

流動財産担保における「通常の営業の範囲内の処分」と固定化・再流動化

イングランド浮動担保における「処分の許可付きの個別担保」法理の終焉から

小 山 泰 史

はじめに
イングランドにおける浮動担保（floating charge）と個別担保（fixed charge）
「処分の許可付きの個別担保」法理の展開
Siebe Gorman 事件判決の法理の終焉 Brumark 事件判決と
Re Spectrum 事件判決
担保目的財産の流動性と「通常の営業の範囲内の処分」
ある処分が「通常の営業の範囲内」であるかどうかの判断基準
日本法の若干の検討

はじめに

一 問題の所在

1 近時、最高裁は、担保目的物が変動する流動集合動産譲渡担保について、次のような判断を示した（最 1 小判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁）。

「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されて

おり、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができるかと解するのが相当である。YとA及びCとの間の各譲渡担保契約の(各)条項(Aにつき「Yが通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを(Aは)許諾する。」「第三者に譲渡された養殖魚は譲渡担保の目的から除外される。」B・Cにつき、「B(ないしC)は、Yがその当然の用法に従い無償で使用することを許諾し、Yは善良なる管理者の注意義務をもって管理する。」)は、以上の趣旨を確認的に規定したものと解される。他方、対抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできないというべきである。」

すなわち、最高裁は、(i)本判決においてはじめて「通常の営業の範囲内の処分」を設定者に当然に認められるとし、(ii)右の範囲を超えた処分は無権限処分だとし、当該動産が搬出等により集合物の構成要素でなくなる限り、処分を受けた者が所有権を取得することはない、とした¹⁾。(i)については、譲渡担保の設定された「集合物」の範囲(設定契約で指定された範囲)から個別動産の搬出がなされていなくても、当該処分が「通常の営業の範囲内」であれば(本件の場合は売買契約の締結)、譲受人は有効に所有権を取得し得ることを意味する。他方、(ii)については、搬出により集合物の範囲から離脱することを条件として、譲受人が個別動産を取得し得ることになる²⁾。

この最高裁判決を受けて、設定者による処分が「通常の営業の範囲内」かどうかの判断基準について、ある学説は次のようにいう。すなわち、売買代金を売主の買主に対する既存の債務の弁済に充当するという「真正の

売買」であるとき、この約定は、実質的には債務の弁済に代えて譲渡担保の目的動産を譲渡するという代物弁済の契約であって、一般債権者に優先的な弁済を認めることになるから、「通常の営業の範囲内」とは言いえない、と³⁾。また、別の学説は、「例えば反対債権を有している買主が支払不能間近な時期に売買契約を締結したような場合には、代物弁済であれ担保であれ抜け駆け的な回収を目的とするもので『通常の営業の範囲』外であると認定される可能性も否定できない」ことを指摘する⁴⁾。

譲渡担保設定者に、何故「通常の営業の範囲内の処分」が認められるのか、その処分権限の根拠については⁵⁾、例えば、集合物論に立脚して、設定者に集合物の管理権・利用権の範囲の範囲で個別動産の処分を認める構成⁶⁾など、様々な法律構成が主張される一方、最近では、最高裁は「事物の性質」からの当然の帰結と解しているとの指摘もなされている⁷⁾。けれども、「事物の性質から」当然であると述べる同じ論者は、その一方で、流動動産「譲渡担保契約において譲渡担保権者が設定者にどの範囲まで処分権限を授与しているのか」という譲渡担保設定契約の解釈の問題であるという^{7-a)}。また、既に述べたように、前記最高裁判決を前提とすれば、現実の引渡しや集合物の範囲内にとどまっている（集合物の範囲からの離脱前の）段階で譲渡担保の効力が及ばなくなる。この趣旨を定めた契約条項は確認的な規定にとどまり、たとえ契約条項がなくても同様の処分権限が認められることになる⁸⁾。

では、一方で「事物の性質上」当然に設定者に処分権限が認められることと、処分権限に関する「譲渡担保設定契約」の解釈とはいかなる関係に立つのか、以上の学説の整理や指摘からは、今一つ明確ではない。また、「通常の営業範囲内」にあたるかどうかの基準についても、それが「事物の性質上」当然にその範囲が定まるのか、譲渡担保設定契約の解釈によって左右されるのか、あるいは、他の債権者を害する行為が当然に「通常の営業の範囲」を超える処分にあたるのか等、不明確な点が多く残されている。

2 ところで、「通常の営業の範囲内の処分」が認められるのは、何も

在庫商品等を目的とする流動集合動産譲渡担保に限られない。道垣内教授は、「**抵当権の効力の及ぶ範囲**」について書かれたある論稿において、以下のように述べる⁹⁾。やや長くなるが引用しておこう。

「**B**（**抵当権者**）が**A**（**抵当権設定者**）の行為（**抵当不動産**である建物＝料理店からガスオーブンを搬出しようとする）を差し止めうるか否かは、本件設備の更新が本件建物の《**正当な利用の範囲内**》であるか否か、にかかってくることになる。設問（本件設備を、新製品に交換すべく、下取りに出そうとしているとき）では、**A**は、設備を廃止しようとしているのではなく、新しいものと交換しようとしているのである。これは、本件建物を料理店として継続していく限り、一定期間が経過すれば当然に行わねばならない行為であり、それができないとすると、**A**の本件建物の使用収益権限も実質的にはかなりの制限を受けることになる。そこで、設問の**A**の行為は《**正当な利用の範囲内**》であるとして、**B**はそれに対してなんらの異議も唱ええない、と解すべきことになる。

これに対して、設問（と異なり、**A**が、他の債権者に対する借金の支払いのために、本件設備を売却しようとしているとき）はどうか。この場合は、本件建物の有効な使用のための行為ではなく、本件設備それ自体の価値に着目し、それを**抵当権**の効力から離脱させ、他の債権者に対する弁済のために利用しようとする行為である。これは《**正当な利用の範囲内**》の行為とはいえず、**抵当権者B**に何らかの異議申立てが認められてよい。**抵当権**に基づく物権的請求権としての妨害予防請求権の行使により、本件設備の分離・搬出の差し止めを求めうる、と解すべきであろう。」

すなわち、**抵当不動産**上から分離された動産に対して、**抵当権**が追及し得るかという問題に関しても、当該処分が「**通常の営業の範囲内**」かが問題とされるのであり、仮に「**通常の営業の範囲**」を超えていると判断されれば、**抵当権者**の追及等が認められる、というわけである。

上記の指摘は、「分離物に抵当権の効力が及ぶか」、すなわち、抵当権の追及効に関する問題として論じられている¹⁰⁾。学説では、「搬出された分離物に抵当権の効力が及ぶか」という問題につき¹¹⁾、(イ) 本来の抵当不動産の場所から搬出されれば抵当権の効力は及ばない（分離しても抵当不動産上にある限り効力は及ぶ）とする説¹²⁾、(ロ) 抵当権設定者に対しては、付加物を含めた抵当目的不動産の全部に及ぶので分離物にも抵当権の効力は及ぶが、第三者に対しては、登記により公示に含まれている限度でのみ抵当権が及び、分離・搬出されれば対抗力を失いもはや追及できないとする説¹³⁾、(ハ) 抵当権の目的であったことにつき悪意の譲受人に負担のない所有権を取得させる必要はないから、分離物が設定者（の所有）にとどまっている限り、搬出された後でも第三者が即時取得するまでは抵当権の効力が及ぶとする説¹⁴⁾、等に分類される。また、抵当不動産上の従物が抵当権者の同意なくして搬出された場合に、最2小判昭和57年3月12日民集36巻3号349頁が、工場抵当の事案につき、目的動産が抵当権者の同意を得ないで搬出されたとき、即時取得されない限り、これを元の備付場所である工場に戻すことを認めていることとの対比が重要である。

一見すると、抵当不動産上の分離物ないし従物の処分が「正当な範囲内」であるかどうか、という問題も、流動動産譲渡担保における設定者の「通常の営業の範囲内」の処分と全く異ならないように思われる。しかし、流動動産譲渡担保にあっては、前掲・最判平成18年7月20日が示すとおり、「通常の営業の範囲」を超える処分の場合、譲渡担保権者は、譲受人に対してもはや譲渡担保権を主張し得ないというのである。もちろん、この判決の帰結自体にも異論があるのは当然だが¹⁵⁾、抵当権と流動動産譲渡担保における両者の追及効の差異は、同じ「通常の営業の範囲内」の処分ないしこれを越える処分という概念をめぐって、何故相違が生じるのかを検討する必要性を生じているといえよう。

3 ところで、ある論者は、集合債権譲渡担保について2つの類型を区別する¹⁶⁾。一つは、被担保債権の期限の利益の喪失時における目的債権の

優先的な確保を目的とした類型(甲類型)、二つは、譲渡担保権者の排他的な担保管理、回金による被担保債権の優先的な確保を目的とした類型(乙類型)、である。甲類型においては、設定段階での公示の有無にかかわらず、期限の利益喪失時までには、設定者に取立権限が付与され、譲渡担保権者への回金も想定されていないことが多いという。「そこでは、期限の利益が失われない限り、譲渡担保権者が目的債権に関する権利を取得する趣旨ではなく、設定者が取立権を行使し、かつ取立金は設定者の責任財産を構成することが前提とされる¹⁷⁾。」

これは、ちょうど流動集合動産の譲渡担保において、集合物を組成する個々の動産は「譲渡担保」の目的であるが、指定された範囲からの離脱により譲渡担保の目的から自動的に離脱するのと同様、譲渡された債権が取り立てられたとたん、債権譲渡担保の目的から外れる(担保から解放される)ことを意味する。換言すれば、甲類型の集合債権譲渡担保にあっては、取立金について設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められるといてよい。けれども、逆に言えば、乙類型の集合債権譲渡担保にあっては、設定者に取立権限とその取立金の自由な費消は認められないことになる。そうすると、流動動産譲渡担保と異なり、集合債権譲渡担保の場合、設定者の処分権限は、担保目的物の性質自体から当然には認められるものではない、といえそうである。

他方で、たとえ乙類型の集合債権譲渡担保であっても、例えば、いったん取立金を担保権者名義の口座に入金することを義務づけるものの、担保の管理費用等を控除した上で、担保設定者に返金する等、譲渡担保権者が例外的にその都度「個別の同意」を与えて、特定の譲渡債権について、設定者自身の費消を認めることは許されるはずである。では、このような「個別の処分の同意」と「通常の営業の範囲内の処分」とはいかなる関係に立つのか。後者は、単に譲渡担保権者が設定者に予め「包括的な処分の同意」を与えていたと解すれば足りるのであろうか。

4 以上のように、「通常の営業の範囲内の処分」という概念は、「ア

セット・ベスト・レンディング（ABL）¹⁸⁾のように企業の事業のライフサイクル全般を担保の目的とする場合には、当然必要とされる概念である一方、その概念の必要性はこれに尽きるものではない。しかし、在庫商品の流動財産譲渡担保とそれ外の担保手段とで、「通常の営業の範囲」内かどうかの基準、および「通常の営業の範囲」を越える処分の効力について、どのような差異が存在するのか等、きわめて基本的な問題でありながら、これまで十分な検討がなされてこなかったように思われる。

5 さらに、これまで学説が挙げてこなかった以下の問題点も指摘しておくべきであろう。集合物論のうち、個々の動産は集合物の一部を構成し、これらにも集合物と合わせて譲渡担保の効力が及んでいると解する立場は、譲渡担保の実行により集合物譲渡担保が個々の動産の譲渡担保に転化すると解する¹⁹⁾。つまり、譲渡担保の実行により設定者の通常の営業の範囲内の処分が終了し、その処分権限が消滅すると解するのである。債務者でもある譲渡担保設定者が被担保債務につき不履行に陥った場合、少なくとも譲渡担保権者が実行通知を行った時点で通常の営業の範囲内の処分が終了し、固定化が生じると考えてよいと思われる。その後、一部の債務について弁済の目処が立ち、設定者が在庫商品の処分を再開したい旨譲渡担保権者に伝え、譲渡担保権者がこれを了承したとする。こうして、再度「通常の営業の範囲内の処分」が再開された場合、ここに存在する流動財産譲渡担保は、集合物論を採る場合、新たに設定し直された譲渡担保であるのか、それとも、固定化によって個別動産の譲渡担保に転化したのだから、その後は、個別動産の譲渡担保を個々に解除することに譲渡担保権者が同意したに過ぎないのか。いったん集合物から固定化により個別動産の譲渡担保に完全に転化した後、再度集合物として譲渡担保に服するといいい得るのか。このような問題は、集合物論を採る学説・分析論を採る学説を問わず、全く検討されていないといわざるを得ない。

その一方で、上記の学説は、個々の動産の差押えを流動財産譲渡担保の固定化事由として定めることを有効とする^{19-a)}。この旨が担保設定契約で

定められていれば、個別動産の差押えにより設定者の「通常の営業の範囲内」の処分が終了して固定化が生じるはずである。けれども、例えば、集合物を構成する三つの倉庫のうち、一つの倉庫内の動産が差し押さえられたからといって、集合物全体の在庫商品の流動性が失われるとは解しにくい。また、譲渡担保権者が差押えの事実を知らない場合、またこれを知ってもなお差し押さえられた以外の倉庫の商品の処分を設定者に黙認していた場合には、果たして「固定化」が生じたと言ってよいであろうか。個別動産の譲受人からみて、従前と変わらない態様で設定者が「通常の営業の範囲内」の処分を続けているのに、譲渡担保権者が譲受人に対して、「既に固定化が生じており、その動産は自己に確定的に帰属する」として第三者異議の訴えを提起し得るとすれば、問題がある。

6 すなわち、設定者に「通常の営業の範囲内の処分」を認めるとしても、単に「何故通常の営業の範囲内の処分が認められるか」、および、「通常の営業の範囲」を越えた処分の効力を論じるだけでは不十分なのである。譲渡担保の実行段階に至ってこれが認められなくなる時期における問題点、例えば、設定者の処分権限を消滅させる実行事由の特約の有効性や、再度処分が再開された場合の処分権限の根拠、およびその時点以降の譲渡担保の法律構成等、譲渡担保の設定段階から、個別動産が流動している段階（通常の営業の範囲内の処分が認められている段階）、さらには、実行段階の直前から実行段階に至るまで、それぞれの段階に応じて、「通常の営業の範囲内の処分」という概念の果たす機能を、設定者の処分権限の根拠と合わせて検討することが必要なのである²⁰⁾。また、「通常の営業の範囲内の処分」という概念自体についての検討も継続して行う必要がある。とりわけ、それぞれの担保目的財産の属性、とりわけその流動性の寡多が「通常の営業の範囲内の処分」にどのような影響を与えるか、という視点と、担保権者による「処分の許可」(処分権限の付与)が包括的であるのか・個別であるのか、またその範囲を契約条項によってどのように、またどの範囲でコントロールすることが許容されるのか、ということを相関的に検

討すべきであると思われる。

二 本稿の検討の対象

1 本稿は、これらの問題を比較法的な観点から分析し、もって日本法の分析に資することを目的とする。その際、比較法の対象として、イングランド法を中心としたイギリス法およびコモンウェルス諸国の法を取り上げることとする。

2 筆者は、既に「流動性ある財産を目的とする個別担保 イングリランド型浮動担保をめぐる新たな判例法理の展開」と題した別稿において、イングランド浮動担保と区別される「個別担保」(fixed charge)について一定の検討を行った²¹⁾。その概要は、次のようなものであった。すなわち、イングランドにおける近時の金融実務において個別担保の目的とされていたのは、従来は在庫商品と同様、浮動担保の目的とされるのが適当であると考えられていた、将来の売掛債権等であった。この種の担保目的財産は、後に言及する Re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd. 事件判決において、Vaughan Williams 卿が述べる、「個別担保を設定するのに必要なのは、それがいったん発生し、担保として特定かつ限定され (identified and appropriated) ており、担保設定者の意思でその後担保であることをやめてはならない」²²⁾ という個別担保とは相反する性質を持つ。

ある担保権が浮動担保であるか個別担保であるか、という問題を扱う裁判例では、まさに、担保設定者（債務者）の事業収益を担保権者が厳格に管理しながら、その一方で債務者にその処分を自由を認めているかどうか、という点が問題とされている。すなわち、担保権者が債務者に広範な担保の目的財産の処分の自由を認めていれば、担保設定契約書に当該担保権が「個別担保」であると表記されていても、浮動担保であると判断される。すなわち、「通常の営業の範囲内の処分」が認められているなら、その担保権が個別担保ではなく浮動担保であると判断されることを意味する。

3 別稿の公表後、近時、Agnew v. Commissioner on Inland Revenue

事件判決²³⁾(以下、Brumark 事件判決という)および貴族院(House of Lords)の Re Spectrum Plus 事件判決²⁴⁾によって、以上の議論は新たな段階を迎えているのである。これらの状況を再度検討することは、「通常の営業の範囲内の処分」をめぐる日本法の検討にも有益であると考えられる。とりわけ、イングランド浮動担保の担保目的財産は、単に在庫商品や売掛債権等の流動性の高いものだけでなく、工場の機械設備のような個別の物品等、日本法で言えば抵当不動産上の従物に相当するものも担保の目的となし得る。その状況下で、この種の財産についても、浮動担保設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められことが承認されている。しかし、同時に担保目的財産の性質毎に、「処分」の性質が異なることも同時に指摘されているのである。このような点も、日本法の「通常の営業の範囲内の処分」について、貴重な視座を提供するものであろう。

さらに、イングランド浮動担保にあっては、「通常の営業の範囲内」であるかどうかの判断基準を論じる裁判例や、その「結晶化」を生じる事由を定めた契約条項の有効性や、結晶化後の再度の流動性の付与による設定者の処分権限の回復についても近年議論が活発になっている、これらの点の検討も、日本法にとって重要であることは論を俟たないであろう。

三 本稿の構成

1 本稿では、以下、次のような構成をとる。まず、浮動担保と個別担保の基本的な属性の相違を把握し、その異同の区別の基準と第三者との優劣決定の基本ルールを知り()、「処分の許可付きの個別担保」に関する判例法理を検討する()。次に、この判例法理を修正した近時の Brumark 事件判決および Re Spectrum 事件判決を検討し、これらの判決の示した担保設定契約の解釈の手法と担保権自体の性質決定との関係、および「通常の営業の範囲内の処分」の持つ意義を分析する()。同時に、担保目的財産の種別(在庫商品・売掛債権・機械設備)とそれぞれの性質が、「通常の営業の範囲内の処分」が認められることといかなる関係に立

つのかを考察する。その際、Brumark 事件判決における Millett 卿の説示に再度言及した上で、ある担保権が浮動担保と判断され、「通常の営業の範囲内の処分」が認められることが、英米契約法における「黙示の契約条項」(implied terms) にあたることを指摘する（ ）。続いて、「通常の営業の範囲内」の処分にあたるかどうかの判断基準、およびいったん結晶化が生じて個別担保に転化した後の「脱結晶化」等について検討し（ ）、最後に、以上のイングランド法の検討から、日本法の議論にどのような視点が提供されるを示すことにする（ ）。

なお、本稿で検討する担保設定者の処分権限は、原則として当該担保目的物に限定することとし、別稿²⁵⁾で詳論した、在庫商品の売却およびその処分から生じる売買代金債権の取立てと費消に至るまでの処分権限を、連続して統一的に取り扱うという視点からの分析は行わない。本稿は、あくまで担保目的財産の種別に応じて、設定者の処分権限（「通常の営業の範囲内の処分」）がどのように異なるかを分析の対象とするからである。また、本稿でいう「処分」とは、在庫商品を目的とする場合にはもっぱら「集合物」として指定された場所からの「搬出」のみを念頭に置き、「集合物」内への「搬入」²⁶⁾については検討の前提からはずすこととする。

- 1) 道垣内・本件判批・金判1248号1頁（2006年）。
- 2) 小山泰史・上記最判判批・銀法673号（2007年4月号）74頁、渡部晃・同判批（下）金法1795号58頁（2007年）、丸山絵美子・同判批・法セミ623号（2006年11月号）119頁。この帰結は、動産譲渡登記に関する立法担当者の説明と一致する所に注意すべきである。植垣勝裕ほか「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の一部を改正する法律の概要（中）」金法1730号（2005年）61-62頁。ただし、池田雅則・同判批・金法1823号79頁（2008年）および粟田口太郎「動産・債権譲渡担保の最新判例分析と法的問題点」事業再生研究機構（編）『ABLの理論と実践』（商事法務・2007年）194頁は、(iii)について疑問を呈する。
- 3) 古積健三郎・最判平成18年7月20日判批・民商136巻1号34頁（2007年）。
- 4) 花井正・最判平成18年7月20日判批・銀法664号27頁（2006年9月号）。
- 5) 片山直也・最判平成18年7月20日判批・金法1812号40頁（2007年）の整理による。
- 6) 我妻栄『新訂担保物権法』642頁（岩波書店・1968年）。我妻説については、田中克志「集合動産譲渡担保と目的動産の不適正処分に關する一考察」静岡大学法政研究11巻1=2=3=4号（2007年）4-10頁を参照。

- 7) 古積・前出注(3)33-34頁。他方、武川幸嗣・最判平成18年7月20日判批・判例評論582号(判時1968号)24頁は、「通常の営業の範囲」の意義について、譲渡担保契約の解釈、設定者の営業活動の態様、処分行為の反復継続性・目的物の補充可能性の有無、譲渡担保権者の優先権に対する侵害の有無、によって判断されるとする。
- 7-a) 古積・前出注(3)38頁。
- 8) 片山・前出注(5)27頁。
- 9) 道垣内弘人「抵当権の効力の及ぶ範囲」安永正昭＝道垣内弘人『民法解釈ゼミナール物権』(有斐閣・1995年)106-107頁。
- 10) 道垣内教授と同様の指摘をするものとして、占部裕之「ドイツ法における抵当不動産物の処分」(1)・民商111巻3号90頁,同論文(2)・民商111巻4=5号198頁,228頁・206頁(以上1994年),松田佳久『不動産担保価値論 担保権の効力の及ぶ範囲と経済的一体性』(プロGRESS・2004年)187頁以下も参照。
- 11) 以下の学説の分類については、小杉茂雄「抵当権の効力」林良平＝安永正昭編『ハンドブック民法〔総則・物権〕』(有信堂高文社・1987年)214-215頁,高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』(有斐閣・2005年)131-132頁による。
- 12) 林良平「抵当権の効力」『新版民法演習2(物権)』(有斐閣・1979年)186頁,187頁(抵当権の効力(追及力)は抵当権の公示が可能な限度で生ずると考える),川井健『担保物権法』(青林書院新社・1975年)53頁(分離により民法370条の付加物たる性質を失うから,と説明)。
- 13) 我妻・前出注(6)268頁,横梯次『担保物権法』155-156頁,鈴木祿弥『物権法講義〔4訂版〕』(創文社・1994年)197-198頁。
- 14) 星野英一『民法概論』(良書普及会・1976年)252頁,高木・前出注(10)132頁。
- 15) 古積・前出注(3)36頁。
- 16) 片山直也「残された課題 将来債権譲渡担保における『担保目的を達成するのに必要な範囲』とは?」NBL 854号28頁(2007年)。
- 17) 片山・前掲 NBL 854号28頁。
- 18) ABLとは、企業が製造・生産した商品(在庫)を保有し、当該商品を顧客に対して販売して売掛金(債権)を取得し、当該売掛金を回収して資金を得、当該資金をもって次なる商品の製造・販売を行うという「事業のライフサイクル」を一体的に担保として設定することで、企業の資金調達を可能にするものである。中村廉平「アセット・ベースト・レンディング(ABL)の環境整備に向けて」金判1272号1頁(2007年),同「商工中金のABLのスキーム」前出注(2)『ABLの理論と実践』99頁。池田真朗「ABL等に見る動産・債権担保の展開と課題」堀龍兒他編『担保制度の現代的課題』(伊藤進先生古稀記念)(日本評論社・2006年)275頁,同「ABLの展望と課題」NBL 864号21頁(2007年)も参照。
- 19) 田原睦夫「集合動産譲渡担保の再検討」金融法研究・資料編(5)149頁(1989年)道垣内弘人『『目的物』の中途処分』金融法研究・資料編(5)138頁(1987年)。
- 19-a) 道垣内・前出注(19)138頁。
- 20) 既にこのような点を指摘するものとして、池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察

流動財産担保における「通常の営業の範囲内の処分」と固定化・再流動化（小山）

（８・完）」北大法学論集47巻2号（1996年）727頁以下がある。なお、森田修『『新しい担保』の考え方と執行手続』ジュリスト1317号208-209頁（2006年）および同『動産譲渡公示制度』『新・民法の争点』（有斐閣・2007年）108頁は、固定化の概念を不要とする「新陳代謝を続けている在庫を固定化以前に一括して譲渡する」という態様での「処分」を提示する。また、森田宏樹『集合物の『固定化』概念は必要か』金判1283号1頁（2008年）は、「固定化」の概念の廃棄を提唱する。

- 21) 小山泰史「流動性ある財産を目的とする個別担保　　イングランド型浮動担保をめぐる新たな判例法理の展開」『民法学の課題と展望』（石田喜久夫先生古稀記念）（成文堂・2000年）465頁。
- 22) [1903] 2 Ch. 284 at 294.
- 23) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188, [2001] U. K. P. C. 28 (Privy Council).
- 24) Re Spectrum Plus Ltd., [2005] UKHL 41, [2005] 2 B. C. L. C. 269.
- 25) 小山泰史「流動財産担保における『通常の営業の範囲内の処分』立命館法学284号1頁（2002年）。
- 26) 山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成　　限定浮動担保理論構築のために」法律時報65巻9号（1993年）26頁。

イングランドにおける浮動担保（floating charge）と 個別担保（fixed charge）

一 浮動担保の構成要素と優劣決定の基本ルール

1 浮動担保を「定義」するに際しては、よく1903年の Re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd. 事件判決における Romer 卿の判示がそのまま引用される²⁷⁾。すなわち、

「私は、ある担保権が次の三つの属性を備えていれば、それは浮動担保であると考え。すなわち、ある会社の現在及び将来の一定範囲の財産（a class of assets）についての担保であること、当該一定範囲の財産は、通常の営業過程において刻々変化すること、利害関係人によって、または、その者のために、将来、一定の手続が踏まれるまで、ここにいう一定範囲の財産について、当該会社は通常の方法で営業を継続することができると思われていること、である。」

これに対して、個別担保 (fixed charge) は、浮動担保との対比で以下のように言及される。Illingworth v. Houldsworth 事件判決²⁸⁾におけるMacnaghten 卿の説示である。

「個別担保は、私が考えるに、よく特定され、限定された財産、あるいは、特定され、限定されうる財産に結びついた担保である。他方、浮動担保は、その性質上未確定で移動するものであり、担保目的物を把握できる形態に固定し、かつ、結びつける、何らかの事実が発生し、または、何らかの行為がなされるまで、効果を及ぼそうとしている財産上を浮遊し、いわばそれとともに浮動するのである²⁹⁾。」

2 ある担保権が浮動担保であるか個別担保であるかは、イギリス倒産法上次のような違いをもたらす³⁰⁾。まず初めに、信託や権原留保 (title retention clause) 等のように、「完全な権原」(absolute title, コモンロー上の所有権) の譲渡ないし留保に依拠する担保手段は、会社登録簿への登録なしに最優先の地位を確保する (当該担保目的物の財産権は、破産財団に組み込まれない)。次に、「担保権」(charge, エクイティー上の権利) に関しては、次の三つの原則が存在する。第一に、会社登録簿に登録可能な担保権が登録されなかったとき、その担保権者は、債務者会社の清算 (liquidation) ないし会社管理 (administration)³¹⁾ の際に無担保の一般債権者の地位に降格される。第二に、登録された権利同士の間では、まず登録された個別担保は、その成立順に優劣が決まる。第三に、個別担保は、浮動担保に対して、その成立の順序に無関係に優先する³²⁾。

例えば、差押債権者との優劣が問題となる場合、仮に当該担保権が浮動担保であるなら、差押えが終わる前に担保権の実行としての結晶化 (crystallization) が終了する (浮動担保から個別担保に転化する) と、浮動担保が優先する³³⁾。他方、当該担保権が個別担保である場合、債務者が将来取得する目的財産をも含めて、設定時にすでに担保権者に譲渡されたとみなされ、その財産はもはや他の債権者の手の届く範囲外に流出するこ

