

相殺権濫用論と相殺要件に関する一考察(一)

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(以上本号)
- (三) 受働債権の適格性が問題とされる場合(以下次号)
- (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ないし制限
- 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

はじめに

権利といえどもその行使については一定の限界があり、これを越えた権利行使は濫用として制限されることは論をまたない。問題はいかなる場合であれば権利濫用と評価されるかであるが、主観的要件と客観的要件の関係、具体的事例における類型的考察など、様々な形で議論が展開されている<sup>1)</sup>。しかし、いずれにしても、ひとたび発生した権利の行使が濫用と評価されるかどうか——その結果が損害賠償義務を発生させるのか、権利行使の効果自体が否定されるのかは別にしても——ここでの問題であるのに対し、相殺権濫用とされる場合には、そもそも相殺権自体が発生するののかといったことが問題とされており、ここでは権利発生要件をも視野に入れて考察しなければならぬ。

すなわち、最大判昭和四五年六月二四日(民集二四卷六号五八七頁——以下、昭和四五年判決と略称——)が差押えと相殺に関していわゆる無制限説を採用した結果、相殺権の発生がかなり広範囲に認められることになり、こ<sup>2)</sup>

れによって生ずる不都合を回避するために相殺権濫用の法理が主張されることになったとされている。<sup>(3)</sup>ところが、不都合とはいかなる場合なのかという点については、銀行の債権回収目的を最大限尊重することに右最大判の意義があったことから、相殺権行使は自ずと債権回収という合理的期待がある場合にのみ認められるとされることになった。このような相殺の目的ないし期待のない場合が相殺権濫用としてその行使が制限されることになるのである。<sup>(4)</sup>しかし、そうなると、このような「債権回収についての合理的目的ないし期待」はそもそも相殺権発生要件論に組み入れられるべきものではないのかとの疑念が生ずることになる。濫用となるケースが当然入り込むような要件の立て方自体が問題であることからすれば、それは要件としてすでに破綻しており、したがって相殺権濫用論は、無制限説から、相殺への期待利益を評価して相殺権発生を認めようとする制限説へ移行していく過度的概念であるとの評価を生み出すのである。<sup>(5)</sup>そして、このことはさらに、相殺の担保的機能が認められることによって實質上は債権確保機能を営んでいるにもかかわらず、法形式上は債務消滅の一形態という法衣をまとっているがゆえに、<sup>(6)</sup>担保としての制約を受けずに行われることの矛盾をも浮き彫りにし、これを是正するものとしての役割も相殺権濫用論に担わせられていることになる。そこで、あらためて相殺権濫用論を論ずるとすれば、担保的機能と関わった相殺の第三者効の問題、つまり差押えと相殺の問題をどのように理解するかという、未だ決着をみない困難な問題に逢着することになる。すなわち、債権回収の合理的期待が要件として付加されるのかどうか、差押えと相殺の場面から相殺権濫用論へと舞台を移して議論されているにすぎないことになる。しかし、翻って考えると、昭和四五年判決によって無制限説が採用されたということが、ほかの要件についても無制限であるということまでもたらずのものであろうか。とくに、現在では、相殺権濫用論の適用場面が第三者との争いに限らず、当事者間においても問題となっていることからすれば、あらためて相殺権行使の要件を検討することが必要なのではなからう

か。従来の相殺権濫用論が合理的期待を基軸として相殺権行使による不合理な結果を回避するために論じられてきたが、相殺要件論からの検討によって、内容的に整理され、概念の明確化が図られることになるのではないかと考えられるからである。

このように、相殺権濫用論は、そもそも権利発生自体が認められるのかどうかといった要件論と密接に結びついた議論が必要なのであるが、現在における議論状況は、このような濫用論の本質といった総論的な議論よりは、個別具体的な検討が中心となっている。これは「今や抽象的、総論的な意味での『相殺権の濫用』の法理の意義・機能を検討する時期は過ぎて具体的にいかなるケースの相殺が抑制されるべきかという類型的考察の必要性が説かれている<sup>(8)</sup>」との主張に呼応するものとも考えられるが、そこでの総論的な濫用論はいわば濫用となりうることの可能性を示唆するものであり、必ずしも濫用法理の意義・機能が十分に明らかにされたとはいえないのである。すなわち、個別的検討というこのような傾向は、議論の進化にとっては必要ではあるものの、その制度趣旨についての検討が曖昧となってしまう、その結果相殺制度全体の中の適合性・体系性との不一致を招来することにもなってしまうのである。したがって、ここで今一度相殺権濫用論が相殺の要件とどのように関連しているのかを明らかにする必要がある<sup>(9)</sup>のである。しかも、相殺権濫用の問題は、いずれにしても相殺の「担保的機能」と関連して論ぜられていくが、このようにしてみると、必ずしもこれと結びつくものではない。その意味でも、濫用論を担保的機能と離れて検討することが必要となる。

そこで、本稿では、従来相殺権濫用とされている場面を採り上げ、議論状況を明らかにするために判例学説を整理するとともに、そこでの検討を通じて濫用論の適用領域および相殺要件の精緻化を僅かばかりでも行おうとするものである。その際に、相殺の要件が備わっている場合であっても相殺が排除されることを広く認めているドイツ

法を参照する。どのような場合に、どのような理由づけによって相殺が排除されているかを知ることは、日本法において相殺権濫用法理で相殺を排除しようとする際に十分参照に値すると思われるからである。そして、これによって、まさに前稿において検討した相殺の第三者効を導く根拠づけについての具体的検討として、相殺要件の明確化が少しでもなされると考えられる。<sup>(10)(11)</sup>

注

(1) さしあたって権利濫用論に関しては、谷口知平『石田喜久夫編『新版注釈民法(1)』(有斐閣、昭和六三年)一一九頁以下〔安永正昭〕、菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』(信山社、平成六年)を挙げておく。

(2) なお、最近、相殺の担保的機能に重大な制限を加える注目すべき下級審判決が現れた。すなわち、大阪地判平成八年一月三〇日(金法一四八六号一一六頁)は、抵当権者が物上代位権の行使として賃料債権を差押えた場合に、賃料債務を負っている者が相殺を主張するためには、右差押え以前に相殺適状にあり、しかも相殺の意思表示がなされていなければならぬと認めた。その理由としては、相殺の有する担保的機能が事実上の機能であって、公示手段もないことから、担保物権に認められているような優先弁済権まで認められるものではないというものである。担保的機能を制限しようとする立論には賛意を表し得るも、相殺の主張要件およびそもそも昭和四五年判決との整合性など論ずべき問題は多い。改めて論じたい。

(3) 相殺権濫用に関する全般的な類型的考察としては、石井眞司「相殺権の濫用」堀内仁先生傘寿記念『銀行取引約定書——その理論と実際——』(金融財政事情研究会、昭和五一年)一九五頁、同「銀行による相殺権の行使とその濫用をめぐって」判タ六二二号五四頁、六二七号六九頁、六三四号(昭和六二年)七六頁、石田喜久夫「相殺権の行使とその濫用」手研二二九号(昭和五〇年)四頁、伊藤進「相殺権の濫用についての一考察」民事研修三四六号一六頁、三四七号(昭和六一年)二二頁、大淵武男「相殺権の担保的機能とその濫用」『裁判実務大系 第一四卷』(青林書院、平成三年)四八一頁、久保井一匡「相殺権の濫用」遠藤浩『林良平』水本浩監修『現代契約法大系 第五卷』(有斐閣、昭和五九年)二六頁、同

- 「相殺権の濫用」塩崎勤編『裁判実務大系 第二三卷』(青林書院、平成五年)一一九頁、窪田正彦「銀行による相殺権の行使とその制限」小野寺規夫編『現代民事裁判の課題③「担保」』(新日本法規出版、平成二年)七五九頁、篠原弘志「相殺権の濫用」藤林益三、石井眞司編『判例・先例金融取引法《新訂版》』(金融財政事情研究会、昭和五四年)三九〇頁、鈴木正和「相殺権の濫用について」金法七五七号(昭和五〇年)三頁、同「銀行の相殺権とその濫用などの抗弁(その1)。(その2)。(その3・完)」債権管理一号一七頁、二号一六頁、三号(昭和六三年)二一頁、高木多喜男「相殺(下)」金法八二四号(昭和五二年)四頁(改題「銀行取引における相殺の諸問題」)同「金融取引と担保」(有斐閣、昭和五五年)一五頁所収)、田中三夫「相殺権の濫用」鈴木正和先生古希記念「債権回収の法務と問題点」(経済法令研究会、平成元年)一七五頁、徳野剛「相殺権の濫用」日本法政学会法政論叢三二卷(平成八年)一六六頁、新美育文「相殺予約の担保的機能」別冊NBL一〇号「担保法の現代的諸問題」(昭和五八年)九二頁、林良平「相殺の機能と効力」加藤一郎、林良平編集代表『担保法大系V』(金融財政事情研究会、昭和六〇年)五三三頁、本田純一「相殺権の濫用」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)四八七頁、御室龍「金融法の理論と実際」(信山社、平成五年)五五頁、好美清光「銀行取引と相殺」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)二四三頁、石井眞司ほか「相殺権の担保的機能と相殺権の濫用をめぐる諸問題」手研三六一号(昭和五九年)八二頁、などがある。
- (4) 窪田・前掲注(3)七七三頁以下。
- (5) 鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままではいか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望2』(日本評論社、平成三年)三六二頁以下、など。
- (6) 林・前掲注(3)五四四頁。
- (7) 沢田英雄「相殺の担保的機能」小野寺規夫編『現代民事裁判の課題③』(新日本法規出版、平成二年)七八一頁。
- (8) 久保井・前掲注(3)『現代契約法大系』二六頁。
- (9) 相殺権濫用の法理は、当初は差押えと相殺の問題の延長線上の問題として第三者に対する関係においてのみ問題とされてきた。しかし、最近では当事者間での相殺の妥当性についても濫用の法理が用いられてきている。用語の使用方法の問題を別にしても、このような濫用法理の使われ方はさらにその意義を不明確にするおそれがあるが、この点については後

に論ずるとして、さしあたって濫用の具体的事例の検討においては、第三者に対する相殺と当事者間における相殺とを分けないことにする。

(10) 前稿(「相殺における担保的機能論に関する一考察」獨協法学四三号(平成八年)三七五頁)における基本的な考え方をここでもう一度整理しておく。甲は乙に貸金債権(A債権)を有している。乙もまた甲に対して預金債権(B債権)を有している。このような関係において乙の債権者丙が乙の甲に対する債権(B債権)を差押えたとしよう。この場合、本来B債権の弁済は差押えによって禁止される。これに対してA債権は丙の差押えとはなんら関係がなく、影響を受けるものではない。そこで、甲としてはA債権の回収をはかるため、その手段としてB債権と相殺する。ここでは甲のA債権と丙の乙に対する債権が一つのB債権につき争っている状態を呈することになる。そうなると本来ならばどちらが優先するかという問題であり、仮に甲が債権譲受人であるならば譲渡通知の對抗要件取得時(確定日付ある通知の到達)と差押え通知書の到達時の先後関係で決せられることになる(最判昭和四九年三月七日民集二八卷二号一七四頁)。ところが、甲が相殺をした場合であれば無条件に甲が優先するとしたのが最高裁昭和四五年判決である。B債権がすでにA債権の担保として把握されていることを理由とする。そこで公示機能をもたない相殺に担保物権と同じような効力を認めることができるのかという批判が生じ、さらにはこの理を認めることはB債権がすでに乙の責任財産を構成せず、第三者の容略を許さない、すなわちB債権の独立財産性を否定することになってしまい不当であるとの批判を呼ぶことになる。

このようにしてA債権側からなめてB債権を担保として取り込んでいるのか、取り込んだとしてこれを第三者に対抗できるのかという観点から相殺の担保的機能の問題が論ぜられてきた。これに対して私見では、そもそもそのような構成をとることは五一一条の対象領域外であると考えるのである。五一一条は、本来であれば差押えを受けた第三債務者は差押え債務者に対して弁済することを禁止されるにもかかわらず、差押え前に自働債権を取得していれば相殺することができるとする規定である。すなわち、ここでは被差押え債権であるB債権の債務者としての甲が弁済手段としてA債権を引当てにすることは許されるのである。したがって、問題は、本来は弁済が禁止されるにもかかわらず相殺という手段を用いることが許されるのはなぜかということであり、ここに相殺の期待という観念が登場することになるのである。差押えがなされた時点ですでに債権が対立している相殺することができるという期待があれば、差押えによる弁済禁止効を排除して相殺をなし得るとするのが五一一条の趣旨であり、その上にたつてそれではいかなる場合に期待ありといえるのか



議論の焦点になるはずである。このように考えてはじめて相殺の第三者効を導く理由付けも明らかになってくるのである。これに対し、A債権の回収から眺めれば五―一条はまったく何も規定するものではなく、B債権の実現につき甲と丙のいずれが優先するかという問題に帰着し、對抗要件の先後という優劣決定基準と異なる原則を持ち込むのかどうかだけの問題となる。そして、ここでは相殺という形で甲が関与してくるため、相殺の担保的機能ないし期待利益という用語を用いて甲に優先効を認めるのであるが、そこで用いられる用語は甲と丙との対立構造の中で甲の優先性を認めるためにだけ用いたものにはかならず、弁済する側から見た期待という相殺が本来保護している利益とはならん関係がないものといえるのである。それにもかかわらず同一用語を用いているために生ずる混乱を指摘し、あらためて第三債務者である甲が弁済を禁止されても対立債権を有しているならば相殺によって自己の債務を免れることができる場合、つまりB債権の債務者としてB債権が差押えられた場合になし得る手段として、いかなる状態にあれば相殺し得るかを検討したのが前稿である。その結果、相殺は債務消滅手段であることから、自己の債務の履行として自己の債権を引当てにすることが認められる場合、すなわち自己の債権の弁済期が先に到来している関係にあれば相殺に対する合理的期待が認められ、そこで相殺権が発生しているものとして保護されることになり、差押えによる弁済禁止効を破ることができるのである。

このようにして自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する関係にあれば差押え債権者に相殺を對抗することができると考えるのであるが、形式的にこのような関係にあればいかなる場合であっても相殺することができるというものではない。それは、相殺が当事者の信頼関係に基づいてなされるからである。この信頼関係を判断する基準として両債権の結び付きを問題とするのであるが、この検討をいわば反対側から、すなわち相殺が認められない場合である相殺権濫用の場面から具体的に検討することによって明らかにしようとするのが本稿である。そして、それはまた同時に相殺権発生の要件の検討ということにもなるのである。

(11) 現在ではさらに国際金融取引における相殺の問題としてネットィング等の一括清算契約、あるいはインパクト・ローンにおける異種通貨間の相殺の可否、ローン・パーティシペーションにおける相殺の可否、一括支払いシステムにおける相殺予約の対外効など、金融環境の変化にともない、相殺も様々な形で議論されている。しかし、そこでの相殺はむしろ差引に近く、商法上の交互計算との関連も視野に取めた上で検討しなければならないものと思われる。今後の検討課題とした

一 相殺権濫用論の現状

1 総論的議論

従来の相殺権濫用論は、いくつかの問題を分離・整理することなく、渾然としたままで議論がなされているようである。そこで、ここでは(1)相殺権濫用論の位置づけ、(2)相殺権濫用となる場合の基準、(3)相殺権濫用の適用場面、(4)相殺権濫用の効果の四つの観点に分けて総論的な濫用論をみていくことにする。<sup>(12)</sup>

(一) 相殺権濫用論の位置づけ

まず位置づけ論についてであるが、相殺権濫用論がどのような意義を有するかについてはいくつかの見解に分かれる。第一は、差押えと相殺に関する弁済期の問題について無制限説を採用した結果、相殺が広範囲に認められることによって生ずる不都合を回避・排除するために濫用論を用いるとする立場である。この中にもさらに二つの傾向がある。一つは、弁済期の問題について無制限説を採用し、あるいはそれを前提とした上で相殺が認められる場合の合理的な範囲を画するために用いようとする立場であり、<sup>(13)</sup>もう一つは、濫用事例の可能性を指摘することによってこれをいわば無制限説への批判とし、再び差押えと相殺に関して弁済期を問題とする制限説、あるいは相殺への期待利益がある場合のみ相殺を認めようとする期待利益説への移行・再評価を視野にいれて論ずる立場であ

る。<sup>(14)</sup> 前者においては相殺権濫用はいわば相殺の外在的なものとされるのに対し、後者では相殺に内在化され、相殺の要件に投影されることになっていく。したがって、ここでは差押えと相殺についての基本的な立場の違いが現れてくる。

第二に、相殺権者と差押え債権者との利益衡量を可能にする手段として相殺権濫用を用いようとする立場である。相殺は債権回収の合理性がある場合に認められるのであるから、個別具体的な場合にこの合理性が欠如しているならば微細な利益衡量を行い、一般理論の誤差修正を行わしめるのが相殺権濫用の法理であるとするのである。<sup>(15)</sup> そうなると、この法理は、相殺権行使の合理性がない場合に相殺権の行使を抑制する理論とされることになる。<sup>(16)</sup>

