

《研究ノート》

ニュージーランドにおける
会社の借財能力(上)

——ニュージーランド会社法研究Ⅵ(1)——

青木英夫

はじめに

ニュージーランドにおいても、1980年に会社法の改正が行われ、この改正法は1981年4月1日に発効した。同改正法によれば、例えば、会社は、その役員が会社の財政状態を相当な正確さをもって判断しうる財務記録を作成しなければならず、会社の役員が、会社がその債務を期限に支払うと相当な理由をもって信ずるのが正当であるというためには、これらの財務記録の利用が通常可能でなくてはならず、この利用が不可能な場合に、会社が支払不能となれば、役員が無限責任を負うことになる(ss. 151 and 320)。また、改正法は、315条C、315条Aおよび315条Bを設け、関係会社の債務に対する会社の責任および共同清算に関して定めた。ここにいう関係会社とは、衡平資本の過半数を有する共通株主が存在する会社であって、各会社の営業が独立に行われているとは認め難い会社をいい、一般に会社集団と呼ばれる集団に属する会社である(S. 2)。315条Aによれば、「清算中の会社の清算人または債権者の申立にもとづいて、裁判所は、清算会社の関係会社に、清算債務の全部または一部を清算人に支払うことを命ずることができる。」また、315条Bによれば、「2以上の清算会社がある場合には、いずれかの会社の清算人の申立にもとづいて、裁判所は、これら清算会社を一つの会社として共同に清算することを命じうる。」315条Cは、裁判所がこの命令を発する基準を定めている。これらの規定は、各会社は法的には独立であって、親会社は子会社の債務について責めに任じないという一般原則を変更するものである。この結果は、子会社によりリスクの多い事業を行わんとする会社に重大な影響を与えることになる。さらに、改正法

は、清算中や破産手続中の会社に関し特別の規定を設け、取締役または関係者もしくは関係会社に与えられた証券、過少または過大な対価を伴う取引および清算前2年以内になされた一定の取引を無効にすることを定めている。改正法は多くの不明確な部分を有するが、有限責任に関する従来の考え方を変更し、取締役および秘書役の責任を著しく増大させるものである。

以上のほかにも改正法は重大な改正をニュージーランド会社法にもたらしめているのであるが、これに関する詳細な文献を筆者は残念ながら未だ入手していない。したがって、従来と同様に1975年までの改正法を最新のものとして、この研究ノートの稿を続ける。1980年改正法により生じた変更については、将来、資料の入手次第訂正することとする^{補注}。

1 基本定款の規定

(1)緒説 会社の能力は、制定法、基本定款¹⁾および——限定された範囲においてであるが——付属定款²⁾に定められている³⁾。基本定款または付属定款によって禁止されない限りは、商事会社には、その営業のために借財をしかつそのために担保を提供する権限が黙示的に認められている⁴⁾。借財能力は、商事会

補注) 改正法にもとづく J.F. Northey, *Introduction to Company Law in New Zealand* (9th ed., 1981) を本稿の脱稿後入手した。次稿以後は改正法にもとづくことが可能となった。

- 1) 解釈上問題が生ずることがある。例えば、会社財産を担保にする権限を会社に授権する定めが、会社の未請求資本を担保にする権限におよぶのか、問題となる。未請求資本については、拙稿「ニュージーランド会社法における株主および資本(中)」獨協法学第16号60頁参照。基本定款および付属定款に別段の定めがない限りは、借財能力は未請求資本を担保にする権限を含む (Re Pyle Works (1890) 44 Ch. D. 534(C. A.))。会社財産を担保にして借財することを許す基本定款の定めは、未請求資本を担保にすることを認める (Newton v. Anglo-Australian Investment Co. [1895] A.C. 244 (P.C.))。英国では、清算のときにのみ、払込を請求しうる資本は、借財の担保とすることはできない (Re Mayfair Property Co. [1898] 2 Ch. 28 C.A.)。しかし、ニュージーランドにおいては、このルールも会社法典69条に従うのであって、69条は、未請求資本も担保に提供することを認める。もっとも、担保権は会社の清算のときまでは実行できない。なお、銀行と当座貸越契約を締結することも借財である (Brooks & Co. v. Blackburn Benefit Socy. (1884) 9 App. Cas. 857)。
- 2) 拙稿「ニュージーランドにおける会社の設立(下)」獨協法学第13号53頁以下参照。

社の営業目的に付随するものだからである⁵⁾。商事会社以外の会社では、借財能力が基本定款によって授権されていなければならない⁶⁾。基本定款は、会社の借財能力に制限を設けることができる⁷⁾。しかし、より普通になされるのは、付属定款の定めによって、一定限度までの借財は取締役会で決定できるが、これを越えるときには、総会の承認が必要であるとする方法である⁸⁾。会社に借財能力が認められているときには、この借財返済のために会社財産を担保とする権限も黙示的に認められている⁹⁾。もちろん、この黙示的権限に、基本定款または付属定款によって明示の制限を設けることができる¹⁰⁾。なお、会社は、営業開始の許可があるまでは、借財の権限を行使してはならない（S. 117）。

(2) 能力外の借財 会社が基本定款によって授権された借財の権限を越えたとき、または、取締役会が付属定款によって取締役会に授権された権限を越えたときは、それは能力外の借財である¹¹⁾。借財が会社の権利能力外であるときには、借財のために提供された担保は無効であり、追認によって有効にすることはできない¹²⁾。このような借財によっては、会社は、コモン・ローにおいてもまた衡平法においても、債務を負担しない¹³⁾。この場合、貸主は会社に対して支払の訴を提起できないとしても、次の救済手段を有する¹⁴⁾。

(イ) 権限を保証したことを理由に取締役に対して訴を提起することができる¹⁵⁾。取締役会が借財の権限を明示または黙示的に保証したならば、この表示

3) J. F. Northey, *Introduction to Company Law in New Zealand* (8th ed., 1976), p. 283.

4) *General Auction Estate Co. v. Smith* [1891] 3 Ch. 432, and *Re Badger* [1905] 1 Ch. 568.

5) See *Re Introductions Ltd.* [1969] 2 W.L.R. 791.

6) もっとも、第2付則13条は、会社の目的に付随するものとして借財能力を認めている。基本定款で明文をもって排除または変更をしない限りは、1957年以降に登録された会社は、第2付則に定める目的および能力を、会社の明示の目的に付随するものとして有する（S. 16）。

7) 例えば、*払込済資本の3分の2以下というようにである* (W.L. Farrands, *Company Law in New Zealand* (1970) p. 339)。

8)~10) Northey, *op. cit.*, p. 283.

11) Northey, *op. cit.*, pp. 283-284; D.J. Dalgish, *Company Law in New Zealand* (5th ed., 1965), p. 120.

12) *Fountains v. Camarthen Rly. Co. Ltd.* (1868) L.R. 5 Eq. 316.

を理由に取締役の責任を追及することができる¹⁶⁾。

(ロ) 借り入れられた金銭が、会社の権限内の債務の支払にあてられたときには、支払にあてられた金額の範囲で貸主は債権者となり、したがって、会社から返済を受けることができる¹⁷⁾。借入金が会社の適法な債務の支払に充当された場合には、貸主は、自己の貸金について提供された担保について権利を取得するが¹⁸⁾、支払を受けた適法な債権者が有していた担保または優先権を取得しない¹⁹⁾。

(ハ) 貸主は、追奪命令 (tracing order) を得て、会社の手中にある自己の貸付金またはその貸付金をもって購入した財産を特定し、会社がその金員ま

13) Farrands, op. cit., p. 340.

14) Northey, op. cit., pp. 284-286; Farrands, op. cit., pp. 340-341.

