

《研究ノート》

相殺適状が与える両債権への影響について

——当然消滅主義から意思表示による相殺への変遷——

石垣茂光

目次

- 一 問題の所在
- 二 相殺における意思表示の採用
 - 1 ローマ法
 - 2 注釈学派以降
 - 3 ドイツ普通法学説
 - 4 BGBの立法過程
 - 5 BGB制定後の議論状況
- 三 結びにかえて

一 問題の所在

民法五一二条により、相殺適状にある受働債権が複数存在し、自働債権がそれらすべてを消滅させるに足りない場合には弁済充当の規定が準用される。その結果、相殺する者がどの債権と相殺するかを指定することができる（四八八条一項）。この指定権は自由に認められると一般的に解されているのに対し、我妻博士はこれと制限すべきであるとする。すなわち、「相殺者が全く自由に指定しうることが不公平な結果となりうること」があることから、「すでに相殺適状に達している両債権の一方について、後に弁済期が来るために相殺適状が後に生ずる債権との間の相殺をしても効力を生じない。従って、相手方は、更に相殺をなすことによって、それ以前の相殺適状を生じたときに消滅していることを主張することができる」とし、その理由として、不公平な結果を除去するためにドイツでは「すでに相殺適状に達した両債権が相殺によって清算されるものと考える当事者の期待は、他の当事者といえども侵害することをえない」としていることを挙げられる²⁾。

さらに、相殺適状後に一方債権が譲渡され、その譲受人から譲渡債権の債務者に相殺がなされた後に、その債務者からすでに相殺適状にあったことをもってして再び相殺がなされた場合に、判例が相殺の意思表示の先後を問題とし、一般に学説も賛意を示しているのに対し、我妻博士は「先に相殺適状を生じた債権をさしおいて後に弁済期の到来する債権について相殺することは許されない」として、相殺適状の先後を問題とする³⁾。

このような我妻博士の見解は支持されるには至っていないが、その帰結を導かれる基本的な考え方は相殺適状の位置付けにあるように思われる。博士の主張が、相殺適状によって相殺権が発生し、これは権利として認められる

ことになり、それゆえ侵害することはできず、これに反してなされた相殺に対しては異議を唱えることができるということであるならば、相殺適状によって期待権が発生するとともに、これにより両債権は拘束されるということになる。すなわち、相殺適状によって両債権は影響を受けあい、しかもこれはかなり強力なものであって、その時点で対立していた債権はすでに消滅したのと同様の扱いを受けることになる。これが我妻見解の基本的な出発点であると考えられる。⁽⁷⁾したがって、問われるべきは相殺適状によって両債権が影響を受けるのか、受けるとしてもいかなる影響かということになるはずである。ところが、博士自身、この相殺権の説明において、続けて、相殺権に含まれる期待権は現在のものにとどまらず、将来相殺によって清算するという期待をも含むものであるとして、現在日本において争われている相殺の担保的機能について言及されているため、⁽⁸⁾先にあげた相殺充当の問題も、債権譲受人からのいわゆる逆相殺の問題も同じく相殺の期待権の問題として、すなわち担保的機能の問題と同列に扱えられることになってしまったのである。⁽⁹⁾

しかしながら、相殺の担保的機能の問題と相殺適状による両債権への影響の問題とは分けて考えられるべき問題であると思われる。すなわち、担保的機能の問題は、対立する債権の一方に第三者が関与した場合に関与債権の債務者が相殺を主張することができるかどうか、できるとしてもその範囲如何という相殺の第三者効の問題であり、ここでは単なる二つの債権が——相殺適状になくとも——同一当事者間で対立していることから生ずるまさに期待が問題となる。これに対して、相殺適状による両債権への影響の問題は、相殺適状という事実をどのように評価するかという問題である。相殺適状は、相殺が一方当事者の意思表示によってなされるにせよ、債権消滅という相殺の効果の発生時点であり、しかもその時点から利息は発生せず、保証人等の抗弁権を発生せしめるなどの効力を生ずるものである。⁽¹⁰⁾したがって、相殺に当事者の意思表示を必要とすることとその効果の発生を相殺適状時とするこ

ととの関係如何という問題なのである。仮にこれを期待権と称しても、それは将来相殺しうるといふ期待ではなく、相殺適状によって今まさに相殺することができるのであるから、相殺がなされたことへの期待、すなわち債権がすでに消滅したという期待ということになり、その点においても異なる問題である。

ところが、このような相殺適状による両債権への影響については今まで十分に認識され、議論されてきたとはいえないようである。¹³⁾しかし、最近になってこの点に検討を加えるきっかけを与える判例が現れた。すなわち、相殺適状後に一方債権につき差押・転付命令がなされ、その転付債権者から第三債務者に対して相殺の意思表示があった後、第三債務者から差押債権者に対する債権を自働債権とする相殺の意思表示がなされた事案につき、最高裁は先に意思表示した転付債権者からする相殺を認めたのである。¹⁴⁾その論拠としては、相殺適状が一方債権の相殺によって消失した以上もはや相殺することはできないとすること、第三債務者の相殺に対する期待は転付債権者の有する相殺の権能までをも妨げるものではないということであった。学説も一般にこの問題を「従来から議論されている差押えと相殺との関係についての発展的問題」¹⁵⁾として扱っており、相殺の担保的機能の問題の一環へと収斂されていくようである。¹⁶⁾しかし、すでに述べたように、この問題は逆相殺が可能かどうかということ、すなわち、相殺適状が両債権に何らかの影響を与えるかどうかという観点からも検討されるべき問題であると考えられるのである。そうして、この点、判例が相殺適状を全く問題とせず、相殺の意思表示の先後関係からのみ判断していることからすれば、相殺適状によって両債権は全く影響を受けないということを前提としているようであるが、その基礎はどこにあるのであろうか。なるほど、日本民法は、相殺を行うためには当事者の一方の意思表示を必要とした(五〇六条)。しかし、相殺を行うためには当事者の意思表示が必要であることと、相殺適状によっても両債権は全く影響を受けないということが論理必然的に結びつくものであろうか。

周知の通り、ローマ法においては「ipso jure compensatur」なる法格諺があり、この解釈をめぐって古くは注釈学派から対立が生じている。立法例としては、相殺適状によって両債権はなんら人の行為なしに当然に消滅するというフランス法系の立場と、相殺の意思表示をまっしてはじめて相殺が行われるとするドイツ法系の立場に二分される。しかし、ドイツにおいても初めから相殺の意思表示を必要としていたのではなく、当初はフランス法と同様に、相殺適状によって当然消滅するものと考えられていたのを後に修正したものである^⑤。そこで、このような当然消滅主義から当事者の意思表示による相殺へと修正することによって相殺適状の意味がどのように変化したのかを探ることは、日本法にも示唆を与えるものと考えられる。

本稿では、さしあたって、その修正が行われたドイツ後期普通法学説の展開を跡付け、相殺適状の意味がいかなる変容をとげてきたかを探ることにする。

注

- (1) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編（復刻版）』（一九八四年、有斐閣）三四六頁、石坂晋四郎『日本民法債権編第五巻』（一九一六年、岩波書店）一六一〇頁、など。ただし、我妻博士の見解が主張されるまでとくに自覚的に問題視されていないとはいえないようである（奥田昌道『債権総論（増補版）』（一九九二年、悠々社）五九五頁）。なお、好美清光「銀行取引と相殺」加藤一郎ほか編『銀行取引法講座《中巻》』（一九七七年、金融財政事情研究会）二六八頁以下は、相殺の担保的機能（とくに銀行が行う相殺について）から問題提起をおこなっている。
- (2) 我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）三四六頁以下。
- (3) 大判大正四年四月一日民録二二輯四一八頁。
- (4) 石坂・前掲注（1）一六二二頁以下、嘩道文藝「判批」京都法学会雑誌二二卷六号（一九一七年）八五〇頁、柚木馨||高木多喜男『判例債権法総論〔補訂版〕』（一九七一年、有斐閣）五一七頁、林良平||石田喜久夫||高木多喜男『債権総論』（一九七八年、青林書院新社）三三四頁、など。

- (5) 我妻・前掲注(2)三五二頁。
- (6) 相殺充当に関して我妻説と同旨のものとしては、磯村哲編『注釈民法(12)』(一九七〇年、有斐閣)四五八頁〔中井美雄〕、船越隆司「判批」判評二八〇号(判時一〇三七号)(一九八二年)一六九頁、奥田・前掲注(1)五九五頁、など。債権譲受人からする相殺に関して我妻説と同旨のものとしては、鳩山秀夫「債権譲渡ノ通知ト譲受人及ビ債務者ノ相殺」法協三六卷一号(一九一八年)一〇三頁以下、同『増補改訂日本債権法(総論)』(一九二七年、岩波書店)三五九頁、西村信雄編『注釈民法(11)』(一九六五年、有斐閣)三九八頁〔明石三郎〕、など。
- (7) 我妻博士が自説の論拠として引用されるOertmannも、後述するように、相殺適状によって両債権が影響を受け、しかもこの相殺適状によって生ずる相殺権は抗弁権と比肩し得るものであるとの基本認識を出発点として、相殺充当は相殺適状の順によるとしているのである(Oertmann, P., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetz, II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und vierte umgearb. Aufl., Berlin 1910, S.288f.)。Könders, Die rechtliche Natur der Aufrechnung, AcP113 (1915), S.398 以下、相殺による利益を受け、債務者がさらに弁済充当によっても利益を受けるのは妥当でないことを理由とする。
- (8) 我妻・前掲注(2)三一九頁以下。このような我妻見解と同様に、相殺適状が両債権に与える影響と一方債権の譲渡・差押の場合に一定の要件のもとに相殺を主張することができることを併せて「期待保護」として論ずる者に、Gernhuber, J., Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschens der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Tübingen 1983, S.259ff. など。
- (9) したがって、相殺充当に関する我妻説についての説明がこの意味での期待権からなされ(例えば、河野正憲「判批」北九州大学法政論集八卷二号(一九八〇年)三八二頁以下)、そして我妻説に対する批判として、相殺の期待と充当問題は結びつかないという点が挙げられることになる(例えば、能見善久「判批」法協九七卷一〇号(一九八〇年)一六七七頁、篠田省二「判解」法曹時報三五卷三号(一九八三年)六二〇頁、など)。しかし、「相殺の期待」を担保的機能について論ぜられている意味でのみ捉えるのではなく、相殺適状によって生ずるところの期待権は相殺権を侵害してはならない、すなわち両債権は相殺適状によって影響を受けているとするのが我妻博士の主張であると考えらるならば、この批判はあたらないのではなからうか。