となる³⁴⁾。債務者が設定時に所有する目的物についてはその時点で、爾後取得財産についてはその取得時に、設定契約に従ってエクイティ上の権利を譲渡するにたる「特定」がなされるから、というのがその理由である³⁵⁾。なお、一般的には、浮動担保の設定後であっても担保設定者が浮動担保に優先する個別担保を設定することは、設定者の通常の営業の範囲内にあると解されていることに注意を要する³⁶⁾。

3 ただし、以上の一般原則に対して二つの例外がある。一つは、浮動担保の担保目的財産が、既存の浮動担保の目的となっている財産の一部に設定される場合、より限定された範囲の財産を目的とする後発の浮動担保が、既存の浮動担保に優先する³⁷⁾。二つめとしては、個別担保が浮動担保に優先するという一般原則にもかかわらず、個別担保の担保権者が、既存の浮動担保の設定契約（社債）中の「制限条項」（restrictive clause）を知っている（悪意である）場合には、浮動担保が優先するとされる。「制限条項」とは、例えば、担保設定者に、既存の浮動担保と同順位かそれに優先する担保権の設定を禁止する条項である。近時の金融実務では、そのような条項が一般的に用いられていることは、実務家の共通の認識になっている。しかし、会社登録簿に登録されるのは、関連する期日、担保権者および担保目的財産の概略に限定される。裁判例は、後発の利害関係人を悪意と見なすことが許されるという「擬制的認識」（constructive notice）の法理について、担保設定契約である社債が会社登録簿に登録されていれば認識可能であるから、後発の担保権者（例えばコモロー上の譲渡抵当権者、mortgagee）が浮動担保の存在を認識することは可能であるとしても、その担保設定契約の全ての条項を認識しているとは容易には認めない³⁸⁾。また、仮に担保設定契約中の個別の条項の認識は認めるとしても、処分制限条項の存在については、悪意を容易には認めてこなかったのである³⁹⁾。つまり、浮動担保設定者と取引関係を持つなどして利害関係を持つに至った第三者が、制限条項につき現実に悪意である場合のみ、その対抗を受けるにすぎず（その場合には浮動担保が優先する）、第三者の側で制

限条項につき調査義務を負うとはされないのである⁴⁰⁾。なお、このルールは、「善意かつ有償の任意取得」(bona fide purchase without notice for valuable consideration)の法理の適用の一場面であり、その利益を享受しうる利害関係人には、個別の財産の譲受人を含む⁴¹⁾。

4 けれども、最も重要であるのは、社会保険料債権等を有する優先的債権者 (preferential creditors) との優劣である。「優先的債権」とは、給与所得から控除される所得税等の租税債権 (過去12ヶ月分) や、公的年金の社会保険料 (同12ヶ月分)、従業員の給与債権 (同4ヶ月分) である (1986年倒産法386条, 同付則 (Schedule) 6 参照)⁴²⁾。

1986年倒産法40条1・2項は、債務者会社について収益管理人 (receiver) が任命される場合につき (収益管理人が担保目的財産の占有を取得するか否かを問わず)、以下のように規定する。

「40条 浮動担保に服する担保目的財産からの債務の弁済

- (1) 以下の規定は、会社のために、ある担保権が浮動担保として設定され、その担保権によって担保される社債 (担保設定契約) の保有者のために収益管理人 (receiver) が任命された場合に適用される。
- (2) 当該会社が、その時点で清算の過程にない場合、優先的債権 (本法第8章第386条によって表現された意味の範囲内における) は、収益管理人の手中に帰した (浮動担保の目的である) 財産から、社債によって担保される債権のいかなる元本または利息に優先して、支払を受けなければならない。
- (3) 本条の下でなされた支払は、可能な限り、一般債権者への弁済に利用可能な会社の資産から保証されなければならない。」

他方で、会社が清算手続 (winding up) に至った場合には、同法175条が以下のように定める。

「175条 優先的債権 (一般規定)

- (1) 会社が清算される（winding up）場合、当該会社の優先的債権（本法第8章第386条によって表現された意味の範囲内における）は、他の一切の債権に優先して配当を受けなければならない。
- (2) 優先的債権は、
 - (a) 清算のための費用の弁済後、優先的債権相互間では平等に順位づけられ、かつ、完全に弁済されなければならない。ただし、配当資産がそれら全ての満足に不足する場合には、相互に等しい割合にまで縮減されるものとする。また、
 - (b) 一般債権者への配当のために利用可能な会社の資産が不足する場合、優先的債権は、当該会社が設定した浮動担保によって担保される社債の保有者、ないしは、浮動担保の保有者に対して優先し、かつ、浮動担保のいかなる担保目的財産から配当を受けなければならない。」

既に述べた一般原則により、収益管理手続（receivership）および清算手続の下においても、個別担保が浮動担保に優越する点は変わりがない。そこで、当該担保権が浮動担保であれば、優先的債権者が浮動担保に優先して配当を受けうるのに対して、個別担保は、優先的債権者にも優越することになるわけである（1986年倒産法（Insolvency Act 1986, c. 45）40条1・2項および175条2項b号⁴³⁾）。しかも、この優先は、イングランドの1986年改正倒産法以前から、イングランドの他、その浮動担保を継受した国々において、ほぼ一貫して認められてきたものである⁴⁴⁾。

5 ところで、かつて、浮動担保は、担保設定者である債務者による担保目的財産の利用をモニターすることなく、担保権者に包括的担保権を与えることを可能にし、また優先的な地位を得ることを可能にした。しかし、20世紀における「優先的債権者」のカタログの増加は、貸主たる債権者の立場からすれば、浮動担保を取得するメリットを著しく減少させた。そこで、融資をする側は、優先的債権者に対する優越を確保するために、以下

で見ると、従来は浮動担保の目的財産と解されてきた在庫商品や売掛債権等に対して、個別担保を取得するようになってきたのである⁴⁵⁾。ただ、1986年倒産法は、2002年企業法(Enterprise Act, 2002)⁴⁶⁾に取って代われ、現在では、優先的債権者のカタログから租税債権(Crown)が削除されたため、浮動担保と個別担保をめぐる優先的債権者との優劣は、以前ほどの重要性を持たなくなったとの評価もある⁴⁷⁾。ただ、優先的債権者が浮動担保の目的財産から弁済を受けることができる点は、2002年企業法の下でも、1986年倒産法に変更は加えられていない。また、2003年9月15日以降に設定された浮動担保について、その目的財産の一定の割合の財産は、60%を上限として、無担保の一般債権者に対する配当にも利用可能とされたこと(1986年倒産法176A条・2002年企業法252条)は、看過すべきでない重要な変更点である⁴⁸⁾。

また、1986年倒産法において導入された管理レシーバーシップ(administrative receivership)⁴⁹⁾の手続の下では、浮動担保権者は、管理レシーバーを任命することで、実質的にみて会社の資産のほぼ全体について債務者の会社の経営を継続させ、資産の換価可能性を最大化することができた。2002年企業法は管理レシーバーシップを廃止したが、浮動担保権者はなお裁判外で「会社管理人」(administrator)を任命することができる。企業法の下での管理人は、管理レシーバー(administrative receiver)よりも会社再建のための重い義務を負うが、新たな制度の下でも、浮動担保権者は、困窮に陥った会社の資産を換価するに際して、実質的なコントロールを維持しているという⁵⁰⁾。

6 ところで、後に詳論する Brumark 事件判決の Millet 卿の説示によれば、浮動担保の最も重要な特徴であり、かつ、個別担保の区別され得る徴表は、本章冒頭で述べた1903年の Re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd. 事件判決における Romer 卿の第三の判示(「利害関係人によって、または、その者のために、将来、一定の手続が踏まれるまで、ここにいう一定範囲の財産について、当該会社は通常の方法で営業を継続

することができると考えられていること）」であるという⁵¹⁾。Romer 卿の判示の（「ある会社の現在及び将来の一定範囲の財産（a class of assets）についての担保であること）」と（「当該一定範囲の財産は、通常の営業過程において刻々変化すること）」は、個別担保の場合にそれらの性質がないとはいえず、他方で、浮動担保において必須の性質でもないとされている⁵²⁾。すなわち、浮動担保と個別担保を区別する最も重要な徴表は、担保設定者が通常の営業の範囲内で当該担保目的財産を「処分する自由」を有するか、にある⁵³⁾。

既に見たように、1986年倒産法およびその後継たる2002年企業法の下では、ある担保権が「浮動担保」である場合には、その担保目的財産から優先的債権者に対する配当がなされるのに対し、「個別担保」であるなら、これらの規律を潜脱して、優先的債権者に対してさえ優越する地位を確保することができるのである。そこで、担保設定者に浮動担保の徴表である「担保目的財産を処分する自由」を得させながら、同時に、当該担保権を「個別担保」として、優先的債権者に対する優越を確保しようとするのが、実務上多く行われるようになった。それが、以下で詳論する、担保目的財産としてより流動性が高く換価が容易な、債権を担保目的財産とする一群の裁判例である。

二 イングランド法における債権譲渡の優劣決定原則

1 しかし、ここでは、まず、コモンロー・エクイティにおける債権譲渡の基本的な規律を概観しておきたい⁵⁴⁾。というのは、浮動担保の目的財産のうち、「通常の営業の範囲内の処分」をめぐる裁判例で最も多く登場するのが売掛債権であり、債権譲渡法理を修正する形で優劣の決定ルールが形成されているからである。

2 まず、エクイティ上の譲渡の場合（equitable chose in action）、譲渡があると、譲渡人の権利は譲受人に完全に移転し、以後、譲受人は自己の名で訴を提起しうる。これに対し、コモンロー上の譲渡（legal chose in

action) の場合、譲渡人の権利は譲受人には完全には移転しないために、コモンローでは譲渡人が、依然として債権者として扱われた⁵⁵⁾。

現在の債権譲渡による金融実務は、1925年財産権法 (Law of Property Act 1925) の下で行われる。同法136条は、choses in action 等の債権譲渡がコモンロー上の譲渡として効力を生ずるために三つの要件を定める。すなわち、(1) 当該譲渡が絶対的な譲渡 (absolute assignment) であって担保のため (charge) ではないこと、(2) その譲渡が債権全部に関連づけられていること、(3) 当該譲渡が債権譲渡人から書面で通知されること、(4) 書面でなされる譲渡通知は、債務者に対してなされなければ効果を生じない、ということである⁵⁶⁾。ただし、たとえこれらの要件を満たさなくとも、その債権譲渡は、対価が与えられ、かつ譲渡の意図が明確である限り、エクイティ上の譲渡としてなお有効である。

譲渡される債権が売掛債権 (book debts, receivables) である場合、自分が譲渡を受けた時点において、先行する譲渡について善意の譲受人は、第三債務者 (受託者) に対して通知をすることにより、通知を怠っている先行する譲渡の譲受人に優先するという原則 (Deale v. Hall⁵⁷⁾ 事件の原則) が重要である。これは、日本民法の467条2項と同じ規律により、債権の二重譲渡の優劣を決するものである⁵⁸⁾。このルールの下で、債権譲渡がファクタリング等完全な譲渡 (outright assignment) として行われる場合と、担保の設定 (charge) として行われる場合が区別される。前者においては、譲渡債権の債務者が通知を受けた時点で債権譲渡人に対して有している相殺権その他一切の抗弁の対抗を受ける。しかし、後者においては、債権譲受人は債権の完全な所有者ではなく、当該債権は担保設定者に帰属している。よって、譲渡債権の債務者 (第三債務者) は、通知の先後を問わず、自己の債権者である担保設定者に対して有する一切の抗弁権を主張しうる。また、債務者は、なお自分にとって債権者である債権譲渡人に対して弁済すれば免責され、担保権者たる債権譲受人に対して弁済する必要はない (ただし、担保設定者が、担保権者に取立権を与えた場合を除

く)⁵⁹⁾。

3 Deale v. Hall 事件の譲渡通知のルールの下では、債権譲渡の通知の時点で第三債務者が存在していなければならない、というルールが当然の前提となる。けれども、浮動担保であれ個別担保であれ、担保のための債権譲渡は、1985年会社法（Companies Act 1985）365条によって会社登録簿に登録することが可能であり⁶⁰⁾、登録可能な債権譲渡については、将来債権についての譲渡も可能であり、第三債務者の特定までは要求されない。いったん債権譲渡が登録されれば、後発の第二の債権譲受人は、第一の譲渡につき悪意であると擬制されるおそれが生じる⁶¹⁾。しかし、ファクタリング等の「完全な譲渡」では、その譲渡は1985年会社法の登録可能な権利のリストには含まれず、なお譲渡は、Deale v. Hall 事件の譲渡通知のルールによらなければならない。しかし、さらに、債権譲渡禁止の特約がある場合、および当該債権が流通権原証券（negotiable instruments）や会社の発行する有価証券である場合には、Deale v. Hall 事件の譲渡通知のルールの適用はない⁶²⁾。

浮動担保であれ個別担保であれ、債権譲渡が担保目的でなされる場合であっても、譲渡を受ける債権者（融資者）が第三債務者に対して譲渡通知をなすことを控える場合がある。そのような場合、当該債権譲渡はエクイティ上の譲渡としてなお有効であり、第三債務者が、譲渡につき善意で債権譲渡人になした弁済は有効である⁶³⁾。

27) [1903] 2 Ch. 284, at 295 (C. A.). 道垣内弘人「イングランド浮動担保における個々の財産に対する担保権者の権利 わが国の流動財産譲渡担保理論への参考として」『加藤一郎先生古希記念論文集（上）』（有斐閣・1992年）523頁。

28) Illingworth v. Houldsworth, [1904] A. C. 355 (H. L.).

29) *Id.* [1904] A. C. at 358. 道垣内・前出注(27)530-531頁。

30) Gerard McCormack, "Rewriting the English Law of Personal Property Securities and Article 9 of the US Uniform Commercial Code" (2003), 24 (3) Co. Law. 69, 77.

31) イギリス1986年倒産法については、中島弘雅「イギリスにおける再建型企業倒産手続（1-3・完）」民商法雑誌118巻4・5号123頁・118巻6号1頁・119巻1号1頁（1998年）および同「新再建型倒産手続の一つの方向（上・下） イギリス倒産法からの示唆」ジュ

リスト1141号130頁・1142号95頁(1998年)を参照。

- 32) ただし、浮動担保は会社登録簿に登録可能であるのに対し、個別担保が登録可能であるのは、担保目的財産が売掛債権(book debts)等である場合に限定される。ROY GOODE, LEGAL PROBLEMS OF CREDIT & SECURITY (3rd, Thomson, Sweet & Maxwell 2003), 120(以下, GOODE, LEGAL PROBLEMS として引用)。
- 33) R. J. Calnan, "Priorities Between Execution Creditors and Floating Charges" (1989), 27 Alta. L. R. 111, at 130, Evans v. Rival Grantie Quarries, [1903] 2 Ch. 284.
- 34) See, Roderick J. Wood, "The Floating Charge in Canada" (1988), 27 Alta. L. Rev. 191, at 197, 199, 201-202.
- 35) WILLISM J. GOUGH, COMPANY CHARGES, 2nd ed. (Butterworths 1996), 94(以下, GOUGH, COMPANY CHARGES として引用)。
- 36) 道垣内・前出注(27)536頁, McCormack, *supra* note 30, at 77.
- 37) *Re Automatic Bottle Makers Ltd.* [1926] Ch. 412; *Re Benjamine Cope and Co.*, [1914] 1 Ch. 800; John. H. Farrar, "Floating Charges and Priorities" (1974), 38 Conveyancer 315, 318.
- 38) Gerard McCormack, "The Floating Charge and the Law Commission Consultation Paper on Registration of Security Interests", [2003] Ins. Law. 2, 3; *In re Valletort Sanitary Stream Laundry Co. Ltd.*, [1903] 2 Ch. 306; *G. & T Earle Ltd. v. Hmesworth Rural DC* (1928), 44 T. L. R. 605; W. J. Gough, "The Floating Charge: Traditional Themes and New Directions", in P. D. Finn, edited, EQUITY AND COMMERCIAL RELATIONSHIPS (Law Book Co., 1987), Ch. 9 p. 239 at p. 243-244.
- 39) Siebe Groman & Co. Ltd. v. Barklays Bank Ltd. [1979] 2 Lloyd's L. Rep. 142 at 160; McCormack, *supra* note 30, at 77; *Welsh v. Bowmaker (Ireland) Ltd.*, [1980] I. R. 251; John Chandler, "The Modern Floating Charge" (1994), Michael Gilloly edited, SECURITIES OVER PERSONALTY (Federation Press 1994), 1, 16. 「制限条項」をめぐる裁判例につき、道垣内・前出注(27)537-539頁を参照。
- 40) McCormack, *supra* note 38, at 3; Chandler, *supra* note 39 at 16. しかし、Chandler によれば、オーストラリアの裁判例は、第三者に調査義務を課すことを拡大する傾向にあるという。*Id.* See, *Linter Group Ltd. v. Goldberg* (1992), 7 A. C. S. R. 580; *Northside Developments Pty Ltd. v. Registrar General* (1990), 170 C. L. R. 146, 164. また、イングランドにおいては上記のような状況にあり、会社登録簿への担保設定契約書の登録は、その内容である各条項についての認識(悪意)を擬制しないが、ニュージーランドにおいては状況は異なる。すでに1955年会社法(Companies Act 1955)102条12項は、確かに登録の内容についてまで悪意を擬制しないと定める。しかし、1924年動産譲渡法(Chattel Transfers Act 1924)4条2項は、「1955年会社法によって規定された方法によりなされた登録に基づき直ちに、会社財産の全部または一部に対して設定された担保権およびその内容につき、認識しているとみなす」と規定する。P. W. McLaughlan, "Automatic Crystallisation of a Floating Charge (1972), N. Z. L. J. 330; *Re Manuera Transport Ltd.*, [1971] N. Z. L. R. 909.
- 41) Chandler, *supra* note 39 at 17. ただし、Gough, *supra* note 38 at 251 は、後発の個別担

保がエクイティ上の場合、既存の浮動担保の結晶化（による個別担保への転化）の時点でその個別担保の設定より先であれば、浮動担保が優先するという。

- 42) 中島・前出注(31)論文(3)・民商法雑誌119巻1号(1998年)15頁注(182)。1986年倒産法における「会社管理手続」につき、中島弘雅=倉部真由美「Receivership」中島弘雅=田頭章一編『英米倒産法キーワード』55-64頁(弘文堂・2003年)を参照。
- 43) ただし、個別担保の保有者が浮動担保の制限条項について悪意であると認められて浮動担保に劣後する場合、倒産法上の規定とは矛盾するものの、結果として個別担保は優先的債権者にも劣後することになる。他方で、「代位」(subrogation)の法理が適用される場合には、浮動担保権者は個別担保を保有する債権者の地位に代位し、結果として優先的債権者にも優越して配当を受けることもあり得る。McCormack, *supra* note 30 at 77-78. このような「優先順位の循環」(circular priority)につき、See, GOODE, LEGAL PROBLEMS at 188-189, para. 5-60 to 5-61.
- 44) 1986年改正倒産法以前においては、債務者に倒産手続が開始する以前に浮動担保が結晶化すれば、浮動担保権者は優先的債権者に対しても優越し得たが、改正後はその被担保債権が優先的債権に劣後することとされた点につき、道垣内・前出注(27)549頁および中島・前出注(31)論文(1)・民商法雑誌118巻4・5号123頁, 139-142頁および151-152頁, 同論文(3)・民商119巻1号(1998年)15頁注(182)を参照。イングランド以外のコモンウェルス諸国について、See, e.g., Eric Emmett, "Re New Bullas Trading Ltd.—The Evolving Floating Charge" (1995), 13 Co. & Sec. L. J. 203, 204. なお、1986年倒産法40条1項は、優先的債権が浮動担保に優先するに際して、当該担保権が「浮動担保として」設定されたことを要求するが、その趣旨は、浮動担保が結晶化によって個別担保に変わったことによっても、その優劣に変更がないことを意図したものであって、その結晶化が自動結晶化条項による場合であっても同様であるという。See, Re Layland Duf Ltd., [2002] E. W. C. A. Civ. 228, [2002] 1 B. C. L. C. 571, 594 para. [50]. また、かつては、収益管理手続から清算手続への移行後、清算人(liquidator)は、浮動担保の目的財産を換価してその換価金から清算のための費用を回収することができた。Re Barklaycorn Enterprises LTd., [1970] Ch. 465. しかし、現在では、清算人は、浮動担保の目的財産でない会社の一般財産から清算費用の支払を受けることができるのみで、(清算人がかつて収益管理人であった場合には、その収益管理手続に要した費用も含めて)もはや浮動担保の目的財産からその支払いを受けることは許されない、というのがイギリス貴族院の判例法理である。See, Re Layland Daf Ltd., [2004] U. K. H. L. 9, [2004] 1B. C. L. C. 281 (H. L.).
- 45) David Capper, "Fixed Charges Over Book Debts— Back to Basics but How Far Back?," [2002] L. M. C. L. Q. 246, 248.
- 46) See, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/20020040.htm>. 2002年企業法につき、青木則幸「イギリスにおける浮動担保制度の再評価について—ホール・ビジネス・セキュリティイノベーションにおける積極的活用の意義」早稲田法学79巻1号(2003年)43頁以下, 66頁以下を参照。
- 47) Gerard McCormack, "The Nature of Security Over Receivables" (2002), 23 Co. Law. 84, at 86; Iris H-Y Chiu, "The Legal Fabrication of Security Interests in the United

- Kingdom” (2005-2006), 31 N. C. J. Int'l L. & Com. Reg. 703, 717.
- 48) おそらく、1986年倒産法の原案となった Cork Committee の提案の実現といってよいであろう。この点につき、青木・前出注(46)59頁を参照。
- 49) 「会社管理手続」および「管理レシーバー」については、中島・前出注(31)論文(2)・民商118巻6号1頁以下を参照。
- 50) Gerard McCormack, SECURED CREDIT UNDER ENGLISH AND AMERICAN LAW (Cambridge University Press, 2004), 8-9. 2002年企業法248条・250条および第16付則(配当表(schedule 6))を参照。
- 51) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 194 para. [13].
- 52) Andrew McKnight, “Brumark: The Difference Between Fixed and Floating Charges”, [2001] J. I. B. L. 157, 158.
- 53) McKnight, *Id.*
- 54) イギリス法における債権譲渡につき、角紀代恵「債権流動化と債権譲渡の対抗要件 UCC 登録制度を参考として(1) NBL 595号(1996年)8頁および、同「イギリス法における債権譲渡の歴史(3・完)」法学協会雑誌102巻1号(1987年)49頁以下、および青木・前出注(46)72-73頁を参照。
- 55) 角・前出注(54)法学協会雑誌102巻1号19頁。
- 56) McCormack, *supra* note 50 at 224.
- 57) Deale v. Hall (1828) 3 Russ. 1, [1824-34] All. E. Rep. 28.
- 58) See, Pfeiffer v. Arbuthnot Factors Ltd., [1988] 1 W. L. R. 150; Compac Computer Ltd. v. Abercorn Group Ltd., [1993] B. C. L. C. 602. すなわち、債権譲渡の通知の時点で第三債務者が存在していなければならない、というルールを含む。
- 59) Gerard McCormack, “Personal Property Security Law Reform in England and Canada”, [2002] J. B. L. 113, 128.
- 60) See, Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 193 para. [10] c.
- 61) 登録された担保のための債権譲渡が浮動担保であるとする、登録により債権譲渡自体については認識が推定される(constructive noticeの法理の適用あり)が、制限条項については悪意が推定されない、ということになる。
- 62) ROY GOODE, COMMERCIAL LAW, 3rd eds. (Penguin Books, 2004), 653. and n. 50.
- 63) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 196 para. [17] a-c.

「処分の許可付きの個別担保」法理の展開

一 Siebe Gorman 事件判決

1 債務者によって取り立てられ、かつ費消される売掛債権に対しても個別担保を設定することを初めて承認したのは、Siebe Gorman & Co. Ltd.

v. Barclays Bank Ltd. 事件判決⁶⁴⁾（以下、Siebe Gorman 事件判決と略称することがある）である。この事件の担保設定契約では、当該担保権は「債務者が現在所有しかつ将来取得する売掛債権およびその他一切の債権を目的とする個別担保」と明記され、かつ、「債務者は、同社が銀行（債権者）に対して有する銀行預金勘定に、売掛債権その他の債権の一切の取立金を入金しなければならない。また、銀行の書面による事前の同意なくして、通常の営業過程以外で、他のいかなる者に同一の債権に担保を設定し、または譲渡をすることはできない。銀行の請求があれば、銀行に対して、売掛債権その他の債権をコモンロー上の譲渡（legal assignment）をなす義務を負う」と規定されていた。

Slade 判事は、上記の担保設定契約の条項の下であっても、「通常の営業過程で目的財産の自由な処分が認められる」と認定した。この点からは、この担保権は浮動担保と判断されるはずである。けれども、債務者に、指定された銀行預金勘定へ売掛債権のプロシーズ（取立受領金）の入金を義務づけることにより、「担保権者が直ちに干渉することが可能になるため、『その性質上未確定で移動する』（ambulatory and shifting in nature）という浮動担保の性質を欠く」として、設定契約の当事者の意図したとおり、当該担保権は個別担保であるとした判断した⁶⁵⁾。すなわち、「単に、設定契約の条項で特に禁止されていない、目的財産たる売掛債権の処分方法が存在するという事実だけで、当該担保権が、個別担保でなく浮動担保に変わることはない⁶⁶⁾、というのである。

3 この事件は、優先的債権者との優劣を扱った事案ではない。にもかかわらず、アイルランドの事件である Re Keenan Bros Ltd. 事件判決⁶⁷⁾においては、上記の Slade 判事の叙述が引用されて、当該担保権が個別担保と判断されたことにより、優先的債権者に対する優先が認められたのである。

同事件においては、Siebe Gorman & Co. Ltd. v. Barclays Bank Ltd. 事件判決における目的財産の処分の制限、すなわち、「債務者が取り立てた債権のプロシーズは、全て指定された預金勘定に入金することが義務づけら

れること」に加えて、「銀行の書面による事前の同意なくして、上記の銀行預金勘定から資金を引き出し、または、その預金勘定からの支払を指示することはできない」との処分の制限が付加され、また、「銀行の同意なくして、債務者会社は、通常の営業の過程以外で営業を行うことはできない」と規定されていた。なお、やはり当該担保権は、設定契約において「個別担保」と記述されている。

McCarthy 判事は、次のように述べる。すなわち、「明らかに、当事者は Siebe Gorman & Co. Ltd. v. Barclays Bank Ltd. 事件判決における枠組み (scheme) を用いることによってこの効果 (個別担保を取得すること) を達成することを欲した。単に『個別担保』(fixed charge) のような表現の用語法自体によって、その効果を実現することは示唆されていない。狭く限定された用語の範囲内、および、設定契約に明示された当事者の意思だけでなく、彼らがその意図を実行しようと意図した設定契約書の効果を検討しなければならない。」「これが浮動担保であれば、預金勘定への入金は、Re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd. 事件判決において Macnaghton 卿の述べた浮動担保の第三の特質、『利害関係人によって、または、その者のために、将来一定の手續が踏まれるまで、ここにいう一定範囲の財産について、当該会社は通常の方法で営業を継続することができると考えられていること』⁶⁸⁾、に矛盾するのである」として、当該担保が浮動担保であるとした原審を破棄した⁶⁹⁾。その後、Re A Company (No. 005009 of 1987) 事件判決⁷⁰⁾は、以上の二件の判決を先例として、Re Keenan Bros. 事件判決における「銀行の書面による事前の同意なくして、上記の口座から資金を引き出し、または、その預金勘定からの支払を指示することはできない」との処分の制限を欠いても、Siebe Gorman & Co. Ltd. v. Barclays Bank Ltd. 事件判決における目的財産の処分の制限、すなわち、「債務者が取り立てた債権のプロシーズは、全て指定された預金勘定に入金することが義務づけられる」ことが存すれば、当該担保権は、個別担保と判断しうるとした⁷¹⁾。

4 このように、担保設定契約において当該担保が「個別担保」と呼称（designation）されていることは、その性質決定につき重要な役割を果たさない。当該担保権が個別担保であると解されるためには、売掛債権の取立受領金たるプロセスが、債権者の指定する銀行預金勘定に入金される等、担保権者が、結晶化を生じる手続を履践することなく、直ちに目的財産に干渉しうるものが、担保設定契約上明示の規定により示されていることが要求される⁷²⁾。

