

差し押さえた債権を受働債権とする相殺について

西 國 原 悠

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 科 研 究 員 〕

論文の内容については、すべて執筆者の個人的見解であり、税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式見解を示すものではありません。

要 約

1 研究の目的（問題の所在）

A（第三債務者）は、Bに対して α 債権を有し、Bは、Aに対して β 債権を有している。Bの債権者であるC（差押債権者）が、 β 債権を差し押さえたところ、Aは、Bに対して有する α 債権を自働債権とし、 β 債権を受働債権として相殺しようとした。この相殺をCに対抗することができるか、という「差押えと相殺」の問題については、古くから多くの議論があった。

平成 29 年に成立した民法の一部を改正する法律では、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず相殺できるとする無制限説が明文化された（改正民法 511 条 1 項）。さらに、差押え時に具体的に発生していないものの発生原因が存在する債権を自働債権とする相殺が許容されており（同条 2 項）、この点、平成 29 年改正前民法より相殺権を拡張したものといえる⁽¹⁾。なお、これらの規定に基づいて相殺が容認されるとしても、執行妨害的な債権取得事例や偏頗行為的な相殺までもが容認されるものではないため、このような相殺に対しては、相殺権濫用の法理により差押債権者と第三債務者の公平が確保されることになると解されている⁽²⁾。

このような民法の規定及び解釈に基づき、国税徴収法基本通達は、差押債権（受働債権）及び反対債権（自働債権）の弁済期がいずれも到来している場合、第三債務者は、相殺をもって差押債権者に対抗することができ、この反対債権には、差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権が含まれる旨、ただし、先に弁済期が到来した差押債権につき第三債務者が履行しな

(1) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月「民法（債権関係）の改正にかかる中間試案の補足説明」308 頁参照。https://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf（2022.5.31 最終確認）、沖野眞巳「相殺に関する民法改正下の解釈問題—差押えと相殺における『前の原因』をめぐって」平成 27 年度金融法務研究会第 2 分科会報告書（2018）45 頁参照。

(2) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)310 頁、沖野・前掲注(1)47 頁参照。

かったことが、その期間の長さなどからみて権利の濫用に当たるときはこの限りではない旨を示している（国税徴収法基本通達 62 条関係 31）。

租税徴収と相殺の関係については税法上明文の定めがないため、「差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権」、「権利の濫用」の意味内容等は民法の規定及び解釈に従うこととなるが、これらは必ずしも明らかとはなっていない。この問題について、民法の議論の進展や裁判例の蓄積を待つばかりでは、実際に第三債務者から相殺の主張がされたときに対応することができず、差押債権の取立てが円滑に行えなくなる可能性がある。

そこで、本稿では、差押債権について第三債務者から相殺の主張がされたときに、どのような事実があればそれを争い得るか、その判断基準を明らかにするための検討を行うこととする。また、検討を深めるにつれ、租税徴収の実務においては、第三債務者から相殺の主張がされたときその全てを民法の解釈によって解決していくのは限界があると考えられたことから、新たな立法の提案を試みている。

2 研究の概要

(1) 相殺に関する学説及び判例の変遷

イ 差押えと相殺に関する学説

平成 29 年改正前民法 511 条の下においては、差押え後に取得した債権でさえなければ、差押え前に相殺適状となっていなくても相殺できるのか、また、相殺適状になっていないとしても、差押債権（受働債権）と反対債権（自働債権）の弁済期の先後が問題になるかという点は、必ずしも明らかではなかった⁽³⁾。

この点については、差押えの時点以前に相殺適状があった場合にだけ相殺が認められるとする相殺適状説、反対債権が差押え前に取得されていることに加え、その弁済期が受働債権のそれよりも早く到来する場合

(3) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)308 頁参照。

に限って相殺が認められるとする制限説、差押え前に自働債権が取得されておりさえすれば、両債権の弁済期の到来やその弁済期の先後を問わず相殺が認められるとする無制限説等、多様な見解が発表されていた。

ロ 判例の変遷と平成 29 年民法改正

判例は、最大判昭和 39 年 12 月 23 日民集 18 卷 10 号 2217 頁において制限説の立場を採用したものの、わずか 5 年あまりで判例変更し、最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 587 頁で無制限説の立場を採用した。以降、実務上は無制限説を前提とした運用が定着していた。

しかし、学説では、制限説を支持する見解が、なお有力に主張されていた。これは、無制限説によると、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後に到来する場合に、受働債権を履行しないで、自働債権の弁済期が到来するのを待った上で相殺するといった不適切な相殺が許容されることになるためである⁽⁴⁾。

このような状況の中、平成 29 年改正民法は、無制限説の立場を明文化した（改正民法 511 条 1 項）。制限説が指摘してきた不誠実な第三債務者からの相殺が許容されるのかという問題については、相殺権濫用の法理により対処していくことになるかと解される⁽⁵⁾。

(2) 平成 29 年改正民法による相殺の拡張

平成 29 年改正前民法 511 条は、差押え時に具体的に発生していないものの、発生原因が存在する債権を自働債権とする相殺が禁止されるか否かが、条文上明らかではなかった。一方で、破産法においては、破産債権者が破産者に対して債務を負担するときに相殺をする場合において、このときの自働債権は、破産債権に該当するものであれば、破産手続開始決定時に具体的に発生している必要はないと解されている⁽⁶⁾。

(4) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)308 頁参照。

(5) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)310 頁参照。

(6) 法制審議会民法（債権関係）部会「資料 69A 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(4)」(2013) 28 頁参照。<https://www.moj.go.jp/content/000119882.pdf> (2022.5.31 最終確認)。

このように、差押え時と破産手続開始決定時とで相殺を対抗することができる範囲が異なっていたところ、平成 29 年改正民法は、差押え時に具体的に発生していない債権であっても、「差押え前の原因に基づいて生じた」債権を自働債権とする相殺を容認した（改正民法 511 条 2 項）。これについては、差押え時に相殺を対抗することができる範囲が、破産手続開始決定時に相殺を対抗することができる範囲まで拡張されたものとみることができる。

しかし、民法 511 条 2 項における「差押え前の原因」という要件は必ずしも明確なものとはいえず、これが具体的には何を指すのか議論になるという指摘がされている⁽⁷⁾。

「差押え前の原因」に関する先行研究の成果を見ると、この問題は、差押債権者の利益と、第三債務者の利益とをどのように比較衡量して決するか、この両者の利益を公平に保護しようとするためには、どのような基準が妥当かという点にあるように思われる。そうするとこの問題は、理論上の問題というよりも、差押えと相殺、どちらが優先されるべきかという価値判断に過ぎないのかもしれない。

(3) 差押えと相殺

イ 相殺の適否を決する判断要素

(i) 相互性

相殺をするためには、同一当事者間の債権の対立（相互性）がなければならぬ。この理解は、最二小判平成 28 年 7 月 8 日民集 70 卷 6 号 1611 頁により維持されている。ただし、同判決の補足意見は、三者間相殺の場面においても、①相殺の対象となる債権債務の主体の同意を得ている場合、②二者間相殺と実質的に同視してよいほどの組織面・事業活動面での密接な関連性が、合意した二者間の一方と、その

(7) 日本弁護士連合会編『実務解説 改正債権法 [第 2 版]』（弘文堂、2020）344 頁参照。

者と親会社を同じくする関係会社との間に見られる場合には、相互性の要件を満たしていると解される余地を示している。

(ロ) 「差押え前に取得」

自働債権は、差押債権者の差押え前に取得されていなければならない。「取得」については、民法改正の検討過程においてその概念を規範的に構成する議論が特段されなかったことからすると、具体的な事実の発生かつ第三債務者への帰属を指すものと理解するのが自然である⁽⁸⁾。なお、無制限説を採用したことの帰結から、「取得」した債権に弁済期が到来している必要はないこととなる。差押えの段階で弁済期は未到来であっても、相互性要件を満たす債権債務の対立が生じていれば、「相殺への合理的期待」があるものとして、差押債権者に対抗できる地位が確保される。

(ハ) 相殺権行使と取立てとの競争

差押債権者が受働債権を取り立てるときまでに自働債権の弁済期が到来しておらず、相殺適状が生じていなければ、無制限説の下でも相殺は認められない。したがって、受働債権の弁済期が自働債権の弁済期よりも先に到来し、かつ、受働債権につき差押えがされたという場合に第三債務者が優先し得るのは、差押債権者が差し押さえた債権を回収することなく時間が経過し、そうこうするうちに自働債権の弁済期が到来して相殺適状が現実化したという場合に限られるはずである⁽⁹⁾。しかし、実際には、第三債務者が取立てに応じないまま時間が経過すれば、その間に自働債権の弁済期は到来するから、事実上常に相殺は可能ということになると考えられる⁽¹⁰⁾。

(ニ) 「差押え前の原因」

(8) 沖野・前掲注(1)55-56 頁参照。

(9) 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』(信山社、2017) 307-309 頁参照。

(10) 内田貴『民法Ⅲ [第4版] 債権総論・担保物件』(東京大学出版会、2020) 317-318 頁参照。

民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」の解釈に当たっては、「相殺への合理的期待」の有無の判断により「前に生じた原因」を解釈する倒産法の論理を流入させることが同項の趣旨にかなうと考えられ、したがって「差押え前の原因」の有無を判断するに当たっても、「相殺への合理的期待」があるか否かという判断により解釈していくことが適切であると思われる⁽¹¹⁾。

「差押え前の原因」に関する学説、最一小判平成 26 年 6 月 5 日民集 68 卷 5 号 462 頁の調査官解説及び最三小判令和 2 年 9 月 8 日民集 74 卷 6 号 1643 頁の理解によると、同一の法律関係や契約から債権債務が発生するなどして自働債権と受働債権との間に客観的な牽連性がある場合は、自働債権を差押え時に取得していなかったとしても「相殺への合理的期待」が認められ、「差押え前の原因」に基づいて生じたものといえそうである。また、客観的な牽連性がなかったとしても、当事者の合意等主観的な牽連性があれば、「相殺への合理的期待」が認められ得るように思われる。客観的又は主観的な牽連性という視点から「相殺への合理的期待」を肯定する余地がない場合においては、それが無いことをもって直ちに「相殺への合理的期待」が否定されるとまではいえないが、その可能性は高くなるように思われる。

(ホ) 「他人の債権を取得」

差押え後に取得した自働債権が「差押え前の原因」に基づいて生じたものであっても、第三債務者がその債権を差押えの後に他人から取得した場合は、相殺をもって差押債権者に対抗することができない(改正民法 511 条 2 項但書)。最二小判平成 24 年 5 月 28 日民集 66 卷 7 号 3123 頁の理解によると、「他人の債権を取得」したか否かの判定に当たっては、自働債権の取得に関して、相殺の相手方の意思的関与を問うことになると解される。

(11) 石田剛「相殺における『相互性』『合理的期待』『牽連性』」法律時報 89 卷 11 号(2017) 169 頁参照。

(ハ) 「相殺への合理的期待」

今日における民法及び倒産法の解釈等を見ると、「相殺への合理的期待」という概念は、相殺の範囲を拡張する方向にも、絞る方向にも働き得るといって明確なものではない。いわば、取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいと判断できる場合には、「相殺への合理的期待」が充足され、相殺が認められることになるものと考えられる。そうすると、これまで述べてきた諸要素は相殺の適否に影響を与えるとしても決定打を与えるものではなく、このため具体的事例における個別事情を斟酌する作業はどうしても必要になる。

ロ 相殺権濫用の法理

差押えと相殺の局面における債権者間の公平は、各種の相殺禁止規定を歯止めとし、そして相殺権濫用の法理を最終的な防波堤にして保たれることになる。

裁判例を見ると、相殺について相殺権濫用として排斥されるかどうかの判断基準としては、相殺権者の意図した目的の背信性、相殺権者の選択可能性についての自由意思の存在等を総合的に考慮して判断することになると考えられる。そして、裁判例が、信義則、権利の濫用といった文言を用いて相殺権濫用を導き出していることに照らすと、相殺権濫用の法理も、権利濫用の一形態として位置付けられると考えられる⁽¹²⁾。しかし、ここで行われる濫用性の判断は、結局、取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいか否かという判断であり、これは、「相殺への合理的期待」の判定に他ならないように思われる⁽¹³⁾。

(4) 国税徴収法改正の必要性

(12) 木下雅博「債権譲渡契約が無効とされた場合に生じる不当利得返還請求権を貸金債権で相殺することが相殺権の濫用に当たるとされた事例」民事研修 535 号 (2001) 41 頁参照。

(13) 森田修「『債権法改正』の文脈—新旧両規定の架橋のために 第十三講 相殺：担保的機能を中心に (その 1)」法学教室 460 号 (2019) 98 頁参照。

差押えと相殺の優劣の判断は、決して簡単ではないため、租税徴収の場面において常にこの判断を行わなければならないとするのは、徴収制度として合理的なものとはいえない。したがって、国税徴収法の改正により租税徴収と相殺の関係を新たに規律すべきであると考ええる。

なお、約 60 年前の国税徴収法改正当時においても、租税徴収と相殺の関係を新たに規律すべきか否かが活発に議論されていた。同法は、租税債権を一般の私債権と同じ性格のものとして捉えようとし、そして、租税債権の性格からそれでは十分に対応できない場合にそれに対処する措置を別途講じるという構想から設計されている。同法改正当時、徴税当局は、租税徴収と相殺の関係について何らかの対処をしなければならない必要性を十分主張できず、また、その当時の実務は、相殺適状説により行われており、差押えと相殺の優劣は一義的に決しやすかった。そのため、同法には、相殺を規律する規定は何ら置かれなかったと考えられる。しかし、その当時から相殺が対抗できる範囲は大きく様変わりしていることから、今日においては、改めて租税徴収と相殺との関係を規律する必要性は認められよう。

3 結論

差押えと相殺の優劣は、同一当事者において自働債権と受働債権が対立しているかという相互性や両債権の牽連性の有無、相殺の相手方の意思的関与等の要素を踏まえ、取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいと判断できる場合は、「相殺への合理的期待」があるものとして相殺を対抗できる、すなわち相殺が差押えに優先することになる。

しかし、この判断は決して簡単なものではないため、租税徴収の場面において常にこの判断を行わなければならないとするのは、徴収制度として合理的なものとはいえない。したがって、国税徴収法の改正により租税徴収と相殺の関係を新たに規律すべきであると考ええる。

立法の具体的な方向性であるが、第三債務者の相殺権は、①差押債権の履行には応じず相殺を対抗しておきながら、差押債権の履行期日より履行期が遅い他の債権を履行していたとき、②差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権と、差押債権との間に牽連性が認められないとき、③差押え後に取得した他人の債権を自働債権として相殺したとき、④差押債権の履行期日までに確定していない自働債権により相殺したとき、保護されないものとしてはどうだろうか。また、その実効性を確保するための措置として、第二次納税義務の構成を採ることが、租税徴収の確保と私法秩序の尊重という国税徴収法の基本原則に最も適しているのではないだろうか。

目 次

はじめに	387
第 1 章 相殺に関する学説及び判例の変遷	390
第 1 節 相殺制度の概要と問題の所在	390
1 相殺の意義	390
2 相殺の機能	390
3 相殺適状	391
4 差押えと相殺—問題の所在	393
第 2 節 差押えと相殺に関する学説	394
1 相殺適状説	395
2 制限説	395
3 合理的期待説	395
4 無制限説	395
第 3 節 差押えと相殺に関する判例の変遷	396
1 大審院判例	396
2 昭和 39 年最大判	396
3 昭和 45 年最大判	398
第 4 節 平成 29 年民法改正	400
1 無制限説に対する批判	400
2 平成 29 年民法改正	400
3 なお残された問題点	401
第 2 章 平成 29 年改正民法による相殺の拡張	403
第 1 節 相殺の拡張と新たな問題	403
1 相殺の拡張	403
2 新たな問題—「差押え前の原因」	404
第 2 節 「差押え前の原因」に関する学説	405
1 「差押え前の原因」に相殺期待を基礎付けるものを必要とする	

見解	406
2 差押債権と自働債権の客観的な牽連関係を必要とする見解	407
3 主たる発生原因が備わった場合に「差押え前の原因」があるとする 見解	408
4 抽象的な可能性の存在から「差押え前の原因」を容認する見解	409
5 必要事実・主要性・期待の正当性により「差押え前の原因」を判定 する見解	410
6 自働債権の成熟度を必要とする見解	412
7 小括	413
第 3 章 差押えと相殺	415
第 1 節 租税徴収と民法の関係	415
第 2 節 民法 511 条の解釈	416
1 相殺の適否を決する判断要素	416
2 具体的な局面における相殺の適否	445
第 3 節 相殺権濫用の法理	449
1 相殺権濫用が問題となる局面	450
2 相殺権濫用の法理の実質	452
第 4 章 国税徴収法改正の必要性と立法案	455
第 1 節 租税徴収と相殺の問題	455
1 租税徴収の大量性、反復性と相殺判断の困難さ	455
2 相殺権濫用の法理の限界	457
3 相殺権の拡張と租税の優先徴収権	461
4 小括	463
第 2 節 昭和 34 年国税徴収法改正の沿革	464
1 国税徴収法改正—総論	464
2 国税徴収法改正当時における相殺の議論	473
3 小括	479
第 3 節 立法案の提案	481

1 差押債権者と第三債務者の優劣を処理する実体的規定	481
2 実効措置	489
おわりに	494

はじめに

本稿は、国税徴収の実務において差押債権の取立ての円滑化を図るため、差押債権について第三債務者から相殺の主張がされたときに、どのような事実があればそれを争い得るか、その判断基準を明らかにすることを試みるとともに、第三債務者から相殺の主張がされたときその全てを民法の解釈によって解決していくのは限界があると考えられたことから、新たな立法を提案するものである。

1 本稿の問題意識

差押えを受けた債権を受働債権とする相殺については、平成 29 年に成立した民法の一部を改正する法律により、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず相殺できる無制限説の考え方が明文化され(改正民法 511 条 1 項)、また、差押え時に具体的に発生していないものの発生原因が存在する債権を自働債権とする相殺が許容されたところである(同条 2 項)。

租税徴収と相殺の関係については税法上明文の定めがないため、国税徴収法基本通達は、民法の規定及び解釈に基づき、差押債権(受働債権)及び反対債権(自働債権)の弁済期がいずれも到来している場合、第三債務者は相殺をもって差押債権者に対抗することができ、この反対債権には、差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権が含まれる旨示している。しかし、民法の規定及び解釈において、例えば、反対債権の弁済期が差押債権の弁済期より後に到来する場合において、差押債権を履行せず、反対債権の弁済期の到来を待つといった、いわば不誠実な第三債務者から相殺の主張がされたとき、どのような状況であれば、当該相殺は差押えに対抗できないものとして、国が優先することになるかは明らかではない。また、差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した、という意義は必ずしも具体的なものではなく、第三債務者から、差押え後に取得した反対債権が差押え前の原因に基づき発生したものとして相殺の主張がされたとき、どのような事実があれば、当該

相殺は差押えに対抗できないものとして、国が優先することになるかということも、明らかではないのである。

租税徴収の場面では、第三債務者から相殺の主張がされることは往々にしてあり、これらの問題について、民法の議論の進展や裁判例の蓄積を待つばかりでは、実際にそういった主張がされたときに対応することができない可能性がある。

2 本稿の構成

このような問題意識から、本稿は、租税徴収の場面における相殺の適否の判断基準を明らかにするため、学説及び裁判例等を整理・検討している。また、民法における判断基準を検討していくにつれ、第三債務者から相殺の主張がされたとき、その全てを民法の解釈によって解決していくのは限界があると考えられたことから、税法の領域において新たな立法を提案することにする。

本稿では、第 1 章において、相殺制度の概要及び相殺に関する学説及び判例の立場を示しながら、平成 29 年民法改正前における相殺の議論の状況を述べ、また、学説及び判例の変遷を受けての平成 29 年民法改正における改正点とともに、改正後もなお残った問題点を確認することにする。

第 2 章では、平成 29 年民法改正により新たに規定された民法 511 条 2 項が、「差押え後に取得した債権が差押え前の原因に基づいて生じたものであるときは、その第三債務者は、その債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができる。」と、差押え時に具体的に発生していないものの、発生原因が存在する債権を自動債権とする相殺を容認しており、この点、平成 29 年改正前民法よりも相殺を対抗することができる範囲を拡張したものと見ることができるところ、その制定に際してなされた議論を整理した上で、同項の意義とともに、問題点及び学説の見解について確認することにする。

第 3 章では、租税徴収の実務において、差押債権及び反対債権の弁済期がいずれも到来している場合、第三債務者は相殺をもって差押債権者に対抗す

ることができ、この反対債権には、差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権が含まれる旨、ただし、先に弁済期が到来した差押債権につき第三債務者が履行しなかったことが、その期間の長さなどからみて権利の濫用に当たるときはこの限りではない旨を通達で示しているが（国税徴収法基本通達 62 条関係 31）、この通達における、「差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権」、「権利の濫用」の意味内容等については、民法の解釈によることになるため、これを明らかにするために詳細な検討を行うことにする。

第 4 章では、民法における相殺の解釈を明らかにするだけでは、今日の租税徴収の場面における相殺の問題は完全に解決することにはならないと考えられたことから、昭和 34 年国税徴収法改正の沿革を踏まえた上で、相殺との関係を規律する新たな国税徴収法の立法案を提示することとする。

第 1 章 相殺に関する学説及び判例の変遷

差押債権者と第三債務者との利害の調整については、民法 511 条により規定されており、第三債務者が差押債権者に相殺を対抗できるか否かは、この規定の解釈により解決することとなる。

本章では、まず、相殺制度の概要及び問題の所在について触れた後、民法 511 条に係る学説及び判例の変遷について明らかにし、それらの変遷を経て、平成 29 年民法改正でどのように改正されたかを述べる。

第 1 節 相殺制度の概要と問題の所在

1 相殺の意義

債務者が債権者に対して同種の債権を有する場合に、その債権と自己の債務を対当額につき一方的意思表示によって消滅させることを相殺(法定相殺)という(民法 505 条 1 項本文、506 条 1 項)。例えば、A が B に対して 100 万円の債権を有し、B が A に対して 80 万円の債権を有しているときに、A (又は B) が 80 万円について一方的意思表示によって双方の債務を消滅させる場合が、これである。このとき、相殺をしかける側が有している債権を自働債権といい、相殺をされる側が有している債権を受働債権という⁽¹⁴⁾。

2 相殺の機能

(1) 簡易決済機能

相殺制度について、明治民法起草者は、「相殺ハ實際ニ便利ニシテ且其結果公平ナレバナリ」⁽¹⁵⁾という。

「便利」というのは、両当事者がそれぞれの債務を合計 2 回の弁済をせずとも、相殺によって両当事者が弁済する二重の手間を省くことができる

(14) 潮見・前掲注(9)241 頁参照。

(15) 梅謙次郎『民法要義卷之三』(和仏法律学校・明法堂、1897) 320 頁。

ことをいう。これは、一般に簡易決済機能と呼ばれる⁽¹⁶⁾。

(2) 公平保持機能

「公平」について、第一の側面は、当事者間の公平である。当事者が互いに債権を有する場合に、一方が全額を弁済したのに他方が弁済をしないか、又は資力不足で弁済することができないときは一方のみが満足を受け、他方は受けない結果となり、不公平は甚大である。これに対し、相殺制度があれば、相殺により双方が同時に履行したことになるから公平といえる。これは、相殺の公平保持機能と呼ばれる⁽¹⁷⁾。

(3) 担保的機能

「公平」の第二の側面は、無資力になった当事者に対する他の債権者との関係である。相殺した者は、他の債権者に優先することになるが、それが公平であると考えられている。

相殺によって他の債権者に優先し得るのは、二人が互いに債権を有している場合、当事者はその重なり合っている範囲では双方の債権は消滅していると信託しており、その期待は保護する必要があるからである。また、無資力者の有する債権のうち、当該無資力者の他の債権者は、相殺の対象となる債権を当該無資力者の財産として正当に期待することもできないためである。相殺の対象となる債権を有する者は、無資力者と債権債務が重なり合う範囲では、他の債権者に優先して独占的に回収できることになり、そこには強力な担保が付されているのと同様になる。これは、相殺の担保的機能と呼ばれる⁽¹⁸⁾。

3 相殺適状

法定相殺をするためには、両当事者間に相殺に適した状況が存在していなければならない。これを相殺適状という。具体的には、次の要件を満たさな

(16) 中田裕康『債権総論 [第4版]』(岩波書店、2020) 455頁参照。

(17) 中田・前掲注(16)455頁参照。

(18) 中田・前掲注(16)455-456頁参照。

なければならない（民法 505 条 1 項本文）⁽¹⁹⁾。

- ① 同一当事者間に債権の対立があること
- ② 両債権が同種の目的を有すること
- ③ 両債権の弁済期が到来したこと

なお、相殺は、相手方に対し、その意思表示をしてするところ（民法 506 条 1 項）、相殺適状は、その時点において存在していなければならない。したがって、一旦相殺適状が生じても、相殺の意思表示をしないでいる間に、一方の債権が弁済される、差押債権者に取り立てられる等により消滅した場合は、もはや相殺をすることができなくなる⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。

(1) 同一当事者間に債権の対立があること

法定相殺をするためには、原則として、自働債権と受働債権が、ともに有効に成立していなければならない。一方の債権が不存在である場合や、債権の発生原因である契約が無効である場合には、相殺の意思表示も無効である⁽²²⁾。

また、同一当事者間での債権の対立がなければならない。したがって、相殺の相手方が第三者に対して有している債権を受働債権として、相殺の相手方に対して債権を有する者が相殺をするといった、第三者相殺は原則として認められない⁽²³⁾。なお、A B C の三者間合意で相殺予約をしたとき、例えば、A が B に対して α 債権を有し、B が C に対して β 債権を有していたとして、「B について所定の信用悪化・経営破綻の事由が生じた場合に、A は、A の B に対する α 債権で、B の C に対する β 債権を相殺することができる」旨の合意が A B C 間でされていたような場合、その予約は、当事者間では有効である（当該予約をもって差押債権者に対抗できるかどうか

(19) 潮見・前掲注(9)264 頁参照。

(20) 潮見・前掲注(9)273-274 頁参照。

(21) ただし、自働債権が時効によって消滅した場合、その債権が消滅前に相殺適状にあったときは、その債権者は相殺することができる（民法 508 条）。

(22) 潮見・前掲注(9)264 頁参照。

(23) 潮見・前掲注(9)264-265 頁参照。

は、別の問題である（第 3 章第 2 節 1（1）参照）⁽²⁴⁾。

（2）両債権が同種の目的を有すること

「同種の目的」とは、給付の内容が同種であることをいう。同種であれば、債権の発生原因や債権額が同一である必要はない⁽²⁵⁾。

（3）両債権の弁済期が到来したこと

自働債権と受働債権のいずれも弁済期が到来していなければならない（民法 505 条 1 項本文）。というのも、相殺される相手方には期限の利益があり、弁済期までは弁済しないでよいはずなのに（民法 136 条 1 項）、相殺を認めると、弁済期前に弁済させられたのと同様になり、期限の利益が奪われる結果となるからである⁽²⁶⁾。

4 差押えと相殺—問題の所在

A は、B に対して α 債権を有し、B は、A に対して β 債権を有している。B の債権者である C が、 β 債権を差し押さえたところ、A は、B に対して有する α 債権を自働債権とし、 β 債権を受働債権として相殺する意思表示をした。この場合において、第三債務者となる A は、B に対して β 債権の弁済をすることが禁止されるが（国税徴収法 62 条 2 項、民事執行法 145 条 1 項）、A は、 α 債権を自働債権とする相殺によって差押債権者 C に対抗できるか。

相殺の機能のうち、簡易決済機能・公平保持機能の点からは、相殺により受働債権を消滅させることができるための要件、すなわち、差押え前に両債権の弁済期が到来していること、が重要視され得る⁽²⁷⁾。

一方、相殺の担保的機能に着目すれば、相殺により自働債権を回収することについての相殺権⁽²⁸⁾者の期待（「相殺への合理的期待」）が、差押債権者と

(24) 潮見・前掲注(9)269 頁参照。

(25) 潮見・前掲注(9)271 頁参照。

(26) 中田・前掲注(16)470 頁参照。

(27) 潮見・前掲注(9)296 頁参照。

(28) 相殺の担保的機能という観点からは、あたかも物的担保付債権の債権者が将来において担保目的物の交換価値から優先的に自己の債権の満足を受ける合理的期待と利益を有しているのと同様に、自働債権を有する者が持つ「相殺への合理的期待」すな

の関係でも法的保護に値するか否かが重要となり、差押え前に自働債権及び受働債権が存在していれば、その時点では弁済期が到来していなくても「相殺への合理的期待」を差押債権者との関係でも保護してよいとか、差押え前に生じた原因により発生した債権を自働債権とするのであれば、これによる受働債権との「相殺への合理的期待」を差押債権者との関係でも保護してよいという立場が成り立つ⁽²⁹⁾。

次節以降では、差押えと相殺の関係についてどのような議論があるか、学説及び判例を確認していく。

第 2 節 差押えと相殺に関する学説

平成 29 年改正前民法は、「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対抗することができない」、つまり、債権差押えにより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を自働債権とする相殺をもって差押債権者に対抗することができないとされていた。しかし、差押え後に取得した債権でさえなければ、差押え前に相殺適状となっていなくても相殺できるのか、また、相殺適状になっていないとしても、差押債権（受働債権）と反対債権（自働債権）の弁済期の先後が問題になるかという点は、必ずしも明らかではなかった⁽³⁰⁾。この点については、多様な見解が発表されていたが、大要以下に分類される。

わち「対立する同種の債権の当事者として将来相殺によって清算しうる合理的な期待を持つ者の地位」もまた、相殺制度の目的からいって保護に値するものとなる。このような相殺できる地位を「相殺権」という（潮見・前掲注(9)243 頁参照。）。

なお、中西正「民事手続法における相殺期待の保護（上）」NBL1046 号（2015）36 頁は、「相殺への合理的期待」は「相殺権」そのものではないが、「相殺への合理的期待」は自働債権のために受働債権上に成立し、両債権が相殺適状になると、同一性を保ちつつ「相殺権」になるとしている。