- (10) 主たる債務者が債権者に対して反対債権を有していた場合、保証人はその反対債権をもって相殺することができる（四五七条二項）。しかし、この効果については争われており、保証人に反対債権の処分権を与えた特則であると理解する立場（柚木・前掲注（4）四〇三頁、など）と、単に債権者からの弁済請求を拒絶する抗弁権を有するにすぎないとする立場（高木・前掲注（4）四〇三頁、など）と、単に債権者からの弁済請求を拒絶する抗弁権を有するにすぎないとする立場（我妻・前掲注（2）四八三頁、奥田・前掲注（1）三九八頁、潮見佳男『債権総論』（一九九四年、信山社）二八八頁、など）が拮抗している。ドイツ法においては、取消権と並んで、保証人に履行拒絶権のみを認めている（七七〇条二項）。
- (11) さらに、消滅時効完成前に相殺適状にあった債権は、時効完成後といえども自動債権として相殺に供することができるということも（五〇八条）、相殺適状が両債権に与える影響から説明される問題であると考えられる（ドイツ法に關しては、後述二五参照）。しかし、これはさらに、自然債務を相殺に供し得るかといった他の問題とも関連するものであり、別の考慮を必要とする。したがって、本稿ではとくにこの問題に深入りすることはしない。
- (12) 古くは石坂博士が論及されており（石坂・前掲注（1）一五八九頁以下）、最近では、相殺の遡及効の問題についてドイツにおける判例学説の分析を通してこの問題に論及されている、小杉茂雄「相殺の遡及効についての一考察」判タ五二九号（一九八四年）四頁以下がある。なお、この点について立法段階では意識されていなかったようである。すなわち、当然消滅主義では様々な不便が生ずるし、これは中世ローマ法の誤解に基づくものであることを理由として相殺に意思表示を必要としたことと、遡及効を認めめたのは相殺適状時点からの利息の発生を止めるなどして、「債務ト言フモノヲ奇麗ニ消シテ仕舞ヒタイ」からであるとする穂積委員からの説明に対して、磯部委員から、その遡及効を認めることは、相殺適状によって相殺は行われているが、その効果は意思表示によって生ずるという見方になってしまいうし、また相殺適状後に利息を支払っている場合にはこの遡及効によって利息を返還しなければならぬなどの繁雑が生じてしまうから、遡及効を認めないで、相殺の効果は意思表示をした時点から生ずるとすべきであるとの提案がなされた。これに対して、穂積委員からは、相殺適状によって相殺権が発生するのみで、これは行使されなければ効果は生じない、したがって、相殺適状後に利息を支払っていれば相殺権の放棄と見られるとし、遡及効を認めないとする提案については「何ウモ實際ガ往クマイト思イマス」と述べるにすぎない。富井委員は、当然消滅主義と相殺に意思表示を必要とする主義とはほとんど違いがなく、唯一違う点は意思表示主義によるとその意思表示を行う時点で相殺適状になければならぬということにすぎ

ないとする。梅委員は、相殺の意思表示から効果が生ずるとすると、その間に自己の債権に基づいて利息だけは請求しておきながら、自己の債務を請求されると相殺を主張することによって、悪賢い者が利を収めるという不公平な結果になってしまおうとする。このように、起草委員三名の見解が分かれることになったが、意見統一されることもなく、しかも相殺適状から相殺の意思表示までの間の関係が、もっぱらその間に支払われた利息についての議論され、最終的には原案通り採択されることになった(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3 法典調査会民法議事速記録三』(一九八四年、商事法務研究会)五七二頁以下)。

(13) 最判昭和五四年七月一日民集三三卷五号五三三頁。なお、より正確にいうと、事案は次の通りである。Y(転付債権者)はBを受取人として約束手形を振り出し、第三債務者であるX(信用金庫)が第二裏書人Aから右手形の裏書譲渡を受けた。そこでXからYに対して手形金支払請求がなされたところ、YはすでにAに売掛代金債権を有しており、一次的にはこれを被保全債権とし、AがXに対して有する預金債権を代位行使して、AがXに負っている手形債務と相殺する、二次的には、右預金債権につき差押・転付命令を取得したことにより、転付債権とYが負っている手形債務とを相殺すると主張した。これに対してXは、信用金庫取引約定書に基づきAに対する差押時点ではAは期限の利益を喪失し、Aに対する手形貸付債権と右預金債権は相殺適状になり、これを受けて相殺の意思表示をしたところ、Aの所在不明により右意思表示は到達しなかったが、右約定書に基づいて通常到達すべき時に到達したものとみなすことができ(いわゆる「みなす送達」)、さらにはYからの相殺の意思表示の後ではあるが、公示の方法(九七条の二)により右相殺の意思表示を行ったとし、Yの主張する預金債権はすでに消滅していると争ったものである。

したがって、ここでは他に「みなす送達」の対外効、および転付債権者からする債権者代位による相殺権行使が問題となったが、これらの点についてはここでは立ち入らない(みなす送達に関しては、有力な反対説があるものの、一般的にその対外効は否定されている。田中誠二『新版銀行取引法〔再全訂版〕』(一九七九年、経済法令研究会)三一〇頁、鈴木祿弥編『新版注釈民法(17)』(一九九三年、有斐閣)四五四頁〔中馬義直〕、池田真朗「相殺の意思表示と銀行取引約定書の『みなし到達』特約」ジュリハ〇三号(一九八三年)九五頁、など)。

また本判決に関連しては、相殺権を行使できる者の範囲も問題となる可能性がある。すなわち、たんなる差押権者は相殺をすることができるのか、仮にできないとしても取立権を付与されたらどうなるか、あるいは質権者が第三債務者に対

する債務と相殺できるのかといったことが問題となる。この点ドイツでは広く相殺権者を認めているようである（Köhler, H., *Drittaufrechnung und Aufrechnung in Treuhandfällen*, FS. f. Luke, Köln • Berlin • Bonn • München 1989, S. 721ff. 参照）。

いずれにしても、本判決と前掲大正四年判決によって、判例としては、債権譲受人からであれ、転付債権者からであれ、相殺の意思表示を先に行った者が優先するとの考え方には固まったようである（堀内仁「最高裁昭和五四年七月一日判決と実務上の留意点」金法九二一〇号（一九七九年）六頁。なお、奈良次郎「判批」金法九二八号（一九八〇年）一頁参照）。また、相殺充当の問題について、最判昭和五六年七月二日民集三五卷五号八八二頁が、相殺適状を生じた順に充当されると判示したことにつき、この解決基準は相殺独特の解決基準を宣明したものとみるべきであるとの立論（船越・前掲注（6）一六九頁）をも結果的に否定したことになる。

(14) 伊藤進「順相殺と受働債権の転付債権者からの逆相殺の優劣」ジュリ増刊「担保法の判例Ⅱ」（一九九四年）二九二頁以下。しかし、このように、第三債務者の相殺に対する期待をどこまで保護するか、転付債権者が新たに取得した相殺の期待利益もどこまで保護されるかといった利益衡量の問題に還元されることになる。いわゆる「差押と相殺」の問題で生じた制限説と無制限説の対立のように、いずれも決め手に欠くという状態が予想されることになる。

(15) 逆相殺に関する学説の状況を簡単に一瞥すると、判例と同様に相殺適状の先後を問わず相殺の意思表示を先に行った者が優先するという意思表示先後説（能見・前掲注（9）一六七九頁、河野・前掲注（9）三八五頁、伊藤進「判批」昭和五四年度重判解（ジュリ七一八号）（一九八〇年）八三頁など）、相殺適状の先後で優劣を決するとする相殺適状先後説（加藤一郎「差押と相殺」法学教室二八号（一九八三年）八四頁、堀内・前掲注（12）六頁、石井眞司「判例による銀行の相殺権保障とその例外」判タ四二二号（一九八〇年）五一頁、清水誠「相殺の担保的機能・再々論 幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』（一九九三年、有斐閣）三七四頁など）、債権対立時点と差押・転付命令の先後関係で決するとする債権対立時説（鈴木正和「逆相殺後の順相殺の効力」手研二七三号（一九七八年）四〇頁）、さらには債権対立時説によりながらも債務者・第三債務者間の債権に密接な牽連性がある場合のみ第三債務者の相殺権を保護する考え方（福永有利「判批」民商八二巻五号（一九八〇年）六七五頁）がある。

(16) Coing, H., *Europäisches Privatrecht*, Bd. II., 19. Jahrhundert, überblick über die Entwicklung des Privatrechts in dem ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989, S. 459f.

二 相殺における意思表示の採用

ドイツにおいて相殺に債務者の意思表示が必要であるとされたのは、後期普通法学説以来のことである。それでは以前はどうであったのか。その史的経過について簡単にみていくことにする。相殺は当事者の何らの行為なしに生ずるとするか、当事者の一方の意思表示を必要とするかという現在における大きな二つの対立は、じつは一、二世紀の注釈学派にまで遡るものであり、しかもその争いはローマ法における法格諺「*ipso jure compensatur*」(法上当然に相殺される)をどのように理解するかにかかっているからである。なお、とくにローマ法における相殺の沿革については不明な部分が多く、また争いもある。そこで、本稿では、さしあたってDernburgに基づいて考察を進めていくことにする。⁽¹⁶⁾

(17) 岡松参太郎「相殺論」内外論叢二卷二号(一九〇三年)二一七頁以下。石坂・前掲注(1)一五二五頁、など。

(18) Dernburg, H., *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischen und neuem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*, 2. umgearb. Aufl., Heidelberg 1868.

1 ローマ法⁽¹⁹⁾

(1) Dernburgによれば、相殺は、ローマ法においても古くは認められていなかった。そこでは、一つ一つの

債権・債務が独立して、たとえ同一当事者間で互いに相手方に対する債権を有していたとしても、それぞれの債権の実現が重要なのであった。それゆえ債務内容を現実に履行することによってはじめて債務者は債務から解放されたのであった。²⁰ところが、紀元前五世紀頃には、商取引が活発になったこと、および一方債権のみが実現されることの危険性を回避し、双方の満足をもたらす必要性が生じたことなどから、双方の取決めにによって両債務を消滅させるということ、すなわち合意相殺が行われ始めた。しかし、依然として債権の独立性が維持されていたため、これを行うためには二つの独立した行為（いわば双方的債務免除）によってそれぞれの債権を消滅させることが必要であった。そのため、一方がこれを拒絶すると法的にこれを強制する手段はなかった。結局、*legis action*（法律訴訟）の時代には両債務の消滅という結果をもたらすことを強制することはできず、これは当事者の意思に委ねられていたのである。²¹

(2) 貨幣経済の発生・展開によって、紀元前二世紀頃には、銀行業者 (*argentarius*) が現金取引の大部分を扱うことになり、通常、商人が支払をなすときはこの銀行業者に指示し、これに基づいて銀行業者が直接支払をなすということが行われた。したがって、商人は初めから銀行業者に口座を開設し、金員を預託しておくことになる。そして、同一銀行業者の顧客同士で取引がなされた場合には、互いに現実に支払をすることなく、銀行業者のそれぞれの帳簿に貸方借方を記帳するという簡便の方法が採られることになった。

このようにして、銀行業者が果たす商取引での役割が重要さを増していったにもかかわらず、ローマ人は、自己の貴族意識から銀行業者を蔑視し、その利益を公に認めようとはせず、さらにはこの者のローマに対する忠誠心を疑っていたので、何らかの規制を要求した。そこで法務官は布告をもって銀行業者の帳簿開示を義務づけ、さらに

