

# 一括清算の対抗力・更改力<sup>(1)</sup>

柴 崎 暁

- 1 序説
- 2 枠合意における差引計算、とりわけ破綻時差引計算の性質決定
- 3 フランス法における派生商品差引計算
- 4 交互計算の観念による解決

## 1 序説

### [1] はじめに

「金融機関等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律（平成10年法律第108号）」は、その第3条「（一括清算と破産手続等との関係）」において、次のように定める。

「破産宣告又は更生手続開始の決定（以下この条において「破産宣告等」という。）がなされた者が、一括清算の約定をした基本契約書に基づき特定金融取引を行っていた金融機関等又はその相手方である場合には、当該基本契約書に基づいて行われていたすべての特定金融取引についてこれらの者が有する次の各号に掲げる法律に規定する当該各号に定める財産又は債権は、当

---

(1) L'opposabilité et l'effet novatoire de la résiliation-compensation globale (*close-out netting*).

該破産宣告等に係る一括清算事由が生じたことにより、それぞれ、当該破産宣告等がなされた者が当該約定に基づき有することとなった一の債権又はその相手方が当該約定に基づき有することとなった一の債権とする。

一 破産法（大正11年法律第71号）破産財団に属する財産又は破産債権

二 会社更生法（昭和27年法律第172号）又は金融機関等の更生手続の特例等に関する法律（平成8年法律第95号）更生手続開始の時に株式会社若しくは同法第2条第2項に規定する協同組織金融機関に属する財産又は更生債権」

この一括清算法の規定は、いわゆる金融派生商品のために利用される取引約定書に定める「差引計算 netting」の、破産財団・更生会社の債権者・再生債務者の債権者らとの関係における対抗力を規定したものである。「当該破産宣告等に係る一括清算事由が生じたことにより」との文言にも拘わらず、その趣旨は「破産宣告等」<sup>(2)</sup>の効力発生よりも先んじて「当該約定に基づき有することとなった一の債権」への置換えの効力が発生していたもの<sup>(3)</sup>と看做す趣旨であると考えられる。

---

(2) 平成16年改正破産法では「破産手続開始決定」と改められた概念であるが、ここでは一括清算法制定当時の用語を用いる。

(3) ここで取り扱われる法律問題は債務の消滅原因の問題であって、単なる計算上の損益の問題ではない。本文で紹介する約定書の条項が債権債務の現実には発生していない段階で、「仮想元本」に基づいて損益を確定するという場面に適用されるというだけであれば、差引計算の性質を論じる実益はない。それは、あくまで「仮想元本」であるから、そこで用いられている「元本額」は、取引により損益を確定するための変数でしかなく、いずれか一方が破綻したとしても、そこには、exposureが存在しない。あたかも、保険契約において、保険事故として定義される事象の範囲をどのようなものとすべきかという問題に近い。これに対して、現実に債権債務が発生している場面でそれを相殺によって消滅させるための差引計算が組まれているときに、一方当事者倒産時において倒産者に対する相手方の債務が相殺により消滅したことを主張できないことがまさに exposure なのである。このときは約定で定めさえすれば相殺適状がないのに相殺があったとは主張し得えないのが通常である。それは責任財産に関する秩序（例えば民511）が存在するからである。

## 〔2〕 一括清算の社会的経済的機能

このような約定が用いられるに至った背景には、国際決済銀行（BIS）による「資本基準の収斂」の要求がある。国際的業務を遂行する金融機関においてキャッシュフローの最適化をはかるために金利スワップ<sup>(4)</sup>・為替スワップ<sup>(5)</sup>等をはじめとする金融派生商品を用いることは不可避であり、この

(4) 変動為替相場制のもとでの為替リスクの制御が必要であることはいままでもないし、為替を原資産とする派生商品が登場してきたのもこの時期であるが、もともと国内的業務においてさえ、その必要はある。ある金融機関が、貸出取引においては固定金利で貸付を行っているのに対して、それが受け入れる定期預金、社債のレート、他の機関からの借り入れ等について、変動金利によるものがほとんどであったとする。この金融機関の収支は釣りあっていない。金利水準が上昇すると、金融機関は預金者・社債権者等により多くの利息を支払う一方で、収入が固定されてしまっているのである。そこで、このような金融機関は、他者との間で、キャッシュ・フローを交換するのである。実際に利息債権債務を債権譲渡や債務引受によって移転してしまうのではなく、法的には、その結果生じる差益金の払渡をするというだけである（BOYLE (Phelim) et BOYLE (Feidhlim), *Derivatives : The tools that changed Finance*, 2001. [日本語版：今井潤一訳・はじめてのデリバティブ（日本経済新聞社、2002年）27—28頁]）。

(5) 甲乙間で、甲が有するものと仮定する金融商品（原資産）の元本（ $C_1$ ）およびその満期日における当該原資産の市場金利を乗じた金額の合計（ $C_1 + C_1 \cdot i_1$ ）と、 $C_1$ と等価である乙が有するものと仮定する金融商品（原資産）の元本（ $C_{11}$ ）およびその満期日における当該原資産の市場金利を乗じた金額の合計（ $C_{11} + C_{11} \cdot i_{11}$ ）との差額を算出し、これをいずれか多いほうが少ない方に差額を支払うという双務射倅契約。

(6) 甲乙間で、甲が有するものと仮定する通貨 a 建ての金額（ $S_{a1}$ ）と、約定日に等価（ $S_{a1} = S_{b1}$ ）であるとされる、乙が有するものと仮定される別の通貨 b 建ての元本（ $S_{b1}$ ）から、満期日における為替相場による当該通貨 b の価値（ $S_{b2}$ ）を減じ、その数値（ $S_{b1} - S_{b2}$ ）が正であれば甲が乙に、負であれば乙が甲に  $|S_{b1} - S_{b2}|$  を支払う双務射倅契約。

(7) このほか、パリ第二大学の AUCKENTHALER 教授は、派生商品（フランス法においては通貨金融法典の規定の表現にしたがい「定期金融手段 instruments financiers à terme」と称する）を利用する四つの動機として、危険の回避（「填補 couverture」）、財務的狀態の「交換 échange」、騰落を利用した「投機 spéculation」、「裁定 arbitrage」による利得があるとしている。AUCKENTHALER (Franck), *Instruments financiers à terme de gré à gré*, *Juris Classeur Banque-*

種の取引は銀行法においても銀行業務の一種として許可されているが、<sup>(8)</sup>金融派生商品の当事者の一方が破綻したときには、相手方金融機関は破綻者への反対債権を行使できない危険負担 exposure を被るのであり、これを極小化する手段を講じつつ平時における派生商品の利用を可能にする仕組みが必要とされているのである。<sup>(9)</sup>

---

*Crédit-Bourse* [Fasc. 2050], 1999. nos 14-18.)。

- (8) 銀行法第10条第2項は、「デリバティブ取引」を付随業務の一部として認める。「14. 金利、通貨の価格、商品の価格その他の指標の数値としてあらかじめ当事者間で約定された数値と将来の一定の時期における現実の当該指標の数値の差に基づいて算出される金銭の授受を約する取引又はこれに類似する取引であつて、内閣府令で定めるもの(次号において「金融等デリバティブ取引」という。)(第5号及び第12号に掲げる業務に該当するものを除く。)/15. 金融等デリバティブ取引の媒介、取次ぎ又は代理(第13号に掲げる業務に該当するもの及び内閣府令で定めるものを除く。)/16. 有価証券店頭デリバティブ取引(当該有価証券店頭デリバティブ取引に係る有価証券が第5号に規定する証書をもつて表示される金銭債権に該当するもの及び短期社債等以外のものである場合には、差金の授受によつて決済されるものに限る。次号において同じ。)(第2号に掲げる業務に該当するものを除く。)/17. 有価証券店頭デリバティブ取引の媒介、取次ぎ又は代理」
- (9) 1988年、10ヶ国の蔵相・中央銀行総裁会議である BIS (国際決済銀行) パーゼル銀行委員会は、資本規模・資本基準に関する国際的収斂に関する報告書を公表し、この中で国際金融制度の健全・安全を維持しながら競争条件を平準化するため、国際的業務を行う銀行はその「危険資産 risk asset」による危険負担 exposure 額に対して最低自己資本比率が8%以上あることを求めており、1993(平成5)年「銀行法第14条の2に定める自己資本比率の基準を定める件」がこれを国内の銀行に強制するに至った。この時点では、危険資産額は、銀行が有する資産のうち、信用危険 credit risk を被る相当額に risk wight 指数を乗じて算出されるとしていた。さらに、期中に期限を前倒ししてその都度危険資産どうしを消滅させておけば、危険負担額は期中において消滅していることとなってその都度保有上限に余裕が発生するから新たな取引を組むことができる。この段階では、同一の相手方との取引について、期限の利益を双方に放棄して履行期を前倒しし以てその時点で債権債務関係の消滅の効果をもたらす類型の差引計算である、期限前差引計算 (netting by novation / obligation netting)、(ISDA・1992年版 ISDA マスター契約ユーザーズ・ガイド〔日本語版〕19頁)によって信用危険相当額を差引計算 (netting) した後の計算尻 (net) を基礎として、「再構築費用」を算定してよいことになっていた。さらには、相手方の倒産があっても危険負担を倒産直前の差引計

### 〔3〕 本稿の目的

本稿の目的は、この種の差引計算の法的性質決定<sup>(10)</sup>にある。一括清算法制定を見た後の現在においては、当該取引が特定金融取引に該当しさえすれば BIS 基準との関係における問題は解決し、さらにその後平成16年には破産法が改正されて、相場商品の価格を原資産とした派生商品取引に関す

---

算によって減殺しておけば実害はないため、この後、1994年・1995年に相次いで同委員会は「一部の貸借対照表外取引に伴う信用危険の取扱」「貸借対照表外取引のための潜在的危険負担の取扱」と題する報告書を公表し、「対象となる金融機関が、相手方との間で倒産時に市場価値に基く1個の債権を生じさせる差引計算 netting を行う旨の合意があり」、かつ、「この取引・差引計算契約の準拠法にてらして銀行の危険負担額が差引計算戻となること」の法律家の意見書を徴していること」等を条件に、再構築費用を、差引計算戻に基いて計算できるものとした（西村総合法律事務所編・ファイナンス法大全上（商事法務、2002年）591—596頁）。そして、各国の金融当局にとっては、実際に用いられている約定書の差引計算が、各準拠法にてらして破産財団等に対抗力を有していることの確認が必要となった。日本法においては、①相殺の対外効一般の問題のほかに、法定倒産手続に関して、②危殆期間において発生した相殺適状を有する相殺の禁止規定の適用、③双務契約の倒産手続における取扱に関する規定の適用という3つの問題をクリアするためにも、立法が必要であったと説明されている。

- (10) 関連する論考として武藤清「オブリゲーション・ネットティングの法律問題について」金法1150号（1987年）、前田庸＝神田秀樹「オブリゲーション・ネットティングについて（オブリゲーション・ネットティングの意義：ネットティングおよび一括清算と英米法：わが国における法律問題）」金融法研究資料編第6号（1992年）2頁以下、久保田隆「国際的なネットティングと相殺制限」金法1355号（1993年）、新堂幸司「金融派生商品取引の倒産法的検討——1992年版 ISDA 基本契約における一括清算条項の効力」（上・下）NBL552号・同553号（1994年）、神田秀樹「ネットティングの法的性質と倒産法をめぐる問題点」金法1386号（1994年）7頁、山崎達雄＝大野英昭「ネットティング契約の BIS 規制上の位置づけ」同44頁、和仁亮裕＝野本修「スワップ契約とネットティング」同50頁、田中輝夫「外国為替取引マスター契約の制定」同59頁、山田誠一「相殺の基本とその応用：二当事者間のネットティング」法教234号（2000年）66頁、カールステン・トーマス・エーベンロート＝マーク・ベンツラー〔三上威彦＝村上康二郎訳〕「ドイツ新倒産法における一括清算ネットティング」（上・下）（資料）法研73巻9号（2001年）107頁以下・同巻10号121頁以下、弥永真生「クレジット・デリバティブとネットティング：諸外国における状況」筑波法政38号（2005年）87頁。

