

第 1 章 相殺の機能：ドイツ法との比較の視点から

能 見 善 久

1 はじめに

銀行にとって、預金との相殺を期待して預金者（顧客）に貸し付ける行為は、合理的な銀行業務であり、貸付金の回収にあたって相殺を用いること、そして相殺を用いることで、一定の範囲で預金者の他の債権者にも事実上優先して債権の回収を図ることができる点（相殺の担保的効力）も、相殺制度の合理的な利用方法であることについて、現在ではほぼ異論がない。しかし、後述するように、相殺の担保的効力をどの範囲で認めるかについては、いろいろと議論があるところである。法制審議会では債権法改正の議論の中で、相殺制度についても改正の議論がされているが、本稿では現行法のもとでの相殺制度の現状を踏まえて、銀行取引にとっての相殺の意味と限界について考えて見たい。

2 日本法の現状

(1) 相殺の担保的機能

相殺制度の意味ないし機能については、一般に、(1) 簡易な弁済、(2) 互いに対立する債権を有する当事者間の公平があげられていたが、昭和45年の最高裁大法廷判決以降（昭和45年6月24日民集24巻6号587頁）、(3) 担保的機能が強調されるようになった。同判決は、次のように述べている。「相殺の制度は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によつて決済し、もつて両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であつて、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については确实かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。相殺制度のこの目的および機能は、現在の経済社会において取引の助長にも役立つものであるから、この制度によつて保護される当事者の地位

は、できるかぎり尊重すべきものであつて、当事者の一方の債権について差押が行なわれた場合においても、明文の根拠なくして、たやすくこれを否定すべきものではない」。

この考え方は、制限説をとった昭和39年の最高裁大法廷判決における横田正俊裁判官の反対意見を引き継いだものである。横田裁判官は、昭和45年の大法廷判決の前年（昭和44年1月）に最高裁長官を退官しているが、その無制限説は、昭和45年の多数意見としてほぼそのまま引き継がれたのである。昭和39年判決における横田裁判官の反対意見は、次のとおりである。「相殺の制度は、互に同種の債権を有する当事者間において、自己の債務については相手方に対し履行をする一方、自己の債権については相手方から任意の履行を受け又はそれが無い場合には担保権の実行もしくは強制執行手続により強制的にその満足をうけるという煩さ、かつ迂遠な手続を履むことを避け、相手方に対する一片の意思表示により、双方の債権を対当額において決済する（消滅させる）ことにより、債権、債務の関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度である。ことに、債務者の資力が不十分な場合においても、債権者は相殺権を行使することにより、自己の債権については确实かつ十分な弁済を受けたと同様の利益を受けることができるため、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるのである。その結果、相殺の制度は、当事者間の取引を助長することにも役立つものであるから、この制度によつて保護される当事者の地位は、できうるかぎり尊重されなければならない」。このほかの点でも、昭和45年判決の多数意見は、昭和39年判決の横田裁判官の反対意見とほぼ同じである。

このように、無制限説の骨格は、昭和39年判決の横田裁判官の反対意見においてすでに完成していたのであるが、そこでは「相殺の担保的効力」という表現は使われていない。かえって法定相殺については制限説を支持しながら、相殺予約がある場合には、自働債権と受働債権の弁済期の前後を問題としない松田裁判官の少数意見において、相殺予約の効力を認める根拠として「相殺の担保的作用」についての言及がある。すなわち、次のように述べられている。「およそ銀行とこれを利用する預金者との関係においては、前者の後者に対する貸付などの各債権は、いわば一体を形成し、後者の前者に対する預金などの各債権もまた一体を形成し、両者は経済上決して無関係のものでなく、継続的に発生しつつ、相互に一種の牽連関係に立ち、ことに預金債権は貸付債権に対して担保的作用を営みつつあるのである」。

以上のことからわかるように、昭和39年判決の当時すでに、制限説も無制限説も、相殺に担保的効力があることを前提に、それをどの程度認めるかを巡って対立していたという構図が明らかになる。このような理解は、昭和39年判決の調査官解説においても示されている⁽¹⁾。

