

再建型倒産処理手続と担保権

河野 憲一郎

目 次

- I. 序
- II. わが国の倒産法制における担保権の処遇
- III. 〈別除権〉と〈更生担保権〉
- IV. ドイツにおける〈別除権〉をめぐる新たな展開とわが国の倒産法改正
- V. 事業継続財産上の担保権の解消をめぐる問題点と解決策
- VI. 結語

I. 序

再建型の倒産処理手続においては、清算型の破産手続にもまして担保権の実行に対する規制が重要な意味を持つ。殊に不動産は、経済主体が行なう経済活動にとって必要不可欠の資産であると同時に、金融のための最も重要な手段でもあり、したがって倒産という事態に至るまでの間に、既に抵当権が設定されていることが少なくない。再建型の倒産処理手続にあつて、債務者の事業の継続にとって不可欠の資産である不動産に設定された抵当権が実行されてしまうならば、債務者の事業再建は著しく困難あるいは不可能となり、ひいては倒産債権者一般の利益に反する結果にもなる。そこで再建型倒産処理手続においては、何らかの形で、担保権者の実体的地位に配慮しつつも、この者による自由な担保権の実行に一定の制約を加えることが必要となる。

この点につき、再建型倒産処理手続の基本法である民事再生法は「再生手続開始の時に再生債務者の財産につき存する担保権……を有する者は、そ

の目的である財産について、別除権を有」し（民再53条1項）、「別除権は、再生手続によらないで、行使することができる」と規定している（同2項）。民事再生法は、担保権の実行規制につき、会社更生法のように全面的に担保権者を手続に取り込むことはせず、必要に応じて再生債務者と担保権者間の交渉と合意によって解決するものとし、ただ最小限の範囲で担保権実行手続の中止命令（民再31条）や担保権消滅許可制度（民再148条）といった担保権者の権利行使を抑制する方法を付与しているにすぎない。

このような、一方で担保権者に別除権者としての地位を与えて倒産手続によらない権利行使を原則として認めつつ、他方で当事者間の交渉に基礎を置いた調整によって担保権の実行を阻止して債務者の事業の再建を図るという取扱いは、きわめてユニークなものである。その位置づけをわが国の倒産処理手続全体および比較法的な観点から検討してみることは、理論的に大変興味深い作業ではないかと思われる。また、こうしたいわばソフトな解決策がはたしてどの程度の実効性を持つものかを改めて考えてみることは、実務的にも有益ではないだろうか。このような問題意識の下に、本稿では民事再生手続における担保権の取扱いについての手続的規律を検討する。その際に、検討の対象としては、抵当権の設定された不動産が再生債務者の事業の継続にとって不可欠の財産として問題となるケースを念頭に置くこととする。

以下では、まず倒産処理手続における担保権の規律のあり方について概観をするとともに、民事再生法の制定に始まる一連のわが国の倒産法改正の経過を振り返る（Ⅱ.）。次に、わが国の倒産立法においては、担保権を〈別除権〉とする取扱いと〈更生担保権〉とする取扱いとがあることに鑑みて、それぞれの概念が本来意味するところを再確認する（Ⅲ.）。その上で、わが国（旧）破産法の母国ドイツでは、倒産法改正に当たり、別除権者とされるべき者の取扱いに関する議論が一つの重要な中心をなし、しかも後に見るようにその過程で〈別除権〉という概念が変容を受けたことに鑑みて、このことがわが国の倒産法改正立法にどのような影響を与え、あるいは与えなかったのかを明らかにする（Ⅳ.）。これらの比較法的な検討作業を通じて得たわが国の民事再生法のい

わば普遍性と特殊性に関する知見を基礎に、現在のわが国民事再生法の下での手続にははたしてその実効性に問題はないのかを検討する。もし問題があるとするれば、これに対する何らかの具体的な手当ても必要となるだろう (V.)。以上を踏まえて、最後にまとめとする (VI.)。

Ⅱ. わが国の倒産法制における担保権の処遇

1. 各手続の目的と担保権の具体的取扱い

はじめに各倒産処理手続における担保権の取扱いについて、法律の制定目的との関連で、現行の破産法、会社更生法、民事再生法の順にそれぞれ特色を確認しておこう。

(1) 清算型手続としての破産と担保権の取扱い

破産法（平成16年6月2日法律第75号）は、「支払不能又は債務超過にある債務者の財産等の清算に関する手続を定めること等により、債権者その他の利害関係人の利害及び債務者と債権者との間の権利関係を適切に調整し、もって債務者の財産等の適正かつ公平な清算を図る」ことをその目的として掲げている（破1条）。ここに掲げられた債務者の財産等の適正かつ公平な清算こそが、破産手続の伝統的な目的でもあり、それゆえ法人にあっては破産手続の開始が解散事由とされ（一般法人148条6号，同202条1項5号，会社471条5号，同641条6号），最終的には法人格の消滅が予定されている。

このように破産手続が債務者財産の清算を図ることを目的としていることから、破産法は特定財産上の担保権者を別除権者とし、「別除権は、破産手続によらないで、行使することができる」ものとしている（破65条1項）。破産手続では担保権者が別除権者とされていることから、この者は自己の債権が担保目的物によってカバーされている限りにおいては、破産債権の行使手続のごとく届出・調査・確定の手続を経ることなく¹⁾、担保権本来の形での実行をすることによってこれを回収することができる。このように担保権者は破産手続

が開始された後も、平時と同じく、その換価権限が保障されている。もっとも、その反面で破産法は、管財人の介入権を認め（破184条2項、同185条）、あるいは担保権消滅許可制度を用意している（破186条以下）。これらはいずれも、担保目的物が破産財団に帰属する財産であることから、これを効率的に売却し、債権者への配当を少しでも増大させることを意図したものである。

(2) 再建型手続における担保権の取扱い

再建型手続について、民事再生法は「経済的窮地にある債務者について……事業又は経済生活の再生を図ること」（民再1条）を、また会社更生法は「窮地にある株式会社について、……事業の維持更生を図ること」（会更1条）を目的として掲げている。したがって、民事再生手続や会社更生手続にあっては、債務者財産を売却することによって債権者の債権の回収に充てるということが予定されているわけではない。また法人である債務者については、基本的にはその存続が予定されている。

こうした目的を典型的に体现しているのが会社更生手続である。すなわち会社更生法は、特定財産上の担保権を更生担保権とし、更生担保権者にも手続参加を要求している（会更135条）。このため更生手続開始の申立てがあった場合において、裁判所が必要があると認めるときには、裁判所は、更生手続開始の申立てについての決定があるまでの間、担保権実行手続の中止を命ずることができるものとし（同24条）、また更生手続開始の決定があったときは、担保権の実行の申立てをすることはできず、もしこれが既に実施されている場合には、これを中止しなければならないものとする（同50条）。

同じく再建型の倒産処理手続といっても、民事再生手続における担保権の取扱いは、会社更生手続におけるそれとは大きく異なる。民事再生法は、破産法におけると同様に、債務者の特定財産上に担保権を有する者を別除権者とし（民

1) 破産手続による破産債権の行使については、拙稿「破産債権確定手続の基本構造」商學討究60巻2/3号（2009年）161頁以下、同「破産債務者の法的地位と破産債権確定手続」商學討究61巻2/3号（2010年）107頁以下。

再53条1項)、別除権者は担保の目的物について、再生手続によらずにその権利を行使することができるとしているからである(同2項)。もちろん担保権者による担保権の実行を全く無制約に認めてしまえば、およそ債務者の事業又は経済生活の再生は不可能となってしまう。そこで同法は担保権消滅許可制度(同148条)を用意することによって、再生債務者の事業継続に欠くことのできない担保目的物を取込む手立てを付与している。もっとも、そこでは目的財産の価額に相当する金額を一括して裁判所に納付する必要があるため(同152条1項)、これを利用することができるのは(例えばスポンサーが資金提供してくれるなど)経済的な裏付けがある場合に限られる。そこで、事業収益等からの分割弁済しかできない再生債務者が、事業継続に不可欠な財産の担保権の実行を避けるために実務上行われているのが〈別除権協定〉の締結であり、これが民事再生手続の成否にとって決定的に重要な意味を持っている。このように民事再生手続では、担保権者との合意を基礎に担保権の実行を阻止することが、再生債務者の再建が成功するための前提となっている。

このような手続構造のゆえに、担保権者との合意による解決が可能な事案においては再生手続によることとし、逆に、それが困難と見込まれる事案では再生手続によることには限界があり、会社更生手続によらざるを得ないものと、一般に考えられている²⁾。しかし、民事再生手続の利用が本来予定されている中小企業というのは、必ずしも担保権消滅許可制度を利用できるほどの経済的裏付けをもたないのが、むしろ通常のはずである。そうだとすると、担保権者を別除権者とすることによって手続内に取込むことを断念し、もっぱら担保権者との交渉に委ねることによってこの者による担保権の実行を阻止するという手続的規律が、はたして再生手続の本来の目的と整合的なものが問題とされる。