る相殺の倒産手続に対する効力を定めているため、差引計算の法的性質決定が決定的な役割を演じることは少ないと思われるが、①同法制定前の法状況をどのように説明するべきであったかという問題は決して無意味な研究ではない。また、②現在でもなお特定金融取引の範疇から遺漏する取引に関しては、依然として状況は同法制定時と同様であるともいえるのであり（ただし破産法等の改正により市場価格ある商品に関する取引の倒産時の取扱についてある程度明文化されているという留保をした上で）、問題が理論に委ねられている領域が皆無であるというのではない。③さらにこの検討は、特定金融取引の問題を超えて、従来より判例（最大判昭45・6・24民集24巻6号587頁）によって確認されてきたいわゆる銀行の相殺予約の対抗力の問題をも再検討に付する機会を提供する。この研究は、最終的には商法上の制度である交互計算の法構造、とりわけ不可分の原則の妥当範囲をどのように理解すべきであるかという問題の解明を要求するものであるから、本稿自体を以て完結し得る研究ではないということを読者においては了解されたい。

## 2 枠合意における差引計算、とりわけ破綻時差引計算の性質決定

### [4] 典型的な約定書例にみる差引計算の類型

現在多く利用されている約定書の一例として、ISDA (International Swap Dealers Association) の策定した約定書である ISDA マスター・アグリーメントの差引計算に関する規定を一瞥しておくこととしたい。ISDA マスター・アグリーメントにおいては、二種類の差引計算 netting が定められている。第一が、平常取引において履行期が到来した債権債務の相殺を意味する第2条第c項第1文の平時差引計算 payment netting であり、第二が、期限の利益喪失事由が存する場面における一括清算である第6条の破綻時差引計算 close-out netting である（期限前差引計算 obligation netting の位置づけについては後述）。

これは、各国の私法において差引計算の法形式がまちまちであり、古い英法の set-off の様に裁判上の相殺しか認めないものからフランス法の様に当然相殺を認めるものまで多様であること、交互計算のような商慣習法・特別法上の制度の取扱についても多様であることから、netting という表現を採ることとしたものである。<sup>(11)</sup>

ISDA マスター・アグリーメントの平時差引計算に関する規定は、以下のとおりである。<sup>(12)</sup>

「本条の方法によらないならば、ある期日において、各の当事者からもう一方の当事者に対して、(i) 同一の通貨で、かつ、(ii) 同一の取引に関して、金額の支払がなされなければならないこととなる場合においては、当該期日において、当該金額に関して各の当事者の支払をなすべき債務は、当然に満足されかつ免除され、さらにまた、一方当事者が支払うべき総額が、この方法によらないならばもう一方の当事者によって支払われたであろう総額を超過する場合には、これをより大きい総額を支払うべき当事者の負担する、多い側の総額が少ない側の総額を上回る差額を他方当事者に支払う債務に置き換えるものとする。<sup>(13)</sup>〔柴崎訳〕」

(11) 封建法においては、相殺を裁判外で許すということは、領主の納付金の収入を減じる要因となるため好まれず、自由に相殺を裁判外において行いうるという主義が採用されるようになる動因は、中央集権国家の成立と関連付けて理解すべきであろう。なお、LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, tome 18e, 3e éd., 1878, no 380は、教会と封建諸権力との拮抗関係を相殺法認の動因として重視する思考を紹介する。PICHONAZ (Pascal), *La compensation : Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnelles*, 2001, Editions universitaires Fribourg Suisse, pp. 1-2. は、自然法思想の影響が濃厚な法域においては最も進歩的な当然相殺主義が採られ（フランス民法典、プロイセン一般ラント法、オーストリー民法典）、意思表示相殺主義（スイス債務法典、ドイツ民法典、イタリア民法典）との対比をなすものとしている。

(12) HARDING, *Mastering the ISDA Master Agreement*, 2002, Financial Times, p. 38.

(13) "If on any date amounts would otherwise be payable :-/ (i) in the same currency ; and / (ii) in respect of the same Transaction, / by each party to the other, then, on such date, each party's obligation to make payment of any such

次に、金融機関の破綻時において発動されるべき、破綻時差引計算を定める、第 6 条である。<sup>(14)</sup>

「期限の利益喪失事由に伴う解約権 一方当事者（以下「喪失側当事者」）に関し期限の利益喪失事由が発生しかつこれが継続するときはいつでも、他方当事者（以下「非喪失側当事者」）は、20日を超えざる期間内に、喪失側当事者に対して、該当する期限の利益喪失事由を特定して通知を発することができ、かつ、当該通知が効力を発生する日よりも遡らざる日を、当事者間の他の取引に関する期限前解約日として指定することができる。前文の規定にもかかわらず、「当然の期限前解約」が、当事者に適用されるものとして別表において指定されている場合には、第 5 条第 a 項第 vii 号（1）（3）（5）（6）〔解散、支払不能等〕もしくはこれに類似する限りにおいて（8）に定める期限の利益喪失事由の発生後直ちに、または、当該当事者における、第 5 条第 a 項第 vii 号（4）〔倒産手続の申立〕もしくはこれに類似する限りにおいて（8）に定める期限の利益喪失事由の発生にもとづく関連手続開始もしくは申立書提出の直前の時点で、当事者間の他の取引に関して期限前解約の効力が生じるものとする。<sup>(15)</sup>〔柴崎訳〕

---

*amount will be automatically satisfied and discharged and, if the aggregate amount that would have been payable by one party exceeds the aggregate amount that would otherwise have been payable by the other party, replaced by an obligation upon the party by whom the larger aggregate amount would have been payable to pay to the other party the exceeds of the larger aggregate amount over the smaller aggregate amount.”*

(14) HARDING, op. cit., p. 82.

(15) 6. Early Termination

(a) Right to Terminate Following Event of Default. *If at any time an Event of Default with respect to a party (the “Defaulting Party”) has occurred and is then continuing, the other party (the “Non-defaulting Party”) may, by not more than 20 days notice to the Defaulting Party specifying the relevant Event of Default, designate a day not earlier than the day such notice is effective as an Early Termination Date in respect of all outstanding Transactions. If, however, “Automatic Early Termination” is specified in the Schedule as applying to a party, then an Early Termination Date in respect of all outstanding Transactions will occur immediately upon the occurrence with respect to such party of an Event of*



第2条第c項第1文の規定は、当然に「平時差引計算」なのではないとされている。日本語版ユーザーズ・ガイド<sup>(16)</sup>によれば、同条項同文は、平時差引計算 payment netting であるとする立場が認められるとともに、他方において、期限前差引計算 (netting by novation または obligation netting) をも含むものであるとする立場とがあるとしている。

他方、第6条の1992年版では、第(a)項で期限の利益喪失事由あるときの「終了権 (right to terminate following event of default)」が定められているだけで、netting そのものを定めているものではないが、第2条第c項の方法によって終了することとなるので、これが close-out netting であるとされてきた。2002年版では、相殺の方法が第f項として追加されているので一層このことが明らかとなった。終了権者は、終了日指定通知を行うことで、原則としてその指定日に、取引は終了する (第a項)。当事者は、「マーケット・クォーテーション方式」または「損害方式」によって、損益を清算しなければならない (第e項)。

## [5] 平時差引計算

平時差引計算 payment netting は、「同一の支払日に同一の通貨で支払われる当事者間の債権債務について支払日に相殺が起<sup>(17)</sup>こる」、すなわち、「債務の履行方法の合意<sup>(18)</sup>」として、履行期が同時に到来する対立する債権債務について相殺を行なうものである (単なる往復的給付の省略)。このような相殺は、相殺適状が発生した時点においてなされる、典型的に民法の

---

*Default specified in Section 5 (a) (vii) (1), (3), (5), (6) or, to the extent analogous thereto, (8) and as of the time immediately preceding the institution of the relevant proceeding or the presentation of the relevant petition upon the occurrence with respect to such party of an Event of Default specified in Section 5 (a) (vii) (4) or, to the extent analogous thereto, (8).*

(16) ISDA・1992年版 ISDA マスター契約ユーザーズ・ガイド〔日本語版〕18頁。

(17) ISDA 前掲書・18-19頁。

(18) 平出=山本・企業法概論 II (青林書院) 241頁〔久保田隆〕。

規定する相殺そのものといってよい。これに対して期限前差引計算 obligation netting は、「当事者間で同一の支払日に同一の通貨による債権債務の対立が発生したときには、それらの債権債務は一方の当事者がその差額を支払べき債務に」<sup>(19)</sup>「履行期の到来を待たずに」<sup>(20)</sup>「直ちに置きかえられる」ものである。これは、期限の利益を予め条件付で双方で放棄して行なう相殺であると解されよう。

### 〔6〕 期限前差引計算（更改によるネットティング）の法的性質

後者の差引計算はしばしば「更改によるネットティング」と呼ばれる。これは日本民法典における更改であるのかどうかについてはなお論じる余地がある。というのも、ISDA は英米私法の観念に基いて解釈されているところ、論者は、相殺 set off という用語を、大陸法における相殺 compensation を意味するものとしては使わず、これを表現するために novation という文言を使ったとも考えられるからである。論者はさらに、組入債権が計算尻残高債権に置き換えられたとしても、そこに債務の「要素の変更」が伴わないため、ここに更改があるとはいえないのであるとしている。<sup>(21)</sup>しかし、更改という文言を用いているからには、そこには相殺の効果以上を期待する意思があるものというべきである。一括清算法の文言から窺い知ることができるように、残高債権は既に組入れられた債権とは異なる性格を帯びた債権であろう。しからば、そこには何らかの要素の変更があるといえるのではあるまいか。これは日本法においても、更改の観念によって理解することが最も自然であると思われる。<sup>(22)</sup>日本民法は旧財産編

(19) ISDA 前掲書・18-19頁。「同一の支払日に」ではなくて「同一の支払日の」の誤りか。

(20) 平出＝山本・前掲書242頁。

(21) 前田庸＝神田秀樹「〈シンポジウム〉 オブリゲーション・ネットティングについて」金融法研究・資料編 6 号（1990年）24-25頁。

(22) ちなみに、近時日本民法債権法改正の議論めぐり、更改が日本において用いられていない制度であるかのような認識に基き更改の規定を削除するということが

において原因の交替する更改の観念を認め、現行法にあっても少なくとも準消費貸借がこれに該当する場合があると解されている。組入は少なくとも計算書への記入という方式を持つ点においてこれに準じて扱われて<sup>(23)</sup>よい。

---

提唱するむきもあるらしい。社会的需要の短期的な変動如何がそれほど容易に基本法制の改廃を要求することになるという前提そのものが疑問であることはいまでもないが、それを措くとしても、更改が「用いられていない」という認識があるとなれば、少なくとも本稿で取り上げている金融取引に関する限りは、事実誤認というほかにない。

