

相殺権濫用論と相殺要件に関する一考察（二・完）

石 垣 茂 光

目次

はじめに

一 相殺権濫用論の現状

1 総論的議論

（一） 相殺権濫用論の位置づけ

（二） 濫用基準

（三） 適用場面

（四） 効果

（五） 小括

2 個別具体的事例における類型的考察

（一） 相殺権の行使態様が問題とされる場合

- (1) 時期に遅れた相殺
 - (2) 他に担保目的物がある場合の相殺
 - (3) 狙い撃ち相殺
 - (4) 駆け込み割引による相殺
 - (5) 民事執行法一四七条による陳述の催告と相殺権濫用
- (二) 自働債権の適格性が問題とされる場合
- (1) 割引手形の買戻請求権を自働債権とする相殺
 - (2) 保証人の預金に対する相殺（以上第四五号）
- (三) 受働債権の適格性が問題とされる場合（以下本号）
- (1) 代理受領と相殺
 - (2) 振込み指定と相殺
 - (3) 不渡異議申立預託金との相殺
 - (4) 差押え禁止債権の振込と相殺
- 3 相殺権濫用論の問題性
- (一) 相殺権濫用論の現状と分析
- (二) 相殺権濫用論の意義
- (三) 当事者間で相殺権行使が否定された若干の事例
- 二 ドイツ法における相殺排除
- 1 判例
- 2 学説
- 3 小括

三 若干の検討

- 1 債権の同種性と債務の性質による許容性について
 - 2 相殺排除要件について
 - 3 とくに差押え禁止債権の振込みと相殺について
 - 4 とくに不渡異議申立預託金との相殺について
- 四 結びにかえて

（三） 受働債権の適格性が問題とされる場合

（1） 代理受領と相殺

代理受領とは「債務者（委任者）に対して貸付債権を有する債権者（受任者）が、その貸付債権の回収を確保するために、債務者とその取引先である第三債務者に対して有している代金債権につき、代金を請求・受領する権限の委任を受け、その委任状に諸種の付随特約を付けた上で第三債務者の承認を得ておき、その代金債権を弁済期後第三債務者から直接受領し、債務者に対する貸付金の弁済に充当する担保方法」⁽¹⁰⁹⁾である。この場合にそもそも代理受領契約がいかなる契約であるかという本質論についても議論のあるところであるが、これを承諾した第三債務者と代理受領権者との関係、とくにここでは第三債務者が債務者である委任者に対して有する債権を自働債権とし、代理受領の目的とされた債権を受働債権として行う相殺が認められるかが問題となる。すなわち、代理受領契約の

目的とされた債権を受働債権とすることが可能かどうか、しかもその際に、自働債権の取得時期も併せて問われることになる。

【31】 東京地判昭和四十六年三月二三日 (判時六四〇号六三頁)

(事実の概要)

XはAにベッド等を継続的に販売してきたがAの信用悪化により取引を停止した。その後、Aは大切な取引先であるYから注文を受け、面子上も断れないことからXに売渡しを申し入れた。そこでXは、YがAに支払うべき商品代金を直接受領する権限をXに与えること、およびXが直接Yに納入することなどを条件に売り渡すことを承諾した。さらにXは、Aに対する売掛代金債権が未納のため取引停止していたこと、Yが支払うべき代金を直接Xに支払うことを条件にAに売渡したことをYに告げ、右代理受領の承認を求め、Yはこれを承認した。そこでXが商品を購入したのであるが、その後YはAに対する反対債権をもって右代金債権と相殺し、Xの支払請求を拒絶した。

(判旨)

YはXに「代理受領権のあることを承認したにとどまらず、正当の理由のない限り、Xに対して、代理受領委任の目的となつているAに対する右商品代金を現実に支払提供し、XのAに対する商品代金債権の回収に協力すべき義務を負つたものと解すべきであり」、それにもかかわらず相殺することによってXの債権回収を不能にしたことは「右義務に違背し故意にXの債権を侵害した違法なものである」として、不法行為に基づく損害賠償責任を認めた。

本判決は、相殺をしたことに対して損害賠償義務を負わせたおそらく最初のものであろう。しかし、ここでは相殺したことがとくに問題とされたのではなく、受領権者の債権回収に協力すべき義務を負うと認定されるほどに第三債務者が代理受領契約を締結するに至った事情を熟知していたにもかかわらず、自ら債権回収を不能に至らしめた責任が追及されたのである。つまり、三当事者間の事情によって第三債務者の責任が認められたのであって、一般的命題として代理受領契約における第三債務者の相殺の可否が論ぜられているのではないのである。⁽¹⁰⁾

【32】 福岡地小倉支判昭和四八年一月二六日（判時七〇四号八四頁）

（事実の概要）

X銀行は、Aに融資するに際してその返済につき、Aが将来Yから取得する請負工事代金につきAがXに代理受領を委任し、Yがこれを承諾するという代理受領の方法を用いた。Yの承諾後、Xは融資し、Aが請負工事を継続していたが、その後Aは倒産した。そこでXが代理受領権限に基づき工事代金をYに請求したところ、Yは代理受領承認後になしたAに対する貸付債権をもって相殺するとして支払を拒絶した。

（判旨）

代理受領の本質は取立委任に外ならず、YはAに対して有する一切の抗弁事由をもって融資者に対抗できる。なぜなら「債権譲渡ないし質権設定（或は債権差押）等と明らかに法律上の形式を異にする代理受領契約に債権譲渡等と全く同じ効力を認めることは契約締結の秩序を乱し、第三債務者たるYに対し不当に酷な負担を強いる結果となるおそれがあるからである」とし、Yの行った相殺を認めた。

本判決は、代理受領における第三債務者の承諾の意味について、それは債権譲渡における無留保承諾とは異なることによって、第三債務者は抗弁を喪失するものではなく、しかもその抗弁を代理受領の承認後に取得したものであっても認めるのである。この考えはその後の下級審判決の先例となるものである。

【33】 東京高判昭和五二年四月一四日（金法八二六号三五頁、金判五三一号二三頁）

（事実の概要）

XはAに対する融資の担保として、AがYに対して有する工事請負代金債権の代理受領権を授与され、Yも承諾した。その後Aが倒産したため、Xが工事代金をYに請求したところ、Yは代理受領の承諾前からAに対して有する貸金債権をもって相殺すると主張した。

（判旨）

「代理受領の承諾の効果は、債権譲渡の際の債務者の異議を留めない承諾と同様に解することは出来ず、一般に、債権担保を目的とする代理受領の承諾をした第三債務者は、債務が有効に存在しその支払を現実になすべき関係にある限り、その履行を直接自己の債権者に対してなすこと等によって正当の理由がなく代理受領権者の利益を害してはならない拘束を負うものと解すべきであるが、承諾前から有する反対債権をもって相殺をなしうる利益（受働債権のうえにあたかも担保権を有するにも似た地位）まで喪失すると解することは、特段の事情のない限り（甲第二号証、承諾書に振込銀行の指定があることをもって、未だ特段の事情があるとはなし難い）、推測される第三債務者の合理的意思に反し、相当ではな」として、相殺は信義則に反せず、また禁反言にもとる不当なものとはいえないとした。

【34】 京都地判昭和六一年六月二六日（金法一一五六号四四頁）

（事実の概要）

XはAに融資する際、AのY銀行に対する定期預金の払戻しを受ける権限を授与された。ところが、Aは右事実を秘して定期預金の一部の払戻しを受け、またはこれを担保に借入した。その後、Aが倒産したため、Xが右預金の払戻しをYに請求したところ、Yは払戻しおよび貸付債権との相殺により残額は生じないとして拒絶した。

（判旨）

「債権者が、その債権を担保するために債務者の第三債務者に対する取立権限を制限し、委任等の方法により第三債務者に対する債権の受領権限を取得したとしても、一般には第三債務者の承諾がない限り、第三債務者に対してはなんらの法的効果をもたないものと言うべきであるが、(1)このような債権担保契約が存在することを知らないが、(2)債務者に支払うべきなんらの利益もないのに、(3)債権者を害する意図で債務者に支払った場合は、債権侵害として不法行為を構成するものと解するのが相当である」が、本件では第三債務者が受任者の受領権限を承認したものでない以上、これにあたらないうとしてYの相殺を認めた。

ここでは第三債務者の義務違反が債権侵害による不法行為を成立させるということを一般的に述べているにすぎないが、これは代理受領がなされても第三債務者は相殺することができるとすることを当然の前提としつつ、態様によっては不法行為によって受領権者が救済されることを示している。

【35】 東京高判平成二年二月一九日 (金法一二五七号三五頁)

(事実の概要)

X信用金庫はAに対する貸付に際し、AがYに対して取得する請負工事代金をAに代わって受領する旨の代理受領契約を締結し、Yも承認した。ところがその後、Aが倒産したので、YはAに対する債権と右請負代金債権を相殺し、Xの支払請求を拒絶した。

(判旨)

代理受領契約を第三債務者が承認したとしても、それは委任者に弁済をしてはならないという拘束を受けるにとどまり、「右承認の効果として格別の利益を受けるわけではないから、関係当事者間で特約がなされた等の特段の事情がない限り、右拘束以上の不利益を当然に甘受しなければならない理由はない」といべきである。従って、第三債務者が委任者に対して有する債権を自働債権とし、代理受領契約の対象となっている債権を受働債権とする相殺についても、関係当事者間でこれを禁止する旨の特約がなされた等の特段の事情がない限り、第三債務者は、これを有効になし得るものであり、受任者も、それによる危険負担を覚悟すべきものである」。

このようにして、裁判例としては、第三債務者が行う相殺はなんら制限されないものとして確立されているようである。これは代理受領権者と第三債務者との間に直接の法律関係を認めないとする代理受領契約の法的性質と結び付けて解釈されていることの帰結であろうと思われる。すなわち、代理受領に関する指導的判例と目される最判昭和四四年三月四日 (民集二三卷三号五六一頁) および最判昭和六一年一月二〇日 (判時一二一九号六三頁) では、代理受領が取立委任であり、第三債務者が代理受領を承認しても債権者に直接代金の支払義務を負うものでは

なく、ただ債権者の利益を害してはならず、直接委任者に弁済した場合には不法行為として損害賠償義務が生ずるとしている。したがって、代理受領契約における第三債務者の承諾が債権譲渡の承諾とは異なることから、第三債務者が承諾しても相殺できるとすることが導かれるのである。⁽¹¹⁾このような代理受領の法的性質と絡んで相殺の可否を論ずることから一步を進め、代理受領権者の利益保護の要素を加味して相殺の可否をその承諾と自働債権の取得時期との先後関係で区別して論ずるものもある。⁽¹²⁾さらには、最近では代理受領の担保的効力と相殺の担保的効力の優劣という観点から論じていこうとする考えも打ち出されている。⁽¹³⁾

しかし、問題はそれだけにとどまらないと思われる。三当事者間のみならず債務者（＝委任者）の差押え債権者等も考慮すべきことになるからである。かりに代理受領権者に対する相殺が否定されたとしても債務者の差押え債権者に相殺を對抗することができなくなってしまつては統一性がとれなくなつてしまふことになる。すなわち、代理受領を承諾した後に反対債権を取得した場合、これをもって相殺することができなくなると解しても、その後に債権を差押えた者が現れた場合にはその者に相殺することは可能とも考えられる。そうなると代理受領権者には相殺を對抗することができないとしてもそれはあくまで内部的な問題としてしか意味を有しないことになる。したがって、代理受領契約をどのように捉えるか、委任者に対する弁済も単に不法行為として損害賠償義務を発生するだけにとどまらず、弁済として否定されるのか、そこからさらに相殺も否定されるのかといった問題とあわせて、代理受領の対象債権に関与した第三者との関係をも視野に含めた検討が必要とならう。

注

(109) 鳥谷部茂「代理受領と法定相殺・相殺予約の競合(一)」広島法学一八巻二号（平成六年）三一頁以下。

(110) 同旨、林錫璋「代理受領の担保的機能」桃山大経済経営論集三〇巻四号(平成元年)二八九頁(同『債権と担保』(法律文化社、平成九年)所収)。

(111) 柳川俊一「判批」金法八四九号(昭和五三年)二七頁、中田昭孝「代理受領の問題点」判タ四一七号(昭和五五年)三〇頁以下、西尾信一「代理受領を承認した第三債務者による相殺」金法一二六〇号(平成二年)五頁、林錫璋「判批」法時六四巻三号(平成四年)九二頁、林・前掲注(110)二九一頁、など。これに対する反対説としては、堀龍兒「代理受領を承認した第三債務者の相殺と不法行為責任」リマックス三号(平成三年)三三頁。ただし、相殺できないとするのではなく、不法行為責任を負うとする。

(112) 松本恒雄「代理受領の担保的效果(中)」判タ四二四号(昭和五五年)三五頁は、相殺の担保的利益と代理受領の担保的利益の衝突場面と捉え、その発生の先後関係によって決すべきであるとされる。また、甲斐道太郎「契約形式による担保権——代理受領」遠藤浩「林良平」水本浩監修『現代契約法大系 第6巻』(有斐閣、昭和五九年)四八頁は、代理受領の承諾後に反対債権を取得した場合にも相殺を有効としつつ、第三債務者の債務不履行責任を認め、あるいは田中・前掲注(83)二〇〇頁はこの場合の相殺を無効とされる。

(113) すでに松本教授がこの観点から述べられているが(前注参照)、これを明確にした上で詳細に論じられているのが鳥谷部教授である(前掲注(109)および「代理受領と法定相殺・相殺予約の競合(二)」広島法学一九巻四号(平成八年)参照)である。しかし、相殺を行うことがただちに担保権行使として考えられてよいものであろうか。確かに二つの債権が対立するということは担保として考えられている場合もある。しかし、反対債権を偶然取得する場合もあるものであり、その場合も含めて担保的として捉え、代理受領の担保権との優劣という形で論ずることは必ずしも適当ではないと考えられる。相殺するということは自己の債務の弁済を現実になすことに代えて自己の債権を引当てることである(前掲注(10)参照)。したがって、ここで相殺が可能かどうかの判断は、まずもって委任者に対する弁済が許されるかということであり、それが許されるとしても履行の代用である相殺までもが認められるのか、それはとりもなおさず代理受領の対象債権とはなんら関係のない事情(外在的事由)の主張が認められるかどうかにかかっているのではなからうか。

なお、代理受領に関してさらに詳しくは、藤田寿夫「代理受領と契約の第三者保護効」神戸学院法学二二巻二号(平成三年)一〇四頁以下参照。

(2) 振込み指定と相殺

振込み指定とは「第三債務者（丙）が銀行の貸出先（乙）に対して負担する代金債務の支払方法を、乙の指定する融資銀行（甲）の特定の預金口座への振込に限定し、当該振込金を引当てに融資銀行が貸付金の回収をはかる方法」である。⁽¹⁰⁾ この場合、振込み指定を承諾した第三債務者が債務者に対する反対債権で相殺し、これを債権者に対抗することができるかが問題となる。代理受領と同様に、ここでもまた振込み指定の法的性質が問われることになる。最判昭和五八年四月一日（金法一〇三〇号四三頁）およびその差戻審である福岡高判昭和五九年六月一日（金判六九九号三〇頁）では、代理受領と同様に、第三債務者が振込みをしなかった場合について不法行為責任を認めている。したがって、ここでも振込み指定の承諾が相殺権放棄と評価しうるかが問題となるのであるが、この点はあまり議論されていないようである。実際上問題とされた場合も、輸出円貨代金振込み依頼についてであった。

【36】 東京地判昭和四七年四月七日（金法六六〇号二四頁）

（事実の概要）

XがAに輸出用の楽器等を売渡すにつき、AはY銀行に対して信用状に基づく輸出荷為替手形を売渡して取立を依頼し、その内の代金分をXに振込むことをA・Y間で取決め、Xも承諾した。その後Yは取立を完了したが、Aが倒産したため、Aに対する債権と相殺し、Xの口座に振込まなかったたのでXから訴求。

（判旨）

A・Y間の輸出円貨代金振込み依頼書の発行が第三者のためにする契約であるとし、その結果Xに直接Yに対する債権を取得させるものであり、Aに対して債務を負うものでない以上YはAに対する債権と相殺することはできないとした。

ここでは振込み依頼が第三者のためにする契約であるかどうかが争われ、その結果として相殺が否定されたのであるが、次の控訴審では相殺権行使の是非が直接争われた。

【37】 東京高判昭和五〇年一〇月八日（判タ三三六号二三一頁）

（判旨）

本件振込み契約が第三者のためにする契約ではないとしてXのYに対する履行請求を認めなかったが、輸出円貨代金振込み依頼が一般的に行われていること、Yが「右取引界の実状を了知していたこと」、Xがそれを信頼して「確実に代金の支払が受けられるものと信じて右の取引に応じたものであること」、Yも「その間の事情を知らなかったわけでもないこと」等の事情から、Aがたまたま倒産したことを理由に相殺することは、それを信頼して行動したYの「権利を無視し、もっぱら自己の債権の回収のみを図ろうとするものであって、Aに対する関係ではともかく、Xとの関係においては取引の信義則に反し権利の濫用として許されないところであるといわざるをえない」と。

本判決は、振込み依頼を承諾した者が依頼人に対する反対債権で相殺することが権利濫用として無効である旨判示しているが、これが一般的に妥当するものとは思われない。振込み依頼をする間の事情等によって権利濫用とさ

れたものであって、その意味では代理受領に関する裁判例【31】と同様であり、必ずしも振込み依頼を承諾した者の相殺が禁止されたとはいえないからである。⁽¹⁵⁾

しかし、この結論に対しては多くが賛意を示している。回収の期待がないこと、振込みを承諾しておきながら相殺することは背信的であること、さらには振込み資金として入金したものであるからこのように特定の用途を定められた資金は相殺に供することができないことなどを理由とする。これらの理由付けによって、一般的に振込み指定の場合に第三債務者が相殺できないとの立論を立てうるかについては、代理受領の場合と平仄を合わせなければならぬ。しかし、この点については議論されていないようである。⁽¹⁶⁾

ところで、破産法上は次のような問題が生ずる。すなわち、振込み指定の約定に基づく振込みが破産申立後になされた場合、破産法一〇四条二号但書の適用があるかどうかである。最判昭和五二年二月六日（民集三一巻七号九六一頁）は、貸付先の支払停止後にそれを知って当座勘定取引契約を解約して別段預金を開設し、その後貸付先の取引先からの入金があり、その別段預金債権と貸付債権とを相殺した場合には破産法一〇四条二号本文による相殺禁止にあたるとした。このようにして単に振込まれた預金債権を受働債権として相殺することは、その振込まれた時期が預金者の支払停止の時期の前か後かによって相殺の可否が決められることになった。これに対して次の事例では預金者の破産申立の前に振込み指定がなされていた場合に関するものである。

【38】 名古屋地判昭和五五年六月九日（金法九五八号五一頁）

（事実の概要）

Y銀行がAに対して融資するにあたり、共済組合BがAに将来支払うべき退職金をY銀行に振込むことによって

右借受金の弁済に充当される旨の約定をY・B・A間で結んだ。その後Aは自己破産の申立をなし、退職したため、BはAに支給すべき退職金を約定に基づきY銀行のA名義の普通預金口座へ振込んだ。その翌日、Aは破産宣告を受け、破産管財人になったXがYに預金の払戻しを請求したところ、Yは右預金と貸付金は相殺したとして拒絶。そこで、Xが、Yの相殺は破産法一〇四条二号にあたり無効であるとして訴求した。

(判旨)

Yが預金債務を負担したのは、Aの「危機状態を知る以前の右振込指定により当初より予定されており、これを具体的、直接的な原因として発生したものである」ということができ、「よって、Yの右預金債務の負担は破産法一〇四条二号但書の債務負担が危機状態を知った時より『前に生じたる原因』に基づく場合にあたり、相殺が許されると認めるのが相当である」⁽¹²⁾。

このように裁判例としては相殺を肯定しているものの、学説においては反対説が有力に主張されている。たとえば時岡説は、破産法一〇四条二号但書が相殺禁止の除外例を設けているのは、相殺の担保的作用を信頼した債権者に酷な場合が生ずるからであるから、相殺に対する信頼を保護すべき債務負担の「原因」は、直接的な債務負担行為に限られ、弁済方法の指定にすぎない振込み指定はこれにあらず、相殺することができないとされる⁽¹³⁾。この理をさらに明確にし、振込み指定の実体に即して判断すべきであり、一種の弁済方法としての振込み指定の場合には弱い振込み指定として危機時期に振込まれても相殺できないが、担保のために設定されたものは強い振込み指定として相殺可能であるとするものもある⁽¹⁴⁾。あるいは、振込み依頼人に倒産のおそれがないような場合には銀行は相殺できないとの主張もある⁽¹⁵⁾。

ここでは破産法一〇四条二号但書の趣旨をどのように解するかが問題となり、それと振込み指定をどのように捉えるのが組み合わさってくるのであるが、ここではもっぱら破産法の解釈が中心となり、相殺権濫用論に含まれるものではないと思われる。

注

(114) 本間輝雄「代理受領と振込指定」金法六八九号（昭和四八年）一〇〇頁。なお、振込み指定と代理受領との比較において、振込み指定では第三債務者に対する積極的権限がないため担保としての効力が生じないものに、鳥谷部・前掲注(113)八〇頁がある。

(115) 同様に、この事情によることを指摘するものとして、須藤・前掲注(14)一一〇頁以下。なお、本件は、上告審において、債権者代位権の観点から破棄差戻しされた（最判昭和五四年三月一六日民集三三卷二号二七〇頁）。

