

## 資 料

### 財団抵当制度の問題点

——観光施設財団抵当法を中心として——

浅 野 裕 司

- 一 財団抵当制度の概要
- 二 観光施設財団抵当法の活用と問題点
- 三 財団抵当法から企業担保法へ

#### はじめに

経済の質的变化と産業構造の変化に伴い、レジャー産業ないしアスレチック部門にも進出する企業もあり、その設備投資のため、資金調達に信用として制度化されている財団抵当法のなかでも新しい観光施設財団抵当法（昭和四三年）の活用が再考慮されている。しかしながら、財団抵当

制度は、担保の客体たる企業の全体を把握するにつき必ずしも十分でないこと、財団組成につき業種的に制約せられていること、その組成ならびに管理のため煩瑣な手続と高額な費用を要することなどの問題があり、とくに企業規模が拡大されつつある近代的企業にとっては活用しようにもその煩に耐えないものがある。また、財団抵当制度はひろく企業の全部が利用しうる企業の担保制度とはいいがた、近時の複雑多岐な産業機構を前提とするかぎり、現行法上認められている九種の財団抵当制度の範疇にはいろいろな多くの企業があるので、これらの財団を設定しえない企

業は、その構成財産の個々のものについて別々に質権または抵当権を設定しなければならないことになる。もちろん財団抵当について中心的に論述する観光施設財団抵当法のように新しい制度を創設することは可能ではあるが、財団抵当制度が業種的な制約を受けることはこの制度の性格より避けられないところであろう。このようなことから従来より先学による「財団担保から企業担保へ」という課題になり、具体的には、「財団抵当から浮動担保へ」の命題に振り替えられ、物権法における重心的課題となっていたことは周知の通りである。こうしたなかで財団抵当制度の欠点を是正するといふべき企業担保の理論および企業担保としてのイギリスの floating charge (浮動担保) の理論について、水島広雄博士による一連の精力的な研究がなされ、その成果が企業担保法(昭和三十三年) となって結実された。この企業担保法により認められた企業担保権は、株式会社の発行する社債または特定の債権の担保として、株式会社を組成する会社の総財産を浮動状態のまま、一体として担保権の目的とするものであり、こうした企業担保権の容認

は従来の民法上の権利概念の枠をこえた、それとは別種の、企業を中心とする権利概念の容認であって広く企業上の権利概念の肯定につらなる新しい私権概念の定立として注目すべき意義を有している。そこで、財団抵当制度については、観光施設財団抵当法がなかでも新しい法律であるためか理解されていないという面もあり、また、従来の財団抵当法の欠陥ともいふべき点の是正をはかったともされているが、その活用には問題点も多い。このような点を中心に財団抵当法の法理と活用実態にも触れ、さらに、近代企業伸展のために有意義な企業担保法の再認識を試みて、大方の厳しい御批判と御叱正を仰ぎたい。

### 一 財団抵当制度の概要

各国の財団抵当制度は、特定の企業を一個の財団としてその上に担保権の成立を承認しているが、いずれも企業に包含せられる不動産、動産および無体財産の上の各種の権利の総合のみを目的として、法律関係、事実関係は、事実上当事者の意思は別として法律上、排斥されており、目的

物は現在かつ法定の確定財産に限定され、将来財産の流入、現存財産の処分は否定されている。<sup>(1)</sup> わが民法は、一物一権主義を採用し、物を有体的な物質的姿で把えようとするので、有体性を有しない集合物は論理的にいつてこれを一個の物とみることができないため、それ自体としては物権の客体となりえないことになる。集合物の観念を認めなければ財団に抵当権を設定する余地はない。また、ドイツ民法は、物の観念を個々の有体物にかぎっており、その統一せられたる集合体の上にさえ一個の権利の成立することを認めない。まして権利関係と事実関係とをも包含した統一体の上に権利の成立することを認めないのはもとより当然のことでもある。これに当然付従する将来取得財産の担保化、担保財産の処分はもちろんのこと、企業の上に強制執行をなすことも否定されており、わが国の法制の態度も軌を一にしているといえよう。もちろん企業の非人格化が進行し一個の社会的存在の認識が深まるにつれて、フランスの営業質にみられるように、企業に特殊な技術および顧客に対する事実上の利益なども包含させて、企業の無

形的要素も客体としてとらえており、また、将来営業財産の取得は認められないが、質権設定後、経営の常態において離脱している施設は質権の拘束を脱することを肯定しているが、これは従来、大陸法系の法制がとっていた基本原則を超えた例外的現象のあらわれとみることができ<sup>(2)</sup>。しかし、わが国の過去における特異な経済発展は、いくつかの特別法上の抵当制度を創出せしめ、財団抵当法もその一つである。わが国においては、明治三七、八年を境とする産業の勃興にともない外資導入の必要に迫られた結果、外債の担保として独法系の財団 (einheiten) 抵当制度を採用すべきか、あるいは英法系の浮動担保 (floating charge) 制度を採用すべきかが論争され、結局、前者の採用をみてい<sup>(3)</sup>る。企業を構成する土地、建物、機械などの物的施設はもちろん、権利をも含め、これらを有機的単一体として把握し企業独自の担保価値を各業種の財団抵当法により、財団目録を作成し財団登録簿に記載し抵当にする制度が財団抵当である。一つの企業を構成する物的設備は相互に有機的に結合されて一体をなしている。これを単一体として担保