(1) 最高裁昭和39年12月23日大法廷判決民集18-10-2217の調査官（宮田信夫）解説504頁以下。

(2) 相殺の担保的効力の意味

「相殺の担保的効力」ないし「相殺の担保的機能」は、制限説、無制限説にかかわらず、差押と相殺の問題を見る際の基礎的な視点となるべきものであろう。すなわち、差押債権者A、債務者B、第三債務者Cとして、第三債務者CがBに対して反対債権を有する場合について考えると、「BのCに対する債権」（銀行が第三債務者になる場合には、預金債権）を、差押債権者Aと相殺を主張するCのいずれが、自己の債権の弁済に充てることができるか、という利害状況があるのである。すなわち、Bに対する債権者であるAとCの間で、Bの財産である「BのCに対する債権」を、いずれが自己の債務の弁済に充てることができるか、という問題である。このような利害状況の中で、制限説は自働債権（Cの反対債権）の弁済期が受働債権（BのCに対する債権）の弁済期よりも先に到来する場合には、Cの相殺を差押えに対抗できるとし、無制限説は、このような弁済期の先後を問題にすることなく、相殺を差押えに対抗できるとする。いずれの立場も、相殺権を有する債権者Cが、他の債権者（差押債権者）に優先して、「BのCに対する債権」を自己の債権の弁済に充てることができるのであるが、ただ、制限説は、こうした相殺の担保的効力に一定に制限を加え、無制限説は加えないというにすぎない。

(3) 相殺の担保的効力の根拠

相殺の担保的効力がなぜ認められるかについては、(1) 相殺がもともと対立する債権を互いに有する債権者・債務者間（BC）において清算をする制度であり（遡及効があるか否かは関係がない）、かつ、(2) 一定の関係にある2つの債権（「Cの債権」と「Bの債権」）の間では、相殺の期待が保護され、たとえ一方の債権（Bの債権）が、Bの他の債権者Aに差押えられても、相殺を優先すべき関係があるからである。

(1) の点について言えば、相殺が互いの債権を対当額で消滅させる点は重要であるが、遡及効の有無はそれほど重要ではない。期限の利益の喪失条項を伴わない法定相殺の場合には、制限説であれ、無制限説であれ、受働債権の差押えの時点では相殺適状になっていなくても、その後、自働債権および受働債権の弁済期が到来して相殺適状になった時点で相殺を認めるので、相殺の遡及効を認めても、遡及的に相互の債権が消滅するのは、この相殺適状時までであり、それ以前の受働債権の差押時まで遡って受働債権の消滅を論じることはできない。制限説、無制限説の担保的効力にとっては、相殺の遡及効は関係がないのである。

相殺の担保的効力にとって重要なのは(2)の点である。制限説、無制限説の対立もまさに、この(2)の観点を巡る対立である。あらためて、どのような考え方が相殺の担保的効力を正当化しうるかを考えてみたい。制限説は、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先である場合に、第三債務者（C）に相殺についての合理的期待があるとするが、無制限説からの批

判にあるように、弁済期の先後は十分な根拠とならないきらいがある。昭和45年判決で無制限説を支持する岩田裁判官の補足意見にあるように、相殺はもともと対立する債権の弁済期が異なる場合も念頭に置かれた制度である（両債権の弁済期が同時に到来することはほとんど生じない）。すなわち、「民法は、相対立する債権の弁済期が、本来互いに異なることを予定したればこそ、双方の債権が共に弁済期に達していることを相殺の要件としているのであつて、そこにおいては、同種の債権が相対立してさえいれば、相殺に対する正当な期待が肯定されているのである。もし然らずとすれば、両債権の弁済期が同じでないかぎり、差押の無い場合においても、弁済期の遅い債権を有する債権者は、常に、相殺によつて自己の債権を決済すべき正当な期待を有していないことになるであろう」。すなわち、第三債務者（C）の自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも後に到来する場合であっても、一概にCからの相殺の期待が不合理とまでは言えない⁽²⁾。しかし、それでは受働債権の差押時に、第三債務者が自働債権を取得していればよいという無制限説でよいかというと、このような無制限説では相殺の担保的効力の正当化の根拠が十分に示されているとは言えないと思う。