は銀行業者が提起する訴訟に關しても、この者が自己の債権に基づき顧客を訴える場合には差引をした残額のみに限られるとする特別の訴え、すなわち銀行業者の援用する訴権 (*actio qua argentarius experitur*) というものを打ち立てた。この場合の法的構成としては、銀行業者が顧客から受領した寄託物と、顧客の指示により支出したものを同一の帳簿に記帳することによって、個々の勘定項目は独立性を失い、記帳により当然に差引計算され、残額のみが独立性を有することになるとするものである。つまり、ローマの銀行業者は現代における交互計算を行うよう要求されたのであった。これは、結局、一方的な相殺行為ではなく、銀行業者と顧客との関係の明確化にすぎないことになる。したがって、訴えられた顧客が反対債権を主張するということは、それを帳簿に記載するよう求め、あるいは銀行業者が反対債権の存在を知っているということの主張であって、そもそも請求債権が基礎づけられていないということの主張なのであった。

銀行業者が行うこのような差引は、顧客の有する反対債権が取引関係から生じたものであることを要件とされていたが(さもなければ、銀行はこのような反対債権の存在を知りえない)、その取引が同一取引であることは必要とされていなかった。また、銀行業者がこのような差引をせずに訴求すると、いわゆる過多請求 (*plus petitio*) として請求全額につき棄却され、さらには銀行業者の信用がこれにより失墜し、ひいては営業許可の取消、あるいは罰則が科されることもあった。

(3) *Dernburg*によれば、銀行業者が訴訟を提起する場合に差引するよう強制されたということが破産の場合にも押し進められることになった。古くは破産者の死亡・逃亡の場合に破産債権者は破産者の有する債権を自由に取り立てることができたのであるが、その後、破産法の史的発展にともなって、破産財産の売却・買受制度が取り

入れられ、その買受人がその財産の承継者として破産者が有していた未回収金を取り立てる権利を有することになった。すなわち、このような破産者の財産の買受人 (*bonorum emptor*) は、破産者の債務を一定の割合で支払う義務を引き受けると同時に、破産者の債権全額を取得したのである。そして、この買受人が取得した権利に基づき破産者の債務者に訴求した場合、その債務者は破産者に対する債権をもって差引することが認められたのである。債務者の有する債権は訴求債権と目的が同一である必要はなく、異種のものであっても、さらには非金銭債権であつても審判人はそれぞれを金銭評価してからのち差引しなければならなかつた。²⁸⁾

(4) これらの二つの場合を除き、誠意訴訟 (*Bonae fidei iudicia*) といえども、当初は相殺が認められなかつた。ローマ人の考え方からすれば、反対債権に審判人が干渉することは疑わしいものとされていたからである。すなわち、当時の審判人は私人であつて、この者が判断するためには両当事者の承認が必要であり、しかも有罪・無罪の判断をくだす権限は法務官によつて与えられたものであることからすれば、被告の一方的な申立による反対債権を審理し、相殺に供することは彼にすぎたるものであること、原告の主張する債権は判決がひとたびくだされると永久に再訴不可能であるのに対し、被告の主張する反対債権は、これに基づいて再び訴えを提起し、判決に持ち込むことが可能だつたということ（この場合、判決されたものの抗弁 (*exceptio rei iudicatae*) を主張されるおそれはなかつた）が、相殺を認めることを困難なものとしていた。²⁹⁾

これに対して、実務においては、被告は対立債権を差し引きして残額がある限りにおいてのみ給付すれば足りると考え、また審判人は反対債権についても判断をくだす権限を有しているとみるものが異論なく承認されることになつた。そこで法務官もこれを認め、紀元前後には、公平に合致させるため、審判人は同一契約に基づく (*ex ob-*

dem causa) 反対債権との差引を義務づけられるという考え方が確立するに至った³⁰⁾。しかし、このことは現在考えられているように被告が相殺債権を有しているということとは違ったものであり、原告の権利が制限されるという意味にすぎない³¹⁾。すなわち、公平に合致することのみが考えられていたにすぎないのである³²⁾。

(5) 厳正訴訟 (strictum iudicium) においては、紀元前一世紀頃に悪意の抗弁が広く認められ、これに基づいて相殺も認められるようになったのであるが、それが明確化されたのは紀元後二世紀の神皇 Marcus Aurelius によるとされる³³⁾。それと同時に「同一原因に基づく反対債権」という要件が取り除かれることになった。厳格法上の債務は片務契約であり、反対債権が存在しないからである³⁴⁾。ところで、厳正訴訟においては訴求債権の減額ないし条件付き有責判決というものが認められていなかったため、中間判決をもって原告に訴額を縮減するように求められた。これにより差引された残額をもってあらためて原告は訴求しなければならぬことになり、相殺が行われたのと同じ結果をもたらすことになった。かりに原告が中間判決を拒絶した場合には訴えは棄却された。つまり、被告の有責判決の条件として原告の中間判決の受け入れが考えられたのであった³⁵⁾。

(6) 小括

ローマ法における相殺の展開はあらゆる訴訟形態に相殺を認めようとする試みであった。そして、その際、「ipso iure compensari」すなわち、対立する債権は ipso iure に相殺される、相殺は ipso iure に生ずるということが再三強調された。この法理は、それ以前にも述べられてきたものであるが、Justinian が一般原則として公表したものであるとされる。すなわち、彼は、同一当事者間で債権が対立し、その目的が同種であり、両債権とも弁済期

が到来しており、さらに両債権とも明白であることを要件として一般的に相殺を肯定した。これによりあらゆる訴訟に相殺が認められることになったのである⁽²⁴⁾。しかも、そのような要件が満たされていれば裁判官は差し引きすることを義務づけられたのである。すなわち、当初は裁判官の自由裁量によって認められた相殺も、後には必ず行わなければならないものとされ、この意味において ipso jure が用いられたのである⁽²⁵⁾。

(19) ローマ法における固有名詞の表記法については、マックス・カーザー著・柴田光蔵訳『ローマ私法概説』（一九七九年、創文社）、柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（一九八五年、日本評論社）によった。

(20) 古くは、債務者の弁済という単なる事実によって債務は消滅することがなかった。有効な債務を発生させるために当事者の意思のほかに形式も要求されたのと同じように、債務の消滅にも弁済という事実のほかに義務からの解放を意味する形式が必要であったのゆえに (Sohm, R./Mittels, L./Wenger, L., Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., Berlin 1949, S.475ff.)。

(21) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.15ff.

(22) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.22ff.

(23) Sohm/Mittels/Wenger, a.a.O.(Fn20), S.49f. ただし、前田庸「交互計算の担保的機能について——交互計算残高に対する差押の可否をめぐって——」法協七八巻六号（一九六二年）六三三頁以下は、そもそも法律的制度としての交互計算には、定住することによって生ずる継続的の取引関係と個々の債権の内部的関連（不可分の原則）の承認が必要であるという点からこの制度は中世イタリヤの慣習法から発生したとされる。

(24) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.36.

(25) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.30, 33.

(26) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.39.

(27) Sohm/Mittels/Wenger, a.a.O.(Fn20), S.491ff.

(28) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.40ff.

- (82) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.83f.
- (83) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.84ff., 88; v.Vangerow,K.A., Lehrbuch der Pandekten, III. Bd., 7.vermehrten und verbesserten Aufl., Marburg und Leipzig 1876, S.352.
- (84) Sohn/Mittels/Wenger, a.a.O.(Fn20), S.490.
- (85) Weiss,E., Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart, 2.Aufl., Basel 1949, S.439.
- (86) Dernburg,H., Pandekten, II. Bd., Obligationenrecht, 2.verbesserte Aufl., Berlin 1889, S.169; Sohn/Mittels/Wenger, a.a.O.(Fn20), S.493; v.Vangerow, a.a.O.(Fn30), S.352; Weiss, a.a.O.(Fn32), S.440.
- (87) Koch,C.F., Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preu ßischem Rechte, II. Bd., 2.vermehrte und neu bearb. Ausgabe, Berlin 1859, S.686f.; Loyd,W.H., The development of Set-off, 64 Pa.L.Rev. 541, 542 (1916).
- (88) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.169ff., 179, 181.
- (89) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.282; Sohn/Mittels/Wenger, a.a.O.(Fn20), S.495f.
- (90) Dernburg, a.a.O.(Fn33), S.170. 船田享二『羅馬法第三卷』(一九四三年、岩波書店)四七九頁。石坂・前掲注(1)一五二一六頁。カーザー著柴田訳・前掲注(19)四二三頁。

2 注釈学派以降

Dernburgによれば、一一二世紀に生じた注釈学派はこの *ipso jure* をめぐって見解が大きく二つに分かれた⁸⁸⁾。すなわち、これを実質的意味においてとらえ、両債権が相殺することができるよう対立した時点 (Koeistenz) ——以下、相殺適状という——で消滅し、これは人の行為なした (*sine facto hominis*)、つまり当事者の主張な

しに法律により直接生ずるものとする。他方、形式的な意味において与えらるる考え方は、*ipso jure*とは「抗弁による」(*opae exceptionis*)に対比されるものであり、相殺は抗弁として主張しなくとも認められるという意味にすぎない、したがって相殺することが人の意思表示にかからしめられているかどうかについてまで意味するものではないとする。

しかし、議論の中心は専ら前者に関するものであった。すなわち、*ipso jure*が実質的な意味をもち得るとしても、それが無条件に生ずるかどうかが争われることになったのである。あらゆる場合に無条件でこれが生ずるとするのが*Martinus Gosia*である。彼によると、債権債務が同一人に帰すると混同によって人の行為なしに債権が消滅するように、相殺もこれと同様に、債務者が自己の債権者の債権者になった時点で債権が消滅することになるとする。これに対して制限的に解するのが*Azo*である。*Azo*は、*Martinus*同様、*ipso jure*を人の行為なしにという意味であると考えていた、すなわち、相殺適状によって当然生ずる事件と考えていたにもかかわらず、このように行われるのは利息の相殺など、わずかな場合のみであって、それ以外の場合には一方当事者から相殺を主張することが必要であると考えたのである。このような*Azo*の見解は多くの者に受け入れられたが、どのような場合に当事者の主張が必要なのかについてはまたしても見解が分かれることになった。

一方において、すべての場合にこの意思表示を必要としたのは*Bartolus*である。彼は*ipso jure*を裁判官の行為に対比するものとして理解し、相殺が裁判外の意思表示で十分効力を生ずるとしたのである。これは相殺が裁判官の判決によってではなく、債務者の意思表示によって効力を生ずるといふ考え方に結びついている。他方、他の者は逆に相殺が絶対的に効力を生ずる場面を拡張した。例えば、*Malumbra*は、少なくとも法律行為に基づいて発生した債権に基づいて双方とも訴えを提起した場合には人の行為なしに当然消滅するが、他の場合には当事者

の意思表示が必要であるとした。Matrellusは、悪意や過失によって生じた債権、あるいは利息に関しては当然消滅するが、他に裁判官による相殺と一方当事者による相殺の三種類があるとする。そして、この見解が大きな支持をあつめることになったのである。⁽³⁸⁾

このような注釈学派および注解学派と称される人々の争いも一六世紀に入ると様相が一変することになる。すなわち、「yndarus」が相殺は人の行為を絶対に必要なとしない、裁判官は何らかの方法で反対債権を知り得ると考えられるから、当事者の申立がなくとも裁判官は相殺をしなければならないとして、Martinusの見解を再度評価し、Matrellusの見解を徹底的に批判したのである。この見解に復古学派の代表者の一人と目されるCujaciusも同調したため、これ以来Martinusの見解がローマ法の正当な理解として通説化し、実務においても受け入れられることになったのである。⁽³⁹⁾

(38) Dernburg, a.a.O. (Fn18), S.283ff.

