

令和元年度中小企業契約実態調査等事業における  
「取引法制研究会」での議論を踏まえた  
中小企業が使いやすい譲渡担保制度の実現に向けた提案

## 目次

第1	はじめに.....	1
第2	提言.....	3
第3	提案する立法政策の具体的内容.....	5
	1. 担保権の対象.....	5
	2. 公示.....	6
	3. 担保権の効力.....	9
	4. 担保権の実行.....	13
	5. 事業担保権.....	19
第4	新たな担保制度の利用に向けた留意・検討事項.....	21
	1. 懸念点への対応.....	21
	2. 適切な利用に向けた環境整備.....	22
	3. 要検討事項：他の動産担保制度との関係.....	23

取引法制研究会委員(五十音順)

<座長>

内田 貴 (東京大学名誉教授、早稲田大学特命教授、弁護士)

<委員>

及川 勝 (全国中小企業団体中央会事務局長・総務企画部長・人材育成部長)

小野 傑 (西村あさひ法律事務所弁護士・東京大学大学院特任客員教授)

神田 秀樹 (学習院大学大学院教授、東京大学名誉教授)

佐藤 正謙 (森・濱田松本法律事務所弁護士、東京大学大学院教授)

志甫 治宣 (三宅・今井・池田法律事務所弁護士)

杉山 悦子 (一橋大学大学院教授)

原 恵美 (学習院大学大学院教授)

堀内 秀晃 (株式会社ゴードン・ブラザーズ・ジャパン アセットソリューション部シニアマネージングディレクター 執行役員)

松岡 久和 (立命館大学大学院教授)

山内 清行 (日本商工会議所 東京商工会議所産業政策第一部長)

山中 康経 (横浜信用金庫融資部調査役)

## 第1 はじめに

今日では、不動産以外の財産を担保とする方法として、民法に定めがない制度である譲渡担保を用い、事業を構成する財産である在庫や売掛債権等を担保目的物とする融資が広く行われている。しかし、譲渡担保については次のような課題や問題点がある。

第1に、譲渡担保に関する法的ルールはもっぱら判例で形成されたものであって法律に明文の規定がなく、法的安定性・確実性に欠ける。担保物権は、とりわけその実行に関しては詳細な手続ルールを必要とするが、それを判例による法形成に頼ることには無理がある。このため、実行手続に関するルールが不明確となってしまう、この担保権のより広範な利用を阻害する一因となっている。

第2に、対抗要件としての占有改定（動産の場合）や第三者対抗要件具備のために、個々の第三債務者に対して確定日付のある通知を要する民法の不備を補うために、「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」（以下「動産・債権譲渡特例法」という。）が制定されているが、債権譲渡に関しては、登記手続が煩雑であるうえ、登記に要する費用も実用的ではない。また動産譲渡に関しては、登記で表示された場所から担保目的物を移動するだけで担保の対抗力が失われるという問題が指摘され、また、先行する隠れた占有改定に劣後するという不安定さがある。

さらに、動産・債権譲渡特例法は、譲渡一般の対抗要件の特例という位置づけのため、担保権に特化した配慮がされていない。

第3に、目的物となることが多い在庫品や売掛債権は、事業を構成する財産であるが、企業や事業の財産は、有機的な一体物として機能することから、包括的に一体として把握する方が、より大きな担保価値を有する。それにもかかわらず、現状では、個別財産（中身が変動しうる流動資産の場合も含む。）を担保の目的物とするため、事業のゴーイング・コンサーンとしての価値を把握できず、資金調達需要に十分応えられない原因になっている。

第4に、在庫品や売掛債権等に対する担保権が実行に至ると、[在庫→売掛債権→預金]というキャッシュ・フローを生み出す一連のサイクルが停止し、たとえ、事業としていまだ価値が存する場合であっても、事業継続の途が断たれる。その上、個別財産ごとに複数の担保権者が登場する場合には、各担保権者が被担保債権の回収を図るべく、それぞれの担保権を実行しようとするため、事業継続のための合意形成が困難となり、再建の途が断たれる可能性がある。

以上のような問題点を踏まえると、譲渡担保権についての明文の規律を設けてルールの整備及び透明性の確保を図ると同時に、公示制度については、占有改定という隠れた対抗要件による弊害を除去して譲渡担保の「見える化」を図るとともに、手続上の煩雑さ及びコストの削減を実現しうる新たな制度を設けることが求められる。

また、事業価値を一体として担保化するための制度を用意して担保権設定者の資金調達需要を満たすと同時に、実行手続においても、事業の継続を

図り、事業譲渡を含めた換価方法を選択できる担保権が求められる。

以上のような制度的対応によって、中小企業の資金調達手段を多様化し、有望な事業を持つ中小企業が、将来のキャッシュ・フローを引当てにして融資を受けることを可能にすると同時に、貸し手にとってもルールが明確でコストが低く使いやすい担保制度を提供することが可能となる。

本提案は、これを実現するための新たな担保制度についての検討の結果である。

なお、以下では、融資を受ける者が自らの有する財産を譲渡担保の目的物とする典型的な場合を想定し、担保権設定者＝債務者という前提で記述する。

## 第2 提言

### 1. 担保権の目的物について

- ① 個別財産を対象とする譲渡担保権を明文化する。
- ② 個別財産には、動産、債権のほか、預金口座、契約上の地位、知的財産権、のれん等も含まれるものとする。
- ③ 集合物の「所在場所」による特定を緩和し、「全ての」という包括的な特定を認める。
- ④ 事業の担保化（事業を構成する財産を包括的に担保化すること）も可能とする。そのための選択肢として次のいずれかを採用する。
  - A 案 ①の譲渡担保権の目的物として事業を構成する財産全てを包含できるようにし、その場合、事業継続型実行（4②）を選択できるものとする。
  - B 案 個別財産を対象とする譲渡担保権とは別に、事業そのものを担保の対象とする「事業担保権」を創設する（5参照）。

### 2. 担保権の公示について

- ① 財産の種類で区別しない横断的・包括的な新たな公示制度（登録制度）を創設する。
- ② 譲渡担保権・事業担保権に関する公示制度の機能は、第三者に担保権が設定されている旨の警告を与えることにあるとの理解に立ち、目的物の特定のための要件を緩和するとともに、包括的な特定（「在庫品全て」「設備、備品全て」等）を認める。
- ③ 第三者との優先関係は「公示」の先後で決するが、動産譲渡担保権の登録は、先行する占有改定に優先するものとする。
- ④ 動産・債権譲渡特例法は担保権を公示する制度へと抜本的に改正し、新たな公示制度（登録制度）に一本化する。

### 3. 担保権の効力について

- ① 事業を担保化した場合（1④）には、担保権の効力は倒産手続開始後に生ずる財産にも及ぶこととする。ただし、事業継続に必要な仕入先の売掛債権や労働債権等、一定の債権につき、従前の取引条件を継続することなど所定の条件の下で、優先権を認める。
- ② 設定者は、設定契約で禁止されていない限り、通常の事業の範囲内で担保目的物を有効に処分する権限を有する。通常の事業の範囲を超える場合には、第三者は即時取得によって保護されうるが、公示を確認しなければ過失が推定されるものとする。