(29) 潮見・前掲注(9)296 頁参照。

(30) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)308 頁参照。

1 相殺適状説

相殺の対外的効力は、差押えの時点以前に相殺適状があった場合にだけ認めるとする立場である。相殺に認められるべき限度は両当事者間の公平確保にとどまり、それ以上に進んで差押債権者に対する不公平感を生ずることは認められないと説く⁽³¹⁾。

2 制限説

反対債権が差押え前に取得されていることに加えて、その弁済期が受働債権のそれよりも早く到来する場合に限って、相殺の対抗を認める立場である⁽³²⁾。

3 合理的期待説

相殺の対抗力を認めるか否かは、単に自働債権と受働債権の弁済期の先後関係という形式的な基準でのみ判断すべきではなく、相殺による債権回収について強い期待利益があると認められる客観的事実がある場合には、相殺の対抗を認める立場である。不合理でない相殺予約が存在する場合、受働債権に質権が設定されている場合、歩積・両建預金などの方法により自働債権と受働債権とが緊密な関係にあり、相互依存性・牽連性が強い場合などが、相殺に対する強い期待利益が認められる場合だとする⁽³³⁾。

4 無制限説

差押え前に自働債権が取得されておりさえすれば、両債権の弁済期の到来やその弁済期の先後を問わず、相殺適状に達すれば、その時点で相殺をなし、これを差押債権者に対抗することができるという立場である⁽³⁴⁾。

(31) 奥田昌道『債権総論 [増補版]』（悠々社、1992）587 頁参照。

(32) 奥田・前掲注(31)587 頁参照。

(33) 奥田・前掲注(31)587 頁参照。

(34) 奥田・前掲注(31)586-587 頁参照。

第 3 節 差押えと相殺に関する判例の変遷

1 大審院判例

判例は、古くは、相殺適状説の立場を採っていた。大判明治 31 年 2 月 8 日民録 4 輯 2 卷 11 頁は、相殺適状説の立場から、相殺が優先するためには、差押え前に相殺適状が生じていることを要求し、受働債権の弁済期も自働債権の弁済期も、ともに差押え前に到来していなければならないとした⁽³⁵⁾。

また、大判昭和 8 年 5 月 30 日民集 12 卷 1381 頁（ただし、債権譲渡と相殺の優劣に関する判決である。）は、相殺が優先するためには差押え前に相殺適状が生じていることが必要であるところ、相殺適状が存在するためには、自働債権は受働債権の差押え前に弁済期が到来している必要があるが、受働債権は弁済期未到来でも、相殺をする者において期限の利益を放棄して弁済することができる権利があればよいと説示した。これは、相殺をする者としては、自働債権の弁済期が到来したときに、受働債権について期限の利益を放棄して相殺適状を創り出すことができ、その結果、受働債権の差押えがされる前に相殺適状が出現するからである。この判決も、差押え前に相殺適状が出現することを相殺が対抗できる要件としている点からして、相殺適状説の立場を取った判決である⁽³⁶⁾。

2 昭和 39 年最大判

昭和 32 年になって、最高裁は、「債務者が債権者に対し債権の譲渡または転付前に弁済期の到来している反対債権〔自働債権〕を有するような場合には、債務者は自己の債務〔受働債権〕につき弁済期の到来するを待ちこれと反対債権とをその対当額において相殺すべきことを期待するのが通常でありまた相殺をなすべき利益を有するものであつて、かかる債務者の期待及び

(35) 潮見佳男『債権総論Ⅱ—債権保全・回収・保証・帰属変更—〔第 3 版〕』（信山社、2005）378 頁参照。

(36) 潮見・前掲注(35)378-379 頁参照。

利益を債務者の関係せざる事由によって剥奪することは、公平の理念に反し妥当とはいえない。」「債権の譲渡または転付当時債務者が債権者に対して反対債権を有し、しかもその弁済期がすでに到来しているような場合には、少なくとも債務者は自己の債務につき譲渡または転付の存するにかかわらず、なおこれと右反対債権との相殺をもって譲受または転付債権者に対抗しうるものと解する」(角括弧内は筆者が挿入)と、自働債権は受働債権の差押え前に弁済期が到来している必要があるが、受働債権について、期限の利益放棄可能性に言及せず、弁済期が到来していなくとも相殺を認める判断をした(最二小判昭和 32 年 7 月 19 日民集 11 卷 7 号 1297 頁(以下「昭和 32 年最判」という。))。判決においては、差押え前に相殺適状が出現していなくてはならないという制約に代わって、相殺の担保的機能、すなわち、自働債権を有する者の「相殺への合理的期待」の保護という観点前面に出ており、受働債権の差押え前に自働債権の弁済期が到来している、という前提を満たすときに、「相殺への合理的期待」が差押えに勝る法的利益として正当化されたものと考えられる⁽³⁷⁾。

このような中、最高裁は、差押えと相殺の優劣につき、「制限説」の立場を採用した(最大判昭和 39 年 12 月 23 日民集 18 卷 10 号 2217 頁(以下「昭和 39 年最大判」という。))。この判決は、「民法 511 条は、『支払ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ其後ニ取得シタル債権ニ依リ相殺ヲ以テ差押債権者ニ対抗スルコトヲ得ス』と規定するがゆえに、その反対解釈として、差押前に第三債務者が取得した債権による相殺は例外として差押債権者に対抗し得るものとしていると解せられる。そして、その理由は、第三債務者が差押前に取得した債権を有するときは、差押前既にこれを以て被差押債権と相殺することにより、自己の債務を免れ得る期待を有していたのであって、かかる期待利益をその後の差押により剥奪することは第三債務者に酷であるからである。」と、「相殺への合理的期待」を保護しつつ、「第三債務者が差押前に取

(37) 潮見・前掲注(35)379 頁参照。

得した債権であるからといって、その弁済期の如何に拘らず、すべて差押債権者に相殺を対抗し得るものと解することは正当ではない。」「反対債権の弁済期が被差押債権の弁済期より後に到来する場合は、相殺を以って差押債権者に対抗できないものと解するのが相当である。けだし、かかる場合に被差押債権の弁済期が到来して第三債務者に対し履行の請求をすることができるに至ったときには、第三債務者は自己の反対債権の弁済期が到来していないから、相殺を主張し得ないのであり、従って差押当時自己の反対債権を以って被差押債権と相殺し自己の債務を免れ得るといふ正当な期待を有していたものとはいえないのみならず、既に弁済期の到来した被差押債権の弁済を拒否しつつ、自己の自働債権の弁済期の到来をまって相殺を主張するが如きは誠実な債務者とはいいがたく、かかる第三債務者を特に保護すべき必要がない」と述べ、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期の前に到来する場合に限り、相殺をもって差押債権者に対抗できるものとした。

この判決は、多数意見 7 名、少数意見 6 名と僅差で決したものであり、その安定性が不安視されていたところ⁽³⁸⁾、後述のとおり、わずか 5 年半あまりで判例変更されることとなった。

3 昭和 45 年最大判

昭和 45 年、最高裁は、当時としては学説で少数説にとどまっていた「無制限説」を採用し、自働債権が差押え後に取得されたものでない限り、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺をもって差押債権者に対抗できるとした（最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 587 頁（以下「昭和 45 年最大判」という。）。）⁽³⁹⁾。

(38) 宮田信夫「判解」最判解民事篇（昭和 39 年度）502 頁参照。

(39) 本判決においては、相殺予約の効力についても争いがあった。

本判決の事実関係においては、銀行取引に当たり預金者が差押えを受けるなどしたときは、同人は銀行に対する債務について期限の利益を失い、また、弁済期のいかんを問わず相殺されても異議がない、とする特約（期限の利益喪失特約）があり、その第三者効が争われたところ、本判決は、「かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたない」と述べ、当該特約の第三者効を認めている。

この判決は、「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いとなむものである。相殺制度のこの目的および機能は、現在の経済社会において取引の助長にも役立つものであるから、この制度によって保護される当事者の地位は、できるかぎり尊重すべきものであって、当事者の一方の債権について差押が行なわれた場合においても、

一般に相殺予約といわれるものには、①停止条件付相殺契約（法定相殺の要件に關係なく、一定の事実が生じることを停止条件として債権債務を消滅させる契約）、②相殺予約（狭義）（一定の事実が生じたときに予約完結権を行使して相殺の効果を発生させる契約）、③弁済期に関する特約（期限の利益喪失特約）（一定の事実が生じたときに期限の利益を失わせ、弁済期を到来させる契約）がある（潮見・前掲注(9)259頁参照。）が、これが第三者にどの程度効力を及ぼし得るか。

この点、契約自由の原則より、相殺予約の効力につき、法定相殺が認められる範囲を超えて無条件にその効力が認められ得るか否か、例えば、三者間相殺予約をした場合に、その効力を差押債権者に主張できるかという問題が議論されている。最三小判平成 7 年 7 月 18 日集民 176 号 415 頁（以下「平成 7 年最判」という。）は、A（Y の子会社）と B との間で、B に信用悪化の事由が生じた場合、A の B に対する債権（ α 債権）について期限の利益を喪失させ、B の Y に対する債権（ β 債権）について Y は期限の利益を放棄して相殺適状を生じさせるという相殺予約の合意がなされていた場合において、B の租税債権者である X が β 債権を差し押さえたところ、A は B に対して α 債権と β 債権を対当額で相殺する旨の意思表示をし、そして Y は X に対して上記相殺による β 債権の消滅を抗弁した事案である。最高裁は、相殺予約に基づき A のした相殺が、実質的には Y に対する債権譲渡といえることをも考慮すると、Y は、A が差押債権者の差押え後にした相殺の意思表示をもって差押債権者に対抗することができない、と判示し、その合意の効力を否定している。このように判例は、法定相殺の枠組みを超え、差押えを排除するような合意の第三者効を承認しているものではない。

昭和 45 年最大判は、受働債権が差し押さえられた時点で自働債権が取得されている限り相殺を容認する無制限説を採用したがゆえに、同判決において締結されていた相殺予約（上記③弁済期に関する特約（期限の利益喪失特約））は、民法 511 条が相殺を認める範囲内に収まるものであるから、その範囲で差押債権者に対抗できると判断したものと解される（北居功「合意の対外的効力に関する一考察 —債権譲渡担保における譲受人の物的納税制責任をめぐる—」法學研究 80 巻 7 号（2007）21 頁参照）。

明文の根拠なくして、たやすくこれを否定すべきものではない。」と述べ、相殺の担保的機能をより強調している。

第 4 節 平成 29 年民法改正

1 無制限説に対する批判

昭和 45 年最大判の後、最高裁は、無制限説を採用した一連の判決を重ね⁽⁴⁰⁾、実務上はこれを前提とした運用が定着していた。

しかし、学説では、制限説を支持する見解が、なお有力に主張されていた。これは、無制限説によると、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後に到来する場合に、受働債権を履行しないで、自働債権の弁済期が到来するのを待った上で相殺することが許容されることになるが、このように自らの債務不履行を前提として相殺しようとする不誠実な第三債務者の相殺の期待は、保護に値しないということを理由とするものである⁽⁴¹⁾。

2 平成 29 年民法改正

一方で、無制限説の側からの反論としては、差押えと相殺の局面が銀行取引に多いことを踏まえ、「銀行は継続的な取引の流れのなかで、必ずしも各個の債権・債務の弁済期の定めを重視せず、信用をも含めて預金総額と貸付金総額とのにらみ合わせのなかで取引を行うのが実情のよう」であり、貸付金債権の弁済期の繰り延べなど返済計画の見直しがされることもあるため、弁済期そのものに意義を持たせる制限説は、算術的には明快だが形式論にすぎると、などと反論がなされていた⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾。

(40) 最一小判昭和 45 年 8 月 20 日集民 100 号 333 頁、最一小判昭和 51 年 11 月 25 日民集 30 卷 10 号 939 頁等。

(41) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)308 頁参照。

(42) 好美清光「銀行預金の差押えと相殺(上)―最高裁大法廷昭和四五・六・二四判決を機縁に一」判例タイムズ 255 号(1971) 19 頁参照。

(43) なお、合理的期待説に対しては、「どのような諸要素をどのような基準でどのように評価するのかをより明確につめる困難な作業がなされない限り、どこまで相殺を認

このように制限説と無制限説の間で見解の対立はあったが、平成 29 年改正民法においては、弁済期の先後という偶然の事情によって相殺の可否が決せられるのは「利害調整の在り方として適当ではない」⁽⁴⁴⁾と考えられること、昭和 45 年最大判以降、「無制限説を前提として実務上の運用がされてきたという実態」があり、「この実務を改めなければならない必要性は必ずしも高くないと考えられる」ことから⁽⁴⁵⁾、「差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することはできないが、差押え前に取得した債権による相殺をもって対抗することができる。」と、無制限説の立場が明文化された（民法 511 条 1 項）。

3 なお残された問題点

以上見てきたように、差押えと相殺の関係については、無制限説が立法で採用されるに至った。しかし、制限説が指摘してきた、不誠実な第三債務者からの相殺が許容されるのかという問題は、なお残ったままである。

この点、民法改正時の議論において、このような不誠実な第三債務者からの相殺については、相殺権濫用の法理により効力を否定することが可能だと

めるのか不明であり、恣意に流れるおそれがないではない」との批判が展開されていた（好美・前掲注(42)19 頁。）。

(44) これについては、民法（債権関係）部会第 8 回会議における中井委員の発言が詳しい。「相対立債権債務があるときのお互いの認識として、自ら負っている債務が担保的機能を果たし、それで取引を継続している。」「多くの取引で相互関係に継続的に幾つもある。そのときに個々の弁済期の前後を意識しているかというところではなくて、債権債務のあることを認識して経済活動が行われている。」「たくさん債権債務のある中で差押えがきたときのたまたまの弁済期の前後で相殺ができるか、できないかが決まる。偶然でなぜそれほど決定的な違いがあるのか。その違いというのは 1 週間かもしれないし、2 週間、1 か月かもしれない。1 か月後だからなぜひけないのかという点で、やはり理解はできないところです。のみならず、根本的に思いますのは、相殺ができるというのは相殺適法になったときで、お互いの債権債務の弁済期は通常、違うわけです。どちらかが遅滞に陥っている。どちらかが遅滞に陥って、初めて相殺適法が生じている。そこで相殺を認めるというのが本来の相殺ですから、そもそも遅滞のない相殺適法は基本的にはない。」（法制審議会民法（債権関係）部会「第 8 回会議議事録」（2010）47 頁〔中井委員発言〕。<https://www.moj.go.jp/content/000048198.pdf>（2022.5.31 最終確認）。）

(45) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)309 頁。

説明され⁽⁴⁶⁾、現に、典型的取引（銀行取引）を外れる事例においては、相殺権濫用の法理が活用される局面が増大するだろうと指摘されている⁽⁴⁷⁾。

したがって、改正法下では、差押債権者と第三債務者の優劣は、債権取得と差押えの時期を基準とした民法 511 条により決せられ、かつ、相殺権濫用の法理により規律されることになると思われる。

しかし、この相殺権濫用の法理が、どのような場合に認められ得るかという点については、具体的に明らかではない。この点については、第 3 章第 3 節で検討を行う。

(46) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)310 頁参照。

(47) 沖野・前掲注(1)47 頁参照。

第 2 章 平成 29 年改正民法による相殺の拡張

第 1 節 相殺の拡張と新たな問題

1 相殺の拡張

平成 29 年民法改正において、差押えと相殺の規律を検討するに当たり意識された問題の一つが、倒産法の相殺及び相殺禁止の規定との関係である。

平成 29 年改正前民法 511 条は、差押え時に具体的に発生していないものの、発生原因が存在する債権を自働債権とする相殺が禁止されるか否かが、条文上明らかではなかった。

一方で、破産法は、破産債権者が、破産手続開始の時ににおいて破産者に対して債務を負担するときには、破産手続によらずに相殺をすることができるとしており（同法 67 条 1 項）、このとき、自働債権は、破産債権（破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権（財団債権を除く。））に該当するものであれば、破産手続開始決定時に具体的に発生している必要はないと解されている（同法 2 条 5 項）⁽⁴⁸⁾。

このように、差押え時と破産手続開始決定時とで規律を異にすることについて、差押え時よりも破産手続開始決定時の方が、相殺を対抗することができる範囲が拡張されていることは、不当であるという見解が有力に主張されていた⁽⁴⁹⁾。これは、破産手続が包括執行手続であると位置付けられていることや、破産手続においては債権者平等の要請が強く働くべき局面であると考えられていることから、相殺の担保的機能は破産時ではなく、個別執行時・

(48) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注(6)28 頁参照。なお、当該部会資料では破産法を念頭において説明がされているが、会社更生法及び民事再生法においても同様の規定がある（会社更生法における相殺を許容する規定は 48 条、更生債権の定義は 2 条 8 項。民事再生法における相殺を許容する規定は 92 条、再生債権の定義は 84 条。なお、後に検討する破産法 72 条（自働債権の側の事情に即して相殺を禁止する規定）に対応する規定は会社更生法 49 条の 2、民事再生法 93 条の 2。）。

(49) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注(6)28 頁参照。

平時により発揮されてもおかしくないと考えられるためである⁽⁵⁰⁾。

その不当性を是正するに当たっては、①民法 511 条を維持しつつ、破産法において相殺権を行使することができる範囲を制限する考え方、②破産法を維持しつつ、差押え時に相殺を対抗することができる範囲を拡張する方向で民法 511 条を改正する考え方のいずれかを採用すべきだということになるが、平成 29 年改正民法は、差押え時に具体的に発生していない債権であっても、債権を発生させる原因が存在していた以上、差押え前の原因に基づいて生じた債権を自働債権とする相殺について、当事者に合理的な期待があるものと評価すべきであるという考えから、②の、破産法を維持しつつ、民法 511 条によって差押債権者に対して相殺を対抗することができる範囲を拡張する考え方を採用した⁽⁵¹⁾。

ただし、上記②の考え方に沿って民法 511 条を改めるとしても、破産法において相殺を対抗することができる範囲よりも更に広く、差押債権者に相殺を対抗することを求める必要性はないと考えられた。そのため、改正民法 511 条 2 項は、破産法特有の正当化根拠が認められる部分を除き、破産法で相殺を対抗することができる範囲と民法で相殺を差押債権者に対抗することができる範囲とを整合させることとし⁽⁵²⁾、破産法 2 条 5 項の規定を参照しつつ、自働債権となり得る債権について「差押え前の原因に基づいて生じた」債権という表現とした。

2 新たな問題—「差押え前の原因」

以上の経緯により規定された民法 511 条 2 項であるが、同項における「差押え前の原因」という要件は必ずしも明確なものとはいえず、これが具体的には何を指すのか議論になるという指摘がされている⁽⁵³⁾。

(50) 沖野・前掲注(1)51 頁参照。

(51) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注(6)29-30 頁参照。

(52) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注(6)30 頁参照。

(53) 日本弁護士連合会編・前掲注(7)344 頁参照。

例えば、Aを売主、Bを買主とする売買基本契約が締結され、また、AがBに対して貸金債権を有しているという場合において、貸金債権が差し押さえられ、その後、Aによる基本契約上の義務違反が生じたときに、基本契約に基づくBの損害賠償請求権を自働債権とし、貸金債権を受働債権とする相殺は可能だろうか。

基本契約があることをもって「原因」があるとする考え方に立てば、損害賠償請求権は「差押え前の原因」に基づいて発生していることになるので、相殺は可能ということになる。一方で、義務違反を「原因」だと考えると、「原因」自体が差押えの後ということになって、相殺することができないということになる⁽⁵⁴⁾。

次節では、この新たな問題について、学説を挙げて詳細に述べる。

第 2 節 「差押え前の原因」に関する学説

「差押え前の原因」に関する先行研究は数多くある。前述した例をより具体化し、「Aを売主、Bを買主とするある商品の継続的取引基本契約を締結し、その後、AとBは個別売買契約を締結していた」場合において、①Aに対して債権を有するCが、AがBに対して有している貸金債権を差し押さえた後に、AからBに商品の引渡しがなされたが、契約に適合しない瑕疵があり、Bは、Aに対して損害賠償請求権を取得したという場面、②Aに対して債権を有するCが、AがBに対して有している個別売買契約に基づき発生済みの売買代金債権を差し押さえた後に、AからBに商品の引渡しがなされたが、契約に適合しない瑕疵があり、Bは、Aに対して損害賠償請求権を取得したという場面の二つの場면을例に、Bが差押え後に取得した損害賠償請求権について「差押え前の原因」があるとしてCに相殺を対抗できるかどうか、以下、いくつかの学説の

(54) 井上聡ほか「鼎談▷改正民法の実務的影響を探る 第 6 回相殺」NBL1123 号(2011) 28 頁参照。

見解を挙げておく⁽⁵⁵⁾。

1 「差押え前の原因」に相殺期待を基礎付けるものを必要とする見解

潮見佳男教授は、「民法 511 条 2 項が破産法との規律との平準化が企図された結果として採用されたものであるところからすれば、『差押え前の原因』に基づいて生じた債権であるか否かの解釈に際しては、破産法における『前の原因』に基づく債権であるか否かをめぐる解釈を参照することが有意義である」と述べ、「民法 511 条 2 項の趣旨が、差押え前に原因がある以上当該債権を自働債権とする相殺への合理的期待が第三債務者にあるという点に存することからすれば、『差押え前の原因』に基づいて生じた債権であるか否かは、自働債権の発生原因が形式的・客観的に差押えの時点よりも前に存在していたというだけでは足りず、自働債権と受働債権の内容および相互の関連性を考慮したときに相殺への合理的期待があるか否かによって判断すべき」であり、「そして、破産法学説を参照したときには、ここでの相殺への合理的期待を基礎づける『原因』は、自働債権の取得のみならず、相殺への期待を直接かつ具体的に基礎づけるものであることを要する」としている⁽⁵⁶⁾。

潮見教授は、差押債権（受働債権）が貸金債権、自働債権が売買目的物の契約不適合を理由とする損害賠償請求権のように（前記①の場面）、差押債権の発生原因と自働債権の発生原因とが別であるときには、「事件の持つ類型的特点から、差押え前に存在していた自働債権を生じさせた『原因』が第三債務者の相殺への期待を直接かつ具体的に基礎づける程度のものであ

(55) なお、Cが差し押さえる前にBがAから商品の引渡しを受けており、その後差押えがあった場合はどうなるか。このときは、差押えの時点では既に契約に適合しない物が引き渡されており、損害賠償請求権が発生していることから、民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」の概念を持ち出すまでもなく、同条 1 項の問題となるように思われる（野村豊弘・中井康之「連載／債権法改正と実務上の課題／No.6 相殺」ジュリスト 1520 号（2018）84 頁〔野村発言〕、中井康之ほかシンポジウム「相殺をめぐる民法改正と倒産手続—差押え・債権譲渡と相殺に関連して」金融法務事情 2036 号（2016）12 頁参照〔縣発言〕。).

(56) 潮見・前掲注(9)313 頁。

るか否かを個別に判断するほかない」とし、また、差押債権が売買代金債権であり、これを発生させたのと同じの契約である売買における契約不適合を理由とする損害賠償請求権（前記②の場面）は、同一の売買契約に基づくものであり、かつ、契約上の主たる給付の内容（契約利益）を金銭で価値的に実現するものであるから、相殺の合理的期待を認めてよく、「差押え前の原因」に基づいて生じた債権であるということが出来る（この場合の「原因」は、個別売買契約となる。）、と説く⁽⁵⁷⁾。

2 差押債権と自働債権の客観的な牽連関係を必要とする見解

中井康之弁護士は、差押え後偶然に取得した、差押債権（受働債権）と何ら牽連関係がない自働債権による相殺には合理性があるのか疑問なしとしない、と述べ、差押債権と自働債権との間に客観的な牽連関係が認められる場合に「差押え前の原因」に基づくと解することにより、「差押え前の原因」に基づいて生じた債権を自働債権とする相殺が認められる場面を限定することを試みている。すなわち、「差押債権と自働債権の間に牽連関係がない場合には、自働債権の『前の原因』が何かは、当該自働債権の具体的な発生原因に基づいて判断されることにな」とし、「差押え前に契約がある」という理由での相殺は、相殺できる自働債権の範囲が広がりすぎるとしてこれを否定するが、他方、同一の契約に基づいて生じるなどして差押債権と自働債権の間に客観的な牽連関係がある場合、例えば、請負報酬請求権と当該契約の不適合に基づく損害賠償請求権、賃料債権と必要費償還請求権などについては、受働債権を将来発生する自働債権の弁済の引当てとして予定することは十分にあり得るとして、「差押え前の原因」に該当することを肯定している。ただし、差押債権と自働債権が一体的に決済されることが予定されているといった、当事者の意思により創出される主観的な牽連関係によって「差押え前の原因」該当性を認めるのは、「当事者間の合意で差押不能財産の創出を認める

(57) 潮見・前掲注(9)314-316 頁参照。

ことになり、第三債務者の保護に傾きすぎ、差押債権者の利益を害する程度が大きい。」とする⁽⁵⁸⁾。

中井弁護士の見解に立ち前記①の場面を見ると、差押え後に契約に適合しない目的物の引渡しがあって初めて発生する損害賠償請求権は、貸金債権との関係において客観的な牽連関係は認められず、契約によって当然に発生するものではないから、契約をもって「差押え前の原因」に基づくと解することはできないことになる⁽⁵⁹⁾。一方、前記②の場面においては、実体的にも両債権は同一の契約に基づき発生した債権で客観的な牽連関係が認められる⁽⁶⁰⁾。さらに、改正民法 563 条は売買契約に基づく追完請求権の一つとして代金減額請求権を認めており、差押えを受けた売買代金債権に対して、目的物に契約不適合があれば、第三債務者は、形成権としての代金減額請求権を行使できることからすると、当該売買代金債権の価値は、代金減額請求権の行使により減額された金額にとどまると見ることができ、そうすると、代金減額と契約不適合に基づく損害賠償請求権との相殺は、実質的に同じことであり、相殺を認めてよいことになると解される⁽⁶¹⁾。

3 主たる発生原因が備わった場合に「差押え前の原因」があるとする見解

中西正教授は、本質的な要件が具備されていない債権や、本来自働債権となってはならない債権が「差押え前の原因」に基づいて生じた債権と主張されるおそれがあるところ、差押債権者は債務者に対して即時に履行を請求できる債権を持ち、これにつき債務名義を有し、裁判により差押債権者の地位を取得していることとの公平に鑑みると、自働債権については実態・完成度を直視する必要があり、この観点から、差押債権者が受働債権上に地位を確

(58) 中井康之「相殺をめぐる民法改正—差押えと相殺・債権譲渡と相殺」今中利昭先生傘寿記念『会社法・倒産法の現代的展開』（民事法研究会、2015）730 頁。

(59) 請負契約の文脈で述べたものであるが、中井・前掲注(58)725 頁、結論について中井ほか・前掲注(55)16 頁参照〔中井発言〕。

(60) 請負契約の文脈で述べたものであるが、中井・前掲注(58)725 頁参照。

(61) 中井ほか・前掲注(55)20 頁参照〔中井発言〕。

立するまでに、自働債権につき主たる発生原因が備わった場合に、差押債権者の地位に対抗し得る相殺期待が成立すると解すべきである、と述べる⁽⁶²⁾。ただし、受働債権と自働債権が、(i)互いに担保視しあう関係にある場合(同一の交換型取引上の債権債務である場合)は、取引・契約の成立時に「差押え前の原因」に基づいて生じた債権となり、(ii)相殺予約など信用供与取引において成立した場合は、「破産法上の無制限説的保護」(一定期間、弁済期の到来した受働債権の弁済を拒んで、相殺適状の発生を待つことができる地位の保障)がなされるべきとする⁽⁶³⁾。

中西教授によると、前記①の場面のよう、自働債権が損害賠償請求権の場合は、損害が現実発生したときに「差押え前の原因」に基づいて生じた債権になるとしている⁽⁶⁴⁾。一方、前記②の場面のよう、売買代金債権と損害賠償請求権が担保視しあう関係の場合は、両者は同時交換的に履行されるべきであるから、「差押え前の原因」に基づいて生じた債権となるのは、現実に損害が生じた時ではなく、契約の時となる⁽⁶⁵⁾。

4 抽象的な可能性の存在から「差押え前の原因」を容認する見解

石田剛教授は、損害賠償請求権の発生の原因を事実的な履行行為である「引渡し」に設定すると、その行為が差押えの前にされたか、後にされたかで相殺の期待利益の肯否が左右されることとなるが、「契約」のような規範設定行為ではない「引渡し」によってそれが決することを疑問視している。そして、「差押え前の原因」については、最二小判昭和 42 年 10 月 27 日民集 21 巻 8 号 2161 頁⁽⁶⁶⁾(以下「昭和 42 年最判」という。)における判示が手掛りにな

(62) 中井ほか・前掲注(55)30 頁参照 [中西発言]、中西・前掲注(28)38 頁参照。

(63) 中西正「民事手続法における相殺期待の保護(下)」NBL1048 号(2015)52-55 頁参照。

(64) 中西・前掲注(28)38-39 頁参照。

(65) 中西・前掲注(63)55 頁参照。

(66) 本判決は、債権譲渡の局面において、請負人が報酬債権の一部を譲渡し、債務者對抗要件を具備した後に、請負人の債務不履行を理由に注文者が請負契約を解除した場合、解除権発生の直接の具体的な原因は債務不履行だが、解除権発生 of 抽象的な原因

るとしている。当該判決は、請負契約においてその締結の時点で既に債務不履行の抽象的な可能性が存在していると指摘しているところ、これとの関連から、売買契約においても、債務者が差押債権者に対して抗弁として相殺を主張する場合、相殺に対する合理的期待を発生させる直接の原因は瑕疵ある物の給付であるが、その締結の時点で既に債務不履行発生 of 抽象的な可能性は存在しているため、目的物の瑕疵に基づく損害賠償請求権が「差押え前の原因」に基づいて生じたと見ることができるのは売買契約締結の時点であるとする。ただし、基本契約をベースに個別契約がその都度締結される継続的供給取引において、損害賠償請求権の法的原因は、原則として直近の契約である個別契約を指すと見るべきで、内容が十分に具体化していない基本契約にまで遡るのは行き過ぎであると説く⁽⁶⁷⁾。