の目的とすることは、まず経済的担保価値の点からみて、個々の動産、不動産の上に担保を設定することより遙かに優れている。なぜならばこの場合、個々の物は、有機的な結合のなかにおかれて一層その価値を発揮しているからである。さらに法律技術上も動産の担保について一々引渡をなす不便を免れる長所をもつことになる。それ故に財団抵当は企業金融の上からいえば優れた担保形態であるといえる。しかるに財団の觀念は、集合物を単一の物と認めない民法の原則（一物一権主義）に反するのみならず、財団という単一の物を公示するのに特殊な方法が必要であるから、これを認めるには特別な法律によらなければならない。ここにも財団抵当の意義がある。財団抵当には、工場抵当法系の「不動産財団」（鉱業、漁業、港湾運送事業、観光施設の各財団、これらは登記制度をとり、民法、民事訴訟法を適用）と鉄道抵当法系の「物財団」（軌道、運河、道路交通事業の各財団、登録制度独自の実体規定、手続規定をもつ）とがある。財団の組成につき前者は組成物を任意に選択できるが、後者は公益性が強く企業財産は当然に財団に所属す

る。現代の大企業金融はほとんどこの財団抵当を利用してきた。<sup>(4)</sup>この九種の財団抵当の有する重要な作用を詳述すると紙数が尽るので、後述する観光施設財団抵当法のところで代表的に触れるので省略するが、明治三八年に工場抵当法、鉱業抵当法、鉄道抵当法が制定されて、それぞれ工場、鉱業、鉄道の各財団抵当制度が創設された。これは日露戦争を契機とするわが国の資本主義の勃興期に際し、企業資金の獲得に便宜を与えようとする意図で行なわれたものである。その後、産業界の進展に呼応して明治四〇年には、「軌道ノ抵当ニ関スル法律」の制定により軌道財団抵当制度が、さらに大正二年には運河法の制定により運河施設の財団抵当制度が創設され、大正一四年には漁業財団抵当制度の創設をみた。次いで昭和六年には自動車交通事業法の制定により自動車運輸事業および自動車道事業についての財団抵当制度の道が開かれ、戦後の昭和二六年には港湾運送事業法の制定によって港湾運送事業財団抵当制度が創設された。昭和二七年にはすでに廃止された自動車交通事業法に代って、道路運送事業および通運事業のための財

団抵当制度を認める道路交通事業抵当法が制定され、昭和四三年には観光施設を担保の目的とするため観光施設財団抵当法の制定をみている。以上のような種々の経過をたどり、現在九種のを数えるが、九種の財団抵当の今日における作用は同一ではない。たとえば、工場財団抵当について工場抵当法に詳細な規定を設け、これを鉱業財団抵当・漁業財団抵当・港湾運送事業財団抵当・道路交通事業財団抵当・観光施設財団抵当の場合にも準用しているが、この工場財団抵当は、最初からすこぶる重要な作用を営み、その後も新たな企業の生ずるのに応じて適用範囲も拡張され、今日なお大規模な企業への融資の手段として欠くことのできない制度となっている。<sup>(5)</sup>財団は、一つの企業経営のための土地・建物・機械・器具・材料などの物的設備およびその企業に関する免許・特許その他の特権などが結合して有機的の一体となったものといふことができるが、主として不動産財団について触れると、当該企業に属する物的設備、他人の物の使用権、企業のための物権（工業所有権・鉱業権・漁業権）など法律の定める範囲内のものによって組

成される（工場抵当法二一条）。ただし、物財団にあっては、当該の企業の全部または一部（たとえば支線の経営）に属する物的設備の全部を包含することを要する。物財団および道路交通事業財団の設定については監督官庁の認可を要する（鉄道抵当法五条）。財団設定のためには財団目録を作成（登記所に提出）し、そこに記載された物が財団に属することになる。これに反して物財団では、法律の規定によって財団に属すべきものは、前述の認可によって当然に財団に属することになる。財団中に他人の権利の目的たるものが混入するときは、財団の統一性を乱すことを考慮した場合において防止策が必要である。財団設定の申請があったときは登記官吏は慎重に審査しかつ公告を行なう。他人の権利または執行の目的たるものが存在することが明白であるときは財団の設定は許されず、また、これらのものが存在せざるものとして財団設定が許された後は、既存の権利は消滅し、執行はその効力を失う（工場抵当法一三条I、二三条I〜三三条）。物財団にあっては財団抵当成立の認可があった場合には、第三者の権利は消滅し、第三者は一定条

