

判例評釈

〔商事判例研究〕

早稲田大学商法研究会

63 金融債を受働債権とする相殺の可否

(最二判平成15・2・21〔平成14年(受)第366号損害賠償請求事件〕金判1165号13頁(破棄自判)、原審：東京高判平成13・12・11金判1132号3頁、第1審、東京地判平成13・2・28金判1132号11頁)

柴 崎 暁

【事実】

長期信用銀行Y(株式会社おぞら銀行)は、昭和52年10月1日、A(三洋証券株式会社)から銀行取引約定書の差し入れを受けた上で、Aとの間で手形貸付・証書貸付の方法で取引を行ない、他方AはYが発行する金融債(長銀法8条参照)を購入していた。同約定書5条1項1号には、Aについて「会社更生手続開始の申立等があったときは、Yから通知・催告等がなくてもYに対する一切の債務について当然に期限の利益を失」(い)直ちに弁済すること、7条1項では、Aが「期限の利益の喪失等の事由によって、Yに対する債務を履行しなければならない場合には、Yはその債務とAの預金その他の債権とを、その債権の期限のいかんにかかわらず、いつでもYは相殺することができる」との定めがなされていた(金判1132号9頁左段)。

Yは、平成6年4月27日、平成6年7月27日、平成8年4月26日の三回にわたって、その償還期はいずれも5年とする金融債を発行し、Aはこれを購入していた。この金融債はYが登録機関を兼ねた登録債であり、「発行日から1年経過後はいつでもその全部または一部を繰上償還することができる。」「一部償還は、抽せんによる。」「Yは、いつでも買入消却することができる。」旨が定められていた(金判1132号9頁左段)。⁽⁴⁾

Aは平成9年11月3日、会社更生手続開始の申立を行ない、平成11年12月11日、申立が棄却されて平成11年12月28日に破産宣告を受け、X(桃尾重明)が管財人に選任されている。Yは、YA間の銀行取引約定書5条の規定によ

り、Aに対するYの貸金債権の期限の利益は失われたものとし、同約定書7条に基づき、平成9年12月2日の時点でYがAに対して会社更生手続開始申立前の原因に基づいて有する貸金債権元金5億8559万0015円及びその遅延損害金628万9076円ならびに保証債務履行請求権163億0751万5573円の合計額の一部と、Aが社債権者として登録を受けていた金融債の、平成9年12月2日時点における償還元金および既発生未払利息の合計7億0498万9039円とを、同日を計算実行の日として対当額で相殺する旨の意思表示を行なった。

管財人Xは主位的請求として、本件相殺を違法・無効であるとし、本件金融債の償還等を求め、仮に本件相殺により償還請求権は消滅したとするなら、予備的に、Yの相殺によって本件金融債の換価を事実上不可能にしたことが違法であるとして、不法行為に基づく損害賠償を請求している。

第1審（東京地判平成13・2・28金判1132号11頁）は、以下のように判示した。

本件銀行取引約定5条および7条①は、債務者の信用を悪化させる一定の客観的事象が発生したことを要件として銀行の相殺権行使を認める特約であって、相殺の担保的機能を重視した特約であり、本件約定7条①は、被告が相殺の対象とすることができる債権をAの「預金その他の債権」と定めており、その文言上、相殺の対象となる債権を限定していない。

債務者について信用を悪化させる事象が発生した場合において、当該債務者が当該銀行の発行した償還期限前の金融債を保有しているときは、それを受働債権として相殺することにより銀行が債権回収する利益は大きく、他方登録債制度においては登録手続の遵守によって流通の利益は保護されているから、Aが顧客から借受けていたものであろうとこれを名義にしたがってAのものとして相殺したことは正当であり、また、債券が発行されている場合であっても所持人の特定が事実上困難なだけで相殺が不可能であるとまでいうべきではない。期限の利益の放棄⁽⁵⁾については、手形と異なり満期までの利息を含めて償還すれば問題なく、著しい不公正な弁済等の場合のみ商法340条の取消の対象となるに過ぎない。また、銀行取引約定書7条①項を根拠として期限の利益を放棄して相殺適状を生じさせたものと解される（以上の理由から、請求棄却）。

これに対し、**原審**（東京高判平成13・12・11金判1132号3頁）は、Xの主位的請求を認容し、Yに対し、本件金融債の未払の償還元利金合計7億4636万及び償還元金合計7億円に対する遅延損害金の支払を命じた。

(1)（金判1132号9頁右段）「社債の借入総額は同一金額の個々の社債に分割され、各社債権者の権利の内容は同一のものとなる。」（……）「社債は消費貸借の1〈原文ママ〉形態ではあるが、」（……）「定型化され、大量性、集団性、公衆性といった色彩を帯びたものである。」（……）「各社債権者の権利が定型

化され個性を喪失」するものであって、「社債について相殺が可能であるとすると、相殺の抗弁が付着した社債は、他の社債と異なる個性を有するものとなり、それは上記の社債の性格と相容れないものとなる。」

(2) (金判1132号9頁右段) 商法301条は、総額引受以外の場合には、社債申込証の作成を社債の発行に必要なものとしているが、「これは社債の内容を各社債について同一ならしめることを意味している」(総額引受および長期信用銀行が発行する場合には社債申込証ではないが、この場合でもすべての各社債の内容は一個の社債契約によって決定され同一のものとなる)。

(3) (金判1132号10頁左段～右段)「市場における社債の取引を可能にするためには、ある社債が他の社債と全く異なるところがないことが必要である」。債権の内容に個性ないし個別性を与えるならば、「社債の価値を集团的に判定する市場を構築することができなくなり、」(……)「取引所における競争売買の対象となる適格性を欠くことになる。これゆえ「社債の定められた償還や時効以外の債権の消滅原因を認めるわけにはいかない」。これは、取引の安全の問題ではなく、「取引市場による市場価値を成り立たせ、投資の尺度を提供し、換金の可能性を保証することがここでの問題なのである。したがって、善意取得や抗弁の切断の法制度によって、一定の条件の下に社債の流通が保護されているからといって、社債について相殺を認めるわけにはいかないのである」。