15) この救済手段を利用できるのは、基本定款または付属定款は取締役会に借財の権限を授權しているが、取締役会がこの権限を濫越し、しかもこのことを貸主に開示しなかったかまたはなんらかの方法で会社の権限を不実表示をした場合に限られる (Chapleo v. Brunswick Permanent Building Society (1881) 6 Q.B.D. 696, 715, per Brett L.J., Firbank's Executors v. Humphreys (1886) 18 Q.B.D. 54, and Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd. [1968] 1 Q.B. 549; [1967] 3 All E.R. 98)。Hely-Hutchinson ケースでは、取締役に締約権があったことを理由とする請求が認められなかったとしても (実際には認められたのであるが)、権限の保証を裏切ったことを理由に、取締役の責任を追及できたであろう、といわれた。詐欺または過失を訴因とする請求 (Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] A.C. 465; [1963] 3All E.R. 575 においては、これを理由に上訴された) も可能である。

16) Weeks v. Propert (1873) L.R. 8 C.P. 427. 法定通知の法理 (the doctrine of constructive notice) は、悪意不実表示を理由とする請求を敗訴とさせない。法定通知の法理は会社のためにのみ機能する、という Slade J. (Lowe & Wills [1927] 1 K.B. 246; affd. [1928] A.C. 1) の意見に鑑みれば、たとえ詐欺が主張されなくても、取締役は、借財権の制限についての法定通知が貸主になされたとは主張しえないであろう。貴族院も同旨である (Morris v. Kanssen [1946] A.C. 459; [1946] 1 All E.R. 586. これは、取締役は内部的業務執行の法則 (the indoor management rule) を援用できないと判決されたときに、とられた理由である。Cf. Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd. [1968] 1 Q.B. 549; [1967] 3 All E.R. 98)。内部的業務執行の法則については、拙稿「ニュージーランド会社法における株式および資本 (下)」獨協法学第17号68頁 (注) 28参照。

上述の Firbank's 事件において、Fは会社のために仕事をしたが、会社は、支払うべき現金がなかったので、Fに社債を割り当てることとした。Fは知らなかったのであるが、会社は発行権を有する社債を既にすべて発行してしまっていた。判決：Fは、受け取るはずであった社債額面に相当する金額を損害として取締役に賠

たは財産を手離すことを差し止めることができる²⁰⁾。

基本定款に明示的または黙示的に定められた目的の範囲外である会社の権利能力外の借財²¹⁾と取締役会の権限外の借財とを区別しなければならない²²⁾。前者の借財は無効であり、会社はどのような状況においても追認することができない²³⁾。これに対して、借財が取締役会の権限を踰越するにすぎない場合は、会社は、それを追認し、有効とすることができる²⁴⁾。また、会社の追認がない場合であっても、その踰越が会社の内部的業務執行手続違反である場合には、貸主は、ターカンド事件の原則を援用し²⁵⁾、会社から貸付金を回収することができる²⁶⁾。さらに、貸主は、借財が会社の能力外の場合と同一の救済手段を有する。すなわち、追奪命令および代位を援用することが可能であるとともに、権限の保証の裏切りを理由に取締役の個人的責任を追及することができる²⁷⁾。

法定通知の法理により、会社の借財の権限に基本定款および付属定款によっておかれた制限についての通知を、貸主が受けたとみなされる。この法理によ

債を求めることができる。

- 17) *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (1887) 19 Q.B.D. 155; *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398.

Lord Parker は、*Sinclair* 事件において、次のように述べている (at p. 441)。「借り入れられた金銭が（会社の適法な債務の支払に）充当されるならば、その範囲においては、会社または団体の債務に増加がないことを理由に、借入契約を有効とすることになる結果には若干疑問がある。この場合、借入契約に担保が提供されているならば、同様な範囲で担保は有効となる。貸主は、支払いを受けた適法な債権者の権利に代位すると考える方がより妥当かも知れない。」*Wynn-Parry J.* は、現在の判例の流れは、代位には反対である、と述べた (in *Re Diplock's Estate* [1947] 1 Ch. 716, 778; [1947] 1 All E.R. 522, 547)。

Farrands は、これが、能力外の借財が会社の一般債務を増加させないことを理由とするのか、または代位の法則にもとづくのか、疑問であるという (op. cit., p. 340)。

- 18) *Blackburn Building Society v. Cunliffe Brooks & Co.* (1889) 22 Ch. 61. 貸主が貸付が能力外であることを知っていたことは問題でないようである (*Reversion Fund Ltd. Maison Cosway Ltd.* [1913] 1 K.B. 364).

- 19) *Farrands*, op. cit., p. 341; *Northey*, op. cit., p. 285.

Re Wrexham Mold & Connah's Railway Co. [1899] 1 Ch. 440. 会社は優先順位を異にする A、B および C の 3 種の不特定額面社債を発行していた。銀行からの借入金が、A 社債の利息および B 社債の利息の一部の支払においてられた。銀行は、支払を受けた A 種の社債権者の権利に代位することを主張した。判決：銀行は B および C の種類の社債権者に優先せず、銀行は担保権を有する債権者としての地位を

有しない。

- 20) *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398. この事件において、Lord Parker は、次のように述べた (at p. 441)。

「会社その他の制定法上の団体は、みずからまたは代理人によって、能力外の行為の当事者となりえない。会社の取締役会または団体のために行動をする代理人が能力外の借財をしたときには、借入金が取締役または代理人の手中にある限りは、それは貸主の財産である。したがって、コモン・ロー上、貸主は、それを特定できる限りは、その金員の返還を求めることができる。その金員が財産の購入に使用されたときには、その金員を使用して財産を購入する者の行為を追認することによって、貸主は購入財産の返還を求めうるであろう。」

- Tauranga Borough v. Tauranga Electric-Power Board* [1944] N.Z.L.R. 155; [1944] G.L.R. 14.

電力の売買契約が市および委員会の権限外であると判決された。したがって、いずれの当事者にも、契約上の権利が発生しなかった。委員会は市から多量の電力を受け取ったが、この電力は委員会のもではなく、市のものであること、委員会はこの電力を売却し、その売上金を所持することが明らかとなった。売却された電力の量、得られた代金および売却の費用の調査が命ぜられた。委員会は、その純売上金について市に報告すべことが命ぜられた*

- See also *Re Diplock's Estate* [1948] Ch. 465; [1948] 2 All E.R. 429; *affd. sub nom. Minister of Health v. Simpron* [1951] A. C. 251; [1950] 2 All E.R. 1137, and consider the effect of the *Judicature Act 1908*, ss. 94 A and 94B.

* この事件は、能力外の借財に関係はないが、裁判所により採用された原則は、能力外の借財に適用しうるのである。

- 21) 会社の借財の権限を踰越した範囲でのみ借財は能力外となり、無効となるようである (*Wenlock v. River Dee Co.* (1887) 19 Q.B. 155.)
- 22) *Northey*, op. cit., p. 286.
- 23) *Sadler v. Auckland Co-operative Society Ltd.* [1926] N.Z.L.R. 84; [1925] G.L.R. 233. *Re Jon Beauforte Ltd.* [1953] Ch. 131; [1953] 1 All E.R. 634 においてなされた命令は、清算において、証明される全債務、負担その他の損失の支払がなされた後には、請求を認めるようにみえる。
- 24) *Irvine v. Union Bank of Australia* (1877) 2 App. Cas. 366 (P.C.).
- 25) ターカンド事件の原則については、(注) 16 参照。
- 26) *Page-Wood V.C.* は、この法則を、次のように明らかにしている (*Fountain v. Camarthen Railway Co.* (1868) L.R. 5 Eq. 316)。

取締役会が会社を拘束する権限を有するが、この権限を正当に行使するには、会社側において一定の手続が必要な場合には、取締役と契約する者は、これらの手続がすべて遵守されたことを確認しなくてもよい。取締役会が適法に手続を遵守していることを、その者は前提としてよい。ターカンド事件における Lord Campbell の判決の効果である。

- Bankers L.J.* は、これに同意して、次のように述べた (*Kreditbank Cassel v. Schenkers Ltd.* [1927] 1 K.B. 826)。

「……会社と取引をする第三者が、内部的業務執行のすべての事項が正当に遵守されたことを会社に対し当然のこととする権利を有することは、明確に確定している。

って、会社は、借財が能力外であると認識されたまたは認識されるとみなされたことを理由に、責任を免れることができるであろう²⁸⁾。しかし、法定通知の法理は、会社法典34条3項によって、借財については部分的に除外されている²⁹⁾。会社法典34条3項は、次のように定めている。

「会社と取引をする貸主その他の者は、基本定款または付属定款によって借財に設けられた制限を知りまたは調査する必要はない。このような制限を越えてなされた債務または提供された担保は、無効ではない。ただし、債務がなされまたは担保が提供されるときに、それによって制限が超越されたまたはされることの明示の通知が、貸主または担保権者になされたときは、この限りではない。」

「明示の通知」の立証責任をだれが負担するかは、判例で明らかとされるであろうが、会社の定款を読むことがこの通知にあたるとは思えない³⁰⁾。逆に、定款について知らないことが貸主を強い立場におくのである³¹⁾。

会社法典34条3項が能力外の借財を有効とするのは、制限が超越されたときのみである³²⁾。したがって、会社が借財の権限を有しないとき、または、基本定款または付属定款が特別の手続——例えば、特別決議による承認——を定めており、その手続が遵守されなかったときには³³⁾、適用がないのである³⁴⁾。

1952年の土地譲渡法（Land Transfer Act 1952）の強行規定により、同法にもとづいて登記した譲渡抵当権者は——その譲渡抵当により担保される借財が権利能力外であっても——、会社に対して債務の支払を強制することができる³⁵⁾。

……」

27) Farrands, *op. cit.*, p. 342.

28)・29) Northey, *op. cit.*, p. 286.

30)・31) Farrands, *op. cit.*, p. 342.

32) Northey, *op. cit.*, p. 287.