(39) Dernburg, a.a.O. (Fn18), S.285f.

(40) 碧海純一ほか編『法学史』(一九七六年、東京大学出版会)一八五頁(山口俊夫)。

(41) Dernburg, a.a.O. (Fn18), S.286f.

3 ドイツ普通法学説

そもそも中世に至るまでのゲルマン固有法においては相殺を認められていなかった。すなわち、ゲルマン固有法における訴訟が一定の文言と儀式に結び付けられた形式にしたがって進められ、そこにおける審判人は、ローマ法

と同様に、反対債権を考慮する権限を有していなかったからである。⁽⁴²⁾さらに、原告の訴訟が結審するまでは被告の反対債権による反訴に原告が応ずる必要がなかったこともその理由とされている。⁽⁴³⁾その後、ゲルマン固有法の衰退とローマ法の影響の増大にともなう、一六世紀後半には少なくとも相殺はローマ法に準じて一般的に認められることになった。

地方法法典のうち、自然法的な影響を最も強く受け、ローマ法を完全に排斥しているといわれているALR（ブライセン一般ラント法、一七九四年施行）は、相殺に関して次のように規定している。

Trail I. Tit. 16, § 301 「相殺を法的に基礎づける債権が発生すると、直ちに債務も相殺が及ぶ限りで消滅する。」
これは、おそらく、当時広く承認されていた Martinus の見解を採用したものと思われる。⁽⁴⁴⁾また、このような相殺を生ずるための要件は、ローマ法同様に、相互対立性、両債権の目的の同種性、弁済期の到来、債権の明白性 (Liquiditas)、そして相殺を禁ずる例外規定が存在しないこと、であった。⁽⁴⁵⁾

文言上は当然消滅を規定しているかのように思われるこのALRのもとにおいて、しかし、実際の訴訟では当事者は相殺を主張しなければならぬとされていたようである。⁽⁴⁶⁾理論的にいえば、「ipso jure」人の行為なしに」の命題のもと、相殺は法律上当然に生ずるものとして、さらには訴訟においては当事者がいっさい主張しなくとも裁判官は当然に反対債権の存在を認識できるものであるから、これによって相殺は宣言されると考えられていた。しかし、實際上、裁判官は当事者の何らかの主張がなければ反対債権の存在を知ることができないのであり、それゆえ当事者の主張が必要とされていたのであった。⁽⁴⁸⁾そこで、このような理論と実務との乖離に初めて目を向け、訴訟上相殺の主張が必要であることの理論的根拠を提供したのがHessのであった。彼は次のように主張する。⁽⁴⁹⁾同一当事者間で互いに債権を有していたとしても、それぞれが請求しあうということは一般に認められる。しかし、その両

債権が同種の目的に向けられているならば自己の債務の履行を強制されることはない。仮にそれが認められるとすると無駄な弁済のやりとりをすることになり、自己の給付物を取り戻すことと同じことになってしまい、衡平に反するからである。ただし、このような関係は、被告が訴訟上相殺を有効に主張し、裁判官がこれを認めることによってはじめて生ずるのである。なぜなら、相殺は弁済と同じ効力を生ずるものであって、これとの対比において考える以上、訴求債権に対して被告はすでに弁済したことを主張立証しなければならないのと同様、相殺も訴訟上これを主張立証しなければならないからである。他方、相殺の効果は、原告の債権が利息付き債権であって、被告の債権が無利息債権ないし原告のそれよりも低利であった場合のように、被告が利益を有しているならば、相殺適状時にまで遡及しなければならない。あたかもその時点からもはや債務を負っていないのと同じ状態にあるからであり、この意味で *ipso jure* が妥当することになるとする⁵⁰。このようにして、*Hasse* は *ipso jure* の意味を効果発生に限定することによって、相殺を裁判上主張しなければならないとすることの調和を見いだしたのであった。

これは学説においても直ちに受け入れられるところとなった。実際問題として裁判官は当事者の何らかの主張がなければ反対債権の存在を知り得ないという実務上の要請のみならず、相殺するかしないかの自由が与えられるべきであること、当然消滅主義では連帯債務者の一人が債権者に反対債権を有すると直ちにほかの連帯債務者も解放されることになるが、これはその場合にも連帯債務は存続し続けるとするローマ法に反するし、実際上も受け入れることができないうこと、および当事者の一方ないし双方が複数の債権を有していた場合に、当然消滅主義では債権発生の古い順に相殺がなされていくことになるが、どの債権を相殺に供するかは当事者の選択に委ねられるべきであるとする実務界の要請に適うものであることなどがその理由であったものと考えられる⁵¹。

ところが、相殺適状によって両債権は直ちに消滅するものではなく、裁判上の主張を必要とすることをどのよう

に理論構成するか、裁判上の主張がどのような意味を有するか、さらにはそれによって相殺適状がどのような意味を有することになるのか、については各論者によって見解が異なるようである。

(I) Sintenis説

相殺するかどうかは対立している債権を有している当事者の意思にかからしめられるものであり、したがってその当事者から有効に主張しなければならぬ。その方式は、*Exceptio*（抗弁⁵³）、あるいは、場合によっては相手の反対債権に対抗するための *Replic*（再抗弁）である。この方式によって有効に主張されると、相殺の本質に基づいて、弁済と同様に、相対立する債権は相殺適状時に消滅したものとみなされる⁵⁴。

(II) Koch説

取引の実情および当事者の意思からして、相殺は相殺適状という事実によっておのずと生ずるものではなく、一方当事者の意思に基づく行為によって生ずるものである。相殺をするという債務者の意思表示があるまでは相殺は行われぬし、いわんやそれまでは効果も問題とならない。しかし、ひとたびそれがなされると債権は *ipso iure* に消滅し、しかも相殺適状時に遡ってその効果が生ずることになる。これは原告が差引をしてから請求しなければならなかったにもかかわらず全額請求してきたことに對する悪意の抗弁に基づいて認められる遡及効である⁵⁵。

(III) Arndts説

相殺は、債権者が自己の債務者の債務者であるという事実によって生ずるものではなく、債務者に依存するものである。債務者が相殺を行うと、裁判官は請求棄却ないし減額した認容判決を言い渡さなければならない。原告の債権の全額ないし一部消滅の効果は相殺適状時から生ずる。その時点で相殺権、すなわち債権消滅ないし減額の *Einrede*（抗弁）が発生するからである。その結果、相殺適状時点から利息は生ぜず、その限りで遅滞も許される

ことになる。⁽⁸⁶⁾

(Ⅳ) Seuffert説

Arndtsの見解に依拠しつつも、相殺適状時から債権消滅という効果が生ずるのは、*ipso jure*に効果が生ずると法諺が述べているからであるとする。⁽⁸⁷⁾

(Ⅴ) Puchta説

相殺適状によって両債権は全く影響を受けないが、債務者が抗弁によって (*ope exceptionis*) 相殺を主張すると債権消滅の効果が生ずる。しかも、これは相殺適状時点であつたかそのような主張があつたかのように生ずる、つまり、*ipso jure*に消滅したものとみなされる。⁽⁸⁸⁾

これらの見解は、相殺適状によって債権が当然消滅するということを克服するために、相殺は裁判上主張しなければならぬということに主眼がおかれているようである。ここでは、相殺は当事者の主張があつてはじめて行われること、および、これによってなされた相殺の効力は相殺適状時から生ずるとすることで一致している。このことから、相殺適状時点以後の利息の発生が止められ、履行遅滞・違約罰を生じさせないという結論が導かれることになる。このような、当事者の行為によって相殺が行われることと、相殺の効果である債権消滅が相殺適状時に発生することとの関係の説明は、しかし、一致していないようである。遡及効が明確に述べられる場合もあるが、多くは *ipso jure* から当然のことと考えられていたのではなからうか。したがって、相殺適状によって両債権は全く影響を受けないと明言する Puchta ですら、相殺適状後の弁済に対して非債弁済に基づく返還請求権を認めるのである。⁽⁸⁹⁾ さらに、また、相殺が債務者の意思にかからしめられているとはいえず、その意思の発現形態は訴訟での申

立、あるいは相殺を求める訴えの提起に限られていた。すなわち、相殺契約を別にすれば、相殺は裁判上においてのみ行うことができると考えられていたのであり、結局、相殺の効力は *in rem* に生ずるとしても、その効果発生のためには *ope exceptionis* によるべきであると考えられていたのである。⁽⁶⁾ このような、相殺は相殺適状という事実によって生ずるものではなく、相殺するという当事者の意思の表明によって生ずるとするこれらの見解にあって、すでに相殺適状時点で債権は消滅するが、このことを訴訟上主張しなければその効果を主張できない、その意味で裁判官はいわば宣言的判決を下すのか、あるいは訴訟上の主張によって、その時点ではじめて相殺が行われる、つまりその意思的行為によって相殺が行われ、その効果が遡及すると考えるのかは判然としな⁽⁶⁾い。

このような状況の中、訴訟上の主張と裁判官が相殺認容判決を下すことによってはじめて相殺が行われ、その効果は相殺適状時から生ずると主張する有力な見解が現れることになった。しかし、裁判官の判決によってはじめて相殺が行われるとなると、何ゆえに相殺適状時から債権消滅という効果が生ずるのかということも問題となり、ひいては相殺適状の意味も問われることになるので、この点も含めて紹介することにする。

(VI) Demburg 説

そもそも相殺は一方債務の履行が不公平であることから認められたものである以上、相殺適状時点ですでに両債権が消滅したとまでいう必要はないとして当然消滅主義を排除し、さらに、債務消滅原因である弁済はこれを証明し、裁判官がこれを認容しなければならぬのと同様に相殺も考えるべきであること、および相殺するかどうかの自由を与えるべきことなどを理由として、当事者の訴訟上における主張を必要とする。⁽⁶⁾ したがって、たとえ反対債権の存在が明らかであっても、当事者の申立がない限り裁判官は相殺する権限を有しない以上、相殺することはできない。さらに、当事者の相殺しようとする意思が裁判上あるいは裁判外で表示されたとしても、相手方がこれに

