

相殺禁止特約の効力に関する一考察

——沿革及び債権譲渡禁止特約との比較を踏まえて——

深 谷 格

目次

- 一 はじめに
- 二 フランスの法状況の概観
- 三 立法過程
- 四 学説の展開
- 五 判例の展開
- 六 債権譲渡禁止特約について
- 七 改正法案における相殺禁止特約規定について

一 はじめに

民法五〇五条二項は、相殺の要件を規定した同条一項を受けて、「前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定している。これは、相殺禁止特約の効力に関する規定であるが、債権譲渡禁止特約の効力に関する規定である民法四六六条二項と全く同じ文言である。民法（債権関係）改正法案において、民法四六六条二項の改正提案がなされたが、民法五〇五条二項についても「前項の規定にかかわらず、当事者が相殺を禁止し、又は制限する旨の意思表示をした場合には、その意思表示は、第三者がこれを知り、又は重大な過失によって知らなかったときに限り、その第三者に対抗することができる。」と改正する提案がなされている。そして、後者の改正の趣旨は、「債権譲渡制限特約の規定（民法四六六条三項）と平仄を合わせたものである（部会資料69 A・二六頁）。¹⁾とされている。しかし、相殺禁止特約の効力を債権譲渡禁止特約の効力と同様に考えてよいのであろうか。相殺禁止特約の効力をどのように考えるべきなのであろうか。この問題については、既に宮川不可止の研究があるが、本稿では、宮川教授が扱っておられない民法五〇五条二項の沿革や判例・学説のより詳細な検討を踏まえて、この問題について考察してみることしよう。

民法五〇五条は、法典調査会に提出された時点では原案五〇二条に相当し、起草委員・穂積陳重によれば、これは旧民法財産編五一九条と五二〇条を合わせて修正したものである。³⁾そのうち、民法五〇五条二項は旧民法財産編五二〇条に由来する。旧民法財産編五二〇条は、「二箇ノ債務力主タルモノ互ニ代替スルヲ得ヘキモノ明確ナルモノ及ヒ要求スルヲ得ヘキモノニシテ且法律ノ規定又ハ当事者ノ明示若クハ黙示ノ意思ヲ以テ其相殺ヲ禁セサルトキハ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。

旧民法財産編五二〇条は、ボワソナードの民法草案第二編人權ノ部五四八条一号に由来する。後者は次のような規定である（本稿において、特にことわりのない限り、日本語訳は私訳である）。

La compensation légale n'a pas lieu :

I Lorsque l'une ou l'autre des parties a renoncé d'avance au bénéfice de la compensation, ou lorsque le but qu'elle se proposait, en devenant créancière, ne serait pas atteint avec la compensation.

（相殺は以下の場合には生じない。）

1 当事者の一方あるいは他方が予め相殺の利益を放棄した場合、あるいは、債権者になることによつて相殺が目指している目的を、相殺をもつて達成できない場合。⁽⁴⁾

この条文は、当時出版された『ボワソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈 第二編人權ノ部』では第四四十八条第四号として、次のように訳されている（漢字は新字体に改めた）⁽⁵⁾。

「第四四十八条 左ノ場合ニ於テハ法律上ノ相殺成立セス

第四 双方中ノ一方予メ相殺ノ便益ヲ放棄セシトキ又ハ債権者ト為ルニ際シ其企図セシ目的相殺ノ為メ達セサルトキ」
ボワソナードは、この規定について、次のような注釈を施している。

「相殺が債権者と債務者の間の相互関係の清算（決済）のためにどれほど有益であろうとも、相殺を公序のものともみなすことはできない。したがって、両当事者は、予め相殺を放棄することができる。さらに、既に獲得された相殺の利益を放棄することもできるとさへ言える。このことは、正当化することがより困難である。フランス民法典は、この第四の例外について明文の規定を置いていない。しかし、そのことは判例において承認されている。イタリア民法典は、このことを正式に明文で規定している（イタリア民法二二八九条四号）⁽⁶⁾。」

この箇所を『ボワソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釈 第二編人權ノ部』は次のように訳している。

「夫レ相殺ハ債権者ト債務者ノ互相ノ關係ヲ規定スルカガメ如何ニ有益ナリト雖トモ之ヲ以テ公益ニ関スルモノト看做スコト能ハス故ニ双方ノ者ハ予メ之ヲ放棄スルヲ得ヘキナリ且後ニ其既ニ獲得シタル相殺ト雖トモ尚之ヲ放棄スルコトヲ得ヘキコトヲ述フヘシ是較々理解シ難キ所ナリ○仏蘭西法ハ此第四類ノ例外ヲ記セスト雖トモ裁判事例ニテハ之ヲ採可セリ○伊太利法ハ明ニ之ヲ記載セリ(第十二百八十九條第四項)」⁽⁷⁾

この注釈により、相殺禁止特約に関する規定は、フランスの判例とイタリア民法を参考にして設けられたことがわかる。

ボワソナードが参照したイタリア民法は、一八六一年に統一されたイタリア王国において一八六五年に制定され、翌年から施行されたイタリア王国民法 [Codice civile del regno d'Italia] である。一八八二年に出版された日本語訳のイタリア王国民法⁽⁸⁾によれば、第一巻は「人件」、第二巻は「財産所有権及ヒ所有権ノ種類」、第三巻は「所有権及ヒ其他物件ニ関スル各般ノ権理ヲ得有シ若クハ転付スルノ方法」と題されていて、第三巻第四篇「責務及ヒ契約通則」の第四章「責務消滅ノ方法」の第四節は「責務ノ償殺」と題されている。一二八九条はこの第四節の中の条文である。その一二八九条の柱書及び四号⁽⁹⁾を次に掲げる。

一二八九条 二個ノ逋額ノ其一若クハ他ノ一二存スル事由ハ仮令ヒ何等ノ者ニ係レルモ左項ニ列挙スル四個ノ時會ヲ除クノ外ハ総テ相償殺スルコトヲ得可シ

第四項 負債主カ予メ償殺ヲ為スコトヲ拒却シタルノ時會

現代の用語と異なるが、「責務」は「債務」、「償殺」は「相殺」、「時會」は「場合」であろう。現代語に訳すと、同条は、「二個の金額の一つ若しくは他の一つに何らかの事由が存したとして、たといそれが何人に関するものであっても、

次に列挙する四つの場合を除くほかはすべて互いに相殺することができる。」として、その第四号に「債務者が予め相殺することを拒絶した場合」を挙げていることになる。

一八六五年のイタリア民法（イタリア王国民法）は、一八〇四年制定のフランス民法典を継受したもので、一九四二年のイタリア新民法^⑩施行まで適用されていた。当時のフランス民法にはこのイタリア王国民法のような相殺の予めの放棄（相殺禁止特約）に関する明文の規定はなかったが、イタリア王国民法制定前に、フランスでは相殺の予めの放棄を認める学説が有力化しており、イタリア王国民法はそれらの学説も含めてフランス法を参考にしたのだと思われる。そこで、まず、イタリア王国民法の母法であり、ポワソナードの母国法でもあるフランス法の状況を見てみることにしよう。なお、本稿では二〇一六年二月の債権法改正以前のフランス民法を検討の対象とする。

二 フランスの法状況の概観

フランス民法典には相殺禁止特約に関する明文の規定がない。但し、一八〇四年制定のフランス民法は、相殺適状になれば、当事者の意思表示なしに当然に相殺が生じるという法律上当然主義を採用しており、^⑪そのため、相殺の放棄に関する次のような規定を置いている。

民法二二九五条一項「債権者が第三者に対して行った権利の譲渡を無条件に承諾した債務者は、その承諾前に譲渡人に対して抗弁として主張しえた相殺を、もはや譲受人に対して抗弁として主張しえない。」

民法二二九九条「相殺によって法律上当然に消滅した債務を弁済した者は、それについて相殺を抗弁として主張しなかった（相殺の自働債権として用いなかった）債権を行使する際に、第三者を害して、当該債権に付着した先取特権あるいは抵

当権をもち行使することができない。但し、債務者（弁済者）が、自己の債務を相殺すべき債権を知らなかったことについて正当な理由を有していた場合にはこの限りでない。」

フランス民法一二九五条一項¹²⁾における債権者の権利の譲渡の無条件の承諾と、フランス民法一二九九条における相殺によって法律上当然に消滅した債務の弁済とは、相殺の放棄を意味するものであり、これらの条文は当事者が相殺の利益を放棄することができることを前提としている。但し、文理解釈からすれば、これらの規定は既に生じた相殺（現行日本民法に即して言えば相殺適状になった債権債務）について、相殺の利益を放棄することに関する規定であり、将来の相殺の事前の放棄（すなわち、それを合意によって行えば、相殺禁止特約）について規定したものではない。では、フランス民法制定後、フランスにおいて、相殺禁止特約（将来の相殺の事前の放棄の合意）の効力については、どのように解されてきたのであろうか。

ナポレオンを第一統領とする統領政府の下で、共和暦八年テルミドール [Thermidor] 二四日（一八〇〇年八月二二日）に、トロンシェ [Tronchet]、ピゴ＝プレアムヌー [Bigot-Preaumeny]、ポルタリス [Portalis]、マルヴィル [Malleville] から四名の民法典起草委員が任命され、委員会は共和暦九年プリュヴィオーズ [Pluviose] 一日（一八〇一年一月二日）に草案を完成したが、この草案は共和暦八年の草案と呼ばれ、これがさまざまな審議や修正を経て、フランス民法典となった。共和暦八年の草案は修正されて国務院 [Conseil d'Etat] の討議に付された後、国務院と護民院 [Tribunat] との非公式交渉 [communication officieuse] という手続において検討されたが、この非公式交渉において、一二九五条一項に相当する規定について、「債務者は、譲渡を承諾したことによって、譲渡人（譲渡債権者）が既に債務者に対して負担していた債務との相殺も、譲渡人が譲渡後に債務者に対して負担することになるであろう債務との相殺も、あらゆる種類の相殺を放棄したのである。」と説明されている¹³⁾。この説明によれば、債権譲渡の無条件の承諾が将来の相

殺の事前の放棄をも含意することになる。但し、債権を譲渡することにより相殺に供される両債権の相互性が失われるので、フランス民法二二九五条一項は、譲渡人に対して抗弁として主張しえた相殺を譲受人に主張することは原則として認められない（法の認める例外的な場合に限って認められる）ことを規定したに過ぎないと見る捉え方も可能であり、一般的に相殺禁止特約の効力を認める規定であるとは必ずしも言えないのではないかと考えられる。

フランス民法典の初期の註釈者の一人であるトゥリエは、「相殺は法律上当然に、法の力のみによって生じるのではあるが、債務者は、相殺が債務者にもたらす特権を放棄しうる。しかし、債務者は、相殺の特権を予め放棄することはできず、当該権利が獲得される前に当該権利を放棄することはできない。これは、獲得された（＝完成した）時効を放棄することはできるが、時効を予め放棄することはできないのと同様である。」と述べているので、彼は事前の相殺の放棄、すなわち、相殺禁止特約を認めていなかったと言える。

しかし、その後、ドゥモロンブは、次のように述べて、トゥリエの見解を批判している。すなわち、ドゥモロンブは、両当事者が互いに債権者であり、かつ債務者である場合に、彼らの共通の意思は、相殺によって債務から解放されることであると立法者は推定したのであり、相殺は両当事者の共通の意思のきわめて知的な解釈に基づいているとする。¹⁶ このことを踏まえて、ドゥモロンブは、「相殺は、立法者が両当事者の共通の意思についてなした解釈によって、両当事者の私的利益に導入された。したがって、その基礎は、両当事者が反対の意思を表示したときには欠けることになる。相殺は結局のところ、何であろうか。相殺は弁済の方法であり、債務を消滅させる一定の方法である。ところで、私人間において債務を消滅させる方法は、彼らの私的利益にのみ関係する。それが公序には関係しない理由はそこにある。したがって、両当事者は、その点について、彼らにとって良いと思われる特別の合意をすることができ。民法二二九五条と二二九九条は、その点に関して、我々にいかなる疑いも抱かせたままにしておかない。債務者は、相殺が生じた

後で、相殺を放棄することができ。」⁽¹⁷⁾とし、上記のトゥリエの見解を紹介した後、「民法二二〇条が、時効の利益を予め放棄することを禁止しているように、相殺を予め放棄することを禁止する規定は存在しない。しかしながら、もし、放棄が、それ自体、公序に反するならば、特別な規定は必要ではない。しかし、認めることができるのは正にその点である。というのは、相殺を「事後に」放棄することが容認されているということを我々が証明した際に用いた論拠は、相殺を「事前に」放棄することも同様に容認されることを証明するからである。」と述べ、予め相殺を放棄することを容認する裁判例や多くの学説を挙げている。⁽¹⁸⁾このように、ドゥモロンブは相殺の予めの放棄（相殺禁止特約はそれが合意によってなされる場合を意味する）を容認し、さらに、相殺の事前の放棄は合意そのものを構成する条項の一つであるので、相殺の事後の放棄と異なり、第三者に対抗しうると主張するが、相殺の事前の放棄を対抗しうる第三者の範囲については言及していない。⁽¹⁹⁾

ドゥモロンブ以外の一九世紀のいわゆる註釈学派に属する法学者では、マルカデヤデジャルダン、オーブリロー、ポドリールカンティヌリらもドゥモロンブと同様の理由で相殺の予めの放棄を容認している。⁽²⁰⁾また、ユックも相殺の予めの放棄を容認しているが、その理由を次のように述べている。「法律上の相殺は、明示あるいは黙示の、相互的あるいは全く一方的な、予めの放棄によって取り除かれうる（ゲルノーブル控訴院一八九二年三月一日判決（Grenoble, 1 mars 1892, D. 92. 2. 222）‘破毀院一八八〇年五月一日判決（Cass. 11 mai 1880, D. 80, I. 470）’オーブリロー（Aubry et Rau, § 327, note 8）‘ロルメ・ド・サンテール（Colmet de Santerre, t. V, n° 241bis III）’‘デジャルダン（Desjardins, n° 131）’ドゥモロンブ（Demolombe, t. XXIII, n° 604, 606）’。・・・の相殺の排除の効果は、第三者に対しても生じて⁽²¹⁾。』⁽²¹⁾というのは、債務を生じる合意は相殺しえない債務を生じるからである。

