

担保付社債信託法第17条の解釈に関する一考察

徳岡卓樹
とく おか たか き
弁護士

- 1 はじめに
- 2 問題状況
- 3 社債の準拠法と信託契約の準拠法と物件所在地法
- 4 担信法第4条の解釈
- 5 担信法第17条の解釈
- 6 違反の効果
- 7 おわりに

1 はじめに

担保付社債信託法（平成17年7月26日公布の「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（法律第87号）」（以下「改正法」という）では、担保付社債信託法（以下「担信法」という）第17条は以下のように定めている。

「第17条（外国会社との信託契約）

- ① 外国ニ於テ物上担保付社債ヲ募集セムトスル会社ハ内閣総理大臣ノ許可ヲ受ケ外国会社ト信託契約ヲ締結スルコトヲ得

（なお、同項は、改正法により、以下のとおり変更されている。

「会社ガ外国ニ於テ担保付社債ヲ発行セムトスルトキハ物上担保ノ目的タル財産ヲ有スル者ハ内閣総理大臣ノ許可ヲ受ケ外国会社ト信託契約ヲ締結スルコトヲ得」)

- ② 前項ノ規定ニ依リ信託ヲ引受ケタル外国会社カ日本ニ支店ヲ有セザルトキハ日本ニ於ケル代表者ヲ定ムヘシ
- ③ 商事会社ハ前項ノ代表者タルコトヲ得
- ④ 第2項ノ規定ニ依リ代表者ヲ定メタルトキハ遅滞ナク其ノ氏名及住所又

ハ商号及本店ヲ内閣総理大臣ニ届出ヘシ

(なお、改正法により、同項の「氏名及住所又ハ商号及本店」は、「氏名又ハ名称及住所」に変更されている。)

- ⑤ 日本ニに於ケル外国会社ノ代表者ハ信託事務ニ関シテハ信託会社ノ取締役、執行役又ハ之ヲ代表スル社員ト同一ノ権限ヲ有ス」

この規定は、「資産の流動化に関する法律」にもとづき特定目的会社が発行する特定社債についても、同法第 113 条第 2 項・同施行令第 12 条により、技術的読替えがなされて適用されている（もっとも、担信法第 4 条第 1 項に掲げる社債に附することができる物上担保の種類については、同法第 113 条 3 項により、債権譲渡特例法によるものが追加されている）。

本稿は、日本の株式会社または特定目的会社（以下「会社」と総称する）が日本国外で外国会社を受託会社として国内にある財産を担保として社債または特定社債（以下「社債」と総称する）を発行・募集する場合において、担信法第 17 条が適用されて会社（改正法では「物上担保ノ目的タル財産ヲ有スル者」）が同条にもとづく内閣総理大臣の許可を要することになるか否かを主として検討の対象とするものである。

この問題については、学説では立法趣旨などに照らした研究がなされ、解釈論としては同条にもとづく内閣総理大臣の許可は必要であると解さざるをえないとの考え方が通説であって、すでに決着している問題であるといつてよい⁽¹⁾。しかし、通説の立場からも、そのような立法趣旨が「今や時代錯誤であることは明らか」であって、「立法による明確化（17 条の削除を含む）が期待される問題」⁽²⁾であるとされている。

本稿は、立法による改正が一向に進まない現状の下で、実務的にこの第 17 条が不合理な取引の阻害要因となっているため、この第 17 条を何とか限定解釈し、時代に即した実務的合理性に添うように、当該許可を必要としないという解釈ができないかを、実務家の立場から「ドンキホーテ」的に検討し、試みようとするものである。解釈論的には、通説はどちらかというところ「立法者意思主義」⁽³⁾または「実証的立法者意思説」⁽⁴⁾の要素が大きいと思われるが、本稿で筆者が採る解釈論は、後にみるように、「テキスト主義」⁽³⁾または「断片的法律意思説」⁽⁴⁾

によることになる⁽⁵⁾。

なお、実務的にもあまり知られていないことであるが、すでに1999年の時点で、日本の会社が日本国外で当該許可なしに、あるスキームによる担保付社債を発行・募集した事例があり(当該社債はすでに償還済み)、筆者はその過程で、金融監督庁(当時)の担当官との長期にわたる交渉の末、担当官から当該事案については第17条が適用されない旨の最終判断を得たことがある。

2 問題状況

(1) 通説の考え方

通説の代表的な考え方については、道垣内正人教授による論考「担保付社債信託法の国際的適用範囲」(ジュリスト1175号50頁(2000年4月1日号))で緻密で網羅的な議論が尽くされていると思われるので、そちらを精読されたい。その要点は、以下のところにあると考えられる。以下、この考え方を、本稿では、便宜、「公法規定説」と呼ぶことにする。

「思うに、担信法17条を私法規定と解することには賛成できない。立法趣旨によれば、同条は社債権者保護、ひいては社債市場の保護を目的として金融監督庁が介入することを定めるものであることは明らかであり、また、文言上も公法的監督規定であることを否定する解釈をすることは無理であるように思われる。社債の準拠法に委ねられるべき事項は社債の当事者である発行会社と社債権者との間の権利義務関係の事項に限るべきであるから、前記のような趣旨の公益的規定である限り、社債の準拠法いかなりによってその適用の有無が左右されると解することは困難であるように思われる。

そうすると、その適用を左右するメルクマールは公法としての法目的に照らして定めるべきであり、法例の連結点と切り離して検討すべきことになる。そのメルクマールとして発行地を採用することができないことは、17条が外国での募集の場合に関する規定であることから明らかである。したがって、結論の具体的妥当性はともかく、池田説(筆者注:立法者意思に近いと思われる説)のように、日本法人が発行会社になる担保付社債には

その準拠法いかにかわらず、常に適用されると解さざるを得ないよう
思われる。」(なお、下線は本稿で加えたもの)⁽⁶⁾

この規定が公法的規定であることは、栗栖赳夫・担保付社債信託法の研究
(1966年) 434頁の第17条に関する以下の解説にもみられる。⁽⁷⁾

「元来信託は信託を基礎とするものにして受託会社は総社債権者の為に
物上担保を享有するものなるが故に、信託会社の業務は委託会社及社債権
者の利害に止まらず広く一般社会の利害に重大なる関係を有し従て国家は
之に対して嚴重なる取締と監督を加へざるべからず。然るに外国会社は仮
に日本に支店若は代理店を有すと雖も、元來外国法に準拠して設立せられ
且つ營業を為すものにして、原則として外国信託会社を認めず。即ち外国
信託会社をして総ての場合に信託会社たらしめず。唯外国に於て社債を募
集し又は募集したる社債の信託事務を承継する場合にのみ例外的に認めたる
次第なり。」

(2) 法務省担当官の考え方

これに対して、岡光民雄「逐条新担保付社債信託法」162頁以下(1994年)
は、以下のように述べる。以下、この考え方を、本稿では、便宜、「準拠法説」と
呼ぶことにする。

「まず、わが国の国際私法に関する事項を規定している法律である『法
例』によれば、法律行為の成立および効力については当事者の意思に従っ
て準拠法を定めることとされている(法例7条1項)。なお、準拠法の指定
に当たり、特定の事項だけを分離して、ある事項についてはA国法、他の
事項についてはB国法に準拠するという分割的な準拠法の指定はできない
とされている。

社債を募集する場合においては、起債会社と社債権者との関係は契約
(社債契約) 関係であるから、この部分については法例7条1項に従い当事
者が準拠法を指定することができ、日本法を指定すれば、後記のようにそ
もそも準拠法指定の対象となる事項は何かといった特別の問題を別にして
一般的に言えば、日本の商法および本法等が適用される。この見地からい