石田教授の見解に立ち前記①及び②の場面を見ると、個別売買契約締結の時点で、目的物の瑕疵に基づく損害賠償請求権発生 of 「差押え前の原因」があったと理解できるため、いずれも相殺を対抗できることになる⁽⁶⁸⁾と解される。

5 必要事実・主要性・期待の正当性により「差押え前の原因」を判定する見解

中田裕康教授は、「差押え前の原因」について、二人の債権者（第三債務者と差押債権者）の間の公平の実現と基準の明確化を図る規律群の一部を構成する概念であるから、差押え前に存在するのであれば、第三債務者の相殺に対する期待が保護されるべきであると評価される原因を意味する、と述べ、次の3つに分析している。A. その債権の取得に必要な諸事実（以下「必要事

である請負契約の締結自体は、抗弁切断基準時（債務者が異議をとめない承諾（改正前民法 468 条 1 項本文）をしたとき。）前に存在していたと説示している。したがって、注文者は解除をもって報酬請求権の譲受人に対抗できないが、しかし、譲受人において当該債権が未完成仕事部分に関する請負報酬請求権であることを知っていたときは、注文者は、譲受人に契約解除をもって対抗できると解している。

(67) 中井ほか・前掲注(55)15 頁〔石田発言〕。

(68) 中井ほか・前掲注(55)15 頁、19 頁参照〔石田発言〕。

実」という。債権発生の要件事実より広い。)の一部のみが差押えの前に存在すること(一部性)。必要事実の全部が差押えの前又は後に存在する場合は、民法 511 条 1 項の対象となり、同条 2 項の問題にならない。B.必要事実のうち差押え前に存在する事実が主要なものであること(主要性)。C.差押え前にその事実があれば、差押えに残余の事実が満たされて債権を取得すると第三債務者が期待することが正当と認められること(期待の正当性)。B.主要性は、その債権の発生原因に照らして、一般的客観的に評価する。C.期待の正当性については、第三債務者の相殺に対する期待の保護という観点から、事実的な評価だけでなく、規範的な評価も含まれる。

そして、ABCが満たされるときには、「差押え前の原因」に基づいて生じたものになると述べた上で、必要事実について以下のような具体例を示している(以下の債権は、第三債務者が取得する債権である。また、 α β γ は必要事実であり、差押え前に、その一部が存在するとする。)(i) 請負代金債権 (α = 請負契約、 β = 仕事の完成)、(ii) 売買代金債権 (α = 停止条件付売買契約、 β = 条件成就)、(iii) 売買代金債権 (α = 基本契約、 β = 基本契約に基づく個別の売買契約)、(iv) 買主の損害賠償債権 (α = 売買契約、 β = 契約の内容に適合しない物の引渡し)、(v) 保険金請求権 (α = 保険契約、 β = 保険事故の発生)、(vi) 委託を受けない保証人の求償債権 (α = 保証契約、 β = 保証債務の履行)、(vii) 受託保証人の求償債権 (α = 保証委託契約、 β = 保証契約、 γ = 保証債務の履行)、(viii) 賃料債権 (α = 賃貸借契約、 β = 目的物の引渡し、 γ = 賃借人の使用収益)⁽⁶⁹⁾。

中田教授の見解に立ち前記①及び②の場面を見ると、両場面は共に自働債権が(iv)買主の損害賠償債権であるところ、必要事実のうち「 α = 売買契約」は差押えの前にあるが、「 β = 契約の内容に適合しない物の引渡し」は差押えの後にある。そのため、A.一部性という要件を満たすから、後はB.主要性及びC.期待の正当性の判断によって、「差押え前の原因」に該当するか否かを

(69) 中田・前掲注(16)485頁。

決することになる。

6 自働債権の成熟度を必要とする見解

岡正晶前弁護士（現最高裁判事）は、契約に基づく債権の発生原因は契約と考えることを前提とした上で、個別執行手続における配当要求の終期の時点（通常は、取立訴訟の訴状が第三債務者に送達された時）において、「将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格」⁽⁷⁰⁾を有している自働債権（したがって、この時点までに債権の具体的金額が特定・立証できる状態でなければならない。）についてのみ、当該個別執行手続における相殺権を保護すべきであると述べている。なぜなら、この時点において、自働債権が「将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格」を有するまで成熟しているのであれば、仮差押え取得そして配当要求も可能な状態に達しており、相殺権者は当該個別執行手続に参加し得る状態にまでたどり着いていたのであるから、その請求権に基づく相殺権（相殺の期待）については、当該個別執行手続における他の債権者より優先させることが相当である、としている。この見解によれば、『前の原因』は何かという文言解釈論争によることなく、判断基準時において、瑕疵・必要費が特定しているか、その金額を立証できるか等の実質論で、適切に振り分け判断できる。」点が有益である⁽⁷¹⁾。

(70) 「将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格」については、最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁を筆頭に議論がなされており、一般論として、①請求権の成否及びその額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず、具体的に請求権が成立したとされる時点において初めてこれを認定することができ、②かつ、その場合における権利の成立要件の具備については債権者においてこれを立証すべく、③（将来の）事情の変動を、専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生と捉えて、その負担を債務者に課する（請求異議訴訟での対応を強制する）のは、不当であると考えられるようなものは、「将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格」を有しないものと解するのが相当とされている（岡正晶「差押え・債権譲渡と相殺—改正民法案下における新制限説（自働債権成熟度説）—」金融法務事情 2054 号（2016）31 頁参照。）。

(71) 岡・前掲注(70)31 頁参照。

岡前弁護士の見解に立ち前記①及び②の場面を見ると、自働債権である損害賠償請求権は「差押え前の原因」(契約)に基づいて生じたものであるから、原則として相殺を対抗することができるが、受働債権の差押え手続における配当要求の終期の時点において自働債権の金額が特定され立証できるようになっていないときは、相殺を対抗することができないこととなる⁽⁷²⁾。

7 小括

以上見たように、「差押え前の原因」に関する研究は多く、また、百家争鳴の様相を呈している。この「差押え前の原因」の問題の共通項は、差押え債権者の利益と、第三債務者の利益とをどのように比較衡量して決するか、この両者の利益を公平に保護しようとするためには、どのような基準が妥当かという点にあるように思われる。これは、かつて、「支払の差止めを受け」る前に債権を取得した第三債務者の利益と差押え債権者の利益とを、どのような基準をもってすれば公平に保護できるかという制限説と無制限説との争いに似通っているようにも見える。

そうするとこの問題は、理論上の問題というよりも、いずれの利益をどこまで保護すべきか、という利益衡量の問題ともいえ⁽⁷³⁾、すなわち、差押えと相殺、どちらが優先されるべきかという価値判断に過ぎないのかもしれない。こう考えると、終局的な解決には、改正民法が無制限説を採用することを明らかにしたように、立法によるしかなさそうである。

とはいえ、現状における「差押え前の原因」の解釈を探求する必要が租税徴収上あることは、「はじめに」で述べたとおりであるし、立法政策を論ずる前提として、「差押え前の原因」の境界線を描こうとする作業を行わなければならないのは当然である。

(72) 岡・前掲注(70)35 頁参照。

(73) 千種秀夫「判解」最判解民事篇(昭和 45 年度(上)) 477 頁は、「無制限説をとるか制限説をとるかの選択は、理論上の問題というよりも、いずれの利益をどこまで保護するか利益衡量の問題であるといえるかもしれない」と指摘している。

第 3 章では、「差押え前の原因」をはじめとした、民法 511 条の解釈について検討していく。

第 3 章 差押えと相殺

第 1 節 租税徴収と民法の関係

租税は国が納税者に求める金銭的給付であるから、それは法的には、国が国民に対して有する金銭債権として認識され得る。特に、納税申告や課税処分によって金額が確定した後の租税は、債権としての性格が強く現れる。そのため、課税手続に続く徴収手続においては、租税債権は、ときに、納税者に対する他の私債権と鋭く対立することになる。この場面において、租税には、民事法における規律がどのように及ぶのかということが問題となる⁽⁷⁴⁾。

相殺について、戦前においては、租税の優先徴収権との関係から、第三債務者は国に対して相殺の抗弁を主張することはできないとした裁判例（長崎控判大正 4 年 6 月 26 日財経 343 号 8 頁。）に基づき徴収事務が行われていた時期もあった。しかし、現在は、滞納処分による差押え及びこれに伴う法定取立権の制度は、強制執行による一般の債権の差押え及び取立命令の制度とその実質において異なることなく、第三債務者の相殺権に及ぼす効力についても、国税滞納処分であることをもって、これを一般債権者と別異に取り扱うべき実定法上の根拠はなく、国税滞納処分が第三債務者の相殺権に及ぼす効力についても、民法の解釈の問題として考慮すれば足りるとされている⁽⁷⁵⁾。

したがって、租税徴収の場面における国と第三債務者の優劣は、民法 511 条の解釈により解決することになるところ、この点について国税徴収法基本通達 62 条関係 31 は、民法改正時の議論及び民法 511 条の文理を踏まえ、「被差押債権及び反対債権（差押え前に取得した債権及び差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権（差押え後に他人から取得した債権を除く。）に限る。）の弁済期がいずれも到来している場合には、第三債務者は、相殺をもって差押

(74) 佐藤英明「租税徴収法における私法の適用」別冊ジュリスト 207 号租税判例百選 [第 5 版] (2011) 28 頁参照。

(75) 昭和 45 年最大判の法廷意見参照。

債権者に対抗することができ」、「ただし、先に弁済期が到来した被差押債権につき第三債務者が履行しなかったことがその期間の長さなどからみて権利の濫用に当たるときは、この限りでない。」としている。

しかし、民法の解釈が定まっていない「差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権」の意義や、どのような場合に「権利の濫用」があるとして争い得るのかは、明らかではない。租税徴収の場面における相殺の適否の判断基準を明確にするため、学説及び裁判例等を整理・検討する。

なお、結論を先取りしておく、差押えと相殺との適否を決する判断基準は、第三債務者が取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいか否か、という判断によって決することになると考えられる。しかし、このように解した場合、租税徴収の場面における相殺の適否の判断基準が明確になったとはいえない。したがって、筆者は、租税徴収と相殺の関係については立法によって規律するしかないと考える。これについては、第 4 章で述べる。

第 2 節 民法 511 条の解釈

1 相殺の適否を決する判断要素

これまで述べてきた、相殺の要件、判例法理及び「差押え前の原因」の学説等から、相殺の適否を決する判断要素を分析して挙げると、以下のとおりとなる⁽⁷⁶⁾。

(76) なお、ここで挙げるのは、主に自働債権側の要件である。民法 511 条は、相殺期待が差押債権者の地位に対抗し得るための要件を、自働債権に関してのみ規定する。この点、中西教授は、「強制執行では、差押債権者の地位が成立した場合、受働債権はそれに先行して差押え可能となっている。したがって、A・B 債権 [受働債権] 上に相殺期待が成立した後、差押債権者の地位が成立する場合（逆なら相殺期待は成立し得ない）、A・B 債権 [受働債権] は必ず『差押え前の原因に基づいて生じた債務』となる」（角括弧内は筆者が挿入）と説明する（中西正「民事手続法における相殺期待の保護（中）」NBL1047 号（2015）39 頁参照。）。すなわち、受働債権は差押えの対象となる以上、通常は差押え前に取得されているだろうという理解から、受働債権側の要件は特段措置されていないものと考えられる。なお、将来債権の差押えを視野に入れると、差押え時に、受働債権についての取得も、その発生原因も備わっていない

(1) 相互性

相殺をするためには、まず、同一当事者間の債権の対立（相互性）がなければならぬ。このことは、民法 505 条 1 項本文が「二人が互いに」と規定していることから導かれる。相互性は相殺制度の根本であり、これがない債権間について相殺をすることはできず⁽⁷⁷⁾、また、この要件は「二人」という人数を示している点で、極めて厳格であると考えられる⁽⁷⁸⁾。

この理解は、相互性が欠如する三者間相殺の場面で合意による相殺予約の対抗力を否定した平成 7 年最判（脚注(39)参照。）及び合意による三者間相殺の効力を民事再生手続との関係で否定した最二小判平成 28 年 7 月 8 日民集 70 卷 6 号 1611 頁⁽⁷⁹⁾（以下「平成 28 年最判」という。）により維持

という場面も想定される、との指摘もある（沖野・前掲注(1)58 頁参照。）。

(77) 最二小判平成 28 年 7 月 8 日民集 70 卷 6 号 1611 頁の補足意見において、千葉勝美裁判官は次のように述べる。「相殺について相互性が要求されるのは、相互に債権債務を有する当事者は、相手方の資力に関係なく信頼し合うものであるから、一方の当事者の資力が悪化しても、この信頼を裏切って相殺を禁ずることは、かえって不公平となるので、対当額で債権債務を消滅させる処理が公平に適するという考え方が制度の基礎にあり（我妻榮「新訂債権総論」317 頁等参照）、相殺についての担保的機能や相殺による債権回収への合理的期待が存在するからであろう。」

(78) 森田修『「三者間相殺」論と民法・倒産法』司法研修所論集 128 号（2018）39 頁参照。

(79) 本判決は、投資銀行であった米国法人 A の子会社であり再生手続開始の決定を受けた証券会社 X が、信託銀行 Y との間で基本契約を締結して行っていた通貨オプション取引等が終了したとして、Y に対し、当該基本契約に基づき、清算金等の支払を求めた事案である（参考図 1 参照。）。なお、Y は、証券会社 B とともに、持株会社である C の完全子会社であった。

当該基本契約には次のような定めがあった。①一方の当事者（甲）の信用保証提供者が破産決定その他救済を求める手続の開始を申し立てた場合、甲について、期限の利益を喪失する事由に該当し、当事者間に存在する全ての取引は、同事由の発生に伴い行われる関連手続の開始等の時点で終了する、②同事由が生じ、甲に再生手続が開始されたとしても、他方の当事者（乙）は、その関係会社（乙と共通の支配下にある法的主体をいう。）が甲に対して有する債権を自働債権とし、甲が乙に対して有する債権を受働債権として相殺することができる。ただし、これらの定めは X Y 間のみで合意されていた（X Y B 三者の間に合意はなかった。）。

A が米国で連邦倒産法第 11 章手続を申し立てたことにより本件取引は終了し、X は Y に対して基本契約に基づく清算金債権（β 債権）を取得した。他方、B（Y と親会社を同じくする。）と X の間にも同様の契約に基づく取引があったところ、A の第 11 章手続申立てにより B X 間の取引は終了し、B は X に対し β 債権を上回る清算金債権（α 債権）を取得した。

されている。

ただし、平成 28 年最判は、民事再生法 92 条 1 項における相殺権の範囲においても民法 505 条にいう「二人」の間での債権の対立がなければならぬことを述べたものであり、民法における二当事者間の合意でされる三者間相殺予約の効力を全面的に否定したものではない⁽⁸⁰⁾。この点、平成 28 年最判の千葉勝美裁判官補足意見は、三者間相殺の場面において、三者間で相殺による決済の明確な合意がある場合や、関係会社が、単に、共通の支配下にある同じ企業グループの法主体というだけでなく、合意した二者間の一方と関係会社との間に密接な組織的関係ないし協力的な営業実態等が存在する姉妹会社であるような場合、相互性の要件を満たしていると解される余地を示している⁽⁸¹⁾。

このように、二当事者間の合意でされる三者間相殺の予約の場面において、例えば、 A_2 が A_1 の、 B_2 が B_1 の関係会社・グループ企業等である場

Yは、Xの再生手続開始決定後、BがXに対して有する α 債権を自働債権、XがYに対して有する β 債権を受働債権として、基本契約に基づく相殺の意思表示をし、 β 債権が消滅していると主張した。

本判決は、相殺の意義及びその担保的機能並びに民事再生法 92 条の趣旨を確認した後、次のように判示した。「民事再生法 92 条は、再生債権者が再生計画の定めるところによらずに相殺をすることができる場合を定めているところ、同条 1 項は『再生債務者に対して債務を負担する』ことを要件とし、民法 505 条 1 項本文に規定する 2 人が互いに債務を負担するとの相殺の要件を、再生債権者がする相殺においても採用しているものと解される。そして、再生債務者に対して債務を負担する者が他人の有する再生債権をもって相殺することができるものとすることは、互いに債務を負担する関係のない者の間における相殺を許すものにほかならず、民事再生法 92 条 1 項の上記文言に反し、再生債権者間の公平、平等な扱いという上記の基本原則を没却するものというべきであり、相当ではない。このことは、完全親会社を同じくする複数の株式会社がそれぞれ再生債務者に対して債権を有し、又は債務を負担するときには、これらの当事者間において当該債権及び債務をもって相殺することができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても異なるものではない。」

「したがって、再生債務者に対して債務を負担する者が、当該債務に係る債権を受働債権とし、自らと完全親会社を同じくする他の株式会社が有する再生債権を自働債権としてする相殺は、これを行うことができる旨の合意があらかじめされていた場合であっても、民事再生法 92 条 1 項によりすることができる相殺に該当しないものと解するのが相当である。」

(80) 潮見・前掲注(9)270 頁参照。

(81) 石田・前掲注(11)169 頁参照。

合、 A_1 と B_1 の合意により、① A_1 が、自己の B_1 に対する債務と、 B_1 に対する A_2 の債権を相殺する、② A_1 が、自己の B_2 に対する債務と、 B_1 に対する債権を相殺する、③ A_1 が、 A_2 の B_1 に対する債務と、 B_1 に対する自己の債権を相殺する、④ A_1 が、 A_2 の B_2 に対する債権と、 B_2 に対する A_2 の債権を相殺するといったことは、二当事者間に債権の対立がないことから許されないが、(i) 相殺の対象となる債権債務の主体の同意を得ている場合又は(ii) 民法 505 条 1 項本文により許容されている、二当事者間で対立している債権債務間での相殺(二者間相殺)と実質的に同視してよいほどの組織面・事業活動面での密接な関連性が A_1 と A_2 又は B_1 と B_2 の間に見られる場合には、相互性要件が認められる可能性がある⁽⁸²⁾。ただし、このように相互性要件が緩和される場合があるといっても、平成 28 年最判は、あくまでも相互性要件を基礎に据えて相殺の適否を判断しているものと解されるから、相互性がないにもかかわらず、後述する「差押え前の原因」の解釈で用いられる「相殺への合理的期待」とその考慮要素の一つと考えられる牽連性概念を持ち出し、債権債務の牽連性を根拠に「相殺への合理的期待」があるとして相殺を容認しようとする解釈は、適切ではないように思われる⁽⁸³⁾ ⁽⁸⁴⁾。

(2) 「差押え前に取得」

自働債権は、差押債権者の差押え前⁽⁸⁵⁾に取得されていなければならない

(82) 潮見・前掲注(9)269-271 頁参照。

(83) 潮見・前掲注(9)270-271 頁参照。

(84) 石田・前掲注(11)169 頁は、平成 7 年最判の第一審(神戸地判昭和 63 年 9 月 29 日判タ 699 号 221 頁。)が、「債権相互間の密接関連性と親会社・子会社間という主体相互間の実質的同一性という特別事情を重視したうえで二当事者間の相殺予約の効力を承認し、相殺の『合理的期待』を容認した」ように、「相互性要件の欠如を客観的・主観的牽連性を媒介として補充しようとする流れが徐々に形成されつつある。」と指摘する。

(85) 差押えと自働債権の取得が同時の場合は、相殺を対抗できるものと考えられる。なぜなら、債権譲渡の局面を規定する民法 468 条 1 項は、「対抗要件具備時までに」譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる、と規定されており、この文脈からすれば、債権譲渡における抗弁の対抗においては対抗要件具備と同時に生じた事由も含まれると解されるどころ、相殺の抗弁については、差押えと同時に取

(民法 511 条 1 項本文)。より具体的に言えば、差押えの効力が発生した時である⁽⁸⁶⁾。

「取得」については、民法改正の検討過程においてその概念を規範的に構成する議論が特段されなかったことからすると、具体的な事実の発生かつ第三債務者への帰属を指すものと理解するのが自然である⁽⁸⁷⁾。例えば、双務契約に基づく債権である場合は第三債務者が自らの債務を履行した時、償還請求権である場合は出捐が現実的になされた時（賃貸借契約について言えば、賃借人が修繕のための費用を支出したときの費用償還請求権である場合は費用を支出した時（民法 608 条 1 項）、有益費償還請求権であるときは賃貸借の終了の時（民法 608 条 2 項）、損害賠償請求権である場合は損害が現実発生した時、不当利得返還請求権である場合は受益及び損失が発生した時、事務管理に基づく費用償還請求権の場合は有益な費用が支出された時に、基本的には「取得」があるといえよう⁽⁸⁸⁾。なお、無制限説を採用したことの帰結から、「取得」した債権に弁済期が到来している必要はないこととなる。

このように、「取得」は基本的に事実的な状況を指し、差押えの段階で、弁済期は未到来—したがって相殺適状には達していない—であっても、前述の相互性要件を満たす債権債務の対立が生じていれば、「相殺への合理的期待」があるものとして、差押債権者に対抗できる地位が確保される。こ

得した反対債権によっては主張できないとすることは正当化できないと思われるからである（森田宏樹「差押え・債権譲渡と相殺—同時はアウト？」法学教室 471 号（2019）1 頁参照。）。

(86) 沖野・前掲注(1)50 頁参照。

(87) 沖野・前掲注(1)55-56 頁参照。

(88) 中西・前掲注(28)39 頁参照（ただし、中西教授は、これらの具体例を「差押え前の原因」に基づいて生じた債権の例示として述べている。）。これについて、沖野・前掲注(1)57 頁は、「中西教授が、基本的に『前の原因』を備えるとしている場面」は、「基本的には、『取得』がある場面といえる」と述べ、さらに、「賃貸借で有益費償還の場合には、具体化・現実化は賃貸借契約終了時となりうる—ただし、額が不確定な債権として『取得』を認める余地もなくはない—ように、常に、そうだというわけではない」と付言している。

れに対し、差押え段階で債権が取得されていない場合は、民法 511 条 2 項における「差押え前の原因」を通じて、差押債権者に対する対抗を認めるだけの「相殺への合理的期待」が認められるか否かが判断されることになると解される⁽⁸⁹⁾。

(3) 相殺権行使と取立てとの競争

第三債務者が前記 (1) 及び (2) の要素を満たしたとしても、必ずしも受働債権が第三債務者に優先的に分配され、相殺を対抗できるものではない。すなわち、差押債権者が受働債権を取り立てるときまでに自働債権の弁済期が到来しておらず、相殺適状が生じていなければ、無制限説の下でも相殺は認められない。第三債務者と差押債権者との地位が競争し、差押債権者による受働債権の取立ての時点において相殺適状に至っていれば、第三債務者が勝者となり、受働債権が分配される⁽⁹⁰⁾、つまり、相殺を対抗することができることになる。

結局、自働債権の弁済期が未到来の時点で受働債権が差し押さえられたときは、いかに無制限説に立つからといって、第三債務者は、その時点で相殺権を行使することはできず、すなわち第三債務者にいかに「相殺への合理的期待」があったとしても保護されず、差押債権者からの取立てには応じなければならない(履行拒絶は正当化されない。)⁽⁹¹⁾。したがって、受働債権の弁済期が自働債権の弁済期よりも先に到来し、かつ、受働債権につき差押えがされたという場合に第三債務者が優先し得るのは、差押債権者が差し押さえた債権を回収することなく時間が経過し、そうこうするうちに自働債権の弁済期が到来して相殺適状が現実化したという場合に限ら

(89) 沖野・前掲注(1)58 頁参照。

(90) 中西・前掲注(28)39 頁参照。

(91) この「原則」からすると、一般的な差押え・取立ての場面においては、自働債権の弁済期と受働債権の弁済期(=差押債権の取立てが可能となる時期)の先後によって相殺の適否が決まることになり、それはすなわち、弁済期を問題とする制限説の立場と結果的には一致するように思われる。

れるはずである⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾⁽⁹⁴⁾。

なお、当然のことではあるが、第三債務者が差押債権者の取立てに応じ、受働債権の弁済をすれば、相殺権は消滅し、もはや相殺をすることはできない⁽⁹⁵⁾。

(4) 「差押え前の原因」—相殺の拡張

(92) 潮見・前掲注(9)307-309 頁参照。

(93) 一方で、内田・前掲注(10)317-318 頁は、「無制限説が意味していることは、たとえ受働債権（相殺する側の債務）の弁済期が自働債権の弁済期より先に到来する場合であっても、受働債権の弁済を怠っているうちに自働債権の弁済期が来て相殺適状が生ずれば、その時点で相殺できる」ということであり、実際には、たとえ差押債権者が債権の取立てをしようとしても、「訴訟の間に反対債権（相殺する側の自働債権）の弁済期は到来するから、事実上常に相殺は可能ということになる」と述べている（ただし、この記述は、昭和 45 年最大判の事実関係を前提に、多くの貸付債権・預金債権が新たに生じたり消滅したりするため弁済期の先後によって相殺への合理的期待が生まれるものとは言い難い銀行取引を念頭に置いたものであり、法定相殺一般について言及したものではない）。また、中山裕嗣『租税徴収実務と民法 [三訂版]』（大蔵財務協会、2016）496 頁は、信義則を基に、第三債務者が差押債権（受働債権）を履行しないことについて「正当な理由がある場合」には相殺を対抗できると述べ、この、履行しないことについて「正当な理由がある場合」とは、「両債権の弁済期がたいして開いてなく、相殺を期待するのが合理的と判断される場合が該当する」と解している。

実際のところ、自働債権の弁済期が未到来の時点で受働債権が差し押さえられ、先に差押債権の弁済期が到来したときには第三債務者にいかに「相殺への合理的期待」があったとしても保護されないはずという「原則」に従い、第三債務者が差押債権を履行することは、想定し難い。しかし、この「原則」に反したとしても、その解決は、相殺権濫用の法理（第 3 章第 3 節参照。）によることになり、手数等を考慮すると、両債権の弁済期の時期のずれや相殺金額が大したものでもなかったとすれば、当該法理によって解決を図るのは現実的ではない。したがって、実務において差押債権者が採るべき最善手は、いかようにしても自働債権の弁済期が到来するまでに取り立てる、ということになる。

(94) なお、自働債権の弁済期が差押債権（受働債権）の履行期の後に到来する場合に、差押債権の履行を遅らせる又はあえて弁済を引き延ばした場合の相殺権の行使及びその裁判上の主張について、昭和 45 年最大判の調査官解説は、民事訴訟法 139 条（現 157 条）の「時機に後れた攻撃防御方法」に照らして検討をすべきであるとして、手続的に処理する可能性を示唆している（千種・前掲注(73)478 頁参照。）。しかし、自働債権の弁済期が到来していない間は相殺の要件を充足していないのであり、実際にその弁済期が到来してすぐに裁判上相殺の主張をしたからといって、同条がいう「時機に後れて提出した」とはなるまい。少なくとも、裁判所が却下の決定をできる「故意又は重大な過失」とはいえないように考える（好美・前掲注(42)18 頁参照。）。

(95) 中西・前掲注(28)39 頁参照。

相互性要件をクリアしつつも、「差押え前に取得」していない債権について、民法 511 条 1 項は、それを自働債権とする相殺を禁止する。しかしながら、自働債権の発生原因が差押えの前に存在していたのであれば、この原因に基づいて生じた債権を相殺によって回収することへの期待は、既に差押えの前に形成されており、この場合には、差押えがあったにもかかわらず、第三債務者の相殺への期待は保護に値する。民法 511 条 2 項は、このような観点から相殺権を拡張し、これにより倒産法上の規律と同程度の相殺権の保護を実現しようとしたものである⁽⁹⁶⁾。では、自働債権が「差押え前の原因」に基づいて発生した債権といえるか否かを、どのように判断していくべきか。

イ 破産法との平仄

「差押え前の原因」に基づいて発生した債権といえるかどうかは、民法が破産法の規律と平仄を合わせるべく改正された点からすると、破産法の規定が参考になると考えられる。ここで、まず、民法における相殺制度と破産法におけるそれを比較して、民法 511 条における「差押え前の原因に基づいて生じた」、破産法 2 条 5 項における「破産手続開始前の原因に基づいて生じた」、及び破産法 72 条 2 項 2 号における「債務を負担する者が知った時より前に生じた原因」の関係⁽⁹⁷⁾について確認しておく（下線筆者）。

破産法においては、「相殺への合理的期待」と同法 72 条 2 項 2 号の「前に生じた原因」は論理的に同じであり、したがって、「前に生じた原因」の適用が問題とされる場面では、「相殺への合理的期待」が判断されることになる、と解されている⁽⁹⁸⁾。すなわち、「相殺への合理的期待」がある

(96) 潮見・前掲注(9)309、311 頁参照。

(97) なお、会社更生法及び民事再生法においても、ここに挙げた条項と同様の規定がある（脚注(48)参照）。ここでは破産法を例にとり述べる。

(98) 石田・前掲注(11)169 頁参照。なお、山本和彦「相殺の合理的期待と倒産手続における相殺制限—最一小判平 26.6.5 を契機として—」金融法務事情 2007 号（2014）10 頁は、『前に生じた原因』と合理的な相殺期待は論理的に等価であり、『前に生じた原因』の適用が問題とされる場面では、直接、合理的な相殺期待の有無が判断される

といえる場合は「前に生じた原因」に基づいて破産債権を「取得」したということであり、このときは、同項に基づいて、同法 72 条 1 項 2～4 号の相殺の禁止が解除されている。

