

## 相殺の期待保護

——ドイツにおける判例学説について——

石 垣 茂 光

### 1 はじめに

我妻博士は、『新訂債権総論』において、差押と相殺に関して、差押後に相殺を對抗するためには両債権がその時点で弁済期にある必要はないとした上で、自働債権と受働債権の弁済期がいかなる関係になければならないのかを論じられた後、「差押の前から反対債権を有する第三債務者は、差押の後にも相殺をもって對抗しうるのは、受働債権の債務者の信頼を保護するためだとすると、弁済期以外の事由についても、差押の時を標準とすべきではないことになる<sup>1)</sup>。すなわち、差押時点で両債権者の目的が同種のものでなくとも、あるいは自働債権に抗弁が付着していたとしても、その後に例えば金銭債権に転化することによって同種性を有するに至った場合や、あるいはその後に抗弁が消滅することによって、相殺することができるとされるのである<sup>2)</sup>。これを敷衍すると、相殺権行使の要件である、相互対立性、両債権の目的が同種であること、弁済期が到来していること、さらには自働債権に抗弁が付着していないなどといったことは、相殺権を行使する時点を基準として判断されるものであり、相殺の期待を保護するために第三者関与<sup>3)</sup>時点でそれらの要件が備

1) 我妻米『新訂債権総論』(1964年、岩波書店) 339頁。

2) 我妻・前掲注(1) 339頁、340頁。

3) 本稿では、受働債権に対する譲渡・差押・転付・質権設定などをとりあえず第三者関与の場合として一くりにしておく。無論、このことは、それらの諸形態を同一に取り扱うということを意味するものではなく、その点の検討は後日に譲ること

わっている必要はなく、その時点で必要とされる要件は自働債権を取得していることのみとするのである。このように解することがドイツ法の通説であるとしてOertmannを引用されるところからして、博士の見解は、おそらくはドイツ法の解釈に依拠したものと思われる。

ところで、わが民法505条以下が規定する相殺は、両債権が相殺適状に達すれば当然消滅するという、いわゆる法上当然相殺を採用するフランス法系の立場を修正し、当事者の一方が相殺の意思表示をすることによって初めて相殺の効果が生ずるというドイツ法系の立場に倣ったものである<sup>4)</sup>。すなわち、旧民法草案財産編542条<sup>5)</sup>とほぼ同旨の旧民法財産編520条が「当事者ノ不知ニテモ法律上ノ相殺ハ当然行ハル」と規定しているのを、それでは不注意な債権者債務者が債権の対立を失念することがよくあり、それによって「種々な不便」が生ずるし、また、それは「中世羅馬法ノ誤解ヨリ生ジタ」見解であるとして<sup>6)</sup>、修正したのであった<sup>7)</sup>。条文の体裁からいっても、ドイツ民法第1草案が相殺の要件・方法・効果に関して281条以下（現行ドイツ民法387条以下）に規定するのとはほぼ対応しており、僅れに公法上の債権との相殺を禁止する289条（同395条）のみが異なるにすぎない<sup>8)</sup>。しかし、フランス法系からドイツ法系に修正されたとはいえ<sup>9)</sup>、それは表面上にすぎず、相殺の本質・性質までもが修にする。

なお、自働債権ないし反対債権、受働債権ないし主債権という言い方は、相殺を行なう者からみた場合の相対的な表現である。したがって、本稿では、BのAに対する債権がCに譲渡され、あるいはCが差押えた場合、AのBに対する債権でCに相殺を對抗するという場面を念頭におき、Aが有する債権を自働債権、Bが有する債権を受働債権として、用語を統一する。

- 4) 相殺に関する立法段階からの沿革については、伊藤進「差押と相殺——第三者の権利関与と相殺理論」星野英一編集代表『民法講座第4巻』（1985年、有斐閣）379頁以下、深谷格「相殺の構造と機能（四）・完——フランス法を中心として——」名古屋大学法政論集137号（1991年）398頁以下などに詳しい。
- 5) 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9 法律取調委員会民法草案財産編人権ノ部議事筆記2』（1987年、商事法務研究会）75頁。
- 6) 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3』（1984年、商事法務研究会）568頁。
- 7) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（6）572頁。
- 8) すでに、鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままでよい」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望第2巻債権総論（2）』（1991年、日本評論社）328頁が指摘するところである。
- 9) 磯村哲編『注釈民法（12）』（1970年、有斐閣）14頁〔磯村哲執筆〕は、立法者が

正されたかという点、速断はなし得ない。とくに、相殺の第三者効に関する現行民法511条の趣旨がドイツ法の解釈と一致するかどうかは問題となる点である。なぜなら、我妻見解ですでに明かなように、ドイツ法は、相殺の第三者効が認められるのは相殺の期待を保護するためであるとし、そのためには、差押時点で相殺適状にある必要はなく、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ものであれば、その時点で両債権の目的が同種のものでなくとも、自働債権に期限や条件が付されていても、さらにはその時点で自動債権が具体的に発生していなくとも<sup>10)</sup>、相殺権を行使する時点で相殺適状であれば相殺することが可能であるという、徹底した債務者保護の考えに基づいて

---

ドイツ民法第1草案から強い影響を受けていたと指摘する。

- 10) 第三者関与時点で具体的に自働債権が発生していなくとも、その後に発生した自働債権の法的基礎があれば相殺することができるかという問題については、我妻博士は問題提起に止めている。すなわち、相殺をドイツ法的に解すると、「差押え前に取得した債権というのは、現実には債権が発生することを必要としない、ただ、その債権発生の原因となる法律関係がありさえすればいいという議論を生ずる余地」のあることを指摘されているにすぎない（鈴木竹雄編『手形割引（銀行取引セミナー4）』（1963年、有斐閣）20頁）。

なお、ここで我妻博士が「原因」と述べられているのは自働債権を発生させる基本契約のことである。ところが、この「原因」という言葉は論者によってその意味内容が異なる場合がある。そこで、本稿においては、このように自働債権を発生させる基本契約ないし契約関係を指して「基礎」という言葉を用いることにし、それはドイツ法の「Grund」を指し示すものとする。

また、破産法104条2号但書4号但書でも「原因」という言葉が用いられている。しかし、いかなるものが「原因」であるかについては議論もあり、判例も多数存在する。この点における比較検討は今後の研究に委ねたい。

ところで、このように第三者関与時点で自働債権の法的基礎のみが存在する場合、その後に発生した自働債権をもって相殺することができるかという問題は、弁済期についての無制限説を押し進めた結果生ずる問題、ないし無制限説が認められることによって初めて生ずる問題であるとの指摘がなされている（石田喜久夫「差押と相殺予約」法時43巻1号（1971年）119頁）。確かに、相殺の期待がいかなる限度で保護されるかという点については共通性があるものの、必ずしも弁済期に関する争いと結び付けて論ぜられる必要はないと考えられる。すなわち、いずれの説によるかによって結論が定まるわけではなく、制限説の立場からこの問題は肯定されているのである（例えば、前田庸「銀行預金に対する差押と銀行のなす相殺との関係について」立教法学8号（1966年）147頁（ただし、その後前田教授は改説されて否定説に転じている（石井ほか「約定書の主な問題点と改正の方向」金法1176号（1988年）84頁以下〔前田庸発言〕、加藤一郎＝鈴木禄弥編『注釈民法（17）』（中馬義直執筆）（1969年、有斐閣）264頁））。

いるといい得るからである。これに対し、法典調査会での本条に関する穂積委員の説明では<sup>11)</sup>、フランス民法の流れをくむ旧民法草案財産編550条1項に由来する旧民法財産編528条1項とは「実質ハ元ノ儘デア」り、相殺によって第三者の権利が害されるのを防ぐ趣旨であるという、ドイツ法とは異なる見方をしているようである<sup>12)</sup>。このようにして、わが国における相殺は「ドイツ流の相殺方法を採用しながら、差押および債権譲渡との関係ではフランス民法を継受するという二重構造になっている」<sup>13)</sup>と評して差し支えない。しかし、立法段階で相殺に関する期待を保護しようとする視点が欠落していたとしても、その後の判例学説の展開によって、現在においては相殺の期待は保護されるべきであるとされていると見ることに異論はないであろう。すなわち、最判昭和32年7月19日<sup>14)</sup>は、債務者の相殺に関する期待および利益を債務者の関与せざる事由によって剥奪することは公平の理念に反し妥当でないとして、差押時点で自働債権の弁済期が到来していれば、受働債権の弁済期未到来であっても、受働債権についての期限の利益を放棄することができるかどうかを問うことなく相殺を対抗できるとした。また、最大判昭和39年12月23日<sup>15)</sup>は、両債権が差押時点で弁済期になかったとしても、受働債権よりも先に自働債権の弁済期が到来する場合には、債務者の相殺に関する期待は正当に保護されるべきであるとして、差押後に相殺を対抗できるとした。学説も、受働債権よりも先に自働債権の弁済期が到来する場合に限って相殺の期待が保護されるのか、あるいはそ

11) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（6）593頁。なお、広中俊雄編『民法修正案（前3編）の理由書』（1987年、有斐閣）487頁参照。

12) ボアソナードの草案説明書では、差押債権者という第三者と第三債務者という第三者の両第三者を保護することを目的としていたようである。すなわち、差押債権者にとっては「将来ニ於テハ最早債権者ト相殺ノ原由ヲ組成セサル」ことになり、第三債務者にとっては「既得ノ相殺ノ原由ヲ剥奪スルコト能ハス」とすることにしたのである（ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案注釈第2編第2部』928頁）。「相殺ノ原由」が、おそらくは相殺適状を指し示したものであると考えれば（深谷・前掲注（4）404頁）、差押によって相殺適状は修正を受けることなく、債務者の相殺に関する利益は保護されることになり、他方その時点で相殺適状になれば差押債権者は後から生じた相殺適状を主張されることはないということによって両者の調和をはかったものと考えられる。

13) 深谷・前掲注（4）400頁。

14) 民集11巻7号1297頁

15) 民集18巻10号2217頁

のような先後関係を問わずに保護されるのかという、その期待保護の限界については争いがあるものの、その点を別にすれば、少なくとも相殺の期待は保護されるべきであるとするのでは一致していると考えてよいであろう。

このようにして、現在のわが国でも結果的にはドイツ法と同様に相殺の期待を保護し、しかも我妻博士が、先に述べたように、ドイツ法における理解をわが国の解釈論として述べられている以上は、その跡を詳しく辿り、ドイツにおける判例学説を参照することは必ずしも意味のないことではないと思われる。そこで本稿では、第三者関与後に相殺を對抗するためにその時点で必要とされる要件、およびその時点で自働債権の法的基礎のみを有していた場合の相殺可能性を中心として、ドイツ法における判例学説の展開を跡付け、ドイツにおいて相殺の期待とはいかなる内容を有し、どのように保護されているかを検証することにする。