33) Sadler 事件の判例は、34条3項により影響を受けないと思われる。

34) この場合には、内部的業務執行の法則の適用の余地があるように思われる。会社法典34条3項の適用がなくとも、内部的業務執行の法則によって弁済義務を強制しうる場合があるかも知れない。

35) See *Boyd v. Mayor of Wellington* [1924] N.Z.L.R. 1174; [1924] G.L.R. 489, and *Re Kaihu Valley Railway Co.* (1890) 8 N.Z.L.R. 522 (これは、無効な証書

会社が社債の引受、金銭の寄託または貸付を公衆に勧誘するために目論見書を発行した場合には、目論見書に関する会社法典の規定に従わなければならない³⁶⁾。

なお、借財および目論見書の発行に関する規定が、1974年海外投資規制法 (Overseas Investment Regulations 1974) にも定められている。

2 担保

基本定款による明示または黙示の授権がある場合には、会社は、借入金返済を担保するために、会社財産に担保権を設定することができる³⁸⁾。会社は、基本定款による授権があるときには、会社の全財産を一括し、かつ未請求資本を担保とすることができる³⁹⁾。借入金は次のものにより担保される⁴⁰⁾。

- (1) 社債。
- (2) 物的財産（不動産）についての譲渡抵当。
- (3) 動産担保証書。
- (4) 衡平法上の譲渡抵当⁴¹⁾。
- (5) 約束手形および為替手形。
- (7) 不特定額面社債。

1924年動産譲渡法59条によれば、会社により発行されかつ同法にもとづき登記されている譲渡抵当証書、担保証書および社債に、同法の若干の規定が適用される⁴²⁾。

にもとづく登記の効力に関する)。

36) これについては、拙稿「ニュージーランド会社法における株式および資本（上）」獨協法学第15号89頁以下参照。

37) Northey, *op. cit.*, p. 287.

38) *Ibid.*, pp.287-288.

39) *Re Russian Spratts Patent Ltd.* [1898] 2 Ch. 149. 「どのような担保でも」の意味については、*Newton v. Debenture Holders of Anglo-Australian Investment Co.* [1895] A.C. 244 参照。この事件では、どのような担保を提供しても借財をなしうることが基本定款で授権されていた。未請求資本を担保となしうると判決された。See *Dalgish, op. cit.*, p. 121.

40) Northey, *op. cit.*, p. 288.

41) 1952年財産法77条によれば、土地の衡平法上の譲渡抵当は、不動産権利証書の寄

会社法典69条によれば、資本性準備金⁴³⁾にも担保を設定できるが、イギリス会社法とは、この点において異なる⁴⁴⁾。

上述のように会社は、さらに、未請求資本、および浮動担保 (floating charge) を担保となしうるのである⁴⁵⁾。

3 担保の登記⁴⁶⁾

(1) 緒説 会社により設定されかつ会社法典102条にいうすべての担保（証書）の謄本を登記官吏に登記しなければならない⁴⁷⁾。この謄本には、当該担保証書の作成および謄本の真正さに関する法定の宣言を付記しなければならない⁴⁸⁾。担保が、他の法律、例えば、1952年土地譲渡法により登記されているならば、そのことを明らかにするに十分な担保についての詳細を登記しなければならない⁴⁹⁾。会社法102条にもとづいて登記される謄本は、次の担保に関するものである。

- (イ) 社債の発行のための担保(S. 102(2)(a))⁵⁰⁾。
- (ロ) 未請求資本に対する担保 (S. 102(2)(b))。
- (ハ) 個人が設定したならば、1924年動産譲渡法にもとづく登記が必要な担

託のみならず、譲渡抵当の合意を必要とする。

42) Northey, *op. cit.*, p. 288.

43) これについては、拙稿「ニュージーランド会社法における株式および資本（中）」獨協法学第16号60頁・61頁参照。

44) Dalgish, *op. cit.*, p. 121.

45) *Ibid.*, p. 122.

46) See Macarthur Report, 1973, paras. 172-186, discussion and recommendation for amendment.

47) 慣習上の買取選択権付物品使用契約またはそのような契約の目的物である動産についての譲渡抵当、質または担保設定としての譲渡に関しては、会社法典102条および103条は適用がない（1931年動産譲渡法改正法2条8項）。一般的留置権証書は登記の必要な担保ではない（*Waitomo Wools (NZ) Ltd. v. Nelsons (NZ) Ltd.* [1974] 1 N.Z.L.R. 484.

48)・49) Northey, *op. cit.*, p. 288.

50) 「社債の発行」の意義については、*Automobile Association (Canterbury) Inc. v. Australasian Secured Deposits Ltd.* [1973] 1 N.Z.L.R. 417 で解釈がなされている（会社が負担する債務を証明する《three instruments》を除いている）。See also Macarthur Report, 1973, para. 175.

保⁵¹⁾ (S. 102(2)(c))⁵²⁾。

(e) 会社の全財産に対する浮動担保 (S. 102(2)(d))。

(f) 土地 (その所在を問わない) または土地についての権利に対する担保⁵³⁾ (S. 102(2)(e))。

(g) 会社の帳簿上の債務 (book debts) に対する担保 (S. 102(2)(f))。(この債務を保証するために交付された流通証券の寄託を含まない⁵⁴⁾ (S. 102(5))。

(h) 未払請求に対する担保 (S. 102(2)(g))。

(i) 船舶に対する担保 (S. 102(2)(h))。

(j) のれん, 特許権, 商標権または著作権に対する担保 (S. 102(2)(i))。

担保を設定する証書の作成がニュージーランドにおいてなされたならば, 作成後21日以内にその謄本を登記しなければならないが, ニュージーランド国外で作成されたときには, 3カ月以内でよい (S. 102(3))。裁判所は, これらの期間を伸長することができる⁵⁵⁾。

51) *Carncross v. Wilson's Motor Supplies Ltd.* [1924] N.Z.L.R. 327; 1923 G.L.R. 612 参照 (この事件では, 当該合意が1924年動産譲渡法2条 [証書の定義] の適用を受けないように「必要性」が解釈された。個人により設定された証書であるならば, 1924年動産譲渡法18条および19条所定の範囲および人に関して無効であったろう (同法24条)。S.R. Riesenfeld, *The Quagmire of Chattels Security in New Zealand* (Legal Research Foundation, 1970), 15-19 参照。

52) *Stoneleigh Finance Ltd. v. Phillips* [1965] 2 Q.B. 537; [1965] 1 All E.R. 513 参照 (これは, 送り状がそのような担保を設定するか否かに関する。条件付買取選択権付物品使用契約は会社法典102条の担保にはない (*Paintin and Nottingham Ltd. v. Miller, Gale and Winter* [1971] N.Z.L.R. 164)。

53) 102条6項参照。 *Capital Finance Co. Ltd. v. Stokes* [1969] 1 Ch. 261; [1968] 3 All E.R. 625 参照。また, 買受契約 (agreement for sale and purchase) にもとづいて会社が所持する土地に関して, 102条11項参照。

54) See s. 102(5), *Ashby, Warner & Co. Ltd. v. Simmonds* [1936] 2 All E.R. 697, and *Paul & Frank Ltd. v. Discount Bank (Overseas) Ltd. and the Board of Trade* [1967] Ch. 348; [1966] 2 All E.R. 922。連合王国においては, 生産物を処分するために買取選択権付物品使用契約を締結した会社が, 前貸の担保としてその契約を寄託したならば, 会社の帳簿上の債務に対し担保が存することとなる (*Farrands, op. cit.*, p. 363)。将来の帳簿上の債務に関する担保も102条にもとづいて登記可能である (*Independent Automatic Sales Ltd. v. Knowles & Foster* [1962] 1 W.L.R. 974)。

55) *Northey, op. cit.*, p. 289。

同一順位の一組の社債を発行した場合には、次の事項を登記すればよい（S. 102(7)）。

(i) その一組の社債により保証される総額。

(ii) その一組の発行を承認する決議の日付および担保を設定または特定する担保捺印証書がある場合はその日付。

(iii) 担保財産についての一般的説明。

(iv) 社債権者のために受託者が存在するときは、その名称。

これらの登記に、担保を設定する捺印証書の謄本、または捺印証書が存在しないときには、その一組の社債の社債証書の謄本を添付しなければならない。これらの謄本には、その証書の作成および謄本の真正さに関する法定の宣言を付記しなければならない。ただし、一組の社債の数次の発行があるときには、各次の発行の日付および総額について登記すべきであるが、登記の懈怠は発行済社債を無効しない。

社債の申込人もしくは社債の申込に同意した者または社債の申込を勧誘することに同意した者に対する対価として、会社が、手数料、手当または割引料を支払ったときには、これらの支払についての詳細が、会社法典 102 条の登記とともに登記されなければならない（S. 102(8)）。

(2) 登記の効果 担保（証書）または担保の詳細に関する登記は、会社と取引をする人に対して、担保の存在および条件についての通知とは、通常、みなされない⁵⁶⁾。しかしながら、登記は、二つの目的に役立つ⁵⁷⁾。

(i) 担保が会社法典 103 条により無効とされることを回避する。

(ii) 会社によって設定された担保の優先権に登記は影響する。もっとも、必ずしも優先権を決定するわけではない。

会社法典 102 条12項は、登記が、同法典にもとづき登記された担保に関して、どの範囲で通知があるとされるかを示唆する。

56) Wilson v. Kelland [1910] 2 Ch. 306, 313 per Eve J. 《Income Tax Assessment Act 1957》32条は、未払源泉徴収税の控除を保証する担保に関して、国に特別の立場を認めた。同法32条5項により、登記は、担保の存在および額についてすべての人に対する通知となる。

57)・58) Norlthey, op. cit., p. 290.

