一般債権者保護なので、直接的には適用できないのではないかというのは正にそのとおりではあり、私も別にそこに反対していたわけではないのですけれども、ただ、事業担保権の場合には設定者の総財産が担保になるという都合上、一般債権者とかなり利害状況が似てくるという面はありますので、一般債権者と性質決定するということまでいく必要はないと思いますが、詐害行為取消し類似の規律によって保護をする。これを新たに立法する必要があるのかどうかという議論はまた必要かもしれませんが、そういったことによって保護することはできるのではないかと。そういった詐害行為取消しの要件立てを参考にする必要があるのではないかと、そういう趣旨でした。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○加藤幹事 幹事の加藤です。先ほどの阪口幹事の御指摘に触発されまして、改めて考えてみました。第2の「1 事業担保権の設定」に関する規定を設計する際には、設定されたことによってその後の会社の行動にどのような制約が生じるかは非常に重要な問題です。

ただ、M&Aなどに対する制約は事業担保権固有の問題ではなくて、会社が多額の融資を受ける場合のコバナンツとして入る可能性もあるように思います。

事業担保権の設定により、将来的に設定者が合併や分割を実施することが法律上制約されるか否かという問題と事実上難しくなるという問題は分けて考える必要があります。事実上の制約は、事業担保権固有の話ではなくて、集合債権、集合動産の譲渡担保などにも存在する可能性があり、事業担保権の設定のみ特別扱いすべきであるか疑問があります。

次に、事業担保権の設定により合併や分割の実施が法律上制約されるかという問題ですが、現行法を前提とした場合でも事業担保権の設定により法律上、合併の実施が不可能になるとはいえないと考えております。別の言い方をすれば、設定者が合併契約を締結して株主総会決議の承認を得たとしても合併の効力が発生しない、ということにはならないということです。事業担保権の被担保債権の債権者が会社法の債権者保護手続きにおいて異議を述べる可能性があります、これによって生じる制約は、事業担保権の設定ではなく、むしろ多額の借財を行ったことを原因として生じるものであると思います。

事業担保権の設定者が分割を行う場合については、先ほどの処分権の話と密接な関係があると思います。集合債権や集合動産を目的とする担保権についても事業内容を変更するようなことはできないという形で制約が入ると理解しておりますが、事業担保権の設定によって設定者が分割を行うことに生じる制約も同様のものであり、やはり、特別扱いをする必要があるか疑問があります。

ただ、事業担保権の設定後に合併や分割が実施されることを念頭において、何らかの立法措置を行うことは検討に値するように思います。たとえば、合併については事業担保権の設定者が合併した場合の事業担保権の取扱いについて何らかの立法措置が置くことにより、事業担保権の設定者が合併できることが明確になります。事業担保権の設定者は、事実上ではなく法律上、合併できなくなるということになってしまうと、阪口幹事がおっし

やったように非常に重要な制約が事業担保権の設定に存在するという評価も成り立ち得ますので、この点については何か制度面で工夫がなされる必要があるように思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。なかなか合併の効力についての工夫は難しいと思います。

○尾崎幹事 ありがとうございます。

最初に加藤先生がおっしゃって、阪口先生もおっしゃった株主総会決議の話については、機動的な資金調達をどう評価するかという問題なのだと思います。ただ、株主総会の招集自体はそれなりに手間の掛かるものなので、やはり機動的な借入需要という観点から言うと、スタートアップ企業でもそうですし、ある程度大きくなった企業でもそうですけれども、そう何か月も待つようなものでもなく、通常はかなり短い間で資金調達をしなければいけないというニーズはあると考えられますので、やはり株主総会決議を求めるということになると、それは資金調達の大きな制約になるのではないかと考えています。

それから、これも最初から話がありましたけれども、基本的に借入れを行って事業が失敗すれば、当然のことながら株主の地位というのは危険にさらされることになりまして、事業担保権の設定の問題はどちらかというと債権者間の順位の問題なので、そういう意味で借入れについて株主総会が求められていないという趣旨から考えてみても、株主総会の決議を求めるというのは行き過ぎではないかなと考えています。

それから、次に大塚さんのおっしゃっていた話なのですが、後順位で、例えば事業成長担保権者が貸してくれないから別の金融機関から借りるというときは、基本的には事業成長担保権の後順位で入っていくべきだろうと考えていまして、別途不動産の担保を取りに行くといったような考え方は基本的には望ましくないと思っています。不動産担保権を実行すれば事業が解体されてしまうおそれがあるので、当然のことながら事業成長担保権の後順位として入っていくのが金融機関としては在るべき姿だろうと考えております。

これが事業者にとってどうなのかということを考えてみたら、沖野先生がおっしゃっていたとおり、失敗ということでは必ずしもないと思います。これは日比野さんもおっしゃっていますけれども、当然のことながら事業者の将来についての見立てですので、必ずしもより慎重に対処するということと、より大胆にいくということ、どちらが間違っている、どちらが正しいということではないケースが多いのだろうと考えています。明らかにひどい判断をするということもあり得ますけれども、通常はリスク評価は非常に微妙な問題をはらんでいて、それぞれの金融機関のビジネスモデルといったようなことにも影響してきますので、より大胆にリスクを取りに行くという金融機関が後順位であっても入っていくこともあり得ると思います。後順位で入っていく場合には高い金利を取ることになってくると思います。高い金利を取って、より大きなリスクを抱えるということでも構わないと。それだけのしっかりとした事業計画があるということであれば入ってくる金融機関もあるだろうということで、ここら辺のバランスというのは借手の方も別に一つの金融機関に限られるわけではなくて、いろいろな金融機関に当たることが可能になってきますし、当然のことながら、もし非常にいい金融機関があるということであれば、根っこからリファイナンスしてもらおうといったようなことも当然可能でありますし、そうすれば、最初の金融機関は全部の融資を失ってしまうということになりますので、そういった緊張関係の中で交渉がなされるのだろうと考えております。

それから3番目に、これは井上先生がおっしゃっていた、中核資産に対してはしっかりと個別の登記が必要かどうかという話なのですけれども、中核資産が売られてしまった場合に個別に登記を取っていても当該資産を戻せるわけではなくて、個別の資産に対して抵当権が付いていれば、追及して行って、処分権があるというだけの話で、もし移転してしまえば、事業自体は続けられなくなってしまうということになりますので、個別の抵当権の登記をしていたからといって、何か元に戻せるというわけではないのだろうと思っています。むしろ、これも沖野先生がおっしゃっていたことかと思えますけれども、しっかりと通常の事業の範囲内で処分できるのだということにした上で、中核的な資産を売却して事業を破壊してしまうということが通常の事業の範囲ということではないかと思えますので、そういった処分は無効にした上で、元に戻していただくという方が望ましいのではないかと考えています。