- (23) 旧民財489(2)「当事者カ義務ノ目的ヲ変セスシテ其原因ヲ変スル合意ヲ爲ストキ (2-Lorsque, l'objet d restant le même, les parties conviennent qu'il sera d' un autre titre ou par une autre cause ;)」は、Code civil des français (1804) Art. 1271.の「1-Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substitué l'ancienne, laquelle est éteinte ; 一、債務者が債権者ニ對シ舊債務ニ代ハル新債務ヲ約シタルニ因リ、舊債務ガ消滅シタルトキ ;」(神戸大學外國法研究會・現代外國法典叢書(16)佛蘭西民法〔III〕財産取得法(2)(1956年、有斐閣)を模倣したものである。債務発生原因 cause efficiente (債権の権原 titre または種類 nature) の交替する更改である。BOISSONADE, *Projet* は準消費貸借の例を挙げつつ証書上の原因が記載の有無により更改に該当するかどうかが決せられることを説く。BOISSONADE (Gve.), *Projet de Code civil pour l' Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. Nouvelle édition, tome 2, 1891 [ボワソナード民法典資料集成 後期IV、1998年・雄松堂] pp. 681-682. ただし、財490は、「期限、條件又ハ擔保ノ加減ニ因リ又ハ履行ノ場所若クハ負担物ノ数量、品質ノ変更ニ因リテ単ニ義務ノ体様ヲ変スルトキ」は更改ではないとしていた。BOISSONADE, op. cit., tome 2ème, 1891, no 556, pp. 682-684. によると、フランス学説でも一致を見ていないことが指摘されている。例えば BEAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.) *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 3e éd., 1908, pp. 11-14 (et n° 1712.) は、債務に不可欠な要素すなわち「客体 objet」、「当事者 parites」、「性質 nature」(民事債務か商事債務か、自然債務か訴権を伴う債務かという意味における) は、それが変更されれば更改であるが、「態様 modalité」の変更のうち、〈1〉条件の付加・削除・変更、〈2〉債権者側の「負担 charge」の変更、〈3〉選択債権を特定物債権に、特定物債権を選択債権にする変更、〈4〉期限の変更、〈5〉consession、〈6〉強制和議、〈7〉違約罰の付加のうち、〈1〉-〈3〉は更改であり、〈4〉-〈7〉は更改でないとしている。原因の交替する例は更改である。anti-causaliste (ARTHUR, *Toute substitution d'une dette une autre consititue-t-elle une novation?*, A

論者に拠れば、これを段階的交互計算の観念で説明することができる<sup>(24)</sup>という。<sup>(25)</sup>項目債権の総額相殺という内容を持つと同時に、総額相殺時までに更改が生じるものと解される限りにおいて、ISDAの規定する差引計算に該当するといえよう。交互計算と解するとなると、確かに、日本商法の交互計算規定は双方商人または一方が商人である場面に適用されることとなっているので、商人性のない機関（例えば国家や特殊法人など）が協同組織

---

propos de l'art. 1278, Revue critique de législation et de jurisprudence, XXXIe année, nouvelle série, XI, 1882, p. 228.) は原因の交替する更改の観念に反対したがローマ法における更改の要式行為性と現代法における更改方式自由の原理（更改諾成主義）との違いを無視した議論であるとして批判され、多数の支持を得ることはなかった。明治29年改正で原因の交替する更改の観念は文言上は削除されているが、民513のいう「要素」の内容に原因 *cause efficiente* を含めることは可能であり、準消費貸借（民588）の規定が同じ事柄を規定しているかつこれに更改を見る学説もある以上、原因の交替する更改の観念自体は残存しているとも解しうる。法典調査会の議事では、原因の交替する更改を規定することを要求する磯部四郎委員と梅謙次郎起草委員の反論の果てに、準消費貸借規定が審議の最終段階である整理会で挿入されたという経緯が興味深い（柴崎暁・手形法理と抽象債務（2002年、新青出版）頁）。現行法上の準消費貸借につき更改になる類型のものと、然らざるものとのとがあるとの理解が示され（松本博之「消費貸借と準消費貸借における証明責任の分配」証明責任の分配——分配法理の基礎的研究——〔新版〕（1996年、信山社）363、389、390-391頁参照）、判例（最判昭和43・2・16民集22巻2号217頁）は準消費貸借における旧債務の存在の証明責任に関して「旧債務の不存在を事由に準消費貸借の効力を争う者においてその事実の立証責任を負うものと解する」ことを示す等、これを一種のある意味における無因的債務負担としているかのような扱いが見られるが、これは新旧債務の要素の変更を伴うものと考えなければ説明できない（倉田卓次「準消費貸借における旧債務存否の立証責任」〔本件判批〕民商59巻2号304頁以下、306-307頁は、証書の内容を前提にした強い推定に対する間接反証の法理によるべきであるとし、証明責任の問題として論じるのは理論上は誤りであるとする）。

(24) 前田庸「交互計算の担保的機能について—交互計算残高に対する差押の可否をめぐって—」（一）法協78巻6号628頁以下・（二・完）同79巻4号391頁以下。

(25) 「段階的」であるか「古典的」な交互計算であるかは、約定の内容如何である。オペレーション・ネットィングが必ずしも日々の段階的総額相殺を行う趣旨であるとは限らないのであるから、場合によっては古典的交互計算による場合もあるのではないであろうか。

型金融機関との間で締結する場合のように、双方ともに非商人が当事者である場面が捕捉できないが、派生商品取引の当事者のいずれか一方は金融機関であって、商人が当事者とならない取引とは想定する必要が少なく、その少ない場合であっても民法上の無名契約として、交互計算と同じ内容を持つ契約を締結することの可能性には異論がなかろう（ただ、破産法上の交互計算の当然結了の規定が契約自由の延長上の帰結として説明しきれないかという問題がないわけではないから、一括清算法制定前の場面では、この学説によると非商人金融機関の BIS 基準充足について疑問がなかったわけではないということになる）。必ずしもそのすべてを「段階的」と見るべきかどうか、「古典的」なそれも含めて考えられないかどうかはさておき、交互計算説による説明には無理がないように思われる<sup>(26)</sup>。これによって、旧債務の消滅に伴う抗弁喪失効も説明可能である。

#### 〔7〕 破綻時差引計算の法的性質

ところが、破綻時差引計算の場合については、ややこれと異なる考慮を要する。総額相殺としての交互計算という意味でいえば、破産をはじめとする法定倒産手続には十分に昔から交互計算が管財人に対する関係で効力を認められる趣旨の規定がおかれていた。この点は問題ない。交互計算と性質決定できれば、その効力発生破産財団への対抗力は、大正11年破産法にもともと規定されていたから、一括清算法制定前においても、問題がなかったということになる。

しかし、更改のほうの効力、抗弁喪失効の発生の時点が倒産との関係において遡りうるかという点が問題である。日本商法の規定では交互計算の抗弁喪失効は交互計算組入の効果ではなく、残高承認の効果である。段階

---

(26) 相殺と更改とを組み合わせた無名契約と解するとなると、日本民法では相殺の意思表示は期限・条件を付して行うことができないから、予約があったというだけでは相殺の効力は生じず、いずれかの時点で計算書の承認がなされ、それが相殺と解されることになるであろう。

的交互計算では期中に組入ごとに債務が消滅して残高債権への置き換えが生じるとされるものの、当然にその都度抗弁喪失効が生じることまでは認めていない。そこで期限前差引計算では登場しなかった問題点が現れる。すなわち、破綻時差引計算の場面では、約定の効果として自動的に差引計算の効果が発生するものとされている。この時点では残高承認はまだなされておらず、抗弁喪失効が未発生ということとなり、決済が覆滅される危険が残っている。相殺と異なり更改には遡及効がない。したがって、一種の停止条件付更改の伴う交互計算と解して、残高承認という形式を待たずして抗弁喪失効が生じるとの構成が必要になるかもしれない（もともと交互計算には更改的効力が伴っているので、残高承認を待つまでもなく組入時に更改の効力が生じるとすれば、このような説明は不要であるが）。

## 〔8〕 会社更生法上の「双方未履行契約」問題

会社更生法では、破産法とは異なり、担保権は一般に更生手続外での行使を認められず、相殺はその例外とされている。例外は厳格に解釈すべきである。会更48は、手続開始決定時に既に更生会社に対する自働債権の債権者であり受働債権の債務者（会更49I（1））である者が、他の債権者の存在にも拘らず、「当該債権届出期間内に限り、更生計画の定めるところによらないで、相殺をすることができる」ことを定め、そのためには、債権届出期間の満了前に相殺適状になければならないことを要求している。ところが、期限の利益喪失約款の定め方如何によって、相殺適状を遡らせることも可能であろう。このような方法による規定の潜脱は法の目的にてらして望ましくないと説かれて<sup>(27)</sup>いる。そうであるとする、立法によって

---

(27) 相殺予約一般については、無制限説をとる昭和45年大法廷判決が根拠となり、かかる一括清算条項が約定通りの効果を生じることには問題はないと考えられているかのようであるが、日本民法の原理によればこの「対第三者効」の成否は、自働債権者側における受働債権に関する期限の利益の放棄が行なわれかつ自働債権に関する債務者の期限の利益喪失事由が発生すること（＝相殺適状の成立）が手続開始決定の前か後かによって決定されるべきであると思われる。預金と貸金債権とを相殺

特定金融取引による一括清算条項については例外を設ける以外になかった<sup>(28)</sup>のであろうか。

会更61Iは、「双務契約について更生会社及びその相手方が更生手続開始の時に共はまだその履行を完了していないときは、管財人は、契約の解除をし、又は更生会社の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる。」として、管財人の選択権を定めている。論者によれば、この規定がそのままスワップ契約に適用されることになるとすると、管財人としては更生会社にとって利益になる取引のみを恣意的に選んで履行請求し、不利益になるおそれのある取引は解除して損切りをするという所謂チェリーピッキングが行なわれ、これがデリバティブ取引において予定されている相手方のリスクヘッジの期待を著しく損なうことになるのではないかと危惧されているという。

そこで、スワップ契約の性質決定が重要な意味を持ってくる。双務契約は互いに対立する債権債務関係を発生させる二以上の当事者間の契約であ

して回収することに金融機関が事実上期待を抱いていたとしても、期待権の保護はせいぜい不法行為による損害賠償請求権の発生を帰結するにとどまり、このように強力な相殺権の根拠となるものではない。むしろ期限の利益喪失を前倒しする約定を導入するか、預金債権を質取りするという方法による外には自衛の方法はないというべきである。ところが、期限の利益喪失を前倒しする約款は、昭和52年の銀行取引約定書の改訂において却って放棄された（それまでは差押の申立段階で期限の利益は当然に喪失するとされていたが改訂されたという）。なお、近時、深川裕佳・相殺の担保的効力（2008年、信山社）415頁以下は、別の観点から最大判昭和45年を批判している。この判決の結論を支持しないという点では筆者と軌を一にするものであるが、筆者の見解とは別に、論者は可能な構成としてDUBOCの見解に着想して先取特権説を構想するものである。その理論の当否については、筆者は即断を避けたい。

(28) 一括清算法定以前から、主として会社更生手続との関係において、一括清算条項の有効性を主張していた論説として新堂幸司「スワップ取引における一括清算条項の有効性」新堂幸司＝佐藤正謙・金融取引最先端（商事法務研究会、1996年）135—174頁が知られているが、その双務契約・片務契約という観念の理解自体にきわめて看過しがたい難点があるように思われる（また、新堂幸司「スワップ取引の法的検討（上）」523号9頁も参照）。

