

担保作用としての相殺

——相殺予約の対外効を中心として——

石 神 兼 文

一 はじめに

1 銀行などの金融機関が貸付をなすに当たって、多くの場合、借主がその銀行に対して有する預金を見返りとして、貸付債権と預金債権とを対当額において相殺することにより容易に貸付金の実質的回収をはかることが一般になされている。

民法は、もともと、相殺をもって債務消滅の原因としている（民法五一一条）。履行の便宜さと、対当額債務について消滅させることが公平なことがその根拠とされている。しかし、相殺をなす債務者からみれば、自己に対する受動債権についてはその債権者の意思によらないで消滅させるのであって、つまり債務者自身の自動債権の満足をえるために、受動債権に対する擱取力を利用してゐるわけである。この面を押しすめると、相殺は、債務者自身の債権（自動債権）の満足を確保する担保的効力を有するものといふことができる。金融機関における相殺の利用は、その預金債務を免れることが目的ではなく、貸付債権に充当することによってその回収をはかることが目的であつて、いわゆる債権担保の作用を営んでいることになる。銀行が融資の相手方の自行預金を貸付の見返りとする法律的手段として、民法所定の質権設定の手續をとらないで、それと同様の担保的効果をもつ相殺制度を利用するということは、債権満足の確実性と手續の便宜さの故に、相殺が質権設定以上に債権担保としての大きな経済的作用を果していることが原因であるといふことがいへよう。^①

2 ところがこのように相殺の担保的効力の面をとりあげてみると、単に当事者間の関係のほかに債権の譲受人や差押債権者等の第三者との関係が生じ、これら第三者に対する優先性ということが問題となってくる。しかし、この担保的作用としての相殺は、対立債権関係にある当事者間の信頼関係に基礎をおくものであるので、質権設定の場合とちがってその成立要件および對抗要件に公示がない。そこでこの公示なき担保的作用としての相殺の効果を、受動債権の債権と取引関係にたつ一般債権者、受動債権の譲受人および差押債権者等の第三者に対して對抗できないとすれば、相殺の担保的作用は失われるに等しい。反対に、公示なくしても第三者に優先性を主張できるとすれば、反対債権の存在を知らない第三者が不測の損害を被るおそれがあり、債権譲渡の自由や差押制度の実効性が否定されることになる。そこでこの両方の要請の調整ということが古くからの判例・学説で問題とされてきた。

古い判例・学説は、この問題を民法四六八条二項「債務者ハ其通知ヲ受クルマデニ譲渡人ニ対シテ生ジタル事由ヲ以テ譲受人ニ對抗スルコトヲ得」の適用の問題として、債務者が債権譲受人や転付債権者に対して反対債権による相殺をもって對抗しうるためには、債権譲渡の通知前または転付命令の送達前に両債務が相殺適状にあったことを要するかという形で論じてきた。ところが最近においては、一方の債権が差押えられた場合、なかでもその差押が国税滞納処分としてなされた場合に、第三債務者が差押をうけた債権を受動債権として第三債務者の有する反対債権による相殺をして差押債権者たる国に對抗できるかという形で、民法五一一条の問題とされることが多い。それは、銀行などの金融機関が、融資の見返りとする自行預金を国税によって差押えられたときに、相殺によって貸付金債権の実質的回収をはかろうとする場合の問題である。この場合双方の債権の弁済期が到来しており相殺適状にあれば對抗できることについて問題はない。しかしながら、自行預金の差押をうけた時に、預金債権と貸付金債権の弁済期が、双方ともに、または何れか一方が未到来のことが多いので、このような状態の時に銀行が相殺をもって差押に對抗できるかどうか、見解のわかれるところである。

ところが近時の金融取引の実状においては、民法上の相殺適状に達しないままでその債権回収を確保するために、弁済

期やその他の要件がととのわないままでも相殺ができるという特約を結んでいるのが通常である。しかもこの金融取引における相殺の特約は、右のような対第三者との関係で相殺の効果の生ずることを確保しようとするもの、つまり相殺のもつ担保的機能を利用するものである。そこで、国の差押と金融機関の相殺との間の効力の優劣の問題は、この特約を認めることの当否、またはその対抗力如何ということとからみ合って複雑な問題となってくるわけである。

ところが、この差押と相殺の問題について、最近最高裁判所が重要な判決を下して判例としての一応の断を下した。この判決については加藤教授がいち早く論評を発表されており、^②また今秋の私法学会においてもこの問題がシンポジウムのテーマとして取上げられており、今後更に検討が展開されるであろう。本稿においては、従来の判例のたどってきた考え方を整理してみ、今後まだ検討されなければならない相殺予約の対外的効力を明確にすることを中心として考察をすすめることにする。

3 次に、相殺の第三者に対する対抗力の問題についての判例の動きをみることにするが、既に触れたように、近時の判例における具体的事実関係としては、相殺に関する特約が付着していることが多く、むしろ相殺特約の存在することにその担保的作用の特質を把握することができるのであるが、判例は、民法所定の相殺と特約による相殺とを別々に論じている。そこで、叙述の順序として、一応この特約の存在ということは捨象して、まず民法所定の相殺として判例がどのように解してきたかということに視点をおいて眺め、次に相殺の特約ある場合に判例・学説がどのように取扱っているかということを検討してみたいと思う。特に金融取引において一般的な担保として相殺の予約条項をもつ約定書の実態に基いて考察してみたい。