えば、本法17条は、準拠法として日本法を指定した上で、外国会社を信託契約の当事者とする場合の規定であるわけである。」

「以上を前提とすれば、担保付社債を外国で募集する場合に、社債契約のみならず信託契約も準拠法の指定事項であり、信託契約によるかどうかは、準拠法を日本法に指定するかどうかにより決定されることになると考えられる。これによれば、日本法を準拠法として指定すれば、本法2条の適用の結果、信託契約によることとなる。したがって、先述のとおり、本法17条は、準拠法が日本法と指定された場合に初めて適用になる規定ということになる。大陸法系では、信託の法理を使わずに担保付社債を発行する制度を採用している国もあり、これらの国において担保付社債を発行する場合において、これらの国の法律を準拠法として指定すれば、信託法理を使わない担保付社債の発行をすることになる。」⁽⁸⁾

この考え方に対しては、通説の立場からは、私法的規定であると解する点に対する疑問が提示されているほか、「なぜ外国法が社債の準拠法である場合に適用されないのか、その根拠は明確とは言えない。」⁽⁹⁾などと批判されている。

(3) (a) なお、無担保社債を外国で発行する場合の社債管理会社（平成17年7月26日公布の「会社法（法律第86号）」（以下「改正会社法」という）では社債管理者）の原則設置に関する商法第297条（「社債ヲ募集スルニハ会社ハ社債管理会社ヲ定メ社債権者ノ為ニ弁済ノ受領、債権ノ保全其ノ他ノ社債ノ管理ヲ為スベキコトヲ委託スルコトヲ要ス……」。改正会社法第702条は「会社は、社債を発行する場合には、社債管理者を定め、社債権者のために、弁済の受領、債権の保全その他の社債の管理を行うことを委託しなければならない。……」）の適用についても、上記の担税法第17条をめぐる問題と同様の問題があり、この点についての法務省担当官の考え方は、社債契約の準拠法が日本法である場合には、社債管理会社（社債管理者）の原則設置に関する商法第297条（改正会社法では第702条）が適用される、とする（もっとも、「ユーロ市場等において社債を発行する場合においては、必ずしも、日本の銀行、信託会社等に限らず、これと同様に社債権者保護の機能を果たすことが期待できる外国の銀行等が社債管理会社となることができるものと解さ

れるであろう。」とする。)⁽¹⁰⁾。その論拠は、「社債契約に関する総合的な規定をこのように（筆者注：公法規定説のように）分割して適用することによって、全体として齟齬が生じないかどうかを検討される必要がある。」⁽¹¹⁾とし、「投資家保護は社債契約と極めて密接に結びつくものであるので、準拠法の指定の主な対象である社債契約と投資家保護の基本規定である社債管理会社の原則設置の規定とを分離してしまうことができるかについて、疑問が提起される。」⁽¹²⁾というものであり、上記の担信法についての準拠法説の立場も、この考え方に添ったものであるといえる。

しかし、この商法第297条（改正会社法では第702条）の考え方に対しても、同条を公法規定と解して、社債の準拠法如何にかかわらず、社債発行・募集地が日本である場合⁽¹³⁾、または（ユーロ市場で発行されても、それが国内還流を意図してなされ、社債発行・募集地が実質的に日本である場合などを想定して）日本国内と一定限度以上の内国牽連関係が日本にある場合⁽¹⁴⁾には適用される、という見解が学説ではむしろ通説である。いずれにしても、担信法第17条の問題を含め、在野の学説が公法的解釈をとっているのに対し、行政官庁がむしろ私法的解釈をとっているのが興味深いといえる。

(b) なお、これとの関係で、現行法では、担保付社債の受託会社に対する適用法令と無担保社債の社債管理会社（社債管理者）に対する適用法令が担信法と商法（改正会社法施行後は改正会社法）とに分かれて異なっているが、両法の関係は、鴻常夫「担保付社債信託法と信託法・信託業法との調整」社債法の諸問題Ⅰ（1987年）223頁以下（初出は「信託法研究創刊号」（1977年））の以下の記述がその性質を端的に示しており、このことが国際私法の観点から検討を加える場合にも参考になると考えられる。

「将来の在るべき立法の形としては、現行の担保付社債信託法は、一つのまとまった単行法としての社債法が一つ考えられ、それともう一方では、包括的な意味での一般法としての信託法および信託業法のそれぞれの中に分解吸収され、発展的に解消して、その歴史的使命を達成し終えるべき性質の法律といってもよいのではないかと理解されるのであります。」⁽¹⁵⁾

3 社債の準拠法と信託契約の準拠法と物件所在地法

(1) ところで、担信法における私法上の単位法律関係としては、以下の分類がなされうることが指摘されている⁽¹⁶⁾。(a) 社債に関する規定、(b) 担保に関する規定、(c) 信託に関する規定、(d) 法人に関する規定、及び(e) 行政監督規定。

そして、(a) 社債に係る規定については、社債の準拠法が日本法である場合に適用され、(b) 担保物権に係る規定については、物件の所在地法として日本法が適用される場合に適用され、(c) 信託に係る規定については、信託の準拠法が日本法である場合に適用され、(d) 法人に係る規定については、商法の特則として属人法的に日本法人について適用されると解されている⁽¹⁷⁾。

(2) 上記の分類のうち担保付社債の契約関係については、(担信法をひとまず度外視して考えると)上記の鴻論文の考え方の枠組に照らすとより明確になるように、一応(i)社債の準拠法の問題と(ii)信託契約の準拠法の問題に分けて考えることができる⁽¹⁸⁾。すなわち、(i)発行会社と社債権者の間の金銭債権債務関係は、もっぱら社債の準拠法の問題であり、これに対して(ii)発行会社(または物上保証人)と受託会社との間の受託者の権利義務等の信託関係(ひいては当該信託関係の受益者としての社債権者との関係)は、もっぱら信託契約の準拠法で規律されるべきこととなる⁽¹⁹⁾。そうすると、契約関係としては、社債の準拠法が日本法であっても、信託契約の準拠法が外国法であることが理論的にはありうる⁽²⁰⁾。

例えば、極端な場合の想定として、無担保社債が日本法を準拠法として外国で発行され、その後発行会社(または物上保証人)が、社債要項に何ら規定なしに別途信託契約を外国法を準拠法として締結した場合を想定すると、その信託契約の準拠法で不特定の社債権者を一方的に受益者としてとることができるならば、これも一種の担保付社債となるわけであり、このことは、社債の準拠法と信託の準拠法とを分割した指定をすることができることを認めざるを得ないことを示している。

(3) また、上記の分類によるように、信託契約で設定される約定担保物権の準拠法については、(約定担保物権の準拠法に関する通説に従い)担保物件の所在地法によることになる。通常の担保付社債には、社債要項に、発行会社(または物上保証人)と受託会社の関係に関する規定と、受託会社が有する担保物権に関する規定があるが、この場合に、発行会社(または物上保証人)と受託会社との間の信託契約関係に関する社債要項の規定により、社債権者が受託会社に対してどのような権利を取得するのかは、担保物件の所在地法により異なってくる⁽²¹⁾。理屈としては、(i)信託契約の準拠法上、信託の受益者の有する権利を債権的に解する法制度ならば、(物件所在地の信託法によれば、信託の受益者の有する権利を物権的に解する法制度であったとしても)受託者に対する金銭債権を表章するに留まると解することになるが、これに対して、(ii)信託契約の準拠法上、信託の受益者の有する権利として信託財産に対する物的相関関係を有する物権的権利を加味して考える法制度の場合ならば⁽²²⁾、さらに物件所在地の法制度によりその結論は異なり、(x)物件所在地の法制度によっても信託受益者が当該物件について物権的権利を有することが認められている場合には、社債要項は受託会社の保有する担保物権に対して両制度の認める限度で物的相関関係を有する物的権利をも表章し、従って発行会社(または物上保証人)に対する物的権利も表章すると解することになると想定されるのに対し、(y)物件所在地の法制度によって信託受益者が当該物件について何ら物権的権利を有することが認められていない場合には、(信託契約の準拠法が物的権利を認めているにもかかわらず)受託者に対する金銭債権を表章するにすぎないと解されることが考えられる⁽²³⁾。