## 2 ドイツにおける判例の展開

### (1) 同種性

ドイツ法においても<sup>16)</sup>、日本法と同じく、同一当事者間で債権債務が対立し

16) ドイツの判例・学説を検討するに際し、BGB で関連する条文を、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(1988年、日本評論社)の訳例によって示しておく。また、以下においては、原則として、BGB の条文は条数だけで示すことにする。

387条「二人が互いに同種の目的を有する給付を負担する場合において、自己の受ける給付を請求し、かつ、自己の負担する給付をすることができるに至ったときは、各当事者は、相手方の債権と自己の債権を相殺することができる。」

392条「債務者が債権者に対して有する債権の相殺は、債務者が自己の債権を差押後に取得し、又はその債権の弁済期が差押後に、かつ、差押を受けた債権の弁済期より後に到来したときにのみ、債権の差押によって排除される。」

404条「債務者は、債権譲渡の当時に旧債権者に対して有していた抗弁をもって、新債権者に対抗することができる。」

406条「債務者は、旧債権者に対して有する債権をもって、新債権者に対しても相殺することができる。ただし、債権取得の時に債務者が譲渡を知っていたとき、又はその債権の弁済期が、譲渡を知った後で、かつ、譲渡された債権の弁済期より後に到来したときは、この限りでない。」

差押の場合と債権譲渡の場合における相殺の制限は同じ趣旨であること、後述の

ていること、両債権の目的が同種のものであること、弁済期にあること、債権の実現を拒む抗弁権などが存在しないことなどといった要件が備わって初めて相殺することができる。また、受働債権に第三者関与があったときには、その後に自働債権を取得した場合と、自働債権の弁済期が第三者関与後に、かつ受働債権の弁済期よりも遅れる場合には相殺することができない。したがって、第三者関与後に相殺するためには、少なくとも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、その時点で自働債権が弁済期にある必要はない。そこで、他の要件がその時点で備わっていなければならないかどうかが問題となるのであるが、ドイツ民法（以下、BGBという）制定後最初に扱われたのは同種性に関するものであった。すなわち、例えば、金銭の支払いを求める代金支払請求権が譲渡された時点で反対債権である自働債権が物の引渡請求権であり、両債権の目的は別のものであったが、その後債務不履行によって自働債権も金銭の支払いを求める請求権に転化し、両債権の目的が同種のものとなった場合に、譲受人に対して相殺を對抗することができるかが争われたのである——本稿ではこのような場合を指して同種性の問題と称している——。これはBGB制定直前に、プロイセン一般ラント法（以下、ALRという）に基づいてこれを否定した判断を変更するという形で現れた。そこでまずライヒ最高裁判所（以下、RGという）が、第三者関与時点で両債権の目的が同種のものでなければその後に相殺を對抗することはできないとした事例から見ることにする<sup>17)</sup>。

① RG Urt. v. 2. 3. 1892 (RGZ 29, 206)

（事実関係）

1888年4月26日、Yは、自己が所有する二筆の土地を、建築業者であるAに

---

通りである。したがって、392条406条において、債権譲渡・差押時点で自働債権を有していなければならないという制限を「但書前段」の制限とし、自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来しなければならないという制限を「但書後段」の制限、ないし時的制限という。

17) 当事者その他の呼称は、原告X、被告Y、訴外A、B、Cとし、筆者が挿入した字句は〔 〕で示す。

85300Mで売却した。右土地にはAへの譲渡時点ですでに総額2988.76Mの抵当権が設定されていた。しかし、AY間の契約では、Aがその抵当債務を引き受けることになっていただけではないので、その結果、AはYに対して抵当債務の免責を得るように求める請求権、すなわち免責請求権（Liberationsanspruch）を有することになった。その後、Aは土地とともに右請求権もあわせてBに譲渡し、さらにはBはXに譲渡した。Xは右土地に担保権を設定して新たに融資を得るため、すでに設定されていた右抵当権を自己の出捐をもって抹消した。そこでXはその償還をYに請求した。

これに対し、Yは、Aに対して報酬と材料費の支払を求める請求権をすでに有しており、これを自働債権としてXの債権と相殺すると主張。

1審、2審ともX勝訴。Yの上告棄却。

（判旨）

仮に譲渡人Aが右免責請求権を譲渡していなければ、Aからの請求に対してYは相殺を対抗できない。なぜなら、免責請求権というYに対して行為を求めるAの債権とYの金銭債権は同種性を有していないからである。このようにして、譲渡人に対して相殺を対抗できない場合に、自らの出捐によって抵当権を抹消するという譲受人Xの行為によって、求償権という金銭債権に転化し、両債権が同種性を有することになったとしても、債務者にとって有利な状況を主張することは許されない。なぜなら、「譲渡の効力についてのALRの規定は、むしろ債務者が自己の地位を悪化させないように求める権利のみを認めている。債務者は譲渡の通知時点で生じている抗弁は保有する。しかし、後に譲受人が行った行為によって、譲渡人のところでなら生じた相殺の抗弁を譲受人に対して主張する権利はない。」

譲受人が、取得した免責請求権を債務者に行使すれば、同種性がないことをもって債務者から相殺の抗弁を対抗されることはなかったのに、自らの出捐で抵当権を抹消させることによって今度は相殺を対抗されるとなると、はたして結論的にどうかという問題があり、その意味では本判決は妥当といい得るかもしれない。しかし、いずれにしても、本判決は、第三者関与時点で両債権の同

種性を必要としたのであるが、この点はほどなく修正されることとなった。

② RG Urt. v. 11. 1. 1910 (JW 1910, 147 Nr. 8)

（事実関係）

AとYは、Bに対して、請負契約に基づく報酬請求権5200 Mを有しており、この債権を保全するため抵当権が設定された。この登記はYの単独名義でなされたが、Aの債権部分2946.30 Mについて、Aが右抵当権から満足を受ける旨の合意がAY間でなされた。その後、Aは右債権をすべての権利とともにXに譲渡した。1907年5月2日、抵当権が実行され、債権額5200 MがYに支払われたので、XがYに右譲受債権額とその利息の支払を求めたのが本件である。これに対し、Yは、すでに弁済期が到来しているAに対する貸金債権をもって相殺すると主張した。

1 審X全部勝訴。2 審はYの相殺を認め、被相殺額2683.15 MについてXの請求を棄却した。

Xの上告棄却。

（判旨）

「原審は、貸金の支払をAに求めるYの債権が1905年10月に発生し、それと同時に弁済期が到来したこと、Xへの債権譲渡はそれよりも後になされ、しかもその弁済期は1907年5月2日であるという認定事実を指摘し、本件はこのような〔406条但書の〕例外に当たらないと、適法に判断した。譲渡人に対する債務者の債権が同種性を欠いているが故に相殺することができず、その後譲受人のもとで初めて同種性を有するに至った場合には債務者は相殺することができないという上告人主張の法命題は、本件の場合まで含むものではない。Yに対するAの債権が条件付金銭債権としてYの自働債権と対立し、そして譲渡の意思表示を知った後の1907年9月12日の答弁書において被告として相殺の意思表示をしたときには、同年5月2日の抵当債務の弁済により〔Aの債権が〕無条件の金銭債権になっていたことで十分である。……債権の同種性は相殺〔権行使〕の要件である。」



## 相殺の期待保護

相殺されたYに対するAの債権は、実質的には共同担保である抵当権の維持・管理に向けられた無条件の信託関係に基づくものであり、初めから条件付金銭債権が成立していたわけではないとするXの上告理由を排斥して、本判決は、両債権の同種性は相殺権行使の要件であり、第三者関与時点で両債権の目的が同種であることは不要としたのである。これにより、第三者関与後に相殺するためにその時点で必要とされる要件と相殺権を行使するための要件を明確に区別されることになった。この考え方は、引き続いて次ぎの判例においても踏襲され、確立されることになったのである<sup>18)</sup>。

### ③ RG Urt. v. 4. 3. 1910 (RGZ 73, 138)

(事実関係)

1902年11月1日、Yは、B有限会社の持分をAから購入し、代金支払期限は1905年4月1日と定められた。その後、Aは右代金債権をXに譲渡した。Bが1903年春に破産したため、同年6月、Xは将来の給付の訴えを提起した。

これに対し、Yは、右売買契約がAの詐欺によるものとしてその法的効力を争うとともに、予備的に、Aに対する債権を自働債権として相殺すると主張した。すなわち、売買代金債権がXに譲渡される以前の1902年10月24日、キールにあるC銀行とB有限会社との継続的信用取引が開始されるに際し、AとYはその会社の連帯保証人となり、Yは一部自己名義、一部は妻名義の抵当証券を銀行に質入した。その後、1903年5月5日、Bが破産したので、1904年1月1日、C銀行はBの借方残高をYの勘定に移し、翌日Yの質入した抵当証券をC銀行名義に書き換えた。これにより、YはAに対し769条、426条に基づき求償権を取得し、これが自働債権とされたわけである。

1審、2審ともY勝訴。Xの上告棄却。

(判旨)

「債務者が譲渡を知った時点で、相対立する債権が同種性を有していなければ相殺することができないという原則を打ち立てた当院第5民事部の判決〔判例①〕は、本件に妥当するとは考えられない。406条の文言からそのように理  
18) 後掲判例④も同旨を述べる。

解することができるものではないし、そしてこの規定が基礎をおいている公正さの観点からは、受働債権の弁済期が、Yの自働債権のそれよりもかなり後に到来する場合には間違いなく相殺を適法とするものである。債務者が譲渡を知った時点で、債権がたとえ条件付きであったとしても、その債権が存在しているだけで十分のはずである。このことを共同保証と銀行への抵当証券の入質ということから導いている原審の判断は正当である。債権の同種性は、相殺の意思表示をなす時点においてあれば足りる。

1910年の判決〔判例②〕は同じ趣旨の判断を下している。……………〔判例①は〕ALRの適用に基づくものであり、しかもその判決は根本的に異なった事実関係に基づくものである。」

このようにして、第三者関与後に相殺するためにその時点で必要とされる要件と相殺権を行使するための要件が明確に区別され、前者の要件としては自働債権を取得していることのみとされた。その結果、相殺権を行使するための他の要件である、例えば自働債権に条件・期限・抗弁などが付着していないことなどといったことも、第三者関与時点を基準とすることなく、その後に相殺適状が生じたならば相殺することができることとされるのである。

## （2）法的基礎

ドイツ法においては、第三者関与後に相殺を對抗するためには、時的制限を別にすれば、その時点で自働債権を取得していることのみが要件とされるにすぎない。そこで、この「取得」とはいかなる程度に達していることを要するか、すなわちどのような状態にあれば取得といえるかが問題となる。

この点については、その時点で具体的に自働債権が発生している必要がないとすることで、当初から一致している。しかし、この結論を認めるために、初期の段階では、自働債権がいわば停止条件付債権としてすでに発生しているとみなすことから出発することになる。