これに対し、改正民法における相殺の禁止を解除する規定である民法 511 条 2 項本文は、あえて、破産法並びの「前に生じた原因」に基づく「取得」とせず、「取得」した債権が差押え「前の原因に基づいて生じた」と規定しており、これは、破産債権の定義として「破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」（下線筆者）と定める破産法 2 条 5 項の文言を採用したものである。差押債権者という競合する第三者との関係で相殺を対抗できるか否かの基準を画するという観点からすれば、「前に生じた原因」に基づく「取得」と規定する破産法 72 条 2 項 2 号を参照する方が趣旨にかなうように見えるにもかかわらず、「破産債権」の定義規定である同法 2 条 5 項を引いているのは、破産法における相殺権の基本的な条文である同法 67 条を踏まえたためである。破産法 67 条 1 項は、破産債権者が、破産手続開始という時点を基準として、破産者に対して債務を負担するときは、破産手続によらずに相殺ができるとしている。また、同条 2 項は、破産債権者の有する債権が期限付債権、解除条件付債権であるときも、相殺を妨げないとする。このように、同条においては、基準時において「破産債権」（基準時前の原因に基づいて生じた債権）に該当する債権を有している者に相殺権が保障されているところ、民法においても、差押えという基準時点の「前の原因に基づいて生じた」債権について相殺を認めることとしたため、このような文言になっている⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾。

（法律要件として、『前に生じた原因』は合理的な相殺期待に置換される）ということになる。」と述べている。

(99) 沖野・前掲注(1)52-53 頁参照。

(100) なお、破産法における相殺権は、基本的な条文として破産法 67 条が置かれているところ、他に、相殺を禁止する規定も併せて置かれている。自働債権の取得については、大きく二つ、相殺を禁止する規定が存在し、第一は、基準時点たる破産手続開始後に他人の破産債権を取得した場合であり（破産法 72 条 1 項 1 号）、第二は、支払不

このように、改正民法 511 条 2 項は、破産法 67 条 1 項の「破産債権」にならって措置され、そして、その「破産債権」の意義は、同法 2 条 5 項にて定義されている。したがって、民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」の意義に関しては、破産法 2 条 5 項の解釈が参考になると思われ、例えば、「差押え前の原因」については破産法 2 条 5 項の解釈における通説である一部具備説⁽¹⁰¹⁾を参考に、発生原因の全てが備わっている必要はなく、主たる発生原因が備わっていればよいと考えられる⁽¹⁰²⁾。この理解に立ち、仮に、民法 511 条 2 項が、破産法 2 条 5 項「だけ」を参照して解釈すればよいとすると、破産法 72 条 2 項 2 号が問題とする「相殺への合理的期待」を考慮する必要はないことになろう⁽¹⁰³⁾。

能、支払の停止及び破産手続開始の申立て後に、それらがあったことを知って破産債権を取得した場合である（同項 2 号～4 号）。

これらの規定を、差押えと相殺の局面に引き直すことを念頭に見てみる。まず、第二の制限から見ると、支払不能（2 号）又は支払の停止（3 号）に関しては、これと並行な状態を差押えの場合には観念し難いし、破産手続開始の申立て（4 号）に関しては、これと同様の場面として差押えの申立てを観念することはできるものの、申立てから差押えまでがごく短期であるときに、あえてこの部分を捉え、さらに第三債務者が悪意であるという非常に限定された場面について明文化する意義があるかは疑問がある。このように、差押えと相殺の局面には、第二の制限の規定を引き直した規律の必要性は想定しにくい。したがって、これに相当する規定は、改正民法に置かれていない。一方で、第一の制限を差押えと相殺の局面に引き直すと、基準時となる差押えより後に他人の債権を取得した場合が想定される。民法 511 条 2 項但書はこれに対応する（沖野・前掲注(1)53 頁参照。）。

(101) 伊藤眞ほか『条解 破産法 [第 3 版]』（弘文堂、2020）34 頁参照。なお、一部具備説によれば、履行期未到来の債権、条件付債権、将来の請求権なども、債権の発生原因が破産手続開始前であれば破産債権となる（田原睦夫＝山本和彦監修・全国倒産処理弁護士ネットワーク編『注釈破産法（上）』（金融財政事情研究会、2015）17 頁〔坂本泰朗・吉川武・馬杉栄一〕。）。

(102) 沖野・前掲注(1)53-54 頁参照。

(103) このように、民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」は、破産法 2 条 5 項を参考に制定されたという点に注目し、むしろ破産法 72 条 2 項 2 号の「前に生じた原因」の解釈を参照すべきでないとする見解もある。この見解に立つと、民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」について、「相殺への合理的期待」を考慮する必要はなく、そうすると「差押え前の原因」は、契約上の債権であれば契約であり、差押え前に契約が存在すれば原則として相殺を対抗できることになる。そして、相殺期待の合理性に関する具体的・個別的な考慮は、相殺債濫用の法理によって行われる（岩川隆嗣「破産者たる請負人に対する注文者による違約金債権の取得が、破産法 72 条 2 項 2 号の『前に生じた原因』に基づくとされた事例」新・判例解説 Watch29 (2021) 69-70 頁参照。）。

しかし、両者は趣旨・目的が異なるため、直ちに、民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」が、破産法 2 条 5 項と同じ内容であるという結論を導くのは妥当ではないように思われる。すなわち、破産法 2 条 5 項は、破産手続による清算の対象となる財産が破産手続開始の時点を基準として切り分けられることと対応して、破産手続における権利行使のできる債権の範囲を切り分けるための基準を定める。民法 511 条 2 項も同様に、差押えの時点を基準として「差押え前の原因」に該当するか否かを切り分けるだけの基準を定めているのであろうか。

民法 511 条 2 項但書においては、破産法 72 条 1 項 1 号の「他人の破産債権を取得したとき」の概念が組み込まれ、破産法の解釈を参照しながら、「差押え前に発生原因が存在する債権を差押え後に他人から譲り受けたとき」は、これに、「保護すべき相殺の期待が認められないため、当該債権を自働債権とする相殺を許容すべきではな」（下線筆者）く、このような相殺を禁止するために置かれた規定であることが、「民法（債権関係）の改正にかかる中間試案の補足説明」において明らかにされている⁽¹⁰⁴⁾。同項但書で行われる解釈は、「相殺への合理的期待」の有無の判断に他ならないと思われ、したがって、同項本文を「相殺への合理的期待」を画するための基準ではないと解すると、同項本文と但書の解釈は整合しないことになるが、これは不自然である。むしろ、沖野眞巳教授が述べているように、民法 511 条全体が、「差押債権者との関係で相殺により第三債務者が保護される、換言すれば、両者の競合において相殺者たる第三債務者が優先する場面を画している」規定であり、「差押え前の原因」も、「そのような第三債務者の保護ないし優先を基礎づけるものとして掲げられていると考えるべきである」から、「差押え前の原因」は、第三債務者の「相殺に対する合理的期待の有無を評価するための規範的要件」として解釈すべき⁽¹⁰⁵⁾、と理解するのが妥当ではなかろうか。

(104) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)309-310 頁参照。

(105) 沖野・前掲注(1)54 頁。

民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」は、このように、破産法 2 条 5 項の解釈論を参考にしつつも、あくまで、個別執行における相殺期待の保護としての正当化という観点から解釈されることになり、これは、破産法 2 条 5 項とは必ずしも連動しないと解すべきであろう。そして、沖野教授が述べるように、民法 511 条 2 項が「相殺への合理的期待」を画するための基準であることからすると、破産法 72 条 2 項 2 号に現れる「相殺への合理的期待」の内容を参照することは、民法 511 条 2 項の趣旨に沿うと考えられる⁽¹⁰⁶⁾。この点、議論のあるところではある⁽¹⁰⁷⁾が、本稿においては、倒産法における解釈を参照することが民法 511 条 2 項の趣旨に沿うという理解を基に、同条項における「差押え前の原因」について検討していく。

ロ 「原因」の意義

「原因」の意義については、前述した昭和 42 年最判が参考になるように思われる。本判決は、債権譲渡の局面における請負報酬債権の抗弁の対抗に係るものであるが、解除権の直接の具体的な原因である債務不履行自体は基準時後であった場合においても、その解除権発生の抽象的

(106) 沖野・前掲注(1)54-55 頁参照。

(107) 岩川・前掲注(103)と同様に、山本和彦「請負契約に基づく違約金債権を自働債権とする相殺と破産法上の相殺制限」金融法務事情 2169 号 (2021) 47 頁は、民法 511 条 2 項について「合理的相殺期待を問題にすることは困難であると思われる」とする。上田純「別個の請負契約に基づく違約金債権と報酬債権の相殺と破産法 72 条 2 項 2 号—最三小判令 2.9.8 の検討—」金融法務事情 2171 号 (2021) 50 頁は、「民法 511 条 2 項の『前の原因』や合理的相殺期待の解釈において、破産法の考え方を参照するとしても、その考慮要素の内容や重要性等について、慎重に吟味した上で参照すべきである」とする。

一方で、石井教文「最近の最高裁判例と民法 511 条の『前の原因』」金融法務事情 2162 号 (2021) 5 頁は、「民法 511 条 2 項が個別執行と包括執行における相殺の許容範囲を『横並び』にすることを意図して『破産法の規定を参照』して立案された経緯からすれば、破産法 72 条 2 項 2 号の『前に生じた原因』に関する判例法理は、解釈論としてのルートは複数あるにせよ、民法 511 条 2 項の『前の原因』の解釈にも及ぶと見るのが順当だろう」とする。石田・前掲注(11)169 頁は、民法 511 条 2 項の「前の原因」の解釈においては、「これを合理的相殺期待という評価の要件と等値する倒産法上の解釈論が流入し、合理的期待の有無を牽連性の有無等の個別事情を斟酌しながら判断する方向に進むことが予想される」とする。

な可能性は請負契約の締結の段階で存在していると見ており、したがって当該契約の締結自体が「原因」として認められているように思われる。

この点に示唆を得て考えてみると、民法 511 条 2 項における「原因」は、債権発生に直接関係する具体的な行為（例えば、損害賠償請求権における瑕疵ある物の引渡し）ではなく、債権発生の抽象的な可能性が生じる基礎となる法律関係（契約であれば、その締結）があったときに、「原因」があると理解するのが自然である。

しかし、「原因」があるとしても、これが相殺の局面における「差押え前の原因」と直ちに等置できるものではない。ここに、「相殺への合理的期待」という判断が流入することになる。

ハ 客観的牽連性要件の要否—倒産判例の視点から

有力説は、相殺への合理的期待という観点から、「差押え前の原因」があったというためには、自働債権となる債権と受働債権となる債権の間に客観的な牽連性（関係性、牽連関係）があることを必要とし、相殺の対抗可能性を合理的な範囲に限定しようとする（前述第 2 章第 2 節 2（中井弁護士））。しかしながら、民法 511 条は、相殺に当たり自働債権と受働債権の牽連性を要件としてはいない。一方で、債権譲渡の局面においては、改正民法 469 条 2 項 2 号によって、「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」による相殺の対抗が明文で容認されている。これにより、同一の双務契約に基づくという牽連性がある場合は、そのことをもって、債務者は債権の譲受人に対して相殺を対抗することができる。

このように、差押えと相殺の局面と、債権譲渡と相殺の局面は、意図的に違えて規律されており⁽¹⁰⁸⁾⁽¹⁰⁹⁾、差押えと相殺の局面において何ら規

(108) 潮見・前掲注(9)306 頁参照。

(109) この区別は、債権譲渡について、特に将来債権譲渡の場合は、譲渡の後も譲渡人と債務者との間の取引が継続することが想定され、このような場合における債務者の相殺に対する期待を保護する必要があるが、差押えがされた場合は、その後に差押え前と同様に取引が継続することは想定しにくいいため、「差押え前の原因」に基づいて取

定のない客観的な牽連性という概念を相殺の要件の一つとするのは、説得力に欠けるようにも思われる。したがって、客観的な牽連性は、「相殺への合理的期待」の一つの徴表とはなり得るだろうが、これがなければ「相殺への合理的期待」が存在しないとまではいえないように思われる⁽¹¹⁰⁾。

この点の検討に関して有益な示唆を与えられるのが、民事再生法における相殺について、「相殺への合理的期待」の考慮要素を挙げた最一小判平成 26 年 6 月 5 日民集 68 巻 5 号 462 頁⁽¹¹¹⁾（以下「平成 26 年

得した債権以外の債権との間の相殺を認める必要性が乏しいからだと説明されている（法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)310 頁参照。）。

(110) 山田八千子「相殺—債権の牽連性」ジュリスト 1511 号（2017）33 頁参照。

(111) 本判決は、Y 銀行との間で、投資信託受益権の管理等を委託する契約（以下「本件管理委託契約」という。）を締結した X が、Y 銀行から 5 つの銘柄の投資信託に係る投資信託受益権（以下「本件受益権」という。）を順次購入していたところ、Y 銀行は、X の支払停止後、再生手続開始の申立て前に、債権者代位権を行使して、本件受益権についての解約実行請求をし、その解約金（以下「本件解約金」という。）の支払を受け、これにより負担した Y 銀行の X に対する本件解約金の支払債務（以下「本件債務」という。）と、別途存在していた X の Y 銀行に対する保証債務とを相殺する旨の意思表示をした（以下この脚注において「本件相殺」という。）事案である（参考図 2 参照。）。

本件受益権に係る投資信託は、委託者である投資信託委託会社と受託者である信託会社との間で締結された信託契約に基づいて設定されたものであり、投資信託委託会社は、販売会社である Y 銀行との間で募集販売委託契約を締結し、Y 銀行に対し、本件受益権の販売等の業務を委託していた。そして、本件管理委託契約並びに上記の信託契約及び募集販売委託契約によれば、X が本件受益権について解約を申し込む場合は、① X が Y 銀行に対して信託契約の一部解約の実行の請求（以下「解約実行請求」という。）をすると、② その旨の通知が Y 銀行から投資信託委託会社に対してされ、③ 投資信託委託会社が信託契約の一部を解約すると、その解約金が信託会社から Y 銀行に振り込まれ、④ Y 銀行はこれを X に支払うこととされていた。また、Y 銀行は、本件受益権を口座管理機関である Y 銀行が備える振替口座簿に開設した X の口座に記録する方法で管理していたが、本件管理委託契約において、X は、本件受益権につき、原則として自由に他の振替先口座（Y 銀行以外の口座管理機関に開設されたものを含む。）への振替をすることができるものとされていた。

再生債務者である X は、本件相殺は民事再生法 93 条 1 項 2 号又は 3 号により無効であるとして、Y 銀行に対し、本件管理委託契約に基づき、本件解約金の支払等を求めたが、再生債権者である Y 銀行は、X に対する本件債務の負担が、民事再生法 93 条 2 項 2 号にいう「支払の停止があったことを再生債権者が知った時より前に生じた原因」に基づく場合に当たるから、本件相殺は許されると主張した。

最高裁は、民事再生法 93 条 1 項 3 号及び 93 条 2 項 2 号に係る一般論を述べた上

最判」という。)の調査官解説⁽¹¹²⁾、及び破産法における相殺において、自働債権と受働債権との牽連性がないことをもって合理的な相殺期待が否定されるか否かという点について判断した最三小判令和 2 年 9 月 8 日民集 74 卷 6 号 1643 頁 (以下「令和 2 年最判」という。)である。

(イ) 平成 26 年最判の調査官解説

大森直哉調査官は、再生債権者と再生債務者間の特定の法律関係が、民事再生法 93 条 2 項 2 号の「前に生じた原因」といえるか否かを判断するに当たっては、当該特定の法律関係の存在により、当該再生債権者においてその後発生する受働債権をもってする相殺の担保的機能に対する期待を客観的に有するものといえるか、さらに、そのよう

で、次のとおり判示して、本件の事情の下では、本件相殺は許されないとした。「本件債務は、Xの支払の停止の前に、XがY銀行から本件受益権を購入し、本件管理委託契約に基づきその管理をY銀行に委託したことにより、Y銀行が解約金の交付を受けることを条件としてXに対して負担した債務であると解されるが(最高裁平成 17 年(受)第 1461 号同 18 年 12 月 14 日第一小法廷判決・民集 60 卷 10 号 3914 頁参照)、少なくとも解約実行請求がされるまでは、Xが有していたのは投資信託委託会社に対する本件受益権であって、これに対しては全ての再生債権者が等しくXの責任財産としての期待を有しているといえる。Xは、本件受益権につき解約実行請求がされたことにより、Y銀行に対する本件解約金の支払請求権を取得したものであるが、同請求権は本件受益権と実質的には同等の価値を有するものとみることができる。その上、上記解約実行請求はY銀行がXの支払の停止を知った後にされたものであるから、Y銀行において同請求権を受働債権とする相殺に対する期待があったとしても、それが合理的なものであるとはいえない。また、Xは、本件管理委託契約に基づきY銀行が本件受益権を管理している間も、本件受益権につき、原則として自由に他の振替先口座への振替をすることができたのである。このような振替がされた場合には、Y銀行がXに対して解約金の支払債務を負担することは生じ得ないのであるから、Y銀行がXに対して本件債務を負担することが確実であったということもできない。さらに、前記事実関係によれば、本件においては、Y銀行がXに対して負担することとなる本件受益権に係る解約金の支払債務を受働債権とする相殺をするためには、他の債権者と同様に、債権者代位権に基づき、Xに代位して本件受益権につき解約実行請求を行うほかなかったことがうかがわれる。」

「そうすると、Y銀行が本件債務をもってする相殺の担保的機能に対して合理的な期待を有していたとはいえず、この相殺を許すことは再生債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする再生手続の趣旨に反するものというべきである。したがって、本件債務の負担は、民事再生法 93 条 2 項 2 号にいう『支払の停止があったことを再生債権者が知った時より前に生じた原因』に基づく場合に当たるとはいえず、本件相殺は許されないと解するのが相当である。」

(112) 大森直哉「判解」最判解民事篇(平成 26 年度) 264 頁。

な期待が他の再生債権者との間の公平の観点からしても保護に値する合理性を有するものといえるかを、個々の事案における事情を考慮して判断する必要があるとした上で、その考慮要素の一つとして、「自働債権と受働債権との牽連性の程度」を挙げている。そして、これの例示として、以下のように述べている。

「受働債権の発生を引当てにして貸付けを行った場合のように、自働債権と受働債権との牽連性が強い場合には、再生債権者においてその後発生する受働債権をもってする相殺の担保的機能に対する期待の程度が強く、他の再生債権者との間の公平の観点からしても保護に徹する合理性があると認められる場合が多いであろう。また、このような牽連性までは認められない場合であっても、例えば、銀行取引約定等において受働債権をもって自働債権に充当できることが定められているような場合や、自働債権と受働債権とが同一の法律関係に基づいて発生したような場合には、同様に解すべき場合もあろう。」⁽¹¹³⁾

(ロ) 令和 2 年最判

本判決は、Y 県と株式会社 A（破産会社）の間でアからエまでの各請負契約（以下「本件契約ア」などといい、併せて「本件各契約」という。）を締結したが、A は本件契約ア、イ及びエの工事について未完成のまま支払を停止するに至り（以下「本件各未完成契約」という。）、破産手続開始決定を受けたため、A の破産管財人である X が、Y に対し、本件契約アからウまでに基づく各報酬等の支払を求める事案である（参考図 3 参照。）。

本件各契約には、次の各定め（以下「本件条項」という。）があった。
①発注者 Y は、請負人 A の責めに帰すべき事由により工期内に工事が完成しないときは、契約を解除することができる。②上記の定めにより契約が解除された場合、請負人 A は、報酬額の 10 分の 1 に相当す

(113) 大森・前掲注(112)265・266 頁。

る額を違約金として支払わなければならない。

Yは、破産手続開始前に、本件各未完成契約に共通して定められた本件条項に基づき各違約金債権（以下「本件各違約金債権」という。）を取得したとして、本件各違約金債権を自働債権とする相殺を主張した。破産法は、破産者に対して債務を負担する者は破産者の支払の停止を知って取得した破産債権による相殺をすることはできないとする（破産法 72 条 1 項 3 号）が、その破産債権の取得が支払の停止を知った時より「前に生じた原因」に基づく場合には同号の規定は適用しないとする（同条 2 項 2 号）ため、これらの規定との関係で、本件各違約金債権を自働債権とする相殺（以下「本件相殺」という。）が許されるか否かが争点となった。

第一審（福岡地判平成 30 年 1 月 9 日民集 74 卷 6 号 1659 頁。）、原審（福岡高判平成 30 年 9 月 21 日民集 74 卷 6 号 1677 頁。）は、共に、本件各違約金債権はYがAの支払の停止を知った後に本件条項に基づき本件各未完成契約を解除して取得したものであるとして、破産法 72 条 1 項 3 号の破産債権に該当するとした。しかしながら、第一審は、本件各違約金債権の取得は同条 2 項 2 号にいう「前に生じた原因」に基づくものであるとして、本件相殺を認めたのに対し、原審は、同号の適用に関し、同号は相殺の担保的機能に対する合理的な期待を保護するための規定であるところ、特定の請負契約における本件条項に基づく違約金債権を自働債権として、これと対価牽連関係にある当該請負契約に基づく報酬債権を受働債権とする相殺を期待することは合理的なものといえるが、別個の請負契約に基づく報酬債権を受働債権とする相殺を期待することは合理的なものといえず、本件相殺のうち、違約金債権と報酬債権とが同一の請負契約に基づかないのは許されないと、本件相殺を認めなかった。

最高裁は、本件各違約金債権は破産法 72 条 1 項 3 号の破産債権に該当するとした上で、次のとおり判断して、本件相殺を認めた。「本件

各違約金債権は、いずれも、Aの支払の停止の前にYとAとの間で締結された本件各未完成契約に基づくものである。本件各未完成契約に共通して定められている本件条項は、Aの責めに帰すべき事由により工期内に工事が完成しないこと及びYが解除の意思表示をしたことのみをもってYが一定の額の違約金債権を取得するというものであって、YとAは、Aが支払の停止に陥った際には本件条項に基づく違約金債権を自働債権とし、Aが有する報酬債権等を受働債権として一括して清算することを予定していたものといえることができる。Yは、本件各未完成契約の締結時点において、自働債権と受働債権とが同一の請負契約に基づいて発生したものであるか否かにかかわらず、本件各違約金債権をもってする相殺の担保的機能に対して合理的な期待を有していたといえ、この相殺を許すことは、上記破産手続の趣旨に反するものとはいえない。したがって、本件各違約金債権の取得は、破産法 72 条 2 項 2 号に掲げる『支払の停止があったことを破産者に対して債務を負担する者が知った時よりも前に生じた原因』に基づく場合に当たり、本件各違約金債権を自働債権、本件各報酬債権を受働債権とする相殺は、自働債権と受働債権とが同一の請負契約に基づくものであるか否かにかかわらず、許されるというべきである。」

(ハ) 検討

令和 2 年最判の原審は、平成 26 年最判の調査官解説において挙げられた考慮要素及び相殺の要件の一つとして客観的牽連性概念を持ち出す民法学説の視点から、相殺を否定する判断をしたことがうかがわれる⁽¹¹⁴⁾。しかしながら、令和 2 年最判は、自働債権と受働債権が別個の請負契約に基づき生じたものであって、このため両債権に対価牽連

(114) 野中伸子「請負人である破産者の支払の停止の前に締結された請負契約に基づく注文者の破産者に対する違約金債権の取得が、破産法 72 条 2 項 2 号にいう『前に生じた原因』に基づく場合に当たり、上記違約金債権を受働債権とする相殺が許されることした事例」ジュリスト 1559 号 (2021) 106 頁参照。

関係がないことをもって「相殺への合理的期待」を認めなかった原審の判断を肯定していない。そうすると、平成 26 年最判の調査官解説において取り上げられている、「自働債権と受働債権との牽連性の程度」につき、これがどのように「相殺への合理的期待」に影響を与えるのか、という点に疑問を覚えるが、この点、「自働債権と受働債権との牽連性の程度」がなければ相殺を否定し得る「相殺への合理的期待」の一要件と理解するのではなく、「相殺への合理的期待」を強める一事情として理解するのが妥当だと考えられる。

平成 26 年最判においては、自働債権と受働債権とが同一の法律関係に基づいて生じたという、客観的な牽連性が認められる事実は見当たらない。また、他にも牽連性を肯定する要素として、調査官解説の中では「債権の発生を引当て」とする場合及び「約定等」がある場合が挙げられているが、これらが認められる事実も見当たらない⁽¹¹⁵⁾。平成 26 年最判における自働債権は、主債務者の連帯保証人に対する保証債務履行請求権であって、投資信託解約金返還債務を引当てに貸付けがされたという事情はなく、また、相殺権を行使した金融機関と、債務者との間で、銀行取引約定が締結されているというような事情もなかったのである。したがって、牽連性という視点からは「相殺への合理的期待」が肯定できそうにない。さらに、投資信託の解約金返還債務につき、当該金融機関が支払停止後に負担したとしても、投資信託受益権を他の振替先口座へ振り替えることが自由であった以上、それは偶然の事情に過ぎなかったのであるから⁽¹¹⁶⁾、この視点からも「相殺への合理的期待」は認められず、したがって「前に生じた原因」に

(115) なお、「債権の発生を引当て」とする場合、「約定等」がある場合などにおいて認められ得る牽連性は、同一の法律関係に基づいて生じる「客観的な」牽連性ではなく、当事者の合意によって生じる「主観的な」牽連性であると解される（中井・前掲注(58)727頁参照）。これについては、後述する（第3章第2節1(4)ハ(=)）。

(116) 吉澤敏行「債権・債務の牽連性と相殺期待の合理性」金融法務事情 2166号(2021)7頁参照。

は当たらないものと解することができそうである。一方、令和 2 年最判は、各工事請負契約に共通する違約金条項の存在から、請負人が支払停止となったときは各請負契約に基づく違約金債権と、請負人の有する報酬債権とを一括して清算することが予定されていたという事実関係からして、本件各未完成契約の締結時点において「相殺への合理的期待」を有していたといえ、そうすると、客観的な牽連性の有無を措いても、「前に生じた原因」に当たるものと解することができそうである⁽¹¹⁷⁾。

(二) 客観的な牽連性と主観的な牽連性

ところで、令和 2 年最判は、両債権間に「客観的な」牽連性が認められるものではなかったが、全く牽連性がないといえるものではなく、むしろ、違約金債権と報酬債権とを一括して清算する合意があったという点で、自働債権と受働債権との間に比較的強い牽連性が認められるものであった。また、本判決は、原審が示した対価牽連関係による限定的な相殺判断は採用しなかったものの、牽連性概念を用いて「相殺への合理的期待」を導こうとする判断枠組みそのものを否定してはいない⁽¹¹⁸⁾。この点、石田教授は、牽連性概念について客観と主観に分解した上で、「本件契約条項の具体的内容の解釈を通じて相殺の合理的期待を導くことにより、本判決は、客観的な関連性のみならず、当事者の合意に基づく主観的関連性をも斟酌して相殺の合理的期待の有無

(117) 野中・前掲注(114)106 頁参照。

(118) 谷口安史「危機時期以降に取得した違約金債権を自働債権とし、別個の請負契約に基づく報酬債権を受働債権とする相殺の可否—最三小判令 2・9・8—」金融法務事情 2172 号 (2021) 35 頁は、令和 2 年最判について、「最高裁は少なくとも牽連性がないことをマイナス要因とは考えていないようである」と述べた上で、「もっとも、本判決については、同種の請負契約から生じた債権相互の相殺であり」、「自働債権と受働債権との間には比較的強い関連性が認められる。」このように考えると、「自働債権と受働債権との間に一定の牽連関係があるとの評価も可能であり、このような牽連関係が全くない場合にも相殺が認められるのかどうかは定かではないという見方もあり得る。」と評している。

を判断する可能性をも示唆するものともいえる」⁽¹¹⁹⁾と、令和 2 年最判を評している。

令和 2 年最判の事実関係においては、請負人が支払停止となった場合、各請負契約に基づいて取得する違約金債権と、請負人の有する報酬債権とを一括して清算することが両当事者において合意されていたのである。このとき、客観的な牽連性すなわち同一の法律関係や契約から債権債務が発生するといった事情は認められないにしても、本件各契約によって定められている本件条項によって、当事者の主観として違約金債権と請負報酬債権とが高い相殺期待を有することになっている場合、それには主観的な牽連性があるといい得て、このときは相殺が容認されることになるのではないか。例えば、自働債権となる債権の発生、取得等について当事者の合意が基準時点より前に存在し、当該合意に基づいて実際に自働債権を取得した場合は、両債権が主観的な牽連性を持つことになり、「相殺への合理的期待」があるものと判断し得るように思われる⁽¹²⁰⁾。

なお、明確に合意と呼べるものでなくとも、当事者において相殺する意識があったといえるのであれば、それにも主観的な牽連性があるといい得て、相殺が容認される向きに働くように考える。主観的な牽連性が導こうとする「相殺への合理的期待」そのものは、当事者の合意などといった事実の存在そのものを問題としているのではなく、相殺を認めるにふさわしいか否かという規範的な判断に関わるものであるから（後述する。第 3 章第 2 節 1（6））、主観的な牽連性の判断に際して、合意の存在を要件として求めたとしても、「相殺への合理的期

(119) 石田剛「別個の請負契約に基づく違約金債権と報酬債権との相殺における合理的期待」法学教室 484 号（2021）127 頁。

(120) 上田・前掲注(107)46 頁は、基準時点前に「自働債権の発生要件等が定められた契約が存在し、（債権者の意思表示を経たとしても）その契約に基づきその自働債権を現実取得したような場合には、その契約の存在が合理的相殺期待を肯定する決定的な事情（評価根拠事実）となると考えられる」と述べている。

待」を適切に表すことはできない。自働債権と受働債権を相殺する明確な合意は、「相殺への合理的期待」を認める絶対条件ではないから、当事者の意識として、両債権を相殺する意識が全くない場合と比べると、その意識がある場合は、「相殺への合理的期待」が高くなる、というのは当然といえよう。

ところで、主観的な牽連性に着目すると、これがないと「相殺への合理的期待」が認められないと断定することまではできないとしても、これがない場合は相殺を否定し得る有力な要素となるように考える⁽¹²¹⁾。当事者の主観においてすら自働債権となる債権を取得するつもりがなかった場合は、「前に生じた原因」となるべき「原因」自体が観念し難いだろうし、また、そのような事情が形式的に存在⁽¹²²⁾したとしても、当事者が自働債権となる債権を取得するつもりが全くなかったとすれば、後に相殺適状を創出したとしても、これについて「相殺への合理的期待」があったと判断することは適当ではないからである⁽¹²³⁾。