### 4. 担保権の実行について

- ① 帰属清算型及び処分清算型の実行について、判例をもとにした明文の規定を設ける。
- ② 事業を担保化した場合には、私的実行として「事業継続型実行」を選

択できることとする。事業継続型実行においては、担保権者が選任する「管理者」が事業を継続し、事業を売却することで被担保債権を回収することができるほか、売却までの間、事業から得られる収益から被担保債権を回収できるものとする。

- ③ 管理者の法的地位としては、担保の目的財産の帰属を担保権設定者に残したままで管理処分権を担保権者に移し、管理者がこれを行行使すると同時に担保権設定者から業務委託を受ける「業務委託型」と、目的財産の帰属を担保権実行を担う法主体に移転し、この法主体が管理者となる「帰属移転型」の2つの選択肢を認める。

## 5. 「事業担保権」について（1④B案を採用する場合）

- ① “事業”を対象とする担保権を創設する。（前記1①の担保権と併存する）
- ② 「事業担保権」についての新たな公示制度を創設し、特定の事業への担保権設定を公示する。
- ③ 実行は、事業継続型実行を原則とするが、裁判所の許可を得て、事業を構成する個別財産を対象とする帰属清算型実行又は処分清算型実行を選択することも認める。

## 6. 新たな担保制度の利用に向けた留意事項

事業の担保化を認める場合の懸念点として、過剰担保や乗っ取りの手段として用いられうることが指摘される。この懸念に対しては、手続開始時に裁判所による開始決定を経るといった制度上の措置を講ずるほか、新たな融資先からの借換えを容易にすることによって対応できるものと考えられる。なお、制度がより適切に利用されるよう、中小企業者が融資を受けやすく、また、金融機関にとって融資をしやすい環境を整備することや、制度の悪用を防止するためのガイドラインを整備すること等が検討されるべきである。

### 第3 提案する立法政策の具体的内容

#### 1. 担保権の対象

##### (1) 担保権の目的物について

個別財産を対象とする譲渡担保権の明文化を前提に（提言1①）、現行法の問題点を解決するため、目的物の特定要件を緩和し、さらに、対象となりうる財産の拡大を提案する（提言1②）。これは、担保権設定者が財産、特に動産を占有し続けたまま担保の目的物とするという、いわゆる非占有型の担保権として、今日、譲渡担保権が幅広く利用されており、この立法化、そして利用上の課題の解決が望まれているからである。

個別財産を担保化するにあたっては、ある特定の財産のみを担保とする場合のほか、いわゆる集合動産や集合債権についても規定を設ける。集合動産については、現在は、種類、量的範囲、所在場所による特定が求められているが、所在場所による特定要件については、包括的な担保権を設定しようとする場合に実務的に過剰な制約となるとの意見が強い。そこで、これを緩和し、所在場所を特定せずに、担保権設定者の有する在庫品全てを包括的に対象とすることも認める（提言1③）。

譲渡担保権の対象となる財産には、預金口座、賃借権のような契約上の地位のほか、知的財産権、のれん、顧客情報等の無形資産も含まれることを明記する。ただし、契約上の地位を担保化するためには相手方の同意が必要となり、特許権等については、その権利を規律する法律に従った手続（登録等）が必要となる。

もっとも、今日事業を構成する生産設備等には様々なプログラム等が組み込まれており、権利の移転にライセンサーの同意が必要となる場合もあるが、譲渡担保権設定の段階において逐一同意を取り付ける必要はなく、担保権実行の過程で処理すれば足りる場合もある。したがって、これら同意や登録等は、一律に設定時の成立要件とする必要はないと考えられる。

包括的特定による譲渡担保権の設定を各種の財産（在庫品、設備・備品、売掛債権等）について行うことで、事業を構成する財産を包括的に担保化すること（「事業の担保化」）が可能となる（提言1④A案）。この場合には、後述の「事業継続型実行」（提言4②）を選択することを認める。

事業を担保化する手法としては、個別財産についての担保権を設定する手法とは別に、「事業担保権」という新たな担保権を制度として新設することも考えられる（提言1④B案）。各種の財産についての担保権を積み重ねることで包括的担保権を実現するという手法（A案）と比較すると、特定方法、公示制度、法的構成に違いがあるが、めざす経済的機能は同じである（「事業担保権」については後記第3の5参照）。

##### (2) 設定契約において必要とされる特定について

設定契約においては、担保目的物の範囲が争われる場合に備えて、目的物とそれ以外の物を選別できるだけの特定がされている必要がある。集



合動産の場合には、判例では、種類・量的範囲・場所によって特定がされるとする（最判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁）。

しかし、実務からは、特定要件のうち、動産の所在場所の特定基準が厳格すぎるとの弊害が指摘されている。たとえば、「担保権設定者の倉庫A内の在庫品全て」を目的物とした場合に、倉庫を借り換えて、在庫品を倉庫Bに移すと、担保目的物から外れてしまうという問題である。

この問題に対応するには、所在場所の特定について包括的な特定基準を認めればよい。たとえば、「担保権設定者が所有又は賃借する全ての倉庫内の在庫品」という特定の方法である。あるいは、所在場所の特定はせずに、財産の種類で特定することを認めるべきである。たとえば、「担保権設定者が所有する全ての養殖魚」「担保権設定者が所有する養殖魚を飼育するための全ての設備」という特定の方法も可能とすべきである。このように包括的な特定を認めることで、前記の問題に対応できる一方、担保目的物の範囲が不明確になるわけではない。

事業の担保化をするには、このような包括的な特定方法を認めることが不可欠である。たとえば、「担保権設定者がその全倉庫内に所有する乳製品一切」といった定め方によって、ある事業を構成する財産を包括的に担保化することが可能となるが、倉庫を個別に列挙することが要件となると、事業の構成財産でありながら、目的物から漏れるものが生じてしまうという問題点がある。

事業が担保化されたときは、後述のように（第3の4（2））実行の際に「事業継続型実行」を選択できる。どのような特定の仕方をすれば事業継続型実行が可能となるかについては、法律の規定とは別に、何らかの指針を示すことが考えられる。

## 2. 公示

### (1) 公示制度

担保権の存在及び優先関係が簡明に公示されることは、有効で効率的な担保制度にとって必要不可欠である。現行の動産・債権譲渡特例法による登記は、民法の対抗要件（動産の占有改定や債権の通知・承諾）と併存して存在しているため、登記を具備しても登記に優先する民法の対抗要件に劣後することがある。このように、登記をみても優先関係が判然しないという状況は、担保の利用を阻害するものであるため、登記等の公示によって優先関係を決する制度が望ましい（詳細については、「(4) 公示の効果・機能」）。

また、担保権の公示制度は、安価かつ簡易に具備できるものが望ましい。しかし、現行の動産・債権譲渡特例法による登記は、動産における占有改定や債権における通知・承諾と比べ、手続が十分簡易とはいえないことに加え、登録免許税の負担の大きさが利用の障害となっている。担保権にとって公示制度は最も重要な制度的インフラであり、それを確実に普及させる観点から、新たな公示制度は、登録免許税の対象から外すことが望ましい。そこで、本提言では登録免許税が課されない新たな公示制度（登録