2) このことと関連して民事再生と会社更生の役割分担、いわゆる〈棲み分け論〉が主張されている。これについては、園尾隆司「東京地裁に見る民事再生法施行2年半の運用と企業再生の実務～会社更生手続との役割分担によせて」債権管理98号(2002年)50頁、伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦編『新会社更生法の基本構造と平成16年改正』(有斐閣、2005年)13頁以下。

2. 平成倒産法改正と担保権

もし再生手続において、本来の目的と手続の具体的規律との間の整合性に問題があるように見えるとするならば、なぜそのようになっているのかが検討されなくてはなるまい。立法過程に則して見てみよう。

法務省が倒産法制の全面的な見直しに着手したのは、平成8年（1996年）10月のことであった。当時のわが国の倒産法制は、ドイツ法に倣って大正11年（1922年）に制定された旧破産法（大正11年4月25日法律第71号）にもとづく「破産手続」、同年にオーストリア法に倣って制定された旧和議法（大正11年4月25日法律第72号）にもとづく「和議手続」、昭和27年（1952年）にアメリカ合衆国法の影響の下に制定された旧会社更生法（昭和27年法律6月7日第172号）にもとづく「会社更生手続」を軸としたいわゆる倒産5法制であった。これらのうち旧会社更生法は「窮境にあるが再建の見込のある株式会社……について、……その事業の維持更生を図ること」を目的として制定されたものであり（旧会更法1条）、その手続は、再建型の手続としての清産型の破産手続との決定的な違いを示していた。これに対して、旧和議法の規律する和議手続は、再建型の一般的な手続であったにもかかわらず、前記会社更生手続と対比して多くの問題点が顕在化し、見直しの必要性が特に指摘されていた³⁾。

倒産法の全面改正に着手した法務省は、平成10年（1998年）9月に、中小企業の倒産事件が激増している経済状況にかんがみ、特に緊急の対応を必要とする「新再建型手続」の整備について他の検討課題とは切り離して最優先で検討を行ない、その結果、平成11年（1999年）12月14日に民事再生法（平成11年12月22日法律第225号）および同規則が、他の倒産法制の改正に先駆けて成立することとなった⁴⁾。新たに制定された民事再生法は、手続における担保権の処

3) 旧和議法による和議手続の問題点については、例えば、河野正憲「和議手続の立法的課題」ジュリスト1111号（1997年）74頁以下。

4) 倒産法制の全面改正の経緯については、深山卓也＝花村良一＝筒井健夫＝菅家忠行＝花本三郎『一問一答民事再生法』（社団法人商事法務研究会、2000年）3頁、深山卓也編著『一問一答新会社更生法』（商事法務、2003年）4頁以下、小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（商事法務、2004年）3頁以下。

遇につき、これを旧会社更生法上の更生担保権のように手続内に取込むことはせず、(旧)破産法ないし旧来の和議法と同様に別除権構成を採用し⁵⁾、別除権は再生手続によらないで行使することができるものとした。その最大の理由は、手続の構造を単純化するためである。すなわち仮に担保権を手続内に組み込むとなると、当然にすべての担保目的物についての評価の手続が不可欠となるし、また議決についても組分けをして一般債権者とは別に担保権者の組をつくる必要があるところ、このような規律は、評価に関する争いを勃発させ、また債権者集会のあり方を複雑にし、手続を重くすることにならざるを得ない。しかし、それでは主として中小企業のための簡易迅速な手続として構想された民事再生手続においてはその存在理由を疑わせることになるおそれがある、というのである⁶⁾。かくて民事再生法は、中止命令や担保権消滅許可制度によって、最小限の範囲で担保権者の権利行使を抑制する方法を付与するにとどめ、基本的には担保権者との権利調整は交渉と合意に委ねることとし、担保権を全面的に手続内に取り込むことは断念した。これが民事再生法の定める目的と担保権についての具体的な規律との間に齟齬があるように見える背景である。

いずれにせよ民事再生法は旧和議法の改正法として位置づけられるものであり、担保権者の取扱いについては、これを別除権者としていた同法との取扱いの連続性が認められる。このことを確認した上で、今一度、倒産処理手続における担保権の規律の基礎理論を振り返ることとしよう⁷⁾。

5) 旧和議法第43条【別除権者】 破産ノ場合ニ於テ別除権ヲ行使スルコトヲ得ヘキ権利ヲ有スル者ハ其ノ権利ノ行使ニ依リテ弁済ヲ受クルコト能ハサル債権額ニ付和議債権者トシテ其ノ権利ヲ行フコトヲ得

6) 深山=花村=筒井=菅家=花本・前掲注4) 14頁。

7) 高橋宏志教授が、この問題についてきわめて重要な指摘をされている。すなわち、「結局、別除権だという言い方と、担保権の実行の中止、あるいは担保権の消滅制度をどう調和させるかは、なかなか理論的には面白いところだろうと思います。／また、中止することによって何を狙っているかという、中止制度そのものから見ると、これは別に担保権消滅請求制度だけに結び付くわけでもなくて、中止をして交渉をするということになるのだろうと思います。その交渉に対して、……担保権も少なくとも再建型手続の中では、実質的には手続の中に取り込まれてしかるべきな

Ⅲ. 〈別除権〉と〈更生担保権〉

1. わが国における議論の基礎

わが国旧破産法は、ドイツ法に倣った立法であり⁸⁾、担保権の規律に関して基礎を置いた〈別除権〉という概念も、これに由来している⁹⁾。そうであるとすれば、ドイツにおける最初の統一破産法である1877年のドイツ破産法 (Konkursordnung ; 以下「KO」とする。なお、後述のごとく1898年に改正がなされているため、1877年法の条文は旧〇条として示す。)に遡ることによって、〈別除権〉の本来の意味を確認しておくことが有益であろう。加えて、わが国では1952年 (昭和27年) にアメリカ合衆国法の影響の下に旧会社更生法が制定されていた。したがって、このこととの関連において、その際に創り出された〈更生担保権〉の概念が、どのようなものであったかも確認しておく必要がある。

のだというふうに議論する人もいるでしょうし、やはり別除権なのだということを強く言う人もいるかもしれません。／ですから、ここは……学問的な理論家のほうの研究対象になると思うのです」と言う (伊藤眞ほか編『民事再生法逐条研究——解釈と運用』(有斐閣, 2002年) 47頁以下)。本稿の以下の叙述は、担保権者を「別除権者」として取扱うということの意味を明らかにすることによって、この問題にアプローチしようとするものである。

8) 加藤正治『新訂増補破産法要論』(有斐閣, 第17版, 1953年) 23頁は、「現行破産法 (旧破産法のこと——筆者) は、……法律の大体の構成は独逸法を模範に取り、独逸法系に属する法律と称することが出来る」という。

9) なお、旧商法第3編としてドイツ人ヘルマン・ロエスレル (Hermann Roesler) によって起草された旧々破産法 (明治23年4月26日法律第32号 ; いわゆる法典論争を経て、明治26年7月1日より施行) は、商人破産主義を採るフランス法に倣った立法であったが、その第3章 (997条~1001条) に〈別除権〉に関する規定を置いていたのは、注目に値する。

旧々破産法第997条 債務者ノ動産又ハ不動産ニ対シテ抵当権、質権其他ノ優先権ヲ有スル債権者ハ財団ヨリ先ツ弁償ヲ受ケタルニ非サレハ其担保物ノ売払代金ヨリ費用、利息及ヒ元金ノ支払ヲ受ケル為メ別除ノ弁償ヲ請求スルコトヲ得若シ其売払代金ノ剰余アルトキハ買主之ヲ財団ニ払込ム可シ

2. ドイツ破産法における〈別除権〉の概念

(1) KO 制定の背景

はじめに KO が制定された際の背景を確認しておこう。けだし、KO の規律には、当時のドイツに特有の事情が反映しており、これを離れて問題を論じることはできないと思われるからである。

まずはじめに確認しておくべきは、1871年の統一前のドイツはいくつもの領邦国家に分かれており、また統一後のドイツ帝国も25の支分国家によって構成された一種の連邦国家であったということである¹⁰⁾。したがって、KO の立法者の任務は、統一後間もないドイツの全土において適用される統一破産法を制定することであった¹¹⁾。当時の帝国は、民事訴訟法をはじめとする全土に適用される司法法を整備しつつあった反面で、統一的な民法典（以下「BGB」とする。）をいまだ有してはおらず¹²⁾、実体法は各邦で大きく異なっている状