件の下に損害賠償を請求しうるに止まる。(鉄道抵当法八条(一二条)財団は一個の不動産(物財団では一個の物)とみなされ(工場抵当法一四条I、鉄道抵当法二条III)、その上への抵当権の設定をはじめその上の権利の変動は財団登記簿(物財団では登録簿)への登記がなければ第三者に対抗できない(民法一七七条、鉄道抵当法一五条、二七条)。財団に包摂せられる個々の物または権利について、財団に包摂せられる旨を第三者に対抗するためにも登記(または登録)が必要と解されている。財団に包摂されるものについては、個別的処分は許されず、また第三者による個別的執行が禁ぜられ(工場抵当法一三条II、四九条、五〇条、鉄道抵当法四条II)、また、抵当権者の同意を得て財団から分離したとき(のみ)抵当権の効力から脱する(工場抵当法一五条I)。ただし、抵当権者は、財団からの分離が正当の事由あるときは、同意を拒み得ない(工場抵当法一五条II)。財団組成物の違法な処分は無効であり、したがって第三者は動産の場合に即時取得の保護を受けるのみで、不動産の場合には保護がない。財団設定後に財団に属する土地や建物に付加ま

たは備え付けられたものは、当然、財団に包含され抵当権の目的となるが、それ以外のもの(たとえば設定後、新築された工場)は包含されない(工場抵当法一六条I)。ただし、物財団にあっては、財団設定後に企業設備に付加されたものはすべて当然に財団の中に包含され(鉄道抵当法一条)この点で財団の単一性がより強化されている。財団抵当権の実行は、不動産財団においては、必ずしも財団を一体として競売するを要せず(工場抵当法四六条)、財団の統一性としての取扱いは比較的弱い(6)が、物財団においては、抵当権の実行に際しては原則として財団を一体として競売に付すべきものとされ、財団の統一性はより強固である。

(1) 栗栖越夫「信託法・財団抵当法の研究」、清水誠「財団抵当法(法体系確立期)参照。

(2) 我妻栄「近代法に於ける債権の優越的地位」、「担保物権法(民法講義III)」、「民法研究IV担保物権」、「新訂担保物権法」、勝本正晃「担保物権法(新法学全書)」、柚木馨「担保物権法」参照。

(3) 水島広雄「イギリス浮動担保の素描」法学新報七〇周年記念論文集四四頁参照

(4) 水島広雄「財団抵当」(株式会社法辞典)参照。

(5) 水島広雄「財団担当」、栗栖赴夫前掲書、清水誠前掲書参照。

(6) 栗栖赴夫前掲書、清永誠前掲書、香川保一「特殊担保」、川島茂樹「鉄道財団担当の常識」金融法務事情一九五号・一九六号・一九八、我妻栄前掲書、勝本正晃前掲書、柚木馨前掲書参照。

## 二 観光施設財団抵当法の活用と問題点

観光施設財団抵当法は後述するように昭和四三年制定された財団抵当法のなかでも新しい法律であり、そのためか理解されていないという面が多い。同法を結論的にみると、不動産、動産、各種の権利なども担保となるにとどまらず、going Concern<sup>(1)</sup>としての企業全体を担保の対象とするので、財団の評価額においても、担保の掛目においても著しく優遇され、担保力が増大される。ただし、誤解してならないのは、財団登記が済んだからといって直ちに融資が有利に進むことを意味するものではない。担保の評価は依然として金融機関側の裁量であって、その企業体質が問われる。すなわち、長年の計画的観光資源の保全、施設建

設を進めた実績や計画的な事業姿勢が法務当局や金融機関に認められることにかわりない。同法の精神は、観光開発を計画的に進めるにあたって、その膨大な資金の短期回収の困難性に鑑み担保権の強化を図っている。同法成立の背景は、昭和三八年六月制定の観光基本法第一〇条が「国は観光旅行者の利便の増進を図るための観光事業の健全な育成などに必要な施策を講ずるものとする」と定めており、これにもとづいた具体策の一環として、昭和四三年六月公布され同年一二月施行されたものが観光施設財団抵当法である。観光施設の整備・拡充には多額な資金を必要とするが、実情ではその資金は主として借入金に依存しているといっても過言ではない。借入金によって資金調達を試みる場合、とくに問題となるのが物的担保である。借入金に対する物的担保として事業に属する土地、建物などを個々に提供する不動産信用は古くから一般に行なわれてきたが、近代産業における事業規模の拡充と固定的な事業設備の増大によって、企業が必要とする資金は巨額となる。金融機関としても、ますます充実した物的担保を要求すること

