

# イギリス浮動担保の素描―企業担保の理論―

水島廣雄

はし が き

- 一 浮動担保の観念
- 二 浮動担保の特質
- 三 浮動担保の性格
  - ― 衡平法的性格 ―
- 四 浮動担保の被担保債権
- 五 浮動担保の設定
- 六 社債の担保と信託の法理
- 七 浮動担保設定の時期
- 八 浮動担保設定の方式
- 九 浮動担保の客体の表示形式

## イギリス浮動担保の素描

(5) 浮動担保の登記

## 六 浮動担保の設定とその補充性

― 特定担保との結合 ―

## 七 浮動担保の範疇

- (1) 将来の取得財産
- (2) 未払込資本金
- (3) 暖簾

## 八 浮動担保の効力

- (1) 一般債権者に対する優先権
- (2) 執行債権者に対する効力
- (3) 会社債務者の相殺権との関係
- (4) 地主との関係
- (5) 設定時期とその効力
- (6) 割賦購買の目的たる動産に対する効力
- (7) 会社職員、工員の給料、工賃等に対する関係
- (8) 財産の自由処分
- (9) 浮動担保と特定担保との関係
- (10) 浮動担保相互の関係
- (11) 会社の合併と浮動担保の効力
- (12) 財産処分の禁止條款
- (13) 反禁行為の効力

## 九 浮動担保の結晶

- (1) 結晶の意義
- (2) 結晶の原因
- (3) 結晶の理由
- (4) 結晶の効果

## 一〇 浮動担保の実行

― 浮動担保の企業担保としての優越性

― 財団抵当より浮動担保へ ―

## 一一 企業担保の理論

## はしがき

資本主義経済機構は、恒に各種大企業の維持発展を企図する。これがためにはまず営利を追及して経済社会に生きて行く企業の血液たる資金の獲得につき、あらゆる法的工夫がなされるべきこと当然である。

従来、債権の担保としての民法物権法の分野に関しては学者の研究はほとんどその極致に達したかの観があったがただ、担保の客体については依然厳格なる確定主義が固執せられ、内容の絶えず変転浮動する集合物の抵当のごときは理論上強く否定せられてきた(註)。

(註)。この点については(1) 動産抵当と登録質に関する一九二二年バンベルグの大会におけるメルヒオール(Melchior)の提案(2) 一九二六年の帝国議会におけるカイナート(Keinath)の提案に対する論議の紛糾(3) 一九二七年チェコにおける第三回ドイツ法曹大会における集合動産の譲渡担保に対するエルトマン(Paul Oertmann)の理論構成の失敗(4) その他一九三七年営業財産の質入に関するドイツ法学院の草案の発表が論争の対象となつたことなどを想起すべきである。

しかしながら、近代経済取引の発展は必然的に信用の拡大を伴い、素朴な一物一権主義を崩壊せしめ、合理的形式を追うところ、遂に集合物担保の擡頭を促してきた。しかして学者はかかる経済の動きに従つて、熱心に動産抵当や集合物抵当を提唱する。

かくのごとき思考の極みは有体財産中心の確定的集合物、たとえば財団担保から、有体無体の財産のみならず事実関係をも含みかつ目的物が不断に変動する集合体すなわち企業そのものの担保化にまで到達する。財団担保から企業担保へ——。けだし自然の理であろう(註)。

(註)「財団担保から企業の担保へ」については我妻栄教授・集合動産の譲渡担保に関するエルトマンの提案・法学協会雑誌第四八巻第四号七三頁以下。なお同教授・近代法における債権の優越的地位・一八〇頁ないし二二〇頁参照。

元来、企業の担保という問題も企業そのものについての権利が認められるならば、これと担保権たとえば抵当権との「組合せ」ないし「当嵌め」の問題で事足りるようであるが、問題は、しかく簡単でない。(註)

(註) 企業所有権乃至企業権の観念を認めるとしてもその性格の明格化、對抗要件、実行方法等につき、特別の法制を必要とすること勿論である。

また現行法上も、個々の権利、義務を包摂する財産一般は単一な権利の目的としての特別財産(Sondervermögen)を構成するものでないから、客観的意義の営業すなわち営業財産(Handelsgeschäft)も単一な権利の目的とならない。

しかしながら、企業は経済的に価値ある統一体であり、これに対し一個の権利の客体たることを認めんとする学説は早くから夫々、独自の理論を展開してきたが未だ一般的な承認を得るに至っていない。すなわち物権的なる「企業についての権利」(Recht am Unternehmen)は否定せられ、物権はただ営業財産の各構成部分について存在するのみである(一)。

企業そのものの法的、経済的観念につき独塊の学者は過去において頗る華やかな論争を繰り展げてきた<sup>(2)</sup>。しかしかかることは私どもにとって凡そ興味すくないことに属する。

企業は要するに(1)一面、動産、不動産よりなる企業施設の外、原材料、商品等をはじめ特許、商号、商標等の無体財産権を含むことは勿論、(2)他面、顧客との継続的債権関係(継続的供給関係)——売掛代金——原料供給者ないし問屋間との信用関係、従業者との雇傭関係、借地借家の賃貸借関係等の法律関係をはじめその企業に特有の技能技術もしくは熟練に基づく事実関係——得意先暖簾といふこと顧客間の声誉——等の諸要素から成立するものであり、しかもこれらの諸要素は一定の目的のために統一せられた有機的組織体(Organisation)である。

私どもはこの経済活動をなす生きた企業、在るがままの企業を直視し、これを具体的に如何にして担保の客体とすべきやを考究すれば必要且つ充分である。あえて企業の概念的理論づけへの努力はこれを好まない。仮りに、これが必要であるとすれば、それは過去における絢爛たる業績にて充分であろう。

しかし企業は「構成要素の個々の有する価値の集計以上に大なる特殊の独立価値」を有するものであり、且つこの価値は往時説かれたごとく特定主体の人格に密着不離のものではない。

すなわち資本主義経済の発達は物と人との繋りを漸次薄弱にし、企業の物的施設も経営主体の人的要素を抹消し、人の労働力は量的計算を可能ならしめ、法律は企業主(Unternehmer)を対象とせず、企業そのもの(Unternehmen)を対象とするにいたつた。「企業の非人格化」(Entpersönlichen)ないし「企業の物化」(Versachlichung)といわれる所以である<sup>(3)</sup>。私どもはかく企業が客観性を帯びてきたことを認識し企業担保の可能性を論ずべきであろう。

(1) 田中耕太郎博士・法律学辞典(1)三三六頁・三三七頁。

(2) 代表的なものはIsay, Oppikofer, Picard, Piskoである。学説の紹介については野津務博士・商法総則・第二部一〇五頁以下。升本喜兵衛教授・企業の意義に就て・中央大学五十周年記念論文集四九五頁以下参照。

(3) これらの点に関する外国文献については拙稿・各国における企業担保制度の概観・法律時報第二六巻第一〇号三五頁参照。

以上のごとき状態にあつて、昨今経済取引の活潑は極度に信用の拡張を要求しきたり、これに応ずべく法務省当局も従来、代表的な企業担保制度とされていた各種財団抵当法に代るべき新立法に腐心し、遂にイギリス浮動担保に範をとつた「企業担保法」の試案を公表するに至り(1)、学界もこれに異常な関心を示している<sup>(2)</sup>。

(1) 法務省当局試案の「企業担保法」については拙稿・企業担保法案についてイギリス浮動担保より観て一・法学新報第六二巻第一号ないし第三号参照。

(2) 日本私法学会にあつても昭和二九・一一・二の秋季大会において「企業担保」の問題を採り上げ、席上、私も研究報告をなした。報告の要旨については「私法」・第一三三号四三頁以下参照。

しかし、在来の確定担保たる財団抵当制度が時運に副わざるにいたつたとして、いま直ちに企業の担保化を想定することは全く容易ならざる業である。何故ならば企業の担保を認めることは一物一権主義の鉄則を崩壊せしめ、物権確定の原則は担保設定当初にはこれを否定し一面、内容の変動する集合物の観念を承認することとなり、凡そ従来の既成法律観念を反省もしくは脱却せねばならないからである<sup>(註)</sup>。

事実、我が国のごとき大陸法系の一物一権主義を採る法制下にあつて企業のごとき多種多様の要素から成

る集合物 (Gesamt Sache) —— もと正確には無体物 —— の担保を認めんとすることは法律史上正に劃期的のことに属する。

ただ倅い、イギリスにおいては多年の経験と実用から、これらの観念論を超え、しかも企業担保制度として最も醇化された浮動担保が存在するので、以下これが梗概を紹介し併せてその短評を試みることにする。