5 例えば、Re Brightlife Ltd. 事件判決⁷³⁾において、債務者 Brightlife Ltd. は、Norandex Inc. に社債（debenture）を発行して、将来貸付金等の一切の債務を担保するため、「債務者が現在有し、かつ将来のいかなる時点でも発生する一切の売掛債権その他の債権」を目的とする個別担保を設定した。さらに、債務者は、担保権者である Norandex Inc. の「事前の書面による同意なくして、通常の営業過程以外で、自己の資産を構成する財産全部の売却その他の処分をすること、もしくは、通常の営業過程で取得し換価する以外の方法で、売掛債権、その他の債権を処分すること（例として債権を売却、ファクタリング、割引（discount）をすること）」を禁止する条項を設けた。その後、会社が清算（liquidation）に至った段階で、租税債権を有する優先的債権者が、社債権者の有する担保権が浮動担保であるとして優先を主張したのに対し、社債権者は、当該担保権は個別担保であるとして争った（同事件は、倒産法改正前の1985年会社法196条・614条2項b号を根拠とするが、これらの規定は、既に言及した1986年倒産法40条1・2項および175条2項b号にそれぞれ対応するため、同法の下でも先例として位置づけられる）。

同事件で、Hoffmann 判事は、次のように述べて、当該担保権が浮動担保であると判断した。すなわち、「確かに、担保設定契約の第5条(ii)は、Brightlife 社をして、Norandex の書面による同意なしに、債権を売却、ファクタリング、割引（discount）をすることを禁止する。しかし、浮動担保は、債務者の担保目的財産の取引権限に制約を課すことと矛盾しない。

例えば、浮動担保は、通常、それに優先するか同順位の担保権の設定を禁止する条項を含んでいる（restriction clause, 処分制限条項）。その禁止がなければ、そのような取引は、通常の営業の過程において、債務者に当然に許されるものである。本件の社債証書（debenture）において重要な点は、Brightlife 社が、債権を自由に取り立て、そのプロシーズ（取立受領金）を自己の銀行預金勘定に自由に入金できたことにある。いったん入金されれば、そのプロシーズは、債権を目的とする担保の範囲外に去り、債務者はそれらを自由に処分できるのである。私の考えでは、担保目的財産を自由に処分するこのような権利は、浮動担保の徴表であって、個別担保と相反する⁷⁴⁾と。すなわち、同事件では、Siebe Gorman 事件判決における「担保権者によるコントロール」が規定されていなかったため、浮動担保であると判断されたのである。

6 さらに、そのような担保権者による目的財産に対するコントロールは、現実に行使されていなければならない。Waters v. Widows 事件判決⁷⁵⁾においては、Siebe Gorman & Co. Ltd. v. Barclays Bank Ltd. 事件判決同様、指定された預金勘定への取り立てた売掛債権のプロシーズの入金を義務づける条項が担保設定契約に規定されていた。しかし、担保権者が、設定者がこの義務を遵守せず、取り立てたプロシーズを自由に費消することを黙認していた結果、当該担保権は、個別担保でなく浮動担保であると判断された⁷⁶⁾。契約解釈の原則からは、契約締結後の行動は考慮の対象とならないのが原則であるが⁷⁷⁾、浮動担保が個別担保かをめぐる紛争では、単に書面上入金を義務づけるだけでは不十分であって、現実にもその取り決めが履践されていることまで要求されるのである⁷⁸⁾。

二 Re New Bullas Ltd. 事件判決

1 Siebe Gorman 事件判決における「売掛債権を目的とする個別担保 + 債権取立換価金（プロシーズ）を指定された預金勘定に入金させることの義務づけ」という組み合わせは、同事件以降約20年以上にわたって、イ

ギリスの金融業界において、ある種の業界標準を形成してきた⁷⁹⁾。しかし、その実務慣行は、2005年のイギリス貴族院の Re Spectrum 事件判決によって終焉を迎えることになる。本来なら、真っ先に同判決を取り上げるべきであるが、その判決に至るまでの、Siebe Gorman 事件判決に対するその後の裁判例の展開を押さえる必要がある。

2 Siebe Gorman 事件判決以降、金融実務に重大な問題を提起したのは、Re New Bullas Trading Co. Ltd. 事件判決⁸⁰⁾（以下、Re New Bullas Ltd. 事件判決という）である。

同事件における社債（debenture = 担保設定契約書）は、会社の現在および将来の売掛債権、その他の債権に対する個別担保を、また、それら以外の一切の財産を目的として浮動担保を設定するとの条項を有し、同時に以下のような内容の条項を含んでいた。

- 「(a) 債務者は、担保権者のその時々のかかる書面による指示に従って、売掛債権を処分する義務を負う。しかし、その指示がない場合、通常の営業過程においてのみそれらを取り立て、換価する義務を負う。ただし、売掛債権を売却、譲渡、割引（discount）することはいかなる方法でも許されない。
- (b) 債務者は、債権を取り立てた受領金（プロシーズ）を指定された銀行の預金勘定に入金し、その資金を担保権者がその都度なす指示に従って処分する義務を負う。
- (c) 担保権者による前項(b)の指示がなく、かつ、指定された銀行預金勘定に入金された場合、その資金は、売掛債権等を目的とする個別担保から解放（release）され、債務者の他の財産に対する浮動担保の目的となる⁸¹⁾。」

上記の約定を、日本法に引き直していえば、集合債権譲渡担保の設定を受けた上でその取立権を担保設定者たる債権譲渡人に授権し、かつその取立受領金を担保権者の指定する預金勘定に入金させることを義務づけるも

の、と解することができよう。

ある論者は、右の設定契約の意図を次のように説明する。すなわち、担保財産が当初から個別担保の目的となることは、いわば初めから結晶化後の浮動担保を設定したかのような状態を生じる。右の条項は、いったん結晶化して個別担保となった元「浮動担保」の目的財産(売掛債権)を、結晶化後の浮動担保の目的から解放するのと同様の効果を生ずる(「脱結晶化」(decrystallisation)ないし「再浮動化」(refloatation))。これによって流動性が回復されると、担保目的財産の形態が、売掛債権からその換価金たるプロセスに変化して、今度は浮動担保に服することになり自由な処分が可能になる。にもかかわらず、設定契約の右の条項によって、その担保権はもはや浮動担保としては扱われず、当初の目的財産(売掛債権)に設定された個別担保として評価され、優先的債権者に優越することになる⁸²⁾。あるいは、仮に個別担保であるとの主張が認められなかった場合には、全体として浮動担保の目的となった財産について結晶化の手続をとることにより、全体を担保目的財産として把握することができるのである。

ところで、収益管理人が回収した売掛債権等のプロセスは、右の担保権に関する預金勘定には預け入れられていなかったようである。また、右の条項(b)の、担保財産の処分方法に関する指示が、担保権者から実際になされたことはなかった。その後、任命された「管理人たる収益管理人(administrative receiver 管理レシーバー)」⁸³⁾は、売掛債権等の財産からの配当を行うにあたり、優先的債権者と当該担保権との優劣について、これらを目的とする担保権が、浮動担保か個別担保かの判断を裁判所に申し立てた(1986年倒産法40条)。

3 原審のKnox判事は、Re Brightlife Ltd. 事件判決⁸⁴⁾に依拠して、担保権者からの処分に関する指示がなく、設定者が自由に目的財産を処分できたことを理由に、当該担保権は浮動担保であるとした⁸⁵⁾。これに対し、担保権者が上訴した。

控訴院(Court of Appeal)のNourse判事は、この担保権が浮動担保で

あるとの原審の判断を排斥した。彼は、以下のように述べる⁸⁶⁾。

「問題は、担保設定契約の文言から確定されるべき契約当事者の意思に左右される、ということに異論はない。すなわち、法的に実行不可能である場合は別として、当事者のいかなる選択をして契約を形成するかを妨げる公序は存在しない。エクイティ上の個別担保を現在の売掛債権だけでなく、将来の売掛債権を目的として設定させることも許される。本件で宣言された契約当事者の意思は、まさにそのような担保権を設定することであった。しかし、にもかかわらず、当事者の意思は、担保設定契約の他の条項がその意思と矛盾する場合には、これに劣後する。」

「担保設定契約当事者が、将来債権に個別担保を取得することが許されているのと同様、将来債権が取り立てられていない間は個別担保に服し、取立（換価）後は浮動担保に服すると合意することも許される。」
「彼らが合意することを妨げる法原則がない限り、その合意が優先する。」個別担保の担保目的財産（売掛債権）は、「担保権者の側の一方的な意思によってではなく、担保権者・設定者両当事者の明示の合意（express agreement）よってのみ、個別担保から解放されうる。」本件の担保設定契約では、明示の規定により、債権のプロシーズが指定された銀行預金勘定に預け入れられ、かつ、担保権者の指示がない場合に、個別担保から解放されると予め合意された。その指示はなされていないから、「指定された預金勘定に入金されるまで、また、入金されない限り」、売掛債権のプロシーズは、なお売掛債権を目的として設定された個別担保に服したままである⁸⁷⁾。」

その結果、優先的債権者は、担保権者に劣後するとされた。

4 Re New Bullas Ltd. 事件判決の担保設定契約は、債権を個別担保の目的とする一方で、そのプロシーズたる取立受領金を浮動担保の目的とするという、それぞれを別々の担保権によって捕捉する担保手法（「分割型

担保」(split charge)) である⁸⁸⁾。この上訴審において、優先的債権者は、当該担保権が浮動担保であるとして、次のような主張を展開していた。第一に、取立前の債権と換価後のそのプロセス(取立受領金)の区別は、債権は金銭に変わるまで無価値だから、非現実的であって技巧的である。第二に、いったん特定されれば、担保権者の同意なくして担保目的財産を担保権から解放できないという、個別担保の本質に、この担保権は矛盾する性質を有する、と。

これらの主張は、同事件以後、同じく控訴院の Re ASRS Establishment Ltd. 事件判決⁸⁹⁾等、裁判所によって採用されることとなった。この事件の事案はこうである。インド・イギリス等の間の貿易を行っていた債務者が、債権者に対して以下のような社債を発行し、担保権を設定した。すなわち、社債(担保設定契約)上、「債務者が現在所有しかつ将来取得する一切の売掛債権その他」を目的とする「個別担保」が設定された。これと合わせて、個別担保の目的財産以外の一切の財産に浮動担保が設定されたが、仮に個別担保が規定された通りに効果を生じない場合、それらの担保目的財産もまた浮動担保に服すると合意された。また、個別担保の目的たる売掛債権のプロセス(取立受領金)は、債権者の指定する預金勘定に入金することとされ、債権者の事前の同意なくして担保目的財産を通常の営業の範囲内で売却その他の処分をすることは禁止されていた。しかし、その預金勘定の指定は全くなされず、かつ、書面による処分の同意も実際には求められていなかった。預金勘定の指定がなかった結果、債務者は、自己の通常の営業の範囲内で以上の担保目的財産一切を使用・費消することが許されていた。

その後、債務者が支払不能に陥り、収益管理手続が開始され、その過程で、回収された債権の取立金が第三者預託(escrow)された。収益管理人は、収益管理手続から清算に移行するに当たって、破産財団の配当について債権者の担保権が浮動担保であるか、個別担保であるかの判断を裁判所に求めた。

原審の Park 判事は、預金勘定への入金の指定がなされず、債務者が債

権の取立金を自由に費消できたことに基づき、当該担保権を浮動担保であるとし⁹⁰⁾、控訴裁判所（Court of Appeal）はその判断を追認したのである。

- 64) Siebe Gorman & Co. Ltd. v. Barclays Bank Ltd., [1979] 2 Lloyd's L. R. 142 (Ch. D).
- 65) [1979] 2 Lloyd's L. R. 142, 158-159. この箇所では、Illingworth v. Houldsworth [1904] A. C. 355, at 358 (H. L.) における Macnaghton 卿の、浮動担保と個別担保の区別に関する説示が引用されている。この説示については、道垣内・前出注(27)531-532頁において訳出されている。
- 66) [1979] 2 Lloyd's L. R. 142, 159.
- 67) *Re Keenan Bros Ltd.*, [1986] B. C. L. C. 242, [1986] 2 B. C. C. 98 (S. C. Ireland), reversing [1985] B. C. L. C. 302. See also, Gerard McCormack, "Fixed Charges on Future Book Debts" (1987), 8 Co. Law. 2.
- 68) See, [1903] 2 Ch. 284, at 295.
- 69) [1986] B. C. L. C. 242, at 247, 249-250; McCormack, *supra* note 67 at 8-10. ただし、Specialist Plant Services Ltd. v. Braithwaite Ltd., [1987] B. C. L. C. 1, (1987) 3 B. C. C. 119. (C. A.) は、Siebe Gorman 事件判決に非常に類似した設定契約の条項を検討したにもかかわらず、当該担保を浮動担保であるとした。
- 70) *Re A Company* (No. 005009 of 1987), [1989] B. C. L. C. 13, [1988] 4 B. C. C. 424.
- 71) [1989] B. C. L. C. 13, at 25-26. See, Michael G. Bridge, "How Far is Article 9 Exportable? The English Experience" (1996), 27 C. B. L. J. 196, 217. Keenan Bros. 事件判決および *Re A Company* (No. 005009 of 1987 事件判決) 以外に Siebe Gorman 事件判決に従うものとして、See, *Re Parmanent House (Holdings) Ltd.*, [1988] B. C. L. C. 563; *Re Portbase Clothing Ltd.*, [1993] 3 W. L. R. 14, [1993] Ch. 388; *Northern Bank Ltd. v. Ross*, [1991] B. C. L. C. 388; *Royal Trust Bank v. National Westminster Bank Plc*, [1995] B. C. C. 128 (Ch. D.) (ただし、後に [1996] B. C. C. 613, [1996] 2 B. C. L. C. 682 (C. A.) により破棄され、浮動担保と認定された)。
- 72) See, Bridge, *supra* note 71 at 217; C. M. Schithof (eds.), PALMER'S COMPANY LAW (1996 Aug. released), p. 13072-13074; *Re Armagh Shoes Ltd.* [1984] B. C. L. C. 405, [1982] N. I. 59 (Ch. D.); *Re Permanent Houses (Holdings) Ltd.*, [1988] B. C. L. C. 563 (C. A. N. I.); *William Gaskell Group Ltd. V. Highley*, [1994] 1 B. C. L. C. 197, [1993] B. C. C. 200 (Ch. D.); *Re C. C. G. International Enterprises Ltd.* [1993] B. C. L. C. 1428, [1993] B. C. C. 580 (Ch. D.). *But see* *Evans Coleman and Evans Ltd. v. R. A. Nelson Construction Ltd.* (1958), 27 W. W. R. 38, 16 D. L. R. (2d) 123 (B. C. C. A.).
- 73) *Re Brightlife Ltd.*, [1987] Ch. 200, [1986] B. C. L. C. 418, [1986] 3 All. E. R. 673, [1987] 2 W. L. R. 197.
- 74) *Id.*, [1987] Ch. 200 at 209G-H, [1986] B. C. L. C. 418 at 422, [1986] 3 All. E. R. 673 at 676, [1987] 2 W. L. R. 197 at 201.
- 75) *Waters v. Widows*, [1984] V. R. 503, 516-517 (S. C. V.).
- 76) [1984] V. R. 503, at 516-517. See also, *Royal Trust Bank v. National Westminster Bank Plc*, [1996] B. C. C. 613, [1996] 2 B. C. L. C. 682 (C. A.), reversing [1995] B. C. C. 128;

- 77) Stephen Atherton & Rizwaan J. Mokal, "Charges Over Book Debts: Issues in the Fixed /Floating Jurisprudence" (2005), Co. Law. 10, 15 et. seq. いわゆる waiver (権利放棄) の法理の適用可能性を検討する。
- 78) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188, at 204 h-i, [2001] U. K. P. C. 28 para. 48 (Privy Council).
- 79) Shahi Rajani, "Fixed Charge on Present and Future Book Debts: The House of Lords has the Final Word" (2005), 21 (4) Ins. Law & Practice. 123.
- 80) Re New Bullas Trading Co. Ltd., [1994] 1 B. C. L. C. 485 (C. A.), [1994] B. C. C. 37, (1994) 12 A. C. L. C. 3203 (C. A.), reversing [1993] B. C. L. C. 1389, [1993] B. C. C. 251 (Ch. D).
- 81) *Id.* [1994] 1 B. C. L. C. 485 at 487, [1994] B. C. C. 36 at 38-39; GAVIN LIGHTMAN & GABRIEL MOSS, THE LAW OF RECEIVERS OF COMPANIES (1994, Sweet & Maxwell), 35.
- 82) Berna Collier, "Conversion of a Fixed Charge to a Floating Charge by Operation of Contract: is it Possible?" (1995), 4 A. J. C. L. (Australian Journal of Corporate Law) 488, 496-497; Emmett, *supra* note 44 at 208; John Naccarato & Patrick Street, "Re New Bullas Trading Lt.: Fixed Charge Over Book Debts— Two Into One Won't Go" (1994), B. J. (Butterworths Journal) Int. Banking and Fin. L. 109, 111.
- 83) administrative receiverにつき、中島・前出注(31)論文(1)・民商118巻4・5号151-152頁、および同論文(2)(3)・民商118巻6号2頁、119巻1号24頁(1998年)、青木・前出注(46)43頁、特に62頁以下を参照。
- 84) Re Brightlife Ltd. [1987] Ch. 200.
- 85) [1993] B. C. C. 251, 264-265.
- 86) [1994] 1 B. C. L. C. 485 at 491.
- 87) [1994] 1 B. C. L. C. 485, 492-493, [1994] B. C. C. 36, 41-42; LIGHTMAN & MOSS, *supra* note 81 at 36; GOUGH, COMPANY CHARGES at 119.
- 88) Rajani は、このような取り決めに「分割型担保」(split charge)と呼ぶ。Rajani, *supra* note 79 at 126.
- 89) Re ASRS Establishment Ltd., [2000] 1 B. C. L. C. 727 (Ch. D.), affirmed [2000] 2 B. C. L. C. 631 (C. A.).
- 90) *Id.*, [2000] 1 B. C. L. C. 727, at 738-739 (Ch. D.).

Siebe Gorman 事件判決の法理の終焉

Brumark 事件判決と Re Spectrum 事件判決

一 Brumark 事件判決における Millett 卿の説示

1 ところで、Re ASRS Establishment Ltd. 事件判決の原審では、

Royal Trust Bank v. National Westminster Bank 事件判決⁹¹⁾における Millet 卿の以下の説示が引用されている⁹²⁾。

「私は、売掛債権その他の債権を、その取立て・換価から生じる受領金（プロシーズ）から分離して担保の目的とすることができる（「分割型担保」（split charge））とは、到底考えられない⁹³⁾。」

この説示は、Re New Bullas Ltd. 事件判決において優先的債権者が展開した第一の主張と軌を一にする。そして、その Millet 卿こそが、以下で検討する Agnew v. Commissioner on Inland Revenue 事件（以下、Brumark 事件判決という）⁹⁴⁾において枢密院（Privy Council）の採用する法廷意見を述べた人物なのである。以下、同判決を検討する。

2 この事件で用いられている担保設定契約書は、裁判所によれば、Re New Bullas Ltd. 事件判決の法理を参考にして起草されているという。関連する条項は以下の通りである^{94-a)}。

「第2条 担保権の優先順位および結晶化について

第2条1項 担保権の性質：本契約書（deed）によって設定される担保権は、以下のように作用する。

(a) 現在および将来の以下の一切の財産は、個別担保の目的となる。

(xi) 債権者（Westpac）と債務者（Brumark Investments Ltd.）との間の債権およびその取立預金勘定（deposits）。ただし、債務者会社がこれらの債権およびその取立預け金からなる資金を預金勘定から引き出す、または使用する権利につき、一定の制限のある場合に限る。

(xii) 上記の債権に含まれないもので、債務者が通常の営業の取引の範囲内で取得する一切の債権とその取立受領金（プロシーズ）。ただし、債権者が本項(xi)で言及した形式の債権およびその取立預け金の預金勘定に、本規定の債権の取立受領金を振

り込むことを指定した場合には、その取立受領金を除く。

(xiii) 以上の他、債務者が取得するその他一切の債権。

(b) 第2条3項の条件の下で、以上の他の一切の財産は浮動担保の目的とする。」

第2条3項は、浮動担保の結晶化の条件を規定する。さらに、第5条は以下のように規定する。

「第5条 約定 (undertaking)

第5条2項：担保目的財産に関する約定 債務者は、債権者に対して、債権者の同意のある範囲もしくは銀行取引約定書で明文で許された範囲を除いて、以下のことを約束する。

(b) 財産の処分：他のいかなる方法において担保目的財産を処分したり、権利を発生させないこと、および担保目的財産の占有を放棄しないこと。ただし、財産が浮動担保の目的となっている場合、債務者は、その通常の営業の範囲内において財産を処分することができる。ただし、銀行取引約定書が別の定めをする場合を除く。

(d) 売掛債権：以上の規定において制限をしない限り、および本項(b)の規定にもかかわらず、債務者は、その有するいかなる売掛債権に対して、担保権を設定することと、その処分もしくはその他いかなる権利を発生させることも許されない。」

2 この判決の事案は、債務者が支払不能に陥り、消費税等の租税債権につき、内国歳入庁 (Inland Revenue) が優先的債権者として、債務者が未だ取り立てていなかった債権について優先を主張したところ、収益管理人が裁判所に銀行の担保権の性質決定の判断を求めた、というものである。

原審の裁判所 (ニュージーランド控訴裁判所・Gault 判事) は、上記の条項を以下のように解釈する。すなわち、債務者は銀行に対して、その通

常の営業の範囲内で取得する一切の売掛債権を目的とする「個別担保」を設定した。売掛債権の取立受領金（プロシーズ）は、個別担保から除外されている。しかし、銀行がその取立受領金を指定した銀行預金勘定に振り込むことを指示し、結果として債務者が自由に費消できなくなった段階で、それらも個別担保の目的となる。個別担保の目的となっている限り、それらの財産を債務者は自由に処分することはできない。他方で、銀行が取立受領金の指定口座への振り込みを指示しない場合には、取立受領金は浮動担保の目的となり、通常の営業の範囲内で自由に費消・処分をすることができる、というわけである⁹⁵⁾。担保設定者である債務者の立場からは、個別担保を設定しても、その処分換価金を自己の運転資金として常にアクセスして利用することが可能になるのである⁹⁶⁾。

原審の Gault 判事は、銀行が取立受領金の指定口座への振り込みの指示を一切なさなかったことを重視する。すなわち、「銀行が債務者による売掛債権（の用途）に干渉するまで、それらの債権がいったん取り立てられると、それらは売掛債権ではなくなり、もはや個別担保の目的ではなくなるが、今度は浮動担保の目的となる」⁹⁷⁾、というわけである。これはまさに、Re New Bullas Ltd. 事件判決において意図された「分割された担保」（split charge）の取得形態そのものである。この認定に基づき、Gault 判事は、「本件の社債（担保設定契約書）は、個別担保の目的から売掛債権の取立受領金を除外することによって、銀行（債権者）と債務者は、自己の銀行預金勘定の上で（債権者である銀行の：筆者注）債権の取立をなす自由を債務者に与えた。これは、売掛債権の処理について通常の事柄である。銀行が、債務者をして取り立てられてない売掛債権を処分したり、別の債権者のために担保権を設定することを契約上禁ずることは、その通常の事柄から逸脱しない。」として、当該担保権は個別担保ではなく、浮動担保であるとした⁹⁸⁾。つまり、担保設定者について売掛債権に関して「通常の営業の範囲内の処分」が認められることを認定し、当該担保権を浮動担保と判断したのである。

3 Brumark 事件判決はニュージーランドの事件⁹⁹⁾であり、後にイギリス貴族院の Re Spectrum 事件判決において引用される Millet 卿の説示は、ニュージーランドの最高裁に当たるイギリス枢密院 (Privy Council) の判決の中で述べられている。Millet 卿は、当該担保権が浮動担保であるとの原審の判断を追認するに際して、以下のように、いくつかの重要な説示をしている。

Millet 卿は、まず個別担保の法的性質について、「個別担保は、債務者からそのキャッシュフローへのアクセスを奪うのだが、まさにそれこそが債務者にとっては事業の生命線なのである。それ故、担保設定契約当事者が、債務者が個別担保の設定にもかかわらず事業を継続することを意図する場合、通常の個別担保の徴表を有しないような態様で担保権を設定することに合意する」¹⁰⁰⁾、とする。しかし、「現在および将来の一定の種類の流動する債権に個別担保を取得するのは、可能ではないと一般的には考えられている。その第一は、商業上の理由である。すなわち、売掛債権は債務者の事業の流動資本の一部を構成し、かつ継続的なキャッシュフローの源泉である。よって、それらに個別担保を設定させることは、債務者の事業の継続を危うくする。第二は、概念上の理由である。すなわち、流動性のある財産を目的とする担保、というのは浮動担保の特質であって、それ故その種の担保は浮動担保であるに違いない、というわけである」¹⁰¹⁾、と。

Millet 卿はこう前置きした上で、Ziebe Gorman 事件判決や Re Keenan Bros Ltd. 事件判決、Re Brightlife Ltd. 事件判決、Re New Bullas Ltd. 事件判決等、浮動担保と個別担保の区別が問題になった裁判例をつぶさに検討して、本件と Re New Bullas Ltd. 事件判決との違いについて、以下のようについていう。すなわち、Re New Bullas Ltd. 「事件では、個別担保の目的である売掛債権が、取り立てられて預金勘定に入金されて初めて個別担保から解放される、という態様である。しかし、本件では、債務者が債権の取立金を受領するや否や直ちに個別担保の目的から解放される。……しかし、

二つの事件で担保権は同じように作用する。担保権者が干渉するまで、債務者は担保の目的たる債権の取り立てを継続するが、譲渡等はできない。……取り立てられた債権は消滅する。取り立てられた債権はもはや別の財産であって個別担保の目的物ではなく、当初から浮動担保に服することになる¹⁰²⁾。」

「債権とそのプロセス（取立受領金）は別個の財産であるが、後者は前者の追及可能なプロセスにすぎず、その価値全部を表章する。債権は受取勘定（receivable）である。すなわち、それは債務者から支払を受ける権利に過ぎない。そのような権利は、分離して享受することはできない。債権の価値は、その権利を行使して債務者から支払を受けるか、第三者に譲渡することによってしか実現できない。支払を受ける権限を欠く債権を担保の目的とすることは、何ら価値を持たない。」このように述べて、Millet 卿は、Re New Bullas Ltd. 事件判決が示した「取り立てる前の債権を個別担保の目的とし、その取立受領金を浮動担保の目的とする」という「分割型担保」（split charge）は、「商業上意味をなさない」として、その有効性を完全に否定したのである¹⁰³⁾。

4 では、どのようにすれば、売掛債権に個別担保を取得し得るのか。Millet 卿は、さらに以下のように続ける。

「売掛債権に個別担保を保有する者が、担保設定者をして自己の代理人として、譲渡された債権の取立てを継続させることは、その担保が個別担保であることと矛盾しない。Siebe Gorman 事件判決および Re Keenan Bros Ltd. 事件判決は、単に、担保の目的たるプロセスを特定するための新たな方法を提供したに過ぎない。債務者が取り立てた債権のプロセス（取立受領金）は、もはや『信託の資金（trust money）』ではなく、担保権者の『封鎖預金口座』（blocked account）への入金義務づけられる。商業上の効果は同じである。というのは、プロセスは債務者の処分に委ねられていないのである。そのような取り

決めは、債権がもはや債務者によってそのキャッシュフローの源泉として利用できないから、その担保権が浮動担保であるということとは矛盾する。けれども、先例を示した裁判官たちは、単に担保設定契約中に、取立回収金が預け入れられる預金勘定が封鎖されている (blocked) と定めるだけでは不十分で、実際にそれが封鎖されていることが必要であると考えていた¹⁰⁴⁾。」

すなわち、Millet 卿は、売掛債権に個別担保を取得する方法として、Re Keenan Bros Ltd. 事件判決が示した、担保権者によるコントロールの方法を要求する。具体的には、個別担保の目的たる債権の取立受領金を担保権者が指定する預金勘定に入金し、かつ、その預金勘定は、「封鎖預金勘定」(blocked account) であることを要し、担保権者 (通常はその預金口座の存する銀行) の同意なくして、債務者は、その預金勘定から預金の払い戻しを受けることは許されない、ということである。担保の目的である売掛債権だけにコントロールを及ぼすことに加えて、その取立受領金についても、別途にコントロールを及ぼすことが要求されるのである¹⁰⁵⁾。