(4) (金判1132号10頁右段)「社債権者の権利が、1つのものが他のものと金額以外は全く異なるという利害共通の存在であることは、社債権者の団体的保護の必要不可欠の条件でもある。利害が共通であることにより社債権者は1個の利益団体となり、団体的保護を可能ならしめるのである。」「商法は、社債権者集会の制度において、各社債権者が社債の最低額毎に1個の議決権を有することを前提としており、各社債の金額は均一であるか、または最低額を持って整除できるものであることを要すると定めている(商法299条)。社債について相殺を認めると、自動償権が社債の額を下回る場合に、この規定に反する社債が生じる。その社債については議決権を認めることが困難になり、上記の前提に反する結果をもたらすことになる。／社債管理会社は、社債権者集会の決議により、総社債について支払の猶予、不履行によって生じた責任の免除または和解をすることができると定めている(商法309条の2)。そして、社債権者集会の決議は総社債権者に対して効力を有するのである(商法327条2項)。このことは、すべての社債を同様に扱うことを意味している。」

(5) (金判1132号11頁左段)「社債については、発行会社がこれを相殺で消滅させることや、相殺可能を前提に取引するなどの、相殺の担保的役割を期待できるような一般的状況は存在しない」。社債は譲渡が自由であるから、「発行会

社にとって社債権者が誰であるかを把握することは困難である。したがって、社債権者が誰であるかを発行会社が把握してする社債に対する相殺は、事実上不可能である。(……) 登録債の場合であって、発行会社が登録機関となっている場合には、事実上社債権者の確知が可能となるが、本来その登録は発行会社が社債権者を確知するためになされるものではない。」

(6) 相殺はできなくとも差押は可能であること、

(7) 償還期限後の権利も相殺できないこと、

(8) 社債等登録法施行令65条は、償還以外の方法により消滅した場合の規定を設けていないが、これは社債が償還以外の方法により消滅することを予定していないからであること、を説き、約定書7条①項が相殺の対象として社債を対象としているとするなら、公序違反を理由としてこれを無効と解するものとの見解を示した。

これを不服とした(被控訴人・被告)は上告。

上告理由は、〈第1点〉として、社債が商法の特別規定によって規整されている理由を、その有価証券化、社債発行についての技術的処理、社債権者の集団的取扱を規定するためであるとする。そして、各社債の同一性は、発行の段階にだけ適用されるのであって、発行後の社債につき形成されてゆく法律関係には適用がなく、実体的な民法相殺制度に関係つけて考えるべきものではないこと、その根拠として上告理由は、社債管理会社による不公正な行為である弁済等の取消に関する商法340条1項でさえ、弁済のほか「和解其ノ他ノ行為」を掲げて、弁済以外の債権消滅のあり得ることを規定している事実、ならびに、これらが「著シク不公正」でない限り取消原因とならない事実などを挙げる。さらには、最三判平成13年12月18日は、金融債したがって社債を受働債権とする相殺が許されることを当然の前提とする判断であることを挙げる。

〈第2点〉。本件は二当事者間での相殺の効力を問題にしているのであって、第三者が登場する場面における事由を援用している点で原審の判断は民法505条以下の規定の解釈適用を誤った違法がある。

〈第3点〉。原審が社債を、民法505条にいう性質上相殺が許されない債権であるとすることは誤りである。

〈第4点〉。社債の集団性、同一性は、社債を相殺のできない債権とする根拠にはならない。商法340条は弁済以外の債務消滅原因が社債にも適用されることを前提にした規定である。

〈第5点〉。銀取約定書の相殺条項を社債を対象として規定することと公序は関係がない。

〈第6点〉。原審の判断は社債の利用を回避させ、地方債にもこのことが適用

されるなら公金預金の防衛も不可能になる。

〈第7点〉。最判平成13年に矛盾する（〈第8点〉略）。

というものである。なお、本件金融債は、平成6年4月27日、平成6年7月27日、平成8年4月26日に発行され、いずれも5年を償還期とするから、それぞれ平成11年4月27日、平成11年7月27日、平成13年4月26日に償還期が到来したことになるが、原審において償還期の到来に関してYがいかなる主張も立証もしておらず、裁判所が償還期の到来を認定している形跡もなく、かつ、YがAに対して相殺の意思表示をなしたのは平成9年12月2日であることが認定されているにとどまる。相殺適状の到来を停止条件とする相殺の意思表示というものは認められていないので（民506 I 但）、相殺が改めて行われることがない限りその効力が生じていないことになるが、別段後の相殺の意思表示は認定されていない。

【判 旨】 原判決破棄

「相殺の受働債権が金融債の償還請求権であることをもって、相殺ができないとする理由はないというべきである（最高裁平成10年（オ）第730号同13年12月18日第三小法廷判決・裁判集民事204号157頁参照）。受働債権が金融債の償還請求権である場合に、相殺が許されない根拠として、原審の判示する理由は、いずれも相殺を否定すべき根拠となり得るものとはいえない。そうだとすると、上告人発行の金融債の償還請求権を受働債権として相殺ができる旨の本件約定中の定めが公序に反して無効であるということとはできず、（……）論旨は理由がある」。

