
深川裕佳 博士学位（課程博士）審査報告

2008年3月3日

審査委員長 加賀山 茂

表記の博士学位審査請求に関し、審査委員会では論文予備審査を行った結果、全員一致で合格と判定しましたので、ここにご報告します。

請求者氏名 深川 裕佳

論文名 相殺の担保的機能の研究 ―相殺制度の再構成を目指して―

審査委員会

委員長	加賀山 茂	(大学院法務職研究科教授)	印
委員	福田 清明	(大学院法務職研究科教授)	印
委員	今尾 真	(法学部教授)	印

I 審査内容

1. 論文の趣旨と構成

深川裕佳氏の課程博士学位申請論文「相殺の担保的機能の研究 ―相殺制度の再構成を目指して―」は、A4版503頁（約39万字）の論文である。本論文の構成、注のつけ方、および、文献一覧等も論文作法に則っており、形式面では課程博士学位論文としての体裁が十分に整えられている。そこで、以下では、内容面の検討に入る。

なお、本論文による課程博士審査請求は、3年間の正規の期間内になされたものであり、このような審査請求は、留学生の場合を除いて、最初の事例であること、また、今後は、このように正規の期間内に学位申請がなされることが予想されることを考慮し、従来の審査にも増して慎重な審査を行うこととした。その結果、審査報告が詳細を極めるものとなったが、ご寛容を願いたい。

本論文は、「相殺の担保的機能」の性質を明らかにした上で、「相殺の担保的機能」の理論的な再構成（相互に対立する債権の牽連性に基づく同時履行の即時的・優先的实现）を目指すものである。

本論文の構成は、序論（相殺の担保的機能をめぐる問題点の検討）、第1部（相殺の独自性と担保的機能の根拠）、第2部（相殺の効力を巡る問題）、第3部（相殺契約の機能）、および、結論から成り立っている。本論文の目次は、以下の通りである。

序 論

I	研究の目的
II	研究の背景
1	私法学会大会シンポジウム「相殺とその担保的機能」における議論
2	本論文で問題とすべき課題
III	論文の構成
第一部	相殺の独自性と担保的機能の根拠
序章	第一部の問題の所在
I	相殺の機能
1	簡易決済機能
2	公平保持機能
3	担保的機能
II	問題の所在
1	従来の学説
2	従来の学説への疑問
III	第一部の目的
第一章	相殺の独自性
I	問題の所在
II	相殺と類似の諸制度との比較
1	債務を消滅させる諸制度と相殺の比較
2	履行拒絶の抗弁権と相殺の比較
3	優先権と相殺の比較
III	第一章の結論——相殺の3つの特徴
第二章	相殺の担保的機能の比較法的検討
I	問題の所在
II	相殺の遡及効から生じる担保的機能
1	国際的立法における将来効を伴う意思相殺主義
2	フランス民法における新しい自動相殺主義（援用相殺主義）
3	相殺の遡及効の再構成
III	対立する債務の牽連性から生じる担保的機能
1	フランス法における相殺の担保的機能と牽連性（connexité）の概念の重要性
2	対立する債務の牽連性から生じる相殺の担保的機能
IV	第二章の結論—遡及効と牽連性に基づく相殺の担保的機能
終章	第一部の結論
第二部	相殺の効力を巡る問題
序章	第二部の問題の所在
I	相殺権の濫用論の役割
1	相殺制度の限界についての指摘
2	無制限説の定着と「相殺権の濫用」論の展開
3	「相殺権の濫用」論の目的
4	相殺権の濫用の効果
II	相殺権の濫用論の解消に向けた試み
1	従来の学説における基準抽出の試み
2	問題解決の方向性
第一章	相殺の要件を巡る問題
I	問題の所在
II	相殺適状要件に関する問題
1	相殺適状要件に関する基礎
2	成立要件に関する問題

誤振込による預金債権を受働債権とする相殺——相殺権の濫用論①

保証人の預金債権を受働債権とする相殺——相殺権の濫用論②

保証人の事前求償権を自働債権とする相殺——相殺権の濫用論③

3 障害要件に関する問題

差押禁止債権を受働債権とする相殺——相殺権の濫用論④

不渡異議申立金返還請求権を受働債権とする相殺——相殺権の濫用論⑤

III 牽連性要件に関する問題

1 牽連性要件に関する基礎

2 牽連性の概念

相互的な2つの債務が同一の契約関係から発生する場合

相互的な2つの債務が継続的契約関係から発生する場合

相互的な2つの債務が関連する別の契約から発生する場合

相互的な2つの債務が契約外の規定によって発生する場合

3 相殺の担保的機能の行使要件

IV 第一章のまとめ——相殺適状と牽連性の意味

第二章 相殺の効果を巡る問題

I 問題の所在

II 当事者間の調整——遡及効の範囲

1 判例と従来の学説

2 検討

III 債務者の危機時における債権者間の調整——相殺権の濫用論⑥

1 同行相殺，駆け込み割引

2 判例と従来の学説

3 検討

IV 一般債権者と優先権者との間の調整——抵当権の調整法理の類推

1 問題の所在——担保付債権を自働債権とする相殺

2 狙い打ち（狙い撃ち）相殺——相殺権の濫用論⑦

2 割引手形買戻請求権を自働債権とする相殺——相殺権の濫用論⑧

V 優先権者と優先権者との間の調整——先取特権の調整法理の類推

1 相殺の担保的機能と相殺の担保的機能の衝突

2 代理受領における第三債務者による相殺——相殺権の濫用論⑨

3 振込指定を承諾した第三債務者による相殺——相殺権の濫用論⑩

VI 第二章の結論——相殺及び相殺の担保的機能における利害調整法理

終章 第二部の結論

I 相殺担保的機能の要件

1 相殺適状

2 相殺担保的機能の要件

II 相殺担保的機能の効果

III 相殺の担保的機能の効力

第三部 相殺契約の機能

序章 問題の所在

I 類型化に関する問題

II 機能に関する問題

1 相殺適状の補充機能に関する問題

2 法定相殺の担保的機能の拡張機能に関する問題

III 第三部の構成

第一章 相殺契約の類型に関する従来の学説

I 類型化の始まり

- II 2類型化と3類型化の対立
- III 意思表示により2類型化を純化する試み
- IV ドイツ学説を参考にする新しい2類型化の試み

第二章 担保的機能に関する問題

- I 問題の所在
- II 判例と従来の学説
- III 担保的機能による再類型化
- IV 担保的機能に果たす相殺契約の意義
- V 第二章の結論——担保的機能の観点による相殺契約の類型化と意義

第三章 相殺契約の比較法的検討

- I 問題の所在
- II 比較法的検討
- III 第三章の結論——相殺契約の比較法的位置づけ

終章 第三部の結論

- 1 相殺契約の類型化
- 2 相殺契約の担保的機能に果たす役割
- 3 相殺契約の比較法的意義

結論

- I 研究によって得られた結論
- II 結論の検証
 - 1 最大判昭和45年6月24日
 - 2 最大判昭和45年6月24日による検討
 - 3 検討の結果