(註) 拙稿・既成法律観念の脱却——企業の担保について——昭和二九・八・六・毎日新聞参照。事実、変動する企業財産の公示を如何にするか、他の担保権との優劣を如何にするか、営業途上における企業財産(担保の目的たる)の放出、流入を如何に取扱うか等、法律的に困難な問題が発生する。

因みに上記、日本私法学会の大会においてイギリス衡平法上の浮動担保およびこれに範を採った企業担保法案に対する質疑は終始、大陸法的見地からなされ、それはあたかも trust についての Gierke と Maitland の対話 (Maitland, Equity, 1926, p. 23.) を偲はしめるものがあつた。

## 一 浮動担保の観念

イギリスにおける浮動担保 (floating charge or floating security) は現在各国の企業担保制度中最も進歩的かつ合理的な制度であるといわれる。因みに昭和二八年一〇月、日本学術会議の推薦せる小論「浮動担保の研究」に対する推薦理由を通してその効用を窺つてみよう。

「浮動担保とは従来我国に行われている財団抵当と異なり、担保物を固定せしめない特殊な謂わば企業そのものを担保とする制度である。この制度によれば担保設定会社に債務の不履行、事業の停止、解散等のことがあればその時に会社の総財産が担保物として特定するが、それまでは従来の財団抵当と異なり担保設定会社は自由にその財産を処分し得ると同時に新たに取得した財産が自動的に担保の目的物に繰入られることとなるので浮動担保と称せられている。要するに担保物件を固定せしめる財団抵当に比し、はるかに機動的であり且つ企業が順調に行われている限り、担保権の設定によつてその経営に何らの制約を受けない所がこの制度の特徴で英法系に発達した制度である。」(註)。

(註) 昭和二八・一〇・二六・毎日新聞参照。

(一) イギリスにおいては起債に当り、社債の担保として特定財産のほか会社の営業および一切の財産ならびに未払込資本金等をも担保に供する旨の条項を附することが多い。これが浮動担保の設定である(註)。

(註) 浮動担保の約款は通常社債の裏面に記載せられる。その文言については Palmer, Company Law, 1949 p. 277. 参照。

企業担保制度としての浮動担保の起原は古く一八七〇年 Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co., (1870) L. R. 5 Ch. App. 818. 事件において営業 (undertaking) なる文字は会社の現存ならびに将来における総財産を含むと判示された(一)。しかししてこの事件の判決理由につき、ギファード判事 (Giffard, L. J.) は「本件社債の目的と意義を左の如く解釈する。すなわち undertaking という文字は会社が存続すること、社債権者は弁済期到来の元本および利息が支払われない場合のほかは干渉することができないことを当

然に意味するものである。私は本件担保の意義及び目的は、会社がその期間存続すること且つその期間内は社債権者が中間利益計算を一切請求しないこと、会社営業が通常である場合は社債権者はすべての中間利益計算を請求したり、会社財産に干渉したりする権利が存在しない」とにあると思う。私はこの社債券につき、かかる結論を下すことに対し、何等の困難も不便も認めない。しかし会社が解散し財産換価の必要が起つた場合においては、社債権者の権利は全然問題なく、それらの財産に結合する。……本件のごとき、社債権者は *undertaking* という文言によつて会社の現在および将来の財産に対して担保を有し且つ一般の債権者に優先する地位にあるものである云々」とのべている(註)。

(一) Halsbury, *Law of England*, 1954, vol.6, p. 472; Magnus & Estrin, *The Companies Act, 1948*, p. 94; Goitein, *Company Law*, 1949, p. 245; Topham, *Principles of Company Law*, 1949, p. 153.

(二) Simonson, *Debentures and Debenture Stock*, 1899, pp. 14, 15; Palmer, *Company Law*, 1949, p. 295.

(三) パーマ (Palmer) は右の判決につき次のように讃辞を送っている。「此の判決は先ず (イ) 営業に一定の解釈を与えたのみならず、(ロ) 浮動担保の方法により現在ならびに将来の会社財産一切に対し包括的な担保 (a general charge) を設定し得るべきの法律的有效性 (the legal validity) を明瞭に認容した点で、最も重要な判決である」と。しかし彼は浮動担保制度につき「これは多くの国において承認せられざる」とを認容したものである」とその特異性を高唱している(註)。

(註) Palmer, p. 295; Palmer, *Company Precedents*, 1952, Part 3, P. 48.

(四) なお、いま一つ、浮動担保の観念を要約したものとして有名なものは *Government Stock and Other Securities Investment Co., v. Manila Railway Co.*, (1897) A. C. 81, 事件におけるマグナテン卿 (Lord Macnaghten) の判示である。「浮動担保は営業を継続している会社の財産につき暫時、存在する衡平法上の担保である。この担保は随時、変化する状態にある財産の上に存在する。この担保の特質は担保たる企業が営業の継続を廃めたとき、又は担保権者が干渉し得るに至るときまで睡眠状態にあることである。担保権者の干渉権は合意によつて停止せしめ得ること勿論であるがもし停止について合意が存しないならば履行遅滞に陥つたときは何時にても任意に権利行使ができる」(註)。

(註) Charlesworth, *The Principles of Company Law* 1949, p. 188; Farrar, *Company Law*, 1937, p. 231; Magnus & Estrin, p. 279; Goitein, p. 245 なお、Macnaghten L. J. 在 *Illingworth v. Houldsworth* (1904) A. C. 355. 事件において特定担保に対し「浮動担保は不確定な且つ変化する性質のものであつて、浮動担保権を行使すべき財産につき一定事件が発生するまで又は一定行為がなされるまで浮游する。そしてその事件、その行為が浮動担保の目的物の範囲を決定しその上に浮動担保を定着せしめるものである」と述べている (Goitein, p. 346)。

これを要するに浮動担保は会社の総財産を経済的に一箇の生きた総合(企業)体 (a going concern) として把握し(註)、それをして利潤追求活動をなさしめつつ担保の客体となす制度である。企業自体の担保といわれるもの」の理由による。

(註) Cooté, *Law of Mortgage*, 1927, Vol. 1, P. 505

## 二 浮動担保の特質

企業担保の基本原理は前掲の判決からも窺測し得る。(イ)担保権の客体を企業の総財産にまで拡張すること(ロ)企業運営中、必要に応じ担保物の新陳代謝を自由ならしめることの二点から出発せねばならない。

(1) 浮動担保の特徴の第一点は、企業の総財産すなわち客観的意義の企業を単一的に把握し、これを担保としたことである。企業財産の一部個々の物的把握方法を放棄して収益体自体を対象とし、利潤よりの償還に重点をおいたことである。したがって利潤の産出に關与する物、権利等はすべて担保の対象となる。この点各国の制度に比し著しい特色をなす(註)。

(註) 各国の企業担保制度における担保権の客体については、拙稿・各国における企業担保制度の概観・前掲法律時報参照。但し、浮動担保と雖も雇傭関係等をも含めた完全な意味の企業の担保ではない。

(2) 浮動担保の第二の特徴は浮動性である。担保の対象が収益体としての企業であるかぎり、当該企業は利潤獲得のために経営途上、恒に財産の更新(例えば、工場の建換、機械の取換)を圖らねばならない。浮動担保は現存財産にさえ定着せず目的財産は永続性をもたない(non-permanence)といわれるのもこのためである。浮動担保の睡眠(the charge remains dormant)による(イ)の現存担保財産の自由なる処分権(註)(ロ)ならびに将来獲得財産が当然に担保の客体となること等の浮動性は各国の制度に比しここにおいても亦、顕著なる特異性を示す。

(註) Lindley, Law of Companies. 1902. vol. 1. p. 318 ; Stebel, Company Law and Precedents. 1927. vol. 1. p. 384.

