

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移(一一)——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動搖期
(以上本誌五六卷二号)
- 三 中期(大正・昭和初期)の判例・学説
——「間接義務」概念の導入・制度の位置付けの対立・民法第三九二条との交錯・特約論の登場・その他
(以上本誌五六卷三・四号)
- (1) 「間接義務」概念の導入——ドイツ法の注入
- (2) 制度の位置付けの相違——柚木説と西村説を中心に (以上本誌五六卷三・四号)
- (3) 民法第三九二条二項との制度的交錯——複雑化の新たな要因
- (4) 担保保存義務の免除特約論
- (5) その他の問題点
- (6) 小括——判例・学説の大枠形成 (以上本誌五七卷一号)
- 四 後期の判例・学説——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整
(以上本誌五七卷二号)
- (1) 特約論の重点化——議論の座標軸の変換 (以上本誌五七卷二号)
- (2) 要件の「不確定要因」——判例・学説・金融実務家の主張からの抽出
- (3) 議論の擦れ違いとその背景——法的思考の視点から (以上本誌五七卷三号)
- 五 最近の判例・学説の動向とその到達点
- (1) 免除特約の「援用制限」判決の出現——昭和五〇年代の高裁判決
- (2) 免除特約の「空洞化」の叫び——金融実務の反応、新たな学説
- (3) 最高裁平成二年判決の登場——重過失要件の追加 (以上本誌五七卷四号)

- (4) 懸念された問題の現実化——解除ケースの出現
 - ① 最高裁判平成七年判決の登場
 - ② 最高裁判平成七年判決の再検討——判例法理の到達点と残された課題
(以上本誌五八卷一号)
- (5) 免責効果の性質——判例・学説の到達点とその再検討
 - ① 最高裁判平成三年判決の分析
 - ② 免責効果の再検討——担保保存義務制度の趣旨・原理部分から
(以上本誌五八卷二号)
- (6) 民法三九二条二項との枠組みの「交錯」
 - ① 判例・学説の推移
 - ② 最高裁判平成四年判決の再検討
(以上本誌五八卷三号)
- (7) 元本確定「前」の根抵当権者の担保保存義務
 - ① 問題設定
 - ② 学説・裁判例
 - ③ 立法過程における議論——民法三九八条ノ七を中心に
 - ④ 新根抵当法成立後の議論——学説・実務家の主張
 - ⑤ 本問題の再検討
(以上本誌五八卷四号)
- (8) 任意売却処分過程でなされる抵当権の放棄の「有効性」——担保保存義務との関係
 - ① はじめに——問題設定
 - (i) 任意売却処分の意義
 - (ii) 任意売却処分の実務上のメリット
 - ② 抵当権の放棄——絶対的放棄の有効性
 - (i) 民法典が規定する抵当権の放棄(民法三七六条)——相対的放棄
 - (ii) 絶対的放棄の有効性
 - (a) 判例——共同抵当の放棄肯定と弊害回避の法的構成
 - (b) 学説の推移

六
む
す
び

- (iii) 絶対的処分の拡大——根抵当法、抵当権の順位の変更、任意売却処分
 - ③ 任意売却処分の有効性とその問題点の再検討
 - (i) 処分価格・配分方法の妥当性
 - (a) 手続の透明性の欠如
 - (b) 破産法上の手続との比較——担保権消滅請求制度（破一八六条以下）
 - (c) 一般債権者を害する債権回収——民法三九四条の「法意」との抵触
 - (ii) 紛争例——債権の一部しか回収ができなかった場合（担保保存義務との関係）
 - (iii) 任意売却処分とコンプライアンス
 - (a) 売却額・配分方法の妥当性確保
 - (b) 後順位担保権者との交渉——担保抹消料の要求の阻止
 - (イ) 担保抹消料の支払の正当性
 - (ロ) 担保抹消料の基準
 - (ハ) 担保抹消料の負担者
 - (c) 交渉手続——情報の開示
- （以上本号）

五 最近の判例・学説の動向とその到達点

(8) 任意売却処分の過程でなされる抵当権の放棄の「有効性」——担保保存義務との関係

① はじめに——問題設定

(i) 任意売却処分の意義

任意売却処分においては、抵当権の実行としての競売手続による法定の換価方法によらずに、一般取引上行われ

ると同様の方法による財産の売却処分を行い、その売却代金によって抵当権者等の利害関係者が債権の回収を行う。抵当権者には、債権回収と引換えに抵当権の解除（放棄）に応じてもらうという手順を踏むことになる。したがって、任意売却処分を進めるには、まず抵当不動産の所有者の協力が必要である。所有者が任意売却を拒否する限り、任意売却処分に着手することはできない。次に、抵当不動産上の利害関係者の協力が必要となる。任意売却処分を成立させるには、抵当不動産上に附着する権利をすべて消す必要があるためである。しかし、抵当不動産には複数の抵当権が設定されているのが通常である。仮差押債権者がいる場合もある。担保物件の価額を超える担保が設定されている場合には、競売手続によれば明らかに配当を受けることのできない後順位担保権者がいる。ところが、抵当不動産上に附着する権利をすべて消す必要があるため、競売手続によれば配当を受けることのできない者にも、売却代金からいわゆる「判子代」を支払って、抵当権の解除に応じてもらっている。