注1 我妻栄、債権総論 三一七頁以下

林、中務編、担保的機能からみた相殺と仮処分 六頁・四六頁

味村治、基本金融法務講座 4 回収 1 一〇四頁

2 加藤一郎、銀行預金の差押と相殺、ジュリスト三二七号一〇頁

二 民法所定の相殺

1 当事者間に債権債務が相対立する場合に、一方の債権が譲渡されたりまたは差押えられたりした場合に、債務者は自己の有する債権で相殺をなして譲受人や差押債権者に対抗できるかという問題について、判例理論の発展を検討する場合に、譲渡債権もしくは被差押債権（相殺の受動債権）と、反対債権（相殺の自動債権）の弁済期いかにによって分けて考えると、次の四時期に分かつことができる。

第一期、大判昭和八・五・三〇以前—差押時に双方の債権の弁済期が到来しており相殺適状にある場合にのみ相殺を對抗しうるとする。

第二期、大判昭和八・五・三〇以降—自動債権の弁済期は到来、受動債権の弁済期末到来でも第三債務者が期限の利益を放棄しうるときは対抗しうるとする。

第三期、最高判昭和三二・七・一九以降—自動債権の弁済期が到来しておれば、受動債権の弁済期到来の有無は問わないとする。

第四期、最高判昭和三九・一二・二三以降—双方の債権とも弁済期が未到来でも、自動債権の方が受動債権より先に弁済期がくる場合は対抗し得るとする。

判例のこの問題に対する処理のしかたとしては、民法四七八条を中心として論ぜられてきた。民法四六八条二項の「債務者ハ其通知ヲ受クルマデニ譲渡人ニ対シテ生ジタル事由ヲ以テ譲受人ニ対抗スル」ことができることとされている趣旨は、債務者の関与しない債権譲渡という事態の発生によって債務者が不利益をうけるべきでないという点にあるとされている。^③すなわち債務者は相殺し得るという利益を保護されるのであるが、問題は、債務者の有しているどの程度の利益が右のような意味で保護されるべきかということである。判例はこの債務者の保護されるべき利益を拡大する方向で発展してきたといえよう。

2 債務者が相殺をもつて債権の譲受人に対抗できる事由としてはどの程度の相殺原因が成立しておればよいか。

初期の判例は、すでに相殺によつて債務が消滅しているか、または、相殺適状に達しているがただ相殺の意思表示がなされていない場合合には、相殺を当然に対抗できるとする。第一期の判例の原則を明らかにしたのが次の判決である。

大判明治三五・七・三（民録八輯七卷一四頁）

「民法第四六八条第二項ニ謂フ「生シタル事由」トハ債務者カ債権譲渡ノ通知ヲ受ケルマテニ已ニ発生シタル事由ニシテ必要ナリシ場合ニ於テハ債務者カ当時既ニ其債権者ニ対抗シ得ヘカリシモノナラサルヘカラス若シ其対抗セントスル事由サ債務ノ相殺ナルトキハ債権譲渡ノ通知ヲ受クル前ニ於テ民法第五〇五条第一項ニ規定スル如ク相殺ヲ為スニ適バ爾債務カ相互ノ間ニ存シ其意思ノ表示アルトキハ相殺ニ因ル債権消滅ノ結果ヲ生スヘキ如キ場合ナルコトヲ要ス」

この判例は、債権譲渡の通知のなされた時（通知前に）両債権が双方とも弁済期に達し相殺適状にあつたことを要するものとして、通知前に相殺適状になれば反対債権による相殺をもつて債権譲受人に対抗できないものとしており、爾後の判例の原則を宣明したものである。これに続く大審院の判例は、相殺適状を要するとのこの原則を厳格に維持しているが、^④しかし自動債権が弁済期にありさえすれば、受動債権の弁済期はなくなるともその期限の利益を放棄して相殺適状を生ぜめることができることを説く次の判決もある。

大判大正元・一一・八（民録一八輯二六卷九五頁）

「法律ハ期限ヲ以テ債務者ノ利益ノ為メニ定メタルモノト推定シ債務者カ相手方ノ利益ヲ害セサル限りハ期限ノ利益ヲ拋棄シテ直チニ弁済ヲナスコトヲ妨ケサルコトハ洵ニ上告人所論ノ如シト雖モ斯クノ如キ場合ニ於テハ債務ノ弁済期ハ其期限ノ利益ノ拋棄ノ当時ニ在ルモノニシテ債権譲渡通知後ニ為シタル相殺ノ意思表示ハ之ト同時ニ暗ニ期限ノ利益ニ付テモ拋棄ノ意思アルコトヲ認メ得ヘシトスルモノヲ以テ其譲渡通知前ニ期限ノ利益ノ拋棄アリタルモノト看做スコトヲ得ス蓋シ相殺ノ意思表示ハ既往ニ遡リテ其効力ヲ生スルモ期限ノ利益ノ拋棄ハ斯ク如キ遡及効ヲ有セサルヲ以テ弁済期ニ在ラサル債務ハ譲渡ノ通知アルマテニ期限ノ利益拋棄ノ事實アルニ非レハ未タ相殺ニ適セサルモノト謂ハサルヲ得サルナリ」

ただこの判決の見解は、受動債権についてはその期限の利益の放棄を債権譲渡通知前になしているときは、放棄によって弁済期が繰り上げられるのであるから、すでにその通知前に相殺適状に達したことになるので、相殺適状の原則を逸脱するものではない。

3 しかし次の第二期の判例になると、自動債権が弁済期にある以上、受動債権の弁済期が未到来であっても、債務者は自己の債務の期限の利益を放棄せずして直ちに相殺をなし得るとの考えがでてくる。