102 条 12 項によれば、1924 年の動産譲渡法 4 条 2 項に定める場合を除いて、担保証書の登記は⁵⁹⁾、それ自体では、証書の内容について、何人に対しても通知があったとはされない⁶⁰⁾。

かように、1952 年土地譲渡法にもとづく登記とは異なり登記は、必ずしも担保についての通知ではなく、優先権は、登記の日付のみによって決定されない⁶¹⁾。しかし、動産に関する担保の登記は、その後に登記された担保の権利者に対して、優先的担保権の存在およびその内容に対する通知となる⁶²⁾。

1939 年の動産譲渡法改正法は、動産の定義を広げて、帳簿上の債務も動産に含め、これについて担保証書を作成することを認めた。したがって、買取選択権付物品使用契約にもとづいて以後支払われる額を帳簿上の債務⁶³⁾として区分

59) その証書が譲渡抵当証書であって、1952 年土地譲渡法にもとづいて登記がなされるならば、登記は、登記の日において、通常原則にもとづき、その土地に関する優先権を認める。登記は、同法のもとにおける通知である。

60) 動産譲渡法 4 条 2 項および 3 項は、次のように定める。

「(2)1955 年会社法または《Industrial and Provident Societies Act 1908》に定める方法で登記がなされたときには、3 項に定める場合を除いて、上述の 1955 年法により設立された会社または上述の 1908 年法により設立された団体 (society) により動産の全部または一部に設定された担保および——それが動産に関する限り——その担保の内容について、すべての者に通知があったものとする。」

「(3)1 項および 2 項の適用のある担保証書の登記はその証書の存在またはその内容について、同一の動産またはその一部に関するすでに登記された証書の被譲与者に対する通知とは、それだけではない。」

61) Northey, op. cit., p. 291.

62) 会社法典 102 条 12 項および動産譲渡法 4 条 2 項・3 項の効果を註明する事件がある。Dempsey v. Traders' Finance Corporation Ltd. [1933] N.Z.L.R. 1258; [1933] G.L.R. 850.

1928 年に、私会社である A 会社は、動産を含む自己の財産に、B 銀行のために浮動担保を設定して債務証書を作成した。この債務証書の債務条項において、この債務証書の担保に優先するかまたは同順位の担保を以後設定しないことを、A 会社は約束していた。1930 年に A 会社は金融機関である C に対する譲渡抵当に署名したが、C は、先立つ債務証書およびその担保たる会社の財産について了知していた。争点は、B の有する債務証書の不作為条項を、C が知っていたとみなされるか否かであった。Smith J. は、次のように述べている (at p. 1292)。

「債務証書の登記は、その存在についての通知であり、かつそれは、130 条 (現行会社法典 103 条) の効力を回避するために会社が必要とする保護を与えるものであるとしても、それが債務証書の内容の通知になるという法は、ニュージーランドにはないと私は考える。内容について法定通知があったとすべき事情のない限り、

債務証券の存在についての現実の通知もそれ以上に通知の効果を有するものではない。Cが、その銀行(またはA)から、当該債務証券の不作为条項について通知を受けたことを示す証拠はない。」

スミス判事は続ける (at pp.1298-9)。

「本件においては、銀行の担保権は登記されているから、動産譲渡法4条2項が適用され、債務証券およびその内容に関する通知が——動産、すなわち引渡によって完全に譲渡可能な人的財産に債務証券が関する限り——Cになされたことになる。かかる通知は、商品である動産が営業の通常の経過において売却その他の処分をうけることのお知らせを伴う。買取選択権付物品使用契約による処分が営業の通常の経過に属する処分であったことには争いが無い。したがって、買取選択権付物品使用契約による否とにかかわらず営業の通常の経過において売却された動産は債務証券の担保から離脱するが、その引渡があるまでは、動産そのものは債務証券の担保に帰属することについて、すべての人に対して通知があったのである。当該債務証券がそのような動産に関する限りは、不作为条項、すなわち、その債務証券に優先するまたは同順位での譲渡抵当または担保権をその動産について設定できない、という通知が、制定法上、すべての人に対しなされたのである。しかし、制定法上の通知は動産に限定されるのであるから、動産以外の財産に関する限り、債務証券についての通知があったことにはならない。

債務証券が買取選択権付物品使用契約の権利を含めて契約上の権利に関するものである限り、その債務証券についての制定法上の通知があったことにはならない。これらは、明らかに無体財産である。したがって、当該債務証券に優先する譲渡抵当または担保権がかかる契約に設定されえないという通知があったと制定法上されるのではない。

判事はいう (at p. 1300)。

「以上のところ、契約上の権利に影響を与える債務証券の内容についての通知がなかったから買取選択権付物品使用契約の権利を譲渡する8月25日の譲渡は、債務証券に優先するというのが私の結論である。

したがって、Cは、Bの債務証券が動産に関する限り、制限条項の通知を受けたとみなされるだけである。Bは、債務証券が動産に関する限り優先権を有するのであるが、Cはその他の財産に優先権を有する。もちろん、Bの債務証券についてのみならず制限条項についてもCに現実の通知がなされていたならば、Cは優先権を有しなかつたであろう。」

この判決がなされた当時、1924年動産譲渡法31条は、次のような定めを含んでいた。

「本条は、1908年会社法により登記された会社により会社財産について設定された浮動担保については適用がない。ただし、この担保が本法に定める方法で登記されたときはこの限りでない。」

- 63) 将来のものを含めて帳簿上の債務についての浮動担保または特定担保は、担保の通知を受けた者または受けたとみなされる者に対して優先する効果があると考えられる (S.R. Riesenfeld 'The Quagmire of Chattels Security in New Zealand, pp. 21-23, and especially Independent Automatic Sales Ltd. v. Knowles and Foster [1962] 1 W.L.R. 974; [1962] 3 All E.R. 27, cited by Professor Riesenfeld in fn. 205)。

できるならば、その登記は、動産に対する登記として優先権を有することとなる。帳簿上の債務と関係を持つ者は、それに対する浮動担保の不作為条項の通知を受けたとみなされるから、浮動担保権者は、帳簿上の債務についても優先権を有するであろう⁶⁴⁾。

慣習上の買取選択権付物品使用契約に関する限り、1931年動産譲渡法改正法 2 条 8 項により会社法典102条または103条は、一定の担保証書には適用されない⁶⁵⁾。しかし、このことは、会社法典 102 条12項が従わざるをえない動産譲渡法 4 条 2 項の適用を妨げない⁶⁶⁾。換言すれば、借主が会社である場合には、動産に関する優先権は、動産譲渡法 4 条 2 項により決定されるのであり、会社法典102条12項は、会社の本店で登記される一定の証書に関して、このことを確認するにすぎないのである⁶⁷⁾。

102条12項の適用のある場合は別として、特定担保は——その設定が後であったとしても——、浮動担保に通常は優先する⁶⁸⁾。浮動担保は衡平法上の担保にすぎなく、結晶するまでは特定の財産に属するものではない⁶⁹⁾。しかし、当該浮動担保と同順位または優先する担保を以後は会社は設定しないという、先行浮動担保の条項について、後行の特定担保権者が現実には通知を受けた場合には、特定担保権者が浮動担保権者に劣後することが衡平法上の原則である⁷⁰⁾。同一財産に関する浮動担保間の優劣は、登記された浮動担保間においてと同様に、担保設定の日付による⁷¹⁾。

会社により設定された担保が、1952年土地譲渡法にもとづいて登記されたときには、担保の優先性は、その法律により決せられる⁷²⁾。優先権は、その土地にその後関係した者に対する通知である登記により保証される⁷³⁾。

64)~67) Northey, op. cit., p. 293.

68) Paintin and Nottingham Ltd. v. Miller, Gale & Winter [1971] N.Z.L.R. 164, 168, per North P.

69) Re Manurewa Transport Ltd. (In Liquidation) [1971] N.Z.L.R. 909. 結晶する場合については後述する。

70) Dempsey v. Traders' Finance Corporation Ltd.(supra); English & Scottish Mercantile Investment Co. v. Brunton [1892] 2 Q.B. 700, also tends to support this proposition.