(iii) 任意売却処分の実務上のメリット

競売は、債権者が裁判所に申立て、担保不動産を換価して配当を受ける法定の手続である。競売手続は、正式の手続を踏む必要がある、しかも時間（一年から二年）と費用（登録免許税・不動産鑑定手数料・執行官への手数料など）がかかる。競売の売却基準価額は時価の六割から七割とされ、それでも一回目の入札で落札されればよいが、二回目以降はさらに基準価額が下がる。最終的に落札されずに終わることも覚悟しておかなければならない。これに対して、任意売却処分の場合には、買受人を見つげることができれば、時価またはそれに近い価額での売却も可能であり、債権回収を有利に進めることが期待できる。以上の点から、実務においては、迅速に債権回収を有利に進めることができる任意売却処分のメリットを無視できない。

【問題設定】

しかし、任意売却処分には、次のような問題点が残る。

① 絶対的放棄の有効性 民法典が規定する抵当権の放棄は、相対的放棄である（民法三七六条）。これに対して、任意売却処分過程でなされる抵当権の解除（放棄）は、「絶対的放棄」である。任意処分は、相対的放棄とは異なり、第三者（利害関係者）を害する場合があり、その手続・配当の順序・金額によっては有効とは認められない場合があるのではないか。

② 民法三九四条の「法意」 民法三九四条は、抵当権者は抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ他の財産から弁済を受けることができると規定し、一般債権者を保護している。任意売却処分による債権回収の結果、一般債権者が害される場合があるならば、それは民法三九四条の法意に反するのではないか。

③ 任意売却処分での手続の透明性、配当の順序・金額 任意売却処分の手続において、十分な情報開示・説明がなされているか。手続の透明性が問題となる。利害関係を有する第三者を害する配当があるならば、それは許されない。標準となる配当の順序・額から懸け離れた変更はその公平性・有効性が疑われる。

そこで以下では、右の①から③の問題点を念頭に置いて、任意売却処分過程でなされる抵当権の放棄の一有効性について、担保保存義務との関係から考察することにする。

② 抵当権の放棄——絶対的放棄の有効性

(i) 民法典が規定する抵当権の放棄（民法三七六条）——相対的放棄

民法は、抵当権の処分について、「抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる。」と規定する（民法三七六条一項）。民法三七六条は「絶対的処分」と理解することは無理がある。というのは、処分に關係しない者を著しく害するからである。通説によると、抵当権の処分（抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位譲渡・放棄）が行わ

れても、元の順位の形が消滅するのではなく、元の順位がそのままあるものと仮定した上で、それに基づいて行われる優先弁済について処分の当事者の間で譲ったり、交換したりするものである。したがって、処分に關係しない者にはなんの影響も生じない。民法三七六条が認めたのは、抵当権の「相対的処分」である。したがって、抵当権の「放棄」は、放棄者と受益者の契約によつて効力を生じ、債務者・抵当権設定者・中間順位の担保権者の「承諾」を要しないと解される。

もつとも、抵当権の処分を相対的処分と理解すると、このような処分が積み重なった場合の關係は著しく複雑になる。そこで、「独立的性格」の根抵当権の処分（民法三九八条の一、二、民法三九八条の一三）が加わる機会に、抵当権の順位の変更（民法三七四条）が導入される（根抵当権の順位の変更は抵当権の順位を被担保債権から完全に切り離して入れ替えるため当事者・利害關係人に絶対的に及ぶ¹⁾。根抵当法が民法三七六条の処分方法を相対的効力説に基づいた制度であると前提して、新しい根抵当権の処分方法を定めたため、絶対的効力説は消滅する²⁾。

(1) 我妻栄・有泉亨著（清水誠補訂）・コンメンタール担保物権法（第三版）一五四—一五五頁（平一六）、我妻栄・新訂民法担保物権法四一四—四一五頁（昭四二）。

(2) 柚木馨・高木多喜男・担保物権法（第三版）二九二—二九四、三〇五—三〇六頁（昭五七）、高木多喜男・担保物権法（第四版）二二八—二二九、二三四—二三六頁（平一七）、山崎寛・新版注釈民法（九）（柚木馨・高木多喜男編、平一〇）三七—三七三頁。

(ii) 絶対的放棄の有効性

(a) 判例——共同抵当の放棄肯定と弊害回避の法的構成

判例は、共同抵当権の放棄が「自由に」できることを認めるが、その法的構成は異なる。まず、**[12]** 大決大六・

一〇・二二民録二三・一四一〇は、「第一順位ノ抵当権ノ目的タル数箇ノ不動産中ノ一部ノ上ニ第二順位ノ抵当権ノ設定アル場合ニ於テ一番抵当権者カ民法第三百九十二条第二項前段ノ規定ニ從ヒ二番抵当権ノ目的タル不動産ノ代価ノミニ付弁済ヲ受ケタルトキハ二番抵当権者ハ同条項後段ノ規定ニ依リ一番抵当権者ニ代位シテ抵当権ヲ行フコトヲ得ルモ此代位権ハ一番抵当権者カ二番抵当権ノ目的不動産ノミニ付キ弁済ヲ受ケタル為メ其不動産ニ付債権全部ノ弁済ヲ受クルコトヲ得サル場合ニ始メテ取得スルモノニシテ一番抵当権者カ右ノ弁済ヲ受ケサル限リハ二番抵当権者ハ単ニ代位スルコトヲ希望ヲ有スルニ過キサルモノトス然レハ一番抵当権者カ二番抵当権ノ目的不動産ノミニ付弁済ヲ受クルニ先チ他ノ抵当不動産ニ付抵当権ヲ放棄スル場合ハ二番抵当権者ハ其放棄ヲ妨クヘキ何等ノ權利ヲ有スルモノニ非サルナリ」とした（傍線・筆者以下同様）。