2. 本論文の概要

本論文の内容を概観すると以下の通りである。

【序論】 相殺の担保的機能をめぐる問題点の検討

①法定相殺の担保的機能について

従来の学説では、相殺の担保的機能は次のように説明されてきた。

〔相殺の〕公平の趣旨は、自働債権〔 α 〕が受働債権〔 β 〕を訴訟外で擱取すること、しかも相殺によって受働債権〔 β 〕を消滅させることによって、受働債権〔 β 〕は、もはや相手方〔A〕の引当（責任）財産から控除され、自働債権〔 α 〕の債権者〔B〕以外の他の債権者〔C〕は受働債権〔 β 〕を引当財産として擱取する途をとざされる、という相殺の構造によって達せられている。この構造に着目すれば、自働債権〔 α 〕の債権者〔B〕は独占的に受働債権〔 β 〕を擱取できるものであり、他の債権者〔C〕の発言を許さない意味で、最優先順位の担保権を持つに等しい。この意味では相殺は担保的機能を有するといつてよい。（私法学会シンポジウム〔1966：4頁〕〔林良平〕）

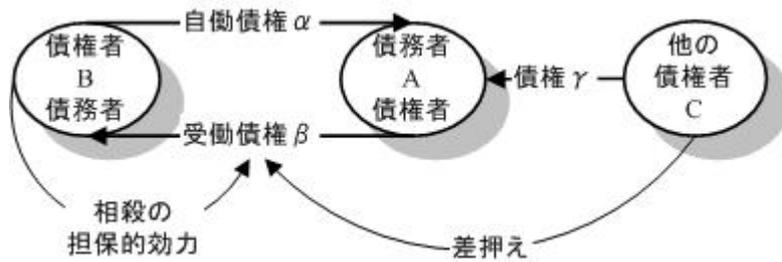


図1 相殺の担保的機能

しかし、「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利」（民法303条，342条，369条）を有する先取特権，質権，および，抵当権とは異なって，そのような明文の規定を有しない相殺が，何ゆえに，他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受けることができるのか，これが，議論の出発点であり，かつ，問題解決の目標でもある。

②相殺契約の担保的機能について

相殺適状は，相殺の意思表示の時点において必要であるとされてきた。ところが，相殺の担保的機能は，相殺の意思表示，または，相殺適状以前の時点で，受働債権が譲渡されることによって債権の対立性（相互性）が失われたり，受働債権が差し押さえられることによって弁済可能性（請求可能性）が失われたりするにも拘らず認められてきた。従来の学説は，このような「相殺の担保的機能の要件と意思相殺主義の要件である相殺適状の必要性の間に存するギャップ」を埋めることに成功していない。特に，差押時に相殺適状になく，自働債権の弁済期よりも受働債権の弁済期が先に到来していた事例（最高裁昭和39年判決（最大判昭39・12・23民集18巻10号2217頁），同45年判決（最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁：相殺に担保的機能があることを明言している））において，なぜ，相殺の担保的機能が生じるのかという問題が生じる。

そこで，このようなギャップを埋める働きは，相殺適状を不要とする相殺契約（相殺予約を含む）に求めてきた。しかし，第三者効を有しないはずの相殺契約にこのような大きな役割を与えることは妥当ではない。この問題については，第三部において相殺契約の果たす役割を典型的に検討している。

【第一部】 相殺の独自性と担保的機能の根拠

序章：相殺には，①簡易決済機能，②公平保持機能，③担保的機能の3つの機能が存在するとされてきた。従来の学説では，③の担保的機能を説明するために，②の公平保持機能を根拠にして，対立する債務を現実の履行なくして消滅させるという①簡易決済機能が遡及的に働くこと（相殺の遡及効）に着目して，上述のように，相殺の担保的機能とは債務の消滅を通じた「独占的」な「最優先順位の担保権」と説明されてきた。このため，従来の学説の中には，そのような強力な相殺の担保的機能を正面から認めることに否定的な見解も示されている。しかし，いずれの立場に立っても，一定の場合には，相殺の対抗力を認めることには違いがなく，そうであるとすれば，問題は，相殺に担保的機能があるのかどうかということよりも，まず，このような担保権を有していると同等の結果を基礎づける理論的根拠を明らかにすることにある。

第一章：相殺は，他の制度に還元できない独自の制度である。相殺は，弁済でも，更改でも（それゆえ，代物弁済でも，債権譲渡でも相殺を説明できない），免除でも，混同でもない独自の債権消滅原因である。また，相殺は，自らの債務を履行しないという点に着目すると，同時履行の抗弁権や留置権（あわせて，履行拒絶の抗弁権という）に類似しているが，債権を満足させる機能をも内包している点においてこれらと異なる。さらに，相殺は，担保物権としての質権でも，明文の規定を必要とされる固有の先取特権でもない。このような相殺の独自性は，相殺の担保的機能における優位性（必要にして最小限の担保力）となって現れる。すなわち，相殺の担保的機能は，裁判上の手続きも，私的な回収手続きも必要とせず，相殺の意思表示

だけで済む最も簡便・迅速な債権回収手段である。また、相殺がなされる場合には、対当額で債務が消滅するために、清算が行われるのと等しく、債権者の恣意によってとり過ぎが生じることもない。以下では、このような相殺の担保的機能の独自性を損なうことなく、先取特権、質権、および、抵当権のように「他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利」（民法303条、342条、369条）を有しない相殺が、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受けることができるということの理論的構成を考える必要がある。

第二章：比較法的な考察によると、国際的な契約法の傾向は、相殺の遡及効を放棄する方向に向かっており、相殺は将来効を有するものとされてきている（ヨーロッパ契約法原則13:106条、ユニドロワ国際商事契約原則（2004）8.5条（3））。このような中で、遡及効を維持することは、次第に困難な状況になりつつある。確かに、現在のところでは、わが国では、なお、相殺の担保的機能を遡及効に基づいて説明することが可能である。しかし、遡及効によって相殺の担保的機能を説明する場合には、受働債権について第三者が差し押さえたり、譲り受けたりする時点で未だ相殺適状に達していなくても、相殺の担保的機能を認める判例法理（最高裁昭和39年、同45年判決）を整合的に理解することは困難である。相殺の意思表示主義に立つからには、意思表示の時点で相殺適状が満たされていなければならないはずであるにもかかわらず、上記の判決は、相殺適状にない時点で他の債権者が受働債権を差し押さえた場合にも、相殺の担保的機能を認めているからである。

第三章：フランスでは、相殺の担保的機能を両債権の間に存在する牽連関係を根拠として、先取特権（優先弁済権）として構成する見解が有力に示されている。この考え方は、次の2点において、わが国の理論に有益な示唆を与えるものである。第1に、わが国の先取特権制度はフランス法から取り入れられたものである。第2に、従来、フランスの相殺は自動相殺であって、わが国の相殺制度を検討する際に比較の対象にはならないと考えられる傾向が強かったが、実際には、フランスでは、相殺は、当事者の援用（意思表示）に基づいて効力を生じ、その効力は、相殺適状にある債権の対立時に遡るもの、すなわち、遡及効を有していると考えられている。

そこで、わが国においても、相殺の担保的機能を、対立する債務の間に存在する牽連関係を根拠にして、同時履行の要請から、適状までのあいだの履行拒絶の抗弁権を発生させるとともに、自働債権を被担保債権とし、受働債権を目的とする第1順位の先取特権が、相殺の意思表示のみによって実現されるものとして理解することが可能となる。このような考え方（牽連性に基づく両債権の同時履行の即時的・優先的実現説）は、従来の相殺の担保的機能に関する合理的期待説として分類することができようが、その理論的根拠を対立する債権の間の牽連関係に導かれる先取特権の実現として構成する点で、従来、わが国で示されてきたいずれの見解とも異なるものである。