制度) を設けることを提案している。

さらに、後述のとおり ((3))、目的物の種類で包括的に特定することを認めるなど、特定に必要な記載の簡素化を図り、手続の簡易化も提言している。この手続の簡易化に際し、新たな公示制度(登録制度)においては、登録時の手続は当然、公示内容を確認する手続についても、全てWEB上で登録でき、かつ、WEBを通じて容易に確認(検索)できるようなインフラを構築することを想定している。

## (2) 公示の対象

事業活動においては、在庫品が売掛債権へと形を変え、さらに現金や預金債権となっていく。この一連の変容を一括して担保化することを支援するため、新たな公示制度においては、動産・債権といった財産の種類ごとに異なる公示簿を作成するのではなく、一体的な公示を可能とする制度を設けることを想定している(提言2①)。

新たな公示制度は、真正譲渡とは区別された担保目的の譲渡(譲渡担保)を対象としている。このような制度のもとでは、真正譲渡としての対抗要件だけを具備している場合に、事後的に真正譲渡か担保かが争われ、担保であると性質決定されると、担保権としての登録がされていないため、優先的な地位を失うことになる。このため、真正譲渡についても、争いのおそれがあるときは保険的に担保としての公示をしておくということは認められるべきであり、そのことによって真正譲渡性の主張が不利にならない扱いが必要である。

### ア 債権の場合

債権譲渡については、担保目的と真正譲渡を区別できるかについて議論の余地があり、少なくとも公示制度において両者を区別する実益が乏しい(動産の場合は、担保としては有効な特定方法でも、真正譲渡においては有効な特定とされない場合も考えられるため、両者を区別する意味がある)。そこで、債権については真正譲渡も含んだ公示制度とすることが望ましい。したがって、既存の債権譲渡登記制度は、新たな公示制度に吸収されることになる(この場合も、動産・債権譲渡特例法と同様に、第三債務者に対する対抗要件の規律は維持される)。

### イ 動産の場合

動産一般(特別法によって抵当権設定が認められている動産を除く)について、真正譲渡のための登記・登録制度を独立に設ける実務的必要性は乏しい。そこで、担保のための新たな公示制度ができれば、動産譲渡登記制度はそれに一元化し、動産に係る動産・債権譲渡特例法の規律は廃止することが望ましい(提言2④)。したがって、動産についての登録は、譲渡担保権及び事業担保権のみが対象となる。

### (3) 公示に求められる特定

新たな公示制度は、担保権の存在を警告することを目的とし、詳細な担保権の内容については、当事者に照会することを前提としている。このため、公示内容は、個別の財産が担保権の対象に含まれているかどうか登録簿から直ちに明らかにならなくても、担保権が存在しており、当該財産を含む可能性があることを把握しうる程度の記載があれば足りると考えられる（提言2②）。このように、記載すべき事項を簡素化することで、登録に要する手続の煩雑さやコストの削減に資すると思われる。

たとえば、担保権設定者が甲という倉庫に在庫品を保管している場合に、設定契約では、甲倉庫の在庫品を担保の目的物と定めるとともに、甲倉庫以外に保管場所を追加した場合には、そこに保管される在庫品も対象となる旨定めることが考えられるが、公示制度では、単に「担保権設定者の在庫品全て」と表記することを認める。

そして、登録簿は、担保権設定者ごとの人的編成となるから、目的物の範囲について照会の必要が生じた場合にも、登録制度から問い合わせ先が明らかとなる。

もっとも、設定契約での特定において目的物の種類による包括的な特定がされているときは、設定契約と公示とで特定の仕方に違いは生じない。しかし、設定契約で事業所内の設備のうち個別に（製造番号等により）物品を特定して目的物とした場合は、公示においては、事業所内の当該物品の種類と数量を示せば足りる。具体的にどの物品かは設定契約に照らして担保権設定者から情報提供を受けることが想定される。

このような公示制度には次のようなメリットがある。すなわち、特定の機械設備が譲渡担保の対象となり、その後、機械が新しいものに更新されたときは、担保権者との間で担保目的物の更新が合意されていれば、公示（登録）の変更は必要ではない。したがって、更新後の機械について当初の登録時点の対抗力が維持される。

### (4) 公示の効果・機能

新たな公示制度による担保権の登録は、担保権の存在を警告するとともに、担保権の優先関係を決する基準として機能する。

現行の動産譲渡登記の問題点として、先行する隠れた占有改定に劣後する点が指摘されている。この問題を解決するため、動産について新たな公示制度による登録がされた場合には、先行して占有改定による譲渡担保権の設定がされていたとしても、常に、登録が優先することとすべきである（提言2③）。この場合、担保権の登録をした担保権者が、先行する占有改定による譲渡担保の存在につき、たとえ悪意であったとしても、登録が優先することになるべきである。もっとも、先行する占有改定が真正譲渡の対抗要件である場合は、そちらが優先するが、真正譲渡ではなく担保目的と性質決定されれば、登録が優先することになる。このような事態に対処するため、先行する譲渡の譲受人は、たとえ真正譲渡としての譲渡の場合でも、保険的に譲渡担保の登録をも具備しておくことが考え

られる。なお、この登録の具備行為が真正譲渡の主張に不利に働かないよう法的手当てをしておくことが望ましい。

このように、占有改定が客観的には認識することが困難な方法であることから占有改定を登録に後れるものとしているところ、簡易の引渡し等、占有改定以外の引渡しに関する登録との優劣も検討する必要がある。

また、債権譲渡の対抗要件としての通知・承諾は、債権法改正時の調査によると、第三債務者をインフォメーションセンターとするという制度趣旨が実際にはほとんど機能していない（第三債務者に照会してから譲渡を受けるという実務は一般的ではない）。さらに、中小企業の資金調達に際し、たまたま第三債務者となった者が公示機関としての負担を負わされるのは不合理である。そこで、債権譲渡の第三者対抗要件は、新たな登録制度に一元化するか、又は、登録による対抗力は確定日付のある通知・承諾に優先するという制度を採用することが望ましい。

### **(5) 担保権の順位**

譲渡担保権は公示（登録）の先後によって他の権利との優先劣後が決まり、また同じ財産に譲渡担保権が重ねて設定された場合の優劣も公示（登録）の先後で決まる。

したがって、譲渡担保権によって事業を担保化しても、事業を構成する重要な動産に優先する譲渡担保権が設定されているという場合がありうる。しかし、実務上、事業の担保化においては、最終的に実行する段階において、担保権者が事業を一体として実行できるようでなければ、その目的を達することができない。そのためには、担保権者が最優先順位の担保権を取得しておくことが望ましい。仮に最優先順位でない場合は、先順位担保権者との間で、先順位者に優先弁済権を保障する代わりに担保権の順位の譲渡を受ける等の合意をしておくことが考えられる。

そこで、以下、事業が担保化された場合に関しては、優先権を認められる特定の債権を除いて、先順位の権利者がいないという想定で記述する。

実務上も、事業を担保化しようとする債権者は、対象となる財産に優先順位の権利者がいるかどうかを調査し、仮にそのような権利者がいる場合には、何らかの手段でその権利を消滅させ、又は前述のような担保権の順位の譲渡を受ける等の合意をする必要がある。それができなければ、事業の担保化による融資は事実上困難となろう。