となるわけで、在来の単純な不動産担保では満足せず企業として必要な資金を調達することは事実上困難となつてくる。いうまでもなく、現行の担保制度としては民法で認められる質権、抵当権があり、また、判例で認められたものとして譲渡担保があり、対象としては不動産および動産のほか、前述の特別法により各種の財団がある。これらの他の八種の財団抵当制度と同様に観光施設についても単にその土地、建物の資産価値を個々に把握するのではなく、土地および建物上の各種設備を一体化して、一つの観光施設として把握して抵当制度を認めたものである。このような観光事業施設が、統一の有機体となった経済的交換価値として評価されたことは画期的なことといふことができる。実際に観光施設として遊園地を例にとれば土地の広がりの上に各種の遊戯機械などが存在している。これらの大部分は土地に付加して一体をなしたものと把握することも土地の従属物として把握することも困難であり土地に抵当権を設定してもこれらの設備にはその効力は及ばない。一方、これらの遊戯機械などの設備については譲渡担保が考えられる

が、この方法では個々の設備が有機的機能を営んでいる事業から分離してしまうし、法的にもまた金融手段の上からも欠陥が指摘される。さらに民法における抵当権の設定は、一筆の土地あるいは一棟の建物ごとに登記を行なうことになっており、その手続きは著しく煩雑である。事業施設が個別的に不動産担保に入れられている場合、ひとたび抵当権が実行されると担保物権の所有権が競落人個々に移転し、事業としての有機的組織体が破壊され、事業の存続が困難となってしまう。加えて、事業に属する土地、建物、機械器具など諸財産は一体となって機能を發揮しているものであるが、これらの諸財産を個別化した場合は、それ自体の価値は小さくなり担保力は減少してしまうことになる。これらの諸点を観光施設財団抵当法は助成し、今後の観光レクリエーション需要に対応する施設の整備と拡充をカバーすることになる。観光施設財団抵当法はその「目的」として、第一条で「この法律は、観光施設に関する信用の増進により、観光に関する事業の発達を図り、もって観光旅行者の利便の進増に資することを目的とする」と



し、また「定義」を第二条で「この法律で観光施設」とは、観光旅行者の利用に供される施設のうち遊園地、動物園、スキー場その他の遊戯、観賞または運動のための施設であつて政令で定めるもの（その施設が観光旅行者の利用に供される宿泊施設に付帯して設けられている場合にあっては、当該施設及び宿泊施設）をいうと規定している。同条の観光施設を定める政令（昭和四三年政令第三三二号）によれば、次に掲げる八施設を限定列举しており、それらの施設でなければ対象とすることはできない。すなわち、観光旅行者の利用に供される施設で適用されるものは、1、遊園地、2、動物園、3、水族館、4、植物園その他の園地、5、展望施設（索道が設けられているものに限る）、6、スキー場、（索道が設けられているものに限る）7、アイススケート場（冷凍設備が設けられているものに限る）、8、水泳場（水質浄化設備が設けられているものに限る）などである。そこで、これら観光施設のある遊園地をみた場合、一観光施設のみの場合もあろうし、二以上の観光施設が混在している場合もあろうが、観光施設財団は任意選択主義をとり、その組成物件とする

ことのできるもののうちから任意に財団に帰属するものを選択することを認めるものであり、具体的には、観光施設ごとに財団を組成する必要はなく、二個以上の財団を作ることもできるし、逆に二個以上の施設でもって一個の財団をつくることもできる。さらに、その施設中のすべての物件を財団に組み入れる必要もなく、特定の物件でもって組成することが可能である。しかし、実際問題としては施設の一体化利用をそこなうような財団の組成は意味がなく、担保としての評価も落ちることは当然である。一般的には同一地域内に異なる観光施設が混在していた場合は、一財団として設定することが手続上からも、さらには金融機関側としても便利であろう。また、観光施設が地域的に離れた場所に設備されている場合には、地域別に財団を設定することもできるし、まとめて一財団とすることもできる。一方、ホテル・旅館などの宿泊施設は観光施設の中心的なものといえるが、宿泊施設自体は建物として不動産抵当の設定ができるので、単独の財団設定はできない。しかしながら、観光施設として財団の設定が設められている施設内

に宿泊施設が整備されているような場合、たとえばプール（ただし水質浄化設備が設けられているものに限る）と宿泊施設が一体となっているような場合には、財団設定ができることになっている。これにより都市ホテルなどでも財団の設定が可能なのである。財団の組成については、第四条で財団は、次に掲げるもので、同一の事業者に属し、かつ観光施設に属するものの全部または一部をもって組成することができる。1、土地および工作物、2、機械、器具および備品、3、動物、植物および展示物、4、地上権および賃貸人の承諾あるときは物の賃借権、5、船舶、車両および航空機ならびにこれらの付属品、6、温泉を利用する権利、などとし、また、第五条で土地、建物、船舶、車両、航空機については登記ないし登録を受けたものでなければならないこととされている。財団設定の制限について、第六条は、財団組成物件には必ず土地または土地に対する権利が存しなければならぬこと、所有権の保存の登記について、第七条は、財団の設定は観光施設財団登記簿に所有権の保存の登記をすることによって行なう、ことなどを規定してい

