

## Ⅶ. 相殺に関する各国法制、約款等の比較

### 1. ドイツ

#### (1) ドイツ民法

##### ① 日本法との比較

ドイツ民法の相殺に関する規定は、基本的に日本民法のそれと同様である。すなわち、資料Ⅰ.(1)から明らかなように、2人互いに同種の目的を有する債権・債務を有し、双方の債務が弁済期にある場合に相殺をすることができ(日本民法505条1項、ドイツ民法387条)、相殺の方法は意思表示によりなされ(日本民法506条1項、ドイツ民法388条。この点は、フランス民法と異なる。)、また、その効果として、相殺適状までの遡及効が認められる(日本民法506条2項、ドイツ民法389条)。

差押後に取得した反対債権で相殺をすることができない点も同様である(日本民法511条、ドイツ民法392条)。異なるのは、ドイツ民法においては、債務者の債権が差押前に取得された場合であっても、その弁済期が差押後であって、かつ、差押債権の弁済期の後に到来したときは、相殺することができない(392条)のに対して、日本民法にはそのような規定が存在しないことである。受働債権の譲渡の場合にも、同趣旨の規定がある(ドイツ民法406条)<sup>(註)</sup>。

---

(注) ドイツ民法406条は、受働債権が譲渡された場合につき、債務者は、自働債権取得の際に、その譲渡について悪意であったとき、または自働債権がその譲渡につき悪意になり、かつ、譲渡された債権より後に弁済期に達したときは、従来の債権者に対して有する債権を自働債権として新債権者に対して相殺を主張することができない旨が規定されている。

## ② ドイツ民法 392 条および 406 条の立法趣旨

このドイツ民法に特有な上述の規定の立法趣旨について、392 条についてみてみよう。

そこで説明されていることは、406 条についても妥当すると考えられる。392 条の立法趣旨については、次のような説明がなされている (Staudinger Anm.15, 17 zum § 392)。

債務者 (銀行) の反対債権 (貸付債権) が差押前に取得された場合であっても、その反対債権 (貸付債権) の弁済期が差押後であって、かつ被差押債権 (預金債権) の弁済期より後に到来したときは、392 条によれば、第三債務者 (銀行) にとって将来の相殺適状の発生の希望が覆えされるが、この希望は、保護に値しないものである。というのは、債務者にとっては、相殺可能性は差押がなくても、自己固有の義務違反の不払いをすること (Pflichtwidriges Verhalten)、すなわち、自己の債務の適時の本旨に従った履行をしないことによってのみ、作出することができるにすぎないからである。それに加えて、この相殺可能性の排除は、このような場合には、差押の時点においても、また差し押えられた債権 (預金債権) の弁済期においても、相殺適状が存在していない——それが存在するためには反対債権 (貸付債権) の弁済期の到来が要件になる——ということからも、正当化されるといふ (Anm. 15)。

差押前に取得された反対債権 (貸付債権) の弁済期が差押後であっても、被差押債権 (預金債権) の弁済期の前またはそれと同時にである場合には、相殺は可能である。なぜなら、この場合には、相殺適状は、少なくとも差押債権者が差押により第三債務者から給付を請求できる時点では、存在して

いるからである。

### ③ 相殺契約との関係

ドイツ民法には、わが民法と同様に、相殺契約ないし相殺予約についての規定は存在せず、それについては解釈に委ねられている。ドイツにおいて、この問題についてどのような解釈がなされているかを検討したい（主としてStaudingerのKommentarによる）。Staudingerは、同じく相殺契約といわれるものを、二つに分けて論じている（Anm 57. zum. Vorbem. § 387ff. しかし結論としては、両者に差異がないので、分けた意味はあまりない）。その一つは、すでに存在する債権の相殺に関するもの（固有の相殺契約[eigentlicher Kompensationsvertrag]といわれる場合もあるという）と、将来の債権に関するもの（Antizipierter Aufrechnungsvertrag）であり、狭義の相殺契約ともいわれる場合もあるという。

#### a. すでに存在している債権について

まず、すでに存在する債権の相殺契約について取り上げたい。まず、一般論として、当事者は、この契約により、BGBの相殺と異なる法的効果を生じさせることもできるし、相殺の法律的前提を欠いている場合または相殺が禁止されている場合でも相殺の効果を生じさせることが可能であるという（Anm. 58, 59 zum Vorbem. zum § 387ff）。392条との関係についていえば、差押前に締結された相殺契約は、392条の規定の適用がなく、差押の影響を受けない。ここでは、Prioritätの原則が支配し、差押前に締結された相殺契約は、392条の制限なしに効力が認められる。このことは、第三債務者の固有の債権（貸付債権）の弁済期が差押後で、かつ、被差押債権の後に到来する場合でも、妥当するという（Anm. 20. zum

§ 392)。

b. 将来の債権について

将来の債権についての相殺契約も考えることができる。たとえば、事前に締結された契約に基づき、ある当事者間に将来生ずる債権について、特に相殺の意思表示なしに相殺されるというような相殺契約がこれに含まれる。疑問なのは、事前になされた相殺契約がその後の債権差押に優先するかであって、des ReichsgerichtおよびBundesgerichtshof(連邦裁判所)は、優先の原則(Priorität Prinzip)を適用することにより、これを肯定しているという。Staudingerもこれに賛成している。このような契約は事前の処分(Voransverfügung)であり、これと将来の処分対象(künftigen Verfügungsobject)の差押とが競合した場合に、双方の事前処分のいずれが効力を有し、いずれが無に帰すかの問題は、Priorität Prinzipによつてのみ決するのが合理的であり、この点では、二つの事前の譲渡が競合した場合と異なるところはないという(Anm. 70 zum Verbem. zum § 387ff)。しかし、ここで二重の事前処分というとらえ方が正鵠を得ているかは疑問がある。というのは、差押については、現実に発生している債権が対象になっている場合には、それは事前の処分ということができないからである。上述のStaudingerの見解が、具体的にどのような事例を想定しているかは明らかでないが、少なくとも抽象論として、相殺契約と差押との関係について差押前に締結された相殺契約を優先するという考えをとっていることは確かである。Palandt, B G B 46 Anfl. § 392 Anm2, Soergel 11 Aufl. § 392 Anm.5等は、すでに存在するか、将来債権かを区別せずに、相殺契約を有効としている。