## **3. 担保権の効力**

### **(1) 事後取得財産への効力**

譲渡担保権が将来財産（将来債権、将来取得する動産等）を対象としている場合に、その担保権が倒産手続においてどのような効力を有するかについては、現行法上明確なルールが存在しない。そこで、この点について新たに規律を設ける必要がある。

## ア 事業を担保化した場合

本提案の大きな目的は、将来のキャッシュ・フローを引当てとする融資を可能とする担保制度の実現である。このような融資を促進するためには、担保権者に安定した地位を確保する必要がある。とりわけ、事業の担保化がされた場合に、その実行方法として「事業継続型実行」を選択できるが、その実行が行われている間の収益について、確実に担保権が及ぶことが確保されなければならない。

そこで、事業が担保化された場合（事業を構成する財産に包括的に譲渡担保権が設定された場合（A 案）、又は事業担保権が設定された場合（B 案））については、原則として、倒産手続開始にかかわらず、担保権の実行は妨げられず、倒産手続開始後に発生する財産についても担保権の効力が及ぶことを提案している（提言 3①前段）。

事業継続型実行の手続においては、担保権者のイニシアチブで事業が継続されるが、それを可能にするには、重要な原材料の購入先など取引先との関係を維持することが必要となる。そのためには、取引先が取引関係を維持することに伴う不安を除去する必要がある。そこで、事業継続に必要な仕入先の売掛債権、従業員の労働債権、事業継続に必要な店舗や事業所の賃料債権など、一定の債権については、債権者が従前の取引を継続する限り当該債権に譲渡担保権者に対する優先権を認め、保護を図ることとしている（提言 3①後段）。

この優先権が認められる範囲（全額につき認めるのか、優先権が認められる上限額や上限割合を定めるか等）、及び優先権を認める債権の種類（不法行為に基づく損害賠償債権についても優先権を認めるべきか、複数の事業で用いられるリース物件にかかるリース料債権全額につき優先権を認めるべきか等）については、実務の実情を踏まえ、適切な範囲が定められるよう検討することが期待される。

収益から事業の継続に必要な債権への優先的な弁済を行った後、残った収益が被担保債権の弁済に充てられる。

## イ 事業の担保化ではない譲渡担保権を設定した場合

他方、事業の担保化ではない譲渡担保権が将来財産に及んでいる場合（将来債権の譲渡担保等）には、譲渡担保権の実行は事業の継続へのコミットメントなしになされるので、事業継続型手続をとることはできず、原則として、譲渡担保権が実行された時点で担保の目的物は特定され、それ以降に生じた財産には及ばない（現行法上の有力な解釈論である<sup>1)</sup>）。ただし、例外的に、倒産開始時に存在する在庫が売掛債権に形を変えた場合など、倒産開始時に存在する担保目的物の価値変形物については、担保の効

---

<sup>1</sup> 伊藤眞「倒産処理手続と担保権——集合債権譲渡担保を中心として」中山信弘・中里実編『東京大学ビジネスローセンター公開講座・ビジネスローの新たな動向』（商事法務、2009）207 頁以下。ただし批判もある。

力が及ぶとことを明文化するべきである。

## (2) 通常の事業の範囲と処分

譲渡担保の目的物が在庫品のような流動動産の場合、担保権設定者が通常の事業の範囲内で目的物を譲渡する限り、譲渡された担保目的物に担保権の効力は及ばず、当該目的物を取得した第三者は保護される。これは、第三者は、即時取得によって保護されるのではなく、担保権設定者が通常の事業の範囲内の処分をすることについて法律上の権限を有することから、担保権設定者から当該目的物の帰属を有効に承継取得するためである。したがって、第三者が担保権の存在につき悪意であっても同じ結論となる<sup>2</sup>。

これに対し、通常の事業の範囲を超える担保目的物の処分が行われた場合、そのような処分は、権限を持たない担保権設定者による行為であり、担保権者の想定しない行為であることから、担保権者を保護する必要がある。他方で、担保目的物を取得する第三者との取引安全をも考慮する必要もある。そこで、第三者は即時取得によって保護されうるが、通常の事業の範囲を超える場合は公示を確認していないことが過失を推定させる旨の規定を置くことを提案している（提言3②）。

たとえば、養殖事業を構成する財産（魚、生簀杵、生簀網、作業船、生餌を粉砕する機械等）が担保化され登録された場合において、粉砕機を買い替えるために担保権設定者が現在の作業船を中古品として売却した場合は、通常の事業の範囲を超える処分となり（養殖事業者は、養殖魚の売買を通常の事業として行っているのであって、粉砕機の売買を通常の事業として行っているわけではないから）、買受人の過失が推定される。担保権者は元の場所に戻すよう返還請求できることになる（担保権の効力として買受人に対し直接返還を求めることができるため、買受人は対価について担保権設定者に返還を求めることになる）。これは、このような処分が、事業にプラスとなる買い換えのための処分であるか担保権者を害する担保物の無断処分であるかの区別がつかないからである。したがって、担保権設定者としては担保権者の承諾を得て処分する必要がある。

他方、新たに買い入れた粉砕機は、担保権設定者の事業所内の設備一切をカバーする担保権が設定されていれば、当然に担保権が及ぶ。この場合、売主の動産売買先取特権は譲渡担保権に劣後する（最判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁）。

---

<sup>2</sup> [参考] 欧州復興開発銀行模範担保法では、在庫のほか、営業の過程で日常的に譲渡される種類の権利又は物についても、担保権設定者に法定の処分権限が付与されており、譲受人は担保権の負担なく目的物を取得できるとされている（Article 20.2.1）。また、一定額未満の取引においては、登録を確認することを要さず、譲受人が担保権の不存在につき誠実に信じていた場合（“believes in good faith”）にも、負担なき目的物が取得される（Article 21.2.5, EBRD “Model Law on Secured Transactions” practical commentary（佐藤安信・赤羽貴・道垣内弘人「欧州復興開発銀行・模範担保法の紹介と解説（上）」NBL695号（2000年）75頁以下））。

では、新しい粉砕機の売主の売掛債権は保護されないのだろうか。[提言3①]にあるとおり、事業の継続に必要な物品の売主の債権は担保権に優先するが、担保権設定者が無断で新粉砕機を購入した場合は、粉砕機の売主の債権は優先権のある債権には当たらない。しかし、担保権者の承認を得た粉砕機の買い換えであれば、事業の継続に必要な物品の売主にあたると考えられる。ただし、担保権者の承諾の有無にかかわらず、所有権留保売買であれば、新粉砕機の売主の所有権留保が、譲渡担保権に優先する（最判平成30年12月7日民集72巻6号1044頁）。

