

相殺および相殺的取引をめぐる 金融法務上の現代的課題

2013年2月

金 融 法 務 研 究 会

は し が き

本報告書は、金融法務研究会第2分科会における平成21年度の研究成果である。

金融法務研究会は、平成2年10月の発足以来、最初のテーマとして、各国の銀行取引約款の検討を取り上げ、その成果を平成8年2月に「各国銀行取引約款の検討—そのⅠ・各種約款の内容と解説」として、また平成11年3月に「各国銀行取引約款の比較—各国銀行取引約款の検討 そのⅡ」として発表した。平成11年1月以降は、金融法務研究会を第1分科会と第2分科会とに分けて研究を続けている。

第2分科会で取り上げたテーマは、巻末の報告書一覧のとおりであるが、平成21年度は「相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題」をテーマとして取り上げ、そこでの研究成果を本報告書に取りまとめた。

本報告書では、第1章で「相殺の機能：ドイツ法との比較の観点から」（能見善久担当）、第2章で「フランス法における相殺と金融取引」（野村豊弘担当）、第3章で「最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（そのⅠ）」（山田誠一担当）、第4章で「最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（そのⅡ）」（山下純司担当）、第5章で「破産法71条・72条と金融取引」（松下淳一担当）、第6章で「多数当事者間ネットティング」（神田秀樹担当）を取り上げている。

このうち第1章では、相殺に関するドイツ法の状況を紹介して、相殺の担保的効力のあり方を論じている。第2章では、フランス法における相殺制度及びその銀行取引への適用を紹介している。第3章では、三者間の相殺、相殺予約、三者間の相殺予約、一人計算等につき、最近の裁判例と債権法改正の動きを論じている。第4章では、相殺予約の効力等につき最近の裁判例と債権法改正の動きを論じている。第5章では、金融取引における破産法71条・72条に係る諸論点について論じている。第6章では、伝統的なスワップ取引等における多数当事者ネットティングと清算機関設置の意義について論じている。

本報告書が銀行実務家をはじめ、各方面の方々のお役に立つことができれば幸いである。

なお、本研究会には、銀行の法務分野から実務を担当する方にオブザーバーとしてご参加いただいている。また、事務局を全国銀行協会業務部にお願いしている。

同分科会では、平成22年度には「金融取引における約款等をめぐる法的諸問題」をテーマとして取り上げ、研究を続けている。

平成25年2月

金融法務研究会座長

岩 原 紳 作

目 次

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
1 はじめに	1
2 日本法の現状	1
(1) 相殺の担保的機能	1
(2) 相殺の担保的効力の意味	3
(3) 相殺の担保的効力の根拠	3
(4) 相殺権の濫用	5
3 ドイツ法の状況	5
(1) 差押と相殺に関する判例・学説	5
(2) 銀行取引約款（AGB-Banken）	6
(3) 相殺等の制限される口座	8
第2章 フランス法における相殺と金融取引（野村豊弘）	9
1 はじめに	9
(1) 相殺制度の歴史的変遷	9
(2) 日本民法に対するフランス民法の影響	10
2 フランス民法の相殺制度	12
(1) 相殺の類型	12
(2) 法律上の相殺の要件	12
(3) 法律上の相殺の効力	14
(4) 日本法との比較	16
3 銀行取引と相殺	16
(1) 銀行間の決済システム	16
(2) 銀行と顧客（預金者）間の相殺	16
〈参考〉【フランス民法の相殺に関する規定（第1289条～第1299条）】	17
第3章 最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（その1）—三者間の相殺、 相殺予約、三者間の相殺予約について（一人計算も）—（山田誠一）	21
1 はじめに	21
2 三者間の相殺の裁判例（最判平成7年7月18日）	21

(1) 事案	21
(2) 原判決	22
(3) 本判決	24
(4) 検討	24
3 債権法改正における議論	26
(1) 相殺と差押え	26
(2) 相殺予約	28
(3) 三者間の相殺と三者間の相殺予約	29
(4) 一人計算	31
 第4章 最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（その2）	
～相殺予約の効力等について（山下純司）	33
1 はじめに	33
2 「債権法改正の基本方針」における相殺予約の位置づけ	33
(1) 差押えと相殺	33
(2) 相殺の効力との関係	35
(3) 相殺権の濫用との関係	36
3 相殺に関する判例の再検討	36
(1) 相殺適状説から相殺期待説へ	36
(2) 昭和39年判決から昭和45年判決へ	38
(3) 相殺予約の機能について	38
4 最近の裁判例との関係	40
(1) 最判平成15年12月19日金融法務事情1702号68頁	40
(2) 最判平成18年4月18日金融商事判例1242号10頁	41
5 おわりに	43
 第5章 破産法71条・72条と金融取引（松下淳一）	44
1 破産法71条・72条総論	44
(1) 趣旨	44
(2) 「破産債権者」・「破産債権を取得した者」	44
(3) 相殺禁止の効果	45
2 各論- 金融取引における論点	46

(1) 破産法71条1項2号（相殺禁止）	46
(2) 破産法71条1項3号（相殺禁止）	49
(3) 破産法71条2項1号（相殺禁止の解除）	50
(4) 破産法71条2項2号（相殺禁止の解除）	51
(5) 破産法72条1項1号	55
(6) 破産法72条2項4号（相殺禁止の解除）	56
3 補論	56
 第6章 多数当事者間ネットティング（神田秀樹）	58
1 はじめに	58
2 ネットティング概観	58
3 日本の法制	60
4 多数当事者間ネットティングと清算機関	61
(1) 多数当事者間ネットティング	61
(2) 清算機関の意義	63
5 むすびに代えて	65
 (参考) 金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項	66

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確實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確実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という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」。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。従って、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、賃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、賃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うことのようである⁽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、時間的に先のものが優先するが、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。

第 2 章 フランス法における相殺と金融取引

野 村 豊 弘

1 はじめに

(1) 相殺制度の歴史の変遷

相殺というのは、ローマ法以来、債権の消滅原因の1つとして存在してきたものである⁽¹⁾。このような相殺制度について考察する場合に、2つの視点があると思われる。

1つは、相殺の手続きがどのように構成されているかということである。すなわち、相殺の要件が満たされた場合に、法律上当然に相殺の効力が生ずるのか、あるいは、相殺の意思表示によって初めて相殺の効力を生ずるのかということである。たとえば、ドイツ民法は、意思表示による相殺という制度を取っている⁽²⁾。日本の民法も同様である⁽³⁾。それに対して、フランスの民法は当然相殺という制度を取っていて⁽⁴⁾、フランス以外にも、当然相殺の制度をとっている国もかなりある。たとえば、ベルギー民法、カナダのケベック州民法も同様に当然相殺の制

(1) 相殺の歴史については、Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996 (originally published in 1990), p.p. 760-767参照。

(2) ドイツ民法387条は、「二人が相互に同種の目的を有する給付を負担している場合において、各当事者は、自己に帰すべき給付を請求することができ、かつ相手方に対して自己のなすべき給付を履行することができるに至ったときは、相手方の債権に対して、自己の債権を相殺することができる」と規定している」(日本語訳については、神戸大学外国法研究会編『外国法典叢書 (2) 独逸民法〔Ⅱ〕』有斐閣 (1955年 (復刊)) 264頁の翻訳およびCodes allemands -Code Civil et Code de Commerce - traduits en français par une équipe de juristes sous la direction de Maître William GARCIN, Editions Jupiter, 1967, p.142 のフランス語訳を参照した)。

(3) 後述するように、ボアソナードの起草した旧民法では、フランス民法に倣って、当然相殺の制度がとられていたが、当然相殺の制度に慣れていない日本の国民にとっては、当然相殺は不便であることなどの理由から、現行民法では、ドイツ法のような意思表示による相殺の制度に修正されている。このような現行民法の立法理由については、『未定稿本民法修正案理由書』416頁以下 (廣中俊雄編著『民法修正案 (前三編) の理由書』有斐閣 (1987年) として復刻されている) 参照。

(4) フランス民法1290条参照 (同条の内容については、本稿2において詳細に検討する)。

度をとっている⁽⁵⁾。

それからもう1つは、意思表示による相殺の場合について、相殺の意思表示の時点と相殺の効力発生との関係をどのように構成するかということである。換言すれば、相殺の効力がいつから発生するかという問題である。これについて、ドイツ民法は、相殺の意思表示の時点ではなく、相殺の要件をみたした時（相殺適状になった時）に相殺の効力が生ずるとして、遡及効を認めている（通常は、相殺の要件が満たされた後に、相殺の意思表示が行われるのであるから、相殺の効力が遡及することになる）⁽⁶⁾。他方、スカンジナビア諸国や英米法系の国では、むしろ遡及効が将来に向かってのみ効力を生じるという仕組みになっている⁽⁷⁾。

（2）日本民法に対するフランス民法の影響

ボアソナードの起草した旧民法財産編では、519条から533条まで、かなりの条文数を相殺に当てている。当然のことながら、フランス民法に依拠していて、法律上の相殺、任意上の相殺および裁判上の相殺という3つの相殺類型を置いていた⁽⁸⁾。ただし、2人の当事者間において相互に債務を負っている場合における法律上の相殺が主たる類型であって、それについては、フランス民法に倣って、当然相殺の制度をとっている。すなわち、財産編520条は、「二箇ノ債務カ主タルモノ互ニ代替スルヲ得ヘキモノ明確ナルモノ及ヒ要求スルヲ得ヘキモノニシテ且法律ノ規定又ハ当事者ノ明示若クハ黙示ノ意思ヲ以テ其相殺ヲ禁セサルトキハ当事者ノ不知ニテモ法律上ノ相殺ハ当然行ハル」と規定し、相殺の意思表示を必要とせず、当然に相殺が行われる（したがって、相殺の効力が生ずる）としている。

(5) ベルギー民法1290条、ケベック民法1673条。もっとも、これらの規定は、フランス民法1290条とまったく同一の文言であり、フランス民法に由来するものである。とくに、ベルギー民法は、文言だけでなく、条文の番号もフランス民法と同一である。

なお、相殺に関する比較法研究については、Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002 参照。

(6) ドイツ民法389条は、「相殺は、双方の債権が、その対当額の限度において、互いに相殺に適するようになった時に遡って消滅するという効力をもたらす」と規定している（法制審議会民法（債権関係）部会資料39「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（11）」別紙比較法資料3頁の訳による）。

(7) Zimmermann, op. ci. (前 (5)) p. 36 et s.

(8) 旧民法財産編519条参照。

ところが、その後旧民法に代えて起草された現行民法は、このような旧民法における当然相殺の制度は妥当でないという理由から⁽⁹⁾、ドイツ民法草案に倣って、現在見られるように、意思表示による相殺と遡及効とを組み合わせた制度になっている。なお、1911年に制定されたスイス債務法もドイツ法に倣っている⁽¹⁰⁾。

(9) 『未定稿本民法修正案理由書』（前（3））480頁以下参照。同書は、現行民法506条において、意思表示による相殺制度をとっている理由について、「……蓋シ相殺ノ行ハルルヤ或ハ既成法典ノ如ク法律上当然行ハルト為スモノアリ或ハ裁判上ニ對抗シテ始メテ行ハルト為スモノアリト雖モ第一ノ立法主義カ我国今日ノ實際ニ不便ナルコトハ既ニ前条ニ於テ説明セシ如ク之レカ為メニ未タ法律上ノ取引ニ慣レサル人民ヲシテ往々意外ノ不利益ヲ蒙ラシムルノミナラス我国從來ノ慣習ニ反スルコト多カルヘシ又第二ノ立法主義ノ不便ニシテ且ツ不当ナルコトハ因ヨリ明白ニシテ訴訟カ起リタルトキハ相殺スルコトヲ得訴訟カ起ラサルトキハ相殺スルコトヲ得サル如キハ寧ロ相殺ノ方法ヲ認メサルニ若カス然レトモ双方ノ債務カ仮令相殺ノ要件ヲ具備シテ対立スルモ当事者カ相殺ヲ欲セサルニ法律ハ之ニ干渉シテ強ヒテ債務ヲ消滅セシムル必要ナキニ因リ本案ハ本条ノ明文ヲ設ケ相殺ハ当事者ノ意思表示ニ依リテ行ハル、モノトシ仮令第五百四条（現行民法505条のこと－引用者注）ノ規定ニ因リテ当事者ハ相殺ノ權利ヲ得ルモ本条ノ規定ニ從ヒ之ヲ行使スルニ非サレハ相殺ノ効力ヲ生スルコトナシトシ即チ既成法典ノ主義ヲ排斥シテ当事者ノ安全ヲ保チ從來ノ慣習ニ適セシメタリ……」と述べている。また、相殺の効力が相殺適状の時点に遡って生ずることについても、その理由を「本条第二項ノ規定ハ相殺ノ立法上ノ趣旨ニ本ツキ殊ニ当事者ノ普通ノ意思ヲ斟酌シテ相殺ノ意思表示ハ既往ニ溯リ其効力ヲ生スルコトヲ認ムルモノトス蓋シ本案ノ如ク相殺ノ効力ヲ当事者ノ意思表示ニ係ラシムルトキハ相殺ノ意思ヲ通知シタル時即チ相殺ノ權利ヲ行使シタル時ヨリ相殺ノ効力ヲ生スト主張スルコトヲ得ヘシト雖モ亦双方ノ債務カ相殺ニ適シテ対立シタル時即チ相殺ノ權利カ当事者双方ニ発生シタル時ヨリ相殺ノ効力ヲ生セシムルモ一概ニ理論ニ反スルモノト云フヘカラス何トナレハ既ニ双方ノ債務カ互ニ消滅スヘキ性質ヲ備ヘテ相對立スルモノナレハナリ而シテ相殺ノ立法ノ本旨ハ固ヨリ双方ノ債務ヲシテ簡便ニ消滅セシムルニ存スルモノナレハ此目的ヲ達スルニハ各債務カ相殺ニ適シテ対立シタル時ヨリ相殺ノ効力ヲ生セシムルヲ以テ適當ト為スノミナラス当事者カ相殺ヲ主張スル普通ノ場合ヲ觀察スルニ概ネ債務カ相殺ニ適シテ対立シタル時ニ相殺ノ意思ヲ表示セスシテ却テ相手方ヨリ債務履行ノ請求ヲ受クルニ至リテ始メテ相殺ヲ對抗スルハ通常人ノ免レサル所ニシテ極メテ注意周密ナル者ニ非サレハ債務カ相殺ニ適シタル時直ニ之ヲ主張スルコトナシト雖モ翻テ当事者ノ意思ヲ推察スルトキハ債務カ相殺ニ適シタル時ヨリ相殺ヲ欲シタルコトハ殆ント疑ナキ所ニシテ若シ相手方ヨリ債務履行ノ請求ヲ受ケ之ニ對シテ相殺ヲ主張シタル時ヨリ其効力ヲ生スルモノト為ストキハ当事者ノ意思ニ反スルノミナラス債務ヲシテ判然消滅セシムルコトヲ得ス相殺ノ便法ヲシテ大ニ其効用ヲ失ハシムルモノト云フヘシ故ニ本案ハ瑞士債務法索遜民法其他独逸民法草案等ノ例ニ倣ヒ相殺ノ意思表示ハ各債務カ相殺ニ適シタル時ニ溯リテ其効力ヲ生スルモノト為シ以テ實際ノ便宜ニ適セシメタリ」と述べている。なお、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録3』商事法務研究会（1984年）572頁以下でも、起草委員である穂積陳重が同趣旨のことを説明している。

(10) スイス債務法120条～126条参照。

2 フランス民法の相殺制度⁽¹¹⁾

(1) 相殺の種類

フランスの相殺制度では、「法律上の相殺」と、「合意による相殺」と、「裁判上の相殺」という、3つの類型を認めているが、最も重要なものは法律上の相殺であって、相殺に関する議論も、これを中心になされている。合意による相殺というのは、民法1134条が根拠となっている。民法1134条は、意思自治の原則、契約自由の原則、契約の拘束力の根拠になる規定と理解されているが、「適法になされた合意は当事者間では法律に代わる」と定めている。同条は、本来、契約自由の原則の根拠となる条文であるが、ここでは、相殺の合意が問題となっているので、相殺の効力としての債務消滅の効果は、相殺の合意の時点において生ずるという意味で合意相殺の根拠条文と考えられている。裁判上の相殺というのは、被告が本訴の請求に対抗するために、反訴で相殺を主張するというものである。

(2) 法律上の相殺の要件

次に、法律上の相殺の要件について述べる。一般に、民法の教科書・体系書では、相殺の成立要件と障害事由（相殺の禁止）という2つの項目に整理されている。

(i) 相殺の成立要件

相殺の成立要件については、一般に、(a) 相互性 (réciprocité)、(b) 代替性 (fongibilité)、(c) 数額確定性 (liquidité) および (d) 請求可能性 (exigibilité) の4つの要件があげられている。

第1に、相互性 (réciprocité) というのは、当事者の双方が相手方に対して債務を負っていることが必要であるということである（民法1289条）。

第2に、代替性 (fongibilité) というのは、当事者双方の債務が代替物を目的とするものでなければならないということである（民法1291条）。すなわち、相殺は、同種の代替物債務の間でなされるということであるが、実務上は金銭債務に限られている。第1の要件および第2

(11) 以下の記述については、フランスの教科書、体系書として、Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, Leçons de droit civil, t. II, Premier vol. Obligations, 8^e éd., 1991, nos 1142 et s., p. 1188 et s., Jean CARBONNIER, Droit civil 2, Les biens, Les obligations, 2004, nos 1253 et s., p. 2486 et s., Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit civil, Les obligations, 4^e éd., 2009, nos 1187 et s., p. 666 et s., Alain BENABENT, Droit civil, Les obligations, 13^e éd., 2012, nos 816 et s., p. 592 et s., François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 10^e éd., 2009, nos 1390 et s., p. 1371 et s., Philippe MALINVAUD et Dominique FENOUILLET, Droit des obligations, 11^e éd., 2010, nos 829 et s., p. 653 et s. et c. 参照。また、日本語の文献として、深谷格「相殺の構造と機能－フランス法を中心として－(1)～(4・完)」名古屋大学法政論集133号（1990年）33頁、134号（1990年）339頁、136号（1991年）335頁、137号（1991年）397頁、深川裕佳『相殺の担保的機能』信山社（2008年）等参照。

の要件は、対立する2つの債務の差引計算をするという相殺の本質上当然のことと解されている⁽¹²⁾。

第3に、数額確定性 (liquidité) ⁽¹³⁾ というのは、相殺される双方の債務がともに、数額で示されることが必要であるということである。当事者双方の代替物債務が対当額で消滅するのであるから、当然のことである。したがって、数額で確定できない債務は相殺できないということになる。たとえば、事故の被害者の損害賠償債権については、訴訟によって損害賠償額が確定されない限りは、数額確定性はないということになるが、訴訟によって損害賠償が確定すれば、数額確定性があることになるので、その時点以後は、相殺が可能になると考えられる。

第4に、請求可能性 (exigibilité) である。相殺の対象となるのは、現実に請求することができる債務でなければならないということである。具体的に問題となるのは、条件付きの債務および期限付きの債務である。条件付きの債務債務は条件の成否が未定である間、現実に請求できないので、相殺の対象にならない。そして、期限付きの債務も、期限が到来しない間は、同様である。また自然債務の場合にも、同様であると解されている。第3の要件および第4の要件は、相殺の機能が直ちに働くために不可欠であると解されている⁽¹⁴⁾。

このように、フランス法では、相殺の要件として4つがあげられているのであるが、判例は、2つの債務が牽連している (connexe) 場合には、数額確定性および請求可能性の要件は不要と解されている。そこで、牽連性 (connexité) という概念がどのような意味を有するかが重要になるが、一般に、2つの債務が同一の法律関係から生じている場合をいうとされている。例えば、土地の賃貸借において、一方で、土地の所有者が修繕義務を果たしていないために、賃借人あるいは小作人に対して損害賠償の義務を負っていて、他方で、賃借人や小作人が賃料や小作料を支払う義務を負っているという場合に、この2つの債務には、牽連性があり、その間の相殺が許されることになる。

(ii) 障害事由 (相殺の禁止)

次に、相殺の妨げになる事由、すなわち、以下のような障害事由が存在する。言い換えれば、相殺が禁止される事由であるが、通常2つに分けられている。1つは、一方当事者の利益のために相殺が禁止される場合であり、もう1つは、第三者の利益のために相殺が禁止される場合

(12) Jean CARBONNIER, op. cit., n° 1253, p. 2487.

