

# いわゆる『相殺予約と差押え』を巡る一考察\*

岡本 裕樹

## 序論 問題設定

### 一、本稿の検討対象

相殺予約について考えてみたい。

いわゆる法定相殺の対第三者効を巡り、自働債権と受働債権のそれぞれの弁済期の先後に関りなく承認する無制限説と呼ばれる見解<sup>(1)</sup>を採ったとしても、自働債権よりも先に受働債権の弁済期が到来した場合について法定相殺を抗弁事由とする支払拒絶まで認められないのであれば、受働債権の債務者はその債務の弁済を拒むことができず、相殺の期待は実現されない結果となる。受働債権の債権者の資力に懸念がなければ、債務者にとって相殺不能による不都合は小さいが、自働債権の実行に不安がある場合には相殺への期待が高まる。対立債務の簡易決済を可能にする相殺には、実質的には執行手続き外での自働債権の強制的実現手段としても機能するためである。そこで対立債権を有している当事者は、相手方について支払停止、手形交換所の取引処分など信用悪化の徴憑が現れた場合に

受働債権の債務につき期限の利益が消滅する旨を約定し、相殺適状を任意に作出できるようにしておくなどして、一方の信用不安に備えて法定相殺への期待を保全しようとするところがある。民法一三七条は任意規定と解されているため、当事者には債務者が期限の利益を喪失する事由を特約によって拡張することが認められる。ただし、そうした事由の内容が不明確で期限の利益喪失が債権者の恣意的判断に委ねられるなど、債務者の利益が一方的に害されるおそれがある場合を除く。こうして当事者間で締結された相殺予約は、受働債権が差し押さえられた時点でなお自働債権の履行期が未到来である場合に、相殺適状を作出する機能を有することになる<sup>(2)</sup>。

問題となる局面を相殺の当事者間に限定すれば、相殺予約の機能についての一般的な認識は以上のようなものと言えよう。もつとも、当事者間の債権に介入してきた第三者からすると状況は異なる。とりわけ、一方当事者の一般債権者が債権を差押えて、そこから自己の債権を回収しようとする場合、この差押えを排除する形で他方当事者である第三債務者の相殺の期待が保護されるのであれば、第三債務者は実質的に差押債権者に優先して自己の債権（自働債権）の弁済を受けることになる。このとき、債権者平等の原則との関係が問題となる。相殺には自動債権の強制的実現機能が有り、仮にこれを相殺の担保的機能・担保的効力と呼ぶとしても、それは簡易清算・公平維持のための相殺が有効になされた場合の機能・効果に過ぎず、一般債権者との関係において優先的弁済受領機能までも当然に導かれることにはならないためである。また、期限の利益喪失特約が当事者間で有効であるとしても、それが実質的に債務者の責任財産の中に差押禁止財産を作出する効果を有する以上、法的に承認された擱取権への侵害を受ける一般債権者に対する関係において特約の効力を認めるためには、相応の理由付けが求められる。このような当事者の相殺への期待と一般債権者の利益との対立を中心として、法定相殺の対第三者効ないしは相殺予約の対第三者効についての議論がなされてきたことは周知のとおりである。最高裁においても、昭和三九年一二

月三三日大法院判決<sup>(4)</sup>（以下、「最判昭和三九年」という）と昭和四五年六月二四日大法院判決<sup>(5)</sup>（以下、「最判昭和四五年」という）の中で判断が分かれていたが、現在では最判昭和四五年の判断が確定した判例となっている。

本稿はこのうち期限の利益喪失特約（以下、単に「相殺予約」と述べることもある<sup>(6)</sup>）の対第三者効を検討対象とする。ここで二つの相互に関連する問題のうち、相殺予約のみを単独で取り扱うのは次のような理由からである。

まず、両議論は内容的に異なる。一方で、法定相殺の対第三者効の問題とは、法により相殺利益の享受が認められる範囲の画定を巡る議論と言えよう。その際、法律に規定された相殺の効力を第三者に対して主張することの可否を判断するために、相殺の制度趣旨そのものが議論の対象となる。他方で、相殺予約は、法定相殺の第三者効の範囲を前提に、当事者がこれを超える形で相殺利益に浴するために取り決められる。法が認める以上の利益を当事者が欲したときに、その合意に関与していない第三者の権利を排する形でそうした利益を承認することは、契約の相対性原則にも抵触する問題である。このように解するならば、法定相殺と相殺予約とは、第三者効を巡って異なる問題をはらんでいることになり、前者では相殺に関する法規の趣旨が、後者では当事者と第三者のそれぞれの私的自治の優劣が、それぞれ解釈の対象となる。

また、両議論はその重要性において異なる。一つには、仮に相殺予約の対第三者効力が認められ、第三債務者が法定相殺による利益を超える範囲で保護されるならば、法定相殺に関する議論の意義が大幅に減殺される。とりわけ、最判昭和四五年の法廷意見のように、契約自由のみをもって相殺予約の対第三者効が正当化されるのであれば、差押えの効力が生じる前に相殺適状が生じるように約定しておくことで、法定相殺について相殺適状説に従ったとしても、常に第三債務者を保護する結論が導かれうる<sup>(7)</sup>。このとき、相殺予約の効力を判断する前に法定相殺について検討したとしても、そこでの議論は相殺予約への評価によって意味を失う。いま一つには、法定相殺の対第

三者効が問題となるのはあくまで相殺が主張される場面に限定されるのに対し、相殺予約に関わる議論は、その結論や理由付け如何により、第三者に不利益をもたらす他の特約の問題全般にも影響を及ぼしうる。<sup>(8)</sup> こうした問題関心をもとに、相殺予約の対第三者効について検討を加えたい。

## 二、問題の所在

もつとも、相殺予約の対第三者効を巡っては、これまですでに相当程度の議論の蓄積がある。単なる従来の議論の整理に陥らないためにも、本稿で改めて検討する意義が示されなければならない。

この点については、相殺予約の対第三者効を正当化する理論的根拠を巡り、なお検討の余地が残されていると考えている。少なくとも最判昭和四五年の事案においては、私人間の特約による差押禁止財産の創出という重大な効力が結果的に承認されているにも拘らず、これを正当化する理論的基盤が堅固であるとは言い難い。

その原因として考えられるものを挙げると、一つには、相殺予約と法定相殺は異なる問題であるにも拘らず、その違いが認識されないまま主張されている見解が少なかつた状況がある。それぞれの援用する事由を分析する際には、それが法定相殺を正当化するものなのか、相殺予約の対第三者効を理由付けるに相応しい論拠なのかを、適切に見極める必要がある。

二つには、論者ごとに主張内容が微妙に異なり、対外的効力の基礎について見解の一致が見られないことが挙げられる。現在の学説の状況においては、最判昭和四五年の結論を支持しながら、大隅健一郎判事の少数意見に準じた見解を提示するにとどまるものが多い。しかし、そうした期待利益説、条件説ないしは合理的期待説と呼ばれる

見解は最判昭和四五年の事案において考慮された事情の分析を行っているものの、より一般的に相殺予約の対外効についていかなる事由が決定的重要性を有するののかについては、明確な説明をなしていない。<sup>(9)</sup> どのような事由・事情がいかなる役割を果たし、また、それぞれが他の事例において意義を有しうるものかどうか不明なままでは、個別問題の結論が結局は論者の価値判断に集約されることにもつながりかねない。

三つには、論者の個人的な価値判断に依存してきた議論の特性とも関連するものとして、これまでの議論の一部には、実質的な意義につき疑わしい主張もあった。第一に、循環論的主張が見られる。<sup>(10)</sup> たとえば、相殺に対する合理的な期待が認められる場合に相殺予約の対外的効力を承認すべきとした上で、相殺予約の締結をもって当事者が相殺に期待していることを認めるかのごとき見解がある。相殺予約の対外的効力の肯否の判断が、相殺予約そのものの存在によって説明されようとしているが、事実の追認以上の意味はなく、その承認を法的に正当化する根拠は示されていない。第二に、結論を先取りしたかのような主張が見られる。たとえば、期限の利益喪失条項を用いた相殺を検討する際に、こうした相殺予約により差押え以前に自働債権の弁済期が繰り上げられ、法定相殺につき制限説を採ったとしても相殺が認められることになることを理由に、相殺の効力を承認する見解がある。<sup>(11)</sup> ここでは、相殺予約の対外的効力が、それが肯定されたときの結果によって正当化されようとしている。第三に、これまでの議論には、銀行取引を想定した個別的議論と一般論が混在している。<sup>(12)</sup> 法定相殺や相殺予約の対第三者効に消極的な立場は、債務履行期の先後により当事者の相殺への期待を保護する妥当性が異なることや、私人間の特約はそれだけで差押禁止財産を作出できないことを論拠とする。こうした相殺一般もしくは私法秩序一般について当てはまる主張は、商事取引や銀行取引の領域において特別な事情を考慮して対外的効力を承認することと、必ずしも相対立するものではない。原則と例外の関係において取り扱うことも可能である。しかし、いわゆる無制限有効説の中に

は、特定の取引領域における特殊状況を強調して対第三者効一般を説明するかのようにも受け止められる見解も見られる。<sup>(4)</sup> こうした主張は、一般論に対する反論としての妥当性を欠き、議論が錯綜する一因となっている。

以上のように本稿は、これまで「相殺予約と差押え」の論題の下で扱われてきた問題の再検討を通じて、相殺予約の対第三者効の理論的基礎を探ろうとするものである。そのため、本稿の考察は従来の議論に対応する形で、相殺予約の中でも「差押えを契機とする期限の利益喪失特約」の対外的効力を念頭に置くことになる。このことを敷衍すると、差押え以前に対立債権が相殺適状にあれば、対立債権の当事者の相殺する権限が差押えによって害されてはならないとすることに異論はない。このことは民法一三七条に挙げられていない当事者間で約定された事由によつて期限の利益が消滅し、相殺適状が生じた場合でも同様であると、一般には考えられている。差押えを契機とする期限の利益喪失特約は、相殺が差押えに優先する状況を無理に作出して、他の債権者の差押えを無に帰せしめようとしている点において、特別な問題を孕んでいるからこそ、激しい議論の対象となってきたのである。<sup>(5)</sup> こうしたことから、主として「差押えを契機とする期限の利益喪失特約」についての検討を行うこととする。このことは同時に、契約の相対性原則に対する例外的な効力の正当化事由を探ることも意味すると考える。

ただし、前述のように、これまでは法定相殺と相殺予約の対外的効力が一体的に取り扱われることも多かったため、検討対象を相殺予約に限定するとはいえ、法定相殺を対象とした主張・議論にも必要に応じて言及する。

なお、本稿においては「第三債権者」という表現を、「相殺に供される自働債権の債務者(受働債権の債権者)に対する債権者で、相殺予約の当事者ではない者」を指すものとして用いる。

## I. 従来の議論の中に見る对第三者効の論拠

### 一、議論の概要

まずは従来の議論を簡単に振り返っておこう。ただし、先にも触れたが、相殺の対第三者効については、各論者の個別の見解が述べられた論稿は膨大な数に上り、議論全体を整理したものも数多い。そこで、ここでは、こうした先行業績に範を求めながら、相殺予約の第三者効に関わる従来の議論に焦点を絞って、各説の主張の論理構造を確認する。差し当たり伊藤進の分類に従えば、学説は対外効否定説、条件説、期待利益説、準法定相殺説、無制限有効説、担保的効力説に分けられる。このうち、最判昭和四五年が判例法理を定立した現在では、無制限有効説が実務を支配し、学説では期待利益説や条件説、担保的効力説が有力に主張されているとの評価ができよう。特に対外効否定説を採る見解は今日わずかである。それゆえ、ここでは主として無制限有効説・期待利益説・条件説・担保的効力説を取扱い、その他の見解はこれらの説との関連において触れることにする。

ところで、これまでの相殺に関わる議論の集積に基づいて指摘されている点として、相殺の担保的機能の視点からの検討のみでは、第三者と相殺権者の利益衡量の変遷や価値観の整理が中心となって「カードの見せ合いに終わり」、法理論上の深化が困難となるということがある<sup>(4)</sup>。また、相殺予約の対第三者効につき、最判昭和四五年は経済的需要を考慮した「政策的判断」と評されることもある<sup>(5)</sup>。これらのことを踏まえ、各論者の主観的価値判断に拘泥することのないよう、相殺予約の対第三者効の範囲に対する最終的な評価を副次的なものとして位置付け、これまで各説を支えてきた論拠について立ち入った検討を行うこととする。とりわけ、各論者による「合理的」との判断

の背後にある具体的な事情はどのようなものか、その事情が法理論的にいかなる意味を持ちうるのか、との観点から分析を進めていきたい。

## 二、無制限有効説の検討

### (1) 無制限有効説の骨子

最初に、無制限有効説と呼ばれる見解から見ていく。繰返しになるが、最判昭和四五年が期限の利益喪失特約につき、「かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたない」ことを理由に、差押債権者に対する特約を拡張させ、そこで定められていない他の事情の発生により自働債権の弁済期を繰り上げ、相殺適状を生じさせることが、当事者間において有効なものとして認められるとしても、とりわけ差押えの申立てを機にもたらされた相殺適状が差押債権者に対しても主張されうるかどうかは、別に検討される必要があることが、多くの見解によって指摘されている。<sup>(9)</sup> こうした点について無制限有効説からいかなる理由付けがなされているのか、同説の代表的論者である好美清光の見解を中心に確認しよう。<sup>(10)</sup>

(i) 最判昭和四五年を支持する好美の見解の根底には、大別すると二つの基本的視座がある。

一つには、債権の差押えに対する消極的評価がある。好美によれば、これは、期限の利益喪失特約により反対債権について担保的に機能するよう条件付けられた債権を差押えたに過ぎないもの、と評価される。<sup>(11)</sup> そうした債権を差押えたとしても、質権の設定された債権や解除原因・取消原因のある債権が差押えられた場合と同様に、債権に