以上の判例ルールは明文化することが望ましい。

なお、前記の養殖事業における粉砕機の売却は、例として示したものであり、「通常の事業の範囲」の判断基準についてはさらに検討が必要である。大型機械の更新のように、事業を遂行する上で一定期間のうちには不可避免的に生ずる処分であっても、単発的に行われる処分は、詐害的な処分と区別が困難であるため、本提案においては、「通常の事業の範囲」ではないとの理解に立っている。買主としては、当該物品を事業として反復継続して販売しているのではない事業者から購入する際には、担保権の有無に注意すべきだとの判断である（大型機械を設備更新のために販売する事業者が、現在使われている機械を下取りするとき、担保権の有無を確認することは、取引通念からしても当然の義務といえる）。

### (3) 再生融資者の保護の要否

事業が担保化されると、担保権設定者の有する大半の財産が担保に取りられることとなり、その担保権設定者に民事再生手続が開始された場合、再生融資のための引当財産がほとんど存在しないことになる。このような場合に、再生融資を受けることを可能にするため、アメリカ合衆国連邦倒産法の定める First Priming Lien (Section 364) のように、一定要件の下で既存担保権に優先する担保権を認めるべきだとの意見がある。

しかし、事業財産が包括的に担保化されている場合において、事業継続型実行が選択されるときは、倒産手続の外で事業の継続が図られるのが通常である。この場合、担保化された事業財産を除外した事業再建は、実務上考えられない。このため、倒産手続による事業再生のための制度的手当は不要である。

なお、事業継続型実行のもとにおいても、事業継続に必要な債権については、被担保債権に優先して弁済がされる（提言3①）。また、仮に事業継続型実行において事業継続に必要な資金が不足する場合は、事業継続による担保価値の維持拡大をめざす担保権者自身が追加融資をするなり、担保権を共有する形で新たな融資者を見つけるという手立てをとりうる。しかし、これは倒産手続における再生融資者保護とは別の問題である。

他方、個別財産に譲渡担保権が設定されている場合において、担保権設定者において民事再生手続が開始され、個別財産にかかる譲渡担保権が民事再生手続を進めるうえで追加融資を受ける妨げになるとき、現在の実務では、別除権協定によって担保権者の同意を得たうえで、再生のため

の種々の方策が講じられている。

以上のように考えると、First Priming Lien に類する制度を導入することは、譲渡担保法制との関係では不要であると考えられる。もちろん、倒産法制の改正論として、そのような制度の導入は、検討に値するものと考えられる。

#### 4. 担保権の実行

##### (1) 実行手続の明文化

現在、譲渡担保権の実行に関する法律の定めはなく、また、判例によって担保権の実行手続に関する規律を形成することには無理がある。そこで、判例が認めた帰属清算型及び処分清算型の実行手続について、手続の細部を明らかにする明文の規定を設ける必要がある（提言4①）。

これに加えて、事業の担保化がされた場合の「事業継続型実行」について、手続ルールを整備する必要がある。

##### (2) 事業継続型実行

事業継続型実行は、事業の担保化がされた場合の担保権の実行手続であり、他の利害関係人との利害調整のために、その開始許可など、要所で裁判所の関与が予定されているが、あくまで私的実行として行われるものである（提言4②）。

なお、本提案では不動産を対象とする担保権は扱っていない。しかし、譲渡担保権者が事業を構成する不動産につき最優先順位の抵当権を有している場合や、その不動産上の先順位抵当権者との間で、優先弁済権を認める代わりに譲渡担保権との一体的実行を認める旨の合意がある場合には、不動産とともに実行することも可能となる制度とすることが望ましい。

#### ア 手続

事業の担保化がされた場合、すなわち、事業を構成する財産を包括的に譲渡担保権の目的物とした場合（A案）又は事業担保権が設定された場合（B案）には、私的実行として事業継続型実行を選択することができる。

この実行手続においては、担保権者が選任する「管理者」が事業を継続し、事業譲渡による事業価値の換価によって債権を回収するほか、換価までの間の事業収益から債権回収を図ることになる。管理者による事業の遂行は当初想定した債権回収期間（後述）の間続けることができ、仮に十分な収益が上がれば、事業譲渡をすることなく担保権設定者による受戻しが可能となる場合もある。具体的な手続は、以下のとおりである。

- ① 担保権者は「管理者」を選任して事業継続型実行の申立てができ、裁判所の開始許可決定により実行手続が開始する。
- ② 担保権者は、管理者を通じて事業を継続し（継続の法的構成は後述）、事業からの収益を管理する権限を取得する。



- ③ 事業継続型実行手続が継続する間、収益から、光熱費、労働者の賃金、取引上の債権等優先権が認められている債権を弁済し、残額を被担保債権の弁済に充てることができる。
- ④ 事業継続型実行手続は、担保権設定時に決定した、融資の引当てとなる将来のキャッシュ・フローを得ることを想定した期間（「想定期間」）の間、継続することができる。
- ⑤ 想定期間満了までの間に担保権者は管理者を通じて事業の売却ができ、その対価を被担保債権の弁済に充てることができる。

私的実行でありながら実行開始に裁判所の手続を介在させるのは、担保権設定者・担保権設定者に対する他の債権者が、要件の具備に対して異議を申し立てる余地を認めることで、それらの利害関係人の保護を図るためである。また、担保権者の事業継続が不当に長期にわたらないように想定期間による制約を置いているが、その期間に不都合があると認められる場合には、担保権者や利害関係人の申立てにより、裁判所が実行の許可の際に想定期間を短縮し、あるいは伸長することができるものとするとも考えられる。

事業継続型実行においては、最終的には事業譲渡による事業の換価を想定しているが、事業譲渡が困難であったり、事業の価値がすでに大きく毀損されて改善の見通しが立たないような場合は、個別財産について帰属清算型又は処分清算型の実行手続を選択することも認められる。

## イ 「管理者」

事業継続型実行は、担保権者によって選任される「管理者」によって担われる。管理者は担保権者から担保権実行の委託を受けた担保権者の代理人であるが、担保権の実行は、担保権設定者に対する他の債権者や担保権設定者自身の利害に大きくかかわるため、管理者は担保権者の利益だけを考えればよいわけではなく、他の債権者や担保権設定者との関係でも一定の配慮義務を負う（後述エ参照。なお、これは担保権者自身が個別財産について帰属清算型・処分清算型の実行をする場合も同じである）。

担保権者は、自らが適切と考える者を管理人に選任できる。管理人の職務の内容は、民事再生手続等の再建型倒産手続に関与する管財人に近いいため、管財人経験者に人材が多いものと考えられる。そのほか、事業再生等を専門とするターンアラウンドマネージャーや担保権設定者と同業の事業者を選任することが考えられる。

## ウ 「管理者」の権限とその根拠（提言4③）

担保権の対象はあくまで財産（財産権）であり、しかもその占有は担保権設定者にある。実行により、通常の譲渡担保権の場合は目的物の帰属が確定的に担保権者に移転する。しかし、事業が担保化された場合において事業継続型実行が選択されたときに、担保権の目的物の帰属が担保権者に移転することを常に要求すると、徒に法律関係を複雑にする半面でも

