

III 研究ノート III

銀行取引における相殺と金融債 —最高裁平成15年2月21日判決の検討—

中村 美紀子

はじめに

I. 最判および原審

- (1) 事実関係の概要
- (2) 最判平成15年2月21日判旨
- (3) 原審東京高判平成13年12月11日判旨

II. 検討

- (1) 旧会社更生法162条の相殺適状と期限の利益喪失約款との関係
- (2) 相殺予約
- (3) 償還期限との関係
- (4) 本案最判の射程
- (5) 社債の本質論
- (6) 登録債における実質保有者の保護

むすびにかえて

はじめに

金融債を受働債権とする相殺の可否が争われた本案において、最高裁は「相殺は有効」と破棄自判した。しかしながら、その判旨は、社債一般についての相殺の可否を判断し「相殺は不可」とした原審の理由付けを否定すべき理由を具体的には示さず、「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」と述べたに止まった。本稿は、最高裁がそのように判断するに至った背景および本案全般にわたる論点について、主に、銀行の債権回収手段としての相殺という観点からの考察を試みるものである。

I. 最判および原審

(1) 事実関係の概要

本件は、破産者A証券株式会社（三洋証券株式会社。以下、A証券と記す）の破産管財人であるXが、「Y（日本債券信用銀行）が、A証券に対する貸金債権及び遅延損害金債権をもって、A証券が保有するY発行の金融債（本件金融債）の償還債務と相殺したこと（本件相殺）が違法であり、その結果、Xが、本件金融債を換価することが事実上できなくなり、本件金融債の額面金額及び利息金額の合計額の損害を被った」と主張して、Yに対し、不法行為に基づき、損害賠償金7億0,498万9,039円及びその遅延損害金の支払を求めた事案である。

本件の事実の経過は次のとおりである。

①Yは、昭和52年10月1日、A証券との間で、手形貸付、証書貸付その他一切の取引に関して生じた債務の履行に適用されるものとして、下記の内容を含む銀行取引約定（本件約定）を締結した。

記

5条[1]項1号（期限の利益の喪失）

A証券について、会社更生手続開始の申立て等があったとき、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、直ちに債務を弁済する。

7条（差引計算）

[1] 期限の到来、期限の利益の喪失、買戻債務の発生、求償債務の発生その他の事由によって、Yに対する債務を履行しなければならない

場合には、その債務とA証券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。

[3] 前2項によって差引計算をする場合、債権債務の利息、割引料、損害金等の計算については、その期間を計算実行の日までとして、利率、料率はYの定めによるものとし、また外国為替相場についてはYの計算実行時の相場を適用するものとする。

② Yは、平成6年4月27日、同年7月27日及び平成8年4月26日、本件金融債を、償還方法及び期限につき下記のとおり定めて、それぞれ発行した。本件金融債はいずれも登録債であり、Yが登録機関であった。

記

ア 発行日から5年目に償還する。

イ 発行日から1年経過以降はいつでもその全部又は一部を繰上償還することができる。

ウ 一部償還は、抽せんによる。

エ Yは、いつでも買入消却することができる。

③ A証券は、平成9年11月3日に会社更生手続開始を申し立て、平成11年12月21日に右申立てが棄却された後、同月28日に破産宣告を受け、Xが破産管財人に選任された。

④ A証券は、前記会社更生手続開始の申立て前に、本件金融債を資産として保有していた。

⑤ Yは、平成9年12月2日の時点で、A証券に対し、前記会社更生手続開始の申立て前の原因に基づき、貸付元金5億8,559万0,015円及びその遅延損害金628万9,076円並びに保証債務履行請求権金163億0,751万5,573円を有していた。

⑥ Yは、本件約定7条[1]項及び[3]項の定めに基づき、平成9年12月2日、A証券の当時の保全管理人に対し、A証券に対する上記⑤の債権の一部と、本件金融債の平成9年12月2日現在の償還債務合計金7億0,498万9,039円とを、平成9年12月2日を計算実行の日として、対当額にて相殺す

る旨の意思表示をした（本件相殺）。

(2) 最判（最高裁平成15年2月21日判決¹⁾）判旨

破棄自判

「…原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

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（筆者注：Y）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の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、他に本件相殺を無効とすべき事情もうかがわれない。したがって、本件相殺は有効というべきであり、論旨は理由がある。」