第三に、一般的な権利濫用の一類型とする立場である。<sup>(17)</sup> すなわち、相殺権行使といえども一般的な権利行使の制限として濫用となる場合には権利行使が制限されると考える立場である。ただし、このように考えるとあえて相殺権濫用という形で相殺論との整合性を求めることは不要となろう。<sup>(18)</sup>

このようにしてみれば、第三の立場を除いて、いずれにあっても相殺権行使の要件を確定しなければならないことになる。相殺が債権回収の合理的期待がある場合にのみ認められるかどうか、相殺権者が差押え債権者に相殺を対抗することができるのは個別的な利益衡量の結果によるものなのかどうかなどを検討しなければならぬことになる。その結果、無制限説を原則的に認めた上で個別的に、いわば外在的に相殺を制限すると考えていくのか、あるいは相殺権濫用を相殺の要件論に取り込んで無制限説と制限説・期待利益説を歩み寄らせるのかという大きく分けて二つの方向性が考えられることになる。<sup>(19)</sup> そしてこれは、差押えと相殺の問題をどのように考えるかによって相殺権濫用論の位置づけも変化することを示すものである。

## (一) 濫用基準

いかなる場合に相殺権濫用といえるかという濫用基準に関しては、濫用視される局面に依じて二つに分けられる。一つには、貸付金と預金などの間に相殺による回収期待を媒介とする結合関係が存しない場合<sup>(20)</sup>、もしくは両債権間に相殺担保関係を認め得るかどうかがまずもって問題となる場合である<sup>(21)</sup>。いま一つは、両債権に結合関係があっても相殺による回収自体に合理性がない場合<sup>(22)</sup>、もしくは相殺権(相殺担保関係)の存在を前提としつつその濫用が問題となっている場合<sup>(23)</sup>である。前者が相殺権発生を問題としているのに対し、後者は相殺権発生を前提とした上でその行使意図・態様を問題としていることになる。そうなると自ずと濫用基準も、第一に他方債権を担保として捉えた上で相殺による債権回収の合理的期待があるかどうかということ、第二に相殺権行使が適切であるかどうか——それは主観的な意図と客観的にみた場合の相殺権行使の合理性の両者を含める——という二点が浮かび上がってくることになる<sup>(24)</sup>。

しかし、これもまた前項の位置づけ論とも関連し、差押えと相殺の問題に対する考え方の違いが影響を及ぼしてくる。すなわち、一般的な相殺要件と相殺権濫用の要件とがどのように関わっているのが明らかにされなければならぬのであり、とくに無制限説を採用することと債権回収の合理性ないし期待を要求することが矛盾しないのかがどうか問題となっているのである<sup>(25)</sup>。

結局、濫用基準といっても総論的に議論しているだけでは不十分であるとし、個別具体的事例での検討を通してなされるべきであるとの主張のもとに<sup>(26)</sup>個別的検討を通していわば帰納的に濫用基準を検討しようとするのが現在の

傾向であるが、個別的検討においても濫用と考えられるのはどのような場合かという基準が示されなければならない、その集積において一般的基準も示されるとすると、やはり相殺論の中での位置付けを等閑視して論ずることができないものとなる。

### (三) 適用場面

相殺権濫用が差押え債権者など第三者との関係で生ずるのか——ここではこれを対外的相殺と呼んでおく——、それとも当事者間でも生ずるのか——同じく対内的相殺と呼ぶ——が問題となる。対内的相殺では相殺権の発生がまずもって問題とされなければならないが、対外的相殺では、当事者間での相殺権発生も問題となるが、それを前提とした上で相殺を對抗できるかが問題となり、そこにおいて別の判断基準が用いられることになるのかどうか明らかにならなければならないからである。

従来、この点は狭く解されていたようである。対内的相殺においては相殺要件の充足だけが判断され、そこにおいて濫用という相殺権行使を抑止する観念は生じないのであり、それゆえ濫用論が対外的相殺の場合に限って適用されるといふのである。<sup>(27)</sup>しかし、現在では、そのような制限的構成は取られていないようである。むしろ濫用の具体的事例として挙げられるものの中には対外的相殺も対内的相殺もなら區別することなく含まれて論じられている。<sup>(28)</sup>しかしながら、これは制限的構成に対する理論的批判の上になされているものではなく、単に並列的になされているにすぎないものといえよう。これは、相殺権濫用論が、差押えと相殺に関する無制限説を採用した結果生ずる不都合を回避するとの目的で主張されたものであるとの発展過程に由来するものと思われる。すなわち、差押え

と相殺という第三者が関与する場面で考えられた理論がその適用領域を広げて様々な場面で相殺を抑止する機能を担わされた結果、対外的相殺に限定されるとの制約がはずれてきたのである。ただし、対内的相殺に関しても濫用の可能性があるとした場合、位置づけ論や濫用基準にどのような影響を及ぼすかについては明確にされていない。

(四) 効果

相殺権行使が濫用とされた場合にいかなる効果をもたらすのかという点についても十分議論がなされているとは言い難い。一般に権利行使が濫用とされた場合には権利の行使自体が制限されるため、相殺の場合も相殺権行使が無効とされ、債権が残存することになる。問題は、相殺権行使は認めておいて、損害賠償請求だけすることができるといふ点である。<sup>(29)</sup> 相殺した者の資力が十分であれば相殺の効力まで否定する必要はなく、損害賠償請求権の発生で十分であるとの見解があり、<sup>(30)</sup> 同調する立場もある。<sup>(31)</sup> しかし、これは一般的に濫用の効果としてではなく、個別事例の検討の結果として述べられたものであることから、ここでは場合によってそのような結論を認める余地があるかどうかということになる。ただ、厳密に言えば、相殺で消滅した債権の額と損害賠償請求額とが常に一致するとも限らず、またこのように損害賠償請求するということが当事者間では相殺の効果が発生したものとする点で法律関係を簡易化させるが、<sup>(32)</sup> これでは対外的相殺の場合にしか妥当しないものとなり、対内的相殺における濫用場面ではあえてこのような構成を取る必要はないことになる。いずれにしても濫用の適用場面に対する検討および濫用の位置付けに対する検討を抜きにしては結論付けられない問題である。

## (五) 小括

相殺権濫用論に関する総論的議論として、位置づけ・濫用基準・適用場面・効果についてそれぞれ従来の議論を簡単に振り返ったが、いずれにしても十分な議論がなされているとは言い難い。結局、差押えと相殺に関する立場の相違が濫用論にもそのまま持ち込まれており、未解決の状態にあることを示している。そうなると、一般的にいつて、相殺権濫用の法理は最高裁昭和四五年判決によって認められた相殺権行使の範囲の拡大傾向に対する歯止めとして、あるいは問題をより局限して「銀行取引における銀行の恣意的な相殺権行使をいかに抑制すべきかという問題」<sup>(33)</sup>とされながらも、その要件が明確化されない以上、相殺権濫用論の濫用であるとの批判がなされることになるのである。そこで個別具体的検討を通して濫用論のより精密化が図られることになっていくのであるが、これによっていわば帰納的に濫用論の目的・機能・要件などが定立されるには至っていない状況である。このことは、個別的検討によって濫用とされる基準自体が相殺論の中で占める位置と整合的に理論化されるには至っていないということを示すものであると考えられる。その原因としては、すでに自明のものと考えられている相殺の要件がいまだ不明確なものであるということが挙げられるのではなからうか。すなわち、確かに相殺の一般的な要件としては、①同一当事者間で債権債務が対立していること(相互対立性)、②その債権債務が同種のことを目的とするものであること(同種性)、③両債権の弁済期到来、④債務の性質が相殺を許さないものでないこと(性質による許容性)、の四点が挙げられるが、相殺権濫用の法理はこれらの要件をすべて満たした上で問題となるのか、とくに同種性や債務の性質論とまったく没交渉なのかはいまだ十分に説明されているとは言い難いように思われる。しかもこ

これらの四つの要件が対外的相殺にも適用されるのか、その場合には他の要件が付加されるのかどうか、さらに対内的相殺要件を充足するとしても対外的相殺要件が充足されない場合があるのか。あるとすればどのように解釈すべきかなどといったことも併せて検討されなければならないであろう。

そこで、本稿では、従来の論争から一歩進め、相殺権濫用とされる場合が相殺の要件面と関わりをもつ問題かどうかという形で整理し直して、相殺の要件論の問題と相殺権濫用論の問題に分け、それぞれ一定の方向性を示すと共に今後の議論の進展になんらかのものを提供しようと考えたものである。そのために従来行われていた個別的事例につき簡単であるが整理し、問題点を抽出していくことから始めることにする。その際、個別的事例をただ並列的にまとめるのではなく、相殺の行使態様が問題となる場合、自働債権の適格性が問題とされる場合、受働債権の適格性が問題とされる場合の三つに分け、またそこにおいても対内的相殺が問題とされているのか対外的相殺なのかの違いについても留意しながら整理していくことにする。

注

(12) わずかに伊藤・前掲注(3)民事研修三四六号一六頁、三四七号二二頁が位置づけ論・濫用基準・効果の三つに分けて検討されているにすぎず、多くは個別的検討において濫用になるかどうか、あるいはどのような効果が生ずるのかといったことが触れられているにすぎない。

(13) 加藤一郎「差押と相殺」法協二八号(昭和五八年)八一頁、好美・前掲注(3)二四九頁、御室・前掲注(3)六四頁における(後記)、窪田・前掲注(3)七八〇頁、徳野剛「債権譲渡と相殺」小野幸二教授還暦記念『21世紀の民法』(法学書院、平成八年)二二二頁、同「判批」法時六九卷二号(平成九年)八八頁、など。

(14) たとえば、須藤英章「相殺の担保的機能——債権差押・転付命令と相殺」内山省三・黒木三郎・石川利夫還暦記念『現代民法学の基本問題(中)』(第一法規出版、昭和五八年)九八頁は、期待利益説における期待利益の類型化と相殺権濫用の類



型化は同一のことを正反対から捉えていることを指摘し、また久保井・前掲注(3)『現代契約法大系』四七頁も相殺権濫用が期待利益説の裏付けの理論として発展していくものとの展望を明らかにしている。さらに鳥矢部・前掲注(5)三六二頁以下は、相殺権濫用となりうる場合まで相殺を許容するような要件の立て方自体が問題であることを指摘し、相殺権濫用論を暫定的な措置とみなして無制限説に対して再考を促している。

(15) 高木・前掲注(3)四頁、塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法一〇〇〇号(昭和五七年)一九頁。

(16) 長野益三「銀行による相殺権の行使とその制限」判タ四二八号(昭和五六年)四四頁、同「銀行による相殺権の行使とその制限」牧山市治山口和夫編『民事判例実務研究 第二巻』(判例タイムズ社、昭和五七年)一一二頁。

(17) 伊藤・前掲注(3)民事研修三四七号三三頁。また、明言されていないが石田・前掲注(3)六頁以下、および賀集唱「第三者引受または振出人の満期未到来の手形によって担保される手形貸付債権と、差し押さえられた預金との相殺の効力」金法七一四号(昭和四九年)三二頁がそのような思考性をもつものと考えられる。

(18) なお、ほかに相殺権濫用の位置づけとしては、受働債権としての適格性を否定するためのもの(石田・前掲注(3)七頁)、主として同行相殺を抑止するためのもの(三木浩一「相殺権の濫用」石川明・田中康久・山内八郎編『破産・和議の実務と理論』判タ八三〇号(平成六年)一九三頁)などがある。

(19) この点を指摘するものとして、新美・前掲注(3)九四頁。

(20) 高木・前掲注(3)九頁。

(21) 篠原・前掲注(3)三九〇頁。

(22) 高木・前掲注(3)九頁。

(23) 篠原・前掲注(3)三九〇頁。

(24) 伊藤教授は濫用基準に関して三つに分けて整理される(伊藤・前掲注(3)民事研修三四七号三二頁)。すなわち、①相殺権行使における相殺権者の意図の背信性ないし信義則違背性に注目する場合、②相殺による回収期待を媒介とする結合関係ないし相殺による回収自体の合理性に注目する場合、③受働債権となることの合理性と相殺権者の意図の背信性の双方に注目する場合である。本稿ではとくに③に関する受働債権の適格性を問題とするという点を省いた。確かにこのような指摘はあるものの(前掲注(18)参照)、受働債権のみが問題となるわけではないからである。

- (25) この点を指摘するものとして、伊藤・前掲注(3)民事研修三四六号一九頁以下、三四七号三二頁。  
(26) 前掲注(8)参照。
- (27) 高木・前掲注(3)四頁、石田・前掲注(3)七頁、伊藤・前掲注(3)民事研修三四六号二一頁。ただし、一口に対外的相殺の場面といってもそこで登場する第三者は差押えをするなど直接に相殺債権に関与した者に限られるのか、あるいは一般債権者までも含まれるのかという点については両様の考え方があり、これも十分議論されているとは言い難い。
- (28) たとえば、林教授は、相殺権濫用ケースを、①担保権行使に類比して考える場合、②被担保債権の適格性を問題とする場合、③担保目的物の適格性を問題とする場合の三類型に分けられているが、対内的相殺と対外的相殺に分けることはされていない(林・前掲注(3)五六一頁)。また、鈴木氏は、①差押え債権者との争い、②債権者団との争い、③主債務者以外の者との争いという紛争類型に依じて三つに分けて論じられている(鈴木・前掲注(3)債権管理一号一七頁、なおこの類型に対して本田・前掲注(3)五〇三頁も同調されている)。
- (29) 一般的に権利濫用の場合には不法行為が成立するものとして損害賠償請求することが認められている。しかし、谷口||石田編・前掲注(1)一三二頁「安永正昭」は、単に不法行為の問題として処理できる場合であるから違法な行為であることとの説得力をもたすためのレトリックとして権利濫用が用いられているとされる。
- (30) 新美・前掲注(3)九九頁。
- (31) 伊藤・前掲注(3)民事研修三四六号二二頁は一般の権利濫用と同様に考えてもよいことをも理由として挙げられる。なお、好美・前掲注(3)七七頁は、損害賠償は当然認められ、さらに相殺の効力が否定されるべきであるとされ、原則が損害賠償請求権の発生であるかのような記述がなされている。
- (32) 第三者に相殺を對抗することが相殺権濫用として無効とされた場合であっても、当事者間において相殺の効果が生じているのかどうかということは困難な問題である。知りうる限りにおいてこの点につき論及しているのは、秦光昭「逆相殺をめぐる一つの疑点」金法八五四号(昭和五三年)二四頁のみである。
- (33) 本田・前掲注(3)五〇四頁。
- (34) 石井・前掲注(3)第一論文二二〇頁。
- (35) 前掲注(28)参照。

## 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

相殺権を行使するためには両債権が相殺適状になければならないが、それでは相殺適状にあればいつでも相殺することができるかが銀行取引約定書七条三号をめぐって争われた。同条によると、相殺に供される債権のそれぞれの額は差引計算実行の日を基準として計算されるが、相殺適状から二年七か月後に相殺の意思表示がなされた場合、その相殺は認められるか、認められるとしても債権額・利息等はいつを基準として計算されるかが問題となった。

【1】 高松地判昭和五七年七月二日（金法一〇三九号四五頁）

（事実の概要）

事案は複雑であるが、判旨事項に関する部分のみ要約すると、X信用組合はYに対して複数の貸付債権を有しており、これを自働債権としてYのXに対する複数の預金債務と相殺し、残余部分につき支払を求めた。これに対してYは、右相殺が相殺適状後二年七か月後になされたものであり、それにもかかわらず信用組合取引約定書七条三号に基づいて相殺時点までの利息等を含めて差引計算することは信義則違反であるとして争った。

(判旨)

信用組合取引約定書の当事者間での有効性を認めた後、銀行が相殺の実行を引き延ばすことによって高率の損害金を收受することがあり得るとしても、預金者から相殺することによってその利息損害金の増大を防ぐこともできるのであるから、「金融機関が、預金者からの相殺を制約しつつ、不当に相殺を引き延ばした場合に限って、信義則上の特約の適用が制限されると解すべきである」として一般論を述べ、本件では「Xの相殺の実行が、相殺適状時より約二年七か月も後になされたことは、Xのような金融機関の債権回収のあり方として当否は問題であるが、本件全証拠によっても右相殺の遅延が、Xの不当な引延ばしによるものとする具体的な主張立証のない以上、Xの右相殺について、信義則に違反するとは認め難い」とした。

利息の増大を図るために相殺の意思表示を引延すなどの事情があれば相殺できない場合があるとしても、本件ではそのような事情がないとして相殺を有効とした。これに対して次の控訴審では、もっぱら銀行取引約定書(本件では信用組合取引約定書)による相殺の遡及効の制限について判断された。

【2】 高松高判昭和六三年八月二三日(金法一一一〇号三二頁)

(判旨)

本件取引約定書は「妥当な限度で債権の回収を容易にして公共的性格を有する金融機関を保護し、併せて差引計算を簡易化して事務処理の便に資するため、昭和三七年八月六日全国銀行協会連合会によって作成された銀行取引約定書雛型(旧)七条三項に倣ったもので、もとより民法の相殺に関する原則を不当に回避し組合員の利益が害さ

