

諸制度との比較に基づく相殺に関する覚書

田  
村  
耕  
一

はじめに

一 相殺の構造

二 各制度の特徴と比較

三 相殺の効力と構造に関する考察

おわりに

## はじめに

相殺について、我妻博士は、債権は本来は債務者の資力により利益実現の可能性が異なるにも拘らず、当事者間では相互の信頼から債務者の資力（実現可能性）によらないのが公平とされ、相殺による債務者の資力に依存しない利益実現は、解除権同様に一種の法的地位であるとされている。<sup>1</sup> また、この相殺の効力は一方的な意思表示で実現可能であることから、無制限説を採った最高裁昭和四五年判決は「担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能」と述べたと考えられる（しかし判決では唐突な感は否めない）。

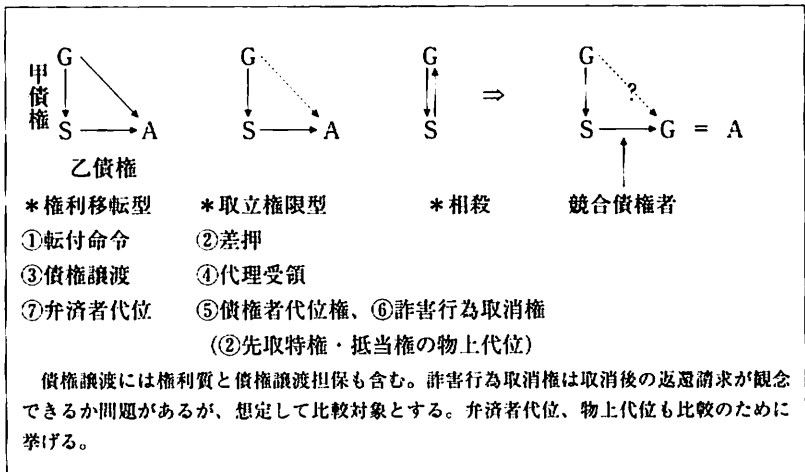
とりわけ、本稿が念頭におく金銭債権の場合、目的物たる金銭は法的には物としての個性が否定され価値そのものとして扱われる。したがって、金銭自体は物権という「特定」が機能せず、価値の引渡という意味で金銭債権として把握される。そうすると、本来は債務者の一般財産を構成する金銭（債権）が、相殺権者にとっては、あたかも数量的に独立した（優先的な）財産として扱われることになる。したがって、従来から、相殺権者は相手方に対する一債権者であることを前提に、受働債権の独立財産性をも意識した上で、受働債権の独占の可否が意識されてきた。もつとも、既に、鳥谷部教授により、相殺はほとんど担保構造を有しないことも指摘されている。<sup>2</sup>

受働債権への関与という視点で相殺を、とりわけ担保として考察するならば、他の制度との効力比較が要請される。しかし、如何なる基準による比較が可能なのか、その効力の正当化根拠は何か、は定かではない。また、相殺契約、特に準法定相殺につき、どう扱うべきかは未だアプローチが確定していない段階ともいえよう。そこで、第

一に「同じ構造であれば同じ効力」という基準が使えるため、由来は自動消滅といわれる相殺の構造を債権消滅に関する諸制度と比較し、第二に仮に受働債権に対する処分の問題であれば、相殺の当事者関係を図のように展開して考えた場合、債権者Gが債務者Sの有する乙債権を把握しうる各制度と並列して比較することが可能ではないか、と考えた。本稿は、以上の点につき、思考実験的に考察を試みるものである。

民法上、相殺は債権消滅の制度であり、債権の帰属変更や担保の制度として設計されているわけではない。したがって、消滅故に単なる不存在なのか、意思による変動（処分行為）なのかにより、本稿の思考モデルの前提を検証しなければならない。もともと、未だその準備ができてはいないため、本稿では確認するに留める（一）。次に、仮に比較が可能として、各制度における債務者・第三債務者拘束の根拠、とりわけ乙債権につき競合する債権者との関係を確認した上で（二）、諸制度と比較した相殺の位置づけと特徴及び今後の検討事項を明らかにする（三）。

なお、本稿は、あくまでも図をモデルとした思考実験であり、歴史・比較法的な点、また各制度の個別問題には立入らない。私的メ



説  
モ、研究ノートの域を出るものではないことをお断りする。<sup>3)</sup>

論

## 一 相殺の構造

### 1 債権債務消滅の仕組

かつては弁済も契約であり、相殺に関しても本質——どのような仕組で債権債務が消滅するのか——は論じられたが、次の各制度そのものとはいえないため、今日では差引きといわれるのみで、独立の消滅原因とされている。<sup>4)</sup> 本稿では、一応、各制度に特殊性が了承された制度と考えられないかを再検討する。端的には、なぜ一方的に相互の債権債務を消滅させられるのである。