しかし、わが国と比較して、基本的に異なるのは、ドイツの銀行取引約款については、銀行側からする相殺について、なんらの規定が設けられておらず、ドイツ民法の規定に従って処理されることになるのに対して、日本の銀行取引約定書では、詳細な規定が設けられていて、民法の規定によるよりもはるかに広範囲に相殺がなされるようになっていることである。さらにいえば、ドイツの上述の判例等の立場に従えば、銀行取引約款の中で相殺契約についての規定を設けておけば、民法392条の規定の適用を排除することができるにもかかわらず、これを設けていないことに注目すべきであろう。

## (2) 顧客の側からの相殺について

ドイツの合同貸付約款(資料I.(2))は、顧客からの相殺の限界について規定を設けているが、そこでは限界といっても、これを実質的に制約しているわけではなく、法律上当然のことを確認的に規定したものという理解が可能である。これに対して、日本の銀行取引約定書においては、これについて、詳細な規定を設けている(資料I(2) cf. 日本の銀行取引約款における顧客からの相殺の規定)。すなわち、銀行取引約定書7条の2および9条の2は、顧客の側からする相殺、すなわち、いわゆる逆相殺に関する規定であって、昭和52年の銀行取引約定書の改正により追加されたものである。この規定は、「歩積・両建預金の自粛措置」の具体策の一つとして設けられたといわれている。すなわち、借主(割引依頼人を含む。以下同じ。)にとって、預金と借入金(手形割引を含む。以下同じ。)との双方が併存するという状態にある場合に、借主が自由に相殺によってこの状態を解消できるようにしようというのが、こ

の規定が設けられた理由であるといわれている。

ところで、右の規定が設けられるまでは、借主の側からの相殺が認められるかについては、若干の問題があった。すなわち、銀行取引約定書7条および9条が銀行からする相殺について規定しており、顧客からする相殺についての規定が存在しない以上は、顧客からする相殺は認められないという考え方もないではなかった。しかし、銀行取引約定書に銀行からする相殺に関する規定のみが存在するからといって、顧客からの相殺が許されないとする根拠にはならず、顧客からの相殺に関する規定が約定書中に存在しない以上は、少なくとも法律上は、顧客は、民法の規定により、相殺を主張することができたはずである。そうだとすると、約定書7条の2および9条の2が新設されたということは、むしろ、法律的には、従来、顧客が民法の規定に基づいて認められた相殺を、銀行の権利保全の観点から制限したという効果を有するということができる。その具体的な内容については、省略する（詳細は、前田 庸「銀行取引」193頁以下、弘文堂、昭和54年11月）。

### (3) 相殺の機能に対する考え方について

Staudingerは、相殺の機能について、次のように説明している。相殺によって、その当事者は、二つの長所を享有する。その一つは、自己の債務を現実に給付することなしに、自己の有する反対債権を犠牲にすることによって、もっとも簡便な方法で消滅させることができるという長所である。他の一つは、自己の有する相手方に対する債権の経済的価値を、長期間の困難な強制執行手続を経ることなしに実現できるという長所である。その意味で、相殺は、裁判外の自己救済の可能性を与えるという。そして、この自力救済の可

能性は、自己の債務が譲渡され、差押を受け、または相手方が破産した等の状況のもとでも存在し、この自己の債権の執行の容易さが、同時に相殺権者にとって担保的機能を果たしているという (Staudinger Anm.3 zum Vorbem.zum § 387ff)。

わが国では、相殺の機能として、決済簡易化の機能と担保的機能とがあげられているが、これをドイツの上述の考え方と対比させると、ドイツの自己の債務履行の簡易化 (現実の履行なしですまされる) と自己の債権の執行の簡易化は、わが国でいう決済簡易化の機能に相当するものであるということができよう。これに対して、わが国では、担保的機能は、決済簡易化の機能を並べて、相殺の二つの機能の一つとして取り扱われているが、ドイツでは、それは、債権執行の簡易化の機能から派生する機能として取り扱われている。この点をどのように考えるべきかについては、今後検討したい。

## 2. イギリス倒産法 (1986 Insolvency Act. § 323)

イギリス倒産法上の相殺 (company liquidationにおける相殺についても、同様) について、Derhamの著書 (SET - OFF 2ed. 1996) に基づいて検討した結果を紹介したい。

### (1) 倒産時相殺の public policy およびその rationale

Derhamは倒産時の相殺の public policy およびその rationale について、次のように論じている (p. 153ff)。

相殺というのは、破産者に対する自己の債務の全額を支払わされると同時に、破産者が負っている額の支払を制限されるという不公平を改善するためのものである。しかし、また相殺の効果は、一人の債権者を一般の債権者に

優先させ、債権者平等取扱いという方針に対立する (against the policy) ものであることも考慮しなければならない。そうである以上、相殺権の存在の根拠 (rationale) について実際に疑問を持たれることがなく、Lond Mansfieldの「自然法 (Natural equity) によれば、交錯する請求 (cross-demand) は、大きい額から小さい額を控除することにより相互に埋め合わせられる (compensate) べきである」という格言 (Lond Mansfield's Aphorism) が、ほとんどなんの留保もなしに受け入れられてきたことは驚きである。たしかに、破産者の債権者にとって、破産者が自分に負っている債務の一部しか支払を受けられず、同時に自分が破産者に負っている債務の全額の支払を要求されるというのは酷である。しかし、他の債権者については、自分たちに負っている債務を按分比例でしか受けられないというのも酷である。一人の債権者のために一般債権者の間の配分に利用されるべき資産を減少させ、その結果、配当を減少させるということを許すほどに、交錯する債権 (cross-demand) の相殺を是認することの正当性が大きいかどうかは、疑問のある (debatable) ところである。