また、**〔32〕**大判昭七・一一・二九民集一一・二二九七は、「民法第三百九十二条第二項ニ基ク次順位抵当権者ノ代位権ハ先順位ノ抵当権者カ其ノ抵当権ヲ実行スル以前ニ在リテハ未タ発生セサルモノニシテ該次順位抵当権者ハ単ニ将来右代位権ヲ取得スルニ至ルヘキ希望ヲ有スルニ過キサルカ故ニ縦令此ノ場合ニ先順位抵当権者カ次順位抵当権ノ目的タル物件以外ノ不動産ニ付有セル抵当権ヲ拋棄シタレハトテ之ヲ以テ直ニ次順位抵当権者ノ權利ヲ侵害セルモノト断スルコト能ハス」とした。

その後、**〔42〕**大判昭一一・七・一四民集一五・一四〇九は、「民法第五百四条ノ規定ハ第五百条ノ規定ニ依リテ代位ヲ為スヘキ者アル場合ニ於テ債権者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其ノ担保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ為スヘキ者ハ其ノ喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其ノ責ヲ免ルト云フニ過キス而モ抵当権ノ一部（即チ同一債権ノ担保タル数箇ノ抵当不動産中ノ或モノニ対スル抵当権）ヲ拋棄シタリトテ其ノ残部ノ抵当権（即チ爾余ノ不動産ニ対スル抵当権）ハ勿論存在スルカ故ニ其ノ行使ヲ為シ得サルノ道理無シ唯本件ノ如キ場合ニ於テハ抵当権ヲ実行シ競売代金ノ配当ヲ為スニ当リ先順位抵当権者ハ其ノ拋棄ノ目的タル抵当物件ノ価額ニ準

シ次順位抵当権者ニ対シ優先弁済ヲ受クルヲ得サルハ必シモ多言ヲ俟タス這ハ民法第三百九十二条及第五百四条ノ法意ヲ類推スルニ依リテ知ルヲ得ヘシ」とした。【42】判決は【68】最判昭四四・七・三民集二三・八・一二九七によつて踏襲される(↓【10】最判平四・一一・六民集四六・八・二六二五(先述(6)①(iii))。)

右のように、判例は、共同抵当権の放棄が「自由に」できることを認める。しかし、その法的構成は異なる。

【12】【32】判決は共同抵当権について後順位抵当権者は代位の希望を有するにすぎないとし、共同抵当権の放棄をしても権利の侵害はないと構成している。これに対して、【42】判決は後順位担保権者の代位期待を法的に保護されるべきものと位置づけ、抵当権の放棄を自由に認めながら、後順位抵当権者の存する不動産に対する共同抵当権者の優先弁済権の範囲を制限する解釈をとっている。優先弁済を受けることができただけの抵当権の放棄によるならば、他の共同抵当権の放棄を「自由に」認めても、第三者の権利を侵害するという弊害は生じない。【42】判決は、絶対的放棄から生ずる問題を巧妙に回避している。もつとも、【42】判決は共同抵当権の放棄の事案である。

(b) 学説の推移

戦前の学説を概観すると、①放棄には後順位抵当権者の「同意」を要するとする説(石田(文)¹⁾、②抵当権を放棄しても後順位抵当権者に「対抗」できないとする説(末弘)²⁾がある。①説によれば、そもそも後順位抵当権者の同意がなければ、先順位抵当権者は担保の放棄ができず、②説によれば、抵当権を放棄しても後順位抵当権者に対抗できない(先述三(3))。

戦後の学説には、③後順位抵当権者の代位の目的となるべき共同抵当権は、後順位抵当権者の同意がない限りは放棄できないとし、その同意を得ないでした放棄は、後順位抵当権者に対する関係では無効であるとする説(香川・右①説と同意)³⁾、④共同抵当権者が一つの目的不動産上の抵当権のみを放棄したときは、共同抵当権者があらかじめ各目的不動産の価額に按分比例して抵当金額の割付を行い、単独抵当と化したもの一つを放棄したものとみなし

て処理すべきとする説(鈴木(緑)⁽⁴⁾(ただしその後改説)、⑤共同抵当権者はその放棄の対象となつた不動産について自ら抵当権を実行することはできないが、他の不動産より全額の債権について優先弁済を求めることを妨げるものではなく、その場合に次順位抵当権者はあたかも放棄がなかつた場合と同様に、放棄の目的である不動産に民法三九二条二項によつて代位できるとする説(柚木・高木)⁽⁵⁾がある。そのような状況において、多くの学説が判例〔42〕大判昭一・七・一四民集一五・一四〇九、〔68〕最判昭四四・七・三民集三三・八・一二九七を支持し、共同抵当権の放棄については、他に傾聴すべき説もあるが、一応判例は固まつたとされる(先述(6)①(ii))。