(116) 高木・前掲注(3)八頁

(117) 久保井・前掲注(3)『契約法大系』四二頁。

(118) 谷川久「輸出手形代金の振込依頼」加藤一郎・林良平・河本一郎編『銀行取引法講座 中巻』（金融財政事情研究会、昭和五二年）三七七頁。

(119) 振込み指定を合意解除した場合には不法行為の成立が否定されている（大阪地判昭和五三年五月三〇日（金法八六一号三四頁、金判五五三三四七頁））。

(120) 控訴審でも維持された（名古屋高判昭和五八年三月三一日判時一〇七七号七九頁）。

(121) 時岡泰「銀行取引と破産」加藤一郎・林良平・河本一郎編『銀行取引法講座 中巻』（金融財政事情研究会、昭和五二年）三八三頁以下。

(122) 青山善充「倒産法における相殺とその制限(1)」金法九一〇号（昭和五四年）九頁、小沢征行ほか「退職金の振込指定と相殺禁止」金法一〇四〇号（昭和五八年）八頁、佐藤鉄男「給与振込による預金債権の差押と相殺」今中利昭先生還暦記念『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』（民事法研究会、平成七年）二二四頁、志田洋「相殺の制限(1)」竹下守夫・藤田耕

三編『裁判実務大系3』四九一頁以下。
(123) 本田・前掲注(3)五〇〇頁、久保井・前掲注(3)『裁判実務大系』一三二頁以下。

(3) 不渡異議申立預託金との相殺

手形債務者が手形の支払について争い、その支払を拒絶する場合、それによって支払がなされなかった手形が不渡となり銀行取引停止処分となることを回避するために、手形債務者は支払銀行に委託して不渡異議申立を行うことになる。その際、手形債務者は支払銀行に異議申立預託金を提供し、支払銀行はこれを異議申立提供金として手形交換所に提供することになる。⁽¹²⁴⁾ところが、手形債権者が手形訴訟に勝訴すると、結局手形債務者の支払拒絶は理由がなく、手形債務を支払わなければならないことになる。これにより事故解消として異議申立提供金が返還され、同時に預託金も返還されることになるのであるが、これを手形債権者が差押えても、銀行が手形債務者に対する貸金債権と相殺してしまうと、手形債権者は手形債権の回収ができなくなってしまうことになる。すなわち、手形の支払義務が確定した以上、手形債務者は手形債権者の支払請求に応じなければならないのであるが、その資金の見返りとして提供された預託金が銀行によって相殺されてしまうと、手形債権者にとってはいわば銀行によって横取りされてしまったかのような印象を与えることになるのである。⁽¹²⁵⁾そこで、このような不渡異議申立預託金を受働債権として相殺することができるのかが争われることになるのである。

これを扱った事例は数多く存在し、手形債権者の不満の強さが伺えるのであるが、ここでは最高裁判決のみ挙げることにする。

【39】 最判昭和四五年六月一日（民集二四卷六号五二七頁）

（事実の概要）

為替手形の裏書をしたXは、右手形が不渡となったため、手形所持人に対してその義務を履行して右手形の所持人となり、引受人たるAに対して支払を求め、その旨の確定判決を得た。そこでXは、Aがすでに手形不渡処分を回避するために被告Y信用金庫に預託していた不渡異議申立金の返還請求権を差押え、転付命令を取得してYに訴求した。これに対し、Yは、Aに対する債権と右返還請求権とを相殺すると主張。一審二審ともX敗訴。そこでXは、異議申立預託金が手形債権者に対する支払に振り向けられるべきものであることから、Yが右預託金返還債務と相殺することは信義則上許されないなどとして上告。

（判旨）

まず、不渡異議申立制度に関して、それは「手形交換規則上、交換手形を不渡として返還した支払銀行（代理交換委託者を含む。）において、不渡が手形債務者の信用に関しないものと認め、所定の時限までに該手形金額に相当する現金を提供して不渡届に対する異議の申立をしたときは、取引停止処分を猶予するものとされていることに基づいてなされる手続」であるとし、そこにおいて不渡手形金相当額の提供金が必要とされるのは「これをもって手形債務者に支払の資力があり不渡がその信用に関しないものであることを明らかにさせることにより、取引停止処分を回避するために異議申立が濫用されることを防止しようとするにある」。この申立は、手形債務者が支払銀行に委託することによってなされるが、その際に手形債務者が提供金に見合う資金を預託することになる。提供金自体は一定の事由が生ずることにより必ず返還されるものであり、そうすると手形債務者の預託金も「支払銀行が右

提供の返還を受けた時」に返還すべきことになる。このような異議申立提供金・預託金の趣旨および「異議申立手続がとられても手形債権者の手形債務者に対する権利行使自体は何ら妨げられない」ことからすれば、右預託金が「特定の手形債権の支払を担保してその信用を維持する目的のもとに提供されるものではなく、支払拒絶事由の不存在が確定したときは手形債権者に対する支払に当てられるべきものとする趣旨を当然に含めて預託されるものでもないことは、明らかである。したがって、手形債権者は、右提供金ないし預託金またはそれらの返還請求権について、自己の債権の優先弁済に充てられるべきことを主張しうる地位を当然に有するものではなく、支払銀行の手形債務者に対する預託金返還債務を手形債権者との関係で他の一般債務と区別し、支払銀行が手形債務者に対して有する反対債権をもって右預託金返還債務と相殺することが、手形債権者との関係から制限されるものとすべき理由は、何ら存しない」として、上告を棄却した。

本判決が述べた不渡異議制度、預託金の法的性質、その履行期に関しては以後の最高裁判決もすべて踏襲しており、判例としては確固たるものとなっている。したがって、本判決の先例的意味も高いものとなっている。⁽¹²⁶⁾

【40】 最判昭和四五年八月二〇日(判時六〇六号二九頁、金法五九一号二〇頁)

本判決も【39】判決と同様に、預託金が手形債権者の支払を担保し、この支払に充てられるべき趣旨を含むものではないことから、「手形債権者は、右預託金またはその返還請求権について、自己の債権の優先弁済に充てられるべきことを主張しうる地位を当然に有するものではなく、また、支払銀行が、手形債務者の右預託金返還債権を、手形債権者との関係において、他の一般債権と区別し、これと手形債務者に対する反対債権とを相殺しえないと解

すべき何らの理由もない。」とし、銀行が貸付金債権をもって預託金と相殺することは「当然信義則上許されないものと解すべき理由は存しない」とした。

【41】 最判昭和四五年一〇月二三日（金法六〇二号五四頁）

手形債権者の預託金に対する優先的地位を否定し、さらに「支払銀行にとって預託金返還請求権が相殺の期待をもちえないものとする 것도 できず、支払銀行が自己の反対債権をもって右返還請求権と相殺することが委任契約に違反するものとも解しがたい」。

【42】 最判昭和四五年一二月六日（金法六〇二号五五頁）

ここでは預託金の性質論については争われず、預託金の弁済期の問題、相殺に供された貸付金の弁済期、とくにその期限の利益喪失約款が争われ、さらにその先後関係が問題とされたが、すでに昭和四五年の大法廷判決によって相殺に供する両債権の弁済期に関しては無制限説が採用されたこと、および銀行取引約定書の対外効が承認されたことなどを理由として、相殺が肯定された。

【43】 最判昭和四五年一二月一八日（金法六〇三号一七頁）

本判決も預託金返還債務と被告の有する貸金債権との弁済期の先後関係をめぐって相殺の有効性が争われたが、

【42】判決に沿った形で解決された。

【44】 最判昭和四十六年七月二三日 (金法六二四号二六頁)

預託金と相殺することについては正当な期待を有しているものとはいえないからこれを相殺しえないとする原告の主張に対し、【39】判決と同様に、預託金が手形債権者の優先弁済に充てられるものではなく、これと相殺することとは制限されないと判示。

【45】 最判昭和四十六年一月一九日 (金法六三七号二九頁)

原告は、預託金が信託財産であって受託者が恣意的に処分できないものであることなどを主張したようであるが、認められるに至らなかった。

【46】 最判昭和五十一年一月二五日 (金法八〇九号七三頁)

預託金と手形買戻請求権が相殺された事例であるが、ここではもっぱら手形買戻請求権を発生させるための銀行取引約定書の対外効、およびその弁済期が争われ、いずれにしても相殺が認められた。

前掲判例【7】 最判昭和五十四年三月一日

他に債権回収方法があるにもかかわらず預託金と相殺されたことが権利濫用であるかが争われたが、これによって債権満足を得たというだけでは権利濫用にならないとされた。

前掲判例【16】 最判昭和五十五年五月二二日

手形債権者が異議申立預託金を差押えたと事故解消として預託金が返還されるが、それは預託金が手形債権者にとって担保的機能を有するのであり、抵当権における物上代位のような意味を有するものであること、その預託金が相殺されて手形債権者が満足を得られないということは結局不渡事故解消ということにはならないこと、さらにそのことは異議申立提供金の提供が資力の証明になっていないこと、不渡処分を回避するためには預託金を提供するしか方法がなく、支払銀行を通らなければならないようにしておきながら、そこを通る資金を支払銀行だけが相殺することによって優先弁済を受けるのは不合理、などを理由として、預託金との相殺は信義則上許されず、権利濫用になるとの原告の主張に対し、【39】以下の判例を挙げ、預託金との相殺が無効ないし権利濫用にあたらなと判示。

【47】 最判昭和五六年三月二六日（金法九六一号三一頁）

原告は、異議申立預託金との相殺が経済的・社会的に差別されない旨を規定した憲法一四条に反するなど主張したようであるが、これは認められず、貸金債権をもって異議申立預託金と相殺することは正当であるとされた。

前掲判例【21】 最判昭和五六年一月一三日

異議申立預託金との相殺が信義則に反するものとはいえないとした。

このようにして、判例としては、支払銀行が不渡異議申立預託金を相殺に供することはなんら制限されないとすることで確立されているといえよう。しかしながら、この種の争いが数多く存在するということは、それだけ手形

債権者の不満が多いということを物語っている。

手形債務者が手形支払につき争い、支払を拒絶するに際してこれが手形債務者の資力に関するものではないことを証するために預託金を提供して不渡回避を支払銀行に委託する。手形債権者が手形訴訟に勝訴し、その後に差押え・転付命令を得ると不渡事故解消となり、異議申立提供金が返還され、同時に預託金の返還債務も履行期が到来することになる。手形の支払義務が確定した以上、手形債務者は手形債権者の支払請求に応じなければならない。その資金の見返りとして預託された預託金に手形債権者が目を向けるのは当然のことであり、これが支払銀行によって相殺されてしまうのは、手形債務者の資金が必ず支払銀行を通さなければならない不渡異議申立制度を悪用して、いわば横取りしてしまったという印象を与えるからに他ならない。

そこで、平成二年七月二日、東京手形交換所規則が一部改正され、事故解消届・支払義務確定届・差押え命令送達届のいずれかが交換所に提出されると異議申立提供金は返還されるが、支払義務確定の日から二ヶ月経過しても手形債務が支払されない場合、不渡処分審査請求することができるとした。すなわち、従前では転付命令が送達されると事故解消となってしまう、その後手形債務が支払されると否とにかかわらず、不渡処分が回避されることになる結果を改め、実際に手形債務が支払われなければ不渡処分の可能性を残しておくということである。^(四)これにより、手形債務者が実際に手形債務を支払わなければ不渡処分になり、間接的に手形の支払が強制されることにはなるが、手形債権者にとっては手形債務者が不渡処分を受けるかどうかが問題なのではなく、自己の債権を確実に回収し得るかどうかが問題であることからすれば、不十分なものであろう。改正点は不渡処分を回避するための努力を手形債務者に強いるものであるが、預託金が相殺されて資金繰りが悪化しては結局不渡となるのであり、その際に銀行は自己の債権を回収することができても、手形債権者は依然として自己の債権を回収できない状況が生じ

うるからである。結局、銀行の相殺権行使はそのままとして、後は手形債務者と手形債権者との間の問題として、銀行への批判の矛先を手形債務者に向けさせただけの改正といえよう。⁽¹²⁸⁾そこで、この相殺に関して学説の対応を次にみていくことにする。

学説においては、判例同様、預託金に対して手形債権者は優先権ないし担保権を有しているのではないとして、支払銀行のなす預託金との相殺を全面的に承認する考え方を一方の極とすると、手形債権者に優先権を認めて相殺を制限しようとする考え方までの間には様々な主張が存在する。⁽¹²⁹⁾

(1) 相殺肯定説

判例と同様に、預託金が手形債権者の支払に充てられるために預託されたものではないこと、さらには預託金といえども履行期到来後は通常のお金債権と異なること、⁽¹³⁰⁾あるいは預金債権と類似するに至ることなどを理由として預託金との相殺を全面的に肯定する考え方である。⁽¹³¹⁾さらには、預託金が手形債務者の預金の振替えで、その実態が銀行の貸付代り金であることから、預託金との相殺が認められなくなると、銀行が預金を預託金に振り替えることを渋り、結局債務者が預託金を積み重なって支払停止⁽¹³²⁾倒産へと拍車がかかることも理由に挙げられている。⁽¹³³⁾

このような考え方は多くは実務家を中心に主張されているが、しかしその数は意外に少なく、何らかの理由付けによって相殺権を制限しようとする立場が圧倒的である。それは、手形債権者の優先的地位が認められるものではないとしても、⁽¹³⁴⁾かといって相殺を認めることは支払銀行の優先的回収を認めることになってしまい、不公平感が生ずるからである。そこで、預託金が支払能力の証明にあるにもかかわらず、これが相殺されることは結局支払能力がなかったことになること、支払拒絶に正当理由がないことが明らかになった以上、その預託金で支払われるのが

当然であること、不渡処分といういわば脅しによって銀行が増担保を取り込む手段として異議申立預託金が利用されているといった批判が浴びせられることになるのである。⁽¹³⁵⁾

(2) 相殺制限説

相殺を制限するにしてもどのような理由付けを行うかに関しては大きく二つに分かれる。⁽¹³⁶⁾ その一つは、現行法の解釈上、手形債権者に優先権が認められないことから、立法的な解決を図るべきであるとする立場であり、今一つは、より直截的に、預託金との相殺自体を制限しようとするものである。

(ア) 立法的解決を模索する立場

立法的解決を提言する立場にも二つのものがある。まず一つには、異議申立預託金に手形債権者が優先権をもつものではないことから相殺が何ら制限されるものではないことを前提としつつ、手形債権者の心情に一定の理解を示し、手形債権者の債権確保の方策を講ずる手段を立法的に図っていくとする立場である。⁽¹³⁷⁾ 堀内説は次のように述べる。手形債権者が確定判決をもって転付命令を得た場合には事故解消として手形支払義務者を不渡処分とし、提供金を支払銀行に返還する。異議申立制度は支払義務がないという抗弁を一応認めて不渡処分を猶予するものであるから、手形債務者に支払義務があることが確定したならばこれを継続しておく理由はなく、直ちに不渡処分とすることになる。そして、一定期間内に手形債務者が弁済すれば処分しないという方法を提言する。⁽¹³⁸⁾

これに対し、そもそも預託金との相殺が制限されることを前提にしつつ、手形債権者の優先的回収を図るための改善策が提言されている。吉原説によると、支払銀行が提供している提供金を支払銀行が持出銀行に支払い、持出銀行が手形交換所に提供する。そして不渡事故が解消した場合にはその提供金が出銀行に返還され、これが手形

債権者に渡されるようにすべきであるとされる。⁽¹³⁸⁾

この吉原説に沿って日弁連も手形所持人の優先権が確保されるよう全銀協に要望書を提出したが、先に述べた平成二年の手形交換所規則の一部改正においても転付を事故解消とした場合の不渡処分の可能性を残すことについての改正のみがなされ、銀行の行う相殺に関しては手つかずのままに終わってしまった。

(イ) 直截的に相殺を制限する立場

この立場もその理由付けに応じていくつかに分けられる。

(a) 相殺の期待がない（担保視していない）とするもの

吉原説は、立法的提言もさることながら、そもそも銀行は相殺することができないとされる。本来ならば手形の支払呈示時点で預金を取り崩されて支払われたものが預託金となっているのであるから、預託金とした以上相殺の期待が失われても酷とはいえないこと、別途資金を預託金とした場合には、そもそもその資金を回収資源とすることができなかったものであることなどを理由として、支払銀行が相殺の期待を有していない以上相殺し得ないとするのである。⁽¹³⁹⁾

また、清水説も、通常は担保として期待していかないものまで相殺という手段で漁夫の利を認めることはできないと主張される。⁽¹⁴⁰⁾ この点をより先鋭化されるのが須藤説である。すなわち、手形所持人にとって預託金は勝訴した場合の弁済の引当として担保的意味をもっており、これに対して銀行は貸付に際してこの預託金からの返済を当てにしていたのではないのだから、偶然取得した債権をもって相殺することは相殺の期待利益を欠くものであり、許されないといわれるのである。⁽¹⁴¹⁾

(b) 相殺権濫用とするもの

前説のように、回収を当てにしない債権と相殺することが禁止されるといふにとどまらず、相殺権濫用になるとまで明言されるのが高木説である。⁽¹⁴⁵⁾ 同じく、石田(喜)説は、手形債権者が預託金を仮差押した後に相殺することは相殺権濫用として構成できるのではないかと示唆される。⁽¹⁴⁶⁾

これに対し、銀行が仮差押前に相殺することは考えられず、実質的に手形債権者の優先権を認める結果になるとして石田(喜)説を批判するも、独自の観点から預託金との相殺を濫用と構成されるのが久保井説である。すなわち、「手形支払人が不渡処分を受けていない場合(＝実質的倒産をしていない場合)には銀行の相殺権の行使は抑制される。つまり『相殺権の濫用』になるといふべきでないかと考える。支払人が倒産した場合には手形債権者も他の債権と同様、一般債権者として扱われても止むを得ないが、支払人が倒産もしていない場合には銀行に相殺権を与える必要はなく、手形債権者にその席を譲るべきではないか」とされるのである。⁽¹⁴⁶⁾

(c) 受働債権としての適格性を問題とするもの

まず、高窪説は、預託金が任意に寄託されるものでないことから預金ではないとし、これを貸金の担保とすることとは行き過ぎで、銀行取引約定書七条一項にいう「私の……その他の債権」に預託金は含まれないこと、相殺の受働債権となるのは固定的預金としての定期預金債権に限定され、流動的な預金債権である普通預金や当座預金は相殺の対象とされないことからすれば、預託金のような仮入金まで貸金の担保として差引計算の対象とするのは担保制度の一般的趣旨に照らして賛成し難いことから、預託金との相殺が否定されることになる⁽¹⁴⁷⁾とされる。

また、深谷説は、そもそも相殺の第三者効が認められるのは自働債権と受働債権との間に牽連性がある場合に限られるとの観点のもとに、不渡異議申立預託金と銀行の有する貸金債権との間には牽連関係なしとして相殺を否定される⁽¹⁴⁸⁾。同様に、平井(一)説も、相殺の担保的機能を肯定する基準として両債権の牽連性を挙げられ、預託金と貸

金との相殺は「預託金が支払銀行に委託される目的からすれば牽連性ないし相互依存的な緊密関係は非常に薄弱であり、これをもって銀行が相殺の用に供するのは行過ぎである」とされる⁽¹⁸⁾。

(d) 手形債権者に優先権を認めようとするもの

浅沼説は、法律上支払義務があることに有権的に確定されると預託金はその支払に充てられるべき任務を負うことになり、相殺は認められないとされる⁽¹⁹⁾。同様に、前田（庸）説も、預託金が手形の支払い資金に充てられるべきことを主張される。預託金は手形の支払義務が確定したならその支払に充てる資金を有しているということを意味するからである⁽¹⁹⁾。

また、預託金関係を他益信託的に構成し、手形債権が確定すれば手形債権者に優先権を認めようとするのが浅木説である。すなわち、預託に際して、当該不渡手形の支払義務が確定した場合にはその手形の所持人を受益者とする旨の契約が委託者たる支払義務者と受託者たる支払銀行との間に存在すると構成するのである。これにより、手形支払義務が確定すると、手形所持人は受益者となり、預託金に対する受益権が発生することになる。反対に支払義務が免れる場合には委託者たる支払義務者に返還され、これを支払銀行が相殺することは認められるとされるのである⁽¹⁹⁾。

以上、判例および学説を概観してきたが、不渡異議申立預託金との相殺を全面的に肯定する判例に対し、学説はむしろ反対の立場をとるものが多い。しかし、その理由付けとなると様々な考え方が主張されている。これは、この問題が預託金返還請求権に相殺を否定すべき債権の特殊性が認められるかどうかという問題設定⁽¹⁹⁾から出発し、これを否定することから直ちに相殺を肯認する結論を導き出す判例に対し、そもそもその前提問題たる手形債権者の

優先性自体を認める立場から、相殺権濫用の法理、あるいは受働債権の適格性など様々な視点からこの問題を解決しようとする試みの現れといえるのである。すなわち、不渡異議申立預託金との相殺を、この問題限りの解決法を見出だそうとして濫用論を用いるのか、あるいは相殺の本質もしくは要件論から解決を導こうとするのかという態度の違いにも現れてきているのである。そうなると、単純に両債権が対立しているだけで相殺することができかどうかがまずもって問われなければならないことになる。すなわち、相殺の要件論の確定が問題となり、担保視しているかどうかという基準、あるいは両債権が一定の緊密状態を有しているかどうか相殺権行使の要件となるかどうかを検討する必要がある。局面的な問題に止まらないのである。そして、この上に立って、相殺予約によって受働債権を包括的に把握することが認められるかどうかを検討していかなければならないものと考えられる⁽¹²⁴⁾。

注

(124) 不渡異議申立制度の沿革に関しては、柴崎純之助・井上俊雄「不渡処分をめぐる問題点」金法一〇〇〇号(昭和五七年)九一頁以下、浅木慎一「不渡異議申立預託金を受働債権とする銀行の相殺権」名古屋大学法政論集一一四号(昭和六二年)八六頁以下、などが詳しい。

(125) 塩田親文「判批」判評二二〇号(判時八四七号)(昭和五二年)一五一頁(改題「割引手形の買戻と銀行取引約定書」同『銀行取引と消費者保護』(有斐閣、昭和五六年)二七三頁所収)。

(126) なお、本判決に先立つものとしては、最判昭和三八年一〇月一日裁判集民事六八号三九頁があるが、公式判例集に搭載されたものとしてはこれが初めてである。

(127) 矢部伸「異議申立てに係る不渡手形に関する規則等の一部改正について」金法一二五〇号(平成二年)一〇頁、石井眞司ほか「座談会」異議申立提供金の返還事由および不渡処分制度の改正と取扱い上の留意点」金法一二五〇号(平成二年)一二頁。