前掲判例③

(判旨)

「…………さらに、譲受人に対する相殺を禁止する406条但書前段にもあたらないと原審が判断したことは、正当である。Yは、Aとともに会社の共同保証を引き受けたその時点で、769条、426条に基づいてY自らがその債務につき銀行に支払いをなすことによって生ずるAに対する求償権を、すでに取得していたのである。この求償権取得の時点では、債権譲渡はまだ行われていなかった、つまり、Yは譲渡を知るなどということはありえなかったのである。…………債権譲渡を知った時点で、債権がたとえ条件付きであったとしても、その債権が存在しているだけで十分のはずである。」

このようにして、本判決は、自働債権が具体的に成立していなくともそれを発生させる基本契約関係があれば——ドイツの判例はこれを法的基礎(Rechtsgrund)と呼んでいる——、それにより条件付きに自働債権が発生しているとみなしている。すでに述べたように、第三者関与時点で自働債権が条件付きであっても相殺に供することができることを当然の前提とした結果である。ただ、条件付きですでに発生しているとする理由付けは明らかではない。いずれにしても、本判決を契機として<sup>19)</sup>、以後このような考え方が受け継がれていくことになる。

④ RG Urt. v. 29. 4. 1914 (SeuffA 69 Nr. 234)

(事実関係)

AらはXと土地の交換契約を締結したが、その際、Xの方に不足分が生じた。その調整のため、Aらはその差額分の支払請求権を取得し、それをYに譲渡した。Yからの支払請求に対し、Xは、Aらが右交換契約を履行しなかったため、すでに支払った印紙代の3分の1の賠償を求める請求権、およびAらが

19) 判例②も、Yの有する金銭債権との同種性を認めるために、Xの有する債権は停止条件付金銭債権としてすでに発生しているとしている。ただし、ここでは受働債権についてのものである。

交換契約で引き受けた抵当債務を X が支払ったことによる填補賠償を求める請求権がそれぞれ生じ、これを自働債権として相殺する旨の意思表示をした。

これに対し、Y は、X の出捐が譲渡通知後になされたものであるから相殺はできないと反論した。そこで、X は Y を相手取って、Y に譲渡された差額分の支払債務不存在の確認訴訟を提起したのが本件である。

原審は、X の印紙代の支払、および抵当債務の支払が、債権譲渡の認識後であると認定したにもかかわらず、X の相殺を適法とし、請求を認容した。

Y の上告棄却。

（判旨）

「原審は、その引用する RG の判例〔判例③〕に依拠して、先のように弁済期が認定されるにもかかわらず、X は406条の意味での反対債権を、A がその契約で引き受けた義務の不履行という事実——先の RG の判例の意味において——条件づけられていたものではあるが、1909年1月6日の交換契約によってすでに取得していたとして、本件は〔406条の〕例外に当たらないと判断した。このような関係のもと、先の交換契約は、A が印紙代の3分の1を負担する義務だけでなく、X を抵当権の負担から解放する義務をも生ぜしめるものである。これに加え、譲渡によって債務者の地位が不利になってはならないという404条および406条の基礎となっている法思想と、それによって404条に関して確固たる判例がとる見解に適うのは原審の立場だけである。それゆえ、譲渡時点で法的基礎（Rechtsgrund）しか存在していなくとも、譲渡人に対する抗弁は基礎づけられていたとみるべきであり、譲渡された権利の存否に影響を及ぼす事実が譲渡の前であったのか後であったのかは問題ではない。相対立する債権の同種性という、相殺に関し特に必要とされる要件は、387条で要求される他の要件と同様に、相殺する時点で存在すれば足りる。」

本判決も、判例③と同様に、相殺の行使要件と第三者関与時点での要件を明確に区別する。しかも、本判決では、条件付きに自働債権が発生していることに加えて、自働債権の法的基礎があればよいとしている。ここにおいて、はじめて「法的基礎」という言葉が用いられ、第三者関与時点でそれがあ

れば足りるとするのである。404条と406条が、ともに債権譲渡の場合の債務者保護規定であり、相殺も一種の抗弁だとすると、404条と同じように自働債権が具体的に発生している必要はなく、その法的基礎だけあればよいことになる。このように、406条を404条に幅寄せして考えることが、本判決のうちにその萌芽を見ることになるのである。

そして、第三者関与時点で自働債権の法的基礎があれば、その後に自働債権が具体的に発生することにより、それを相殺に供することができるという考え方は、連邦通常裁判所（以下、BGH という）においても受け入れられることになるのである。

⑤ BGH Urt. v. 12. 6. 1961 (JZ 1962, 92)

（事実関係）

Aは、Yらに対する建築請負契約に基づく報酬請求権をXおよび自らの下請人Bらに譲渡した。Xからの支払請求に対し、Yらは以下のように主張した。すなわち、AがBらに対する支払を遅延したため、その結果Bらはその後の履行を拒絶する態度を示した。そのため、Yらは自らBら下請人に支払うことを余儀なくされた。この弁済は、Aには先払いを、Bらに関しては立替払いを意味し、この点を考慮するように主張。

1 審、2 審ともX勝訴。

原審であるベルリン上級地方裁判所（KG）は、Xへの譲渡とそれについてのYへの通知がある以上、Xは有効に債権を取得している。その後に右債権がBらに譲渡され、さらに弁済されたことはXへの債権譲渡になんら影響を与えるものではないと判断した。

上告審は、Yの主張を相殺の主張として扱い、原判決を破棄差し戻した。

（判旨）

「Aが下請に対して遅滞に陥っていて、それでBらがその後の履行を拒絶したのであれば、被告Yは、Bらに弁済するにつき正当な利益がある。Aの積極的債権侵害に基づくYらの損害賠償請求権は、すでに建築契約それ自体と、支払がなければその後の履行を行わないというAに起因する下請の履行拒絶

にすでにその「基礎」(wurzel)がある。したがって、406条の適用に関しては、Yによる下請への弁済がいつなされ、それゆえ、相殺適状がいつ生じたかということは問題とならない。むしろ、相殺すべき反対債権の法的基礎が譲渡時点ですでに存在していることで十分である。」

本件は、被告Yの主張を損害賠償請求とみなし、しかも、それはすでに譲渡時点で基礎を有していたものであるから、自働債権としての適格性を有するとしたものである。

⑥ BGH Urt. V. 21. 4. 1971 (BGHZ 56, 111)

(事実関係)

Aとその妻は自己の農場の一部をBに賃貸し、Bはそこでワインを提供する飲食店を営んでいた。1956年10月22日、AらはBと右用益賃貸借につき、従来の契約を改め、再度契約を締結したが、その契約書6条gでは、賃貸人の理由のある無催告解除により賃貸借関係が終了した場合、賃借人はそれによって生じた損害を賃貸人に賠償する責めを負う。8条bでは、賃借人の支出にかかる有益費6万Mは、契約関係の終了と賃貸借目的物の返還後に支払う、と定められていた。この用益賃貸借契約はBの賃料不払いにより、1956年12月3日解除されたが、Bが明渡したのは1961年6月2日であった。

ところで、すでにそれ以前に、Bは用益賃貸借契約8条bに基づく有益費償還請求権を債権担保のためC会社に譲渡し、その後CはDに譲渡した。1959年1月30日Bが破産し、右償還請求権はその管財人であるXに1963年1月9日移転し、XはAらの相続人であるYに訴求した。

Yは、Xの権利行使資格を争い、また時効を主張するとともに、予備的に賃貸借契約の解除から立退までの賃料および損害賠償請求権をもって相殺すると主張した。

1審はYに43967.61Mの支払を命じた。2審は原判決を取り消し、Xの請求を棄却した。その理由とするところは、Bの破産開始までに生じたYの賃料請求権および損害賠償請求権をもってする相殺は有効であり、しかもこの相殺

## 相殺の期待保護

は406条によっても破産法（以下、KO という）55条によっても禁止されるものではないというものであった。

Xの上告棄却。

（判旨）

「Y ないし A らは、破産者 B に対する債権をもって二人の譲受人 [C, D] に対し相殺することができたはずである。このことは406条により認められる。

訴求債権が C に譲渡されたことを、A はすでに1956年11月5日に知っていた。しかしながら、A は自働債権をそれ以前にすでに取得していたのである。A は、先に述べたように、1956年10月22日に締結された用益賃貸借契約の6条gに基づく損害賠償請求権を主張している。つまり、相殺に供せられた反対債権の法的基礎が譲渡の時点ですでに存在していたのである。406条により、相続人 [A の妻] および Y が、譲受人 C, D に対して相殺の可能性を保持するには、これで十分である。後に B が破産したことによって、この法的地位は変わらない。このことにより相殺可能性が消滅させられるものではない。しかも、このことからさらに、訴求債権が破産管財人である X に譲渡されたことも、この相殺可能性を排除するものでないことは明らかである。訴求債権の弁済期が到来していないことによって相殺は妨げられることがないから（KO54条1項）, Y が1963年1月9日の譲渡前に、自己の反対債権をもって D に対して相殺していたならば、訴求債権は全額消滅していたであろう<sup>20)</sup>。」

本判決は、自働債権の法的基礎があれば相殺可能であるとする点について、BGH の公式判例集に初登載されたものである。今までの流れを確認したものといえよう。

⑦ BGH Urt. v. 27. 4. 1972 (BGHZ 58, 327)

（事実関係）

---

20) なお、破産の場合の相殺に関して、BGH Urt. v. 1. 7. 1974 (NJW 1974, 2000) は、破産開始前に締結していた保証契約に基づき、破産開始後にその保証債務を弁済することによって取得した破産者に対する求償権を自働債権とする相殺を認めた。破産法により、破産開始時点で条件付債権も相殺に供することができるからであるとする。

被告 Y 協同組合の組合員である A とその妻は、原告 X から 3000 M を借り受けていた。そこで、A 夫妻は、1967 年 4 月 17 日、利息と費用を含めて X に返済しなければならない額に満まで、A が Y 共同組合に対して有する持分返還請求権を X に譲渡した。同年 12 月 27 日に A は死亡した。同月 31 日に A の組合員としての地位が終了し、その時点で右返還請求権の額は 4500 M となっていた。そこで、X は、右返還請求権のうち 3000 M を譲り受けたとして、Y に訴求した。

これに対し、Y は以下のように主張した。すなわち、1967 年 2 月 2 日、Y は A に組合住宅として家屋を賃貸したが、A の賃料不払いにより、A と保証人である A の妻に対して数次にわたり督促手続をおこなうとともに、A の死亡後は A の妻を含む相続人らに対して賃貸借契約の解除と家屋の明渡を求める二つの訴訟を提起した。最終的に A の相続人らは 1969 年 2 月末日に立退いたが、この間の未払賃料約 1800 M、弁護士費用として約 1200 M、そして立退いた後の改装費用として約 1200 M を請求する債権を自働債権として、A の Y に対する返還請求権と順次相殺すると主張した。