れるようなものであってはならないから、利息・遅延損害金の終期となる差引計算実行の日は客観的に妥当な日であることを要し、これに反する不当な時点での処理は信義則上許されないものというべきである」。

すなわち、相殺に供する債権の額について相殺実行時を基準とする旨の銀行取引約定書は一般的に有効であることを認めつつも、本件のように相殺適状から著しく遅滞した時期における相殺は本規定の適用外であり、原則通り遡及効が認められ、相殺適状時の債権額によることになるとしたのである。その結果、Xに残余債権が生じないとしてXの請求を棄却したのである。したがって、ここでの争いは相殺権行使が制限されるかどうかではなく、遡及効を否定する約定書の効力ということになってしまった。ところが、上告審では、再び相殺自体が認められるか否かに焦点が絞られることになる。

【3】 最判平成二年七月二〇日(金法一二七〇号二六頁)

(判旨)

「信用組合取引約定七条三項の規定は、同条一、二項による約定相殺によって差引計算をする場合に、債権、債務の利息、割引料、損害金等の計算については、その期間を計算実行の日までとして決済の簡易化を図ったものであるところ、Xの主張する相殺の自働債権は、差引計算の時に既に生じていた(4)の貸付金の利息・損害金の債権であって、利息・割引料・損害金等を生ずべき債権ではない(利息・損害金について重利の約定の主張、立証はない。)から、これについて前記取引約定七条三項の適用を論ずべきものではない。また、右(4)の貸付に関する利息・損害金の債権が適法に発生し、その債権の行使が許されるものである以上、これを自働債権とする相殺が許されな

いとする理由もないといわなければならない。

そうすると、相殺による決済に対する相手方の期待に反してされた相殺適状にある債権の一方の利息・損害金の債権を自働債権とする相殺の意思表示が、事情によっては、信義則に反する場合があるとしても、原審の認定した事実関係をもってしては、前記利息・損害金の債権を自働債権とする(ア)及び(イ)の各定期預金の元利金債権に対する本件相殺の意思表示が信義則に反するとした判断を直ちに首肯することはできないとして、破棄差戻した。

本件の判示事項は難解であり、遡及効をどのように解するのかが不明瞭な点もあるが、いづれにしても相殺の意思表示が相殺適状時からかなり経過した後になされたものであっても、相殺することができるとした点では疑いないであろう。そして、次の差戻審で計算日について判示されることになった。

【4】 高松高判平成四年三月三十一日（金法一三四五号二五頁）

（判旨）

「約定七条の本来の趣旨は、……多数の各相殺債権、債務の僅かな弁済期到来の差異による複雑な相殺計算を避けるため、その場合に限定して、民法の相殺の遡及効を排除したのにすぎない」のであるから、「約定七条にはもともと相殺適状の時から著しく遅滞した時期における相殺の意思表示は含まれていない」として、遡及効を認めただで各債権額を計算した。

時期に遅れた相殺については銀行取引約定書の適用を排除し、遡及効を認めたものである。<sup>(37)</sup>このようにして、本

事例ではもっぱら計算日をいつとするかが争われたのであるが、時期に遅れた相殺の効力として問題を考えると、相殺適状から長期間経過した後であっても相殺できるかということと、それが認められるとして遡及効を排除して計算日を定めた銀行取引約定書七条三項が対外効をもち得るかどうかの二つに分けて検討されるべきであろう。

第一点については従来あまり議論されていないようであり、本判決が現れてから問題視されたようであるが、明快に論じられているのは青野教授である。すなわち、教授は、実務で通常行っている相殺権の行使期間を著しく過ぎた場合には相殺の意思表示は無効であるとされ、それが単純明快であって法律関係がすっきりすることを理由として挙げられている。<sup>(39)</sup>

しかし、ただ相殺適状から相殺権行使までの期間が長期に及んだことのみを理由として無効とすることは必ずしも妥当とは思われない。相殺権の行使は常に対等額における債務消滅効をもたらすものであり、これが無効とされ債権の残存を認めることの必要性は、少なくとも当事者間においては無いであろう。また、五〇八条によって、相殺の意思表示をしないままに時効が完成した債権であっても相殺することが認められているのである。さらに、相殺の効果発生が相殺適状時とされることを考えれば、その意思表示がいつなされたかは問題視されないはずである。したがって、その遡及効が排除された場合に限って意思表示の時期が問題となるのである。そうなると民法の原則である遡及効を排除する特約の効力が問題となり、銀行取引約定書七条三項の効力いかんということになる。

この点、銀行取引約定書七条三項の効力を認めてあくまで相殺がなされた日を基準とするのか、相殺適状から長期間経過してなされた相殺の場合には信義則上右約定の適用はないとして、相当の基準日を設定するのか、あるいは原則に戻って相殺適状時とするか<sup>(41)</sup>については争われている。適状後の期間経過によって遅延利息・損害金等が高額になり当事者間に不公平が生ずること、明確な基準日を設定しづらいことなどを理由に、相殺適状時に遡及す

るとしたほうが妥当であろう。しかし、いずれにしてもそれは差引計算の基準日に関するものであり、これにより相殺自体が無効になるとは考えられず、相殺権濫用の範疇に含まれるものではないものと考えられる。そして、この理は対内的関係のみならず、差押え債権者などの対外的関係においても結論を異にするものではない。

注

(36) ここでは、まず取引約定七条三項が適用されないこと、すでに生じた利息・損害金を自働債権として相殺することができること、本件ではそのような相殺が信義則違反にあたるものではない、ということとは判旨から読み取れるのであるが、これが相殺の遡及効をどのように捉えてのものなのかははっきりしていない(この点を秦光昭「相殺の遡及効、充当および相殺予約の関係について」金法一二八〇号(平成三年)一四頁以下、副田隆重「判批」リマークス三号(平成三年)五六頁以下が詳細に述べている)。すなわち、取引約定七条三項が適用されない、ということは、相殺の意思表示がなされた時点での計算によることなく、相殺適状時点での利息・損害金が計算されることを意味するのではなからうか。そうであるならば、その後を生じた利息・損害金をもつてする相殺は認められなくなるはずである。問題は適状後に生じた利息・損害金をもつてする相殺が信義則違反になるかどうかではなく、相殺適状時からかなり遅れた相殺につき信義則違反を理由として、銀行取引約定書七条三項の適用が排除され、その結果相殺適状時での債権額で差引計算されるかどうかである。相殺適状後に生じた利息・損害金を自働債権とすることの可否ではなく、それが発生するかどうかなのである。この意味からすると、本件判旨は問題に明確に答えたことにならないのではなからうか。その結果、次の差戻審においても論理が迷走することになるのである。

(37) 総論的には時期に遅れた相殺について銀行取引約定書の適用を排除し、遡及効を認めたものであるが、仮にこの理をあらはめると相殺適状ごとに各債権債務が充当されていくことになり、本件において原告が主張する自働債権は相当額減じられているはずであるが、実際の計算では元金が相殺の意思表示に含まれていないとして、利息・遅延損害金が相殺に供されているにすぎない。その意味で最高裁判決に対してなされた不明確さという批判が本判決にも当てはまることになる(秦光昭「銀行取引約定書等の相殺計算に関する特約の適用範囲」金法一三三五号(平成四年)四頁以下参照)。



(38) なお、理論的には「早すぎた」相殺も問題となる可能性がある。実際、後掲判例【50】について、徳野・前掲注(13)「判批」八六頁は、相殺権行使が性急であったため、違法となる可能性が高まったと指摘される。

(39) 青野博之「判批」法時六一巻七号(平成元年)一三九頁。

(40) 鈴木祿弥編『新版注釈民法17』(有斐閣)平成五年、三五九頁〔鈴木祿弥∥山本豊〕。

(41) 篠田省二「判批」金法一二二二号(平成元年)二〇頁。

(2) 他に担保目的物がある場合の相殺

預金債権が差押えられた場合、銀行が抵当権など他に担保権を有している場合であっても預金債権と相殺することができかねるかが問題とされる。

【5】 東京高判昭和四八年一月二九日(金法六八八号二九頁)

(事実の概要)

AのYに対する不渡異議申立預託金を差押えたXがYに支払を求めたところ、YはAに対する貸金債権と相殺すると主張。これに対し、Xは、右貸金が一億三五〇〇万円の貸付の残額二九万円であること、右貸金を担保するためにB所有の土地・建物に根抵当権を設定していることなどから、Yの相殺は公序良俗・信義則に反し、権利濫用であるなどとして争った。

(判旨)

Aはすでに支払能力が全くない状態であり、「本件貸金残債権金二九万円について、仮に、本件預託金による回収

以外の方法によって右残債権の満足を受け得たとしても、その理由だけで、Yにおいて本件相殺をなし得ないものとなすべきいわれはない」。

本判決が初めてこの問題について判断を下したのであるが、債務者であるA自身に預金等の資産が全くなく、また担保は物上保証人が提供したものであるといった事情もおそらく考慮されているのであろう。

【6】 大阪地判昭和五十一年三月一七日（判時八二六号七一頁、金判五一二号四八頁）

（事実の概要）

Aに対して貸金債権を有しているXはAのYに対する預金債権を差押え、取立命令を取得した。Xからの取立の訴えに対し、Yは、Xの差押え以前にAが会社整理開始の申立をしており、これによりAに対する割引手形買戻請求権の履行期が到来し、右預金と相殺すると主張。Xは、担保手形の満期到来まで銀行は預金と確定的に相殺することができないと反論したのに対し、担保と相殺の関係について次のように述べた。

（判旨）

「銀行が抵当権を有するときは、当然に先ず抵当権を実行し、その上で未回収分についてのみ預金との相殺の効果を確定せしめるということは、銀行にとり不良債権が長期化固定化し正常な業務の運営を著しく阻害することになり、債務者にとっても遅延損害金の増大と無用の担保処分を強いることになる。他方、差押債権者は差押の目的物について優先権を有しているわけではないのであるから、相殺によって差押手続が無駄になっても、債務者の一般財産が減少しない限り、計数的には損失はなく、債務者や手形債務者が不当に利得するということはないし、右

差押手続が無駄になる恐れのあることは、差押債権者にとって予見可能であるから、公正と信義にもとる結果を招来するとはいえない」。

このようにして、抵当権など物的担保を実行することが銀行のみならず債務者にも過度の負担を強いること、そこまでしても差押え債権者を保護する理由はないこと、が理由として挙げられている。

【7】 最判昭和五四年三月一日(判時九六八号一〇五頁、判タ四一六号一二〇頁、金法八九三号四三頁)

(事実の概要)

XがAのYに対する不渡異議申立預託金返還請求権を差押えたところ、YはAに対する割引手形の買戻請求権をもって相殺した。Xは、右買戻請求権は抵当権あるいは個人保証で担保されているのでYの相殺は権利濫用であるとして争った。

(判旨)

YがAに対して有する「買戻請求権につき自己の有する物上担保権の行使によってすべて弁済を受けることができる関係にあるにもかかわらず、この方法をとることなく、右買戻請求権をもって本件預託金返還請求権と相殺することににより右債権の満足を得る方法を選んだとしても、それだけでこれが権利の濫用であるということはできない。

最高裁として従来の下級審判決の流れを肯定し、物的担保が他にある場合であっても相殺は制限されないことを

明確に述べたものである。

【8】 東京地判昭和五五年三月二七日 (判タ四一五号一二三頁)

(事実の概要)

Aは、BとY銀行間の銀行取引約定書締結に際して、Bが負う銀行取引上の一切の債務について連帯保証した。右取引約定書五条一項三号によれば、保証人につき差押え命令が發送された場合、主たる債務者であるBのYに対する一切の債務につき当然に期限の利益を喪失する旨が定められていたところ、XがAに対する確定判決に基づきAのYに対する預金の差押え・転付命令を得てYに支払いを求めたのに対し、Yは、右条項に基づきYのBに対する手形貸付債権の履行期が到来したとして、これを自働債権としてAの預金と相殺すると主張。Xは、右銀行取引約定書の期限の利益喪失条項が無効であること、Yが物的担保を行使せずに相殺することは権利濫用であるなどとして争った。後者の主張について次のように述べた。

(判旨)

「債権者が複数の債権回収手段を有する場合に、そのいずれを行使すべきかは、原則として債権者の自由に属するものといふべく、特段の事情のない限り、物的担保権の行使をせずに反対債権をもって相殺に供することが権利の濫用に当ることはない」。

最高裁判例を踏襲したものである。

【9】 東京地判昭和六二年三月三十一日(金法一一八四号四四頁)

(事実の概要)

XはAに対する手形債権をもってAのYに対する不渡異議申立預託金返還請求権を差押え、転付命令を取得した。これに対し、Yは、Aに対する貸金債権と右返還請求権を相殺すると主張。Xは、右貸金債権を担保するためにAの代表者からその所有する不動産を担保にとっていること、貸金債権の弁済期到来後も内入弁済を受け入れていることは貸付金を早急に回収する必要性がないということ、YはXらに比べて遥かに大きな経済力と信用力を有しているから相殺することはYの義務違反である、などを理由とし、右相殺が権利の濫用にあたるなどとして争った。

(判旨)

貸金債権を担保するためにAの「代表者所有の不動産に根抵当権を有していることは当事者間に争いがないが、Yが右各貸付金について一般の貸付金と対比してゆるやかな返済を甘受しており、Aから右貸付金を早急に回収しなければならぬ必然性がない点についてはこれを認めるに足りる証拠はない。そして、(3)YがXらとは比べようもない巨大な経済力と信用力を有するわが国を代表するような公的金融機関であるというだけでは、本件相殺をもって権利の濫用であるということができないことは明らかである」<sup>42</sup>。

このようにして、裁判例としては、他に物的担保が存在しても相殺は制限されないとすることで一致しているようである。複数の債権回収手段を有している場合に、そのいずれを行使するかは債権者の自由であること、不動産担保権の実行や保証人等への履行請求は債権回収まで多くの手間と時間がかかるなど容易でないこと、などが理由とされている。<sup>43</sup>

これには学説もほぼ同調している。ただ、債権回収が容易な有価証券などが担保として提供されている場合には、相殺権濫用にあたるとの主張がなされている。<sup>(44)</sup>それは、不動産担保や個人保証では換価に面倒な手続や時間を要し、この場合にはより簡便な債権回収手段である相殺を選択しても濫用にはあたらないが、相殺と同様に簡便な回収手段がある場合には濫用にあたるのである。すなわち、債権者が複数の担保手段を有している場合に、いずれの担保権を行使するかは自由であることを原則としつつ、ただもっぱら第三者の権利を侵害することを目的とする場合が濫用になるとするのである。<sup>(45)</sup>そうすると、ここで濫用に当たるか否かの判断基準は、銀行の債権回収手段としての容易性、つまり権利行使の態様ということにならう。しかし、差押え債権者を害するという背信的意図がある場合のみならず、単に他に簡易な回収手段があるというだけで濫用が肯定されることには問題がある。同一債権を担保するために複数の担保権が設定されている場合に、債権者がいかなる権利を行使するも自由なのか、しかもその一つの手段が相殺の場合も同様に解せるのが先に検討されなければならないからである。さらには、相殺を債権回収手段としてのみ把握すること自体も問題であらう。<sup>(46)</sup>

注

(42) 控訴審判決でも結論は維持された(東京高判昭和六二年七月二十九日(金法一一八四号四一頁)参照)。

(43) 好美・前掲注(3)二七四頁、窪田・前掲注(3)七七四頁。

(44) 三木・前掲注(18)一九三頁、久保井・前掲注(3)『契約法大系』三〇頁以下、高木・前掲注(3)七頁、好美・前掲注(3)二七三頁以下、石井ほか・前掲注(3)九四頁〔石井眞司発言〕、堀内仁「実務のための金融判決紹介」手研二八七号(昭和五四年)五一頁、山口輝久「回収管理二、三の問題と妥当性」堀内仁古希記念『銀行取引法の研究』(金融財政事情研究会、昭和五一年)四三六頁、若干異なるものとして、須藤・前掲注(14)一〇九頁は、自働債権が相殺の期待のもとに取

得られていればこれは一般財産ではなく変態担保権の一種とみるべきことから相殺できるが、担保目的物が公社債・優良手形のように回収の確実性・簡便性がある場合には相殺することは狙い撃ち相殺と実質的には変わりないものとして相殺できないとされる。

(45) 石井ほか・前掲注(3)九四頁〔好美清光発言〕

(46) なお、相殺権行使が他の債権者に対して詐害行為になるかどうか争われたことがある。すなわち、東京高判昭和三四年四月一日(金法二〇八号二頁)によると、事実関係は必ずしも明らかでないが、XがAに債権を有していたところ、同じくYもAに対して債権を有するとともに債務をも負っていたため、Yは両債権債務を相殺したところ、Xは、右相殺により自己の債権を回収できなくなったとして、Yの相殺を権利濫用であると主張したものである。これに対して、次のように判示した。Yが「その負担する債務につき、その有する債権を以て相殺することは法律上当然許された行為である。これを以て権利を濫用するものと認むべき状況は本件では全く存在しない。この相殺権の行使によって不況にあったAの債権者に対する支払が不能になるかも知れないことをYが判っていたとしても一向に相殺を妨げる理由にはならない。Aがそういう状況にあるのに相殺権を行使しないとすれば、その方が寧ろ取締役の責任上問題とされるべきであろう」。