また、これに加え、Siebe Gorman 事件判決より、その預金勘定が常にプラスである (in credit) であること、も要求される¹⁰⁶⁾。仮に、当該預金勘定が「過振り」(overdrawn, overdraft) であるなら、それは債務者が自由に当該口座内の資金を費消できたことを意味するから、当該担保権が浮動担保であると判断されるおそれを生じるからである¹⁰⁷⁾。また、取立受領金が債務者の一般財産と混和しないためには、それが入金される預金勘定は、債務者の運転資金がプールされる預金勘定とは別個の口座でなければならない。これは、債務者が、取立受領金を担保権者のために (受託者として) 信託目的で管理することを意味する (信託財産としての特定性の維持)¹⁰⁸⁾。

以上の説示により、Millet 卿は、売掛債権とそのプロシーズたる取立受

領金を分離して担保の目的とすることを否定し、これらを全体として一つの担保の目的とすること（‘unitary charge’、統合型担保権）を企図したと評価されている¹⁰⁹⁾。

5 ところで、ある担保権が浮動担保であるか、個別担保であるかを判断するに際して、裁判官はどのような思考のプロセスを辿ればよいのだろうか。これまでに検討してきた判決から既に明らかなように、単純に担保設定契約書に記述された「個別担保」という文言を手がかりとすることは許されない。

Millet 卿は、この点についても、以下のような判断枠組みを示している。

「それは、単に（契約の）解釈（construction）の問題ではない。ある担保権が浮動担保であるか個別担保かを判断するに際して、裁判所は次の二段階のプロセスに従事する。第一段階では、担保設定契約書を解釈して、担保設定契約当事者が用いている文言から当事者の意思を収集することに努めなければならない。しかし、この段階の目的は、設定契約当事者が、個別担保の設定を意図したのか、それとも浮動担保を意図したのかを（契約書から）発見することではない。設定契約当事者がお互いにその担保目的財産に関して与えようと意図した権利義務の性質を確定することが、その目的である。いったんその性質が確定されれば、裁判所は第二段階のプロセス、すなわち「担保の類型化」（categorization）に移行する。この第二段階は、法律問題（matter of law）であって、当事者の意思には左右されない。適切に担保設定契約書の文言から収集された当事者意思が、債務者に、個別担保の性質と矛盾するような権利を与えるとすれば、その担保権は、設定契約書でそのように記述されていたとしても、個別担保ではあり得ない¹¹⁰⁾。」

すなわち、ある担保権が浮動担保であるか個別担保であるかを判断することは、担保設定契約当事者の意思のみによって定まるのではなく、客観的な法性決定の問題として扱われるのである。この点は、Re New Bullas

Ltd. 事件判決において、Nourse 判事が、その担保の性質決定は完全に当事者の意思によって定めるとしていた点と対照的である¹¹¹⁾。そして、この二段階の性質決定の手法は、後に Smith (as Administrator of Cosslett (Contractors) Ltd.) v. Bridgend County Borough Council¹¹²⁾事件判決において、イギリス貴族院 (House of Lords) によって採用されることになる。すなわち、「担保権の性質を判断するのは、当事者の意思に左右されない。客観的に確定された契約当事者の意思は、契約の解釈に関連づけられている。しかし、いったん契約解釈のプロセスによって、当該 (担保設定) 契約による生じる権利が確定されれば、それによって担保権がどのような権利を構成するかは、法律問題である」(Scott 卿)、というわけである¹¹³⁾。

二 Re Spectrum 事件判決¹¹⁴⁾ (National Westminster Bank v. Spectrum Plus)

1 こうして、Re New Bullas Ltd. 事件判決における「未回収の債権は個別担保、その取立受領金は浮動担保」の目的となるという「分割型担保」(‘split charge’) の目論見は、Brumark 事件判決によって潰えたかに見えた。Brumark 事件判決は、多くの賞賛を集めたが¹¹⁵⁾、同事件自体はニュージーランドの事件であり、その最上級審であるイギリス枢密院 (Privy Council) の判決は、イギリス国内においては先例としての拘束力を持たないため、控訴裁判所 (Court of Appeal) は、Brumark 事件判決以後も自己が先に下した Re New Bullas Ltd. 事件判決に拘束される状況が続いた¹¹⁶⁾。しかし、ようやく Re Spectrum 事件判決によって、イギリス最高裁たる貴族院の判断が示されることになった。しかも、その判断は、Brumark 事件判決における Millet 卿の説示をそのまま採用するものなのである。以下では、同判決について詳しく検討していく。

2 事案は、以下の通りである。塗料・染料の製造業者である被告 Spectrum Plus 社 (債務者) は、1997年に取引銀行を変更し、原告である National Westminster Bank (以下、単に「銀行」とする) に、営業用資金の管理のための預金勘定 (current account) を開設し、25万ポンドを上限

とする枠融資契約（overdraft facility）を締結した（当座貸越（overdraft）利用可能）。その銀行取引約定書（facility）では、債務者の資金需要に応じて払戻しが可能であり、口座残高が変動しうること、その貸付金債務は、債務者会社の発行する社債（debenture）によって担保されることが合意された。債務者の社債はごく一般的な書式を有しており、債務者が現在所有し勝つ将来取得する一切の売掛債権を目的とする「個別担保」（fixed charge）、およびその事業（undertaking）、資産その他の財産を目的とする浮動担保を設定する、と記述されていた。さらに、社債には、担保目的財産としての売掛債権について、「銀行の事前に同意なしに、債務者は、当該売掛債権につき、これらを他の者のために売却、割引き（discount）、その他の処分をすることは許されない」と規定されていた¹¹⁷⁾。

1997年10月、銀行は債務者に20万ポンドの貸付けをなし、その後預金勘定の残高は変動したが、決してプラスにはならなかった（常に in debit）。債務者は、債権を取り立てた後その預金勘定に入金し、当座貸越の残高を減少させていったが、資金需要に応じて適宜預金勘定より払い戻しを受けていた。

この事件における担保設定契約では、債務者が、売掛債権の取立後に、決済用資金口座勘定への入金後、払い戻しを受けることについての制限（担保権者の取立受領金に対するコントロール）がなかった点が重要である¹¹⁸⁾。実際のところ、銀行は、債務者による払い戻しに異議を述べたことはなく、その結果として当座貸越の残高（負債の総額）はかえって増加していた。

2001年10月15日、債務者につき、債権者の申立てにより清算手続（liquidation）が開始され、清算人（liquidator）が任命された。未回収の売掛債権の総額は、銀行の被担保債権や内国歳入庁の租税債権等、優先的債権者の全ての債権を満足させるには不足しており、清算人は、裁判所に対して、債務者が銀行のために設定した売掛債権を目的とする「担保」が、個別担保か浮動担保かの判断を求めた。

3 第1審である高等法院 (High Court of Justice) の Morrit 判事 (副大法官, Vice Chancellor) は, Siebe Gorman 事件判決は誤りであるとした¹¹⁹⁾。彼の見解によれば, 「同事件は, その後約25年間ほとんど批判なしに維持されてきた。たいていの銀行の銀行取引約定書は, 同事件が適切に (確立された) 法として判断され, 数多くの清算事件はそのような前提において処理されてきたのである¹²⁰⁾。」しかし, 彼は, Brumark 事件判決における Millett 卿の担保権の二段階の性質決定の手法を採用する。まず, Re Spectrum 事件における担保の設定では, 「その取立てと銀行預金勘定への入金を除けば, それらは債務者の通常の営業の範囲内において, 債務者のコントロール下におかれ, かつ自由に費消することができた。」担保設定契約上「個別担保」と記述されていても, 「その表現には否定的な評価を与えるほかない。」「Siebe Gorman 事件判決の担保設定契約書第5条(c)を解釈すれば, 同事件においても, 債務者は, 債権の取立後そのプロセスを預金勘定から通常の営業の範囲内で自由に費消できたことから, 個別担保であるとは決定され得なかつたはずである¹²¹⁾。」と。

4 しかし, 原審である控訴裁判所 (Court of Appeal) では, 全裁判官の一致により第1審の結論 (浮動担保であるとの性質決定) が覆された。まず, Phillips 卿は, かつて控訴裁判所自身が下した Re New Bullas Ltd. 事件判決に, 自らがそれに先例として拘束される点を述べ, 「Brumark 事件判決という枢密院の判決が異なる判断を示しているということは, 先例に拘束されないという例外をなさない」とする。「確かに, Re New Bullas Ltd. 事件判決の先例として位置づけに疑いがないとはいえないが, その先例としての位置づけを覆すためには, 貴族院の判断が必要である」¹²²⁾ という。

次に, Phillips 卿は, Siebe Gorman 事件判決が正当な判断を示している と評価する。ここでの問題は, 浮動担保の定義の下で, 担保設定契約当事者が, その契約によって浮動担保の設定を意図したかどうかであるとして, Brumark 事件判決における Millett 卿の二段階性質決定の方法を採用して,

Siebe Gorman 事件判決における担保権者によるプロセスのコントロールにより、担保設定契約当事者は明確に個別担保の設定を意図したとする。しかし、Phillips 卿は、決定的に重要なのは、債権の取立受領金を銀行の預金勘定に入金することにあるという。「本件では、担保権者である銀行の当座預金勘定にプロセスの入金がなされたことが重要である¹²³⁾。」すなわち、いったん入金されれば、その取立受領金は債務者の財産でなく銀行の財産（property）となり、債務者はもはやそれらの何のコントロールも及ぼさなくなる。それ故、当該銀行預金勘定（当座預金）が常に過振り（当座貸越）の状態にあるため、取立受領金は入金後直ちに銀行に対する債務者の債務の減少に充当された。それ故、銀行の担保権は、個別担保としてなお有効である¹²⁴⁾、と。また、Phillips 卿によれば、Siebe Gorman 事件判決は、その後25年間銀行の金融実務で先例として用いられてきたので、その判断は現在も取引慣行に照らして是認されるとされた¹²⁵⁾。

5 控訴裁判所の判断は、先例としての拘束性がないとはいえ、枢密院の判断である Brumark 事件判決に真っ向から反するものであったため、厳しい批判を浴びることとなった¹²⁶⁾。

上告審である貴族院（House of Lords）の前に提示された課題は、第一に、担保設定契約当事者によって設定された担保権の性質決定（類型化，categorization），第二に、25年にわたって、銀行が判例法として信頼してきた Siebe Gorman 事件判決を、将来にわたってのみ（prospective）判例法として（先例として）破棄しなければならないか、である¹²⁷⁾。

Hope of Graighead 卿は、Sara Worthington の論文¹²⁸⁾を引用して、売掛債権を目的とする担保権が個別担保であることを可能にする方法が、三つあることを指摘する。「一つは、債権の取立受領金を完全に担保権者のためだけに保管し、担保設定者が一切その処分をできない、という形態である。第二に、債権の取立てのみを担保設定者に許しそれ以外の一切の処分を禁止した上で、取立受領金を債務者の債権者に対する債務の弁済にのみ充てる、という形態である。しかし、この形態は、債務者をしてその

キャッシュフローにアクセスすることを禁止するから、債務者にとっては受け入れ難い。第三の方法は、債権の取立て以外の処分を禁じ、債務者にその取立受領金を担保権者たる銀行の預金勘定に入金することを義務づけることである。」「本件の銀行取引約定は、この第三の類型に近い。」「未だ取り立てられていない売掛債権は、担保権者のために排他的に保有される。しかし、設定契約に記述された担保設定契約当事者の意思だけでなく、彼らが現実書面に表した意思を実行しようとしていたか、を検討しなければならない¹²⁹⁾。」

担保設定者が担保権者の同意なくして「通常の営業の範囲内」で担保目的の財産を処分しようということは、言い換えれば、債務者（担保設定者）の一方的な意思決定により処分が可能であることを意味する¹³⁰⁾。そこで、Hope of Graighead 卿は、以下のように続ける。「銀行の顧客が預金した資金は、銀行の財産となる。しかし、その反面、銀行は顧客に対し、同額の払い戻しの義務を負う。」「一般原則として、銀行は、自己の顧客の預金勘定中の資金がプラスであるか、当座貸越の限度額内でマイナスである限り、顧客の小切手の支払をなす義務を負う。」「銀行は、顧客の約束手形等に対してリーエンを有するが、リーエンは債務者以外に帰属する物を占有する権利であって、預金勘定中の資金にリーエンは存しない。それら資金は、入金時に銀行の財産となる¹³¹⁾。」

本件では、「債権の取立受領金が払い込まれたのは、債務者の運転資金のための預金勘定、すなわち当座預金（current account）であり、債務者は、売掛債権の取立受領金だけでなく、その他種々様々な源泉からの資金を入金していた。私は、債務者が、当該当座預金に預け入れたのと同額の資金を払い戻す権利は、取り立てられていない債権に個別担保を有するという主張を完全に無効とするものと解する。なぜなら、その預金勘定は『封鎖預金勘定』（blocked account）ではないからである¹³²⁾。（当座貸越の限度額内で債務者が資金を引き出すことのできる預金勘定は、封鎖預金ではない¹³³⁾。）

Hope of Graighead 卿は以上のように述べて、本件における担保権が個別担保であるとの主張を排斥する一方、上記の論理に照らして、もはや Siebe Gorman 事件判決は判例法として維持することは許されない、とした¹³⁴⁾。

なお、Re Spectrum 事件判決の言及する「担保権者による担保目的財産に対するコントロール」の方法として、「封鎖預金」勘定であることが要求されるが、この事件では、担保権者たる銀行が債務者との関係で開設していた預金勘定であった。では、担保権者が、取立金の入金される預金勘定が開設された銀行ではない場合にはどうか。この点につき、既に紹介した Re ASRS Establishment Ltd 事件判決¹³⁵⁾において、控訴裁判所は、預金勘定が第三者たる銀行に開設され債務者の予期勘定中の資金へのアクセスが事実上制限される場合であっても、債務者が現実にもその口座内の資金を入手し費消し得た場合には、当該担保権は個別担保たり得ないとしている。

6 Re Spectrum 事件判決の法理は、既に詳論した Brumark 事件判決の Millet 卿の説示をほぼそのまま踏襲したに過ぎない。Siebe Gorman 事件判決から25年以上の後に、「売掛債権を目的とする個別担保」は大きな制約を受けることになったため、実務家の中には、むしろ控訴裁判所の判断に親近感を示すものもある¹³⁶⁾。

この判決によって、流動する売掛債権を目的とする個別担保の取得は、事実上困難となった。今後は、株主が会社に対して有する未払いの株式資本金債権（unpaid share capital）のように、他の一定の財産に対して個別担保を取得する可能性が論じられるに過ぎない¹³⁷⁾。例えば、Re TXU Europe Groul plc 事件判決¹³⁸⁾では、投資商品のポートフォリオ上に担保権が設定された。投資商品自体は変動し得たが、元の投資商品も交換された投資商品も、債務者は、その通常の営業目的で利用することは許されなかった。その点において、当該担保権は個別担保であると判断された。また、Arthur D Little Ltd. v. Ableco Finance LLC 事件判決¹³⁹⁾は、子会社の

株式(およびその配当金の権利など)を目的とする担保権が、たとえ担保設定者が、例えば株式配当金をその通常の営業の範囲内で自由に費消できたとしても、個別担保であると判断している。

これらの事件は、担保目的財産がなお変動するが、担保設定者である債務者がその通常の営業の範囲内で費消等ができない場合には、なお浮動担保ではなく、個別担保であると判断される余地のあることを示しているのである¹⁴⁰⁾。

7 なお、Brumark 事件判決および Re Spectrum 事件判決と整合性を欠く判決として、Re Atlantic Computer Systems plc 事件判決¹⁴¹⁾がある。この事件においては、リース会社が、融資者(担保権者)から購入資金の融資を受け、リース物品につき買取購入選択権付売買(hire-purchase agreement)または賃貸借の形式により目的物を取得し、その後エンドユーザーに対してリース契約により物品を供給する、という方法がとられた。リース業者は、自己の融資者に対する債務を担保するために、エンドユーザーに対して取得するリース料債権について融資者のために「担保権」を設定した。しかし、設定者に、指定された預金勘定への売掛債権のプロシーズの入金を義務づける条項は、設定契約中になかった。

Nicholls 判事は、Siebe Gorman 事件判決による担保権者のコントロール方法に言及することなく、「担保権者が干渉するまで、リース料債権は、エンドユーザーから債務者会社(リース会社)に直接支払われ、債務者はその受領金を通常の営業過程において使用していた」が、なお当該債権譲渡は個別担保であると結論づけた¹⁴²⁾。

この Re Atlantic Computer Systems plc 事件判決は、リース料債権は担保目的財産の目録において特定され、かつ、担保設定時に発生であった特定債権の譲渡(specific assignments of individual debts)の事案であって、浮動担保の属性たる「未確定(ambulatory)」の譲渡ではなく、よって担保目的財産の特定性のレベルにおいて浮動担保と区別されるという¹⁴³⁾。けれども、現在では、Brumark 事件判決および Re Spectrum 事件判決に

より、個別担保としての承認を得るためには、もはやこの判決の基準では足りないとい解されていることに注意を要する¹⁴⁴⁾。

- 91) Royal Trust Bank v. National Westminster Bank Plc, [1996] B. C. C. 613, [1996] 2 B. C. L. C. 682 (C. A.), reversing [1995] B. C. C. 128.
- 92) Re ASRS Establishment Ltd., [2000] 1 B. C. L. C. 727, at 734.
- 93) Royal Trust Bank v. National Westminster Bank Plc, [1996] 2 B. C. L. C. 682 at 704.
- 94) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188, [2001] U. K. P. C. 28 (Privy Council), affirming [2000] 1 B. C. L. C. 353 (sub nom Re Brumark Investments), [2000] 1 N. Z. L. R. 223 (N. Z. C. A.).
- 94-a) [2000] 1 B. C. L. C. 353 at 355.
- 95) [2000] 1 B. C. L. C. 353 (sub nom Re Brumark Investments), [2000] 1 N. Z. L. R. 223 (N. Z. C. A.).
- 96) Capper, *supra* note 45 at 247.
- 97) [2001] 1 B. C. L. C. at 356 para. 5.
- 98) [2001] 1 B. C. L. C. at 364 para. 34.
- 99) ニュージーランド1993年会社法 (Companies Act 1993) 第7配当表 (Schedule VII) および1993年収益管理法 (Receivers Act 1993) 30条の下では、現在のイギリス2002年企業買収・清算法と異なり、問題となる担保権が浮動担保であれば、優先的債権者に劣後すると規定されている。
- 100) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 192 para. [7].
- 101) *Id.* at 196 para. [19].
- 102) *Id.* at 199 para. [28] f-g; Fidelis Oditah, "Fixed Charges Over Book Debts after Brumark" (2001), 14 (7) *Ins. Intelligence* 49, 51.
- 103) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 204 para. 46; Paul Ali, "De-Crystalization of Floating Charges by Operation of Contract" (2003), 21 *Com & Sec. L. J.* 214, 215; Roy Goode, "Charges Over Book Debts: Missed Opportunity" (1994), 110 *L. Q. R.* 592, 603-605.
- 104) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 204 para. 48.
- 105) Capper, *supra* note 45 at 250, 255.
- 106) Rajani, *supra* note 79 at 126.
- 107) McKnight, *supra* note 52 at 160.
- 108) *Id.* at 159.
- 109) Rajani, *supra* note 79 at 126; Goode, *supra* note 103 at 603-605. *But see*, Capper, *supra* note 45 at 251 (売掛債権とそのプロセスは、Millett 卿は別個の担保目的物として理解・把握されているとの評価)。 *See also*, Chalk v. Kahn, [2000] 2 B. C. L. C. 361, 366-367 (Ch. D.).
- 110) Agnew v. Commissioner on Inland Revenue, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 200 para. [32]. *See also*, Orion Finance v. Crown Financial Management Ltd., [1996] 2 B. C. L. C. 78 (C. A.), at

84 a-e (Lord Millett).

- 111) Capper, *supra* note 45 at 251.
- 112) Smith (as Administrator of Cosslett (Contractors) Lt.) v. Bridgend County Borough Council, [2001] U. K. H. L. 58, [2002] 1 A. C. 336.
- 113) *Id.* [2001] U. K. H. L. 58, para. 53, [2002] 1 A. C. 336, at 355. Capper によれば, いったん契約上浮動担保の特徴が含まれていることが明らかになれば, 契約当事者が「個別担保」と契約上呼称しようと, それは性質決定に無関係であるという。Capper, *supra* note 45 at 251.
- 114) National Westminster Bank v. Spectrum Plus [2004] E. W. H. C. 9, [2004] 1 B. C. L. C. 335 (Ch. D.), reversed [2004] E. W. C. A. Civ. 670, [2005] 2 B. C. L. C. 30 (C. A.), reversed [2005] U. K. H. L. 269, [2005] 2 B. C. L. C. 270 (H. L.).
- 115) See e.g., Alan Berg, “Brumark Investment Ltd and the Innominate Charge”, [2001] J. B. L. 532.
- 116) Robert R. Pennington, “The Interchangeability of Fixed and Floating Charges” (2003), 24 (2) Co. Law. 60, 61. もっとも, Millett 卿自身が予測したように ([2002] 2 B. C. L. C. at 190 para. 2), ニュージーランド1999年 Personal Property Securities Act の制定により, Brumark 事件判決は, ニュージーランド国内では判例法としての意味を失った。Pennington, *Id.* Brumark 事件判決がニュージーランドの事件であることから明らかなように, 同国ではイングランド浮動担保が利用されていたが, アメリカ UCC 第9編を範としたカナダのプリティッシュ・コロンビア州の Personal Property Security Act を範とした Personal Property Securities Act (以下 NZ 1999年 PPSA という) が制定され, 2002年から施行されている。Personal Property Securities Act 1999, No. 126; http://www.legislation.govt.nz/browse_vw.asp?content-set=pa_l_statutes また, オーストラリアにおいても, 2002年に PPSA の法案の試案が公表され¹¹⁶, その後, オーストラリア法務省による中間試案が2006年度から2007年度にかけて相次いで公表され, 2006年6月半ばまでパブリックコメントが受け付けられていた。Draft Personal Property Security Bill (2002), 14 Bond L. R. 132; “Special Issue: Proceedings of a Workshop on Personal Property Security” (2002), 14 Bond L. R. 1 et seq.: See, <http://www.ag.gov.au/pps>.
- 117) National Westminster Bank v. Spectrum Plus [2004] E. W. H. C. 9, [2004] 1 B. C. L. C. 335, at 338 (Ch. D.).
- 118) Robin Henry, “The New World of Priority for Floating Charges Holders” (2004), 20 (4) Ins. Law & Practice. 194.
- 119) National Westminster Bank v. Spectrum Plus [2004] E. W. H. C. 9, [2004] 1 B. C. L. C. 335, at 351 para. [39] (Ch. D.).
- 120) *Id.* [2004] E. W. H. C. 9, [2004] 1 B. C. L. C. 335, at 346 para. [27] (Ch. D.).
- 121) *Id.* [2004] E. W. H. C. 9, [2004] 1 B. C. L. C. 335, at 350-351 para. [38] to [39] (Ch. D.).
- 122) *Id.* [2004] E. W. C. A. Civ. 670, [2005] 2 B. C. L. C. 30, at 50 para. [58].
- 123) *N Id.* [2004] E. W. C. A. Civ. 670, [2005] 2 B. C. L. C. 30, at 57 para. [86] g-h.
- 124) *Id.* [2004] E. W. C. A. Civ. 670, [2005] 2 B. C. L. C. 30, at 58-59 para. [89], [94], [96].

- 125) *Id.* [2004] E. W. C. A. Civ. 670, [2005] 2 B. C. L. C. 30, at 60 para. [99].
- 126) See, e.g., Alan Berg, "Charges Over Book Debts: The Specturm Case in the Court of Appeal", [2004] J. B. L. 581.
- 127) Christopher Hare, "Charges Over Book Debts: The End of Era", [2005] Lloyd's Mar. & Comm. L. Q. 440, 441.
- 128) Sarah Worthington, "An "Unsatisfactory Area of Law"—Fixed and Floating Charges Yet Again" (2004), 1 Int. Corp. Rescue 175, at 182.
- 129) National Westminster Bank v. Spectrum Plus [2005] U. K. H. L. 269, [2005] 2 B. C. L. C. 270, at 291 para. [54]–[55] (H. L.).
- 130) Ashborder BV v. Green Gas Power Ltd. [2004] E. W. H. C. 1517 (Ch); Atherton & Mokai, *supra* note 77 at 13.
- 131) National Westminster Bank v. Spectrum Plus [2005] U. K. H. L. 269, [2005] 2 B. C. L. C. 270, at 292–293 para. [59].
- 132) *Id.* [2005] U. K. H. L. 269, [2005] 2 B. C. L. C. 270, at 292 para. [58], at 293 [61].
- 133) *Id.* [2005] U. K. H. L. 269, [2005] 2 B. C. L. C. 270, at 292 para. [56] a-b.
- 134) *Id.* [2005] U. K. H. L. 269, [2005] 2 B. C. L. C. 270, at 294 para. [60].
- 135) Re ASRS Establishment Ltd [2001] 2 B. C. L. C. 631.
- 136) Rajani, *supra* note 79 at 126. Rajani は以下のようにいう。「個別担保取得のための封鎖預金勘定 (blocked account) の要件は厄介な状況を生む。当座預金の当座貸越の勘定 (debit balance) 残高は、その預金に、取り立てられる債権の受領金の流入がなくても増加を続けるかもしれない。同様に、封鎖預金勘定の貸し方 (credit balance) は、当座貸越の残高の減少のために資金が使われない場合に増加を続けるかもしれない。それでも、当座貸越の上限および当座貸越の元金 (利息が付加される基礎となる) を定めるに際して、借り方 (debit balance) = 債務残高は、概念上は、封鎖預金の預金残高 (credit balance) によって減少させられる必要がある。時々刻々、銀行は、自己の裁量において一つの預金勘定から別の預金勘定に資金を移動することによって、貸付残高を預金残高によって相殺する。この、長年にわたって行われてきた実務の結果は、要するに、債権のプロシーズが同一の預金勘定に入金され、払い戻しがなされるのと同じである。おそらく、このことから、銀行は Siebe Gorman 事件判決におけるような銀行取引約定書を、Re Keenan Bros Ltd. 事件判決のような blocked account を含む約定書に変更しなかったであろう。」*Id.*
- 137) Rajani, *supra* note 79 at 125.
- 138) Re TXU Europe Group plc (in administration), [2002] E. W. H. C. 701, [2004] 1 B. C. L. C. 519 (Ch. D).
- 139) Arthur D Little Ltd. v. Ableco Finance LLC, [2002] E. W. H. C. 701, [2002] 2 B. C. L. C. 799 (Ch. D).
- 140) Peter Walton, "Fixed Charges over Assets other than Book Debts— Is Possession Nine-tenths of the Law?" (2005), 21 (4) Ins. Law & Practice 117, 120.
- 141) Re Atlantic Computer Systems plc [1992] 2 W. L. R. 367, [1990] B. C. C. 859 (C. A.), [1991] B. C. L. C. 606. 同判決は、中島・前出注(31)論文(2)・民商118巻6号(1998年)8頁に

おいて紹介されている。

142) *Id.* [1992] 2 W. L. R. 367 at 387-388.

143) *Id.* [1992] 2 W. L. R. 367 at 387; Bridge, *supra* note 71 at 218; Schithof (eds.), PALMER'S COMPANY LAW (1996 Aug. released), p. 130741 to 13075.

144) McKnight, *supra* note 52 at 161; Oditah, *supra* note 102 at 53.