71)~73) Northey, op. cit., p. 293.

(3) 未登記の効果 担保証書の謄本が会社法典102条に従い登記されない場合には——それが他の法律によって登記しうるときを除いて⁷⁴⁾——、会社の財産または営業への担保の設定に関する限りは、一定の者に対して担保は無効である(S.103)。担保は、会社の清算人および債権者に対して無効であるが、これは返済義務を害するのではなく、担保が無効となれば、直ちに借入金は返済しうることとなる⁷⁵⁾。本条の適用の結果、自己の担保権設定の時に、無効な未登記担保の存在を了知した登記済担保権者は優先権を与えられる⁷⁶⁾。

会社法典103条は、清算人および債権者に対して未登記担保を無効にするにすぎないから、会社に対しては有効であると推定される⁷⁷⁾。したがって、未登記担保権者は、収益職理人を指名すべき権利を有しうる⁷⁸⁾。

会社が設定したならば登記を必要とする担保権が設定された財産を会社が取得したときには、会社は、その担保を設定する証書の謄本を登記しなければならない(S.104)。会社は、その財産の取得の日付および謄本の真正さに関する法定の宣言書を登記官に届け出なければならない。これらの書類は、場合により取得後21日以内または3月以内に、登記官に届け出なければならない。当該担保が既に登記官に届け出られているときには、その証書を特定するに足る事項の届け出でよい。

(4) 担保の登記 登記官は、会社ごとの登記簿を作成し、それに次の事項を記載しなければならない(S.105)⁷⁹⁾。

74) 例えば、土地譲渡法にもとづいて担保の登記を実際にする必要があるのか、あるいは、担保が単に登記可能であれば、103条2項の適用は除外されるのか、問題である(Northey, *op. cit.*, p. 294)。前者が法の趣旨に一層適合するであろうが、Wild C.J. は後者の見解をとっている(Re Mountain View Property Ltd. [1972] N.Z.L.R. 1, noted in [1972] Recent Law 33)。See Macathur Report, 1973, para. 180.

75) Northey, *op. cit.*, p. 294.

76) Re Monolithic Building Co. [1915] 1 Ch. 643.

77) Northey, *op. cit.*, p. 294.

78) Re Row Dal Constructions Pty. Ltd. [1966] V.R. 249 は、この結論を支持する(この事件では、会社法典103条に類似した規定が、清算人が選任されたときのみ、担保を無効とすると解釈された)。

79) See Form 4, Companies Regulations 1956 (S.R. 1956/210).

(イ) 一組の社債の場合には、一組の社債の登記の際に要求される事項。

(ロ) 他の場合においては、

(a) 担保が会社によって設定されたときには、その設定の日付。担保が会社が取得した財産に既存の担保であるときには、その財産の取得の日付。

(b) 担保によって保証される総額。

(c) 担保権の設定された財産について簡単な説明。

(d) 担保権者の名前。

担保の登記の際に、費用の支払があると、登記官は、担保の登記済であることを証明しかつ担保により保証される総額を明らかにする証明書を発行しなければならない。この証明書は、登記に関する会社法の要件が順守されたことの排他的証拠である⁸⁰⁾。この証明書の謄本を、その後会社が発行する社債のすべてに裏書しなければならない (S. 106)。登記簿は費用を支払えば、自由に閲覧することができる⁸¹⁾。債務の完済または担保からの財産の除外の証拠の届け出があるときは、登記官は、完済または除外の記録を登記簿に記入しなければならない (S. 107)⁸²⁾。担保に関し収益管理人が選任された場合には、その選任に関する詳細を7日以内に登記官に届け、登記簿に記入せしめなければならない (S. 109)。これによって、会社と取引をする者は、担保が実行されているという事実を了知することができる⁸³⁾。

(5) 登記期間の延長 担保を設定する証書が所定の時期に登記されない場合であって、登記のないことが、偶発的その他十分な理由があるとき、債権者もしくは株主を害する性質のものでないとき、また救済を与えるのが正当であ

80) 登記官吏に不十分な事項が届け出られたときでも (Re Mechanisations (Eaglecliffe) Ltd. [1966] Ch. 20; [1964] 3 All E.R. 840), あるいは、悪意の場合を含めて、所定の事項に誤りがあるときでも (Re Eric Holmes (Property) Ltd. [1965] Ch. 1052; [1965] 2 All E.R. 333), 証明書は、排他的証拠である。Re C.L. Nye Ltd. [1970] 3 W.L.R. 158; [1970] 3 All E.R. 1061 において、控訴院は、証書の日付が実際に作成された日よりも3カ月を越えた後の日であったにもかかわらず、証明書を排他的であるとした。会社法108条にもとづく訂正が不可能であると考えられた。

81) Northey, *op. cit.*, p. 295.

82) 裁判所は、完済または除外の記録の記入を命ずる権限を有する。

83) Northey, *op. cit.*, p. 295.

り衡平であるときには、裁判所は、適当な条件のもとに、登記期間を延長することができる(S. 108)。

救済が与えられても、実際に登記のなされた時以前に取得された当事者の権利を害さないのが普通である⁸⁴⁾。しかし、このことは、清算が登記前に開始されない場合には、無担保債権者の利益にならない⁸⁵⁾。なぜならば、これらの債権者は、清算の開始前には、担保に属する財産に対していかなる権利も取得しないからである⁸⁶⁾。

(6) 会社の登録簿などの保管 会社は、登記官に届け出を要する担保を設定する証書の謄本を作成しなければならない(S. 110)。さらに、会社は、その登記した事務所に担保についての登録簿を備えなければならない。この登録簿には、特定担保および浮動担保のすべてについての詳しい説明、担保権の設定された財産についての簡単な説明、担保の総額、さらに——無記名証券が発行されている場合を除いて——、担保権者の名前が記載されなければならない(S. 111)。

上述の証書の謄本および担保の登録簿は、少なくとも1日に2時間は閲覧に供しなければならない。会社の債権者または社員は無料で閲覧できるが、これらの者以外は、手数料を支払わなければ閲覧することはできない(S.112)。

4 社債 (Debenture)

(1) 緒論 会社法典2条1項の定義によれば、社債とは、会社の財産に対する担保の設定の有無を問わず、不特定額面社債⁸⁷⁾、社債券その他の会社の証券である⁸⁸⁾。社債および特に浮動担保は、会社の借入金を担保する都合のよい手段であり、投資家にとって魅力的な担保である⁸⁹⁾。Bowen L.J. は、社債には

84)・85) Dalgish, op. cit., p. 124.

86) Re Dalgety & Co. Ltd. [1928] N.Z.L.R. 731.

87) 不特定額面社債の主たる利点は、その所持人は、証券の一部を譲渡することができる。社債の場合のように、証券全体の買主を探す必要がないことである。

88) 社債は、通常、会社財産に関する担保を伴っている。無担保の場合には、貸主は、自己の債権の弁済のために会社に対する訴権を有するにすぎず、社債を理由に、会社財産に償還請求する権利を有しない。

通常 3 種のものがあるという（これらに限定するのではない⁹⁰⁾）。

(イ) 債務に関する捺印のある単純な承認書。

(ロ) 債務を承認するとともに支払について会社財産に担保を設定する証書。

(ハ) 債務を承認し、返済について会社財産に担保を設定し、さらに、この担保権に優先する担保権を会社が設定することを禁止する証書。

社債が同順位の一組の社債であり、かつ社債権者に完済するに足る財産がある場合には、各社債権者から借りている額に応じて支払がなされるのであって、社債権者のある者に対して利息の支払いが遅滞していても、利息支払を平等にするための支払がまず第 1 になされるのではない⁹¹⁾。同一順位である旨を明らかにしない一組の社債が発行されたときには、それらは発行順に支払われるべきであり、それらが同日に発行されているときには、各人に割り当てられた数に従って返済がなされるべきである⁹²⁾。同一順位の一組の社債権者が担保権を実行するときには、その組の社債権者全員のためにしなければならない⁹³⁾。

(2) 社債の分類⁹⁴⁾ 社債はそれが有する権利に従い分類することができる⁹⁵⁾。

(イ) 登録された社債権者に支払がなされる社債⁹⁶⁾。

(ロ) 債券所持人に支払がなされる社債。

また、担保の性質からも、分類することができる⁹⁷⁾。

(イ) 特定の財産に関する社債。

(ロ) 浮動担保として機能する社債。

登録社債権者に支払われる社債は、債券に記載された者またはその時現在の登録社債権者に保証された金額および利息が支払われる⁹⁸⁾。これらの社債は、債券に定められた方法で譲渡しようが、正式の証書が会社に提出されない限り、

89) Northey, op. cit., p. 297.