付着しているところの当該債権を消滅させる権利を行使されれば、差押債権者は自身の目的の不到達を甘受せざるをえないとのことである。<sup>(24)</sup> この評価の背後には、一般的に債権の差押えの実効性が低いという事実がある。債権の差押えは被差押債権の存否について審理を経ることなく発せられるため、当該債権が存在しない場合もあり、また、被差押債権が実在する場合でもこの債権に附着した瑕疵により、債権の実行が妨げられることが指摘されている。これらのことが、「当たるも八卦、当たらぬも八卦」で発せられている債権の差押えに強い効力・配慮を与えることへの疑問につながっている。<sup>(25)</sup>

いま一つは、第三債務者の地位に対する積極的評価である。その前提には、債権者が債務者の特定財産に特別の手段を講じている場合や、他の債権者よりもその特定財産と密接な関係にある場合には、それが程度合理的と評価されるなら、他の債権者より厚く保護されてしかるべき、との一般的な理解がある。<sup>(26)</sup> この点、相殺予約について言えば、相互に見合っている債権・債務を有する者の間で一方を他方の担保に利用することを期待して特約をしておくことに、非難すべき理由はなく、こうした当事者間とこの関係に割り込んでくる差押債権者とは、被差押債権に対する期待や密接さの程度がはるかに違ふとされる。<sup>(27)</sup> 加えて、他の典型担保方法との比較においても、債務者の一般財産を一方的に減少させるのではなく、債務者の負債と合い打ちにして債務者の一般財産を増減を生じさせないという相殺の効果を捉えて、相殺予約がより厚い保護に値するとの主張までなされている。<sup>(28)</sup>

次のようになる。

相殺予約の対第三者効の承認が、私人間の特約による債権担保のための執行免脱財産の作出を意味する、<sup>(29)</sup> ないしは、物権法定主義に反するとの批判に対しては、こうした指摘は相殺予約のみならず、非典型担保一般に当てはま

るものであり、相殺予約の担保機能のみを否定する根拠にはなりえないと、明瞭に反駁する。その根底には、債権者平等の原則や物権法定主義の絶対視に対する好美の批判的態度がある。<sup>(83)</sup>

また、特に物権法定主義とも関連する批判として、公示方法を欠く相殺予約に対第三者効を認めると、一般債権者が不足の不利益を蒙るおそれがあるとされることがある。<sup>(84)</sup>この点については、債権に定められた確定期限と期限の利益喪失特約は一体不可分であり、相殺予約の部分だけを取り上げて評価する態度は不当であること、ならびに、確定期限やその他の債権に附着した瑕疵・抗弁について公示性が要求されないにもかかわらず、相殺予約についてのみ公示性を問題とすることは一貫しないことが主張されている。<sup>(85)</sup>加えて、債権譲渡・債権質の第三者對抗要件や、動産の對抗要件についても、第三者に対する関係での権利帰属の所在の公示が機能していないことも挙げ、公示性の要否に否定的な立場を採っている。<sup>(86)</sup>このほか、特約に関する第三者の認識と対第三者効との関係で言えば、譲渡禁止特約が第三者の主観的態様を要件としていふこととの対比について、債権譲渡の自由を否定する譲渡禁止特約と、差押え前に相殺適状にある対立債権の相殺可能性を拡張させる相殺予約とを同列に置くことはできないとの理解を示している。<sup>(87)</sup>

さらに、好美が相対立する同種の債権・債務を有する者の間に存在する相殺の担保的効力に対する期待について、その保護の必要性を極めて高く評価していることに対しても、疑念が示されている。つまり、第一に、第三債務者は当事者間において弁済期が到来すれば支払わなければならない債務について、これを弁済期の遅れる債権の担保として見ることはできないにもかかわらず、差押えを契機として特約により自動債権の弁済期を繰り上げることで、差押債権者に対する関係で自己の債務を担保視することは妥当ではないこと、第二に、差押え以外の当事者間の事由（債務不履行など）を契機とする期限の利益喪失特約についても、実際には銀行はそうした事由の発生に

より直ちに相殺するわけではなく、ひとまず従来どおりの取引を継続し、差押えなどの第三者の介入があつて初めて相殺するのだから、この場合も実質的には当事者間で担保視していない債権を第三者に対する関係でのみ担保視しようとする他に他ならないこと、が主張されている。<sup>64)</sup> こうした批判に対して好美は、債権回収の見込みが残っている状況においては担保権の実行を控え、第三者からの介入などで債務者の信用状態の悪化や債権回収の不能のおそれが現実化した時点で担保権を実行する態度は、当然で合理的であると反論する。<sup>65)</sup> この反論は、批判説の指摘する第二の状況に対して妥当なものといえよう。しかし、第一の状況に関する反論としては適合的ではない。この際には、期限の利益喪失特約を基礎とする相殺権を担保権として構成するとしても、第三者が差押えに着手するまではそのような「担保権」はそもそも発生していかないのだから、実行を控えていた担保権を債権回収不能の危険性の現実化に直面して実行する、といった理屈は成り立たないからである。この点については、法定相殺の対第三者効を巡る議論における第三債務者の相殺に対する期待の評価に関わる基本的立場の違いが、それぞれの主張の背後に存在していると言える。予約の担保的機能について、法定相殺と相殺予約を完全に切り離して議論されてこなかった理由は、こうした各議論の相関性にもあるであろう。

このほか、特約内容の特定性に関する批判もあつた。これに関して、かつての銀行取引約定書の内容に照らして言及しておくべきは、期限の利益喪失事由ならびにこれに基づく相殺の対象となる債権・債務の範囲の特定性である。<sup>66)</sup> すなわち、銀行に対する「いっさいの債務」について期限の利益を喪失させられるとする規定は、その範囲があまりに漠然としているために、法律関係を不当に不明確にし、相手方や第三者に不利益を強いるものであるから、少なくとも差押債権者に対する関係ではその効力は認められない、との主張があつた。こうした見解は、個別の預金債権や貸付金債権ごとに特約を要求することにつながつていた。<sup>67)</sup> この点、個別的な特約を求めるのであれ

ば、銀行取引の開始時に包括的に取り決めておくことと法的に変わりはない、との反論がなされていた。<sup>69</sup>

## (2) 無制限有効説の分析

このような好美の見解が結論において相殺予約の対第三者効を無制限に認めることについて、終局的な論拠は何に求められることになるのか。

好美説は差押債権者の地位を、相殺予約の負担が附着した債権を差押えたに過ぎないものと評する。これによれば、債権に附着した瑕疵や抗弁は、公示性の有無にかかわらずなく、差押債権者に当然に対抗されるものであるために、他の見解において引き合いに出される銀行取引約定書の公知性などは、最初から不要であることになる。

しかし、こうした説明は結論先取りの名もので、問題の所在を覆い隠すことにもつながらる。たとえば、契約解除権も期限の利益喪失特約も、それらが附着した債権が差押えられた後に差押債権者に対してそれらの主張が認められうるならば、第三債権者による債権差押えの実効性を失わせる結果をもたらす点において変わりはない。ただし、差押えを契機とした期限の利益喪失特約は債権に附着したその他の負担とは異なり、当事者間の既存の事由がそこに介入してきた第三者に結果的に対抗されるのではなく、初めから第三者の差押えを排除するために当事者間での取決めがなされている。このような特約の効力が差押債権者に対しても承認されることの肯否が問題となつてくる場面において、債権が差押えられたとしても瑕疵によりその実行が妨げられうることの指摘はなんらの意味も成さない。特約の附着した債権を差押えただけ、と述べるためには、その特約の効力が差押債権者にも及ぶことが前提となつており、特約の対第三者効自体が論じられる際に、そうした主張を理由付けとして用いるならば、理由付けの中に結論自体がすでに取り込まれていることになるからである。そもそも一般債権者には、債務者の保有する一般財産へ強制執行することにより自己の債権の満足を図る地位(擱取権)が承認されている。<sup>69</sup> 期限の利益喪失

特約により差押債権者の被る不利益は、差押えた債権を行使しえなくなることにあるのではなく、差押える権利ないしは擯取権が排除されることにある。法が一般債権者に付与したこうした権利を、債権債務関係の当事者による特約のみで排除しようとなれば、それは債権者平等の原則のみならず、契約の相対的効力の原則にも反するであろう。<sup>(40)</sup>

もちろん、好美も特約の附着した債権への差押えとの形式論のみで、相殺予約の対第三者効を正当化しようとしているわけではない。ただ、債権者平等の原則を強調する見解に対して、債権の差押えに対する消極的評価を述べたのみでは、それはあまりに乱暴な理屈である。債権の差押えを「当たるも八卦、当たらぬも八卦」と形容するが、仮に一般的・抽象的にはそのようなことが言えたとしても、個別的・具体的な差押えが「当たった」場合にまで、差押えに低い評価しか与えないことを正当化しようものではない。また、そもそも差押債権者の差押えによる自己の債権の満足への期待に対する過小評価が甚だしく、債務者の一般財産に占める債権の重要性を見過ごしている。

もつとも、債権者平等の原則であれ、契約の相対的効力の原則であれ、これらに外観上抵触する特約であつても、これが担保権としての地位を認められるのであれば、この特約の対第三者効を妨げることはできない。好美説も、その主張の核心は「譲渡担保などと並ぶ新たな非典型担保を創造する」ことにあるのである。<sup>(41)</sup> それでは、期限の利益喪失特約による相殺予約に非典型担保としての効力、つまり一般債権者の差押えに対する優先的効力が承認されうる理由はどこにあるのか。それは、第三債務者が受働債権に対して他の債権者よりも密接な関係を有し、さらには、期限の利益喪失特約という特別の手段も講じており、こうしたことが合理的であると評価されうるためである。この密接な関係はより具体的に、金融取引などの相殺予約の用いられる継続的取引関係の特徴として、相対立する債権は受働債権群と自働債権群として捉えられべき集団的緊密性ないし牽連性を有している、とも説明さ

れる。<sup>(43)</sup>したがって、無制限有効説の終局的な論拠とは、こうした債権群の性質が、相殺予約を非典型担保と承認するための合理性を表している、との評価に求められると考えられるのである。

こうして無制限有効説と呼ばれる見解が、期限の利益喪失特約による相殺予約を非典型担保として位置付け、その理論的根拠を相対立する債権の集団的緊密性・牽連性に求めるのであれば、同説と担保的効力説ないし期待利益説・条件説との関係が問題となってくる。そこで次に、無制限有効説と対置されるそれぞれの見解について見ていくことにしよう。

### 三、担保的効力説・期待利益説・条件説の検討

#### (1) 担保的効力説

担保的効力説に位置づけられるのは、相殺予約を正面から独自の担保手段として認める見解であり、この説の主張者としては、米倉明が挙げられる。米倉は相殺予約を端的に代物弁済予約類似の担保手段であると説く。<sup>(44)</sup>このような立場は、無制限有効説と同様に(むしろ、より符合する形で)、私人間の特約による執行免脱財産の作出の可否や物権法定主義の観点からの批判を受けることになる。この批判に対する米倉の応対をみると、好美の主張との類似性を指摘することができる。すなわち、こうした批判は非典型担保に一般に当てはまるところ、譲渡担保等についてその効力を承認してきながら、相殺予約についてのみ非難するのは均衡を欠く、との反論である。<sup>(45)</sup>しかし、このような消極的な理由付けのみでは、どのような取決めでも執行免脱財産を作出しうることにもなりかねないため、相殺予約を非典型担保として承認するためには、より積極的な理由付けが求められる。この点に関する米倉の

主張を要約すると、次のようになる。

相殺予約も既存の法制度を転用して考案された担保方法であることにつき、他の非典型担保と同様であるところ、相殺予約はとりわけ、対立債権の弁済に代えて受働債権をとりあげて混同消滅させることにおいて、代物弁済予約に最も類似する。この代物弁済予約にあつて債権者は期待しか有していないにも拘らず保護されるのであれば、その期待と比べて劣後すべきではない銀行の相殺の期待が低い評価を受けるものとは思われない。相殺予約は清算型の担保手段であり、代物弁済予約のように過剰担保は生じないのであるから、より問題が少ない。公示性については他の担保でも十分ではないものもあり、公知性があればよい。<sup>(47)</sup>

このような主張からは、第三債務者である銀行の相殺への期待を重視していることや、相殺予約による一般債権者に対する影響が他の担保手段と比べて大きくないことに着目している点で、好美と同様の方向性を容易に見取ることができる。もつとも、被差押債権に対する期待や密接さの度合いという抽象的な基準を用いる好美とは異なり、銀行による期待の保護の妥当性に関して米倉は、より具体的に説明している。それによると、高度成長政策や資金不足のために止むを得ず行われる両建預金（預金見返りの貸付）においては、預金とはいつても実質上は銀行の資金であること、ならびに、預金発生への貢献度が最も大きい銀行が預金債権を担保視するのであれば、それを保障することがむしろ公平に適用すること、の二点が、法定相殺が相殺予約かを問わず、相殺の対外効を承認する根拠となる。<sup>(48)</sup> 前者については、好美も法定相殺の対第三者効を検討する際に、同様の見解を述べていることから、米倉の主張の特色は、後者の点にあると言えよう。特に、債務者の一般財産の増加に対する貢献者に優先権を認める思想は、民法典の中にも先取特権（民法三二一条、三二八条）について見られるとも述べており、<sup>(49)</sup> ここにおいて、相殺予約を担保権として把握しようとする米倉の基本的姿勢がよく表れている。

以上のことから、米倉の見解はその主張の基本的理由付けにおいて好美の見解と重複する部分もあるが、両債権間の関連性ないしは相殺予約と被差押債権との間の債権的結合関係を重視する好美とは、担保手段である相殺予約の特性をそのまま承認している点で異なることとなる。そして、米倉によれば、非典型担保としての相殺予約は、形式的には代物弁済予約に類似し、実質的には先取特権と同様の趣旨から担保としての地位を承認されるものとして考えられている。