二〇世紀の科学学派に属する法学者では、まず、プラニオルがドゥモロンブと同様の理由で相殺の予めの放棄を容認

している。⁽²²⁾さらに、ジョスラン、マゾー、スタルク、ゲスタンらも同様の理由で相殺の予めの放棄を容認しており、相殺禁止特約が有効に成立しうるということは、今日のフランスでは通説になっていると考えられる。

この点に関するフランスの判例（最上級審判決）としては、上記のユック等、多くの法学者によって引用されている破毀院審理部一八八〇年五月一日判決（*Cass. req. 11 mai 1880, D. 1880, 1, 470*）が挙げられる。この判決は、「法律上の相殺の効果を、予めであろうと、この相殺の要件が具備された後であろうと、放棄することができる。」と判示している。

相殺禁止特約と第三者との関係（相殺禁止特約の第三者効）については、既に紹介したように、フランス民法一二九九条が、「相殺によって法律上当然に消滅した債務を弁済した者は、それについて相殺を抗弁として主張しなかった（相殺の自動債権として用いなかった）債権を行使する際に、第三者を害して、当該債権に付着した先取特権あるいは抵当権をもはや行使することができない。但し、債務者（弁済者）が、自己の債務を相殺すべき債権を知らなかったことについて正当な理由を有していた場合にはこの限りでない。」と規定している。但し、この規定は、相殺がなされる（債権債務が相殺によって決済され、消滅する）と信じていたのに相殺がなされなかった場合の第三者を保護する規定であるのに対し、日本民法五〇五条二項但書は、相殺禁止特約があるにもかかわらず相殺がなされた場合の第三者を保護する規定であり、保護の対象となる第三者の範囲や保護のあり方が相異なるように思われる。

三 立法過程

「一 はじめに」で述べたように、ボワソナードの起草した民法草案の第二編人權ノ部五四八条一号は、相殺の利益

の予めの放棄を容認する規定であり、ボワソナードは、同草案の注釈として、かかる放棄を容認することができる根拠として、相殺は公序のものではないから、予め相殺の利益を放棄しようということを述べている。ドゥモロンブ及び彼以外の一九世紀のいわゆる註釈学派に属する法学者、マルカデヤオーブリロー、ボドリラカンティヌリは、ドゥモロンブと同様の理由で相殺の予めの放棄を容認しているが、ボワソナードの挙げた相殺禁止特約を容認するための理由は、上記の一九世紀のフランス註釈学派の多数派の見解と同旨である。ボワソナードがこの民法草案を起草した一八九一年頃、既にドゥモロンブやマルカデらの註釈書は出版されており、一八八〇年には同旨の破毀院判決も下されていたので、ボワソナードは民法草案の起草に当たって、彼らの学説や判例を考慮していたと思われる。

前述のように、ボワソナード起草の民法草案第二編人權ノ部五四八条一号は、旧民法財産編五二〇条となった。繰り返しをいとわず再掲すれば、後者は、**「二箇ノ債務カ主タルモノ互ニ代替スルヲ得ヘキモノ明確ナルモノ及ヒ要求スルヲ得ヘキモノニシテ且法律ノ規定又ハ当事者ノ明示若クハ黙示ノ意思ヲ以テ其相殺ヲ禁セサルトキハ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。

民法五〇五条は、法典調査会に提出された時点では、**「原案五〇二条に相当し、起草委員の穂積陳重によれば、これは旧民法財産編五一九条と五二〇条を合わせて修正したものである」**²⁵⁾。そのうち、民法五〇五条二項は旧民法財産編五二〇条に由来する。但し、旧民法の段階までは、現行民法にあるような第三者の保護規定は存在しなかった。では、法典調査会ではどのような議論がなされたのであろうか。

法典調査会における原案五〇二条は次のように規定する。

「二人互ニ同種ノ目的ヲ有ス債務ヲ負担スル場合ニ於テ其債務カ弁済期ニ在ルトキハ各債務者ハ其対当額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質力之ヲ許ササルトキ又ハ特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス。」

前項ノ特別契約ハ之ヲ以テ善意第三者ニ対抗スルコトヲ得ス。⁽²⁶⁾

この条文の文言は、次のように修正されて民法第一議案五〇二条となった。

「二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負担スル場合ニ於テ其債務カ弁済期ニ在ルトキハ各債務者ハ其対当額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス。

前項ノ特別契約ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス。」

本条一項但書以下の起草趣旨について、起草委員の穂積陳重は、「但書以下へ（ママ。「ハ」の誤りか）格別説明ヲ要シマセヌ・・・（相殺禁止の）契約ヲスルコトヲ許スコトハ勿論ノコト」と述べるにとどまっている。⁽²⁷⁾ 本条についての審議で、本条二項について、横田國臣委員が、「私ガ穂積サンニ借用ガアル所デ穂積サンガ又私ニ借用ガアルト云フ場合夫レハナクテモアツテモ宜シイガ兎モ角モ穂積サンニ付テ私ガ特別契約ヲ以テ今ノ相殺ヲ禁ジタ、所ガ其禁ジタモノハ別ノ契約デヤツタ、所デ穂積サンハ其証書カ何ニカデ何ンノコトナシニ梅君ニ売ツタ所デ梅サンハ夫レヲ以テ私ニ相殺シヤウト云フ、所ガ私ハ夫レハ相殺ヲ禁ジテ居ルノダト云フ場合」、「債務者ニ悪意モ何ニモナイ時夫レハ当り前ノ時デ第三者ノ所為ヲ以テ自分ニ不利益ヲ受ケルヤウナコトニ為ル其実人ト契約ヲスルコトハ出来ヌヤウニナル夫レハ私ガ必ズ之レハ斯ウ云フヤウニシナケレバナラヌト穂積サント契約ヲシテモ穂積サンガ外ノ者ニ譲渡スト其契約ト云フモノハ直チニ変ナモノニ變ツテ来ル相殺ガ出来ルト、穂積サンノ所為計リヲ以テ即チ債権者ノ所為計リヲ私ノ契約ハ無効ニ為ル夫レハ穂積サンニ向ツテ償ヒヲ求メルコトハ出来ルデゴザイマセウカ」、すなわち、「A B間に債権が相互に對立して存在しているが、A B間で相殺禁止特約が結ばれている場合に、BがAに対して有する債権をCに譲渡したとき、CがAとの間で相殺を主張することができるのであれば、相殺禁止特約は無効になってしまうので、AはBに「償い」を求めることができるのか」という趣旨の質問をしている。⁽²⁸⁾ これに対し、穂積陳重は、「何ニモ知ラナイ善意ノ者ガ迷惑

ヲスルガ宜イカ少クモ失望スルガ宜イカ或ハ然ウ云フ特別ニ是レ丈ケノ事ハスマイ全体相殺ハ法律ノ表ニ出来ルモノダケレドモ是レ丈ケノコトシカシナイト云フ特別ノ契約ヲシタ夫レヲ者ガ迷惑スルカ二者ノ中デ独リガ迷惑ヲシナケレバナラヌ場合ニハ夫レハ御氣ノ毒デモ横田君ガ迷惑ヲスル又私ガ知ラセナカツタノガ不都合デアアルナラバ詰リ私ガ一番終リニ責ニ任ズルトスル方ガ至当ト思ヒマス何ウモ第三者ニ及ポスト云フコトハ第三者ニ対シテハ余程つらい話デアアラウト思ヒマス」、すなわち、「善意の第三者に相殺禁止特約の効力を及ぼすのは酷であり、前述の例ではCがAに対して相殺を主張しうるとして、相殺されるリスクをAに負担させ、BがCに相殺禁止特約を知らせなかったのが不都合であれば、最後にBに責任を負わせるのが妥当である」という趣旨の答弁をしている。⁽²⁰⁾

次に、横田國臣は、「私ニあなたガ借リガアルト云フ場合デナシニ其契約ニ付テ其モノト云フモノハ私シカ禁ジテ居ル夫レダカラシテ梅君ニ讓渡シタ、所デ梅君ハ即チ其百円ノ權利ヲ持ツテ居ル私モ梅君ニ対シテ百円ノ貸シガアルト云フ場合ニ於テ梅君ト私ト相殺ガ出来ヌト云フコトニ為ルノデスカ或ハ又あなたト私ガ相殺スベキノヲ向フニ売ツタカラ出来ヌト云フ斯ウ云フ風ニ為ルノデアリマス（か）」、すなわち、「AがBに対して債権を有していない場合に、AB間で相殺禁止特約を結んでいたとすると、BがAに対する債権をCに譲渡したとき、CがAに対して債務を負担していたならば、CはAとの間で相殺を主張しうるか、それとも、相殺することができないのか」という趣旨の質問を行い、⁽²¹⁾それに対して、穂積陳重は、「私トあなたトノ間ニ相殺ノ出来ヌモノガ夫レガ私ニ誰レカ第三者ガ或ル原因ニ依テ替ツタ場合ニ其第三者ガ知ラナカツタモノガ出来ルヤウニナル夫レデ其相殺シナイト云フ約束ハ其債務身ノ性質ニ添フテ居ルモノデナクシテ全く二人ノ間ノ事デアリマスカラ第三者ニハ移ラズ」、すなわち、相殺禁止特約は債務自身の性質に添付されたものではなく、当該合意をした当事者間のことであるから、第三者に効力は及ばず、Cは相殺を主張しうるという趣旨の答弁をしている。⁽²²⁾

その後、上記の民法第一議案を修正して、民法修正案が作成され、民法第一議案五〇二条は、条数が繰り下げられ、民法修正案五〇四条となった。文言も修正されて、次のようになった。

「二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負担スル場合ニ於テ双方ノ債務カ弁済期ニ在ルトキハ各債務者ハ其対当額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス。

前項ノ規定ハ当事者カ反対ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス。」

これ以降の修正はなく、明治民法五〇五条となり、平成一六年に現代語化改正によって現行民法五〇五条となった際にも、現代語化された点を除けば、実質的な修正はされていない。

さて、『民法修正案理由書』においては、民法修正案五〇四条一項但書及び同条二項の立法理由として、「本条第一項但書及び第二項本文ノ規定ハ既成法典財産編第五百二十条ニ於テ其趣旨ヲ認ムルモノニシテ本条第二項但書ノ規定ハ善意ノ第三者ヲ保護スル当然ノ規定ナレハ別ニ説明ヲ要セス」との記述にとどまっている。⁽³²⁾この簡単な記述から、本条一項但書及び二項本文は旧民法財産編五二〇条に由来していることがわかる。同条は、前述のように、ボワソナードによれば、フランスの判例及びイタリア民法一二八九条四項を参考にして設けられた規定である。また、民法修正案五〇四条（現行民法五〇五条）二項但書は法典調査会の審議の段階で新たに設けられた規定であるが、善意の第三者の保護規定として当然の規定であるとの説明以上の理由づけはない。

四 学説の展開

法典調査会起草委員の一人である梅謙次郎は、『民法要義』において、民法五〇五条二項について（現代語に訳すと）次のように述べている。「相殺は特に当事者の利益を慮つて設けた制度であるから、当事者が相殺を欲しないときには、敢えて相殺を強いる理由はない。例えば、甲が乙に金銭を寄託し、その入用の時、いつでもその全部又は一部の返還を求めることができるために、特にこの債権は相殺の目的とすることができないことを約することがあるであろう。また、一定の期日に一定の金額が入用になることのため、甲が乙から一定の金銭を受領するという債権を有する場合において、特にこれを相殺の目的としないことを約することがある。これらの特約は皆公益を害しないのみならず、特別の理由があつて当事者に便利な特約であるがゆえに、それが有効であることはもとより論を待たない。ただ、この特約によって第三者を害しないことを要する。しかし、もし、第三者がこの特約を知らないときは、その債権を以て相殺の目的とすることができると信じてその債権を譲り受け、又はこれを保証する等、善意の第三者がその債権につき利害の関係を有することがある。この場合においては、その特約を以て善意の第三者に対抗することはできないものとしてい³³⁾る」。

また、梅謙次郎は、和仏法律学校（現：法政大学）における明治三三年度（一九〇〇年度）講義録である『民法原理』において、現代語に訳すと次のように述べている。「相殺は概して利益が多いゆえに許されているが、当事者の特約を以て相殺を禁ずることを許さない公益規定ではない。すなわち、当事者一方の意思表示によつて相殺が行われるものしたり、あるいは、法律上当然に相殺が行われるものとしているのは、畢竟、相殺が当事者のために便利であると認められているためにほかならない。しかし、当事者は往々にして、約束した目的物を必ず互いに授受することをもつて便