10) ドイツ帝国憲法（ビスマルク憲法）第1条【連邦の構成】 連邦の領域を構成するのは、ラウエンブルクを含むプロイセン、バイエルン、ザクセン、ヴェルテンベルク、バーデン、ヘッセン、メークレンブルク＝シュヴェリーン、ザクセン＝ヴァイマル、メークレンブルク＝シュトレーリッツ、オルデンプルク、ブラウンシュヴァイク、ザクセン＝マイニンゲン、ザクセン＝アルテンブルク、ザクセン＝コーブルク＝ゴータ、アンハルト、シュヴァルツブルク＝ルードルシュタット、シュヴァルツブルク＝ゾンダースハウゼン、ヴァルデック、ロイス本家、ロイス分家、シャウムブルク＝リッペ、リッペ、リューベック、ブレーメン及びハンブルクの諸邦である。

訳文は、高田敏＝初宿正典『ドイツ憲法集』（信山社、第5版、2007年）による。

11) *Hahn/Mugdan*, Die Gesamten Materialien zu den Reichs-Justitzgesetzen, Bd. IV, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1898, S. 3. KO の草案理由書については、荒木隆男教授により部分訳がある。同「1874年ドイツ破産法草案理由書(1)～(12)」*亜細亜法學*21巻1号（1986年）185頁以下、同21巻2号（1987年）35頁以下、同22巻2号（1988年）43頁以下、同23巻1号（1988年）99頁以下、同23巻2号（1989年）81頁以下、同24巻1号（1989年）83頁以下、同26巻2号（1992年）189頁以下、同27巻1号（1992年）185頁以下、同28巻2号（1994年）129頁以下、同32巻1号（1997年）49頁以下、同33巻2号（1998年）97頁以下、同34巻1号（1999年）143頁以下。

12) 周知のごとく、BGB が成立したのは1896年のことである。それに至るまでの経緯については、例えば、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）3頁以下参照。

況であった。このことは、ドイツ全土において実施されるべき破産手続において、はたして担保権をどのように処遇すべきかという問題にとってもきわめて重要な意味を持ち、立法者は、債権法の分野における法の多様性（ドイツ普通法、個々のラント法およびライン＝フランス法の割拠）について触れた後に、「より疑問が大きく、また困難が伴うのは、質権および抵当権の分野での実体権の対立である」と述べていることから窺い知れる。担保権が各邦でさまざまに定められていたために、破産手続においてその調整が問題となったのである¹³⁾。立法者は、この困難な問題の解決策として、〈別除権〉という取扱いを採用した。

(2) 1877年のドイツ帝国破産法における別除権についての具体的規律

KOは、「第1編 破産〔実体〕法」、「第2編 破産手続」および「第3編 罰則」の3編からなる。別除権については、第1編の「第1章 総則」でその大原則について定め、「第5章 別除権」でそのカタログと行使方法を明らかにし、「第8章 破産債権者」の箇所では不足額責任主義について定めた上で、さらに第2編の「第3章 配当財団」の箇所にて破産管財人による財団管理との関係での調整規定を置いている。

KO旧3条は¹⁴⁾、「別除的満足は、『破産手続によらないで』これを行なう」と規定する（同2項）。KOは旧1条において破産手続においては〈破産財団〉が形成されること、そして旧2条でそこから独占的かつ協同的な満足を受ける〈破産債権者〉の範囲について規定を置くことによって破産手続の基本構造を明らかにしており、旧3条は、こうした手続構造との関連において、破産財団に属する債務者の特定財産の上に優先権を有する債権者の〈別除的満足〉について定めている。この点につき立法者は、「もし物的担保付債権者（die dinglichen Gläubiger）を破産に取り込むとしたら、いかなる不利益がこの者

13) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 38.

14) 1898年改正後の第4条である。

並びに他の債権者について生じるか」に着目する。それによると、物的担保付債権者は、破産手続が開始されない場合には、債務者およびその権利承継人並びにこれらの者の全ての人的債権者および全ての第三者に対して担保物からその満足を求める権利と立場を有するはずであるところ、もしこの者の満足を、これに全く利害関係をもたないその他の者が、その請求権、債権および優先権を届出、証明しかつ確定を得るまで引き延ばされ、あるいは別除権とは何ら関係のないその他の目的物が破産財団に譲渡され又は取り込まれるまで延期されるべきだとすれば、このことは権利の拒絶に等しい、と言う。また、担保物と財団のその他の目的物とを共同に管理するものとした場合には、全て手続の最後になって初めて可能となる厄介な全体の計算によってしか全く決着をつけえないような混乱した状態を生じるし、人的債権者の方でも、物的担保付債権者の債権および順位に関する争いが一般的手続又は特別訴訟によって解決されるまで、その満足を待たなければならないことになってしまう、とも言う¹⁵⁾。かくしてKOの立法者は、「物的担保付債権者および他の別除権を有する債権者を破産外に出すというのは全くもっともな見解である」と結論付ける¹⁶⁾。つまりKOの立法者は、〈破産財団〉が〈破産債権者〉の独占的かつ共同的満身に充てられるということを出発点とし、そこから破産財団に属する特定の財産の上に物的担保権を有する債権者がいる場合には、この者を〈別除権者〉として「破産手続の外に出す」ことにしたのである。

このような理解を前提に、KO旧39条以下に始まる「第5章 別除権」では、いかなる財産権およびいかなる請求権について別除権が認められるべきなのかを定めている。その際、同章は「第4章 取戻権」に直接に接続した形で置かれており、立法者は、具体的な法条の説明に先立って、取戻権と別除権の間の概念上の差異について明らかにする。すなわち、取戻権は第三者の物を（したがって〈破産財団〉には属さない物を）対象とするのに対して、別除権は破産

15) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 55.

16) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 55.

者に属する物，それゆえ〈破産財団〉に属する物を対象としているのだという¹⁷⁾。いかなる者が別除権者たりうるかにつき，KOは，旧39条で不動産について，また同旧40条で動産の占有質権という形で¹⁸⁾，不動産と動産とで区別をして規定している。これはドイツ各邦における私法の分裂を背景に，不動産と動産における取扱いの決定的な違いに着目したものであった¹⁹⁾。立法者は不動産担保権に関するKO旧39条について，次のように言う。

「疑いもなく，破産法の領域において別除権を確定し，制限することは重要であろう。それにもかかわらず，草案はこれを除外した。この任務の実現には現在のところ克服できない困難が存在している。……当面ドイツでは現行の不動産法およびこれに本来的な基礎はますます相違し，しばしば対立して形成されている。……。破産法のために，……統一的原則を抽象することはほとんど不可能であり，またどうしても必要というわけではない。破産法は，破産財団の不動産からの物的担保付債権者（Realgläubiger）の満足権を規律することを差し控えることができる²⁰⁾」。

17) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 184.

18) KO旧第39条【不動産】 ① 強制執行に関して不動産に属する目的物は，それから優先的弁済を求める物権又はその他の権利が存在する限りにおいて，別除的満足に充てられる。

② 不動産の範囲並びに目的物より弁済される請求権の範囲及び順位は，ライヒ法及びラント法がこれを定める。

1898年の改正に際して，斜体部分が削除されている（改正後のKO47条）。

同第40条【占有質権】 破産者の有体動産，債権又はその他の財産権に占有質権を有する債権者は，質入れされた目的物から別除的弁済を，その債権につき，まず費用，次に利息，最後に元本について請求することができる。

1898年の改正に際して，斜体部分が「法律行為により設定した質権」と改められている（改正後のKO48条）。

19) 不動産と比べた動産の特性につき，立法者は，次のような例を挙げている。「普通法の領域で単純な契約により設定された抵当権（Hypothek）は，目的物がプロイセン法の領域に到着するや否やその効力を失い，メークレンブルクに来ると再び効力を有し，さらにブレーメンに搬送されると，そこでは公証された抵当権のみが優先権を享受するので，破産において優先権を失うことになる」（*Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 191）。

20) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 187.

かくして立法者は、不動産上の債権者 (Immobilienläubiger) の満足のための強制的手続は訴訟法に委ねられなければならないだけでなく、このことと一致して、別除権の実体的制限も民法に委ねうるのだ、と結論づける²¹⁾。

このように KO の立法者は、別除権者の権利が破産によって阻止されることはないということを明らかにしたのだが、そもそも財団所属財産については、管財人の換価権が認められていたこととの関係で、これと別除権者の換価権の調整が必要となる²²⁾。この点について定めたのが KO 旧116条以下の管財人の換価についての規律であり、ここでも不動産 (KO 旧116条) と動産とで分けて規定がなされている (KO 旧117条)²³⁾。不動産の強制競売・強制管理については、当時のドイツが不動産物権、特に登記に関する法制の統一を欠いていたことから1877年のドイツ帝国民事訴訟法 (CPO) はこれに関する規定を置くことをせず、特別法に譲った。そのため、1897年のドイツ強制競売・強制管理法 (以下「ZVG」とする。) の172条から174条に破産管財人による強制競売・強制管理の実施の規定が置かれることとなった²⁴⁾。

21) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 187.

22) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 11), S. 313.

23) KO 第116条【不動産執行】 破産財団に属する不動産の強制管理及び強制競売は、破産管財人によって所轄官庁で行うことができる。

第117条【質物の換価】 ① 管財人は、破産財団に属する動産でその上に債権者が占有質権又はそれと同等の権利を有するものを、強制執行又は質物の売却に関する規定にしたがって、換価する権利を有する。債権者はこの換価に対して異議を述べることができず、換価による売得金に対してのみその権利を主張することができる。

② 債権者が裁判所の手続によらずに目的物から満足を得る権利を有するときは、破産裁判所は管財人の申立てにもとづいて、債権者を審尋した上で、債権者に対して目的物を換価すべき期間を定めることができる。この期間経過後は、第1項の規定を適用する。

1898年改正後第126条および第127条についての上原敏夫「倒産実体法の立法論的研究(1)——倒産手続における担保権者の処遇 (担保権実行手続の停止と破産管財人の換価権)」民商法雑誌112巻4・5号(1995年)829頁の訳文を参照した。なお、1898年の改正により斜体部分は「債権者が法律行為によって設定した質権」と改められた。

24) *Hahn/Mugdan*, Die Gesamten Materialien zu den Reichs-Justitzgesetzen, Bd. V, ZVG, GBO, 1897, S. 66 f.

現在は、さらに ZVG174a 条の規定が置かれている。

以上見てきたように、KOの立法者は、物的担保権者を破産手続の外に出すということ、したがって当該担保権を破産手続の中でそのまま承認し、それ本来の手続による実現を可能ならしめるという決断をしたわけである。それは多分に当時のドイツにおいては統一的な担保法が存在せず、各邦ごとに多種多様な法規律が存在し、破産法の立法にあたってはこれらを前提に立法をする必要があったという特殊事情によるものでもあった。その後、1896年にBGBが制定され、これに合わせて不動産執行についてZVGも制定された（1897年5月24日）。またこれらと対応して、1898年に破産法の大改正が行われている。統一的な民法の成立によって、各邦で異なる法規律を調整するという当初の立法者の関心事は、もはや問題とはならないものとなった。

しかし、〈別除権〉という概念が、破産手続において〈財団〉が形成されることを前提とした上で、これに帰属する特定の財産に優先権が成立する場合に、当該特定財産からの優先的満足の実現を破産手続の外に出す法技術であることが変更されたわけではない。こうした〈別除権〉の概念は、破産予防の和議について定めた1935年の和議法（Vergleichsordnung）においても踏襲されており、破産手続のように〈財団〉が形成されることのない和議手続について、「破産手続において別除的満足を主張できる債権者」という形で規律が置かれている²⁵⁾。

3. わが国における法継受

(1) 別除権

わが国旧破産法は、KOに倣って、「第1編 実体規定」、「第2編 手続規定」、「第3編 免責及復権」、「第4編 罰則」よりなる。別除権については、第1編の「第8章 別除権」に規定がなされていた。この法律は、破産財団に

25) VerglO 第27条【別除権を有する債権者】① 破産手続において別除的満足を主張できる債権者は、第71条3項の規定にかかわらず、債務者が同人に対して人的に責任を負い、かつ同人が別除的満足を放棄するか又は別除的満足によって弁済を受けられなかった限りで和議債権者となる。〔以下略〕

属する財産の上に存する特別の先取特権、質権又は抵当権を有する者はその目的である財産について別除権を有するものとした上で（旧破92条²⁶⁾、別除権は破産手続によらないで行使する、と定めていた（同95条²⁷⁾。

このようなわが国の別除権の観念は、基本的に KO におけるそれと同様に理解することができる。すなわち、ここでも破産手続においては〈破産財団〉が形成され、これが〈破産債権者〉の共同的な満足の引きあてになるという構造を採ることから出発し、このこととの関連で物的担保権者の権利行使手続についてはこれを破産手続の外に出すものとしたのである。したがって破産手続においても当該担保権をそのままの形で承認し、それ本来の実行手続による実現を可能ならしめる法技術を導入したものと評価しうる。わが国の民法が基本的にはフランス法の系譜を強く引き継いだものであり、かつそれが定める担保権の実行手続を規律していた旧競売法（明治31年6月21日法律第15号）が、ドイツ法の概念を用いつつも、フランス法の論理で成り立っているものであったことに鑑みるならば²⁸⁾、担保権を別除権として破産手続の外に出すということは、実体法と手続法の母法の違いという問題点を解決するためのきわめて巧みな法技術でもあった。

(2) 更生担保権

これまで見て来た〈別除権〉という概念は、本来手続において〈財団〉が形成されることを前提とするものであり、またドイツ法にあっては倒産手続における担保権者の処遇については、〈別除権〉の概念のみが問題となった。これに対して、わが国では、第二次大戦後、事情は異なってきた。けだし、アメリカ合衆国法の影響の下に本格的な再建型手続である会社更生手続を有するに

26) 旧破産法第92条【別除権者】 破産財団ニ属スル財産ノ上ニ存スル特別ノ先取特権、質権又ハ抵当権ヲ有スル者ハ其ノ目的タル財産ニ付別除権ヲ有ス

27) 旧破産法第95条【別除権の行使】 別除権ハ破産手続ニ依ラスシテ之ヲ行フ

28) この点については、三ヶ月章「任意競売と強制競売の再編成」同『民事訴訟法研究〔第6巻〕』（有斐閣、1972年）145頁〔初出は、小野木常＝齋藤秀夫先生還暦記念『抵当権の実行』（有斐閣、1971年）〕。

至ったわが国は²⁹⁾、旧会社更生法の制定に際して〈更生担保権〉という概念をもつこととなったからである。まずはじめに、〈更生担保権〉なる概念がアメリカ合衆国法に由来するものではなく、破産手続との調和を図るためにアメリカ合衆国法には見られない形で設けられたものであることを確認しておかなくてはならない³⁰⁾。すなわち、それは担保権を有する債権者の地位を包括的に把握して倒産法上の地位を定義し、かくして〈更生債権〉に〈更生担保権〉を対応させた上で、その個別的権利行使の禁止、届出強制、権利の変更をかぶせようという構想であった³¹⁾。このような取扱いは、伝統的な担保権の理解に変容を迫るものであったが、会社更生法といういわばごく限られた特殊領域でのみ許容された扱いと考えられてきたようである。

IV. ドイツにおける〈別除権〉をめぐる新たな展開とわが国の倒産法改正

1. 問 題

これまで見て来たように、わが国の破産法および破産法学は、母国であるドイツのそれらから多大な影響を受けてきた。したがって、1999年1月1日をもって統一的な倒産法 (Insolvenzordnung ; 以下「InsO」とする。) が、これまでドイツにおいて妥当してきた破産法および和議法に代替したことは、両者のあり方に関して、1つの転換点をなすものであった。けだし、そこでは一本化された申立てによって手続が進行し、最終的に手続が清算的な内容に終わ

29) 1978年前のアメリカ合衆国の連邦破産法の制定は、4段階に分けられる。1800年法 (1803年に廃止)、1841年法 (1843年に廃止)、1867年法 (1878年に廃止)、1898年法 (1978年に廃止) である。このうち1898年の破産法のもっとも重要な改正が1938年のチャンドラー法でなされた改正であり、第10章が会社更生を規律していた。わが国が旧会社更生法の制定に際して継受したのはこれである。アメリカ合衆国における歴史的展開については、Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 2nd. Ed., 2009, § 1.6 c.

30) 三ヶ月章編『条解会社更生法〔上〕』(弘文堂, 1973年) 31頁。

31) 霜島甲一「西独の倒産法制の現状と改正論について(6)」判例タイムズ384号 (1979年) 20頁以下。

るのか、それとも更生的に終わるのかは、どのような倒産処理計画 (Insolvenzplan) を立てるかによって定まるという方策が採用されたところ、このような法的規律は、いわゆる倒産 5 法制という形で複数手続型の立法を採っていたわが国とは異なる方向へと向かうものであったからである。

この改正に至る母国ドイツにおける倒産法改正をめぐる議論については、わが国でも多くの関心を持って紹介・検討がなされた³²⁾。以下ではそうしたわが国における研究成果を参照しつつ、InsO が採用した手続形態とわが国の倒産法制の違いに留意をした上で、再建型倒産処理手続における担保権の取扱いについて示唆を求めることとする。その際に、InsO が、全体としては別除権という構成を維持しつつも、KO4条 2 項に対応する規定をもはや残してはいない点を予め指摘しておこう。最近 BGH 民事第 9 部 (倒産部) は、2011年 2 月 17 日の裁判において、このことにつき次のように述べている³³⁾。

「倒産法は、別除的満足は『破産手続によらないで』これを行なうとした KO 4 条 2 項に対応する規定を有していない。特に InsO165 条以下の規律、しかし ZVG30d 条、同 174a 条の規律もまた、別除権の負担を負った対象が財団に帰属し、その換価は、以前とは異なり、『倒産手続によらないで』これを行なうわけではない、ということをも明らかにしている (BGH, Urt. v. 17.7.2008 - IX ZR 132/07, NZI 2008, 543 [= DZWIR 2008, 478] Rdn. 10) 参照」。

BGH は、InsO が、別除権の行使は破産 (倒産) 手続によらないで行なうものとしていた従来の KO の別除権の理解を改めたということを明言している。この BGH のテーゼは、現在のドイツ法にあっては、別除権が、わが国の

32) 例えば、河野正憲「〔翻訳〕ヴォルフラム・ヘンケル：西ドイツにおける倒産法の改正」判例タイムズ 598 号 (1986 年) 152 頁以下、上原敏夫「西ドイツ倒産法改正要綱 (第一報告書) 試訳」一橋大学研究年報 (法学研究 20) (1989 年) 95 頁以下、三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』(成文堂、1995 年)、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(成文堂、1999 年) など。

33) BGH, Urteil vom 17.2.2011 - IX ZR 83/10.