【第二部】 相殺の効力を巡る問題

牽連性から導かれる先取特権の概念を利用して、相殺の担保的機能を説明する考え方に基づいて、相殺および相殺の担保的機能を要件と効果の側面から再構成するとともに、この考え方の優位性を示す。これまで、相殺の担保的機能は、債務を消滅させることによって排他的・独占的に債権を回収する手段として位置づけられてきたが、本論文の採用する先取特権の概念を利用する考え方に立てば、相殺についてどのような制度を採用するにしても、相殺の担保的機能のすべてを合理的に説明することができるのみならず、後述のように、相殺権の濫用といわれている場合を含めて、利益の競合する第三者との関係を合理的に調整することができる。

序章：相殺および相殺の担保的機能の要件と効果を明確にする過程を通じて、相殺権の濫用の問題も、相殺、および、相殺の担保的機能の要件論の中に、正しく位置づけることができることを論証する。

第一章：相殺および相殺の担保的機能の要件を明らかにしている。

第1に、相殺の成立要件には、①債権の有効な存在要件（債権の存在の確実性）、②債権の相互性要件、③債

権の代替可能性要件，④債権の請求可能性要件が必要とされる。しかし，このような成立要件を満たしていても，障害要件がある場合，すなわち，債権の金額が不確定である場合，相殺が行われて簡易決済機能が働くと法律行為の目的を達成できない場合，および，相殺権の行使態様が濫用的なものである場合には，相殺の効力は認められない。これには，債務の性質による場合，合意による場合，原因のない行為による場合，法律の禁止による場合がある。以上の要件のうち，成立要件がすべて満たされ，かつ，障害要件がない場合，すなわち相殺適状を満たしている場合において，相殺の意思表示（援用）によって対立する2つの債務が対当額で消滅する。

この分析を通じて，従来，相殺権の濫用とされてきた事例，すなわち，①誤振込みによる預金債権を受働債権とする相殺，②保証人の預金債権を受働債権とする相殺，③保証人の事前求償権を自働債権とする相殺，④差押禁止債権を受働債権とする相殺，⑤不渡異議申立金返還請求権を受働債権とする相殺という5つの相殺権の濫用類型が，すべて，相殺の成立要件または成立障害要件の中に位置づけられることを明らかにしている。

第2に，相殺に**担保的機能をもたらす原因としての「牽連性」の検討**を行なう。履行拒絶の抗弁権（同時履行の抗弁権，留置権）及び先取特権における債務の牽連性の検討を通じて，「牽連性」という概念は，単純に定義することが困難なものではあるが，一応，以下のような基準によって判断できる。すなわち，2つの債務の牽連性は，①同一の契約関係から対立する債務が発生する場合，②関係しあう異なる契約から対立する債務が発生する場合，③事務管理・不当利得・不法行為，さらには法の規定といった契約外の原因に基づいて対立する債権が発生する場合に，対立する債権の間の牽連性が認められる。これらの場合には，民法511条及び民法468条2項の解釈を通じて，自働債権について先取特権が認められ，相殺適状までの間の履行拒絶が正当化されるとともに，相殺適状において，相殺の意思表示（援用）をすることで，この先取特権が現実的な履行なくして実現される。

第二章：相殺の担保的機能の効果として，その調整法理を検討する。

第1に，当事者間では，相殺の遡及効が次のようにして利害調整の役割を担っている。賃料の未払いに基づく解除と相殺の効力は，賃貸人と賃借人の間にある信頼関係によって，当事者の利害調整が図られるべきである。相殺には遡及効が存在するが，このように解除という異なる法律関係の判断には影響を及ぼさないという点で，相殺の遡及効には限界がある。このように相殺の遡及効によって影響を受ける範囲を調整することは，当事者の利害関係を調整する1つの手段として働く。

第2に，相殺権者と他の債権者間では，優先権について，他の一般債権や優先権と競合する場合に服する制限法理を利用することが有用である。本稿では，相殺の担保的機能を，債権者平等を破る優先権の実現と構成したことによって，従来は絶対的・排他的なものとしてきた相殺の担保的機能を，広く優先権が他の一般債権や優先権と競合する場合に認められる調整法理に服させることを試みる。すなわち，**相殺の担保的機能が他の債権者の請求と競合する場合に，抵当権に規定された調整法理（民法394条，民法398条の3），および，先取特権の調整法理（民法330条）に服させることによって具体的で柔軟な解決を導くことが可能となる。**

この分析を通じて，従来，相殺権の濫用とされてきた事例，すなわち，⑥債務者の危機時における相殺（同行相殺，駆込割引），⑦狙い打ち相殺，⑧割引手形買戻請求権を自働債権とする相殺，⑨代理受領における第三債務者による相殺，⑩振込指定を承諾した第三債務者による相殺という5つの相殺権の濫用類型を，すべて，相殺の効果を生じさせる際の相殺の行使要件（行使障害要件）の中に位置づけることができる。

【第三部】相殺契約の機能

相殺契約について，その内容とその担保的機能に果たす役割を検討する。

序章：相殺契約には、次のような機能があると指摘されてきた。第1に、実体法上は法定相殺の相殺適状（民法505条以下）が満たされているとしても、その証明が困難な場合に、証明責任を軽減する機能があること（立証責任の軽減機能）、第2に、法定相殺の相殺適状が満たされていない場合にも相殺と同様の効力を実現する機能があること（相殺適状の補充機能）、第3に、相殺の担保的機能を拡張する機能があること（相殺の担保的機能の拡張機能）が指摘されてきた。第三部では、この2つの機能（相殺適状の補充機能、相殺の担保的機能の拡張機能）について、類型的、比較法的検討を行う。

第一章：相殺契約の内容と担保的機能に果たす役割を検討するに当たって、従来の類型化を概観した後、再類型化を試みる。

第二章：相殺契約を次のように再類型化する。

第1に、期限の利益喪失特約は、対立する債権が代替可能なものである場合に、民法137条（期限の利益の喪失）の解釈として有効性が認められる範囲で、債務の要求可能性要件を満たし、これによって、法定相殺を実現させる働きを有する。停止条件付相殺契約についても、期限の利益喪失特約と同様で、その条件が、民法137条（期限の利益の喪失）の解釈として有効性が認められる範囲で、**対立する債務の間に法定相殺を実現させる働きを有する。**

第2に、予約型相殺契約には、遡及効が認められないために、第三者の介入以前に牽連性要件を満たすことができなく、偶然に他の債権者の回収行為に先立って予約完結権の行使をしなければ債権を回収することにつながらず、**担保契約としての意義が乏しい。**

第3に、2つの債権に、一定の期間が経過することによって、常に、同時に対当額において消滅することをその実現手段として成立する債権の間には牽連性が認められ、相殺の担保的機能が認められる。そして、このような相殺には**意思表示を必要としない自動相殺が行われる。**たとえば、期限付相殺契約が存在する場合はこれにあたる。

第三章：比較法的には、相殺制度にはさまざまなものが存在しうる。わが国のように、意思表示と遡及効を組み合わせるもの、意思表示と将来効を組み合わせるもの、意思表示なくして法の力によってのみ効力を生じるとするもの、意思表示を必要としながらもその効力は法の力によってのみ生じるとするものなどである。前述のようなわが国の相殺契約は、これら比較法的にみられるさまざまな類型をつくり出し、民法で定められた相殺（対立する債務の消滅による決済）を、新たな経済的ニーズに対応して利用することを可能にする現象として、比較法と法制史を接近させる興味深い事例として位置づけることができる。

【結論】

相互に対立する債権間に**牽連性がある場合には**、両債権につき同時履行が要請されることを根拠として、相殺権者に①相殺適状までの**履行拒絶の抗弁権**が与えられるとともに、②自動債権を被担保債権として、受働債権を目的とする**先取特権**が付与されること、③**意思表示のみによって優先的に債権を回収**することができる機能とが生じることを示した。その結果、相殺の担保的機能とは、それらが有機的に関連した1つのプロセス、すなわち、「牽連性に基づく両債権の同時履行の即時的・優先的实现」として再構成することができる。