4 担信法第4条の解釈

(1) 上記の関係で、国外で国内財産を担保として社債を発行する場合に、第17条と共に実務的に特に問題になるのは、社債に付すことができる物上担保を限定列挙している担信法第4条の規定である。この第4条には、例えば、不動産信託受益権に対する質権は認められていないし、「証書ある質権」とある同条第1項第2号(改正後は同条第2号)の反対解釈として証書なき質権も認められ

ていない。根抵当権も同条第1項第3号(改正後は同条第3号)の「不動産抵当」に該当しないと解されている。また、企業担保は認められているものの、特許権や著作権に対する担保権設定は認められていない。

この規定が限定列挙している趣旨については、「集団的かつ長期の社債権者の利益のため制限的に定めたもの」⁽²⁴⁾、「継続的な担保として適すること、信託法理を適用するにふさわしいか少なくとも支障のないことが必要であるからである」⁽²⁵⁾、「社債の継続性および手続の簡略化の要請」⁽²⁶⁾などの説明がなされている。

(2) この第4条の適用については、(A) 社債に付すことができる物上担保の種類を制限するものとして、社債の準拠法が日本法である場合に適用されるとする考え方、(B) 目的物の物件所在地が日本法である場合に適用されるとする考え方、(C) 発行・募集地が日本である場合に適用されるとする考え方などが考えられる。

(A)の考え方(社債の準拠法が日本法である場合に適用)では、理屈の問題として、国際私法の通説によれば、約定担保物権の成立や効力(担保権実行方法・抵当直流れの禁止など)はもっぱら目的物の物件所在地によるべきであって、主たる債権の準拠法上そのような担保物権の成立が認められることは必要でないといわれているので、それとの整合性をどのように説明するかが問題になるであろう。

実質的にみても、例えば、外国の発行・募集市場において不動産信託受益権を担保とする担保付社債が自由に認められており、その所在地においても認められているにもかかわらず、たまたま当該社債の準拠法が日本法であるがゆえにそれが認められなくなるというのには合理性があるとは思われない。

(B)の考え方(目的物の物件所在地が日本法である場合に適用)では、国内担保法規のうち、社債が被担保債務である場合の特則(いわば担保適格の制限)ということになり、上記の国際私法の考え方とは平仄があうことにはなる。

しかし、そうすると、上記と同様、国外で現地の外国法を準拠法として発行する場合であって、当該外国法によれば担保物件とすることが可能である物件であっても、国内にその担保目的物がある限り、物件所在地である日本の民法

等では担保物件とすることができると思われるにもかかわらず、すべてこの第4条の制限に服する結果、社債の担保物件とすることができなくなる場合があることになってしまう。また、上記に極端な場合として想定されるように、無担保社債が日本法を準拠法として外国で発行され、その後発行会社（または物上保証人）が、社債要項に何ら規定なしに別途信託契約を外国法を準拠法として締結し、その信託契約の準拠法で不特定の社債権者を一方的に受益者としてすることができると思われるような場合には、第4条の制限に服さない担保権を社債権者のために設定することが可能であると解釈することができるのではないかと考えられるが、そうだとするならば、(B)のような考え方の合理性には疑義がある。

むしろ、上記の説明にみられる第4条の趣旨からすれば、(C)の考え方（発行・募集地が日本である場合に適用）にもとづき、投資家保護のために発行・募集地が日本である場合に属地的なものというのが合理的のように考えられる。

もっとも、社債権者保護とはいっても、(i)改正前の担保付社債信託法第4条第2項（改正法では削除）における株式のように、価格の変動が大きいので一般投資家のための担保目的物として適当でない⁽²⁷⁾とされているように、投資家保護の観点から政策的に担保物の性質に制限を加える趣旨のものと、(ii)不動産質権のように、民法上の存続期間が10年であるがゆえにそれより長期を償還期限とすることもある社債の担保としては適当でない⁽²⁸⁾とされている物件所在地の制度との関係が理由となっているものとは、根拠が若干異なる。(i)前者の株式のような場合には、担保目的物の所在地がどこにあろうと、もっぱら国内社債権者保護のために発行・募集地における一般的に適用される属地的規定と解釈できるであろうが、(ii)後者の不動産質権のような場合には、担保目的物が外国にあって、その所在地の法律によって長期の担保権設定が認められているのであれば、（担保目的物は所在しないが、発行・募集地である）国内でこれをあえて（国内法では不動産質権の存続期間が短いとの理由で）第4条にもとづき禁止することは第4条の制限の趣旨を超えていて行き過ぎではないかと考えられる。従って、第4条の規定は、①約定担保物権の成立や効力をもっぱら目的物の物件所在地によるべきであるとの国際私法の基本的な考え方に立脚しつつ、②こ

のような投資家保護のために、発行・募集地が日本である場合の政策的なものが属地的に加味された規定として、強行法規として特別連結されるものと解釈し、従ってその適用範囲を、①目的物が国内にあって、しかも②社債が国内で発行される場合に限られると限定解釈するのが実際的ではないかと考えられる。特に、社債については格付けが一般的となっており、法規制によるよりも格付機関の評価によって限定すれば足りるという実情に即すれば、このような解釈で充分ではなかろうか。

(3) そのように考えることができるとするならば、①目的物が国内にあって、かつ、②社債が国内で発行される場合でない限り、国際私法の原則的考え方に従い、担保付社債の目的物となりうるかについては、約定担保物権の成立や効力の問題としてもっぱら目的物の物件所在地によるべきであると解釈することができることになる。従って、外国法を社債及び信託の準拠法として外国で発行・募集される社債について、専ら担保物件所在地が日本である場合には、担保関係の権利関係については日本法が適用されることとなる。そしてその場合の日本法の適用にあたっては、(a)担信法第4条により認められた担保権についてのみ設定可能と解する必要はなく、(b)日本の担保物権法一般でみとめられている担保物権であれば担保付社債の担保物としては差し支えないと考えられることとなる⁽²⁹⁾。また、その実行方法についても、(a)担信法の流質禁止などの制限に服することなく、(b)一般民商法の手続に従うことで差し支えないと考えられることになる。

もっとも、その場合でも、約定担保物権の成立の問題として、(b 1) 日本の担保物権法一般で担保物権の種類として認められているだけでは直ちに社債に付すことができる担保とはいえず、(b 2) 少なくとも物件所在地である日本民法の解釈として、(信託準拠法による)受託会社(またはこれに類する第三者)による社債権者のための担保権設定権限が認められるならばこれを受け入れるとされていることは、なお必要であると考えられる⁽³⁰⁾。