現行破産法および民事再生法とは異なる形で理解されていることを意味している（破65条1項，民再53条2項参照）。そこで，InsO165条以下の規律がどのような経緯で成立し，どのように従来の別除権の観念を変容させたのか，また統一立法であるInsOにおいて，事業継続に必要な財産についての担保権の実行がどのように制約されているのかを見てみよう。

2. ドイツ倒産法の下での状況

(1) InsOにおける〈別除権〉についての新たな規律

InsOの別除権に関する規定を見ると，どのような権利が別除権たりうるかについて，不動産に関してはInsO49条に，動産に関しては同50条，同51条に定めた上で³⁴⁾，目的物の換価について，不動産に関しては同165条，動産に関しては同166条以下³⁵⁾に規定を置いている。特に注目すべきは，非占有動産担保の管財人による換価につき，費用分担金の規定を置いた点である。こうした

34) InsO 第49条(目的不動産からの別除的満足) 不動産強制執行に服する目的物(目的不動産)から満足を受ける権利を有する債権者は，強制競売及び強制管理に関する法律の定めるところにより，別除的満足を受けることができる。

同第50条(質権者の別除的満足) ① 倒産財団に対して法律行為による質権，差押えにより取得された質権又は法定質権を債権者は，第166条乃至第173条の規定により，主たる債権，利息及び費用につき質物から別除的満足を受ける権利を有する。

② [略]

35) InsO 第165条(目的不動産の換価) 倒産管財人は，目的物に別除権が存する場合であっても，管轄権を有する裁判所において倒産財団の目的不動産の強制競売又は強制管理を実施することができる。

同第166条(動産の換価) ① 倒産管財人は，別除権の存する動産を占有しているときは，その動産を自ら換価することができる。

② 管財人は，債務者が請求権の担保のために譲渡した債権を取立又はその他の方法により換価することができる。

③ [略]

同第170条(売得金の配当) ① 目的物の確定費用及び換価費用は，倒産管財人による動産又は債権の換価の後，換価による売得金から他に先立って倒産財団のために控除しなければならない。別除権を有する債権者は，残余の金額から遅滞なく満足を受けることができる。

② 倒産管財人が第166条により換価することができる目的物を換価のために引

規定に至った経緯を振り返っておこう³⁶⁾。

ドイツでは1975年のキルガーの有名な論文「破産の破産」³⁷⁾の中で、この当時破産財団の欠乏のために手続が開始されないケースが飛躍的に増大してきたということ、そしてこの財団不足の原因として、非占有動産担保（所有権留保、譲渡担保、担保のための債権譲渡）の主張が半ば暴利行為的な形でなされているということが指摘された³⁸⁾。同じ時期に、ヘンケルもまた、イエーガーの『大コンメンタール〔第9版〕』のKO 4条の注釈において、別除的な満足が、重大な危険をも惹き起こすことについて論及している³⁹⁾。すなわちヘンケルは、別除権者はその名目価値が責任目的物によってカバーされている限りにおいて、割当額を指示される破産債権者の運命を分かち合っていないため、[KO] 4条（旧3条）の規律は、別除権を獲得することによって危険を排除するインセンティブを提供していること、そのためにもっとも優遇された破産債権者（例

渡すときは、債権者は、この者が取得した換価による売得金から、確定費用及び売上税（第171条第2項3文）に応じた金額を他に先立って財団に支払わなければならない。

同第171条（費用分担金の算定） ① 確定費用は、現実に生じた目的物の確定費用及びこの目的物に対する権利の確定費用を含むものとする。この費用は、総額で換価による売得金の100分の4を基準とする。

② 換価費用は、総額で換価による売得金の100分の5を基準とする。〔以下略〕
InsOの訳文については、以下を含め、木川・前掲注32)を参照した。

36) 詳細は、前掲注32)の諸文献を参照。

37) *Kilger*, *Der Konkurs des Konkurs*, KTS 1975.

38) *Kilger*, a.a.O. (Anm. 37), S. 148. 具体的には、別除権者がKO127条2項にしたがって自己換価権を行使すること、およびその結果として目的物引渡請求が別除権者によって行われて財団から多大な財産が逸出することが挙げられる。

39) *Jaeger-Henckel*, *Konkursordnung mit Einführungsgesetzen: Großkommentar*, 9. Aufl., 1977, § 4. 同様の議論は、既に1975年に出された *Henckel*, *Wert und Unwert juristischer Konstruktionen im Konkursrecht*, in: *Bökelmann/Henckel/Jahr* (Hrsg.), *FS für Friedrich Weber zum 70 Geburtstag*, S. 237 ff. の中でも展開されていた。この論文は、*Kohler*, *Lehrbuch des Konkursrechts*, 1891において展開された差押権（*Beschlagsrecht*）の観点からの体系化に批判的な検討を加えてのものであり、ヘンケルはこれに対して責任法（*Haftungsrecht*）という観点からの体系化を提案する。こうしたヘンケルの立場については、萌芽的な段階のものであるが、ヴォルフラム・ヘンケル（拙訳）「破産債権確定手続の対象」*商學討究*61巻1号（2010年）291頁以下を参照。

えば賃金債権者又は財団債権者)との競合が生ずることを指摘する。この点についてKOの立法者は、4条1項で別除権の範囲を限定し、別除権を承認するための要件をその特定性と公示性に求めていたのであり、それゆえ非占有のかつ公示のない別除権を承認することは、立法者の意思に明らかに反するものである。しかし、判例はまず担保のための債権譲渡と譲渡担保を破産法の外で承認し、その後、これらを別除権と宣言するに至っている、という。

以上のような認識ないし問題意識は、その後のドイツ倒産法の改正論議を牽引する一つの中心点となった。1976年に開催された第51回ドイツ法曹大会においてヘンケルは、管財人が担保目的物を換価し、最終的に担保権者が自己の債権の満足を得るに至るまでの間にさまざまな費用が生じており、これらの費用は担保権者が優先的に弁済を受ける過程で生じたものであるにもかかわらず、その負担が財団に、したがって無担保債権者の負担に帰せしめられている点を特に問題視した⁴⁰⁾。そのためヘンケルは、非占有動産担保には別除権者としての地位を否定し、換価権は管財人に専属するとの提言をした。この考え方は、1985年の倒産委員会第一報告書でも大筋で支持されたものの、政府の準備草案および参事官草案では別除権者としての位置づけが復活して、第一次的には管財人に換価権を与えるものの、担保権者には先買権および管財人の換価を催告する権限が認められるに至っており、InsOでは、担保権者が自ら換価権限を行使する機会が、より積極的に保障されることになった。また、売得金からの控除額についても、改正要綱では15%ないし25%が手続分担金として想定されていたところ、参事官草案では費用分担金として10%、InsOではさらに9%へと後退させられている⁴¹⁾。こうした経緯を経て設けられたのが、現在の別除権に関する諸規定であり、そこでは管財人の原則的な換価権を前提とした上で、100分の9に当たる費用分担金の払込みが求められている。以上見てきたような後退はあるものの、ここでは手続において〈財団〉が形成され、財団が

40) *Henckel*, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentags, Bd. II, Teil O, S. 22.