(ホ) 主観的な牽連性の視角

このように、「相殺への合理的期待」の有無を見定めるに当たっては、客観的な牽連性のみならず主観的な牽連性も含めたところで検討することが有用だろうが、主観的な牽連性の概念を構成する当事者の合意

(121) 「自働債権（違約金債権）の定めのある契約の有無」の文脈においてではあるが、上田・前掲注(107)48-49 頁は、自働債権の定めのある契約や他の「原因」となるような事情が一切ない場合には、「そもそも形式的にも『原因』となり得る事情がないことになるため〔合理的相殺期待の〕決定的な評価障害事実となる」（角括弧内は筆者が挿入）と述べている。

(122) 平成 26 年最判の事実関係において、解約金支払債務が発生する原因が基準時点より前に締結された管理委託契約であると理解すると、形式的な「原因」は基準時点より前に存在しているといえなくはない。

(123) 森田・前掲注(78)95 頁は、「合理的相殺期待」における基準として、「主観的事情は基準の一つの要素ではある。一方で相殺権者が実際に、受働債権の負担の自働債権による消滅ないし自働債権のその限度での優先的回収を、事実として当てにしていなければ、それは『期待』とは呼び得ない」と述べている。

や意識という視点は、属人的⁽¹²⁴⁾であり、どのような事実をもってこれを見定めていくか、ということが問題となる。

山本和彦教授は、平成 26 年最判の判旨を分析し、相殺権者による特段の行為が介在せずに自然な取引の流れで相殺適状が発生する場合には相殺期待は合理的なものになるのに対し、相殺権者のイレギュラーな行為が介在して初めて相殺が可能になるような場合はその相殺期待は合理性を欠くとした上で、本判決はこの点を重視する理解もあり得る、と述べている⁽¹²⁵⁾。牽連性概念について、客観的な牽連性のみならず、主観的な牽連性を包含したところで「相殺への合理的期待」を判断するという理解を前提に山本教授の見解を見ると、両者はパラレルに理解できるようにも思われ、すなわち、牽連性が少なからず認められる場合は、自働債権となる債権の取得がレギュラーな事態として想定されており、このようなときは「相殺への合理的期待」があるといえ、一方で、主観的にも牽連性が認められないような場合、当事者は自働債権となる債権の取得を全く意識しておらず、こうなると相殺権者のイレギュラーな行為が介在することで初めて相殺ができそうであり、このようなときは、「相殺への合理的期待」が否定される可能性が高いように考える⁽¹²⁶⁾。

また、森田修教授は、「相殺への合理的期待」、すなわち「自働債権を有する相殺権者の、受働債権を相殺により消滅させる期待」の反対側には、当該相殺によって自己の資産である債権が消滅する者が存在し、「これらの者は、当該相殺によってこのような消滅が起こるという

(124) 上田・前掲注(107)42 頁参照。

(125) 山本・前掲注(98)13 頁参照。

(126) 例えば、谷口・前掲注(118)35 頁は、「牽連関係が全くない」相殺の例示として、「銀行が支店の内装工事を発注した請負業者が破産した事例において、たまたま当該請負業者が当該銀行に預金口座を有していた」場合における「銀行が危機時期以降に取得した違約金債権を自働債権とし、預金払戻債権を受働債権とする相殺」を挙げている。本稿の立場では、このように牽連性が認められ難い場合、「差押え前の原因」が否定される可能性が高いこととなる。

負の予想（『相殺覚悟』）をもつはずである」とし、相殺が認められるということは、「合理的相殺期待」の承認であると同時に、相殺権を行使される相手方⁽¹²⁷⁾は「この相殺を予想・予期し、それによる不利益を覚悟すべきであった（その意味でこのような者には「合理的相殺覚悟」があった）」のである、と指摘している。さらに、「受働債権に生じ得るそのような消滅を全く予期していない者には、覚悟もまた問い得まい」と述べた上で⁽¹²⁸⁾、「覚悟」を問う基準となる事実として、「相殺権の公示如何」を問題にしている⁽¹²⁹⁾。「相殺権の公示」が、「相殺を予想・予期し、それによる不利益を覚悟すべきであった」基準となる事実であることに鑑みると、これは当事者の合意の存在に限られるものではなく、より広く、当事者において相殺する意識を具体化するような事実の存在（例えば、慣習等）も含まれると解するのが相当であろう。こう考えてくると、「相殺権の公示如何」と、主観的な牽連性は、整合的に理解することができよう。すなわち、「相殺権の公示」があるといえる場合は、相殺の相手方においても、相殺の合意又は相殺への意識が生じる何らかの事実があったのであるから、自己の債権が消滅することを覚悟していた、つまり「合理的相殺覚悟」を有していたといえる。このときは、当事者の合意や意識から生じる牽連性である主観的な牽連性があるともいい得、したがって「相殺への合理的期待」が認められ、相殺を対抗できる可能性が高いように思われる。

以上のように、相殺権者の行為がレギュラーなものか否か、「相殺権

(127) なお、森田・前掲注(78)94 頁は、「相殺を予想・予期し、それによる不利益を覚悟すべきであった」者として、相殺権を行使される相手方の他に、相殺権を行使される相手方の一般債権者を挙げている。

(128) 森田・前掲注(78)94-95 頁。なお、森田・前掲注(78)は、平成 28 年最判において問題となった三者間相殺の判断枠組みを取り出すとすることを主目的としている論文である（森田・前掲注(78)37-38 頁参照）。ただし、「合理的相殺覚悟」は、二者間相殺においても論じ得るとしている（森田・前掲注(78)94 頁参照。）。

(129) 森田・前掲注(78)95 頁。ただし、これに続けて、「しかし更に、そのような主観的事情に則した利益・不利益の甘受の正当性が客観的評価として問題となる」と述べている。「相殺権の公示如何」が決定的要素ではないことには留意する必要がある。

の公示」及び相殺の相手方に「合理的相殺覚悟」があるか否かというレンズをもって相殺を見ると、主観的な牽連性の有無の判断に有益な示唆を与えてくれるように思われる。

(ハ) 小括一「差押え前の原因」と牽連性

繰り返しになるが、民法 511 条 2 項における「差押え前の原因」の解釈には、「相殺への合理的期待」の有無の判断により「前に生じた原因」を解釈する倒産法の論理を流入させることが同項の趣旨にかなうと考えられ、したがって「差押え前の原因」の有無を判断するに当たっても、「相殺への合理的期待」があるか否かという判断により解釈していくことが適切であると思われる⁽¹³⁰⁾。

「相殺への合理的期待」の有無の判断に当たり、同一の法律関係や契約から債権債務が発生するなどして自働債権と受働債権との間に客観的な牽連性がある場合は、自働債権を差押え時に取得していなかったとしても「相殺への合理的期待」が認められ、「差押え前の原因」に基づいて生じたものといえそうである。また、客観的な牽連性がなかったとしても、主観的な牽連性があれば、「相殺への合理的期待」が認められ得るように思われ、その主観的な牽連性を見定めるに当たっては、相殺権者の行為がレギュラーなものか否か、「相殺権の公示」及び相殺の相手方に「合理的相殺覚悟」があるか否かという視角が有益である。そして、客観的又は主観的な牽連性という視点から「相殺への合理的期待」を肯定する余地がない場合においては、それがないことをもって直ちに「相殺への合理的期待」が否定されるとまではいえないが、その可能性は高くなるように思われる。

(5) 「他人の債権を取得」—相殺の禁止

差押え後に取得した自働債権が「差押え前の原因」に基づいて生じたものであっても、第三債務者がその債権を差押えの後に他人から取得した場

(130) 石田・前掲注(11)169 頁参照。

合は、相殺をもって差押債権者に対抗することができない（民法 511 条 2 項但書）。これは、破産法 72 条 1 項 1 号の規定と平仄を合わせたものである⁽¹³¹⁾。例えば、A が B に対して貸金債権を有し、B が C に対して売掛金債権を有していたところ、B の一般債権者 X がこの売掛金債権を差し押さえたことから、第三債務者 C が A から上記の貸金債権を譲り受け、これを反対債権として売掛金債権と相殺をするような場合、C は、差押えの時点で、「相殺への合理的期待」が形成されていたとはいえ、当該反対債権を自働債権とする相殺は許容されるべきではない。

では、どのような場合に、「他人の債権を取得」した場合に当たるといえるべきか。

最二小判平成 24 年 5 月 28 日民集 66 卷 7 号 3123 頁⁽¹³²⁾（以下「平成 24

(131) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)309-310 頁、潮見・前掲注(9)310 頁参照。

(132) 本判決は、A 1 ないし A 6 社（以下「A ら」と呼ぶ。）の各破産管財人であった C が、それぞれ Y 銀行に対し、各破産者と Y 銀行との間の当座勘定取引契約（以下「本件各当座勘定契約」という。）を解約したことに基づく払戻金等の支払を求めたところ、Y 銀行は各破産者の破産手続開始前に、その委託を受けないで、各破産者の債務について、その債権者との間において保証契約を締結し、破産手続開始後に同契約に基づき保証債務を履行して各破産者に対し求償権を取得したとして、同求償権を自働債権とする相殺を主張した事案である（参考図 4 参照。）。

A らは、Y 銀行との間で本件各当座勘定契約を締結していたところ、Y 銀行は、A らの委託を受けないで、A らの取引先である B 社との間で、A が B に対して負う買掛債務及び手形債務の元本につき、それぞれ極度額を定めて保証する契約をした。

その後 A らは、破産開始決定を受け、C が A らの破産管財人に選任された。B は、Y 銀行に対し本件各保証契約に基づく保証債務の履行を請求し、Y 銀行は、保証債務の履行として A らの債務を弁済（以下「本件各弁済」という。）した。C が本件各当座勘定契約を解約の上、Y 銀行に対して本件各当座勘定契約の残高（以下「本件各当座勘定債務」という。）の支払いを求めたところ、Y 銀行は、本件各弁済により取得した債権（以下「本件各求償権」という。）と本件各当座勘定債務を、それぞれ対当額で相殺するとの意思表示をした（なお、本判決言渡し前に、C は A らの管財人を辞任し、新管財人 X が手続を受継している。）。

原審は、本件各求償権は破産債権であるとした上で、それを自働債権とする相殺は破産法 72 条 1 項 1 号によっても禁止されないとして、Y 銀行による本件各相殺の主張を認めた上で、C の請求を一部認容すべきものとした。

最高裁は、本件の求償権が破産債権であるとの原審の判断は是認したが、本件の求償権による相殺を認めた原審の判断は是認することができないとして次のとおり述べ、本件各相殺に係る部分について原判決を破棄し、同部分について原審に差し戻し

年最判」という。)は、委託なき保証に基づく代位弁済によって取得した事後求償権は、債務者の意思とは無関係に優先的に取り扱われる債権を作出するもので、それは他人の破産債権の取得に類似するものであるとして、相殺を否定した。この判例の理解によると、他人の債権を現に取得するだけでなく、他人の債権を取得したのと同様といえる債権を取得した場合は、当該債権との相殺は禁止されることとなる。そして、この判定に当たって

た。「保証人は、弁済をした場合、民法の規定に従って主たる債務者に対する求償権を取得するのであり(民法 459 条、462 条)、このことは、保証が主たる債務者の委託を受けてされた場合と受けないでされた場合とで異なるところはない(以下、主たる債務者の委託を受けないで保証契約を締結した保証人を「無委託保証人」という)。このように、無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生基礎となる保証関係は、その破産手続開始前に発生しているということが出来るから、当該求償権は、「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」(破産法 2 条 5 項)に当たるものというべきである。したがって、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が主たる債務者である破産者に対して取得する求償権は、破産債権であると解するのが相当である。」

「破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始前に債務者である破産者の委託を受けて保証契約を締結し、同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合には、この求償権を自働債権とする相殺は、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法 67 条によって保護される合理的なものである。しかし、無委託保証人が破産者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合についてみると、この求償権を自働債権とする相殺を認めることは、破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しいものということができ、この場合における相殺に対する期待を、委託を受けて保証契約を締結した場合と同様に解することは困難というべきである。」

「そして、無委託保証人が上記の求償権を自働債権としてする相殺は、破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法 72 条 1 項 1 号が禁ずる相殺と異なるところはなない。」

「そうすると、無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法 72 条 1 項 1 号の類推適用により許されないと解するのが相当である。」

は、自働債権の取得に関して、相殺の相手方の意思的関与を問うことになる。

民法 511 条 2 項但書が、破産法 72 条 1 項 1 号の規定と平仄を合わせたものであることからすると、平成 24 年最判の理解は、差押えと相殺の場面でも問われることとなる。したがって、「差押え前の原因」に基づく差押え後の自働債権の取得に関して、相殺の相手方の意思的関与がない場合は、「他人の債権を取得」したものであるとして、相殺できる自働債権の範囲を制限することになると解される⁽¹³³⁾。同判決の事実関係を前提にすると、委託なき保証人が差押え後に保証債務を履行して求償権を取得した場合、民法 511 条 2 項但書類推適用によって相殺は否定されることになろう⁽¹³⁴⁾。

なお、ここで問われている、相殺の相手方の意思的関与は、相殺を予想・予期し得たかという点で「合理的相殺覚悟」の判断と同質であるように思われる。そうすると、ここでも、「相殺権の公示」及び相殺の相手方に「合理的相殺覚悟」があるか否かという視角が有益であろう⁽¹³⁵⁾。

(6) 「相殺への合理的期待」

最後に、ここまでの展開に当たりあらゆる局面で登場した「相殺への合理的期待」について、付言しておきたい。

そもそも、民法古来の「相殺への合理的期待」概念は、前述した昭和 32 年最判において、差押え前に相殺適状が出現していなくてはならないとい

(133) 中井・前掲注(58)733 頁参照。

(134) 法務省民事局参事官室平成 25 年 4 月・前掲注(1)310 頁参照。一方、沖野・前掲注(1)55 頁は、平成 24 年最判が破産法 72 条 1 項 1 号を類推適用したのは「破産法上、破産債権該当性と相殺の可否という 2 つの問題にそれぞれ対応する必要」があったためであり、民法の解釈としては、「相殺の点のみが問題であり、それを画するのは 511 条 2 項の『前の原因』の解釈であって、あえて同項ただし書の類推適用による必要はないと解される。」と述べる。また、内田・前掲注(10)319 頁は、委託なき保証に基づく代位弁済によって取得した事後求償権について、民法の解釈論としては「2 項ただし書を実質論に基づいて操作」して相殺を否定する、すなわち民法 511 条 2 項を類推適用するより、「債務者 S [相殺の相手方] との関係で『差押え前の原因』に基づく債権とはいえないと解する方が自然に思える」(角括弧内は筆者が挿入)と述べる。

(135) 森田・前掲注(78)95 頁、103 頁参照。

う制約を取り払い、相殺の担保的機能の拡張を図ろうとして導入されたものである。そして、昭和 39 年最大判においては、第三債務者が差押え前に取得した債権を有するときは、これをもって受働債権と相殺する「期待を有している」が、この場合においても自働債権の弁済期が受働債権の弁済期の後に到来するときは、相殺への「正当な期待を有していたものとはいえない」と、「相殺への合理的期待」概念によって第三債務者の利益と差押債権者の利益との調整を図ろうとした⁽¹³⁶⁾。しかし、昭和 45 年最大判はこのような利益調整をせず、各債権の個別事情（弁済期、牽連性等）を問わずとも相互性要件を満たせば相殺できていることから、この判例法理、さらに言えばこの判例法理を採用した改正民法下において、「相殺への合理的期待」概念は、相互性があれば当然に「相殺への合理的期待」が認められるとしてその範囲まで相殺の担保的機能を拡張した上で、「相殺への合理的期待」概念自体は相互性と等置され、特段の意味を持たなくなった、となるはずである⁽¹³⁷⁾。

ところが、実際のところ、「相殺への合理的期待」概念はそのような扱いを一特に、民法 511 条 2 項の解釈においては—受けていない。例えば、民法 511 条 2 項但書の解釈において、平成 24 年最判の判例法理を前提とすれば、相互性を有する両債権間の相殺であっても、相殺の相手方の意思的関与によって「相殺への合理的期待」の有無を判定し、それがなるときには「差押え後に他人の債権を取得した」場合に当たり、相殺が否定されることになることと解される。この判断の中核には、「相殺への合理的期待」概念が存在する。また、後述（第 3 章第 3 節 2（2）参照。）するが、相殺権濫用の法理における権利濫用の判断は、「相殺への合理的期待」の有無の判定に他ならないと考えられ、したがってそれがなとなれば、相殺が否定されることになるように思われる。こう見ると、「相殺への合理的期待」概念

(136) 森田修『『債権法改正』の文脈—新旧両規定の架橋のために 第十三講 相殺：担保的機能を中心に（その 2）』法学教室 461 号（2019）104 頁参照。

(137) 石田・前掲注(11)167 頁参照。

は、相殺の範囲を絞る側面からなお意味を持つ、とも捉えることができる⁽¹³⁸⁾。一方で、民法 511 条 2 項の「差押え前の原因」の解釈においては、基準時に相互性を有しない両債権間の相殺について、「相殺への合理的期待」の有無によってその相殺を認めるという倒産法の解釈が民法の領域にも流入することになると解され、そうすると、「相殺への合理的期待」概念は、相殺の範囲を拡張する一面も有している、と理解できる⁽¹³⁹⁾。

このように、「相殺への合理的期待」は、かつては相互性を基準に相殺の範囲を画そうとする概念であったが、今日において、その内容は相殺の範囲を拡張する方向にも、絞る方向にも働き得るという点で明確なものではなく、いわば、取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいと判断できる場合には、「相殺への合理的期待」が充足され、相殺が認められることになるものと考えられる⁽¹⁴⁰⁾。そうすると、これまで述べてきた諸要素は相殺の適否に影響を与えるとしても決定打を与えるものではなく、このため具体的事例における個別事情を斟酌する作業はどうしても必要になろう。

2 具体的な局面における相殺の適否

前述のとおり、相殺の適否はどうしても具体的事例における個別事情を斟酌

(138) 石田・前掲注(11)169 頁参照。

(139) 石田・前掲注(11)169 頁参照。

(140) 森田・前掲注(13)98 頁は、民法古来の「相殺への合理的期待」概念の文脈においてはあがるが（したがって倒産法から流入する「相殺への合理的期待」も同様に解しているのか否かは定かではない。）、『相殺期待』の概念は一義性を喪失し、相殺の可否一般の判定のためのレッテルに墮してしまっていると評し得よう。」と述べる。

また、森田・前掲注(78)100 頁は、破産法の「前に生じた原因」の文脈においてはあがるが、『前に生じた原因』の判断は、要するに、『合理的相殺期待』の判断を中核とするものであって、もはや『前に生じた原因』自体がいかなるものであるべきかという問い立てをしても、判例法を表現することはできない。むしろ当該相殺が、『前に生じた原因』によって自働債権を取得したものと評価できるか、ヨリ正確に言えば、受働債権債務者に、取得した当該債権を自働債権とした受働債権との相殺を認めるにふさわしい『合理的相殺期待』ありと規範的に評価できる場合に、『前に生じた原因』の要件が充足されるのである」と述べる。

酌する必要があるため、ここで事例を挙げて述べたとしても、結局、その局面ごとの事実関係によって結論に差が生じることになろう。しかし、本稿で明らかにした諸要素に基づき、どのように「相殺への合理的期待」の有無を判断していくかという点において、事例を挙げて説明しておくことは有用とも思われるため、「Aを売主、Bを買主とするある商品の継続的取引基本契約を締結し、その後、AとBは個別売買契約を締結していた」場合において、「AからBに商品の引渡しがなされたが、契約に適合しない瑕疵があり、Bは、Aに対して損害賠償請求権を取得した」という前述した場面について、差押えの時期ごとに本稿の立場を示しておきたい。

(1) 売買（貸金債権の差押え）

前記の場面について、Aに対して債権を有するCが、AがBに対して有している貸金債権を差し押さえたとすると、Cの差押えの時期については、①BのAに対する損害賠償請求後、②AからBへの商品の引渡し後、損害賠償請求前、③AとBの個別売買契約締結後、AからBへの商品の引渡し前、④AとBの基本契約締結後、AとBの個別売買契約締結前、⑤AとBの基本契約締結前、があり得る。

この場合における損害賠償債権は、瑕疵ある目的物の引渡しの時点で発生すると解される⁽¹⁴¹⁾、この理解が民法 511 条の「取得」にも及ぶことを前提とすると、引渡しの時点でBは自働債権を取得しているから、①及び②の場合は、民法 511 条 1 項によりBはCに対して相殺を対抗できる。これに対し、③から⑤までの場合は、個別売買契約又は基本契約が「差押え前の原因」に該当するか否かで結論が異なることとなる。昭和 42 年最判の「原因」概念を上記の場面に持ち込むと、個別売買契約締結の時点では、既に債務不履行発生 of 抽象的可能性が存在しているといえ、目的物の瑕疵に基づく損害賠償請求権発生 of 「原因」があったと認めることがで

(141) 第3章第2節1(2)参照。なお、野村ほか・前掲注(55)84頁〔野村発言〕においても、損害賠償請求権の発生を「契約に適合しない物が給付され」た時点と解している。

きそうである。一方で、基本契約締結の時点まで遡ると、その時点では個別売買契約は締結されていないから売買の目的となる物など契約の内容が十分に具体化しておらず、したがって損害賠償請求権発生の可能性も具体化しているとは認め難い。このように、単純に「原因」のみを考慮して結論を導くと、③の場面では民法 511 条 2 項により相殺を対抗でき、④及び⑤の場面ではできないこととなる。

ただし、昭和 42 年最判における「原因」概念があるからといって、直ちに民法 511 条 2 項における「差押え前の原因」があると認めることが相当でないと思われるのは、第 3 章第 2 節 1 (4) イで述べたところである。B は、A から商品を購入するに当たり、その商品に瑕疵があり、損害賠償請求権が生じたときには、B の負担する借入金から優先的回収を図ることを期待するという関係にあったといえるだろうか。B は、売買契約においては通常買掛債務を負うだけであり、借入金を担保視するような関係にはないはずである。売買契約とは無関係の貸金債権と、商品に瑕疵があったときに発生する損害賠償請求権について、相殺が可能であると期待して当該売買契約を締結するという関係にあるとは、素直には認めることができない⁽¹⁴²⁾。したがって、「原因」のある③の場面でも、常に相殺を対抗できると解するのは相当ではなく、「相殺への合理的期待」の有無によって最終的な判断を下すべきであり、その考慮要素の一つとして牽連性概念がある。上記の場面においては、両債権が同一の契約に基づき発生したという客観的な牽連性は認められそうにない。さらに、この場面において、相殺に係る当事者の合意や意識の存在が見当たらないとすれば、主観的な牽連性も認め難い。そうすると、「相殺への合理的期待」があると見るのは困難であり、すなわち「差押え前の原因」があると認められない可能性が高いように思われる。ただし、具体的事案を斟酌した結果、「相殺への合理的期待」が認められる可能性はあるし、また、④及び⑤の場面でも、常に相殺を対

(142) 請負契約の文脈で述べたものであるが、沖野・前掲注(1)61 頁参照。

抗できない、とまではいえない⁽¹⁴³⁾。

なお、当然ではあるが、BがCによる差押債権の取立てに応じ、履行した後においては、Cの差押えの時期にかかわらずBは相殺を対抗できない。

(2) 売買（売買代金債権の差押え）

一方、AがBに対して有している個別売買契約に基づき発生済みの売買代金債権を差し押さえたとするとうどうなるか。Cの差押えの時期については、前記（1）の場面と同様の場面設定があり得る。①及び②の場合は、前記（1）の場面と同様に、引渡しの時点でBは自働債権を取得しているから、民法 511 条 1 項によりBはCに対して相殺を対抗できる。これに対して、③から⑤までの場合についてであるが、この場面は、売買代金そのものとそれに対して付着している抗弁といえる損害賠償請求権との相殺であり、前記（1）の場面とは局面が異なる。

まず、③の場合は、売買代金債権と損害賠償請求権は同一の売買契約に基づくものであり、客観的な牽連関係を認めることができるため⁽¹⁴⁴⁾、目的物の瑕疵に基づく損害賠償請求権発生「原因」があると認められ、相殺を対抗できると解される可能性が高いだろう。なお、Bは、Aの債務が履行されず、債務不履行に基づく損害の賠償がされない以上は売買代金の支払を拒むことができ（民法 533 条括弧書）、売買代金から優先的に回収を図ることが正当視される。さらに、改正民法 563 条は、売買契約に基づく追完請求権の一つとして代金減額請求権を認めており、第三債務者は形成権としてこれを行使できるはずである⁽¹⁴⁵⁾。この解釈との整合からしても、相殺を対抗できる可能性が高いように思われる。

(143) 例えば、中井・前掲注(58)726 頁は、将来債権の差押えの場面を念頭に、個別売買契約も引渡しも差押え後であったとしても、「将来債権の差押えができるのは、差押え時において権利の特定ができ、近い将来における債権の発生が相当程度確実に期待できるからであり、すでにその発生基礎となる法律関係（たとえば、基本契約となる継続的売買契約）は存在するはずである」から、将来債権発生基礎となる法律関係（基本契約）をもって「差押え前の原因」とする解釈論もあり得る、と述べている。

(144) 中井・前掲注(58)725 頁参照。

(145) 請負契約の文脈で述べたものであるが、沖野・前掲注(1)62 頁参照。

④及び⑤の場合は、債務不履行発生の抽象的可能性が認められる個別売買契約がまだ締結されておらず、「原因」が認められないので、相殺を対抗できない可能性が高いと考えられる（上記（１）と同様に、常に相殺を対抗できない、とまではいえない。）。ここでは、売買代金債権と損害賠償請求権が同一の契約から発生した点に着目し、債権譲渡の場面を規律する民法 469 条 2 項 2 号を類推適用し、この場面でも相殺を対抗できるとする見解がある⁽¹⁴⁶⁾。しかし、債権譲渡の場面においては同一の契約から発生した債権債務の相殺の対抗可能性を容認し、差押えの場面ではそれをあえて規律していないのだから、差押えの場面において、民法 469 条 2 項 2 号を類推適用することは、解釈としては困難なように思われる。

第 3 節 相殺権濫用の法理

前述した各種の相殺禁止規定に形式的には当たらないが、執行妨害的な債権取得事例や偏頗行為的な相殺については、その効力が否定されるべきである。この問題に関しては、昭和 45 年最大判が無制限説を採用した結果、相殺権の範囲がかなり広範囲に認められることになり、これによって生ずる不都合を回避するため、相殺権濫用の法理が主張されてきた⁽¹⁴⁷⁾。

相殺権濫用については、民法（債権関係）部会において明文化の検討がされた。結局、適切な要件設定が困難であるとの考慮から解釈に委ねることとされ、明文化は見送られたが⁽¹⁴⁸⁾、このことは、相殺権濫用の考え方までもが否定されたものではなく、様々な論者がその活用によって二債権者間の公平を確保すべきであることを指摘している⁽¹⁴⁹⁾。したがって、差押えと相殺の局面における債

(146) 中井ほか・前掲注(55)18-19 頁〔赫発言〕、20 頁〔中井発言〕参照。

(147) 石垣茂光「相殺権濫用論と相殺要件に関する一考察（一）」獨協法学 45 号（1997）263 頁参照。

(148) 法制審議会民法（債権関係）部会「第 67 回会議議事録」（2013）11 頁参照〔松尾関係官発言〕。<https://www.moj.go.jp/content/000113292.pdf>（2022.5.31 最終確認）。

(149) 中田・前掲注(16)478-480 頁、潮見・前掲注(9)328-329 頁、沖野・前掲注(1)47 頁等。

権者間の公平は、各種の相殺禁止規定を歯止めとし、そして相殺権濫用の法理を最終的な防波堤にして保たれることになる。

相殺権濫用の具体的局面については後述するが、例えば、中井弁護士は、差押えの申立てがあったことを知った第三債務者が、差押命令が送達されるまでの間隙を縫って、価値の劣化した債権を取得して相殺をするような場合は、相殺権濫用の法理で対応すべきことになるとしている⁽¹⁵⁰⁾。また、かつて制限説が問題視してきた、第三債務者が差し押さえられた受働債権を履行しないで自働債権の弁済期を待った上で相殺するといった、自身の債務不履行を前提とする相殺の場合についても、相殺権濫用の法理によって対応することになる。

差押えと相殺の優劣をめぐり平時と倒産時の平準化が強調されている改正民法の下では、債権者間の平等に反する偏頗的な債権回収の手段として相殺権を行使することは、相殺権の濫用としてその効力を否定され得ると思われる⁽¹⁵¹⁾。

1 相殺権濫用が問題となる局面

相殺権濫用が認められ得る場面として挙げられている局面としては、次のものがある。

(1) 担保付債権による相殺

AがBに対して担保権付債権（ α 債権）を有している。このとき、BがAに対して反対債権（ β 債権）を有していたとして、 α 債権が弁済されないときに、Aが債権の担保を実行せずに、 α 債権を自働債権として β 債権と相殺をすることで債権の回収を図る場合において、担保が不動産上の抵当権のようにその実行に時間や経費がかかる場合はともかく、容易に換金できるものが担保となっている場合には、容易な担保実行措置をとらずに相殺の担保的機能に頼ることが相殺権の濫用となり得ることが指摘されている⁽¹⁵²⁾。ただし、最一小判昭和 54 年 3 月 1 日金法 893 号 43 頁は、「Aが

(150) 中井・前掲注(58)731-732 頁参照。

(151) 潮見・前掲注(9)329 頁参照。

(152) 潮見・前掲注(9)329 頁参照。

B に対して有する手形買戻請求権につき自己の有する物上担保権の行使によってすべて弁済を受けることができる関係にあるにもかかわらず、この方法をとることなく、右買戻請求権をもって本件預託金返還請求権と相殺することにより右債権の満足を得る方法を選んだとしても、それだけでこれが権利の濫用であるということとはでき¹⁵³ないとしている。