たとえば、AがCを受取人とする為替手形の引受をしたが、AはたまたまBの債権者でもあったとする。この場合に、Bが破産したときは、AはBの負っている金額につき破産債権として届け出るのみであり、かつ、Cに対しては全額の支払をしなければならない。そこで、比較のために次のような想定を試みる。すなわち、Aの知らない間に、CがBの破産の前に (before the bankruptcy)、この手形をBに譲渡していたとする。そうすると、AとBの間には相互に債権が存在することになり、Aにとっては相殺の権利が与えられることになる。Aに関するかぎり、Bに対する手形の譲渡は完全に偶然であり、それにもかかわらず、単に配当を受けるのではなく、自己の権利の全額



の価値を得ることができることになり、自己の全体の地位を改善するという結果になる。このような状況のもとでは、他の債権者の犠牲において相殺権が与えられるということが正当とはいえないであろう。

このようなケースでは、その者を相殺権により他の債権者に優先させることを正当化することは到底できない。したがって、相殺権が上述の例にあげたような状況——債権者（A）自身が自分の破産者に対する請求権の基礎となった取引をすでにしてしまった（たとえばBに対する貸付）後に、債権者（A）の知らない取引（BとCとの取引）の結果として、破産者（B）の債権者（A）に対する訴権（right to sue）がはじめて存在するにいたったという状況——のもとで、相殺権が許される理由を見出すことは困難である。相殺の授与は、その者がそれを与えられなかったら予期すべきその一般的財産状態に比較すると、windfallを構成するという。

以上のDerhamの叙述によると、その考え方は、その叙述の理解の仕方にもよるが、相殺が正当化されるのは、破産の申立ないし破産の前であって、自分が自働債権（貸付債権）を取得する時点で、積極的に相殺の対象として当てにできる取引（預金取引）がなされている場合に限られるという読み方も可能である。このことは、先ほどの事例で、CのBに対する手形の譲渡が単に破産前であることが前提とされているだけで、危機時期とか、それについての悪意というようなことが何ら問題とされていないことから、いうことができよう。すなわち、消極的に相殺を是認すべきでない場合を排除するというよりは、積極的に相殺を信頼できる場合にのみ相殺を認めるという考えをとっているように理解することが可能である。

ところが、Derhamは、次に述べるように、イギリス倒産法323条について、

相殺の可能性を緩やかに理解している点に注目される。

(2) 323条の解釈論——“due”の意味を中心に——

資料Ⅱ．にあるように、イギリス倒産法323条は、破産と相殺との関係について、次のように規定する。まず、323条1項は、破産開始時に債権・債務が存在することを前提とする規定であり、この点は、わが国の破産法104条1号および3号に相当するものであるといつてよいであろう。問題なのは、323条2項の“what is due”および“sums due”、323条3項の“sums due”および“at the time they become due”の“due”の意味である。Derhamの論文(p175ff)に従って、はじめに3項の“at the time they become due”について取り上げたい。これを通常の解釈に従って「支払期限が到来した時に」というように理解すれば、預金者が破産し、銀行が貸付債権につき破産債権者になった場合を想定すれば、貸付債権の期限が到来した時に預金者につき破産申立が係属中であることにつき悪意であれば相殺ができない、いいかえれば、銀行が預金者につき破産の申立がなされたことに悪意になれば、その時に貸付債権が存在していても、その支払期限がその悪意となった時点で到来していなければ、相殺は許されないことになるということである。このように解して、債権・債務の発生時点がいつかにかかわりなく、自働債権の支払期限の到来の時点と破産申立についての悪意となった時点の前後関係で相殺の可否が決められるとすると、この点で、わが国の破産法104条の規定と異なる特殊性——わが国の破産法の規定よりも相殺が制限されるという意味での特殊性——があるということが出来る。もっとも323条3項の以上のような理解は、3項でいう“at the time they become due”という文章を「支払期限が到

来した時」と解釈し、翻訳することを前提としている。ところが、Derhamはこの“due”を“owing”と理解すべきだと主張している。このように解釈すると、破産債権者が破産申立のあったことを知って破産債権を取得したときは相殺ができないという規定ということになり、まさにわが破産法104条4号の規定と同じことに帰着してしまふ。Derhamのこのような主張の根拠についてみてみよう。

323条3項でいう“due”という言葉をも“due and payable”「支払期限が到来して支払われるべき」という意味に解釈すべきだとすると、この要件は、多くの場合に、債務者により破産の前に締結された契約によって債務が生じたが、破産申立書の提出の後にはじめて支払われるべきものとなった債務に関しては、相殺が否定されるという結果として働くことになろう。明らかに、この結果には、メリットがわずかしがなく、この問題を解決するために、裁判所は、躊躇なく (readily)、この前後関係における“due”とは、「債務を負っているが、必ずしも支払われるべきものとなっていない」、「owing but not necessarily payable」という意味であるという結論を出すであろうということが推察されよう (one imagines that the courts would readily conclude)。債務を負った時点 (the debt was incurred) で債権者が破産申立につき悪意でなければ、申立が支払期限前になされたかどうかは問題となるべきではないという。Derhamはさらに、次のように主張する。すなわち、このような解釈方法によっても、支払能力のある間に (while solvent)、偶発債務・条件付債務 (contingent liability) を負ったが、その債務が破産申立の後に確定した (liability vests) という状況については解決されない。債務が確定するまでは、なんら債務を負っておらず、したがって、“due”を単に支払われるべき (payable) ではなく、債務を負って