ただ、いずれにしてもこの場合、取引相手が善意であるといったような場合には恐らく無効にすることはできないとすべきだろうと思えますので、元からしっかりとモニタリングしているということが重要になりますけれども、いずれにしても、この点が事業担保権の登記だけでは不十分で、個別の登記が必要であるということの理由には必ずしもならないのではないかなと考えている次第です。

○道垣内部会長 ありがとうございました。最後の問題は、ちょっと私の頭が整理できていませんが、理論的には当該不動産について事業担保権の効力が及んでいるということは第三者に対抗できるけれども、しかし、処分のときの善意者というのを考えるというところに――まあ、そういう制度はあるのですが、微妙な問題が実はあるというのは指摘しておくべきかもしれないと思います。

○藤澤幹事 ありがとうございます。藤澤です。大塚先生、沖野先生などの議論に少し付け加えさせていただければと思って発言させていただきました。

担保物権の設計に当たっては債務者と債権者とのバランスをとらなくてはいけないというお考えに賛成です。特に担保権の機能の一つとして、債務者の機会主義的な行動を抑制するということがあると思います。過度なリスクを取るような投資に走ってしまうとか、そういったことを抑制するという効果があると思います。この効果を発揮させるためには、設計契約の時点で物権的なコミットメントが必要であると考えています。この物権的なコミットメントを実現するための方法として二つあるような気がしています。

一つは、法律の中で担保権の効力の問題として、それを設計していくというやり方です。優先順位を決めるであるとか、一定の処分を無効とするというようなことを法律の中で書いていくというやり方です。

もう一つは、当事者の設定契約にそれを委ねた上で、その設定契約に一定の物権的な効力を与えるというやり方だと思います。

参考になるのが、例えば信託法の受益者の取消権、権限違反行為の取消しのように、基本的には法律上は担保権設定者の方が全部の処分権を持っているのだけれども、契約で一定程度の制限が掛かっていて、それについて法律が取消権を与えているというようなやり方もあるのかなと思いました。

二つ目の点は、今度は債権者側への抑制の話です。債務者が追加融資を必要としていても、債権者の側に資金制約があったりですとか、モニタリングが過少になってしまってい

る。担保権を持っているという状態にあぐらをかいてしまっているような状態があるとか、リスク選好が担保権設定者と担保権者との間で非常に違いが出てきてしまっていて、その追加融資に応じる、応じないについて、どうしても合意ができないとか、そういった悲しいシナリオみたいなものも考えられると思います。

そういう場合には、担保権者の側に一定程度制約を掛けてくるということも必要かと思いついて、そういうときには既存の制度で参考になるのが、例えば元本確定請求のようなものを認めて、担保権者にはそのファイナンスから離脱してもらって、新たな担保権者が登場してリファイナンスをするというようなやり方があると思いますし、あと尾崎さんがお話しになっていたように、極度額を定めた上でリスクを採れる後順位担保権者が事業担保権の後順位担保権者として入ってくるとか、そういったようなやり方もあるのかなと思いました。

もちろん、合意で個別財産について担保権を設定するとかということができればいいと思うのですが、合意ができない場合には最悪これくらいの手段はあるというのが決まっていた方がいいのかなと思いました。

○道垣内部会長 ありがとうございました。

信託法の仕組みが、権限が全部あるというところから始まっているという理解については私は賛成しませんが、立案担当者解説ではあります。

ほかにございませんでしょうか。

いろいろ御意見を頂きまして、実は時間が大分来ておりまして、休憩も取らなければいけないのですが、ただ第2の2のところの対象にしたところで、まだ実はお話を頂いていないところも多々あるのです。まず第2の1につきましては、阪口さんと加藤さんが典型的な対立軸であったかと思いますが、会社の行動に制約が生じるということを理由に、やはり株主総会の決議が必要であるという見解と、それは理論的には譲渡の効力が確定的に生じるわけではないのですから、不要でしょうということから始まって、しかし加藤さんは、株主にそれを何らかの形で伝えるということは必要なのではないかというふうなこともおっしゃっていました。それと実行時でいいのではないかという26ページの問題なのですが、という問題もあるかもしれません。

「2 事業担保権の対抗要件及び他の担保権との優劣関係」というところにつきましては、個別の資産について対抗要件といいますか、公示手段を講じるということになりますと結構大変なことになると。したがって、商業登記簿への登記等で一応可能にしようと。ただ、そうしたときには第三者に対する効力というのがある程度弱くならざるを得ないというところもあって、事業担保権の対象ですよということを書くことも認めてはどうかという話も出ていたかと思います。

先ほどの第三者との関係で少し弱くなるという問題につきましては、これは後でお話をするところの4の2の財産を自由に処分できるということについては、やはり一定の制約というのがあり得るのではないかという話が沖野さんから出ていて、多くの方がそれに賛同されたと理解をしております。

そういうふうなのが大体大きなところなのですが、細かなところが結構まだ残っておりまして、例えば2の(3)のところ、ア、イ、ウとかあるのですが、これらについてはほとんどまだ御意見を頂いておりませんで、ここら辺も確認をした方がいいのでは

ないかと思います。

次に、まだ入っていないところですが、3と4。4については大分御意見を頂きましたが、3と4という話は非常に大きな話だろうと思います。しかし、先ほど申しましたように、2時間40分以上たっておりますので、ここで一旦休憩を入れまして、先ほどの第2の2の(3)のところに、補充的な御議論を頂くということにして、3、4の方に移っていききたいと思います。

すみません、ちょっと中途半端ですが、25分まで12分程度休憩をしたいと思いますので、4時25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 25分が参りましたけれども、再開してよろしゅうございますか。

事業担保権一般につきましては様々に御議論いただきまして、更にそれを踏まえて事務局の方で再度検討していただくということになるかと思いますが、第2の2の(3)についてはまだ全く御意見を頂いておりません。事業担保権と先取特権との優劣関係というところ、まあ、これは実行のところでもっていいのかもしれませんが、何か御意見があれば、ここで伺っておきたいと思いますがいかがでしょうか。特によろしゅうございますか。

私自身は意見が多々あるのですけれども。319条で先取特権は即時取得されるわけで、占有型の先取特権は。それは、そもそも債務者財産ではなくても即時取得されるのだから、事業担保権の対象財産であつたって、即時取得されるときには前の担保権よりも勝つのではないとか、細かいところは多々気になるところはあるのですが、その辺りのことは実行のことも含めて詰めるということでもよろしゅうございますか。