大判昭八・五・三〇（民集一二卷一四号一三八一頁）

「相殺適状ニ在ルカ為ニハ反对債権ハ己ニ弁済期ニ在ルコトヲ必要トスルハ論ナキモ主債権ニ付キテハ之ヲ必要トセス。債務者ニ於テ即時ニ其ノ弁済ヲ為スノ権利アル以上期限地棄ノ意思表示ハ現ニ之ヲ為サストモ債務者ハ直チニ相殺ヲ為スヲ妨ケサルモノトス。」^⑤

この判決は、受動債権が弁済期にない場合でも、債務者にとって期限の利益放棄が可能の場合には、譲渡通知前に放棄の意思表示がなくても譲受人に相殺を對抗できることを明かにしたものであって、相殺適状についての従来の厳格な形式的解釈から、債務者の利益を実質的に拡大したものである。しかし、判決理由は、従来の判例の立場、すなわち譲渡前に相殺適状にあることを要するとの理論を脱したのではなく、債務者が期限の利益を放棄できる地位にある場合には、放棄の意思表示をしなくとも相殺適状にあるという前提に立っているものといえよう。

このような第二期に至るまでの判例の見解に対して、学説の大勢はこれに反対し、譲渡通知前に相殺適状にあることを要しないということを主張してきた。通知を對抗要件とする債権譲渡によって債務者の不利益を増加してはならないとする民法の立法趣旨よりみるときは、相殺をなしうべき原因が存するときは、相殺適状に達していなくとも民法四六八条によって保護せられるにたる利益が債務者にあると解するのである。^⑥ もっとも、相殺適状を要しないとの見地を原則的に承認するけれども、対立債権の弁済期の前後によって通説を修正する制限説と呼ばれる立場がこの時期において有泉教授によって主張されており、判例理論発展の理論的根拠を提供している。^⑦ とにかく、相殺適状について実質的な考慮を示すに

至った判例は、次に述べる相殺の担保的機能に関する債務者の利益・期待の保障拡張へのいとぐちを与えたものであり、右に述べた学説の積極説の批判に押されて、次の第三期の判例が現れる。

4 大審院時代の判例は、学説の反対にもかかわらず、相殺適状を要するとの原則から脱することができなかったが、次の昭和三年の最高裁判所の判決が現れることによって、従来の判例の立場を一步前進し、昭和三年の大法廷判決への足がためをなしたといえよう。

最高判昭和二三・七・一九（民集一一卷七号一二九七頁）

事案は、A会社がY銀行に対して有する定期預金債金をXが差押えたところ、Y銀行はAに対して有する手形による請求権をもって差押債権と対当額において相殺の意思表示をしたものである。ところが自動債権たる約束手形は差押並に転付当時すでに支払期日が過ぎていたが、受動債権としての定期預金債権は未到来であったので、差押当時においては両債権は相殺適状になかったものだととして上告したのに対し、最高裁判所は上告を棄却した。

「債務者が債権者に対し債権の譲渡、または転付前に、弁済期、の到来している、反対債権を有する、ような場合には、債務者は自己の債務につき弁済期の到来するのを待ちこれと反対債権とをその対当額において相殺すべきことを期待するのが通常であり、また相殺をなし得べき利益を有するものであって、かかる債務者の期待及び利益を債務者の関係せざる事由によって剝奪することは、公平の理念に反し妥当とはいえない。それ故に、債権の譲渡または転付当時債務者が債権者に対して反対債権を有し、しかもその弁済期がすでに到来しているような場合には、少くとも債務者は自己の債務につき譲渡または転付の存するにかかわらず、なおこれと右反対債権との相殺をもって譲受または転付債権者に対抗しうるものと解するを相当とする。」

この判決は、第二期の昭和八年の判決のいう期限の利益の放棄を問題にせず、自動債権の弁済期が到来しておれば、受動債権の弁済期が未到来でも、すなわち相殺適状に達していなくとも、つねに相殺を差押債権者に対抗し得ることを認

めた。その根拠として、債務者がもっている将来相殺をなし得るという期待や利益を、債務者の関係しない事由によって剝奪すべきでないという理由を明瞭にあげている。すでに述べたように、学説は民法四六八条の解釈として早くからこの見解をとって判例に反対してきたのであるが、この昭和三年の判決の多数意見は学説の解釈の一部を容認したものであって、相殺の担保的作用の要請が判例の上でも認められるようになってきたといえよう。

なお、この判決には河村裁判官の次の補足意見がある。

「ところで債権譲渡の通知当時は、また相殺適状になく、しかも、債務者の有する反対債権（自動債権）の弁済期がその債務者の負担する債務（受動債権）の弁済期より後に到来するものについては、債務者は、受動債権の弁済期到来により直ちに弁済する義務を生じ、債権譲受人もまた、無条件にこれを請求し得べきものであるから、債務者は自動債権の弁済期到来をまつて、これを相殺する自由をもたないのである。即ちこの場合は債務者が自己の有する債権を以て相殺をなし得ることが通常期待される場合に当たらないから、債務者は相殺を以て債権譲受人に対抗することはできないものと解すべきである。

右の場合と異つて、債権譲渡の通知当時相殺の原因が存在し、しかも自動債権の弁済期が受動債権の弁済期以前に到来するものについては、右自動債権の弁済期が譲渡の通知の前後いずれにあるを問わず、債務者はやがて弁済期の到来すべき自己の債務（受動債権）を自己の有する債権（自動債権）によつて、相殺することが通常期待され、その利益を有するものであるから、右の場合においては、後日相殺適状を生じたとき、債務者は債権譲受人に対し相殺をなし得るものと解すべきである。しかして転付命令による債権の移転には民法四六八条二項の規定が準用され、転付命令の送達は同条の譲渡の通知と解すべきものであることは、多く説明を要しないところである。」