このような考え方の優位性は、相殺の担保的機能をその要件と効果の側面で整合的に説明できる点にある。このことを明らかにするため、従来の学説と本稿の考え方を対比させながら最高裁の昭和45年判決（最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁）を検証し、本稿によって、従来の学説が実現できなかった意思相殺主義と相殺適状とのギャップが解消されたことになる。

3. 論文の評価

A. 本論文の目的とその到達点

本論文は、相殺の担保的機能に関する学術論文であり、その目標は、「相殺の担保的機能」といわれる債権の実質的な優先回収機能が、相殺の本来の要件である「相殺適状」を満たさない場合にも機能するという**確定判例**（昭和45年大法廷判決）と、相殺の担保的機能を**相殺適状から説明する正統的な理論との間に生じるギャップ**を埋めることにあった。

第511条（支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止）

支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に對抗することができない。

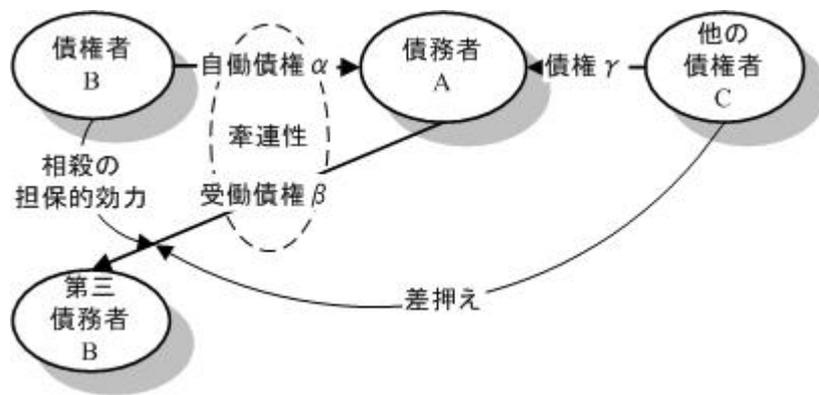


図2 相殺の担保的効力

本論文は、この問題を解決するために、わが国の主要な判例（55件）、および、学説（393件）を検討することによって、相殺の担保的機能は、先取特権として構成できるとの発想を得た後に、比較法的な検討、特に、フランスの主要な学説（19件）、および、判例（25件）を検討することを通じて、相殺の優先弁済機能を牽連性に基づく先取特権の実現プロセスとして構成することがフランスの学説・判例によって認められていることを確認し、相殺の担保的機能に関する以下のような新しい学説（**牽連性に基づく優先権の即時実現説**）を民法の解釈論として提唱するものである。

2つの対立する債権の間に**牽連性がある場合**には、両債権の同時履行を実現することが認められる（同時履行の抗弁権（民法533条）、留置権（民法295条）参照）。その実現方法としては、**履行拒絶の抗弁権**（同時履行の抗弁権、留置権の他に、不安の抗弁権（ドイツ民法321条、民法576条参照）が含まれる）、および、**先取特権**（ここでは、民法511条、468条2項の解釈を通じて受働債権の上に自動債権を被担保債権として成立する先取特権として構成される）がある。そして、「相殺の担保的機能」とは、相殺権者が、この履行拒絶の抗弁権と受働債権上の先取特権とを援用することによって、**両債権の同時履行を即時的・優先的に実現するメカニズム**である。

本論文でも紹介されているように、民法511条に関して「無制限説」を採用した最高裁昭和45年判決（最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁）が出されるまでは、相殺の担保的機能に関して、学会での議論、学術論文が次々と公刊されてきた。しかし、最高裁の45年判決が、判例の準則として確立するに至り、実務が無制限説で定着すると、学術的な議論もしだいに沈静化に向かい、それ以降、比較法的な研究は見られるものの、30年にわたって、わが国の相殺の担保的機能に関する解釈学的な観点からの学術論文（モノグラフィー）は公

表されていない。このような理論的な閉塞状況にあった相殺の担保的機能に関して、本研究は、その30年の空白を破って誕生し、相殺適状の要件を満たさない場合にも相殺の担保的機能を認める判例と意思相殺主義を採る以上、相殺適状、または、信義則に即した制限を与えるべきであるとする学説との間のギャップを埋めることに成功した論文として位置づけることができる。

B. 差押えと相殺に関する学説・判例の状況

本論文が、従来の判例と理論とのギャップをどのようにして埋めたのかを理解するために、相殺の担保的機能をめぐる学説と判例の状況を簡単に概観しておく。本論文のテーマである相殺の担保的機能に関する学説と判例の状況は以下の通りである。

「相殺の担保的機能」に関する通説による説明（高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』有斐閣（2005）4頁）

債権者と債務者が相対立する債権を有する場合の最も簡便な回収方法は、相殺である。この相殺が、担保の実行という効果をもたらしている。たとえば、Aに対して50万円の債務を負っているBが、Aに100万円融資した場合には、Bは相殺によって50万円は回収しうる。しかも、Aの債権者CがAのBに対する債権を差し押さえても、判例（最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁）は、民法511条の解釈として、BのAに対する債権が、差押え以前に取得したものであれば、BはCに対して相殺をもって対抗しうるとしている。AのBに対する債権については、B、Cとも債権の効力として平等に拘取力をもっているはずであるが、上記のごとき相殺によって、**BはCに優先して回収しうる**わけであり、したがって、**AのBに対する債権が、Aにとっては担保財産となっており、相殺が担保実行の方法となっている**わけである。銀行のごとき金融機関は、預金をしている者に融資したり、融資の一部を預金させたり（歩積み・両建て）するのが通常であるが、かかる場合には、そのような意味で、預金が担保財産となっているのである。

最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁

〔①相殺の担保的機能〕相殺の制度は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、**相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。**

〔②無制限説の採用〕債権が差し押えられた場合において、第三債務者〔B〕が債務者〔A〕に対して反対債権を有していたときは、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、右債権および被差押債権の弁済期の前後を問わず、両者が相殺適状に達しさえすれば、第三債務者〔B〕は、差押後においても、右反対債権を自働債権として、被差押債権と相殺することができる。（補足意見、意見および反対意見がある。）

〔③相殺契約の効力〕銀行の貸付債権について、債務者〔A〕の信用を悪化させる一定の客観的事情が発生した場合には、債務者のために存する右貸付金の期限の利益を喪失せしめ、同人の銀行に対する預金等の債権につき銀行において期限の利益を放棄し、直ちに相殺適状を生ぜしめる旨の合意は、右預金等の債権を差し押えた債権者に対しても効力を有する。（意見および反対意見がある。）

しかし、差押えと相殺に関する民法511条（（支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止））に関する最高裁の45年判決によるいわゆる**無制限説**に対しては、学説は、おおむね批判的であり、**制限説 I（弁済期先後基準説）**が通説となっている。

最大判昭39・12・23民集18巻10号2217頁

甲が乙の丙に対する債権を差し押えた場合において、丙が差押前に取得した乙に対する債権の弁済期が差押時より後であるが、被差押債権の弁済期より前に到来する関係にあるときは、丙は右両債権の差押後の相殺をもって甲に対抗することができるが、右両債権の弁済期の前後が逆であるときは、丙は右相殺をもって甲に対抗することはできないものと解すべきである。