それでは、特に御意見がないようでしたら、第2のうちの「3 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）」について議論を行いたいと思いますので、事務局において部会資料の説明からお願いいたします。

○寺畑関係官 それでは、11ページの「3 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）」について御説明いたします。

事業担保権は、設定者の財産を広く対象とする担保権である一方で、その事業の価値が増大するには、労働者の役務提供や原材料の購入など様々な取引が必要であり、その取引の相手方である一般債権者を一定の範囲で事業担保権者に優先させることが考えられます。

まず、事業担保権が裁判所の選任する管財人によって実行された後に発生した債権については、管財人下での事業継続に必要な費用は、それが支払われないと反対給付が受けられず、事業を継続することができないため、事業担保権の弁済に先立って、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するを提案しております。

次に、実行前に発生した債権について、この資料では、どのような根拠に基づいて事業担保権の被担保債権に優先させるか、どのような債権を優先させるか、具体的にどのように優先させるかという問題に分けて検討しております。

まず、一定の債権を優先させる根拠としては、当該債権の対価である給付が事業価値の維持、増大に寄与したことが考えられますが、どのような給付がどれだけの価値の増加を

もたらしたのかを明らかにすることは難しく、企業価値の維持や増大に貢献した債権同士を区別することも難しいと思われます。別の考え方として、事業担保権が担保価値として把握したもの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であることから、事業担保権の被担保債権の弁済に充てられる原資はそれを生み出すために必要な費用を控除したものであるというものが考えられますが、そうすると、設定者が事業のために負担した費用は基本的に全て事業担保権の被担保債権に優先することになり、事業担保権が非常に弱い担保権となるかと思います。このほか、より政策的な保護の必要性を根拠とすることも考えられます。

その上で、どのような債権を優先させるかについて、あらかじめ優先させる債権を法定するという方法と、裁判所、管財人や事業担保権者の判断によって優先させる債権を決定するという方法があり得ます。あらかじめ法定する場合、優先させる債権を民法が先取特権を認めることによって政策的に優先権を与えている債権とすることや金銭債権以外の債権全てとすることなどが考えられます。また、裁判所や管財人等の判断によって優先させる債権を法定する場合、例えば管財人は公正中立な立場であっても、個々の債権が企業価値の形成に寄与したかどうかを判断することは極めて難しいと考えられます。

さらに、優先させる債権の範囲が決まったとして、具体的にどのように優先させるかについて、この資料では①から④までの四つの方法を、事例を使って説明しております。

①は、本来、事業担保権者が受けるべき配当の中から、優先させる債権に分配するというもので、その分、事業担保権者の取り分が減るというものです。

②は、事業価値全体のうちの一定割合、例えば7割を上限として事業担保権者が優先弁済を受けられることとし、それ以外の部分は一般債権者のための責任財産として割り当てておくというものです。この方法に基づくと、一般債権者のうちどのような債権を事業担保権に優先させるかという論点は出てこない一方で、一般債権者のために残しておく割合をどのように定めるかなどが問題になるかと思います。

③は、優先する債権が事業担保権より先に換価価値から弁済を受け、事業担保権を劣後させるというものですが、優先する債権の範囲をどのように捉えるかという問題がございます。

④は、仮に事業担保権がなかった場合に、各債権者がどれだけの配当を受けられるかを算出し、優先する債権についてその額をそのまま配当し、事業担保権者はそれ以外の財産から優先弁済を受けるというものですが、債権調査等を行い、全ての債権を把握する必要があるかと思います。

以上のように、一定の債権を事業担保権に優先させるに当たり、その優先の在り方についてある程度イメージをお持ちいただけたらと思います、幾つかの考え方をお示しいたしました。

長くなりましたが、以上について御議論いただければと思います。私からの説明は以上です。

○道垣内部会長 ありがとうございます。この点につきまして、どなたからでも結構ですので御意見を頂きたいと思うのですが、僕から1点だけ。

16ページの④の方法というのは、これは「優先」のところにかぎ括弧が付いていますが、けれども、例えば25行目。これは優先させているわけではないのですよね。つまり、当

該債権者との関係では、事業担保権者が優先権を主張できないというタイプの計算の仕方ですよね。

○笹井幹事 はい。

○道垣内部会長 ですから、大きく分けて多分二つありまして、優先する債権者がいるというときも、そうすると、優先させるのだという方法と、その人との関係では事業担保権者が優先権を主張できないと考えるのか、そこもあるかと思いますが、今のは小さな論点の一つにすぎませんので、全体としてどこからでも構いませんので、御発言いただければと思います。よろしくお願いいたします。

○藤澤幹事 ありがとうございます。立教大学の藤澤です。

前提を確認させていただきたいのですけれども、一般債権者が権利行使をしてくる場面というのは、倒産のような集団的な債権回収の局面と、個別にばらばらと権利行使してくる局面とがあると思うのですけれども、この資料の考え方ではどういった場面を前提にして、この計算式をお出しくださっているのかというのを教えていただけないでしょうか。

○道垣内部会長 御もっともな御質問で。お願いいたします。

○笹井幹事 念頭に置かれているのは、この担保権自体が実行されたときに、どういうふうに変換されたものを配当するかということです。

○道垣内部会長 私が補足いたしますと、倒産とかという局面を念頭に置いているのではなくて、実行ですよ。まあ、そこでは、実行とは何かというのが面倒な話としてあるのですが、後ろの方で一つの考え方を採れば、実行のための管財人というのが出てきて、ある種のミニ倒産手続的なことが行われるわけですね。ここにおいては12ページのところの上の方の行、2行目の辺りからですが、事業担保権の実行前は弁済できるのだというところから始まって、実行に着手した後は例えば管財人が出てくることによってこういうふうな処理になる。こういう作りになっているのだと思います。だからどうしたというか、内容はそれから先なのですが。

○大西委員 私もこの問題を考える上で、どういうコンセプトでこの担保権実行というのを考えるべきかと考えました。具体的には、事業担保権を実行するとすると、ある意味倒産にほぼ近いような状態になり、一旦過去の債務の弁済は止めて、弁済原資ができた後に公平に弁済するという、倒産手続に近い担保権実行イメージがまずあります。これとは逆で、商取引債権とか労働債権を通常どおり支払い、それによって事業の総価値が倒産時よりも高まるという私的整理に近い担保権実行イメージがあり、どちらの枠組みを想定して考えるかによってかなり結論は変わってくるのかなと思います。

事業担保権については、金融機関が事業者とある意味パートナーとなって事業を支援するために、この事業担保権の設定を受けてファイナンスを行うことが前提になると考えます。とすると、仮に担保権実行をする場合でも事業価値を維持するために、私的整理の場合と同じように商取引債権と労働債権は通常どおり支払う前提で考えるべきであり、仮に実行によって事業がスポンサーに譲渡される場合は、基本的にそれらの債権がスポンサーに債務承継される前提で考えるべきと考えます。