担保目的財産の流動性と「通常の営業の範囲内の処分」

一 考慮ファクターとしての担保目的財産の流動性の事多

1 ところで、担保目的財産が、在庫商品や売掛債権等でなく、個別の工場プラントや機械設備である場合にも、当該担保権が浮動担保か個別担保かが問題とされた事例がある。Re Cimex Tissues Ltd. 事件判決¹⁴⁵⁾である。

事案は次のとおりである。トイレットロールの製造業者である債務者 Cimex Tissues Ltd. は、その製造のために使用する機械、およびその事業のために特別に改造されたフォークリフトに対して、貸主のために担保権を設定した。その担保設定契約において、「貸主の事前の書面による同意なくして、かつ、その同意により許可された範囲内で、かつ、その同意に付加されたいかなる条件に従った場合を除き、以下の事項をなすことは許されない。第一に、担保目的財産を売却、担保の設定、その他、それらの取得または換価のために、および、営業活動を行う目的で、通常の営業過程において担保目的財産を処分すること。第二に、通常の営業過程における場合を除いて、かつ、営業活動を行う目的で、担保目的財産以外の全部または一部を売却すること」、という(処分)制限条項が存したことから、裁判所は、当該担保権は個別担保であると判断した。

2 しかしながら、債務者が貸主の同意なくして担保目的財産を売却する権利を有すると仮定した場合に、当該担保権が浮動担保と判断されるかについて、Burnton 判事は次のように述べる。

「担保目的財産が在庫商品や売掛債権，すなわち通常は絶えず変動する（fluctuating，流動性のある）財産である場合，裁判所は，目的財産を処分する設定者の自由は個別担保と相容れない（浮動担保である）と結論を下すであろう。けれども，本件のように，目的財産が個別でありかつ必ずしも変動するものでない場合，担保目的財産を解放するある種の自由が存在することと，当該担保権が個別担保であることは決して矛盾しない。逆に，将来財産に及ばず，現存する物品のみを目的とする浮動担保は，契約上不可能ではない¹⁴⁶⁾。」

「Siebe Gorman & Co. Ltd. v. Barklays Bank Ltd. 事件判決の説示において，Slade 判事が，会社が機械の占有を継続し，それを営業に自由に使用していること，および，会社が機械を売却してその代替の他の機械と交換するという事実にもかかわらず，製造業者の使用する製造機械に個別担保を設定することが，法的に不可能であると考えていたとは思われない¹⁴⁷⁾。」

3 この事件の担保目的財産は，在庫商品のように頻繁に流動が予定される物品ではなく，特定性の高い機械設備である。このような物は，上記で引用した部分が指摘するように，Illingworth v. Houldsworth 事件判決¹⁴⁸⁾における Macnaghten 卿の個別担保に関する説示（「よく特定され，限定された財産，あるいは，特定され，限定されうる財産に結びついた担保」）に合致する。

4 その一方で，Re G E Tunbridge Ltd. 事件判決¹⁴⁹⁾においては，債務者が自動車の修理・販売業者であり，その「現在及び将来取得する（浮動担保の目的となっていない）他の一切の財産」に対して，個別担保を設定する，と担保設定契約書に記述され，さらに「担保設定者は担保権者の事前の書面による同意なくして，いかなるリーエンの発生，差押えその他の法的手続に服することは許されない」と規定されていた。にもかかわらず，裁判所は，この担保権を浮動担保であると判断したのである。

5 この事件では、担保目的財産が、流動性の高い自動車(在庫品)であって債務者の通常の営業の範囲内で処分され得たこと、および、Re Cimex Tissues Ltd. 事件判決と異なり、担保目的財産が個別に特定されていなかったため、当該担保権は、担保設定契約上の「個別担保」という表現に関わらず、浮動担保であるとの性質決定がなされた¹⁵⁰⁾。すなわち、担保目的物とされた一定の種類 of 動産は、担保設定契約上、「時々刻々交替もしくは除却(remove)され得る」と規定されていた。この文言は、担保目的財産として指定された以外の動産は、同じ頻度で流動することが予定されていないことを黙示的に包含するという。

けれども、裁判所は、直接に担保目的財産として列挙された物だけでなく、それ以外の財産も含めて、全体として浮動担保の目的となっていると判断した。概括的な列挙では個別担保たる特定性を充足するには不十分であって、流動性の高い物品を浮動担保の目的とし、それ以外の流動性の低い動産について十分な特定性を確保することができれば、後者については、なお個別担保を取得する可能性は残されているともいえる¹⁵¹⁾。

6 以上のように考えると、担保目的財産の流動性の高さ・低さが、ある担保権が浮動担保であるか、個別担保であるかの性質決定に重要な要素となっているように見える¹⁵²⁾。つまり、流動性の高い財産が担保の目的であれば、性質上、「通常の営業の範囲内」において処分を認める必要があるから、その担保は、浮動担保であると判断される可能性が高い。

二 浮動担保と個別担保を峻別する基準と担保目的財産の種別

1 近時、イギリス貴族院(House of Lords)のHoffman 卿は、Smith Ltd. v. Bridgend County Borough Council 事件判決¹⁵³⁾において、「本事件における担保目的財産(建設用プラント、仕掛品(temporary works)、原材料)は、流動性のある(fluctuating、変動する)財産であって、それらは担保設定者により費消され、あるいは、担保権者による同意に基づき、債務者の通常の営業の範囲内において建設現場から除却され得るので、当

該担保権は浮動担保である」と判示している。すなわち、担保目的財産が「流動性のある」財産で構成され、債務者のコントロール下に置かれており、かつ、担保設定契約書において、債務者が将来において時々刻々に、かつ、その通常の営業の範囲内において、工業用プラント、機械、付従物及びその他関連する設備を使用することが意図されている場合には、その担保権は、浮動担保であって個別担保とは判断されないのである¹⁵⁴⁾。

2 また、既に述べた Brumark 事件判決における Millett 卿の担保設定契約における担保権の性質決定に関する二段階の手法の説示を受け、Etherton 判事は、後述する Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd. 事件判決において以下のように述べる¹⁵⁵⁾。すなわち、「Millett 卿の二段階のプロセスの説示によれば、契約書面の標準的な契約解釈により、第一段階で確定しなければならないのは、用いられた文言に基づき、通常の営業の範囲内で財産を処分する明示の権限が、債務者会社の特定の財産に限定されているか、その全ての資産に及ぶか、である。もちろん、問題となっている財産の性質が、その事実上の背景を構成し、その背景が書面の契約解釈の原則と相反するということは起こりうるけれども、契約書で用いられている文言の通常かつ当然の意味が、まず、第一の基準である。対照的に、通常の営業の範囲内で処分を許可する明示の条項がない場合には、設定契約当事者の意思がその財産に個別担保を設定するか浮動担保を創設するかどうかを証明するプロセスにおいて、担保目的財産の性質（fluctuating assets か、workling capital を構成するか等）がより重要な役割を果たす」のである、と。

3 他方で、Atherton = Mokal は、工場用プラント等の特定物を担保の目的から除外する債務者の権限が、個別担保であることと矛盾しないためには、以下の二つの場合に限定される必要があると主張する。第一に、その権限が、担保目的物の補修を要する場合に限定されていること。第二に、担保目的物を交換する権限については、交換された代替物が必ず担保の目的となることが義務づけられていること、である¹⁵⁶⁾。

在庫商品や原材料等は、工場用設備等よりもより流動性が高く、担保権者の同意なくして通常の営業の範囲内で処分されうるから、それらを担保の目的とする場合には、当該担保権は「浮動担保」であると判断されるといえよう¹⁵⁷⁾。しかしながら、以上の要素に鑑みると、担保目的財産が、在庫商品であるか、それとも建設機械等のようなより特定性の高い、交換される頻度が低い動産であるかは、必ずしも浮動担保・個別担保の性質決定を左右する唯一のファクターではなく、むしろ、どのような形態で担保目的財産の管理＝「コントロール」が担保権者によってなされているか、が重要である¹⁵⁸⁾ことが看取される。担保目的財産の「流動性」は、債務者がより自由な態様において当該財産の処分を許されるか、換言すれば、担保権者によるコントロールの態様の判断の要素として考慮されるにとどまるのである。

4 しかし、*Re Spectrum* 事件判決に関連して、*Walton* は、機械設備等、在庫商品に比べ流動性の低い財産が担保の目的となっている場合であっても、*Smith Ltd. v. Bridgend County Borough Council* 事件判決において、*Hoffman* 卿は、機械設備が全く交換・更新されることなく使用されることは想定され得ず、そのような取り替え等の権限を債務者が有するとき、その担保は個別担保ではなく、浮動担保であるとされ得ると主張することを指摘する^{158-a)}。

また、*Rajani* は以下のようにいう。すなわち、原材料や仕掛品、在庫商品（いわゆる「流動資産」、*circulating assets*）等は、最終製品の売買によって利潤を生み絶えず流動する必要があるため、浮動担保の目的物として観念されやすい。対照的に、現在および将来取得されうる不動産権（*freehold and leasehold property*）、工場プラントおよび設備、付従物（*fixtures*）・付属物（*fittings*）等は、通常は使用される必要があるだけで、売却や交換はなされないから、伝統的に個別担保の目的とされてきた。

売掛債権はこれらの潮流の中間に位置する。一方で、売掛債権は売却される必要はなく、単に取立てを要するに過ぎない。他方で、それらの取立

受領金は、新たな原材料、物品やサービスの購入によって新陳代謝をし、結果として新たな売掛債権を生む。これら新たな売掛債権は、利潤を含む点で、原材料や在庫商品などより高い価値を含む。債務者が、そのプロセスたる取立受領金を新陳代謝のために使用することができるのであれば、それらは伝統的に浮動担保の目的とされてきたのである、と¹⁵⁹⁾。

さらに、Goode は、売掛債権と在庫商品等を比較して、以下のように述べる。一般的にいて、債務者たる会社に、その通常の営業過程で売掛債権を処分したり取り立てたりする自由を与える商業上の必要性はない。また、債務者は、売掛債権を売却したり、担保権を設定する必要はなく、通常は単に取り立てることのみで足り、最も通常これらについて行うことは取り立てて銀行預金勘定に預け入れることである。他方で、在庫商品は、債務者の営業のために使用されるのではなく、瑕疵のない権原（title）を購入者に移転するという態様で処分する以外に、これらを事業に利用する術を持たない。すなわち、売掛債権の処分に制限を加えることにより、これらを目的とする担保権を個別担保として設定を受けることは可能であるが、在庫商品について同様の処分の制限をかけて個別担保を取得することは現実的ではないのである¹⁶⁰⁾。換言すれば、「通常の営業の範囲内の処分」が債務者に認められることが浮動担保の徴表であり、その徴表に最も適合する担保目的財産が、在庫商品等の「棚卸資産」(inventory)なのである、と。

5 以上をまとめると、次のようになろう。まず、「通常の営業の範囲内の処分」が認められる必要性は、まず在庫商品等の棚卸資産が最も高く、これらに適合する担保権は浮動担保である。「通常の営業の範囲内の処分」が認められることは、ある意味では、担保目的財産の性質上当然のことであり、また、担保権者からは、その処分について予め「包括的な同意」(blanket consent) が与えられているといえることができる¹⁶¹⁾。次に、「通常の営業の範囲内の処分」の必要性が高いのは、売掛債権である。ただし、在庫商品のように、その売却・他の債権者のための担保権設定は、必ずし

も在庫商品ほど債務者の「営業」(事業)に結びつけられているわけではない。また、債権の売却等の処分については、浮動担保等の担保権者の個別の同意を得ることによっても可能となり、また、予め「包括的な同意」を与えて、担保目的財産の性質以上に処分可能性を広げることも許容される。最後に、個別の機械設備等において、「通常の営業の範囲内の処分」は、債務者の営業活動に直接関連づけられているわけではなく、債務者がそれらを使用してその営業活動のために利用するに際して必要とされるに過ぎない。したがって、これらにおける「処分」が、「通所の営業の範囲内」で認められると合意されていても、在庫商品の場合のように担保目的財産の属性自体から必要とされるわけではなく、個別の同意¹⁶²⁾によっても処分を有効とすることができる。よって、これらを目的とする担保権は、個別担保によることも可能なのである。

三 「黙示の契約条項」(implied terms)としての 「通常の営業の範囲内の処分」

1 浮動担保と個別担保の区別は、結局のところ、債務者(担保設定者)が「通常の営業の範囲内」で担保目的財産の処分を認められるか、という点に収斂する。Brumark 事件判決における Millett 卿の説示が示すように、両者を区別する最も重要な基準は、担保設定者が「通常の営業の範囲内」で担保目的財産を処分する自由(liberty、「許可」(license)・「同意」(consent)等でも同じ意味)¹⁶³⁾を有することにあるのであり、そのように担保設定契約が解される限り、当該担保権は、担保設定契約における呼称(「個別担保」とは無関係に浮動担保と判断される。Re Spectrum 事件判決において、Brumark 事件判決における Millett 卿の説示を採用した Scott 卿の言葉を再び引用すれば、「すなわち、担保権の性質を判断するのは、当事者の意思に左右されない。客観的に確定された契約当事者の意思は、契約の解釈に関連づけられている。しかし、いったん契約解釈のプロセスによって、当該(担保設定)契約による生じる権利が確定されれば、

それによって担保権がどのような権利を構成するかは、法律問題である」、
というわけである¹⁶⁴⁾。

2 その一方で、浮動担保については、契約当事者の意思をできる限り
尊重し、「契約自由の原則」をできる限りこれら担保設定契約の分野にお
いても貫徹しようとする潮流が存在すると考えられる。本稿で取り上げた
中では、Re New Bullas Ltd. 事件判決における契約当事者の意思の尊重が
その代表例であるといいい得る¹⁶⁵⁾。

けれども、Brumark 事件判決および Re Spectrum 事件判決においては、
「担保設定契約」における「契約自由の原則」は、設定者に「通常の営業
の範囲内の処分」が認められ、その担保権が浮動担保であると判断される
局面において後退を余儀なくされた。すなわち、「設定契約当事者がお互
いにその担保目的財産に関して与えようと意図した権利義務の性質を確定
すること」が担保設定契約の解釈の第一段階であるが、「適切に担保設定
契約書の文言から収集された当事者意思が、債務者（設定者）に、個別担
保の性質と矛盾するような権利を与えるとすれば、その担保権は、設定契
約書でそのように記述されていたとしても、個別担保ではあり得ず」、こ
の「第二段階のプロセス、すなわち『担保の類型化』（categorization）は、
法律問題（matter of law）であって、当事者の意思には左右されな
い。」¹⁶⁶⁾のである。換言すれば、まず事物の性質上「通常の営業の範囲内
の処分」が設定者に認められるかどうかの判断が先行し、設定者に「通常
の営業の範囲内の処分」が認められることが認定されれば、それは浮動担
保の徴表であって、当事者の意思とは無関係に当該担保権を浮動担保と判
断する結論が導かれるのである。単に「契約自由の原則」が強調されるの
であれば、このような客観的な法性決定はなされ得ないと評価できる。

3 ところで、浮動担保設定契約に関して「契約自由の原則」を重視す
る潮流は、いかなる事由によって結晶化を生じて個別担保に転化し、浮動
担保設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められなくなるか、すな
わち、浮動担保が担保権実行通知により結晶化が生じると定める条項、お

よび、「自動結晶化条項」(automatic crystallization clause)の有効性をめぐる議論にも妥当する¹⁶⁷⁾。この議論に関する重要な判断を示す Hamilton v. Hunter 事件判決¹⁶⁸⁾において、Holland 判事は、以下のようにいう。

「認められ得る共通の意思の下で、担保設定者には、その権限が消滅する事項が発生するまで、設定者が適当と考えるように、自己の資産を処分する『黙示の権限』(implied right)があるといえることができる。あるいは、担保権者から担保設定者に対して、担保目的財産を処分する『黙示の許可』(implied licence)が与えられているが、当事者の共通の意思によって制限を受ける。……しかしながら、担保目的財産の処分は、契約上の権利もしくは許可であるかを問わず、担保設定者の『通常の営業の範囲内』で、と表現され、かつその範囲に限定されているのが通常である¹⁶⁹⁾。」

さらに、同事件において、Holland 判事は、浮動担保が担保権実行＝結晶化以前の段階で、担保目的財産に何らかの権利を有するか、という問題に関連して、以下のように述べる。

「正しい見解は、浮動担保の設定時から、担保権者は、直接かつ継続的な担保権を担保設定者の財産に有するが、その担保権は、担保設定者をして、担保権を切断して担保目的財産を処分ないし取引する権限に服するものである。そして、担保権が切断(解放)されるのは、担保設定者である会社が、合意または予定された事項の発生まで、その営業または事業を継続するという担保設定当事者の共通の意思から黙示的に導かれる範囲において、である¹⁷⁰⁾。」

一見すると、これらの説示は、担保設定当事者の具体的な意思に言及しているように見える。しかし、Sara Worthington や Gough 等によれば、これらは、処分の「黙示の許可」(implied licence)もしくは一種の「黙示の契約条項」(implied terms)であるという¹⁷¹⁾。

3 「黙示の契約条項」(implied terms)とは、制定法主義を採らず判例法主義を採る英米法において、契約上の義務を確定するために必要不可欠で、かつ一般的に用いられる重要な概念であって、裁判所は、契約当事者間の現実の契約を斟酌するのではなく、この概念を、契約に内包されているであろう仮定的な契約条項を導くための道具として用いている¹⁷²⁾。

「黙示の契約条項」には、まず、契約当事者の推定される（presumed、仮定的な）意思に基づくものとして、第一に、「取引慣行により契約に取り込まれる黙示の契約条項」(terms implied from custom and usage)があり、第二に、特定の取引の事情から自明であるか当然に必要とされるものがあり、この類型を「事実において黙示的に前提とされる条項」(terms implied in fact)と呼ぶ。これら二つのタイプの「黙示の契約条項」は、どちらも契約当事者の推定される意思に依拠するため、その内包される内容は、当事者の具体的かつ明示の契約条項によって破られ、またそれと矛盾を生じることがある¹⁷³⁾。

けれども、「黙示の契約条項」には、以上の二つとは異なり、契約当事者の仮定的な意思の推定に依拠せず、一定の種別の契約関係について必然的に内包される契約条項の類型が存在する。これを、「法律において黙示的に前提とされる契約条項」(terms implied in law)という¹⁷⁴⁾。例えば、London Drugs Ltd. v. Kunche & Nagel International Ltd. 事件判決¹⁷⁵⁾において、カナダ連邦最高裁判所の McLachlin 判事は、「裁判所は、適当な場合に、政策問題として（as a matter of policy）、たとえ契約当事者が実際にはその効果を意図していなかったとしても、特定の契約類型において当然に前提とされるべき条項を挿入する」と述べる。

この第三類型は、契約当事者の現実の、しかし、契約には書かれていない意思には明白に反するが、裁判所の目から見て、当事者間の契約を、公平かつ合理的な（fair and reasonable）ものとして効力を生じることが保証するために、当該契約において当然に含まれている（implied）ものと解するものである。本来、「法律において黙示的に前提とされる契約条項」

と異なる条項を当事者が合意すれば、当事者の現実の契約条項がこれに優越するはずであるが、実際には、裁判所は、その具体的条項が「黙示の条項」に矛盾するとして、その効果を排除することが少なくないという¹⁷⁶⁾。

4 Re Margart Pty. Ltd. 事件判決は、当該担保権が浮動担保であると認定するに際して、「通常の営業の範囲」を、「担保設定者である会社が、合意または予定された事項の発生まで、その営業または事業を継続するという担保設定当事者の共通の意思から黙示的に導かれる範囲」としている^{176-a)}。すなわち、ある担保権が浮動担保であることの徴表である、担保設定者の「通常の営業の範囲内の処分」が認められることは、implied terms の三種の類型のうち、契約当事者の推定される（presumed、仮定的な）意思に基づくもののうちの二者のどちらかに分類可能であるようにみえる。

しかし、Brumark 事件判決における Millett 卿の、ある担保権が浮動担保か個別担保かを判定するための二段階性質決定の説示からは、必ずしも上記の分類は妥当しないようにもみえる。仮に、「当事者の意思の推定」に依拠する「黙示の契約条項」であれば、当事者が「個別担保」と契約上用いた表現を、裁判所はもっと尊重しても不思議ではない。けれども、既に見たように、Brumark 事件判決および Re Spectrum 事件判決は、担保設定契約の「個別担保」との表現に全く左右されず、設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められていることが認定できれば、その担保権は浮動担保であると判断している。よって、Millett 卿の説示からは、浮動担保であることを基礎づける「通常の営業の範囲内の処分」の認定は、必ずしも「契約当事者の意思の推定による黙示の契約条項」(implied terms)ではなく、むしろ、契約当事者の仮定的な意思の推定に依拠せず、一定の種別の契約関係について必然的に内包される「法律において黙示的に前提とされる契約条項」(terms implied in law)に属するものといえよう¹⁷⁷⁾。

145) Re Cimex Tissues Ltd., [1995] 1 B. C. L. C. 409, [1994] B. C. C. 626.

146) *Id.* [1995] 1 B. C. L. C. 409, at 420-421.

- 147) *Id.* at 425.
- 148) *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A. C. 355 (H. L.).
- 149) *Re G E Tunbridge Ltd.*, [1995] 1 B. C. L. C. 34, [1994] B. C. C. 563 (Ch. D.).
- 150) *See, Id.* [1995] 1 B. C. L. C. at 38 i-39 a (「多くの動産が時々刻々変更ないしは移動させられていた」との説示).
- 151) *Re ASRS Establishment Ltd.*, [2000] 1 B. C. L. C. 727, 737 a-c.
- 152) *McKnight*, *supra* note 52 at 162.
- 153) *Smith (Administrator of Cosslett (Contractors) Ltd. v. Bridgend County Borough Council*, [2002] 1 A. C. 336, 352 para. [41].
- 154) *Re Armagh Shoes Ltd.*, [1984] B. C. L. C. 405, 408 E-F (Hutton 判事), [1982] N. I. 59 (Ch. D.); *Atherton & Mokal*, *supra* note 77 at 11.
- 155) *Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd.* [2004] E. W. H. C. 1517, at para. [183], [2005] 1 B. C. L. C. 623 at 650 para. [183].
- 156) *Atherton & Mokal*, *supra* note 77 at 11.
- 157) *Id.* at 13.
- 158) *Walton*, *supra* note 140 at 119; *Re Cosslett (Contractors) Ltd.* [1998] Ch. 495 (Millett 判事の説示).
- 158-a) *Walton*, *supra* note 140 at 119.
- 159) *Rajani*, *supra* note 79 at 125.
- 160) GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-17 at 127-128.
- 161) *Id.* at 128.
- 162) ここでいう「個別の同意」とは、単に設備の交換の度に処分に同意することだけではなく、一回の交換について、個別の物品についてそれぞれ別個に同意を与える、ということも包含する。GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-12 at 121.
- 163) *See*, GOUGH, COMPANY CHARGES, at 180-187.
- 164) *Smith (as Administrator of Cosslett (Contractors) Lt. v. Bridgend County Borough Council*, [2001] U. K. H. L. 58, para. 53, [2002] 1 A. C. 336, at 355. Capper によれば、いったん契約上浮動担保の特徴が含まれていることが明らかになれば、契約当事者が「個別担保」と契約上呼称しようと、それは性質決定に無関係であるという。Capper, *supra* note 45 at 251.
- 165) *McCormack*, *supra* note 50 at 12 to 13.
- 166) *Agnew v. Commissioner on Inland Revenue*, [2001] 2 B. C. L. C. 188 at 200 para. [32]; *See also*, *Orion Finance v. Crown Financial Management Ltd.*, [1996] 2 B. C. L. C. 78 (C. A.), at 84 a-e (Lord Millett).
- 167) 道垣内・前出注(27)539頁以下。
- 168) *Hamilton v. Hunter* (1982), 7 A. C. L. R. 295 (S. C. N. S. W. Equity Div.).
- 169) *Id.* at 304.
- 170) *Id.* at 306 (S. C. N. S. W. Equity Div.); *Re Margart Pty. Ltd.* (1984), 9 A. C. L. R. 269, 271-272, [1985] B. C. L. C. 314 (S. C. N. S. W. Eq. Div.); *Tricontinental Corp. v. Federal*

- Commissioner of Taxation (1987), 73 A. L. R. 433, 444 (S. C. Qld).
- 171) GOUGH, COMPANY CHARGES at 210; Sarah Worthington, PROPRIETARY TRANSACTIONS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS (Clarendon Press, Oxford 1996), at 85 n. 84, 180-187; Robert L. Dean, "Crystallisation of a Floating Charge" (1983-84), 1 & 2 Co. Securities L. J. 185, 196.
- 172) John D. McCamus, THE LAW OF CONTRACTS (Irwin LAW, Canada 2005), 729.
- 173) *Id.* at 730.
- 174) *Id.* at 730, 743.
- 175) London Drugs Ltd. v. Kunche & Nagel International Ltd., [1992] 3. S. C. R. 299 at 457.
- 176) *Id.* at 730-731, 743.
- 176-a) Re Margart Pty. Ltd (1984), 9 A. C. L. R. 269 at 271-272.
- 177) ただし、この implied terms は、「事実において黙示的に前提とされる条項」(terms implied in fact)と同様、異なる意思が明白かつ具体的に定められている場合を除いて、最低限度の基準 (default rule) として機能し、別段の合意によって排除することが可能であることに注意を要する。McCamus, *Id.* at 747.