1 審 X の一部勝訴。2 審 Y 勝訴。

原審は、A の相続人らに対する Y の債権が、X への譲渡以前である 1967 年 2 月 22 日に組合住宅として家屋を賃貸借するという継続的契約にその法的な基礎を有していること、および持分返還請求権の弁済期到来時点には Y の反対債権の弁済期も到来していたことによって、Y は A の相続人らに対して 406 条に基づいて相殺することができ、したがって X が主張する 3000 M の債権は全額消滅したと判断した。

X の上告棄却。

（判旨）

自働債権としての適格性については、原審同様の判断をして、すでに賃貸借契約にその法的基礎が存在していることをもって足りると判断した。

ただ、本件は時的制限について、新たな判断を下したものであり、その点は後述する。



⑧ BGH Urt. v. 22. 11. 1979 (NJW 1980, 584)

(事実関係)

A はしばしば Y から建設工事を請け負っており、1977年5月9日にもボーリング・埋め立てなどの仕事を請け負った。その際、AY 間では国が使用する標準契約書 (VOB/B) によることが合意されていた。

一方、X は A に対し土砂を供給しており、その未払代金債権8400 M に基づき、1977年6月24日、右契約によって A が Y に対して有する報酬請求権を差押え、取立命令を得た。その後、A は資産悪化に伴い工事を中止したので、Y は同年8月16日、右請負契約を解除するとともに、契約不履行による損害賠償請求権と A が仕事の一部を完成させたことによる報酬請求権とを相殺する旨の意思表示をした。ただ、この時点では、Y は暫定的に、A の報酬請求権は7200 M と計算したにすぎなかった。Y は A が中断した工事を第三者に依頼して完成させた。翌1978年7月4日、Y は、A の報酬請求権は7200 M、相殺に供した Y の損害賠償請求権は12500 M であると正式に計算した。

その後、X は、差押・転付命令に基づき、報酬請求権7200 M の支払を Y に求めた。

1 審X勝訴。2 審は以下のような理由で Y の相殺を認め、X の請求を棄却した。すなわち、標準契約書によれば、A の Y に対する報酬請求権は Y の建築契約解除により弁済期が到来したことになる。しかし、同時に契約不履行による損害賠償請求権も発生し、これも弁済期が到来したことになる。これによって両債権の相殺適状が生じた。報酬請求権が差押えられた時点では、確かに損害賠償請求権は発生していなかったが、しかしその法的基礎、つまり A が仕事を完成させるという義務は発生していた。A に対してなされた差押によって、債務者である Y の相殺可能性を奪い取ることは不当である。

X の上告棄却。

(判旨)

「a) 392条の第1選択肢〔但書前段〕は、相殺しようとする者が相殺に供する債権を差押後に取得した場合には相殺は認められないとしているが、本件はそれにあたらない。

aa) 破産手続において、破産者と契約した相手方が、完了した給付部分についての報酬を求める破産財団の請求権に対し、未完了部分の不履行による損害賠償請求権をもって相殺することは、一般に認められている。その損害賠償請求権は、破産開始前にすでに停止条件付きで発生していたものとみなされる。それゆえ、KO 54条1項により、この損害賠償請求権をもってする相殺は、破産開始後であっても認められるのである。」

「b) 本件における相殺は、392条第2 選択肢〔但書後段〕によっても排除されるものではない。自働債権の弁済期は、なるほど差押後に到来するものであるが、しかし、それは被差押債権よりも遅れるものではない。……解除の時点で損害が発生し、その〔損害額の〕範囲については変更はなく、そしてこれは金銭に評価できるものだということが重要である。Y が解除によって第三者に仕事の完成を依頼し、そのためA が契約通りに履行した場合よりも多額の費用を支出せざるを得なかった点に損害がある。上告人の見解とは異なり、ここでの唯一の問題である、不可欠、つまり不可避の増加費用はすでに解除の時点で金銭的に評価することが可能であった。それゆえ、損害賠償請求権は解除の時点で弁済期が到来していたのである。」

本件は、差押に関する初めての事例であるが、債権譲渡と区別せず、従来の判例にしたがって、差押時点で自働債権の法的基礎があれば十分とする。しかも、それは具体的に金額が確定されている必要はないとする。

以上みてきたように、第三者関与時点で自働債権の法的基礎が存在しているだけで十分であるとするのは確立した判例となっているのである。

### (3) 時的制限

ドイツ法において、第三者関与があった場合に相殺が禁止されるのは、すでに述べたように、その時点で自働債権を取得していなかった場合と、すでに取得していた自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも遅れる場合である。前者に関しては、法的基礎さえ有していれば十分であるとする、すでに見てき

た通りである。これに対して、後者の時的制限に関しては古くから問題とされ、後述するように、普通法時代においては、自働受働両債権が同一の法律関係から生じた場合に時的制限はないとするのが大方の主張であった。しかし、この問題に対して、BGB は沈黙している。そこで、この点についての判例を検討することにする。なぜなら、これは、まさに日本で議論されているように、相殺の期待をめぐる問題であって、この点からの検討を欠くことができないと考えられるからである。

次ぎの判例は、BGB 制定後に初めてこの問題を扱ったものであり、結論的には、両債権が同一の法律関係から生じた場合には、406条但書が適用されないとしたものである。この判決は、下級審ながら、406条と404条の関係について一石を投じるものであった。

⑨ OLG Breslau, Urt. v. 16. 11. 1905 (OLG 12, 47)

(事実関係)

AY 間で石炭の継続的供給契約が締結されていたところ、A はすでに履行した石炭の代金債権を X に譲渡した。そこで X がこの代金の支払を請求したのに対し、Y は、A がその後の石炭の引渡を拒絶したので、それによって生じた損害賠償請求権をもって相殺すると主張した。これに対し、X は、Y の自働債権取得が X への債権譲渡を知った後であり、またその弁済期も被譲渡債権より遅れて到来するものであるから、Y の相殺は不適法と主張。

(判旨)

「404条により、債務者は、債権の譲渡時点ですでに基礎づけられていた譲渡人に対する抗弁を、譲受人に主張することができる。……したがって、Y の損害賠償請求権はXに対しても主張できるはずである。なぜなら、損害賠償請求権が譲渡の後で初めてその事実上の基礎を与えられ、わけでも金額が確定される内容をもつことになったとしても、その法的基礎はやはりその債務関係にあるからである。」このようにして、「Y が、404条に基づいて損害賠償請求権を X に対抗することができる以上、Y のこの権限を406条によって再び奪い取ることは許されない。なぜなら、406条はまさに債務者の保護を目的として

おり、これに関しては、債務者が譲渡によって不利益を受けてはならないという主要原則が妥当するからである。……しかし、406条は、相殺に供せられた債権が譲渡を知った後に、しかも被譲渡債権の弁済期よりも遅れる場合には、相殺を認めない。本件がその場合に当たるとXは主張している。しかし、この点についての証拠調べは不要である。なぜなら、406条は、相殺に供せられた反対債権が〔譲渡された〕債権と同一の法律関係に基づいている場合にはそもそも適用されないからである。確かに、406条の但書後段は、但書前段と同じように、〔債権譲渡後に〕『取得された』債権と言っていないが、しかしながら、但書後段にはそのような〔新たに取得された〕債権だけが含まれ、しかも〔債権譲渡後に〕『取得された』という文言には、債権者の債権によってたつ債務関係にその発生原因を有していない別個独立の債権だけが含まれると理解すべきである。このような債権を、〔Yは新たに〕取得したわけではなく、特段取得ということなしに、〔Yの〕債権が対向している〔Xの〕債権の基礎となっているのと同じ契約から生じているものである。このように解さなければ、406条は、債務者の地位を有利にするどころか、本件で示されるように、その地位をむしろ悪化させてしまうことになる。」

本判決は、自働受働両債権が同一の法律関係から生じた場合には、そもそも406条の適用がないこと、406条但書後段の制限は譲渡後に取得した債権にのみ適用されることという2つの理由から、おそらく被譲渡債権（受働債権）が自働債権よりも先に弁済期が到来した事案であったと思われる本件において、相殺を認めた。

このようにして、406条の時的制限を回避するために404条を適用する判例には、RG Urt. v. 6. 5. 1935 (JW 1935, 2751) がある。これは、訴訟継続中に訴求債権が譲渡された場合、譲受人に対してその後に額が確定された訴訟費用をもって相殺することを認める。譲渡がなければ相殺することができたこと、債権譲渡によって債務者の地位を悪化させてはならないことなどからして、譲渡時点ですでに条件付相殺可能性が生じており、その場合は直ちに404条が適用されることを理由とする。しかし、同じく訴訟費用をもって、訴求債

権の差押債権者に相殺を対抗した場合に、RG Urt. v. 25. 1. 1937 (JW 1937, 1631) は、392条、406条によって禁止されている相殺を404条の適用によって回避することが許されないとして、相殺を認めなかった。

訴訟費用という、やや特殊な事例において判断が分かれることになったが、BGH になって初めて406条の相殺の問題を扱った次ぎの判例で、404条の適用可能性の問題は明確に否定されることになった。この判決は、BGHとして相殺に関する立場を最初に明らかにしたものであり、その理論的支柱は現在にも影響を与えているものである。やや長くなるが、ここで引用しておくことにする。

⑩ BGH Urt. v. 28. 11. 1955 (BGHZ 19, 153)

(事実関係)

A は、Y に対する代金債権8812.80 M を、1952年12月13日 X に譲渡するとともに、その旨を Y に通知した。

一方 A は、業務のため B スポーツクラブから体育館を賃借していたが、Y が A に代わって体育館を借り受けるべく、Y が A と同一の権利義務を承継すること、A から Y への最終引渡期限は1953年2月28日とする契約が、AY 間で締結された。ところが、A はその期限をすぎても引き渡さなかったため、1953年6月までに Y に21166.71 M の損害が発生した。そこで、代金債権を譲り受けた X からの支払請求に対し、Y は、A に対して留置権<sup>21)</sup>を主張することができ、しかもそれは X に対しても主張することができるものであるとし、予備的に、右損害賠償請求権を自働債権として相殺すると主張した。

1 審 2 審とも X 勝訴。

原審は、A から X に譲渡された右売買代金債権の弁済期が、1953年2月初めであったこと、1951年以降 YA 間には緊密な取引関係があり、Y は A に対し広範囲の融資をしていたこと、体育館引渡に関する1952年3月6日の契約も

21) Zurückbehaltungsrecht を留置権と訳出しておく。ドイツにおける留置権は、日本法のように物を留置するだけの権利ではなく、債権者の履行があるまで自己の履行を拒絶できるという、一種の履行拒絶権であり、日本法の同時履行の抗弁権の意味をも併せ持つものである (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.1., 14. Aufl., 1987, S.211ff.)。