41) 上原敏夫「倒産法における担保権実行の規制」ジュリスト1111号(1997年)136頁注2)。

担保物からの優先的な満足に寄与している点が考慮されている。ただ、いずれにせよ改正論議の中心的位置を占めたのは、非占有動産担保の倒産法上の取扱いであった。

(2) 倒産処理計画における別除権者の取扱い

InsOは「第6編 倒産処理計画」においても、別除権を有する債権者の満足についての興味深い取扱いをしている。すなわち、「別除権を有する債権者の満足、倒産財団の換価並びに関係人に対するその財団の配当および倒産処理手続終了後後の債務につき、異なった定めをすることができる」という(InsO217条)⁴²⁾。この制度は、相当程度アメリカ合衆国法、とりわけ連邦破産法11章の規制に倣っているが⁴³⁾、日本法も参照されている⁴⁴⁾。もっとも、ここでは担保権を〈別除権〉とする立場から出発をしていることが看過されてはならない。

倒産処理計画の内容は、倒産手続開始後にいかなる措置が執られたか、又はさらに執られるべきかを記載する説明部分(Darstellender Teil)と関係人の法的地位がどのように変更されるべきかを確定する権利変更部分(Gestaltender Teil)とからなる(InsO219条)⁴⁵⁾。倒産処理計画に別段の定めがないときには、別除権を有する債権者の権利は、別除権が成立している目的物からの満足について、計画によって影響を受けることはない(InsO223条1項)。しかし、別

42) 倒産処理計画については、ライポルト(野村秀敏訳)「ドイツ新倒産法における倒産処理計画の成立と法的性質」竹下守夫先生古稀記念『権利実現過程の基本構造』(有斐閣、2002年)847頁以下。

43) アメリカでは1978年に破産法の包括的な改正が行われている。これについては、*Tabb*, a.a.O. (Anm. 29), § 1.7.

44) これについては、霜島甲一「西独の倒産法制の現状と改正論について(1)~(7・完)」判例タイムズ370号5頁以下、372号8頁以下、377号24頁以下、380号19頁以下、382号27頁以下、384号20頁以下、389号11頁以下(以上いずれも1979年)。また、ライポルト(野村訳)・前掲注42)849頁。

45) InsO第219条(計画案の構成) 倒産処理計画案は、説明部分と権利変更部分からなる。倒産処理計画案には、第229条及び第230条に定める添付書類を添付しなければならない。

段の定めがなされた場合には、どれだけの配当額について権利を減額すべきか、いかなる期間について支払いが猶予されるべきか、又は権利が他のどのような規律に服すべきかを権利変更部分に記載しなければならないものとされている(同2項)⁴⁶⁾。

討議・決議期日において倒産処理計画案についての審議と決議がなされるが(InsO235条)、決議は計画案によってあらかじめ定められたグループ⁴⁷⁾ごとに行われる(InsO243条)⁴⁸⁾。債権者が倒産処理計画を可決するためには、各グループにおいて、①投票した債権者の多数が計画案に同意し、かつ②同意した債権者の請求権の総額が投票した債権者の請求権の過半数であることという2つの要件を満たすことが求められている(InsO244条)⁴⁹⁾。したがって、こ

同第220条(説明部分) ① 倒産処理計画案の説明部分には、計画された関係人の権利の変更のための基礎を作り出すために、いかなる措置が倒産手続開始後に執られたか、又はさらに執られるべきかを記載する。

② [略]

同第221条(権利変更部分) 倒産処理計画案の権利変更部分では、関係人の法的地位が計画案によりどのように変更されるべきかを定める。

46) InsO 第223条(別除権者の権利) ① 倒産処理計画に別段の定めがないときは、別除権を有する債権者の権利は、別除権が成立している目的物からの満足について計画により影響を受けない。[以下略]

② 別段の定めが計画案になされる限りにおいては、別除権を有する債権者の権利について、どれだけの配当額について権利を減額すべきか、いかなる期間について権利が支払いを猶予されるべきか、又は権利が他のどのような規律に服すべきかを権利変更部分に記載しなければならない。

47) InsO 第222条(グループの形成) ① 倒産処理計画案において関係人の権利を定めるときは、債権者が異なる法的地位を有している限りにおいて、グループを形成しなければならない。以下の者は、これを区別しなければならない。

1. 別除権を有する債権者で、計画案が別除権を有する債権者の権利に影響を与えるとき

[以下略]

48) InsO 第243条(グループでの投票) 議決権を有する債権者の各グループは、個別に倒産処理計画案について投票を行なう。

49) InsO 第244条(必要多数) ① 債権者が倒産処理計画案を可決するためには、各グループにおいて以下の要件を充たすことを要する。

1. 投票した債権者の多数が計画案に同意したこと

2. 同意した債権者の請求権の総額が投票した債権者の請求権の過半数であること

② [略]

ここでは原則として、別除権者のグループを含む、全てのグループが同意をしなければならない。ただし、投票グループの過半数が同意をしたときには、一定の要件を満たすことによって同意があるものと擬制される (InsO245条)⁵⁰⁾。これは〈妨害禁止 (Obstruktionsverbot)〉と呼ばれるものであり、わが国の権利保護条項に相当する。

以上のようなドイツの倒産処理計画は、アメリカ合衆国連邦破産法の第11章手続およびわが国の旧会社更生法を参考にしつつも、これとは独自の発展を遂げたものとして注目に値する。ドイツ法は、担保権者を別除権者として処遇しつつ、倒産処理計画に記載された別除権者については、その権利行使が制約されるとしている。ドイツ法がこのようなやり方を採用しているのは、わが国のように複数の手続を併存する法制ではなくて、単一手続型の法制を採用していることと密接不可分の関係にある。

このような InsO の採用した立法主義は、現に担保権の実行が開始されてしまった場合における当該担保権の実行手続の停止のあり方にも、不可避的に影響を及ぼしている。すなわち ZVG は、債権者が強制競売を実施した場合に、倒産管財人は、一定の要件が存在する限りにおいて、仮の停止申立てによって

50) InsO 第245条 (妨害禁止) ① 必要多数に達しなかった場合においても、以下の場合には、投票グループの同意があったものと看做される。

1. このグループの債権者が倒産処理計画案により計画案がなかったとしたら有したであろう地位よりも不利な地位には置かれないとき

2. このグループの債権者が計画案に基づいて関係人に与えられるべき経済的価値に対して適切な関与を認められているとき

3. 投票グループの多数が計画案に対して必要多数をもって同意をしたとき

② 計画案にしたがった場合に以下の結果を導くときは、第1項2号の意味におけるグループの債権者の適切な関与が認められる。

1. 他の債権者がその請求権の全額を超える経済的価値を取得しないとき

2. 計画案がない場合にそのグループの債権者に対して劣後的に満足を受けべきであったはずの債権者も債務者又は債務者に対して資本参加している者も経済的価値を取得しないとき

3. 計画案がない場合にそのグループの債権者と同順位で満足を受けべきであったはずの債権者がこの債権者よりも有利な地位に置かれないとき

対抗することができるものとしている (ZVG30d 条)⁵¹⁾。具体的には、①倒産手続において報告期日が差し迫っているとき (同1項1文1号)、②土地が、報告期日の結論によれば、倒産手続において事業の継続にとってもしくは営業又はその他の対象全体の譲渡を準備するために必要であるとき (同1項1文2号)、③提出された倒産処理計画が競売により危殆化されるとき (同1項1文3号)、又は④その他の態様において競売により倒産財団の適切な換価が著しく困難になるとき (同1項1文4号) が、これにあたる。また、債務者が倒産処理計画を提出し、これが InsO231条により却下されず、かつ競売により提出された倒産処理計画が危殆化される場合には、強制執行の仮の停止を申し立てることができる (同2項)。これらの規律は、InsO 制定に際して入れられたものである。

3. わが国の倒産法改正の評価

(1) 比較に際しての基本的な視点

これまで見て来たように、ドイツでは、以前とは異なり、別除権の負担を負った対象の換価は、もはや倒産手続によらないで行なうものとはされていない。そしてこのことは、別除権というものが、KO 制定時のドイツにおける私法の分裂を背景にして、さしあたり担保権を倒産手続の外に出すという関心から採用された法技術としてとらえるならば、さして不思議なことでもない。今日では、別除権の成立した倒産財団上の特定財産についての換価権は第一次的に管財人に帰属し、かつ別除権者も倒産処理計画に引き込まれ、別除権の実施は強制競売手続の仮の停止の対象ともなるのである。このようなドイツでの新たな別除権理解に照らして、わが国の倒産法改正はどうとらえられるであろうか。

51) この点については、Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 19. Aufl., 2009, § 30d; Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 1505. また、倉部真由美「ドイツ倒産法における担保権実行の停止」東京都立大学法学会雑誌44巻2号(2004年)303頁以下、中島弘雅=三上威彦「ドイツ倒産法の近時の運用状況について」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策〔上巻〕』(商事法務, 2008年)1073頁以下(特に1096頁以下)。