(13) 実務上、金銭債務に限られることから、liquiditéという言葉について、「金銭評価可能性」という訳語も用いられている (中村紘一・新倉修・今関源成監訳 = Termes juridiques研究会訳『フランス法律用語辞典〔第3版〕』三省堂 (2012年) 261頁)。

(14) Jean CARBONNIER, op. cit., n° 1253, p. 2487.

である。

前者については、民法1293条1号から3号に規定されている。すなわち、同条は、相殺が債務の一方または他方の原因がいかなるものであっても生じることを原則としながら、相殺の効力が例外的に生じない3つの場合を規定しているのである。3号は、相殺が禁止される場合として、「差押不可能と宣言された扶養料を原因とする負債」をあげている。扶養債権あるいは扶養料というのは、その債権者にとってただちに必要なものであるために、現金で支払われるということが奪われてはならないという理由から、このような規定になっているのである。この規定は、差押えが禁止されている債権に拡張されている。例えば、労働災害において支払われる年金について、相殺を認めると、事実上、差押えを認めたことに等しい結果になるから、相殺が禁止されるというような説明がなされている。なお、労働法典L3251-1条では、使用者が労働者に債権を有している場合に、使用者による相殺を禁止しているが、その次のL3251-2条では、例外として、相殺ができる場合を定めている。

それから、民法1293条では、1号および2号にも、相殺が禁止される場合が規定されている。1号は、「所有者が不当に奪われた物の返還請求 (demande en restitution)」であり、2号は、「寄託 (dépôt) 及び使用貸借 (prêt à usage) の返還請求」である。これらの規定では、物の返還債務の相殺を想定しているが、事実上相殺が問題となるのは、金銭債務に限られているので、この規定が働くというのはあまりないように思われる。そこで、実際にはこの規定はあまり利用されていない。ただ、預金については、預金の性質を寄託と考えると、その預金の返還債務との相殺が禁止されるということになるので、問題となり得るが、これについては、後述する。

次に、第三者の利益のために相殺が禁止される場合は、民法1298条に定められている。すなわち、同条は、「相殺は、第三者の既得権を害しては生じない。したがって、債務者であって、第三者が行った差押え＝差止め (saisie-arrêt) の後に債権者となった者は、差押人を害して相殺を対抗することができない」と規定している⁽¹⁵⁾。

(3) 法律上の相殺の効力

相殺の効力については、すでに述べたように、民法1290条は、「相殺は、債務者が知らない場合であっても、法律上当然に法律の力のみによって行われる」と定め、相殺の要件がみたされると、当事者の意思表示を必要とせずに、法律上当然に相殺の効力が生じるとしている。このように、相殺の要件を満たせば、当然に相殺の効力が生じ、債務は消滅するということが原

(15) 法制審議会民法（債権関係）部会資料39「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（11）」別紙比較法資料4頁の訳による。

則であるが、他の条文との間に矛盾が存在するのではないかという疑問が出されている。これについては、相殺の放棄の規定との関係で後に説明する。

ここで、法律上、債務消滅の効果が生ずるというのは、ローマ法の法源であるユスティニアス法典の中にある、*ipso jure*という表現（「法それ自身によって」という意味）に由来するものである⁽¹⁶⁾。この表現の解釈について、注釈学者の間でいろいろ意見が分かれているが、相殺が当事者の意思に関わりなく、当然に生ずると解する見解があり、フランス民法に大きな影響を与えたポティエがその見解に従っていて⁽¹⁷⁾、フランス民法の起草者は、その見解に基づいて立法したということのようである⁽¹⁸⁾。*ipso jure*というのは、ラテン語では、「法それ自身」というような意味になるが、起草者は、前述のような見解に従って、民法1290条において、「当然に（*de plain droit*）」と「法律の力によってのみ（*par la seule force de la loi*）」という表現によって、当然に相殺の効果は生じること、すなわち、当然に債務消滅の効果が生ずると規定したのである。

また、当事者の意思に関わりなく、当然に相殺の効果が生ずるとしたもう1つの理由は、裁判官によるコントロール、あるいは裁判官による恣意を回避するという趣旨も含まれていたということのようである。

一方で、相殺の効力を以上に述べたように考えるということは、相殺の対象となっている2つの債務について、弁済があったということである。債務が弁済された結果、その債務に担保が付いていれば、その担保が消滅するということになる。また、債務の一部について相殺があれば、残りの部分について時効中断の効果が生ずるということになる。

他方で、当然に相殺の効果が生ずるということは、弁済が強制されたのと同じになるということであって、一方当事者が無能力者であっても、相殺の効力が生じるということである。この点は、意思表示による相殺との大きな違いである。

ところで、相殺の要件がみたされると自動的に相殺が行われるという考え方が民法典の中で貫徹していないのではないかという疑問が生ずる。1つは、学説・判例は、相殺の放棄ということを認めているが、いったん相殺の要件が満たされたら、当然に相殺の効果が生じるのであれば、相殺の放棄というのは考えられないのではないかという疑問である。

もう1つは、債権譲渡と相殺との関係を規定している民法1295条が相殺の効力が当然に生ずるということと矛盾するのではないかということである。同条第1項は、「債権者が第三者に

(16) C. Just. 4. 31. 14.

(17) POTHIER, Traité des obligations, n° 635 (Oeuvres de Pothier par M. BUGNET, t. II, 1848, p. 345).

(18) ただし、ポティエの見解は、ローマ法における相殺についての誤ったものであるということのようである。

対して行った権利の譲渡を単純に承諾（acceptation）した債務者はもはや、承諾前に譲渡人（cédant）に対抗することができた相殺を譲受人に対抗することができない」と規定しているが、債務者の承諾前に相殺適状になっているとすれば、その時点で債務は消滅したことになるのではないかということである（結局、相殺の放棄と解することになろう）。また、民法1299条は、相殺によって消滅した債務の弁済について規定しているが、これも厳密に言う、相殺の効果が当然に生ずることと矛盾するのではないかと考えられているようである。

結局、現在のフランス民法の理解では、自動相殺主義というのは、当事者によっていったん相殺が援用された場合には、当事者の意思にも裁判官の評価にもかかわらず、法律の力によって相殺の効力を生ずるという構造であるということのようである。すなわち、当事者によって相殺が援用（主張）されると、その援用された日ではなくて、法定の要件が満たされた日に、当事者あるいは裁判官の意思ではなく、法律の力のみによって相殺の効力が「生じる」ということである。

（4）日本法との比較

以上のように、フランス民法の相殺制度は、日本の相殺制度とは、大きく異なっていて、1804年にフランス民法典が制定されてから、相殺に関する規定はほとんど改正されていない⁽¹⁹⁾。しかし、解釈論の変化によって、事実上、意思表示による相殺と遡及効を認める方向にかなり近くなっているというのが実情である。

3 銀行取引と相殺

（1）銀行間の決済システム

最後に、銀行取引と相殺であるが、銀行間の決済システムは相殺を前提にして、いろいろな説明がなされているということだけにとどめておく。

（2）銀行と顧客（預金者）間の相殺

具体的に考えられるのは、銀行と預金者との間で相殺をするということであるが、前述の民法1293条2号で、寄託あるいは使用貸借の目的物の返還債権の相殺禁止を定めていることとの

(19) 2011年に、1298条の文言が変更された。すなわち、「差押え＝差止め（saisie-arrêt）」という言葉が「差押え（saisie）」に置き換えられた。差押えに関する改革に伴って文言が変更されたのである。saisie-arrêtについては、中村ほか、前掲書（注（13））383頁参照。相殺に関して、この変更以外は、1804年制定時の規定がそのまま維持されている。

関係が問題になるように思われる。しかし、もともと銀行では預かった金員を、金融機関が自由に処分できるという規定が1984年の銀行法2条に定められていて、その規定はそのまま通貨財政法典という新しい法律に引き継がれている。そこで、相殺もできると考えられているようである。

<参考>

【フランス民法の相殺に関する規定（第1289条～第1299条）】

日本語訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典－物権・債権関係－』法曹会（1982年）の訳による（ただし、1298条については、2011年改正後の条文に従って、訳文を修正した）。

Article 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1289条〔相殺の意義と効果〕2人の者が互いに債務者であるときは、それらの者の間で相殺（compensation）が行われる。相殺は、以下に述べる仕方および場合に従って、2つの負債を消滅させる。

Article 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1290条〔当然の相殺〕相殺は、債務者が知らない場合であっても、法律上当然に法律の力のみによって行われる。2つの負債は、同時に存在している時は直ちに、それぞれの分量を限度として相互に消滅する。

Article 1291 La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet 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1291条〔相殺の要件〕① 相殺は、ともに一定額の金銭（somme d'argent）又は一定量の同種の代替物（chose fongibles）を目的とし、かつ、ともに数額が確定した、〔元本の支払いを〕要求出来る2つの負債の間ででなければ、生じない。

② 穀物又は作物による給付 (prestation en grains ou denrées) で争いがなく、かつ、その価格が市場相場表 (mercuriale) によって定められるものは、数額が確定した、〔元本の支払い〕を要求出来る金額 (somme liquide et exigible) をもって相殺することができる。

Article 1292 Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

第1292条〔猶予期間〕 猶予期間 (terme de grâce) は、なんら相殺の妨げとはならない。

Article 1293 La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas :

- 1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;
- 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ;
- 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

第1293条〔相殺の禁止〕 相殺は、以下の場合を除いて、負債の一方又は他方の原因がいはなるものであっても生じる。

- 一 所有者が不当に奪われたものの返還請求 (demande en restitution)
- 二 寄託 (dépôt) 及び使用貸借 (prêt à usage) の返還請求
- 三 差押不可能と宣言された扶養料を原因とする負債

Article 1294 La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ; Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

第1294条〔保証人・連帯債務者による相殺〕 ① 保証人は、債権者が主たる債務者に対して義務を負っているものについて、相殺を対抗することができる。ただし、主たる債務者は、債権者が保証人に対して義務を負っているものについて相殺を対抗することができない。

② 連帯債務者は、同様に、その共同債務者に対して義務を負っているものについて、相殺を対抗することができない。

Article 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.

A l'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1295条〔債権譲渡と相殺〕 ① 債権者が第三者に対して行った権利の譲渡を単純に承諾 (acceptation) した債務者はもはや、承諾前に譲渡人 (cédant) に対抗することができた相殺を譲受人に対抗することができない。

② 債務者に送達されたが債務者がなんら承諾しなかった譲渡は、その通知後の債権の相殺の
みを妨げる。

Article 1296 Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

第1296条〔引受費用の算入〕 二つの負債が同一の場所で弁済すべきものでないときは、引渡し
の費用を算入してでなければ、相殺を対抗することができない。

Article 1297 Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256.

第1297条〔相殺の充当〕 同一の者によって支払われべき相殺可能な数個の負債があるときは、
その相殺について、充当に関して第1256条に定める規定に従う。

Article 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 faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

第1298条〔相殺と差押え〕 相殺は、第三者の既得権を害しては生じない。したがって、債務
者であって、第三者が行った差押え (saisie) ののちに債権者となった者は、差押人 (saisissant)
を害して相殺を対抗することができない。

Article 1299 Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

第1299条〔相殺後の弁済による放棄〕 相殺によって当然に消滅した負債を弁済した者は、も
はや、相殺をなんら対抗しなかった債権を行使するにあたって、それに付着していた先取特権
又は抵当権を第三者を害して援用することができない。ただし、債務者がその負債を相殺すべ

き債権を知らないことについて正当な事由 (juste cause) を有した場合には、その限りでない。

第 3 章 最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正(その 1)

—三者間の相殺、相殺予約、三者間の相殺予約について(一人計算も)—

山 田 誠 一

1 はじめに

本報告では、最初に、最近の三者間の相殺の裁判例で重要なものとして、最判平成 7 年 7 月 18 日⁽¹⁾を検討する。続けて、「債権法改正の基本方針」⁽²⁾にもとづいて、三者間の相殺と、相殺予約⁽³⁾について検討を行う。最後に、これらに隣接する問題である「債権法改正の基本方針」中の「一人計算」⁽⁴⁾について、そこではどのようなことが提案されているかを紹介したい。

2 三者間の相殺の裁判例(最判平成 7 年 7 月 18 日)

(1) 事案

三者間の相殺の裁判例として、前掲・最判平成 7 年 7 月 18 日を検討する。事案は次のとおりである。

X(国。原告・控訴人・被上告人)、は訴外 A に対して租税債権を有していた。昭和 61 年 2 月 21 日頃、A(近畿運輸)は請負人として、注文者 Y(日本通運。被告・被控訴人・上告人)と請負契約を締結し、その請負代金は 241 万円であり、支払期日は同年 4 月 21 日であった。他方、Y の子会社である訴外 B(日通商事)は売主として、買主 A と燃料石油の売買契約を締結し、同年 2 月 12 日、B と A は、「A について信用を悪化させる所定の事由が生じた場合において、B の A に対する債権につき期限の利益を喪失させ、他方 A の Y に対する債権については期限の利益を放棄して、相殺適状を生じせしめ、その後の相殺権者の相殺の意思表示によって右相殺

(1) 判例時報 1570 号 60 頁、判例タイムズ 914 号 95 頁、金融法務事情 1457 号 37 頁。

(2) 民法(債権法)改正検討委員会編、債権法改正の基本方針、別冊 NBL126 号。

(3) 三者間の相殺については、債権法改正の基本方針【3.1.3.23】(債務者以外の者による相殺)(前掲注(2) 185 頁)、相殺予約については、同【3.1.3.30】(弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止)の〈4〉(前掲注(2) 188 頁)。

(4) 債権法改正の基本方針【3.1.3.37】(一人計算の意義)(前掲注(2) 194 頁)。

適状のときまで遡って相殺の効力を生じさせるものとすなわち相殺予約を定めた」合意を行った。同年3月20日、訴外A振出の約束手形が不渡りになった。

同年3月25日、Xは、右租税債権を徴収するためにAがYに対して有する右請負代金債権を差し押さえ、同日、債権差押通知書をYに交付送達した。同年4月21日、YはXに、113万円を支払った。同年8月21日、BはAに対して、2月21日に締結した相殺予約にもとづき、3月20日の不渡を理由として、BがAに対して有する債権128万円と、AがYに対して有する債権とを対当額において相殺する旨の意思表示を行った。

Xが差押えによる債権取立権にもとづき、右請負代金の残額128万円とその遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起した。その取立訴訟に対して、第1審裁判所は、請求を棄却した⁽⁵⁾。Xが控訴した。

(2) 原判決

原判決⁽⁶⁾は、第1審判決を取り消して、Xの請求を認容した。その理由は、以下のようなものである。

相殺予約の合意の効力については、次のように判断した。「ところで、Xは、BとAの二者間で、BのAに対する債権でAのYに対する債権を相殺することができる旨の相殺予約の合意をしたとしても、このような二者間の相殺予約の合意は効力を有しない旨主張するので、この点につき判断する。

甲が乙に対する債権を有し、乙が丙に対して債権を有する場合、甲と乙の二者が、その間の合意のみで、甲は甲の乙に対する債権で乙の丙に対する債権を相殺することができる旨の相殺予約をすることもでき、この相殺予約の効力は甲乙丙の三者に及ぶが、甲が丙の債務を消滅させるについて利害の関係を有しないときには、丙の意思に反して相殺予約をすることはできないと解すべきである。なぜならば、民法474条が、債務の弁済は第三者もこれをなすことができるが、利害の関係を有しない第三者は債務者の意思に反して弁済をなすことを得ずと定めている趣旨は、第三者の弁済は、これによって債務者が別段不利益を被ることはないから、一般的に許されるが、債務者が他人の弁済により恩義を受けることを潔しとしない場合や債務者が第三者の苛酷な求償権の行使にさらされる場合を考慮し、利害の関係を有しない第三者は債務