この他の担保的効力説としては、高木多喜男が債権質の設定された場合と同一の効果を相殺予約に付与することを認める。質権設定のための要件である証書交付（民法三六四条）が占有改定で足りると解されていることや、対抗要件として通知・承諾（民法三六四条）が必要であるとしても銀行自身が第三債務者であることから、第三者への公示力はあまり強くないことが、その根拠として挙げられている。<sup>(61)</sup>さらに、相殺を用いて企図されている銀行の利益保護を、預金上の「動産的質権」の設定を承認することで実現しようとする林錫璋の見解もある。<sup>(62)</sup>ただし、この林（錫）の見解は動産質という典型担保として構成し直すことで銀行による預金からの債権回収を認めるものであるため、相殺予約をそのまま担保方法として承認した上で対第三者効を説明する米倉説や高木説とは立場を異にする。<sup>(63)</sup>

## （2）期待利益説

期待利益説とは、相殺予約の対外的効力を当事者の相殺に対する強い期待利益の有無に依存させる見解である。<sup>(64)</sup>同説は相殺予約についても法定相殺と同様に、対外的効力の判断を第三債務者と差押債権者との間の利益衡量量によって行うものと評価しうる。こうした考え方を採るときには、保護されるべき期待利益が具体的にはどのような状況で存在するのかが問題となる。この点につき、林良平は、相殺予約の公知性または差押債権者による知・不

知、相殺予約の完結権発行をもたらす「一定の事由」の明確性、相殺予約締結時における将来の債権発生の子測性、ならびに、差押え以外の特別の清算手続きにおける相殺の取扱いととの比較、を考慮要素として挙げる。ただ、これらの状況が評価に際して実際に考慮されるとしても、具体的にどのような事由が相殺予約の対第三者効を肯定する決定的な要素となるかはなお不明確である。この説を採る論者も、銀行が用いる取引約定書内の相殺予約に対外的効力を認めることに反対していないのが通常であるから、差し当たり、こうした相殺予約の対第三者効を説明するための具体的な論拠が示される必要がある。

### (3) 条件説

ところで、このような期待利益説は、条件説に分類される大隅健一郎判事の最判昭和四五年における意見に基本的に賛同している。そのため、両説は合理的期待説という名の下に集約されることも多い。そこで条件説の主張を次に見てみることにしよう。なお、ここでの条件説とは、相殺予約の対外効を特定の条件関係の存在する場合に認めるものを指す。

まず大隅は、法廷意見のように相殺予約の対第三者効を契約自由の原則のみで承認することに対しては、私人間の合意のみによって差押えの効力を排除しうることとなること、ならびに、相殺予約に公示方法がないために一般債権者に不測の損害をもたらすおそれがあることを理由に批判する。その上で、問題の解決は第三債務者と差押債権者との間の利益の比較衡量によって図られなければならないとして、相殺予約一般の効力の問題を別にして、少なくとも銀行取引約定書にある相殺予約条項について第三者効を認める。そうした結論の理由付けの際には、大きく二点が指摘されており、一つには、商人間の継続的な取引関係において、相互に債権債務を生じる関係がある場合につき、取引上の多数の権利関係に牽連性をもたせて、これらを一体的に把握する思想（商事留置権（商五二一

条)、交互計算(商五二九条以下)などが援用されている。すなわち、銀行取引においても、貸付金債権等と預金債権は相互に密接な牽連関係に立ち、このとき、実際には預金債権は貸付金債権等の担保としての機能を有し、銀行はこの預金債権の担保的機能を確保するための手段としての相殺予約を活用することの期待のもとに貸付をしている、との評価を行っているのである。もう一つには、銀行取引約定書中に相殺予約に関する規定があることが公知の事実となつていゝことである。これは多数説に対する批判の第二点目に対応する主張であると思われる。大隅説を支えるこれらの論拠のうち、ある契約条項が一定の取引において公知の事実であつたとしても、その条項の内容が不当なものであれば対外的な効力が承認されることはない。そのため、大隅説の要は商事取引における多数債権関係間の牽連性を承認する思想にあると言へる。<sup>65)</sup>

こうした大隅説を始めとして、条件説は相殺予約の対外的効力の承認につき一般に、公示性の欠如との関連において特約の存在の特別な公知性ととともに、相殺への期待利益の合理性が認められることを要求する。この合理性の内実として、「特定の預金を見返・引当に、あるいはそれを見合い預金として貸付がなされ、回収の確実性を図つている場合」<sup>66)</sup>などが挙げられることもある。もつとも、合理的期待説の立場から、相殺予約の公知性・公示性を、相殺予約により強化された債権回収への期待を差押債権者に対して主張することを正当化するための有力な要因ではあるが、不可欠のものではない、との指摘がなされることもある。<sup>67)</sup>つまり、条件説と期待利益説は合理的期待説に集約されることがあるとはいへ、相殺予約の担保的効力に着目して公知性を要件とするのか、相殺への期待利益への合理性のみを重視するのか、という点で相違していると言えよう。

#### 四、従来の議論の評価

さて、このように担保的効力説や期待利益説、条件説を見てくると、無制限有効説も含め、以下の諸事由が理由付けの中で組合せられ、各見解の結論が導かれていることが分かる。

##### (1) 対第三者効が承認される相殺予約の範囲

まず、いかなる相殺予約に対外的効力を承認しているのか、について言えば、銀行取引約定書中の相殺予約に特別の合理性を認める期待利益説・条件説はもとより、担保的効力説も銀行取引の特異性を重視していることが注目される。<sup>(60)</sup> さらに、無制限有効説を採るほとんどの論者も、預金を実質的担保として貸出しを行う銀行取引特有の諸状況を考慮して、相殺予約の対第三者効を肯定している。<sup>(61)</sup> つまり、いずれの説とも、銀行の利用している約款内の期限の利益喪失特約の差押債権者に対する効力を、金融取引の特性に鑑みて承認しているにとどまり、相殺予約一般について直ちに対外的効力を認めようとするものではない。期限の利益喪失特約に限定されない相殺予約一般について、対外的効力を肯定するための論拠を示す見解は存在しないとも言える。そうした対外的効力を認めるとしても、金融取引に見られる諸般の状況を同様に具える類似の取引においてのみということにならう。このように対第三者効を承認される相殺予約の範囲については、諸見解の間に差は見られない。

##### (2) 非典型担保としての相殺予約・相殺予約の公知性

対第三者効を有する相殺予約の位置付けについても、期待利益説を除く各見解は類似の判断をしている。担保的効力説は相殺予約を正面から非典型担保として認めるものであるが、無制限有効説の好美も相殺予約を「譲渡担保などと並ぶ新たな非典型担保」と評していたことは前述のとおりである。ただ、両者の間には、相殺予約に對外的

効力が認められるための要件として、当該相殺予約の公知性を要求するか否かの点で違いがある。担保的効力説は、相殺予約の公示が整備されていないとしても公知性によって補完される旨を説くが、好美はそもそも公知性を必要としない。

条件説の多くの論者が相殺予約の公知性を対外的効力の要件としてしていることの意義は、公示方法の欠如によって一般債権者に不測の損害が生じる危険を緩和することであり、この考えの背後には、貸出債権の担保たる預金債権を確保する手段としての相殺予約という評価がある。こうした説明は、預金債権との相殺による貸出債権の簡易回収という意味での担保的機能を、一般債権者に対する関係においても貫徹させることで、結果的に銀行に優先弁済を受けうる地位も付与することになるとの認識に基づいていると思われる。つまり、条件説の多くもまた、相殺予約に実質的な債権担保としての側面があることを否定するものではない。ただ、担保的効力説や好美のように、相殺予約を物権法秩序における非典型担保と明言していないだけである。

このように、無制限有効説・担保的効力説・条件説は、相殺予約に債権担保としての性質を見出して、これを承認していることに変わりはなく、この点で各見解を区別することはできない。

### (3) 優先弁済効の論拠としての債権相互の密接関連性・牽連性

最後に、相殺予約に優先弁済効力を認めるための論拠の点において、各説は同一の事由に着目している。それが、対立債権相互の密接関連性・牽連性である。その意味はより具体的に、継続的金融取引においては預金総額と関連性をもって貸付額が決定されているため、預金額から貸付額を減じた額が預金者の賞味資産であるとか、預金見返りの貸付においては預金といっても実質上は銀行の資金であるとか、銀行は預金発生（一般財産増加）に最も力のあった（預金債権への貢献度が最も大きい）者であり、貢献者に優先権を認める思想は先取特権（民三三二条、

三二八条)にもみられるといった表現で示されている。銀行の相殺への期待を合理的と評価するのであれ、担保法的観点から優先弁済受領権の付与に値すると評価するのであれ、これらの事情が存在するからこそ、銀行が他の優先弁済効を伴う担保を備えていないにもかかわらず、一般債権者に優先して預金債権から自己の債権を回収することが容認されているのである。つまり、いずれの見解も、相殺予約の対外的効力の承認をこうした対立債権間の関連性に依拠させていることについては、少なくとも共通している。

## Ⅱ. 対第三者効の論拠に関する批判的検討

以上の考察から、これまで対立説として分類されてきた諸見解は、それぞれの理由付けにおいて類似していることが明らかである。そのため、多様な主張をいくつかの類型に分類するという困難な作業を行った上で、各説の優劣を検討することよりも、ここまでに相殺予約の対第三者効の理由付けのために挙げられてきた諸事由が、論拠として適切であるかどうかを確認することが必要かつ有益である。そこで、先に見た各事由をより詳しく検討する。

### 一、公知性

とりわけ条件説による説明において、銀行取引における相殺予約の公知性が、対第三者効を肯定するための最重要の論拠の一つとして考えられている。また、担保的効力説も、相殺予約の公示方法の欠如を補うものとして、公知性を挙げる。

しかし、公知性を相殺予約の対第三者効の論拠とすることには、とりわけ二点ほど問題があると考ええる。

一つには、すでに指摘されているように、公知性を重視することは、既成事実を奨励し、それを追認することにつながる<sup>60)</sup>。

いま一つには、公知性を第三者効の論拠とする際、結論の先取りがある。先の点にも関連するが、ここで問題となっていることは、既成事実の正当性の有無であり、対第三者効の肯否である。公知性（第三者の悪意も含む）とは、先に相殺予約の対第三者効が一般的に肯定された上で、第三者の不測の不利を防止するために、対外効が具体的に生じるための要件として要求される事由である。対第三者効の一般的承認を前提とした意義しか有しない公知性を、その対第三者効の承認そのものの議論の中で援用することは、不適切であるだけでなく、問題の所在を曖昧にさせる。公知性を引き合いに出すより以前に、対第三者効に関する判断が必要なのであり、したがって、まず問われるべきは、受働債権への第三債権者の差押えを契機として自働債権の弁済期を繰り上げ、第三債権者に優先して自働債権の実質的弁済を受働債権から受領する地位を確保することの正当化根拠である。

## 二、担保的構成

### (1) 相殺予約の担保的機能と優先弁済の受領

債権担保のために相殺予約を約款に組み入れた銀行が、差押債権者に優先して弁済を受けうるのはなぜか。

相殺予約に債権担保としての効力を承認するために、相殺予約は相殺の担保的機能を補強して実効性を高めるものと説明するだけでは不十分である。本稿の冒頭でも触れたとおり、相殺に担保的機能ありといっても、それは結

果的に当事者間における簡易清算・執行をもたらす点において「担保的」と評価されるに過ぎない。ここで問われているのは、私人間の特約により第三者の不利益において相殺の担保的機能を強化することの論拠である。そもそも、あらゆる担保権に優先弁済的効力が当然に付与されているというものではない。また、銀行の立場から相殺の担保的機能の補強や自働債権の強制的実現の実効性確保の必要性を唱えても、相殺予約の当事者ではない差押債権者との関係において銀行の排他的・優越的地位を理由付けることにはならない。銀行側の意図がどのようなものであれ、相殺予約の合意に關与していない債権者の擱取権の排除という効果を正当化するためには、相応の根拠が必要である。

## （2）他の非典型担保との比較

この点、相殺予約と他の非典型担保との類似性を強調しても、相殺予約の優先弁済的効力の論拠にはならない。他の非典型担保との比較から相殺予約が説明される際には、おおむね次のような内容となる。

「相殺予約は受働債権への執行を実質的に排除し、自己の自働債権の弁済に当てることを目的としている点において、売買予約に基づく所有権移転請求権を仮登記し、自己の債権の弁済がなかつた場合に予約権を完結して所有権を取得すること可能にする代物弁済予約と類似している。典型担保以外にも、代物弁済予約を始めとする非典型担保が認められているので、物権法定主義を嚴格に解する必要はない。」

しかし、こうした指摘のみでは、相殺予約も代物弁済予約と同様に非典型担保として承認することを正当化できない。なぜなら、代物弁済予約や譲渡担保、所有権留保などの非典型担保と相殺予約とは、それぞれ問題の内容が本質的に異なるからである。他の非典型担保の場合、そこで用いられている法形式は、担保として利用されているか否かに関わりなく、所有権の帰属や仮登記など、それ自体がすでに排他的な法的地位を生じさせるものであ

る。ただ、そうした排他的地位の作出が本来予定されていた用途ではなく、担保手段として用いられるために、過剰担保や担保権者の清算義務、第三者に対する公示性といった問題が生じるのである。これに対して相殺予約の場合には、差押債権者に優先する排他的地位の創出そのものが議論の対象となっている。そのため、新たな排他的地位作出手段を承認するか否かを判断する際には、既存の制度を前提とした法技術との比較は意味を有しない。<sup>(69)</sup>ここでは、差押債権者に対する排他的・優先的地位を認めるための積極的根拠が問われているのである。