る。観光施設財団抵当法は、組成物権となり得るものうちから任意に財団に属させることを認める（組成物件につき選択主義）法制をとり、登記所による登記により公示を行なう。観光施設財団は、組成物件について当然所属主義をとるだけの必要性、明確性に欠け、また手続的にも登記所で取り扱うことが便利であるとし、財団を不動産と看做す不動産財団制度をとり入れた。そこで、財団の性質として、第八条は、「財団は、一個の不動産とみなす」とし、財団を目的とする権利については、第九条で「財団は、所有権及び抵当権以外の権利の目的とすることができない。ただし、抵当権の同意を得て賃貸するときは、この限りでない」と定めている。財団組成物件は、同一の事業者（第三条により財団を設定することができる者は、観光施設を観光旅行者の利用に供する事業を営む者となっている）に属するものであって、財団設定の対象となる観光施設に属する物件の全部、または一部をもって組成することができるが、一観光施設のみによって財団を設定する場合は二つ以上の観光施設をもって財団を組成する場合には、それらの観

光施設に属する物件中、機能的に共用されているもの、または事業継続になくはならないもの等が混在している場合が多い。従って一部のみをもって財団組成物件とすることは困難な場合もある上、担保力を減殺することになる。これをうける金融機関とすれば、貸付金の担保については安全確実を図る意味で普通は、最大担保を要請することになるので、財団を設定する観光施設に属する物件は全部をもって組成することが有利であろう。また、第四条の財団組成物件の対象となる1から6までの物件の一部をもって組成可能であるが、不動産財団としての性格上、土地または建物あるいはそれらの賃借権が全然組成物件となっていない財団は、まずないであろう。換言すれば、財団には必ず土地または建物、あるいはそれらの賃借権が含まれていなければならないことになろう。観光施設財団目録(第十条)の作成上で、注意を要する点は、財団組成物件に他の権利が設定してあってはならないことである。たとえば土地、建物がすでに不動産担保として抵当権が設定されているような場合には、「抵当権の抹消手続き」をした後でなければ

ば財団組成物件とすることができない。なお、抵当権を全部抹消することなく、財団を設定する方法としては、一部不動産抵当権解除申請を行ない。不動産抵当から観光施設財団抵当に変更する手続きをなすこともできる。財団所有権保存登記の申請手続きは、管轄登記所へ行なうが、これを受理した登記所は直ちに官報公告を行なう。官報公告による動産に対する権利者の申出期間を経過すると、登記所は直ちに観光施設財団登記簿に所有権保存の登記を行なう。これによって観光施設財団は成立し、いつでも借入金の担保として抵当権を設定することができることとなるが、成立の日より六ヶ月以内に抵当権の設定登記を行わない場合、財団は消滅する。不動産の場合にあっては、物件が一筆ごとに独立しているため、所有権の保存、移転抵当権設定、順位の変更、抹消などの登記は、一筆ごとに申請しなければならず煩雑である。また、登記を重ねるに連れ、登記簿謄本も複雑となり、一組数万円となるケースが多いが、財団は、全ての物件を一個の不動産と見なすので、登記手続も合理化・簡素化ができ、かつ、手数料も安

価で済む。不動産を担保として借入をなし、抵当権を設定すると、債務者は国に対し「債権額の千分の四」の税金を納入せねばならぬが、財団にすれば債権額の千分の一・五になる。たとえば、百億円の借入金でホテルなどを建設すると、不動産抵当の場合は四千万円、財団抵当の場合は千五百万円で節税額二千五百万円となる。また、補修工事資金、運転資金で毎年のように相当額の借入金を要するのが通例であるが、担保の登記に必要な税が節約されることになる。この制度活用の第一号は、富士急行の財団組成（昭和四四年）で同社の「富士急ハイランド」の遊園地を中心とする第一号観光施設財団である。同社は、このほかにホテルマウント富士とロープウェイを主体とする第二号観光施設財団を有している。また、道路交通施設財団から転換例として、宮崎交通が「子供の国」、「サボテン公園」、「フエニックス・ドライブイン」の三カ所の施設をもって財団登記の申請をし、施設の種類の「植物園その他の園地」で昭和四四年七月、財団が観光施設財団として認められたが、これは長年にわたる宮崎交通が計画的に観光資源の保