相殺の担保的効力の正当化という観点からは、他の債権者（差押債権者）に優先して相殺を認めることが合理的である理由が必要であろう。それは、本来は、相殺の対象となる両債権の牽連関係にあるのではないか。昭和39年判決で法定相殺としては制限説の立場に立ちつつも、相殺特約による相殺を肯定した松田裁判官は、相殺特約の効力を認める根拠として次のように述べた。「およそ銀行とこれを利用する預金者との関係においては、前者の后者に対する貸付などの各債権は、いわば一体を形成し、後者の前者に対する預金などの各債権もまた一体を形成し、両者は経済上決して無関係のものでなく、継続的に発生しつつ、相互に一種の牽連関係に立ち、ことに預金債権は貸付債権に対して担保的作用を営みつつあるのである」。この考え方は、相殺の対象となる債権の牽連性に着目したものであり、法定相殺における無制限説を正当化する根拠となりそうに思えるが（「担保的作用」という表現も使われている）、松田裁判官は、昭和45年における多数意見の無制限説に対して強く反対した。しかし、ここで述べられている両債権の牽連性は、相殺特約がない場合にも当てはまることであり、それゆえ、法定相殺における無制限説の根拠となりうる。ただ、両債権に牽連関係があるか否かの判断は一義的に明確とは言えない。従つて、無制限説を原則としつつ、相殺の担保的効力を他の債権者に対して主張するのが合理的でない場合については、相殺権の濫用の法理などによって制限するというの

(2) 私自身は、制限説の立場を論文等で発表したことがあるわけではないが、法定相殺については制限説をとり、相殺特約があれば自働債権と受働債権の弁済期の前後を問題にすることなく相殺を認めるという立場がバランスがとれていると考えていた。しかし、今、法定相殺について、本文で述べる範囲で見解を修正したい。

が現行法の解釈としてはありうるのではないか。

(4) 相殺権の濫用

相殺権の濫用によって相殺が制限される場合とはどのような場合かについては、現状では、破産法上の相殺禁止規定（旧破産法104条、現行破産法71条、72条）の考え方を基礎に、破産法の規定に厳密には該当しない場合について、相殺権の濫用を認める裁判例がある⁽³⁾。この法理は、法定相殺における無制限説に制約を課すためのものではないが、いままで述べてきたように、法定相殺における無制限説の根拠は、当事者間における相殺の期待が合理的であることに根拠があると思われるので、無制限説のもとにおいても、銀行からの相殺が信義則に反すると思われる場合には、相殺が否定される可能性は残っている。銀行の貸付債権と預金との相殺は、両者の牽連関係も明らかであり、無制限説による相殺を認めることに問題がないが、銀行が通常の銀行業務とは言えないような方法で、第三者が顧客に対して有していた債権を取得して、顧客の預金と相殺する場合などについては、相殺権の濫用とされる場合がありうるのではないか。

3 ドイツ法の状況

(1) 差押と相殺に関する判例・学説

よく知られているように、ドイツ民法392条は、受働債権が差押えられても、その債務者は、反対債権（自働債権）を差押前に取得しており、かつ、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期と同時か先に到来する場合には、差押債権者に対して相殺を主張しうると規定している。実際に相殺を主張できるのは、自働債権の弁済期が到来し、受働債権については第三債務者が期限の利益を放棄する時点である⁽⁴⁾。また、受働債権の差押前に相殺契約（Aufrechnungsvertrag）が締結されていれば、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも後であっても、相殺を差押債権者に主張しうるとというのがドイツの学説・判例である。相殺契約がある場合には、ドイツ民法392条の適用を受けないと解されている⁽⁵⁾。もっとも、相殺契約の中身についての議論は少

(3) 山本和彦・中西正・笠井正俊・沖野眞己・水元宏典「倒産法概説（第2版）」260頁（沖野執筆）。

(4) Palandt, BGB, 71.Aufl., 2012, § 392.