しかしこの特質もすべて客体の総括性から当然に導かれる理論であつて会社の現存および将来の総財産を担保とするかぎり、確定担保と異なり、この浮游性(float over)は必然的の帰結である。何故ならば追及權を認め処分性を否定すれば企業は一日として運営できず、企業担保の企図を根底から覆滅することとなるからである(註)。かくして浮動担保は変転してゆく財産の上に恒に移動して行くという觀念から一面、移動担保(shifting charge)とも呼ばれる。

(註) この矛盾を除くためにこそ、集合物の特異なる理論—物權の確定主義(設定当初よりの)の反省、止揚—が必要となる。確定主義を一時、止揚するかぎり、企業担保(浮動担保)には追及權が存在しないこととなるのは当然である。

とまれ、企業担保を思考するかぎり、客体の総合性と浮動性は相表裏するものであり、しかもこれ等は絶対不可欠のものであることを認識せねばならない。

### 三 浮動担保の性格——衡平法的性格——

(1) 浮動担保は目的財産に対する直接 (immediate) 且つ継続的 (continuing) な担保である。但し目的物に未だ定着してないのであるから会社は営業過程において (管理人の選任、解散等に至るまで) 自由にその財産を処分できる (註)。

(註) なお、浮動担保の性質の詳細については、「浮動担保の効力」の項を参照のこと。

(2) 浮動担保は衡平法上の担保である (1)。

会社企業が順調であり、社債の元利が遅滞なく支払われる間は浮動担保は睡眠 (dormant) を続け、目的物の処分に対しても優先権、追及権も有たないため、人的 (personal) 性格のものと呼ばれ、特定担保の (1) とく、Legal mortgage ではないと称せられるが、しかし普通法上の権利の上に設定せられた衡平法的担保権 (equitable mortgage of legal right) であることには相違ない。何故ならば学者は衡平法上の担保権の設定には一般に三個の設定形式がある旨を説いているがそれは結局のとおり、(イ) 衡平法上の権利 (equitable interest) を目的とするものと (ロ) 目的たる権利は普通法上のもの (legal right) であるが設定契約の締結ありたるに拘らず未だその権利を担保権者に移転せざるため衡平法上の法律関係と目される場合の二に大別される (3)。浮動担保はその性質より後者に属すること明白であるからである。

(1) Buckley, *Companies Acts, 1949*. P. 225 ; Farrar, p.231 ; Strahan, *The Principles of the General Law of Mortgage, 1925*. pp. 56-58. et seq.

(2) Stiebel, p.384 — ; Lindley, p.318

(3) Blyth, *An Analysis of Snell's Principles of Equity, 1926*. p. 151 ; Wilsher, *Principles of Equity, 1920*. p. 171 ; Fisher and Lightwood, *Law of Mortgage, 1931*. pp. 15, 16 ; Snell, *Principles of Equity, 1954*. p. 387 — Topham, *Real Property, 1947*. p.315—;Cheshire, *The Modern Law of Real Property, 1949*. p.582—

### 四 浮動担保の被担保債権

浮動担保は原則として社債の担保に限られる (註)。ただし、社債の特質——多額長期の債務を繞る不定多数の債権者——に鑑み、社債権者の保護と企業者の利便とを慮り、衡平的観念より特に認められた担保制度であるからである。

(註) *Comme II & Purse, Companies and Company Law, 1949*. p.180 ; Waldock, *The Law of Mortgage, 1950*.

p.152; *Simonsen, pp. 15—26*. したがって、個人債務の場合には浮動担保の設定は許されなく。cf. *Knightsbridge Estates Trust, v. Byrne, (1940) A. C. 613*; *Goitein, p.245*. note 1.

### 五 浮動担保の設定

(1) 社債の担保と信託の法理

イギリスにおける担保附社債の発行については通常、信託の法理が利用せられる。すなわち社債の担保は個々の債権者に対しこれを設定することなく、社債発行会社(委託者 trustor)は総社債権者(受益者 cestui que use, beneficiaries)のために信託会社(受託者 trustee)を介在せしめるのである。すなわち社債権者保護のため会社財産は一般に mortgage の方法により受託者に移転せられる(尤もこの場合、浮動担保と特定担保とは設定方式に差異がある<sup>(1)</sup>)。この効力を保持する捺印証書が信託証書(trust deed)である。かくの如く信託証書を使用するにいたったことは信託制度の確実(security)と運用の簡便(convenience)とを期したもので社債権者の享受する利益は大きい<sup>(2)</sup>(3)。

(1) 社債の発行形式として、debentures と debenture stock との重要な差異の 一は受託会社の介在の要否にある。即ち後者の場合は担保は受託者名義となり、社債券所持人に対し担保を設定することはあり得ない。なお、我が担保附社債信託法第七〇条参照。

(2) 受託者は信託違反(breach of trust)の責任を免れるという条項は無効とされている。Onnell & Purse, p.180.

(3) (1)の点を強調するのは Palmer, p.332; Simonson, p.37; Topham, p.159. なお、受託者の義務については Burns v. Siemens Bros. Dynamo Works, Ltd. (1918) (No.1) 2 Ch. 324. 参照。

(2) 浮動担保設定の時期

浮動担保は原則として社債の成立と同時に設定されるが、ただ新会社法(The Companies Act 1948, 11 & 12 Geo. 6, C. 38) 第三二二条により担保設定後、会社が直に支払能力があることを証明しなければ、会社解散の開始より一二月以内に設定された浮動担保は効力がないものとされている。随ってこの場合、社債は無担保債権となる<sup>(註)</sup>。

(註) Palmer, p.297 Charlesworth, p.190.

(3) 浮動担保設定の方式

浮動担保と特定担保(fixed or specific charge)との間にはその設定方式に若干の相違がある。

(イ) 特定担保の場合は社債発行会社と信託会社との間に信託契約により設定せられ、その設定文言は信託証書に記載せられるのみである。随って社債券には単に所持人が享受し得る信託上の効果を謳うに過ぎない。

しかるに浮動担保にあつては社債(debentures)の担保設定文言は信託証書ならびに社債券の双方に記載される。すなわちここにおいて債券所持人は信託上の受益者であることは勿論、さらに右文言により直接担保上の権利者にもなるのである。

(註) debenture の場合は信託の客体は担保権のみであり(我が国の担保附社債と同様)主たる債権は社債権者に残存する。

(ロ) ただし、社債が debenture stock の形式で発行される場合は浮動担保の設定は、ただ信託証書に記載するだけで社債券(debenture stock certificate)には単に所持人が信託証書により設定された担保につき受益権を有する旨を規定するに過ぎなく<sup>(註)</sup>。



(註) debenture stock の場合は会社が社債所持人に対し元利の支払義務を負わない。Debenture stock certificate には単に当該証券所持人が統一債務中の一定額につき権利を有する(1)ことを証する旨を記載するのみで支払文言がないから担保関係についてもこれを設定することはあり得ない。要するに debenture stock の場合は信託が徹底し担保権のみならず主たる債権も受託者に帰属する。

#### (4) 浮動担保の客体の表示形式

浮動担保は企業継続中の総財産を担保とする (charge on the undertaking) ものであるから、その客体の表示にもこの趣旨が表現せられなければならないこと勿論であるがその表示形式には何等の制約も存しない(1)。必らず floating charge, shifting security の文言を undertaking の文字を使用する必要はなく(2)。一般には its undertaking, all its assets whatsoever and wheresoever including its uncalled capital for the time being の形式で charge on the "estate, property and effects (3) " & " charge on "all the property, book debts, credits, assets, moneys, and other effects" (4) の文言(4)が使用せられるが charge on all its property, real or personal whether present or after-acquired, with or without uncalled capital の(5)も有効である。

(1) Hamilton, Company Law. 1910. p.258; Palmer, p.296; Palmer, Company Precedents. 1952. Part 3. pp.48, 49; Simonson, p.17.

(2) Fisher and Lightwood, p.94.

(3) in re Florence Land and Public Works Co., (1878) 10 Ch. D.541.

(4) in re General South American Co., (1876) 2 Ch. D.337.

#### (5) 浮動担保の登記

浮動担保の登記 (register) については前記新会社法第九十五条ないし第一〇六条に譲る(註)。

(註) 浮動担保の公示方法は会社の本店所在地の登記所における会社登記簿になされる。登記は担保設定後、一定期間内(二二日以内)に(登記懈怠に対し刑罰あり)債務会社の申請に基づきなされる。登記事項は担保権者、社債総額その他被担保債権の内容および特約事項の外、主要な財産を登記すべきものとされている。また、会社の本店支店においても担保権の内容を明記した契約書副本等を備付け閲覧に供せしめることとしている。なお、Waldock, The Law of Mortgages. 1950. p.167.