る。ところでスワップ契約は、満期日において、各当事者において仮想元本に基き当該期間に発生する利息の合計額を算出し、その差引によって損益を確定して差額の支払を義務付ける契約である。そうすると、損益確定時においては、当事者の一方しか支払義務を負っていないから、これが双務契約であることは一見判然としないが、当事者双方は未必的には債務を負っている。このような類型の契約は既に知られている。保険契約がその典型である。保険者は保険事故が発生しない限りは保険金の支払を義務付けられていないが、条件付の支払債務を負担するという状態（危険負担）を給付すること自体が保険者側の義務である。そうでなければ保険料は不当利得となって返還されるべきものであるが、保険契約者は保険者の危険負担給付の対価として保険料を支払うものである<sup>(29)</sup>。同様に解するならば、スワップ契約とは双方に危険負担を給付する契約であると考えられるから、双務契約である。

では会更61Iは適用されるのであろうか。これは否定に解すべきであろう。なぜならば、スワップ契約における債務を上記のように解すると、危険負担の状態給付は、契約の開始とともに履行されていると見るべきであるからである（継続的給付の契約となるので、むしろ会更62Iが適用されよう。しかし、この種の契約は債務負担の意思表示自体が履行であるから同条項の適用場面ではない）。

むしろ注目しなければならないのは会更63である。同条は破産法第59条を準用している。破59は（後述の破58と異なり平成16年改正以前から、すなわち、一括清算制定当時から存在していた規定）、手続開始決定によって交互計算（商529）は当然に終期を迎え、当事者は残高の支払を請求できることを定めている。このような特定金融取引等における差引計算が構造上最も類似するものはほかならぬ交互計算である。組入債権の範囲を極めて狭

(29) 大森忠夫「保険契約の双務契約性」保険契約の法的構造（1956年、有斐閣）39頁以下所収。

(30) 同上。保険契約における保険者側の給付は、危険負担という状態給付である。



く限定している点は異なっているものの「一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債権債務ノ総額ニ付キ相殺ヲ為シ其残額ノ支払ヲ為スヘキコトヲ約スル」点でスワップ契約ならびにその netting を定める ISDA マスターの一括清算条項こそ、交互計算契約に他ならない。このような解釈が認められていれば一括清算法は不要であったといえよう。また、一括清算法以降も、特定金融取引から漏れてしまう取引（非金融機関間での取引等）についてはこのような解釈が必要になる（ただし、非金融機関が双方当事者であるときに BIS 基準が問題になることはないが）。

なお、平成16年改正で導入された破58は、取引所相場のある目的物に関する差引計算が破産手続開始決定によって当然の解除擬制を定めて、チェリーピッキングが不可能であることを定めている。

枠合意（マスターアグリーメント）による差引計算（ネットィング）を交互計算と理解することは正当であるか。次に、この問題に関する若干の比較法的考察を試み、この立場の補強材料としたい。

### 3 フランス法における派生商品差引計算

#### [9] 派生商品とフランス法

フランス法において派生商品は「**定期金融手段**」の名で議論されている。ここでは、AUCKENTHALER<sup>(31)</sup>に従ってその法的取扱の概要を一瞥した後、そこで行われるネットィングの本質およびその対抗力について規整の概略を紹介したい。定期金融手段 instruments financiers à terme とは、一方当事者に、他方当事者から、期間の途中または末日に、その相場が変動しまたはその相場が利率に条件づけられる資産（証券、通貨、商品）を、契約締結時に定められた対価または対立する義務の負担と引換に取得する確定的 ferme または選択権付 facultatif (optionnel) の権利を与える

---

(31) AUCKENTHALER (Franck), Instruments financiers à terme de gré à gré, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse précité* [Fasc. 2050], 1999.

ものをいう。「派生商品」<sup>(32)</sup>ともいう。<sup>(33)</sup>この定義の起源は19世紀に遡る。既に1885年3月25日の法律が「定期取引 *marché à terme*」<sup>(34)</sup>を定めている。同法は数次の改正を経て、「公債およびこれに類するもの、有価証券、食糧または商品の引渡を目的とする先物取引、ならびに、利率、指数または通貨に関するすべての取引を含むもの」を列挙する。1885年法の動機は、先物取引を民法典第1965条 (“*La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari.*”) の「博戯の抗弁 (*excéption de jeu*)」の適用範囲から除外しようとするためであった。定期金融手段の定義が通貨金融法典におかれたのは、投資役務に関する全欧的規整の調和化のためであって、これと趣旨は異なる。しかし、二つの観念は同義であると解されているようである。<sup>(35)</sup>定期契約の痕跡は古代にまで遡ることができるといわれている。その代表的なものが先物取引で、主として農産物に関して発達し、既に中世英仏において浸透し、19世紀には、米国で、麦と家畜について近代的な先物取引が誕生したという。通貨に関しては第二次大戦後の固定平価制の崩壊とともに、市場の隔壁撤廃・利率に基く通貨政策の一般化のため、為替相場および利子率相場は大きな騰落性向を獲得するに至る。為替・金利の変動による不確実性を極小化することが経済主体とりわけ金融機関にとって重要となり、有価証券にも信用リスクについても利用

---

(32) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 1.

(33) BESSE (Antonin) et GAUVIN (Alain), *Licéité des dérivés de crédit en droit français. Revue de Droit bancaire et de la bourse*, 1999, p. 45 s; AGBAYIS-SAH (S.), *Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré, Mélange AEDBF-France, Banque* 1999, p. 15 s; AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 2.

(34) 「金融手段」は1966年7月2日の法律第96-597号第3条〔現・通貨金融法典 L. 211—1条〕で定義され、定期金融手段はその第IIパラグラフにおいて例示列挙されている—「1. すべての公債、有価証券、指数または通貨に関する定期金融契約。現金払により決済され得る同等の手段を含む。／2. 利率に関する定期契約／3. スワップ契約／4. すべての商品および食糧に関する定期契約／5. 金融手段の売買オプション契約／6. その他すべての定期金融手段」

(35) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 4.

されるようになった。<sup>(36)</sup>

### [10] 概念・類型・要素

ここで検討の対象である定期金融手段は相対取引で締結されるものである。被規整市場取引（MATIF または MONEP）は監督当局の規則によって規格化されている。交換所または中間的介入者（セントラルカウンターパーティー）を介してポジションを確定する権利が保障される。これに対して相対取引とは、上記の基準に充当せず、期限条件が当事者間で自由に定められる取引を総称する。交換所の介入を伴わず直接に当事者間で締結される。しかし、この自由は一定の「枠合意」（convention cadre）または「標準契約書」（contrats types）（AFB 枠組契約、ISDA マスターアグリーメント）の枠内で行われなければならない。<sup>(37)</sup> 類型としては伝統的に確定型とオプション型が知られている。<sup>(38)</sup> 確定型取引は、期日において履行が行われるべき契約であり、その客体（有価証券・金利・商品）のいずれを原資産とするかにより三つに分類される（1996年7月2日の法律第3条）。このなかでも<sup>(39)</sup>スワップ（swaps）は、キャッシュフローのポジションを交換する取引として知られる。オプション型取引（または手数料取引 *marchés à prime*）は、一方が手数料を支払い、期間途中または満期において締結時

(36) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 5.

(37) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, nos 6-7.

(38) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome VI, LGDJ 1871, ss 386. *Répertoire civil* Dalloz, v. “Jeu-Pari” no 104.

(39) 為替スワップと金利スワップが著名である。no 20. 必ずしもある法的性質決定に対応する一個の概念ではなく、少なくとも民法典第1695条以下の定める交換契約ではない。仮に交換契約であるとして、その効果が第三者に対抗し得るものであるためには、当事者は民法典第1690条の方式を履践しなければならないことになるが、そのようなことは実務上まったく行なわれていない。AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précite., no 22. 通貨スワップを通貨の売買と遇した事例として、T. com. Paris, 28 oct. 1992: *Revue des huissiers* 1993, p. 739, note J. HESBERT.

に定めた価格で客体を相手方より与えられる選択権を行使し得る売買の一方予約である。一定期日に上限基準金利と変動金利の差額を支払う取引である**キャップ** (cap)、上限基準金利と変動金利の差額を支払う取引である**フロアー** (floor)、キャップとフロアーとの組み合わせである**カラー** (トンネル) がある。約定金利と将来のある日における金利との差額を双方が支払う義務を負う取引である**金利先物** (FRA) も定期金融手段<sup>(40)</sup>である。必要な要素として指摘しうるのは、定期金融手段は契約 (民法典第1101条の意味における当事者に義務を課する「合意 (convention)」) であることである<sup>(41)</sup>。また、定期金融手段はいずれも「射倖性 aléa」を呈することを要し期限において損益が確定するものでなければならない。二者の原資産価格の差額を一方当事者に支払わせる単一債務の発生に終わる以上、契約は民法典第1104条の意味における射倖性<sup>(42)</sup>がある。定期金融手段は一般には、**双務・有償**の契約でなければならない。いずれかの要素の欠缺は必ずしも定期金融手段としての性質を奪うものとは限られない (前払手数料が約定<sup>(43)</sup>されていない場合等)。

### [11] \*賭事博戯の抗弁と定期金融手段

学説は、賭事を「ある主題について反対の意見を有する二人の者による合意であり、これにより正しいと認められる解を選んだ者が他方より一定金額または一定の物を受け取ることを合意するもの」と定義してきた<sup>(44)</sup>。定期金融手段はとくにそれが専ら投機の目的で用いられるときには、反対の意見を持つ当事者間における損益が市場の展開如何に依存して確定する射倖契約となるため、敗者は賭事博戯の抗弁を援用しようとすることは想像に難く

(40) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 31-35.

(41) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, nos 11-12.

(42) しかしながら、二当事者が何物かの引き渡しをすべく義務づけられ、当事者間における給付均衡の関係が期間の経過するまで持続しうる場合には、第1104条第1項の意味における実定契約性があるものということもできるという。

(43) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 13.

(44) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV : LGDJ 1871, p. 574.

(45) ない。裁判所は、相対定期取引 *marchés à terme de gré à gré* を、現物引渡義務の有無を境に「真実 *sérieux* 取引」「架空 *fictifs* 取引」に分離し、後者は差金決済で終結するものであるため、これに博戯の抗弁に関する民法典第1965条の適用を認めていた。<sup>(46)</sup> この立場は却って不誠実な取引当事者に濫用の口実を与え、定期取引の経済的効用を擁護する見地から批判された。<sup>(47)</sup> 1885年3月28日の法律は、定期取引を明示的に対象とした法規定の最初のものであり、その第1条<sup>(48)</sup>で民法典第1965条の賭事博戯の抗弁を排斥した。<sup>(49)</sup> 同法制定の後も猶、一部の裁判所は、同法の規定は当該定期取引の真実性を推定させる趣旨であるに過ぎないとの理解を採り、債務者に、差額決済で決する取引である博戯をなす以外の意思がなかったとの証拠の援用の余地を与えていた。この分析は破毀院によって明白に処断された。<sup>(50)</sup> 外国の市場における実務慣行についても同様の理解が採られるに至った。<sup>(51)</sup> 勿論、定期取引と性質決定されない取引については博戯の抗弁はなお容認された。<sup>(52)</sup> その後前述のように金利・為替に関する定期取引の発達とともに、博戯の抗弁の排除対象の範囲を拡大する必要が現れた。かくして、100年を経て1985年7月11日の法律第8条は、1885年の法律第1条を改正し、有価証券および利率に関する定期取

(45) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 52.