利だとすることがあり、したがって、相殺をしないことを特約することがあるであろう。このことをあえて妨げることはない。例えば、甲は一定の期限において一定の金額を得ることを欲し、乙に対してその期限においてその金額を支払わせる債権を有していたとする。しかし、この甲乙間には他に種々の取引関係があり、乙もまた甲に対して同種の債権を有するに至ったとしよう。この場合において、もし、当事者間に特約があるのでなければ、乙は甲に対し、自己の債権を以て甲の債権と相殺することを主張するであろう。もしそうだとすれば、甲はその予期に反して大きな食い違いを引き起こすことがあるであろう。かくして、特約を結んで、甲の有する債権に限り、相殺の目的とすることができないものとするができるようになるのである。この反対の意思表示の顕著な一例は、交互計算においてみることができ。交互計算は全く相殺を禁ずる契約ではないが、相殺に大きな制限を加えるものである。商法二九一条に「交互計算ハ商人間又ハ商人ト商人ニ非サル者トノ間ニ平常取引ヲ為ス場合ニ於テ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債権債務ノ総額ニ付キ相殺ヲ為シ其残額ノ支払ヲ為スヘキコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定されており、本条（民法五〇五条二項）に照らしてこの規定を見れば、交互計算にあつては、法律上の条件が具備することに相殺が直ちに行われるものとせず、一年間又は六か月の債権債務を合わせて一時に相殺をするものである。換言すれば、交互計算の特約によつて一年間又は六か月の期間が経過しない間は、たとい相殺の条件が具備したとしても、相殺しないこととなるのである。これもまた、当事者の反対の意思表示がある場合の一適例である。・・・以上の特約若しくは特別の意思表示は、当事者間において有効であることは右に述べたとおりであるが、もし、第三者に対してもなお有効であるとするならば、第三者は迷惑を感じることがないとは言えない。すなわち、例えば、第三者がある債権を相殺の目的とすることができると信じて譲り受け、又は、質権の目的としたとすれば、その債権を相殺の目的とすることができると否かは、利害が関係するところが頗る大きいことは多言を要しない。しかし、この善意の第三者に対し、特約若しくは反対の意思

表示があることを主張することができるとするならば、第三者は意外な損失を招くこととなるがゆえに、かかる第三者に対抗することができないものとしたのである。したがって、善意の第三者であることを要するから、第三者といってもその意思表示を知っている者には対抗することができるのである。³⁴⁾

やはり法典調査会起草委員の一人である富井政章は、民法五〇五条二項について、相殺は元々当事者の便宜を図った制度であり、公益のために設けた制度ではないから、当事者が反対の意思表示すること（＝相殺禁止特約）を妨げないのだと説明しているが、善意の第三者の保護については述べていない。³⁵⁾

このように、梅や富井の理由づけにみられる、相殺は公益のための制度ではないとする制度理解は、ボワソナード、ひいては当時のフランスの民法学における多数説に従ったものである。

法典調査会起草委員補助を務めた松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎らは、その共著である『帝国民法正解』において、現代語に訳すと次のように述べている。すなわち、「民法五〇五条二項は、第一項の本則に対する第二の例外を明示すると同時に、この例外の適用により善意の第三者に不利益を被らせないようにする趣旨に基づくものである。ただし、相殺の便法は当事者の便益を斟酌して制定されたものであるから、たとい、双方の債務が相殺の要件を具備して相対立しているとしても、当事者は特別の事由が存するため必ず債務が履行されることを欲するときは、当事者の意思に従わせるべきであることはもとより当然であり、法律は当事者に相殺の方法によって債務を免れさせることを強制するものではない。ゆえに、当事者が相殺の方法を利用しない旨を約束したときは、相殺の規定を適用しないことは立法の本旨のしからしむるところであつて、本条第二項本文において、当事者が相殺によつて債務を免れることに反対の意思を表示した場合には第一項の規定を適用しない旨をことさらに明示したのは、ほとんど蛇足の法文である。しかし、当事者が自己の利益のために相殺の方法を利用しないことを約束したとしても、この約束を善意の第三者に対して主張

することを許す場合には、このために善意の第三者は相殺の便法を利用することができず、法律上正当に享有する相殺の利益を失うに至るであろう。例えば、甲と乙が互いに相殺によって双方の債務を消滅させないことを約束した場合において、丙がこのような約束の存することを知らずに甲の債務を引き受けた際に、丙が乙に対して一個の債権を有しており、この債権に対する乙の債務と丙が甲から引き受けた債務との間には相殺の要件が具備されていることを理由として、丙が相殺を主張して債務を免れようとするに拘らず、乙は自己と甲との約束を主張して相殺を拒むことができるとするならば、丙は意外な不利益を被り、法律によって認められた相殺の便益を失わなければならないことになる。もし、はたしてこのようになるならば、善意の第三者を保護して取引の安全を保たなければならない立法の本旨に適しないことから、本条第二項は特に但書の規定を設けて、相殺の便法を排除する当事者の意思表示は、善意の第三者に対抗することができない旨を明らかにするものであって、本条第二項の要旨は実にこの点に存するものである。³⁶⁾

さらに、仁保亀松は、別の論考で、現代語に訳すと次のように述べている。「民法五〇五条二項は、実際の便宜に基づき特に制定された相殺の便法が却って当事者に不便を与えるおそれがないようにするため、第一項の通則に対して一個の例外を設け、たとい双方の債務が法定の要件を具備して相対立するとしても、当事者が、種々の事由により相殺の結果を生じさせるよりは、むしろ普通の弁済によって取引を終えたいと欲し、相殺を行わないことについて合意した場合において、この合意はもとより有効であって、あえて第一項の通則に従わなければならない必要がないことを明示するものである。ゆえに、第二項において当事者が反対の意思を表示した場合というのは、すなわち、相殺の要件を具備しても相殺を行わない合意をしたことを言い、また、同項において前項の規定を適用しないというのは、すなわち、相殺によって債務を免れさせないということにほかならない。そうだからといって、相殺の要件が具備することによって相殺の権利が生ずることは、法律の通則として何人もその利益を享受することができものであるから、単に当事者間

の合意によってその間に相殺を行わないことを約定したとしても、このためにこのような約定の存することを知らない第三者にまでこの約定の効果を及ぼさせ、この者が相殺の便法を利用しようとするにあたり、決してこれを妨げるべきものではない。これがすなわち、民法五〇五条二項但書の規定がある所以であり、これによって善意の第三者の利益を保全することができるものとしている。以上説明したように、民法五〇五条二項の意義は、相殺の要件が具備したとしても、当事者が反対の合意をしたときは、相殺を行わせないことであって、別に当事者の一方の利益を保護する趣旨に基づくものではない。また、当事者の一方が相殺を欲しないことによって、随意に相殺の通則の適用を排除して相手方の利益を害することができるものではない。ゆえに、本項は、商法九九五条のように、特に当事者の一方、すなわち、破産者の債権者の利益を保護するため、相殺の要件を欠いていても（すなわち、商法は、破産の場合においては、未だ弁済期にない債権によって相殺を主張することを可能とするのは相殺の要件に關する民法の通則に反する。但し、商法は金額未定の債権によって相殺を主張することを許すことを以て債権者の特別保護とするが、新民法は、債権額がいくらであるかは、後になって確定させることも問題ないとして、相殺の当時に債権額が確定していることを要しないとするものであるから、この点については商法の規定は債権者に特別の保護を与えるものと言うことができまいだろう）相殺を主張することを許し、法律の特別規定によって、当事者の一方に相殺の通則の適用を免れさせるものとはその趣旨を異にし、その適用の仕方も同一ではないことはもとより弁明を要しないところである。まして、民法五〇五条二項は相殺を行わせない場合を規定し、商法九九五条は相殺を行わせる場合を規定するものであって、双方が全く反対の場合を規定しているものであるから、前者の規定の適用上、後者の規定と同一の結果を生じさせる場合が存しないことは明白であろう。³⁷⁾

岡松参太郎は、民法五〇五条二項について（現代語に訳すと）次のように述べる。「相殺は弁済の便法として、元々

当事者の利益のために設けられた制度であるから、当事者が特別の理由により相殺を欲せず、必ず両債務が現実に履行されることを欲する場合においては、強いて当事者をして相殺の便法に依拠させる必要がなく、当事者が反対の意思を表示した場合には相殺は行われぬ。しかし、このような意思表示があったことを知らない第三者に対しても相殺禁止特約を主張することができる」とすると、第三者は法律上正当に享有する相殺の便法を利用することができず、不測の損害を被るに至るであろう。それ故に、民法五〇五条二項但書を要するのである。例えば、甲乙間に相殺をしない約束があつたことを知らずに、乙の債務を引き受け、自己が甲に対して有する債権と相殺をすることができると信じた第三者のような者は、不慮の損害を被るものと言わざるを得ない。⁽³⁸⁾

石坂音四郎は、現代語に訳すと次のような趣旨を述べる。「民法五〇五条一項の規定は任意規定であるから、当事者が契約をもつて相殺を許さない旨を定めることができる（民法五〇五条二項）。相殺禁止契約は、債権者、債務者の契約によつて成立するが、必ずしも債権を取得した当初の債権者、債務者のみに限られず、その後の譲受人もまた相殺禁止契約を締結することができる。相殺禁止契約は、単に相殺をしない義務を負わせるにとどまらず、相殺権を発生させない効力を有するから、相殺禁止契約に違反して行つた相殺の意思表示は無効である」。そして、民法五〇五条二項但書は善意の第三者の保護規定であるとし、かかる第三者の具体例として、相殺禁止契約があることを知らずに債権を譲り受けた者や、主たる債務者が債権者と相殺禁止契約を締結した場合の保証人、連帯債務者の一人が債権者と相殺禁止契約を締結した場合の他の連帯債務者を挙げている。また、相殺権放棄の契約が有効に成立しうることは一般に認められていてとして、その根拠としてドイツの法学説（デルンブルク、ヴァイントシャイト、ヴァイゲリン等）⁽³⁹⁾を挙げている。

鳩山秀夫は、民法五〇五条二項について、相殺禁止の意思表示は債権者債務者間の契約であることが常であるが、単

独行為によつて債権を成立させた場合には、相殺権を伴わない債権を成立させることができる」とし、この意思表示の効力は相対的であつて、善意の第三者に対抗することはできない、と説明する。⁽⁴⁰⁾

田島 順は、相殺禁止特約について、次のように述べる。「相殺権が当事者の特約によりて、何時にても排除せられ得ることは、契約自由の範囲にあるものとして頗る明瞭である。相殺禁止の特約は単に当事者間に相殺をなさざる義務を生ずるに非ずして、特約に反する相殺を無効とするものである。従つて又第三者保護の必要は、斯かる特約の効力を善意の第三者に対して制限するを必要とする（相殺禁止特約があることを知らずして債権譲渡を受けたる譲受人は其債権を以て相殺をなすことを得べく、連帯債務者の一人又は主たる債務者が債権者と相殺禁止特約をなすも、善意なる他の連帯債務者又は保証人の相殺権―四三六条二項、四七五条二項―には何等の影響をも及ぼさない）。（1）相殺禁止特約は、債権の当事者の締結し得る所である。啻に債権成立の時の当事者のみならず、その後の譲受人引受人についても同様である。（2）信義誠実の原則の適用上、一定の場合に相殺禁止特約の存在を予定せらるる場合が必ずしもないではない。例之金銭両替取引に於ては通常相殺禁止の特約あるものと推定せられている。然るべき取引上の慣習なき場合に於ても、一般的に相殺の可能を当事者が知れるに拘らず、当該取引をなすは、黙示の禁止特約を予定するものと見得るとせられている。（3）尚相殺の可能を知るに拘らず、一定の期間に現金の支払を明言する者は相殺権を放棄するものと解せられ得る。同様に又、現金支払の單純なる取極めに対しても、或る場合には相殺禁止の特約の存在するものと解釈せられ得る。尤も、相殺禁止の特約を当然に包含するものと云い得ざることに注意すべきである（学説は、特別の事情なくば、唯即時の弁済を意味するものと見ている）と共に、斯る放棄の有効なることについては、之を否定すべき何等の理由もない。⁽⁴¹⁾

我妻 栄は、相殺禁止特約について、次のように述べる。「(イ) 相殺禁止の意思表示は、契約によつて生ずる債権に

ついでに契約によることを要し、単独行為によって生ずる債権についてはその単独行為でできる（第三者の弁済を禁ずる意思表示と同様である）。黙示の意思表示でよいことはいうまでもないが、契約の目的から当然そのような制限を認めるべき場合も少なくない。諸成的消費貸借の貸主の債務、電報送金を受けた者の債権（第三者のためにする契約を含むと解する場合である）などがその例であろう。（ロ）相殺禁止の内容は、(i)受働債権とすることの禁止（必ず現実に弁済するという意味をもつ）、(ii)自働債権とすることの禁止（他の債務を弁済する用に供しないという意味をもつ）、(iii)いずれに用いることをも禁止する、など、場合によって異なりうる。いずれの場合にも、禁止に反してなされた相殺は効力を生じない。但し、禁止の効果は善意の第三者に対抗しえない。従って、甲の乙に対する債権が受働債権とすることの禁止されているものであるときにも、乙からその債務を引き受けた善意の丙は、自分の甲に対する債権で相殺することができる。また、その債権が自働債権とすることの禁じられているものであるときにも、甲からその債権を譲り受けた善意の丙は、それをを用いて自分の乙に対する債務と相殺することができる。」¹²⁾

我妻は、相殺禁止を契約で行う場合と単独行為で行う場合に分け、相殺禁止の内容を、受働債権とすることの禁止と自働債権とすることの禁止、そのいずれに用いることをも禁止することに分けて論じた点で、従来の学説には見られなかった視点を提供している。

中井美雄は、民法五〇五条二項の意思表示による相殺禁止について、次のように述べている。「(ア)当事者が反対の意思を表示した場合には、相殺はできない。相殺は弁済の一方法としてもと当事者の利益のために設けられた制度であるから、当事者が特別の理由によって相殺を欲せず、必ず両債務が現実に履行されることを欲する場合には、しいて当事者をして相殺制度を利用せしむる必要はないであろう。相殺禁止の意思表示は、契約によって生ずる債権については契約によって、単独行為によって生ずる債権についてはその単独行為によって行なうことができる。(イ)相殺禁

止の特約に反する相殺は無効である。第三者保護の必要から、この特約は善意の第三者に対抗することはできないとされる。したがって、相殺禁止特約のあることを知らずに債権を譲り受けた者はその債権をもって相殺することが可能であり、また連帯債務者の一人または主たる債務者との間の相殺禁止は他の連帯債務者・保証人の相殺権を拒否するものではないであろう。(ウ) 相殺禁止の意思表示 債権成立後においてもこれをなしうるであろう。⁽⁴³⁾