## 六 浮動担保の設定とその補充性——特定担保との結合——

浮動担保はハミルトン (Hamilton) の説く(1)とく会社の総財産が担保となっているのであり、この点からすれば債権者の保護に厚いようであるが、その実、効力はきわめて薄弱である。すなわち(イ)会社は自由に財産の処分ができる一方(ロ)担保権者は善意の第三者に対し、対抗力を有しないからである。したがってイギリスにおいては、まず重要な固定資産の上に特定担保 (specific mortgage) を設定し、しかるのちに補充的に爾余の財産に浮動担保を設定するのが一般である。すなわち両者は社債の担保として一個の結合関係 (a combination of the two) をなすものである(1)(2)。

- (1) Jordan, *Company Law and Practice*, 1950, p.60 ; Charlesworth, p.187 ; Waldock, p.157.
- (2) 特定担保の外に浮動担保を結合 (combination) をする場合の文言の紹介については、大浜信泉教授 (現総長) ・浮動担保に就て・早稲田法学第一九卷二〇頁および二二頁参照。

## 七 浮動担保の範疇

(イ) パーマ (Palmer) は「経営を続ける会社の全財産を担保に供するいかなる言葉も浮動担保のみを与えることを意味するものと解釈されるであろう。しかも都合のよいことには、このような解釈を採らなければ、かかる担保は会社の業務を麻痺させてしまうであろう (註)。」と述べているが正に至言である。

なお、彼は語を継いで Illingworth v. Houldsworth (1904) A. C. 355 事件を引用し、浮動担保は明示であることと黙示であること (expressed or implied) 差支えない旨を説いている。

(註) Palmer, p.296.

Wheatley v. Silkstone Co., (1885) 29 Ch. D.715 ; Re Florence Land Co., (1878) 10 Ch. D.530 ; Re Colonial Trusts Corporation (1879) 15 Ch. D.465.

(ロ) 浮動担保は必ずしも企業の全財産を客体とするものではない (一)。ときに応じ企業の一部の財産についても設定し得る (二)。その範疇いかんは所詮具体的な信託証書や社債券上の文字解釈の問題に帰する。ただいかなる場合においても問題の中心は客体の範囲についてそれが現存財産以外のものを含むや、ならびに法律上の権利に非ざるものまづも含むや否やにある。問題となるもの次の (三)。

(一) Buckley, p.225 ; Topham, p.153 ; Blyth, p.148. 上の点に関する判例は枚挙に遑がないほどであるが代表的なものは Yorkshire Woolcomber's Association (1903) 2 Ch. 284. 事件である。

(二) 例えは "A Charge on furniture and plant with now are or may be placed on the promises" の文言を使用するが (Palmer, p.296.)。

### (1) 将来の取得財産

将来取得する財産 (after acquired property) を目的とする包括担保の効力についてはかつて、その有効性を争われ、無効 (void) とされた判決もあったが (1) 一八八八年の Tailby v. Official Receiver (1888) 13 App. Cas. 523 事件の判決により変更 (overrule) された。(イ) 爾来、将来取得の財産はなんらの意思表示なくとも浮動担保の客体となることとなった。(ロ) また、権利取得の可能性 (possibilities) 更には期待権 (expectancies) とくなくとも、その目的物が獲得せられもしくは存在するにいたった時において特定可能 (capable of identification) のものならば、担保の対象となると説かれてくる (三)。(ハ) なほ Buckley は次のように述べている。It may even be on a percentage of future profits (四), or on the present and future profits of particular transactions (五)。

(一) D'Epineuil (count), Re Tadman v. D'Epineuil (1882) 20 Ch. D. (217) (758) ; Bellding v. Read (1865)

3H & C. 965.

(三) Simonson, p. 20 ; Palmer, pp. 295, 296.

- (c) Buckley, p. 225 ; Lemon v. Austin Friars Investment Trust (1926) Ch. 1  
(4) Hoare v. British Columbia Development Association (1912) W. N. 225; Buckley, p. 225.

将来財産の定義につきこの積極的な結論は、解釈として達し得る最高水準を示すものであり企業の担保という点からみれば最も有効かつ適切なものである。

次に現存財産のみならず将来財産をも浮動担保の目的とする意味の文言は如何なる形式により表現されるであろうか。これに関する判例は頗る多い。左に年次順にこれを拾ってみよう。

(a) “On our undertaking and property and receipts and revenue” (in re Marine Mansions Co., [1867] L. R. 4 Eq. 601)

(a) “On the undertaking and all sums of money arising therefrom, and all estate, right, title and interest of the company therein” (in re Panama, New Zealand and Austrarian Royal Mail Co. [1870] L. R. 5 Ch. App. 318)

(c) “On all the company’s estate, property and effects” (in re Florence Land and Public Works Co. [1878] 10 Ch. D. 530)

(c) “On the company’s undertaking and all its property whatsoever and wheresoever, both present and future” (in re Brunton v. Electrical Engineering Corporation [1892] 1 Ch. 434) 等であるけれども悉く将来財産をも含むものと解釈される(註)。

(註) Simonson, p.20; Buckley, p. 243.

しかしながら“On the undertaking and all the real and personal estate of the company” (in re New Clydeack Sheet and Bar Iron Co., [1868] L. R. 6 Eq. 514) は既存財産のみを意味し将来取得の財産を含まないと解釈されている(註)。文言の用法に留意すべきである。

(註) Simonson, p.21.

## (2) 未払込資本金

未払込資本金 (uncalled capital) は会社の債権であるから浮動担保の客体たり得ると勿論である(1)。しかし払込請求権は払込の催告いかんにより、催告済のもの (past calls)、未催告のもの (future calls) とに区別せられる。前者は具体的な特定の権利であるから問題はないが、後者は権利というよりはむしろ権能 (power) であり、明示もしくは黙示の容認条項もしくは定款の規定が存するときにかぎり担保に供し得る(2)。

右のごとく会社はその定款が許すかぎり未払込資本全額を担保に供し得るのであるが、これには一の例外がある。すなわち会社は特別決議 (special resolution) により資本の一部を解散に備えて留保することができるが、この留保部分 (uncalled capital reserved for the purposes of winding up) は目的が定まっているのであるから浮動担保の目的たり得ない(3)。

(1) Palmer, Company Law.1924. p. 288 ; Fisher and Lightwood, p.94.

(2) Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co., (1888) 38 Ch. D. 156 ; Palmer, Company Law. 1924. p.288 ;

Simonson, p. 22.

(c) Sent 60 Companies Act. 1948 (reserve liability of limited company) など Simonson, p. 23 ; Palmer, com. pany Law. 1924. p. 288.

## (2) 暖簾

浮動担保が営業の担保といわれるかぎり純理論的にはその客体は営業自体であらねばならない。しかしして営業は人的物的の総合価値以上に独自の高価値を有し、それは又同種の他の営業にまさる超過価値を有する。その超過価値は屢々 goodwillの承認をもつて代置せられる。私はこの超過価値を生む営業の特質を goodwillと解する。

しかるときは、企業担保たる浮動担保に goodwillが包含せられること当然である(一)。

なお、既述、現在財産のみならず将来財産をも含む意味の文言形式中 all property, all assetsの語は、一般に goodwillを包含するものと解釈されている(2)。

(一) イギリスにおいては営業とともにする goodwillの売買が認められ、これに関連する就業禁止の判例は頗る多し。Levy v. Walker (1879) 10 Ch. D. 436; David and Matthews (1899) 1 Ch. 378; Thyne v. Shove (1890) 45 Ch. D. 577, 582. etc.