(1) 石田文次郎「判研」論叢三六卷四号七三二頁(昭二二)。

(2) 末広敏太郎・判民大正一一年度一二四事件評釈。

(3) 香川保一「共同抵当に関する諸問題(六)」金法二六五号、六〇頁(昭三六)。一般的に他人の権利の目的となつてゐる権利は、自由に放棄することができないものとするのが、法律上当然の事理であり、民法三九八条や民法一七九条一項但書の規定の存することも、この事理のあらわれであるとする(香川・前掲論文(五)金法二六三号一〇七頁(昭三六))。

(4) 鈴木祿弥・抵当制度の研究二三九―二四〇頁(昭四三)。その後、鈴木博士は、一方の物件の所有者が債務者、他方の物件の所有者が物上保証人である限り、物上保証人の利益保護の観点から、物上保証人が優先するとし、旧説を改めるとされている(鈴木祿弥「最近担保法判例雑考(四)」判夕五一六号三八頁(昭五九))。

(5) 柚木馨・高木多喜男・担保物権法(第三版)三八七―三八八頁(昭五七)。

(6) 古館清吾「共同抵当権の代価の配当」(藤林益三・石井眞司編・判例・先例・金融取引法(新訂版)所収)四三〇頁(昭六三)。判例を支持する有力な主張として、学説には、我妻栄・新訂担保物権法四五六頁(昭四三)、川井健・担保物権法一四八頁(昭五〇)など、金融実務からは佐久間弘道・共同抵当の理論と実務三七二頁(平七)がある。

(iii) 絶対的処分の拡大——根抵当法、抵当権の順位の変更、任意売却処分

民法典には抵当権の処分に関する規定があるが(民法三七六条)、それは「相対的処分」と解されている(先述(i))。

しかしその後、根抵当法の導入により、根抵当権者は、元本の確定前においては、「独立的性格」の根抵当権の処分（根抵当権の全部譲渡・分割譲渡・一部譲渡）ができることとされ（民法三九八条の二、三九八条の一三、昭和四六年法）、さらに、抵当権の順位の変更が規定された（民法三七四条、昭和四六年法）。抵当権の順位の変更は、抵当権の順位を被担保債権から完全に切り離して入れ替えるため、当事者・利害関係人に絶対的に及ぶ。

実務において多用される任意売却処分は、抵当権の「解除」と売却代金からの弁済とを引換に行う処分である。任意売却処分的前提として、抵当権を絶対的に消し去る。そのために、すべての利害関係者の「同意」を取り付ける必要がある。任意売却処分の有効性を左右する最大の山場である。以下では、その手続に潜む問題点を再検討することにする。

③ 任意売却処分の有効性とその問題点の再検討

(i) 処分価格・配分方法の妥当性

(a) 手続の透明性の欠如

抵当物件の「処分価額」は、買受人との交渉次第である。任意売却処分を主導する者（抵当物件の所有者または抵当権者）の情報力・調査能力・交渉力、買受人の交渉力、その他諸般の事情が処分価額に影響する。ところが、処分価額等の妥当性をチェックする透明性のある手続がない。

任意売却処分を成立させるには、抵当不動産上に付着する権利をすべて消す必要がある（先述①(i)）。そのため、競売によれば明らかに配当に与ることができない後順位抵当権者にも、抵当権の解除（放棄）に同意してもらわなければならない。そこで実務では、そのような後順位抵当権者にも相当の「配当」がなされている（いわゆる判子代）。しかし問題は残る。まず、その金額の算定基準はあるのか。現場では、抵当権の解除を請求する側の交渉力と、その

相手方である後順位抵当権者の粘り方、交渉の打切りまでに残された時間等によって、その金額が変化している。しかも、他の債権者に支払われる解除金額が開示されずに交渉が進む場合がある。解除を求める側は、情報を提供する義務があるのではないか。判子代はだれが負担するのか。そもそも競売によれば配当に与ることができないことが明らかな後順位担保権者に対して配当する根拠はあるのか。

実際には、妥当性を確認して進められる任意売却処分もあると思われるが、任意売却処分はその手続の透明性において問題を抱えている。この点は、新破産法において導入された「担保権消滅請求制度」と比較すると鮮明となる(後述(b))。

(b) 破産法上の手続との比較——担保権消滅請求制度(破一八六条以下)

破産管財人は、通常、担保権の目的となつていゝる財産を、担保権者の同意を得て任意売却して換価している。このとき、売却代金の一部を破産財団に組入れている。別除権者である担保権者は、自ら担保権を実行できるが、破産管財人に任意売却してもらう方が高価に換価でき、手続コストも安い¹⁾ため、破産管財人の任意売却に協力している。早い解決と租税、管理費用の節減のためである。しかし、担保権者との間で、破産財団への組入金額について明確な基準がないため、その多寡について争いが生じ、本来であれば配当される見込みのない後順位担保権者が不当に高額の担保消滅料を求めたりして、任意売却を円滑に実行できないことがあつた。このような手法が運用にとどまるのでは「限界」がある。そこで、新破産法では、破産管財人による任意売却を円滑に進めることができるように、担保権の消滅制度が新設された。任意売却処分が抱える問題に対して、次のような対応がなされている。²⁾

当該財産を任意に売却して担保権を消滅させることが破産債権者の一般の利益に適合するときは、破産管財人は担保権消滅の許可の申立てができる(破一八六条一項)。任意売却により一定割合の財団組入れがなされ、それが一般債権者の配当原資になることは、破産債権者の一般の利益に適合する典型例と考えられている。³⁾破産管財人は、