現実に履行して双方が弁済したから（現実の履行行為を省略しただけといっても同じである）であれば、弁済による債権債務の消滅である。ここから「簡易決済機能」は説明される。現実の提供が不要である点、決済であるから受働債権の方が額が大きい場合でも承認される点（債務の一部弁済となる）に特殊性を有する（一部という意味での簡易性の理解もあり得よう）。債務の履行であるから両債権の弁済期が重要となり、「援用権者による受働債権の債務不履行の助長」の発想も妥当する。確かに、受働債権の任意弁済による自動債権の強制回収が実現される。しかし、なぜ、受働債権の弁済分を自動債権の回収に充てることができるのかは定かではない。

そこで、もう一つの「公平保持機能」の内容を具体的に考えてみると、「自らの弁済額に相当する額を相手方か

ら「確実に」受けることができる」となる。公平であるから「対当額での消滅への期待」が重要であり、弁済期という要素は後退する。債務者Sの無資力の危険があるため、最も確実なのは第三債務者でもあるGが債務者Sに給付した乙債権（受働債権）の目的物そのものにつき甲債権（自働債権）の債権者Gによる把握を認めることである。その根拠としては、まず、相殺という制度により、相殺権者（G）に乙債権の受領権限が付与されたと考えることができる。この場合、合意による取立権付与や債権者代位権・詐害行為取消権において債権者Gが第三債務者A（G）に目的物の引渡を請求できることに対応する。しかし、受領権限故に債務者Sへの返還が観念でき、再度の相殺を考えるのであれば堂々巡りとなり、この考えでは、債権者Gによる受領権のみならず弁済充当まで認める必要がある。

受働債権が移転すると考えても同様となるが、この消滅の構造——自らが自らに支払う——は混同を想起させる。自働債権の対当額での消滅を伴う特殊な混同と考えると、「当然に」消滅することになる。その上で、「利益といえども強制できない」ことから、わが国では援用を要求し、相殺適状時に遡って実質は「消滅していた」となる。意思表示による権利変動ではなく、単なる確認的作用となり、自動的に消滅するという形には親和性が高い。

あるいは、債権者Gは「甲債権を免除するから乙債権も対当額で免除せよ」との形成権を有するとも考えられる。さらに、見方を変えれば、甲債権（自働債権）による債務（受働債権）の弁済として代物弁済、あるいは債権債務の引直しとして更改とも理解できよう。何れも債権の対立という点から、相手方の同意不要、意思による遡及的な権利変動を第三者にも主張可能という特殊性が付与されていると解することになる。そして、以上の場合も債務者の資力に依存せずに数量的な確実性の確保は実現できる。

何れにせよ最終的には、相殺とは不存在を主張（抗弁）することになる。民法第五〇五条は債務を「免れる」と

確かに規定している。蛇足だが会計では内部取引は相殺消去と表現され、処理されている。しかし、債権の強制移転や代物弁済であれば、一度は意思に基づく受働債権をめぐる優劣として考えることも可能であろう。

もちろん、民法の予定する何れの制度か、あるいは相殺独自の構造かを明らかにするには本格的な論究が必要である。本稿では、簡易弁済であれば弁済期が重要であるが、公平保持であれば弁済期という要素は後退することを確認しておく。

## 2 簡易決済と公平保持の意味と関係

相殺制度が発揮する機能は簡易決済・公平保持といわれる。では、簡易決済・公平保持の必要があるから相殺制度があるとは解されないか。公平保持に関する制度として民法には、同時履行の抗弁権や危険負担、留置権の制度が用意されている。しかし、これらの制度は履行の確保のための制度であるから（簡易）決済とは表現されていない<sup>5</sup>。相殺における簡易決済・公平保持の意味と関係はどう解すべきか。一般に相殺は弁済類似といわれているため、以下では弁済を念頭に考えてみる。

簡易化について、民法では占有の移転に関する簡易化が想起される。占有改定は二重の手間を省いたと説明されるのと同じく考えると、簡易決済では弁済における現実の提供の省略が承認され、その効果は現実に履行したことである。双方が同種同等の債務を履行し合うのは無意味であるから、真の意味での簡略化である。もつとも、受働債権の額の方が大きい場合、債務（受働債権）の全部ではなく一部であっても有効な弁済となるのは、相手方の債務（自働債権）も対当額で消滅するとはいえ、通常の弁済からは生じ得ない効力といえる。

次に、相殺の公平保持については、債権の回収が事実上困難なときや相手方の破産時、また自働債権の時効消滅

における利益保証として語られる。しかも、数量的な確実性が確保される。したがって、(簡易) 決済が事実として無理なときでも、その貫徹を承認し保証するものであり、これは特別の効力である。以上から、両者の関係は、一部弁済であつても承認する「簡易決済」と、その適用範囲の拡大を承認する「公平保持」と理解することができ  
る。

では、公平に関して、相互に牽連関係があればでは、差引き可能な債権の対立(牽連性は不要)のみをもって履行自体の実現まで承認することになる決済(手段)として、どのような場合にどこまで(第三者にも優先する結果となる)差引きを認めるのが公平なのか(弁済期を堅持するか否かも具体的な一問題である)。