### (3) 狙い撃ち相殺

数口の預金のうち一口が差押えられた場合、他の預金から貸付債権の回収が十分可能であるにもかかわらず、あえて差押えられた預金と相殺し、差押えられていない預金を預金者に払戻す場合である。

すでに裁判例としてこのような場合について傍論ながら述べているものがある。すなわち、後掲判例【29】は、手形割引依頼人が倒産して銀行が買戻請求をしたにもかかわらず、その時点では相殺せず、右依頼人の債権者が預金債権を差押えた時点で相殺した事例で、相殺権者がいつ相殺するかは自由であるとしたが、「もっとも、割引手形の

支払われることが絶対確実だとわかっていながら債務者と結託して他の債権者を害する目的で相殺特約を発動するなど、権利の濫用にわたるものであればまた格別」として、行使態様によっては相殺権濫用になる可能性を示唆している。そして、次の裁判例では、銀行が当事者になっているものではないが、明確に相殺権濫用を肯定したのである。

【10】 大阪地判昭和四九年二月一五日（金法七二九号三三頁）

（事実の概要）

XはAに対する貸金債権に基づきAのYに対する請負代金債権を差押え、転付命令を取得し、その支払を求めた。これに対し、Yは、右請負工事に瑕疵があり、さらに工事が遅延したことによる損害賠償債権をAに対して有しており、これに基づいて右請負代金債権と相殺するなど主張した。

（判旨）

Yの有する損害賠償債権と転付債権とは相殺適状にあり、「同一当事者間にあっては、相殺適状にある債権債務である以上、どの債権とどの債務とを相殺するかは特段の事情のないかぎり、全く当事者の自由であるというべきであるが、同一当事者間の、同一の原因に基づき発生した債務でありながら、その一部は既に第三者に転付され、他の一部は前者よりも履行期の到来が遅いという場合、債務者が後者については既に債務を完済しておきながら、前者すなわち第三者に転付された債権については支払をなさず、右第三者から支払請求されるに及んで右自働債権によりこれと相殺をなすが如きことは当事者間の公平および信義則に著しくもとるものであり、権利の濫用として許容することはできない」。



このようにして、受働債権が複数存在する中で、差押え・転付命令が発せられた債権と相殺し、それ以外の債権につき債権者に支払をなすことは相殺権濫用であるとされたのであるが、これには学説も同調している。すなわち、真に債権保全の必要性や取引先の信用悪化の徴候とされたという問題がないのに差押えの効力を排除することだけを狙っていると評価され、この場合が相殺権濫用になるとすることで一致しているのである。<sup>(47)</sup>ただし、その効果については二つの考え方が示されている。好美説が、差押え債権者が満足を得られなかった限度で不法行為による損害賠償義務を負うとされるのに対し、高木説は、不法行為となるのではなく、そもそも相殺は効力を生ぜず、転付命令は失効しないとされる。<sup>(48)</sup>

このようにして、効果論につき争いがあるものの、狙い撃ち相殺が相殺権濫用の一場面であることは一般的に認められているようである。しかし、このことは対外的相殺に限った議論であり、対内的相殺に関しては問題とされていないようである。対内的な関係においてはいずれの債権と相殺するかは充當の指定権の問題となる。したがって、ここで問題となるのは、狙い撃ち相殺として相殺の効果を差押え債権者に対抗することができない場合の当事者間の扱いということになる。そのような場合には当事者間でも相殺の効果が生じていないとすることが法律関係を簡明化させることになることから、差押えによる弁済禁止効にかかわらず債務者に弁済した場合と同様の処理を行うべきものと思われる。

注

(47) 石井ほか・前掲注(3)九三頁〔石井真司、堀内仁発言〕、久保井・前掲注(3)『契約法大系』三一頁、長野・前掲注(16)

判タ四二八号四二頁、山口・前掲注(44)四三五頁、徳野・前掲注(3)一六九頁など。ただし、石井・前掲注(3)『銀行取引約定書』二〇七頁は、差押えられていない預金部分の払戻が救済融資的なものである場合には、狙い撃ち相殺と同様の結果になっても相殺権濫用ではないとする。また、須藤・前掲注(14)一〇七頁は、他の方法による回収が可能であることから相殺への期待利益が乏しいと判断されることを理由に相殺が許されなくなるとされる。なお、包括執行である破産手続においては銀行の預金すべてが差押えられた状態になるため、銀行が受働債権を自由に選んでも破産債権者間の不公平を惹起するものではなく、濫用にあたらぬと指摘するものとして、三木・前掲注(18)一九二頁。

(48) 好美・前掲注(3)二七三頁。同じく、新美・前掲注(3)九九頁も、債務者に十分資力があれば相殺の効力まで否定する必要はなく、損害賠償請求権を発生せしめるだけで十分であるとされる。

(49) 高木・前掲注(3)五頁。

#### (4) 駆け込み割引による相殺

手形振出人の信用悪化をいち早く察知した手形所持人が、振出人が預金している銀行に手形割引を依頼し、銀行が手形債権と振出人の預金を相殺する場合である。これを直接問題とした判例はないようであるが、危機時期に債権を譲り受けた場合について次の裁判例がある。

【11】 大阪地判平成六年一〇月二五日(判時一五二九号九五頁)

(事実の概要)

AはYからの手形貸付に際し割引興業債券を担保として差入れた。その後、YはBのAに対する債権を譲受けた

が、数日後にAが一回目の不渡を出したため、Yは右割引債をすべて処分し、貸付債権に充当するとともに、残額を戻し利息等と相殺した。そこで、Aの破産管財人Xが、BからYへの債権譲渡はAの資産悪化を知ってなされたものであるから、いわゆる駆け込み割引に類似し、担保権の実行が権利濫用であると主張し、さらに相殺は破産法一〇四条に違反する無効なものであるとして、担保の清算金および戻し利息残金の返還をYに請求した。

(判旨)

BのYへの債権譲渡が、Aの信用悪化を知って、Yの有する担保余力を利用するために行われたものであることを認定した上で、「Yとしては、自らの債権の回収という通常の事務処理の形態をとって、処理の適正を装ってはいるものの、その実態は、破産者の一般債権者の犠牲において、専らBの利益のために債権の回収をはかるべく積極的に負担したものであって、その背信性には極めて重大で著しいものがあるといわざるをえないから、右相殺および担保権の行使はいずれも権利の濫用に当たり、効力を生じないといふべきである」。

このようにして、事案としては特殊であるが、債権譲渡が危機時期以後に行われたものであることをもってして、これを駆け込み的な債権回収手段とし、これに基づく担保権の実行および相殺を濫用として、その効力を認めなかったのである。

学説においては、駆け込み相殺が相殺権濫用にあたることでは問題がないようである。銀行の相殺が手形所持人への加担行為であり、自働債権の取得原因に背信性が認められるからである。また、三九八条ノ三第二項において債務者の支払停止・倒産手続開始申立後の回り手形取得は被担保債権とならない旨が規定されており、この法理を援用すべきであることも理由として挙げられている<sup>(30)</sup>。ただし、この場合も銀行に不法行為責任が発生すると

の見解がある<sup>(51)</sup>。

注

(50) 高木・前掲注(3)六頁、好美・前掲注(3)二七五頁、石井ほか・前掲注(3)九六頁〔石井眞司、堀内仁発言〕、石井・前掲注(3)判タ六二七号七頁、鈴木正和「相殺実務の取扱原則」金法六七九号(昭和四八年)一三頁、徳野・前掲注(3)一七〇頁、田中・前掲注(3)一八一頁。また、危機時期における債権譲受を扱った判例【11】の判例評釈である清原泰司「判批」判評四四三号(判時一五四六号)(平成八年)一九八頁も、相殺担保権の実行が強い背信性を有していたとして相殺権濫用を肯定される。

なお、三木・前掲注(18)一九二頁は、駆け込み割引が危機時期以後に悪意でなされた場合であっても、その後破産手続が開始された場合には破産法一〇四条の規定で相殺が禁止され、もし破産手続が開始されなかった場合には民法三九八条の三の規定を類推適用して相殺を禁止するとされる。

(51) 久保井・前掲注(3)『契約法大系』三一頁。

(5) 民事執行法一四七条による陳述の催告と相殺権濫用

民事執行法一四七条によると、差押え債権者の申請により、第三債務者は被差押え債権の存否・支払意思の有無・弁済しない場合のその理由等(民事執行規則一三五条)を二週間以内に陳述する義務が課せられ、これに対して故意・過失による陳述懈怠・不実の陳述をした場合には損害賠償義務が生ずる。この規定は旧民事訴訟法六〇九条と同趣旨であるとされる。すなわち、差押え命令は当事者を審尋せずに差押え債権者の申立に沿って発せられるが、債権差押えの場合にはその債権の内容について第三者からは不明瞭であるため、その内容を確認している第三

債務者に陳述させ、これに基づいて差押え債権者がその後の取るべき手段を判断させることに資するために認められたものであるとされる。<sup>(52)</sup> ただ、旧民法六〇九条と異なる点は、反対債権による相殺の可能性を調査するために銀行が各支店の取引関係を調べるには七日間では短いと考えられ、陳述期間が二週間に延長されたこと、具体的な陳述事項を最高裁判所規則で定めるとした点だけである。<sup>(53)</sup>

ところで、ここで問題となるのは、陳述懈怠・不実の陳述による効果が損害賠償のみならず、抗弁権喪失といった実体法上の効果が生ずるのかどうか、とくに相殺に関していえば、たとえば反対債権がすでに差押え時点で存在していたにもかかわらず、それを陳述せずに支払意思を表明した場合には、もはやその後相殺を主張することができなくなるのかどうかという点である。<sup>(54)</sup> ただし、この検討は、陳述義務の懈怠あるいは不実の陳述の効果として、実体法上抗弁権の喪失が導かれるとするのか、あるいは一般的に権利行使の適・不適を問う権利濫用の効果としてこのような効果が導かれるのかを明確に分けて議論しなければならない。これについては後に触れるとして、さしあたって次には、陳述に際して反対債権の存在あるいは相殺予定を表明していなかったにもかかわらず第三債務者が相殺を対抗して差押え債権者に弁済を拒絶した場合の判例・学説をみていくことにする。<sup>(55)</sup>

【12】 東京地判昭和三五年一月二六日（金法二五九号七頁）

（事実の概要）

Xが自己の手形債権を保全するため、手形債務者であるAがYに対して有する不渡異議申立預託金の返還請求権につき差押えおよび転付命令を受け、その支払を請求したところ、Yは貸金債権と相殺したとして拒絶。そこでXはこの異議申立預託金との相殺の効力を争ったが、その理由の一つとして、Yが陳述命令<sup>(56)</sup>に対して債権を認諾<sup>(57)</sup>し、

支払意思を表明したことから、これが相殺権の放棄にあたるということ、あるいは陳述を信じて長期間の訴訟行為を継続した後に相殺権を行使することは信義則に反し権利濫用であると主張した。

(判旨)

本件の相殺が当事者間の相殺契約によってなされたものであるから、「その契約当事者に対して相殺権を放棄する旨の意思が表示されたのなら格別、裁判所に対してX主張の陳述がなされたからといってYの右契約上の相殺権が放棄されるいわれはない」。また、Xが、Yの陳述を信じたことによって損害を蒙ったというのであればそれについては他に救済の途を求めるべきものであり、これをもって相殺権を「行使することの妨げになるものではない」。

陳述懈怠・不実の陳述によって相殺権がどのような影響を受けるのかについて、おそらく初めて判断した裁判例であろうと思われる。ここでは、反対債権の存在あるいは相殺予定を述べることなく、被差押え債権の存在を認諾した場合であっても、陳述命令が差押え債権者に向けられたものではなく、執行裁判所に対するものであることから、これをもって相殺権放棄まで認められるものではないとした。このような見解はその後維持されていくことになる。

【13】 東京地判昭和四七年八月一八日(判時七〇二号八六頁)

(事実の概要)

Xは債務者Aに対する確定判決に基づいてAのY銀行に対して有する預金債権を差押え、陳述命令の申立てをし

た。これに対し、Yは二〇〇万円の反対債権がある旨を陳述したが(差押え命令の申請前に行った弁護士会を通しての照会に対しては右反対債権額が一〇〇万円である旨を回答していた)、その後実際には一七四万円余りで相殺した。これに対し、Xは、陳述命令に対する虚偽の回答により相殺された分の損害を蒙ったとして損害賠償請求した。

(判旨)

「相殺に供しうべき反対債権の表示が不完全であったといわなければならないけれども、Xのいうように虚偽の陳述をしたものと断ずることはできない。

また、前記陳述書における反対債権の表示が不完全であったことは前示のとおりであるが、そのためにXがその主張するような損害を被ったものとは認め難い。何となれば、・・・右相殺額は前記陳述書に記載の反対債権額金二〇〇万円の範囲内であり、Xとしては、前記陳述書から窺うことのできなかつた反対債権による相殺をもって對抗されたわけではないからである」。

不完全な陳述であってもその範囲内で相殺された以上、損害は発生しないとす。しかし、これを反対から読むと、陳述書から窺い知れない反対債権で相殺された場合には損害賠償義務が発生する可能性があることになる。

【14】 東京地判昭和四八年六月一日(金法六九九号二八頁)

(事実の概要)

Xが手形債権を保全するため、手形債務者であるAのYに対する異議申立預託金返還請求権を仮差押え、その後

手形判決を債務名義として右預託金につき差押えならびに取立命令を得てその支払を求めたところ、Yは、Aに対する貸付債権と相殺したとして、その支払に応じなかった。そこでXは、仮差押え時点で申立をした陳述命令に対してYが陳述を怠り、回答しなかったにもかかわらず相殺権を行使するのは信義則に反し権利濫用であるから右相殺は対抗できないとしてその支払いを訴求し、予備的に陳述義務懈怠による損害賠償を求めた。

(判旨)

「陳述義務は、債権の差押をなす者にその差押により執行の目的を達し得るか否かを判断せしめ、その回答いかんによっては更に他の有効適切な手段をとるべきことを考慮する機会を与えるために、第三債務者に課せられた訴訟上の義務であって、第三債務者がこの義務を怠ったからといって実体法上の相殺をなすべき権利までをも失うものではない。このことは、同法六〇九条二項が第三債務者が陳述を怠ったことよって差押債権者に対し損害を与えた場合その賠償をなすべき旨を規定している趣旨からもうかがうことができる。蓋し、もし第三債務者の陳述懈怠に債務承認の効果を認め相殺権の行使を許さないとすれば、かかる義務違反を理由とする損害賠償の規定は不要と解せられるからである」。陳述懈怠は「損害賠償請求の成否につき考慮されるべき事情であって、そのことによつてYが相殺すべき権利までをも失ういわれはない」。

また、損害賠償請求に関しては、相殺された全額が損害であるとは認められない。他に保全処分を講じたとしても他の債権者に優先する地位がない以上、全債権者の債権の割合に応じて配分され、その予想配分額は僅かであり、しかも証拠があげられていない以上認められないとした。

ここで初めて陳述命令の制度趣旨からの理由づけがなされている。すなわち、陳述義務を訴訟法上の義務とし、



この違反に対してはなんら実体法上の効果が付与されるものではないとするのである。

また、損害賠償に関しては、陳述懈怠と因果関係のある損害が立証されなければならず、正しい回答があれば直ちに法的手段を講じることができ、これによって得られたであろうことを証明しなければならないとするのである。

【15】 東京高判昭和五二年九月二〇日(判時八七一号三四頁、金法八四六号三五頁)

(事実の概要)

AのYに対する不渡異議申立預託金返還請求権を仮差押えたXは、第三債務者Yが被差押え債権の存在を認め、支払意思がある旨を陳述したことに基づいて差押え・転付命令を得たところ、YがAに対する貸金債権との相殺を主張して支払を拒んだため、Xが訴求。一審では、YのAに対する貸金債権の弁済期につき右仮差押え後にその延期を認めた事実が差押え後に債権を取得した場合と同視しうるとして相殺を否定した。これに対し、控訴審では、この点の相殺適格性を肯定するとともに、Aの信用悪化が差押え後に生じたためにYが相殺したという事情を考慮し、陳述書に支払意思を表明したことによる相殺権放棄、あるいは相殺の主張が信義則上許されないとのXの主張について次のように述べて、請求を棄却した。

(判旨)

債権の存在および支払意思がある旨を「第三債務者陳述をし、また、その後右貸金債権の弁済期を延期する措置をとったとしても、当時右預託金返還請求権の弁済期は未確定で相殺適状にはなかつたこと、ならびにYが上記措置をとった経緯および理由に照らすときは、これをもってYが右貸金残債権による相殺権を放棄したものとなしえ