担保権を消滅させて担保目的財産を任意売却しようとする場合、裁判所に対し、目的財産、売得金額、組入金の額、売却の相手方等を「明示」し、売買契約書を「添付」して、任意売却と担保権消滅の許可申立てをする（破一八六条三項、四項）。担保権者には、異議申立権が認められ、許可申立書がすべての担保権者に送達された日から一ヶ月以内に、担保権の実行の申立てを証する書面を提出するか、破産管財人が申し出た金額の5%増し以上の金額で、買受希望者が担保目的財産を買い受ける旨の申し出をすることができ（破一八七条、一八八条）。担保権者から、担保権の実行の申立てを証する書面の提出がないときは、裁判所は、破産管財人の申立てを許可することができる（破一八九条二項）。買い受けの申出があったときに許可決定があると、破産管財人と買受希望者との間で、申出額を売得金の額として、許可申立書に添付された売買契約と同一の内容の売買契約が締結されたものとみなされる（破一八九条二項）。許可決定が確定したとき、売却の相手方は売得金から組入金を控除した額を裁判所に納付する。右の金銭の納付があったとき、担保権は消滅する（破一九〇条）。裁判所は、金銭の納付があったときは、「配当表」に基づいて配当を実施し、または弁済金を交付する（破一九一条一項、二項）。

新設された担保権の消滅制度の「目的」は、破産手続開始時に破産財団に属する財産で、担保権の目的となつてゐるものについて、円滑に換価して破産手続を適正かつ迅速に処理することにある。破産財団に属する不動産は、多くの場合、処分価額をはるかに上回る担保権が設定されている。これを任意売却するにはすべての担保権者の同意を得る必要があり、破産管財人としては、買受人と交渉して売買代金その他の売買条件を合意しても、担保権者の同意が得られない限り売却はできない。このとき、明らかに配当される見込みのない後順位担保権者が高額な担保抹消料を求めるために、先順位担保権者の同意を得られず売却手続が頓挫する場合があります。このような場合に、やむなく高額な抹消料を支払って任意売却を進めることもできるが、結果的に先順位担保権者の利益を害するおそれがある。

従来の実務では、破産管財人が担保権者の同意を得て担保目的財産を任意売却した場合、売却代金の一部を破産財団に組入れる運用が行われてきたが、その実質的な根拠は、破産管財人の協力により任意売却ができ、担保権実行の場合より高額に換価できるから、その価値増加分を担保権者と破産財団で分配することにある。しかし、この組入金の額について破産管財人と担保権者の合意ができない場合、任意売却が円滑に進まない場合も少なくなかった。

そこで、担保目的財産の売却にあたって、配当される見込みのない後順位担保権者が不当に高額な担保抹消料の要求をできないようにするとともに、売買代金の中から適正な額を破産財団に組入れて、担保目的財産を適正かつ迅速に換価処分できるように、破産管財人による任意売却と担保権の消滅制度が導入された。破産財団への組入れの正当化根拠は、担保目的物の価値維持への一般債権者などの寄与とする見解（伊藤）、競売等によるより高価な買受人を発見できたという破産管財人の功績とする見解（山本）、破産管財人の努力に対する報酬ということに実質的根拠があるとする見解（福永）、競売より任意売却は有利でありその利得の一定額の吐き出しとする見解（田原）がある。⁴

なお、担保権消滅請求制度は、手続的に重く、必ずしもその積極的利用を想定している制度ではなく、その制度を背景に当事者間の協議による解決を期待して設けられた制度である。⁵破産管財人と先順位担保権者とが売却額および財団組入額について合意に達しているにもかかわらず、配当を受けられない後順位担保権者が法外な担保抹消料を要求して任意売却に協力しない場合に、破産管財人が透明性のある公平・公正な手続をなしていることを示す意味で担保権消滅許可申出をすることが許される。⁶目的物の処分価値のうち、どの部分が担保権者への優先弁済に充てられるべきものであり、どの部分が破産債権者などの寄与分に帰せられるべきものかを客観的に確定することは困難である。破産管財人の判断によってその処分価値のうち破産債権者に帰属させるべき部分を提示させ、担保

権者による判断の妥当性を争う機会を認めるのであれば、担保権者の優先弁済権と破産債権者の利益の妥当な調和点が見いだされる。

注目すべき点は、次の三点である。①破産管財人に、売得金額、組入金額、売却の相手方等を「明示」させ、売買契約書を添付させている。裁判所は必要があると認めるときは、破産管財人に対し担保目的財産の価額に関する「資料」の提出を命ずることができる（破規五七条三項）。担保権者との協議の内容とその経過、任意売却に関する交渉の「経過」を記載させる（破規五七条一項）。この記載によって、担保権者の利益を保護するとともに、無用な許可申立にならないように、担保権者との任意の交渉を促進して円滑な合意にいたるよう配慮している。②担保権消滅許可の要件として、当該財産を任意に売却して担保権を消滅させることが破産債権者の一般の利益に適合するときであることが必要である（破一八六条一項）。任意売却により一定割合の財団組入れがなされ、それが一般債権者の配当原資になることは、破産債権者の一般の利益に適合する典型例と考えられている。③破産管財人の提案に問題があれば、担保権者は異議申立ができ、その保護が図られる。他方、後順位担保権者が法外な担保抹消料（いわゆる判子代）を要求して任意売却に協力しない場合、裁判所の許可を得て、当該財産に存在するすべての担保権を消滅させることができ、不当な要求を排除できる。無剰余が明白な後順位担保権者は、不当な抹消料を求めることが難しくなる。④配当は、「配当表」に基づいて裁判所が実施する（破一九一条一項）。配当表の作成手続には制約があり、民事執行法の定めに従う（同条三項）。