いる (owing) の意味に解したとしても、問題の債務は相殺できないことになる。しかし、この状況のもとで、相殺を認めることに異議がある (objectionable) という理由を見出すことは困難である。323条3項の目的が、債権者が支払不能者の債務を割り引いて買い、その後の破産手続において、自己の債務と相殺することにより全額の支払を受けてもらうという意図で割り引いて買う、ということ禁止することにあるとすれば、大事な点は、当事者が最初に問題の取引に入った時点において、悪意であったかどうかであって、その取引に従って債務が確定した時点におけるそれではない。以上のことは、もとの破産立法の立場であったように思われる。すなわち、1914年破産法31条では、相殺の要件として、貸付債権が債務者に信用が与えられた (貸付がなされた) 時点で債権者 (銀行) が破産に関する可能な行為 (an available act of bankruptcy) について悪意であったかどうかという趣旨の規定の仕方がなされていた (わが破産法104条4号と同趣旨の規定ということになる)。

Derhamはさらに続けて、次のようにいう。以上に示唆したような“due”に関する解釈は、無理である (strained) とみられるかもしれない。その上、この解釈によれば、この前後関係における“due”が、323条2項におけるのと異なる意味を有することになる。第2項では、それぞれの当事者から他方の当事者に対して支払われるべきもの (what is due) がその適用の対象になると規定している。ここで“due”というのは“owing”を意味することは明らかである。債務を負っている額が存在しなければ相殺の可能性はありえない。法律の同じ条文の異なる場合で使われている同じ言葉は同じ意味を有しているという推定が存在するとしても、それは不変のルールではなく、相殺の規定は例外とみられるべきである。要件とされている“due”に示唆しているよ

うな広い意味が与えられないとすれば、破産者に対する偶発債務・条件付債務 (contingent liability) は、多くの状況において、条件付債務は相殺できるということがestablishされていると思われるにもかかわらず、その条件が破産の発生後に成就した場合には、大部分の場合に相殺の対象となりえないであろう。破産立法の歴史の全体の傾向は、相殺権が可能な限りもっとも広い範囲で与えられるべきであるということを強調してきており、このことは、323条3項の解釈についても、かつてとられていた立場(かつての立法例を指す)に比較して、この権利の援用を制限しない方向で解釈するという方向にあることを示唆するであろう。しかしながら、323条3項の正確な意味をめぐる不確定さ (uncertainty) は不満足なものであり、国会が立場を明確にすることが適切であるという。

結局、Derhamの主張によれば、3項の“due”を原因が生じていればよいと解し、2項の“due”は、債務を負担していると解するという結論になる。Derhamの以上のような主張が、イギリスの一般的な傾向かどうか、今後さらに調査したい。とりあえず、今の段階でいいたいことは、Derhamの破産法323条の解釈は、同じDerhamが破産における相殺の政策(public policy)および根拠(rationale)について主張していることと、相当のへだたりがあるということである。というのは、この部分のDerhamの主張によれば、先ほども言及したとおり、自分が自働債権を取得する時点で相殺の対象として当てにできる取引がなされている場合に限られるという解釈も不可能でないようなものであった。そこで掲げられた手形の例で、AがBに債権を有しており、Aが引き受けた手形を所持人CがBの破産前にBに譲渡した場合につき、Bが破産したからといって相殺により自己のBに対する債権の全額を相殺によってその価

値を収めることができるのは不当であり、他の債権者の犠牲で相殺することは正当化できないといっている。しかし、Derhamの323条に関する解釈によれば、CのBに対する手形の譲渡が破産前であり、かつ、その譲渡の時点で、Aが破産申立について悪意でなければ、相殺によって一般債権者に優先することが認められることになる。その部分では、その譲渡が破産前である場合について、それでも相殺を認めるのが不都合だという前の部分の主張とは矛盾しているといわれても仕方がないのではないか。

また、破産法という当事者の利害関係が厳しく対立する分野において“due”という表現を、2項については“owe”という言葉におきかえ、かつ、3項においては、さらに、「契約に入ったときに (enter into the contract)」というように理解すべきだということには、自分でもいっているように、Strain以外の何ものでもないという言い方もできないのではないのではないか。一つの解釈としては、“due”という言葉も、2項でも3項でも同じように、しかも文字通りに支払期限が到来したという意味にとらえ、破産手続の関係では、破産開始時に債権・債務の弁済期がともに到来して相殺適状になっている(受働債権については期限の利益の放棄という問題はある)場合でなければ、相殺できず、かつ、自働債権については、その弁済期到来の時点ですでに破産の申立がなされており、その債権者がその申立につき悪意であった場合には相殺できないという解釈も不可能ではなく、その方がDerhamの前の部分の主張には合致しているように感じられる。

Derhamは、昔の規定の方が良かったといっているが、どうして昔の規定の仕方を変更して今日のようなものになったか、その立法理由を探ることが必要なのではないか。

なお、イギリス法と比較する意味で、American Jurisprudenceにおける setoff の解説をみてみよう。

American Jurisprudence (2nd 1995), “Counterclaim, Recoupment, and setoff” によれば、

## 2. SETOFF [ § 32 ]

### § 32. Generally

A claim for setoff ordinarily need not arise out of the same transaction as that sued on or be germane to the cause of action alleged in the complaint. Setoff claims generally arise out of different transactions or occurrences and transactions extrinsic to that from which the primary claim arose. If the parties are mutually indebted, the defendant generally may set off any debt that has become due at the commencement of the action, whether or not the debt is distinct from the plaintiff's cause of action or arises out of the same contract or transaction as that on which the plaintiff's claim is based.