90) English & Scottish Mercantile Investment Co. Ltd. v. Brunton [1892] 2 Q. B. 700, 712.

なお、社債の意味については、Lemon v. Austin Friars Investment Trust Ltd. [1926] Ch. 1 および Goodson v. Hawera Lawn Tennis & Croquet Club Inc. [1931] N.Z.L.R. 1096; [1931] G.L.R. 453 参照。

91) Re Midland Express Ltd. [1914] 1 Ch. 41.

92)~93) Northey, op. cit., p. 297

会社は譲渡を登録してはならない(S. 84)⁹⁹⁾。会社が登録を拒否するときには、会社は、そのことを譲受人に通知し、2カ月以内に譲渡証書を返還しなければ

94) Farrands は、社債を次のように分類する (op. cit., pp. 343-344)。

(1) 譲渡抵当 会社による土地の譲渡抵当は、社債である (Knightsbridge Estates Trust Ltd. v. Byrne [1904] A.C. 613)。

(2) 不特定額面社債 (Debenture stock) これは便宜的に一つに併合された借入金である。これは、会社財産に対する担保権を受託者に与える信託証書によって通常発行される。信託証書で譲渡可能な最小部分を定めることもできる。

(3) 無担保社債 (unsecured stock) 預託金または借入金が無担保であるときには、申込の勧誘および発行される証券において、これらは、無担保預託証書 (unsecured deposit notes) もしくは単に証書 (notes) と呼ばれるか、または「無担保」なる文字を含む表現によって呼ばなければならない。《debenture》および《registered》という文字は、それらの説明において使用してはならない (Companies Amendment Act 1966, s. 48A (4))。

(4) 担保付社債 (secured stock) 譲渡抵当社債 (mortgage debentures) および登記済譲渡抵当付社債 (registered mortgage debenture) なる文字は、次の要件をみたしたときのみ使用可能である。

(i) 発行会社の土地の一部または全部に対する第1順位の譲渡抵当権が、社債権者のために受託者に与えられていることによって、返済が保証されている。

(ii) 譲渡抵当が、土地が所在する地の法律によって登記されている。または登記が可能である。

(iii) その譲渡抵当により保証されかつ同一順位の全債務 (現在発行されるものを含む) の総額が、(発行に使用される) 目論見書に示される会社の土地の評価額の60%を越えない。

(iv) 土地の評価が、目論見書発行後6カ月内に、資格を有する鑑定人によって評価済である。この鑑定人は、発行会社またはその親会社もしくは子会社の使用人でなく、今後も、使用人とならない者でなければならない (Companies Amendment Act 1966, s. 48 A(5))。

上述の規定は、短期の金融市場のディーラー、または、公募しない預託金もしくは借入金には適用がない (Companies Amendment Act 1966, s. 48A (10))。

(v) 転換社債 (convertible notes) これは、通常無担保であり、したがって、担保付社債よりも高利率が付けられている。転換権は、発行条件で明示される特約事項である。満期日に社債権者が選択することによって、現金で償還されるかまたは発行会社の普通株の同額の額面株に転換する権利を与えられている社債もあるが、転換権のみしか与えられていないものもある。

95) Norlhey, op. cit. pp. 297-298.

96) この場合には、各社債権者 (その他の者) は、社債登録簿を閲覧し、信託証書の謄本を請求できる (s. 95)。

97)・98) Northey, op. cit., p. 298.

99) The Contracts Enforcement Act 1956, s.2, requires that a debenture relating to land be in writing to be enforceable.

ならない (S. 88)。この場合、譲受人は、普通、譲渡人に対し強制しうる衡平法の権利を主張するが、会社は、この権利の強制に従わなくてもよい¹⁰⁰⁾。

所持人に支払がなされる社債は、その時現在の所持人に支払われる¹⁰¹⁾。利息は、債券に付属している利札の提出によって支払われるのが普通である¹⁰²⁾。これらの債券は流通証券である¹⁰³⁾。したがって、これらは交付によって譲渡され、順次譲り受けた者は、譲渡人の権利の瑕疵と関係なく権利を取得するか、または譲渡人に対する衡平法上の強制権を取得する¹⁰⁴⁾。譲渡の通知は会社に対して不必要である¹⁰⁵⁾。

会社財産の特別の一部に担保が設定された場合、例えば、会社の物的財産に譲渡抵当権が設定されたときには、債権者は、特定譲渡抵当権を取得し、土地譲渡法にもとづいて登記することにより、同法に認める優先権が与えられる¹⁰⁶⁾。102条にもとづき登記のなされた、動産に対する担保権者は、担保設定の日付に従い、102号12項に定める優先権を取得する¹⁰⁷⁾。

(3) 浮動担保¹⁰⁸⁾ 会社が、債務の返済のために、会社の現在または将来の財産の全部または一部を担保に提供し、これらの財産が会社の営業活動中に継続的に変動するものであるとき¹⁰⁹⁾、浮動担保の設定がある¹¹⁰⁾。

浮動担保が結晶する、すなわち、特定の財産に付着するのは、社債権者が、例えば、収益管理人を選任することにより、担保権の実行に着手したとき、会社が営業を止めるとき、または清算人が選任されたときのみである¹¹¹⁾、と、普

100) Re Goy & Co. Ltd. [1900] 2 Ch. 149.

101)・102) Northey, op. cit., p. 298.

103) Bechuanaland Exploration Co. v. London Trading Bank Ltd. [1898] 2 Q. B. 658.

104)~107) Northey, op. cit., p. 298.

108) これに対するものとして、特定の財産に関する譲渡抵当である特定担保 (fixed or specific charge) がある。この種の担保においては、会社は担保に属する財産の換価をなしえない。したがって、借入会社は、最初の担保権者またはこれらの者を通して法的に請求権を有する者の同意なしには、担保物を質入し、売却しまたはその物について金を集めることは出来ない (Farrands, op. cit., p. 345)。

109) 浮動担保は特定種類の財産に影響するとしても、会社が、営業の通常の経過において、この財産を処分するのを妨げるという意味において特定の財産に結合するものではない (Dalgish, op. cit., p. 127)。

通、教科書で述べられている¹¹²。Speight J.によれば、「自動的」結晶¹¹³に関する特約があれば、社債権者の行動を必要とせず効果的である¹¹⁴。債券に定める条件に会社が違反する結果として、社債が浮動担保であることを止め、その時に存在する会社財産に付着するときに、結晶が「債務者生殖」(debtor-generated)または自己生殖する、と Speight 判事はいう¹¹⁵。

問題は、浮動担保権者とその後から設定された特定担保権者のいずれが優先するかである。浮動担保は、それが結晶するまでは、特定の財産に付着しないから、後から設定された特定担保権者が優先する¹¹⁶。先行する浮動担保が、これに優先または同一順位の爾後の担保の設定を会社に禁ずる特約を含んでいて

110) Northey, op. cit., p. 299.

Romer L.J. は、次のように述べている(in Re Yorkshire Wollcombers' Association Ltd. [1903] 2 Ch. 284, 295)。

「……担保が、以下にいう三つの特長を有するならば、浮動担保であると確信する。(1)担保が現在および将来のある種類の会社財産に関すること。(2)その種類が、会社の営業の通常の経過において、継続的に変化するものであること。(3)その担保に利害関係を有する者によりまたはその者のために、将来なんらかの手段がとられるまでは、私が今述べている種類の財産に関する限りは、会社は通常の方法で営業を行うことが、その担保によって予定されていると考えられること。」 See also Government Stock & Other Securities Investment Co. Ltd. v. Manila Railway Co. Ltd. [1897] A.C.81, 86, per Lord Macnaghten, and R.R. Pennington, The Genesis of the Floating Charge (1960) 23 Mod. L.R. 630.

Macnaghten は、次のように述べている。

「浮動担保は、継続的企業のその時々々の財産に対する衡平法上の担保である。それは、絶えず変化する条件により影響される担保物に付着している。企業が継続的企業を止めるまでまたは担保権者が行動を起すまでは、休止状態にあることを不可欠とする担保である。もちろん、担保権者の実行権を契約により停止することは可能である。しかし、停止にかんする合意が存在しないならば、担保権者は、不履行があればいつでも、その権利を実行することができる。」

111) この日迄は、会社は、その商品を処分し、債権者と取引する権利も、担保権者に対して有する (Re Quality Camera Co. Pty. Ltd. [1965] N.S.W.R.)。

112) Northey, op. cit., p. 299.

113) これが可能であることは認められている (B.D. Sher and D.E. Allan, Financing dealers' stock-in-trade (1965) 1 N.Z.U.L.R. 371, 417-8)。

114) In Re Manurewa Transport Ltd. (In Receivership) [1971] N.Z.L.R. 909, noted in [1972] N.Z. L.J. 330.