(2) 駆け込み相殺

A は、B が振り出した約束手形を所持している。A が B の倒産を察知して、B の預金がある C 銀行でこの約束手形を割り引いてもらうとすると、A は、実質的に B の C に対する預金債権から自己の手形債権を回収できることになる。これにより A が B に対する他の一般債権者に先立って、しかも、他の一般債権者が各自の債権の回収を期待できないことを認識しながら、自己の手形債権の満足を受けることになるから、このような形で手形金の回収が権利濫用と判断される可能性がある⁽¹⁵³⁾。

(3) 狙い撃ち相殺

B は、A に対して複数の金銭債権を有している。このうちの一つの金銭債権（ β 債権）が B の債権者 C によって差し押さえられた。このとき、A が B に対する金銭債権（ α 債権）を有していたとする。A は、B に対する債務のうち差し押さえられた債務（ β 債権）以外の債務による相殺で自己の債権を十分に回収できるにもかかわらず、差し押さえられた債権を除く債務を弁済した上で、 β 債権については α 債権を自働債権として対当額で相殺をする旨の意思表示をした。このような場合、権利濫用と判断される可能性がある⁽¹⁵⁴⁾。大阪地判昭和 49 年 2 月 15 日金法 729 号 33 頁（以下「昭和 49 年大阪地判」という。）は、相殺における債権債務の選択については特段の事情のないかぎり、全く相殺権者の自由であるとしつつも、同一当事者間の同一の原因に基づき発生した債務でありながら、その一部は既に第三者に転付され、他の一部は転付された債権よりも履行期の到来が

(153) 潮見・前掲注(9)329-330 頁参照。

(154) 潮見・前掲注(9)330 頁参照。

遅いという場合、「債務者が後者については既に債務を完済しておきながら、前者すなわち第三者に転付された債権については支払をなさず、右第三者から支払請求されるに及んで右自働債権によりこれと相殺をなすが如きことは当事者間の公平および信義則に著しくもとのものであ」として、A のした相殺の意思表示を権利濫用とした。

(4) 同行相殺

A が B 振出の約束手形について、C 銀行 P 支店にて割り引いてもらった。この手形が不渡りとなった場合において、C 銀行は、A に買戻しのための資力があるにもかかわらず、A に対して買戻請求をせず、この B に対する手形債権を、C 銀行 Q 支店に開設されている A の C に対する預金債権と相殺する旨の意思表示をした。これが相殺権の濫用として問題にされることがある。最三小判昭和 53 年 5 月 2 日判時 892 号 58 頁は、「約束手形の裏書を受けてこれを所持する者が、その手形の支払いを受けることができなくなった場合において、そのまま当該手形を自己の手中にとどめて振出人に対し手形上の権利を行使することとするか、又は手形の買戻請求権ないし遡及権を行使することとするかは、その者が自由な意思決定により選択決定しうるところである」として、C 銀行がたまたま前者を選択して預金債権との相殺により手形上の権利の満足を図ったことについて、正当な権利行使として是認したところ、学説においては、手形振出人の倒産の場面における同行相殺を規制するための方策として、相殺権濫用の構成が支持された⁽¹⁵⁵⁾。

2 相殺権濫用の法理の実質

(1) 相殺権濫用の考慮要素

相殺権濫用が認められ得る場面を見てみると、例えば狙い撃ち相殺については、差押債権と相殺することによって差押えを空振りに終わらせよう

(155) 河野正憲「同行相殺と割引依頼人の不当利得」別冊ジュリスト 184 号倒産判例百選 [第 4 版] (2006) 125 頁参照。

とする背信性のある意図をもってするものであり、そのような相殺は許容できず、したがって相殺権濫用を認め得ると解される。また、駆け込み相殺にあつては、手形所持人に優先的な弁済を得させる目的で銀行が加担して、手形債権を取得して行うものであり、そのような背信性のある意図をもってする相殺は許容できないから、相殺権濫用を認め得ると解される。このように、相殺権濫用は、相殺権者の意図した目的の背信性に着目して判断されるものと考えられる。

他方、例えば担保付債権による相殺の場合は、担保権者が担保を実行するかそれとも相殺権を行使し得るかは担保権者の自由な判断に委ねられているから、相殺権濫用は認められないと考えられ、また、同行相殺についても、振出人の預金から回収するかどうかはその者の自由な意思により選択決定し得るところであるから、相殺権濫用は認められないことになると考えられる。したがって、相殺権濫用は、相殺権者の選択について自由意思に委ねられている場合は認められないように思われる⁽¹⁵⁶⁾。

(2) 相殺権濫用の判断基準

以上のように見てくると、相殺について相殺権濫用として排斥されるかどうかの判断基準としては、相殺権者の意図した目的の背信性、相殺権者の選択可能性についての自由意思の存在等を総合的に考慮して判断することになると考えられる。そして、前記 1 (1)～(4) で検討した裁判例が、信義則、権利の濫用といった文言を用いて相殺権濫用を導き出していることに照らすと、相殺権濫用の法理も、権利濫用の一形態として位置付けられるべきであろう⁽¹⁵⁷⁾。しかし、ここで行われる濫用性の判断は、結局、取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいか否かという判断であり、これは、「相殺への合理的期待」の判定に他ならないように思われる⁽¹⁵⁸⁾。

(156) 木下・前掲注(12)40-41 頁参照。

(157) 木下・前掲注(12)41 頁参照。

(158) 森田・前掲注(13)98 頁参照。

ところで、相殺権濫用の法理は、租税徴収の場面では有用なものとはいえないように考える。これについては、第 4 章第 1 節 2 で述べる。

第 4 章 国税徴収法改正の必要性と立法案

ここまで、民法における相殺の解釈について検討してきたが、これによっても租税徴収の場面における相殺の問題は、完全に解決し得ないと考える。

ここでは、租税徴収の場面における相殺の問題を列挙し、新たな立法の必要性を説いていく。

第 1 節 租税徴収と相殺の問題

1 租税徴収の大量性、反復性と相殺判断の困難さ

法には、直接に各人の行為を規制し義務付ける行為規範と、裁判官を拘束し義務付ける裁判規範が存在する⁽¹⁵⁹⁾。租税法規は裁判規範であるとともに行為規範であるから、税務署と納税者は、両者ともに税法に定められたとおりに行動しなければならない（租税法は、元来、当事者の話し合いによる取引妥協を許さない。）⁽¹⁶⁰⁾。一方で民法については、一般に、行為の基準であるというより、当事者間で問題を解決することができない場合の裁判規範の性質を有するものとして解されている⁽¹⁶¹⁾。そうすると、第三債務者が相殺を主張した場合において、その相殺が民法 511 条の規定に照らして差押えに劣後するものだとしても、徴税当局は訴訟外においてその相殺を否定することはできず、訴訟においてはじめてその相殺の効力の適否について争い得る。

滞納処分を行うに当たり、第三債務者から相殺の主張がなされることは往々にしてあり、その場面は、差押えと相殺における典型的取引である銀行取引に限ったものではない。このとき、徴税当局は、「相殺への合理的期待」の有無によって相殺の是非を判断し、その相殺が妥当でないと判断したとき

(159) 萩大輔「＜特別寄稿＞法の地位」鹿兒島大学法学論集 17 卷 1・2 合併号（1982）4 頁参照。

(160) 田中二郎『租税法 [第 3 版]』（有斐閣、1990）57 頁参照。

(161) 萩・前掲注(159) 5 頁、田中・前掲注(160) 57 頁参照。

は訴訟により相殺を否定していくことになる。しかし、この往々にしてある場面において、常にこの判断を行い、そして相殺を否定するには訴訟により解決するしか手がないというのはやたら煩雑であり、不合理であるように思われる。

また、相殺の適否は、「相殺への合理的期待」の有無によって決することになるところ、これは個別の事例を積み上げてケースバイケースで判断することになり、決して簡単なものではない。現に、相殺が問題となった判例を見ると、平成 24 年最判、平成 26 年最判及び令和 2 年最判はいずれも最高裁が高裁の判断を覆しており、この判断の難しさを物語っているといえる⁽¹⁶²⁾。

租税徴収については、「大量性、反覆性を有し、あまりに煩瑣な手続を要求することがはなはだしく困難であること等の点を考慮」⁽¹⁶³⁾され、国税徴収法において自力執行性及び他の債権に対する優先性の承認がなされている。そして、これと私法秩序の尊重の要請を調整した上で、徴収制度の合理化が図られているところである⁽¹⁶⁴⁾。例えば、国税徴収法 39 条は、租税のように大量に生ずるものについて個々に詐害行為に対し取消権を行使することは実行が困難であるだけでなく、たとえ個別的に可能であるとしても結果的に公平の原則を乱すことから、詐害行為となるような場合に直接その処分による受益者に対して第二次納税義務を負わせている⁽¹⁶⁵⁾。

相殺の問題について、その判断が難しい民法の解釈に基づく訴訟で解決していくしかないというのは、徴収制度として合理的とはいえないように思われる。

(162) 折田健市郎「別個の請負契約に基づく相殺と破産法 72 条 2 項 2 号の『前に生じた原因』の関係」金融法務事情 2168 号 (2021) 71 頁参照。

(163) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日「租税徴収制度の改正に関する答申」1 頁。

(164) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)2 頁参照。

(165) 吉国二郎ほか共編『国税徴収法精解 [第 20 版]』(大蔵財務協会、2021) 49 頁参照。

2 相殺権濫用の法理の限界

相殺禁止規定には当たらないが、執行妨害的な債権取得事例や偏頗行為的な相殺については、相殺権濫用の法理によりその効力を否定することができる。しかし、租税債権の徴収に当たり、相殺権濫用の法理を主張して第三債務者がした相殺を否定していくことに問題はないのだろうか。

これまで、租税債権の徴収に当たり相殺権濫用を主張した裁判例としては、

札幌地裁平成 12 年 3 月 17 日訟月 48 卷 7 号 1603 頁⁽¹⁶⁶⁾ ⁽¹⁶⁷⁾がある。この裁

(166) 本判決は、国税徴収法に基づく滞納処分としてA社（滞納法人）のYに対する不当利得返還請求権を差し押さえたXが、Yに対し取立権に基づいてその支払を求めたところ、Yが、A社に対する自己の債権をもって当該不当利得返還請求権とその対当額において相殺した旨主張して争う事案である。

Xは、A社に対し、既に納期限を経過した租税債権を有していた。Yは、A社との間で、A社がB社等（第三債務者）に対して有する各売掛金債権（以下「本件売掛金債権」という。）をYに譲渡する旨の債権譲渡契約（以下「本件債権譲渡契約」という。）を締結し、本件債権譲渡契約に基づきB社等に対して債権譲渡の通知をした。その後Yは、B社等から本件売掛金債権を取り立てた。これに対し、Xは、本件債権譲渡契約は無効であって、Yが本件売掛金債権を取り立てたことにより、A社のYに対する不当利得返還請求権（以下「本件不当利得返還請求権」という。）が発生したとして、これを差し押さえた。その後、A社とYとの間で締結された本件債権譲渡契約の効力を無効とする判決が言い渡され、確定した。

Yは、A社に対し貸付金債権を有していたことから、同債権をもって、本件不当利得返還請求権とその対当額において相殺する旨の意思表示をした。

札幌地裁は、次のとおり述べて、Yによる相殺権の行使は権利の濫用に当たり許されないとした。「一般に、債務者に対する一の債権者が、自己の債権の担保として、債務者が第三債務者に対して有する債権を譲り受け、債務者の信用状況が悪化するなど一定の事由が生じたことにより、右担保権の実行として譲渡を受けた債権を取り立て、自己の債権回収を図ったという場合に、右債権譲渡契約が破産管財人の否認権に基づいて否認されたり、あるいは、「その内容等に照らして無効であるとされたりすることはまま見られることである。そのような場合に、譲渡を受けた債権を取り立てることにより債権回収の利益を一旦保持した債権者に対し、債務者に対する債権を自働債権とする相殺権の行使を許すことは、右債権回収の利益の保持を容認することとなつて、右否認、無効等の趣旨を没却することにつながり、ひいては、後に否認され、あるいは、無効とされるべき原因があつても、債権譲渡契約をとりあえず締結し、譲渡を受けた債権を早期に取り立てて債権回収を図るという行為を助長することにもなりかねない。」

「また、受働債権たる本件不当利得返還請求権の発生の経緯」からすれば、「被告が自己の貸付金債権と本件不当利得返還請求権との相殺について合理的な期待を有していたということもできない。」

「以上からすると、被告による相殺権の行使は」本件における事実関係からすると、「権利の濫用に当たり、許されないとわざるを得ない。」

(167) 本判決は、本件の事実関係において相殺権の行使を許すことは、①債権回収の利益の保持を容認することとなつて債権譲渡契約を無効とした趣旨を没却することにつながり、ひいては、後に無効とされるべき原因があつても債権譲渡契約を取りあえず締結し、譲渡を受けた債権を早期に取り立てて債権回収を図る行為を助長する結果となること、②相殺権者が相殺についての合理的期待を有していたものということとはできないことを理由として、相殺権の濫用を認めたものである。本判決が「後に否認され、あるいは、無効とされるべき原因があつても、債権譲渡契約をとりあえず締結し、譲渡を受けた債権を早期に取り立てて債権回収を図」ろうとすることを問題視している点に着目すると、相殺権者の意図する目的について価値判断を加えて相殺権濫用を

判例は、債権譲渡について国と債権譲受人間で争い、この債権譲渡の効力が裁判で否定されたため生じた譲受人の不当利得債務につき、国がこれを差し押さえた場合において、譲受人が同債務を受働債権とし、譲受人が譲渡人に対して有する貸付債権を自働債権とする相殺は、裁判において債権譲渡を無効とした趣旨を没却することになり、権利の濫用として許されないとされたものである。この裁判例に関して言えば、不当利得債務の発生原因となる債権譲渡が既に裁判で無効とされていたなど、極めて限定的な場面におけるものであるし、国は一私債権者として、無効とされた債権譲渡契約によって得た利益を譲受人が実質的に確保できることとなる結果をもたらす相殺について、それをなすことは権利の濫用に当たるとして争ったものに過ぎず、特段の問題はないように思われる。

ところで、租税は、「国家が、特別の給付に対する反対給付としてではなく、公共サービスを提供するための資金を調達する目的で、法律の定めに基づいて私人に課する金銭給付である」と定義されている⁽¹⁶⁸⁾。租税がこのような強い公益性を有し、またその確定と徴収が公平・確実かつ迅速に行われなければならないことが反映された結果として、債権者である国と債務者である納税義務者の租税法律関係においては、国が納税義務者に優越性を持ち、その限りで、租税法律関係は不平等な関係として現れる⁽¹⁶⁹⁾。租税徴収における、自力執行権の付与及び他の債権に対する優先性の承認はまさにそれである。

他方、債権を滞納処分により差し押さえた場合における第三債務者に履行を求める債権は、租税債権ではなく私法上の債権であるから、一般私法関係の手續が適用されると解される⁽¹⁷⁰⁾。そのため、国が相殺権濫用の法理を主張するに当たり、租税債権であるがゆえの優越性を持ち出して争うことは、厳に慎まなければならない。なぜなら、租税の優越性を承認しているのは租税

検討していると見ることができる（第3章第3節2（2）、木下・前掲注(12)44頁参照。）。

(168) 金子宏『租税法 [第24版]』（弘文堂、2021）9頁。

(169) 金子・前掲注(168)30頁参照。

(170) 吉国ほか・前掲注(165)533頁参照。

法律主義が支配する税法の領域であり、この領域においては、私法の領域と異なり明文の濫用禁止規定がない限り、権利濫用をもって直ちに権利行使の許容性ないし法効果を否認することはできないと考えるべきだからである⁽¹⁷¹⁾。なお、この点、権利濫用法理、信義則、禁反言の法理等一般条項に基づくものは租税法律主義における「法律」に内在していると説明し、その適用を認める向き⁽¹⁷²⁾もあるが、これは租税法律主義を自己否定することになるし⁽¹⁷³⁾、また、内在しているとしてもその適用には厳格な要件が求められていると解される⁽¹⁷⁴⁾から、この説明のみでは十分ではないように思われる。

問題は、国が相殺権濫用の法理を主張するに当たり、租税債権の優越性を持ち出さないことが貫徹されるかどうかという点と、そうしたときに相殺権

(171) 谷口勢津夫『税法基本講義 [第7版]』(弘文堂、2021)【79】参照。

(172) 神戸地裁平成 8 年 2 月 21 日訟月 43 卷 4 号 1257 頁は、国税滞納処分の場面において、A 社(滞納法人)と形式上別異の株式会社 X 社について、A 社と X 社はその実質が同一であり、X 社の設立は A 社の債務の免脱を目的としてなされた法人格の濫用であると認定するに当たり、「法人格否認の法理は、権利濫用法理や信義則、禁反言の原則等一般条項に基づくものであって租税法律主義にいう『法律』に内在するものといえる」と述べ、法人格否認の法理の適用を認めている。なお、本判決は、国が一般私法上の債権者と同様の立場から、X 社が財産の帰属主体であることを否定するために否認法理を主張し、事実、本判決においては差押処分の執行財産の帰属が問題となっているのであり、そこに、差押債権が租税債権に充てられるがゆえに私債権と別異に解されたような事実は認められないため、結論としては是認できるように思われる。仮に、法人格の否認に当たり租税法律関係でしかなし得ないような法律構成を取ろうとする、例えば、法人格を否認して租税債権であることをもって X 社に執行を受忍せしめようとするとか、法人格を否認して納税義務の拡張に等しい効果を得ようとするなどは、租税法律主義の観点から問題があると解される(冬木千成「租税徴収法における法人格否認の法理の適用」別冊ジュリスト 178 号租税判例百選 [第4版] (2005) 27 頁参照。)

(173) 谷口・前掲注(171)【11】、【79】参照。

(174) 最三小判昭和 62 年 10 月 30 日集民 152 号 93 頁は、「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なかつく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別な事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。」と、税法の分野における信義則適用の可能性を示しつつも、その適用に当たっては極めて厳格な要件を求めている。

濫用の法理が有用なものかどうかという点である。債権者間の平等に反する偏頗的な債権回収を防ぐに資する相殺権濫用の法理は、強い公益性及び公平・確実かつ迅速な徴収の要請から承認される租税債権の優越性と表面的には親和性があるように思われ、例えば、滞納者が第三債務者に対して有する複数債権のうち一つを国が差し押さえた場合において、それが狙い撃たれて相殺されたとして、当該差押債権は租税債権に充てられるため強い公益性があるということをもって、そのような相殺を濫用とする主張は、一見理にかなっているように見える。しかし、国は、第三債務者との関係においてはあくまで私債権者でしかないからこのような主張は適当ではなく、むしろ租税債権に強い公益性及び公平・確実かつ迅速な徴収の要請があるがゆえに、これが相殺権濫用の主張に混入しないよう余計に注意を払わねばなるまい。一方で、第三債務者から見て差押債権者である国は、滞納者や他の債権者等とは異なり直接の反対給付を伴うような関係⁽¹⁷⁵⁾ではなく、その点から当該差押債権が狙い撃たれ相殺されたとすれば一このような第三債務者の主観が表面化することはないだろうが一、そのような相殺に係る債権債務の選択について全く第三債務者の自由であるとはせず、相殺を否定することが許されてもよさそうである（ただし、前述のとおりこれは相殺権濫用の法理によってすることはできないから、他の方法を考えなければならない）。

このように考えると、相殺権濫用の法理は、一般条項であるがゆえその適用の可否が明確でなく、大量性、反復性を有する租税徴収の場面にはなじまないということも相まって、主張し辛いわりに有用ではないように思われる。

3 相殺権の拡張と租税の優先徴収権

現在国税を取り巻く環境は日々目まぐるしく変化しているところ、国税徴収に当たっても、社会の状況を踏まえて新たに生じる環境に柔軟に対応して

(175) 租税債権に一般的優先権が認められる理由についても同様に、「租税債権は私債権のように直接の反対給付を伴わないため、任意の履行可能性が低い」ことが挙げられている（金子・前掲注(168)1039-1040頁。）。

いかなければならないのは当然である。相殺との関係においても、例えば平成 28 年最判は、法廷意見において相互性要件を堅持して三者間相殺の効力を否定したが、千葉裁判官補足意見は、三者間の相殺による決済の明確な合意がある場合や、二者間相殺と実質的に同視してよいほどの密接な組織的關係ないし協力的な営業実態等が存在する場合に、相互性要件を満し得る余地を示している。このことは、二者間の債権債務の対立関係を創出するようなスキームを契約によって構築すれば、グループ化した複数当事者間においても相殺による債権回収の可能性があり得ることを意味しており、この点、金融機関においては、三者以上の当事者が関与する取引において「相殺によって債権回収を行うことを企図する際には、単に二当事者間の債権債務の対立を創出するだけでは足りず、『相殺の合理的期待』があるものと評価されるような契約のアレンジとなるように留意する必要がある」と分析しているものがあ
る⁽¹⁷⁶⁾。

ところで、租税徴収と相殺の関係においても、こういったスキームが契約によって構築されていた場合は、それが民法の相殺禁止に係る強行規定等に抵触しなければ、契約自由の原則から承認されると考えられる⁽¹⁷⁷⁾。このスキームそのものが租税との関係で否定されるべきか否かは措いておくとして、今後、契約のアレンジによって相殺が認められ得る場面が増えていくとすると、それは事実上、相殺の担保的機能が拡張され、一方で滞納処分の実効性がそれだけ弱まるということになる。改正民法においては、相殺の担保的機能が倒産法と同程度まで拡張されたところであるが、これでその限界が画された訳ではなく、契約いかによっては、事実上、さらに滞納処分によって徴収できない場面が生じ得る可能性を秘めている。

このような三者間相殺の場面に限らず、そもそも改正民法に対しても、既に相殺権保護の行き過ぎではないかという批判が展開され、学者、実務家等

(176) 三井住友銀行総務部法務室著・井上聡＝松尾博憲編著『practical 金融法務 債権法改正 [第 2 版]』（金融財政事情研究会、2020）366 頁〔編著者〕。

(177) 前掲注(39)参照。

において理論的・実務的な検討が行われているところである⁽¹⁷⁸⁾。徴税当局においても、改正民法下における相殺の担保的機能と国税徴収法との関係という、民法学者らとは別の観点から、相殺の限界等を画するべく、議論がなされてもよいように思う。租税徴収と相殺の関係については、以前から、「これ〔相殺の担保的機能〕を否定することはできないが、それには自ずから限界があるはずである。」「担保的機能の考え方を強調すると、国税の優先徴収権との関係が再び問題として提起されなければならないであろう。」「けだし、担保権と国税の優先徴収権との調整が図られている徴収法の体系から見るに、その枠外に置かれ、しかも公示の手段もなく、その実行も一方的意思表示により行われることからして、一般の担保権に比して余りにも優位な地位を有するといえるからである。」(角括弧内は筆者が挿入)と指摘されてきたところ⁽¹⁷⁹⁾、昨今、この点についての議論はあまり見られない。しかし、相殺権が拡張された今、租税徴収と相殺の関係については、改めて検討が行われるべきではなからうか(ただし、筆者は、国税徴収法が担保権と租税の優先徴収権との調整を図っているため、相殺についても同様に律するべき、という理解から規律を設けようとするのは、適切ではないように考えている。これについては、第 4 章第 2 節 3 で述べる。)

4 小括

以上のことからすると、租税徴収と相殺の関係については、私債権者における債権回収と相殺の関係とは異なる規律をすべきではないか。なお、これは、租税徴収と相殺との関係を新たに規律し直すことになるから解釈論では説明し得ないと考えられ、したがって新たな立法措置が必要になる。租税徴収については、国税徴収法が、「国税の滞納処分その他の徴収に関する手続の執行について必要な事項を定め」(同法 1 条)ていることからすると、同法において措置するのが適当と考える。

(178) 中井・前掲注(58)、中西・前掲注(28)(63)(76)、岡・前掲注(70)等。

(179) 吉国ほか・前掲注(165)503 頁。

ところで、かつての国税徴収法全文改正時には、租税徴収と相殺の関係について立法により明らかにすべきか否かが激しく議論された歴史がある。次節では、国税徴収法全文改正の経緯及び当時の議論について俯瞰する。

第 2 節 昭和 34 年国税徴収法改正の沿革

1 国税徴収法改正—総論

(1) 改正前国税徴収法下における環境の変化

イ 私法秩序の尊重と租税徴収の確保

租税が国家の存立の財政的裏付けであり、租税徴収の確保が国家の活動の基礎をなすことはいうまでもない。この租税を確保するために、古来各国においては等しく特別の制度が置かれてきた。その第一は租税徴収に関する自力執行権の付与であり、第二は租税に対する一般的優先権の承認である⁽¹⁸⁰⁾。

我が国における昭和 34 年改正前国税徴収法においても、この二つの原則が守られてきたのであるが、同法が制定された明治 30 年は、我が国の資本主義が発展を遂げようとする初期の段階である。したがって租税制度も極めて単純であり、その中心は地租及び酒税であって、所得税、法人税のような今日の税制の中心をなす租税は、揺籃期にあった。しかも酒税は古来の伝統による酒造家に課されたものであり、地租は当時の地主制度を基盤とした租税であって、租税徴収そのものも現在のように複雑な問題を内蔵するところが少なく、租税の滞納も極めて例外のことに属していた。このことは、租税に相当な優先徴収権を与えても、その影響が私経済の分野にさして大きくはなかったということを意味する。このような環境をもとに制定された改正前国税徴収法は、後述するとおり、多くの点において不備があった⁽¹⁸¹⁾。

(180) 吉国ほか・前掲注(165) 4 頁参照。

(181) 吉国ほか・前掲注(165) 8 頁参照。

しかし、以上のような状況は時代とともに変化し、特に戦後においては、経済の安定を図りつつ戦後の財政の需要をまかなうために、租税負担は戦前に比べて著しく加重され、他にインフレーション等の困難な経済状況を通じて納税思想そのものが著しく変化したことや、行政改革により戦前における官憲主義的な行政から民主的な行政運営を要求されたことも相まって、租税の滞納は急激に増加した⁽¹⁸²⁾ ⁽¹⁸³⁾。

このような滞納状況を前に、滞納処分件数も必然的に増加していったところ、激増した滞納処分と一般の経済活動との衝突が数多く生じ、それに伴って租税の優先徴収権の問題が重要視されることとなった⁽¹⁸⁴⁾。改正前国税徴収法においては、租税と私債権の調整について、「納税人ノ財産上ニ質権又ハ抵当権ヲ有スル者其ノ質権又ハ抵当権ノ設定ガ國税ノ納期限ヨリ一箇年前ニ在ルコトヲ公正證書ヲ以テ證明シタルトキ」のみ、租税は、その担保権により担保されている債権に優先しないと簡素に規定されていただけであった（改正前国税徴収法 3 条）。この制度は、酒税、地租が税制の中枢をなしていた改正前国税徴収法の制定当時においては、必ずしも不合理ではなかったと思われる。両者は共に租税債権の確定時から一年以内にその納付が行われる租税であったため、国税の納期から遡って一年以内に質権又は抵当権が設定される場合には、その担保権者は、多くの場合確定した国税の存在を知ることができたと考えられるためである⁽¹⁸⁵⁾。しかし、戦後においては所得税、法人税が租税制度の中枢をなし、これらの税は、抽象的に成立した後、申告により確定することとなっているところ、納期限から一年まで遡って初めて質権、抵当権の優先が確保されることとなれば、それらの設定のときには、競

(182) 吉国ほか・前掲注(165)10 頁参照。

(183) 昭和 15 年度（太平洋戦争開戦前）における滞納人員は 355 千人、滞納税額は 256,031 千円。昭和 23 年度（終戦後）の滞納人員は 11,567 千件、滞納税額は 139,898,754 千円（国税庁『国税庁統計年報第 100 回記念号』（大蔵財務協会、1977）260 頁。）。

(184) 青山善充＝碓井光明編集代表『租税法制定資料全集—国税徴収法〔昭和改正編〕(1)』（信山社、2002）6・7 頁参照〔佐藤英明〕。

(185) 青山＝碓井・前掲注(184) 7 頁参照〔佐藤英明〕。

合する租税債権の内容そのものはまだ抽象的にも成立せず、質権者、抵当権者はもとより、債務者もその内容を予測することが不可能に近い。このように、質権者、抵当権者、さらにはこれらの者の債務者である納税義務者までがこれらの担保権の設定のときには予測し得なかった租税によってその地位が覆され得るという点で、私法学者、法曹界の激しい非難を受けていたのである⁽¹⁸⁶⁾。

また、行政上の諸手続も厳格に法律に基づいて執行される体制が整えられるに伴い、上記のような簡素な改正前国税徴収法の規定は、多くの点で執行上の支障が生じることとなった。例えば、前述したが、相殺について戦前においては、租税の優先徴収権との関係から、第三債務者は国に対して相殺の抗弁を主張することはできないとした裁判例に基づき徴収事務が行われていたが、戦後においてはこのような解釈は承認されず、第三債務者はその相殺をもって国税に対抗し得るとされた。このように国税徴収法の解釈そのものが、新たな経済条件、法律制度の下において、新たな角度によって再検討されたことは、租税徴収確保の面から徴収制度そのものを再検討することを必要ならしめたのであった⁽¹⁸⁷⁾。

以上のように改正前国税徴収法は、その前提とする経済、社会の実態の変化、さらにそれに根ざす法律制度ないしは法律思想の変化に対し、十分な適応性を失いつつあり、国民の納得を得つつ、軽からざる負担の租税を徴収していくためには、徴収制度そのものの根本的検討を必要としたのであった⁽¹⁸⁸⁾。

ロ 担保的機能を営む諸制度と租税

改正前国税徴収法においては、担保権が滞納処分によって著しくその効力の制限を受けた反面で、譲渡担保、請求権保全の仮登記、相殺など、法律上の担保物権ではなく、他の法律上の制度を借りた実質上の担保制