ここでも、“that has become due at the commencement of the action” という表現が使われている。ここで想定されているのは、預金者(わが国の実際では、その転付を受けた者)が原告として訴訟を提起した場合に、銀行が貸付債権で相殺を主張する条件として、その訴訟開始時に “due” になっていることである。

このように2項の “due” も3項の “due” も、その文字通りに「支払期限が到来している」というように理解すると、①第一に、破産宣告の時までに少なくとも自働債権(貸付債権)の支払期限が到来していなければ相殺はできず(2項)、②第二に、かりにその時点までに支払期限が到来していても、その到来が破産申立の後であって、かつ、債務者(銀行)がその期限到来時に破産申立がなされ

ていることを知っていたときは、相殺することができないということになる。このような解釈が、この条文の素直な読み方ではないか。そしてまた、この①の解釈は、American Jurisprudenceの解釈とも整合性がとれるのではなからうか。

### 3. フランス

主として、青木浩子氏（「フランス法との比較からみた倒産時における相殺の担保的機能の限界(1)～(4・完)」N B L No.520～No.523）および深谷格氏（「相殺の構造と機能(1)～(4・完)」名古屋大学法政論集）によって、フランス法における相殺の考え方をみてみよう。

#### (1) 法定相殺——日本法との比較を中心に——

##### ① 要件

資料Ⅲ.(1)のフランス民法の規定から明らかなように、フランスでは、相殺の要件として、a. 債権・債務の相互性 (reciprocité)、b. 同種性 (fungibilité) および c. 債権の行使可能性 (exigibilité) が要求されている (a. は1289条、b. および c. は1291条) 点は、日本法と同様である。また、債務の存在が確実であり、その額がともに確定していること (liquidité) が要求されているが (1291条)、この点をフランス法に特有な(後述②参照)相殺の効果——意思表示を要せず自動的に債権・債務が消滅すること——と結びつける見解もあるが、日本法のもとでも、最終的には債権・債務の確定性が必要になると考えられ、この点についても差はないと考えられる。したがって、法定相殺の積極的要件(消極的要件については次に述べる)については、日本法と大差がないと考えてよいであろう。

消極的要件として、1295条と1298条が取り上げられている(青木(2)25



頁以下)。まず、債権譲渡の債務者による単純承認に関する1295条1項は、日本法468条1項本文に対応するものであり、単純承認により相殺の利益を失うことは、両者で共通している。1295条2項は、わが468条2項に相当するものであるが、1295条2項の“la compensation des créances postérieures à cette notification”の解釈として、譲渡の通知後に相殺適状に達しても原則として相殺できない（相互性や処分可能性がなくなる、青木(2)31頁（注21））、いいかえれば、譲渡通知前に相殺が生じている——相殺適状になっている——ことが要求される。

日本法では、譲渡通知当時に反対債権が存在していたが、その弁済期未到来の場合については、差押と平行に解し、それに関する昭和45年6月26日判決（民集24巻6号587頁）と同じに解してよいかが問題とされており、奥田氏によると、債権譲渡に関しては昭和39年12月23日判決（民集18巻10号2217頁）の線が妥当である（抗弁事由は通知時、すでに現実化しているものに限る）という（「新訂 債権総論」443頁）。しかし、いずれにしても、フランス法は、これより限定的である（少なくとも反対債権の弁済期は到来していることが要求される）ということはたしかである。

1298条については、その後段は日本法511条に相当するものであり、その反対解釈によれば、差押前に取得した債権を自働債権とする相殺を差押債権者に対抗しうることになりそうであるが、フランスの学説によると、それだけでは足りず、差押前に相殺が生じている（相殺適状になっている）ことが要求されているという（深谷(2)・372頁、青木(2)31頁注(24)、処分可能性を欠くという）。この点も、日本の511条の解釈における昭和45

年判決の立場よりはもちろん、昭和39年判決の立場よりも厳しいものになっている。

## ② 意思表示の要否

1290条によれば、相殺には意思表示を要せず当然に生ずる旨——法定相殺——法律上当然主義（深谷(2)371頁）が規定されており、この点は意思表示を要するとしている日本法（民法506条1項）と基本的に異なる。しかし、この点については、法定相殺といっても、職権調査の対象となるわけではないから、裁判上の争いとなれば、防禦方法として一方的意思表示を要し、この点では、日本法と大差がないという説明がなされている（青木(2)24頁、深谷(2)371頁）。

## ③ 倒産法上の取扱い

資料Ⅲ.(2)フランス1985年倒産法によって、相殺の倒産法上の取扱いについて検討したい。

### a. 手続開始判決前

倒産法と法定相殺との関係については、原則として、法定相殺については、それは当事者の関与なしに債権・債務が消滅するので、否認に関する一般的規定は適用されないと考えられている。しかし、いわゆる危機時期に、債権者が支払停止につき悪意であるにもかかわらず、受働債権を負担し、または自働債権を取得した場合（日本破産法104条2号、4号に相当する場合）には、判例上、このような法定相殺は詐欺無効であるとされているという（青木(2)22頁）。この点は結果的に日本法と同じであろう。

### b. 手続開始判決後

手続開始判決後は、法定相殺はありえなくなる。法定相殺の要件として、行使可能性 (exigibilité) があげられるが (1291 条)、倒産法 533 条 1 項により、手続開始判決により、債権の弁済が禁止され、法定相殺の上述の要件が満たされなくなるからであるとされている。この点は、日本法と明確に異なるところである。日本法では、破産宣告後に負担した債務ないし破産宣告後に他人から取得した債権による相殺は禁止される (破産法 104 条 1 号、3 号) が、それ以外には禁止されず、かつ、期限付債権は破産宣告の時に弁済期が到来したものとされている (破産法 17 条)。フランス法では、破産当時、相互に債権・債務が存在していても、それまでに法定相殺の要件が満たされず、法定相殺の効果が生じていなければ、相殺できないことになる。

(2) 約定相殺 (compensation conventionnelle) —— 相殺契約による相殺 ——

約定相殺とは、法定相殺されない債権・債務を当事者が合意の上で相殺することをいう (青木 (1) 22 頁)。それについて特別の規定が存在するわけではなく、解釈の問題として取り扱われている。