全や施設の建設を進めた実績が高く評価された結果である。都市ホテルで認められたものは、ホテル・ニューオータニの「プール」を中心としたもの（昭和四四年）、京都グランドホテルの「プール」を中心としたもの（昭和四五年）があり、その後も上信越地方のスキー場が認められたケースが多い。こうした観光施設財団抵当法も第二条において観光施設<sup>(2)</sup>を政令により八施設に限定している点などに問題がある。都市ホテルの場合、最近どのホテルもスカイラウンジなどと称する展望施設を設けているが、エレベーターないしエスカレーターを客の昇降に利用している現状なので、エレベーターなどは索道ではないとして展望施設は適用の対象とならないのが通例である。しかし、沖縄海洋博のアクアポリスにみられるように、海洋レジャー基地に設けられる海中展望施設、海中遊歩道などは当然エレベーターないしエスカレーターを利用して昇降することになっており、また、海上の岩を利用した展望施設への往復に小型モノレールを設置している宿泊施設もあり、索道にとられすぎるのは問題があり法の改正（この場合は政令の改

正)や詳細な規定を増補すべきである。たとえば、索道については、リフトとスキー場・ロープウェイと展望施設という関係しか考慮されておらず、索道規則によると一条一項において「この規則が『索道』とは、架空した索条に搬器をつるして運送する設備をいう」と規定しており、観光施設財団抵当法第二条にもとづく政令では、展望施設とスキー場は、「索道が設けられているものにかぎる」となっているから、ロープウェイかリフトでないと、展望施設あるいはスキー場とは認められない。また、モノレールやケーブルカー(ただし、小型の)は観光施設の「遊園地内に施設された」ものは財団の組成物件の一部となることもありうるということであって、宿泊施設から直結しているものは考慮されていない。八種の限定は、制定当時も議論はあったようであるが、現在は、それ以降に出現した新種のレジャー施設を含めて八種に包含されない種々の施設があるのは周知の通りであり、その典型的なものがボウリング場である。現在、この担保化は、土地、建物の抵当権設定と機械器具の譲渡という方法によるほかないが、ボウリング

場が室内射撃場や卓球場などを併設して大規模化する傾向もあり、機械器具への資本投下のウェイトが増大しているほか、ゴルフ練習地などの遊興施設とセット化された施設が作られていく傾向をみると財団化の道を考慮してしかるべきと考える。たとえば、次のような施設は、これをもって財団を組成することはできないとされる。「宿泊施設」(建物として抵当権の設定ができるので特別対象とならない)「野球場、ゴルフ場、映画館、競輪(競艇)場」(ゴルフ場を除き興行法の規制があるのは観光旅行施設として適当でないとする)、「モノレール、ケーブルカーなどの地方鉄道」(鉄道抵当による以外、抵当権設定が認められないためである)「観光バス事業、観光道路事業」(道路交通事業財団の設定が認められているためである)、「デパートの屋上遊園地」(観光事業とはいえないとされている)「レジャービル」、「ヨットハーバー、モーターボートハーバー、マリナー、ヨットテル」(ただし、水質浄化設備が設けられているプールを有する場合は財団組成可能)などは、それ自体で財団組成し得ないが、対象となりうる八種の構成部分となっている場合は、

それを含めて財団組成は可能である。しかし、ゴルフ場、マリーナなどは、それ自体の施設も財団化する方が望ましい。第四条で動植物と温泉利用権を組成物件として認めたことは、いずれも観光施設として特有なものであり、投下資本も決して少額ではなく、担保価値を法的に認めたのは評価されるべきであろう。しかし、動物、植物は概して生命の短かいものや突然死滅する可能性のあるものを評価するとき、そこに担保評価上の困難性という問題がともな

う。施設構成上ウェイトが軽いものとはかく、動物園のセールスポイントともなっている特定の動物などは微妙な問題である。この制度が過去において利用実績が少ない理由は様々だが、新しい財団抵当制度であることもあり、既存の施設は以前において抵当権も設定がなされている場合も多く、抵当権抹消をして財団を組成することにおいて、抵当権者としてはその抵当権を一時的にしる抹消しなければならず、この間の信用をいかにするかという問題がある。また、現在の観光施設の大部分が土地主体ないし建物主体の設備にあるという点にある。しかも土地自体は新規

に取得したのではなく、相当以前より遊休資産という形であり、近時の土地の値上りから、土地自体で十分に担保となる結果、あえて財団化する必要はないという点にあると思われる。したがって、この制度を活用する上において問題となるのは、前述した八種設備限定に問題点がしぼられるので、政令の改正と弾力的な運用がとれるような配慮が早晩あることが望まれる。