こうしたこととの関連で言えば、債権担保に用いられる方法が非典型担保であり、担保権類似のものだとしても、このことは直ちには対第三者効と結びつかず、当該方法が第三者効を与えられるべき内容を持つていられるかどうかの検討が必要である、との鳥谷部の主張が注目される。<sup>(70)</sup>もともと、「担保的構造」の観点から相殺予約の担保的効力を判断する鳥谷部の試みも、相殺予約によって排他的地位が作出されうることの論拠を提示できていない。鳥谷部によれば、債権を目的とする担保方法が「担保的構造」を具備することを判断するための具体的基準として、(イ)担保の合意の存在、(ロ)価値支配の根拠(債権回収を確保するために設定・授与された権限の内容)、(ハ)被担保債権の存在・範囲、(ニ)目的債権の存在・特定、が抽出される。<sup>(71)</sup>これらを相殺予約に当てはめた上で、担保的構造は具わっているが、担保目的が明示されていないこと(イ)との関連、目的債権に集合性・流動性があること(ニ)との関連)から、債権譲渡担保や代理受領より強い効力を与えることはできない、との評価がなされている。<sup>(72)</sup>しかし、ここで挙げられている(イ)(ハ)(ニ)の事由は、排他的効力をあらかじめ具えている法的手段が実際に債権担保のための方法として用いられた場合に、その効力を承認されるための要件である。つまり、これらの事由が存在したとしても、当該法的手段に差押債権者に優先する排他的地位を作出する担保としての効力を付与するか否かは、なお前提問題として解決されていない。そのため、(ロ)の基準が重要な意味を帯びる。だが、これ

につき鳥谷部は「銀行は、取引開始の時点において、取引先に一定の事由が生じることを条件として、自己の取引先に対する債権（被担保債権）を消滅させることによって、取引先の自己に対する債権（目的債権）から回収をはかる権限が付与される」と述べるに止まる。第三債権者の差押えに起因する期限の利益喪失を通じた排他的地位の作出の正当化根拠は、触れられていない。したがって、鳥谷部の検討は、排他的効力を伴う担保手段として相殺予約を承認することの可否を巡る問題に際しては、主導的意義を認められない。

### （3）先取特権との比較

ところで、先に紹介した代物弁済予約と相殺予約との類似性を指摘した米倉の見解は、そうした形式的判断のみから相殺予約を非典型担保として理解しようとするものではなかった。そうではなく、取引の実質的状況の評価に基づき、売買代金等の担保のために売主に認められている先取特権の思想に鑑みて、銀行による預金債権の排他的・優先的把握の承認を主張していたのであった。この民法三二一条、同三二八条に規定されている先取特権が認められている趣旨は、売買によつて目的物の所有権が買主に移転し、それにより買主の責任財産が増加しているため、総債権者の共同担保の増加に直接貢献した売買契約に基づく売主の債権を特に優先させることが公平に適用、というものである。こうした思考を相殺予約の場合に当てはめると、次のようになる。すなわち、預金債権の発生・維持に最も寄与したのは預金者に与信した銀行であり、実質的に見れば、預金債権は銀行が貸し付けた金銭の一部、もしくは、与信は預金債権の払戻しであると言えるのだから、預金債権の実質的な権利者である銀行とその預金債権を差し押さえた一般債権者との立場、もしくは、銀行と実質的に払い戻された預金債権を差し押さえた一般債権者との立場を比較すれば、銀行にこそ優先的な保護を与えるべきである、と。

ただし、このように売主の先取特権の趣旨を援用することは、相殺予約によつて担保される債権の限定にもつな

がりうる。なぜなら、保護に値するのは預金債権（預金者の責任財産）の発生・維持に貢献した債権のみであり、預金債権とのこうした牽連性のない預金者に対する銀行の債権については相殺予約の効力は認められないはずだからである。この点、米倉は対立債権の種類を銀行取引上の債権に限定している。<sup>(9)</sup>しかし、このように解したとしても、企業の資金調達方法が多様化した状況においては、銀行取引によって銀行が有する債権が預金債権の発生・維持に最も貢献していると評価しうるものであるか、容易に判断することはできない。<sup>(10)</sup>

また、預金債権を銀行の出捐した金銭、ないしは、与信を預金債権の払戻しと実質的に評価するためには、預金額に相当する部分の貸付債権について利息が発生しないことが必要であろう。<sup>(11)</sup>さもなければ、銀行は自己の金銭について借主に利息を請求し、あるいは、預金者は払戻しを受けたはずの金銭について利息を請求されること意味するからである。しかし実際には、相殺予約の対外的効力はこうした貸付債権に関する利息発生とは無関係に承認されている。そのため、預金債権の発生・維持に関して銀行に特別な貢献ありとは言えない。

以上のことから、これまでに示されてきた見解に従って相殺予約を担保として構成するとしても、銀行の優先弁済受領権を正当化しうる根拠は見出し難い。

### 三、商取引における特殊要因

#### (1) 商事留置権と相殺

銀行取引に限定して担保的構成によらず相殺予約の対第三者効を承認しようとする大隅は、商人間の継続的な取引関係において対立する債権・債務を一体的に把握する、という商取引特有の思想を指摘し、その例として商事留

置権や交互計算の制度を挙げる。このように「対立する債権・債務の一体的把握」の必要性が述べられるとき、具体的には何が求められているのであろうか。

そこでは「牽連性」の承認という言葉が併せて用いられる。この「牽連性」の意味も多様な解釈が可能であるが、次のような主張としても理解できる。すなわち、一般民事法の領域では、債権者に同人の債権と直接的な牽連性を有する有体物につき留置権が認められるのに対し、商事取引では、取引内で生じた対立する債権と有体物引渡債務があれば、相互の直接的関連性がなくても商事留置権が認められる状況に照らし合わせて、取引引において生じた債権・債務であれば、法的牽連性が存在しなくても、これらを用いた相殺を通じて優先弁済的債権回収が認められるべきである、と。

だが、そのような点に「対立する債権・債務の一体的把握」の意義を求めたとしても、相殺予約の対外的効力を正当化することはできないであろう。なぜなら、すでに法定相殺制度が対立債権間の直接的な牽連性を要件とせず、ただ債務の同種性のみをもって相殺を認めているからである。敷衍すると、商事留置権における取引上の特別な思想の役割とは、民事留置権の牽連性要件を緩和することにある。しかし、日本の民法の立場によれば、同種の債務を相互に負っている当事者間で相殺が問題となる局面において当該債権・債務を一体的に把握することは、商取引に限られていない。厳格な牽連性の要件を商取引上の思想によって緩和する必要性は、そもそも存在しないのである。このような法定相殺制度によっても相殺が認められない場面において、そうした事態に備えて一般債権者による差押えの効力を排除し、自己の債権が優先的に弁済されるように約定しておくことの肯否が、ここでは問題となつている。法定相殺制度が一定の要件の下で対立債権の一体的把握を認めている中で、相殺による債権回収の可能な範囲が私人間の特約のみによって拡張されうることを承認しようとするとき、商事留置権において商取引

特有の思想に託されている役割は、これに寄与しない。

また、相殺予約について私的実行の形での優先弁済の受領という意味で担保的効力が議論される限りにおいて、破産手続きが開始されない限り優先弁済効を伴わない商事留置権を、こうした担保的効力の理由付けに用いることはできない。

さらに、次のような主張も考えられうる。すなわち、物の引渡債務の履行拒絶権を債務者に与えるという留置権の機能に着目し、債務者（銀行）の負っている債務が物の引渡債務ではなく金銭債務であることのみを理由に、商事留置権による履行拒絶が認められないのは妥当ではない。商取引において相殺予約が締結されているときには、商事留置権の場合に準じ、債務者である銀行には対立する金銭債権の存在を主張して、被差押債務の履行を拒絶する地位が認められ、結果的に銀行は差押債権者に対して相殺を対抗できると。しかし、留置権が認められるのは、自己の債権も有体物引渡債務もいずれも弁済期にある場合である。これらをいずれも同種の債権・債務に置き換えれば、それは相殺適状にある場合に他ならない。つまり、留置権と同様の機能はすでに法定相殺に備わっているのであるから、こうした法定相殺を超える相殺予約の効力を承認する根拠として留置権の機能を持ち出すことは相応しくない。

## (2) 交互計算と相殺予約

交互計算制度が援用されていることと「対立する債権・債務の一体的把握」との関係はどうか。

交互計算契約が締結されれば、当事者は予定された時期まで個々の債務の弁済を相互に猶予し合い、一定期間後に全体について相殺して清算する。この目的のために、交互計算の消極的効力として、交互計算に組み入れられた個別の債権・債務は独立性を失い、当事者は定められた期間の中でこれらの債権の行使・処分を禁止される（交互

計算不可分の原則）。こうした交互計算制度について見れば、「対立する債権・債務の一体的把握」の意義として考  
えられるのは、当事者間相互に生じる債権・債務の独立性を消滅させ、これらをそれぞれの弁済期の先後とは無関  
係に一定期日の到来により差引計算することと解されよう。問題は、この交互計算の消極的効力が、個別債権に関  
与してきた第三者にも及ぶかどうかである。さらに、交互計算制度を援用して相殺予約の対第三者効を説明するの  
であれば、交互計算制度において考慮されている事由が、相殺予約についても当てはまるものであるかを検証する  
必要も出てくる。

これらの検討には、交互計算制度の理論的理解が影響を及ぼすことになる。交互計算制度を巡っては、大きく分  
けて古典的交互計算理論と段階交互計算理論があり、これら理論の違いは、交互計算期間中の差引残高への第三者  
の関与の肯否に関して表れ、前者はこれを否定し、後者は肯定する。つまり、いずれの理論に拠ったとしても、交  
互計算期間中に相互に見合っている個別債権へ第三者が関与できるか否かの点については、否定という結論におい  
て変わりはない。ただし、交互計算契約にこのような対第三者効が承認されるための論拠の点で言えば、両理論は  
異なる理由付けを示しており、そのために相殺予約への各理論の転用可能性に違いが生じるのである。

まず、段階交互計算理論についてみると、これによれば交互計算は、当事者間相互に債権が発生するたびに相殺  
によりこれらを清算し、残高債権のみを新たに生じさせる制度として理解される。このことから、交互計算に組み  
入れられた個別債権への差押えなどが否定される根拠は、その対象の債権が発生と同時に処分されていることにあ  
る。こうした段階交互計算理論から示される交互計算の対第三者効の論拠は、相殺予約の対外効の理由付けにはそ  
ぐわぬ。相殺予約は債務者の期限の利益を喪失させて相殺適状を作出するに止まり、相殺権者の意思表示なしで  
相殺の効力を生じさせるものではないためである。期限の利益喪失後のいわゆる逆相殺を認めている判例も、この

ことを前提としている。

これに対し、日本の商法典における交互計算制度を基礎づける古典的交互計算理論を巡っては、その中で交互計算の対第三者効の承認につき見解が分かれている。このうち近時の有力説は、交互計算不可分の原則の適用範囲を交互計算契約の当事者に限定する。その理由として、交互計算に組み入れた債権の処分禁止の効力は、当事者の意思表示に基づくものであることから民法四六六条二項ただし書の適用を受け、そのために当事者はこれを善意の第三者に対抗できないことが示されている。<sup>(80)</sup>このように対第三者効の根拠を同ただし書に求めるのであれば、この規定に関する判例により、差押えについては第三者の善意・悪意が問題となることなく、対第三者効が否定されることになる。<sup>(81)</sup>また、この有力説は、当事者の意思表示のみに基づく差押禁止財産の作出に対する消極的評価を基礎としており、<sup>(82)</sup>こうした態度は相殺予約の対外的効力も否定的に解することにつながるであろう。したがって、交互計算を有力説の立場に従って理解すれば、相殺予約の対外的効力のために交互計算制度を援用することはできないことになる。

他方、判例や伝統的通説は、<sup>(83)</sup>交互計算の消極的効力が第三者にも及ぶと考えており、とりわけ、組み入れられた個別債権への差押えを無効とする。この見解において決定的な役割を果たしているのは、先の交互計算不可分の原則である。前述のように同原則から導かれる交互計算の効果は、債権債務の決算の簡易化のために商法典が交互計算を制度として承認したと不可分・不可欠の関係にある。この決算簡易化の機能を保障するために、交互計算契約の締結により、法の予定する一括決算のための「枠」の中に各個別債権が組み入れられた以上、これらの債権の個別性・独立性が消滅することとされ、その反射的効果として各債権の差押えも不能となる、<sup>(84)</sup>と解されているのである。こうした理解に立つ場合、法律がそのような強力な効果を交互計算に付与した理由が問われなければなら

ない。この点に関する前田庸の分析を見ると、そこでは「商取引中に債権者の手中に帰した債務者の全ての財産は、商取引から生じた全ての債権のための確実な担保として把握されるべきであるという商人の信念」ないしは「商人間に締結される取引は全て相互に関連性があり、ある取引は他の取引の動機でありまたその結果であるという観念」が重視されている。<sup>65)</sup> 加えて、商人間で取引関係が継続される際には、相手方が自己に対して取得し、あるいは将来取得する可能性のある債権が、自己が相手方に対して取得し、あるいは将来取得する可能性のある債権のための担保として用いられることが前提となっていることが指摘されている。<sup>67)</sup> 前田（庸）によれば、交互計算制度は、商人間の信念の裏付けにより継続的取引関係に立つ当事者が有する期待を承認するものであり、交互計算不可分の原則は、交互計算に担保的機能を果たさせるための「テクニク」と評価される。<sup>68)</sup> つまり、商事留置権においては民事留置権という担保権の成立要件を緩和するために援用されていた商取引特有の思想が、交互計算では担保的機能を正当化するための理由付けに用いられていることになる。

このように、交互計算制度に関する伝統的通説を前提とした前田（庸）の理解は、交互計算の対第三者効の正当化根拠を、終局的には商人間の信念や継続的取引関係の当事者の期待に求めているようにも見える。それでは、同じように当事者の合意に過ぎない相殺予約の対第三者効に関しても、同様の理由付けが可能となるのであろうか。つまり、これが肯定されるならば、商人の信念や商人間取引において存在する観念のみによって、法律上の担保の付されていない債務者の一般財産から優先弁済を受ける地位の作出が正当化されることになる。これを相殺予約にあてはめれば、商取引に特有の信念・思想を援用するのみで、法の予定する法定相殺制度の枠組みを超えて、第三者を害する形で相殺による利益を確保するために私人間で締結された取決めに、対外的な効力が承認される。ただ、はたして継続的商取引において恒常的に生じる商人の信念は、そうした信念が当事者間に事実上存在するとい