同意しない限り、そのみでは何ら影響を及ぼすものではない。相殺は裁判官の判決によってなされるものであるからである。すなわち、裁判上当事者が相殺を主張することと、それを認める判決が下されることによって相殺が行われるのである⁶⁵⁾。ところが、このようにしてなされた相殺の効果は相殺適時に遡及することになる。相殺を認容する確定判決がなされても、それまでに発生した利息を請求させることは不合理であるからである。そこで、相殺適状によって当然に相殺する権利、つまり相殺の抗弁権が発生するとする。権利者がこの抗弁を行使すると相対立する債権の効力は相殺適状時点から効力を失うことになる。この結果、その時点からの利息は発生せず、履行遅滞や違約罰の責めを負うこともない⁶⁶⁾。しかも、さらに、この抗弁権は特別なものであって、通常、抗弁は訴訟上認められることによってその効力を生ずるものであるが、この相殺の抗弁は相殺適状時点からもはや債務を強制されることはないという効果を生ぜしめるのである。それゆえ、この抗弁を知らずに債務者が弁済した場合、債務者は給付物を取り戻す権利 (conductio indebiti) が与えられるとする⁶⁷⁾。

この見解をさらに尖鋭化させているのが Windscheid である。

(VII) Windscheid 説

相殺適状が生じた後にも一方当事者は自己の債権を相殺に供するか、あるいはほかの方法によって実現するかの自由を有している。しかしながら、その時点から両債権には抗弁が付着することになる。これは再び返還しなければならぬものを要求するというシカーネに基づくものである⁶⁸⁾。すなわち、本来、債権者は戻さなければならぬゆえに請求できないはずなのである。債権に付着したこの抗弁は、これによって債権者の取立権が阻止されるに止まらず、効果面からすると債権を消滅させるものである。したがって、債務者がこの抗弁を知らずに弁済した場合、その弁済を非債弁済として返還請求することが可能となるし、さらにはその時点から利息発生が止められ、履

行遅滞や違約罰も発生しない⁽¹⁰⁾。そして、債務者が相殺の抗弁を主張し、裁判官がこれを認容することによって両債権は終局的に消滅することになるとする⁽¹¹⁾。しかし、債務者が相殺の抗弁権を行使せず、あるいは反対債権が相殺に供される前に消滅した場合、債務者が債権者の債権に相殺の抗弁が付着していたことをもってして、自己に有利に主張することはできない、つまり債権者の債権の効力が阻止されていることを主張することはできないとする⁽¹²⁾。

(Ⅷ) Eiseler説

ローマ法の法諺である *ipso jure compensatio* とは言い回しは不可能であるとの基本認識から出発する⁽¹³⁾。まず、相殺適状によって当事者には相殺する権利が発生するが、これは主張されなければならない⁽¹⁴⁾。そして、この主張が権利関係の変更を目指すものであることから、相殺の主張は意思表示であると⁽¹⁵⁾。この意思表示が裁判上ないし裁判外で主張され、相手方が同意すれば相殺契約が成立することになる。これに対し、相手方が相殺を拒絶した場合には裁判官が相手方の意思を補う。裁判官の意思的行為のみが相手方の欠けた意思表示を補うことになるのである⁽¹⁶⁾。このようにして、相殺は相殺契約によるか、裁判によって行われるかのいずれかの方法によることになる。そして、裁判上の相殺の場合、この時点から債権消滅の効果が発生することになり、相殺適状による互いの債権に対する影響を否定し、かつ遡及効も認めない。そこで、利息が相殺適状後に発生しない理由を衡平の観点に求め、適状後の弁済を非債弁済とすることも、反対債権を主張することによって弁済を免れる可能性というものから理由付けられるとする。すなわち、保証人が主たる債務者に属する反対債権を相殺に供し得る可能性を行使することができると同じ様に、相殺され得るにもかかわらずいまだ相殺されないがゆえに非債となると⁽¹⁷⁾。

このようにして、おそらくは、相殺適状によって債権は消滅するも、これを裁判上主張しない限り効果が発生し

ないとする見解、すなわち、当事者の主張によって相殺が行われるも、その効果は相殺適状時から生じているとする見解に対して、相殺が当事者の主張とその認容判決によってはじめてなされるとする見解が有力に主張されているにもかかわらず、この見解の対立はそれほど深刻なものではなかったようである⁽⁹⁾。第一に、相殺適状によって両債権が消滅するという当然消滅主義をまずは否定するといった共通認識から出発していること、第二に、いずれの見解を採用しようとも、相殺適状時点から利息の発生は止められ、履行遅滞・違約罰が発生することはないとされること、したがって、第一の点とあわせると両見解は単に説明の差にすぎなくなること、第三に、いずれにしても相殺は訴訟上行われることで一致していたこと、第四に、相殺をするか否かの当事者の意思に重点がおかれることよって、相殺は当事者の意思表示によって行われ、これは裁判外であってもよいとする立法例・実務が現れたということから、これらは相殺論の過渡期の議論としての意味しかなく、直ちに新たな段階へ移行していったことなどがその理由であると推測される。すなわち、この時点では、①相殺は債権消滅という効果を生ずる、②この効果は相殺適状時から生ずる、③したがって、その時点からの利息は発生せず、遅滞・違約罰も生じない、④しかしこの効果を生じさせるためには、相殺適状という単なる事実ではなく、当事者の意思的行為が必要である、⑤また、相殺適状後にそれを知らないで弁済した者は、非償弁済による返還請求権を取得する、ということが、異論なく認められていたのである。

そこで、次に、このような状況の中、BGB制定のために第一次委員会に提出された債権関係法の部分草案の理由書を中心に簡単にBGBの制定過程を追っていくことにする。

(9) Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.266.

- (43) 原田慶吉『ローマ法』（一九六八年、有斐閣）二五一頁。この点、古ザクセン法も、Sachsenspiegelによると、原則として原告の訴訟継続中被告は原告に対する反対債権を申し立てることはできず、さうしたその訴訟が終了するまでは別訴においてもその反対債権を訴求し得なかつたようである（三・一二・一）（なお、本注における条文については、久保正幡＝石川武＝直居淳『ザクセンシュペーゲル ラント法』（一九七七年、創文社）によつた）。しかし、両債権が牽連関係を有している場合、原告は被告の反対債権について釈明しなければならぬ義務を負つており（三・七九・三）、これにより原告の訴訟の進行が止められた。このような独特な方式によつて Forum reconventionis（反訴の法廷）が基礎づけられることになつたのである。しかし、これは反対債権による相殺の問題ではなく、反訴の問題と考へられていたにすぎなく（Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.267ff.)。
- (44) ミッターイス＝リリー著・世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説改訂版』（一九七一年、創文社）四四九頁、碧海純一ほか編・前掲注（40）一三一頁〔村上淳一〕。
- (45) Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, § 1./2. Bd., Die Schuldverhältnisse, 3. neubearb. Aufl., Halle a.S. 1905, S.327 Anm. 2; ders, a.a.O.(Fn18), S.288. なお、Thibau, A.F. J., System des Pandekten-Rechts, 5. durchaus vermehrte und verbesserte Ausg., II. Bd., Jena 1818, § 997, S.382ff. 470 條（2）によつて知られる。
- (46) Bornemann, W., Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des allgemeinen Landrechts, III. Bd., Berlin 1835, S.644f., 654f.; Thibau, a.a.O.(Fn45), § 998ff., S.384ff.
- (47) 相殺は相殺適状によつて生ずるものではなく、一方当事者の意思表示によつて生ずると判示するものとして SeuffAI9 Nr.144; 28 Nr.215; 31 Nr.298 など。また、債権消滅の効果は相殺適状時に遡及すると判示するものとして SeuffA30 Nr.97 などによつて知られる。
- (48) フランスではかつては、Tynardus の見解に追従した Pothier の強い影響のもと、相殺適状によつて両債権は当然消滅すると考えられ、フランス民法もそのように規定する（二二九〇条）。しかし、このことから直接的に当事者は裁判上相殺を主張しなくともよいとするかについては古くから争われ、現在では当事者の主張が必要であることで一致しているようである（詳しくは、深谷格「相殺の構造と機能（一）」——フランス法を中心として——」名古屋大学法政論集一三三月号

(一九九〇年) 五七頁以下参照)。

- (49) Hasse, Ueber die Compensation und ihre Liquidität, AcP7(1824) S.145ff.
- (50) Hasse, a.a.O.(Fn49), S.155ff.
- (51) おそらく、彼は、相殺適状にあってたにもかかわらず一方債権が利息と共に訴求された場合、被告が相殺を主張することによってすでに相殺適状時点から両債権が消滅しており、それゆえ利息もその時点から生じていないとして扱われるというのを主張したに過ぎず、相殺の主張の時点から見ると相殺適状時に逆算されて効果が発生するかのようになるにすぎないと考えていたものと思われる。しかし、相殺適状によって両債権は消滅し、ただそのことを訴訟上主張しなければならぬと考えるのか、相殺適状によって債権の消滅という効果は生ぜず、当事者の訴訟上の主張によってはじめて消滅効が生ずるのかについては明確な記述がない。相殺適状後に一方債権が訴求され、被告がその不在について争わないなどして訴求債権が明白になった後、被告が反対債権を主張して相殺しようとした場合、原告がその反対債権を否認すると訴求債権と同じほどに明白なものとはいえないくなる。この場合、原告の訴えは認められることになり、被告の反対債権は別の方法で実現されることになることからすると(S.160)、相殺適状によって両債権は何らの影響を受けないとも読み取ることが出来る。しかし、当然消滅主義においてこのような問題は生ずる可能性があり、これはまさに当時相殺の要件の一つとなっていた、債権の明白性(Liquidität)の問題であることからして、Hasseの主張を、先に述べたように、訴訟上主張する必要があるとした点に限定すべきものと考ええる。なお、このLiquiditätの問題については、河野正憲「不適法な相殺の抗弁とその実体的効果」『当事者行為の法的構造』(一九八八年、成文堂)三五頁以下、とくに五九頁以下参照。
- (52) Koch, a.a.O.(Fn34), S.736; Dernburg, a.a.O.(Fn18), S.296ff.
- (53) ただし、相殺がexceptioと直接結びつくとする(Stintenis,C.F.F., Das praktische gemeine Civilrecht, II.Bd., Das Obligationenrecht, Leipzig 1847, S.433 Anm.59.)°
- (54) Sintenis, a.a.O.(Fn53), S.433.
- (55) Koch, a.a.O.(Fn34), S.688ff., 728f., 737f; ders, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Erster Theil, II.Bd., Berlin 1853, S.446 Anm.1, 2.