ないことは明らかであり、他にかかる放棄の事実を認めるに足りる証拠はない。よってXの相殺権放棄の再抗弁は理由がない。」

ここでは今までの裁判例とはやや異なった理由づけがなされており、陳述時点で相殺適状にないこと、債務者の事情の変化があったことを理由として相殺権の放棄とみられないとしている。そうであるなら、陳述時点で相殺適状にあるにもかかわらずこの旨を陳述しなければ相殺権放棄とみられる可能性があることになる。この点につき、傍論ながら、次のように述べている。「陳述命令に対し第三債務者が無条件支払の意思を表明したことに依拠して直ちに転付命令を申請し、これを得たところ、その後において予期しない相殺権の行使に遭遇したというような場合とは全くその趣きを異にし、これと同一に論ずることをえないものであって、この点からも信義則上相殺の効果の対抗力を否定すべき特段の理由ありとはなし難い」。このようにして事情によっては相殺権濫用が成立する可能性を残している。

【16】 東京地判昭和五五年一月二八日（判タ四一三三〇号一三六頁、金法九三二二〇号三二頁）  
（事実の概要）

XはAに対する手形債権を保全するためAのYに対する不渡異議申立預託金返還請求権を仮差押え、その後手形判決を債務名義として右預託金につき差押え・転付命令を得て訴求。これに対し、Yは、Aに対する手形買戻請求権をもって相殺した旨を主張したので、予備的請求として、Yが陳述命令に対し債権の存在・支払意思のある旨を回答したことは陳述懈怠にあたり、これにより手形債権回収不能となって損害が発生したとして、損害賠償請求を

求めた。

(判旨)

旧民法六〇九条二項の「陳述ヲ怠リタルトキ」とは、故意又は過失により全く陳述しなかつた場合だけでなく、真実に反する陳述ないし不完全な陳述をした場合をいうものと解すべきである。そして、第三債務者が被差押債権についてこれと相殺し得る反対債権を有し、かつ、反対債権をもって他日相殺することが具体的に確定ないし予定されている場合であれば、第三債務者は被差押債権については反対債権があり相殺するので支払の意思がない旨の陳述をすべき義務があるから、このような場合、単に被差押債権を支払う意思がある旨の陳述をすることは不完全な陳述にあたるというべきである。

けれども、これと異なり、第三債務者が相殺に供しうる反対債権を有するが、いまだ具体的に相殺の予定がない場合であれば、単に被差押債権を支払う意思がある旨を陳述し、反対債権の存在について説明しなかつたとしても、それは不完全な陳述にあたらないものと解すべきである。本件では、陳述をした時点で相殺の意思はなく、その後の債務者の資産状態の悪化によって相殺が行われたことが認められることから、第三債務者の陳述が不完全であるとはいえず、損害賠償義務は発生しない。

相殺が予定されていれば陳述義務ありとした最初の裁判例である。従来、相殺権濫用の可能性は指摘されていたものの、第三債務者の陳述義務を積極的に解するまでには至っていなかった。その意味で従来の見解を一步進める画期的判決といえるであろう。しかし、次の最高裁判決では従来の厳格な解釈が踏襲されることになった。

【17】 最判昭和五五年五月一二日(判時九六八号一〇五頁、判タ四一六号一二〇頁、金法九三一号三一頁)

(事実の概要)

Xは、Aに手形の支払提示をしたが不渡となったので、Aが不渡処分を回避するためにYに預託した不渡異議申立預託金の返還請求権を仮差押え、その後手形判決を債務名義として右返還請求権の差押え・転付命令を得て、その支払を求めた。これに対し、Yは、Aに対する貸金債権と相殺した旨を抗弁として提出したため、右預託金との相殺を争う一方、Yが陳述命令に対して債権の存在を認め、支払意思がある旨の回答をしたのは相殺権の放棄にあらざることを主張したと主張。

(判旨)

「民訴法七四八条、六〇九条に基づき第三債務者が執行機関としての仮差押裁判所に対してする陳述が事実の報告たる性質を有するにすぎないものであり、右陳述において、第三債務者が被差押債権の存在を認めて支払の意思を表明し、将来において相殺する意思がある旨を表明しなかったとしても、これによって債務の承認あるいは抗弁権の喪失というような実体上の効果を生ずることがなく、その後、第三債務者において当該債権につき、これを受領債権として相殺に供すること又は時効により消滅したことを主張することを妨げるものではないとの原審の判断は、正当として是認することができる。」

この問題に関する最初の最高裁判決である。従来の下級審判決をそのまま踏襲した形になっているが、相殺権濫用の可能性あるいは陳述義務といったことについては一切触れていない。そのためかなり厳格な立場を採用したものと推測される。本判決後に現れた次の高裁判決がそれを示している。

【18】 東京高判昭和五五年九月三〇日 (金法九五七号三四頁)

(事実の概要)

【16】の控訴審である。

(判旨)

「陳述書は執行裁判所に対してなされるものであるから・・・相殺権放棄の意思表示と解することは許されない。また、この場合、第三債務者の有する反対債権がすでに相殺適状にあったとしても、相殺を行うかどうか、ないしは、いついかなる段階においてこれを行うかは、いつに、相殺権者たる第三債務者の自由意思に委かされるところであるから、爾後第三債務者の行なう相殺をもって当然に衡平の原則上許されないものとはなし得ず、かかる相殺も、ことさら債権者に損害を与えることを目的として行われた等特段の事情の認められない限り、適法たるを失わない。」

【19】 東京高判昭和五六年二月二五日 (判タ四五〇号一一八頁、金法九七〇号四三頁)

(事実の概要)

AのYに対する不渡異議申立預託金返還請求権を差押えたXがその支払を求めたところ、Yは貸金債権で相殺したと主張。これに対し、Xは、右預託金の弁済期未到来をもって相殺の効力を争うとともに、Yが陳述命令に対して債権の存在・支払意思を表明し、さらに不動文字で「債務者に対する反対債権金 円と相殺する」との記載を斜線で一括して抹消した点をとらえ、これが相殺権放棄の意思表示であると解されること、もしくは相殺による債

権消滅を主張することは信義則に反すると主張。さらに、予備的請求で、虚偽による不完全な陳述によって損害を蒙ったとしてその賠償を求めた。

(判旨)

「陳述は、民事訴訟法第七四八条、第六〇九条に基づき第三債務者が執行機関としての仮差押裁判所に対してするものであり、事実の報告たる性質を有するにすぎないものであり、右陳述において、第三債務者が被差押債権の存在を認めて支払意思を表明し、将来において、相殺する意思がある旨を表明しなかったとしても、これによって債務の承認あるいは抗弁権の喪失というような実体上の効果を生ずることはなく、その後第三債務者において当該債権につきこれを受働債権として相殺に供することの主張を妨げるものではない(最高裁判所昭和五五年五月二二日判決参照)から、右回答書の記載をもって控訴人が相殺権を放棄したものとみるのは相当でない」。

債務者と第三債務者との間では正常な取引が継続されていたこと、第三債務者が相殺権を行使するのは一般的に顧客が倒産したときのみであって、相殺権の行使によって顧客が倒産するような運営をしていないことが認められることから、第三債務者が執行裁判所に回答をした後に双方の債権を相殺し、これによって転付債権が消滅したといても右相殺が信義則に反するとはいえない。

また、第三債務者が陳述命令に対する回答をした時点での事情からすれば「回答後その回答と抵触するような相殺権を行使したとしても直ちに控訴人に過失があったものということはできない」。

【20】 東京地判昭和五六年五月二八日(判時一〇二一号一二二頁)

(事実の概要)

Xは、手形判決を債務名義として債務者AのYに対する不渡異議申立預託金返還請求権を差押え、転付命令を得たので、Yに対してその支払を求めた。これに対してYは、Aに対する貸金債権等を自働債権としてこれと相殺すると主張。Xは右預託金との相殺を争うとともに、陳述命令に対し債権の存在・支払意思がある旨を陳述したのは債務承認となり、相殺することが許されないと主張。予備的に不十分な陳述によって生じた損害の賠償を求めた。

(判旨)

民訴法六〇九条に「基づいて第三債務者がなす陳述は、債権譲渡における無留保承諾（民法四六八条）のように、これによって第三債務者（譲渡債権の債務者）の有するすべての抗弁権が失われるものとは異なるものであって、手続の構造上、差押債権者に対する意思の陳述というよりは、裁判所に対する事実の報告とみるべきであり、第三債務者が被差押債権の存在を認め支払いの意思を表明したとしても、それによって債務の承認ないし相殺権の放棄という実体上の効果を生ずるものではない。したがって、後に債権の存在を否認したり、あるいは相殺の主張をなすことを妨げるものではない。」

「そもそも第三債務者の有する反対債権が相殺適状にあったとしても相殺を行なうかどうかは、いついかなる段階においてこれを行なうかは、第三債務者の自由意思に委されているところであるから、第三債務者が反対債権の存在を陳述する義務もないというべきであり、まして将来の相殺の可能性等の陳述する義務のないことは当然である。」

また、Xは右陳述当時、Aの経営状態から第三債務者の相殺予定が現実化していたと主張するが、このような事実を認めるに足る証拠はないし、仮にそのような事実があったとしても、そもそも第三債務者たるYに対し、右陳述の段階でAの経営状態に応じて相殺するか否かの確定的な意思決定を一義的に要求することはできないというべ

きである。」として、予備的請求も認めなかった。

【21】 最判昭和五六年一月一三日（金法九八九号四七頁）  
（事実の概要）

【19】 上告審

（判旨）

「Yがした相殺の意思表示が信義則に反するものということはできず、また、右意思表示をするにつきYに過失があったものということはできないとした原審の判断は、正当として是認することができる」。

このようにして実際に争われた事例においては、支払意思を表明していた場合（【12】【15】【16】【17】【18】【20】）、さらに積極的に、「金 円で相殺する」との不動文字を削除した場合（【19】【21】）、あるいは相殺の予定は表明したもののその反対債権額が不正確であったという不完全陳述の場合（【13】）、そして、そもそも陳述自体を怠ったという場合（【14】）に分けることができる。さらに、そこでの主張方法も、相殺の行使を否定しようとするもの（【12】【15】【17】【19】【21】）、損害賠償請求を主眼として、その損害が相殺された額であると主張するもの（【16】【18】）、および両者を主張するもの（【14】【20】）がある。しかし、いずれにしてもそこでの主張は認められていない。

このような裁判例の流れにおいては、相殺権濫用の可能性が示唆され、さらに陳述義務まで認められ、差押え債権者の保護がはかれるかのようにみられた動きも、最高裁判決を機にその可能性が完全に否定され、現在に至っている。そこにおける理論的支柱として考えられるのは、①陳述が裁判所に向けられていること、②相殺するかし



ないかは全く自由であることの二点である。<sup>(58)</sup> ①は陳述が訴訟行為であって、当事者の権利関係に消長をきたさないこと、つまりここでは差押え債権者のためにという陳述の目的が全く顧慮されていない。②は相殺が確定判決後ににおいてもなし得るといふ既判力の遮断効に関する相殺の特殊性が念頭に置かれているものと思われる。

これに対して、学説状況は以下の通りである。まず、陳述懈怠・不完全陳述が相殺権放棄になると積極的に解されるのは、旧民訴法六〇九条の解釈であるが、岩野判事一人のようである。<sup>(59)</sup> すなわち、陳述懈怠の場合には損害賠償義務が発生するが、存在しない債権を認諾した場合には民法四六八条の異議なき承諾と同様に考えていこうとされるのである。第三債務者の陳述によって債権の存在および範囲を信頼した差押え債権者を保護するため、異議なき承諾に対する譲受人の信頼性との等質性をみてとるのである。しかし、岩野判事は陳述懈怠のみを扱っており、しかも債権の差押えというよりは転付命令を取得した場合をもっぱら念頭において、転付命令が債権譲渡と同じであることから異議なき承諾との等質性をみようとしていることからすれば、このような抗弁権切断効が生ずるのは転付命令に際して発せられた陳述の催告に対し、債権が存在しないにもかかわらずこれを認諾した場合というように限定した理解をすることが必要であろうと思われる。

これに対し、学説の多くは否定的に解する。手続構造上、陳述が差押え債権者に対してなされるものではなく、執行裁判所に対する事実の報告であることを理由とする。<sup>(60)</sup> すなわち、陳述の報告が執行裁判所の職権によって行われるものではなく、あくまで差押え債権者の申立によってなされるものであるにせよ、陳述の催告が裁判所書記官によってなされ、これが執行裁判所に返送されるのであり、提出された旨を差押え債権者に通知する義務は執行裁判所にないとされる。<sup>(61)</sup> このことから、第三債務者の陳述が執行裁判所になされている以上、陳述義務が訴訟法上の義務であり、実体関係を左右するものではないとの結論が導かれるのである。また、民事執行規則一三五条一項一

号が「債権の存否」として、旧民事訴訟法六〇九条一項一号の「債権ノ認諾ノ有無」という文言を改めたことも、事実の報告である趣旨が一層明確になったとする。<sup>(62)</sup>さらに、民法上における異議なき承諾に抗弁権切断効を与えるのは、取引行為について公信力を認めるものであるのに対し、債権差押えの場合とは異なること、あるいは債権譲受人と違って差押え債権者をそれほど保護する必要がないことが挙げられている。<sup>(63)</sup>

結局、陳述懈怠ないし不実の陳述に対して実体法上の効果として抗弁権切断効を認めるのは、それが民法四六八条の異議なき承諾と同じように外觀不実表示に対しての信頼を保護する点で債権譲受人と差押え債権者との等質性をみてとるのに対し、そのような効果を否定するのは、陳述が差押え債権者に向けられていないことを理由とし、このことから事実報告と解するのである。

しかし、このような議論の立て方は形式的にすぎると思われる。陳述の催告が裁判所書記官によってなされるのは、ドイツ民事訴訟法のように本人送達制を採用していないからであり、陳述がなされた後に執行裁判所がこれを差押え債権者に通知する義務を負わないとしているのは、この点に関する規定がないからであるにすぎない。そもそも陳述の催告を求めることができるという趣旨は差押え債権者の利益に資するためであって、執行裁判所がその後の手続きを進める必要性から認められるものではない。差押え債権者の利益のために執行裁判所がその手続きを代わりに行っているにすぎないのである。そうであるならば、陳述の相手方が執行裁判所であるからという形式的な理由だけで実体法上の効果を否定することはできないであろう。むしろ、ここでは、陳述義務の範囲内に反対債権の存在あるいは相殺予定を陳述することが含まれるのかがまずもって問われなければならないのではなからうか。その上で、これが含まれるとした場合にその違反に対してどのような効果が生ずるのかを検討されていかなければならないものと思われる。

判例が相殺予定を陳述する必要はないとしていること、すでにみてきた通りである。確かに、相殺適状にあった場合、あるいは相殺予定がある場合には陳述すべき義務がある旨を述べた裁判例も存在するが、後に最高裁が、単に支払意思が表明されたにすぎない場合には損害賠償義務すら生じないとしていることからしても、反対債権の存在・相殺予定を陳述する義務はないものと解しているようである。これに対し、学説は、義務構成する方向に動いているようである。<sup>(64)</sup> 陳述の催告に対する責任を法が規定しているにもかかわらず、その回答による責任が相殺に関する限り生じないことに對する疑問から生じたものであるかと思われる。

義務を否定的に考えるのは、おそらく、相殺が取消権・解除権と異なって判決による遮断効が生じないことから、相殺権の行使は全く任意であることを理由とするのであろう。<sup>(65)</sup> さらに、第三債務者は陳述した内容に拘束されるものではなく、また陳述を受けた差押え債権者も陳述内容に従って行動するものではないとすることも挙げられるであろう。<sup>(66)</sup> しかし、ここでは制度趣旨を考えなければならない。第三債務者であれ、差押え債権者であれ、陳述内容に拘束されるいわれはないとしても、陳述を催告するのは被差押え債権の現況、被差押え債権にまつわる法律関係を一番知り得る債務者に明らかにさせ、差押え債権者の今後の対策に資するためになされるものである。単に協力を願うのではなく、義務構成され、これの懈怠には損害賠償義務まで課されるのである。このことからすれば、相殺するかしないかはもちろん第三債務者の任意であるとしても、その可能性を推知せしめる義務があるといふべきである。したがって、少なくとも反対債権の存在は陳述すべき義務があると考えられる。<sup>(67)</sup>

次に、この義務を懈怠した場合、その効果としては相殺権喪失までもたらされるのであろうか。相殺権を行使するかどうかはあくまでも第三債務者の任意であることからすれば、この旨を陳述しないことをもって相殺権放棄とまでみることには無理が生ずる。しかも、このような場合を念頭において損害賠償義務の発生が認められているの

である。<sup>(68)</sup>さらに、この陳述の催告を仮差押えの場合にもなすことができることからすれば(民事保全法五〇条)、そこまで強力な効果が与えられるものではない。したがって、反対債権の存在を陳述しないでその後相殺した場合には、損害賠償義務が発生することがあるにせよ、<sup>(69)</sup>相殺権を喪失し、あるいは相殺権行使が信義則違反、権利濫用となるものではないと考えられる。<sup>(70)</sup>ただし、権利一般の通則性により、第三債務者の相殺権行使がもつばら差押え債権者を害するために行われるなどした場合、たとえば被差押え債権を支払う旨陳述し、その他の預金をすべて債務者に払戻した上で、差押え債権者の取立に対して相殺をもって対抗し、もつて差押え債権者の債権回収を困難ならしめるなどの行為を行えば、相殺権者の背信的意図のゆえに相殺権濫用とされることになろう。