(46) 破毀院審理部1882年8月21日 (DP. 83. 1. 258)。

(47) ナケの国民議会議事報告 D [4e partie: Lois, Décrets et Actes législatifs] . 85. p. 25 et suiv. AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 53.

(48) 「公債その他の債券に関するすべての定期取引、ならびに、食糧および商品に関する引渡取引は、これを適法なるものと認める。“*Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux.*”」

(49) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, nos 54-55.

(50) Cass. civ., 22 juin 1898: DP 1899. 1. 5.

(51) Cass. civ., 19 dec. 1939: DH 1940. 37.

(52) Cass. req., 11 juill. 1933: Gaz. pal. 1933. 2. 716. 「当事者の合意によれば、銀行とその顧客との間において実現される取引が、証券 (valeurs) の騰落に関する博戯の組み合わせでしかなく、公債その他の債券 (effets) に関する定期取引ではなく、履行のための一定のまたは定義された期間を含まない、証券の徴収 (levée) を求める権利を顧客の側のみが付与する一方で銀行の側には引渡を強いる権能を与えない、独自の無名契約であるときは、民法典第1965条の宣言する博戯の抗弁は、これを以て差額支払の請求に対して当然対抗しうるものと宣言される。」

引に加え、1991年7月26日の法律は、指数および通貨（為替）に関する定期取引を包摂することとした。改正後の1885年の法律第1条とともに併存して、1996年7月2日の法律第46-1条は「本法第3条に定義する定期金融手段は、特別の立法の規定の対象であるときと雖もその原因についても客体についても適法である。縦令当該金融手段が単なる差額の弁済を以て終結すべきであるときと雖も、何人も当該金融手段より生じる債務を免れるために<sup>(53)</sup> 民法典第1965条を援用することができない」として適法性を補強している。

## [12] 差引計算の効力に関する規定

1996年法52条は次のように規定して、定期金融手段に関する差引計算<sup>(54)</sup>（ネットィング）の効力を確認している。

①金融手段に関する取引に属する債務と債権とは、それら取引が、金融市場評議会一般規則の枠内で実行され、または、それら取引が、市場の、国のもしくは国際的な枠合意の一般準則に関わる、かつ、一方に投資役務提供者、もしくは、本法第25条の規定を受益する制度・企業もしくは機関、もしくは、これらと同類の地位を有する非居住機関を含む二当事者間の関係を組織する合意によって規律されるものであるときは、当該一般準則または当該

---

(53) “*Les instruments financiers à terme définis à l'article 3 sont valides alors même qu'ils feraient l'objet des dispositions législatives spéciales, pour autant que leur cause et leur objet soient licites. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil, lors même qu'il se résoudrait par le paiement d'une simple différence.*” AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 57. この規定は、ほぼ同文のまま通貨金融法典 L. 432-20条となった (*Les instruments financiers a terme mentionnes au II de l'article L. 211-1 sont valides, alors meme qu'ils feraient l'objet de dispositions legislatives speciales, pour autant que leur cause et leur objet sont licites. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui resultent d'operations a terme, se prevaloir de l'article 1965 du code civil, lors meme que ces operations se resoudraient par le paiement d'une simple difference.*). AMADOU (S.), *La loi MAF et la légalité des marchés dérivés : chronique Sommaire d'une classification rebelle* : *Bull. Joly banque et bourse* 1997, p 547 s.

(54) AUCKENTHALER, *Compensation, remises en garantie, cession, le nouveau regime des creances afferentes aux instruments financiers* : *JCP E* 1996, I, 594.

枠合意に定める評価方式に従い、これを相殺することができる。<sup>(55)</sup>

②当事者の一方が、前記1984年3月1日および1985年1月25日の法律の定める手続の対象となったときは、上述の一般規則または枠合意は、前項所定の取引の法律上当然の解約（résiliation）<sup>(56)</sup>を定めることができる。

③前項所定の一般規則または枠合意の定める解約、価額評価および相殺の方法は、これをもって差押債権者に対抗することができる。民事執行手続を理由として実行されるすべての解約、価額評価および相殺の操作は、当該手続よりも前に効力を生じたものと看做される。<sup>(57)</sup>

④本条第1項所定の枠合意が規整する取引より帰結する債権譲渡は、被讓人債務者の書面を以てする同意によって、第三者に対抗することができる。当該枠合意の当事者もまた同様に、これらの取引のために、当該取引の価額の変動を考慮して、同様に方式なく第三者に対抗することのできる、有価証券、証書、公債または一定額の金銭の、所有権の完全な移転を伴う、担保のためにする給付（remises à titre de garantie）<sup>(58)</sup>を定めることができる。

(55) *Les dettes et les créances afférentes aux opérations sur instruments financiers, lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre du règlement général du Conseil des marchés financiers, ou lorsqu'elles sont régies par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place, nationale ou internationale, et organisant les relations entre deux parties au moins dont l'une est un prestataire de services d'investissement ou une institution, entreprise ou un établissement bénéficiaire des dispositions de l'article 25 de la présente loi ou un établissement non résident ayant un statut comparable, sont compensables selon les modalités d'évaluation prévues par ledit règlement ou ladite convention-cadre.*

(56) *Lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par les lois n° 84-148 du 1er mars 1984 et n° 85-98 du 25 janvier 1985 précitées, lesdits règlements ou ladite convention-cadre peuvent prévoir la résiliation de plein droit des opérations mentionnées à l'alinéa précédent.*

(57) *Les modalités de résiliation, d'évaluation et de compensation prévues par les règlements ou conventions-cadres visées aux alinéas précédents sont opposables aux créanciers saisissants. Toute opération de résiliation, évaluation et compensation effectuée en raison d'une procédure civile d'exécution est réputée être intervenue avant ladite procédure.*

(58) *La cession de créances résultant des opérations régies par la convention-cadre visée au premier alinéa du présent article est opposable aux tiers par*

⑤前項の給付にかかわる債権債務、および、当該取引に属する債権債務は、本条第 1 項の規定に従い、これを相殺することができる。<sup>(59)</sup>

⑥前記1984年3月1日および1985年1月25日の法律の規定は、本条の適用を妨げないものとする。<sup>(60)</sup>

### [13] 「枠合意」

本条は、金融市場評議会（現・金融市場機構 AMF）一般規則または一定の条件を満たす「枠合意」の規整する金融手段に属する債権にしか適用がない。定期金融手段は1996年7月2日の法律第1条の金融手段の概念に統合される部分をなすものであり、その第52条による包摂は疑う余地がない。52条の取扱は、当該市場・国・国際上の枠合意の規整する金融手段に関する二当事者間の取引から生じる債権に適用され、かつ、当事者のうちの一方が投資役務提供者もしくは同等の地位を有する非居住金融機関であることを要する。枠合意には、フランス銀行協会定期取引枠合意、ISDA 枠合意（マスター約定書）、ICOM 枠合意（国際通貨オプション市場マスター約定書）、IFEMA 枠合意（外為ネットィング・クローズアウト約定書）、FXNET（外為ネットィング・クローズアウト約定書）等が知られる。これらの「枠合意」は、一般原則、特に、一方当事者の「破綻 *défaillance*」の場合とその帰結、当該取引に割り当てられた担保、当該取引による債権債務の相殺、期限前解約の帰結（継続中の取引の全部解約、単一通貨債権化

---

*l'accord écrit du débiteur cédé Les parties à ladite convention-cadre peuvent également prévoir pour lesdites opérations des remises, en pleine propriété, à titre de garantie ainsi opposables aux tiers sans formalité, de valeurs, titres, effets ou de sommes d'argent pour tenir compte de l'évolution de la valeur desdites opérations.*

(59) *Les dettes et les créances relatives à ces remises et celles afférentes aux dites opérations sont alors compensables conformément aux dispositions du premier alinéa du présent article.*

(60) *Les dispositions de la loi no 84-148 du 1er mars 1984 précitée et de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée ne font pas obstacle à l'application du présent article.*



の合意、全部解約・破綻時一括清算の差引計算戻の算定方法—指数引用方式か  
 実損算出方式か等—）<sup>(61)</sup>に関する原則を定める。

#### [14] 差引計算規定の目的

枠合意に定める差引計算とは、既述のオペレーションネットィングおよびクローズアウトネットィングである。しかしその法的性質が何であるのかといえば、ある特定の契約の類型に必ず適合するというのではない。むしろ、法的性質としては様々であるが同じように交互の組入債権が残高債権に置き換えられる手段のすべてが包摂されるのである。「Netting」を約定する実益は三つある。第一に、これによって銀行間決済の数量と、当事者における現金の需要を減じることが可能となる。第二に、これによって当事者相互が負担する債務の総量を減じることが可能となる。その意味において「Netting」は担保の一種である。第三に、金融機関は、「必要自己資本比率 ratio de solvabilité」の計算にあたり、その有する債権債務については、「Netting」を組んでいる限りは、差引計算戻 (net) のみを算入すれば足りることとなる。必要自己資本比率は、銀行規制委員会規則 91-05号が定めている。差引計算によって自己資本を大幅に圧縮できる<sup>(63)</sup>。数年来の国際通貨当局会議で議題とされてきた問題であり、専門家委員会の報告書（10ヶ国中央銀行決済システムに関する報告、いわゆる「Angell 報告」、10ヶ国中央銀行銀行間相殺システムに関する報告、いわゆる「Lamfalussy 報告」）の主題となっている。これらの報告書は、相殺システムに関する勧告を作成し、最小限の規則の一覧を準備し、自己資本比率の分子部分に取引の差引計算戻のみを算入することを可能にするための相殺的仕組みの法的有効性を保障することが必要であると結論づけた。当事者<sup>(64)</sup>

(61) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, nos 61-62.

(62) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 66.

(63) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 67.

(64) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 68.

間の取引の差引計算戻の残高に相当する単一の債権を確定する仕組みの有効性は、まず、定期取引に関する1885年3月28日法に第2条を再び創設する1993年12月31日の法律第1444号によって保障される<sup>(65)</sup>。この規定は、前述の通り1996年7月2日の法律第52条第1項により反復されかつ補われた。このようにフランス法も日本の一括清算法について述べたところと同様の経過を辿っている。

### [15] 差引計算の私法的性質

ここで使われている「相殺 compensation」の言葉は、「netting」の意味に解され、必ずしも民法典第1289条以下の債権の消滅原因に限定されるものではない<sup>(66) (67)</sup>。実際、「相殺」の観念では、「netting」の観念を不完全な形でしかカバーできない。英米法に準拠する枠合意は「更改 novation」

---

(65) BOSSIN (Jean-Michel) et LEFRANC (Denis), La compensation des opérations des marchés à terme: *Banque* 1994, p. 52 s. - LE GUEN (Hervé), Le netting et la protection légale des systèmes de règlements interbancaires: *Bull. Banque de France*, 3e trim. 1994, p. 41 s.

(66) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 69.