この補足意見は、双方の債権とも弁済期が未到来であつても、自動債権の方が受動債権よりも弁済期が先にくる場合には相殺をもつて対抗できるとするのであり、債務者の将来相殺をなし得る期待利益をもち出すならば、自動債権の弁済期が到来している場合だけでなく、未到来でも、受動債権より先に弁済期が到来する場合には相殺の対抗力を認めるべきだということになる。有泉教授はすでに早く昭和八年の判例評釈において、ドイツ民法四〇六条を援用してこの見解を説

いておられるのであるが、昭和三年の最高裁判所の判決の中で河村裁判官のこの補足意見が述べられてから、この制限説の立場を肯認する学説とともに、その後の下級審でもこの見解をとる判決が多くなってきた。^⑧この時期の判例の多くが、国が国税滞納処分として納税者の有する金融機関に対する預金債権を差押えたのに対して金融機関が反対債権をもって相殺した事案に関するものであり、また、金融機関が取引先との間にとった約定に基いて相殺したケースであるので、相殺についての特約との関係についてその理論的立場が必ずしも明確でないところもあるが、この時期の判決の流れが次の第四期の最高裁判所の判決へと発展したものであることができる。

5 最高裁昭三九・一二・二三大法廷判決（判例時報三九五号五頁）

事案の概要は次のようである。国XはAに対する滞納税金債権の徴収のために、AがY銀行に対する預金債権を昭和二八年九月二九日に差押へた。ところがAとY銀行との間には金融取引に当って差入れた取引約定書がありその中にいわゆる相殺予約の条項があるが、Y銀行はAに対し右の差押前に手形貸付債権をもっていたので、差押後の同年一〇月九日に右相殺予約の完結の意思表示をした。Xはこの相殺は差押債権者たるXに對抗し得ないとしてY銀行に被差押債権の支払を求めた。第一審・第二審ともに、Y銀行は右相殺予約をもって差押債権者たるXに對抗し得るとしてXの請求をしりぞけたので、国から上告したものである。判決は七対六の多数意見で、従来必しも明確でなかったこの問題の解釈について一応の断を下した。

「かかる立法趣旨（民法第五十一条について―筆者注）に徴するときは、第三債務者が差押前に取得した債権であるからといって、その弁済期の如何に拘わらず、すべての債権者に相殺を対抗し得るものと解することは正当ではない。すなわち、差押当時両債権が既に相殺適状にあるときは勿論、反対債権が差押当時未だ弁済期に達していない場合でも、被差押債権である受動債権の弁済期より先にその弁済期が到来するものときは、前記民法五十一条の反対解釈により、相殺をもって差押債権者に対抗し得るものと解すべきである。

けだし、かかる場合に、被差押債権の弁済期が到来して差押債権者がその履行を請求し得る状態に達した時は、それ以前に自動債権の弁済期は既に到来しておるのであるから、第三債務者は自動債権により被差押債権と相殺することができると関係にあり、かかる第三債務者の自己の反対債権をもつてする将来の相殺に関する期待は正当に保護されるべきであるからである。これに反し反対債権の弁済期が被差押債権の弁済期より後に到来する場合は、相殺を以て差押債権者に対抗できないものと解するのが相当である。」

—なお判決は引続いて相殺の予約の効力についても、貸付債権の弁済期が預金債権の弁済期より先に到来する関係にある場合に限って、差押債権者に対抗することができる旨の見解を述べているが、相殺の予約の問題については次章で取上げて考察する。

判決は、差押と相殺の問題を正面から民法五一一条の適用として取上げて見解を展開している。その論理は(1)民法五一一条の反対解釈として、差押前に取得した債権による相殺が差押債権者に対抗し得るとするのは、第三債務者の相殺についての期待利益を保護するためである。(2)期待利益の保護という点からみると、差押当時両債権が相殺適状にあるときは勿論、反対債権の弁済期が未到来でも、被差押債権である受動債権の弁済期よりも先に到来するものであるときは、相殺を差押債権者に対抗し得るものと解すべきである。(3)これに反して、反対債権の弁済期が被差押債権よりも後にくる場合は、正当な期待利益はなく、相殺を差押債権者に対抗し得ないと解すべきことになる。^⑨将来の相殺について第三債務者の有する正当な期待と利益の保護という理由は、債務者の差押前から有する反対債権を相殺によって回収するという相殺の担保作用を強調するものである。昭和三二年の最高裁判所の判決以後においても国税の徴収債権をめぐって差押債権者たる国と、第三債務者たる銀行との利害が対立して争われてきたが、この判決において、金融取引において一般に行われている相殺の担保的機能が、第三債務者（自動債権者）の有する期待と利益の保護という表現をとって、差押債権たる国の差押に優先することが認められたことになる。しかし、差押制度—税金債権徴収の実効性の保障ということも無視できないので、第三債権者の期待と利益といえども無制限に保護されるべきではないのであって、反対債権の弁済期が被差押

権の弁済期より先に到来するという場合にのみ正当な期待と利益を有するとして限界線を引いたのがこの判決（多数意見）の見解であって、学説の制限説の立場に立つものである。

6 ところが、債務者の期待と利益を保護するとの趣旨を広げていけば、両債権の弁済期の先後を問うことなく相殺をもって対抗できるとの無制限説に進むことになる。この判決の少数意見はその見解を述べている。山田裁判官の少数意見は、当事者の特約（期限喪失事由について）を民法一三七条の拡張によって認めるべきであるとし、更に次のように述べている。