ある処分が「通常の営業の範囲内」で あるかどうかの判断基準

一 結晶化前の浮動担保の法的性質をめぐる議論と 浮動担保・個別担保の区別

1 ところで、浮動担保が結晶化(担保権実行)前に個別の担保目的財産に何らかの権利を有するかについては、以下のような考え方が提唱されている¹⁷⁸⁾。

まず、「許可」理論 ('licence' theory) は、既に浮動担保が設定されているにもかかわらず、その財産を売却したり、担保化したりする権限が会社にあることを、貸主が当該会社にそうする許可を与えている、と主張することによって説明する。しかし、この説では、担保権者は、個別担保の下で担保権者が取得するのと異なる類型の新種のある種の物的権利 (proprietary rights) を取得すると解するが、具体的にどのような権利が担保権者によって保持されるかについて、何ら説明を加えていないと批判される¹⁷⁹⁾。

次に、「将来財産の担保」理論（‘mortgage of future assets’ theory）は、その財産を処分する会社の権限を、当該担保は結晶化の段階まで当該財産のいかなる物とも結びついておらず、その間は、その財産を当該担保から自由に処分することについて会社には何の障害もない、ということによって説明する¹⁸⁰⁾。すなわち、この説は、将来の一定の時点で浮動担保が結晶化するまで、担保権者は個々の担保目的財産に何らの物的権利（proprietary interests）を有しない、と解するのである¹⁸¹⁾。

2 これまで、日本では、イングランド浮動担保については以上の二つが代表的な理論であると紹介されてきた¹⁸²⁾。しかし、近時、Sarah Worthington は、これらに代えて、「権利消滅条件付担保理論」（‘defeasable charge’ theory）と呼ばれる第三の理論を提唱している。この説は、浮動担保権者は、たとえ結晶化前であっても個別担保の保有者と全く変わらない物的権利（proprietary interests）を保有するが、担保設定者が担保目的財産を「許された」（permitted）取引の範囲内で処分することを条件として、消滅する、と解するものである¹⁸³⁾。

3 重要であるのは、以上の三つの説のどれをとっても、浮動担保と個別担保の区別は動かすことのできない前提となっている点である。換言すれば、裁判所がどの説を採用しようとも、浮動担保が、担保設定者に「通常の営業の範囲内」で当然に処分を認めるものであり、他方、個別担保は初めから個々の担保目的財産に明白に結びつけられ、その処分には担保権者からの個別の同意を要するのである。とりわけ、「許可理論」と「権利消滅条件付担保理論」では、設定者の「通常の営業の範囲内の処分」こそが、浮動担保の特質として取り上げられることになる。他方、「将来財産の担保理論」に関しては、担保設定者に完全な物的権利が帰属し、浮動担保権者には何らの物的権利が生じないと解するのであるから、設定者が担保目的財産を処分する権限を有するのは当然である。また、この法理に従うとされる裁判例では、通常の営業の範囲を超える処分がなされても、浮動担保権者はそれを差し止めることができないと解されている¹⁸⁴⁾。

けれども、「将来財産の担保理論」を採用する一部の裁判例に対抗するために、浮動担保権者は、自動結晶化条項や処分制限条項を担保設定契約書に挿入し、記載の事項が発生すれば担保設定者の「処分の自由」が撤回され、もって浮動担保が個々の財産の上に成立するという効果を楽しむことを試みた¹⁸⁵⁾。裏返せば、担保設定者の「通常の営業の範囲内の処分」に対して、いかにして、かつ、いかなる制限を加え、浮動担保の結晶化を生じさせることによって設定者の処分権限を消滅させる(結果として浮動担保は個別担保に転化する)かが問題とされる点では、「将来財産の担保理論」も、他の説と何ら異なるところはないといえる。

ある論者の言葉を借りれば、「浮動担保は、債務者会社が営業を継続する限り、浮動するであろうという『黙示の先行条件』(implied condition precedent)に服しており、これは、結晶化の最大の障害なのである¹⁸⁶⁾」という。「先行条件」(condition precedent)とは、「契約の中に組み込まれた一つないしそれ以上の約束(promise)が強制可能(enforceable)となる以前に存在しなければならない一定の状況(state of affairs)」をいう¹⁸⁷⁾。契約上の義務の履行を一定の条件の成就にかからしめる場合(日本民法127条の停止条件に相当)だけでなく、契約の成立そのものの前提となる状況をも含む概念である¹⁸⁸⁾。

浮動担保設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められることが、浮動担保における「黙示の先行条件」であるというのは、この態様で処分が認められない限りその担保権は浮動担保としての属性を欠くことを意味する。換言すれば、設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められることは、浮動担保という担保手段の本質を表現しているのであり、浮動担保が浮動担保であるための当然の前提、つまり implied terms であって、あえて「浮動担保」という表題でその担保設定契約を表現せずとも、当然に持つべき前提部分であることを示すのである。したがって、何よりもまず「通常の営業の範囲内の処分」という概念の果たす機能をより明確にすることが必要であるといえよう。

二 「通常の営業の範囲内の処分」の判断基準

1 そこで、ある処分が設定者の「通常の営業の範囲」にあるかどうかの判断基準、および「通常の営業の範囲内の処分」と「通常の営業の範囲を超える処分」の具体例の提示、「通常の営業の範囲」を制限ないし拡張する特約の有効性、「通常の営業の範囲」を超えて処分がなされた場合の法的効果（直ちに個々の財産に権利を主張しうるか、あるいは、単にその処分だけで結晶化が生じるか等）、設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が、いったん結晶化によって認められなくなった後、浮動担保権者が再度この種の処分を設定者に認めることが可能か（「再浮動化」（refloatation）の効果）等を、検討する必要がある。

2 まず、浮動担保の設定された担保目的財産の処分が、「通常の営業の範囲内」でなされたかどうかについて、近時、包括的な判断を示した *Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd.* 事件判決¹⁸⁹⁾を紹介しておこう。既に引用した部分であるが、同判決で、Etherton 判事は、まず浮動担保と個別担保の区別の基準について、以下のように述べる¹⁹⁰⁾。

「(Brumark 事件判決における) Millett 卿の二段階のプロセスの説示によれば、契約書面の標準的な契約解釈により、第一段階で確定しなければならないのは、用いられた文言に基づき、通常の営業の範囲内で財産を処分する明示の権限が、債務者会社の特定の財産に限定されているか、その全ての資産に及ぶか、である。もちろん、問題となっている財産の性質が、その事実上の背景を構成し、その背景が書面の契約解釈の原則と相反するということは起こりうるけれども、契約書で用いられている文言の通常かつ当然の意味が、まず第一の基準である。対照的に、通常の営業の範囲内で処分を許可する明示の条項がない場合には、設定契約当事者の意思がその財産に個別担保を設定するか浮動担保を創設するかどうかを証明するプロセスにおいて、担保目的財産の性質 (fluctuating

assets か, working capital を構成するか等) がより重要な役割を果たす。」

ここでは、通常の営業の範囲の処分を認める明示の条項がある場合と、ない場合とでの担保設定契約の解釈の手法が異なることが示されている。明示の条項がない場合は、既に述べたように、担保目的財産の性質が、契約当事者の仮定的な意思の推定に依拠せず、一定の種別の契約関係について必然的に内包される「法律において黙示的に前提とされる契約条項」(terms implied in law)として、浮動担保設定者に「通常の営業の範囲内の処分」を認めることを可能にする。Gough によれば、浮動担保設定契約における「黙示の契約条項」(implied terms)とは、担保設定者による営業活動が終了すれば、浮動担保が結晶化すること、換言すれば、設定者が営業活動を継続する限り、設定者には「通常の営業の範囲内」で処分が認められることであるという¹⁹¹⁾。具体的には、担保目的財産が在庫商品である場合、設定者に個々の商品の処分を認めなければ、担保権者は被担保債権の弁済を受けることができず、その売却益こそが弁済の原資を生み出すのであるから、「通常の営業の範囲内の処分」を認めることが、一面で担保設定契約当事者の意思に合致し、また浮動担保を設定する契約関係の当然の前提(implied terms)である、というわけである。

次に、明示の条項が存在する場合には、まず契約書で用いられている文言が「通常の営業の範囲」を画する基準となる。もっとも、Gough によれば、浮動担保設定者に「通常の営業の範囲」で担保目的財産の処分を認める条項は、その処分の範囲において、黙示的に処分を認める場合と変わるところがないことを原則とするという¹⁹²⁾。

最もよく見られる型の明示の条項は、定款で定められた債務者会社の権限の範囲内で、いかなる営業目的でも担保目的財産を処分することができる、と規定するものである。この場合の債務者の取引権限は、黙示の許可の下で当然に認められる処分権限と一致する¹⁹³⁾。次に、担保設定契約に

において「債務者は通常の営業の範囲内で担保目的財産を処分できる」と定める場合も、「黙示の許可」によって認められる処分権限と異なるところがない。ただし、明示の条項をもって、「黙示の許可」の下で認められるよりも狭い範囲に「通常の営業の範囲」を限定することも可能である。このとき、担保設定契約上の文言を適切に解釈すれば、「黙示の許可」よりも、より制限された意味にその「許可」が解されることを要する。結果として、このような明示の条項は、実質的に処分制限条項（restrictive clause）としての機能を果たすことになるのである¹⁹⁴⁾。

3 Gough によれば、「黙示の許可」ないしは、「通常の営業の範囲内」において、あるいは、黙示の許可よりも範囲の広い「明示の許可」（express licence）によって浮動担保設定者に有効に認められる処分は、以下のものが包含されるという¹⁹⁵⁾。

担保権の満足を得させる以外の目的で、債務者の営業から生じた取引から受領する金銭等を浮動担保の被担保債務に充当すること。

浮動担保によって担保された被担保債務およびその借入金を費消すること。

債務の弁済。その弁済が、たとえ強制執行手続または他の債務の免責の威迫（threat）または圧力の下になされた場合であっても、その弁済は有効とされる。

取引の相手方との間で、相殺権を発生させる相互の合意（mutual agreements）をなすこと。

担保目的財産の売却その他の処分。

担保目的財産の交換（exchange）。

担保目的財産の賃貸借、もしくは買取購入選択権付賃貸借（hire-purchase）を行うこと。

セール・アンド・リースバック取引（借戻し売買）¹⁹⁶⁾。

浮動担保の担保目的財産に対する、個別担保やその他の他の担保権、質権および契約上発生するリーエン（contractual lien）の設定ないし

発生。

- ⑩ 担保目的財産に関する契約上発生するリーエン (contractual lien) を創設する取引。
- ⑪ 浮動担保設定者によって授權された、従来の事業と同一もしくは異なる事業を継続・遂行するために、担保設定者が、事業(営業)の全部もしくは重要な部分を売却すること。

4 しかしながら、明示または黙示の条項によっても、ある特定の処分が「通常の営業の範囲内」でなされたかどうかは、一義的に定まるものではない。ただ、その判断基準は、先に言及した *Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd.* 事件判決における、*Etherton* 判事の、以下の説示に集約されている¹⁹⁷⁾。

「(1) 特定の取引が、浮動担保の文脈において債務者会社の「通常の営業の範囲内」であるかどうかは、事実と法律の混合問題である。(2) 判断のプロセスを二段階に分けるのが適当であろう。すなわち、(3) 第一に、事実問題として、債務者会社およびその定款 (memorandum of association) とその会社の事業の内容を知っている客観的な観察者が、当該取引をその営業の範囲内で行われたと判断し、かつ、(4) 第二に、にもかかわらず、標準的な契約解釈の方法を用いて、浮動担保を発生させる書面を適切に解釈するに際して、担保設定契約当事者が、当該取引が、担保権設定の目的に照らして債務者会社の通常の営業の範囲内にあるとみなすべき意図を有しないと判断されるかどうか、を検討することである。(5) 担保設定契約書を適切に解釈することにより導かれた、いかなる特別の事情の下で、他に類を見ないか、あるいは例外的な取引が、債務者会社の通常の営業の範囲内にあると判断し得ないことはあり得ない。(6) いかなる特別の考慮の下で、清算時に、当該取引が詐害的その他一人の債権者のための偏頗行為 (preference) として否認されるという事実は、それ自体、当該取引が「通常の営業の範囲内」でなされたこ

との認定を排除するものではない。(7) また、当該取引が、債務者会社の一人もしくは複数の取締役がその信託義務 (fiduciary duty) に違反してなされたという事実も、同様である。(8) ただし、(6)ないし(7)で述べた事柄は、適切にかつ一切の事情を考慮すれば、当該取引が「通常の営業の範囲内」ではなされなかったという結論を導くファクターの中にあるかもしれない。(9) 債務者会社の営業（事業）を終了させることを意図する、もしくは終了させる効果を持つ取引は、債務者会社の通常の営業の範囲内にあるとはいえない。」

上記の(3)は、例えば、会社の定款 (memorandum of association) で定められた債務者会社の目的が、原則として当該処分が「通常の営業の範囲内」でなされたかどうかを確定するために探求されることを意味する。当該取引自体か、またはそれ以外の理由で、債務者会社が going concern (継続企業) としての営業の継続を終了する場合を除いて、定款で定められた目的を越えないで誠実に (bona fide) なされた取引は、債務者会社の通常の営業の範囲内でなされたものとして扱われ得る。すなわち、その取引が債務者会社の権限の範囲内でなされ、かつ、取締役の代表権限の範囲内でなされたという意味において、債務者の「通常の営業の範囲内」でなされた場合には、債務者の取引の許可 (licence) の範囲内にある、とされるのである。なお、その取引が債務者の「通常の営業の範囲内」でなされなかったことは、浮動担保権者の側で、当該取引が債務者会社の定款で定められた権限を越えてなされたことを主張・立証することを要する¹⁹⁸⁾。また、担保設定契約当事者が、当該取引が、担保権設定の目的に照らして債務者会社の通常の営業の範囲内にあるとみなすべき意図を有しないと判断されるか、等も重要である。

次に、第三者への処分が詐害行為 (fraudulent conveyance) にあたる場合、この種の取引は、伝統的に設定者に当然に認められる「黙示の許可」 (implied licence) の範囲を超えてなされ、「通常の営業の範囲内」でなさ

れたことにならないと解されてきた¹⁹⁹⁾。例えば、Williams v. Quebrada Railway Land and Copper Co. 事件判決²⁰⁰⁾では、浮動担保設定者が支払不能に陥り、営業の停止の差し迫った時期に、他の債権者のために個別担保を設定した。この個別担保の設定は、浮動担保設定者の営業の継続を可能にする目的でなされたのではなく、浮動担保に優先することを意図して設定されたものであった。裁判所は、この取引を「商業上最も嫌悪すべき類の不誠実な行為」であるとし、詐害行為に当たるとした。

Gough によれば、詐害的な取引は、浮動担保設定当事者間でのみ意味を持ち、設定者の「黙示の許可」には反するが、その行為が設定者の going concern としての営業の継続を終了させる場合を除いて、結晶化を生じることはないという。さらに、第三者は、詐害行為自体とその行為が「黙示の許可」に反することを知っている場合のみ、浮動担保権者に劣後することになる²⁰¹⁾。しかし、Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd. 事件判決における、Etherton 判事の説示の(6)は、「いかなる特別の考慮の下で、清算時に、当該取引が詐害的その他一人の債権者のための偏頗行為 (preference) として否認されるという事実は、それ自体、当該取引が「通常の営業の範囲内」でなされたことの認定を排除するものではない」として、特別な事情が認められれば、原則として詐害行為と判断される取引であっても、設定者の「通常の営業の範囲内」でなされたとの判断が可能であることを示唆することに注意を要する²⁰²⁾。

5 次に、Gough の整理によれば、以上の、定款で定められた会社の権限を越える取引、および詐害的取引以外に、一般的に「通常の営業の範囲」を超える取引（「黙示の許可」の範囲外）とされるものとして、債務者会社の営業を終了させる、もしくは、going concern としての存在を消滅させることを意図しておこなう、担保設定者による事業の全部もしくは実質的にすべての譲渡が挙げられている²⁰³⁾。この整理は、Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd. 事件判決における、Etherton 判事の説示の(9)（「債務者会社の営業（事業）を終了させることを意図する、もしくは終了

させる効果を持つ取引は、債務者会社の通常の営業の範囲内にあるとはいえない。」)に一致する。

同判決において、Etherton 判事が先例として引用する判決として、Reynolds Bros. (Motors) Pty. Ltd. & Ors. v. Esanda Ltd. 事件判決²⁰⁴⁾がある。債務者 Reynolds Bros. (Motors) Pty Ltd. は、農業用機械の販売を業とするディーラーであった。同社は運転資金に行き詰まり、自動車の預託取引 (motor vehicle bailment plan) を融資者と締結した。債務者は、この取り決めにもかかわらず、自動車の占有を継続し、自動車を顧客にセール・アンド・リースバック取引で引き渡すこととされ、その賃料（実質は売買代金相当額）をもって融資者からの債務の弁済に充当する、とされた。この取引に対して、既にこれらの在庫商品を目的として浮動担保を取得していた銀行が異議を述べた。Mahoney 判事は、この取引が債務者の営業の継続を可能ならしめるためになされたと認定し、もって「通常の営業の範囲内の処分である」と判断した²⁰⁵⁾。すなわち、「債務者会社の営業（事業）を終了させることを意図」しない、もしくは終了させ「ない」効果を持つ取引は、債務者会社の通常の営業の範囲内にある、と判断されるのである²⁰⁶⁾。

6 他方、Fire Nymph Products Ltd. v. Heating Centre Ltd. 事件判決²⁰⁷⁾は、「通常の営業の範囲内の処分」を、「going concern としての営業を継続する意図を持って行う取引」(‘dealing with a view to carrying on business as a going concern’) に等しいと述べる。売主から債務者（浮動担保設定者）に供給された一切の物品（暖房機器）が、再度売主に譲渡されるが、それらの占有は依然として債務者が売主の受寄者 (bailee) として保持する。そして、その売却代金は、売主のために信託目的で債務者が保持する、という合意がなされた。そのような、「在庫商品一切」を売主に譲渡することは、結果として債務者の会社の営業を終了させるから、「通常の営業の範囲」外であるとされたのである²⁰⁸⁾。

7 Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd. 事件判決における、

Etherton 判事の説示の(5) (「担保設定契約書を適切に解釈することにより導かれた、いかなる特別の事情の下で、他に類を見ないか、あるいは例外的な取引が、債務者会社の通常の営業の範囲内にあると判断し得ないことはあり得ない。」) は、その(6)および(7)に例示される「特別の事情」があれば、例外的な取引であっても、浮動担保設定者の「通常の営業の範囲内」とされることがあることを示唆する。既に述べたように、債務者会社の資産全部ないし主要な資産の譲渡が、その営業を終了させる場合には、「通常の営業の範囲」を超えるとされる一方、当該譲渡が営業の継続を目的としてなされる場合は、その「目的」が「例外的事情」として斟酌され、もって「通常の営業の範囲内」と解されるのである。

Gough は、このような場合でも、その目的が黙示的に包含され得ると解するが、以下のような場合が「通常の営業の範囲内の処分」とされる「例外的」・「異例の」(extraordinary) 取引に含まれるとする²⁰⁹⁾。すなわち、支払能力ある (solvent) 会社の会社更生ないし再建を目的とする場合、取締役に対する特別の報酬の支払い、倒産に瀕した債務者会社が、債権者の強制執行手続を妨げるためになす、担保目的財産の処分ないし当該債権者に対する弁済、偏頗行為 (preference) を理由として、清算人 (liquidator) が当該処分に異議を唱えてその処分が無効となった場合の、再度の弁済²¹⁰⁾、倒産に瀕した債務者会社が、債務を減少させるために担保目的財産を処分する場合、である。

8 以上の、「何が通常の営業の範囲内の処分か」という命題に対する解答を、以下の Goode の言葉を引用することで、全体としてまとめておこう²¹¹⁾。

「浮動担保の本質は、債務者会社がその通常の営業の範囲内でその資産を処分する黙示的な権限を有することにある。このために、『通常の営業の範囲』とは、広く解釈され、売却による処分、購入選択権付売買 (hire-purchase)、個別の譲渡抵当または担保権、および、会社の定款の

範囲内（*intra vires*）で、かつ、その営業の停止や既存ではなくむしろ促進することを目的とした、その他のいかなる誠実な取引（*bona fide disposition*）がこれに含まれる。例えば、会社の暖簾（*goodwill*）や会社の資産、事業全体（*undertaking*）の売却でさえ、会社の事業の促進において意図される場合には、通常の営業の範囲内と判断される（例えば、合併による処分、もしくは、その処分により損失が発生するが、事業の残余部分をより利益の上がるようにするためになされる場合、通常の営業の範囲内とされる）。

三 「通常の営業の範囲」を越える処分と結晶化の発生

1 他方で、Gough は、黙示的に認められる取引の許可の範囲を超える取引、つまり、「通常の営業の範囲外の処分」は、次のように整理することができるとする²¹²⁾。

「取引上の黙示の処分の許可を超える取引は、以下のものを含む。

- (a) going concern としての営業を終結させる意図をもって事業の実質的な部分を処分すること。
 - (b) 定款で定められた範囲を超える（*ultra vires*）取引。
 - (c) 詐害的取引。
- (1) 上記(1)(a)の態様の処分は、「黙示の結晶化事由」として、当然に浮動担保を結晶化させる。
- (2) 営業活動が非常に活発であって黙示の結晶化事由が生じ得ないとき、権限外の取引もしくは詐害的取引、または処分制限条項違反の際に浮動担保権者が取り得る法的手続は、通常の契約違反を理由とする救済（*remedy*、例として差止め命令）、および、担保権の危殆化を理由として、裁判所による収益管理人の任命を求めることができる。これらの救済が浮動担保権者によって獲得された時点で、浮動担保の結晶化が生じる。

- (3) 以上の事柄とは別個に、当該取引が以下の事項にあたることを理由として、「黙示の取引の許可」に関する「黙示の制限」(implicit restrictions)を受けないことはない。すなわち、
- (a) 許可の目的の範囲を越えてなされた場合、
 - (b) 浮動担保権者に優先することを目的としてなされた場合、
 - (c) その性質上異常であることが認められる場合。」

2 上記の Gough のまとめから間接的にいい得るのは、たとえ当該取引が浮動担保設定者の「通常の営業の範囲を越えて」なされたと判断される場合であっても、「債務者会社 = 浮動担保設定者の営業活動が終結」しない限り結晶化は生じず、浮動担保が個別担保に移行することもなく、ということである。つまり、これら「軽微な」通常の営業の範囲を超える処分では、さらに収益管理人の任命などの通常の結晶化の手續を履践して、はじめて結晶化が生じさせることが看取されるのである。

浮動担保の結晶化前に浮動担保権者が個々の担保目的財産に対して何らかの権利を有することを肯定する「許可理論」ないし「権利消滅条件付担保理論」は、浮動担保設定者が「通常の営業の範囲を超える処分」をなせば、直ちに何らかの法的救済 (remedy) が与えられることを肯定する²¹³⁾。けれども、以上の Gough のまとめからは、浮動担保権者によるこれらの救済の獲得が、結果として結晶化を生じ、浮動担保が個別担保に転化することが生じるとされている。また、結晶化前の浮動担保の個々の財産に対して、何らかの権利も認めない「将来貸付金条項財産の担保理論」にあっても、いかにして浮動担保を結晶化させ、浮動担保を個別担保に移行²¹⁴⁾させるかが重要であることには何ら変わりがないといいい得る²¹⁵⁾。

3 この点は、既に挙げた、Fire Nymph Products Ltd. v. Heating Centre Ltd. 事件判決²¹⁶⁾を見れば明らかである。既にみたように、この事件では、売主から債務者 (浮動担保設定者) に供給された一切の物品 (暖房機器) が、再度売主に譲渡されるが、それらの占有は依然として債務者

が売主の受寄者（bailee）として保持する。そして、その売却代金は、売主のために信託目的で債務者が保持する、という合意がなされた。そのような、「在庫商品一切」を売主に譲渡することは、結果として債務者の会社の営業を終了させるから、「通常の営業の範囲」外であるとされた²¹⁷⁾。

しかし、この事件でさらに問題になったのは、次のような自動結晶化条項の有効性であった。

「浮動担保設定者が通常の営業の範囲外の取引を行った場合、浮動担保は、その取引時点から直ちに全ての担保目的財産に対して個別担保に転化し、その取引の時点において、浮動担保権者は浮動担保設定者に介入したものとみなされ、かつ、一切の担保目的財産に対して、介入によって行使しうる一切の権利を行使したものとみなす。」

すなわち、この条項は、浮動担保設定者に通常の営業の範囲外の処分を禁止する一方、その範囲を超える処分がなされると同時に、自動的に浮動担保が結晶化することを定めるものである。裁判所は、在庫商品一切の処分という「通常の営業の範囲外」の処分により、直ちに浮動担保が結晶化したとして、この自動結晶化条項を有効とした²¹⁸⁾。すなわち、結晶化前の浮動担保が個々の財産に権利を有するかを論じることとは別に、いかなる結晶化自由を定めるかによって、結晶化が生じるか、また「通常の営業の範囲内の処分」をなす設定者の処分権限が何時消滅するかが左右されるのである。

四 いったん結晶化が生じた後の「再浮動化」ないし「脱結晶化」の可否

1 結晶化を生じるのは、債務者会社の going concern としての営業を終了させる事項のみではない。このほかに、浮動担保権者による担保権実行として収益管理人（receiver）を任命する等により、浮動担保設定者の担保目的財産に対するコントロールを奪い、浮動担保の負担のないものと

してそれらを処分する権限を消滅させるもの、および、自動結晶化条項や通知による結晶化条項等、結晶化を生じる事項を浮動担保設定契約 (debenture, 社債) に設けることによって結晶化が生じる場合、の三つに大別される²¹⁹⁾。上記の Fire Nymph Products Ltd. v. Heating Centre Ltd. 事件判決における自動結晶化条項は、最後の類型の例である。

2 ところで、浮動担保が結晶化して個別担保に移行した後であっても、(元浮動担保であった担保権の)担保権者は、当初から個別担保である担保権の場合と同様、担保設定者に対して個別の同意を与えて、個別の財産の処分を許可することができるのは当然である²²⁰⁾。では、例えば、「浮動担保と同順位かもしくはこれに優先する、いかなる担保権を設定した場合は、浮動担保は浮動担保設定者への通知なくして、直ちに結晶化する」との自動結晶化条項が定められた場合、その事態の発生後、浮動担保権者がその事実の発生に気づかず、かつ浮動担保設定者が従前どおり「通常の営業の範囲内」で担保目的財産の処分を続けていた場合でも、結晶化が生じて浮動担保が個別担保に転化した、といい得るのである²²¹⁾。また、浮動担保権者がいったん結晶化をさせて浮動担保を個別担保に移行させた後、債務者の営業活動を再開させることを決定する場合も考えられる。

このような場合には、いったん個別担保に移行した浮動担保を、再度浮動担保に戻して、債務者に「通常の営業の範囲内の処分」を再開させる必要がある。これを「再浮動化」(refloatation)ないし「脱結晶化」(decrystallisation, 結晶化の解除)という²²²⁾。

3 自動結晶化条項と同様、浮動担保設定契約において、明示の条項をもってこれを定めることも有効であると解されている²²³⁾。この「脱結晶化」条項には、第一に、浮動担保権者が、結晶化により転化した個別担保から個別に担保目的財産を解放することを明示の条項で定め、再び浮動担保の目的財産に復帰することを認める類型と、第二に、収益管理人 (receiver) の任命によりいったん結晶化が生じた後に、定められた事実 (例えば、結晶化後、一定期間担保目的財産の占有を設定者から取得しな

い等）が発生すれば、何らの行為も要せずして担保目的財産全体が再度浮動担保に復帰する、という類型（automatic refloatation clause，自動脱結晶化条項）の二つがあるとされる²²⁴⁾。

前者の場合、通常、浮動担保権者が担保目的財産を（結晶化によって浮動担保から転化した）個別担保から解放する旨を通知して行うという。そして、「結晶化」が解除され、設定者に再び「通常の営業の範囲内の処分」を回復した浮動担保は、当初設定された浮動担保と同一性を有し、改めて会社登録簿に登録し直すことを要しないと解される²²⁵⁾。これにより、浮動担保権者および浮動担保設定者は、結晶化がいったん生じる前と同一の権利を回復することとなる²²⁶⁾。もっとも、浮動担保の結晶化後、浮動担保設定者の会社が既に清算（liquidation）が開始され、もしくは事業譲渡等により既に会社の支配を失っている場合には、「脱結晶化」の効果を生じないことはいうまでもない²²⁷⁾。

4 他方、上記のような自動結晶化条項で定められた事態の発生後も、浮動担保権者がこの事実を無視し、あたかも結晶化が生じなかったかのごとく、浮動担保設定者をして、従前どおり「通常の営業の範囲内々の処分」を認めている場合には、「黙示の権利放棄」（implied or tacit waiver）があったことになる²²⁸⁾。その「黙示の権利放棄」の事態がある程度の期間継続すれば、実質的にみて「脱結晶化」（結晶化の解除）が黙示的になされたとも評価され得る。あるいは、浮動担保権者が、そのような事情の認められる場合に、「結晶化の解除」が生じたことを否定することは、第三者との関係で「エストップル」（estoppel）に反し、もはや自己の権利行使をなすことはもはや許されない、と評価されるのである²²⁹⁾。その効果は、契約法の一般原則の規律するところに委ねられるという²³⁰⁾。

一例を挙げよう。Campbell v. Michael Mount PPB 事件判決²³¹⁾では、浮動設定者が浮動設定契約に違反する事項（偏頗行為たる特定の債権者への弁済）を行い、既に浮動担保を実行・結晶化することが可能になっていたにもかかわらず、浮動担保設定者をしてその営業を継続することを黙認し

ていた²³²⁾。裁判所は、その黙認を「権利放棄」にあたると認定した²³³⁾。

5 このような権利放棄の法理の適用を回避し、浮動担保が本来獲得し得る優先をより確かなものとするために、「脱結晶化条項」が浮動担保設定契約に規定されることになる²³⁴⁾。例えば、以下のような条項である。

「第3条7項 脱結晶化：第3条5項により個別担保（浮動担保が結晶化したもの：筆者注）に服するいかなる担保目的財産も、担保権者が担保設定者に書面で通知をなせば、再び浮動担保の目的となる²³⁵⁾。」

この「脱結晶化条項」は、Covaich v. Riordan 事件判決の浮動担保設定契約で、実際に用いられていたものである。ただ、脱結晶化の前提たる通知がなされたことが立証されなかったため、現実には浮動担保から個別担保への復帰が生じたかは問題とされなかった²³⁶⁾。

他方で、Dovey Enterprises v. Guardian Assurance Public 事件判決²³⁷⁾では、自動結晶化条項に該当する事由が生じた後でも、浮動担保権者がその事実を知ってから通知をするまで、被担保債権の弁済期を猶予する選択権が定められていた。この選択権は、実質的には浮動担保の個別担保への移行を停止するものであり、明文で結晶化に関する「権利放棄」(waiver)を規定したもの、ないし実質的には「脱結晶化」条項であると評価される²³⁸⁾。裁判所(Gault 判事)は次のようにいう。すなわち、「一方で、所定の事項の発生により（銀行がその事実を認識することかどうか確定できないが）被担保債権の期限が直ちに到来すると定める（結晶化が自動的に生ずる）ことで、上記の条項が行使されれば、その効果は所定の事項の発生時に遡及して生じる。」結果として、「銀行が、結晶化事由の発生を認識した後にこの選択権を行使することによって、結晶化によって得られる権利を放棄し、結晶化の影響を評価することを可能にする²³⁹⁾。」と。すなわち、この弁済期の猶予を与える選択権条項は、実質的にみて、浮動担保を「脱結晶化」させる機能を有すると評価されるのである²⁴⁰⁾。

6 ただ、これら自動結晶化条項や「脱結晶化条項」は、これまで、担

保設定契約について、契約自由の原則を強調することで広く受け容れられてきた²⁴¹⁾。しかし、浮動担保と個別担保の区別は、判例法上確固たる規律として確立されてきたものであり、Re New Bullas Ltd. 事件判決における試みは、その後の Brumark 事件判決における Millett 卿の説示および Re Spectrum 事件判決によって、完全に粉碎された。ある担保設定契約において、浮動担保としての属性である「通常の営業の範囲内の処分」が認められる限り、当該担保権は浮動担保と認定される²⁴²⁾のであって、例えば、「脱結晶化」により浮動担保の目的財産が、いったん結晶化により転化した個別担保から解放されても、その担保権がなおも個別担保としての属性を「脱結晶化」後も有することを合意することは、やはり許されないのである²⁴³⁾。自動結晶化条項や「脱結晶化条項」の有効性も、その「ある担保権が浮動担保として認定される」ことを前提として、その枠の中で承認されるものであると理解すべきであろう。

178) 道垣内・前出注(27)532頁。

179) Worthington, *supra* note 171 at 80.