(5) 第1審判決については、判例解説として、浅田久治郎・金融法務事情1224号がある。

(6) 大阪高判平成3年1月31日（判例時報1389号65頁、判例タイムズ771号17頁、金融法務事情1284号22頁）。原判決については、判例解説として、山田二郎・ジュリスト995号、松本崇・判例タイムズ773号、松本崇・担保法の判例2（ジュリスト増刊）287頁、松本崇・金融法務事情1312号2頁、山田誠一・金融法務事情1331号29頁、新美育文・判例タイムズ771号33頁がある。

者の意思に反して弁済をなすことはできないとしたことにあるところ、右相殺予約に基づく甲の相殺は、第三者の弁済と同様に債務者丙に不利益を及ぼさないで丙の乙に対する債務を消滅させるものであるから、民法474条の右趣旨に則して考えれば、丙を当事者から除外して甲乙間だけで、甲が甲の乙に対する債権で乙の丙に対する債権を相殺できる旨の相殺の予約をすることができるとしてよいが、丙の債務を消滅させるについて甲が利害の関係を有しないときには、丙の意思に反して相殺予約をすることはできないとすべきことになるからである。

そうすると、本件においては、BはYの債務の弁済につき法律上の利害関係を有しないから、Yの意思に反して相殺予約をすることはできないが、そうでない場合には、BとAの二者は、右二者間の合意で、BはBのAに対する債権でAのYに対する債権を相殺することができる旨の相殺予約をすることができるということになる。そこで、右相殺予約が被控訴人の意思に反するか否かを検討するに、これが被控訴人の意思に反していると認めるに足る証拠はない。かえって、前記認定のとおり、Bは昭和33年10月20日Yの商事部門から独立したYの子会社であり、Bの株式は昭和55年以降約83パーセントがYに保有され、Bの役員は殆どYの役員、従業員で占められ、Bの本支店の殆どがYの本支店と同一場所に存在していることなどの関係が右両社間にあり、本件相殺予約の効力を認めることがBの債権回収に資することになることに鑑みれば、本件相殺予約はYの意思に反していないものと認められる。してみると、BとAの二者間で合意された本件相殺予約は、被控訴人をも加えた三者間においては有効ということになる」。

続けて、相殺予約の差押債権者に対する対抗については、次のように判断した。

「甲が乙に対して債権を有し、乙が丙に対して債権を有するとき、甲と乙の二者が、その間の合意のみで、甲は甲の乙に対する債権で乙の丙に対する債権を相殺することができる旨の相殺予約をしても、この相殺予約はその後乙の丙に対する債権を差押えた差押債権者に対抗できないと解するのを相当とする。その理由は、次のとおりである。

債権が差押えられた後にも第三債務者は、民法511条所定の場合の外、債務者に対する反対債権をもってする相殺の効力を差押債権者に対抗できるとされているが、これは相殺の担保的機能に由来している。すなわち、二当事者が互いに同種の債権を有するときは、右両者は右両債権を対当額で簡易、公平に決済できると信頼し合っており、この信頼は一方債権者の資力が悪化して債権差押を受けたときにも保護されるべきであるから、差押後の相殺も差押債権者に対抗できるとされているのである。ところが、右のごとく甲、乙、丙の三者間に跨がる二つの債権は、互いに相対する関係になっておらず、甲、乙、丙三者の合意で相殺予約をする場合はともかくも、甲と乙の二者の合意のみで、甲は甲の乙に対する債権で乙の丙に対する債権を相殺することができる旨の相殺予約をしてみても、右相殺予約には丙の意思表示が欠落している

から、右三者間には右両債権が対当額で簡易、公平に決済できるとの信頼関係が形成されるものではない。そうすると、右二者間の相殺予約は、相殺の効力を差押債権者に対抗するための基盤を欠いていることになる。また、右二者間の相殺予約に差押債権者に対抗できる効力を認めると、甲と乙の二者間の合意のみで乙の丙に対する債権を事実上差押ができない債権とすることができることになるが、これはあまりにも差押債権者の利益を害することになる。

してみると、本件において、前記のとおり、BとAの二者は、昭和61年2月12日、BはBのAに対する債権でAのYに対する債権を相殺することができる旨の相殺予約をし、Bは、同年3月20日右相殺予約に基づき相殺する権利を取得し、Xは、同月25日AのYに対する債権を差押え、Bは、同年8月21日Aに対し、同社に対する債権金128万5955円と、AのYに対する債権とを対当額において相殺する旨の意思表示をしているから、右二者間でなされた本件相殺予約に基づく相殺は、差押債権者であるXに対し、その効力を対抗できないことになる。そうすると、Yの抗弁は結局すべて採用できないことになる」。

(3) 本判決

このような原判決に対して、Yが上告をした。本判決⁽⁷⁾は、上告を棄却した。その理由は、以下の通りである。

「所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができる。本件相殺予約の趣旨は必ずしも明確とはいえず、その法的性質を一義的に決することには問題もなくはないが、右相殺予約に基づきBのした相殺が、実質的には、Yに対する債権譲渡といえることをも考慮すると、YはBがXの差押え後にした右相殺の意思表示をもってXに対抗することができないとした原審の判断は、是認することができる。原判決に所論の違法はない」。

(4) 検討

ここでは、まず、原判決と本判決とは、どのような考え方を示し、その考え方にもとづいて、どのような解決を導いたかについて、明らかにすることとする。

原判決は、(2)に引用した通り、まず、相殺予約の合意の効力について判断し(①)、続けて、相殺予約の差押債権者に対する対抗について判断を示している(②)。順に、原判決の①と②

(7) 本判決については、判例解説として、千葉恵美子・金融法務事情1460号、平野裕之・銀行法務21・527号、大西武士・金融・商事判例1004号、大西武士・判例タイムズ922号、中舎寛樹・民商法雑誌115巻6号、本間靖規・判例時報1594号、大西武士・私法判例リマークス15号、加藤正男・判例タイムズ945号84頁(平成8年度主要民事判例解説)、大西武士・金融法務事情1581号204頁がある。

の判断について検討を行うこととする。

原判決は、①の判断として、甲と乙が、甲が乙に対して債権を有し、乙が丙に対してそれと同種の目的を有する債権を有するとき、甲が、甲が乙に対して有する債権と、乙が丙に対して有する債権とを相殺することができる旨を合意した場合（この合意を、相殺予約の合意という）において、甲が乙に対して債権を有し、乙が丙に対してそれと同種の目的を有する債権を有するとき、甲が、甲が乙に対して有する債権と、乙が丙に対して有する債権とを相殺する旨の意思表示をすると、両債権は、対当額で消滅するかどうかについて、考え方を示している。すなわち、原判決は、上記の場合において、甲の相殺の意思表示により、原則として、両債権は対当額で消滅し、例外として、甲が、丙が負う債務の弁済について利害関係がない場合であって、甲と乙の相殺予約の合意が丙の意思に反するときは、甲と乙の相殺予約の合意は効力を有しないとの考え方を示した。原判決は、その理由として、第三者弁済についての民法474条の規律の趣旨を、この場合にも妥当させるべきであるとする。民法474条は、債務者ではない第三者は、原則として、債務者が債権者に対して負う債務を弁済することができる（その結果、債務は消滅する）としつつ、例外として、第三者が利害関係を有しない場合であって、弁済が債務者の意思に反するときは、第三者は、その債務を弁済することができないというものである。

本件事案は、B（甲にあたる）とA（乙にあたる）が、BがAに対して金銭債権を有し、AがY（丙にあたる）に対して金銭債権を有するとき、Bが、BがAに対して有する債権と、AがYに対して有する債権とを相殺することができる旨を合意（本件相殺予約）した場合であって、この合意の効力が問題となっている。原判決は、本件事案に、上記の考え方をあてはめ、次のような解決を示している。原判決は、Bは、Yが負う債務の弁済について利害関係はないと認定するとともに、本件相殺予約がYの意思に反していないと認定する。その結果、原判決は、本件相殺予約は、B A Yの三者間において効力があるとの解決を導いている。この解決は、実質的には、本件相殺予約があるため、BがAに対して金銭債権を有し、AがYに対して金銭債権を有するとき、Bが、両債権を相殺する旨の意思表示をすれば、両債権は対当額で消滅することを意味するものである。

そのうえで、原判決は、②について、甲と乙により、上記のような相殺予約の合意があった場合において、乙の丙に対する債権を、乙の債権者が差し押さえたとき、甲がする甲の乙に対する債権と、乙の丙に対する債権についての相殺が、差押債権者に対抗することができるかどうかについて、考え方を示している（対抗することができれば、丙は、差押債権者からの取立てに対して支払う必要はなく、反対に、対抗することができなければ、丙は、差押債権者からの取立てに対して支払わなければならない）。すなわち、原判決は、甲と乙による上記のような相殺予約は、その後、乙の丙に対する債権を差し押さえた差押債権者に対して対抗することがで

きない（したがって、上記のような相殺予約にもとづく、甲の相殺は、その後、乙の丙に対する債権を差し押さえた差押債権者に対抗することができない）との考え方を示した。原判決はその理由として、一方で、二当事者間で互いに同種の債権を有する場合において、一方の債権が差し押さえられた後にも、民法511条が定める場合を除き、第三債務者が反対債権をもってする相殺の効力を差押債権者に対抗することができる（無制限説）のは、当該二当事者間に相殺によって簡易公平に決済をすることができるという信頼があり、その信頼が保護されるべきであるからであるが、上記のような相殺予約は、甲乙間で行われたものであり、丙の意思表示がないから、甲乙丙の三者間に両債権が簡易公平に決済することができるという信頼関係を形成するものではなく、他方で、仮に上記のような相殺予約の効力を、差押債権者に対抗することができるとする、甲乙の合意で、事実上、乙の丙に対する債権を差し押えることができない債権とすることができることになり、差押債権者の利益を大きく害することになるとする。

原判決は、本件事案に、この考え方をあてはめ、次のような解決（結論）を示している。原判決は、本件相殺予約を行い、その後、Xが、AのYに対する債権を差し押さえ、続けて、Bが、BのAに対する債権と、AのYに対する債権を対当額で相殺する旨の意思表示をしていると認定する。その結果、原判決は、本件相殺予約にもとづく相殺は、Xに、その効力を対抗することができないとするのである。原判決は、こうして、第1審判決を取り消し、Xの請求を認容した。

最高裁判決は、(3)の通り、Yの上告を棄却した。その理由は、具体的なものではない。ただ、原判決との関係では、原判決は、前述の通り、第三者弁済の規律を基礎にした判断(①)を行った上で、相殺と差押えに関する規律を基礎にした判断(②)を行っているのに対し、本判決は、それらに代えてであるか、それらに加えてであるかいずれとも理解することができる仕方で、Bのした相殺が、Yに対する債権譲渡といえるという観点に言及している点には、注意を払うべきであると思われる。

3 債権法改正における議論

(1) 相殺と差押え

相殺と差押えについての債権法改正の基本方針の提案内容は、以下のようなものである⁽⁸⁾。

(8) 前掲注(2) 188頁。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）《抄》

〈1〉弁済を禁止された第三債務者は、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。

〈2〉〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。

〈3〉〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であって、その取得の当時、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。

本提案は、原則として、受働債権の差押後も、第三債務者は差押債権者に対して、相殺を対抗することができるというものである（〈1〉）。ただし、次の2つの場合は、例外として、受働債権の差押後、第三債務者は差押債権者に対して、相殺を対抗できないとする。例外の1は、第三債務者が差押後に自働債権を取得した場合は、相殺を対抗できないというものである（〈2〉）。これは、現行民法511条で定められている通りである。例外の2は、第三債務者が差押えまたは仮差押えの申立て後に自働債権を取得した場合であって、その取得当時、申立ての事実を知っていたときは、相殺を対抗できないというものである（〈3〉）。現行民法には、このような場合に相殺を対抗することができないという規定はない。その趣旨は、「差押えまたは仮差押えに対する妨害的な自働債権取得であると評価される場面の相殺を禁圧する」ものであると説明されている⁽⁹⁾。したがって、相殺を弱める方向に新たに修正しようという提案として位置づけることができる⁽¹⁰⁾。

(9) 前掲注 (2) 189頁。

(10) この点については、「一般に債権差押命令等の申立てから発令まで時間的な間隔が大きくはなく、その間に妨害的な反対債権の取得が企てられることは、あまり多くないかもしれない。そこで、このような規律が必要であるか問題とする評価もありうるところであるが、たとえ多くないとしても、そのような事態が生ずる場合において相殺を許容することは相当でないと考えられる」ための提案であるとされる（前掲注 (2) 189頁）。

これらについて、法制審議会民法〈債権関係〉部会において、「支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）」として、検討が行われている⁽¹¹⁾。

（２）相殺予約

債権法改正の基本方針は、法定相殺と差押えについての、（１）のような提案のうえに、相殺予約の効力について、以下のような内容の提案を行っている⁽¹²⁾。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）《抄》

〈４〉差押えまたは仮差押えの申立てがあったこと、差押命令または仮差押命令が発せられたことその他の債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適するようにする旨の当事者の意思表示により相殺をすることができる場合において、その債権をもってする相殺は、その債権および差押えまたは仮差押えに係る債権の双方が当事者の特定の継続的取引によって生ずるものであるときに限り、これをもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって相殺が効力を生ずるものとする旨の当事者の意思表示も、同様とするものとする。

(11) 「民法〈債権関係〉の改正に関する中間的な論点整理」第18相殺、4支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）、（１）法定相殺と差押え（「受働債権となるべき債権が差し押えられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければいけないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるか」という点について、条文上明確にはどうか。その際には、受働債権の差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、自働債権と受働債権との弁済期の先後を問わず相殺をすることができるとする判例法理（無制限説）を前提としてきた実務運用を尊重する観点から、無制限説を明文化する当否について、無制限説により生じうる不合理な相殺を制限するために無制限説を修正する必要があるとの意見があることに留意しつつ、さらに検討してはどうか」（商事法務編、民法〈債権関係〉の改正に関する中間的な論点整理の補足説明、172-173頁）、および、同（３）自働債権の取得時期による相殺の制限の要否（「差押えや仮差押えの申立てがあった後、差押命令や仮差押命令が第三債務者に送達されるまでの間に、第三債務者が、当該差押え等の申立てを知った上で取得した債権を自働債権とする相殺は、民法第511条による相殺の制限を潜脱しようとするものである場合があることから、このような場合には相殺の効力を認めないとする旨の規定を新たに設けるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、例外的に相殺の効力を認めるべき場合の有無も併せて件とする必要がある（破産法第72条第２項各号参照）との指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。また、支払不能となった債権者に対して債務を負う者が支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権として相殺する場合の相殺の効力を、民法で制限することの要否についても、検討してはどうか。」）（同、175頁）を参照。

(12) 前掲注（２）188頁。

本提案は、受働債権について、差押え等が行われたこと等をもって、相殺が可能となるあらかじめのアレンジメントについては、差押えの実効性を阻害するものとして、その効力を認めないこととしつつ、例外的に、そのようなアレンジメントを許容することができるような社会的・経済的な背景がある場合に限り、当事者自らが予め担保的な仕組みを設けたことを尊重し、アレンジメントの効力を認めようとするものである。その趣旨については、次のように説明されている。「差押えや仮差押えという個別債権執行等の作用を作為的に無に帰せしめるような第三債務者の側の企てを規制する見地に立ち、差押え・仮差押えの申立てがあったことや差押命令・仮差押命令が発せられたことなど個別債権執行等の手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適するようにする合意は、原則として差押債権者に対抗することができないものとする。ただし、この原則に対する例外として、相殺に供される債権が当事者間の特定の継続的取引によって生ずるものであるときは、そのような合意の効力を差押債権者に対抗することを是認してよいと考えられる。継続的な取引関係にある者の間においては、相互に債権債務の関係に立つことにより信用を与え合っている関係にあると評価することができ、相殺に関する合意の対外的な効力を例外的に是認する仕組みに支えられつつ、頻繁に相手方の信用を調査しなければならない負担から解放される」(13)。

これについては、法制審議会民法〈債権関係〉部会において、「相殺予約の効力」として、検討が行われている(14)。

(3) 三者間の相殺と三者間の相殺予約

債権法改正の基本方針は、三者間の相殺と三者間の相殺予約について、以下のような内容の提案を行っている(15)。

(13) 前掲注 (2) 189頁。

(14) 「民法〈債権関係〉の改正に関する中間的な論点整理」第18相殺、4支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止(民法第511条)、(4)相殺予約の効力(「差押え又は仮差押えの命令が発せられたこと等の事由が生じた場合に期限の利益を喪失させる旨の合意や、その場合に意思表示を要しないで相殺の効力が生ずるものとする旨の合意に関して、判例は、相殺予約の効力を、特に制限なく差押債権者等に対抗することができるという考え方を採っているとの見解が有力であるが、学説上は、相殺予約は差押えによる債権回収を回避するものであり、その効力を合理的な範囲に限定すべきであるという見解が主張される等、判例の結論に対してはなお異論があるところである。相殺予約の効力を差押債権者又は仮差押債権者(差押債権者等)に対抗することの可否に関する明文の規定を設けるかどうかについては、自働債権と受働債権の弁済期の先後によって、相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することの可否を決するという考え方は採らないことを確認した上で、その効力を一律に認めるという考え方(無制限説)を採るべきか、それとも一定の場合にその効力を制限すべきかについて、更に検討してはどうか。)(前掲注 (11) 175-176頁)を参照。

(15) 前掲注 (2) 185頁、186頁、および、188頁。

【3.1.3.23】（債務者以外の者による相殺）

相殺は、第三者のする弁済の例により、債権者に対して債権を有する第三者もすることができるものとする。

【3.1.3.25】（相殺の効力）《抄》

〈2〉債務者でないものが相殺をする場合において、その意思表示をした者に対し債権者が負担する債務および債務者が債権者に対して負担する債務は、その時に対当額について消滅するものとする。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）《抄》