周知のとおり、民法制定後は、決済という点から、債権の消滅(債務者としての行為)ではなく債権の回収(債権者としての行為)として主体を転換して論じられるようになった。公平保持の裏返し担保的機能として語られたのであるから、相殺の担保的機能とは同時履行の抗弁権や留置権と同じく「当事者間」における回収確実性という意味であり、結果として競合債権者に優先することはあつても、相殺それ自体は「競合債権者への優先」という意味での担保的機能は有していない。担保的機能の射程は当事者であることを、再度意識すべきである。

また、同時履行の抗弁権や留置権と類似するとはいえ、相殺では対立する債権には牽連性がないため、展開図で考えると相殺権者は単なる一債権者として処遇されるはずである。したがって、やはり同時の債務者としての行為が決定的な役割を果す。相殺については、債務者としての債務解放行為、債権者としての自己満足行為、という二つの見解が対立しているとされるが、自働債権の自己満足と同時に受働債権の消滅を目的とする債務者としての行為であるから、債権者かつ債務者の行為とみる必要が指摘されてきた。<sup>5)</sup>しかし、今日までの議論は利益考慮が中心であり、同一人の同一の行為が異なる債権債務関係の債権者かつ債務者としての行為を兼ねることを、さらに相手

方も同様の立場であることを、債権法上で具体的にどう認識し評価するのかは、意識されているとは言い難い。<sup>7)</sup>

### 3 競合債権者との関係

効果について、債権者Gは債務者Sから乙債権（受働債権）の譲渡・質権の設定を受けたに類似するが、相殺は一方的な意思表示によるため、強制的な移転あるいは自ら給付した目的物につき他の債権者に優先する点で売買の先取特権と類似の先取特権となる。この理解では、競合債権者との関係は乙債権をめぐる「優劣関係」として説明することになる。しかし、第三者との関係では、法定担保でもなく、約定担保のように被担保債権と担保目的物の合意による結びつけもなく、公示・對抗要件もない。特に、弁済類似として債権法上の消滅原因としての制度設計からは、競合債権者との関係は「優劣」ではなく「存否」の問題である（對抗要件及び公示は要求されない）。したがって、競合債権者に優先し得るという事後的評価は間接的・付随的な結果として捉えるべきであり、まずは条文どおり「債務を免れる」点が出発点となる。

しかし、今日では相殺の担保的機能は浸透しており、また構造としても意思に基づく受働債権の把握として考える余地があるのであれば、積極的な利益把握行為と認識して効力比較を行うことも必要であろう。とりわけ相殺契約では、相手方の危機時における競合債権者への優先が意図・予定されている。しかも、一方的な意思表示ではなく、双方の合意によって利益把握が目論まれている。ここにいたって、債権消滅の一手段という債権法上の制度から、物権法の諸制度と並び金銭債権（受働債権）に所有権同様の財産性・処分性を認め独立財産化すべきか否か、という問いに対して、特に相殺契約においては肯定され、かつ、合意に基づく特定財産の把握という構造故に諸制度との効力比較が要請される。2で述べたように、同一人による同一の行為が異なる立場の者の行為を兼ねること



をどう評価するかの問題はあるが、競合債権者を念頭において担保的機能を主眼として相殺権が行使あるいは予定される場合は、乙債権（受働債権）に関する競合債権者への「優劣」として問題設定することはひとまずは可能である。

以下では、各制度における利益把握、債務者拘束、競合債権者との関係の構造を確認し、相殺の位置づけを検討する。

## 二 各制度の特徴と比較

### 1 債務者Sに対して

① 転付命令。執行裁判所からの送達による（民執第一五九条二項）。転付命令が確定した後は債権者Gの財産としての債権の取り立てであり、強制執行とは関係がない。確定すれば転付命令が第三債務者Aに送達された時に債務者Sから転付債権者Gに移転する。執行行為に基づくため対抗要件は不要とされる。なお、券面額がない債権——将来の金銭債権や債権額が確定していない金銭債権など——は転付の対象とならない。

② 差押。債権は占有ができないため意思行為として執行裁判所の決定の形式による差押命令によって開始される（民執第一四三条）。命令により取立てその他の処分が禁止され（民執第一四五条一項）、債務者Sに送達される（同条三項）。

物上代位の場合は、まず、差押までに払渡しを受けた部分に対しては物上代位の効力は及ばない。先取特権については、差し押えられるまでに乙債権が転付命令・譲渡により処分されていれば対象とし得ない。抵当権は登記により公示されているため、判例は当該債権の譲受人に対しても効力を主張できるとする。

③債権譲渡 譲渡人Sと譲受人Gとの譲渡の合意による。担保の場合、実行時までには譲渡人Sが乙債権に関して取立権・受領権を有することが多く、実質的には旧債権者であるSが管理する。なお、債権質の場合は、取り立てた上で被担保債権に充当するため（民法第三六六条二項）、差押と同様の効力が妥当とも考えられる。

④代理受領 債務者Sと債権者Gとの授權の合意による。使者・代理人は受領権限を有し弁済を受ければ債権は消滅するが、債務者Sも債権者として請求や受領が可能である。したがって債務者Sの拘束はない。しかし、担保の場合、債務者Sは第三債務者Aへの請求・受領が禁じられる。この拘束は自らの意思に基づくものである。