債権者と債務者の間で、相対立する債権につき将来差押を受ける等の一定の事由が発生した場合には、両債権の弁済期のいかなを問わず、直ちに相殺適状を生ずる旨の契約および予約完結の意思表示により相殺をすることができる旨の相殺予約は、相殺をもって差押債権者に対抗できる前項の場合にかぎって、差押債権者に対し有効であると解すべきである。（補足意見および反対意見がある。）

無制限説を採用した判例（昭和45年大法院判決）が確立しているにもかかわらず、**制限説 I（弁済期先後基準説）**が通説となっている理由は、以下の2つである。

第1の理由は、無制限説によると、いかにも信義則に反するような相殺権者の行為を是認しなければならない。すなわち、受働債権が先に到来して、その弁済を義務付けられている第三債務者Bが、後に到来する自働債権の弁済期まで債務の履行を遅延させ、自働債権の弁済期が来るや否や、相殺を主張して自らの債務を免れて自らの債権を完全に回収することになるが、これは、信義則に反する行為といわざるを得ないからである。

第2の理由は、わが国の相殺制度が倣ったとされるドイツ民法392条が、以下のように制限説 I（弁済期先後基準説）を明文で規定しており、この説によれば、上記のような信義則に反する事態は避けられるからである。

ドイツ民法 第392条（差し押さえられた債権に対する相殺）

債権〔受働債権〕に対して差押えがなされたときは、債務者が差押後に債権〔自働債権〕を取得した場合、または、債権〔自働債権〕の弁済期が差押えよりも後に、かつ、債権〔自働債権〕の弁済期が差し押さえられた債権〔受働債権〕の弁済期よりも後に到来する場合においては、債務者は、その債権者に対して有している債権によって相殺することができない。

そして、このようなドイツ民法392条によってわが国の民法511条を制限的に解釈すべきであるという考え方は、最高裁昭和39年大法院判決の松田二郎裁判官の反対意見に見事に集約されている。

最大判昭39・12・23民集18巻10号2217頁における松田二郎裁判官の反対意見

差押債権の場合、第三債務者の相殺権につき、多数説の採り、しかして私もまた賛成する見解、すなわち「差押当時自働債権が未だ弁済期に到来していない場合でも、その弁済期が被差押債権である受働債権のそれより先に到来するものであるときは、相殺を以て差押債権者に対抗し得る」との見解〔制限説 I（弁済期先後基準説）〕は、従来の最高裁判所の判例〔相殺適状説〕の態度を改め、わが民法をドイツ民法第392条後段と同趣旨に解そうとするものである。しかれば、ドイツ法上、右条文の下において、第三債務者と債務者との間に、差押より以前に締結された相殺契約が存在するとき、それは差押によつて影響されずとし、あるいはこれに優先するものと解されることは注目し、このことは卑見を確かめるものである。思うに、多数意見はドイツ民法第392条後段と同旨の見解を採る以上、この点の見解も亦採用すべきであると思われる。

しかし、わが国の最高裁45年判決は、この見解を採用しなかった。その理由は、相互に対立する債権がある場合に、どちらの弁済期が先に来るかは偶然的な事情であつて、たとえ、自働債権の弁済期が後に来る場合であっても、継続的な契約関係がある場合には、それらの債務は時間の流れにしたがつて、それぞれの債務が適状になれば、相殺されていくのが常態である。したがつて、たまたま、その自然の流れの途中で第三者が介入したからといって、それらの債務が相殺されるとの当事者の期待を覆えす必要はないというのが、無

制限説からの制限説 I（弁済期先後基準説）に対する反論である。

表1 相殺の担保的機能に関する事案の類型と学説・判例の状況

学説		自働債権	受働債権	相殺可能の理由
相殺適状説	相殺適状説	①弁済期		相殺適状が差押えよりも前である
			②弁済期（相殺適状）	
		③差押え		
	①弁済期			
相殺適状修正説			（③による相殺適状）	
			②差押え	
			③弁済期 期限の利益の放棄が可能↑	
制限説 （最高裁39年判決）	制限説 I （弁済期先後説）		①差押え	自働債権の弁済期が受働債権の弁済期が先である
		②弁済期		
	制限説 II （期待利益説）		③弁済期 （期限の利益の喪失約款）↑	
			①差押え	
		②弁済期	相殺に対する合理的な期待（継続的な取引関係、相殺予約等）がある	
無制限説 （最高裁45年判決）			①差押え	民法511条の反対解釈 差押えよりも先に自働債権が取得されている
			②弁済期	
		③弁済期		

このように議論（信義則に反する行為は是認されない vs. 相殺の正当な期待は保護されるべきである）が伯仲している場合には、相殺の担保的機能とは何かという本質的な考察が決め手になるはずである。

C. 相殺の担保的機能の理論的解明に関する学説の状況

ところが、相殺の担保的機能の本質がどのようなものであるかについては、質権説、代物弁済説、そして、最近では、先取特権説も見られるものの、定説をみていないのが現状である。

相殺の担保的機能とは何かについての議論が収束しない理由は、相殺の担保的機能を理論的に解明するには、克服すべき難問が山積しているからである。特に、以下の2点が重大である。

1. わが国の判例・実務が採用する無制限説は、信義則に反する結果を認めることになる。
 - なぜなら、相殺権者が自働債権の弁済期が到来するまで自らの債務を履行せずに置いておき、自働債権の弁済期が到来するや否や相殺の意思表示をして受働債権から優先的に回収することを認めることになるからである。
 - これに対して、わが国が依拠したとされているドイツ民法（ドイツ民法392条）が、信義則に則った制限説 I（弁済期先後基準説）を採用しており、学説としては、制限説 I（弁済期先後基準説）の方が有力である。
 - しかし、学説の多くが支持する制限説 I（弁済期先後基準説）は、弁済期の先後という偶然的な事由を相殺の担保的機能の判断基準とするものであり、特に、継続的な契約関

係がある場合の相殺と差押え、相殺と譲渡の問題について、柔軟で具体的な解決を導くことができない。

2. 実務の実態を適格に反映できる**理論構成が困難**であるという事情が問題の解決を困難にしている。
 - 例えば、銀行BがAに対する貸金の担保として預金を預かっており、第三者Cがその預金を差し押さえてきたという場合を考えてみよう。この場合には、銀行Bは、相殺制度を利用して、自らの金庫に保有している預金からあたかも預金に質権が設定されているかのように優先弁済を受けることができる。このことは、直感的には理解可能である。
 - しかし、このことを理論的に説明しようとするとはそう簡単ではない。まず、貸金の担保となる預金については、銀行が特定した金銭という有体物に質権を設定するというわけにはいかない。預金は、有体物として特定しているのではなく、指名債権としての預金債権とされており、それを担保に供する制度としては、制定法上は、債権質の制度しか存在しない。しかし、受働債権を債権質に取ろうとすると、自らが債務者である債権に質権を設定するという奇妙なことになる上に、債権質の對抗要件は、債務者に対する通知または承諾であるが、債務者が債権者に通知したり、債権者が承諾するというのもこれまた奇妙である。そのためもあって、銀行が受働債権である預金に質権を設定するという実務は現在では行われていない。
 - そうすると、残された受働債権の担保方法としては、譲渡担保または代物弁済予約しか考えられないが、譲渡を行うと、債権と債務とは混同によって消滅してしまい、担保権が成立しなくなる。代物弁済の予約と構成しても、同じである。
 - 最後に残された先取特権については、それが法定担保物権であって、明文の規定が必要とされること、さらに、特定債権に対して先取特権を認めていた民法旧320条（公吏保証金の先取特権）の規定が、先の現代語化に伴って削除されたため、特定債権の上の先取特権を認める条文上の根拠となる手がかりが失われてしまったという事情がある。