「このように、既に担保に差入れられている（相殺契約に服している）預金について、銀行以外の第三者が、差押をした場合における差押の効果について考えてみると、（その債権者が、預金者の滞納税金取立の地位にたつ国である場合でも同様である）、差押債権者は、差押により債務者が第三者に対してもつていた債権以上のものを押へるのではなく、その債権そのものを押へるに過ぎないものであるから、右債権につき、差押えられる以前から附着している瑕疵、もしくは抗弁等は、右差押債権者にも、当然引継がれ対抗するべき筋合である。換言すれば、被差押債権者の債務者（銀行預金の場合では銀行）は、第三債務者が右債権を差押えたることにより、何等特別に不利益を蒙るべきでない。」

また横田裁判官も少数意見として（草鹿・石田両裁判官はこれに同調）一般債権者にとって差押に比し利害関係のより甚大な破産等の場合においてすら相殺を認めているのであるから、差押の場合においても、民法五一一条の反対解釈により、差押後に相殺適状に達しさえすれば相殺を為しうるとして次のように述べている。

「債務者の資力が不十分な場合において、第三債務者に許される相殺権の行使についてみるならば、破産手続、和議手続又は会社更生手続（以下破産手続という。）においても、相殺権は十分に尊重され、破産債権者、和議債権者又は更生債権者（以下破産債権者らという。）が、破産宣告、和議開始又は更生手続開始（以下破産宣告等という。）の当時、破産者、和議債務者又は更生会社に対し債務を負

担保する場合においては、破産債権和議債権又は更生債権（破産宣告後に他から取得したものなど特殊のものを除く）を自動債権として、破産手続等によらないで相殺することができるとされており（破産法九八条以下、和議法五条、会社更生法一六二条）、右によれば他の一般の債権者にとっては通常の差押の場合に比し利害関係のより甚大な破産債権者らに対しては相殺権の行使が広く認められ、他の一般の債権者に対して優越した地位が与えられていることが知られるのである。

以上の理由により、民法五一一条は、その文言通りにこれを解し、第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでない限り、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自動債権として相殺をなしうるものと解するのが相当である。」

小多数意見の見解は、多数意見のいう債務者の有する期待利益の保護を更に拡げたものであり、学説の無制限説の立場をとるものといえよう。

7 当事者間に相対立する両債権の一方が、他に譲渡されたり差押をうけた場合に、その債権の債務者は自己の有する反対債権による相殺をもって債権譲受人や差押債権者に対抗できるか、について判例の推移をみてきた。古い頃の判例は債務者が相殺をもって債権譲受人に対抗するためには、譲渡の通知前に相殺適状にあることを要するとの原則的立場から脱しきれなかったが、最近の判例は、債務者の保護されるべき地位は、譲渡・差押の通知前に相殺適状にあった場合だけでなく、当時相殺適状になかった場合にも、債務者が将来なし得べき相殺についての期待と利益は保護されるべきであるとの考慮が認められるに至って、判例も学説の見解と同一の線に達したといえよう。

学説については、相殺適状説はまずおいて、無制限説と制限説に分けるのが普通である。昭和三九年の最高裁判所判決の多数意見は制限説の見解をとっているが、反対意見は無制限説の立場に立つものである。無制限説は、債権譲渡によって債務者の不利益を増加してはならないとする民法四六八条の立法趣旨を根拠に、譲渡・差押前に相殺適状あることを必要とせず、同種債権の対立さえあれば、双方債権の弁済期の前後を問うことなく、将来相殺の可能性について

の債務者の期待・利益は保護せらるべきであるとするから、債務者の利益の保護は強く保障せられることになる。

しかし、金融機関が自行預金を見返りとして融資する場合に、貸付債権の弁済期未到来の間は相殺できないにしても、貸付債権の弁済期が預金債権よりも前に到来するものであるときには、銀行としては預金債権の弁済期の到来を待つて清算しうるといふ確実な期待をもつことができる。その期待が相殺制度の目的からみて正に保護せらるべき合理的なものである。ところがこれに反して、貸付債権の弁済期が預金債金の弁済期の後に到来するものであるときは、預金者の期限到来後の請求に対して銀行は相殺することにより弁済期を拒む権利を有しないのであるから、合理的な期待を有するとはいえない。この見解は民法四六八条のみならず民法五一一条の解釈としても同様に立法の趣旨に合致するものであり、また債務者の利益保護の要請と債権の譲渡性や差押制度の実効性の保障という要請の調和点についての基準を示したものである^⑪。民法所定の相殺の効力について考える限り制限説の見解を適當と考える。

8 以上の判例の推移および学説の考察においては、民法の規定する相殺についてみてきたのであって、相殺に関する特約の存在についてはこれを捨象してきたが、具体的事実関係としては相殺に関する特約が存在していることが多く、殊に金融取引においては約定書においてなんらかの形の相殺予約がなされているのが普通であって、この相殺の特約についての解釈を考慮に入れなければ、具体的事実を完全に把握できたといえない。また、相殺の特約の取扱い方によって相殺の効力についての結論もちがってくるといえよう。従来判例においては、相殺の特約の取扱いが不明確であったが、昭和三十九年の最高裁判所の判決は相殺予約の有効性について、前述の制限説の立場からの見解が示されたが、後述するように相殺の特約についての結論が下されたとはいえない。