- (71) Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn68), S.469f.
- (72) Windscheid/Kipp, a.a.O.(Fn68), S.469 Anm.12.
- (73) Eisele, a.a.O.(Fn61), S.204.
- (74) Eisele, a.a.O.(Fn61), S.198.
- (75) Eisele, F., Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht, Berlin 1876, S.228, 249.
- (76) Eisele, a.a.O.(Fn61), S.208; ders., a.a.O.(Fn75), S.250.
- (77) Eisele, a.a.O.(Fn61), S.195.
- (78) Eisele, a.a.O.(Fn61), S.194.
- (79) Windscheid, Dernburg, Eiseleの三者を同じく相殺が裁判官の判決によってなされるとする説として一まとめにしたものの、各論者によって相殺をどのように理解するか——それはとりもなおさず *ipso jure* をどのように理解するかにかかっているのではあるが——大きく異なっている。例えば、前二者にあっては相殺を抗弁として把えるが、後者は法律行為として把えるなどである。したがって、別の分類方法も考えられるのであるが、本稿においては相殺がどのように行われるかという観点から史的経過を検討するものであるから、本文のような分類をしておくことにする。

4 BGBの立法過程

第一次委員会に提出された草案において、相殺の行使方法およびその効果については次のように規定されていた。

第五章 債務関係の消滅 II 相殺

第2条「相殺は、債権者に対する意思表示によって行われる。この意思表示は裁判上あるいは裁判外でなし得る。

相殺は両債権が相殺に適するよう対立した時点において対当額で消滅したものとみなされる。」^⑧

草案理由書は次のように述べる。当然消滅主義を規定しているかのように思われるオーストリアにおいても実務は債務者の相殺の意思表示を要求し、またドイツ普通法の通説も、さらにはザクセン・チューリッヒ等の最新の立法も相殺の意思表示を要求している。そして、この相殺が行われた場合、この効果の遡及効が受け入れられている。このことからすれば、相殺は当事者の意思表示を条件として、相殺適状時点から消滅したものとみなされる。これを基本的な出发点とすれば、当然消滅主義や、Eisler のように相殺認容判決から効果を生ずるとするのは誤りである。問題はいつからその効果を生ずるかである。Dernburg や Windscheid によれば、相殺適状時から利息発生が妨げられるなどの一定の効果が生ずることになるが、確定的な債権消滅効は当事者の主張があつてはじめて生ずることになる。しかし、この見解によると、当事者が相殺を主張しなければその効果ははじめから生じないことになり、不確定な状態を受け入れなければならないことになってしまう。これに対して、一般的な見解は、相殺の意思表示を条件としており、この意思表示があつてはじめて債権が一定時点で消滅したと判断される。それゆえ、債権の存在に依存しているすべてのものがその時点から消滅することになる。草案は、この見解が簡潔性という長所を自ずと有しており、しかも近代法の大多数のみならず、普通法上の実務にも一致するものと考えられる。このことから、さらに、相殺は意思表示によつて効果が発生することになる。当時の通説、あるいは Dernburg・Windscheid が、相殺による両債権の消滅は裁判上の主張と認容判決を獲得する以外に不可能であることがこれにより克服されることになる。消滅効が一方的意思表示に結び付けられているとすることは、すでに近代立法がその端緒を切り開いており、実務もこの見解に従うものが見られるということを理由とする。

さらに、相殺適状時点から一定の効果が発生することを否定する、すなわち不確定な状態を受け入れることを否

定することから、相殺適状によって両債権は全く影響を受けないとする。それゆえ、相殺適状後に一方からの弁済があった場合、非債弁済として返還請求することはできないとする。債務は相殺の意思表示があるまで有効に存在しているのであり、これを弁済するということはそもそも非債弁済にならない。また、相殺するかしないかは債務者の意思にのみかからしめられているということからすると、この返還請求権を認めるということは、債務者が相殺適状を知っていたなら常に相殺したであろうということを前提としなければならなくなり、矛盾することになるからであるとする⁽⁸⁾。

このようにして、草案は、相殺が相殺適状という事実によって行われるものではなく、当事者の行為があつてはじめて行われるという当時の学説の到達点を受け入れたものといえよう。しかし、さらにそれを越え、裁判外での当事者の一方の意思表示で相殺が行われるとしたのは、当然消滅主義を克服し、相殺するかしないかの自由を認め、相殺の実行を債務者の意思に依存せしめた経緯からして、解釈の発展形態としては当然の帰結であつたのかもしれない。そうして、当事者の意思を強調することから、相殺の効果が相殺適状時点で生ずることを否定し、法律関係の明白性をも理由として、相殺の意思表示があるまでは両債権は何等影響を受けないとしたのであり、その結果、相殺適状後の弁済を非債弁済として返還請求することができるとしていた当時の通説を否定することになつたのである。このようにして、第一次委員会に提出された草案は、最新の立法と実務に徹底的に追従するものであることが強調されたのであつた⁽⁹⁾。

第一次委員会での審議においては、相殺が意思表示によって行われることでは一致しており、この点での議論はなかつた。ただ、相殺の意思表示が裁判外でもよいと規定する第二条一項二文を削除することが決定された。これは、法律行為の取消が相手方に対する一方的意思表示によってなされると規定していることから、これと

の関連においてあえて規定する必要がないとするものであり、相殺も一方的、かつ裁判外の意思表示で十分であることに疑念は生じないということがその理由であった。そして、ここでの議論の中心は専ら遡及効という擬制についてのものであった。すなわち、遡及効を否定し、相殺の意思表示があった時点から債権消滅効が生ずるべきであるとする提案に対して、以下のような理由付けで却下されたのである。遡及効を否定することが草案の趣旨に一致するし、それにより明確な、かつ単一の権利を生み出すことは認める。しかも、相殺の意思表示があるまで両債権は何等影響を受けないとするとも一致する。それにもかかわらず、実際の必要性から、相殺適状時以後の利息発生を阻止し、遅滞・違約罰を発生させないという効果を導かなければならない。そうなると、相殺適状時から両債権は何らかの影響を受け、その時点から抗弁の一種が付着することを受け入れなければならない。そこで、両者を矛盾なく説明するために、草案は両債権が相殺適状時点で「消滅した」とするのではなく、「消滅したものとみなす」としたのである。このような遡及効の擬制を用いることよってのみ両者は統一的に理解されるのであるから、遡及効を否定することはできないとする。⁸³⁾

Motiveは次のように述べる。相殺の実行を意思表示にかからしめることよって、第一草案は現行法に徹底して従うものである。ただ、抗弁の方法で相殺を訴訟上主張する必要がないとする点のみが異なるにすぎない。相殺の効力を生ぜしめるためには、相殺権者の一方的な、かつ訴訟外の意思表示で十分であろう。相殺適状は実体法での意味における抗弁を生じさせるものではなく、なされた相殺が、弁済と同様に、債権者が満足したという抗弁を生み出すのである。相殺がなされるまで、相殺適状によっても両債権は全く手つかずのまま対立している。しかし、これによって「草案は全く新しい方法を採用したのではなく、普通法の新たな展開に従ったのである⁸⁴⁾」。第二草案ではこの点に関する議論はなく、僅かに、一方的な意思表示という方法に従ったことにより「最も簡便な方法

で差し引かれた手段が債務者と与えられたらならない」との記載があることであらう。⁽⁸⁷⁾

- (80) Schubert, W. (herausg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 Allgemeiner Teil (verfasser: v. Kübel, F. P.), Berlin 1980, S. 1073.
- (81) Schubert, a. a. O. (Fn80), S. 1080ff. 本稿の「第11条」例えは「債権者が相手方に対し裁判上認めらるる裁判外に及ぶ相殺の意思表示をしたとき、相殺は確定する。……」に規定する(九九二条)。判例として「この意思表示が裁判外に及ぶとすれば、その限り、SeuffA22 Nr. 128.
- (82) 本稿の「第11条」起草者として v. Kübel の民権を及ぶ手続を認めようとして v. Kübel, F. P., Die illiquide Kompensationssrede, Württembergisches Archiv Bd. 11(1868), S. 12ff; ders, Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obergerichtes in Civilsachen, Württembergisches Archiv Bd. 12(1869), S. 223ff. 等。
- (83) Jakobs, H. H./Schubert, W., Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unvertfentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin • New York 1978, S. 699ff.
- (84) Motive zur dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888, S. 107.
- (85) Achilles/Gebhard/Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I., Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Berlin 1897, S. 363.
- (86) 草案の立場に賛成した者として、Ohnsorgeは「相殺が裁判上行われなければならないこととするのは相殺の本質に基づくものでなく、歴史的な理由から説明されるべきなき。相殺が、訴訟上の主張の可能性という問題から、現在では権利として認められることからして、相殺の効果は裁判外の意思表示に結び付けられるべきであると主張する(Ohnsorge, Zur Lehre von der Aufrechnung, JherJb20(1882), S. 288ff.)。これに及ぶ「Lippmannは「相殺が訴訟上行われなければならないこと」の立場から、草案が適及効を認めたのは当然消滅主義の残滓であり、相殺の抗弁的性格を修正

して法律行為としたことは誤りであるとして草案を批判する (Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, JherJb32(1893), S. 170, 217ff; ferner, ders, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, JherJb43(1901), S. 435ff.)。

5 BGB制定後の議論状況

このようにして、BGBが、相殺は一方当事者の意思表示によってなされ、それまで兩債権は全く影響を受けずに対立しているが、ひとたびその意思表示がなされると債権消滅という効果は相殺適状時に遡及する、したがってその時点以後の利息・遅滞・違約罰は発生しないという考えのもとに制定されたにもかかわらず、その後、見解の一致を見るにはほど遠いものがあった。⁸⁷⁾

相殺適状による兩債権への影響という点に関しては、判例は直ちに立法者の見解に従うことを明らかにした。すなわち、相殺適状によっても「兩債権は客観的に全く別のものであって、無関係に、そして影響を与えずに対立している」と宣明したのである。⁸⁸⁾

しかし、これに反する学説も有力に主張されていた。例えば、Enneccerusは次のように述べている。相殺適状によって、債務者は利息・遅滞・違約罰の発生をもちや気にかけることはなく、債権者は自己の債権が時効にかかるとをもちや心配しない。そうであるとするなら、相殺適状時を相殺の効力発生時としなければならないはずである。それにもかかわらず、兩債権の消滅が相殺に向けられた意思表示に基づいてはじめて生ずると規定した以上、この意思表示に遡及効を付与することによってのみこの問題が解決されることになる。このことからすると、不確定状態が生ずることになる。すなわち、相殺適状によって相殺権が発生し、これを保証人も抗弁とすることができ

るといふ限りにおいて、相殺適状は両債権に影響を与えるものである。これは相殺適状に重大な意味があることになる。なるほど、相殺適状と相殺の意思表示とは、両債権の消滅という効果を発生させるための重要な要件であるが、しかし、重点は相殺適状におかれている。なぜなら、それは相殺の意思表示によって債権が消滅するための本来的な基礎を構成しており、相殺の意思表示は、ただ債務から開放されるという意思を表明するにすぎないからである。このことから、相殺適状を知らずに弁済した債務者は不当利得に基づく返還請求権を有することになる⁸⁸⁾。

同様に、Oertmannも次のように主張する。すなわち、債権の消滅にとつての本来的な基礎は相殺適状にある。それゆえ、相殺適状によって一定の効果が発生する。これは「相殺権」などと呼ばれるものであって、抗弁権に比肩し得るものである。ただ抗弁権と違ふところは、抗弁権が権利行使を阻止するのに対して、相殺権はこれを超えて、債権を消滅させる点である。このように考えてはじめて遡及効や保証人の抗弁権の説明が可能となる。そして、さらに、相殺適状後の弁済は非債弁済として返還請求権を基礎づけることも可能であるとする。