⑤債権者代位権 債権者Gの債権者としての地位に基づく権利であり、債務者Sの乙債権の不行使に起因するため、代位権行使の際に債務者Sは関与しない。そのため、代位訴訟の際に債務者Sに効力を及ぼすべくとつつ、その根拠が問題となっている。

⑥詐害行為取消権 債権者代位と同じく債権者としての地位に基づく権利である。かつては債務者Sを被告にすべきか否かが論じられたが、今日では被告にならない。判決の相対効あるいは相対的取消とされることから、取消の結果、当該財産を債務者Sの責任財産として扱える根拠が問題とされている。

⑦弁済者代位 例えば、甲債権の存在とは関係しないが、乙債権につきGが弁済した場合、Gは弁済者代位により乙債権と担保を取得する。この場合、任意代位であれば債権譲渡同様に債権者Sの同意が必要であり（民法第四九九条。しかし学説は弁済時にSの意思的関与があるので否定的）、法定代位であれば乙債権の強制移転となり、

債権者Sの意思的関与はない。

以上、債務者Sの財産を債権者Gが把握するのは、国家による執行手続①・②、債務者Sの自らの意思③・④（特に担保）、法律規定の効果⑤・⑥・⑦（事前に意思的関与の可能性が高い）、と分類できる。相殺との関連で、裁判所の関与なく債権者Gにより一方的に乙債権が把握可能なのは⑤である（債務者Sが関与せずという意味では①・②・⑤・⑥）。相殺契約との関連で予めの合意（債務者Sの同意）によるのは③・④・⑤（不行使という意味）である。

## 2 第三債務者Aに対して

① 転付命令 執行裁判所からの送達（民執第一五九条二項）による。

② 差押 債務者Sへの弁済が禁止され（民執第一四五条一項）、送達される（同条三項）。差押債権者Gは債務者Sに対して差押命令が送達された日から一週間を経過したときはその債権を取り立てることができる（民執第一五五条一項）。差押債権者Gが第三債務者Aから支払を受けたときは、その債権及び執行費用は、支払を受けた額の限度で弁済されたものとみなされる（同条二項）。もつとも、第三債務者Aは供託も可能であり（民執第一五六条一項）、特に二重差押の場合は差押債権者Gに弁済することは許されない（同条二項）。周知のとおり、相殺との関係で、差押による第三債務者Aの拘束については争いがある。

物上代位の場合は差押の通知により支払先の変更となる。抵当権に基づくときは、登記があるが物上代位を行使するか否かは定かでないため、通知前は民法第四七八条で保護される。

③ 債権譲渡 民法第四六七条一項の債務者対抗要件（権利行使要件・債務者保護要件）として譲渡人Sからの通

知または第三債務者Aの承諾による。通知の場合は一方的であるから①・②と類似する。承諾の場合は自らの意思的関与による。

④代理受領 使者・代理人の場合は受領すれば債権者でなくても弁済が有効となるだけであり、第三債務者Aには受領権限者に対する支払義務まではないから拘束状態にない（もつとも履行遅滞となる）。しかし、担保の場合、第三債務者Aは債務者Sへの支払が禁じられる。この拘束は、自らの意思（承認）に基づくものであり、債務者Sに支払った場合に判例は不法行為を肯定する。振込指定も同様と解されている。

⑤債権者代位権 債権者Gが請求する権利は本来の乙債権であり、第三債務者Aは債務者として義務を履行するだけである。もつとも、手続上、第三債務者Aが債権者Gの権利行使の正当性を確認する方法がない。第三債務者Aが履行を拒んだ場合は代位訴訟となり、この場合は判決の効果として請求が認容され、結果として詐害行為取消権と同様となる。

⑥詐害行為取消権 受益者である第三債務者Aが被告となる場合、取消訴訟の結果、取消債権者Gの引渡請求が認容される。第三債務者Aが同時に債権者でもあり取消の対象が弁済の場合は3で述べる。

⑦弁済者代位 第三債務者Aからすると債権者の交代となるため、任意代位であれば通知があるが、法定代位であれば当然に債権者が交代する。もつとも、何れの場合も、弁済前のやり取りから第三債務者Aの意思的関与があることが予想される。

以上、第三債務者Aが債務者Sではなく債権者Gへの支払を拘束されるのは、国家による執行手続①・②、第三債務者Aの自らの意思③（承諾）・④（担保）、法律規定の効果③（通知）・⑤・⑥・⑦（事前に意思的関与の可能性が高い）と分類できる。相殺との関連で、第三債務者A（債権者G）が自ら支払先の変更を有効に行い得るの

は、③（承諾）・⑤（自発的に弁済）である。

### 3 優劣基準及び先に乙債権に關与した競合債権者に対する債権者Gの立場

① 転付命令 権利の移転が起こり、券面額で転付命令が第三債務者Aに送達された時に弁済されたものとみなされ甲債権が消滅する（民執第一六〇条）。そのため、事実上、転付債権者が競合債権者に優先する。もつとも、転付命令が第三債務者Aに送達される時までに他の債権者が差押、仮差押の執行又は配当要求をしていた場合は、転付命令は許されない（民執第一五九条三項）。債権者Gは他の債権者が關与していないときに限り独占することができる。それ以外は債権者平等となる。