(5) 連邦裁判所1968年1月29日判決（NJW 1968,835）。もっとも、事案は、貸貸人の賃借人に対する賃料債権（受働債権）が差押えられたのに対して、貸貸人に対する反対債権を有していた賃借人（第三債務者）が、相殺契約による相殺を主張したものであり、銀行取引に関連するものではない。他にも下級審の事案があるが、いずれも預金債権が差押えられて銀行が第三者債務者になる事案ではない。

なく、相殺契約があっても、差押の時点で第三債務者が自働債権を取得していることは必要だ
と思うが、注釈書などにおいても必ずしも明確に書かれていない。

以上の内容について、ドイツの大手法律事務所Oppenhoff & Partnersのパートナー弁護士で
あるGeorg Maier-Reimer弁護士も、少し、古い文献であるが、Using Set-off as Security⁽⁶⁾とい
う相殺の担保的効力を比較法的に論じた本の中で、これを承認している。

しかし、以上の相殺の担保的効力に関する議論（日本でいえば、制限説の立場）は、銀行が
顧客に対して有する貸付債権の回収を念頭には議論されていない。差押と相殺に関する判例も
学説はほとんどなく、数少ない判例や学説論文も、銀行の貸付債権と預金との相殺を念頭にお
いて議論しているものはほとんどない⁽⁷⁾。

(2) 銀行取引約款 (AGB-Banken)

ドイツの銀行の顧客に対する債権の回収の確保において相殺が使われていないわけではな
く、以下の銀行取引約款で見ると、相殺は債権回収の手段として意識されている。しかし、
それ以外の方法も用いられており、相殺に依存する割合が少ないとの印象を受ける。

第1に、ドイツの大手銀行の1つであるコメルツバンク (Commerzbank) の銀行取引約款
4条⁽⁸⁾には、相殺について次のような規定がある。「4条. 相殺 (1)銀行からの相殺 当行は、
顧客の預金を、当行の顧客に対する債権がどのような法的原因によって生じたものであれ、こ
れとの相殺に用いることができる。当行は、顧客に対する債権が消滅時効にかかった場合であ
れ、まだ期限が到来していない場合であれ、顧客の債権と相殺することができる。また、双方
の債権が異なる通貨によって表示された債権であって、通貨表示を自由に変更できない場合で
あっても、相殺できるものとする。(2)顧客からの相殺 (内容省略)」。これは銀行の自働債
権の弁済期にかかわらず相殺ができる旨を合意した相殺契約であり、このような特約は差押債
権者に対しても主張できるというのがドイツの判例であるから、この種の相殺契約によって、
ドイツにおいても無制限説が実現されているということができよう。もっとも、以上の
ような「銀行からの相殺」について銀行取引約款で規定を設けるところは必ずしも多くなく
(2008年当時)、また、現在の銀行取引約款のひな形 (2009年に改正) では、銀行からの相殺に

(6) Francis W. Neate (ed.), Using Set-off as Security, A Comparative Survey for Practitioners, (1990) の中の
第7章でドイツ法について述べている。

(7) Jan Lieder & Daniel Illhardt, Grenzen der Aufrechnung, JA 2010,769-772 (2010) は、相殺の機能に着目
して、経済取引における相殺の意義および限界について考察するものであるが、担保的効力への言及
はない。

(8) 参照したのは2008年の銀行取引約款である。

ついて規定がない。その趣旨は、銀行からの相殺は民法の規定による規律に委ねるといこと
のようである⁽⁹⁾。なお、ドイツの銀行預金には、大きく分けてGirokonto（当座預金口座）と
Festgeldkonto（定期預金口座）があり、定期預金は顧客にとって資産運用ないし投資と考えら
れており、それほど多く使われてない。これに対して、Girokontoは、決済のために使われるも
のであり、一般に使われるのはこちらである。ただ、Girokontoについては、後述するように、
交互計算特約がなされるのが通常であり、従って、Girokontoを見返りになされた貸付や貸越
（Dispositionkredit）については、清算時期に清算（Verrechnung）されるので、これら銀行が
顧客に対して有する債権については、相殺が使われることがない。しかし、定期預金口座につ
いては、上記の約款に言及されているように、銀行の顧客に対する債権との相殺に使われるこ
とになる。また、Girokontoがある場合において交互計算特約の対象になるのは、銀行と顧客の
間の通常の銀行取引から生じる債権であろうから、それ以外の債権については、Girokontoとの
相殺が問題となることも考えられる。