(3) 原審（東京高裁平成13年12月11日判決²⁾）判旨

請求認容

「当裁判所は、発行会社がする社債に対する相殺、すなわち社債を受働債権とする相殺は、償還期限の到来前であるか到来後であるかにかかわらず、許されないものとする。その理由は、次のとおりである。

①社債は、株式会社が、債券発行の方法により、巨額かつ長期の金員を公衆

1) 金判1165号13頁，金法1678号61頁，商事1663号判2199頁。判批として，野田博・金判1170号63頁（2003年）。秦光昭・金法1678号23頁（2003年）。

2) 判時1774号145頁，金法1644号57頁，金判1132号3頁，商事1629号判2153頁。判批として森田章・判評524号38頁（判時1791号200頁）（2002年），山田剛志・判タ1087号74頁（2002年），野田博・金判1147号60頁（2002年），鳥山恭一・法セ47巻7号110頁（2002年），今井克典・名法192号213頁（2002年），秦光昭・金法1642号32頁（2002年），上原敬＝階猛・銀法46巻5号35頁（2002年），杉田貴洋・法研75巻17号121頁（2002年），田邊宏康・受新52巻4号13頁（2002年），森田果・ジュリ1242号128頁（2003年）。

から借り入れるものである。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、消費貸借の一形態ではあるが、消費貸借としての一般的性質をそのまま維持するものではなく、消費貸借が極端に定型化され、大量性、集団性、公衆性といった色彩を帯びたものである。そして、社債がこのような性格を有することは、各社債権者の権利が定型化され個性を喪失し、その金額以外の点においては1つのものが他のものと全く異なるところのないことを意味する…。社債について相殺が可能であるとすると、相殺の抗弁が附着した社債は、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…。

②…発行会社と社債権者との間の権利関係は、社債申込証または社債契約の内容によって決せられる…。社債について相殺が可能であるとすると、社債が社債権者毎に異なる個別の法律関係の影響を受けることになり、発行会社と社債権者との間の権利関係が社債申込証または社債契約の内容によってのみ決せられるという法の趣旨に反する…。

③…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。…社債が、1つのものが他のものと全く異なるところがない債権であるためには、債権の発生要件は社債毎に異なるものであってはならない。同様に、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。何故ならば、定められた償還以外の債権の消滅原因、例えば特定の社債について代物弁済が認められれば、社債の価値は、その消滅原因の内容次第で、1つのものが他のものと全く同一であるとはいえなくなるからである。…ある社債について反対債権による相殺の可能性があり、他の債権にそれがなければ、それらの社債の価値は異なることになる。ある社債について相殺が可能であれば、社債の譲渡があった場合にも譲受人は相殺の対抗を受けることがあり得る。それでは、その社債と他の社債とが全く異なるところがないとはいえず、価格形成が困難になる。…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訳にはいかない…。

④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らない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。…社債について相殺を認めると、自働債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…る。社債管理会社…そして、社債権者集会の決議は…、すべての社債を同様に扱うことを意味している。相殺を認めることになると、相殺の対象となる社債は他の社債と権利の内容が異なることになり、すべての社債を同様に扱うという社債権者の団体的保護の前提に反する…。

⑤…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。…証券が発行されている場合には、…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。すなわち、そもそも社債に対する相殺を期待できる状態にない。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。登録がされた結果たまたま社債権者が誰であるか知り得ることがあるとしても、そのことから発行会社が相殺の期待を有しているということとはできない。さらに、社債について相殺を認めると、登録債については権利者の確定が事実上可能であり、相殺の可能性が生じるため、登録債とそれ以外の社債が価値の異なる2つの商品になってしまう。…

⑥発行会社からの相殺は認められないが、社債の差押えは認められる。差押えを認めることは、社債がその金額以外は1つのものが他のものと異ならないという性質に反しない。また、差押えを認めることが社債の市場価値を毀損することもない。そして、差し押さえられた社債を市場で換価することになれば、社債の交換的価値は実現される。このように、社債を差し押さえて換価することは可能であるから、社債について発行会社からの相殺が認めら

れないとしても、特段の不都合は生じない。

⑦…償還以外の消滅原因が否定されることは、償還期限後においても変わりはない。償還期限後でも、社債の公衆性や団体的保護の必要性が失われるとはいえないからである。償還期限後の相殺ができるとすると、償還期限が近づくとつれて、相殺の可能性が高まり、そのことが価格に影響することになり不都合である。

⑧…社債等登録法施行令は、社債が償還により消滅したときに会社から登録機関への通知を義務づけながら（社債等登録法施行令65条）、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。そして、商法及び社債等登録法中に、社債が償還以外の方法によって消滅することを予定している条項はない。