180) 道垣内・前出注(27)532頁。

181) Worthington, *supra* note 171 at 80.

182) 道垣内・前出注(27)532頁。

183) Worthington, *supra* note 171 at 81; . Sarah Worthington, “Floating Charges— An Alternative Theory” (1994), 53 Camb. L. J. 81; GOUGH, COMPANY CHARGES, at 348-350. Worthington は、「消滅条件付の権利」の他の例として、売主の「権原留保条項」(title retention clause, 所有権留保)を挙げる。すなわち、売主の留保した権原が純粹なコモンロー上の所有権であり、売主のその権利は、買主が売買目的物を使用もしくは転売した場合、あるいは売買代金の支払を完了した場合に、当然に消滅することを許容する。このとき、売主が留保していた権原（物的権利）を新たに再定義する必要はなく、このことは、浮動担保にも妥当するという。Worthington, *supra* note 171 at 81.

184) 道垣内・前出注(27)533頁; Gough, *supra* note 38 at 257-259.

185) 道垣内・前出注(27)536-542頁。

186) Dean, *supra* note 171 at 203.

187) McCamus, *supra* note 172 at 673.

188) *Id.* at 675-679.

189) Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd., [2004] E. W. H. C. 1517, [2005] 1 B. C. L. C. 623.

190) *Id.* [2004] E. W. H. C. 1517, at para. [183], [2005] 1 B. C. L. C. 623 at 650 para. [183].

- 191) GOUGH, COMPANY CHARGES at 186; Dean, *supra* note 171 at 188.
- 192) GOUGH, COMPANY CHARGES at 220.
- 193) *Id.* at 194.
- 194) *Id.* 小山・前出注(25)77頁で示した見解を一部修正する。
- 195) *Id.* at 195.
- 196) See, Reynolds Bros. (Motors) Pty. Ltd. & Ors. v. Esanda Ltd. (1983), 1 A. C. L. C. 1333 (S. C. N. S. W.). 自動車等の動産を目的として融資を受けるために、いったん債権者に自動車を売却し、債権者を買主として売買代金を分割型で弁済し、実質的にはこの売買代金の支払いが借入債務に一致する場合をいう。
- 197) Ashborder BV v. Green Gas Powers Ktd. [2004] E. W. H. C. 1517, at para. [227], [2005] 1 B. C. L. C. 623 at 661-662 para. [227].
- 198) GOUGH, COMPANY CHARGES at 208.
- 199) See *e.g.*, Wallace v. Universal Automatic Mashines Co., [1894] 2 Ch. 547, 554; GOUGH, COMPANY CHARGES at 210.
- 200) [1895] 2 Ch. 751.
- 201) GOUGH, COMPANY CHARGES at 210.
- 202) See, Harmer v. London, City and Midland Bank (1918), 87 L. J. K. B. 973, 976.
- 203) GOUGH, COMPANY CHARGES at 196. See *e.g.*, Torzillu Pty. Ltd. v. Brynac Pty. Ltd. (1983), 8 A. C. L. R. 52 (S. C. N. S. W. Equity Div.).
- 204) (1983), 1 A. C. L. C. 1. 333, 8 A. C. L. R. 422 (S. C. N. S. W.).
- 205) *Id.* 1 A. C. L. C. 1. 333 at 1. 340, 8 A. C. L. R. 422 at 429-430.
- 206) Dean, *supra* note 171 at 199-200. Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd. 事件判決自体、この類の取引形態の事案であった。同事件における債務者 Octagon 社は、イギリス国内において石油とガスの採掘権を保有する会社であった。債務者は、その有する一切の資産と採掘権に融資者のための浮動担保を設定した。その後、新たな採掘権を獲得する資金が不足したため、浮動担保の目的であった会社の株式の50%と既存の採掘権の41%を特定の債権者に譲渡し、さらにその後新たに取得した採掘権をも譲渡した。これに対して浮動担保権者が異議を述べ、収益管理人 (receiver) を任命した、というものである。Etherton 判事は、既存の採掘権の41%の譲渡が新たな採掘権の保持を可能にするために行われ、他に通常でない要素がなければ、その処分は「通常の営業の範囲内」で行われたと解しようとした。しかし、実際には、譲渡契約の主要な条項を債務者会社の取締役が開示しなかったこと、当該譲渡契約の支払い条件、イギリス通商産業省 (Department of Trade and Industry) への誤った情報の伝達等から、当該取引は債務者の通常の営業の範囲内の処分ではない、とされた。[2005] 1 B. C. L. C. 623 at 663 para. [231], 664-665 para. [242].
- 207) (1992) 7 A. C. S. R. 365, 10 A. C. L. C. 629 (S. C. N. S. W.).
- 208) 7 A. C. S. R. 365 at 369-371.
- 209) GOUGH, COMPANY CHARGES at 199.
- 210) See, Raynolds Brs (Motors) Pty. Ltd. v. Esanda Ltd. (1983), 8 A. C. L. R. 422 at 424, 1 A. C. L. C. 1. 333 at 1. 335 (S. C. N. S. W. C. A.) (Glass JA).

流動財産担保における「通常の営業の範囲内の処分」と固定化・再流動化（小山）

- 211) GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 5-39 at 175.
- 212) GOUGH, COMPANY CHARGES, at 201-202.
- 213) 道垣内・前出注(27)533頁および539-540頁; Worthington, *supra* note 171 at 86 et. seq.
- 214) GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-30 at 135.
- 215) Dean, *supra* note 171 at 188.
- 216) (1992) 7 A. C. S. R. 365, 10 A. C. L. C. 629 (S. C. N. S. W.).
- 217) 7 A. C. S. R. 365 at 369-371.
- 218) *Id.* at 373, 378-379.
- 219) GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-30 at 135; GOUGH, COMPANY CHARGES at 232.
- 220) GOUGH, COMPANY CHARGES at 404, 414. 結晶化後に浮動担保権者の同意を得ずに担保目的財産を処分した場合には、浮動担保設定契約上の義務違反を生じ、浮動担保権者は、契約違反に基づく一般的な救済 (remedy) が与えられる。*Id.* at 414-415.
- 221) *Id.* at 404; *See also*, Dean, *supra* note 171 at 196-198.
- 222) *See generally*, GOUGH, COMPANY CHARGES at 404-407; GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-57 at 150-151.
- 223) GOUGH, COMPANY CHARGES at 405. Gough によれば、明示の「脱結晶化」条項は、明示の「権利放棄」(waiver) を構成するという。*Id.* at 406.
- 224) Berna Collier, "Conversion of a Fixed Charge to a Floating Charge by Operation of Contract: Is it Possible?" (1995) 4 Aus. J. Corporate L. 488, 496; Jason Ricketts, "Automatic Refloating of a Crystallised Floating Charge" (1992), 22 U. W. Aus. L. Rev. 430, 433; Ross Grantham, "Refloating a Floating Charge", [1997] Co. Fin. & Insolvency L. Rev. 53 at 63-66; Lightman & Moss, *supra* note 81 para. at 53 and para. 3-43.
- 225) GOUGH, COMPANY CHARGES at 406; GOODE, LEGAL PROBLEMS, para4-59 at 151; Ricketts, *supra* note 224 at 436; Grantham, *supra* note 224 at 64-66; John Chandler, *supra* note 39 at 12. 脱結晶化後の浮動担保が当初のオリジナルの浮動担保であることを認めるのが以上の多数説だが、新たな別個の浮動担保の設定と解すべき、との説もある。Tan Cheng Han, "Automatic Crystallisation, De-Crystallisation and Convertibility of Charges", [1998] 2 Co. Fin. & Ins. L. Rev. 41, 48-50. ただし、いったん浮動担保が結晶化した段階で収益管理人 (receiver) が任命されていた場合、管理人は、浮動担保の担保目的財産から、優先的債権者に対して浮動担保権者よりも優先して配当をなす義務を負っている (1986年破産法40条)。また、管理レシーバー (administrative receiver) がいる場合には、裁判所の命令なしに辞任することは許されない (同法45条)。「脱結晶化」が有効であるとしても、これら制定法上の規定との関係は、明確ではない。Lightman & Moss, *supra* note 81, para. at 53 and para. 3-44.
- 226) Grantham, *supra* note 224 at 55. いったん結晶化した浮動担保が再度浮動担保設定者に「通常の営業の範囲内の処分」を再開させる以上、結晶化以前に浮動担保設定者が個々の担保目的財産に何らかの権利を有するか、という問題がここでも論じられることになる。「黙示の許可」理論では、文字通り、再度「処分の許可」が与えられることで説明可能で

あるのに対し、「将来財産の担保」理論でも、いったん個別担保に転化した浮動担保を、再度浮動担保に戻すことが浮動担保権者によって承認され、個々の財産に及んだ浮動担保権者の権利が除去され、個々の財産が再び浮動担保設定者に帰属することで説明することになる。このとき、どちらの理論でも、その「処分」を認めることは、浮動担保設定契約の解釈によることになるという。Dean, *supra* note 171 at 201. See also, Grantham, *supra* note 224 at 55-56.

- 227) Archana Acharya, "De-Crystallisation of Floating Charges by Operation of Contract" (2003), 21 Co. & Sec. L. J. 214; Loo Choon Chiaw, "The Crystallization of Floating Charges, Subordination Agreements and Priority Conflicts", [1986] *Lloyds M. C. L. Q.* 519, 528.
- 228) Dean, *supra* note 171 at 201 n. 45; John H. Farrar, "The Crystallisation of a Floating Charge" (1976), 40 *Conveyancer* 397, 405.
- 229) GOUGH, COMPANY CHARGES at 405; Robert L. Dean, *supra* note 171 at 203; Han, *supra* note 225 at 48; GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-53 at 147, para. 4-57 at 150. Goodeによれば、結晶化が現実を生じており実際には浮動担保設定者の処分権限が消滅していても、第三者からみて、彼に表見上の処分権 (apparent authority) があると思われる場合には、結晶化後の処分も有効であるという。Id. para. 4-53 at 146.
- 230) GOUGH, COMPANY CHARGES at 416 (7).
- 231) (1995), 13 A. C. L. C. 506 (S. C. S. Aus.), reversed (1996) 14 A. C. L. C. 218, 16 A. C. S. R. 206 (S. C. S. Aus.).
- 232) 13 A. C. L. C. 506 at 507.
- 233) Id. at 509; Farrar, *supra* note 228 at 405; A. J. Boyle, "The Validity of Automatic Crystallisation Clauses", [1979] *J. B. L.* 231, 239-240. ただし、裁判所は、先行する債務不履行によって浮動担保が自動的に結晶化したかどうか、また権利放棄により実質的に浮動担保が「脱結晶化」したかについては、何も述べていないため、本文で述べた部分は傍論にとどまる。Acharya, *supra* note 227 at 216.
- 234) Grantham, *supra* note 224 at 53 et seq.
- 235) *Covaich v. Riordan*, [1994] 2 N. Z. L. R. 502, 508 (H. C. Auckland). See also, Farrar, *supra* note 228 at 405.
- 236) *Covaich v. Riordan*, [1994] 2 N. Z. L. R. 502 at 508; Acharya, *supra* note 227 at 216-217.
- 237) [1993] 1 N. Z. L. R. 540 (C. A. Wellington).
- 238) Id. at 548-549; Acharya, *supra* note 227 at 216.
- 239) [1993] 1 N. Z. L. R. 540 at 549.
- 240) Acharya, *supra* note 227 at 216; GOUGH, COMPANY CHARGES at 260 and 406; . Han, *supra* note 225 at 47.
- 241) See, GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-53 at 146-148; GOUGH, COMPANY CHARGES at 396-431.
- 242) Grantham, *supra* note 224 at 60.
- 243) Id. at 60, 65.

日本法の若干の検討

一 担保目的財産の種別と「通常の営業の範囲内の処分」

1 本章ではまずイングランド法のこれまでの議論を要約し、その部分に対応する日本法の議論について、どのように参考になるかをまとめていくこととする。

2 まず、担保目的財産が、在庫商品であるか、それとも建設機械等のようなより特定性の高い、交換される頻度が低い動産であるかは、必ずしも浮動担保・個別担保の性質決定に重要ではなく、むしろ、どのような形態で担保目的財産の管理＝「コントロール」が担保権者によってなされているかが重要であった（Atherton = Mokal の指摘による²⁴⁴）。けれども、「原材料や仕掛品、在庫商品（いわゆる「流動資産」（circulating assets））、等は、最終製品の売買によって利潤を生み絶えず流動する必要があるため、浮動担保の目的物として観念されやすい。対照的に、現在および将来取得されうる不動産権（freehold and leasehold property）、工場プラントおよび設備、付従物（fixtures）・付属物（fittings）等は、通常は使用される必要があるだけで、売却や交換はなされない。」²⁴⁵「売掛債権はこれらの潮流の中間に位置する。一方で、売掛債権は売却される必要はなく、単に取立を要するに過ぎない。他方で、それらの取立受領金は、新たな原材料、物品やサービスの購入によって新陳代謝をし、結果として新たな売掛債権を生む。これら新たな売掛債権は、利潤を含む点で、原材料や在庫商品などより高い価値を含む。」²⁴⁶という Rajani の指摘²⁴⁵や、同様の Goode の指摘²⁴⁶からも、担保目的財産の性質自体が、設定者の「通常の営業の範囲内」の処分を画することは、一面の真実である。

「通常の営業の範囲内の処分」が認められる必要性は、まず在庫商品等の棚卸資産が最も高く、これらに適合する担保権は浮動担保であった。「通常の営業の範囲内の処分」が認められることは、ある意味では、担保

目的財産の性質上当然のことであり、また、担保権者からは、その処分について予め「包括的な同意」(blanket consent)が与えられているともいうことができる²⁴⁷⁾。次に、「通常の営業の範囲内の処分」の必要性が高いのは、売掛債権である。ただし、在庫商品のように、その売却・他の債権者のための担保権設定は、必ずしも在庫商品ほど債務者の「営業」(事業)に密接に結びつけられているわけではない。また、債権の売却等の処分については、浮動担保等の担保権者の個別の同意を得ることによっても可能となり、また、予め「包括的な同意」を与えて、担保目的財産の性質以上に処分可能性を広げることが許容される。最後に、個別の機械設備等において、「通常の営業の範囲内の処分」は、債務者の営業活動に直接関連づけられているわけではなく、債務者がそれらを使用して、その営業活動のために利用するに際して必要とされるに過ぎない。したがって、これらにおける「処分」が、「通常の営業の範囲内」で認められると合意されていても、在庫商品の場合のように担保目的財産の属性自体から必要とされるわけではなく、個別の同意²⁴⁸⁾によっても処分を有効とすることができる²⁴⁹⁾。すなわち、担保設定者の営業活動との直接の関連性は、在庫商品が最も高く必然的に「通常の営業の範囲内」で処分されることが必要とされ、次に、売掛債権、最後に機械設備という順に、営業活動との距離が離れていくに従い、「通常の営業の範囲内」の処分もまた営業活動そのものから離れていくのである。

3 とりわけ、浮動担保においては、浮動担保設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が認められることが個別担保との分水嶺であり、その処分権限は、「黙示の契約条項」(implied terms)ないし「黙示の先行条件」(implied condition precedent)として、特別な合意・約定が担保設定契約になくても当然に認められるものであった。

この点、日本法においても、前掲・最判平成18年7月20日(民集60巻6号2499頁)において、最高裁は、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通

じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる」とした。すなわち、譲渡担保権設定者の処分権限は格別の合意がなくとも流動動産譲渡担保においては本質的に認められるものであり、「YとA及びCとの間の各譲渡担保契約の（各）条項（Aにつき「Yが通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを（Aは）許諾する。」「第三者に譲渡された養殖魚は譲渡担保の目的から除外される。」B・Cにつき、「B（ないしC）は、Yがその当然の用法に従い無償で使用することを許諾し、Yは善良なる管理者の注意義務をもって管理する。」）は、以上の趣旨を確認的に規定したものに過ぎないのである。ある論者の言葉を借りれば、「流動（集合）動産（譲渡）担保が、実行までは設定者の自由な企業活動を容認する制度であることに立脚すれば、通常の営業過程と認めうる範囲内で担保目的商品（財産の意味：筆者注）を売却処分することは、法律上何らの問題も生ぜしめないと考えてよい」²⁵⁰⁾のである。

4 これに対して、流動集合債権譲渡担保の場合、片山教授の指摘する二つの類型²⁵¹⁾、すなわち、第一に、担保債権の期限の利益の喪失時における目的債権の優先的な確保を目的とした類型（甲類型）、第二に、譲渡担保権者の排他的な担保管理、回金による被担保債権の優先的な確保を目的とした類型（乙類型）については、どちらも担保目的財産の性質それ自体から設定者に「通常の営業の範囲内の処分」が当然に認められるとは言いがたい。既に述べたように、売掛債権の場合、在庫商品のように、その売却・他の債権者のための担保権設定が、必ずしも在庫商品ほど債務者の「営業」（事業）に密接に結びつけられているわけではない。どちらかといえば、ここでの「通常の営業の範囲内の処分」は、その処分権限の根拠を担保目的財産の性質それ自体から導くのではなく、担保設定契約当事者間

で自由に設計された約定に求めることになるのである。よって、上記甲類型・乙類型の区別も、あくまで当事者間の約定によるもの、ということになるろう。

他方で、本稿の冒頭で挙げた道垣内教授の設例²⁵²⁾では、抵当目的不動産(「料理店」たる建物)上の従物(ガスオープン)が、「古くなったために新製品に交換すべく下取りに出そうとしている場合」は、まさに抵当不動産の《正当の利用の範囲内》として許容されるが、他の債権者への支払のために代物弁済として搬出される行為は《正当の利用の範囲内》にはない、とされる²⁵³⁾。この部分だけを見れば、道垣内教授が流動集合動産譲渡担保において、設定者に認められる個別動産の売却を「集合物の利用にあたる^{253-a)}」と表現していることからすれば、後者における「通常の営業の範囲内の処分」と抵当不動産の《正当の利用の範囲内》の従物処分とは、軌を一つにするように見える。

しかしながら、在庫商品を取り扱う業者が担保設定者である場合、その商品を売却してはじめて被担保債務の原資を得ることが可能になるのに対し、抵当不動産の場合には、その弁済の原資を得るのは抵当不動産たる店舗の営業であって、従物の処分から得られる換価金が直接の弁済の原質となるのではない。つまり、流動動産譲渡担保にあつては、「譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与され」ているのは、まさにその処分を認めなければ被担保債権の弁済の原資となる処分換価金を得ることができないからなのであって、他方で、抵当不動産の従物の処分においては、この部分が処分権限の前提として欠けているのである。さらにいえば、集合債権譲渡担保における二つの類型にあつて、担保設定契約(たる債権譲渡契約)上担保設定者にその処分換価金の取り立てと費消を認めるかどうか、あくまで設定契約当事者間の約定によって決まることは、担保目的財産である債権の処分の可否が、被担保債権弁済の原資の獲得という隠れた目的とそれほど密接に結びついていないことを表していると評価し得る。したがって、「通常の営業の範囲内の処分」といっても、担保目的財産の

種別と性質の違いによって、これを認めることが当該担保権の本質的な属性とまでいい得るかが左右されるといえよう。

二 「通常の営業の範囲内の処分」の類型とその判断基準

1 次に、日本法の流動動産譲渡担保等における、ある処分が「通常の営業の範囲内」であるかどうかの判断基準について若干検討する。

2 前掲・最1小判平成18年7月20日（民集60巻6号2493頁・金判1248号22頁，以下 判決という）では、「Yが通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを（Aは）許諾する。」「第三者に譲渡された養殖魚は譲渡担保の目的から除外される。」B・Cにつき、「B（ないしC）は、Yがその当然の用法に従い無償で使用することを許諾し、Yは善良なる管理者の注意義務をもって管理する。」というそれぞれの契約条項は、「譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されて」いることを「確認的に規定したものと解される。」とされている。

他方で、同日の別判決（最1小判平成18年7月20日金判1248号41頁，以下 判決という）は、「設定者は被担保債権について期限の利益を失うまでは、通常業務の範囲内で担保物件を売却し、また、自己の責任および負担においてこれを製品化することができる。」「譲渡担保権者は、設定者が目的物を無償で使用し、飼育生産管理し、通常の営業のために第三者に適正な価格で譲渡することを許諾する。」との条項に関する事案である。前掲・判決の説示を当てはめれば、これらの条項も「譲渡担保設定者に、その通常の営業の範囲内で」個々の動産を処分する権限があることを「確認的に規定した」に過ぎないことになる。すなわち、このような条項がなくても、流動動産譲渡担保の設定者には、少なくとも個別動産を「通常の営業の範囲内」という留保付きで売却する権限は、何らの約定なくして認められるわけである。このことは、設定者の通常の営業の範囲内の処分が、いわば、イングランド浮動担保における「黙示の契約条項」（implied

terms) ないし「黙示の先行条件」(implied condition precedent) にあたり、譲渡担保設定契約の当事者意思とは無関係に当然に認められる、ということの意味するものと位置づけられる。

3 ところで、判決は、上記の二つの契約条項を前提として、「なお、本件譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、譲渡担保設定者「にゆだねられた通常の営業の範囲内の処分といえないことは明らかである」としている²⁵⁴⁾。「担保物件の売却」・「製品化」・「第三者への適正な価格での譲渡」が「通常の営業の範囲内」でなされることは、流動動産譲渡担保の本質から当然に許容されるとしても、「第三者のために譲渡担保を設定すること」は、設定者の処分権限には含まれないことを理由を付せずして明言する²⁵⁵⁾。しかし、その一方で、判決では、その実行こそみとめないものの、後順位の流動動産譲渡担保の重複設定自体は許されるとしている²⁵⁶⁾。これらの説示からは、何故「各譲渡担保の目的物につき、第三者のために譲渡担保を設定することが、譲渡担保設定者の通常の営業の範囲内の処分とはいえない」のかは、全く明らかにされておらず、また、どのような処分が「通常の営業の範囲内」かの基準は、何ら述べられていない。

他方で、および判決において、最高裁は、後順位の譲渡担保権者が私的実行を行い、個別動産を集合物から搬出する可能性を排除する。後順位者による私的実行に伴う搬出の前段階である、後順位譲渡担保の設定自体が適正処分の範疇ではないのであれば、その実行行為もまた設定者の「通常の営業の範囲内」とは考えられないからである。

4 流動集合動産譲渡担保につきいわゆる分析論を採用する学説は、個別動産が売却されて倉庫から搬出された場合には、商品の売却・搬出が譲渡担保設定の合意の解除条件となっているから、譲受人は譲渡担保の拘束を受けずに個別の動産を取得する、と説明する²⁵⁷⁾。また、この説は、個別動産(が倉庫内にある間に)に質権設定契約が締結され、その後搬出される場合には、質権設定が譲渡担保設定の解除条件(搬出と合わせて)と

はなっていないと解するため、搬出後であっても譲渡担保の拘束力が及ぶ（追及する）余地を認めている²⁵⁸⁾。

にもかかわらず、・ 両判決は、「搬出」がなされれば集合物譲渡担保の効力が絶対的に消滅することを承認する。この点、・ 判決は、搬出後であっても搬出前の設定者の行為（例、第三者のための質権設定の合意）が「通常の営業の範囲外」であるなら、譲渡担保の追及を認める分析論とも異なることになる。

5 ただ、別稿で既に指摘したように²⁵⁹⁾、集合物を構成する個別動産の他の債権者のために担保設定を例外的に許容する条項が定められた場合、このような態様での処分が「通常の営業の範囲」内ではない、とすべき理由はないと思われる。仮に第三者のための担保権設定が一律に「通常の営業の範囲内の処分」にあたらないと解されるとしても、その中で一定の留保を付し、特定の種別の担保権の設定のみを例外的に「通常の営業の範囲内の処分」に組み入れることは 第三者との関係はひとまず置くとして、担保設定当事者間では有効であると解し得る。また、「第三者のために譲渡担保を設定することを禁止する」条項が存在しても、譲渡担保設定者が実際に第三者に対して譲渡担保権を設定した後に、先行する譲渡担保権者が何ら異議を述べず黙認しているような場合、英米法でいう「黙示の権利放棄」(tacit waiver) ないし特約の解除・放棄があったとの評価も可能であろう²⁶⁰⁾。

6 この点につき、最高裁によって破棄された 判決の原審（福岡高裁宮崎支判平成17年1月28日民集60巻6号2527頁・金判1248号33頁）は、譲渡担保設定者の処分権限について、以下のようにいう。すなわち、一般論として、「商品の集合動産譲渡担保設定契約において、譲渡担保設定者の目的物たる商品に対する売却権限について、これを制約する約定がない限り、譲渡担保設定者は、譲渡担保権者の意思を離れて、独自の判断において、目的物たる商品を通常の営業の範囲内において第三者に対して売却する権限を留保しているものと解すべきである。」これを前提として、「他の

譲渡担保権者が譲渡担保設定者に対し、通常の営業の範囲内で、又は通常の営業のために、目的物である本件物件を第三者に売却することを許容する本件各任意売却条項が置かれている。」「これは、集合物たる本件各譲渡担保権の設定によっても、譲渡担保設定者……の本件物件に対する売却権原(ママ)が当然には制約を受けないとする上記の事理を確認した条項と認められる」とする。すなわち、判決の原審判決は、設定者の「通常の営業の範囲内の処分」が「譲渡担保権者の意思を離れて」存在することを承認し、その一方で、譲渡担保当事者間にこの処分権限を「制約する」約定の可能性を肯定している。筆者が上記4で述べた点は、この原審判決に親和的である、といえそうである。

もっとも、最高裁は、判決において、「本件物件2の所有権を承継取得したかどうかを判断するためには、……本件物件2の売却処分が(譲渡担保設定者の)通常の営業の範囲内のものかどうかを確定する必要がある」として、原審を破棄している。判決および判決の双方の原審判決は、「譲渡担保の目的物の売却によりその所有権を第三者に権利取得させるという物権的地位が設定者にとどめられている」と解し、個別動産の譲受人が所有権を承継取得したと判断した。しかし、最高裁は、・ どちらの判決においても、原審のこのような説示をそのまま踏襲する、ということとは意図的に避けているように見える。

7 中間売主に転売を許容する「流通過程における所有権留保」においては、所有権留保付売買であっても、売主が買主に対して買主自身の名で転売する権限を授与したときは、転買主に直接所有権が移転すると解する、「黙示の処分授權」構成が有力である。大阪高判昭和54年8月16日(判時959号83頁)は、およそ流通過程における商品につき買主が当該商品の転売を目的とする商人である場合、商品に所有権留保の特約が付されていたとしても、売主は、買主が通常の営業の範囲内でその商品を自己の名において転売することを承認していると解すべきであって(転買主の所有権取得を否定することは信義則違反)、当該商品が買主の通常の営業の範囲内

で転売されたこと、転買主が代金を完済したことの二つがあれば、もはや売主は転買主の所有権取得を争い得ないという²⁶¹⁾。

右の理が、個別動産の譲渡担保において、譲渡担保権者が、設定者から担保目的で所有権の移転を受けたものの、譲渡担保設定者に目的物の転売を許容している場合にも妥当するのなら、個別動産の譲渡担保につき、所有権移転構成を採ることは、必ずしも転売を許容することと矛盾しない。もっとも、仮に、流動動産譲渡担保における設定者の処分権限が「事物の性質上」当然に認められるもの²⁶²⁾だけに限定されるとすれば、この権限の根拠は、譲渡担保権者がその意思に基づいて授権するものではないから、所有権留保売買における転売の処分授権とも異なるといわざるを得ない。けれども、最高裁やその原審判決等の下でさえ、少なくとも個別動産の売却については「通常の営業の範囲内」という限定の下に、設定者に当然に認められるべきことは承認されているのである。