② 差押 2で述べたように、差押債権者は被差押債権（乙債権）の取立権を有し支払を受け弁済とみなすことができる。もつとも、優先権を有するわけではないので、他の債権者はなお二重差押や配当要求が可能であり、第三債務者Aにより支払われるまでは、債権者平等の原則が妥当する。差押債権者は第三債務者Aに対して差し押えた債権に係る給付を求める訴え（取立訴訟）を提起することができるもの、他の債権者も共同訴訟人として参加することができる（民訴第一五七条一項）。もつとも、取立訴訟の訴状が第三債務者Aに送達された時以降に差し押えた債権者は配当にあずかれない（民執第一六五条二項）。以上から、債権者Gは先行した競合債権者がいても平等に利益配分を受けることができる。

なお、物上代位の場合、物権の効力であるから先行する競合債権者がいても優先し得る。特に、抵当権者は登記をした時から優先する。しかし、抵当権につき、判例は配当要求の方法での行使を認めない。

③ 債権譲渡 二重譲渡や差押との競合に關しては民法第四六七条二項（第三者對抗要件）の問題となり、現在は

到達時で判断される。したがって、競合債権者が先行する場合は、利益把握を確実にするために到達（對抗要件）を争う段階である。もつとも、二重譲渡や差押との競合において、第三者對抗要件を具備した競合債権者の譲渡通知が第三債務者Aに到達する前に、債務者對抗要件のみ備えた債権者Gが第三債務者Aから先に弁済を受けた場合は、債権者Gが利益を保持できる。同時到達や先後不明の場合は供託され、判例は両者の供託金還付請求権に基づき案分相当とする。

④代理受領 債権者Gに取立権の授与（授権）がなされても、その前後を問わず、譲渡や差押を受けて對抗要件を具備した債権者には劣後する。したがって、未だ自由競争の段階である。

担保の場合も同様であるが、他の債権者に把握されてしまった場合、債権者Gは、不法行為を理由に第三債務者Aに実質的には二重払を請求できる。もちろん、現実の回収可能性は定かではない。

⑤債権者代位権 債権者代位権が行使された後でも本来ならば他の債権者も配当要求可能であり、債権者平等の原則が維持される。しかし、判例は、代位権行使後の代位債権者Gによる相殺を用いた優先回収を肯定する。もつとも、既に競合債権者が乙債権を差し押えた場合、差押の効力により、他の債権者が債権者代位権を行使して乙債権に基づき第三債務者Aに請求することはできなくなる。

⑥詐害行為取消権 取消債権者の利益把握については債権者代位と同じとされる（充当を承認する見解もある）。判例は、第三債務者Aも競合債権者でありAへの弁済が詐害行為であった場合、債権者Gに対する案分額のみを支払い（実質上の配当要求）を認めない。したがって、後から取消権を行使した債権者が事実上優先する。しかし、詐害行為に該当しない限り、先行した競合債権者による利益把握は肯定される。

⑦弁済者代位 弁済者の弁済により乙債権は消滅し、弁済者の求償権を担保するためのみに存続・移転するため、

競合債権者は目的とし得ない。もつとも、既に競合債権者により乙債権が把握されていた場合は、弁済先が競合債権者となり、事実上競合債権者が優先して回収できる。

以上、債権者間の優劣決定基準は、未だ自由競争の範囲内④、債権者平等（介入可能）②・⑤（債権者代位権が先行する場合は代位債権者が優先）、<sup>8</sup>対抗要件具備①・③、詐害行為性⑥であり、⑦は先行する競合債権者が事実上優先する。相殺との関連で、裁判所の関与なく債権者Gが先行した競合債権者に對しても一方的に利益を把握できるのは原則的にはない。ただ、③で述べたように、債権の譲受人Gが早々に弁済を受けた場合が考えられ、相殺においては、展開図から第三債務者A⇨譲受人Gとなる点は、比較として重要である。

以上をまとめると次表のようになる。

	債務者S (利益把握の構造)	第三債務者A (拘束の根拠)	競合債権者 (優先の根拠)
① 転付命令 (移転)	執行手続 (裁判所からの通知)	執行手続 (裁判所からの通知)	対抗要件 (券面額での消滅)
② 差押 (非移転)	執行手続 (裁判所からの通知)	執行手続 (裁判所からの通知)	平等のまま
③ 債権譲渡 (移転)	譲渡の合意	権利行使要件	対抗要件
④ 代理受領 (非移転)	受領権授与の合意	弁済義務はない(拒めるが履行遅滞)	未だ差押や譲受け可能 平等のまま
④' (担保)	取立権授与の合意	債権者Gへの支払を承認	未だ差押や譲受け可能 平等のまま(不法行為)
⑤ 債権者代位 (非移転)	関与や通知なし	拒めるが裁判になる	代位債権者が事実上優先(判例)
⑥ 詐害行為取消 (非移転)	関与や通知なし	取消訴訟の被告	取消債権者が事実上優先(判例)
⑦ 弁済者代位 (移転)	債権の満足 (債権買取に類似)	第四九九・五〇〇条	第四九九条二項、五〇一条一号 (弁済による消滅)