例えば、担保物権の対象となる物件が日本の不動産である場合において、仮に日本国内の民法・信託法の解釈として、(かつてのように) 抵当権者と債権者

との関係について、担信法にもとづく受託会社でなければ債権者と担保権者の分離（すなわち、債権者である受益者のために信託受託者が担保権者となること）が認められないという厳格な考え方がとられているとした場合を想定すると⁽³¹⁾、(i)国内法ではそのような受託会社でなければ担保権者とはなりえないことになるが、(ii)信託契約の準拠法が外国法であって、当該準拠外国信託法においては、抵当権者と債権者との関係について、広く受託者が受益者のために担保権者となることが認められている場合において、当該受託者が日本国内の財産について担保権者となることができるか否かについては、上記の債権者と担保権者の分離が認められないというのは、担信法にもとづく受託会社以外の受託者が日本の法令上そのような権限を与えられていないからにすぎないと考えることができる。とすれば、当該受託者は準拠外国法でそのような権限を与えられているのであるから、それは可能というべきであろう（なお、筆者がある特定の事案について東京法務局と非公式に協議した際に、そのような外国の受託者を抵当権者として登記することは可能である旨の回答を口頭で得たことがある。）。

5 担信法第17条の解釈

(1) 担保付社債の受託会社と無担保社債の社債管理会社（社債管理者）

外国法を社債及び信託の準拠法として外国で発行・募集される社債の受託会社について、上記通説が第17条が適用されるとする根拠となっている第17条の立法趣旨は、「日本法人の発行する担保付社債について社債権者（特に外国の社債権者）に被害を与えるようなことになれば、他の健全な日本法人の発行する社債についてまで信用を失う結果となるので、そのような事態が発生することがないように、国家的監督を行うという趣旨が担信法には込められていると解される」⁽³²⁾ことによる公法的監督規定であるというものである。

しかし、全く同じことは無担保付社債の方についても当てはまるともいえるわけであり、それにもかかわらず何故無担保付社債の方にはあえて同じような規制を加えなかった合理的理由は何か、という立法者の意図に対する素朴な疑問があって、その根拠は明確とはいえない。確かに、社債管理会社（社債管理者）と異なり、受託会社は社債権者のために担保を管理・実行するので、社債

権者の利害に大きく影響するため、その監督を行う必要性は大きいとはいえる。しかし、それだけの理由では、なぜ無担保社債の社債管理会社(社債管理者)の場合と区別して、現地の監督官庁から受託会社の許認可を得て現地で適法に受託会社の業務を行うことができるとされている会社についてまで、「他の健全な日本法人の発行する社債についてまで信用を失う」という観点で日本の監督官庁が関与しなければならないか、という点についての説明としては必ずしも説得力があるとはいえないと思われる。また、日本法人が、国内に財産がある場合でなく、外国に所在する財産を担保として当該外国で担保付社債を発行する場合であっても、もしその立法趣旨を貫徹するならば、第17条が適用されるべきことになると推測されるが、その合理性についてはさらに疑わしい。従って、このような立法者の意図は、具体的にはよくわからない説明となっている印象はぬぐえないと思われる。

むしろ、栗栖赳夫・前掲の担信法第17条の解説が、「受託会社は……物上担保を享有するものなるが故に、委託会社及社債権者の利害に止まらず広く一般社会の利害に重大なる関係を有し、従って国家は之に対して嚴重なる取締と監督を加へざるべからず」と述べているのが興味深い。すなわちここでは、受託会社について特別の規制が必要になる理由としては、上記のように発行会社の発行する社債に対する信用という発行会社と社債権者の関係を問題とするのではなく、むしろ、漠然としてではあるが、「物上担保を享有するものなるが故に、委託会社及社債権者の利害に止まらず広く一般社会の利害に重大なる関係を有し」とあるように、国内の担保目的物について外国会社が受託会社となる場合に問題が生じそうな国内外の制度相互間の齟齬によって生じうる第三者に対する混乱を防止するための整合性確保の観点からの監督機関の関与の必要性の観点が窺えるのであって、このような観点から何らかの説明ができないかを探ってみる必要があるように思われる。

(2) 第17条の読み方

(a) 文理解釈の方法

上記のことを念頭において、担信法第17条を読み直してみると、(i)担信法第

2条は、「社債ニ物上担保ヲ附セムトスルキハ」、「其ノ社債ヲ発行スル会社ト信託会社トノ信託契約ニ従ヒ之ヲ発行スヘシ」（改正法では、「物上担保ノ目的タル財産ヲ有スル者ト信託会社トノ信託契約ニ従フベシ」と規定しており、(ii)第5条は、「免許ヲ受クルニ非サレハ之ヲ営ムコトヲ得ス」としているのに対し、(iii)第17条1項は、「外国ニ於テ物上担保付社債ヲ募集セムトスル会社」（改正法では、「会社ガ外国ニ於テ担保付社債ヲ発行セムトスルキハ物上担保ノ目的タル財産ヲ有スル者」）は、「内閣総理大臣ノ許可ヲ受ケ外国会社ト信託契約ヲ締結スルコトヲ得」と規定しているにすぎず、「内閣総理大臣の許可を受け、外国会社との信託契約に従い之を發行すべし」とか、「内閣総理大臣の許可を受け、外国会社と信託契約を締結することを要す」とか、あるいは「内閣総理大臣の許可を受くるに非ざれば、外国会社と信託契約を締結することを得ず」と規定していない。

そうすると、第一に、“受託会社が存在せず信託契約を締結しないで担保付社債を募集するなら、担信法の適用はない。”と読める。

また、第二に、そのほかにも、ここでの「信託契約」の定義規定がないので、これを限定解釈して、“担信法の予定している「信託契約」を締結するのでなければ、外国会社と外国法を準拠法とする信託契約を締結して外国において物上担保付社債を募集することができる”，とも読めることになる⁽³³⁾。そうだとすると、そのうえでさらに、“担信法の予定している「信託契約」とは、「担保物件所在地を国内とし、日本法を準拠法とする「信託契約」であると2重に限定解釈し、従って、これにより、外国において物上担保付社債を發行・募集しようとする日本の会社（またはその物上保証人）に対しては、そのような“担信法の予定している信託契約（すなわち、(i)担保物件所在地を国内とし、(ii)第19条（信託証書の記載又は記録事項等）の様式に従った日本法を準拠法とする信託証書による信託契約であって、担信法の定める受託会社の権利義務に従うもの）”を締結する場合にはじめて第17条が適用され内閣総理大臣の許可を必要とする、との限定解釈を導くことができないであろうか、というのが本稿の考え方である。

このような解釈の下では、上記の鴻論文の考え方の枠組みにみられるように社債関係と信託関係の区別を前提としたうえで、「社債発行・募集地が外国でも、担保物件所在地が国内にあり、信託契約が日本法を準拠法とする場合に限り、

(社債準拠法が日本法であるか外国法であるかを問わず) 日本の担信法が適用となる。」と限定解釈することができることになり、また、「社債発行・募集地が外国の場合には、たとえ担保物件所在地が国内にあっても、信託契約が外国法を準拠法とするときは、(社債準拠法が日本法であるか外国法であるかを問わず) 日本の担信法が適用されない。」と限定解釈できることになる。(従って、その場合には、社債準拠法が外国法であっても、信託契約の準拠法が日本法であると、担信法の適用ありということになるが、社債準拠法が日本法であっても、信託契約の準拠法が外国法であると、担信法の適用なしということになる。)

(b) 担保物件所在地が国内である場合という限定解釈の可否

通説である公法規定説でも、担信法第2条本文(「社債ニ物上担保ヲ附セムトスルトキハ其ノ社債ヲ発行スル会社ト信託会社トノ信託契約ニ従ヒ之ヲ発行スベシ」。なお改正法では、「社債ニ物上担保ヲ附セムトスルトキハ物上担保ノ目的タル財産ヲ有スル者ト信託会社トノ信託契約ニ従フベシ」))の解釈としてではあるが、「外国の会社が日本で物上担保附社債を募集する場合、……担保物件が日本にある場合のみ本条に従い物上担保を設定することが要求され、国外の物件を担保として社債を発行する場合には、本条(筆者注:担信法第2条)で定める方法以外の方法により担保を設定しうるものと解すべきである。」とし、「日本の会社が外国にある物件を担保として日本で担保附社債を発行しようとする場合についても、同様の理由から、本条(筆者注:担信法第2条)が定める以外の方法で担保設定をなすことが可能と解すべきである。」として、条文にはない「担保物件が日本にある場合」を加えて限定解釈している⁽³⁴⁾。本稿は、第17条においても同様に考えたうえで、それに、準拠法説と同様に、「日本法を準拠法とする信託契約を締結する場合」という限定解釈を加えるだけのものであるということもでき、そうだとすると、文理上は、さほど唐突な限定解釈ではないといえるのではなかろうか。