【研 究】 判旨反対。

序

I 社債均一の原理

- A 各社債権者の権利は均一たるべきである
- B 相殺の抗弁およびその対抗の危険

II 繰上償還としての相殺

- A 銀行取引約定書における差引計算の法的構造
- B 本件金融債における償還条項と放棄し得ざる期限の利益

結論 本件における相殺は償還条項違反である

序

本件判決をはじめ、社債を受働債権とする相殺は可能であるかが近時争われて⁽⁷⁾いる。最判平成13年12月18日では、直接には証券の受戻の問題が争われたが、それは社債の大量性・集団性にもかかわらず償還期前の社債を受働債権とする相殺は可能であるとの前提をとるものと解されている。本評釈は結論においては原審に賛成する立場から、本件事案に限って問題を検討しようとするものである。多くの評釈は、銀行取引約定書の効力の問題として償還期限未到来社債の相殺を容認するようである。ところで、相殺が可能であるというためには、民法の原則に従い、自動債権について期限の利益を喪失させる事由が存在し、受働債権⁽⁸⁾については期限の利益が放棄されるものでなければならない。しかし、社債契約ではその特殊な構造にてらして、期限の利益の放棄は、たとえ所定償還期までの利息を全額支払ったとしても、債権者の社債流通の利益を害するものであるから、社債権者と会社との間のいかなる個別的約定にもかかわらず、それが社債発行条件自体に記載されない限り、許されないといわれている。受働債権である社債が消滅する以上、その償還期前の相殺は繰上償還の一種であるというべきであり、「一部償還が抽籤の方法によって定められ、その償還の方法が発行の条件として明示⁽⁹⁾されているかぎり、本条〔商300〕に違反するものではない」のであるところ、本件相殺が行われた時点では、未だ抽籤も行なわれず、発行条件に明示された方法による償還が行われたわけではない。それにもかかわらず一社債権者との関係において相殺をしたとすれば、それは期限の利益の放棄が行われたこととなり、結果的に償還条項違反の償還が行われた場合と法的には等価である。このような相殺は、相殺適状の到来を意味する償還条件の具備をもって停止条件とする相殺の意思表示でない限りは効力がないというべきところであろうが、条件付相殺の意思表示は民法上許されておらず（民506 I 但）、償還期到来後に相殺の意思表示が行われた事実も主張立証されていないのであるから、上告人は相殺の効力をもって社債権者、その承継人、その差押債権者およびその破産管財人らに対抗することができない。少なくとも、原審において償還期の到来があったこと、および、その後の相殺の意思表示が行われた事実を認定させるべく差戻とするのが穏当ではなかったか。

I 社債均一の原理

A 各社債権者の権利は均一たるべきである

原審判決は、商法299条が「各社債の金額は均一であるか、または最低額を持って除除できるものであることを要すると定めている」ことを援用しつつ（原審判示（4））、社債均一の原理を導いている。原審は、同条を根拠とするのみならず、この原理は学説の一致して支持する理解であるものとしており、これに異を唱える者はいない。社債は、「借入総額が同一金額（割合的単位）に区分され、この各部分が同一条件で一般公衆から直接に或は間接に募集され、その各部分に対する権利を表章する有価証券として債券が発行される点で一般の金銭借入における消費貸借上の債権に対しての特異性を示し⁽¹¹⁾」ている⁽¹²⁾。

これに対し、商法299条とは、「昭和13年に社債権者集会の制度を採用したことに対応し、議決権算定の必要から新たに規定を設けたものである⁽¹³⁾」から、最低金額とは1議決権を付与すべき最小単位としてのみ意味を持つとする理解も説かれてはいる。確かに商法299条は昭和13年改正によって、社債権者集会制度の導入のために新設された規定ではある。しかしながら、昭和13年改正以前に社債の権利内容が均一でなくてよいとの主義が採用されていたと速断するべきではない⁽¹⁴⁾。

明治32年新商法制定による明治26年商法廃止の以降、昭和13年改正までの間、社債の均一⁽¹⁵⁾に関する規定が欠け、学説は不均一社債の発行が認められているものと解した。しかし、昭和13年商法改正で、1905（明治38）年制定の担保付社債信託法の制度が商法の社債の取扱に一般化された⁽¹⁶⁾という事情を考慮すると、現行商法の社債規定は、むしろ担保付社債信託法の承譜に属するものというべきであって、明治32年から昭和13年改正までの商法解釈を援引することには留保が必要であることに注意しなければならない。現行法下では、募集公告にも社債申込証にも記載されないままに償還の条件に差異を設けることの根拠とはならないことを知るべきであろう⁽¹⁷⁾。

また、原審判決が（2）において指摘しているように、社債申込証の制度は社債契約の構造の特異性を基礎づけている。商法第301条第3項では、社債の応募額が社債申込証の用紙に記載した社債の総額に達しないときでも社債が成立する旨の記載が必要であるとし、この記載がなければ、いかに当該社債申込の意思表示自体に何らの欠陥がなくとも、これに応答すべき承諾の意思表示はなされない（記載があれば、申込は承諾されたこととなる）。このようにして社債契約は成立の過程そのものにおいて一般の相対的契約とは異なる属性を有するものであって、

各々の社債申込人の地位は相互に依存しあい、決して孤立しそれだけで完結した取引行為⁽¹⁸⁾なのではない。

したがって、権利の成立の局面において各社債は均一の内容と態様とを有する。しかのみならず、均一の要求は権利が存続・消滅するあらゆる過程で継続する。社債管理会社が社債権者のために弁済を受けまたは債権保全に必要な行為をする一切の裁判上裁判外の代理権を与えられて、権利の行使を一元的な管理のもとにおいている(商309)のもその顕れである(社債管理会社は、それゆえに総社債権者のために公平誠実義務(商297ノ31)および善管注意義務(同II)を負う)。わけでも償還の条件の均一は重要である。社債申込証に特段の記載がある場合でかつ内容上法がこれを許容する範囲でのみその例外が許される(償還の方法・期限について商301II(5))。割増償還の場合には超過額は各社債につき同率でなければならない(商300)。ある社債権者に対して発行会社が行なった弁済・和解その他の行為が著しく不公正であるときには社債管理会社の訴による取消に服する(商340)。この訴は社債権者集会の決議があれば社債権者代表者・執行者によって提起することができる(商341)。社債とは純粋な個別的帰属関係に服するのではなく、一定の程度で総社債権者に共同的に扱われる債権関係である。