この融資との関連において締結されたものであること、Aが体育館を引渡さなかったためYに対する積極的債権侵害が生じたと、一方ではYに有利に認定した。しかし、他方では、右積極的債権侵害に基づく損害賠償請求権の弁済期は、早くとも体育館引渡日である1953年2月28日であると認定し、これは譲渡された売買代金債権の弁済期よりも遅れるものであることを理由にYの相殺は認められないと判断し、留置権の成立も否定した。

Yは、Breslau 控訴審判決〔判例⑨〕などを引用し、双務契約上から発生した反対債権はその弁済期を問わず相殺に供することができるとして、上告。

上告棄却。

（判旨）

「a）債務者が譲渡前にすでに有効に相殺の意思表示をしていたならば、被譲渡債権はすでに譲渡前に消滅していたことになり、債務者は、つとに404条によって譲受人に対して債権の消滅を主張することが許される。さらに、相殺〔の意思表示〕が譲渡の前にはなされていなかったが、相殺のすべての要件がすでに満たされ、すなわち相殺適状となっていたことにより相殺が可能であったならば、結論は〔右と〕同じである。この結論が406条に基づくのか、それともこの特別規定を取り込まなくてもすでに389条、404条から導き出せるのかは判断する必要がない。

しかし、例えば、相殺に供する自働債権が受働債権と同種のものでない、弁済期が到来していない、全く成立していない、あるいは債務者に帰属していないなどの理由で、譲渡時点において相殺適状になかった場合については、上告人が主張するところとは異なり、406条はなんら規定していない。仮に譲渡人が受働債権を譲渡していなければ、債務者はそれらの障害が除去された後はいつでも相殺することができる。しかし、債務者は、404条により、譲渡時点ですでに有していた権利を保持できるとどまり、仮に譲渡がなければ後から取得することができたであろう権利を無制限に認めるよう求めることはできない。

b）そうなると、406条の意義は以下の点に存する。すなわち、本条は譲渡時点ですでにあった法律状態だけを債務者に保持させるものではなく、さらに

債務者は、譲渡時点以後に生じ、もし譲渡がなければ譲渡人に対して相殺する権利を与えることになったであろう事情をも主張することができるとしていることである。つまり、この場合、譲渡時点までに生じていた両債権が相互に対立しているという前提が、その後も存続しているものと扱われることになるのである。しかし、この相殺権の拡張は、譲受人に対する弁済までに——あるいは、譲受人の債務者に対する訴訟の事実審口頭弁論終結時までに——生じたあらゆる事情に直ちに妥当するものではなく、『但し』で始まる406条但書に示されている制限の範囲内においてのみ妥当するものである。……

d) ……同種性が後から生ずる場合について、法律は明文の規定を欠いている。判例によれば、債務者の譲渡人に対する請求権が受働債権の譲渡時点で同種性を欠いていても、後にこれが金銭債権に転化すれば譲受人に対し相殺できる。その際の要件は、この金銭債権への転化と、および（後で論ずる）その弁済期が、遅くとも被譲渡債権の弁済期の時点には到来していることである。

e) 本件についてみると、確かに債務者は自働債権を譲渡の時点で有しているが、未だ弁済期が到来していない場合の規律が決定的に重要である。この場合、債務者は、受働債権の譲渡がなければ、自働債権の弁済期到来後に、これを相殺に供することによって〔自己の債務から〕免れると期待できた。この期待は、債務者の自働債権の弁済期が、遅くとも受働債権のそれと同時に到来する場合には、それを奪うことができない。406条は、この場合には譲受人に対しても相殺することができる権限を債務者に与えているのである。……

上告人が引用している Breslau 控訴審判決と Simonson の論文では、継続的供給取引が問題とされており、それは売主が弁済期の到来した石炭の売買代金を譲受人に譲渡し、それに対し買主が、その後の供給がなされなかったことによる損害賠償請求権をもって相殺しようとした事件であった。そこでは、この相殺の権限が、406条の但書の制限は譲渡時点ですでに債務者が有している債権には適用されず、受働債権の譲渡を知った後に第三者から取得した債権についてのみ妥当するものであるという理由付けをもって、肯定された。このことは、その文言上、但書前段には確かに妥当する。しかし但書前段の制限はそもそも譲渡を知った後に第三者から『取得』した反対債権をもってする相殺

を、その弁済期の時点を問うことなく全面的に禁止するものである。Breslau 控訴審判決と Simonson が、但書後段をも、その適用があるのはこのような債権に限ろうとしたのだが、そうであるなら但書後段は不要であり、規律対象がなくなるであろう。……

以上により、406条で定められている相殺権は、相殺に供された債務者の反対債権が受働債権の譲渡を知る時点で弁済期にあったか、あるいは遅くとも受働債権と同時に弁済期が到来する場合であるときに限って与えられるという原則はこれを維持すべきである。」

これにより、406条の時的制限を回避するために404条を適用することははっきりと否定されたのである<sup>22)</sup>。

しかし、次ぎの判例は、留置権を適用することによって、相殺可能性の拡張をはかった画期的な判例である。

#### 前掲判例⑦

##### （判旨）

「406条は、譲渡を知った後、被譲渡債権よりも後に弁済期が到来する債権をもって債務者が相殺することはできないとしている。このことは、債務者が譲渡を知る時点で自働債権の弁済期が到来しているか、あるいは遅くとも受働債権と同時に弁済期が到来する場合にだけ相殺することができるということを

22) ところが、406条の時的制限を回避して404条を適用するため、BGH, Urt. v. 25. 9. 1958 (NJW 1958, 1915=MDR 1958, 915) は次ぎのような理論構成を行った。すなわち、報酬請求権の一部を譲り受けた者からの支払請求に対し、注文者が請負契約を完成させなかったことによる損害賠償請求権を主張した事案につき、注文者からの損害賠償請求は、406条による相殺を主張したのではなく、右損害賠償請求権と報酬請求権の差額を計算する計算項目として主張したものであるとして、406条の時的制限の適用はないとした。両債権の独立性を認めないで、いわば交互計算を行ったものである。このような理論構成は、すでに、RG, Urt. v. 11. 11. 1913においてもみられる。反対債権を独立の債権とみるか、受働債権の額を決定する計算項目とみるかについては、別に改めて検討することにする。なお、Braga, Der Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB und die Aufrechnung und Abtretung, MDR 1959, S.437ff. 参照。



意味している。本件は、組合の持分返還請求権が譲渡された場合であって、この請求権は組合員の資格喪失を条件としており、しかも GenG（協同組合法）73条2項2文を受けたYの定款によれば、1968年6月30日をもって弁済期が到来するという停止条件付債権である。仮に、Aの相続人がそれまでに「組合住宅を」明け渡していたならば、Yは契約に基づいてその時点で弁済期が到来しているすべての反対債権をもって相殺することができたことになるが、それよりも遅れて弁済期が到来する債権をもって相殺することはできない。

4. しかし、組合住宅は1969年2月末になってようやく明け渡された。この点に照らすと、「その時点まで」Yは273条により持分の払い戻しを拒絶することができたはずであった。……

5. Yは、404条により、Xに対しても留置権を主張することができる。当院が下した BGHZ 19, 153〔前掲判例⑩〕において、確かに次のように判断した。すなわち、404条に基づき、273条による留置権を譲受人に主張することができるのは、譲渡時点で反対債権がすでに弁済期にある場合に限られる。しかし、これは譲渡の時点ですでに弁済期が到来している請求権について留置権の適用があることを述べたにすぎず、債務者の履行拒絶権が譲渡後に生ずるとともに弁済期も譲渡後に到来する本件には補足を必要とする。債務者が、遅くとも被譲渡債権と同時に弁済期が到来し、なおかつ譲渡時点ですでに法的基礎を有している同一の法律関係に基づく反対債権を有していたならば、債務者に留置権という譲受人に対する履行拒絶権を認めるに十分である。なぜなら、404条ならびに406条は、債権譲渡によって債務者の法的地位が不利益を受けないことを目論んでいるからである（BGHZ 19, 153, 156）〔前掲判例⑩〕。次ぎの場合には、債務者は被譲渡債権の弁済期が到来した時点で、その履行を拒絶することを期待してよいはずである。すなわち、被譲渡債権が譲渡時点で完全に効力を生じていなかったり、あるいは弁済期になかったとしても、自働債権の弁済期が被譲渡債権のそれまでには同じく到来しており、被譲渡債権と法的な牽連関係を有し、しかも基礎の点ですでに取得されている場合である。404条の目的からして、債務者にこの可能性が残されていなくてはならない。その限りで、自己の給付を自働債権の弁済期まで引き延ばすという不正な方法で留

留置権を発生させる債務者の利益は保護を受けないということが問題となることもない。

6. したがって、Yは、組合財産の払い戻しを少なくとも〔Aらが〕組合住宅から立ち退くまでXに対して拒絶することが許されるとするならば、これにより債務者は次ぎのような抗弁を取得したことになる。すなわち、406条の枠組において、相殺をするためには自働債権の弁済期が〔受働債権の弁済期よりも先に〕到来していなければならないとする時点の決定にあたって無視することができない抗弁である。確かに、406条が、その文言上、自働債権ならびに被譲渡債権について唯一基準としている弁済期を、留置権は延期させるものではない。しかし、留置権は、あたかも持分返還請求権の弁済期が組合住宅からの立退と連関しているかのような法的状態にYを置くこととなった。つまり、Aの相続人が組合住宅から立ち退かず、またしようもしない限り、Yもまた履行する必要がない。このような事実関係は、債務者に譲渡の時点における法律状態だけでなく、後に相殺することができるという譲渡時点においてすでに生じていた期待をも保持させようとする406条の目的からして、譲渡時点ですでに自働債権の基礎が存在し、その自働債権の弁済期よりも遅れて受働債権の弁済期が到来する場合と同じ様に扱われなければならない。持分返還請求権が譲渡されなければ、Yは、少なくともAの相続人が立退くまでは持分を払い戻さなくとも遅滞に陥ることはなく、その後弁済期が到来した継続的利用契約〔賃貸借契約〕に基づく債権をもって相殺することができたはずであった。譲渡以前から生じていたこのYの期待が、譲渡によって奪われてはならない。このことは、Yが、いずれにせよ1969年2月末日の組合住宅からの立退までに弁済期が到来した継続的利用契約に基づくすべての債権をもって、譲渡された持分返還請求権と相殺できるということを意味する。」

本件では、留置権を適用することによって、受働債権の弁済期を延ばし、それによって相殺可能性を拡大したのである。これによって、今まで頑なに守ってきた時的制限も、受働債権に対して履行拒絶できる場合には緩和され、相殺可能性が拡大したのである。

(4) ま と め

以上、ドイツ法における第三者関与と相殺に関する判例を概観した。そもそも債権譲渡が行われた場合、それによって債務者の地位が不利になってはならないこと、それにより債務者は、その時点で有していた相殺に対する期待を保護されることを基調として、まずは、相殺権を行使するための要件と、第三者関与後に相殺するためのその時点での要件を明確に区別した。そして、後者の要件としては、第1に、その時点で自働債権をすでに取得していることであり、しかもそれは具体的に発生している必要はなく、その法的基礎が存在していることで十分であるとする。第2に、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ものであることが必要であるが、これも受働債権の履行を拒絶することができる場合には相殺可能性が拡張されることになった。

また、このような債権譲渡と相殺の関係は差押の場合にも当てはまり、同一の結論を導くのである。

3 ドイツにおける学説

(1) 概観

ドイツにおける学説は、判例の見解をおおむね肯定しているようである。まず、債権譲渡との関係においては、それによって債務者の地位が悪化してはならないことを理由に、その時点で相殺適状にある場合のみならず、譲渡時点ですでに相殺によって自己の債務を免れるという期待を有していたならば、それも保護されるべきであるとする<sup>23)</sup>。相殺の期待という将来の見込みが保護され

23) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 1950, S. 311f.; Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Aufl., 1976, S. 409.; Münchener Kommentar (Feldmann), BGB., Bd. 2., 2. Aufl., 1985, S. 1308; Larenz, a.a.O. (Fn 21) S. 590.; Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., 1992, S. 354f.; Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1992, S. 277.