①～④によって、任意売却処分が適切かどうかについて、裁判所のチェックが入り、手続の透明化が図られている。

(1) 宗田親彦・破産法概説（新訂第四版）三三三頁（平二〇）。

(2) 日本弁護士連合会倒産法制検討委員会編・要点解説 新破産法八〇—一〇一頁(平一六)、金融財政事情研究会編・新破産法と金融実務三四八—三五〇頁(平一七)、小川秀樹ほか・概説 新破産法一四六—一四七頁(平一六)。

なお、「中間試案」には、三案が提示された(破産法等の見直しに関する中間試案と解説・別冊NBL七四号一八—二二頁(平一四))。原型の案を「甲案」とし、適正な組入額とは何かということに正面から答える考え方を「乙案」とし、組み入れによって自らへの配当の減少を生じてしまう実質的利益関係人との間では合意を要する考え方が「丙案」とされた。意見照会の結果は担保権消滅制度自体の導入には賛成の意見が多数であったが、三案のどれをとるかについては、完全に意見が分かれた。破産管財人の立場である弁護士会は甲案に賛成、担保権者側ともいえる経済界は乙案ないし丙案に賛成であった。中間試案の法制審の審議では、乙案については、価格を確定することが可能かという部分が難しいとされた。丙案については、実質的利益関係人という概念を定めることができるのかと評判はよくなく、甲案をベースにする方向に戻る(伊藤眞・松下淳一・山本和彦編・新破産法の基本構造と実務(小川秀樹法務省民事局民事第二課長・解説)一七七—一七八頁(ジュリスト増刊、平一九))。

(3) 北川恵子「破産債権者の一般の利益」(新破産法の実務Q&A・別冊NBL九七号)一一二頁(平一六)。

(4) 伊藤ほか編・前掲注(2)雑誌(伊藤教授、山本(和)教授、福永教授、田原最高裁判事・発言)一八一—一八四頁。

(5) 田原睦夫「担保権消滅請求」(山本克己・山本和彦・瀬戸英雄編・新破産法の理論と実務)四二二頁(平二〇)。

(6) 東京弁護士会法友会期会破産実務研究会編・新破産実務マニュアル二三八頁(平一九)。

(7) 伊藤眞・破産法(第四版補訂版)四七五—四七九頁(平一八)。

(c) 一般債権者を害する債権回収——民法三九四条の「法意」との抵触

民法三九四条一項は、「抵当権者は、抵当不動産の代価から弁済を受けない債権の部分についてのみ、他の財産から弁済を受けることができる。」と規定する。この規定は、重要な意味を有する。

抵当権を有する債権者は、一般債権者と同様に抵当不動産以外の債務者の財産につき支払を受ける権利がある。ただしすべての場合にこの原則を貫くと、債務者の総財産によってすべての債権を完済することができない場合、抵当権者はまず抵当不動産以外の債務者の財産につき一般債権者と競合してその債権全額の割合をもって弁済を受

け、その後その不足部分につき抵当不動産から優先弁済を受けることができなくなり、一般債権者を犠牲にして抵当権者を過剰に優遇することとなるので、一般債権者を保護するために民法三九四条が設けられた¹⁾(傍線筆者・以下同様)。

つまり、抵当権者は、債務者に対する関係では、抵当権を行使しないで債務者の一般財産に対して強制執行してもかまわないが、他の一般債権者としては、抵当権者が抵当不動産に対する優先弁済権を先に行使してほしいと期待する。そこで、民法三九四条は、一般債権者は抵当権者による強制執行に対して異議を申し立て、まず抵当不動産を競売して、その代価で弁済を受けなかった部分についてだけ、一般財産から弁済を受けるよう主張できるものとした²⁾。同条は、一般債権者との間を調整する規定である。

もし民法三九四条一項による「制限」がなければ、一般債権者に不利益が生ずる。このことは設例によって分析すると明確である(設例は道垣内体系書による)。

「債務者Sが有する財産は、甲不動産(価値一億二〇〇万円)と乙不動産(価値一億二〇〇万円)の二つのみであり、抵当権者Aが甲不動産上に被担保債権額一億五〇〇〇万円の抵当権を有しているとすると、Sには、他に各七五〇〇万円の債権を有する一般債権者BとCとが存在する。このとき、Aが、BないしCの開始した乙不動産の競売手続に配当要求し、あるいは、乙不動産を自ら一般債権者の資格で差し押さえたとする。仮に、特別の規定がないとすると、乙不動産の換価金は、債権額に按分比例して、Aに六〇〇万円、B・Cへそれぞれ三〇〇万円が配当され、このあと、Aが甲不動産の抵当権につき実行としての競売を申し立てると、その換価金から、まずAが残債権額の九〇〇万円を回収し、残りの三〇〇万円がB・Cに各一五〇〇万円が配当される。結論として、二億四〇〇〇万円の財産は、Aに一億五〇〇〇万円、B・Cに四五〇〇万円ずつ配分されることになり、Aは債権全額を回収するが、B・Cは三〇〇〇万円ずつの未回収債権をかかえることになる。