(c) 信託契約の準拠法が日本法である場合に限定解釈する実質的理由

① このように文理解釈が可能であるとしても、そのように解釈をすべき第17条の趣旨は何か問題となる。「テキスト主義」または「断片的法律意思説」に立つ本稿としては、「結果からの理由付け」すなわち「あと付け」の理由にな

らざるをえないわけであるが、一応次のように説明できるのではないかと考えられる。

「担保付社債の信託契約は物件所在地の担保制度と極めて密接に結びつくものであるので、外国で担保付社債を発行・募集する場合において、外国の受託会社がこれを受託する場合には、当該受託会社が（社債契約の準拠法が日本法であるか外国法であるかを問わず）日本法を準拠法とする信託契約に従い日本に所在する担保物件を管理することに（国内外の制度相互間の齟齬及び当該受託会社の能力の観点から）問題がないかを確認するため、内閣総理大臣の許可を要するものとしたものである。」

このように説明するならば、第17条で外国会社と信託契約を締結する、という要件があるため、(i)日本の信託会社の外国支店が現地の法律で社債の受託会社業務を認められ、当該支店が日本の会社の現地における社債発行の受託会社となる場合には、日本法を準拠法とする信託契約を締結するときであっても第17条の許可が不要であるとされているにもかかわらず、(ii)外国会社が同じようなことを現地で行おうとすると何故許可が必要となるか、という点についての説明も一応可能となるであろう。

② もっとも、(第17条の「会社」の定義として外国会社が除外されるか否かは必ずしも明確ではないが、一般にそのように解釈されていることを前提とすると)日本会社ではなく外国会社が、日本国外で、日本国内の財産を担保として日本法を信託の準拠法として(但し、社債の準拠法は外国法として)社債を発行する場合があったとすると、その場合に第17条が適用されないとされる趣旨は何故か、というバランス論の問題はある。この点については、その限度でやはり、通説のように、日本会社の発行する社債の信用論を加味することも考えられるが、内国との牽連関係が薄いために許可を不要としたという説明も可能であろう。

③ なお、以上のように解釈できるとしても、現行の日本の不動産登記制度には以下のような問題が内在している。すなわち、外国会社が日本国内における不動産について抵当権設定登記における抵当権者となっても、当該外国会社の外国の住所がカタカナで登記されるだけであるため、その物件に後日第三者により差押がなされても、当該外国会社は民事執行法第87条第1項第4号にも

とづく「差押えの登記前に登記がされた抵当権で売却により消滅するものを有する債権者」に該当するにもかかわらず、当該外国会社に対しては同第49条第2項第2号にもとづく催告が何らなされることなく強制執行が進められ、その結果、第50条にもとづく配当要求の終期までに催告に係る届出をして配当要求する機会が失われるおそれがあるのである。かといって当該外国会社が日本において支店を有する場合においても、支店を抵当権者として登記することはできない、というのが日本における現状の不動産登記制度である（ましてや、第17条第3項・第5項にもとづき内国の商事会社が当該外国会社の代表者となっても、当該商事会社の名義によって登記することもできないのが現状の制度である。）。

そこで、このような現行制度を前提として第17条をあえて別の観点からみれば、第17条第1項による内閣総理大臣の許可及び第2項による日本の代表者の指定を要求するのは、“日本法が信託契約の準拠法と指定された場合には、日本の信託法を管轄する当局として、外国の債権者保護のため、このような弊害を除去するために、当該日本の代表者を定めさせ、それを登記に記載する制度を設けることを前提として、チェックすることにした規定であり、ただ規則上その手当てがまだなされていないにすぎない”というような説明をする余地もありそうである（これに対して、日本国内に担保物件がある場合であっても、あえて外国信託会社が外国法を信託契約の準拠法とするときは、そこまで日本当局が関与する必要はないと考えたためである、と説明することになるか。）。

いずれにしても、そもそも第17条は、内閣総理大臣が許可を与えておきながら、現行法制上、そのような制度的欠陥の内在した担保権設定しかできない制度となっており、外国信託会社に説明のつかない問題を内在しているのである。

④ もっとも、上記の本稿の挙げる実質的理由も、「あと付け」の論拠の宿命として、わかったようであるが具体的なにはよくわからない説明となっていることは否めない。

従って、公法規定説、準拠法説、本稿の考え方のいずれも、その実質的理由をつきつめて考えると、わかったようであるが具体的なにはよくわからない説明となっていることは否めず、これはとりもなおさず、本条の規定の合理性に疑義があることの反映であるといわざるをえないと思われる。

(d) 限定解釈の構造的枠組み

ところで、上記のように解釈することとした場合には、第17条は、(A)法例の規定の適用をまたずに、涉外実質法規として（いわば公法的に）直接適用されるのか、それとも(B)法例の規定の適用を前提として、信託準拠法が日本法である場合に、信託準拠法の一環として（上記鴻論文の考え方の枠組によるならば、担保付社債に関する信託関係の特別法として）私法的に適用されることになるのか、という国際私法の構造上の問題がある。（なお、商法（改正会社法）の無担保社債に関する社債管理会社及び担信法の担保付社債に関する受託会社の強制設置の規定が、国内発行社債に関する国内投資家保護のための公法的規定だと考える場合であっても、第17条については、これとは別個の問題であるから、後者(B)に従い、法例の規定の適用を前提として信託準拠法として適用されるという考えも可能である。）

(A)のように公法的に涉外実質法と考える場合には、(i)日本会社が(ii)国内財産を担保として(iii)国外で(iv)信託の準拠法を日本法として外国の信託会社を受託会社とする社債を発行する場合に、上記(c)の（公益的）観点から公法的に許可を必要としたものである、との説明をすることになる。

これに対して、(B)のように法例の規定の適用を前提として信託準拠法が日本法である場合に適用されると考える場合には、信託法の特別法として、(i)日本会社が(ii)国内財産を担保として(iii)国外で外国の信託会社を受託会社とする社債を発行する場合に、上記(c)の（公益的）観点から許可を必要とした、という説明をすることになるが、許可が必要とされていることから、このように私法的に考えることには難点があるとも考えられる。

しかし、第17条が内閣総理大臣の「許可」を必要とする公益的規定であるとしても、第5条と異なり、「免許」が必要とされるわけではない。しかも、上記2.(3)(b)の鴻常夫「担保付社債信託法と信託法・信託業法との調整」に示された担信法の位置づけを踏まえて、以下のように、担信法の「許可」の規定を、社債管理会社（社債管理者）に関する商法（または改正会社法）の「許可」の規定や、信託受託者に関する信託法の「許可」の規定と比較すると、これがどれほど強い「公法的規定」なのか、よくわからなくなってくる。

担信法第98条 (受託会社の辞任)