るものである以上、その時点で弁済期が到来している必要はないことになる<sup>24)</sup>。また、同じ債務者保護の規定である404条において、譲受人に主張することができる抗弁は譲渡時点で具体的に発生している必要はなく、その時点で基礎づけられていれば十分であることからして<sup>25)</sup>、自働債権もその時点で法的基礎があれば十分であるとするのである<sup>26)</sup>。

差押との関係においても同様であり、相殺によって自己の債務からの解放を期待することができる場合には、差押後に相殺することができ<sup>27)</sup>、あるいは、差押債権者は差押債務者が有していた以上の権利を取得することができず、第三債務者が差押債務者に対抗し得たことを受け入れなければならないことからして、差押債権者に相殺を対抗することができるとするのである<sup>28)</sup>。そして、債権譲渡の場合と同様に、差押時点で自働債権の法的基礎があればよく、また条件成就や抗弁消滅が差押後であっても、受働債権よりも先に弁済期が到来するのであれば相殺することができる<sup>29)</sup>。また、時的制限も、自己の債務を引き延ばすことによって相殺適状を生じさせるという方法によって相殺権を発生させることを禁ずる趣旨であるとする<sup>30)</sup>。

このようにして、弁済期の到来や両債務の同種性といった要件は相殺権を行使する際に必要とされる要件であって<sup>31)</sup>、第三者関与後に相殺を対抗するため

24) Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 205. ; BGB-RGRK (Weber), Bd. II., 1. Teil, 12. Aufl., 1976, § 406 RdNr. 11 ; Palandt-Heinrichs, a.a.O. (Fn23) S. 409. ; Larenz, a.a.O. (Fn21) S. 591. ; Soergel, Kommentar zum BGB., Bd. 2., Schuldrecht I, 1990, S. 1846.

25) Larenz, a.a.O. (Fn21) S. 587

26) BGB-RGRK a.a.O. (Fn24) § 406 RdNr. 10, 11 ; Larenz, a.a.O. (Fn21) S. 590. ; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., 1969, S. 246.

27) Soergel, a.a.O. (Fn24) S. 1803. ; BGB-RGRK, a.a.O. (Fn24) § 392 RdNr. 1, 3 ; Palandt-Heinrichs, a.a.O. (Fn23) S. 397.

28) Münchener Kommentar (Roth), a.a.O. (Fn23) S. 1218.

29) Plank, Kommentar zum BGB., 1914, S. 535. ; Staudinger-Kaduk, Kommentar zum BGB., Bd. II., Recht der Schuldverhältnisse, Teil I, 1978, S. 616. ; Soergel, a.a.O. (Fn24) S. 1803f. ; Münchener Kommentar (Roth), a.a.O. (Fn23) S. 1218f. ; Blomeyer, a.a.O. (Fn26) S. 245f.

30) Soergel, a.a.O. (Fn24) S. 1804 ; Münchener Kommentar (Roth), a.a.O. (Fn23) S. 1219.

31) Staudinger-kaduk, a.a.O. (Fn29) S. 616.

にその時点で必要とされる要件はその時点ですでに自働債権を取得していることであって、しかもその取得には自働債権の法的基礎の存在をも含めるということが認められているようである。これは判例と同じ立場であり、このような判例学説の一致は一体何に由来するのであろうか。おそらくは、BGB 制定以前からの相殺に関する理解に基づくものであろうと思われる。そこで、まず、BGB の立法に至るまでの相殺についての史的素描を簡単に記すことにする。

## (2) BGB 制定前

債権譲渡が行われると、相殺の要件の一つである相互対立性が失われることになり、この場合の相殺可能性について、古くはドイツでも争われていたが、近世普通法時代に入っては、一般的に承認されるに至った<sup>32)</sup>。しかし、その理由とするところは、譲渡時点ですでに被譲渡債権が法上当然相殺 (ipso jure compensari) によって消滅しているからだとした<sup>33)</sup>。したがって、その時点で両債権が相殺適状になければならないということが要件とされるのは必然的な結果だったのである<sup>34)</sup>。その後、債権譲渡という譲渡人の一方的な行為によって債務者の法的地位を悪化させてはならない、すなわち譲渡人に対して主張することができたすべての抗弁を譲受人に対しても主張することができるとする債権譲渡における原則が確立された。そこで、この観点から債権譲渡の場合の相殺可能性を肯定する見解が主張され、一般的に承認されることとなった<sup>35)</sup>。ところが、「この原則の射程距離が問題」となり<sup>36)</sup>、とくに両債権の弁済期を

32) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II., 9. Aufl., 1963, § 350, 6.; Dernburg, Preußischen Privatrechts, Bd. II., 1878, § 104; Eisele, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht, 1876, S. 305f.

33) Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Recht mit besonderer Rücksicht auf die Preußische und französische Gesetzgebung, 1868, S. 404f.

34) Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Aufl., 1818, S. 385f. は、なら理由付けをすることなく、この結論を述べる。

35) Dernburg, a. a. O. (Fn33) S. 405; Eisele, a. a. O. (Fn32) S. 308.

36) Eisele, a. a. O. (Fn32) S. 308.

巡って見解が分かれることになった。第1説は、両債権の弁済期が譲渡通知時点で到来していなければ相殺を認めないとする<sup>37)</sup>。第2説は、自働債権の弁済期は到来していなければならないが、受働債権についてはその期限の利益を放棄することができる場合には相殺を認める<sup>38)</sup>。第3説は、譲渡通知時点で両債権の弁済期が到来していなくとも、自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも早く到来する場合には相殺を認める<sup>39)</sup>。最終的には第3説が通説の地位を占めるに至ったのであるが、この説の考え方は、債務者が、受働債権よりも先に弁済期が到来する自働債権を取得していることによって、譲渡がなければ相殺を主張することができたという確実な期待をすでに譲渡以前に有していたことになり、相殺を主張するためにはそれで十分であること、これと反対に、受働債権の弁済期が先に到来する場合には、自己の債務を自働債権の弁済期まで遅延して、その後相殺することによって譲渡の実効性を奪うことは信義違反と称し得るものであり、保護に値しないとする<sup>40)</sup>。

ただし、ここで注意しておかなければならないことは、これらの弁済期に関する時的制限は、受働債権と異なる法律関係から生じた債権をもってする相殺について妥当するものであり、受働債権と同一の法律関係から生じた自働債権をもってする相殺については、いずれの論者においても時的制限は妥当しないと考えられていたことである<sup>41)</sup>。

このような経過を踏まえ、ドイツ民法第1草案は、債権譲渡の場合、債務者は譲渡を知った時点で、譲渡人に対してすでに取得している反対債権をもって、譲受人に対して相殺することができると規定した。これは、前述した債権

37) Gruchot, Zur Lehre von der Kompensation bei Cessionen, GruchB 1 (1857), S. 388ff. insbe. 390.

38) Eisele, a. a. O. (Fn32) S. 310.

39) Dernburg, a. a. O. (Fn33) S. 410; ders, a. a. O. (Fn32) § 105, 3; Ohnsorge, Zur Lehre von der Aufrechnung, JherJb 20 (1882), S 295ff.

40) Dernburg, a. a. O. (Fn33) S. 407.

41) Gruchot, a. a. O. (Fn37) S. 389f; Eisele, a. a. O. (Fn32) S. 309; Dernburg, a. a. O. (Fn33) S. 409. なお、Eiseleによれば、ローマ法においても同一の法律関係から生じた債権についての相殺は別扱いとされていたようである。(a. a. O. (Fn32) S. 305. Anm. 28)。

譲渡によって債務者の地位が悪化してはならないとの原則のもとに、相殺権の行使が債権譲渡によって狭められてはならないとの観点に基づくものであり、普通法における考え方との一致を強調している。また、債権譲渡においては、債務者は譲受人に対してあらゆる抗弁<sup>42)</sup>を主張することができ、その抗弁は譲渡時点ですでに発生していたものだけでなく、債務関係の本質と内容に基づいて後から生じたものも含まれるとの脈絡の中で、相殺もまた同様に認められるとしたものである<sup>43)</sup>。そして、弁済期が到来していなければならないということは相殺権の行使要件である以上、債務者保護の観点からすれば、その時点で自働債権の弁済期が到来していることは必要ではないし、また受働債権の弁済期よりも先に到来することも必要ではないとされた<sup>44)</sup>。差押の場合も同様である<sup>45)</sup>。

これに対して、第2草案では、自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来していなければならないとする要件が付け加えられた。その理由は、債務者が負っている履行を自働債権の弁済期まで引き延ばすという方法で相殺権を取得することは許されないとする一方、差押債権者は差押時点で相殺にさらされていない債権を取得するからだとする<sup>46)</sup>。債権譲渡の場合にもこれと同様

42) EinwendungとEinredeに関しては争いがあった。本稿ではこの点に立ち入らず、両者をあわせて「抗弁」と訳出しておく。なお、両者の関係については、倉田卓次「過失相殺と職権斟酌」『交通事故賠償の諸相』（1976年、日本評論社）220頁以下参照。

43) やや細かいことではあるが、ドイツ法において、差押と相殺の規定である392条と、債権譲渡と相殺の規定である406条は、それぞれの場合に相殺できることを本文に規定し、「nur dann」あるいは「es sei denn」という形で相殺が禁止される場合を例外的に規定している（前掲注（16）参照）。これに対して、日本法511条は、相殺できるのが原則規定であるのか、例外規定であるのかが文言から判然としていない。この点の理解の差が、自働債権の弁済期に関する制限説と無制限説が対立する原因の1つであると指摘されている（伊藤・前掲注（1）436頁）。

44) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II., 1888, S. 129f.