(186) 吉国ほか・前掲注(165)12-13 頁参照。

(187) 吉国ほか・前掲注(165)10-11 頁参照。

(188) 吉国ほか・前掲注(165)11-12 頁参照。

度は、それが形式上は担保制度と異なる他の法律制度の形式を借りるがゆえに、滞納処分による租税の優先徴収権の影響を受けず、しばしば国税が劣後する結果となっていた。例えば譲渡担保の目的となっている財産は、それが法律上は所有権その他の権利の移転の形式を採るため、滞納者の責任財産から逸出し、したがってその財産のうち担保価値に吸収されない部分までも、滞納処分のらち外に置かれていた。また、請求権保全の仮登記を利用する担保の場合は、仮登記後にされた本登記の順位が仮登記の時によって保全される効果を有するために、仮登記後にされた差押えはその後にされる本登記によってその効果を覆され、したがってまた公売処分をしても買受人がない等のために、滞納処分上その影響を排除することができなかった。このように、典型担保に対しては強い優先権を有している租税が、改正前国税徴収法が想定していなかった形態の担保に対しては劣後することは、公平の観点からすると見逃すことのできない問題であった⁽¹⁸⁹⁾。

以上見てきたように、改正前国税徴収法の下において租税の優先徴収権は、各種の担保制度に対して必ずしも公平なものではなく、むしろある面において著しくバランスを失ったものであったということが出来る。したがって、これらの担保制度全般の近代的な相互関係を十分に再検討して、少なくとも各種担保制度について平等で公平な制度を実現することが求められていた⁽¹⁹⁰⁾。

(2) 租税徴収制度調査会答申

ここまで述べたように、改正前国税徴収法については、その体系的な改正の必要があると認められたことから、昭和 30 年に租税徴収制度調査会が設置された⁽¹⁹¹⁾。

同調査会が租税徴収制度の再検討に当たって最も中心的なものとして取

(189) 吉国ほか・前掲注(165)15-16 頁参照。

(190) 吉国ほか・前掲注(165)16 頁参照。

(191) 吉国ほか・前掲注(165)20 頁参照。

り上げたのは、第一は租税徴収の確保の要請をどのように判断するか、第二は租税徴収の法律関係と一般私法秩序とをどのように調整すべきであるか、第三はこれらを含めた租税徴収の合理化をどのような方向に求めるべきかということであった⁽¹⁹²⁾。

その結果、租税徴収の確保の観点からは、「各国の制度、沿革をも調査し、また租税が国家の一般的需要を賄うために、法律に基いて一律に成立するものであって、担保を提供する者に対して選択的に成立させることができる私債権とは根本的に異なるものであること、さらにその徴収は大量性、反覆性を有し、あまりに煩瑣な手続を要求することがはなはだしく困難であること等の点を考慮し」⁽¹⁹³⁾、租税徴収に対する自力執行権の付与及び租税に対する一般優先権の承認という二つの原則が、国家の財政力を確保する上にやむを得ない必要性を有することを認めたのである⁽¹⁹⁴⁾。

また、租税徴収の法律関係と私法秩序との調整の観点からは、「租税の徴収について自力執行性及び優先性を承認するにしても、租税の徴収のため私法秩序が不必要に乱れないようにできるだけ配慮をすべき」⁽¹⁹⁵⁾という理念に則って、「近代担保制度における公示の原則と租税の有する上記の特質とを対比して考慮するときは、租税と担保付債権との優先劣後を決定する時期を、納税者の財産上に担保権を設定する第三者が、具体的に租税の存在を知ることができる時期とすることによって、両者の調整を図ることが少なくとも現状においては妥当な措置である」⁽¹⁹⁶⁾と、担保付債権に対する租税の優先徴収権を大幅に削減するとともに、他面において、「すべての担保制度が租税の徴収の面から、できる限り同一の取扱を受けることが望ましいものであるから」、「譲渡担保等についてはそれに応じた効力の制

(192) 吉国ほか・前掲注(165)20頁参照。

(193) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)1頁。

(194) 吉国ほか・前掲注(165)31頁参照。

(195) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)2頁。

(196) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)2頁。

限を附することが適当である。」⁽¹⁹⁷⁾と、譲渡担保、請求権保全の仮登記と
いった「担保的機能を営む諸制度」⁽¹⁹⁸⁾についても、これは、私法において
法的規制を受ける前ではあったが、他の担保物件との関係において統一的
な取扱いを受けるべきものとしたのである⁽¹⁹⁹⁾。

(3) 国税徴収法の改正

租税徴収制度調査会は、その答申において「われわれは租税徴収の確保
の要請と私法秩序の尊重の要請とを調整し、その上に合理的な租税徴収制
度を樹立すべく、徴収制度全般にわたっての改革を提案した。従ってこれ
らの改革は全体としての一の体系を持ち、全体として租税の公平な執行を
確保しようとするものであるから、少なくともこの改革はその主要部分を
一体として実施するのなければ、本来の目的を達し得ないものであると
考える」⁽²⁰⁰⁾と述べている。関係各省庁間において必ずしもこの答申と軌を
一にする考え方を有しないものもあつたため、若干の点においては答申の
内容を変更のやむなきに至った点もあつたものの、国税徴収法は、この答
申の内容を忠実に実現し、昭和 34 年に改正された⁽²⁰¹⁾。

(4) 租税債権の変容と特殊性

イ 租税債権の変容と改正国税徴収法の設計構造

ここで、国税徴収法改正の経緯を概括する中で、租税債権の捉え方が、
改正前国税徴収法制定当時から大きく変化しているように見える点に
ついて、触れておきたい。

戦前のある時期までは、租税債権というのは特殊なものであって、一
般の私債権とは全く性格を異にするという考え方が一般的であつたと
考えられる。例えば、美濃部達吉博士は、「租税徴収の権利は固より公法
上の権利であるが、金銭債権であることに於いては私法上の債権と実質

(197) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163) 2 頁。

(198) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163) 8 頁。

(199) 吉国ほか・前掲注(165)33 頁参照。

(200) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163) 3 頁。

(201) 吉国ほか・前掲注(165)23-24 頁参照。

を同じくし、随つて種々の点に於いて私法上の債権と同一の原則の適用を受ける」⁽²⁰²⁾という原則を認めつつも、「相殺に関する民法の規定は納税義務には適用せられない。納税義務者が国家に対し弁済期に在る金銭上の債権を有する場合でも、国家的公権たる租税徴収権と私人に属する金銭債権とは其の法律上の価値を異にし、納税義務者は相殺に因り其の納税義務を免れ得べきものではない。」⁽²⁰³⁾と述べ、租税が「債権」としての性格は有するとされているが、あくまでもそれは私債権と同一のものとは考えられていないように見える。

ところが、この後、国税徴収法の改正が議論される時期においては、租税債権を一般の私債権と同じ性格のものとして捉えようとする考え方が有力になっており、この考え方こそが、前述した租税債権と私債権の関係に対する批判の基礎をなすものと思われる。この点、田中二郎教授は、「今までは租税債権のメーヤウエルト (Mehrwert) を認めたというか、租税債権は一種の金銭債権ではあっても一般の私債権とは同じ価値のものではないという考え方とって」「租税債権の特殊性を理由づけて来たのですけれど、最近の傾向は、一般にむしろそれを債権債務の関係として規定し、そこから出発していろいろ新しい理論構成をしていくということになったのですね。」「今までの考え方からすると、国の租税債権などは当然優先的に取り得べきものだという考え方が基礎になっている。そして国税徴収法は、当然のこととして、租税の優先的地位を認め、強制的な滞納処分で徴収目的を実現していくんだという立場を貫いてきている。それが、今日、日本でも多くの人が考えつつあるように、租税債権も一般私債権と同じ性格のものと考えするという考え方と衝突するようになってきている」⁽²⁰⁴⁾と指摘している。

このような租税債権の性格に関する認識の変化から、租税徴収制度調

(202) 美濃部達吉『日本行政法 (下巻)』(有斐閣、1940) 1175 頁。

(203) 美濃部・前掲注(202)1182 頁。

(204) 租税法研究会編『租税徴収法研究 (上)』(有斐閣、1959) 8-9 頁 [田中発言]。

査会の委員及び幹事らにおいては、改正前国税徴収法下の強力な「租税の優先性」が、広く徴収回避に対処して租税を確保するために意味があることを認識しつつも⁽²⁰⁵⁾、「租税は租税であるがゆえに当然に私債権に優先すべきものである」という理解が退いて、「租税は、その債権の特殊性に応じて、必要な限度で私債権に優先しうるとどまる」という見解が有力となっていった⁽²⁰⁶⁾。

この理解の下、同調査会の審議の経過をたどると、その審議は、「租税の優先性」を弱めるために、改正前国税徴収法下においてそれが果たしていた機能を分析し、そこに含まれている要素のうち租税徴収上必要なものを別の制度に置き換える、という作業であったように見える。この作業の結果、強力だった「租税の優先性」は、かろうじて一般債権に対する優先性が認められるところまで後退し、また、担保権と租税との関係は、納税者が具体的に租税の存在を知ることができる時期によって優劣を決するという公示の原則に則することとなった。ただし、租税債権の特殊性に起因してそれでは十分に対応できない場合における対策として、譲渡担保権者の物的納税責任、第二次納税義務等の「徴収確保のための諸措置」が設置、拡充されることとなった。このように、「租税の優先性」の弱体化と「徴収確保のための諸措置」の設置、拡充が見合いの形になりながら、改正国税徴収法は設計されているように思われる⁽²⁰⁷⁾。

ロ 租税債権の特殊性

このように考えてくると、改正国税徴収法の根本的な理解には、租税がどのような点で特殊な性質を有するのか、という整理が必要不可欠ということになる。この点を念頭に租税徴収制度調査会答申を眺め直すと、次の要素を取り出すことができるように思われる。

(205) 青山＝確井・前掲注(184)285 頁参照 [杉本幹事発言]。

(206) 青山＝確井・前掲注(184)42 頁参照 [佐藤英明]。

(207) 青山＝確井・前掲注(184)42 頁参照 [佐藤英明]。

まず、租税が「国家の一般的需要を賄う」ためのものであるということからは、「公共性」が抽出される。これは、租税が国家の活動のために必要不可欠であるという側面からのものである⁽²⁰⁸⁾。なお、佐藤英明教授は、「租税の制度が多く納税者の納得を得て有効に機能し得るように維持する必要性」も「公共性」の意味内容をなしていると述べる。すなわち、真面目に租税を納付する納税者の理解を得るため、完全な徴収を義務付けられ、徴収を簡単にあきらめるわけにはいかないという性質もまた、租税債権の「公共性」の発現として求められている⁽²⁰⁹⁾。

次に、「法律に基いて一律に成立するものである」という「法定債務性」が挙げられる。これは、法律の要件を満たせば租税が発生するという以上に、法律の要件を満たしてしまえばどれだけ徴収困難であっても発生してしまう、という厄介な性質をも意味する⁽²¹⁰⁾。

また、手続的側面から見ると、租税徴収が「大量性、反覆性」を有するという特殊性が挙げられる。租税の滞納は毎年かなりの件数、税額は発生し⁽²¹¹⁾、そのためその徴収手続は、大量に、かつ繰り返し行われることになる。さらに、その徴収は専門技術性が高いから、限られた一部の専門職員が担うしかない。このような中、煩雑な処理を求めることは、事実上不可能である⁽²¹²⁾。

この他、租税徴収制度調査会答申には表れていないが、佐藤教授は、租税債権の特殊性として、「脆弱性」を挙げている。これは、「私債権であれば債権者は債務者の財産状況をチェックし、債権発生段階で将来

(208) 佐藤英明『『租税債権』論素描』金子宏編『租税法の発展』(有斐閣、2010) 16 頁参照。

(209) 佐藤・前掲注(208)16-17 頁参照。

(210) 佐藤・前掲注(208)16 頁参照。

(211) 令和 2 年度の全国における新規発生滞納件数は約 1,130 千件、税額は 591,596 百万円(国税庁長官官房企画課「令和 2 年度統計年報『4 国税徴収・国税滞納・還付金』」19 頁。https://www.nta.go.jp/publication/statistics/kokuzeicho/chousyu2020/pdf/18-19_tainokanpu.pdf (2022.5.31 最終確認)。)。

(212) 徴収事務における人的事情の文脈で述べたものであるが、佐藤・前掲注(208)17 頁参照。

の弁済資力に不安があれば適切な担保を取ることができるが、租税債権者にはそのような機会は、一般的に存在しない」し、また、「租税は『特別の給付に対する反対給付としてではなく』金銭の支払いを求められる債務だから」、「それを支払わねば直接に不便が自らに及ぶという状況にないということであり、複数の債務の全額を弁済する資力がない場合に、他の条件が同じであれば、後回しにされやす」⁽²¹³⁾という点で、私債権と異なる。

改正国税徴収法は、このような租税の特殊な性質を考慮して設計されている。そして、今後、租税徴収に関して何らかの立法措置が必要となった場合においても、このような特殊な性質を補うというスタンスで、制度を組み立てていく必要がある⁽²¹⁴⁾。

2 国税徴収法改正当時における相殺の議論

(1) 改正当時の租税と相殺との関係

前述したが、戦前においては、納税者の債権を差し押さえた以上、これを受働債権とする相殺は租税債権の優先徴収権を害するものとして、国に対抗できないものと解されていた。しかし、戦後においては、このような解釈は承認されず、第三債務者はその相殺をもって国税に対抗し得るとされたところ、これを判示した大阪地判昭和 26 年 4 月 28 日民集 6 卷 5 号 525 頁（最三小判昭和 27 年 5 月 6 日民集 6 卷 5 号 518 頁参照。）における事実関係が、差押え時点で両当事者の債権のいずれも弁済期が到来し、相殺適状にあるものであったことから、徴税当局はこれに従い、差押え時点で相殺適状にある両債権については相殺を容認するという取扱いを示していた（改正前国税徴収法通達 23 条ノ 1 関係 14）⁽²¹⁵⁾。

しかし、国税徴収法改正当時の学説においては、支払の差止前に取得し

(213) 佐藤・前掲注(208)17 頁。

(214) 佐藤・前掲注(208)17-18 頁参照。

(215) 吉国ほか・前掲注(165)489-490 頁参照。

た債権であれば差押え後においても相殺できるとする、制限説及び無制限説の考え方が萌芽してきており、さらには、相殺契約による相殺については、民法の制約を受けないため、相殺適状のいかんを問わないという説も生じ、国と特に金融機関との間において、訴訟事件に発展するものが多い状況であった⁽²¹⁶⁾。

(2) 租税徴収制度調査会における審議

イ 当局案とそれに対する批判

そこで、租税徴収制度調査会ではこの問題を根本的に検討することとし、滞納処分により債権が差し押さえられた場合において、その債権の第三債務者が相殺により国に対抗し得るための要件について審議が行われた⁽²¹⁷⁾。

当時、徴税当局側は、特に金融機関が非常に包括的な相殺契約を貸出先との間に締結した上で、それに基づき相殺を主張し、結果として預金等に対してほとんど実効的な滞納処分ができず、他の担保権等と大きなアンバランスが生じているという点⁽²¹⁸⁾などから、以下の案を主張していた⁽²¹⁹⁾。ここには、「自働債権を無理やりに一定の特約で不自然に〔弁済期を〕到来させるような特約は、相当争いたいという気持ち」⁽²²⁰⁾（角括弧内は筆者が挿入）があった。

① 甲案⁽²²¹⁾

相殺されるべき双方の債権が一定期限前に発生しておれば、相殺を対抗できる。

(216) 吉国ほか・前掲注(165)490 頁参照。

(217) 吉国ほか・前掲注(165)490 頁参照。

(218) 青山＝碓井・前掲注(184)64 頁参照〔佐藤英明〕。

(219) 大蔵省主税局『租税徴収制度調査会主要審議資料』（1958）174 頁参照。

(220) 青山善充＝碓井光明編集代表『租税法制定資料全集―国税徴収法〔昭和改正編〕(4)』（信山社、2003）197 頁〔吉国幹事発言〕。

(221) 甲案にいう「一定期限」とは、「租税の法定納期限（その納期限後に租税が賦課されたときは、その賦課の通知を発した日）」をいう（租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)4 頁。）。

② 乙案

相殺されるべき双方の債権がその差押前において相殺適状にあれば、相殺を対抗できる。

③ 丙案

乙案によることを原則とするが、担保的機能を有する債権については、相殺されるべき双方の債権が一定期限（甲案にいう「一定期限」と同じ。脚注(221)参照。）前に発生し、かつ、差押え前に相殺適状になっていれば、相殺を対抗できる。

しかし、これらの答申案に対しては、租税優先の思想がやはり強すぎるとのこと⁽²²²⁾、租税が担保に優先する場合があるとしても、そもそも相殺を普通の担保と同視してよいかということ⁽²²³⁾、相殺には外形的な公示が何もなく相殺されるか否かが分からないとしても、それは一般債権者も同じであること⁽²²⁴⁾、実際の金融実務においては預金を担保とする貸出しを多数行っており、一定の場合に租税が優先し得ることと大きな混乱が生じるおそれがあること⁽²²⁵⁾等が指摘されていた。

ロ 租税徴収制度調査会答申

この問題は、昭和 32 年 6 月に作成された中間覚書の時点では結論を得るに至らず、その後も答申の直前まで審議が続けられたが、最後まで意見の一致を見なかった。最終的には、差押え前に両債権が相殺適状にあれば相殺は差押えに対抗できるが、差押え後に両債権が相殺適状になった場合は差押えに対抗できないという、当時の判例の理論に立っている乙案を明らかにしようとする観点から、次のとおり答申案が作成された⁽²²⁶⁾。

「租税の滞納処分により債権が差押えられた場合において、その債権

(222) 租税法研究会編『租税徴収法研究（下）』（有斐閣、1960）735 頁参照〔杉本発言〕。

(223) 青山＝碓井・前掲注(220)195 頁参照〔我妻会長発言〕。

(224) 青山＝碓井・前掲注(220)195 頁参照〔我妻会長発言〕。

(225) 青山＝碓井・前掲注(184)64 頁参照〔佐藤英明〕。

(226) 青山＝碓井・前掲注(220)453 頁参照。

の第三者が相殺をもつて徴税機関に対抗できるかどうかについては、かつては、租税の優先徴収権との関係において対抗できないとされていたが、最近においては、少なくとも双方の債権が相殺適状となっている限り、対抗できるものとされている。相殺が実質的に担保的機能を営むことから、受働債権に質権が設定された場合と権衡をとり租税の優先徴収権が相殺により害されることのないようにすべきであるとする考え方もあるが、相殺制度は、それ自体担保的機能を営むことを目的とするものではないから、他の担保制度と理論的な関連を認めて特別な取扱をする必要はないものとする。しかし、少なくとも租税との関係においては、画一的に処理する必要もあるので〔、〕差押時前に双方の債権が相殺適状にあることを要する旨の明文規定を設けることが適当である。⁽²²⁷⁾（下線筆者）

しかし、この答申案は 6 対 7 の僅差で否決され⁽²²⁸⁾、結局、租税徴収制度調査会は、租税の優先徴収権と相殺の関係について何も規定しないことに決め、次のとおり答申したのである。

「租税の滞納処分により債権が差し押えられた場合において、その債権の第三債務者が相殺をもつて徴税機関に対抗できるかどうかについては、かつては、租税の優先徴収権との関係において対抗できないこととされていたが、最近においては、少なくとも双方の債権が相殺適状となっている限り、対抗できるものとされている。相殺が実質的に担保的機能を営むことから、受働債権に質権が設定された場合と権衡をとり、租税の優先徴収権が相殺により害されることのないようにすべきであるとする考え方もあるが、相殺による担保的效果を他の担保と同一視することには疑問があるから、租税との関係において法律上特別の規定を設けることは適当ではないと考える。⁽²²⁹⁾（下線筆者）

(227) 青山＝碓井・前掲注(220)333 頁。

(228) 青山＝碓井・前掲注(220)454 頁。

(229) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)9 頁。

租税徴収制度調査会の会長である我妻栄教授は、その委員・幹事その他の関係者が多く参加する「租税法セミナー」の場において、次のように述べている。「現行法に手を加えない点については、答申は何もいわないのが例ですが、ここだけ、わざわざ、議論をしたが何も規定しないことに決めた、とっているのですね。その意味は、民法の解釈にまかせて、税としての特別の力を認めない趣旨だと解釈すべきものと、私は考えております。」⁽²³⁰⁾

ハ 審議の概括

以上のように、租税徴収制度調査会は、租税徴収と相殺の関係に関し、何らの規定を置かないこととしたのである。

ところで、租税徴収と相殺の関係について、佐藤教授は「この問題をめぐる議論は、相殺および相殺契約の性格や当時の金融実務のあり方の評価に重点があり、租税債権の特殊性や性格論という観点からはあまり論じられていない。」⁽²³¹⁾と興味深い指摘をしている。

第 4 章第 2 節 1 (4) で述べたとおり、租税徴収制度調査会による審議が行われていた当時は、租税を一般の私債権と同じ性格のものとして捉えようとし、そして、租税の性格からそれでは十分に対応できない場合には、それに対処する措置を別途講じるという構想が、同調査会の委員及び幹事に浸透していたように思われる。このような中であって、徴税当局側の主張は、相殺は担保であり、したがって他の担保権と相殺との平仄を合わせなければならないというバランスの問題に力点が置かれており⁽²³²⁾、それは租税徴収特有の問題点を見出すことができるもの

(230) 租税法研究会編・前掲注(222)844-845 頁。

(231) 青山＝碓井・前掲注(184)63 頁〔佐藤英明〕。

(232) 徴税当局側の主張について、例えば、「定期預金の場合ですけれども、それがまさに担保的なので、これは一方的に銀行の方で相殺を担保的に使っているわけです。相手の債務者の方は相殺できない。銀行に一方的に相殺権を与えている。まさに担保的なので、結局担保と租税というものの位置づけが適用されてしかるべきではないかという気がいたすわけでございます。」(青山＝碓井・前掲注(220)191 頁〔宇佐美幹事発言〕)、「定期預金があつたというので押える。相対立する債権がその裏にあるかどうか

ではなかったため、同調査会には説得力のある意見として受け入れられていないように見える。事実、我妻教授からは、徴税当局側の主張に対し、「ほかの一般債権者の立場で議論しているので、それではだめなんだよ。特に説得して違うということをおいわないと、民法の一般理論では承服できない」という説明にならないですね。」「〔徴税当局側が〕言っている不都合は、他の債権者だってみな同じくなめなくちゃならない不都合ですからね。」⁽²³³⁾ (角括弧内は筆者が挿入) と指摘されている。

議論の最終局面においては、雄川一郎幹事より、「民法の理論がかりにきまっているとして、またそれに乗って処理していつた場合に、徴税上かりに非常に困る。それではどうして税金は取れないという事実があるとすれば、これは必ずしも民法の理論によらなくていいのではないか〔、〕多少修正した立法をそこでやるということも考えていいのではないか。先ほど国税庁の方から性質論をおやりになるものですから、そいつはだめだといって押えられているんですけども、もつと実質的に、もし民法の一般的な考え方で処理されたら、〔衍〕とても税金を取れなくなるという説得力のある証拠でも出れば、考え方もわかるのではないかと思います、その辺はいかがなものですか。」⁽²³⁴⁾ といった擁護論も出ており、こういったことから答申案においては、租税徴収と相殺との関係を「画一的に処理する必要」があるという文言を挿入し、徴税上の問題を含ませようとしたと考えられるが、これに基づいて十分に委員及び幹事らを説得するだけの時間はもはや残されておらず、結局、答申案は

か知らないわけですね。銀行の方としては差押前に相殺権を行使したわけではない。まだ相殺しないで、たとえば定期預金と貸付金との利息のさやをあぐらをかいてかせいでおられるということになるわけですね。押えていくと相殺をするということで、完全に第三者からの差押を実質的にシャットアウトする形になるのです。銀行として債権について非常に確実に担保したいという気持はわかりますが、ほかの債権者は、たとえば物であるならばそれから満足できる。預金だけはそうできないというのはバランスからいっておかしくはないかと思うのです。」(青山＝碓井・前掲注(220)194 頁〔宇佐美幹事発言。〕) 等。

(233) 青山＝碓井・前掲注(220)194 頁〔我妻会長発言。〕

(234) 青山＝碓井・前掲注(220)194 頁〔雄川幹事発言。〕

否決されるに至った。雄川幹事が指摘するとおり、仮に民法の解釈問題ではなく、民法の解釈によると徴税上の問題が解決できないという視点から十分な主張がなされていれば、租税徴収制度調査会の結論も異なっただかもしれないと思われるのである。

3 小括

改正前国税徴収法はその体系的な改正の必要性が認められたことから、租税徴収制度調査会の答申を忠実に実現して改正された。改正に際しては、「租税の優先性」が弱体化され、他方、租税債権の特殊性に起因してそれでは十分に対応できない場合における対策としての「徴収確保のための諸措置」が置かれることとなった。

また、租税徴収と相殺との関係については、同調査会において詳しく議論され、「最後まである意味では意見が対立しておったような問題」⁽²³⁵⁾となっていたものの、最終的には「徴収確保のための諸措置」として特段の措置はされず、民法の解釈に委ねられることとなり、今日においても、それが維持され続けている。

この点、筆者は、租税徴収と相殺の関係を引き続き民法の解釈に委ね続けることについて、第 4 章第 1 節で述べたとおり妥当でないように思うが、この考えは、同調査会の答申と整合しない。

しかし、同調査会が答申したのは昭和 33 年であり、相殺における実務は相殺適状説により行われていたことからすれば、当時は差押えと相殺の優劣は、一義的に決しやすかったとも思われる。現に、答申においては、「租税の滞納処分により債権が差し押さえられた場合において、その債権の第三債務者が徴税機関に対抗できるかどうかについて」は、自働債権及び受働債権の「双方の債権が相殺適状となっている限り、対抗できる」⁽²³⁶⁾と、差押え時の相殺適状を要求する相殺適状説の立場に沿って記載されている。ところが、

(235) 租税法研究会編・前掲注(222)836 頁〔吉国発言〕。

(236) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)9 頁。

今日においては、前述のとおり、相殺適状にあるどころか自働債権を取得していなくても相殺が許容される場合があり、そして、その適否は、「相殺への合理的期待」という規範的な概念によって判断されることになる。ここまで相殺の範囲が拡大し、さらにこのように判断されることになるとは、同調査会も想定していなかっただろう⁽²³⁷⁾。

このように、租税徴収と相殺の関係を改めて見直してみると、今日における相殺の解釈の下、第三債務者から相殺の主張がされたとき、その適否の判断は容易なものではなくなっている。租税徴収が大量性、反覆性を有し、あまりに煩雑な処理を求めることができないという点などを鑑みると、租税徴収と相殺の関係を処理する制度が構築される必要性は認められ得るだろう。そして、このことは、租税債権を一般の私債権と同じ性格のものとして捉えようとしながらも、租税債権の特殊性からそれでは十分に対応できない場合に、それに対処する措置を別途講じている国税徴収法の設計構造にも即している。

ただし、第 4 章第 1 節 3 で述べたような、相殺が一般の担保権に比して優位な地位を有しているという問題意識を主眼において租税の優先徴収権との関係で規律を設けようとするならば、それには租税債権の特殊性から生じる問題を見出すことができず、さらに言えば、租税債権の特殊性から生じる問題がないにもかかわらず相殺を制限しようとする問題意識の根底には、租税は租税であるから私債権に優先する、という、改正前国税徴収法下の理解によって問題を処理しようとする向きがあるように思われる。そのような理解から設計された規律は、国税徴収法の中で矛盾したものになるだろう。

(237) 宮脇幸彦「相殺要件の無条件緩和に疑問」金融法務事情 584 号 (1970) 31 頁は、租税徴収制度調査会の審議においても、昭和 45 年最大判の採用する方向まで相殺の要件が緩和されることは予測していなかったと述べている。

第 3 節 立法案の提案

租税徴収と相殺の関係を処理するために、どのような立法が行われるべきであろうか。これは非常に難しい問題であるが、以下のとおり試論を提示しておきたい。

1 差押債権者と第三債務者の優劣を処理する実体的規定

(1) 租税債権を狙い撃つ相殺への対抗

第 4 章第 1 節 2 で述べた、国が滞納者や他の債権者等とは異なり直接の反対給付を伴うような関係にはないために生じ得る狙い撃ち相殺に対しては、国税徴収法における「徴収確保のための諸措置」の一類型として、それを防ぐための手当てを行う必要性は肯定され得る。このような狙い撃ち相殺を防ぐための相殺権濫用に係る判断を全て定型化して立法することは困難であろうが、昭和 49 年大阪地判が道筋を付けた次のような場面、すなわち、同一当事者間の同一の原因に基づき発生した債務でありながら、その一部は既に第三者に転付され、他の一部は転付された債権よりも履行期の到来が遅いという場合において、債務者が後者について債務を完済しておきながら、前者すなわち第三者に転付された債権については支払をなさず、第三者から支払請求されるに及んで自働債権により相殺をなすことは許されないという場面に限れば、このような相殺は保護されないと規律することは可能だろう。租税徴収における場面に引き直すと、滞納者が、同一の契約に基づく履行期日の異なる複数の債権を有していたため（そのような債権として、例えば、一定期間ごとに締め、締日から一定日経過後に支払われる請負報酬債権等が想定される。）、国がその複数の債権のうち一部を差し押さえたところ、第三債務者が、差押債権の履行には応じず相殺を対抗しておきながら、差押債権の履行期日よりも履行期が遅い請負報酬債務を滞納者に弁済していたときは、このような相殺は保護されないものと規律されるべきと考える。

(2) 差押債権と「差押え後に取得した」債権との調整

イ 牽連性による調整と問題点

民法 511 条 2 項における「差押え後に取得した」が「差押え前の原因」に基づいて生じた債権による相殺について、その適否は、「相殺への合理的期待」の有無によって判断することになると解されるところ、この判断は決して簡単なものではないということは、既に第 4 章第 1 節 1 で述べた。

租税徴収の場面においてもこのとおりに解決を図る、つまり、国が差し押さえた債権の第三債務者から、当該第三債務者が滞納者に対して有する債権が「差押え前の原因」に基づいて生じた債権であるとして相殺を主張された場合に、その債権に「相殺への合理的期待」があるかどうか探求した上で訴訟を提起し、判決を待つて解決を図っていくしかないとする、取立てに相当の手数を要することになる。しかし、このことは、大量性、反覆性を有するという租税債権の徴収における特殊性からすると妥当ではないと考えられ、そして、このような租税債権の徴収における特殊性から生じる問題を是正するための措置を設けることは、国税徴収法が目指していた姿にも相反するものではない。