(67) 例えば異種物債権間の差引計算をも含める。AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 71. 1996年法第52条の意味における「相殺」は、異なる通貨で定められた相互の債権の間で行うことができるため、同種の目的物を前提とする相殺の観念には適さないが、これについても効力があるものとするのである。例えば、金銭債権と証券またはその他金融手段の証券の引渡債権との差引計算による消滅をも認めるものである。民法典に規定のある相殺である場合もあるであろう(債権がいずれも金銭を目的とするとき、または、合意によって相殺日における市場価格に基き証券引渡債権が金銭債権に当然に変更される旨が定められている場合)。しかし他方、フランス法にいう「合意相殺」である。民法典第1290条の定める債権の客体に求められる代替物性の要件に例外を設けて、直接に、市場価格に基き対当額とされる証券引渡債権と金銭債権との消滅をもたらすことも可能である。日本民法では依然として異種物債権間の相殺は認められていないから、ますます更改の観念が妥当する。金銭支払債務と有価証券引渡債務は、いずれか一方の目的物が相手の義務の目的物と同じ物に一旦更改によって置き換えられ、相次いで相殺が効力を生じるという過程を経ることもあろう。

の観念に依存している。<sup>(68)</sup>これによると、所与の満期をもつすべての相互の債権は直ちに消滅しかつ差引計算残高に相当する唯一の新債権に置き換えられたものと看做されるという。当事者が明示的に残高が新債権となるとの意思を表明しているとすれば、それは確かに「相殺」ではない。「相殺」においては、残高は、相互の債権のうち額の大きい側の部分に相当することとなるが、しかし、合意による更改は、二つの相互の債権を消滅させたうえで、新しい残高相当の債権を創設することになるのである。この仕組みは、計算終結日において勘定が残存することを前提にすれば、交互計算の仕組みにも類比せられ得る<sup>(69)(70)</sup>ものである。破綻時差引計算（クローズアウトネットティング）は、当事者の一方がデフォルト（履行遅滞）に至った場合に、他方当事者をして反対向きに、枠合意の規整を受けている存続中の契約の全数を解約できるようにする仕組みである。合意の条項は一般的にそれらの債権を単一の通貨の債権に変更する旨を定めている。次いで、当事者の一方または枠合意に指定された第三者は、各当事者の負担する債権額を算出する。次に、両者の同一通貨で表示された金額は、その次に、計算尻残高を残して相殺され、より小さい額を有する当事者がこれを負担

(68) MOUY (Stéphane), Contrats cadres de swap et ratio de solvabilité, *Banque* 1989, p 1048 s.

(69) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, loc. cit. このように、更改の概念抜きでネットティングを語ることはできない。それは英米法が相殺について狭隘な概念しか持っていないから、というだけではないようである。「相殺」後の残額債権が、その債権者の有していた旧債権の残存物として旧債権の担保と抗弁権とを引き継ぐことをも排除する趣旨で新旧債務の置き換えを行うのがマスターアグリーメントの意味であるとすれば、日本法に照らしても、この取引は更改に他ならない。

(70) 枠合意の差引計算条項は多数当事者間のマルチラテラル・ネットティングをも含めて適用されるが、この問題については後日の研究を期したい。AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 70. H. Le Guen, Le netting et la compensation legale des systemes de reglements interbancaires, précité. p. 41.- Adde BOSSIN et LEFRANC, article précité, p. 545. 法文は、「少なくとも二当事者間における」枠合意を対象としている。

## 4 交互計算の観念による解決

### [16] 交互計算学説との関係

以上の分析から、枠合意に基く差引計算の法的性質は交互計算のそれに近いことが示唆された。交互計算自体のいかなる分析を以て是とするかによっては、事柄を交互計算と性質決定することが可能になることが伺われる。そこで、ここでは交互計算学説そのものを省みつつ、その枠合意に基く差引計算への応用が可能であるかどうかを考察したい。

### [17] 交互計算学説小史

交互計算学説は略以下のように展開されてきた。交互計算は、長い間記帳の技術としてしか認識されず、私法的分析の対象でなかったが、1860年代に DELAMARRE らによって契約として認識されてから、古典理論の時代が続く。1920頃より古典理論とりわけ不可分の原則への批判が興った。古典理論は更改 novation と不可分性 indivisibilité の二つの観念を出発点として交互計算の効果を説明していた。組入 entrée 時に更改が生じ組入債権は消滅、双方向の項目債権 articles が成立する。債権は伴ってい

---

(71) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 72. 債権は現金化するために、枠合意所定の方法で評価される。例えば、フランス銀行協会の定期取引枠合意は、解約期日における存続中の取引の「置換価額 (valeur de remplacement、再構築費用)」の算定について定めている。ここでは、プライマリー市場の二参加者の提供する値付けの算術的平均として定義されている。op. cit., no 73.

(72) 歴史上も交互計算がどこまで遡りうるかはその定義次第である。貨幣とともに生じたものと推測されるが、ローマ法にもその萌芽が見出されるという。D. XIX. 5. 4. II ; D. XIX. 14. 47. 1 ; Gaius IV. 64-68. 既知の最古の交互計算を示すパピロニアの楔形文字の存在も指摘できよう。ETTER (Laurent), *Le contrat de compte courant*, Schulthess Polygraphischer Verlag, [Collection Etudes suisses de droit bancaire vol. 17], 1994, pp. 74-75, note 84.

た個性を失い、それらの訴権をも失う。計算結了まで債権はかかる処分不能 *indisponibilité* の状態にあり、相互に不可分の状態となる。結了時には総額相殺 *compensation globale* が生じ、確定残高 *solde définitif* が算出される。これのみが請求可能 *exigible* である。<sup>(73)</sup> 二種類の決済がここには存するのであるが、最終的決済は計算終結時である。それゆえ、ある時代の破産院は、結了まで債権債務が存在しないと考えていた。<sup>(74)</sup> しかし次第に古典理論が放棄され、判例は、次第に「仮残高 *solde provisoire*」の観念を考慮するようになる。<sup>(75)</sup> 不可分性・更改の観念が学説の批判を受けるようになる。<sup>(76)</sup> 更改の考え方だけは、判例もきわめてまれにしか放棄することはなかった。<sup>(77)</sup>（近時の判例は直接に更改と言わずに組入時にあたかも弁済によって組入債権が消滅したかのような表現を好んで用いるという。<sup>(78)</sup>）

#### [18] 交互計算説の実益とその可能性—更改・相殺・対抗力

日本法においては、交互計算の観念を以て差引計算 *netting* を説明することにより、差引計算には同時に更改的効力（抗弁喪失効）・相殺的効力・

(73) CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse*, précité, no 23. ここで注記されている文献に HAMEL (Joseph), *Banque et opérations de banque*, Rousseau, 1943, tome I, no 364 ; ESCARRA (Jean), ESCARRA (Edouard) et RAULT (Jean), *Principes de droit commercial*, Sirey, 1936, tome VI, no 468.がある。

(74) Cass. civ. 24 juin 1903, D.P. 1903. 1. 472 ; S. 1904. 1. 220.

(75) CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse*, précité, no 24 ; Cass. civ., 15 et 16 janv. 1940, 1er oct. 1940, D.C. 1942. jur. p. 93, note HAMEL.

(76) ESMEIN (Paul), *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, *RTDCiv.* 1920, p. 79. ESCARRA (J. et E.) et RAULT (E.), *op. cit.*, no 489 et s.

(77) Cass. req., 29 juill. 1935, DH 1936. 21 ; S. 1935. 1. 387.

(78) Cass. com., 25 janv. 1955, Bull. civ. III, no 42 ; *RTDCom.* 1955, p. 154, obs. HOUIN (R.) ; *RTDCom.* 1955, p. 365, obs. BECQUE et CABRILLAC ; *JCP G* 1955. II. 8547 bis, note CABRILLAC (H.) ; *Banque* 1955. 424, obs. PERCEROU ; Cass. com., 11 janv. 1972, Bull. civ. IV, no 15 ; Cass. com., 16 mars 1982, *Juris-Data* no 1982-000686.

対抗力のすべてが具備されることとなり、相殺のみを以てしても更改のみを以てしても説明のできなかつた属性を認めることの根拠として援用し得ると思われる。相殺的効力の部分については事柄自体において妥当することが理解できよう。抗弁喪失効の効果が伴うという点についていえば、もしそのような効果が伴うべきものであることを差引計算を組む当事者において望んでいるというならば、これを基礎付ける必要があるところ、民125は取消権を消滅させる法定追認事由として更改を挙げている。<sup>(79)</sup>そこで差引計算が相殺と更改とを組み合わせた行為であると説明するなら、それもまた可能ではあろう。しかし、当事者一方の破綻に際し倒産手続の開始に先んじて差引計算が前倒しで発効するとの効果については、更改と相殺との観念だけではそこに根拠を求めることは難しい。<sup>(80)</sup>そこで、やはり破産時当然終了が伝統的に破産法で規定されてきた(破59)交互計算の観念を援用せねばならないのではあるまいか。

### [19] 残高承認以前の抗弁喪失効とフランス法学説

しかし、交互計算説にも難点がないわけではない。日本商法の解釈では、交互計算はその残高承認に至ってはじめて抗弁喪失効が生じるとの理解が行われている。この理解に準拠して考えると、差引計算の取引相手が破綻した時点では破産法の規定にしたがい交互計算に含まれる相殺の効力

(79) なお、フランス1996年法では、ネットィング後の残高債権への担保の移転・新担保の設定について規定をおいているが、これは更改効を容認することの裏返しであると見ることができる。

(80) とりわけ、相殺予約のみでそれほどの強い効力を認めることが困難であることは、差押と相殺の優劣という問題一点に限ってみても従来より大法廷判決に学説からの批判が多いことを考えれば当然想像しうるところである。契約による差押不能財産の創出への非難、自働債権の債権者である側が第三者債務者兼質権者となる債権質入という方法が存するところその場合には対抗要件を具備しなければならないこととの均衡を考えれば、大法廷判決に対する批判に相当の根拠があるといえるのであるから、ましてや一括清算法における差引計算の効力に至っては、相殺だけに依存する説明はほとんど不可能であるというべきではないのか。

は先に生じていたものとされるときも、まだ交互計算に含まれる更改の効果としての抗弁喪失効のほうは生じていないと解されるおそれがある。そこで、日本法において許容されているのは、このような構造の交互計算だけではなくて、組入時において既に更改が生じてしまっていて、抗弁喪失効が先んじて発生している類型の交互計算も存在するとの理解を持ち込むほかにない。これはいわゆる段階的交互計算の理論である。この類型の交互計算と更改との関係について十分に吟味していると考えられる論者に CALAIS-AULOY<sup>(81)</sup>がある。この論者の説くところは概ね次のようなものである。

[20] 理論状況—反更改的学説（連続相殺説・将来相殺説・繰延説）

即ち、19世紀の古典的な交互計算理論は過度に複雑で、効果についての説明はするものの、当事者が追及する目的との関係については十分論じていなかった。<sup>(82)</sup>20世紀の理論は交互計算の効果を一の決済を目的とするものと把握し、更改概念を離れようとした。とりわけ更改の帰結である訴権と担保との喪失は当事者の利益に反するからそのような合理的意思は存しないというのである。<sup>(83)</sup>①相殺の観念が前面化したのが「連続相殺 compensations successives」説である。<sup>(84)</sup>債権は、「確定・流動的・請求可能 cer-

(81) CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, précité*, no 25.

(82) CALAIS-AULOY (Marie-Thérèse), L'idée d'indivisibilité et le compte courant, *Petites affiches* 14 avr. 2000, p. 13.

(83) CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, précité*, no 26.