45) Motive a. a. O. (Fn44) S. 111f. このように、ドイツでは債権譲渡と差押を同一に扱っている。それぞれの場合に相殺が認められるのは、債務者の期待保護の観点からであるとすると、これによって、第三者の関与形態によって結論を左右してはならないとの考え方を窮い知ることができるのである。

46) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des

の制限規定が付け加えられた<sup>47)</sup>。

このようにして、債権譲渡・差押後に相殺を對抗することができるのは、債権譲渡・差押という債権者側の一方的な事情によって債務者の地位が不利になってはならないこと、そのためには債務者がすでに有している相殺の期待は保護されるべきであるとする、すなわち、債権譲渡・差押がなければ債権者が自己の弁済期までに主張し得たことは保護するという考え方に裏打ちされていたのである。この観点からすると、第三者関与時点で自動債権がすでに取得されていて、しかもそれが受働債権の弁済期よりも先に到来するものであればそれで十分ということになる。第三者関与がなければ相殺することができたかということのみが判断基準となったのである。その意味からすると、その時点で相殺適状にある必要は全くなく、さらに自動債権がすでに発生していればそれに条件・抗弁等が付着していたとしても、全く問題となることもなかったのである。

このようにしてみれば、ドイツ法における判例は、実は立法者ないし立法時における考え方を忠実に具体化したものといえ得るのであり、それゆえ、学説も全面的に追従しているものと考えられるのである。

### （3） とくに時的制限について

ところで、立法前に別問題とされていた、同一の法律関係から生じた両債権の相殺に関する時的制限の修正について、BGB は沈黙している。そこで、前述の判例⑨の問題が生ずるに至ったのである<sup>48)</sup>。この点に関してはかなり議論が展開されたのであった。まず、判例⑨に裁判官として関与した Simonson

---

Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I., 1897, S. 373 f. なお、この審議過程で時的制限を加えることに反対する者は、債務者が自己の債務を遅延するのは、債権者が取り立てなどを行わないなど、債権者の責めに帰する事由によるものであるから、これによって債務者の相殺権を奪うのは酷だとする。

47) Protokolle, a. a. O. (Fn46) S. 391.

48) BGB制定後、いち早くこれを問題としたのは Endemann であった (Lehrbuch des BGB, Bd. I, 8. Aufl., 1903, S. 875f.). そこにおいて彼は、双務契約における履行拒絶権から妥当な解決を導こうとする (S. 876, Anm. 14.).



はこの場合をさらに敷衍して、次ぎのように述べる<sup>49)</sup>。

「392条と406条の文言は、反対債権を後から取得した場合だけでなく、その弁済期が遅い場合にも相殺を排除するものであることは疑いが無い。しかし、この文言は、両条において『oder』で始まる但書後段の文言が、後から弁済期が到来するすべての債権に当てはまるのか、それとも直前にある文言のように「新たに」取得した債権だけに当てはまるのかという問題についてははっきりとさせていない。すでに述べた理由付けから後者に賛成し、そして以下のことを付け加えることが許されるだろう。すなわち、反対債権が差押の時点ないし譲渡の認識の時点ですでにその基礎が存在していたなら、つまり反対債権がその時点での債務関係の性質の結果であり、それと同時に訴えを基礎づける債務関係から生じたものであるならば、その反対債権は決して新しく取得した債権とはならないということである。その反対債権は取得したのではなく、むしろ双務的な権利関係の基礎となっている契約から生じたものである。それゆえ、このような反対債権については、392条と406条で相殺を制限している但書は適用されない。なぜなら、訴求債権は、そのような反対債権による相殺に初めからさらされていたからである<sup>50)</sup>」。

結局、「契約の相互対立性は、……双方の義務を生じさせるものであり、譲渡した者の義務から生ずるその相手方の権利が、他方当事者が権利を譲渡することによって、より狭められてもよいとすることは、著しく正義観に反することになろう。法律の文言に反してこの望ましい結果を得るための方法は、『取得した債権』という表現を、遅れて弁済期が到来する債権と結び付けるとともに、取得した債権というものを単に新しく取得したものと理解し、双務的な契約関係によっても基礎づけられないようなものと理解する可能性のなかに存在する<sup>51)</sup>」。

Simonson は、双務契約の場合に限定して相殺の適用を拡大しようとした。しかし、このような考え方は、直ちに批判され、ある者は、双務契約に基づく

49) Simonson, Über das Verhältnis des § 404 zum § 406 BGB, GruchB 50 (1906) S. 244ff.

50) Simonson, a. a. O. (Fn49) S. 250.

51) Simonson, a. a. O. (Fn49) S. 251.

履行拒絶権は404条によって譲受人に対しても主張することができるものであるから、相殺権を拡張する必要はないとし<sup>52)</sup>、またある者は、後から発生する債権の法的基礎がすでに生じていることをもって相殺することができる以上、406条の文言を無理に解釈する必要はないとする<sup>53)</sup>。また、相殺のこの時的制限は譲受人保護の規定であるから、相殺を認めることはできないとする主張もある<sup>54)</sup>。

Simonson の主張は、彼自身認めているように、現行法の規定の解釈を越えるため、同調者を得るには至らなかった。そして判例⑩によって明確に否定されることによって決着をみたのである。

#### (4) とくにDenck の所説について

ところで、近時、Simonson の見解に依拠しつつも、それとは反対に相殺権の拡大傾向に歯止めをかけようとする主張が Denck によってなされた。彼の主張するところは以下の通りである<sup>55)</sup>。「392条は第三債務者の抗弁権保護の考えから相殺を認めているが、執行利益のために二つの例外が設けられている。……この規定は自己の権利に基づく自働債権と他の権利に基づく自働債権、とりわけ被差押債権と同一の法律関係から生じたものですら区別せずにそ

52) Eccius, Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz, GruchB 50 (1906) S. 252ff. ちなみに、彼は相殺を抗弁ではなく、債権者に対する法律行為と考えている。

53) Traumann, Einwirkung der Abtretung der Werkvertragsforderung auf die Aufrechnungsmöglichkeit, GruchB 58 (1914), S. 793ff. ただし、それは請負契約において、報酬請求権が譲渡された後に注文者が瑕疵を修補した場合、それによる損害賠償請求権をもって報酬請求権と相殺するという問題設定における論述である。したがって、その他の場合については不明である。

54) Wunschmann, Zur Auslegung des § 406 BGB., JW 1913, S. 1135ff; Titz, Anmerkung (für RG Urt. v. 25. 1. 1937), JW 1937, S. 1632. また、Staudinger-Kaduk, a. a. O. (Fn29) S. 618は、これを392条の問題として捉えるのではなく、387条によって否定されたとする。すなわち、そもそも387条によって相殺ができるのは、自働債権の弁済期が遅くとも受働債権と同時に到来する場合に限られるからであるとする。

55) Denck, Die Aufrechnung gegen gepfändete Vertragsansprüche mit Forderungen aus demselben Vertrag, AcP 176 (1976), S. 518ff.

の例外に取り組んでいる。同一の法律関係に基づく自働債権がかかっている場合に限っていえば、392条が第三債務者保護の考えと債権の経済的な、そして望ましい高度な執行適格についての利益を調整すべき争いを正しく解決するかという問題に直面する。この問題は実務において、なにかんづく継続的債務関係に基づく請求権の差押に際して、そしてとくに賃金差押に際して、差押後に、第三債務者に独立した反対請求権を生ぜしめる債務不履行が生ずると、差し迫った問題になる」として、まず問題提起をする<sup>56)</sup>。

「392条但書前段の存在理由は、差押債権者の法的地位を第三債務者が事後的に債権を取得することによって害してはならないということである。……この考え方は被差押債権と同一の債務関係から生じ、そして差押債務者の契約違反行為によって生じた債権には妥当しないと思われる<sup>57)</sup>」。この点、判例が、自働債権を双務契約上のものに限定することなく、単に差押時点でその法的基礎があればよいとすることに対して、「譲渡以前に締結された継続的契約が時間的に先行しているという事実だけでこの結果を維持することは十分とはいえない。譲渡時点ですでに基礎づけられていて後から発生するものであっても、受働債権と同一の契約に基づかない自働債権はもはや相殺に適しない。すべての自働債権の相殺可能性を受働債権に負わせようとするなら、この過度に拡大された債務者保護は債権の流通性や執行適格性を犠牲にしなければならないだろう。法政策的に妥当な限界線は、双方が義務を負っている債務関係に基づく自働債権とそれ以外の自働債権との間に引かれる<sup>58)</sup>」。

したがって、受働債権と同一の契約から生じた自働債権であれば、差押後に生じたものであっても相殺することができると考えるべきである。なぜなら、

56) Denck, a. a. O. (Fn 55) S. 518f. おな、日本法においては賃金債権を受働債権とする相殺は、たとえ自働債権が労働者の不法行為による損害賠償請求権であっても認められない（最大判昭和36年5月31日民集44巻8号1085頁）。しかし、ドイツにおいては、差押可能な範囲について相殺することができるし、さらには労働者の不法行為による損害賠償請求権を自働債権とする場合には差押禁止の範囲を超えて相殺することができるとされている（Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, Bd. I, 8. Aufl., 1986, S. 736.; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., 1992, S. 644f. など）。

57) Denck, a. a. O. (Fn 55) S. 521.

58) Denck, a. a. O. (Fn 55) S. 522.

「自働債権が存続しているということは僅かな慰めである。債務者が差押えられるということは通常支払不能だからである。譲渡人の不履行による償還の危険および債務者に存続している抗弁を譲受人が負担するのと同じように、この場合、この支払不能の危険を譲受人が負担しなければならない。差押の場合も事情は同じである<sup>59)</sup>」。

次いで、392条但書後段の制限についても、「同一契約関係から生じた自働債権に関しては弁済の遅延が許されてよいはずだ」とする<sup>60)</sup>。なぜなら、「先に弁済期が到来する受働債権に対して債務者が遅れて給付するという事実は……重要でない。……この場合は相殺の問題が生ずるのではなく、受働債権と自働債権の未履行による損害賠償請求権との差引による対立が生ずるのである」からだとする<sup>61)</sup>。

このようにして、被譲渡債権あるいは被差押債権と同一の契約関係から生じた自働債権は、またその限りで、その発生時期及び履行期に関係なく相殺することができる結論づけている。

#### （5） まとめ

以上概観したように、ドイツの学説はおおむね判例の立場を支持しているといえるであろう。繰り返すことになるが、相殺権を行使するための要件と第三者関与後に相殺を対抗するための要件とを区別し、関与第三者に相殺を対抗するには、第三者関与前において自働債権が発生する「法的基礎」があればよいとするものである。ただし、相殺権の行使時においては、自働債権がすでにこの「法的基礎」から発生し、かつその弁済期が受働債権の弁済期より先に到来する関係になければならない。もっとも、この時的制限については、見解が分かれるものの、わが国のいわゆる「無制制説」に類するSimonsonとDenckの説があることに注意を惹かれる。

---

59) Denck, a. a. O. (Fn55) S. 526.