このようにして、相殺の担保的機能という場合の担保とは何かをこれまでの制度を用いて理論的に説明することは不可能と思われてきたのである。

D. 本論文の意義と課題

このような理論的な閉塞状況にあった相殺の担保的機能に関して、その30年の空白を破って誕生した本論文は、相殺の担保的機能について、それを**牽連性に基づいて正当化される同時履行の実現方法（履行拒絶の抗弁権と優先権の結合）**として位置づけた画期的な論文である。この考え方（**牽連性に基づく優先権の即時実現説**）によると、以下のように、①相殺適状が満たされないにもかかわらず、相殺の担保的機能が認められること、②自働債権の弁済期よりも受働債権の弁済期が後に到来する場合にも、相殺の担保的機能が認められること、③相殺契約も公示もなしに、受働債権から他の債権者に先立って自働債権を回収できる権限を第三者に対抗できることを整合的に説明することができる。

第1に、相殺の担保的能に関する制限説と無制限説との議論について、別の観点から議論を収束させることが可能となる。

- 相殺の担保機能に関する無制限説に対して批判がなされている理由は、先にも述べたように、Aに対するBの自働債権の弁済期が到来する前にAの受働債権がAの債権者Cによって差し押さえられた場合に、Bの自働債権の弁済期が来ていないにもかかわらず、Bによる相殺の担保的機能を認めることは、弁済期に弁済をせずに債務不履行状態を継続しつつ、自働債権の弁済期が到来するや否や相殺を行うことによって自働債権の回収を行うという相殺権者Bの行為が**信義則に違反すると考えられる**からである。
- しかし、他の債権者Cが差押えを行う場合というのは、Aの資力に不安が生じている場合であることが多い。このような場合に、受働債権の弁済期が到来したとはいえ、**牽連しているBの自働債権の弁済に不安が生じている以上、Bに履行拒絶の抗弁権を与えるべきである。**
 - ドイツ民法は、弁済期先後説を明文で定めているが（ドイツ民法321条）、他方で、牽連する債

務が「相手方の給付の欠如により危殆化されることが予見できる場合には、その者が負担する給付を拒絶することができる」という、**不安の抗弁権**を認めている（ドイツ民法321条）。

- わが国には、不安の抗弁権そのものを規定する条文は存在しないが、買主が売買代金の支払義務を負う場合について、**民法576条**は、「買主がその買い受けた権利の全部又は一部を失うおそれがあるときは、買主は、その危険の限度に応じて、代金の全部又は一部の支払を拒むことができる」として、先履行義務を負う当事者について、実質的な不安の抗弁権を認めている。
- このように考えると、2つの対立する債権の間に牽連性がある場合には、たとえ、それぞれの弁済期に差がある場合であっても、一方の債務の履行に不安がある場合には、**牽連性に基づく同時履行の要請を理由として、先履行義務を拒絶しつつ、相殺によって同時履行を実現することは、信義則に反する行為ではないということ**を理論的に説明することができる。
- 深川論文が、このような解決方法を導くことができたのは、「簡易決済機能をもたらす相殺の要件・効果」と「履行拒絶権及び担保的機能をもたらす相殺の要件・効果」とを分離して析出するという深川氏の優れた着想力によるものである。そして、「簡易決済機能をもたらす相殺の要件」に両債権の牽連性が加わった場合にはじめて「履行拒絶権及び担保的機能」をもたらす相殺の担保的機能の要件が満たされるということが明確となったのであり、この点も、高く評価されるべきである。

第2に、相殺の担保的機能の優先弁済的側面について、その理由が、自働債権と受働債権の間に牽連性がある場合に認められる「先取特権」であると考えられるならば、相殺が、他の債権者に先立って弁済と同様の満足を得ることができることの説明が可能となる。

第3に、相殺の担保的機能が履行拒絶の抗弁権と先取特権の実現の問題であることが明らかにされるならば、従来の学説が十分に説明をすることができなかつた相殺の優先的な回収機能の説明、および、相殺には公示機能が欠如しているにもかかわらず、第三者に対して優先権を有するのはなぜなのかという問題についても、十分な理由を提供することが可能となる。

このように、本論文は、「相殺の担保的機能」といわれる債権の実質的な優先回収機能が、相殺の本来の要件である「相殺適状」を満たさない場合にも機能するという**確定判例**（昭和45年大法廷判決）と、**相殺適状から相殺の担保的機能を説明する正統的な理論との間に生じるギャップを埋めるという目標を達成**しており、相殺の担保的機能の研究に新たなページを付け加えたものとして高く評価することができる。

また、本論文は、従来、相殺の担保的機能に関する無制限説を外部から制限するものとして、ad hocに利用されてきた相殺権の濫用の場面について、問題となっている相互に対立する債権の性質からみて成立障害要件に該当する場合（①誤振込みによる預金債権を受働債権とする相殺、②保証人の預金債権を受働債権とする相殺、③保証人の事前求償権を自働債権とする相殺、④差押禁止債権を受働債権とする相殺、⑤不渡異議申立金返還請求権を受働債権とする相殺）、および、効力を発生させる際の行使障害要件に該当する場合（⑥債務者の危機時における相殺（同行相殺、駆込割引）、⑦狙い打ち相殺、⑧割引手形買戻請求権を自働債権とする相殺、⑨代理受領における第三債務者による相殺、⑩振込指定を承諾した第三債務者による相殺）の2つに分けて相殺の要件論の中に吸収することを実現している。そのことによって、相殺権の濫用法理が、恣意的な判断に陥らないような歯止めをかけること、および、相殺の担保的機能の体系的な理解にも大きく貢献している。

なお、本論文においては、**相殺の濫用論を相殺の要件の中に組み込むに際して**、対立する**相互の債務の牽連性が重要なものとして考慮**されている。したがって、年金や給料債権のように、差押えが禁止されている債権が銀行預金に振り込まれた場合に、銀行がそれを貸金債権と相殺してよいかどうか問題になる場合に関しても、従来の判決例（東京高判昭63・1・25判時11276号49頁）のように、たとえ年金や給料であっても、預金債権となると一般債権化するために相殺が認められるというような安易な思考に流れることなく、本論文においては、「差押禁止債権が振り込まれて預金債権となっていることを知っている場合には、それを受働債権として相殺の効力を対抗することはできない」という妥当な結論が導き出されている。

さらに、本論文は、フランス民法との比較研究ばかりでなく、ヨーロッパ契約法原則およびユニドロワ国際商事契約原則（2004）における相殺に関する規定をも研究の対象とし、ドイツ民法やわが国の民法が採用している相殺の遡及効が普遍的な解決法ではなく、むしろ、相殺の意思表示のときから効果が生じる相殺の将来効を採用している国が多いことが明らかにされている。わが国においても、近い将来に行われることになっている債権法改正に際しては、相殺の遡及効が将来効によって置き換えられる可能性がある。その場合には、相殺の担保的機能を相殺の遡及効として論じることができなくなるため、本論文のように、相殺の担保的機能を牽連性に基づく先取特権として位置づけることが重要な意味をもつことになる。

このように、本研究は、単に学術的な価値が大きいばかりでなく、牽連性の考慮を通じて債権の性質に応じた柔軟な解決のあり方が示されており、わが国の将来の立法政策を論じる際にも有用なものに仕上がっているといえる。