115) この事件では、会社が社債に属する財産に譲渡抵当を設定するときまたは設定しようとするとき、浮動担保は結晶し、付着するという特約があった。会社が債券に定める条件に違反したとき、浮動担保が結晶したと判決された。

も、この特約について、爾後の担保権者が善意であるならば、この者が優先する。ただし、102条12項にもとづき、特約の通知を受けたとみなされる場合は別である¹¹⁷⁾。もちろん、会社が特約に違反する場合には、結晶することを浮動担保に定めておけば、爾後の担保権は優先権を有しない¹¹⁸⁾。

会社法典にもとづく浮動担保の登記は、担保の法定通知とされずとしても、その担保がそれに優先する爾後の担保の設定を禁止する特約を含むことについての通知とはならない¹¹⁹⁾。

浮動担保に対する優先権が認められるのは、次の場合である¹²⁰⁾。

(イ) 執行債権者であって、差押令状にもとづき動産を差押え、競売するとき¹²¹⁾、会社が競売を避けるために執行官に支払うとき¹²²⁾、仮債権差押命令ではなく、絶対的債権差押命令を得たとき¹²⁴⁾である。これらいずれの場合においても、浮動担保が結晶する前であることを要する。

(ロ) 浮動担保の結晶前に、地代のためになした地主の差押¹²⁵⁾。

(ハ) 浮動担保が結晶する前の衡平法上の担保権。例えば、買取選択権付物品使用契約にもとづき、会社に動産を売り渡した者の権利である¹²⁶⁾。

(ニ) 清算の場合の優先債権者とされる者(S. 101)。選任された収益管理人はこれらの債権の支払をなさねばならない¹²⁷⁾。

116) Northey, op. cit., pp.299-300; Dalgish, op. cit., p. 128; Governments Stock Investment Co. v. Manila Railway Co. (supra).

117) Northey, op. cit., p. 300; Dalgish, op. cit., p. 128. See Dempsey v. Traders' Finance Corporation Ltd. [1933] N.Z.L.R. 1258; [1933] G.L.R. 850, and Re Valletort Sanitary Steam Laundry Co. Ltd. [1903] 2 Ch. 654. 担保が土地に関係があり、譲渡抵当が土地譲渡法にもついて登記されているときには、詐欺の場合を除いて、優先性は登記により決定される。この法律にもとづく優先性に関しては、E.C. Adams (1959) N.Z.L.J. 123 参照。

118) Re Manurewa Transport Ltd. (In Receivership), supra.

119) Per Eve J. in Wilson v. Kelland [1910] 2 Ch. 306 at p. 313.

120) Farrands, op. cit., p. 348.

121) Re Standard Manufacturing Co. [1891] 1 Ch. 627.

122) Heaton and Dugard Ltd. v. Cutting Bros. Ltd. [1925] 1 K.B. 655.

123) Norton v. Yates [1906] 1 K.B. 112.

124) Evans v. Rival Granite Quarries Ltd. [1910] 2 K.B. 979.

125) Re Roundwood Colliery Co. [1897] 1 Ch. 373 (C.A.)

126) Re Morrison, Jones and Taylor Ltd. [1914] 1 Ch. 50 (C.A.)

(6) 留置権にもとづき会社の動産を留置する債権者¹²⁸⁾。

社債は、取締役会の決議により発行されるのが通常である¹²⁹⁾。株式は割引発行は許されないが¹³⁰⁾、社債は資本を構成しないから、割引発行が許される¹³¹⁾。

(4) 浮動担保の無効 支払不能会社が過去の債務を担保するために浮動担保を設定し、担保権を有しない一般債権者を害するのを禁ずるために、会社法典311条は、次のように定めている：

会社が担保設定直後に支払不能となる場合を除いて、清算開始後12カ月以内に会社の営業または財産に設定する浮動担保は無効である。ただし、浮動担保を担保として、担保設定以後に会社に対し支払われた現金の総額または会社に売り渡されもしくは提供された動産の時価の総額、およびそれに対する年5%または約定の利息については、当該浮動担保は有効である。

担保設定の時に現金の支払がなされたか否かは、事実問題であるが¹³²⁾、「浮動担保を担保として (on account of the consideration for the security), その設定を予想しかつその履行約束を信頼してなされた支払は、その履行の数日前になされたとしても、本条の意味においては、担保設定の時になされたものである¹³³⁾。」

「(浮動) 担保を担保として」(in consideration for the charge) という会社法典311条の用語は、「担保が存在するという事実を担保として」(in consideration of the fact that the charge exists.) を意味する¹³⁴⁾。

127) 支益管理人がこの支払をなしえないときには、優先債権者に対し不法行為の責任を問われる (Inland Revenue Commissioners v. Goldblatt [1972] 1 Ch. 498; [1972] 2 All E.R. 202)。債務を発生させる運送契約が、支益管理人の任命前に、締結された。これにもとづく先取特権が社債権者の権利に優先した (Northey, op. cit., p. 300)。

128) George Barker (Transport) Ltd. v. Eynon [1974] 1 W.L.R. 462; [1974] 1 All E.R. 900.

129) Northey, op. cit., p. 300.

130) 会社法典65条の定めに従うときは例外である。株式の割引発行については、拙稿「ニュージーランド会社法における株式および資本（下）」獨協法学第17号63頁以下参照。

131) Northey, op. cit., pp. 300-301.

132) Farrands, op. cit., p. 349.

会社法典311条は担保権を無効にし、当該債権者を無担保債権者とするだけである¹³⁵⁾。したがって、本条により無効にされた担保権により担保されていた債務に対し、清算開始前に、会社が返済したときには、清算人はその返還を求めることができない¹³⁶⁾。

会社の特定の債務の返済にあてるために、会社に対し現金が支払われたときも、この現金支払を担保する担保権は無効でない¹³⁷⁾。しかし、この現金は会社利益を与えるためのものであることを要し、特定の債権者に利益を与えるものであってはならない¹³⁸⁾。

133) Per Neville J. in *Re Columbia Fireproofing Co. Ltd.* [1910] 1 Ch. 758 at 765.

会社により設定される浮動担保を担保として前払がなされ、会社は支払不能となった。最初の前払は、担保設定54日前であり、最後のものは5日前であった。担保設定後会社は清算手続に入った。判決：(1)その遅滞は、貸主が招来し、示唆しまたは黙認したものでないから、その支払は、担保の設定の時になされたものであり、したがって、担保は有効である。(2)支払は担保の設定の時になされたものであるから、当該担保は、優先性を偽る (fraudulent preference) ものではない (*Re F. and E. Stanton Ltd.* [1929] 1 Ch. 180)。

134) *Farrands, op. cit.*, p. 349.

銀行との当座貸越契約を担保するために、会社が浮動担保を設定した。判決：(1)担保設定後に会社に対し銀行よりなされる支払は、「会社に対し支払われた現金」であり、浮動担保を担保としてなされたものである。したがって、その担保は清算人に対して無効ではなく、銀行は、その支払に関しては担保権を有する債権者である。(2)クレイトン事件の法則が適用される。担保の日付後に銀行によりなされる支払はすべて「新たな金銭」条項に該当する。したがって、担保設定後会社によりなされる支払は、担保設定日に銀行に対し会社が負担する債務に、まず、あてられるべきことを否定すべきなものもない (*Re Yeovil Glove Co. Ltd.* [1965] Ch. 148 (C.A.) approving *Re Thomas Mortimer* [1965] Ch. 186)。

135) *Farrands, op. cit.*, p. 349.

136) *Re Parkers Garage* [1929] 1 Ch. 139.

137) *Farrands, op. cit.*, p. 350.

Dは会社の取締役であるとともに、D & Co. の組合員であった。D & Co. は会社に商品を供給していた。会社は D & Co. に1954ポンドの負債を有し、D & Co. は、この債務が支払われるまでは、これ以上商品を供給することを拒否した。3月に、Dは、会社を救済するために、浮動担保を担保に会社に3,000ポンド貸し付けることに同意した。会社がこの3,000ポンドから1,954ポンドをD & Co. に支払うことが条件であった。この支払がなされた。会社はその当時支払不能であった。7月に会社は清算手続に入った。判決：浮動担保は有効であり、3,000ポンドすべてが会社に対し支払われた現金である (*Re Matthew Ellis Ltd.* [1913] 1 Ch. 458)。

清算開始前6カ月以内に会社によりなされた担保は、それが優先性を偽る(fraudulent preference)ものであるならば、無効である(S. 309(1))。

(5) 信託証書 一組の社債または不特定額面社債が発行される場合には、信託証書により、社債が担保され、社債権者のために受託者が選任されるのが普通である¹³⁹⁾。

(f) 信託証書の内容 社債信託証書の主たる条項は、次の通りである¹⁴⁰⁾。

(a) 社債権者に対する元本および利息の支払についての会社の約定。

(b) 特定されている、会社の自由保有権および定期貸借権を譲渡することによってコモン・ロー上の譲渡抵当権¹⁴¹⁾を受託者に与える条項およびその余の営業・財産に対する浮動担保を受託者に与える条項。

(c) 担保権の実行が可能となる事実を特定する条項。これらの事実として、例えば、利息または元本の支払の遅滞、解散命令または解散決議、収益管理人の選任、廃業、会社の約定違反などがある。

(d) 担保の実行が可能となった場合に、担保物の占有を取得し、営業を継続し、担保物を売却し、純売上金を元本および利息の支払にあて、残余があれば会社に支払うことについての権限を受託者に与える条項。

(e) 担保物の処分について会社に同意を与える受託者の権限。

(f) 社債権者名簿を作成し、担保物を保険に付しかつ修理する旨の会社の約定。

(g) 社債権者集会に関する規定。

138) Dalgish, op. cit., p. 129; Farrands, op. cit., p. 350.