注3 我妻、前掲書 五三四頁

柚木馨、判例債権法総論 下巻一五四頁

4 大判明治三八・三・一六（民録一・一輯七卷三六七頁）

大判明治四〇・七・八（民録一・三輯六卷七六九頁）

大判明治四一・五・三〇（民録一・四輯五卷六三一頁）

5 本件が聯合部判決によらなかつた理由は、判決の結論が相殺権を代位し得るかということに あつたためと思われる——柚木、前掲書一五九頁

なお菊井教授は本判決の評釈において判決の見解に賛成しておられる——判例民事法昭和八年九六事件

6 鳩山秀夫、日本債権法総論 三五八頁 石坂音四郎、日本民法（債権総論）一二五四頁 末弘嚴太郎、債権総論 二三七頁 柚木

馨、前掲書 一五九頁 於保、前掲書 二八三頁

7 有泉亨、判例民事法昭和八年一四四事件評釈

「私は我民法上も反対債権の弁済期が債権譲渡前に来ていれば譲渡債権の弁済期との前後は問わないが、譲渡後に弁済期が来る反対債権を以て譲受人に対抗するためには、その弁済期が譲渡債権より早くなければならないと解するからである（独民四〇六条参照）然し判例のように相殺適状にあることを要件とする行き方は譲渡後に先づ反対債権の弁済期が到り後に譲渡債権の弁済が来る場合に、債権者に相殺の抗弁を認めない不都合がある。通説の行き方を採りつつ一定の留保を為すを正道なりと考える。」

8 最高判昭三三・九・一九に対する判例批評として制限説の立場に立つて補足意見に賛成する学説として

田中実、判例評論（法時一三四号附録）一一号一五頁

山中康雄、民商法雑誌三七卷二号二〇三頁

長谷部茂吉、最高裁判所判例解説民事篇 昭和三年度一六六頁

補足意見と同じ見解をとる判例として

福岡地判昭和三五・一・一二（金融法務二四八号一〇五頁）

東京高判昭和三五・三・三〇（高裁民集一三卷三号二九二頁）

東京高判昭和三七・九・二〇（下級民集一三卷九号一九一二頁）―昭三九最高判の原審

東京高判昭和三八・五・二二（下級民集一四卷五号九八六頁）

9 加藤、前掲一二頁

10 加藤、鈴木編、銀行取引セミナー⁽²⁾二九四頁発言

ジュリスト三一七号一四頁

林、中務編、前掲書第一章第二節

柚木、前掲書一五七頁

11 我妻、前掲書三二〇頁

林、中務編、前掲書五五頁以下

三 相殺予約の対外的効力

1 金融機関が貸付をなすには一般に取引約定書によって相殺に関する特約をもうけるのが慣例であり、いわゆる相殺の予約と呼ばれている。ところが相殺の予約の概念は広狭さまざまな捉え方が可能であり、将来一定の事由が生じたときには、当事者の対立する債権について相殺することができる旨、または当然に相殺の効果を生ずる旨の合意を総称して相殺の予約と呼ぶが、その中には種々の内容と型のものがあり、その有効性について判例および学説の見解がわかれている。^⑫

相殺の予約に関する法律問題は、当事者間の対内的関係と、第三者との関係における対外的効力についての二面性をもつ。しかして通常金融取引において相殺に関する約定をなす主たる目的は、取引当事者間においてのみならず、対第三者との関係で相殺の効果の生ずることを確保しようとするもの、つまり相殺のもつ優先的な担保的機能を利用しようとする

ものであるから、相殺予約の効力が問題となってくるのは、第三者特に差押または転付債権者に対する対抗力である。本来、相殺予約が、当事者の関係では、債務弁済方法の特約として契約自由の原則にしたがってその効力を認められることについては問題はない。しかし、差押や譲渡の場合に第三者にまでその対外的効力を認めることは問題であって、このような予約は債権的なものだから対外効は否定すべきだという理論があり、その見解をとる次の判決がある。

東京地判昭和三三・四・四（下級民集九卷四号五九八頁）

「債権の差押によって支払を差し止められた第三者が差押にかかる債権と反対債権との相殺をもって差押債権者に対抗できるかどうかは、もっぱら法律の規定するところに従って決せられるべきものであって、単なる私人間の契約によって法律の認めるところ以上に相殺の対抗力を拡張しようとするのは、差押による処分禁止の効力を維持するために第三債務者による相殺に対して一定の制限を設けようとした法律の精神をみだりにふみにじることを容認する結果を招くことになり、到底許されるべきものでない。」——但しこの判決は第二審東京高判昭和三五・三・三〇でくつがえされた。（後述）

この判決の理論は、相殺は民法上法定された制度であるから、それに依拠した場合だけが民法四六八条・五一一条で問題とできるのであって、本来債権の關係にすぎない予約の効力を主張できるのは、法定の制度に認められたものに限定とする立場に立つものである。

2 しかし、近時の判例に現れる論理としては、予約の対外的効力についてこれを肯定するものが多い。ところがその多くは予約の効力そのものが全面的に受動債権の譲受人や差押債権者に對抗できるとしたものではない。相殺予約の存在を認めた上で、予約の直接の対外効をさけて、民法四六八条や五一一条の問題として処理する。それは、約定書に記載されてある相殺予約条項の形が、差押があれば当然に相殺適状に達するか、ないしは弁済期に達して民法所定の（五〇五条）の相殺適状となり相殺権を発生するから、民法所定の相殺について差押時にすでに相殺適状にある場合に該当する、とい