中井は、上記(ア)において、相殺禁止特約が正当化される根拠として、梅謙次郎以来の多くの学者が挙げってきた根拠を挙げ、相殺禁止の意思表示の方法として、我妻説を挙げている。また、(イ)において、相殺禁止特約を対抗しえない第三者の例として連帯債務者・保証人を挙げているが、これらは既に戦前に石坂音四郎や田島順らが挙げていた例である。

戦後の体系書においては、我妻栄のそれを除けば、相殺禁止特約ないし相殺禁止の意思表示について言及される分量は激減し、戦前の体系書の記述をなぞるものが多い。但し、これらの戦後の体系書のうちに、相殺禁止特約を債権譲渡禁止特約と同趣旨のものだと説明するものが少なくないことが気になるところである。例えば、於保不二雄は、民法五〇五条二項(当事者の意思表示による相殺の禁止)について、「これは、当事者の意思表示による譲渡禁止と同一趣旨にいずれのものである(民法四六六条二項参照)」と述べて、同条同項但書の規定する相殺禁止特約の第三者効のみならず、同条同項本文の規定も含めて相殺禁止特約と譲渡禁止特約を同趣旨の規定であると評価している。⁽⁴⁴⁾ 星野英一も、於保と同様に、民法五〇五条二項全体について、「民法四六六条二項と似た趣旨である。」と述べている。⁽⁴⁵⁾ 石田喜久夫も、当事者の意思表示による相殺禁止を、「当事者の債権譲渡禁止の意思表示と同じ趣旨に立脚する(民五〇五条二項・四六六条二項)とする。⁽⁴⁶⁾ 奥田昌道も、相殺禁止の意思表示について、「当事者の意思表示による債権譲渡禁止と同一趣旨である(四六六条二項)。」とする。⁽⁴⁷⁾ 前田達明も、民法五〇五条二項についての説明を行った箇所では、「五〇五条二項。四六

六条二項参照」と債権譲渡禁止特約に関する条文を参照条文として引用している⁽⁴⁸⁾。

この学説の状況について、中田裕康は、(相殺禁止特約は)「意思表示による債権譲渡の禁止(四六六条二項)と同趣旨といわれるが、むしろ四六八条二項の場面に近い。」⁽⁴⁹⁾と述べている。既に紹介したように一九世紀のフランスの註釈学派と呼ばれる民法学者たちの註釈書等において、フランス民法二九五条とフランス民法二九九条が、相殺権の放棄が可能であることを前提とした規定であると説明されているが、このうち、フランス民法二九五条は日本民法四六八条の母法に相当するから、中田の解釈のほう⁽⁵⁰⁾が制度の沿革に即しており、妥当だと解される。

他方、大村敦志は、債権譲渡禁止特約に関する民法四六六条二項と相殺禁止特約に関する民法五〇五条二項がバラバラな構造を持つている規定であるとして、両制度の比較を試みている⁽⁵¹⁾。

それでは、相殺禁止特約が実務上、どのように利用され、どのような効力を有するものと評価されてきたのか、これまでの裁判例を通して見てみることにしよう。

五 判例の展開

① 東京控訴院判昭和九年一月三〇日新聞三八〇六号一三頁

【事案】 Aは、昭和四年九月二四日、Y銀行(被告、被控訴人)に金三千円の期限の定めのない預金(特別当座預金)をした。その際、A、Yは、当該預金債権をYがAに対して有する反対債権と相殺しない旨の特約を結んでいた。前掲三千円の預金は、一面でYがAに対して有する反対債権を担保する目的でなされたとともに、他面でAが当時計画していた玉川牡丹園の事業遂行の資金として使用する目的で預け入れられ、当該目的の範囲内においてのみ相殺をしないという趣旨で預け入

られたものであった。YはAに対し、手形金債権十萬五千円を有していたが、これにつき大正一一年二月二〇日、Aとの間で準消費貸借契約を締結し、それには期限の利益喪失特約が付された。昭和三年二月一日、Aは期限の利益を喪失し、その時点でYのAに対する債権の残額は三萬五千八百円であった。他方、AとXの間に大正一四年三月一七日、裁判上の和解が成立し、XはAに対して五萬円の債権を有し、分割払いで弁済することが約され、これには期限の利益喪失特約が付されていた。その後、AはXに対する債務につき期限の利益を喪失し、XはAのYに対する前掲預金債権を差し押さえ、昭和四年二月一三日、AのYに対する預金債権につき差押・転付命令が送達された。YはAに対する債権との相殺を主張したが、Xは当該預金債権に反対債権と相殺をしない旨の特約が付されていたことを主張した。

【判旨】「右預金カ玉川牡丹園ノ事業遂行ノ為メ使用セラレサルコトノ確定スルニ於テハ素ヨリ被控訴銀行ノ反対債権ヲ担保スルノ意義ノミニ帶有スルニ至ルコト理ノ当然トスルトコロニシテ本件預金債権力控訴人等ニ転付セラルルニ至ルカ如キ場合ニハ右事業遂行ノ目的ノ為メ使用セラレサルコト確定スルカ故ニ被控訴銀行ハ反対債権ヲ以テ担保ノ意味ヲ有スル右預金債権ト相殺シ得ルモノト謂ハサルヘカラス（現代語訳・右預金が玉川牡丹園の事業遂行のために使用されることが確定した場合にはもとよりYの反対債権を担保する意義のみが残ることは理の当然とするところであり、本件預金債権がXに転付されるに至ったような場合には、右事業執行の目的のために使用されることが確定したのだから、Yは反対債権をもって担保の意味を有する右預金債権と相殺しうるものと言わざるを得ない。）」

本件の事案では、自働債権も受働債権も差押・転付命令送達前に期限の利益を喪失し、弁済期が到来していたから、相殺禁止特約の点を除けば、差押前に相殺適状にあったといえる。相殺禁止特約をする目的としていた事情がなくなつたため、相殺を禁止する理由もなくなり、相殺が可能になつた旨を判示している。これは、目的不到達による債権（相殺しないという不作為を請求する債権）の消滅³²に当たるのではないだろうか。

② 最判昭和三五年八月三〇日裁判集民四三三六五七頁

【事案】 事案は不明であるが、判決理由から分かる範囲で記すと、「相殺禁止特約がなされたのは上告人（X）がDに対し昭和二八年四月二八日付証明書（甲第五号証）を発行したときであり、また右特約の内容はDのXに対する缶代金債権を受働債権とするXの相殺を禁ずる趣旨で、Xの自働債権には限定がないことは明らかである。」「DはもしDのXに対する缶代金債権がXに対する既存債務と差引勘定されることになれば被上告人（Y）に対する本件債務を弁済することができなくなることを心配し、この心配を除くためYの要求に従いXに対し必ず現金で支払うとの表現を用いる確約を求めたというのであるから、Dとしては本件債務の弁済期以前に所論債務のうちDのXに対する缶代金債権と差引勘定される可能性のあるものがあることを知ってこれを心配したものであることは明らかである。」

【判旨】 「相殺禁止の特約においては、自働、受働各債権がいずれも特定していなければならぬものではないし、また特約の当時相殺適状にある債権についてのみなしうるものでもないことはもちろんである。」「原判決の所論解釈をなした根拠は、現金払という文字には常に相殺禁止の意味があるとすることはなく、現金払の表現を用いた合意がなされた判示事情からみれば、この合意は、通常支払方法としてなされる現金払か手形払かの約定の意味をこえ、必ず現実に現金をもって弁済を履行することを約したものとし、このような意味からして相殺禁止の特約を内容とするものと解釈したことは明らかである。そしてこのような解釈が経験則上許されないものでないことはもちろんであるから、所論は理由がない。」「民法五〇五条二項の規定は特約当事者間に弁済が円滑に行われている場合にのみ適用されると解しなければならぬ理由はなく、また右特約は弁済の円滑に行われることを前提としてなされるのが通常であるともいえない。さらに本件においても、現金払の表現を用いた合意を相殺禁止の特約を内容とするものと解するにあたり、多数の不渡手形の発生または倒産のような場合を除いたと解すべき資料は認められないばかりでなく、逆に原判決が判示するように、右合意をなした当時のDの経営状況、信用状態から、D、Yがともに差引勘定のおそれあることを心配し、Xはその間の事情を諒承して現金払を確約したというのであるから、この合意は不渡手形の発生のような事態を予見してなされたものであることをうかがうに足る。従っ

てまた、合意当時の事情が変更したことにより合意は拘束力を持たなくなると解すべき何らの理由も認められない。所論は民法五〇五条二項の規定について独自の見解を披歴するものすぎず、原判決には所論のような法令ないし経験則の違反は認められない。」

③ 大阪高判昭和三九年三月二六日判時三七八号二四頁

【事案】 X信用組合は、昭和三二年九月二三日、Aに対し金三〇万円を、支払期日を三か月後として貸付け、YはAの右借入金につき連帯保証をした。弁済期が到来し、Aは期日に返済することができず、数回にわたりXから支払いの延期を承認してもらったが、昭和三四年七月二〇日、AはXに対し、AがXに対し有していた預金債権と借入金債務とを対当額で相殺する意思表示をした。その時点で、両債権は相殺適状にあった。XはYに対し、貸金請求訴訟を提起したが、YはAの相殺により債務が消滅しているという抗弁を主張したが、Xはこの相殺の無効を主張した。

【判旨】 「(約定書によれば) XとA間において本債務不履行の場合には債務者本人のXに対する預金その他の一切の債権を担保に供したものととして適宜処分して借入金の弁済に充当せられても異議なきものとする旨の約定がなされていることが認められるが、右約定は、債務不履行の場合において、X側が債務者の預金その他の債権を借入金債務に充当しうる権限を付与する趣旨に過ぎず、Xが右預金を右約定により処分する以前において債務者本人がXに対する債務のために相殺する旨の意思表示をなすことまでも禁止する趣旨を含むものとは認められないから、Xの右主張は理由がない。」

④ 青森地裁弘前支判昭和四三年四月五日民集一九巻二号一七四頁

【事案】 農業用資材等の販売業者Xは、昭和三九年一月、同業のYに穀用かます一七万枚を売り渡したとして、その代金一一〇五万円を請求した。これに対し、Yは、引渡しを受けたかますの数量不足と瑕疵を主張して、代金減額を請求し、かつ、

右瑕疵のため本来の転売価格よりも低額でしか転売できなかったことによる損害五七六万余円の賠償を請求し、かつ、右損害賠償請求権を自働債権とし、受領済みかます代金債権八三万余円を受働債権とする相殺を主張した。Xは、Yの相殺の抗弁に対する再抗弁として、本件売買契約締結の際、Xの代金債権には相殺しない旨の特約がなされていたと主張した。

【判旨】（相殺禁止の特約に関する部分のみ引用する）「二応本件^{かます}代金はそれまでのXY間の取引とは別個に決済される約定のあったことは認められるが、．．．それはあくまでもXY間において正常な取引が継続されている場合を前提にしたものであり、本件の場合の如く、XY間において取引ができないような異状な状態になった場合までも含むものとは認め難く、その他本件に顕れた証拠によつても、前記の如き場合を含めての相殺禁止の特約がなされたものとは認め難い。従つて、Xの相殺禁止の特約の主張は採用しない。」

なお、本件の控訴審である仙台高裁秋田支判昭和四八年三月一九日民集二九卷二号一八三頁も相殺禁止特約については原審（第一審）と同じ判断を下している。さらに、本件は上告され、上告審判決は最判昭和五〇年二月二五日民集二九卷二号一六八頁であるが、相殺禁止特約については判示していない。

⑤ 東京地判昭和四四年一〇月四日判時五八六号七一頁

【事案】 Y銀行と訴外Aとの間に、昭和四〇年七月一二日、YがAに立退料二百万円を支払い、Aはこれを受領するのと引換えに甲乙二棟の建物から退去して明け渡す旨の裁判上の和解が成立した。他方、YとAとの間に、昭和三年六月二六日、Yと訴外B社との間の銀行取引契約によりBがYに対して負担する一切の債務につきAが連帯保証する旨の契約が成立した。そして、Yは昭和四〇年七月二七日当時、Aに対し、昭和三七年一月二七日に弁済期が到来した二百万円の連帯保証債権を有していた。Xは、昭和四〇年七月二〇日、上記立退料債権二百万円につき、仮差押命令を申請し、同命令はY及び

Aに送達された。Yは、昭和四〇年七月二七日、Aに対し右連帯保証債権と本件和解に基づくAのYに対する債権とを相殺する旨の意思表示をした。なお、上記和解が成立した際、Y A間において、右和解に基づいてYがAに支払うべき二百万円はY主張の連帯保証債権で相殺することなく現実に支払う旨の合意が成立していた。Xはこの合意に基づき、Yの相殺の意思表示は効力を生じないと主張した。

【判旨】「本件和解によりYがAに支払うべき金二百万円は、本件和解成立当時Aの居住していた甲乙建物をAがYに対して明渡すことを容易にするためのいわゆる移転料であり、そのため、本件和解成立のとき、YはAに対し右二百万円を相殺することなく現実に支払う旨の合意が成立したことを認めることができる。従って、Xの仮差押によってAが現実に二百万円の支払いを受けることができない状態になったときでもYは相殺しない趣旨の合意ではないから、この合意はY主張の相殺の効果を妨げるものではない（東京控訴院昭和九年一月三〇日新聞三八〇六号一三頁参照）。そして、YのAに対する前記連帯保証債権の取得時期およびその弁済期の到来がXの前記仮差押前であることは当事者間に争いがなければ、Yはその相殺の効果をXに対抗できる。」