うだけで、第三者の適法な利益を排除してまでも優先的に保護されうるものなのであるうか。直ちにそのような結論に至るのは早計である。先に見た交互計算に関する近時の有力説は、商取引上の特別な思想の存在を認めながらも、第三者への影響を考えて交互計算に債権譲渡禁止特約に関わる規定を適用しようとしている点において、対外的関係における当事者の保護を限定的に評価しようとしている。また、伝統的通説の中にも、交互計算については制度として担保的機能を承認しながら、相殺予約につき異なる取扱いをする見解があり、実際に前田(庸)は法定相殺と相殺予約の対第三者効の問題については、最判昭和三九年の立場を支持している。確かに相殺予約と交互計算は、二当事者間に相互に存在する複数の債権・債務の相殺を確保するために、この中の債権への差押えも排除しようとする合意という点で共通しているものの、やはり両取決めには同視し難い相違が存在すると考えられるのである。

### (3) 相殺予約における当事者の期待の「合理性」あるいは債権債務の「牽連性」

その相殺予約と交互計算との間の違いは、それぞれの合意に内在する性質に起因する。前田(庸)が着目するのは、交互計算において当事者が計算期間継続中にその時々<sup>(94)</sup>の残高を請求できないのに対し、相殺予約の付された銀行取引において預金者は預金の払戻しを請求できる点である。その上で、預金者に預金払戻請求の自由がある以上、銀行はその預金を同人に対して有している弁済期未到来の貸付金の担保として把握することができない、と解している。この前田(庸)の主張について注意を要するのは、交互計算期間中の残高への差押えと、相殺予約の対象とされる個別預金債権への差押えが、並べて比較されている点である。相殺予約の対第三者効を議論する中で比較対象となりうるのは、交互計算に組み入れられた個別債権への差押えの可否の問題であり、計算期間中の残高への差押えではない。それゆえ、ここでの前田(庸)の問題認識には誤りがある。しかし、前田(庸)が相殺予約と

交互計算とを対第三者効について區別する際に着目している両者の差異は重要である。

繰返しになるが、交互計算の通説的理解では、交互計算に組み入れられた債権を計算期間中に差押えできないことが、交互計算の本来の機能があることを無視してはならない。前田（庸）の理解によれば、交互計算の機能としては、計算期間内に当事者相互に発生する債務の弁済を相互に猶予しながら、一定期日に一括して決済することによってもたらされるところの、当事者の生産力拡大機能と決済の簡易化機能がある。交互計算の当事者は、相手方に対して負う債務の弁済を猶予されることにより、その債務の履行に必要な資金を他の用途に使用することで、自己の生産力を拡大できるとともに、個別債務の弁済に伴う費用や手間、危険などを節減することが可能となる。こうした機能の実現のために、交互計算契約の当事者は相互に個別債務の弁済を猶予し合い、予め定めておいた計算期間の経過後に一括決済をすることを確定させているのである。この点、ここに組み入れられた債権は、当事者間では処分されたも同然とも言える。こうしたことを通じて、交互計算においても、当事者は将来において相手方の資力が悪化したときに、対立債権同士の相殺によって債権回収の危険を回避しうることになるが、このことは交互計算本来の目的ではなく、むしろ、交互計算の効果の帰結と言える。換言すれば、相手方の信用不安に備えて相殺を企図しているのではなく、当事者の資力悪化とは無関係に予定されている差引計算が行われる結果として、交互計算において担保的機能が現れるに過ぎない。このような交互計算の本来の機能は、継続的な商事取引の円滑化・安定化を促進する上で一般的に有意義なものとして認識されている。こうした一般認識があるからこそ、商法典も交互計算不可分の原則を通じて交互計算の対外的効力を承認し、当事者の利益を確実に保護しようとしている、との解釈が正当化されているのである。

他方、相殺予約は、簡易清算・公平維持機能を有する法定相殺を主張できない状況に対処するために締結されるのであり、その機能は、相殺による債権回収の期待を第三債権者による受働債権の差押えに対して確実なものにすることのみである。相殺予約が締結されたとしても、受働債権が差押えられるまでは、両当事者は相殺予約による法的制約もなく、自己の債権を自由に行使できる。このように、相殺予約は、交互計算契約において見られたような対外的効力を基礎づける保護されるべき機能・効力を具えていない。換言するなら、相殺予約の機能は、担保的機能ではなく、担保機能である。こうした相殺予約を用いて法定相殺の対外的効力が及ばない受働債権についても自己の自働債権の担保として利用することへの期待は、たとえそれが合理的であるとしても、民法が相殺によって保護しようとしている対象から外れている。自働債権の債権者が相殺予約を締結しておくことで、法定相殺のために用いることのできない受働債権から自己の債権を優先的に回収することの期待と、第三債権者が法定相殺の對抗を受けることなく債務者の一般財産として目しうる債権を差押えて、自己の債権の回収に利用しようとする期待とを比べた場合、前者の期待が後者の期待より優先させられる理由はどこにあるのか。交互計算契約のような機能を有しない相殺予約に対第三者効を付与することは、相殺を通じた預金債権からの債権回収に対する銀行の期待、それは継続的取引関係のある当事者間においては商取引性に関係なく一般的に存在するものであるが、そうした事実上の期待そのものが法律の予定している範囲を超えて、私人間の合意のみを根拠として優先的な保護に値する、と評価することにほかならない。しかし、交互計算制度でさえ、そのような商取引上の信念や担保的機能を、そのみで保護に値するものとして評価しているわけではない。あくまでも担保的機能をもたらず交互計算本来の機能を、対外的に確実なものにするための対第三者効の承認、という論理構造であった。こうした交互計算制度との比較から明らかになるのは、相殺予約に託された担保機能に「合理性」が認められるとしても、そうした機能が第三

者との関係においても貫徹されることを認めるためには、銀行の相殺への期待を指摘することだけでは不十分で、担保機能の対外的効力を正当化しうる外在的事由が示される必要があるということである。これは、銀行が有する相殺への期待の「合理性」とは別の意味において、第三者の不利益を正当化しうる更なる「合理性」が存在しなければならぬということを意味するとも言えぬ。

ここで、相殺予約の対第三者効を理由付けるために用いられる「牽連性」という言葉の意味を、もう一度考えてみる。銀行は預金者に融資する際、最終的に預金債権から貸付債権を回収できるとの期待をもって、相殺予約を付した貸付けを行う。このとき、銀行が相殺による回収への期待を有しているだけでなく、貸付債権は預金債権の存在を前提として発生している。つまり、相殺予約が締結される場面においては、単に銀行の相殺への期待のみならず、貸付債権の成立について預金債権との一応の関連性が認められる。この関連性を指して「牽連性」と呼び、相殺予約を巡る銀行の期待を対外的にも保護するための補強材料として用いられていると理解することも可能なように思われる。

もつとも、こうした意味で「牽連性」という用語が持ち出されることについては、二つの点から疑問が生じる。一つには、ここで預金債権と貸付債権の成立上の関連性を「牽連性」と呼んだとしても、その内実は銀行の相殺への期待を換言しただけなのではないか、というものである。すなわち、銀行は預金債権の存在を前提として預金者に融資を行う。これは貸付債権の回収が預金債権との相殺により簡易・確実に行われうるとの期待に基づいている。しかし、このとき預金債権の成立・存続と貸付債権の成立・存続の間には、法的な関連性はない。ただ、銀行が相殺予約を活用した債権回収への期待をもって、両債権を事実上、主観的に関連付けているだけである。その際、預金債権の存在は、融資に際して預金者の資力を評価するための重要な判断要素の一つに過ぎない。このよう

に評価すれば、銀行が預金債権の存在を前提に預金者へ貸付を行っているとき、銀行が相殺への期待を有していることと、貸付債権の発生が預金債権の存在と関連していることは、全くの同義である。そうであれば、「牽連性」の表現が用いられなくても、銀行の期待の要保護性を高める他の事情が指摘されているわけではないことになる。

また、いま一つには、こうした単なる事実上の主観的な関連性を「牽連性」と呼ぶことには用語法上の違和感がある。他の法制度の中で牽連性が論じられる場合、たとえば民事留置権の成立要件としての債権と物との牽連性については、その判断基準がいまだ明確ではなく種々の解釈が提示されているにせよ、被担保債権が目的物に關して生じているか否かは、債権と目的物との客観的関連性から判断される。また、双務契約における両債権の牽連性は、双務契約の特性から説明される。いずれの牽連性とも、目的物を占有する債権者や双務契約の当事者が内心的に抱く、債権と物ないしは対立債権とを関連付ける意図から導かれるものではない。

これらのことから、銀行の主観的な期待ないしは預金債権と貸付債権の事実上の関連性の存在のみを指摘しても、両債権の法的牽連性を承認するには不十分であると言える。商事留置権や交互計算も、商取引上の思想ないし商人の信念を法的に保護するための特別な制度ではあるが、他の私法秩序によれば存在しないはずの牽連性を創出させるものではない。

#### 四、小活

以上、相殺予約に対第三者効を付与するために考慮されてきた諸事由につき、その論拠としての妥当性を検討してきたが、いずれも不十分なし不適切であると考ええる。

公示とは対外的効力を伴う法律関係の存在を外部から認識可能にすることで、当該法律関係によって第三者の不測の不利益を回避するための制度であり、つまり、それ自体が当該法律関係に對外的効力を付与するものではなく、その對外的効力を實現するための手段である。相殺予約の對第三者効を巡って、相殺予約に関わる公示制度の欠如を補う役割が相殺予約の公知性に与えられたとしても、公知性が對外的にその存在を認識可能にする相殺予約にそもそも排他的な對第三者効が備わっていないならば、公知性はそうした効力の欠如を補充するまでの機能はなく、相殺予約に對第三者効を認める根拠とはなりえない。

差押債権者に優先する銀行の弁済受領をもたらず効力を相殺予約に認めるには、その論拠が示される必要があるが、非典型担保を含めた他の担保と相殺予約との形式的類似性は、それに相応しくない。既に排他的効力を具える他の担保手段と形式的に比較することは、相殺予約の排他的効力そのものが問題となる局面において、そうした効力を正当化する根拠たりえない。この排他性を相殺予約に付与するために、売買代金を担保する売主の先取特権の思想が援用されることがあるが、相殺予約が付される現実の取引状況はそうした思想に適合しない。

商取引特有の思想ないし商人の信念もまた、それだけでは相殺予約の對第三者効を正当化できない。そもそも法定相殺が、牽連関係になくして存在する対立債権を一体的に把握して、それぞれの債権を消滅させるため、こうした思想等を持ち出すまでもない。また、継続的商取引において当事者相互に発生する対立債権につき、それぞれを相互に担保として把握しようとする商人の信念が、交互計算における對外的効力の理論的基礎となつており、同様の期待を有する銀行が締結した相殺予約に對外的効力を認めることはできない。まず、一定期日の到来により相互の債権債務を清算することを当事者間において法的に確定させている交互計算と、相殺による債権回収の期待が事実上存在するに過ぎない相殺予約とは、法的状況が異なる。また、当事者の生産力拡大と決済の容易化

という主たる機能を貫徹させるために、法的制度としての交互計算に商取引特有の思想を介して特別に認められた対外的効力・担保的機能であることに鑑みれば、交互計算制度のような機能を一般的に具えていない相殺予約に同様の保護を与えることはできない。ここでは、交互計算では予定された差引計算を対外的に確保するための担保的機能であるのに対し、相殺予約については担保実行としての差引計算という意味合いの違いを指摘できる。結局、商人の信念とは、他の事由と相俟って法の承認を経ることがなければ、商取引当事者の事実上の期待に過ぎないものであり、そうした商人の信念のみを根拠として、当事者間の私的合意に過ぎない相殺予約の対第三者効を説明することはできない。

こうしたことからすると、商事法の領域に限定したとしても、一般論として相殺予約に対第三者効を認める余地はないと考えられる。最判昭和四五年で問題となった銀行取引の場面において相殺予約に対第三者効を承認するために提示された理由付けのうち、その他の状況でも一定の範囲において同様の結論がもたらされうるような説明は、いずれも妥当性を欠いていると言えよう。銀行取引に限って対第三者効を認めようとした大隅でさえも、より広範な商事取引における思想を援用していることに表れているように、これまでの議論においては、ある程度の一般性をもって相殺予約の対外的効力を認めようとする傾向があったことは否定できない。その原因を、最判昭和四五年の法定意見が契約自由の原則という極めて抽象度の高い根拠を持ち出したことに求めるのは誤りであろう。むしろ、同判決以前より、否定説の立場からの一般論での主張に対して肯定説が反論する際に、それが銀行取引での相殺予約を具体的に念頭に置いた見解であるにも拘らず、そのことにあまりに無自覚に、あたかも相殺予約一般に関する論拠であるかの如く議論を展開させていたことに起因すると考えられる。理論的に相殺予約としてどのようなものがあるかということを経験的に想定した上で、それぞれの相殺予約の効力を検討する議論の立て方自体に問

題があつたとも言えよう。最判昭和四五年の多数意見が相殺予約の対外的効力を承認し、現在でもその判断を支持する見解が多いとしても、そこで前提となつてゐる相殺予約が、銀行取引における相殺予約であるならば、まず必要なのは、そうした相殺予約の対外的効力が肯定されるための個別的論拠を探つた上で、その論拠射程を検討することである。そこで次に、最判昭和四五年において銀行取引約定書の相殺予約に對外的効力が承認されたことを支持する根拠、より具体的には、商取引特有の思想とともに最判昭和四五年の判断を支えた銀行取引に内在する要因について考えてみたい。