繰上償還もまた、償還方法として社債申込証に記載されるべきものである。方式を遵守する限り、一部の社債権者にだけ繰上償還をすることは適法である。しかし、かような記載を欠き、個別の合意で期限の利益喪失ならびに放棄を定めて相殺に供するとなれば、上記のような一元的な管理の原則との抵触を来す。

B 相殺の抗弁およびその対抗の危険

原審は、(1)の部分で、社債均一の原理が、社債市場形成に必要な制度であることを説き、それゆえ相殺の対象とできないとしている点を批判する論者は、金融債の有価証券性を根拠としつつ、有価証券的譲渡には抗弁制限⁽¹⁹⁾の効果が伴うがゆえに、相殺をすることで債券の価値は影響を受けないとする。しかし、本件の事案にはこの批判が妥当しないのではなからうか。なぜならば、本件の社債は登録社債であって、その移転は指名債権譲渡であると考えられるからである。したがって、相殺を認めることによる譲受人の危険⁽²⁰⁾についても問題とする余地がある。

原審判旨(4)が指摘している問題に、相殺後の権利の処理についても言及があるので、この点も少々検討しておく必要があるようである。上告審判決はこの問題にはまったくふれず、上告理由にも登場していない。本件では自働債権の金額が受働債権である相手方が保有する社債の合計額を上回っていたからである。本件とは逆に自働債権の方が額が低いときに、相殺の効果が相手方の保有する社

債の一部分にしか及ばないことになるが、そのときに最低額で整除できない端数の社債が生じることとなる。この場合には当該社債につき社債権者集会における議決権を与えられないことになる。これに対して、社債権者集会における議決権を償還金額ではなく社債の券面額を基準に与えることにしてはどうかという提言がある。券面額超過償還の可能性などを考慮に入れての立論であるが、券面額主義⁽²¹⁾を採るとなれば、一部償還済で残存する債権額が社債一口の最低額を下回る社債権者についても券面額で議決に参加できることになってしまうが、それは果たして妥当であろうか。

II 繰上償還としての相殺

A 銀行取引約定書における差引計算の法的構造

銀行取引約定書によって相殺を合意していることと、繰上償還とは別の問題であって、それゆえ相殺予約は有効であるとする批判に反論するために、先にこの問題を検討しておく。

上述のように社債は各部分が均一の単位とされている特殊な債権であって、一般の預金債権と同列に論じるべきものではない。⁽²²⁾ 本件の発行会社と社債権者との間でとりかわされた銀行取引約定書5条および7条①項が公序良俗違反で無効であるとの原審の説示には賛同できないが、その効力が多数の見解のいうような自明のものではないのではないかとすなわち、社債の償還という、他の社債権者との関係が問題になる事項について、個別の銀行取引契約の方法で別段を定めることは、社債契約本体との抵触を生じるおそれがあるのではないかと、ということである。

銀行取引約定書7条①項の文言どおり、これが真実相殺であるとすれば、民法の規定する相殺適状の要件のもとでしか相殺は効力を生じない。⁽²³⁾ 自働債権と受働債権とが同種の給付義務であり、それぞれの債権が履行期を迎えているものでなければならぬ。ところが、合意相殺と称し、異種の給付義務間での「相殺」や履行期未到来の債権の「相殺」が存するともいわれている。しかし異種給付間の相殺は、その呼称のいかんにかかわらず、法的性質から言えば、免除の意思表示を組み合わせた無名契約による債務の消滅である（石垣茂光「相殺契約に関する一考察」獨協法学49号137頁以下・50号119頁以下、特に49号149頁、50号122頁）。他方、期限前の債権で相殺ができるのは、自働債権についていえば期限の利益喪失事由が、受働債権についていえば期限の利益の放棄が伴って、相殺適状が生じているがゆえであると解するのが合理的であろう。銀行取引約定書ひな型7条にいう

「いつでも相殺することができます」との文言は、取引先側が同ひな型 5 条の定めにしたがって「期限の利益を喪失するかぎり」は「いつでも」なのであって、無条件に「いつでも」であるというのではない。社債の問題に戻るならば「金融機関側が預金等の期限の利益を放棄し得る限りにおいて、すなわち、繰上償還が可能である限りにおいて」「いつでも」相殺できる、ということの意味する。

兩建取引に関しては、しばしば、「銀行にとっては、取引先の有する自行預金はその貸付債権を事実上担保するものであり、このような銀行の相殺の期待は保護に値する」といわれるが、民法の予定する相殺適状の具備もないままにかかる期待が保護されるのではない。その意味で、かかる「期待」は権利ではなく所詮「期待」に過ぎない。他方、社債権者の債権者は、自らの債務者の手中に社債という経済的価値ある財産の存在を知り、その財産の価値に信頼を置いて与信行為をなした場合には、このような財産を換金することで債権を回収できるという期待を保護される地位にあるといえる。少なくともそのような期待は、上記のような銀行側の、法的には権利であるかどうか不明な利益に劣後すべきではない。相殺を合意していたという勤勉さだけでは、相殺適状ならびに期限の利益の喪失・放棄に関する法律および彼等のなした契約の規定より生じる効果を、実際にそれが発生した以上の範囲に拡張することの根拠とはならない。