(128) ただし、鈴尾省三「不渡預託金に対する差押・転付命令と支払銀行の相殺」亜細亜法学二八巻一号（平成五年）一七三頁、一八〇頁は一定の評価をされている。

(128a) 不渡異議申立預託金との相殺は、当初、預託金返還債務の履行期が問題とされ（小川善吉「不渡異議申立預託金の弁済期」金法五八一号（昭和四五年）一五頁以下、鈴木重信「不渡異議申立制度に関する諸問題」金法五二九号（昭和四三年）四頁、斉藤睦馬「不渡異議申立提供金の性質」（別冊ジュリ16）銀行取引判例百選（昭和四一年）七六頁、竹内昭夫「不渡申立提供金の資金たる預託金の性質」ジュリ四九〇号（昭和四六年）一二七頁以下、横山長「最判解民昭和四五年度下七七事件」（法曹会、昭和四七年）七五〇頁以下、水田耕一「異議申立預託金」『銀行取引法講座《上巻》』（金融財政事情研究会、昭和五一年）三四九頁以下、など）、次いで預託金と提供金の法的性質が問題とされた（たとえば、河本一郎「不渡異議申立提供金の預託制度について」金法七九八号（昭和五一年）五頁）。すなわち、不渡異議申立預託金の返還請求権の発生時期が差押え後に生ずるのではないかとの疑問がもたれ、これが解決されると、不渡回避という目的拘束から相殺が不可能とされるのではないかとされたのである。当座預金との相殺が肯定され（最判昭和五七年一月四日金法一〇二二号七五頁。反対、清水・前掲注（74）五九三頁）、しかも預託金との相殺が委任事務終了後のことであることから、この点を問題なしとしてさらに別の理由付けをもってこの相殺を制限しようとするか、あるいはこの点を問題として相殺を制限するかは重要な観点の相違である。しかし、この点は後に述べることにして、ここでは制限するかしないか、制限するとすればいかなる理由付けによるかという形で学説を整理することにする。

(129) 服部栄三「判批」東北大学法学三六巻二号（昭和四七年）二二〇頁、鈴木・前掲注（3）債権管理二号一七頁。

(130) 高田桂一「不渡異議申立預託金返還請求権と相殺」ジュリ四八二号（昭和四六年）八五頁。

(131) 泰亘「異議申立提供金とその預託金に対する問題点」金法四二三号（昭和四〇年）二二頁。

(132) 水田・前掲注（128a）三六二頁、田中・前掲注（3）一八四頁。

(133) 石井・前掲注（104）九頁。しかし、これと反対に、預託金は支払義務者が工面し、銀行はそれを預かって交換所に提供しているにすぎないとの指摘もある（中島健作「不渡り処分の免脱のための保証金の性質とこれに対する転付命令」ジュリ二二二号（昭和三六年）七〇頁、高木・前掲注（3）一〇頁における注（22）、など）。

(134) 塩崎・前掲注（15）二二頁。

- (135) 竹内・前掲注(128a)一三〇頁。
- (136) 他に、別の要素から制限しようとする立場もある。塩崎・前掲注(15)二三頁は、他に担保がある場合に預託金と相殺することは相殺権濫用になるとして制限され(同旨、山口・前掲注(44)四三五頁)、好美・前掲注(3)二七六頁は、預託金との相殺が狙い撃ち相殺にあたる場合には濫用と評価される可能性があるとする(なお、預託金を狙い撃ち相殺した場合には不法行為の問題を生ずることを指摘するものとして、吉原・前掲注(84)一一頁がある)。しかし、これは預託金との相殺に限った問題ではないので、ここでは検討しない。また、預託金と銀行の有する債権との弁済期の先後関係を問うものもある(中馬義直「不渡異議申立提供金をめぐる諸問題」金法五一二号(昭和四三年)一〇頁以下、水田耕一(旧説)「不渡処分猶予のための異議申立と提供金をめぐる諸問題」金法二三〇号(昭和三年)一八頁)が、これも預託金特有の問題ではない。
- (137) 堀内仁「判批」民商六四卷二号(昭和四六年)三二九頁。
- (138) 堀内仁「不渡異議申立預託金返還請求権の差押と不渡処分制度」手研三八五号(昭和六一年)九頁以下。
- (139) 吉原省三「預託金との相殺の制限と不渡異議申立提供金制度の再検討」金法七一七号(昭和四九年)六頁以下。同旨、鈴木・前掲注(128)一八二頁。
- (140) 寺田勇彦「手形交換制度に関する日弁連要望書について」金法九七〇号(昭和五六年)一八頁。なお、日弁連の要望書に關しては、金法九六九号(昭和五六年)二二頁以下参照。
- (141) 吉原・前掲注(139)六頁以下。
- (142) 清水誠「相殺の担保的機能についての再々論」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』(有斐閣、平成五年)三九二頁。
- (143) 須藤・前掲注(14)
- (144) 高木・前掲注(3)九頁。
- (145) 石田・前掲注(3)七頁。
- (146) 久保井・前掲注(3)『契約法大系』四〇頁。
- (147) 高窪利一「不渡異議申立預託金と差引計算をめぐって」金法一〇九七号(昭和六〇年)二四頁。

- (148) 深谷格「相殺の構造と機能（四・完）」名古屋大学法政論集一三七号（平成三年）四一九頁以下。
- (149) 平井一雄「貸付債権と不渡異議申立預託金との相殺」田中誠二先生追悼論文集『企業の社会的役割と商事法』六〇一頁。
- (150) 浅沼武「不渡異議申立提供金のための貸金預託」金法三三三号（昭和三八年）二頁。
- (151) 前田庸「金融取引の法律問題」竹内昭夫ほか『現代の経済構造と法』（筑摩書房、昭和五〇年）四五一頁。
- (152) 浅木・前掲注(124)名古屋大学法政論集一一五号（昭和六二年）二〇九頁以下。
- (153) 横山・前掲注(128a)七五四頁。
- (154) 新美・前掲注(3)九八頁も、預託金との相殺は「相殺予約における受働債権に関する約定の包括性ないし不特定性から生じているといえる」とされる。

— 159 —

一般的な金銭債権が成立したともみうるのであり、この間の調整に困難が生ずることになるのである。すなわち、ここでの問題は、まず差押え禁止債権が預金口座に振込まれると受給権が消滅して預金債権に転化するかどう
か、次いで、かりに預金債権に転化するとしても差押え禁止債権という属性が継承されるのかどうかであるとされ
るのである。⁽¹⁵⁶⁾ 振込みによって預金債権に転化せず、あるいは転化するとしても差押え禁止債権という属性が承継さ
れるとすれば、相殺することができないことになるからである。そこで、まずは差押え禁止債権が振込まれた場合
に預金債権に転化するのかという問題についての裁判例をみていくことにする。

【48】 東京高判昭和六三年一月二五日 (判時一二七六号四九頁)

(事実の概要)

Xは、Yから貸付を受けるに際し、Xが受給する厚生年金保険法に基づく老齢年金をYの口座に振込み指定し、
その口座の預金を貸付債務の弁済に振替充当することを承諾し、かつ、貸付債務の返済完了まで右口座の普通預金
契約を解約できない旨を約した(不解約特約)。ところが、その後Xは右普通預金契約を解約する旨の意思表示をし
たにもかかわらず、Yがその後に振込まれた年金と貸付債権とを相殺したため、XはYに対して不当利得としてそ
の返還を求めた。

(判旨)

原審が、不解約特約が厚生年金法によって禁止されている差押えないし担保に供するのと同じの目的を達するも
のであり、脱法行為として無効であること、したがって、右預金契約が解約されている以上Yの受領権限が消滅し
たこと、それゆえYは充当することができないなどと判示したこと⁽¹⁵⁷⁾に対し、本件での振込み指定、充当特約、不解

約特約など「これらの特約等はYにとり債権回収のため担保的機能を営むことは否定しえないとしても、本件口座に振込まれた年金は預金に転化し、Xの一般財産と混同するのであって、Yが年金受給権自体を差押え又はこれに担保権を設定したものではない」から、Yの行う相殺は当然許されるものであるとした。

差押え禁止債権が振込まれた場合、それは預金債権に転化して一般財産となることがここで初めて示されたのである。そして、この理は繰り返され、裁判例としては承認されているようである。

【49】 東京高決平成四年二月五日（判タ七八八号二七〇頁、金法一三三四号三三頁）

（事実の概要）

事実関係は明らかでないが、YがXの預金債権を差押えたところ、Xは、右預金への入金がもつぱらXに対する厚生年金および国家公務員共済年金からの振込みであり、これらは差押え禁止債権であることから、これに対する差押えが違法であるとして、差押えの取消を求めたものようである。

（判旨）

「年金などの給付が銀行口座に振り込まれた場合は、その法的性質は年金受給者の当該銀行に対する預金債権に変わるものである」こと、「執行裁判所としては、債務者及び第三債務者を審尋することは予定されていない（民事執行法一四五条二項）以上、当該預金の原資の性質を知ることとは甚だ困難であること、加えて、次に述べる民事執行法一五三条一項の申立てがないのに、差押命令発令の当初から預金の中身が年金などの振込みに基づくものであるかどうかなどを考慮の上、差押えの当否や範囲を制限することは相当でない、と考えられる」ことから、差押えが違法になるものではないとして、Xの抗告を棄却した。

ここでは差押え禁止債権が銀行に振込まれた場合、その後第三者は差押えることができるかどうか争われたのであるが、振込みによって預金債権に転化することなどを理由として、全額差押えが可能であると判示した。ただし、年金等は受給者の生活保持の観点から差押えが禁止されているのであり、これを尊重するために民事執行法一五三条一項の申立をすることができ、これにより差押え命令の全部又は一部の取消を行うことができる⁽¹³⁸⁾とした。すなわち、差押え禁止債権といえども振込みによって預金債権となるため、全額差し押さえることが可能となり、ただ差押えの場合にはその取消を求めることができる⁽¹³⁹⁾とされたのである。そこで、次に相殺が問題となった事例をみることにする。

【50】 札幌地判平成六年七月一日（金法一四四六号四五頁）

（事実の概要）

XとY銀行との間で当座貸越契約が締結され、Xは極度額にちかい借入をしていたところ、Xにつき債務超過による私的な債務整理が開始されたため、YはXに対する貸金債権の期限の利益を喪失せしめ、その後に入金されたXの給与と相殺した。右相殺はその後撤回され、Xからの払戻に応じたものの、Xは、一日間給与を受け取ることができなかったのはYの違法な相殺によるものとして、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を請求した。

（判旨）

差押え禁止債権である給与が振込まれると預金債権に転化するものとして、相殺可能であることを認めた上で、本件では給与振込以外に入金が見込めなかったこと、YがXの債務整理を受任した弁護士Aとのやり取りを通じ

て、相殺すればXの債務整理計画が立たなくなること、ならびにXの生活が成り立たなくなることを知っていたこと、給与を原資としてYがXから本件貸金債権の分割返済を受けられる見通しが少なからずあったことなどの事情から、本件相殺は「その時期、意図、態様を、民事執行法一五二条一項、民法五一〇条、破産法一〇四条二項の趣旨に照らすと、右給与相当額については、支払停止後の債務者の最低限の生活保持の趣旨及び支払停止後の任意整理の過程における債権者間の公平の趣旨に反し、相殺の担保的機能を期待する合理的な理由に欠け、Xに対する関係においても、もはや権利の濫用であって許されないものであるといわざるをえない」とした。しかし、これをもってただちに不法行為が成立するものではないとしてXの請求自体は棄却した。

このように、差押え禁止債権の振込みによる預金債権への転化を認め、さらにはその後の相殺を肯定するのであるが、ただ事情によってはその相殺権行使が濫用になることを示した事例判決であるといえよう。⁽¹⁰⁾

次の裁判例は、預金債権への転化を肯定し、差押え禁止債権という属性が継承されないとする点で明確な理論構成を行ったものである。

【51】 釧路地裁北見支判平成八年七月一九日（金法一四七〇号四一頁）

（事実の概要）

Xは、訴外AがY信用金庫から融資を受けるに際し、Aの借受金債務につき連帯保証した。その後、Xが負傷したことなどを理由に債務の支払につき不可能になったことをYに告げたところ、YはXに対して期限の利益喪失を理由に一括弁済を催告し、Xが国民年金と労災保険金の振込みによって取得した預金債権と相殺した。そこでXが

差押え禁止債権との相殺は無効であるなどとして争ったのが本件である。

(判旨)

年金等が振込まれるということは年金取扱金融機関が「受給者に代わって年金等を受領するもの」であり、「指定預金口座に振込まれることによって年金等の受給権は消滅し、同時に預金口座に預金が形成され、口座開設者たる年金等受給者は年金取扱金融機関に対して預貯金の払戻請求権を有することとなると解するのが相当である」から、「これらを相殺に供することがただちに差押等禁止の規定に違反することにはならない」。さらに、そのようにして預金債権に転化した後も差押え禁止の対象となるかについては、「年金等は預金口座に振込まれると受給者の一般財産に混入し、年金等としては識別できなくなるといわざるを得ず、このようなものについてまで差押を禁止することとなると取引秩序に大きな混乱を招く結果となる」から、「差押等禁止債権の振込みによって生じた預金債権は、原則として、差押等禁止債権としての属性を承継しないと解するのが相当である」として、Yの行った相殺を認め、Xの請求を棄却した。

振込みの法的性質につき、それが預金者に代わって受領することであると、それゆえ受給権が消滅するとなると預金債権が形成されると解し、さらに差押え禁止債権であるとの属性も、特定性が維持できないこと、取引安全の保護などを理由にして、承継されないとした。

このようにして、裁判例としては、差押え禁止債権であっても預金口座に振込まれることによって一般の金銭債権である預金債権に転化し、その後に差押えあるいは相殺できるとすることでは一致しているようである。ただ、差押えがなされた場合には、民事執行法一五三条によってこれが差押え禁止債権であることを証してその差押えの

全部または一部の取消を申し立てることができるにすぎないことになる。

次に、これらの点について学説の対応をみていくことにする。

まず、差押え禁止債権が銀行等に振込まれた場合、預金債権に転化するかどうかについては、問題なく肯定されているようである。⁽¹⁰⁰⁾ その理由として考えられるのは、おそらく、債務者の振込みによって債務は弁済されたことになり、債務消滅と同時に債権者の受給権も消滅することから、あとは債務者の銀行等に対する払戻請求権という預金債権が成立するという論理である。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、振込みが行われるということは金融機関が国などの支払義務者に代わって履行するというものではなく、受給権者から受領権限を授与され、受給権者に代わって受領するというものであるから、振込みによって支払完了となり、受給権が消滅することになるというものである。

そうなると、問題は振込みの法的性質ということになり、振込みをただで直ちに預金債権が成立するのかということになる。⁽¹⁰²⁾ この点につき、最高裁は近時注目すべき判決を言い渡した。すなわち、振込み依頼人が受取人を誤って振込み依頼した場合、振込まれた口座を差押えた債権者に対し振込み依頼人が第三者異議の訴えにより差押えの排除を求めることはできないと判示するにつき、「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である」としたのである。⁽¹⁰³⁾ これは、従来の下級審判例の流れを覆すものであり、⁽¹⁰⁴⁾ 学説にも異論がみられる。⁽¹⁰⁵⁾ しかし、このようにして、誤振込みの場合ですら預金債権が成立するとするならば、原因関係を有する振込みがなされた場合であるならば、たとえそれが差押え禁止債権であっても当然に預金債権が成立するということになる。

そこで、次に、このようにして成立した預金債権にも差押え禁止という属性が継承されるのかという問題についてみていくことにする。民事執行法上は、給与債権等の差押え禁止債権が振込まれると預金債権に転化し、全額差押え可能となることを前提としつつ、一五二条の差押え禁止の趣旨を生かすため、その差押えの取消を申し立てることができると規定している(一五三条)⁽¹⁶⁾。つまり、預金債権が差押えられても、債務者がその原資が給与であることを申し立てると、その差押えの全部又は一部が取り消されることになる。差押え禁止債権という属性が承継されないにしても、差押え禁止債権であったという趣旨が守られることになる⁽¹⁷⁾。これに対して振込みを受領した金融機関がなす相殺についてはなんら規定されていない。そのため、相殺に民事執行法一五三条を適用ないし類推適用することは解釈論として無理であるし、かりにそれを認めても執行裁判所のように判断をする者がこの場合にはないことから、相殺は制限されないとの主張がある⁽¹⁸⁾。また、民事執行法一五三条による差押えの範囲の変更がなされたとしても、相殺制限の範囲が不明確となって取引安全を害する結果、取消部分にかかる預金との相殺が禁止されるとは解されないとの見解もある⁽¹⁹⁾。さらに、一般的に年金等の振込み金との相殺は濫用にあたらなかつ、支払停止後の振込みの場合は利益衡量的問題として、①相殺要件を具備した限りで預金者の利益もそこで考慮されていること、②第三者の権利関係をとくに保護すべき必要がないこと、③民法上相殺が認められる以上たやすくこれを制限すべきでないことから、結局相殺権行使は原則として権利濫用にあたらないとの主張もある⁽¹⁹⁾。

これに対し、差押え禁止の目的から、差押え禁止債権が振込まれても差押え禁止という属性が承継されるとする見解がある。清水説は、差押えを禁止するのは社会的弱者の生活保障の意味があるからであり、給付が確実に行われることを確保する趣旨であることから、そのような財産はそもそも債務者の責任財産から除外されているといふべきであり、この非責任財産性という属性は債権がその形態を変じて失うものではないとされる。したがって、

銀行は振込みが非責任財産性を有する債権であることを知りえるのであるから、これを保護すべき義務が生じる。しかもほかの入金と混在しても金額が明らかである以上、特定は可能であるとされる⁽¹⁷⁾。

同じく長尾説も属性の承継を肯定される⁽¹⁷⁾。賃金が生活基盤であることを重視して差押えを禁止している以上、受領形式の如何にかかわらずその趣旨を尊重すべきであり、これを預金債権として扱うと債務者保護の趣旨が実現されない危険が生ずる。さらに、相殺には差押えの場合のように裁判所のチェックという抑制措置がないことからすれば、差押え以上に厚い保護が与えられるべきであり、このことから全額にわたって相殺できないとされる。そして、清水説と同様に、銀行には預金債権に転化した年金額の保管義務があるとされるのである⁽¹⁸⁾。

また、佐藤説は、金融機関が預金の原資を知り得る立場にあることから、相殺禁止にしても不意打ちにはならないことなどを理由に相殺を制限されるが、毎月の給与が生活維持のために差押え禁止債権とされていることに鑑み、直前給料日前日の残額については余剰金として一般財産に組み込まれ、相殺の対象になるとされる⁽¹⁹⁾。

このようにしてみると、差押え禁止という属性が承継されるかどうかではなく、差押えが禁止される趣旨をどのようにして保護していくべきかということが問題となるのである。そして、属性の承継を否定する前説においては、「生活維持に必要な状況」を判断基準として挙げ、この状況にある場合に相殺をすることは信義則違反になる⁽¹⁷⁾として、例外的な救済を講ずるのであるのに対し、属性の承継を認める後説にあっては、直截的に相殺を禁止するのである⁽¹⁹⁾。両説の対立の背後にあるのは、受給権者・賃金労働者を保護することでは同じであるとしても、年金や賃金が債務者の信用の一端を担っており、借入金返済の最終的抛り所とされていることに対する理解の差である。すなわち、振込まれた年金等を相殺することができないとすると、銀行はこれを前提とした信用供与を行わなくなるのであり、かえって年金等の受給権者を不利にすることになる⁽¹⁷⁾。これをどのように評価するかということになる。

る。結局、年金なり退職金なりが差押え禁止として受給権を法的に保護する手段を講じているにもかかわらず、制度融資としてこれを見返りとした融資業務が行われているという実務との乖離をどのように調和させるかが問題といえよう。⁽¹⁵⁸⁾⁽¹⁵⁹⁾

注

(155) 一〇六頁以下参照。

(156) このように、問題を二方向から検討すべきであるとの指摘はすでに伊藤進「年金等の振込口座による相殺の有効性」金法一四七〇号(平成八年)一三頁においてなされている。

(157) 新潟地判昭和六〇年一月二九日判時一二七六号五二頁。ただし、結果として、Yの不当利得返還債務と貸金債権とは相殺できるとして、Xの請求を棄却した。

(158) すでに同旨判決として、東京高決平成二年一月二二日(金法一二五七号四〇頁)がある。ただし、差押え請求債権が婚姻費用分担金債権であるという特別な事情から、結論としては差押え命令の取消を認めなかった。

(159) 相殺権濫用の部分は一般化を避けるために慎重を期して事例判決の体裁をとったものであるが、画期的な判決として積極的に評価されるのは、佐藤・前掲注(122)二〇三頁。

(160) 小島武司「差押禁止財産と債務者保護」ジュリハ七六号(昭和六二年)一〇三頁、石井眞司ほか「鼎談 金融法務を語る第四〇回」銀法五〇四号(平成七年)三九頁(石井眞司発言)、伊藤・前掲注(156)一五頁。

(161) 石井ほか・前掲注(160)三八頁(伊藤進発言)。

(162) 振込みに関する最近の研究としては、今井克典「振込システムの法的構成(一)(二)(三)(四)(五)完」名古屋大法政論集一六〇号一頁、一六二号二七一頁、一六二号(以上、平成七年)一四九頁、一六三号一七五頁、一六四号(以上、平成八年)三四七頁を挙げておく。

(163) 最判平成八年四月二六日金法一四五五号六頁。

(164) 名古屋高判昭和五一年一月二八日金法七九五号四四頁、鹿児島地判平成元年一月二七日判タ七一八号一二四頁・金法

一二五五号三二頁、本件の一審である東京地判平成二年一月二五日判時一三三八号八〇頁・金法一二九九号一一頁、及び本件の原審である東京高判平成三年一月二八日判時一四一四号五一頁・金法一三〇八号三一頁。