注

(52) 浦野雄幸『条解民事執行法』(第一法規出版、昭和六〇年)六三六頁以下、鈴木忠一『三ヶ月章編』注解民事執行法(4)『(第一法規出版、昭和六〇年)四三三頁以下(「大橋寛明」、など。なお、鈴木忠一『三ヶ月章』宮脇幸彦編『注解強制執行法(2)』(第一法規出版、昭和五一年)三九七頁以下(「稲葉威雄」)参照。

(53) 浦野・前掲注(52)六三七頁、鈴木『三ヶ月・前掲注(52)四九一頁。

(54) この点、ドイツ民法八四〇条に関しては議論が分かれているようであり、無因の債務承認とするもの、異議を留めない債務承認とするもの、純粹の事実報告とするものがあるようである(詳しくは、佐上善和「第三債務者の陳述と失権効」龍谷法学一卷二号(昭和五三年)一七七頁以下参照)。なお、旧民法六〇九条は、このドイツ民法八四〇条を継受したものであるとされる(鈴木『三ヶ月』宮脇・前掲注(52)三九六頁)。

(55) このように実際上争われた事例の多くは不渡異議申立預託金返還請求権の差押えに関するものである。後述するように、これを受働債権とする銀行の相殺は判例上全面的に認められ、不動のものとなっている。ここから、二次的な主張として、陳述の不備を追求することによりなんとか自己の債権を回収しようとする手形債権者の態度が現れている。したがって、

このような事情からすれば、このような請求自体本来のものではないといえるかもしれないが、一応ここではこの点を捨象して論じていくことにする。

(56) 旧民訴法では裁判所が催告することになっていたために(同法六〇九条一項)陳述命令と呼ばれていたが、民事執行法のもとでは裁判所書記官の権限事項とされたため、陳述の催告と呼ばれる。

(57) 旧民訴法六〇九条一項一号では陳述すべき内容が「債権ノ認諾」とされ、民事執行規則一三五条一項一号の「債権の存否」という文言と異なっていた。

(58) 鈴木・前掲注(3)債権管理二号一七頁は、裁判例の準則として、①回答は差押え債権者に対する意思表示ではなく、裁判所への事実についての報告だから、差押え債権者に対して相殺権を放棄したことにはならないこと、②回答後、債務者の資産悪化が生じた場合、相殺予定を回答しなくとも相殺権行使は権利濫用にならないこと、③回答の如何に関わらず、差押え時に相殺可能な預金であった以上、たとえ相殺されても損害は生じないので賠償責任は生じないこと、の三点を挙げている。

(59) 岩野ほか著述『債権の差押 強制執行セミナー(3)』(有斐閣、昭和四二年)二六八頁〔岩野〕。

(60) 鈴木三ヶ月・前掲注(52)四四一頁、佐上・前掲注(54)一八二頁、同『第三債務者の陳述の法的性質』民事執行法判例百選(平成六年)一五三頁、など。

(61) 陳述書は記録に編綴されることになっているが、実務上は第三債務者に陳述用紙を二通送付し、一通は差押え債権者の求めに応じて交付する取扱いがなされているようである(鈴木三ヶ月・前掲注(52)四四一頁)。

(62) 鈴木三ヶ月・前掲注(52)四四三頁。

(63) 岩野ほか・前掲注(59)二七二頁、二七七頁〔我妻栄〕。

(64) 佐々木吉雄「陳述命令に対する回答の性質」銀行取引判例百選(新版)(昭和四七年)二〇三頁も、同「陳述命令に対する回答の性質」銀行取引判例百選(昭和四一年)一八一頁を改説されたようであり、相殺の意思を表明しないでその後相殺することは当然視できないとされる。また、倉田卓次「判批」金法九四八号(昭和五六年)八頁以下は、相殺権の保護が無制限説にまで緩和されたこととのバランスを取るためにも、反対にこの陳述義務を厳格に解すべきであるとされる。さらに、吉原省三「判批」判タ四三九号(昭和五六年)二二八頁は、陳述の催告の制度趣旨および實際上の紛争を回避するため

にも、相殺の意思の有無についての陳述は無理としても、少なくとも反対債権の存在については陳述すべきであるとされる。このような傾向を考慮してか、実務家からは、陳述期間が延長された趣旨に鑑み、なるべく陳述した方がよいとされている(石井眞司「支払意思の陳述と相殺権の行使」判タ四一九号(昭和五五年)三七頁、谷啓輔「第三債務者の陳述」椿寿夫「西尾信一」森井英雄編『新版債権回収の法律相談』(有斐閣、昭和六〇年)一三二頁。なお、田中和夫「預金等の差押えに対する処理並びに相殺(上)」手研二二五号(昭和五〇年)五九頁参照)。

(65) 倉田・前掲注(64)六頁。

(66) 佐上・前掲注(54)一八一頁以下。

(67) 相殺権行使の方法が、法上当然消滅主義から当事者の意思表示によるものと変えられたのは、まさに相殺を行うかどうかを債務者の自由意思に委ねる趣旨であった。そして、この変遷は私的自治の原則に影響されたものと考えられている(Dullinger, S., Handbuch der Aufrechnung, Wien New York 1995, S.147)。なお、この点に関するドイツ法の変遷過程については、拙稿「相殺適状が与える両債権への影響について」獨協法学四〇号(平成七年)三九九頁以下参照。

(68) 岩野ほか・前掲注(59)二六七頁「宮脇」、二七六頁「岩松」。

(69) 相殺に関してではないが、この損害賠償が認められ、その額の計算方法を明かにしたものとして、横浜地判昭和六一年一〇月三十一日(判時一二二二一九号九二頁、金法一一六四号四〇頁)がある。それによると、差押え命令が被告個人あてになされたが、本来の債務者は被告が代表をしている会社であったにもかかわらず、その旨の陳述がなされなかったため、差押え債権者が損害を蒙ったとしてその賠償を求めた事案に対し、被告の陳述懈怠と差押え債権者の損害との間の相当因果関係を認めた上で、他の債権者の債権額も考慮して配当額を予想し、さらに第三債務者の確認を怠った点で過失相殺してその額を算定した。しかし、その控訴審(東京高判昭和六二年六月二四日(金法一一八四号四〇頁))では、陳述期間内に会社として陳述していることから、これは陳述懈怠にあたらぬとして損害賠償を否定し、上告審(最判昭和六三年一月九日(金法一一八四号三八頁))もこれを維持した。

(70) 本田・前掲注(3)四九八頁は、陳述の懈怠により損害賠償義務が認められるのは回答に対する差押え債権者の信頼を保護するためであることから、支払回答後にこれと異なる態度をとって相殺することは相殺権濫用であるとされる。しかしながら、まさに差押え債権者の信頼を保護するために損害賠償義務が認められているのであるから、さらにこれを相殺権

濫用とすることには別の理由付けが必要であると思われる。

(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

銀行取引約定書六条一項によると、手形割引依頼人もしくは手形の主債務者に信用不安を生ぜしめる兆候があれば、銀行は割引依頼人に対して直ちに手形買戻請求権を取得することになる。さらに同条三項によると、銀行は右請求権のほかに手形上の権利も行使することができる。すなわち、手形を割引いた銀行は、割引依頼人に対しては買戻請求権を、手形の主債務者に対しては手形上の権利をそれぞれ行使することができるのである。この場合、銀行がいずれの権利を行使するかによって相手方およびその債権者に深刻な結果をもたらすことになり、不公平感を生じさせることになる。とくに、手形債権の弁済期が到来していた場合、あるいは手形の主債務者に十分な資力があり、決済が確実視される場合であっても、銀行が買戻請求権を行使して割引依頼人の預金と相殺してしまうと、当該預金を差押えた割引依頼人の債権者にとって差押えの効が奏しなくなるため、当事者間で問題になる以上に利害対立が生ずる。しかも、割引依頼人に信用悪化が生じても直ちに買戻請求権を行使することなく、預金の差押えがなされると一転して相殺権を行使するという状況が加わると、さらに両者の対立は厳しいものとなる。また、手形割引依頼人の資産状況に変化がなくなると、手形の主債務者に信用不安が生じただけで買戻請求権が発生するののかということも問題となる。

これらの問題とは反対に、手形上の権利を行使して、手形の主債務者の預金と相殺する場合にも問題が生ずる。割引依頼人に十分な資産がある場合であっても手形上の権利を行使することができるのかどうか。しかも手形の主債務者が破綻に瀕している場合であれば、その者の一般財産がそれだけ減少することになり、一般債権者との利害対立が生ずることになる。さらには、手形の主債務者の預金が割引銀行の同行他店にあった場合や、手形主債務者の信用悪化をいち早く察知した手形所持人が主債務者と取引のある銀行に割引依頼をするなどの事情が加わった場合にはさらに問題となる。<sup>(7)</sup>

このようにして手形の買戻請求権と相殺をめぐっては様々な問題が生ずるのであるが、それらを整理すると以下の四点に分類することができよう。すなわち、①買戻請求権の発生に関する約定の対外的効力、②買戻請求権と手形債権との関係、③手形債権を行使せずに買戻請求権をもって割引依頼人と相殺することによって生ずる特有の問題、④同じく、手形上の権利を行使して手形の主債務者と相殺することによって生ずる特有の問題、である。

まず、買戻請求権の対外効であるが、次の判例は、傍論ながら買戻請求権の発生に関して次のように述べている。

【22】 最判昭和四〇年十一月二日（民集一九卷八号一九二七頁）

（事実の概要）

Yが、Xの支払停止により手形買戻請求権が発生したとして、Xの定期預金債権と相殺したところ、Xは、右買戻請求権が支払停止を知った後に発生したものであるから破産法一〇四条により相殺することができないなどとして争った。



(判旨)

買戻請求権がXの支払停止以前の手形割引契約を原因として発生したものであり、破産法旧一〇四条三号但書(現行同条四号但書)にいう支払停止以前の原因に基づいて取得した自働債権にあたるとしてこれをもってする相殺を認めるにつき、買戻請求権の発生に關し次のように述べた。すなわち、「原判決が、銀行業者において、自己が割引いた手形が不渡になった場合もしくは割引依頼者の信用が悪化した場合に該手形の買戻請求をすることができ、割引依頼者はこれに応じなければならない慣習が存すると認定したことは是認しえる」。

これは昭和三十七年に公表された銀行取引約定書に基づく取引以前の問題について判示したものであるが、慣習上の権利として認められることが明らかになった。<sup>(2)</sup>そして、次の最高裁で買戻請求権発生に關する特約の対外効が全面的に肯定されたのであった。

【23】 最判昭和五十一年一月二五日(民集三〇卷一〇号九三九頁)

(事実の概要)

XがAに対する手形訴訟における勝訴判決に基づきAのYに対する不渡異議申立預託金につき差押え、転付命令を取得してYに支払請求したところ、Yは、Aとの手形割引に際して、一定の信用悪化が生じた場合に手形買戻請求権が当然に発生する旨の銀行取引約定書が交わされており(但し、旧約定書五条に基づくものである)、これによって発生した買戻請求権を自働債権として相殺すると主張

(判旨)

銀行が「直接の取引先である割引依頼人に信用悪化の事態が生じた場合には、その資金の早期かつ安全な回収をはかる」と意図することは自然かつ合理的であり、その回収の手段として、一定の場合に、割引手形の満期前においても割引手形買戻請求権が発生するものとするとの事実たる慣習が形成され、全国的に採用されている定型的な銀行取引約定の中にその旨が明文化されるに至っていることは、公知の事実である。ことから、一定の客観的事情が生じた場合に「銀行からなんらの通知催告がなくても当然に割引手形買戻請求権が発生し、割引依頼人は右買戻債務を直ちに弁済しなければならぬ旨の前記銀行取引約定が、割引依頼人の銀行に対する預託金返還請求権につき仮差押をしたうえ差押・転付命令を得た債権者に対する関係でも、原則として有効である」。

このようにして、銀行取引約定書の対外効を認め、信用悪化の状況が生じた場合に当然に買戻請求権が発生することを肯定したのである。ところで、買戻請求権を自働債権とする相殺が認められるとしても、割引手形が多数ある場合にいずれの手形と相殺するかによって手形債務者の中に利益を得る者が生ずることになる。次の裁判例はこの点について判示した唯一のものであると思われる。

【24】 東京地判昭和四一年六月一三日（金法四四九号七頁）

（事実の概要）

事実関係は必ずしも詳らかでないが、Xからの手形金請求に対し、Y2らが次のような抗弁を提出した。すなわち、Y1の倒産により、Xが、買戻請求権とY1の預金とを相殺したが、その相殺に供された手形は訴外A振出のものであり、Y2振出のもの含まれておらず、これによりY2の振出手形が相殺されるとの利益が侵害されたものである

から、右相殺は信義則ないし公序良俗に反し無効である。

(判旨)

XとY1との手形取引約定に基づいて、Xが割引いたA振出の手形とY1との預金を相殺したのは正当であり、結果においてY2振出の本件手形金とY1のXに対する債権と相殺される利益を失ったとしても、「Xが右約束手形二通の買戻請求権についてなした相殺が、権利の濫用、商慣習、信義則ないし公序良俗違反の行為であるということではない」。

このようにして、いずれの割引手形と相殺するかは銀行の自由であるとされたのであった。そうすると、次に、買戻請求権と手形上の権利の関係が問題となってくる。<sup>(73)</sup> ことにおける問題は、銀行が手形買戻請求権と手形債権という二種類の権利のいずれを行使するかは全く自由なのかどうかということである。

【25】 大阪高判昭和四八年八月六日(判タ三〇二号一五一頁、金法六九五号三六頁)

(事実の概要)

XはAに対する債権に基づきAのYに対する預金債権を仮差押えた。これに対し、Yは、それ以前にAは取引停止処分になっており、これにより手形割引に基く買戻義務が発生し、かつ履行期が到来したとして右預金債務と相殺すると主張。Xは、相殺は無効であるが、かりに有効だとしても相殺後に相殺済み手形をAに返還して手形債権を取得させるとともに仮差押えを失効させたことは不法行為にあたりと主張し、第一次的にはAに代位して預金の払戻を求め、第二次的に損害賠償を求めた。

## (判旨)

債権者代位権行使に関してはその成立要件の充足を主張していないため、またYの行った相殺自体が以下の理由により認められないものであることから、不法行為も成立しないとしてXの請求を棄却した。その理由とは、「銀行が右手形貸付債権の担保として右貸付の際に割引いた第三者引受、振出しの満期未到来の手形を保有しているときは、右相殺の効果は満期後に通常の手形決済手続によって弁済を受けることができなかつた手形金債権額に相当する手形貸付債権のみについて生じ、銀行が右手形を満期後法定の期間内に支払場所に提示する等の手形債権の保全、取立ての手続を懈怠したときには、その手形によって担保される手形貸付債権については相殺の効果は生じないと解するのが相当である」。その理由としては、(1)「抵当権付債権については、民法三九四条は、抵当不動産の代価をもって弁済を受けることができないう債権の部分についてのみ債務者の他の財産をもって弁済を受けることができる」としており、この法理は「他の物的担保付債権についてもその類似の限度において遵守されるべきものである」、手形債権の担保として手形を銀行が保有する場合にもこれに準ずる。(2)銀行が手形貸付債権と相殺し、これを担保している手形を債務者に返還することは差押え債権者の損失の上に手形債権を債務者に与えることになり「公正信義にもとる結果を生ずる。したがって、・・・手形の満期後手形の通常の決済手続により弁済を受けられなかつた限度においてのみ相殺の効果を生ずるとしても、公正の維持、弊害の防止に役立ちこそするが、条理にも反しないし、弊害を生ずるおそれもない」。(3)銀行は相殺後といえども所持している満期未到来の手形を善管注意義務をもって保管し、手形債権の保全・取立をする業務上の義務を負っている。「したがって、銀行が右義務に違反して手形を債務者や手形債務者に返還する等手形の所持を失つた場合や、手形を法定の呈示期間内に支払場所に呈示しない等、手形債権の保全、取立を懈怠した場合には、差押債権者に対する関係では、右手形貸付債権を自動

債権とする相殺は、その効果を生じないと解するのが相当である」というものである。

本判決は、銀行が担保として手形を取得した場合、その手形から回収できなかった部分についてのみ預金と相殺することができ、手形買戻請求権が発生した時点で未だ満期が到来していない手形をもって相殺することはできないとした。その根拠として抵当権に関する三九四条を挙げている。しかし、このように差押え債権者の利益をも考慮して相殺を制限することは銀行からみた場合には是認し得るものではなく、またこの場面に三九四条を持ち出すことの当否も問題とならう。はたして、次の裁判例においてはこの結論を明確に否定することになった。

前掲判例【6】 大阪地判昭和五十一年三月一七日

(事実の概要)

Xの預金債権差押えによる支払請求に対し、Yは割引手形買戻請求権と相殺すると主張。これに対しXは前掲

【25】判決の判旨を引用し、通常の手形決済手続により弁済を受け得なかった額についてのみ相殺の効力が生ずるなどとして争った。

(判旨)