国税徴収法において、差押えと、「差押え前の原因」に基づいて生じた債権との関係を処理しようとするに当たっては、まずはその優劣を画そうと先行研究が進んでいる民法における議論を参照するのが有意義である。民法（ひいては、それが参照することになると解される倒産法）の解釈においては、「相殺への合理的期待」を判断する考慮要素として牽連性概念が主張されており、これによる判断枠組みについては令和 2 年最判を経てもなお維持されていると理解することが可能だろうが、しかし民法は明文を用いて牽連性概念により「差押え前の原因」に基づいて生じた債権が否かを決しようとしてはいないため、牽連性概念だけでは差押えと相殺の優劣を決するには心許なかった。そうすると、差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権と、差押債権との間に牽連性

が認められない場合、その取得した債権と差押債権による相殺は保護されない、と規律されたならば、牽連性という基準をもって、一応、租税徴収と相殺との関係を画一的に処理することが可能になるかもしれない⁽²³⁸⁾。

しかし、この規律は、民法における議論をとりあえず税法に取り込んだだけの措置に過ぎず、これだけでは、なお租税徴収に生じる問題は解決されていないように思う。

第 3 章第 2 節 1 (3) で述べたところであるが、自働債権の弁済期が未到来の時点で受働債権が差し押さえられたときは、第三債務者はその時点で相殺権を行使することはできず、差押債権者からの取立てには応じなければならないはずである。しかし、実際のところは、差押債権(受働債権)の弁済期が到来したため差押債権者が履行請求したにもかかわらず、第三債務者がそれに応じないまま時間が経過し、そうこうしているうちに相殺適状に至った場合にも、相殺を対抗することができる(相殺権濫用と判断される可能性はある。)。この議論を前提にすると、第三債務者において差押えの時には自働債権となる債権が将来発生して現実的に取得できるかどうか判らなかつたとしても、差押債権の履行を拒みながら、自働債権となる債権の発生、取得の帰趨を見て、実際に自働債権となる債権を取得して相殺適状に至ったときに、「差押え前の原因」に基づいて生じた債権であるとして相殺を対抗してきた場合、牽連性基準だけではそれに対処できない。結局、訴訟を提起し、判決を待つて解決を図るしかないが、このような第三債務者の行動に何も制限がないとすれば、租税徴収に支障が生じることになり得ないか⁽²³⁹⁾。

(238) ただし、牽連性が認められる範囲をどのように画すべきか、という問題はある。本稿がこれまで論じてきたところからすると、差押債権(受働債権)と自働債権が同一の契約に基づいて生じた場合(客観的な牽連性)及び当事者において差押債権と自働債権とを相殺する合意や意識があった場合(主観的な牽連性)は、牽連性が認められると解されるが、特に主観的な牽連性をどこまで技術的に定型化できるかは、引き続き検討を要する。

(239) 遅延損害金の問題は生じるため、それで治癒されると捉えることは可能かもしれない。

ロ 「自働債権確定主義」

ところで、個別企業の資本及び利益の測定に関する原理と技術である企業会計⁽²⁴⁰⁾においては、「広義の発生主義（収益計上基準としては実現主義、費用計上基準としては発生主義〔狭義〕、を採用する考え方。企業会計原則第 2 の 1 の A）の下で、収益の実現時期と、これに要した費用の発生時期、との期間的なずれを修正して、適正な（「費用と収益が対応した」）期間損益を算定するために、発生した費用としていったん期間的配分を受けた費用を、収益の実現時期の属する期間を基準にして再配分⁽²⁴¹⁾する基準である費用収益対応の原則（企業会計原則 2 の 1 の C）が重要な損益計算原理の一つとされている。課税所得の算定については、およそ企業会計に準拠して行われるが、種々の政策的・行政的考慮から、企業会計とは異なる取り扱いが置かれることがあり⁽²⁴²⁾、発生主義による費用の計上についても、見越計上あるいは見積計上のおそれがあるので、租税実体法においては償却費以外の費用について債務確定主義（所得税法 37 条 1 項、法人税法 22 条 3 項 2 号）が定められ⁽²⁴³⁾、債務について、①債務の成立、②具体的給付原因事実の発生及び③金額の合理的算定可能性の 3 つの要件が充足されなければ、必要経費又は損金に算入できないものと解されている（所得税基本通達 37-2、法人税基本通達 2-2-12 参照。）⁽²⁴⁴⁾。そして、租税実体法が債務確定主義を定めてい

い（好美・前掲注(42)17 頁参照。）。しかし、租税徴収の場面においては、さらに処理が煩雑になるともいえる。

(240) 金子・前掲注(168)35 頁参照。

(241) 谷口・前掲注(171)【333】。

(242) 金子・前掲注(168)35 頁参照。

(243) 谷口・前掲注(171)【314】、【338】、【407】参照。なお、所得税法は、法人税法と異なり企業会計準拠主義（法人税法 22 条 4 項）を明文では定めていないが、少なくとも必要経費に関する限りは、これに近い考え方を採用していると解される（谷口・前掲注(171)【313】参照。）。

(244) 泉絢也「法人税法における債務確定主義（債務確定基準）—債務確定の判断基準を中心として—」国土館法研論集 16 号（2015）54 頁以下は、法人税基本通達 2-2-12 が掲げる債務確定の 3 要件の内容について、その合理性を検証するという観点から検討を行っている。これによれば、①債務の成立については、「本社建物の修繕に

るのは、「債務として確定していない費用は、その発生の見込みとその金額が明確でないため、これを費用に算入することを認めると、所得金額の計算が不正確になり、また所得の金額が不当に減少するおそれがある」⁽²⁴⁵⁾、つまり、「恣意的」な必要経費又は損金への算入を排除し課税の公平を図るためのものであると説明されている。

前提が異なることを承知の上で述べるが、債務確定主義は、「恣意的」な行為を排除するという点で、租税徴収と相殺の関係性を律する必要性とその目指すところが似通っており、したがって債務確定主義の解釈は、租税徴収と相殺の関係性を律するに当たったの示唆を与えてくれよう。そもそも、第三債務者は債務不履行を前提として無理やりする「恣意的」な相殺に頼らなくとも、他の債権への個別執行によって債権の回収が図れるのであるからそれが本来の形ともいえ⁽²⁴⁶⁾、「公共性」、「大量性、反復性」等の特殊性を持つ租税を徴収する要請に応えるため、政策的・行政的考慮からこのような相殺に歯止めを掛けるために措置を講ずる必要性は肯定され得る。そしてこの措置は、課税の公平を図ろうとする政策的・行政的考慮から、租税実体法が企業会計に準拠しつつも「恣意的」な必要経費又は損金算入に歯止めを掛けるため債務確定主義を置いて

関する請負契約を業者と締結して初めて、修繕費の支払債務が企業に発生する」が、「契約が未締結で修繕費の支払債務が発生していない段階で修繕費として計上する」ような、将来の費用を見越しで計上するようなものは、「所得金額の計算の正確性・明確性の担保という債務確定主義の趣旨に反する可能性は否めない」と述べている。したがって、債務が成立したというためには、少なくとも契約等により抽象的に発生している必要があるものと解している。また、②具体的給付原因事実の発生については、「抽象的債務の具体化を念頭に、文字どおり『当該債務に基づいて具体的な給付をすべき原因となる事実が発生している』という意味内容」と解している。③金額の合理的算定可能性については、「法人税法上の課税標準である各事業年度の所得の『金額』は、当該事業年度の益金の『額』から当該事業年度の損金の『額』を控除した『金額』であり（法 21 条、22 条 1 項）、事業年度ごとに貨幣価値による一定の金額で測定把握されるということを実体法上必須の前提としている。かかる前提を欠くものは損金の『額』に算入することができない。損金の『額』を構成する費用の『額』についても同様のことがいえる」と述べている。

(245) 金子・前掲注(168)351 頁参照。

(246) 中井・前掲注(58)721 頁、岡・前掲注(70)32 頁参照。

いることとの比較においても、それほど不合理だとは思わない。

債務確定主義の解釈を参考にし、このような「自働債権確定主義」を採用するならば、自働債権となる債権については、差押債権の履行期限までに①債権が成立（発生）していなければならない、また、②具体的な給付を受ける原因となる事実も生じていなければならない、さらに、③その金額を合理的に算定できなければならない、ということになるだろうか。より具体的な例として、個別売買契約に基づき発生する売買代金債権を受働債権、当該契約に適合しない瑕疵によって生じた損害賠償請求権を自働債権とする相殺の関係を見ると、自働債権となる損害賠償請求権は、その発生の抽象的な可能性が生じる、すなわち契約の締結によって①債権が成立（発生）していることになり、また、実際に損害が発生したときに②具体的な給付を受ける原因となる事実が生じることになり、さらに、その瑕疵及び損害額が具体的に算定可能であれば③金額の合理的算定可能性があることになるが、これらの要件が差押債権の履行期限までに充足されていないにもかかわらずした相殺は、租税徴収との関係では対抗できないこととなる。

なお、改正民法下における差押えと相殺の関係について、中西教授は、まだ本質的な要件が具備されていない債権や、自働債権となってはならない債権が「相殺への合理的期待」を基礎付けると主張されるおそれがあるため、債権の実態・完成度を直視して相殺権の限界を画そうとしており、また、岡前弁護士は、個別執行手続における配当要求の終期の時点において、「将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格」を有している自働債権（したがって、この時点までに債権の具体的金額が特定・立証できる状態でなければならない。）についてののみ、当該個別執行手続における相殺権を保護すべきと説いている（第 2 章第 2 節参照）。これらの見解と「自働債権確定主義」は、債権が完成、あるいは成熟していなければ差押えに相殺を対抗できないという点で、その方向性を同じくするものともいえよう。

ハ 「差押え後に他人の債権を取得した」 場合の相殺禁止

民法 511 条 2 項但書は、「差押え前の原因」に基づいて生じた債権であっても、差押え後に取得した他人の債権を自働債権とする相殺を容認していない。したがって、租税徴収との関係においても、前記の規律と併せて、この場合における相殺は保護されないと規律されるべきと考える。

ただし、この規律の適用に当たり、平成 24 年最判において最高裁がしたように、「他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似」(下線筆者)する場合にこれを他人の債権を取得したものと類推して相殺を否認することはできないと考えられる。これは、差押えと相殺との関係を税法の領域に持ち込むがゆえ、法的安定性の要請が強く働くことになり、その解釈に当たってはみだりに類推解釈を行うことが許されないからである⁽²⁴⁷⁾。同判決が、破産法 72 条 1 項 1 号の「破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき」に類似するとして相殺を否定した事実関係を、差押えと相殺の関係に引き直すと、委託なき保証人が差押え後に保証債務を履行して求償権を取得し、当該債権を自働債権とする相殺をした、という関係になるが、このときに当該規律を適用して相殺を否認しようとするならば、立法に当たり、これが当該規律の射程内であることを明示しておく必要があろう⁽²⁴⁸⁾。

ニ 小括

以上のとおり、第三債務者の自働債権が「差押え後に取得」したが「差押え前の原因」に基づいて生じた債権であったとしても、自働債権と差押債権(受働債権)との間に牽連性がなければならず、また、差押債権

(247) 金子・前掲注(168)123 頁参照。

(248) 「不確定法概念の解釈」の文脈においては、谷口・前掲注(171)【33】は、立法者は、立法に当たり、「租税の確保や租税負担の公平の実現というような、租税立法一般の抽象的な動機」を確認するだけではなく、「規定の趣旨・目的を個別的・具体的に明らかにし、それに照らして当該概念の意味を明らかにできるとの判断を先行させ、かつ、公表される立法理由の中で明示すべきである」と、「租税立法者の説明責任」の必要性を説いている。

の履行期限までに当該自働債権が確定していなければ（「自働債権が確定」しているというためには、①債権の成立、②具体的な給付を受ける原因となる事実の発生、③金額を合理的に算定可能、という 3 要件を充足する必要がある。）、その自働債権をもってする相殺は租税徴収との関係で否認されるよう措置してはどうだろうか。これによって、「差押え前の原因」に基づいて生じた、という意味内容の文言解釈によらずとも、牽連性と自働債権の確定という基準によって、画一的に処理することができるように考える⁽²⁴⁹⁾。

また、併せて、差押え後に取得した他人の債権を自働債権としてする相殺については、民法の議論に即して否認されるよう措置することが適当と考える。

(3) 差押債権と「差押え前に取得」した債権との調整

前記(2)ロにおいては、「差押え後に取得」したが「差押え前の原因」に基づいて生じた自働債権による相殺の基準としての文脈で、「自働債権確定主義」を採用することを提言した。この「自働債権確定主義」は、債務不履行を前提として無理やりする「恣意的」な相殺に歯止めを掛けようとするものであり、この必要性は、「差押え後に取得」したが「差押え前の原因」に基づいて生じた債権による相殺に限らず、「差押え前に取得」した債権による相殺にも認められ得ると考える。したがって、「差押え前に取得」した債権を自働債権とする相殺—無制限説に立てば、相互性要件を満たし得る限り、事実上常に相殺できることになる—であったとしても、差押債

(249) なお、第 3 章第 2 節 2 (2) で述べたが、民法 563 条は、買主である第三債務者に引き渡された目的物に契約不適合があれば、形成権である代金減額請求権を行使できると規定する。そうすると、代金減額請求権を行使した場合は、差押えを受けた売買代金債権は当然減額されるにもかかわらず、同じ債権について損害賠償請求権を行使して相殺しようとしたときには、その相殺が否認される場合があるとすると、平仄が合わないともいえるかもしれない。しかし、この場合に代金減額請求権を行使するか、損害賠償請求権を行使するかは第三債務者の選択に委ねられているのだから、権利行使がどのように自らに跳ね返るかを考慮した上で、どちらを選択するか、という問題に過ぎないともいえ、必ずしも平仄を合わせなければならないという訳ではないと解される（野村ほか・前掲注(55)90-91 頁参照〔野村発言〕）。

権（受働債権）の履行期限までに当該自働債権が確定していなければ、その自働債権をもってする相殺は、租税徴収との関係では否認されるよう、併せて措置することが適当と考える⁽²⁵⁰⁾。

なお、「自働債権確定主義」は、制限説とは異なり、弁済期の先後そのものによって差押えと相殺の優劣を図ろうとはしていない。そのため、特に銀行取引の観点から弁済期という偶然の事情によって相殺の適否を決しようすることが利害調整の在り方として適当ではないという、制限説になされてきた批判は、当たらないこととなる。また、合理的期待説に対してなされてきた、基準が不明確であるという批判(脚注(43)参照。)に対しても、自働債権の確定という基準によって説明し得るように思う。

ただし、差押えと相殺の問題は、第 2 章第 2 節 7 で述べたように、どちらが優先されるべきかという価値判断に過ぎない。したがって、他説との比較によって「自働債権確定主義」が採用されるべき、と論じていくよりは、第三債務者に履行を求める債権が私法上の債権であるとしても、当該債権から「公共性」、「法定債務性」、「脆弱性」及び「大量性、反復性」といった特殊性がある租税を徴収する必要性と、自働債権（ただし、差押債権の履行期日にはまだ確定していない。）を用いて自己の負担する債務を消滅させる「相殺への合理的期待」とを比較して、前者が一定の場合に優先される必要性を、立法者に対して丁寧に説明していくことが、より重要となろう。

2 実効措置

(1) 私法秩序の尊重と租税徴収の確保のための第二次納税義務構成

ところで、以上のように規律するとして、それが私法上の権利関係までを否定し得るものであるのだろうか。つまり、これらの規律は、租税徴収

(250) なお、債権を「差押え前に取得」している状況にあるならば、①債権の成立、②具体的な給付を受ける原因となる事実の発生は既にしており、後は、③金額を合理的に算定可能か、という一点に問題が収れんすると考えられる。

との関係において一定の場合に相殺を相対的に否定するにとどまるものとして、私法関係においては相殺は有効なものであると解するべきか、それとも、私法上の法律関係をも否定できるものであると解するべきか、という問題がある。前者によれば、租税徴収は私法上の法律関係を基に執行するのであるから、相殺を相対的に否定したとしても私法上の相殺の効力は存続することになり、そうすると実質的にどのように徴収すればよいかという問題が生じ得るし、一方で後者によれば、一定の場合に相殺の効力が生じないこととなるが、そうすると改正民法の下で相殺権が有効とされていることとの矛盾が生まれ、租税と私法との関係で法律関係が分断してしまうということになる。

国税徴収法は、この問題に類似する問題の解決に当たり、第二次納税義務あるいはそれに準ずる構成を用いている。第二次納税義務は、「形式的に第三者に財産が帰属している場合であっても、実質的には納税者にその財産が帰属していると認めても、公平を失わないときにおいて、形式的な権利の帰属を否認して、その形式的に権利が帰属している者に対して補充的に納税義務を負担させることにより、徴税手続の合理化を図るために認められている制度」であるところ⁽²⁵¹⁾、例えば、国税徴収法 36 条は、私法上の権利関係のいかんにかかわらず、実質所得者課税の原則並びに同族会社等の行為又は計算の否認等の規定により課税された場合において、徴収面においては私法上の権利関係を前提として手続を進めなければならないという不合理を解消するために、実質課税の基因となった財産の権利者又は行為若しくは計算により利益を受けたとみなされる者にそれぞれ第二次納税義務を負わせて徴収の適正を期している⁽²⁵²⁾。また、直接第二次納税義務として規定されているものではないが、財産権の帰属を担保権設定者から担保権者に移転させて担保的機能を果たす譲渡担保について、国税徴収法 24 条は、設定者である納税者の租税を追及する場合に担保権者をあたかも

(251) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)12-13 頁。

(252) 吉国ほか・前掲注(165)356 頁参照。

第二次納税義務者に準ずるものと見て、その第二次納税義務者の財産としてその譲渡担保財産に対して執行を図ることにより、私法秩序に与える影響を極力避けながら、租税徴収確保の実質を挙げている⁽²⁵³⁾。

租税徴収と相殺の関係が前述のとおり規律された場合にも、私法秩序の尊重と租税徴収の確保が両輪で実現されなければならず、このためには、国に対して対抗できない相殺をした第三債務者には第二次納税義務を負担させる、という規律が設けられることが適当と考える。

(2) 訴訟外での租税の簡易・迅速な確保

イ 国税徴収法改正当時の議論—国税徴収法 39 条

なお、前記のことについて、相殺の適否の判断は、本来裁判所が行うのが筋なのだから、租税徴収と相殺との関係を民法とは別に規律するにしても、やはりその決着は訴訟によるべきであり、第三債務者に第二次納税義務まで負担させることはやりすぎではないか、という反論もあり得る。

これについては、既に措置されている第二次納税義務における議論が参考になると思われる。例えば国税徴収法 39 条は、納税者が無償又は著しい低額で財産を処分し、そのため納税が満足にできないような資産状態に立ち至らせたすなわち詐害行為となるような場合には、訴訟によらず、その処分による受益者に対して直接第二次納税義務を負わせ、徴収の確保を図っているところであるが⁽²⁵⁴⁾、国税徴収法改正当時、このような場合に行政判断によって決着を図ろうとすることを問題視する主張があった。一例として杉本良吉検事は、「私法秩序の尊重ということを考える以上、だれの財産であるかということは、やはり裁判所が認定するのがほんとうなんで、詐害行為を取り消し、責任財産を納税義務者に返してから、それに滞納処分をするのが筋道であるようにも思いま

(253) 吉国ほか・前掲注(165)276-277 頁参照。

(254) 吉国ほか・前掲注(165)379 頁参照。

す。」⁽²⁵⁵⁾と述べている。一方で、これに対しては、「国が訴訟を提起したとしても、訴訟で勝てないようなケースではなく、明らかに勝てるようなケースだということになると、租税を徴収するときになるべく手数をかけないようにするという要請がある。もしすべてを一般の訴訟手続によると、それだけ費用も手数もかかるだけでなく、期限内に納めた納税者との間の税負担の公平の問題も考える必要がある、その費用は、他の誰かの税金でまかなっているのですから。租税の徴収制度というのは、手続の簡素化というか、合理化という形でやはり処理しなければ租税公平の負担ということからいってもいけないのではないか」⁽²⁵⁶⁾という反論もなされていた。

この点について租税徴収制度調査会は、「租税の優先性」を弱める一方で「徴収確保のための諸措置」を設置、拡充するという向きが同調査会にあったことも相まって、低廉譲渡による受益者に第二次納税義務を負担させることを認めている⁽²⁵⁷⁾。ここには、「租税に対する詐害行為のすべてを訴訟をまっけて処理することでは、租税の簡易、迅速な確保を期し得ない」⁽²⁵⁸⁾という考慮が存在する。

ロ 行政判断による簡易・迅速な徴収確保の要請

租税徴収と相殺の関係が前述のとおり規律されるとして、具体的事実の下で当該規律を解釈適用して相殺を否定することは、一種、司法作用に類似の行為である。したがって、私法制度とパラレルに考えるのであれば、裁判所に任せるのが最も信頼できる制度となるのはいうまでもない⁽²⁵⁹⁾。しかし、租税徴収が「大量性、反覆性」を有する中、時間と費用の掛かる制度を構築しても現実的ではないだろうし、租税徴収と相殺の

(255) 租税法研究会編・前掲注(222)774 頁〔杉本発言〕。

(256) 租税法研究会編・前掲注(222)774 頁〔安井発言〕。

(257) 租税徴収制度調査会昭和 33 年 12 月 8 日・前掲注(163)15 頁参照。

(258) 吉国ほか・前掲注(165)379 頁。

(259) 納税義務の確定の場面の文脈で述べたものであるが、新井隆一『租税法講義』(青林書院新社、1972) 75 頁参照〔村上義弘〕。

優劣が、前記で示した規律により決着するとすれば、このように比較的容易に優劣が判断できるものまで、全て訴訟をもって解決することが適切とは思われない。そして、このことは、国税徴収法 39 条が、徴税手続の合理化という観点から訴訟をした場合と同様の効果を行政判断によって処理していることと軌を一にするものであるといえよう。また、一定の相殺をした第三債務者に第二次納税義務を負担させたとしても、その結果として裁判所による判断が行われなくなるという関係にはなく、第二次納税義務の適否に関しては、一旦処分庁又は国税不服審判所（若しくはその両方）において判断がなされ、そして最終的には裁判所によって決着が図られるのであるから、結局、直ちに訴訟によって相殺の効力が争われるのか、それともその前に一旦行政判断がなされるのかという、裁判所のチェックがどの時点になるかという問題に過ぎないとも思われ、そうすると訴訟によらずとも否認できる相殺について、それを行政において取消判決がなされたものと同様の形で追及していくというのは、それほど不合理ではないように考える⁽²⁶⁰⁾。

(260) 詐害行為取消の文脈で述べたものであるが、租税法研究会編・前掲注(222)774-775 頁参照〔雄川発言〕。

おわりに

本稿は、改正民法下において、相殺が差押えに対抗できる場面が必ずしも明らかではなく、そうすると租税徴収に当たって第三債務者から相殺の主張がされたときに対応できないという問題意識から、まず、改正民法下における相殺の解釈について検討を行った。その結果、差押えと相殺の優劣は、同一当事者において自働債権と受働債権が対立しているかという相互性や両債権の牽連性の有無、相殺の相手方の意思的関与等の要素を踏まえ、取得した債権を自働債権とする相殺を認めるにふさわしいと判断できる場合は、「相殺への合理的期待」があるものとして相殺に対抗できる、すなわち相殺が差押えに優先することになると論証した。

しかし、この判断は決して簡単なものではなく、租税徴収が大量性、反覆性を有し、あまりに煩瑣な手続を要求することがはなはだしく困難であるにもかかわらず、常にこういった判断等を行わなければならないとするのは、徴収制度として合理的なものとはいえないと指摘できる。また、改正民法下において債権者間の公平を図る最終的な防波堤として活用が期待されている相殺権濫用の法理については、第三債務者との関係では私法上の債権でしかない差押債権に、租税債権の特殊性を混入させて相殺権濫用を主張することは許されないことなどを鑑みると、租税徴収の場面では主張し辛いわりに有用とはいえない。このように、民法の解釈を貫徹した場合、租税徴収との関係で問題が生じ得る。

この解決のため、国税徴収法の改正により租税徴収と相殺の関係を新たに規律すべきであると発想したところ、約 60 年前の国税徴収法改正当時においても、同様のことが活発に議論されていた。同法は、租税債権を一般の私債権と同じ性格のものとして捉えようとし、そして、租税債権の性格からそれでは十分に対応できない場合にそれに対処する措置を別途講じるという構想から設計されている。同法改正当時は、租税徴収と相殺の関係について、徴税上、何らかの対処をしなければならない必要性を十分主張できず、また、その当時の実務は相殺適状説により行われており、差押えと相殺の優劣は一義的に決しやす

かったため、「民法の解釈にまかせて、税としての特別の力を認め」ず、民法の解釈によるべきと結論付けられたと考えられる。しかし、その当時から相殺が対抗できる範囲は大きく様変わりしていることから、今日においては、改めて租税徴収と相殺との関係を問題提起し、そして規律する必要性は認められ得よう。

そして、立法の具体的な方向性として、第三債務者の相殺権は、①差押債権の履行には応じず相殺を対抗しておきながら、差押債権の履行期日よりも履行期が遅い他の債権を履行していたとき、②差押え前の原因に基づいて差押え後に取得した債権と、差押債権との間に牽連性が認められないとき、③差押え後に取得した他人の債権を自働債権として相殺したとき、④「自働債権確定主義」の下、差押債権の履行期日までに確定していない自働債権により相殺したとき、保護されないものとしてはどうか、という一案を述べた。また、その実効性を確保するための措置として、第二次納税義務の構成を採ることが、租税徴収の確保と私法秩序の尊重という国税徴収法の基本原則に最も適していることを述べた。

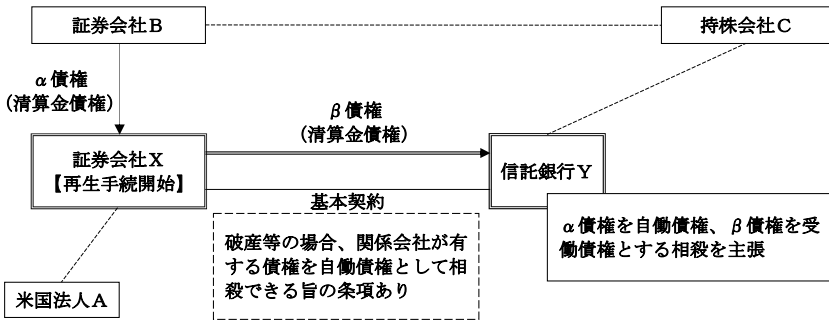
以上が、本稿の立場である。とはいえ、改正民法 511 条の解釈については、本稿執筆時点においても数多くの学者、実務家等から、雑誌への寄稿、書籍の出版などがされているところであり、さらなる議論、及び裁判例の蓄積が期待できる分野である。その途上にある中、本稿で述べてきた考え方が妥当なのかどうかは、正直心許ない。しかし、「はじめに」で述べたような、差押債権を受働債権とする相殺についてその主張が第三債務者からなされたときに、民法の議論の進展や裁判例の蓄積を待っていて全く対応することができない、という問題の回避には、本稿が微力ながら役立つのではないかと思う。

本稿はまだ不十分なものではあるが、示した民法の解釈及び国税徴収法改正に係る試論が、今後の税務行政の執行及び税制改正の一里塚になれば望外の喜びである。

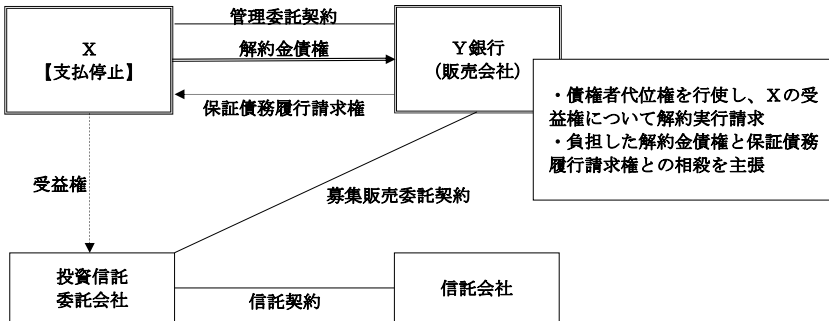
本稿を執筆するに当たっては、大阪大学大学院高等司法研究科教授の谷口勢津夫先生、同大学院法学研究科准教授の高秀成先生、国税庁徴収部徴収課の船

津高歩課長補佐及び税務大学校研究部の露木正人教授から御指導をいただいた。特に、谷口先生からは、研究の進め方や心構え、さらには「民法の解釈のみで問題を解決するのは、難しいのではないか。」と御助言をいただき、この考え方は、本稿の基礎となっている。この場を借りて、心から御礼申し上げたい。

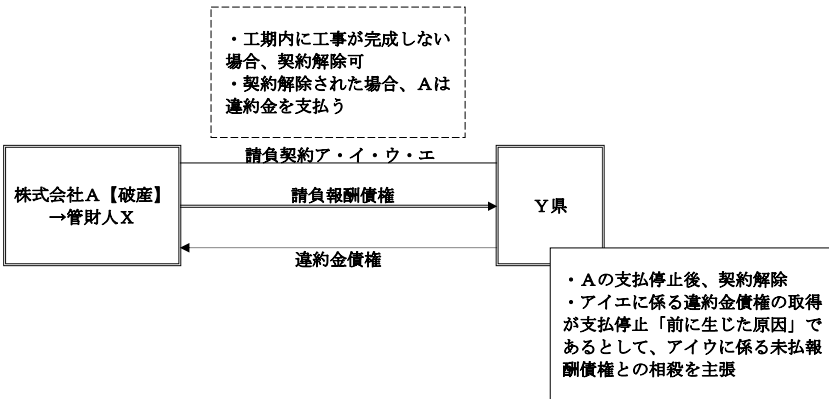
参考図 1 平成 28 年最判



参考図 2 平成 26 年最判



参考図 3 令和 2 年最判



参考図 4 平成 24 年最判