〈5〉債権の取立てその他の処分を禁止された者に対し債権を有する者で第三債務者でないものが、その後その債権による相殺の意思表示をした場合において、第三債務者は、この相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。差押えまたは仮差押えの申立てがあったことを知ってした相殺の意思表示も、同様とするものとする。

本提案は、債務者ではない第三者が弁済をすることができるのと同様に、債務者ではない第三者が相殺をすることができるとする。すなわち、AがBに対して債権（甲債権）を有していて、BがCに対して債権（乙債権）を有している場合において、Aが、第三者のする弁済の規律にしたがって、乙債権を弁済することができるとき、Aは、単独の意思表示によって、甲債権と乙債権を対当額で消滅させることができるとする。そのうえで、本提案は、受働債権（乙債権）が差し押さえられた場合は、その後、Aがした甲債権と乙債権との相殺は、差押債権者に対抗することができないとする。また、Aが、受働債権（乙債権）についての差押えの申立てがあったことを知ってした甲債権と乙債権との相殺も、差押債権者に対抗することができないとする。

この債務者でない第三者が相殺をすることができるとする提案については、その趣旨は、次の点にあると説明されている。債権者（B）と債務者（C）の間の債権（乙債権）を被担保債権として第三者（A）が自己が所有する不動産に抵当権を設定した場合、物上保証人である第三者（A）は、第三者弁済をすることができるが、同様に、物上保証人である第三者（A）が債権者（B）に対して債権（甲債権）を有していたならば、物上保証人である第三者（A）は、自己が債権者に対して有する債権（甲債権）と、債権者が債務者に対して有する債権（乙債権）とを、対当額で消滅させることができるとしようとするものである⁽¹⁶⁾。

(16) 前掲注(2) 186頁。なお、当事者の記号、および、債権の記号が、本文とは異なる。

このような提案については、なお検討を要する点があるように思われる。第1に、AがBに対して債権（甲債権）を有していて、BがCに対して債権（乙債権）を有している場合において、CがBに債権（丙債権）を有しているとき、Aが甲債権と乙債権とを相殺することができるすると、Cにとって、丙債権を乙債権と相殺することの利益が失われることになる。このことをどのように考えるべきかの検討が必要であると思われる。第2に、AがBに対して債権（甲債権）を有していて、BがCに対して債権（乙債権）を有している場合において、BがAに対して債権（丁債権）を有しているとき、Aが甲債権と乙債権を相殺することができるすると、Bにとって、丁債権と甲債権とを相殺することの利益が失われることになる⁽¹⁷⁾。このことをどのように考えるべきかの検討が必要であると思われる。

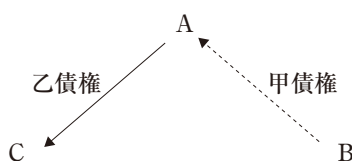
これについては、法制審議会民法〈債権関係〉部会において、「第三者による相殺」として、検討が行われている⁽¹⁸⁾。

（４）一人計算

債権法改正の基本方針は、一人計算という規律を提案している。この提案の背景には、一定の種類の取引にもとづく債権債務が、多数の当事者間に、多数成立する場合に、清算機関を設け、清算機関を通して多数の債権債務を集中的に決済することが行われていて（集中決済取引とよぶ）、この集中決済取引は、①当事者の1人（A）に対して別の当事者の1人（B）が負う債務を、清算機関に対してBが負う債務と、Aに対して清算機関が負う債務に置き換えることと、

(17) 三上徹「相殺」、金融法務事情1874号51－52頁が指摘する点である。

(18) 「民法〈債権関係〉の改正に関する中間的な論点整理」第18相殺、1相殺の要件、(2) 第三者による相殺（「自己の債権で他人の債務を消滅させるという第三者による相殺（下図のBが甲債権を自働債権、乙債権を受働債権としてする相殺）についても、その者が「弁済をするについて正当な利益を有する者」である場合には認められる旨の明文の規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方については、第三者による相殺が認められることによって、①Bが無資力のAから事実上の優先弁済を受け、B以外のAの債権者の利益が害されるという問題や、②Aが無資力のBに対して反対債権を有する場合に、Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することを認めると、AのBとの相殺の期待が害されるという問題のように、弁済と相殺との問題状況の違いに応じて、その要件を第三者による弁済の場合よりも制限する必要があるという指摘があることにも留意しつつ、更に検討をしてはどうか。また、規定を設ける場合には、受働債権の債権者（下図のA）が無資力となる前に三者間の合意により相殺権が付与されていた場合の当該合意の効力に関する規定の要否についても、検討してはどうか。」（前掲注（11）167頁）を参照。



②各当事者と清算機関の間での相殺から構成されていることがある。「一人計算」とは、①についての法的規律を、新規に提案するものである。提案は、以下のようなものである⁽¹⁹⁾。

【3.1.3.37】（一人計算の意義）《抄》

〈1〉当事者の一人が他の当事者に対し将来において負担することとなる債務（以下【3.1.3.37】および【3.1.3.39】において「計算の目的となる債務」という。）は、これに应当する債務を債務者が計算の目的となる債務の債権者でない当事者（以下【3.1.3.37】から【3.1.3.39】までにおいて「計算人」という。）に対し負担し、かつ、計算人が同様の債務を計算の目的となる債務の債権者に対し負担することを債権者となる者および債務者となる者が予め約し、これを計算人となる者が承諾した場合において、計算の目的となる債務が生じたときに、一人計算によって消滅するものとする。この場合において、計算の目的となる債務の債務者は、計算人に対し同債務に应当する債務を負担し、また、計算人は、同様の債務を計算の目的となる債務の債権者に対し負担するものとする。

【3.1.3.38】（一人計算の当事者間における効力）

計算人が一人計算によって取得した債権が履行されないときにも、一人計算による債権の消滅は影響されないものとする。

本提案は、「将来Aに対してBが負う債務（甲債務）に应当する債務（甲1債務）を計算人に対してBが負い、同様の債務（甲2債務）をAに対して計算人が負うという」内容の合意が、将来の債権者（A）と将来の債務者（B）との間で行われ、それを計算人（清算機関）が承諾し、甲債務が成立することを要件とし、その効果を、甲債務が消滅し、甲1債務と甲2債務が成立するものとするものである。その際、その後甲1債務が履行されない場合であっても、甲債務の消滅は影響されないとする。

この提案については、法制審議会民法〈債権関係〉部会において、「新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手段の高度化・複雑化への民法上の対応）」として、検討が行われている⁽²⁰⁾。

(19) 前掲注 (2) 194頁、および、195頁。

(20) 「民法〈債権関係〉の改正に関する中間的な論点整理」第21新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手段の高度化・複雑化への民法上の対応）（1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否、および、2 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否）（前掲注（11）183－186頁）を参照。

第 4 章 最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（その2） ～相殺予約の効力等について

山 下 純 司

1 はじめに

本稿では、民法債権法改正で取り上げられているさまざまな論点のうち、「相殺予約」に関するものに限定して、相殺に関する判例法理との関係を論じる。もっとも、「相殺予約」という語は多義的である。ここで検討する「相殺予約」としては、①将来一定の事由が生じたときに、当事者が予約完結権を行使することにより、相殺の効力が発生するという意味での狭義の相殺予約、および②将来一定の事由が発生したときに、自働債権の弁済期が到来し、受働債権については期限の利益を放棄しうるとする意味での弁済期に関する特約の2つを主に念頭において、相殺予約の機能をどのように理解するかを分析することにする⁽¹⁾。

2 「債権法改正の基本方針」における相殺予約の位置づけ

近時の民法債権法改正の議論では、相殺予約に関連するさまざまな論点が議論されている。ここでは、「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」と略称）、および「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」と略称）とその補足説明に沿って、簡単に論点を整理する⁽²⁾。

（1）差押えと相殺

民法511条は、差押えを受けた債権を自働債権としてする相殺について、差押え後に取得し

(1) 中田裕康「債権総論（新版）」（2011）380頁は、合意に基づく相殺として、上記以外に、確定的相殺契約（既存の債権債務について、又は将来の一定期間に発生する債権債務について、相殺する合意）、停止条件付相殺契約（将来一定の事由が生じたときに、当然に相殺の効力が生じることにする合意）の2つをあげている。

(2) 中間論点整理およびその補足説明については、商事法務編「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」（2011）の頁数で、「中間論点整理補足説明〇頁」として引用する。

た債権を自働債権としてはならない旨を規定している条文である。しかし、この条文には、いわゆる制限説と無制限説による解釈上の争いがあることは、周知の通りである。すなわち、自働債権の弁済期が、受働債権の弁済期よりも遅れる場合には、たとえ受働債権の差押え前に自働債権を取得した場合であっても、相殺を認めるべきでないとして、同条の限定解釈を行う制限説の立場に対して、自働債権と受働債権の弁済期の先後とは無関係に相殺を認める無制限説の立場と対立してきた。

基本方針は、この点について、法定相殺については無制限説を採り、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問題としないが、相殺予約については、限定的に効力を認めるべきであるとする提案を行っている。すなわち、「債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって」相殺適状または相殺の効力を生ぜしめる当事者の意思表示により相殺をする場合、その相殺は、「その債権および差押えまたは仮差押えに係る債権の双方が当事者の特定の継続的取引によって生ずるものであるときに限り」差押・仮差押債権者に対抗できるものとする⁽³⁾。

また、中間論点整理では、511条について、まず法定相殺と差押えの関係について、「受働債権となるべき債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるか」という点について、条文上明らかにすべきか、明らかにするとしたらどのような立場をとるかという問題提起をしたうえで、無制限説を前提とした実務運用を尊重する観点から、無制限説を明文化することの可否を検討課題とする⁽⁴⁾。また、相殺予約の効力については、判例は相殺予約の効力についても、無制限説の立場をとっているという見解が有力であるとしつつ、「学説では、相殺予約の効力を合理的な範囲に限定すべきであるという見解が主張される等、なお異論があるところである」として無制限説の立場を採用すべきか、それとも一定の場合に相殺予約の効力を制限するべきかを検討課題にあげている。

このように、511条に係る差押えと相殺の論点については、法定相殺がなされる場合と相殺予約がある場合を分けて、制限説と無制限説のいずれを採用すべきかが問題とされている。

(3) 基本方針【3.13.30】〈1〉〈4〉。

(4) 中間論点整理補足説明172－173頁。

(2) 相殺の効力との関係

次に、相殺の効力について検討する。民法506条2項は、相殺の効力が、相殺適状時に遡及することを規定している。このため、相殺がなされた場合には、相殺適状時を基準として双方の債権額を定め、その対等額において差引計算がなされることになる⁽⁵⁾。

これに対して、基本方針では、相殺に関する国際的な趨勢を意識し、相殺の効力は相殺適状時に遡及しないとの立場をとっている。すなわち、「相殺の意思表示が効力を生じたときは、…その時に対等額について消滅するものとする」と規定し、相殺の意思表示時を基準に双方の債権額を定め、計算を行うことにしている⁽⁶⁾。また、中間論点整理でも、相殺の遡及効の見直しに言及しつつ、「遡及効が認められなくなることにより特に消費者に不利益が生ずるおそれがあるという指摘があることに留意しつつ、任意規定としての遡及効の有無のいずれを規定するのが適当か」を検討課題としてあげている⁽⁷⁾。

以上からも分かるように、基本方針、中間論点整理とも、相殺の遡及効を認めるか否かという問題は、もっぱら計算との関係で論じられている。すなわち、相殺の遡及効を認めるのではなく、相殺の意思表示時を基準に双方の債権額を定める方が、計算が簡便になるというメリットが一方で認められるが、他方で、双方の債権の利息が異なる場合に、相殺が遅れるほど利息の高い債務を負う側が不利益を被るというデメリットがある。このため、とくに消費者が不利益を被る懸念を、中間論点整理が示しているのである⁽⁸⁾。

しかし、この論点は、相殺予約の特約がなぜ受働債権の差押え債権者に対抗できるのかを考える上でも重要な意味がある。相殺予約は、受働債権に対する差押え・仮差押えの「申立て」等があったことをもって相殺適状を作り出す合意である。そうすると、相殺の遡及効を前提とする場合、相殺の意思表示がなされると受働債権は当該申立ての時点で消滅していたことになる。つまり現行法において相殺予約は、差押え等を、常に空振りに終わらせるという帰結をもたらす合意であることになる。

ところが、相殺の遡及効を認めない場合には、上記のような理屈にはならないことは明らかである。相殺予約のあるなしに拘わらず、差押え等がなされた債権を受働債権として、相殺の意思表示をした場合、その債権は、意思表示の時点で、差押えを受けているにも拘わらず消滅

(5) 最判昭和53年7月17日判時912号61頁。ただし、銀行実務においては、相殺時点を基準に遅延損害金等を算定し、清算するのが一般的である。この点について、座談会「債権管理から考える債権法改正」銀行法務21・727号20頁など参照。ただし、この合意は相殺の遡及効を制限するものというより、遅延損害金等の算定方法の定めと解するべきであろう。

(6) 基本方針【3.1.3.25】。

(7) 中間論点整理補足説明168頁。

(8) 中間論点整理補足説明169頁。

するのである。つまり、相殺の遡及効を認めないという立場をとる場合、差押えと相殺の優劣が、より正面から問題となってこざるをえないことになる。

(3) 相殺権の濫用との関係

もう一つの論点は、相殺権の濫用である。現行民法では、相殺権の濫用に関する規定はないが、相殺権の濫用に当たると認められる場合には相殺を認めないとする判例法理の存在が認められる。

基本方針では、「弁済を禁止された第三債務者は、相殺をする権利の行使が差押債権者または仮差押債権者との公平を害すると認められる場合において、相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする」と定めることで、相殺権の濫用を明文化しようとしている⁽⁹⁾。

また、中間論点整理では、相殺権の濫用について、「そのような場合があること及びその要件」を明らかにすることの当否について、「特に自働債権の取得時期との関係で」検討することを課題としてあげている。

相殺権の濫用は、相殺についての無制限説を採用する場合、相殺の範囲を妥当な範囲に制限する役割が期待されることが予測される。

3 相殺に関する判例の再検討

次に、差押えと相殺に関する判例の展開について検討を加え、現在の判例法理を明らかにしておく。

(1) 相殺適状説から相殺期待説へ

差押えと相殺に関して、まず問題となるのは、受働債権の差押え前に相殺適状が生じていなければならないかという問題である。この点について参考になるのは、受働債権が譲渡または転付された場合において、その後の相殺の意思表示を対抗できるかに関する一連の判例である。大審院は昭和8年に、自働債権の弁済期は到来し、受働債権の弁済期は未到来であるという場合でも、受働債権の期限の利益が放棄できるときには、受働債権の譲渡前に期限の利益の放棄の意思表示がなくても、相殺をもって債権譲受人に対抗できるとする判決を下した⁽¹⁰⁾。これは、

(9) 基本方針【3.1.3.31】。

(10) 大審院昭和8年5月30日民集12巻14号1381頁。

受働債権の譲渡時までには相殺適状となっていることを相殺の要件としていた従来の判例を修正し、一方の債権が弁済期になくとも相殺が認められることを認めた判例である。

その後、最高裁は、この判例法理を、相殺の期待という観点から説明するようになる。すなわち昭和32年の判決では、差押え・転付命令がなされた債権を受働債権とする相殺について、「債務者が債権者に対し債権の譲渡または転付前に弁済期の到来している反対債権を有するような場合には、債務者は自己の債務につき弁済期の到来するを待ちこれと反対債権とをその対等額において相殺すべきことを期待するのが通常でありまた相殺をなし得べき利益を有する」として、「かかる債務者の期待及び利益を債務者の関係せざる事由によって剥奪することは、公平の理念に反し妥当とはいえない」と述べている⁽¹¹⁾。自働債権が弁済期にありさえすれば、受働債権が弁済期になくとも相殺をなし得ることをより積極的に肯定しようとしたものと理解できる⁽¹²⁾。

このような判例法理の展開からわかることは、相殺の優先的効力を考える上で、相殺において相殺適状がいつ発生したかは、制限説・無制限説の争いが本格化するよりもずっと前に重要性を失っていたということである。つまり、受働債権について、債権譲渡や転付命令といった事由が生じた後から相殺の意思表示をした場合、相殺権者が債権の譲受人や差押え債権者に相殺の効力を対抗できるのは、受働債権が相殺適状時にさかのぼって消滅するからではない。そうではなくて、相殺権者が有する相殺の期待が直接の根拠となり、「相殺権者は債権の譲受人や差押え債権者に優先する」という優劣関係が、正面から問題とされていたのである。

このことは、現在の相殺予約の実務との関係で次のような意味を持つ。すでに述べたように、現在の銀行取引約款などに定められている相殺予約条項は、受働債権に対する差押え・仮差押えの「申立て」等があったことをもって自働債権の期限の利益を喪失させ、受働債権の期限の利益を放棄することとして、差押え等の効力が生じる以前に、相殺適状を作り出そうとしている。これは、受働債権の遡及的消滅により差押え等を空振りに終わらせることで、相殺の優先的効力を確保するための技巧と思われる。しかし、この技巧は役に立っていないものと思われる。

(11) 最判昭和32年7月19日民集11巻7号1297頁

(12) 判例タイムズ73号60頁にある最高裁判所の長谷部調査官のこの判決に対するコメントでは、「受働債権は割増金付定期預金債権であるから、債務者銀行は期限の利益を放棄しえない場合と思われる」とされている。実際に期限の利益の放棄が不可能だったのかは不明であるが、自働債権の弁済期が到来していれば、受働債権の期限の利益を放棄できない事情があっても相殺が認められるという判例法理を立てようとする意図が、最高裁にはあったものと思われる。この点でこの判決は、理論上だけでなく実質的にも、前述の昭和8年判決より積極的に、相殺の期待を保護しようとしていると解される。