約定相殺により、法定相殺の要件をどの程度緩和できるかについては必ずしも明らかでないといわれている。約定相殺は、主として 1985 年倒産法との関係で論じられている (青木 (1) 22 頁 ff、(2) 26 頁 ff)。

① 手続開始判決以前 —— 支払停止日以後 ——

約定相殺については、約定という当事者の行為があるため、倒産法 107 条の規定の適用が可能になる。

支払停止日以降に期限未到来の債務を履行した場合には、債権者の主観

を問題とせず否認の対象となる(107条3号)。したがって、支払停止日以降に期限未到来の債務について約定相殺をすると、否認される可能性があるという(青木(1)22頁)。支払停止前に、支払停止を期限の利益喪失事由とする約定をしていた場合に、その約定の効力、いいかえればそれを事由とする約定相殺の効力いかにについては、56条により、支払停止を期限の利益喪失事由とする約定の効力を否定しているため、そのような約定は否認規定の解釈を待つまでもなく無効であるという(青木(1)25頁)。しかし、56条は、開始判決の言渡しに弁済期を到来させるという約定の効力を否定しているものであって、この規定からは、上述のような解釈——支払停止を期限の利益喪失事由としうる約定が56条により、無効であるという解釈——は出てこないのではないか。そこで、上述のような約定の効力については、あるいは107条4号で、一般に承認されている弁済方式と異なる方法でなされたあらゆる弁済に該当しないかが問題になる可能性があるのではないか。107条3号、4号の説明として、期限が自然に到来した債務について通常の弁済方法により弁済を受けたという場合のほかは弁済無効とされるといっているが(青木(1)22頁)、支払停止を期限の利益喪失事由とする約定により弁済期の到来した債務は、期限が自然に到来した債務ということができないとすれば、107条4号により無効とされる可能性があるということになるのではないか。

## ② 手続開始判決後

33条により、開始判決により弁済が禁止されるので、約定相殺も許されず、かつ、56条により期限の利益喪失の約定の効力も否定されるので、その効力に基づく相殺も許されないことになる。

### (3) 牽連性の理論

牽連性の理論とは、法定相殺の要件を具備せず、約定相殺の手段も講じられていない、あるいは約定相殺の効力が認められないが、相殺を認めなければ不当だという場合に、裁判所が採用してきた救済方法であり、それは、「二つの債務が牽連性 (connexité) をもち、かつ、一方の債務者の資力が不足する場合に、相殺を認めなければ公平に反する」という場合に相殺を認めるための法理であるという。青木氏および深谷氏は多数の判例を紹介しておられる。

なお、青木氏も深谷氏も、この理論と裁判上の相殺との関連には触れておられないが、Philippe Malaurie - Laurent Aynèsによると、牽連性のある債務の相殺による消滅を裁判上の相殺の項目の中で説明している。あるいは、そのように説明したほうが理論的ではないかという感じがする。

裁判上の相殺 (compensations judiciaire) とは、法定相殺要件を満たしていない債権・債務が存在しており、甲が乙から債務を訴によって請求され、甲が乙に対する債権につき反訴を提起した場合に、反訴を本訴と併合して判断するかどうかは裁判官の裁量によるが、併合した場合に、裁判官により宣告される相殺をいう。一般的には相殺の効果は判決確定時点で発生すると解されているようであるが、ただ、Malaurieによると、債権・債務が牽連性を有する場合には、債権・債務の期限が到来した時点で債務消滅の効果が生ずるといふ。

1985年破産法制定により、牽連性の理論の運用がどうなるか、拡大方向に働くか縮小方向に働くかという予測についての意見が分かれているという(青木(2)28頁以下)。すなわち、前者は、1985年法が債権者に酷なので、解

釈による救済が不可欠であるという立場に立つのであり、後者は、これを緩和することは1985年法の理想が害されるという立場に立つものである。

いずれにしても、フランス法の立場が、日本法に比べて相殺の可能性につき、きわめて限定的であることは明らかである。

#### 4. イタリア

イタリアについては、資料Ⅳ. に掲載した関係する民法の規定および「当座勘定に関する規則」の関連する規定にとどめ、コメントは省略したい。

(資料)

##### 資料Ⅰ. ドイツ

###### (1) ドイツ民法の規定

第387条 二人ガ相互ニ同種ノ目的ヲ有スル給付ヲ負担スル場合ニ於テ、各当事者ガ自己ニ帰スベキ給付ヲ請求シ且自己ノ為スベキ給付ヲ実行スルコトヲ得ルニ至リタルトキハ、相手方ノ債権ニ対シテ自己ノ債権ヲ相殺スルコトヲ得。

§ 387. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.

第388条 相殺ハ相手方ニ対スル意思表示ニ依リテ之ヲ為ス。此ノ意思表

示ハ、条件又ハ期限ヲ附シテ為シタルトキハ、之ヲ無効トス。

§ 388. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

第 389 条 相殺ニ因リテ、双方ノ債権ハ互ニ相殺ヲ為スニ適シタル始メニ遡リテ其ノ対当額ニ付消滅ス。

§ 389. Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

第 392 条 債務者ガ債権者ニ対シテ有スル債権ノ相殺ガ債権ノ差押ニ因リテ排除セラルルハ、債務者ガ差押後ニ債権ヲ取得シ又ハ債務者ノ債権ガ差押後ニシテ而モ差押債権ノ弁済期後ニ弁済期ニ達シタル場合ニ限ル。

§ 392. Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlagnommene Forderung fällig geworden ist.