(2) goodwillは現代財産法において幾多論議の焦点に立ちながら今以つてなお、未開の重要課題を包蔵している。けだし法の世界に永遠の謎を秘める幻であるうか。ともあれ、暖簾に対する法の態度は極めて消極的である。思うにこれを廻つて生ずる幾多の現象を規整することは諸多の困難を伴い、至難の業なのであるう(経済的商業面については、高瀬壯太郎博士・グットウィルの研究参照) (一) イギリス初期の Gruntwell v. Lye (1810) 17. ves. 355 事件における Lord Eldon の定義・Chissum v. Dewes (5 Russ. 29) 事件における Leach. M. R. の説明をかりると goodwillは文字通り営業の繁栄が顧客の好意によるものとする思考よりでた語である。(二) しかし、英国においては、一八世紀中葉より漸次、幾多の判例が種々法理の発展をみせてきたし、(三) また goodwillの文字は成文法(破産法、会社法等)にも旺んに使用せられている。(四) なお、企業に関する学説中においても企業の重心をこの暖簾におく有力なる主張あり、(五) 一方、法制としては仏国営業質がこれ(得意先)を最も重要視し、営業の本質的構成分子の一としている(拙稿・前掲法律時報三八頁参照)。(六) さらに、イギリスにあつても goodwillをもつて営業の核心となし、他の企業財産は寧ろ、これに従属するとの見解が支配的であり、Trego v. Hant (1895) 事件において、Macnaghten 卿は「営業を樹木に喩えれば goodwillはその樹液である」と説いたといわれている。果して然らば、浮動担保がその客体中にこれを含むこと当然である。

(2) 大浜信泉教授・前掲早稲田法学二四頁。

## 八 浮動担保の効力

(一) 一般債権者に対する優先権浮動担保は会社の普通債権者 (the general creditors) に対し、会社が解散した場合たと否とに拘らず恒に優先して弁済を受け取る権利を有する(註)。

但しこの優先弁済 (preferential payments) については新会社法第九四条の制限がある。

(註) Palmer, Company Law. 1949. p. 297 解散に関する General South American Co., (1876) 2 Ch. D. 337.

(2) 執行債権者に対する効力

浮動担保は強制執行をした会社債権者に対抗することができない。但し執行債権者が財産を占有した場合はこの限りでない。例えば執行が差押 (seizure) の後、競売 (sale by the sheriff) になった場合、又は債権者が会社に対し絶対的特権差押命令書 (absolute garnishee order) を得た場合、もしくは差押財産の競売阻止のため執行吏 (sheriff) に現金を支払った場合の如きである<sup>(註)</sup>。

(註) Palmer, pp. 296-297; Charlesworth, p.189 執行については Opera (1891) 3 Ch. (C.A.) 260; Taunton v. Sheriff of War Wickshire (1895) 2 Ch. 319; Standard Manufacturing Co., (1891) 1 Ch.627 公売差止めのため金銭が支払われた場合については Heaton & Dugard, Ltd. V. Cutting Bro's, (1925) 1 K. B. 655

(3) 会社債務者の相殺権との関係

浮動担保は会社が会社の債務者との協議によつて債務者に相殺権 (right of set-off) を与えることを妨げるものではない<sup>(註)</sup>。

(註) Lindley, p. 321; Palmer, Company Precedents, 1952. Part 3. p.53; Biggerstaff v. Rowatt's Wharf (1896) 2 Ch. 93.

(4) 地主との関係

地主は収益管理人 (receiver) が選任されるまで (すなわち浮動担保の睡眠中) の間、地代につき土地の差押 (distrain) をなすことができる。またその後も普通法によつては差押できる。しかし裁判所が管理人を選任したときはその許可を得なければならぬ<sup>(註)</sup>。

(註) Palmer, Company Law. 1949. p.298; General Share and Trust Co., v. Wetley, etc, Co., (1882) 20 Ch. D. 260.

(5) 浮動担保の設定時期とその効力

これについては前述五、(2) 参照。なお、パーマ (Palmer) は前記新会社法第三二二条が浮動担保の効力を唯、無効にする (invalidates) のみであると非難する<sup>(註)</sup>。

(註) Palmer, p.297.

(6) 割賦購買の目的たる動産に対する効力

会社がある動産 (chattels) を割賦購買契約 (hire purchase agreement) —— 済崩し購買契約 —— によつて占有する場合には、所有権はまだ会社に移転していないから会社が設定した浮動担保が固定しても所有権者に優先することができない<sup>(1)</sup>。この関係は右の使用契約が浮動担保の設定後になされた場合も同様である<sup>(2)</sup>。

(1) Morrison Jones and Taylor, Ltd., (1914) 1 Ch. 50.

(2) Wilson v. Kelland (1910) 2 Ch. 118; Connolly Bro's, Ltd., (1912) 2 Ch. 25.

(7) 会社職員、工員の給料、工賃等に対する関係

前掲、新会社法第九四条は職員、工員等の雇傭契約上の債権は浮動担保附社債に優先する旨を規定している。詳細は同条ならびに第三一九条に譲る(註)。

(註) 受託者の報酬は信託証書にこれを記載するのが恒であるが、特別の規定なき限りはその権利は浮動担保権者(社債権者)に劣後する。

#### (8) 財産の自由処分

(イ) 会社は浮動担保設定後も担保権者の干渉権 (right to intervene) の発生をみるまでは平常どおりその営業を続けてゆくものであるから、その間、既存財産の処分、新財産の取得、債務の弁済、および新債務の負担をみることは当然のことであり、それらは浮動担保に何等の消長を齎らすものでないこと勿論である。

パーマ (Palmer) もこの点につき、会社は営業の正常な道程において浮動担保財産を取引ならびに処分 (to deal with and dispose) する自由を有する。したがって会社は担保財産を、売却、賃貸、交換し得ることは勿論さらに特定担保の設定等最も都合の良い方法 (most expedient) で処分できるとのべている(註)。

(註) Palmer, p.296 & p.299 ; Florence Land Co., (1878) 10 Ch. D. 530 ; Simonson, p.14 ; Buckley, p.225 ; Stephen's Commentaries on the Laws of England, 1950. Vol. II. P.579 ; Halsbury, p. 473.

けだし、浮動担保におけるこの目的物処分の任意性は畢竟、企業の収益能力の維持、増進のためであり、企業担保の重心課題であったものを見事に解決したものであり、本制度の効力中、その核心をなすものである。すなわちこの自由処分機能は、その根源を浮動担保の客体の総括性ないし浮動性に求むべきである。もし特定担保の如く客体が個別的に確定しているものであるならば自由処分は担保権の侵害となり、期限の利益を失う(民法二三七条)にいたること無論である。

(ロ) 右のごとく、会社は浮動担保設定後も別段の特約、制限なき限り (in the absence of any such limitation) 原則として自由に企業財産を処分できる。しかし、自由処分といつても元来、企業の維持発展ということがその目的の基底となっているのであるから、この原則には自から一定の限界が存在しなければならぬ。すなわち会社財産の処分はその企業の目的遂行上 (in furtherance of any of the objects which the company was established to carry out) 必要にして且つその企業の継続と矛盾せざる範囲 (not inconsistent with its continuance as a going concern) の行為に限定せられるべきである(註)。

(註) Lindley, p. 318.

(ハ) しかして従来の判例は大体において、会社営業の通常過程における取引 (dealings in the ordinary course of the company's business) とは表現(一)で以てその限界 (confine) を画し得る。但しその制限を狭隘に過ぎぬ (too narrow limits) とみなす者あり(註)。

(一) Standard Manufacturing Co., (1891) 1 Ch.627 ; Hubbuck v. Helms (1887) 56 L. T. 232 ; Foster v. Borax Co., (1901) 1 Ch. 326 ; Nelson & Co., v. Faber & Co., (1903) 2 K. B. 367 ; Hamer v. London City and Midland Bank (1918) 118 L. T. 571 ; Palmer, p. 296.

(註) Lindley, p.819. なお最も新しい著書としてはロンドン大学教授 L. C. B. Gower, 'The Principles of Modern

Company Law. (1954) の ordinary course of business の意義を広く解釈すべき旨を説くところ (p.410)。

例えば Lindley がその著書に引照する *Metropolitan Bank of England and Wales v. H. H. Vivian Co.*, (1900) 2 Ch. 654 事件においては社債発行会社がその一営業所の営業を他会社へ売却して株式を取得した事案に対し浮動担保を害せずと判示された。

これは一見大胆な解釈のようであるが正当である。何故ならば、営業の譲渡は営業上の通常の取引と称し難いという点からすればなるほど、大胆な判決である。しかし、営業の譲渡が会社の目的遂行上の行為である点、さらにはこれが企業の継続と抵触せざる行為であるという観点からすれば判旨は正に妥当といふべきであるからである。

次に *Foster v. Borax Co.*, (1901) 1 Ch. 326 事件においては社債の発行会社が企業合同 (amalgamation) のために同種の事業を目的とする会社はその全営業を譲渡して株式並びに社債を取得したのであるが、これらも亦浮動担保を害せずと判示された<sup>(註)</sup>。しかし、これは dealings in the ordinary course が狭隘に過ぎる点を反省せしめる一示唆としての価値を認める以外においては余りにも極端 (excessive) に失する判決であると思ふ。

(註) Lindley, p. 319

#### (9) 浮動担保と特定担保との関係

(イ) 浮動担保は前述のごとく、会社事業の普通の進行途上において財産を処分し得べき権利を留保せられた会社財産に対する直接且つ継続せる担保 (an immediate and continuing charge) であり、(一)、企業財産中、一部特定財産につき他の債権のために特定担保を設定し得るものと当然である<sup>(2)</sup>。

(1) *Florence Land Co.*, (1878) supra ; *Standard Manufacturing Co.*, (1891) supra ; *Habbuck v. Helms* (1887) supra.