(165) 誤振込みと預金の成立に関してはかなりの文献がある。ここではさしあたって以下のもののみを挙げておく。岩原紳作「誤振込による受取人の預金債権の差押えに對し振込依頼人は第三者異議をなしうるか」金法一四六〇号（平成八年）一一頁、同「電子資金移動（EFT）および振込・振替取引に関する立法の必要性（6）」ジュリー一〇八九号（平成八年）三〇六頁、小笠原浄二ほか（座談会）「誤振込と預金の成否をめぐる諸問題」金法一四五五号（平成八年）一九頁、川田悦男「誤振込による預金成否の問題点」金法一三二四号（平成四年）四頁、同「振込依頼人の誤振込による預金の成否」金法一四五二号（平成八年）四頁、木南敦「誤った振込と預金の成否」金法一三〇四号（平成三年）七頁、同「誤振込と仕向銀行の責任」金法一四三三三号（平成七年）四〇頁、同「誤振込と預金の成否」金法一四五五号（平成八年）一一頁、塩崎勳「誤振込による預金に対する差押えと振込依頼人からの第三者異議の訴えの許否」金法一二九九号（平成三年）一一頁、鈴木正和「誤振込みと預金者の認定」判タ七四六号（平成三年）一〇三頁、滝沢昌彦「誤振込による預金債権の成否と預金債権の差押に對する第三者異議の訴えの可否」ジュリー一〇一八号（平成五年）一一八頁、西尾信一「誤振込金と預金の不成立」判タ七七七号（平成四年）八五頁、西沢宗英「判批」判評四〇七号（判時一四三六号）（平成五年）一八九頁、牧野英之「判批」判タ八二二号（平成五年）六四頁、松本貞夫「為替金の組戻、取消、訂正と受取人等の承諾の要否」手研四五四号（平成三年）二二頁、山田誠一「誤った資金移動取引と不当利得（上）（下）」金法一三二四号一二頁、一三二五号（平成四年）二三頁。

(166) ジュリ増刊『民事執行セミナー』（昭和五六年）二八六頁「浦野雄幸発言」、小島・前掲注（160）一〇三頁。

(167) なお、ドイツにおいては、差押え禁止の保護を確保するため、社会法五五条によって振込み後七日間の差押えが禁止され、また民法八五〇条では差押え制限につき詳細な規定をおいている。詳しくは、内山衛次「預金債権の差押制限」大阪学院法学一九卷一・二号（平成五年）一頁、上原敏夫「債権差押命令と転付命令」三ヶ月章ほか編『新版民事訴訟法演習2』（有斐閣、昭和五八年）二七〇頁、参照。

また、賃金債権を担保化する際の諸問題につき、比較法的検討を行っている山本和彦「消費者信用における賃金の責任財産性の検討——比較法的視点から見た賃金債権の担保化、強制執行・破産における処遇」三ヶ月章先生古希祝賀『民事

手続法学の革新 下巻』(有斐閣、平成三年) 二七九頁は、差押えの規制に関する立法的課題のうちの一つに、銀行振込み
分に対する差押え禁止を挙げられている(同書二九四頁)。

(168) 伊藤・前掲注(156)一九頁。

(169) 泰光昭「判批」金法一三六四号(平成五年)六九頁。

(170) 宮川不可止「年金等の振込口座による相殺をめぐる諸問題」(金法一四八七号(平成九年)四七頁以下。ただし、金融機関
が故意に換金容易な担保付き債権と相殺した場合、支払停止直前に給付振込口座を変更させて支払停止後に振込み
金を受け入れて相殺した場合には、著しく公平を害するものとして相殺権濫用の問題が生ずるとされる。

(171) 清水誠「差押禁止債権と相殺」法時六七巻一〇号(平成七年)四八頁以下、同・前掲注(74)五九六頁以下。

(172) 長尾治助「高齢者保護とレンダー・ライアビリティ(上)」NBL五七二号(平成七年)八頁以下。

(173) 長尾・前掲注(102)三一頁。

(174) 佐藤・前掲注(122)二二頁、二四頁。

(175) 伊藤・前掲注(156)一八頁。これを受けて、伊藤暢裕「年金の口座振込により生じた預金債権を受働債権とする相殺の
有効性」銀法五三五号(平成九年)一七頁は、銀行実務上相殺が無効とならないように、預金口座の作成時期や日常の財産
管理にも利用されているかなどを調べた上で相殺するようにすべきであると述べている。

(176) 保険契約に関するものであるが、新堂幸司「保険会社の貸付金と解約返戻金との相殺(上)」金法一四三七号(平成七
年)二一頁注(3)は、労災保険・介護費用保険など社会保障的性格のある保険金との相殺は権利濫用であるとされ、さらに
保険契約が解約されたことによって生ずる返戻金との相殺においても差押え禁止範囲で相殺が認められないとされる。

(177) 石井はか・前掲注(180)四〇頁(伊藤進発言、石井眞司発言)。

(178) 山本・前掲注(167)二八七頁は、判例による制限がなされつつも賃金を譲渡担保に供することによって担保化しているド
イツと比べ、日本では現行法制上賃金の担保化は困難であると指摘している。しかし、賃金を正式に担保化し得ないにも
かわらず、振込まれた賃金と相殺することによって事実上預金者への債権を回収することが問題なのである。すなわち、
使用者と給与振込依頼契約を結ぶことによって、賃金は間違いなく銀行を経由することになり、事実上拘束されていると
いうべきである。このような事実状態を利用した相殺がまさに問題なのである。

なお、最近では、保険契約の解約返戻金請求権との相殺も問題とされている。保険会社も様々な形で保険契約者に対して融資を行っているが、その際に、保険契約者に支払停止等の事情があった場合には直ちに期限の利益を喪失して貸付金債務を弁済しなければならないとの約定がなされている。また、そのような事情が生じた場合には保険契約が解除され、それによって生ずる解約返戻金と貸付債権とを相殺する旨の約定もなされている。そこで、このような解約返戻金を受働債権とする相殺が、約定とともに認められるかが問題となるのである。この点については最近下級審判決が現れた。事案は以下の通りである。A社の破産管財人Xが、Y保険会社に対して、AとYとの傷害保険契約を解約し、解約返戻金の返還を求めたのに対し、Yが、Aに対する他の保険契約に基づく未収保険料債権および納税保証契約に基づいて支払われた税金の求償債権を自動債権として右解約返戻金と相殺すると主張したため、Xは、解約返戻金は破産法九十九条という条件付債権ではないこと、Yには相殺に対する期待がないことなどを理由として相殺は許されないと主張した。このような事実関係のもと、福岡地判平成八年五月七日（金法一四六四号三三頁）は次のように判示した。すなわち、解約返戻金については、これが「解約前においても、その時々において金額が確定しており、保険契約の解約を停止条件とする条件付債権として、破産会社の破産宣告時において、既に発生していたものであるから、破産法九十九条後段の条件付債務に該当するものである」とした上で、相殺の合理的期待については以下のように判示した。「本件のような損害保険の一種である積立保険の場合、保険事故発生率は低く、満期返戻金又は解約返戻金を支払うかのどちらかが発生する蓋然性は極めて高く（そして、相殺の担保的機能が顕著な役割を果たすと考えられる事態である破産に至れば、破産宣告後ほどなく、保険のほとんどすべてが破産管財人により解約に至る。……）、保険会社側もそれを予測して、約款上も、自動振替貸付及び契約者貸付などの制度を設けて一種の金融的機能を果たしているうえ、保険契約者側も、このような保険につき一種の預金的認識を有しているのは明らかであるから、保険会社にとって、保険料の受入は、その補償料部分をのぞけば、銀行における預金受入行為と類似する側面が認められることは否定できず、銀行が預金の受入れにより預金返還債務を受働債権とする相殺の期待を持つのと、程度の差はあれ、保険会社は、保険料の受入れと同時に、将来保険会社が生じる可能性のある債権との相殺を期待しており、このような期待は正当なものと考えられる」。

この問題につき裁判所として初めて判断したものであるが、これは、それ以前に表されていた新堂説に依拠したものである。すなわち、解約返戻金の差押え可能性を明らかにするとともに、保険料の受入が銀行の預金受入とほぼ同じで

あり、銀行が預金債務を受働債権として貸付金と相殺することへの期待があるのと同様に、保険会社にも解約返戻金との相殺を期待していることから、相殺が認められるとされるのである(新堂・前掲注(176)一五頁、同「保険会社の貸付金と解約返戻金との相殺(下)」金法一四三八号(平成七年)一七頁)。

この問題は比較的新しい問題であり、議論も十分なされていない。まず、解約返戻金をめぐってはむしろ差押えの可能性、および解約権の代位行使をどのようにするのかについての議論が活発である(たとえば、伊藤眞「解約返戻金請求権の差押えと解約権の代位行使」金法一四四六号(平成八年)二二頁、およびそこに引用されている文献参照)。ここでの問題は、銀行取引約定書と同様の内容を有する約款の対外的効力もさることながら、様々な保険金と相殺することが可能か、すなわち保険金に受働債権の適格性があるのかどうかということになる。たとえば、適格年金保険、自動車の対人賠償保険などのように、保険金受取人と保険契約者が異なる場合には保険金支払債務を相殺することはできず、たとえば労災保険、介護費用保険、所得補償保険など、保険契約者が保険金を受け取る場合であっても、これらの保険の社会保障的性格からして、この保険金と相殺することが権利濫用として許されないとの指摘がある(新堂・前掲注(176)一六頁)。公的年金と同様の保護を与えるべきかどうかの問題となるのである。

3 相殺権濫用論の問題性

(一) 相殺権濫用論の現状と分析

相殺権濫用の場面と考えられている事例に関する以上の裁判例および学説を整理するとともに、若干の検討を加えると次のようになる。

まず、時期に遅れた相殺に関して、最高裁としては、相殺することができると考えられているようである。ただ

し、事案としては銀行取引約定書の計算日の規定の効力が問題となっており、相殺適状からかなり日時が経過してから相殺の意思表示をした場合には、利息等の計算基準日は相殺適状時としているもののようであり、その意味で約定書の効力が否定されたことになる。学説においては、このように時期に遅れた相殺は無効であるとの主張もみられるが、多くは計算基準日に関して争われており、約定書の効力が認められるか否かという形で論じられている。

この問題は、遡及効が認められる限りにおいて相殺権濫用とはなりえないと思われる。相殺に遡及効が認められることからすれば、その意思表示がいつなされたかは問題とならないからである。このことは、相殺適状にあることから既に決済がなされたとの信頼を保護するために、相殺適状後に一方債権につき時効が完成してもそれを相殺に供することができるとの規定（五〇八条）があることからしても、明らかである。⁽¹⁸⁾したがって、ここでの問題はもっぱら計算日に関する銀行取引約定書の効力ということになる。

次に、他に担保目的物があっても相殺することができるかについては、最高裁も肯定している。これは複数の債権回収手段を有している場合、そのいずれを行使するかは自由であるとの考えに立脚するものと思われる。この結論に対して学説もほぼ同調しているが、債権回収が容易な有価証券などを有している場合には濫用の可能性があるとの指摘がなされている。これは、他に相殺と同じほど簡易回収手段があるにもかかわらず、相殺権を行使することとが、差押え債権者等の第三者の権利を侵害するものであると評価しえることがその理由であると思われる。すなわち、ここで問題とされているのは、単に他に簡易な債権回収手段があるということではなく、相殺権行使がもつばら第三者の権利を害する意図で行われたものかどうかという点にある。したがって、客観的にみて、第三者の権利が害されたかどうかではなく、主観的意図が問題となっているようである。

しかし、やはりここでの問題は、債権担保として他に担保物権などを設定しておきながら、預金と相殺することが妥当視されるかどうかということになる。すなわち、第三者が預金を差押えたにもかかわらず、他の担保では換価処分に時間・費用がかかることをもってして預金と相殺することが自由に認められるのであろうか。債権回収目的で正式担保を取得したにもかかわらず、これを行使用することなく、相殺といういわば抜け駆け的な債権回収手段をとることによって差押え債権者を害することが無条件で許されるのが問題なのである。したがって、ここでの問題は、銀行がかようなほどに債権回収手段を講ずることの是非ということになる。

狙い撃ち相殺に関しては、一件しかない裁判例がこれを濫用としているが、一般的にもこれが濫用の一態様であることは異存なく認められている。もっぱら差押え債権者の権利を害する目的でなされているという点で相殺権者に背信的意図があるからである。

駆け込み相殺として直接扱ったものではないが、危機時期後に債権を譲り受けた者が担保権を実行し、譲受債権への充当および戻し利息との相殺を行った場合に、担保権の実行および相殺を否定し、その返還を認めた裁判例がある。学説においても、駆け込み相殺が濫用にあたることで一致している。三九八条の第三第二項および破産法一〇四条四号の趣旨をその理由とする。ところが、特に破産法によって直接的に相殺が禁止されるのであれば、あえて濫用とする必要がないことになる。むしろ、危機時期以前に手形の割引等がなされた場合であってもこれらの規定の趣旨を汲んで相殺を抑止することができるかが問題となる。ここでも、他の債権者に対する背信的意図の存在が判断基準となろう。

民事執行法一四七条によって陳述の催告がなされ、支払意思を表明し、あるいは不完全な陳述をし、さらには陳述を懈怠した場合であっても、その後相殺することができるとする点では最高裁によっても確認されている。陳述

が裁判所に向けられたものであるから、当事者はそれに拘束されないこと、相殺するかしないかは全く自由であることの二点が理由として考えられる。これに対して、学説は、陳述義務を肯定する方向に進んでいる。これは、陳述懈怠などに対して法が損害賠償義務を課していることから、相殺の場合も同様に反対債権の存在を陳述すべきであるとするのである。ただし、この義務違反をもって直ちに相殺の効力まで否定されるかについては、それを肯定する説もあるが、未だ十分に議論されているとはいえないようである。

ここでの問題は、陳述義務があるのか、あるとしてその違反は法の予定する損害賠償義務でとどまるのか、それを超えて相殺権行使まで抑止されるのかということである。陳述義務の法的性質が中心的課題であるが、相殺権行使が全く自由であるのかどうかやはり問題であろう。すなわち、相殺権行使を示唆することなしにその後相殺することがいわばだまし討ちにならないか、あるいは禁反言的な、以前の行為と矛盾する権利行使とされるのかどうかの判断が重要な要素となる。

次に、自働債権としての適格性が問題となる場面として、買戻請求権をめぐって生ずる問題を整理すると次のようになる。まず判例は、買戻請求権を発生させる旨の銀行取引約定書の対外効を肯定し、これと手形上の権利とはいずれを行使するかが銀行の自由であるとす。さらに、下級審においては、買戻請求権が発生してもこれを直ちに行使することなく、差押えがなされてから買戻請求権を自働債権として相殺することも自由であるとして、行使時期についてもその自由を認めている。また、いわゆる同行相殺の問題として、買戻請求権を行使せずに手形上の権利を行使することも、特殊な事案であるが、判例上肯定されている。これに対して学説は、まず、買戻請求権の対外効について、それが当然発生か請求発生かの違いはあるものの、一般的に肯定しており、ただ手形上の権利との行使関係については分かれている。判例同様、いずれの権利を行使するかは全く自由であるとする説に対し、む

しろ多数説はこれを制限しようとする。ただ、制限するとしても、その理由付けによって大きく四つに分かれる。割引依頼人と手形債務者とにそれぞれ振り分けてその範囲でしか請求できないとする担保割付説、買戻請求権の行使が原則であるとする説、反対に手形債務者から先に回収すべきであるとする説、買戻請求権行使後の手形については差押え債権者が手形所持人に優先するとする説、である。そして、これと同行相殺をどのように考えるかがさなる問題として浮かび上がってくる。手形割引依頼人と銀行が結託して、もっぱらその割引依頼人に利益を与えることのみを目的として同行相殺が行われる場合については、その背信的意図を理由に濫用を肯定することは異論はないものと思われるが、そのような事情がない場合について問題が生ずる。さらに、ここでは危機時期以後の手形割引が破産法一〇四条によって禁止されているため、それ以前の割引について問題となる。このような問題設定のもとにおいても、銀行が相殺を行う正当な理由がある場合にのみ同行相殺を認め、それ以外の場合を濫用とするもの、債権侵害として不法行為が成立するとするもの、破産法上の否認権行使ができるとするものなどに分かれている。

この問題は、買戻請求権を発生させ、手形上の権利と併せ銀行が広範囲に債権回収手段を講ずることを認めることに、まずもって原因の一端がある。この解釈如何によって買戻請求権の行使が定まってくることになる。したがって、ここでも銀行取引約定書の効力が問題となるのである。

保証人との相殺に関しては、下級審判決が一件しかなく、相殺を肯定している。債権の回収手段としていずれを行使するかは自由であることをその理由としているのであろう。学説においては、肯定説と否定説に分かれる。否定説にあっては、保証人保護の観点からこれを否定する説と、銀行取引約定書を制限的に解すべきとの観点からこれを否定する説にさらに分かれる。

ここでも、広範囲に債権確保手段を講ずる銀行取引約定書の効力をどのようにみるかが問題となる。

受働債権の適格性が問題となる場面として、まず代理受領については、代理受領を承諾した第三者が委任者に対する反対債権をもって相殺することは裁判例によって認められている。ただ、事情によっては損害賠償義務が生ずるとしている。代理受領における第三債務者の承諾が抗弁権を放棄したものとまで認められるものではないとする、代理受領の法的性質論からの帰結である。これに対して学説は、自働債権の取得時期に応じて分け、承諾前からこれを有している場合には相殺を認めるも、その時点で自働債権が存在していなければ相殺を否定する説、あるいは代理受領の担保的効力と相殺の担保的効力の優劣から論じている説などがある。

ここでは代理受領の法的性質、特に第三債務者の承諾の法的性質が問われ、さらには相殺の担保的機能をどのように評価するかといったことも問題となっているが、代理受領を承諾したにもかかわらず相殺権を行使するという権利行使の態様がまずもって問われるべき問題である。

振込み指定に関しては、受任者の相殺を権利濫用とした下級審判決があるが、これが振込み指定一般について妥当するものとは思われない。代理受領との平仄を合わせなければならないからである。学説においても、振込み指定一般についてこれを濫用としているというよりは、裁判例の事案に即して議論がなされているようであり、十分に検討されているとはいえない状況である。なお、振込み指定に基づいて振込がなされたが、それが振込み依頼人の危機時期後であった場合について、受領者が相殺することは破産法一〇四条二号にあたるかどうか議論されている。一般的に相殺を否定する説と、振込み指定の性質によって分け、担保の意味があれば相殺可能とする説に分かれている。しかし、これは、破産法一〇四条の解釈の問題であり、濫用論が適用されるかどうかの問題ではない。ここでの問題は、代理受領の問題と併せ、振込み指定の承諾によって相殺権行使がどのような影響を受けるか

ということになる。

次いで、不渡異議申立預託金との相殺について、これが相殺権濫用にあたらないとすることで判例は固まっている。これに賛意を示す学説もあるが、多くは否定的に捉えている。立法的に相殺を制限する立場と現行法の解釈から制限できるとする立場に分かれ、後者の中にも、相殺の期待ないし担保視している状況がないことを理由とするもの、直裁的にこれを濫用とするもの、受働債権の適格性を問題とするもの、牽連性がないことをもって相殺不可とするもの、信託法的に捉えて相殺を否定するもの、さらには手形債権者の優先権を認めるものなどがある。

当初から担保として把握しているものではなく、ある意味で偶然に取得した返還債務を自己の債権の回収の引当にすることが果たして妥当かどうかが中心的な問題となろう。相殺は、偶然に債権が対立している場合であっても行使することができるとか、あるいは自己の債権の回収のためにするものである以上、担保視しているといった当事者間の期待あるいは客観的にそのような状態にあるものと評価されうる場合でなければ相殺することができないのか、相殺の本質に根ざす問題といえる。

差押え禁止債権が振込まれた場合にこれと相殺することができるかについては、これを肯定するのが裁判例である。差押え禁止債権といえども振込みによって預金債権という金銭債権に転化していること、差押え禁止債権という属性は特定性の喪失・取引安全の保護から継承されないとすることを理由とする。学説も、一般的に預金債権に転化することについては肯定されているようであるが、差押え禁止債権という属性の継承については争われている。受給権者の保護をどのように図っていくかが問題となる。

さらに問題となるのは、給与・年金等が差押え禁止債権としてその受給権が保護されているのに対し、これらを制度融資として信用供与の対象としているという矛盾をどのように調和させるかであるが、それにもまして相殺の

要件である同種性、ないしは債務の性質論まで考えなければならない問題である。

（二） 相殺権濫用論の意義

以上、個別的事例における裁判例および学説を簡単に整理したが、これにより以下のことが明らかになった。まず、相殺権濫用とされた事例が最高裁においては皆無であるということである。⁽¹⁸⁾ 銀行取引約定書の効力が問題となった場合以外においてもこの結論が維持されているということは、弁済期に関して無制限説を採用した結果、いかなる場合であっても相殺が認められるとしていること、すなわち弁済期のみならずその他の要件に関しても無制限であるとしていることの帰結と考えられる。その結果、相殺はこれに自由に行使することができ、相殺するかどうかが、いつ相殺するかも自由とされているのである。

ところがこれだけに止まらず、最高裁は、相殺を担保権行使というよりも弁済機能という債務消滅手段として捉えた解釈をも併せて展開しているといえるのではなからうか。確かに昭和四五年判決において相殺の担保的機能が承認され、ここから無制限説が導き出されているのであるが、そうであっても相殺権行使が自由であるとの帰結はこの担保的機能から直接的に導き出すことはできない。相殺が履行代用機能をもつとして、この点に着目したものであるならば、債務者は弁済しなければならない以上、どのような形で弁済することも許されてしかるべきであるが、仮に担保的機能により相殺を債権回収手段として位置づけた場合には他の債権者との競合が生ずるため、直ちに相殺権行使が自由であると結論づけることはできないはずである。さらに、担保的機能を認めたからといって、そのことが直ちに第三者に対する優先効をもたらすものでもない。相殺を債権回収手段として捉えることによって、