リットが少ない場合がある。そこで、対象となった財産の管理処分権だけを担保権者に移し、管理者（担保権者）がこれを行使するという選択肢を設けることが望ましい。

もつとも、管理者（担保権者）が財産に対する管理処分権を得ただけでは、それらを用いて管理者が事業を経営する権限を当然に取得するものではない（たとえば、製品を製造する機械の管理処分権を取得したとしても、新たな原材料を発注する権限は、当然に取得するものではない）。このため、管理者が事業継続型実行において事業を継続するためには、管理者（担保権者）が事業を遂行するための権限を得ることが必要となる<sup>3</sup>。

以上のような考慮に基づき、管理者（担保権者）が事業を継続することを可能にする法律構成として、以下の2つの選択肢を提言している。

### （ア） 事業経営の権限—業務委託型

第1は、目的財産の帰属を担保権設定者のもとにとどめつつ管理処分権を担保権者に移転し、同時に、法律に基づき、担保権設定者から業務委託を受けたものとして、管理者がこれを行使して担保権設定者の財産を用いた事業を遂行する方法である（「業務委託型」）。

担保権設定者はもはや財産の管理処分権を失っているが、管理者（担保権者）が担保権設定者の事業主体としての地位を引き継ぎ、原材料の仕入れや製品の販売等の経営を担保権設定者の名において行うには、担保権設定者の事業を代わって実施するための業務委託が必要である。このような業務委託関係を法律上発生させるものとして、事業継続型実行を位置づけることになる。

この場合、財産の名義は、なお担保権設定者のもとに残されているため、たとえば、管理者（担保権者）が権限を行使して原材料の仕入れを行った場合も、仕入契約の名義上の主体は最終的には担保権設定者であり、管理者（担保権者）はその業務受託者となる。

担保権設定者が雇用していた従業員との雇用契約もそのまま維持されるが、担保権設定者からの業務委託に伴い、管理者（担保権者）がその指揮命令権を授与されて、管理者（担保権者）が従業員に対する指揮命令を行うことになる。

以上のように、事業継続型実行の開始許可決定により、担保権設定者は担保目的物についての管理処分権を失い、もはや、自ら事業の継続はできなくなる。しかし、中小企業の経営は、特定の経営者の存在に依存している場合も少なくない。そのような場合は、事業経営の実質的な主体は管理者（担保権者）となるが、管理者（担保権者）の指揮命令のもとで、元の担保権設定者を引き続き業務に従事させることも可能である。いわゆる

---

<sup>3</sup> 民事再生の場合は、管財人が事業を実施する権限（民事再生法66条）は、裁判所の管理命令（同64条）によって基礎づけられる。

DIP 型とは異なるが、実質的にはそれに近いことが実現できる。この場合、担保権設定者は、担保権の優先効によって劣後債権者からの差押え等を免れつつ、自ら経営に専念することができる。そして、もし収益を改善して被担保債権の弁済が順調に進めば、事業譲渡の前に受戻しをして目的財産を取り戻すことも不可能ではない（もちろん、その場合も劣後債権者に対する弁済の負担を免れるわけではない）。

### （イ） 事業経営の権限—帰属移転型

第2の選択肢は、目的財産の帰属を、実行を担う主体に移し、その主体が事業を継続する方法である（「帰属移転型」）。譲渡担保権は、本来は、実行によって目的財産の所有権が担保権者に移転するので、担保権者は自らに帰属する財産を用いて自由に経営を行うことができる。もっとも、財産の売却による換価を想定した処分清算型の場合は、担保権者は目的財産を自らに帰属させると同時に処分するから、帰属と処分は瞬間として捉えられてきた。しかし、帰属と処分をプロセスで捉え、いったん帰属させた事業を担保権者のもとで継続し維持しながら、処分に備えるという実行方法も観念できる。第2の選択肢は、これを目指すものである。

もっとも、担保権者への所有権帰属という方法を常に担保権者に強いると、たとえば、銀行が魚の養殖業を行ったり、テーマパークを経営したりすることになり、現実的ではない。そこで、担保権者のために担保権の実行を担う法主体を用意して管理者とし、処分までの間、目的財産をこの主体に帰属させて、そこで事業継続型実行を実施することが考えられる。

管理者となる法主体としては、事業継続型実行を請け負う専門の事業者、担保権者（あるいは担保権者の属する業界）が設立した SPC、担保権設定者と同業の事業者などが考えられる。その法主体は財産を自らに帰属させながら担保権者のために事業継続型実行を実施し、最終的に事業を譲渡して換価するという業務を行うことから、法技術としては信託を用いることが考えられる。

帰属移転型の事業継続は、目的財産の所有権を移転するという点で法律関係は簡明であるが、別主体が担保権設定者の事業を継続するうえでの事実上の困難が生ずる可能性がある。しかし、担保権設定者と同業の事業者を受託者として財産を帰属させることで、そのような困難を克服できる場合もあろう。

さらには、自己信託を用いることで、元の経営者である担保権設定者自身が管理者となる方法も考えられる（元の経営者の存在に大きく依存した事業の場合など）。

どのような手法が適切かについてはさらなる検討を要するが、多様な選択肢が用意されることが望ましい。

### （ウ） 「管理者」の権限の範囲

管理者による事業継続は、あくまで将来の事業譲渡の準備段階として、

担保権設定者の事業を売却に適した状態に整えることが目的であるから、管理者の権限はその目的によって限界が画される。すなわち、通常の実業を継続し、収益を上げられる状態にするために必要な権限を行使しうるとどまり、それを超えて新たな経営上のリスクを負うことまで認められるわけではない。たとえば、新規店舗の開店や新たな設備投資などは通常は想定されていない（事業の存続のためにそれが不可欠であるような場合を除く）。

事業継続型実行が認められる根拠は、目的財産を個別の処分と換価するより換価価値を高められることにある。管理者の権限も、この根拠に照らして、ゴーイング・コンサーンとしての価値を実現するためのものに限られる。したがって、個別財産の売却価格の総和より価値を低下させるリスクを含んだ事業経営が行われる場合には、他の債権者は裁判所に事業継続型実行の中止と、個別財産の売却による実行への移行を求めることができるようにしておく必要がある。

## エ 「管理者」の義務

(ア) 管理者は担保権者の代理人であるが、事業を継続するにあたり、担保権者のみならず、担保権設定者、担保権設定者に対する他の債権者との関係でも一定の善管注意義務（民法 644 条）を負う。義務の内容は、担保権者に対する場合とそれ以外の者に対する場合とで違いがある。

担保権者が管理者を選任する際には、担保権者と管理者との間で委任関係が生ずるので（担保権実行業務の委託契約が締結されることを想定している）、管理者の義務の根拠はその委任契約にあり、義務の内容も当該契約に照らして判断される。

担保権設定者、その他の債権者との関係での善管注意義務は、法定の義務である（これを明示する規定を設けることを想定している）。管理者による事業継続の目標は目的財産の価値を個別財産の処分清算型実行によって換価するよりも高めることにあるから、善管注意義務の内容もその目標によって限定され、それに適合した形で定められることになる。

具体的には、事業を運営して収益を得るにあたり、あるいは事業の立て直しにより事業価値を高めるにあたり、最大価値の実現までは求められないが、通常の実処分清算型実行で得られる個別財産の売却価格の総和よりも高い価値を実現することが期待されている。そこで、そのような目標に照らして必要な注意義務を負う。