### Ⅲ. 銀行取引における相殺予約

#### 一、対第三者効承認の基礎にある法政策的判断

前述のとおり、多くの有力な見解が、相殺予約の對外的効力の肯否について決定的な役割を果たすのは、結局のところ法政策的判断であるとしている。旧來の制度や理論からは十分に説明できない排他的効力を私人間の合意に認めようというのであるから、政策的理由が法律により新たな法制度を創出させる場合と同程度なまでに重要な役割を占めることは、むしろ当然とも言える。交互計算においても通説的理解から對外的効力が承認される背景には、それにより交互計算の本來的機能を對外的にも貫徹させ、もつて商取引の円滑化・安定化を促進すべきとの判断が存在していた。そうであるならば、相殺予約の担保機能を對外的に貫徹することの必要性が、より高次の局面を考慮して承認されることも考えられうる。それでは、相殺予約の對第三者効を肯定する見解は、どのような事情

を重視して法政策的判断を行っているのであろうか。この点に関して注目されるのが、最判昭和四五年の法廷意見が相殺制度につき、簡易決済による債権関係の円滑・公平な処理という目的や担保権付与の機能を、「現在の経済社会において取引の助長にも役立つ」ものとして評価していることである。そこで、こうした評価に関わる当時の議論を知るために、公表された刊行物の中から、相殺予約だけではなく法定相殺を含めた銀行取引における相殺の担保的機能の強化につき、法政策的価値判断のレベルにおいて消極的な評価を示した鈴木禄弥の見解と、無制限有効説の代表的論者である好美の反論<sup>107</sup>を検証してみよう。

### (1) 鈴木(禄)の疑念

鈴木(禄)の見解の要点は、預金を担保とした貸出しに伴う以下の状況を不当なものと評価することに集約される。すなわち、預金担保貸付における銀行側の利点として推定されるところの、現実の資金調達を要することなく貸出利息と預金利息との差額を収取し、貸出しの実質金利を高めることが可能となること、ならびに、貸出しと預金の重複部分を会計帳簿上資産・負債の両面に載せ、営業活動を活発に見せることができることである<sup>108</sup>。鈴木(禄)はこれらへの消極的評価をもとに、貸出債権と預金債権が対立する状態を三つの場合に分けて、次のように相殺の効力を論じる。まず第一に、定期預金の解約の代用として預金者へ貸出しがなされる場合。このときは、法定相殺に関する弁済期先後説(いわゆる制限説I)によることで、銀行は差押債権者に相殺を対抗できるため、相殺の効力を拡げる必要性はない。第二に、預金が貸出債権と直接に見合っているとは言えない非拘束性預金の場合。このときは、預金の存在やその額が預金者の判断に依存する不安定なものであるから、銀行の相殺への期待利益が強力・確実なものであるとの評価は預金の差押債権者に対する関係において妥当性を欠くこと、ならびに、銀行が実質貸出額ではなくあえて名目貸出額全額を貸出しているという形式を採用している以上、その全額につき貸

倒れのリスクを負うのは当然であることを理由に、相殺の効力の拡張を否定する。第三に、預金が貸出債権の弁済があるまで拘束されている拘束預金の場合。これは当時の行政指導により規制されていたいわゆる歩積・両建預金と同種の弊害（実質金利の上乗せと粉飾会計）を生むものである以上、相殺の効力を拡張して問題のある拘束預金を勧奨し、国の金融政策に反する結果を生じさせるべきではないとする。こうした鈴木（禄）の主張によれば、銀行が貸出債権の貸倒れリスクを預金額超過部分に限定したいと考えるのであれば、両建預金と同様の状況を作り出して相殺による回収を期待するのではなく、当座貸越の方法によるべきとされる。

## （2）好美の反論

このように形式重視とも受け止められうる鈴木（禄）の見解に対し、好美は取引の実情、とりわけ戦後の日本の金融・経済界の諸事情を指摘する。まず預金担保が両建預金と同様に実質金利を引上げ、銀行に不当な利益をもたらしている点につき、必ずしも預金担保が銀行側にのみ有利であるとは限らないとする。これを要約すると、一つには、これまで日本の短期融資取引を支えてきた手形割引の場面に着目すれば、預金者が手形割引を銀行に依頼する場合に、銀行に預金していることにより、割引手形が不渡りとなる一般的割合に応じ、預金額の数倍の手形割引を受けて資金調達をすることができる。また一つには、預金者は貸出しを受けられるだけ借り受けており、不要な部分は預金しておくことで、必要に応じて預金を取り崩したり、預金を担保に貸付を受けられる<sup>(40)</sup>。つまり、好美によれば、預金を担保とする貸付は、預金者に機動的資金調達・利用を可能にする機能をも果たしていることになるのであろう。

次に、粉飾的営業活動の外観作出の点は、戦後の銀行にとって日銀等からの借入れの際に有利に働いた事実を、率直に容認している<sup>(41)</sup>。ただ、行政当局が先の実質金利の引き上げを含めた拘束性預金の弊害に対処するために預金

者保護の観点から拘束性預金を規制しているとしても、そうした行政的規制は、預金者ではなく第三者を保護するための私法上の解釈を直接的に導くものではない旨も述べている。<sup>(40)</sup>

最後に、こうした好美の見解を基礎付けるものとして挙げられるのが、当時の銀行を取り巻く社会状況を直視する態度である。拘束性預金に伴う弊害が好ましくなく、そうした弊害もなく銀行取引の当事者に合理的な制度が当座貸越であるとの鈴木（祿）の考えについては、差し当たり好美も同じ評価をしている。<sup>(41)</sup>ただ、形式的論理からはそうした判断が可能であったとしても、実際に当座貸越制度を利用・運用するには重大な困難が存在していた。これについての好美の認識によれば、まず当座貸越においては貸出額が絶えず変動するため、銀行は常に多額の資金を準備しておかなければならない。しかし、戦後の銀行は絶対的な資金不足の状況にあった。貸出資金を預金により集めようにも、国民の間にも十分な資本の蓄積がない。もちろん企業も自己資本の蓄積に乏しく、政府の高度経済成長政策の下で、貸出金利が政策的に低く抑えられていたこともあり、企業の資金需要はきわめて強かった。言わば、銀行は資金不足という足枷を付けたまま、企業への低利での資金供給という社会的役割を果たさなければならなかった状況で、そのための資金確保と貸倒れリスクの軽減を同時に実現する手段として、預金担保は有用であり、かつ、より穏当で有効な代替手段も考案されていなかった<sup>(42)</sup>のである。こうした現実を踏まえて、預金債権との相殺による貸付債権の回収に対して銀行が有する期待を、他の債権者から優先して保護しようとするのが、好美の見解であった。<sup>(43)</sup>

## 二、法政策的判断の再検討

以上のような議論を踏まえて、好美の示す法政策的判断の論拠に照らして考えれば、やはり、第三債権者による差押えの排除を狙った相殺予約について対外的効力が承認されうるとしても、それは銀行取引に限定されること、改めて確認されうる。最高裁は契約自由のみを根拠として相殺予約の対外的効力を認めただけではあるが、好美の見解に従えば、それは当該事案において争われた銀行取引における相殺予約にのみ妥当するものとして制限的に解されることになろう。その他の取引領域での相殺予約については、その対第三者効が別途論じられる必要がある。さらに、以上の考察からは、当然のことながら、次のような疑問が生まれる。すなわち、昭和四五年当時に相殺の担保的機能の強化を認めた法政策的判断は、その妥当性が銀行取引という特定の取引領域に限定されているだけではなく、時代的な限界も必然的に伴っているのではないか、ということである。そもそも一般的に政策的判断そのものが、社会情勢の変化による影響を強く受けるものであるところ、戦後から昭和四五年頃までの銀行を取り巻く状況に対処するための判断に、現在でも維持しうる程度の普遍性が認められうるかについて、疑いの目を向けることも背理ではない。好美の描いた図式は、当座貸越を行えるほど貸出資金を十分に有していない銀行、資金需要の旺盛な企業、企業による銀行からの資金調達を円滑化させようとする政治・経済情勢、こうした状況の中で生じる軋轢を止揚するための相殺の担保的機能の強化、というものであった。これによれば、銀行が有する相殺の期待を可及的に保護すべきという法政策的判断をもたらした原因は、詰まるところ銀行の不可抗力的資金力不足であったことになる。そして、この判断が説得力を帯びていたのは、銀行の利益が絶対的な保護に値すると考えられていたためではなく、そうすることが銀行のみならず、日本経済全体の発展に必要であったためである。無論、現在の

銀行は、当座貸越やコミットメントライン取引に支障がないほどの十分な資金力を具えている。また、企業の資金調達や企業への与信態様は多様化しており、企業への資金供給を担っているのは銀行だけではない。これらのことに鑑みれば、今でもなお、両建預金類似の貸付取引について銀行の利益を排他的に保護することは、その弊害しかもたらさないであろう。確かに近時においても、中小企業に対する銀行取引について相殺の担保的機能が取引の円滑化をもたらしているとの見解もある<sup>(40)</sup>。しかし、これに対しては、そうした相殺への期待の保護に裏づけられた取引態様が、貸付を受けた企業や銀行以外の利害関係者の不利益の上に成り立っていること、ならびに、社会・経済全体の発展という観点からは、銀行の優先的な保護を正当化しうるほどの重要性・必要性を有していないことを指摘したい。加えて、金融行政における規制緩和が相当程度進行した現代では、仮に相殺の担保的機能を狭く解したとしても、「それにより困るのは貸付を受けられなくなる預金者」かどうか、少なくとも中長期的な観点から疑問に思われる。それゆえ、銀行の相殺への期待を優先的に保護する法政策的判断を、現代において好美の示した論理そのままで説明することはできない<sup>(41)</sup>。そうなると、好美に代表される見解はもはや妥当性を保つための論拠を有していないことになる。最判昭和四五年についても、法廷意見が「現在の経済社会」としていかなる状況を想定していたかは必ずしも明確ではないとは言え、当時の時代情勢を反映した法政策的判断に過ぎない可能性があることを十分に留意しておく必要がある。

もっとも、最判昭和四五年以降の法的状況について言えば、判例による承認を経た慣習法が存在してきたことは確かである。それ以前においては、いかに銀行業界が、対外的効力も具えた相殺予約という担保手段を、「取引慣習」として創造しようしていたとしても、最判昭和三九年がその法的効力を否定していた以上、この「取引慣習」に法的裏づけはなかった。最高裁の判断に反するような、あるいはその趣旨を没却させるような取引方法は、特定

の業界内で強硬に継続されたとしても、法的には消極的に評価されざるをえない。しかし、最判昭和四五年が立場を改めた以上、銀行が用いる相殺予約という取引方法に対第三者効が伴うことが、最高裁判例によって承認された法規範として通用し、これを基盤とした銀行取引が現在でも行われている現実を否定することはできない。

ただ、そう言えたとしても、相殺予約の対外的効力の承認が不正常な経済状況に対処するための窮余の策であったのならば、そうした判断の前提として認識されていた状況が正常化した段階でその承認を再検討することもまた、法政策的判断として必要であろう。<sup>(6)</sup> 個別の取引について銀行の相殺への期待が特別に保護されるべき状況がなお存在する場合には、法律によって別途その旨を明確に定めればよいのであつて（銀行等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律など）、銀行取引一般について銀行の相殺への期待を保護すべき根拠が見出されない中で、単なる私人間の取決めに第三者を害する効力を認めることは正当化できないばかりか、その弊害を助長するのみなではないであらうか。

また、差押えを契機とした期限の利益喪失の効力を差押債権者に対して主張できないと解したとしても、銀行の被る不利益が不当なものとも思われれない。少なくとも、ここまでの検討内容は、差押え前に債務者の支払停止や手形取引所の取引停止処分がある場合に、銀行が期限の利益を喪失させて相殺する地位を差押債権者に主張することまで妨げるものではない。こうした相殺の主張の妥当性を別にすれば、現実の取引状況においては、このことのみで銀行の利益が広く保護されるであらう。これに対し、差押えがなされた以降にこれらの事由が生じた場合は状況が異なる。差押えがなされた時点においては、まだ両債権の相殺適状は存在していないため、預金者が銀行に対する債務の弁済を継続する限り、銀行が相殺をすることはできず、また、それにより銀行が不利益を被ることもない。差押え後に銀行に対する預金者の支払いが停止したときは、銀行による相殺の肯否の判断は分かれるのである。

う。もつとも、同じ問題は、支払停止・手形取引所の取引停止処分による期限の利益喪失が取り決められていなくても、民法一三七条に挙げられた事由による期限の利益が喪失させられたときの法定相殺の可否を巡っても生じる。相殺を巡り債務の弁済期が問題となる場面で同条の適用が否定されず、かつ、同条の事由と支払停止・手形取引所の取引停止処分が、債務者の支払不能の危険を示す徴憑として同列に評価されるのであれば、ここで先に論じられるべきは、相殺予約ではなく、法定相殺の対外的効力であることになる。そのため、この問題は本稿の検討対象から外れ、別の考察が必要となる。ただ、付言しておくならば、こうした場合の相殺を銀行が差押債権者に主張できないと解したとしても、銀行は差押え以前に偏頗的弁済を受けていたと解しうるのであるから、銀行の利益を過小評価しているとは言えない。

その他の、期限の利益喪失事由について見れば、まず民事再生手続き開始や会社更生手続き開始の申立てに関しては、当該特約がこれらの手続きの趣旨や目的を害するか否かが問題となる。上で見たように銀行を特別に保護する必要がない以上、利害関係者の公平のみならず債務者の再建を目指す手続きであることから、法（民事再生法九二条一項、会社更生法四八条一項）が債権者に認めた範囲を超えて相殺の利益を確保することは許されないであろう。<sup>(10)</sup> 預金者について破産の申立てがなされたときは、銀行による相殺は破産法によって保護されている（破産法六七条）。特別清算開始の申立ての場合に関しては、特別清算手続きにおける相殺の取扱いについて、破産の場合に做った相殺の禁止（会社法五一七条、五一八条）が置かれているが、破産法と異なり特に相殺を優遇する規定が置かれていない。法律が相殺の期待を有する債権者への特別な保護を定めていない以上、破産申立ての場合と同様の保護を想定することはできないと思われる。このように各手続きの開始の申立てを起因とする期限の利益喪失特約に対外的効力が認められないとしても、前述のように債務者の支払停止がこれらの申立てに先立つことが多いであ