8 既に指摘したように、在庫商品等を目的とする流動動産譲渡担保においては、個別動産の売却自体から被担保債務の弁済の原資を得るのであって、これについて制限をすることは設定者の企業活動の生命線を縛り上げることを意味するから、そのような約定は、より制限的に解するか、単なる文言にすぎず担保設定契約の内容に組み込まれていない、との評価をすべきである。他方で、第三者のための譲渡担保の設定が何故「通常の営業の範囲」ではない、と解されるかは、その行為が設定者の事業活動そのものに直接結びつけられていないから、という点にあり、ただ、例外的に譲渡担保権者がこれを許容する特約をなした場合に、例外的に「通常の営業の範囲」に組み込まれ得る、と解すべきであろう。つまり、ここでの問題は、第一に、個別動産の売却自体についても「事物の性質上当然に認められる」性質を約定により拡張ないし縮小する余地は認められるべきか、であり、第二に、「個別動産の売却」以外の処分の態様については、おそらくは設定者に「当然に認められる」とは言い難く、個別の合意が必要である、という形で整理をすべきであると考えられる。

9 分析論を採る古積教授は、他の債権者に対する譲渡担保の設定が設定者の通常の営業の範囲内の処分に該当しない理由として、以下のようにいう²⁶³⁾。すなわち、「集合動産譲渡担保において譲渡担保設定者による目的動産の処分を許容するのは、それによる代金を新たな購入等の資金とし、あるいは被担保債権の弁済に当てる必要からであるが、目的動産を他の債権者の担保に供するのは単に譲渡担保権者の満足を妨げる行為と評価しうるからである」と。この指摘は原則として筆者も全く異論はない。

ただ、古積教授は、その一方で、譲渡担保設定者による売却が通常の営業の範囲内かどうかについて、以下のように述べる²⁶⁴⁾。「売買代金を売主の買主に対する既存の債務の弁済に充当するという約定がなされているならば、このような売買は」「債務の弁済に代えて譲渡担保の目的動産を譲渡するという代物弁済の契約と異なる。」「譲渡担保設定者の資力状態が悪化した後でそのような取引がなされた場合」、「本来は譲渡担保権者に劣後すべき一般債権者に優先的な弁済を認めること」になるから、「もはや通常の営業の範囲内とはいえないであろう」と。

しかしながら、判例上、一方で、一部債権者に対する既存債務の弁済については、原則として詐害行為とならないが、一部債権者と通謀して他の債権者を害する意思をもってするときは、詐害行為となるとされている(最判昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁)。他方で、債務者がその事業を継続するためにその財産を譲渡担保に供した行為について、当時の諸般の事情に照らし、営業を継続するために仕入れ先に対する担保提供行為として合理的限度を越えず、かつ、他に適切な更生の途がなかったものと認められる限り、詐害行為とならない、とされている(最判昭和44年12月19日民集23巻12号2518頁)。

ここでの問題は、ある債権者に対する代物弁済ないし譲渡担保の設定等が既存の流動動産の譲渡担保権者との関係で詐害行為となるかであって、一般債権者との関係においてではない。にもかかわらず、第三者(特定の債権者)に対する譲渡担保の設定が、常に「通常の営業の範囲内」にはな

いと判断するのは行き過ぎであって、上記の最判昭和44年12月19日のような事情が認められれば、やはり当該処分の有効性を認め、「通常の営業の範囲内」の取引であったとの評価も可能であろう。

イングランド浮動担保において、ある処分が通常の営業の範囲内にあるかどうかの判断基準を提示した *Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd.* 事件判決における *Etherton* 判事の説示²⁶⁵⁾ の、その判断方法のリストの「(5)担保設定契約書を適切に解釈することにより導かれたいかなる特別の事情の下で、他に類を見ないかあるいは例外的な取引が、債務者会社の通常の営業の範囲内にあると判断し得ない、ということはありません」との指摘も、以上と軌を一にするといえる。すなわち、他の債権者に対する譲渡担保の重複設定が、債務者である設定者の事業の再生等を図る目的で行われ、本来優先権を確保すべき立場の譲渡担保権者も、この融資に同意したとすれば、例外的に「通常の営業の範囲内」と 「通常の営業の範囲」という語彙の本来の意味からは違和感があることは否めないが 認めることも、可能であると解されるのである。

9 既存の譲渡担保権者の優先弁済権を侵害することを目的となされる処分²⁶⁶⁾ の場合は、民法424条の詐害行為取消権に関する相関関係に準じて、優先弁済権侵害という主観的意図の側面を重視して、「通常の営業の範囲内」の処分とはいえないと解されよう²⁶⁷⁾。また、たとえ「売却」による処分であっても、倒産間際に事業運転資金確保のために在庫商品全部を投げ売りするような場合²⁶⁸⁾ は、破産法160条3項ないし *Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd.* 事件判決における、*Etherton* 判事の説示の最後の例（「(9)債務者会社の営業（事業）を終了させることを意図する、もしくは終了させる効果を持つ取引」）に準じて、設定者の通常の営業の範囲内にあるとはいえないというべきである²⁶⁹⁾。

三 「通常の営業の範囲」を越える処分と流動資産譲渡担保の固定化

1 ところで、集合物論については、「いったん集合物上に譲渡担保の

設定があったと考えれば十分であり、個別の商品の流入と離脱、それら自体としてはいちいち法律行為に基づくものではなく、担保の目的である集合物に事実上生ずる変動にすぎない」と説かれている²⁷⁰⁾。しかし、変動性を帯びたままの状態（流動性のある状態）で譲渡担保権を実行することは現実的でなく、「集合動産が固定すると、債務者はそれまで有していた集合物中の個別動産の処分権を失い、また固定前には当然に組み入れられていた新規の流入物も集合物に組み入れられないこととなる。」「したがって、固定後は集合動産譲渡担保は、構成部分が変動するという意味での特殊性を失い、単に多数の特定動産に関して一個の共同譲渡担保権（共同特定動産譲渡担保）が設定されているにすぎなくなる²⁷¹⁾という。すなわち、「固定化」とは、流動動産譲渡担保の設定者の「通常の営業の範囲内」での処分権の喪失と、集合物譲渡担保から個別動産の譲渡担保の集合への転化を意味する²⁷²⁾のであって、これまで伝統的に、譲渡担保の実行として個別動産の引渡しを受ける前段階として位置づけられてきた。

2 けれども、イングランド浮動担保における「脱結晶化」ないし「再浮動化」をめぐる議論からは、いったん固定化が生じた後であっても、設定者の営業活動を再開させて事業の継続の機会を与える場合には、再度、設定者に個別動産の処分を再開させる必要がある（ひとまず「再流動化」と呼ぶことにする）。仮に、集合物が固定化によって「消滅して」個別動産に転化するとすれば、もはや当初の集合物譲渡担保は存在せず、再流動化に際して新たに集合物の範囲を指定して集合物譲渡担保の再設定をすると解するか、もしくは個別動産の譲渡担保を全体として新たに設定したと解するほかあるまい。ある意味、倒産に瀕した危機時期の担保権の設定として、破産管財人からの否認、ないし設定者の事業の再開に同意しない債権者らから詐害行為取消権行使のリスクも生じよう。

当初に具備した対抗要件の効力を維持するためには、個別動産の譲渡担保への転化後も、譲渡担保の実行が終了して清算が完了するまでの間、観念的には集合物が集合物として存続しておくことを観念する必要がある。

このとき、営業活動の再開に伴い、設定者に新たに処分権限が与えられるのは、「事物の性質上」当然だから、ではなく、譲渡担保権者が新たに同意を与えてはじめて処分の再開が可能になるというべきである。換言すれば、固定化以前には「事物の性質上」当然であった在庫商品の売却も、再流動化に際しては、譲渡担保権者からの新たな処分の授權を根拠とせざるを得ない。また、いったん個別動産の譲渡担保に転化した状態から、再度流動性を回復するためには、これら「固定化」により転化した個別動産譲渡担保の目的物を、当初設定された「集合物」の構成要素に復帰させることを必要とする。すなわち、「固定化後」の「再流動化」とは、固定化により変じた個別動産譲渡担保を解除し、各個別動産を当初の「集合物」の構成要素に回復させることを意味するのである。

3 以上の説明は、たとえ流動集合動産譲渡担保の目的物が集合物のみであり、個々の動産にはその効力が及ばないとする見解²⁷³⁾、および、いわゆる価値枠説²⁷⁴⁾の場合であっても、譲渡担保の実行によって個別動産に譲渡担保の効力が及ぶとするから、結論は異ならない。むしろ、これらの見解では、固定化以前の段階では設定者は自己の物として個別動産を処分しようと解するため、いったん個別動産に譲渡担保の効力が及んだ後の再流動化に際して、設定者の処分権の根拠について説明に窮することになるう。

仮に、これらの見解を前提として再流動化を説明するとすれば、固定化事由の発生時に、集合物譲渡担保の被担保債権のために集合物の構成要素たる個別動産をもって代物弁済に当てる予約、ないし、固定化を停止条件とする停止条件付代物弁済契約と解すればよいのではないか。固定化が生じる以前には、個別動産の所有権は集合物に付合・吸収されず、譲渡担保設定者に所有権が帰属する。しかし、固定化時に、集合物の構成要素となっている限度で、集合物譲渡担保の被担保債権に対する代物弁済として弁済に当てられる、と解するのである。すなわち、固定化を停止条件とする代物弁済契約が個別動産に付されており、この代物弁済の対抗要件が集

合物譲渡担保の設定契約時に具備されている，と解すれば，「再流動化」についても，単に代物弁済の解除ととらえることが可能になると思われる。

4 他方で，集合物それ自体とともに個々の動産も譲渡担保の目的物であると解する立場であれば，いったん固定化が生じれば個別動産を構成要素に復帰させる手続（再流動化）をとろうとしても，その当初からの「集合物」譲渡担保が固定化により個別動産の譲渡担保に「分解される」のであるから，分解後に「再流動化」のために当初の「集合物」譲渡担保が復活するとして扱うことができるのか，疑問なしとしない。

仮に，個別動産の譲渡担保への転化後も観念的な「集合物」の存在を観念するとすれば，「固定化」とは，集合物を通じて譲渡担保の効力が及んでいる個別動産を，「集合物」から切り離して，独立した個別動産譲渡担保を創出するプロセスを意味することになる。固定化以前の段階では，個別動産は，集合物の「構成要素」でありながら，未だ個別動産譲渡担保の客体に供される以前の段階に留まっている。このとき，譲渡担保設定者が「通常の営業の範囲内」で個別動産を自由に処分できるのは，「それによる代金を新たな購入等の資金とし，あるいは被担保債権の弁済に充てる必要」²⁷⁵⁾があるからであって，譲渡担保設定者の「担保価値維持義務」としての個別動産の補充が期待できる限り，その処分を妨げて固定化を生じさせ，個別動産上に譲渡担保を設定させるべき合理的理由はない。また，たとえ「通常の営業の範囲」を越える処分がなされた場合でも同様であり，「担保価値維持義務」の履行が期待できる限り，流動動産譲渡担保の担保権者が集合物の範囲から離脱した個別動産に対して追及できると解する必要はない。そこで，「集合物を經由して個別動産に譲渡担保の効力が及ぶ」ことの意味は，「固定化」時に集合物の範囲内にある個別動産に「集合物」譲渡担保の清算のために新たに個別動産の譲渡担保を作出する，という意味に解されることになる。

最高裁が，・判決において，集合物からの離脱前でも「通常の営業の範囲内の処分」がなされれば個別動産は譲渡担保の拘束から離脱し，さ

らに、「通常の営業の範囲」を越える処分であっても、集合物の範囲から離脱すれば、もはや譲渡担保の効力は及ばなくなる、と解したことには、抵当権の分離物に対する追及のような「物権の追及効」のみでは説明できない。すなわち、これらの判決は、在庫品等の流動性がある担保目的財産を担保の客体とする場合に、「通常の営業の範囲」内かどうかをまず基準として限定し、次に「通常の営業の範囲」を越える処分の場合でも、「集合物」の範囲に存する限度でのみ譲渡担保の効力が及ぶとして、担保権の効力の及ぶ範囲を限定したものと評価すべきである。かつ、このルールは、おそらくは設定当事者の合意によっても変更できない、流動動産譲渡担保に関する物権法上の一種の「強行法規」としての機能を果たすものといえよう。

5 ところで、集合物論のうち集合物を構成する個々の動産もまた譲渡担保の目的であると解するある学説は、まず、個別動産の適正処分の場合には、担保権の設定当事者間で「担保権の効力をこの範囲（適正処分の範囲）では認めない」という追及力を制限する合意があるから、動産の譲受人は、集合動産譲渡担保権の負担のない所有権を取得し得ると解する。これに対して、不適正処分の場合には、追及力を制限する合意があるわけではなく、搬出された個別動産に対しても譲渡担保の効力が及び、搬出後も元の場所への原状回復を求めることができるとする²⁷⁶⁾。この論理は、抵当不動産上から分離物が搬出される場合の法律関係と基本的に軌を一にし、前掲・最判昭和57年3月12日の理と一致するといえる。したがって、

- ・ 判決の結論は、この学説とも異なっていることになる²⁷⁷⁾。

6 流動集合動産譲渡担保の目的物が集合物のみであり、個々の動産にはその効力が及ばないとする見解²⁷⁸⁾、および、いわゆる価値枠説²⁷⁹⁾の場合、「再流動化」の説明については、個別動産に流動動産譲渡担保の効力が及ばないとするこれらの学説の方が、二重帰属を承認する説よりも一貫した説明が可能である。これらの立場からは、「通常の営業の範囲」を越える処分の場合に追及効を生じないのは、未だ設定者の処分権が消滅する

以前の段階である以上当然であり、また仮にこの型の処分により固定化が生じると解したとしても、「集合物」の範囲から離脱すれば、固定化以前の段階で既に固定化後の代物弁済の対象から外れる以上、当然である。ただ、最高裁は、集合物の範囲内に個別動産が留まる限り、「通常の営業の範囲」外の処分の場合には、譲渡担保の効力が及ぶことを前提としている。このとき、譲渡担保権者が搬出を阻止し得ると最高裁が考えているとすれば、以上の立場からは、
・ 判決の帰結を説明することは困難である。

また、分析論を採る場合は、再流動化に関する限り、いったん設定者の処分権限を消滅させた後、再度新たに処分権を与えると主張するのであろう。また、近時導入された動産譲渡登記制度に基づき、「新しい分析的構成」を提唱する森田修教授は、「この新しい分析的構成のもとでは、Bの通常事業過程におけるCへの構成個別物乙₁の譲渡について、A（譲渡担保権者）・B（譲渡担保設定者）は個々の譲渡担保の構成個物全てに関して将来の通常譲渡に際しての担保解除を合意している」²⁸⁰⁾という従来の分析論に極めて近い説明を加える。分析論の場合、再流動化時に新たな個別動産譲渡担保が設定されると解する余地はあっても、当初設定された個別動産の譲渡担保とイコールではないため（当初の設定後から固定化時まで、個々の動産の流動により中身は入れ替わっている）、当初の譲渡担保についてなされた予めの占有改定を、再流動化後の譲渡担保の對抗要件の具備として観念することは困難であろう。設定者の事業再生のための処分の継続は、分析論では新たな個別動産譲渡担保の設定と解さざるを得ない。

7 かつて林教授は、以下のように述べられていた。すなわち、「流動する個別動産所有権は、流入後譲渡担保権者の所有に移り、それが集動産に吸収される（一種の付合である、同一所有者の物についてであるが）か、設定者の所有物となった上で、そのまま集合物に付合するのか。しかし、この付合は（民法242条）の一種の拡大類推適用といわねばならない。」「それとも、両所有権は次元を異にしつつ併存できるのか。それが……固定をした途端に、譲渡担保設定時に遡って、個々の動産の譲渡担保

となり、それまで併存していた個別動産所有権を消すのか」と。

前段の解釈，特に民法242条の拡大類推適用の論理は，最高裁の理論的な基礎を提供するものといえる。ただ，242条は，付合物がその構成要素を常に変動することを想定してはならず，流動動産譲渡担保について適合的かはなお議論の余地があろう。また，譲渡担保実行決定後の再流動化の視点からは，後段部分の解釈は許容されない。「再流動化」については，いったん固定化により作出された個別動産譲渡担保が担保権者の同意を得て解除され，その後集合物に再度「付合」せしめられるプロセスとして位置づけられることとなる。

8 結局のところ，集合物とその構成要素たる個別動産の二重の所有権の帰属をどう説明するかが，最高裁の論理の弱いところであることはいうまでもない。しかし，固定化後の「再流動化」をいかに説明するかという視点を加えることによって，「個別動産の所有権が設定者と集合動産譲渡担保権者に価値的に分属することを認めるか，個別動産の所有権は設定者に帰属すると理解した上で，集合動産の譲渡担保について担保的構成を採用するか，いずれの方法しかない」²⁸¹⁾とまで，言い切ってしまう必要はないといえそうである。

四 今後の展望

1 森田宏樹教授や森田修教授によれば，動産譲渡登記の導入後においては，譲渡担保権の対象が一個の集合物であると構成する必要はもはやなく，端的に，現在または将来取得する動産を含む集合動産について一括して譲渡担保権を設定すると構成すれば足りるという²⁸²⁾。また，養豚業者を貸付先としたアセット・ベースト・レンディング（ABL）を実行するに際し，担保目的物となるブランド豚に「IC タグ」を取り付けて個体識別管理を行う手法が提案され，実行されている²⁸³⁾。

加えて，新しい信託法の下では，在庫商品等についても，「担保のための信託」の設定と利用が可能であると解されている。すなわち，（集合物

譲渡担保につき)「設定者は自らを受託者として、自己信託の方法により信託を設定し、信託事務として信託財産である集合動産を管理・処分するものである。受益者は債権者であるが、受託者は債権者に弁済した後の残余財産を受領する最劣後の受益者となる。既に債権者たる受益者がある場合でも、他の債権者を既存債権者の次順位の受益者(残余財産を受益する受託者よりは優先する)とすることは、先順位受益者の利益を害しないことから、受託者(委託者)だけで行うことができる。また、集合動産の処分は信託目的である受益者の担保に抵触しない限り有効に行うことができるし、処分した信託財産の代替物と認められる商品は信託財産となるものである。」「先順位受益者の債権が消滅したときは、当然に後順位の受益者の順位が繰り上がることになる²⁸⁴⁾。」

2 これら、新たな対抗要件や新規の立法・担保管理手法の開発等によって、今後は従来の「集合物論」か「分析論」かという論争や、流動動産譲渡担保における「通常の営業の範囲内の処分」が、集合物論等の従来の理論枠組みとどのような関係に立つかを議論しても、もはや実益には乏しいのかもしれない。しかしながら、たとえ対抗要件や譲渡担保の設定の枠組みが変遷しても、在庫商品等を目的とする限り、「通常の営業の範囲内の処分」の必要性は、この種の担保権についての「当然の属性」(implied terms)なのであって、この概念の検討なくして、その本質に迫ることは困難であるといえよう。

3 なお、本稿では最判平成18年7月20日の・判決における「譲渡担保の重複設定」の問題については、十分な検討をなし得なかった²⁸⁵⁾。ただ、これらの事案について、果たしてどの範囲で「集合物」が重複していたかどうか疑問とされる余地があることが指摘されている²⁸⁶⁾。例えば、甲・乙・丙三棟の倉庫内の一切の商品がAのために譲渡担保が設定されている場合に、債務者Sが甲のみをBに対して、乙のみをCに対して、それぞれ各倉庫内の一切の商品に譲渡担保を設定したという例では、譲渡担保の重複設定が事実上生じるのは甲倉庫に対するAとB、乙倉庫に対し

ではAとCであるが、丙倉庫上にはAのための譲渡担保しか存在せず、「重複」設定は生じていない。このような場合に、上記・判決の説示がどのような意味を持つか、またそれぞれの譲渡担保についての「通常の営業の範囲」の異同が本稿での議論ととりわけ「固定化」と再流動化についてにどのような影響を及ぼすか等については、別の機会に検討することとしたい²⁸⁷⁾。

- 244) Atherton & Mulcal, *supra* note 77, at 11, 13; Walton, *supra* note 140 at 119; Re Cosslett (Contractors) Ltd. [1998] Ch. 495 (Millet 判事の説示).
- 245) Rajani, *supra* note 79 at 125.
- 246) GOODE, LEGAL PROBLEMS, para. 4-17 at 127-128.
- 247) *Id.* at 128.
- 248) ここでいう「個別の同意」とは、単に設備の交換の度に処分に同意することだけではなく、個別の物品について毎回の交換毎にそれぞれ別個に同意を与える、ということも包含する。GOODE, *Id.*, para. 4-12 at 121.
- 249) なお、筆者は別稿・前出注(25)71頁において、「有形でかつ確定可能な財産へのこの型の担保（権）（個別担保を指す）の成立は、「担保財産が絶えず変動する棚卸資産、特に債務者が将来取得する爾後取得財産を目的とする場合には、実現不可能である」と述べたことがある。しかし、本稿の分析より、この指摘は必ずしも正確でないことが明らかになったので、ここで訂正しておく。
- 250) 山野目・前出注(26)23頁。同旨・米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣・1976年）152頁。
- 251) 片山・前出注(16)28頁。
- 252) 道垣内・前出注(9)106-107頁。
- 253) 道垣内・前出注(9)106-107頁。
- 253-a) 同『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣・2008年）336頁。
- 254) 最1小判平成18年7月20日金判1248号41頁，43頁。
- 255) 判決の原審判決（福岡高判宮崎支判平成16年10月29日・金判1213号45頁）の評釈として、小山泰史・銀法660号（2006年5月号）69頁。
- 256) 民集60巻6号2505頁・金判1248号31頁4（1）参照。
- 257) 古積健三郎『『流動財産譲渡担保』に関する理論的考察（2・完）』法学論叢133巻6号（1993年）69頁。
- 258) 古積・同69頁
- 259) 小山泰史「カナダ法における浮動担保と売買代金担保権の競合」撰南法学19号（1998年）62頁。
- 260) 道垣内・前出注(19)128頁は、「実務で用いられている譲渡担保契約書には、集合物に属する個々の動産を設定者が第三者に処分したり、契約で定められた場所から搬出したりするときには、そのつど、譲渡担保権者の承諾を得ねばならないとされているものもある。

しかし、実際にはその都度承諾が採られているわけではな^いことを指摘する。

- 261) 否定例として、東京高判平成8年12月11日判夕955号174頁。小山泰史「所有権留保」林良平=安永正昭ほか編『注解判例民法1b』(青林書院・1999年)720頁も参照。
- 262) 古積・前出注(3)34頁。
- 263) 古積・前出注(3)30頁。松尾弘=古積健三郎『物権法』373頁(弘文堂・2005年)(古積教授執筆部分)も参照。
- 264) 古積・前出注(3)34頁。
- 265) Ashborder BV v. Green Gas Powers Ktd. [2004] E. W. H. C. 1517, at para. [227]. [2005] 1 B. C. L. C. 623 at 661-662 para. [227].
- 266) 道垣内・前出注(19)131頁。
- 267) 山野目・前出注(26)23-24頁は、「通常の営業の範囲」を越える処分につき、譲渡担保権者に民法424条類推適用による救済を与える。
- 268) 道垣内・前出注(19)131頁。
- 269) ただし、Ashborder BV v. Green Gas Powers Ltd. 事件判決における Etherton 判事の説示の中で、「(6)いかなる特別の考慮の下で、清算時に、当該取引が詐欺的その他一人の債権者のための偏頗行為 (preference) として否認されるという事実は、それ自体、当該取引が「通常の営業の範囲内」でなされたことの認定を排除するものではない。」([2005] 1 B. C. L. C. 623 at 661-662 para. [227]) の部分は、日本法から見ればやや理解し難いものがある。
- 270) 山野目章夫『物権法〔第3版〕』(日本評論社・2005年)307頁。
- 271) 田原・前出注(19)149頁。ただし、粟田口・前出注(2)190頁注(30)は、「契約によって固定しないと定めた場合であっても固定化が生ずるのか否かが明らかでない」点を指摘する。
- 272) 山野目・前出注(26)25頁は、流動動産譲渡担保について「また実行に至っていないという中間の段階を導くことに意義を有するものとして考えるのであれば、固定化の概念は、不要である」とする。しかし、設定者の処分権限の消滅時期を明確にする意味で、なお固定化の概念は有用であるというべきであろう。また、森田修・前出注(20)ジュリスト1317号208-209頁も、流動動産譲渡担保について「固定化」の概念を不要と解する。しかし、そこで挙げられている例は、「在庫をセカンダリーマーケットで『倒産品』として売りさばくのではなく、B社(譲渡担保設定者)の通常の営業を継続する形で、B社が事業を行っていた従来の小売市場でB社が形成していた販売チャンネルを通じてそれを活かしながら在庫処分を行う」ものである(松本大「集合動産譲渡担保融資の実務」銀法648号8頁(2005年))。

本稿では、固定化を「譲渡担保設定者の営業活動の終了に伴う財産処分権の消滅」と位置づけている。このような意味で「固定化」を用いる場合には、集合物自体(つまり、集合物を構成する個別動産を含めてその「事業」を全体として)の処分も、営業活動が継続される限りは許容されることになる。この点は、従来の「固定化」の学説(道垣内・前出注(26)169頁以下、田原・前出注(19)149頁)が譲渡担保の実行の前提としてのみこの概念を捉えていたのとは異なる。よって、森田教授の「このような換価の在り方は『固定化』の論理を前提としては不可能である」との批判(前掲・ジュリスト1317号209頁)は、

流動財産担保における「通常の営業の範囲内の処分」と固定化・再流動化（小山）

固定化を以上のように解する場合には当たらないと考える。

- 273) 道垣内・前出注(19)129頁以下, 同・前出注(253-a)326-327頁。
- 274) 伊藤進「集合動産譲渡担保の法律構成」『明治大学創立百周年記念論文集』117頁(1980年)。
- 275) 古積・前出注(3)30頁。池田・前出注(2)76-77頁も参照。
- 276) 千葉恵美子「集合動産譲渡担保の効力(1)」判タ756号(1991年)46頁, 座談会「集合動産譲渡担保をめぐって」判タ805号(1993年)11-16頁。
- 277) ・ 判決の帰結からのあり得るパターンとして, ある処分(例, 第三者への売却)が, (i) 適正処分である場合, (ii) 不適正処分である場合と, その処分が, () 集合物の範囲からの搬出後になされた場合と, () 搬出前になされた場合との組み合わせが考えられる。さらに()については, 搬出前に処分がなされてその後も個別動産が集合物の範囲内に留まっている場合(ア)と既に搬出された場合(イ)とに分けることができる。まず, (i)の場合には, ()・()および(ア)(イ)に関係なく, 譲渡担保の効力は個別動産に及ばなくなる。次に, (ii)の場合に, (ii)()と(ii)()の組み合わせでは, (i)と同じ結論になる。結局, 個別動産に対して集合物譲渡担保が追及し得るのは, (ii)()の場合に限られることになる。
- 278) 道垣内・前出注(19)129頁以下, 同・前出注(273)326-327頁。
- 279) 伊藤・前出注(274)117頁。
- 280) 森田修・前出注(20)『新・民法の争点』108頁。
- 281) 千葉恵美子・最判平成18年7月20日判批・私法判例リマークス35号(2007年下)21頁。
- 282) 森田宏樹「事業の収益性に着目した資金調達モデルと動産・債権譲渡公示制度」金融法研究21(2005年)91-92頁, 同・前出注(20)1頁, 森田修・前出注(20)『新・民法の争点』108頁。ただし, 対抗要件が未だ占有改定にとどまる場合には, なお従来の議論が意味を持つと思われる。
- 283) 中村・前出注(18)金判1272号1頁, 同・前出注(2)『ABLの理論と実践』117頁。
- 284) 堂園昇平「セキュリティトラストと担保のための信託」金法1806号5頁(2007年)。道垣内弘人「担保のための信託」金法1811号26頁(2007年)も参照。
- 285) また, 重複設定の他に, 固定化を生ぜしめる事由の検討等はまた不十分である。しかし, イングランド浮動担保においても, 自動結晶化条項の有効性に未だ疑問がないわけではなく, 日本法でも, 譲渡担保実行通知をなしてはじめて固定化が生ずると解すべきであろう。
- 286) 田村耕平・最判平成18年7月20日 判決判批・熊本法学111号123-124頁(2007年)。
- 287) また, 下級審では, 店舗のビルの1階から3階への商品の移動により, 集合物の特定性が失われるかどうかの問題となった事例がある(名古屋地判平成15年4月9日金法1687号47頁, 同判決の評釈として, 藤澤治奈・ジュリスト1279号(2004年)151頁がある)。この事件では, 同一店舗内にある限り特定性は失われなかったとされたが, 場合によっては, 「本店舗内1階の商品」という指定の場合に, 3階への商品の移動が「搬出」に当たると解される可能性もあると思われる。

* 本稿は, 2007年度科研費基盤研究(c)による, 研究成果の一部である。