したがって、些細な経営上のミスに対してその都度責任を負うわけではないが、事業価値が個別財産の換価額の総和より低くなるような事態を招くおそれがある場合には、担保権設定者やその担保権設定者の債権者等の利害関係者は事業継続型実行の中止と個別資産の売却手続への移行を求めることができるようにしておく必要がある。また、上記のような義務違反によって後順位債権者等に損害が生じたときには、管理者を選任した担保権者は、後順位債権者や担保権設定者との関係で、その損害について責任を負うことになる（具体的にはその損害の限度で自らの被担

保債権の優先弁済権を行使できない)。

もっとも、事業の担保化が譲渡担保権者（あるいは事業担保権者）にとって過剰担保になっている場合は別として、通常は、処分清算型の個別財産の売却によって後順位債権者に配当が回る可能性があることは多くないと思われる。このため、管理者の善管注意義務違反によって後順位債権者や担保権設定者の利益が害される場合は、それほど多くはないと想像される。

たとえば、担保権設定者が価値の高い資産を保有している等の理由により、担保権の実行時点で個別財産の換価によっても先順位の譲渡担保権の被担保債権を回収でき、後順位債権者に配当が回る可能性があるような場合は、そもそも、事業継続型実行を選択するインセンティブは生じない。

仮に、そのような事案で、事業再建によってさらに担保権設定者の財産の価値を高められる場合（すなわち、さらに多くの配当が後順位者に回る可能性がある場合）は、担保権者には事業継続型実行を選択して事業継続の負担を背負うインセンティブはないから、担保権者による事業継続ではなく、民事再生等の倒産手続により事業の再建を図るのが合理的である。既存の資産で担保権者の被担保債権を弁済できるのであるから、別除権協定を締結して担保権者の利益を保護したうえで実行を控えさせ、民事再生手続等に切り替えることはさほどの困難ではないと思われる（現実にそのような実務が行われている）。

(イ) 事業を遂行する管理者の善管注意義務の内容が以上のようなものであるとしても、事業継続型実行の最終段階で、事業の売却が行われる局面においては、たとえ売却価額が個別資産の売却額の総和を上回っていたとしても、できるだけ売却額を大きくすることが利害関係者との関係では望ましい。他方、たとえ売却額が多少低くなっても、従業員の雇用を維持するなど総合的にみてより望ましい売却条件と評価できる場合もある。このように、何が最善の売却条件であるかの評価には、ある程度の裁量の余地が認められる必要がある。そこで、事業の換価に際しては、最大価値や公正な価値の実現ではなく、「公正な方法」での処分をする義務を負わせることが望ましい。

公正な方法での譲渡がされたことを担保する方策としては、たとえば、評価事業者による意見書を複数徴収したり、複数の買い手を探して最も良い条件の買い手に譲渡する、といった手法をガイドラインや指針により明らかにすることが考えられる。

そして、明らかに義務に違反している場合は、利害関係人から裁判所に申し立てることにより、譲渡の効力を否定する（譲渡実行前の場合）、あるいは賠償責任を負わせるなどのサンクションを用意することが考えられる。

以上の方策は、事業継続型実行に限らず、処分清算型実行においても同様に適用することが考えられる。

なお、換価額から被担保債権を控除した残額について担保権者には清算義務があるが、後順位者への配当の負担まで負わせることは過大な負担であるから、担保権者は清算金を供託できることとすることが考えられる。

## オ 「事業継続型実行」の課題

### (ア) 許認可等を要する事業

帰属移転型方式により事業継続型実行が実施される場合、事業の経営主体を変更することになるため、従前の事業を新たな法主体のもとで適法に実施するための条件が整っている必要がある。とりわけ、許認可を要する事業の場合に問題となる。

たとえば、現在は、医薬品に設定した譲渡担保権を実行し、目的物となった医薬品を医薬品販売業者に売却する場合、「業として行うものではない」として、「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（薬機法）」の適用外とされている（平成27年6月25日経済産業省プレスリリース参照）。しかし、帰属移転型方式により事業継続型実行を実施する場合、事業運営主体が反復継続して在庫の販売等を行うこととなり、別途、許認可の承継又は取得が必要となる（漁業権のように原則として譲渡が禁じられている許認可も存在する（漁業法79条1項本文））。そのため、許認可を必要とするような事業については、許認可の承継について何らかの手当てがなされない限り、帰属移転型の管理者としては、同業の継続が可能な主体に限られる等の制約がある。

### (イ) 自己信託における債務者（担保権設定者）の不協力

研究会では、帰属移転型の事業継続型実行においては、担保権設定者自身を受託者とする自己信託を用いることを原則とすべきだとの意見もあった。確かに、それで支障が生じなければ、最も簡易な事業継続手法といえる。とりわけ、担保権設定者としては、事業継続型実行において収益を上げ被担保債権の弁済が進めば、目的物の受戻しを受けられるから、担保権設定者には経営に最善を尽すことへの強いインセンティブが生じ、担保権者にとっても望ましい結果が生ずることも多いと思われる。

しかし、担保権設定者が非協力的であったりして適切な事業の遂行が期待できない場合も想定しうる。そのような場合に備え、担保権者が新たな管理者を選任できるようにしておくことが望ましい。

なお、業務委託型の事業継続型実行であれば、担保権設定者が事業継続を行う場合であっても、担保権設定者は、あくまでも管理者の被用者的地位に過ぎないから、担保権設定者が非協力的であれば、管理者は、担保権設定者を業務から外すことは自由である。

## 5. 事業担保権

「事業担保権」は、端的に“事業”そのものを担保の対象とする担保権

の創設を提案するものである。

譲渡担保権を明文化し、前述のように目的物の特定要件を緩和して包括的な特定を認め、事業の担保化を可能にすれば、事実上、事業担保権と同じ目的を達成することができる。しかし、研究会においては、事業の担保化が目的であるなら、実務上も事業譲渡の際に事業を特定することで譲渡の範囲を確定することが行われていること、事業そのものを担保の目的とすることができれば、事業の証券化における事業の別法人への括り出しという手間をかけることなく資金調達が可能となることに鑑み、端的に事業担保権を創設して事業単位での担保化を容易にすべきであるとの意見も強く主張された。

そこで、本提案においては、事業の担保化のための手段として、既存の譲渡担保権を用いた手法（A案）と事業担保権の創設（B案）を選択肢として提示し、いずれかを実現すべきことを提案している（提言1④）。

両案は、制度設計上、細部において違いは存在するが、目指すところは同じであり、効果においても、実質的な違いを生じないものとして提案している。

## （1） 事業担保権の対象・特定

事業担保権を設定する場合に設定契約において要求される特定は、「ワイン販売事業」「エステサロン業」といった事業内容と構成財産の概要の記載を想定している。その内容は、A案の場合の設定契約と大きな違いはないと考えられるが、どの程度の特定が必要か、事業譲渡の実務を参照しつつさらに検討する必要がある。