必然的に他の債権者との競合が生ずるのであり、これらの者との間の優劣決定は他の基準で図られる必要がある。それにもかかわらず、相殺権者の優先性が認められるのは、相殺を債務消滅手段として捉え、相互に決済されとの期待を保護し、一方債務の実現のみが認められる結果を回避するとの目的において相殺が認められた結果である。

そうなると、最高裁判例における相殺の位置づけは、ある場合にはその債務消滅手段性に基づいて判断し、ある場合には担保手段として債権回収機能を重視するという、相殺の二面性に依拠して判断をなしていることになり、これが結果として広範囲な相殺権行使の保障をもたらしているということになりそうである。そうであるならば、このような広範囲な相殺権行使を抑制しようとする相殺権濫用を「債権回収への期待」がない場合とする学説の対応とは議論の平面を異にしているといわなければならない。

むしろ問題は、相殺のそのような二重機能の一方をそれぞれ持ち出して判断することの妥当性ということであり、相殺制度の一体的理解を困難にすることの当否である。つまり、ここでも機能論が要件論に影響を与えるのかどうかが問題になるのである。しかし、さらに翻って考えると、一方債権に第三者が関与しても相殺権者はなんらの制限なく相殺権を行使することができるとして、対外的相殺の要件と対内的相殺の要件を同置せしめた無制限説においても、対内的相殺の要件がいかなるものかの検討を等閑視してよいものではない。しかも、相殺権濫用論が対外的相殺のみならず、対内的相殺においても問題となりうると考えられている今日、形式的な債権対立という状況だけからして相殺権の発生・行使を認めるとの帰結が自ずと導かれるものではない。第三者が一方債権に関与してきた場合の相殺権行使が無制限に認められることと、債権対立という形式的な状況があれば相殺権行使が無制限に認められることは異なる平面に属する問題であり、これを——債務消滅機能を重視することによる場合であ

れ、債権担保機能を重視することによる場合であれ、広く相殺権行使を保障することによって——同置させている最高裁の立場こそが問題とされるべきである。

下級審では相殺権濫用を肯定した事例が存在するものの、具体的な事情に基づいて相殺権行使を抑止する手段として濫用論が位置づけられており、明確な準則として定立するには至っていない。これも最高裁と歩調を同じくし、相殺権行使が自由であることを前提としつつ、事情によっては相殺権行使が妥当でない場合があることを承認しているにすぎない。

このような裁判例に対し、学説は、個々の事例ごとに利益衡量を行った結果、相殺権行使を抑止する場合があることを指摘しているものの、個別事例を集積して体系的に整理されるまでには至っていないようである。すなわち、相殺権濫用にいかなる定義付けがなされ、いかなる要件のもとに生ずるかについて明確になされているとはいまだ言い難いのである。この原因の一つとして考えられるのは、「差押えと相殺」の問題に象徴される、相殺の担保機能の処遇である。これを認めるか否かが、つまりこれを要件に取り込むかどうかが濫用論の位置づけ・定義・要件に影響を与えるのである。そのため、「差押えと相殺」の問題における学説の対立が、土俵を代えて「相殺権濫用」の場で論じられることになり、あたかも代理戦争の様相を呈しているのである。さらに、このような思考方法は、対外的相殺要件が対内的相殺要件と異なり加重されるとするのか、あるいは相殺権行使の外在的制約として相殺権濫用が語られるのかという対立構造をもたらす。しかし、先ほども述べたように、対内的相殺の場面でも相殺権濫用が用いられることからすれば、まずもって問題とすべきは対内的相殺の要件論ということになるはずであり、この点は、従来見落されていたようである。

このようにして、判例学説とも、相殺権濫用を「差押えと相殺」の問題の延長線上で論じているのであり、しか

も「差押えと相殺」の問題自体いまだ深刻な対立状況にある以上、濫用論を論じても議論が平行線をたどることになる。その結果、意義付け・要件を明確にすることができず、濫用論の濫用との批判もなされることになるのである。⁽¹⁸⁾

しかし、繰り返し述べているように、濫用となる要件が果たして外在的な権利制約の場合の要件なのか、対外的相殺の要件に組み込まれるのかに止まらず、そもそも対内的要件においても考慮されるのかについても検討しなければならない。このような観点のもと、すでにみてきた学説や一部の下級審において相殺権濫用と考えられている事例を濫用論の適用目的ごとに整理すると、次の五つに分けることができる。第一に、銀行取引約定書の対外効を制限・否定するために濫用論が用いられる場合である。この中には、時期に遅れた相殺や保証人に対する相殺、あるいは割引手形の買戻請求権に基づく相殺などが含まれることになる。第二に、相殺権者に背信的意図がある場合に相殺権行使を否定する場合である。これには狙い撃ち相殺や駆け込み相殺、さらには銀行が割引依頼人の利益保護に積極的に加担する場合の同行相殺などがあたる。第三に、先行行為と矛盾する権利行使を抑止するために濫用論を用いる場合である。いわば、禁反言にあたるとするものであり、これには陳述の催告、代理受領・振込み指定を承諾した者からする相殺があたる。第四に、相殺権者の権利行使が行き過ぎにあたる場合である。とくに銀行が自己の債権を確保するために過剰担保と評価されるほどに担保手段を施している場合である。⁽¹⁹⁾これには、他に担保目的物がある場合の相殺が含まれるが、保証人に対する相殺においてもこのような要素が加味される。そして、第五に、受働債権の法的性質からその適格性を否定しようとして濫用論が用いられる場合である。この場合は権利行使の行き過ぎという面もあるが、ここには不渡異議申立預託金との相殺や差押え禁止債権の振込と相殺などが含まれることになる。

これらのうち、第二、第三、第四の問題は、権利濫用一般の問題として、相殺権濫用に特有の問題となるものではない。まさにひとたび発生した相殺権が外在的に抑止される場面である。第一の問題は、合意による相殺の効力ないしはその前提となる問題であり、相殺契約全体を検討する際に扱われるべき問題であると考えられ、しかも銀行取引約定書の検討という大きな枠組みの中で扱われるべき問題であると考えられる。⁽¹⁸⁾したがって、ここでは第五の問題についての検討が重要になってくる。

この問題は、受働債権の適格性を問題とすることにより、相殺権の発生要件が問題となるはずであるにも関わらず、相殺権濫用の一場面として捉えられていることが、今まで繰り返し述べてきた相殺要件の等閑視、つまり形式的な債権対立で相殺権が発生するという考えを象徴的に示していることになる。この問題は必ずしも差押えと相殺に関する無制限説を採用したことによってのみ生じてきたものではなく、相殺権行使の要件についての厳密な議論が今まで十分にされなかったことによって生じてきた問題であると考えられるのである。なぜなら、相殺権行使を抑止することは権利濫用論からのみ行われるものではなく、要件論の検討をまっしてはじめて論ずべきものであり、そしてこれが一般条項の適用についてのあり得べき姿であると考えられるからである。

ところで、実際には、相殺権濫用論が用いられずに相殺権行使が否定された事例が存在する。そこでまずはこの裁判例からいくつかみていくことにする。

注

(18) なお、一般的な相殺適状の意味に関しては、拙稿・前掲注(67)三九九頁以下参照。

(19) 沢田・前掲注(7)八〇一頁、同「債権譲渡と相殺」小川英明||中野哲弘編『現代民事裁判の課題⑤「貸金」』（新日本法規出版、平成二年）五二八頁は、最高裁が相殺権濫用論の適用につき極めて慎重であると指摘する。

(182) 石井・前掲注(3)『銀行取引約定書』二一〇頁、徳野・前掲注(3)一七四頁。

(183) 過剰担保を規制するドイツ法の状況に関しては、野田和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権(一)」「二・完」民商一一四巻二号二一八頁、三号(平成八年)四二七頁に詳しい。また、ドイツにおける銀行信用担保については、ライナー・フランク／滝沢昌彦(訳)「ドイツおよび他のヨーロッパ法における銀行信用の担保」NBL六〇九号(平成九年)二九頁参照。

(184) 近時、銀行取引約定書に基づく相殺が否定された事例として、後掲判例【53】【54】参照。

(185) 銀行取引約定書の成立過程からその意義および効力に関しては、さしあたって以下の文献を挙げるに止める。山下友信「銀行取引と約款」『金融取引法大系(1)』(有斐閣、昭和五八年)八五頁、西原・前掲注(72)一九一頁、林良平・安永正昭「銀行取引と約款」加藤一郎・林良平・河本一郎編『銀行取引法講座 上巻』(金融財政事情研究会、昭和五一年)二頁、小橋一郎「銀行取引約款の拘束力——西ドイツを中心に——」大隅健一郎先生古希記念『企業法の研究』(有斐閣、昭和五二年)四〇四頁、山口康夫「普通取引約款の生成と法——『銀行取引約定書ひな型』研究序説——」旭川大学紀要二二号(昭和六〇年)一三頁、新しくは、安保嘉博・小暮浩史「銀行約款の問題点と改正の方向性」自由と正義四八巻四号(平成九年)三五頁。

(三) 当事者間で相殺権行使が否定された若干の事例

【52】 最判昭和五〇年九月九日(金法七七〇号三二頁)

(事実の概要)

A に対する債権を担保するため、A 所有の家屋につき仮登記担保権の設定を受けているXが、右家屋につき売買予約完結の意思表示をし、本登記をするにつき、後順位担保権者であるYにその承諾を請求したところ、Yは清算金交付の同時履行の抗弁を提出したため、XはAに対する他の債権をもって右清算義務と相殺すると主張。

（判旨）

仮登記担保権者の清算義務が債務者または目的不動産の所有者に対して負うものであり、後順位担保権者に対して直接負うものではないとした上で、Xの相殺の主張に対しては以下のように判示した。すなわち、仮登記担保権者が目的物の換価金から弁済にあてることができるのは、被担保債権についてだけであること、清算金が生じた場合、これは他の債権者の満足にあてられるべきものであること、等から「担保権者は、当該債務者に対して被担保債権以外に別の金銭債権を有する場合でも、前述のように清算金から右債権の弁済を得ることができないのはもちろん、その債権をもって自己の負担する清算金支払債務と対等額において相殺し、清算金から直接右債権の弁済にあてると同様の効果を生ぜしめることも許されないと解するのが、相当である。けだし、もしそう解しないと、仮登記担保権者は、本来前記後順位担保権者や差押債権者らとの関係ではこれに優先して弁済を得ることのできないはずの被担保債権以外の債権についてこのような弁済を得られると同様の結果となり、これらの権利者の利益を不当に侵害することとなるからである」。

本件では、仮登記担保の清算金支払義務を受働債権とする相殺が他の債権者に対する事実上の優先弁済を受けたとの結果を招来するがゆえに相殺が否定された。すなわち、ここで相殺が認められなかった理由は、清算義務を負っている者に相殺による事実上の優先弁済機能を認めないことにあった。しかし、これは相殺^{イコール}担保という考えに偏った理由付けであると思われる。なぜなら、このような清算金は、そもそも債務者のために確実に支払われなければならない性質を有しているからである。すなわち、現実払いが強制されるべき債権ということになる。それ故に相殺が否定されたものと考えるべきではなからうか。

【53】 福岡高裁宮崎支判昭和五八年八月一〇日（金法一〇七九号四四頁）

（事実の概要）

Aが振出人Xの偽造手形を作成してBに交付し、BはこれをY銀行に割引依頼した。手形が期日に決済されなかったため、Yは手形債権をXの当座預金と相殺した。そこで、Xは、この相殺が無効であると主張して、当座預金の払戻をYに請求した。

（判旨）

XとYとの間には銀行取引約定書による銀行取引契約が結ばれているが、銀行取引約定書一〇条四項には手形の偽造変造などの事故があってもその責任は取引先であるXが負う旨定められている。しかし、「本件銀行取引約定書第一〇条四項にいう『偽造』の手形とはXがYとの右金融取引により取得したY名義の偽造手形と解するのが自然であるのみならず、右条項を含む本件銀行取引約定書の如き銀行取引約定書は一般に銀行とその取引先との間の銀行取引に際して作成される定型的な約定書であるが、もし銀行が取引先甲との取引により取得した他の取引先乙名義の偽造手形について乙との関係で右条項が適用されるとすれば、当該手形の偽造行為につき乙に帰責事由があるかどうかにかかわらず、偶々銀行が甲から乙名義の偽造手形を取得することにより、乙が本来負担する理由のない当該手形上の責任をも含めてその一切の責任を、一方的に負担することになる結果、乙としては不測の債務負担を強いられ、その金額如何によっては乙の経済的活動を根底からくつがえす危険があり、合理性を欠くものといわざるを得ないこと、他方、銀行が甲との取引により偶々乙名義の偽造手形を取得することとなっても、その取引上、銀行は甲に対し当該手形上の権利や他の何らかの担保的権利を有する場合が通常であるから、右の偽造手形につい

て乙との関係で右条項を適用すべき経済的要請は大きくないと考えられることなどを併わせ考慮すれば、本件銀行取引約定書の右条項はYが第三者との取引により取得したX名義の偽造手形の場合には適用がないものと解するのが相当である。」として、Yの相殺を否定した。

約定書一〇条四項の規定は銀行が第三者との間接取引によって取得した手形には適用されないとして、銀行の相殺を否定したものである。この理は次の上告審においても維持された。

【54】 最判昭和六二年七月一七日（民集四一卷五号一三五九頁）

約定書一条二項は、約定書の適用範囲を拡張して、銀行が第三者との間接取引によって取得した取引先振出の手形にも適用されると定めており、このことからすれば一〇条四項の規定も銀行が第三者との間接取引によって取得した取引先振出名義の偽造手形にも適用されるかのごとくであるが、「一条二項の規定は、真正に振り出された手形を前提としていて、一〇条四項の規定するような偽造の手形を前提としてはいいものと解すべきである」と、「約定書一〇条四項の規定は、そもそも銀行が多量の与信取引の事務を簡易迅速に処理する必要上設けられたもの」であるが、与信取引は支払事務と異なり「その事務処理を特に簡易迅速に行わなければならないものではなく、右規定を適用すべき合理的な必要性は認められない」こと、さらに「本件のように、銀行が第三者との間で手形割引などの与信取引によって取引先振出名義の手形を取得する場合には、銀行は、一経済人として、当該与信取引によって得る経済的な利益、当該第三者の資産・営業状態、振出人である取引先の資力及び裏書人があればその資力などを総合的に判断して、慎重に当該与信取引の諸条件のみならず取引自体をするか否かを決することができ

るのであるから、右規定が適用されるべき合理的な必要性を認めることができないことは明らかである。そうすると、約定書一〇条四項の規定は、銀行が第三者との与信取引によって取得した取引先振出名義の手形については適用されないものと解するのが相当である。以上と同旨の見解のもとにYの前記相殺の抗弁を排斥した原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない」。

本件では、銀行取引約定書の効力が争われているが、翻って考えると、そのような特約がない場合、つまり法定相殺であっても認められないかが問題となる。手形債権と預金債務の相殺が一般的に認められているにもかかわらず、偽造手形による手形債権の場合にはこれを自働債権とし得ないのはなぜかということである。自働債権の適格性が問題となってくる場面である。

次の判例は、破産債権者との関係で相殺が問題となっているが、破産財団に対する債権債務に関する相殺であり、対内的相殺としてここに挙げることにする。

【55】 大阪地判平成元年九月一四日（判時一三四八号一〇〇頁）
（事実の概要）

いわゆる豊田商事事件に関するものである。Aの破産管財人Xは、Aの従業員であるYらとAとの間の高額な歩合報酬支払合意は、Aの極めて違法性の高い商法を推進する対価であり、公序良俗に反し無効であるとして、不当利得に基づく返還をYらに請求した。これに対し、Yらは、未払給料債権等と右返還請求権とを相殺するなどと争った。

（判旨）

歩合報酬の合意が公序良俗に反し、無効であり、すでに支払を受けた報酬は七〇四条の不当利得にあたること、これが七〇八条の不法原因給付にはあたらず、Yらに返還義務があることを認めた上で、Yらの相殺の抗弁につき以下のように判示した。「確かに、Yらの相殺権の行使は、破産法一〇四条に直接抵触しない。しかしながら、同法九八条による相殺を認めることが著しく信義則に反し、債権者相互間の不公平な結果を招来する等の特段の事情がある場合には右相殺権の行使は権利の濫用に該当し、許されないと解するのが相当である。

そこで、前記認定の事実には照らすと、Yらは豊田商事の社員として詐欺的本件商法を推進することにより右債権を取得したのであって、右相殺を許容することは詐欺的商法の被害者である前記破産債権者らの犠牲において優先弁済を受けるのと同様の結果を招き、著しく信義則に反し、破産債権者間の公平を害する。してみれば、Yらの主張する相殺権の行使はその余の点について判断するまでもなく、権利の濫用に該当し、許されないとわねばならない」。

高額の報酬を受けた従業員に対してその返還を認めたものであるが、ここで未払報酬債権との相殺を否定したのは、破産債権者との比較において優先弁済を受けるとの結果を認めなかったからではなく、従業員の受けた報酬の返還がまさに現実払いする必要があったからにほかならない。すなわち、ここでの問題は受働債権を相殺という履行代用物によって消滅させ、現実を支払うことが不要とされるのか、現実払いを要求されるのか、ということにある。そうなる⁽¹⁸⁾と、相殺が許容されるための要件としてこの現実払いの必要性ということを検討しなければならないことになろう。

以上の結果、相殺権は必ずしも形式的に債権が対立していれば発生するものではなく、自働債権の取得方法や受働債権の適格性などにより、相殺権の行使が抑止され、しかもその際に相殺権濫用論が述べられていない事例が存在することが明らかになった。そこで、相殺権濫用によらずして相殺が排除される場合を今一度検討することが必要になるのであるが、その際、相殺を広く排除しているドイツ法の現状を次に概観することにする。その法理を探ることによって、日本法に示唆を与えるものと考えられるからである。

注

(186)

ほかに、先履行関係を認めたものとして次のものがある。東京地判平成三年五月三〇日(判時一四〇八号八六頁)によると、Aに対して債権を有するXは、宅地建物取引業保証協会Yに対してその社員であるAが有する弁済業務保証金分担保金の返還請求権を差押え、転付命令を取得した。Xからの支払請求に対し、Yは、Aの取引先であるBに宅地建物取引業法六四条の八に基づいて弁済業務保証金の還付金を支払い、この還付充当金請求権と右返還請求権とを相殺すると主張。このような事実関係のもと、次のように判示した。宅建業法六四条の一一において、弁済業務保証金分担保金は、同法六四条の八により保証協会が支出した還付充当金を社員が弁済した後に返還するものと規定されているため、「Yは、社員の地位を失ったAに対して分担保金返還債務を負担したが、他方において、Aに対して金三〇〇万円の還付充当金支払請求権を有しており、法の規定上、後者の支払が先履行の関係にあるものと解すべきであって、その支払がなされていない以上、本件請求権の履行期は到来していない」として、Yの相殺を認めた。

二 ドイツ法における相殺排除

ドイツ民法（BGB）三八七条は、相殺につき、二人が互いに同種の目的を有する給付を負担する場合において、自己の受ける給付を請求し、かつ、自己の負担する給付をすることができるときは、各当事者は、相手方の債権と自己の債権を相殺することができる。」と規定する。⁽¹⁸⁷⁾ここから、一般的に、相殺の要件として、相互対立性、同種性、債権の有効性、履行可能性といったことが挙げられることになる。⁽¹⁸⁸⁾そして、この要件が充足しても相殺が禁止される場合として、三九三条が不法行為に基づく債権に対する相殺を、三九四条が差押え禁止債権に対する相殺をそれぞれ規定している。⁽¹⁸⁹⁾

ところが、ドイツ法では、相殺の要件が充足し、かつ法律による相殺禁止規定に該当しない場合にも広く相殺を排除しないし制限することが、判例・学説によって認められている。これがどのような観点に基づいてなされているのかを検討することは、日本法において相殺権濫用として相殺が禁止される場合を検討する際に十分参考になるものである。そこで、まずは、このように相殺の制限について争われた実例のうち、代表的と思われるもののいくつかを時系列的にみていくことにする。

1 判例

【判例A】RG, Urt. v. 27. 3. 1939. RGZ 160, 52.

（事実の概要）

事案は複雑であるが、相殺に関しては、概略以下のものである。AはXからの委託に基づいて、ある土地を取得したが、その登記名義を自己のものにした。そこでXからの所有権確認およびその土地の引渡訴訟が提起された

が、その間にAとの間で、土地の処分等についての和解が成立したため、Aは右土地の一部をBに売却した。その後、Aの遺言執行者としてYが指名されたので、XはYに対して、土地の売買代金の引渡などを訴求。これに対し、Yは、AがXに対して有していた貸付債権を反対債権として相殺すると主張。

(判旨)

まずは、その前段で、Yの主張した留置権(Zurückbehaltungsrecht)を、その要件である法的一体性の欠如から否定したこととの調和において、相殺も、同じ理由で否定されなければならないとした上で、次のように述べた。「留置権の主張と同様に、事務処理と関連性を有しない債権をもってする相殺も、委任契約によってAが引き受けた義務と調和しない。それゆえ、債務関係の内容に基づき、このような債権をもってする相殺権限の排除が生ずる。この事実関係により、事務処理によって取得した物の返還を求める請求権と純粹の金銭債権が三八七条の意味において同種でないといみなされることによって相殺が認められないのかどうかは、審理する必要はない」。

ドイツ法においても、両債権が同種のことを目的とする場合でなければ相殺することはできない。したがって、それ以前のRGの判例においても、消費貸借契約に基づき金銭を貸し付ける債務とその借主に対する貸付債権につき⁽¹⁹⁰⁾、金銭債務からの解放を求める請求権と金銭債権につき⁽¹⁹¹⁾、それぞれ同種性の欠如をもって相殺を否定していた。ところが、本件では、同種性の判断をするまでもなく、事務処理の委託によって受託者が取得した物の返還債務を委託者に対する金銭債権をもって相殺することを、債務関係の性質に基づいて否定した。ここには、その反対債権が事務処理とは無関係な原因によって生じたものであるとの留保が付されているのであるが、このような立場はその後BGHによっても維持されていくことになる。

【判例B】 BGH, Urt. v. 29. 9. 1954. BGHZ 14, 342.