る⁽¹³⁾。上記判例法理を前提とする限り、「相殺適状がいつ発生したか」という問題は、相殺の優先的効力を語る上では重要でないことになる。

（２）昭和39年判決から昭和45年判決へ

次に、制限説と無制限説の対立をめぐる論点を考察する。ここで取り上げる最判昭和39年12月23日⁽¹⁴⁾および昭和45年6月24日⁽¹⁵⁾は、周知の通り、いずれも差押えと相殺の優劣に関する2つの著名な判決である。いずれも、差押えを受けた銀行預金債権を受働債権として、銀行が行った相殺の効力が問題とされており、また取引約款に含まれる相殺予約条項の効力が問題とされている点に特徴がある。ここで問題となっている相殺予約条項は、表現は異なるものの、いずれも、①一定の事由が生じるときに銀行が顧客に対して有する債権全額の弁済期が到来したものとし、②顧客が銀行に対して有する預金等債権との相殺をされても異議はないことを確認する内容である。

昭和39年判決では、511条の反対解釈として制限説をとり、「反対債権の弁済期が被差押債権の弁済期より後に到来する場合は、相殺を以って差押債権者に対抗できないものと解するのが相当である」と述べた上で、相殺予約の効力について、「かかる特約は前示民法511条の反対解釈上相殺の対抗を許される場合に該当するものに限ってその効力を認むべき」という前提から、受働債権の弁済期を自働債権のそれより早める相殺予約を「私人間の特約のみによって差押の効力を排除するもの」として無効とした。

これに対して、昭和45年判決は、「第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうる」と述べており、511条の解釈として無制限説を採ったと解されている。その上で、貸付金債権について期限の利益を喪失させ、銀行預金債権について期限の利益を放棄して、相殺適状を生ぜしめる旨の合意について、「かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたない」として、相殺予約を根拠とした相殺を認めている。

（３）相殺予約の機能について

最判昭和39年判決と昭和45年判決の比較から、判例法理における相殺予約の位置づけを考え

(13) 座談会「債権管理から考える債権法改正」（前掲（5））の25頁では、制限説がとられた場合の対処としてこのような文言になっているのだろうと推測している。

(14) 民集18巻10号2217頁。

(15) 民集24巻6号587頁。

てみると、次のようなことが分かる。

昭和39年判決においては、相殺予約の効力を限定的に理解しており、法定相殺をした場合でも差押えに優先する受働債権との関係でのみ、特約の効力を認めている。したがって、判決自体も述べているように、この相殺予約には、差押排除の効果はいかなる意味でも認められていないことになる。

これに対して昭和45年判決は、契約自由の原則から、相殺予約の効力を広く認めているように見える。しかし、同判決が511条の反対解釈として無制限説をとっている以上、相殺予約には、やはり差押排除の効果は認められていないと解するべきであろう。昭和45年判決の論理によれば、相殺権者は、受働債権が差し押さえられても、相殺をもって差押えに対抗できるという法的地位を511条によって予め与えられているのであり、相殺予約があることによってそのような法的地位を付与されるわけではない⁽¹⁶⁾。

つまり、昭和39年判決と45年判決の結論を分けているのは、相殺の「合理的期待」として保護される範囲についての理解の相違であって、相殺予約の効力についての考え方の違いではない。相殺予約が相殺の優先的効力について有する意味は大きくなく、自働債権の期限の利益を喪失させることで、受働債権が差押え債権者によって取り立てられるのに先んじて、相殺を行うという程度の意義しかないことになる。

以上をまとめると、相殺予約をめぐる判例法理は、次のようなものと理解できる。判例は、私人間の合意によって、差押えの法的効力を潜脱するような合意を、一貫して認めてこなかった。確かに、相殺予約に基づく相殺は一定の場合に受働債権の差押えに優先する。しかしそこには、相殺予約によって相殺適状の時期を操作すると、相殺の禁じられた債権が相殺の許される債権に性質を変じるといった技巧は一切関与しない。相殺予約による相殺が受働債権の差押えに優先するのは、相殺予約の効力ではなく、法定相殺も含めた相殺そのものが有する効力なのである。

このように考えると、銀行取引約款において、相殺予約条項の表現をいかに工夫しようとも、現行法における相殺の優先的効力ないし担保的効力について、その優先劣後の秩序を変更することは容易でないという帰結が導かれる。最高裁判例は、私人間の合意による差押え等の処分禁止効を潜脱することについては、一貫して厳格な立場をとっていると考えらるべきであろう。

(16) 昭和45年判決では、債務者の権能差押えによって制限されることの反射的效果として第三債務者にも一定の制約が及ぶが、「第三債務者としては、右制約に反しない限り、債務者に対するあらゆる抗弁をもって差押債権者に対抗することができる」と説示している。

4 最近の裁判例との関係

以上の判例法理の理解を前提として、最近の裁判例をどのように評価するべきかを考察する。

(1) 最判平成15年12月19日金融法務事情1702号68頁

同判決は、いわゆる一括支払システムに関する契約において、譲渡担保権実行合意の効力が争われた事案についてのものである。相殺予約に関するものではないが、私人間の合意によって、差押えの効力を潜脱できるかが問題となっている。

本判決の事案は次のようなものである。銀行XとA、Zの三者間でAがZとの間の継続的取引によって取得する売掛金債権を担保のためにXに譲渡し、XはAに対し別途締結した当座貸契約に基づき上記売掛金債権残高を貸越極度額として貸付を行う一括支払システムに関する契約が締結された。この契約については、譲渡担保に付された売掛金債権について、国税徴収法24条2項に基づく告知が発せられたときは、これを担保としたXの当座貸越債権は何らの手続きを要せず弁済期が到来するものとし、同時に担保のために譲渡した売掛金債権は当座貸越債権の代物弁済に当てる旨の合意がなされた（本件合意）。その後、Aが国税を滞納したため、国税局長Yが売掛金債権を対象に国税徴収法24条2項に基づく告知を行ったところ、Xが上記合意を根拠に告知の取消を請求した。

ここで問題となった国税徴収法24条は、納税者が国税を滞納した場合、納税者が譲渡担保の目的財産として他に譲渡した財産から、国税を徴収できることを定める条文である⁽¹⁷⁾。この手続においては、税務署長から譲渡担保権者に告知が行われ（2項）、その告知以降は、譲渡担保権が実行されても滞納処分の執行が可能である（旧5項）⁽¹⁸⁾。本件合意は、この国税徴収法の規定に着目し、税務署長からの告知が「発せられたとき」に譲渡担保権が実行され、売掛金債権が消滅するという合意であることになる。

しかし、最高裁は、次のように判示した。「同条2項の告知の発出と到達との間の時間的間隔をとらえ、告知書の発出の時点で譲渡担保権者が譲渡担保権を実行することを納税者とあら

(17) 国税徴収法24条1項「納税者が国税を滞納した場合において、その者が譲渡した財産でその譲渡により担保の目的となっているもの（以下「譲渡担保財産」という。）があるときは、その者の財産につき滞納処分を執行してもなお徴収すべき国税に不足すると認められるときに限り、譲渡担保財産から納税者の国税を徴収することができる」。

(18) 国税徴収法24条現7項（旧5項）「第二項の規定による告知又は第四項の規定の適用を受ける差押えをした後、納税者の財産の譲渡により担保される債権が債務不履行その他弁済以外の理由により消滅した場合（譲渡担保財産につき買戻し、再売買の予約その他これらに類する契約を締結している場合において、期限の経過その他その契約の履行以外の理由によりその契約が効力を失ったときを含む。）においても、なお譲渡担保財産として存続するものとみなして、第三項の規定を適用する」。

はじめ合意することは、同条2項の手続きがとられたことを契機に譲渡担保権が実行されたという関係があるときはその財産がなお譲渡担保財産として存続するものとみなすこととする同条(旧)5項の適用を回避しようとするものであるから、この合意の効力を認めることはできない」。

この判決については、さまざまな評価が可能であろう。しかし、相殺予約の判例法理に照らして、最高裁は差押え等の処分禁止効を、私人間の合意によって潜脱することを認めてはこなかったと考える場合、判決の結論およびその理由付けは、それほど違和感のあるものではない。

確かに、この判決における本件合意は、貸付債権の期限の利益を喪失させ、その実質的弁済に処分禁止となった債権を充てるという意味では、相殺予約と似ているようにも見える。しかし、本件合意は、税務署長からの告知が効力を生じる前に被告知債権が消滅しているという技巧によって告知の効力を否定しようとするものである。相殺予約が差押え等に優先するという効力を導き出しているのは、被差押債権の遡及的に消滅しているという技巧によるものではないことは、すでに述べたとおりである。相殺予約と本件合意は、似て非なるものである⁽¹⁹⁾。

(2) 最判平成18年4月18日金融商事判例1242号10頁

同判決は、他の貸付けの期限の利益喪失を理由とした期限の利益喪失条項(クロス・デフォルト条項)の適用が権利の濫用に当たるかが問題となった事案についてのものである。これも相殺予約そのものではないが、相殺予約にも含まれる期限の利益喪失の合意について考える手がかりとなる。

事案は次のようなものである。銀行Yは、平成元年から平成5年にかけて、Xに対して複数の貸付(貸付1～4)を行っていたが、その貸付契約には、①借主が、貸付に係る当該債務の分割金の支払いを遅延し、銀行から書面による督促を受けても、次の約定支払日までに元利金(遅延損害金を含む。)の支払をしなかったとき、および②借主が、貸付に係る当該債務以外の銀行取引上の債務について期限の利益を喪失し、かつ、銀行が、当該債務全額の支払を請求したとき、について、期限の利益を喪失する旨の約定があった(本件約定)。平成10年8月10日、Xは貸付1・2について返済せず、期限の利益を喪失することになった。ただしXは、貸付3・4については、平成13年5月まで返済を続けており、Yもこれを受けていたが、同月30日に残金全額の一括支払を請求する旨の通知書を送付した(到達同年6月3日)。これに対して、X

(19) 中田・前掲401-402頁は、相殺予約と本件合意の相違点について、①特定の法律上の規定の回避を目指すものではなく、当事者間の期限の利益喪失条項に近いものであり、預金と貸付金との牽連性を考えると合理性がある、②特約の存在は公知であり、かつ、取引社会において広く受容されている、という2点を違いとしてあげている。

が各貸付の期限の利益の喪失を争った。

本判決で主に問題となったのは、貸付3・4について、期限の利益を喪失させることは許されるかという点である。第一審はXの請求を棄却したが、原審は、Xが貸付1・2について返済が滞ったあとも、貸付3・4については返済を続けていたことや、Yが3年にわたり貸付3・4に係る各債務に関して、Xからの返済金を受領してきたことなどを理由として、Yにおいて、Xが本件貸付3・4について、突然に本件請求をするとは考えていなかったものと推認されるとき、貸付3・4の期限の利益の喪失は、Xの自宅および敷地に設定された抵当権の実行により、Xが自宅等を失うという過酷な結果にもつながるとして、本件約定については、期限の利益の喪失に関する要件が形式的に具備しているとしても、これを適用するのが相当でない特段の事情があるとして、Yが請求により期限の利益を喪失させることを権利の濫用に当たるとした。これに対して、Yが上告したのが本判決である。

最高裁は、上告を認容し、原審判決を破棄したうえで、Xの控訴を棄却した。すなわち、「本件約定は、債務者が、銀行に対する数個の債務のうち1個でも期限の利益を喪失したときは、銀行は、債務者の信用を悪化させる事情が生じたものとして、当該債務者の他の債務についても、同債務の全額の返済を請求することにより期限の利益を喪失させることができるというものである」が、「前記事実関係によれば、…Xの信用を悪化させる事情がないとはいい難い。また、Xが本件貸付1・2に係る各債務について期限の利益を喪失した後、(Y)銀行が本件貸付3・4に係る各分割金の支払いを受けていたことは約定に従っていたにすぎないものであるし、…これを不当ということもできない」として、本件約定の効力を全面的に認めた上で、本件事案における期限の利益の喪失は、約定に従った正当なものであると判示したのである。

本判決についても、さまざまな評価があり得るであろう。本判決で最高裁は、約定の効力を文言どおり認めたようにも思える。しかし、信義則や権利濫用等により期限の利益喪失を主張することが許されない場合はありうるとして、これに批判的な評価も見受けられる⁽²⁰⁾。

ただし、相殺予約に関する判例法理との比較では、次のような指摘ができる。この判決で問題となっている本件約定とは、期限の利益喪失事由として、当該債権以外の債権について生じた相手方の信用悪化の徴表を約定しておくものである。この点では、本件約定と相殺予約の差異は相対的である。なぜなら、相殺予約に含まれる期限の利益喪失条項も、受働債権の差押えによって自働債権の期限の利益を喪失させるものである点では、別債権について生じた相手方の信用悪化の徴表を期限の利益の喪失事由としているからである。

そうすると、本件約定について、「信義則や権利濫用等により期限の利益喪失を主張するこ

(20) 森下哲郎「いわゆるクロス・デフォルト条項に基づく期限の利益の喪失の当否」金法1812号22頁以下。

とが許されない場合がある」とすれば、それは相殺予約についても、そのような場合があるということになりそうである。もちろん、本件約定と相殺予約は完全にパラレルなものではないが、かといって無視できるほど異なるものでもないように思われる。

5 おわりに

最後に、今までの議論を振り返りつつ、民法債権法改正に関する議論との関係で上記の判例法理はどのように評価できるかを簡単に考察しよう。

1で述べたように、民法債権法改正の議論においては、法定相殺の効力と相殺予約の効力を別々に検討している。基本方針が提案する立場は、法定相殺については無制限説をとり、相殺予約についてはその効力を限定的に解するというものであった。しかし、そこで「限定」される相殺予約の効力とは、そもそも何なのかが問題である。

3、4の検討から明らかなように、もともと判例は、相殺と差押えとの優劣について考える際に、相殺予約という私人間の特約に特別大きな意味を与えてはこなかったということである。従来の判例法理において、相殺予約が有している位置づけは、期限の利益の喪失または放棄という、弁済期に関する合意の部分のみであり、しかもそのような合意も、差押え等の効力を空振りに終わらせるといった過大な効果を期待できるものではなかった。ただし、期限の利益喪失条項の適用に関しては、その適用を比較的緩やかに認めるのが判例の立場といえる。相殺予約の効力についての判例の立場をまとめると、「優先劣後関係の変更という効力には厳格に、期限の利益喪失条項としての効力は緩やかに」ということになる。

民法債権法改正の議論は、こうした判例の立場に一石を投じることになる。たとえば、法定相殺について制限説をとり、相殺予約の効力は広く認めるという立場をとる場合⁽²¹⁾、私人間の合意に對外関係も含めた優先劣後関係の変更という効力を認めることになる。逆に、法定相殺について無制限説をとり、相殺予約の効力は限定的に解するという立場をとる場合、それは相殺目的で期限の利益喪失条項を付与することを制限するものであるから、期限の利益喪失条項一般の「濫用」という問題が、今まで以上に意識されるようになるであろう。いずれにせよ、従来の判例に一定の影響をもたらすことが予想される。

(21) 川地宏行「債権担保としての法定相殺と相殺予約」ジュリスト1432号88頁。

第5章 破産法71条・72条と金融取引

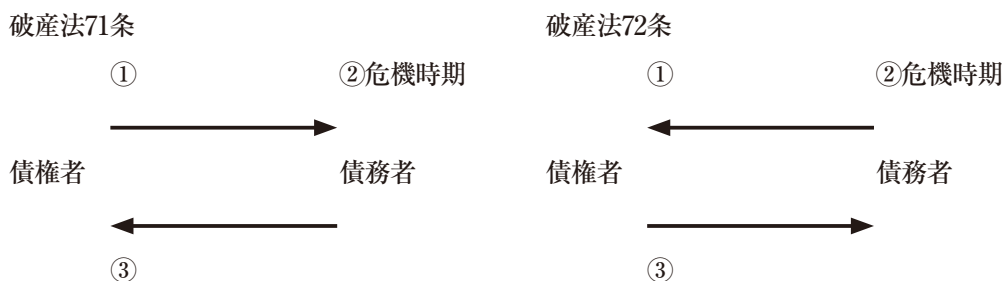
松 下 淳 一

1 破産法71条・72条総論

(1) 趣旨

破産債権者が破産者に対して債務を負担している場合に、相殺権を行使すると、破産債権は対当額の限りで完全な満足を受けることになるから、その結果が破産債権者の間の平等を害する偏頗的なものである場合には、相殺権の行使を禁止する必要がある。破産法71条は破産債権者が破産者に対して債務を負担する場合、破産法72条は破産者に対して債務を負担する者が破産債権を取得する場合を定めているところ、破産法71条・72条の1項各号が定める相殺禁止及び両条の2項各号が定める相殺禁止の解除は、相殺の担保的効力の尊重と破産債権者の間の平等の確保との調整を図るものである。偏頗的な満足の防止を趣旨とする点で偏頗行為否認（破産法162条）と共通する⁽¹⁾。

民事再生法93条・93条の2および会社更生法49条・49条の2も概ね同種の規律を有する。



(2) 「破産債権者」・「破産債権を取得した者」

破産法71条・72条の禁止の対象となるのは「破産債権者」又は「破産債権を取得した」者が

(1) もっとも、破産法71条1項2号には「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」という要件があり（後述2(1)c）、偏頗行為否認と完全にパラレルであるわけではない。

する相殺である。相殺権の行使が破産手続開始の前になされることもあるから、破産手続開始によりこれらの者になるべきものも含まれる。優先的破産債権者も個別の権利行使が禁止されるという意味で破産手続の拘束を受けること、及び特に優先的破産債権者が割合弁済しか受けられない場合には相殺を認めると優先的破産債権者間の平等を害することから、優先的破産債権者も「破産債権者」に含まれ、本条の禁止の対象となる。破産法71条・72条が、債務者の無資力リスクを引き受けるべき債権者が優先的な地位を取得することを防止することを趣旨とすることから、劣後的破産債権者や約定劣後破産債権者が「破産債権者」に含まれるのは当然である。

（３）相殺禁止の効果

破産法71条・72条の１項各号が定める相殺禁止に抵触する相殺は当然に無効である。相殺権の行使が破産手続開始の決定前になされている場合には、破産手続開始の決定の効果として相殺が遡って無効となる。相殺が遡って無効になると、自働債権あるいは受働債権に付されていた保証・担保（物上保証を含む）は当然に復活する。