これらの見解の対立に加え、さらに、両債権への影響は認めるが、相殺適状後の弁済を非債弁済として返還請求させることまでは認めないとする、両者の中間的な考え方も存在する。Kohlerは、相殺適状によって両債権は制限されることになるとする。すなわち、相殺適状という事実によって、債務から開放される権能が与えられ、このような経済的地位を取得することになる。この状況は、まさに自然的な影響であり、このことから一方債権の譲渡の場合の相殺可能性などが導かれるとする⁸⁹⁾。

Stohalは、相殺の意思表示があるまで双方の債権が存続しているということから、相殺適状が両債権に影響を与えないということは導かれるものではないとし、その時点で自己の反対債権を放棄することによって最終的に債

務から解放されるという決済権（Abfindungsrecht）が発生するとする。この負担は債権を弱体化せしめるが、これを治癒するのは自働債権が消滅した場合のみであり、受働債権の譲渡や差押によっては治癒されないとする。⁹³⁾

Endemannは、相殺適状は両債権の消滅原因を含んでおり、相殺の意思表示による消滅を受け入れさせるものであるから、それによって生ずる不確定状態を受け入れることになる。このように考えることによってのみ、保証人の抗弁権発生、時効にかかった債権の相殺可能性などが説明できることになるとする。⁹⁴⁾

Ratzeilは、BGBが相殺を当事者の意思に依存せしめたが、これは相殺するかどうかだけを当事者の意思にかからしめたものであり、効果発生時期は相殺適状時に明確に確定されている。このことからすると、実際に相殺の意思表示をした日時は全く不要のことである。この限りで ipso jure compensatur が妥当することになる。それゆえ、BGBにおける相殺は、意思表示による相殺と当然消滅主義との妥協の産物であり、そうなると、当事者が当然消滅という効果をとらなるとして相殺するともいえるし、法が相殺の意思表示を法定条件として相殺するともいえることになる。⁹⁵⁾

結局、これらの中間的な説は、Oertmannの言葉を借りると、相殺適状時から相殺の意思表示があるまでの間の『不確定状態』を受け入れ、債権の『完全な効力』を打ち破ろうとするもの⁹⁶⁾である。

このような状況の中、BGHは、ドイツ帝国に対して有していた金銭債権をもって通貨改革後に相殺の意思表示がなされた場合、すでに通貨改革以前に両債権が相殺適状にあったことを理由にこの相殺を認めるに際して、大法院判決をもって以下のような判断を示した。すなわち、相殺の意思表示の時点で相殺適状になればならないにもかかわらず、一方債権の譲渡・差押の場合にも相殺することができるといふ例外規定が存在する。これは、相殺適状に対する信頼、すなわち、経済的にみれば相殺適状によって債務者はもはや債務を負っていないと考えるし、相

殺によって消滅する債権を有している者はもはや自分が債権者であるとは考えないという信頼を保護するものであるとともに、債権の譲渡・差押という債権者側の後発的事由の発生によってひとたび生じた相殺権を失わさせることは許されないとの考えに基づく。ここで際立たされた相殺適状の一般的意義は、主たる債務者の債権者に対する反対債権が相殺適状にありさえすれば、保証人はこれに基づいて履行拒絶の抗弁権が与えられるという規定においてその真価を発揮する。この場合には、通常であれば相殺の意思表示があつてはじめて生ずる法律効果が相殺適状にあるというにすぎない場合にも認められることになるが、これは衡平と利益衡量に基づくものである。このようなことからすれば、「相殺権を規定するに際し、法は、ゆるぎない統一的根本原則から出発したのではなく、むしろ『ipso jure compensatur』の原則と、相殺の意思表示の時点から相殺ははじめて効力を生ずるといふ、それに対置される原則との中間を求めたのであつた」⁽⁹⁶⁾。

このようにして、相殺適状による両債権への影響を認める判例が現れたにもかかわらず、学説は、現在においても大きく三つに分かれている。すなわち、第一に、相殺適状によって両債権は影響を全く受けまいとする考え方⁽⁹⁷⁾、第二に、相殺適状によって、その時点で債権が消滅するという可能性が発生するとし、これにより時効完成後の債権を自働債権とすることが可能となり、さらに保証人が主たる債務者の反対債権を理由に履行拒絶し得るなどの効果が導かれるとする考え方⁽⁹⁸⁾、そして、第三に、相殺適状の両債権に与える影響をさらに強く認め、相殺適状後の弁済に対して非債弁済による返還請求権が認められるとする考え方⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾である。

(97) Oertmann, a.a.O.(Fn7), S.288.

(98) RGZ. 66, 266(273). 同旨ヤムツ、RGZ. 120, 280(283); 124, 155(158f.) など。BGB制定後、学説として直ぐにこ

- (8) Blomeyer, A., Allgemeines Schuldrecht, 4. durchgesehene und ergänzte Aufl., Berlin und Frankfurt a. M. 1969, S.247; Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 10./11, neubearb. Aufl., Berlin 1978, S.410f., 450.
- (10) 第一説と第二説との違いはそれほど大きなものではないとも思われる。時効完成前に相殺適状があればそれを自動債権として相殺に供することができ、相殺適状によって保証人には履行拒絶の抗弁権が与えられるからである。められるのである。ただ、それを相殺適状の効果とするか、特別規定とするかの違いのようにも考えられるからである。しかし、ドイツでも両説は明確に区別されており、また、本稿においては、まさに相殺適状の効果を正面から認めることが相殺における意思表示の採用と関連するか否かとの観点から論ずるものであることから、このような分類を試みた。また、とくに相殺を自己の債権に対する質権ないし担保権と構成する立場からは、相殺適状によっておのずかような権利が発生するものとなり(たぶん、Weigelin, E., Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover 1904, S.12; Böttcher, E., Die „Selbstexekution“ in wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, FS. f. Schima, Wien 1969, S.100f. など)その意味で両債権は影響を受けることとなるのであるが、これは相殺の本質論と結びつく問題であり、一概に取り込むことは妥当でないと考えられることから、本稿では省いた。
- なお、現在、ドイツにおいて、相殺適状が両債権に与える影響を、相殺適状後の弁済に対する返還請求権、執行異議訴訟終了後になされた相殺がその訴訟継続中に相殺適状にあった場合、一部請求と反対債権による相殺の可否、さらに被告の反対債権である損害賠償請求権の算定基準と適及効の問題に分けて考察する論稿として、Dietrich, P., Die Aufrechnungslage, AcP170(1970), S.534ff が有名。

三 結びにかえて

以上、みてきたように、ドイツ普通法学説における問題提起からBGBの制定過程までのわずか半世紀ばかりの

間に相殺は大きな変化を受けることになった。当初は当然消滅主義を採用していたものの、相殺を裁判上主張しなくともよいとすることに対する批判に端を発し、実際問題として訴訟において当事者の何らかの主張がなければ裁判官は反対債権の存在を知り得ないという理由により、まずは裁判上の主張が必要とされることになった。このような当然消滅主義を克服するに際しては、相殺が債務者の意思にかからしめられるものであることが強調され、その結果、債務者の意思表示が重要な意味を有することになった。しかし、相殺適状の時点から利息は発生せず、遅滞・違約罰の責めを免れねばならないという、これまた実際上の必要性とこれを認めないことの不当性からして、両債権消滅という効果は相殺適状時から発生するということも不動のものと考えられていた。したがって、問題は両者の関係をどのように理論的に説明するかであった。

当初は、相殺に債務者の行為が必要であること、すなわち、当然消滅主義の克服に主眼がおかれていたせいも、両者の関係についてまで厳密に理論構成されているとはいえなかったようである。すなわち、相殺適状によって債権消滅効が生じているが、これを裁判上主張しなければならず、この意味で、相殺が当事者の主張によって行われるにせよ、その効果はそれ以前の相殺適状時におかれることになると考えるのか、あるいは、当事者の主張によって始めて相殺が行われ、ただその効果は、利息発生を阻止するなどの実際上の理由から、相殺適状時に遡及すると考えるのかは判然としない。しかし、相殺適状後の一方の弁済を非債弁済として返還請求することができると思われることから、相殺適状が重大な意味を有していたと思われ、この点、古い *ipso jure compensatur* という当然消滅主義の観念にいまだ縛られていたとも評し得ることになる。次いで、相殺が裁判上の主張と裁判官による相殺認容判決によってなされるとする見解にあっても、やはり効果発生は相殺適状時点とすることになる。そこでは、相殺適状によって債権消滅という抗弁権が発生するということが理由とされる。すなわち、相殺適状によっ

て生ずる債権消滅という効果は、後に相殺の意思表示がなされることを法定条件とすると考えるのである。これらの説にあっては、現在考えられている意味で、相殺の効果が遡及するとしていたのではなく、相殺適状によって生じた効果を主張しなければならぬ、あるいはそれを確定するために当事者の主張と裁判官の認容判決を得なければならぬと考えていたのであり、相殺の主張、あるいはさらに認容判決によって相殺が行われるも、その時点から見るとすでに過去の時点である相殺適状時から効力を生じている、その意味で効果発生が逆戻りしているかのようにはみられると考えられていたのではなからうか。

これに対して、より簡易に、当事者の一方の意思表示によって、しかも裁判外の意思表示によっても相殺が行われるとする立場が現れた。これは相殺を徹底して当事者の意思にからしめようとするものである。したがって、相殺適状による効果発生をいっさい否定することから出発することになる。これにより、相殺適状から生ずる不確定状態が除去され、法律関係が簡明になる。しかも、これはさらに、当時広く認められていた、相殺適状後の弁済に対する返還請求権をも否定しることになるのであるが、このことも古い当然消滅主義を排除し、法律関係の明確化に資することになる⁽¹⁰⁾。ところが、いずれにしても相殺適状からの利息等の発生は阻止しなければならないものであることから、遡及効という擬制を用いらざるを得なくなった。しかもその根拠はもはや「衡平」以外にないことになる⁽¹¹⁾。結局、このようにして、当然消滅主義の完全な排除、すなわち相殺を徹底して債務者の意思に依存せしめることをもくろんでなされた立法作業も、遡及効を用いることによって、BGHが正鵠を射たように、当然消滅主義と意思表示主義の両者の中間をいくことになってしまったのである⁽¹²⁾。

このようにしてみると、相殺適状によっても両債権は全く影響を受けることなく完全に独立して存在しているという事は、相殺の意思表示があるまでの法律関係の簡明さと、相殺適状後の弁済を非債弁済としないということ