「受託会社ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ内閣総理大臣ノ許可ヲ受ケ辞任スルコトヲ得」

商法第312条 (社債管理会社の辞任・事務承継者の定め) 第3項

「社債管理会社ハ已ムコトヲ得ザル事由アルトキハ第1項ノ規定ニ拘ラズ裁判所ノ許可ヲ得テ辞任スルコトヲ得」

(会社法第711条 (社債管理者の辞任) 第3項「第1項の規定にかかわらず、社債管理者は、やむを得ない事由があるときは、裁判所の許可を得て、辞任することができる。」)

信託法第46条 (受託者の辞任)

「已ムコトヲ得サル事由アルトキハ受託者ハ裁判所ノ許可ヲ受ケ其ノ任務ヲ辞スルコトヲ得」

担信法第99条 (受託会社の解任)

「受託会社カ其ノ義務ニ違反シ又ハ信託事務ヲ処理スルニ不適任トナルトキ其ノ他正当ノ事由アルトキハ内閣総理大臣ハ委託会社又ハ社債権者集会ノ申請ニ因リ受託会社ヲ解任スルコトヲ得」

商法第313条 (社債管理会社の解任)

「社債管理会社ガ其ノ義務ニ違反シ又ハ其ノ事務ヲ処理スルニ不適任ナルトキ其ノ他正当ノ事由アルトキハ裁判所ハ社債ヲ発行シタル会社又ハ社債権者集会ノ請求ニ依リ之ヲ解任スルコトヲ得」

(会社法第713条 (社債管理者の解任)「裁判所は、社債管理者がその義務に違反したとき、その事務処理に不適任であるときその他正当な理由があるときは、社債発行会社又は社債権者集会の申立てにより、当該社債管理者を解任することができる。」)

信託法第47条 (受託者の解任)

「受託者カ其ノ任務ニ背キタルトキ其ノ他重要ナル事由アルトキハ裁判所ハ委託者、其ノ相続人又ハ受益者ノ請求ニ因リ受託者ヲ解任スルコトヲ得」

担信法第 100 条（内閣総理大臣による承継会社の選任）

「前 2 条ノ規定ニ依リ受託会社カ辞任シ若ハ解任セラレタルトキ又ハ免許ヲ取消サレ若ハ解散シタルトキハ内閣総理大臣ハ更ニ受託会社ヲ選任シテ信託事務ヲ承継セシムヘシ」

商法第 314 条（事務承継者を定める義務、違反の場合の期限の利益喪失）第 1 項

「社債管理会社ガ第 297 条ノ 2 ニ規定スル会社タラザルモノト為リ第 312 条第 3 項ノ規定ニ依リ辞任シ若ハ前条ノ規定ニ依リ解任セラレ又ハ解散シタル場合ニ於テ社債管理会社ナキニ至リタルトキハ社債ヲ発行シタル会社ハ事務ヲ承継スベキ社債管理会社ヲ定メテ社債ノ管理ヲ為スベキコトヲ委託スルコトヲ要ス 此ノ場合ニ於テハ同意ヲ得ル為遅滞ナク社債権者集会ヲ招集シ若シ社債権者集会ノ同意ヲ得ラザリシトキハ其ノ同意ニ代ヘテ裁判所ノ許可ヲ求ムルコトヲ要ス」

（会社法第 714 条（社債管理者の事務の承継）第 1 項「社債管理者が次のいずれかに該当することとなった場合において、他に社債管理者がないときは、社債発行会社は、事務を承継する社債管理者を定め、社債権者のために、社債の管理を行うことを委託しなければならない。この場合においては、社債発行会社は、社債権者集会の同意を得るため、遅滞なく、これを招集し、かつ、その同意を得ることができなかつたときは、その同意に代わる裁判所の許可の申立てをしなければならない。）」

信託法第 48 条（裁判所の管理人選任等の処分）

「第 46 条又ハ前条ノ規定ニ依リ受託者其ノ任務ヲ辞シ又ハ解任セラレタルトキハ裁判所ハ信託財産ノ管理人ヲ選任シ其ノ他必要ナル処分ヲ命スルコトヲ得」

すなわち、同じような場合に適用される同じような規定について、商法（改正会社法）や信託法の規定が裁判所の許可事項とされているのに対し、担信法では内閣総理大臣の許可事項とされているのである。信託法においては、“これらの「許可」は公法的規定と解すべきであって、たとえ信託法の準拠法により

そのような「許可」が不要とされていても、(受託者または委託者が日本に所在する場合には)日本のこれらの規定が強行的に適用されなければならない”, という解釈は必要ないであろう。そうだとすれば、担信法第17条についても同様に考える余地もあるわけである。もっとも、行政庁の許可と裁判所の許可とは講学上、性質が異なるとされているし、実際にも、第17条違反には過料の制裁があるのに対し上記の裁判所の許可についてはこれに違反しても過料の制裁があるわけではないので、これをとらえて、行政法上の許可と民法上の許可とは全く異なる性質のものであるという形式上の議論もあるであろうし、さらに、一般に「法令上許可という語が用いられていても、必ずしも学問上の許可ではない」とされている問題もある。また、上記の辞任・解任・承継の各場合と比較して、受託会社たる資格を有するか否かを判断する場合の「許可」の場合は、より公法的色彩が強いとも考えられる。しかし、少なくとも文理上は、上記を比較すると、第17条の「許可」も、公益的規定であるとはいえ、さほど強い公法的性格を有する規定とはいえ、また、上記の本稿のような立法趣旨の考え方をとれば、そのような観点からの公益的規定にすぎないという整理も可能かもしれないのである。

従って、上記(B)の準拠法的な考え方をとったとしても必ずしも唐突とはいえないと思われるが、いずれにしても(A)(B)どちらがより考え方として整合性がとれるかの問題は(どちらの考え方をとるかによって結論に変わりはないものの)、なお検討を要する⁽³⁵⁾。

(3) まとめ

以上の筆者の考え方を、筆者なりに理解する関係条項に関する説を図にして(図による単純化により誤解を生じる虞があることは認識しつつも)比較対照すると、おおよそ以下のとおりとなるであろう。(図の「○」は「適用あり」,「×」は「適用なし」,「?」は「不明」を指す。)

A. 社債管理会社（社債管理者）の設置強制（297 条（改正会社法第 702 条））

<公法規定説>

<準拠法説>

日本法人の発行

	発行地	
社債準拠法	日 本	外 国
日本	○公法規定	×
外国	○公法規定	×

	発行地	
社債準拠法	日 本	外 国
日本	○	○
外国	×	×

外国法人の発行

	発行地	
社債準拠法	日 本	外 国
日本	○公法規定	×
外国	○公法規定	×

	発行地	
社債準拠法	日 本	外 国
日本	○	○? (注)
外国	×?	×

B. 担信法上の受託会社（2 条・17 条）

(1) 物件所在地が日本

<公法規定説>

<準拠法説>

日本法人の発行

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	2 条	17 条公法規定
外国	2 条	17 条公法規定

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	2 条	17 条
外国	2 条 or ×?	×

外国法人の発行

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	2 条	×
外国	2 条	×

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	2 条	×(「会社」の解釈)
外国	2 条 or ×?	×

<本稿>

日本法人の発行

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	2 条	17条(限定解釈)
外国	2 条	×

外国法人の発行

同上

(2) 物件所在地が外国

<公法規定説>

日本法人の発行

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	×	17条公法規定
外国	×	17条公法規定

<準拠法説>

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	×?	17条
外国	×	×

外国法人の発行

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	×	×
外国	×	×

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	×?	×
外国	×	×

<本稿>

日本法人・外国法人共

	発行地	
信託準拠法	日 本	外 国
日本	×	×
外国	×	×

(注) 道垣内「企業の国際的活動と法一会社法の国際的事案への適用」現代の法7巻143頁以下(1998年)の165頁注(29)が疑問を呈している。

6 違反の効果

ところで、日本の会社（改正法では、物上担保の目的たる財産を有する者）が第17条の許可なくして外国会社を受託会社として担保付社債を発行した場合には、第110条第11号（改正法では第10号）にもとづき当該会社（改正法では、物上担保の目的たる財産を有する者）の取締役、執行役、外国会社の代表者等は100万円以下の過料に処せられうることになっている。