(2) *Palmer 対 Hamilton's Windsor Ironworks* [1879] 12 Ch. D. 712 に關聯して notice of the floating charge dose not postpone subsequent specific mortgages の *Cyprus* (p.293) 及び *Cote*, vol. II. p.1300.

(ロ) しかしながら社債の担保より優先する特定担保を設定する権限は当初明確には企図せられなかった。この *Palmer 対 Panama New Zealand etc. Co.* 事件における *Giffard, L. J.* の説明によつても明らかである<sup>(註)</sup>。  
(註) *Palmer*, p. 299.

(ハ) しかし、*Palmer* のごういふ社債に関する法律 (the Law of debentures) も生きている法律の各部門と同様に恒に絶えず發達して行へるものと見做す (like all branches of a living law, is constantly growing)。ごかつ *Florence Land Co.*, (1878) 10 Ch. D. 530 及び *Colonial Trusts* (1879) 15 Ch. D. 465 事件においては浮動担保に優先する特定担保 (specific mortgages or charges) の設定が自由になった。後者においては「浮動担保が特定担保の設定もしくは財産の特定の譲渡 (specific alienation) を防げるなべく考へることは奇怪 (monstrous) である。何故ならば会社の借入は業務運営のためであるから、かかる考へはその経営を破壊 (destroy) していつてもぬらう<sup>(註)</sup>」と断言された。

(註) *Palmer* p. 299.

(三) さらにまた、浮動担保は一般に反対の特約なき限り、優先的効力をもつ特定担保を設定し得る権限を会社に留保するものであると説かれるまでに至った(註)。

(註) *Wheatley v. Silkstone Coal Co.*, (1885) 29 Ch. D. 715; *Castell & Brown Ltd.* (1898) 1 Ch. 315; *Benjamin Cope & Sone Ltd.* (1914) 1 Ch. 800.

なお *Palmer*, p.296; *Farrar*, p.232; *Topham*, p.154; *Waldock*, pp.161—162. 参照。

(ホ) いま、左に浮動担保と特定担保との関係を要約する。

浮動担保設定後において特定担保の設定がなされた場合 (a) 特定担保権者が浮動担保の存在を知りたるよび (with notice floating charge) (悪意) と雖も、(b) また、たとえ、浮動担保が第一順位の担保 (first mortgage) であることを定めた場合であっても事後に設定された特定担保は浮動担保に優先する。即ち、第一回社債につき浮動担保を設定した後、一部の特定財産の上に第二回社債のために浮動担保に優先する特定担保を設定することは可能である。

(註) *Palmer* は右につき上記 *Wheatley v. Silkstone* 事件における述べられた *North, J.* の説明を最も重要視してゐる。なおその他、学識ある判事 (learned judge) の見解にこつこつは *Ward v. Royal Exchange Shipping Co.*, (1887) 58 L. T. 174 事件を参照のよび。

#### (10) 浮動担保相互の関係

既存の浮動担保と同一順位 (ranking pari passu) の浮動担保の設定は許されない。また既存の浮動担保に優先する (in priority) 第二の浮動担保は許されなく(註)。

(註) *Lindley*, p. 320; *Palmer*, pp. 277, 278; *Cooté, A Treatise on the Law of Mortgage*, 1927, p.507 & p. 1300.

#### (11) 会社の合併と浮動担保の効力

浮動担保を設定したる会社が他の会社と合併 (amalgamation) をなしたときの浮動担保の効力については、判例は二様の態度にでているが、私は浮動担保の効力は合併後の会社の総財産に及ぶとなす立場に賛成する(註)。

(註) 詳細は、拙稿・企業担保法案について (二) —イギリス浮動担保より観て— 法学新報六二巻二号一八頁。浮動担保は合併後の会社の総財産に対し当然には及ばないとするものは *Hubbuck v. Helms* (1887) 56. L. T. 232 事件、及ぶとするのは *Borax Co., Foster v. Borax Co.*, (1899) 2 Ch. 130, 135. On appeal (1901) 1 Ch. 326 事件である。なおアルゼンチン社債法第九条参照。

#### (12) 財産処分禁止條款

(イ) 会社は浮動担保設定後と雖も、上述のごとく会社の存続ないしその目的の遂行上、睡眠中 (continuous dormant) は自由にその財産を処分し得るのであるが、浮動担保の過激な弾力性 (extreme elasticity) —— 財産処分を許す広範囲の権限 —— は或る場合には極端 (excessive) と思われた(註)。



(註) Palmer, p.300.

(ロ) 随つて一般には浮動担保の設定と同時に信託証書並びに社債券に一定の制限ないし禁止条款 (prohibition) を設けるのが実情である。

その制限 (limitation) は会社財産の全部又は一部につき浮動担保と同一順位又はこれに優先する (priority over or ranking pari passu) 担保の設定を禁止する旨の形式が通常である(一)。しかしてその制限 (qualification) は殆んどの場合有効である(二)。

(一) Palmer, p.300 ; Buckley, p. 228 ; Lindley, p.320 ; Smith v. English and Scottish Mercantile Investment Trust (1896) W. N. 86.

(二) Palmer, p.300. この特約の有数なことは Palmer が一八七七年の Company Precedents 第一版において論じた処であつて、事後、漸次汎く行われるに至つたものであるといわれている(池田寅二郎博士・担保附社債信託法 七六頁)。

(ハ) 右の特約の効力は絶対に財産の処分を禁止するものに非ずして、唯その社債に優先もしくは同順位  
の担保の設定を禁止することにある。即ち

(a) 浮動担保の設定を知りて新たに担保権を取得した債権は浮動担保権者に劣後する。

(b) しかしながら、(一) 善意にて特定担保を取得した者、(二) もしくは浮動担保の設定あることを知れるも特に財産処分の自由を禁止せられたることをしらなかつた者は、浮動担保権者に優先する(註)。

(註) Robson v. Smith (1895) 2 Ch. 118 ; Palmer, p.300 ; Buckley, Companies Acts. 1924. p.245.

(ニ) しかし浮動担保におけるかかる制限は嚴格に解釈すべきである(註)。

(註) Palmer, p.300.

(13) 反禁行為の効力

(イ) 会社が財産処分禁止条項に違背して財産を処分したり、又は担保に供せんとするときは社債権者はこれを阻止するために差止命令 (injunction) を求めることができる。又処分の後といえども無償の取得者もしくは悪意の有償取得者に対しては浮動担保をもって対抗することができる。換言すれば (a) 特定担保といえども悪意の取得の場合は浮動担保に劣後する。(b) 又、財産譲渡の場合においても悪意又は無償の譲受人は浮動担保に服するものとしてこれを取得するにすぎない(註)。

(註) Lindley, p.322.

(ロ) (ニ)に悪意とは当該財産の処分行為が浮動担保の禁止条項に違背することを現実に認識した (with actual notice) ことをいうのであつて単に社債が現在発行されていること又は浮動担保が現存していること  
の認識は必ずしもいわゆる悪意に該当しない(註)。

(註) Lindley, p.322 及び English & Scottish Mercantile Investment Co., v. Brunton (1892) 2 Q. B. 701 参照。

(ハ) 以上のごとく浮動担保も右の範囲内においては排他性を有するのであるから睡眠中といえども或る程度の防禦手段をもつものであるから一般衡平法上の権利関係と同様、単なる債権関係ではなく、債権と物権との中間的存在の性格を帯びる(註)。

(註) 衡平法上の権利については前記文献の他、水島・信託法要義(中央大学講義案)(1)及び(2)参照。

## 九 浮動担保の結晶

### (1) 結晶の意義

浮動担保といえども生きているものでありたとえ深い眠りに陥るとも常に覚醒の可能性を蔵していること勿論である。もしそれ、久遠の睡眠にして遂に目覚めることなければそれは、順調な企業の床に伏臥したものであり社債の元利が完全に履行されたことを意味する。

しかしらざる限り、浮動担保は睡眠を続けていても将来の担保でなく現在の担保(an existing charge)である以上(一)一定の時期に(一定の原因により)睡眠より醒めて会社総財産の上に具体的に凝固し(to become fixed)するに特定担保として完全に物権的性格を発揮するにいたる。この現象を結晶又は固定(crystallize or to become fixed)もしくは浮動又は睡眠の終始(to cease to float or to be dormant)とす(二)。

(一) Lindley, p.232 ; Farrar, p.231 ; Winfield, Jenks English Civil Law. 1947. vol. 2. p.857 及び Evans v. Rival Granite Quarries (1910) 2K. B.979 事件における Buckley, L. J. の説明は重要である。

(二) Topham, p.153 ; Goitein, p.247 ; Farrar, p.232 ; Palmer, p.298 ; Re Griffin Hotel Co., Ltd. (1941) 1 Ch.129.