破産手続の開始前に相殺がされている場合に、破産手続開始決定と同時に破産手続廃止決定がされたとき（破産法216条１項）には、相殺が遡及的に無効とされることはないのは当然である。これに対して、異時廃止（破産法217条１項）の場合には、相殺禁止が破産手続内の債権者平等を確保するためのものであることから、破産手続の終了時点で破産財団所属の債権の取立がされていなければ、相殺の効力は当然に復活する、と考えるべきであろう。

相殺の意思表示が破産手続の前であっても後であっても、相殺が無効になると、破産債権者は権利行使のために破産債権を届け出る必要があり、破産配当により弁済を受けることになる。他方、破産者の有する債権は破産管財人が取り立てることになる。また破産法71条・72条の１項各号が定める相殺禁止は債権者平等を確保し、破産債権の個別弁済禁止を担保するための規律であることから、破産債権者の全員の合意があれば格別、破産管財人と個別の破産債権者との合意で相殺禁止に抵触する相殺を有効とする合意の効力は認められない。最判昭和52年12月6日（民集31巻7号961頁）は、現在の破産法71条１項３号に対応する規定について「この相殺禁止の定めは債権者間の実質的平等を図ることを目的とする強行規定と解すべきであるから、その効力を排除するような当事者間の合意は、たとえそれが破産管財人と破産債権者との間でされたとしても、特段の事情のない限り無効であると解するのが、相当である」と判示している。

2 各論－金融取引における論点

(1) 破産法71条1項2号（相殺禁止）

a 要件一概観

破産者が支払不能になった後に破産債権者が破産者に対して債務を負担した場合で、破産債権者が支払不能について悪意であるときには、その債務負担の態様次第で、その債務を受働債権とする相殺が禁止される場合がある。2号の相殺禁止の要件は、3つの要素から構成される。

- ① 破産者が支払不能になった後に破産債権者が破産者に対して債務を負担したこと
- ② 破産債権者が破産者に対して債務を負担した態様が次の2つのいずれかであること
 - ②-1 契約によって負担する債務を専ら破産債権をもってする相殺に供する目的で破産者の財産の処分を内容とする契約を破産者との間で締結することにより破産者に対して債務を負担したこと
 - ②-2 破産者に対して債務を負担する者の債務を引き受けることを内容とする契約を締結することにより破産者に対して債務を負担したこと
- ③ 破産債権者は②-1・2の契約の締結の当時、破産者が支払不能であったことを知っていたこと

b 基準時としての支払不能（①）

支払不能を基準とする相殺禁止は、平成16年の倒産実体法の改正により新たに導入されたものであり、支払停止（破産法71条1項3号）又は破産手続開始申立（破産法71条1項4号）の前であっても、破産者が支払不能に陥っている場合には、その時点で特定債権者のみが相殺権という担保を取得することは債権者平等原則に反するという考慮にもとづく。偏頗行為否認について支払不能が基準時とされた（破産法162条1項1号）のとはパラレルである。

「支払不能」とは、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態」をいう（破産法2条11項）。支払不能の意義について、弁済期の到来した債務が存することが必要かどうかについては、近時争いがある。弁済期の到来した債務がなくても、将来弁済期が到来する債務について弁済期が到来した時点において一般的・継続的に弁済できないと認められる状態が現に存するのであれば、支払不能と認定すべきであるとする見解⁽²⁾がある。債務者の財産状態悪化の時期における弁済

(2) 中西正「否認権」全国倒産処理弁護士ネットワーク編『論点解説新破産法・上』（きんざい、2005年）181頁、山本和彦「支払不能の概念について」新堂幸司＝山本和彦編『民事手続法と商事法務』（商事法務、2006年）151頁。

について、弁済期の先後によって偏頗行為否認の対象となるかどうか分かれるのは不合理な場合がある、という指摘は確かに説得的である。しかし、（１）破産法２条11項の条文の文言は弁済期の到来した債務のみに言及していること、（２）将来弁済できない蓋然性を支払不能の有無の判断に取り込むとすると再生手続開始の原因となる事実である支払不能の生ずる「おそれ」（民事再生法21条１項前段）との区別があいまいになること、さらに（３）全ての債務について弁済期未到来であるにもかかわらず支払不能ありとして破産手続開始の決定を求められる（破産法15条１項）とすると、個別執行はできない（民事執行法30条１項）にもかかわらず包括執行はできることになり均衡を失することから、支払不能の有無の判断の際には、弁済期の到来した債務のみを考慮に入れるべきであると解する。下級審の裁判例にも、「支払不能であるか否かは、現実弁済期の到来した債務について判断すべきであり、弁済期未到来の債務を将来弁済することができないことが確実に予想されたとしても、弁済期の到来した債務を現在支払っている限り、支払不能ということはできない」と判示して、弁済期の到来した債務が必要であるとするものがある⁽³⁾。もっとも、後述（２（２））のように、支払停止との関係で弁済期の到来した債務を不要とすると読める下級審裁判例⁽⁴⁾もある。

c 債務負担の原因となる契約（②）

債務者の事業継続に伴い債権者（金融機関）が負担する債務（預金にかかる債務）であって特定性のないものも包括的に受働債権として相殺期待を有して与信取引を継続する場合がありうところ、支払不能後の債務負担にもとづく相殺を一律に禁止すると、このような取引の障害となるとの指摘、あるいは支払不能が評価概念であるため債務者の財産状態は知っていたがまだ支払不能ではないと判断していたところ後から支払不能について悪意であったと判断される可能性もあるとの懸念がある、との指摘が倒産実体法改正の立案過程でなされたことから、偏頗行為否認の規律とは異なり、破産法は、政策的に、支払不能後の債務負担にもとづく相殺が禁止される場合を次の２つの場合に限定している。

(3) 東京地判平成19年3月29日金法1819号40頁。同じく、弁済期の到来した債務が必要であるとする東京地判平成22年7月8日判時2094号69頁は、「現に弁済期の到来している債務を基準とすることなく、将来における「債務不履行の確実性が現在の弁済能力の一般的欠如と同視できる場合」であるか否かにより「支払不能」の有無を決するとすると、その判断には多分に相対的な評価が入らざるを得なくなり、支払不能の概念が不明確になるおそれが強いといわざるを得ない。破産法における「支払不能」は、破産手続開始の原因になる事情であるとともに、偏頗行為の否認における危機時期を画する基準にもなる重要な概念であって、基準としての明確性が強く要請される」と判示して、弁済期の到来した債務は不要であるとする見解を批判する。

(4) 大阪地判平成21年４月16日判時2062号92頁。

第1は、支払不能後に新たに契約にもとづいて債務を負担する場合の相殺禁止である（②—1）。一方では、上記の政策的考慮から、従前からの通常の継続的な取引にもとづく債務負担の場合は、相殺禁止の対象から除くことが望ましいことになる。他方では、破産債権者が相殺による債権回収目的で殊更に破産者の財産を取得し、その対価として債務を負担した場合には、代物弁済と同じく債権者平等原則に反することから、相殺を禁止すべきことになる。以上のような考慮から、まず契約内容が「破産者の財産の処分を内容とする」ものであり、次に主観的側面では支払不能の概念に幅がありその悪意だけでは相殺禁止を基礎づけえないという理由から、契約締結が「契約によって負担する債務を専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」でなされた場合に、支払不能後の債務負担にもとづく相殺を禁止の対象としている。

ここで「専ら」とは、字義通り他の目的がない場合と解すべきではなく、行為の前後の諸事情から偏頗行為否認を潜脱する目的と認められるかどうかという観点から判断すべきである。さもないと、破産債権者には破産者の処分した財産を取得する目的も常にあることから、破産法71条1項2号が空文に帰するおそれがあるからである。「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」の認定のためには、財産処分契約と相殺の意思表示との時間的密着性、破産債権者が相殺権行使を確実にするための措置（預金拘束等）を講じていたか、財産処分契約が通常取引と乖離する程度等が重要な間接事実となろう。例えば、支払不能後に金融機関の融資先が当該金融機関に預金をした場合に、金融機関が相殺目的で預金を拘束してすぐに相殺の意思表示をすれば、上記の目的を認定しやすいのに対して、融資先からの払出し要求に応じられるようにしてあり、しかし払い出されなかったので相殺をしたとすれば、上記の目的は認定しにくい方向に傾く。

「破産者の財産の処分を内容とする契約」には、売買契約や預金等に係る消費寄託契約が含まれる。第三者が破産者の預金口座に振り込む場合が含まれるかどうかについては考え方が分かれる。破産者の行為がないことから「契約を破産者との間で締結」とはいえないという見解が一般的である。他方で、破産者が通例の金融機関ではない別の金融機関への振込を取引先に依頼したような場合には、実質は「処分」と同視できるとの見解⁽⁵⁾もある。振込入金の場合を、破産者がいったん受領して預金するのと相殺の可否との関係で区別する合理的な理由はないことから、破産債権者と破産者との個別の消費寄託契約はないものの、振込依頼は「破産者の財産の処分を内容とする契約」に実質的には含まれるという考え方も成り立ちうる⁽⁶⁾。

(5) 新破産法の基本構造と実務472～473頁〔伊藤眞〕、新破産法の実務Q&A203頁〔益本広史〕。

(6) この考え方は、財産処分契約を破産者との間で締結する、という条文の文言とは離れるという問題がある一方で、偏頗行為否認一般について債務者の行為性を厳密には要求しない一般論とは整合的である。

第2は、既存の債務を引き受ける場合の相殺禁止である（②—2）。この場合に相殺を認めると、引き受けた債務をもって自己の破産債権の満足を受ける結果を容認することになり、債権者平等原則を害するし、特に要件を付加して相殺禁止の範囲を狭めるべき取引の実情もないことから、上述の場合とは異なり、債務引受の原因や目的を問わずに、相殺禁止の対象とされている。

（2）破産法71条1項3号（相殺禁止）

破産債権者が、支払停止があった後に破産者に対して債務を負担した場合であって、その債務負担の当時、支払停止について悪意であったときには、その債務を受働債権として相殺することは認められない。支払停止とは、支払不能の旨を明示的または黙示的に外部に表示する債務者の行為をいい、これにもとづき支払不能が推定できる（破産法162条3項参照）以上、そのような状態で作出された債権債務の対立にもとづく相殺を認めると、債権者平等原則を害するからである。もっとも、支払停止が、例えば債務者の弱気にもとづくものであり、客観的には支払不能を伴うものではなかった場合（本号但書）には、債権者平等原則を強制する必要はないから、相殺は禁止されない。

支払停止とは、支払不能の旨を外部に表示する債務者の行為をいう。支払不能の旨を外部に表示する債務者の明示的な行為として、弁済を継続できない旨の債権者への通知や貼り紙、広告が考えられる。また黙示の行為として、債権者から逃れるために夜半に什器を搬出して店舗を閉鎖すること、廃業等が考えられる。支払不能の旨は、外部に表示される必要がある。債務者が弁護士との間で債務整理のために破産申立ての方針を決めただけでは、支払停止とは言えない（最判昭和60年2月14日判時1149号159頁（否認事件））。これに対して、手形の不渡りが間近になりながら手形債務の決済資金を入金することなく、決済資金を手当てしなかった行為は、支払不能の旨を黙示的に、外部である銀行に表示する行為である、とする下級審裁判例がある（東京地判平成19年3月29日金法1819号40頁（破産法71条1項3号が問題となった事案））。もっとも、後者の場合、特定の債権者に対してだけ表示をしても「外部」と言えるかについて、疑問の余地がないではない。

多数の小口債務の支払は可能であるが資力が欠乏するために他の1つの巨額の債務を支払うことができず、その旨を表示した場合には支払停止がある（大判昭和15年9月28日民集19巻1897頁（否認事件））。また、債務者が支払不能の旨を表示した場合には、その後に多少の支払をしても、なお支払停止と認めることができる（大判昭和7年3月25日民集11巻499頁（相殺禁止が問題となった事案））。

支払停止は支払不能概念を前提とするから、支払不能について弁済期の到来した債務が必要

であるとの立場を前提とするのであれば、外部に表示されるべきなのは弁済期の到来した債務の弁済不能状態であって、将来弁済期が到来する債務について弁済不能の見込みを表示したとしてもそれは支払停止には該当しない。もっとも、大阪地判平成21年4月16日判時2062号92頁は、「支払停止には、弁済期の到来した債務に対する支払停止行為だけでなく、弁済期が近日中に到来する予定の債務に対してあらかじめ支払うことができない旨表示する行為も含まれると解すべきである」と判示する。この見解は、明示的ではないものの、支払不能について弁済期の到来した債務の存在は不要であるとの考え方を前提とするものと思われる。この大阪地判平成21年は、上記の一般論に続けて、「黙示的な支払停止行為の存否を判断するに当たっては、本条（会社更生法88条:対抗要件否認の規定―筆者注）の趣旨が取引の相手方の予見可能性を考慮していることも踏まえて、黙示的表示行為に至る経緯、黙示的表示行為が債務者の信用に及ぼす影響、黙示的表示行為から窺える債務者の意図及び取引の相手方の属性等を総合的に考慮する必要があるというべきである」と判示して、具体的な考慮要因を指摘する。

従来、実際に支払停止と扱われることが多かったのは手形の不渡りである。手形の不渡処分自体は特定の手形債務についての1回的な不払いである。しかし、手形交換所規則は、一般に、当座預金の残高不足による不渡りが6ヶ月間に2回あると当該振出人等を銀行取引停止処分に付す旨を定めており、手形振出人等は、通常はそのような処分を回避するために当座預金に残高不足が生じないように資金繰りをするものであるところ、実際に不渡りがあったということは、資金繰りができなかったということである。したがって、特定の手形債務を弁済できないという事実から、一般的かつ継続的に債務を弁済できないことを表示したものと言いうことができる。したがって手形の不渡りは支払停止とされるのである（福岡高決昭和52年10月12日下民集28巻9～12号1072頁）。取引停止処分を避けられなかったという点を重視すれば、2回目の不渡りを以て支払停止を認定すべきことになる。もっとも、1回目の不渡りも、当該債務者の重要な信用情報として取引社会に流れるものであり、債務者がそのような事態を避けたいにもかかわらず避けきれなかった点を重視するのであれば、1回目の不渡りの手形の金額や残高不足の理由・態様によっては、1回目の不渡りを以て支払停止を認めることができる場合もあろう。

（3）破産法71条2項1号（相殺禁止の解除）

破産債権者の債務負担が、相続、事務管理、不当利得等の法定の原因にもとづく場合である。破産債権者、破産者あるいは第三者による相殺適状作出が意図的ではないことにもとづく。もっとも、これらの場合には、破産債権者に事前に合理的な相殺期待があったわけではなく、偶然の事情により相殺権を得ることができる建前に対しては、立法論的な批判がされている。

破産者が共同相続人の一人であり、他の共同相続人の相続放棄により金融機関である破産債権者に対する預金債権を相続放棄なき場合よりも多く取得した場合に、相続放棄自体は当該他の共同相続人の法律行為であり、その意思にもとづく行為であって、破産者や破産債権者等からの働きかけによりなされる可能性が存在し、典型的に相殺権の濫用のおそれのない法定の原因に該当するということとはできないことから、相続放棄により、破産者の法定相続分を超えて破産債権者が負担した預金債務については相殺が禁止されるという考え方（大阪地判平成14年9月30日金法1672号40頁）が一方で存する。他方で、相続の放棄は、いかなる動機によるかはともかく、当該他の共同相続人の意思にもとづいてされるものであり、身分行為性が強く、破産者や破産債権者がその意思表示を強制することができるものではないことから相殺権の濫用には当たらず、「法定の原因」に含まれて、相殺禁止が解除されるとする考え方（大阪高判平成15年3月28日金法1692号51頁—上記大阪地判平成14年の控訴審判決）もある。

（４）破産法71条2項2号（相殺禁止の解除）

破産債権者の債務負担が、破産債権者が危機時期を知った時より前に生じた原因にもとづく場合である。破産債権の実質価値が名目額通りにあった時点で債務負担の原因があれば、その時点で両債権の対立及びそれにもとづく担保の設定があったのに準じて考えることができ、相殺の担保的効力に対する破産債権者の合理的な期待を認めることができることを趣旨とする。したがって、「原因」は、債務の負担ひいては相殺期待を直接かつ具体的に基礎づけるものである必要がある。具体的には以下のとおりである。

① 破産債権者となる金融機関と債務者との間で危機時期前に締結された当座勘定取引契約（最判昭和52年12月6日民集31巻7号961頁）や普通預金契約（最判昭和60年2月26日金法1094号38頁）は、危機時期に振込入金があつて金融機関が債務を負担したとしても、「原因」には該当せず、相殺は禁止される。債務負担（預金の発生）が確実ではないため、相殺期待があるということとはできないからである。

② 振込指定とは、金融機関の融資先が第三者から支払を受ける代金をその融資先の預金口座に振り込ませることを約し、相殺によって金融機関の融資金の回収を図ろうとするものである。危機時期前に振込指定の合意がされ、危機時期に振込がされた結果金融機関が預金債務を負担するに至った場合に、金融機関は相殺をすることができるか。有力な見解⁽⁷⁾は、振込指定の強弱によって「原因」に該当するかどうかを区別する。即ち、融資先とその債務者たる第三者との間で代金支払について口座振込の方法によるという弁済方法の指定がされるのみで、金融機

(7) 青山善充「倒産法における相殺とその制限（1）」金法910号9頁。

関と融資先との間に特別の契約がない場合には、弁済方法の指定がされたに過ぎないから、金融機関側に正当な相殺期待があるとはいえず、振込指定は「原因」とはいえない（「弱い振込指定」）。これに対して、金融機関・融資先・融資先の債務者の三者が、融資先の債務者は代金を必ず金融機関の融資先名義の口座に振り込み、それ以外の方法では支払わない旨、及びこの振込指定は金融機関の同意がなければ撤回できない旨を合意している場合には、その振込指定合意は、金融機関の債務負担ひいては相殺期待を直接かつ具体的に基礎づけるものということができるから、「原因」に当たるということができる（「強い振込指定」）（名古屋高判昭和58年3月31日判時1077号79頁）⁽⁸⁾。