60) Denck, a. a. O. (Fn55) S. 529.

61) Denck, a. a. O. (Fn55) S. 531.

#### 4 おわりに

以上の検討から、ドイツ法においては次ぎのことが明らかになった。まず、債権譲渡によって債務者が不利益を蒙ってはならないという原則を出発点として、債務者が譲受人に対して主張することができる抗弁には相殺も含まれる、すなわち、相殺は解除条件などと同じように債権に内在するいわば瑕疵と同様に把えるのである。そして、債務者が自己の債務の弁済期に相殺することができるという確実な期待を有していた場合には、その期待を保護することが債権譲渡における右の原則と一致することになる。このようにして、債権譲渡の時点での相殺権のみが保護されるのではなく、将来における相殺権行使の期待をも保護される以上、その時点で相殺適状にある必要はなく、自働債権がすでにその時点で取得されてさえいけばよいことになる。しかも、債権譲渡にあっては、債務者が譲受人に主張することができる抗弁は譲渡時点で具体的に発生している必要はなく、その基礎があれば十分であるが、自働債権の取得という点についてもそれを発生させる法的基礎が存在していることで十分とするのである。ただし、そこで保護される相殺の期待とは、あくまで自己の債務の弁済期を基準として、自己の有する債権を引き当てにすることによって自己の債務から開放されるという期待である<sup>62)</sup>。したがって、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ものでなければそのような期待を有するはずがなく、その意味において時的制限が合理的なものとなるのである。この理は、債務者の預かり知らない債権者側の一方的事情であるという共通点からして、差

62) ドイツにおいても、現在では、相殺に債務消滅機能と債権満足（実現）機能の両機能があることが認められている（Windscheid-Kipp, a. a. O. (Fn32) S. 461f. ; Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, ArchBurgR 21 (1902) S. 255. ; MünchenerKommentar (Roth), a. a. O. (Fn23) S. 1185. ; Soergel, a. a. O. (Fn24) S. 1785. ; Larenz, a. a. O. (Fn21) S. 255. ; Fikentscher, a. a. O. (Fn23) S. 196. ; Blomeyer, a. a. O. (Fn26) S. 240. など。詳しくは、Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, S. 207ff. 参照）。しかし、BGBの立法者が相殺を債務消滅行為としてのみ理解していたと指摘されている（Enneccerus-Lehmann, a. a. O. (Fn23) S. 263）。

押にも妥当し、結局両者は同一に扱われることになる。

このようにして、ドイツ法において相殺の期待とは、債務者が自己の有する債権を引き当てにして自己の債務から解放されることであり、そのことからして時的制限が付されているのである。そして、その期待を保護するために、第三者関与後に相殺を對抗するための要件と相殺権を行使する要件とを明確に区別し、前者の要件を自働債権の取得のみとするのである。

このことを繰り返しになるが、判例に則して述べれば次ぎのようになる。すなわち、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する関係にあれば、第三者関与時点で弁済期にある必要はないということがBGBの制定によって明らかにされたものの、相殺権を行使するための他の要件がその時点で備わっていなければならないかどうかは必ずしも明らかではなかった。そこで、第三者関与時点で両債権の目的が同種のものでなければならないか、その後に同種性を有するに至った場合、例えば代金支払請求権が譲渡された後、反対債権である目的物引渡請求権が債務不履行により金銭の支払いを求める損害賠償請求権に転化した場合、これを自働債権として相殺に供することができるかという点について、RGはこれを肯定した。両債権の目的が同種であるという要件は、相殺権行使の要件であって、第三者関与時点でそれが備わっている必要はないとしたのである。これにより、相殺権を行使するための要件と第三者関与後に相殺を對抗するためにその時点で必要とされる要件が明確に区別され、後者の要件としては自働債権の取得のみとされたのである。そして、自働債権を取得しているといい得るためには、自働債権が具体的に発生している必要はなく、自働債権を発生させる契約がすでにそれ以前に締結されていることによって、いわば停止条件付きにその時点で発生していたことで十分とする。すなわち、第三者関与後に、すでにそれ以前に締結されていた保証契約に基づきその保証債務を支払うことにより求償権が発生した場合、あるいは交換契約の債務不履行により損害賠償請求権が発生した場合であっても相殺することができる。その後、債権譲渡において譲受人に対して主張することができる抗弁はその時点で具体的に発生している必要がないとする考え方に相殺も幅寄せして考えられ、その時点で自働債権が具体的に発生している必要はなく、

それを発生させる法的基礎があれば十分であるとした。例えば、報酬請求権が譲渡された後に請負契約の債務不履行による損害賠償請求権が生じた場合、賃貸借契約において賃借人の有益費償還請求権が譲渡された後に賃料不払いがあった場合、持分返還請求権が譲渡された後にその返還義務者が譲渡人に対して賃貸借契約に基づく未払賃料請求権などが生じた場合、後に発生したそれぞれの請求権を自働債権として相殺することができるとしたのである。

このようにして、第三者関与時点で相殺適状にある必要はなく、自働債権を取得していることで足り、しかもその後に発生した自働債権の法的基礎がその時点で存在していれば十分であるとしても、しかし第三者関与時点で自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する関係になればならない。第三者関与があっても保護される相殺の期待というものが、自己の債務の弁済期に自己の有する債権を引き当てにして債務を免れるという確実な期待だからである。したがって、広範囲な取引関係の中から発生した売買代金債権が譲渡された後に、他の契約の債務不履行によって損害賠償請求権が発生したとしても、被譲渡債権よりも遅れて弁済期が到来する場合には相殺は認められない。ただし、留置権の適用によって、受働債権の履行請求を自働債権の弁済期まで拒絶できる場合には相殺することが可能であるとする。

このようなドイツ法における理解に対して、日本法においては、周知の通り、相殺の問題が当初は債権譲渡との関係において捉えられ、譲受人に対して主張することができる「譲渡人＝対シテ生シタル事由」の中に相殺可能性が含まれるかどうかが問題とされた。債権譲渡によって債務者の地位を不利にすることはしないとの原則は承認されてはいたが、ほかの、例えば解除事由などがその基礎を有していれば譲渡時点で具体的に生じていなくともよいとすることと相殺は別問題であり、いわば相殺は譲渡債権に対する外在的なものとされているのである<sup>63)</sup>。その後、相殺が差押との関係で問題とされるに至って、(第三)債務者の相殺の期待利益保護と差押債務者の利害調節が問題の中心となり、その意味での限界線を弁済期という明確な基準を用いて調節するか<sup>64)</sup>否かが争わ

63) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(1992年、悠々社) 571頁。

64) 例えば、林教授は、第三者関与があった場合の相殺について、相殺の合理的期待があ

れているのである。

このようにしてみれば、ドイツ法でいう相殺の期待と日本法でのその意味には微妙な食い違いが生じており、この点を踏まえると、直ちにドイツ法の解釈を日本法に適用するわけにはいかないことになろう。しかし、その差異を承認しつつも、日本でも現在では第三者関与時点での相殺権のみが保護されるのではなく、将来相殺することができるという期待をも保護されると一般的に解されている以上、その時点での相殺適状は不要とすべきであり、自働債権の取得のみがその後相殺を對抗するための要件であると解する余地が生ずるのではなからうか。ところで、我妻博士が問題提起にとどめられていた、自働債権の法的基礎の存在を自働債権の取得に含めることは、さらに別の考慮が必要になると思われる。この問題がドイツにおいて一般的に肯定されていることはすでに見てきた通りである。しかし、Denckが批判の対象としたドイツの判例を仔細に検討すると、そこで認められた事例は、保証契約の場合（判例③）、双務契約上の一方債務の不履行の場合（判例④⑤⑧）、用益賃貸ないし使用賃貸借といった継続的契約関係の場合（判例⑥⑦）などである。このように、両債権が同一の、あるいは同一とみられ得るような法律関係から生じている場合には第三者関与時点で自働債権の法的基礎が存することをもって十分としているのであって、自働債権の発生事由を問わずにその法的基礎が存在しているにすぎない場合にも、相殺に供することができるという無限定に認められているわけではないといえそうである。すなわち、Denckのように、これらの場合にも相殺を否定し、同一の契約関係から生じた自働債権のみをもって相殺可能とすることは、たとえそれが弁済期の先後を問わないことに結び付くからといっても狭きに失すと思われるが、ドイツの判例が「法的基礎」の存在をもって相殺可能性の根拠とするのも前記のような事例の下でいわば受働債権と自働債権との牽連が密接である場合に限られるのである。このことはわが国の解釈においても留意されるべき点であろうと思われる。

---

れば相殺を認めるとされるのであるが、その合理的期待の判定基準の困難さなどを考慮されて、専ら弁済期の先後関係のみをその基準とされるのである（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』（1985年、金融財政事情研究会）551頁）。



## 相殺の期待保護

本稿においては、さしあたりドイツ法に限定して紹介を試み、日本法において具体的に問題となっている場面、例えばドイツ法において法的基礎の問題とされる事前求償権との相殺<sup>65)</sup>や手形買戻請求権を自働債権とする相殺<sup>66)</sup>などの問題については言及していない。また、現在とくに議論されている相殺の担保的機能に関する考察も省略した。これらの点についての検討は後日に譲ることにする。

- 
- 65) 第三者関与時点で自働債権に抗弁が付着していた場合の相殺可能性の問題は、とくに事前求償権について生じている。すなわち、代理貸付の場面で、代理店である銀行に対する主たる債務者の預金債権が差押えられた時点で、銀行は事前求償権を取得していたが、その後銀行が保証債務を弁済することによって461条の抗弁権を消滅させた場合に、右事前求償権をもって相殺することができるかが問われたのである。肯定する下級審もあるが（京都地判昭和52年6月15日判時877号83頁、東京地判昭和56年3月26日金法991号46頁）、最判昭和62年7月10日金法1167号18頁は、直接にはこの点に触れず、事前求償権をもってする相殺を肯定した原審を維持した。
- 66) 第三者関与時点で自働債権の法的基礎のみを有していた場合、その後にそれが具体的に発生することによって相殺に供することができるかは、とくに手形買戻請求権について問題となっている。すなわち、手形割引において、受働債権の差押後に手形買戻請求権が発生したが、差押時点で手形買戻請求権を発生させる法的基礎がある場合に相殺することができるかが問われているのである。この点については下級審も分かれているが（肯定：名古屋高判昭和51年11月25日金法726号31頁、大阪高判昭和59年10月31日金判710号3頁（代位弁済による求償権を発生させる法的基礎が差押時点で存在していた事例である）、否定例：東京地判昭和58年9月26日金判684号18頁）、最判昭和51年11月25日民集30巻10号939頁は、その手形買戻請求権を差押前に生じさせる銀行取引約定書の対外効を認めることによって、相殺を認めた。