(84) ESCARRA (J. et E.) et RAULT (E.), *Principes de droit commercial*, tome VI, Sirey, 1936, no 468 ; PIRET (René), *Le compte courant*. Paris-Bruxelles, 1932. なお、前者の論者らは、組入時の更改によって組入債権が伴っていた担保が消滅することは当事者の合理的期待に反するものであるとしてこの効果を否定する。しかし、CALAIS-AULOYはこれを批判し、当事者は組入債権の個別の取立の可能性を失わせることを望んでいるが担保を消滅させること自体を欲しているのではないので、残高債権の取立のための担保を保存する方法は他に用意されているのであるから、このような批判は更改説を否定しうるものではないとする。CALAIS-AULOY, op. cit., no 122. 日本の銀行取引に当てはめて考えると、日民

taines, liquides et exigibles」となり次第、それを吸収しうる反対方向の残高を見出し、残高との相殺によって消滅する。しかし判例はこの立場を採用せず、つねに債権は組入時に計算上の position になるに過ぎないと考えている。<sup>(85)</sup>②将来相殺説は、交互計算を、相互の債権を「将来における in futurum」計算終了時の総額相殺に服せしめることを目的とする合意とし、確定した計算尻残高のみが取立て得るものであるとする（この点で判例の思考に近い）。<sup>(86)</sup>③請求可能性繰延説は、「停止期限 terme suspensif」の観念に依り、<sup>(87)</sup>交互計算の目的を請求可能性の計算終了日への繰延に見出す。期限付きであれ債権は更改されずに存在しているということになるから、判例のように「仮残高 solde provisoire」を考慮に入れることができ<sup>(88)</sup>きる。

## [21] 諸説への批判

CALAIS-AULOY は、これら諸説を紹介しつつその試みの誤りを指摘し、交互計算の本質は更改・相殺の観念によってこそ説明し得るとの説を

---

518のような規定を利用するほか、一般には共通担保条項（例：銀行取引約定書ひな型第4条第2項）などを用いて、組入債権の消滅にも関わらず、当事者間に存する平常取引から生じるいっさいの債権を担保することができるから、所説のの危険する事態は生じにくいであろう。

(85) HOUIN (Roger), *JCP G* 1943. II. 2157, note sous Cass. civ., 13 juill. 1942 ; LARGUIER (J.), *JCP G* 1948. II. 4464, note sous CA Rouen, 24 avr. 1948. cités par CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, précité*, no 27.

(86) CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, précité*, no 27.

(87) PERCEROU (Roger), *Répertoire commercial Dalloz*, 2e éd. V° Compte courant ; *Banque* 1955, p. 424, obs. sous Cass. com., 25 janv. 1955 ; RIPERT (Georges) et ROBLLOT (René), *Traité de droit commercial*, tome II, 16e éd. par DELEBECQUE (Philippe) et GERMAIN (Michel), LGDJ, 2000, no 2346. cités par CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, précité*, no 28.

(88) 仮残高は期限付き債権であるものとして Cass. com., 26 nov. 1974, *Bull. civ. IV*, no 303 ; *RTDCom.* 1975, p. 571, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE. この点、日本法では停止「条件」を付する行為はみなし更改とされよう（民513II）が、停止「期限」では債務変更契約にしかない。



展開する。交互計算においては組入により債権が消滅し新債権が残高債権の一部となるのであるから、事柄は更改と共通する。連続相殺説は、仮残高を考慮に入れることと矛盾せず大部分真実であるかもしれないが、相殺だけで事柄を説明しようとするその一点において誤っている。債権の「<sup>(89)</sup>変態 transformation」、すなわち訴権と担保の喪失、組入債権すべての「取

---

(89) 担保の消滅については、フランス法において認められている組入の帰結である。CALAIS-AULOY, op. cit., nos 129-134.によれば、物的人的、法定約定のいずれを問わず担保の消滅は判例が支持する (Cass. req., 19 dec. 1859, S. 1861. 1. 77 ; 15 dec. 1897, S. 1899. 1. 393 ; Cass. com., 29 avr. 1910, DP 1912. 1. 364 ; Cass. civ., 12 juin 1936, DH 1936. 411 ; Cass. com., 10 juin 1949, JCP G 1949. II. 5106, note CABRILLAC, Banque 1950. 638, obs. MARTIN ; 20 nov. 1963, Rep. Commaile, 1964. 320, no 408, obs. VASSEUR)。学説も同様である (VASSEUR (M.) et MARTIN (X.), Banques et opérations de banque, Les comptes en banque, Sirey 1966, no 248 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., no 2335 ; STOUFFLET, Rep. com. Dalloz, 2e éd., Vo Compte courant, no 77 ; 留保付賛成であるが DE JUGLART et IPPOLITO, *Droit commercial, Banque et Bourse, Contrats commerciaux*, 4e vol. Montchrestien, 1974, no 1670.)。抵当権・質権・先取特権は「客体のない状態となり deviennent sans objet」(被担保債権を失うとの意味か)、保証人は免責される。取引先の先取特権付債務を銀行が代位弁済したときは、その債権は交互計算外に置き、小切手口座 (compte pour ordre) に入金処理することもある (特別充当 affectation spéciale)。しかし殊更に記帳した以上は、先取特権の援用はできない (Banque 1963. 146)。ただし「倉庫営業 magasins généraux」に関する1945年8月6日のオルドナンス第24条が「倉庫証券が発行されている物品 marchandises warrantées」所有者の開設する銀行交互計算への割引倉庫証券入金記帳は、その warrant 所持人の物品上の質権を奪わない (Cass. com., 12 janv. 1988, Bull. civ. IV. no 32.)。外国の立法 (ドイツ民法典、イタリア民法典) では、法定・約定の担保権の残高債権への「当然の移転 transfert automatique」を規定する例がある (フランスの商法典改正委員会提案も約定担保について明示の合意ある場合に限り担保の残高債権への当然移転を規定するというものであったが、合理的でないと批判され、成立を見なかった)。しかし、そのような規定がないフランス法においては、担保付債権を担保ごと組入する (HAMEL (J.), op. cit., no 356 ; DU BOUTIEZ DE KERORGUEN (J.), *La généralité du compte courant, Banque*, 1955, p. 279 ; VASSEUR et MARTIN, op. cit., no 238) ことは、双方の合意に基かなければならない (合意に基く限り担保の残高債権への移転は可能である)。不渡手形の反対記帳の場合を除けば、一般充当の原則が優先する。組入債権

扱の一元化 unification de régime」はこの説では説明できない<sup>(90)</sup>。また、将来相殺説では計算期間中の債権の状態は一切影響を受けないので、個別の請求が随時可能であることになってしまうが、これは考察の対象である取引の実態に反する。総額決済を予定された組入債権は決済が実行される前の時点において既に不可分である<sup>(91)</sup>。不可分であるその一方で、とりわけ銀行交互計算の場合には取引先が残高を引出・支払指図への充当の形で処分できるが、これは、組入の更改効によって一元化された項目債権間で随時相殺が連続的に生じ、その都度確定した仮残高債権が処分可能だからである。他方、交互計算を期中に利用する事実が存在するから請求可能性繰延説は採り得ない。この事実を容認するためには、仮残高債権は期中において処分と請求とがともに可能なものでなければならない<sup>(92)</sup>。このように、銀行交互計算を典型とする交互計算の本質的な効力は、組入によって生じる更改により債権から個別の取立可能性を失なわせ、常に処分可能・請求可能な一個の残高債権のみを存続させることであるという<sup>(93)</sup>。

---

と残高債権との牽連性が認められる例外として、残高の consistance をも覆す、不渡手形の「反対記帳 contrepassation」の場合があり (CALAIS-AULOY, op. cit., no 145.)、その位置づけについては諸説あるが、ここでは省略した。

(90) CALAIS-AULOY, *JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, précité*, nos 29-30.

(91) CALAIS-AULOY, op. cit., no 121. ただし当事者の合意で組入から除外する場合はこの限りでなく、一般に、「特に担保の目的で設定された債権 spécialement créés pour servir de garantie」は組入から除外される。貸出を実行するためになされた記帳は、貸出債権を表章する約束手形を組入対象とする効果を持たない。その結果、手形保証人も銀行に対して更改による消滅を援用できない (CA Poitiers, 16 avr. 1986, Banque 1986, 506)。なおまた Cass. com., 12 mai 1987, Bull. civ. IV, no 112.

(92) CALAIS-AULOY, op. cit., no 31. なお、同論者によれば、RODIERE et RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1980, 3e éd. は残高の処分可能性と請求可能性とを区別して論じるが、請求可能性繰延がなされている間は処分も請求もともにできないはずであるという。

(93) CALAIS-AULOY, op. cit., no 32. 担保・時効・利息・取立に関しては、当事者の合意、それがなければ一般私法の原則による新たな取扱に服することとなる。

## [22] 弁済説（判例）とその批判

判例は、RIPERT などの往時の論者に倣い、組入を以て弁済と同視し、<sup>(94)</sup>「決済 *réglement*」の効力があると呼んでいる。当事者は請求可能な個別的組入債権が請求可能な残高債権に置換わる事実を以て弁済と等価なるものとして同意している。残高の増加は債権者による組入債権の喪失を正当化するに十分な満足である（組入という *cause efficiente* による *causa solvendi* の実現）。<sup>(95)</sup>この事実は上述の性質決定を妨げるものではない。弁済目的の充足は生じるが、そのことは交互計算組入を弁済そのものであるとする説明を正当化するものではない。この説明では交互計算特有の構造の法学的解明を不可能にする。したがって、交互計算の効果を更改・相殺と結合することが、事柄を最も適切に説明する。<sup>(96)</sup>

## [23] 更改説とその問題点—交替するのは「原因」か「取扱」か

反対債権との差額が残る残余が消滅するという効果が相殺で説明されることは問題がないが、残高債権が相殺前の組入債権と質的に同じでその数量的部分が残った結果なのではない。別の取扱を受ける権利として成立し

(94) RIPERT et ROBLLOT, op. cit., no 1978 cité par CALAIS-AULOY, op. cit., no 123.の影響下、1955年以降の判例がこの立場を採る。組入時の減権効については争いはないらしい。CALAIS-AULOY, op. cit., no 127. 弁済説は、債権者が残高債権の発生により「満足を得ている」ことを根拠とし、利点として、この説明は、効果について誰にでも理解できる簡単なものであり更改と呼ぶよりも「知名度が高い」(!) ことをあげることができるという。不渡手形の計算除外において手形が返還されねばならない理由は、計算組入が弁済に等しいと説明したほうが確かにわかりやすい。ファクタリングに関しても民法典第1250条の代位が生じるのは交互計算給付が弁済と等しいからであるとしたほうが理解しやすいというわけである。しかし事柄をより精密に描写するという点において、更改説のほうが優れているのは本文で紹介する CALAIS-AULOY の説くとおりである。

(95) CALAIS-AULOY, op. cit., no 33.

(96) VASSEUR et MARTIN, op. cit., nos 247 et suiv.; GAVALDA (Christien) et J.-STOUFFLET (Jean), *Droit de la banque*, P.U.F “Themis” 1974, no 376. cité par CALAIS-AULOY, op. cit., no 34.

ている。ところで一口に更改といってもいかなる要素が変更される点が更改であるのかについては学説が一致していない。MAZEAUD et CHABAS は原因の交替する更改説を採るが<sup>(97)</sup>、CALAIS-AULOY は異を唱える<sup>(98)</sup>。組入により、個別の組入債権は「交互計算給付 remise」、相手方への現実の（例えば手形割引）または擬制的な（例えば貸越）財産上の価値の移転としてしか考慮されないとはいえ、真実旧原因と新原因との交替が起こるのではない、債権の法的取扱が改まることは必ずしも原因の交替の場合だけに限られないというのである<sup>(99)</sup>。CALAIS-AULOY によれば、事柄は「取扱および取立方法の変更される更改 novation par le changement de régime et de mode de recouvrement」<sup>(100)</sup>「訴権の交替する更改 novation par changement d'action」<sup>(101)</sup>として扱われる。交互計算の目的は取立方法の変更にある。確かに組入により組入債権に伴う訴権と取扱とは消滅し、貸方・借方に表現される項目債権は一元的に取扱われ、現実を取立の対象となるのはあくまでも残高債権である<sup>(102)</sup>。ただし、論者はこれ以上、原因の

---

(97) MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil, tome 2, Obligations*, vol. 1, Théorie générale, Montchrestien, 9e éd. 1998, no 1222.