③ 代理受領とは、金融機関がその取引先に対して工事請負資金等を融資する際に、金融機関がその代金の受領の委託を受けることを約する金融機関と取引先との約定をいい、融資先（請負人）が発注者に対して有する請負代金債権等を担保に取ることを目的とするものである。代理受領契約が危機時期前に締結され、危機時期に代金の受領がされて代金の返還債務を負担した場合に、金融機関は相殺をすることができるか。振込指定における有力な見解と同様に考えれば、請負代金請求権の主体である融資先が自ら取り立てることはせず、融資金の弁済に充てるように、当該金融機関にのみ受領の代理権を与え、これを一方的に解約しない旨を約し、かつ第三債務者（注文者）もこの契約内容を承認している場合には、相殺の担保的機能の信頼を保護すべきであるから、代理受領の合意を「原因」として相殺を認めるべきことになろう。他方で、受領権限が排他的ではなく、撤回が可能であり、あるいは第三債務者に撤回不能の旨が伝わっていない場合には、合理的な相殺期待を認め難い場合が多いであろう。

④ 破産債権者が、危機時期前に、破産者との間で、破産者が債務の履行をしなかったときには破産債権者が占有する破産者の手形を取り立て又は処分してその取得金を債務の弁済に充当することができる旨の条項を含む取引約定を締結したうえ、破産者から手形の取立を委任されて裏書交付を受け、危機時期を知ったのち破産手続開始前に手形を取り立てて取立金返還債務を負担するに至った場合に、破産債権者は相殺をすることができる。手形の取立委任の基本契約のみでは、取立委任が義務づけられるわけではないから合理的な相殺期待を基礎づけることは困難であるものの、これに加えて個別の取立委任まで危機時期前にされているのであれば、委任を撤回して手形を取り戻さない限り、委任者が自ら取り立てたり第三者に別途取立を委任したりすることはできないから、取得金の充当条項とあいまって、合理的な相殺期待を基礎づ

(8) 上原敏夫「いわゆる「強い振込指定」について」「民事手続法学の新たな地平」青山善充先生古稀記念論集（有斐閣、2009年）655頁は、金融機関が相殺を期待する基礎は、あくまで、金融機関と破産者との合意にあるから、第三債務者の関与はなくても、金融機関と破産者との合意があれば、金融機関の相殺の期待を保護すべきであり、「強い振込指定」に準じて、「前に生じた原因」に当たる、とする。

けることができると解する。最判昭和63年10月18日（民集42巻8号575頁）も、上述のような約定の下での取立委任について、「破産債権者が前記のような取引約定のもとに破産者から個々の手形につき取立を委任されて裏書交付を受けた場合には、破産債権者が右手形の取立により破産者に対して負担する取立金引渡債務を受働債権として相殺に供することができるという破産債権者の期待は、同号但書（現破産法71条2項2号）の前記の趣旨に照らして保護に値するものというべきだからである」と判示している。

⑤ 証券投資信託の受益権の購入者について支払停止があった後に投資信託の解約実行請求がされ、その後破産手続が開始した場合に、投資信託の販売会社である銀行は、解約にもとづいて受託者から委託者経由で入金された解約金の返還債務に係る請求権を受働債権として、受益権購入者に対する債権を自働債権として相殺することができるかが問題となる。

名古屋地判平成22年10月29日（金法1915号114頁）は、以下のように述べて、販売会社である銀行に合理的な相殺期待はないとして民事再生法93条2項2号（破産法71条12項2号に相当）の適用を否定した（Xは投資信託の購入者、Yは販売会社である銀行）。

「本件投資信託においては、受益者であるXが、本件受益権を解約した場合に、委託者は、その解約金を販売会社であるYに支払うという構造になっている。しかし、Xの本件受益権は、Y以外の他の金融機関・証券会社への振替の可能なものがある（争いのない事実、なお、投資信託取引規定集中の投資信託受益権振替決済口座管理規定7条参照）のであって、振替が禁止されるわけではなく、受益者であるXが希望すれば、Yは、振替を行う必要がある。本件投資信託において、本件受益権の解約金の返還義務を本来的に負っているのは受託者たる信託銀行であって、販売会社であるYは本件受益権の解約金の返還義務そのものを負っているわけではなく、解約金がYに支払われる構造であることから、解約金がYに入金されることによって、その返還義務を負うという関係にあるにすぎない。そうすると、仮に、上記のような他の金融機関への振替が行われれば、そもそも解約金がYに入金されることはなく、解約金返還債務がYに発生することはない。その意味で、本件投資信託において、将来的に、解約金につきYが受領できることは確実であるとはいえず、しかも、その振替は、Yの同意の有無にかかわらずXが自由に行うことができるのであるから、Yが解約金の受領を行うことにつきXを拘束するほど強い指定があるというものでもない。まして、受益権の換価方法は解約の他に、買取請求、信託期間終了時の償還などの方法がある（争いない事実）のであるから、確かに、解約による換価が一般的な方法といえるとはしても、換価方法として解約の方法が必ず選択されるというものでもなく、その意味でも、Yに解約金返還債務が発生する確実性は乏しいといわざるを得ない」。

もっとも、この事件の控訴審判決である名古屋高判平成24年1月31日（金判1388号42頁）は、

大要以下のように述べて、上記判断を覆した。即ち、YのXに対する解約金返還債務は、Xの支払停止前に締結された投資信託総合取引規定等の規定を内容とする投資信託受益権の管理等を目的とする委託契約にもとづいて、解約により解約金がYに交付されることを条件として発生しているのであって、この委託契約は「前に生じた原因」に該当する、受益権の換金方法として他のものがあるとしても解約の方法が一般的であることからYは合理的な相殺期待を有していた、というのである。

この問題に関連するのが、証券投資信託の受益者について破産手続が開始されて破産管財人が解約実行請求をした場合に、販売会社である銀行は、破産者に対する債権を自働債権、解約金返還債務に係る請求権を受働債権として相殺できるかが問題となった大阪高判平成22年4月9日金法1934号98頁である⁽⁹⁾。この判決は、大要以下のように述べて、破産手続開始後に停止条件が成就した債権を受働債権とする相殺を肯定する（Xは投資信託の購入者（破産者）Aの破産管財人、Yは販売会社である銀行）。

「Xは、投資信託の販売会社は単なる取次にすぎず、自ら投資信託を解約等して換金することもできないから、これに対して相殺の対象として期待すべき相当性はない旨主張する。

しかし、本件契約において、Yは、Aの受益権を管理する口座管理機関であり、Yを通してのみ他の口座管理機関への受益権の振替及び信託契約の解約による換金が可能であって、また、解約があった場合に、その解約金はYの指定預金口座に入金されることが明らかである。したがって、Yの立場は、受益者であるAと委託者であるB社を取り次いで投資信託の販売を行うことで終了するものではなく、その後も、解約若しくは他の口座管理機関への振替がなされるまで、本件契約に基づく受益権をその管理支配下に置いているといえることができる。したがって、このような受益者であるAと口座管理機関であるYとの関係は、信託契約の解約金について、Yの知らない間に処分されることがなく、また、その支払はYの預金口座を通じての支払となることからして、相殺の対象となるとYが期待することの相当性を首肯させるものというべきである」。

「AとYとの間の銀行取引約定書には、AがYに対する債務を履行しなかった場合には、Yがその占有しているAの動産、手形その他の有価証券について、必ずしも法定の手続によらず一般に適当と認められる方法、時期、価格等により、当該動産又は有価証券を取立て又は処分の上、その取得金から諸費用を差し引いた残額を法定の順序にかかわらずAの債務の弁済に充当できるとの任意処分に関する規定（4条3項）及びYが、AのYに対する債務とAのYに対する預金

(9) この判決に対しては上告受理申立てがされていたが、最決平成23年9月2日金法1934号105頁は、上告不受理とした。

その他の債権とをいつでも相殺し、又は払戻し、解約、処分のうえ、その取得金をもって債務の弁済に充当することができるとの差引計算に関する規定（7条1項）が存在することが認められる。これらは、直接Yに対する権利でないものであっても、Yが事実上支配管理しているものについては、事実上の担保として取り扱うことを内容とする約定であって、このような約定の存在は、本件契約に基づく投資信託の解約金についてもYの相殺の対象と期待することが自然であることを示しているというべきである」。

上記判断の背景にあるのは、破産債権者が破産手続開始時において破産者に対して停止条件付債務を負担している場合に、破産手続開始後に停止条件が成就したときには、特段の事情のない限り、破産法67条2項後段により破産財団所属の停止条件のついていた債権を受働債権とする相殺をすることができる、と判示する最判平成17年1月17日（民集59巻1号1頁）である。

破産手続開始後の解約により債務を負担した場合でも原則として相殺できるのであれば、破産手続開始前の危機時期における解約により債務を負担した場合であっても、相殺の合理的期待ありとするのが整合的であろう。この意味で、上記の名古屋高判平成24年1月31日は、大阪高判平成22年4月9日の連続線上にあるものと位置づけることができる。もっとも、上記判示に引用されている銀行取引約定書の「その他の有価証券」（4条3項）や「その他の債権」（7条1項）のような不確定な文言にもとづいて、証券投資信託をたまたま（証券会社ではなく）銀行で購入した者への貸付の「事実上の担保」として合理的に期待できるのか、という疑問が残らないではない。また、上記名古屋高判平成24年1月31日は、解約実行請求を受益者ではなく販売会社である銀行が債権者代位権にもとづいてしたという事案であり、条件成就による相殺適状を受益者が望まないであろうやり方で作出しているという事情を捉えて、販売会社に相殺に対する合理的期待があったのかを疑う旨の指摘もされている⁽¹⁰⁾。

（5）破産法72条1項1号

主債務者からの委託を受けないで債権者との間で保証契約を締結した者（保証人）が、主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行したことにより取得した事後求償権を自働債権、主債務者の保証人に対する債権を受働債権として相殺できるかが争われたのが、大阪地判平成20年10月31日（判時2060号114頁）及び同事件の控訴審判決である大阪高判平成21年5月27日（金法1878号46頁）である。いずれの判決も、保証債務の履行により代位行使が可能になる原債権と、同履行により取得する事後求償権とは別個の権利であり、事後求償権の主たる発生原因は（保

(10) 伊藤尚「破産後に販売会社に入金になった投資信託解約金と販売会社の有する債権との相殺の可否－大阪高判平成22年4月9日を契機に」金法1936号52頁、62頁注15。

証債務の履行ではなく)保証契約の締結である破産債権であるので、事後求償権は破産手続開始後に取得した他人の破産債権ではなく、破産法72条1項1号の適用を受けない、と判示する。

主債務者からの委託を受けた保証の場合には、事後求償権は破産法72条1項1号の適用を受けないということによいと思われるが、保証が主債務者からの委託を受けないものである場合にも同様でよいかについては疑問視する指摘もある。すなわち、相殺を認めるということは、破産者である主債務者が予期しないまま、あるいはその意思に反して保証契約が締結され、主債務者が保証人に対して有する債権が主債務者本人の知らないうちに事後求償権の担保に供されることを是認することになり、主債務者=破産者の関与も予期もないまま一方的に作出される相殺期待を合理的なものと考えられるか、という指摘である⁽¹¹⁾。

(6) 破産法72条2項4号(相殺禁止の解除)

破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始前の危機時期に破産債権を取得した場合には、相殺が禁止されるところ(破産法72条1項2号～4号)、その破産債権の取得の原因が、破産者に対して債務を負担する者と破産者との間の契約である場合には、相殺禁止は解除される。例えば、預金を受け入れている金融機関が預金者の支払停止後に貸付をして債権を取得する場合である。そのような場合には、破産債権は、契約による発生当初から破産者に対する債務を担保としていと考えられ、一度も一般債権として破産者の無資力リスクを引き受けていないことから、相殺を認めても債権者平等原則に反しないことがこの解除事由の趣旨である。偏頗行為否認において、新規融資に伴う担保設定が同時交換的行為として否認されない(破産法162条1項柱書括弧書)のと共通の考慮にもとづく。この規律があることで、破産法72条1項2号から4号の相殺禁止の対象は、実質的には、破産者に対して債務を負担する者が他人の破産債権を取得する場合に概ね限られることになる。

3 補論

民法(債権法)改正検討委員会が2009年3月末に公表した「債権法改正の基本方針」の【3.1.3.30】は、弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止に関する民法511条の

(11) 山本和彦他著『倒産法概説〔第2版〕』(弘文堂、2010年)258頁(沖野眞巳)。最判平成24年5月28日(判時2156号46頁)は、「無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自動債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されないと解するのが相当である」と判示した。

大幅な改正を提案する。

現行民法の511条に対応するのは、弁済を禁止された第三債務者はその後に取得した債権による相殺をもって差押債権者等に対抗できない旨を定める〈2〉であり、この前提として、〈1〉は、弁済を禁止された第三債務者は、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者等に対抗できる旨を定める。〈2〉あるいは民法511条と平行なのが破産法72条1項1号である。

さらに、〈3〉は、〈2〉の禁止を時的に拡張し、「弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であっても、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができない」と定める。すなわち、差押え等の申立てがされた後に債権を取得しても相殺できないということであり、破産法72条1項4号の、破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始の申立てがあった後に債権を取得した場合は、そのものが申立てについて悪意の場合には相殺できない、という規律と平行の規律である。

債務者の危機時期について悪意の者には合理的な相殺期待は認められないという趣旨であろうと思われ、合理的な規律であると思われる。もっとも、このような破産法72条1項2号から4号に属する相殺禁止に対応する規律を設けるなら、破産法72条2項各号所定の相殺禁止の解除事由も設けるべきではなかろうか。具体的には、特に破産法72条2項2号・4号の解除事由に相当する事由である。例えば、破産法72条2項4号に対応する例として、差押えの申立てがあった後に、第三債務者が債務者に金銭を貸し付け、それによって債権を取得したという場合を挙げることができる。この場合、自分が負担する債務をいわば担保にして貸付けをしたのと同じであり、根抵当権の極度額に余裕がある場合に債権者が追加融資するのと類似の状況にあって、成立時から優先回収が可能な債権であるから、相殺を禁止するのは不適當であると思われる。

第 6 章 多数当事者間ネットティング

神 田 秀 樹

1 はじめに

2007年以降のいわゆる世界的な金融危機以降、世界的なレベルで制度的な対応が議論されている分野の1つとして、CDS（クレジット・デフォルト・スワップ）取引についての清算機関の設置という課題がある⁽¹⁾。日本でも、平成22年の金融商品取引法改正で店頭デリバティブ取引に関する清算制度の整備が行われた⁽²⁾。

こうした清算機関の設置は、金融市場におけるリスクの削減策として議論されるべき問題であると考えられる。そうした観点からは、法的な問題という点では、昔から外為予約取引や通貨・金利スワップ取引について議論されてきたネットティングをめぐる議論と共通する点が多い。そこで、本稿では、伝統的なスワップ取引等を念頭において、多数当事者間ネットティングと清算機関設置の意味について、簡単に述べることにしたい⁽³⁾。

2 ネットティング概観

一般に、金融分野においてネットティング（netting）と呼ばれているのは、通常は契約上の取決めをいうが、その法的な性質が何なのかは必ずしも明確ではない（なお、法制度によってはネットティングの効果は自動的に発生するとされている場合もあるが、この点については本稿では立ち入らない）。日本法のもとでは、ネットティングの法的性質としては、いくつかの可能性

(1) G20首脳会議ピッツバーグ・サミット声明（2009年9月）参照。

(2) 寺田達史ほか「2011年金融商品取引法改正」27頁以下（2010年）参照。日本での政策的な検討として、たとえば、中島真志「O T Cデリバティブ市場になぜ清算集中は必要か？—流動性リスク防止の観点から—」証券経済研究76号103頁以下（2011年）などがある。

(3) 筆者は昔この問題を論じたことがある。神田秀樹「デリバティブ取引（その1）：業法上の位置づけと多数当事者間ネットティング」月刊資本市場157号38頁以下（1998年）。その後の研究として、藤田友敬「金融取引の決済の安定と法制度—清算機関を通じた決済と法制度」齊藤誠編著「日本の「金融再生」戦略」133頁以下（2002年）。

がある。相殺、更改、契約の解除などである。このほか、一部のネットティングについては段階交互計算契約に当たるという議論もある。本稿では、この問題については立ち入らない⁽⁴⁾。

なぜネットティングが行われるか。その目的は、一言でいえばリスクの削減あるいはリスクの管理である⁽⁵⁾。常識的に考えてみても、たとえば金融機関Aと金融機関Bとの間で、AがBに100億円渡す、そしてBがAに80億円渡すという2つの取引がなされたとすると、これらを別々に履行するのは面倒である。これを法的に相殺と呼ぶか何と呼ぶかはともかくとして、AがBに20億円だけ渡せばいいはずである。しかも、万が一当事者の一方が倒産したような場合に、渡すほうは渡さなければいけないが、もらうほうはもらえないということになると、リスクが高いということになる。したがって、金額を差引計算ないし圧縮することによってリスクが削減される。なお、このリスクは、受渡しが行われなくなるという取引の決済リスクに加えて、取引の相手方が契約を履行できなくなることにより損害を被るという信用リスク(カウンター・パーティー・リスク)である。

一般に、ネットティングにはいくつかの類型があると言われており、2つの観点からいくつかのタイプに分類できる⁽⁶⁾。まず、債務の履行期の観点から次の3つのタイプがあるといわれている。

第1に、ペイメント・ネットティング(payment netting)と呼ばれるものがある。これは、契約による債務の履行期が到来した時点で差引計算をするものである。たとえば、AがBとの間で複数のスワップ取引をして、ある取引でAがBに100億円渡す、別の取引でBはAに80億円渡す債務を負うが、たまたまこの2つの債務の履行期が同じ日であったとする。この場合、履行期が到来した時点でAはBに100億円渡し、Bから80億円受け取るのであれば、差引計算をしてAがBに20億円渡すだけにしようというのをペイメント・ネットティングと呼ぶ。