う論理として構成される。すなわち相殺予約を民法上の法定相殺の延長としてのみその対外的効力を認めるものである。この一部肯定説というべき立場にたつ次の判例がある。

東京地判昭和三四・一〇・七（金融法務二二号二九六頁）

「右の貸金債権の弁済期が前記債権差押転付命令送達の時到来していたかどうかについて考えるのに、証拠を総合すると、右貸金契約においては、弁済方法として昭和三十三年三月から六月まで毎月五日限り五十万円宛支払うこと、及び右の割賦金の支払を一回でも怠ったときは、訴外会社は期限の利益を失い残額を一時に支払うことが約定されていた。……中略……右期限の利益の喪失は、訴外会社の債務不履行により当然生ずるもので、被告から別段の意思表示を必要としないものであることは証拠により明らかである。……中略……従って、被告のなした相殺の意思表示は有効であつて、本件転付債権はこれにより消滅した。」¹⁵⁾

3 前章において、民法所定の相殺についての判例の推移として、差押当時相殺適状になくとも相殺の可能性についての期待と利益があるときは、その保護されるべき程度が拡大されてきたことをみてきたが、それには、当事者間に同種類の対立債権の存在のほかに、約定による相殺予約の存在があつて、そのことが相殺に対する期待・利益を支える一因として間接的に役立っていた。したがって相殺予約の対外効についても、当事者間に相殺の予約がある場合、予約を中心とする諸客観的事情によつて、相殺への強い期待・利益の存在が認められるときには、予約の対外的効力は民法所定の規準で考えるべきではなく、相殺予約それ自体の対外効として考えるべきであらう。次の判例はそのような論理構成のもとで予約の対外効を認めたものである。

東京高判昭和三五・三・三〇（高裁民集一三卷三号二九二号）

本件は前にあげた東京地判昭三三・四・八の判決を否定した控訴審判決である。相殺予約の存在を認定した上で、予約の対外効の根拠づけを次のように述べている。

「前記認定のように金融取引において、取引先につき他より差押をうけるという一定の明確な事態が発生した際に、金融機関において預金債権の受動債権として手形貸付債権を自動債権として相殺し得る旨の相殺の予約は、これにより実質的に貸付金債権の回収をはかることを意図しているものというべく、しかも手形貸付金債権の弁済期が預金債権の弁済期より以前に到来すべき本件の場合には、控訴人は相殺適状が発生次第何時でも貸付金債権をもって預金債権と相殺しうる地位にあり、且つ相殺しうべき利益を有するから、このような確実な控訴人の期待と利益とを、その予知しない差押によって剝奪することは、前記相殺制度の趣旨に照らして妥当なものとはいえない。」

なおこの判決は、原審のいう、相殺予約に基づき相殺を有効とすることは単なる私人間の契約によって法律の認める以上に相殺の対抗力を拡張するものであるとの見解に対しては次のようにその有効性を認めている。

「同一当事者間に相対立する債権債務が存在する場合、相殺契約によってこれを如何に処理するかは、公序良俗に反しない限り、本来当事者の自治に委ねしかるべきものであり、……中略……相殺の予約が受動債権の差押以後になされている場合は格別、本件のように差押以後に締結されている以上右契約によって民法上の相殺権発生の要件と異なる要件が定められ、これに差押債権者が拘束されるからといって、前記相殺制度の趣旨に照らし法律の精神に違背するものとはなし難い。」

この判決は、従来の判決の大勢が予約の直接の対外効をさけて民法所定の相殺の問題として処理していたのに反して、相殺への強い期待・利益を推知させる客觀的事情のあることを根拠として予約の対外効を認めた全面的肯定説というべき立場にたつものである。

4 右の判決の論理は昭和三九年の最高裁判所大法廷の判決もこれを承認して相殺予約の効力として認めているが、こ

の判決の多数意見が民法所定の相殺について制限説の立場にたっていることから、相殺予約の効力についても次のように右の判決の見解よりも制限された範囲において認めている。

最高裁昭和三九・一二・二三大法院判決(前掲)

「ところで債権者債務者間に生じた相対立する債権債務につき将来差押を受ける等の一定の条件が発生した場合に、各双方の債権債務の弁済期如何を問わず、直ちに相殺適状を生ずるものとし、相殺予約定結の意思表示により相殺を為し得るという原判示の如き相殺の予約は……中略……前示民法五一一条の反対解釈上相殺の對抗を許される場合に該当するものに限ってその効力を認むべきである。すなわち、差押前第三債務者が取得した反対債権につき、その弁済期が受動債権である被差押債権の弁済期より先に到来する関係にある自動債権と受動債権との間においては、前記の如き相殺予約は第三債務者の将来の相殺に関する期待を正当に保護するものであるから、かかる場合に限り、前記相殺予約は有効に差押債権者に對抗し得るものと解するのが相当であるが、然らざる場合、すなわち、民法五一一条の反対解釈を以てしても相殺の對抗が許されない場合に該当する相殺予約は、差押債権者に對抗し得ないものといわなければならない。けだし、後者の場合にも右相殺予約の効力を認めることは、私人間の特約のみによって差押の効力を排除するものであって、契約自由の原則を以てしても許されないといわなければならない。

5 このように本判決は、相殺予約の対外効を最高裁判所が認めたということの意味において重要な位置を示すものであるが、なお民法所定の相殺制度の限度において容認するという態度がとられている点では、加藤教授が指摘されているように基本的には差押優先説の立場に立っているといわなければならない。^⑭