本判決について、山崎良子は次のように評する。「当事者は、現実の給付を受ける必要から、その目的の達成に必要な範囲においてのみ右のような特約（引用者注：相殺禁止特約のこと）を結んだものと考えられる。そうすると、差押等により、債務者の一方が現実の給付を受けられなくなり、特約の目的が達せられないことが明らかになったときにも特約に拘束されると解することは、当事者の合理的意思に反する結果とならう。AはY銀行から移転料を現金で受領することにより、容易に移転できることを期待し、Y銀行はAに移転料を支払うことにより、Aの移転を受けて速やかに建物の明渡を得ることを期待して特約を結んだものと考えられる。・・・そうすると、Xの仮差押により、Aが移転料を受領できなくなったときにも、特約に拘束され、相殺できないと解することは当事者の合理的意思に合致しないものと考えられる」。本件も、その引用する前掲東京控訴院判昭和九年一月三〇日①と同様に、目的不到達による

特約上の債権の消滅の事例である。

⑥ 東京地判昭和四六年三月一五日判時六三九号九五頁

【事案】 XはYに対し四百万円の債務を負担し、その担保として、自己所有の宅地と地上建物に抵当権を設定した。右債務中の相当部分は比較的高利の利息を元本に組み入れたものであったことと、Yが右抵当不動産を自ら競落して転売すれば、債権額を全額回収できる見込みであったため、Yは、Xが債権額を争うなどの異議申立をせずに競売手続の進行、最終に協力するならば、Xに対して見舞金五〇万円を支払う旨約束していた。競売手続終了後、XはYに五〇万円の支払いを請求して本訴を提起したが、これに対して、Yは、別口の六〇万円の約束手形金債権をXに対して有するとして、この債権と対当額で相殺する旨の意思表示を行った。Xは、Yは、Xに対する債権の残額があっても一切それを放棄して現実に五〇万円を支払う旨約したのだから、相殺は許されないと主張した。

【判旨】 「Yとしては、右の競売における自己の競落とこれに続く物件の売却によって全債権の満足を計り得るものと考え、従って本件契約の時までは残債権の行使などは念頭になく、本件契約の五〇万円を現実に支払う意思であったこと、又原告側としてもそのような前提と期待のもとに異議権の放棄を約したのであることを推認するのに充分であり、黙示的にもせよ両者間にこの五〇万円が現実に支払われるものとする合意が成立したといわなければならない。この合意は、民法五〇五条二項にいう「反対ノ意思ヲ表示シタル場合」に該るものとみるのが相当である。それ故、Y主張の相殺は、自働債権がX主張の競落による満足又は放棄によって消滅したか否かを問わず、相殺禁止の特約により許されないものである。」

⑦ 東京高判昭和五二年一〇月二七日労働関係民事裁判例集二八巻五・六号四五四頁、判時八七三号一〇三頁

【事案】 Yは石油精製会社、Xは昭和四〇年、Y社の従業員をもって組織された労働組合であり、Xは、昭和四五年一月

二六日、Y社との間で組合費を毎月給与から控除する、いわゆるチェックオフ協定を締結した。Yは、昭和四十七年一月、二月、四月、五月、六月のチェックオフ組合費の一部を組合に交付しなかった。Xはこの未払金額の支払いを求めて訴えを提起した。Yは、XがY社社屋に行ったビラ貼付を不法行為として、Xに対して損害賠償請求権を有するとし、この損害賠償請求権を自働債権とし、Xがチェックオフ協定に基づいてYに対して有する控除組合費の支払請求権を受働債権とする相殺を主張した。第一審（横浜地裁川崎支判昭和五〇年一月一七日労働関係民事裁判例集二八巻五・六号四六三頁）は、両債権が同種の目的を有する債権ではないとして相殺を認めなかった。

【判旨】「Yが相殺に供しようとする自働債権は、YのXに対する不法行為に基づく損害賠償債権であるところ、その受働債権は、・・・チェックオフ協定に基づきXがYに対して賃金から控除した組合費相当額の交付請求権であるが、その請求権はXの組合員たる従業員が有する賃金請求権の一部であり、かつこれが自己の所属する組合に組合費として現実納付されるようにその受領の代理権をXに与えたものであって、現実に履行されることを要し、相殺等それ以外の履行方法によっても差し支えないことにつき何らの特約の存在を認むべき証拠がない以上、右協定の解釈上相殺を認めない趣旨と解すべきであり、したがって当事者が相殺につき反対の意思を表示した場合（民法五〇五条二項本文）に該当し、Yの主張する債権をもってXが本訴において請求する債権と相殺することはできない。」

本件については、チェックオフ協定の法的性格等を含めた考察が必要であるが、労働法特有の次のような問題点があることが西村健一郎によって指摘されている³⁴⁾。相殺禁止特約とは別個の問題点であるが、紹介しておこう。すなわち、西村は「控除組合費の一括交付をめぐる組合と使用者との間で生じている問題を賃金の全額払といった直接個々の労働者と使用者、あるいは労働組合との間で妥当する原則によって処理している点である。・・・控除された組合費相当額の交付をめぐる問題は、組合費を組合活動のほとんど唯一不可欠の財源とする組合の財政確保といった賃金全額払原則とは異なる次元の要請を含むといわなければならない。組合保障の一環としてのこの組合財政の確保の点から、『現

実に組合財政のなかに組合費が充当されるべきこと』が必要となるのであり、この点から相殺の可否が論ぜられるべきであったと思われる」とする。さらに、原判決が判示したように、チェックオフ協定に基づいて「会社の一般財産から区別されている金額を「組合」に交付する」債務は、いわば組合費取立事務処理の債務であって、役務（サービス）の提供に関する債務である」から、不法行為に基づき損害賠償債務という金銭債務と性質上相異なることは明らかである」し、「組合費支払に関する債権債務の関係は、組合と組合員との間に存在するのであり、使用者が組合に対しても損害賠償請求権とは、相対立するという相殺の基本的要件を欠いているのである」として、相殺の要件である両債権の同種性も相互性も欠いていると述べる。

⑧ 東京地判平成一五年九月二二日LLJ/DB判例秘書 L05833850

【事案】 XとY社は、平成一〇年一月二七日、XがYに特定の物件をリース（賃貸）し、YがXに対しリース料を一回当たり四三万余円及び消費税相当額二万余円（合計四五万余円を六〇回支払う旨のリース契約を締結した。その契約には、「カ Y社は、本件契約に基づく債務を、X又はXの承継人に対する債権をもって相殺することはできない。」という条項があった。Yは、平成一四年二月二八日、Xに対し、医療機器二台を代金三一五〇万円で売却した。Yは、同年五月二一日到達の書面で、この売買代金の残代金一九〇〇万余円の売買代金債権を自動債権とし、Xが平成一四年四月二三日現在、Yに対して有するリース料債権八六二万余円を受働債権とし、両者を対当額で相殺する旨通知した。この相殺の効力が問題となった。

【判旨】 「Yは、XY間の取引関係が継続的取引であり、継続的取引の当事者間においては相殺禁止特約の適用がない旨主張する。本件契約が継続的取引の一環の取引であるか否かは措くとして、相殺禁止特約は、リース料債権の確実且つ現実の支払を目的とするものであると解されることに照らすと、同特約は、特に、継続的取引があつてリース料債権の反対債権が発生することが予想されるような当事者間においてこそ意味のある特約であるということが出来る。したがって、継続的取

引関係にある当事者間においても相殺禁止特約は適用されると言うべきである。」

⑨ 東京地判平成一六年二月一九日 LL/DB 判例秘書 L05930683

【事案】後に解散したYに対し、いわゆる劣後ローンとして二五億円を弁済期平成二〇年四月三〇日の約定で貸し付けていたXが（Xは、他方で、Yから劣後ローンとしての貸付けを受けていたが、後に更生手続においてその全額を免除された。）、当該貸金及び遅延損害金の支払いを求めた。これに対し、Yは、劣後ローンと呼ばれる無担保ローンによる別件貸付金返還請求権と対当額で相殺する旨の意思表示をした。

【判旨】「別件貸付については、別件貸付契約において別紙4のような劣後特約（相殺禁止特約を含む。）が付されていることから、平成一二年一〇月三日、債務者であるXにつき更生手続開始の決定がされたことよって、別紙4の(2)掲記の停止条件が成就するまでの間、その元利金の支払請求権の効力が一旦停止し、相殺の対象とすることも禁じられていたというべきところ、本件相殺の意思表示がされた同年一二月一五日の時点で当該停止条件が成就していたことの主張、立証はなく、かえって、その後の平成一三年四月二日、別件貸付の債務の全額免除を含む内容の更生計画の認可の決定がされたというのであるから、本件相殺は、その効力を生じないというべきである。」

⑩ 東京地判平成一六年六月一日 金法一七四七号九一頁

【事案】X生命保険相互会社は、平成元年一月三〇日、Aリース会社に対し、五億円を貸し付けた。XとAは、同日、両者間の金銭消費貸借契約に基づきAがXに対して現在又は将来負担する一切の債務の履行を担保するため、Aが第三者に対して現在および将来有する一切の貸金債権及びこれに附帯する一切の債権等を譲渡する集合債権譲渡契約を締結した。同契約において、XはAに対し、譲り受けた貸金債権を取り立てることを委任し、AはBに対し、上記貸金債権の取立を再委

任する旨、合意されていた。その後、Xは、平成二年一月三〇日から同年一〇月三〇日にかけて、Aに対して合計二五億円を貸し付けた。Aは、平成三年八月二九日、親会社の会社更生手続開始の申立てに伴い、経営危機に陥り、それ以降、各債権者との間で再建と弁済について協議を開始した。Aは平成四年六月三〇日までに、XやY信託銀行を含む債権者三二社（以下、「協定債権者」との間で、Aが各協定債権者に譲渡した債権（以下、「協定債権」）の弁済を受けた場合、それを各協定債権者に支払う旨の協定（以下、「基本協定」）を締結した。平成一三年七月、Aは、各協定債権者に対し、各協定債権者がAに対し有する債権を第三者が一括して買い取る方法による自主再建策を検討しており、その買取価格査定のために、基本協定に基づく支払を同年七月分からおおむね三か月間停止する旨の通知をした。Yは、平成一三年一〇月二四日、Aに対し、YとAとの間の基本協定を解除する旨の意思表示をし、Aに対する貸金債権を自働債権、Y信託銀行に開設されたA名義の普通預金口座に係る預金債権を受働債権として相殺する旨の意思表示をした。しかし、Xは、その口座預金のうちの四二二三万余円は、XがAから譲渡を受けた債権につきAが取り立てて回収した弁済金を原資とするものであり、Xは本件預金債権の出捐者又はこれと同視すべき者であり、Xに帰属すると主張して、主位的に預金払戻請求、予備的にYの相殺の無効による不当利得返還請求を行った。

【判旨】（本件預金債権の帰属については、預金者をAと認定し、預金債権は、XがAから譲渡を受けた貸金債権の弁済金を原資とする本件預金債権も含めて、Aに帰属すると判示したうえで、次のように判示する。）「Xは、基本協定に基づき、Aに対して一定額の支払請求権を取得するが、そのことから、本件預金債権について、一般債権者としての立場を超えて、優先弁済を受けるべき実体的権利を取得するものとまでみることはできない。したがって、Xは、Yによる本件預金債権の相殺によって、民法七〇三条という損失を被ったということはできない。」「Aは、親会社であるBの会社更生手続開始の申立てに伴う経営危機からの再建を企図して、協定債権者三二社との間で、それぞれ同一の内容の基本協定を締結したこと、各基本協定は、すべての協定債権者との間で基本協定が締結されることをその効力発生の要件としていること、Yは、協定債権者のうちの一社であるとともに、Yに開設された本件口座には、基本協定に従って、X及びYを含む協定債権者数社に

対する弁済原資が入金されていたことが認められる。以上の事実にかんがみるならば、Yは、基本協定が有効に解除されない限り、本件口座に基本協定に従った弁済の原資が入金される他の協定債権者との関係においても、信義則上、自己のAに対する債権を自動債権として、本件口座に係る預金債権を相殺することは禁じられており、仮にYが相殺の意思表示をしたとしても、その効力は生じないものと解するのが相当である。」そのうえで、本件において、「Yは、Aに対して基本協定を解除するとの意思表示をしたものであり、このような事実関係の下では、Yによる基本協定の解除は有効であり、Yが本件預金債権を相殺したことが基本協定に反し、不当であるということとはできない。」

この事案においては、直接に相殺禁止を目的とした特約が結ばれているのではなく、基本協定を締結している以上、信義則上の義務として相殺禁止義務が課せられていると判断されている。

⑪ 東京地判平成二〇年五月三〇日LB/DB判例秘書L06331322

【事案】(事実関係のうち、相殺の点のみに限定して記す。貸金債権との相殺の有効性が問題となつた。) (争いのない事実)のうち(9)に「本件営業譲渡契約書には、以下の趣旨の記載がある。ア YのXからの借入金である五二三三万二八〇三円については、平成一八年八月一日までにYがXに対してその全額を現金にて返済するものとする。」とある。

【判旨】「上記争いのない事実等(9)アによれば、XとYは、本件金銭消費貸借に基づく貸付金の「全額を現金にて」弁済するとの合意をしたことが認められる。しかし、現金で支払うとの文言をもって、直ちに相殺禁止の合意があると読み取することは困難であり、その他XとYが相殺禁止の合意をしたものと推認させるに足りる事実はないから、本件貸付金の返済につき相殺禁止の合意をしたとのXの主張を採用することはできない。」

【事案】A社（商品取引受託業者）は、平成一七年四月一三日、Y銀行と預金契約を締結し、商品取引責任準備金積立てのための専用口座として、普通預金口座を開設した。平成一九年九月七日、Aは破産手続開始決定を受け、商品取引員の資格を喪失した。平成一九年一〇月一〇日当時の本件口座の預金残高は、三一四三万五二六〇円であり、Y銀行は、Aに対し、平成一八年三月三一日付の特別当座貸越契約に基づき、少なくとも三一四三万五一六〇円の貸金債権を有していた。Yは、平成一九年一〇月一〇日、A社破産管財人Xに対し、本件貸金債権を自働債権とし、同日時点における本件口座に係る預金債権を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をした。この相殺の有効性が争点となったが、相殺の効力を否定する論拠のうちに、相殺禁止特約があるというものがあつた。