第 406 条 債務者ハ従来ノ債権者ニ対シテ有スル債権ヲ新債権者ニ対シテ相殺ニ供スルコトヲ得、但シ債務者ガ債権取得ノ当時譲渡ヲ知リタルトキ又ハ此ノ債権ガ譲渡ヲ知リタル後ニ於イテ而モ譲渡シタル債権ヨリ後ニ弁済期

ニ達シタルトキハ此ノ限りニ在ラズ。

§ 406. Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

(2) ドイツ合同貸付約款

4 顧客の相殺権限の限界

顧客は、その権限が争いなくまた有効に確定した限りでのみ、銀行の債権と相殺することができる。

cf. 日本の銀行取引約款における顧客からの相殺の規定

第7条の2 (同前)

① 弁済期にある私の預金その他の債権と私の貴行に対する債務とを、その債務の期限が未到来であっても、私は相殺することができます。

② 満期前の割引手形について私が前項により相殺する場合には、私は手形面記載の買戻債務を負担して相殺することができるものとします。ただし、貴行が他に再譲渡中の割引手形については相殺することができません。

③ 外貨または自由円勘定による債権または債務については、前2項の規定にかかわらず、それらが弁済期にあり、かつ外国為替に関する法律上所定の手続が完了したものでなければ、私は相殺できないものとします。

④ 前3項により私が相殺する場合には、相殺通知は書面によるものとし、



相殺した預金その他の債権の証書、通帳は届出印を押印して直ちに貴行に提出します。

⑤ 私が相殺した場合における債権債務の利息、割引料、損害金等の計算については、その期間を相殺通知の到達の日までとして、利率、料率は貴行の定めによるものとし、また外国為替相場については貴行の計算実行時の相場を適用するものとします。なお、期限前弁済について特別の手数料の定めがあるときは、その定めによります。

#### 第9条の2 (同前)

① 第7条の2により私が相殺する場合、私の債務全額を消滅させるに足りないときは、私の指定する順序方法により充当することができます。

② 私が前項による指定をしなかったときは、貴行が適当と認める順序方法により充当することができ、その充当については異議を述べません。

③ 第1項の指定により債権保全上支障が生じるおそれがあるときは、貴行は遅滞なく異議を述べ、担保、保証の有無、軽重、処分の難易、弁済期の長短、割引手形の決済見込みなどを考慮して、貴行の指定する順序方法により充当することができます。

④ 前2項によって貴行が充当する場合には、私の期限未到来の債務については期限が到来したものとして、また満期前の割引手形については買戻債務を、支払承諾については事前の求償債務を私が負担したのものとして、貴行はその順序方法を指定することができます。

## 資料Ⅱ． イギリス倒産法（1986 Insolvency Act） 323 条

(1) 本条は、破産開始前に、破産者と破産者の債権者で破産債務を立証し、または立証することを主張する者との間に、相互の債権、相互の債務またはその他の相互の取引が存在していた場合に適用される。

This section applies where before the commencement of the bankruptcy there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings between the bankrupt and any creditor of the bankrupt proving or claiming to prove for a bankruptcy debt.

(2) 各当事者から他の当事者に対して、相互の取引に関して支払われるべきものにつき、口座が作成され (an account shall be taken of)、一方の当事者から支払われるべき金額は、他の当事者から支払われるべき金額と相殺されるものとする。

An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other.

(3) 破産者から他の当事者に支払われるべき金額は、その金額が支払われるべきものとなった (due) 時に、他の当事者がその破産者に関する破産申立の係属中であることにつき悪意 (notice) であった場合には、第2項の口座に含まれない。

Sums due from the bankrupt to another party shall not be included in the account taken under subsection (2) if that other party had notice at the time they became due that a bankruptcy petition relating to the bankrupt was pending.

(4) 第2項の適用による残高（もしあれば）のみが、破産債務として立証資格のあるものであり、または、場合により、破産財団の一部として破産管財人に支払われるべきものである。

Only the balance (if any) of the account taken under subsection (2) is provable as a bankruptcy debt or, as the case may be, to be paid to the trustee as part of the bankrupt's estate.

### 資料Ⅲ. フランス

(1) フランス民法の規定（現代外国法典双書による）

第1289条 二人互ニ債務者ナルトキハ、其ノ相互ノ間ニ以下数条ノ定ムル方法並ビニ場合ニ於テニ債務ヲ消滅セシムル相殺成立ス。

Art. 1289. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

第1290条 相殺ハ債務者ノ知ラザルトキトイエドモ、法律ノ効力ノミニ因リテ当然ニ成立ス；二箇ノ債務ガ同時ニ存在スルトキハ其ノ二債務ハ其ノ対当額至ル迄相互ニ消滅ス。

Art. 1290. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

第 1291 条 相殺ハ等シク一定額ノ金銭又ハ特定量ノ同種ノ代替物ヲ目的トシ且等シク弁済期ニ在ル確定セル二箇ノ債務ノ間ニ於テノミ成立ス。公定物価表ニ依リテ物価ヲ定メラレタル穀物其ノ他ノ生産物ノ定期給付ハ弁済期ニ在ル確定セル金額ト相殺スルコトヲ得。

Art. 1291. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour object une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles.

Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

第 1295 条 債権者ノ第三者ニ為シタル権利ノ譲渡ヲ單純ニ承諾シタル債務者ハ其ノ承諾前ニ譲渡人ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ相殺ヲ以テ譲受人ニ對抗スルコトヲ得ズ。

債務者ガ譲渡ヲ承諾セズ、債務者ニ対シ其ノ通知アリタルトキハ、譲渡ハ其ノ通知以後ノ債権ノ相殺ノミヲ妨グ。

Art. 1295. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

Al'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

第 1298 条 相殺ハ第三者ノ既得権ヲ害スルコトヲ得ズ。故ニ債務者ガ第三者ニ依リテ支払ノ差止ヲ受ケタル後ニ債権者トナリタルトキハ、債務者ハ差

押入ノ不利益ニ於テ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ズ。

Art. 1298. La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

(2) フランス 1985 年倒産法

(佐藤鉄男＝町村泰貴「1985年のフランス倒産法に関する法文の翻訳」、北大法学論集 38 卷 3 号、4 号による)

第 33 条【主任官の許可に服する行為】 手続を開始する判決は、当然に、開始判決以前に生じたすべての債権の弁済の禁止をもたらす。

② 主任官は企業主または管理人に対して、企業の通常の運営に関係しない処分行為をなすこと、抵当権または質権の設定に同意すること、あるいは仲裁契約を結びもしくは和解をなすことを、許可することができる。

③ 主任官は企業主または管理人に対して、質物または適法に留置された物の請戻しが事業の継続に必要な場合はその請戻しのために、判決以前に生じた債権の弁済を許可することができる。

④ 本条の規定に違反してなされたすべての行為および弁済は、あらゆる利害関係者が行為の締結時または債権の弁済時から 3 年の期間内になした請求により、無効とされる。その行為が公示に服するものであるとき、この期間は公示の時から起算される。

【参照条文】 旧法 Ord. art. 17, 18, 19, L. art. 14.