⑨以上の諸点を総合考慮して判断すると、社債については、その性質上発行会社からの相殺が許されないものと解するのが相当である。

本件相殺条項…で相殺の対象とされる『その他の債権』に、社債の償還債務が含まれるか否かは、明白ではない。…仮に含まれるとしても、発行会社からする社債の相殺を許すことができない…したがって、社債を対象として発行会社が相殺できる旨を定める約定は、公序に反する…。」

II. 検討

(1) 旧会社更生法162条の相殺適状と期限の利益喪失約款との関係

旧会社更生法（以下、旧会更法と記す。平成15年施行現行法は現行法と記す）162条（現行法48条）は、債権届出期間の満了前に相殺適状が生じた場合には、届出期間満了前までには、相殺の意思表示を許している。同相殺適状に関し、期限の利益喪失約款（本件約定と同内容。以下、喪失約款と記す）との関係が問題となる³⁾。

旧会更法162条にいう相殺適状と喪失約款との関係については、次の3つ

3) 伊藤眞「会社更生手続における相殺債権者の地位（一）」民商86巻4号40頁（1982年）。

の考え方がある。第一に、喪失約款の効力を全面的に認めるものである。第二は、喪失約款の効力を全面的に否定し、本来の弁済期にしたがってのみ同162条の相殺適状の有無を判断する。第三は、折衷的に、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する場合に限って喪失約款の効力を認める⁴⁾。

第二説を支持する。なぜならば、銀行取引における相殺は担保的機能をもつと同時に銀行の自力救済的機能をもち、銀行は担保的機能を実現するために、法的手続を踏むことや、債務者の協力を得ることなく自身の意思によってのみ相殺を行うことができる⁵⁾ので、その強力な自力救済的機能はなるべく制限的に解釈されるべき⁶⁾だからである⁷⁾。

これを本案に当てはめると、自働債権の本来の弁済期にしたがって判断されることになる。事実関係からはYの貸金債権の弁済期について明らかにされていないが、債権額につき「貸付元金5億8,559万0,015円及びその遅延損害金628万9,076円」とあるので、推測にすぎないが、貸付元金につき既に弁済期が到来していたとも読めることとなる。そうすると第一説では、喪失約款の効力が認められたうえで相殺適状にある。第二説では、会社更生手続開始前も含めて、債権届出期間の終了前までに弁済期が到来する債権者は、届出期間中は、自由に相殺権を行使できる。第三説でも、本案の自働債権の弁済期は到来している可能性があり、受働債権である金融債の償還期限は未到来であるので喪失約款の効力により相殺はできることになろう。いずれにせよ、平成9年12月2日にYがなした相殺は有効という結果において差異はないものと思われる。

4) 同41頁。

5) 同39頁。

6) 同42頁。

7) 新堂幸司「スワップ取引の法的検討(上)」NBL 523号18頁(1993年)は、旧会更法162条1項(現行法48条1項)は、破産法同様、相殺権の行使を積極的に認めたものであり、同条は更生計画案を作成する都合等から相殺権行使の時期を制限したにすぎないものであって、期限の利益喪失の特約による相殺適状の作出を排除することまで規定したものと解すべきではないと批判する。

(2) 相殺予約

銀行取引において、銀行は取引先の経営破綻等の場合には預金との相殺によって貸付金債権の回収ができる、という期待をもっており、実質的には預金が貸付金債権を担保する働きをもつ。これが相殺の担保的機能といわれるものである⁸⁾。ところが、銀行がこのように預金との相殺によって貸付金の回収が可能であるとの期待をもっているにもかかわらず、その預金について第三者、たとえば貸付先に対して債権を有する者が差押をしてきたときに預金はどうなるのか⁹⁾。この期待を第三者に侵害されるというところから事件が発生し判例・学説も展開していく。

相殺予約の対外的効力を全面的に認めた最高裁昭和45年6月24日大法廷判決¹⁰⁾は、「自働債権および受働債権が相互に対立している以上、その本来の弁済期がいつであるかにかかわらず、相殺債権者は、自働債権については、期限の利益を喪失させ、受働債権については、期限の利益を放棄することによって、相殺適状を作り出すことができる」として期限の利益喪失約款を含む相殺予約の効力が全面的に認められ、相殺の担保的機能を保護する期待利益保護説の到達点と評された¹¹⁾。したがって、現行銀行取引約定書第5条を念頭に置けば、銀行が預金に対して行う相殺は、すべて判例によって認められた担保的機能の枠内にある¹²⁾。