(2) 破産法の改正

まず、わが国破産法は、改正に当たって、従来の別除権という枠組みを維持した。もっとも、別除権の行使の仕方について、手直しが加えられている点を見落としてはならない。特に注目すべきは、担保権消滅許可制度が取り入れられたこと、さらに売却に際して組入金の制度が採られていることである。新たな破産法は、先行的に立法された民事再生法の前例を踏まえつつ、この制度を導入した。もっともここでは、民事再生法におけるとは異なり、もっぱら効率的な売却の観点が問題となっているにすぎない。したがって担保権消滅許可の申立てへの対抗措置としては、担保権の実行の申立てが予定されている（破187条）。このような担保権消滅許可制度はドイツ法にはなじみのないものである。もっとも、ここで〈組入金〉の制度が採られている点は、注目に値する。ただし、これは手続において〈財団〉が形成されることと担保物に対する財団の寄与を前提とするものと理解されるからである⁵²⁾。

組入金に見られるようなドイツ法に類似した手直しがなされた面はあるものの、InsOにあってはKO4条に対応する規定が脱落している点について、わが国では必ずしも十分には意識はされてこなかったようである。それゆえドイツ法では以前とは別除権の概念が変容している点まで十分に意識した上での改正がなされていたかと言え、疑問が残る。むしろドイツにおける伝統的な別除権の議論の延長線上にある改正とみるべきであろう。このことは民事再生法に

52) 上原敏夫・前掲注41) 131頁, 133頁, 伊藤眞「倒産処理制度の理念と発展」民事訴訟法学会編『民事訴訟法・倒産法の現代的潮流』239頁, 275頁(1998年), 中島弘雅『体系倒産法I:破産・特別清算』(中央経済社, 2007年)309頁。松下淳一『民事再生法入門』(有斐閣, 2009年)102頁注20)は、民事再生法の担保権消滅許可制度は不可分性の例外と捉えれば比較的シンプルであるのに対して、破産法の担保権消滅許可制度は物権法から直接導けない組入金という要素が入るぶん、複雑であると指摘している。この点は、破産手続の場合には、破産財団が存在し、あくまでも財団の寄与が問題となっているのに対して、民事再生手続においては、かかる財団というものは存在せず、別除権者とはいうものの、その実質は担保権者であるにすぎないことによるとみるべきではないだろうか。

なお、永石一郎「破産財団の換価」判例タイムズ830号(1994年)137頁は、旧法下における管財人による換価の実務について述べている。

においてより顕著である。

(3) 民事再生法の制定

民事再生法は、旧和議法に代わるものであり、旧和議法の伝統を踏襲して、担保権を有する者を別除権者とし、別除権は再生手続によらないで行使することができるものと定めている。この点で同法の規律は破産法のそれと大差はない。しかしながら、民事再生手続においては債務者の事業の継続が、手続にとっての決定的に重要な要素であり、このこととの関係で一定の手当てがなされている点も見逃してはならない。すなわち、法は担保権消滅許可制度を導入している(民再148条以下)。もっとも、この担保権消滅許可制度を利用するにあたっては目的財産の価額に相当する金額を一括して裁判所に納付する必要があることから(同152条1項)、一括納付できる場合(例えばスポンサーが資金提供してくれる場合)にしか利用できない。

このため事業収益等による分割弁済しかできない再生債務者が、事業継続に不可欠な財産の担保権実行を避けるための方法としては〈別除権協定〉が用いられており、これについての法律上の規定はないものの、むしろ民事再生手続の実務における「影の主演」とでもいうべき地位を占めている⁵³⁾。これは担保権者との合意により協定を成立させ、分割弁済を行うことにより、目的財産の受戻しをする方法であり、〈別除権実行の禁止〉と〈支払終了時における担保抹消の約束〉を骨格としている⁵⁴⁾。

民事再生法は、手続の構造を単純化するため、会社更生法上の更生担保権のように担保権を手続内に取り込むことをしなかった。このため債務者の事業の継続に不可欠の財産について、担保権者によって別除権が実行されてしまうこ

53) 三上徹「別除権協定の諸問題——民事再生法の影の主演」商事法務編『再生・再編事例集4 事業再生の思想——主題と変奏』(商事法務, 2005年)。

54) 木内道祥監修『民事再生実践マニュアル』(青林書院, 2010年) 200頁, 三上徹「別除権協定の実務」事業再生と債権管理105号(きんざい, 2004年) 159頁。また, 倉部真由美「別除権協定について」事業再生研究機構編『民事再生の実務と理論』(商事法務, 2010年) 342頁以下。

とを阻止するためには、通常、当該担保権者の同意を取りつけることが必要となる。これに対してドイツ法は担保権者を同じく別除権者としつつも、倒産処理計画に組み込む余地を認めていた。したがって、再建型の手続において担保権者を別除権者とするとしたとしても、わが国の民事再生法のあり方だけが唯一のものではないということをここでは指摘しておく。

V. 事業継続財産上の担保権の解消をめぐる問題点と解決策

1. 民事再生法における物的担保権をめぐる問題点

上記のごとき別除権協定による合意を軸とした解決方法は、いわゆる実務の知恵として評価することができよう。ただし、別除権協定については、別除権者がこれに違反して担保権を実行したとして、これにはたして何らかの法的サクションがあるのかが、必ずしも明らかではない。また、別除権協定に応じるか否かは、担保権者一人一人の意向が強く働くことにもなる⁵⁵⁾。このことから、担保権消滅許可が利用できない以上は、担保権者との合意による解決が困難と見込まれる事案においては、再生手続によることには限界があり、更生手続によらざるを得ず、それが無理であれば結局は破産とせざるを得ないこととなる⁵⁶⁾。しかし、民事再生手続は本来再建型手続の基本型として用意されたはずであり、こうした場合に会社更生手続が利用できない以上は破産によって清算してしまうしか道はないというのでは、再生手続の存在理由を見失わせはしないだろうか。さらに言えば、そもそも民事再生手続においては〈財団〉というものが観念できなかつた以上、本来的な意味での〈別除権〉が問題となっ

55) それゆえ極端な話をすれば、再生手続の成否が一人の担保権者の意向いかに完全に左右されることにもなってしまう。担保権者がかくも強力な交渉力を持ちうるとした場合に、それにはたして合理的な根拠はあるのかが改めて検討されなくてはならないのではなからうか。

56) 福永有利監修『詳解民事再生法——理論と実務の交錯』（民事法研究会，第2版，2009年）306頁以下（山本和彦執筆），山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞巳＝水元宏典『倒産法概説』（弘文堂，第2版，2010年）146頁（沖野執筆）。

ているのかも疑問が残る。したがって、別除権という観念からただちに結論を演繹すべきではない。むしろここでは（再生）債務者対担保権者という担保権本来の関係が現在も継続していると見るべきではないだろうか。ただ、そのように考えた場合には、一見、担保権者の強力な交渉力はより説明がつけやすいようにも見えるかもしれないが、はたしてそうであろうか。担保権、殊にここで問題とされている抵当権というものが、どのような性質をもつものであったかを、改めて振り返ってみよう。

ここで担保権消滅許可制度の導入をめぐるなされた議論が注目される。わが国倒産法制の改正の過程においては、担保権消滅請求制度と担保権の不可分性・順位昇進の原則との関係が論じられた⁵⁷⁾。また民事再生法の立法担当者も、滌除と同様の考え方に依拠してこの制度を採り入れことに言及している⁵⁸⁾。民法は、旧民法を経由してフランス民法から滌除の制度を承継したが⁵⁹⁾、この制度は担保権（抵当権）自体が第三者の利益のために消滅させられるということを実体法上明らかにするものでもある⁶⁰⁾。このように見ると担保権者の地位というものは必ずしも万全なものではなく、むしろ一定の負担を伴ったものである、と見うるのではないか。民事再生法がこのような担保権者の地位を改めて、例えば〈別除権者〉としてこれを強化しているとは考えられないの

57) これについては、伊藤ほか編・前掲注6) 131頁および132頁（鎌田薫発言）、鎌田薫「倒産法における物的担保権の処遇」民事訴訟雑誌46号（2000年）189頁、森田修「倒産手続と担保権の変容」倒産手続と民事実体法（別冊 NBL60号）（商事法務研究会、2000年）76頁以下。

58) 深山＝花村＝筒井＝菅家＝花本・前掲注4) 『一問一答民事再生法』191頁。

59) 滌除制度については、新関輝夫「フランス民法における滌除について」民商法雑誌68巻5号（1973年）698頁以下、同「滌除制度の存続の可否」米倉明ほか編『金融担保法講座〔第1巻〕』（筑摩書房、1985年）221頁以下。このような滌除の制度は、本来複雑・過重な権利関係を清算することで不動産の流通を促す目的によるものであったが、増価競売制度が抵当権者にとって過大な負担となる、滌除権者の意向によって値上がり状況でも即時の競売を強制される、事前の通知義務によって抵当権の実行妨害が容易になるといった問題点があり、平成11年（2003年）の民法改正において廃止された。

60) 抵当権者が、もともと確保している不動産の価値は、最終的には競売価格と言えるとするのは、新関・前掲注59)「滌除制度の存続の可否」234頁。

で、再生手続において担保権の実行を何らかの形で制約する必要があるのだとするのであれば、現行法上その可能性が検討されてよいし、そのことは民事再生の目的にも適っているのではないだろうか。