(1) 「個人の合計は全人口であり、相異なる個人が異種の活動を行ないつつ均衡を保つものが社会である。価格を合計すれば会社事業場の全営業資産におちつくが、土地、労働、資本および経営を調和するものは、ゴーイング・コンサーンにはかならない。取引はある時点で生起する。しかし、取引はある期間にわたり、次々に流動する。この流動は一つの過程である。法廷は、この過程の概念をゴーイング・コンサーンという観念で充分に展開した。この観念は、商事慣行より拉し来ったもので、自然的財貨の生産および消費という技術的過程、それに商店規則・運営準則または国家法に準拠する売買・貸借・命令および服従という営業過程の二つの過程以外の何ものでもない。自然過程はゴーイング・プラントと名づけ得るし、営業過程はゴーイング・ビジネスと称し得よう。そこで、この二つがゴ

ング・コンサーンを構成するわけだが、それは自然力を対象にした作用と反作用であり、さらに公認された原則に従って行なわれる人間同志の取引に関する作用と反作用を内容とする。」John Rogers Commons, Legal Foundations of Capitalism, 1959

(2) 拙稿「観光施設財団抵当法の理論と活用実態」交通論叢第三号一頁以下に手続などは書いてあるので参照されたい。

### 三 財団抵当法から企業担保法へ

これまで触れてきたように財団抵当制度は、企業を担保する制度として活用されてはいるが、企業担保としての本質および近代的経営形態の企業の担保制度としては批判は免れない。過去において、財団抵当制度を利用する者の便宜を図るために、わずかに抵当権の存しない財団の存続期間の延長、および財団の分割併合の制度を創設する「工場抵当法の一部を改正する法律」(昭和二七年法一九二)の制定をみているが、既存の法制度との関連もあり、企業を担保とする観念を根本的に改めないかぎり、抜本的な改正を

なすことは困難なことである。財団抵当では今日のように企業が巨大になり、かつ複雑になるにつれて、財団の構成物をいちいち目録に記載することが煩瑣となってきた。さらに、純然たる債権のごときものや「暖簾」などは構成物に含ませることはできず、その意味では、企業財産をすべて担保に供することはできないし、また軽易な担保方法も要請されるのは当然である。そこにも企業担保制度が必然的に望まれて生れた動機の一つがある。この企業担保法(昭和三年法一〇六号)は、財団抵当制度の欠陥を除去せんとして立案されたところもあり、とりわけ戦後のわが国経済の大飛躍に貢献したことは決して見逃すことはできない。同法は、イギリスの floating charge (浮動担保)の法理を水島広雄博士が導入され、わが国の実情に合わせ、種々の制約、変更が加えられてはいるけれども、母法となつたこの floating charge に範をとり企業に対する担保権の成立を承認している。floating charge は、各国の企業担保制度中最も進歩的かつ合理的な制度であるといわれており、その法理を一概に説明することはできないが、昭和二

八年一〇月、日本学術会議の推薦になる水島広雄博士の「浮動担保の研究」に対する毎日学術賞の推薦理由を通してその効用をみると、「浮動担保とは従来わが国に行なわれている財団抵当と異なり、担保物を固定せしめない特殊な謂わば企業そのものを担保とする制度である。この制度によれば、担保設定会社に債務の不履行、事業の停止、解散などのことがあればその時に会社の総財産が担保物として特定するが、それまでは従来の財団抵当と異なり担保設定会社は自由にその財産を処分し得ると同時に新たに取得した財産が自動的に担保の目的物に繰入れられることとなるので浮動担保と称せられている。要するに担保物件を固定せしめる財団抵当に比し、はるかに機動的でありかつ企業が順調に行なわれている限り、担保権の設定によってその経営に何らの制約を受けないところがこの制度の特徴：…」<sup>(1)</sup>とされている。floating charge の特質は、その担保権の客体が動的な企業それ自体であることであり floating charge は、非人格化し、独立した社会的存在となっている going concern とさう一つの価値物の上の一個の包括的

な担保権、すなわち a general charge である。その理論的帰結として、担保客体は浮動 (floating over) する。すなわち、会社が取得する財産は、当然、当該担保権に服し、また、会社は自由に会社財産を処分することができ、処分された財産は担保権から開放される。この担保権は、会社の解散もしくは裁判所が receiver を任命することが適当であると考慮するまで実行することができない権利である。<sup>(2)</sup>財団抵当制度は、ドイツ民法にみられるように物の觀念を個々の有体物にかぎりその統一された集合物の上になんか一個の権利の成立することを認めない厳格な大陸法的制約のもとに創設され、発達した制度であるから企業を担保権の目的としても、帰するところは、企業を構成する個々の物ないしは権利を担保権の客体とする制度である。それゆえに組成物件のうち、たとえば不動産のようにその所有権につき登記を必要とするものは、まずその登記を済ませるから、動産その他の権利とともに財団目録を作成して財団所有権の登記または財団成立の登録をなしたうえで抵当権設定の登記登録をしなければならない。そして、また、