もっとも金融債については、預金の性質を併せもつものでもある¹³⁾ので、相殺の期待が及ぶ余地も残されているであろう。しかしながら、金融債においても本案のような特段の事情が認められる場合もある。本件金融債は、A証券が金融債の販売業務をなし顧客の計算で購入し、それを自己名義に留め

8) 同じく相殺の期待可能性に着目するものとして、野田・前掲注2) 66—67頁。

9) 松嶋泰＝森泉章編『判例銀行取引法』185頁〔島谷六郎〕(日本経済評論社、1960年)。

10) 民集24巻6号587頁、金判215号2頁。判批として、新堂・金法1581号182頁(2000年)。

11) 久保欣哉＝関英昭『銀行取引契約(増補)』59頁(一粒社、1989年)。

12) 伊藤・前掲注3) 31頁。

13) 預金と金融債の比較については、今井「金融債と社債・預金」名法189号134頁以下(2001年)参照。

てあっただけである。問屋の債権にまで相殺の期待が及ぶのであろうか。また、Yのほうでも自ら発行した金融債のたまたま登録機関であったので金融債権者が判明したというだけのことである。根本的な疑問として、このような状況を奇貨としたものに法的保護を与える必要があるのだろうか。相殺に担保的機能を認めるといっても、それは利害関係人の合理的期待に沿ったものでなければならないであろう。いわゆる「タナボタ」的利益は、この合理的期待に沿ったものとはいえないから、相殺を許す理由にならない¹⁴⁾とも考えられる。

(3) 償還期限との関係

本案原審では、「社債を受働債権とする相殺は、償還期限の到来前であるか到来後であるかにかかわらず、許されない」とする。この点については、本昭和45年最判において判断された自働債権と受働債権の弁済期の先後の問題が思い起こされる。本最判において多数意見は、「債権が差し押さえられた場合において、第三債務者が債権者に対して反対債権を有していたときは、その債権が差押後に取得されたものでない限り、右債権及び被差押債権の弁済期の前後を問わず、両者が相殺適状に達しさえすれば、第三債務者は差押後においても、右反対債権を自働債権として被差押債権と相殺し得る」¹⁵⁾と判示した。

しかしながら、原審においてはその理由として、「社債が、1つのものが他のものと全く異なるところがない債権であるためには、債権の発生要件は社債毎に異なるものであってはならない。同様に、社債の定められた償還や

14) 伊藤・前掲注3) 35頁。

15) 久保=関・前掲注11) 59頁は、制限説(最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁。銀行の貸金債権(自働債権)の弁済期が預金債権(受働債権)の弁済期より先に到来する場合には、銀行は差押債権者に差押後の相殺をもって対抗しうるが、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後に到来するときは、相殺をもって対抗しえないとする。差押の処分禁止と相殺の担保的作用との調和を図るもの)から、無制限説(本昭和45年最判。相殺の担保的機能を重視。ただし8対7)への推移とする。

時効以外の債権の消滅原因を認めるわけにはいかない。何故ならば、定められた償還以外の債権の消滅原因、例えば特定の社債について代物弁済が認められれば、社債の価値は、その消滅原因の内容次第で、1つのものが他のものと全く同一であるとはいえなくなるからである」こと、「償還以外の消滅原因が否定されることは、償還期限後においても変わりはない。償還期限後でも、社債の公衆性や団体的保護の必要性が失われるとはいえないからである。償還期限後の相殺ができるとすると、償還期限が近づくにつれて、相殺の可能性が高まり、そのことが価格に影響することになり不都合である」ことを挙げている。要するに、社債は相殺に相容れない性質をもつので、償還期限前であろうが後であろうが相殺は許されないと断言している。したがって、ここに本昭和45年最判の先例性をみることはできないであろう。

(4) 本案最判の射程

この点の関連判例として、最高裁平成13年12月18日判決¹⁶⁾を挙げる。本平成13年最判は、長期信用銀行が自ら発行した金融債を受働債権とする相殺をなすには債券の占有が必要かどうかの論点からクローズアップされた事案である。同論点につき、最高裁は「有価証券に表章された金銭債権の債務者は、その債権者に対して有する弁済期にある自己の金銭債権を自働債権とし、有価証券に表章された金銭債権を受働債権として相殺をするに当たり、有価証券の占有を取得することを要しないというべきである」と判示した。金融債発行銀行が相殺をするに当たり受働債権とした金融債権の占有を要しないという判断の前提として、金融債を受働債権とする相殺を肯定するものである。