2. 一つの試論

担保権者の地位と言っても実体法上必ずしも万全のものではなく、担保権者の自由な権利行使の利益が民事再生手続の中でさらに合理的な制約を受けうるものと考えられるとするならば、一つの運用上ないし解釈上の取扱いとして、非協力的な担保権者を手続内に取り込むことも考えられてよい。

以下ではそのための試論を提示してみたい。別除権者が、(1)別除権協定の締結に協力的でないケースと(2)別除権協定に違反して担保権を実行してきたケースに分けて考えてみる必要がある。

(1) 別除権者が別除権協定の締結に協力的でないケース

まず、別除権者が別除権協定の締結に協力的でない場合に、再生債務者が当該別除権者に対して被担保債権の弁済を約束した上で、弁済方法として分割弁済の提案をし、基本的には目的不動産の額で担保権を消滅させてしまうことは、はたしてできないだろうか。

この点、会社更生法上は、更生計画の可決にあたっては、会社更生法196条5項に定める者の同意がなければならないが、一部の組の不同意が事前に明らかかな場合には、更生計画案提出者がその組の権利者のために事前に権利保護条項を定め、裁判所が許可をしたときには、その対象となった組の権利者は議決権を行使できなくなるものとし（会更195条）、権利保護条項の内容として、更生担保権者については、担保権を存続させ、または、公正な取引価額以上で売却した代金における弁済等が予定されている点が参考となる⁶¹⁾。もちろんこ

61) 松下淳一「一部の組の不同意と権利保護条項」判例タイムズ1132号（2003年）241頁。

のような会社更生法の採るスキームは、全ての担保権者を〈更生担保権者〉として手続の中に組み込むことを前提に、関係人ごとに組分けをした上で議決をするというシステムにおける救済手段であったことを忘れてはならない。

しかし、仮に担保権者を原則としては手続の中に組み込まないとしても、必要に応じて、個別のケースごとに反対担保権者についてのみ、権利保護条項的な運用を行うことによって、強制的に担保権を消滅させてしまう余地は全くないであろうか。この場合、当該担保目的物についての評価の手続が不可欠となるが、この点については民事再生法は担保権消滅許可制度を用意し、そこでは目的財産の価額に争いがある場合には、裁判所が評価人の評価にもとづいて決定で当該財産の価額を定めるための手続が設けていた（民再149－同151条）。したがって、これを基礎として、分割払いの形でも担保権を消滅させることができるようにすることが考えられえないか。ただ、この場合に当該担保権者は、どのような手続上の地位にあるかが問題となる。①再生債権者とみるのは、担保権が強制的に消滅させられることに鑑みると不当であろう。②別除権者とみることができれば、これにこしたことはないのだが、既に担保権は消滅しているし、抵当権の登記も抹消されているため、困難が伴う。したがって、きわめて苦しいが、③再生債権者の共同の利益にもとづいて担保権を消滅させられたことに鑑みて、共益債権者の地位にあると見るべきではないか。

もし上記のような形で別除権協定の締結に協力的でない担保権者の担保権を強制的に消滅させることができるとするならば、担保権実行中止命令（民再法31条）の運用もこれまでよりも柔難かつより積極的な位置づけを与えられないであろうか。

この制度は手続開始後にも利用できる点にその特色があるものの、一定の期間を定めて発令されるものであった⁶²⁾。現状では、ここにいう相当の期間とは、再生債務者が担保権者と交渉し、目的物の取り扱いについて和解などによる解

62) 園尾隆司＝小林秀之編『条解民事再生法』（弘文堂、第2版、2007年）130頁以下（高田裕成執筆）。

決を図るための時間的猶予を意味するとされている⁶³⁾。いわば担保権消滅許可又は別除権協定の締結までの暫定的な停止が予定されているにすぎない。したがって、別除権協定の締結にはじめから応じないで別除権を行使してきたような場合については、従来の理解によれば、通常はその射程から外れるものであった。

しかし、上述の手続上の処理が完了するまで中止命令の拡張的な運用はできないだろうか。この点で、ドイツ法においては、ZVG30 d 条の定める強制執行の仮の停止の措置が倒産処理計画の成功の要となっていたことが参考にされてよい。

なお、以上のように述べたからと言って、担保権者との権利調整が基本的には交渉と合意に基礎を置くのが望ましいことには変わりはなく、あくまでも交渉がうまく行かない場合の最後の手段であることを否定するものではない。

(2) 別除権者が別除権協定に違反して担保権を実行してきたケース

次に、別除権者が別除権協定に違反して担保権を実行してきた場合はどうか。ここでも一般に中止命令を利用することが許されてよいだろう。加えて、別除権協定が単なる紳士協定ではなく、法的効力を有する訴訟上の合意とみるのであれば、その違反にもとづくさらなるサンクションの余地も考えられる。

問題は別除権協定の具体的な定め方にも大きく関係してくることとなるだろうが、一方で、この種の合意が再生債務者に期限の利益を付与している点をとらえて、実体法上の債務猶予の合意と理解する余地がある。これによれば、たしかに期限が未到来であるにもかかわらず、担保権を実行した場合と同じにとらえることができよう。しかし他方で、合意の主要な効果に着目するならば、担保権実行の禁止と支払終了時における担保権抹消の義務づけこそが主要な効果である。このように見ると一種の執行制限——ないし担保権実行制限——契約

63) 伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣，第2版，2009年）600頁。

ということになるであろうか⁶⁴⁾。

VI. 結 語

民事再生法は、再生債務者の財産の上に存する担保権を別除権とし、別除権は再生手続によらないで行使できるものとした。こうした立場は、同じく再建型の手続を規律する会社更生法よりも、むしろ清算型の破産手続を規律する破産法のそれに近い。これは民事再生法が中小企業の倒産手続を念頭に置いたものであることから、手続を簡素化するために旧和議法の取扱いを踏襲したものと一般に説明されている。

債務者の事業を再建するにあたっては、事業の継続にとって不可欠の財産について担保権の実行を阻止する必要があることは言うまでもない。この点につき、民事再生法は再生債務者と担保権者との間での交渉に基礎を置いた調整に多くを委ねることとしていた。実務上は、ほとんどのケースで別除権協定が用いられるとともに、民事再生手続の成否が、法律に規定のない別除権協定の成否に大きく掛かってくるという意味で、それには「影の主演」としての位置づけが与えられてきた。このような実務の知恵によるソフトな解決方法は、たしかに注目に値する。しかし、それは当事者の合意を基礎とする以上、仮に一人の担保権者であっても、その者がどうしても別除権協定の締結に応じなければ、もはや民事再生手続の利用はあきらめなくてはならないという問題があった。また、担保権者が別除権協定に違背して担保権を実行してきた場合に、それに対する法的効果は必ずしも明らかではなく、なおその実効性には不確かな面もあった。

64) ただ、最決平成18年9月11日民集60巻7号2622頁は、「強制執行を受けた債務者が、その請求債権につき強制執行を行う権利の放棄又は不執行の合意があったことを主張して裁判所に強制執行の排除を求める場合には、執行抗告又は執行異議の方法によることはできず、請求異議の訴えによるべきものと解する（傍点筆者）のが相当である」という。もちろんこれに対しては、異論の余地がある。Vgl. *Wagner, Prozeßverträge*, 1998, S. 729 ff.

民事再生法が担保権の実行の阻止を再生債務者と担保権者の間の交渉に委ねたということは、担保権者との交渉がうまく行かない以上は民事再生手続の利用はあきらめて、会社更生手続あるいは破産手続に行かなければならないということでもある。従来、一般にそれはやむを得ないものと理解されていた。しかし翻って、民事再生法が、本来、中小企業の倒産事件を念頭において制定されたことに鑑みると、このような取扱いは制度の存在理由に疑問を抱かせる。たしかに担保権者の利益を（不当に）軽視し、弱めてはならないことはもちろんであるが、しかし逆に、不当に強めてもならない。本稿では、民事再生手続における担保権者の地位を理論的に明らかにしつつ、あえて従来の理解とは異なり、担保権消滅許可制度の考え方に範をとりつつ、再生手続において債務者の事業継続に不可欠の不動産につき設定された担保権につき、再生債務者が債務を分割払いで弁済によって消滅させる試論を試みてみた。あくまでも試論の域を出ないが、上記の問題提起とあわせて大方のご批判を乞う次第である。

〔完〕

【付記】本稿は、平成23-25年度科学研究費補助金若手研究(B)（研究代表者・河野憲一郎）「実効的債権回収システムの再構築」（課題番号：23730080）による研究成果の一部である。また、平成23年9月30日の倒産法研究会（於：札幌地方裁判所）において報告の機会を与えられ、多大のご教示を得ました。ここに記して感謝申し上げます。