（事実の概要）

Yは、ナチス党のために管理されていたXの財産をその管理者Aから回復することをXから委託された。これに基づいて、YはAから現金を受領したが、Xにはその一部だけを支払い、残金はXに対する貸金債権と相殺したため、Xから支払い訴訟が提起された。

一審二審ともXの訴えを認め、Yの上告も棄却された。

（判旨）

「Xの請求権は、Yとの間で基礎づけられた信託関係に基づくものであり、この特殊な内容から、信託関係において争いなく基礎づけられたものでない貸金債権との相殺は信義則に基づいて許されない。その際、事務処理によって取得した物の返還を求める請求権が現金で残存していた場合にも相殺に供された反対債権との同種性が欠如し、それゆえ三三七条による相殺が全く排除されるのかどうか……は未決定のままでよい。当部は、全権代理人が信託財産を信託者のために取得し、あるいは受領したという（広義における）信託関係の場合、その全権代理人が反対債権をもって返還請求権に対抗することは、この信託関係に基づき信義則に反するとしたRGの見解に従う」として、【判例A】に追従することを示した。

結局、本件においても、信託関係という法律関係の性質に基づいて相殺が排除されることになった。すなわち、受託者が取得した物は直ちに委託者に引き渡すことが信義則上義務づけられているのであり、信託関係に基づかな

い反対債権でこれと相殺することが否定されたのである。

【判例〇】 BGH, Urt. v. 19. 9. 1957. BGHZ 25, 211 = NJW 1957, 1759.

(事実の概要)

主務官庁から緊急援助基金 (Soforthilfefonds) による復興貸付 (Aufbaulihedarten) が認められたYは、その官庁から委託を受けているX銀行から実際に借受けをした。ところが、Yは、その分割返済を数度にわたって延滞したため、Xは主務官庁の許可を得て右貸付を無催告解除するとともに、残代金の返還を請求した。これに対して、Yは、Xの前権利者に対して有する損害賠償請求権と相殺すると主張。

一審はXの訴えを認め、Yの控訴も上告も棄却された。

(判旨)

控訴審が貸付契約の内容に従い、相殺の排除は黙示的に取り決められたと理解したことに同意し、次のように述べた。すなわち、復興援助が、緊急援助委員会の裁決に基づき、緊急援助に関する官庁の監督のもとに銀行が管理するという目的に拘束された資金に基づく貸付であることから、「復興援助貸付を許可することによって求められている目的が、貸付業務の履行後直ちにその資金が緊急援助基金に逆流し、再び経済復興のために用いられることを要求していると、控訴審は適切にも導いた。この目的が定められていることと、資金を他の目的のために利用することとは一致しない。……控訴審は、正当にも、Yの相殺を認めることが、緊急援助基金からでた資金をXの債務の消滅のために、つまり他の目的に使われることを意味すると認定した。資金の目的外使用が禁止されることの必要性を、法的には異議を申し立てられない控訴審の確定により、両当事者、とくにYは知っていた。この事情が

ら、契約内容に基づき、Yが他の取引関係に基づいてXの前権利者に対して有する復興援助貸付と関連性を有しない債権をもって相殺することは排除されると、控訴審は法的に過誤なく、判断した。このような排除は明確な取決めで定められる必要はない。法律関係の性質に基づいて排除が生じうることと十分である。なぜなら、相殺は、当事者間を基礎づける法律関係の特殊な内容と信義則上調和しないからである。また、黙示による相殺排除の取決めには当事者が相殺可能性を認識していたことが要件であるとする上告理由における主張⁽¹⁸⁾に対しては、債務関係の性質から相殺が排除されたのであり、「貸付金の払出をした銀行に対して借主が自己の債権をもって相殺することは、たとえば借主が反対債権を後になつてはじめて取得した場合でも、債務関係の特別な内容のゆえに禁止される。それゆえ、銀行と借主が貸付契約の締結に際して、借主が一定の債権をもって相殺を試みようとする可能性を考慮に入れていたかどうかは問題ではない。つまり、借主が銀行に対してそもそも反対債権を取得していたことを一度でも認識している必要はないのである」として、その主張を認めなかった。

本件は、当事者間の法律関係の特殊性からする相殺排除という従来の判例を一步進め、目的拘束されている債権は黙示的に相殺排除の取決めがなされていることも理由に挙げられている。

【判例D】 BGH Urt. v. 1. 4. 1963. WM 1963, 509.

（事実の概要）

Xは自己の財産悪化に伴い、財政再建と家屋の建て直しをYに依頼した。ところがYは、X所有の土地を第三者に譲渡し、その売却代金を着服したため、Xがその支払いを求めて訴求。これに対してYは、家屋建て直し等にお

ける事務処理上の出費を反対債権として相殺すると主張。

一審二審ともXの請求認容。Yの上告は棄却された。

(判旨)

「原審は結果においていずれにせよ正当にもYの相殺が権利濫用とみなした(二四二条)。Yが……建て直しと再建に關してなした出費を十分に裏付けることができなかったのは争いのないところである。Yが訴訟で申し立てた差引とそれを裏付ける事実が不明確であり、分かりづらいものであった。……このような状況の下、もしYが、判断に熟した八一六条に基づく請求債権の判断を見通しの利かない方法で引き延ばすために、自らの責めに帰すべき差引関係のわかりづらさや不明確性を利用しようとするならば、Yの相殺は信義則違反を申し立てられることになる。なぜなら、本件の今までの経過が示しているように、訴訟における当事者の差引関係の明確化は、ともかくも、多大な困難さと長期間という時間のもとではじめて可能になる。このような遅延は、信義則により、Xにとつての負担限度を超えるものである」。

本件では、訴訟において初めて反対債権が主張され、しかもその反対債権の確定および差引関係の確定に困難さと多大の時間を要する場合には、これに基づく相殺の主張が信義則違反・権利濫用になると判示したものであり、いわば不当な権利行使ということになる。

【判例E】 BGH Urt. v. 13. 7. 1970. BGHZ 54, 244.
(事実の概要)

XはYの依頼により、浴室のタイルの張り替えを行った。この代金をYは一部しか支払わなかったため、Xが残代金を訴求。これに対し、Yは、タイルの張り替えに瑕疵があり、これに基づく瑕疵除去費用請求権、ないしすでに瑕疵修補のために一部支出した前払い金支払い請求権をもって相殺すると主張。

一審二審ともXの訴えを認めた。Yの上告は一部認容された。

（判旨）

「給付目的物に同種性があるにもかかわらず、対立する債権が基礎をおく法律関係に基づいて相殺が認められない場合がある。なぜなら、一五七条による契約取決めの解釈が相殺を禁止しているから、もしくは債務関係の性質ないし負わされた給付の目的を考慮して相殺が信義則（二四二条）に反するからである。つまり、受託者や業務執行者が六六七条による取得物の返還請求権に対して任意に相殺することは許されないということが例として知られている。しかし、この観点からは、本件において、費用前払い請求権をもって報酬債権に対して相殺することが禁止されることは導かれない。当事者がこのような相殺禁止を意図し、具体的に取り決めたということを、控訴審は受け入れていないし、Xによっても主張されていない。しかも、前払いの目的と債務関係の性質に基づく禁止も生じない。……前払いの目的拘束性はどんな場合であっても委任者のための一方的な相殺禁止を正当化させる。本件のように、現金払いにかえて相殺で満足しようとする委任者に相殺を禁ずる十分な理由は与えられない」。また、瑕疵担保責任が認められるためには長時間の審理が必要であるという点については、次のように述べた。「債権が即時証明可能である(litui.)のに対し、Yが当事者間に存する法律関係に基づいて差引関係の明確性に配慮することを義務づけられているにもかかわらず、反対債権が長時間の説明を必要とする場合には、自ずと認められる相殺は個別事例において信義則に反する場合がある。建築物の瑕疵担保請求は、通常は訴訟継続中に、しばしば長い時間

のかかる証拠調べの方法でなされる」が、本件においては、控訴審が遅れた証拠提出として訴訟法上の効果だけを導いたとして、結局、すでにYが支払った前払い費用をもってする相殺だけを認めた。

本判決は、相殺が当事者間の債務関係の性質によって排除されることがあり得ることを前提としつつ、その反対債権が当該法律関係から生じた場合には、このような排除がなされないとし、また反対債権の審理に長時間を要する場合には訴訟法上の効果だけが導かれ、相殺権の消長に影響をもたらしなないとして、【判例D】との整合性に努めたものである。前段に関しては、次の判例においても同様の理が説かれている。

【判例E】 BGH Urt. v. 1. 6. 1978. BGHZ 71, 380.

(事実の概要)

弁護士Yは、Aの依頼により、A B間の売買契約に基づくBの残代金を請求し、それは後にYの口座に振り込まれた。その間に、Aについて和議手続が開始され、Xが和議管財人となった。Yは、残売買代金が振り込まれたことと、そこから自己の報酬債権を差し引きすると通知したのに対し、Xは、右相殺は同種性が欠如しているために認められないとして、取り立てた金銭の返還を訴求した。

一審二審ともXの請求を棄却したが、上告審は控訴審判決を破棄・差戻した。

(判旨)

「六七五条六七条により委任契約に基づく弁護士の義務は、事務処理に基づいて取得した物すべてを依頼者に引き渡すことである。この返還義務は、なるほど、金銭を目的とする場合であっても、通常金銭債務とは何らか

の異なったものであり、それゆえ三八七条による相殺には通常用いられないものである。しかし、その返還請求権が、取得した給付物を引き渡すのではなく、給付に対する支払い義務の場合には、弁護士は報酬請求権をもって取得した物の返還を求める依頼者の請求権に対して相殺することができ。……返還請求権は、むしろ通常は、単に給付物に対する適切な相当額の支払いを求めることである。この構成において、取得物の返還を求める請求権は、相殺にとっての本質的な観点において、金銭債権と同種である。相殺の排除は、まさに相殺の法制度によって回避されるべきやり取りをもたらず」。「相殺は、当事者間の法律関係の目的と性質に基づき、黙示の取決めによって排除されるとみなされる。これは、取立委任の場合に直ちに受け入れられるものではない。……取立委任は、通常、相殺することを妨げる、弁護士と依頼者との間の信託関係を基礎づけない」。「確定判例によれば、委託の意義と目的は、受任者が、その委託に基礎をおかず、それと結びつかない出費である反対債権をもって取得物の返還請求に対して相殺することを、信義則の原則により禁止する。このような事実関係を控訴審は確定していない。」などとして、Yの相殺は信義則に反するものではないとした。しかし、AX間の取立委任がAの和議開始以前かどうかによってXの相殺権行使の正当性が左右されるため、その点の確定をするために破棄・差戻した。

本判決も、原則として、委任契約の目的等から相殺が排除される場合があるとしても、本件における弁護士の報酬請求権がその委任関係に基礎をおいて生じていることから、委任関係に基づかない別の関係から生じた債権との相殺が排除されるという従来の判例の準則と、必ずしも整合しないわけではない。ただし、後掲【判例Ⅰ】によって、これもまた修正されることになる。

【判例C】 OLG Hamm, Urt. v. 6. 4. 1984, WM 1985, 1288.

(事実の概要)

事実関係は複雑であるが、概略以下のようなものである。Xは、Y銀行がAへの貸付にあたりその連帯保証人となったBの妻である。Aがその借入金の返済途中であった一九八〇年にBを殺害し、刑事罰を受けたために返済不能となった。そこでYはXに保証債務の履行を請求したのであるが、Xは相続を放棄した。この相続放棄の連絡がYに到達する間、Bの生命保険金が、その受取人であるXの指示のもとにYにあるB名義の口座に振り込まれた。そこで、YはこれをAの貸付口座に振り替え相殺したため、XがB名義の口座処分権に基づいてそれを自己名義に書き換えるとともに、再振替およびその支払いを訴求した。Yは改めて相殺の意思表示をするともに、予備的に留置権を主張した。Xも口座代理権に基づき、保険会社からの振込み金を自己に譲渡する意思表示を行った。

一審は、Xが口座代理権に基づき振替口座の共同権利者となり、口座の名義書換によって単独名義人になったことを認め、それに対しYの行った相殺は保証債務の弁済期未到来によって無効であることを理由に、Xの請求を認容した。Yは控訴したがこれも棄却された。

(判旨)

まず一回目の相殺は、主債務の弁済期を到来させる意思表示をしていないことから、保証債務の弁済期もまた未到来であるとして無効と判断した。続いて第二回目の相殺に関しては次のように判示した。すなわち、まず、Xの行った口座の名義変更は無効であり、口座の所有者は依然としてBの相続人であり続けること、Xが保険金を当該口座に振り込むよう指示したのは、これによって相続財産に含ませる意図のもとに行ったものではないこと、この間の事情を銀行はすべて知っていたことなどを認定した上で、「原則として銀行は、反対債権をもってする相殺を、

その相殺が第三者にとって損失を与えるものであることを知ってなした場合であっても、顧客と第三者との関係を配慮する必要はない。しかし、相殺は、本件のように自己の口座が問題になっていることを知らずに口座振替を指図したことを銀行が知っているような場合には、当審の理解によれば、権利濫用であり、それゆえ禁止される。なぜなら、その相殺は、信義則と調和しない単に形式的な法的地位の利用が含まれているからである。それゆえYは——本件における上記のすべての事情を考慮しても——相殺の主張を妨げられる。」として、相殺も留置権の主張も認められず、反対にXは口座所有者に対して返還請求権の譲渡を求める権利を有していることを理由に、Yに対する保険金の返還請求権が認められた。

本件は、結局のところ、顧客による口座への振込み依頼が、当該口座が問題になっていることを知らずになされたという事情を銀行が知っている場合には、銀行がその口座を利用して相殺することが濫用であるとされたものである。すなわち、期待されていたものでなく、偶然に振り込まれた預金を利用することができないとされたのである。

【判例H】 BGH, Urt. v. 24. 6. 1985. BGHZ 95, 109 = WM 1985, 1399.

（事実の概要）

Y₂は、租税滞納による拘禁命令の執行回避のために供託金を提供したが、その資金はY₁銀行から借り入れしたものであった。そのため、供託金返還請求権は直ちにY₁に譲渡され、供託所である区裁判所に通知された。他方、財務国庫（Finanziskus）の所有者という立場にある州（Land）Xは、Y₂に対して多額の租税追徴金を課した。その

後、 Y_2 に対する拘禁命令が破棄され、供託物が解除されたため、 X はこの返還請求権に対して租税債権をもって相殺すると主張し、この確認を求めて訴えを提起した。

一審二審とも X 敗訴。上告も認められなかった。

(判旨)

「いずれにせよ、財務金庫としての資格における X と、供託法により供託手続における権利者としての Y_1 との間の法律関係の性質のゆえに、訴求した X は、供託された金銭の返還請求権と遅滞した租税の支払いを求める請求権を相殺することが禁じられる。

(a) 法律上ないし契約上明示的に規律された場合だけでなく、さらに当事者間の特殊な内容によって基礎づけられた債務関係が相殺の排除を黙示的に取り決められたとみなさなければならない場合、あるいは法律関係の性質もしくは負わされた給付の目的が相殺の方法による履行を信義則と調和しないとみなされる場合には、相殺が禁止されるところを判例も学説も認めている。つまり、例として、信託関係の性質や、依頼の意味・目的に基づいて、受託者も受任者も取得物の返還請求権に対して信託関係ないし依頼関係に基礎をおかず、それと結びついた出費でもない反対債権をもって相殺することは許されない」。このことは公法的な供託の場合であってもかわらない。したがって、「供託の意味と目的を考慮して、供託された金銭に相当する額の弁済に向けられた請求を、他の法的基礎に基づいて発生した債権をもって相殺することを国家に認めない」。つまり、「供託に基礎をおかない支払請求権をもって相殺することによる還付請求の履行は、供託関係の性質により一般的に信義則違反となる」。また、このことは、供託金を貸し付けた Y_1 にその返還請求権が譲渡された場合であっても妥当する。

地方自治体が有する租税債権をもって、納税者のなした供託物の返還請求権と相殺するという特殊な事例であるが、従来の判例の見解を踏襲し、公法上の債権であっても相殺排除の原則が適用されることを明言したものであり、さらにその返還請求権が譲渡された場合であっても相殺排除の原則が適用される旨判示したものである。

【判例Ⅰ】 OLG Bremen, Urt. v. 11. 11. 1986. NJW 1987, 846.

（事実の概要）

病氣治療に際してYが全身不随になったのはX病院の医師Aの説明義務違反によるものであるとして、確定判決により、XはYに八万マルクの慰謝料支払い義務を負った。これに基づくYからの強制執行に対し、Xは、Yに対する入院費支払い請求権をもって相殺するとして、請求異議の訴えを提起した。

一審はXの相殺を認め、訴えを認めた。Yの控訴に対し、控訴審は訴えを一部棄却した。

（判旨）

まず、Yの慰謝料請求権に対する相殺が、三九三条による不法行為債権に対する相殺禁止にも、三九四条による差押え禁止債権に対する相殺禁止にもあたらないとした上で、「Xが四万マルクを上回る金額の債権で相殺の意思表示をした限りで、相殺権は二四二条により否定される。……慰謝料債権が、蒙った非財産的損害についての適切な補償を被害者に供与するものであり、この考えを考慮すべきこと、および加害者は被害者に苦痛を与えたことに對する償いを負っていること、を考慮すべきである。もし、Yの慰謝料請求権に対して無制限の相殺権をXに認めるとするならば、この目的は無に帰してしまふ。……連邦社会扶助法は七七条二項において、BGB八四七条により給付すべき慰謝料債権は収入とみなしてはならないと規定し、他方慰謝料債権が支払われたことにより現存する

資金は連邦社会扶助法八八条三項の過酷な結果を緩和する条項 (Harteklausel) に関するあらゆる規定において財産とみなすことは許されない。

いずれにしてもXは相殺によって完全に排除されるものではない。なぜなら、本件では、相殺に供された入院費の支払い債権が慰謝料請求権の発生と関連しない異なる事実関係によるものであること(上掲)、他方Yは、不当にも数年間Xの病院から退院することを拒絶し、これにより社会福祉施設にいるよりも不必要な相当高額な費用を生ぜしめたという、二四二条により判断されるべき両者の行為を無視することはできないからである。あらゆる事情、なかんずくYのかなり重い身体的損傷と悪化する社会的状況とを考慮して、当審は以下のように考える。すなわち、判決により言い渡された慰謝料債権のうち四万マルクはYに残しておかなければならない。しかし、そのほかの部分ではXの相殺が慰謝料請求権を消滅させた」。

本件は、慰謝料請求権に対する相殺は形式的には認められるが、信義則およびそれと結びついた社会福祉の観点から、相殺の全部ないし一部が排除されることを明言したものである。^(四)

【判例J】 LG Zweibrücken, Urt. v. 16. 12. 1986, WM 1987, 1010.

(事実の概要)

Y銀行と当座契約を締結していたXは、右口座に現金を預金すると同時にYに四件の振込依頼をした。ところがYは、Yから融資を受けていたが資金繰りに苦しくなったAからXに対する売掛債権を譲り受けており、これと右預金とを相殺し、振込みをしなかった。そこでXが右預金とその利息の支払いを求めて訴求。

区裁判所は訴えを棄却したが、控訴審では認容された。

（判旨）

まず、銀行と顧客との間の当座契約により、現金預金と振込依頼との間には、その預金が振込みを可能にするという目的のために資するという緊密な関係を有していると認定した上で、「Yが第三者から譲渡によって取得し、そして当座契約と関連を有しない反対債権をもってする相殺は、二四二条によって認められない。連邦裁判所によっても採用され、さらに展開されているライヒ裁判所の判例によれば、事務処理と関連性を有せず、そして基礎にある委託契約から生ずる義務と調和しない債権をもってする相殺は信義則によって排除される。すでに述べた状況から明らかな預金の目的により、Yは当座勘定の預金を委託に従ってのみ利用することができる。取り決められた事務処理と関連性を有しない反対債権をもって指図に反して差し引きすることは権利濫用である。このことは基礎となっている債務関係、それによって銀行顧客は、必要な資金を入金したならば振込み依頼が処理されると期待することが許される、そういう債務関係の内容から生ずる。たとえば別の判断は、Xが銀行の債権を知っていたような場合にのみ生ずるかもしれない。Yは委託関係に基づき、明らかに目的が定められた預金を受領する前に、Xに対する債権の取得と相殺の意図を指摘する義務を少なくとも負っている。そのため、契約上の説明義務違反のもと、預金が受け入れられた。契約違反によって生じた状況を相殺によって利用することは、認められない権利行使であり、それゆえ信義則に反する」。

本判決は、従来、銀行が通常の銀行取引の方法によらずして（nicht bankübliche Weise）顧客に対する債権を取得した場合、この債権の行使は銀行の権利濫用になるとの判例⁽¹⁶⁾を、さらに相殺の場合にも適用したものである。次

の判例では、B G Hもこの理を認めることになった。

【判例 K】 BGH, Urt. v. 28. 4. 1987, NJW 1987, 2997.