に焦点があてられているといっても過言ではなく、相殺が意思表示によって行われるということから直接的に導き出されるものではないといえそうである。しかも、立法者の見解が必ずしも当時の学説の支持を受けたものではなく、⁽¹⁰⁴⁾その結果、現在においても学説が対立状況にあることはそのひとつの証左となり得よう。結局、相殺を行なうにつき意思表示を採用したとはいえ、未だ当然消滅主義の影響を色濃く残しており、当然消滅主義と完全に訣別しているとはいえないのである。⁽¹⁰⁵⁾さらに、相殺適状前であっても相殺に対する期待が認められ、一定の場合に相殺を主張することができることからすれば、⁽¹⁰⁶⁾そもそもこの期待保護と、相殺が意思表示をもってはじめて生じ、それまでは全く相殺の影響がないとすることは調和しないことにもなる。⁽¹⁰⁷⁾このことからすれば、日本法における相殺も再考の必要性があるといえよう。

本稿においては、さしあたって、ドイツ普通法学説を中心に、相殺適状の両債権に与える影響についての紹介を試みた。⁽¹⁰⁸⁾これにより受けた示唆を具体的に検討していくことを今後の課題としたい。

(101) すでに述べたように、とくに、第一委員会での審議において、遡及効に関連して、債権は相殺適状時に消滅すると規定しているのではなく、相殺適状時に消滅したとみなされるということが強調されていた（前掲注（83））。このことからすれば、立法者は相殺の意思表示があった時点から効果も生ずるということを基本認識として有しており、ただ、利息の発生を阻止せんがために遡及効を用いたとも考えられることになる。

(102) 遡及効が、このようにして、「衡平」から認められることからすれば、債務者の自働債権が損害賠償請求権であって、しかもその額が高騰を続けている場合に遡及効を否定し、相殺の意思表示の時点を基準点とする判例（BGHZ 27, 123）が現れたことは、ある意味で当然の帰結ともいえよう。

(103) これは推測の域をでないものであるが、相殺の史的展開を *reception* 概念の変遷と関連づけてみることに問題解決の糸口

があるのではなからうか。

争点決定前になされる必要があるのか、結審までに主張されればよいのかは別にしても、ローマ法時代に相殺が認められたといっても、それは必ず当事者の申立が必要であったことは想像に難くない (v. Vangerow, a. a. O. (Fn30), S. 352.)。その意味で、反対債権の主張は被告の防禦方法、すなわち、*exceptio*であったといえる。ところが、中世においては、*ipso iure* の誤解、あるいは過度の強調によって、訴訟上においても当事者は主張しなくともよいとする見解が支配的となった。相殺適状により両債権は消滅し、この効果は絶対的に生じており、しかも訴訟においても主張する必要がなく、裁判官が当然にその事実を斟酌しなければならぬとされたのである。

これに対し、一九世紀にはいると、仮に実務上の要請からであるにせよ、当事者の申立が必要であることが Hasse によって提唱され、受け入れられていくことになるのである。すなわち、第一期は *ope exceptionis* が確立され、承認された時期といえる。しかし、一九世紀前半は、当然消滅主義がまだ影を色濃く落としていた時期であり、しかも *exceptio* の概念自体も非常に混乱していた時期でもあったため、相殺適状と当事者による主張との間の関係については錯綜していたといえるであろう。そうして、v. Savigny の *exceptio* の存在意義が肯定され、明らかとされるに至った (v. Savigny, F. K., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. V., Berlin 1841, S. 160ff., insb. S. 179ff.)。' *exceptio* 論はこれを基軸に展開されることになった。まず、v. Savigny の見解を承継した Windscheid は、原告の請求権 (*Anspruch*) を肯定しつつもその効果を貫徹を阻止する事実が *Einrede* (in materiellen Sinne) であり、これは当事者が援用しなければ裁判官はこれを斟酌する必要がなく、また当事者がこれを放棄すれば *Anspruch* はその効力を完全に回復することとなる (Windscheid, B./Kipp, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, S. 202ff.)。そして、これは相殺を定める記述、すなわち、相殺適状によつて *Einrede* が付着し、それゆえ相手方の有する債権の効力は阻止されることとなることと符合することになる。すなわち、相殺が抗弁 (*Einrede*) としてとり込まれたのである。同様で、Dernburg の *Exception* (= *Einrede*) を、訴権 (*Klagerecht*) に対する防禦を目的とする反対権 (*Gegenrecht*) であり、訴権の効力を消滅ないし阻止するものであると

し、これを訴訟上主張しなければならぬことである（Dernburg, H., Pandekten, Bd. I., Allgemeiner Theil, 6. verbesserte Aufl., Berlin 1980, S.315ff.）¹⁾ 相殺に関しては、単なるEinrede以上の効果を認めるべきで、相殺適状によつてEinredeが生じ、これを訴訟上主張しなければならぬとする。このように、WindscheidやDernburgによれば、Einrede乃至Exceptionとは相手方の債権の効力を阻止するものであり、そして相殺適状という事実によるこれらを発生させるものであるから、その時点からの一定の効果発生を認めることになるのである。そして、抗弁である以上、当事者の主張だけでは効力を生ぜず、裁判官がこれを認めることによって初めて効果が生ずることになる。したがって、相殺を行う要件が当事者の主張と裁判官による認容判決ということになるのである。これに対し、v.Savignyを批判する立場から、actioの不完全な消滅、ないしある事実が不完全な効力しか生じないとすることを否定するEiselaによれば（Eisela, F., Die materielle Grundlage der Exceptio, Berlin 1871, S.129）²⁾ 相殺適状によつてもうごい効果は生ぜず、相殺の主張と裁判官の認容によつてはじめて相殺が行われ、その時点から効果が生ずるとの結論が導かれることになるのである。

このようにして、相殺を抗弁ないし抗弁権として扱え、その抗弁権の理解に則して相殺を説明するのが第二期であるとするなら、BGBの立法段階の立場が第三期となる。当時、形成権なる用語もいまだ使われていないのであるが、取消権との対比を用いられたりしながらも、相殺を意思表示、しかも裁判外の意味表示でよいとするのは、結果的に相殺権を抗弁権構成することから形成権的構成へと移行することになったのである（解除権・取消権が形成権として、すなわち裁判上か裁判外であるかにかかわらず、当事者の一方の法律行為によつて法律関係を形成し得る効果をもつた権利として構成されていく過程については、本田純一「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」一橋論叢七四巻二号（一九七五年）二二三頁以下がある。ここでは、その理由として、迅速性・訴訟経済・自由主義思潮の三点が挙げられている。なお、ほかに、形成権概念については、永田真三郎「形成権概念の成立過程」関西大学法学論集二三巻四・五・六合併号（一九七四年）五一七頁以下、同「形成権理論の展開（一）」関西大学法学論集二六巻二号（一九七六年）二六一頁以下、同「形成権概念の位置と構造」関西大学法学論集二六巻四・五・六合併号（一九七七年）七九九頁以下、などがある。これを

はたして立法者が自覚的に行ったかどうかは留保せざるを得ないが、仮に今までの推論が当を得たものであるならば、再度検証すべきは、抗弁権概念が実法法的要素と訴訟法的要素に分化していった過程であることになる(なお、抗弁権概念については、坂口裕英「サヴィニーおよびヴィントシャイトの抗弁に関する理論について——『抗弁権』と『抗弁』の分化——」名城法学一五巻一・二合併号(一九六五年)七六頁以下、永田真三郎「抗弁権概念について」関西大学法学論集二二巻四・五・六合併号(一九七三年)五八五頁以下、山崎敏彦『抗弁権の永久性論——権利の現状維持的・防禦的主張と期間制限——』(一九八六年、一粒社)八四頁以下、坂田宏「権利抗弁概念の再評価(一)(二完)」民商一一〇巻四・五号七九五頁以下、六号(以上、一九九四年)九七三頁以下、などがある)。しかし、この点は取消権・解除権といった他の権利とも総合的に検討されるべき問題であるとともに、近時、その有用性が問われはじめた形成権概念の本質・機能をも視野にいれなければならない、さらに相殺の法的性質を弁済ないし代物弁済などと類似のものとするかどうかといった本質論にも踏み込まざるを得ず、本稿のよくするところではない。したがって、後日あらためて検証する機会を得たいと思う。

(104) 第一次委員会に提出された草案は、その時代の有力学説である Windscheid を徹底して拒絶することを出発点としていた (Jakobs/Schubert, a. a. O. (Fn83), S. 700 Anm. 4.)。また、*カッセン*草案では、債務者の訴訟での申立を要件としていた(三一八条二項)(ただし、この規定の理由は、相殺が債務者の意思にからしめられるべきであるという当然消滅主義に対する批判からであり、裁判外の意思表示を否定することまでをも意味するものではなく、(Schuwer, W. (Herausg.), *Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogtum Hessen, Entwürfe und Motive*, V. Bd., 4. Abt. eilung (Schuldrecht), *Entwürfe und Motive von 1853*, Frankfurt/Main 1986, S. 161f.)。)

(105) すでに前掲注(103)で触れたように、別の見方をすれば、相殺の意思表示を取消権と同様にみていこうとした立法者の立場は、取消権がその後形成権として概念構成されていったにもかかわらず、相殺は相殺適状時点から一定の効果を生ぜざるを得ないこともあって、同列に論じきれない点で、破綻したともいえることになる。すなわち、いずれにあってても遡及効は認められるのであるが、意思表示に瑕疵があって法律行為を取り消し得る場合であっても、取消権が発生したと

による効果はその時点では生ぜず、取消の意思表示があつてはじめて効果が生ずることになる。これに対して、相殺適状による相殺権発生は、相殺し得ることになるというに止まらず、時効完成後の相殺可能性、保証人の抗弁権発生などの効果を生じさせることになり、取消権などと同一に論ずることができないのである。さらに、後述するように、相殺の場合には、一定の期待を保護するために相殺可能性が認められるが、これは意思表示による相殺と調和せず、この点も取消権とは異なる考慮を必要とするのである。

(106) さらに、ドイツ法においては、自働債権の法的基礎がありさえすれば——もちろん、この法的基礎から具体的に債権が発生し、しかも原則として受働債権よりも先に弁済期が到来することを要件として——相殺に供することができるという（拙稿「相殺の期待保護——ドイツにおける判例学説について——」獨協法学三九号（一九九四年）一一一頁以下参照）。このことからすれば、単に反対債権が成立しているのみならず、具体的にいまだ発生していない場合にも受働債権への影響を認めていることになり、このようなドイツ法にあっては、相殺適状に両債権への影響力を認めることも十分可能とならう。

(107) Gernhuber, a.a.O. (Fn 8), S.260.

(108) 相殺の担保的機能に関して、近時有力に主張されている嚴格説は、その基本的な発想点として、両債権の独立財産性を前面に押し出すことによって、対立債権の拘束性を否定することにあるように思われる（清水誠「いわゆる相殺の担保的機能に関連しての一考察」民事研修一六五号（一九七一年）四一頁以下、同「相殺の担保的機能についての再論」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』（一九七五年、有斐閣）三六六頁以下、同・前掲注（15）三八六頁以下、など）。したがって、この点についても論及すべきところではあるが、本稿では、とくに相殺適状による両債権への影響を扱うものであり、それ以前の関係については別稿に譲らざるを得ない。