もともと、本論文にも問題点がないわけではない。

第1の問題点は、**牽連性の概念は、不確定概念**であり、本論文でも紹介されているように、フランスにおいても、牽連性の概念は、確定した枠の中に閉じ込めることのできない概念とされている。したがって、そのような不確定な概念に依拠して、相互に対立する債権に牽連性がある場合に相殺に強力な担保権としての先取特権を与えることは、危険ではないのかとの疑問が生じる。

しかし、民法の中には、周知のように、「正当な理由」（民法110条、269条、354条）、「相当の期間」（114条、395条、408条、524条、541条、547条、556条、591条、634条、693条、987条、1008条、1027条）などのように、重要な効果の発生・不発生が、不確定概念によって決定される場合が数多く存在している。

さらに、相殺の担保的機能の要件とされる牽連性の概念は、従来の合理的期待説のように、当事者の意思のような主観的な要素の入り込まない客観的な概念であり、恣意的な判断を誘発する危険性は最小限に抑えられている。

確かに、ドイツ民法392条のように、受働債権が差し押さえられた場合に、相殺の限界を自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも後に到来する場合には、相殺の効力を生じないしたり、わが国の民法511条の反対解釈を通じて、差押後に取得した自働債権による相殺を認めないというように、時間の前後のみによって判断をするならば、不確定な要素は入り込まず、判断は容易となる。しかし、そのような判断基準においては、先に述べたように、「どちらの弁済期が先に来るかは偶然的な事情であって、たとえ、自働債権の弁済期が後に来る場合であっても、継続的な契約関係がある場合、すなわち、自働債権と受働債権の間に牽連性がある場合には、それらの債務は運命共同体であるかのように、時間の流れにしたがって、それぞれの債務が適状になれば、相殺されていくのが常態である。したがって、たまたま、その自然の流れの途中で第三者が介入したからといって、それらの債務が相殺されるとの当事者の期待を覆えす必要はない」という反論には、答えることができない。これに対して、両債権の牽連性を考慮する考え方は、ドイツ民法392条やわが国の民法511条が規定している時間の前後の基準をも、牽連性や行使要件の判断プロセスにおける考慮事項として取り込むことができるという利点を有しているといえよう。

第2の問題点は、先取特権は、法定の担保物権であり、**条文の根拠なしに先取特権を認めることはできない**のではないのかという疑問が生じる。

しかし、現行民法において先取特権が認められた理由を探求していくと、被担保債権と目的物との間に、目的物の存在、保存等の価値の維持、増加への寄与という牽連性が認められている。また、相殺の担保的機能の具体的な場面である相殺と差押えとの関係では、民法511条は、その反対解釈によって、相殺権者が他の債権者に先立って受働債権から自働債権の回収をすることができることが認められており、最高裁は、この点について、「**相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につ**

きあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである」（最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁）ことを認めている。したがって、このことから、民法511条によって、自働債権の債権者は、受働債権の上に先取特権を有していると解釈することが可能となっている。

第3の問題点は、民法においては、相殺の要件は、相殺適状とされているのに、本論文では、**相殺の担保的機能の要件が、相殺適状ではなく、相互の債務の間の牽連性とされている点**である。

具体的には、相殺の担保的機能を先取特権と同じものと捉える場合、先取特権自体は法文上の根拠があり、それに規定されている要件を充足すれば、優先効を発動することができるが、相殺の場合、一応相殺適状がその要件とされているところ、本論文の主張では、牽連性がある場合にはこれを緩和ないし無視してまで相殺の優先効を認めることになるはずだが、そうしたことを認める理由は牽連性が強いからということによく分かるが、具体的要件論については、未だ明確に立論されていないように見受けられる。この点も、いかなる場面（それなりに類型化されているが）で、いかなる要件に基づきこれを認めるかについては、今ひとつ言及が足りないように思われる点である。

この点に関して、深川論文は、相殺の担保的機能の要件を、「対立する相互の債権の間に牽連性が存在すること」という要件に絞り込んでいる（相殺の担保的機能の牽連性に基づく即時実現説）。したがって、**相殺の「担保的機能」に関する限りでは、相殺適状要件は、牽連性を推定する前提事実としての役割を果たしうるに過ぎない**。すなわち、相殺適状があっても、相互の債務に牽連性が認められない場合には、相殺権者は、受働債権に対する差押債権者、債権譲受人、物上代位権者に対して、相殺をもって対抗できない。反対に、相殺適状にない場合でも、相互の債権に牽連性がある場合には、受働債権に対する差押権者、債権譲受人、物上代位権者に対して牽連性から生じる履行拒絶の抗弁権と法定の優先権（先取特権）を主張することができる。ただし、相殺権者が主張できるのは、黙示の質権者としての第1順位の先取特権に過ぎないので、民法330条の規定に従って、それに優先する権利を有する債権者には、劣後することになるし、その他の担保法における制限法理、すなわち、民法394条、民法398条の3第2項の制限にも服することになる。

いずれにせよ、深川理論は、民法511条、468条2項の解釈に際して、合理的な相殺の期待としての「牽連性」を重視し、牽連性に基づいて、相殺権者には、相互の債務の同時履行と自働債権に優先権が与えられるとするものである。一見したところ、このような解釈は、要件論としては、複雑な印象を受けるかもしれない。しかし、そのような民法511条、468条2項の解釈は、例えば、**民法612条における賃貸借の解除の要件について**、条文上は、「無断転貸・譲渡」があれば、即、解除ができると規定されているにもかかわらず、最高裁によって、「信頼関係破壊の法理」を通じて、実質的な解除の要件が、「背信的行為」へと変更されている。このことは、**条文の要件を無視したかのように見えて、実際には、柔軟で妥当な解釈法理が確立しているのと同様に考えることができる**。深川理論は、民法511条、および、民法468条2項においても、時間の先後という硬直的な要件ではなく、「牽連性の有無」という要件を通じて、柔軟で妥当な解決を導こうとする新しい理論であり、今後の発展が期待できるといえよう。

相殺の担保的機能の要件を「相互に対立する債権の間の牽連性」に求める深川理論は、確かに、従来の理論とは異なり、担保的機能を導くものについて、民法典に規定された相殺適状であるとか、自働債権と受働債権との弁済期の先後であるとか、自働債権の取得時と第三者の介入時の先後であることというような判断が容易な要件を採用していない。しかし、判断が容易で機械的である要件は、硬直的な結果をもたらすという欠陥を免れることができない。これに反して、深川理論においては、相殺の担保的機能を導く要件が、「牽連性の有無」という柔軟な要件に集約されているのであり、要件論におけるあいまいさは、理論としては、むしろ、克服されているといえよう。

第4の問題点は、相殺の担保的機能を先取特権として構成する場合の**第三者との関係**に関する問題点である。

深川論文の主張の眼目は、従来の判例・学説において相殺の担保的機能といわれてきたことの中身を、判例・学説の詳細な検討及びフランス法との比較法的考察に基づき、先取特権と同程度の優先効（優先弁済的

効力)を有するもの(権利)としたところにある。そして、こうした優先効を発動させるための要件(理由)として、自働債権と受働債権の牽連性の度合い(強弱)を挙げられる。こうした主張自体は、昨今の抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と保証金返還請求権(平成13年最判)や敷金返還請求権(平成14年最判)による相殺ないし充当といった問題に対する最高裁の帰結と軌を一にし、しかも新たな基準を定立して両者の優劣を論じている点できわめて評価が高いと思われる。