第2は、今述べたGirokontoとの交互計算特約による清算（Verrechnung）である。顧客が
Girokontoを開設すると、同時に「交互計算（Kontokorrentverhältniss）」の特約が合意された
ものとされ、銀行がGirokontoを見返りに、顧客に貸付を行った場合（Dispositionkreditと言わ
れる）には、合意された計算期日に弁済期の到来した貸付債権と預金との間で「清算
（Verrechnung）」が行われる。「交互計算」は、ドイツ商法355条により商人間で相互に生じる
債権を決済するための制度であるが、消費者のように非商人であっても、この合意をすることは
妨げられない。このGirokontoの開設と同時に交互計算の合意があるとされる場合には、顧客
の債権者がGirokontoを差し押さえても、交互計算に組み入れられた債権については、その弁済
期が何時であるかに関係なく預金と清算できるので、ある意味では日本の相殺に関する無制限
説と同じことが実現されている。以上の関係については、現行のABG-Banken（銀行取引約款）
7条1項で規定されている。なお、Girokontoによる交互計算の場合には、Girokontoを引き当
てにした貸付（貸越）債権が対象になるだけであるから、それ以外の債権、たとえば、銀行が
他の債権者から顧客に対する債権を譲り受けたような場合には、対象にならないものと考えら
れる。

第3に、質権の取得である。2009年の銀行取引約款14条1項は、銀行の占有することになる
動産や証券に対する質権設定のほか、顧客の銀行に対する債権（預金口座）についても質権の
設定を合意したものとする内容を規定する。その結果、顧客が銀行と銀行取引を開始し（口座
開設など）、銀行取引約款が適用されることを承認した時点で、現在ないし将来の質権の設定

(9) Hermann-Josef Bunte, AGB-Banken und Sonderbedingungen, 3.Aufl., S.91, (2011).

がなされたものとされる。但し、将来銀行が占有を取得する動産等について設定された質権は、目的物が実際に銀行の占有に帰した時点で効力を生じる。顧客の銀行預金口座については、何時、質権が設定されたことになるのか議論があるが、銀行取引約款に顧客が同意した時点ではなく、口座が開設された時点であるとされている。なお、質権が設定された時点では、被担保債権が存在していないことが考えられるが、被担保債権の存在は、質権設定時の有効要件ではなく、質権実行の要件であるために、問題がないとされている⁽¹⁰⁾。

銀行が顧客の預金口座の上に銀行取引約款によって設定する質権と顧客の債権者による預金口座の差押え（ドイツ民事訴訟法804条）の優劣の関係は、時間的に先の方が優先するが、上述したように、銀行の顧客預金口座への質権設定は、顧客が銀行取引約款を承認して口座を開設した時点なので、銀行の質権設定が差押えに常に優先する⁽¹¹⁾。このように、銀行取引約款14条による預金口座への質権設定は、銀行に債権回収のための強力な手段を与える。質権によって担保される債権については、銀行取引約款14条2項で規定されている。通常の銀行業務（bankmässigen Geschäftsverbindung）によって取得された全ての債権である。他の債権者が顧客に対して有していた債権を銀行が譲り受けた場合も、手形割引や債権の譲渡担保によって銀行に帰属することとなったときは、「通常の銀行業務」によって取得されたものとされる。しかし、「通常の銀行業務」による取得とされない場合には、そのように取得した債権を質権の被担保債権とすることができない。なお、その場合には、取得した債権を自働債権として預金口座とする相殺も権利濫用とされる⁽¹²⁾。

（3）相殺等の制限される口座

2009年、ドイツでは年金や子供手当、その他の社会保険などが振り込まれる銀行の口座については、一定の範囲で債権者からの差押えを禁止し、また、銀行からの相殺（Aufrechnung）や差引計算（Verrechnung）を制限する法律が制定された（Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes）。これにより、民事訴訟法850k条において「差押禁止口座（Pfandungsschutzkonto）」の規定が整備された⁽¹³⁾。

(10) Bunte, op.cit.,S.212.

(11) Bunte, op.cit.,S.215. 但し、銀行の質権が常に差押えに優先することには問題もあるので、ドイツ商法357条で一定の例外が定められている。

(12) Bunte, op.cit.,S.218.判例としては、BGH WM 83,537など。

(13) 日本の状況については、宮川不可止「年金振込口座による相殺の可否——差押禁止の属性を振込金は承継するか」金融法務事情1708号32頁以下。