### (2) 結晶の原因

右の一定の時即ち、睡眠に終止符を打つ時(when a floating charge, ceases to be dormant and become fixed)とは特約なき限り(一)一般に

(イ) 会社が営業を廃止したとき(when the company ceases to carry on business) (三)

(ロ) 会社が解散を開始したとき(upon the commencement of the winding up of the company) (三)

(ハ) 管理人の任命があったとき(upon the appointment of a receiver) (四)

の三原因の発生をみたときである(五)。すなわち浮動担保はこれらの原因の何れかが発生するときは必然的に固定する。

(一) 実際には特約により社債の元利遅滞を以って浮動担保の結晶原因となすのが通常である。Hodson v.Tea Co., (1880) 14 Ch. D.859; Waldok, p.164; Coote, p.507 事件参照。随つて、現在では結晶の原因は四事由であるとするべきである。なお、Coote, vol. I. p. 507 参照(六)。

(二) Robson v. Smith (1895) ; Foster v.Borax Co., (1901) ;Metropolitan Bank v. H. H. Vivian & Co., (1900) ; Government stock v.Manila Railway Co., (1897) —supra.

(三) Lee v.Roundwood Colliery Co., (1897) 1 Ch. 373; Wallance v. Universal Automatic Machines Co., (1894)

2 Ch.547.

(四) See case in (注一) and Robert Stephenson & Co., (1913) 2 Ch.201 (C.A) なお、管理人任命に関する詳

細にござれば F. Gorr-Browne, Handbook on the Formation, Management and Winding Up of Joint Stock Companies. 1952. p.270 & pp.272, 272 et seq.

(5) Lindley, p.325 ; Charlesworth, p.189 ; Palmer, pp.300, 301 ; Palmer, Company Precedents, 1952. Part3. p.51.

結晶 (crystallization) の原因は原則として以上の三点に限定せられる。したがって右三原因の何れかの事由が発生せざらば必ず、たゞ会社が経営困難に陥るのみ (company is in difficulties) (1) また社債の元本もしくは利息が遅滞する (in arrear) (2) ともやうに社債権者が元本償還ならびに利息支払請求の判決を獲得する (3) ことがあつても浮動担保は特定することなく依然睡眠を継続するものである (4)。而して最近、識者は、これらの場合においても浮動担保は社債権者が正当な時期に (at the proper time) 適当な手続を執つたべきに (taking the appropriate steps) 確定担保 (fixed charge) となす旨を説く (5)。

(1) Robson v. Smith (1895) supra.

(2) Government Stock v. Manila Railway Co., (1897) supra.

(3) Robson v. Smith (1895) Supra.

(4) Lindley, p.325. (註2) (註3) の両判決においては、浮動担保設定後、利息が延滞しても債権者が実行手続に着手せざる以前に更に設定したる質権は浮動担保に優先する旨が判示された。

(5) Gottein, p.247 ; Evans v. Rival Granite Quarries, Ltd., (1910) 2K. B. 979. C.A. ; Heaton and Dugard, Ltd. v. Cutting Brothers, Ltd., (1925) 1 K. B. 655.

### (3) 結晶の理由

(イ) まず、営業の廃止は会社が任意に営業を廃める行為であり、爾後は支出のみにて、新たに所得を生むことなく社債権者の保護に欠けるから社債期限の有無に拘らず担保を固定せしめ、実行を許すのである(註)。

(註) Waldock, p.164 ; Siebel, p. 389.

(ロ) 次に、解散は裁判所の命令による強制解散 (winding up by the court) と株主総会の決議に基づく任意解散 (voluntary winding up) とを含むがこれらが固定の原因となるのは、営業の廃止の場合と同一理由による。

(ハ) 最後に、管理人の任命は社債担保財産の管理処分のためであるから、これが任命をみれば浮動担保が固定するのは当然である。

管理人の任命は裁判所によるもの (receivers appointed out of court) と社債権者又は受託者によるものとの両者を含む。前述、結晶に関する特約 (元利の遅滞) は、一般には、管理人の任命を目的として信託証書中に記載される(註)。

(註) 管理人ないし管財人に関する著書は頗る多いが Evelyn Riviere, The Law relating to receivers and Managers. 1912. p.67 以下参照。優れた専門書である。

### (4) 結晶の効果

結晶の効果は、従来の浮動担保が凝固して確定担保となることの一言に尽きる(註)。

(註) その結果については「浮動担保の効力」の項を参照。 Halsbury, p. 476; Coote, vol. 1. p. 508.

## 一〇 浮動担保の実行

結晶の結果、普通の特定担保となった浮動担保の実行については特にのべるべきことはない。

(イ) ただ担保の実行は社債権者の申請により裁判所が選任した管理人 (receiver) (ロ) または社債信託証言 (trust deed) により予め、指定された管理人により会社財産の取立、換価の上その代価を以って優先的に社債元利を弁済せられる。(ハ) 信託証書に予め管理人を指定しなかつたときは受託者が自から取立、換価をなす。(ニ) 裁判所は会社を継続、更生せしめんとして manager を選任することがあるが、この manager も取立、換価をなし得る。(ホ) 解散の場合は、清算人は会社財産の取立、換価をなし、receiver は清算人の得た代価を受領し、社債元利の弁済をなし得るに過ぎない。

## 一一 浮動担保の企業担保としての優越性

— 財団抵当より浮動担保へ —

(一) 以上にて、イギリス浮動担保の紹介を終った訳であるが、要するに、企業担保の重点は(イ) 客体の総括性と(ロ) その当然の帰着としての企業財産の任意処分性とにある。浮動担保がこの二点につき各企業担保制度に比し、如何に優越しているかは拙稿前掲「各国における企業担保制度の概観」により比較検討せられたい(一)(二)。

(イ) 先ず、客体の総括性の面においては、他の制度は浮動担保に比し、何れも企業構成要素の全財産を含むものではない。しかも浮動担保の総括性は法的性格の曖昧な暖簾、得意先等の外、担保設定後に取得された将来財産が何等の意思表示を俟たず当然担保の目的となるの点に至って正に白眉である。

(i) 例えばドイツにおける鉄道財団法 (Gesetz über die Bahneinheiten) にあつても財団の組成要素は鉄道総路線、鉄道用地、工作物、地上権、経営上の必要資金、動産等に限定せられており、(ii) またフランスにおける営業質 (Nantissement des fonds de commerce) にあつても質権の客体たる営業財産は厳格に制限せられ、将来の営業財産 (Fonds de commerce futur) もしくは形成過程にある営業財産 (F. d. c. en formation) は除外せられている外、さらに、注意すべきは商品および不動産が担保の目的とならないことである(4)。

(1) 法律時報第二六卷第一〇号三三六頁以下引照。(ii)に紹介された各国の企業担保制度の中、とくに浮動担保と対照すべきは次の諸制度である。(1) ドイツにおいてはとくに鉄道財団抵当制度 (Ein Privatisenbahn, welche dem Gesetz über Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838) および小作財団担保制度 (Gesetz, betreffend die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche pächter, vom 9. Juli 1926) (2) フランスにおいてはとくに営業質制度 (Loi du 17 Mars 1909 Relative a la vente et au nantissement des fonds de commerce) (3) アメリカにおいては浮動担保に近似するものとして blanket mortgage (after-acquired property clause) (Glenn, Mortgages, 1943, vol. III, p. 1675- & p. 1691 et seq.)