ろうから、実際の不都合は小さいと思われるのである。

## 結語

以上、本稿の検討によれば、相殺予約の対外的効力を理由付けうる論拠はなく、最判最判昭和四五年当時の相殺に依存せざるをえない諸般の状況も現在では存在しない。したがって、相殺予約の対外的効力を正当化することはできない。確かに、対第三者効を前提とした商取引慣習が生成されたことは、歴然とした事実である。だが、その法的基礎は、最高裁が最判昭和四五年で銀行取引における期限の利益喪失特約の対外的効力を認めたことにある。この最高裁の判断の妥当性は、社会状況の変化に応じて再検証を要するものであった。その結果として、相殺予約の対外効否定という結論が得られたのである。こうした検討においては、最判昭和四五年後に生じた慣習法の存在は考慮要素にはなりえない。ここではその慣習法自体の正当性が問われているのであり、さもないければ、またもや結論を先取りした立論を行うことになるからである。

また、本稿は相殺予約の対外的効力を直接の検討対象としたが、とりわけ肯定説を支えた法政策的判断の現代的妥当性に関する主張は、法定相殺についての議論にも同じく妥当するものと思われる。

もつとも、以上のように述べてきても、期限の利益喪失特約を用いた相殺の対第三者効について、裁判の場で、しかも最高裁まで争われることは、現在では考えにくい。その意味で最判昭和四五年の判断は揺るぎないものと思われる<sup>(4)</sup>。また、筆者は取引実務の現状についてまったくの素人である。現在でも、預金額に応じて融資限度額を設定している銀行を始めとする取引当事者の立場からすれば、本稿の見解は現実を無視した形式的な空理空論に映る

に違いない。

さらに、筆者のより大きな問題関心の中で、私人間の取決めである期限の利益喪失特約により第三者が不利益を被ることが広く一般的に承認されてきたことを、契約の相対性原則に対する例外的取扱いの一事例として位置付け、同原則の例外を正当化する事由とはいかなるものがありうるのかを探求することも、本稿の目的の一つであった。それゆえ、本稿は最初から対第三者効に対して懐疑的であったとも言え、偏向的な検討との批判を免れないかもしれない。しかし、契約自由の原則により自己の法律関係の自由な規律が当事者に委ねられているとしても、当事者は他人の法律関係にまで介入することはできないことは、債権法上の基本原則である。契約によって当事者が第三者の行為に関する義務を負うことが適法であつても、契約が直接的に第三者に義務を課することはできない、とする一般的理解が、こうした契約による私人の規範設定権限の限界を示している。このような債権法上の基本原則に照らせば、期限の利益喪失特約についても、それが当事者間で有効であるとしても、第三債権者の法的な権利を排除する限りにおいて、この第三債権者に対する有効性は否定されることになる。原則に対しては例外が認められうるとしても、その例外を基礎付ける根拠が見出されない以上、本来の原則が貫徹されなければならない。

とは言え、裁判での再考が期待できない現状では、これまでの考察の意義は、もっぱら同判決で示された判例理論の射程の限界付けに止まることにならう。この点について言えば、「相殺予約と差押え」という一般的な論題の下で特定取引内の個別条項の効力を論じてきたことが、議論の錯綜を招来したことは確かである。本稿での考察によれば、相殺予約の対第三者効を承認する方向に働いた決定的な要因は、銀行の有する相殺への個別的期待を尊重する価値判断と、かつての特殊・不正常な金融取引事情への十分な配慮であつた。それゆえ、議題設定の際には、「戦後高度成長期の銀行取引において用いられた期限の利益喪失特約の対第三者効と最高裁判例によるその商慣習法

「化」などの限定がなされるべきである。その上で、現在でもなお最判昭和四五年の判断を維持するとしても、その解釈を他の取引領域に転用することには、極めて慎重な態度で望むべきものと考ええる。

最後に確認として付言しておく、本稿の検討は、銀行と預金者との間の相殺予約の取決めが、二当事者間で有効であることを前提としたものである。当事者間において、合意があればどのような相殺も無制約に認められるかどうかは、相殺制度の趣旨の根本的理解に関わる問題であり、本稿とは異なる視角からの検討を必要とするであろう。

(本稿は、平成一七年度科学研究費補助金(若手研究(B))による成果の一部である。)

### 注

\* 本稿では、敬称等を省略させて頂いた。

(1) 本稿における各見解の呼称は、伊藤進「差押と相殺」第三者の権利関与と相殺理論「星野英一編代『民法講座四債権総論』三七三頁(有斐閣、一九八五)(以下、「伊藤(進)「差押と相殺」」)と引用)に倣っている。

(2) 米倉明「相殺と差押」ジュリ四六〇号九三頁(一九七〇)(以下、「米倉「相殺と差押」」)と引用)、好美清光「銀行預金の差押と相殺(下)」判タ二五六号一三頁(一九七一)(以下、「好美「差押と相殺(下)」」)と引用)、林良平「判批」民商六七卷四号六九七頁(一九七三)。

(3) 河野正憲「判批」民事執行・保全判例百選(別ジュリ一七七号)一三九頁(二〇〇五)。  
民集十八卷一〇号二二七頁。

(5) 民集二四卷六号五八七頁。

(6) 「相殺予約」という言葉は、相殺に関わる特約一般を指すものとしても用いられてきたが（我妻栄『新訂債権総論』三五六頁以下（岩波書店、一九六四）参照）、これらのうち期限の利益喪失特約が主に議論されてきたことと、本文で示した筆者の問題関心から、本稿では期限の利益喪失特約（準法定相殺）のみを意味するものとして用いている。

(7) たとえば、二当事者間で約定された三者間の債権に関わる「相殺予約」につき、最判昭和四五年を援用して、無制限に対外的効力を認めようとした裁判例（神戸地判昭和六三年九月二九日判タ六九九号二二二頁、上告審である最判平成七年七月一八日判時一五七〇号六〇頁は結論においてこれを否定）は、その典型例である。このような「相殺予約」を、法定相殺の相殺適状を生じさせるための期限の利益喪失特約と同列に論じえないことについては、平野裕之「判批」銀法五二七号一〇頁以下（一九九六）、中舎寛樹「判批」民商一一五卷六号一〇一四頁以下（一九九七）を参照。

(8) たとえば、担保保存義務免除特約やいわゆる一括支払システムを巡り、相殺予約の対外的効力に関わる法理の援用可能性について議論がみられる。担保保存義務免除特約につき、角紀代恵「判批」金法一四二八号三八頁（一九九五）、高橋眞「債権者の担保保存義務に関する一考察（下）」龍法二八卷三号四五頁注（六五）（一九九五）、一括支払システムにつき、最判平成一五年一月二九日民集五七卷一一号二二九二頁、新堂幸司「修正一括支払システムの有効性」金法一一八三号一五頁、米倉明「一括支払システム代物弁済条項の効力」NBLL六一七号一三頁（一九九七）、松本恒雄「判批」判タ九七三号六九頁以下（一九九八）などを参照。各見解は、相殺予約の対外的効力についての各論者の理解が基礎となっておりと思われる。

(9) 加藤一郎「差押と相殺」法教二八号八一頁（一九八三）。

(10) 伊藤（進）「差押と相殺」四四九頁。

(11) 石神兼文「担保作用としての相殺—相殺予約の対外的効を中心として—」鹿法一号三三頁以下（一九六五）、四宮和夫「判批」法協八九卷一号一四三頁（一九七二）。

- (12) 加藤一郎「銀行預金の差押と相殺」ジュリ三二七号二六頁(一九六五)。
- (13) 塩崎勤ほか「差押えと相殺」の現在—銀法五七九号一九頁以下(潮見発言)(二〇〇〇) 参照。
- (14) 好美清光「銀行預金の差押と相殺(上)」判タ二五五号二頁(一九七二)(以下、「好美」差押と相殺(上)」と引用)、同「差押と相殺(下)」に見られる無制限有効説の正当化のための一連の態度など。
- (15) 久保宏之「特約の第三者効」林良平Ⅱ甲斐道太郎編代「谷口知平先生追悼論文集—契約法」三七八頁(信山社、一九九三)。
- (16) 伊藤(進)「差押と相殺」四四四頁以下。
- (17) 伊藤(進)「差押と相殺」三七四頁。
- (18) 鈴木祿弥「銀行取引における「相殺の担保的機能」についての「疑問」金法五二二号六頁(一九六八)、好美「差押と相殺(上)」五頁、米倉「相殺と差押」一九五頁、内田貴「民法Ⅲ」二六一頁(東京大学出版会、第三版、二〇〇五)。
- (19) 藤原弘道「差押・破産と相殺」鈴木忠一・三々月章監「実務民事訴訟講座一〇」一四一頁以下、一五七頁(日本評論社、一九七〇)、石田喜久夫「判批」法時四三卷一—一八頁(一九七二)、梅善夫「判批」法研四四卷一〇号一—一五頁以下(一九七二)、塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法二〇〇号三三頁(一九八二)、伊藤(進)「差押と相殺」四五二頁。
- (20) この他に無制限有効説と分類しうる見解として、吉原省三「民法五一—二条をめぐる諸問題」司法研修所報三三—一五三頁以下(一九六四)、並木俊守「相殺予約の効力に関する最高裁判例について」手研九—一六三頁以下(一九六五)、浅沼武「判批」金法四〇七号二六頁(一九六五)、塩田親文「判批」判評九三—一七頁(一九六六)、谷口知平「相殺」谷口知平Ⅱ加藤一郎編「新民法演習三」二二〇頁(有斐閣、一九六八)、船越隆司「債権総論」五—一三頁以下(尚学社、一九九九)など。
- (21) 好美「差押と相殺(下)」一四頁。山田作之助、松田二郎両判事が最判昭和三九年の反対意見の中で同旨を述べている。
- (22) 好美「差押と相殺(下)」一四頁、同「差押と相殺(上)」一四頁以下。同旨、浅沼・前掲注(20)二六頁、塩田・前掲注(20)一七頁。
- (23) 好美「差押と相殺(下)」一四頁、同「差押と相殺(上)」一三頁以下。

- (24) 好美「差押と相殺(上)」一四頁。
- (25) 好美「差押と相殺(下)」一四頁、同「差押と相殺(上)」一四頁。同旨、吉原・前掲注(20)一五三頁以下、淺沼・前掲注(20)二六頁、塩田・前掲注(20)一七頁。
- (26) 好美「差押と相殺(下)」一四頁、一七頁以下。同旨、吉原・前掲注(20)一五四頁。
- (27) 最判昭和四五年入江俊郎判事らの反対意見、同大隅健一郎判事の意見、林良平「判批」民商五三卷三号四一五頁(一九六五)、藤原・前掲注(19)141頁以下。
- (28) 最判昭和三九年奥野健二判事の補足意見。
- (29) 好美「差押と相殺(下)」一四頁、一六頁、同「差押と相殺(上)」一四頁。
- (30) 最判昭和四五年大隅判事の意見、林良平「中務俊昌編『担保的機能からみた相殺と仮処分』」六六頁(有信堂、一九六二)、石田喜久夫「判批」法時三九卷八号一〇一頁(一九六七)、藤原・前掲注(19)一五七頁、於保不二雄「債権総論」四二二頁(有斐閣、新版、一九七二)。米倉明「相殺と差押」九七頁も参照。
- (31) 好美「差押と相殺(下)」一五頁以下。同旨、塩田・前掲注(20)一七頁。
- (32) 好美「差押と相殺(下)」一五頁。
- (33) 好美「差押と相殺(下)」一五頁。
- (34) 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」立教八号一三九頁(一九六六)(以下、「前田(庸)「差押と相殺との関係」」と引用)、大原栄一「期限利益喪失約款の差押・相殺」金法五〇四号七頁以下(一九六八)、中馬義直「注釈民法(一七)債権(八)二六一頁以下(加藤一郎「鈴木祿弥編」(有斐閣、一九六九))。
- (35) 好美「差押と相殺(下)」一六頁。米倉「相殺と差押」九七頁も同旨。
- (36) 特約内容の特定性に関しては、「銀行が不履行のおそれありと認めるとき」を期限の利益喪失の要件事実とする条項について

- て、銀行側の恣意的判断の許容につながる不特定な内容として、その有効性についての議論も行われていたが(永田耕一「相殺予約に基く相殺権の行使と相殺適状に関する考え方について」金法一五〇号三頁(一九五七)、好美「差押と相殺(下)」一七頁など参照)、現在では銀行取引約定書の中に期限の利益喪失をもたらす具体的状況が列挙されているために、こうした問題は生じない。
- (37) 前田(庸)「差押と相殺との関係」一三八頁、鈴木祿弥「注釈民法(一七) 債権(八)」二五〇頁〔加藤一郎〓鈴木祿弥編〕(有斐閣、一九六九)。
- (38) 好美「差押と相殺(下)」一七頁。
- (39) 於保・前掲注(30)六頁以下(有斐閣、新版、一九七二)、奥田昌道「債権総論」二三頁(悠々社、増補版、一九九二)。
- (40) 拙稿「『契約は他人を書さない』ことの今日的意義(五・完)」名法二〇八号三四〇頁以下(二〇〇五)。
- (41) 梅・前掲注(19)一一三頁。
- (42) 好美「差押と相殺(下)」一六頁。
- (43) 好美清光「判批」金融判例七号五頁(一九六六)、山下朝一「判批」金法四四三号二五頁(一九六六)。
- (44) 柚木馨(高木多喜男補訂)「判例債権法総論(補訂版)」五二二頁(有斐閣、一九七二)、伊藤進「相殺の担保的効力」鈴木祿弥〓清水誠編『金融法(改訂版)』三七七頁(一九八〇)、平井宜雄「債権総論(第二版)」二三二頁(弘文堂、一九九四)、近江幸治「民法講義Ⅳ債権論(第三版)」三五二頁(成文堂、二〇〇五)。
- (45) 米倉「相殺と差押」九七頁。
- (46) 米倉「相殺と差押」九六頁。
- (47) 米倉「相殺と差押」九六頁。
- (48) 米倉「相殺と差押」九五頁。