第2に、ネットティング・バイ・ノベーション(netting by novation)という合意がある(obligation nettingと呼ばれたこともある)。これは、履行期を同じくする複数の債務について、履行期の到来を待たないで(通常は新たな債務が発生した時点で)債権債務の額を圧縮する取決めをいう。たとえば、ある取引で来年の1月1日を履行期としてAがBに100億円渡す。そして、別の取引で同じ来年の1月1日にBはAに80億円渡す。こういう2つの取引があった場合に、履行期である1月1日になってから100億円と80億円を差引計算して20億円渡すことにしよう

(4) 神田秀樹「ネットティングの法的性質と倒産法をめぐる問題点」金融法務事情1386号7頁以下(1994年)参照。

(5) 前田庸ほか「＜シンポジウム＞オブリゲーション・ネットティングについて」金融法研究7号1頁以下(1991年)参照。

(6) 神田・前掲(4)、前田ほか・前掲(5)参照。

というのがペイメント・ネットティングであるが、履行期の到来を待たずに差引計算をして債務の額を圧縮しようという合意をネットティング・バイ・ノベーションという。すなわち、上記の例で、100億円渡す契約が10月1日に締結され、80億円渡す契約が10月15日に締結されたとすると、10月15日の時点で、履行期である1月1日にA B間で授受する金額についてAがBに20億円渡すという債務を1つにすることをいう。ネットティング・バイ・ノベーションは、ペイメント・ネットティングと同じく、いわば平時において効果が発生するものであるが、ペイメント・ネットティングよりもリスク削減効果は大きい（上記の例で10月15日より後に当事者の一方が倒産したような場合を想定するとそういえる）。しかし、履行期を同じくする債務についてしか合意することはできない。

第3に、クローズアウト・ネットティング（closeout netting）（一括清算ネットティングと呼ぶことが多い）という合意がある。これは、履行期が異なる債権債務について、当事者間であらかじめ定めた範囲のものについて、当事者の一方に何らかの信用状態悪化事由が生じた場合には、その時点でそれらの債権債務をすべて清算して1つの債務にするという取決めである。この取決めは、履行期がいつであるかにかかわらず、対象となるすべての債権債務について、履行期が到来する前に契約当事者の一方に信用状態悪化事由などのあらかじめ定めた一定の事由が発生した場合には、対象債権債務をすべて清算するというものである。他の2つのタイプのネットティングよりもリスク削減効果は大きいが、他方、いわば有事に発動される取決めであるため、第三者との関係でこうした取決めの法的な有効性が問題になりうる。

次に、ネットティングという取決めの当事者の数という観点から、ネットティングは次の2つのタイプに分類される。すなわち、二当事者（バイラテラル）か三以上の当事者（マルチラテラル）かである。前者は、たとえばAとBという二当事者間のネットティングの取決めをいい、後者は、通常三当事者以上での取り決めをいうが、以下本稿では、後者を多数当事者間ネットティングと呼ぶこととする。

3 日本の法制

以上に概観したネットティングという取決めは、日本でもまた海外でも金融機関の間において実際に広く行われているが、日本の法律上これに関連する規定との関係では、民法・商法のレベルでは、相殺や解除などの一般的な規定の適用が問題となる。ネットティングを意識した規定としては、破産法58条4項・5項（民事再生法51条・会社更生法63条）がある。また、特別法として「金融機関等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律」という法律がある。このほかにも、清算機関にかかわる規定として、金融商品取引法156条の11の2と「資金決済に関す

る法律」2条5項・73条等がある。

注意すべきことは、これらの規定はいずれも二当事者間のネットティングに適用されうるものであることであり、多数当事者間ネットティングについては直接適用されるような規定は存在しない。

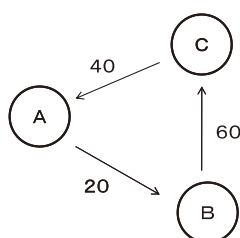
そこで、以下では、多数当事者間ネットティングの合意について、その有効性に関する問題、そして清算機関を設置する意味について、簡単に述べてみたい。

4 多数当事者間ネットティングと清算機関

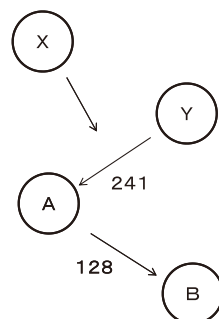
(1) 多数当事者間ネットティング

たとえば、A B Cと3つの金融機関があり、これらの中で、二者間で複数の取引がなされたとする。たとえば、AがBに20、BがCに60、CがAに40渡す。こういう複数の取引があったとする（【図1】参照）。これらの取引（契約）の成立時期はそれぞれ異なるし、各債務の履行期も

【図1】



【図：最判平成7年7月18日】



異なる。また、これらの数字はここではたとえば円建てであることを想定しているが、実際には、一部の債務は円の引渡しであり、他の債務はドルの引渡しであったりすることもある。

このような状態で、たとえばAが倒産したらどうなるか。Aが倒産すると、Cは40をAに渡さなければならない。しかし、Bは20をAからもらえなくなる（破産であれば破産債権となりほとんど回収できなくなる）。ということは、Aが倒産するリスクというのはBが負担するという結果になる。しかし、BはCに60渡さなければならない。CはAに40渡す。したがって、Bだけが20回収できない結果となる。

しかしながら、この場合、よく考えてみると、AはBに20渡し、BはCに60渡し、CはAに40渡すのであるから、少なくとも一見しただけでも、20は一周する。そうであるのなら、ネットティング・バイ・ノベーションを合意してはといえそうであるが、上述したようにこれは各債務の履行期が異なるため利用できない。そこで、一括清算ネットティング、すなわち、Aに信用状態悪化事由が生じた場合には渡し方を変えましょうということをあらかじめ合意しておこうというのが、多数当事者間ネットティング（多数当事者間の一括清算ネットティング）という取決めである。そこで、こうした取決めをしたような場合に、それが第三者との関係で法的に有効なの

かどうかが問題となる。

この場合、ネットティングの性質が相殺なのか解除なのかということが問題になりうるが、ここではこの点には立ち入らないこととして、問題を実質的に考えてみると、この問題を考えるうえで参考になる判例として、次の最高裁判決がある。すなわち、金融機関のネットティングとはまったく関係ない事件であるが、最高裁平成7年7月18日判決（判例時報1570号60頁）である（【図1】参照）。

Y社がその取引先であるA社に241万円を渡すという債務を負っており、A社はY社の100%子会社であるB社に対して128万円渡すという債務を負っていた。ところが、A社の信用状態が悪化したため、Aの租税債権者であるX（国）がA社のY社に対する241万円の債権を差し押さえて、Y社に対して241万円の支払を求める訴えを提起した。Y社としては、241万円をXに払ったら、その子会社であるB社はA社から128万円は回収できない。そこで、Y社は「差引計算して、241万円から128万円を差し引いた差額だけ払う」と抗弁した。

理論構成としては、B社がA社に対して有する128万円の債権をY社に譲渡する。そうすると、128万円と241万円の2つの債権が二当事者（YA）間に存在することになる。そこで相殺するとした。第1審ではY社が勝訴したが、控訴審および最高裁では、Y社は敗訴し、この相殺は認められなかった。その理由は、差押え後に取得した債権による相殺は差押債権者に対抗できないというものである（民法511条）。

この考え方からすると、平時において「将来かりにもし差押えがあったような場合には債権を譲渡しそのうえで相殺をする」ということをあらかじめ当事者間の契約で定めておいたような場合には、そのような合意に基づいて行う相殺の効力を差押債権者に対抗できるか否かということが問題となる。この点については、見解は分かれうると思われるが⁽⁷⁾、ここでは、この点とは別に、かりに事前の合意があればそのような相殺が認められるとしても、そのこととは別の論点があることを指摘しておきたい。すなわち、それは、三当事者間であらかじめ合意しようとする、一体誰が誰にいくら渡すことにすべきかという点である。

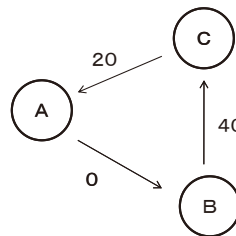
【図1】でいうと、1つの考えられる答えは、20はぐるっと回るので、20を帳消しして、CがAに20渡し、BがCに40渡し、AはBにゼロを渡すという処理である（【図2】）。

この場合、答えというか「解」は複数あるということが重要である。必ずしもこれだけではなくて、ほかのやり方もある。たとえば、差引計算をせずに債務を履行すれば、結局のところ、Bが20もらい、Cが60もらい、Aが40もらうわけである。Cは60もらって40渡すので、差引20

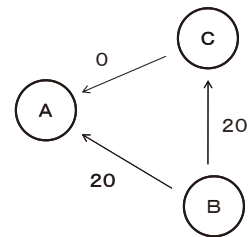
(7) 詳細は、新堂幸司「多数当事者間ネットティングの制度設計と有効性——一括清算条項のマルチ化」新堂幸司＝佐藤正謙編著「金融取引最前線」255頁以下（1996年）参照。

だけもらえばいい。Bは20もらって60渡すので、差引40渡せばよい。Aは40もらって20渡すので、差引20もらう。そうだとすれば、BがAとCにそれぞれ20ずつ渡し、CはAにゼロ払う。こういう処理もありうる（【図3】参照）。つまり、債務を圧縮するといっても、（少なくとも）その方法として【図2】

【図2】



【図3】



と【図3】の2通りがありうる。これが4当事者、5当事者になると、もっと無数の解が出てくるが、いずれにせよ、複数の答えがある。

ところで、ここでの数値例で、Aが倒産したら【図2】と【図3】で損失負担の結果は異なるであろうか。【図2】で、Aが倒産したら、Bは損しない。ゼロである。Cはどうせ20渡さなければならない。【図3】で、Aが倒産したらどうか。BはAに渡すので、Bは損しない。Aからもらう人は1人もいないので、結局、ここでの数値例だと、Aが倒産した場合は【図2】でも【図3】でも同じ結果となる。

ただし、ここでの数値例の場合だと、Aではなくて、Cが倒産した場合を考えると結果が変わってくる。なぜなら、【図2】でCが倒産すると、Bは40渡さなければならないが、Aは20とれない。【図3】でCが倒産すると、Bは20渡さなければならないが、Aは損失を受けない。なぜなら20をBからもらうからである。ということで、ここでの数値例でいうと、Cが倒産した場合には【図2】の処理か【図3】の処理かで損失負担者が異なってくる。

（2）清算機関の意義

以上のような状況のもとで、清算機関を設置するという考え方が登場する。清算機関という考え方は、A B Cの間に清算機関を設置するという考え方である。この清算機関は債権債務の法主体となる（CCP：central counterpartyという）。CがAに40渡すというのは、必ずCCPを通して40渡す。CからCCPに40渡し、CCPからAに40渡す。同様に、AがBに20渡すという契約がなされたときは、AはCCPに20渡し、CCPがBに20渡すこととする。BがCに60渡すという契約がなされたときには、これまたCCPを経由して、BはCCPに60渡し、CCPがCに60渡す。以上のような処理とする（【図4】参照）。

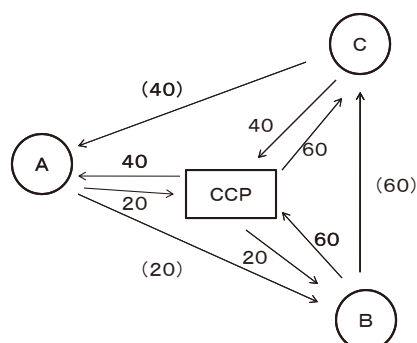
万が一、Aが倒産した場合にはどうなるかという、この場合には40受け取り、20渡すということで、差引20をAはもらえる立場であるから、差引計算をしてCCPが20をAに渡して終わりとする（この点については二者間での一括清算ネットィングをする）。

Cが倒産した場合でも、この例でいうと、CCPがCに20だけ渡す（60と40とを差引計算する）。以上のような処理をすることによって生じる損害というのは、CCPが第一次的には負担することになるが、これを清算制度の参加者に負担させるような場合には、あらかじめ負担方式を決めておいて、たとえば残りの者（上記の例ではCが倒産した場合にはAとB）がそれぞれの純債権額に応じて按分で損失を負担する等とする。

以上が清算機関の設置という考え方である。どの金融機関にも倒産リスクはあるという前提で物事を事前に合意しようとする、清算機関を置いたほうが合理的なのではないかということである。

そこで、清算機関を置いた場合に、法律問題として問題になるのは、まず第1に、前述した最高裁の判例に抵触しないかという点である。この点については、平時においてCCPと各当事者という二者間の債権債務関係に置き換えておくので、民法511条の問題は解消し、あとは二者間の相殺合意の効力という問題⁽⁸⁾とすることができると解される。第2に、では、たとえばAB間でAがBに20渡すという取引をした場合に、それをAのCCPに対する20の債務とCCPのBに対する20の債務に置き換える、その法律構成は何かという問題がある。債権譲渡なのか、債務引受なのか、それ以外か。この第2の点については、現行法上は、債務引受等の民法上の一般規定によるしかない。なお、立法論としては、民法（債権法）改正検討委員会の「債権法改正の基本方針」は、「一人計算」という新しい仕組みを提案し⁽⁹⁾、本稿執筆時点において、法制審議会民法（債権関係）部会におけるいわゆる債権法改正作業のなかで、「三面更改」という新しい仕組みの導入について、検討が行われている⁽¹⁰⁾。

【図4】



(8) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁、新堂・前掲（7）参照。

(9) 民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」別冊NBL126号192頁以下（2009年）。「一人計算」の提案について、松下淳一「債権法改正と倒産法」事業再生と債権管理23巻3号118頁（2009年）参照。その後の法制審議会民法（債権関係）部会における審議の状況については、同部会「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」第21および法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」第21（2012年5月）を参照。

(10) 神作裕之「金商法におけるインフラ整備」金融法務事情1951号55頁（2012年）参照。

5 むすびに代えて

本稿では、多数当事者間のネットティング（とくに一括清算）の取決めに關して、清算機関設置の意義について概観した。ただし、金融危機後の最近の議論においては、ネットティング条項の「誤った」発動を制限するために、金融機関について破綻処理手続が開始したような場合にネットティング条項の発動を一時停止する旨の立法等の手当てがされるべきことが提言されている⁽¹¹⁾。日本においても、今後、ネットティングと清算機関については、なおさまざまな観点からの検討が必要になりそうである。

(11) Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group (September 2009); Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (October 2011) 参照。

金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項

第49回（平成21年7月9日）

- ・ 相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題（事務局）
- ・ 個別分担テーマの選定およびフリー・ディスカッション

第50回（平成21年9月18日）

- ・ 最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（その1）（山田誠一委員）
- ・ 破産法71条・72条と金融取引（松下淳一委員）

第51回（平成21年11月24日）

- ・ フランス法における相殺と金融取引（野村豊弘委員）
- ・ 最近の相殺をめぐる裁判例と債権法改正（その2）（山下純司委員）

第52回（平成22年1月18日）

- ・ ネットィングおよび清算機関に関する制度整備の経緯と課題（神田秀樹委員）
- ・ 報告書のとりまとめについて

○ 会合の回は、平成11年からの通番。

以 上

金融法務研究会委員

顧問	前田 庸	学習院大学名誉教授
	青山 善充	明治大学法科大学院教授
	能見 善久	学習院大学法科大学院教授
座長	岩原 紳作	東京大学大学院法学政治学研究科教授
運営委員	前田 重行	学習院大学法科大学院教授（第1分科会主査）
	山田 誠一	神戸大学大学院法学研究科教授（第2分科会主査）
	沖野 眞己	東京大学大学院法学政治学研究科教授（第2分科会幹事）
	森下 哲朗	上智大学法科大学院教授（第1分科会幹事）
委員	野村 豊弘	学習院大学法学部法学科教授
	神田 秀樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	中田 裕康	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	神作 裕之	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	松下 淳一	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山下 純司	学習院大学法学部法学科教授

（平成25年2月現在）

金融法務研究会第2分科会委員

主査	能見善久	学習院大学法科大学院教授
委員	野村豊弘	学習院大学法学部法学科教授
	神田秀樹	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山田誠一	神戸大学大学院法学研究科教授
	松下淳一	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山下純司	学習院大学法学部法学科教授
オブザーバー	中原利明	三菱東京U F J 銀行コンプライアンス統括部 法務室長
	井上博史	三菱東京U F J 銀行コンプライアンス統括部 法務室上席調査役（現 同行法務室次長）
	大橋英和	三菱東京U F J 銀行企画部会長行室調査役 （現 同行法人企画部調査役）
事務局	辻松雄	全国銀行協会業務部長 （現 全国銀行協会企画部長）

※本報告書のテーマ検討期間における検討メンバー。

金融法務研究会報告書一覧

発行年月	報 告 書 名	巻数
1996.2	各国銀行取引約款の検討ーそのⅠ 各種約款の内容と解説ー	(1)
1999.3	各国銀行取引約款の比較ー各国銀行取引約款の検討 そのⅡー	(2)

以下、第1分科会と第2分科会とに分けて研究を行う。

第1分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2000.4	チェック・トランケーションにおける法律問題について	(3)
2002.3	金融機関のグループ化と守秘義務	(5)
2002.10	チェック・トランケーション導入にあたっての法的課題の再検証	(7)
2004.7	社債管理会社の法的問題	(9)
2005.9	電子マネー法制	(11)
2006.10	金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス	(13)
2008.5	金融機関の情報利用と守秘義務をめぐる法的問題	(16)
2010.5	金融機関における利益相反の類型と対応のあり方	(17)
2012.9	金融取引における信用補完に係る現代的展開	(20)

第2分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2002.3	消費者との銀行取引における法律問題について	(4)
2002.3	金融取引における「利息」概念についての検討	(6)
2003.10	預金の帰属	(8)
2004.7	債権・動産等担保化の新局面	(10)
2005.9	最近の預金口座取引をめぐる諸問題	(12)
2006.10	担保法制をめぐる諸問題	(14)
2008.3	銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開	(15)
2010.5	動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討	(18)
2012.6	預金債権の消滅等に係る問題	(19)
2013.2	相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題	(21)

金融法務研究会事務局

〒100-8216 千代田区丸の内1-3-1

全国銀行協会（業務部）

電話 東京（03）3216-3761（代）

本報告書は研究会としてのもので、全銀協としての意見を表明したものではありません。