貸付債権の期限の利益喪失と同様に、社債に関して期限の利益の放棄の許諾が無方式の合意でなし得るものであれば、かかる約定の効果を認めることに異論はない。⁽²⁴⁾しかし、社債における期限の利益の放棄は、繰上償還にあたることとすることができる。そして、そのための手続を履踐することを法が要求しているものと解される。

B 本件金融債における償還条項と放棄し得ざる期限の利益

既述のように、償還条項のなかに、一部の社債に関する異なった償還を許す(あくまで社債契約の一条項としての)⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾規定があるなら、その効力を否定すべきではない。また、繰上償還が可能な場面で相殺に供することにも疑問はない。しかし、本件は償還条項そのものに違反した取扱がなされている事例であり、この点で最高裁の判断は不合理であると思う。⁽²⁷⁾

法が何故に償還の方法・態様・期間について社債申込証に記載を強制しているかといえば、その方法・態様・期間についても、社債の各々について同一であるべきとの要請によるものであり、仮に違った扱いを受けるとするならばその可能性は事前に公衆に知らしめられるものでなければならぬ。なぜならば、償還における異なる取扱は当該社債の「種類」を設けるものであり、種類の異なる社債の経済的価値もまた各々異なるはずだからである。一部償還が行なわれる場合に

抽籤の方法が採られるのは、抽籤前の状態において、社債のいずれかが次回の期日において償還されることは確実であるとしても、そのうちのいずれが償還される社債なのかは判別できず、抽籤される前においては、いずれの社債にも同じ経済的価値を認めることができるからである。

他方、償還条項が事前に知らしめられていることは、社債権者にとっても、自らの有する社債が市場で同一発行会社の同一種類の他の社債と等しく評価され、流通することによってその経済的価値を回収することができる正当な期待を与え、他方かかる社債を保有する者に与信する者にとっても償還期まで償還されないとの前提で合理的計算に基づく行動を許すものである。かかる期限の利益は、発行会社のためだけにおかれているのではない。

この点、控訴人は控訴審におけるその主張のなかで（金判1132号7頁左段）、民法136条2項但書との関係を問題として⁽²⁸⁾いる。

一般に期限の利益は、原則として債務者の利益のために定められたものと推定される。期限とは、例えば、利付消費貸借における利息という給付と対価関係のある要素と見るべきである⁽²⁹⁾からである。これに対し、社債の場合には、専ら債務者が得る利益というだけでなく、債権者の側にも利益があるといえる。既述のように、社債は市場において商品として流通する。例えば、償還利率の引き上げ等を期待して社債の市場価格が上昇するといった局面（利益参加社債など）では、予定された元利金全額を前倒しにして償還を受け得る金額を超える売買代金を收受することも場合によっては不可能ではない⁽³⁰⁾。このような意味で、期限の利益は専ら債務者のための⁽³¹⁾のみ存するのではなく、債権者のためにも存しているといえるのである。

無論、債権者債務者のみの二者関係における期限の利益であれば、債権者の損なわれた利益を賠償して放棄することができるということになるが、社債権者は潜在的な第三者（＝市場）の行動によって自らの財産の価値の多寡について影響を受け得る地位にある。大量的集団的な社債関係における期限の利益は、少なくとも予めこれをすべての利害関係人に示した上ででなければいかに債権者に賠償しようとする（償還期までの確定利息のみを前払いしようとする）放棄できないものと見るべき利益というべきではあるまいか。さらに、二者関係だけを観察したとしても、利益参加社債のような場合には、莫大な収益をあげつつある前年度赤字会社の決算期直前に期限前償還を強いられた社債権者の被る実害は誰の目にも明らかであろう。

結論 本件における相殺は償還条項違反である

本件の事例では、償還条項として、据置期間の経過後には繰上償還をなし得る定めがあることから、直ちに本件の相殺が正当であるかのごとき解説も散見されるが、償還条項には、①5年を償還期日とし、②発行会社は、1年の据置期間経過後いつでも当該金融債の全部または一部を繰上償還できること、③一部償還の場合にはいずれの債権者が償還を受けるべきかを決定する抽せんを行なうこと、④会社はいつでも買入消却をなしうること、⁽³³⁾が定められている。本件相殺は、繰上償還を可能とする右条項の存在を根拠として正当化されるとするならば、発行会社の抽籤実施義務の不履行の場面となろう。本件相殺が行われた時点では、何ら抽籤も行なわれず、発行条件に明示されたいずれの方法による償還が行われたわけでもない。それにもかかわらず一社債権者との関係において相殺をしたとすれば、結果的に償還条項違反の償還が行われた場合と法的には等価である。

償還条項違反の償還の効力は、それが償還元利金の現実の払渡によって行われた場合には、他の社債権者からいえば、違法な償還であるから、それが著しく不公正であるといえるならば、商法340条1項の社債管理会社による取消請求の対象となろうし、その結果として会社から受領者への不当利得返還請求権を発生させる場面となり、取締役による損害賠償責任の根拠ともなろう。さらには、他の社債権者にとっては、債務不履行を理由とする社債契約の「解除」事由となるかもしれない。償還期における抽籤の事例ではあるが、大判大正14・12・19新聞2531号9頁は、発行会社による抽籤実施義務の不履行に際して、社債権者は直ちに社債契約を解除して全額の償還を求めることができるものと判断されている。⁽³⁴⁾仮に④の規定による買入消却の可能性はあるとしても、⁽³⁵⁾本件において買入消却としてなされたという主張立証もない。⁽³⁶⁾会社は当該社債権者、その承継人および差押債権者との関係で相殺の効力を主張できず、他の社債権者との関係では社債契約を解除され得る地位に立つことになる。現実の払渡とは異なり、問題は相殺であるから、相殺の効力不発生 of 主張を認めればよいであろう。