【判旨】「Xは、商品取引所法二二条二項が商品取引責任準備金積立てのための専用口座に係る預金債権を受働債権として相殺することを禁止する趣旨を含むと主張する。しかし、法二二条は、その文言上、商品取引員に対して商品取引責任準備金の目的外使用を禁止しているのみであり、当該商品取引員が商品取引責任準備金を積み立てるために指定金融機関に開設した専用口座に係る預金債権を受働債権とする相殺することを禁止する旨を規定したものでないことが明らかである。そもそも、法は、商品取引責任準備金の積立ての方法自体については、何ら規定しておらず、政令等に委任する旨の規定も置いていないのであるから、法二二条二項が、商品取引責任準備金の積立ての方法として商品取引員が金融機関に開設した預金口座に預金する方法で積み立てることを前提として、当該金融機関が当該預金口座に係る預金債権を受働債権として相殺することを禁止する旨を規定しているとは解することには、無理な面があるといわざるを得ない。・・法二二条二項は、指定金融機関が商品取引責任準備金の積立てのために開設された専用口座に係る預金債権を受働債権とし、当該商品取引員に対する債権を自働債権として、相殺することを禁止する趣旨を含むものと解釈することはできない。・・AとYとが、本件預金契約締結の際又はその後において、本件預金債権を相殺禁止債権とする旨の合意をしたと推認することはできず、他にそのような相殺禁止合意が成立したことを認めるに足りる証拠はない。」

⑬ 東京地判平成二二年三月二二日金法一八九〇号九頁

【事案】Y信用金庫に納税資金として別段預金（本件預金）をしていたXが、Yに対し、その払戻しを求めたが、Xが代表取締役であった甲乙二社に対するYの貸金債権についてXが連帯保証債務（本件債務）を負担していたことから、Yが、本件債務と本件預金債権とを対当額で相殺すると主張した。なお、甲及びXは、その共有に係る甲社の本社工場の土地建物（本件土地建物）を売却することになったが、その売却に際して、本件土地建物に根抵当権の設定を受けていたYに対し、売却代金の一部を本件債務の弁済に充てる旨を合意して、根抵当権の解除を受け、当該土地建物の売却後、その一部を本件債務の弁済に充てたほか、当該土地建物の売却に伴うXの譲渡所得税及び甲の法人税の概算額を別段預金としてYに預託することになった。

【判旨】「Yが本件売買契約に際し、根抵当権の解除に応じることとしたのは、Xから説明を受けていた甲乙二社の再建と本件債務の弁済の正常化を期待してのものであったことは明らかであるから、本件債務の一部弁済および本件預金の預託後、甲乙二社及びXとYとが、本件債務の元本の返済期限及び利息の支払方法を変更する旨の本件変更契約を締結したのは、元本の返済期限に一括返済が困難であるとしても、そのころまでに経営改善の進捗状況を踏まえて、改めて本件債務の貸付条件についての協議を調えることが前提になっていたと認められるところ、この一連の処理の中で預託された本件預金についても、上記協議が調うことが、Yにおいて納税預金として預託を受ける前提とされていたとすべきであり、その協議が調う限りにおいては、本件債務と本件預金債権とを相殺しないという黙示の合意があったと認めるのが当事者の合理的意思に合致するのであって、無留保で相殺禁止の合意が成立していたとは認められない。」

本判決では、条件付きの相殺禁止の合意が認められている。但し、明示の合意ではなく、黙示の合意としてである。以上、相殺禁止特約に関する裁判例を紹介したが、二当事者間（ないし当事者に準ずる者との関係）で相殺禁止特約の成否が問題となっていて、第三者との三面関係になっていない事案（②④⑥⑦⑧⑨⑪⑫）が多く、第三者が関与した

事案もいくつかあるが、それらは相殺禁止特約の存在が否定された事案(③)や相殺禁止特約が目的不到達により消滅したと認定された事案(①⑤)等であり、民法五〇五条二項但書の第三者保護規定が適用された裁判例は見当たらなかった。

六 債権譲渡禁止特約について

1 立法過程

債権譲渡禁止特約の効力については、民法四六六条二項に規定されている。この制度の沿革は、米倉 明、池田真朗らの研究によって明らかにされているので、ここで繰り返す必要はないが、債権譲渡禁止特約の効力は、旧民法には規定されていなかった。この点で、相殺禁止特約の取扱いと異なることに注目すべきであろう。

法典調査会において、起草委員の梅謙次郎は、民法四六六条二項の起草趣旨として、第一に、特約によって債権譲渡を禁止することを明文で禁止している外国の立法例として、オーストリア、ポルトガル、モンテネグロ、プロイセン、ザクセンの各民法、ベルギー民法草案、ドイツ民法第一草案を挙げ、第二に、債権の譲渡可能性について明文の規定がないが、解釈上、当事者の意思を以て譲渡禁止にすることを許さないと解される立法例として、フランス、イタリア、スペインの民法及び旧民法を挙げ、このように譲渡禁止特約の効力を認めない立法例が大多数であることを認めつつ、他方でスイス債務法とドイツ民法第二草案が譲渡禁止特約の効力を認めることも指摘し、譲渡禁止特約の効力を認めるか否かは各国の慣習や事情に応じて決められるべきであり、日本の現在の国情を顧慮すると、譲渡禁止特約の効力を認めつつ、第二項を設けて善意の第三者を保護することにしたと説明している。⁽⁵⁶⁾

梅の挙げた立法例のうち、フランス民法について見てみよう。確かに、フランス民法には譲渡禁止特約に関する明文の規定はない。但し、日本の旧民法制定以前に、破毀院は次のような判決を下していた。

破毀院民事部一八五三年六月六日判決⁵⁷⁾

【事案】一八四四年六月一〇日付の公正証書により、ピューク [Puech] 氏は、一四〇〇フランと引き換えに、一八四三年のクラスの若い兵士であるオーリオル [Auriol] 氏の息子の兵役代理の義務を負う約束をした。この対価は、ピューク氏の最終的な除隊の期日である七年後に、毎年弁済期の到来する法定利率での利息とともに支払われるべきものとされた。この対価（の債権）は、いかなる理由でも譲渡することはできないことが明示的に合意され、それに違反すれば契約は無効だとされた。一八四五年六月二日付の私署証書によって、ローゼンフェルト [Rosenfeld] 氏は、ピューク氏の代理人として、兵役代理の証書において約定された対価及び弁済期の到来した利息の債権をゴードショー [Gaudeschau] 氏に譲渡した。この行為はオーリオル氏（父）に通知され、オーリオル氏は、兵役代理の契約に基づいて、ピューク氏が当該債権を譲渡することとは禁止されており、それに違反すれば契約が無効になると答えた。この返答は、ゴードショー氏がウォルムス [Worms] 氏に兵役代理の対価及び弁済期の到来した利息の債権を譲渡することを妨げることはできない。一八四七年四月二日の令状により、この新しい債権譲渡についてなされた通知によって、オーリオル氏は、兵役の証書において合意された条件で、正義によって命じられた者に彼は支払うと答え、しかしながら、当該証書に挿入された明示の条項によれば、ピューク氏は自己の債権を譲渡する権利を有していなかったということを守らせると答えている。同年八月九日、ウォルムス氏のオーリオル氏に対する、三年間分の利息として二一〇フランを支払わなければならないという催告（支払命令）。この催告に対するオーリオル氏の異議申立て、及び、アルピ裁判所に出頭せよというウォルムス氏への出廷命令、すなわち、譲渡不可能性を理由とする異議申立て。一八四八年二月七日、異議申立てを認容し、訴えを棄却する判決。「一八四四年六月一〇日付の

証書の条項によつて、オーリオル氏のためにビューク氏によつて締結された兵役代理の対価（の債権）は、いかなる理由でも譲渡されるべきではなく、これに違反すれば契約は無効となる。この条項は、法律にも善良な風俗にも反するものではなく、したがつて、それは有効に約定されたものである。したがつて、当該証書に規定されている対価が引き起こした相次ぐ譲渡は、いかなる効果も生ずることはできない。ウォルムス氏は破毀申立てを行つた。

【判決】 原判決を破毀する。民法五四四条、一一七二条、一五九四条、一五九八条、六条参照。財産の自由な処分は、法の条文の精神、特に、民法五四四条、一五九四条、一五九八条に由来する公序と公益の基準である。この基準は、人の意思の前で曲げられ（揺るがされ）てはならない。所有物（所有権）は、法律によつて予定された場合においてのみ、すなわち、所有権の属性であり本質的な性質である財産の自由な処分という基本原則に対する正式な例外を認めなければならないと法律が考えた場合においてのみ、譲渡不可能であると宣言されることができ。実際、本訴において問題となつてゐる兵役代理の証書における譲渡不可能性の条項は、法律によつて決定された状況と場合の外で、所有権の自由な処分を修正することを目指すものであり、立法の現状において、その条項に依然として服さなければならぬ物を商取引の外に置くことを目指すものである。したがつて、この条項は強制力を有しえない。本件において、債務者はその条項を援用する利益を有しない。なぜなら、債務者は、彼のために完全に履行された兵役代理の対価を弁済すべきであるからである。そして、債務者は、譲渡人に弁済すると同じ条件で譲受人に弁済することによつて、彼（債務者）の立場は悪くならないし、債務者はいかなる異議を申し立てることもできない。本訴において問題となつた譲渡不可能性の条項を強制力のあるものと判決し、これに違反してなされた債権譲渡を無効としたことによつて、原判決は民法五四四条、一一七二条、一五九四条、一五九八条に違反した。

以上のように、旧民法及び現行民法制定当時のフランスの判例は、譲渡禁止特約を第三者に対抗できないものだとしていた。しかも、この第三者の主観的要件（善意・悪意）は、上記の判例では争点となつていないこともあつて、特に

問題となっていない。

2 第三者の善意の要件

民法四六六条二項但書は、譲渡禁止の意思表示は善意の第三者に対抗できないと規定しているが、ここでいう「善意」とは、判例によれば、善意無重過失を意味すると解されている。⁽⁵⁸⁾

この点につき、フランスの判例はどのような態度をとっているのだろうか。前述の破毀院一八五三年判決は、第三者の善意悪意を問題とせずに保護していたが、近年になって次のような判例が登場した。

破毀院商事部二〇〇〇年一月二日判決⁽⁵⁹⁾

【事案】 スヰ [Sui] 社は、一九八一年一月二日の法律の方式に従って、スピ社が行った工事の代金としてクレメッシー [Clémessy] 社に対して有する債権を、スカルベール・デュボン [Scalbert Dupont] 銀行に一九九二年九月一五日付で譲渡した。クレメッシー社はこの債権譲渡を承諾せず、譲受人に対して給付の一般的条件の条項を抗弁として主張した。この条項は、その契約当事者に、書面による予めの承諾なしにその債権を譲渡することを禁じるものであり、クレメッシー社は、実行された工事に影響を及ぼす欠陥を理由にスピ社に対して有する損害賠償債権との相殺の抗弁も主張した。

【判旨】 上告棄却。控訴院（原審）が、クレメッシー社とスピ社の間で締結された契約から生じた債権の譲受人であるスカルベール・デュボン銀行は、この契約の当事者ではなかったと判示したのは正当であり、そのことから、控訴院が、「譲受人である銀行は、当該契約の中に存在する承認条項によつて拘束されない。但し譲受人である銀行が当該条項を承諾した場合は別であるが、このことをクレメッシー社は立証しなかった」と演繹したのは正当である。したがって、証明の負担を逆にすることなく、本案裁判官は上述の法文を正確に適用した。上告理由には根拠がない。

評釈者は、本判決について、「契約の相対効が優先すべきである。我々の知る限り、まず第一に、破毀院は、譲受人が被譲渡債務者と譲渡人を結びつける契約の当事者ではないという限りで、譲受人に承認条項を抗弁として主張することはできない。換言すれば、譲受人に、譲渡前に基本の契約の諸条項を確かめることを義務づけることはできない。もちろん、譲受人が当該条項を知っていて、かつ、当該条項を承諾したという証拠を被譲渡債務者が提出したときには、解決は異なるべきである。」と述べており、この評釈からも、破毀院は譲渡禁止特約を悪意の第三者には対抗し得るとしていると解される。

ところが、この判決の後まもなくして、これとは異なる判断を示す次の判決が登場した。

破毀院商事部二〇〇二年一〇月二三日判決⁽⁶¹⁾

【判旨】債権譲渡を承諾しなかった被譲渡債務者は、譲受人である銀行に対して、譲渡人との人的な関係に基づく抗弁を対抗しうる。

この判決の事案は不明であるが、二〇〇〇年の破毀院判決と異なり、譲受人の善意悪意を問わずに譲渡禁止特約を譲受人に対抗し得る旨の判示であるとすれば、従来の判例を変更したことになる。但し、かかる判例変更について、この判決の評釈者は、「この方向転換は、実務的には一時的な射程距離しか有していないだろう。なぜなら、ここで、二〇〇一年五月一五日の法律に由来する商法典「415の11条」という新しい条文が、以後は、『製造業者、商人、実業家（企業経営者）、または職人のために・・・契約相手方に対して、契約相手方が自己に対して保持する債権を第三者に対して譲渡することを禁止する・・・可能性について定める条項ないし契約は無効である。』と規定するからである。」と述べている。⁽⁶²⁾

上記の評釈で引用されているフランス商法典L442-6-II条は、次のように規定している。

製造業者、商人、実業家（企業経営者）、または職業目録（職業台帳）に登録された者のために以下のことの可能性について定める条項ないし契約は無効である。

- a) 割引（減免）、払戻し（リベート）、あるいは営業上の協力の取決めを遡及的に享受すること
- b) あらゆる注文を出すのに先立って商品情報を入力するための手数料の支払いを受けること
- c) 契約相手方に対して、契約相手方が自己に対して保持する債権を第三者に譲渡することを禁止すること