### 三 相殺の効力と構造に関する考察

#### 1 各制度との効力比較

先に、二で行った各制度との効力比較につき整理と確認を行い、相殺の位置づけ、特徴を明らかにする。

まず、利益把握、第三債務者の拘束、競合債権者に優先の根拠は、法律規定に基づく執行手続による効果①・②、当事者の合意③・④、法律規定による直接の効果⑦（判決による承認⑤・⑥）、に分けることができる。なお、②は債権者平等、④は未だ自由競争の段階である。また、関与者という点で、当事者のみで完結（③・④・⑤・⑦）、裁判所の関与（①・②・⑥）に分けることができる。もともと、①・②はまさに国家が国家として作用する場面であるのに対し、⑥では受益者（転得者）に対する影響が大きく詐害性に関する客観的判断が要請される場面であり、詐害行為の判定で慎重な対応が求められているに過ぎない。

①・②は、国家が国家として用意した手続であり、効力は債権者平等を基礎に法定されている。物上代位の差押は物権の効力であり、現象的には債権譲渡担保の実行通知が近似する。また、③・④については、自由競争として公平なルールの下に利益把握が目指されるべきものとして、合意に基づき受領・取立権限の付与あるいは権利移転を基に行使要件・對抗要件による扱いとなっている。法律規定による直接の効果で利益把握、第三債務者拘束、競合債権者優先が導かれている制度については、債権者代位権及び詐害行為取消権は制度設計として直ちに首肯され



ているわけではない（但し、そのような制度として把握することも可能）。⑦については弁済に関する政策判断に基づくものである。

次に、各制度が使われる場面にも注目する。甲債権の弁済期に関係するからである。まず、決済や履行のため（前提や担保設定）に用いられるのは②・③・④・⑤・⑥、履行自体として用いられるのは①・③（⑤・⑥）、履行後の処理が⑦である。また、甲債権の弁済期が到来する必要があるのは①・②・⑤であり、③・④については担保型の場合は弁済期到来前に設定（処分）され、実行が弁済期後となる。⑥は必要ないとされているが、取消債権者の利益把握が正当とされるには弁済期到来が必要であろう。したがって、何れの制度も債権者Gの利益把握の正当化には甲債権（自働債権）の弁済期が到来している必要がある。

以上の効力比較からは、相殺も利益実現の正当化には甲債権（自働債権）の弁済期到来が必要となる。相殺契約は、とりわけ未だ債権が対立していない段階も視野に入れると、将来債権譲渡に類似し、相殺権行使が実行通知となる。

さらに、展開した図から、相殺の状況は、他の制度でも第三取債権者Aが債権者Gであった場合と同様となる。では、そのような場合、各制度ではどのような法的処理となるのであろうか。もちろん、仮定であり何れにおいても事実上はあり得ない（特に⑥詐害行為取消）。相殺に類似するのは、二の1〜3の末尾で指摘したように債権者代位権を挙げることができる。具体的には、債務者Sによる乙債権の不行使を要件として、債務者Sを介在させずに、債権者Gが第三債務者Aに履行請求し利益を確保する状態が相殺に近似する。もつとも、両債権の弁済期到来後に債務者Sが乙債権（受働債権）を行使していない点で同じであるが、債務者Sに対する意思表示は不要という点が異なる（当事者間では債権者代位権の方が強力ともとれる）。

しかしながら、競合債権者による乙債権に対する関与が先行したときに、第三債務者でもある債権者Gは、競合債権者に対して各制度に基づく抗弁・対抗は原則としてできなかった。ただ、未だ優劣が決していない段階ではあるが、後発の譲受人に対して第三債務者が早々に譲渡を承認（あるいは対抗要件の承諾）し弁済した場合が同様の状態として挙げられる。

債権譲渡の場合は、競合債権者との関係は対抗要件で判断される。相殺では、乙債権（受働債権）の譲受人Ⅱ第三債務者であり、第三債務者からの承諾が容易なため、問題は第三者対抗要件の確定日付ある証書となる。債権は債務者の行為によってしか実現されないものであるから、物権と異なり、債権譲渡制度においては債務者を巻込む必要があり、かつ、不可欠である。池田教授は、沿革から、債権譲渡制度においては債務者に証拠力のある認識が必要であり、そのための基準が確定日付であり、それが債務者に対しては緩和されたとする<sup>99</sup>。したがって、この見解からは、意思に基づく債権処分において譲受人Ⅱ第三債務者であるからといって確定日付を不要とする利益把握は整合性を欠く。

また、物権と異なり、債権は債務者の行為を介してしか実現できないことから、対世的ではなく債務者が認識することが債権法における公示の意味となる。したがって、債務者に公示機能を果させることが、債権法一般に要請される基準であり得るとした場合、相殺は、同時に自働債権の債権者でもある点を具体的にどう考えるかが重要となる。もちろん、理由があれば⑦の法定代位では、対抗要件や公示を不要とする利益把握を認めている。各制度との効力比較に基づく相殺の位置づけとしては、当事者間では、法定相殺は債権者代位権、相殺契約は債権譲渡に類する。但し、二の3でみたように、先行した競合債権者に対しても効力が発揮できるのは原則としてなかった。やはり、相殺では同一人による同一の行為が異なる立場の者の行為を兼ねる点を法的にどう認識するのか、