また、第17条に違反して発行された社債の私法上の効力については、「無許可で信託契約をした場合には当該契約は無効であり、これに基づく担保付社債の発行自体も無効といわざるを得ないと解する。国内発行の場合と異なり、担保付社債として救済することが困難であるからである。少なくとも無担保社債として有効と扱うことができるとの見解も考えられるが、大局的に見ると、投資家保護にはならないので、無効とすべきと解する。」と解釈されている⁽³⁶⁾。

しかし、違反による社債の私法上の効果は、当該社債の準拠法及び個別の社債契約（社債要項）の解釈によって決定されるべきものである。そして、当該社債の準拠法が日本法であることを前提とするならば、一般に、取締規定違反の場合、特にそれが既履行契約である場合の私法上の効力については、規定の趣旨と違反行為の態様を総合的に評価して個別的に判断されるべきであると解されている。従って、このことに鑑みると、社債権者保護の観点からは、特段の事情のない限り、法律の解釈として一律に直ちに無効と解釈する必要はなく、個別の社債契約の解釈に委ねてよいのではないかと考えられる。そうすると、社債要項で、担保関連契約の無効が当然の期限の喪失事由となっているのであれば、社債の期限の利益が喪失することになろう。これに対し、もし社債要項に、担保関連契約の無効が当然の期限の喪失事由とされず、期限の利益喪失事由にすぎない旨の規定があるならば、それに従うことになる。しかし、そうすると、実際に期限の利益喪失宣言をするのはおそらく受託会社となるため、そのような許可のない受託会社に期限の利益喪失宣言の判断を委ねてよいか、という議論はありえるであろう。もっとも、その場合でも、受託会社の公平誠実義務は無効となるわけではないので差し支えない、という議論は可能であろう。

なお、期限の利益喪失でなく無効となるという解釈をとる立場は、おそらく、それにより社債権者が発行会社に対して有する不当利得返還請求権についても担保の効力が及ぶと解されるのを意図していると考えられるが（最判昭44. 7. 4民集23. 8. 1347）、担保が登記のなされた抵当権のような場合には、登記と実体関係の不一致があるため、それにより対第三者との関係で問題が生じる余地があることが指摘されている。事実、古い判例（大判昭和8年7月19日民集12・22・29など）には絶対無効の立場をとって抵当権の効力を認めていないものもあるし、上記判例も、抵当権の効力としてではなく、偽計を用いて無効な借入れをした債務者兼設定者に対して抵当不動産の競落人を信義則で救済しているにすぎないのである。従って、このような判例の現状に照らすと、無効説では社債権者の立場はかなり不安定になるといわざるをえないのである。

7 おわりに

(1) 結果指向的正当化の問題

上記のとおり、筆者として第17条の限定解釈を試みたが、これは「テキスト主義」または「断片的法律意思説」により「結果指向的正当化」ないし「結果からの理由付け」⁽³⁷⁾を試みたものにすぎないため、その解釈論的手法に内在する正当化プロセスにはなお検討を要すべき点があることは否めない。

(2) 改正時の立法者意思

ところで、別の観点からみると、平成5年の担信法的大幅改正にあたって、第17条は、削除されることなく維持されている。これが、もし、当該改正の際の法務省の担当者が上記のように準拠法説に従っていたため改正の必要を認めなかったとするならば、立法者意思論を改正の場合にもあてはめて、“第17条は、当初の制定時点の立法者意思によるべきではなく、このような改正時点の（変容された）立法者の意思である準拠法説に従って解釈すべきである”という議論もあるいは可能であるかもしれない。準拠法説が国際私法の考え方から説得力をもつかどうかはともかく、いわば、構成的立法者意思説⁽³⁸⁾の考えにより、もしそのように解釈できるのであれば、少なくとも実務的困難は改善されるこ

とになるであろう。もしそうだとすると、実務家の立場から見れば、“改正時における（変容された）立法者意思により第17条を解釈すれば（それが講学上は考え方に難点があるとしても）実務的困難を伴わないのにかかわらず、それを国際私法としてのありうべき考え方に従い第17条を無理して解釈しようとしているために、実務家はその狭間で困難に直面する構図になっている”という議論もありうることになる。本稿は、そのような構図の中で、準拠法説によらなくとも、第17条文言の限定解釈により実務的困難を軽減することができないか、という試みであると位置づけられることになる。

いずれにしても、冒頭に述べたように、金融監督庁（当時）は、日本の会社が日本国外で社債を発行・募集したある特定の事案について第17条の適用を否定したが、それが特殊なスキームによる担保付社債の事例であったとはいえ、このような条文と学説の間の隘路にあってまだ議論の行く先がみえない困難な状態の中でそのような一歩踏み込んだ判断を下した担当官の実務感覚に敬意を表するものである。

(3) 改正の必要

改正会社法でも、社債法と担信法の統一は見送られており、上記の鴻常夫「担保付社債信託法と信託法・信託業法との調整」が指摘している「担信法の発展的解消」は、昨年の信託業法改正と今回の改正会社法では採用されず、それとの関係で、担信法第17条もなお維持されてしまっている。しかし、いち早く担信法第17条が改正の俎上にのり、冒頭に引用した以下の道垣内教授の指摘に耳が傾けられることを実務家として希望してやまない。

「公法的監督によって他の健全な日本法人の社債の信用を守るという立法趣旨が今や時代錯誤であることは明らかであり」「解釈論として17条の適用範囲を論ずることには限界があり、国際会社法上の諸問題のうち、立法による明確化（17条の削除を含む。）が期待される問題の一つであると思われる。」⁽³⁹⁾

(1) 道垣内正人「担保付社債信託法の国際的適用範囲」ジュリスト1175号50頁以下

(2000年)

- (2) 道垣内・前掲注(1) 54頁
- (3) 能見善久「実定法学は『歴史』に何を求めるか」法制史研究 51号 (2001年)
- (4) 大村敦志「『債権譲渡の研究』(池田真朗著)を読む・池田＝道垣内論争と「テキストの読み」としての法の解釈・研究」NBL 536号 40頁以下 (1994年) 46頁
- (5) なお、瀬川信久・(「民法の解釈」民法講座別巻 1 (1990年) 1頁以下所収) 99頁は、「末弘以来の法解釈方法論が論じてきた諸々の問題、その背後にある対立点は、……歴史観、法価値論等の……一般的な考え方の対立以上に、方法論の対象と課題をどう設定するかの対立、その背後にある法解釈・裁判の現状に対する認識の違いと、法学観・法学者像・法律家像の違いに由来するように思われる。」という。
- (6) 道垣内・前掲注(1) 53-54頁
- (7) 同旨・小林憲一・特別法コメンタル担保附社債信託法 32頁 (1974年) 31頁。
なお、栗栖赳夫「外債総論」25頁 (栗栖赳夫法律著作選集第3巻・外債及び外国社債法の研究 1頁以下所収 (1967年))
- (8) 岡光民雄・逐条新担保附社債信託法 (1994年) 162-164頁
- (9) 道垣内・前掲注(1) 53頁
- (10) 原田晃治「社債をめぐる法律関係とその準拠法(L/T)」商事法務 1356号 8頁, 1958号 8頁 (1994年) のうち, 商事法務 1358号 11頁
- (11) 原田・前掲注(10) 12-13頁
- (12) 岡光・前掲注(8) 166頁
- (13) 道垣内正人「企業の国際的活動と法—会社法の国際的事案への適用」現代の法 7巻 143頁以下 (1998年) 所収 157頁, 江頭憲治郎「社債法の改正」ジュリスト 1027号 34頁・36頁 (1993年)
- (14) 石黒一憲「社債管理会社の設置強制とユーロ市場(T)」貿易と関税 1995年 1月号 78頁
- (15) 鴻常夫・社債法の諸問題 I 商法研究第三巻 (1987年) 234頁。なお、新版注釈会社法(1)社債(2) (1989年) 224頁 (鴻常夫), 及び新版注釈会社法第2補巻 (平成5年改正) (1995年) 288頁 (鴻常夫)。
- (16) 鴻常夫・社債法 (1958年) 80頁, 道垣内・前掲注(1) 52頁
- (17) 道垣内・前掲注(1) 52頁
- (18) 岡光・前掲注(8) 163頁, 道垣内・前掲注(1) 51頁
- (19) なお、ハーグ信託条約 (「信託の準拠法および承認に関する条約」) 第6条は、「信託は、委託者が選択する法律により規律される。」とする (池原季雄編・国際信託の実務と法理論 (1990年) 付録 1 信託の準拠法および承認に関する条約 (仮訳)