上記のフランス商法典L442-6-II条の号が規定するように、フランス商法典は一定の属性を有する者について、債権譲渡禁止特約を無効としている。

3 民法四六六条二項の改正案

民法四六六条一項は、「債権は譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない。」と規定し、同条二項は、「前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定する。このうち、一項は民法改正法案四六六条においても維持されていて、その文言にも修正が加えられていないが、二項は、民法改正法案四六六条二項～四項となり、次のように修正されている。

改正法案四六六条二項「当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示（以下「譲渡制限の意思表示」という。）をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。」

改正法案四六六条三項「前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知

らなかつた譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる。」

改正法案四六六条四項「前項の規定は、債務者が債務を履行しない場合において、同項に規定する第三者が相当の期間を定めて譲渡人への履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない。」

現行民法四六六条二項における「当事者が反対の意思を表示した場合」は、講学上「債権譲渡禁止特約」あるいは「譲渡禁止特約」と表現されるのが通例であるが、改正法案では「譲渡制限の意思表示」とより緩和された表現になっている。また、現行民法では、譲渡禁止特約がある場合には、原則として民法四六六条一項を適用しない、すなわち、「債権を譲渡することはできない」ということになり、これは「債権の譲渡性を物権的に奪うもので、特約に違反して債権を第三者に譲渡した場合、債権者の義務違反を生じるだけでなく、悪意の債権譲受人に対しては債権移転の効果が生じないとする物権的効力説を採っている」ものだと解されている。⁶⁴これに対して、改正法案四六六条二項は、譲渡制限特約があつても、「債権の譲渡は、その効力を妨げられない」と、原則と例外が逆転しており、相対的効力説（債権的効力説）を採用したものだと言われている。⁶⁵この相対的効力説（債権的効力説）とは、「譲渡禁止特約は、債権者と債務者との間で相対的に譲渡することができない債権を発生させるにすぎないので、譲渡禁止特約に反してされた悪意者に対する債権譲渡の原因である債権契約そのものは有効であり、債務者は悪意の譲受人に対して譲渡無効の主張ないし悪意の抗弁をなすにすぎず、譲渡の承諾によって抗弁権を失うだけであるという」説である。⁶⁶

さらに、現行民法四六六条二項但書は、譲渡禁止特約は「善意の第三者に対抗することができない。」と規定するのみで、「重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから」という理由で、判例が第三者の保護要件として、善意に加えて無重過失を要求しているが、改正法案四六六条三項はこの判例を明文化している。⁶⁷

七 改正法案における相殺禁止特約規定について

民法（債権法）改正検討委員会が二〇〇九年三月に取りまとめた「債権法改正の基本方針」は、相殺禁止特約について、次のような改正を提案していた。

【31.3.23】（相殺をすることができない旨の意思表示の効力）

相殺をすることができない旨の当事者の意思表示は、これをもって、善意であり、かつ、重大な過失のない第三者に対抗することができないものとする。

この改正の提案趣旨は、「相殺禁止特約の効力を定める現民法五〇五条二項所定の規律を基本的に維持するものである。」とされつつ、「重大な過失により相殺禁止特約の存在を知らなかった第三者は、悪意の第三者と同視されるべきであるから、その旨を表現する法文とすることが相当である。」とも説明されていた。⁽⁸⁾

法制審議会民法（債権関係）部会第八回会議（平成二二年四月二七日）に提出された部会資料10-2の四三頁には、次の記述がある。

(3) 相殺禁止の意思表示

民法第五〇五条第二項は、当事者が反対の意思を表示した場合は相殺をすることができないとした上で、当該意思表示は「善意」の第三者に対抗することができないとしている。この「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によつて相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合には、悪意と同視することが妥当であるとして、その旨を条文中明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

民法第五〇五条第二項は、当事者が反対の意思を表示した場合は相殺をすることができないとした上で、当該意思表示は「善意」の第三者に対抗することができないとしている。この「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合には、悪意と同視することが妥当であるという考え方が主張されている。民法上このような考え方が採られている例としては、例えば、譲渡禁止特約の効力に関する同法第四六六条第二項の「善意」の意義について、判例（最判昭和四八年七月一九日民集二七卷七号八二三頁）が、重大な過失がある第三者は悪意の譲受人と同様に譲渡禁止特約の効力を対抗されると判断していることが挙げられる。このような考え方は、条文から必ずしも読み取れるものではないことから、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

部会資料は法務省法制審議会の事務当局が準備したものであり、右の記述の（補足説明）中に紹介された「考え方」は前掲の民法（債権法）改正検討委員会の「債権法改正の基本方針」[3132]に示された考え方を指しているとみてほぼ間違いない。また、債権譲渡禁止特約に関する判例が引用されていることから、相殺禁止特約の効力に関する法規範を債権譲渡禁止特約の効力に関する法規範とパラレルに定立しようという発想が見受けられる。この提案は、部会資料22でも繰り返されている。

この提案について、法制審議会民法（債権関係）部会第八回会議でも第二二回会議（平成二三年一月二五日）でも全く議論がなされないまま、第二六回会議（平成二三年四月二二日）において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」の部会決定がなされ、次のように提案されている。⁶⁰

(3) 相殺禁止の意思表示

民法第五〇五条第二項の「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合が除外されることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

この「中間的な論点整理」についてのパブリックコメントでは、上記の提案についてはほとんど異論がなかったが、一つだけ、最高裁が次のような意見を述べていることには留意すべきであろう。

「検討することに異論はなかったが、民法における善意の第三者保護制度全体の中での位置付けやバランスを考慮しつつ、主観的要件に関する主張立証責任の所在についても留意した上で検討されたいとの意見があった。」²⁰⁾

第四七回会議（平成二四年五月二日）に提出された部会資料39六九頁には、次の記述がある。

(3) 相殺禁止の意思表示

当事者の相殺禁止の意思表示は善意の第三者に対抗することができないとする民法第五〇五条第二項について、その善意という要件を善意無重過失に改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

（補足説明）

民法第五〇五条第二項は、当事者の相殺禁止の意思表示は「善意」の第三者に対抗することができないとしている。ところで、譲渡禁止特約の第三者への対抗の可否に関する同法第四六六条第二項の「善意」の意義については、これを善意無重過失であるとする見解が有力である。同法第五〇五条第二項と同法第四六六条第二項は、いずれも特約の第三者に対する対抗の可否が問題となっている規定であるから、それらの要件は整合的であることが望ましいと考えられる。そこで、本文は、同法第五〇五条第二項における善意という文言を善意無重過失を表す文言に改めるという考え方を取り上げ、その是非を問うている。もつとも、同法第四六六条第二項の「善意」の意義についても見直しを検討されている（部会資料37第1、1(2) 参照）。本論点については、その検討結果にも留意する必要がある。

この補足説明において、相殺禁止特約の効力に関する法規範を債権譲渡禁止特約の効力に関する法規範とバラレルに定立しよう（整合的な規定にしよう）という意図は明確なものになった。これについて、法制審議会民法（債権関係）

部会の会議では特に議論がなされず、第七一回会議（平成二五年二月二十六日）において、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が決定された。この中間試案においては、次のような提案がなされている。

第23 相殺

1 相殺禁止の意思表示（民法第五〇五条第二項関係）

民法第五〇五条第二項ただし書の善意という要件を善意無重過失に改めるものとする。

（概要）

相殺禁止の特約に関する民法第五〇五条第二項ただし書の善意という要件を善意無重過失に改めるものである。特約の効力を第三者に対抗する為の要件について、債権の譲渡禁止特約に関する同法第四六六条第二項の見直し（前記第18、1参照）を参照しつつ、これと整合的な見直しを図るものである。⁷¹⁾

この中間試案の提案について、パブリックコメントの手続によって寄せられた意見の大半が中間試案に賛成であった。少数の反対意見があったものの、その内容は不明である。⁷²⁾

その後、第七九回会議（平成二五年一〇月二十九日）に提出された部会資料69 A（民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台⁷³⁾）においては、相殺禁止の意思表示（民法第五〇五条第二項関係）に関する規定が次のように提案されている。

（2）当事者は、その意思表示をもって、相殺することができない旨を定めることができる。その意思表示は、悪意又は重大な過失がある第三者に対して、対抗することができる。

そして、この案について、次のように説明されている。⁷⁴⁾

民法第五〇五条第二項は、当事者が相殺禁止の意思表示をした場合には、同条第一項の要件を充足していても、相殺することができないとした上で、その意思表示を善意の第三者に対抗することができないとしている。このような意思表示が当事者間で効力を有することに疑問の余地はないが、第三者が当然にこの意思表示に拘束されるとすると、相殺の対象となることを意図して債権を譲り受けた者や債務を引き受けた者が不測の不利益を被ることになるので、善意の第三者に対抗することができないとされたものである。

このように当事者の意思表示の第三者に対する効力を認めた規定としては、民法第四六六条第二項がある。同項も、債権の譲渡を禁止する特約の効力について、善意の第三者に対抗することができないと規定しているが、この点について、判例（最判昭和四八年七月一九日民集二七巻七号八二三頁）は、重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるとして、譲渡禁止特約の存在について、譲受人が善意であっても重過失がある場合には、譲渡禁止特約の効力を否定することができないとしており、今般の改正では、これを明文化することが検討されている（中間試案第18、1③）。

民法第四六六条第二項と同法第五〇五条第二項は、債権の本来的な効力を制限する特約を一定の範囲で第三者に対抗することができるとする点で、趣旨を同じくするものであるから、現在も、条文の規律内容を同じくしていると解されるため、同法第四六六条第二項を上記のように改正する場合には、同法第五〇五条第二項も同様に改めることが相当である。

また、相殺禁止の意思表示についての第三者の主観に関する主張立証責任を誰が負うかについては、考え方が分かれており、不明確である。この点について、譲渡禁止特約についての第三者（譲受人）の主観は、第三者以外の者（債務者、差押債権者等）が主張立証しなければならぬとされており（大判明治三八年二月二八日民録一一輯二七八頁、今回の改正でもそのことも明らかにすることが検討されている（中間試案第18、1③）。譲渡禁止特約に関する主張立証責任を第三者以外の者が負担するのは、債権が自由に譲渡されるのが原則であるから、譲受人としては、譲渡禁止特約が付されていないことを前提に債権を譲り受けることが正当化されるという理由に基づくものであるという理解を前提とすると、相殺禁止の意思表示についての第三者の主観に関する主張立証責任も同様に解すべきである。

素案(2)は、上記の問題を解消するために、相殺禁止の意思表示は、悪意又は無重過失の第三者に対して対抗することができるとして、第三者に特約を対抗するためには、債権者又は債務者が、第三者が悪意又は重過失であることを主張立証しなければならぬことを明確にすることにより、民法第四六六条第二項に関する改正内容と整合性を採るものである。

この相殺禁止特約に関する規定の改正案について、第七九回会議でもそれ以降の会議でも全く議論がなされず、文言の修正を経て改正法案五〇五条二項となった。

改正法案五〇五条は、一項は現行民法と文言が同じだが、相殺禁止特約に関する二項の規定は、「前項の規定にかかわらず、当事者が相殺を禁止し、又は制限する旨の意思表示をした場合には、その意思表示は、第三者がこれを知り、又は重大な過失によって知らなかったときに限り、その第三者に対抗することができる。」という文言となった。すなわち、現行民法の「当事者が反対の意思を表示した場合」が、「当事者が相殺を禁止し、又は制限する旨の意思表示をした場合」と修正され、「善意の第三者に対抗することができるが、悪意又は重過失のある「第三者に対抗することができる。」と修正されている。そして、本稿の冒頭で述べたように、この変更は、「債権譲渡制限特約の規定(民法四六六条三項)と平仄を合わせたものである」と説明されている。⁽⁷⁾また、改正法案の基礎となった前掲「要綱案のたつき台」の説明においても、「民法第四六六条第二項と同法第五〇五条第二項は、債権の本来の効力を制限する特約を一定の範囲で第三者に対抗することができる点で、趣旨を同じくするものである」とされている。

確かに、民法四六六条二項と民法五〇五条二項は、「債権の本来の効力を制限する特約を一定の範囲で第三者に対抗することができる点」で趣旨が同じだとみることもできる。しかし、これまでに見てきたように、相殺禁止特約と債権譲渡禁止特約に関する法規範はそれぞれ微妙に異なる発展を遂げてきたことに留意すべきであろう。すなわち、

フランス民法一二九五条、一二九九条に含意されていた相殺の予めの放棄（Ⅱ相殺禁止特約）が旧民法財産編五二〇条において明文で規定され、現行民法五〇五条二項に継承されたが、これに對して、債権譲渡禁止特約は旧民法において規定されず、現行民法四六六条二項に初めて規定された。また、譲渡禁止特約については、現行民法制定後、近年になつて特約の効力を制限する解釈論が有力になり、⁽⁷⁵⁾かかる学説状況を反映して改正法案四六六条が提案されているのに對し、相殺禁止特約については特約の効力を制限する議論はなされておらず、しかも、相殺禁止特約を對抗しうる第三者の主觀的要件についても、ほとんど議論の対象となつていなかった。大村敦志は、両者に関する解釈論の状況について、「譲渡禁止特約に関しては、濫用的な利用がなされているとしてその合理性に疑問を呈する見解が有力であることもあつて、解釈論としても、特約の有効性を制限する方向が指向されて」おり、「具体的には、特約の射程を制限的に解するとともに、第三者の主觀的態度につき、無過失や無重過失を要求する見解を退ける主張がなされ、一部には場合によつては善意すら要求しない見解も説かれている。これに對して、相殺禁止特約に関しては、このような特約制限論はあまり見られない（むしろ特約が可能なのは「五〇五条をまたずに法律行為の一般理論による」という特約当然論が説かれている）」と説明する。⁽⁷⁶⁾また、宮川不可止は、両者の目的や認知度が異なるとして、次のように述べる。「相殺禁止特約を設ける目的は、当事者間の便益を確保し、現実の支払を実現することにある。債権譲渡禁止特約を設ける場合のように、債務者における事務繁雜を回避し、過誤払を回避し、相殺の利益を確保するような目的はないのである。また、債権譲渡の場合には、債権の財産化・財産的性質を確保するという公益があるのに對して、相殺には、このような公益は存しない。企業実務においては、相殺禁止特約の公知性は低い。明示の相殺禁止特約を例示することには、多くの場合、躊躇せざるを得ないのではないだろうか。それ故に、訴訟では、黙示の相殺禁止特約の存在の有無が争われているともいえる。この点は、預金債権をはじめとする指名債権には譲渡禁止特約が一般化していることと對比して特