三九四条は抵当権に関する規定であり、不動産質権等に準用されるも、動産質・債権質には準用されないことからすれば、これは「不動産担保権特に抵当権が沿革上物的責任という色彩を強く滞有し、公示方法も制度として完備されていることに深い関係があると考えるのが相当であるから、単に担保的機能を有するのみで右のような特質を有しない割引手形についてまで、同条を類推適用することはできない」。また、銀行預金は手形買戻請求権の担保

の実質を有しており、一般財産視することができない以上、差押え債権者は相殺されることを覚悟すべきである。さらに、担保手形の満期到来まで相殺できないとするなら差押えに対して右手形が不渡になることを条件として相殺することしかできず、これは五〇六条一項に違背する、ということからXの主張を排斥し、Yの行った相殺を認められた。

このようにして、本判決は、民法三九四条の類推適用を明確に否定するとともに、預金債権を銀行が担保として把握している以上は預金者の一般財産とすることができないことを理由として銀行の行う相殺を全面的に肯定し、しかも買戻請求権は手形債権の行使に劣後するものではないとしたのである。後者の点に関しては、すでにそれ以前の裁判例でも同様の理を述べている。

【26】名古屋地判昭和四九年三月二十九日（金法七二六号三一頁）

（事実の概要）

Xの倒産によりYのXに対する手形買戻請求権が発生し、これに基づいてYはXの預金債権と相殺した。これに対し、Xは、第三者振出の約束手形についてYはその振出人に対して手形債権を有しているのだからXに対する債権と相殺することはできないなどとしてYの相殺の効力を争った。

（判旨）

「YがXの定期預金債権との相殺に供した約束手形の買戻請求権は、YとXとの間の取引契約上の特約に基づき生じたものであり、XはこれによりYに対し債務を負うものである。Yは、これとは別に手形の所持人として振出

人に対し手形上の権利を有するものであるが、これがため右買戻請求権の行使が妨げられるものではない」。

上告理由が不明のため明らかではないが、上告審では原審と反対の形で次のように述べているが、同様の趣旨と考えられる。

【27】 最判昭和五三年三月二八日（金法八五七号三〇頁）

（判旨）

「割引手形の買戻請求権行使後の手形所持人であるYは、割引依頼人の買戻債務が発生しても現実に履行されるまでは同時履行の抗弁権によりその手形を保有することができ、現実に支払を受けるまでは手形の正当な所持人として手形上の一切の権利を行使することができる」。

これにより、いずれにしても、割引手形の所持人は、買戻請求権を行使することも、手形上の権利を行使することも認められることになったのである。そして、次の判例でも、事実としてはやや特殊であるが、両請求権の関係について同様の判断を下したのである。

【28】 最判昭和五三年五月二日（判時八九二号五八頁、金法八六一号三一頁）

（事実の概要）

倒産したA会社振出の約束手形を所持しているXが、破産管財人Yに対して破産債権確定訴訟を提起した。これ

に対してYは次のように主張して争った。すなわち、右約束手形以外にもXはA振出の約束手形を有しており、Aの倒産直前にB銀行に割引交付あるいは担保のために差し入れた。その後、B銀行は、Xに対して買戻請求権を行使することなく、Aの預金と相殺した。その結果、Xは、本来右割引手形が破産手続にしたがって請求された場合に比べて事実上全額の事前配当を受けたのと同じ利益を有するに至り、両差額は不当利得となる。そして、これを自働債権とし、X主張の破産債権と相殺するというものである。このような主張に対し、買戻請求権と手形上の権利との関係については次のように判示した。

(判旨)

「約束手形の裏書を受けてこれを所持する者が、その手形の支払を受けることができなくなった場合において、そのまま該手形を自己の手中にとどめて振出人に対し手形上の権利を行使することにするか、又は手形の買戻請求権ないし遡求権を行使することとするかは、その者が自由な意思により選択決定しうるところである。」

このようにして、信用不安が生じた場合に手形の買戻請求権が発生するとともに、この権利と手形上の権利とは主従の関係になく、そのためいずれを行使するかは手形所持人の自由とされることになったのである。その結果、手形所持人が買戻請求権を行使して割引依頼人の預金と相殺する、あるいは手形上の権利を行使して手形債務者の預金と相殺するというだけでは濫用の可能性が生じないことになった。しかも、これは相殺の当事者間だけではなく、第三者に対しても同様であることが判例上認められたのである。<sup>(74)</sup>

そうなると、単にいずれかの権利をもって相殺したというにとどまらず、ほかに何らかの事情があったということを採り上げて濫用を主張していくことになる。買戻請求権を行使した事例において裁判上問題となったのは、相



殺の時期についてである。時間的には遡るが、次の裁判例からみていくことにする。

【29】 東京地判昭和四七年五月二二日（金法六五五号二九頁）

（事実の概要）

XはAに手形債権を有していたため、AのYに対する預金債権を差押えたところ、YはAに対する手形買戻請求権が発生・履行期到来したとして右預金と相殺すると主張。Xは手形買戻請求権に関する期限利益喪失約款および相殺予約の対外効について争ったのであるが、その他に、Aの取引停止処分を受けた時点で相殺せずにXの差押えを受けてから相殺することはXの債権を侵害したものであるとも主張した。

（判旨）

債権回収のために銀行が相殺特約を締結することは有効であり、しかも銀行は「いわば横合いから割り込むような形で当該預金債権を差し押さえる一般債権者」より保護されてしかるべきことから、同様に手形買戻請求権を発生させ、これと預金とを相殺しようとする特約も有効であり、差押え債権者に優先することになる。このことからすると、「いつ相殺しようとする自由であるのみならず、本件の相殺特約は、前記一でも検討したように自己預金を他の債権者に持っていかなれないためのものであるから、取引停止処分があっただけの段階ではしばらく様子を見ていても一向にさしつかえないのである」。

ただし、傍論として「もっとも、割引手形の支払われることが絶対確実だとわかっていながら債務者と結託して他の債権者を害する目的で相殺特約を発動するなど、権利の濫用にわたるものであればまた格別である。」と述べ、

濫用の可能性は示唆した。

【30】 東京高判昭和五四年二月二八日 (判タ三八八号八四頁、金法八九八号八九頁)

(事実の概要)

XはAに対する債権に基づきAのYに対する預金債権を差押え、取立命令を得たのでYに支払を求めたところ、YはAに対する割引手形買戻請求権と右預金を相殺したと主張。これに対し、Xは、右買戻請求権は信用金庫取引約定書に基づき、差押え以前に生じたAの銀行取引停止処分によって発生したものであるが、その時点では相殺せず、差押え後に、しかも右割引手形の満期日が接近していて手形を呈示すれば容易に手形の支払を受けることができた時期に相殺しており、これは相殺権の濫用にあたるとともに、相殺は通常の決済手続によって弁済を受けられない限度でのみ生ずるから無効であると主張。さらに、Yが相殺後に右手形を支払期日に呈示してその弁済を受け、これをAの別段預金として保管し、手形の買戻請求権残額と差引計算して残余をAに支払ったことはXの債権を違法に侵害した不法行為である、などと主張して争った。

(判旨)

相殺の時期に関しては相殺権者が本来自由に選択できるものであり、割引した手形の「支払期日に切迫して相殺が行われた」ということだけで、それが権利の濫用になって許されないというわけではない。

もっとも、手形買戻請求権者たる控訴人が債務者たる訴外人と結託して、差押債権者たるXの差押債権を消滅させ、Xに損害を与えようとする目的で、相殺ないし差引計算を行ったような場合には、そのような相殺ないし差引計算は信義則に反しまたは権利の濫用であって、許されないものと解するのが相当であるが、本件では、全立証に

よるもかかる事實は認められない」。また、相殺後に Y が手形金の支払を受け、最終的に差引計算をして残額を A に支払ったとしても、これにより X が「その金員を受領することができなくなったからといって、X に対する関係においてこれを不法行為であるということとはでき」ない。

ここでは相殺の時期のみならず、割引依頼人の預金と相殺した後にさらに手形金の支払も受け、その残額を割引依頼人に返還したことが差押え債権者との関係でどうなるかということも問題となった。そしていずれの点でも銀行の主張が認められることになったのである。

次に、買戻請求権が発生しているにもかかわらず、これを行使することなく、手形の主債務者に対して請求し、その者の預金と相殺する場合についてみていくことにする。これは一般的に同行相殺と呼ばれるものである。

いわゆる同行相殺とは、一般的に「銀行等の金融機関が取引先から割引等により取得した手形上の債権を自働債権とし、割引依頼人以外の手形債務者、主として約束手形の振出人に対する預金債権を受働債権として相殺すること」である<sup>(75)</sup>とされる。すなわち、手形割引依頼人に対して買戻請求権が発生した場合であっても、手形の主債務者に対して責任追及し、その者が有する預金債権と相殺することである。これが行われると主債務者の一般財産が減少し、その債権者等が自己の債権の回収につき満足を受けられなくなるおそれが生ずるのに対し、割引依頼人は買戻請求権あるいは遡求権の行使を免れることになる。とくに主債務者が倒産した場合には割引依頼人との利害対立がより尖鋭化される<sup>(76)</sup>。相殺するのは第三者の銀行であり、銀行の相殺権行使が割引依頼人に有利な取扱いをしたとの印象を与えることから、この相殺権行使が問題視されることになるのである。さらに、手形の割引をした銀行と手形の主債務者と取引のある銀行が同一銀行の別支店である場合にもこのような相殺をなし得るか、あ

るいは手形の主債務者の危機時期と割引時点との関係から破産法の規定がどのように適用されるかということも問題となる。そうすると、同行相殺の問題は、銀行が、割引依頼人ではなく、手形の主債務者に責任追及し、その者の預金と相殺することができるのか、できるとしても割引依頼人と銀行の行為態様によって相殺の効果が左右されることがあるのかという二方面から検討を加えなければならぬことになる。すなわち、手形貸付との違いも含めて手形割引の法的性質や買戻請求権の法的性質はしばらく措くとしても、買戻請求権の発生に関する銀行取引約定書第六条の対外効の問題、買戻請求権と手形上の権利との関係、さらには手形の呈示義務や留め置き権といった専ら銀行が相殺権を行使することができるかという問題と、相殺が認められた結果割引依頼人がその責任を免れるということとをどのように評価するかという問題に分けられることになる。後者には、割引依頼人の資産状態の評価や、あるいは、例えば割引依頼人と銀行間でバック・デイトなど手形の主債務者の危機以前に手形割引が行われたかのような事実を作出し、抜け駆け的な債権回収に銀行が協力したような場合をどのように評価するかということが含まれる<sup>(17)</sup>。前者に関しては既に見てきたので、ここでは後者に絞っていくことにするが、判例上争われたものとしては次の一件のようである。

事案はやや特殊ながら、銀行がいずれの者に責任追及するかは自由であることを前提とし、手形上の権利を行使して手形の主債務者の預金と相殺した結果、割引依頼人が責を免れたことについて初めて論及したものである<sup>(18)</sup>。

前掲判例【28】 最判昭和五三年五月二日

(判旨)

手形所持人が買戻請求権を行使するか、あるいは手形振出人に手形上の権利を行使するかはその自由な意思によ

り決定されると述べ、「したがって、本件において、Bが、たまたま前者の道を選択し、Aに対する手形債権とAの同銀行に対する預金返還請求権とを対等額において相殺する意思表示をすることにより手形上の権利の満足を図ったからといって、それは同銀行の自由な選択決定の結果であって、Xの関知するところではなく、そのためにXが買戻請求権ないし遡求権の行使を免れ、結果において利得するところがあつたとしても、Xの利得とAがその預金返還請求権の一部を相殺によって失った損失との間に民法七〇三条の予定する法律上の因果関係があるということではない」。

このようにして、判例は、買戻請求権の当然発生に関する特約の対外効を認め、この権利と手形上の権利の並存を認めてそのいずれを行使するかにつき銀行の自由な選択権を肯定するとともに、いずれかの権利を行使した結果生ずる不公平さも問題がないと解しているようである。

以上、買戻請求権を自働債権として、手形割引依頼人の預金と相殺した場合につき、①買戻請求権の発生に関する約定の対外的効力、②買戻請求権と手形債権との関係、③個別的な事情、とくに買戻請求権の発生時期と相殺行使の時期にずれが生じている場合、そして、④買戻請求権が発生しているものこれを行使せずに手形債務者に手形上の権利を行使した場合についての裁判例をみてきた。その結果、買戻請求権の発生に関する約款は対外的効力を有すること、買戻請求権と手形上の権利のいずれを行使するかは全く自由であること、買戻請求権が発生しても直ちに相殺する必要はなく、相殺する時期に関しても自由であること、さらに手形上の権利を行使して手形債務者の預金と相殺することも自由であることがみてとれるのである。これは恣意的なものでない限り、銀行の行なう相殺権行使は完全に認められているということになる。

そこでこれらの問題についての学説の対応を次にみていくことにする。

まず、手形割引依頼人ないし手形の主債務者に一定の信用不安が生じた場合に手形の買戻請求権が発生すると規定している銀行取引約定書第六条の対外効に関して、学説は、全面的に肯定する説<sup>(79)</sup>、信用状態の悪化によって当然に発生するのではなく、銀行の請求があつて発生するとする説<sup>(80)</sup>に分かれている<sup>(81)</sup>。しかし、差押えと相殺に関する昭和四五年判決が相殺予約の対外効を全面的に肯定していることもあつてか、一般的には肯定することにあまり問題はないとされているようであり、請求により買戻請求権が発生するとの説も全面的にこの約款を否定するものではなく、当然発生に疑問を呈するものである。

次に、買戻請求権が発生するとしても、それと手形上の権利が並存するのにかつてはあまり問題視されていないようであり、この点の議論はなされていまい<sup>(82)</sup>ようである。銀行取引約定書六条三項がその旨を規定していることからすれば当然とされているのであろうか<sup>(83)</sup>。

しかし、仮に銀行がいずれの権利をも有しているとしても、その行使が自由であるかどうかは問題である。当初は民法三九四条の類推適用という形で相殺の効力を一部制限しようとするか、あるいは相殺の効力は何ら制限されないとするかという形で争われた。

多くは、【25】判決のように三九四条を類推することに否定的である。その理由として、相殺権は担保権でないことが挙げられている<sup>(84)</sup>。しかし、これを否定することが直ちに結論を導くものではない。確かに、判例と同様にいずれの権利を行使するかは自由であるとする考え方もあるが、多くはなんらかの制限をしようとしているのである<sup>(85)</sup>。それは、やはり手形の主債務者の債権者と割引依頼人の利益状況から、いずれか一方に利するような結果が合理的根拠なしに認められないといったことに基づいているようである。

そこで、三九四条を類推適用することはできないにしても、【25】判決は「銀行の相殺権を必要限度において保護し、他方で預金に対する仮差押債権者の利益も保護してその調和点を求めようとしたのであり、この判決の志向したものはきわめて正当」であるとして理解を示した上で、(仮)差押えの効力を割引手形の返還請求権に代位させようとの提案がなされている。<sup>(87)</sup>

また、米倉説は、担保割付の考え方から次のように提唱される。<sup>(88)</sup> すなわち、銀行が手形債権を有していて、それを担保しているのが割引依頼人に対する買戻請求権である。そして、さらにこの請求権を担保しているのが割引依頼人の預金・資産である。そうすると、依頼人の資産は手形振出人に対する手形債権回収の担保となっていることになる。このことからすれば、手形振出人の預金から全額回収し得るとすべきではなく、割引依頼人の資産からも回収すべきことになる。これは三九四条の法意の類推適用から導かれるものである。具体的には、依頼人が預金債権を有していれば、振出人の預金と按分し、依頼人が物的担保を提供していれば担保物の価格と按分し、依頼人に預金も物的担保もない場合には一般財産と按分することになるとされるのである。

これはおそらく、決済確実な手形を有している場合には買戻請求権をもって預金債権と全額相殺することができず、手形債権によって未回収部分についてのみ相殺することができるとした前掲【25】判決と同趣旨と考えられる。しかし、振出人と割引人を同じレベルで割付することは手形の本質に反する、割引依頼人の一般財産がすべて按分の基礎になるとの根拠はなく妥当性に欠ける、實際上計算が困難になる、などの批判にさらされることになる。<sup>(89)</sup>

このようにして両債権を並列的に捉えることは別に、そもそも手形所持人は手形の振出人に対して請求することが原則であり、割引依頼人と相殺するにはそれなりの事情がある場合に限られるとの主張もある。<sup>(90)</sup>

また、後に述べる、他に担保目的物がある場合の相殺に関して、容易に換価できるものが他に存在すれば相殺権

濫用にあたると主張する考え方からすれば、<sup>(91)</sup> 決済可能な手形を相殺に供することは濫用とすることも導き得よう。

ところで、仮に手形割引依頼人からまずは回収すべきであるとすると、同行相殺の可否が問題となる。ここでの問題性は、①買戻請求権を行使せずに手形上の権利を行使することの可否、しかも②手形債務者の預金が手形を割引いた銀行の同行他店であった場合でも相殺することができるとのことになる。まず①については、買戻請求権との関係で、両権利の並存性を認め、いずれの権利行使をも認める見解、あるいは手形上の権利を先に行使すべきであるとの見解によれば、恣意的な相殺あるいは破産法一〇四条に反する場合などのきわめて例外的な場合にのみ相殺権濫用とれることになるが、<sup>(92)</sup> 一般的に同行相殺ということだけで問題となることはない。<sup>(93)</sup>