ただし、商法340条1項・341条が、取消訴権の原告適格(社債管理会社・社債権者集会代表者)を制限し、⁽³⁷⁾提訴期間(社債管理会社の場合には行為を知ってから6月行為の時より1年内、社債権者代表者の場合には行為の時より1年内)にも制限を加えており、⁽³⁸⁾本件のように単独の社債権者による、しかも取消の訴によらない相殺無効の主張が認められるか、さらにこのような相殺を以て「著しく不公正」といえるかはなお検討の余地があるかもしれない。

〔文献〕

脚注に引用注記のほか

野田博「金融債の償還請求権を受働債権として相殺することの可否」〔本件判批〕金判1170号63頁、秦光昭「社債による相殺の可否」〔原審判批および最判平成13年評釈〕金法1642号32頁、潮見佳男「有価証券に表章された金銭債権を受働債権として相殺するにあたって同有価証券を占有することの要否」〔最判平成13年評釈〕金法1652号30頁、山田剛志「社債（金融債）と相殺」〔本件判批〕判タ1136号56頁。

注

- (1) 全銀協の「ひな型」に準拠した約定書が用いられている。
- (2) 長期信用銀行法（昭和二十七年六月十二日法律第八十七号、以下長銀法）**第八条**（債券の発行）長期信用銀行は、資本及び準備金（準備金として政令で定めるものをいう。）の合計金額の三十倍に相当する金額を限度として、債券を発行することができる。
- (3) 開始決定ではなくて申立てである点に注目されたい。
- (4) 長銀法**第十一条**（債券の発行方法）**4** 第二項の規定〔売出发行のこゝ一引用者注〕により発行する債券には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

（略）

四 債券償還の方法及び期限

- (5) しかし、本件の事実関係では、Yは既発生のみを相殺に供したにとどまるから、満期までの未発生利息相当については計算外となり、依然としてX側にも残高が存することになる。
- (6) 長銀法**第十一条**（債券の発行方法）長期信用銀行の発行する債券は、無記名とする。但し、応募者又は所有者の請求により記名式とすることができる。
 - 2 長期信用銀行は、債券を発行する場合には、売出の方法によることができる。この場合においては、売出期間を定めなければならない。
 - 3 前項の場合においては、社債申込証を作ることを要しない。
- (7) 判文にいう「金融債」とは、長銀法8条の「債券」を意味するが、長銀法は商法の特例を設けるにとどまり（例えば発行限度・社債申込証の作成義務の免除など）、特段の規定がない限りは商法民法の適用に服することは疑いもなく、判旨も、これに対する判例批評においても、この点に異議はなからう。よって本評釈も金融債とは社債の一種であり、本件での争点は社債一般にも及ぼしうる問題であることをひとまず前提とする。
- (8) 本件では会社更生手続の申立てであった。
- (9) 約定書7条の「いつでも相殺することができる」にいう「相殺する」とは、受働債権に関する期限の利益放棄の意思表示がなされ、これと同時に行われた相殺の意思表示により相殺の効力が生じる現象をさすものと解すべきであろう。
- (10) 鴻常夫「社債の発行制限に関する商法の規定について」社債法の諸問題Ⅰ（1987年、有斐閣）140頁、新版注釈会社法（10）社債（1）（1988（昭和63）年、有斐閣）51頁〔田村諱之輔〕。
- (11) 鴻常夫「社債発行の法理」社債法の諸問題Ⅰ（1987年、有斐閣）74頁。
- (12) この他、「社債契約は、必然的に集團の多數契約となり、社債権者の保有する各個の社債が全體としての社債即ち社債総額についてその分割部分としての意義を有し、各々の社債権者

の債権は、量差的差異があるに止まり、そこに質的差異があるわけではないので、それらの社債権者達は、その地位において社債発行会社即ち起債会社に対し利害関係を共通にし、そこに一定の共通利益に基く團體の結成の可能性及び必然性が豫見されるに至る」とする山本桂一「社債権者の團體性」株式会社法講座第五卷(1959年、有斐閣)1622頁。なお、比較立法例の紹介として菅原菊志「フランスにおける社債権者團體」社債・手形・運送・空法〔商法研究 3〕(信山社出版、1993年)所収。