(道垣内正人) 191頁)。もっとも、第15条では、法廷地の抵触法によって定まる規定で、所有権の移転及び担保物権に関するものの適用を妨げるものではないが、その規定が任意に逸脱できる場合はこの限りではない、としている。なお、第9条により、「信託のうち分離可能な部分、特に、信託事務に関する事項は、他の部分とは別の法律により規律することができる。」とされている。ちなみに、法例研究会・法例の見直しに関する諸問題(4)別冊 NBL 第89号(1994年)36頁では、乙案で「委託者の意思」、丙案で「委託者及び受託者の意思」としている。

⑳ もっとも、「ユーロ債実務においては、信託証書条項は、社債権者に交付される目論見書および社債券に再録されており、しかも『社債の引受ないし取得することによって、社債権者は、信託証書中のすべての条項に拘束されるものとする』との条項が、入れられているのが通例である。従って社債権者は、社債取得の際の契約上の合意という法的構成によっても信託証書条項に拘束されることになるのである」(池原季雄編・国際信託の実務と法理論(1990年)第II章第3節105頁社債受託(落合誠一))

㉑ 法例研究会・前掲注⑨37頁注107参照。

㉒ 四宮……信託法[新版](1989年)315頁。もっとも、ここでの議論で抽象的に「物権的権利」といってもあまり意味のある議論にはならない。道垣内弘人・信託法理と私法体系(1996年)218頁は、「ある者が他人のために財産の管理・運用を請け負った場合には、当該財産の所有者がその管理者に移転している場合でも、権利者に所有者と同様の物権的救済を認めることにした(信託法14条-18条)。これが信託法である。信託とは所有者でない者に所有者と同様の物権的救済を認めるという法理であり、信託法はそれを可能にするための法律である。」と分析している。従って、準拠法如何によっては、この“所有者と同様”の程度が異なることが想定され、「物権的権利」とはこのようなものであることを念頭に、ここでの議論も具体的に考えるのが有益である。

㉓ 法例研究会・前掲注⑨37頁は、「信託は、信託行為によって関係当事者間に権利義務関係を生じさせるという側面と、それによって財産権を移転し、関係者のいずれの一般財産からも独立した特別財産を創り出すという側面とを有する」としつつ、「このような信託につき、どのように準拠法を決定すべきかについては、以上に述べた債権法的な側面と物権的な側面とに分けて考えていく立場(以下、仮に「分権説」とする)と、信託をめぐって生じ得る様々な問題を一体のものとして単一の準拠法を考えていく立場(以下、仮に「一体説」とする)とが可能であろう」として、「分権説の立場に立てば、信託の債権法的側面と物権法的側面とで異なる準拠法が選択されるということになる。」とする。この枠組みに従えば、「信託の物権的側面に

いては、個別の財産についての準拠法によるべきこととなろう。すなわち、有体物については物の所在地法（法例10条）、債権については債権譲渡の準拠法（法例10条）が適用され得ることとなる。」とする。なお、国外発行社債の場合の国内資産の担保についての担保法の適用問題に関する、松本啓二「実務家からみたユーロ債（およびサムライ債）における商法および資産流動化法上の社債の管理会社と担保付社債信託法～その歴史と今後の方向～」国際商事法務32巻2号161頁以下（2004年）168頁の表を参照。

㉔ 小林・前掲注(7) 16頁

㉕ 岡光・前掲注(8) 95頁

㉖ 新版注釈会社法(1)社債(2) (1989年) 240頁 (渋谷達紀)

㉗ 岡光・前掲注(8) 97頁, 小林・前掲注(7) 97頁

㉘ 岡光・前掲注(8) 96頁

㉙ 道垣内・前掲注(1) 52頁。

㉚ なお、早川眞一郎「信託の国際的調和」(信託法研究第23号49頁以下(1998年)57頁の例を参照。

㉛ 我妻 栄・新訂担保物権法(1968年)177頁, 227頁「抵当権を取得する者, すなわち抵当権者は, 被担保債権の債権者に限る。目的物の所有者がみずから抵当権を創設して金融者にこれを売却する方式は, 民法の認めないところである。抵当証券を発行する場合にもそうである。のみならず, 一般に, 被担保債権者以外の者が抵当権を信託的に所有することも, 担保付社債信託法が例外として認めるだけである。これに対して, 四宮和夫・前掲注(7)138頁は, 「有効要件(広義)担保物権を被担保債権から分離して信託することは, 担保物権の特質に反するようだが, 担保物権の附従性を緩和して考え, 実際上の便宜も考慮して, 明文(担信2条・4条・70条)のない場合にも, これを認めるべきであろう。」という。

㉜ 道垣内・前掲注(1) 53頁

㉝ この解釈の可能性については, 内閣法制局に勤務された経験をもつ弁護士の志田康雄氏の助言を得た。

㉞ 新版注釈会社法(1)社債(2) (1989年) 236-237頁 (江頭憲治郎)

㉟ 早川吉尚「準拠法の選択と『公法』の適用」国際私法年報第5号(2003年)206頁以下, 221頁は, 準拠法の選択と「公」的な法規制との適用関係を明確化するために, 当該問題や法規にどの程度まで公権力性あるいは国家関心の強さが認められることになるのかという分岐点の画定作業の必要性につき, 「結局は, ……様々な分野において現実に生じている事案を個々に分析していく中で, あり得べき境界線を浮かび上がらせていくという工程をしばらくは経ざるを得ないであろう。」とする。

- 66 岡光・前掲注(8) 159 頁。なお、新版注釈会社法(1)社債(2) (1989 年) 230 頁 (江頭憲治郎) は、担信法第 2 条の解釈として、「信託会社でない者との間で信託契約が締結された場合には、社債権者保護のために信託会社が有する役割の重要性に鑑み、当該信託契約 (物上担保設定) は無効と解される。そして無効な信託契約に基づき担保付社債が発行された場合には、社債の発行も無効となると解すべきである。担保権は無効でも社債は無効にならないとの考えは、その社債の管理 (たとえば社債権者集会) が商法に基づき行われるのか担信法に基づき行われるのか解釈上の疑問を多く引き起こすので、解釈論としてはとりえない。」とする。
- 67 能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」星野英一先生古稀祝賀日本民法学の形成と課題上 41 頁以下 (1996 年) 54 頁
- 68 大村・前掲注(4)
- 69 道垣内・前掲注(1) 54 頁