これに対して、Aが甲不動産の抵当権の実行としての競売をまず申し立てると、Aは、その換価金から被担保債権のうち一億二〇〇万円を回収できるが、残債権額三〇〇〇万円については、後に、一般債権者としての資格で乙不動産の競売手続で配当を受けることになる。そのとき、乙不動産の換価金は、Aに二〇〇〇万円、B・Cにそれぞれ五〇〇〇万円配当される。結論として、二億四〇〇〇万円の財産は、Aに一億四〇〇〇万円、B・Cに五〇〇〇万円ずつ分配され、B・Cの取り分は、前の場合に比較すると、五〇〇万円増加することになる。³⁾(傍線・筆者)。民法三九四条一項の制限を無視して、抵当権者による債権回収を無制限に認めると、一般債権者はその取り分が減り不利益を受けることが分かる。

任意売却処分では、競売よりも迅速に債権を拡大できることが期待されているが、それは抵当権の効力を背景にした債権回収の手段である。したがって、根抵当権についてはその極度額まで回収ができた場合、普通抵当については元本に加えて利息その他の請求権の最後の二年分まで回収できた場合(民法三七五条一項)は、任意売却処分は一応成功したといえる。したがって、配分は、抵当権の順位とその額による配当が一応の目安となる。この点は、競売における配当と同じである。任意売却代金の配当が標準となる配当の順序・額から懸け離れた変更を加えてなされた場合、その配当の有効性は疑われる。仮に抵当権者には目安となる配当額を大幅に超える配当がなされ、一般債権者に配当がなされなかったとすれば、それは民法三九四条の「法意」に反するのではないのか。任意売却処分によって増加した処分価額の中には、一般債権者に帰属させるべき分が含まれていると解すべきである。

(1) 柚木馨・高木多喜男・担保物権法(第三版)三七三―三七四頁(昭五七)、我妻栄・新訂民法担保物権法三〇〇―三〇一頁(昭四三)、高木多喜男・担保物権法(第四版)一八一―一八二頁(平一七)、生熊長幸・新版注釈民法(九)(柚木馨・高木多喜男編、平一〇)六三五―六三九頁。

(2) 我妻栄・有泉亨著(清水誠補訂)・コンメンタール担保物権法(第三版)一九三―一九四頁(平一六)。

(3) 道垣内弘人・担保物権法(第三版)二〇〇—二〇一頁(平二〇)。

(ii) 紛争例——債権の一部しか回収ができなかった場合(担保保存義務との関係)

任意売却処分に期待されているのは、競売よりも迅速に多額の債権回収を実現することである。任意売却処分も抵当権の効力を背景にして債権回収を行うのであるから、根抵当権についてはその極度額までの回収、普通抵当については元本に加えて利息その他の請求権の最後の二年分まで回収(民法三七五条一項)、が、任意売却処分の成功の一つの目安といえる。

ところが実際には、任意売却処分によっても、被担保債権の「一部」しか回収できない場合が多い。「残債権」があれば、債権者はその支払を保証人・物上保証人等に請求することになる。これに対して、保証人等は、任意売却処分における処分価額やその配分の順序・額の妥当性等に問題があれば、債権者に担保保存義務違反があったとして免責を主張してくる可能性がある(民法五〇四条)。担保保存義務をめぐる紛争は、債権の全額回収ができなかった場合に生ずる。

売却額・配分方法の妥当性の確保、競売によれば配当を期待できないことが明白な後順位抵当権者に対する担保抹消料(いわゆる判子代)の支払の正当性、他の担保権者の担保抹消料を開示しないでなされる交渉等が問題となる。任意売却処分が抱える問題は、その手続の「透明性」の欠如である。任意売却処分のコンプライアンスが問題となる。

(iii) 任意売却処分とコンプライアンス

(a) 売却額・配分方法の妥当性確保

任意売却処分の価額は、妥当性を有しなければならぬ。その前提として、担保物件の処分価額について十分に

調査する必要がある。売却物件のことをよく知る地元不動産業者に相談し、過去に類似の物件を任意売却した金融機関等の情報を収集し、担保評価額を任意売却価額が下回る場合には不動産鑑定士に依頼して確認をとっておくべきである。ここで参考になるのは、破産管財人による任意売却手続である（先述(i)(b)）。破産管財人が担保権を消滅させて任意売却するには、担保目的財産を適正な処分価額で売却し換価することが必要である。裁判所の許可要件は透明かつ厳密である。裁判所は、必要があると認めるときは、破産管財人に対し担保目的財産の価額に関する資料の提出を命ずることができ、任意売却に関する交渉の経過の記載まで求める。目的財産、売得金額、組入金額、売却の相手方等を明示させ、売買契約書も添付させる（破一八六条三項、四項）。