## （2） 公示

事業担保権を新設する場合には、個別財産に対する担保権設定に関する公示制度とは区別された、独自の公示制度を用意することを想定している。公示される内容は、ある特定の事業への担保権が設定されていることであり、具体的にその事業を構成する財産として何が含まれるかは、公示自体からは明らかとならない。この点は、譲渡担保権の場合と同様、公示は警告機能を果たせば十分で、具体的な対象財産は、当事者に照会して設定契約の内容に照らして判断することが想定されている。

なお、事業担保権のための公示制度を新設すると、個別財産の担保に関する公示制度とあわせて公示制度とが二元的に存在することになる。もっとも、いずれの公示制度も人的編成主義をとると考えられ、登録が電子化されていれば、一回の検索で双方の公示制度から検索した結果を同時に表示するシステムを構築することはさほどの困難を伴うとは考えられない。このため、複数の公示制度の存在は「事業担保権」を新たに創設することの大きな障壁となるものではないと思われる。

事業担保権は、企業担保権と異なり、公示の順位によって他の担保権との優先劣後が決まる。ただし、事業継続型実行の際に一定の債権者に優先権が与えられるのは、譲渡担保権の場合と同じである。

### (3) 事業担保権の実行

#### ア 事業担保権の実行方法

事業担保権が設定されている場合は、事業のゴーイング・コンサーンとしての価値を引当てにした担保権であることから、実行は、事業継続型実行が原則となる。

しかし、設定時には個別財産の換価価値の総和を上回る価値を持っていた事業も、実行時には大きく価値が劣化し、もはや事業継続型実行を選択する意味を失っているような場合には、個別財産の譲渡担保権で認められる帰属清算型実行及び処分清算型実行手続を選択することも認められるべきである。

ただし、もともと事業継続型実行のために設定される担保権であり、利害関係者がそれを期待している場合もあるから、個別財産の換価による実行方法を選択する場合には、前提としていた事業継続型実行と異なる手続に拠ることになるため、あらかじめ裁判所の許可を得ることを想定している。

#### イ 事業継続型実行

事業担保権の原則的な実行方法は事業継続型実行であり、その手続はすでに述べたとおりである。事業担保権の実行の場合も管理者が選任されるが、管理者の事業経営の権限は、事業担保権の場合は説明しやすい。すなわち、事業そのものが担保権の目的物であり、その事業の管理処分権が担保権者に移るから、管理者は担保権者の代理人としてこの管理処分権を行使できる。そして、事業の管理処分とは事業の経営に他ならないから、改めて業務委託という構成をとる必要はないと考えられる（担保権設定者の業務委託の意思は当初の事業担保権設定意思の中に含まれている）。

事業担保権の実行については、私的な事業譲渡のほか、裁判所で実施される事業の売却手続を用意するという考えられるが、公的な売却手続は時間がかかるうえに売却価格が低くなる傾向があり、それが抜本的に改善されない限り、実行は私的実行によるという原則を維持するのが適当である。

## 第4 新たな担保制度の利用に向けた留意・検討事項

### 1. 懸念点への対応

#### (1) 過剰担保

事業の担保化を認める場合の懸念点として、過剰担保のおそれが指摘されている。

過剰担保については既存の典型担保である抵当権においてもみられる事象であり、事業の担保化固有の問題ではないが、担保目的物が鑑定書等による客観的な評価が比較的容易な不動産とは異なり、客観的な評価が容



易ではない事業が安易に包括的に担保化されると、融資額との関係で過剰担保となる事態は生じやすいといわれる。

この点で参考になるのがアメリカの状況である。アメリカの UCC 第 9 編の担保権は包括的特定を認めており、事業の大部分を担保化することも容易であるが、過剰担保の問題は生じていない。本委託研究の調査によると、その理由は、仮に担保価値に比して融資額が小さく、担保権者がそれ以上の融資を渋る場合は、担保権設定者は同じ担保目的物に対してより多くの融資をしてくれる融資先をみつけ、借り換えをすることができるからだとされる。

日本で、多くの金融機関や事業者に新たな担保制度の認知が進み、利用が広がっていく過程において、このようなりファイナンスを阻害している要因があるならば、それを特定して、それに対する対応を政策的に実施することが望ましく、単に、過剰担保になるおそれがあるというだけの理由で、有益な資金調達手段となりうる法制度の導入を躊躇するのは、適切な法政策とはいえない。

## (2) 乗っ取り

事業の担保化を認める場合のもう一つの懸念点として、それが企業の乗っ取りの手段として使われるおそれが指摘されている。

確かに、事業を担保化して融資し、担保権設定者が不履行に陥るや否や事業継続型実行を選択して事業に介入し、自己に事業譲渡する形で乗っ取りを凶るというリスクは完全には排除できない。

乗っ取りが正常な担保権者による担保権実行と異なるのは、担保権の実行が安易になされること、担保権者による事業継続が事業価値を低くする方向で実施され、自己への安価な事業譲渡を実現する、という点であろう。

本提案の担保権においては、事業の担保化がされた場合に、事業継続型実行を開始するためには裁判所の開始決定を要することとしている。この時点で担保権設定者の言い分を聞き、適正な担保権実行といえるかを裁判所が判断して、明らかに乗っ取りを意図した不適切な実行であることが分かる場合は、事業継続型実行を認めないとするのが考えられる。

また、事業継続型実行を認める場合も、その後の実行方法は、私的実行である以上、原則として担保権者の選択が尊重されるが、乗っ取りが企図されているおそれなど特段の事情がある場合は、担保権設定者の自己信託による事業継続を命ずることができるようにするなど、担保権設定者が乗っ取りを免れるための方策を講ずることが考えられよう。

さらに、事業譲渡による換価の時点でも、公正な方法での処分義務（第 3 の 4 (2) エ (イ)) を導入することで、担保権設定者その他の利害関係人からの異議申立ての手続を用意することが望ましい。

## 2. 適切な利用に向けた環境整備

提言する新たな担保制度は、中小企業の資金調達手段を多様化し、不動産

や保証人に過度に依存した融資ではなく、有望な事業を持つ中小企業が融資を受けやすくすることをめざすものである。

制度化に際しては、前述の懸念点についての対応として、借換えを可能にするための方策や裁判所による開始決定等の措置を講ずることに加え、制度が適切に利用され、制度の濫用を防止するため、関係省庁や業界によるガイドライン等を作成することも検討されるべきである。また、借換えについても、新たな貸し手によるリファイナンスを容易とするための市場整備やその一環としての評価基準・方法に係るガイドライン等の策定等を並行して進めていくべきである。

この制度を推進していくにあたっては、融資をする者が担保目的物の評価・期中の管理そして処分を行うことが必要となるが、現在においても、同業者団体が、組合員に対する流動資産担保融資を行うなかで、かかる役割を果たしており、一定のノウハウを構築していると考えられることから、そのような事業協同組合等の業界団体の活用・活躍が期待される。

### **3. 要検討事項：他の動産担保制度との関係**

本提案に基づく譲渡担保制度が実現した場合に、各種動産抵当制度や工場抵当制度、企業担保制度を残すかどうか、また、残す場合にどのような修正が必要かについては、個別に検討する必要がある。本制度は、これらの制度の存置と、直ちに抵触するものではないが、存置することの有用性の観点を踏まえて政策判断がされることが望ましい。

以上