具体的に考察する必要がある。

## 2 相殺の意義と性質

従来より、債権取引の安全という観点から、「差押と相殺」と「債権譲渡と相殺」の場合は扱いが異なっても良いという見解がみられる。即ち、二で確認したように差押は未だ債権者平等の原則が支配し、差押債権者は被差押債権（乙債権・受働債権）に固執せずとも他の責任財産からの回収機会を有する。しかし、債権の譲受人は当該債権のみが目的物であり、債権取引の安全のためには、債権譲渡に対して確実性を与える必要がある。このような視点を相殺に対して用いるならば、債権譲渡は甲債権・乙債権共に各債務者の資力に依存して、即ち譲受人は新たに取引に入る者であり、自らリスクを計算して行動することが要請される場面であり、未だ不確実性が支配する段階である。これに対して、既に債権が対立している相殺は、履行（弁済）の場面であり、債権者の資力に依存せずに数量的な確保が確実な場面である。したがって、新たな債権取引の場面では、相殺は債権譲渡時に計算されるべきリスクの一つであり、譲受人は取引に際して第三債務者に問い合せることが可能であり、先に述べたように債権という性質からはそれが相応しいことになる。

では、単に決済であるというだけで、相殺の効力は正当化されるのか。

確かに相殺においては債務者の行為を介在せず、かつ資力に依存せずに数量的に自働債権が実現できる。しかしながら、相殺したから数量的な独立財産として扱っているのともいえるのであり、独立財産化できるから相殺が強いのではない。あくまでも自己の債務を充てることよって、という構造である。したがって、同一人による同一の行為が異なる立場の者の行為を兼ねるということを正面から検討する必要がある。具体的には、実行の局面では

あるが、債務者の行為という呪縛がない状態で妥当する債権法の拘束あるいは原理が何かを考えなければならぬ。もつとも、それを債権法上どのように認識し評価するかを本稿では論究する余裕がない。したがって、以下、簡単な方向性を示すこととする。

第一に、債務者の行為を前提とする債権法において、相殺は「特殊な状態」として考える。目的物が相互に差引き可能な数量で表される場合、物としての個性・特定が表面化する段階ではなく、債権法の世界に入る準備、つまり債務者のすべき行為内容を最終的に確定するための双方の準備行為に類する。確定作業であるから債権者の自力救済とは認識されない。確定後は債務者の行為を介して実現される通常の債権法の世界となるから、確定行為は「債権者平等の原則」が妥当する前の段階となる。以上から、公示・對抗要件については馴染まない方向と考えられる。

特に金銭債権の相殺の場面では、双方が保有する価値の媒体手段の総量の確定を一方的に行う作業として機能する。この作業は弁済類似ではなく、弁済の前提である数量の確定である。とりわけ、債権群が対立しているときは、目的物としての個性もなく債権としての牽連性がない故に、数量確定の計算は、経費的な精算や控除に近くなる<sup>10)</sup>。(敷金返還請求権の発生メカニズムとの比較が有用であろう<sup>11)</sup>)。

相殺により、債権回収の前提となる相手方の資力が信頼の対象から外れ、受働債権が信頼の対象となる。これは、債権取引を確実にする以上に、確実な決済として経済活動に資するものである。したがって、このような地位・期待には強い法的保護が求められ、与えられ得ると考えられる<sup>12)</sup>。相殺の特殊性を強調する立場は、以上を根拠とすると思われる。

第二に、通常の債権法の世界と考える。つまり、本稿のモデル図のように、あくまでも二つの債権債務関係が存

在し、債務者の行為を介して利益実現が図られている場面とする。この立場では、同一人の同一の行為に対して、債権者としての行為及び債務者としての行為を個別に見出した上で、それぞれの効果が發揮されていると解することになる。また、当初から「債権者平等の原則」が妥当するため、自働債権の弁済に受働債権をなせ充てることができるのか、どうして競合債権者に優先できるのかを明らかにしなければならない。

相殺権者も一債権者であることに変わりはなく、たまたま債権が対立しただけに過ぎず、民法は誰に対しても公平かつ堅実な制度を構築すべきであるとの見解からは、以上の方向性が妥当する。

端的には、第一の見解は、確定作業（存否）——債権者平等以前——公示・對抗要件不要——免除・混同類似、第二の見解は、処分行為（優劣）——債権者平等——公示・對抗要件の問題——代物弁済・債権譲渡・債権者代位権類似、となるうか。