配分方法は、公平かつ妥当性でなければならぬ。そのためには、配分は担保権の額とその順位を十分に考慮して行う必要がある。競売によれば、担保権の順位とその額によって配分がなされる。任意売却の場合も、基本的には競売の配分に準じて行うことになる。競売よりも迅速に債権を拡大できることが、任意売却処分に期待されているが、任意売却処分も担保権の効力を背景にして債権の回収を行っている。したがって、根抵当権についてはその極度額まで回収ができた場合、任意売却処分が成功したといえる。また、普通抵当については元本に加えて利息その他の請求権の最後の二年分まで回収できた場合（民法三七五条一項）は、任意売却処分が成功したといえる（先述(ii)）。ある特定の担保権者が合理的理由もなくそれを超える回収をすれば、配分額と順位の妥当性が問題となる。利害関係者全員が納得のいく形で配分されるかが重要である。なおここでも、破産管財人による任意売却手続は参考になる（先述(i)(b)）。配分は、配当表に基づいて裁判所が実施し（破一九一条一項）、配当表の作成手続には制約があり、民事執行法の定めに従うことになっており（同条三項）、売得金の割付方法が不当であるときは、許可申立てが不許可となる。配分額と順位の妥当性を確保する透明性のある手続がなければ、御手盛りの配当となる。

任意売却処分による売却価額の中には、本来一般債権者の配当に組入れられるべき額も含まれている。ところが、

一般債権者の配当に組入れをせず、一部の担保権者に合理的理由もなく基準となる額（競売の場合の配当額）を超える配当がなされれば、それは一般債権者の権利を侵害することになり、民法二九四条の「法意」に反する（先述(i)）。

(c)。因みに、破産管財人が担保権消滅許可を申し立てる場合、当該財産を任意に売却して当該担保権を消滅させることが破産債権者の一般の利益に適合することが必要である。任意売却により一定割合の財団組入れがなされ、それが一般債権者の配当原資になることは、破産債権者の一般の利益に適合する典型的な場合であると解されている（先述(i)(b)）。

(b) 後順位担保権者との交渉——担保抹消料の要求の阻止

担保権付の不動産の多くは、オーバー・ローン状態である。したがって、後順位担保権者の中には、競売によれば、配当を受けることが望めそうにない者がいる。しかし、実際に任意売却処分を進めるには、そのような後順位担保権者を無視することはできない。任意売却処分を成立させるには、不動産に設定された担保権をすべて消し去る必要がある、すべての担保権者の同意を取り付けなければならないからである。そこで現場では、配当を受けることが期待できないような後順位担保権者に担保抹消料（いわゆる「判子代」）を支払って、担保の解除・登記の抹消に当たってもらうのが実情である。しかし、この担保抹消料の支払には、次のような問題がある。

(i) 担保抹消料の支払の正当性 競売によれば配当を期待できない後順位担保権者に対して担保抹消料を支払う根拠はどこにあるのか。後順位担保権者には、競売をすれば配当を見込めない場合でも、無償で担保の抹消に 응ずることには納得がいかないという思いがあるようである。そこで、任意売却処分に同意してもらおう見返りとして担保抹消料を支払うことが慣行化している。

しかしそれは、任意売却代金が標準となる順序・額にしたがって充当されずに、配当する必要のない者（右の後順位担保権者等）に費やされることになる。任意売却処分をしても被担保債権の一部しか回収ができない場合、債権

者は残債権を保証人や他の担保権から回収するであろうが、保証人や物上保証人の負担が加重された分については、債権者の担保保存義務違反が問題となる（先述(ii)）。さらに、任意売却代金の一部を一般債権者の配当に組入れず、合理的理由もなく一部の担保権者に多く配当するならば、民法三九四条の「法意」に抵触する（先述(i)(c)、(iii)(a)）。因みに、新破産法によれば、後順位担保権者が不当に高額の担保抹消料を強く迫る場合には、裁判所の許可を得て、当該財産に存在するすべての担保権を消滅させることができ、不当な要求を排除できる。新制度の存在によって、競売によれば配当を期待できない後順位担保権者は、不当な抹消料を求めることが難しくなると予想される（先述(i)(b)）。担保抹消料支払をめぐる先の慣行は改められるべきである。

(ii) 担保抹消料の基準 担保抹消料は、交渉の成り行き、諸般の事情によってその額が変化する。実際、その時の担当者の交渉能力、交渉相手（後順位担保権者等）がどの程度粘るか、交渉打ち切りまでに残された時間等の事情によってその額が変化する。過去の事案から、担保抹消料の目安くらいは推測できるとしても、そこに公平かつ透明な客観的基準があるわけではない。

(ii) 担保抹消料の負担者 それでは実際に、担保抹消料はだれが負担しているのか。たとえば、後順位抵当権者Zは、競売によれば配当を受けることは期待できないが、任意売却が成立すればなんとか配当を受けることができる場合がある。このような場合、実務では、後順位抵当権者Zに担保抹消料を負担させているようであるが、Zが任意売却によって最も利益を受けていることを理由としているようである。しかし本来、担保抹消料は支払う必要のないものである（先述(a)）。

(c) 交渉手続——情報の開示

実務では、たとえば複数の抵当権者がいる場合、後順位抵当権者Aとの交渉において、他の後順位抵当権者B・Cの抵当権抹消料の有無・額を開示しない場合があるようである。担保抹消料は個別交渉によって決まるもので、

たとえABC間に不公平が生じても問題はないと突き放した見方が一部にある。しかしそれでは、判断に必要な情報の開示を受けずに決断を迫られることになり、不意打ちとなる。因みに、新破産法によると、破産管財人に、売得金額、組入金額、売却の相手方等を明示させ、売買契約書を添付させ、裁判所は必要があると認めるときは、破産管財人に対し担保目的財産の価額に関する資料の提出までさせ、任意売却に関する交渉の経過を記載させる。従来の実務の現場の発想との間には、コンプライアンスの面から見て次元の違いが感じられる。