「徹底的である」⁷⁷⁾。本稿において既に検証したように、相殺禁止特約が問題となった裁判例の多くが、二当事者間（ないし当事者に準ずる者との関係）において相殺禁止特約の成否・存否が争点となった事案であり、第三者が関与した事案でも民法四六六条二項但書の第三者保護規定が適用された裁判例は見当たらなかった。したがって、相殺禁止特約の規定については、債権譲渡禁止特約に関する規定の文言と平仄を合わせる必要はなく、第三者の保護要件はどうかあるべきか、相殺という制度の本質・目的や禁止特約の認知度（公知性）を債権譲渡のそれと比較しつつ、改正案を慎重に検討すべきであつたのではないだろうか。法制審議会民法（債権関係）部会において、事務局の提出した資料に対して全く議論がなされず、事務局主導で改正法案が作られてしまったことに疑問なしとしないのである。

- (1) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、二〇一五年）。
- (2) 宮川不可止「相殺禁止特約―禁止目的の拡大並びに特約の活用と立法による限界を中心に―」京都学園法学七五―七六号一九―四一頁。同「相殺禁止特約について―交互計算との関係、譲渡禁止特約との比較検討を中心に―」法時七八卷八号一一七―二三頁。
- (3) 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（商事法務研究会、一九八四年）五六六頁。
- (4) Boissonade (G.), *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, nouvelle édition, tome 2, Tokyo, 1891, p. 739.*
- (5) ポワソナード民法典研究会編『ポワソナード民法典資料集成 後期一―二』（雄松堂出版、二〇〇〇年）所収の『ポワソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈 第二編人權ノ部』二七七―二七八頁。
- (6) Boissonade (G.), *op. cit.*, pp. 765-766.
- (7) ポワソナード民法典研究会・前掲注(5)『ポワソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈 第二編人權ノ部』二八五―二八六頁。
- (8) デョゼフ・ヤルシエ（光妙寺三郎訳）『伊太利王国民法』（司法省蔵版、一八八二年）。
- (9) 「項」と訳されているが、現在の用語法では「号」にあたる。
- (10) なお、このイタリア新民法典も、相殺の予めの放棄について、次のような規定を置いている（風間鶴寿訳『全訳イタリア民法典〔追補版〕―民法・商法・労働法―』（法律文化社、一九八三年）一九九頁による）。

第二二四六条（相殺の行われない場合） 相殺は次の諸場合を除き、その一方または他方の権原名義のいかに拘らず行われる。

四 債務者から予めなされた相殺放棄のある場合。

- (11) この法律上当然主義について、特に、現在では、フランスにおいても、相殺の効果を享受するために相殺の意思表示を必要としないと解する見解がほとんど存在しないことについて、深谷 格『相殺の構造と機能』（成文堂、二〇一三年）五九―七〇頁参照。なお、フランス民法の債権関係の規定は、二〇一六年二月一〇日のオルドナンス [Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016] によって大幅に改正され、相殺の法律上当然主義にも重要な変更が加えられたが、本稿では、改正前のフランス民法を検討の素材としており、条文番号も改正前のものである。

- (12) 日本民法四六八条一項（債権譲渡の異議なき承諾）はこの規定に由来する。

- (13) 野田良之『フランス法概論上巻』（有斐閣、一九五四年）六七―四頁。稲本洋之助「外国法の学び方―フランス法2」法七一九七四年一月号一五―三頁。
- (14) Fenet (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. 13, p. 163.

- (15) Toullier (C. B. M.), *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, continué et complété par Duvergier* (J. B.), t. 4, 6^e éd., Paris, pp. 307-308.

- (16) Demolombe (G.), *Cours de Code Napoléon, traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* t. 5, Paris, pp. 345-346.

- (17) Demolombe (G.), *op. cit.*, p. 463.

- (18) Demolombe (G.), *op. cit.*, pp. 463-464. 彼がコッピュ自説と同旨の裁判例、学説として挙げているのは、ホルドー控訴院一八三二年三月七日判決、デュエヘルズH [Duvergier]、ケルヴァンクール [Delvincourt]、デュラントン [Duranton]、オーブリロー [Aubry et Rau]、ラロンゴエール [Larombière]、モンヤルタン [Desjardins] による。

- (19) Demolombe (G.), *op. cit.*, p. 464.

- (20) Marcadé (V.), *Éléments du droit civil français ou explication méthodique du Code civil accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivie d'un résumé à la fin de chaque titre*, 3^e éd., t. 4, Paris, 1847, p. 680. Desjardins (A.), *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, Paris, 1864, pp. 452-453. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., t. 4, Paris, 1902, p. 304. Baudry-Lacantinerie (G.), *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, 7^e éd., t. 2, Paris, 1901, pp. 806-807.

- (21) Huc (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 8, Paris, 1895, pp. 217-218.

- (22) Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, 1900, pp. 186-187.

- (23) Jossierand (L.), Cours de droit civil positif français Paris, 1933, pp. 496-497. Mazeaud (H.), Mazeaud (L.) et Mazeaud (J.), Leçons de droit civil, t. 5^e éd., Paris, 1965, p. 1064. Starck (B.), Droit civil, obligations, 2. contrat et quasi-contrat, régime général, 2^e éd., Paris, 1986, p. 750. Ghestin (J.), Biliou (M.) et Loiseau (G.), Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes, Paris, 2005, p. 1051.
- (24) Marcadé (Y.), op. cit., p. 680. Aubry et Rau, op. cit., p. 394. Bautry-Lacantinerie (G.), op. cit., pp. 806-807.
- (25) 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』(商事法務研究会、一九八四年)五六六頁。
- (26) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五六六頁。
- (27) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五六九頁。
- (28) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五七一頁。
- (29) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五七一〜五七二頁。
- (30) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五七二頁。
- (31) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五七二頁。
- (32) 廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、一九八七年)四八〇頁。
- (33) 梅謙次郎『民法要義卷之三』(和仏法律学校、一九九七年)三三五頁。
- (34) 梅謙次郎『民法原理(債権総則)』(和仏法律学校、一九九〇年)七九二〜七九五頁。
- (35) 石田松之助編『富井博士述 債権総論 完』(一九一四年)二八二頁(富井政章『債権総論 完(復刻叢書法律学篇38)』(信山社、一九九四年)以下)。
- (36) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解 第五卷』(有斐閣、一九九七年)六七九〜六八一頁。
- (37) 仁保亀松『民第二百五十七号問題』法典質疑録一一号(明治二年(一八九六年)八八三〜八八六頁。なお、本文中に引用されている商法九九五条とは、ポワンナードが起草し、明治三年に公布された旧商法(明治三年法律三三三)九九五条である。商法についても民法と同様に施行の延期を求める声上がり、法典論争の結果、施行が延期されることとなったが、この商法はフランス法を継受したもので、破産法の規定を含んでいた。破産法の規定の部分(商法第三編「破産」)については、修正の上、明治二年(一八九三年)七月一日から施行された。明治三年商法九九五条は次のような規定である。「一 項 相殺ノ権利アル債権者ハ期限ニ至ラサル債務又ハ金額未定ノ債権ト雖モ財団ニ対シテ其効用ヲ致サシムルコトヲ得。二 項 債権カ支払停止後ニ生シ又ハ取得シタルモノナルトキハ支払停止ヲ知リタル場合ニ限り相殺ヲ許サス」

- (38) 岡松参太郎『九版 註釈民法理由下巻』(有斐閣、一八九九年 三三二―三三四頁)。
(39) 石坂音四郎『日本民法債権編第五巻』(有斐閣、一九一五年) 一五七八―一五八〇頁。
(40) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法(総論)』(岩波書店、一九二五年) 四五三頁。
(41) 田島 順・柚木 馨・伊達秋雄・近藤英吉『註釈日本民法(債権編総則)下巻』(巖松堂書店、一九三六年) 二九九―三〇〇頁(田島 順執筆)。
(42) 我妻 栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、一九六四年) 三三〇頁。但し、ここで、相殺禁止の意思表示が含まれている例として、「電報送金を受けた者の債権(第三者のためにする契約を含むと解する場合である)」が挙げられているが、この箇所が判例において引用された判民大正一一年度八三事件我妻評釈は、大判大正一一年九月二七日民集一卷五五七頁に関するものである。同判決は電報送金委託契約(後年、「電信送金契約」と呼ばれるようになった一種の委任契約)が第三者のためにする契約には当たらず、従って、受取人が受託銀行に対して債権を取得するわけではないから、受託銀行が受取人に対して有する債権と相殺することはできないと判示している。我妻は、前掲評釈において判旨に反対し、電報送金委託契約が第三者のためにする契約を含んでいるとしたうえで、「電報送金なる委任(第三者の爲めにする契約を包含するものとしても委託者と銀行業者間に、委任契約あることは疑はない。)は、現実に金銭を交付することをその本旨とするものであって、銀行業者の任意に相殺することを許さざるものと解する余地がある」と述べている。
- (43) 磯村 哲編『注釈民法(12)』(有斐閣、一九七〇年) 三九八頁(中井美雄執筆)。
(44) 於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、一九七二年) 四一八頁。
(45) 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』(良書普及会、一九七八年) 二九五頁。
(46) 林良平(安永正昭補訂)・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論(第三版)』(青林書院、一九九六年) 三三八頁。
(47) 奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社、一九九二年) 五七六頁。
(48) 前田達明『口述債権総論 第三版』(成文堂、一九九三年) 五〇四頁。
(49) 中田裕康『債権総論 第三版』(岩波書店、二〇一三年) 四〇二頁。
(50) 深谷・前掲注(11) 二二二頁。
(51) 大村敦志『基本民法Ⅲ債権総論 担保物権(第2版)』(有斐閣、二〇〇五年) 七三頁。大村敦志『もうひとつの基本民法Ⅱ』(有斐閣、二〇〇七年) 一八五―一九五頁。
(52) 目的不到達による債権消滅については、磯村・前掲注(43) 一五―二九頁、磯村 哲執筆、奥田・前掲注(47) 四八三―四八六頁、前田・前掲

注(48)五二四～五二六頁等を参照。

- (53) 山崎良子「判批」ジュリスト五二二号二九頁。
- (54) 西村健一郎「判批」季刊労働法一一号一一五～一六頁。石田省三郎「判批」労働判例二四一号一〇～一六頁も参照。
- (55) 米倉 明「債権譲渡―禁止特約の第三者効―」(学陽書房、一九七六年)(初出は、米倉 明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問」北大法学論集二巻三号、三巻一、三号(一九七一年～一九七三年))。池田真朗「債権譲渡禁止特約再考」法学研究七二巻二号二〇五頁以下(一九九九年)(池田真朗「債権譲渡法理の展開」(弘文堂、二〇〇一年)三四四頁～三四〇頁所収)。
- (56) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(25)五一五～五一六頁。
- (57) Cass. civ., 6 juin 1853, D. 1853, I.191, S. 1853, 619.
- (58) 最判昭和四八年七月一九日民集二七巻七号八三三頁。
- (59) Cass. com., 21 nov. 2000, D. 2001, actu, 123.
- (60) Valerie Avena-Robardet, Observation, D. 2001, actu, 123.
- (61) Cass. com., 22 oct. 2002, RTDDev 2003, 129.
- (62) Pierre Crocq, note, RTDDev 2003, 130. *その後* 二〇一六年二月一〇日のオールドナンス [Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations] によって新設された民法二二二条四項は、債権譲渡に關して、「債務者の同意は要求されない。但し、その債権について譲渡禁止特約が結ばれた場合はこの限りでない。」と規定し、この判例法理を明文化してゐる。
- (63) 米倉・前掲注(55)九頁。池田・前掲注(55)『債権譲渡法理の展開』三〇四頁以下。
- (64) 池田・前掲注(55)『債権譲渡法理の展開』三二九頁。通説、判例(最判昭和五二年三月一七日民集三二巻二号三〇八頁)である。
- (65) 潮見・前掲注(一)一三三頁。
- (66) 池田・前掲注(55)『債権譲渡法理の展開』三二九頁。
- (67) 最判昭和四八年七月一九日民集二七巻七号八三三頁。
- (68) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』(商事法務、二〇〇九年)四五～四六頁。
- (69) 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』(商事法務、二〇一二年)一六八頁。

相殺禁止特約の効力に関する一考察

- (70) 民法（債権関係）部会資料33-3三四二頁（商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集A第3巻（中）V』（商事法務、二〇一三年）一八六頁）。
- (71) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三年）三〇三～三〇四頁。
- (72) 民法（債権関係）部会資料71-4（『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要（各論3））二二一頁。
- (73) 民法（債権関係）部会資料69A二五～二六頁。
- (74) 潮見・前掲注（1）一七五頁。
- (75) 米倉・前掲注（55）六〇～一七〇頁。池田・前掲注（55）『債権譲渡法理の展開』三四〇～三八五頁。
- (76) 大村・前掲注（51）『もうひとつの基本民法Ⅱ』一八六～一八七頁。
- (77) 宮川・前掲注（2）京都学園法学七五〃七六号三五頁、法時七八巻八号二二～二三頁。