これに対し、原則として買戻請求権を先に行使すべきとする立場からは、手形債務者との相殺が何らかの理由によって制限されることになる。多くは、銀行の債権回収の必要性という基準を挙げ、割引依頼人が無資力、あるいは連鎖倒産の危険性がある場合には同行相殺も認められるが、そのような事情がない場合には相殺権行使が濫用になるとする。<sup>(94)</sup>

同じく同行相殺を否定的に解する中にあっても、相殺権濫用として相殺が無効になるのではなく、債権侵害として損害賠償請求権を発生させるのではないか、これが他の債権者の救済手段として現実的にとりうる手段ではないかとの提言もある。<sup>(95)</sup>

さらに、同行相殺が問題となるのは多くの場合は手形債務者が倒産した場合であることから、破産法上の否認権<sup>(96)</sup> (七五条) 行使を認める説もある。

ところで、手形債務者が破産した場合には、破産宣告後の手形割引、あるいは支払停止・破産申立後の手形割引はそれぞれ破産法上によって相殺が禁止されることになる(一〇四条)。したがって、ここで問題となるのは、支払



停止・破産申立以前に手形が割引かれた場合ということになる。そこで、これらの破産法の趣旨を時期的な制約にとらわれず、その行為態様によって制限できるかの問題ともいえることになる。<sup>(97)</sup> そうなると、同行相殺の問題は、手形債務者の危機時期以前に手形が割引かれた場合につき、銀行は手形債務者に手形上の権利行使することができるといふことである。両権利並存説・担保割引説ないし手形振出人から先に回収すべき説にあっては同行相殺は原則的に問題とならないが、これと反対に割引依頼人から先に回収すべきとの立場からは原則として相殺権濫用になり、例外的に割引依頼人の無資力、連鎖倒産の危険性などがある場合に限り濫用にならないことになる。<sup>(98)</sup>

なお、②に関しては、各支店が独立しているとはいえず、銀行としては一体のものであり、さらには機械化により集中管理がなされていることからみても、同一銀行別支店との同行相殺が直ちに濫用になるものではないと解されているようである。<sup>(99)</sup>

結局、買戻請求権を自働債権とする問題、あるいはそれを行使せずに手形上の権利を行使するという同行相殺の問題は、手形振出人の破産の場合に発生する手形の期限前償還請求権、および手形割引依頼人に対する遡求権だけでは不十分であるとして、買戻請求権を発生させ、銀行が三重四重に担保を把握すること、しかも手形振出人の信用悪化に加え手形割引依頼人の信用悪化も右請求権の発生事由に含めることによって銀行が盤石な債権回収手段を施していることに端を発しているといえよう。

注

(71) これらの問題は、一般的に同行相殺と呼ばれ、買戻請求権が発生していても手形上の権利行使ができるかという問題と、それが認められるとしても同行他店の預金と相殺できるかという問題、すなわち自働債権の適格性ととも受働債権とし

ての適格性も問題となる場面である。しかし、この問題は、買戻請求権と手形債権の両権利の並立、およびいずれを行使することも自由であることが前提となって生じてくるものであり、その意味でここでは同一に扱うことにする。

- (72) 買戻請求権は、割引依頼人に信用悪化が生じた場合に手形の満期前に回収する必要性が生じることから、銀行の利益保護手段としての不十分性を補うために慣習上認められてきたものであるとされる(西原寛一「銀行取引約定書ひな型」の成立)小町谷先生古希記念『商法学論集』(有斐閣、昭和三九年)二〇二頁、中林哲太郎「銀行取引約定書ひな型制定の経緯と今後の問題点」堀内仁先生古希記念『銀行取引法の研究』(金融財政事情研究会、昭和五一年)七五頁以下、大西武士「手形割引に関する諸問題」堀内仁先生古希記念『銀行取引法の研究』(金融財政事情研究会、昭和五一年)九七頁以下、参照)。そして、このことが判例上認められることになったのである。

- (73) 買戻請求権が手形法外の権利であることを判示するものとして、大阪高判昭和三十七年二月二八日高民集一五卷五号三〇九頁。

- (74) 【28】判決に対し、債権の主体の不明確性から相殺に疑問を呈されるのは、清水誠「銀行相殺について」広中俊雄先生古希記念『民事法秩序の生成と展開』(創文社、平成八年)五八八頁。

- (75) 内田龍「相殺の制限(2) 同行相殺」裁判実務体系3(青林書院、昭和六〇年)四九五頁。

- (76) 一般的な同行相殺の定義については本文で述べたとおりであるが、とくに相殺権濫用として問題が生ずる同行相殺は、割引依頼人に資力が十分あるにもかかわらず、破産もしくは破産に瀕している手形債務者の預金と相殺する場合に限られるべきであり、割引依頼人も連鎖倒産するような場合は除外すべきであるとして、同行相殺を限定的に捉える主張もある(久保井・前掲注(3)『裁判実務大系』一二六頁)。

- (77) 同行相殺の実体に関しては、有津高志「強引な同行相殺作戦」手研四一九号(平成元年)五八頁。

- (78) 河野正憲「同行相殺と割引依頼人の不当利得」新倒産判例百選(平成二年)一四二頁は、本判決をもって、同行相殺の問題を解決したのではなく、むしろその出発点に立ったものと評価される。

- (79) 好美・前掲注(3)二二頁、石井真司「買戻請求権による相殺と銀行の合理的期待利益」金法四五四号(昭和四一年)一八頁。

- (80) 菱田政宏「判批」商事法務三〇〇号(昭和三八年)三四頁、加藤一郎―鈴木祿弥編『注釈民法(17)』(有斐閣、昭和四四

- 年) 二六四頁〔中馬義直〕、鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)』(有斐閣、平成五年) 三四八頁〔中馬義直〕。
- (81) その他に、買戻請求権の発生時期を差押えの申請時ではなく、差押え時とすべきであるとの主張もみられる(宮川種一郎「差押と買戻請求権による相殺」金法六八九号(昭和四八年) 一九一頁)。
- (82) 西原寛一「手形割引」鈴木竹雄||大隅健一郎編『手形法・小切手法講座 第三卷』(有斐閣、昭和四〇年) 三二七頁は、買戻請求権が発生しても現実にもこれを履行するまで銀行が正当な手形所持人として手形上の一切の権利行使することができるのは当然であるとされる。
- (83) 「買戻請求権が発生した後も手形上の権利を行使できるのは当然のことから、銀行取引約定書六条三項はたんなる注意規定であるとするのが一般的であるが、この規定に独自の意味を見出だし、割引手形を割引依頼人に返還しなければならぬことから生ずる責任を回避するための規定であるとするものに、並木俊守「銀行取引と取引約定書(5)」手研究六九号(昭和三八年) 二二頁、田中誠二『新版銀行取引法(四全訂版)』(経済法令研究会、平成二年) 三八五頁以下がある。
- (84) 吉原省三「差押られた預金と、担保手形のある貸付債権との相殺の効果」金法七〇六号(昭和四九年) 八頁以下、石井・前掲注(3)『銀行取引約定書』二〇四頁、賀集・前掲注(17)三〇頁以下、山口・前掲注(44)四三五頁、高窪利一『現代手形・小切手法』(経済法令研究会、昭和五四年) 二六二頁、など
- (85) 鈴木・前掲注(50) 一三頁。
- (86) 久保井・前掲注(3)『契約法大系』二九頁。
- (87) 久保井・前掲注(3)『裁判実務大系』一二二頁。
- (88) 米倉明「非典型担保における倒産法上の問題点(4・完)」NBL一七六号(昭和五三年) 三五頁以下。
- (89) 久保井・前掲注(3)『契約法大系』三五頁、吉原省三「いわゆる同行相殺の破産手続上の効力」判タ三九〇号(昭和五四年) 二九五頁、など。
- (90) 須藤・前掲注(14) 一〇八頁。
- (91) 高木・前掲注(3) 六頁。
- (92) 他に、銀行が手形の人的抗弁の切断に加担するような場合も相殺権濫用にあたりと指摘するものに、四宮章夫「破産と相殺に関する若干の考察」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題 下巻』(成文堂、平成七年) 四三一頁がある。

- (93) 鴻ほか「座談会 預金取引 第一〇三回」金法八九四号(昭和五四年)三七頁(石井眞司)、石井ほか「前掲注(3)九五頁(石井眞司)、鈴木・前掲注(50)一三頁、吉原・前掲注(89)二九四頁、四宮・前掲注(92)四三一頁、田中・前掲注(3)一七九頁、窪田・前掲注(3)七七六頁、など。
- (94) 好美・前掲注(3)二七四頁、石井ほか「前掲注(3)九五頁以下(好美清光)、片岡義広(高岡信男)「いわゆる同行相殺と権利濫用の成否」ジュリ増刊『担保法の判例Ⅱ』(平成六年)三〇四頁、青山善充「倒産法における相殺とその制限(3)」金法九一六号(昭和五五年)六頁以下、内田・前掲注(75)五〇〇頁以下、三木・前掲注(18)一九四頁、山口英一「各種相殺実行上の留意点」金法六七九号(昭和四八年)一六頁、西尾信一「同行相殺」藤林益三(石井眞司編)『判例・先例金融取引法』(金融財政事情研究会、昭和五四年)二〇一頁。
- (95) 北川善太郎「同行相殺」NBL一五号(昭和四七年)四一頁(『現代契約法Ⅰ』(商事法務研究会、昭和四八年)所収)。なお、吉原・前掲注(89)二九五頁は、危機時期以後の駆け込み相殺は、破産法による制限、私的整理手続での民法三九八条ノ三第二項の類推適用による相殺制限があり、他に同行相殺しない旨の合意に反した場合や他の債権者を書する目的で同行相殺した場合には、債権侵害として損害賠償義務が生ずるとされる。
- (96) 今中利昭「倒産企業に対する銀行の行う相殺の効力(上)(下)」NBL一一八号二七頁以下、一一〇号(昭和五一年)三七頁、谷口安平「代理受領と相殺禁止」同『演習破産法』(有斐閣、昭和五九年)一三五頁。
- (97) 積極的に解されるのは、河野・前掲注(78)一四二頁。
- (98) さらにきめ細かい基準をたて、銀行の手形取得の原因や銀行と手形割引依頼人の関係、割引依頼人と手形債務者との関係なども濫用を判断する際の基準とされている(例えば、久保井・前掲注(3)『契約法大系』三七頁、中田裕康「破産と同行相殺」『破産会社VS債権者』(商事法務研究会、昭和五三年)一六八頁以下、峯崎二郎「同行相殺」金法一〇九七号(昭和六〇年)二七頁以下、好美清光「破産と同行相殺」金判別冊二号「破産法——実務と理論の問題点」(平成二年)二二二頁以下、など)。
- (99) 内田・前掲注(75)五〇三頁、好美・前掲注(98)二二三頁。なお、霜島甲一ほか「企業倒産の動向と法的処理」ジュリ六六二号(昭和五三年)三〇頁以下の議論、および宮脇幸彦ほか「統・会社更正手続の現状と問題点(2)」判タ三六〇号(昭和五三年)四四頁以下の議論において、否定的な見解も打ち出されている。

(2) 保証人の預金に対する相殺

銀行取引約定書五条一項三号に、保証人につき差押えがあった場合、主たる債務者の債務につき当然に期限の利益を喪失する旨が規定されている。そこで、これに基づいて生じた主たる債務者に対する保証債務をもって、銀行は保証人に預金と相殺することができるかが問題となる。

前掲判例【8】 東京地判昭和五五年三月二七日

(判旨)

期限の利益喪失条項が主債務者にとり多少不利益となることを認めはするものの、本件ではAがBの代表取締役であることからすれば、「代表者の個人企業に等しい会社の多数存在すること公知の事実である」といふべき我国会社制度の下においては、代表者個人の信用不安が往々にして法人自体の信用不安に直結することも十分肯認し得るのであって、かかる場合にそなえる右の如き約定にそれなりの取引上の合理性を有するものといふべきであり、契約自由の原則を超えるものとはいふことができない」として、保証人につき差押えがあった場合、主債務者について直ちに弁済期が到来するとの期限の利益喪失条項の対外効を認め、これによって生じた保証債務を自働債権として保証人の預金と相殺することを認めた。

このようにして、判決例としては一件しかなく、しかも期限の利益喪失条項の対外効に焦点が当てられているためか、昭和四五年判決をふまえると問題がないようにも考えられる。そこで、一般的に、主たる債務者ではなく、

保証人と相殺することができるかという問題に関してみると、学説は二つに分かれている。

主債務者に抵当権などの物的担保権が付されていても、保証人の預金債権と相殺することが相殺権濫用にはならないとの主張<sup>(10)</sup>に対し、たとえば久保井説は否定する。債務者に近いものから相殺すべきであって、債務者に預金があれば一次的にはこれから相殺すべきであるとされるのである<sup>(10)</sup>。同様に、長尾説も、現行法上保証人の保護が薄いことを理由として挙げられ、より保護に資するこの法的対応は支持されてよいとされて保証人の預金との相殺を否定される<sup>(10)</sup>。

しかし、ここで問題となるのは、保証人に一定の事由が発生した場合にも主債務につき期限の利益を喪失するという銀行取引約定書の対外効である。銀行が自己の債権の回収を確保するためにそこまで広範囲に網をかけることが許されるのかどうかである。そして、仮にこれが肯定されるとしても、事情によっては濫用となり得る場合があるのかどうかである。

そもそも債務者が差押えを受けるといった信用悪化の事実がある場合に、期限の利益を喪失するとの約款が第三者に対しても有効であることは、昭和四五年判決その他で確定されている<sup>(10)</sup>。すなわち、仮差押えの申請が信用悪化の定型的徴候とされ、これが期限の利益喪失事由にあたりとされているのである。しかし、従来、保証人に関しては、債務者と同様に当然喪失するのではなく、請求喪失事由とされていた。そうすると、割引手形の買戻請求権を自働債権とする相殺に関しては、保証人に差押えがあっただけでは銀行はこの買戻請求権を取得せず、それ以前に買戻の請求をおこななければならない。ところが、現実の取引においては債務者と保証人に一体性があり、「特に中小企業貸付においては、債務者たる会社と保証人たる社長個人とを同一人格視して、会社責任の無限責任化をきたうえでなければ貸付対象として不適格なものが多い<sup>(10)</sup>」ことから、保証人の預金に仮差押が申請された場合にも当

然喪失にすべきであるとの主張がなされた。そこで昭和五二年の改正で、保証人に差押え等がなされた場合には期限の利益を当然喪失すると改められた。しかし、このような改正が債務者と保証人との間に一体性がある場合を考えてなされた以上、その一体性が存する限度で効力が認められるとの主張を生ぜしめることになる。すなわち、当然喪失事由とすることは金融機関の権利保全のみを重んじ、他の債権者の立場を不当に軽視するものであり、金融機関の債権保全にあまりにも優越性を与え過ぎるから、これは妥当でないとするのである。<sup>(100)</sup> さらに、積極的に、五条一項三号は制限的に解釈されるべきで、主債務者と保証人が会社とその代表者というように一体不可分であり、しかも中小企業のように保証人の信用不安が即債務者会社の信用不安につながっているという関係にある場合に限り本条が適用されるとの主張もある。<sup>(101)</sup> さらには、そのような一体性の他に(仮)差押えのあった保証人の預金等と相殺しないと銀行の債権の保全・回収に支障をきたすおそれがあるかどうかを慎重に判断すべきであるといった主張もなされている。<sup>(102)</sup>

このようにしてみれば、そもそも銀行取引約定書の対外効が肯定されるか否かが問題であるとともに、それが認められても、たとえば一体性の欠如といった場合には相殺の効力が否定されるようなことが生ずるのかどうかということになる。

注

(100) 好美・前掲注(3)二七四頁。

(101) 久保井・前掲注(3)『契約法大系』四四頁。

(102) 長尾治助「高齢者保護とレンダー・ライアビリティ(下)」、NB L五七六号(平成七年)三四頁以下(改題「借入金債務と年金との相殺問題」長尾治助編『レンダー・ライアビリティ』(悠々社、平成八年)三八〇頁以下所収)。

- (103) ほかに、最判昭和五一年一月二五日民集三〇卷一〇号九三九頁。
- (104) 石井眞司「銀行取引約定書六条一項(割引手形の満期前買戻)の対外的効力」金法八一三号(昭和五二年)八頁。
- (105) 銀行取引約定書の統一化および改正に関して簡潔にまとめてあるものとして、天野稔「銀行取引約定書の性格、機能」銀法五一八号(平成八年)四頁以下。
- (106) 奈良次郎「判批」金法八一八号(昭和五二年)一六頁。ただし、これは改正前の時点で、改正提案に対する批判である。
- (107) 天野稔「取引先の信用悪化と期限の利益の喪失」銀法五一八号(平成八年)二四頁。
- (108) 小島一郎「買戻請求権による相殺」堀内仁先生傘寿記念『銀行取引約定書——その理論と実際——』(経済法令研究会、昭和六〇年)一五九頁。