- (13) 新版注釈会社法(10)社債(1)(1988(昭和63)年、有斐閣)47-48頁〔田村諄之輔〕。
- (14) 一例であるが、田中耕太郎「社債の法律的特異性」商法研究第一卷(1929(昭和)4年)の初出は法学協会雑誌47卷3号および4号(1929(昭和)4年)であるにもかかわらず、既に「借入の總額が同一金額の持分に分たること、各債権者に就て條件が同一なること等」は諸國の論者が一致して認める社債の特色である(同・研究601頁)との認識が示されていた。
- (15) 岡野敬次郎・會社法(1929(昭和)4年、岡野獎学会)は、「公告事項ノトシテ社債發行ノ價額又ハ最低價額ヲ掲ケタルハ額面以下ノ發行及ヒ各社債ニ付キ發行價額ノ均一ナルヲ要セサルノ趣意ヲ認メタルモノト謂フヘシ」(589頁)「金額ノ均一ハ法律ノ命セサル所ナリ第二百二條ニ於テ償還金額カ券面額ニ超ユヘキ場合ニ於テ各社債ニ付キ同一ナルヲ要スト規定スルモ券面額ヲ償還スヘキ場合ニハ不均一ト抵觸セサルノミナス券面額以上ノ償還ヲ爲スヘキ場合ニ於テモ同一ノ割合ナルヲ以テ足レリトシ必スシモ其額ニ於テ同一ナルヲ要スルノ理ナキナリ」(591頁)としている。
- (16) 鴻常夫「法律体系中における社債法の地位」社債法の諸問題 I (1987(昭和62)年、有斐閣)32頁。
- (17) さらに、基本的には均一主義不採用説を採っていると見てよいであろう片山義勝・株式會社法論(第六版・1923(大正12)年、中央大学)918頁は、「舊商法カ其ノ均一ナルヘキコトヲ明定シタルニ拘ハラズ現行法カ之ヲ明定セサルニ徴スルモ亦此解釋ヲ否ムヘカラス」としているものの、同頁脚注5において、「第二百二條カ償還額カ券面額ヲ超ユル場合ニ於テ其ノ超過額ハ各社債同一ナルコトヲ要スト定ムルカ故ニ事實上此ノ場合ニハ各社債ノ金額カ同一ナルサルトキハ甚シキ不公平ヲ生スルハ論ヲ俟タズ故ニ事實上此ノ場合ニハ各社債ノ金額ハ均一ナルヲ原則トスヘシ」と述べて、岡野説とは違った処理をするものと解している。岡野説は各社債が金額としてばらばらでも、償還金額を受領できる比率が同様であれば問題なしとし、片山説では券面額を超えて行なわれる償還金額そのものが均一であることを要するとしている。片山説は後の現行商法300条の解釈を想起させる。
- (18) 田中耕・前掲研究633-634頁いわく、「社債申込證の更に重要な機能は社債契約の内容を各社債に就て同一ならしむることである……相手方たる應募者は契約を締結すべきや否やの決定の自由を有することは勿論であるが、契約の内容の決定に關しては自由を有せずして、會社が一方向的に規定する所に盲從せざるを得ぬのである。……社債契約が附合契約的性質を有することの承認は社債關係の法律的特異性より生ずる重要な問題を解決するに缺くべからざる鍵である」。
- (19) 鳥山恭一「社債を受働債権とする相殺の可否」〔原審判批〕法セ571号110頁。なお今井克典「社債を受働債権とする相殺」〔原審判批〕名古屋大学法政論集192号221頁は、手形債権に対する相殺が手形外の法律關係としては何ら問題なく有効であるという例を挙げるが、この説明に即していうならば、証券外の法律關係としてあれ償還期未到来社債はその大量的均一性の要請から約定書のみに基づく相殺に適さないといふべきなのである。

- (20) この点、正当にも水元宏典「有価証券に表章された金銭債権を受働債権とする相殺 時の判例 (民事訴訟法)」〔最判平成13年評釈〕法教263号202頁は、「登録債の場合には、その譲渡に関して有価証券法理 (抗弁の切断や善意取得など) は適用されず、指名債権譲渡の効力しかない」と解すべきであるから (割注略)、相殺が可能であるとすると、善意の譲受人も相殺の抗弁を受けることになり (最判昭和50・12・8民集29巻11号1864頁参照)、社債の市場取引が害されるおそれがある」とする。登録債の名義書換が指名債権譲渡ではなく、抗弁制限の効果を伴う権利移転行為としての指図 (délégation / Anweisung) であると解する余地もあり、さらに、社債等の振替に関する法律77条は善意取得の規定をおくが、それが社債券の発行を禁じられた (社振法67条 I) 社債に適用されることを考えると、この場合はあきらかに指名債権譲渡としての要件と効果において行われる権利移転ではない、といった問題が生じる。本件の事例から離れる問題でもあるので、ここでは論断を留保しておく。
- (21) 今井克典「社債を受働債権とする相殺」〔原審判批〕名古屋大学法政論集192号224頁。
- (22) 野澤正充「有価証券に表章された金銭債権を受働債権とする相殺と同一有価証券の占有の要否」〔最判平成13年評釈〕判評525号=判時1794号196頁以下は、長期信用銀行の業務 (資本および準備金の30倍もの社債を公衆に発行しうる (長銀法8条)。資金の預金という形式での受入は政府等からに限定し (長銀法6条 I ③)、公衆からは行わない) を考えれば、金融債の発行とは、普通銀行における預金の受入と同等の経済的機能を持つものとして評価され、「普通銀行においては、貸付先の有する自行預金とその貸付債権を事実上担保するものである。そうだとすれば、『これと同様に、長期信用銀行においては、貸付先の有する自行発行の金融債はその貸付債権を事実上担保するものとしてとらえられており、このような長期信用銀行の相殺の期待は保護に値する』』」というものという。しかし、経済的機能の同一から直ちに同一の法律効果を導き得るとも限らないのではないか。
- (23) 商法の規定する交互計算であるとすれば、不可分の原則が作用する余地があるとはいえ、本件の約定書には交互計算の期間の定めにあたる合意もなく、期末に一括して相殺するという趣旨の定めもない。自己を第三債務者とする債権の質入と見ることもその對抗要件が不履践であるという点でこれも難しい。
- (24) その差押・倒産手続との先後に関してはなお問題がある。銀行取引約定書自体が、区別を設けている。差押の場合にはひな型5条が、「差押がされたとき」 (=差押命令の到達した日)、破産・会社更生・民事再生各手続については「申立のされたとき」が期限の利益喪失原因となっている。無論、「その他債権保全の必要が生じたとき」の請求による喪失 (2項5号) が加えられているから、これらの区別に意味があるのかどうかはなお論じる余地があろう。なお、銀行の両建取引において差押と相殺とが競合する事例で差押債権者に相殺を「対抗できる」といわれているのは、銀行側がこの条項に基づき「債権保全の必要あり」と認めて期限の利益を失わせた結果であると説明するのが筋ではないのか。
- (25) 鴻常夫「社債の発行制限に関する商法の規定について」社債法の諸問題 I (1987年、有斐閣) 140頁。
- (26) 比較立法例として、フランス1966年7月24日の法律第323条=新商法典 L. 228-75条は、「En l'absence de dispositions spéciales du contrat d'émission, la société ne peut imposer aux obligataires le remboursement anticipé des obligations. 発行契約に特段規定を欠く場合には、会社は社債の繰上償還を社債権者に対して強制し得ない。」と規定している。本条制定前の1867年法時代には、社債に関するかかる規定がなく、1893年1月9日セーヌ商事裁判所