組成物件の変更について逐一目録の変更の登記または届出を必要とする。このような結果として財団の組成ならびに、その後の管理のためには複雑な手続と高額な費用を要することは避けられないところであり、とくに近代的大規模企業においては、實際上、その煩に耐え得ないものがある。また、選択組成主義による財団においては、企業構成要素として必須のものである流動資産は担保権の客体となりにえないし、企業を担保の目的とする観点からは進歩的形態にあると思料される当然所属主義の財団においても、その事業に関連する事実関係はもちろんのこと、補助金請求権その他の債権、営業の免許などは担保権の客体に包含されない。こうして、企業の重要財産は担保権の客体となすことができて、企業そのものを担保権の目的となすことができないから、その権利の実行段階にはいった場合には、担保の組成物件を個別的に法定しなければならぬことになる。と必然的に企業組成を分裂させ、有機的に結合された企業体としての超過価値は抹消されることになる。これに比し、企業担保法によれば、たとえば、株式会社の発

行する社債を担保するために、その株式会社の総財産を目的として設定される担保物権が認められる。また、企業担保権の設定は、株式会社と企業担保権者との公正証書による契約でなされ、被担保債権は会社の社債権に限られる。その公示方法は、設定会社の本店所在地で株式会社登記簿に登記するだけであるから設定手続はきわめて簡易である。この企業担保権は、企業を構成する集合財産の上に一個の担保権を認め、かつ、担保の客体はつねに浮動の状態にあることなどの特性を有するので、担保が権利と法律関係ならびに事実関係の統一体にして、その内容がたえず浮動するものを、換言すれば *living and going concern* を物権の客体として承認したことは、これまでの大陸法系の民法のとする基本的態度を本質的に否定することにつながる<sup>(3)</sup>といえよう。企業担保権は物権であり、企業全体については物権としての効力をもつけれども、その設定後に会社に属せざるに至った財産には追及効をもたず、また、その設定後に会社に属するに至った財産については当然効力を及ぼすものとし、企業財産の新陳代謝に応じうるようにして

いる。企業の個々の財産の上に存する先取特権、質権および抵当権はその対抗要件具備の前後を問わず、企業担保権に優先し、また対抗要件をそなえたその他の権利も企業担保権に対抗することができるとされる。企業担保権の実行としては、原則として会社の総財産を一括して売却する強制競売の方法と収益から企業担保権者に優先弁済する強制管理の方法の両者が採用される。

(1) 水島広雄「イギリス浮動担保の素描—企業担保の理論—」法学新報七〇周年記念論文集六〇四頁参照。

(2) 水島広雄「企業担保としての英国浮動担保」私法一三〇号四三頁以下、前掲六〇五頁以下参照。

(3) 水島広雄「企業の担保」法律のひろば七卷一〇号、「企業担保の本質について」商事法務研究四〇巻、「企業担保法」総合法学創刊号参照。関口雅夫「イギリスにおける floating charge の成立」法学新報八一巻一号九三頁以下参照。小林英雄「企業担保法」特別法コンメンタール参照。同書において制定の経過と詳細な逐条解説がなされている。

## おわりに

観光施設財団抵当制度は、今後の観光産業の大企業グループの大規模施設の計画もあり、また一般に高級化、他産業と同様にシステム化、大規模化にともなう投資額の大規模化、機械工作物への投資額増大が考えられるので、これからの施設も、その種類によっては単純な不動産信用というだけでは不足するものもでてくるであろうし、施設を一体化した企業としての収益価値として捉える必要が生じるものと考えられ、したがってこの制度を再認識、再検討する機会が当然でてくるであろう。ただし、一般に、財団抵当は、企業が有機的全体として有する担保価値をそのまま完全に把握するための制度ではあるが、特別立法で定められた若干の特殊な企業しかこれを利用することができず、また財団組成物件は法定されていて、それ以外の企業のためのために存する物または権利のほか信用、技術、暖簾などの事実関係および各種の法律関係を含む有機的統一体たる企業全体を完全には把握できない。したがって財団抵当

制度は企業のもつ担保価値を十分に發揮することはできないことになる。また、財団登記が済んだからといって直ちに融資が有利に進むことにはならず、担保の評価は依然として金融機関側の裁量であって、その企業体質が問われることはもちろんであり、企業実績や計画的な事業姿勢が法務当局や金融機関に認められなければ運用上の実際的効果は望めない。一方、企業担保の制度は、企業担保を利用しうるものは、株式会社たる企業にかぎられるが企業全体の担保価値を生きた姿でとらえる点で卓越した機能をもっている。企業に属する個々の財産につき担保権の及んでいる旨の公示が存しないことなどの点に不安をもつ学者もいるが、これらは法規運用上の問題において弾力的な運用による解決もなされるし、実際上も企業の発展途上にあるものが活用して巨大企業へと伸展するので、一般に弊害を及ぼすことはないといえよう。

この小論を書くにあたり、恩師水島広雄博士の御著書、御論文を多数引用、参照させていただき、また日頃の御指導と学恩に深謝して、ここに敬意を表したい。