続いて「したがって、上告人が本件金融債券の占有を取得した原因行為である本件担保供与が否認されたとしても、上告人による本件債権元利合計

16) 裁時1306号2頁, 判時1773号13頁, 判タ1083号114頁, 金判1140号3頁, 金法1640号34頁。判批として, 鳥谷部茂・別冊法時26号42頁(2003年), 野澤正充・判評525号34頁(判時1794号196頁)(2002年), 大西武士・判タ1107号42頁(2003年), 潮見佳男・金法1652号30頁(2002年), 水元宏典・法教263号202頁(2002年), 早川徹・ジュリ臨増1224号111頁(2002年)。

10億2,410万9,589円を受働債権とする相殺は有効であって、本件債権はこれにより消滅したものというべきである」と述べ、喪失約款にいう「預金その他の債権」に金融債の償還請求権が含まれることとなった¹⁷⁾。

銀行の債権回収手段としての相殺の効力が拡張されつつあるこのような流れから考えると、本案平成15年最判の結論は十分予想されうるものであった。また、その射程についても、「預金その他の債権」に金融債が含まれることが本平成13年最判に引き続いて認められたことから考えると、金融債を預金と同種として扱っているようにも思われ、本案平成15年最判の射程は社債一般に及ぶ¹⁸⁾とするのは行き過ぎと考える。

(5) 社債の本質論

本論点において、原審の依拠した論理は次の通りである。社債は「その金額以外の点においては1つのものが他のものと全く異なるところのないこと」を必要とするとの命題を、原審において社債を特徴づける性質として挙げられる大量性、集団性および公衆性、ならびにそうした性質によって要請されるとする社債の市場性より導き出し、社債について相殺が可能であるとすることは、その社債と他の社債が異なるものとなる可能性を生じ、上記命題と反する¹⁹⁾というのである。しかしながら、社債もその法的性質は債務であって、法的に相殺できないとまでいえるのだろうか。社債は相殺の対象となる²⁰⁾とする学説も有力である。

本案原審に対しては、従来、社債による相殺の可否について述べた判例・学説は見当たらなかったということもあって、およそ考えられ得るすべての

17) 最判昭和45年6月18日民集24巻6号527頁は、不渡異議申立提供金預託金が受働債権となる相殺を認める。

18) 本平成15年最判の射程が社債一般に及ぶ理由として、野田・前掲注1) 65頁は、本最判は社債一般の性質に照らして相殺を否定した原審を否定することを挙げ、秦・前掲注1) 31頁は、本最判がとくに相殺に対する金融債に固有の合理的期待を問題としていないことを挙げる。

19) 野田・前掲注2) 63頁参照。

アプローチがなされ、一通りの議論が尽くされたという状況にあり、原審の理由付けの多くは必ずしも適切なものとはいえないことが明らかにされてきている²¹⁾。しかしながら、社債の本質論で本案のような相殺の問題を論じられるかどうかは疑問²²⁾であり、そもそも社債の本質論から切り込むことが妥当であるかどうかの疑問を禁じ得ない。

(6) 登録債における実質保有者の保護

本件金融債は、A証券において顧客に販売し、それをA証券の登録名義にしたまま顧客から借り受けていたものであった。この点について本案第一審²³⁾は、「社債等登録法に基づく登録債制度は、債券の流通に伴う紛失、喪失等の危険を排除し、元利金の支払を安全かつ簡便にすることを目的とする制度であり、登録債の移転については、移転の登録をしなければ発行体その他第三者に対抗することができない（社債等登録法5条）等、登録債の権利関係をすべて登録を基準にして判断することを前提としている。したがって、登録債についての取引の安全及び流通の利益は、この登録手続を遵守することによって保護されるべきものである。そうすると、本件各債権が、A証券において顧客に販売し、それをA証券の登録名義にしたまま顧客から借り受けたものであったとしても、それについて登録の変更がされていない以上、当該金融債とA証券のYに対する債務とが金融債の償還期限前に相殺されたとしても、やむを得ないというべきであり、それによって、著しく取引の安全が害され、金融債の流通が阻害されるとはいえない」と判示した。しかしながら、金融債購入顧客保護の要請は無視できないものであろう。