(事実の概要)

Xは、Y銀行にある兄弟Aの定期預金を譲り受けたとして、その支払いを求めた。これに対し、Yは、Xへの権利移転を争うとともに、予備的に、第三者から譲り受けたAに対する損害賠償債権と相殺すると主張。

一審はXの請求を棄却したが、二審は訴えを一部認めた。上告審はXの請求を認め、Yの付帯上告を棄却した。

(判旨)

「具体的な法律関係に固有の性質による相殺禁止、もしくは負っている給付の目的による相殺禁止は、なるほど法律上もしくは契約上明示的に示された場合を越えて一定の事実形成によって可能である。」とした上で、ドイツ銀行普通取引約款 (AGB-Banken) の解釈をも合わせて次のように述べた。「銀行普通取引約款一九条は、条件付・期限付きを含めて現在および将来にわたる顧客に対するあらゆる請求権を銀行に保証しており、この保護範囲は第三者から銀行に譲渡された請求権にも明示的に及ぼしている。この書式により拡張された銀行の保護は、確かにB G Hの確固たる判例によって、A G B (普通取引約款) に関する裁判官による内容修正に耐えている。しかしながら、銀行の擱取可能性は、銀行の通常取引関係に基づく場合にのみ第三者から銀行に譲渡された債権が保護されるという点で、制限的解釈を必要とする。この制限は、上告理由の主張とは反対に、銀行が保全の要求に際してただA G Bに依拠する場合にのみこの制限が入り込むのではない。上述の判断から明らかになったように、判例は、保全の要求に関する銀行の制限を、銀行普通取引約款五条の不明確性ないし銀行普通取引約款三条の不意打ち的な

約定条件の禁止から導いてはいない。制限するについての内部的な理由付けはむしろ以下の点にある。すなわち、銀行として必要としていないこのような保全（手段）を、ただ自己もしくは第三者に利用を図ることを目的として関係を有していくことが、銀行の顧客に対する法的関係の性質と矛盾することになるということである。本件でのYのように、顧客の債権を三八七条以下に従い『相殺の方法による自力救済』によって、通常の取引方法によらずして取得した第三者の権利のために利用する場合には、このように正当化されない他人の利益の拡張を、銀行として特別な事実上の擱取可能性を悪用することによって顧客の負担に帰せしめている。なぜなら、このような場合にも、いわゆる二四二条により原則として信義則違反であり、権利濫用となるからである」。

本件では、通常の銀行取引の方法によらずして取得した顧客に対する債権をもって預金債権と相殺することは、信義則違反・権利濫用になるとしたものである。

【判例一】 BGH, Urt. v. 29. 11. 1990, BGHZ 113, 90.

（事実の概要）

XはA男とB女の子であるが、離婚訴訟によりABが離婚し、Aはその扶養料を毎月支払うことが義務づけられていた。ところが、Aがこれを怠ったため、Bからの依頼を受けたY弁護士がAのCに対する債権の差押え・転付命令の手続を行った。Yは、右転付命令によりCから支払いを受けたが、自己の報酬債権と差し引いた。そこで、Xがその支払いを訴求。

一審はXの訴えを認めなかったが、控訴審は一部認容した。Yの上告は棄却された。

（判旨）

「法律上ないし契約上明示的に規定された場合に限らず、当事者間で基礎づけられた債務関係の特別な内容により黙示的に取り決められたとみなされなければならない場合、あるいは法律関係の性質もしくは負わされた給付の目的が相殺による履行を信義則と調和しないとみなす場合には、相殺は排除される。とりわけ、法律行為の特別な目的拘束により、それに基づいて生じた債権に対して、同一の取引にその基礎を有しない債権のみならず、その現実的履行がその目的に資する場合、それらの債権をもって相殺することは許されないとの結論が導かれる。」とした上で、「取り立てられるべき扶養給付は子供に有利なように信託的な目的拘束に服」し、この「目的拘束性は、取決めに従ってその目的拘束を知りながら給付を受領した全権代理人である受領者に対しても存続する」ことから、取立委任を受けた弁護士報酬請求権と相殺することはできないとした。

本判決は、委任等と無関係な債権をもって相殺することは、契約関係の性質ないし目的などから認められないが、弁護士が取立委任を受けた場合は自己の報酬債権と相殺することができるとした判例を、さらにその取立が子供の扶養請求権である場合には現実的履行の必要性から相殺が認められないとしたものである。

【判例M】 BGH, Urt. v. 9. 12. 1992. BGHZ 120, 387.

（事実の概要）

事実関係は複雑であるが、相殺に関しては概略以下のようなものである。Y₁は後にXが引き継いだA会社の従業員であったが、解雇されたことによって訴訟が提起され、その結果XとY₁との間でY₁への賠償金の支払いを含む和解が

成立した。ところが、 Y_2 は、それ以前に Y_1 がXに対して有していた債権を譲り受けたとして、 Y_1 への賠償金を自己に支払うよう求め、差押えをなした。これに対し、Xは、AがB信用組合から借り入れする際に Y_1 が連帯保証人となり、この保証債権をBから譲り受け、これを反対債権として相殺するとして、請求異議の訴えを提起した。

一審二審ともX勝訴。しかし、Yの上告が認められ、二審判決は破棄された。

（判旨）

「Xが、彼自身 Y_2 に対する弁済を義務づけられている一九八九年五月の和解取決めに際して、Bから譲渡された反対債権をもって相殺することを留保せず、あるいは反対債権を有していることを他の何らかの方法で認識させていない場合は、これ「相殺すること」と矛盾する。このような行為は信義則に反するものであり、それにもかかわらず後から相殺の意思表示をすることは認められない。このことはいずれにせよ本件において妥当するものである。なぜなら、Xは、控訴審が他の関係に基づくものであると確定したように、当時争われていてそして後に基礎づけられた Y_2 の和解債権に対して相殺する目的だけのためにBと協力して、反対債権を生み出したからである」。

本件は、和解成立の時点で反対債権との相殺が留保され、あるいはその存在を認識させるなどしなかった場合に、後の相殺することは権利濫用として認められないとしたものである。いわば、反対債権の取得方法に問題があった場合といえる。

【判例N】 BGH, Urt. v. 4. 3. 1993. NJW 1993, 2041.

（事実の概要）

Xは、その後自分の夫となった弁護士Aの立ち会いのもと、B銀行に口座を開設するとともに、その処分権についての代理権をAに与えた。Aは、横領や他の不正な方法で取得した金銭をその口座に入金していた。その後、Aが逮捕されたため、その刑事弁護とともに右口座の財産管理をAはY弁護士に依頼した。Yは、Aの指示のもとに、右預金口座の現金を他の口座に振り替えたり、有価証券の保管などをしていった。その後、Xから財産の引渡を求められたため、Yは自己の報酬請求権を差し引いた。これに対し、Xは、右相殺は認められないとして訴求。

一審は訴えを棄却し、二審は一部認めた。しかし、Yの上告は認められ、控訴審判決は破棄差し戻された。

(判旨)

まず、Aが、犯罪行為によって取得した財産を他の債権者の攝取から逃れるためにYと信託契約を締結したことが善良の風俗に反して無効であるなどと認定した上で、相殺に関しては次のように判断した。「六六七条に基づく信託者の返還請求権は、Yの報酬債権と同種である。なぜなら、信託口座に入金された金額と同額の単なる金銭の支払いを要求するからである。

いづれにせよ、確定判例により、相殺は、それについて法律上または契約上明示的に規定された場合以外に、当事者間で基礎づけられた債務関係が、法律関係の性質あるいは義務づけられた給付の目的が相殺による履行を信義則と調和しないとみなすような特殊な内容である限り、排除される。信託関係の性質に基づき、依頼の意味と目的がその法律関係に基礎を有しない反対債権をもってする相殺を排除しようということを導く。しかしながら、他の法的基礎に基づいて発生したあらゆる反対債権に関し、私心のない受託者についての一般的な相殺禁止はこの判例から導かれない。相殺禁止の基礎が信義則の原則によって示されているように、その際信託取決めが、取引の意味と内容により受任者が優位に立って受け入れられた法的に疑いのない目的拘束に基づいていることが要件となる。

しかし、法律ないし契約による権利行使は、意図された結果について権利者の利益が存在しない場合には、信義則に反することになる。それゆえ、法律行為の典型的な内容に依拠して、原則として正当化された相殺禁止が二四二条に基づいて個別事例において否定されることも可能である。なぜなら、通常保護されるべき契約当事者に法的に認められた利益が欠如しているからである。信託契約によって追い求められる目的を完全に果たすために自己の利益の確保を従属させるべき受託者の義務、つまり無条件に委託者の利益を保護すべき義務は、その保護が法的に異議を唱えられない場合にのみ、信義則の中にその法的基礎を見いだす。これに対し、法的に禁止される目的を獲得するために信託の取決めをなした者は、信義則に調和するものと扱われないし、その結果、自己の債権に対する相殺を拒否するために二四二条を主張することはできない」。

本件は、従来の判例によって認められた相殺排除の原則を主張することが反対に信義則違反とされた事例である。

このように、判例としては、相殺の要件が備わっている場合であっても、相殺権行使を認めない場合があることを承認している。その理論的基礎は、もちろん信義則の観点から行われているのであるが、直接的にこの原則だけをその理由とするのではなく、債務関係の性質により、あるいは契約の目的からみて相殺権行使の非妥当性を導き出すのである。すなわち、以上の判例をまとめると、債務関係の性質により、あるいは相殺することが義務と調和しないことにより相殺が排除されるということから出発し、委任等による他人の事務処理の場合にまずは相殺が排除され【判例A・B】、さらには貸付金の特別な目的拘束により黙示の相殺排除取決めも認定された【判例C】。し

かも、この理は公法上の債権にも当てはまる【判例H】。しかし、このような排除も反対債権が当該契約から生じたものであれば妥当しないことになる【判例E・F】。ところが、この例外も、さらに受働債権につきそれ以上の保護要請がある場合、つまり慰謝料請求権【判例I】や扶養請求権【判例L】の場合には、再び相殺が排除されることになる。このような、相殺する当事者の契約関係とは別に、権利行使の態様から相殺が否定される場合がある。自働債権の取得方法に問題がある場合として、銀行が通常の銀行取引方法によらずして自働債権を取得した場合【判例K】、相殺する目的のためだけに債権を取得した場合【判例M】があり、相殺権行使の方法に問題がある場合として、自働債権が不明確であり、その確定に多大の費用と時間を要するのに相殺を主張した場合【判例D】、顧客の不注意による振込みを銀行がその事情を知りつつ相殺した場合【判例G】、振込み依頼に基づく預金をそれと無関係の債権で銀行が相殺した場合【判例J】、相殺排除を主張することが場合によって信義則違反となる場合【判例N】である。

2 学 説

このような判例の態度に、学説は賛同している。その理由は、まず、立法者自身がこのことを認識していたことが挙げられるであろう。すなわち、BGBの立法に際して第一次委員会に提出された債務法の部分草案の理由書によると、⁽¹⁸⁾給付目的物が同種である債権が互いに対立していても、債務の特別な性質により、あるいは債務が資する一定の目的により、相殺が排除される場合があり得るのである。したがって、相殺の許容性の排除にとつて、同種性は単なる一要素にしかすぎない。しかし、このことを一般的に規定することは疑わしいことであり、そ

の判断は実務に委ねられるべきであるとするのである。

Motive も同様に次のように述べている。⁽¹⁹⁷⁾「現行法によって主張されている、一定の債権の法的基礎を考慮し、あるいは当該債務関係の特別な目的と性質を考慮することによる相殺の許容性の制限、とりわけ、供託、使用貸借ないし委任の場合、一定の給付物の返還義務が両債権の同種性を妨げず、あるいは二八七条が介入しない限りで、という相殺の排除ないし制限を草案は採用しなかった。二八七条の規定によってその必要性は十分補われている。これにより、一定の法規定ないし法律関係の性質により、そして重大な債務関係の基礎の意味において、本来的に現金払いをしなければならないのか、つまり相殺が排除されるべきであるのかどうかの問題を、具体的に検討することは排除されない」。

しかし、当初は余り積極的に相殺排除が捉えられていなかったようである。⁽¹⁹⁸⁾Planckによると、相殺は、債務関係の内容ないし目的により、その排除が黙示的に取り決められたとみなされうる場合があることだけを指摘している。そもそも、相殺排除の取決めは、契約自由の原則と、三九一条二項が「一定の時に一定の場所で給付を行うべき旨の合意がある場合において、疑わしいときは、異なる給付の場所を有する債権は、相殺をすることができないものとする」と規定していることから、一般的に有効とされている。⁽¹⁹⁹⁾このことから、債務関係の内容によって相殺を排除しようとする場合には、相殺排除の取決めが黙示的になされたこととみなすことによって、結論を導こうとするのである。このような傾向は、Eunecerus/Lehmann においてもみられる。⁽²⁰⁰⁾

しかし、現在においては、相殺排除は広く認められ、その理論的根拠も排除の黙示的取決めに限られていない。たとえば、BGB-RGRK によると、⁽²⁰¹⁾相殺の排除は相殺権放棄を明示的に表示する必要がなく、黙示の排除も認められるとし、さらに目的による排除、事情によっては相殺権行使が許されない権利行使とみなされることによって排除

される場合があるとする。Staudingerは、黙示的な相殺排除の取決め以外に、契約目的の達成を危殆化させる場合を挙げている。⁽²⁸⁵⁾ Larenzも、相殺可能性の限界は信義則によって見いだされることから、相殺排除が取り決められる必要はなく、債務関係の意義ないし目的に従って相殺は排除されるとする。⁽²⁸⁶⁾ Soergel/Siebertは、黙示による相殺排除を認めるが、それは法律関係の性質からだけでなく、負わされた給付の目的が相殺による履行を信義則と調和しないとみなす場合にも生ずるとする。⁽²⁸⁷⁾ Feldmannも、黙示の排除の他、権利関係の性質および不当な権利行使による排除を挙げる。⁽²⁸⁸⁾

結局、いずれにしても相殺の排除は法律の規定と当事者による約定以外にも生ずることが信義則に基づいて認められるが、それをどのような用語によって説明するかについては若干の違いがある。すなわち、黙示の排除取決めを認めることでは一致するも、債務内容に基づいて相殺を排除すべき場合にこの取決めがなされたとする見解から、排除の黙示による取決めとは別の問題として、債務関係ないし債務の目的によって、あるいは相殺による履行が信義則と調和しないとみなされる場合、相殺排除がなされるとされているようである。⁽²⁸⁹⁾ これは、法律上の相殺排除が明示的に規定されているため、その他の理由による排除は約定で認めていかなければならないと考えられているのが、信義則による限界を強調することによって、無理に約定排除に含ませる必要がないと考えられたことによるものと思われる。⁽²⁹⁰⁾ しかし、いずれにしても、具体的には判例で認められた相殺排除例が挙げられることからすれば、大きな問題ではないといえよう。

そうすると、ドイツ法では、相殺要件が満たされている場合であっても信義則により相殺排除が広く認められているが、その理由付けとしては、債務の性質あるいは債権の意義・目的からみて、もしくは相殺による履行が信義則と調和しないとみなされる場合に、それだけの理由で、あるいは黙示による相殺排除取決めがなされたとみなす

ことによって、相殺権行使を抑止し、妥当な結論を導いていることになる。

3 小括

このようなドイツ法から参照すべきは、相殺要件が備わったことによって直ちに相殺権行使が認められるものではなく、とくに同種性という要件が給付目的物に対する客観的評価であることから、個別具体的な債務関係・法律関係・債権の目的等を考慮して、広く相殺排除を認めていくという点であろう。そして、その理由付けから相殺排除の法理を考えると、「現実的履行の必要性」が基準として挙げられるのではなからうか。債務の性質による相殺排除も、目的が拘束されていることによる相殺排除も、あるいは相殺による履行が債務の目的からみて信義則と調和しないことによる相殺排除も、結局は現実的に履行する必要性がある場合である。すなわち、相殺制度は不要なり取りを回避するために認められたものであり、これを禁止するということは現実的な履行を必要とするということに他ならない。ただ、いかなる場合に現実的履行が要求されるのかは、必ずしも類型化することはできない。Weberが正当にも指摘しているように、⁽²⁰⁾ 債権の目的拘束をあらゆる場合に拡張してしまうと、そもそも債権が一定の目的に資するものであることから、相殺制度を空洞化させてしまうことになる。したがって、各事例の特殊事情によって現実的履行が信義則上要求される場合にのみ、相殺が排除されることになる。

ところで、現実的履行を保証することは、他の債権の擲取力が及ばないということを意味する。現実的に給付を債権者に引き渡さなければならぬからである。したがって、相殺禁止は現実的履行を保証するとともに、擲取を禁止することでもある。⁽²¹⁾ ここから、現実的履行を保証するために、たとえば法規定によって不法行為債権に対する

相殺が禁止されるとともに、委任契約等における受任者の返還義務を他の債権をもって相殺することが一般的に排除されるのであり、擲取を禁止するために、差押え禁止債権との相殺が否定されるのである。

このようにしてみると、相殺が排除される場合の根本思想は「現実的履行の必要性」であり、これを典型的に規定したのが不法行為に基づく債権と差押え禁止債権に対する相殺ということになる。その他はこれが必要かどうかを個別的に判断していくことになるのであり、その判断材料として当事者間の関係、債権の目的などが考慮されることになるのである。この観点は、形式的に債権が対立していれば相殺権が発生するかのような扱いをしている日本法にとって十分参考になり、また必要な観点であろうと思われる。

また、一般的に権利行使が信義則・権利濫用による内在的制約を受けているがゆえに、行使態様によっては相殺権が排除される場合がある。その類型としては、反対債権の取得方法ないし発生方法、反対債権の明確性、相殺権の行使方法が信義則に照らし、不当とされる場合には相殺権行使が抑止されることになる。

注

(187) 椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』三一七頁〔村田博史〕における訳出による。また、BGBのほかの条文の訳出に際しても同様。

なお、以下においてBGBの条文に関しては条数のみを記す。

(188) Heinrichs, H. (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 1994, S. 1493ff. [v. Feldmann, B.].

(189) このような条文の体裁は日本法とはほぼ同じであり、ただ公法上の債権との相殺を制限している規定(三九五条)が日本法に存在していない点で違いがあるにすぎないとの指摘はすでになされている(鳥矢部・前掲注(5)三三八頁)。

- (161) RGZ 52, 301.
- (161) RGZ 158, 6. なお、BGH のものとせば、BGHZ 25, 1, 29, 337 (同じく相殺が否定されたかわりに、留置権が指摘された) : 47, 157 (同じく留置権を指摘) : BGH NJW 1938, 2438.
- (162) ただし、消費貸借を基礎づける貸付をなす債務と金銭債権との相殺が、同種性の欠如により排除されるのか、債務関係の性質による排除なのかは争われており (Schlechtriem, P., Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 1997, S. 248) 後述であるを主張する者も同じ。 BGB-RGRK, Bd. II Teil 1, 12. Aufl., Berlin 1976, § 387 RdNr. 60. [Weber, R.]
- (163) J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 10./11., neubearb. Aufl., Berlin 1978, S. 439, § 387 RdNr. 142. 45 相殺排除に関する取決を認めるたことな当事者が相殺可能性を認識しつつたことが必要であるため。
- (164) Gernhuber, J., Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994, S. 286. 46 相殺制限に関するものの判例として、相殺の一部制限が、「不確かな方法」となるものがあるを指摘しつつは。
- (165) BGH, WM 1958, 722; NJW 1975, 122 = WM 1974, 1218; WM 1981, 518; NJW 1981, 1600; NJW 1983, 1735 = WM 1983, 537.
- (166) Schubert, W. [Hrsg.], Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil (Verf.: v. Kübel, F. P.), Berlin 1980, S. 1091.
- (167) Motive zur dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II., Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 105.
- (168) Stohal, E. [Hrsg.], Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914, S. 527.
- (169) Schlechtriem, a.a.O. (Fn192), S. 251f.; Medicus, D., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 1995, S. 131; BGB-RGRK, a.a.O. (Fn192), § 387 RdNr. 50. [Weber, R.]; Enneccerus, L./Lehmann, H., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II., Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958 Tübingen, S. 292; MünchKomm, a.a.O. (Fn188), S. 1516

[Feldmann]など。なお、ドイツでは、売買契約、賃貸借契約などに際して相殺排除特約を締結することが古くからかなり広く行われているようであり、この特約の効力が認められるにせよ、事情によってはその効力が排除されるのかどうかについて争われることも多いようであり (RG, RGZ 60, 294 (相殺排除を主張することが信義則違反であることを肯定))、142, 143 (肯定) ; BGH, WM 1961, 1357 (肯定) ; NJW 1966, 1452 (否定) ; WM 1976, 1332 (否定) ; WM 1977, 311 (個別事情によつて決するとする) ; 結果的に否定) ; WM 1988, 1592 (相殺禁止の約定は債権者の資産悪化後にも貫徹されるものではないとする) など、また前掲【判例7】参照) のこの点の議論も十分深められているようである。

- (200) Ennecerus/Lehmann, a.a.O. (Fn199), S. 292.
- (102) BGB-RGRK, a.a.O. (Fn192), § 387 RdNr. 50, 58, 60f. [Weber, R.]
- (202) Staudinger, a.a.O. (Fn193), S. 435ff., insbe. § 387 RdNr. 116, 141f., 145.
- (203) Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, 14. neubearb. Aufl., München 1987, S. 261.
- (204) Soergel, H.T./Siebert, W., Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I, 12. Aufl., Stuttgart 1990, S. 1794ff., insbe. § 387 RdNr. 13.
- (205) Feldmann in: MünchKomm., a.a.O. (Fn188), S. 1515ff.
- (206) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 54. Aufl., München 1996, S. 454 [Heinrichs, H.J.]
- (207) Gernhuber, a.a.O. (Fn194), S. 285. は、権利自体信義則による内在的制約を受けている以上、あえて信義則による相殺排除を認める必要はなく、これを認めることによつてかえつて規範適用に困難さが生じてしまうと批判する。しかし、それでも権利行使の態様によつては信義則で処理しなければならない場合として、自働債権が不明確な場合、自働債権の取得方法ないし相殺権の行使方法が不当な場合を挙げている。このような説明は、債務の性質論による相殺排除と、権利行使の不当性による相殺排除を分けて考える思考方法を採用していることによるものと思われ、参考に値する。
- (208) Motive 以来一貫した解釈であり、疑念は生じていない。
- (209) Weber in: BGB-RGRK, a.a.O. (Fn192), RdNr. 58.
- (210) Gernhuber, a.a.O. (Fn194), S. 262.