支払不能会社が900ポンドの担保として浮動担保権をAに与えた。900ポンドはDが提供したものであって、ZはDの名義人であった。900ポンドの支払が会社になされた日に、会社は、AおよびBに取締役報酬として各350ポンド、さらに、会社の当座貸越に関するDの保証額である200ポンドをDに支払った。12カ月以内に会社は清算手続に入った。判決：担保は無効である。なぜならば、担保の目的は、A、BおよびDに利益を与えることであって、会社のためのものではないから。したがって、会社に対し現金の支払はなかった(Re Destone Fabrics Ltd. [1941] Ch. 319)。

139) Dalgish, op. cit., p. 129; Farrands, op. cit., p. 351; Northey, op. cit., p. 301.

140) Farrands, op. cit., pp. 351-352.

141) ニュージーランドにおいては、1952年土地譲渡法にもとづき登記された譲渡抵当。

(h) 担保権が実行可能となったとき収益管理人を選任する受託者の権限。

(i) 社債権者に郵便で通知する旨の定め。

以上に加えて、不特定額面社債信託証書は、会社が特定の金額を受託者から借り入れていることを承認することにより不特定額面社債を設定し、この社債の債券を発行することについて定めている¹⁴²⁾。

(v) 信託証書の利益 信託証書の利点は、次の点にある¹⁴³⁾。

(a) 受託者は、会社の土地について、コモン・ロー上の譲渡抵当権を取得する。したがって、その後会社に金銭を貸し付けた者は、社債権者または不特定額面社債権者に対して優先権を有しない。

(b) 元本および利息の支払期限が到来する事実（例えば、利息の不払、証書の約定の不履行）が特定されている。通常報酬を受ける受託者の選任は、上の事実が発生した場合に、提訴すべき任務を有する者を確実にする。

(c) 会社は、譲渡抵当に含まれる財産に関して、受託者の同意を得て行使しうる多数の権限（例えば、その財産の売却、交換または賃貸）を与えられる。この結果、社債権者または不特定額面社債権者の利益を害することなしに、会社は、営業のために優利に、その財産を使用することができる。

(d) 保険、修繕その他について会社が約定し、この約定を受託者は強制できる。

(e) 収益管理人を選任し、または緊急の場合には、財産の占有を取得しかつ営業を継続することについて、受託者に権限が与えられている。

証書により担保された財産または会社に対する社債権者の権利は、社債権者（集会）の臨時決議（extraordinary resolution）により修正または譲歩されう旨の条項が、信託証書には含まれるのが通常である¹⁴³⁾。

社債権者の受託者は、かれらの受益者に対して他の受託者と同一の地位に立つのであって、信託証書の対象である社債を買い入れるには、これらの社債に関してかれらが知っている情報のすべてを完全に開示しなければならない¹⁴⁴⁾。

142) Farrards, op. cit., p. 352.

143) Ibid. See Dalgish, op. cit., p. 129; Northey, op. cit., p. 301.

144) Re Magadi Soda Co. (1925) 41 T.L.R. 297.

受託者が要求される注意義務を怠った場合における信託違反の責任から受託者を免責させる旨の信託証書の定めまたは信託書により保証される社債権者との契約における定めは、無効である。ただし、責任発生後になされた責任免除（release）により、受託者は免責されることができ、特別に招集された社債権者集会において社債総額の4分の3以上の多数を有する社債権者またはその代理人の決議によってこのような責任免除を与えることを認める信託証書における定めは、有効である（S. 96）。

社債権者は、所定の手数料を支払うことによって、信託証書の謄本の交付を請求できる（S. 95(3)）。

1966年会社法改正法は、次の定めをおいている¹⁴⁵⁾。

(f) 借入会社が短期金融市場で取引するのではなく、貸付を公衆に勧誘する場合には、会社法典95条A 1項により、次のことが要求される。

(a) 社債権者のための受託者が信託証書により選任され、かつその受託者は、法人であって、選任を受諾し、信託証書を作成したこと。

(b) 預金もしくは貸付の条件または信託証書の条件と矛盾するものは全然目論見書に含まれていないことを、受託者が承認していること。

(c) 借入会社が登記官吏に信託証書を届け出ていること。

(g) 会社法典95条A 2項により、受託者は次の資格を有する者に限定される。

(a) 1956年受託者法にいう受託法人：同法2条により、これは、公益受託者、マオリ受託者または遺産その他の信託財産を管理するために制定法にもとづき認可された法人を意味する。

(b) 1908年銀行業法にいう銀行。

(c) 一般にまたは特定の発行に関して、受託者たることを文書により法務大臣によって認可された保険会社。

(d) 法務大臣によって同様に認可された法人。

(e) 上述の各種の法人が親会社として、その株式を実質的に (beneficially) 所持している会社。

145) Farrands, *op. cit.*, pp. 353-354; Northey, *op. cit.*, pp. 301-302.

受託者たる法人および発行会社は、1954年土地・所得税法3条にいう、同一人により実質的に支配されまたは構成された状態にあってはならない (S. 95A (5))。

(イ) 会社法典95条Bは、監査済計算書類その他の所定の文書を受託者に交付することを監査役に要求する¹⁴⁶⁾。

(ロ) 会社法典95条Cによれば、受託者は、借入会社の株主になされる総会通知を受け、総会に出席しかつ受託者および社債権者に関係することについて総会で意見を述べることができる。さらに、同条によれば、受託者は、次の権限を有する：

(a) 借入会社の会計その他の記録を閲覧すること。

(b) これらの記録に関するすべての事項について、受託者が要求する情報を会社から得ること。

(c) 借入会社の前営業年度に関する計算書類および貸借対照表を審議し、受託者にその権限行使につき指示するための社債権者集会の招集を、文書で会社に要求すること（この集会招集権は、発行済社債の額面総額の10分の1以上を有する社債権者にも与えられている）。

(ハ) 会社法典95条Dは、社債権者のための受託者の義務を定めている。

(a) 受託者は、借入会社の信託違反を相当な注意を払って発見しなければならない。その違反が社債権者の担保を著しく害するときには、受託者は、その違反を除去するために、なしうるすべての事をなさなければならない。

(b) 受託者は、借入会社の財産が、担保その他として、償還期に社債を償還するのに十分であるか否かを、同様な注意を払って確かめなければならない。

(c) 財産が社債の償還に十分でない場合には、受託者は、自己の権限、社債償還のための借入会社の財産利用の可能性、裁判所に申し立てたときにおける会社営業へのありうる影響、さらにその他関連するすべての事情を考慮した後

146) さらに、監査役は、その職務の遂行中に会社法典、信託証書またはコモン・ローにより社債権者のために受託者が有する権限または義務の行使または履行に関係があると判断する事実を了知したときには、その了知後7日以内に、郵便で、(1)借入会社には、その事実に関する文書での報告、(2)受託者には、その報告書の謄本を送付しなければならない (s. 95B (2))。

において、その判断で、発行会社の社債権者、株主または公衆を保護するために必要であると裁判所が考える命令の発令を裁判所に申し立てることができる。

会社法典96条の免責禁止および責任免除は、担保の有無に関係なく、95条Aが適用される信託証書に適用される。96条を適用するために、受託者に要求される注意義務の程度を決定するに際して、信託証書の定めと同様に95条Dの定めに注意しなければならない。95条Dは、次のように定める。

受託者は、借入会社の弁護士、監査役または役員の証明もしくは報告またはこれらの者の作成した文書（statement）を、これらの者が証明もしくは報告をなすにまたは文書を作成するに適当な能力を有しないと判断するための十分な理由を有するときには、これらの証明、報告または文書を信頼することができる（S. 95D）。

1966年なされた改正が、投資者に必要な保護を与えたか否か疑わしい¹⁴⁷⁾。結局、頼りにされるのは監査役であろうが、監査役は、信託証書およびその証書にもとづく会社の義務について全く知らないこともありうるのである¹⁴⁸⁾。

（1982年10月20日記）

147)・148) Northey, op. cit., p. 302.