本問題につき、問屋である証券会社の債権者と委託者の関係について、商

20) 神田秀樹『会社法〔第4版補正版〕』224頁（弘文堂、2003年）。同頁は、本件原審について、「社債（金融債）を受働債権とする相殺は社債の性質上できないというが、そのように解するのは正しくない」とする。

21) 議論状況は、野田・前掲注1）金判1170号65—67頁に詳しい。

22) 森田（章）・前掲注2）202頁。

23) 東京地判平成13年2月28日判時1774号154頁。

法552条2項にいう「問屋」には、問屋自身のみならず、問屋の債権者群も含むと解すべきであり、実質的に考えても、問屋の債権者が問屋の財産を一般担保の目的とするにすぎないのに対し、委託者は当該権利の実質的権利者として具体的な利益を有するから²⁴⁾、利益衡量上、問屋が取得した債権や所有権は、問屋の特別行為なしに、当然に委託者に帰属するという効力は、問屋に対してはもとより問屋の債権者にも対抗しうる²⁵⁾と解されるのが現在の有力説である。判例も証券会社に株券買付を委託した者の取戻権を認める²⁶⁾が、これを本件に援用するとしても、相殺によって消滅した金融債を取り戻しようがない²⁷⁾と指摘される。

そこで、証券会社を通じて金融債を購入した顧客がいつの間にか自己の金融債がなくなっていたということでは金融システム全体に穴があくようなことになるので、金融債発行会社は、本件相殺ができるとしてもその範囲はA証券の自己勘定についてであり、顧客勘定に基づく金融債については相殺をなしえない²⁸⁾とする見解にくみする²⁹⁾。

むすびにかえて

以上より、本案における原審の結論を支持する。

それにしても、銀行取引の保護という法政策的な判断を前提とした、相殺に強い効力を認めようとする判例および学説は止まるところを知らないようである。そのような法政策価値判断のための、別段とがめられるべき理由もない第三者の利益主張を抑えてまでの、私法学の解釈論的構成の腐心³⁰⁾は、未だ続いているのである。

24) 江頭憲次郎『商取引法 [第3版]』225頁 (弘文堂, 2002年)。

25) 田中誠二=喜多了祐=堀口亘=原茂太一『コンメンタール商行為法』275頁 (勁草書房, 1973年)。

26) 最判昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁。

27) 森田 (果)・前掲注2) 131頁。

28) 森田 (章)・前掲注2) 204頁。

本案におけるような債務者が会社更生手続開始および破産の場合³¹⁾に、衡量過程に組み込まれる第三者の範囲³²⁾と銀行取引約定書について考えることを今後の課題としたい。

[追記] 本稿は、九州大学産業法研究会第556回例会における報告原稿をもとに大幅に加筆修正したものである。

-
- 29) もっとも、三洋証券の破綻処理においては、同社の会社更生法適用申請に際して、東京地裁は、同社が併せて行った顧客資産の返還やそれを円滑に行うための資金繰りの導入を例外とする財産保全命令の申立てを認めた。つまり、顧客への返済資金の不足分をどこかが肩代わりして、他の債権者に返済すべき資産を減らさないことを条件に、投資家の財産を保護する例外措置を認めたのである。そこで、寄託証券補償基金が三洋証券の投資家からの預り金等の返済を肩代わりすることになった。それでも同基金の残高では不足分があり、旧大蔵省の支援要請によって、野村証券他三洋証券の主力行である大和銀行、東京三菱銀行、日本債券信用銀行が融資した。1997年11月4日の上記三行融資実行分は各50億円ずつである。その結果、一般顧客にかかる保護預り有価証券2兆7,000億円および預り金440億円は全額保護された。他方、三洋証券の銀行等債権者に対する債務は、担保付で約1,080億円、無担保で約1,100億円であった。金融財政事情1997年11月10日号14-15頁 [小田徹] 参照。
- 30) 鈴木録弥「銀行取引における『相殺の担保的機能』についての一疑問」金法522号11頁(1968年)。
- 31) 新堂・前掲注10)183頁は、本昭和45年最判は、期限の利益喪失約款による預金を受働債権とする相殺を差押債権者に対して認めたものであるが、これに連続する問題として、債務者倒産のときに、破産管財人、更正管財人などに対しても同様に考え得ることができるか。本最判の、相殺の担保的機能を正面から認めた点を強調すれば、債務者倒産のときにこそその機能は保護されるべきであるとして、破産管財人等に当然に対抗しうるものと立論され得るとする。
- 32) 潮見・前掲注16)33頁は、本平成13年最判の事案ではこの種の衡量すら必要ないとする。