判決は「最長償還期限以内には償還する」という契約条項が繰上償還を意味するものと解していた。学説はこのような規定が現行法のもとで行なわれたとすれば、繰上償還条項を定めたものとはいえないと解している。Alice PEZARD, *Obligations. Remboursement des obligations*, *Juris-classeur Commercial-Société Traité-Fasc.* 1890, no 87. このようにして少なくとも償還条項は相対の契約ではなく、集团的に締結される社債契約本体に挿入されなければならない。なお、同法のもとでも、取引所での買入消却の対象とすることは自由であり (PEZARD, *op. cit.*, no 58.)、社債契約で特にこれを禁止した場合にはその権限が留保されるという (PEZARD, *op. cit.*, no 100.)。

- (27) 他方、原審判決が償還期限の到来の前後にかかわらず社債の本来の性質のみを根拠に相殺を認めないとする点にはなお賛同を留保したい。償還期到来後においては、償還金は既に払い渡されている状態にあるというのが常態であり、その時点以降の社債流通の利益があるといえるかどうかには疑問が残るからである。
- (28) 「本件金融債を受働債権として相殺をするためには、本件金融債の期限の利益を放棄しなければならない。ところが、社債を償還期限前に償還すると社債の売買により利益を得る機会を社債権者から奪うことになるから、民法136条2項但書により許されない。」
- (29) GORLA, *Il contratto*, tome I, Giuffrè, Milano, 1955, p. 183. cité par CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, 5 éd., 1999, Litec, no 101.
- (30) 第一審の判示には、「社債の流通性は、社債権者に投資資金の早期回収の機会を付与するためのものに過ぎず、手形のような支払手段としての機能はなく、手形に比べ満期までの流通性を確保する要請は低い。また、金融債については、手形所持人が満期前に支払を受領すべき義務を負わないことを定めた手形法40条1項に類似する明文もない」という箇所がある (金判1132号14頁左段)。社債が既存債務の代物弁済の手段として用いられ得る可能性に照らせばこのような判断を下すべきではなかろうし、そのような用いられ方を実際にしているかどうかという問題と法的にそのような機能が保護されるべきか否かの問題とは別であるというべきであろう。
- (31) 無論、債務者と債権者とは、その利益の具体的内容はまったく違っているが——幾代通・民法総則 (青林書院、1984年) 474頁は、債権者が期限の利益を有する例として、無償寄託の場合、利息付定期預金の場合を、同・475頁は「物品給付の債務が子期した時期よりも早く履行されたために、債権者としての受領のための経費が、本来の時期に履行されて受領するよりも余計にかかったという場合など」を挙げるが、有価証券流通の利益の問題にはふれていない。しかし、同書は相手方の損害を賠償してなら放棄はできると解する近時の通説を説いて、なお「あらゆる態様の債権債務に例外なく妥当するかとなれば、若干の留保を必要とするように思われる」とし、利付消費貸借の貸主が借主に対して賠償すればいつでも自由に元利金の返済を請求できると考えるべきではないとする (同・475頁)。
- (32) 鳥山恭一「社債を受働債権とする相殺の可否」〔原審判批〕法セ571号110頁。
- (33) 金判1132号9頁左段。
- (34) 他方、大判大正14・2・23民集4巻76頁は、抽籤は条件ではなく単に不確定期限に止まるから、償還期限になって抽籤が実施されない場合でも、条件成就妨害ではないので民法130条の適用はなく、社債権者は償還を請求できないとしたが、同判決への評釈は、条件成就妨害に関する民法130条の準用ないし類推適用によってこの結論を正当化している。民事法判例研究会「社債償還の爲めにする抽籤と民法第一三〇條との關係」法協44巻2号〔山尾時三〕。なお、こ

の事例につき反対説を唱える板橋菊松・社債法論攷（昭和4年）96頁があるが十分な理論的根拠には乏しい。

- (35) 社債の集団的性質より生ずる平等待遇の原則からみて、あらかじめの特約なくしては買入消却はできない（西原寛一・株式會社法の範圍における特殊法規の研究（船田亨二編・京城帝國大學法文學會第一部論集第3冊1（1930（昭和5）年、刀江書院）134-135頁）。実際にも買入消却が一部の者の利益のために行なわれる余地があり、会社の財産内容悪化の場合にはことにその危険があるといわれている（新版注釈會社法（10）社債（1）（1988（昭和63）年、有斐閣）51頁〔田村諄之輔〕）。本件では買入を許す規定が償還条項に含まれているという点で問題はない。問題は事案が買入消却に該当するかどうかである。本件ではこれにあたらぬことは明らかではなからうか。買入消却の適法性は、それが証券取引法の監督下にある有価証券市場での買入れであるが故に認められるのではないだろうか。
- (36) 森田章「金融債発行会社が社債登録名義人の保有する金融債を受働債権として相殺することの可否」〔原審判批〕判評524号＝判時1791号200頁以下は、本件の事例を買入消却と見るか繰上償還と見るか解釈の余地があるかのように述べる（203頁）が、疑問である。発行会社と社債権者との間で社債の買入行為が行なわれたとみるべき事実はない。
- (37) この点、340条・341条が原告適格を社債管理会社ないし社債権者代表に限定していることは、優越的弁済を受けた者の利益において生じる他の社債権者の不利益を原状回復によって償わせんとする趣旨であって、不公正な形で弁済を先んじてを受けた者の不利益を問題とする場面とは利益状況が異なっており、340条・341条が適用される場面ではないと解して、これらの手続とは別に弁済等の効果を争う余地があると解することはできないであろうか。
- (38) 無効を抗弁として主張しうる場合にも適用すべきであろうか。