とすると、その他の金融債権は多分支払を止めざるを得ませんし、不法行為債権については、ケースバイケースだと思いますので、これは管財人が弁済を行う対象となるかを判断することになります。

そうすると、13ページの中頃に他の債権が優先するとすれば、担保権の効力は弱くなり、かえって不利になるとありますが、総事業価値が事業担保権実行時と倒産時とをほぼ同程度と考えればこういう結論になるかもしれません。しかしながら、私的整理に近いイメージで事業担保権の実行を想定した場合には、労働債権や取引上の債権を随時弁済することによって企業価値が倒産時よりは上がると考えられますので、その前提からすると、必ずしも他の債権が優先するとすれば、担保権の効力は弱くなり、かえって不利になるとの結論にはならないと思います。

続きまして15ページですが、例として(4)の①から④の例が記載されていますが、私のイメージは③のイメージです。事業価値の維持のためには、優先される債権を払っていくこと自体がセットになると思います。そうすると、全体の100から、③の15の優先される債権を随時払うと、残りの事業価値が85となり、これを事業担保権者が取るというイメージになると思っております。

仮に15ページの②のように、割合で配分すると、この70以外の30のところにも多分実行前の商取引債権者が入ってくるということになると思うのですが、この場合、取引先が、事業担保権の設定がなされた会社に対する取引にリスクがあると感じることにより、事業担保権設定時から、事業者の取引に影響が出て事業価値の低下が生じる弊害があるのではないかと考えます。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

大西さんがおっしゃるときに、③を採る、あるいは別のものを採るときで、優先する債権という概念に含まれる債権の範囲というのは変わってくるとお考えですか。それとも商取引債権及び一定の不法行為債権という形で、別にどの方法を採用かによって優先する債権というものの範囲が変わってくるわけではないというふうな。これは細かく検討しなくても、イメージでも構わないのですが、大西さんはどのようにお考えでしょうか。

○大西委員 論理必然的に債権の範囲から③が導かれるということではないと思うのですが、③の考え方というのは、事業の価値の維持のために、当然優先債権が随時弁済によって支払われるということが前提になるため、通常事業運営のために支払が必要となる債権、即ち、労働者の債権と商取引債権が優先債権になると思います。よって、③は、そういう考え方に近いという意味で、①乃至④の選択は、優先債権の範囲と多少は影響があるということと考えております。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○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、部会資料に対して一つ質問をさせていただきます。

部会資料で労働債権や商取引債権についてですけれども、実行した場合に契約上の地位も移転するということとの関係で、労働債権、労働者との関係や商取引債権者との関係は、譲渡された先で継続するということになるかと思いますが、その際に譲渡前に発生して、実行前に発生していた未払の労働債権や商取引債権は引き継がれないことを前提としているのでしょうか。つまり、優先される部分は支払いつつも、ちょっと未払の部分が残ったとしても、未払の部分は引き継がれないということを前提としているのかということです。

仮にそうだとすると、これまでの給料とか代金は支払わないけれども、新しいところで従前と同じような契約を続けましょうということになるかと思うのです。それで労働者

や商取引債権者は納得するのかということ、よく分からないなというところでした、そういうふうにと考えると、少なくとも実行後継続するような契約関係から生じた未払の債権については優先しつつ、引き継がれもするという規律もあり得るのかなと考えました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。前提に対する質問が出ておりますので、事務局の方から何かあればお願いいたします。

○笹井幹事 そこは23ページの4というところでも改めて問題提起をしているところなので、そこでどう考えるかということにもよってくるとは思いますが、少なくとも当然には引き継がれないという前提でした。もし引き継ぐということになると、その換価代金はその分小さくなると思いますので、譲り受けた者の資力にもよってきますけれども、引き継がれた債務が被担保債権よりも優先するという結果になるでしょうから、それがよいのかどうかというのが4のところで問題提起しているところです。おっしゃるように、そこが引き継がれないと労働者の納得も受けられず、離職してしまつて事業価値がもっと毀損されてしまうといった場面において債務の引受けを併せてやってもらうということはあり得るのではないかと考えておりますけれども、そこでその管財人の判断に一定の制約が掛かるのか、掛からないのか辺りがまたこの23ページの4で問題になってくるのかなと考えておりました。

○道垣内部会長 大塚さんの質問に関係して私も1点だけあれしますと、これは事業担保権の実行開始によって他の債権の弁済権は到来するという前提ですか。

○笹井幹事 そこはまだ明確に検討しておりませんでしたので、改めて検討したいと思えます。

○道垣内部会長 分かりました。

○大澤委員 大澤でございます。今の西さんとかのお話と、もしかしたら重複するのかもしれませんが、私も全体のコンセプトについて伺いをしたいと思いました。

今部会長からもちょっとありましたけれども、そもそも事業担保の実行ということで、事業を譲渡、丸ごと譲渡するというのがコンセプトかな。少なくとも平時においては倒産局面ではないということですから、平時においては全ての事業を譲渡するという整理かなと思っております、そうしますと、実行開始の決定で弁済禁止効が生じるというのが余りよく分からず、事業として丸ごと移転するというのであれば、そのまま未払のものも含めて、実行の開始ではなくて、実行に至るまでずっと随時弁済が続くのかなとも考えておりました。

一方で、弁済禁止効、もしこの開始決定で効力として、担保権の実行の効力として生じさせるというのだとすると、何か資産の切り売りのようなところにもつながるのかなとも思っております、そうすると、事業担保、事業価値の担保なのか、総資産の担保なのかというようなところにも波及するようにも思ひまして、この実行開始決定に弁済禁止効を生じさせるというところについてと、そのバックグラウンドになる総資産担保なのか、事業価値担保なのかみたいな考え方のところ、何か事務局の方でお考えがあれば教えていただければと思ひまして、質問させていただきました。

私の質問がいまいち分かりづらいでしょうか。

12ページに「実行前に発生した債権」と「実行後に発生した債権」で分けておられて、実行前のところは一旦止まって配当するということになるわけですね。後で管財人が。

そうではなくて、事業譲渡として、担保実行が事業譲渡としてなされるのであれば、随時に弁済をずっと、実行前であろうと、なかろうとしていくのではないかなと素朴に思ったというのがございます。簡単に言えば、そういうことです。