(98) CALAIS-AULOY, op. cit., no 35.

(99) しかしこの理解は、旧債務の消滅が新債務の発生のコオズとなっているという更改契約に内在する構造に言及していない。帳簿上ある組入債権が何らかの取引行為によって生じた債権であること表示していたとしても、それがいったん弁済されているものとして記帳されたのであるから、当該取引行為の瑕疵担保による代金の減額や不履行解除による効力喪失は、交互計算給付の効力自体を失わせる効果はなく、後日不当利得によって回収するしかない。単なる債務変更契約であるというなら当該項目をその都度除去することになろうが、これが認められてきたのは手形の遡求の場合だけであって、一般的に除去が許されるのではない。とすれば、その債権発生原因自体が交替したものと見るのが最も素直ではなからうか。

(100) CALAIS-AULOY, op. cit., no 36.

(101) CALAIS-AULOY, op. cit., no 37. このような更改は更改ではなくて、「特殊な更改」ないし「準更改」であるとする見解の紹介として、濱田一男「交互計算の法理—比較法的考察—」九法40巻1号46-48頁。

(102) その結果得られる CALAIS-AULOY の交互計算の定義とは、このようなもの

交替する更改の観念に積極的な難点を示しているわけではない。

しかし、いずれの理論にしても更改説が他の学説よりも優れていることについては CALAIS-AULOY は認めている<sup>(103)</sup>。現実の金銭の払渡があるわけではなく、新しい権利が成立して残高の変更が存するという、交互計算における債権消滅の特徴を考えれば、異論のないところであろう。とりわけ、弁済説は、新たな残高債権の成立を説明していないのである。更改においては、「新たな権利の成立 création d'un droit nouveau」は、旧債権の消滅の cause efficiente となっているのである。

#### [24] 交互計算組入の更改的理解の帰結

旧債権の「債務名義 titre exécutoire」は強制執行のために援用できなくなる<sup>(104)</sup>。取引先振出の手形を交互計算に組入れた銀行は、全署名者への遡求権を失い、手形の返還が必要となる<sup>(105)</sup>。組入債権の消滅時効はもはや進行

---

である（CALAIS-AULOY, op. cit., no 40.）「交互計算とは、二当事者がその平常の取引関係より生じる相互の債権を、いつでも請求可能な、かつ、その一元的取扱が当事者により明示され得る、一個の残高債権への組込または更改の方法による決済に充当する合意である。Le compte courant est une convention par laquelle deux personnes affectent les créances réciproques nées de leurs relations courantes d'affaires à un règlement par incorporation (ou novation) en un solde à tout moment exigible et dont le régime, unitaire, pourra être précise par elles.」

(103) CALAIS-AULOY, op. cit., no 124.

(104) CA Alger, 20 janv. 1877, S. 1877. 2. 198. cité par CALAIS-AULOY, op. cit., no 126. ただし、残高債権の存在の正確性の証明に使うことはできる。執行力が否定されても、公証性と証拠力とは残存するからである。

(105) CALAIS-AULOY, op. cit., no 127. Cass. com., 25 janv. 1955, Bull. civ. III, no 42 ; RTDCom. 1955. 154, obs. HOUIN ; 365, obs. BECQUE et CABRILLAC ; JCP G 1955. II. 8547 bis, note CABRILLAC (Henri) ; Banque 1955. 424, obs. PERCEROU ; 11 janv. 1972, Bull. civ. IV, no 15 ; 16 mars 1982, Juris-Data no 1982-000686. 為替手形の手続懈怠所持人が資金債権によって請求しようとするときは、支払人は「資金債権組入済の抗弁 exception de passation de la créance en compte」を以て対抗できる（Cass. com., 10 juin 1975, Bull. civ. IV, no 162 ; RTDCom. 1976. 383, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE）。

せず、残高債権はそれ自体の時効の規整に服する。<sup>(106)</sup> 組入債権について利息の発生は停止し、残高のみが利息を生じる。<sup>(107)</sup> また、詐欺罪 (Escroquerie) との関係では、承諾を得た交互計算への記帳は刑法典第313-1条の意味における給付に該当し、詐欺罪の公訴時効の起算点も記帳の時点に求めら<sup>(108)</sup>れる。

## [25] 小結

以上の考察から、派生商品取引の枠合意において定められた差引計算も、交互計算の一種と理解することができる。スワップ・オプション等個別の契約における満期到来・権利行使による損益の確定が生じると、それらの取引による確定後の債権は、ただちに交互計算に組入れられ、一定の期間の経過により交互計算的に決済される (ペイメントネットティングまたはオプリーゲーションネットティング) か、当事者一方の破綻を理由としてこれもまた交互計算強制制結了の対象となって決済される (クローズアウトネットティング)。更改は組入時に生じるので、項目債権については抗弁喪失効が生じ、個別の担保も消滅する。最後に、この決済が、フランス法においても、倒産時に対抗できることを確認しておこう。

## [26] 倒産法と差引計算

1996年法第52条は、枠合意は、当事者の一方が和解的整理または裁判上の更生手続の対象となった時の当然解約を定めることができると規定す

(106) CALAIS-AULOY, op. cit., no 136. 手形が計算終結前に反対記帳された交互計算給付者は、商法典 L. 511-78条 (anc. art.-179) の時効が完成したことを理由として手形金額を自らの債務の残高から除去することができない (Cass. com., 22 dec. 1981, Bull. civ. IV, no 455 ; RTDCom. 1982. 276, obs. CABRILLAC et TEYSSIE)。

(107) CALAIS-AULOY, op. cit., no 137.

(108) CALAIS-AULOY, op. cit., no 139. cf. Cass. crim. 4 juin 1935, DP 1936. 1. 55 note HAMEL.

る。解約は自動的に発効するのではなく、枠合意がこれを定めることを前提とし、枠合意が解約権を定めるとどまるときは当事者におけるその援用による解除権行使がなされることを要する<sup>(109)</sup>。この法文は、倒産処理制度の強行規定に例外を設け、1985年1月25日の法律第37条の、存続中の契約の履行請求を要求する裁判上の管理者の権限に例外を設ける。法文はこのようにして裁判上の管理者が、更生中の会社にとって利益の出た取引だけを履行請求し、不利益な取引は解消するいわゆるチェリーピッキングの危険を予防する<sup>(110)</sup>。法文の実益は、「相殺」することを希望する当事者に、存続中の相互の債権が牽連性を呈することを証明すべきことを回避させる点にある<sup>(111)</sup>。ところで、判例も法律も、手続開始決定以前に生じた債権の「相殺」の効力を認めるために、これら債権が牽連性をもつこと、すなわち同じ契約から生じているか、または、一個の「総体的経済関係 rapport économique global」に含まれることを要求している<sup>(114)</sup>。一個の枠合意に基いた数個の取引であればこの牽連性の条件は満たされよう。異種の取引に属する債権でも同じ効果を認め得る（例えば、金利スワップと為替オプション

(109) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 74.

(110) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 75. 1996年7月2日の法律は和解的整理及び裁判上の更生に関する法律のみに例外を設けるものであるが、「これに反する他のすべての法律の規定に関わらず」、定期取引および年金基金に関する1993年12月31日の法律はこれを適用するものという点で一層態度を鮮明にしている。この条文については、民法典第1244条—1及び第1244条—2が裁判官の裁量で適用されるため、枠合意による差引計算の欠陥であり得る。当事者が商人資格のない自然人である範囲では、この仕組みは、過重債務状態の処理に関する消費法典第三編の規定によって問題とされることにもなる。AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 76.

(111) AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 78.

(112) Cass. com., 19 mars 1991 : JCP E 1991, no 174, note D. LEGEAIS.

(113) L. 25 janv. 1985, art. 33, al. 3 modifié par L., 10 juin 1994.

(114) Cass. com., 9 mai 1995 : JCP G 1995, II, 22448, rapport de M. Remery - adde : CALENDINI (J. M.), *La compensation des créances connexés dans le règlement judiciaire : Banque et droit* 1992, p. 76.

ン)。さらに、同法第52条は、危殆期間<sup>(115)</sup>において行われる「相殺」の無効<sup>(116)</sup>を回避させる。

以上のとおり、ネットィングを組入時に更改を伴う交互計算の一種と性質決定する考え方の可能であることを論証した。しかし、フランス法以外においては、組入時更改説が必ずしも多数派ではないといえる。この学説<sup>(117)</sup>の是非など、交互計算学説そのものの内部に立ち入った議論の検討は、今後の課題としたい。

なお、本稿の主題については、既に、青木浩子「フランス法との比較から見た倒産時

(115) L., 25 janv.1985, art. 107 et 108.

(116) この他、1996年7月2日の法律が、民事執行手続についても1991年7月9日の法律に対する例外を儲け、差押の場合において一種の法定の遡及効を創造する。AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, no 78. 残高債権の担保のためにする給付の効力を認め、担保目的の債権譲渡の方式を緩和する規定を置いているが解説は割愛する。AUCKENTHALER, *JurisClasseur Banque* précité, nos 82-83.

(117) フランス法では、当初、項目債権というものは存在しないとの理論からはじまり、やがて ESMAN 説のように相殺の観念だけで事柄を説明しようとする立場が支配的となったが、現在では CALAIS-AULOY の主張により組入時更改説が受け入れられるようになった。この理論が正当であるとすれば、その限りで、交互計算に伴う抗弁喪失効は実体的抽象を意味し、これが一括清算にも適用されるとすれば危険資産圧縮の効果は安定する。しかし、他の欧州各国法に目を転じると、ETTER (*Le contrat de compte courant*, précité) によれば、ドイツ法では、更改は計算期間終了後の残高承認においてのみ初めて効力を生じるものと解し、また、スイス法は、1893年判決以降、少なくとも繰越 report 時説を採っていたが、後に転じてドイツ法の理論に拠ることとなったという。さらに S. E. & O. 約款の挿入によって、実際には項目債権への異議権が留保される実務が行われる等しており、残高債務の効力確定はそれほど強固に保証されたものではないらしい。まして濱田前掲論説にあるとおり、イタリア法においては、残高承認の効果は証拠法的抽象をもたらずにとどまり、項目債権について異議を述べることができるとする理論をとる法域も少なくないのである。このように交互計算理論自体の内部において、抗弁喪失効をどのようにとらえることが妥当であるかは問題であり、そして、抗弁喪失効に関する日本商法第532条（当事者カ債権債務ノ各項目ヲ記載シタル計算書ノ承認ヲ為シタルトキハ其各項目ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ得ス但錯誤又ハ脱漏アリタルトキハ此限ニ在ラス）を如何に解するかの問題が残っている。



における相殺の担保的機能の限界」〔(1-4)〕(NBL520号20頁、521号24頁、522号49頁、523号21頁)という浩瀚な研究がある。同論説は1985年倒産法における相殺の取扱、民法相殺における牽連性の法理、交互計算の法理、外為クリアリングハウスにおける決済を扱った重要な研究である。本稿は同論説に後れる制定法をも対象としてはいるとはいえ、本来であればこの先行研究を十分に摂取した上で展開すべきものであったが、その時間的余裕がなかったことが悔やまれる。同論説の著者にも読者にもこの点をお詫びしておきたい。

本稿は、早稲田大学特定課題研究費を受けて行われた研究の一部である。