そこで、次に問題となるのが、動産売買先取特権に基づく転売代金債権に対する物上代位と転得者(転買主)の債務者(転売主)に対して有する両者の継続的取引ないし同一取引において生じた債権(反対債権)とを相殺できるか、いずれが優先するかという問題に関しても、牽連性の強弱から、両者の優劣を決するものと思われる。その場合、いずれが優先するかにつき、一方で、動産売買先取特権者の転売代金債権に対する物上代位は、売却した動産の代価(代償物)への優先という意味で動産売買先取特権者の債務者(買主)に対して有する被担保債権(売買代金債権)ときわめて牽連性が強いと思われるが、他方で、債務者(買主=転売主)と第三取得者(転得者=転買主)との間の継続的取引などから生じた債権債務関係もこれまた牽連性が強いと思われ、一概に牽連性の度合い(強弱)といってもその判断は微妙だと思われる。まず、両者の優劣の帰結と次いでその理由・基準をどうするかは、将来的な課題として問われること必至と思われる。

この問題点については、深川論文では、直接に結論が示されているわけではないが、東京地判昭46・3・23判時640号63頁の検討の箇所、民法330条の類推解釈として、その解決案が示唆されている(381頁以下)。上記の例で、売主をA、買主(転売主)をB、転買主をCとし、AがBに対して有する売買代金債権を γ 債権、BがCに対して有する転売代金債権を β 、CがBに対して有している自働債権を α 債権として深川理論による解決方法を見てみよう。

α 債権と β 債権との間に牽連性がある場合には、相殺権者Cは、第1順位の先取特権を有する。これに反して、Aが有する売買代金債権は、第3順位の先取特権を有するに過ぎない。したがって、原則としては、Cの相殺がAの先取特権に基づく物上代位に優先する。しかし、CがAの先取特権を知っている場合には、民法330条により、「第1順位の先取特権者(C)は、その債権取得の時に第2順位又は第3順位の先取特権者(A)があることを知っていたときは、これらの者に対して優先権を行使することができない」のであり、Aの物上代位が優先する。また、 α 債権と β 債権との間に牽連性がない場合には、そもそも、Cは相殺の担保的機能を有しないので、Aの物上代位が優先する。

これが、深川論文の理論を第4の問題点に対して適用した結果であり、この問題点についても、解決の方向性が示唆されていると思われる。

本論文に対しては、以上のような4つの問題点を指摘することができるとしても、それらの問題点については、上記のように、すべての点で、解決の方向が示唆されており、これらの問題点が存在することは、この論文の価値をすこしも低下させるものではない。この論文によって指摘されたことに触発されて、はじめて、さらなる発展が期待できることが示されたに過ぎないからである。

また、審査委員が着目した点として、大胆な結論を導くに至る過程における、深川氏の解釈手法の手堅さがある。日本民法は、制定当時の比較法の所産であり(主として、仏、独、英、及びボワソナードの卓見)、ボワソナード草案、旧民法、法典調査会用起草者原案、法典調査会の審議、現行民法(現代語化前)という段階を経ている。本論文は、関係条文の沿革史を辿り、異なる複数の母法から一つの民法を作り上げる際の混乱、または、結実しなかったが審議過程における貴重な観点・視点を丹念に拾い集めるという作業の上で成り立っており、この分析・作業方法は、まさに、日本民法の解釈手法として正統的なものというべきである。言うは易く、行は難しとされている、このような正統的な手法を着実に実現した点においても、本論文は、高く評価されるべきである。

これらの点を考慮して、当審査委員会は、深川裕佳氏の本論文は、深川裕佳氏が独立して研究する能力を十分に有していることを示すものであり、本論文は、法解釈学のレベルから見ても、また、今後の立法に貢献

しうるレベルの高さから見ても、課程博士論文として十分なレベルに達しており、博士号を授与するに値するものと評価できるとの結論に達した。

Ⅱ 審査結果

1. 2月15日の論文審査会

以上の過程を経て、審査会は、深川裕佳氏の博士学位審査請求に関し、投票により、賛成21票、反対0票で、全員一致で合格との結論に達した。

2. 3月3日の口述試験

3月3日に深川裕佳氏の口述試験が行われた。口述試験の質疑応答の概要は以下の通りである。

(質問) 従来は、相殺適状を要件とする相殺の担保的機能が問題とされてきたが、深川論文では、牽連性に基づいて、相殺の担保的機能が生み出されるということではないか。

(回答) その通りである。相殺適状にある場合には、相殺の簡易決済機能、公平機能は働きますが、担保的機能が生じるのは、対立する債権に牽連性が認められる場合だけである。しかも、相殺適状にない状態で、受働債権に対して、差押えや、債権譲渡など、第三者が介入したときでも、受働債権と自働債権との間に牽連成がある場合には、相殺は、差押債権者や債権譲受人に対抗できるという結果が生じる。

(質問) 相殺を先取特権の実現プロセスとしてとらえるという場合の条文上の根拠は何か。

(回答) 民法511条、民法468条2項が根拠条文となる。これらの条文は、受働債権の差押債権者や受働債権の譲渡人に対して、相殺をもって対抗できるとの明文の規定があり、最高裁も（昭和45年判決、および、50年判決）により、相殺の担保的機能を認めている。さらに、民法511条、および、民法468条2項の立法理由を探索すると、立法者も、旧民法が認めていた自動相殺主義を制限して、意思相殺主義の観点から相殺の第三者効を規定したが、相殺の第三者効を否定するつもりはなく、結果として、自動相殺主義と同様の強力な効力を相殺に認めている。

(質問) 民法511条、民法468条2項が、相殺の抗弁の第三者効だというのはわかるが、それが、先取特権にはどのようにつながるのか。

(回答) 民法511条、民法468条2項を文字通り解釈すると、受働債権に対する差押えや、債権譲渡などの第三者による介入が生じた時点以前に取得した自働債権によって相殺ができることになり、そうすると、受働債権の消滅を通じて、差押債権者に独占的・排他的債権回収機能が与えられることになる。しかし、これでは、相殺権者を保護しすぎることになる。そこで、他の債権者との優先権の調整を行うことになるが、その場合に、債権者間の調整法理を一手に引き受けているのは、現行民法上は、先取特権の規定であること、フランスでは、相殺の担保的機能は、先取特権として説明されていることなどを考慮して、先取特権の規定を利用することとした。ただし、私見は、相殺の担保的機能を先取特権であるとするのではなく、債権間に牽連性が認められる場合には、自働債権に先取特権が与えられ、債権者間の調整機能が働く範囲でのみ、相殺の第三者効（意思表示のみによる先取特権の実現）が認められると考えている。

(質問) 相殺の担保的機能を牽連性に基づく先取特権の実現プロセスと捕らえる点は理解できる。しかし、先取特権としての順位を第1順とするに際して、黙示の質の考え方を利用しているが、黙示の質は、占有に基づく優先権であると考えられるので、相殺の場合には、その考え方は使えないのではないか。

(回答) 先取特権は、占有も公示も必要としない権利である。黙示の質も、必ずしも、占有を根拠としてい

るわけではない。もっとも、代表的な不動産賃貸人の先取特権の場合には、賃貸人は、賃借人が備え付けた動産について占有をしているが、それは、占有改定による占有であり、質権とは異なる。しかし、この点については、十分な研究ができていないので、今後の課題としたい。

(質問) 相殺の担保的機能の研究は、今後どのような発展が期待されるのか。

(回答) 二者間相殺を中心に考察を行い、三者間相殺については、二者間相殺へ還元する方向で検討をしているが、今後は、指図 (délégation) を含めて研究を深め、三者間相殺のメカニズムと対抗問題を検討していきたい。

口述試験の後、審査会で慎重な検討を行った後、投票により、賛成21票、反対0票で、深川裕佳氏の口述試験の合格を決定した。