○笹井幹事 そこは御議論いただければとは思いますが、事業全体を譲渡するとしても、既存の発生した債権が引き継がれるかということとは区別されるのではないかと思います。まして、実行前債権については事業担保権の被担保債権との優先劣後関係に従って、どれだけを弁済するのかということを決するというを一応事務局としては考えておりました。そうではなくて、実行前に発生したものも含めて全部引受けさせるというような制度設計も考えられるということでしょうか。

○道垣内部会長 いえ、大澤さんがおっしゃっているのは、実行というものに着手して、実行のためのレシーバー、管財人というものが出てきたときに、そこで全ての事業をやめてしまうわけではないはずだと。やめてしまったら、そこで劣化してきますから。そうではなくて、それは管財人の下で、仮に設定者イコール債務者が弁済権限を失ったとしても、管財人がそれに代わって弁済を続けながら事業を続けていって、それで売却のときを待つとせざるを得ないと。そうすると、実行が開始しただけでは、後は弁済期が到来した債務を管財人が粛々と弁済していくというだけになるのであって、ある一定の時期を基準にして、それで優先するのだ、劣後するのだという計算をする。それは実行されてお金が入ってくる、対価が入ってきたときの分配の話なのだけれども、それよりも本当は前には、管財人がずっと続けているという状態が発生するはずなので、実行によって、その着手の瞬間にストップしてしまうということだけを前提にしていると、現実的に合わないのではないかなというのがおっしゃっていたことなのではないかなと思うのですが、合っていますか。

○大澤委員 はい、ありがとうございます。

○道垣内部会長 うれしいです。

○工藤関係官 1点補足させていただきますと、実行前に発生していた債権について継続的に弁済させるという点につきましては、31ページの9行目から11行目に民事再生法85条5項を引用しておりますが、これと同じような制度を作りまして、随時弁済をしなければ取引先を失ってしまうというような事態については、これを使って対応するということは考えられるかなとは思っておりました。

○道垣内部会長 それを、そういうふうな、あることが起こったときの特別な制度として考えるのか、それとも動いているもののレシーバーが管財人に代わって、ただそのまま動いているよというふうな状態を観念するのかというのはちょっと違うだろうというか、ではないかなと思うのですが、その辺り、もう少しコンストラクションを考えた方がいいのかもしれないと私も思います。ちょっと検討させてください。

○佐久間委員 ありがとうございます。私もちょっと資料の読み方の質問なのですが、細かいことなのですが、このところで「優先する債権」というのが何度も出てきているのですが、優先する債権というものの理解の仕方をちょっと確認させていただきたいのですが。

まず、一般債権とかというのをイメージして書かれているように思いますが、労働債権などが出てくることからすると、これ先取特権が認められるものについても当然優先する債権の中に入っているという理解でよろしいですねというのがまず1点目です。それはき

っとそうなのだろうと思うのですけれども、そうすると、それは先ほど、特に議論の中で8ページの2の「(3) 事業担保権」は、例えば一般の先取特権に優先するとかという、この先取特権のルールとは別に、優先する債権というのが立てられるのですねというのが2点目の確認です。多分これもそうだろうと思うのですけれども、そうすると、これは飽くまで例えばですけれども、労働債権と商取引債権を優先する債権だと両方含めてしまえば全く問題ないのですけれども、労働債権と、例えば動産の売買の先取特権がまだ認められる、その債権があったとすると、これは3点目なのですが、優先する債権の中で、それは先取特権の順位に従って順番が付くのですかというのが質問の3点目です。

さらに、先取特権が認められるような優先する債権について、仮にですけれども、労働債権は優先する債権になるのだけれども、商取引債権を入れればいいのですが、そうではなくて、たとえば動産売買の先取特権が優先する債権に入らないということになるとすると、先取特権のルールとここでのルールがねじれることになるので、そういうことが起こらないようにしなければならないのではないのでしょうか、というのが4点目です。

そして5点目が、これは当否に関わることなのですが、これは質問ではなくて、意見になるかな。先ほど大西さんから③のルールがいいのではないかというお話がありました。これについて、しかし、③のルールを採りますと、事業担保権が設定されていなければ、僅かかもしれないけれども、一般債権者同士ということで配当にあずかたはずの債権者が、一般債権の中の、先取特権が認められるようなものだったら置いておいて、そうではない一般債権が60あるうち、優先する債権だということに認められたものが出てくると、一般債権者同士なのに他の一般債権者は事業担保権が設定されているがために配当を全く受けられないということになってしまうわけですね。しかし、それは一般債権者同士優劣がないということからすると、事業担保権が設定されたことでそのような結果が生ずるのは、私は余り合理的ではないのではないかと感じます。

そこで、ここで優先する債権というのは、飽くまで事業担保権に優先するということなので、それは事業担保権の枠の中で処理することの方が私は適当なのではないかと思い、①が絶対いいというわけではありませんが、③よりは①かなというふうな感じがしております。

最後のところは意見なので、優先する債権の読み方、それについてこれでいいのかということを取りあえず教えていただければと思います。よろしくお願いします。

○笹井幹事 一つ目、二つ目は、恐らく先生がおっしゃったとおりだと思います。

三つ目は、15ページの①から④に従って、どれを採るかによっても変わってくるのかもしれない。

それから、四つ目の御質問というのは何でしたか。

○佐久間委員 先取特権が認められる債権が2種類あるというようなときは、優先する債権の中に、その先取特権のルールに従って、その二つの間の優劣は決まるのですかというのが三つ目です。

四つ目が、飽くまで例えばとして申し上げたのですけれども、労働債権は優先する債権に入りますと。動産の売買の先取特権に当たるような、商取引債権は一応入るという前提では資料は作られていますけれども、仮にそれが入らないというようなことになると、先取特権のルールだったら、動産の先取特権の方が少なくとも当該動産の売却代金について

は労働債権よりも優先するはずなのに、こちらの事業担保権が設定されたら、動産売買の先取特権については、先ほどの2の(3)で事業担保権の方が優先するということになる。そうであるところ、労働債権についてはこちらの3のルールで配当にあずかれるということになって、事業担保権の設定がされているか、されないかによって、飽くまで競合する場合は、動産の売買の先取特権と労働債権のときでルールが違ってくることになってしまっているのではないかと。それはもしかして適当でないのだとすると、そういうねじれが起こらないように、優先する債権を決めなければいけないことにならないかというのが質問と、ちょっとだけの意見です。

○笹井幹事 おっしゃるとおりで、最後に意見とおっしゃったところとも関わるのですけれども、優先するというのは飽くまで事業担保権の被担保債権との関係で優先するかどうかということですので、例えば15ページの①とかーまあ、①でも、ある債権を事業担保権との関係で優先させ、別のものを劣後させ、しかし、その優先劣後関係が先取特権に関するルールと違っているという場合は起こり得るのかもしれませんが、①の考え方の場合には事業担保権者の取り分の中から持って行きますので、矛盾と言え矛盾かもしれませんが、少なくとも劣後する人がそれによって不利益を受けるということはないのだと思います。