(2) なお、現在、社債の担保として浮動担保制度を採用しているのは、イギリスの外、(1) 印度・一九五一年会

社法第一二六条ないし第一二九条（これについては K. Venkoba Rao, 'The India Companies Act, 1954, pp. 415-420 & p. 445 et seq.）および (c) 前記アルゼンチン・一九二二年社債法 (Derecho emission de Debentures) 第五条ないし第一二三条である。

(c) 詳細は K. Frisch, *Handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reich und in Preussen*, SS. 117—130.

(4) 最近の文献については拙稿・前掲法学新報第一号一二頁参照。

(ロ) また、企業運営途上において収益力増進のため企業財産の処分につき、独仏各国の諸制度中には如何に腐心してきたかの形跡が窺われる。(二) 例えば前掲ドイツ小作財団担保制度においても質権設定後経営の範囲内において処分した個々の財産は質権の拘束から離脱するし(第五条第二項)(E) また、フランスの営業質にあつても質権設定後経営の常態において離脱せる施設は質権の拘束を脱する。浮動担保も営業途上の財産の自由処分を認めた点ではこれに優るとも劣らない機能を有している。浮動担保は企業の正常状態の儘を担保とするものであるから営業継続中、分離する財産につき担保から自然に外れる仕組を講じたことは当然であり、内容の変化する集合物もしくは企業の担保を想定するかぎり不可避の結論である(註)。

(註) かくのごとく企業から脱出する財産が何等の意思表示をもたずして当然担保から除外される現象の相対的理論は、将来取得する財産が何等の意思表示なくとも当然担保の対象となる仕組である。何れも近代取引がプリミティブな一物一権主義を崩壊し、企業を総括的に把握することから由つてくる担保物権の確定性の一時的破綻を物語るものである——かかる現象は信用の低い経済社会においては到底承認せられざる処である。因みに民法第一三七条と比較せよ。驚嘆の外はないであろう。

(ハ) ともあれ、現行企業担保制度としてはその効力の薄弱なるにも拘らず依然浮動担保を首位に挙げなければならぬであろう。

(2) なお、我が国においては明治三七、八年を境とする産業の勃興に伴い外資導入の必要に迫られた結果外債の担保として独法系の財団 (Einheiten) 抵当制度を採用すべきや、英法系の浮動担保制度を採択すべきやが争われ、結局前者の採用をみて今日に至っているが両者の間には次のごとき根本的な差異がある。

(イ) 浮動担保の設定には財団抵当のごとき業種的な制限(九種の業種)が存在しない。

(ロ) 担保の客体は財団抵当と異なり、企業の総財産を対照とする。財団抵当の目的物は現存且つ法定の確定財産にかぎられ、将来の財産ならびに暖簾、得意先等を含まない。

(ハ) 浮動担保の設定者は利潤向上のため結晶にいたるまで目的物を自由に使用、収益、処分することができる。財団抵当にあつては担保権者の許可なくしては担保の処分は許されない(民法第一三七条)。また、処分は財団目録の変更となり、費用(税金を含む)労力の点よりみて到底現在の激しい取引の要請にそわな

い。

以上、企業の担保として金融上、信用拡大の点において両者の優劣は決定的である。

(3) 一方、企業担保の様式として浮動担保の形式を観察するとき、その簡素なことに驚く。ただし、無数の構成分子を包摂し、しかもそれが変転極まりなき企業を担保とするに当り、この形式の単純性は、複雑なものに対する弾力性を意味するものであつて、よくその合理性を物語るものである。

(4) 確定担保と雖も企業が順調であり元利が順当に支払われるかぎり、浮動担保と同様、いわゆる寝担保であるから純理論的に企業担保を考究した場合、確定性ということは必至的なものでなくなってくる。

かく考察してくると資本主義経済の発達に伴い、現在の確定担保制度たる財団抵当は信用の拡大と共に必

然的に浮動担保に移行すべきではなからうか、と推断せられる。

(5) 学者は近代取引の進展をみて、夙に財団担保から「企業担保へ」の途を熱心に説いてきた(註)。ここにおいてか、「財団担保から企業担保へ」の課題は先ず、具体的には「財団抵当から浮動担保へ」の命題に振替えられるべきであらう。

「財団抵当から浮動担保へ」——この命題こそ、現下わが物権法における重心的課題であらう。

(註) 我妻栄教授・前掲・集合財産の譲渡担保に関するエルトマンの提案、同教授・前掲・近代法における債権の優越的地位参照。

## 二二 企業担保の理論

大陸法系の流れを汲むわが国にあつては前述のごとく一物一権主義が固執せられ「独立する物の集合体の上には独立の所有権は成立せず」との鉄則が存在し、まして企業のごとき独立物の他、法律関係及び事実関係までも包含する集合物ないし無体物の場合においては、たとえ、それが統一的有機的組織体であつてもその上に一個の物権(特別の所有権)が成立することは到底承認せられる余地がなかった。

いま企業の担保を思考するとしても担保権の主たる抵当権の本質は交換価値に存すると説かれており、しかもその前提には物権の特定主義が厳然と横たわっている。

しかし信用授受の面からみて、物権の確定性ということは絶対的に必要なことであらうか。この点私にとつては前項のごとく、时期的の問題であり、担保設定の当初より絶対的なものではあり得ない。

抑々怜悯な経済人は営業過程において通常自己の放出財産の価値と同等もしくはそれ以上の交換価値ある対価を欲求、取得するものである(「対価等量の維持」および「対価増高の志向」と呼びたい)。しかしその対価は当然に担保の対象となるべきであるから、価値の特定ということより価値の量ということに根本問題が存在する。占有を伴わない抵当権の本質を価値権(wert recht)とするならば「物の特定」は自然に「価値の特定」の理論に進展するであらう。しかし企業が順当であるかぎり与信者は「価値の特定」をも必要としないであらう。この場合彼にとって必要なことは常に、一定量の交換価値が優先的に把握できること、確保(security)ないし裏づけの存することであらう。

企業担保の理論構成はまさにここから出発すべきではなからうか。

とまれ、浮動担保における財産の自由処分権と担保権の登記はこのことを実証する唯一の存在である。

要するに、企業の担保ということは企業の収益機能が停止破壊するかもしくは企業が不振に陥り取得対価が屢々、流出財産の価値よりも低下するに至るまで、換言すれば、企業が普通に運営されるかぎり、常に交換価値の必要量を収め得る前提の下に資本主義経済が附与する信用を基盤とするものである(註)。

(註) ここにおいてか、私どもは幾多、「企業担保の骨子」ともいうべき要素を導き得る。これらについては拙稿・前掲・法律時報四三頁および四四頁の外、拙稿・企業担保としての英国浮動担保について・「私法」第一三号四三頁以下。なお同所に掲載の私の諸論文の内容と法務省当局試案の「企業担保法案」とを参照せられたい。

以上、イギリスにおける浮動担保の概要を観察してきたのであるが、本制度は企業総財産を担保として信用の拡張を企図したものであり、法律的には従来の大陸法概念を脱却するものまことに多く。正に驚異に値するものがある。

前述のごとく、明治の末期、産業の興隆に伴い、外質導入の要に備えて、独逸大陸法に範をとり、あらゆる睿智を結集し、劃期的な企業担保制度として創定された財団抵当制度も、激しい近代取引の前に、既にその無能を露呈して了っている。洵に「人は法を創り、自然はこれを破壊する」の感を深うする(註)。

(註) 因みにイギリス判例法(制定法には適用ないが)には *Cessante ratiōe legis cessat lex ipsa* (法の理由が消滅すれば法自体が消滅する) という格言が存在する。

しかして、私共は良心 (conscience) 信義 (good faith) 道理 (reason) を基底とするイギリスにおける衡平法的観念を偲び、且つアメリカにおける所謂プラグマティズム (pragmatism) —— 即ち実験による法の社会的正当性を承認する実験主義、及び法を動的、過程的なものとして各時代の社会的要請に対応せしめつつ有用的に社会内部相互間の利益を調整せんとする社会工学的法理論を掲げる実用主義等 —— の思想を省み、更には具体的事象として、既に発表をみた企業担保法試案の母法である英の floating charge や米の blanket mortgage が現行財団抵当根等制度に比し遙かに優れた機能を發揮することをしるであらう。

ここに於いてか、我々は過去の華麗多彩な概念法学 (Begriffsjurisprudenz) の一角が、質朴な実用法学の波に、しらずしらずに押されて行く法思潮の流れを、静かに、凝視めことができよう。

(昭和三〇、三、三一完)