デクレ art. 55.

第56条【期限の不喪失】裁判上の更生の開始判決は、その言渡しの日に弁済期の到来していない債権について弁済期を到来させない。あらゆる反対の条項はその定めがないものと見なされる。

【参照条文】旧法 L. art. 37,

第107条【無効事由】支払停止の日付の後に債務者によりなされた以下の行為は、無効である。

1号 動産または不動産の所有権のあらゆる無償譲渡行為。

2号 あらゆる実定契約で債務者の義務が相手当事者の義務を明らかに超えているもの。

3号 弁済の日に弁済期が到来していない債務について、何らかの方式でなされたあらゆる弁済。

4号 弁済期の到来した債務について、現金、商業証券、為替、企業の信用を促進する1981年1月2日法律1号の定める譲渡明細書、その他、取引関係で一般に承認されている弁済方式とは異なる方式でなされたあらゆる弁済。

5号 民事訴訟法典第567条および民法典第2075条—1条の適用の下で、既判事項の確定力を有する裁判なくしてなされた、金銭のあらゆる寄託および供託。

6号 あらゆる約定抵当権、裁判上の抵当権、および配偶者の法定抵当権、ならびにあらゆる質権で、以前に契約された債務のために債務者の財産の上に設定されたもの。

7号 民事訴訟法典第53条および第54条の適用の下でなされたあらゆる登記で、仮の登記が支払停止の日以前になされていなかったもの。

② さらに裁判所は、本条1号の定めた無償行為で、支払停止の日の前6ヶ月以内になされたものを無効とすることができる。

【参照条文】旧法 L. art. 29.

第108条【弁済等の無効】弁済期の到来した債務について支払停止の日の後になされた弁済、および同じく支払停止の日の後になされた有償行為は、債務者の行為の相手方が支払停止を知っていた場合に無効とされ得る。

【参照条文】旧法 L. art. 31.

## 資料IV. イタリア

(1) イタリア民法の関係する条文

(風間鶴寿訳 全訳イタリア民法典[追補版] 法律文化社による)

### 第四編債務関係

#### 第一章 債務関係一般

##### 第四節 履行と異なる債務関係消滅の態様

##### 第三 相殺

##### 第1241条 (相殺による消滅)

2人の者が互いに債務を負う場合には、後数条の規範に従い、これら2個の債務はその対等額について消滅する。

##### 第1242条 (相殺の効果)

相殺はその同時存在の日から2個の債務を消滅させる。裁判官は職権を

もってそれを採用することはできない。

消滅時効は、2個の債務の同時存在が実現した時に完成されていない場合には、相殺を妨害しない。

#### 第1243条（法定および裁判上の相殺）

相殺はただ一定額の金銭または同種の一定量の代替物をその目的として有しかつ等しく決済可能でありまた請求可能の2個の債務の間でのみ行われる。

相殺における反対債務が決済可能ではないがしかしその決済が容易且つ速かになし得るものである場合には、裁判官はその事情の存在を認める債務の一部について相殺を宣言しかつ相殺における反対債権の確認まで決済可能の債権につき有責の言渡しを停止することもできる。

#### 第1252条（任意の相殺）

相殺はたとえ前数条に定められている諸条件が競合していない場合においても当事者の意思によってこれを行うことができる。

当事者はかかる相殺の諸条件を予め定めることもできる。

#### (2) イタリア「当座勘定に関する規則」の関連する規定

[第5条] ③ 銀行と口座主との間に複数の取引関係が存する場合、または同一の口座主により複数の口座（その性質いかんを問わず、預金口座を含む）が所有されている——それがイタリアの内外を問わず他の支店において保有されているものを含む——場合にも、法律によって規定されている相殺の効力が生ずる。銀行は、たとえ、支払われるべき金額が異なる通貨のもの



であっても、また必ずしも確定したものでなく、まだ請求することができないものであっても、相殺をすることができる。この相殺については、事前の通知または適当な方式を要せず——これに対して、小切手契約にもとづいては、何ら異議を提起することができない——、ただ、銀行は、口座主に対して、このような手続が適用されていることを直ちに通知するものとする。

[第15条] ① 資金を処分し得る口座主の権限が消滅した場合の口座主が振出した小切手の支払は、次の定めによる。

c) 銀行は、未確定でまだ請求できない債権 (non liquide ed esigibil) で相殺する意思を有している場合には、口座主が振出した小切手であって、口座主が銀行から相殺の意思の通知を受け取った日より後の日付のものについては、口座で処分し得る資金が不足するようになる限度では支払をする義務を負わない。

② これに反して、銀行が第6条c) によって信用供与を解除する通知をした場合には、相殺は、解除の通知で口座主によって受領された時に効力が生じ、この場合には、口座主は、その通知を受け取る以前に振出された小切手であって呈示期間を経過していないものの支払に必要な資金であって、相殺によって不足するものを、相殺の結果、不足する限度で直ちに口座に入金しなければならない。

③ 顧客は、期限到来した債権について法定相殺がなされた場合にも同様の義務を負う。

④ 本条の規定は、共同口座についても適用される。

〔前 田 庸〕