②の考え方は、一般債権の全体の取り分を取り分けていくというだけで、あとはその中の優先劣後関係というのは影響を受けないので、ここでも矛盾は生じないのだと思います。

④の考え方についてはもう一回考えますが、おっしゃるとおり③について先生が御指摘されたような問題があることはそのとおりかなと思います。

○佐久間委員 すみません、私は④も実はねじれが生じるのではないかと考えて意見を申し上げていたのですが、生じる、生じ得るのではないかと思ったのですが、そうではないのかな。ごめんなさい、私ももう一遍考えます。すみません。

○道垣内部会長 いや、①から④を様々な種類の債権者を当てはめると、私自身も十分には理解できていなくて、どうなるのかなというのは確かにあるような気がいたしますが。

○村上委員 ありがとうございます。私も12ページのところに関して原則的な考え方だけ述べておきたいと思います。

「実行後」および、「実行前に発生した債権」のところでございますが、労働債権につきましては労働力を提供して、そのことで企業価値の維持や増大に寄与してきたものでありますし、また賃金の未払というものが労働者の生活に与える影響の大きさを踏まえれば、政策的に優先すべき債権だと考えております。

今後債権の扱いを考える場合には、旧労働省時代に労働債権の保護に関する研究会報告書が提起されているように、労働者の生活の保護であるとか交渉力の弱さ、個々の労働者にとっての労働債権の重み、労働者による貢献の評価、そして情報の非対称性という、労働債権の特殊性を是非踏まえていただきたいと思います。

また、先ほど休憩前に4に関して御議論があった点について、1点だけ述べさせていたきたいと思います。

事業担保権というのはメインバンクとの長期の関係の中で資金、融資を受けて、金融機関もそれをモニタリングしながら事業成長を後押しするというようなコンセプトだという

御説明だったのですが、4に関係した様々なやり取りを伺っていると、ステークホルダーの一つの要素として、働く者にとって事業担保権の設定というものは大変影響が大きいものだと感じたところです。そのことから、設定時に労働者や労働組合への説明や協議というものが必要であるということの必要性を改めて認識した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。

○井上委員 井上です。先ほどの議論に少し戻る感じになるのですが、実行前の債権と実行後の債権という点ですが、実行前の債権と実行後の債権に分けて考えるということ自体はそのとおりだと思いますけれども、そこで実行前に「発生した」というのが何を意味するのかというのが重要な意味を持つという問題がここでもあるのかなと考えているというのがまず一つ。

そして、実行後の債権については、この資料にあるように、管財人が随時弁済していくことができるという整理でいいと思うのですが、実行前に発生した債権との関係で言うと、今回の資料は、先ほど部会長からも話がありましたけれども、弁済期が来ていないものは弁済期を到来させ、その上で更に弁済禁止を掛けて、配当手続に載せるという考え方が基本的には色濃く出ているように思うのですが、ここで言う「優先」という意味にもよりますが、優先債権について言うと、基本的にはむしろ弁済期が来たものから随時弁済していき、特段弁済期を到来させたり、その上で弁済禁止を掛けたりせずに、つまり配当手続に載せることをせずに、随時弁済していくという形で労働債権とか商取引債権を扱った方がいいのではないのでしょうか。逆に言えば、そういうふうによつて事業価値が維持できるような債権をここで優先債権と扱ったらどうなのだろうと思いました。

その上で、そうでない債権、すなわち、事業担保権との関係で優先しない債権については、実行前に発生した債権については配当手続に載せて、弁済禁止の対象に一旦した上で優先順位に従って配当していくことになり、仮に事業担保権の被担保債権の満額が弁済された場合には、その余剰から払われる対象になるということです。これに対し、優先部分については、基本的には随時弁済を原則とし、期限が到来していないものについては無理に期限を到来させずに、配当の対象にするのではなくて、事業譲受人に引き継がれていくということをベースに考えたらどうかなと思っております。

その上で、何を優先債権とするかというときに、商取引債権を全て――その範囲にもよりますが――優先するのか。あるいは、先ほど御紹介のあった民事再生法85条5項のようなステップを踏むのかというのは考え方が分かれるところですが、これは一応ほぼ倒産とはいえ、倒産手続そのものではないので、前広に商取引債権を広く随時弁済していくという考え方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。今の井上さんのお話は、キャッシュフローがあるときに非常に分かりやすいお話なのですが、随時弁済をずっとしていくと考えるときに、いわゆる実行のための管財人というのは随時弁済のために適宜資産も処分できるとお考えですか。

○井上委員 それは実行手続としてということですか。

○道垣内部会長 どちらかといえば、無関係に弁済を続けていく手続としてということですか。つまり、そのこと自体が実行の手続と正式決定をできそうだし、ふだんの営業をして払っ

ているともできそうなので、キャッシュフローがないときには、弁済を継続していくという、その方法はというふうになればスムーズだとお考えなのかということについて御意見があればと思いました。

○井上委員 意見というほどでもないのかもしれませんが、元々事業をそのまま維持しながら実行するというのを最優先に考えていたので、資金繰りについても基本的には在庫の売却とか売掛債権の回収とかいった通常の事業の範囲で資金繰りが回っている状況を想定しておりました。本当に事業が回らない、つまり、金融債権者に対する弁済を全部止めても、なお資金繰りが回らないという状況に至ったときには、この事業担保権の実行フェーズだけで収まる話なのか、そこはもしかすると資金繰りが本当に詰まってしまって、弁済を止めないとー弁済を止めないとというのは、今申し上げたように、優先しない金融債権の弁済が止まるだけでは資金が回らないということだとすると、そのまま民事再生なり何なり倒産手続に移行するという事なのかなという感じもしました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○大西委員 すみません、先ほど佐久間先生が③についてということでコメントがありましたので、それについて私の考え方を補足します。実際に、担保実行して事業譲渡がなされるときに、事業の買い手は、ここで言う100の対価は支払わないと思います。労働債権や商取引債権を債務承継することを前提として、当該債権額を控除した85の金銭しか、買い手は支払わないと思います。その前提で、もし、佐久間先生がおっしゃるように一般債権者にも配慮するというのであれば、この85の一定割合を一般債権者用に按分するという考え方があると思います。