- (49) 好美清光「差押と相殺(上)」一〇頁以下、一二頁注(四〇)。
- (50) 米倉「相殺と差押」九五頁。
- (51) 高木多喜男「相殺」奥田昌道ほか編「民法学四(債権総論の重要問題)」(改訂版)一二二頁以下(有斐閣、一九八二)。同旨、前田達明「口述債権総論」五〇〇頁以下(成文堂、第三版、一九九三)。
- (52) 林錫璋「いわゆる相殺の担保的機能」名法八八号一三六頁(一九八二)。
- (53) 林(錫)・前掲注(52)一三四頁参照。
- (54) 林||中務・前掲注(50)九八頁(有信堂、一九六二)、塩崎・前掲注(9)一三頁、同「相殺判例の形成と発展」加藤一郎||林良平編代「担保法大系(第五卷)」六〇四頁(金融財政事情研究会、一九八四)、石川利夫「判批」民法判例百選II(第三版)(別ジュリ一〇五号)九五頁(一九八九)、奥田・前掲注(39)五八九頁以下(悠々社、増補版、一九九二)、淡路剛久「債権総論」六二二頁(有斐閣、二〇〇二)、潮見佳男「債権総論(第三版)II—債権保全・回収・保証・帰属変更—」三九六頁(信山社、二〇〇五)。
- なお、加藤雅信「新民法体系III債権総論」四二八頁以下(有斐閣、二〇〇五)は、法定相殺つきいわゆる相殺適状修正説を採用し、相殺予約については自働債権の弁済期が受働債権よりも先に到来する場合にのみ対外的効力を承認する。このように、法定相殺のみの場合よりも相殺予約が付されている場合に対第三者効の範囲をより広く認める根拠として、債権者の相殺への期待の合理性を挙げている点に鑑みれば、本稿の観点からは、この見解も期待利益説の一つと位置付けられる(相殺への期待の合理性の判断が一般的な期待利益説と異なるに過ぎない)。
- (55) 林(良)・前掲注(4)一六頁以下、同「相殺の機能と効力」加藤一郎||林良平編代「担保法大系(第五卷)」五五九頁(金融財政事情研究会、一九八四)。
- (56) 最判昭和三十九年の横田正俊判事の反対意見が大隅説と同旨。その他、大隅説を支持する見解として、平井一雄「判批」金判二

- 三五号五頁（一九七〇）、梅・前掲注(9)一七頁、石川利夫「判解」ジュリ四八二号五三頁（一九七二）、石田喜久夫「差押と相殺」ジュリ五〇〇号一四四頁（一九七二）、伊藤進「債権担保化に関する諸問題」鈴木祿弥・清水誠編『金融法』三七七頁（有斐閣、改訂版、一九八〇）。
- (57) 藤原・前掲注(9)一五七頁以下。
- (58) 平井（一）・前掲注(56)五頁、早川真一郎「判批」租税判例百選（第三版）（別ジュリ二二〇号）一八一頁（一九九二）。
- (59) 潮見・前掲注(54)三九七頁。
- (60) 米倉「相殺と差押」九七頁。
- (61) 浅沼・前掲注(20)二六頁、塩田・前掲注(20)一七頁、吉原省三「判批」判評一〇一号二五頁（一九六七）、谷口・前掲注(20)二二〇頁。好美の論稿はそもそも題目を「差押と相殺」として、始めから問題を限定しているようにも受け止めることもできる。ただし、吉原・前掲注(20)一六一頁は、銀行取引に関する特殊な問題ではないとする。
- (62) 伊藤（進）「差押と相殺」四四七頁。
- (63) 米倉の担保的効力説を支持しながら、林や大隅の見解に好意的な主張（石田喜久夫・前掲注(9)一一八頁）も存在する。
- (64) 谷口・前掲注(20)二二六頁、好美「差押と相殺（上）」一四頁。
- (65) 米倉「相殺と差押」九五頁。
- (66) 米倉「相殺と差押」九五頁。
- (67) 林良平ほか「債権総論（第三版）」（石田喜久夫）三四九頁（青林書院、一九九六）。
- (68) 銀行関係者からは、相殺予約は差押え逃れのためではなく、債務者の信用悪化の際の保全策であり、それがたまたま差押債権者にとって極めて不利になるに過ぎない旨の主張も見られるが（鈴木正和「担保預金の差押と相殺」手研九一号七二頁（一九六五））、債権保全としての機能と差押え排除の機能が表裏一体である以上、差押え逃れではないとの弁明は成り立たない。

(69) 米倉・前掲注(8)一三頁、潮見佳男「制限説・無制限説をめぐる議論の回顧と展望」銀法五七九号四〇頁以下(二〇〇〇)を参照。

(70) 鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままではいか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望二債権総論(二)』三四四頁(日本評論社、一九九一)。

(71) 鳥谷部・前掲注(70)三四五頁以下。

(72) 鳥谷部・前掲注(70)三五一頁以下。

(73) 鳥谷部・前掲注(70)三五一頁以下。

(74) 米倉「相殺と差押」九七頁。

(75) 中馬義直「期限の利益喪失約款」遠藤浩ほか編『演習民法(総則・物権)』二八〇頁以下(青林書院、一九八九)。

(76) 米倉「相殺と差押」九七頁。

(77) ただし、法定相殺の対第三者効を巡り、対立する債権相互の「牽連性」を要件論の中で考慮する見解も多く存在する。深谷格「相殺の構造と機能」フランス法を中心として(四)「名法二三七卷四一三頁以下(九九二)、平井一雄「貸付債権と不渡異議申立預託金との相殺」田中追悼『企業の社会的役割と商事法』五九九頁以下(経済法例研究会、一九九五)、石垣茂光「相殺における担保的機能論に関する一考察」相殺の第三者効を導く理由付けについて」独協四三三号四六八頁(一九九六)、山田八千子「イギリス法における衡平法上の相殺の構造(二)——牽連性要件を中心として」洋法四六卷一五五頁以下(二〇〇二)など。

(78) 交互計算制度の理論的理解の対立とその背景については、前田庸「交互計算における担保的機能について(一)(二・完)——交互計算残高に対する差押の可否をめぐる——」法協七八卷六号四四頁、七九卷四号一頁(以上、一九六二)(以下、前田(庸)「交互計算の担保的機能(一)(二)」と引用)を参照。

なお、前田（庸）はこの論稿の中で「交互計算の担保的機能」という表現を、もっぱら交互計算期間中の差引残高への第三者の関与を排除することを表すために用いている（「交互計算の担保的機能（二）」四七頁など）。これに対し、相殺予約について対外効が問題となる場面においては、相殺による清算前の個別債権への差押えを排除することが「担保的機能」に当たると、この意味での「担保的機能」は、前田（庸）が交互計算について用いる「担保的機能」と内容を異にすることに注意が必要である。前田（庸）のいう「交互計算の担保的機能」は、相殺予約に関わる「担保的機能」を交互計算において承認した上で問題となるものである。

(79) 最判昭和四四年七月一〇日民集三三卷五号五三三頁。

(80) 小町谷操三『商行為法論』二五四頁（有斐閣、一九四三）、大隅健一郎『商行為法』七五頁（青林書院、一九五八）、田中誠二『新版商行為法』一五二頁（千倉書房、再全訂版、一九七〇）、西原寛一『商行為法』一六九頁（有斐閣、第三版、一九七三）、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』一九七頁（同文館、新訂版、一九九九）、中村真澄『基本法コンメンタール商法総則商行為法』（別冊法セミ一四七号）一二二頁以下（日本評論社、第四版、一九九七）、田邊光政『商法総則・商行為法』二三八頁（新世社、第三版、二〇〇六）。

(81) 最判昭和四五年四月一〇日民集二四卷四号二四〇頁。

(82) 田中・前掲注(80)一五二頁以下、田邊・前掲注(80)二三八頁。

(83) 大判昭和一一年三月二一日民集一五卷三三〇頁。

(84) 石井照久Ⅱ鴻常夫『商行為法』八九頁以下（勁草書房、一九七八）、鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』二四頁注（二）（弘文堂、全訂第二版、一九九三）、前田庸『判批』商法（総則商行為）判例百選（第三版）（別ジュリ一二九号）一三三頁（一九九四）、高田晴仁『判批』商法（総則商行為）判例百選（第四版）（別ジュリ一六四号）一六一頁（二〇〇二）。

(85) 石井Ⅱ鴻・前掲注(84)九〇頁、前田（庸）・前掲注(84)一三二頁、高田・前掲注(84)一六一頁。

- (86) 前田(庸)「交互計算の担保的機能(二)」六九頁以下。
- (87) 前田(庸)「交互計算の担保的機能(一)」七三頁以下。
- (88) 前田(庸)「交互計算の担保的機能(二)」七四頁。
- (89) 前田(庸)「交互計算の担保的機能(一)」八一頁。
- (90) ただし、交互計算契約の中には組み入れた債権の支払いを猶予する特約も含まれている。二当事者間に対立する複数の金銭債権が存在し、これらについて相殺適状がまだ生じていない段階で金銭債権の一つが譲渡された場合に、譲渡後に各債権の弁済期が到来したときに債権譲受人に相殺を主張できると解するならば、有力説に従って譲渡・差押えを認めたととしても、交互計算契約の当事者は取引相手との間で相互に生じた債権を、当初の予定通りに一括して決済することができる。そのため、重要なのは譲渡・差押えの可否ではなく、二当事者間の対立関係から逸失した債権を受働債権とする相殺の可否の問題である。
- (91) 前田(庸)「差押と相殺との関係」一四三頁以下。
- (92) 前田庸「差押と相殺との関係にかんする最高裁判決について」商事法務研究五三三号一頁(一九七〇)。
- (93) 前田(庸)「差押と相殺との関係」一三四頁。
- (94) 注(70)参照。
- (95) 前田(庸)「交互計算の担保的機能(二)」六六頁。
- (96) 債権の種類や取引類型に応じた個別的検討を必要とする見解も存在するが(塩崎・前掲注(9)一四頁以下、潮見・前掲注(9)三九頁以下など)、そのような検討は、銀行の有する相殺への期待の程度を量るものである限り、当事者間における相殺予約の「合理性」の評価に止まり、対第三者効を積極的に根拠付ける意義まで有するものではないと考える。
- (97) 深谷・前掲注(7)四二〇頁は、債権債務間に牽連関係を創設する趣旨の相殺予約に第三者効を認めているが(ただし、銀行取引における期限の利益喪失特約についてはそのような趣旨を否定)、そこでの「牽連関係」とは一般に用いられている概念と同義

と言えるかどうか、検討の余地があろう。山田（八）・前掲注（七）六〇頁も、「牽連性」概念の解釈の必要性を指摘する。

(98) ここでの好美の主張は、吉原省三「預金と貸付金との両建関係と銀行取引」金法五二八号四頁（一九六八）、堀内仁「銀行取引の実態と特約の妥当性」金法五四三号四頁（一九六九）の見解を基にしている。各著者は弁護士と銀行実務家である。つまり、取引実務に実際に携わっていた者の立場からの主張であり、当時の銀行取引を取り巻く社会状況を示していると考えてよいであろう。

(99) 鈴木（禄）・前掲注(8)八頁。

(100) 鈴木（禄）・前掲注(8)一〇頁以下。

(101) 好美「差押と相殺（上）」一〇頁。

(102) 好美「差押と相殺（上）」一〇頁以下。

(103) 好美「差押と相殺（上）」一一頁。

(104) 好美「差押と相殺（上）」一〇頁。

(105) 好美「差押と相殺（上）」一〇頁。石田・前掲注(5)一四三頁も同旨。

(106) ほかに、銀行取引の実情を特に重視する見解として、千種秀夫「相殺に関する最高裁大法廷判決の解説」金法五八四号一八頁（一九七〇）、梅・前掲注(9)一一七頁、石川利夫「相殺—預金債権の差押えと貸付債権による相殺—田中實・中川淳編『判例演習講座民法I（総則・物権・債権）』二六三頁（世界思想社、一九七三）。

(107) 佐久間弘道「差押えと相殺」無制限説の今日的意義」銀法五七九号三三三頁（二〇〇〇）。

(108) 御室龍「いわゆる相殺予約の担保的機能についての一考察」黒木古稀『現代法社会学の諸問題（上）』一七四〇頁（民事法研究會、一九九二）。

(109) 吉田邦彦「契約法・医事法の関係的展開」二〇五頁（有斐閣、二〇〇三）〔初出、法時七一巻六号六三頁（一九九九）〕も、異

なる観点から、政策論的な再考の必要性を唱えている。

(10) 最判昭和五七年三月三〇日民集三六卷三三号四八四頁参照。

(11) 会社更生手続きにおける期限の利益喪失特約の有効性を巡っては、肯定説(石井眞司「更生手続と相殺権」金判五五四号八頁(一九七八)、堀内仁「判批」手研三三二号四九頁(一九八二)、山田二郎「判批」金法一〇〇九号二頁(一九八二)、新堂幸司「スワップ取引における一括清算条項の有効性」新堂幸司・佐藤正謙編『金融取引最先端』一五〇頁以下(商事法務研究会、一九九六)、武笠圭志「会社更生及び会社整理における相殺の制限と否認手続」門口正人編『現代裁判法大系二〇(会社更生・会社整理・特別清算)』一八九頁以下(新日本法規出版株式会社、一九九八)など)、否定説(松田二郎「会社更生法」二〇七頁以下(有斐閣、新版、一九七六)、伊藤眞「会社更生手続における相殺債権者の地位(一)」民商八六卷四号五七四頁以下(一九八二)、竹下守夫「判批」判タ五〇五号二八〇頁(一九八三)など)、自動債権の弁済期が受働債権よりも先の場合のみに効力を認める折衷説(三ヶ月章ほか「条解会社更生法(中)」八八五頁以下(弘文堂、一九七三)、谷口安平「倒産処理法」二二三頁、二四三頁(筑摩書房、第二版、一九八二))がある。

(12) 石田・前掲注(6)一四四頁