この判決の多数意見に対して次の少数意見の裁判官の見解は、相殺優先説の立場に立って相殺予約の全面的有効性を述べ

ている。

山田裁判官の反対意見「銀行は、平素、貸付金等自己の債権の確實なる回収を計る目的で、自己の債権の期限がまだ到来せざるうちでも、債務者側に、破産の申立を受けたとか、他から差押を受ける時、同人の信用が低下したと認められる事由が発生したときは、そのとき限り、同人に対する自己の債権の期限が到来したと見做しその権利を行使することが出来るとの特約を、債務者との間に取交わし置くことも常に見受けられることで、この特約も、また民法一三七条が、債務者が破産になったとき、又は担保を毀損したときは当然（特約なくとも）、期限の利益を喪失すると規定していることにかんがみ、当事者間の特約をもって、期限喪失の事由を、前示民法一三七条所定事項以上、一步前進または拡大した事項にまで、例えば、同法一三七条には破産を受けたときとあるを、破産の申立を受けたときとし、又は他より差押を受けたるとき等の事由を加えることは、これまた当然為し得るところといわなくてはならない。」

松田裁判官の反対意見「翻って考えるに、およそ銀行とこれを利用する預金者との関係においては、前者の後者に対する貸付などの各債権はいわば一体を形成し後者の前者に対する預金などの各債権もまた一体を形成し、両者は経済上決して無関係のものでなく、継続的に発生しつつ、相互に一種の牽連関係に立ち、ことに預金債権は貸付債権に対して担保的作用を営みつつあるのである。……中略……思うに、本件において上告人国は、いわゆる相殺予約という拘束の既に附着している債権を差押えたのである。従って、上告人国は、かかる相殺予約を以て對抗されることになるのである。」

6 以上の判例の検討を通じて、近時の判例は相殺予約の対外効を認めようとする態度であるが、なお差押優先の立場に立つ考え方と相殺優先の立場に立つものとの二つの見解が分れていることをみた。前者の考え方は、民法所定の相殺の許される基準で相殺予約の効力を認めるいわゆる一部肯定説である。自動債権の弁済期が受動債権である被差押債権の

弁済期よりも前に到来する双方債権の關係に限り、相殺予約の対外的効力を認めるものであって、然らざる債権相互については相殺予約があつても、それは私人間の特約で差押の効力を排除する不当なもので相殺を認めることはできないとする。昭和三十九年最高裁判所判決の多数意見の見解がこれである。しかし相殺予約の効力をこのように制限したものでしか認めない考え方は、金融取引の約定書に約定されている相殺予約の効力を実質的には否定することになる。相殺の期待・利益の保護を認めるという制限説の立場に立つて相殺予約の効力を制限的に認めたとしても、実質的には無意味であるといわざるを得ない。

これに対して、相殺優先の立場に立つ考え方は、債権者・債務者間の当事者關係は一体としての關係を形成しているものであるから、その債権は、当事者間の抗弁権はもとより、反対債権による拘束や相殺予約というような特約による制約を伴うものであって、差押債権者はそれらの拘束つきの債権を差押えることになる应考虑。したがって当事者間に特約された相殺の予約は差押債権者に対抗できるとする。自動債権の弁済期が受動債権の弁済期よりも後れて到来するときでも、すなわち双方債権の弁済期のいかにからず相殺することができるとする旨の予約があるときは、その効力を全面的に肯定するものである。前に述べたように昭和三十九年最高裁判所判決の小数意見がこの立場に立っている。

7 筆者は、民法所定の相殺については、自動債権を有する債務者の相殺に対する合理的な期待を保護すべきであるとする見地から制限説をとつたのであるが、当事者の間に相殺の特約がある場合には、たとい民法所定の相殺権のないときでも、特約によって当事者に相殺の期待が発生したことになると考えるべきであり、また差押のときに相殺によって清算しようとする当事者の意思を認めても何等不都合はないと考える。相殺に対する合理的な期待と利益の保護をはかるべき

民法の立法趣旨に沿うゆえんであろう。したがって当事者間に相殺予約ある場合、その対外的効力は、双方債権の弁済期の前後にかかわりなく、特約にしたがって差押債権者に対する効力を認める見解を妥当と考える。

注12 林・中務編、前掲書六三頁以下

我妻、前掲書三五三頁以下

味村、前掲書一一六頁

浅田久治郎、金融法務事情二六四号一三四頁

13 一部肯定説の立場に立つとみられる判例として次のものがある。

東京地判 昭和三四・四・二七（金融法務二〇八号三頁）

東京地判 昭和三四・一〇・七（金融法務二二四号七頁）

佐賀地判 昭和三・五三・二九（下級民集一卷三号六一二頁）

東京高判 昭和三五・五・三〇（金融法務二四六号六頁）

14 加藤、ジュリスト三一七号一五頁

四 む す び

1 以上において、民法所定の相殺の場合と相殺予約ある場合を通じて検討してきた結果、判例は、このいずれの場合の取扱いにしても、債務者（自動債権の債権者）のがわでの将来相殺できることに對する期待・利益の保護を拡大する方向に前進してきたことをみた。このことは相殺の担保的機能の保障が正當に拡張せられてきたものといえよう。ところが金融取引上の相殺予約に関する約定をどの程度保障すべきかということについては判例の態度はなお制限的である。特約

による相殺の担保的効力の拡張が判例によっても合理的に認められるためには、第三者に対する公示、すなわち、このような約定を伴った取引関係が定型化されることが必要であろう。

2 昭和三十九年の最高裁判所判決の事件は、昭和三五年に全国銀行協会が作成した銀行取引約定書のひな型以前の古い型の契約書について起った問題である。現在は全国の殆どすべての金融機関がこの新しい約定書案を採用しているが、それに規定されてある期限喪失条項がこの度の判決の下でもその効力が認められるかどうか判決は直接触れてはいないが、加藤教授および他の論者も認めるとおり、現在の約定書ならば相殺が認められるであろう。しかし相殺の予約の効力を民法所定の相殺の限度においてのみ認めるという制限的な判例の基本的な立場は、金融取引における実情とはなおまだ接触できないことがあることは否定できない。