一般債権者といった場合、いわゆる労働債権者と商取引債権者以外の無担保金融債権者と不法行為債権者になると思いますが、事業担保権が設定されたときに、無担保の金融債権者というのは現実的には余り存在しないように思うのと、不法行為については、いろいろなケースがあり、不当な不法行為請求をしているケースもありますので、ここは裁判所の許可によって適切に配慮がなされと考えますので、③でもそれほど現実的に不都合はないと思います。また、仮に一般債権者も配慮するのであれば、先ほど申し上げた通り、一定割合を一般債権者に残しておく考え方があると思います。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○尾崎幹事 すみません、手を挙げた以降にいろいろ言われてしまって、村上さんと、あとその後の井上先生がおっしゃっていたことと全く一緒です。基本的に労働債権と商取引債権に関して、事業継続のために必要なものですので、随時弁済をしていくべきだろうと考えていて、配当手続まで待つということになっては事業継続が難しくなるだろうと考えています。

それから、あと井上先生がおっしゃっていたように、金融債権者に対する支払を全部止めても、労働債権や商取引債権への弁済原資を捻出できないということになってくると、もう事業を継続するのは本当に難しいという状況なので、本当に倒産手続になってしまうのかなと思います。通常はそこは金融債権者への支払いを止めれば、労働者債権、商取引債権を支払うことは可能なのではないかと思います。再生可能な段階であればそういうことなのかなと考えています。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

○阪口幹事 阪口です。

一番最初に出たのは大西委員から、これは法的清算に近いイメージなのか、私的整理に近いイメージなのかというモデルの設定に関する御質問があつて、先ほど井上先生とか尾崎さんの方からも私的整理の方に近いのではないですかという御指摘があつて、そうなのかなとも思います。

他方、22ページで事業の一部について実行はできないことにしてはどうかという議論があつて、仮にそう決めればそうなのかもしれないとは思いますが、ただ、グッドな事業とバッドな事業があるときに本当にそれでいいのかという疑問があります。それは、ある意味、もう共倒れでもやむを得ないという結論になるからです。そうすると、グッドな事業は事業譲渡するけれども、バッドな事業は、最後解体するという選択肢などでもできるようにすべきではないかという疑問が生じます。この問題はもちろん22ページの方で考えるべき問題なのですから、仮にグッド事業とバッド事業について別々の処理もできるという制度になってくると、これは一旦、全部支払を止めるという法的整理に近いモデルもあり得ることにすべきです。この事業の債権者は随時弁済、この事業の債権者は支払を止めるという区分けは、本来、できないと思うので、私的整理に近いモデルでは、そこら辺がちょっと難しくなってくる。したがって、多分実行の制度とかといろいろ突き合わせて考えなければいけないのかなとは思っています。

単一の事業をそのまま譲渡することで換価していくというものをイメージすると私的整理イメージが一番近くて、金融債務を止めたらキャッシュフローは回るので、それで商取引債務は随時弁済していったら、その間に管財人が事業譲渡して換価したものは後は分け合う。そのときにはその事業に伴う商取引債権者は、ほとんど消えているので、あとは金融債権者と、たまたまいるそれ以外の債権者があつたとして、その中で弁済を決めていく、こういうことになります。

そうなるのですけれども、私的整理の実務でリース債権者を入れることと入れないこととの両方ありますよね。感覚的に言うとリース債権者は商取引債権者扱いしている方が多いのではないかと思いますけれども、場合によってはリース債権者を金融債権者と扱って支払を止めて、最後に処理しているということもある。この問題は、部会資料にも書かれている、誰が優先する債権を判断するのかという問題に響いてきます。しかし、それはかなりケースバイケースの判断で、リース債権の金額の大きさとか、いろいろなことを考えてやっているもので、法定するような話ではなく、個々の判断です。しかし、個々の判断となると、裁判所もかなりしんどいというか、その段階で持ってこられて判断できるのかなと思います。つまり、法定はできないだろうから、現実には裁判所が管財人の申請で許可する制度にせざるを得ませんが、この判断は、管財人が就任した直後の判断なので、全然情報がない中で判断せにやいかんとなったら、判断に困ります。事実上担保権者の意見聴取をしてそれに右倣えになるのかもしれませんが、そういう実務でいいのかという感じもします。それだと、担保権者がリース債権者を選別できるのと同じになってしまいますので、それでいいのかどうか自信がない。

このように、実行のイメージが、私的整理モデルに近いのか、法的モデルに近いのかをイメージしながら考えないと、多分優先の意味も全然違ってくると思います。

○道垣内部会長 おっしゃるとおりかと思います。

○藤澤幹事 ありがとうございます。立教大学の藤澤です。

今阪口先生がおっしゃったことと同じようなことかもしれないのですが、私は事業担保権の実行方法として、大きく分けて二つぐらいの方法を想定する必要があるのではないかと考えております。

一つは、債務者が協力している状態、担保権設定者も協力して、担保権者と担保権設定者との協力関係の下、事業が譲渡されていくというパターンです。この場合には通常の事業譲渡と同じように考えることができますと思いますので、通常の事業譲渡で行われているような形で契約上の地位の移転ですとか、これまで発生してきた債務の弁済などが行われるということになるかと思います。

他方で債権者と債務者とが協力できないという場合に、法的な実行手続というものが必要になってくると思います。そして、前半でお話しした任意売却的な事業譲渡の場面で納得いかない債権者がいた場合には、そちらの後者の方に、法的手続の方に持ってこられて、その中で救済を得られるとしておくと、任意売却型の実行手続の中の規律も維持することができるかなと思っております。

その法的な実行手続というのは、実は正に倒産手続ではないかと考えておまして、それが大澤先生がお話しになったことと同じというか、賛成です。

というのも、弁済禁止効が生じるですとか、一定の時期を境として、債権の効力に差が出てくる。弁済されなくて、按分弁済しか受けられない債権と優先的な弁済を受けられる債権があると平時では何の区別もなかったはずの債権にそういう色が付いてくるというのは正に倒産手続の効力ではないか、その集団的な債権回収を可能にする手続の効力ではないかと考えるからです。

ですので、後者の手続の中では民事再生手続に準ずるような形で様々な契約関係の処理、双方未履行双務契約の処理ですとか、そういったものが行われることになって、事業担保権は別除権とはされないのではないかと思います。一定の優先弁済を受けられるものであるということになる。

ただ、事業担保権を実行して、最終的に事業譲渡などをした場合に得られた金銭が全て事業担保権者のものになるわけではなくて、その一部についてはやはり一般債権者の配当の原資にされるべきだと考えられることになるのかなと思いますので、考え方、①、②、③、④どれか忘れてしまったのですが、事業担保権者の優先権を一般債権者に与えるという形で法的手続の中では処理されることになるのかなと思いました。