最後に、自働債権の弁済期については、どう考えるべきか。

確かに、各制度においても甲債権に期限の利益喪失を特約することは承認されており、相殺において否定される理由は単純には存在しない。また、弁済期は元々付款であり、付款のない状態に戻し、媒体手段の総量として当然に計算に組込むのが適切であれば、それに近づける扱いは肯定されよう。しかし、ここでも同一人による同一の行為が異なる立場の者の行為を兼ねることを意識する必要がある。とりわけ、期限の利益喪失条項による準法定相殺は、決済手段確保としての相殺契約であり、要請される決済そのものの制度保証とは別である。当初の期限が合意によるならば、期限の喪失も合意によって可能に思える。しかし、回収手段としての具体的合意であり、繰返すが第三債務者A＝債権者Gという特殊性を重視した上で、合意の相対効の問題として第三者との関係を検討する必要があり、私見としては強い効力を認めることに否定的な印象を持っている。

## おわりに

本稿は、相殺権者の地位に基づく無制限的な処遇に傾いた内容ともなっている。しかし、地位や期待と比べても、条件付権利との比較、あるいは債権者代位権や詐害行為取消権と同様の財産管理権というアプローチもあり得るように思われ、説明はなお必要である。また、端的には決済の要保護性から金銭債権の対立があれば相殺への合理的期待を擁護すべきかのような記述もあるが、現時点ではそのような意図はない。本稿は思考実験として構造の確認と効力比較を行い、今後の検討事項を指摘したに過ぎず、以下は相殺に関する雑感以上のものではない。

第一に、債権は債務者の行為を介して利益が実現されるため最終的には債務者の資力に依存するにも拘らず、金銭債権の相殺では、端的には相手方所有の金銭を数量的に確実に把握したことに把握したことになる。これは、双方の行為・資力に依存することのない状態として債権法の世界では特異な状況である。

第二に、各制度との効力比較によると、法定相殺は債権者代位権に類似し、相殺契約は債権譲渡に類似する。もともと、先行する競合債権者に対して、後から利益確保が可能な制度は原則としてなく、相殺の効力の特殊性が明らかとなった。なお、実体法上は差押と債権譲渡は区別して扱うべきと考える。

第三に、同一人の同一の行為が異なる債権債務関係の債権者かつ債務者としての行為を兼ねることを、さらに相手方も同様の立場であることを法的な認識及び評価として、正面から検討する必要がある。具体的には、①債権者平等原則の射程、②受働債権の独立財産性、③公示・対抗要件、④自働債権の期限の問題につき、その適否の解明

の手掛りを与えるのではないかと考えている。本稿では、とりあえず二つの方向性——債務者の行為を介在しない債権法では特殊な状態・通常の状態に分解——を示し、それぞれに妥当する債権法のルールを明らかにする必要性を指摘した。もちろん、他にもあり得るため、検討は今後の課題としたい。

本稿は全国銀行学術研究振興財団の助成を得たものである。

付記 冒頭で述べたように、本稿は研究ノートの域を出るものではなく、両先生の退官記念号に相応しくない点は重々承知しております。しかし、両先生に敬意を表し、何らかの形でお礼をしたいと考えて投稿した次第です。ご寛容いただければ幸いです。

(1) 我妻栄「新訂債権総論」岩波書店(一九六四年)三二七、三一九頁。

(2) 鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままではよいか」講座・現代契約と現代債権の展望② 日本評論社(一九九一年)

三三三頁(「非典型担保の法理」信山社(二〇〇九年)所収)。

(3) 本稿では、伊藤進「差押と相殺——第三者の権利関与と相殺理論」『民法講座第4巻』有斐閣(一九八五年)三七三頁のみを挙げておく。

(4) 乾昭三「注釈民法(12)債権(8)」有斐閣(一九七〇年)三七五頁。

(5) 薬師寺志光「留置権論」三省堂(一九三五年)五三頁では、留置権と相殺の淵源は、ローマ法の悪意の抗弁権(exceptio doli)であり、留置権は一時的に留置する効力であり、相殺は終局的に債権を消滅する効力である。また、同所で、逆に、

終局的留置権 (un droit de rétention définitif) 一時的相殺権 (une compensation temporaire) と比喩的に表される (Josserand Cours de droit civil positif français. T. II. p. 701.)。

(6) 乾・前掲三七七頁。石坂及びHECKの見解を挙げられる。

(7) 伊藤・前掲では、利益考慮ではなく理論的な検討の必要性が随所で指摘されている。

(8) 代位訴訟の場合には当事者参加の可能性はあり得る。

(9) 池田真朗「債権譲渡の研究」弘文堂(一九九三年)一一五頁。對抗要件の本質については一〇六頁。

(10) ドイツのAufrechnungはよく知られており、中国や韓国でも「相計」という。

(11) 既に、相殺と差引計算などの構造の解明を指摘するものとして、道垣内弘人「賃料債権に対する抵当権者の物上代位による差押えと当該債権者への敷金の充当」ジュリスト二二四六号(二〇〇三年)六六頁。

(12) 民法は、商品の等価交換の保証が主要目的の一つである。金銭自体は、商品ではなく商品の価値を媒体するものであり、これにより本来は交換不可能な商品同士や時間を超えた交換、また価値を蓄えることができる。したがって、法律上も物としての扱いを避け、金銭債権として特殊性が付与されている。このような視点からは、決済の確実性の要請度は非常に高いと考えられる。