三 若干の検討

日本法において相殺権濫用として相殺が排除される必要性は、差押えと相殺に関する無制限説を採用したことによって生じた不都合を回避することにあると、一般的に捉えられている。しかし、相殺が相互対立性・同種性・弁済期到来といった要件が備われば当然に行使することができるとでないことは、すでにドイツ法により明らかである。それにもかかわらず、日本法において要件論が十分議論されてこなかったのは、あるいは担保的機能の問題が相殺の中心課題であったことによるものとも思われる。すなわち、担保的機能が承認され、差押えと相殺に関する無制限説が採用されるに至って、相殺権行使要件においても無制限的に、つまり客観的に要件が備わると直ちに相殺権行使が可能になるといった要件論での無制限説的解釈にまで行き着いてしまったようである。しかし、相殺は、すでに日本の判例でも明らかなように、担保的機能に関わる第三者との間でだけ争われる問題ではない。したがって、改めて相殺の要件を検討しなければならないのであるが、ここではとくに同種性についてそれを行っていくことにする。ドイツにおいても相殺排除の議論が当初は同種性の問題として扱われていたものであり、また日本の判例においても、同種性がないとして相殺が否定された事例を仔細に検討すると、そこにはすでにドイツ法と同様に債権の目的が考慮されていたからである。

1 債権の同種性と債務の性質による許容性について

五〇五条によると、相殺に供する債権は同種の目的を有するものでなければならぬとされている。そして、但書において、債務の性質が相殺を許さないものであるならば相殺できない(債務の性質による許容性)と規定する。この点につき、法典調査会での穂積委員による説明では、債権の目的物に代替性があっても相殺できない場合があるために「同種ノ目的」という用語を用いたが、これでも広いため、債務の性質によって相殺を認めない場合を但書に加えることによって要件を確実にしたとされる⁽²¹⁾。ところが、このような配慮はその後の議論の中で十分生かされないままに終わっているようである。

それぞれの意味および両者の関係について、梅博士は次のように述べている。「代替物」と規定しただけではその意義が明らかにならず、「不特定物」では相殺の要件として不十分であるとして「同種性」が用いられた。その結果、同種性とは、債権の目的の種類が同一であることと、両当事者にとって両債権の目的が同一であると認めることができる場合である。すなわち、客観的要件の他に主観的要件も必要とされるのである⁽²²⁾。これに対して、債務の性質による許容性については、簡単に、互いに作為債務を負っている場合、両替のためになされた金員の授受の場合を挙げて、これが相殺できないのは債務の性質によるものであるとされるのである⁽²³⁾。

石坂博士によると、同種性とは、一方の債権の給付をもって他方債権の弁済とすることができるとされる⁽²⁴⁾。これを受けて、具体的に、種類物の場合、特定物の場合、作為・不作為債務の場合などを分けて論じられているが、そこでは客観的な基準としての同種性が問題とされ、主観的要件については触れられていない。次いで、債務の性質が許さない場合とは、債権の目的が達成できない場合とされる⁽²⁵⁾。その具体的場合として、作為債務と不作為債務を挙げられているが、その説明はすでに同種性の所においてなされたものとはほぼ同じであり、結局、債務の性質上相殺が認められない場合とは、同種性がない場合と相殺禁止の意思表示がなされている場合であるとされ

る。⁽²¹⁶⁾

その後、鳩山博士や我妻博士も同様の趣旨を述べられ、同種性とは目的が同種ということであり、債務の性質が相殺を許さない場合とは、作為債務・不作為債務の場合を指すとされる。⁽²¹⁷⁾このように、同種性を梅博士とは異なり客観的要件にだけ絞り、債務の性質による許容性については作為債務同士と不作為債務同士の相殺禁止を挙げて説明することが、現在でも一般になされている。⁽²¹⁸⁾これらのことからすれば、現在において、相殺の要件である同種性と債務の性質による許容性とはほぼ同一のことを示しているにすぎず、せいぜい自働債権に抗弁権が付着している場合の相殺禁止の理由付けのために性質による許容性が論じられているにすぎない。⁽²¹⁹⁾しかもそれほど問題視されているとはいえないようである。⁽²²⁰⁾

このような状況の中、平井（宜）教授は次のように述べられている。すなわち、同種性については、当事者の意思において両給付が同一のものであると認められることが必要であるとする梅博士の見解を引用し、これは「当事者の意思によって定める要件である」のに対し、債務の性質による許容性は「債務の客観的性質による判断であり、現実に履行しなければ無意味となる債務でないこと」であるとされる。すなわち、同種性が主観的要件であるのに対し、性質による許容性が客観的要件であって、しかも現実に履行を強制される場合でないとされるのである。⁽²²¹⁾

しかしながら、このように同種性を全く主観的なものと捉えることが現在の通説とどのような違いをもたらすものなのかは明らかでない。ただ、現実的履行の強制を挙げられている点は、従来若干の論者にもみられたところであるが、⁽²²²⁾重要な指摘であろう。しかし、これが具体的にどのような場合を指すのかは論じられておらず、その具体的検討はなされないままである。

そこで、同種性については以下のように考えられるのではなからうか。そもそも相殺は、自己の債権の行使の結果として受領したものを再び自己の債務として引き渡さなければならぬ場合にのみ認められるものである。このことからすれば、相殺が認められるのは給付目的物に交換性がある場合ということになる。自己の債務の履行目的物と相手方のそれとが同じであると認められることが必要となるのである。しかも、その交換性とともに両給付が共通分母を有しているという等価値性があると認められる場合である。両当事者が互いに負っている給付に等価値性が維持されていなければ相殺することはできない。それゆえ、一方当事者に資産悪化があった場合には、両債権の価値に不均衡が生ずるため、債権の額面価格でなく相殺が排除されるのである。この例外として、破産開始前に対立していた債権債務を相殺できるとする破産法の規定は、この等価値性を法によって維持させている場合ということになる。⁽²²⁾このような交換性および等価値性は、しかし当事者の主観的な要素によって判断されるものではなく、取引の性質という客観的判断に委ねられることになる。なぜなら、当事者の意思によって同種性の与奪が決められるとするならば、このことは当事者間における相殺禁止特約ないし相殺予約と同じことを意味し、独立した意味を有しなくなるからである。⁽²³⁾

このようにして、債権の目的が客観的な交換性・等価値性によって判断されるとしても、このことから直ちに相殺が可能となるものではない。債務の性質による許容性が必要となるのである。たとえ債権の目的が同種であつても相殺できない場合があることを承認するものである。まさに、立法者の説明の通り、同種性だけでは捉えきれない相殺を排除するための要件なのである。そして、この許容性こそが、債務関係を具体的に検討してはじめて与えられるものであり、そこでは相殺による履行が許されるかどうか、つまり現実的履行が必要とされるのが考慮されることになるのである。そのため、当事者間の法律関係、債権の意義・目的、債務の性質などがここでは重要に

なるのである。つまり、ドイツ法においては当事者の黙示による相殺排除取決めという便法を使わなければならない。かつたものが、日本法においてはそれが規定の中で明示的に示されているのである。

したがって、大判明治四五年三月一六日、大判大正二年六月一九日など問題となった消費貸借を成立させる債務と金銭債権との間の相殺については、確かに契約を成立させる債務と金銭を支払う債務とではその目的が異なっているために同種性が欠如しているともいえるが、実質的に考えると消費貸借が成立した結果金銭を交付しなければならぬものである以上、同種性は備わっており、ただその結果相殺を認めてしまうと、消費貸借を成立させる目的が相殺によって達成できなくなってしまうために相殺が排除されたともみることが出来る。つまり、債権の目的を考慮して相殺が排除された事例とすることも可能である。また、大判大正一四年九月八日、最判昭和四七年一月二二日で問題となった、受任者の代弁済請求権をその者に対する反対債権で相殺した場合には、いずれも金銭債権であることから同種性があり、⁽²⁰⁾ただこの相殺を認めることによって委任関係の目的が達成できなくなるという目的拘束性に応じて債務の性質による許容性を理由とすべきことになる。大正一四年判決も、受任者の代弁済請求が金銭の支払いを求めるものであることを認め、さらに、相殺が認められるとすると「受任者が委任事務処理ノ必要上負担シタル自己ノ債務ハ依然トシテ消滅スルコトナキヲ以テ其ノ債務ノ免脱ヲ請求スルニ外ナラサル受任者ノ代弁済ヲ請求スル權利ハ結局相殺ニ依リテハ毫モ其ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモノナル」として、目的が達成できないことを挙げていることからすれば、まさにそれによる債務の許容性から相殺を否定すべきであったにもかかわらず、同種性の判断にのみこだわったものといえよう。同じく昭和四七年判決も「委任契約は、通常、委任者のために締結されるものであるから、委任者は受任者に対しなんらの経済的負担をかけず、また損失を被らせることのないようにはかる義務を負うものであ（り）、……相殺を許すとすれば、受任者に自己資金をもってする費用の立替

払を強要する結果となり、(代弁済請求権に関する)右各法上を設けた趣旨が完うされないことになる」としている
 のであり、これも委任の目的からする相殺排除といえよう。このように、判例においては、同種性の判断にのみこ
 だわっており、債務の性質論が等閑視されていたことを明確に示すものが大判昭和一六年七月一四日である。⁽²³⁾すな
 わち、他人に金員を支払うよう委託された者が、その指示された相手方に対する金銭債権で相殺することを否定す
 るに際し、「其ノ間互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負担スル場合ニ該ラサルコト勿論」としたのである。この事例で
 は、相殺することによって委託の目的が達せられないから排除されたと考えるべきである。そして、このことは、
 前掲判例【52】についても当てはまることになる。

2 相殺排除要件について

相殺制度とは、自己が取得した給付物を自己の債務として再び給付しなければならない場合に、そもそもその給
 付を請求させないとするものである。⁽²³⁾このことが両当事者を公平に扱うことになる。したがって、公平の観点から
 相殺が認められ発展してきたものである以上、相殺はこれを行うことが公平に反しない場合に、そしてその限りで
 のみ認められることになる。⁽²⁴⁾したがって、単なる弁済代用行為としてのみ捉えられるのではなく、その許容性に
 ついては特別な配慮が必要となる。

すでにみてきたように、相殺の行使要件の一つである債務の同種性は、その給付目的物に向けられた客観的評価
 であり、それによって達成されるべき目的や、あるいはその発生原因が同種であることまで必要とされるものでは
 ない。まさに同一給付物のやり取りを回避することが相殺の目的だからである。しかし、このような客観的要件だ

けで相殺は認められない。このことを規定しているのが債務の性質による許容性ということになる。債務の性質によって相殺が許されないとは、結局、自己の負っている債務を現実的に履行しなければならないということを意味する。このような現実的履行が必要かどうかは、具体的な債務関係に立ち入って検討されなければならないことになる。一般的には、債務の目的あるいは債権者と債務者の間の法律関係の性質からみて判断されることになる。ただし、この例外としては、反対債権が同一ないし同一とみなされる法律関係から生じているという牽連性がある場合には、とくに相殺の許容性が認められることになる。

日本法において相殺権濫用といわれる問題のうち、このような観点から検討すべきものは、すでに述べたように、差押え禁止債権の振込みによる相殺の場合と不渡異議申立預託金との相殺ということになる。これらの場合に債務の性質による許容性が認められるのかどうか、いわば受働債権としての適格性が与えられるのかどうかの問題となってくるのである。

この許容性の問題とは別に、権利行使は信義則に従い濫用してはならないとの内在的制約を受けている。権利行使が抑止されるのは、それが不当な権利行使とみなされる場合であり、相殺に関しては、自働・受働両債権の発生原因・取得方法、および権利行使における特別な事情ということが考えられるであろう。具体的には、前述したように、相殺権者に背信的意図がある場合、先行行為と矛盾する相殺権行使の場合、相殺権行使が行き過ぎと考えられる場合などがある。これらの判断は個別具体的な事情のもとに行われることになる。

なお、相殺権行使が権利濫用とされた場合、相殺権行使が抑止されるほか、損害賠償請求権を発生させる場合もある。これに反して、債務の性質による相殺排除は相殺適格性が与えられないのであり、損害賠償とは自ずと別の問題である。

3 とくに差押え禁止債権の振込みと相殺について

以上の検討からすれば、差押え禁止債権が振込まれた場合にそれと相殺することができるのかという問題も、預金債権が成立するのか、差押え禁止という属性が承継されるのかといった観点だけでなく、相殺の要件論からみて、債務の性質による許容性の観点から検討する必要があることになる。

賃金等の差押えが禁止されているのは、それが現実を支払われることを保証するためのものである。これが、振込み↓支払義務者の債務消滅↓預金債権の成立↓純粹の金銭債権化というのはあまりにも形式的な議論である。労働者の最低生活の保障という目的は、賃金を手渡される場合であっても振込みがなされる場合であっても変わるはずがないものである。そうであるならば、現実払いの必要性は預金債権という金銭債権が成立しても維持されるべきである。そして、この必要性がある以上、相殺は排除されることになる。

しかも、賃金等が振込まれてこれが差押えられた場合、差押えの全部ないし一部を取り消すことができる。これは、賃金等が振込みによって支払われても、他の債権の擱取力から除外するためのものである。すでにみてきたように、相殺排除は擱取力の除外だけでなく、現実的履行給付の保証という、差押えが禁じられる以上に保護されるものである。したがって、なおさらのこと、相殺の排除が認められなければならないことになる。銀行はその原資を認識していたと否とに関わらず、全額にわたって相殺することはできないものと考えられる。

4 とくに不渡異議申立預託金との相殺について

不渡異議申立預託金との相殺に関して争われるのは、それを差押えるなどした第三者との関係においてである。

したがって、ここで問題となるのは対内的相殺の要件と、対外的相殺要件が異なるのかどうかである。当然、対内的相殺が認められた上で第三者への相殺が問題となることからすれば、対外的相殺要件は対内的相殺要件よりもさらに何らかの要件が付加されるのかどうかということになる。周知の通り、昭和四五年判決において、差押え時点で両債権の弁済期が到来しておらず、しかもいずれの弁済期が先に到来するかにかかわらず、相殺適状に達しさえすれば相殺ができると判断した。これにより、対内的相殺要件と対外的相殺要件とは同一に帰し、一方債権に第三者の関与があっても相殺はなんら影響を受けないとされた。そうすると、不渡異議申立預託金との相殺も、当事者間で相殺が可能であるならば、第三者に対してもこれを主張することができるのは当然となる。しかし、ここでも問題は当事者間で相殺が可能であるかどうかである。

不渡異議申立預託金は不渡を回避するために手形振出人から支払銀行に交付されるものである。つまり、前項で扱った目的に拘束された債権というべきものである。しかも、これによって手形支払義務の不存在が確定されたのならばいざ知らず、それとは反対に手形支払義務が確定したことによって手形債権者が差押え等をしてくるのであるから、手形不渡による銀行取引停止処分の回避という目的が達成できなかったことになる。したがって、このような委任事務のための費用を、いずれにあっても金銭債権であることを理由に相殺に供することは債務の性質による許容性の要件から認められないと解すべきである。ただ、当事者間でこのような相殺を認めることは相殺契約として自由であることは当然であるが、その効力を第三者に対抗できるかは疑わしい。

また、目的の拘束性などを理由として債務の性質の許容性から相殺が禁止される場合であっても、その当事者の

関係から生じた債権である場合には相殺禁止が排除される。すなわち、事務処理関係に基づく債務を相手方に対する債権をもって消滅させることは、自己の債権がその事務処理から生じたものである限り認められることになる。

注

(211) 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三』(商事法務研究会、昭和五九年)五六七頁。

(212) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編(復刻版)』(有斐閣、昭和五九年)二二二八頁以下。

(213) 梅・前掲注(212)三三一頁以下。

(214) 石坂晋四郎『日本民法債権編』(有斐閣、大正五年)一五六三頁。

(215) 石坂・前掲注(214)一五七〇頁。

(216) 石坂・前掲注(214)一五七一頁注二六。

(217) 鳩山秀夫『増訂改訂日本債権法総論』(岩波書店、昭和二年)四四八頁以下、我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、昭和三年)三二六頁以下。

(218) 於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、昭和四七年)四一六頁以下、林良平・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論』(青林書院新社、昭和五三年)三〇七頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社、平成四年)五七三頁以下、潮見佳男『債権総論』(信山社、平成六年)一三一頁以下、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(東京大学出版会、平成八年)二二六頁、など。

(219) 債務の性質による許容性の問題には、抗弁権の付着した自働債権を相殺に供することができるかが問題とされ、このような債権をもって債務の性質が相殺を許さない場合にあたるとされている。したがって、五〇五条一項但書が適用される場面とは、自働債権に抗弁が付着している場合であるとするのが一般的である(ただし、西村信雄『民法第四百六十条に基づく保証人の求償権と相殺の適否』民商一三卷五号(昭和一六年)八〇三項は、抗弁権が付着していても相殺可能であり、ただ相手方が抗弁権を主張すれば相殺の効力が阻止されるにすぎないとされる)。なお、この点について論ずる最近のもの

として、深谷格「抗弁権が付着した債権の相殺に関する一考察」西南学院法学二九卷二・三号（平成八年）五九頁がある。

(220) 元永和彦「国際的な相殺に関する諸問題（四）」法協一一三巻八号（平成八年）一一七二頁以下参照。

(221) 平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂、平成六年）二二二頁以下。

(222) 磯村哲編『注釈民法（12）』（有斐閣、昭和四五年）三九六頁（中井美雄）。

(223) 同種性に関する従来の見解をまとめるに際して「互換性」という用語を用いるのは、元永・前掲注(220)「国際的な相殺に関する諸問題（五）」法協一一三巻九号（平成八年）一一九二頁。

(224) Dullinger, a.a.O (Fn67), S. 175. なお、共通分母による等価値性という発想は、国際取引において生ずる互いに異なった通貨間の相殺に際して、換算相場が存在による同種性の付与と同じ視点に立つものである。換算相場の存在による同種性の付与については、Berger, K. P., Der Aufrechnungsvertrag, Tübingen 1996, S. 262ff. 参照。

(225) 元永・前掲注(220)一一八五頁は、同種性の判断に際し当事者の意図のみを問題とすることは当事者の約定によって異なる債権も相殺に供されることになってしまい、その結果第三者の権利が侵害されることをもって反対される。

(226) 民録一八輯七巻二五八頁

(227) 民録一九輯一六巻一五八頁

(228) ドイツ法に関しては、前掲注(192)参照。なお、Schlechtriem, a.a.O (Fn92), S. 248は、同種性の欠如と債務の性質による相殺排除は本来は分けるべきであるとするが、その限界線を引くことは困難であると指摘する。

(229) 民集四巻一〇号四五八頁

(230) 民集二六巻一〇号一九九一頁

(231) したがって、大正一四年度判決の評釈において、我妻博士は相殺可能とされる（『判例民事法（5）大正一四年度七四事件』（有斐閣、昭和二九年）三四四頁）。

(232) 新聞四七二二二二二六頁。

(233) Windscheid, B/Kipp, T., Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, S. 463. Anm.3.

(234) Kegel, Probleme der Aufrechnung, Berlin Leipzig 1938, S. 58; Berger, a.a.O (Fn224), S. 65f.

四 結びにかえて

相殺権濫用論がいかなる機能をもっているかについて個別事例に則して判例学説を整理し若干の検討を加えた。そこで明らかになったことは、差押えと相殺に関して無制限説を採用するか、制限説を採用するかの争いに応じてその位置づけが変わるとするも、相殺それ自体の要件が厳密に検討されなければ、濫用論の正確な位置づけを行うことはできないということである。すなわち、相殺の要件に基づいて相殺が排除される場合をも濫用論の中に組み込み、その結果濫用論自体が無制限に論じられてしまい、適切な限界付けが困難となり、さらにはその判断基準も不明確なものとなってしまったのである。そこで、本稿では従来濫用とされている事例が、実は銀行取引約定書の対外効を制限しようとする場合、相殺権者に背信的意図がある場合、先行行為に矛盾する相殺の場合、相殺権行使が行き過ぎであるとされる場合、相殺権行使が不合理と考えられ、受働債権の適格性を問題としている場合の相殺の五つに分類できるのではないかと考えた。その上で、一般的な権利行使の制約として考えられる濫用禁止の場合と、相殺の要件からの検討が必要な場合とにさらに分けた。そして、後者の問題としてあらためて同種性の問題を検討した。

相殺を行うためには、相互対立性、同種性、弁済期の到来、相殺が禁止されていないことの要件が備わっている必要がある。このうち、同種性の問題は、債務の性質による許容性とともに従来あまり議論されていないものである。しかし、同種性があくまで給付目的物の客観的判断として、交換性・等価値性がある場合であるとしても、債務の性質による許容性の判断に際しては、現実的履行強制の必要性がその基準となる。すなわち、ドイツ法におい

ては、相殺の要件が備わっていても相殺が排除される場合を古くから認めてきた。判例ならびに学説において準則として挙げられてきたのは、債務関係あるいは義務づけられた給付の目的が相殺による履行を信義則と調和しないのみならず場合に相殺が排除されるということである。しかし、ドイツ民法においては形式的な要件のみが挙げられているため、このような相殺排除を認めるために、当事者間で相殺排除の黙示による取決めがあったとするのである。ところが、日本法においては、債務の性質による相殺の許容性という、実質的判断が相殺要件に含まれている。そこで、これをドイツ法と同様に、信義則により相殺が排除される場合の判断根拠として捉え、その判断基準として「現実的履行の必要性」を挙げ、具体的な法律関係においてたとえば委任等の場合の相殺排除をこの点から導くことができるものと考えられる。したがって、とくに差押え禁止債権が振込まれて相殺された場合や、不渡異議申立預託金との相殺も、債務の性質論にしたがって排除されるべきであると考ええる。ただし、この例外として、反対債権が当該法律関係から生じた場合には相殺が認められるべきである。

このようにして、従来相殺権濫用として考えられてきたことは、権利に内在する制約として信義則・権利濫用が適用される場合と、要件論で考慮すべき信義則とを分けて論ずべきであり、前者として自働債権の発生原因・取得方法、行使態様から相殺権濫用として相殺が排除される場合があるのに対し、後者の観点からは、債務関係の性質などから相殺が排除されるべきものと考えられる。