ただ、もう一つ気になることがあって、それは法的な実行手続の中でも井上聡先生が従前から強制管理型の実行手続があるのではないかなというようにお話をされていて、そういうこともあり得るのかなと思うのですが、そういうときに手続開始前の債権についての弁済をどのように考えるかというような問題は残っていくのかなと思っています。

○道垣内部会長 最後がよく分からなかったですが、どのような問題がそのときに残っていくのですか。

○藤澤幹事 強制管理型の手続を行う場合には随時収益が上がってきて……あっ、強制管理型……、収益執行型ですか、随時収益が上がってきて、それを配当するということになると思うのですが、それが手続開始前の債権に対してどのように配当されるのかということは考えなくてはいけない問題なのかなと思います。事業全体を売却した場合と同じ

ことになるのか、そうではないのかということはまだ残る問題なのかなと思いました。

○道垣内部会長 よく分かりました。

○片山委員 慶應大学の片山でございます。どうもありがとうございます。

15ページの100をどう分けるのかという、①から④の点なのですが、私自身は「②事業の換価価値の一部を一般債権者のために割り当てる方法」というのに賛成をしたいと思っています。といいますか、これは逆に言いますと、総資産あるは総財産を担保には取っているのだけれども、その全てを担保に取っているわけではないということを事業担保の場合には確認する必要があるのではないかとという点です。それが包括担保と事業担保の大きな違いで、包括担保ということになりますと、全ての対象となる財産を担保に取れるのですが、事業担保ということになりますと、やはり固定資産だけではなくして、流動資産や事業収益、それも担保に取っているわけですが、その資産形成の原資との関係でいいますと、固定資産であるならば例えば最初の大型の融資で、原資が全て金融機関からの融資金からということがあるでしょうから、その場合に事業担保権者が、その全部を確保しなければならないとするのは当然かと思えますけれども、他方、流動資産に関していいますと、その資産の原資は金融機関の融資だけではなくして、労働債権であるとか、あるいは商取引債権であるという点は明らかなわけでありまして、その部分についてそもそも全てを金融機関が事業担保権として把握するというのは事業担保権の本質に反しているのだと思うのです。

一読のときにもありましたように、それがどれぐらいの割合なのかというパーセンテージを出すということになると、また難しいのですが、基本的には総資産の中でも特に流動資産の部分については一定の割合でしかそもそも優先弁済権を確保できないというのが事業担保の本質であると考えべきで、残りは必ずカーブアウトして、30%なら30%、これが何%か分からないのですが、必ず一般債権者に残す。それは労働債権であろうと、商取引債権であろうと、それは問わず、とにかく70%にしか事業担保権が及ばないのだというような担保として把握していく必要があるのではないかなというのが私の考えているところでございます。

以上、そういう趣旨で②がいいのではないかと申し上げました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。②の理念として、まず全部に及んでいるわけではないのだよという片山さんがおっしゃった話というのは②に確かにある理念なのですが、あとの残りの部分はほかの一般債権者に分配する。それで先取特権とかある人が優先するのかもしれませんが、それは30%と認められたら、30%の中の権利行使ですよ。つまり、それを超えて給与債権である、取引債権であるということで、その債権者が事業担保権者よりも優先するというのは、そういう発想ではなくて、30%リザーブして、それを与えるという発想なのですが、片山さんはリザーブ分が30%なら、30%あれば、そこで処理をするというのが一番簡明ないしは適切であろうという、そういうお考えですか。

○片山委員 そこは二つあるのかもしれませんが。とにかく出発点として担保権が及んでいるのは70%の範囲だということになると、30%部分には手を出しませんということなのですが、70%の中で更にカーブアウトしなければいけないのかどうかという議論が別途あるのだとは思いますが。とはいえ、まずは事業担保権が30%の部分には及ばない

ということを出発点としなければいけないというのが私自身の考え方ということになります。よろしいでしょうか。

○道垣内部会長 はい。

○青山幹事 厚生労働省の青山でございます。

どのような配分方法かについては、正に事業担保の実行をどういう性格で捉えるかにより御議論があると思いますが、我々の立場から労働債権について申し上げようと思います。

労働債権の優先について、どういう位置づけなのかで変わってくるというのはそのとおりかと思うので、ここで私が定見を持っているわけではないのですけれども、ただ少なくとも事業担保の今回の性格から企業価値の維持、増大に寄与するものとして労働債権を優先するという事は適切であると考えますし、それは先ほど村上委員もおっしゃった生活の保護とか労働者の交渉力の弱さ等の労働者の保護の観点からも適切だろうと思われるし、さらに労働債権、特に賃金のことだと思っておりますけれども、随時支払われているもの、継続的に労働者に支払われているものという性格を見れば適切かと思います。もっとも、先ほど言いましたように大きな御議論、今回の事業担保の実行の意味や優先の考え方、全体の中で整理すべき問題かなと思いますが、労働者の立場、労働政策の立場から一言申し上げました。

○道垣内部会長 ありがとうございます。

時間が大分というか、大体来たのですが、ただ第2の3、4が終わったとはとても言えないという状況ではあります。なお議論をすべきところだと思います。そして、残りが予備日で可能かというのも何か怪しくなりましたが、議論は非常に濃密な議論ができたと思いますので、決して不適切な議論がなされたわけではないと思います。次回は、また続けて3、4のところからをやりまして。まあ、実行の話に皆さんもう入っていらっしゃいますので、その意味では第3、第4を扱いたいと思います。時間を延ばすのもあれでございますので、第2の3の途中までいったということで本日は終了させていただいて、次回に続けていきたいと思います。

誠に司会の不手際で、別に本当は心の中でそんなことは思っておりませんで、議論が盛り上がることはよいことだと思いますが、一応決まり文句ですので申し上げますが、司会の不手際でこんなことになってしまいまして、大変申し訳ございません。

それでは、本日の審議はこの程度にさせていただきまして、次回の議事日程等につきまして事務局から説明をしていただきます。

○笹井幹事 今部会長の方からもございましたけれども、次回、予備日を8月23日に設定しておりますので、そちらの方を開催させていただければと思います。

令和4年8月23日午後1時30分から午後5時30分まで、場所は法務省地下1階大会議室でございます。次回は予備日ですので新しい資料はございませんけれども、今回お配りいたしました部会資料18の最後までを次回には御議論いただければと考えております。

○道垣内部会長 どうもありがとうございます。

それでは、法制審議会担保法制部会の第22回会議を閉会にさせていただきます。

本日も熱心な御審議を賜りまして、ありがとうございます。また予備日を開催することになって誠に申し訳ございません。お忙しい中で恐縮ではございますけれども、よろし

く御出席いただければと思います。よろしくお願いいたします。では、どうも失礼いたします。

—了—